

資料

## 「法律学的レトリック」は

何をできるか?

エリック・ヒルゲンドルフ  
平野敏彦 訳

## 一 「法律学的レトリック」——概観

「法律学的レトリック (Juristische Rhetorik)」は、今日ではドイツの法律学方法論の内部での認知された立場の一つである。しかも実践的意義については、法律学的ヘルメノイティク (juristische Hermeneutik) や討議倫理学 (Diskursethik) などのライバルを大きく引き離していると言ってもいいだろう。このことはとりわけ、フリチョフ・ハフト流の「法律学的レトリック」に対してあてはまる<sup>(3)</sup>。ハフトは自分の書いた刑法の教科書や学習手引書でこの方法を提案し、練り上げてきたのである。ハフト以外の「法律学的レトリック」の主張者たちは、むしろ哲学に接近したり、一般レトリック研究に寄りかかったりしてきた<sup>(4)</sup>。ついに、「法律学的レトリック——解釈・根拠づけ・包摂」というタイトルの下に、様々な研究方向の綜合を提示したのが、ヴォルフガング・ガストであった<sup>(6)</sup>。そしてまた、「法律学的議論

法論 (juristische Argumentationslehre) も法弁見過程における解釈・根拠づけ・包摂の意義を自らの課題として受けとめており、現代の科学論 (Wissenschaftstheorie) や論理学、さらに哲学的討議理論 (Diskurstheorie) といって周辺分野からの提案を通じて、「法律学的レトリック」を補充している<sup>(5)</sup>。「法律学的議論法論」の多くの論者は、理論面の検討にかなりの精力を注ぎ込んでいるが、それと比較すると、時として、法実務面での成果はそれほど多くないような印象を感じる。

## 二 「法律学的レトリック」の課題

以上のような状況であるから、「法律学的レトリック」が基礎法学 (rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung) の一部門として伝統的に扱っている問題にまで立ち返って考えてみることに有益であろう。

まず第一に、公判その他の活動の場における口頭弁論の訓練をあげることができる。世間一般の人がもっている「レトリック」の觀念に最もよく合致するのは、おそらくこの課題であろう。これについては、「法律学的レトリック」の主張者たちも繰り返し語っているし、多くの有用な提案を行ってきた<sup>(3)</sup>。もちろん、法律学的決定の質は、その決定が耳に快い言葉で語られるかどうかにかかっているのではないということを見落としてはならない。論拠が明確で、論拠の筋をあとからたどる

ことができるということが、法廷での成功をもたらすのである。レトリックの使い手としてふるまいすぎると、その気がなくとも滑稽な感じをもたれてしまうという危険をおかすことになる。いずれにせよ、世に言うところの「経験豊かな実務家」は、そんな人間の言うことなどまじめに取り合ってくれないのである。

法律学的問題と決定の根拠づけの分析が「法律学的レトリック」の第二の可能な適用の場をなしている。そのために必要なことは、処理すべき事案を、順番に処理できるような個別問題に分解することである。判決やその他の言明の根拠づけのために持ち出されている個々の論拠を区別することは可能であるし、その説得力を調べることも可能である。ハフトは、こういう進め方のために「構造思考」という名称を提案している<sup>(11)</sup>。法と法律への拘束(基本法第二〇条)<sup>(12)</sup>を満たすために、いつさいの裁判官の判決は原則的に演繹的構造、すなわち「Xをなした者は処罰される。AはXをなした。故に、Aは処罰される。」という構造をもたなければならない<sup>(13)</sup>。

\*基本法第二〇条(国家秩序の基礎、抵抗権) ③ 立法は、憲法的秩序に拘束され、執行権及び司法は、法律及び法(Gesetz und Recht)に拘束される。

疑わしい個別事例を包摂するときによくあることだが、少なからぬ問題が生じる。はたして、Aがなしたことを事実上当該の法規範の構成要件の下に把握することができるのか。この問いに答えるためには、Aの所為を調べ、その所為が、従来問題

がないものとして規範の下に包摂された事例(つまり「通常事例」)と十分に類似しているかどうかが問われなければならない。この類似性比較こそ、法適用過程の核心をなすものである<sup>(14)</sup>。包摂が可能かどうかについての決定は、たしかにその時々<sup>(15)</sup>に適用すべき制定法規範の文言を通じて予め規定されている。だが、それと同時に、法適用者の評価からも強い影響を受ける。だから、法的決定は、原則的には、唯一絶対というものではないのである。ただし、法律家として実務の場での実効性をねらうのであれば、決定を下す際には最高裁判所の判例に従っておいたほうがいい。さもなければ、彼の判決はせいぜい次の審級までしか持ちこたえないであろう。

以上ぎつと述べたところからも明らかのように、実務に関連づけられた「法律学的レトリック」にとつて、古典的レトリックでは必修扱いされる課題、たとえば、弁論のあやの分析や耳に快いラテン語の名称をつけることなどは、単なる二次的意義しかもたない。歴史的な研究も、せいぜいのところ間接的な利益をもつにすぎない<sup>(16)</sup>。それらの代わりに、法問題と法律学的決定根拠づけの分析が「法律学的レトリック」の中心的位置を占める。だから、「法律学的レトリック」の代わりに、「法律学的議論法理論(Juristische Argumentationstheorie)」<sup>(18)</sup>と書いてもかまわないであろう。

## 三 一つの實際例

以下において、前述のように構想された「法律学的レトリック」は何をできるかについて、実際に起こった一つの事件に即してテストしてみることしよう。<sup>19)</sup>

## 1 「エアランゲン脳死妊婦事件」

一九九二年一〇月、重傷を負った若い女性が無意識のままエアランゲン大学病院に運び込まれた。彼女は妊娠一五週であった。その女性には、臓器機能を安定させるべく種々の生命維持装置が接続されたが、まもなくして、医師はその女性の脳死を確認した。けれども、胎児 (Leibstruch) を助けるために、生命維持装置は止められず、一月中旬に自然流産が起こるまでずっと動かされたままであった。「エアランゲン脳死妊婦事件 (Erlanger Schwangerschaftsfall)」はドイツの一般大衆の間に大きなセンセーションを巻き起こした。とりわけ、ここでの中心問題は、妊娠を維持すべしという法的義務が存在したのかどうか、そしてまた、医師が女性の死の直後に生命維持装置のスイッチを切ったと仮定した場合、その医師は刑法第二一八条の妊娠中絶罪により処罰されるかどうかということであった。この問いに対する答えは、法律の意味における「妊娠」がそもそも存在したのか、それともしなかったのかという点に、決定的にかかっているのである。<sup>20)</sup>

## 2 「構造思考」の役割

\* 刑法第二一八条 (妊娠中絶) ① 妊娠中絶を行った者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。

まず最初に、問題の構造化、すなわち、問題を取り扱い可能な個別問題へと分解することが必要である。大学病院に運び込まれた時点では、妊娠は疑いもなく存在していた。母親が無意識であったとしても、その点は変わらない。そして前述の事例説明からわかるように、生命維持装置が止められたのは、女性の脳死の後であった。脳死の開始をもって、人間は「死んだ」とみなされる。<sup>21)</sup> そこから、刑法第二一八条の意味における「妊娠」が、母親が死んだ場合でも存在するかどうかという問いが立てられる。古典的な解釈の諸トポス<sup>22)</sup>、すなわち、適用されるべき規範の文言の研究 (文理解釈)、法律の体系連関の分析 (論理解釈)、立法者の意図の斟酌 (歴史的解釈) では、この場合には、これ以上先に進めないのである。せいぜいのところ、胎児の保護が法律の意味と目的であり、それ故、第二一八条はエアランゲン脳死妊婦事件にも適用されなければならない目的論的解釈と論じるくらいが関の山であろう。だが、この論拠は必ずしも人を納得させるものではない。いったいだれが「法律の意味と目的」を確定するのか。また、このトポスが精確な意味で何を言おうとしているのかも明確でない。法律の「意味と目的」は、立法者を通じて明らかになる場合もあれば、法律の適用者を通じて明らかになる場合もある。前者の場合、目的論的解釈方

法は歴史的解釈方法と同一であるが、後者の場合には、法適用者の意図の法律への投影、したがって結局は論点先取の虚偽 (petitio principii) が問題となる。

3 「通常事例方法」と持ち出された諸視点の衡量

エアランゲン事件が妊娠の「通常事例」に対してもっている偏差は小さいものではない。この偏差が大きくて、「妊娠」という表現の下への、したがって刑法第二一八条の下への包摂が拒否されるべきほどであるのかどうか決定されなければならぬのだが、そのために、まったく異なった視点を持ち出すことができる。

まず最初に考えつくのは、未出生児 (Ungeborene) の生命の保護である。今日ドイツの法学においてほとんど争いのない見解によると、すでに胎児 (Nasciturus) も人間の尊厳と生存権を有すると認められるのである。連邦憲法裁判所は、つい二、三か月前にこの見解をあらためて確認している。これは、エアランゲン脳死妊婦事件における胚 (Embryo) (「胚子」) が独立した生存権を有することを承認するだけでなく、刑法第二一八条の意味における「妊娠」を定義する場合にも、「生存権」というトパスが決定的な役割をもつという主張を支持する論拠となる。そうであれば、エアランゲン事件において与えられている事実状況は、妊娠の「通常事例」とただちに等置することができるであろう。

しかし、この論拠は唯一絶対というものではない。特に、母

親の利害が、未出生の子供の生命の保護のずっと背後に後退させられている。それ故、死者の尊厳は母親の死体を「保育器」としてみだりに利用することを許さないのだという論じ方も可能であり、それ故、妊娠の存在は否定されざるを得ず、その結果、生命維持装置を止める行為は処罰されないのである。もちろん、これに対する反対意見として、「尊厳」ははなはだしく拡張できる概念であると言うことも可能だろう。おまけに、死者の尊厳が (技術的意味における) 人為的な妊娠状態の継続処置によって侵害されたというのは、まったく説得力に欠けるように思われる。それどころか、死者への敬意は、胎児を助けるために可能な処置をすべてやってみるということを命ずるのだという見解をとることさえ可能である。こういう状況では、法適用者に残されている途は、どちらかの意味で決定することしかない。妊娠の存在を肯定する場合でも、医療行為の中断が処罰されるかどうかについては、まだ結論は出ていない。たしかに、妊娠中絶が行われた場合、それをもって刑法第二一八条の構成要件が満たされたということは、確かである。だが、この行為を処罰する前提としては、さらに生命維持装置を止めることが違法であったということがいる。何らかの正当化事由 (違法性阻却事由) があれば、違法だとは言えないのである。本稿では、特に、刑法第二四条のいわゆる正当な緊急避難を考えてみたい。その要件は、特に当該の法益と問題になっているその他の利益との間の衡量である。この衡量は、次のようになるであろう。

\*刑法第三四条(正当な緊急避難) 生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益に対し他に避ける方法のない現在の危険が生じた場合において、自己又は他人の危険を避けるために行爲を行った者は、対立する利益、特に当該法益とそれを脅かしている危険の程度との衡量をなし、保護された利益が侵害された利益を著しく超えているときは、違法に行爲をしたものとはならない。ただし、その行爲が、危険を避けるために相当な手段である場合に限る。

まず第一に、対立している法益がどれとどれかを調べなければならぬ。対立しているのは、未出生の生命と死亡者の死後の人格権である。この二つの法益を衡量した場合、未出生の生命のほうがまぎれもなく価値が高いと思われる。ドイツ連邦共和国の判例と学説の見解によると、「生命」という法益には、常に最高の地位が与えられている。それに加えて、なるほど妊娠の人為的延長によって、死体が「出産マシーン」として利用されたのではあったが、これはただ時間的に一定の期限付きで行われることになっていたものであり、それに対して、子供の死亡は回復不能なものである。したがって、法益の衡量は、直ちに、子供の利益が優位するという主張を支持する論拠となる。

もつとも、刑法第三四条は、当該の法益を超えてなおそれ以外の視点の斟酌をも要求している。その場合、まず第一に注意されるべきことは、死者もまたなおある一定の法的保護を享受するということである。たとえば、ドイツでは、死体からいき

なり臓器を摘出することは許されていない。死んだ人間の身体が無制限の社会的義務をもつという考えは、私たちドイツの法秩序とは無縁である。むしろ、死亡者が生存中に臓器移植を承諾したこと、あるいはそのような承諾がないときには、少なくとも親族が同意を表明することが必要である。ただし、死亡者が臓器摘出に反対の意思を明示的に表明していた場合には、親族の同意では足りない。

エアランゲン事件において、たしかに死者の臓器は摘出されなかつたが、身体全体が胚のために「道具扱いを受けた」のである。ある一定の意味において、この状況は「全身移植」に類似している。このことは、エアランゲン事件においても、死亡者の意思を顧慮するという主張を支持する論拠となる。この場合、問題なのは、自分が死んだ場合に子供をどう処置するべきかについて、その女性の明示的な態度決定が存在しなかったことである。しかし、適切な時機に状況が知らされていたならば、死者が何を欲したであろうかというものを考慮することはできるだろう。ドイツの法律家は、その限りにおいて、ある人の「推定的意思(Gutmögliche Wille)」という言葉を用いている。エアランゲン事件において、子供を助けるためには、死者は人為的な妊娠状態の継続処置を了承しただろうと示唆するものは多い。また、次のようなより一般的な考え方も、こういう主張を支持する論拠となる。すなわち、自分が死亡した場合、臓器を重症患者のために進んで提供するという人々が少なからず存

在し、あかの他人ではなく、自分自身の子供がその提供を差し迫って頼りにしている場合には、なおさらこう言えるのではなからうか、という考え方である。

最後に、ここでもう一つのトポスを斟酌しなければならいだろう。つまり、子供の助かる見込みである。未出生の子供が無事に成長する見込みがごく小さいということが初めからはつきりしていたとすれば、エアランゲン大学病院の医師の処置は医学的〔人体〕実験の性格を帯びるものであつたらう。そのような場合、母親の同意を依然として想定できるかどうかは、きわめて疑わしいと思われる。他方、基本法の妥当領域において、健常者であるか障害者であるかにかかわらず、また出生直後か瀕死の状態であるかにかかわらず、いつさいの人間の生命は等しい価値をもつと論じることが可能である<sup>(35)</sup>。したがって、胚の助かる見込みということをとらたてて問題とする必要はないであらう。

持ち出された複数のトポスの中には、いずれかの意味で決定させてしまうほどのものは一つもない。おまけに、それぞれのトポスは互いに相入れないように思われる。したがって、ここでも異なった利害の間の衡量が行われなければならない。まさにこの点で、法適用における評価的要素がきわめて明瞭になつてくる。衡量の手続は、従来、精確な分析の対象にはならなかつたものである<sup>(36)</sup>。だから、異なった視点の重要度をはかる場合、下された決定が少なくとも台意能力をもつかどうかに注意を払

うことが、目的にかなつていと思われる。私自身の見解では、特に母親の意思と子供の助かる見込みが重要である<sup>(36)</sup>。エアランゲン事件において、死者の推定的意思は子供を助ける措置を実施するという主張を支持する論拠となり、かつ、これといった医師の責任阻却事由もないので、生命維持装置を止めたとすれば、刑法第二二八条による処罰は肯定されるべきであつたらう。母親が人為的な妊娠状態の継続処置に明示的に反対していたか、あるいは少なくとも反対していたという推定的意思を確認することができるとした場合にのみ、別の決定がなされることになるであらう。

#### 四 事件例の分析

方法論にとつて、特に「法律学的レトリック」にとつて、前述の解決のあらましから次のことが明らかになる。

法発見は制定法規範からの純粹の演繹的過程ではない<sup>(37)</sup>。たしかに、法適用過程は原則的には三段論法という論理的形式をもっているが、法律学的決定の本質的なむずかしさは論理学的考慮にあるのではなく、処理すべき事態を法律に包摂することができるかどうかという問いに答える際にある。たとえば、エアランゲン脳死妊婦事件においては、まず第一に、生命維持装置を止めることが刑法第二二八条の意味における「妊娠中絶」と呼ばれることができるかどうかにかかつていのである。

包摂の中心的要素は、問題なく規範に包摂されることができ  
る「通常事例」と、決定をして処理されるべき事態との間の類  
似性比較である。この比較を行うために、決定に直接関連する  
多くの視点(複数のトポス)が斟酌され、互いに衡量される。こ  
れは正確な論理的分析の対象にはならない手続である。エプ  
ランゲン事件においては、妊娠の存在について決定する際に、特  
に規範の文言、刑法第二一八条の目的、すなわち未出生の生命  
の保護、そして死者の尊厳が注意されるべきであった。

しかし、構成要件該当性の検討段階だけでなく、他の刑法上  
の検討段階でもまた、異なった視点の衡量に決定的な重要性が  
あると認められる。それどころか、刑法第三四条の正当な緊急  
避難では、法益衡量と利益衡量が明文上はつきりと命じられて  
さえいる。その種の衡量手続のところへ、レトリックはその古  
典的な応用領域に出会うのである。ところで、エプランゲン脳  
死妊婦事件において利用された多くのトポスは、他の法問題の  
場合にも出現する。この点で、すでに二〇年前にシュエルクが  
提案したようなトポスのカタログの作成を考えることができら  
る。

## 五 結 び

エプランゲン事件を分析した結果、法適用過程において、形  
式論理学は特別の役割を果たさないとはいうことが明らかになっ  
た。類似性比較とか衡量のような評価的手続のほうが、それより

りもはるかに重要で、決定に直接関連している。そして実はこ  
れこそ伝統的にレトリックにおいて研究されてきた方法である。  
この所見は、単にドイツ法についてだけ妥当するのではなく、  
制定法主義であれ判例法主義であれ、いかなる法秩序について  
も妥当するのではないかと、私は思う。これが正しいとすれば、  
法律学的レトリックには、方法論のレベルを超えて、法比較や  
国際的な法の一様化(たとえば、ヨーロッパ連合における)の  
領域においても、理論的な関心を惹くと同時に、実践的にも実  
り多い新たな応用可能性が開かれるのである。

- (一) Esser, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der  
Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Ent-  
scheidungspraxis. 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1972; Kaufmann,  
Arthur: Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein  
Beitrag zur Lehre vom Typus. 2. Aufl. Karlsruhe 1982;  
ders.: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere  
rechtsphilosophische Abhandlungen. Köln, Berlin, Bonn,  
München 1984.

- (二) カリド、アレクサンダー・Alexy, Robert: Theorie  
der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen  
Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2., um  
ein Nachwort vermehrte Aufl. Frankfurt a.M. 1991. カル  
ド、ヒルゲンドルフ, Eric: Rechtsphilosophie im ver-  
einigten Deutschland. Einige Anmerkungen zu neueren  
Arbeiten. in: Philosophische Rundschau 40 (1993), S. 1—33







うな法実証主義者たちも、同じような主張を行っていたのではない。<sup>7)</sup> Hilgendorf, Argumentation in der Jurisprudenz (Fn. 7), S.60—67, を参照。

(82) 「法律三段論法 (Justizsyllogismus)」なる一書——この著者は反語の意味をもちた——を称さば、用じらるべき。

(83) Struck, Gerhard: Topische Jurisprudenz, Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a.M. 1971. (Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Bd. 9).

### 訳者あとがき

本稿は Eric Hilgendorf, Was leistet die "Juristische Rhetorik"? 1994 の翻訳である。エリック・ヒルゲンドルフ氏は、一九六〇年二月三日にドイツのシュトゥットガルトで生まれ、現在、チュービンゲン大学法学部のフリチョフ・ハフト教授の刑法学・法哲学講座の助手を務める新進気鋭の研究者である。

ヒルゲンドルフ氏は、最初、哲学と歴史に興味をもち、八六年冬学期には「ドイツにおける議会の演説の自由の発展史」(Die Entwicklungsgeschichte der parlamentarischen Redefreiheit in Deutschland, Bern u.a.: Peter Lang, 1991.) の歴史学修士号を取得したが、その後、博士論文(「ハイッセルタチオン」としては九

〇年冬学期の「法律学における議論法」(Argumentation in der Jurisprudenz, Berlin: Duncker & Humblot, 1991.)、九二年夏学期の「危険社会」における刑法的製造物責任」(Strafrechtliche Pro-duzenthaftung in der "Risikogesellschaft", Berlin: Duncker & Humblot, 1993.) の二編があり、それぞれ哲学博士と法学博士の学位を取得している。その間に第一次法律職国家試験に合格し、実務修習を経て、第二次試験に合格し、法曹資格を取得している。また、九四年秋には「刑法における事実証言と価値判断」(Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht) という博士の教授資格取得論文(ハビリタチオン)が完成しており、近い将来、いずれかの大学の教授席を得ると思われる、今後の活動が期待される。

八九年に助手に採用されてからのヒルゲンドルフ氏の執筆活動は非常にエネルギーッシュであり、最初の公表論文(ハント教授との共同執筆)である九一年の「法律学的レトリック」(Juristische Rhetorik, in: Festschrift für Horst Loecher zum 65. Geburtstag, 1991.)以降、すでに九四年末までに四〇編以上を数えており、その一端は本稿の注であげられている文献からもうかがうことができる。法哲学と刑法学という本来の専攻分野以外にも、レトリックに関する著作もあり(Gert Ueding (Hg.), Historische Wörterbuch der Rhetorik, Bd.1 (1992), Bd.2 (1994) に収めらるべき)と、多彩な才能の片鱗を見ることが出来る。また、氏は最近では「Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) を Neue Juristische

Wochenschrift (NW)などの文献報告欄や書評欄において、最新の文献を丹念にフォローした紹介・批評を中心とした執筆活動を展開して、特にARSP誌などはヒルゲンドルフ・コーナーがあるかのような観を呈している。これは日本においてドイツの学界状況を知るきわめて重要な情報源となると思われるが、今後、氏が最も注目すべきドイツ人研究者の一人となることは疑いないようである。

本稿は、ヒルゲンドルフ氏が、平成六年度外国人研究員特別招聘により九四年七月から八月にかけて岡山大学法学部に滞在されたおり、当地で開かれた「レトリック研究会」(代表 植松秀雄岡山大学法学部教授)で行われた講演を翻訳したものである。

(元の語原文は、"Rhetorik. Ein internationales Jahrbuch" Bd. 14, Tübingen: Max Niemeyer, 1995.に収録されることになっているそうである。)「レトリック研究会」は、九二年夏にレトリックに関心を持つ研究者が結成し、会合を重ねており、その成果の一部は「レトリック研究会叢書」として、木鐸社より刊行されている。(発足のいきさつから当初からの会員には基礎法学専攻者が多いので、今までのところ、叢書は前述のハフト教授の法律学的レトリックに関する著作の翻訳が先行している形ではあるが、今後、徐々に対象を拡大していく予定である。)この研究会の活動の一環として、今回はハフト教授のもとで学問活動を開始し、現在では有力な研究パートナーでもあるヒルゲンドルフ氏との直接の意見交換の場をもったわけである。本稿は、ハフト流の法律学的レ

トリックが実定法学の中でどのように利用できるかを示したきわめて興味深い、示唆に富んだものである。本稿の方法論的なキー概念である「構造思考」と「通常事例方法」に興味をお持ちになられた方は、(注3)であげられているハフト教授の著作を参照していただければ幸いである。

私事にわたるが、訳者は九二年夏から十か月間、文部省長期在外研究員としてチュービンゲン大学のハフト教授のもとで研究に従事したが、その際、助手のヒルゲンドルフ氏には公私にわたり、ひとかたならぬお世話になった。氏は細かいところによく気がつくだけでなく、煩雑な事務処理もきわめて迅速にできばきこなす手際にすぐれており、氏のおかげで私たち家族のドイツ滞りがどれほど快適なものになったかは語り尽くせないほどである。今回、氏の業績を日本に最初に紹介できる機会ができ、非常に喜んでいる次第である。