

## 裁判による法創造と事実審理（一）

原  
竹  
裕

### 序 論

第一章 裁判による法創造の意義と限界——ドイツ法上の展開——

第二章 法創造の事実的基礎——立法事実と法創造事実

第一節 アメリカにおける立法事実論（以上本号）

第二節 ドイツにおける法創造事実論

第三節 小 括

第三章 立法事実・法創造事実の具体例

第四章 立法事実・法創造事実と訴訟手続——アメリカ法・ドイツ法——

第五章 日本法

終 章

## 序 論

## 一 現状把握

司法とは、具体的争訟に法を適用することによってこれを解決する国家の作用であるとされる。<sup>(1)</sup>ここでは、立法府の定めた既存の法を適用するという、典型的な司法の姿が想定されている。実に、現実に生起する大多数の事件はそのような構造にまさしくよく適合するものである。

しかし、現代の裁判は、司法権がそのような伝統的定式化に安住することを許さない状況にある。

それは、いわゆる大阪空港公害訴訟における団藤重光裁判官の反対意見の、次のような一節に示されている。

「本件のような大規模の公害訴訟には、在来の実体法ないし訴訟法の解釈運用によっては解決することの困難な多くの新しい問題が含まれている。」「わが国においては、おなじ成文法国であっても立法的対応が機敏に行われる国におけるよりは、裁判所が法形成の上で担うべき役割はいつそう大きいといわなければならない。」「判例による法形成は、英米法のような判例法国において顕著にみられるものであるが、わが国のような成文法国においても、決して相容れないものではない。<sup>(2)</sup>」

確かに、司法府の作用の大部分は、既に形成された法規範を具体的事件に適用する作用から成ることはいうまでも

ない。これは、多くの場合、適用すべき法がどのようなものであるかは、法規による文言や、確立した判例・学説等によって、すでに一義的に確立し、安定しているからである。従って、大部分の事件においては、固定的安定的な法規を所与の前提とした上で、その法規の要件に該当する事実の存否をめぐる争いが、中心的な争点を成すことになり、審理もそのような争点を中心として進行する。そして、そのような法適用型の訴訟の審理をいかにして、迅速に、かつ充実した形で遂げるかが、いつの時代においても、民事訴訟法学の重要な考究課題となることは、もちろん、いうまでもない。

しかし、今日においては、司法院が、社会経済の発展に応じ、既存の法規の予定していなかった新たな事象への対処を迫られる場面が増加しつつある。こうした訴訟においては、既存の法規の適用によって解決を行うことができず、裁判官は、適用すべき法の欠缺状況に直面することになる。このような訴訟においては、むしろ、訴訟を通じて法が補完され生成されるべきことが要請されるのである。そして、これらの訴訟は、量的側面においては少数を占めるにすぎないが、判例法の形成の任務を担うことにより、わが国の法システムにおいて、質的に重要な意義を有する<sup>(3)</sup>。

法創造の最も顕著な形態は、司法判断による準則の定立という形をとるが、このような形で法創造が行われることはきわめて異例のことに属する。むしろ、個別的な事例における集積によって、おのずと法準則が形成されていくという形をとるのが通例であろう。このような個別事例の集積に際しては、一般条項や規範的要件が重要な媒介の役目を果たす。旧借家法の「正当事由」に関して蓄積された判例理論が、現行の借地借家法の規定に具現化されるに至ったのは、その好例であるといえる。

しかし、例えば担保物権法の領域においては、私法上の法規制定後に、社会経済の変化によって、新種契約・非典型担保などの新たな取引形態の登場することが避けられない。そして、このような領域における判断は必然的に準則

定立の形をとらざるをえないのである。

これらの全く新規に生じた事象への対応は、本来、国民の實在的なコンセンサスの現れというべき立法によって対処するのが本則であることはいうまでもない。とくに、非典型担保については、物権法定主義の建前からとくに立法による対処が望まれる。しかし、規律を要する事象が出現してから、その立法による対処が行われるまでの間には、必然的に時間的な懸隔（タイム・ラグ）が存在するのであり、このような立法までの過渡的な時期においても、具體的事件において、適切な救済を拒絶すべきではないとするならば、少なくともこのような過渡期については、一定の範囲において、司法院による法創造を認めざるを得ない。そして、この過渡的時期における法創造の成果が、立法の必要性についての国民による認知を促し、新規の立法を誘発することにもなる。その例は、仮登記担保法の制定に至るまでの経過に如実に現れているといえよう。

## 二 従来の議論と問題意識

上のように、簡単に瞥見したところだけでも、法の欠缺を補充する法創造機能を果たす訴訟が、社会経済的な変化に富んだ現代において、現実的問題の発生と立法的対処との間に生ずるタイム・ラグにあつて、立法の将来的な変化及び既存立法の補完・修正という作用を通じ、法発展の原動力となるものであることが知られよう。そして、法の創造が、いかに価値的評価的要素を本質とするものであるとはいえ、社会の実情の変化を基盤として、その実情に対し適切な解決を与えるために行われるものである以上、その基礎には、正確な社会的実情の認識が存しなければならぬ。ここに、法創造における事実審理の必要性が存するのである。そして、司法院によって定立された準則が、社会への広汎な波及効果を及ぼす場合に、このような事実審理の要請はさらに増すことになる。

しかるに、これまでの民事訴訟の審理過程に関する理論、なかんずく証拠調べの領域に関するそれにおいては、主に、法適用型の訴訟における事実審理のあり方に力が注がれていたように思われる。そこでは、固定的安定的な法規の存在を所与の前提とし、その法規の要件事実の認定を目標として進行する訴訟審理が念頭に置かれていた。従って、解決の基準自体について疑義が存し、要件事実が流動的不確定的な状況は、念頭には置かれていなかったものであり、そのような不確定状況の中から、要件を定立するために必要とされる社会的事実の収集認定過程の法的整序ないし統制については、一部の先駆的業績を除けば、比較的議論が乏しかった。

しかし、この裁判官による法創造過程の法的統制は、創造された法準則によって自己の権利義務を裁定される当事者の利益保護の観点からも、また、法創造を豊富かつ信頼しうる事実的基礎に立脚させるという観点からも、きわめて重要な意義を有し、裁判による法創造の果たす社会的役割の増大しつつある現代にあって、まさに訴訟法学による検討が求められているのではなからうか。

本論文は、以上のような問題意識に立脚した上で、法創造機能を果たす訴訟を中心として、社会への波及的效果を生ずるような法的争点を含む訴訟における事実審理のあり方を、手続法の見地から探究しようとするものである。

### 三 本論文で扱う検討対象

上に述べたところの、法創造の事実的基礎に関する訴訟法的検討課題は、さらに、①体系上の位置づけの問題、②弁論主義との関係に関する問題、③訴訟上の顕出方法に関する問題、④不明の場合の処理に関する問題、及び⑤上告審における審理の問題に分けることができる。そして、それぞれについて、現行法の解釈によってどの程度対処しうるのか、及び立法的対処が必要であるとすればどのような立法が望ましいのか、という問題が存する。このうち、本

論文においては、主に①ないし④を検討対象とする。

そして、その際に前提とされる法創造の類型は、準則定立の方法によるものを主眼としつつ、事例の集積によるものをも視野に収めることにしたい。

#### 四 考察の方法——比較法的手法の意味——

これらの問題への接近に際しては、アメリカ及びドイツ<sup>(4)</sup>における法制度及び議論を検討し、そこから得られた比較法的資料を参酌しつつ、検討を進めることにしたい。それは、次のような事情による。

まず、アメリカ法に着目したのは次のような理由による。判例法国家であるアメリカにおいては、早くから、司法院による法の宣明機能さらには法創造機能が承認され、その中で、司法院の立法的判断の基礎事実としての立法事実 (legislative fact) に関する議論が蓄積されるに至っている。そして、このアメリカの議論の模様に関しては、主に、必然的に——消極的立法判断という意味で——法創造的たらざるをえない憲法訴訟との関連において、わが国においても、既に精力的な紹介がなされている。このような、活発な法創造機能の発揮が見られるアメリカにおける議論を検討することは、わが国における解釈論あるいは立法論に対しても、有益な示唆を与えてくれるものであるに違いない。また、従来の、憲法訴訟を主に念頭に置いた立法事実論を、通常の訴訟についても一般化するに際しては、従来のわが国の立法事実論が背景として念頭に置いていたアメリカにおける議論を踏まえることが、不可欠の前提となるであろう。

他方、ドイツ法圈に着目したのは、次の理由による。ドイツは、いうまでもなくわが国の現行民事訴訟法のみならず、民法を初めとする民事実体法体系の母法国家であるとともに、そのような法の継受を通じて、大陸的な三権分立概

念が、戦前以来、わが国における伝統的司法観の背景をなしてきた。しかし、近時、まさにそのドイツにおいて、裁判官による法創造 (richtliche Rechtsfortbildung) に関する議論が高まるとともに、その訴訟法的側面についても、アメリカにおける議論の影響をも受けつつ、検討が進められるに至っている。従って、ドイツ法圏における議論の動向を踏まえることは、わが国において、とくに従来の訴訟法体系と整合性のある理論を構築するにあたって、有益なモデルとしての役割を果たすことになるであろう。

## 五 考察の順序

そこで、本論文においては、次のような順序で考察を進めたい。まず、第一章において、ドイツ法圏における法創造に関する学説及び判例をも参考にしつつ成文法国家における法創造の把握の仕方を検討する。次いで、第二章において、法創造の事実的基礎に関するアメリカとドイツの議論を紹介した上で、法創造の事実的基礎をなすべき資料の性質と分類を検討する。そして、第三章において、若干の判例を素材として、法創造の事実的基礎の具体的実例を抽出する。そして、第四章において、アメリカ及びドイツにおける法創造の事実的基礎に関する訴訟法的対応の現況を紹介する。最後に、第五章において、それまでの比較法的考察を踏まえ、かつ、わが国における先駆的業績をも視野に収めつつ、わが国における今後の解釈論・立法論の方向につき若干の試論を提示することとしたい。

(1) 例えば、清宮四郎『憲法一（第三版）』三三五頁（一九七九年）。

(2) 最大判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁以下、一四〇七頁以下。

(3) 例えば、田中成明「裁判による法形成」新実務民訴講座第一卷四九頁以下所収（一九八一年）参照。

(4) ドイツ法圏に属する議論として、場合によりオーストリアにおける議論も参照することがある。

## 第一章 裁判による法創造の意義と限界——ドイツ法上の展開——

本章においては、ドイツ法圏における「裁判による法創造 (richterliche Rechtsfortbildung)」の意義と限界に関する議論を検討の対象とする。これによって、わが国と同じく成文法を中心とする法体系を採用するドイツにおいて、いかなる形で法体系と法創造活動との調和が模索されているのかをも探ることにしたい。

成文法国たるドイツにおいては、裁判による法創造が承認されるべきかどうか、まず一つの大問題となる。すなわち、英米のような判例法国とは異なり、成文法国においては、司法は立法府の定めた法規の適用作用に尽きるとする伝統的観念が支配し、裁判による法創造をもし正面から承認するとすれば、法治国家の建前との両立性が問題とならざるをえなかったし、また、理論上は、法創造の前提となる法の欠缺の肯否という問題が存したのである。

しかし、そのような支配的風潮のなかで、いちはやく、裁判官の法創造活動に着目した論者が存した。彼らは、一九世紀末葉から今世紀初頭の、ドイツ民法典の編纂と相前後する時期において、裁判官による法創造活動を論じたのである。

## 第一節 法創造に関する一九世紀末葉の議論

### 一 法創造的裁判官像——ビューローの見解

ドイツの成文法秩序の下において、裁判官の法創造活動に対し、訴訟法的見地をも含めて着眼した先駆的論者として、オスカー・ビューロー（Oskar Bülow）を逸することはできない。

ビューローが、一九〇二年に発表された「訴えと判決（Klage und Urteil）」と題する論文において、訴訟以前の権利（vorprozessuales Recht）の存在に対し疑問を投げかけたことは、よく知られている。<sup>(1)</sup>しかし、ビューローは、前記論文の発表に先立つ一八八五年に、『法律と裁判官（Gesetz und Richteramt）』と題する著作において、判決と法秩序との関係に関し、独自の見解を打ち出している。<sup>(2)</sup>

ここでは、判決による法の具体化・実効化の側面と、より直接的な法創造活動との区別が明確ではないくらいはあるものの、今日の議論にまで影響を与えた発想が数多く見られる。

#### 1 判決と法律の異同

ビューローは、自らの置かれた時代を、法律に対し好意的で、法律が多用される時代として位置づける。しかし、その中でも、法律を万能のものとして信仰することはできないとする。<sup>(3)</sup>彼によれば、裁判官と法律との関係を把握しようと試みようとする者は、裁判官の法創造力（rechtsschöpferische Kraft）の側面を無視すべきではないとき

れる。<sup>(4)</sup>

ビューローは、まず判決と法律との異同についての検討から論を進めている。

まず、判決と法律の類似点が指摘される。その類似点は、裁判官の活動の性質から導かれている。すなわち、ビューローによれば、裁判官はいわば立法の補完機関として位置づけられ、その活動の立法類似性から、判決の立法類似性が導かれるとされるのである。

裁判官が立法の補完機関として位置づけられる理由を、ビューローは、立法者の予見能力の限界に求めている。すなわち、立法者は、明確な将来像 (Zukunftsbild) を抱いた上で立法を行うことが要請される。しかし、立法者が描くことができるのは、将来の計画 (Plan) ないし草案 (Entwurf) にすぎない。<sup>(5)</sup> しかも、そのような法の計画 (Rechtsplan) を実行するのは人間であり、誤解や過失などによって法の忠実な実現が妨げられるおそれもある。そこで、立法者は厳密な立法を心がけることになるが、それだけでは十分な指針を示すことができない。そこで、国家は、立法機関 (Gesetzgebungsapparat) とは別に、裁判官 (Richteramt) を設け、立法者によって契機が与えられた法秩序の構築 (Rechtsordnungswerk) を継続 (fortführen) するとともに、それを完成 (vollenden) させることとしたのである。<sup>(6)</sup>

このような裁判官＝立法補完機関という位置づけのもとでは、判決の構造はどのように把握されるか。ビューローは、この点につき、次のように述べる。すなわち、外観上、判決は、あたかも他の判断作用と同様、法律規定を大前提とし、構成要件事実を小前提とする論理操作 (logische Operation) に基づく理解作用 (Verständestätigkeit) にすぎないかのである。しかし、ビューローによれば、このように、判決を、法律に内在する思考を単に表現するだけの包摂作用 (Subsumtionsoption) としてとらえてしまうと、判決の立法類似の側面は見逃されてしまう

ことになるという。判決は、法律によって不完全にしか行われていない法創造(Rechtsschöpfung)の継続(Fortführung)として行われるものであるとされるのである。<sup>(7)</sup>

裁判官の活動の性質論に基づき、判決の立法類似的側面を指摘したビューローは、次に、判決と法律とがいかなる点で異なるのかを問い、そこでは、法の実効化・具体化という、後の彼の既判力論や訴権論につながる発想も示されるが、ここではその点には立ち入らず、裁判官像に関する議論に焦点を合わせることにしたい。

ビューローは、従来の法律学における裁判官像を次のように批判する。ビューローによれば、当時支配的であった見解は、裁判官の本来の任務を法的事件の事実的側面に限ってきたという。すなわち、裁判官の職務は法律においてその要件とされた構成要件事実が面前の事件において実現されたかどうかを判断することにあるとされる。他方、構成要件事実といかなる法的効果が結びつけられるべきかという法的な点(Rechtspunkt)に関しては、裁判官の本来の職務とはされてこなかった。当時の支配的見解によれば、上述のような法的問題に対する解答は、法律によって直ちに与えられるのであって、それを見いだすためには、法律の法文(Ausgabe)がありさえすれば十分であるとされる。そうした見解によれば、法律学の任務は単に現行法の法規定の認識に尽きることになる。<sup>(8)</sup>しかし、ビューローは、法律学のこれまでの果たしてきた任務に照らして、そのような見解には満足することはできないという。<sup>(9)</sup>

## 2 裁判官の法創造活動の正当化根拠

ビューローは、裁判官の法創造活動の正当化根拠に関しても論じている。

### (一) 裁判の法律による拘束との関係

ビューローは、法律による拘束性から、裁判官の法創造機能の承認に対する真摯な疑問が生じうることを指摘する。彼は、裁判官の法創造活動に関する理論が、法秩序の基本を揺るがすことになるとの懸念が生じることを指摘する。このような懸念は、裁判官の判決を単なる論理的意味における判断に帰着させることになる。しかし、ビューローは、このように、判決が法律の規定から獲得されるものであるとすると、判決の既判力 (Rechtskraft) は、単に法律の拘束力から生じたもの (aus der verbindlichen Kraft des Gesetzes Stammendes) にすぎないことになり、単なる「法律力 (Gesetzeskraft)」に墮してしまうことを指摘する<sup>(10)</sup>。しかし、反対に、判決に、法律に規定されたもの以外の何物かが持ち込まれているとすると、それにもかかわらず判決の有効性が認められること (Res iudicata pro veritate accipitur) の理由が説明されなければならない、という<sup>(11)</sup>。

## (二) 成文法体系との関係

もちろん、ビューローの時代には、すでに制定法の整備が進み、国法秩序の上でも、制定法主義がとられていた。では、そのような法律を主要な法源とする法体系において、裁判官の法創造の余地は存在しないのであろうか。ビューローはここでも、立法者の予見能力の限界を主要な根拠として援用する。

確かに、立法者が入念な立法を行うようになればなるほど、裁判官による法の創造の余地は狭くなる。それによって、法秩序は個々の裁判官の恣意及び不確実性から守られることになる。しかし、ビューローは、そのような法秩序の構造変化によっても、裁判官による法発見 (Rechtsfindung) 及び法創造 (Rechtsschaffung) の余地は、制限されこそすれ、決して消滅してしまうものではないとする<sup>(12)</sup>。

ビューローによれば、どのように完全な立法も、それ自身だけでは、法秩序を完結させることはできない。立法の

計画 (Plan) は、個々の事例において初めて完結をみるのであり、このような個別的な事例における実現は、立法者とは別の、裁判官という法的職務に委ねられることになるのであるという。<sup>(13)</sup> のみならず、法律は現世の予見の産物 (ein Stück irdischer Vorsehung) であって、その予見には限界がある。現実の生活が、立法者の予見とは異なった展開をみせることは、避け難い。立法者は、確かに、立法に際して、従来裁判上において現れた事例によって、多数の典型的な事例 (gewöhnliche, typische Rechtsfälle) を知ることができる。しかし、立法者が予想だにしなかった法的問題が実際に裁判において生じうる。ビューローは、その例として、新たな交通・通信手段 (Verkehrsmittel) に対する立法の欠如を挙げている。<sup>(14)</sup>

また、ビューローは、このような生活様式の異例かつ急速な変動 (außergewöhnliche, überraschende Umwandlungen der Lebenswege) による場合を度外視するとしても、例えば、両当事者が、善意 (bona fide) の意義について、相異なる法的見解を掲げて争っている場合には、法律の規定から必然的かつ論理的な推論を絶対的な確実性をもって導出することは困難であることを指摘する。このような場合には、立法者のみならず裁判官もまた、構成要件事実と法的効果との関連について論理必然性 (logische Notwendigkeit) のある推論を行うことができないという。このような場合、事例ごとに、多様な構成要件要素の組み合わせが生ずるため、立法者は、裁判官よりも先に予めこれらを考慮することはできない。<sup>(15)</sup> 他方、このように一般条項に関する判断が裁判官に任されることになる、法的な予見可能性が害されることになる。そこで、立法者としては、個別的かつ詳細な立法によって対処する方法も存する。しかし、このような大部でカズイステイックな法典 (vielbändige casuistische Gesetzbücher) は、複雑で難解なものとなるばかりか、その耐用期間をも短いものとする。<sup>(16)</sup> 他の選択肢としては、立法者が立法者としての立場で (unter der Maske des Gesetzgebers)、裁判所による照会にに応じて事例ごとに回答を与える方法や、立法府が頻繁

に新たな立法を行うという方法が存するが、これは現段階では困難であるという<sup>(17)</sup>。そこで、立法者は、裁判官に対し、自らの法的見解と法感情によって、各事例の特別の事情を勘案した上で、それに最も適合する法的効果を自ら案出すること<sup>(18)</sup>を、委ねざるを得なくなるといふ。

もちろん、そのような一般条項と並んで、裁判官の裁量 (Richterermessen) の余地のない絶対的な法規定も存在するし、構成要件事実が法文の定めに該当することが単純明快であるような事例も存在する<sup>(19)</sup>。では、そのような事例においては、裁判官の独自の法発見 (eigene und selbständige Rechtsfindung) の余地は存しないのであろうか。ビューローはこれに対して否と答える。ビューローによれば、法律は個人の意思表示ではなく、複数人の協力による集合的な意思表示 (Kollektivverklärungen) である。法律は、立法府の構成員の多様な意思を、一つの最大公約数的な文言 (Wortausdruck) という形に辛うじてまとめあげたものである。従って、一つの文言にも、複数の解釈の余地が含まれることになる。裁判官は、こうした妥協により生じた多義的な文言に対して、内的な統一性 (innerliche Einheit) を与えるために、平均的に見て正しいと思われる法規定を選び出さなければならない。そして、その判断結果に対しては、既判力が与えられることになるという<sup>(20)</sup>。

このようにして裁判官によって選り選ばれた法規定は、ときに立法者の現実の意思とは一致しない場合もある。しかし、このことは例えば、パンデクテン体系上の学説と、ローマのユスティニアヌス帝の現実の立法者意思とが必ずしも同一でないのと同様であるとされる。かくして、法律はしばしばその起草者よりも賢明である (das Gesetz ist oft klüger als sein Urheber) とされるのである<sup>(21)</sup>。またしばしば、立法に際し、起草者が、立法の正しさの如何については明確な結論を出し得ないまま、従来の路線との整合性を考慮して、旧来の立法の立場を踏襲する場合がある。このような場合には、過去の法 (Rechtsvergangenheit) の難点を発見しこれを是正する事は、ひとえに判例に

よる自由な形成 (freie Gestaltung durch die Rechtsprechung) に任されることになるという。かくして、立法によって、法創造に終止符を打ったつもりであっても、何が法であるかを知るためには、再び裁判官の活動が必要となるとされる。<sup>(22)</sup>

ところで、裁判官の独自の法規定力 (Rechtsbestimmungsmacht) を承認するとしても、これは、ときに、確固として定められた現実の法律の意味内容や、立法者の意思や要望に反することになる場合がある。しかし、判決が、法律の本来の意味や意思に反することが起こりうるとしても、それは、立法に際して存在する人間の伝達及び認識能力 (Mitteilungs- und Erkenntnisvermögen) の限界に対し不可避免的に支払わねばならない対価として甘受すべきであるという。かくして、たとえ判決が法律に違反するとしても、その判決は法的拘束力を有することになるとされる。<sup>(23)</sup>

### 3 ビューローの結論

ビューローは、法律について想定されていた完全性の前提が、実際には虚構に過ぎないことを強調する。立法権がその任務を果たすためには、裁判官の職務との連携が不可欠であり、両者は、法創造 (Rechtsschaffung) と法設定 (Rechtsbestimmung) の任務を分かち合うのであるという。<sup>(24)</sup> 確かに、裁判例にのみ依存した法秩序は、不安定性 (Unsicherheit) を免れない。しかし、抽象的で一般的拘束力を有する法律のみによって法秩序は形づくられるものではなく、司法府もまた法秩序の一翼を担うことに変わりはないのであるという。このことによってこそ、裁判所は、法的取引の慣習と運用を考慮した上で、法創造を行うことができるという。<sup>(25)</sup>

さらに、ビューローは、ローマ法継受以来のドイツにおける法律学が、法創造 (richterliche Rechtsschöpfung)

を、抽象的規範の構成要素としての慣習法の枠内でしか受容できなかったことを指摘する。<sup>(26)</sup>

ビューローによれば、従来は、法秩序は、抽象的立法 (abstrakte Rechtproduktion) によって構成されるとされてきたが、このような観念とは訣別する必要があるとされる。法律だけでは直接に法を創出することはできず、それは、単なる準備段階または試行にすぎず、単に法秩序構築の指示 (Anweisung) を包含するにすぎないとされる。従って、ビューローによれば、法律は、関係人または裁判官に対して、法発見の方法を指示するものにすぎないとされる。<sup>(27)</sup> その理由は、現実の法生活が、複雑かつ流動的であるとともに、立法の際の思考能力にも限界があることに求められるという。それゆえに、法律の死した文言ではなく、裁判官の生きた声 (viva vox) の重要性が増すことになるという。<sup>(28)</sup>

かくして、法秩序の完成は裁判官の判決をまたなければならぬことが強調されて、ビューローの著書は締めくくられる。<sup>(29)</sup>

#### 4 若干の検討

さて、このようなビューローの見解からいかなる示唆を引き出すことができるであろうか。

ビューローは、立法と司法との相互補完的な関係を念頭に置き、法秩序の現世における完成ないし実現には、判決の媒介が不可欠であることを強調する。のみならず、さらに進んで、ビューローの見解においては、裁判官の職務が、単に構成要件事実の認定活動に尽きるものではないこととともに、法的な問題に関する解答が、法文だけから得られるものではないことが承認されている。

注意すべきは、ビューローの見解が、判決の一般的性質論としての法具体化の側面の指摘と、裁判官による規範の

補充という側面の指摘という、相異なる二つの要素を含んでいることである。すなわち、ビューローの見解には、判決によって法が個別的場面において具現化されるという、後の論文『訴えと判決』に連なる着眼と、法律の不備ないし多義性に基づく裁判官の法創造に対する着眼との双方が、含まれているのである。前者の着眼が、いわば権利既存の観念に対する疑問にとどまるのに対し、後者の疑問は、いわば権利の根拠となる法規（構成要件）既存の観念に対する疑問を投げかけるものであったといえよう。

## 二 法の欠缺の概念——エールリッヒとティーテルマン

ビューローによる法創造的裁判官像の提示に相前後して、法の創造の前提となる法の欠缺の概念に関する議論が登場した。

まず、ビューローと同じ頃、ローマ法学説による解釈の硬直性を批判する形で、オーストリアのオイゲン・エールリッヒ（Eugen Ehrlich）らによる自由法論が展開され、法創造の前提としての法の欠缺の概念の多義性が指摘されつつ、その内容及び補充方法につき議論が深められた<sup>(30)</sup>。

エールリッヒの議論の特色は、まず、法の欠缺の概念に関する二つの方向性を明確に区分し、法の欠缺否定論の論理の形式性を指摘した点に存する。欠缺否定論においては、法の欠缺が存しないということは、単に、全ての訴えについて、裁判官は法に照らして理由があるかないかを決しうる、ということを指すにすぎない。これは、裁判の拒絶禁止を言い換えたにすぎないことに帰する。このような論理の形式性を明確に明らかにした点に、エールリッヒの議論の意義を見いだすことができる<sup>(31)</sup>。

エールリッヒは、このような形式論理を否定した上で、別の方向を提唱する。すなわち、エールリッヒの提唱する

方向においては、法の欠缺は、裁判官が判断をなしうるか否かのレベルではなく、裁判官が判断に際していかなる法源を拠る所にするかというレヴェルの問題であるとされる。このような問題の立て方による場合、法の欠缺を肯定するということは、実定法以外の法源を拠る所になしうることを指すことになる。従って、エールリッヒの議論においては、法の欠缺の問題は、実定法の欠缺の問題として捉えられているということもできよう。そして、エールリッヒはこのような実定法の欠缺の存在を肯定するのである<sup>(32)</sup>。

また、エールリッヒの見解においては、法創造すなわち欠缺補充の具体的な拠る所、すなわち、実定法以外の法源を何に求めるかについても、具体的な方向性が提示されている。その第一は、法意識であり、その第二は、事物の本性すなわち生活関係である。とくに、後者は、実社会における生活事象の観察の重要性の指摘を含む。そして、そこでは、生活関係の時間的・空間的な相対性が、ひいては法規範自体の時間的・空間的相対性をもたらすという、発展的な法律観が基礎とされているのである<sup>(33)</sup>。

さらに、今世紀初頭において、エルンスト・ツィーテルマン (Ernst Zitelmann) も、法の欠缺に対して分析を深めた。

ツィーテルマンは、一九〇二年に行われたボン大学における講演において、法の欠缺に関する見解の相違が単に外観上のものにすぎない面があることを指摘する。すなわち、もし、裁判官が欠缺の補充を行わなければならないとしても、その補充の後には、再び法が存するはずである。従って、単に法律に欠缺が存するに過ぎず、法には欠缺がないという説明も可能であるという。さらに、この見解の相違は、表現上の争い (Ausdrucksstreit) の側面も有するという。すなわち、欠缺補充以前 (vor Ausfüllung der Lücken) の見地に立脚すると、欠缺が存在することになるが、欠缺補充後 (nach Ausfüllung der Lücken) の見地に立脚すると、欠缺は否定されることになるのではない

かとされた。<sup>(34)</sup>

このような議論の高まりは、その法思想的背景において共通の方向性を有していた。すなわち、いずれの論者の議論も、自由法論的な思想を背景とし、実際の司法過程の率直な観察から、従来のモデルに対する疑問を提起している点で共通の方向性を有していた。なかでもビューローは、ドイツ民法典（Bürgerliches Gesetzbuch（BGB））の制定（一八九六年）以前において、すでに、訴訟法的見地から法創造活動に着目し、いわば法創造的裁判官像ともいふべき裁判官像を措定していた点で、まさに先駆的であった。そして、実に、同法の施行後間もなく、例えば、債務不履行の体系などに関して、早くも、法典の不備ないし欠缺が指摘されるに至り、それをカバーするための理論的工夫（積極的債権侵害の理論）が学説・判例上試みられていくことになった。<sup>(35)</sup>

## 第二節 二〇世紀前半の状況

その後、法創造論は、グスタフ・ラートブルッフ（Gustav Radbruch）によっても精力的に展開される。ラートブルッフによれば、法の無欠性の思想は、厳格な三権分立に基づく、「法を語る口（bouche, qui prononce les paroles de la loi）」としての裁判官像と、裁判拒絶の禁止との調和をもたらしていたという。しかし、現実には法の欠缺が不可避である。すると、三権分立と裁判拒絶の禁止とのいずれかが譲歩しなければならない。ラートブルッフは、ここで、裁判拒絶の禁止の方を優先すべきであると解した。<sup>(36)</sup>

第二次世界大戦に至り、自由法論は、全体主義的思潮との、まことに不幸な結合を余儀なくされた。<sup>(37)</sup>第二次大戦中の、個人の尊厳を軽視・蹂躪する法体制の経験をも経て、後に、ラートブルッフは、自然法的正義の観念に立脚し、実

定法を超える正義と、現実の実定法との相克が生じた場合の解決に関する著名な定式を提示した。すなわち、彼によれば、実定法を超える法の是正が是認されるのは、「実定法の正義に対する矛盾が、きわめて耐え難い程度にまで達しており、法律が『不正な法』として正義から逸脱せざるをえない場合」であるとされた。<sup>38)</sup>

### 第三節 戦後の状況

戦後の特色は、基本法 (Grundgesetz) における新理念のもと、法創造に関する方法的側面に関する議論が深められ、また、裁判所が具体的な事件において自覚的に法創造作用を開始した点に求められよう。もちろん、その場合、法治国家原則との調和を図る工夫が常に追求された。多くの論者や判例が、裁判による法創造を承認する際の実定法上の支柱としたのが、基本法第二〇条三項の規定であった。同規定は、裁判が「法律及び法 (Gesetz und Recht)」に拘束されるべきことを定める。ここで、「法律」とは区別して「法」が掲げられていることは、基本法下の法体系が、純然たる法実証主義とは訣別し、実定法を超える普遍的な法の存在を措定する自然法主義的な思潮を背景として、あることを表すものと解された。ドイツにおける法創造に関連する規定も、このような思想の下で再定式化して捉えられることとなったのである。

このような戦後における展開の特色として次の諸点が着目される。第一は、法創造の遂行を前提とした手続規定が導入された点、第二は、法学方法論の分野において、法創造の方法的論議が活発となった点、第三は、裁判所において実際に法創造活動が遂行されることになった点である。以下、これらの諸点につき概観する。

# 一 法創造を前提とする手続規定—裁判所構成法の規定の変遷

ドイツにおいては、裁判による法創造を前提とした手続規定が存在する。すなわち、法の創造の必要に基づく連邦通常裁判所大法廷への事件回付を定めた現行裁判所構成法（*Gerichtsverfassungsgesetz*）の第一三二条第四項がそれである。同規定の前身は、一九三五年六月二八日の改正法によってライヒ通常裁判所の法創造の権能を強めるために導入された裁判所構成法第一三七条第一項に求められる。<sup>39)</sup>この背後に、当時の全体主義的風潮を見いだすのはたやすい。しかし、奇しくも、このような規定の導入によって、成文法中心の法体系内に、司法の法創造的作用の実定的根拠が導入されることとなった。

同規定は、戦後に至って、さらに、新設された連邦通常裁判所に関する規定として受け継がれる。すなわち、一九五〇年九月二二日の「裁判所の構成、民事司法、刑事手続及び訴訟費用法の分野における法的統一再設置のための法律」（*Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts*）<sup>(40)</sup>によって設けられた裁判所構成法旧第一三七条〔現第一三二条第四項〕がそれである。同法により裁判所構成法の第九編として連邦通常裁判所に関する規定が設けられ、その権限に関する規定の一環として設けられたものである。

## 1 裁判所構成法の規定——「法の創造」のための裁量的回付

裁判所構成法第一三七条（旧規定）においては、連邦通常裁判所大法廷への裁量的回付が行われるのは、「法の創造（*Fortbildung des Rechts*）または判例の統一確保」から、大法廷の判断を仰ぐことが必要な場合であると定め

られていた。<sup>(41)</sup> この回付の必要性判断は、回付を行う法廷の見解に委ねられる。すなわち、回付（提出）は義務ではなく裁量によるものと定められた。この点で、同条の直前に置かれていた第一三六条（旧規定）が、提出義務（Vorlagepflicht）に関する規定であるのとは異なる。<sup>(42)</sup>

旧規定の解釈論は要次のようであった。

同条は、第一三六条（旧規定）との組み合わせにおいて解釈されていた。すなわち、第一三六条は、連邦通常裁判所の民事刑事いずれかの法廷（セナート）が、以前に民事法廷ないし刑事法廷で示された判断と異なる判断に達した場合に、それぞれ民事大法廷ないし刑事大法廷が管轄を有すると定め（同条第一項）、また民事・刑事大法廷のいずれかが以前に他方の大法廷ないし連合大法廷で示された判断と異なる判断に達した場合には、連合大法廷が管轄を有すると定めていた（同条第二項）。すなわち、これらの場合には、法廷による提出は義務的なものとなる。

第一三七条の裁量的回付制度は、このような第一三六条において追求された法的統一と法的安定性の確保という目的を、さらに補完するものとしてとらえられた。<sup>(43)</sup> そして、同規定にいう「法の創造」とは、確立した判例からの逸脱の場合、<sup>(44)</sup>あるいは特定の法解釈を否定して法適用に対して新たな方向づけをなす場合がそれにあたると解された。<sup>(45)</sup>

## 2 一九九〇年司法簡素化法の影響

一九九〇年一月二二日に制定され、一九九二年一月一日に発効した司法簡素化法（Rechtspflegevereinfachungsgesetz）によって、前記の第一三七条は、第一三六条とともに削除され、新たに第一三二条に統合されるに至った。<sup>(46)</sup> 大法廷への裁量的回付要件に関する旧第一三七条は、多少の表現の修正を加えて、そのまま新第一三二条第四項に引き継がれている。表現の修正は、旧規定において、大法廷の判断を「仰ぐ（herbeiführen）」と

れていたのが、大法院に「提出する（vorlegen）」に改められている点にみられる。<sup>(47)</sup> もっとも、この「提出」という用語は、すでに旧規定の下での文献でも用いられていたものであり、<sup>(48)</sup> 実質的な規律の変更をもたらすものではない。従って、解釈論上もほぼ旧規定のそれが踏襲されていくものと思われる。<sup>(49)</sup>

### 3 運用状況

裁判所構成法上の裁量回付の規定が、法創造にとって有意義なものであることは疑いない。しかし、現状をみると、同規定の運用は必ずしも活発とはいえない。けだし、大法院への回付自体が例外的であるうえ、回付が任意的なものに過ぎないことが心理的抵抗を生む原因になっているという。<sup>(50)</sup> しかし、同規定の存在は、後に、法創造に関する手続理論の展開に際し、実定法上の根拠を提供する役割を果たすことになった。

## 二 法創造の分類——方法論の精緻化

### 1 包摂と法創造

戦後のドイツの法学においては、法学方法論において法創造活動がほぼ共通して取り上げられるに至った。現在の多數的見解によれば、次のように定式化される。

現代のドイツにおける法学方法論においては、司法的判断の過程を、包摂、法の解釈及び法創造の三つの領域ないし段階に区分するのが通例である。

包摂（Subsumtion）は、解釈または法創造によって確定された法規を大前提とし、認定された事実関係を小前提とする法的な三段論法による推論であるとされる。従って、包摂は、法の解釈と法創造がすでに完了し、完全な法規

(vollständige Rechtsatz) が存在することを論理的に前提とするとされる。<sup>(51)</sup> しかし、このような法規は、法律の条文 (Gesetzestext) の存在だけから獲得されるのではない。そこには、法律の文言の解釈の作業が不可欠とされる。また、法律の条文が存在しない場合にも、そこから法規を獲得する作業が必要となる。これが、法の欠缺と法創造 (欠缺補充) の問題であるとされる。かくして、包摂過程には、解釈または法創造が先行しなければならないとされる。<sup>(52)</sup>

## 2 法創造の類型

代表的論者と目されるカール・ラーレンツ (Karl Larenz) によれば、解釈 (Auslegung) は、法の可能な語義 (der mögliche Wortsinn) の範囲内において行われるものである。これを超えると、もはや解釈ではなく、法創造 (Rechtsfortbildung) となる。そして、法創造は、さらに、法律内在的な法創造 (gesetzesimmanente Rechtsfortbildung) と、法律超越的 (超法規的) な法創造 (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung) とに分けられている。前者は、個別の法律 (Gesetz) の有するプラン (Gesetzesplan) の範囲内で行われるものであって、法律の欠缺 (Gesetzeslücken) を補充するものである。これに対し、後者は、個別的法律のプランを超えて、全法秩序 (Gesamtrechtsordnung) の範囲内でなされるものであり、あくまで例外的なものにとどまるという。<sup>(53)</sup> 前者の欠缺補充の方法としては主として、類推の手法が念頭に置かれる。<sup>(54)</sup> 他方、後者には、非典型担保などが含まれるが、切実な取引の必要がある場合など、例外的な場合にしか許容されないという。<sup>(55)</sup>

法律の欠缺の承認の実定法上の根拠として、ラーレンツは、基本法第二〇条第三項が、裁判官につき、法律 (Gesetz) のみならず、法 (Recht) にも拘束される旨を定めていることを挙げている。もし、基本法が、法律の欠

欠の存在を認めないのなら、単に法律にのみ拘束される旨定めれば足りるはずである。しかし、法律による拘束がなされない場合に、法による拘束がなされる余地を認めているのは、法律の欠缺の発見を不可避であるとした上で、欠缺補充の際には、実定法を超える法に従うよう求めているからにはかならないという。<sup>(56)</sup>

また、カール・エンギッシュ（Karl Engisch）によって、包摂過程に含まれる評価的要素が明らかにされ、事例集積型の法創造にも目が向けられるに至っている。エンギッシュは、包摂過程を事実判断とは捉えない。包摂過程は、具体的事例を、規範の構成要件の予定する典型事例と等価値のものとして評価することができるかという、等価値性判断をその内容としていとされる（いわゆる等置理論<sup>(57)</sup>）。晩年の「包摂と法創造」と題された論文においては、このような等置理論が、事例集積型の法創造と結びつく可能性が示唆されている。<sup>(58)</sup>

### 3 法律超越的法創造の限界

法学方法論の分野においては、法創造の限界についての議論も深められている。

ラーレンツは、裁判所が法律超越的法創造を行うことのできる範囲につき、手段的技術的理由と、統治構造上の理由とから、限界を設定する。

まず、法律超越的法創造は、十分な情報に基づいた合目的性の判断を要する場合には行うべきではないとされる。そのような判断は、立法者が行うべきであって、情報収集能力が十分とはいえない裁判所としては、立法府の裁量を尊重すべきであるとされる。<sup>(59)</sup> その例として、ラーレンツは、税制と平等原則との関係が問題となる領域を挙げている。そのような領域では、もともと、立法者のなすべき立法内容を一義的に特定することができないとされる。<sup>(60)</sup> もっとも、ラーレンツは、立法者の長期にわたる放置により、真正な法的危機（echter Rechtsnotstand）が生じた場合には、

その限りではなく、裁判所が法律超越的法創造を行うことが許容されるとする。その例としては、第一次世界大戦後のインフレーションによって、通貨の等価関係が崩壊した際に、事情変更の法理が適用された事例を挙げている。<sup>(61)</sup>

次に、ラーレンツは、統治構造上の理由をもって、法律超越的法創造の限界を基礎付ける。合目的考慮による政策的な判断は、民主国家においては、原則として立法院の任務であって、裁判所がそのような任務を軽々しく引き受けることは、裁判所が政治的性格を帯有することにつながり、統治構造上望ましくないとされている。<sup>(62)</sup>

#### 4 事実的基礎の考慮の必要

前述したように、ラーレンツは、法創造の限界が生ずる理由の一つとして、裁判所の情報収集能力の不足を挙げている。いいかえれば、少なくとも、そのような情報の収集能力が存することが、法創造許容の必要条件をなすとされているのである。そのような情報が必要となる理由として、ラーレンツは、先例が、その示された当該事案のみならず、同種事案に対して、事実上の影響力を及ぼすことを挙げている。<sup>(63)</sup> ラーレンツは、裁判所の定立した規律の及ぼす社会・経済的な影響について、必要な経験的データ (empirische Daten) が入手可能であることが、裁判所による法創造の前提要件となるとする。<sup>(64)</sup> もちろん、このような条件が満たされただけで直ちに法創造が許されるわけではない。ラーレンツは、①詳細な法律規定が欠けているために法的安定性が害されていること、及び②立法院による早急な対応が必ずしも期待できないこと、という要件が満たされない限り、立法院は法創造を控えるべきであるとしている。<sup>(65)</sup>

このように、司法院の事実収集能力の不足が、法創造活動の制約条件となることが示された点に、戦後の法学方法論上の議論の一つの成果を見い出すことができる。しかし、いまだ、こうした議論は法学方法論上の一般的考察にと

どまっていた。

### 三 判例法理の深化

戦後のドイツにおける第三の特徴は、諸裁判権における最上級審裁判所による法創造がある程度自覚的に推進されるに至ったことである。ここでは、民事事件を中心としてその進展を概観する。

#### 1 法創造に関する一般論を示した例

ドイツにおいては、戦後間もなく、法創造一般に関する見解を示す判例が登場する。

そのような判断はまず、法創造の任務について規定した裁判所構成法の規定と、基本法との両立可能性に関する憲法問題について示されることになった。そこでは、基本法第二〇条第三項に定められた裁判の「法律及び法」による拘束の原則が何を指すのかが問題となった。

【判例D1】連邦通常裁判所民事第一法廷一九五一年一〇月三〇日判決<sup>(66)</sup>

#### （事案の概要）

戦時中の一九四四年に起こった旧ドイツ軍用船舶と民間船舶との衝突事故につき、旧ドイツ帝国が原告として提起した損害賠償請求訴訟を、戦後になってドイツ連邦共和国が当事者の表示変更により引き継いだのに対し、被告が原告の同一性を争った事例である。

#### （判旨）

連邦通常裁判所民事第一法廷は、英占領区における旧ドイツ資産は、基本法発効と同時にドイツに復帰したとの判断を下し、ドイツ連邦共和国の原告適格を肯定した。判例集の要旨には、上記判旨に加えて、「連邦通常裁判所の大法廷に委ねられた法創造の任務は、裁判官が憲法上、法律によって拘束されることには反しない」旨の要旨も掲げられている。

すなわち、同裁判所は、法律による裁判官の拘束に関し、「これらの原則は、裁判官が、それ以上創造の余地のない規範としての法律 (Gesetz) によって拘束されるとの意味を有するものではない。正当なつまり法 (Recht) に適合した実定法の適用という任務は、裁判官に対し、法を、そのさらなる発展の意味において、実定法の解釈によって創造することを許容するのみならず、裁判官に対し、正当な判断の発見の要請がある場合に、法の創造を義務付けさせるものである。基本法それ自体、すなわち同法第二〇条第三項において、裁判官のこのような任務がきわめて明確に表現されている。けだし、同規定においては司法権が『法律及び法』に拘束されると定められているからである。」と述べた。<sup>(67)</sup>

【判例 D 2】連邦憲法裁判所第一法廷一九五三年二月一八日判決<sup>(68)</sup>

(事案の概要)

基本法第三条第二項は、両性平等の原則を定める。しかし、戦前のドイツ民法第一三八七条は、妻の持参金に関する訴訟に関する費用を夫が負担する旨定めていた。この規定によって夫が訴訟費用の賦課決定を受けた事件につき、フランクフルト高等裁判所が、同規定が経過措置によって効力を持続するのには疑義があるとして、連邦憲法裁判所に対して合憲性の審査を申し立てた事件(具体的規範統制手続)である。下位法令の効力の経過措置につき定める基

本法第一一七条第一項が、より上位の憲法規範との関係で効力を有するかが審査の対象とされた。

（判旨）

連邦憲法裁判所は、基本法第一一七条第一項の経過規定は、両性平等に反する旧民法規定の効力を排除すると解されるとし、その限りにおいて同経過規定が有効であると判示した。本判決は、法創造について詳細には論じていないが、ラートブルフの定式をも引用しつつ、「この種の法発見的な欠缺補充（rechtsfindende Lückenfüllung）は現代の法治国家において、ますます純然たる裁判官の使命となりつつある」と述べた。<sup>69)</sup>

裁判による法創造が基本法第二〇条第三項の規定に定礎され得るとの見解が定着した後、ドイツの最上級裁判所は、具体的な領域における法創造活動に乗り出す。それは、ある場合には、既存の実定法規の中に具体的には明示されていないにもかかわらず、国民の価値観に照らして法的保護・救済が要請されるところの「新しい権利」を承認するという形で行われ、また、ある場合には、新たに生じた法的事象に対し、現行法上の適切な一付けを発見するという形で行われた。それらの中には、立法府に対し、立法的手当の必要性を認知させる作用を果たしたものもある。

以下においては、「新しい権利」の承認及び救済の形成の例として、一般的人格権の保護に関する判例法理の進展を、また、新規事象に対する対応の例として、破産法上の社会計画請求権の位置づけに関する判例法理の進展をそれぞれあげることにした。

2 一般的人格権の法理の創造

ドイツ民法第八二三条第一項は、故意または過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利が

不法に侵害されることを、不法行為による損害賠償請求権発生の要件として定めている。しかし、ここにいう「その他」の権利に、私的領域に関する秘密など、いわばプライバシー権に相当するものを含めてよいのか、そもそもそのような権利を承認できるのかが問題とされた。ドイツにおける判例法理は、これを一般的人格権 (allgemeines Persönlichkeitsrecht) の法理によって解決するに至った。それは、一般的人格権の存在の承認と、金銭賠償による保護の承認という二つの段階を経た。<sup>(70)</sup>

法創造は次のような過程を辿った。まず、一般的人格権を憲法上の権利として承認した上で、記事の訂正権を認めた判例が現れた。

【判例D3】 連邦通常裁判所民事第一法廷一九五四年五月二五日判決<sup>(71)</sup>  
(事案の概要)

被告出版社Bは、その発行する週刊誌に、銀行設立に絡む政治関係の疑惑を指摘する記事を掲載した、これに対して、銀行の代理人である弁護士(原告)Kが、抗議の書状を送付したところ、Bはこの書状を一部省略の上週刊誌に掲載した。これに対してKが、掲載時の文面改変によって人格権を害されたとして、書状全文の再掲載を求めて提訴した事案である。第一審は保護法規違反(ドイツ民法第八二三条第二項)を理由として、請求を認容。控訴審は、書状の文面の一部省略によって損害は発生していないとして請求を棄却した。Kが上告。

(判旨)

連邦通常裁判所は、控訴審が、一般的人格権の侵害の有無の判断を行わなかった点は不当であるとした。同裁判所は、次のように述べて一般的人格権の存在を肯定した。いわく、「基本法が、人間の尊厳尊重の権利を承認し(基本

法第一条）、また、自由な人格発展の権利を、他人の権利を害したり憲法秩序・道德律に反しない限りは、何人も尊重すべき個人の権利として承認している（基本法第二条）ことに鑑みれば、一般的人格権は、憲法上保障された基本権とみなされなければならない。」と。<sup>(72)</sup>その上で、原告の書状訂正の利益を承認し、第一審判決を是とした。

右の判決でその存在が承認された一般的人格権に対しては、さらに、金銭賠償による保護も承認されるに至った。

この場合に障害となったのは、ドイツ民法典が精神的損害に対する金銭賠償につき広汎な規定を設けていない点であった。まず、ドイツ民法第八四七条における被侵害法益としての「自由」を、内面的自由にまで及ぼすという理論的工夫が図られた。<sup>(73)</sup>次いで、不法行為成否の判断に際し、利益衡量的手法が採用された。<sup>(74)</sup>

かくして、一般的人格権の法理は、連邦通常裁判所の判例によって次第に形を整えることとなった。しかし、このような連邦通常裁判所の判例形成に対し、法創造の限界逸脱の有無という観点から憲法上の争点が浮上し、連邦憲法裁判所の判断を仰ぐ必要が生じてきた。かくして、連邦憲法裁判所による次の著名な判決が登場する。

【判例D4】連邦憲法裁判所第一法廷一九七三年二月一四日決定「ソラヤ王妃事件」<sup>(75)</sup>

（事案の概要）

原告K（イラン王妃）は、被告B（出版社）の発行する雑誌によって私生活を暴露されたとして、人格権侵害に基づき、損害賠償の訴えを提起した。Bは第一審において損害賠償の支払を命ぜられ、これが控訴審及び上告審においても維持されたため、権力分立（基本法第二〇条第二項、第三項）の限界を超える反法規的（contra legem）な法創造によって、自己の基本権（同法第二条第一項）を侵害されたことなどを理由として、連邦憲法裁判所に対し、憲

法訴願を提起した。

### (判旨)

憲法訴願を棄却。連邦憲法裁判所は、まず、同裁判所の任務が、連邦通常裁判所の私法解釈の可否を直接審査することではなく、憲法の見地から同裁判所の法創造活動の範囲の逸脱の有無を審査することにある、という点を強調する。その上で、法創造につき次のように述べる。

まず、基本法第二〇条第三項が、裁判の基準として法律のみならず法をも挙げている点は、基本法がもはや狭い法実証主義の立場を採らないことを示すものであるとされる。そして、「法」とは単なる成文法の総体を指すものではなく、それ以上のものを含むのであり、法の欠缺の不存在 (Lückenlosigkeit) の想定は非現実的であるとされる。そして、法創造に対する正当化を次のように行う。

「裁判官の活動は、立法者の判断を確認し宣明することに尽きるのではない。私法の任務は、とりわけ、憲法秩序に内在する価値観のうちで、成文法の文言に表現されていなかったり、不十分にしか表現されていないものを、意思的要素をも含むところの評価的認識行為によって、明らかにし、判断として具現化することをも要請する。<sup>(16)</sup>」このように述べられた上で、これまでの連邦最上級審裁判所による法創造の実績や、裁判所構成法第一三七条「当時」の回付規定の存在が指摘される。

次に、ドイツ民法典の不法行為規定における欠缺の存在が認定される。「裁判官は、民法典の大編纂作業以来、同法典が七〇年以上も効力を有していることを見出す。これは二つの意味を有する。まず、『法典の年齢』に伴って、すなわち法規の命令と裁判官の個別事例判断との間にますます時間的な開きが生ずるに伴って、必然的に、裁判官の法創造の自由 (die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts) が生ずる。法律規範の解

積は必ずしも長期間にわたって制定時に与えられた意味内容にとどまるものではない。適用の時点において法律規範がどのような合理的機能を果たすのかを考慮しなければならない。規範は、それが作用すべきところの、社会的事実関係と社会的政治的価値観の文脈の中に定位する。規範の内容は、諸事情とともに変化し得るし、また変化してしかるべきである。このことはとくに、今世紀に見られるように、法律の制定から適用されるまでの間に生活関係と法的価値観に抜本的な変化が生じた場合に妥当する。」（中略）「第二に、経験が示すように、立法者による法改正は、それが、私法における民法典のように、法秩序の全体像を特徴づける大法典の改正であるときはまさに、大きな困難と障害に突き当たる。」<sup>(17)</sup>

このように述べた上で、さらに、欠缺補充については学説の支持があるのに対し、人格権保護の立法作業が進捗していないことが指摘された上、基本権保障の見地からして、憲法上も許容される法創造である旨説示された。

かくして、一般的人格権の承認は、社会における価値観の変化にもかかわらず立法作業が進行しない現状を基礎としつつ、憲法の条項に基づいて法律の規定の欠缺を補填するという形で行われたのである。

### 3 破産法上の社会計画の取扱い

司法による法創造を巡り、特別裁判権における最上級審裁判所（連邦労働裁判所）、違憲審査を担う連邦憲法裁判所との見解が対立し、最終的に立法的解決が図られる形で決着した事例として著名なのが、破産法上の社会計画の位置づけに関する事例である。

(一) 背景

社会計画とは、従業員の配置転換等の際に補償のために支払われる金銭に関する取り決めである。社会計画の詳細に関しては経営組織法 (Betriebsverfassungsgesetz) において規定されている。このような社会計画上の金銭支払請求権を、企業破産の場合にどのようにして処遇するかについては、破産法上明文の規定が存在しなかった。これはとくに、社会計画自体が破産に伴って立案される場合に顕著な問題を生ずる。

(二) 連邦労働裁判所大法廷の判断

ドイツにおいても学説の分かれていたこの問題について、まず、連邦労働裁判所大法廷の次の決定が現れることとなった。

【判例 D 5】 連邦労働裁判所大法廷一九七八年十二月一日決定<sup>(78)</sup>

(事案)

本件の事案の詳細は不明であるが、後の【判例 D 2】(連邦憲法裁判所決定)の理由中の説示によれば、同種事案二件のうち双方とも、破産して操業を停止した有限会社従業員を原告とし、管財人を被告とするものである。両社とも、経営協議会 (Betriebsrat) との交渉が成立せず、経営調停所 (betriebliche Einigungsstelle) において、従業員に対する補償の支払を内容とする社会計画が策定された。従業員側は社会計画上の補償支払請求権は破産法第五九条第一項第一号所定の財団債権であると主張したが、会社側は、同法第六〇条第二項第六号の単純な破産債権であるとしたため、従業員が管財人を相手取って、支払を請求する訴えを提起した。

両事件とも、当初連邦労働裁判所第五法廷に係属したが、同裁判所の大法廷に回付された。<sup>(79)</sup>

（判旨）

判旨は、第Ⅰ部から第Ⅴ部までの計五部から成っている。

第Ⅰ部は回付の適法性に関するものである。第Ⅱ部は、経営組織法上の規定、なかんずく社会計画に関するそれが、使用者破産の場合にも効力を保持するかどうかに関わる。本決定は、第一法廷による先例<sup>(80)</sup>を維持し、社会計画の前提となる「事業所の変更」は、破産によるものも含むとして、この点を肯定している。

次いで、第Ⅲ部において、社会計画請求権の破産法上の位置づけについて、破産法上の既存の条項のいずれにも該当しないことが論証されている。

そして、「法創造（Rechtsfortbildung）」との標題が付された第Ⅳ部において、社会計画請求権の破産法上の位置づけにつき、破産債権の順位について定めた破産法（Konkursordnung）第六一条第一項第一号の破産債権よりも優先するとの議論が展開されている。

判旨いわく、「かくして大法廷は、欠缺を法創造によって補充し、破産後の社会計画に基づく、事業所消滅についての補償請求権を、破産法上のランクに位置づけるという任務に直面する。その場合、このような補償が高度の社会的意義を有することから出発しなければならない。」（中略）「個別的には、補償請求権につき、大法廷が採用する破産法システム上の位置づけは、次のような考慮によって決せられる。

1 大法廷は、補償請求権を破産法第五九条第一項における財団債務に含ましめることは妥当でないと考える。（中略）同様のことが、同法第六一条第一項第六号の純然たる破産債権としての位置づけに対する批判的考慮についても妥当する。

2 かくして唯一可能であるのは、補償請求権を同法第六一条第一項の優先的破産債権に含ませることである。その際、同請求権に対し、同条同項第一号よりも優先するランクを与えるのが妥当である。同請求権が個々の労働者の生存にとっての意味 (existentielle Bedeutung) を有することに鑑みれば、同請求権は、第六一条第一項第二号の公的請求権よりも優先する地位を与えられる。補償請求権を第六一条第一項第一号の構成要件と同順位とすることも適切ではない。(中略) 同順位の破産債権は、その金額に比例して配当される。補償請求権が第六一条第一項第一号のクラスに含まれることとなると、同請求権は、財団債権の満足の後に残される財産から、同号所定の債権すべてと共に配当を受けるはかない。(中略) さらに、たとえ優先的破産債権であっても、一九七五年についてみると、満足を受ける率は平均して三二・七パーセント〔出典引用略〕にすぎないことを考え合わせると、第六一条第一項第一号の優先権であっても、大多数の事例においては、当該労働者にはわずかしかもたらされないことが明らかである。このような事情のもとでは、他の全ての破産債権に優先する新たな位置づけのみが、補償請求権の経済的価値をいくぶんか保持することになる。(以下略)<sup>(81)</sup>と。

判旨では、さらに、批判に対する反論が述べられた後、社会計画の時期が破産の前後いずれであるかによって區別を設けるべきでないとし、最後に、第V部において、経過措置につき述べられている。

本判決は、破産後の事業所の消滅を理由とする社会計画における請求権をどこに位置づけるかにつき、既存の破産法上の規定を検討し、いずれにも該当しないことを確認した。いわば、ここで実定法の欠缺が認定されたことになる。そして、欠缺の補充が裁判所の任務となることを正面から承認した上で、新たな順位を創設した。かくして、社会計画請求権は、実定法上のいずれの破産債権よりも優先する最優先破産債権としての位置づけを与えられたことになる。

この場合に注目されるのは、法創造を行うにあたって、連邦労働裁判所が、優先的破産債権の現実の満足率についての現状認識を基礎としている点である。ここでは、連邦統計局の統計年報 (Statistisches Jahrbuch) が資料として用いられ、典拠として明示されているのである。<sup>(82)</sup>

### (三) 連邦憲法裁判所の判断

しかし、この連邦労働裁判所の決定は、連邦憲法裁判所の次の決定によって覆されることになる。これは、司法府のなしうる法創造の限界について、両裁判所において見解の相違が存したからである。

連邦憲法裁判所は、連邦労働裁判所の法創造を評価するに際し、一般論として法創造についても論じている。

【判例 D 6】 連邦憲法裁判所第二法廷一九八三年一〇月一九日決定<sup>(83)</sup>

#### (事案)

前記の連邦労働裁判所大法廷決定に対する憲法訴願に対し、判断を示したものである。訴願者 (管財人) は、前記決定が法創造の限界を逸脱し、裁判が法律及び法に拘束されると定めた基本法第二〇条第三項に違反すると主張した。

#### (判旨)

全員一致の意見で連邦労働裁判所の決定を破棄・差戻し。

「社会計画補償に対して、破産法第六一条第一項第一号に優先する地位を、裁判官法によって (Kraft Richterrechts) 容認することは、基本法に違反する。不服の対象となった連邦労働裁判所の判決は、このような優先権を確認したものであるが、同判決は基本法第二〇条第三項によって羈束された同法第二条第一項に違反する。同判決の根拠

となつているところの見解は、社会計画補償が、法律の欠缺 (Gesetzeslücke) の存在のゆえに現行の破産法体系に位置づけられず、そのような欠缺は裁判官の法創造 (richterliche Rechtsfortbildung) により、全破産債権に優先する新たな破産優先権 (Konkursvorrang) によって閉じなければならぬとするものであるが、このような見解は、基本法第二〇条第三項の法治国家原則に反する。

1 連邦憲法裁判所は、従前より裁判所が裁判官による法創造の任務と権限を有することを承認してきた (引用判例略)。法創造はドイツ法史において、以前から、裁判の広く承認された機能であり、法創造は近代国家において不可避である。現在の重要な民事法及び公法上の規律が、法創造に基づいている。さらに、現行法も最上級審判例を承認している (裁判所構成法第一三七条参照)。／基本法のもとでは、裁判官の法創造は、同法第二〇条第三項による法及び法律による拘束性の原則によって限界づけられる。本件においては、このような限界が逸脱されていることは明らかである。

2 破産法の法律秩序は、連邦労働裁判所の発見した帰結に対して何らの手がかりも与えていない。(中略) 破産債権の法定の順位づけは、強行法 (zwingendes Recht) である。それら順位づけは、不特定多数の債権者を保護するものである。なぜならば、順位のいかなる拡張も、また優先順位の債権のいかなる増大も、後順位の、とりわけ最劣位の破産債権者に残される責任財団 (Vermögen) の減少となって作用するからである。そして、その責任財団は、通常はすでに金銭及び商品与信業者の担保権の膨張によって乏しいものとなっているのである。それゆえ、破産法第六一条第一項第一ないし五号の債権への位置づけは、疑いのある場合には解釈によって探究すべきものであるが、きわめて慎重を要するのである。けだし、個々の債権のいかなる優遇も、必然的に他の債権者の負担に帰し、また破産処理における新たな紛議につながるからである。

したがって、社会計画から生じた補償請求権を破産法第六一条第一項に優先する——いわば「第ゼロ号」として——位置づける余地は存しない。連邦労働裁判所の法的見解によれば、社会計画補償は、破産法第五九条の財団債権には属さないというのであり、それには憲法上も疑問の余地がないのであるから、破産手続においては、その請求権が同法第六一条第一項第一ないし六号によっていずれに属するかを審査すれば足りるのである。」（中略）「上記の背景のもとでは、連邦労働裁判所による裁判官の法創造の余地は存しない。同裁判所は、創造的な法発見につき法と法律による拘束性の憲法原則に鑑みて画されるところの限界を、明らかに逸脱したのである。」（判文中の引用文献は省略した。）<sup>(84)</sup>

#### （四）立法的解決

このように、社会計画上の請求権の処遇に関しては、連邦労働裁判所の判断が、連邦憲法裁判所の判断によって覆されることになった。しかし、さらに、立法によって、結論が再び覆されることになった。すなわち、【判例D6】の判断の後（一九八五年）、「破産及び和議手続における社会計画に関する法律（Gesetz über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren）」が定められ、同法第四条の規定によって、社会計画請求権の第一順位の優先的破産債権としての位置づけが暫定的に承認されることとなった。<sup>(85)</sup>

このようにして、この問題に関しては、裁判例における活発な法創造が、いわば是正という形ではあるが、立法的解決の必要性を立法府に認知させ、立法を誘発する役割を果たしたのである。

## 第四節 本章のまとめ

## 一 ドイツにおける議論の集約

以上から判明するドイツにおける法創造理論の特徴のうちで、着目すべきは次の諸点であると考える。まず、裁判による法創造の意義・分類に関し、非典型担保や「新しい権利」の分野などにおいて顕著ないわば準則定立型の法創造と、一般条項や抽象的法概念の内容形成などに関して顕著な事例集積型の法創造との存在が浮き上がってくるのである。とくに、エンギッシュの指向する等価値性評価の蓄積としての法実現過程の理解は、後者に通ずるものといえよう。

次に、裁判による法創造が、成文法体系においていかに正当化しうるかといういわば正当化根拠 (Legitimation) の問題について、ドイツの議論の示唆するところは大きいといえよう。とくに、ビューロー以来説かれているところの、立法者の予見能力の限界と社会経済の変動可能性という事実上の理由は、わが国においても援用しうるであろう。他方、法治国家原則との関係という理論上の正当化の問題については、確かに、わが国の憲法は、その第七十六条第三項において、裁判官が「憲法及び法律にのみ拘束される」旨定めており、「法律及び法」による拘束を定めるドイツの憲法規定とは文言を異にする。しかし、その背景に存する自然的な憲法理念にまでさかのぼった場合、ドイツの議論はわが国におけるこの点の解釈に示唆を与えるものと思われる。

さらに、裁判による法創造の限界につき、欠缺補充としての法律内在的な法創造と、法律超越的な法創造に分けら

れた上で、類推技法による欠缺補充が比較的広く承認されるのに対し、法律超越的な法創造が原則としては立法府の領域を侵害することとなるため、きわめて例外的にのみ承認されると説かれているのは、法創造と法治国家原則とのひとつの調和点を示すものとして参考に値する。

## 二 ドイツにおける議論の限界

以上の検討から、成文法国たるドイツにおいても、法創造に関する議論の進展が見られることが判明した。しかし、反面において、これまでに紹介した一九七〇年代までのドイツにおける議論の限界も明らかとなる。

ドイツにおいては、従来、裁判による法創造の問題は主として実体法に関する方法論の中で取り扱われ、それが実際に訴訟の場に至った際の具体的な行動指針については論じられることが乏しかったといえる。せいぜい、法創造の限界を論ずる際に、司法府の現実の資料収集能力の限界について言及される程度であった。<sup>(86)</sup>

これは、近代以降のドイツの裁判制度のあり方とも無関係ではないであろう。法実証主義的気風の支配的な時代にあつては、司法の任務は法規の機械的適用に尽きるとされる。このような観念の下では、司法府が活発な法創造活動を行うことは、司法の守備範囲を超えるものとして捉えられる。そのため、司法府が実質的な法創造を行う場合にも、それは、解釈という形式の衣をまとうて行えばこと足りた。従つて、司法府が判決中において自らの立脚すべき法創造の方法論に言及する必要性は存在しなかったのである。

とはいえ、戦後に至ると、少なくとも理論の背景をなす事情が大きく変化したことは間違いない。すなわち、司法府の守備範囲のうち、民事及び刑事裁判権（通常裁判権）の範囲には変化が生じなかったが、憲法裁判権や労働裁判権を初めとする特別裁判権の領域が新設され、裁判所の取り扱うべき実質的判断事項が拡大するに至つた。

このような司法権限の拡大に、法学方法論上の法創造に関する議論の普及もあいまって、裁判所は法創造活動を、もはや解釈の枠内ではなく、正面から法創造活動として取り組むこととなった。その最初の例が、いわゆる一般的人格権に関する判示の登場であり、また、破産法上の社会計画の取扱いに関する判断の登場であったといえる。

このような学界における理論及び実務における実践の蓄積によって、ドイツにおいても、後に詳述するような、法創造過程に関する手続的統制の問題が議論されるに至る下地が整えられるに至ったのである。

### 三 事実的基礎の探求の課題

ドイツにおいて、司法的法創造の法学方法論における認知と並行して浮かび上がってきたのが、法創造活動における判断の基礎となる事実の収集の必要性である。

ビューローは、立法院の予見能力の不完全性を指摘して、立法院の法創造活動の必要性を基礎づけた。確かに、法規の制定後に生じた新たな事象に関しては、立法院のほうが、制定当時の立法院よりも、比較的容易に認知しうる場合が多いであろう。

しかし、さりとて、立法院も、事実に関する完全な認定能力を有しているわけではないし、仮に法創造が将来の事実にもかからしめられることになれば、立法院と同様、予見能力の限界に直面することになる。

かくして、裁判官の法創造においてもまた、立法の限界を生み出す制約条件として指摘されていたのと同様の、事実収集能力の問題に突き当たることになる。

方法論を展開する論者の中には、例えばラーレンツの見解にみられるように、そのような能力的限界のゆえをもって法創造を自制すべきであるとの方向も生ずる。

しかし、法創造を必要ならしめる社会の側の要請に鑑みれば、裁判所は、むしろ、法創造の基礎となる事実審理のための手段を整備することによって、法創造のための豊富な基盤を提供すべきではないか、との疑問が生ずるのは当然の成りゆきである。そして、実に、一九八〇年代以降、ドイツにおいては、法創造の基礎となる事実に関し、訴訟法の観点からする議論が登場することになるのであるが、それら近時の議論に立ち入る前に、前提として、司法的法創造の先進国ともいふべきアメリカにおける理論の発達を見ておかなければならない。

- (1) Bülow, O., Klage und Urteil, ZZP 31, 191 ff. (1902). なお、同書において展開されたビューローの見解に関しては、兼子一『実体法と訴訟法』一四九頁以下（一九五七年）も参照。
- (2) Bülow, O., Gesetz und Richteramt (1885).
- (3) A. a. O., S. 1.
- (4) A. a. O., S. 1 f.
- (5) A. a. O., S. 3.
- (6) A. a. O., S. 3 f.
- (7) A. a. O., S. 5.
- (8) A. a. O., S. 13 f.
- (9) A. a. O., S. 16.
- (10) A. a. O., S. 11 f.
- (11) A. a. O., S. 12 f.
- (12) A. a. O., S. 28 f.

- (13) A. a. O., S. 30.
- (14) A. a. O., S. 30 f.
- (15) A. a. O., S. 31 ff.
- (16) A. a. O., S. 33.
- (17) A. a. O., S. 33 f.
- (18) A. a. O., S. 34.
- (19) A. a. O., S. 34 f.
- (20) A. a. O., S. 35 f.
- (21) A. a. O., S. 36 f.
- (22) A. a. O., S. 38 f.
- (23) A. a. O., S. 39 ff.
- (24) A. a. O., S. 41.
- (25) A. a. O., S. 43.
- (26) A. a. O., S. 43 f.
- (27) A. a. O., S. 45 f.
- (28) A. a. O., S. 46 f.
- (29) A. a. O., S. 47 f.
- (30) Ehrlich, E., Über Lücken im Rechte, Juristische Blätter 1888, S. 447 ff (1888).
- (31) A. a. O.
- (32) A. a. O., S. 448.
- (33) A. a. O., S. 448 f., S. 558, S. 569 f.

- (34) Zitelmann, E., *Lücken im Recht*, S. 5 ff. (1903).
- (35) 北川善太郎『契約責任の研究』四二頁以下（一九六三年）等参照。
- (36) ラートブルフの法創造論に関しては、ラートブルフ（田村五郎訳）「法の創造としての法学—法律学方法論争によせて—」ラートブルフ著作集第五巻『法における人間』二七頁以下所収（一九六二年）を参照。
- (37) ナチス期の法制度の状況については、シッタース—リーベリッヒ（世良晃志郎訳）『ドイツ法制史概説（改訂版）』五六—頁以下（一九七一年）など参照。
- (38) Radbruch, G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Südd. JurZ* 1946, 105 ff. (1946).
- (39) *RGBl.* I S. 844 (1935).
- (40) *BGBI.* 49 u. 50 S. 455 (1950).
- (41) 旧規定（第三十條）の原文は次のとおりである。  
 Der erkennende Senat kann in einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung die Entscheidung des Großen Senats herbeiführen, wenn nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erfordert.
- (42) Kissel, O. R., *Gerichtsverfassungsgesetz*, S. 1013 (1981).
- (43) Vgl. etwa. Kissel, a. a. O., S. 1011; Baumbach, A. // Lauterbach, W. // Albers, J. // Hartmann, P., *Zivilprozessordnung*, 47. Aufl., S. 2281 (Albers) (1989).
- (44) Kissel, a. a. O. (Anm. 42), S. 1013.
- (45) Pfeiffer, G. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 2. Aufl., S. 1795. (Salger, H.) (1987).
- (46) *BGBI.* I, S. 2847 (1990).
- (47) 新規定（第三十三條第四項）の原文は次のとおりである。

Der erkennende Senat kann eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.

- (47) Vgl. etwa Kissel, a. a. O. (Anm. 42), S. 1013; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O. (Anm. 43), S. 2281 (Albers).

- (48) 例えど、新規定に関する次の注釈を参照。Vgl. Pfeiffer (hrsg.), a. a. O. (Anm. 45) (3. Aufl.), S. 1971 f. (Salger) (1993).

- (49) Prütting, H., Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln, S. 305 ff., S. 321 (1988).

- (50) Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 250 ff. (1991).

- (51) A. a. O., S. 273.

- (52) A. a. O., S. 366-7. 周知の如くに、カール・ラーレンスは、民法学の分野において多数の業績を有する。なお、回書は、ラーレンスの没後、クラウス・W. カナリスによる改訂がななななな。Larenz, K., = Canaris, C. W., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995).

- (53) Larenz, a. a. O. (Anm. 51), S. 381 ff. なお、類推は、わが国におけるのでは異なり、解釈の方法とは別個のものであるとされている。また、類推以外に、例外規定の創出による目的論的制限 (teleologische Reduktion) の手法も挙げられている。この手法については、広中俊雄「目的論的制限」月刊法学教室一七五号十二頁以下（一九九五年）参照。

- (54) Larenz, a. a. O. (Anm. 51), S. 368 f.

- (55) A. a. O.

- (56) Engisch, K., Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., S. 56 (1983).

- (57) Engisch, K., Subsumtion und Rechtsfortbildung, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, S. 3 ff. (1986).

- (55) Larenz, a. a. O. (Anm. 51), S. 427.
- (56) A. a. O.
- (57) A. a. O.
- (58) A. a. O., S. 428.
- (59) A. a. O., S. 436.
- (60) A. a. O.
- (61) A. a. O.
- (62) BGHZ 3, 308 (1951).
- (63) BGHZ 3, 315.
- (64) BVerfGE 3, 225 (1953).
- (65) BVerfGE 3, 242.
- (66) 詳細に関しては、三島宗彦『人格権の保護』四五頁以下（一九六五年）、斉藤博『人格権法の研究』一〇八頁以下（一九七九年）、五十嵐清『人格権論』一二二頁以下（一九八九年）など参照。
- (67) BGHZ 13, 334 (1954).
- (68) BGHZ 13, 338.
- (69) BGHZ 26, 349 (1958).
- (70) BGHZ 35, 363 (1961); BGHZ 39, 124 (1963).
- (71) BVerfGE 34, 269 (1973). なお詳細に関しては、古野豊秋『違憲の憲法解釈』二〇四頁以下（一九九〇年）参照。
- (72) BVerfGE 34, 287.
- (73) BVerfGE 34, 288 f.

- (78) NJW, 1979, 774 (1979).
- (79) NJW 1977, 1984 (1977); NJW 1978, 80 (1978).
- (80) NJW, 1975, 82 (1975).
- (81) NJW, 1979, 780 f.
- (82) NJW, 1979, 781. 出典として挙げられているのは、連邦統計局 (Statistisches Bundesamt) の編纂した一九七七年統計年報 (Stat. Jb. 1977, 131) である。
- (83) BVerfGE 65, 182 (1983).
- (84) BVerfGE 65, 190 ff.
- (85) BGBI. I S. 369 (1985). この経緯については、上原敏夫「西ドイツの倒産手続における労働者の処遇(下)」判タ六四二号一六頁以下(一九八七年)参照。
- (86) ただし、一九六〇年代において、ハンス・マルティン・バヴロフスキーにより、訴訟目的論との関係で、ビューローの見解を擁護する論稿が公にされたことは注目に値する。しかし、この見解は、力を得るには至らなかった。Pawlowski, H. M., Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80, 345 ff., 349 ff. (1967).

## 第二章 法創造の事実的基礎——立法事実と法創造事実

第一章においては、ドイツの方法論と実例を手がかりに、制定法中心の法体系における裁判による法創造のあり方をみた。そこでは、とくに、法創造の基礎となる事実についての問題が生じていることも窺えた。そこで、本章では、法創造の基礎をなす事実についての議論を検討する。その検討に際しては、アメリカにおける立法事実に関する議論

を看過することができない。また、近時ドイツにおいてはアメリカにおける立法事実論の影響も受けつつ、類似の議論がみられる。そこで、第一節においては、アメリカにおける立法事実論を、次いで第二節において、ドイツにおける類似の議論を紹介する。

## 第一節 アメリカにおける立法事実論

アメリカにおいては、司法の法創造 (Judicial lawmaking) という現象がドイツよりも早くから一般的に受け入れられてきた。<sup>(1)</sup>

そして、このような法創造作用の基礎となる事実とは、後述するケネス・C・デイヴィス (Kenneth C. Davis) による検討以来、立法事実 (Legislative fact) と呼ばれるのが通例である。

アメリカにおける立法事実の捉え方については、日本においてもすでにかなりの紹介<sup>(2)</sup>がなされているところである。しかし、立法事実の訴訟法上の取扱いを検討するにあたって、その取扱いの対象たる立法事実の意義をその発祥の地たるアメリカにおける議論にまで立ち帰って把握しておくことは、きわめて有益である。そこで、本章においては、アメリカにおいて立法事実<sup>(3)</sup>に論及した代表的な文献をふまえつつ、アメリカで形成された立法事実の概念の核心をなすものは何であったのかを探ることにする。そのような探究から、立法事実のもつ多面的な性質が析出されるであろう。

アメリカにおいて立法事実の語を初めて用いたのが、行政法学者のデイヴィスであったことは広く知られている。しかし、デイヴィスは、立法事実の概念を創出するにあたってはいくつかのそれ以前の議論を土台としていたことが

知られる。そこで、まずデイヴィス以前の萌芽的な議論を紹介し、そのような萌芽的議論の基礎のうえにデイヴィスがいかなる議論をうちたてたのか、そして、デイヴィスの議論がその後どのようにして他の論者に受け継がれ、発展させられていったのかを探ることとする。

#### 一 デイヴィス以前の議論

デイヴィス以前において、その後の立法事実論につながる議論を展開した論者としてはヘンリー・W・ビクレ(Henry W. Bikle)が挙げられる。また、匿名ではあるが、Harvard Law Review のノートも先駆的な業績として看過できない。以下においては、これら先駆的・萌芽的議論を年代順に検討することにする。

#### 1 ビクレの議論

ビクレは、一九二四年の「立法行為の合憲的有効性に影響する事実問題の司法的判断」と題する論文<sup>(3)</sup>において、制定法規定と憲法規定との衝突事例の中には、両規定の単純な比較によって解答が出せるものとそうでないものがあることを指摘する。事後法(ex post facto law)禁止のように、法文を眺めさえすれば違憲か否かが判明する場合とは異なり、例えば、立法によって採用された手段が立法目的と関連性を有するか否か、という、まさに事実問題が判断を決定づける場合があるとする。<sup>(4)</sup>

このように、彼は、合憲性の判断にあたって、制定法の前提とした事実(fact which the statute postulates)の有する重要性を説いたうえで、さらに裁判所的事実判断にあたっての情報の必要性を説く。

すなわち、ビクレによれば、裁判官は、通常の法的問題を判断するのには十分な資質を有しているものの、制定法

の基礎にある事実の問題は、適切な情報がなければ判断することができない。事実問題がからんできた場合には、素人にも納得の行く判断をしなければならず、情報の不足のために認定を誤れば、社会からの厳しい批判が生じかねない<sup>(5)</sup>というのである。

彼の議論は、立法事実という言葉こそ用いてはいないものの、このような憲法判断において制定法の基礎をなす事実の検討が必要であることに着目した点で、きわめて画期的なものであったといえることができる。

## 2 Harvard Law Review のノート

次に、匿名ではあるが、憲法判断における事実認定の重要性を説く論稿が登場する。

「制定法の合憲性の基礎をなす事実の顕出」と題された Harvard Law Review のノート（一九三六年）<sup>(6)</sup>は、ビクレの業績を継承しつつ、憲法判断における法的问题と事実問題との区別を説く。

同ノートの筆者は、冒頭で、ビクレの論文の後（一九三四年）に下された連邦最高裁判所の判断を挙げている。

【判例 A-1】 Borden's Farm Products Co., v. Baldwin 事件（連邦最高裁判所一九三四年二月三日）<sup>(7)</sup>  
（事案の概要）

ニューヨーク州のミルク統制法（milk control law）は、牛乳の安売り統制にあたって、著名な業者と無名の業者を区別し、前者については、指定価格を下回る価格での販売を禁止していた。

Borden 社は、同州によって、有名な商標を有していると判断されたため、指定価格を下回る価格で牛乳を販売することを許されなかった。そこで、同社は、行政命令の執行の差止めを求める訴えを提起した。

原告たる同社によれば、そのような差別は、公衆の健康・公衆の福利の保護その他の目標・目的と何らの関連を有するものではなく、同法は修正第一四条の適正手続・平等保護条項に反するとい<sup>(8)</sup>う。

これに対して、立法府の側は、無名企業の優遇が、同法制定前の競争状態を維持するために必要であると主張した。すなわち、同法制定前には、無名商標の牛乳は有名商標の牛乳よりも低価格で販売されていたのであり、同法によって無名商標品が有名商標品と同一の価格水準で競争しなければならいとなると、競争市場の状況からみて有名な商標を有しない卸売業者は同法制定前よりも不利な状況に置かれてしまうこととなるであろうから、有名な商標を有しない卸売業者を優遇したのであるとい<sup>(9)</sup>う。

第一審のニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、請求原因 (cause of action) の不備を理由として却下 (dismiss) を行った。原告は連邦最高裁判所に直接上訴。

# (判旨)

原審へ差戻。

ヒューズ (Hughes) 裁判官の法廷意見は、①ニューヨーク市内の取引の状態は司法確知 (judicial notice) の範囲外であること、及び②原審段階では、請求原因の主張の不備を理由とした却下がなされていたため、証拠に基づく事実認定が未だなされていないことを理由として、事件を地方裁判所に差し戻した<sup>(10)</sup>。

判旨は、他の論点にもわたるが、事実認定の必要性については、次のように述べる。「立法行為の違憲性が適切に主張されており、立法行為の合理的基礎が司法確知の範囲外の所与の商工業の特定の経済的事実に基づいて判断される場合には、これらの事実は証拠と認定の対象とするのが適切である。」<sup>(11)</sup>と。

ノートの筆者は、上記の事件を例として挙げつつ、憲法判断においては、法に関する争点（法的问题）と、「憲法事実（constitutional fact）」すなわち制定法の前提事実に関する争点（事実問題）を区別することができる<sup>(12)</sup>、憲法事実の適切な顯出方法を検討すべきであるとする。

彼によれば、例えば立法による区別的取扱いが存在する場合には、区別の正当性を検討する前に、前提として、異なった取扱いを受けている2つの部類に果たして差異が存在するかどうかという事実問題を検討しなければならない。そうした差異が存在することを前提としたうえで、さらに、そのような差異が、果たして異なった取扱いを正当化するものであるかという法的问题が検討されなければならないという<sup>(13)</sup>。

## 二 立法事実の発見—デイヴィスの議論

### 1 一九四二年論文における「立法事実」概念の創出

ビクレらの先駆的業績をふまえた上で、「立法事実（legislative facts）」の語を初めて用いたのはケネス・C・デイヴィスである。

デイヴィスは、一九四二年の「行政手続における証拠問題への接近<sup>(14)</sup>」と題する論文において、従来、行政機関の行政手続における証拠の問題が十分には解明されてはこなかったことを指摘し、行政手続の特殊性に即した証拠法則を樹立すべきであるとして、一九の暫定的提案を行う。それらのうち一七番目の提案には、「法の創造と政策の決定の基礎を形成する事実を認定するための証拠法則は、特定の事件の当事者にのみ係わる事実の認定のための法則とは異なる。」との表題が付されている<sup>(15)</sup>。この提案こそが、立法事実の初めての定式化であった。

デイヴィスによれば、行政機関は行政裁決（adjudication）を通じて一定の法創造的・政策形成的機能を遂行する。

そうした法創造的・政策形成的機能は事実認定に依存するが、その事実認定の過程は特定事件の当事者のみに関わる事実の認定の過程とは異なったものとならざるをえないという。このことから、彼は、「司法事実」・「立法事実」の区別を提唱する。いわく、「行政機関が直接の当事者に関わる事実——当事者が何を行ったか、周囲の状況はどうであったか、背景となった条件は何か——を認定する場合には、行政機関は司法機能を遂行しているのであり、その事実は司法事実 (adjudicative facts) と呼ぶのが便宜であろう。行政機関が法又は政策の問題に取り組む場合には、行政機関は、まさに裁判官が司法的立法を通じてコモンローを創造してきたのと同じく、立法的に行動しているのであり、行政機関の立法的判断に情報を与える事実は立法事実 (legislative facts) と呼ぶのが便宜である<sup>(16)</sup>。」と。

彼は、このようにして「司法事実」との対比における「立法事実」の概念を析出したうえで、行政手続における立法事実の取扱いを検討するにあたっては、既に憲法訴訟の領域において前出 Harvard Law Review のノートなどにより認知された「憲法事実」に着目すべきであるとする<sup>(17)</sup>。

彼は、憲法事実を、裁判所が憲法問題についての判断を形成するにあたって裁判所を手助けする事実であり、立法事実の性質を有するものであるとする。彼は、連邦最高裁による立法事実の広範な収集方法を基本的には支持し、行政手続における立法事実についても同様の収集方法をとることが望ましいとする<sup>(18)</sup>。

彼は、かようにして、当初から憲法訴訟における立法事実の検討を意図していたのではなく、行政手続における独自の証拠法則の樹立の必要性から出発して、そうした証拠法則の解明にとって有益な範囲で、憲法訴訟における議論を参照するという方法をとったのである。こうした彼の姿勢はその後の論考においても貫かれ、終始、行政機関における行政手続と、裁判所における憲法訴訟との双方を念頭に置いた検討がなされることになる。

## 2 立法事実と司法事実との区別

デイヴィスは、その後の諸論稿において、立法事実と司法事実の区別の方法について言及している。<sup>(19)</sup>

デイヴィスは司法事実が直接の当事者に関わる事実——特定的事実（specific facts）——であると把握する。そこから、直接の当事者に関わらない事実——一般的事実（general facts）——が立法事実とされることになる。<sup>(20)</sup>

デイヴィスは、基本的には、このような直接の当事者に関わるか否かによる区別を一応は妥当なものとしつつも、同時に、このような直接の当事者に関わるか否かによる区別では、うまく説明のできない場合があるとする。

それは、例えば、有毒物質の統制法の適用に際して、ある特定人（X）が河川に放出した有毒物質の量が問題となる場合であるという。この場合、Xの放出した有毒物質の量は、Xの法的責任を決するにあたって重要な意義をもつため、司法事実としての側面を有すると同時に、許容される放出量に関する法準則の形成のためにも用いられるものであるため、立法事実としての側面をも有することになるのである。上述の当事者との関係の有無による分類では、事実とは二者択一的に立法事実と司法事実のいずれかに属せしめられることになるが、そうした分類法では、立法事実・司法事実の両側面の性質を有する事実を扱うことができない。<sup>(21)</sup>

そこで、デイヴィスは、特定的事実と一般的事実との区別は、司法事実と立法事実との区別とは完全には一致せず、「法創造のために用いられる規則制定過程における事実」は、それが一般的であると特定のであるとを問わず立法事実である<sup>(22)</sup>とする。すなわち、立法事実・司法事実の区別がそもそも必要とされるに至った由来に立ち帰り、立法的・法創造的判断の根拠となる事実、それが特定のなものであれ、一般的なものであれ、すべて立法事実として捉える方向性がここに示されたことになる。

### 三 デイヴィス以降の議論

デイヴィスの前記一九四二年論文による「立法事実」概念の提唱以後、立法事実の概念が急速に憲法訴訟論に浸透するとともに、立法事実の憲法訴訟における重要性や、具体的な手続上の問題に関する論考が数多く登場する。これらのうちで代表的なものを以下において概観し、そこでの立法事実の捉え方を検討する。

その中で着目すべきは、立法事実の主に関与する領域につき、憲法訴訟を念頭に置いて展開される議論と、より広く、立法的判断を要求される政策形成型の訴訟を念頭に置いて述べられるそれとに大きく二分される傾向を生じたことである。後者の議論においては、憲法訴訟において問題となる立法事実は、立法事実の本来の守備範囲の一部としてとらえることになる。

そこで、以下においては、議論の方向性に従い、二つに分けて紹介することとしたい。

#### 1 憲法訴訟における立法事実

デイヴィスの提唱した立法事実の概念は、本来きわめて価値的評価的な要素を伴う憲法訴訟の領域において、事実的な判断基礎を与えるものとして、急速に浸透するに至った。その中で、ケネス・L・カーストに見られるような、目的的手段の思考による分類が見いだされることになった。

#### (一) フロイントの見解

ポール・A・フロイント (Paul A. Freund) は、一九五四年の論考において、司法事実が「立法を訴訟当事者と

結び付ける事実」であるのに対し、立法事実とは「立法判断 (legislative judgement) によって重要な事実」であるとする。フロイントは、こうした司法事実と立法事実との区別を、行政法における裁決 (adjudicating) 機能と、規則制定 (rule-making) 機能との区別に対応するものとして説明する。<sup>(23)</sup>

フロイントは、憲法事件における立法事実と司法事実の区別の実例として、次のような例を挙げる。

- (1) 一定割合を超えるアルコールを含有する飲料の販売を禁止する立法がなされた場合
- ① 規定のアルコール度数は、公衆の健康・道徳・施行計画との関係で合理的であるかどうかは立法事実である。
- ② これに対し、ある特定の個別飲料のアルコール度数が制限を超過しているかどうかは司法事実である。<sup>(24)</sup>
- (2) 犯罪を煽動する言論の規制の領域の場合

- ① 組織的な暴動の唱道が、一般的にみて明白かつ現在の危険を惹起するか否かは立法事実の問題である。
- ② これに対し、特定の被告人の言動が、具体的に明白かつ現在の危険を惹起したかどうかは司法事実の問題となる。<sup>(25)</sup>

## (二) カーストの見解

ケネス・L・カースト (Kenneth L. Karst) は、一九六〇年の論文において、憲法訴訟における立法事実の問題を、手続上の問題をも含めて総合的に検討した。<sup>(26)</sup>

カーストは、デイヴィスと同じく、司法の法創造的契機に着眼する。裁判所が憲法を含む法を創造する場合には、裁判所は面前の事件だけではなく、裁判所の外にあるおびただしい数の類似事件をも判断するつもりでなければならぬ。従って、裁判所は、特定事件の事実をはるかに超えた事項につき情報を得る必要がある。カーストによれば、

「裁判所がその判断の効果につき、できうる最良の予測をなすことができるように、これらの、さらに広範囲にわたる適用 (broader application) に関する『立法事実 (legislative facts)』が説明されなければならない。」<sup>(27)</sup> というのである。

他方、カーストは、デイヴィス同様、裁判所の面前の当事者に関わる事実、すなわち司法事実も同時に立法事実たりうることを承認する。司法事実も、政府の行為の一般的效果の一表現としての意味を有する場合には、立法事実としての性格を帯びることになるという。<sup>(28)</sup>

カーストは、さらに進んで、立法事実の類型化を試みる。彼は立法事実を、(1)立法の目的(ないし効用)の側面に關するものと、(2)立法の弊害(ないし損失)に關するものとに大きく二分する。その上で、(1)(2)双方の内部において、①絶対的な程度の問題と、②他の立法的選択肢との相対的比較の問題とを区別する。彼の類型化を要約して示すと、次のようになる。<sup>(29)</sup>

(1) 目的(効用)に関する立法事実

① 規制が、選択された目的を達成する程度に関する立法事実

(a) 規制目的の完全な達成により社会が受ける利益

(b) 規制目的が完全に達成される確率

② 他の手段との目的達成度の相対的比較に関する立法事実

(2) 弊害(損失)としての自由制約に関する立法事実

① 規制による自由制約の程度に関する立法事実

(a) 規制の制約的效果の最大限

(b) 規制が最大の制約的效果を有する確率

② 他の手段との自由制約度の相対的比較に関する立法事実

カーストは、立法事実の認定は事実問題であるから、一義的な解答が与えられ得るとする。憲法判断における価値的規範的な部分は別論、少なくとも事実問題の領域においては、客観的で精密な判断を行うことが望ましいという。<sup>(30)</sup>

カーストによる立法事実の類型化は、比較衡量的手法を念頭に置いて展開されたものである。もっとも、彼は憲法判断が事実的要素に尽きるものと解するわけではなく、憲法判断が立法判断の合理性の有無という規範的・評価的側面を有することを認める。そのうえで、少なくともそうした規範的評価の前提となる事実的諸要素 (factual elements) については、精密な審査が必要であるとするのである。<sup>(31)</sup>

(三) アルファンジの見解

ディーン・アルファンジ (Dean Alfange, Jr.) は、一九六六年の論文において、憲法訴訟における立法事実の重要性を強調した。<sup>(32)</sup>

アルファンジは、憲法訴訟において問題となる事実を司法事実と立法事実とに分類し、司法事実を「当事者の行為を法に関係づけるところの、特定の状況に関する事実」として、立法事実を「一般の問題に関連するところの、立法の必要性を示す事実」として、それぞれ把握する。<sup>(33)</sup>

アルファンジによれば、前者の考慮は司法府の守備領域に属するとし、後者の考慮は立法府の任務であるとするのが従来の見解であった。しかし、立法府も司法的機能を遂行し、司法府も立法的機能を遂行する現状のもとでは、そ

のような二分的な割振りは妥当ではなく、司法府も一定限度において立法事実を考慮すべきであるという。<sup>(34)</sup>

#### (四) シャープの見解——ドイツ憲法裁判への着目

アルファンジの議論と時を同じくして、アメリカの論者の中で、ドイツにおける抽象的違憲審査制の実情に着目した論者がある。

すなわち、フリッツ・W・シャープ(Fritz W. Sharp)は、アルファンジ論文と同じく一九六六年に公表された論文において、ドイツの憲法裁判を引合いに出しつつ「立法事実」を論じた。<sup>(35)</sup>

シャープによれば、最上級裁判所が憲法問題・国際法問題について判断する場合には、その判断は、具体的事件の当事者の権利義務をこえた意義とインパクトを有することになる。これは、程度こそ違い、制定法を解釈する場合にも妥当する。ここから、彼は、アメリカにおける違憲審査とドイツにおけるそれとの類似の機能を指摘する。すなわち、なるほど、アメリカにおいてはドイツにおけるような抽象的な審査制度は採用されていないが、アメリカにおいて、①先例拘束性(stare decisis)の原理が存在することのみならず、②政治部門が、最高裁判所の判断を当該争点に関する権威ある判断として受け入れる傾向のあることは、最高裁判所の判断に、ちょうどドイツの憲法裁判所の裁判に与えられた効力と実質的に同等のそれを与えることになるという。<sup>(36)</sup>

アメリカの違憲審査においては必ずしも政府機関の参加が行われず、私人たる当事者の間で争われることがある。しかし、そのような場合であっても、最上級審裁判所の判断資料は、当事者たる私人の提供する争点・情報だけに限定されるべきではない。裁判所としては、特定事件に関する「司法事実」だけでなく、「裁判所の事実指向的な憲法解釈のもとで、政府の手段の有効性がそれにかかっているところの社会学的・経済的・政治的データ(the sociolog-

ical, economic, or political data upon which the validity of a governmental measure might depend under the court's fact oriented interpretation of the Constitution)であるものの「立法事実」について情報を得るために証拠を入手し専門家の助力を求めなければならないという。<sup>(37)</sup>

## 2 司法の政策形成機能と立法事実

ところで、一九六〇年代には、憲法訴訟のみを念頭に置くのではなく、デイヴィスの本来の意図であったところの、司法府による立法的判断の基礎事実としての立法事実についての議論も生ずるに至る。そして、これが、司法府の意思決定における情報的基礎に関する議論へと発展を遂げることになる。

### （一）コーンの見解

ハロルド・L・コーン (Harold L. Korn) は、一九六六年に発表された論文において、司法府による政策形成に資する情報として、立法事実をとらえている。<sup>(38)</sup>

コーンは、発達した自然科学の知見を裁判所の判断に生かすべく、科学的・技術的情報の裁判所への伝達 (transmission) の必要性を説く。そしてその過程で、「法または政策の形成に通ずる社会的・経済的及び政治的事項に関する情報 (information about social, economic, and political matters that goes into the making of law or policy)」としての立法事実の司法確知に関する議論の展開に注目し、立法事実の多くは社会科学領域に関するものであるとして、司法確知の科学的情報伝達手段としての有用性を説いている。<sup>(39)</sup>

## (二) ミラー＝バロンの見解

アーサー・S・ミラー (Arthur S. Miller) とジェローム・A・バロン (Jerome A. Barron) は、立法事実を裁判官への情報の流れ (flow of information) の観点からとらえた<sup>(40)</sup>。

ミラー＝バロンは、伝統的な対審構造 (adversary system) の諸命題を検討する。それらは、①事件性 (架空的訴訟の排除)、②中立的裁判官像、③資料収集にあたつての事実審理 (trial) への依存、④事実顕出責任の当事者間分配、⑤理性的推論に基づく解決可能性の措置などである。

しかし、これらは、いずれも、もはや非現実的なものとなっているという<sup>(41)</sup>。その上で、彼らは、現時点における六つの諸傾向を指摘する。それらは、大要次のようである<sup>(42)</sup>。

- (1) 最高裁判所は狭い「司法」事実を重視せず、より広範囲かつ一般的な一般的問題に焦点を合わせる傾向がある。
- (2) 弁護士は最高裁判所を立法府の委員会のごとく取扱ひ、多数の法的でなく政策的な命題が提出される。
- (3) ときには最高裁判所の側から弁護士に対し新理論の提示が促され、その結果として法律審口頭弁論 (oral argument) における書面の比重が増大しつつある。
- (4) 非法律的資料 (non-legal data) の真実性がしばしば敗訴当事者によるテスト・反論の対象とされない。
- (5) 最高裁判所によって宣言される新理論は最高裁判所の制度化された情報過程の外から入手される場合がある。
- (6) 判断過程に裁判官の個人的選好が持ち込まれることがある。

## (三) モナハン＝ウォーカーの見解

ジョン・モナハン (John Monahan) とローレンス・ウォーカー (Laurens Walker) は、一九八六年の論文にお

いて、社会科学的情報としての立法事実を、事実としてよりもむしろ法的先例（legal precedent）に近づけて—社会的法源（social authority）として—取り扱われるべきであるとする。ここから、立法事実認定についての先例拘束性の問題が生ずるとい<sup>(43)</sup>う。

モナハン・ウォーカーによれば、デイヴィス以来の司法事実・立法事実の区別は広く受容されるに至っており、ここでは社会科学的情報は「事実」として位置づけられている。確かに、社会科学的情報は実証的（positive）なものに関わる点で事実との親近性を有している。しかし、社会科学的情報は同時に人間の行動準則となりうる点で規範的（normative）な性質を有し、ゆえに法との親近性をも有しているという。さらに、社会科学的情報が一般的性質を有する点も、法との親近性を物語るものであるという。社会科学的情報は法とは異なり命令（command）の要素を欠くが、命令の契機は法の本質をなすものではないとい<sup>(44)</sup>う。

社会科学的情報を事実の問題でなく法の問題として位置づけることは、それが、コモンローにおいて法源性を有する先例と同様に扱われるべきことを帰結する。すなわち、裁判所による社会的情報の評価（立法事実認定）は、一定限度の先例性を獲得する。そのように位置づけることにより、①当事者による顕出の原則的方法は口頭証言ではなく書面であること、②裁判所みずからによる調査が可能なこと、③上級裁判所の評価は下級裁判所のそれよりも尊重されるべきこと、④類似先例との区別（distinction）が応用されうること、⑤上訴審が事実審理裁判所の評価に拘束されず当然審査の対象となる（reviewable）こと<sup>(45)</sup>などが説明されうるとい<sup>(46)</sup>う。

#### （四）キートンの見解—法的判断の前提事実

立法事実の広狭二義性を明確に指摘し、その訴訟上の特性にも言及する近時の論稿として、マサチューセッツ連邦

地方裁判所のロバート・E・キートン (Robert E. Keeton) 判事の一九八八年のそれを挙げることができる。<sup>(46)</sup>

キートンは、法的判断の前提 (premise) となる事実に着目し、これを前提事実 (premise fact) と名付ける。そして、前提事実は、立法府が考慮した事実としての立法事実 (legislative fact) と、法創造事実 (lawmaking fact) から成るとする。<sup>(47)</sup>

キートンは、立法事実という概念が、上にいうところの法創造事実をも含むものとして用いられてきたことを承認しつつ、立法事実という語で、法創造事実まで表現しようとする、誤解 (misunderstanding) を生むおそれがあることを指摘し、むしろ、狭義の立法事実 (legislative facts in the narrower sense) と法創造事実の双方を含む上位概念として、前提事実の概念を提唱するのである。<sup>(48)</sup>

キートンは、前提事実の意義につき、次のように論じている。

(1) まず、事実は前提事実と司法事実とに区分しうるとする。<sup>(49)</sup>

(2) 前提事実たることのメルクマールは、それが法的判断の基礎事実である点に求められる。これをさらに細分化すれば、①立法府自体が認定する場合、②行政機関の裁決過程など、準立法的判断権限の行使に際して用いられる場合、③裁判所による先例創出または先例変更判断に際して用いられる場合、及び④裁判所による先例の射程範囲の判断 (法適用過程) において用いられる場合に分けられるという。<sup>(50)</sup>

(3) このように、前提事実たることのメルクマールがその機能に求められる結果として、属性による区別は決定的ではないことになる。もっとも多くの場合、前提事実は一般的、価値的属性を有しており、過去の事実であることは稀であるという。そして、時系列によって、①過去に生じた事象に関わる歴史的事実 (historical facts)、②運転行為の危険性評価などの価値的事実 (evaluative facts)、③将来の事象に関わる予測事象事実 (predictive event

facts) 及び④予測的価値的事実 (predictive evaluative facts) に分けることも可能であるという。<sup>(51)</sup>

(4) 前提事実についての判断権者は、法的争点に関する判断権者に一致するという。従って、事実審だけでなく、法律審も認定を行うことができるという。<sup>(52)</sup>

(5) さらに、事実審における陪審の判断と異なり、最上級審の判断については法的判断類似の先例拘束性を承認して差し支えないとする。<sup>(53)</sup>

#### 四 まとめ―立法事実の二義性

立法事実の語は、カーストにみられるごとく、利益衡量的手法と緊密に結びついた形で説かれる場合もある。また、ミラー・バロン及びモナハン・ウォーカーにみられるごとく司法判断や法律学一般における社会科学の成果の積極的利用の推進の一環としてその重要性が強調される場合もある。しかし、これらの文脈の相違にもかかわらず、アメリカにおける議論の概観から、さしあたって立法事実概念に関して次のような分析を引き出すことができる。

まず第一に確認されるべきであるのは、そもそも立法事実とは、法令の違憲審査と不可分のものとして考えられてきたわけではないということである。立法事実の提唱者であるデイヴィス自身が、本来憲法訴訟ではなく、行政手続を念頭に置いていたことから分かるように、立法事実とは、判断の「立法的」な性格に着眼することにより創出された概念であった。従って、立法事実とは、憲法訴訟のみならず、司法判断が立法に比肩すべきインパクトを有する可能性のあるすべての訴訟類型において問題とされうる可能性を有することになる。デイヴィスの言葉を借りれば、「憲法事実とは、法・政策問題に関する裁判所の立法的判断に情報を与えるために用いられる事実のより大きなカテゴリーの一つの表現にすぎない」<sup>(54)</sup>のである。

だが第二に確認されるべきであるのは、上に述べた事情にもかかわらず、立法事実が問題とされてきたのは、典型的には憲法訴訟の領域においてであったということである。これは、デイヴィスに先立つ萌芽的な議論が、憲法訴訟において、審査の対象となる立法の基礎をなす事実に着眼していたことから、またカーストに代表される立法事実概念提唱後の論者の多くが憲法訴訟に焦点を合わせていたことから、明らかである。

このように、立法事実が典型的には憲法訴訟の領域において問題とされてきたのには、それなりの理由がある。第一に、憲法が諸々の法領域の中でも最も政治的性格の強いものであることは、憲法判断が広範囲にわたる社会的インパクトを生み出すことを不可避とすることが挙げられる。このことは、とくに、裁判所が違憲判断を行い、消極的立法を行う場合に最も顕在的な形をとることになる。

第二に、審査対象たる立法自体、広範囲にわたる適用に関わる一般的事実を基礎としてなされたものである以上、その立法の有効性を否定するためにも、また一般的事実の審査が必要とならざるをえないという事情が存在することが挙げられる。

以上を要するに、アメリカにおいては、立法事実とは憲法訴訟に限らず、訴訟一般において問題となる法創制的契機から導かれる概念としての一面を有すると同時に、とくに憲法訴訟において、審査対象たる立法の基礎をなす事実としての意味をも与えられているのである。これは、いわば立法事実概念の二義的性格とでもいうべきものである。<sup>(35)</sup>

なお、立法事実の後者の側面（審査対象立法の基礎事実）に関連しては、誤解を招き易い次の二つの点を確認しておく必要がある。

第一に、後者の側面においても、「立法」事実という名称は、対象たる「立法」の基礎をなすがゆえに与えられたものではなく、当該事実が司法府の「立法」的 (legislative) な判断の基礎をなす点に着眼して与えられたものであ

るという点である。なるほど、後者の側面においては、立法事実が審査対象「立法」の基礎事実として把握されるのはあるが、あくまで典型的司法作用の基礎をなす「司法」事実との対比において語られた「立法」的判断の基礎事実であることに変わりはないのである。<sup>(56)</sup>

第二に、立法の基礎をなす事実という場合に、それは立法の当時において存在した事実や、立法府が考慮した事実には限定されないという点である。例えば、立法当時には立法を必要ならしめる事情が存在したが、審査の時点においてはそのような事情が存在しなくなった場合には、裁判所は、そのような立法後の立法事実の変動を理由として立法を違憲と判断することができるのである。<sup>(57)</sup>

次節においては、これまでに紹介したアメリカにおける立法事実論の影響のもとで、成文法国家たるドイツにおいていかなる理論展開が生じたのかを見ることにしたい。

（１） わが国における議論の状況については第五章を参照。なお、一九八〇年代における、立法事実に関するアメリカ及びドイツの文献の所在を網羅した文献として、内野正幸「法律の違憲審査における『挙証責任』」芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人權の理論』三二七頁以下所収（一九八五年）がある。

（２） この場合の法創造とは、狭い意味においては、事例法（case law）としてのコモンローの発展過程そのものを指す場合もあれば、より広く、準則自体の定立としてのそれを意味することもある。カードーン（守屋善輝訳）『法の成長』（一九六五年）参照。なお、事例法の形成過程については、田中英夫「判例による法形成」『法形成過程（英米法研究一）』三頁以下所収（一九八七年、初出一九七七年）参照。もっとも、アメリカにおいても、法創造の許容性に関する議論が続いている。例えば、Wachtler, S., *Judicial Lawmaking*, 65 N. Y. U. L. Rev. 1 (1990). は「司法府の法創造は、事例法の形成の領域においてのみ正当化されうる」とする。

- (c) Bickel, H. W., *Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action*, 38 Harv. L. Rev. 6 (1924)°
- (4) その実例として、*Lochner v. New York* 事件 (198 U. S. 45, 49 L. Ed. 937 (1905)) が挙げられている。この事件は、ハーカリーにおける労働時間を制限したニューヨーク州法が修正第一四条の経済的適正手続に違反するかどうかが争われたものであったが、最高裁は、そのような労働時間制限は、労働者の健康維持という目的と何らの実質的な関連性をも有しないことを理由として違憲との判断を下したものである。198 U. S. 45, 64, 49 L. Ed. 937, 944. もっとも、上記事件において決定的な意味をもった事実問題——立法とその目的との因果的関連性の有無——を判断するに必要とされる事実的資料によつてはいない。ビッケルを初めとする識者は、この点を批評している。Bickel, supra note 3, at 12; Alfange, D. Jr., *The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law*, 114 U. Pa. L. Rev. 637, 655 (1966).
- (5) Bickel, supra note 3, at 6-7.
- (6) *The Presentation of Facts Underlying the Constitutionality of Statutes*, 49 Harv. L. Rev. 631 (1936).
- (7) *Borden's Farm Products Co. v. Baldwin*, 293 U. S. 194, 79 L. Ed. 281 (1934).
- (8) 79 L. Ed., at 201-203.
- (9) Id., at 207-208.
- (10) Id., at 208-213.
- (11) Id., at 210.
- (12) Supra note 6, at 631-632.
- (13) Id., at 632.
- (14) Davis, K. C., *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 Harv. L. Rev. 364 (1942).
- (15) Id., at 402.
- (16) Ibid.

- (17) *Id.*, at 403.
- (18) *Id.*, at 403-410.
- (19) Davis, K. C., *Trials Are for Factual Issues, Not for Nonfactual Issues*, 2 *Administrative Law Treatise* 409 (1979) ; Davis, K. C., *The Distinction Between Adjudicative Facts and Legislative Facts*, 2 *Administrative Law Treatise* 412 (1979) ; Davis, K. C., *Authority for and Reasons for the Distinction Between Adjudicative and Legislative Facts*, 3 *Administrative Law Treatise* 138 (1980) ; Davis, K. C., *How to Determine Whether a Fact is Adjudicative or Legislative*, 3 *Administrative Law Treatise* 149 (1980). なお、ハイヤースによる立法事実・司法事実の区別について触れたものとして、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について」(自治研究六四巻一二号一二三頁以下、一二五頁以下(一九八八年))。
- (20) Davis, 3 *Administrative Law Treatise* 149.
- (21) *Id.*, at 151.
- (22) *Id.*, at 153.
- (23) Freund, P. A., *Review of Facts in Constitutional Cases*, in Cahn, E. (ed.) *Supreme Court and Supreme Law*, 47-48 (1954).
- (24) *Ibid.*
- (25) *Id.*, at 52-53.
- (26) Karst, K. L., *Legislative Facts in Constitutional Litigation*, 1960 *US Supreme Court Review* 75 (1960).
- (27) *Id.*, at 77.
- (28) *Ibid.*
- (29) *Id.*, at 84. カーストによる立法事実の分類について触れる論稿は多数に上る。Rosen, P. L., *The Supreme Court and Social Science*, 65 (1972) ; Pine, R. N., *Speculation and Reality : The Role of Facts in Judicial Protection of Fundamental Rights*, 136 *U. Pa. L. J.* 655, 666-667 (1988) ; 和田英夫「憲法訴訟と立法事実—試論的覚書—」法律論叢四二巻一号一頁以

下所収、七頁以下（一九六七）年、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座憲法訴訟（第三卷）』六九頁以下所収、七九頁以下（一九八七年）など。

- (30) Karst, *supra* note 26, at 84-86.
- (31) *Ibid.*
- (32) Allange, D. Jr., The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law, 114 U. Pa. L. Rev. 637 (1966).
- (33) *Id.*, at 640.
- (34) *Ibid.*
- (35) Scharpf, F. W., Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis, 75 Yale L. J. 517 (1966).
- (36) ヌイン連邦憲法裁判所法 (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht = BVerfGG) 第三十一条第一項の「連憲判決に与えられた法律効を指しつゝ」° Scharpf, *supra* note 35, at 523-524.
- (37) Scharpf, *supra* note 35, at 524-533.
- (38) Korn, H. L., Law, Fact, and Science in the Courts, 66 Colum. L. Rev. 1080 (1966).
- (39) *Id.*, at 1089-1090.
- (40) Miller, A. S. & Barron, J. A., The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry, 61 Va. L. Rev. 1187 (1975).
- (41) *Id.*, at 1189.
- (42) *Id.*, at 1193-1226. なお、この六つの命題を紹介したものととして、時国康夫「憲法訴訟における立法事実の位置づけ」Law School 二五号一五頁以下所収、二二五頁以下（一九八〇年）がある。
- (43) Monahan, J. & Walker, L., Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law, 134 U. Pa. L. Rev. 477 (1986).
- (44) *Id.*, at 482-495.

- (45) *Id.*, at 495-516.
- (46) Keeton, R. E., *Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts*, 73 Minn. L. Rev. 1 (1988).
- (47) *Id.*, at 8-9.
- (48) *Id.*, at 9-10.
- (49) *Id.*, at 14.
- (50) *Id.*, at 14-16.
- (51) *Id.*, at 16-18.
- (52) *Id.*, at 21.
- (53) *Id.*, at 26-28.
- (54) Davis, *supra* note 14, at 404.
- (55) 内野正幸「法律の違憲審査における『挙証責任』」芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』三二七頁以下所収、三二四頁注10（一九八五年）及び同『憲法解釈の論理と体系』二四二頁以下（一九九一年）は、わが国においては、法律の合理性を支える事実としての立法事実概念が広く受け入れられているが、アメリカにおいて広く受容されているのはむしろ法・政策形成の資料となる事実としての立法事実概念であることを正當にも指摘する。
- (56) 後者の側面ないし意味における立法事実には相当するものを表現する名称としては、「憲法事実 (constitutional fact)」の語もしばしば使用される。 *Supra* note 6, at 632; Davis, *supra* note 54, at 404.
- (57) Karst, *supra* note 26, at 76-77.

（以下次号）