

法の擬制についての若干の考察

衣 斐 成 司

一 問題の提起

二 沿革上の法の擬制

三 法の擬制と解釈学の関連

四 結 び

一 問題の提起

法は安定していなければならない、しかしそれは静止してはならないといわれるように、法の安定性が、価値相對主義の立場からだけではなく、どのような立場からも、法の理念、目的のなかでのもっとも重要な要素のひとつであることは自明である。この法の安定の要求については、たとえば法典法体系にあっては外見上完成されたと考えられた公理体系にもとずいた、自足完結性を指向する、ゆえにまた法典編纂者の自負する諸々の法典が、法的論

理の助けをうけて、よく答えているかのように思われる。だが、法典それ自体が意味する安定性はしばしば法の硬直に連らなつて静止を強制することになる。静止ではなく、法の安定が要求されていること自体にすでに変動への萌芽がくみとられなければならない。まして一方では、安定性の要請以上に、法の変動の要求が社会的、現実的な力をともなつて押しよせてくる。だが、社会の進展が法規や個々の判決が枠づけた段階を超えて出ている場合であっても、法典法体系のなかでは、一般的でかなり抽象的な従つて具体的な特殊性を持ちえていない法規を手がかりとしながら、法一般それ自体はなお社会的な事実状態とかこれがもたらす錯綜した多様性を把握するよう強いられるのである。かような状況のもとで、法律に十分に規定されていない場合とか、社会的発展がもたらした新しい法生活の問題に直面した場合には、その法的解決は、すでに解決されているものとの近似化によつて、従つてしばしば擬制を用いて「模写的」になされるのである。かように個別の事例の解決の場合だけではなく、概括的にいふとすれば、ほとんど全ての法制度の発展そして画期的な法の発展期においては、かような模写の技術なくしてはそれらの進展はなかつたであらう。⁽¹⁾

模写的方法に本質的な、新しいブドウ酒を古い革袋に入れる操作が法の擬制の沿革上もつとも重要なもののひとつであった。この種の擬制、いわゆる *historical fiction* は、法典を中心とした法体系の場合だけではなく、ローマ法、コモンローでも、それぞれの法の生長になくしてはならないものであった。またこの擬制はみぎの操作自体にみられるように保守主義の傾向を有している。この意味での法の擬制をとりあげるとすれば、解釈、衡平、自然法も考察範囲に入れなければならないであらう。⁽²⁾

一般的に言えば、法の擬制は、方便の嘘であつて、相手方をそれで欺こうとする意図を込めているというよりも、偽りであることを認識したうえでなお用いられるのであつて、単なる嘘からは区別される。それゆえに、擬制が、ローマ法的に仮定的な形式 (*als ob, as if*) で、もしくはコモンロー的に断定的な形式 (*ist, is*) で述べられるか、すなわち偽りを認める文法的構成で用いられるか、あるいはあえて事実の形で採用されるかは重要なことではない。要するに、擬制は、相入れない二つの要素、すなわち偽りであることの意義と、その有用性のゆえに認められた偽りの陳述であることを主たる構成要素としているのである。⁽³⁾

そしてつぎに問題となるのは、主たる要素が偽りではなくて、擬制それ自体がことばを用いて述べられるという素朴な事実である。また、もともとことばによる陳述の真实性と偽りとは程度の問題であつて、擬制は真実を表現するための隠喩的方法である。そして、隠喩はまた伝統的な説得の方策でもある。仮面 (*mask*) を現わす *persona* (*Person*) のことばを自然人に適用することははじめむしる隠喩的でさえあつたといえる。⁽⁴⁾ さらに、ことばは、たんに表現の技術としてだけではなく、意味づけを与えるべく選ばれるのであり、対象の認識のための主要な手がかりである。

しかし、法の擬制は認識の手段ではないのであり、従つて認識論にいう擬制、すなわちわれわれはいかにしてすでに意識している誤った表象をもつてなお正しいものへ到達することができようかの問題ではなく、法の擬制はあくまで等しいものと等しくないものの同評価にあることが忘れられてはならない。元来、擬制は礼拝上の犠牲の小動物をわら、ねんど、ろうなどの素材を用いて創るところの補充、すりかえの道具であつたが、この場合でもやは

り等しくないものとの同評価がみられるのである。認識上の手段としてではない法の擬制は、ゆえにAとBの事実上の同一化ではなく、Aの要件とBの要件の同評価にその本質を有するのである。⁽⁵⁾たとえば、胎児の相続権(民八八六条)、胎児の損害賠償請求権(民七二一条)の「生マレタルモノト看做ス」は、生まれていない胎児を生まれたとする事実上の同一化ではないのである。法律の命令的性格を前面に出せば、法の擬制は、その内容の特殊性ではなく、形式の特殊性であって、すなわち指令の形式をもってその本分とするのである。⁽⁶⁾

ところで、しばしば指摘されているように、判決が法的三段論法を形式的に用いることによって法律から演繹されるのではなく、法律は判決にとつての基準である。さらに、法的判断そのものが最高位にあると思慮される法理念から直接的に求められるのではなく、また法理念から法規範が生じ、ついで同じような過程を通じて法規範から具体的な現実の法が生ずると考えるのは、あまりにも段階的な説明にすぎない。むしろ、丁度、法解釈が生活関係から法規範へと同化させ、同時に法規範を事実状態へと同化させるべく視点を相互にフィードバックさせている作用と同じように、具体的な法的判断はやはり法規範(当為)と生活関係(存在)の間の相応関係の統一によつてもたらされるところと考えるべきであろう。これがいわゆる類推という事項に属するのである。法律が判決の基準であることからして、法律は現実ではなく、法の可能性にしかすぎないのであって、法律から現実の法が生じるというには、なおそこには擬制と本質を同じくする類推という当為と存在の相応関係の統一が必要なのである。だから、欠缺のある法律が解釈を通じて完全無欠なものになるという比較的安易な考えは法と法律の同一視にいたる。かかる場合には、法律という Katalog の増加、すなわち、基準もしくは指令の補遺ならびに追加がみられるのである。さらに、いわ

ゆる超現実といわれるものが存在しないと同じく、超実定法も現存しないのであって、実定的な法規範を法の最高の原則から「論理的」に演繹しようと考えがちな自然法的な論調とか、個々の法規を一般的な概念へと還元して、この概念から生じた結果を現実の法と解する傾向をもち、ついには概念が存在をもたらずことにさえなる概念法学的な思考方法も法と法律の同一視と同様の誤りを冒すことになる。⁽⁸⁾

さらに、類推については、論理学的にもひとつの推論として扱われることがある。演繹が一般から特殊への推論であり、帰納が特殊から一般への推論であるのに、類推は特殊から特殊へのもしくは個別から個別への推論であるとされる。だが、類推は、前二者の推論とは違って法的三段論法と同じく間接推論であり、また類似とのつながりをもつところの多少とも不確実な推論である。認識論上の擬制とも似て仮設の設定のための発見の原理としての類推も存在するといわれるが、⁽⁹⁾もともと類推は「論理的」な推論ではないのである。類推は法の擬制と同じように、Aの要件とBの要件との同評価を意味している。すなわち、類推は、論理とか、推論とかの外的な帰結によるのではなく、価値判断、評価にもとづく構成要件の類似性のなかで帰納的に得られるのであって、不確実な大前提にもとづく演繹的推論ではないのである。⁽¹⁰⁾かかる類推を認容する基準は、演繹、帰納などと違って、論理による操作ではなく、目的論的な基準による類似性の定義に依っているのである。⁽¹¹⁾

つぎに、類推が解釈の種類に入るか否かが論じられるのも、その根底にあるのは、法における概念、ことばの問題である。人権の保障との関連で、刑事法にあっては、拡張解釈は許されても類推は禁止されとの前提から拡張解釈と類推の区別ならびにその当否が争われている。この区別の最終的な基準は、つまるところことばの意義の

限界に求められている。すなわち、ことばがもつ意義づけの限界を超え出るところに、類推が現われはじめるとの規定は、要するに法解釈とは拡張解釈をも含めて、法的三段論法の操作にあたって、ことばや概念による枠づけのある法規という大前提のあらかじめの存在のもとで包摂されることにしかすぎないことを意味するようである。また、拡張解釈と類推の区別の否定論は、法的三段論法の操作以前の裁判官による立法作用ともいうべき大前提の創造の拒否、もしくは裁判官に類推に伴なう解釈以上の直覚的判断にもとづく価値の選択という重い負担を担わせないことにも重点がある。解釈と類推との関係には、その論理においても、量の多少ではなく、質的な差異がたしかに認められよう。また類推による法の変化は擬制によるそれよりも大きいとされ、変化の荒々しさを和らげるに適した擬制、すなわちこの場合では新しい法を古い形式のなかで叙述するという保守主義と古いものへの執着という確実性の感情に合致する方法がより選ばれやすいのである。

みぎのように、解釈、類推、擬制とそれぞれの差異はあるにしても、その中心的な問題は、法における概念の問題である。たとえば、普通の型の犬という概念で現わされるものしか知らない幼児が、馬を大きな犬、猫を小さな犬と言ひ、ついには馬や猫に犬と同様に叫ぶことを期待するにいたる。法概念についてもかような事例は皆無であるとはいえなからう。また、すりかえの理論、こじつけの理論と非難されてきた、使用方法を限定されない場合の擬制がもたらすその本質的要素である評価の結果が、白を黒、黒を白と看做す危険をもたらすこともあきらかである。しかも、たとえば、権利 (right) の概念は家 (house) の概念よりも不正確であるといわれるように、法概念は元来、相対的な概念である。すなわち、かつて概念法学が指向した、法の問題の概念による解決の計算可能性は、

その範型を数学、形式論理学の絶対的、論理的、抽象的な概念操作に求められたのであるが、法律学だけでなく、現実界においても、同一性の存在の有無ではなく、類似と非類似の存在が現存しうるにすぎない。まして、法律がみずから規定しようとした具体的な生活関係のなかではじめてそれ自体が存在しうるように、生活関係が必然的に構成されることによって生み出される法概念もまた派生的にも相対的である。わずかに表見的に特定されるのは抽象化の結果、たとえば典型的な例として、満二十年ヲ以テ成年トス（民三条）など期間、期限などの場合であって、法概念の本質はやはり相対的であつて類推的な表示にかかわるものである。

このことからして、ある特定の法概念が曖昧であるとの批判は程度の問題であつて質的なそれではない。むしろ、強調されるべきことは、法概念が、一時的な仮説と同じように、事物に関連した区別であつて、またその効力範囲内での仮の枠づけにすぎないことである。しかし、法概念は、裁判官が行なう法形成において默示的に前提されていて、その時までの認識の成果を含んでいるのであつて、たんなる理論構成の結果ではないのである。⁽¹²⁾

かような理論構成の結果としてだけではなく、固定した法問題の解決にさいしては、実質的な解決の基礎でもある法概念の形成の価値は、事物に従つた区別の実体化であることを意識している限りでみとめられよう。これと関連して、法の擬制についての一般論は、保守主義の傾向のもとにある法律家がいままで用いてきた概念を取り換へようとしなない結果、必然的にその概念の内容の変更によつてつくろつてきたことに重点を置いて論ずる。この考察方法は、擬制が解釈、類推、衡平、自然法と並んで論じられること、また沿革上、立法作用とは対照的な司法作用における擬制の役割を指適するにすぎない。だが、この方法は、法概念の判決への導入、ならびに他の法問題の解

決との限界づけの機能の認識、あるいは問題解決の指標の取得以上の考察には及びえないのであり、法典への法概念の組み入れには注目していかないのである。

この結果、まずはじめに、種々の豊富な例が示すように、衡平という枠づけにとぼしいと考えられる、すなわち、衡平法は普通法を創るものではなく、普通法を助ける (*Aequitas non facit jus, sed juri auxiliatur*) といった、いわば集合概念によって切り抜けてきた外見上の結果に対する検討の余地を法典のもつ権威の前に失なってしまうことである。立法者がどのような動機、理由をもって擬制を法規にとり入れたかの考察なくしては、その法規をめぐる解釈は法律を離れてしまうであろう。また、立法者の動機を軽視することは、逆に法的論理への偏愛や、法の規範的内容からは遠く離れた独自の法律的事実(論)の探求への傾斜を生じやすいのである。¹³⁾とりわけ、擬制についての賛否両論が示しているように、擬制は、類推とか新しい法規の追加、制定とは違って生じさせる変化が目立ちにくいことも相俟って、立法にとり入れられてしまうと以後、無批判的に前提されてしまうようである。立法については、立法者の意思、法の意思などによる区別を基準とした解釈学の対象として論じられても、立法学それ自体として論じられることは少くない。むしろ、わがくには、立法学は存在していないといえる。かつて、法の擬制が、衡平の見地からの管轄権の拡大を通じて、現存する法の規則の潜脱をなしとげたが、逆に立法化においては、採用された擬制が、時には保持しえない大前提を法律に侵入させたこともあろう。

つぎに、法典法体系に組み入れられた法概念は、事例解決の指標にとどまることなく、法実証主義にみられるように、固有の法的論理の法則に従って、法の世界に生きていることである。われわれの用いる概念は、他の部分と

の比較にさいして、われわれの思考をできるかぎり運びやすくするために創り出された構想の産物でもある。L・フラー (Lon L. Fuller) によれば、概念の危険とは、(1)概念の求心力、(2)具象化を誘起する能力のあること、(3)その隠喩的な混成にあるとされる。¹⁴⁾(1)の場合には、組織化された単純さへの傾向がそれである。たとえば、権原 (title) ということは有効な方策であり、それは、実質上衡平法的所有権を示して全体として扱われるときには、所有権を包括して示し、権原があれば、他の目的にとっても権原があると考へうる便宜さを提供するのである。(2)の場合には、法人がその権利、義務を失ない、諸々の権利を他に附与したとしてもなお存在すること、(3)の場合には、法律用語が、他のたとえば文学、物理学などの学問的用語の意味での影響をうけていることであり、これは、人間の心情が新しい体験をすでに身近かになっていることばで同化しようとすることを示すのである。だが、われわれが、みぎのような概念の危険について認識している限りではさほど問題にはならない。すなわち、新しい現象に出会うとき、われわれは、やはりすでに身近かになっている用語で説明しようとするし、また新しい現象を類推でもって理解しようすると、その対象の単純化とその対象をも含めた組織化を行なうのが通常である。人は、概して単純化、組織化を好む素質をもつがゆえに、現実を素直に反射させることで終るのではなく、現実を変更したり、都合のよいように作り上げる傾向をもっている。この現実の変更ないしは曲解はすでに存在している概念を通じて類推によってなされ、類推に置かれる信頼がさらにそのことを促進するのであり、そして、そこで用いられることばが隠喩的要素を多分に含む場合には、概念は現実の現象と一致しなくなる。たとえば、法人を人と呼称することによって、法人は自然人と同じように死亡するのであり、法人も生か死のいずれかの時間に存在すると仮定さ

れる。そこで、解散した法人は「清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ……尚ホ存続スルモノト看做ス」(民七三条)ことになると同時に、事実、法人は存続しているのであり、擬人化された法人の存在はまた実在であることにもなる。かような擬制が示すように、自然概念と法概念の混り合い、あるいは法概念それ自体の作用が命令的性格を含む法規の内容の表象と結びついていること、しかもこれらが法における認識の対象なのである。この法の認識の対象そのものの表象は、当然のように法の現実とは必ずしも一致していないのである。

さらに、しかも問題はそれで終るのではない。十九世紀の法律学をシェーマ的に表示すれば、(1)法規への拘束、(2)国家的な法の見解、(3)法の統一の表象の三つの要素がその出発点となっている。⁽¹⁶⁾この法律学の体系は、より高次の合理的な大前提を持たないのである。それゆえ、体系化の出発点はいわゆる実定法である。そのため、法規が直ちに自然にかなった所与としてうけとられるのである。かような状況では、この法律学は準自然科学的な観点をもち始める、つまり法は特定の事実⁽¹⁷⁾に特定の法的性質を与え、そこには、特殊な法の効果が結びつけられ、ここに法律的事実が生じてくる。逆に考えれば、もともと、立法者は、その使命を正しい秩序の選択と考えていて、すなわちシェーマ的には、特定の事実の存在に特定の効果を事実上結びつけようとしたり、あるいは特定の事実の出現にある社会的意義を附与しようとはしないのであるから、この場合には、法律的事実⁽¹⁷⁾は存在しないことになる。しかし、法律的事実の理論は、法規を具体的な生活の現実に対する具体的な正義の命令とは解さないので、つまり法律の命令的性格を見い出さないので、法に本質的な共通の現実性と法政策的な評価を無視してしまい、法規を法律的事実の現存にかかわるいわゆる実定法の存在の仮定的表明と解している。⁽¹⁸⁾この法律的事実の理論は、事実の状態と

その状態に対する評価との許されない混淆を生じさせているが、このためにふさわしいように作り出された法律用語を豊富にもつことになる。この場合にあっては、人間の思考が、類推と比較を通じて進展するとき、その対象となる現象を比較の便宜のためにある単位に区分することで難関を切り抜けるように、この理論でも、複雑な錯綜する規範を単純な定式に持ち込むため、とりわけ法の統一の観念と擬人化が用いられるのである。そして、この法の統一の観念は、たんなる便宜のための隱喩的表現にとどまることなく、ついに演繹のための基礎となり、また擬人化は、すでにひろく、国民精神、主権者の命令、社会契約論、經濟原論における經濟人として現われるように、生じた現象のある一面の描写の提供にとどまらず、法そのものがある隱喩的な生き物に仕立てることになる。

“ここに機能している擬制”は、十九世紀の法律学の三つの出発点とたとえば所有権の讓渡、債権の發生、婚姻の効果などの法律的概念とが創り出す事実状態とその状態の評価との混同からなる法の世界の捏造のために利用される。まさに、擬制は人間の知的構造における弱点を手近かにふさぐセメントである。

他方“沿革上の擬制”は、形式である嚴格法に対する内容たる衡平法との二元的存在、従って形式的構成要件と實質的構成要件との架構に用いられたといえよう。

要するに、この二つに大別された法における擬制は、その機能の表見的な類似性を示しながらも、實質的な作用においては対照的にみえる。両者を検討することによって、われわれは、法律学における事実の認識とその評価の問題との混淆をさげることができよう。

(一) J. Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl., 1969, S. 5.

- (2) R. Pound, *Jurisprudence* Vol. III, 1959, pp. 448.
- (3) Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, 1967, p. 9.
- (4) Fuller, *op. cit.*, p. 19.
- (5) Esser, a. a. O., S. 32.
- (6) Esser, a. a. O., S. 25.
- (7) A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“* 1965, S. 14.
- (8) Kaufmann, a. a. O., S. 11f.
- (9) Kaufmann, a. a. O., S. 26, Anm. 92.
- (10) J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Aufl., 1964, S. 231 f.
- (11) Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff*, 1969, S. 24, Vgl. U. Klug, *Juristische Logik* 3. Aufl., 1966, S. 124.
- (12) Esser, a. a. O., S. 209 ff.
- (13) Vgl. Fritz von Hippel, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, in: *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, 1964, S. 14 ff., insb., S. 36 ff.
- (14) Fuller, *op. cit.*, p. 123.
- (15) E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Acp 115. Band, 1917, S. 271 ff.
- (16) F. v. Hippel, a. a. O., S. 36.
- (17) F. v. Hippel, a. a. O., S. 38, und J. Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, S. 133.
- (18) F. v. Hippel, a. a. O., S. 38.

二 沿革上の法の擬制

歴史上、どのような法体制が採用された場合でも、法の発展的形成の担い手は法律家達であり、法廷であったといえる。しかし、彼等は、立法者ではなく、世俗的な権力者でもなく、みずから直接的に法を変更させたり、補遺する権威を有していたわけではない。そこで、彼等は、かような権威を実質的に実現するにあたって、いわゆる解釈を用いたのであるが、そこでは解釈の名をかりた類推、衡平、自然法をもって法を發展させ形成したのである。

この場合での法の發展・生長は、個々の事例での改革だけでなく、より一般的な目的に従ってなされたのである。

R・パウンドによれば、個々の事例の場合を個別的擬制 (particular fiction) と呼び、後者を一般的擬制 (general fiction) と名付けた。いずれも、いわゆる historical fiction に属するが、この種の擬制は主として手続法に現われる。⁽¹⁾

著名な例示として、ガイウスの法学提要から引用すれば、十二表法が一般に樹木が伐採された場合に成立する訴訟を規定しているが、ある人がぶどうの樹を伐採されたので、訴訟をぶどうの樹とすることばを用いて実行したところ、十二表法をはじめとする厳格な法律訴訟では、ぶどうの樹ではなく、より一般的な総称としての樹木ということばを用いなければならないので、結局、訴訟は敗訴に終わったといわれた。⁽²⁾

ローマ法上、法の発展的形成の第一級の担い手であった法務官 (praetor) の告示がまだ行なわれなかった以前のこの法律訴訟の時代では、個々の訴訟自体が法律によって制定、限定されていて、さらに訴訟の遂行にさいして

も法律上の用語を用いなければならないことなど殊の外厳格な形式主義が支配していた。これに対してつぎに現われるのが方式書訴訟である。すなわち「けれども、これらすべての法律訴訟は次第に世人の嫌悪を招いた。何となれば、古代において法創定の任に当たった学者は甚だしく形式を尊重したので、手続上極めて軽微な過誤をおかした者もまた敗訴したからである。したがってアエブチア法および2種のユリア法によって、これらの法律訴訟は廃止され、われわれは特定の書式すなわち方式書によって訴訟すべきこととなった⁽³⁾。方式書は請求原因の表示、請求表示、裁定権限付与の表示、判決権限付与の表示の各部から成立している。この方式書訴訟にかんする表題部には、法律訴訟の擬制を含む方式書と自己固有の効力をもつ方式書との二種が掲げられ、豊富な擬制がみられる⁽⁴⁾。

とりわけ、法務官の告示による遺産占有者は自分を相続人であると擬制して提訴することができ、すなわち、「なぜなら、市民法によらず法務官法によって死者の地位を承継する者は直接訴権をもたず、また死者の所有した物を自分の所有であると請求表示することができず、したがって、自分を相続人として次のような請求表示をするからである。……⁽⁵⁾」。衡平法的な観点からの相続人たとえば娘の子は法律上の相続人、すなわち氏族員 (*scabini*) ではないが、法務官の告示のもとで遺産占有をしている場合には、法律上の相続人として、固有の法律上の相続人を除いた何人に対しても相続財産を訴求しうるのである。同様の事項には、破産財団の買主が自分を相続人と擬制して提訴できることである⁽⁶⁾。あるいは、正当な原因で引渡をうけた物を使用取得しないうちに占有を喪失した場合には、ローマ市民法上の所有者でなければ目的物の回収ができないので、目的物の使用取得があったと擬制して、その者をローマ市民法上の所有者と看做するのである⁽⁷⁾。

さらに、衡平の見地による擬制として特色があるのは、外国人をローマ市民と擬制することである。すなわち、窃盜訴訟ならびにアクィリア法による不法損害の訴訟にあっては、原告もしくは被告が外国人である場合に、その外国人をローマ市民と擬制して訴訟を遂行させるのである。すなわち「また、わが諸法律が訴訟を創定したばいに、その訴訟を外人にまで拡張することを適当とするときは、外人を原告または被告として訴訟を實行するに当たつて、その外人をローマ市民と擬制する」⁽⁸⁾。

ところでみごと同様の發展は、コモンロー訴訟では、さらに明瞭に、管轄権の拡大として現われる。王会(Curia Regis, King's Court)は王の平和(peace of the king 同時にこのことは犯罪地の裁判籍をも意味する)の破棄を理由とする擬制をもつて、すなわち、trespass (不法侵害訴訟)とか、ejectment (不動産回復訴訟)において、推論にかかわる弁論(argument)ではなく、断定的形式をもつて暴力的な事項の列挙にもとづく averment (事実の主張)を許容することで王の平和の破棄を理由づけ、以つてコモンロー訴訟の多数の事例の管轄権を取得したのである。これらの averment は現代のコモンロー訴訟の訴答(pleading)にも存続しているのである。⁽⁹⁾さらに、概括的な方法として、ある事件における被告が特定の裁判所の保護のもとにある場合には、他の裁判所はその被告を逮捕できないのである。すなわち、被告は逮捕されることによつて、その裁判所の法廷に出頭するために身体の安全を保証される。かような被告の安全の保証のもとに、その裁判所は、その事件についての訴訟を受け入れることによつてその主たる理由であろうが正義を実現する一方で、附隨的管轄権(ancillary jurisdiction)を取得することになる。かかる附隨的管轄権は現代のアメリカ連邦裁判所にも存在するといわれる。⁽¹⁰⁾要するに、被告は裁判所長官の保

護のもとにあることを理由に、王会はコモンロー訴訟の管轄権をさらに取得したのである。

ひかじ、Common Pleas (民事訴訟裁判所) はその管轄権を *ac etiam* (= and also) という擬制で拡大した。⁽¹¹⁾ これも前述の王会の附随的管轄権の場合と同様の取得の方法によっている。

やじ、Exchequer Court (財務裁判所) はその管轄権を *quo minus* (管轄令状) をもって拡大した。それは、King's Revenue (財源) に影響をあたえたことを理由に、すなわち原告は王にとっては債務者であり、会計士であるが、被告の *default or wrong* によって、王に対する借財が返済できなくなったという擬制である。そして実質的には、この裁判所はコモンロー訴訟の大半の管轄権を得たのである。⁽¹²⁾

そしてついで、コモンロー訴訟の形式そのものが擬制によって改良されたのである。たとえば、物自体の回復を請求するのが目的である *real action* (物的訴訟) はあたかもローマ法上の法律訴訟のように煩雑で頑迷であり、古くは決闘裁判をも含む訴訟であったので次第にすたれてきた。⁽¹³⁾ たとえば、借地人は *estate of freehold* (自由保有権) を持たないので、相手方に対して立退かすことはできても、*real action* を提起することができなかった。この借地人の事例を満足させるように工夫されたのが *ejectment* (不動産回復訴訟) である。ここでは、架空の人物の設定による期間権の侵害の問題の形を想定し、実質的に自由保有権の問題を解決したのである。すなわち、「仮りにXが現在占有している自由保有地に、Aが回復の請求をするとしよう。Aが土地に立ち入り、Bに期間権を設定すれば、もしBがXに妨害されれば、BはXに対し、土地占有回復の令状を提起できるが、勝訴するためには、その権利の根拠たるAの権原を立証しなければならない。Bの勝訴は、当然に、Aが期間権を設定する権利のあること

を含んでおり、Aは、自由保有権の所有者として保護されたのである⁽¹⁴⁾。同様に、action of trover（横領訴訟）でも、偶発的な原告の遺失と被告のところでの発見という擬制を通じて、不法に他人の物を留置する動産の横領の場合のすべての事例が包含されることになった。

以上の手続法上の擬制のみならず実体法上の擬制も存在する。古代法においても、もっとも早くから存在しているのが、養子縁組の制度である。ローマ法には二種の養子縁組があつて、家と家との吸収合併のための自主権者養子縁組 (arrogatio od. adrogatio) と狭義の養子縁組 (adoptio) が区別される⁽¹⁵⁾。いずれも、この制度の出発点には宗教的色彩が濃厚であつた。家という制度は、宗教上の観点からみれば Opfergemeinschaft であり、この家の崇拜からすれば、子供のいないことあるいは子供を失なうことは宗教上の汚点であつて、養子縁組による子供の養育保護は敬度の要請でもあつた⁽¹⁶⁾。宗教上の儀式とも無関係ではないがゆえに、養親が行なう擬裝分婁という自然的な動作も敬度な儀式であると同時に、親子関係の真にせまった創設の祈りを込めた所作でもあつた。また祖先崇拜、祭祀の承継、家系などからの血統継続の要請は現代でも否定しえない構成要素であらう。

しかし、養子は養子であり、実子ではないのである。宗教上の犠牲動物の代替物を用いる司祭が現実の犠牲動物そのものであると信じようと考えていたとは思われないと同様に、養子制度に存在する血統という擬制は、自然的な血統のなかに流れる諸関係と同一の地位をあたえようとする目的のもので、親子関係に写し出される法的関係がもっている機能効果を現実にて得て、以つてその目的を達しようとするのである。すなわち、窃盗訴訟における外国人がローマ市民に擬制されるということは、彼がローマ市民となることではない、あるいは遺産占有者が自分を相

続人と擬制することによって相続人となるわけではないが、かように虚構された事實は、擬制によっても少しも眞実とはなりえないが、当該の訴訟の適用領域にあっては、虚構された事實は現実の事實が有している結果をとり入れることができるのである。要するに、虚構された事實が少しも現実の事實ではありえないと同じように、虚構された権利は現実の権利ではないが、しかし虚構された事實の擬制を通じて取得された権利は、もはや虚構された権利ではなくて、すでに現実の権利である。ここに、擬制の結果の顯著な機能が存在するのである。

さらに、国の存亡をも生じさせようとする点でいち早く立法的に解決された例として遺言の失効にかかわる擬制の処置が捕虜に関するコルネリア法に存在する。ローマ市民が敵国の捕虜となれば、人格消滅 (*capitis deminutio*) をきたし、そのまま死亡すれば奴隸として死亡したことになる。ゆえに、兵隊が捕虜となることで、人格消滅の結果が生じ、遺言は失効するのが原則である。コルネリア法は、相続法の観点のもとで、ローマ兵の一度作成された遺言書は捕虜になったとしてもなお効力を有する、あるいは捕虜になったローマ兵はなお遺言能力を有するとかの規定を設けたのである。しかし、人格消滅という原則は依然として保持されているのであって、ここでの擬制は、遺言証書作成者がすでに逮捕を考慮に入れて遺言を作成したのであり、従って自由なローマ市民として死亡したことにあると解された。⁽¹⁷⁾

つぎに同じ種類の擬制のうちで、学理上の擬制 (*dogmatic fiction*) といわれる擬制がある。ハウンドによれば、それはすでに存在している法の規定に合理的な説明をあたえるため、あるいはあたえるかにも見える法律的思想の成果があった後に機能する擬制である。⁽¹⁸⁾ その例は *quasi-contract* をはじめとする *implied, constructive* とらうこと

ばで現わされる用語など一段と豊富にみられる。たとえば、不法行為の責任は当初他人への意図的な侵害行為 *wrong* が必要であったが、後には侵害するという現実のかつ直接的な意図を含まない侵害行為の場合には、通常のいわゆる悪意がないのでその責任はないかにみえるが、*malice* (犯意) が *implied or presumed* されることによつて不法行為責任として成立することになる。

なかでも、典型的な学理上の擬制として、パウンドが挙げているのは、ブラックストーン (W. Blackstone) による不法侵害を惹起した家畜に対する沿革上の絶対責任の理由づけである。⁽²⁵⁾ 彼は、因果の関係を考慮に入れながらも、罪となるべき事実の結果のもとに、法的責任は道徳上の責任と同一であるという自然法上の責任論を家畜についての責任と一致させたのである。同じように、契約における *implied condition* (黙示の条件) は当事者間に結ばれた契約の条件ではない。むしろ衡平法上の考慮にもとづいて、双務契約上の救済を求める当事者に条件が課せられる必要があり、契約で条件が黙示されたという擬制によつて、その目的が達成されるのである。また擬制はその限度において必要なのであつて、黙示が事実において *implied* される必要はないのである。

そして、現在でもな論議されている当惑した呼称である *quasi-contract* (準契約) という不当利得回復請求の例がある。ローマ法では名前のとおり契約から発生する債務に準ずる債務と呼ばれるように、準契約は契約上の訴訟の一種として扱われたが、コモンローでは明示であると黙示であるとかかわりなく、合意は存在しないが、事情により当時者間に債権債務の關係が発生する場合は *indebitatus assumpsit* (債務負担支払引受訴訟) によつて認められ、その債務は合意からではなく、衡平にもとづいて発生するのであつて契約法上の救済方法ではないので

ある。また、信託財産の相続人が信託財産を自己固有の自由な財産として保持したりあるいは処分することによって得る不当利得をさけるため constructive trust (法定信託) が発生する。これは trust (信託) ではないが、準契約における不当利得の観点のもとでの回復請求であり、やはり衡平にもとづく救済方法である。またコモロー訴訟では王の支配のもとで臣民の間で訴訟が行なわれるのであって、従って被告に対する王の令状の送達をもって被告への送達 (notice) がなされる。もしもこの場合は、personal service (交付送達、現実の送達) であるが、これが訴訟手続の開始の十分な条件であった。しかし、訴状を直接に訴訟当事者に送達できない場合には、訴訟は開始できないといった限定では不十分である。貿易商業の拡充とともに、国際間の取引も頻繁になると、所在不明の被告への訴状送達 (notice to absent defendant) をもって、被告の財産、権利などに対する処分が裁判所になされるように要求されてくる。この要請に応えるのが constructive notice (訴状の間接送達) である。その法律上の形式は被告に対する出頭命令とか訴訟手続の開始の送達であるが、いわゆる公示送達であって、service of process by publication とくう擬制である。⁽²⁰⁾

やむを得ず constructive possession も同様であり、権利侵害の際に、原告はその土地を占有していたとされる。すなわち、荒地とか現実には占拠していない土地に対しては、現実の占有がないため possessory action (占有訴訟) が提起できないのである。この結果をさけるため、権原のある者に対して、possession in law (法定の占有) を認め訴訟を許すのであり、主として相続の場合であるが、かような土地の事例では、possession の要求は免除されることになる。⁽²¹⁾ また、constructive fraud (法定詐欺) にあっては、不正な行為とか、受託者をはじめ他人の信任を受けた

立場にある者の行為を包括的に含み、それらの行為に対して衡平の見地から詐欺ないしは詐欺的行為と評価できる場合には、法律行為の履行の要求を認めず、あるいは他方当事者の取消の請求を認めるのである。占有の訴訟においては、擬制は、所有権そのものの確実さを取得させるために用いられるのであり、法定詐欺の場合には、受託者一般の義務に関連させて、衡平原理そのものの成果を説示するための擬制である。⁽²²⁾

以上を通じてわかることは、そのほとんどの擬制は、保守主義の衣服をつけながらも、より発展的な結果を取得するための類推上の推論の用具であった。慣習法の時代からいつの時代でも、法は多かな少なかれ神聖なものであった。また、はじめにことばありきといわれるように、素朴な時代の人々の信仰には、ことばは、神秘的なものとして現われ、なにか超自然的な力を持っていた。これら初期の段階においては、定まった形式は、みだりに変更されたり、排斥されることはなく、一貫して変更に対しておそれが存在していた。そのため、一般的な状態が変化し、ときでも、すでに身近かになっていることばもしくは定式をもって新しい現象を同化しようとする努力が払われるのである。ローマ市民法の訴訟においては、嚴格主義に対応した衡平の原則はまさに調整の原理であった。この場合にあつても、正及び善なるものとの意味で、衡平が法律外的な判断原理と單純に解されてはならない。⁽²³⁾ このことはコモンローにおいても同様である。

法の原理としての衡平は、嚴格法の有する形式に対応するところの内容であり、それぞれの両者が固有の合法性を有している場合には、両者は形式と内容とからなる秩序の一部であつて、衡平の原則だけでは秩序は形成されないものである。ゆえに、外見上、たんなる集合概念と把握され、つねにより高次の法として、すなわち構成的秩序

原理と解される衡平をもってしては、沿革上の擬制についての検討は無意味とならう。⁽²⁴⁾

また、法の擬制の使用に赴かせると考えられる保守主義という傾向の表示、あるいは思考操作の方法、単純化と組織化、分類と一般化の暗示によって、擬制が特色づけられることよりも、法の擬制が推論の出発点におかれる傾向に対する注意がより必要であろう。すなわち、implied はなお陪審の判断すべき事実問題として、客観的な事情から推定される事項に属するが、constructive においては、法律問題として裁判所が判断する事項へと移行している。また、契約における黙示の条件については、黙示ということばの意義が検討の中心的材料となり、準契約では、契約における黙示の条件の前提から衡平上の見地による訴訟の理由づけにいたるまで、いずれの場合も、制度のなかでの技術的な適用可能性が求められていたのである。しかし、法の擬制は、構成的な秩序原理と解されやすく、かつ集合概念といえる衡平を背骨として、沿革上の擬制でさえも制度のなかでの技術的適用を超えて、法的推論の前提、さらには諸々の制度の基礎として用いられ、ついには、解釈学上の擬制 (dogmatische Fiktion) にいたっては、専断的な主題を提供するにいたつたのである。

(1) Pound, op. cit., pp. 449. パウンドは伝統的な要素を通じての法の発展はつぎの八つの型式によると区分している。

(1) fictions (2) interpretation (3) equity (4) natural law (5) juristic science (6) judicial empiricism (7) comparative law (8) sociological study など、擬制は二つと三つと区分している。(1) particular fictions (2) general fictions (3) dogmatic fictions の三者はいずれも historical fictions に属するものである。

(2) ガイウス法学提要、船田享二訳、以下の引用はすべて船田享二訳による。ガイウス四一十一、二三九頁。

(3) ガイウス四一三〇、前訳書二四六頁。

- (4) ガイウス四―三〇、四―三九、前訳書二四六頁、二四九頁。
- (5) ガイウス四―三四、前訳書二四七頁。
- (6) ガイウス四―三五、前訳書二四七頁。
- (7) ガイウス四―三六、前訳書二四八頁。
- (8) ガイウス四―三七、前訳書二四八―九頁。
- (9) Pound, op. cit., pp. 451.
- (10) Pound, op. cit., p. 452.
- (11) Pound, op. cit., p. 453.
- (12) Pound, op. cit., p. 453.
- (13) Pound, op. cit., p.p. 453.
- (14) フォーフト、イギリス法、伊藤正己訳、一二〇頁。
- (15) 船田享二著、ローマ法第四卷一六二頁以下。
- (16) Esser, a. a. O., S. 23.
- (17) Esser, a. a. O., S. 24 f. 船田享二著、ローマ法第二卷、七八頁―九頁。
- (18) Pound, op. cit., p. 450 and pp. 455.
- (19) Pound, op. cit., p. 455.
- (20) Pound, op. cit., p. 458.
- (21) Pound, op. cit., pp. 458.
- (22) Pound, op. cit., p. 460.
- (23) Esser, Grundsatz und Norm, S. 151.

法の擬制についての若干の考察（衣斐）

(24) Vgl. Esser, a. a. O., S. 153.

三 法の擬制と解釈学の関連

一般的にとくに法学講読上、法の擬制の問題は、法人擬制説と法人実在説の対比、あるいは条文中に散在する看做規定と推定規定の差異として論じられている。しかし、前者の問題の一端は、ことばの用語法の問題であり、後者は、拳証の許諾の有無をめぐる事項というよりも、もっと簡潔に法律の命令的性格から生ずる指令と事実の推定規定との認識の問題である。とりわけ、法人擬制説・実在説の両者には、政治的目的との関連を始めとして意思を持ちうるものだけが権利を有すること、人だけが権利・義務の主体でありうるという前提の保持などその思想的背景には重要な問題が存在するが、いずれの立場も、極端な考え方を除いては、法的にも、実際のにも、法人をひとつの単位として扱うことを拒否するわけではない。

法における「人」というひとつの単位もしくは単一性にもとづく問題の処理方法はやはり主観的な便宜のひとつであろう。すなわち、自然人と法人の間には法的処理上かなり類似性があると認められ、ある限定された範囲内では両者は全く同様に扱われることを意味しているが、この便宜上の単位のなかでの法人は、自然人と同様に、権利・義務の主体としての法人、ことばを変えれば、権利・義務の付着した法人となり、ここに自然人と法人とがひとつのクラスを形成することになる。そして残る問題は、みぎの場合に、人という用語が、自然人と法人との同一性を完全にしようとする場合そして体系化のための分類上の場合をも含めて、はたしてもっとも適切な用語であるか

否かの検討である。

また、法の擬制の一般論では、その思想的背景としての保守主義、変化に順応するための目的としての擬制への賛同、だが手段としてのそれに対する嫌悪と反撓、そして裁判官による立法作用の冷静な計算づくりの隠蔽である擬制といった指摘があり、擬制が、法の発展的形成の沿革上の重要な担い手であることは認められても、立法者が法規に擬制をとり入れる場合のその前提の当否にかかわる論議との関連での立法に関する考察が少くないのである。

法の擬制は、衡平とともに、進展する社会の要求に合致すべく用いられたのであり、なかでも特筆すべき適例はしばしば指適されるように養子縁組の制度である。しかるに、衡平が法への直接的な干渉を現実に行ない同時に衡平という理念にもとづくことでそのことが承認された事実、ならびに立法者という権力にもとづく立法とも異なつて、法の擬制は、たえずすでに存在する法の規則から生ずる結果をさけるために密やかに用いられるとみられる。

この種の目的によって区分された、それゆえに方法とか心的態度からではないところの擬制がいわゆる *historical fiction* であり、前章での沿革上の擬制がこれに入る。ここで、H・メインの指摘に従い、法の安定と進展する社会との調和をもたらす操作用具が、擬制、衡平、立法の三つに分けられるとすれば、擬制は、衡平とともに、立法化への動因となることが窺える。そして衡平それ自体がもつ権威とは違っているが、擬制があたえる静かで深い影響や衡平的見地の導入によって、やがて、たとえば養子縁組が社会的な制度として現実に成立したり、その立法的解決がみられるようになると、これら制度や立法的解決に組み入れられた擬制はもはや擬制でなくなるようにみえる。それゆえ、擬制の考察もまた、この法の発展的形成における伝統的な要素のひとつとして論じられることで終つて

いる。メインも養子縁組の制度についての説明をそれ以上にしていないのである。

さて、擬制の分類に先立って、擬制の利用を促す一般的傾向としての保守主義について、主として *historical fiction* の動機に関連して、L・フラーの例示をとりあげてみる。⁽³⁾ 社交界の生活に慣れていないある初老の婦人が舞踏会に招待されたが、彼女は三年前の流行遅れのイブニング・ドレスを着用することに決めた。彼女のうちにある保守主義を分析すれば、(1) 公的生活の妻であるから古くて地味な服装で出席するとき (*conservatism of policy*)、⁽²⁾ 若い世代の革新的風潮に気乗りしないとき (*emotional conservatism*)、⁽³⁾ 新しいドレスへの出費と新しいものについての不便さを考えるとき (*conservatism of convenience*)、⁽⁴⁾ 彼女が流行を知らない場合あるいは流行に伴なう変化に当惑させられている場合になに着ればよいかよくわからないとき (*intellectual conservatism*) に分けられる。(1) *policy* の場合には、擬制は裁判官の手で変更されようとしている事実を隠そうとする試みのなかで存在するとされる。すなわち、裁判官は、法を変更していることを十分に意識しながら、極言すれば、他人を欺くという意識的意図を含ませながら、なお自分は存在する法を適用しているにすぎないとの見せかけを行なう場合である。かような場合には類推などによる法の変化よりも緩やかに法は変更されよう。(2) *emotional* な保守主義の場合は、(1)の場合と違って、自己欺瞞の過程を含むのであって、新しい法を古い法の形式のなかで述べる方法は、まさに保守主義、確実性の感情に合致するのである。この方法による発展は前章の豊富な例示がそれである。

(3) *convenience* の場合に、サヴィニー、イェーリンクラロマンステンの認める動機がある。彼等は、(2)の動機をみとめず、もっぱらこれを用いて擬制を説明しようとする。⁽⁴⁾ すなわち、新しい裁判上の形式が生み出されようとする

とき、それは直接的にすでに存在する古い制度と結びついてしまい、そしてこの方法で古い制度の発展と確実さが新奇なものから守られるのである。かくて、この方法をもって、ローマ法的思考は、単純なものからより複雑なものへの発展ならびに法の主題の完全な把握にいたったのである。

たとえ、擬制が、方便のうそであり、科学が頼ってはならない思考の松葉杖であっても、それがもたらす秩序や柔軟性の利点は、それがないことによる無秩序や沈滞よりもよいのである。⁽⁵⁾ 擬制の目的は、多かれ少なかれ革進的な法原理の既存のものとの同化ならびにそれのより精密化に際して生ずる困難さを和らげることのうちにある。まさに擬制は新しい法思想の完全な把握への第一歩を意味するのである。しかし、ここに生ずる問題は、すでに存在している法を具体化しようとしている法概念の枠内で改革をもたらそうとする目的のもとで擬制を用いる意図が(3)の保守主義であるが、新しい規則を擬制でなく新しい用語で述べうる場合にも、なお、法概念の内容を変えることで新しい状態に対処しようとするかである。この問題に答えるにあたって、保守主義という傾向の提示では不完全であり、法概念の変更の困難さが再認識されるべきであろう。(4) *intellectual conservatism* の場合には、裁判官が判決に際して当面する状態は無限であるが、用いることのできる規則をはじめとする概念、ことばなどの操作用具は限定されている。かかる場合には、たとえ将来において不適切なものとなろうとも、現実存在する概念的装置で処理しなければならないことになる。ここでは、安定性が真実の犠牲にもとずいて成立しているといわれる。たとえば、*attractive nuisance* の原理によれば、土地所有者は明示もしくは黙示の承認による *invitee* に対して注意義務があるが、*trespasser* には注意義務を負わない。ところで、ある少女が、工業地域で柵などの防備設備の

ない鉄道のターンテーブルの上で他の子供達と遊んでいて傷ついた場合、その少女は trespasser か invitee か。状況から被告鉄道会社はその少女を invited したと看做されることよつて、attractive は inviting という法的意味をもつにいたる。⁽⁶⁾ 同様の例示として標語的に示される場合として、契約などにおける silence → consent、占有回収の訴訟では taking → finding、あるいはローマの訴訟における to taking a suit → to achieve Roman Citizenship などがある。いずれも、要するに、概念における便宜さの考慮から生ずるといえよう。これは単なる表現の便宜さから生ずる擬制、すなわち省略法による立法技術の擬制とは性質上全く異なっているのである。

前述の保守主義における各種の心情にみられるように、古いものへの依存と確実性への執着から生じた法概念の放出の困難さは必然的に概念の枠づけを押しひろげる便宜さに形を変えることになる。ことばから乖離した法概念の構想の結果の徴表としての擬制は、前章の例示が示すように、主として衡平の理念に裏打されていることを唯一の正当理由として、法律の厳格性を打ち破りながらもなおそこに在る原則を外見上保持し、かつその形式的保持のもとでカズイステイックな法形成による発展に奉仕してきたのである。

さて、みぎのように沿革上の擬制にみられるような厳格法と衡平法による秩序の形成においては、すなわち形式のない内容は存在しないという関係にあるところへ、法の統一の観念を持ち込むと奇妙な結果となる。だが、衡平法は普通法を創るものではなく、普通法を助けるものであるとの法諺がすでに把握しているように、単なる併存的な二元的存在として取り扱うことは、両者の競合をもたらし、普通法上の権利は、現実には無効となるに違いなく、単なる見せかけの権利とならう。⁽⁸⁾ やはり演繹の基礎となる法の統一の観念は制定法を中心とする法体系に存在しう

るのであるが、ここでは、裁判官は、法律を解釈するが、擬制を用いて法律の欠缺を充当しようとはしないと解されやすいが、しかし、意思自由、私的自治の原則を背後にもって、出来うるかぎり「当事者の意思」にもとずく解釈を行なおうとすることは、沿革上の擬制とかなりの類似点を有することになる。なおこの場合においても、より高次の法へのアピールの意味での衡平法が前面に出るローマ法の法務官 (praetor) あるいはコモンローに対する衡平法の大法官 (Chancellor) の用いた擬制といわゆる事例法における裁判官の行なう立法過程の隠蔽の擬制とは性質を異にする。法典法体系の裁判官の用いる擬制は、むしろ前者の擬制に類似しているが、この体系での裁判官は、法務官などとは性質を異にしていることもあって、法規にその欲する意味を与えうるにいたる巧妙な操作の導入以前の段階で立ち止まっているといえる。法の発見、法の宣言という表示ではなく、法規の解釈という裁判官の役割の表示は、ともすれば個々の解釈が法律自体のなかにすでに含まれているとの法実証主義的見解を導くのである。この結果、個々の事例の解決の考察がなお不十分なままであっても、事例は抽象的に把握された事実関係の等置という擬制のもとで、あっさり包摂されてしまうのである。そして、その解決はあたかも法律の意思であるかのようにみえるのである。かような擬制使用の結果をもたらす原因は、J・エッサー教授 (J. Esser) によれば、法理論の未熟である⁽⁹⁾。その適例は、積極的契約侵害をめぐる理論であり、未熟な理論は、遅滞とか不能の規定のなかにすでに積極的契約侵害も含まれているという擬制を用いて、その解決はあたかも法律の意思であるかのように主張するのである。なるほど、法律の欠缺の場合にあっては、新しい状態にすでに適合しえない既存の法律との形式的な衝突もなく、欠缺は補充される。すなわち、社会的諸関係から得られた、それだけに新しい成果もまたいささか

の不都合さもなく法律の意思に適合しているとみられるのである。かような法律の外形的な保持が保たれている限りでは、事例の解決は、個々に独自に理由づけられるか、あるいは一般的な法思考への組み入れという解釈の方法が採用されよう。もっとも、沿革上の擬制における法務官の行なう前章の例示の構成による処理あるいは仮装行為(Schmuckgeschäft)⁽¹⁷⁾は、厳格法の条件を充ちたたと虚構されたのではなく、現実に充ちたのである。だが、法典法体系では、法律は立法者よりも賢明でありうるであろうが、裁判官による法律の欠缺の充当にさいしても、裁判の法源性を否定し、法的論理の意味での演繹技術としての類推を用いて欠缺問題の発生をふせぐことで、法律の權威が守られようとする。この一般的傾向のもとで、法律のもつ大前提が損なわれる場合にも、沿革上の擬制の場合と外見上同じように、大前提は外形上なお保持される。たとえば、胎児の相続権(民八八六条)、損害賠償請求権(民七二一条)の場合に、すべての権利はその時々々にその担い手を持っていなければならないし、かつ人の権利能力はその出生で始まるという大前提は依然として保持され、結果的には、擬制をもって中間領域が否定される⁽¹⁸⁾。だが、沿革上の擬制においては、秩序における厳格法の形式によって束縛せよとする内容たる社会的諸関係の発展を理由にもちえて、その擬制はなお相当の根拠を有するが、解釈学上の公理に向けられた擬制は解釈学にとってその論理上でも放棄できない大前提の存在を強調するにすぎないようにみえる⁽¹⁹⁾。

つぎは、法理論との関係での擬制はどのような機能をあたえているだろうか。たとえば、所有権についての記述において、法と事実の区別が可能か否か、すなわち、侵害された土地の所有者は不法行為者を訴求することができ。しかも、法はその訴訟において彼の所有権を保護する。それでは所有権とはなにかと定義を求められると、そ

それは、権利の束といえるのであり、このなかには不法行為者を訴求する権利を含むのである。そして、彼は所有者であるから訴求でき、かつ彼は訴求できるから所有者である。

およそ、物の定義をする場合に、その特性を示すことばを用いずに定義づけることができるかの問題があるように、砂糖が甘い、白い、溶解しにくいとその特性をあげうるにすぎないと同じように、所有権の定義もその特性の記述以上には出ない。物理学における物質とエネルギー、重力とか引力の定義にみられると同じく、物とその特性は同意義的で、擬制でもある。しかし、問題は、物の定義そのものではなく、物はそれらの各種の特性以上のものであるかのようにして存在し始めることである。所有権はまさに権利の束であり、それらの特性を通して所有権が出来上るのである。ファイヒンガー (H. Vaihinger) が擬制の有用性について述べるに際して、物があたかもその特性の集積以上のものであると想定してはならないと指摘したうえ、この意味での擬制は最終の計算から排除されるべきだとした。⁽¹³⁾ たとえば、物質とエネルギーの関係にあって、二つの別個の本体という分離は、すなわち物質から離れたエネルギーあるいはその逆の場合の分離は思考計算の途上において機能しても、最終の計算にこの分離が持ち込まれてはならない。自然人と法人の関係にあって、人というクラスの形成の結果、最終の計算においても、人のすべての特性を法人に適用するにいたることは、法律的には不適切である。人という単位は、思考による枠づけであって、その枠づけの結果によってもたらされた内容を離れては意味をもたないのであるが、また同時に、この人という単位それ自体ははじめからいつでもなにも内容を持っていないのである。この場合に限らず、およそ法的構成は現実を処理し、組織化するための概念的装置である。新しい事実に対して、理論ががうまく行か

ない場合においても、われわれは理論を放棄しないのである。事実と適合するように理論を変更するのが正しい手続であるとするれば、まさに、擬制は、理論に適合するように事実を変更すると批判される。だが、フラーが指摘するように、⁽¹⁴⁾ 少くともわれわれの社会における *communicable facts* といわれるものは、それが社会の集団的な知覚である限り、概念的な事実 (*conceptual facts*) である。だから、事実とは多数の目的にとって有用であり、同時に通常受け入れられるところの、そしてだれもがその存在を疑わない思考・構成物であり、理論とは、この事実以上に限定された思考・構成物である。このため、理論と事実の不一致にあっても、その両者に新しい方向とか仮定的要素を導入することによって、いずれもが修正されるのである。⁽¹⁵⁾ 要するに、擬制が理論に適合するように事実を変更すると批判されることの意味は、前述の構成による単一化の場合と同じく、新しい状態に適用しうるように調整された概念的装置の出現のことである。

ところで、法律学において、われわれにとってもすでに日常用語的になっている所有権の取得とか譲渡、占有権の取得、債権の発生、契約、婚姻、相続の効果などは、擬人化された法の世界での意思表示という法律的事実とその帰結である法的効果の結びつきを示している。たとえば、意思表示という法律的事実がその法律的效果として債権を生み出すのであり、ある物が他の人へ与えられたのではなく、処分行為の結果、所有権が移転したのであり、相続では担い手のすでない財産が相続人に適法に移転するのも相続の効果であり、夫婦が互いに助けあい、同居するのも婚姻という法的効果から義務として説明されることになる。いずれも、法的な評価の対象となるべき統一の現象が法律的事実の帰結としての法的効果でもって叙述されるのである。譲渡されるのは具体的な社会関係にお

ける対象である目的物ではなく、主体からも担い手からも独立した所有権が譲渡されるといふ法の世界が存在し、この世界に存在する法概念は、法律的事実を化体し、各種の概念的装置を作り上げるもつとも重要な基礎である。とりわけ、法律における法概念は、純粹に法的であつてもその出発点には少くとも自然的な概念もしくはそれとの関連を有しているので、たとえば不動産と動産の区別は立法者の法政策的な評価の表現でもあり、⁽¹⁶⁾自然概念との結びつきもしくは混淆、たとえば、相続人の相続財産についての占有は、占有権の取得の構成要件からすれば擬制であり、占有という法概念における権利保護の特殊な法的効果の認識からすれば擬制ではなくなる。⁽¹⁷⁾あるいは、純粹に法的で自然的な部分がないようにみえるドイツ民法上の消費物（同法九二条）の概念さらには、自然的なものから法的意味での不動産の構成部分（同法九三条〜九六条）の概念など各種の概念が散在する。⁽¹⁸⁾これらすべてに立法者が細心の注意を払っているかの問題もあろう。J・エッサー教授によれば、⁽¹⁹⁾ドイツ民法（一一九条三項）の表示の錯誤と動機の錯誤の間には感情的等置という擬制があり、自然法的な同評価の無意識の表現であり、逆に細心の注意を払っているのが、限界線上にある樹木にかんする規定で、この規定は灌木（Strauch）にも適用される（同法九二三条三項）としている例がある。また細心の注意からだけではなく法概念の推移においては、指示的な補遺が擬制の助けを通じて行なわれる（同法八一二条二項によれば、契約ニ依リテ為シタル債務関係ノ存在又ハ不存在ノ承認ハ之ヲ給付ト看做ス）。

およそ、立法者は類型的な生活関係を出来るだけ正確に把握して概念を形成しなければならない。だが、現実の社会関係の進展に應じて、立法者の構想による法概念は生活関係に適應するべく裁判を通じてつねに修正、拡張

されねばならない。しかし、法規の文言が依然として同じでありながら、どうして法律の意味が変動しうるかと問われれば、すなわち法律の存在を理由づけるには、法律が規定しようとした具体的な生活関係のなかで存在するからといわねばならないであろう。だとすれば、法理念もまた、その対象を同じくするのであり、つねに生活関係に向って開かれていて、そこで実体化、具体化、実証化されなければならないことになろう。⁽²⁰⁾そして、具体的な事例の判断にあたって、抽象的に定義づけられた概念が現われるのではなく、問題になってくる事項がその概念に包摂されるかの判断である。この判断を進めるにあたって当該の生活関係自体が構成されることになる。生活関係が構成されるとは、当該生活関係に向けられた論理によっては充たされない目的論的あるいは価値論的な基準によって、すでに存在するものとの比較を通じて、まさに模写的に取得されることを意味するのであって、類推的思考が機能する領域である。ここでは、体系的思考に企図されている「法の統一」の観念は存在せず、内在的な、事物の本性によって媒介される問題連関の表示である「秩序」が存在しうるのみである。⁽²¹⁾

しかし、十九世紀の法学から利益法学までの法学は、その学問性を取得するために形式的論理学、数学を範型として、結果的には、「法の命令を意欲された存在から——たとえそれが超感覚的存在であっても——事実上の存在へと置換える」⁽²²⁾のである。すなわち、合理的でかつ論理的な一貫性の要求がまさに法律的事実論に現われているように、特定の法性決定 (Rechtsqualität) をすでに与えられている法律的事実に対応する法的効果が叙述され、法規は相互に論理的に明瞭かつ矛盾なく、原理上の欠缺もないように構想される。この限りでは少くとも相対的に没価値的態度であり、すべての構成要件は規範のもとに包摂されるのである。

このいわゆる固有の法の世界での擬制は、まず欠缺問題の存在を否定する結果を招来させるばかりではなく、立法者の法政策的な評価の表明である法規をより没価値的な特定の法律的事実の存在へと還元させたり、さらにその法的論理や評価の化体である法概念の内包からすれば矛盾する命題を法律的事実へと一致させるよう機能するのである。すなわち、出来うるかぎり当事者の意思をとり入れる解釈とは、あたかも当事者の意思であるかのようにその意思をある特定の法律的事実に還元させる、たとえば、直接代理による本人の所有権の取得、加工の規定を潜脱する使用者の加工物の取得などに現われる⁽²³⁾。さらにその他の個別的事例も存するが、かように機能するのが解釈上の擬制 (dogmatische Fiktion) ではないか⁽²⁴⁾。

- (1) Fuller, op. cit., pp. 12.
- (2) H. Maine, *Ancient Law*, Everyman's Library 1917, reprint 1965, pp. 13.
- (3) Fuller, op. cit., p. 64.
- (4) F. C. v. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1828, reprint 1967, S. 32. und R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 3. Teil, 8. Aufl., 1954, S. 302 ff.
- (5) Jhering, a. a. O., S. 305.
- (6) Fuller, op. cit., p. 66.
- (7) Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* S. 37 ff.
- (8) Vgl. Fuller, op. cit., p. 129, note 64.
- (9) Esser, a. a. O., S. 90 f.
- (10) たとえば、*ガイウス法学提要* 一一三二にみられる握取行為による子の父権からの解放、Vgl. Esser, a. a. O., S. 83 ff.

- (11) Esser, a. a. O., S. 83.
- (12) Esser, a. a. O., S. 83.
- (13) Fuller, op. cit., pp. 116.
- (14) Fuller, op. cit., pp. 133.
- (15) Fuller, op. cit., pp. 134, Note 77.
- (16) Esser, a. a. O., S. 110 f.
- (17) Esser, a. a. O., S. 113.
- (18) Esser, a. a. O., S. 104 ff.
- (19) Esser, a. a. O., ebenda.
- (20) Kaufmann, a. a. O., S. 32 f.
- (21) F. v. Hippel, a. a. O., S. 15 ff.
- (22) Esser, a. a. O., S. 132.
- (23) Esser, a. a. O., S. 137.
- (24) エッサー教授によれば、この解釈学上の擬制は、法論理との衝突と法律的事実という想像上の固有法則性を隠して、非権利者からの所有権の取得、混同の規定、債権の譲渡の例、またさらに法概念が誤った前提のもとで具体化されたものを隠している場合としての遡及効、主として選択債権を中心とした例に現われていると指摘される a. a. O., S. 141 ff. und S. 171 ff.

四 結 び

後に利益法学は、形式的な定式にもとづく法問題の解決にみられる没価値性を反省して、利益の概念をもって具體的妥当性のある解決を目指したがなお秩序概念との二元主義的立場であった。利益もしくは利益紛争の強調をもって法問題に対する新しい考察方法を自己のものにしようと考えたが、そこにはその時々々の利益の評価の基準となる秩序の観点がなお欠けていたといえる。しかし、少くともこれ以前の法律学の諸出发点であった法の統一の観念、法実証主義的な国家的法律観や立法院の立法権の専権を否定し、裁判官の固有の法創造的な力を認める一般的風潮をもたらしたことは事実である。ここでは、法律の規範の内実はつねに秩序の原理とか法発見の原理によって規定されているのであって、まして法の欠缺の問題に出会ったときには、法律を体現させている原理から離れて行く以外に裁判実務の進む道は残されていないといえる。ここでは、その思考態度が法律のなかの精神に依存しているのでなく、一般的なもの時代の法意識と現実の具体的な生活関係のもたらす諸問題に鼓舞されているのであって、すでに法の統一の観念ではなく、秩序の観点が支配しているといえよう。かくて、法の問題だけではなく法律制度もまた、みぎの観点のもとで模写の技術を通じて類推によって帰納的に完成されようとする。

しかし、比較的みぎに類似した発展をその沿革に持ったといえる第二章の沿革上の擬制にあっても、すべてが成功したとはいえない。たとえば、類推が極度に達し、そのための欠陥が現われ、ついに従前の訴訟形式との結合が解かれたが、その本質上衡平の見地にもとづくにも拘らず、なおその意思を中心とする契約上の訴訟を承継した、

さらにローマ法からの沿革的理由にも支配された、文字どおり当惑した名称である準契約というカテゴリーが出現したことである。また、新しい訴訟形式の出現にいたることなく、従前の訴訟形式での充実にさいして、理論に適合させるように事実を変更したといえる *silence* = *consent*, *taking* = *finding*, *attractive* = *inviting* の擬制は概念的装置としても結果的には不器用であったといえる。

ところで、現在では豊かな演繹を頂点にもつ公理体系が法学に構想されていないので、解釈学的な公理も存在しないのではないかと考えられている。そして、法の擬制もまた法規に現われる「看做ス」「適用スル」あるいは「ヲ謂フ」などの表現がその主たる内容のように感じられている。しかし、注意しなければならないのは、法律的事実論が示したように、法学がその学問性を求めるあまりに、様々な概念的装置を作り出したのであり、そこで機能する解釈学上の擬制は、具体的な生活関係への注目ではなく、法律の命令的性格からさえも離れて、いわゆる法律的事実とその法的効果の叙述ならびにその捏造なのである。法律への忠誠と共にこの種の擬制は、法の欠缺の問題を隠し、具体的な生活関係から生ずる裁判に法源としての性格を否定し、その上みずから進んで擬制した、それだけに個別的具体的妥当性を欠いたまま仮装された当事者の意思を特定の構成要件事実に戻元させてしまうのである。しかも、その主たる理由のひとつである法の擬制における保守主義的傾向は、巨大化する社会に日々生まれる多様な法問題に直面した場合にも、法の確実性への願望とともになお存続するであろう。

法学が体系・演繹的方法で今後も進むとすれば、推論の前提を演繹可能な前提に求めるため、法の擬制は、論理的な矛盾ならびに誤った表象のもとにある法概念の隠蔽をもって、その前提の破綻をつくらうために将来におい

ても利用されるであろう。これに対して、カズイステイク・経験的方法による法律学では、司法の連続性から得られる経験と具体的な生活関係における問題の解決から帰納的に収斂する基準が推論の前提になるため、ここでの法の擬制は、類推に導かれた問題の解決集積を体系的に秩序づけるのであり、法の統一の表象のために機能するのではない。しかし、法の擬制の使用には確固たる基準もなく、無意識の使用をも含めて、それはいたるところで利用される。そのわけは、法の擬制の本質である異なった要件との同評価が人間の思考の一般的傾向である単純化、組織化によく合致しているからであり、その使用の基準や限度はいつまでも求めえないであろう。

ゆえに、法律学のさしあたっての課題は、二つの方法のうちいずれが採用されても、法的構成の過程において具体的な価値判断を媒介している法概念を個別的に検討することである。従来、法概念は、形式的論理に従った概念的構成のための用具として認識されるにすぎなかったが、実質的には、むしろ法概念は評価を化体したものである。それゆえに、共通の媒介項として、またある種の共感をもって法概念はどちらの方法からも利用されているのである。すなわち、法律学がどのような方法を採用しても、法の擬制と法概念は、ともに法におけることば、用語法の問題に関連するが、同時にそれらに内包されているその時々々の価値判断を、場合によってはその基準をも提示しているからである。

「この研究は昭和四十六年度 文部省 科学研究費 個人研究補助による成果の一部である」。