

法適用の論理的な考察

—— 特に、カール・エンギシュの所説に関する
具体的当為判断の根拠についての論理的
形式について ——

山 内 義 廣

1. 序 論

法について、法の解釈 (Gesetzesauslegung) 法の適用 (Gesetzesanwendung), 法的推論 (Gesetzenschluß), は重要な領域である。これら3つの領域は、互いに独自の領域を維持しつつ、互いに関連し合っており、法を理解する上に重要な役割を果たしている。

法の解釈とは、文字通り法を解釈することであり、法文に規定されている様々の法的概念を通常の意味において明らかにすることである。このような解釈は、一般に、文理解釈 (grammatische Auslegung)¹⁾ といわれている。その他にも、法の解釈には、論理的あるいは体系的解釈 (logische oder systematische Auslegung), 縮少解釈 (restriktive Interpretation), 拡張解釈 (ausdehnende Auslegung), 拡大解釈 (erweiterte Auslegung) 反対解釈 (umgekehrt Auslegung) がある。さらに、民法上、親族関係の範囲決定等について社会学的に解釈するというような場合の社会学的解釈 (soziologische Auslegung)²⁾ および、刑法上、目的的行為論者が主張する目的論的解釈 (teleologische Auslegung)⁴⁾ 等がある。

つぎに、法の適用とはどのような行為を意味するのか、および法の解釈とどのような関係にあるのかということを考えなくてはならない。アリス

トテレス以来の伝統的解釈に従うと、三段論法的推論が大きな手がかりを与える。つまり、三段論法でいう大前提にあたる法規を明らかにすることが法の解釈であり、小前提にあたる事実を大前提に包摂することが法の適用なのである。つまり、ある特定の事実（個別具体的な事実）に対してある特定の法規範（一般抽象的な規範）を用いることが一般に法の適用と説明されている。

法的推論とは、ある具体的な事実にある法規範を適用するにいたるまでの過程である。いわば、法的推論は、法解釈と法適用との中間にあって、両者を結び合わせる媒介項なのである。

それでは、法の解釈、法の適用および法的推論は、われわれの生活とどのような関係にあるのか。ここで、われわれの法律的日常について、われわれの関心がどこにあるかを考えてみよう。当然に、裁判所の下す判決や決定・命令および行政官庁の発令する行政命令等に向けられているのはいうまでもない。⁵⁾このような判断は、ある特定の具体的な事実に対してなされる判断であり、意味的にそれは単に一般私人のなす判断とは異なり、法的な判断であり、法的拘束性を有する。この判断が「……すべきである」という当為判断であるがゆえに、われわれはこの判断に拘束されるのである。この当為判断は、法の担い手としての裁判官ばかりでなく、一般私人も行っている。裁判官は、民事訴訟における給付判決や刑事訴訟における有罪判決の言い渡しによって具体的に当為判断を行っており、一般私人は、置かれている立場によって、契約上の弁済義務や公法上の税金支払命令についての義務を適宜行っており、そのような意味において当為判断を行っているのである。

本稿では、この当為判断をなすについて、どのような法的推論形式をとり、法をある特定の具体的事実に応用するかということおよびその具体的当為判断の根拠はどこにあるか等を法適用の論理的な考察の1部として、カール・エンギッシュの所説を中心に考察してゆく。

- 注 1) K. Engisch; Einführung in das juristische Denken, 1956, S. 77.
2) K. Engisch; a. a. O., S. 15, vgl. 親族関係の自然的な概念について, 生物学上の意味において解釈するばかりでなく, 社会学的・文化的意味においても解釈されるとのべており, 社会学的解釈を強調している。
3) 刑法上, 目的的行為論者として Welzel, Niese が代表される。
4) 例えば, Niese ; Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit などに示されている。
5) K. Engisch; Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 4, Bierling; Jur. Prinzipienlehre IV, 1911, § 47, S. 3. ff. Sauer; Jur. Methodenlehre, 1940, S. 20. 21.

2. 具体的当為判断を導く法適用の論理的な構造

(1) 具体的当為判断と命令的な命題

われわれの法的日常生活の中において, われわれを拘束するものはいくつかある。明らかに裁判所によってなされる判決・命令および決定があり, 行政官庁によって発令される行政命令等がある。さらに, われわれのごく一般的な生活において, 重要な役割を演じ且つそれによってわれわれが支配される慣習がある。これらは共にわれわれを拘束するがその法的効果においては著しい違いがある。つまり, われわれが, それに違反することによって, 法的制裁を受けるかあるいは受けないかという違いである。このことは, ある特定の具体的な事実について法を適用する場合に, その適用が適当か不適当かという問題と関係してくる。つまり, ある特定の具体的事実を判断するについて, その判断を当為的に判断すべきかあるいは命令的に判断すべきかということである。

ここで, 判断者の典型的存在としての裁判官を考えてみよう。序論でも述べたように, 彼は, 民事訴訟における給付判決や刑事訴訟における有罪判決の言い渡しによって, 具体的な当為判断を行っている。また, 裁判官ばかりでなく, 一般私人も行政官の発する税金支払命令について, 支払期間の当為判断を行い, 契約上の債務関係について, その弁済義務の期間を

判断したりして当為判断を行っている。

それでは、当為判断とは、いったいどういう性格を有するものであろうか。また「汝人を殺すなかれ」という命令的な命題¹⁾とどう違うのか、さらに、われわれとの関係においてどういう効果があるのかを考えてみよう。

カール・エンギュシュは、具体的当為判断とは、論理的には純粋な判断であり、アリストテレス以来行なわれている判断の特色を示している。その特色とは、判断の帰結が真あるいは偽であり、真理 (Wahrheit) あるいは「正当性」 (Richtigkeit) を要求しているとしており、それゆえに、具体的当為判断は正義²⁾ (Gerechtigkeit) あるいは合目的性 (Zweckmäßigkeit)³⁾ のみを要求する命令、つまり、命令的な当為命題とは区別されるのであるとのべている。ここで、当為判断とは、結論が真・偽であり、真理あるいは正当性を要求しているということである。何が真理であるか、正当であるかということは、当然に、具体的な事実つまり具体的事実が生じた事情に関係してくるわけで、常にどのような状況の下においてもその判断が真理であり正当であるということを要求しているのではない。従って、例えば、具体的な当為判断をする典型としての裁判官が、ある具体的事実を判断する場合には、裁判官は、その場合の状況を十分に考慮し、それにふさわしい法の適用をするのである。つまり具体的事実の状況を十分に考慮し、それにふさわしい具体的・法律的な当為判断をするのである。さらに、例えば、ある人MがNを殺した場合に、確かに、その行為は殺人行為であり、ドイツ刑法第 211 条、我が刑法第 199 条の殺人罪に該当するわけだが、ある人Mが、そのような行為に出ないということが期待出来ない事情が存在している場合には、刑法上、期待可能性がなく、犯罪構成要件としての責任の要素が欠けてその行為は犯罪行為とならず法的制裁を受けないことになる。つまり、具体的当為判断の場合には、常にその判断が具体的な状況を中心になされるということである。

命令的な命題は、カール・エンギュシュがのべているように、それは、正

義や合目的性を要求するのである。それゆえに、常に一般的普遍的性格を有する。このような性格から、それがあるときには具体化してわれわれを拘束することもあるが、普遍的存在として、ただわれわれを見下す場合もある。つまり、具体的な情況の考慮は、ほとんどなされないのである。

それでは、例えば、訴えの却下や無罪の言い渡しの判断のような間接的にいづれかの義務を具体化することに役立つ形成判断や確認判断はどうだろうか。これは、具体的にその判断をしたからといって、法規範を適用するわけではないので、狭義の意味の当為判断には含まれないが、広義の意味では、具体的な当為判断に⁴⁾含まれる。このような判断では、積極的な態度が要求されず、むしろ、そのような判断の法的効果として、訴えをとりやめたり、無罪であったりするわけで、消極的な態度が要求されるので、消極的な当為判断ともいうべきである。

それでは、不作為の義務に向けられる当為判断とはどう違うのだろうか。例えば、Xはその設計した建物を建築してはならないとか、Xはこのような情況の中では殺してはならなかったというような場合には、建築してはならない、殺してはならないという不作為が積極的に要求されているので、明らかに消極的当為判断とは異なる。

このように、われわれが、ある具体的事実を判断する場合に、当為的判断をすべきか、命令的判断をすべきかは、法適用の上で重要な問題である。

注 1) Gustav. Radbruch; Rechtsphilosophie; Recht und Gerechtigkeit, S. 20

2) K. Engisch; Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963. S. 4.

3) K. Engisch; a. a. O. S. 4.

4) K. Engisch; a. a. O. S. 4. vgl.

(2) 裁判官の認識とその根拠

判断者の典型である裁判官の認識は、当為判断の最も重要なものと考え

られる。裁判官は、自分に与えられた具体的事実を過去のデータ、つまり、判例を中心に分析したり、自己の経験を基礎とした主観的・客観的判断によって分析し、その具体的事情に最も妥当しうる法の適用をするのである。この場合、裁判官の法の適用にいたるまでの過程は、実際に具体的事実¹⁾に法を適用する過程とは密接してはいるけれども区別して考えねばならない手続である。この法の適用にいたるまでの過程は、一般に「法の創造」といわれており、Jean Dabin はこれを「l'Elaboration Juridique」として扱い、John Dickinson は「aplication law」と区別して「elaboration law」²⁾としている。この「法の創造」とは、法規範を適用する過程において、裁判官が判決をするために新たな規範や一般的法規準を創造することであり、この創造の過程は、裁判官が与えられた具体的事情から個々の特殊な法規範や法規準を創造し、それを一般的な規範および規準にまで創造していく場合と一般的な規範や法規準から特殊な法規範および法規準に創造していく場合がある。もちろん、ここでは法の創造について詳しく論じるつもりはないが、このような過程をもふまえて、具体的な事実³⁾に法を適用する裁判官の認識はいったいどこにあるのかを考えなくてはならない。

カール・エンギッシュは、この根拠は無制限に法律に置かれない。というものの、正当であると認めることの根源として、例えば、法的感情や健全な国民感情が用いられるからである。しかし、これらが根拠として用いられる場合には、真理がどの程度保障されうるかは疑問であるとし、そのような意味でも法律は、現代の法律家にとって、最も重要な認識の根源³⁾であるとしている。そして、さらに、法律の上位概念としての法が、法律を凌駕していたとしても、なおも私は現に法律は最も重要な認識の根源⁴⁾であるということを固執するとしている。その上、さらに 真理を要求する具体的な当為判断は、国家の命令ないし命令の総体からとしての法律から直接に根拠づけられない。むしろ、この法律命令やもろもろの命令は、根

5)
 拠づけに役立ちうるのであるとしている。確かに、認識の根拠を法律に置くことは明確であるけれども、無制限に法律にだけに置くことは出来ない。というのは、我々の世界は、法によってだけ支配され操縦されているのではなく、法を生成する国民感情や法的な感情によっても支配され操縦されているからである。どちらかという、国民感情や法的感情がその重要な部分を占めている。しかし、これらのものは、浮動性があり、明確・定着性に欠けるので、常に、認識の根拠として、これらだけには頼れず、そういう意味では、法文に規定され明文化され、常にはっきりした存在を示している法律が認識の根拠としては明確であろう。そのような意味で、認識の根拠を唯一法律に置きながらなお法的感情や健全な国民感情を念頭に置きつつ、直接に法律から根拠づけられないとしているカール・エンギシュの所説には賛同出来る。また、真理の保障性の問題についても、やはり明文化されている法律の方が根拠としてはっきり示すことが出来るので、真理の保障率は高い。それに対して、国民感情や法的感情は、認識の根拠をはっきり示すことが出来ず、不明確であるゆえに、真理の保障率も低い。このように、認識の根拠としては、法律に置くべきだろう。ここで注意しなければならないことは、法律に根拠を置くとしても、常にその背景となっている法的感情および国民感情を十分に考慮し、法適用に際して、認識の根拠として配慮すべきである。とかく、法律万能主義に陥りやすい今日において、カール・エンギシュの見解は顧みるに値する。

注 1) Jean Dabin ; La philosophie de l'Ordre Juridique Positif, 1929, c.l, sec. 1; Theorie Générale du Droit, 1953, pp. 159ff., 293ff.

2) J. Dickinson; Legal Rules: University of Pennsylvania. Law. Review., 1931. p. 1052.

3) K. Engisch; a. a. O. S. 5.

4) K. Engisch; a. a. O. S. 5.

5) K. Engisch; a. a. O. S. 6.

(3) 具体的当為判断と一般的当為判断との関係

今まで、具体的当為判断とはどういうものであるかおよびその認識の根拠はなにか等について考察してきたが、ここでは、個別的な具体的事実について判断する具体的当為判断と具体的事実の存在にかかわらず判断されている一般的な当為判断との関係について考察をしてみよう。

例えば、「故意に殺意等から人を殺した者は、ドイツ刑法第 211 条に従って殺人者として死をもって罰せられる」という命題は、一般に、人を殺した者は刑法第 211 条によって殺人者として罰せられるという意味を言明したものである。それに対して、「殺人者 M は、X という者を殺すべきではないのに自己の行為でもって殺した。それゆえに、M は殺人者として罰せられるべきである」とされる具体的当為判断は、この一般的な当為判断から導かれ、根拠づけられるのである。¹⁾ いわば、一般的当為判断と具体的当為判断とは、従属関係にあると言ってよい。このように、具体的事実に対して当為判断をすることの根拠となるべき性格を有するものが一般的当為判断である。

一般的当為判断と具体的当為判断とは一致する場合が多いが、本例の殺人行為の場合にかかわらず、多くの犯罪行為について、その行為に出づるについて期待可能性がない場合には、一般的当為判断と具体的当為判断とは常に一致するとはかぎらず、不一致の場合もある。

注 1) K. Engisch, a. a. O. S. 7.

3. 具体的当為判断を導く法的推論形式

(1) 大前提の適用とその形式—単純な形式・肯定式・否定式—

具体的かつ法律的当為判断を導くことの根拠として、法律および法的感情および健全な国民感情があり、その中でも特に法律が根拠として最も明確であり、重要であることをのべた。ここでは、法律から具体的当為判断

を導く推論について考えてみることにする。

法律から導かれる具体的当為判断の根拠はその推論の形式の中に生ずる。この推論においては、まず、推論の1形式にとって最も重要である問題が生じ、次に、個々の具体的な情況にとって当該の推論形式がいかに有効であるかという問題、特に、個々の具体的な情況の中で大前提がどのようにして実現しているかという問題が生ずる。

これについて、ショーペンハウエルは、これについて最も形式的なしかも最も優れた三段論法を提供する。しかも、第1の段では、それぞれの法律的な過程である。民事上の違反あるいは刑事上の違反は、いずれかが訴えられるがゆえに小前提であり、この場合、小前提は原告によって確立される。このような場合には、法律は大前提であり、その判断は結果である。いずれにせよ、必然的なものとして、裁判官によって認識されるのである¹⁾とのべている。また、イーバーベグは、法規範の適用は、最初の段の最初の方式に従う三段論法的な思考の過程である。つまり、他人の動産を他人の占有あるいは保護下に置く犯罪は窃盗罪である。この被告人の行為はこの種の犯罪である。ゆえに、その行為は窃盗罪である。このように、個々の具体的な情況についてある法律を適用する場合に、立法によって大前提が確立され、小前提はそれが事実に帰するがゆえに目撃・自白・証言あるいは間接証拠によって得られるのである。しかし、法律とその適用との中間に法律的に標準的な解釈があるならば、このような場合、法律は大前提であり裁判所の前提である。それに対して、小前提は、法律の中で使用されている表現の意味を表明し、推論命題は、現在存在している個々の具体的な情況に直接に適用しうる規範である²⁾とのべている。

この両者の主張は、ともに、法的推論についての全体像ともいう構図を示しているにすぎない。

そこで、推論の形式を、具体的当為判断を導くものとしての認識の手段と考える場合には、前提それ自体の内部にはまったく関係なく単純な推論

の形式を選ぶ必要がある。この推論の形式について考えてみよう。

単純な形式 (**Modus barbare**) の場合として次の例が考えられる。「殺人者は死をもって罰せられる。または、罰せられるべきである。**M**は殺人者である。ゆえに、**M**は死をもって罰せられる。もしくは、死をもって罰せられるべきである。」

このような例は、単純な判断を一般的な判断に同列に置こうとする場合には、ショーペンハウエルやイーバーベグがのべているように、法規範についての推論を具体的な情況に適用する場合には重要である。しかも、推論自体が単純であるがゆえに、一般に承認される。³⁾

次に、「裁判所の長官は、必要な法的命令と一般的な行政命令とを法律 **G** に発布することの権限を与えられている。**J** は、裁判所の長官である。よって、**J** は権限を与えられている。」という例についてはどうか。

カール・エンギュシュは、この例が単純な推論の場合であるかどうかを問い、ショルツの「論理学の歴史」(**Geschichte der Logik**) やペーテルスラウムの「弁証法論」(**Dialectices libri duo**) を引用して、ペーテルスラウムが記号論理学で用いる論理的な道具としての記号を用いることを批判し、「推論の中では、このような推論形式を考慮に入れない。われわれは、三段論法における大前提の前提としての推論の中においてのみ、一般的な当為命題を承認する」⁴⁾ とのべている。

法律から具体的当為判断を導く法的推論は、単純な形式をとるということを前提にした場合、その推論は肯定式 (**Modus ponens**) という形式の中でなされる。例えば、「**M**がある人を殺人者として殺した場合に、彼は罰せられるべきである。**M**は殺人者としてある人間を殺した。ゆえに、彼は罰せられるべきである。」という推論である。このことは、法にあらわされている大前提の適用は具体的な生活の場で実現されるという推論が、単純な形式並びに肯定式に表わされるということである。シュタムラーは、まさにこの推論形式をとっている。⁵⁾

仮に、法的推論をする場合に、大前提の意味が否定される場合には、当然に推論の結果も変わることになる。つまり、肯定的推論が否定的推論の形式をとってくる。

カール・エンギュシュは、次のように示している。⁶⁾ 1. もしも、或者が権限なしに（権利なしに）他人の住居の中にとどまったならば、彼は住居侵入罪のために罰せられる。Aは権限なしに他人Xの住居の中にとどまった。ゆえに、Aは住居侵入罪のために罰せられるべきである（大前提の前提における否定）。2. もしも、或者が正当防衛で行為をしたならば、彼は罰せられるべきではない。Aは正当防衛を行った。ゆえに、Aは罰せられるべきではない（前提の後置文における否定）。3. もしも、或者が責任能力がないならば、彼は罰せられない。Aは責任能力がない。ゆえに、Aは罰せられるべきではない（大前提の前置文における否定）。

この例は、否定の命題ないし文章成分が前提の中にあらわれ、しかも、部分的には、結論の中にも表われているにもかかわらずなおも肯定式が重要であることを示している。確かに、2と3の場合には否定式になるが、この場合とて、最初の格の推論が重要であることはいうまでもない。

次に、推論が思うようにいかないばかりか中断されてしまうような場合には、前提から導かれる結論と否定とをただちに同等に扱うべきではない。また、仮説的推論の場合に、単純な推論の否決は結論を生じない。理由の否決から結果の否決は推論されないのである。

ここで、推論が拒絶されてしまう場合を考えてみよう。この場合には、前の場合の推論と違って別の推論の形式が生ずる。だから、その拒絶は、否定式の内部で生ずるはずである。例えば、或者が殺人者である場合、彼は故意に殺意から殺した。Aは、故意に殺意から殺さなかった。ゆえに、Aは、殺人者ではない。この推論では、法律に基礎づけられている本来の内容が、前命題と後命題がさかさになっている。つまり、条文上、理由であるものが（殺意からの故意殺）前提の中で結論として現われ、条文上、

結論であるものが（殺人者である）前提の中では理由としてあらわれている。このような場合に、われわれが、あらかじめ前提の中に否定を含んだ肯定式の場合を持つならば、この法的推論は、純粹な推論となり、推論の拒絶にはならない。ただ、推論の拒絶については、単なる理由の否決がただちに法的結果の否定を惹起せず、単にこの理由の結果として、結果の否定だけを惹起するということを認確する。また、否定式は、結果のとりやめから理由のとりやめへの推論としてのみ存在する。

注 1) Schopenhauer; Die Welt als Wille und Vorstellung, Teil II, Buch I, kapitel. X.

2) Überweg; Logik. 4. Aufl., § 110, S. 319.

3) K. Engisch; a. a. O. S. 8. vgl.

4) K. Engisch; a. a. O. S. 9.

5) R. Stammler; Theorie der Rechtswissenschaft, S. 655.

6) K. Engisch; a. a. O. S. 10.

7) K. Engisch; a. a. O. S. 10. 11. 12. 13. vgl.

(2) 具体的当為判断と前提との関係

具体的当為判断を導く法的推論では、前提の意味が重要であり、前提の小前提での具体化が重要である。

前にのべたように、法律的命令自体が前提を形成するばかりではなく、われわれが法律に示している一般的な当為判断も前提を形成しているのである。前提は、解釈あるいは法律から説明されなければならない。また、偶然にも広く散在している法的命令から、一様に、基礎づけられなければならない。¹⁾

ドイツ刑法第 211 条を考えた場合に、殺人者は死をもって罰せられるべきであるという当為判断の中では、具体的な情況についての価値判断について、十分ではない。というのは、まず、殺人者は誰であるのかを知らなければならないし、また、「殺人者」の概念の解明から、つぎつぎに別の法的命令を招致しなければならない。つまり、次のような前提に達する。

すなわち、正当防衛と責任阻却事由なしに、他人を故意に殺し、その際、殺意などから行為した精神の健全な人間は、殺人者として死をもって罰せられるべきである。この場合に、特別な情況が、ある規範命題の生成に参与している。つまり、正当防衛の可能性の暗示を具体的情況がもっているかどうかということである。このような意味で、周囲情況が重要である。

この周囲の情況に対して、具体的な生活情況が、大前提の中に含まれている要素の招致を刺激し、他方では、具体的な生活情況が法律的な大前提に基いて判断され、その法律的な大前提の内部で、本質的なものと非本質的なものとが区別されるのである。カール・エンギッシュは、実際に、ある者が殺人行為をする際に、犠牲者がどっちみち近いうちに死ぬガンに耐えている人間であるかどうかというのは、非本質的なものであるとのべている。²⁾ 大前提自体は、このような要素は含んでいない。つまり、具体的な情況と関係があることが前提にとって本質的であり、前提に関係があることが具体的な情況に対して本質的である。

さらに、大前提と生活情況の相互作用、つまり、それらの関係をあれこれと熟慮することが重要であって、違法な情況は重要ではない。³⁾ また、大前提が、外に向けられた面と同様に、内に向けられた面をも持っているがゆえに、大前提の展開は、一方では、解釈などによって行い、他方では、分散している法的小部分を関連づけることや例外規定の考慮とによって、大前提を同じ平面上に展開することが重要である。⁴⁾

それでは、前提としての法律と法的当為判断との関係はどうだろうか。イーバーベグは、法律とその適用との中間にある権威的な解釈があるならば、このような場合、法律に示されている言葉の意味がはっきりされることによって、法律は大前提であり、裁判所の法適用は小前提である。そして、現に存在する個々の具体的な情況に、直接に適用しうる規範が論理的命題であるとのべている。個々の具体的事情に特殊な当為判断は——法律を解釈する場合に、一定の情況グループが法律的な大前提に従属させら

れ、このような方法によって——推論の手順の道程で得られる。その道程の際に、直接ないし間接的に、法律に示されている一般的な当為判断が大前提であり、大前提の事実的特質のもとで特殊な情況グループの従属が小前提である。そして、具体的な情況に適用されたことから生じた具体的な⁵⁾当為判断が結果である。

注 1) K. Engisch ; Einheit der Rechtsordnung, 1935. S. 26. ff.

2) K. Engisch ; a. a. O. S. 15.

3) K. Engisch ; a. a. O. S. 15; Bierling, a. a. O., S 46f.

4) K. Engisch ; a. a. O. S. 15. vgl.

5) K. Engisch ; a. a. O. S. 17. vgl.

(3) 具体的当為判断と小前提との関係

法の適用について、大前提と小前提は相互関係にあり、とりわけ、小前提は、具体的当為判断を導出する具体的な事実であるがゆえに、法適用の主要な問題を包含している。

小前提の推論とは、大前提の中に含まれている一般的な当為判断の下で、具体的な事情を推論することである。この推論について、カール・エンギッシュは、¹⁾3つの要素が重要であるとのべている。つまり、1. 具体的生活事情の観念、つまり、「事情」の観念。2. この事情が実際に引き起こされたという確定。3. 法律の特徴、つまり、前提ないし媒介概念の前提の特徴を示すものとして、事情を評価すること。これらの要素は、われわれに厳密な推論をなさしめる。というのは、具体的かつ法的当為判断を導くための小前提の推論において、これら3つの要素を念頭に置かなければならないからである。

小前提の推論で、法的判断をする過程において、事情の単なる前提は、判断を見い出すことに従属している様々の形態の事情の確認に先行する。例えば、裁判所がある事情を判断することについて、権限があるかどうかを吟味する場合あるいは訴訟が適切であるかどうかを吟味する場合に、単

なる前提は、この事情に先行する。また、民事訴訟の不履行関係において、民事被告人が欠席した場合に、実際の口述による告訴人の主張は承認されたものとして認められ、そのように受け入れられた事情は、民事被告人がどの程度まで訴訟の申し立てを法律的に是認するかどうか審理される。このような場合には、単に、事実の確認がなされるばかりか前提自体が判断を見い出すことの基礎であるということが証明される。そして、その作用の結果として、法的な行為がなされる。

小前提の意味については、多くの法律家が、その著書の中でのべている。ビアリンクは、「われわれが存在する事実の状況あるいはわれわれがこのような状況について持っている考慮は、まさに、前提を意味する²⁾」とのべ、ビンダーは、「むきだしの具体的事実は、小前提にあらわれ、それは、個々の具体的な要素の中で解釈される³⁾」としている。また、ソムロは、「それぞれの法的作用は、三段論法に基づいている。一方、前提（大前提）は、法規範によって形成され、他方、小前提は、事実によって形成される。この推論は、法的作用である⁴⁾」とのべている。

注 1) K. Engisch ; a. a. O. S. 19.

2) Bierling; Jur. Prinz. Leehre IV. S. 7f.

3) Binder; Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915. S. 260ff.

4) SonLo ; Jur. Grundlehre, 1917. S. 395.



一応、本稿では、法適用の論理的な研究として、法律から導かれる具体的かつ法的当為判断の根拠についての論理的な形式についてその概要をのべたが、今後、さらに、法適用の最も重要な要素である小前提の論理構造を中心にして、小前提の推論の論理および事実確認の論理、両者の論理的な関係について論及するつもりである。