

司法過程における立法的契機

早川武夫

- 一 はしがき
- 二 判決法宣言説と判決法創造説（司法立法説）
- 三 折衷説
- 四 一般的司法立法説と限定的司法立法説
- 五 限定的司法立法説に対する批判
- 六 司法立法と三権分立・法的安定・罪刑法定の問題
- 七 司法立法の特徴
- 八 びすび

一 はしがき

近時司法過程または裁判過程 *Judicial Process* なる用語が、わが国でも用いられるようになった。⁽¹⁾ 勿論英米法から由来した言葉である。英米でも余り古い言葉ではないのだが、⁽²⁾ カードウヅウの有名な *The Nature of the Judicial Process*, 1921 が著わされてからでも四十年近くになり、最近の法理学関係の書物を見れば、ほとんどどれにも用例が、その類語 *legal process*, *decisional process* などとともに、⁽³⁾ 散見され、法学者の日常語彙になつていと思われる。またプロセスの方は、行政や立法についても用いられている。⁽⁴⁾ 勿論司法過程の用例は、カードウヅウ以前からあつたようだし、司法過程それ自身の研究は、この用語を用いると否とにかかわらず、もつと古くからあり、近時ますます盛んになつた。現にアメリカのプラグマティズムやネオリアリズムの法学は、専ら司法過程を問題にしているといつてよい。かくて司法過程は、伝統的な文理・論理中心の概念法学 *conceptualism* 的観点より行う法規範的分析ばかりでなく、法史学、比較法学、心理学、あるいは社会学の諸観点よりさらには総合的立場から研究されるようになった。今回は以下に司法過程の内に含まれる法創造・法定立的契機を中心として、これに反省を加えて見たいと思う。まずその研究の進んでいる英米における司法立法 *Judicial legislation*, *Judicial law-making* の議論を紹介・論評し、最後に日本の問題に少し触れることにしよう。

二 判決法宣言説と判決法創造説（司法立法説）

まず判決は、どのような性質をもっているか、ということの再検討から出発しよう。

まず、判決は、法の宣言であり、法の証拠、しかも決定的な証拠であるという説が、古来の定説で、多数説である。これに対し、それは、法を創造するものであり、それ自体が法源、拘束的権威 *binding authorities* であり、法

そのものであるという説があり、これが有力化しつつある。^(四)以下前者を旧説または「判決」法宣言説、後者を新説または「判決」法創造説または司法立法説と呼ぶことにする。

この両説の争いは、すでに一四世紀イギリスの法廷に見られる。ある弁護士が裁判官に向つて、「同じ事件で他の裁判官がされた通りに、あなたがたもして下さることと思う。さもないと、何が法であるかがわれわれに分らない」といふ発言を行つたのに対して、ヒラリー裁判官は、「法とは裁判官の意見である」と答えた。するとストノア首席裁判官が遮つて、「そうではない。法とは、正しきものである」といつた。^(五)しかし、もともとこのストノア説のような法宣言説が、クック、ヘイルらを通じて、ブラックストン^(六)に継承された正統論である。リアリストのフラングが、ブラックストンに拠つて、旧説の立場をやや揶揄的だが、手際よく要約して紹介しているから、左に引用する。^(七)

「法は、完全な規範体系で、超記憶時代より存在し、ある程度立法府が制定法で変更する以外には不変なものである。立法府はかく、明示的に授權されて法を変更できるが、裁判官は、法を創造したり変更したりすべきものではなく、ただ適用すべきものである。既成の法が、判決に先立って存在する。

裁判官は、ただ法の「生ける託宣」で、かれらはただ「物いう法」にすぎない。かれらの職務は純粹に受動的であつて、かれらは『法』を宣言する口にすぎない。かれらが新しい法を創造したり発明したりしないのは、コロンブスがアメリカを創造したり発明しなかつたのと同様である。裁判官の意見は、何が法であるかの証拠であり、しかも最良証拠であるが、それ以上のものではない。前の判決が覆されても、われわれは、前の判決で宣言された規範がかつては法であつたが、今やその後の諸判決によつて変更された、といつてはならない。われわれは、前の判決が誤つた規範を定立したものと見てはならない。それは、コロンブス以前の世界地図が誤つていたごとく、誤れる法律地図であつた。新しい判決を指して新しい法を創るものとするようなことは、ゆめゆめあつてはならない。ただそう見えるだけのものであつて、それはただ一つの法律地図の改訂版に

すぎない。

もし裁判官が実際に新しい規範を発明しようとするならば、かれは権力篡奪の罪を犯すものである。何となれば、法を變更する権能をもっているのは立法府だけだからである。ブラックストンはいう。裁判官は、『新しい法を宣言する権を与えられてはおらず、古い法を守り、これを解釈する権を与えられている』。以前の判決が、『極めて明白に理性に反する』理由で放棄される場合でも、『後の裁判官は新しい法を創ろうとするのではなく、古い法が誤り述べられないように擁護しようとするのである』。前には裁判官の視力に欠陥があつて、法の発見に當つて「誤り」を犯したので、今やその誤りがその後任者によつて修正されているのである。」

ここで「生ける託宣」という言葉が使つてあるが、これはブラックストンがいつた言葉で、かれは、「かれら〔裁判官〕は法の蔵 (repositories of the laws) であり、生ける託宣であり、疑わしい一切の事件を判決し、國の法 (law of the land) に従つて判決すべき宣誓によつて拘束されている」といつている。かれによれば、判例は法ではなく、法の主要かつ權威的な証拠であつて、裁判官は、判例に親しみ、経験と研鑽を積んで、國の法を知り、これに従つて裁判すべきであつて、自分の私的判断を用いてはならないのである。この説は、万事欧州追隨の一九世紀アメリカに入つてその正統論となつた。二〇世紀に至つても依然多数説である。例えば、アメリカの國際私法の大家ビールや指導的在野法曹カーターもその代表的祖述者である。ビールは、「政治的社會あるところには必ずそこで發生する一切の出來事を規律すべき完全な法体系が存在している」といつている。この法宣言説によれば、いろいろの發明や社會的・經濟的變化によつて生ずる新しい問題に対処するために裁判官が新規範を創るのではなく、既成原則から論理的に適當な規範を導き出すのである。「古き田畑より新しい穀物が生れ育たねばならない」(クック) ことになる。

すると、ライト兄弟がキティホークで飛行機をはじめて飛ばしたとき、すでに航空機に関する法が存在し、飛行

家が他人の土地の上空を飛ぶ権利も存在していたことになる。ライト兄弟に対して侵害訴訟が提起されると、裁判官はただそのような法を「発見」さえすればよいということになる。これは法宣言説から必然的に導き出される結論であるが、いささか奇妙である⁽¹⁰⁾。

そこで、このブラックストーン説は、ベンタムに酷評され、ベンタムに倣うオースティンは、「太古から誰にも創られないで存在し、ただ時に応じて裁判官によって宣言される裁判官法 *judiciary law* または普通法 *common law* というのは、裁判官の用いる子供じみた擬制 *childish fiction* にすぎない」と嘲笑している⁽¹¹⁾。ついでに、アメリカのモリス・コウエンは、裁判官を「物いう法」と呼んだブラックストーンのような考え方を「司法機能蓄音器説」*phonographic theory of the judicial function* と皮肉っている⁽¹²⁾。昔からいう自動販売器説 *slot-machine theory* に相当しよう⁽¹³⁾。もつとおとなしくいえば、「司法過程の機械観」*mechanical conception of the judicial process* (ファン・メーレン)⁽¹⁴⁾といえよう。それはともかくとして、オースティンはこの裁判官法について、次のごとくいっている⁽¹⁵⁾。

「司法的に創られる法は、判決の際に創られる。それを創るものの直接または正当な目的は、法規範の適用される特定事件の裁判であって、法規範の定立ではないが、その判決理由が、将来の類似事件の根拠となるかぎり、判決を下したものは実質上または事実上立法することになるのである。しかしその判決を下すに当り、「当面の事件のみならず」、その判決理由が一般法一般規範としてどんな効果を生むだろうか、ということにも考慮を払うならば、……その者は正当に裁判しつつも立法を行っているのである……。」

オースティンとベンタムと異なる点は、後者が、法典主義をとつたのに反し、前者は判例法をむしろ制定法以上に評価したことである。オースティンの流を汲むものに、イギリスではメイン、ダイシー、ポロック、サモンド、ホランドらがある。

ダイシーはいう⁽¹⁵⁾。

「裁判官法は、単なる法の解釈という形式の下で創られ、また、学者や裁判官にそう呼ばれてはいるが、現実の法たるに変わりはない。……そのような裁判官法は、イギリスでは研究者が考えるよりはるかに大量であって、契約法の少くとも一〇分の九、不法行為法のほとんど全部が成文法規集の方には見当らない。……古代法ではなく、現代法でも、部門によってはその全部を築き上げ、発展させ、あるいは創り出したのは、裁判所の行為なのである。」

ポロックは、「聡明な法律家だったら、裁判所の判決が法に加えたり、法を変えたりしない、と称するものは現在では一人もあるまい、^(一六)」といっている。もつとも、フランクは、今日でも大抵の法律家は裁判官法というものがあるといふ現実を否定するといっている。そうするとイギリスでもそういう聡明でない法律家がまだ沢山いることになる。^(一七)

アメリカで、ベンタムやオースティンの判決法創造説・司法立法説をまず承けついたので、グレイやホウムズである。ホウムズは有名な少数意見の一つにおいて、「普通法は天上にあまねき遍在者ではなくて、誰であるかをつきとめられうる主権者または準主権者の明瞭な言葉である」、^(一八)という。

またカードウゾウらも、「私は、裁判官法を世の現実の一つであると思う。」「今日の規範で昨日の反対の規範と対にならぬものはないくらいである。……これらの変化は、大抵、裁判官がもたらしたものである。その結果として、補足や修正を行ったばかりではなく、革命と転換さえ来させたのである」、^(一九)という。

一体、判決法宣言説と同創造説いずれも、論者によってそれぞれ若干相違があり、まずJ・スミス教授によつて諸家の説が整理されているから、それを紹介すると、次のごとくである。^(二〇)

(一) 裁判官は「法」を「創る」ことはできない。かれらはただ既存の法を発見し適用するだけである(ブラックストン、カーター)。

(二) 裁判官は、以前の判決によって規制されていない点に関しては新しい法を創ることができ、また実際に創

るが、古い法を廢することはできない——裁判官法の既存規範を変更することすらできない（ダイシー、ポロツク）。

(三) 裁判官は、新しい法を創ることができ、また實際に創る。また古い法を廢することができ、また實際に廢する。古い法とは、かれら、自身またはその前任者が前に定立した法のことである（オースティン、グレイ、ホウムズ、カードウゾウ、スミス）。

またダイシーは、司法立法説に対する反対論を三つに分類している^(三)。第一は、裁判官の創る法などというものは、裁判官ないし裁判所は法を創造することはない。かれらは常に法の解釈者として行動する、という。第二は、裁判官はたしかに事実上法を創るが、その目的を達成するに當つて、法を解釈するという詐欺的口実の下に行つてゐる、という。第三は、たしかに司法立法というものはあるが、できた法規範のよいわるいにかかわらず、立法は裁判所のなすべきことではない、という。これを見ると、第一は、法定立の事実を否定し、第二、第三は、事実を認めはするが、それに不賛成である。第二は裁判所の用いる宣言という擬制が詐欺的であるとして、その方法を攻撃し、第三は裁判所にその権限がない点を衝いている。

そこで、一応まとめて見ると、四通りの考え方があつて、第一は、完全な法が存在し、これを発見、宣言するのが裁判官であつて、司法立法というものはありえない。第二は、事実上司法立法はありうるが、それはよろしくない。第三は、司法立法はありうるが、補充的であつて、既成法を変更してはならない。第四は、第三と同様だが、ただ既成法のうち判例は変更してもよい、とする。さらにこれらに第四節で問題とする第五の考え方、すなわち、判決は必然的に法創造となる（一般的司法立法説）という説を加えることができよう。しかし基本的には判決法宣言説と同創造説との二つの型に帰着せしめることができるであらう。

三 折衷説

相矛盾する両説にあつて、「裁判所はどちらか一方にきめてしまふでもない。また実際そうしたら後悔するようなこととなる。何となれば、いずれの説もすてがたい貴重な真理の核心を含んでいるからだ」とチェイフイはいう。^(二二)

ゲルダートの「英法原理」は、初学者または素人たちの手引書だが、その中の一節に、この問題について簡潔で明快な解答を与えていて、なかなかおもしろいところがあるから、その要旨を紹介しよう。^(二三)

法は超記憶時代 time immemorial から法曹や民衆の心の中に生きて来たもので、判決はこれを表明したものにすぎない、という説と、裁判官は、立法者と同様な機能を営み、時に応じて法を創造している、という説とは、互に相容れない考え方であるのに、法曹は判決に対し同時に両様の考え方をしている、といつて、ゲルダートは、メインの次の言葉を引用して、これを説明する。^(二四)

「判例のなかに納められ、判決録のなかに記録されている、イギリス諸体系のあの大きな部分に関して、われわれはいつも、二重の言葉を使用し、いわば、二重の、しかも両立しない、一組の観念を採用しているように見える。或る一群の事実が、わがイギリスの裁判所の前に、判決を受けるために提示された場合、裁判官と弁護士とのあいだの議論は終始、古い原理以外のなんらかの原理を適用すること、またはこれまでにないあいだ承認されてきた区別以外のなんらかの区別をもうけることを、要求するような問題は、ぜんぜん提起されてはいないし、また提起されるはずはない、との仮定にたっている。いま訴訟の目的となつている争いの事実関係を支配する、と思われる、すでに知られた法の或る原則がどこかには存在し、そしてもしそのような原則が発見されないとしても、それは、必要な忍耐とか知識とか明敏さとかをもちあわせていないために、右の原則を採択できないまでの話である、ということが絶対に当然のこととされている。しかも判決がくだされて、記録された瞬間

からわれわれは、意識せずに、または明言せずに、あたらしい一つの言葉とあたらしい一連の思想のなかにすべりこむのである。われわれはいまや、あたらしい判決が法を修正したことを承認する。適用できる原則は——ときどき用いられるきわめて不正確な表現を使えば、——もっと弾性的となってきたのである。だが事実上これらの原則は変更されたのである。幾多の先例に、さらに一つがはつきり追加されたのであって、これらすべての先例を比較することによってひきだされる法の規準 *canon of law* は、かりにこの判例系列から一つだけ判例を切りすてた場合に得られるであろう規準とは、同一でないのである」(未翻訳による)。

ゲルダートは、二つの考え方を批判して、次のごとくいう。まず、法宣言説にも、事実と矛盾するところがある。法は太古から不変である、という主張は、制定法による普通法の変更ということを別としても、成り立たない。五〇〇年前の普通法が今日の問題に明瞭な解答を与えることはできない。それどころか、それが今日の解答とは全く正反対の場合すらある。例としてゲルダートは、単純未履行契約 *simple executory contract* がもととは効力を認められなかったことを挙げている。しかし、契約法上の規範で今日とは反対のものは、枚挙にいとまがないほど例があるし、不法行為法においても同様である。一例をあげれば、責任が嚴格責任から今日の過失責任へ、さらに新しい傾向として再び嚴格責任へと、いくたびか変転したのである。

これに反し、法創造説も一面の真理しか穿つてはいない。裁判官が立法者と同様な行為をしている、というのは事実をまげらるものである。新しい先例が開かれる場合でも、それは新しい事実の既成の原則を適用するという形をとっている。たとえ、その原則が明示的に解答を与えていない場合でも、解答を全然与えていない、というわけではなく、それから演繹とか類推とかをすることによつて、新しい原則をつくり出すであろう。それは、一度もそれまで立てられたことがない、という意味で新しい原則であるが、すでに認められているものに含まれていたものである、という意味では新しいものではない。またたとえ、判決が既成原則に準拠しなかった場合でも、学説、慣行、

ローマ法、近代外国法、さらに自然法 *natural justice* とか、公政策（公益、公序良俗）*public policy* とかいったものに従っている。それらは、曖昧ではあるが、一応の基準 *standard* であることは否めない。

また、法創造説のいうごとく、裁判官が立法者と同じように法を定立する、というなら、その時まで事件の事実を支配する法はなかったことになる。これを譬えていえば、土地が両当事者間に売買されるまで、または評価人がその評価を行うまで、土地の価値は零であった、というようなものであつて、明かに不合理である。やはり実は、売買当事者なり、評価人なりが、既存の、土地の価値を発見しようとしたのである。

最後に、ゲルダートは、以上二つの相矛盾する考え方を「発展」または「進化」の思想によつて調和させている。これは、旧説のブラックストンやヘイルも、新説のベンタムやオースティンも、知らなかつた原理である。進化思想の要諦は、「万象は変り、しかも不変である」、ということである。今日の法が五〇〇年前の法と同じであるかどうかを問うことは、「*Sanson Agonistes* を書いたミルトンが、*Lycidas* を書いたミルトンと同じであるか」を問うようなものである。同じであり、また同じではない。「あらゆる判決は、生長の過程における一段階である。あらゆる事件において、当該事実に適用さるべき法がすでに存在している、ということは本当である。判決がくだされてしまうと、この法は正確には、それ以前のものではなくなる、ということもひとしく本当である。深く根ざした擬制の証拠として、メインが言及する、『二重の言葉』*double language* は、じつに、一つの根本的な真理を表現するものである」（未延訳による）。

この折衷説は巧みに両説を調和させている。両説の差は、法は成るものか作るものかについてのティボー・サヴィニー論争を連想させる。そこでサヴィニーは、成るものとして法を言語になぞらえているが、この比喩は、むしろこの折衷説の方を説明するのに適切である。言語は成りかつ作るものであり、今日の言語は、昨日の言語と同じであり、同時に同じではない。「パス」という言葉は、昨日と同じではあるが、昨日の乗合馬車ではなく、今日の乗

合自動車を意味する。「テレヴィジョン」という言葉は最近辞典に入った新語ではあるが、前半はギリシャ語、後半はラテン語であり、ともにもつと古い、有史以前のインド・ゲルマン語に遡る既存の言葉である。このことは「テレヴィジョン」という語であらわされる実体についても同様で、それは新発明であつて、これまで地上には存在せず、もしこれを先人が見たら驚嘆して魔法と思うであらう。しかし、太陽の下に新しきものなし、の諺のごとく、それも既存の物質の新しい組合せであり、既成の原理の新しい応用である。すべては、進化または発展の過程の中にある。それは、いわば、動的な自同性の問題であつて、判決もまた例外ではないのである。(二五)法の発見・宣言、またはその解釈・適用ということに形式上なつてゐる判決は、ただそれにとどまらず、同時に法の定立・創造の面を實質上伴つてゐるのである。本稿はその面を強調する意味で、これを「司法過程における立法的契機」と題したのである。

以上によつて、判決は、法宣言と法創造との二面を同時に有することが知られたわけである。英米法は古來法発見・法宣言の思想に立つてゐるが、裁判官が、そう信じて判決を下しても、それが実際には法創造活動になり、これによつて英米法の基本的部分が展開されてきたのである。イギリス全国に統一的な英法が成立したのは、ノルマン征服以來であつて、ウィリアム征服王以下歴代諸王は司法的中央集権政策をとり、全国から訴をきく国王裁判所を設け、ここでゲルマン法の一派たる慣習法的アングロ・サクソン法によつて裁判した。それは形式上アングロ・サクソン法の宣言であるが、同時に司法立法でもあつたのである。古代法的特徴はアングロ・サクソン法の名残であるが、他面、特に土地法に著しい封建的特徴の方は、ノルマン王朝以降の国王裁判所の司法立法の所産である。

また今日でも、英米では判例が第一次法源とされ、法学研究や法学教育も判例の分析にほとんど終始するわけでも、司法機能が司法立法だからこそである。またこの判例を輯録した判例集も、判例の集積や裁判所の発展に伴つて、発達したわけで、はじめは法曹の実務または教育のためのメモ程度のものであつた。はじめ判例は、法ではな

く、法の宣言の具体例にすぎないものと解されていたから、公判によつて、事件関係者以外に知らせる必要もなかった。それどころか、事件において定立された法規範を記録していかないことすらあつた。判例集の先蹤ともいへきイヤー・ブックスには、法廷の裁判官や弁護士のやりとりだけで、判決自体が記載されていない例がある。それが、判決の法源性の発展につれて、私撰判例集をへて、官許または官撰判例集へと発展して、今日の第一次的資料となつたのである。(しかし今日判例集に記録されても、判例法は依然不文法として分類されまた不文法として理解されているのは、一つには、それがもともと慣習法の宣言であるという面を反映しているものと解すべきであろうか。)

では、イギリスの国会の方はどうであらうか。一体法創造・法定立の思想は、ローマ的法思想で、一六世紀ころ大陸より移植され、政治的事情と一緒になつて、国会優位をイギリスに実現させたわけであるが、もとをたゞせば、国会も裁判所も——そしてその他の中央行政機関も——同一母胎、すなわち、国王を輔佐する役人の集団たる国会 *curia regis* から派生したものである。国会ももとは法宣言の機関であつた。だから、国会は最近まで裁判所としても行動した。例えば、貴族は国会で第一審の裁判をされる特権を有していた。それどころか、現にイギリス上院は、イギリスの最高裁判所なのである。英米の国会が、請願を受け、また弾劾を行うのも、実は裁判所であつた名残なのである。勿論今日では、国会が法創造・法定立の機関であり、裁判所が法発見・法宣言の機関であると観念されて、漸次三権分立的傾向をもつた分化ができて上っている。しかし、三権分立論はこの通りイギリスの現実とは合致しないし、この理論を實踐しようとしたアメリカでも、司法立法の事実を認めると、完全な三権分立は実現不可能なことである。しかもアメリカの司法立法は極めて強力で、これはイギリスに見られない特徴である。すなわち、裁判所は、州・連邦にわたり、かつ各レベルにおいて、解釈的に不文の憲法を生み出している。一世紀半に近い間連邦憲法は一度も書き直されることなく、変転するアメリカ社会に裁判所によつて適応させられる

過程において不断の發展と膨脹を上げて来た。修正第一四條の正当手續條項の「正当手續」due process of law というただ一句の中に大体修正第一一〇條全部の内容が読みこまれた。そればかりではなく、労働權のような二〇世紀的な社会主義的基本權さえも解釈的に創り出された。例えば、ピケティングの權は言論の自由として。第二節のはじめに引用した「法は裁判官の意見である」というヒラリー裁判官の言葉に呼応するかのごとく、ヒューズ最高裁判所長官は、「憲法とは裁判官が憲法だというものである」といつている。^(二七)連邦法の優越と憲法の優位により連邦最高裁判所は違憲審査權、すなわち、受動的かつ消極的ながら強力な（大統領の拒否權よりもはるかに強力な）司法立法の实權、を振ういわば上下兩院のほかの「第三院」、「アメリカの經濟的独裁者」（ヒューズ）、「超立法院」（ブランドイス）として政治的にも大きな比重をもっている状態である。^(二七)

四 一般的司法立法説と限定的司法立法説

判決法創造説・司法立法説を認めるとしても、それは限られた小部分の判決について真実であつて、大多数の判決は純粹な司法、すなわち、立法的要素を含まない單純な法の解釈・適用である、という考え方ががある。これを限定的司法立法説と呼ぶことにする。例えば、ゲルダートが批判している宣言的先例 declaratory precedents と創造的先例 original precedents とを区別する考え方などそれである。^(二八)

では果して司法立法は、右のように限られた場合にのみ行われるものであろうか。そうではないことを、ゲルダートは、二つの設例をとつて説明する。^(二九)第一に、ある行為が申込の承諾になるか、という問題を、第二に、ある取引が公政策 public policy——公序良俗、公益などに該當——に反するか、という問題を、とり上げる。前者では、既成法規範が明瞭で、ほとんど自動的に適用することができる。これに反し、後者では、裁判官は、一旦、「かくかくの性質を有する行為は、公政策に反する」と明示的に宣言し、かくて公政策の概念を定義しこれを展開する下

位的規範を立てることになる。だから両者は、それぞれ宣言的先例・創造的先例として区別できるように見える。しかし、実は両者の間に本質的区別は立てられない。いかに先例に酷似する事件であろうと、いかに詳細な法規範が存在していようと、全然何から何まで同一という事件は絶対に存在しない。従つて裁判官は、第一例の場合にも、明示的ではないが内心において、やはり、「かくかくの性質を有する行為は申込の承諾になる」と考え、かくて判決によつてやはり申込の承諾の概念を定義し展開する下位の規範を立てるのである。だから、法規範の適用は、常に概括、一般化 generalization の心理過程であり、それを通つて判決が下る毎にその適用される法規範は発展してゆく。その意味で、判決は常に法創造的である。他面、判決は常に法宣言的である。第一例の場合は勿論、第二例のように、明瞭に法創造的な場合でさえも、何らかの既成の基準をもつていているという意味で、純然たる創造的先例ではない。だから、宣言的・創造的先例の観念的類型を考えることは可能であるが、現実には純粹に宣言的な先例も純粹に創造的な先例も存在しない。両者の相違は、質の相違ではなく、量の相違にすぎない。ただ実際上、前者の場合は、法規範の適用が極めて容易で自動的に行いうるほどであり、それによる法規範の展開は無限小であるから、實際上、for practical purposes 法に何物をも追加しないもの、従つて判例集に登載する価値のないもの、として扱われるだけのことである。

以上の説明で、判決法創造説、ないし司法立法説が一般的に成立することを立証するにはしたが、実際上、兩類型を容認したから、かえつてこの一般的司法立法説の実際の意義ないし実益を否定し、それが無用論であることを自認したかの観がある。精々、判例法が無数のい、わゆる、宣言的判決の累積を通じて目に見えないほど徐々に発展し変化するから、長期的に見ると、判例法の変化と発展がこの一般的司法立法説によつて説明される、という実益、これに多分に理論的、な実益、があるだけのようである。

ともかく一般的司法立法説を理論上みとめるとしても、実際的には一部の判決についてのみ判決による法創造、

法発展、すなわち、司法立法が行われると仮定してよい。従つてそれをただの仮定ではなく、それを事実と考える限定的司法立法説と実際、上は同一の結果に帰着する。そこで後者のような立場に立つている論者を若干紹介して、補足しよう。

まず、フォン・メーレンは、司法立法が問題になる場合として、次の四つの事件型を挙げ、これらは事件全体の数から見れば少数だが、重要であるという。第一に、既成の法規範体系に該当する事件であるが、政策的考慮から、それを裁判所が妥当と考えない場合、第二に、同じく既成法規範体系に該当する事件であるが、その定立後、政治的および倫理的觀念に変化が生じたと裁判所が考える場合、第三に、既成法規範体系に該当する型の事件に類似した事件であるが、同一ではない場合、第四に、既成法規範体系に該当する型の事件のいずれとも類似していない事件、すなわち、全く新しい事件の場合、以上四つである。^(三〇)

W・W・クックは、「型通りの」routine 事件と「新しく、異例な事実関係」の事件 cases involving 'new and unusual situations' とに分け、ゲルダートが前記宣言的・創造的の二種の先例を説明したのと、大体同様のことを述べている。すなわち、前者においては、事件の事実関係が諸先例のそれに酷似し、既成法規範は直接問題に対して解答を与えているから、判決は、何ら「実際の思考」real thought を要せず、「習慣的に」by habit または「自動的に」automatically 下される。つまり、「型通り」routine である。これに反し、後者においては、判決には「反省的思考」reflective thinking を要し、既成法規範は解決を与えず、無用でないにしてもそのまま用いられない。精々手段であり、仮説である。これを検証し、改めて、用に供するのであるという。^(三一)

E・H・リーヴィも、司法立法を正面から認め、その必要を説き、さらにそれがいかにして行われるかを述べ、多くの具体例によつてそれを示している。^(三二) かれはいう。「法規範は事件から事件へと変化し、事件ごとにつくりかえられる。しかしこの法規範の変化こそ法に必須な動的性質である」。けだし、新しい事情も発生するし、需要も

変化するからである。だから「法的過程に用いられる範疇は、新しい観念の注入ができるように曖昧ambiguityにしておかなければならない。制定法や憲法についても同様である」(?)⁽¹⁾「このようにして法はその社会のもつ観念をあらわすことができるようになり、制定法や憲法の中に一般的な言葉で書かれた場合でも、特殊の事件に合うように形づくられるのである」。

「法規範は、それが適用されるとき、変化する。もつと重要なことは、事実関係を比較しつづ、規範を創り出して、これを適用する過程の中から法規範は生れることである」。「法規範の範囲、従って、その意義は、どんな事実が、その法規範がはじめて立てられたときの事実と同様と考えられるか、ということの認定いかんにかかっている。異同の認定こそ、法的過程における基本段階である」。問題は、「異なる事件を同一であるかのごとく取扱うことが正しい場合とはどんな場合であるかである。だから基本的類似性を摘出し、ここから共通の分類「範疇」を適用することが妥当であることを論証することのできるような法体系でなければ、これを運用することができない」。

するとこの事実関係の比較 *comparing fact situations* とか異同の認定 *finding of similarity or difference* とか基本的類似性の摘出 *picking out key similarities* とかの考え方は、結局前のクックの「型通りの」事件と「異例な」事件との二分論に相当し、説くところも同一に帰するようである。

また、先例または成文法に該当規範がないという意味で、ディキンソンのように「規定のない事件」 *unprovided case* またはチェイファイやカードウソウのように「法の欠缺」 *gaps or open spaces in the law* のある場合に司法立法が問題になるといえば、日本の法学と共通の言葉でものを考えることになる。⁽¹¹¹¹⁾

五 限定的司法立法説に対する批判

前著に紹介した考え方に対しては批判論ないし懐疑論がある。

まず、リアリストの一人ロウデルの説を紹介する。^(三四) 法律家たちのいうところによれば、諸事件は、その異同に従い、群（範疇）に分けられ、それぞれ異なる法規範によつて規制され、新しい事件は、それが類似している群を支配する法規範の適用を受ける。ただしかれらも、同じ群に無理なくはまり込み、自動的に該当法規範の適用を受けるほど類似した事件は二十はおろか、二つとない、ということを確認していないわけではない。そこで、法律家はいう、そのように事件は異なるが、相違には重要なもの、大きいものとそうでないものがあるから、「本質的」事実に着目して、所屬群と適用法規範をきめる。では、何をもちて「本質的」事実とするか。もしそれが、適用されるべき規範の構成要件事実だったら、議論は循環論法になってしまう。適用される規範を定めるための事実認定であり、そのための「本質的」事実なのだから。もしそのように規範で定めるといふなら、aの規範を適用するときめた場合、その事件の事実xyzが、bの規範を適用するときめた場合、wxyが「本質的」事実となる。これでは恣意的なきめ方になってしまう。それでは、「本質的」事実はどうやってきめるか。裁判官に決めてもらうよりない。ところが、適用規範を決定するものになるのが所屬群で、その所屬群をきめるのが本質的事実である。これを裁判官に選ばせるのは、さきほどaなりbなりの規範を選んだのと同様に、これまた恣意的な結果になってしまう。もし裁判官が、同一事件の事実mnoを本質的事実と考えれば、それに該当する群を支配するc規範が、もしopqを選べば、d規範が、それぞれ適用されるべき法規範となる。^(三五) このように恣意的なものであれば、われわれはもはや「本質的事実」を云々しえなくなる。以上のようにロウデルは主張する。もしロウデルのいうことが正しいなら、クックの「異例な」事件と「型通りの」事件の区別も、リーヴィのいう「基本的類似性」も、右の「本質的事実」と同様にいずれも迷妄ということになってしまう。

次に、フランクの説を紹介する。かれは、クックの二分論を直接批判していわく、既成法規範はいずれもそのままには適用できないものであつて、それは仮説として扱うべきものだ、というクックの見解には賛成できるが、ク

ックが、大抵の事件は「型通りの」事件であつて、何らの反省を要せず、自動的に裁判できる、というのは余りにも素朴な見解であつて、首肯しがたい。既成法規範の機械的適用をするか司法立法をするかの前提となる事件の分類、型通りか異例かの認定、すなわち、事実の認定はそんな単純なものではない。これについて、クックは二つの点を見落している、と^(三七)いう。

その第一点は、実は以前にクック自身が鋭く指摘したことである。その時クックはいつた。^(三七)外界は、視覚、聴覚、嗅覚等々の感覚的様相の変転極まりない連鎖であつて、これを「粗い、生の出来事」*brute, raw events*と呼ぶことができよう。いざこの「粗い、生の出来事」を記述しようとする、どの状況一つをとつても、無限の相、無限の部面を呈し、これをいやすくも論じようとすれば、その無限の部面の中から、何らかの必要があつて、論じようと思うものをまず選択 *section* しなければならぬ。次に、その選択された諸相を關係づけて、何らかの範疇 *category* または種類 *class* にまとめる。この範疇または種類に対して、われわれは何らかの言語的記号 *verbal symbol* すなわち、名前を有しているか、または名前をつくりだす。ここではじめて、事実が何であるかをいうこと、すなわち、「事実の記述」*statements of fact* を行う、ことができる。だから「事実」*facts* とは、かかる選択と包摂の所産、すなわち、具体的に「粗い、生の出来事」からの抽象 *abstraction* と、抽象された諸要素の解釈 *interpretation* の所産である。かく事実と事実の記述が変幻自在であることあたかもプロウテウス海神のごとくであることを強調したクック自身が今や、すべての事件において、「粗い、生の出来事」からの選択が自動的に行われ、異例な事件以外では、法的範疇（法規範）への包摂が何の努力も思慮も要せずに行けるかのごとくいうのは、自家撞着である。

その上クックの記述した選択過程ではまだまだ単純すぎる、とフランクはいつて、選択過程を三段階に分つて述べている。まず、第一段階で、証人自身が選択する。それは、事実の観察時の、かれの感覚能力と情緒状態、陳述

時および証言時の、感覺能力、情緒狀態、偏見、虚偽の動機などによつて影響される。第二段階で、事實審裁判所が、相矛盾する証人間の証言の中から選択する。第三段階に至つてはじめて、クックのいう選択と包摂が行われる。すなわち、裁判所は、かく選択された事實から、「関連性ある」relevant事實、換言すれば、法的範疇——それは既成のそれか、裁判所が定立しようとする新しいものか、いずれか——に該当する事實だけを、選択するのである。クックが、裁判所は、すでにふり分けられたデイタを、デイタという言葉の文字通りの意味の「所与」として受け、その「解釈」をするばかりである、と考へている。しかし事實の認定はこのように複雑なものであるから、型通りの事件というものは、まずまずありやうがない。

クックの見落している第二点は、事實審裁判所の判決における不合理で捕捉しがたいゲシュタルト心理学的要素である。すなわち、裁判所（裁判官であれ陪審員であれ）は法規範に該当する事實を本當に選択しないで、証言に対する混一未分化な反応によつて一挙に結論に達してしまふことがある点である。この際行われる事實認定や法解釈は、そうして達せられた結論の検算・正当化・弁明にすぎないのである。

だから、型通りの事件と異例の事件の區別が、いえるとしても、訴訟をして見た上でなければ分らない、すなわち、はじめからは、分らない。フランクは、設例によつてこれを説明する。小売業者から購入した自動車の運転中車輪の故障から負傷した原告Mが、製造業者Aを相手どつた事件を仮定し、さまざまに矛盾する証拠の中から事實審裁判所が車輪の製造上の不注意が原因であることを認め、損害賠償を与えたとする。これが上訴審にゆく。一九一六年前^(三九)だつたら、製造業者は、自分から直接購入した者以外には何らの法律的義務を負担しないから、下級審の認定した事實は法律上無意味であるとして、すなわち、関連性がないとして、判決は破毀されたことであらう。まさに事件は「型通りの」ものだつたわけである。ところが一九一六年以来、諸州の上級裁判所は、この場合の、下級審のように諸規範を変更した。そうなると、この全く同じ事實が関連性をもち、しかも「新しい異例な事實関

係」として反省的思慮を要する「異例な」事件ということになる。しかし一旦この新規範が定立された後は、このような事実が再び「型通り」に逆転するということになるわけである。だから裁判所が、法規範を適用するに当たって、事件が「型通り」であるとか異例だとか、ということとはできないのである。

フランクは、さらにロウデルの見解に対しても批判を加え、^(四〇)ロウデルはクックやリーヴィーよりもある点では正確であるが、事実認定の過程に対して無関心だ、という。すなわち、複雑な事実がそのまま当然に認識されると考えているものようである。もつと突込んでいうと、かれは事實は裁判官の主観の所産である、という点を見落しているとして、フランクはいう。ロウデルもやはり法規範の懐疑論者 *rule-skeptic* であるが、*事実の懐疑論者 fact-skeptic* ではない、と。

いまロウデルおよびフランクの批判について考えるに、まずロウデルのいうところも当たっていないわけではない。ゲルダートもいつているように、論理上当然ある法規範の適用を受けるべき事件にそれを適用すると不都合な結果になるときに、裁判所は、些細な相違点をとらえて、当該事件はその法規範に該当しない事件である、と宣言することがあり、これが判例法の混乱する一因であり、判例法の欠点の一つである、^(四一)といつている。まさにロウデルの鋭く指摘している点である。こうした「差異なき区別」*distinction without difference* の行われることもあることは否定しないが、他方かかる差異なき「区別」も一種の司法立法的「擬制」*fiction* であることもある。そうであれば単純に必しも恣意的だとは断ぜられない。例えば、自動車の製造業者の不法行為責任をかれと直接取引しなかったものに対しても認めることに変更しようという場合、^(四二)経済事情や取引慣行の変化という新しい事実をとり上げて、これまでの古い先例と区別を行っている。だが仮にその古い法規範の不都合が痛感されるまでに、当面の事件と同様の、新事情下が発生したものであらずには至らない中間的なものが、旧法規範に従って処理され、最近の判例になつているとしたら、この場合、新しい事情下の諸事件のために当面の事件において旧法規範の修正・変更または

新規範の定立をすれば、その方法は、その当面の事件においてそれら一連の最近の先例が誤判であつたといふか、何か些細な事実を把えてそれらと区別するか、のいずれかであろう。司法立法は法の解釈・適用の枠内で、またその名の下に、行われる以上、感心したことはないが、こういうことがときに行われてもやむをえないのではなからうか。

さすが偶像破壊論者といわれるネオリリアリストの驍將フランクは、法と事実に対する懷疑論を徹底させて、虚無的、絶望的に近い議論をしている。しかし「物それ自体」は神以外には知る由もない。すなわち、人間には、誰にも分らない。裁判官も人間であるから、物それ自体は裁判官にも分らない。もしそれだからいけない、というのであれば、裁判制度を廃止するほかない。その昔、ある事件が目の前で起つてゐるのを目撃したサー・ウォールター・ローリーは、それが余りにもかれの見たところと異つて報道されてゐるのを見て、折から執筆中の歴史の著述を放てきした、という逸話があるが、裁判は、人の間の争いを解決するという社会的必要をもつてゐるから、放てきするわけにはいかない。そこで神ではないが、利害関係がなくて一応公平に聴くことのできる「人間」に言分を聞かせて判断させようというのが裁判であるから、誤判の可能性は最初から予定され、忌避や回避、上訴や再審（統審や覆審はないが）などの制度もあるわけである。病人といへば、誤診の犠牲になる患者ばかりでないように、事実はいつもいつも裁判所で誤認されている、とはいえない。大致的に見て普通には一応正当にまたは妥当に認定され、また誤認も是正されている、と考えてよからう。

またフランクは裁判所は事実を与えられるのではない、というけれども、上級審はほとんど全く与えられてゐるし、下級審でも実質上そうである。それは事実に関して当事者間に合意のある場合は勿論、そうでない大多數の場合でも、そうである。何となれば、訴答 *pleading* の段階で、関連性ある事實は当事者の訴訟代理人たる法律家によつてふるい分けられて、主張される。そして証明前にそれが関連性をもち、かつ構成要件を充足するかどうか

を、デマラーの抗弁を通じてテストされて、それから証明の段階がはじまる。原告側は事実が法規範——法規なり判例なり——の構成要件事実該当、すなわち、法律上同視しうるほどに類似、していると主張しようとするれば、相手方はその反対を主張し証明しようとする。裁判官は、それを判断すればよいわけである。そして、このことは、大多数の場合には、自動的といわないまでも、甚だしく難しくはない。例えば、契約の承諾をするときに、被告が首を縦に振ったか横に振ったかは問題であろうが、そのことに直接または間接に関連する行為や出来事でないかぎり、例えば、ネクタイが紺色だったか、赤色だったか、帽子をかぶっていたかどうかは、問題ではない。フラック自身のあげる、自動車製造者の責任に関する例をもう一度とりあげると、「全く同じ事実」にもとづく型通りの事件が急に異例になり、判例の変更と同時に型通りに逆転する、とかれはいうが、実は、基盤になる事情の変化があるため「全く同じ事実」とはいえないことは、前節で見た通りである。

ロウデル、フラックいずれもネオリアリストラしく一面の真理を鋭く現実的に把握しているが、結局全体として誇張にすぎようだ。

六 司法立法と三権分立・法的安定・罪刑法定の問題

前々からのべているように、判決は法の名において、すなわち、法の解釈・適用として、行われるけれども、判決は現実には常に法を創造するものである、というのが、判決法創造説または司法立法説であるが、これは少数説であり、多くの論者は、そして裁判官自身すら、伝統的な判決法宣言説をとって、司法過程における法創造的契機を否定する。もつとも、法創造の事実を認めても、その方法なり、その法的根拠につき批判的な反対論もあることは、第二節においてすでに見た通りである。いずれにしろ、こうした反論の執拗な存在の一つの原因ないし理由は、司法立法ということが既成の諸学説や理論と矛盾するからである。次にその点を反省しよう。

まず、判決による法創造、すなわち、司法立法は立法の府たる国会との関係、あるいは、広く三権分立の原則、の観点から問題となる。一体三権分立は、イギリスの状態でモデルとなつていられるといわれるが、第三節でも見たように、イギリスは三権分立の傾向は示しているが、本当はそうではない。政治思想家たちによる醇化を経て、厳密な三権分立理論が立てられ、これがアメリカ合衆国において実践され、その他の国にそれが模倣されている。これは抑制と均衡によつて人権を保障しようという民主的な理由をもつ理論である。他の機関の機能を干犯してはならないという以上、三つの機能は截然分離しようということをこの理論は前提しているわけであるが、裁判所が立法を行つてゐる、という判決法創造説はこれと矛盾するように思われる。その上、法は人民もしくはその代表者の創るべきものであるのに、通常は民選ではない、たとえ民選でも立法のために選ばれたのではない、裁判官が法をつくるのは、民主主義の原理に反してはいないか。さらに、訴訟の過程においてその事件および以後の事件に適用されるべき法規範の定立されるのは、事件が刑事なら、罪刑法定または事後法の禁止の近代的原則に反してはしないか。民事なら、法的安定性または法の予測可能性の要請と矛盾してはしないか。しかしこれについては、それはやむをえない、というほかはない。スペイドはスペイドと呼び、事實は事実とするだけである。病氣であるから、そう診断するので、そう診断したから病氣になるものではない。立法的契機を含まない純然たる司法、すなわち、純然たる法の解釈・適用というものは、ないということが、たとえ形式的には、それがある、と主張するドグマと矛盾し、もつと実質的には、民主主義の要請と相容れない結果になつてもいたし方もない。精々この点についていふことは、裁判官の法創造は、純然たる法創造ではなく、必ず法宣言の面を伴つてゐるから、常に何らかの基準にもつづいてゐる。その点で立法者の法創造とは明らかに異なる。この点、司法立法は、一定の基準を与えられてゐる委任立法に似ている。もつとも、委任立法における権限逾越は司法的に救正されうるが、司法立法の場合、下級裁判所によるもの以外は、政治的救正方法しか存在しない。ともかく基準がある意味で、基準の広狭寛嚴に比例し

て、恣意に対する保障があることはあるのである。結局、三権分立論も、罪刑法定も、法的安定も、絶対的なものではなく、現実的にそうした事実的限界があるものとして、現実主義的に理解されなければならない。

右の点に關するフランクの心理学的説明は、ここに紹介するに値する。^(四三)「現体制下で裁判所が法を定立している、と主張するのは、裁判所が違憲な行為を常習的にやっている、と主張していることになる」、という有名な法曹ゼインの言葉を引用して、フランクは、なぜ法曹はこのように司法的現実を頑強に否定するのだろうか、と問う。そして次のように説明する。

法が完全に予測しうるものである、という基本的神話ないし迷妄がある。この神話の根柢には、父によつて支配された宇宙を求める小児的欲望があるのである。この宇宙は、人間が過ちを犯し易いため生ずる偶然や誤謬を脱れたものと観念せられている。時代を遡るほど、この欲望は、強烈なことが知られ、古代では立法的な法の変更さえも反対された。メインはこれを「変化に対する迷信的な嫌悪」 *superstitious distaste of change* と呼んでいる。しかし後には立法的な法の変更は容認されるに至つた。それは、その効力が将来に向つてのみ生ずるのであつて、行為前にその行為に適用される法が確定しており、予測が可能だからである。これに反し、司法立法といふことになれば、裁判の時になつて法規範が定立または変更され、既におこつた事件にそれが遡及的に適用されることとなる。これでは、法は不確定であり、予測不可能である。そこでこれには我慢ができないので、この現実を否定しようとするのである。法的安定性・予測可能性の神話は、安定し大體不変な法の世界があると信じたい主観的必要から生じたものである。人あるいは、この必要は主観的・観念的なものではなく、客観的・實際的である、と反駁するかも知れないが、それは当らない。グレイがいうように、大抵の人は、行為のときに、大體の正邪の弁別ぐらいはも

っているが、しかし大抵の人は決して複雑な法規範をしらべ上げてから婚姻したり、売買したり、契約したりするのではないからである。また、司法立法の否定が、現実合しなくとも、衆生濟度の方便的嘘 *Benevolent lie* であ

り、婉曲語法的擬制 *polite or euphemistic fiction* であつて、それはよいことではないか、という反論もあるが、裁判官までもその擬制を事実だと本気で信じ込んでいるため、第一に、法に関する議論の無用な混乱を来し、第二に、一般人が司法立法の現実に気付くと、司法に対して不信の念を抱くようになる。だから、やはりこの嘘は必しも衆生済度にはならない。要するに、人は、ありもしないし、達成できもしない法的安定の世界——小兒的心理の世界——を渴仰しているところから、この神話が生れるが、それは迷妄であり、しかも有害な迷妄でもある。フランクは大要以上のごとく述べている。

これはなかなかおもしろい心理学的議論であるが、これには一つ限定を要するであろう。フランクはまるで法的安定性が全然存在しないかのごとくいうが、司法立法は、立法者の立法のように行われるのではなく、法の解釈・適用を通じて間接に行われ、實際上必然的結果としてそうなるのであつて、既成法規範——制定法であれ判例であれ——を充分尊重し、従つて法的安定を第一に旨として、過激、急激な変化を生じないように行われることを附言しておかなければならない。

七 司法立法の特徴

ダイシーは、裁判官法 *judge-made law* について、その特徴を列記している。^(四四) 国会の立法に対する裁判官法をま
とまりよく特徴づけているから、本稿を締めくくる意味で、次にその要旨を紹介しよう。

第一に、裁判官法は、単なる法の解釈という形式の下で創られ、そう呼ばれてはいるが、国会の創つた法と同じく、それ自身現実の法たるに変わりはない。

第二に、裁判官法にはいろいろの制約がある。まず、公然と新しい法原則を宣言することはできない。既成の法原則からの演繹とか、制定法の解釈・適用とか、いった形をとらなければならぬ。次に、制定法を公然と打ち破

ることはできない。解釈を通じて間接に、それを制限したり拡張したりしうるだけである。また、既成の判例法の原則を打ち破りえない。いわゆる先例拘束性 *stare decisis* の問題であるが、アメリカほど自由でないイギリス上院ですら、微妙な区別やら、限定的解釈 “*refusing to carry a rule further*” やらで、先例を覆すことはある。

第三に、右に見たように、一旦裁判所が法的性格を認めた規範を変更できないため、立法府の立法であろうと裁判所の立法であろうと、立法が盛んに行われると、裁判所の立法する余地が段々狭くなってついには尽きてしまう。現に司法立法の余地のない法部門もある。今日の首席裁判官は、昔のサー・E・クックやマンズフィールドのしたほどの法創造や法改革はできない。しかし、複雑な近代生活の生む新事情と新問題また制定法の解釈は、常に司法立法の余地をつくり出している。

第四に、裁判官法は、仮設的法 *hypothetical law* となる傾向がある。すなわち、事件によっては必しも最高裁判所まで達しないものがあり、下級審の判例は最高裁判所によって覆される可能性があり、それまでの仮りの法となるから、判例として安定性が乏しい。

またダイシーは、世論との関連における司法立法の特徴を三つに分つて説明している。

第一に、司法立法は国会立法に比し、はるかに法の論理またはその均斉の維持を目指す。裁判所が立法をするといつても、それは間接のことであつて、直接には具体的事件に法原則を適用し、諸法原則からその論理的締結を演繹することを旨とするから、論理的一貫性を重視するのである。

ところで、その結果、立法者に比し、裁判官は、法学者の意見の影響を受けやすい。何となれば、法学者は、論理的に整然とした法規範の体系にまとまるように法の諸分野を原理的に整理するが、それこそ裁判官の求めるものであるからである。現に、英米法の発展は、そうしたすぐれた法学の標準書に負うところ甚大であつたのである。

第二に、司法立法は法的安定性を第一に重んじ、国会立法のするような法の欠陥の修正は二の次とする。それ

は、よい規範だがたえず変更を受けるものより、最善ではなくても確定し安定した規範の方が、正義の実現に資するという、考え方に立つてゐるからである。かくて先例尊重の態度が生れるわけである。国会法の方では法の変更が万人に分るように行われ、既得権は一般に尊重されるから、司法立法の場合とはこの点において異なる。

第三に、裁判所が司法立法においてとる政策的考慮は、一般民衆を支配し、国会立法を指導する考え方は、著しく異なることがある。裁判官の道義感が商売人や政治家のそれよりも高いため、到底国会を通過しそうもないような法規範が司法的に定立されることもある。また裁判官の教養や年齢の関係からして、古い考え方を反映した司法立法も現われよう。一体民衆を代表する国会の立法でも昨日の世論しか反映しないといわれるのに、裁判所の判決は一昨日の世論しか反映しないことが多いのである。しかし、ともかく、このように裁判に現われた裁判所の考え方が、国会の立法にいろいろの形で影響を与えるのである。

八　む　す　び

さて以上英米の議論の紹介と論評を主として、予定の紙数をあらかた費した。これまでのところは、いわば日本における法解釈の問題の反省のための準備段階であつた。しかし、それを本格的に行うことは別の機会に譲るとして、今回はむすびに代えて、一つだけの問題を以下に取上げたい。

まず、以上は判例法国の司法立法を中心とした議論であるが、制定法の解釈についてもその司法立法論が妥当することは、すでに見た通りである。然らば、法典法国の法典や単行法の司法的解釈についても、当然同じことができる筈である。何となれば、どのように詳細な規定でも、またどのように神に近い頭脳をもつて編纂された法典や単行法でもいわゆる「法の欠缺」は脱れえないからである。その上、国会は昨日の世論を代表するというのだから、出来たばかりの法律でも現実の需要との間にズレがある上に、この複雑で急速なテンポをもつ近代社会

においてはこのズレは次第に拡がる一方である。またこういう欠缺やズレを予定してははじめから一般条項とか白地規定とかいうブランクの部分があるのである。このような広い基準概念しか明文にない場合、同一の既成法規範を展用したとしても、法全体の精神だけから判断すれば、一八〇度も方向の異なる結論が導き出される。最高裁判所まで争われる事件には、そういうものが多いと考えられる。ここでは、法が欠缺し、司法立法に委ねられているのであるから、形式的論理だけでは答を導き出しえない。ここでは、政策問題、政策的考慮にもとづく選択が求められているのである。形式論理の役割は、既成法規範の論理的・文理の意味を把握するところで終り、以後は立法者としての裁判官がその既成法規範に準拠しつつ新しい法規範を創り出すのである。司法的法解釈の核心的問題点、いかにしてこのような既成法規範を改造して、その規範の予定しないような新事態に適応させるか、ということである。

ところがわが国には、ありとあらゆる法的な争いをあらかじめ規律している抽象的な法の論理的に完全自足な体系がある、というドグマが、判例法国よりも執拗に残存し、法の欠缺や司法立法の余地を否定する傾向が強い。これは、いわゆる概念法学の立場であり、ここにいる法宣言説の一種である。文理・論理一点ばりのこの派の人たちは、右にあげたような場合抽象的論理操作によつて（実際は直観的に、時には恣意的に）導き出した結論を「空論家的自信過剰」 *doctrinaire overconfidence* の態度をもつて主張する。それが本当の自信をもつて主張されうるような妥当な結論ばかりであり、有益無害であれば、それこそ結構であるが、そうとは限らないから、問題である。

ここでフランクが、法宣言説が婉曲語法的擬制であり、この擬制が方便の嘘として衆生済度の面をもたないではないが、結局は民衆の間には司法の不信を、法曹自身の間には法に関する議論の混乱を、生む、といっているのを想起しなければならない（第六節）。この点をもう少し詳しくのべると、^(四五) 一体「嘘」というものは、虚偽であること（四五）を知りながら他人を欺くために行われる陳述であるが、「擬制」は、虚偽であることを知りながら、行われる陳述

ではあるが、他人を欺く意図をもつていない。しかしこれが「神話」となると、その虚偽であること自体が忘れられ、陳述者自身がそれに欺かれていゝるものであつて、すなわち、迷妄であり妄想である。擬制は必しも有害ではなく、時にかへつて有益であり、必須でさえある。例えば、数学では円を無限の多角と仮定し、医学では完全な健康人を、経済学では経済人を、擬制する。法学には有名な法人の擬制がある。これらの擬制はいずれも、そうでないものを、仮りに「一定の目的のために」そうだと仮定するものである。しかし擬制ということが忘れられて神話ないし半神話となると、全く有害無益となる。フランクのあげている例によると、準契約 *quasi-contract*、すなわち、法定契約 *contract implied in law* が擬制であることが忘れられて、本当の契約だと考えられ、法定詐欺 *contractive fraud* が詐欺と信じられ、法的悪意 *malice in law* が悪意と思ひこまれると、たちまち法の議論は混乱を来すのである。

ではわが国の法宣言説である概念法学やそれに類する学説では、どうであろうか。司法立法の行われるべき場合に、形式論理だけで導き出されたとせられる結論は、実際には反省と分析とをへていない勘や感情や常識を加えた不純な形式論理的操作の所産であるかも知れない。そうなれば、「感情法学」の名は概念法学自身に返上されるべきこととなる。また感情法学を排し、嚴重に法規の文字に拘泥する場合は、それは既存法規の中にそれが予定しない新しい事実を無理に押込めただけのものとなるおそれがある。この点について、もう少しくわしく説明しよう。判例法が事実と結合した具体的なものであり、法典法が事実と絶縁された抽象的なものである、という主張があるが、事実との絶縁は程度の問題で、質の問題ではない。法典法といえども、時と処の制約をもつ諸事実から生れたもので、やはり事実的基礎の上に立ち、それが予定する事実関係をもっている。過去の経験から知られる具体的事実とそれを基礎にして予見されうるところを予定してゐるのであつて、真空の中で立法が行われるのではない。法典が予定しないような新しい事実これをそのまま、適用することは、まさに機械的一律主義であり、「プロクル

ステースの寝台」Procrustean bed に上すことであり、もしそれが時のズレを無視することになれば、それは刻舟求劍の愚といふべきであろう。日本の諸家の説の論評は次回に譲るが、現在もっている私の印象では、田畑教授の提唱される「客観主義」なるものは、その主張の内容からして、この部類に入るものではなからうか、と考えている。このような恣意的な結論が諸論者の間で相互に矛盾しているとき、正否は何で判断されるか。もの自体の評価はできないから、精々論者が有名人であるとか、一流大学教授であるとか、有力法曹であるとか、という外的標準による以外にはなく、これもまた偶然的・恣意的なものとなる。要するに、すべてが独断であるが、これは法宣言説の神話がそのまま信奉されている結果である。

そこでもしこの法宣言説の迷妄・神話が打破されれば、それだけでも随分すっきりすることが多いと思われる。裁判官自身は、何らかの意識的・無意識的筋道から達した結論から立戻つて論理的理由づけを考え、それがうまくゆかないときは結論を再考し、常識や勘に頼つて暗中摸索しつつ往きつ戻りつして一見筋が通つたものを作り出すとするようなやり方をする必要はなくなる。論理的解釈によつて既成規範の限界を明らかにすれば、あとは司法立法の問題であるから立法者と同様に政策的考慮・利益の較量に入るわけである。ただ最後に仕上げとして、こうして得た結論を論理的結論という宣言説的擬制の下に呈示しなければならぬであらうか。

また法宣言説の神話が打破されれば、判例批評も際分ち變つて来るのではなからうか。私の印象では判例批評は、法宣言説の擬制ではなく、神話に立つて、果して判例の結論が論理的必然性をもつて導き出されるか否かについて、論理的検算をしようとしているらしい。そのようなことは、判例批評の対象として、取上げるほど問題になる事件では、およそ不可能であらう。批評者自身は論理的に導き出したと思つている結論が、実は主観的な結論にすぎないのである。それと判例の結論とをつき合せても、独断の対決であつて、いずれも何の客観的価値もない。形式論理で検算しうるところまでは検算して判決が論理的に正当であるか否かを客観的に明らかにし、それ以上は

司法立法の問題であることを卒直に認めて、裁判所のした政策的考慮や社会的利益較量を批判し、裁判所の取上げなかつた政策的考慮や社会的利益を指摘し、その社会学的デイタを供し、あるいは裁判官の思考過程を心理的に分析したりして、はじめて学問的な批評をしているということができよう。社会学的方法や心理学的方法是、規範的分析の論理的段階においても、大いに光を投ずる有力な手段であるが、ここに至つてはますます有用必須な手段となる。

右のことが実行されたからといって、批評者の実際の結論は、現在やっているところとひどく異ならないかも知れない。批評者が常識家であれば、統計的資料がなくても一挙に妥当な結論に達し、これに論理的な筋立てを与えることが多いからである。だが司法立法の現実に目覚め、法宣言説の迷妄を脱して、客観的・学問的な判例の研究と批判ができるということは、やはり大きいことだと思われる。

一体事実問題を争う事件は別として、法律問題を争う事件は実質上は大抵司法立法の問題をめぐるのであつて、もし法の解釈・適用が本当に既成法規範から論理的操作だけで展開されるものなら、いかに法の解釈・適用の論理的操作が複雑なものとしても、職業的論理人であり、常人以上に論理の鋭い法律家たちが、それを最高裁判所まで争わねばならないほどのものである、と考える人がいたら、それは低脳というほかない。現にポロックの上に紹介した言葉(第二節)はこの意味である。裁判が闘争的政治的契機を含んでいることに気付くことから容易に、司法が立法の一態様であるという司法立法の現実の認識に到達しうるのはないだろうか。そしてそれを卒直に認めることから裁判とその研究、ひろく法学一般、が一つの神話から解放されて、一步の学問的前進をすることが期待できると思う。

(一) 例えば、中村宗雄「裁判過程に関する比較法学的研究」早稲田大学・比較法研究所紀要第二号・一九五八年。

(二) 中村・前掲三頁。

- (三) 法律家としての行政官の職務。J. M. Landis, *The Administrative Process*, 1938; R. Blough, *The Federal Taxing Process*, 1952.
- (四) W. M. Geldart, *Elements of English Law*, 4th ed., 1948, p. 10. 末編三次訳「イギリス法原理」東大出版会一九五八年が最近田だ。本書中の用ひの語文を同訳書に於て。
- (五) Z. Chafee, *Do Judges Make or Discover Law?* 91 *Proc. Am. Philos. Soc'y* 405-412, 419-20 reprinted in Fryer & Benson, *Legal Method*, 1949, p.100.
- (六) Sir Edward Coke (1552-1634), *Institute of the Laws of England* (1628-59); Sir Matthew Hale (1609-76), *History of the Common Law* (1713); Sir William Blackstone (1723-80), *Commentaries on the Laws of England* (1765-69).
- (七) Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, p. 32.
- (八) Blackstone, *Commentaries* (Oxford, Clarendon Press, 2d ed.), p. 269.
- (九) Chafee, *op. cit.*, p. 101.
- (一〇) Chafee, *op. cit.*, p. 102.
- (一一) Geldart, *op. cit.*, p. 11; Chafee, *op. cit.*, p. 103.
- (一二) Frank, *Modern Mind*, p. 33.
- (一三) A. T. von Mehren, *The Civil Law System*, 1957, p. 836.
- (一四) Chafee, *op. cit.*, p. 102.
- (一五) Frank, *Modern Mind*, p. 33.
A. V. Dicey, *Law and Opinion in England*, 1914, pp. 361, 483.
- (一六) Frank, *Modern Mind*, p. 33.
- (一七) J. C. Gray, *Nature and Sources of the Law*, p. 238.
- (一八) Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 U.S. 205 at 222 (1917).
- (一九) Frank, *Modern Mind*, p. 328.
- (二〇) Frank, *loc. cit.*

- (二一) Dacey, Opinion, p. 491.
- (二二) Chafee, op. cit., p. 115.
- (二三) Geldart, op. cit., p. 10.
- (二四) Maine, Ancient Law, 1906, p. 35 and F. Pollock's note, 'English Common Law and Fiction', p. 46; Geldart, op. cit., p. 11.
- (二五) ゲルダート自身の類比的事例を利用して説明すれば、その土地の売買や評価の例をとるのが適切であろう。売買当事者なり評価人なりが既存の、土地の価値を発見しようとしたと同様の意味で、判決法宣言説は正しい。ところが、かくしつ定まった価格は、たとえそれが誤ったものであっても、一つの新しい要素として将来の価格を決定したはその参考となると同様の意味で、判決法創造説が正しいことには疑問がある。
- (二六) R. H. Jackson, The Struggle for Judicial Supremacy, 1941, p. 3.
- (二七) E. S. Corwin, The Constitution and What It Means Today, 1954, p. 249.
- (二八) Geldart, op. cit., p. 15.
- (二九) Geldart, op. cit., p. 14.
- (三〇) von Mehren, op. cit., p. 836.
- (三一) Frank, Courts on Trial, 1949, p. 316.
- (三二) E. H. Levi, An Introduction to Legal Reasoning, 15 Un. of Chicago L. Rev. (1948) 501. 以下は附録 B Un. of Chicago Press からの単行本として出版された。回書二〜三頁参照。なお Frank, Courts, p. 320 を見よ。
- (三三) J. Dickinson, The Problem of the Unprovided Case, 81 Un. of Pa. L. Rev. 115-24 (1932) reprinted in Legal Method, p. 695; Chafee, op. cit., p. 101; Selected Writings of B. N. Cardozo, 1949, p. 154.
- (三四) Fred Rodell, Woe Unto You, Lawyers! 1939, p. 168.
- (三五) ロウテルはあつとおもひつゝ具体的設例をあげて説明してゐる。Rodell, op. cit., p. 170. 日本のさむくは「残念事件」穂積重遠・有閑法学・一九三四年、二二九・二三二頁参照。
- (三六) Frank, Courts, p. 317.
- (三七) W. W. Cook, 'Facts' and 'Statements of Fact', 4 Un. of Chicago L. Rev. (1937) 233.

- (三七) Frank, Courts, pp. 319, 165.
- (三八) MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).
- (三九) Frank, Courts, p. 324.
- (四〇) Geldart, p. 17.
- (四一) MacPherson v. Buick Motor Co., supra. この事件では、「駝馬車旅行時代の裁判例は、既に今の状況には適当しな⁵。危険は急迫のものでなければならぬ」という原則は変わらないが、「この原則の適用を受ける物が変つてゐる」と判示する⁶。
- (四二) Frank, Modern Mind, p. 33.
- (四三) Dicey, Opinion, pp. 489, 464.
- (四四) Frank, Modern Mind, p. 37.