

Die Methodik des Zivilrechts in Japan – Entwicklung und Struktur –

Taro Suizu^{*, **}

- I. Einleitung
- II. Zivilrechtsmethodik vor dem Krieg
 - 1. Vorgeschichte
 - 2. Suehiro: Richter als Rechtsschöpfer
 - 3. Wagatsuma: Ein synthetischer Versuch
- III. Der Rechtsauslegungsstreit
 - 1. Ablauf des Streits
 - 2. Kurusu: Subjektivität der Rechtsauslegung
 - a) Zweifel an den Juristen
 - b) Fiktionslehre
 - 3. Kawashima: Verwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft
 - a) Entwurf der „Rechtswissenschaft als Wissenschaft“
 - b) Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen
 - c) Kontrolle anhand der juristischen Konstruktion
 - 4. Inhalt des Streits
- IV. Interessenabwägungslehre
 - 1. Konzept von Katō und Hoshino
 - 2. Zwei Typen von Interessenabwägungslehren
 - 3. Kritik und Gegenargumente
 - 4. Zur „Modernen Rechtsschule“
- V. Kritik am Irrationalismus
 - 1. Hintergrund
 - 2. Hirai: Theorie der Argumentation
 - 3. Reaktionen und Beurteilung
- VI. Schlussbetrachtung
 - 1. Zur Entwicklung der Zivilrechtsmethodik
 - 2. Zur Theorie der Argumentation

* Associate Professor an der juristischen Fakultät der Keiō Universität.

** Der Autor dieses Beitrages bedankt sich bei Herrn Prof. Dr. *Marc Dernauer* und den anderen Mitgliedern der Redaktion der *ZJapanR* herzlich für eine Vielzahl an sprachlichen Korrekturen und Hinweisen in Bezug auf den Inhalt. Ohne diese Unterstützung wäre die vorliegende Arbeit nicht möglich gewesen.

I. EINLEITUNG

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit besteht darin, die Entwicklung der modernen Zivilrechtsmethodik in Japan zu schildern sowie ihre Struktur und ihre Eigentümlichkeiten zu beleuchten.

Zu diesem Thema existieren bereits grundlegende Untersuchungen auch in deutscher Sprache.¹ Was die Entwicklungsgeschichte betrifft, verdient insbesondere *Rahns* detailreiche und fundierte Darstellung hohe Wertschätzung.² Die Gründe dafür, dass sich die vorliegende Arbeit trotzdem mit dem gleichen Thema wieder beschäftigt, sind folgende:

Einerseits ist in Japan fast gleichzeitig mit der Publikation von *Rahns* Werk ein Aufsatz von *Nobuhisa Segawa* zu diesem Thema veröffentlicht worden.³ Dieser gilt heute in Japan als Standardwerk. Vor diesem Hintergrund erscheint es notwendig, die Entwicklung der Zivilrechtsmethodik mit Hilfe der Analyse *Segawas* erneut darzustellen. Andererseits ist die Situation heute etwas anders als damals. Mit Recht stellte *Rahn* für die damalige vorherrschende Methodik fest: „Ganz überwiegend ist [...] die Interessenabwägungslehre als Methodik gemeint“.⁴ Heutzutage lässt sich dies nicht so einfach sagen, weil *Hirai*, einer der führenden Zivilrechtswissenschaftler, scharfe Kritik am Irrationalismus dieser Lehre geübt hat.⁵ Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist also auch *Hirais* Theorie zu berücksichtigen.

Die vorliegende Arbeit hat hauptsächlich zum Ziel, aus einer inneren Perspektive die Merkmale der verschiedenen Methodenlehren in Japan und ihre Beziehungen untereinander zu verdeutlichen. Eine eingehende rechtsvergleichende Analyse kann hier aus Platzgründen nicht vorgenommen werden. Lediglich am Ende werden einzelne rechtsvergleichende Aspekte angesprochen.

Im Voraus sind aber noch zwei Punkte festzuhalten: Zum einen muss man die Bedeutung des Wortes „Auslegung (*kaishaku*)“ klären. In Japan wird der Begriff „Auslegung“ des Rechts gewöhnlich auch mit der Bedeutung „Rechtsanwendung“ und „Rechtsfortbildung“ verwendet. Der Begriff „Auslegung“ entspricht in Japan also funktional dem Begriff der „Methode“ in der deutschen Rechtsliteratur.⁶ Zum anderen muss hier der zu untersuchende Bereich zeitlich eingegrenzt werden: In diesem Beitrag geht es

1 Z. KITAGAWA, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (Metzner 1970); G. RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan: dargestellt an der Entwicklung der modernen japanischen Zivilrechtsmethodik* (C.H. Beck 1990); rezensiert von H. BAUM, *Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit in Japan – Rechtsvergleichung mit Japan*, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 59 (1995) 258.

2 RAHN (Fn. 1).

3 N. SEGAWA, *Minpō no kaishaku* [Auslegung des Zivilrechts], in: Hoshino (Hrsg.), *Minpō kōza* [Zivilrechtskurs], Sonderbd. 1 (Yūhikaku 1990) 1.

4 RAHN (Fn. 1) 326.

5 Im Einzelnen ausgeführt unten unter V.2.

6 RAHN (Fn. 1) 4, 422.

primär um die Entwicklung der Methodenlehren von *Suehiros* Methodik bis zur bereits erwähnten Theorie von *Hirai*. *Suehiros* Methodik ist als ein erster wichtiger Wendepunkt in der Methodengeschichte zu begreifen.⁷ Die heutige Zivilrechtsmethodik ist aber besonders stark durch die von *Hirai* entwickelte Argumentationstheorie beeinflusst. Aktuelle Entwicklungen werden nur insoweit untersucht, als sie sich auf die Diskussion um *Hirais* Theorie beziehen. Da diese Entwicklungen sehr vielfältig und noch im Fluss sind, lässt sich über deren Bedeutung und Auswirkungen noch nicht abschließend urteilen.

Zunächst soll die Diskussion über die richtige Zivilrechtsmethodik vor dem Krieg dargestellt werden (II.). Sodann soll der sog. Rechtsauslegungsstreit in der Nachkriegszeit (III.) und die daraus hervorgegangene Interessenabwägungslehre erläutert werden (IV.); im Anschluss daran soll *Hirais* Argumentationstheorie erörtert werden (V.). Zuletzt werden überblicksartig die Besonderheiten der japanischen Diskussion im Vergleich zur deutschen Methodendiskussion hervorgehoben (VI.).

II. ZIVILRECHTSMETHODIK VOR DEM KRIEG

1. Vorgeschichte

Das alte japanische Zivilgesetz (*Kyū-Minpō*) wurde 1890 unter anderem mit Unterstützung des französischen Juristen *Gustave Emil Boissonade* verfasst, so dass es vor allem vom französischen *Code civil* beeinflusst war. Das *Kyū Minpō* ist allerdings infolge des Kodifikationsstreits (*hōten ronsō*) nie in Kraft getreten.⁸

Danach wurde das geltende japanische Zivilgesetz (ZG, *Minpō*), teils als Modifikation des alten japanischen Zivilgesetzes, im Wesentlichen von drei japanischen Verfassern, *Nobushige Hozumi*, *Kenjirō Ume* und *Masaakira Tomii*, erneut entworfen und trat 1898 in Kraft. Trotz seiner Gliederung auf Basis der pandektistischen Systematik flossen in das *Minpō* inhaltlich nicht nur Elemente des deutschen Rechts, sondern neben traditionellen japanischen Gedanken – insbesondere im Familien- und Erbrecht – auch Elemente des französischen und englischen Rechts sowie Elemente verschiedener anderer Rechtsordnungen ein.⁹

Nach der Gesetzesrezeption kam es bis etwa Anfang der zwanziger Jahre zu einer zweiten Phase der Rezeption, der sog. Theorienrezeption.¹⁰ In dieser Zeit wurde die japanische Rechtsdogmatik und -systematik im Wesentlichen von der deutschen Zivilistik regiert. Dementsprechend wurde auch die japanische Rechtsprechung von der deut-

7 Dazu T. SUGIMOTO, Die Bedeutung der Rechtstheorie Suehiros in der japanischen Zivilrechtsdogmatik, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung (Mohr Siebeck 2010) 47

8 C. SOKOLOWSKI, Der so genannte Kodifikationenstreit in Japan (Iudicum 2010), insbesondere im 6. Kapitel ausgeführt.

9 KITAGAWA (Fn. 1) 33–43, 34 in Fn. 2.

10 KITAGAWA (Fn. 1) 67–93.

schen Rechtsmethodik wesentlich geprägt. Deutsche Rechtsbegriffe fanden in großer Zahl Eingang in die japanische Rechtssprache.

Was die Zivilrechtsmethodik anbetrifft, war unmittelbar nach der Entstehung des *Minpō* zunächst eine wörtliche Auslegung des Gesetzes vorherrschend, dies hat sich jedoch schnell geändert. Nach und nach wurden in der Anfangszeit auch die grammatische, die systematische, die historische und die teleologische Interpretation als mögliche Auslegungsmethoden anerkannt.¹¹

Demgegenüber untersuchten die Rechtsgelehrten der Theorienrezeption in Wirklichkeit die Rechtsbegriffe und ihre logischen Zusammenhänge.¹² Dabei beschränkte man einerseits den Gegenstand der Rechtswissenschaft nur auf das positive Recht, andererseits beachtete man bei der Rechtsauslegung weder die Anpassungsfähigkeit der Gesetze an das praktische Leben, noch wurde der gerichtlichen Entscheidung Wert beigemessen. Diese Sichtweise wurde oft im Anschluss an die damalige deutsche Rechtswissenschaft „Begriffsjurisprudenz“ genannt.¹³

Die japanische Begriffsjurisprudenz wurde später auf Basis der freirechtlichen Lehren kritisiert.¹⁴ Vor allem *Izutarō Suehiro* aber beendete die absolute Autorität der deutschen Rechtswissenschaft.¹⁵

2. *Suehiro: Richter als Rechtsschöpfer*

Während die deutsche Rechtswissenschaft damals die japanische beherrschte, besuchte *Suehiro* in den USA eine Vorlesung über die Fallrechtsmethode und zweifelte, ob die bisherige Auslegungsrechtswissenschaft „deutscher Art“¹⁶ wirklich sinnvoll sei. Sein Rückblick auf seine damaligen Gedanken ist sehr bekannt:

-
- 11 Vgl. N. SEGAWA, *Ume, Tomii no minpō kaishaku hōhō-ron to hō-shisō* [Auslegungsmethodik des Zivilrechts und Rechtsdenken bei Ume und Tomii], in: Hokudai Hōgaku Ronshū, Bd. 41 Nr. 5/6 (1991) 393, 396, 400.
- 12 Grundlegend N. TSUJI, *Ishizaka Otoshirō no minpō-gaku to doitsu minpō-ron no dōnyū: doitsu hō-ron dōnyū zenseiki no minpō-gaku no ichidanmen* [Die Zivilrechtswissenschaft von Otoshirō Ishizaka und die Einführung der deutschen Zivilrechtsdogmatik: Ein Querschnitt durch die Zivilrechtswissenschaft in der Blütezeit der Einführung der deutschen Zivilrechtsdogmatik] (1995), in: Mizumoto/Hirai (Hrsg.), *Nihon minpōgaku-shi: Tsūshi* [Die Geschichte der japanischen Zivilrechtswissenschaft: Überblick] (Shinzansha 1997) 105.
- 13 Es ist aber umstritten, ob die japanische mit der deutschen Begriffsjurisprudenz tatsächlich identisch war. Zu diesem Problem Z. KITAGAWA, *Nihon hōgaku no rekishi to riron* [Geschichte und Theorie der japanischen Rechtswissenschaft] (Nippon Hyōron-sha 1968) 305–327; ferner RAHN (Fn. 1) 129, 397.
- 14 Dazu RAHN (Fn. 1) 141–142.
- 15 RAHN (Fn. 1) 143–148; SEGAWA (Fn. 3) 3–12.
- 16 I. SUEHIRO, *Zadankai: Nihon hōgaku no kaiko to tenbō* [Kolloquium: Rückblick und Aussicht der japanischen Rechtswissenschaft] (1948), in: Nippon Hyōron-sha (Hrsg.), *Nihon no hōgaku: Kaiko to tenbō* [Die japanische Rechtswissenschaft: Rückblick und Aussicht] (Nippon Hyōron-sha 1950) 51.

„Man mag in jener hochtönenden Art noch so sehr mit Vernunft spitzfindig sein, die Wirklichkeit der Dinge wird man nicht erfassen. Da merkte ich, dass es – ganz im Gegensatz zur bisherigen Vorgehensweise – nur funktioniert, wenn man mittels einer konkreten Erwägung der Dinge in Bezug auf einzelne, konkrete Fälle nach allgemeinen Prinzipien sucht. Und zu dieser Zeit beschloss ich, etwas übertrieben gesagt, von der deutschen Auslegungswissenschaft Abschied zu nehmen.“¹⁷

*Suehiro*s Gedanken lassen sich wie folgt zusammenfassen:¹⁸

Man solle nicht auf das „Recht, das sein soll“, sondern auf das „Recht, das ist“, das gegenwärtig in der japanischen Gesellschaft gelte, seine Aufmerksamkeit richten.¹⁹ Dazu müsse man sich nicht mit den ausländischen Lehrbüchern, sondern mit der japanischen Rechtsprechung beschäftigen,²⁰ bei der es sich nicht um die abstrakte Theorie, sondern um die Behandlung konkreter Sachverhalte und das Ergebnis der Rechtsfindung handle.²¹ Diese Aussagen sind der Grund dafür, dass *Suehiro* als Urvater der japanischen Rechtssoziologie bezeichnet wird. *Suehiro* geht weiter: Wenn man unbefangenen beobachte, was bei der Rechtsprechung getan werde, müsse man die rechtsschöpfende Wirkung der Gerichte anerkennen. Niemand könne diese Tatsache leugnen.²² Das Gericht sei also nichts anderes als ein „Rechtsschöpfer“, zwar schaffe einerseits der Gesetzgeber die „äußere Einfriedung“ des Rechts, andererseits das Gericht seinen „Inhalt“.²³

Dann stellt sich natürlich die Frage, ob zu befürchten ist, dass eine willkürliche Entscheidung getroffen wird, wenn man auch dem Gericht ein Recht zur Rechtsschöpfung zubilligt. Deshalb versuchte *Suehiro*, die rechtsschöpfende Wirkung des Richters durch „zwei objektive Grenzen“²⁴ zu beschränken: Erstens werde die Entscheidung des Rich-

17 SUEHIRO (Fn. 16) 51; dt. Übers.: RAHN (Fn. 1) 143. Aber natürlich verneint *Suehiro* die Verdienste der Begriffsjurisprudenz nicht vollständig. I. SUEHIRO, *Minpō kōwa* [Rede über das Zivilrecht], Bd. 1 (Iwanami Shoten 1926) 50–51.

18 I. SUEHIRO, *Bukken-hō* [Sachenrecht], Bd. 1 (Yūhikaku 1921) 1–7; DERS., *Jo* [Vorwort], in: Minpō Hanrei Kenkyū-kai (Hrsg.), *Hanrei minpō* [Zivilrecht in der Rechtsprechung], Jg. 1921 (Yūhikaku 1923) 1 (Am Ende des Vorworts sind zwar auch Mitarbeiter genannt, aber in Wirklichkeit soll der Verfasser *Suehiro* gewesen sein); DERS. (Fn. 17) Rede, DERS., *Hōgaku mondō* [Frage und Antwort zur Rechtswissenschaft] (1929–1931), in: ders., *Hōgaku nyūmon: Suehiro Izutarō chosaku-shū* [Einführung in die Rechtswissenschaft: Izutaro Suehiro Gesammelte Werke], Bd. 1, 2. Aufl. (Nippon Hyōron-sha 1952); DERS., *Hōritsu kaishaku ni okeru riron to seisaku* [Theorie und politische Gestaltung bei der Auslegung des Gesetzes] (1931), in: ders., *Minpō zakkō* [Vermischte Bemerkungen über das Zivilrecht] (Nippon Hyōron-sha 1932) 1; ferner DERS., *Kaishaku hōgaku ni okeru hōgen-ron ni tsuite* [Zur Rechtsquellenlehre in der Auslegungsrechtswissenschaft] (1940), in: ders., *Minpō zakkō jō: Suehiro Izutarō chosaku shū* [Merkbücher des Zivilrechts I: Izutaro Suehiro Gesammelte Werke], Bd. 2, 2. Aufl. (Nippon Hyōron-sha 1980) 258.

19 Zu dieser Gegenüberstellung SUEHIRO (Fn. 18) Sachenrecht 4.

20 Zur Forschung über die Rechtsprechung nach *Suehiro* ausführlich SUGIMOTO (Fn. 7) 47.

21 SUEHIRO (Fn. 18) Vorwort 5.

22 SUEHIRO (Fn. 18) Einführung 91, 116.

23 SUEHIRO (Fn. 18) Vorwort 2–3.

24 SUEHIRO (Fn. 18) Einführung 118.

ters durch „die der Tatsache als solche eigene Objektivität“ begrenzt.²⁵ Der Richter dürfe die objektiv vorliegenden Tatsachen als solche nicht willkürlich feststellen. Zweitens gebe es auch bei der Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen Grenzen, die sich in zwei Typen einteilen ließen: Es handele sich einerseits um einen vom Gesetzgeber bedachten typischen Fall, andererseits um einen vom Gesetzgeber nicht bedachten speziellen Fall.²⁶ Beim ersten Fall sei der Richter bei der Entscheidung durch die Regelung des Gesetzes, die „eine bestimmte Objektivität“ habe, in seinem Entscheidungsspielraum beschränkt.²⁷ Inwieweit die gesetzliche Regelung einen typischen Fall erfasse, lasse sich zum Beispiel aufgrund des Gesetzeswortlauts oder des gesetzgeberischen Willens feststellen. Hingegen gebe es für Sachverhalte, die den zweiten Fall betreffen, eine „Gesetzeslücke“. Dann könne der Richter eine „freie und schöpfende“ Entscheidung treffen.²⁸ Dabei habe er aber eine „Grundregel“ zu beachten: *Gleiches gleich!* Man solle also gleichartige Fälle stets gleich entscheiden.²⁹ Daraus ergebe sich auch der Rechtsquellencharakter des Gewohnheitsrechts oder Richterrechts.³⁰ Beim Mangel an Normen müsse der Richter zuerst selbst eine anzuwendende Rechtsnorm aufstellen und dann den Sachverhalt unter den Tatbestand der Rechtsnorm subsumieren. „Die juristische Entscheidung muss immer in der Form der Schlussfolgerung des Syllogismus getroffen werden.“³¹ Im Gegensatz dazu sei das Gebot, dass der Inhalt einer geschaffenen Rechtsnorm der materialen Gerechtigkeit oder der konkreten Angemessenheit entsprechen solle, dem Gleichbehandlungsgebot unterzuordnen.³²

Man sollte nicht übersehen, dass dem Gedanken *Suehiros* das „Vertrauen auf die Rationalität des Richters“ zugrunde lag.³³ Wenn man nicht auf die Person der Richter vertrauen könne, könne man letztlich nichts machen, selbst wenn es bessere Gesetze gäbe.

3. *Wagatsuma: Ein synthetischer Versuch*

Sakae Wagatsuma,³⁴ der als der größte Zivilrechtswissenschaftler in Japan gilt, veröffentlichte auch eine bekannte Abhandlung über die Zivilrechtsmethodik.³⁵ In ihr be-

25 SUEHIRO (Fn. 18) Einführung 102.

26 Ausführlich SUEHIRO (Fn. 18) Theorie und politische Gestaltung 24–35.

27 SUEHIRO (Fn. 18) Einführung 117 vgl. auch 110.

28 SUEHIRO (Fn. 18) Theorie und politische Gestaltung 20, 32.

29 SUEHIRO (Fn. 18) Einführung 120.

30 SUEHIRO (Fn. 18) Rechtsquellenlehre 275.

31 SUEHIRO (Fn. 18) Theorie und politische Gestaltung 21.

32 SUEHIRO (Fn. 18) Einführung 121; DERS. (Fn. 18) Theorie und politische Gestaltung 20; DERS. (Fn. 18) Rechtsquellenlehre 273. Allerdings vertrat er früher eine etwas andere Meinung. Dazu DERS. (Fn. 18) Rede 38, 47.

33 SUEHIRO (Fn. 18) Einführung 103, 114, 117.

34 Zur Methodik ausführlich RAHN (Rn. 1) 152–155; SEGAWA (Fn. 3) 13–21.

35 S. WAGATSUMA, *Shihō no hōhō-ron ni kansuru ichi-kōsatsu* [Eine Betrachtung zur Methodik im Privatrecht] (1926), in: ders., *Kindai-hō ni okeru saiken no yūetsu-teki chii* [Die Vorzugstellung der Forderung im modernen Recht] (Yūhikaku 1953) 475.

schäftigt er sich insbesondere mit der Problemstellung *Suehiros*.³⁶ Dabei entwickelte *Wagatsuma* einen synthetischen Gedanken und fasste ihn – durch ein Wort *Kantowicz*s inspiriert – in drei Sätzen zusammen: „Eine Rechtswissenschaft ohne *Studium der zu verwirklichenden Ideale* ist blind, ohne *auf das Recht gerichtete Tatsachenforschung* leer, ohne *gesetzliche Konstruktion* kraftlos“.³⁷

Im *zweiten* Satz stimmt *Wagatsuma* zwar mit *Suehiro* im Ergebnis überein. Auch *Wagatsuma* meinte, dass nicht Rechtsnormen, sondern gerichtliche Fallentscheidungen in den Mittelpunkt gestellt werden sollen. Aber der Grund dafür ist ein anderer als bei *Suehiro*. Während *Suehiro* vor allem verlangte, eine Tatsache als Tatsache anzuerkennen, richtete sich *Wagatsumas* Interesse auf die „konkrete Angemessenheit“ von Entscheidungen.³⁸ Das Problem sah für *Wagatsuma* also wie folgt aus:

„In neuerer Zeit sind durch die großen gesellschaftlichen Veränderungen Widersprüche zu neuen ethischen Gedanken oft dann aufgetreten, wenn man Gesetze, die ein rationales System beinhalten, auf neue soziale Fragen anwendete“.³⁹

Nach *Wagatsuma* besteht ein juristischer Entscheidungsakt aus zwei Schritten: dem psychologischen Prozess, durch den eine Beurteilung ermöglicht wird, und der juristische Syllogismus, der der Beurteilung die Form der Gesetzesanwendung gibt.⁴⁰ Die Entscheidung selbst werde aber schon mit der konkret angemessenen Beurteilung abgeschlossen, und die juristische Subsumtion stelle „die nach der Beurteilung angezogene Kleidung“⁴¹ dar, die sie zur juristischen Entscheidung forme. Dies bezeichnete *Wagatsuma* als „gesetzliche Konstruktion“.⁴²

Wagatsuma sah zwar die gesetzliche Konstruktion oder die logische Rationalität als ein notwendiges Element der Entscheidung an, weil sie der *Gewährleistung der Rechtsicherheit* und damit der *Garantie der persönlichen Freiheit gegenüber der Staatsmacht* diene.⁴³ Aber die logische Rationalität stelle nur ein Mittel der Sicherheit dar, und die Sicherheit selbst sei auch von der konkreten Angemessenheit abzugrenzen.⁴⁴ Für *Wagatsuma* bedeutet die „gesetzliche Konstruktion“, dass man das System des geltenden Rechts als Obersatz und die Bestätigung der Tatsachen als Untersatz *geschickt handhabe*,⁴⁵ um ein konkret angemessenes Urteil rechtlich zu begründen. Unter dieser Voraussetzung muss man den obigen *dritten* Satz lesen.

36 S. WAGATSUMA, *Jo* [Vorwort], in: ders. (Fn. 35) Die Vorzugstellung 10.

37 WAGATSUMA (Fn. 35) 560 (Hervorhebung im Original); dt. Übers.: RAHN (Fn. 1) 155.

38 WAGATSUMA (Fn. 35) 549.

39 WAGATSUMA (Fn. 35) 477. Teilweise wiedergegeben auch bei Rahn (Fn. 1) 153.

40 WAGATSUMA (Fn. 35) 534.

41 WAGATSUMA (Fn. 35) 536.

42 WAGATSUMA (Fn. 35) 534.

43 WAGATSUMA (Fn. 35) 545 (Hervorhebung im Original), vgl. auch 548.

44 WAGATSUMA (Fn. 35) 551.

45 WAGATSUMA (Fn. 35) 556 (Hervorhebung im Original).

Sodann stellt sich die Frage, wie eine konkret angemessene Entscheidung zu treffen ist, die dem juristischen Syllogismus vorangeht. *Wagatsuma* antwortete darauf, dass sich diese gemäß dem *ersten* Leitsatz stets an den „idealen Leitprinzipien“ zu orientieren hätte. *Suehiro* erkannte die „freie und schöpfende“ Entscheidung des Richters im Rahmen des Gleichheitssatzes an (Gleiches gleich!), demgegenüber versuchte *Wagatsuma*, die vom Richter zu befolgenden *materialen* Kriterien darzulegen.⁴⁶

Beim Studium gebe es zwei Wege: Der eine wolle aus dem Wesen des Rechts ideale Leitprinzipien deduzieren und dann nach diesen das geltende Recht umformen, der andere wolle, dass anhand der wirklichen Streitfälle in der Gesellschaft für jeden Einzelfall eine angemessene Lösung erreicht werde, und aus diesen Entscheidungen dann ideale Leitprinzipien ableiten.⁴⁷ *Wagatsuma* sah den zweiten Weg als Aufgabe der Rechtswissenschaft an und verlangte daher die Aufstellung der *konkreten* Leitprinzipien.⁴⁸ Außerdem sei zur Vermeidung rein subjektiver Entscheidungen „das unmittelbare Studium des sozialen Lebens“⁴⁹ zu betreiben: Man müsse untersuchen, wie eine rechtliche Entscheidung mit anderen gesellschaftlichen Lebensphänomenen in Kausal- und Wechselbeziehungen stehe.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es für den Richter schwierig ist, aufgrund von Leitprinzipien, die nach dieser Methode gefunden wurden, eine Entscheidung zu treffen. *Wagatsuma* benutzte das Wort „Entscheidung“ aber mit der Bedeutung, „im weitesten Sinne“⁵⁰ bestimmte Lebensverhältnisse in der Gesellschaft rechtlich zu handhaben, und entwickelte von seiner Warte als „Rechtswissenschaftler“ aus seine Methodenlehre. Daraus ergibt sich ein wesentlicher Unterschied zu *Suehiros* Ansatz, der das Hauptgewicht auf die Rechtsauslegung durch den Richter legte.⁵¹

III. DER RECHTSAUSLEGUNGSSTREIT

1. *Ablauf des Streits*

Nach dem Zweiten Weltkrieg weckten in den fünfziger Jahren zwei berühmte Zivilrechtswissenschaftler, *Saburō Kurusu* und *Takeyoshi Kawashima* Zweifel an der Tätigkeit der Juristen und der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Der dadurch ausgelöste Streit wird als „Rechtsauslegungstreit (*hōkaishaku ronsō*)“ bezeichnet. Dieser Streit hatte auch politische Hintergründe, da die damalige Regierungspartei zur Legitimation der Wiederaufrüstung Artikel 9 der neuen Verfassung über den vollständigen

46 SEGAWA (Fn. 3) 18.

47 WAGATSUMA (Fn. 35) 478.

48 WAGATSUMA (Fn. 35) 493, 502.

49 WAGATSUMA (Fn. 35) 505–506.

50 WAGATSUMA (Fn. 35) 482.

51 SEGAWA (Fn. 3) 18.

Verzicht auf den Krieg so willkürlich interpretierte, dass sich Argwohn gegen die Art und Weise einer solchen Rechtsauslegung verbreitete.⁵²

2. *Kurusu: Subjektivität der Rechtsauslegung*

Kurusu's Gedanken⁵³ veränderten sich im Laufe der Zeit. Grundsätzlich lassen sich zwei Phasen unterscheiden.

a) *Zweifel an den Juristen*

Um die Probleme zu erfassen, die *Kurusu*⁵⁴ bewegt haben, ist es nützlich, den folgenden sehr bekannten und eindrucksvollen Satz zu zitieren:

„... Wie groß ist doch die Autorität der Juristen! Immer tun sie so, als sei ihre eigene Auslegung die objektiv einzig richtige, und sprechen im Namen der Objektivität! Doch wiederum, anders gesehen, was sind die Juristen doch ängstlich und können sich nicht beruhigen, wenn in ihrer Vorstellung nicht auch der letzte Winkel menschlichen Lebens durch Rechtsvorschriften geregelt ist! Und was sind die Juristen lügnerisch und verantwortungslos, wie sie versuchen, ihre Subjektivität irgendwie im Schatten der Objektivität zu verstecken!“⁵⁵

So beklagte *Kurusu* die „Albernheit und Sinnlosigkeit“⁵⁶ so mancher Rechtsauslegung: Man wähle eine vorteilhafte Auslegung für das selbst gewünschte Ergebnis deshalb, weil sie einem gerade günstig erscheine. Mal werde eingewandt, ein Ergebnis lasse sich nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren, ein anderes Mal heißt es, auf den Wortlaut des Gesetzes komme es nicht an. Der Wille des Gesetzgebers werde zur Grundlage der eigenen Auffassung gemacht, dann wieder werde der Wille des Gesetzgebers für nicht entscheidend gehalten. Teils werde zur Begründung des Auslegungsergebnisses auf die historische Entwicklung zurückgegriffen, in einem anderen Fall bleibe die historische Entwicklung unbeachtet. Diese Probleme stellten sich bei *Suehiro* und *Wagatsuma* überhaupt nicht,⁵⁷ denn *Wagatsuma* bezweifelte nicht die Richtigkeit der auf dem wissenschaftlichen Studium basierenden Rechtsauslegung, und *Suehiro* ging vom Vertrauen auf die Rationalität der Rechtsauslegung des Richters aus.

52 Dazu RAHN (Fn. 1) 204.

53 RAHN (Rn. 1) 203–215; SEGAWA (Fn. 3) 22–33.

54 Zum Folgenden S. KURUSU, *Hō no kaishaku tekiyō to hō no sonchō* [Auslegung und Anwendung des Rechts und seine Befolgung] (1950/51), *Hōritsuka* [Die Juristen] (1953), *Hō no kaishaku to hōritsuka* [Die Auslegung des Rechts und die Juristen] (1954), alle Aufsätze in: ders., *Horitsuka, hō no kaishaku, zaisanhō: Kurusu Saburō chosaku-shū* [Die Juristen, die Auslegung des Rechts, das Vermögensrecht: Saburo Kurusu Gesammelte Werke], Bd. 1 (Shinzansha 2004), 1, 49, 73.

55 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 81–82; dt. Übers.: RAHN (Fn. 1) 208.

56 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 73. Dazu RAHN (Fn. 1) 207.

57 So SEGAWA (Fn. 3) 26.

Kurusu Behauptung, für die er sich auf verschiedene Lehren, unter anderem die von *Kelsen* und *Radbruch*, sowie die Theorie des amerikanischen *legal realism* stützt,⁵⁸ kann in drei Punkten zusammengefasst werden:

Bei der Rechtsauslegung existieren objektiv mehrere Möglichkeiten und die subjektiv für richtig gehaltene Auslegung sei in Wirklichkeit lediglich das Ergebnis der Auswahl einer von mehreren möglichen Auslegungen auf Grund eines subjektiven Werturteils. Der Satz führt zur Kritik an „einem dogmatischen Residuum der Begriffsjurisprudenz“⁵⁹: Bisher habe jeder vorausgesetzt, dass es nur ein einzig objektiv richtiges Ergebnis gebe, und behauptet, dass die eigene Auslegung als solche die objektive Richtigkeit widerspiegele. Das gelte sogar für den Befürworter der richterlichen Rechtsschöpfung. So meine man, dass die Gesetzeslücke nach objektiven Kriterien wie natürlicher Vernunft, Naturrecht oder lebendem Recht ausgefüllt werden müsse. „Doch [...]es gibt keine objektive Rechtsordnung, die das Alltagsleben bis in alle Ecken und Winkel regelt“.⁶⁰ Solch eine Anschauung sei eine Metaphysik und spiele sich ferner als Herrscher auf, um die eigene Willkür im Namen der Objektivität autoritär durchsetzen zu wollen.⁶¹ *Kurusu* verneinte also nicht nur die juristische Subsumtion und Konstruktion, sondern auch jeden Gedanken, der objektive Kriterien voraussetzt.

Was die Natur der Meinungsstreitigkeiten über die Rechtsauslegung anbetrifft, sagte *Kurusu* Folgendes: Dabei handele es sich nicht um einen Streit über „Was ist das Recht, das schon ist“, sondern um einen Streit über „Was lässt man als Recht gelten“.⁶² Denn die Rechtsauslegung bedeute, dass der Träger selbst eine unter den objektiv mehreren Möglichkeiten auf Grund eines subjektiven Werturteils auswähle. Der Auslegende müsse daher die selbst für richtig gehaltene Auslegung in seinem Namen entwickeln und für seine Auslegung die „politische“ Verantwortung tragen.⁶³ Der Grund für das „Politische“ liege darin, dass die Rechtsauslegung von der Auswahl einer Auslegung unter mehreren möglichen „rechtmäßigen“ Auslegungen abhängig sei. An dem Auslegungsakt nähme nicht nur der Richter und der Wissenschaftler, sondern auch das Volk teil: „Der Kernpunkt meiner Auslegungslehre liegt darin, zu betonen, dass das Volk Träger des Rechts ist, daher soll jedes Volk mit seiner Auslegung streiten“.⁶⁴

Jedoch ist zweifelhaft, ob es wirklich gar keine Beschränkung bei der Rechtsauslegung gibt. Darauf antwortete *Kurusu* zunächst, dass die Rechtsauslegung durch „be-

58 S. KURUSU *Hōkaishaku-gaku no kagakusei*“ [Die „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtsauslegungswissenschaft], in: *Hōritsu Jihō*, Bd. 26 Nr. 4 (1954) 54.

59 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 78.

60 KURUSU (Fn. 54) Auslegung und Anwendung 19–20.

61 KURUSU (Fn. 54) Die Juristen 63; DERS. (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 78–79.

62 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 78.

63 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 83; DERS. (Fn. 58) 54.

64 KURUSU (Fn. 58) 59. *Kurusu* erkannte eine Auslegung des Volkes an, die unabhängig von der Auslegung der Richter sei.

stimmte Rahmen⁶⁵ zu beschränken sei. Im Allgemeinen kämen als solche Rahmen beispielsweise der Gesetzeswortlaut, die Bindung an höhere Rechtsnormen, die Symmetrie in Bezug auf andere Rechtsnormen, das systemische Gleichgewicht des Werturteils, die Befolgung der Gesetze der Logik bei Schlussfolgerungen und die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse in Betracht. Allerdings traf *Kurusu* diese Äußerung unter einem großem Vorbehalt: Es sei seiner Ansicht nach nicht zutreffend, diese wirklich als Rahmen zu betrachten: wenn man es gründlich überlege, so „sind ‚die Rahmen‘ selbst schon vom subjektiven Werturteil des Auslegenden abhängig“.⁶⁶ In diesem Zusammenhang behauptete *Kurusu*, dass man daher von der „soziologischen Methode“⁶⁷ ausgehen solle, Rechtsnormen also nicht durch logische Deduktion der geltenden Rechtsvorschriften, sondern durch eine Analyse der bestehenden gesellschaftlichen Beziehungen zu finden habe. Tatsächlich hat *Kurusu* später ein großes von dieser Methode beherrschtes Lehrbuch über das Vertragsrecht veröffentlicht.⁶⁸ Allerdings fügt er Folgendes hinzu: Auch bei der soziologischen Analyse bestehe die Gefahr, dass der „Wille, die selbst gewünschten Rechtsnormen zu erschaffen“ auf das Ergebnis der Analyse Einfluss nehme.⁶⁹

b) *Fiktionslehre*

Danach veränderten sich *Kurusus* Ansichten und Interessen. Diese Veränderung lässt sich wie folgt beschreiben:

Erstens erkannte *Kurusu* selbst die richterliche Rechtsfortbildung gegen das Gesetz prinzipiell an.⁷⁰ Der Gedanke gründet darauf, zwischen „Recht“ und „Rechtsquelle“ zu unterscheiden. Das Gesetz sei nicht Recht, sondern lediglich eine Rechtsquelle und sei deshalb mit Gewohnheit(srecht), Präjudizien, wissenschaftlicher Lehre und natürlicher Vernunft gleichzustellen.⁷¹ Demzufolge stünden die richterliche Entscheidung (Recht) und das gesetzte Recht (Rechtsquelle) in anderen Dimensionen.⁷² Gleichzeitig verschob sich damit der Gegenstand der Betrachtung schwerpunktmäßig auf die Rechtsauslegung des Richters.

65 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 83, 77, vgl. auch DENS. (Fn. 58) 57–58; DERS. in: Wada/Ienaga/Tateishi/Kainō/Kawashima/Hasegawa/Katō/Kurusu/Fukushima/Hata, *Shinpojiumu „hō no kaishaku“* [Symposium: Die Auslegung des Rechts], in: Minshu shugi kagaku-sha kyōkai (Hrsg.), *Nihon hōgaku no kadai to tenbō* [Aufgabe und Ausblick der japanischen Rechtswissenschaft] (Rironsha 1955) 63.

66 KURUSU (Fn. 58) Die „Wissenschaftlichkeit“ 58; vgl. auch DENS. (Fn. 54) Auslegung und Anwendung 16 sowie DENS. (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 77.

67 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 82; ferner DERS. (Fn. 58) 60.

68 S. KURUSU, *Keiyaku-hō* [Vertragsrecht] (Yūhikaku 1974).

69 KURUSU (Fn. 54) Die Auslegung des Rechts 83.

70 S. KURUSU, *Hō no kaishaku ni okeru seitei-hō no igi: sono ichi – hō to hōgen* [Die Bedeutung des gesetzten Rechts bei der Rechtsauslegung I: Recht und Rechtsquelle] (1956), in: ders. (Fn. 54) Gesammelte I, 91.

71 KURUSU (Fn. 70) Recht und Rechtsquelle 103.

72 KURUSU (Fn. 70) Recht und Rechtsquelle 104.

Zweitens wendete *Kurusu* sich dem Studium der Fiktionslehre zu.⁷³ Wenn das Gesetz nur eine Rechtsquelle von mehreren sei, stelle sich auch die Frage, ob das Recht und das gesetzte Recht übereinstimmen. Leider starb *Kurusu* vor der Vollendung seiner Untersuchung, und seine Darstellung ist wegen der zahlreicher Stellen, an denen er sich noch zu keiner abschließenden Meinung durchgerungen hat,⁷⁴ nicht einfach zusammenzufassen. Vorbehaltlich dessen lässt sich sein Standpunkt wie folgt zusammenfassen: Die Fiktion bedeute eine bewusste Abweichung von der Wirklichkeit im weiteren Sinne.⁷⁵ Die juristische Fiktion erfülle eine ähnliche Funktion wie die Fiktionen in anderen Bereichen, wie z.B. der Roman in der Literatur, die Rolle Gottes in der Religion, der soziale Vertrag in der Politik und der freie Wille in der Philosophie. Die juristische Fiktion sei also nicht immer als negativ anzusehen. *Kurusu* nahm insbesondere Bezug auf die Äußerung von *P. de Tourtoulon*: „[...] *juridical theory is all the more objective when it presents itself as fictitious, and all the more delusive when it claims to do without fictions*“ und sagte dazu: „Mir ist der Sinn dieser Worte nicht ganz klar, aber es erscheint mir, dass man über deren Sinn tiefer nachdenken muss.“⁷⁶ Hier zeigt sich *Kurusus* Haltung zur juristischen Fiktion recht deutlich.

3. *Kawashima: Verwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft*

Kawashimas Methodenlehre,⁷⁷ der mit *Kurusu* den Auslegungstreit nach dem Krieg führte, ist keine einheitliche Lehre, sondern veränderte sich mit der Zeit.⁷⁸ Hier sollen die folgenden drei Perioden behandelt werden: Die erste Phase lässt sich mit Entwurf der „Rechtswissenschaft als Wissenschaft (*kagaku toshite no hōritsu-gaku*)“ betiteln. Die zweite Phase lässt sich mit der Überschrift „Bürgerliche Praktische Jurisprudenz (*shiminteki jitsuyō hōgaku*)“ zum Vorhersehen von Gerichtsentscheidungen erfassen. In

73 S. KURUSU, *Hō ni okeru gisei ni suite* [Über die Fiktion im Recht] (1975), *Moderu to gisei* [Modell und Fiktion] (1983), *Bungaku ni okeru kyokō to shinjitsu* [Erfindung und Wahrheit in der Literatur] (1987), *Fikushon toshite no kami* [Gott als Fiktion] (1992), *Fikushon-ron josetsu* [Einleitung in die Fiktionslehre] (1993), *Fikushon toshite no jiyū ishi* [Der freie Wille als Fiktion] (1995), *Fikushon toshite no shakai keiyaku* [Der soziale Vertrag als Fiktion] (1996), alle Aufsätze in: ders., *Hō to fikushon* [Recht und Fiktion] (Tōkyō Daigaku Shuppan-kai 1999) 79, 105, 155, 215, 1, 283, 327.

74 J. MURAKAMI, *Hashigaki* [Einleitung], in: KURUSU (Fn. 73) Recht und Fiktion vi.

75 Vgl. KURUSU (Fn. 73) Literatur 325.

76 KURUSU (Fn. 73) Über die Fiktion im Recht 103–104. Zum Zitat von *P. de Tourtoulon*, *Philosophy in the development of law* (Macmillan 1922) 295.

77 RAHN (Fn. 1) 216–239; SEGAWA (Fn. 3) 34–44.

78 *Kawashima* selbst teilt sein Leben zur Forschung an der Universität in vier Phasen ein. T. KAWASHIMA, *Aru hōgakusha no kiseki* [Der Weg eines Rechtswissenschaftlers] (Tokyo 1978) 303–311. Für einen Überblick T. AWAJI, *Kawashima hōgaku he no ichi apurōchi* [Eine Annäherung an die Zivilrechtswissenschaft Kawashimas], in: *Jurisuto* Nr. 1013 (1992) 29; N. SEGAWA, *Kawashima minpō-gaku ni okeru hō-doguma to kagaku* [Rechtsdogma und Wissenschaft in der Zivilrechtswissenschaft Kawashimas], in: *Hōritsu Jihō*, Bd. 82 Nr. 3 (2010) 51. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich nur mit den Perioden 2 bis 4.

der dritten Phase beschäftigte *Kawashima* sich vor allem mit der juristischen Konstruktion zur Kontrolle der Gerichtsentscheidungen. Allerdings zieht sich der Gedanke der Verwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft durch alle Phasen seines Schaffens.⁷⁹ Diese Idee ist später als „dringende Sehnsucht nach Wissenschaftlichkeit“⁸⁰ betitelt worden.

a) Entwurf der „Rechtswissenschaft als Wissenschaft“

Der Ausgangspunkt *Kawashimas* ist die Frage, ob die Rechtsdogmatik nur eine Überredungskunst sei, um den Leuten ein Ergebnis zu erklären, nicht aber eine Wissenschaft. Wenn das der Fall sei, wie könne man sie dennoch zur Wissenschaft umformen? Dies war das Problem, das *Kawashimas* Entwurf einer „Rechtswissenschaft als Wissenschaft“⁸¹ zugrundelag. *Kawashima* verstand den Begriff „Wissenschaft“ in der Weise, dass die Richtigkeit einer Theorie durch empirische Experimente oder Beobachtungen zu beweisen sei, und dass man durch hieraus gewonnene Regeln über die Phänomene herrschen und sie kontrollieren könne.⁸² Das Ideal der „Wissenschaft (*kagaku*)“ sah *Kawashima* somit, im Gegensatz zum Verständnis der „Wissenschaft“⁸³ des Rechts in Deutschland, in der *Naturwissenschaft*.

Kawashima versuchte anhand dieses Konzepts die herkömmliche Rechtswissenschaft umzugestalten. Man solle das Recht als Technik der „sozialen Kontrolle“ erfassen, die aus zwei Momenten bestehe: Das „rechtliche Werturteil“ und die „sprachliche Technik“.⁸⁴ Die Beziehung der beiden Elemente zueinander lasse sich sprachlich auch mit den Begriffspaaren Zweck und Mittel oder Wesen und Form zum Ausdruck bringen.⁸⁵ Hinsichtlich des rechtlichen Werturteils habe die Rechtswissenschaft als Wissenschaft drei Punkte zu verdeutlichen: 1) Die Werte, auf denen das Werturteil basiere, und ihre

79 KAWASHIMA (Fn. 78) 358.

80 KAI in: Inui/Kai/Toshitani/Harashima/Hoshino/Mizumoto, *Zadankai „Minpō-gaku no kadai: hōkaishaku-gaku, jitsuyō hōgaku, soshite hōshakaigaku (2)“* [Kolloquium: Aufgaben der Zivilrechtswissenschaft: Rechtsauslegungswissenschaft, praktische Jurisprudenz und Rechtssoziologie (2)], in: *Hōritsu Jihō*, Bd. 39 Nr. 4 (1967) 68. Freilich benutzt *Kai* diesen Ausdruck allgemein zur Beschreibung der Eigenart der Rechtswissenschaft in der Nachkriegszeit.

81 T. KAWASHIMA, *Kagaku toshite no hōritsu-gaku* [Rechtswissenschaft als Wissenschaft] (1955), ferner DERS., *Hōritsu kaishaku no kyakkan-sei* [Objektivität der Gesetzesauslegung] (1954), alle Aufsätze in: ders., *Kagaku toshite no hōritsu-gaku* [Rechtswissenschaft als Wissenschaft] (Kōbundo, 2. Aufl. 1964) 1, 81.

82 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 5–6; DERS. in: Kawashima/Kurusu/Katō/Shiomi, *Hōkaishaku-gaku no ‚kagaku-sei‘* [Die „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtsauslegungswissenschaft], in: *Hōritsu Jihō*, Bd. 26 Nr. 4 (1954) 53; DERS. (Fn. 78) 305, 327.

83 Dazu RAHN (Fn. 1) 234.

84 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 14–15; DERS. (Fn. 82) Wissenschaftlichkeit 53.

85 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 18, 32, 67; vgl. ferner DERS. (Fn. 81) Objektivität 95: „Eine Gesetzesauslegung oder eine Auslegung der rechtlichen Streitigkeiten ist eine Art des Werturteils“ (Hervorhebung im Original).

Stellung im Wertesystem, 2) Die konkreten Werturteile, die für die Gesetzgebung und die Gerichtsentscheidung ausschlaggebend sind, 3) Das Verhältnis zwischen den rechtlichen Werturteilen, die auf Grundlage sozialer Beziehungen gefällt wurden, dem Wertesystem und den rechtlichen Werturteilen untereinander.⁸⁶ Sie seien durch empirische Tatsachenforschung oder Anwendung soziologischer Methoden zu überprüfen.⁸⁷ Dadurch könne man vermeiden, dass Streitigkeiten über das rechtliche Werturteil nur „Meinungsunterschiede“ darstellten und stets an einem Mangel an Objektivität litten.⁸⁸ Dagegen gehöre es nicht zum Gegenstand der Rechtswissenschaft als Wissenschaft, zu beurteilen, ob ein Werturteil „richtig“ sei, oder welches Wertesystem ausgewählt werden *solle*.⁸⁹ Die Antworten auf diese Fragen gehörten zur Überzeugung, nicht zur Wissenschaft. Das Fällen eines rechtlichen Werturteils sei nämlich „*in Bezug auf das urteilende Subjekt* eine in hohem Maße subjektive Tätigkeit“.⁹⁰ Allerdings „gewinnt der *Inhalt* der Werturteile je nach der Größe des gesellschaftlichen Personenkreises, durch den es bejaht wird, *Objektivität*“.⁹¹

Was die sprachliche Technik anbetreffe, müsse sich die Rechtswissenschaft als Wissenschaft mit zwei Aufgaben beschäftigen: 1) Mit der Präzisierung der Rechtsbegriffe zur Unterstützung der richterlichen Entscheidung, wobei diese einen möglichst einfachen, abstrakten und allgemeinen Inhalt erhalten sollten, 2) Mit der Entwicklung und Verdeutlichung der juristischen Konstruktion, die die rechtlichen Werturteile und das organische Verhältnis zwischen ihnen untereinander aufzeigen müsse.⁹² Die Wichtigkeit dieser Arbeit liege darin, dass Rechtsbegriffe und Rechtslogik zur Bildung der das Werturteil tragenden Gedanken erforderlich seien und ferner das Mittel zur Vermittlung des so gebildeten Werturteils darstellten.⁹³ Deshalb gehe das Werturteil der logischen Erklärung vor bzw. die beiden könnten auch „*gleichzeitig*“ entstehen, „*zudem bei wechselseitigem Einfluss aufeinander*“.⁹⁴

Kurusu und *Kawashima* stimmen überein in ihrem Zweifel darin, dass die herkömmliche Methode der Rechtswissenschaft die Richtigkeit und Objektivität der Rechtsauslegung gewährleisten könne. Sie unterscheiden sich aber darin, dass *Kurusu* die Auslegung der Juristen im Allgemeinen kritisierte und auch das Volk als Auslegenden betrach-

86 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 49, 52, 57.

87 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 66; DERS. (Fn. 81) Objektivität 95; DERS. (Fn. 82) Wissenschaftlichkeit 53–54.

88 Vgl. KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 27; DERS. (Fn. 81) Objektivität 87.

89 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 21, 65 (Hervorhebung im Original).

90 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 20 (Hervorhebung im Original).

91 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 20 (Hervorhebung im Original).

92 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 69–70, 72–73.

93 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 36.

94 KAWASHIMA (Fn. 81) Wissenschaft 19 (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. ferner DERS. (Fn. 82) Wissenschaftlichkeit 53: Rechtsbegriff und Rechtslogik seien auch als „Gerät der soziologischen Analyse, die das Werturteil *voraussetzt*“, anzusehen (Hervorhebung durch den Verfasser).

tete, während *Kawashimas* Interesse ausschließlich darin bestand, die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft neu zu definieren. Ferner basierte *Kurusus* Kritik auf einem der überlieferten Rechtswissenschaft innewohnenden Gedanken, während *Kawashima* die Rechtswissenschaft seiner Zeit vom Standpunkt des naturwissenschaftlichen Wissenschaftsbegriffs kritisierte.

Wenn man *Kawashimas* „Rechtswissenschaft als Wissenschaft“ mit der Methodenlehre der Vorkriegszeit vergleicht, kann man abgesehen von der starken Orientierung auf die Naturwissenschaft viele Gemeinsamkeiten mit den Gedanken *Wagatsumas* finden,⁹⁵ denn auch *Wagatsuma* hat zwischen dem psychologischen Prozess der Entscheidungsfindung und der syllogistischen Gesetzesanwendung unterschieden sowie die Mittelbarkeit des Syllogismus anerkannt und die eigene Auslegungslehre der Wissenschaftler betont. Freilich fand *Kawashima* die Rechtsbegriffe und die Rechtslogik wichtiger als *Wagatsuma*, für den die juristische Subsumtion nur „die nach der Beurteilung angezogene Kleidung“ darstellte.

b) Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen

Wie bereits erwähnt, blieb *Kawashima* zeitlebens bei seiner grundsätzlichen Forderung nach einer Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Aber sein Interesse verlagerte sich nach und nach von den Methoden der Verwirklichung der sozialen Kontrolle durch das Recht auf die Frage, wie die Vorhersehbarkeit künftiger Gerichtsentscheidungen für das Volk gesteigert werden könne.⁹⁶ Der Gründe dafür sind die folgenden:

Erstens beziehe sich das Konzept der Vorhersehbarkeit für das Volk auf die Theorie der „Bürgerlichen Praktischen Jurisprudenz“, nach der sich das Recht nach den Bedürfnissen der Bürgerlichen Gesellschaft zu richten habe und in einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung insbesondere die Berechenbarkeit der Rechte und Pflichten der einzelnen zu gewährleisten habe.⁹⁷ Zweitens sei die Gewährleistung der Vorhersehbarkeit mit der Durchsetzung des Wissenschaftskonzepts verknüpft. Die Richtigkeit der Vorhersage von künftigen Gerichtsentscheidungen lasse sich nämlich durch „das Experiment“ der späteren Gerichtsentscheidungen beweisen.⁹⁸ *Kawashima* führte seine Forderungen nach einer anderen Rechtswissenschaft beim Übergang von der ersten in die zweite Phase seines Denkens auf die Gedanken *Suehiros* zurück,⁹⁹ die gemäß *Kawashima* nicht

95 So SEGAWA (Fn. 3) 37, 41.

96 T. KAWASHIMA, *Shiminteki jitsuyō hōgaku no hōhō to kadai: jitsuyō hōgaku to hōshakai-gaku to no kakyō* [Methode und Aufgabe der Bürgerlichen Praktischen Jurisprudenz: Brückenbau zwischen der Praktischen Jurisprudenz und der Rechtssoziologie] (1958), DERS., *Hanrei kenkyū no hōhō* [Die Methode der Rechtsprechungsstudien] (1962), beide Aufsätze in: ders. (Fn. 81) Rechtswissenschaft als Wissenschaft 107, 169.

97 KAWASHIMA (Fn. 96) Bürgerliche Praktische Jurisprudenz 140; DERS. (Fn. 96) Rechtsprechungsstudien 176.

98 KAWASHIMA (Fn. 96) Bürgerliche Praktische Jurisprudenz 146; DERS. (Fn. 78) 308.

99 KAWASHIMA (Fn. 78) 307.

einfach auf dem amerikanischen *legal realism* basierten, sondern auch die damaligen gesellschaftlichen Umstände in Japan reflektierten und insbesondere auch durch die drastische Entwicklung des Kapitalismus und die Zunahme der Forderung nach mehr Demokratie in der Gesellschaft geprägt seien.¹⁰⁰

Die Aufgabe der Bürgerlichen Praktischen Jurisprudenz sieht nach *Kawashima* wie folgt aus: Um Gerichtsentscheidungen vorherzusehen, müsse man die *Elemente, die das Entscheidungsverhalten von Richtern bestimmen*, durch eine empirische wissenschaftliche Methode ermitteln.¹⁰¹ Das wichtigste Element stellten die Präjudizien dar. Deren tragende Gründe müsse man feststellen. Wenn man so die tragenden Elemente eines Urteils feststelle, handele es sich nicht um ein Herausarbeiten der syllogistischen Subsumtion und der juristischen Konstruktion, die zur Rechtfertigung des Urteils benutzt wurde,¹⁰² die tragenden Elemente seien vielmehr aus den *objektiven Tatsachen*, die sich aus dem Sachverhalt des betreffenden Falls und den diesbezüglich getroffenen Feststellungen im Urteil ergäben, *abzuleiten* sowie durch Konstruktion und Darstellung der konkreten Zusammenhänge in Form eines allgemeinen Satzes erkennbar zu machen.¹⁰³

Man kann hier in der zweiten Phase des Schaffens von *Kawashima* also zwei Unterschiede in seinen Gedanken im Vergleich zur ersten Phase erkennen: Einerseits beschränkt sich die Aufgabe der Rechtswissenschaft auf Rechtsprechungsstudien, andererseits wird die „sprachliche Technik“ deutlich geringer geschätzt als früher.¹⁰⁴

c) Kontrolle anhand der juristischen Konstruktion

Jedoch ist es zweifelhaft, ob man in Wirklichkeit die künftigen Gerichtsentscheidungen vorhersehen kann. Gerichtliche Entscheidungen werden nämlich stets von komplizierten Bedingungen bestimmt. Dabei spielen insbesondere auch die Persönlichkeit der Richter und die tatsächlichen prozessualen Handlungen der Anwälte eine große Rolle.¹⁰⁵ Dieses Problem hat auch *Kawashima* später erkannt und ihn zu der Feststellung veranlasst, dass dies die „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtswissenschaft insgesamt in Frage stelle¹⁰⁶ und dem Verlangen der Berechenbarkeit in der Bürgerlichen Gesellschaft widerspreche.¹⁰⁷ Aus diesem Grund stellte *Kawashima* ein neues Konzept vor, das statt der einfachen

100 KAWASHIMA (Fn. 96) Bürgerliche Praktische Jurisprudenz 141, vgl. auch 135.

101 KAWASHIMA (Fn. 96) Bürgerliche Praktische Jurisprudenz 142 (Hervorhebung im Original).

102 KAWASHIMA (Fn. 96) Bürgerliche Praktische Jurisprudenz 136, 156; DERS. (Fn. 96) Rechtsprechungsstudien 194, 196.

103 KAWASHIMA (Fn. 96) Rechtsprechungsstudien 203, 215, 216 (Hervorhebung im Original).

104 SEGAWA (Fn. 3) 38.

105 KAWASHIMA „*Hōritsu-gaku*“ *no gendaiteki mondaiten* [Gegenwärtige Probleme in der Rechtswissenschaft] (1968/69), in: ders., *Kawashima Takeyoshi chosaku-shū* [Takeyoshi Kawashimas Gesammelte Werke], Bd. 5 (Iwanami Shoten 1982) 206, 285.

106 KAWASHIMA (Fn. 78) 308.

107 KAWASHIMA (Fn. 105) 275, 292.

Vorhersehbarkeit die „Vorhersehbarkeit durch eine Kontrolle der Gerichtsentscheidungen“ in den Mittelpunkt stellte.¹⁰⁸

Was *Kawashima* dazu inhaltlich anführte, war wieder die „juristische Konstruktion“.¹⁰⁹ Allerdings meinte er hiermit in diesem Zusammenhang etwas anderes. Man müsse zwei Arten juristischer Konstruktion deutlich voneinander unterscheiden: Die eine bezwecke die Rechtfertigung abgeschlossener Gerichtsentscheidungen und die andere die Kontrolle der künftigen Gerichtsentscheidungen. Mit anderen Worten richtet sich die eine an den Richter, der schon eine Entscheidung getroffen hat, die andere an den Richter, der von jetzt an entscheidet. Die eine entfalte also Geltung *nach* den Entscheidungen (Zurückkonstruktion (*igoteki kōsei*)) und die andere *vor* den künftigen Entscheidungen (Vorauskonstruktion (*izenteki kōsei*)).¹¹⁰ *Wagatsuma* habe seine Aufmerksamkeit nur auf die Zurückkonstruktion gerichtet.¹¹¹ *Kawashima* hingegen behauptet, dass sich die Rechtswissenschaft damit beschäftigen solle, eine zutreffende und nützliche Vorauskonstruktion zur Kontrolle künftiger richterlicher Entscheidungen hervorzubringen.¹¹² Er war sich früher dieses Unterschieds auch nicht bewusst und sah deshalb die juristische Konstruktion in früherer Zeit als weniger wichtig an. Ob diese Kontrolle gelungen sei oder nicht, habe sich schließlich durch künftige Gerichtsentscheidungen zu erweisen, insoweit gerate man in keine „Meinungsunterschiede“.¹¹³

4. Inhalt des Streits

Kurusu und *Kawashimas* Theorien führten in der Rechtswissenschaft zu einem heftigen Streit.¹¹⁴ Die wesentlichen Streitpunkte lassen sich wie folgt zusammenfassen:¹¹⁵

-
- 108 T. KAWASHIMA, *Hōteki komyunikeishon ni okeru kigōteki gijutsu: hōritsu-gaku no taishō ni shōten wo oite* [Die Symbolhaftigkeit der Kunst in der rechtlichen Kommunikation: bezogen auf den Gegenstand der Rechtswissenschaft] (1964), in: ders., *Kawashima Takeyoshi chosaku-shū* [Takeyoshi Kawashimas Gesammelte Werke], Bd. 6 (Iwanami Shoten 1982) 144; DERS. (Fn. 105); DERS., *Hōteki kōsei: hōritsu-gaku no kadai ni shōten wo oite* [Die juristische Konstruktion: bezogen auf die Aufgabe der Rechtswissenschaft] (1975), in: ders., (Fn. 105) Gesammelte V, 326; DERS. (Fn. 78) 311–326.
- 109 KAWASHIMA (Fn. 108) Die rechtliche Kommunikation 155, 165; DERS. (Fn. 105) 223; DERS. (Fn. 108) Die juristische Konstruktion 328.
- 110 KAWASHIMA (Fn. 108) Die juristische Konstruktion 328 (Hervorhebung im Original).
- 111 KAWASHIMA (Fn. 108) Die juristische Konstruktion 330.
- 112 KAWASHIMA (Fn. 78) 326.
- 113 KAWASHIMA (Fn. 78) 310.
- 114 T. KAWASHIMA/S. KURUSU/I. KATŌ/T. SHIOMI, *Hōkaishaku-gaku no ‚kagakusei‘* [Die „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtsauslegungswissenschaft], in: *Hōritsu Jihō*, Bd. 26 Nr. 4 (1954) 51; T. OTAKA, *Hō no kaishaku* [Die Auslegung des Rechts], in: S. KATŌ/K. BAI/T. OTAKA/S. KURUSU/S. TABATA/T. KAWASHIMA/N. KOBAYASHI/M. YASAKI/I. NUMATA/T. HIRANO/A. TANSŌ/K. WADA/J. AOMI/M. CHIBA/T. KAWASAKI/K. YUNOKI, *Tōron „Hō no kaishaku“* [Kolloquium: Die Auslegung des Rechts], beide in: *Hōtetsugaku nenpō* [Jahrbuch für Rechtsphilosophie] (1954) 1, 69; K. WADA/S. IENAGA/T. TATEISHI/M. KAINŌ/T. KAWASHIMA/S. HASEGAWA/I. KATŌ/S. KURUSU/M. HUKUSHIMA/M. HATA, *Shinpojiumu „Hō no kaishaku“* [Symposium: Die Auslegung des Rechts], in: *Minshu shugi kagaku-sha kyōkai*

In Bezug auf die Objektivität der Rechtsauslegung wurde zwischen zwei Fragen unterschieden. Erstens: Enthält die Rechtsauslegung ein Werturteil? Und zweitens: Wenn ja, kann ein Werturteil für sich Objektivität in Anspruch nehmen? Es herrschte weitgehend Einigkeit darüber, die Abhängigkeit der Rechtsauslegung von Werturteilen anzuerkennen.¹¹⁶ Hingegen wurde über die Objektivität des Werturteils eine lebhafte Auseinandersetzung geführt. Zunächst wurde diese Diskussion als Streit über den Gegensatz zwischen der objektiven Theorie und der subjektiven Theorie verstanden¹¹⁷: Nach der subjektiven Theorie¹¹⁸ führe die Auslegung aufgrund eines Werturteils auch stets zu ihrer Subjektivierung. Im Gegensatz dazu verneinte dies die objektive Theorie.¹¹⁹ Nach dem heutigen Forschungsstand ist es jedoch unzureichend, die Diskussion nur auf diesen Gegensatz zu reduzieren.¹²⁰

Zuerst muss zwischen der *Seinsfrage* und der *Sollensfrage* unterschieden werden. Die Seinsfrage besteht aus zwei Teilen: Man stimmte darin überein, dass das Werturteil *je nach dem Auslegenden anders* ist. Der Ausgangspunkt für *Kurusu* und *Kawashima* war gerade diese Erkenntnis.¹²¹ Aber auch einige bekannte Befürworter der „objektiven Theorie“ gingen von dieser Erkenntnis aus.¹²² Im Gegensatz dazu gibt es aber auch die Möglichkeit, dass ein Werturteil eines Auslegenden *mit Werturteilen der anderen Auslegenden tatsächlich übereinstimmt*. Auf diese Art von „Objektivität“ hat *Kawashima* in der Phase des Entwurfs der „Rechtswissenschaft als Wissenschaft“ hingewiesen.¹²³ Auch für *Kurusu*, den Vertreter der „subjektiven Theorie“, bedeutete ein Streit über die Rechtsauslegung einen Streit über „Was lässt man als Recht gelten“, was wohl die Möglichkeit der tatsächlichen Übereinstimmung des Werturteils in einer Gesellschaft voraussetzen dürfte. Man stimmte also darin überein, dass es eine Objektivität im Sinne einer „Gesellschaftlichkeit“ des Werturteils¹²⁴ geben kann.

Bei der Sollensfrage handelt es sich um die Frage, ob man unter der Voraussetzung der Existenz einer objektiv richtigen Norm urteilen soll oder nicht. Im Zusammenhang

(Hrsg.), *Nihon hōgaku no kadai to tenbō* [Aufgabe und Ausblick der japanischen Rechtswissenschaft] (Rironsha 1955) 45; Y. WATANABE, *Hōshakaigaku to hōkaishaku-gaku* [Rechtssoziologie und Rechtsauslegungswissenschaft] (Iwanami Shoten 1959).

115 RAHN (Fn. 1) 210–212, 230–234; SEGAWA (Fn. 3) 44–53.

116 Dazu J. AOMI, *Sengo nihon ni okeru hōkaishaku-ron no kentō* [Untersuchung der Rechtsauslegungslehren im Nachkriegsjapan], in: Taniguchi (Hrsg.), *Hōkaishaku no riron: Tsunetō sensei koki shukuga kinen* [Theorie der Rechtsauslegung: Festschrift für Kyo Tsuneto zum 70. Geburtstag] (Yūhikaku 1960) 46, 52–54 m.w.N.

117 Grundlegend AOMI (Fn. 116) 55.

118 Dazu gehören *Aomis* Meinung nach etwa *S. Ienaga*, *Y. Watanabe* und mit großem Vorbehalt *Kawashima*, vgl. AOMI (Fn. 116) 55, 59.

119 *Kurusu* und mit großem Vorbehalt *T. Otaka*, vgl. AOMI (Fn. 116) 61, 63.

120 Zum Folgenden grundsätzlich SEGAWA (Fn. 3) 46–48.

121 Dazu auch KAWASHIMA (Fn. 114) Wissenschaftlichkeit 52.

122 WATANABE (Fn. 114) 58; IENAGA (Fn. 114) Symposium 48.

123 So auch KAWASHIMA (Fn. 115) Kolloquium 118.

124 So SEGAWA (Fn. 3) 46.

mit dieser Frage wird zwischen der Objektivität *für den Auslegenden selbst* und der Objektivität, die andere zur Annahme der Richtigkeit eines Werturteils verpflichtet, unterschieden. *Kurusu*, der als Subjektivist gilt, ging davon aus, dass jeder eine Auslegung auswähle, die er selbst für „richtig“ halte.¹²⁵ Der „Rahmen“ der Auslegung, der vom subjektiven Werturteil des Auslegenden abhängig sein kann, muss demnach im Sinne der Objektivität für den Auslegenden angesehen werden. Im Gegensatz dazu beurteilt *Kurusu* den Gedanken kritisch, dass eine objektiv einzig richtige Auslegung im Voraus möglich sei.¹²⁶ *Kawashima* setzte die Existenz von Wertsystemen voraus, nach denen eine Auslegung *für jede Person, die diese befürwortet*, als einzig gültige betrachtet werden müsse.¹²⁷ Dagegen sei die Frage nach ihrer Gültigkeit für die anderen anders zu beurteilen. Die Wissenschaft könne aber nicht darauf antworten, welche Wertsysteme befürwortet werden *sollen*, sondern nur darauf, welche Wertsysteme befürwortet *werden*.¹²⁸

Auch unter den Vertretern einer eher objektivistischen Denkweise gab es unterschiedliche Auffassungen: Einerseits hält es *Saburō Ienaga* für möglich, dass es objektiv nur ein „einzig richtiges“ Auslegungsergebnis geben kann.¹²⁹ Es stimme mit der „Richtung des Fortschritts der Geschichte“ überein, die mit einem allgemein geltenden Satz ausgedrückt werden könne,¹³⁰ und setze sozial- und geschichtswissenschaftliche Studien voraus.¹³¹ Diesen Ansatz kritisierte vor allem *Tomoo Otaka*: Die rechtlichen Werturteile oder Weltanschauungen seien pluralistisch. Bei der Kontroverse darüber gebe es keinen Kampfrichter, der nur ein Urteil als „absolut richtig“ bestimmen kann.¹³² Freilich ließen sich die rechtlichen Werturteile nicht allein als subjektiv ansehen, sondern seien als Wertsysteme „objektiv“ beschränkt.¹³³ Was die Wahrheit sei, müsse man aber relativistisch feststellen, und zwar im ständigen Diskurs.¹³⁴ Wer Maß hielt, war *Yōzō Watanabe*: Seiner Meinung nach gebe es eine „(zumindest relativ) richtigste“¹³⁵ Rechtsauslegung, die mit dem Wille des gegenwärtigen Volks im Einklang stehe¹³⁶ und anhand einer empirisch oder soziologisch wissenschaftlichen Analyse auffindbar sei,¹³⁷ die aber gleichwohl zum subjektiven Standpunkt des Untersuchers in untrennbarer Beziehung stehe.¹³⁸

125 KURUSU (Fn. 114) Symposium 63.

126 KURUSU (Fn. 114) Kolloquium 73; DERS. (Fn. 114) Symposium 43.

127 KAWASHIMA (Fn. 114) Kolloquium 80.

128 KAWASHIMA (Fn. 114) Kolloquium 83 (Hervorhebung im Original); vgl. auch DENS. (Fn. 114) Symposium 68.

129 IENAGA (Fn. 114) Symposium 65.

130 IENAGA (Fn. 114) Symposium 50.

131 IENAGA (Fn. 114) Symposium 49.

132 OTAKA (Fn. 114) 32.

133 OTAKA (Fn. 114) 26, 23; DERS. (Fn. 114) Kolloquium 72.

134 OTAKA (Fn. 114) 30; DERS. (Fn. 114) Kolloquium 76.

135 WATANABE (Fn. 114) 148 (Klammer im Original).

136 WATANABE (Fn. 114) 110–111.

137 WATANABE (Fn. 114) 38, 149.

138 WATANABE (Fn. 114) 148.

Auch über die Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft wurde diskutiert, aber diese Diskussion wurde meistens auf die Frage nach der Objektivität der Rechtsauslegung reduziert.¹³⁹ Zur Frage der „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtswissenschaft sei schon hier auf die Theorie *Hirais* hingewiesen, die dieser später erneut aufwirft. Auf diese Theorie wird weiter unten eingegangen (unter V.).

IV. INTERESSENABWÄGUNGSLEHRE

1. Konzept von Katō und Hoshino

In den sechziger Jahren, nach dem Rechtsauslegungsstreit, wurde die sogenannte Interessenabwägungslehre (*rieki kōryō-ron*)¹⁴⁰ von *Wagatsumas* Schülern *Ichirō Katō*¹⁴¹ und *Eiichi Hoshino*¹⁴² entwickelt. Die Interessenabwägungslehre war bis zum Aufkommen der Theorie von *Hirai* die vorherrschende Methode in der Zivilrechtswissenschaft.¹⁴³

Wie nachfolgend näher ausgeführt, gibt es zwar zwischen den Ansichten von *Katō* und *Hoshino* signifikante Unterschiede, beide stimmen aber im grundsätzlichen Konzept darin überein, dass man Rechtsauslegung grundsätzlich auf Grund einer „Interessenabwägung“ durchführen sollte. Dieser Gedanke hatte einige konkrete rechtliche Problem-

139 Ausführlich SEGAWA (Fn. 3) 48–49.

140 RAHN (Fn. 1) 248–264, 277–297; SEGAWA (Fn. 3) 54–64.

141 I. KATŌ, *Hōkaishaku-gaku ni okeru riron to rieki kōryō* [Theorien und Interessenabwägung in der Rechtsauslegungswissenschaft] (1966), *Horon*: „*Rieki kōryō-ron*“ ni tsuite [Ergänzung zur „Interessenabwägungslehre“], beide Aufsätze in: ders., *Minpō ni okeru ronri to rieki kōryō* [Logik und Interessenabwägung im Zivilrecht] (Yūhikaku 1974) 1, 65; DERS., *Minpō no kaishaku to rieki kōryō* [Auslegung des Zivilrechts und Interessenabwägung], in: *Hōgaku Kyōshitsu*, Bd. 25 (1982) 16.

142 E. HOSHINO, *Minpō kaishaku-ron josetsu* [Einleitung zur Auslegungslehre im Zivilrecht] (1967); DERS., „*Minpō kaishaku-ron josetsu*“ *horon*: *jakkan no hihan ni kotaete* [Ergänzung zur „Einleitung zur Auslegungslehre im Zivilrecht“: Antwort auf einige kritische Anmerkungen], beide Aufsätze in: ders., *Minpō ronshū* [Gesammelte Abhandlungen zum Zivilrecht], Bd. 1 (Yūhikaku 1970) 1, 48; DERS., *Minpō no kaishaku no hōhō ni tsuite* [Über die Methode der Auslegung des Zivilrechts] (1976), in: ders., *Minpō ronshū* [Gesammelte Abhandlungen zum Zivilrecht], Bd. 4 (Yūhikaku 1978) 63; DERS., *Sengo no minpō kaishaku-gaku hōhō-ron kenkyū nōto* [Forschungsnotizen zur Methodenlehre der zivilrechtlichen Auslegungswissenschaft nach dem Krieg] (1982); DERS., *Minpō-gaku no hōhō ni kansuru oboegaki* [Memorandum über die Methode der Zivilrechtswissenschaft] (1983), beide Aufsätze in: ders., *Minpō ronshū* [Gesammelte Abhandlungen zum Zivilrecht], Bd. 5 (Yūhikaku 1986) 3, 69; DERS., *Minpō no kaishaku wo meguru ronsō ni tsuite no chūkanteki oboegaki* [Zwischen-Memorandum über den Streit um die Auslegung des Zivilrechts] (1986), in: ders., *Minpō ronshū* [Gesammelte Abhandlungen zum Zivilrecht], Bd. 7 (Yūhikaku 1989) 73; DERS., *Minpō no shōten: part 1 Sōron* [Brennpunkte des Zivilrechts: Part 1 Allgemeine Lehren] (Yūhikaku 1987); DERS., *Minpō no kaishaku no shikata to sono haikai* [Die Art und Weise der Zivilrechtsauslegung und ihr Hintergrund] (1988), in: ders., *Minpō ronshū* [Gesammelte Abhandlungen zum Zivilrecht], Bd. 8 (Yūhikaku 1996) 187.

143 Dazu unter I.

fälle im Blick.¹⁴⁴ Dabei handelte es sich vor allem um neue komplizierte Sachfragen bei Schäden durch Umweltverschmutzung, aber auch um traditionelle Probleme wie den Umgang mit überhöhten Darlehenszinsen oder Fragen im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung. Oftmals fehlte es an Rechtsvorschriften für die Behandlung dieser Problemfälle, oder die bestehenden Vorschriften waren unklar, oder die Streitfälle ließen sich durch die Anwendung der bestehenden Normen nicht angemessen lösen.¹⁴⁵ Deshalb hielten *Katō* und *Hoshino* die Interessenabwägung bei der Rechtsauslegung für sehr bedeutsam. Die Lehren der beiden Rechtswissenschaftler weisen die folgenden Gemeinsamkeiten auf:

Durch die Rechtsauslegung werde bestimmt, „welche Werte heutzutage in welcher Weise und in welchem Umfang zu berücksichtigen sind, und welche Interessen wie geschützt werden sollen“.¹⁴⁶ Man solle bei der Auslegung „unter den gegenwärtigen Umständen“¹⁴⁷ jeweils die relevanten, „wirklichen Interessen noch freier und flexibler“¹⁴⁸ miteinander in Ausgleich bringen. Als relevante „Interessen“ seien nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Interessen anzusehen und außerdem sowohl individuelle als auch gesellschaftliche Interessen zu beachten.¹⁴⁹ Die verschiedenen Interessen in der Gesellschaft würden miteinander „abgewogen“ und danach werde endlich aus dem „Werturteil“¹⁵⁰ ein Schluss gezogen.

Katō und *Hoshino* stellen den Begriff der „Interessen“ in den Mittelpunkt der Methodik und gehen davon aus, durch Berücksichtigung der konkreten Interessen jeden Rechtsstreit als Interessenkonflikt in der Gesellschaft erfassen zu können. *Insoweit* seien, wie *Hoshino* ausdrücklich sagt,¹⁵¹ die Interessenabwägungslehre und die Interessenjurisprudenz ähnlich. Im Übrigen aber gebe es viele Unterschiede zwischen den beiden Lehren.¹⁵² Die Interessenjurisprudenz richte ihr Augenmerk auf die Behandlung von Gesetzeslücken und begrenze gleichzeitig die Rechtsschöpfung in Gerichtsentscheidung durch eine Interessenforschung in „denkendem Gehorsam“ gegenüber dem Gesetz. Nach der Interessenabwägungslehre hingegen habe die Verbindlichkeit des Gesetzes und

144 Zu den Hintergründen im Allgemeinen RAHN (Fn. 1) 239–241.

145 Dazu ausführlich N. SEGAWA, *Minpō kaishaku-ron no konnichiteki isō* [Gegenwärtige Phase der Zivilrechtsauslegungslehre], in: ders. (Hrsg.), *Shihō-gaku no sai-kōchiku* [Neukonstruktion der Privatrechtswissenschaft] (Hokkaidō Daigaku Shuppan-kai 1999) 10–13.

146 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 11.

147 KATŌ (Fn. 141) Theorien 19.

148 KATŌ (Fn. 141) Auslegung 16.

149 Vgl. KATŌ (Fn. 141) Auslegung 21–27; HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 20–23.

150 Die Bedeutung dieser Arbeit betont *Hoshino* besonders. Dazu auch unten Fn. 188.

151 HOSHINO, *Jo* [Vorwort], in: DERS. (Fn. 142) Gesammelte Abhandlungen I 5: „*unter Einfluss von Heck*“. Hingegen behält sich *Katō* eine Aussage über das Verhältnis zwischen Interessenabwägungslehre und Interessenjurisprudenz vor. KATŌ (Fn. 141) Ergänzung 69.

152 RAHN (Fn. 1) 397; ferner S. HARASHIMA, Einige Gedanken zur „Gefährdung“ des bürgerlichen Rechts aus japanischer Sicht am Beispiel des subjektiven Rechts, in: *Archiv für die zivilistische Praxis*, Bd. 176 (1976) 289.

die juristische Konstruktion nur eine geringe Bedeutung bei der Entscheidungsfindung. Maßgeblich im Sinne eines „entscheidenden Schlages“¹⁵³ bei der Entscheidungsfindung sei vielmehr das Werturteil, das sich aus den zu berücksichtigenden Interessen ableite. Der Ausgleich der relevanten Interessen zum Zeitpunkt der Entscheidung werde hierbei stets in ein weites Ermessen des Richters gestellt, unabhängig davon, ob es Gesetzeslücken gebe oder nicht. *Hoshino* führte später zwar die deutsche Wertungsjurisprudenz zur Stützung der Interessenabwägungslehre an.¹⁵⁴ Aber dies ist nicht wirklich ernst zu nehmen, weil diese anders als die Interessenabwägungslehre die Verwirklichung der *gesetzlichen* Wertungen bezweckt.¹⁵⁵ Im Gegensatz dazu stützte *Katō* seine Sichtweise auf die Gedanken des Freirechts und des amerikanischen *legal realism*.¹⁵⁶

Auch in Japan ist der Gedanke der Interessenabwägungslehre etwas eigentümlich: *Kurusu* und *Kawashima* gaben bereits eine Vermischung des Werturteils mit der Rechtsauslegung zu, fanden dies aber negativ. Dagegen behaupteten *Katō* und *Hoshino* positiv, dass die Auslegung aufgrund des Werturteils zu erfolgen habe. Der Grund für diesem Gegensatz besteht in Folgendem¹⁵⁷: Während *Kurusu* und *Kawashima* vom Zweifel an den Juristen bzw. an der Rechtswissenschaft ausgingen, setzten *Katō* und *Hoshino* voraus, dass den Richtern grundsätzlich Vertrauen geschenkt werden könne,¹⁵⁸ und dass es keine Gefahr gebe, wenn der Richter über Interessenkonflikte entscheide. Ihr Vertrauen in die Richter dürfte nach dieser Lehre noch deutlich stärker sein als bei *Suehiro*, bei dem das Gleichbehandlungsgebot der konkreten Angemessenheit vorgeht.

Nach *Katō* wird die Natur des Werturteils von Juristen und juristischen Laien nicht unterschieden.¹⁵⁹ Auch *Hoshino* sagte: „Im Hinblick auf das Werturteil und die Interessenabwägung genießt der Jurist keine besondere Autorität“.¹⁶⁰ Dabei wird also der Jurist mit dem Volk gleichgestellt. Zwar berücksichtigte auch *Kurusu* durch die Annahme der Subjektivität der Auslegung die Rechtsauslegung des Volkes, orientierte sich aber an Beschränkungen durch die „Rahmen“. Durch die Interessenabwägungslehre wurde erstmals das Bild einer volkstümlichen Rechtsauslegung theoretisch gerechtfertigt.¹⁶¹ Andererseits betonte *Hoshino* später die eigene Auslegung der Wissenschaftler, die auf der

153 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 11.

154 HOSHINO in: Awaji/Kitagawa/Takeshita/Toshitani/Hoshino/Maeda/Yoshimi, *Shihō ni okeru hō no kaishaku* [Die Auslegung des Rechts im Privatrecht], in: Wagatsuma (Hrsg.), *Jurisuto zōkan: hō no kaishaku* [Sonderheft Jurisuto: Die Auslegung des Rechts] (Yūhikaku 1972) 248; DERS. (Fn. 142) Methode 82, 87; DERS. (Fn. 142) Die Art und Weise 193.

155 RAHN (Fn. 1) 295, 398.

156 KATŌ (Fn. 141) Theorien 20, 23.

157 SEGAWA (Fn. 3) 60.

158 KATŌ (Fn. 141) Theorien 25; DERS. (Fn. 141) Ergänzung 68; HOSHINO (Fn. 142) Ergänzung 63; DERS. (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 84, 89.

159 KATŌ (Fn. 141) Theorien 36.

160 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 7; vgl. ferner DENS. (Fn. 142) Die Art und Weise 204.

161 So SEGAWA (Fn. 3) 61.

historischen, prinzipiellen oder funktionellen Analyse basiere.¹⁶² Insoweit dürfte es sich bei *Hoshino* insbesondere um die Arbeit der Rechtswissenschaftler gehandelt haben.¹⁶³

2. Zwei Typen von Interessenabwägungslehren

Die beiden Lehren *Katōs* und *Hoshinos* sind nicht ganz identisch. Daher kann man zwischen einem 1. Typ der Interessenabwägungslehre (Theorie von *Katō*) und einem 2. Typ der Interessenabwägungslehre (Theorie von *Hoshino*) unterscheiden¹⁶⁴:

Nach *Katō* erfolgt die Rechtsentscheidung wie folgt: 1. Man stelle zunächst „absichtlich ohne Berücksichtigung der Rechtsvorschriften“ nur anhand einer Interessenabwägung eine Hypothese auf.¹⁶⁵ 2. Dann suche man zur Entscheidungsbegründung eine theoretische Konstruktion, die sich nicht nur auf das gesetzte Recht, sondern auch auf andere Rechtsquellen oder juristische Theorien stützen könne.¹⁶⁶ 3. Zuletzt solle man gegebenenfalls unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit oder der Berechenbarkeit der Entscheidung jenes vorläufige Ergebnis korrigieren.¹⁶⁷

Hingegen geht *Hoshinos* Entscheidungsschema von einer umgekehrten¹⁶⁸ Reihenfolge aus: 1. Man solle zuerst die auf einen Sachverhalt anzuwendenden Gesetzesvorschriften auffinden.¹⁶⁹ 2. Dann ermittle man das Ergebnis, dass sich jeweils bei der grammatischen, logischen und historischen Interpretation als Folge ergebe.¹⁷⁰ 3. Zum Schluss müsse man jenes Ergebnis überprüfen, indem man unter dem Gesichtspunkt der konkreten Angemessenheit ein Werturteil aufgrund einer Abwägung der zum Zeitpunkt der Entscheidung relevanten Interessen ermittelt.¹⁷¹

Katō gesteht der syllogistischen Subsumtion und der juristischen Konstruktion nur eine nachrangige, sekundäre Bedeutung zu, und darüber ist er – im Großen und Ganzen

162 HOSHINO (Fn. 142) Memorandum 98; vgl. auch DENS. (Fn. 142) Brennpunkte 103.

163 Dazu Y. HIRAI, *Sengo hōkaishaku-ron no hihanteki kōsatsu: hōritsu-gaku kisoron oboegaki III* [Kritische Betrachtungen zur Rechtsauslegungslehre nach dem Krieg: Memorandum über die grundlegenden Theorien der Rechtswissenschaft III] (1988/89), in: ders., *Hōritsu-gaku kisoron no kenkyū: Hirai Yoshio chosaku-shū* [Grundlegende Theorien der Rechtswissenschaft: Yoshio Hiraïs Gesammelte Werke], Bd. 1 (Yūhikaku 2010) 112.

164 So durch *Hoshino* selbst bezeichnet, vgl. E. HOSHINO, *Iwayuru „yokin tanpo kashitsuke“ no hōritsu mondai: Hōritsu kaishaku hōhō-ron to kanren sasetsutsu* [Rechtsprobleme des sogenannten „von Spareinlagen gesicherten Darlehens“: im Zusammenhang mit der Methodik der Gesetzauslegung] (1987), in: ders. (Fn. 142) Gesammelte Abhandlungen VII 169, 171.

165 KATŌ (Fn. 141) Theorien 25.

166 KATŌ (Fn. 141) Theorien 27.

167 KATŌ (Fn. 141) Theorien 31, vgl. auch 35. Nach *Katō* geht die konkrete Angemessenheit der Rechtssicherheit vor. Dazu auch DERS. (Fn. 141) Auslegung 30.

168 HOSHINO (Fn. 142) Die Art und Weise 192. *Hoshinos* Interesse war hauptsächlich auf die Rechtsauslegung gerichtet, unabhängig von der Rechtsanwendung. Vgl. auch DENS. (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 77.

169 Dazu HOSHINO (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 80 Fn. 5.

170 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 11–12.

171 HOSHINO (Fn. 142) Die Art und Weise 212, 217.

gesagt – mit *Wagatsuma* („Kleidung“) und Früh-*Kawashima* („sprachliche Technik“) einig. Dagegen sind die syllogistische Subsumtion und die juristische Konstruktion für *Hoshino*, insoweit ähnlich wie für *Suehiro* („objektive Grenze“), Früh-*Kurusu* („Rahmen“) und Spät-*Kawashima* („Vorauskonstruktion“) von größerer Bedeutung, weil *Hoshinos* Entscheidungsschema von den Rechtsvorschriften ausgeht. Allerdings muss man beachten, dass bei *Hoshino* schließlich Interessenabwägung und Werturteil die entscheidende Rolle für die Rechtsauslegung spielen.

Übrigens stellt sich bei *Katō* die Frage, ob die syllogistische Subsumtion (3.) seinem Grundkonzept widerspricht. Dadurch kann nämlich eine Folgerung aus der Interessenabwägung (1.) korrigiert werden. Wenn aber auch die Rechtssicherheit oder Berechenbarkeit, die durch den Syllogismus erreichbar sind, als relevante „Interessen“ eingeordnet werden, wird man *Katōs* Theorie als systematisch und folgerichtig ansehen können.¹⁷²

Andererseits hebt *Hoshino* hervor, dass bei der Rechtsauslegung zuerst der Wortlaut des Gesetzes, die Logik und der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen seien (2.). Dies entspreche dem Verlangen der demokratischen Gesellschaft nach einer Gesetzauslegung, die auch für juristische Laien möglichst verständlich sein sollte.¹⁷³ In welchem Verhältnis stehen solche Auslegungsprinzipien zu den Begriffen Interessenabwägung und Werturteil (3.)? Darauf wird man antworten können, dass der Methodik *Hoshinos* der Gedanke zugrunde lag, dass die Parteien und die Gesellschaft zu überzeugen seien.¹⁷⁴

3. Kritik und Gegenargumente

Kritik an den Interessenabwägungslehren¹⁷⁵ wurde in zwei Richtungen geübt¹⁷⁶:

172 So H. MIZUMOTO, *Minpō-gaku ni okeru rieki kōryō-ron no seiritsu to sono seika* [Entstehung und Ertrag der Interessenabwägungslehre in der Zivilrechtswissenschaft] (1970/71), in: ders., *Gendai minpō-gaku no hōhō to taikai* [Methode und System der heutigen Zivilrechtswissenschaft] (Sōbunsha 1996) 184–209, 175.

173 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 12.

174 So SEGAWA (Fn. 3) 62 Fn. 13.

175 RAHN (Fn. 1) 257–260, 288–292; SEGAWA (Fn. 3) 64–74.

176 Etwa M. KAI, *Minpō kaishaku-gaku no kadai* [Die Aufgaben der zivilrechtlichen Auslegungswissenschaft] (1967), *Minpō kaishaku ni okeru „rieki kōryō-ron“ ni tsuite* [Zur „Interessenabwägungslehre“ bei der Auslegung des Zivilrechts] (1974), beide Aufsätze in: ders., *Hō no kaishaku to jissen* [Auslegung und Praxis des Rechts] (Hōritsu Bunkasha 1977) 78, 91; Y. WATANABE, *Shakai kagaku to hō no kaishaku* [Die Sozialwissenschaft und die Auslegung des Rechts] (1968), in: ders., *Hōshakaigaku no kadai: Hōshakaigaku kenkyū* [Aufgaben der Rechtssoziologie: Forschung der Rechtssoziologie], Bd. 7 (1974) 197; T. HIRONAKA, *Gendai no hōkaishaku-gaku ni kansuru hitotsu no oboegaki* [Eine Denkschrift zur gegenwärtigen Rechtsauslegungswissenschaft] (1969), in: ders., *Minpō ronshū* [Gesammelte Abhandlungen zum Zivilrecht] (Tōkyō Daigaku Shuppan-kai 1971) 381; MIZUMOTO (Fn. 172) 184–209; ferner S. INUI/M. KAI/N. TOSHITANI/S. HARASHIMA/E. HOSHINO/H. MIZUMOTO, *Zadankai „Minpō-gaku no kadai: hōkaishaku-gaku, jitsuyō hōgaku, soshite hōshakaigaku (1)(2)“* [Kolloquium: Aufgaben der Zivilrechtswissenschaft: Rechtsauslegungswissenschaft, praktische Jurisprudenz und Rechtssoziologie (1)(2)], in: Hōritsu Jihō, Bd. 39 Nr. 3 (1967) 47; Nr. 4 (1967) 64; T. AWAJI/Z. KITAGAWA/M. TAKESHITA/N. TOSHITANI/E. HO-

Einige haben die Lehre schon im Grundsatz als unrichtig empfunden. Nach der Interessenabwägungslehre werde die Bindung des Richters an das Gesetz unbeachtet gelassen und würden auch juristische Konstruktionen keine Rolle spielen, so dass dem Richter allzu freie Hand bei der Rechtsentscheidung gegeben werde.¹⁷⁷ Dies sei ein gefährliches Staatsverständnis.¹⁷⁸

Dieser Kritik widersprachen *Katō* und *Hoshino*: Dass die im Parlament geschaffenen Gesetze demokratisch seien, sei nur eine „Fiktion“.¹⁷⁹ Außerdem sei der Sinn der Vorschriften oft unklar, und mehrere Auslegungen seien möglich.¹⁸⁰ Es sei „eine Illusion“,¹⁸¹ wenn man glaube, ein einzig richtiges Ergebnis aus Vorschriften ziehen zu können. Die Betonung der Verbindlichkeit des gesetzten Rechts könne zum Gesetzespositivismus führen, was ebenfalls gefährlich sei, weil der Gesetzgeber auch Fehler begehen könne.¹⁸² Während man an den Gesetzen der Logik oder dem juristischen Syllogismus festhalten solle, sei eine weitere juristische Konstruktion auszuschließen.¹⁸³ Zuletzt solle man den Richter nicht durch das Gesetz binden, sondern durch die Auseinandersetzung mit den Werturteilen überzeugen.¹⁸⁴

Der Gegensatz rührt somit aus dem Unterschied des grundsätzlichen Bildes von Recht und Staat her:¹⁸⁵ Bei den Kritikern ist der Richter ein Inhaber von Staatsgewalt, der das Volk bedroht und den man deshalb durch das Gesetz und die Rechtswissenschaft kontrollieren müsse, um das Volk zu schützen. Dagegen stehen sich nach *Katō* und *Hoshino* der Richter und das Volk nicht gegenüber. Man soll daher auf den Richter vertrauen. Auch der Wissenschaftler solle als Bürger eine Entscheidung überprüfen.

Die zweite Kritik wurde von innen heraus geübt: Wie könne und solle man denn die verschiedenen Interessen abwägen,¹⁸⁶ wenn man den Interessenabwägungslehren folge? *Hoshinos* Antwort darauf ist sehr bekannt: Ein Kriterium, über Überlegenheit und Min-

SHINO/H. MAEDA/S. YOSHIMI, *Shihō ni okeru hō no kaishaku* [Die Auslegung des Rechts im Privatrecht], in: Wagatsuma (Hrsg.), *Jurisuto zōkan: hō no kaishaku* [Sonderheft Jurisuto: Die Auslegung des Rechts] (Yūhikaku 1972).

177 KAI (Fn. 176) Aufgaben 85, Interessenabwägungslehre 93, 96, 99; MIZUMOTO (Fn. 172) 196, 201.

178 WATANABE (Fn. 176) 218–221; HIRONAKA (Fn. 176) 386, 389.

179 HOSHINO (Fn. 176) Kolloquim (2) 66.

180 HOSHINO (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 84.

181 KATŌ (Fn. 141) Theorien 29.

182 HOSHINO (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 84. *Hoshino* ist Naturrechtler, daher muss sein Konzept von diesem Standpunkt aus begriffen werden.

183 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 13; DERS. (Fn. 142) Methode 90; DERS. (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 84.

184 KATŌ (Fn. 141) Ergänzung 69; DERS. (Fn. 141) Auslegung 19; HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 6; DERS. (Fn. 142) Ergänzung 63.

185 SEGAWA (Fn. 3) 66–67.

186 S. INUI/H. MIZUMOTO (Fn. 176) Kolloquim (1) 59.

derwertigkeit der Interessen zu entscheiden, sei ein „Werturteil“.¹⁸⁷ Dabei handele es sich um die Wertlehre: Die Werte würden eine Pluralität in sich verkörpern. Da ein Wert aus einem anderen höheren Wert begründet werde, würden die Werte also eine „Wertehierarchie“¹⁸⁸ bilden. Sie würden nicht nur aus niedrigen und konkreten Werten wie der Sicherheit des Verkehrs bestehen, sondern auch aus hochrangigen und abstrakten Werten wie der Würde des Menschen, der Gleichheit oder der geistigen Freiheit.¹⁸⁹ „Ich will möglichst ,einen Wert erfassen, den niemand leugnen kann ‘‘,¹⁹⁰ also den hochrangigsten Wert. Jedoch sei es „sehr schwierig“,¹⁹¹ verschiedene Werte zu systematisieren. Deshalb könne man endlich nichts anders tun als unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Faktoren „sozusagen aus der Anschauung“¹⁹² heraus entscheiden.

Wie bereits vermutet, befürwortet *Hoshino* die sog. „objektive Theorie“ über das Werturteil,¹⁹³ weil er von der Existenz der „objektiven Angemessenheit des Werturteils“ überzeugt ist.¹⁹⁴ Das bezieht sich darauf, dass *Hoshino* Katholik war und, wie anhand der von ihm zitierten Quellen ersichtlich ist, seine Sichtweise auf der katholischen Naturrechtslehre beruht; er schafft so also eine „neue Naturrechtslehre“.¹⁹⁵ Hingegen ist *Katō* ein Werterelativist und unterstützt die „subjektive Theorie“.¹⁹⁶ *Katō* ist also der Meinung, dass man von der Verschiedenheit der Werte und der Erhaltung ihres relativen Gleichgewichts ausgehen solle.

4. Zur „Modernen Rechtsschule“

Die sog. „Moderne Rechtsschule (*kindai hōgaku-ha*)“¹⁹⁷ entwickelte im Anschluss daran eine Theorie, die der Interessenabwägungslehre von *Katō* und *Hoshino* entgegengerichtet ist.¹⁹⁸

Toshio Hironaka gilt als ein Hauptvertreter dieser Lehre. Maßstab der Rechtsauslegung für ihn war das „moderne Recht, wie es sein sollte“¹⁹⁹, das auf den wissenschaftlichen Erkenntnissen der Geschichte beruhe.²⁰⁰ Nur durch eine Auslegung nach diesem Maßstab könne man gerichtliche Entscheidungen richtig einschätzen, diese kritisieren

187 HOSHINO (Fn. 142) Ergänzung 56; DERS. (Fn. 142) Methode 86; DERS. (Fn. 142) Die Art und Weise 193, 203.

188 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 31.

189 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 29, 44; DERS. (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 90.

190 HOSHINO (Fn. 142) Ergänzung 57.

191 HOSHINO (Fn. 142) Brennpunkte 103; vgl. auch DENS. (Fn. 142) Zwischen-Memorandum 90.

192 HOSHINO (Fn. 142) Ergänzung 59.

193 Zum Wort III.4.

194 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 42; DERS. (Fn. 142) Ergänzung 56; DERS. (Fn. 142) Methode 87.

195 HOSHINO (Fn. 142) Ergänzung 49; DERS. (Fn. 142) Methode 89; dazu vgl. auch DENS., *Tokinonagare wo koete* [Den Strom der Zeit durchqueren] (Yūhikaku 2006) 147.

196 KATŌ (Fn. 141) Ergänzung 67, 76.

197 T. AWAJI (Fn. 176) Sonderheft Juristo 9.

198 Ausführlich RAHN (Fn. 1) 265–277.

199 HIRONAKA (Fn. 176) 386.

200 HIRONAKA (Fn. 176) 387 Fn. 14.

und kontrollieren. Dabei könnten die „Entwicklungsgesetze der Geschichte“ und die „Modernisierung der japanischen Gesellschaft“ berücksichtigt werden.²⁰¹ Um die Erkenntnisse der Geschichte zu erfassen, müsse man sich mit der sozialwissenschaftlichen Geschichtswissenschaft beschäftigen.

Diese Schule kann im Grundsatz der „objektiven Theorie“ zugerechnet werden.²⁰² An ihr wurde vielfach Kritik geübt: Erstens könne man aus sozialen und historischen Tatsachen keinen Wert ableiten. Also lasse sich aus dem Satz „So wird es sein.“ der Satz „So soll es sein.“ nicht schließen.²⁰³ Die Vertreter würden nur modern nennen, was ihnen selber als modern erscheine.²⁰⁴ Die zweite Kritik bezieht sich auf ein „subjektives Werturteil“²⁰⁵ dieser Schule: Sehe man sich die bisherige Geschichte an, könne man nicht immer beurteilen, dass sich die Geschichte des Menschen in Richtung auf die Verwirklichung besserer Werte entwickle.²⁰⁶ Außerdem sei die Hypothese, dass sich aus der Geschichte das „moderne Recht, wie es sein sollte“, ableiten lasse, völlig unbegründet. Es sei schließlich auch eine geschichtliche Entwicklung in „Richtung Apokalypse der Welt“ denkbar.²⁰⁷

V. KRITIK AM IRRATIONALISMUS

1. Hintergrund

Anfang der 1970er Jahre stieg die Zahl der Prozesse mit neuartigen Streitigkeiten (*gendai-gata soshō*) an. Ein Beispiel hierfür sind die Klagen wegen Umweltschäden. Zur Bewältigung der sich bei diesen Prozessen stellenden rechtlichen Probleme fehlte es oftmals nicht nur an geeigneten Vorschriften, sie unterscheiden sich auch noch in einem weiteren Merkmal von den bis dahin üblichen Klagen.²⁰⁸ Sie bezweckten nämlich nicht nur eine nachträgliche Problemlösung zwischen zwei Parteien, sondern zielten auch auf künftige politische Änderungen ab. Insoweit stellte sich die Frage, wie man Eigenarten des Rechtsdenkens bei der richterlichen Entscheidung unabhängig von der politischen Willensbildung erfassen soll.

201 WATANABE (Fn. 176) 224.

202 AWAJI/HOSHINO (Fn. 176) Sonderheft Juristo 38.

203 Grundlegend AOMI (Fn. 116) 69.

204 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 39.

205 HIRONAKA (Fn. 176) 387 Fn. 14.

206 HOSHINO (Fn. 142) Einleitung 38.

207 HOSHINO (Fn. 142) Ergänzung 54 mit Fn. 4.

208 S. TANAKA, *Saiban ni okeru hō to seiji: shihōteki seisaku keisei wo megutte* [Recht und Politik in der gerichtlichen Entscheidung: Zum politischen Aktivismus durch Instrumentalisierung der Justiz] (1974), in: *Saiban ni okeru hō to seiji* [Recht und Politik in der gerichtlichen Entscheidung] (Yūhikaku 1979) 1; Y. HIRAI, *Gendai hōritsu-gaku no kadai* [Aufgaben der gegenwärtigen Rechtswissenschaft] (1979), in: ders., *Hōritsu-gaku kisoron no kenkyū: Hirai Yoshio chosaku-shū* [Grundlegende Theorien der Rechtswissenschaft: Yoshio Hirai Gesammelte Werke], Bd. 1 (Yūhikaku 2010) 1.

In den 1970er und 1980er Jahren kam es in Japan zudem zu einem Wiedererstarken der Schule der Praktischen Philosophie. Dies führte auch zu Diskussionen um die richtige Methode der Rechtsauslegung, da die Praktische Philosophie ihre Aufmerksamkeit darauf richtet, mittels des Diskurses und der Rhetorik zu einer rationalen Entscheidung zu kommen. Dies entspricht der traditionellen Denkart der Juristen, weder durch Deduktion aus dem Axiom noch durch Induktion aus der Erfahrung zu einem Urteil zu kommen.²⁰⁹ In diesem Zusammenhang gewannen in Japan z. B. die Theorien von *Vieweg*, *Perelman*, *Toulmin* und *Alexy* an Bedeutung. Schließlich waren es aber die Ende der 1980er Jahre publizierten Aufsätze von *Yoshio Hirai*, einem Schüler *Kawashimas*, die den Anstoß für eine grundlegende Kritik an der bisherigen Zivilrechtsauslegungslehre gaben.²¹⁰

2. *Hirai: Theorie der Argumentation*

Hirais Überlegungen sind zwar sehr kompliziert, sie können aber in vier grundsätzlichen Punkten zusammengefasst werden.²¹¹

Zunächst weist *Hirai* auf Fragen seiner Studenten hin:²¹² 1) Nach der Lehre werde die Rechtsauslegung durch ein Werturteil entschieden, aber durch den juristischen Syllogismus begründet. Widersprächen sich die zwei Sätze nicht? Warum sei die Logik denn trotzdem wichtig? 2) Man solle möglichst vermeiden, allgemeine Grundsätze wie Treu und Glauben anzuführen. Warum denn? Das könne doch als angemessenster Ausdruck eines Werturteils empfunden werden. 3) Im Unterricht würden Theorien gelehrt. Das aber sei doch sinnlos, wenn letztendlich alles abhängig vom Werturteil sei. Daraus folgerte *Hirai*, dass sich bei Studenten ein „Irrationalismus“ und die Meinung verbreite, dass man seine Behauptung nicht zu begründen brauche. Den Grund dafür sah er im grundsätzlichen Konzept der Nachkriegs-Rechtsauslegungslehre.²¹³

209 Zusammenfassend dargestellt etwa bei S. TANAKA, *Hōteki shikō to wa dono yō na mono ka* [Wie und was ist Rechtsdenken] (Yūhikaku 1989), ferner auch bei H. KAMEMOTO, diverse Aufsätze in DERS., *Hōteki shikō* [Rechtsdenken] (Yūhikaku 2006). In älteren Literatur behandelt bereits bei J. NAKAMURA, *Saiban no kyakkan-sei wo megutte* [Zur Objektivität der gerichtlichen Entscheidungen] (Yūhikaku 1970).

210 Y. HIRAI, *Sengo nihon ni okeru kaishaku-ron no sai-kentō: hōritsu-gaku kisoron oboegaki I* [Erneute Untersuchung der Rechtsauslegungslehren in Japan nach dem Krieg: Memorandum über die grundlegenden Theorien der Rechtswissenschaft I] (1988), „*Giron*“ no *kōzō to „hōritsu-ron“ no seishitsu: Hōritsu-gaku kisoron oboegaki II* [Die Struktur der „Argumentation“ und die Natur der Rechtswissenschaftslehre: Memorandum über die grundlegenden Theorien der Rechtswissenschaft II] (1988), Kritische Betrachtungen (Fn. 164), „*Giron*“ to *hōritsuka-zō* [Die „Argumentation“ und das Bild der Juristen] (1989), *Hōkaishaku-ron no gōrishugiteki kizozuke: zoku hōritsu-gaku kisoron oboegaki I* [Die rationalistische Begründung der Rechtsauslegungslehre: Fortsetzung – Memorandum über die grundlegenden Theorien der Rechtswissenschaft I] (1990), alle Aufsätze in: ders. (Fn. 209) *Gesammelte Werke* I 41, 63, 93, 155, 175.

211 Zu *Hirais* Theorie auch SEGAWA (Fn. 3) 74–97.

212 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 243 Fn. 73.

213 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 176.

Es sei allerdings unrichtig, folgende Schlussfolgerungen daraus zu ziehen:

- (1) Vernaturwissenschaftlichung als Ausweg wie bei *Kawashima*: Denn nach *Poppers* Wissenschaftstheorie können auch naturwissenschaftliche Theorien nicht immer durch empirische Experimente oder Beobachtungen bewiesen werden.²¹⁴ Aus dem singulären Satz „Schwäne sind weiß“ lasse sich nämlich der Allsatz „Jeder Schwan ist weiß“ nicht ableiten.²¹⁵ Auch die naturwissenschaftliche Theorie enthalte also mehr oder weniger subjektive Werturteile. Wenn man die „Objektivität“ der Rechtsauslegung verneine, müsse man folgerichtig auch die „Objektivität“ der Naturwissenschaft verneinen.²¹⁶ Der Wunsch nach „Wissenschaftlichkeit“ sei deshalb nicht erfüllbar. Vielmehr solle man seine Aufmerksamkeit auf die Art und Weise der inneren Rechtfertigung der Rechtswissenschaft richten.²¹⁷
- (2) Aufstellen einer Wertehierarchie wie *Hoshino*: *Hoshino* beweise nicht die „Existenz von objektiv angemessenen Werturteilen“ und stimme einer Entscheidung „aus der Anschauung“ heraus zu. Dann stelle jedoch der Streit der Rechtsauslegung einen des Glaubens dar und man würde so zum Zentrum des Irrationalismus werden. Man müsse von der Voraussetzung ausgehen, dass es nicht *die* Wertehierarchie, sondern nur „Wertekonflikte“ gebe.²¹⁸

Hirai selbst entwickelte das Konzept der „*Problemlösung aus der Argumentation*“ aus der Argumentationstheorie, um den Irrationalismus zu überwinden, und behauptete gleichzeitig, dass dies die Tätigkeit des Juristen im Allgemeinen zutreffend erfasse.²¹⁹ Die größte philosophische Bedeutung der Theorie der Argumentation liege darin,²²⁰ weder die Semantik, also die Beziehung zwischen Zeichen und Bedeutung, noch die Syntaktik, also die Beziehung der Zeichen untereinander, sondern vielmehr die Pragmatik, also die Beziehung zwischen Zeichen und den sie verwendenden Menschen, zu beachten, wobei er auf *Charles W. Morris* Bezug nimmt.

Dadurch könne man zu der Ansicht kommen, dass „Logik“ nicht nur auf die Formlogik der Syntaktik beschränkt sei, und dass es auch eine unsemantische „Wahrheit“ gebe. *Viewegs*, *Perelmans* und *Toulmins* Studien hätten auf Ersteres hingewiesen, die Sprechakttheorien *Austins* und *Searles* sowie *Habermas'* Konsensstheorie der Wahrheit hätten Letzteres entwickelt.²²¹ Daraus ergäben sich zwei Grundsätze:

214 Zur Analyse *HIRAI* (Fn. 210) Die Struktur 82–85.

215 *HIRAI* (Fn. 210) Die Struktur 83.

216 *HIRAI* (Fn. 210) Struktur 88.

217 *HIRAI* (Fn. 210) Struktur 87.

218 *HIRAI* (Fn. 210) Kritische Betrachtungen 123.

219 *HIRAI* (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 198, 256.

220 Zum Folgenden *HIRAI* (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 199–201.

221 *HIRAI* (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 200.

- (1) Es sei zu unterscheiden zwischen dem Prozess der *Entdeckung* und dem Prozess der *Rechtfertigung*²²²: Man müsse zwischen der Intention des Sprechers und den gesprochenen Aussagen unterscheiden (nach *Popper* und *Wasserstrom*). Zum Beispiel könne *Newtons* intuitive „Entdeckung“ des Gesetzes der allgemeinen Gravitation anhand des Falls eines Apfels vom logischen, mathematischen Beweis getrennt werden.²²³ Die Behauptung des amerikanischen *legal realism* verwechsle den Prozess der Entdeckung mit dem der Rechtfertigung.²²⁴ Das gelte auch für die Interessensabwägungslehre, weil sie das subjektive Welturteil ohne weiteres als ausreichende Rechtfertigung ansehe.²²⁵ Die Kritik daran, dass man die „eigene Auslegung [...] im Namen der Objektivität“ (*Kurusu*) durchsetze, sei unzutreffend.²²⁶ Der Grund des „Irrationalismus“ liege in diesem Psychologismus der Rechtsauslegungslehre nach dem Krieg. Dieser sei am stärksten zu kritisieren.²²⁷
- (2) Es sei ferner zwischen der Mikro-Rechtfertigung und der Makro-Rechtfertigung zu unterscheiden²²⁸: Wenn man die Rechtfertigung der Aussage durch eine Aussage betrachte, müsse man unterscheiden zwischen der Stufe, auf der man eine Aussage durch die logische Schlussfolgerung aus anderen Aussagen rechtfertige und der Stufe, auf der man die letzte Aussage selbst intern rechtfertige (nach *Wasserstrom*, *MacCormick* und *Alexy*). Denn beide Rechtfertigungen haben einen jeweils anderen Charakter, und zwar insoweit, als es sich bei der Makro-Rechtfertigung anders als bei der Mikro-Rechtfertigung um keine logische Schlussfolgerung aus einer Aussage handle, deren Fehler mit einem Gegenargument einfach zu überprüfen sei.²²⁹

Was die „Problemlösung“ betrifft, müsse man davon ausgehen, dass die Tätigkeit des Juristen immer mit der Problemlösung verbunden sei, und zwar die „Lösung eines Rechtsstreits“ durch einen neutralen Dritten.²³⁰ Die richterliche Entscheidung gründe auf dem Ideal der Gerechtigkeit und werde ausschließlich anhand eines Vergleichs der betroffenen Interessen der konkreten Prozessparteien getroffen („Juristische Gedankenform (*hōteki shikō yōshiki*)“), während die Ökonomie auf der Zweckrationalität basiere und die Betroffenen als Mittel für die Erreichung irgendeines gesellschaftlichen

222 HIRAI (Fn. 210) Struktur 71–74; DERS. (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 201–203.

223 HIRAI (Fn. 210) Struktur 71.

224 HIRAI (Fn. 210) Kritische Betrachtungen 127–128.

225 HIRAI (Fn. 210) Kritische Betrachtungen 113, 130.

226 HIRAI (Fn. 210) Kritische Betrachtungen 99, 139.

227 HIRAI (Fn. 210) Kritische Betrachtungen 126.

228 HIRAI (Fn. 210) Struktur 74–77.

229 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 203.

230 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 204–205; ausführlich DERS. (Fn. 210) Bild 156–162.

Zwecks behandle („Zweck-Mittel-Gedankenform (*mokuteki shudan shikō yōshiki*)“).²³¹ Jedoch entwickle sich neben dem streitorientierten Prozess der politikorientierte Prozess immer stärker, und dadurch dringe in Ersteren der Aspekt der Zweckrationalität ein. *Hirai* führt wörtlich aus: „Ich glaube, dass eine große Bestimmung, die der Jurist erfüllen soll, darin liegt, die Welt im Widerstand gegen die zunehmende Zweck-Mittel-Gedankenform durch die juristische Gedankenform zu erfassen.“²³²

Daraus folge die Formalisierung der „Problemlösung aus der Argumentation“. Dabei stelle sich dann die Frage nach der Bedeutung der „Rechtfertigung aus der Argumentation“. Dazu stellt *Hirai* anhand des Modells *Toulmins*²³³ den folgenden Satz auf: Wenn eine Aussage die Prüfung durch den Diskurs *bestehe*, werde sie insofern gerechtfertigt, und man könne sie *nur in diesem Sinne* und *nachträglich* als objektiv angemessen bezeichnen.²³⁴ Dieser Gedanke stelle eine geltende Ansicht in Frage, nach der es die Wahrheit gebe, unabhängig von der Tätigkeit des Menschen.²³⁵ Man müsse deshalb die Ethik des Diskurses befolgen und eine juristische Behauptung vorbringen, die gegen Gegenargumente bestehen könne. Dementsprechend entwickelt *Hirai* das Kriterium „Möglichkeit eines Gegenarguments“,²³⁶ die von *Poppers* „*falsifiability*“ inspiriert wurde.²³⁷ Anhand dessen solle entschieden werden, ob eine juristische Behauptung „gut“ oder „schlecht“ sei. Je größer die Möglichkeit des Gegenarguments zu einer Behauptung sei, als desto „besser“ sei die Behauptung anzusehen. Zum Beispiel sei das Argument des Verstoßes gegen Treu und Glauben „schlecht“, weil man dem nur schwer widersprechen könne. Es sei stattdessen besser, diesen Verstoß konkret zu bezeichnen und zu erläutern, warum dieses Verhalten nicht dem eines redlich und anständig handelnden Menschen entspreche.

3. Reaktionen und Beurteilung

Hirais Beiträge verursachten heftige Diskussionen und wurden unter verschiedenen Aspekten erörtert.²³⁸ Dieser Streit, der auch „der zweite Rechtsauslegungstreit (*dai-niji*

231 Dazu grundlegend Y. HIRAI, *Hōseisaku-gaku josetsu* [Einleitung zu einer Rechtspolitikwissenschaft], (2. Aufl., Yūhikaku 1995) 15–22.

232 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 215 Fn. 59.

233 HIRAI (Fn. 210) Struktur 63–67.

234 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 225 (Hervorhebung im Original).

235 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 221.

236 Zum Folgenden HIRAI (Fn. 210) Bild 166–171; DERS. (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 230–253.

237 HIRAI (Fn. 210) Bild 172 Fn. 10 (allerdings sei der Inhalt ganz anderes).

238 Y. HIRAI/E. HOSHINO/N. SEGAWA/S. TANAKA, *Mini-shinpojiumu „Hōkaishaku-ron to hōgaku kyōiku“* [Mini-Symposium: Rechtsauslegungslehre und juristische Ausbildung] (1989), J. AOMI, *Gōri shugi to hōkaishaku-ron: Hirai Yoshio kyōju no ronbun ni shokuhatsu sarete* [Rationalismus und Rechtsauslegungslehre: inspiriert durch den Aufsatz von Prof. Yoshio Hirai] (1989), M. KAI, *Setsunai made no dōkei sairon* [Erneute Untersuchung zur „dringenden Sehnsucht“] (1989), E. HOSHINO, „*Giron*“ *to hōgaku kyōiku: Hirai Yoshio „Hōritsugaku kisoron oboegaki“ ni tsuite* [Die „Argumentation“ und die juristische Ausbildung: zum

hōkaishaku ronsō)²³⁹ genannt wird, trug zunächst zur Verdeutlichung der Behauptung *Hirais* bei. Als wichtig ist insbesondere die im Folgenden dargestellte Auseinandersetzung mit *Hoshino* anzusehen.

Erstens kritisierte *Hoshino* das Vorgehen *Hirais*, das Problem bzgl. materieller Werte stillschweigend zu übergehen.²⁴⁰ Die objektive Existenz materieller Werte nur zu verneinen, sei falsch. Dagegen wendet *Hirai* Folgendes ein: Ein Problem liege für ihn darin, wie man die objektive Existenz dieser Werte „begründen“ könne. Während *Hoshinos* Gedanke zum Irrationalismus führe, könne ihn die Argumentationslehre überwinden.²⁴¹ Deshalb werde es selbstverständlich anerkannt, einen Wert nicht durch den subjektiven Glauben, sondern in Form einer Aussage zu behaupten. Seine Theorie „behauptet den Wert in hohem Maße“.²⁴² Freilich sei die Bedeutung der Objektivität anders als bei *Hoshino* und ohne Argumentation könnten keine Werte ermittelt werden.²⁴³

Zweitens kritisierte *Hoshino*, dass *Hirai* nichts über die Methodenlehre sage.²⁴⁴ Hingegen behauptete *Hoshino*, dass man bei der Rechtsauslegung zuerst das grammatische und das logische Element, dann den Willen des Gesetzgebers berücksichtigen und zuletzt die Interessensabwägung vornehmen und das Werturteil fällen soll. Auf diese Kritik antwortete *Hirai*: Nach der Argumentationslehre entstehe eine juristische Behauptung „nicht aus Vorschriften, sondern aus den *Problemen*, und nicht aus der *Methode der Auslegung*, sondern aus der *Notwendigkeit der Problemlösung*“ und „es gibt in diesem Sinne nicht die ‚Methode‘ der Auslegung“.²⁴⁵ Stattdessen werde von Juristen Folgendes verlangt: *Fähigkeit zur Problementdeckung und -lösung*, *Schöpferkraft* bzgl. einer Aussage, die die Prüfung durch den Diskurs bestehen könne, und *das sittliche Verhalten* der Befolgung der Regel für die Argumentation und „Juristische Gedankenform“ (Gefühl der *Gerechtigkeit*).²⁴⁶ Es gebe nirgends Bücher, die eine Methode erklären, aus der man immer die „richtige“ Auslegung ableiten könne.²⁴⁷

Wenn man die Theorie *Hirais* unter methodologisch-geschichtlichen Aspekten analysiert, sieht es wie folgt aus: Für *Hirai* kommt es nicht auf den Richter (*Suehiro*) oder

„Memorandum über die grundlegenden Theorien der Rechtswissenschaft“ von Yoshio Hirai], das Symposium und alle Aufsätze in: Jurisuto Henshūbu (Hrsg.), *Hōkaishaku-ron to hōgaku kyōiku: Hirai Yoshio „Hōritsugaku kisoron oboegaki“ wo megutte* [Die Rechtsauslegungslehre und die juristische Ausbildung: Zum „Memorandum über die grundlegenden Theorien der Rechtswissenschaft“ von Yoshio Hirai] (Yūhikaku 1990), 8, 55, 58, 64.

239 So AOMI (Fn. 238) 55.

240 HOSHINO (Fn. 238) 105–106.

241 HIRAI (Fn. 210) Kritische Betrachtungen 138.

242 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 228 Fn. 61.

243 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 217.

244 HOSHINO (Fn. 238) 104.

245 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 252 Fn. 97 (Hervorhebung im Original); vgl. auch DENS. (Fn. 210) Erneute Untersuchung 44 Fn. 2.

246 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 253 Fn. 97 (Hervorhebung im Original).

247 HIRAI (Fn. 210) Die rationalistische Begründung 251 Fn. 97 (Hervorhebung im Original).

Wissenschaftler (*Wagatsuma* und *Kawashima*) oder auf das Volk im Allgemeinen (insbesondere Früh-*Kurusu* und *Katō*) an, sondern auf die Tätigkeit der *Juristen im Allgemeinen*,²⁴⁸ die gemäß den erlernten Methoden der Jurisprudenz arbeiten und sich nicht auf Richter oder Anwälte beschränken. Da die Juristen eine Gemeinschaft bilden, die durch die eigenen Worte und Denkweisen der Juristen mit sich selbst kommuniziert, orientiert sich *Hirai* in der Methodik an den neuen philosophischen Ebenen der Pragmatik.

Dadurch werden bei seiner Theorie andere Gesichtspunkte als bei den bisherigen Theorien berücksichtigt: Erstens wird das Problem der Vermischung des Werturteils durch die geforderte Rechtfertigung aus der Argumentation heraus überwunden. *Hirais* Überlegungen basieren nicht auf dem Dualismus von Subjektivität und Objektivität, sondern auf einer intersubjektiven Grundlage. Dies soll die Richtigkeit der Auslegung und die Rationalität eines Werturteils nicht durch ein inhaltliches, sondern sozusagen durch ein prozessuales Kriterium gewährleisten. Zweitens wird bei *Hirai* die Bedeutung der syllogistischen Subsumtion insofern eingeschränkt, als sie allein nicht immer ausreichend zur Rechtfertigung ist. Man muss beachten, dass *Hirai* von der Argumentationstheorie ausgeht und sich in diesem Punkt von früheren Gelehrten, die die syllogistische Subsumtion geringschätzten, unterscheidet.

Hinsichtlich der Aufgabe der Theorie *Hirais* wird auf die Probleme bezüglich der Reichweite und der Art und Weise der Rechtfertigung hingewiesen. Erstens sei es schwierig, wie *Hirai* vollkommen zwischen dem Prozess der Entdeckung und dem Prozess der Rechtfertigung zu unterscheiden.²⁴⁹ Beide Prozesse seien nicht unabhängig voneinander. Bei Ersterem gehe es um die Entdeckung einer Entscheidung, die mittels des zweiten Prozesses zu rechtfertigen sei. In diesem Sinne müsse man auch den „Prozess der Entdeckung“ als einen Teil des Prozesses der Rechtfertigung betrachten.²⁵⁰ Zweitens solle man zur Gewährleistung eines rationalen Diskurses nicht nur das prozessuale Kriterium berücksichtigen, sondern auch die Struktur und Methode zur rechtlichen Rechtfertigung selbst untersuchen.²⁵¹ Wenn diese unklar bleibe, könne eine Gemeinschaft nicht die Voraussetzungen eines rationalen Diskurses schaffen.²⁵²

248 HIRAI (Fn. 210) Erneute Untersuchung 43, 58 (Hervorhebung im Original).

249 S. TANAKA, *Hōteki shikō ni tsuite no oboegaki: R. Alexy to Hirai Yoshio no riron tenkai wo keiki ni* [Memorandum über das Rechtsdenken: anlässlich der Entwicklung der Theorien von R. Alexy und Y. Hirai], in: Yamashita, *Hōteki shikō no kenkyū* [Studien des Rechtsdenkens] (Kyōto Daigaku Jinbun Kagaku Kenkyū-jo 1993) 553.

250 Zum Problem grundlegend K. HASEGAWA, *Hōteki seitō-ka no kōsei to kyakkan-sei ni tsuite no ichi shiron* [Ein Essay über die Konstruktion der rechtlichen Rechtfertigung und die Objektivität], in: Hokudai Hōgaku Ronshū, Bd. 35 Nr. 6 (1985) 161; Bd. 36 Nr. 5/6 (1986) 1; Bd. 37 Nr. 6 (1986) 1.

251 Hierzu ausführlich K. YAMAMOTO, *Hōteki shikō no kōzō to tokushitsu: jiko rikai no genkyō to kadai* [Struktur und Eigenart des Rechtsdenkens: der jetzige Stand des Selbstverständnisses und die Aufgabe], in: Tanaka u.a., *Gendai hōgaku no shisō to hōhō: gendai no hō* [Denken und Methode in der modernen Rechtswissenschaft: Das Recht der Moderne], Bd. 15 (Iwanami Shoten 1997) 231; ferner vgl. DENS., *Minpō ni okeru dōteki shisutemu-ron no kentō*:

VI. SCHLUSSBETRACHTUNG

1. Zur Entwicklung der Zivilrechtsmethodik

Zum Schluss sollen die besonderen Merkmale der japanischen Diskussion im Vergleich mit der deutschen Methodik kurz analysiert werden. Im Rahmen dieses Aufsatzes ist dabei natürlich kein Gesamtvergleich intendiert. Hierfür ist hier nicht der Platz. Im Folgenden wird nur versucht, das grundsätzlich bereits Gesagte einzuordnen. Dabei ist es aber wichtig, zwischen der Argumentationslehre und den anderen Theorien zu unterscheiden.

Sowohl in Deutschland als auch in Japan entwickelte sich die Methodenlehre im Kampf mit der Begriffsjurisprudenz²⁵³ und sie gelangte in Deutschland über die Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, während sie in Japan über den Rechtsauslegungstreit zu der Interessenabwägungslehre führte. Die beiden Entwicklungen verliefen sehr unterschiedlich und hatten unterschiedliche Ergebnisse.

Die Interessenjurisprudenz und die Wertungsjurisprudenz in Deutschland halten an der syllogistischen Subsumtion fest und betrachten die Verbindlichkeit des Gesetzes als sehr bedeutend. Aus diesem Grund wird vertieft über die Behandlung von „Gesetzeslücken“ diskutiert.²⁵⁴ Im Zusammenhang damit ist zu beachten, dass die sogenannte subjektive Auslegungstheorie, die dem Willen des Gesetzgebers im Allgemeinen besondere Bedeutung beimisst, besonders wichtig ist.²⁵⁵

Im Vergleich dazu sieht die japanische Diskussion wie folgt aus: *Suehiro* („Form“) und *Früh-Kurusu* („Rahmen“) wiesen dem Syllogismus die primäre Bedeutung zu. Insbesondere erkannte *Suehiro* darin das „Prinzip der Gleichbehandlung“ und beschränkte die richterliche Rechtsfortbildung nur auf einen vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen speziellen Fall. *Hoshino* („der 2. Typ der Interessenabwägungslehre“) ging zwar auch von Gesetzesvorschriften aus, allerdings muss nach ihm eine „konkret angemessene“ Entscheidung immer zuletzt aus einem Werturteil zum jeweiligen Zeitpunkt der Entscheidung getroffen werden. Eine juristische Zwischenkonstruktion sei dann unnö-

hōteki hyōka no kōzō to hōhō ni kansuru joshō-teki kōsatsu [Untersuchung der Theorie des beweglichen System im Zivilrecht: Einleitende Betrachtungen zur Struktur und Methode der juristischen Wertungen], in: *Hōgaku Ronsō*, Bd. 138 Nr. 1-3 (1995) 208.

252 YAMAMOTO (Fn. 251) Struktur 248–249, vgl. auch 253.

253 Freilich ist es umstritten, ob die Begriffsjurisprudenz in beiden Ländern denselben Inhalt hatte. Vgl. dazu die Quellenangaben in Fn. 13 (KITAGAWA und RAHN).

254 Im Vergleich mit Japan RAHN (Fn. 1) 397–398.

255 Darin besteht ein wichtiger Unterschied zwischen beiden Ländern. Y. NŌMI, *Hōritsu-gaku, hōkaishaku no kiso kenkyū* [Grundlegende Studien der Rechtswissenschaft und Rechtsauslegung], in: Nakagawa u.a. (Hrsg.), *Nihon minpō-gaku no keisei to kadai jō: Hoshino Eiichi sensei koki shukuga* [Bildung und Aufgabe der japanischen Zivilrechtswissenschaft: Festschrift für Eiichi Hoshino zum 70. Geburtstag], Bd. 1 (Yūhikaku 1996) 42, 50. Zum heutigen Meinungsstand in Deutschland ausführlich H. FLEISCHER, *Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 211 (2011) 317, 325–329 m.w.N.

tig.²⁵⁶ Bei *Wagatsuma* („Kleidung“), *Kawashima* („Zurückkonstruktion“) und *Katō* („der 1. Typ der Interessenabwägungslehre“) entfaltet die juristische Subsumtion Geltung nur nach den Entscheidungen. Allerdings wird bei *Kawashima* nicht nur der „Vorauskonstruktion“, sondern auch der „sprachlichen Technik“ eine größere Bedeutung beigemessen. Aber ohnehin wird heutzutage das Problem der „Gesetzeslücke“ in Lehrbüchern des Zivilrechts nur noch kurz erwähnt und überwiegend die objektive Auslegungstheorie befürwortet.²⁵⁷

Dafür lassen sich verschiedene Gründe nennen. Erstens musste man in der Vorkriegszeit die durch die Gesetzes- und Theorienrezeption verursachten doppelten Diskrepanzen mit dem japanischen gelebten Recht oder den traditionellen Einstellungen auflösen.²⁵⁸ Aus diesem Grund konnten nicht einfach Rechtsvorschriften und -dogmatik angewandt werden (*Suehiro* und *Wagatsuma*). In der Zeit des hohen Wirtschaftswachstums traten Sachverhalte auf, die durch einfache Rechtsanwendung nicht zutreffend gelöst werden konnten (*Katō* und *Hoshino*).

Zweitens wird auf die Beziehung zwischen der japanischen Auffassung von „*giri*“, der Dankespflicht, und der Erwartung einer flexiblen Gerichtsentscheidung unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände hingewiesen.²⁵⁹ Außerdem geht bei der japanischen Gerechtigkeitsidee anders als in Deutschland die konkrete Angemessenheit dem Gleichbehandlungsgebot vor.²⁶⁰ Bei den methodologischen Streitigkeiten trat das letztgenannte Element in den Interessenabwägungslehren am deutlichsten hervor, klang aber auch schon bei *Wagatsuma* und seinen Studien der zu verwirklichenden Ideale an. Im Gegensatz dazu standen die Ideen *Suehros*, die auf dem Gleichbehandlungsgebot beruhten, und die „Vorauskonstruktion“ *Kawashimas*, der die Kontrolle der künftigen juristischen Entscheidungen bezweckte.

Drittens wurde in der Diskussion oft das Vertrauen zum Richter betont. Demgegenüber bestand spiegelbildlich das Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber. Vor dem Krieg mangelte es an den Voraussetzungen für einen funktionierenden Parlamentarismus wegen des damaligen Klassensystems. Auch jetzt wird noch gesagt, dass es eine „Fiktion“ sei, wenn angenommen werde, dass die im Parlament geschaffenen Gesetze demokratisch seien (*Hoshino*). Hinzu kommt, dass in Japan Maßnahmen zur Regelung und Lösung

256 Zur Interessenabwägungslehre vgl. RAHN (Fn. 1) 399, 413; BAUM (Fn. 1) 288.

257 Aber seit kurzem wird die subjektive Auslegungstheorie stark verteidigt von T. MAEDA, *Hōkaishaku he no teigen* [Ein Vorschlag zur Rechtsauslegung] (2005), DERS., *Hōkaishaku ni tsuite* [Über die Rechtsauslegung] (2012), in: ders., *Minpōgaku no tenkai* [Entwicklung der Zivilrechtswissenschaft] (Seibundō) 1, 42; DERS., *Hōkaishaku hōhō-ron josetsu* [Einleitung zu einer Methodik der Rechtsauslegung], in: *Minshōhō Zasshi*, Bd. 146 Nr. 3 (2012) 267. Außerdem wird eine strenge objektive Auslegungstheorie, die die Feststellung des Willens des Gesetzgebers als wertlos betrachtet, auch von der herrschenden Meinung nicht unterstützt.

258 RAHN (Fn. 1) 401, 403, 422.

259 RAHN (Fn. 1) 406.

260 RAHN (Fn. 1) 413.

neuer Probleme durch das Parlament meistens zu spät kommen. Es liegt daher nahe, dass der Gesichtspunkt der rechtsstaatlichen Bindung des Richters an das Gesetz bei der Diskussion in Japan nicht im Vordergrund steht. Indes darf man nicht vergessen, dass auch in Japan an diesen Vorstellungen Kritik daran geübt wird, eine Entscheidung in das weite Ermessen der Richter zu stellen (unter anderem von der „Modernen Rechtsschule“).

Viertens gibt es in Japan kein Verfassungsgericht. Der Oberste Gerichtshof ist vielmehr auch berechtigt, über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, zu entscheiden. Dagegen ist in Deutschland im Prinzip nur das Bundesverfassungsgericht ein für Verfassungsstreitigkeiten auf Bundesebene zuständiges Gericht, und der Bundesgerichtshof in Zivilsachen muss daher die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einholen, wenn er eine Verletzung des Grundgesetzes annimmt. Hinsichtlich der Nachkriegszeit kann man auch dies als einen Grund für den Unterschied in der Betrachtung der Verbindlichkeit des Gesetzes in Deutschland und Japan anführen.²⁶¹ Die Beziehung zwischen der Verfassungsnormenkontrolle und der zivilrechtlichen Methodenlehre ist allerdings noch eingehender zu untersuchen.

Zuletzt soll die wissenschaftliche Seite etwas ausführlicher zusammengefasst werden: Zunächst stand die japanische Zivilrechtsmethodik seit *Suehiro* unter dem Einfluss des amerikanischen *legal realism*.²⁶² Infolgedessen wurde betont, dass in Wirklichkeit weder der Wortlaut des Gesetzes noch der Wille des Gesetzgebers die entscheidende Rolle spielen. Dieser Gedanke führte zum Äußersten: „Die Rahmen“, die beispielsweise aus dem Gesetzeswortlaut gezogen werden, sind „schon vom subjektiven Werturteil des Auslegenden abhängig“ (*Kurusu*). Dann gab es in Japan ein eigentümliches Problem hinsichtlich der Interpretation der Friedensverfassung in der Nachkriegszeit, das *Kurusu* zu sehr radikalen Behauptungen hingerissen hat, wonach die Richtigkeit der Rechtsauslegung überhaupt bezweifelt werden müsse, was schließlich dazu führte, dass er zuletzt jedwede objektive Kriterien verneinte. Deshalb wird der Rechtsauslegungsstreit oft als „inländischer Streit“²⁶³ bezeichnet. Weiterhin waren in Japan die Interessen in Bezug auf die Diskussion unterschiedlich. Bei der Begriffs-, Interessen- und Wertungsjurisprudenz ging es immer in erster Linie um Kriterien für Gerichtsentscheidungen des Richters. Zwar behandelte auch *Suehiro* das Thema der richterlichen Entscheidung, aber *Wagatsuma* und *Kawashima* entwickelten eine Auslegungslehre des Wissenschaftlers, *Katō* und *Hoshino* schließlich richteten ihre Aufmerksamkeit auch auf die Auslegung durch das Volk.²⁶⁴

261 So NŌMI (Fn. 255) 51–52

262 Vgl. auch die Analyse von RAHN (Fn. 1) 401.

263 J. AOMI, *Gendai hōkaishaku-gaku ni okeru kyakkansei no mondai* [Das Problem der Objektivität in der modernen Rechtsauslegungswissenschaft], in: ders. (Hrsg.), *Gendai hōgaku no hōhō: gendai-hō* [Die Methode der modernen Rechtswissenschaft: Das moderne Recht], Bd. 15 (Iwanami Shoten 1966) 3, 21.

264 Zum letzteren Punkt vgl. RAHN (Fn. 1) 409.

So kam in Japan die Frage auf, wie man die Subjektivität des Werturteils überwinden könne. Die Antworten gehen in zwei Richtungen: Einerseits durch Vernaturwissenschaftlichung (*Kawashima*) und andererseits durch das Aufzeigen der relevanten objektiven Werte. Der ersten Richtung liegt der Gedanke zugrunde, dass man nur bei einem Beweis durch empirische Experimente oder Beobachtungen von der Richtigkeit sprechen kann. Als Werte wurden u. a. folgende genannt: Die „idealen Leitprinzipien“ für den Fortschritt der kapitalistischen Gesellschaft (*Wagatsuma*), das „moderne Recht, wie es sein sollte“ („Moderne Rechtsschule“) und die Wertehierarchie (*Hoshino*). Jede dieser Behauptungen wird kritisiert, aber man sollte berücksichtigen, dass jede Theorie zu ihrer Zeit eine Antwort auf die sich jeweils stellenden Problemen darstellt.

2. Zur Theorie der Argumentation

In jüngerer Zeit übte *Hirai* fundamentale Kritik an den Rechtsauslegungslehren der Nachkriegszeit und stellte das Konzept der „Problemlösung aus der Argumentation“ vor. Der Charme dieser Theorie liegt darin, dass sich durch den intersubjektiven Diskurs ein Werturteil als tragfähig zu beweisen hat und so eine Rationalität gewährleistet werden kann, ohne in Probleme der Subjektivität des Werturteils zu geraten. Diese Richtung wird von nicht wenigen Wissenschaftlern unterstützt, die verlangen, dass die Struktur der Rechtfertigung einer Entscheidung klar herauszustellen ist, und die Kriterien hierfür festlegen wollen, selbst wenn diese Sichtweise „japanischem Denken fremd“ sei.²⁶⁵ Einer der wichtigsten Gründe dafür liegt darin, dass man sich anders als bei den Interessenabwägungslehren um das Herausarbeiten eines Rahmens zur rechtlichen Rechtfertigung bemühen sollte, der den rationalen Diskurs auch über Fragen der Werte ermöglicht.²⁶⁶

Im Vergleich zu Deutschland sind noch folgende Gesichtspunkte von Bedeutung²⁶⁷: Die Argumentationstheorie hat hauptsächlich einerseits die Rechtfertigungsart durch das herkömmliche Subsumtionsmodell und andererseits die Betonung des Prozesses der Entdeckung bei der Freirechtsbewegung oder im *legal realism* kritisiert. Die letztgenannte Theorie ist aber tatsächlich nicht für besonders wichtig gehalten worden, weil damals in Deutschland beide Schulen bereits verfallen gewesen waren. Die Kritik am Subsumtionsmodell ist daher von großer Bedeutung gewesen. Anders verhält es sich in Japan. *Hirai* verwirft daher vor allem die Unterschätzung des Prozesses der Rechtfertigung und kritisiert die Vermischung des Prozesses der Entdeckung mit dem der Rechtfertigung, die in Japan herrschend war, und anschließend den „Irrationalismus“ bei der Rechtsauslegung. Denn das Subsumtionsmodell wird nicht primär in Frage gestellt, weil die juristische Subsumtion in Japan bereits heftig kritisiert worden ist. Die Originalität der Argumentationstheorie *Hirais* besteht darin, die „Möglichkeit eines Gegenarguments“ bei der Art und Weise der juristischen Rechtfertigung in den Vordergrund zu

265 RAHN (Fn. 1) 399.

266 Etwa YAMAMOTO (Fn. 251) Struktur 249–256, 267 Fn. 65.

267 Ausführlich NÖMI (Fn. 255) 59–78.

stellen.²⁶⁸ Daraus ergibt sich, dass man auch die Theorie *Hirais* abhängig von der Aufgabe erfassen muss, die er sich selbst gestellt hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich damit, die Entwicklung der modernen Zivilrechtsmethodik in Japan zu schildern sowie ihre Struktur und Eigentümlichkeiten zu beleuchten. Dabei wird vor allem die japanische Literatur, die nach der Publikation von Rahns Werk veröffentlicht wurde, berücksichtigt. Behandelt werden die zentralen Entwicklungen von Suehiros Methodenlehre bis zur Theorie von Hirai. Suehiros Methodik ist als erster wichtiger Wendepunkt in der Methodengeschichte zu erfassen. Die von Hirai entwickelte Argumentationstheorie entstand im Anschluss an die Interessenabwägungslehre und beeinflusst die heutige Zivilrechtsmethodik stark. Die vorliegende Arbeit bezweckt hauptsächlich, aus einer inneren Perspektive heraus die Merkmale der einzelnen Methoden und die Beziehung zwischen den Methoden untereinander zu verdeutlichen. Dazu wird zunächst die Zivilrechtsmethodik vor dem Krieg, vor allem die Methodik nach den Lehren von Suehiro und Wagatsuma dargestellt. Sodann werden der sog. Rechtsauslegungstreit der Nachkriegszeit, bei dem Kurusu und Kawashima im Mittelpunkt standen, und im Anschluss daran die Interessenabwägungslehren, die von Katō und Hoshino vertreten wurden, sowie die Auseinandersetzungen darüber behandelt. Danach wird die Argumentationstheorie Hirais erörtert. Zum Schluss wird kurz auf die Eigentümlichkeiten der japanischen Diskussion im Vergleich zur deutschen Methodenlehre eingegangen. Damit möchte die vorliegende Arbeit einerseits zum besseren Verständnis der Entwicklung und Struktur der japanischen Zivilrechtsmethodik beitragen und andererseits den aktuellen Stand der Diskussion über die Zivilrechtsdogmatik vorstellen.

SUMMARY

This paper describes the development of modern civil law theory in Japan, its structure and its particularities. In particular Japanese literature on this topic that has been published after the publication of Guntram Rahn's book [Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, C.H. Beck 1990] has been taken into consideration. The main developments starting with Suehiro's and finishing with Hirai's legal theory are described. Suehiro's legal theory can be regarded as a first important turning point in the history of legal methodology. Hirai developed his theory of argumentation subsequently and in view of the theory of balancing interests. It strongly influences current civil law metho-

268 Im Vergleich zu Deutschland, so NÖMI (Fn. 255) 68, Fn. 57.

dology. This paper aims at, from the inside view, clarifying what precisely the characteristics of the various legal theories and their interrelations are. Therefore, it starts with an overview of the legal theories before World War II, in particular of the theories of Suehiro and Wagatsuma. After this, the dispute over the right method of interpreting laws that erupted in the early years after World War II, with Kurusu and Kawashima as its major protagonists, and thereafter the theories of Katō and Hoshino on balancing interests as well as the following discussion on these will be outlined. Thereafter, Hirai's theory of argumentation will be discussed. Finally the paper examines the differences between the German and Japanese approaches toward legal methodology. The paper's general intention is to foster a better understanding of the development and structure of Japanese civil law methodology and the state of the discussion today.

(The Editors)

