

法律学における構造思考と通常事例方法

——F・ハフトの法律学的レトリックから——

平野敏彦

はじめに

一 方法論的前提

二 構造思考

三 通常事例方法

おわりに

はじめに

フリットヨフ・ハフトは、一九八三年に出版された『法律学習入門』の中で、「有限の事例の資料群 (Korpus) に基づいて、無限の事例の多様性を制する能力を取得しなければならない」法律家としての鍵を提供する「通常事例方法 (Normalfallmethode)」(83 a: 113) について、全面的な定式化を初めて行なった。⁽²⁾ この本は書名が示す通り、第一義的に、法律学を学ぶ学生 (西ドイツの場合には、必然的に、法律職国家試験を受験し、完全法律家をめざす学生)⁽³⁾ の法律学の学習のしかたに助言・指針を与える目的で書かれた技術的方法論を内容としている。多くの学生がまずい学習方法を用いているというのがハフトの執筆の動機であるが (83 a: 113)、学習方法の欠陥は、結局のところ、現在の法律学とそこで支配的である方法論の欠陥に帰着する。なぜなら、学生はそれらを多くの場合無批判的に受け入れる傾向がある

からである。したがって、こうすべきであるという実践的主張をなす場合には、現状に対する批判的認識が前提されていなければならない。ハフトの場合、近時の実践哲学の復権の一翼を担うレトリックの立場から現状の批判的分析を行なっている。それ故、この本は、学習入門と銘打たれているため(もともと、ハフト自身は、法ではなく、学習者を対象にした初めての入門書だと自負しているが(88p.11))、一見したところ、法哲学・法理論の議論とは無関係のように見え、見落とされてしまいそうであるが、内容的には、すぐれて今日的な法律学方法論の書なのである。そのうえ、国家試験の受験者予備軍である学生に照準を合わせた実践的引きこみという性質上、試験に出題されるクラウズール(事例問題⁽⁴⁾)にどう対処すべきかという問題意識が、一貫して叙述の底に流れている。受験生はその答案として、鑑定書⁽⁵⁾を書くことを求められるのだが、これは裁判官が判決を書く時の予備的思考活動と重なる。したがって、学生に対する助言は、そのまま法実務にもあてはまり、従来は、往々にして、理論のレベルにとどまっていた方法論がどのように実践化されるかの一つの試みを、この中に見ることができるのである。

私はかつて日本の法学教育の現状を分析した論稿で、「流動する社会において最も必要なのは、単なる知識ではなく、それを臨機応変自由自在に使いこなす能力である。……今のところ、法的思考能力開発のための技術論は模索の段階にあるが、教育の問題として意識的に考えていかねばならない」と述べたことがある⁽⁶⁾。ハフトも、Wissenと Können (あるいは、データとプログラム)という語を用いて、「単なる知識の積み重ねでは不十分であり、それどころか有害である。むしろ決定的なものは方法、つまり能力である」(88p.13)とほぼ同旨のことを述べている。ハフトによって提唱されている方法は、学習者が主体的・積極的・自覚的に学ぶための方法なのであるが、私との問題関心の重なり具合からみても、教師の側からの法学教育の問題を考える場合にも、示唆を与える所が多く、法学教育論議に大いに寄与するものと思われる。

本稿は、このようなハフトの理論を、方法論的に見て、レトリック的法理論の一つのあり方として捉え、その中心的主張である「構造思考」と「通常事例方法」を、彼のいくつかの著書、論文を素材にして、紹介するものである。

一 方法論的前提

(一) 事例の重視と制定法

「事例 (Fälle) に戻れ。——それが法律学的レトリックの精髓である」(81 a.: 721/83 b.: 234)。これがハフトの法律学的レトリックのスローガンである。この主張の背後には、「制定法は、技術的に見れば、法学の補助手段」(82 a.: 110)にすぎないのに、従来の支配的方法論ではそれが中心的位置を占め、事例に目を向ける方法は排除されてきたという認識がある(78 a.: 12)。たしかに、法事例の決定の際に果たす制定法の役割を過大に評価することは、現実の思考過程の記述・分析としても不正確である。また、そういう認識から、現に法事例に直面し、その解決のための援助を法学に期待する者にとって実地に役に立つ方法を引き出すこともできないのである。だが、事例を重視すると言っても、規範や抽象的概念と絶交してしまうという過激な主張をするのではない。ただ、それらの形而上学と絶交するだけなのである。事例思考にとっても規範は欠くべからざるものであるが、規範は「形而上学的理念の王国からの口上を伝える使者ではなく、事例比較のための乗り物」にすぎないのだというふうに、その位置づけを変える必要があるのである(84.: 101/83 b.: 238)。そのうえで、制定法とそれの補充と完全化のために創造された学説(dogmatische Sätze)が存在し、それを尊重しなければならないという現状は、正当に評価されねばならない(78 a.: 13)。それ故、「法律学的レトリックは、自らを事例の取り扱いに限定してはならず、制定法と学説をどのように取り扱うかをも提示しなければならない」(78 a.: 12)。その限りにおいて、法律学的レトリックは伝統的な法律学方法論に接し、「制

定法との一致における事物の正義ザツハゲレヒトにかなった事例決定が重要だ」ということをそれと共有する。相違は、「規範と事態の相応の作成過程を一つのレトリック的過程として把握する」という点にある。それらをふまえて、ハフトは自らの法律学的レトリックを、「事例と法規の言語的処理のための方法」と定義している(78 a: 14)。

(二) A・カウフマンのヘルメノイティク

ハフトがレトリック的過程として把握すると述べた「規範と事態の相応(Entsprechung: 即応とか(類推的)対応とも訳されている)」は、ハフトの師アルトゥール・カウフマンが一九六五年の論文「類推と『事物の本性』——類型論に関する一試論」⁽⁷⁾で展開した、包摂過程に対する新しい見方である(82: 83)。ハフトは、この論文が法律学的ヘルメノイティクとレトリックの身分違いの結婚を促すきっかけになったとし、法律学的レトリックをそこから生まれた私生児だと言っている(84: 92, 100)。したがって、ハフトの理論の特徴は、まさにこの現代ドイツ法哲学の議論的であるヘルメノイティクとレトリックの二つの潮流をきわめてユニークな視角から接合を試みている点にある。

もつとも、一九六五年当時のカウフマンがヘルメノイティクの立場を明示的に採っていたかどうかについては、若干問題が残る。もちろん、カウフマンの初期の論文である「刑法の責任論における不法の意識」(一九四九年)をヘルメノイティクの観点が構想されていると見たり、「自然法と歴史性」(一九五七年)からその体系的展開が始まり、「類推」論文で一つの頂点を迎えるという見方も可能であろう⁽⁹⁾。しかし、カウフマンの理論的展開に即して言えば、「類推」論文はまだ法存在論的な立場が前面に出ている時期のものだと位置づけるのが適切であり、⁽¹⁰⁾したがって、彼のヘルメノイティクの立場が鮮明になるのは六〇年代末から七〇年代初期だと捉える方がいいであろう⁽¹¹⁾。とはいえ、この時期以降の彼の論文がそれ以前に獲得された法の存在論的認識(その集大成が「類推」論文だと言ってよい)を基礎にしていることは言うまでもなく、いわばその認識を根拠づける方法としてヘルメノイティクを用いている、あるいはそれで方法

論的補強をしていると見ることもできる。したがって、今日では、「類推」論文で主張された見解はことごとくヘルメノイティクの観点から根拠づけられている以上、「類推」論文をもってカウフマンのヘルメノイティクを語ることも、以上のような留保を付せば、さしつかえないであろう。

本稿では、カウフマンの法理論を扱うのが目的ではないので、以下のハフトの見解を見ていく上で必要なカウフマンの基本的テーゼのみを列挙するだけにとどめておきたい。⁽¹²⁾

「法は当為と存在の相応である。」

「法は本来的に類推的^{アナロジー}である。」

「包摂とは、規範と具体的生活事態が相互に『相応の状態』にはいることである。」

「概念は閉鎖的だが、類型は開放的である。」

「法の正しさが具体的な決定手続の外部に存在しないとすれば、それはこの手続自体の中で、反省と議論を通じて、当事者の下での相互主観性と合意を通じて作り上げられねばならない。」

「言語的テキストが理解可能であるためには、常に先行理解 (Vorverständnis) 又は先入見 (Vorurteil) が必要である。」

「裁判官が判決を下す時、常に自分自身の理解から何かを付け加えている。」

(三) 理論的洞察の実践化

法律学的ヘルメノイティクと一言でいっても、その大枠はともかく、個々の点まで立ち入って検討すれば、それこそ十人十色である。⁽¹³⁾ ハフトのヘルメノイティク理解は、その中でもカウフマンの認識をほぼ全面的に継承していると言ってもよからう。だが、ハフトは、「理論面については、法律学的レトリックは若干の(断じてすべてではない)法律学的ヘルメノイティクの所見を抛り所⁽¹⁴⁾にしているが、さらに、(他の法理論同様)この法理論が実務から遠く離れてい

る (Praxisform) ことを嘆じ、それを実務に「プラクティシアン」的に移植しようと努力している」(82: 875)として、めざす方向が異なっていることを強調する。すなわち、先入見構造の解明の中に合意のチャンスを根拠づけ、そこに創造的法決定の究極の正しさの基準を発見することができるという主張が理論的に承認されることは言うまでもないが、そこからさらに進んで「問題はそれをいかにして実践的にプラクティシアンするか」(81: 718-9)なのである。たとえば、どのようにして先行理解を発見するか、どのようにして他人の先行理解と対決するかなど(83: 225)についての技術にかかわる提言は、直接的には見られないのである。はたして、法律学的ヘルメノイティク一般が実務から遠く離れたものであるのかどうかについてここで即断することは慎みたいが、⁽¹⁴⁾ハフトがここで念頭に置いているものは、「手元にあるドグマ¹⁴ティックで生きてゆかねばならない法律家に対する一般的援助」(82: 36)を与える技術的方法論のことだと思われる。この意味では、たしかにハフトの言う通りであろう。いやそれどころか、法実務家だけでなく、それへの途上にある法学を学んでいる学生もこういう内容のものを望んでいるにもかかわらず、そもそもそのような文献は皆無なのである。「法律家が日常的に行なっていることに對する実践的な行動指針はないに等しい。……そのために法適用者は旧来の方法論に手を出し、そうして十九世紀に連れ戻されるのである」(83: 225)。ここで、レトリークの本来的性質に目をつけられる。「レトリークは、まず、理論的記述的な関心をもっている。が、同時に、実践的指令的関心ももっている。なぜなら、レトリークは常に実践的な術 (praktische Kunstübung) であつたからである」(84: 96)。これを用いて、前述の欠を補うべく構想されたのが、ハフトの法律学的レトリークなのである。

もちろん、レトリークについても、ヘルメノイティク同様、基本的方向はともかく、主張者によってその説くところは様々である。たとえば、ハフトは、レトリーク的法理論の先駆者であり代表者と目されるテオドル・フィーヴェックについて、彼のトピック論を論拠づけ (Argumentation) の理論に世の注目を集めたという点での功績は認めつつ

も、「理論的綱領的端初にとどまっている」(78 a: 96)と断じている。やはりここでもハフトは、彼自身の意味での実践に定位することの重要性を説いている。したがって、以下で紹介する法律学的レトリックは、ハフト独自の、いわばハフト流に理解されたレトリックの法学への適用の一つの試みであるという点に、特に留意する必要がある。

(四) レトリックとは

レトリックとは、元来、「社会的衝突の混沌を処理する方法」——まさに法の本質と重なり合っている——であった。すなわち、「対立する声に停止を命じ、論拠をもちだす順序を定め、様々な視点の重さの測定に取り組み、それを衡量し、最後に、現実的にはその衝突を解決しないが、ともかく終わらせる一つの決定を下す」ものだったのである(78 a: 11)。

古典的レトリックは、古代ギリシアで成立したもので、単に正しく語ることを超えた「よく語る術」であり、事柄にふさわしいように、その効果に留意した語り(Rede)の実践と理論であった(78 a: 17/83 b: 222)。古典的レトリックは様々な歴史的変遷を受けて今日に至っているが、ハフトが依拠するのは、いわゆる新レトリックである。これはアメリカではかなり以前から、コミュニケーションと説得の技術として展開されてきたもので、ヨーロッパでは、カーム・ペレルマンがレトリックの復権に寄与してきたものである(83 b: 221 f.)。

新レトリックの特徴は、装飾的ではなく機能的であることにある。その基本テーゼは、ハフトによると、「中立的な発話(Sprechen)は存在しない」ということに要約される。それ故、「いっさいの、そして最も無味乾燥な事実しか述べていないような言明も、つねに志向的、状況的、語用論的pragmatischに、つまりレトリック的に構造化されている」ことになる(84: 96/83 a: 37 f.)。その結果、刑法の構成要件要素も、客観的、非関与的、中立的でないということになり、きわめて重要な帰結をもたらすのである(84 a: 116)。さらに、「ナマの事実の価値自由的な記述は存在せず、いっさいの

記述は、記述者が眼前する現実につけ加える評価を含んでいる」(83 a. 38) という見方は、「先入見から自由な発話などあり得ない」(83 a. 55) というヘルメノイティクの見方とも通じるものである。しかし、新レトリックにおいて重点の置き方に变化があるとしても、レトリック状況、つまり対話的なコミュニケーション状況において(83 : 95)、人間が了解しあうための言語的技術、つまり「価値的立場を合理的に構築し、それを相互的に把握可能ならしめる技術」(78 : 21) であるということには変わりないのである。

(五) 二つの思考法

ハフトの法学的レトリックで中心的役割を与えられているのが、構造思考と通常事例方法(思考)である。両者は相互作用しなければならぬとされている(84 : 98)。

ハフトはこの二つの思考の必要性を根拠づけるのに、言語が二つの次元をもっているというカウフマンの見解を引き合いに出している(84 : 97)。それによると、一つは、水平的、概念的・抽象的、合理的範疇的次元で、そのデジタル的要素において、形式論理的な一義性、明確性が問題である。もう一つは、垂直的、象徴的・直観的(anschaulich)、志向的・隱喩的次元で、そのアナログ的要素においては、超越論理的な言語の意味である(77 a. 21)。人の方では精確性を求めねばならないが、他方では「類型論的思考」の具体性なしにはやっていけないので、両次元とも不可欠なのである。⁽¹⁵⁾

構造思考は合理的範疇的次元にかかわるものだが、多くの者にとってきわめてむずかしいことが判明している。まして、それだけでは不十分なのである。志向的・隱喩的次元にかかわる通常事例思考がその補充をなすのである(84 : 99)。後述するように、法律家(学生も含めて)は既存の(つまり他人の)構造を発見するだけでなく、それを作り変え、自分自身の構造を形成しなければならないが、その時に、通常事例が大きな役割を果たすのである(83 a. :

9)。

二 構造思考

(一) 要素と関係

法律家は、社会的衝突の混沌を構造化によって克服する(78 a.: 25)。構造は、人間に方向づけ(Orientierung)を、すなわち、分節化され、段階づけられ、句読点を付された世界の確実性を与えるべきであり、構造思考の目標は、人間ならだれでも持ち歩いている不可視の網目を目に見えるようにすることなのである(78 a.: 44)。

構造思考は、構造がいくつかの要素とそれら要素間の関係から構成されたものであるから、関係的思考(Relationelles Denken)と呼ばれることもある(83 a.: 89)。構造を作成する際にどういう要素を選ぶか、それらをどう関係させるかについては、その作成者のまったくの自由である(83 a.: 110)。構造の優劣について審理する上級の審級は存在せず、その判定基準は、その作成者にとって役に立つ、かどうかだけである(83 a.: 96)。すなわち、その構造が作成者にとって余す所なく明瞭であること、長期にわたって記憶でき、その後再現できること、問題事例の解決の時に役に立つこと、この三つのチェックをパスすれば、役に立つ構造だと言えるのである(83 a.: 77)。この最後の点で、構造が通常事例を志向していることが明白になる(83 a.: 9)。

構造化のめざすべき目標は、秩序、完全性、直観性である。しかし、この三つの目標は究極的に達成できないものばかりである。秩序はつねに無秩序への契機をはらんでいるし、完全性は不可能であるし、複雑な世界をすべて直観的に把握できるように単純化することなどできないからである(83 a.: 110)。それ故、構造思考又は関係的思考は、要素と関係を探求し、様々な組み合わせの可能性をすべて試み尽くすという態度をもって思考することであり(83 a.:

(3) どこまで行っても目的地に到達しない果てしない道を歩き続けることなのである(83 a: 112)。したがって、唯一の究極の構造を追い求めたり、構造の普遍的体系化をめざしたりするのではなく——これが不可能であることは、まさに法律学の歴史が示すところである——、役に立たない構造はすぐに廃棄し、必要に応じて、そして個人の当面の目標のために役立つように新たな構造を**プラグマティック**に作成することが重要なのである。

構造は、このようにまったく個人の有用性本位に作成されるのであるが、この主張者たるハフト自身も、刑法ドグマティクに関する自著の中で、実際に多くの構造を作成している(83 a: 112)。しかし、それはあくまでもハフトが個人的に作成した構造であり、各人が自分自身の構造を作成するための一つの刺激にすぎず(83 a: 112)、**けっして**規準化されてはならないのである(83 a: 112)。ハフトは冗談めかして、構造の体系化である「法構造学」の成立は全力をもってこれを阻止すると述べている(83 a: 79)。

ハフトは自らの構造を図解を用いて(grafisch)表現している。もちろん、他のやり方で表現してもかまわない。ただ、図解的に表現することによって、言語のもつ線的な一次元性が平面的な二次元性に拡張される(78 a: 27)ので、日常言語では適切に叙述されない、あるいは叙述できるとしてもきわめて冗長になってしまうような複雑な問題を視覚化できるといふ利点をもつ(78 a: 46)。たとえば、不可視の関係を直観的に把握できる形で(anschaulich)表現できるのである(83 a: 78)。

(二) モデル構築

構造化の際にモデル構築が行なわれる。ハフトは、法律家が事例を制定法とドグマティクに従って決定する時に行なわれる過程を——情報処理論の観点から見て——別々に形成された二つの現実の言語的模写(Abbildung)、「つまり現実のモデルを比較する過程だと見る。すなわち、制定法の構成要件の中に一個の現実の言語的模写があり、事例

を記述した事態の中にも一個の(具体的な)現実の言語的模写がある。両者を比較した結果、それらが同一の対象を模写しているかと判断された時、いわゆる包摂が成功するのである(83 a: 28)。カウフマンは伝統的な包摂概念を批判し、その過程を規範と事態の相応化として捉え直したのだが、その相応化の前提として、概念的に定式化された当為の領域に属する規範と経験的な事実性の領域に属する事態が「同じものにされ (gleichmachen) ねばならない」と述べた(84: 83)。この点をどう技術的に処理するかという実践レベルの問題について、二つのモデルの比較という形で考えようというのがハフトの主張である。

モデル構築の際に留意すべき点が三つある。その第一が、モデルは不正確たらざるをえないということである。これは、有限の言語でもって無限の現実を模写するために、抽象化と一般化が不可避だということから、分析的に精確なモデルは形成できず、近似的モデルの形成に甘んじねばならないという意味である。しかし、このことは逆に、法学的モデルが自然言語を用いて形成されるので、様々の抽象レベルに立ち入ることができ、それによって事例の多様性から解放され、全体を見通すことが可能になるという利点にもなる。この日常言語を用いて行なわれる過程は、言語的なコードの組み換え(Umcodieren)と呼ばれるが、法学の言語的モデルはまったくこの産物である。法律家は必要と有用性に応じた実用的なコードの組み換えに習熟すればよいのであって、概念の存在論的な上下秩序を気にかける必要はまったくないのである(83 a: 31-33)。

第二は、モデル化の自由である。モデル構築が存在論的認識とはまったく対照的なものであり、モデルが「実践的な任務の履行の際に我々を助けるべき実用的な形成物」である以上、モデル化の自由は必然的な帰結である。そしてこの自由は(言語的慣行の枠内での)真正の自由である。こう考えて初めて、判例や学説の対立の意味がはっきりするのである(83 a: 34-37)。

第三は、モデル構築の際に、価値観念がもちこまれ、ナマの事実の世界とは別の高次の非現実的な現実が産み出されるということである。これは、中立的発話は存在しないという新レトリックとも、世界を把握するためには、究極的には主観的、恣意的な価値構造である先入見が必要不可欠だというヘルメノイティクとも共有する見解である。そして、特に重要なことは、この法律家の意識の中にしか存在しない高次の現実を、低次の実在する現実と錯覚してはならないということである(83 a.: 37-38)。

このモデル構築という考え方の当然の帰結として、客観的に正しい法決定など存在せず、何かを自己の側から付け加えているという正しさについての考え方が出てくる(83 a.: 63)。これがヘルメノイティク的な見方であることは言うまでもない。ハフトは、先入見は世界を単純に、見渡し可能にし、方向を与えるために必要であり、肯定的に評価すべきだとする(83 a.: 55)。先入見(ヘルメノイティクにおいてより洗練された表現では先行理解)は人間ならだれでも持っているのだから、中立を装うことによってそれから逃れることはできない。また先入見(Vorurteil)は、先行判断とも、偏見とも訳される(をぬぐいさろうとして、たとえば、Lehrling(徒弟)をAuszubildender(Azubi:教育を受ける者)と言い換えたりもされるが、その効果は疑わしい(83 a.: 53)。結局のところ、先入見の廃棄ではなく、それを解明し、それを問いつけるという覚悟、それを論じ、反省するとともに他人の先入見に対して開かれていること、要するに、自己認識と他人との了解の努力こそが重要なのである(83 a.: 54)。これは、決定の正しきの基準を、先入見の構造を明らかにし、それを論議するという開かれた対話による合意の可能性に求めることに結びついている(83 a.: 63)。

なお、先入見構造の解明と改善のために、ハフトは、概念的思考の代わりに類型論的思考をすることを推奨するが、これについては本稿三(二)で扱うことにする。

(三) 構造の形成

構造は、前述の役に立つという判定基準を満たすためにはあまり複雑であってはならず、構成要素は七つ以下にとどめられるべきだとハフトは主張する(83 a. 80)。この単純さは、徳ではなく、必要性から生ずる。すなわち、我々が一目で同時に識別できる物は、せいぜい七つ止まりだからである(83 a. 11)。したがって、七つを超える要素をもつ構造は、より細かい点を構造化した細部構造(Detaistruktur od. Feinstruktur)と枠組を示す粗構造(Grobsstruktur)の二段階に分割され、それぞれの要素の数を七以下にすることが必要とされる。そこから当然、構造の上下のヒエラルヒーが生まれる(83 a. 71)。そして、必要に応じて実用的に多くの構造を作成し、それらをヒエラルヒー的に結び合わせることもできる(83 a. 96)。

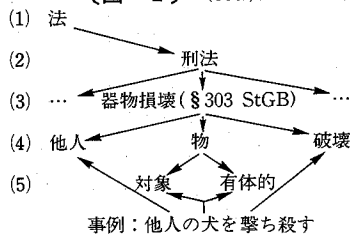
構造は、制定法とドグマティックの言語的モデルを対象とする「ヒエラルヒー的概念構造」と、事態(Sachverhalt)の記述を対象とする「事態構造」と、事例を取り扱う時の法律家の作業の進め方を対象とする「作業構造」の三つのグループに大別できる(83 a. 79)。

この三つのうち最大の実践的意義をもつのは、ヒエラルヒー的概念構造である。ここでは個々の概念から出発するが、この概念を関系的に取り扱うのである。すなわち、より抽象的な上位の概念と、より具体的な下位の概念と、さらに同じレベルにある並行概念をそれぞれ要素とする構造を形成するのである。出発概念の上、横、下へそれぞれ視線を向けて、言語的なコードの組み換えを行なうのだが、特に下に視線を向ける時は、通常事例を見ることが必要になる(83 a. 79-80)。ここで、ハフトが例としてあげている「暴力」(Gewalt)概念の例を見ておきたい(図一)参照)。これはあくまでもハフトの個人的な構造にすぎないので、同じ暴力概念でも、全く別のようにも構造化することもできる。たとえば、「暴力」は、強要罪(ドイツ刑法第二四〇条)、強盗罪(同第二四九条)、恐喝罪(同第二五三条)の構成要件であるから、それぞれの犯罪を上位概念としてもよいし、並行概念も脅迫だけでもよい。下位概念は、この場合、構成

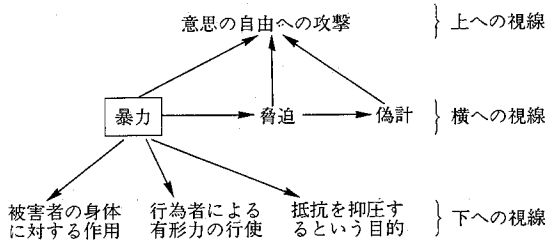
要件要素(要件要素)が三つ選ばれているわけだが、これは暴力についての通常事例(たとえば、殴打)に基づいている。構成要件を構成要件要素に分解することは、「定義」又は「解釈」と呼ばれることが多いが、ハフトはこれを「概念展開(Begriffsentfaltung)」と呼んでいる(78a:72)。こうして作成された構造は、たとえば路面電車の前でのすわりこみが強要罪に該当するかどうかという問題事例を解決する時に、それと比較されるべき通常事例構造として用いられるのである。また、すべての制定法とドグマティックの概念構造は、ほぼ同じような単純なしかたで表わされるが、それは記憶用構造(Merkstruktur)としても利用できる(83a:80-83)。

構造をヒエラルヒー的に形成する場合、上から下へ、つまり粗い網から順番に細かい網をかけるという順序で行なわれねばならない。ハフトはこのことを、犬を撃ち殺されたと言って弁護士に所を駆け込んで来た男の事例を用いて示している(図一2)参照)。これはヒエラルヒー的概念構造であると同時に、作業構造としても使えるものである。こういうヒエラルヒー的構造では、上位のものほど重要である。この例に即して言うと、最も重要なのは、この事例を法的に処理するかどうかであり、それが肯定されて初めて、どういう犯罪になるかという議論になるのである。そして、その事例が器物損壊罪の条文に包摂(相応化)されるかという問題は、一番最後に来るのである。学生の間はたとえば試験などでは事例が刑法の事例であるということは最初からわかっているのが通例

〔図一2〕 (83a:87 Abb.3)



〔図一1〕 (83a:81 Abb.1)



であるが、実務ではそうではない。すなわち、この例では、弁護士がもっていなければならない事例を法的に処理する能力は、上位の構造をしっかり把握しているかどうかにかかっているであり、誤りが上位のレベルでなされればなされるほど、結果は目も当てられないものになる。見込みのない訴訟を提起することは、金と時間の無駄である。

したがって、学生は（後の法律家としても）上位の構造ほど完全にマスターしておかねばならないが、下位の構造は適切な方法、さえもっておれば、難なく処理できるのである（83 a: 82-88）。ところが、法学教育や試験では、最下位のレベルに問題が集中される悪しき傾向があり、そのため学生の学習方法が木を見て森を見ず型になりがちなのである（83 a: 103）。

次に、事態の構造についてであるが、典型的なものは、人を点（要素）で表わし、それを線で結んで関係を表わすという形で構造を示すものである。しかし、事柄の^{ヴァヘ}関係もまた直観的な関係として表現できるので、その場合には、ヒエラルヒー的概念構造との境い目はあいまいになる（83 a: 95-97）。

最後に、作業構造である。法決定は、ある一定の予め定められたプログラムに従って行なわれねばならない。したがって、それに応じた構造が形成できるのである。コンピュータによる法適用過程の自動化（これはまだまだ将来の課題であるが）の際にプログラミングできるために、特に法情報学がこれに取り組んでいる。コンピュータによる利用にはまだ間があるとしても（最近、法律エキスパート・システムが開発されつつある）、プログラミングの前段階であるフロー・チャート（Programmablaufplan）すなわち、処理を長方形、判断をひし形、入出力を平行四辺形などの図形で表わし、その間を流れ線で結び、イエス・ノウに従って進んでいくという形式で表現されている構造は、作業構造としても有効に利用することができる。ただし、法律学的レトリックの立場からは、その種のフロー・チャートに対して、次の三点で問題が指摘されている。第一は、フロー・チャートは複雑すぎるということである。記憶と再現のた

めには、単純さが命なのである。第二点は、完全であるということである。それは重要なものもそうでないものも同じやり方で考慮するということであり、必要に応じて、重要な点を問題にしていくというレトリックの見方とは、めざす方向が異なっている。第三点は、コンピュータに作業の指示を与えるという点である。レトリックの中心は、あくまでも人間である(78 a: 40-44)。

もう一つの作業構造の叙述形式は、決定一覧表 (Entscheidungstabelle) である。これは、縦と横にそれぞれ要素を配して、その組み合わせのすべてを完全に把握しようとするものであって、日常言語ではほとんど表現できないものを直観的に把握できるようにしてくれるのである。縦と横に何を配するかでいくつかのパターンが可能だが、たとえば、縦横とも概念を配し、交差する所にその組み合わせについてのイエス・ノウの判断を書き込むもの、縦横をそれぞれ座標軸として、二つの要素の程度の組み合わせを見るもの、縦横にそれぞれ複数の争点をもつ複数の要素を配し、その組み合わせをそれぞれ考えていくものなどがある(88 a: 107-111)。

ただ、ハフトは明言していないが、この作業構造は、他の二つの構造に比べると要素の数が多くなる傾向があり、単純さや記憶の面でかなり問題があると思われるが、作業構造は分割されずに全体的に全関係が把握できるというのが最大の長所であり、その点で十分に実用的な役に立つ構造であることに変わりはない。

三 通常事例方法

(一) 通常事例と問題事例

通常事例 (Normalfall) という語は二つの意味で用いられる。一つは、事例としての通常事例で、通常の典型的な日常的な事件の意味である。この場合の「通常」は法律学的な意味で用いられており、「通常の」謀殺 (Mord) とか「通常

の「窃盗とかいうものは、素人にとっては違和感があるかもしれないが、法律学上は存在する。制定法は元来それを念頭において定立されており、特殊性の付与なしに、繰り返し起こるものである(78 a: 70)。したがって、制定法とドグマティックを用いるだけで、容易に決定できる事例であり、特に法律家に大きな努力を要求しないものである(83 a: 65, 113-114)。だが、当然のことであるが、それだけでは処理できない事例が生ずる。それが問題事例(Problemfall)であるが、それに直面した時に、第二の意味での通常事例、つまり類型としての通常事例の必要性が出てくる。だが、そもそも通常の個別事例など存在せず、形容矛盾である。いっさいの事例は唯一の一回限りのものであり、類似点をもっているにすぎない他の多くの事例から自らを区別する特別な独自性をもっている(この意味において、フィーヴェクが、「法律学は問題論究の特別の手續だ」(傍点、平野)というのは、その限りに於いて正当である。この問題を問題事例と通常事例に分けたところが、ハフトの独自性である)。したがって、この通常事例、つまり通常事例類型はそれ自体として存在しない(83 a: 115)。「通常」とは、多かれ少なかれ通常的事例である多くの個別事例から形成された類型である(83 a: 65)。通常事例(類型)は、問題事例に直面するたびに、それを少しずつ変化させ(variieren)、思考上の構成物としての理念的形象(ideales Gebilde)が成立するまでになった時に生まれる(83 a: 116)。

問題はつねに通常的なものからの偏差(Abweichung)である(83 a: 9)。したがって、問題を分析するためには、その偏差を分析しなければならないし、その問題を解決するためには、「通常的なものからの偏差が、問題事例をよはや通常事例の領域(通常的な「類型」)に組み込む(zuordnen)ことができなほど大きく本質的であるか、あるいはその偏差を克服して通常事例として見なければならぬか」という問いに答えねばならないのである(83 a: 113)。言い換えれば、通常事例への組み込みに疑義がある事例が問題事例なのである(83 a: 88)。実際のところ、甲にでも乙にでも決定できるということが——もちろん、そのための論拠は必要であるが——問題事例の本質である(83 a: 80)。結局、

説
論
いっさいの法律問題はこの核心に還元されるのである。ハフトはこのことを「非類型的なもの (atypical) をなお類型的なもの (typical) と同様に扱うべきかどうか」という問題だとも表現している (83 a : 110)。等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように取り扱えという形式的正義の要請は、どういふ物差しでもって等しいか等しくないかを測るのかという問題を未解決のままにしている。ハフトはこの物差しとして、「通常事例を考え出したようである。

「通常事例思考は、概念实在論的理想の世界と手を切ったにもかかわらず、どのようにして内容的に『正しい』法決定に到達できるのかを説明する。構造は、疑いなしに受け入れられるか、あるいは、問題になるかのいずれかである。前者の場合、それ以上の正しさの基準はいらない。後者の場合、通常事例からの偏差を明るみに出し、問題事例が偏差を有するにもかかわらず、なお通常事例の領域に組み込まれることができるか否かについての可能な限り開かれた論議において決定するということの中に、正しさの基準が見い出されるのである。」 (83 a : 119-120)

事例としての通常事例は、実際の法実務においては、問題事例よりも圧倒的に多い。しかし、我々が文献、つまり教科書、研究論文、コンメンタールや判例集などに目を向ければ、そこでは、病的な異常な問題事例が中心を占めていることにすぐ気づくのである。人は通常的なものについて何も書いていない。それは興味をひかないし、何よりもオリジナリティーが発揮できないからである。また、判例集も、判決を問題事例に触れる限りでのみ登載している。毎年何十万の「通常的な」判決が下されるのに、通常でないセンセーショナルな事例を扱ったただか百ぐらいの判決が公刊されるのである (83 a : 10/11-115)。それでも、経験のある実務家は、十分な数の通常事例を扱ったという実績を背景にして、稀に現われる問題事例を正しく扱うことができる。困るのは、特に学生である。この状況を打開できる道は、学生が実務家の作業方法をシュミレーションすることであり、通常事例方法はそのために役立つのである (83 a : 115)。

類型としての通常事例は、そもそも存在しない。モデル化の自由の原則に従って、自分自身で作成するしかないのである。通常事例は自分自身の言語経験を信頼することによって発見される。そしてそれは他人の経験と重なり合うことによって、了解が可能なのである(83 a: 115)。

通常事例を作成する出発点は、まず通常の例(Baseline)を探索し、集めることである。適当な例がない場合には、想像力をたよりに通常の例を自ら作成しなければならない(83 a: 126)。この時には、関係的思考で用いられる方法も参考になる。たとえば、比喩的に言えば、事例を回転させたり、鏡に映したりして構造に変化をつけ、様々な構造のヴァリエーションを形成し、これらの構造の間に一貫した原理を探したり、それらを調和のとれた全体構造の中に埋め込もうという努力を通じて、問題のありかを確認する方法である(83 a: 70, 74)。

次に、これらの実在又は架空の通常の例を基礎にしながら、問題事例に変化をつけることによって、すなわち、問題事例の非類型的な部分アノミーゼーションつまり問題の部分バイアスがなくなるように操作を加えていって、通常事例類型が形成されるのである。通常事例が問題事例に直面して初めて作成されるとか、構造作成の際に通常事例と問題事例の弁証法ディアレクティクがあるとか言うのは、まさにこの点をさしているのである(83 a: 119-120)。

(二) 類型論的思考

通常事例は、(実際に体験されたか、あるいは頭で考えられた)事例経験の集成から形成される一つの類型である(それ故、それは現実の反映ではなく、きわめて個人的なモデル構築の所産であり、当然、個人の先入見が表現されている(83 a: 80))。問題事例は、その通常事例と類似点をもって、問題なくそれに組み込まれるには疑わしさの残る事例である(それはまさしく非類型的なものが取り除かれれば、類型になるのである(78 a: 70))。疑わしいものは、どちらかに決定されねばならない。つまり、法決定をなすためには、問題事例のもつ偏差をどのように扱うかを判断しなければなら

い。その時、とるべき方法が類型論的思考 (typologisches Denken) である。これについて、ハフトは、前述の「類推」論文におけるカウフマンの定式化に、全面的に依拠している。

類型論的思考の特徴は、その対立物である概念的思考と対比する時、最も明瞭に示される。概念はいくつかの徴表^{メルクマール}によって定義づけられるが、具体的事例においてそのすべての徴表^{メルクマール}が満たされれば、その事例は概念に包摂されたと言われる。満たされない徴表^{メルクマール}が一つでもある限り、包摂は成立しない。概念は「ハイカ、イイエカ (Ja oder Nein)」の二者択一的カテゴリのみを知っているのである。

これに対し、類型は、実在的又は観念的な事例経験の集成から形成される。「類型は、強固な核をもっているが、確固とした境界はもっていないが故に、ある類型にとって特徴的な『諸点』のうち、どれかが欠けることがあっても、そのことによって一定の事態の類型性が疑問視される必要はない。……概念の下に包摂するようには、類型の下に包摂することはできないのであり、むしろ、具体的な関係を類型に程度の差をつけて『組み込む』こと、つまり両者を『相応の状態に入れる』ことしかできないのである」⁽¹⁸⁾。類型は、「より多いか、より少ないか (Mehr-oder-Minder)」の程度差のカテゴリを知っている。以上の対比から、類型は開かれているが、概念は閉じられており、類型は、概念が切り離してしまつたところを、つなぎあわせるのだということが明らかになる (83 a.: 58-59/116-117)。

したがって、概念的思考は分離思考であるが、類型論的思考は多様性をもつた現実の程度差の問題に適合的である⁽¹⁹⁾。無限の事例の多様性に対し有限の言語を武器にして立ち向かう法律家にとって、世界を分断的にしかとらえられない概念的思考よりも、世界を連続的に把握する類型論的思考の方がより柔軟な対処を可能にしてくれるのである。たとえば、「暴力」という構成要件要素^{メルクマール}も、概念ではなく、類型と考えれば、仮に、「有形力の行使」という特徴を欠いている麻醉剤の投与のような事例でも (概念的思考なら、そのようなものは「暴力」でないとするしかないはずなのに、判例は「暴

力」概念を肯定している、事例比較の方法などを通じ十分な論拠をもって「暴力」を肯定できるのである(83 a: 59)。

(三) 事例比較の技術

通常事例が作成され、それに対して偏差をもつものとしての問題事例が現われる。問題事例が通常事例類型に属し得るかどうかが法決定であるが、この判断を行なうためには論拠づけが必要である。この決定は肯定も否定も可能であるので、できるだけよい説得力のある論拠が探求さるべきである。ここでは通常事例への組み込みの可否の判断が類似性の程度にかかっているが故に、事例の比較が行なわれるが、その際の比較の相手が、比較事例(Vergleichsfall)である。比較事例はつねによりき論拠である(83 a: 130)。そして事実是最も強力な論拠である(78 a: 90)。

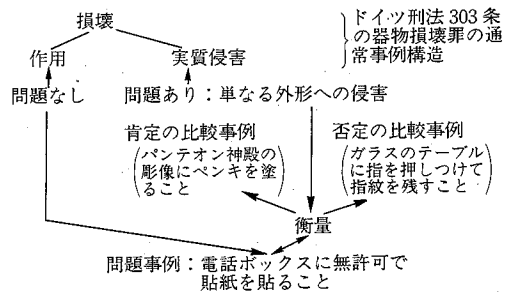
事例比較のすぐれた方法は、問題事例を何らかの点で極端化した事例を探索し(あるいは作成し)——それも二つの方向で、つまり明らかに組み込まれるような形(肯定)への極端化とそうでない形(否定)への極端化——、その問題事例がどちらかの極端事例(Extremfall)に近いかを考慮し、その異同を確認し、比較事例の明証性を当該の問題事例に移すのである(83 a: 129—130)。ここには先入見への訴えかけがはいりこむ。特に、両方向に極端化せず、一方だけを感情的に主張する時にそうである。先入見を廃棄するのが不可能であり、ましてそれが必要不可欠のものである以上、それを明らかにし、議論することがより重要である。それ故、この場合、その主張者とは反対の方向へ極端化した反対事例をもちだして反駁しなければならぬ。事例に対しては、他の論拠ではなく、逆の事例で対抗するしかないのである(83 a: 132)。ただし、この際に実在ではなく、架空の事例でも、それが極端事例技術を用いて作成されたものなら、十分に論拠となり得る。擬制的事例(仮定的事例)はいつでも形成できるし、それによって論拠づけの基礎は拡大する(83 a: 91)。つまり、つねに肯定否定両方の比較事例を検討することによって、一面的な先入見にとらわれた判断から守られることができ、自己の論拠づけに対する合意のチャンスも拡大される。この意味で、自己の論拠として採用す

る一方の事例による結論の検証とともに、逆の事例による反証も必要である。中立性が存在せず、何らかの立場をとらねばならない以上、反対の立場がよりよいものでないとしても、それを明るみに出し、議論しなければ、自らの決定が「正しい」ことの主張は不可能なのである(83a:133)。これを構造化し、それを図解的に表現することによって、先入見から生ずる誤りを避けることができるのである。

構造化された通常事例と問題事例を比較することによって、問題のありかが局限され (Tokaissenen)、そこでの偏差を克服するための手助けとして、二つの方向での比較事例がもちだされる (これの具体例として、[図-3] 参照)。問題事例と比較事例の要素の間には、連続的な、まさにアナログ的な概念の展開 (Entfaltung) が存在する。決定とはこの連続線上のどこかに境界線を引き、問題事例を一方の立場に組み込むことである。ここで、必然的に、類型論的思考が用いられねばならないのである。従来、この決定過程が概念的思考による形式論理的過程だとみなされてきたことによって、類型論的思考は排除されてきたし、自由な論拠づけの議論がここに占める位置も方法的には無視されてきた。しかし、決定過程は包摂ではなく、相応化であるという本稿で見えてきたような見方からは、論拠づけ、つまり他人又は自分自身と論争することに対する的確な位置づけを与えることができ、この論拠づけの技術こそ、レトリックなのである (78 a.: 9a)。

教科書に従って論拠づけることは不可能である。論拠づけは何よりも具体的な状況が最も重要な要素だからである。そこに議論可能な場を設け、合意のチャンスを見い出すための一つの手助けを提供するのが、構造思考であり、通常事例方法である。たしかに、価値決定についての「内容面」に関する答えは、構造からは得られない。それは、

【図-3】 (83a:134 Abb.21) (一部補充した)



事例そのものから得るしかない。そのためには、通常事例方法が一つの手助けなのである (82 a. 35-36)。たしかに、それも「正しさ」を付与するものではないが、それを獲得するための前提を明示してくれる。論拠のうちでも、事実こそ最強の論拠になり得るのである。

「事例から事例への推論」は、判例法主義の諸国だけでなく、法典編纂に刻印づけられた国においても、大きな役割を果たす (83 a. 136)。事例は事例それ自体から決定できる。それが法律学の出発点であった (たとえば、ローマ人やアメリカ人)。次に、事例から規則 (regulae, rules) が導出されたが、それはその規則に従って決定するためではなく、規則の助けを借りて、先行事例への道を発見するためであった。その次に、ようやく体系化がめざされた。初めは、圧倒的に教育目的で、その後立法目的で望まれたのである。「制定法は、プラトンのイデアの王国からの口上を伝える形而上学的使者ではなく、元来、事例比較の質素な乗り物なのである。そして、法秩序は、存在論的に先与された当為の秩序ではなく、教育的及び立法的な目的にかなうような言語的モデルの結合物なのである」 (83 a. 64)。

このような洞察から、従来、方法論的に無視又は軽視されていた事例の意義に着目したのが、ハフトの法律学的レトリックなのである。

おわりに

先入見が、人間にとって不可避であるだけでなく、必要不可欠なものだということを看破したことは、ヘルメノイティク最大の功績であろう。もっとも、このこと自体については、たとえば、すでに自由法論においても認識されており、だからこそ自由法論者は先入見 (もちろん、この用語は用いられていないが) にどう対処するかという問題を問題にし、社会学の成果の導入を提案したのである。しかし、ここでも先入見に対するポジティブな評価は見られなかつ

た。そのためには、カウフマンの法存在論、さらに法律学的ヘルメノイティクを待たねばならなかった。

ハフトはこの理論状況を背景に、問題のある法事例に直面し、決定を下さねばならない法律家に対し、自分自身をみつめ、(避けることのできない)先入見を明らかにし、それを議論に付し、合意を得るための実践的な方策の提示の試みを、法律学的レトリックとして展開したのである (33-86)。構造思考とか通常事例方法として定式化された方法は、先入見、それも自覚することさえ困難なそれを、意識化させ、かつ直観的可視的な形で図解的・視覚的に把握、明示化するためのきわめて有効な方法として考案されたものである。この方法自体は、本文でも言及されたように、経験豊かなすぐれた法律家であれば、経験を通じて獲得され、コツとかカンとかを通じて、無意識的に行使している方法と重なり合う部分が多いであろう。しかし、重要なことは、それを意識化して行使することなのである。モデル化の自由は存在する。しかし、方法は一貫することが必要である。法律家の作業を見ているとこの方法意識の稀薄な者が多いようである。悪しきプラグマティズムが支配している。この状況の改善こそ、緊急の課題だと思われる。それに対する一つの具体的方法の一提案がハフトの方法であり、本稿による紹介の趣旨もここにある。

事例の重視は、たしかに、日本の「法解釈学」にとって、初めて耳にすることではない。それどころかむしろ、現在では、判例の重視は学界の共通の認識である。しかし、そこで考えられていることは、ある問題についての判例を集めてグループを作り、そこから帰納的に規範を(あるいは、制定法についての有権解釈を)導出するということに主眼がおかれているようである。ハフトのいう事例の重視がこれとは別物であることは、本稿で十分示し得たと思う。

ハフトがプラグマティズムの立場から、存在論との絶交を強調しすぎた点には、若干の留保が必要であろう。最近、カウフマンは、ヘルメノイティク的存在論は、実体存在論 (Substanzontologie) ではなく、関係存在論 (Relationen-ontologie) だと主張している。⁽²⁰⁾ このことをふまえて、存在論についてさらに検討することが必要である。

ハフトには、本稿で扱った法律学的レトリークに関連する研究のほかに、刑法学や法情報学に関する論稿も多い。ハフトの法理論という場合には、それらを視野に収めた上で論じねばならないであろうが、本稿では、それを行なうことができなかった。彼の法律学的レトリークについても、構造思考と通常事例方法を中心に紹介したにとどまるが、レトリークの発想をどのように法学において利用するか（移植するか）に関する一つの試み、あるべき方向をうかがうことはできると思われる。

(一) Fritjof Haft が、一九四〇年生まれで、ミュンヘン大学講師を経て、現在、チュービンゲン大学教授（刑法、法哲学、法情報学）。本稿におけるハフトの著作の引用表示は、西暦年号の下二桁（同一年に複数の文献がある場合には、a と b を付した）と引用頁数の組み合わせで示す。なお、利用した版は太字で示したものであるが、引用表示の際は、初版出版の年に付した。

77 a Recht und Sprache, in : Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und

Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg/Karlsruhe : Müller, 1977, S. 112—119. A・クワンツン、W・ハッペー、編

『法理論の現在』竹下賢也訳、ミネルヴァ書房、一九七九年、所収、一三二—一四〇頁。

77 b Einführung in die Rechtsinformatik, Freiburg i. B./München : Alber, 1977.

78 a Juristische Rhetorik, Freiburg i. B./München : Alber, 1978, 1981², 1985².

78 b Der Schuldialog, Freiburg i. B./München : Alber, 1978.

79 Strafrecht, Allgemeiner Teil, München : Beck, 1979, 1984².

81 a Strafrecht und Rhetorik, in : Juristische Schulung 1981, S. 718—721.

81 b Strafrecht, Besonderer Teil, München : Beck, 1981, 1985².

82 Reine Rechtslehre contra juristische Rhetorik ?, in : Juristische Schulung 1982, S. 875—876.

83 a Einführung in das juristische Lernen, Bielefeld : Gieseking, 1983, 1983², 1984².

83 b Praktische Erfahrung mit juristischer Rhetorik, in : Werner Schmidt-Hieber/Rudolf Wassermann (Hrsg.), Justiz

und Recht : Festschrift aus Anlaß des 10 Jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie in Trier, Heidelberg : Müller, 1983, S. 221-235.

84 Juristische Hermeneutik und Rechtsrhetorik. in : Winfried Hassener (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik : Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, Heidelberg : Decker & Müller, 1984, S. 91-101. この論文は、『警察研究』五七巻九号(一九八六年)七六一—八二頁で紹介されている。

(2) もっとも、その考え方自体は、それ以前から見られる。『法律学的レトリック』(78a)では、特に構造思考が扱われている。刑法の教科書(79a(81b))では、数多くの例があげられている。

(3) これについては、ゲルホルト・リース、西マインにおける法学教育、平野敏彦訳、『広島法学』九巻四号(一九八六年)九九—一〇九頁、参照。

(4) その一例は、リース、注(3)、一〇五—一〇六頁に見られる。

(5) 鑑定書は、ある問いを立て、それを論究し、その後で答えを出すことがその本質をなす。これに対して、判決は、結果を頂点にして、後からこれを根拠づけるものである。任意のテキストについて、その末尾に疑問符を付し得る場合には、鑑定書型思考であり、感嘆符を付し得る場合には、判決型思考である(Halt(78a:104-105))。

(6) 平野敏彦、実社会と法学教育(二)——その問題と展望、『判例時報』一一一八号(一九八四年)二二二頁。

(7) Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“ : Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus (1965), in : ders., Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt a. M. : Athenäum, 1972. フルトゥール・カウマン、類推と事物の本性、宮沢浩一／小林宏晨訳、同著『現代法哲学の諸問題』宮沢浩一／渋谷勝久／原秀男訳編、慶応通信、一九六八年、所収。

(8) Hermeneutik は、「解釈」という行為そのものを学問対象とする意味で、「一般哲学の分野では「解釈学」という訳語があらわれることが多い。法学の分野では、特に日本において、従来、法規を対象とし、「解釈」という手段・方法を用いて作業する学問を「(法)解釈学」——本来は、ドクマティク、教義学と呼ぶべきであらう——と呼ぶ習慣が定着している。本稿では、「ヘルメノイテイク」という訳語を採用している。また、Rhetorik も「通常な「修辞学」か「レトリック」場合にあっては、「弁論術」「雄弁術」などの訳語があてられるが、本稿では、「レトリック」を採用している。

(9) Winfried Hassener, Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns, in : ders. (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik,

- 1984, S. 4 f. この論文は『警察研究』五七巻一号（一九八六年）七〇—七七頁で紹介されている。
- (10) カウフマンの法存在論については、田中成明、アルトゥール・カウフマンの法存在論（一）（二）（三・完）、『法学論叢』七九巻五号、六号、八〇巻一号（一九六六年）、参照。
- (11) 三島淑臣〈自然法論〉と法実証主義の彼方——アルトゥール・カウフマン——、大橋智之輔／田中成明／深田三徳編『現代の法思想——天野和夫・矢崎光圀・八木鉄男先生還暦記念』有斐閣、一九八五年、所収、二〇六頁以下。
- (12) ハントが引用したものを適宜要約したが、一部は、Arthur Kaufmann, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik* (1975), in : ders, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln/Berlin/Bonn/München : Heymann, 1984. から補った。
- (13) 青井秀夫、現代西ドイツ法律学的方法論の一断面、『法学』三九巻一号（一九七五年）三・四号（一九七六年）は、マルティン・クリーレン、ヨーゼフ・ヘッサー、ヨアヒム・ルシユカの三名を扱っている。
- (14) たかえは、ヘッサーは、民法ドクメンテーションの教科書がある。
- (15) Arthur Kaufmann, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik* (1969), in : ders. (N. 12), S. 34. Vgl. ders., *Recht und Sprache* (1983), in : ders. (N. 12), S. 106.
- (16) Arthur Kaufmann (N. 7), S. 302. (邦訳二五七頁)
- (17) Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München : Beck, 1973, S. 14. ナホエール・ブローヴマン『アダムと法学』植松秀雄訳、木鐸社、一九八〇年、二五頁。
- (18) Arthur Kaufmann (N. 7), S. 310—311. (邦訳二六九頁)
- (19) ebd.
- (20) Arthur Kaufmann, *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik* (1982), in : ders. (N. 12), S. 96.