



Title	不特定概念と判決三段論法 - ヘンケ「事実問題・・・・民事法における不特定概念とその上告可能性」の紹介と検討をかねて -
Author(s)	柏木, 邦良
Citation	北大法学論集, 22(2), 87-144
Issue Date	1971-09-08
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16126">http://hdl.handle.net/2115/16126</a>
Type	bulletin (article)
File Information	22(2)_p87-144.pdf



[Instructions for use](#)

## 不特定概念と判決三段論法

—ヘンケ「事実問題…民事法における不特定概念と  
その上告可能性」の紹介と検討をかねて—

„Die Tatfrage – der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und  
seine Revisibilität –“ von Horst-Eberhard Henke

Duncker & Humblot  
Berlin 1966, 23.2×15.7cm  
309 S., 49.— DM

柏 木 邦 良

A	はじめに……………	( 88 )
B	紹 介……………	( 89 )
C	検討と展開	
1～4	ヘンケの見解の評価……………	( 111 )
5	不特定概念と一般条項……………	( 113 )
6	判決三段論法の実質的有用性について… とくに裁判過程の分析……………	( 114 ) ( 119 )
	とくに緩和された判決三段論法…	( 122 )
7	基準設定効果と例示の効果——判決三段 論法の解釈論(既判力論)への適用……………	( 126 )
8	経験則違背と上告……………	( 127 )
9	不特定概念と当事者提出主義(弁論主義)	( 128 )

A はじめに

1 本稿は最初に示したヘンケの著書の紹介と検討、およびそれに啓発された問題の考察を目的とするが、まずその著書の紹介からはじめることしよう。

2 本書は不特定概念およびその上告可能性の問題を検討した、標題をみただけでも著しく興味をそられる書物であるが、わが国では、厚い書物がとかく敬遠されがちであるその例にもれず、不幸にして未だ紹介・参照されていないことと、この研究ノートは主に西ドイツの折々の教授資格獲得論文を取上げ、それに対する自らの解釈論的立場を形成していくことを目的とするので、ほぼ五年前の書物ではあるが、ここで取上げることにした。本書は——学内機構の改悪から優秀な教授が多数逃げ出して質の低下を来す以前の——ベルリン自由大学に提出された、近來稀にみるすぐれた *Habilitationsschrift* であり、また、著者ヘンケ教授はブローマイアーの唯一の弟子であって——本書では必ずしもよく表われてはいないけれども——アメリカ法的思考・分析を得意とする極めてすぐれた民訴法・民法学者である。<sup>(1)</sup>

3 本書は、I 問題の所在 (9—55)、II 基礎的考察 (51—

120)、III 不特定概念の上告可能性 (191—309) の三部からなり、細部的には

I § 1 序論・事実問題の歴史

§ 2 上告規制の方法

II § 3 不特定概念

§ 4 不特定概念の使用

§ 5 事実認定と法的評価の論理的・概念的區別

III § 6 不特定概念上告可能の原則

§ 7 不特定概念の上告を限定する諸原則

§ 8 上告審の事実疎遠を理由とする上告の制限

§ 9 程度・量を表わす法概念の上告不能

§ 10 個別的法発見の場合の上告の制限 に分けられ、最後に要約された結論が示されている。以下順次紹介を試みよう。<sup>(2)</sup>

(1) ヘンケは本書をもってベルリン自由大学私講師からエランゲン・ニュルンベルク大学教授としてシュヴァーブ教授に招かれた。学問上のはげしい対立——ブローマイアーはその教科書を書く際にアンティ・ローゼンベルクを旗印にしたといわれ、シュヴァーブはその体系書中の難所を書き上げることにあるいは自らの思索のあとを返還する面持ちで、あるいは同意をしゅうようするかのように私を見す

えながらフィール・ベッサー・アルス・プローマイアーと自讃したものであった——にもかかわらず、シュヴァープがプローマイアーの秘蔵の弟子を招いたことは、西ドイツのアカデミアが、個人的な感情や利害・かけひきに左右されず、ひたすら自国の学問の発展を図るというあるべき姿を保っていることの証左であって——彼の地で学者としての修業をはじめてつみ、そのようなことに慣れ切った私に現在——いざさか羨望の念を禁じえないところである。

〈ンケは本書のあと Die Schmerzengeldtabelle, 135 S., München 1969 (これはこの研究ノートの次回に取上げる予定である) および ZRP に三つの論文を発表しているように極めて勤勉、かつまた大変な自信家であるが、プローマイアーの体系書の執筆をたすけただけあって民訴法上のあらゆる問題に精通し、その古典的教養の深さ、流暢な弁舌、行政能力の高さからみて、すでに第一級のプロフェッサーといつてよく(ただしその講義は優秀な学生でなければついていけないように見受けられた)、私としては——わが国で過少評価されている——ツオイナーとならんで今後の西ドイツの民訴法学の中心人物となるものと期待している。ンケは私に会うときまって "Gehen Sie vorwärts?" と尋ね、私の答えに満足と激励の表情を浮かべたものであったが、一九七〇年四月に移ったキール大学でどんな第三作を準備し、フォアンシュブルングを聞こうとし

ているのであろうか。

(2) なおンケはほかに Rechtsfrage oder Tatfrage — eine Frage ohne Antwort? (ZRP 81, 196 : 321) なる論文(一九六七年の国際・民事訴訟学会における報告)で本書と同じテーマを扱っているが内容的に重複するので、これには言及しない。

## B 紹介

### I 問題の所在

#### §1 序論・事実問題の歴史

1 ンケはまず、従来とられていた、上告可能かどうかを決定する「法律問題」「事実問題」という基準によっては、一方では法規範の内容をなし、他方その適用がだからといって上告可能とは断定し難い「不特定概念」(反公序良俗、信義誠実、過失、相当性など)の場合を解決しえないことを指摘し(9ff.)、以下つぎのように述べる。

2 判例は一八三三年の古くから不特定概念は事実問題であって上告審による審査に親しまないとし(15ff.)、ライヒスケリヒト

もその立場を踏襲した(18)。その変更のきざしは一九二五年に至ってはじめてあらわれ、RGは上告審が抽象的に法規の適用だけを審査の対象としていたのは適當ではないとし、事実審裁判官に不特定概念へのあてはめのために十分に審理を尽くすことを要求するようになったが、それ以上問題の発展をみたわけではなかった(19)。BGH、BAGも、過失については上告を認めるが、己ムコトヲ得ザル事由〔民<sub>法</sub> 628参照〕については認めない、というように混乱している(19, 12ff.)。

## § 2 上告規制の方法

1 どんな場合にも上告を許し、また許さないかを決定するのに、  
 ① 論理的(規制)方法(logische Methode)、② 寄与的方法(Leistungsmethode)、③ 目的論的方法(teleologische Methode)という三つの方法がある(20)。

2 論理的方法とは、法的概念へのあてはめが問題となっていれば上告可能な法律問題、自然的(法以前の)概念を問題としていれば事実認定ないし事実問題とする方法である(21)。これは法律問題が類型的性格をもち、同じ問題が反覆される可能性が強

いので、一応根拠があり、法典の上でもとられている区別であるが、正に当事者・事件の具体的状況を顧慮せねばならない不特定概念の場合には事案に疎遠(Sachferne)な上告審裁判所は十分な再審査ができないので上告に親しまないといわねばならず、論理的方法を補うべき基準が必要であるとしなければならぬのである(22)。

3 寄与的方法というのは刑訴法上唱えられているもので、事実調査を制限されている上告審裁判官が証拠調べを要せずに判断しうる(寄与しうる)場合には上告が可能、そうでない場合は不能とするもので(23)、不特定概念はここでは法律問題の場合もあれば事実問題の場合もあるということになる(24)。しかし、この区別は、重大事件について事実審が一回しか認められていたため上告審の再審査の幅を拡げざるをえない刑事上告審の特殊性を顧慮したものであり、また刑事のような厳格な口頭主義をとっていない民事では妥当しえないものといわなくてはならない(24)。

4 目的論的方法を唱える者はつぎのようにいう。事実認定は一定の法的観点の下になされるのであり、事実問題と法律問題は密接に関連していて分離されえないものである(25)。したがって、

上告の規制は判例の統一を図るといふ上告審の目的からなされるべきもので、将来判例の基準 (Richtlinien) となるような定型的な法律違反 (typische Rechtsvering) だけが上告されえ、法律問題であっても個々の事実においてのみ意味をもつ問題 (konkrete Rechtsfrage) は上告されないと解すべきである、とする (26ff.)。

5 しかし、目的論的方法是、判例の基準となるもの (Richtlinie) と個々の事案が機能的に相関係していることを見落すものである (37)。すなわち、不特定概念を適用するためには事案の比較を行うことが必要となるが、目的論的方法是その場合に認められる例示 (先例) 的効力 (果) (Beispielswirkung) を看過するものであり (38ff.)、また Richtlinie を抽象的につかまえる限りは十分な内容を伴うものとはならず、したがってその事後審査も不可能となるのである (41ff.)。本書が示すように、法律問題と事実問題は方法さえ正しく選べば明確に分離されるのであり (42)、したがって目的論的方法が明確な基準を一応示しうる論理的方法より優れているとはいえないのである (43f.)。

6 最近 Kuchinke が新たに目的論的方法を支持した。<sup>(2)</sup> クヒンケはその使用が事実問題となるとされていふ自然的概念と、裁判官が法的判断のために用いる法的概念を区別することは原則として

不可能であるとし (45)、そのことは事実認定がすでに法的観点をもってなされるものであり、法規へのあてはめが事実認定と同時になされることからみても明らかであるとする (46f.)。したがってクヒンケによれば、上告可能かどうかを決めるのは上告審の目的である法形成的機能に寄与する問題かどうかということであり (47)、不特定概念の場合はその審査をすることにより一般的な観点がえられるかどうかによって決せられる。ただし、これらの基準は一応のものであり、最終的には上告審裁判所が決定するところによる (48) という。

しかし、クヒンケの議論は主として速度違反のような単純な例を土台として立てられたものにすぎず (51)、また彼の考えによればあてはめは事実認定の中に埋没してしまふことになるが (50)、歴史的な事実の認定とそれによって可能となる裁判官の創造的活動であるあてはめとは区別されなければならないのであり (52)、とくにまたクヒンケが導いた上告規制を上告裁判所の判断にかからしめるという結論は、一義的・明白な基準を必要とする上告規制を見通しの立たない不明瞭なものにするものであって到底承認し難いものといわなければならない (53)。

7 ヘンケはあらましこのように述べ、従来の学説の欠陥は、不

特定概念に関する実体法上の、また方法論上の基礎的研究をなおざりにした点にあるとし、第Ⅱ部でその検討を行っている(63参照)。

## Ⅱ 基礎的考察——民事法における不特定概念

### §3 不特定概念

1 ヘンケはまず不特定概念の特徴として

- ① 開かれた構成要件を形づくること (55f.)
- ② それによって規範の具体化が裁判官に委ねられていることをあげ、不特定概念が使用される理由として、それが

① 個別的事案および社会情勢の変化に適應する能力をもって  
こなること (58f.)

② 個別的法発見の道を開くこと (62)

③ 社会倫理的要求を法の世界に導入し、実現させうること  
 (62f.)

④ 取引の慣行を顧慮させること (65ff.)  
 という四点を指摘する。

ついで彼は、不特定概念と特定概念がどの点で、またどのように区別されるかとの問題を検討し、概念は法適用のときにはじめて特定されるものであるから不特定概念なるものは存在しないという見解(メンガー) (68f.)は、概念の特定とあてはめの結果としての特定を混同するものであって採用し難いとし(70)「また、疑念をはさむ余地のない概念は存在しないから概念はすべて不特定概念であるという見方(イエシュ、ポール) (69f.)は、実用的——社会的課題を担いそれ故に日常的に明白に把握できれば十分である法律上の概念に、形而上的な、完璧な特定性を求めたという、方法論上の誤りをおかしたもので賛成できず(70f.)、結局特定と不特定の区別は実用的見地からなされるべきものであり、特定概念とは確定的一義的に定義づけられるもので法体系の構築を可能にし法的安定を保障する法秩序の構脚 (Geist der Rechtsordnung) すなわち法の静態的要素をなし(例えば成年、登記簿など)、不特定概念とは限界づけが困難で価値評価または経験に従って内容が定まるもので、法の可塑性、適応性を保つ法の動態的要素である、したがって両者の区別は量的なものではなく質的なものといえる(68, 72ff.)」としてこな。

2 ヘンケはまた不特定概念の構造についてつぎのように説明す

る。不特定概念は、流動的で明確でない限界をもつものであるが、全く無内容というわけではなく、定義づけはできないが例示的に説明しうる（例えば明白に暴行行為となり、またはならぬもの）一定の価値観をその中核とするものである。したがって不特定概念は、どの裁判官も一定の判断に到達すべき確定部分 (Bereich der Gewissheit) と、裁判官の判断によってはじめて確定される未確定部分から成ると把握される、という (76f., 78f.)。

3 つぎに彼は、不特定概念と(社会的)類型 (Typus)、類型概念 (Typenbegriff) の差異を明らかにする。すなわち、類型は裁判官が不特定概念を適用しようとする際に一応基準とするものであるが (82)、それは不特定概念の確定部分にのみ限り未確定部分には関係しないから不特定概念とは同一ではない (84)。

類型概念というのは、Entweder — Oder の判断を示す分割概念 (Klassenbegriff) と対立するもので、程度の差 (Mehr oder Weniger) を示すものであるが、それと並んで不特定概念の下位概念を構成する (85, 82, 81)。類型概念は(社会的)類型を基準として(例えば優良不可は可を基準として)構成されているがそれと同一物ではなく、その概念が類型的に、すなわち程度の差において使用される点に特色があるのであり (86c)、類型との

混同を防ぐため程度・量 の概念と呼ぶのが適切である (87) としている。

4 最後にヘンケは、倫理則と経験則も法適用の際には解釈規範として働くという見解 (イェリネク) に対し、社会倫理の複数性、それらがあてはめを可能とするほどの内容を備えていないことなどを根拠に反対し、倫理則と経験則は裁判官が法規を形成する場合の指導標であり、法適用の補助手段であるとみるべきこと (87f.)、また、それらに関し上告審のコントロールが及ぶことを結論するためにはなにもそれらが法規であるからという必要はなく、それらが判決三段論法の大前提の形成に影響を及ぼしうることさえ認識すれば十分であることを説いて (90f.)、不特定概念の基本的考察を終えている。

#### § 4 不特定概念の適用

1 ヘンケは不特定概念がどのように使用・適用されるかを明らかにするため、まず判決三段論法 (Syllogismus) の基本形態の検討を行っている。それによれば、

2 法的判断を下すに至った過程の叙述と検討のためには、法規



を大前提とし事実を小前提とする、定言的または仮言的、法的三段論法が必要である(94f.)。この三段論法も大前提と小前提の各構成要素である媒概念を通じてはじめて運用が可能となるが、その、法規中に定められている媒概念の内容に疑点が残る限り三段論法は運用できないことになる(95f.)。かくして不特定概念の適用の難しさは、法規の発見にあるというよりはむしろ法規の媒概念(「不特定概念」)の内容の具体化という点にあることが判明する(96)。

かつて法的(判決)三段論法説に対して、法の発見は直観的なものであるという批判がくわえられた(97)。しかし、いずれにせよ、判決の正当性の検証を容易にするという点に三段論法の有用性があることは疑いのないところであり、その価値を否定することはできないと考えられる。これは不特定概念の場合にもあてはまるが、そのことは裁判官が当該事件の具体的法律問題について一般的な意味をもつ大前提を形成しなければならぬことを意味するであろう(100)。もっともそうはいってもこの形成は不特定概念の確定部分についてのみ可能であり、多数の細かな事情によって判断が下される未確定部分については性質上あらゆる事情を列挙した大前提を形成せざるをえないことになる(101)。しか

し、大前提はその妥当範囲を明確にしておくことが望ましいので、実務は一般的な言明を抽出してそれを大前提とし、個別的事案と関連する解釈の続行は小前提で行なうというような分離を行うようになった(4) (緩和された三段論法 (aufgelockertem Syllogismus) (102ff.))。

これに対しエッシュは、不特定概念の場合でもあてはめは大前提の法概念と小前提の事実概念が一致した場合のみ可能であるとする(厳格な三段論法 (strenger Syllogismus) (104f.))。しかしこれは、あてはめが裁判官が口頭弁論における個人的認識・印象という不可量物(Imponderabilien)によってなされるという場合があることを説明できず、またそれによれば事実審判官が不可量物を使用した場合には上告審のコントロールに服さぬ解釈の自由をもつことになるが、それではあらゆる大前提を審査するという上告の目的に反することになって適当ではないといわなければならぬ(105f.)。

さきに述べた緩和された三段論法にあつては、大前提における解釈の誤りと小前提におけるあてはめの誤りを区別しなければならぬ。前者は、その解釈がその地方の特殊性から導かれるものでない限りは(§ 8 23 を参照)常に上告可能であり、後

者の場合はあてはめの射程と上告審によるコントロールの可能性如何によりその上告の可否が決定されることになる(106)。

3 ここに述べた、抽出された大前提は明確な尺度を示しえないという欠点をもつ。そこで裁判官のするあてはめを安定あるものとし、判例の継続性を保障するために先例との比較(Fallevorgleichung)が必要不可欠となる(107f.; その具体例110ff.)。

4 不特定概念の場合に裁判官が大前提を形成しうるとすれば、それでもなお「法規(大前提)の解釈」と「あてはめ」ということがいえるか、という問題がある(110f.)。すなわち、方法論なしいしは論理的正確性の見地から、不特定概念についても裁判官が社会的価値観、秩序観に拘束される法の「解釈」(Auslegung)と、そういう拘束がなく裁判官が自由に大前提を形成しうる法の「充填」(Ausfüllung)を区別すべきであると主張され(オールマー)(117ff.)、あるいはまた不特定概念の内容の確定のために必要な社会的基準を明らかにすることが「解釈」であり、先例比較の援けをかりてなされる、個々の事案の方を向いた解釈の続行は「具体化」(Konkretisierung)と呼ばれるべきで、その間にあてはめを論ずる余地はない(ラーレンツ)(120)、という見解があるので、ここでこの点を論じておこう。

まず前者についていえば、両者の区別がどこにひかれるのかが明確ではないし、また論者においても両者でとられるべき方法に区別が設けられているわけではなく、さらにはまた裁判官は当該事件のためだけではなく、一般的に意味をもつように大前提を形成すべきであるから、そこにいわゆる解釈と充填の区別はその限りでは意味がない(120ff.)。したがって、両者はむしろ同義語として把握すべきであると考えられる(122, 120)。

つぎに後者についていえば、裁判官が先例比較を通じて一般的——抽象的判断に至るならば、不特定概念の場合も特定概念の場合と同じようにあてはめを論ずることが可能となるのであり、そのあてはめが論理的あてはめではなく法適用の合理性の担保のためのものであることを弁えれば、なおそれを維持すべきことに障害はないといわなくてはならない。かくして、解釈とあてはめという概念はなお有用なものとして使用に耐えるのである(121f.)。

5 緩和された三段論法の場合においては、大前提の誤りと小前提の誤りを区別しなければならない(125f.)。上告の問題にとつて重要な大前提の誤りは、法規の誤解、法規に関係する経験則・倫理則の誤解、重要な事実の不十分な評価から生ずる(124ff.)。経験則等の誤解がひろく上告理由として問題となるのは、その

誤解が正しくない大前提を形成せしめることになり、それ故に法令違反そのものと全く同様の効果を惹起する点に求められる(25ff.)。また、重要な事実の不十分な評価が上告理由となるのも、不特定概念の場合にはそれが事態に適合しない大前提を形成することになることにもとづく(28f.)。したがって、逆に大前提に影響を及ぼさない事実の看過誤認は小前提のあてはめの誤りにすぎないことになる(129)。

これらの二つの誤りは、あてはめの正当・不当の検証を経ることなく確知しうる直接的解釈の誤り(ein unmittelbarer Interpretationsfehler)と、あてはめの検討から判明する間接的解釈の誤り(ein mittelbarer Interpretationsfehler)の二つに分けることができる(32)。後者は、大前提それ自体には誤りはなく、それに引続く小前提の過程に欠陥がある点に特色があり、いわば解釈とあてはめが密接に関係し合う場合と違ってよい(32f.)。しかしこの場合でも、上告審は、「大前提・小前提の」概念の誤った把握を是正するために介入しうると解すべきである(33)。

6 小前提の誤りは、正しく定められた大前提にも拘らず事実の具体的評価を誤った場合、訴訟資料の不十分な評価、事実の矛盾

した評価のような思考法則の誤り、事実認定と法的評価の混合、から生ずる(34, 136f., 129ff.)。

事実の具体的評価の誤りは法的誤り(Reduzierfehler)に属するが、必ずしも常に上告理由としての法令違反となるわけではなく(すなわち実体法の観点からみての誤りにすぎない)、上告可能かどうかは別の観点から決定される(33)。訴訟資料の不十分な評価は、前段5で述べた場合以外の場合で、小前提における問題をいい、それは解釈の誤りではなく、あてはめの(実体法からみての)誤りである(35)。

## § 5 事実認定と法的評価の論理的——概念的區別

1 不特定概念についての基礎的研究の最後のパラグラフは表記のような問題の検討にあてられている。ヘンケのいうところを聞こう。

2 上告可能な法的評価と上告不能な事実認定をどう區別するか、は大いに争いのあるところである。この區別の問題(Trennung)は、理論上のそれと、事実認定が法的判断と密接な関係の下に行われているところ(事実認定と法的評価の併進)から

生ずる事実上のそれに分けることができる(138f.)。

3 論理的―概念的区別の必要性は、現行の上告制度がそういう区別をとっていることのほかに、その区別が法適用の際に一般的に要求されていることにもとづく(139)。事実認定と法的判断の併進がみられることは否定しうべくもないが、事実認定と法的評価を分離し区別することは、とくに不特定概念の場合には裁判官が感情の赴くままに判決を下す危険を防ぎ、またそれに対し上告審の再審査を可能とするために必要とされるのである(138ff.)。

4 この論理的―概念的区別のために事実認定(Tatsachenfeststellung)と事実評価(Tatsachenbewertung)という区別、あるいはまた、事実認定と法的評価(rechtliche Würdigung)という区別が唱えられている。前者は、訴訟資料の調査が事実認定で、それに対する判断が事実評価であるとし、事実問題と法律問題の区別が困難であると思われる領域(あてはめ、価値(格)判断など)にも上告審の審査を及ぼそう(マンハイム)とするものである(142f.)。しかし、その区別は、あらゆる事実認定が認識論的に何らかの判断・評価と結びついていることを見落すものであって正当なものとはいえない。伝統的な「法的」評価という基準が今

日でもなお有効であることは、本書が後に示すところである(144ff.)。

後者は、ある判断が法以前の、自然的大前提(概念)へのあてはめによってなされるときは事実認定、法的大前提(概念)のときは法的評価であるとするもので、事実問題・法律問題をより厳密に言いなおしたものと違ってよい(145)。この区別はつぎの認識に支えられたものである。第一に、事実認定と法的判断とは結論を下すための出発点が異なるということである。すなわち、事実判断(Tatsachenurteil)は当事者・証人が媒介した、日常語すなわち自然的概念によって表現される、意味の感知から出発してなされる感知判断・想起判断(Wahrnehmungs- oder Erinnerungsurteil)であり、法的判断は法的大前提の抽象的な法概念から出発してなされる概念判断(Begriffsurteil)である(146)。第二に法的概念は法が人の日常生活を規律するものであるために日常用語をもって構成されるが、立法者や裁判官はそれに自然的概念(日常用語)とは異った意味を与えようという特色をもつ(146f.)。第三に、法的評価は本来的には一定の生活関係の規制という利益によって行われるものであるのに対し、事実認定は本来価値判断から解放された、現実の認識という利益のためにな

されるところの違いが認められる。

法律問題が上告可能であるのは法が概念を創造していく性格 (Begriffsschöpferischer Charakter) をもつことにとづく。現行法がとっている自然的概念と法的概念という論理的な区別は、反対論者がいような概念法学的なものではなく、概念—目的論的なものである。上告の領域では論理と目的論は何ら矛盾するものではない。(147)。

5 以上に述べたように論理的—概念的区別を維持することが適当と考えられるが、しかしそのことは実際にその区別が容易であることを意味するものではない。この区別の困難は、法概念が自然概念と結びついているために生ずる理論上の区別の困難 (die rechtstheoretische Komplikation der Trennung) と、裁判官の法適用の現場で論理的な区別の基準 (Postulat) を実践するにあたっての、実際上の区別の困難 (die praktische K. d. T.) の二つの局面において生ずる (148f.)。

6 [理論上の、区別の困難] は、① 同義性の故に生ずる困難、② 非法律的評価 (または非法律的規範) に依存する空白規定から生ずる困難、③ 一応の証明 (prima-facie Beweis) から生ずる困難、の三つの場合に現われると考えられる (150)。

(1) 法的概念が自然的概念と同一のものであるときは法的評価と事実認定を区別することができず、したがって法律問題に限って上告できるとはいえない、という見解 (オェルトマン、とくにラートブルッフらの同一性説) がある (150ff.)。たしかに法適用の現場では両者の区別が認められないような外観を呈することが少くないが、しかしそれは裁判官が判決の発見とその理由づけに関する思考過程を簡潔に経済的に表現しただけであり、論理的な区別が遂行できぬことを意味するものではないのである (153ff.)。すなわち、両者は「何が起ったか?」という問いと、「それが法的にどう評価されるか?」との問いを発してみれば、たるところに分離・区別されるものである。この同一性説の根本的な誤りは、結局言葉の上の同義性を内容の同一性とみなした点にあることになろう。同一性説は非学問的思考ないし概念が十分な特定性・明確性を備えていると過大評価したものといわなくてはならず、法概念が、例えば「知リタルトキ」[民 8774 参照] の内容をみれば判るように、法規定の目的に沿った、特殊・法律的な内容を担わされていることを看過してはならないのである (154ff.)。

(2) 法律が法律外にある価値判断 (社会倫理則) の参酌を指示し

ている場合には、裁判官の主観を現実に投影することになって事実認定と法的評価が錯綜するようにみえる(158ff.)。しかし、社会倫理の諸原則はそれに対するあてはめが可能なほど内容が特定しているわけではなく、しかも法は、「良」俗、取引きに「必要な」注意というように、社会的実在を批判的に評価することを裁判官に命じているのである。若干問題となるようにみえるのは、法が社会的当為ではなく社会的実在の参照を指示している場合(例えば「取引上の慣習」(§151 BGB 民 §526 II)の如し)でも法的評価ということがいえるかということであるが(161)、この場合にも社会的実在といえるためにはどんな条件が必要かという問題があり、その判断はなお法的評価といわなくてはならないのである(162f.)。

この(2)の場合で事実問題と法律問題が錯綜し分離できない状態になるのは、エンギッシュによれば、裁判官が、④ 最初から特定の資料にのみもついで法律外の価値を判断しようとしている場合、⑤ 自ら鑑定人の役割を演じて倫理則の内容を決定する場合、⑥ 学説・判例に依拠した場合、⑦ 個人的価値判断を下した場合、⑧ の四つであるという(165)。しかし、⑨ について例えば資料の制限自体がすでに法的価値判断であり(165f.)、⑩ の場合

は裁判官が鑑定人として倫理則を訴訟に持込んだことに着目すれば事実問題と法律問題は容易に区別できるのである(166f.)。③の学説・判例の調査は精神的実在の認識であるから事実問題であり、それを吟味しそれによって大前提を形成することになればそれは法律問題となると解され(167f.)、④の場合は裁判官が個人的に共感を覚えた鑑定人がした行動に比することができ、その陳述と評価の二つが同様に区別されるのである(168f.)。

(3) 一応の証明<sup>(6)</sup>についてヴァッサーマイヤーが経験則から直接法律状態(例えば帰責事由)そのものを帰結する権利証明であると(169f.)、もしそうとすれば前述の区別はつかないことだろう。しかし、帰責事由という概念そのものが賠償義務を基礎づけるのではなく、ある一定の事実関係、すなわち一応の証明の場合には具体的にこれとは特定できないが、存在自体は疑いなく認められる何らかの義務違反行為(*irgendeine Pflichtverletzung*、*handlung*)がそれを基礎づけるのであり、したがってこれを証明する「一応の証明」は純然たる事実証明の問題であるといわねばならないのである(170f.)。判決文において、一応の証明により証明された事実をあてはめが行われたかどうか判らないほど簡略に書かれることがあるとしても、それは事実問題と法律問題が

論理的に区別できないということを結論するものではない(171)。

7 「實際上の、区別の困難」は、① 事案の中から重要な事実を選び出す際、② 判決文の中で簡略な叙述がなされた場合、③ 判決中で諸般の事情を一つ一つ拾い上げて認定しておかない場合、という三つの場合から生ずる(172)。

(1) 裁判官の事実認定は無計画になされるのではなく、法的に重要な事実とそうでない事実を区別しつつなされるが、その場合事実問題と法律問題は当該の規範を通じて、論理的にはないが認識論的または法的理由から結合されているようにみえ、またそう唱える見解も少くない(ルンプフ、シュヴィンゲ、クヒンケ、エッサーなど)(173)。

たしかに法律上の事実関係(II認定された、判決理由を構成する事実)を固定するまでの間に、裁判官の前にある事実が法的観点を選ばせ、またその観点が事実収集に影響するという相関関係が認められる(174)。しかし、このみかけの上の結合は、重要とみなしていた事実の再度の考察が必要となった場合についてでも、三段論法的に整理し、一貫して説明できるかということの検討(Schlusskreisprüfung)をすれば、直ちに分離されうるもの

なのである(175)。さらにはまた、厳密に言えば認定事実の収集はあてはめのための準備的作業にすぎず、通常はその収集事実の中には根拠なく先取りされた「あてはめの結果」を疑問に思わせる事実も含まれているのであり、その場合裁判官は事案をあらためて法的に再検討することになるであろう。そのうえ裁判官は、その判断に客観性をもたせるため、判決中に事実摘示を(すなわち客観的に重要な事実をすべて指摘)しなければならぬのである。そのことは裁判官に上記の再検討を強制するものであるといつてよい。かくして前記の見解は十分とはいえず、ここでの錯綜はたんなる仮象問題にすぎない(176)。

(2) 判決文中、例えば「買収を受けた」と書かれることが少なくないが、これは事実問題と法律問題が錯綜する外観を呈するにすぎず、両者を分離することは可能である。したがってこの場合もたんなる仮象問題である(176)。

(3) 以上に対し、不特定概念にあてはめるべき事実関係は極めて多種多様で日常用語をもってしては十分に捕捉できず、適確に表現できないことがある。この場合裁判官は法的概念でそれらの事情一切を要約してとらえるほかはないが、そのときには事実問題と法律問題は三段論法の小前提の中で十分には分離し区別できない

いといわねばならない(177ff., 186f.)。これは、法が自然科学的な精密な概念ではなくて日常用語で構成され、かつまた這般の事情という、多数の微細な小事実から成立している不可量物と関係する不特定概念(例えば「行為ノ責任ヲ弁識スルニ足ルベキ知能」[民 8 712]、「美術ノ範圍ニ属スル著作物」[著作権法 8 1]など)を使用している以上は避けられないところなのである(178ff.)。

8 さて、自然的概念と法的概念の差異、および事実関係と法律問題を論理的に区別しうることは、第一に、この区別に関する目的論的方法[§ 2 1, 4 参照]が根拠のないものであり、われわれは現行法上とられている論理的方法による区別を維持しつつ、立法者が知らなかった限界事例についてその基盤の上に立つて考察をすすめ修正を施せばよいことを示すものであり(8ff.)、第二に、上告審が限定された特定の法律問題だけを審理しうるとするならば、事実問題という概念は不正確かつ不適當であり、法律問題が上告不能である場合をも含めて統一的に表現するために「事実審裁判官の専断事項 (Beurteilungsspielraum des Tatsichrens)」とて言葉を用いるべきことを示すものといつてよい(188ff.)。

### III 不特定概念の上告可能性

#### § 6 不特定概念上告可能の原則

1 不特定概念の上告可能性の問題は、不特定概念に関する判断が当該事件にとつてのみ意味をもつにすぎないことがあるので、上告制度がもつばら上告人の利益(私益)のためのものか、あるいは判例の統一という一般の利益のためのものかという、上告制度の目的如何の問題と無縁ではありえない(91, 194f.)。上告制度のこの二つの目的は同一のものではないのでどちらか一方が優位に立つと考えられるが、両者が全く同列にあるという見解がある(ザルシュテット、イェシュ)(92)。しかし、この考えは、一般的正義の方向と個別的正義の方向の間に存する立論の (methodische) 差異を軽視し、また、限られた人員で判例を統一しなければならぬとすれば負担過重となり、多数の人員で広く上告の目的を實現しようとするれば裁判の統一を図りえないというように、上告審の実際上の機能 (Leistungsfähigkeit der Revision) から生ずる限界を見落すものと批判しなければならない(192ff.)。



2 ヘンケは冒頭にこのように述べ、実定法上の制度である上告制度の目的の検討のためには、その歴史的検討と実際上の機能の研究が必要であるとし、まず詳細な歴史的研究を行い(195—222)つぎの結論をえている。

無制限に再審査を申立て得、したがって申立人の権利救済にも大きなウェイトをおいていた無効抗告にくらべ、上告は当初(A GO)から個人の救済は法的統一という一般の利益と一致する場合に限って顧慮されるという考えのもとに規制され、かつまた次第に上告制限を強化して判例統一のための手段としての性格を強めづつた(199f., 203, 204f., 206, 208f., 211f., 214f., 220f., 222)。このことの証左として、これまで採られかつ現在にいたつてゐるつぎの上告制限をあげることができ(222)。

上告制限額が1500 M から15000 DM に引上げられたこと(209, 213, 214f., 217f., 220f., なお196f., 198f.を参照)。  
重要な法律問題を含まない婚姻事件の上告の制限(218f.: 209 ff., 221参照)。

通常の管轄に関する上告の禁止(215, 217)。

国家賠償訴訟における一般的上告許容(国庫優位の除去(22))。  
保全処分に対する上告の禁止(217)。

上告理由の提出強制(215, なお207参照)。

上告理由提出期間徒過後の提出の失権(215)。

上告手続きの適法性に関する弁論の申立権の削除(216)。

上告による遮断の効果の制限(217)。

3 以上のような検討の上になつて、ヘンケは、上告制度は当事者のためにあり、上告審裁判所を一つにすることだけが判例の統一に役立つという見解(ヴァルスマン)は、上告制度が当初から特定の事件のみを審理の対象とする選抜主義(Ausleseprinzip)をとっているものであることを看過するものである(223)。<sup>7)</sup>また、上告制限額は上告審の負担を軽減することだけを目的とし、判例統一が当事者の利益より優先することを表明したものではないというみかた(クヒンケ)は、制限額の制度が採用された経緯を知らず、その上負担軽減のためには上告審裁判官の増員を図ればよいが、それが正に判例の不統一をもたらすがために採用されなかつたことを忘れてゐるものであつて適当ではない(223f.)<sup>8)</sup>というように、上告制度が当事者の利益のためにあるという見解を斥けている。

4 つぎに上告審の機能の観点からみた特定概念・不特定概念の適用についてヘンケは以下のようにいう。立法者が、あらゆる

法律問題を上告可能としていたことは疑いのないところであり、その際特定概念と不特定概念の区別も、抽象的法発見（解釈）と具体的法発見（あてはめ）の差別も設けてはいない。したがって、あてはめが事実審裁判官の専断事項とはいえないこともありうるのであり、その場合には実定法の建前が「部分的または二次的」に修正される必要があるということになる。

こういった修正の必要は、しかし特定概念の場合には認められない。何故なら、特定概念に関する当該事件の法律問題は常に個々の事件を越えた一般的な意味をもつ法律問題を提示するのであり、ここでは不特定概念の場合のような緩和された三段論法は存在しないからである（226）。

これに対し、不特定概念の再審査は問題である。何故なら具体的事案と照らし合わせながらなされる法の発見は、大前提における不特定概念の解釈と、小前提における、その解釈を具体的事案と対比しつつ続行・発展させて得られる価値判断を含み、したがってたんなる「論理的」三段論法の運用とは異なる法的判断、の二つから行われることが多いからである。思うに、まず大前提は一般的な影響力があるので、上告審によるその審査が適当かつ必要であることに疑いはないであろう。しかし、小前提におけるあ

てはめは、その審査が訴訟資料の再度の徹底的な検討を前提とし、上告審が一般的に意味をもたない事項に労力を費すことになるので、困難な問題をなげかける。そこで目的論的方法の立場から不特定概念に関する具体的法律問題について上告は許されないという考えが主張されているが（シュヴァインゲ）、それはあてはめとしてなされている個別的事情の評価が先例比較の方法により他の事件にも応用され、意味をもつものであり、それ故に概念の解釈の前段階として上告審のコントロールを要請するものであることを見落すものである（227）。

また、BAGは、あてはめが明らかにおかしいと思われる場合以外は上告審の審査が及ぼないとしている（228）。たしかに具体的事件の評価如何によっていくつかの見解が並び立ちうるような場合がありうるが、しかしだからといって上告審がいつでも下級審の評価をそのまま容認すべきであるというならば、それは誤りであるといわなければならない。すなわち、ここでは不特定概念のあてはめに関する判例にも例示的效果（Beispielwirkung）があることが看過され、またそういった判例法の統一を図ることが断念されているのであって適当ではなく、さらにはBAG自体も個々の判例ではその立場を放棄していることが少くないのである

(229f.)

以上のように、不特定概念は、上告審が事案疎遠 (Schlörne) であるとか、それに例示的效果がないといったような特定の場合を除き、具体的 (すなわち具体的法的評価の再審査のために) かつ一般的に上告可能であると解すべきである (229)。したがって、現行の上告制度は、事実認定と法的評価という分類の点でも、また、一般的な不特定概念の上告の許可が法的統一と当事者の利益の双方を満足させるので、そういった目的論的見地からしても、正当なものであり、そのまま維持してよいと考えられるのである (230)。

5 以上のテーゼを具体例によって示そう。その場合には、(不特定) 価値概念と (不特定) 経験概念という分類によることが便宜であるのでその順序で説明する (231)。

## 6 [価値概念]

③ 「過失」 (§ 276 BGB [民 § 415 (帰責事由)] 参照) があるかどうかの判断は、具体的——一般的判断すなわち債務者が陥っていた状況を素材とし、しかしまた債務者の主観によるものではなく一般的な基準によって判断されることであるから、具体的に上告審によって再審理されると解すべきであり、判例も古

くからこの結論を認めている (232)。もっとも、その判断が事案疎遠の上告審には判らない、事件が生じた地方の状況、検証の際の印象にかかるとき、あるいはまた軽過失・重過失というような程度概念 (Intensitätsstufen) が問題となるときは、例外的に上告はできないと解すべきである。

④ 「公序良俗」 (§§ 138, 242 BGB) についても過失の場合と全く同様のことがいえる。これに関する上告審判決には例示的効力があるので、あてはめも一般に上告できると解すべきである (233)。これらの結論は今日では判例学説の認めるところである (234)。

⑤ 以上に述べたことは、不正競争防止法上の「(反) 公序良俗」 (§ 1 UWG [なお独禁法 § 2 III (不当に(な)) を参照]) にもあてはまり、その判断が利益較量にかかるとしてもあてはめに一般的な効果があるので事実審裁判官の裁量にのみ委ねることはできないのである (235)。

⑥ 「信義則」 (§§ 242 BGB [民 §§ 415, 1 II])。実務上行われている具体的——一般的法発見の方法により、信義則を三つの機能、すなわち、① 類型的な附随義務を定めることによる契約内容の補充、② 信義に反する権利行使の禁止 (悪意の抗

弁)、③ 給付義務の、変動した行為基礎への適合化、に分類することができ(236)。さて類型的な尺度により行なわれる評価を広く上告可能とすることは、事実審のばらばらな判断を防ぎ素材を体系的に整理するのに役立つであろう。したがって、①②の場合に上告を認める実務は正当なものとして支持すべきであろう(237)。判例は③についても上告審の審査が及ぶとしているが(238)、そのうち履行の期待可能性(Zunutbarkeit)は一般的な尺度で判断すべきことであるからそれとよとして、給付と反対給付の均衡が著しく破られたことという要件は相対的に妥当する尺度によってしか測定できず、その判断には例示的效果がないので上告できないと解すべきであろう(239)。

◎ 「一般的人格権」という概念が実際にどう用いられるかについては争いがあり、その内容は利益較量によってのみ決せられるという見解(フープマン)(241)、絶対権として一般的に、特定した内容を与えるべきであるという考え(エンネクツエルス—ニッパードイ)、そしてまた取引の慣行、社会的相当性の観点から一般的な限界が定められ、その中でさらに事案ごとの利益較量によって限定されるという折衷説(ラーレンツ)がある。思うに前二者の見解は一方的すぎよう。不特定概念としての一般的

人格権についても確定領域と未確定領域が区別されるのであり[§ 3 2参照](242)、利益較量説は何人も異論のない、一般的法発見が可能な場合を見落すものであるし(242f)、また特定説はその概念に個々の事案における利益較量によってはじめて明らかとなる不明確な部分があることを忘れるものであって適当ではない。かくして、その概念の確定部分では構成要件としての言明(隠し録音は常に人格権を侵害する)は、基準設定効力(果)(Rüchinerwirkung)をもつので常に上告可能であり(243)、具体的な違法性の判断(録音者に正当な利益が認められなかった)は例示的効力の故に同様に上告理由となる(243c)。また、未確定部分では上記の言明と判断は同時になされ、それが例示的効力をもつので上告理由となるのである(244)。

① 価値概念と経験概念の中間領域に「因果関係」概念がある。すなわち、行為の結果に対する責任の有無を規範の保護目的または規範の違反と損害の間の違法関係によって因果関係の存否を決めるなら、それは価値概念となり、他方因果関係を相当因果関係説で判断するならば経験概念となるのである。

この因果の上告可能性については、全面肯定説、一部肯定説、全面否定説が対立している(245)。まず、非法律的な、自然科学

的因果関係の認定は事実問題に属し、自由心証主義(§ 286, 287 ZPO)により保障された事実審裁判官の専断事項であると解される。これに対して、自然的因果関係が行為者に帰せしめられるか、それとも行為者が、責任の問題と関りなく、稀有の、または規範の保護範囲外にある結果から解放されるか、に関する判断は法律問題で、保護目的説をとるか相当因果関係説に与するかの場合に関らず、常に上告可能である(246)。また、規範の保護目的に関する判断は法の解釈の問題であり、基準となる効果をもつの上告理由となり(246f)、裁判官が保護目的を特定できず不特定概念をもって記述するときは、あてはめの結果が例示的効力をもつので上告理由となると解されるのである(247)。また因果関係の「相当性」の判断は、実体法に従って一般的な方法(この種の行為は経験上この種の結果を惹起するという言明)のたすけをかりてなされるので、その判断に対し上告が認められる根拠は、それが基準設定の効果と例示的效果の両者をもつ点に求めることができる(247f)。

## 7 「経験概念」

⑥ 「占有」(の有無)は、時々の社会的情勢や経験則などを顧慮して定められる、経験概念である(248f)。この顧慮の必要

は従来過大視されて、裁判官も占有概念の判断には主体的には參與できないと解されてきた(249)。しかし、占有の概念「われわれに即していえば「持つ」という概念」は日常用語としても多義的であるほか、何よりもまず法律上の概念なのであって、裁判官が一般に妥当している「と認められる」経験則(社会的実態)を評価して埋めねばならぬ空白概念(Blankebegriff)であり、それ故に上告可能と考えられねばならないのである(250f)。

⑦ 「混同を生ずる真れ」(§ 16 UWG, § 31 WZG [不競法 § 1-1, 2 など]、商標法 § 41, 15 参照)があるかどうかの判断は、大前提に関するので法律問題に属する(251f)。もっとも、目的物の視覚的、聴覚的、連想的全体印象は日常語では十分に表現できないので事実認定と法的評価との錯綜がみられることがありえよう(252)。けれども、この種の事件では目的物の形状説明は記録中になされているので、上告審は事実疎遠とはいえず、その再審査を妨げるべき事情は存在しないのである(253)。

⑧ 「取引上重要な」錯誤 (§ 119 II BGB [民 § 95 「要素ノ」錯誤])の場合も特段の合意がない限り通常の取引を基準として決定され、上告審判決に例示的効力があるので限定

なしに上告理由となる、と解される(254ff.)。

8 以上の検討によりつぎの結論が下される。

(1) 当該事件で不特定概念が一般的な基準によって判断されるときは、その判断は特殊な場合を除き常に上告審の審査に服する。

(2) 上告理由としての法令違背は、上告審判決がその基準設定効果または例示の効果により、事実審裁判官が法規を誤って適用したことを明らかにしうる場合に、存在する。

(3) 以上の原則に例外がないではない。これについてはなお(§7以下)検討する必要がある(256f.)。

### §7 不特定概念の上告を限定する諸原則

1 ヘンケはまず、上告の途を開いておかねばならない領域としてこれまでの検討を要約して示しているが(258-261)、われわれがとくに注意しておかねばならないのは、彼が、小前提における事実関係の不十分な評価、思考法則の違反、あてはめにおける

事実問題と法律問題の不十分な分離等の、一定のあてはめの誤り(qualifizierte Subsumtionsfehler)は法発見の方法の誤りを来た

すので上告審の審査に服する、としていること(260)であらう。

2 そこでヘンケは、不特定概念についての上告の制限が問題となるのは、正しい方法によって到達されたあてはめの結果に関してであり(262)、それは具体的には、第三審の負担軽減を図る必要があること(外部的要因)と上告審判決に基準設定または例示

的效果がないために上告を許しても上告の目的が達成されえない場合があること(内部的要因)の二面においてあらわれる(261f., 266ff.)。事実審の法の見解が一応存在しうる場合にはその權威を維持させるため上告を制限すべきであるという見解(ペーター

ス)、またそのような場合には事実審の裁量領域内の問題であり法令違背はないという見解(クヒンケなど)があるが、前者は、上告審判決にはより權威があるものであるから、妥当ではなく

(262ff.)、後者は、事実審の裁量領域なるものは上告が許されないこととなる結果であつて、それが上告不能の原因となるとはいえないから、同様に失当である(264ff.)という。

3 ヘンケによれば、例示的効力がないために上告が制限されるのは、上告審の事実疎遠(§8)、程度・量に関する法律問題(§

9)、個別的尺度による判断(§10)の三つの場合であり、これらには以下に詳述される(268f.)。

彼によればさらに、これらの事実審のあてはめが上告審の審査に服さないということは、これらの事項が事実審裁判官の専断事項であることを意味するものではない。それは前述したようにむしろ結果としていえることであり、あてはめの方法やあてはめが明らかに誤りである場合には上告審は介入しそれを審査できるといわなくてはならない(269)。上告審はいかなる場合でも適用された大前提と適用された判断の方法の統一を図る課題を負わされているのである(270)。なおまた、例示的効力が欠けている場合であっても、上告審が破棄自判しうる場合には前記の上告審による再審理の制限は問題とならないことは当然である(271)。

## § 8 上告審の事実疎遠を理由とする上告の制限

1 ヘンケは本節以下で上告が制限される事例について述べている。その説くところに耳を傾けよう。

2 上告審の事実疎遠には、あてはめの際に当該の地方の特殊性(習慣、禁止等)が決定的な役割を果す場合と、事実審裁判官が、上告審には判らない、当事者・物・場所などの個人的印象にもとづいてあてはめをする場合の二つがある。

3 前者の場合に上告を制限するのは、その場合上告審の裁判官・弁護士(「西ドイツでは上告専門弁護士制度がとられている」)に下級審のそれと同等以上の判断を期待しえないからであり(273)、またこの種の問題が一般的意味をもたず他の事件に影響を及ぼしえないことにもとづく(274)。例えば、イムミシオーソンの成否がかかっているその土地の事情(Ortsüblichkeit)(§ 906 BGB)、凍結歩道安全保持義務(Straupflicht)の存否の判断がこれに属する(275)。

4 個人的印象という不可量物が表現の手段としての日常用語の不完全さから生ずることは前述したとおりであるが(§ 5 7(3) 参照)(275)、この場合には事実認定と法的評価が分離できず、このため上告審の事実疎遠が発生するのである(276)。ただし、事実審裁判官が上告を免れようとして判決の基礎となるべき事実とあてはめを、その分離ができるにもかかわらず合体させたような場合には、その判決が上告審によって破棄されるこというまでもあるまい(276f)。

## § 9 程度・量を表わす法概念の上告不能

1 軽過失——過失——重過失というように、両極端が全く対立するがその間で連続的流動的な程度を表わす法概念 (Rechtsbegriff des Grades)」、対立する二つの利益のそれぞれ異った大きさに関係する量を表わす法概念 (Rechtsbegriff des Masse) が上告不能である根拠は、それらが個々の事件に特有の諸々の事実を比較参照しながら判断・適用される点に求められる (279f.)。

2 前者にあっては裁判官は、たんに過失があつたかどうかの判断をする際には必要のない、より細かい事情を探究しなければならぬことが多い (280f.)。このため、仮にその概念について上告が許されるとしても上告審の判例は全体としてまったくつかみどころのないことになり、また概念相互間の区別について上告審判決といえども事実審のそれよりも説得力ある根拠を示しえないということになるのである (281f.)。このようにこの概念に関する上告審判決には例示的効力がないので上告は認められないといわなくてはならない (281f.)。

3 この概念の例としては、重過失 (§§ 277, 932, 1207 B.G.B. 等) (283)、美術作品・工芸作品と意匠 (§§ 1, 2 Kunstschutz G, § 1 Geschmacksmuster G) [わが国の例でいえば、美術の範囲に属するもの (著作権法 § 2) と意匠 (意匠法 § 21)]、さらには

また発明 (特許法 § 21) と考案 (実用新案法 § 21) も (284)、心神喪失の常況と心神耗弱 (287) などあげうる。ただし、美術作品とありきたりの絵との区別が問題となっている場合は、その判断に対し上告を申立てうる (286)。

4 後者すなわち量の概念は事案毎に異なる相対的な基準によって判断され、またそれはその多寡について上告審により説得力ある判断を期待できないところの、量の測定・判断を必要とし、上告審判決に例示的効力がないので上告不能と解さねばならない (288f.)。その例として、過失相殺の判断 (290f.)、公平な慰謝料の決定 (291f.)、不当競争 (なお、不当な対価 (独禁法 § 212) などを参照) (292)、相当 (な期間) (民法 § 54)、正当 (な補償) [憲法 § 29 Ⅲ] (293) などに関する判断をあげよう。ただし、例えば公平な慰謝料の概念の把握を誤ったとしかいえないような場合には、上告審は介入し再審査できると解すべきである (292)。

### § 10 個別的な法発見の場合の上告の制限

1 裁判官が当該事件に特有の、他の事件では生じしえない事実



関係、例えば離婚事件において微細な、他の事件には参考とならない事実について判断しなければならぬときを個別的法発見といひ、原則として上告審の審査に服さないと解される(297)。これは同時に上告審の事案疎遠を結果することが多いが、事実審裁判官の個人的印象にもとづくというよりは裁判官に事件の性質上特有の事実関係への没入を強いる点に特色があり、それとは区別されねばならない(296)。同様に、これは大前提における一般的基準とならんで小前提において個別的な基準が適用される点に特色があるので、あてはめが一般的な基準によってなされる特殊化的評価(spezialisierende Bewertung)とも別箇のものである(296)。

2 その例はとりわけ婚姻法の中に見出されるといってよいが、注意をしなければならないのは当然のことながら個別的法発見といっても、当事者が恣意的に一定の価値観の上に立っている婚姻法を覆すことまで認めるわけではないことである。しかしこの婚姻法は離婚に破綻主義を採用したことによって、その分野における個別的法発見を要請するものとなった(298)。このことは立法理由によっても明らかであるが、さらには不貞、婚姻を継続し難い事由(§§ 42f. EheG)という要件にも表われていると考えられ(299)、『わが国には有責(300)』和譜ノ調フヘキ見込…〔人訴

※ 13 参照〕(30)も個別的法発見を必要とするのみならずはならない。

3 そのほかに労働法の領域でも例えば解雇の正当事由〔労働者の責に帰すべき事由(労基法 §20) 参照〕の判断は、ここにいう個別的評価によってなされるべきものであり、上告審はせいぜい事実審裁判官が訴訟資料を十分に評価しなかった場合に容喙できるようにすべきでない(301f.)。

また、被害者が損害拡大防止措置を怠ったかどうか(§ 254 II BGB) (305)、予防的不作為の訴えを基礎づける要件としての侵害の危険・反覆の危険、責任弁識能力〔民法 §72 参照〕なども個別的法発見によって判断されるのであり、同様に上告理由とはならない(306)。

4 ヘンケはあらかし以上のように述べ、最後に結論の要約を示して(307-309)、『密度の高い、浩瀚な本書をとじている。』

(1) 不特定概念の意義については本文 §3 を参照。また、これと一般条項との差異については本文注(3)およびCの5(1)を参照。

(2) Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung

und Feststellungen in der Revisionsinstanz. Bielefeld 1964.

- (3) ヘンケは、そのような能力は一般条項も同様に備えているが、その程度において著しいという(59)。しかし私は一般条項と不特定概念はより明確に区別でき、またすべきであると考えている。後のC5(1)を参照。
- (4) ヘンケは緩和された三段論法の例としてつぎのものをあげる(103)。

大前提Ⅱ夫が遺書中に婚姻に背馳する関係にある女性に対し(妻その他の相続人に優先して)遺贈をした場合には、その条項は公序良俗に反し無効となることがある。個々の事件で公序良俗に反すると認められるかどうかは事件全体の事情とくに遺言者が遺贈に及んだ事情にかかる。

小前提ではこれを受けて事件の事情が評価される。すなわち

公序良俗に適合することを認めさせる事情としては：  
 ……、……、……という事実があり、公序良俗に反するといふ判断に沿う事情としては……、……の事実がある。

- (5) この概念は§5(本文7)でより詳しく説明されている。
- (6) 一応の証明(prima-facie-Beweis)の詳細と現在における問題点については、中野・過失の「一応の推定」について(法曹時報19巻1969、2165頁)および柏木・西ドイツ民

事訴訟法学の現況(6)WB(ジュリスト(48号122頁以下))を参照されたい。

- (7) この上告制限額は1968年のBGH負担軽減法により25000 DMに引上げられた。詳細については、柏木・訴訟促進と西ドイツ民事訴訟法改正の動きE(ジュリスト449号107頁)を参照。

### C 検討と展開

1 わが国ではこれまで不特定概念について実体法上も訴訟法上も十分に、また総合的に検討が加えられたことが全くなかった。<sup>(1)</sup>しかし、長い歴史と伝統をもつ(西)ドイツにおいても、ヘンケのこの書物が最初のまとまった研究であることを思えば、この点を云々する必要はあまりないであろう。

2 私は——被影響性のあまり強くないことをいささか自負するものであるが<sup>(2)</sup>——ヘンケの見解、すなわち

① 実用的見地からみて確定的に定義づけうる、法の静態的要因である特定概念と、限界が流動的でそれ故に法の発展を保障する動態的要因である不特定概念を区別し、不特定概念も三段論法

のシエーマに従って適用されるが、大前提が冗慢となるのを避けるためそこには事実の評価に一応の方向づけを与える言明のみを記し、法の適用は小前提において認定事実を評価（あてはめ）することに よって 続行する という 形に分けられる（緩められた三段論法）、したがってまたそれに相応して解釈の誤りとあてはめの誤りが区別される。

② 事実認定と法的评价は、その判断の大前提が自然的なものか法的なものかによって論理上分離しうるが、実際には日常用語が不完全な表現手段であるために分離できない場合がある。

③ 不特定概念の上告可能性は判例の統一という上告制度の目的から考えられるべきであり、概念の解釈の誤りは、地域的特殊性から導かれたものでない限りは、基準設定効果をもつので常に上告可能である。あてはめ自体も他の事件に対し、それが地域的特殊性にもとづくとき、量・程度に関する概念であるとき、個別的法発見の場合を除き、例示的效果をもつので上告の対象となる。

④ 上告審はさらに明白な事実評価の誤り、法発見の方法の誤りの場合には、事実審の判断に介入し審査することができる、

という考えに全面的に賛成であり、これをわが国の解釈論として

採用すべきである<sup>(3)</sup>と考える。

3 ヘンケの見解の弱点としては、なるほど彼が示した解決方法は、従来の学説が提示したのにくらべはるかに精緻で実用的ではあるが、なおオリエンティションとしての機能しかもつていず、個々の事案においては上告が可能か不可能かかなり微妙な場合がないではないことを、あげることができよう。例えば、個別的法発見の場合に事実審裁判官が訴訟資料を十分に評価したかどうかは（§10 3 参照）非常に微妙な判断を要求するであろうし、また過失があったかどうか、かつまたそれが軽過失か通常の過失か判然としない場合に、事実審裁判官が、軽過失と認定すれば上告審の介入を招き過失なしとして覆されるおそれがあるので、やや強気に通常過失ありと判断するといったようなことが考えられない<sup>(4)</sup>ではあるまい。

しかし、ヘンケの示す方法にこういった限界があるとしても、それは元来立法者が不特定概念なるものを採用したがために生ずる現象なのであって、少くとも現時点におけるヘンケの見解の優越性は疑うべくもないと私は考える。

4 さて、ここに積極的に評価したヘンケの研究は、われわれに多くの興味ある問題を示唆するものといえるが、ここではとくに、不特定概念(5)、判決三段論法(6および7)、経験則違背と上告(8)、不特定概念と当事者提出主義(弁論主義)(9)の四つの問題にしばって考察を加えることにしたい。いずれもわが国の議論のもようからみて緊要な問題点であると考えられるからである。

5 わが国の民事法上不特定概念(unbestimmter Begriff)という言葉はこれまで使用されたことがなく、信義則、公序良俗など抽象的弾力的な規定を指すのに一般条項という言葉が用いられるのが普通であった。<sup>(7)</sup>これはヘーデマンの影響を受けたものと思われるが、<sup>(7)</sup>私には、ヘーデマンはその種の規定の文言(信義則、公序良俗)がたんに抽象的弾力的であるが故に一般条項であり危険であるといつて問題としたのではなく、これらの規定が元来確固たる制度である時効の制度(信義則による侵蝕)、既判力制度(公序良俗(§ 826 BGB)による侵蝕)などに適用され、それらを動かす事態に至りまたは至りうるといふ、いわば私法秩序間の分業を覆すような純総則的意味をもつので、一般条項と呼ん

だ、と思われるのであり、<sup>(8)</sup>そうとすればわが国では一般条項という概念は必ずしも十分に明確な意味をもって用いられてこなかったといわざるをえないのである。ところで、ヘーデマンが危惧したような信義則の拡張的適用は今日行なわれていないといつてよいであろうし、<sup>(9)</sup>また規範が解放的性格(抽象性・弾力性)をもつのは何も一般条項の場合に限られないから、<sup>(10)</sup>今日では一般条項の概念はエンギッシュが説くように、立法技術上の一つの形式で、カズイスティツシュな規定(枚挙的な類型毎の規制)<sup>(11)</sup>に対立するもの<sup>(12)</sup>とらえるのが適當であると考えられる。<sup>(13)</sup>

さて、以上のように述べてきたのはほかでもなく、そこから不特定概念の有用性が自ら明らかとなるからであった。すなわち、不特定概念とは——特定概念すなわち権利能力、消滅時効、債権者、登記、形式的確定力、小切手、執行文などその内容が確定的に定義づけられる概念・制度が規範の解放性とは無関係であるの<sup>(14)</sup>に対し——法規範に解放性を付与し、その社会適合性を保持するために採用され、裁判官の価値判断や経験によって内容が具体化されることを予定している条文の構成要素(概念)である。したがって、一般条項と不特定概念は同一のものではなくむしろ観点を異にする概念であり、一般条項の中にもカズイスティツシュ

な条文の中にも不特定概念は存在しえ、それが規範の解放性をもたらしていることを、まず明確に把握しなくてはならないのである。<sup>(18)</sup>

6 (1) ヘンケは不特定概念とその上告可能性の問題をともに判決三段論法<sup>(16)</sup>の観点から分析し、それを拠りどころとして結論を導いた。すなわちヘンケの研究にあつては判決三段論法は極めて重要な役割を演じたといわなくてはならないのである。しかし、これはわが国の学者にはいささか奇異にうつるところであると思われる。なぜなら、わが国では判決三段論法に、実質的な意義を認めることは非常に稀であり、たまにその意義が認められるとしてもせいぜい判決の正当性を判決文の上で形式的に理由づけるという点<sup>(17)</sup>が指摘されるにとどまり、ましてやそれが法解釈学的検討のための重要な視点として用いられたことはなかったとしなければならぬからである。しかしこうした二つの対立する立場を前にしてみると、判決三段論法が一体どういう意味をもっているのか、今一度考えてみる必要があるといわなければならないであろう。

(2) わが国でもかつて唱えられていた古典的判決三段論法説は、裁判のメカニズムを、まず大前提として所与の(あるいはは

また裁判官による発見<sup>(19)</sup>を予定されている)法規が存在し、裁判官はそれを基準にして構成要件事実の認定を行い、もつて論理的に結論を導く、判決には以上の経過を——それ以外の経過はないのであるから、そのまま——明らかにすればよい、とするものであつた。<sup>(17)</sup>

しかしこの古典的判決三段論法説は、私なりに整理すれば今日ではつぎの四つの観点からなされた批判により崩れ去つたということができる。

第一の批判は、歴史的にもっとも古いもので三段論法の大前提<sup>(20)</sup>に關して行われ、法規の完結性を否定し、裁判官の創造性をその基本的法秩序観・裁判観とするオスカー・ビュローおよびその後<sup>(18)</sup>の自由法学者者によつてなされた。すなわちビュローは法規は将来の法秩序のための予定図にすぎず、正義の感覚にもとづいて何が正しいかを判断する裁判官によつて完結せしめられるものであり、かような裁判官の行為はむしろ意思行為とも称すべきものである、したがつて裁判を、法規を大前提とし事実を小前提として論理的作業により結論を導くものと把握する見解は正当なものではない、としたのであつた。<sup>(19)</sup>

第二の批判は小前提の事実(認定)にむけられたものである。

すなわち、過去の事実の間接的認定を問題とする事実認定はすでに認識論的に一定の主體的態度による選択を先行させざるをえずとくにまたそれは適用されうべき法規範の構成要件を念頭におきながらなされ、その規範にとつて重要なものだけが選ばれるという独特の性格をもつものであるから、單純に事実が小前提をなすとしてそれが大前提と無關係な獨立の三段論法の構成部分であるとすることは適當ではない、というものである<sup>22)</sup>。

第三の批判は三段論法の結論に関するといつていいもので、1930年代に盛行をみた、アメリカのリアリズム法学（經驗法学）からのものである<sup>23)</sup>。これについてはわが国で多くの紹介と好意的な評価がなされているので<sup>24)</sup>ここで多くを述べる必要はないと思われるが、要するに裁判官は自分の勘によつてまず結論を下すのであり、その後でもむしろにその正当性を説明するための理由を判例や事件の事実のなかに探し求め拾ひ出してゆくものであるといふ、古典的三段論法説とは全く発想を逆にする立場である。

第四の批判は以上の批判とは視点を異にし、法適用において重要なものは三段論法そのものではなくて、三段論法の外でいかに大前提が形成されるかということであり、三段論法そのものは大前提が形成されたあとのたんなる説明手段にすぎず何ら決定的な

（実質的）意義を有するものではないといふものである<sup>25)</sup>。この見解は、法の解釈は客観的なものではなくて結局のところは主観的なものにすぎないという考えを根底にもつのであるが、この法解釈が今日では非常に強い極めて多数の者が判決三段論法に對して下している評価であるといつてよい。

(3) さて、これらの批判、というよりは第二の批判以外の批判はわが国でも非常な共感をもつてむかえられ<sup>26)</sup>、たちまちのうちに判決三段論法に実質的な意義を認める（古典的）見解を席捲するに至つた。すなわち現在わが国では、判決の実質的理由と形式的理由を區別し、前者は判決の眞の理由であるが判決文の上には明確にはあらわれずいわば裁判官の胸の内に隠されたままであり、これに對し後者は判決文の上に明瞭に示されているが眞の理由ではなく、判決には理由を付さねばならないので記載されている形式的なものである<sup>26)</sup>、あるいはまたもう少し穩當に、後者は判決が論理的に整っているかどうかを検証したことを示し、もつて人を説得するための技術的手段にすぎない<sup>27)</sup>、といふみかたが圧倒的に強いといつてよい<sup>27a)</sup>。

(4) しかし、私はこのような判決三段論法に対する評価・見解は正当なものではないと考える。つまり私は、判決三段論法は判決

の實質的内容を示しうるものであり、かつまた実際にも示していることが多いといつてよく、仮にそれが実際に行われていないことがあるとしても——判決三段論法の實質的有用性を肯定する立場からは——容易にこれを是正することができる、と考えるのである。<sup>(28)</sup>この考えは、裁判官に判決三段論法の特異性を理解させつつ、失われつつあったその實質的有用性に対する確信を取戻させ、もつて裁判書の上で *open* な議論を展開させる方向にもつていきやすいという意味で、判決の三段論法は形式的なものにすぎない、裁判官は判決にもつと實質的な理由を書くべきであるというような、裁判官にとつては実行の手がかりをつかみにくい、いわば学者の言い放しのような議論よりも、すぐれた実践的価値をもつものといえるが、その根拠とするところは、むしろ訴訟の形態と判決三段論法の適用の実際、その可能性に対する理論的な考察に存するということができる。以下にこれを示そう。

(a) 出発点として取上げるのは、従来の法解釈論争が——やや尖锐に表現すると——極めてベジミステイッシュにおよそ法の世界(概念、解釈)には確かなことがない、仮にあるとしてもそんなことは極めて稀で少くともそういうものは訴訟にはならない、<sup>(30)</sup>といったその言明を打破するような事例、つまり誰が判断しても同じ

結果に至るような、確実性・定安性が高く、かつまたその類型の訴訟が全訴訟の50%を越えるという意味で現実の裁判の中でもよく見かける事例——すなわち、手形金、小切手金または貸金(手許不如意の抗弁しか出ないような単純なもの)請求事件である。

例えば、「小切手を振出した者は支払いをしなければならない」という規範(または法解釈)は一義的であつ社会的確信によつて支えられているといつてよいであろう。もとより裁判官もこのことを熟知しており、もしそのような事件が彼の前にかかれば、たちどころに、その規範を大前提におき、事実認定(小前提)の如何によつて——二者択一的でそれ以外の形態がありえずその意味で判断の素な——結論(認容——棄却)のうちいずれかを三段論法に従つて下すのであり、かつそれをそのまま判決書にしたためることになるのである。すなわち、彼の判決に示された判決三段論法はその判決の實質的な理由となつているのであり、他に彼の裁判の根拠となつた事情は全く存在しないのである(したがつてその事情の判決書への記載も問題とはならない)。この場合に彼の勤が働いたのだというような説明は不要であるばかりか、勤の内容を分析しない誤りを犯すものといわなくてはならないであろう。<sup>(30)</sup>

もつとも人はこれに対して、裁判官はその大前提が妥当であるとは言明しなかったし、したがってまた結論も妥当であるとは言明されていない、すなわち、この場合判決三段論法は結論の妥当性とその根拠を示すものではなく、またそもそも一般的に判決三段論法はそういうことを示しえないものである、というかもしれない。<sup>(31)</sup>

しかしこれは、判決三段論法と論理学上の (Schulbeispiel) をもって示される (三段論法を同一視した欠陥があるといわなくてはならない。判決三段論法の大前提は論理学上の三段論法の大前提とは異なり必ず特定の価値判断を根底にもつものであるが、その正当性妥当性が明々白々である場合には大前提の形成の理由を一々あげるまでもないのでその点を省略しているにすぎないのである<sup>(32)</sup>)。したがって、このような場合にはその形成の理由はむしろ大前提の言明とともに表現されているとみるべきであり、形式的に判決にその記載がないからといって大前提 (したがって判決の結論) の妥当性の判断およびその根拠が示されていないというのは正当ではないといわなければならない。<sup>(33)</sup>

かくして、大前提がその意味内容においても、その適用範囲においても社会的確信に支持されていて、その意味で明白である場

合には、判決三段論法は判決の実質的根拠を示し、かつその結論の妥当性の根拠も同時に示されているといわねばならない。

(d) つぎに今述べたほど大前提の正当性は明確ではないが、しかし例えば特定の類型の事件につき適用されるべき規範の解釈について学説判例が固まっているような場合には、このことに通暁している裁判官は、特段の事情が認められない限りはその規範を大前提にすえるとみてよいであろう。そうとするとこの場合にも大前提はほぼ固定しているので、結論の如何は主として小前提の如何すなわち大前提にあてはめるべき事実が認定されるかどうかにかかり、ただ可能性としては前述の特段の事情があれば大前提について再考してみようという余地を残している点に特徴があるにとどまるといってよい。

さて、判断形成の過程はこのように多少 *Deveight* であるが、審理の結果特段の事情が認められなければ裁判官は  $\alpha$  で述べたのと同じ経過をたどって判決を言渡し、判決三段論法は前同様に裁判の実質的根拠と妥当性の根拠を示していることになる。<sup>(34)</sup> 特段の事情が存在するとき、または裁判官が大胆な法解釈を実施しようという場合には、つぎの  $\gamma$  以下で述べるような経過をたどると考えられるので、その箇所でも再び取上げることにする。<sup>(35)</sup>



ところで自由法学やリアリズム法学によれば、ここに述べたような場合でも判決の結論を決定するのは裁判官の法感情(Rechtsgefühl)や勘(Tunach)であるというので、ここでつぎの二つの批判を明らかにしておくべきであろう。第一は、ここでは裁判官の法感情や勘が過大評価された誤りがあるといわなければならないことである。<sup>37)</sup> たしかに一般的にいえば裁判官の直観は形式・論理的したがってまた演繹的方法による結論をおかしいと思わせ、その結果法の解釈を進展させたり、隠れていた事実を明るみに出したりすることがありえよう。しかし彼の直観が彼に許されている Spielraum の範囲内でもどうしても裏打ちされないと、例えばそれがここで述べたような固まった判例学説に反し、かつまたここにいう特段の事情が発見できないとき、あるいはまた職権探知主義・職権証拠調べによって直観を確かめたいと思われるときにも、彼はもはやその法感情に従って審理判決をしてはならず、その直観を棄てなければならぬのである。<sup>38)</sup> したがって直観のみが判決の實質の根拠をなすという見解は、この点で重大な後退を余儀なくされるといわなければならない。<sup>39)</sup> 第二は、逆に、そこで唱えられている勘・法感情が常に感情的非理性的なものであるとは限らぬことである。すなわち、ここで述べたような場合には熟練し

た法律家にとつて、電算機のように一瞬のうちにありうべき法規範(判例学説等)と当該のまたは問題となるべき事実を照し合わせて結論(認容)棄却の一方または双方)をはじき出すことは、それほど難しいことでも珍らしいことでもないのであるが、それが短絡的と思わせるほど一瞬のうちになされるので直観と思われ、そう呼ばれることが少くないのである。<sup>40)</sup> しかしそのような(偽似)短絡は事後に検討し、その走ったすじみちをたどれば論理の過程を明らかにしうるものであり、そうとすればこれは大前提の肯定的価値判断も含めて瞬時になされた判決三段論法にはかならず、自由法学やリアリズム法学が考えていた直観とは性質を異にし、したがってその考えの基盤をなすと思われていたもののうち合理的な部分は実はその考えを支持するものではないということになるのである。

(7) さて以上に対し、裁判官による大前提の形成が複雑な作業を必要とすることがある。

(i) 大前提の形成は、大きくいつて当該事件の事実を参酌しまたはこれに依存してなされる場合(依存的形成)と、当該事件の事実とは直接の関係なしに形成される場合(独立的形成)、およびこの両者が併せて行なわれる場合の三つに分けることができ

る。<sup>(41)</sup> 両者が併用される場合は前二者の場合に分解して考察することができるので、ここでは独立の範疇としては取上げない。依存の形成と独立的形成がどんな場合に行われるかを特定することは困難であるが、依存的形成は主として不特定概念<sup>(42)</sup>（未確定部分）の解釈が問題となる場合または顕在的法の欠缺<sup>(43)</sup>の場合になされ、独立的形成は主として潜在的法の欠缺<sup>(43)</sup>および裁判官による法の形成の場合になされるものである、とによってよいであろう。したがって、前者は解釈の方向（枠）が定まっておらず、後者はそのような枠がないというわけではないが明確ではないという場合に問題となるととらえることもできるであろう。

(ii) とところで大前提の形成は一般に法の解釈と呼ばれる。いわゆる法の解釈論争はまだ多くの問題点を未解決のまま残しているが、今日では一般に利益較量の方法によって法の発見<sup>(44)</sup>（大前提の形成）を行っていいこうとする考えが広く受け入れられているとによってよいであろう。そこで前述の依存的形成の場合に法の発見が利益較量の方法で行われるとすると、その利益較量はもっぱら事実を対象とするものといわなければならない。すなわち、この場合における利益較量は、独立的形成の場合のようにいきなり抽象的な利益（価値）と利益を比較対照するもの（抽象的利益

較量）ではなく、具体的な事実の一つ一つについてそれがどの利益を支持するかを評定し（定性評価）、またその支持する大きさを測定して（定量評価）水平秤の該当する台皿に投込み、その総和をもって対立する利益の決着をつけるものなのであり<sup>(45)</sup>（具体的利益較量）、その点に特色があるといわなければならない。

(iii) 依存的形成による法の発見を議論する場合に注意しなければならないのは、裁判官と学者とは事実の与えられ方の態様において著しく異なり、これが両者の法発見の性格を全く別のものとし、また裁判官の構成した判決三段論法をたんに結論を示すものとみることがはなはだ一面的であることを教えるものであるといわねばならないことである。これらのことは従来全く明らかにされていなかったところであるが、それはひとえにこれまで裁判官の判断の形成過程について厳密な分析が加えられなかったことにもとづくことと考えられる。そこでこの点の検討からはじめることにしよう。

(iv) 裁判官の判決の形成過程については、今なお、利益較量説の一部もそれに属するところの自由法学やリアリズム法学は、まずはじめに裁判官の直観にもとづく結論があり、訴訟の審理はこれに見合う法解釈・先例を探し出し、それにあてはまる事実、

すなわち説得のための資料を拾い集めるために行われるにすぎないとしているが、著しく事実とかけはなれているといわなければならぬ。

私の体験によれば（主観的実務）——（ $\alpha$ ）（ $\beta$ ）であげたような単純な場合を除き——判決の形成過程はつぎのようなものである。裁判官は事件に直面したとき虚心に、訴状・答弁書等に記された「主張された事実」にまず注目する。その場合は、一方では主張された事実が真実である（十分に立証される）ならばという（意識的においた）仮定から出発して、それに関係すると思われる法規、さらにはまた判例、解釈学説、経験則、倫理則の探索と検討をし、仮に一定の法規等を採用するとすればどのような法的効果が生じそれがどんな訴訟の結果をもたらすか、あるいはまたその法規等または事件の社会学的類型からみて主張がもれていた意識的無意識的に隠されている事実はないか、同様にその法規等の適用を妨げる法規の構成要件を充足する事情はないか、これらの事実について訴訟法上釈明をなしうるかまたなすべきかを考慮し、他方では、以上のような問題を思い浮かべながら——とくに証拠調べの進展に伴い——事件の全体像なかならずその社会学的類型とは偏差を示しているその事件特有の事情の把握ならび

にその法的、場合によっては倫理的道德的な評価、個々の事実の確實性したがってまた裁判の基礎への採用の当否とその可能性の測定（自白事実の分離、まだ動揺している事実については新たな証拠を取調べるか、証拠の提出を促すかそれとも挙証責任の分配に従って存否の決着をつけるかの決定）、および採用可能と思われる事実を前述のこれまた採用することのありうべき法規、倫理道德律に定められている尺度をもって——まだ変動する余地のあることを弁えながら——評価し、その都度とくに事実とその評価の変動にに応じて法規や法的効果の如何を再び検討しなおし、その結果をまた事実と照し合わせる、というような作業を幾度もくり返して次第に浮動の度合いを減じて口頭弁論の終結に至るのであり、その意味で裁判官の思考は訴訟の最初の場面から常に法規——事実——結論というように三つの場を上から下へ、下から上へと彷徨するのであり、かつまた自らの彷徨をその折々に理性的論理的に検証し（すなわち法規等、事実、結論がもし採用すべきものとすればそれらは論理法則（三段論法）の上で矛盾していないかを確かめ）つつ、各要素の変動の可能性を低めて確定の度合いを大きくし、最終的にその三つの観点からみて人為の及ぶところこれ以外にはありえないという最終的固定≡決断の段階

(Enthase)に到達するものである。<sup>(54)</sup>

このような分析が正しいとするならば、ここでつぎのような二つの判断を下すことができるといわねばならない。

第一は、ここにみたように裁判官は、学者の場合と異なり、事実を決して一時に与えられるのではなくて、少しずつ断片的に長期にわたって与えられるものである。<sup>(55)</sup>この特異な事実の与えられる方は、裁判官の大前提の形成を学者のそれとは全く態様を異にする動的発展的なものとし、最終局面で彼が判断を固定し論理的に構成したものはそれまでの累次にわたる帰納(下から上へ)と演繹(上から下へ)の総集成であり、もはやそのいずれとも判じ難いものなのである。<sup>(56)</sup>したがって、論理学の上では三段論法はたしかに演繹の形を示すものであるが、裁判官の法発見の最終的表現体としての判決三段論法をたんに演繹的な法の発見としてとらえるならば、それはその形成のプロセスを考慮に入れず、裁判官と学者の法の発見の態様の差異を見落し、たんなるその三段論法という外形にとられた判断であるといわなくてはならないのである。したがってまたそれを結論の検証手段であるとか、説得のための手段であるとのみとらえることも同様に正当ではないといわなければならないのである。

第二は、法の発見の方法としての具体的利益較量は前述したように事実をその対象とするものであり、また事実からの法の発見を要請するものであったが、ここで観察したごとくその事実は判決三段論法の大前提を形成する場合に顧慮されるだけでなく、それ自体もその小前提に集録されるものであって、その意味では大前提を形成する実質的根拠は判決三段論法(判決)の外に――例えは勘として、あるいはまた *Priorwissen* として――存するものではなく、ほかならぬその内部に示されているといわねばならないのである。もつとも、さきに――別途に言及する抽象的利益較量の場合を一応除外して――具体的利益較量の構造を分析したわれわれにとって、問題はまだ完全に片づいていないといわなくてはならないであろう。何故なら、より綿密に観察するならば、具体的利益較量の素材たる事実はなるほど判決三段論法の中に示されているが、その定性評価と定量評価(およびその基準)までもが果して判決三段論法の中に示されているといえるであろうかとの疑問が生ずるのであるからである。そこでわれわれは、さらにこの点を究明するためより具体的に判決三段論法すなわち判決文の記述にまで立入って考察をくわえる必要があるといわなければならない。

(v) 判決三段論法の記述は、不特定概念(の未特定部分)に關する場合と顯在的法の欠缺の場合とでやや異なる面がある。そこで前者の検討からはじめることにしよう。

不特定概念が問題となっている場合の判決三段論法(判決文)の記載について大きな示唆を与えるのははかならぬヘンケの指摘である。すなわちヘンケは、不特定概念の未確定部分の適用について西ドイツの実務が、もし不特定概念を含む法規の適用を純粹な形の三段論法で示そうとすればその解釈すべてを大前提に記すことになるが、それではその妥当範囲を明確にするべき大前提が膨大になり内容が著しく不明確となつて適當ではないので、緩和された三段論法の形をとるに至っていること、すなわち、不特定概念をやや具体化して、解釈の方向を示すがそれ自体としては内容が稀薄な言明を抽出して大前提におき、その結果法の適用がまだ完結していないので、それを小前提を構成する認定事実を評価して大前提に「あてはめ」るという形で行つてゐることを明らかにしたのである。<sup>(58)</sup>ここにいう評価が具体的利益較量の作業にはかならぬことに思ひを至すならば、<sup>(59)</sup>それだけでもこの指摘の重要性は明白であるといわなければならないが、このような西ドイツの実務を念頭におきつつわが国の実務を改めて見直すならば、

実質的には同じといつていいほどの共通の傾向を見出すのである。例えば、

正当事由について、それは「貸借当事者双方の利害関係、その他諸般の事情を考慮し、社会通念に照し、妥当と認むべき理由をいうのであつて………貸貸人が自ら使用することを必要とするとの一事を以て直ちに右正当の事由に該当するものと解することができない」とし、<sup>(60)</sup>それをうけて諸般の事情を定性・定量評価するのがその典型例であり、また

公序良俗に關し、「他人ノ窮迫・輕卒若ハ無經驗ヲ利用シ、著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル」とするもの、<sup>(61)</sup>

表見代理の正当理由について、「本人より実印の交付を受けて権限踰越の代理行為がなされた場合は、特別の事情のない限り民法110条の代理権ありと信すべき正当理由がある」とするもの、<sup>(62)</sup>さらにはまた

婚姻を継続し難い重大な事由について、「双方の事情を比較して判断すべし(婚姻を継続し難い重大な事由にあたる事態を招いたことにつき、夫婦の一方にもいくらかの落度はあつたが、相手方により多くの落度があつた場合には、前者の後者に対する離

婚請求を認容しても違法とはいえない<sup>(63)</sup>」という言明はいずれもここにいう緩和された三段論法の大前提であり、あてはめによる適用の続行が予定されているとみることができるのである<sup>(64)(65)</sup>。

さてこうしてみればここに示したような大前提は極めて抽象的であり、それ自体は至極もつともな言明であるといううるとしてよいであろう。したがって、緩和された三段論法の大前提を形成した根拠は一々示すまでもないといつてよく、このことはまた不特定概念の適用の重要な部分にあてはめに存し、大前提は実質的にはそこから解釈の方針を示す部分を抽出したにすぎないとみうることによつても支持されると考えられる。

また、不特定概念の適用の本体的部分である「あてはめ」は、わが国の判決においても「……の証拠により、――、――および――の事実が認められるが、これを総合して判断すれば（――あてはめれば）「前記の大前提もしくは不特定概念そのもの」を認めるに十分であり、……、――の事実（――消極的に定性評価され別々の台皿にのせられた事実）をもつてしても右認定を覆すには足りない」というように記され、したがって事実の定性評価は判決文のなかに明瞭に示されるのであり、また定量評価もしその必要があれば「――、――の事実のほか……、……、……の事情（――小さく

く定量された事実）が認められ、これをも参酌して判断すれば」というように明確に判示されるのである<sup>(66)</sup>。

したがって、不特定概念（の未確定部分）の適用は、わが国においても、その解釈（大前提）のほかその解釈の実質的根拠（事実それ自体およびその定性・定量評価<sup>(67)</sup>およびあてはめ）も判決文（判決三段論法の小前提）に明瞭に示すという形で行われ、また行われるべきものであるといわなければならないのである<sup>(67)</sup>。

(vi) 顕在的法の欠歛の場合の法の発見（解釈）は多くは類推によつて行われる。類推はある法規の構成要件事実と当該事件の事実の法的な類似性を根拠として行われるものであるから、裁判官はそれによるためには当該事件のなから法規との比較を通じて類似する事実を選び出し、かつその類似が法的にみて重要で非類似点が重要ではないという判断を下さねばならない。したがって、類推はたんなる論理的作業ではなく、明文の規定・制度の目的・基本的な考え、またその制度に内在する目的論的観点からの判断を必要とするものであり、窮局的には同種のもの法的に同様に扱わねばならないとの衡平の観念にもとづくものであるといわねばならない<sup>(68)</sup>。

さて、裁判官は類推という作業に供すべき事実を認定事実とし

て判決の理由欄（判決三段論法の小前提）に明記しなければならず、この意味でその判決三段論法を採るべき根拠はその外部にはなく内部に存在しているといわなくてはならない。また、類推適用すべき法規の構成要件と具体的事実の比較、その間の類似性を肯定した判断、およびその類似が法的に重要であるとの結論は、あてはめとして判決文中に表示されているのであり、したがって判決三段論法の大前提の形成の根拠はその中に示されているものといえることができる。類似が法的に重要であるという根拠は、裁判官が衡平の観念にもとづき類推をしたことよって同時に表示されたとみてよいが、実際上も類推適用すべき法規の立法趣旨、目的などが類推の根拠として判決文に示されるのが普通である。

(vii) 以上に、大前提の形成が複雑な作業を必要とする場合としての依存的形成を論じたが、最後に同じくその場合にあたる独立的形成<sup>(19)</sup>について検討をしておこう。

独立的形成は、当該事件の事実を捨象して法の解釈（大前提の形成）を行なうもので、潜在的法の欠缺の場合および裁判官が法的規制を再構成しもしくは新しい規制を形成する場合に行われる。

潜在的法の欠缺の場合の法の解釈（いわゆる制限解釈）は、制限されるべき規範もしくは他の規範の意味と目的、または法秩序に内在する原理などを基準とする抽象的利益較量によって客観的に目的論的になされるものであり、等しくないものは法的に等しくなく扱おうというこれもまた衡平の理念によって導かれるものである<sup>(21)</sup>。裁判官による法制度の再構成または形成は、取引きの必要<sup>(22)</sup>、事物の本性<sup>(23)</sup>（＝現行法の尺度ではとらえられないが（法の欠缺ではないが）、現行法秩序と一致するはずのもの）、一般的法意識（法倫理原則）から導かれることが多く、ここでも抽象的利益較量が問題となるとらえることができる<sup>(24)</sup>。

さて、このような抽象的利益較量を経て発見された大前提が実際の判決文の上でどの程度まで示されているかの問題であるが、このような大前提は明文の規定に根拠を求めえずまたはなほだしの場合には明文の規定に反する外観を呈するので、裁判官は上訴による破棄を避けるため大前提そのもののほかその形成の根拠も詳細に説示し、とくにまたその大前提が一般の承認を受けるほど固まっていけない場合<sup>(26)</sup>には先例・学説等も根拠として援用して、当事者や上級審を説得しようとするのが通例であるといつてよい。ただし、一般的にいってわが国の判例は判例学説の引用をする

ことが少なく(とくに学説の引用は絶無である)時として大前提の形成の根拠が示されていない例を見受けることがあるが、これは、例えば西ドイツの判例が法解釈につきある学説判例に同調するときは必ずそれを引用して裁判所間、当事者間に *legis* な議論の途を開いていることに比較しても数段劣るといわなくてはならず、即刻改めるべき慣行であるとしなければならぬであろう。

また *Sollan* の問題としても独立的形成の場合の大前提はこのような複雑な法の発見の過程を必要とし、法典・法体系の外にはみ出た形を示すものである以上、通常の場合でも判決三段論法の大前提は常に一定の価値判断を帶有し、その採用が一黙示的にせよ一表示されているのであるから、形成された大前提そのもののはかにその形成の根拠も十分明確に判示すべきであるといわなくてはならない。さらに言えば、むしろこのような場合に形成の結果だけを提示するのは、判決に理由を付すべしとの要請(民訴 101条)を充たしていないというべきではないかと思われるのである。<sup>(14)</sup>

(5) これまでの検討の結果はつぎのように要約することができる。

(1) 訴訟が動的に発展するのに対応し、裁判官は一学者とは異なり一解釈の素材たる事実を浮動的、断片的に長期間の間と与

えられるにとどまる。そこで法の解釈が事実を参酌して行われる場合(依存的形成)には、彼の法解釈は法規を事実と結論の相互間を彷徨しつつ幾度となく構成しては修正していくという過程をくり返すことにならざるをえない。

(ii) 三段論法は論理学の上では演繹原理を示すものであり、そのことは小前提(事実)を当初から固定された学者の法解釈についてはそのままではまるものといつてよい(したがって、帰納的法の発見が本来的なものであり、三段論法はその検証手段の一つにすぎないことになる)。

しかし、それだからといって法律上の三段論法を論理学上のそれと全く同一視してよいわけでは決してなく、法律上の三段論法には大前提が(したがって結論も)一定の価値判断を含み、また常に他の法律上の三段論法と関係していること(注(16)参照)を見落してはならないのであり、このようなことと裁判官の法の発見が前述したように *in loco a quo* になされることを考え併せると、判決に記載された判決三段論法をたんなる演繹的法の発見とみなすことはなほだしく一面的であり、その形成の過程・特質を全く無視するものであって妥当ではないといわなくてはならない。



(iii) 裁判官による法の発見が簡単であるとき、すなわち $(\alpha)$ 大前提とその正当性が全く明白であるとき、または $(\beta)$ 特殊な事情が認められなければ $(\alpha)$ と同じことに帰するときには、彼は大前提そのものを判決文(判決三段論法)に示せば同時に彼がその大前提の価値観を採用しそれ故に大前提を言明したことも表示したとみなされる。

裁判官による法の発見が複雑な作業を必要とする場合は、事実を参酌する場合(依存的形成 $\parallel$ 具体的利益較量)とそうではない場合(独立的形成 $\parallel$ 抽象的利益較量)の二つの類型に分けることができる。依存的形成の場合は緩和された三段論法のあてはめ(不特定概念の場合)と詳細なあてはめ(顕在的法の欠缺の場合)により、判決に示された大前提をとるべき資料とその実質的根拠はすべて判決三段論法の内部に示されているのであり、独立的形成の場合は、法典とはかけ離れた外観を呈するので、大前提の形成の根拠は判決文(その性質として価値判断を内包する判決三段論法)の中に示されるのが通例であり、またそれが必要であると解される。

(iv) 裁判においては裁判官はその勘や法感情に第一ヴァイオリンをひかせてはならず、上述のような過程と表現をもって理性

的に行なわねばならない。したがって「判決の真の根拠は判決文(判決三段論法)の外にあり、判決三段論法は人を説得するためにとられている形式的表面的なものにすぎない」という指摘は裁判そのものに対する突込んだ考察を欠いていて、正当ではないといわなくてはならない。またこのような指摘は「裁判官はこれからはたんなる三段論法ではなく判断の実質的根拠を判決文の中に示すようにしなければならない」との言明を伴うのであるが、これは、例えば緩和された三段論法をみれば判るようにわが国の裁判官にとっても意味のない言明であるといわなければならず、むしろ裁判官がさきに示したような判決三段論法の特質・効用・機能を十分認識した上で判決文をしたためるようにもっていく、という私の議論<sup>(79)</sup>の方がはるかに建設的であると思われるのである。

7 判決三段論法がこのように実質的内容をもつとすれば、一定の法解釈の問題の考察と解決のためにこれを用いることが有意義であることは十分想定されるところであるといつてよいであろう。ヘンケは不特定概念の上告可能性の検討のために緩和された三段論法という視点を導入し、大前提に関する「基準設定効果」とあてはめに関する「例示的效果」という基準によってその問題

をあざやかに解決したのであった。彼はまた、経験則の上告可能性の問題も三段論法の観点からとらえているが、この点はわが国の学説に言及する必要があるのでつぎの8で取上げたいと考える。

私がここで言及しておきたいのは、既判力の客観的範囲の問題も実は三段論法の観点からとらえた方が一例え訴訟物という観点からつかまえるよりははるかに妥当な結果を導きうる、ということである。ここでは到底詳しくは論じえないのであるが、ごく簡単につきの点にだけ触れておこう。従来わが国では既判力の客観的範囲の問題は訴訟物という観点からのみとらえられ、両者の範囲は必ず一致しなければならないと考えられていた。しかしそのような一致に論理的必然性があるとはいえないばかりか、この考えでは訴訟物という観念にこだわるため著しく柔軟性を欠き合理的ではなかったといわなければならない。例えばこの考えの下では既判力は前訴と後訴とで訴訟物が同一の場合にのみ働くとし、あるいはそうでなくともそれがもつとも基本的かつ重要な場合であるということになるが、そのような場合は稀有であり(し)たがって既判力には積極的な意味はなく、それは消極的な既判力の抗争につぎることになる。また前訴と後訴とで訴訟物が同一ではないが既判力が及ぶと解さねばならない、前提問題の場合と反

対要求の場合を説明できない、ということになるのであった。私の考えでは、こういった結果に至るのはこれまでの考えが既判力の対象の問題と既判力の機能を分離してとらえていなかったためであり、既判力が生ずるのは当該訴訟の訴訟物に関する判断であるといつてよいが、その機能は訴訟物という狭い観点からのみとらえられるべきものではなく、判決三段論法によって下された「結論の覆滅の禁止」に求めるべきではないかと思われるのである。これによって前述の反対要求などの場合は無理なく説明できるのであり、かつまた訴訟物という観点からはとらえない被告の抗弁・原告の再抗弁などの事実、または性質としては訴訟物・抗弁等にあたるが主張されうべくして主張されなかった事実も、その「結論」を覆滅するためにはもはや用いえない(いわゆる相対的既判力)という妥当な結論を導くことができると考えられるのである。

8 経験則の上告可能性に関するわが国の学説にはつぎのような二つの共通の傾向が認められる。第一は、経験則は事実認定に關してのみ問題となるとし、あるいはまたそうでなくとも法規の概念に關する場合をつけたりとしてとらえて一般的には上告を否定

する傾向<sup>(91)</sup>であり、第二は、その上告可能性を根拠づけるのに経験則を法規と同一視し（両者はともに大前提をなすと説くことが多<sup>(92)</sup>い）、もって法令違反を肯定しようとする傾向<sup>(93)</sup>である。

しかし、これらはいずれも妥当ではないといわなくてはならない。なぜなら、第一の傾向についていえばそれは経験則が不特定概念や意思表示の解釈に重要な役割りを果していることを見落すか過小評価するものであるからであり、また第二については、一方ではそれは法規範の概念を、上告規制の点についてだけそれ以外の普通の場合と別異なものとする便宜的な扱いを認めることになり、かつまた経験則が多くの場合大前提として用いうるほど内容が特定していないことを看過するものといわねばならず、他方経験則の誤用を上告審にチェックさせるためには何も上述のような無理をおかしてまで経験則が法令と同一であるとする必要がないからである。

私は、ヘンケの検討を基礎にしてつぎのように解するのが妥当であると考える。不特定概念の解釈の際に必要な経験則が看過誤用された場合には、裁判官は大前提を正しく形成することができず、法令違背の場合と全く同様の状態を惹起することになる。したがってこの場合にはその法規の解釈（大前提）の誤りと

して上告審による審査を求めることができる<sup>(94)</sup>と解さなくてはならない。これに対して、事実認定または意思表示の解釈の際に用いられる経験則の誤用看過は大前提（法規）に関する誤りというわけではない（しかしまたこれは事実認定の誤りとは別のものである）。けれども、元来判断の方法に関する問題は判例統一の観点からみて非常に重要であり、上告審はそれをチェックする必要があると考えられ、かつまた判断の方法の原理はすでにそれ自体法規として規定されたまたは承認されているといつてよいから<sup>(95)</sup>（例えば事実認定に関する経験則の誤りは民法法 185 条（自由心証主義）なる空白規定を誤って適用したことに帰する）、同様に上告理由となると解さねばならないのである<sup>(96)</sup>。

9 最後に、ヘンケのテーマとは関係がなくそのため彼が言及していないが、不特定概念にとつて實際上非常に重要な不特定概念と弁論主義（当事者提出主義）の問題について若干触れておこう。

この点について特段の考察をされたのは、村松教授のほか山内判事、田尾判事である<sup>(100)</sup>。村松教授によれば「実は理由が述べられないのであるが——ここにいう不特定概念そのものが主要事実になるのであり、それを理由づける事情（私のいわゆる具体的利

益較量の対象となる事実）は間接事実すぎず、したがってその事実に関する自由は裁判所を拘束しないと考えられるというのである。しかし、私はこの考えには方法論としても結果の具体的妥当性についても強い疑問をいだかざるをえない。ここでは紙数に余裕がないのでごく簡単に私の考えを述べておこう。

出発点として確認しておかねばならないのは、第一に、不特定概念とくにその未確定部分というのは自然的概念との結びつきが極度に薄いため特定概念のような事実と一対一対応の関係になく、かつまた事件によって対応する事実が異なるという特性をもつこと、<sup>(10)</sup>第二に不特定概念に対応する具体的事実の範囲が明確ではなくその外延が不明瞭であること、第三に、以上のような事情にも拘らず不特定概念に関して当事者の処分が一般的に許されないというのは妥当ではないこと、である。そうとすればこのような認識はつぎのような解釈論を要請するものといつてよい。まず第一の認識は、直接のあてはめができないことが多い不特定概念そのものが主要事実であるというのはおかしいのであり、具体的利益較量の対象となる事実が主要事実であると解さねばならないであろう。第二の事情は、当事者は関係する事実のうちかなりの部分が当該訴訟にとって重要であることを知りまたは知らうべき

であるが、全部について知ることを要求するのは妥当ではないことを帰結するであろう。第三の判断は、不特定概念そのものか、そうでなければ具体的事実のいずれか一方について裁判上の自由（事実自由）が成立するといわねばならないことを意味するが、そうとすれば不特定概念そのものは法の解釈の問題であるから自由は具体的事実の一つ一つについて成立すると解すべきことになると思われる。

こういった事情と元来提出主義（弁論主義）が自己責任の思想の上に立脚し、当事者を説得する機能と不意討ちを禁止する機能をもつものであることを考え併せると、<sup>(102)</sup>当事者は当該の不特定概念に関する事実のうちかなりの範囲の事実の主張を要するが、<sup>(103)</sup>必ずしもすべてのありとあらゆる事実を主張することまでは要しない（その限りでは裁判所は必ずしも当事者の主張に拘束されない）と解すべきであり、<sup>(104)</sup>またそのようにして主張された事実について拘束力ある裁判上の自由が成立するが、不特定概念そのもの<sup>(105)</sup>に関しては権利自由の問題となるというべきではないかと考えられるのである。

(一) 借地・借家法の「正当事由」、不法行為の「過失」など、ごく少数の不特定概念について、それが主要事実かど

うかという観点から観察されたのがほとんど唯一の事例であろう(村松・訴訟上の請求(法律実務講座庶民訴訟編2巻117頁以下)、村松・民訴雑考108頁以下を参照)。

(2) 例えば、ゲオルギアデスの請求権競合論に対する私の異論(拙稿・ゲオルギアデスの「請求権競合論」について(北海学園法学研究5巻52頁以下))、アーレンツのハビリタツイオンに対する私の疑問(拙稿・アーレンツ「当事者の訴訟行為における意思の欠缺」について(上掲法学研究6巻205、208、212頁))を参照。

(3) なお、Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., München 1969, S.761ff. が「ンケを大幅に支持」また、Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1969, S.244-246 は「ンケの見解にやや難色を示しながらも」S.243f., 247-253 において実質的にはすべて同じ問題意識をとり同旨の結論を認めていることが注目される。

(4) わが国では軽過失という範疇が立てられていないので、ここで延べたような事例はまず考えられないといつてよいであろう。

(5) これはすでに行政法上、不確定概念または不確定法概念と訳されて使用されているようである(園部・行政法上の不確定法概念(法学論叢62巻2号1頁)、田中・行政法総論178、290頁を参照)。しかしそれはもっぱら行政法上特

有の羈束と裁量の問題と結合されていて(田中・前掲286、290頁、園部・前掲3、13頁以下参照)、すでに特殊な形相を示すに至っているのでそれとの混同を避け、また使用上の便宜を考えて「不特定概念」と訳すことにした。

(6) 現在ではとくに、幾代・民法総則 19、206頁を参照。

(7) Hedemann, Die Flicht in die Generalklausur, Tübingen 1933, S.6f. 24f. 参照。なおヘーデマンは一般的悪意の抗弁(exceptio doli generalis)も一般条項の例としてあげているが(S.4ff.)。これは現在では信義則の一類型に吸収されている(Henke, S.236)とみてよいであろう。

(8) Hedemann, a.a.O. S.55f. 24 参照。例えばヘーデマンが「過失」・「占有」の概念を抽象的弾力的ではないと考えていたとの想定は不自然であろう。

(9) 信義則(民法8-1)が債権法上の原理にとどまることを至当にも明言するものとして、川島・民法総則 51頁を参照。また信義則が民法上問題となるのがその一般条項性にもとづくためではなく、裁判所と当事者の協働関係にもとづくものであることを適確に指摘するものに、中野・民事訴訟における信義誠実の原則(訴訟関係と訴訟行為) 63頁以下があり、また民法上の信義則に関するこれからの課題がこのArbeitsgemeinschaft der Kautzistenの分析と検討にあることを主張するものとして、柏木・西ドイツ民事訴訟法学の現況 II B (ジュリスト470号121頁以

下)がある。

- (10) 現在では、一見明瞭にみえる規定でもかなりのものが解  
釈(補完)を必要とし、しかもその解釈が客観的であるとい  
う絶対的保障がないことは広く認められているところであ  
る(なおとくに Larenz, *Entwicklungsstendenzen der  
heutigen Zivilrechtsdogmatik*, JZ 1962, 105f., ders., *Mer-  
todenlehre der Rechtswissenschaft*, S.140 参照)。
- (11) 不法行為を類型毎にとりえた §§ 823—826 BGB がその  
パラディグマである。
- (12) 一般的に権利侵害が不法行為となるとするわが民法70条  
は一般条項の好例である。
- (13) *Engisch, Einführung in das juristische Denken*, 4. Aufl.,  
Stuttgart 1968, S.122, 118f. なおまた Henke, S.58 を参  
照。
- (14) 従来わが国における法解釈の客観性の否定、法の変遷の  
強調が、ここにいう特定概念(ヘンケのいう *Genist der  
Rechtsordnung*) の存在を見落させ、したがってまた特定  
概念・不特定概念という把握とその検討をなおさりにさ  
せ、かつまたそれは判決三段論法の不当な貶視となって表  
われたという副作用をもっていたことは否定し難いと思わ  
れる。
- (15) その意味で、例えば正当事由を一般条項の例としてあげ  
るのは(田中(成)・法と裁判(井上ほか・法律学概論))

84頁) 適當ではあるまい。

- (16) この6では、裁判上問題となる三段論法が論理学上の三  
段論法とは異なる多くの特殊性をもつということを明確に  
意識するため、これを「判決三段論法」と呼ぶことにする  
(この言葉はわが国でもすでに用いられたことがある(若  
松・民事裁判の研究169頁))。ここにいう特殊性として考え  
られるのは、第一に、判決三段論法の大前提が常に特定の  
価値判断を帯有していること(したがって大前提が自明の  
ものでない限りはその価値判断の根拠を示す必要があるこ  
と)(後の(4)を参照)、第二に、有効・妥当な消極的な結  
論(棄却の判決)を下すためにはある一つの判決三段論法  
の中だけの検討では足りず、常に、それ以外に該当する他  
の大前提がないという判断を必要とすること(この点につ  
き *Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.  
Aufl., Heidelberg 1963, S.13 : Larenz, *Methodenlehre*,  
S.231 を参照)第三に、有効・妥当な積極的な結論(認容  
の判決)を下すために、時としてある一つの判決三段論法  
の中だけの検討では足りず、そのほかに特殊例外の関係に  
ある判決三段論法の大前提の適用の有無を判断しなければ  
ならないこと(後の(4)を参照。また Larenz, *Methodenlehre*,  
S.232 を参照)、第四に、小前提の形成それ自体が経験  
則を大前提とし間接事実を小前提とする三段論法によつて  
なされるものであり、その意味でも他の三段論法と密接な

関連をもっているものであること、第五に、大前提の形成の思考もしくは説明原理としても三段論法が用いられることがあること、などを挙げうるであろう（なお、判決三段論法はそのほかにその形成過程それ自体に特色をもつものであるが、この点は(4)(r)に述べるところである）。

- (16<sup>a</sup>) 蔽密にいうと判決三段論法はある民法上の解釈問題の解決のために使用されたことがあり、かつそれは現在でも有力な見解たるを失わないという事例がある。すなわちそれは権利自由を肯定するために用いられ、権利関係も小前提の場所に位置すれば有効な自由の対象となりうるものである(若松・民事裁判の研究125頁以下、三月月・民事訴訟法27、387頁参照)。しかしこれは、第一に小前提に位置するものが何故当事者の処分を許すといえるかということの論証を欠くものであり、第二に例えば公序良俗に反する違法な法律関係を権利自由の対象から除外する術をもたない見解であると批判しなければならない(私はすでにこのことを指摘したことがある。柏木・西ドイツ民事訴訟法学の現況(2)NB注(2)(ジュリスト47号136頁)参照)。
- (17) 若松・民事裁判の研究 53頁以下、3、147頁。
- (18) *Bilow, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885* : 自由法學論者のうちよくて Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929* を参照。これらの文献が後述のアメリカの

アリズム法学の主要文献よりも前に著されていること、またわが国の多くの見解(これらは法解釈の主観性とその裁判官への大幅な委譲を説く(注(26)(27)参照)がイザイの見解と酷似し、かつまたそういうことが一度も指摘されたことがないことは興味ある事実である。

- (19) *Bilow, a.a.O. S.3, 6, 45* ; *Isay, a.a.O. S.53*.
- (20) *Bilow, a.a.O. S.6* ; *Isay, a.a.O. S.56*.
- (21) *Bilow, a.a.O. S.4f., 9, 32* ; *Isay, a.a.O. S.177, 94f., 174*.
- (22) こういった見方の萌芽はすでにシュタムラー(1911年)にみてとれるが(Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Halle 1923, S.402ff.* 参照) はじめこれを明確にしたのはエンキント(1943年)である(Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S.18ff.* 参照)。なおまた Scheuerle, *Rechtsanwendung, Nürnberg 1952, S.37f.*, Larenz, *Methodenlehre, S.232ff.* を参照。
- (23) *Llewellyn, Frank, Yntema, Bingham, Clark, Cook, Oliphant, Moore, Patterson, Radin* がこの派に属する。
- (24) 例えば、鶴飼・現代アメリカ法学 151頁以下、早川・ブラグマテイスム、ネオリリアリズム(法哲学講座5巻下) 30頁、加藤・法解釈学における論理と利益衡量(現代法15巻) 34頁以下、野村・法に関するジェローム・フランソワの

現実主義的仮説(川島編・経験法学の研究) 299頁 など。

(25) とりあえず、初期のものとして山田・ドイツ法的考え方と法学のあり方(ジュリスト 162号6頁以下)、矢崎・法実証主義(法哲学講座 4巻) 246頁などを参照。

(25a) これに対し第二の批判(事実認定の法規範関係の性格)はわが国ではほとんどあまり注目されていない、といってよい(ただし、末弘・法学入門 42頁注(51)を参照)。これは、わが国の法解釈の客観性をめぐる論争(第一の批判に関連する)がもっぱら―事案の事実から自らを解放した―学者の(抽象的・一般的)法解釈(後述の独立的形成)(4)(r)(i)参照)のあり方のみを問題とし、事実に拘束されながら(具体的・個別的)法解釈を行うことを主たる使命とする裁判官の法解釈(後述の依存的形成)を傍に押しやっていたことと無縁ではあるまい。同様にまたそれは、事実と事実の評価を区別できないリアリズム法学(Kantowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, Karlsruhe 1962, S.112参照)の好意的な肯定とも無関係ではあるまい。

(26) 中元・野村・裁判におけることは構成(川島編・経験法学の研究) 128頁、また若干の留保を伴うようであるが、川島・科学としての法律学 204頁。さらには我妻・私法の方法論に関する一考察(近代法における債権の優越的地位) 499・534頁。

(27) この見解は、判決三段論法は検証・検算のための道具で

その限りでは有用であるとするものであるが(判決三段論法の形式的有用性)、基本的には注(26)の立場とともに本文に掲げたカテゴリー(実質的理由↑↓形式的理由説)に帰属するといわねばならない。この立場に属するものとして、加藤・前掲 37、50、52頁、川島・民法総則 20頁、矢崎・法の解釈 概論(井上ほか編・法律学概論) 169頁、田中(成)・前掲 82頁以下。

(27a) これらの見解に対しまだ組織だった批判はみられないが、それでもなお、北川・日本法学の歴史と理論 232頁、甲斐・(注(51)参照) 28頁が注目をひく。

(28) このように述べたからといって、もとより私は古典的判決三段論法説を復活させようとするものではない。私はむしろ、判決三段論法をめぐる従来の議論は、古典的判決三段論法の側においてもこれを批判する側においても、判決三段論法と論理学上の三段論法との相違点を十分に認識していず、また不特定概念(この概念自体が欠けていたことは前述した(5参照))が三段論法の上でどう適用されているかの分析を欠いていたなどの欠陥をもっていたと考えるのであり、いわば第三の道を歩もうとするものである。

(29) 従来わが国で特定概念という把握が欠けていたことにつき、注(14)とその本文を参照。



(30) 「法規はその中心となる事例についてはたしかに拘束力をもつとしても、そういう事例は結論が明らかであるためにそもそも紛争として登場しないのがふつうである」との加藤教授の指摘(加藤・前掲 49頁)を参照。

(30 a) 後の(B)を参照。

(31) 田中(成)・前掲 83頁はこのことを明言する。

(32) 例えば、前述の「小切手を振出したものは支払いをしなければならない」という判決三段論法の大前提と、論理学上の三段論法の *Schulbeispiel* の大前提「すべての人間は死ぬ」「すべてのギリシヤ人は人間である」とを比較されたい。なお注(16)参照。

(32 a) この点においてここに述べている問題は論理学上の省略推論(*enthymeme*)とは異なるものである。

(33) 裁判官が、例えば「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」(民法 895 参照)という大前提をおけば、彼は「……を承継する」というのは、立法者が選択した価値観(発生学的価値観)および判例・法学者・一般社会によって肯定されている価値観を検討し、その上で彼自身も正当なことであると認め、かつそのことを表示したというべきであり、そうとすれば「原告が……を承継した」という結論が何故妥当であるかということの實質的根拠は判決三段論法によって十分に示されているといわなくてはならないのである(水

本・民法学における利益較量論の成立とその成果(民商法雑誌64巻2号28頁)はこの点では同旨であろうか)。ラーレンツが、法の適用においては常に、何が法に適用しているかが問題となっているので、大前提においても結論においても「……」ということとは法に適用している」とまで一々書かずにこれを省略することが許されるとしているのは、ここに述べた意味で正当であると考えられる(Larenz, *Methodenlehre*, S.230 Anm. 3 参照)。なお、裁判官が一定の法条が帶有する価値観をどうしても肯定できないが、建前上少くとも形式的にはそれに拘束されるという場合、民事では彼は権利濫用、公序良俗、信義誠実などの不特定概念のたすけをかりて實質的にはそれを迂回することができ(大局的見地からはそれが要請されているといつてよい)、したがって結局のところ彼が實質的に一定の法規を適用した場合には彼はその価値観を肯定したといつてよいのである。

(34) ここにいう特段の事情はつぎの三つの場合に生ずる。① 問題となつている大前提のほかに一般的な別の法規(例えば権利濫用)の構成要件を充たすと考えられる場合、② 同様に特殊な別の法規(権利減却・障害規定)の構成要件を充たすと考えられ、その旨の主張が想定されるとき、③ 判例の分析、比較法的検討、少数説の好意的評価等により裁判官が従来の解釈が妥当とする分野を制限し、当

該事件を通じて（事件の異質性≠特段の事情が認定されれば）新しい法解釈の実施をねらっている場合。②の場合には主張がなければ問題は生じないが、主張があればその特別構成要件（大前提）の安定度如何により再び(α)(β)(γ)等の問題に立戻るので、考察の対象から除外する。

(35) 前述の①の一般的法規の適用がないことは一々指示されないが、ある大前提の下に判決が下された場合にはその旨が表示されているというべきであり、③の場合にあたらないうことは判断を下すための実質的根拠とはいえないから、その記載がないことは問題とはならない。

(36) 前述の①の場合には後述する不特定概念の適用の場合にはかならない。③の場合には大前提の形成が複雑な場合に属するので以下に述べる。

(37) リアリズム法学一般に関する批判として Kantowitz, a.a.O., s.106ff.; Forsthoff, Recht und Sprache, (Sonderausgabe) Darmstadt 1964, S.27ff. を「自由法学に対する一般的批判として」とりあえず Larenz, Methodenlehre S.65f. を参照。

(38) ただし、裁判官は如何なる意味でも法規に拘束されないというならば別論であるが、このような見解は理論的にも裁判社会学的にも誤りであるといわなければならない。かのイザイも法感情により得た結論を一応は法規範により検討し恣意を制肘する必要を認め、その限りでは法規範に意

味を認めていたのであった (Isay, a.a.O., S.94f., 177, 又 174 参照)。

(39) Schumann, Fehlbefehl und Rechtskraft (Festschrift für E. Böttcher.), Berlin 1969, S.299; Riezler, Das Rechtsgefühl, München 1921, S.155. を参照。

(40) hunch に関する Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1. Aufl., Tübingen 1956, S.201 の指摘を参照。アメリカのリアリストのなかには本文で述べたようなことを意識していたと思われるものがあり、そうとすれば hunch を単純に「勘」と訳すのは必ずしも適當ではないといわなければならない。わが国では hunch を漠然と説明するフランクのみが取上げられているが、経験法学の側でこの点とくにハッチソンの二論文を紹介検討することを望みたい。また、わが国でよくいわれる「事件のすじ」についても合理的なものとするでないものとの区別ができるであろう（すじについての興味ある実例は、村松・裁判官と法（法と裁判）49頁以下に詳し）。

(41) Schwinge, Der Jurist und sein Beruf (Eine Einführung in die Rechtswissenschaft, Hamburg 1960, S.101f.; Schumann, a.a.O., S.300f.; Scheuerle, a.a.O., S.101f.

(41 a) 私の考えによれば先例の参照は独立的形成の場合にも問題となるのではなく、依存的形成の場合にも、いかな

る事実をどう参酌するかを決定するために行われるということになる。また、上告審も事実確定の適法性が争われている限りは(あてはめに關する上告は常にそうなる)事實を—間接的にせよ—参酌するので、依存的形成と關係することがあり、その限りでは以下の依存的形成について述べたことはそのままあてはまるとみてよい。

(42) この概念については B II § 3 2 を参照。なお不特定概念というのは内容が全く不特定なものではなく、客観的にみて特定している領域—例えば誰がみても暴利行為となる場合、誰が判断しても公序良俗に反すると認められる場合—を含むものであることが注意されるべきである。その意味で碧海教授が「「公序良俗」とか「公共の福祉」とか、「正当な事由」というような語句が用いられているばあいには、解釈者は実際上ほとんど無限の可能性をもっているといつてもよい」とされるのは(現代法解釈学における客観性の問題(現代法 15) 12頁)、事実の認識として正当ではない(あるいは少なくとも誤解のおそれが非常に強い)と考える。また私は法の解釈を論ずる際には、こういった特定概念とか確定領域といったわれわれの共通な基盤を大事にしていくべきであり、それが得策であると考えるので、右の言明には方法論としても疑問があると考える。

(43) 顕在的法の欠缺とは、法律または法体系に内在する目的からみて当然ありうべき明文が欠けている場合をいう

(Larenz, Methodenlehre, S.355, 358 参照)。

(43 a) 潜在的法の欠缺とは、同様な観点からみてある法規を限定する法規が欠けている場合をいう (Larenz, Methodenlehre, S.355, 358 参照)。

(44) 従来の利益較量論はどのような場合に利益較量を必要とするか、したがってまたいかなる場合に法解釈が主観的なものとなるかを何ら明らかにせず、このため一種の不可知論として自らを構成する傾向が強かった。しかし、前述のように裁判官が一々利益較量によらずとも法を発見し裁判を下せる場合は疑いもなく存在するのであり (a)(β)の場合)、したがって利益較量が必要な場合とそうでない場合を明確に区別しなければならぬと思われる。私の考えによれば利益較量が必要なのは不特定概念の未確定部分が問題となっている場合と法の欠缺の場合がそうであり、その必要がない場合としては特定概念と不特定概念の確定部分が問題となっている場合をあげることができると思われる。

(45) 例えば、正当事由の有無を判断する場合に借家に居住し続けるといふ賃借人の利益と借家を明渡ししてもらつて別途に使用するという賃借人の利益が直接比較の対象となるのではなく、当該の事件の、例えば立退料の提供の有無、その金額、借家人の収入、移転の可能性などの個々の具体的事実が定性・定量評価されるのである。具体的利益較量は、このように結果として行われる点で、作業もしくは過程を

も表す概念である抽象的利益較量と区別される。

- (45 a) 多くの場合、抽象的利益較量の決着がつきそれが安定していれば具体的利益較量は問題となる余地がないといつてよい。前記の(a)(β)の場合は正にこれに該当しよう。

- (46) 主観的実務と客観的実務の区別およびその有用性については、柏木・訴訟要件の審理と判断 第一章Ⅲ3（北海学園法学研究5巻1号129頁以下）を参照。

- (47) 具体的利益較量はこの点で抽象的利益較量と接触する。なお、後に触れるところであるが、判例等を採用する場合には彼はそれが表現している価値判断を承認して採用し、同時にそのことを表明したものとみうるであろう（ここで仮定的採用⇨仮定的承認ということになる）。

- (48) 注(16)参照。

- (49) 注(45)とその本文を参照。

- (50) 事実に関する浮動状態は挙証責任の分配により最終的に存否の決着をつけて完全に除去することになる。

- (51) エンギッシュが大前提と生活事実関係の間の視点の変動 (ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt) を説き (Engisch, Logische Studien, S. 15)、「ラーレンツが事実認定における法規と事実の相互接近を指摘するのは (Larenz, Methodenlehre, S. 237) (なお同様の指摘 (法規と事実の相互関連、フィードバック) はわが国でもごく簡単なが、すでに兼子・裁判

法208頁、北川・前掲272頁、甲斐・民法解釈学の課題(法の解釈と運用(法哲学年報1967) 28頁、丹宗・前掲274頁などにもみられる)、ここに述べたところと同じ方向をすすむものとみてよい。ただ私は、裁判官が法規を考慮するときにはその構成要件だけではなく当然にその法的効果、したがってまた訴訟の結果(結論)までも視野に収めているはずであると思うので、彷徨の範囲・対象としては結論も含ませる方が正確であると考ええる。また、裁判官の判断は事実認定と法律解釈と結論を産む心が三つ巴をなして相互的に決定し合いつつ一切一時に行われる(末弘・法学入門 17頁以下、川島・シンポジウム「判例」における発言(日本法社会学会編・判例の法社会学的研究) 64頁) というのは、やや単純なとらえ方であるという点を別にして、前段(三つ巴)はまったく正当であるが後段(一切一時)はプロセスの存在を見落している点で不正確であるということになろう。

- (52) 法規は法解釈の問題として大前提の内部で検討されるばかりではなく、法律効果したがって結論(三段論法の結論)の観点からも事実(小前提)の面からも吟味されるのであり、事実は事実認定そのもの(小前提の形成)として検討されると同時に、法規の選択および選択された法規(大前提および結論)の観点からも考察しなおされるのであるが、これらの場相互間の検討は論理的な思考法則に従い、

したがって三段論法の型に収まるかという形で検証されるのである。

(53) したがって、裁判の過程は判決三段論法をつくってはこわし、つくってはこわして次第に浮動的要因を少なくしていくものであるといつてよい。

(54) 裁判の過程を分析しこのような結果をえてみれば、裁判(理念的な、そしてまた普通の健全に営まれている裁判)をたんに認識行為であるとかあるいはまた逆に意思行為であるとか決めつけるわけにはいかないことが判るであろう。

裁判はここに述べたような意味において認識行為であると同時に意思行為であり、主観的側面と客観的側面を併せもつという方がより実体に近いと考えられるのである(なお、Larenz, Methodenlehre, S. 228ff.; Engisch, Einführung, S. 49を参照)。

(55) この判断は訴訟が促進された場合にもあてはまるものである。また注(41a)を参照。

(56) 法の発見したがってまた裁判官の判断は帰納的でなくてはならないと説かれることがあるが、それはここに述べた意味で裁判の実体の一面しかみないものといわなければならぬ。演繹と帰納は論理学上は相容れないものであるが、裁判による法の発見に限っていえば *sowohl...als auch...* なのである。ヘンケは「法の発見において演繹が先導するかそれとも帰納が先立つか、との問題は法律上は (*im*

*Recht*) 重要ではない」と断言するが (Henke, S. 98 Anm. 22) それはここに述べた意味において全く正当であると考える。

(57) 注(45)とその本文を参照。

(58) Henke, aO 102 ff. [B s 4 2] 参照。

(59) ただし、具体的利益較量、抽象的利益較量という分類は私がとつたものであり、ヘンケがこのような区別をしているわけではないことに注意。同様にヘンケは緩和された三段論法をたんに不特定概念の上告可能性の検討のために用いたにすぎず、ここで私が問題としているような角度から論じたのではないことにも留意されたい。

(60) 最判昭29・1・22(8・207)などを参照。

(61) 大判昭9・5・1(集13・875) また最判昭35・6・2(14・1192)参照。

(62) 最判昭35・10・18(14・2764)参照。このような「特別の事情のない限り」という留保をつけて大前提を示すことはよく行われるところである。

(63) 最判昭30・11・24(9・1837)参照。

(64) 事実審におけるこの例として、例えば退職金支給規則の「遺族」の解釈に関するものであるが、東高昭40・1・27(下民16・108以下)を参照。なおわが国の事実審の判決は例えば正当事由、正当理由、過失などについてはここに示した大前提を自明のこととして、いきなり認定事実のあては

めを行っていることもある。

(65) この観点から注目をひくのは、1964年4月に行われた法社会学会(シンポジウム「判例」)で、平野(龍)教授が、判例が例えば公職追放令の「政治活動の禁止」について「現実の政治に影響を与えると認められるような行動をする」と定義し、その上でさらに具体的に審究している例が多いことを指摘され、その定義を中間(的)概念(命題)と名づけて判例違反としての(刑事)上告の可否を議論されたこと、(判例の法社会学的研究 24頁)および討論の際にこの中間概念の意味を明確にするべきことが指摘され(潮見発言)(前掲56頁)、それに対して川島教授がその中間概念なる言明は大前提としての解釈論そのものであると述べられたことである(前掲58頁)。

これらの発言が今から七年前のものであることを思えば、実に適確な感覚にもとづくもので驚くほかはないが、惜しむらくは法規の構成要素としての不特定概念という概念、ひいてはその判決三段論法における特殊性がまだ把握されていなかったため今ひとつ明確さに欠けるといわなければならぬであろう。ヘンケの研究を基礎として考察すれば、ここにいわゆる中間命題は、判例が不特定概念の適用のために生み出した緩和された三段論法の大前提なのであり、したがって不特定概念の適用それ自体はまだこの中間命題を述べただけでは完結して、あてはめによる統

行が予定されているといわなくてはならない。したがって、この抽象化された大前提とあてはめが判決の重要な部分(いわゆる判例)をなし、もしそれらが当該事件の判断のために必要不可欠である場合には両者がともに *ratio decidendi* となるとしなくてはならないのである(そこで平野教授の *entweder-oder* 論は(前掲24頁)妥当ではなく、また会員による前掲58頁の議論は明確ではないということになる)。私の考えでは、したがってこの両者のいづれに関するものであっても——民事では解釈またはあてはめの誤り(ただしこれにはいくつかの例外がある)として、刑事では判例違反として——上告の対象となると解されるのである。さらにはまた、判例の拘束力、判例変更などの問題もこういう観点から洗いなおす必要があると考えているが、本稿ではそれには立入らない。

(66) なおBの注(4)を参照。

(67) 定性・定量評価の対象たる事実の選択は先例比較の方法によって行われることが多い。定性・定量評価そのものに関する先例が判決で引用されていればその評価に当該裁判官が賛同したことが表現されているとみてよい。それ以外の場合には裁判官は先例(Paradigmen)を参照しながら自ら定性・定量評価をしなければならぬ。この評価それ自体は価値判断であるが、先例、社会通念、経験則などの基準もしくは枠組みがあるので、裁判官はそれほど広範囲の

Spielraum)をも(わけではなく、またその評価をみればどういう価値からの判断であるかが判り、他方その評価の根拠まで示すのは煩瑣であるうえ、またそれが *Impponderat-bilan* であることが多いので判決文の上には示されないのが普通である。なお、この評価の根拠はここで問題としている判決の実質的根拠の問題ではなく、いわばもう一つ奥の問題であることに注意されたい。

(67<sup>a</sup>) なお判例研究は、判例をたんに解釈学説の一種とみて行われてはならず、事実との関連において判例をとらえてなされねばならないと説かれており、私もそのこと自体に異論はない。ところで認定された事實は判決三段論法の小前提をなしこれも判決の理由となることは疑いのないところであるが(大前提だけが判決理由となるというような考えは到底想定できないところである)、従来説かれているように書かれた判決理由は形式的なものにすぎないとするならば、判例研究者は真の事実(理由)を推測しつつ判例の検討を行うこととならざるをえないであろう。しかしそれでは判例研究の基盤ははなはだ弱いことになるのであって、実際上も判例研究は判決の認定事実(小前提)を実質的なもの(すなわちフィクションとしてではなく)とみて行われているといつてよいであろう。そうとすれば判決理由が形式上のものにすぎないという見解は少なくとも判決三段論法の小前提においては完全に破綻を来たしている

といわなければならず、また、法の解釈がいかにかに主観的なものであろうとも本文で述べたように大前提の形成が小前提の形成の影響を受け、とくにあてはめによって実質的に行われることを否定しえない以上は、判決に示された大前提が単なるフィクションにすぎないとは到底いいえないと思われる。

(68) ここでも裁判官の事実認定は時間的過程を必要とするのであり、したがってその判決三段論法がたんなる演繹を越える意味をもつことに注意する必要がある。

(69) 以上につきとりあえず *Larenz, Methodenlehre, S. 359* Ⅲ. を参照。

(70) 当初から大前提がほぼ固定している場合の学説・判例の参照は、ここでの問題ではなく(別)の場合にあたる。

(71) *Larenz, Methodenlehre, S. 369 ff.* 参照。なおこの解釈は、不特定概念を含む規定とくに信義則、権利濫用、公序良俗などの規定を適用することによってなされることがあるが、その場合は法の発見の態様としては元来は不特定概念の解釈の問題であるというべきであろう(なお注(16)の第三を参照)。

(72) これについてはとりあえず *Larenz, Methodenlehre, S. 382* を参照。

(73) 譲渡担保はそのパラディグマである。

(74) 例えば権利能力なき社団をめぐる議論を参照。

(75) 契約締結上の過失、失効の原則、行為基礎の脱落などその例は少なくない。

(75a) この点に関する解釈論のみことな例として、星野・借地・借家法Ⅲ、106頁以下を参照。

(76) 固まった場合もしくはほぼ固まった場合は(a)(b)の場合となる。

(77) 岩松・兼子編・法律実務講座民訴編 5巻(判決書)120頁以下にはこのような問題に対する言及は全くない。なお私はこのような点も含めて日独間の法律制度の動かし方の差異を検討しようと志したことがあったが最高裁判所がそのプランと留学期間の延長を承認しなかったので頓挫を来した事情がある。しかしおいおい研究を重ねて私の責をふさぐ予定であり、とりあえず損害賠償制度について別稿を予定していることをここで付けくわえておきたい。

(78) 判決三段論法を機能的にとらえる限りは、このような場合大前提が何故にそう構成されたかの問題も大前提の枠の中の事柄であるといわなければならないであろう。

(79) ここでは残念ながらわが国のとくに下級審の判決が実際にどうであり、またどうであるべきかという問題をより具体的に、また比較裁判的に究明する余裕はない。わが国の下級審の判決の中には、当事者ではなく上級審の裁判官を名宛人としたときか思えないような、実質的判断に乏しいものが少なからず散見される。これは私をしていわし

むれば、裁判官が意識的無意識的に判決三段論法を悪用したにすぎないのであって、罪は判決三段論法の側にあるのではないのであり、将来裁判官が判決三段論法(とくに緩和されたそれ)の実質的有用性を十分に認識したうえで判決をしたためることが望まれるのである。なお私はこれらの点の検討と本文に示したような私の考えをより強固に練り上げて将来独立の論文にまとめ上げたいと考えている。

(80) 詳細はおつて民商法雑誌に発表を予定している拙稿を参照されたい。

(81) そのことはこれまでの西ドイツの既判力論をみれば判るところである。この既判力論は紛争解決の一回性という観点からみて(もつとも西ドイツでは民事訴訟の目的を紛争解決とはとらえていないから、こういう観点から批判をすることにには再批判の余地があるが)不徹底であるとしても、その不徹底さの故に裁判官の失敗を当事者がかぶらなという利点がありこのため西ドイツの新訴訟物論がその実務に浸透していったのであった(以上につきなお、柏木・西ドイツ民事訴訟法学の現況 MB, II A(ジュリスト 484号114頁以下、470号119頁以下)を参照)。したがって、この点を徹底させようとする学説は弊害に対しより具体的な処方を示さなければならぬであろう(この点につきなお、柏木・ゲオルギアデスの「請求権競合論」についてH注(7)(北研5巻7号558頁)を参照)。



(82) 斎藤・民訴法概論 392頁参照

(83) この立場(＝わが国の通説)では唯一の例外は後述の前提問題の場合である。

(84) 例えば前訴が所有権の確認、後訴がその所有権にもとづく妨害排除を目的とするような場合をいう。いうまでもないことであるがわが国の従来の学説も、このような場合に前訴の所有権の存否についての判断は後訴に対して拘束力をもつと解している。しかしそれらにあっては前訴と後訴とで訴訟物が異なるにも拘らず既判力が及ぶという事態のもと意義は認識されず、したがって既判力論を、反対要求、相対的既判力へと発展させてゆくための基盤はついに形成されなかったのであった。またこれは、信義則なる不特定概念の利用による争点効理論という全く別の系列の発想を許し、これに対して既存の理論が古い理論にたてこもるかそれとも争点効理論を *alibi rasi* にとり入れるかという *entweder-oder* の狭い対処のしかたしかとれなかったこととの遠因をなしている、といわなくてはならないように思われる。

(85) 西ドイツにいわゆる *Kontradiktorisches Gegenteil* の場合である。例えば前訴で給付を命ぜられた被告が、後訴で、不当利得を理由に給付したものの返還請求をした場合。この場合には前訴と後訴で訴訟物は別箇であるが前訴の既判力は後訴に及ぶといわなければならない。しかし従

来説かれてきたように既判力は同一訴訟物の間でのみ働くという見解では(前提問題のみが例外をなすという考えでも同じことであるが)この反対要求の場合は説明できないのであり、別の新しい説明方法が必要であるといわねばならない(以上について私はかつて簡単に触れたことがある。柏木・西ドイツ民事訴訟法学の現況 M A 注(一)参照)。

(86) この点については西ドイツの学説もすでに方向を変えつつあるといつてよい(例えば *Arens, Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170, 415 f.; Oro, Die Prälusion, Berlin 1970, S. 90 ff.; Böttcher, MDR 1971, 433* などを参照)。

(87) Schwab, Die Bedeutung der Entscheidungsgründe (Festschrift für Böttcher) Berlin 1969, S. 231 ff.; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., München 1969, S. 810 ff. を参照。ただしシュヴァーブ教授は判決三段論法の実質的有用性については何ら言及されていないが、私がここに示したような検討と結論は相対的既判力論に確固たる基盤を与えるものといえることができる。またシュヴァーブ教授は既判力の客観的範囲と時的限界の関係についてはとくに言及されていないが(ただし Rosenberg-Schwab, aaO. S. 810 を参照)——そしてまたわが国では両者の関連が明確にされていず、訴訟物以外の事実の遮断はすべて既

判力の時的範囲の問題として片づけられているが——私は既判力により客観的に遮断されないものについては時的限界を論ずる意味も必要も存しないので前者の問題が後者の問題よりも論理的に先行すると考えており、その点にも独自性があるといつてよいであろう（この意味で後者は前者の部分問題であるといつてよい。私は前に相殺の抗弁・形成権にもとづく抗弁の遮断に関してこのことを明らかにしたことがある（Kashiwagi, Die rechtzeitige Beibringung der Aufrechnungseinrede (北法22巻1号104頁、101頁以下)を参照)。）。

(88) これらの事実は当事者が請求の趣旨を理由づけるために持ち出したのであり、それと切り離して独立に評価し意味を与えることは適當ではないといわなければならない。

(89) 相対的既判力を肯定した場合には、請求原因事実、抗弁事実などについて矛盾する判決が下されるのを避けるテクニックが必要となる。このために例えば判決による事件の併合という構成が考えられているがまだ十分ではなく、私はさらにすすんで、フランス法の関連の抗弁 (*l'exception de connexité*)、イタリア法の部分訴訟係属 (*l'inspersione parziale*) を参考として（これらの制度については、柏木・訴訟要件の審理と判断 第三章Ⅲ A 8、B 5（北研6巻1号75頁以下、88頁）を参照）、関係する訴訟の必要の併合を認め、これによって解決をはかるのがもっとも妥

当であると考えている。

(90) 兼子・民訴法体系 460頁、菊井・村松・民訴法Ⅱ 638頁、小山・民訴法 507頁、齋藤・民訴法概論 595、277頁

(91) 兼子・前掲 244頁（ただし同・条解民訴法 上 929頁参照）

(92) 例外をなすのは、菊井・民訴法 456頁、三カ月・民訴法 384頁。

(93) 岩松・民事裁判の研究 153頁、三カ月・前掲 385頁、小山・前掲 507頁、齋藤・前掲同所、菊井・村松・前掲 639頁（ただし638頁参照）。例外をなすのは、兼子・前掲同所。

(94) なお、著しい経験則違背のみが上告理由となると説かれることがある（小山・前掲 283頁、齋藤・前掲 277頁）。しかしこれは一義的明白であるべき上告規制になじまない構成であるばかりか、著しいかどうかは結局上告審裁判官の判断にかかることになるのであって適當ではあるまい。

(95) この点はわれわれがすでに6においてみてきたとおりである。

(96) Henke, aO S. 125 ff. 90 ff.; Rosenberg-Schwab, aO S. 756 f. 参照。

(97) 菊井・前掲 456頁は論理法則について、裁判がそれによつてなされるべきことは一の法律的原则である、とされるが、これはここに述べたのと同様の考えをより以前に示したものとみてよいであろう。

(98) 意思表示の解釈についてわが国には § 133 BGB のような規定はないが、これは思考法則と同様に明文をおくまでもない共通の了解事項であると考えられたからに他ならない。

(99) Henke, Rechtsfrage oder Trutzfrage — eine Frage ohne Antwort? ZRP 81, 220 ff., 245 f.; Rosenbergs-Schwab, aaO S. 757 参照。

(100) 注(一)、山内(判タ210・42)、田尾(兼子還暦記念 中274)を参照。

(101) 例えば民法 555条の、当事者の一方、相手方、移転、約スル、代金、払フなどの概念にどのような自然的事実が対応するか、また暴利行為の場合を考えられたい。

(102) この点については、柏木・アーレンツ「当事者の訴訟行為における意思の欠缺」について N 2(2) (北研6巻1号205頁)を参照。

(103) もう少し具体的にいえば、その不特定概念にとつて類型的な事実や大きく定量評価すべき事実は主張を要するといふことになる。

(104) 最判昭32・5・10(11・715)は本文に述べた観点から支持することができるのであり、これをいうために村松教授のいわれるような構成をとる必要はないと考えられる(なお本件についていえば、この事件は元來 prima facie 証明(これについては B 注(6)を参照)によつて解決できた

のであるから(すなわち過失行為を詳細に特定する必要はない)、上告理由とされ、また判示されたような問題(そもそも生じないといふべきなのであった)。また田尾判事は主要の間接事実という構成を主張されるが、その事実についても(間接的)間接事実が存在する以上は不特定概念が主要(的)な事実であるという(暗黙の)前提そのものの当否が問われざるをえないのであり、また具体的に妥当な結果を導くためにそのようなあいまいな、また他の多くの問題と至るところで衝突するような(田尾判事は281頁でこのことを認めておられる)構成をとる必要はないといわなくてはならない。

(105) 権利自由一般に関しては私の考えはまだかたまっていないが、正当事由、過失、正当理由などについてはその成立を認めてよく、逆に公序良俗、婚姻を継続し難い重大な理由については成立を否定すべきであると考えている(なお権利自由に関する、現在最先端をいく問題状況とそれに対する私の評価については、柏木・西ドイツ民事訴訟法学の現況 NB 7 (ジュリスト 47号134頁以下)を参照)。