（要約）

法実務家的思考――法学方法論の外側――

菊池　亨輔

本博士論文では、日本の実定法および法学に多大な影響力を持ち続けているドイツ法学の議論から学びつつ、法的思考について研究する。ただし、法哲学において注目を浴びてきたドイツの議論は、あくまでも「法学」の方法であって、「法実務」の方法ではないという問題意識の上に立っている。ドイツでは伝統的に、法律学方法論(juristische Methodenlehre)という名の下で、法的思考論が展開されてきた。juristisch の語義からすると法実務と法学の双方を射程に収めているように見えるが、そこで扱われてきたのはほとんどが「法学」ないしは「法学者」の行う法的思考についての研究であった。最近では名前を変えて、法的議論の理論なども法的思考を探求しているが、法学中心であることに変わりはない。これを「法学方法論」と呼んだとき、本稿では法学方法論からは抜け落ちてきた法的思考論に注目する。

法実務における法的思考、つまり想像上の法的思考ではなく、現にこの社会で作用している法的思考を明らかにすることが私の目標である。そこで、学者というより法実務家として活動してきた論者に法的思考の在り方を尋ねるという方法をとる。法哲学上はほとんど真剣に扱われてこなかった法的思考論、法実務家による法的思考論に注目する。もっとも、法実務家は単に法に関するきれいごとを語ったり、建前論に終始することも少なくない。また、法実務家にとってあまりに当然となっている事実――だが、法実務家以外には知られていない事実――もあまり語られない。法実務というものに自ら距離をとって、それに新たな光を投げかける論者というのは限られてくる。そういう論者として、第一章ではガスト(Wolfgang Gast)、第二章ではイザイ(Hermann Isay)という法実務家に注目し、彼らの理論を考察する。

第一章　法実務家のレトリック――W.ガストの見解の紹介と検討――

現代のドイツの法実務家の代表として W.ガストの見解に依拠しつつ、「法実務家」の考え方を説明する。この章は法學論叢 179 巻 1 号、116-139 頁、3 号 119-139 頁に公表した。

ガストは、レトリック論に依拠して自らの理論を組み立てている。とはいっても彼のレトリック論は、20 世紀の後半に法学で再注目を浴びたレトリック論の中では傍流に位置する。フィーヴェクとその弟子筋から形成され、マインツ学派と呼ばれる「レトリック法理論」の系譜からは離れ、独自に法律家のレトリックを自己の実務経験に基づき構築している。

ガストは法実務における目標をドゥオーキンのように「唯一の正解」とするのではなく、法的主張（およびその理由づけ）の「もっともらしさ」(Plausibilität)とする。法実務では、

自分の主張に対してその時々の名宛人（聞き手・読み手）である法実務家に「了解」（Einverständnis）あるいは同意してもらうことがめざされるからである。訴訟の際に名宛人として考えられているのは、まずは裁判官である。裁判官の了解を得られるかどうかが法が現実化するかどうかにとって決定的に重要である。ついで、判決を出す裁判官は、主として上級審の裁判官を名宛人とする。最上級審での判決の場合は法律家集団が名宛人となる。ガストの名宛人は、いかなる主張も受け入れまたは排斥することが原理的にはできそうである。だが、専門家集団の中には、明示または黙示のルールというものがあり、それに外れた場合には専門家たる資格なしという烙印が押されるという事実を彼は重く見る。そのような業界ルールとして、法律家の場合には「事案に即していること」(Sachlichkeit)の遵守という要請が――漠然とながらも――働いているので、法律家的に見てあまりに偏った主張には了解が与えられないということになる。

了解獲得は、聞き手の心の底からの賛同である必要はなく、説得よりもハードルは低い。聞き手が内心でどう思っているかについては無関心である。現代の他のレトリック論が、内心まで及ぶ説得をめざすのと対照的に、了解は相手方の説得ではなく説き伏せ（Überredung)、つまり、口頭ないし文書上での有効な反撃を封じることをも包含する。

了解獲得は最終的には、法律家にとって馴染み深い「包摂」(Subsumtion)によって果たされる。すでに了解を得られていることが「前提」、これから了解を得るべきことがテーゼであり、前提にテーゼを包摂するのが、ガストの了解獲得の方法である。最終的な包摂を可能とする諸前提を作り出すために「議論」(Argumentation)が繰り広げられる。ガストにおいて「議論」はレトリックという言語活動――語り手が自らのテーゼに対する名宛人の了解を、包摂の前段階としてある（論拠を用いた）議論を経た上で、テーゼの前提への包摂により獲得するという活動――の一部である。

前提にテーゼを包摂するとされてはいるものの、ガストの前提は、名宛人がすでに受け入れている（あるいは受け入れてしかるべき）命題、文章、フレーズ等々の総体であり、必ずしも包摂と関連させることはできない。ガストの前提には、①法的三段論法へと最終的に落としこまれた際の大前提（Obersatz）および小前提（Untersatz）、つまり適用される規範および紛争の事実関係の内容を表す文であるところの事物前提と、②事物前提を獲得・発見・作成するかという方法に関する操作前提――類推、反対解釈、利益衡量、三段論法など――とがあるが、操作前提の方については包摂する際の前提になるということは考えられないからである。さらに、ガストにおいては法律および法教義学(Rechtsdogmatik)上の諸命題、つまり条文とそれを基にして体系立てられた法命題も前提と位置づけられる。したがって、レトリックは法の軽視を軽視するというのは誤解だとされる。

また、前提が法律家の間で前提として通用するための根拠は、ガストによれば、①事実に関しての真理、②価値に関しての正当さ、③制度および権威、④関係者にとってのもっともらしさ、という四つである。①および②は客観的、③は間主観的、④は主観的という段階づけがなされている。主観的なもっともらしさのようなレベルで十分とされる理由は、

現実において常に大量の法的事案を処理することが裁判所にとって一番の課題だからである。理想的な正しさを犠牲にしてでも、紛争を迅速に解決し、不法を除去することが賢明なのである。

ガストはレトリック的な了解獲得の手段を、アリストテレスの分類を借用するかたちでロゴス、パトス、エートス――それぞれ、論拠による、感情・性向に訴える、人柄による――という三つに分類する。

ロゴスと呼ばれるのは、論理学上の規則（例えば、正しい三段論法に関するもの）だけでなく、議論の構成、概念の定義づけ、類推、勿論解釈（argumentum a fortiori）、循環論法、反対解釈、目的論的な拡大・縮小など、種々雑多であり、法学において承認されてきた諸方法は大体ロゴスである。包摂はロゴスの中に含まれる。ここから明らかになるように、ガストは論理をレトリックの一部として取り込んでおり、レトリックか論理かという対立的な見方はされていない。

エートスにおいては、人柄がよく実直と思われている法律家は信頼を得やすく、それが了解獲得に役立つと言われる。とりわけ注目に値するのがパトスで、「正しさ」でなく「もっともらしさ」というガストのレトリック論の特色がはっきりと現れる。例えば、受動態による表現、論理的に見せかけるための順接の接続語の多用、名詞的文体、「○○の本質・本性」に訴えかける論法などである。

ガストの言う「パトス」に注目することで、法実務家の主張は内容ある根拠によってのみならず、内容と無関係な文体や言い回しによっても理由づけられているということ、そして、まさにそのような文体や言い回しは法実務家的な感情・性向に基づいているということが明らかになる。この「法実務家的な感情・性向」とは、自分という人格を抑えて、とにかく事案・事柄に即していたい(Sachlichkeit)という態度のことで、それ自体としては非難されるべきものではない。不偏不党で「事案・事柄に即していたい」という、法律家として望ましい態度から、パトスのような、無内容な正当化方法が使用される可能性が生じてくる。「もっともらしさ」も、このような法律家イデオロギーを共有した法実務家集団内という限定した範囲で満たされるべきもので、（理性的な）万人にとっての「もっともらしさ」をめざしているのではない。

以上のようなガストの議論は、レトリックの傘下にあっても、「新レトリック」を唱えたペレルマンやトピク論で有名なフィーヴェクとはスタンスが異なる。というのも、ペレルマンは「普遍的聴衆」という概念を導入し、理性的で正しい価値判断への方法としてレトリックを見ている。またフィーヴェクもレトリックを通じての「完全なる理由づけ」を構想している。正しさのみを追求するわけではないというガストの立場と同列視はできない。

さらに、レトリックは発見の術であるとしばしば言われるが、ガストのレトリック論において結論の発見の要素はない。すでに何らかの形で定まったテーゼに対する了解獲得ないし正当化の方法がレトリックである。

ガストのようにレトリックという立場に立つことで、「法学方法論」では注目されない法

実務家の技法の一部（先に述べたパトス）を把握できる。あえて正しさに固執しないことで、法的思考に対する視野が広がってくるのであり、法の世界におけるレトリック論の意義は、こうした技巧的側面を見逃さない点にある。

法実務家から見ると、実定法解釈の成果である法教義学上の諸命題、つまり実定法学者の立てる法解釈論は完全に手段化される。その時々のテーゼへの了解獲得のために使えるならば使うというのが法実務家的なスタンスである。現実に法を扱う主体が法学者ではなく法律家であり、法学者なき法はあっても法実務家なき法は考えられないということを踏まえると、このような見方は的を射ていると言えるだろう。

第二章　決定の発生と法規範による理由づけ――ヘルマン・イザイの法理論――

本章は「法実務家」という背景からイザイを読むことで、これまで誤解されてきたイザイの真意および彼の法理論の内在的構造に迫る。彼自身、自己の理論は自分の長年の実務経験を経た自己観察と自己省察に基づいていると述べている。

20 世紀前半のドイツ、特にワイマール期において活躍したユダヤ人法律家ヘルマン・イザイはしばしば自由法論者の一人として数えられ、また非合理主義的な法理論を展開した人物として知られている。

イザイはまず、法を「前学問的に」(vorwissenschaftlich)把握しようとする。彼によれば、「法の課題とは人間の外的な行動を、共同体における人々の共同生活のために秩序づける（規律する）ことである」。規律(Regelung)とは、「一定の要件(Tatbestand) ――それは抽象的でも具体的でもよい――に、効果(Folge)として、一定の外的な行動の要求（命令または禁止）を結びつけること」である。この規律の在り方は、その本質の違いにより二種類に分けられる。考えうる多くの事案に備えて事前になされる規律であるところの法規範(Rechtsnorm)と、いざ個別の事案が生じてから当該事案について事後的に行われる規律であるところの決定(Entscheidung)である。要件と効果の抽象的な結びつきを定めるのが「規範」で、「法規範」はその一種である。また具体的な事実とそれに対する当為を示すのが「個別的命令」で、そのなかで法的なものが「決定」とされる。ここにおいて、法的なものとそうでないもの（例えば宗教、道徳、習俗）を区別するのが法感情＝正の感覚(Rechtsgefühl)である。だが同時に、法感情＝正の感覚は、正義という価値を直観する感覚ともされており、概念的な多義性・不確定性を孕んでいる。

イザイは、法とは規範の総体ではなく、決定の総体から成り立っているとして、法規範よりも決定を重視する。彼の決定の典型は裁判であるということを踏まえると、彼の議論は制定法主義のドイツにおいて異彩を放つ。加えて、規範はその本質からして合理的であり、決定の方は非合理的に発生するとされる。法規範から決定が生じないイザイの立場において、決定の源泉――決定の総体が法であるイザイからすれば法源――は、二つの異なる性質の感情ないし感覚からなる。法感情＝正の感覚と実践理性（praktische Vernunft）

である。前者は純粋に感情的・感覚的なもので、知性によっては把握できない正義または正しさを感じ取る能力である。後者はカントの実践理性とは概念的に別物であり、ある目的のために何が役立つかという判断、経済生活に関する理性的な判断、どちらがより利益になるかという損得の判断を意味しており、有用性感覚(Nützlichkeitgefühl)とも呼ばれる。時には相対立するこれら二つの源泉から、究極的には裁判官の人格により決定は発生してくるとされる。当時の法律実証主義や法的三段論法による裁判を真っ向から否定する見解であるが、イザイにとってこれは自分および他の実務家の経験から明らかになる当然の事実である。法実務に携わる者であれば、事案に基づいて判断している、自らが法律家として判断しているという意識を持つのであり、法規範だけで結論が決まるとは考えない。同じ法規範で同じ事案に向かっても、その結論が人によって異なるということを想起すればよい。しかも、法の歴史を振り返ってみても、法規範が成立するより前に決定が生じている。一般的抽象的な法規範が定立されるより前に、紛争についての何らかの裁判作用は存在するからである。これがイザイ理論の基礎をなす経験的事実である。とはいえイザイにとって、決定が法規範から導出されえないからといって法規範が不要ということにはならない。

法規範と決定の関係こそがイザイにとって一番重要な問いである。非合理的に発生する決定を事後的に理由づけまたはコントロールして合理化するのが法規範の役割だとされる。実際には法規範から決定が演繹されることはない。それでも法規範から演繹されたかのように仕立て上げる「フィクション」が重要である。というのも、そうすることで資本主義経済下で求められる裁判の予測可能性・計算可能性が高まるからである。

理由づけに関しては法律家的な技法が用いられる。そもそも、個別事案について裁判官が抱いた結論を法的効果として定めた規範が「一つだけ」存在し、かつ、事案の事実がその規範の要件に無理なく組み込むことができるのであれば技法は必要ない。だが、①決定されるべき事案の事実関係をその下に組み込むことが難なくできるような規範が一つだけあるけれども、その規範の法的効果が裁判官の決定と一致しない場合、②決定されるべき事案をその下に組み込むことができるような規範が複数あるが、そのうちの一つだけが裁判官の決定と一致する場合、③決定されるべき事案に合う要件を持つ規範が全くない場合には理由づけの技法を駆使する必要がある。法規範と事実関係のそれぞれに手を加えることで、法規範と事案とのつながりを遮断(Ausschaltung)し、または法規範と事案を適応(Anpassung)させ、望ましい法的効果を持った規範から決定が導出されるかのように理由づけがなされる。もし、法的効果において望ましい規範がなければ、裁判官はそのような法規範を自ら定立する。

このように、イザイにおいては、裁判官も決定に際して自ら法規範を理由づけのために定立するとされ、一般条項を引いてくるよりも規範定立の方が望ましいとされる。一般条項とは例えば、ドイツ民法 826 条「良俗に反する仕方で他人に故意に損害を加えた者はその他人に対して損害賠償をする義務を負う」などであるが、要件(同条では「良俗に反す

る」）があまりに不明確なので、その要件が満たされたか否かの判断が完全に裁判官の法感情＝正の感覚に委ねられている。イザイによれば、このような白紙委任規範は法感情＝正の感覚を指示するだけなので、法規範たる性質を持たず、理由づけのために使えないということになる。一般条項に対する否定的な態度は、イザイと自由法論との違いの一つである。

法規範から決定は現実には導出されえず、両者は本質的に異なると述べるイザイの主張には、実はかなりの誇張が含まれている。第一に、彼の法理論の射程は私法の一部である取引法に限定される。第二に、法規範から決定が実際に生じる場合も例外的にはあることが認められる。第三に、法規範は諸決定からの抽象ないし帰納により作られる。この抽象ないし帰納が論理的かつ合理的な思考とされるので、イザイにおいて法規範は合理的な性格を持つ。現実の決定がない場合の規範定立は、仮説的な事案に対する決定が先になされ、そこからの抽象がなされるというかたちで説明される。第四に、非合理的とされる決定の中にも、普遍妥当性(Allgemeingültigkeit)、つまり規範性(Normativität)が内在している。これは法感情＝正の感覚の中の構成要素である共同感情が規律の平等を要請するためであるとされる。以上のとおり、法規範と決定の本質的区別とは言われていたものの、実際には両者はかなり接近しているのが実態であるということが明らかになる。

普遍妥当性が、非合理的とされる法感情＝正の感覚の一部から要請されることからもわかるとおり、イザイの非合理性は極めて広い意味を持たされている。彼の判例分析なども見てみると、そのことはいっそう明白になる。普通の法学者であれば、何らかの形で合理的と表現する考慮をイザイはことごとく非合理性の領域へと押し込んでおり、彼の自称「非合理主義」を他の論者のいう「非合理」と速断することは厳に慎む必要がある。一般条項に否定的で、将来の規律に役立つように何らかの規範を定立せよという点を見ると、非合理主義どころか合理主義者と見る方が腑に落ちる。

さらに突き詰めて考えていくと、裁判官が法規範による理由づけをすることで将来の予測可能性を高めるというイザイの立場は、法規範が決定の内容に影響を及ぼすことを認めているということにつながっており、これにより、決定は法規範から生じないというイザイ自身の断言からできあがったイザイ像は根本的に見直されるというのが私の結論である。

自由法論者イザイという従来の法哲学・法思想上の評価も誤りである。イザイ自身は自らを自由法論から明確に区別する意図をもっている。

というのも、自由法論者はこれまでの通説的見解と同様に「法規範から決定が導出される」という思考回路に囚われたままだからである。法の欠缺の場合に、自由法論者ヘルマン・カントロヴィッツやエルンスト・フックスらは、裁判官がまず事案ための規範を発見し、そこから決定を演繹すると言っているのが、それはイザイからすれば誤りである。さらにイザイは、自由法論者オイゲン・エールリッヒに対しても、決定が法規範から生じるという説に固執しており、法律の欠缺の場合にのみ裁判官の法律から自由になるという点を批判する。イザイの立場からすれば、欠缺があろうがなかろうが、裁判官は決定の発生

においては法規範から自由だからである。さらに、裁判において法規範により理由づけせよというイザイの主張は、法規範による見せかけの理由づけを非難する自由法論の立場とは相容れない。

イザイから自由法論への批判が理論的に成功しているかは、彼が自由法論者かの判定にとって決定的ではない。重要なのは彼自身の意識である。そもそも自由法論は――「社会学的」というキーワードはあるとしても――学派を形成することができるような確固とした教義を確立できたわけではなく、一時代を彩った「運動」として把握されるからである。自由法論が運動として機能していたのは、第一次世界大戦が勃発する 1914 年までであり、イザイはその当時すでに実務家として活動していたにもかかわらず運動に参加していた痕跡はない。イザイが法的思考について見解を打ち出すようになったのはワイマール期である。本人が自由法論者を自称していない、それどころか自由法論者と自らを区別しようとしている、さらには自由法論者もその人物を同志と見ている形跡がないということから判断するに、イザイは自由法論者ではない。

おそらくイザイが自由法論者という評価を定着させる原因を作った人物は利益法学の主唱者として名高い法学者フィリップ・ヘックである。ヘックは自らの利益法学の方法は、すでに過去のものとなった概念法学と自由法論よりも優れていると考えており、イザイに対する自分の優位を主張するためにイザイを自由法論者とみなしたように思われる。制定法を軽視するかのようなイザイの主張は自由法論的に見えたのであろう。しかもヘックによるイザイ評価にあっては、自由法論の主張者がユダヤ人であり、イザイもまたユダヤ人であったという事情も背景にある。