

令和 6 年 5 月 5 日現在

機関番号：24405

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2020～2023

課題番号：20K01259

研究課題名(和文) 判決および法解釈構成(Dogmatik)による法の自律と歴史

研究課題名(英文) History and autonomy of law through jurisdiction and legal argumentation (Dogmatik)

研究代表者

守矢 健一 (Moriya, Kenichi)

大阪公立大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：00295677

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,000,000円

研究成果の概要(和文)：本研究課題の成果として、裁判所の観念が、日本とヨーロッパとにおいて相当に異なっていることがわかった。裁判所が単に制度として「ある」というだけでは、法理論的にはなにも言ったことにならない。このことを、現行憲法の条文の文言や、イエリネクの日本における受容のあり方などに照らして、例解した。また、他方において、ドイツにおける裁判のあり方についても検討を多少は深めることができた(Otto Bachofに即して)。

研究成果の学術的意義や社会的意義

自らが研究成果の学術的意義や社会的意義を述べることは信憑性に疑義を生じさせ得ると思う。研究者の主観としては、もともとは政治にどの程度、裁判所が抵抗して法的論理を一貫させた活動ができるか、ということをお問おうとした。しかし実際にはむしろ、そもそも裁判所の活動がどの程度社会によって支えられているかが問題だとわかった。ヨーロッパにおいて当事者が、法の定める裁判官に裁判をさせる権利を持つ、と考えるのに対し、日本では、「裁判を受ける権利」という受動的でお上依存的な表現が流布しているのは、深刻な問題を提起している。社会による裏打ちある裁判所でなければ、政治が依拠する多数決の原理に対抗し得ないからである。

研究成果の概要(英文)：It has become clear that the notion of the court in Japan is even today actually very different from that in Europe. The mere fact that one society has courts as institutions means little about the similarity of them in each country. This observation results from some historical studies such as analysing the process of the Japanese verbal formulation of article 32 Japanese Constitution or scrutinizing the Japanese reception of the theory G. Jellineks. Besides, the way how Otto Bachof had created the possibilities to revive and enlarge the tradition of administrative court after the World War II was analysed in comparison with the narrow understanding of the judicial control over administration in Japan, esp. by Jiro Tanaka.

研究分野：ドイツ法

キーワード：法制史 比較法 法理論

1. 研究開始当初の背景

法制史研究の領域においては、数年で研究の背景が大きく変わるということはないし、大きく変わったという認識が安易に開陳されるべきではない。そのうえで述べれば、本研究開始当初に、わたくしの念頭にあったのは、近年において、どのような先進国にあっても、法が政治によって受ける影響が、ある限界を突破しているのではないかと、という一種の危機意識である。これに対して、法及び司法がどの程度、政治の領域における、とりわけ多数決原理による意思決定に対し、これとは異なる、個別の事案を勘案して法を適用するという営為が自律的たり得るか、を考えたと思った。

この問題を考察するにあたって、自らの研究能力の限界もあって、とりあえず日独の近代の法比較を方法としたいと考えた。また裁判所、およびいわゆる Dogmatik (わたしはこれを「法解釈構成」と訳している)の二点に、とくに着目して比較したいと考えたのである。古風ではあるが、法の自律という問題をもう一度考えてみたかった。

2. 研究の目的

「法の自律」といってもそれは社会の内部において成立するものである。ということは、社会における「法の自律」とはなにか、ということを探ることを意味する。このことを、日独の裁判所の機能の比較に係る研究、サヴィニ研究、来栖三郎研究によって、解明したいと考えた。

なかでも裁判所の機能に係る個別研究が大きな意味を持った。というのは、法の自律というのは決して、単にアカデミックな研究課題であるだけではなく、優れて実践的な課題であるから。事実、19世紀末までの歴史においてはあれほどの強靱な機能を誇ったドイツの裁判所は、NSDAP 政権下では根本的に弱体化された。これに対して日本の近代においては、司法の独立の度合いはもともと弱いことが特徴となっていることは、日本法制史学の通説である。このことに鑑み、法の自律の問題を鍛え直すことは重要と考えた。

3. 研究の方法

特筆すべきことはとくになく、該当するテキストの丹念な読解が決定的に重要な方法という他はない。もとよりこれは極めて伝統的な方法である。が、最近の研究では、不当にかつ甚だしく軽視されているため、本研究でも、この方法を徹底させることを目指した。むしろ、テキストの丹念な読解の軽視というのが、近年の研究の特徴であるとすれば、それに真っ向から対決するためにも、入念な読解が目指される。

4. 研究成果

この研究計画の成果として最も中心的に挙げるべきものは3本の、裁判所理解に係る比較法的関心に基づいた論文だと思う。ひとつは、憲法32条の「裁判所において裁判を受ける権利」という定式に関する。これを欧文に、日本語に忠実な翻訳をしようとすると、異様な文章になるのだが、そのことに憲法学者が気がつかないで来たことは、やはり鈍いおどろきであった。同じ関心を別の方面から検証するために、日本におけるイエリネク受容をやや立ち入って点検する論文を執筆した。第三に、パホフによるドイツの戦後直後の行政法学説の分析を、田中二郎との比較において行った(脱稿したが現在未公開)。

法の自律というテーマを Dogmatik という方面から考える点については、本来の計画とはやや異なった形で、研究が公になることとなった。社会と Dogmatik との関係をどう考えるか、という問題はドイツ法制史上は非常に重要なテーマとなっている。そこでこの問題は、ドイツの書物の書評という形で示されることとなった。但し、書評と言っても書評論文であり、規模だけからいっても通常の書評の枠組を大きく超えるものを執筆した。とくに、現在のドイツ近代法史を代表するとみられる H.P. Haferkamp の近著『歴史法学派』Die Historische Rechtsschule, 2018 に対しては徹底した批判を試みた。その中で、19世紀前半の Pandektenwissenschaft における Dogmatik が、単に学問政治の発露に留まらずに、実務を顧慮しての法の真剣な体系化であったことを示すことを試みた。この書評は主観的には非常に大きな意味を持つ。啓蒙的な目的のために、むしろ強いられて執筆したエッセーが一本あるが、これも、やはり書くことを通じて、ドイツにおける Dogmatik の一種の特異性を自覚するうえでは重要なものだった。なお、計画書にはサヴィニ雑誌に論文を載せることをひとつの目標として掲げていたがそれを果たせなかった。

但し、Haferkamp が現在、サヴィニ雑誌の編集委員であることをここに記しておこう。

否、むしろ、当初は《法の自律》という問題設定はわたしにはそれなりに説得力のある問題設定だと思われたのだが、それがむしろ、ドイツ法に引き寄せ過ぎた問題設定だったかもしれない、という疑念を生じさせるきっかけを、このエッセーはもたらしたかもしれない。すなわち、これまでに抱いていた、Dogmatik による《法の自律》の長所は、相当に特殊ドイツ的性質に負うものでもあるのではないか、という疑念である。この点は、近代ドイツにおける学問の社会的位置づけの特殊性とも関係する。

だからといって、法の自律を一思いに否定することもおそらく許されまい。この点、ルーマンの法理論を、部分的にはあれ振り返る機会を持ったのは大きなことだった。すなわち、来栖三郎研究に直接の貢献をしたのではないが、来栖の弟子でもあった村上淳一のルーマン受容について考察する機会を持った。もとより村上は、明らかに東京大学の啓蒙の線に位置するのだが、ルーマンが啓蒙と関係がないわけではなく、啓蒙の解明 Abklärung der Aufklärung に取り組んだことは忘れてはならない。

その故か、ルーマンは、社会学者であるにもかかわらず、法の自律が崩壊する事態のあり得ることをよく知っているのに対して、法の自律が形成される過程を、一方では確かにシステム理論的に描写するものの、この成立過程をむしろ「あり得ないようにみえることの形成」というように捉える（彼はしばしば、システムの形成を unwahrscheinlich と言っていることには注意すべきである）。システム理論的に事態を説明しているだけである。しかしある種の規範形成を社会学理論によってのみ説明することは可能ではないのではないだろうか。このような途方もない問いをとりあえず棚上げするとしても、一度崩壊した司法システムが再生するその様を観察することには意味があると思われる。そこで、Otto Bachof の戦後初期の行政法学における司法に対する意味づけについて、実験的に、田中二郎のそれと比較しながら考察してみた。それはまだ公刊されていないが、講演は行っている。

この仕事は結局、裁判所という制度を支える社会とはどのようなメンタリティを持った社会であるのか、という大きな（H.L.A.Hart の第一次ルール第二次ルールの構成とも遠くで関係する）問題につながっていく。そこで、この問題を、今後は、金銭消費貸借論と関連させて、より具体的に考察することとした。

上記で指示した文献を挙げておく。すべてわたしの単著である：

Recht auf Empfangen eines Urteils, in: Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese, 2022, 227-244.

『日本憲法学における「裁判を受ける権利」の把握の一側面』同志社法学 73 巻 6 号(2021) 453-496 頁所収。

Die Historische Rechtsschule (Haferkamp), in: Rechtswissenschaft, 11. Jg. (2020), 474-486.

「パンデクテン法学における総則の抽象性の意義」法学教室 509 号(2023) 58-62 頁所収。

「村上淳一のニクラス・ルーマン法理論受容について」思想 1171 号(2021) 68-88 頁所収

講演「1945 年から 1950 年まで：デモクラシーと/または、社会再建」ドイツ語タイトル：1945-1950: Demokratie und/oder Wiederaufbau? (講演自体はドイツ語で行った)(2023 年 9 月 12 日、大阪)

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計7件（うち査読付論文 1件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 0件）

| | |
|--|---------------------|
| 1. 著者名 守矢健一 | 4. 巻 509 |
| 2. 論文標題 パンデクテン法学における総則の抽象性の意義 | 5. 発行年 2023年 |
| 3. 雑誌名 法学教室 | 6. 最初と最後の頁 58-62 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-----------------------|
| 1. 著者名 Kenichi, MORIYA | 4. 巻 1 |
| 2. 論文標題 Recht auf Empfangen eines Urteils | 5. 発行年 2022年 |
| 3. 雑誌名 Die rechtshistorische Exegese | 6. 最初と最後の頁 227-244 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-----------------------|
| 1. 著者名 守矢健一 | 4. 巻 1 |
| 2. 論文標題 サヴィニの金銭消費貸借論について | 5. 発行年 2022年 |
| 3. 雑誌名 法律行為法・契約法の課題と展望 | 6. 最初と最後の頁 511-534 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-----------------------|
| 1. 著者名 守矢健一 | 4. 巻 2 |
| 2. 論文標題 ミハヤエル・シュトルアイス先生を追悼して | 5. 発行年 2022年 |
| 3. 雑誌名 法の歴史と思想 | 6. 最初と最後の頁 277-292 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-----------------------|
| 1. 著者名 守矢健一 | 4. 巻 1171号 |
| 2. 論文標題 村上淳一のニクラス・ルーマン法理論受容について | 5. 発行年 2021年 |
| 3. 雑誌名 思想 | 6. 最初と最後の頁 68 - 88 |
| 掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-----------------------|
| 1. 著者名 守矢健一 | 4. 巻 73巻6号 |
| 2. 論文標題 日本憲法学における「裁判を受ける権利」の把握の一側面 | 5. 発行年 2021年 |
| 3. 雑誌名 同志社法学 | 6. 最初と最後の頁 453-496 |
| 掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-----------------------|
| 1. 著者名 Kenichi Moriya | 4. 巻 11 |
| 2. 論文標題 Die Historische Rechtsschule | 5. 発行年 2020年 |
| 3. 雑誌名 Zeitschrift fuer rechtswissenschaftliche Forschung | 6. 最初と最後の頁 474-486 |
| 掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) 10.5775/1868-8098-2020-4-474 | 査読の有無 有 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

| 氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号) | 所属研究機関・部局・職 (機関番号) | 備考 |
|---------------------------|-----------------------|----|
|---------------------------|-----------------------|----|

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

| 共同研究相手国 | 相手方研究機関 |
|---------|---------|
|---------|---------|