

ドイツにおける法欠缺論の展開の研究 (一)

— 中 間 報 告 —

田 中 茂 樹

(教育学部法律研究室)

A Study on the Development of “Gap-theory” in Germany (1)

Memorandum

I

1. 「法における欠缺」の発見は、合理主義的・反宗教的な精神によってのみはじめてなしうることである。法も又、神の作品ではなくして、不完全きわまる人為的作品である。今や、過去の時代に属する立法者たちには、夢想もしえなかったさまざまな事象が登場している——こう事実を、冷徹な心で観察しうる人々だけが、法秩序の自己完結性のドグマ⁽¹⁾から、解放され能う。かの悪名高い法律万能の思想は、この法秩序の自己完結性のドグマとむすびついて、「法」があたかも、生のいとなみのすべてを規制しているかの如き、信仰をつくりあげた。だが、かかる信仰にとらわれている限り、法あるいは法律とよばれる社会現象を科学的に考察することは不可能であろう。

2. 法における欠缺は、次の三つの機会に意識されるようになったのではなかろうか。⁽²⁾

(1) 立法者が予期しなかった社会事象の出現

例えば、わが民法の制定者は、電話の普及を、考慮していなかった。また、わが刑法の制定者は、ガソリンカーの利用を脳裡に浮べていなかった。法における欠缺を広く定義して、「法と当該事例との間隙」とするなら、この場合欠缺が存在することはあきらかである。もちろん民法第97条の「隔地者」⁽³⁾のうちに、電話の相手方を含めるならば、第97条は、意味をなさないであろう。また、刑法第126条によれば、電車転覆をなした者は無期又は、三年以上の懲役に処せられるのに、刑法第126条には、ガソリンカーの文字がないとして、ガソリンカー転覆は無罪だとすることは、我々の法感情が許さない。⁽⁴⁾しかし、翻って考えてみると、電話の相手方は隔地者ではないという「通説」は、まことに奇妙な解釈といわなければならない。隔地者への通信の手段が電話だからである。また、ガソリンカー転覆を、刑法第126条によって罰することも、刑法の近代的大原則たる罪刑法定主義（法律なければ処罰なし、*nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege*）の観点からは問題である。このばあい、奇妙なのは、実は、「電話の相手方は隔地者でない」という解釈よりも、むしろ明治29年に制定された民法典を、今日にいたっても変更しようとはせず、民法典の不備をもっぱら解釈によって補おうとするその態度である。ここには、立法者は、全智全能の神の如きものであったかのような擬制が存してはいないだろうか。法の「解釈」は、法の不備を庇立てする役割を果たしていないだろうか。ホレーシオにむけられたあの有名な台詞「だから、これを文句をいわずに呑みこんでほしい。天地の間には、なあホレーシオ／君の哲学では夢想も出来ないことがあるよ」は、法律家に向っても語られなければならないだろう。実際、19世紀に制定された過去の法律に20世紀の我々が支配されなければならないということは、考えてみれば、実に奇異なことである。

(2) 立法の技術的限界

民法第85条の「本法ニ於テ物トハ有体物ヲ謂フ」とか、刑法第7条の「本法ニ於テ公務員ト称ス

ルハ、官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ従事スル議員、委員其ノ他ノ職員ヲ謂フ」という規定のように、法令の中で用いられる用語の定義を、その法令自身が示すことがしばしばある。このような配慮によって、解釈上の争いを避けることは、ある程度までは可能である。しかし、例えば、刑法第199条が「人ヲ殺シタル者ハ、死刑、無期又ハ三年以上ノ懲役ニ処ス」というとき、この「人」のうちには、殺害者自身は含まれていない、つまり我が刑法では自殺は禁じられていない、という解釈を、安易に引き出してもよいものだろうか。もちろん、わが刑法は、自殺の禁止については沈黙しているゆえ、「自殺した人は罰しようがない。だからその未遂も」という理論や、あるいは、わがくにの自殺観などを根拠として、自殺は罰せられない、とすることも、不自然ではない。だが、自殺を罪悪視するカソリック教徒にとっては、「わが刑法には、自殺禁止の規定が欠けている。」と感じられるであろう。少くとも、わが刑法が、第202条に、自殺関与罪（人を教唆もしくは幫助して自殺せしめ、又は被殺者の囑託を受け若しくは、その承諾を得てこれを殺す罪）について規定しながら、第199条Ⅱ項又は同条但書として、上の「人」のうちには、「殺害者自身を含む」又は「含まない」と規定しなかったのは、立法上の不備である、と主張しえぬとはいえない。けれども解釈上、争いになると思われるすべての用語について、法令自身が、つまりは、立法者自身が、くわしい定義を与えることは事実上、技術的に不可能であろう。かなりくわしい定義を与えている刑法第7条の「公務員」の定義について考えてみても、郵便集配人は、刑法第95条の公務執行妨害罪における公務員なりや否やが解釈上争われているほどである。⁽⁵⁾（大判・大8・4・2、録25輯375頁は、郵便集配人は刑法95条の公務員にあらずとした。）このように、法令自身が、法令上の用語の定義をどれほど詳細に与えようと試みても、そこには、限界の存することは否定しがたい。しかし、だからといって、法令上の用語を曖昧なままで放置することも許されるはずがない。被告人にとっては、「人」に殺害者自身を含めるか否かは有罪か無罪かの重大事であるし、自殺を禁ずるか否かは人々の世界観、意識はてはイデオロギーにかかわってくる問題だからである。あらゆる社会事象を法典の中に規定することは、困難というより、不可能であるが、その「不可能」というすきまに、法の欠陥がしのびこんでくる。従って、法の欠陥は、少くとも制定法主義をとる限り、何としても避けがたい現象であろう。

(3) 法令間の矛盾接触

仮に——実際上はありえないことだが——立法者が賢明にして、将来の社会事象までよく予見することができ、法令上の用語についても、明確完全無比な定義を与えうると仮定してみよう。その場合でも、立法の時期の相違、あるいは、立法機関の構成員の変化によって、二つの法令の間に矛盾抵触が見出される。こうした矛盾抵触については、古くから、法解釈の原理なるものがとなえられ、その原理に則して、矛盾の解決がはかられている。⁽⁶⁾法令間の矛盾の解決の原理とは

- (a) 後法は前法に優位する。
- (b) 特別法は一般法に優位する。
- (c) 上位の法は、下位の法に優位する。

という原理である。例えば、商法は、民法の特別法であるから、商法の規定が、民法の規定に矛盾するときには、商法の規定を適用すべしということになる。だが、これらの原理によって、問題が解決されつくすとは限らない。しかも(a)の後法優先の原理と(b)の特別法優先の原理の、二つの原理のいずれを優先させるべきかについては、何ら原理的な基準がないからして、實際上、法令間の矛盾解決は、困難に逢着することが少くないのである。⁽⁷⁾一例をとってみよう。昭和22年に制定された児童福祉法は「児童に淫行させる行為」を禁じ、（同法第34条Ⅰ項）これに違反した者に対しては10年以下の懲役または2,000円以上3万円以下の罰金に処することになっている。（同法第60条Ⅰ。）しかるに、その後、昭和31年に制定された売春防止法は、児童福祉法よりは軽い刑罰を課することにしてゐる。この場合(a)の原理によるか、(b)の原理によるか、では被告人の

懲役刑に大きな差が出てくる。児童福祉法では10年以下となっているが、売春防止法では、3年以下となっているからである。この例では、児童福祉法を、売春防止法に対する特別法と考えて、(b)の原理から児童福祉法によって処罰することにすべきだと考えられるが、そうすると、(a)の後法優先の原理は、しりぞけられてしまうことになる。(以下同様)。

このように法令間の矛盾を解決する三原理のみで、法令間の矛盾を解決しつくすことは理論的には不可能である。

ただ、上記の三つの原理が作用する間は、「法における欠缺」は直接問題にならない。しかし、法の段階構造上、同位の二つの法令間の矛盾が、指摘されるばあいには、「法における欠缺」が、問題になる。S. 41. 10. 26の最高裁大法廷判決は、S. 38. 3. 15の最高裁第二小法廷判決を、わずか三年足らずで変更したが、ここにも、「法における欠缺」の問題がみられる。まず、公共企業体労働関係法(公労法と略称)第3条は、労働組合法第1条Ⅱ項(正当な組合活動は、刑罰法令に該当するようにみえても罰しない)の適用をみとめているが、公労法17条はストライキを禁止し、同第18条はこの禁止違反について解雇を規定しているにもかかわらず、同3条では、ストライキについて刑事罰を科すという趣旨は明言されていない。つまり、公労協が、ストライキをした場合、解雇などの民事罰はうけるが、刑事罰はうけない、というのが、公労法の精神であるように解釈すべきである。

ところが、公労法と同位の法段階に属すると思われる昭和40年改正後の国家公務員法第98条Ⅴ項、第110条17号、地方公務員法第37条Ⅰ項、第61条4号は、積極的に争議行為を指導した者に、刑事制裁を科することにしており、公労法の精神とちがっている。

従って、「昭和24年6月1日から施行された公共企業体等労働関係法では、国鉄、専売公社はいわゆる公共企業体とよばれ、その職員は、一切の争議行為を禁止されたけれども、その違反に対しては、刑事制裁に関する規定を欠き、同法に違反する行為をしたことそのことを理由として、同法によって刑事責任を問われることはなくなった」のである。すなわち、公労法は刑事制裁に関して、「なにも規定していない」(法の欠缺がみられる)のである。

今、引用した昭和41年の大法廷判決は、「公労法は刑事制裁に関して、なにも規定していないから、これを科さない趣旨である」と判断したが、さきの昭和38年の第二小法廷判決は、これとは逆に、なにも規定していないが、公労法第17条で、「争議行為を禁止され、争議権自体を否定されている以上」刑法第130条の罪(住居侵入罪)が成立する、という驚くべき判断を示した。⁽⁸⁾池田裁判長以下の昭和38年3月15日の第二小法廷の裁判官には、ストライキは犯罪であるという、時代おくれの法感覚がみいだされるのであり、最高裁が、多くの批判をうけいれて、昭和41年の大法廷で、このあまりに前時代的感覚を多少なりとも斥けたことは、当然だったといえる。だが大法廷判決も、公共企業体等の職員の争議行為が刑事制裁の対象とならないということを内心からみとめたわけではなく、「刑事制裁に関する規定が欠けている」「なにも規定していないからこれを科さない趣旨である」とのべているにすぎないことに留意する必要があるだろう。国家公務員法や地方公務員法と比べた場合、公労法には欠缺があるというのが、大法廷にあっても基本的な立脚点だったと思われる。

ここで、大法廷が、公労法の欠缺をみとめたこと、これは、なお問題を含んでいるといわなければならない。なぜなら、公労法の刑事罰の規定が「欠けている」という前提は、さきの第二小法廷の前提と相違しておらず、一方が「規定されていないが罰したい」としたのを、他方が「規定されていないから罰しないという趣旨だ」と変更したにすぎないのであって、公労法には刑罰規定が欠けているという前提には、依然として公企体等職員の争議行為を犯罪視する法感覚が(薄れているとはいえ)なお残存しているからである。

このようにみてくると、二つの同位の法令が矛盾しあう場合、①一方の法令(上の例では公労

法)に欠陥があるという解釈は、イデオロギー的なものであること、②欠陥の存在をみとめた上で「規定されていないから罰しない」とするか「規定されていないが罰する」とするかは、全く裁判官の自由に委ねられているということが理解できる。

ここに「法における欠陥」の問題の問題性があるといわなければならない。以上、法の欠陥と思われる三つの場合をとりあげてみた。だが以上三つに尽きるとはまだ断定できない。

3. 法の欠陥を考察するためには、二つの側面から、法の欠陥とおぼしき現象に接近しなければならない。

第一は、そもそも法には欠陥が存在しうるのかという理論的、法哲学的な側面からである。そして、法に欠陥が存在するとしたら、いかなる場合に欠陥が存しているかを、帰納的、経験的に確かめてゆかなければならない。

第二は、法に欠陥ありとすれば、これを補充すべきか否か、もし、補充すべきだとすれば、いかなる機関が、いかなる方法でもって補充すべきかという実践的、政治思想的な側面からである。この場合、近代国家の政治原理とされている、裁判官に法創造を禁止する権力分立理論の有効性を明らかにしなければならない。

この二つの側面からの接近によって、法の欠陥とは何かという法の欠陥の本質、ならびに法の欠陥の存在を肯定する主張の果す役割をある程度まで明らかにしうるであろう。

ところで、本稿では、これまでのところ、法の欠陥という場合の「法」とは何かについて、明確な定義を与えずにおいた。本稿でとりあげた事例がいずれも、立法者により制定された制定法(Gesetz)であることから、とくにことわらない限り、「法」とは Gesetz のことでもあると考えていただきたい。

だが、法 Recht と法律 Gesetz を区別した上で「法」Recht とは法律(Gesetz)を指導し、これを拘束する強制的社会規範である、とする考え方も、ドイツの法思想では伝統的である。この際、法(Recht)は、先験的であり、法律の精神のごときのものであるとまで極言するならば、ガソリンカー転覆は、法律 Gesetz によっては禁止されていなくても、法 Recht によって禁止されている、という主張が成立し、「法律には欠陥が存在するが、法には欠陥が存しない」とする法欠陥論(チーテルマン)も登場してくるのである。⁽⁹⁾従って、法欠陥肯定論(法の欠陥の存在を肯定する理論)とか、法欠陥否認論とかいう場合には、そこで表象されている「法」とはどんなものか、も分析しなければならない。

このように、法欠陥の問題を考察するにあたっては、個々のさまざまな法欠陥論を、その背後にある法思想との関連で検討する必要がある。すなわち、法の欠陥の問題は、単に欠陥をいかにして補充するか、という技術的な問題だけにとどまらず、法とは何か、という、法の根本問題にかかわっているのである。

II

1. 法欠陥論と、法思想とのむすびつきを解明するために、我々は、ドイツにおける法欠陥論の展開を考察の対象とすることを、さしあたりの任務としたい。なぜならば、この考察すなわち、そもそも「法」には欠陥が存在しうるのか、存在するとすれば、いかなる場合に存在すると主張しうるのか、という上の第1の接近を先行させない限り、第2の接近、すなわち、法に欠陥ありとすれば、いかなる機関が、いかなる方法でこれを補充すべきか、あるいは、法の欠陥は補充すべきか補充すべきでないか、という考察は、無意味なものに終ると考えるからである。

2. とくにドイツをえらびとった理由は、ドイツほど近代国家のうちで、法の欠陥の問題を深刻に受けとめた例は見出しがたいと思われるからであり、⁽¹⁰⁾ また、ドイツの法思想、法理論は、第

2 次大戦後の今日においても、おそらくはその社会的・歴史的な相似性のゆえに、わがくにの法思想・法理論になお、つよい影響力をもっていると考えられるからである。

3. 我々は、さらに考察の対象を、とくにエルンスト・チーテルマンの「法における欠缺」の講演(1902)以後の法欠缺論に限定しようと思う。この講演が、法欠缺論の古典であることは、すでによく知られている。そして、19世紀から20世紀にかけてのドイツの法思想界での革新運動に嚆矢を放ったものであることは、あらためていうまでもない。⁽¹¹⁾

さて、チーテルマン以後、今日まで、ドイツの法欠缺論では、どのような点が問題とされてきたのであろうか。

III

1. ケルン大学正教授ウルリッヒ・クルークは、最近、ニッパダイ古稀記念論文集(1965)に寄せた「法の欠缺と法の妥当」と題する論文の最初の章で、これまでのドイツの欠缺論を整理しつつ、欠缺の問題の所在を次のようにのべている。⁽¹²⁾

2. クルークによれば、従来、法の欠缺については、次の三つの問題設定がなされてきた。

- (1) 法における欠缺とは何か?
- (2) 法における欠缺は、いかなる条件のもとであられるのか?
- (3) 法における欠缺は、いかにして除去されるか? (S. 71)

3. 法における欠缺とは何かについては、さまざまな解答が見出されるけれども、次の点では一致している。すなわち、ある事象類型(Sachverhaltstyp) St についての所与の法体系(Normensystem) N による規制(Regelung)が、期待されているにもかかわらず、N により規制されない St が存在するときは、N のうちに欠缺があるというのである。この期待の根拠は大ていの場合、「法感情」(Rechtsgefühl) のうちに見出される。

さまざまな種類の欠缺が、以下のように区別されてきた。

- (1) 真正の欠缺と、不真正な欠缺:

真正の欠缺(固有の欠缺ともいう)は、St の N による規制が、期待されていながら、そのないものである。これに対して、St が N により規制されてはいるけれども、この規制が誤っている(falsch) とみなされるものが不真正の欠缺(固有でない欠缺ともいう)である、とされている。従って、後者は、法政策的な、あるいは、批判的な法欠缺とも名づけられている。(S. 72)

- (2) 意図的な欠缺と意図的でない欠缺:

欠缺の種類をとり扱う際には、N を確定(festsetzen)するものの意志(Wille)が問題である。もし、彼が、欠缺の補充を、他者、例えば裁判所に委ねるとしたら、この欠缺は、意図的な欠缺である。だから、この欠缺は、意欲された(gewollt)あるいは、意識された(bewußt)欠缺である、とも呼ばれる。その反対概念は、意図的でない、意欲されざる、意識されざる欠缺である。(S. 72)

——ここでいう意図的な欠缺は、一般条項(立法者は、一般的な解釈基準、例えば借家法1条の2の「正当な事由」を与えるのみで、この条項の具体的適用は、裁判所に委ねるような条項のこと)に近いと思われる。しかしクルークはその点については論及していない。

- (3) 第一次的な欠缺と第二次的な欠缺:

第一次的な欠缺とは、N の成立によって存在した欠缺であり、第二次的な欠缺とは、これに対して、例えば、諸関係の追加的な変更によって登場した欠缺である。(S. 72)

- (4) 法律(Gesetz)の欠缺と法(Recht)の欠缺:

この区別にあっては、N₁とN₂という二つの異った規範体系があらかじめ存在するものとして前

提されている。これによって欠陥は、Stについて期待されていながら 欠けている規制が一体、 N_1 なのか、それとも N_2 なのかということで、分類されるのである。立法者により 発布された実定的 (positiv) な規範体系 N_1 は、法律 (Gesetz) であるとわかる。その際、法 (Recht) は、上位におかれた規範体系 N_2 であるとみなされる。従って法は、しばしば、超法律的 (übergesetzlich) であると呼ばれる。この考え方によれば法律とは経験的 (empirisch) な規範体系であり、それにもかかわらず、法は、非一経験的な (nichtempirisch) な、換言すればアプリオリな規範体系である。(S. 73)

(5) 暫定的な法律の欠陥：

この概念は、法律欠陥と法欠陥との区別の上にたてられる。それゆえつねに、二つの規範体系が前提されており、しかも実定的な法秩序 N_1 と、超実定的な法秩序 N_2 とが前提されている。「暫定的な法律の欠陥」(エンギッシュ)は、Stにのぞましい N_1 の規制が欠けているときに存在する。しかし、この欠陥は、 N_2 の助けによって補充せられるのである。それゆえ、ここでは、法 (Recht) の欠陥でなく、暫定的な法律 (Gesetz) の欠陥が、問題とされなくてはならないのである。(S. 73)

(6) 内在的 (immanent) 欠陥と、超越的 (transzendent) 欠陥：

この二つの欠陥も又、 N_1 と N_2 という二つのこととなった規範体系の存在を前提する。けれどもこの二つの欠陥にあっては、Sについての、一つのかつ同一の 規範体系 N_1 の 規制がのぞましいのに欠けていることが問題なのである。内在的な欠陥は N_1 から生じるが、超越的な欠陥は N_2 から生じる。 N_1 を例えば実定的な法律 (Gesetz) とし、 N_2 を自然法としたならば、今問題になっている区別が語られていることになっている。内在的な欠陥においても、又超越的な欠陥においても、法律の欠陥が問題になっており、法律によるSの規制のないことが問題になっているのである。法律そのものに、Sについて規制することを期待しえないときに、内在的欠陥といわれる。これに反して、超越的欠陥は、欠陥あるものとみなされた法律そのものに、Sへの規制が期待しえないときに存在するのではなく、自然法にSへの規制が期待しえないときに生じる。この両者の場合ともこの例のわく内では、法律の欠陥ではあるが自然法の欠陥ではないのである。(S. 74)

(7) 欠陥と法なき (法の拘束をうけない) 空間：

この両者の区別については、法的な規範化には手のとどかない、それゆえ、法が、からっぽな、そういう領域が存在する、という点では一致しているが、その区別は、困難である。エンギッシュは、次のような提議をしている。それによれば「ある関係あるいはその他の事態が、法的には禁止されず、許容されず、命令されず、是認されず、非難されていず、すなわち、構成要件の対象でもなく、法効果の内容でもないとき、そのとき、そしてそのときにのみ、法なき空間について語ってよい」というのである。(S. 74)

(8) 衝突欠陥 (Kollisions-Lücke)

ある規範体系の二つの規範が、どの規範を適用すべきかが規定されずに、相互に矛盾しあい、相対立しあうとき、衝突欠陥が生ずる。同じ規範体系Nに属する二つの規範が、矛盾しあいながら、同時に妥当するということは、論理的には不可能なことである。(S. 74)

(9) 多くの人が、欠陥の特殊な種類とするものに「技術的欠陥」がある。それは、規範定立者が、同時に、それに近い状態 (Ansgestaltung) を規定することなしに、一般的 規範を指示したときに存在する。例えば、ある手数料の計算がなされねばならないのに、この手数料の徴収をどの機関がなすのか、を規定していない場合である。この技術欠陥は法内部の欠陥 (Lücken intra legem) (マイヤー=ハイヨツ他) と同じである。

3. 従来の文献で扱われてきた、少からぬ数の欠陥の種類を、ふりかえってみると、「いかなる条件の下で、法における欠陥があらわれるのか」という問題に対して、さまざまな解答がなされて

いることにかまわずにおくわけにはゆかない。ここでは、法哲学における法実証主義の問題に対する立場が、決定的なものと考えられるのがふつうである。

(1) 実証主義を拒斥し、経験的な、立法者の立法行為から独立した超法律的——超実定的な、法(Recht)が存在する、という点から出発するか。法理論にあっては、法の欠缺は存在せず、ただ、法律の欠缺のみが存在しうる、と一般に理解されている。

欠缺問題を、原理的にばやかしてしまうこの理論の哲学的基礎は、あらゆる存在(Sein)には、意味(Sinn)すなわち目的(Telos)が存する、となし、かつ、その結果、あらゆる人間の行態(Verhalten)が、かの意味に適合するか否かを決定することが、可能であらねばならぬ、とする形而上学的な仮説である。それゆえ、あらゆる行態は、原則的に、目的論的な総括によって、正しい(richtig)か、さもなければ不正である(unrichtig)であるかのいずれかでのみありうる、ということになる。(S.76). 例えばシュタムラー(Stammler)の考えはこれに似ている。これと似た方法で、欠缺問題を除外している超実定法の理論が、他にもある。その目立った例は、ナチスの法理論である。さらに、弁証法的な唯物論、最後に徹底した自然法が、法の無欠缺性から出発していることは、自明のところである。

(2) 「法実証主義」の立場からは、法欠缺が存しうるのか、それとも、法秩序はつねに欠缺なきもの、そして、自足的なものと考えられねばならないのか、という二つのとらえ方は、区別される。この二つのとらえ方は、次のように主張する。

a) 例えば、ナヴィアスキ(Nawiasky)は、実定法の基礎にたつて、法欠缺の可能性を、こうとらえる。彼は、法律を適用してこたえねばならぬところの問題、について、何らの解答もみいだせないことがありうるということを、ためらうことなくみとめつつ出発する。この理論では、判決を受くべき同等な個々人の諸利益が互に対立関係にあるとき、「真の」欠缺がある、とされる。これに反して、客観的に又、正義の観点からみて、適当と思われぬゆえに、ある特別のケースについては、規制が見出されないとき存在する欠缺は、「不真正な」欠缺である。不真正な欠缺の問題は、法的な問題でなく、法政策的な問題である。このナヴィアスキと同様に、この問題について実証主義の立場から出発して、裁判官には、裁判拒絶が禁止されているから、法は「無欠缺の全体」(ein "lückenloses Ganzes")であり、法律のみが欠缺をもつとするのが、チーテルマンである。(S.77).

b) ケルゼン(Kelsen)は、——同様に法実証主義の立場に立ちつつ——この種の理論を誤り(verfehlt)とする。しかも、彼は、次のような理由にもとづいてそういうのである。すなわち、通常の欠缺理論によれば、どの一般的な法規範も、一定の具体的な(konkret)ケースに関係しないときには、現行法は一定の具体的なケースに適用しえないという。そこで、ここから、必然的に伝統的な欠缺論は、係争中の事件について判断を下さねばならぬ裁判所は、適当な(entsprechend)法規範によって、かの欠缺を補充しなくてはならぬ、という。この議論の本質は、当然あるべき前提、すなわち、一般的法規範が欠けているからして、現行法の適用は不可能だ、という点にある。ケルゼンによれば、この理論は正しくない。けだし、この理論は、法規範が個々人に一定の行態への義務を何ら制定していないならば、法規範は、この行態を許しているのだ、という構成要件についての無智にもとづいている、からである。それゆえ、法適用は、論理的には(logisch)排斥されていないのである。(Kelsen Reine Rechtslehre 2. Anfl. 1960. S. 251). ケルゼンによれば、いわゆる技術的欠缺さえみとめえない。ケルゼンは、法律が、選挙手続を規定せずに、ある機関の選挙を規定しているような場合には、いかなる選挙手続をとってもよいのだ、とのべている。(S. 77) つまり、彼は(この例の選挙の規定にみられるような)規範の不確定性(Unbestimmtheit)というのは、多かれ少かれ、抽象的・一般的な規範のわくとしての性格(Rahmencharakter)から生じるのであって、何ら、特別のことではない、というのである。(S.78)

(3) 法実証主義についての議論上の立場には無関係に、実定的な法秩序の無欠缺的自足性が肯定されるのは、偶然的なことである、とエンギッシュはのべている。すなわち、フランス民法典（Code civil）第4条のように裁判官の裁判拒絶禁止（Rechtverweisungsverbot）が存在するときは、欠缺は有しない。けれども、この拒絶禁止は、a priori に妥当するものではなくて、裁判拒絶禁止は、あらゆる法秩序の必然的な帰結ではない、とエンギッシュはいうのである。（S.78）

4. 法における欠缺は、いかにして除去されるか、という問いについては、多くの解答が試みられてきた。ここではただそのいくつかをとりあげるにとどめる。（S.78ff）

(1) たいいていの場合、まず一定の伝統的・論理学的な推論形式をこころみることがよいとされている。ここでは、とくに、類似推論（argumentum a simile）及び反対推論（argumentum e contrario）が考えられているのである。

(2) 法律に関連して、このような或いはこれに似た論証で、欠缺を補充すること、すなわち、その際、一般的な格率（Maximen）をひき出すことは、うまくゆかない。このような格率とされているのは、次のようなものである。すなわち、法の一般原則・法秩序の精神・一定の社会的グループの価値づけ・正法・法理念・自然法、等、（エンギッシュ）。である。

(3) 立法者自身でさえも、たまには、欠缺がいかにして補充さるべきかについて、見解を明らかにしていることがある。この点についての最もよく知られた例は、スイス民法典第1条である。その第2項、第3項ではこうのべられている。「法律（Gesetz）に何らの規定（Vorschrift）もないときは、裁判官は、慣習法に従って裁判し、慣習法もまた存在しないときには、自分が立法者として規定（aufstellen）するであろう規則（Regel）に従って裁判しなければならない。その場合、裁判官は、確証された（bewährt）学説及び判例に従う。」⁽¹⁴⁾

(4) かような事情の下では、欠缺を補充することは、有意義なことである。ニッパーダイによれば、変更的法発見に考慮が向けられる。彼は、かかる活動、すなわち、適用領域を局限する活動を、制限（Restriktion）と呼んでいる。それは、法律（Gesetz）においては、不完全にしか表現されていない法思想の改善に役立つべきである（ニッパーダイ）。ここでは、欠缺補充より、欠缺創造（Lückenerzeugung）が先行するというこの思想は、方法論的にみて、注目に値するものである。（S.79）

IV

1. 以上のようにU・クルークは、ドイツの（一部分スイスの）法欠缺論の概観を、与えてくれている。これまで、できる限り忠実に紹介してきた彼の論述はドイツ法欠缺論の展開の研究にあたって、重要な手引きとなるであろう。クルークの整理の不充分さや、あるいは、細部での誤りの指摘及び、クルークの欠缺論の検討は、いずれ後の機会に待つことにして、ここではクルークの論述を手がかりとして、今後の研究の一応の展望をひき出しておこう。

2. 我々の研究は、次のような展望に立ってすすめられるであろう。

(1) 自然法思想と、法実証主義の対立の把握

クルークも又、法欠缺の背景を、ドイツの法思想の動きにもとめている。彼は、そこで、自然法思想と法実証主義の対立を、きわだたせ、自然法論は、「法の欠缺性を原理的にぼやかすものだ」ときめつけている。だが、マルクス主義法学や、ナチ法学を、自然法思想と、同列におくことは、これらの二つの法思想が、実力による法の変革という法実力説をとっており、自然法思想の最も有力な潮流は、法実力説を斥けることからみて、問題が残ると思われる。

他方、法実証主義の立場にたちつつも、法律には、欠缺があるが、法には欠缺なし、とするチーテルマンや、また、技術的欠の存在すら否認するケルゼンの如きは、法の欠缺性を否定しているわ

けであるから、法実証主義を名のる学派がすべて、法の欠缺性を主張するものではない（法の欠缺性を原理的にばやかそうとしないわけではない）といえる。

従って、法の欠缺性についての法思想の対立を、自然法思想と法実証主義にもとめるのは、一応の便宜的な方法に過ぎないと考えておかねばならないだろう。⁽¹⁵⁾ 結局問題はやはり、マルクス主義法学、ナチス法学あるいは、チーテルマンやケルゼンが、「欠缺なきもの」とみていた「法」とはどのようなものであり、またチーテルマンが「欠缺あるもの」とみていた「法律」はどのようなものである、とされていたかを、個々の明らかにしてゆかなければならない、ということになる。

(2) 法欠缺論の哲学的基礎の解明

クルークは、自然法思想（法実証主義の対立概念としての）は、「あらゆる存在（Sein）に意味（Sinn）すなわち目的（Telos）が存在する」となし、「あらゆる人間の行態（Verhalten）が、かの意味に適合するか否かを決定することが、可能であらねばならぬとするという形而上学的な仮設」を哲学的基礎としている、とのべている。だが、仮に、クルークのこの理解が正しいとしても、以上紹介してきた限りでは、クルークは未だ、法実証主義の哲学的基礎を明らかにしていないのであるから、法欠缺論の哲学的基礎を全面的に解明しつつしているとはいえない。それゆえ、この解明は、今後の研究の課題とならなくてはならないだろう。

(3) 「裁判の拒絶禁止」の実定性と、「わく」としての性格にもとづく一般的法規範の不確定性

法実証主義の立場にたちつつ、「法」の無欠缺を主張するチーテルマンにあっては、「裁判官は、裁判拒絶が禁止されているから、法は無欠缺の全体である」とされている。また、やはり法実証主義の立場にたつケルゼンは、構成要件の理論たるものを主張して、一般的（抽象的）法規範の不確定性が、法の欠缺という現象を排斥している、とのべている。

だが、エンギッシュが疑ったように、「裁判の拒絶禁止」の規定には、どれほどの実定性があるのだろうか。また、一般的（抽象的）法規範は「わく」としての性格をもち、その不確定性は法の欠缺を防止しうるものなのだろうか。ケルゼンの理論からは、刑法第245条（本章ノ罪ニ付テハ電気ハ之ヲ財物ト看做ス）の規定の成立以前の電気窃盗は無罪であり、ガソリンカー転覆は無罪であるという、我々の法感情には容易になじみがたい結論が出てくるのではなからうか。これらの点についての考察も要求されるであろう。

(4) 「真の欠缺」の原型性

法欠缺論は、チーテルマンの「真の欠缺」の概念から出発していることは、クルークの以上の説明からも理解されるであろう。そして欠缺の種類をめぐる煩わしい議論が、実は欠缺補充の態様、欠缺存在の条件、欠缺の本質に関する議論と表裏の関係にあることが、了解できるであろう。従って、研究の時間的順序は、一応考慮の外に置いて、我々の研究は、さしあたり、チーテルマンの「真の欠缺」の概念を、原型とみて、この原型にいかなる修正が加えられてきたか、又加えられようとしているか、という方法で追跡するのが適当だと思われる。⁽¹⁶⁾

以上のところで、研究の方法まで含めた一応の研究の展望をひき出しえたと思う。

3. かかる展望をもって、ドイツの法思想の運動の中で、法欠缺論がいかに展開されてきたかの考察を企てんとする我々は、今、研究の出発点にのぞんで、アイスキュロスのことばと伝えられるあの格言を思いおこすべきであろう。「ところで知識は必然よりも遥かに無力なものである。」法もしょせんは、知識の一種たるにすぎない。それは、19世紀から20世紀にかけての資本主義経済の急速な発展にともなう、複雑多岐にわたる社会事象の必然の前では余りに無力なのではなからうか。⁽¹⁷⁾ 現代に生きるべき法思想が、もはや、これまでの自然法思想や法実証主義ではないとしたら、これ迄の法思想への批判の眼と、かの「必然」を把握しうる哲学とを、我々は、用意してかかるねばならないであろう。（1967. 9. 27）

註(紙数の関係で最少限にとどめる。)

- (1) Die Geschlossenheit der Rechtsordnung.
- (2) 法の欠陥の発見は、チーテルマンの例で明らかなように、法解釈の方法への反省をきっかけとしている。
(E. Zitelmann, Lücken im Recht, 1903, S. 10 ff.) 従って、法欠陥論の検討は、法哲学・法思想史の課題であるとともに、法解釈方法論の課題でもある。
- (3) 川島武宜教授は「『隔地者』とは、表示が即時に到達しない相手方をいう。」としている(『民法総則』昭40. 法律学全集17. 215頁。)この隔地者のドイツ語にあたるものは、Abwenderで、Anwenderに対立する。ここには、外国法典の用語を不用意に日本語に翻訳した一例が見出されるであろう。但し、ドイツ旧商法にあっても、同様の問題があったことについては、Zitelmann, a. a. o. S. 10.
- (4) 「……同条に定むる汽車とは、汽車は勿論本件の如き汽車代用の『ガソリンカー』をも包含する趣旨なりと解するを相当とす。」(大審院昭15. 8. 22判決, 刑集19—15—540)
- (5) 例えば、岡藤重光「刑法各論」(昭36)19頁。参照。
- (6) 以下引用する事例については、もと法制局長官、林修三氏の「法令解釈の常識」(昭34)を参照させていただいた。
- (7) これらの原理をラテン語で示せば
 - (a) lex posterior derogat legi priori
 - (b) lex specialis derogat legi generali
 - (c) lex superior derogat legi inferiori
 「しかしながらこれらの規則も論理的に自明のものであるとはいえない」とK. エンギッシュも述べている。
(K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1959. 2Aufl. S. 156)
- (8) 引用は、労働旬報社発行「東京中野事件最高裁大法廷判決全文(付: 3. 15判決全文)」による。
- (9) E. Zitelmann, a. a. o. S. 9.
- (10) フランクフルト＝マインの正教授であるA. Luderitzは、「アングロアメリカ的理論と実践はごく稀にしか、そして、ついではしか、gap filling について語らない。」ことを明らかにしている。Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 401 (1966)
- (11) 「ここにおいて、チーテルマンの理論が活動を開始するのであって、その主要構成部分は、プリンツがうすうすと気づいていた。そして、不十分ながら解答を与えておいた、そういう問題の解明にあてられている。」(H. Herrfahrdt, Lücken im Recht. 1915. S. 7)
- (12) Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. geburtstag I (1965) 中の“Rechtslücke und Rechtsgeltung.” S. 71 ff. 本文中のS. —の数字は、その論文集の頁数を示す。なおKlug自身が附している引用註は紙数の都合で省略することにする。
- (13) Code civil art. 4の全文は次のとおりである。Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffiance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. (法律がその場合について言及していないとか、法律が不明瞭あるいは不十分であるとかの口実の下に、裁判を与えることを拒絶する裁判官は、司法拒否の罪で訴追されることができる。)
- (14) わがくにでこの規定にあたるものと、ふつうされているのは、明治8年の太政官布告(103)第3条で、民事の裁判につき、成文法のないときは、慣習により、慣習法もないときは「条理」によると定められている。
- (15) ラードブルフのように、ドイツの最近の法思想の発展を、欠陥論との関係で、法実証主義と自由法運動との対立においてとらえようとする試みも有力である。「実証主義的解釈論は、法の基本原理に、すなわち裁判拒否と、法創造禁止から法の要請としての法秩序の自足性が明らかになることに、基礎をおいていたが、自由法運動は、かかる自足性にあっては問題になるのはただ一個の要請または一個の擬制にすぎないことを、論理的・心理的方法で明示することからはじまった。」(G. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie 1947. Vandenhoeck S. 80) なお、法の欠陥の問題が、近代法思想の革新の契機であったことは、今引用したラードブルフのことばかりでも読みとれるであろう。
- (16) クルークは触れていないが、欠陥の種類としてとえられているものに、K. Larenz(一時は、ナチの代表的な法理論家であった)の「開かれた欠陥」(offene Lücke)と「かくれた欠陥」(verdeckte Lücke)のような区別もある。(Methodenlehre der Rechtswissenschaft 1960. S. 279ff.) 例えばラレンズの、ヘーゲル的なわかりにくい欠陥理論を解明するためには、チーテルマンの「真の欠陥」と「不真正な欠陥」の区別を、どう修正しようとしているのか、を分析することが、ラレンズ理論に接近する最も容易な方法であろう。
- (17) もちろんこのことは、何も資本主義社会に限ったことではなくて「法律の制定が古くなり、その性能も衰えてくると、解釈の機能は却って高まり、解釈の方法も複雑になってくる。」(故栗生武夫教授「法の変動」昭12・昭23版による。51頁。)更に、法の性能の衰退をもちや「解釈」によって弥縫しえなくなったときに「法の欠陥」の問題も登場してくることに注意すべきであろう。