

司法における法創造について

——内縁判例をてがかりに——

伊 佐 地 隆 人

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

目 次

1. はじめに
 - (1) 本論文の目的
 - (2) 「法創造」の概念
 - (3) 本論文の構成
2. 司法における法創造と思われる事例
 - (1) 司法における法創造の分類
 - (2) 内 縁 判 例
3. 司法における法創造の必要性
 - (1) 立法府がすべてを予測して法律をつくることの技術的な困難性
 - (2) 立法府による法制定のスピード
 - (3) 裁判拒絶の禁止
 - (4) 法改正では急激な変革もたらされる
 - (5) 民主主義から“こぼれ落ちる少数者”
 - (6) 平等の要請
 - (7) 制定法の耐用年数
4. 司法における法創造の問題点
 - (1) 権力分立との関係
 - (2) 法の支配と人の支配
 - (3) 民主主義との関係
 - (4) 予測可能性と遡及効
 - (5) そ の 他
5. 法の欠缺について
6. H・ケルゼンの法理論
7. H・L・A・ハートの法理論
8. R・ドゥオーキンの法理論
 - (1) 司法的裁量論批判
 - (2) 意味論の毒牙

- (3) 構成的解釈
 - (4) 「インテグリティとしての法」と原理の共同体
 - (5) 基底主義的整合説と非基底主義的整合説
9. 事例検討
- (1) H・ケルゼン
 - (2) H・L・A・ハート
 - (3) R・ドゥオーキン
10. おわりに——若干の考察——
- (1) 権力分立との関係
 - (2) 法の支配と人の支配
 - (3) 民主主義との関係
 - (4) 予測可能性と遡及効

1. はじめに

(1) 本論文の目的

「司法における法創造」¹⁾とは裁判所が具体的紛争を裁定する際に行う法創造のことである。通常、多くの判決は制定法の適用と考えられている。カードーズによれば、法原則が比較的明確であり、決まりきった判決を下さざるを得ない場合が大多数であり、そのような比較的単純なケース (easy case) は「10分の9、おそらくそれ以上」にのぼるといふ。しかし他方、法が不明瞭な指針しか示していない少数の事件が存在する。このような議論の余地があるケース (hard case) においては、裁判官が立法者的な機能を営むことになる²⁾。

しかし、司法における法創造を認めるのは、国家統治に関わる権力分立原則に反するのではないか。また、立法府が法をつくり出すことができるのは民主主義の要請が及んでいるからであり、裁判所にはつくりえないのではないか。さらに、裁判を受ける当事者からすると判決で突然法が現れることになり、当事者がその法を知ることが事前にはできない状態で遡及的に判決が下されるという不意打ちになるのではないかなど様々な問題が指摘される。

法は秩序維持のために安定性が必要とされる一方、社会はつねに変化しているのである。現代でも技術発展により、例えば生命倫理問題やネット関連においてこれからも社会変化に立法が間に合わないことにより、様々な難解な事案が起り、それらについても司法的裁定が求められるとみてよいであろう。そのようなときに必要とされる司法的法創造をどのように位置づけたいのであろうか。

本論文では、司法における法創造を法理論がどのように位置づけているかを探りたいと思う。したがって、司法における法創造を法動態学的に捉え、その要因を明らかにしようとするものではなく、法理論的アプローチにより、法内在的な論理の解明を試みる。そして、従来「司法的裁量論」として議論されてきたこの問題を、特に司法的法創造論の観点から吟味し直したい³⁾。

(2) 「法創造」の概念

表題で「司法における法創造」という言葉を題名に用いているが、そもそもこの問題領域においては、「法創造」か否かが争点になっている。つまり、裁判所は法を「創造」しているのか、法を「発見」しているのかについて絶えず争われてきたことに加え、「創造」というと0から1を創り出すようなニュアンスに感じ取れるが故に、法の「形成」と示す場合もある。このように、どう呼ぶかも確定しにくい領域を研究対象とするにあたって、本論文では特に記述がない限り「法創造」と統一してあらわすことにする。これは私のこの問題への出発点として「裁判所が法をつくっているのではないか」と疑問を持ったこと、また、司法における法創造という言葉の方がこの法実践の性質を一言で際立たせることができるのではないかと考えるためである。

(3) 本論文の構成

本論文の構成は次の通りである。まずどのような事例を念頭に「司法における法創造」を論じるのかを示すために、具体的な例である「内縁判例」を取り上げ、判例の流れと内縁法理の形成を述べる。次に、司法にお

ける法創造の必要性・意義について示した後、その問題点を示すことにする。そして、法理論を検討する前提として、司法的法創造がとりわけ必要だと考えられる「法の欠缺」についてその対象範囲を明確にし、法欠缺を認めるか否か、また司法における法創造を肯定するかどうかについて理論的説明の違いを取り上げたい。検討の対象とするのは、H・ケルゼンの「枠の理論」、H・L・A・ハートの「法の開かれた構造」と「ルール概念」理論、および、R・ドゥオーキンの「インテグリティとしての法」の理論である。これら理論は、いずれも今日の法実務に影響をおよぼしているところであり、注目に値する。本論文では、それぞれの理論的特性を明らかにした上で、検討のてがかりとした内縁判例を各理論がどのように説明し得るかを考察することにする。とりわけ従来の見解と一線を画するドゥオーキンの法理論については詳しく論じたいと思う。司法実務を考慮するとドゥオーキンの法理論は十分示唆に富むと思われる。しかしその上で、法の支配理念との関わりにおいて問題がないか、その妥当性や適切性について批判的考察を試みてみたい。

2. 司法における法創造と思われる事例

(1) 司法における法創造の分類

まず、司法における法創造を分類した一例⁴⁾を以下に示す。もちろん、このような事例のどれを法創造と考え、または法創造と考えないかこそが重要な問題であり、本論文でも追究するところである。以下に分類と例を挙げるのは、どのような具体的な事例が法創造の問題になり得ると考えるかを最初に示すためである。

㊦ 法文に規定のなかった一般法理の定立

例えば、信義誠実の原則、権利濫用禁止の法理などは判例によって形成された法理を、昭和22年の民法改正に際して立法したものである。

① 社会の実態に適合する法の創造

法文の規定のない分野において、社会の実態に適合するような法が判例によって形成されることがある。例えば、譲渡担保、内縁の保護などがこれに当たる。

② 抽象的法規範の具体化

法文が不特定概念を用いて裁判官の法規拘束を緩和している場合、例えば、公序良俗、婚姻を継続しがたい「重大な事由」などがこれに当たる。

③ 他の法文の類推適用などに仮託することによる制度の補完

例えば、民法94条2項の類推適用と登記の公信力、不法行為訴訟における弁護士費用の賠償と訴訟費用などがこれに当たる。

④ 法文の実質的修正

法文を単純に文理解釈すると、具体的妥当性を欠く場合があり、例えば、民法612条などがこれに当たる。

⑤ 法文の空文化

判例によって法文が実質的に空文化されることも稀にある。例えば、旧利息制限法1条2項などがこれに当たる。

上記の分類に関しては、司法における法創造を広範に認めた上での分類だと考えられる。重ねて確認するが本論文では、これらすべてが法創造だという前提で記述していくわけではなく、このように分類されることがある領域について「そもそもこれが法創造なのか」ということも含めて検討していく。また、上記のように分類されることがあるということを示しただけに過ぎず、この分類に沿って論文を進めていくわけではない。ここで留意しなければならないことは、司法における法創造を広く認めていくと、判決全てが法創造となっていくことになる。逆に、司法における法創造を一切認めず、裁判所は常に法発見をしているだけという主張もあり、それだけ幅広い議論がなされている問題となっている。

さて、どのような法実践について本論文で論じるのかを具体的に示すために、上記分類では「④ 社会の実態に適合する法の創造」とされている、内縁についての判例、制定法の変遷について取り上げることとする。これは、内縁判例について、広中俊雄の『民法解釈方法に関する十二講』においては「欠缺補充としての法創造」に当たるとされており、「類推適用」や「一般条項の利用」などの事案よりも司法における法創造の問題であることが認識しやすいと考えるからである。しかし、断っておきたいのは本論文は内縁判例が「欠缺補充としての法創造」であるとか、「社会の実態に適合する法の創造」であるとかを先に結論付けて読み解こうというものではなく、あくまでそのように分類されることがある法実践を後に挙げる法理論からどのように説明できるのか探究するものである。

(2) 内縁判例⁵⁾

1898年に公布・施行された民法は775条に「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ生ス」と定め、778条で「当事者カ婚姻ノ届出ヲ為ササルトキ」の婚姻の「無効」を宣言した。ここで打ち出されたのは、届出のなされた夫婦結合のみを法的に保護されうる夫婦結合とする姿勢であったと考えられる。この姿勢を法典調査会で梅謙次郎起草委員は「届出ト云フモノカ婚姻成立ノ要素ニナツタ以上ハ其要素ヲ欠イテ居ルモノハ最早私通テアツテ婚姻テハナイ然ウシナイト私通ト婚姻ノ境界ト云フモノカ少シモ立タナイノテス」と説明し、届出のない点を除いては婚姻関係と異ならない夫婦結合としての内縁が、法的保護を否定された⁶⁾。

起草者は、国民はしだいに儀式を挙げる日に届出をするようになると推測していたが、現実には違った。当時は家制度が支配的な社会であり、人々は結婚式を挙げても、妻が嫁としてその家にふさわしいと判断されるまで、あるいは跡継ぎの子を懐胎・出産するまで届出をしないという慣行があった。また、制度としての婚姻に無関心で必要性が認識されておらず、届出をしない者もあり、届出の有無で婚姻と私通を区別し、前者だけを保護するという政策は現実に適合しなくなっていた⁷⁾⁸⁾。民法典施行後まも

なく、内縁を不当に破棄された当事者の救済をどうするかという形で問題提起がなされはじめ、若干の曲折を経て1915年に、大審院民事聯合部判決が登場した⁹⁾。この判決では、内縁関係を将来において適法な婚姻をすることを目的とする婚姻予約であると構成し、この予約に正当な理由なく違反した場合は、婚姻予約の債務不履行責任を認めた¹⁰⁾。1930年代以降、学説上は、内縁を「婚姻に準ずる関係」として保護すべきであるという立場から1915年の「婚姻予約」判決を批判する傾向が表れてくるが、1910年代当時、民法典は届出のない夫婦結合を法的に保護しない立場をとっているという考え方であったため、制定法に反する解釈を取らざるを得なくなる「準婚」的な内縁保護という理論をとれなかったと考えられる。1915年判決は、民法典で意識的に規定が設けられなかった婚姻予約について欠缺補充を行うという方法により、反制定法的解釈を裁判所がとらずに内縁の不当破棄に基づく損害賠償についての規律に役立ちうるルールの導入を図ったと考えられる。

その後、主として内縁の妻に社会法的保護を与える目的で内縁関係を民法以外の制定法がとりあげはじめた。例えば、1923年の工場法中改正法律では、「職工自己ノ重大ナル過失ニ依ラスシテ業務上負傷シ、疾病ニ罹リ又ハ死亡シタルトキハ工場主ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ本人又ハ其ノ遺族ヲ扶助スヘシ」と定めていたところに「本人ノ死亡当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」を付け加えた。他にも、恩給法改正、母子保護法などがある。また、戦後「配偶者」の語への括弧書きによって内縁の「準婚」扱いをあらわす法令が続出した。

1958年4月11日、最高裁判所は内縁不当破棄の事案で次のように判示した。「いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない。そして民法709条にいう『権利』は、厳密な意味で権利と云えなくても、法律上保護せらるべき利益があれば足りるとさ

れるのであり、内縁も保護せらるべき生活関係に外ならないのであるから、内縁が正当の理由なく破棄された場合には……不法行為の責任を肯定することができるのである。されば、内縁を不当に破棄された者は、相手方に対し婚姻予約の不履行を理由として損害賠償を求めることができるとともに、不法行為を理由として損害賠償を求められるものといわなければならない。』¹¹⁾

広中によれば、複数の制定法に「準婚」扱いがあらわされたが、民法においては1915年判決当時から実質的変更が加えられていなかった。だとすると、民法だけを視野において考えれば1958年判決は反制定法的な法形成をもって論ずべきもののようにもみえる。しかし、1920年代以降の諸制定法（それらの底流をなすいわば法理念）をも視野に入れて考えれば、かならずしも反制定法的にはならず、法の欠缺を補充したようにも考えられるということである¹²⁾。

このように、一つの具体例を取り上げても多様な問題が浮かび上がってくる。以下では内縁関係についての判例と法理の形成を念頭に、司法における法創造についてその良し悪し、またそもそも法創造がなされているのかについて検討していく。

3. 司法における法創造の必要性

さて、司法における法創造については様々な点が問題とされ、その点については後に示していくが、まずは「なぜ法創造とみられる判決がなされるのか／求められるのか」について先に示すことにする。この必要性自体が司法における法創造を認める理由になるという論述も多く見受けられるが、現時点ではフェアにその必要性を記述するにとどめる。

必要性を議論する上で外せないのは「法の欠缺があるから司法における法創造が行われる」という見解であるが、これについては後述するため本章では示さない。

(1) 立法府がすべてを予測して法律をつくることの技術的な困難性

立法府が、すべての法の問題に気を配り、適時にしかるべき立法をするということは、現実的には考えられない。というのは、立法府は、立法のほか国政の監視という重要任務を持っているのであって、もし立法府が微細な点にまですべての法形成にあたるということになったら、憲法が国会に期待している最重要な任務の一つである国政の監視に十分な時間を割きえないということになることが考えられる¹³⁾。

(2) 立法府による法制定のスピード

「わが国においては、新しい事態に対する立法的対処がきわめて緩慢であり、ばあいによってはむしろ怠慢でさえもあるということである……わが国においては、同じ成文法国家であっても立法的対応が機敏におこな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っそう大きいといわなければならない。」¹⁴⁾ という記述もある。立法府が制定法をつくることで国民のその問題に対する意識を高め、議論を活発化させる場合もあれば、新たな事態が起こった後に制定法の必要性が要求されて立法府がつくるというプロセスを踏むこともあるだろう。立法府は情勢を鑑みて法を制定していくため、立場によっては立法的対処が緩慢と感ぜられることも考えられる。

(3) 裁判拒絶の禁止

刑事法では罪刑法定主義が原則となっており、相対的に法創造の余地は少なくなるだろう。しかし、民事法においては裁判拒絶の禁止が重視される¹⁵⁾。これは、裁判所が問題に適用できる制定法がないと考えたときでも、裁判による救済を拒絶するべきではないとする考えである¹⁶⁾。このとき裁判所は類推解釈や反対解釈、ときには不文法から法を導き出すことをも考えられる。

(4) 法改正では急激な変革がもたらされる

何らかの新たな法的対処が必要であると広く認められているにもかかわらず、事実関係が流動的であったり、その対処の仕方について政治的ある

いは法理論的な意見の対立が激しかったりして、早急な立法措置を講じることが困難あるいは不適切な、過渡的状況にある問題について、暫定的な司法的対処が期待されることがある¹⁷⁾。また、「事態に対する対処のしかたとして、立法によることが必ずしも適当とはいえない事柄がある……法の改正は事態への対処が端的であるかわりに、ややもすれば一気に急激な変革をもたらす……個々の事件の事案に即応して、判例の展開によって妥当な解決をはかりながら、その集積によって漸進的法形成をはかって行くのが適当なことが、いくらでもある」¹⁸⁾という主張もある。

(5) 民主主義から“こぼれ落ちる少数者”

「構造的少数者」については多数決的民主主義の議論だけでは足りない。民主的プロセスを経れば、結果が不満であるとしても受容し得るのは、将来は勝つ可能性があるという場合である。勝者は自らの政策を立法化できるのでその結果を受容できるが、敗者が、その法の内容が自らの信条に反しても自分たちの政治社会の公共的決定であるとして認知し勝者に敬讓を払うのは、自らが将来勝者になったとき、現在の勝者が同様に敬讓を払うであろうことが期待できる場合である。そのためには、勝者と敗者が変わりうるという条件である、現実的な反転可能性が民主的な政治闘争過程で存在する必要がある¹⁹⁾。故に、その反転可能性が存しない「構造的少数者」は裁判所が公正な相互性の観点から救済を図る必要がある。

(6) 平等の要請

少し角度を変えると、「平等の要請」というものが考えられる。これは、裁判所が法律問題についての判断を示すのは、ある具体的事件の解決のためであるが、いったん判決がなされると後に同種の事件が生じた場合には裁判所は同じ解決を与えるべきであるとの要請、すなわち「平等の要請」が生ずるという考えである。直接には一回限りの具体的事件の解決を目指した判決から、その後の事件においても国家機関の一つである裁判所が適用し、強制することが期待される準則が形成されることになると考えられる²⁰⁾。

（7）制定法の耐用年数

制定法は一般的抽象的に規定されているが故に、法律制定後の社会経済的諸条件や社会の価値観の変化に対しても、法律解釈という技術的操作によって相当長期間にわたって有効に対応することが出来るのである²¹⁾。もし、制定法が詳細なカズイスティックな法典をつくると複雑でまた、すぐに変更されることもあり、法的安定性の観点から問題視されることになるだろう。

以上のように「司法における法創造の必要性」をいくつか挙げたが、論者によっては上記の必要性の中でもより重要なものとそうではないものがあると判断するかもしれない。しかし、程度の差はあれ多くの人に法創造が必要だと考えられているから、古くから自然法論、法実証主義、自由法論など様々な立場から議論がなされているということはいえと考えられ、裁判所が判決ないし決定という形で行っている規範的判断が法創造とみられる余地があることになる。

しかし法創造の必要性があるにもかかわらず、その問題点も同時に存在すると考えられることからこの法実践をどのように説明できるかというところが重要になってくるのである。以下ではその司法における法創造の問題点を示していくことにする。

4. 司法における法創造の問題点

それでは、上述のような多様な必要性が説かれる司法における法創造はなぜ問題視されることがあるのか。以下に大きな問題点とそれに対する反論を挙げる。

（1）権力分立との関係

裁判所が法をつくるというのは、権力分立の原則に反するという主張が考えられる。権力分立を徹底すれば、法をつくるのは立法府であり、司法

府である裁判所は法を適用する機関となる。

これに対しては、裁判所によって形成される法が、立法部によって形成される法の下位に立つとして、そうであれば権力分立の原理に反する点はないという反論がある。日本国憲法41条が、国会を国の「唯一の」立法機関であるとしていることは、これを字義どおりに解する限り、法的には一つのレトリックに過ぎないことは、よく指摘されている通りであり、憲法自体、命令、裁判所規則、条例など、国会以外の機関が立法を行うことを認めている。憲法41条は、国会が憲法の下で最高の立法機関である趣旨と解すべきで、言い換えれば、国会が法律制定という形での法形成作用を独占するとともに、法律によってつくられた法が、憲法および条約以外のものに優先することを意味する。以上のように理解すれば、裁判所が判例という形で法創造作用を営むことは権力分立の建前、実定法的には憲法41条に反しないことになる。判例でつくられた法の準則は、いつでも立法によってこれを変更することが出来るのであって、いわば、政令などのような従位的立法の役目を営むにとどまると考えられるのである²²⁾。

(2) 法の支配と人の支配

裁判官によって法が創造されるということは、法に基づいて審判されるという法の支配ではなく、人の支配となり裁判官の恣意による判決が下され得る状態になってしまうのではないかという疑問が起こるだろう²³⁾。

これに対しては、そもそも法の支配とは何かを問い直すことが重要だろう。法の支配は、人の支配の対立概念であるというだけでは答えになっておらず、また、法の支配という語は結局は人間活動の所産に過ぎないものを自然的与件とみなす物神化的錯視であるのではないかという批判もある。法の支配が問い求められ続ける根本的な理由は、人間世界における闘争の解消不可能性であり、闘争が終焉したところに法の支配が成立するのではなく、闘争が持続するからこそ法の支配が要請されるのである。ある時点における闘争帰結たる政治決定は、不満をもつ敗者による再挑戦に絶えず晒されるようになる。人と人の間の権力闘争の事実を隠ぺいする理論でな

く、むしろこの事実の不可避性を直視して、権力闘争を自然状態の暴力闘争に転化させないために、敗者の敬讓を可能にする闘争の規範的ベースラインを確保することを、法の支配は我々に要請していると考えられる²⁴⁾。

(3) 民主主義との関係

裁判所が法を創造するということは、それが反多数決主義であり、故に反民主主義的であるという主張が考えられる。

これに対しては、そもそも民主主義という言葉そのものが論争的概念であり、単純な多数決主義と同一の言葉ではなく、本質的には人々が「参加の感覚」を有することであるとして反論される。必要性の部分でも示したように、裁判所は政治過程にアクセスできない「最底辺状態」にある集団を保護することによって、広範な制度の代表をなし得ることに貢献している。これらの集団の人々は、他のどこにも見出し得ない政治的支援を裁判所に期待できるからである。また、もし民主主義を単純多数決と考えたとしても、裁判官の法創造に対する立法による廃止の最終的可能性を締め出すこともあり得ないから、裁判官の法創造が立法の前に、つまりは「多数決による国民意思」の前に限界づけられるとも考えられる²⁵⁾。

(4) 予測可能性と遡及効

立法による法創造または法変更は一般的なかたちでなされ、原則として遡及効をもたない。一方、司法における法創造は、具体的事件を契機としてなされているのであり、したがって常に法創造の時以前に生じていた事実に遡って適用されるという問題がある。これは当事者からすれば判決時に突然法がつけられるという事態に感じられるかもしれない。

これに対しては、立法もまた場合により遡及的に変更され、判例についても不遡及的変更という手段がとられている法域があることが指摘される。また、立法による準則は、判例による準則と比較すれば相対的に内容が明確であるということは出来よう。しかし、制定法の文言は一義的であるとはいえず、その「解釈」という形で内容が伸縮し、場合によっては立法者の考えていたところとは大きく異なるような意味が与えられることもある。

制定法の安定性・確実性に対する幻想の上に立って、議論を進めているものが少なくないように思われるが、法源には、多かれ少なかれ不安定・不確実な面が伴うのが通例なのではないかという考えがある²⁶⁾。

以上の問題点は、司法における法創造が法に関する基本原則に反するように見えることから問題として捉えられやすく、根深い問題だと考えられる。また、形式主義だと説明もなしに切り捨てることのできる問題でもないだろう。

(5) その他²⁷⁾

以上の他、次のような問題点も指摘されうる。

<事実上の基礎の制約>

法の設定は抽象的なかたちで社会的問題を判断することを意味するが、それには規制されるべき領域にとって重要な事実、それを取り巻く環境及び関係する利害の認識を前提とする。しかし、係争事件を通じて裁判所に持ち込まれた生活事実の断片は通常非常に狭く、議会のように外部の専門知識や事実認識を手続きに持ち込む多様な可能性を持っていない。

<時間の欠如>

制定法では何年にもわたる作業の末に法律案が準備されることもあるが、裁判所による法の設定は時間的な限界によって影響される。

<非法律的な専門知識の欠如>

とくに労働・社会及び経済政策的領域では「法律以外の」専門知識の欠如は重大な不利益である。

以上には、司法における法創造の必要性と問題点をまとめてきた。しかし、ここまで示してこなかったが、司法における法創造の必要性と問題点の両方に関係する「法の欠缺」という大きな問題が存在する。ここで確認しておきたいのは、法の欠缺を広い意味で捉えるとより根源的な意義を有することになるということである。つまり、原理競合を解決するルールがないことも、そのルールがないという意味で法が欠缺していると考えられ、

また、整合性をとるための法的規準がない場合も法の欠缺といえるのではないか。そのような意味で法の欠缺はとりわけ重要な問題点といえることができるだろう²⁸⁾。法の欠缺は、これを認める立場からすると、司法における法創造を必要とする理由になり得るし、これを認めない立場からすると「司法における法創造を法の欠缺があるから認める」という説明が問題点になるのである。以下では、法の欠缺についての考え方の違いを出発点として、司法的法創造論をいくつかみていくことにする。

5. 法の欠缺について

法の欠缺をめぐるには様々な解釈があり、司法における法創造というテーマにおいては避けては通れない部分といってもよいだろう²⁹⁾。これは、何がどこで欠如しているかをどのように理解するかによって、裁判所が法を創造する余地が変化するからである。

そのような状況ではあるが、ここでは参考として以下のような理解で法の欠缺をとらえるものを提示する。法の欠缺とは、「何がどこで欠如している状態か」というと、我々が当面している特定の事実関係に対する規制内容が現行法の領域において見出せないという事実を念頭に置いている³⁰⁾。しかし、法を広い意味にとると、類推や一般条項によって補充できる場合には法に欠缺はないとみることもできる。また、法の欠缺は「補充されるべき」法規範の欠如をいうのであって、法規範が欠如しているからといって、それを補充する必要が無ければ、法の欠缺とはいえない。更に、一般に立法者が法規範の適用範囲を明確に限定している場合は、その範囲外にある事実について規定がなくとも、法の欠缺ではないと考えられる³¹⁾。以上により、法の欠缺とは、現行法の法全体の中での不完全性（法的解答の不存在）、しかも、容認しがたい不完全性と考えられる³²⁾。

さて、このような法の欠缺を認めその欠缺を補充するという形で司法における法創造を説明することに対しては、形式的意味において法欠缺が論

理的にあり得ないものとする法実証主義者H・ケルゼンが以下のように批判する。「法の欠缺」が主張されるのは、実定法に基づいて法的請求を評価した場合に、その帰結が著しく不当であると法適用者が感じるからであり、現行法を現実に適用した場合に不当な結果が生じることを避けるために、法欠缺の理論によって、現行法が変更されるのである。つまり、ケルゼンは、裁判官が、実定法の適用によって不当な帰結が生じる場合に、自らが適切と考える規範に照らしてそれを修正するという裁量における価値判断・政策判断に基づく行為をするにもかかわらず、それを「欠缺」の補充とみなすことで、あたかも論理的必要であるかのような偽装が施されるという³³⁾。

以下では、欠缺補充の理論を批判するが、司法における法創造を認めるケルゼンの法理論をまず確認し、その後法の欠缺を認め司法における法創造を部分的に認めるH・L・A・ハート、法の欠缺の理論を批判し司法における法創造を認めないR・ドゥオーキンの理論をみていくことにする。

6. H・ケルゼンの法理論

ケルゼンは典型的な法実証主義者であると考えられている。法実証主義についてその概念は必ずしも明確ではないが、その基本的性格は次のようなテーゼによって示される。「妥当する法的標準とそうでないものとを区別するための道徳から独立したテストが、あらゆる法体系について存在する。ある標準がこのテストをパスするか否かは、当該社会の成員の諸行態（信念や意識なども含めて）に関する事実にも依存し、その標準の道徳的または政治的な正当化可能性には依存しない」³⁴⁾。つまり、法と道徳、あるいは「在る法」と「在るべき法」との間には必然的関連はないとし、ある社会の法とはそれらの由来ないしそれらが採択・発展させられる方法に関する特有のテストである系譜テストに従って、他の種類の社会的ルールから区別され妥当なものとして識別された法的ルールのセットであると

いう考え方である³⁵⁾。ケルゼンの法理論もこのテーゼを共有するものとみてよいとされる³⁶⁾。

そして、ケルゼンの法理論の特徴の一つとして、上位規範が下位規範の妥当根拠となり、憲法を頂点とした段階構造によって法の客観的妥当性を説明する点が挙げられる。国家法秩序の場合、憲法を頂点に、法律・命令を経て、判決・行政行為、さらに法律行為に至る、ピラミッド型の多層的な段階構造をなしていることになる³⁷⁾。例えば、ある刑罰の具体的執行の法的妥当性は、判決→法律→憲法と遡ることになるが、最高法規である憲法にとって上位規範は存在しないから、憲法を妥当させるために理論的に「根本規範」と呼ばれる規範を指定する³⁸⁾。根本規範は、一定の実効性をもつ憲法とそれを頂点に置く法体系を妥当する法規範の体系として根拠づける規範であり、憲法や他の法律などとは異なって、何か実質的な内容を持つわけではなく、その内容は、「制定されおおかた実効的³⁹⁾な憲法と、この憲法に従って制定されおおかた実効的な法律に従え」というものである⁴⁰⁾。

ケルゼンは、規範システムの妥当根拠を、個別的なものの普遍的なものへの包摂として下位規範の内容が上位規範から論理的に導き出される静態的タイプと、上位規範が下位規範を定立する権威を授権する動態的タイプに分ける。そして、実定法システムは本質的に動態的な性質をもっているとして、下位の法規範が上位のより一般的な法規範の具体化としてその適用であると同時に、個別的規範の創造であるとし、この法の創造・適用という動態的過程を自己自身で規制するところに実定法システムの重要な特徴があるとみる⁴¹⁾。

また、ケルゼンは法創造と法適用を区別しないどころか区別するのは誤りだと指摘する。「規範Aが他の規範Bの創造を規律している時、Bが創造されたということは、Aが適用されたということである。法適用とは即ち法創造である。……法創造行為と法適用行為を区別するのは誤りである。なぜなら、上限の根本規範と下限の強制執行行為を別とすれば（法的過程

はその中間で展開する), すべての法的行為は上位規範の適用であって, 上位規範に規律された下位規範の創造である」⁴²⁾。

つまり, 法規範を個別化・具体化してゆく段階構造の一段階として把握された裁判は, その授権された裁量の範囲において法創造を当然に行うべきものとみなされる。上位規範によって授権された裁量の範囲内において下位規範を創出するという点において, 立法と司法との間に質的な差はないとする。そうであれば, 立法府が憲法から授権された権能に基づいて, 社会状況の変化に応じた適切な法創出を行うのと同じように, 裁判所もまた, 社会状況の変化に応じて, その裁量の範囲内で, 適切な法創出を行うこととなる⁴³⁾。

ところで, ケルゼンは自身の法学を「純粋法学」と呼んだ。この「純粋」とは, 一方では法を規範と捉え事実的なものから切り離すことを意味し, 他方では, 「ある法」を認識することに徹して, 「あるべき法」による評価や政策の提示を排除することを意味する。つまり, 「ある法」が何らかの道徳的な価値や規範に適合しているかどうかは問わず, 法が規範である以上どのような内容のものでも法となりうるのであり⁴⁴⁾, 裁判所によって, 上位規範の枠の中で自由に法の創造が行われるということになる⁴⁵⁾。

ケルゼンは, 「上位規範はそれを適用する行為をあらゆる点で拘束し尽くすことはできない。そこには常に, 時には大きな, 時には小さな自由裁量の範囲が存在し, 上位規範は下位規範制定行為や執行行為との関係で, その行為によって内容を与えられるべき『枠』の性質をもつ」⁴⁶⁾。「法は複数の可能性をもっている。……適用さるべき法は複数の適用可能性を持った『枠』に過ぎず, その枠内にあり, 何らかの可能な意味でその枠を埋めるかぎりは合法的である。」⁴⁷⁾ というのである。

7. H・L・A・ハートの法理論

次に, ハートの法理論について確認していく。ハートの法理論は, 法命

令説⁴⁸⁾を斥け、法体系の構造を「第一次的ルール」と「第二次的ルール」との結合として統一的に解明した。第一次的ルールは、市民に対して殺人・窃盗などの禁止を行う。しかし、これらの行為はどんな社会での道徳においても禁じられているから第一次的ルールにおいて法と道徳の区別は難しい。また、不確実性、静態性、非効率性などの問題から、第一次的ルールのメタルールである第二次的ルールが導入される。第二次的ルールには、承認・変更・裁定の3つのルールがあるが、とりわけ重要なのは承認のルールである⁴⁹⁾。これは、あるルールが社会の法的ルールであるか否かを最終的かつ権威的に識別するための規準を規定するものであり、これによって法体系とか法的妥当性という観念が生まれる。近代法体系においては、多様な法源が存在していることに対応して、承認のルールも複雑なものとなり、法を識別するための規準も通常成文憲法・立法部による制定法及び裁判先例を含んだ複合的なものである⁵⁰⁾。承認のルール自体は有効でも無効でもなく、裁判官などの公務員たちの間におけるコンベンションとしてあるものである。承認のルールに妥当性を付与するものは何もないから、それは「究極的ルール」であるとされる⁵¹⁾。

また、ハートは、法の「開かれた構造」という理論を展開する。法的ルールは、それが用いる一般的な言葉に内在する制約並びに人間の未来予見能力のハンディキャップの故に、その適用について何ら疑問も生じない典型的なケースを指示する「確かな中核」と同時に、それが適用されるか否かが明確でなく不確実な「あいまいな周縁部」を不可避免的に含んでいる。その意味で開かれた構造を持っており、この周縁部については、競合する諸々の利益の比較衡量は裁判官の裁量にゆだねざるをえず、司法における法創造活動が要求されているとハートは主張する⁵²⁾。

前章でみたように、ケルゼンは司法における法創造を全面的に認める立場であると考えられるが、同じ法実証主義者であるハートは以上のような異なる理論を提唱した。ハートは、ドゥオーキンから慣例主義（コンベンションナリズム）と呼ばれるように、法をルールと捉え、法的正当化をする

ことになるため、判決時点において適用する法がある場合は適用し、ない場合には裁判所は法を創造することになる。制定法や判例などの法的規約・慣行の存在が事実として確認される限り、裁判所はそれに拘束されるが、そのような実定法が確認できない場合には、裁判官は立法者と同じように法の外にある規準に従って裁量を行使して法的権利義務を決定すればよいとするのである⁵³⁾。ハートは、「いかなる法秩序においても、完全には法的に統御しきれない事例が必ず存在し、そこでは法によって結論の指示されない論点が存在するため、法は部分的には不確定または不完全である……こうした事例でも裁判官が結論に到達するべきであり……裁判官は、既存の確定した法を単に適用するにとどまらず、裁量を行使し、当該事案に関する法を創設する必要がある⁵⁴⁾」という。ただし、ハートは恣意的な判断をすることを認めたわけではなく、裁判官は裁量を行使する場面では、常に自分の決定を正当化する一般的な理由を有さねばならず、さらに、誠実な立法者が自らの信念や価値観に従って行為するのと同じように行為せねばならないという条件を満たすときに、法によって指定されていない規準ないし理由に従う資格を与えられるとした⁵⁵⁾。

以上のように、上位規範の枠内でなら自由に法を創造して良いと考えるケルゼンに対して、ハートは判決を法だと認める故、以前に判決が下されている部分についてはその判決に従い、そのような先例もない法の欠缺状況においては司法における法創造を認めるという点が相違点の一つであると考えられる。

8. R・ドゥオーキンの法理論

このようなハートの見解に対して、ドゥオーキンは法にはルール以外に原理と呼ばれる規準が含まれており、裁判官は法を創造しておらず、法発見をしているとした。裁判官がこれらの原理に拘束されないという意味で裁量を行使すると考えるのは、ハードケースにおいて裁判官の事後立法に

よって法的権利義務が創造されることになり、現実の法実践を説明できず、また社会一般の理解に反すると批判するのである⁵⁶⁾。裁判官は法的判断に際して、原理を考慮に入れなければならないのであって、この意味において、裁判官たちは法的原理に拘束されているとする⁵⁷⁾。ここでは、司法における法創造という観点から、ドゥオーキンの理論を読み解き、どのような理論により裁判官が原理まで遡って法を見つけ出すのかを明らかにしていこうと考える。

（1）司法的裁量論批判

ドゥオーキンの理論は元々ハートの見解に対して、法システムには、ルールのほかに、原理や政策と呼ばれる一群の規準が含まれており、これらの規準はルールのようにオール・オア・ナッシングという形で必然的に適用されるものではないが、議論を一定の方向に進めるための理由を抽象的・概括的に指示しており、裁判官は、それらが重要な関連を持っている限り、考慮に入れなければならないという意味で、独特の法的拘束力を持っていると主張した司法的裁量論批判から始まった⁵⁸⁾。つまり、ルールと原理を質的に区別できるものであると主張したのである。ルールとは、当該ルールの構成要件に該当する事実が存在するならば、そのルールに具体的に規定されている法効果が適用されるような規範である⁵⁹⁾。これに対して、原理は、構成要件該当の場合でもルールのようにその法律効果に対応する特定の決定を必然たらしめるものではなく、ただいずれかの決定を指示し、勧める理由を述べるものに過ぎないとされる⁶⁰⁾。よって、ルール同士が対立する場合には、一方のルールが無効となるのに対して、原理が衝突する場合にいずれか一方が優先的に適用されることになるが、これによって優先されなかった方の原理が法的に完全に無効にされることはない。原理とはそのような「重み」の次元を有しており、このような原理がルールの背後にあり、特定の具体的事案で複数の原理が相互に衝突する場合には、裁判官はその対立を解消するべく、その都度関連するすべての原理の重みを考慮に入れなければならないとドゥオーキンは主張する⁶¹⁾。

このような背景から、『法の帝国』において「インテグリティとしての法」という独自の法観念を提唱し、その説明の中でもハートのような慣例主義と、法的プラグマティズムを批判した⁶²⁾。慣例主義は法を「過去志向的な事実の報告」、法的プラグマティズムは法を「将来志向的な道具的綱領」とみているという違いがあるにもかかわらず、いずれも、ハードケースにおいて裁判官に立法者と同じような権限を認め、法的権利義務の確定を裁判官の裁量にゆだねていることを批判しながらドゥオーキン自身の理論を説明していくのである。

(2) 意味論の毒牙

まず、ドゥオーキンはハートの法理論などの伝統的なアプローチには、「意味論の毒牙」が突き刺さっていると指摘する。法実証主義は、社会において法と呼ばれているものはいかなるものであるかを事実の問題として解明しようとする視点を取っていたといえ、そして、言語学的視点が特に重視され「法」という概念の定義なり「法」という言葉の用法なりが関心の中心となっていた。このようなアプローチをドゥオーキンは意味論的アプローチと呼ぶ。

ハートは言語について開かれた構造の理論を採用することで、ある概念の中核部分においては人々の定義が一致するが、概念の周縁部分においては定義が一致せず意見対立が生じると説明した。そしてそのあいまいな周縁部の場合、実はそれは「法とは何か」について既に存在している合意から答えの出る問題ではなく、結局ある人が何を「法」であるべきだと考えるかという問題に過ぎないという。このような理論に従えば、何が法であるかは、それを決めるために既に存在しているルール（法の場合、国会が法律を制定できるという憲法のルールなど）に照らして決定できる事柄であり、異論が生ずるのは、周縁領域の問題についてのみで、その場合それは価値判断の問題だとする。

これに対しドゥオーキンは、現実の法現象はそもそも「何が法であるか」それ自体をめぐる争われているという。すなわち、現実の法現象に

おいては、何が法によって許され、また要求されているかに関して異なる様々な見解のうちいずれが正しいかをめぐって論争がなされており、現実存在している意見の相異は、そもそも何を根拠にして法を判定すべきかについて存在しているのである。「法とは何か」という問いに対する論争は、「法」の「解釈」に外ならないという議論を展開していくのである⁶³⁾。

法の欠缺について議論するのはそもそも「法が何か」についての理解が一致していることを前提としているように思える。しかし、ドゥオーキンによると「何が法か」は「構成的解釈」を通してしか定まらず、その定まっていない法が、定まっているものであるように擬制し欠缺があるとかないとか議論すること自体が誤りであるとしているのであると考えられる。

(3) 構成的解釈

ドゥオーキンのいう構成的解釈とは、「ある対象や実践に目的を課し、かくして、これらが属すると想定される実践形態や芸術ジャンルの最善の一例としてこれらを提示することである」⁶⁴⁾。

ドゥオーキンは法の解釈を検討する前に「解釈」とは何かについて説明する。解釈がなされる代表的な場面として「会話の解釈」、「科学的解釈」、「芸術の解釈」を挙げる。「会話の解釈」は会話をしている当事者が、相手の言わんとすることを知るために、その言葉や仕種を「解釈」する場面であり、「科学的解釈」は科学者がデータを集め、それを「解釈」する場面である。「芸術の解釈」は批評家が演劇、絵画を「解釈」してその作品の意味やテーマについてのある見解を基礎づける場面である。そして、法のような社会的実践の解釈は、「芸術の解釈」に最も近いとする。なぜなら、そこでは誰かによって作られた何物かを作者とは区別された一つの実在として解釈しようとしているからである。

ここで、「芸術の解釈」も結局作品を通じて作者の言わんとすることを解読しようとする作業であるから、「会話の解釈」と違わないのではないかという疑問が考えられる。ドゥオーキンはこのことを説明するために、「芸術の解釈」は「構成的」であるという視点を導入するのである。「構成

的な解釈」とは「解釈の対象となる物や実践の中に目的を読み込むことによって、それらがその属する形態なりジャンルなりの中で可能な限り最良の例になるように理解すること」である。例えば、ある小説の解釈において構成的な解釈とは、その作品が小説として最も優れたものになるように解釈することである。これは、解釈者の主観を自由に作品の中に読み込むというわけではなく、解釈の対象となる物そのものや実践の歴史とかあり方が、可能な解釈の幅を制約するのである⁶⁵⁾。つまり、法の解釈を行うものは解釈の対象たる法的規準に自分自身がもちうるどのような目的でも読み込めるわけではなく、そこには、解釈の対象の側すなわち既存の法的規準の側からの制約である過去の法的決定との整合性の要請があると考えられる⁶⁶⁾。この構成的解釈の具体的プロセスは「前解釈段階」、「解釈段階」、「後解釈段階」⁶⁷⁾に区別し得るが、実際には三段階は融合しており、このような解釈の範囲を広げる考え方によって整合性を追求することができるのである。

以上から、「何が法か」は「どのように解釈すれば法実践の最良の例を得ることができるか」を熟考する過程の中で初めて明らかになるのであり、解釈行為以前に一定の基準によって「何が法か」が定められていると考える意味論的なアプローチは誤りだと指摘する⁶⁸⁾。

(4) 「インテグリティとしての法」と原理の共同体⁶⁹⁾

「インテグリティとしての法」は「過去の政治的決定（既存の法）から現在の権利・義務が導かれる（流れ出てくる）ことを肯定するとともに、そのことがなぜ社会にとって必要であるかの根拠として、過去の政治的決定との間の特殊な整合性（これをドゥオーキンは、“integrity”（統合）と呼ぶ）を追求すること自体に、価値があることを主張する」⁷⁰⁾。

また、裁判官の法的議論におけるインテグリティとは、既存の法があたかも一人の人が一貫した原理に基づいて語ったものであるかのように「解釈」することであるという。それは、事実としての法の認識ではなく解釈であるから、既存の法と可能な限り整合的にかつ、それを最もよく正当化

できる理論（原理）を示し、そこから整合的に権利・義務を導くということである。従って、権利・義務と既存の法との整合性は、既存の法が明示的に述べていることと整合的であるということではなく、明示的な法の背後にある原理と整合的であるということである⁷¹⁾。

ドゥオーキンは「インテグリティとしての法」を説明するために、一旦視野を広げて政治的共同体の正統性とは何かを問うことから始める。彼は、政治的共同体の成員たちが共同体の決定に従う一般的な責務を有するときその共同体は正統であるとし、この条件を満たすのは具体的にはどのような共同体なのか問う。ある種の社会的実践（家族・友人同士・隣人同士）に関わっている個人に対しては、関わっていること自体を理由に一定の責務が生ずる。その種の責務を彼は「協同的責務」と総称し、共同体の決定に従う政治的責務を協同的責務の一特殊形態ととらえる。そして、協同的責務の成立条件⁷²⁾を同定すれば、それは政治的責務の成立条件でもあるはずであると考えている。こうした条件に適合する責務によって人々の関係が構築されるとき、そこには「裸の」共同体から区別される「真の」共同体が成立する。

そして、ドゥオーキンは政治的共同体のモデルをいくつかあげ、そのいずれが先の条件に当てはまるか検証していき、成員たちに歴史的に分かちもたれてきた諸々の原理によって規制される「原理の共同体」こそが条件に適するとされる。彼は、ここからさらに進んで、原理のモデルの政治的共同体が正統であることから「インテグリティとしての法」に則った法実践が正統であることを引き出そうとする。

実際に協同的責務が成立するか否か、その内容が具体的にどのようなものになるかは解釈の営為を介して初めて明らかになり、ドゥオーキンのいう協同的責務の成立条件はむしろ、そうした解釈の営為のための準拠枠組みとして機能するものであることになろう。原理の共同体が正統といえる所以は、それが具体的な協同的責務をその成立条件に即して解釈的に同定していく姿勢を打ち出している点に存する。インテグリティとしての法は、

法実践についての包括的な解釈の所産であると同時に、そうした解釈を行うよう促すもの。ハードケースの裁定にあたる裁判官にそれが与えるプログラムは、単に解釈を求めることもあるというに過ぎないものではなく、原則として解釈を命ずるものである。

以上から、「インテグリティとしての法」の理論の主張内容は次のようになる。「共同体の現実の法実践全体についての構成的解釈の結果として出てきたものが正統な法である。この法に備わる固有の正統性、つまり規範的な拘束力は、人々を対等者として扱っているという点に由来する。むしろこの法は他の様々な規範、例えば抽象的・非歴史的な正義規範やその時々における大衆道徳規範や効率規範などと衝突することもあり得よう。そして法は、それらに対して絶対的に優位的な地位にあるわけではない。しかし少なくとも『政治道徳と英知に関して意見を異にする自由で自立した人々の共同体』、つまり相違なる正義感・価値観をもつ人々の共生を可能にしようとする社会にあっては、この法は自らの遵守をどの人に対しても迫りうる一応の資格を備えているといえるであろう。とはいえ他方で、法は解釈的な概念であるから、正統な法の具体的な内容はその時々での構成的解釈の如何によって変動しうる。このことは、法の正統性を担保するのは法のもつ何らかの特定の内容ではなく、むしろ内容を同定する構成的解釈という実践それ自体だということを意味する」。⁷³⁾

(5) 基底主義的整合説と非基底主義的整合説

ケルゼンの根本規範をハート流の承認のルールのようなものとして理解すれば、純粋法学も結局のところ慣例主義であり、根本規範を理論的に要請された規範として理解すればそれは根本規範を基底とした一種の整合説といえるのではないか。これに対して、ドゥオーキンの法理論は非基底主義的な整合説であるといえる。

基底主義はある理論に含まれる一部の信念（根本規範や承認のルール）は正当化を必要とせず、理論の他の部分によって反駁されえないと考えるのに対し、非基底主義によれば理論を構成する全ての信念や命題は正当化

が必要である。しかもこの正当化は理論内部で信念や命題相互の内的な整合性の観点から行われる⁷⁴⁾。

9. 事例検討

本章では、2.(2)で取り上げた内縁判例についてここまで読み解いてきたケルゼン、ハート、ドゥオーキンの理論を当てはめてそれぞれがどのように具体的な法実践を説明できるか検討してみたい。

(1) H・ケルゼン

まず、ケルゼンの法理論は内縁についての2つの判例をどのように説明できるのかみていく。1915年判決が下された当時、民法には内縁を保護する規定が存在しなかった。むしろ、法律婚制度を定着させるために制定法では意図的に内縁は保護されなかったようである。そのような状況下でも裁判所は内縁関係にある特に経済的に弱い立場にある女性を救済する必要から、内縁を「婚姻予約」状態であるとして保護する判断を下した。

この判決をケルゼンの法段階説で説明しようとする、まず、判決の上位法としてこの場合は民法が考えられる。上述のように民法では意図的に内縁を除外する規定構成がとられた。そうである以上、民法で示された枠内で裁判所が判断をするのなら内縁の保護はしないという結論になりそうである。ケルゼンの考え方からすると、法に規定されていないことは禁止されていないのである。『「被告ないし被告人は～の行動をとるべきだ』という仕方で積極的に義務を課す一般法規範は法秩序に含まれておらず、……その行動は、禁止されておらず、その意味で許可されているという意味で、消極的に規律の対象となっている』⁷⁵⁾。しかし、本判決は内縁を準婚として保護するのではなく、内縁は正統な婚姻に至る過程であり、正当な婚姻の予約違反という建前をとることによって、救済を図った。この「婚姻予約」の理論構成をとったことで民法の枠内での判決であるということになるのだろうか。この場合もやはり未だ婚姻をしていない当事者を

保護する判決は当時の民法の枠内での法創造とは考えにくいように思われる。

たとえ1915年判決を上位法の枠内での法創造だとしても、1958年判決では内縁を婚姻に準ずる関係と認め保護した。これは、やはりケルゼンの理論では説明できないことになるのではないか。民法では届出がなされた男女関係のみを婚姻と認めるのであり、婚姻に準ずる関係というのは民法の枠外になるのではないか。しかし、この2つの判決の間では段階構造で頂点に立つ憲法が変わっている。その新憲法の成立に伴い、民法典からも家制度が廃止され、伝統的な家族観を前提とした民法ではなくなったことも法段階説では考慮に入れる必要がある。そうすると、上位の枠の範囲が変わっているという考え方もできる可能性はある。そのような考え方をとると、憲法においても、家制度的な家族観から、両性の本質的平等をもとにした個人に着目した家族観に変更されたことにより、上位法である憲法の枠が広がったことによって、内縁保護が導き出されると説明できるともいえるだろう。

(2) H・L・A・ハート

ハートは法をルールの総体だと考える。民法に内縁保護のルールがない以上、新たなルールが作り出されない限り内縁の当事者は保護されないという結論になりそうである。しかし、現実の裁判所は内縁保護の判決を下した。このことを説明するためには、ハートの理論でいうと、内縁についてはルールに内包されるか否かについて議論の余地がある不明瞭な事例であるといわなければならないことになるだろう。つまり、「法の開かれた構造」の考え方から、まず届出がなされた法律婚をしている当事者は「確かな中核」として保護されるだろう。そして、届出をしていないこと以外は婚姻関係と異ならない内縁は「あいまいな周縁部」として考えられる。そして、民法には内縁保護の規定がなく、かつ1915年判決以前には内縁を保護する判決がなされていない⁷⁶⁾ ことより、「法の欠缺」状態であると考えられる。このような裁判官を単一の決定へと導く法が欠損している

場合には、ハートの法理論では裁判所が法を創造することになるが故に、裁判所は「内縁を婚姻予約状態であるとして保護する」という法を創造したことになると説明できると考える。

続いて、1958年判決では1915年判決と同じく内縁保護の判決を下しているが、その判決理由が異なる。1915年判決は内縁を婚姻予約状態として保護したのに対し、1958年判決は、内縁は準婚状態という理論を用いて保護する判決を下した。しかし、慣例主義であるならば1958年判決時には1915年判決が存在したのだから、その先例に従って判断を下すということになるはずである。ところが、実際には裁判所は新たな理論を構成して判決を下したのである。1915年以前、民法においては「あいまいな周縁部」と考えられた内縁は、1915年判決が下された以降は「確実な核心部」となったと考えられる。法の「確実な核心部」は、その適用に関して何の疑問も生じないような明瞭な場合となるはずである。そのような明確な法が存在する状況で、裁判所はなぜ理論構成を変更したのだろうか。そこには、判決理由を変更しなければならないなんらかの理由があったはずである。その理由は、ハートの法理論ではもはや法的ルール以外のものとなってしまうだろう。ハートの法理論では、一度法として確定されたものを変更するという法実践を説明することが難しいのではないかと考える。

(3) R・ドゥオーキン

次にドゥオーキンの法理論をみていく。1915年判決時点では、まず民法だけをみると内縁を保護する規定がないように見える。しかし、民法に規定がないからといって届出がないということ以外なら婚姻と変わらない内縁を全く保護しないというのはオール・オア・ナッシング的なルールに基づいた考え方といえるだろう。ドゥオーキンは法をルールの集まりだとは考えておらず、原理が法の基礎にあり、法の中に埋め込まれていると捉えている。ドゥオーキンの説明によれば、裁判所は内縁関係にあった妻が救済を求める権利を重視し、そのために民法に制定されているルールに埋め込まれた原理を見つけ出すことになる。法律婚をしている当事者を民法

が保護しようとするのは、当時の社会を考えると立場が弱い妻（一般的には）が一方的に離婚されたときの救済も目的の一つと考えられるだろう。つまり、ここでは社会的弱者救済の原理が見つけ出されることになるのではないか。また、社会秩序の基礎として、相互依存・協力関係の最小機密共同体の保護が法律婚の基礎にある原理であることを見つかけられるとすれば、これらは内縁関係にも通ずる原理であるはずである。ドゥオーキンは、この原理をも法と考えるために、ここでは司法における法創造は行われていないとしたまま、この法実践を説明できることになると考えられる。

続いて、1958年判決では準婚理論によって内縁が保護された。まず、1915年判決時と民法の法律婚に関する部分に変更されていない。しかし、民法以外の特別法（工場法、優生保護法など）において、「配偶者（届出をしないが事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む）」などの文言が盛り込まれたという背景がある。これは、インテグリティとしての法の考え方からすると、法全体の整合性をとり、また政府に対して「一つの声で話すこと」を要求する。よって、民法だけでなく、特別法も含めた法全体をみることで、内縁保護の判決が導かれるということになるだろう。また、1915年判決と1958年判決で内縁保護の理論構成が違うのは、1958年判決時の法が裁判所により構成的に解釈されたと説明することができる。慣例主義では一度判決が下されたらそれが法として確定され、その判決に従うことが期待されるが、ドゥオーキン曰く、そのような意味論的アプローチは誤っており、法は常に解釈的にしか定まらないということである。

10. お わ り に——若干の考察——

以上のようにそれぞれの理論を当てはめると、ケルゼン、ハートの理論は内縁判例について説明できるところもあるが、困難な部分があるように思える。それに対して、ドゥオーキンの法理論は現実の法解釈を説明しやすくと考える。原理も含め法を理解することで制定法や判例だけを法と認

める理論では説明できない部分を補い、かつ原理によって裁判官の判断は拘束されると説明するのである。よって、司法における法創造はされていないという結論にたどり着く。

そこで、ここではドゥオーキンの法理論に対して「4. 司法における法創造の問題点」で取り上げたいいくつかの問題点はどのように関わってくるのか検討してみる。もちろん、ドゥオーキンによれば裁判所は法創造をしていないことになるが、同じ法実践について説明しているから、それをドゥオーキンの法理論はどのように説明できるかということを考えたい。

(1) 権力分立との関係

裁判所が法を創造していれば、立法府がつくるはずの法をなぜ司法府たる裁判所がつくっているのかという問題が考えられる。しかし、ドゥオーキンの理論では、裁判所は法を創造しておらず、法を発見しているということになる。もちろん、立法府がつくったものだけが法であるという理論ではないし、何が法かが予め決まっているという理論ではないが、少なくとも理論上裁判所は法を創造していない。そのような説明からすると、裁判所は法をつくってはいないため、権力分立の原則に反してはいないということができそうである。

(2) 法の支配と人の支配

これも、裁判所が法を創造していれば、司法における法創造は人の支配なのではないかという批判が有効であるかもしれないが、ドゥオーキンの理論からすると裁判官は法をつくっていない。ドゥオーキンは法と呼ばれるものをルールだけでなく、原理にまで広げて捉える。このことによって、裁判官の裁量による法創造を認める他の理論よりも広範囲に法の支配を行き届かせることになるのではないか。

しかし、注意しなければならないのは、ドゥオーキンは唯一の正解を見つけ出すとする裁判官の判断が裁判官によって異なる可能性を当初から認めていることである。正解テーゼは「ある法命題が真として主張されうるのは、その法命題が、反対法命題と比べて、確定した法を最も適切に正当

化する法の理論とより首尾一貫している場合である」という、法命題の真理条件に関する独特の整合説的な理論に基づいていることにも注意しなければならない⁷⁷⁾。

(3) 民主主義との関係

法は選挙によって選ばれた立法府がつくるべきであり、選挙によって選ばれたわけではない裁判官が法をつくることは民主主義に反するという批判であるが、これについても、ドゥオーキンが司法における法創造を認めないことが批判を免れることにつながるだろう。つまり、「(1)権力分立との関係」の説明と同様、ドゥオーキンは司法における法創造を認めていないのであり、司法における法創造を前提としたこの批判は当たらないことになるのではないか。

(4) 予測可能性と遡及効

私はドゥオーキンの理論においては特にこの点が問題だと考える。ドゥオーキンの法理論は法の範囲を広げて考えるため、裁判所が法を創造する余地がなくなる。裁判所が法創造をしていないのだから、従来の多くの司法における法創造への批判に対応する理論を構築しており、法実践を無理なく説明できるように思える。しかし、そのことによってより予測可能性を害する結果となっているように思われる。

つまり、ハートの理論と比較してみると、ハートはハードケースのときには司法における法創造を認めざるをえない場合があると言っている。ハードケースで裁判官の裁量を認めるのであるから、当事者はその判決を予測することができない。しかし逆に、イージーケースの場合「確かな中核」であって、それは裁判官以外の一般人からみてもどれが法で、どのような結果になるのか予測しやすいということになる。また、かつてハードケースとして司法における法創造がなされた事例においても、その後はその判決が先例となり、判決の予測ができるということになる。

一方、ドゥオーキンは何が法かは予め定まっておらず、常に裁判所において構成的に解釈されたものが法であると考え。ハードケースであると

か、イージーケースであるとか関係なく、法は裁判所によって解釈されたものとなるわけである。ということは、ハートの理論では判決に裁量を伴うハードケースの場合には予測可能性が害されることになっていたが、ドゥオーキンの理論ではイージーケースの場合までも一般人が裁判所の解釈より前に法を予測することが難しくなるという問題が起きると考えられる。もちろん、イージーケースの中でもより容易なことが明白であるような事例ではそれほど予測可能性が害されることはないかもしれない。

いずれにせよ、ハートの理論ではハードケースとイージーケースの区別が難しいという問題があるということに気をつけねばならないが、相対的には予測可能性が重視されているだろう。また、ドゥオーキンも裁判官が誰であるかによって、異なる解釈にたどり着きうることを認めている⁷⁸⁾。裁判官個人の政治的・道徳的価値判断が介在しており、常に裁判官の解釈によって法が定まるのであれば、司法における法創造がなされていないのにもかかわらず、かえって他の理論よりもよりイージーなケースにおいて予測可能性が害される結果となるのではないだろうか。

もちろん、この予測可能性を最重要視し、不意打ちを少なくしていくことだけが価値のあることであると言いたいわけではない。ドゥオーキンも「人々の予測が裏切られたときに不意打ちが生ずる。しかし、これはどんな場合においても不公正である、とはいえないだろう。たとえ、裏切られた予測が合理的なものであっても、……不意打ちを一般的に不公正なものとすることはできない。」⁷⁹⁾と主張するように、法の総体を最善の光の下に提示することを要求するインテグリティとしての法はたとえ不意打ちであろうとも、それが公正であり得ることを認める理論なのである。

以上のように、ドゥオーキンの法理論は「司法における法創造への批判」にどのような説明をして答えることができるのか検討してきた。全体としては、それらの批判に対応した理論が構築されており、かつ現実の法実践をより説明できているように思える。もちろん、それらは「司法にお

ける法創造への批判」であり、「ドゥオーキンの法理論への批判」ではない。しかし、ドゥオーキンの法理論は司法における法創造をしていないと主張しながら、「3. 司法における法創造の必要性」で取り上げた裁判所への要求にも対応した理論となっている点で魅力的な理論であると考えられる。

さて最後に私自身の内縁判例に対する理解を少し示しておく。1915年判決当時は、民法その他制定法においても、内縁を保護する規定がなく、また先例もない状況であった。かつ、民法制定時にも内縁の問題が起こることも想定されていたのであり意図的に保護対象を法律婚だけにしたという事実も見受けられる。以上のことから、ハートや、ドゥオーキンの法理論では1915年判決を説明できるが、ケルゼン法理論では説明できないと考える。届出婚制度である民法の枠内での法創造とは言い難いだろう。続いて、1958年判決においては、民法以外の特別法の存在や、1915年判決において内縁保護がされたという先例があることから、法全体の整合性を考えると裁判所が内縁保護という法を見つけたということになるというドゥオーキンの法理論が適切だと考える。本論文では検討できなかったが、マコーミックによるとルール以外の法的規準を承認し許容することはハートの理論的なアプローチと十分に両立することが主張されているように⁸⁰⁾、ハートやケルゼンとドゥオーキンの議論を踏まえた、より折衷的な理論が司法における法創造をよりよく説明できるのではないだろうか。

- 1) 本論文では「司法における法創造」、「裁判による法創造」、「裁判所による法創造」、「裁判官による法創造」などの言葉は力点の置き所が異なると考え、文脈によって使い分けることにする。「裁判官による法創造」で表すとより裁判官個人に焦点を当てたようなニュアンスになり、また、「司法」という言葉を使えばより抽象的になり、かつ三権の一つという意味合いが強くなるだろう。本論文は法哲学的な試みであり、基本的には裁判官個人についてというよりは、より広い領域をカバーする言葉を用いるようにしている。
- 2) 大林文敏「アメリカにおける司法的立法論について」(沖繩法学9, 1981年) 6頁参照。
- 3) この問題領域では、法の無欠缺性を前提とし裁判官の任務を法的概念・命題からの形式論理的演繹による法的事案の裁定に限定し司法における法創造を一切認めない概念法学や、

法は決して一般的抽象的な法的ルールの中ではなく、現実には法をつくり出す具体的な判決の中にあると考えるリアリズム法学などからの主張も重要ではあるが、両極にある考えであり視野を限定するために本論文では取り上げない。また、リアリズム法学は法外在的な理由から裁判官による法創造を説明するが、本論文では、法理論的アプローチにより、法内在的な論理の解明を試みる。リアリズム法学については刺激とパーソナリティによって結論を導き出すこと（ $S \times P \rightarrow D$ ）について説明している井上達夫編『現代法哲学講義〔第2版〕』（信山社、2018年）3頁以下など参照。

- 4) 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009年）220-236頁参照。
- 5) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、1997年）27頁以下参照。
- 6) しかし、二宮周平『叢書民法総合判例研究 事実婚』（一粒社、2002年）1頁によれば、梅は「下等社会に多い、真に婚姻をするつもりではなくずるずるべったり夫婦として暮らす関係と、慣習で多くあるところの、儀式をし試した後に届出をする関係（試婚）では、取り扱いの違いを見出している。……すくなくとも梅は試婚的な関係について法的な救済を一切否定する趣旨ではなかったといえる」。
- 7) 二宮周平『家族法 第3版』（新世社、2009年）33頁参照。
- 8) 二宮周平『事実婚の判例総合解説』（信山社、2006年）3頁以下によると、1920年代において内縁率は男約17%、女約16%という割合で、このように内縁関係が数多かった理由として第1に、伝統的な婚姻慣行がある。家制度の下では、婚姻は家と家の結びつきであり、新たに迎えた嫁が家風に合うかどうか、あるいは跡継ぎの子を出産できるかどうかかわかるまで、婚姻の届出を控えていた。法律上の婚姻をしていない内は、試してみただめな嫁を離婚手続きによらずに一方的に離別でき、しかも戸籍も汚れない。このような理由から生じる内縁はやがて届出をして婚姻に至るか、不縁になって解消されるか、いずれにしても経過的なものだった。第2に、法律上の婚姻障害である。明治民法では、妻は婚姻によって夫の家に入り、婚養子の場合は夫が妻の家に入ったが、法定推定家督相続人は、廃除判決が出ない限り、家を去ることができず、家を廃止することができないという制度があり、内縁にとどまらざるをえなかった。また、男は30歳、女は25歳まで婚姻について父母の同意が必要であり、さらに年齢に関係なく戸主の同意が必要だった。第3に、工場・鉱山労働者層の内縁問題である。労働者層に内縁が多い理由として法律知識の欠乏や関心がないことが挙げられたが、それよりも当時の届出制度が庶民にとって利用しにくいものだったことがある。普段行きつけない役所へ、日曜日でない勤務時間内に仕事を休んで届出に行かなければならず、遠隔地の場合には負担感は増す。また、今日のような記入式の届出用紙がないので、自分で書式を整えなければならない。代書を頼めば手数料がかかる。日々の生活に負われる経済的に厳しい階層では、届出をしなくても自分たちの家庭生活に変わらないのだから、そのまま放置するという結果になっていても不思議ではなく、一定の財産を有することを前提とする婚姻制度・家制度に利害を持たない階級問題的な事情が存在した。
- 9) 大連判大4（1915）・1・26民録21・49
- 10) 古川環子「事実婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察」（岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要第27号、2009年）42頁参照。

- 11) 最2小判昭33 (1958)・4・11民集12・5・789,家月10・4・21,判時147・4
- 12) 広中・前掲注5, 38頁参照。
- 13) 田中英夫「判例による法形成——立法による法形成との比較を中心に——」(法学協会雑誌94, 1977年) 783頁参照。
- 14) 和田英夫「裁判官の法形成機能とその限界——訴訟制度の機能的考察の一側面」(法律論叢57, 1984年) 40頁。
- 15) 裁判拒絶の禁止は「裁判を受ける権利」との関連で語られることが多い。これについては、樋口陽一, 佐藤幸治, 中村睦男, 浦部法穂『注解法律学全集(2)憲法II』(青林書院, 1997年) 282-283頁など参照。
- 16) 原竹裕『裁判による法創造と事実審理』(弘文堂, 2000年) 3頁参照。
- 17) 田中成明「裁判による法形成」『新・実務民事訴訟法講座』(日本評論社, 1981年) 60頁参照。
- 18) 和田・前掲注14, 40頁。
- 19) 井上達夫『立憲主義という企て』(東京大学出版会, 2019年) 97頁参照。
- 20) 田中英夫・前掲注13, 759頁参照。
- 21) 田中成明「法の解釈と裁判官(立法)」井上茂他『法哲学講義』(青林書院新社, 1970年) 120頁参照。
- 22) 田中英夫・前掲注13, 772頁以下参照。
- 23) 井上・前掲注19, 79頁参照。
- 24) 同上, 79-85頁参照。
- 25) 和田・前掲注14, 52頁参照。
- 26) 田中英夫・前掲注13, 767頁参照。
- 27) 天野和夫他『裁判による法創造——現代社会における裁判の機能——』(晃陽書房, 1989年) 220頁参照。
- 28) 例えば, 「2. 司法における法創造と思われる事例 (1) 司法における法創造の分類」で取り上げた, 「㉔ 社会の実態に適合する法の創造」は, 社会の実態に適合する法が欠缺していると考えられるし, 「㉕ 法文の実質的修正」も, 制定法の該当する条項に明示されている文言と, その制定法全体, 又はその他制定法などのどちらを優先するかというルールがないという意味で法が欠缺しているとも考えられるのではないか。
- 29) 青井秀夫『法理学概説』(有斐閣, 2007年) 524頁参照。
- 30) 同上, 525頁参照。
- 31) 酒匂一郎『法哲学講義』(成文堂, 2019年) 425-426頁参照。
- 32) 青井・前掲注29, 526頁参照。
- 33) 西平等『法と力』(名古屋大学出版会, 2018年) 170頁参照。
- 34) 井上達夫『法という企て』(東京大学出版会, 2003年) 71頁。
- 35) 田中成明「判決の正当化における裁量と法的規準——H・L・A・ハートの法理論に対する批判を手がかりに——」(法学論叢96巻4・5・6号, 1975年) 174頁参照。
- 36) 井上・前掲注34, 71頁参照。
- 37) 田中成明『現代法理学』(有斐閣, 2011年) 92頁参照。

- 38) 田中成明他『法思想史〔第2版〕』（有斐閣，1997年）187頁参照。
- 39) ケルゼンは、ある規範が上位の規範によって根拠付けられていることを、その規範の「妥当性」と呼ぶが、これに対して、例えばある法律が制定されて一般に遵守されているといった社会的事実「実効性」と呼び妥当性から明確に区別する。
- 40) 酒匂・前掲注31，30頁参照。
- 41) 田中成明・前掲注37，92頁参照。
- 42) ハンス・ケルゼン『純粋法学 第二版』長尾龍一訳（岩波書店，2014年）226頁。
- 43) 西・前掲注33，171頁参照。
- 44) 酒匂・前掲注31，31頁参照。
- 45) 「枠」の理論については田中成明・前掲注21，108頁以下に説明があるが、「枠」の具体的構造やその認識方法についてはケルゼン自身ほとんど研究していないという指摘がされている。
- 46) ケルゼン・前掲注42，337頁。
- 47) 同上，339頁。
- 48) 瀧川裕英，宇佐美誠，大屋雄裕『法哲学』（有斐閣，2014年）202頁によると，ジョン・オースティンは法を主権者が発する一般の命令として定義した。これは，法命令説と呼ばれる。
- 49) 同上，207頁以下参照。
- 50) 田中成明・前掲注35，179頁参照。
- 51) 深田三徳『現代法理論論争』（ミネルヴァ書房，2004年）22頁参照。
- 52) 田中成明・前掲注35，180頁参照。
- 53) 田中成明・前掲注37，495頁参照。
- 54) H・L・A・ハート『法の概念〔第3版〕』長谷部恭男訳（筑摩書房，2014年）413頁。
- 55) 濱真一郎「H.L.A.ハートの司法的裁量論の再検討：スペインでの講義（1979年）を素材として」（同志社法学70(4)，2018年）1349頁参照。
- 56) 田中成明・前掲注37，493頁参照。
- 57) 早川のぞみ「ドゥオーキンの法理論における原理の役割と機能——批判的法学研究との対比を手掛かりに——」（桃山法学15，2010年）336頁参照。
- 58) 田中成明・前掲注37，493頁参照。
- 59) 早川・前掲注57，337頁参照。
- 60) 亀本洋「法におけるルールと原理(一)——ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に」（法学論叢122巻2号，1987年）28頁参照。
- 61) 早川・前掲注57，338頁参照。
- 62) 法的プラグマティズムは，裁判官はそもそも制定法や判例など既存の実定法に従う一般的な義務を負わずそのような過去の決定に拘束されることなく，いつも正義・効率などの観点からどのような法が社会全体の将来にとって最善かという判断に基づいて自由に判断すればよいとする立場。ロナルド・ドゥオーキン『法の帝国』小林公訳（未来社，1995年）161頁参照。
- 63) 内田貴「探訪『法の帝国』（一）」（法学協会雑誌105巻3号，1988年）226頁参照。

- 64) ドゥオーキン・前掲注62, 89頁。
- 65) 内田・前掲注63, 232頁参照。
- 66) 平野仁彦「法の解釈と整合性」『法的思考の研究』(京都大学人文科学研究所, 1993年) 437頁参照。
- 67) 卷美矢紀「憲法の動態と静態(一)——R・ドゥオーキン法理論の『連続戦略』をてがかりとして——」46頁以下によると、「前解釈段階」: 解釈対象となる実践, およびそのジャンルが特定される。既にこの段階で解釈が働いていることに彼は注意を促している。「解釈段階」: 解釈対象である社会实践を一般的に正統化する理論, すなわち解釈対象である社会的実践の大部分を説明し, その社会的実践が属するジャンルの可能な限り最善のものとして対象を提示する理論が探求される。「後解釈段階」: 直前の解釈段階で導出された最善の理論に依拠して, 社会的実践が検討される。
- 68) 植木一幹「R・ドゥオーキンの『インテグリティとしての法』の理論に関する一考察——J・ハーバマスによる批判を手がかりに——」(法学論叢135巻4号, 1994年) 75頁参照。
- 69) 同上, 77-87頁参照。
- 70) 内田・前掲注63, 247頁。
- 71) 同上, 250頁参照。
- 72) 協同的責務の成立条件4点。① 責務が特殊であること。② 責務が個人単位であること。③ 責務が相手方への一般的な配慮から派生したものであること。④ 互いに示し合うそうした配慮が対等な配慮であること。
- 73) 植木・前掲注68, 88-89頁。
- 74) 小林公「法の自立性について——意味論の観点から——」(法哲学年報, 1997年) 29頁参照。
- 75) ケルゼン・前掲注42, 237頁。
- 76) 1915年判決以前に届出をしていない当事者が同居後数か月で男性から離別された事案について, 不法行為に基づく損害賠償責任を認めた判決(大判明44・1・26民録17・16)があるが, これは関係成立時に詐欺があったということで不法行為になるという判決であった。
- 77) 田中成明・前掲注37, 495頁参照。
- 78) 内田貴「探訪『法の帝国』(二・完)」(法学協会雑誌105巻4号, 1988年) 432頁参照。
- 79) ドゥオーキン・前掲注62, 227頁。
- 80) N・マコーミック『ハート法理学の全体像』角田猛之編訳(晃洋書房, 1996年) 298頁参照。