

## 西ドイツにおける法解釈と自然法思想の交錯

——西ドイツ民法における理論と実際の一動向(二)——

### 一 序

あたかもナチスの民法改革運動の進められつつあった当時、吾妻光俊先生は、親しくドイツに留学され、帰朝後、『ナチス民法学の精神』(昭和一七年)を發表された。當時はわが国の政治社会状況もドイツと同じ方向へ進みつつあったのであるが、それにもかかわらず、先生のご研究は、いわゆる改革運動から汲みとるべき教訓と排すべき偏狭とを、その精神的態度とも関連させて、公平で批判的に検討していくという態度で貫ぬかれていた。ご退官なされる先生に献げるものとして、本テーマを選んだのも、当時とは事情の全く一変した戦後の西ドイツについて、先生の右のご研究の線上で何らかのご報告をなしうれば、と願ったからにはかならない。ただ、本稿もまた、素描にすぎないものになったことを

お許し頂きたい。

好 美 清 光

一 問題の限定 法哲学専攻者ではない私は、本稿

で、ギリシャ以来の自然法の歴史を論じたり、第二次大戦後の洪水のような自然法の文献を検討して現代の諸主張・諸潮流を分類検討して批判したり、自然法が「学問」的認識の問題たりうるかを真正面から論じたりする意図も、能力もない。いわんや自然法論としての新たな主張を意図するものでもない。

本稿で私の試みるのは、戦後西ドイツで華々しく謳い上げられた「自然法の再生」が、抽象論ではなく、民法を中心として現実の法解釈でどの程度に、そしていかように具体化し機能したかを、むしろ経験科学的に確認す

ることになり、そしてそれを通じて、われわれ自身の民法学の解釈態度の確立のためにいかに受けとめるべきかを検証しようとするにすぎない。<sup>(5)</sup>しかしこのことこそは、ドグマティックの面ではあれほどドイツ民法学の影響を受けておりながら、肯定するにせよ否定するにせよ彼らにおいてはその解釈態度の決定において対決させられている筈の自然法思想について、われわれ実定法解釈学者とは無縁に法哲学者のみの——それも多くは抽象的な——論議に終らしめてきたわが現状では、一度はやはりなされるべき作業であろう。

二 問題状況 ところで、前世紀後半に一度は退けられたかにみえた自然法思想が法学の分野で再興したのは、今世紀始めからの実証主義に対する法哲学的批判に結びつくし、より広くは実証主義、歴史主義の克服後のカトリック教会の社会理論の改革とも関係するといわれるが、とりわけ第二次大戦後、西ドイツで自然法の再興が顕著であったのには、次の理由と問題性が指摘できよう。

第一は、周知のように、ナチス時代の圧政と法規実証主義との結合のもたらした歴史的事実に対する法律家の

反省と<sup>(8)</sup>、かかる事態を再来させないことの決意が、ヨーロッパの伝統の下でドイツでは自然法の再生という現象として現われた。<sup>(9)</sup>これは、抵抗権の基礎づけおよび悪法批判を通じて、法規拘束性の意識の緩和、法規実証主義の克服をしたという面では、利益法学と共通のものをもちうる。『自然法と法(規)実証主義』という西ドイツではやりの対置の仕方は、このことを物語る。しかし他面、自然法思想が対決し克服しようとした実証主義の中には、ほかならぬ利益法学も、力の実証主義、利益実証主義として含まれる。ただし、ヘックにみられるように、利益法学は、国家法規範や因果的ないし決定的な法則性の彼岸にある正義の要請という、超現実的な正当性の評価尺度を欠くものであり、ナチスの利益にすら迎向しこれと結合しうるものであったことは、ヘックの晩年が如実に物語っている。<sup>(10)</sup>他方、ナチス時代に対する反省とその克服は、第一には不正な制定法の否定——現行法無視——であるが、それと同時に、ナチスの目的にそわない制定法の彼らの目的による解釈の否定——現行法尊重——という二つの表見上相反する要請をともに満たすものでなければならず、これに応えうるものとして、ま

さに利益法学の根本的欠陥であった正義の尺度、自然法が求められるわけである。

第二に、しかしながら、自然法の右のような機能は、正しい制定憲法が存在せず、あるいは不正の実定法規が存在するなど、限界状況においてよくその機能を發揮すべきものであり、安定した正常な法治国家が復活・機能するようになれば、その実<sup>(11)</sup>的意義の大半は失われてしまふ筈のものである。実際、判例や解釈学の上では、自然法論議は衰微しつつあるように思われる。しかしそれにもかかわらず、抽象論としては今なお盛んに論じられているのは、一つには、彼らの基本秩序についての、ヨーロッパ的信仰ないし世界観に即応する広い層にわたっての自然法的確信に支えられているからであろうが、<sup>(12)</sup>今一つには、西ドイツのおかれて<sup>(13)</sup>いる東西分割という特殊の政治状況も見落されてはならない。彼らのいわゆるナチスにも比すべき『東のテロの全体主義的<sup>(14)</sup>法国家』との対決が日々の現実問題である彼らにとっては、西欧世界の独自性・優越性の強調は、神、そして法律学的には自然法の信奉の有無に求められ、それがまた、万一にも東から来たるべき不測の事態に対処すべき法律家の心構え

として、強調されるのである。<sup>(12)</sup>

第三に、西ドイツでは戦後、いわゆる市民的法治国家から社会的法治国家への発展が高調されていることに關係する。ここでは、一般条項による公平裁判や戦後の価値体系の下での基本法の解釈による具体化に際し、超法規的価値判断がなされ、その要請を満たすものとして自然法が引き合いに出されるといふ現象がみられる。<sup>(13)</sup>

第四に、以上述べてきたことと関連し、重複もするが、理念的な問題としていえば、自然法の主張者には、<sup>(14)</sup>相対主義、懐疑主義、法感情の欠除等に反発して、伝統的ヨーロッパ的な社会および法秩序の強化を意図するいわば絶対主義的な非妥協的態度も印象づけられる。そしてこの立場からすれば、法律学の把え方として科学的に証明可能なもののみ<sup>(15)</sup>に限定して自然法を追放しようとする傾向は、『学問的迷信』*Wissenschaftsberglauben*として非難されることになる。<sup>(14)</sup>この現象は、比較の問題ではあるが、西ドイツでは戦後もかなりキリスト教ヨーロッパ的な統一<sup>(15)</sup>的価値観が存在したのに対し、わが国では、戦後收拾<sup>(15)</sup>したい価値観の多元的な分裂を生じたこととも関連しよう。しかし、いくつかの問題がある。

(1) 世界的現象であろうが、西ドイツでも自然法思想を信奉しない民衆や法曹が増大しつつある現状の下では、個人的信条としては自由でも、裁判という国家の名において、一つの価値観でしかなくなった自然法思想に基づくとされる結論を他に押しつけることが許されるか。(2) また、自然法の具体的内容の把握困難——ないし不可能——のゆえに、具体的事件への適用でそもそも一義的な結論を生じうるものなのか。(3) そして、連邦裁判所の判決にうかがえるように、そもそも国家権力による判決という方途で自然法という名の道德律を強行し、それによって個人の法的良心を覚醒させるということが、国家と個人の関係でどこまで妥当視されるか、等々である。

(1) というのは、私は、本誌五四卷三号で、利益法学の観点から、「西ドイツ民法における理論と実際の一動向——概念法学克服の側面——」を素描し、将来の補完を約したことがあるからである。

(2) *H. Welzel, Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl.; *Erich Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre*, 2. Aufl. など。なお、私も聴講したヴォルフ教授のフライブルク大学での『自然法の諸問題』の講義は、ほぼ

本書に即して行なわれていた。なお、矢崎『自然法』(法學理論篇18)、井上『自然法の機能』など。

(3) 一九四五年から一九六〇年までの文献については、*W. Machofer, Naturrecht oder Gesetzespositivismus?*, 1962, S. 580—622 に四〇余頁の文献目録がある。その後このことは、*H. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, bes. S. 379 u. 396. 戦後の西ドイツの議論につきわが国の文献として、矢崎・前掲とくに七五以下、尾高「戦後ドイツの自然法思想」法協七一・三・二〇五以下、その後の文献も加えた野田「現代自然法」『法哲學講座』五卷下一二三以下、など。

(4) 最近 *H. Coing, Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, 1965 の小冊子がひた。Wissenschaft という用語の規定いかんにもかかわるが、教授の年来の主張である「正義の構造」としての《die Natur der Sache》を説く。

(5) この観点から、戦後処理に関するドイツの刑事判決を扱ったものとして、矢崎『法実証主義』(昭三八)がある。なお、阿南「自然法論」『現代法講座』(13)一一二以下は、わが判例を検討する。

(6) とりあえず、野田・一一八以下参照。

(7) *F. Wezaker, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, 1965, S. 8. 本書は研究報告である、その半分以上は諸家の討論を収録している。以下、本書をたんに《Diskussion》と略記する。

- (8) たとえば、ナチスの弾圧行為を適法とすべく発布された一九三四年七月三日の「国家緊急事態の措置についての法律」は、ただ一カ条、「一九三四年六月三〇日、七月一日、二日の大逆および反逆的侵害を鎮圧するためにとられた諸措置は、国家緊急事態として適法である」と一方的に規定したのであった。
- (9) たとえばラートブルフの自然法への転向につき、矢崎「ラートブルフの法哲学における晩年の課題」『法律時報』二三・一〇・五三以下。同様の反省をせまられたわが国では法社会学が開花したのと、対照的である。
- (10) 小林「利益法学」『法哲学講座』四巻とくに二七二以下、二九五以下、好美・前注(1)四〇〇以下。その後、利益法学の内部から「目的規範的利益衡量」により評価の諸原則を抽出しようとするものとして、*H. Hubmann*, *Grundsätze der Interessenabwägung*, ACP 1956, S. 93 ff.
- (11) *F. Wieacker*, *Diskussion*, S. 9 f.
- (12) *たつみ* *H. Weinkauff*, *Naturrecht und Rechtsprechung*, in: *Zur Frage nach dem richtigen Recht, Bericht über die Tagung der deutschen Sektion der internationalen Juristen Kommission am 2. u. 3. Dezember 1961*, in *Würzburg*, S. 27 ff., 30, 63. 本書はほかに、*ヴィーアッカー*、*フリック*、*フォン・ポッセル*などの報告と多くの討論を収める。以下、たんに『*Bericht*』と略記する。
- (13) *F. Wieacker*, *Diskussion*, S. 14.
- (14) たとえば、*Weinkauff*, *Bericht*, 30. この点も、戦後のわが民法学界とは対照的である。わが国では、マックス・ヴェーバーの価値判断理論の法律版ともいべき川島「科学としての法律学」などの——必ずしも著者の意図ではないかもしれない——影響か、経験科学として分析しうる領域の次にきたるべき価値判断の次元では相対主義が支配的となり、価値論の次元にまでは議論は及ばなかったようにみえる。西ドイツでは逆に、——おそらく方法論的反省を伴なうことなく——価値論、いわゆる法理念、自然法等が先行し、のちになってその反省、認識論的懐疑が現われてくる。
- (15) 中世的絶対主義的時代と異なり複数の価値体系をもつ現代社会では自然法は機能しえず、その規制は国家法によるものをえないものか、逆に、歴史的にも理論的にも複数の価値観のなかからこそ自然的把握での正義が問われてきたし問われるべきものであるか、という興味ある争いは立ち入らな。 *Diskussion*, S. 39, 47, 62.
- (16) *Weinkauff*, *Bericht* 30 はこれを憂える。逆に、当時の連邦憲法裁判所長官ヴェルナー教授は、自然法無用の立場から、連邦裁判所長官ヴァインカウフの意見はドイツの裁判官の支配的意見ではない、自然法がわれわれの法本質の不可欠の判決基礎に属するかどうかは、連邦裁判所の一つの部を構成する五人の裁判官によってではなく、九〇〇〇から一万人の全裁判官に任されるべきであると反対する

(F. Werner, Bericht 60)。

(17) 判決はのちにみるが、たとえばドイツでの管理委員会法(一〇号)―ナチスの人道に反する行為を戦後に遡及効をもって処罰しようとする法律―の有効性についての論争、紛糾をみよ。矢崎『法実証主義』は多くをこのケースに割いている、四二頁以下参照。

## 二 判例の実際

一 概観 一九五二年のドイツ法曹大会で「ドイツにおける裁判官と法発見」と題して、裁判官の法創造の肯定とその上位法(自然法)への依拠とを力説した熱烈な自然法信奉者である連邦裁判所長官ヴァインカウフは、

その後一九六〇年に、「連邦裁判所判例における自然法思想」と題する論説を発表した。これは、著者の影響力の大きい地位からも、挙示された数多い連邦裁判所の諸判決の著者なりの神と直結させる自然法的理解の色づけの強烈さからも、大きな反響を呼んだものである。そこで著者は、多数の判決の概観をして結論する、「連邦裁判所の自然法思想によって影響を受けている諸判決を、それらに関連させて概観するとき、それらは、――そして全く驚嘆すべきことだが――一つの大きな信仰告白

の断篇”(Bruchstücke einer großen Konfession)であることが証明される」と<sup>(20)</sup>。しかし、引用されている諸判決の傾向はそれほど明白に一義的ではない<sup>(21)</sup>。もちろん、判例の使命としては、具体的事案の解決に必要なかぎりで理由を開陳すれば足り、法哲学者と同じ次元で徹底的な議論を展開する必要はないし、またしたがって、――ドイツの学者のように――その抽象論旨のみを拾い上げて検討する実益もあまりあるまい。しかし、それにして、――いな、それなればこそ――自然法思想そのものがすでに多義的で不明確なものではあるが、諸判決は、広い意味での現代の自然法論の諸潮流――新トマス主義、コーインクが影響を受けているとされるシェラー、ニコライ・ハルトマンの実質的価値倫理学、近代人文主義的な流れ、あるいはマイホーフアー、アルトール・カウフマンなどの実存主義的法哲学その他の混合主義など――のいずれに属するか、統一的ではない。ただ、絶対的超法規的そして多くは超歴史的な倫理ないし道徳律を、自然法的あるいは判例の愛用する一つの公式的用語によって信仰し、そして選択することの表明が確認されうるだけである。もっとも、ヴァインカウフは、場合によっては自然法的に理解する

必要のないものまで引用しているが……。しかも連邦裁判所の諸判決は、ヴァインカウフによっては検討されなかった——そしてエファースによって引用されている——連邦憲法裁判所の類似の事案を扱った諸判決と対比させてみると、そのいわゆる自然法的理解の必要性、限界、そして問題性を浮き彫りにする。というのは、連邦憲法裁判所の判決には——きわめて自然法思想と直結しやしない管の基本的人權の問題についてすら——「自然法」に直接に飛びついたものは一件もないといわれ、ドイツのこの二つの最上級裁判所は、全体として明確に対照的な態度を示しているからである。

以下、われわれは、若干の判決によって具体的事案との関連で、まず法規の有効性という限界事例の問題につき、ついで通常の法解釈および事実評価の問題につき、その思考方法をみることにしよう。

(21) H. Weinkauf, *Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland*, 1952.

(22) H. Weinkauf, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, NJW 1960, 1689  
註 その後著者は、これに若干の補足を加えて、「正当法の問題について」の総合テーマで開かれた一九六一年一月

二日、三日の国際法律家協会ドイツ部会でも報告した。前注(12)の《Berichte》がそれである。そしてそれは、以下にも屢々引用する H.-U. Evers, *Zum unkritischen Naturrechtswissen in der Rechtsprechung der Gegenwart*, JZ 1961, 241 ff.; F. Weacker, *Rechtsprechung und Stittengesetz*, JZ 1961, 337 ff. などの研究を触発した。なお、前者にはすでにより包括的なものとして Evers, *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, 1956 などの、そして若干の判例を扱ったもの(S. 30—40)『*Rene Mareis, Vom Gesetzessatz zum Richterstaat*, 1957』の判例をも検討している(S. 193—212)。その外にも若干あるが、これらの文献の引用を参照。もっとも、これらの研究はすべて、判旨の抽象的な「らわり」の部分を用いるだけなので、事実等についてはすべて原典にあたって、そのことにより私なりの評価と整理に達しえた。ただ、本誌では、これらの多数の諸判決を詳細に挙示・検討する紙面の余裕は与えられていない。

(20) Weinkauf, NJW 1960, 1696.

(21) たゞは A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, S. 6 の「結局」その不明確さは自然法思想そのものの不明確さを「と考えるべき」である。

(22) この分類は、Evers, JZ 1961, 242 ff. にやる。彼はそこで「宗教的な」し「エモーショナルなものと袂別して」、合理的に——いわば経験法学的に——これらを批判して、あるいは客観的認識の方法たりえず、あるいは普遍妥当性を

主張しえない性格のものであることを論証する。なお、Weakeners, JZ 1961, 338 f. に、同じく批判がある。なお、これらの諸潮流につき簡単に、ヴィーアッカー『近世私法史』(鈴木訳)六九九以下、とくに七〇四以下参照。(23) ヴァインカウフも、一九六二年二月の国際法律家協会ドイツ部会での討論でこれを認める(Bericht 62 f.)。なお、そこでの、自然法讚美者ヴァインカウフと自然法無用論者(否定ではない。唯一の例外として抵抗権の問題)ヴェルナーの激しいやりとりは(S. 59 ff.)、現職の連邦裁判所長官と連邦憲法裁判官のそれだけに、諸判決の理解にとっても印象的である。なお、前注(16)参照。

## 二 法規・命令の有効性 (1) 法規・命令の有効性

が争われたのは、限界状況の事例、とりわけナチス時代の悪法の清算の意味をもつ場合が多い。

### (イ) 生命侵害

〔1〕 BGHZ 3, 94 ff. (一九五一年七月一二日民事第三部判決)

〔事案〕 被告は、かつてナチスの地区指導者で国民突撃隊の隊長であったが、戦争末期に、脱走した国民兵を捕えて裁判手続なしに射殺した。本件は、被殺者の母親が損害賠償を請求したものである。被告は抗弁して、射殺の法的根拠として、逃亡者を軍法会議の手続なしで射殺することを授權ないし義務づけたヒムラーのいわゆる破局命令等を援用し、射殺行為は当時の軍事的必要性からなされたものでこれを拒絶す

ることはできなかった、国こそ損害賠償義務を負うべきだと主張した。原告の請求を認容した原判決を維持。

〔理由〕 本判決は、正義と法的安定性との調和に関するラートブルフの立場を表明する。「法規は、それが国際法の一般的に承認された諸原則もしくは自然法に矛盾し、もしくは実定法規の正義への矛盾がその法規が『不正の法』として正義に譲歩しなければならないほど耐えられない程度に達するところに、その限界を見出す」(S. 108)。そして、裁判手続なしの射殺の破局命令は、「人間の道徳とすべての文化諸国民の法(Recht)に矛盾し」法規としての効力を有しない。被告の行為は「良俗違反」(Sittenwidrigkeit)である(S. 108)。

本判決の積極的意義は認めなければなるまい。ただし、本件で直接的に問題なのは、被告の射殺行為が損害賠償の要件である違法性を具備するかということである。本件は実質的には、他人の権利を侵害した場合、人間としての道徳とすべての文化諸国民の法に反する職務命令に従ったからといって違法性を阻却しない、ということであり、自然法云々の表現は不可欠ではなかったのではあるまいか。

### (ロ) 財産権・平等命題侵害

〔2〕 BGHZ 16, 350 [353] (一九五五年二月二八日民事



大法廷決定)

〔事案〕原告は、ユダヤ人なるがゆえに追放されスイスに亡命した。その結果、ライヒ民法法に関する第一一実施令により、ドイツの銀行に預託してあった有価証券はライヒのために無効とされた。原告は戦後、また右の有価証券が銀行の倉庫に保管されていたのでその返還を請求した。ただし、原告の居住するアメリカ(占領)地区回復法の定める申告手続はとられていなかった。本判決は、原告の請求を認容。

〔理由〕まず第一一実施令の法規範としての効力を否定する。「この規定は、違法な追放措置による圧迫でその故郷を去った被追放者から、なおその財産までも奪い取ることを結局は狙いとしたものであり、超法規的平等命題、さらにはワイマール憲法一五三条で認められている所有権保護および超法規的な所有権の保障に著しく抵触する。平等命題——それはすべての法秩序のまさに基礎であり、そしてその超法規的等級のゆえに憲法立法者にとっても当然に破ることをえないのである——の侵害のあることは、次のことから明らかである、すなわち、国外へ移住し、ないし通常滞在するという事実結びつけられた(ドイツ国内の——好美注)財産失効は、もっぱら種族的見地で区別された人々のグループにだけ及ぼされるということから。」

ついで、回復法に基づく申告手続をしなかった点についても、同法は被害者の返還を可能ならしめるためであって、それを妨げるためではない、とした。

この結論は妥当であろう。ワイマール憲法のほかに、

所有権保障と平等命題が超法規的等級の法秩序として援用され理由づけとされているが、これも、文字通りに解すると不都合な結果となる。後にもみるように(6)決定以下)、所有権の絶対的な保障が超法規的な人権かは問題であるし、平等命題が無制限に超法規的秩序なら、わが旧民法時代の家督相続は全部無効だったのか、ということにもなる。要するに、本法の狙らい、結果が、これらに反するのみならずそれが全体として著しく不正のもので、原告の請求を認めなければ不当だとの評価が決め手であろう。自然法と直結させるよりは、より広く法規実証主義の克服という観点から注目すべき判決ではないか。回復法の解釈の当否は私には不明である。ただ、銀行にそのままあるなら返えせばよいではないかとの実質的考慮に支えられていることは、次の判決との比較からも明らかである。

〔6〕 BGHZ 9, 34 ff. (一九五三年二月一日民事第二部判決)

〔事案〕(2)判決と類似の事案。亡命したユダヤ人が戦後保険会社を相手として保険金請求をした事件。保険会社がすでに前記第一一実施令によりライヒに保険金を支払っている点で、原告の請求を認容すると二重払いをさせる結果とな

ることが、「2」事件との実質的な違いである。そこで請求は結果的には否定された。

〔理由〕 実施令につき、「外国の自由諸国家の裁判所は、かの国家社会主義の不正な諸法規をそれがまだドイツで形式的に通用していた時代からすでに、*ordre public* に著しく抵触するがゆえにその承認を拒否していた〔判例（スイス）省略〕。今日のドイツの判決は、これと異なる見地をとることはできない。」右法規は、平等命題に反し「著しい不正」(krasses Unrecht)であったから、当初から無効であった(S. 44)。

しかし、と本判決はいう。二重払いをさせると、国の不正行為の結果を保険会社に転嫁することになり、「古い不正の代わりに新たな不正が行なわれることになる」。原告は、現行補償法に基づき国に対して請求すべきである、と。

(2) 戦後の過渡期の処理としては、家族法関係と財産法関係から一つづつ取り上げよう。

#### (イ) 男女平等の原則

〔4〕 BGHZ 11, Anh. 34 ff. (一九五三年二月六日民事第一部が連邦憲法裁判所へ提出した鑑定書)

〔事案〕 基本法三条二項は、男女平等を規定する。しかし、同一一七条一項は、これに反する法も一九五三年三月三十一日までは効力を有し、その後は失効する、と規定する(男女同権法が制定されたのは一九五七年六月一八日であるから、その間は法規の欠缺があることになる)。事案は次のと

おり。右の法規の空白期間中に、離婚裁判を提起した妻が、あわせて夫に訴訟費用の仮予納を命じることを申請した。問題となるのは、夫が家長として妻の財産についても管理収益権をもつことを前提して、夫に妻の訴訟費用の支弁義務を負わせる(旧)民法一三八七条一号である。フランクフルト上級地裁は、まず、同法は基本法三条二項の男女平等の原則に反し無効であり、したがって夫に予納義務なしと考えた。しかし他方、その限りで前掲基本法一七条一項そのものが少なくとも期限をつけている後段については無効ではないかと迷った。期限を切った後は法規の欠缺を生じさせ裁判官に適当に埋めさせるのでは、法的安定性と三権分立の原則という、二つの高次の基本命題に抵触するおそれがあるからである。だとすれば逆に、(旧)民法一三八七条一項を適用すべきか。そこで、基本法一七条一項の合憲性につき連邦憲法裁判所の判断を求めた。連邦憲法裁判所は、さらに連邦裁判所に鑑定を依頼した。

〔鑑定〕 結論的には、基本法一七条一項後段は、権力分立および法治国家的法的安定性の上位基本命題を侵害するとはまだ云いえないとしたが(S. 80)、その理由づけについては統一見解に達せず、二つの意見を並列した。その一つは、

「基本法三条一項に表明されている一般的平等命題は、すべての法秩序の定型的な基本法則である。すなわち、それは大部分は法理念そのものである。……それは、きわめて高度に超法規的等級をもち、したがって、通常の立法者も憲法立

法者もそれに何か或る例外を認めることはできない。それは、人間の法制定にとつて破りえざるものである。このことは基本法自らも、基本権の部分に基本法三条一項の制限を全く許していないことよつて、認めている。しかしながら、この平等命題は、その具体的法適用においては部分的にのみ厳密に (streng) 洞察される。他の部分はただ接近的に (hin-genähert) 洞察されるだけである。また疑いもなく、その適用にあつては、多くの場合に裁量の余地もあるのである」(S. 64)。

この意見は、「法理念」とか「超法規的等級」という自然法論者の愛用する言葉を用いて、不可侵のものとして大上段に振りかぶつてはみたものの、それで割り切るわけにもいかず——たとえば一九五三年三月三十一日までの旧民法による夫婦の財産関係——、(立法にあつては) 裁量の余地があるとして腰くだけになつてゐる。しかし、連邦憲法裁判所は、理由づけについてこの鑑定意見の思想を採用しなかつた。

[5] BVerfGE 3, 225 ff. (一九五三年一月十八日第一部判決)

「基本法は統一体としてのみ理解されうる。そのことから次のことが生じる。すなわち、憲法自体の平面では、お互いに基準となつて測られうるという意味での等級の上位規範と

下位規範というの原則として考えられえない(同旨、BVerfGE 1, 274 [276]——後注(27)判決)。他方、「当初の憲法立法者はその意思により何でも規定しうる、ということに表明されるような基本命題が例外なく通用すれば、法律学と実務で克服されてかなり久しい価値から自由な法規実証主義の精神的態度への復帰を意味することになる」。「当初の憲法立法者も、正義の極端な限界を逸脱する危険から思考必然的に無縁であるとはいえない」。こうしてラートブルフの有名な文句をそのまま引用する、「正義と法的安定性の対立は、制度 (Satzung) と権力 (Macht) によつて確保されている実定法を、それが内容的に不正で非合目的々でも優先せるといふふうには解決されることが許されよう、ただし、実定法規の正義への矛盾が非常に耐え難い程度に達しているときは、法規は『不正な法』として正義に譲歩しなければならぬ」(S. 231 ff.)。しかし基本法一七条一項後段は、右の程度に達していない。

この調子は、「4」鑑定書とはかなり異なる。前者の論理は、平等命題を超法規的不可侵の自然法的秩序としながら裁量の余地が屢々あると、明白に矛盾を生じる。後者は、ラートブルフの定理が妥当か否かは別として、実定憲法の中で統一的に把握される実質的な平等命題と法的安定性との調和、という視点で矛盾なき結論を引き出してゐる。<sup>(26)</sup>そして連邦裁判所も、一九五三年七月一四

日第五民事部判決 (BGHZ 10, 266 ff.) では、基本法一七条所定の期間の経過により、夫が妻の財産を管理するとの民法の規定は効力を失ったとして、とくに自然法や超法規的法に遡ることなく、基本法秩序から夫婦別産制を導き出している。

(四) 公用徴収

次の判決は、連邦裁判所のものであるが、前記「4」鑑定と違って、一つの命題だけを絶対視し独走させることなく、歴史的社会的制約性や諸利益の調和を配慮している。

〔9〕 BGHZ 6, 270 ff. (一九五二年六月一〇日民事大法院決定)

〔事案〕 諸種の事例が鑑定事項とされ、結論も違ってくるが、管理委員会法第一八号(住居法)に基づき所轄官庁が賃借人への住宅割当をすることが、家屋所有者にとって公用徴収となるか、かりにこれが肯定されても、現行基本法(一四三条三項)成立前に割当てられている場合に補償が必要かが問題となる。そこで次のように述べる。

〔鑑定〕 「所有権の保障と所有権保護とは、それがヨーロッパ文化圏で歴史的に本質的に同じように発展してきた今日なお本質的に同じように通用しているように、次のような緊張状態に基礎づけられている。すなわち、国家に組み入れ

られた個々人は、人間としてふさわしく、すなわち自由にかつ自己責任で生きうるために、そして圧倒的な国家権力のたんなる目的物とならないために、したがって彼の自由と尊厳のために、所有権の法的に厳格に確保された領域を必要とする。他方、国家は、公共という上位の公的目的が明白に必要とするときは、その市民の財産的価値ある権利へも干渉しなくてはならない。所有権ならびに一般的に財産的価値ある権利は、これに加えるにその内容において硬直ではなく、一定の限度で歴史的に変わりうる。とりわけそれが甘受しなればならない社会的制約の度合いに関連して変わりうる」(S. 276 ff.)。「公用徴収で問題となっているのは、よしそれが取上げという形をとるにせよ負担という形をとるにせよ、所有権への、法規上許容されている強制的な方法での国家の侵害である。それは、当該個人またはグループに、他と比較してとくにふりかかってくるのであり、彼らに、公共のために他の者には強要されない特別の犠牲を強制するのである。…平等命題に対する牴触が公用徴収を特徴づける。まさにそれを再び調整するために、公用徴収はこの調整を保証する被収用者への補償を必要とするのである」(S. 279 ff.)。

ここでは、カント、ラートブルフ、ヴェルツェルなどにみられる人間観、所有権の歴史的社会的制約、さらには平等命題との関連など、他の古典的絶対的自然法思想をとる判決とはかなり調子を異にする。そしてここで述べられている「緊張状態」理論こそは、自然法を前面に

押し出すことを控える連邦憲法裁判所によってその後明確に定式化され、有名になったものである。

〔7〕 BVerfGE 4, 7ff. (一九五四年七月二〇日第一判判決)。

〔事案〕 人格の自由な伸張(基本法二条一項)との関連で、各企業に投資義務を課した「投資援助法」の有効性が問題となる。すでに紹介があるので略する(五十嵐「ボン基本法と契約の自由」『北大法学会論集』一〇巻合併号四八注6、五六参照)。

〔理由〕 「基本法の人間像は、孤立した絶対的な個人のそれではない。基本法はむしろ、個人―団体間の緊張を、人間がその固有の価値を損なうことなくして団体に関係づけられ団体に制約される、というふうに決したのである。個々人は、その行為の自由につき、所与の事態において一般に期待されうる限度内で立法者が社会共同生活の保護・促進のために設けた制限を、甘受しなければならぬのである。その際、人間としての独自性は保証されているということが前提ではあるが」(S. 15f.)。

先の公用徴収にかえれば、「6」決定は、絶対的妥当性あるものとしての所有権と補償の必要性をではなく、現在のヨーロッパの歴史的社会的関連での解決をしたことに注目すべきであろう。たとえば不健全な社会構造をもつ後進国地域においては、補償なき公用徴収により社

会の全体的な健全化を図ることが妥当視されうることもありえよう。<sup>28)</sup> 連邦憲法裁判所は、傍論ではあるがえてこう。

〔8〕 BVerfGE 2, 237ff. (一九五三年四月二四日第一判決定)。

「ここで問題の時代〔基本法成立前〕に補償なき公用徴収はすべて超法規的法により許されざるものであったということも、承認できない。公共の福祉に役立つ公用徴収を補償なくして命じ或いは許容することを立法者に禁ずる超法規的規範は、確定されえない。かかる超法規的規範の存在を認める者は、ライヒ憲法一五三条は、それがライヒの法規上の根拠に基づく補償なき公用徴収を許容していたかぎりでは無効であった、という結果に必然的に到達せざるをえない。しかし、かかる帰結は、なんびとによってもまだ引き出されてはゐない」(S. 235f.)。

以上にあげたかぎりでは、思考方法の差異はともかく、自然法思想は、ナチス時代の旧悪の清算、人権の保障という現代の支配的価値観と一致する方向において機能しているがゆえに、結論的にはそれほど問題性を実際上感じさせない。むしろ積極的な意義さえ認められる。しかし、自然法の無内容性、抽象性、および認識可能性(ないし困難性)は、理論的には逆の方向に機能し、

あるいは弊害を生じる可能性をも包蔵する筈である。次節でまとめて提示しよう。

- (24) 論文名も挙げる。G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 [107].
- (25) 好美・前注(1)四一四にも、別の観点から引用した。
- (25) 本判決は、G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, S. 347 ff. を引用する。前注(24)の SJZ 1946, 105 [107] の転載である。
- (26) 矢崎『法実証主義』(前注5)は、正義と法的安定との対立を、刑事法である管理委員会法一〇条によって詳細に検討している。
- (27) 前述(1)の「男女平等」の事例と同じく連邦裁判所と連邦憲法裁判所の対照的な姿勢を示すのは、ナチス追放として公職からいったん追われ、のちに正規の審査手続で追放に該当しないと確定された者が、その間の給料を請求するかの事例であろう。基本法一三一条三文は、ラントの特別の法律がないかぎり、連邦の法律が施行されるまでは請求権を行使しえないと規定しており、同条ないしその附属法の有効性が争われる。BGHZ 11 Anh. 3 ff. u. 81 ff. の二つの鑑定は、財産権保障の、基本法より高次の「超法規的等級」から給料請求権ありとするが、BVerfGE 3, 58 [118] u. 288 [321 ff.] 及び BGHZ 1, 274 ff. [276 f.] は、これに反対して給料請求権なしとする。

(28) Evers, JZ 1961, 246.

### 三 法規の解釈・事実評価 通常の法解釈ないし事実の評価で自然法思想が引き合いに出されるのは、民法

では、とくに良俗違反などの白紙条項、家族関係、あるいは基本的人権保障の新たな価値観に支えられた法創造などで考えられうる<sup>(28)</sup>。しかし、とりわけ目立つのは、個人の家族および社会生活における道徳と密接に関係する刑法の領域においてである。適切な素材を選びやすいという意味で、刑法の若干の判決を挙げよう。結論ではなく、その考え方の客観的検討という意味では、刑法学者ではない私にも許されよう。

刑法において条文上必ずしも一義的でない場合の処罰の妥当根拠は、健全な国民感情なのか、それを越えた高度の自然法的道徳律かが争われる。連邦裁判所は、後者によるべしとする。

#### (1) 性的風紀 次の判決は、内容からも、刑事大法

廷判決であることから、その代表的なものである。

〔6〕 BGHSt. 6, 46 ff. (一九五四年二月一七日刑事大法廷判決)

〔事実〕 被告人は未亡人。その長女が他の妻ある男と親し

くなったが、被告人は、その住居で娘が関係を持つことを許さなかった。のちに男が離婚し、娘と婚約関係になってはじめて、被告人は、その住居で娘と男とが同室に泊ることを許した。問題は、婚約者同志の関係でも、それを助けた被告人は刑法一八〇条の姦淫媒介罪になるか、である。古くから判例・学説の争いのあるところであるが(S. 49 f.)、本判決は、原則として性的風紀に反する行為であり、親が干渉することが不能もしくは期待されえない特別の事情があるときのみ処罰されない、とする。そしていう。

〔理由〕風紀に反するかどうかの判断基準は、いわゆる「健全な国民感情」などに拠るべきではない。何が「健全」かをいかに判断するか(S. 51)。「裁判官の判決は『原則として』いかなる倫理的評価にも基礎づけられてはならない」という主張は、嘆かわしい誤りである。法の内面的拘束性は、まさにかの道徳命令との一致に基づくからである。本件でも、立法者は裁判官に倫理の領域に属する規範を指示しないかどうかは、決定的な問題である」(S. 52)。「たんなる習俗(Sitte)」「きまり(Konvention)の命令は、それを自由意思で認め従う人々の承認からだけ、その(弱い)拘束性を導き出す。それがもはや承認されず従われなくなるときには、それはもはや通用しない。何を習俗は要求するかについての観念が変わると、その内容も変わるのだから。これに反して、道徳律(Sittengesetz)の規範は、それ自身から外へと妥当していく。その(強い)拘束性は、価値の、そして人間の共同生活を統治する当為命題(Sollenatz)の、先験的かつ受忍す

べき秩序に基づくのである。それは、その遵守の要求が向けられる人々が、それを現実に遵守し承認するか否かとはかわりなく妥当するのである。その内容は、何が妥当するかということについての観念が変わるからといって、変わりうるものではない」(S. 52)。

さらに続けて、婚約者同志の援助も姦淫媒介罪になることの理由づけとして、大胆にも次のようにいう。「倫理的秩序は、両性の交渉は原則として単婚(Ehe)で行なわれることを欲する。けだし、この交渉の意義と帰結は子供だからである。そのために、そして性の相手方の人間としての尊厳と責任のために、人間には単婚が生活形態として措定されているのである。……道徳律は、人間に単婚と家族を拘束的な生活形態として措定しているので、そしてそれ(道徳律)は、この秩序を諸民族、諸国家の生命の基礎ともしているので、……「これに反することは、性的風紀の根元的命令を犯すことになる。この命令は、……婚約者同志にも妥当する」。彼らは、「終生の責任ある結合を目指しており、それゆえとりわけ相互尊敬の義務を負うが、しかしまた、結婚の規律(Gesetz)を尊重する義務をも負うのである」(S. 53 f.)。

この判決の背後には、自然法秩序の直接的拘束力は神のおきてに基づくとの観念が存するとして、これを称讃するものもある<sup>(30)</sup>。しかし、反対も大きい。回教国をみればわかるように、単婚制度を超法規的自然法と解するのは一つのドグマにすぎないということ、そして、一つの

道徳律をどこまで法の世界に持ち込むことが妥当視されるか、という点である。前者については自然法信奉者は、これは自然法と歴史との一般問題であり、それらの法圏では自然法が完全に実現されていず、そのために実定法の無効が生じないだけである、と答える。<sup>(31)</sup>ともあれ、なんびとをも害するわけでもない本件のような問題で、母が処罰されるのには抵抗を感じる。その後まもなく出た次の大法廷決定も、同じく一つの絶対的道徳律を強調するものとして、よく論議の対象となる。

〔9〕 BGHSt 6, 147ff. (一九五四年三月一〇日刑事大法廷決定)

〔事案〕 被告人は、妻が長期にわたって他の男性と交渉をもっていたので、妻と不仲の關係にあり寢室も別にしていた。ある朝九時すぎに、被告人は、妻がガス中毒で別室のそのベットで重態に陥っているのを発見したが、医者連れてくることもしなかった。午後三時頃、同じ家屋の他の女性が医者を呼び、その後入院し、快復した。被告人は原審で有罪とされた。妻がガス自殺を企てたのかどうかは、いずれとも確定されていない。とりわけ問題となるのは、自殺の企ても、刑法三三〇条Cですべての人に救助義務を負わせている「事故」(Unfall)に該当するかどうかである。

〔理由〕 「緊急な場合の相互援助は、古来から存する倫理

的命令に一致することは争われぬ。困窮した隣人に対する援助は、とりわけ常にキリストの教えの一つの重要な誠である」(S. 151)。「自殺の企てによって自殺者にとって真に危険な状態が生じたときには、良心により、法により、ここにはその状態の続くことの許されない、そしてそれを救助するのを誰もが義務づけられる一つの重大な緊急状態が存するということからすでに、そこにやって来た者は誰でも救助しなければならないのである。……道徳律はすべての自殺を——極端な例外的場合を多分度外視すれば——厳しく非難するから——というのは何人も自主的に自分自身の生命を勝手に処分し自らに死を招くことは許されないものであるから——法は、第三者の救助義務が自殺者の道徳的に非難される自殺への意思の背後に退かねばならないということ承認することはできないのである」(S. 153)。

「汝、人を殺すなかれ」は、「汝、自らを殺すなかれ」をも含むとして、本判決を支持するものもある<sup>(32)</sup>。しかし、人により、事情により、自殺の評価はいろいろである。連法憲法裁判所長官すらも、かかる推論と道徳律の存在に反対する<sup>(33)</sup>。ヴィーアッカーは、これは現世的正義の実現というよりは、一つの宗教的要請にすぎないと指摘する<sup>(34)</sup>。倫理的判断の当否はいずれにせよ、自殺ないし自殺の企てが非難されるべきだとその命題は現行刑法秩



序によっては当然には基礎づけられないのに、これを法的判断の理由づけに持ち込んだことが問題である。しかも、本件では、かりにその結論を是認するとしても、自殺の道徳的非難性を確定しなくても被告人を有罪とすることは可能だった筈だ、と指摘される<sup>(35)</sup>。

右のような連邦裁判所の戒律きびしい一般的姿勢は、次の事例で明らかのように、健全な国民観念による連邦行政裁判所とは逆の結論を導いた。

[11] BGHSt 13, 16 ff. (一九五九年三月一七日刑事第一部判決)

〔事案〕 被告人は、ゴム衛生具をつめた自動販売機を、自己の理髪店の前の路上に備えつけた。右の行為は、刑法一八四条一項三a号(習俗または風紀を害して性病予防目的物等を公然発表したり、公衆の近づきうる場所に陳列する罪)に該当するか。地裁では無罪。それは、従来多くの刑事および行政判例に従って、場所(特定の道路、教会、学校、停留所の近くなど)、宣伝方法の不相当性など、特別の事情のある場合にのみ右の構成要件に該当する、と解する。ところが、本判決は有罪。

〔理由〕 公道または公けの場所で自動販売機で買えるようにすれば、それだけで当然に右法条の習俗、風紀侵害になる(S. 11)。理由づけは、独自の価値観から、「これを自動販売機で誰でも気づきうるように公然と設置することは、必然的

に感情を害するに違いない、(miss)」(S. 19)』というのである。

しかし、その後まもなく連邦行政裁判所は、右の連邦裁判所の判決を名指しで非難して、これと対決する。その思考過程・判断態度は、全く対照的である。

[12] BVerGE 10, 164 (一九六〇年十二月三日第一一部判決)

〔事案〕 警察が、路上の自動販売機で売ることを禁じたので、原告が抗告・訴・控訴したが、すべて棄却。しかし、本判決は訴を認容。まず、警察行政法の一般条項(公共の安寧秩序の侵害)による取締りも、考慮すべき対立する諸種の利益・価値、錯綜した諸世界観の中では不可とされたが、刑法一八四条一項三a号については次のようにいう。

〔理由〕 まず前掲[11]判決を引用して、この判決には、理由づけにおいても法律学的にも医学的にも反対が多く、従わないと明言して、「習俗および風紀の命令は、一つの法圏および文化圏における分別あり公平に正しく考える人々の、伝統と教育によって形成されそして独自の発展させられた観念により決められる、というのが正しい。……かかる問題について異なる諸観念が存するときには、……裁判官もまた、彼の個人的観念だけを基準たらしめることは許されない。彼はむしろ、その圏内のすべての分別あり公平かつ正しく考える人々に現われる諸観念のうちのいずれかが、それを彼が国民の名においてする判決の基礎とすることが許され」と

いう意味において優勢なのかを、考量しなければならないのである」(S. 167f.)。

諸種の現実の利益・価値を無視して、超歴史的超社会的な一つの抽象的先験的命題によって割り切ってしまうのではなく、一つの法圏および文化圏内の問題として、しかも国民の名においてなされるという裁判の使命に鑑みて、健全な国民感情によるべしとした本判決は、すでにみた「9」以下の連邦裁判所のそれとは好対照をなしている。「13」男性間の同性愛を処罰する刑法一七五条以下の規定の憲法違反の有無についての連邦憲法裁判所の判決 (BVerfGE 6, 389ff.) も、全くこれと同じである。そこでは、多数の鑑定書を引用して、同性愛の男女間における肉体的・精神的・社会的差異、その統計的件数の差異のもたらす社会現象としての社会的危険の質的差異などが、社会学的に考察・確定される。そして、可罰を妥当視せしめる「道德律」も、裁判官個人ではなくて、社会共同体のそれによるべきものとされ、「社会の制裁は、そのときに一般的に法感情を害さないであろう。いな屢々それ(法感情)によって要請さえされるであろう」<sup>(36)</sup>とされる。

(2) その他の問題 (i) 先にみた法規・命令の有効性の問題については、自然法思想は、戦後の新たな民衆一般の価値観と一致するその根元的なものが自然法だとされて、ナチス時代の旧悪の清算に積極的な役割を果たした。ここでは、戦後の法律によって遡及効的に処罰することさえ、対象がナチス時代の人道に反する虐殺行為などであったがゆえに感情的にはある程度肯定されえた。<sup>(39)</sup>しかしひとたび超越的な自然法なるものが、通常の、必ずしも可罰性の明らかでない刑事事件に導入されると、その風俗とはかけ離れた戒律のきびしさからもっぱら可罰肯定の方向へと機能するため、今度は逆に、「法なければ罪なし」 nullum crimen sine lege という人権保障のための刑事法の大原則の侵犯さえ気になってくる。それは、歴史的に抵抗権や悪法批判の根拠とされた自然法の人権保障の機能とは、全く逆の作用なのである。道德律の刑事法との結合はある意味では当然であるが、問題は、道德律の性格にあり、さらに国家権力による裁判だという点が問題とされなければならぬ。次の判例は、この点についての今一つの示唆を与える。

[14] BGHSt. 4, 24ff. (一九五三年一月二九日刑事第五部

判決)

〔事案〕 被告人は——鋭く研がれた——(練習用の) 剣で、規定決闘をした。刑法二〇一条以下の「死の武器」による決闘ではないとされたが、二二三条aの「危険な道具」による傷害になるとされた。しかし、相手方も決闘に同意している。そこで、二二六条aで違法性を阻却しない「同意にもかかわらず良俗に反するとき」というこの不確定概念が問題になる。無罪。

〔理由〕 「道徳律 (Sittengesetz) へのかかる指示は、国家法的見地からは疑いなきをえない。……この種の不確定条項が法治国家で甘受できるためには、被告人の利益のために狭く解されなければならない。したがって良俗違反とみなされるのは、この刑法の意味では、すべての公平にかつ正しく考える人の風紀感情により、疑いもなく処罰に値いする、不正だけである。」これらの人々がただ良俗違反だと感じるだけでは、不十分である (§ 50ff.)。

(ロ) 自然法の「空虚性」からくる結論の「恣意性」<sup>(38)</sup>を裏づけるものもある。たとえば、〔15〕BGHZ 5, 76ff. は、一九三六年の「四年計画実施に関する總統命令」に基づき鉱山を統合のためにとりあげられた原告が、現在の登記名義人を相手とって所有権確認と登記請求をした事件である。判決は、これを否定して、ナチスが事実上政權掌握に成功し、国家権力として発布した法律に基づく統

合であった以上、その法律は有効であったとした。そして、「このことは自然法的観念にも即応する」 (§ 96) という。ヴァインカウフやヴィアッカーは、これに反対して、それは自然法に即応しない、と批判する。<sup>(39)</sup>さらに、先に引用した〔16〕連邦裁判所の鑑定 (〔4〕) は、聖書をも引用しながら、「神によって作られた」夫婦の「存在適合的創造適合的な」、「社会的態様の法形態が奪いとろうとすることが背理である」「家族秩序」として、夫は家族の長 (Herr) として外部に対して家を代表し、妻は内において「家族の内面的秩序とその内面的な築き上げに専心」すべきものだとする (§ 65)。ここでは自然法思想は、ヴィアッカーも批判するように、社会の変遷に伴なう家族形態の推移に即応しえないのみならず、現行憲法秩序にも一致しない家父長的観念にさえ連なる機能を営まされているのである。<sup>(40)</sup>

(29) とはいっても、たとえば「一般的人格権」概念の確立にとって重要な意味をもった諸判決を検討してみても、基本法一条(人権の尊厳)、二条(自由な人格の伸張)の現行憲法秩序、それにせいぜい道徳律 (Sittengesetz) なる用語が援用されるだけで、それを越えて直接自然法に遡及してはいない。たとえば、BGHZ 13, 334 [338]; 24, 200

〔208〕: 26, 349〔354〕(五十嵐「松田論文『戒能』伊藤編・フライヴァー研究」にも引用されている)。

- (30) Weinkauff, NJW 1960, 1691.
- (31) Weinkauff, Bericht 45.
- (32) Weinkauff, Bericht 61.
- (33) Werner, Bericht 61.
- (34) Weacker, Bericht 118.
- (35) Weacker, JZ 1961, 343 f.
- (36) イギリスにおける同性愛の問題についての議論につき、矢崎『法実証主義』一三八以下参照。
- (37) 前注(17)参照。
- (38) 碧海「経験主義」『現代法講座』(13)五四の表現。
- (39) Weinkauff, NJW 1960, 1691; Weacker, JZ 1961, 343.
- (40) Weacker, JZ 1961, 344.

### 三 若干の検討<sup>(41)</sup>

以上にみた諸判決は、枚挙にいとまのない無数の判決のうちほんの一部分にすぎない。しかしそれにして、戦後のドイツの裁判所で自然法思想が、実際、いかなる機能を営んだかは、ほぼ推測しうるであろうし、その限りでの検討も可能であろう。しかし注意すべきことは、自然法論の諸潮流・諸機能はこれにつきず、むしろ、

連邦裁判所をとる立場はその最右翼に属するものにすぎない、ということである。

#### 一 判例の検討 (1) 自然法思想が、第二次大戦後の

西ドイツにおいてナチス時代に対する瀆罪および人権の保護に大きな役割を果たしたことは、認めなければならぬ。ただし、その処理につき自然法をもちだすことが不可欠であったかは、私にはわからない。ただ、連邦憲法裁判所長官ヴェルナーは、公法関係の事件については憲法解釈の次元で解決されたと主張し、ヴァインカウフもこれを暗に認めていることを指摘するにとどめよう。<sup>(42)</sup> いずれにせよ、しかし、経験的にみて、連邦裁判所の判例のとした先験的絶対的な自然法は、その具体的適用において一義的に右の方向での明確な指標を与えうるものではなかったし(たとえば〔15〕〔16〕)、「法なければ罪なし」の人権保障の原則を侵す恐れのある作用さえも果たした(〔9〕〔10〕〔11〕)。

(2) その理由の第一は、かかる先験的超実定的法の存在および認識可能性の問題である。経験法学の立場からは、その存在は「空虚な公式」として否定される。<sup>(43)</sup> 少なくとも、論理による合理的証明の不可能なことは明らか

である。連邦裁判所の判決を指導した初代長官ヴァインカウフも、このことは承認し、経験豊かな判断者の理性と良心の誠実な努力によって直覚的な確実さで把握されるものだ、という。<sup>(45)</sup>とすれば、新トマス主義にみられるように、これは経験科学を超えてなんびとも干渉することの許されない信念、信仰に基礎づけられるにすぎない生活信条の問題であり、そしてそれにもかかわらず——いな、それなればこそ——、経験科学だけでは把握しえない価値論との対決などで、法学にとっても有用たりうるかが、われわれの問題となろう。そして、かりにかる自然法の存在を肯定する立場にたつとしても、この点でいくつかの問題を生じる。一つは、それが裁判官の個人的な良心の自由にとどまらず、裁判規範として判決に登場してくることである。これは、かかる共通の文化圏、たとえばキリスト教とりわけカトリック教徒圏のようにそれと同じ統一の信仰、統一の世界像を持つ者に対してのみ妥当視されうるし、説得力をもちうる。信じない自由をも含めて信仰の自由・良心の自由を憲法秩序として承認している現在の多元国家においては、現行法秩序の外にある一つの世界像を国家権力の一作用である判

決によって他に押しつけることは妥当視されえないであろう。その意味で、世界観的には開放された法秩序こそ、われわれの法秩序であり、<sup>(46)</sup>聖書を引用して夫婦のあるべき姿として家父長的形態を説いたり<sup>(15)</sup>、同じく宗教的見地から自殺の企てを反道徳的だと評価・非難したりすること<sup>(10)</sup>は、現代の裁判所の使命からは逸脱しているといえよう。同様のことは、限界的事例における法解釈や事実評価の妥当根拠を健全な国民観念による承認に求めるか、先験的超越的な特定の道徳律に求めるかの問題についてもいえる<sup>(9)</sup><sup>(11)</sup>と<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup><sup>(14)</sup>を対比)。連邦裁判所の自然法的発想による道徳的完全主義は、いわゆる自然法なるものの輝かしい歴史的伝統とは逆に、人間を刑罰の脅威に陥し入れる役割をさえ果たしているのである。二つには、その認識困難性との関係である。そこで、かかる絶対的自然法は単純な若干の命題としてのみ存在するとも説かれるが、いづれにせよ、細部にわたる具体的規範として把握されない以上、これをもって裁判における判断の基準とはなしえない筈である。<sup>(47)</sup>判決で先験的超実定的法秩序などといわれているものは、たんなる事後的な説得作用をもたされている

にすぎないのがほとんどであろう(さらに後述)。

(3) 第二には、判決行為を、先験的超実定的命題なるものへの包摂行為とする態度である。その結果、事實上、自己の独自の価値判断に基づき直線的に一方的な結論を出し、諸種の対立さえする諸利益の社会学的な考察・考量が軽視される傾向がみられる(4)と(5)、(11)と(12)(13)を対比せよ)。法解釈の一般論に還元されるが、理論的には問題はいちおう二つに分けられる。一つは、特定の命題を立てることによってそれだけで割り切ることが許されるか、ということである。判例は、人格の不可侵、人間の平等、所有権保護などの命題を立てる。たとえば、とりわけカントによって絶対至上のもの<sup>(48)</sup>とされ、多くの哲学者、思想家によって承継されている人格の尊厳という命題は、憲法秩序にも定着し、ナチスの旧悪の清算や一般的人格権概念の確立など、大きな寄与を果してきた。しかし、あえて問おう。これは、現代の政治思潮を越えた超実定的な最高の自然法命題であろうか。ラートブルフは法の三つの目的を説く。個人、国家、文化である。<sup>(49)</sup>人間が社会に組み込まれた存在である以上、憲法秩序にもなっている「個人―団体間の緊張」

関係(7)、なお(6)を無視することは許されまい。

兇悪犯人は社会の保護のために生命を断たれるし、正当防衛としての殺人もある。国民が国家防衛のために戦列に投入されることも、場合によっては妥当視される<sup>(50)</sup>。云いたいことは、一つの価値観だけで、先験的ないし絶対的なものとして他の諸事情を無視した直線的解決をすることは許されまい、ということである。二つには、法的結論が特定の上位命題から当然に演繹されるとする前提である。法解釈がたんなる認識作用ではなく、複数の評価の可能性からの選択であることは、わが国ではもはや常識であろう。<sup>(51)</sup>現代の倫理学における人間の倫理的行動の研究によっても、倫理的に重要な行動は、規範の実現ではなくして、特定の状況における善と悪についての人間の決定であるといわれる。<sup>(52)</sup>自然法の援用されるような事案は、裁判官にすぐれて倫理的な決断を要求するものであり、彼は複数の可能な評価の中から自己責任による決定をしているわけである。限界的事例で、同じく自然法という名を冠しながら矛盾した諸判決のありうることは、当然なわけである。

二 歴史的な自然法 以上検討してきたことは、しか

しながら、現在有力となりつつある現実の歴史的社会的状況における自然法<sup>(53)</sup>という把え方に対する批判としては、全面的には妥当しない。しかし、これらを詳細に検討することは、もはや本稿の意図をこえる。ここでは、共通して次のことを指摘すれば足りよう。これらの立場は、人間を超越的世界と現世との「二つの世界の間のさすらい人」<sup>(54)</sup>と観じる点は別として、人間の規範としての自然法は所与の一定の歴史的社会的状況と結合されてそのなかにのみ——その限りで絶対的なものとしてではあるが——見出されるとするから、それは、先験的な普遍妥当性を主張した古典的自然法とは実質的には袂別している。しかし《歴史的自然法》<sup>(55)</sup>といい、《事物の性質》といい、はたまた《事物の論理的構造》<sup>(56)</sup>といっても、それだけでは事案解決のための具体的内容はなく、それは、結局は、確認されうるとの確信のもとに不安におのきながら、所与の状況の中での絶えざる認識活動と決定行為を通じて満たされていかなければならない具体的正義<sup>(57)</sup>であり、*das zeitgerechte Recht* にすぎないのである。これをしも自然的といえるのか。それは、もはや論証の問題ではなく、帰依の問題であろう。

異教徒であるわれわれとしては、キリスト教文化圏にはぐくまれた彼らの絶対的なもの、自然法への根強い憧憬をあらためて感じるとともに、ただ、彼らの論述にみられるうまず正義を探求する情熱を、われわれの法解釈にあたっての正義、具体的妥当性を求める努力への他山の石とするほかはあるまい。しからは、法規実証主義にも埋没せず、さればといってこれに代わる自然法なる上位命題にも依拠しえず、いわば突き放された形で裁判官は、そして法解釈学は、具体的にいかなる方途をとるべきか、そしてそれはいかに正当化されるか。本稿の意図は、まさにこの問題に入るための一つの地固めの作業であった。より多くの準備と広い構想の下に、他日を期するほかはない。

(41) 以下については、とりわけ *Euvers*, JZ 1961, 241 ff.; *Wiederer*, JZ 1961, 337 ff.; *derselbe*, *Diskussion* の 示さない示唆に負うところが大きい。

(42) たとえば、*Erich Wolf*, *Das Problem der Naturrechtslehre* を参照。

(43) *Bericht* 60 f. 同前 *Wiederer*, JZ 1961, 338. ちなみに、刑法についても、少なくとも基本法秩序の下では自然法は人権保障に有害不要で、法実証主義に帰れと説くのは

- 44) *E. Schmidt, Gesetz und Richter, 1952* 248.  
 44) 碧海『現代法講座』(2) 五四。  
 45) *Weinkauff, NJW 1960, 1690.*  
 46) *Evers, JZ 1961, 243; Wetzker, JZ 1961, 339.* なき  
 法と道徳についての民法学者のものとして、川島『法社会  
 学における法の存在構造』九九以下の近代社会における原  
 理論的分析、および同『近代社会と法』二五以下。  
 47) *Mikat, Diskussion S. 35.*  
 48) *Vgl. Welzel, (前注5) 171.*  
 49) *Rathbruch, Rechtsphilosophie, §7 (田中註・ノート  
 ナン著作集一―七三―)。*  
 50) 以上同じき Evers, JZ 1961, 244.  
 51) 来栖、川島函教授に負うところが大。  
 52) とらあき、vgl. *Wetzker, Diskussion 21.*  
 53) たことせ、A. Kaufmann, a. a. O., bes. S. 31; *Erk*  
*Wolf, a. a. O., S. 157; Coing, „Um die Erneuerung des*

- Naturrechts“ (Maihofner, Naturrecht oder Gesetzes-  
 positivismus) 108 ff.; *derselbe, Naturrecht als wissen-  
 schaftliches Problem, 1965; Welzel, „Naturrecht und  
 Rechtspositivismus“ (Maihofner, a. a. O.) S. 322 ff. (平  
 沢訳・広島大政経論叢一六・三・七三以下) など多数。  
 なお、前注(3)の矢崎、尾高および野田論文など参照。  
 ちなみに、ローマ・カトリック神学からも、今日ではこの  
 立場が主張せられるところ、*E. Wolf, a. a. O., S. 157*  
*Ann. 619.*  
 54) *A. Kaufmann, a. a. O., S. 30.*  
 55) *A. Kaufmann, a. a. O., S. 30 f.; Erk Wolf, a. a.*  
*O., S. 157; Wetzker, Diskussion, 23 f.* なき、歴史的自  
 然法論につき、わが国での支持者の側からの問題性の指摘  
 とし、阿南・(前注5) 一一九以下。  
 (一橋大学助教授)*