

# 法的判断論の構図

## —法の解釈・適用とは何か—

広 渡 清 吾

### 概 要

日本では、司法改革の一環として2004年4月から法科大学院が開設されるが、そこで行われる法曹養成教育において重要なのは、法的判断能力を養成することである。法律家が個別の事案について法的判断を行う（法的決定をくだす）場合、法に基づく裁判という枠組みの下で、それがどのようなプロセスをたどって行われるのか、また、行われるべきなのかは、近代法の歴史と共に古い論争問題であり、また、第二次大戦後の日本においても「法解釈論争」として争われ、なお論争問題としてあり続けている。「法的判断とは何か」は、判断の基準である法をどう捉えるか、つまり「法とは何か」という問題と表裏をなしており、現代の法理解の基礎に関わっている。本稿は、これに関する最近の日本の特筆すべき業績を中心にドイツおよびアメリカの議論をこれに関連させながら検討し、法的判断に関する理論状況の構図を提示するものである。

### キーワード

フィクション論, 利益衡量論, サヴィニー, 法律学的ヘルメノイティク, 統合性としての法 (law as integrity)

## 1. 問題の設定

日本では、第二次世界大戦後の司法法改革以来最大の司法制度・法曹養成制度の改革が進められている。その要の一つがアメリカのロー・スクールを準拠モデルにした「法科大学院」の設立である。これは、学校教育法上の高等教育制度である専門職大学院の一形態として専門職としての法曹（裁判官・検察官および弁護士の3者）を養成することを目的と

するものである<sup>1)</sup>。関連の諸法令が2002年11月に制定され、各大学は2004年4月の開校を目指して準備を進め、定員総数5950人・72法科大学院の設置認可の申請が行われた。同年11月に文部科学大臣は、66法科大学院の設置を認可する決定を行った（認可が留保された2大学については年度内に追加して認可される見通しである）総定員数は5500名程度と予定される。

法科大学院という新しい法曹養成専門高等教育機関において、どのように法律家の養成が行なわれることになるだろうか。法曹は、法の実務家として一定の紛争において「何が法であるのか」（あるいは「何が法であるべきか」）を表明し、理由づけなければならない。それは、広く法的判断（legal decision, rechtliches Urteil）と呼ばれる。この法的判断は、近代に伝統的な理論によれば、三段論法（Syllogismus）として理解されてきた。すなわち、大前提としての法規範の解釈による確定、小前提としての事実関係の認定、事実関係の法規の構成要件への包摂による法の適用、がそれである。法の実務家は、大前提としての法規範に通暁することによって、また、三段論法の適用の習熟において、様々な紛争の解決を導くことができる専門家であると考えられてきたのである。

現代専門家論において、アメリカの哲学者ドナルド・ショーンは、専門家が「技術的合理性に基づく技術的熟達者 technical expert」でありその実践が科学技術の合理的適用であるとする見方がいまや不適切となり、現代の専門家が「行為のなかでの省察 reflection in action」に基づく「反省的实践家 reflective practitioner」であるべきことを指摘した。換言すれば、現代の専門家は、所与の科学技術体系の適用によって問題を解決できるという状況にもはやおかれておらず、実践において同時にリサーチ（省察）しつつ、かつ、1回的な実践を全体的な認識の1つのプロセスとするような実務を通じて、問題の解決方法（それどころか、どのように問題を設定すべきか）を創造的に見出すことが求められているのである<sup>2)</sup>。

ショーンが一般的に指摘した上述の論点は、法実務家にもそのままあてはまる問題である。というよりむしろ、法実務家が所与の科学技術体系（実定法体系）の適用によってのみ問題を解決できるような状況におかれておらず、法規と具体的な事案を前にして、どのように法的判断を行うべきかという問題は、法律学にとってすでに早くから（遅くとも19世紀末葉以来の）アポリアとして存在してきた問題である。とくに日本では、第二次大戦後1950年代中葉に新しい日本国憲法の解釈が大きな政治的社会的な問題となったことを契機にして「法解釈とは何か」をめぐる論争（法解釈論争）が展開し、明確な決着をみないままに（真偽をあらそう論争ではなく方法論争としてこれは当然のことかもしれないが）さら

1) 広渡清吾編『法曹の比較法社会学』東京大学出版会、2003年の総論および総括を参照されたい。

2) ドナルド・ショーン（佐藤学・秋田喜代美訳）『専門家の知恵』ゆみる出版、2001年。

にいくつかの局面を経ながら今日に至っている。近年、法解釈論争の引き金を引いた民法学者・来栖三郎の『法とフィクション』（東京大学出版会・1999年）が刊行され、また、同じく民法学者として同時代を学問的に共有してきた原島重義の『法的判断とは何か—民法の基礎理論』（創文社・2002年）が公刊された。この二つの著作は、戦後日本の法学が長く思いをめぐらせてきた法的判断とはなにかという問題を深く考察するものである。本稿は、この二つの著作を中心的な論評の対象にしながらか法的判断の構図について検討する筆者の覚書である。

## 2. 大前提としての法規による拘束性の問題——史的概観

(1) 法的判断論においては、まずなによりも大前提としての法規の拘束性が第一次的な枠組みである。近代の法治国家原則の下では、裁判官が法に拘束されることが裁判の必須要件であり、これは憲法上の原則として規定される。すなわち、日本では「すべて裁判官は、その良心にしたがい独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」（日本国憲法76条2項）とされ、ドイツでは「裁判官は、独立であり、かつ、法律にのみ服する。」（ドイツ基本法97条1項）とされている。裁判官の法的判断が法律に服すべきことは、このように憲法上の要請である。ドイツ基本法は、「司法権は法および法律に拘束される。」（20条3項）とも規定し、これが法治国家原則の一つと位置づけられる。

ドイツに即してみると、裁判官の法律への拘束原則は厳格に解釈されており、連邦憲法裁判所によると「裁判所が規範適用者の役割から規範設定機関へと踏み出すこと」は法治国家原則に照らして承認されないとされる。とはいえ、裁判官の「創造的な法発見 *schöpferische Rechtsfindung*」が排除されるものではなく、それは「法治国家性の故に放棄することのできない司法の法律への拘束という原則に基づいてひかれる限界」の範囲で認められる。そのような限界内で、裁判官が自ら法を発見する場合の基準について、連邦憲法裁判所は具体的に指示しないが、「一般的法的基礎から生じる承認された法発見の方法」によること、「憲法適合的な法秩序に内在する価値表象を明らかにし、決定においてそれを実現すること」、そしてこれらについていづれも追試可能な基準を示すべきこと、「恣意に拠ることなく合理的な議論に拠るべきこと」等を論点として提示している<sup>3)</sup>。

こうした憲法論的要請（裁判官の法律への拘束）について、近代ドイツの法学説はこれまであれこれの論議を展開してきたが、その歴史は近代法の形成史とまったく重なっている。レギナ・オゴレクの『王たる裁判官か包摂の自動器械か？——19世紀における司法理論』（1986年）と題する浩瀚な著作によると、18世紀の法典化時代を経て19世紀の近代ドイ

ツ法学の形成以来、今日に至るまで、一方で裁判官の法律拘束の政策的要請と他方で裁判(事案と法規を相関させて結論を導く法的判断)に関する認識論的・言語論的法学方法論は、この「両極」の裁判官像、つまり、法律から自由に判断することのできる「王たる裁判官」と法律の伝声管として事案を法律に当てはめることに専心する「自動包摂器械」の間で論議をつづけてきたのであり、そのなかでどの陣営からも唯一承認されていることは、「非政治的な、拘束された、論理的・機械的に操作する裁判官のイメージ」が19世紀に発するものであるということである<sup>4)</sup>。

(2) 裁判官の法律への拘束が実現されているというためには、実定法体系の完結性・無欠缺性を前提にして裁判官を包摂器械であるとするか、あるいは実定法体系が完全無欠のものではなく、裁判官が欠缺を補充する必要があるとしたうえで、その補充が法律への拘束原則(裁判官は立法者ではないという法治国家原則)に矛盾せずに行われると立論することが必要である。ドイツについて歴史的にみると、19世紀の80年代に初めて法律実証主義的な裁判官像に対してその法的判断の創造的性格を正面から承認する理論が登場する。オスカー・ビューローの『法律と裁判官職』(1885年)がそれである(Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885)<sup>5)</sup>。これを嚆矢として、法律実証主義と概念法学を批判する自由法論や利益法学の理論が展開してくる。20世紀の10-20年代には、実定法体系の完全無欠缺性の

3) このまとめは、Hans-Joachim Strauch, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz-eine Bindung durch Kohärenz, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3/2002, S. 311-312. 民法学界においてもっともポピュラーだと思われるこの問題に関する説明を引用しておこう。「法律は、裁判官が決定を求められる個々の事案に関して、その事案の決定のための一般的な規則を提示している。ここから、立法と司法の緊張関係が生じる。議論は、二つの極の間を動いている。一つは、裁判官の法律への厳格な拘束を強調し、裁判官の任務が事案を法律の下にたんに包摂することとみるものである。他の一つは、裁判官をこの拘束から解放し、事案を裁判官の評価にしたがって有意味に、公正に、かつ合目的に決定することを裁判官に授権するとするものである。いづれにしても基本法の下では『裁判官は法律と法に拘束される』が、その場合には裁判官は、法律の解釈および継続形成(Auslegung und Fortbildung)について権限と義務をもつのである。」「(法律の解釈について)多くの人は次のように考えている。裁判官は、“正しい”結果を(伝統的な4つの解釈方法——文理解釈, 体系的解釈, 歴史的解釈および目的論的解釈——などではなく)なにか別途の仕方、たとえばかれの“法感情”を通じて発見し、あらかじめ発見した結果を議論によって確保するために解釈の方法を恣意的に使っている、と。確かに解釈方法が確実で疑いえない結果を保障するものではないこと、また、まさに不確定法概念(一般条項など—筆者)の解釈の際には価値判断の余地が大きく存在するということは、間違いのないところである。そのようにみれば、解釈とは、法の発見(Rechtsfindung)だけではなく、法の定立(Rechtssetzung)でもある。しかし、決定的なことは、裁判官がその解釈を理由づけなければならないこと、つまり、他者にとって後に裁判官の議論を跡付けることが可能であり、かつ、後に審査ができるように、事物に即した議論が提示されていなければならないということである。」(BGB. Text, 51. Aufl. 2002, Deutscher Taschenbuch Verlag, Einführung von Helmut Köhler, S. XXX I -XXX II)

4) Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1986, S. 1-7.

5) Vgl. Ogorek. a. a. O., S. 257-279.

主張は後退し、実定法に欠缺のあることを前提にしたうえで、いかなる場合に欠缺があるとするか、欠缺が確定できたとしてどのようにそれを補充するか、その場合に裁判官の自由＝創造性をどのようなものとして位置づけるかが論争の対象となった。

概念法学を支持したルドルフ・ゾームは1909年の論文で、概念こそが法的素材を整理し、法秩序を把握するために不可欠のものであり、かつ、欠缺補充の機能をもつことを主張した。すなわち、個々の法規から抽象した法概念により構成される体系は、法規に規定されていない個別事例について法的判断の基準をそこから導き出しうるものなのである。ゾームによればまた、法概念は古い生活内容から生み出されているものであるので、現在の利益状況と正義の要請によって補正する必要があるとされた<sup>6)</sup>。

利益法学の創設者フィリップ・ヘックは、1912年の論文で、ゾームが示したような概念法学的欠缺補充、つまり法規から抽象して法概念を形成し、個別の法規に含まれない事案をその法概念に包摂して法律の欠缺を補充する方法（ルドルフ・フォン・イエーリンクがその後期に提唱した「構成的方法」がこれであると位置づけられる）を「さかさまのやり方 Inversionsmethode」と非難した。この方法では実生活での利益状況が法の世界に正しく反映されないからである<sup>7)</sup>。ヘックは、法規の中に社会の利益衝突の結果としての立法者の決定が示されていると把握し、欠缺の確定・補充が諸利益の探求を通じてこの立法者の判断に思慮深く従いつつ行なわれるべきだとした。自由法論の論客であった弁護士のエルンスト・フックスは、1910年の論文でヘックと同様に概念法学の「さかさまのやり方」を批判し、伝統的ドイツ法学を変革するために法律家が手続法における「自由心証主義」および実体法における「信義則条項」（ドイツ民法典242条）の活用によって「自由な法発見」を進めること、このために法律家が事実に関する科学、すなわち裁判過程についての心理学と社会の職業生活に関する社会学を習得すべきことを主張した<sup>8)</sup>。

(3) 法律の欠缺およびその補充というコンセプトは、法律（法規）の解釈によって当該法規が当該事案に適用できないという判断が引き出しうること、つまり、法規の解釈には一義的な結論があること、また、法的判断は法規による基準ないし補充によって獲得された基準にしたがって行われる（べき）もの、という考え方を基礎にしている。ゾームとヘックの立論は、これにあてはまる。これに対し、フックスの自由法論は、裁判官の自由な法

6) Rudolf Sohm, Über die Begriffsjurisprudenz, Deutsche Juristenzeitung, 1909, S. 1019-1024.

7) Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912. ヘックの方法論の体系的叙述は Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914 を参照しなければならない。

8) Ernst Fuchs, Begriffsjurisprudenz und soziologische Rechtswissenschaft, Frankfurter Zeitung von 22. 5. 1910, S. 5-6. この論文は Werner Krawiez (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, 1976 に収録されている。

発見の実定法上の根拠が信義則条項（いわゆる一般条項）に求められ、実質において裁判官がその固有の判断に基づいて裁判を行うことを可能にしている。フックスのこの論文では明確でないが、同じ自由法論にたつ弁護士であったルートヴィヒ・ベンディクスは、少し遅れて1924年の著作で「判決は裁判官の人格的、精神的創造物」とであると主張する議論を展開した<sup>9)</sup>。ベンディクスによれば、法的判断において「事実」も「法規」も「多義的 *mehrdeutig*」であり、それゆえその解釈は法的判断者（解釈者）に依存し、立法者の精神的産物としてのいわば一種の芸術作品である法規は、鑑賞者＝法的判断者の精神活動によってはじめてその内容を蘇生されるものである。したがって法的判断は、かれによれば、事前に与えられた確定可能な法規の基準にしたがって、確定された事実が評価されるといった合理主義的なプロセスではなく、法的判断者の「非合理的な人格性の表現」に他ならない。

裁判官の法律に対する関係については、以上に見るように、①実定法体系の無欠缺一性をどうみるかに加えて、②法律が解釈によって確定可能かどうかという論点をめぐって理論的な分岐が生じたのである。①の段階においては法律が解釈によって確定可能であり、法的判断において基準を与えるものであることが前提とされている。実定法体系に欠缺一のあることも解釈によって確定されるわけである。もちろん、法律の解釈については、立法者意思説と法律意思説（あるいは歴史的解釈と客観的解釈）の基本的対立があり、前者が歴史的に規定された立法内容を探求するのに対して、後者が現在の時点でもっとも適切な意味内容を法律から解釈によってとりだすものであり（規範的解釈とも呼ばれる）、後者の場合には実質において解釈者の価値判断の介在する余地が大きいのであるが、しかしこの場合も解釈によって法律の意味が確定可能であることが前提とされている（ゾームは客観的解釈を採り、ヘックは歴史的解釈を採った）。以上についてここでは、ベンディクスに倣って、法律が解釈によって確定可能であり、解釈者が客観的に拘束されるとする立場を合理主義、確定不可能であり解釈が解釈者に依存するとする立場を非合理主義とよぶことができる。

この合理主義と非合理主義の交錯は、合理主義内部の対抗（基準を導くために決定的なのは概念か利益か、あるいは価値か。裁判官は法を「発見」するにとどまるのか、あるいは法を「創造」するのかなど。）とともに、今日まで法学方法論の規定要因をなすものである。＜合理主義は、法的判断において判断者に事前に「規範」が与えられるとするものであり、非合理主義は規範が与えられず、それゆえ判断者が「決断」しなければならないとするもの＞と置き換えれば、この二つの対置は人間の判断に関する基本的な思考パターンである「規

9) ベンディクスについては広渡清吾『法律からの自由と逃避——ワイマル共和制下の私法学』日本評論社、1986年、第3章七を参照。なお、ワイマル期の法学方法論の配置図が同書第1章に示されている。本文の背景として参照されたい。

範主義」と「決断主義」の対置と重なるものである<sup>10)</sup>。

### 3. 来栖のフィクション論

(1) さて、来栖は、日本の戦後の法解釈論争に重要な一石を投じた1953年の私法学会の報告「法の解釈と法律家」において、①法の解釈は一つの実践的価値判断であり、客観的真理を認識するといったものではなく、②そこで解釈者はこの実践的価値判断に社会的責任を負わなければならない、③それゆえ責任を全うするために法規の権威でごまかすことなく、現実の社会関係の社会学的方法による分析をもって実践的価値判断を理由づける努力をしなければならないと主張した<sup>11)</sup>。このように来栖は、現実の法律家の法的判断が非合理主義的に行われていることを指摘し、そうすることによって判断基準の基礎づけのために事実に関する科学（来栖は法社会学ないし社会学的法律学をあげている）の必要性を提起したのである。渡辺洋三は1959年の著作で、のちに見る川島武宜の所説と来栖の所説をあわせて、それらにおいて共通に明らかにされた点として次の4つのことを指摘している。

①法の解釈という人間行動は、何が法であるかという客観的事実を確定する行為ではなく何を法たらしめるかべきであるかを主張する実践的行為である、②それゆえ法解釈は複数のものが成立しうる、③法解釈の正しさは、なんらかの「わく」の存在によってその限界内であることを要件とするが、しかし最後は解釈者個人の価値判断に照らして決められるほかない、④法解釈の根拠は、その解釈がもたらしうる社会的結果についての実質的判断に求められる、⑤したがって、法に関する科学は法の解釈それ自体については成り立たない<sup>12)</sup>。

来栖は、後にここでの立論は「殆ど思い付きの程度をでなかった。」と述べているが（『法とフィクション』24頁。以下頁数のみで引用、「」は直接の引用、<>は引用者の要約を含む）、すでに法解釈論争のさなか1957年に「法の解釈における制定法の意義」を執筆している。これが、著作『法とフィクション』の第一論文（以下、第一論文）として収められている。

第一論文は、「制定法とは何か、制定法はどの程度において法の解釈を制約するか」という「法の解釈の中心問題」に取り組むものであり、来栖の研究計画によれば、①「法と法源」、②「擬制の機能」および③「自由法学及び利益法学の意義」が論究されるべき課

10) これについて笹倉秀夫『法哲学講義』東京大学出版会、2003年、399-418頁参照。

11) 来栖「法の解釈と法律家」『私法』第11号、1954年、16-25頁。同趣旨のことをすでに述べたものとして「法律家」『末川先生還暦記念 民事法の諸問題』有斐閣、1953年、237-254頁。

12) 渡辺『法社会学と法解釈学』岩波書店、1959年、19-42頁参照。

題とされた。「法と法源」の問題を分析する第一論文において、来栖は立法者意思説と法律意思説の対立を詳細に追究し、いずれの説も制定法の過大評価に困っていること、つまり、制定法は一つの「法源」であり、「法」そのものではないことを見誤っていると分析する。なるほど、制定法の意味は、歴史的に定まるものであり、かつ、それが社会の変遷によって変ることはありえないから、制定法の解釈は歴史的解釈=立法者意思説によるというのが正しい。しかし、制定法の意味が不変であるからといってその法文の意味がただちに現実の法として妥当すると考えるべきではなく、この点で客観的解釈=法律意思説が正しいが、この説が制定法の意味を立法者意思とは無関係に定めうとするのは誤りである。要するに両説の対立を超えたところに真の問題がある。そこで、続けて来栖は、法と法源の関係について、アメリカの法学者グレイ (T. Ch. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2. ed. 1948) およびフランク (J. Frank, *Law and the modern Mind*, 1930: 『法と現代精神』 棚瀬孝雄・棚瀬和代訳, 弘文堂, 1974年) の著作を引証しながら論じる。

来栖のここでの論証手続きには、注意が払われるべきであろう。立法者意思説と法律意思説の対立はもっぱらドイツの学説にしたがって整理が行なわれており、これらのドイツの学説は裁判官の法律への拘束 (したがって裁判官の法創造の禁止) を議論の前提にしている。裁判官が法を創る (Judges make law.) ことを承認して法と法源を区別するアメリカの学説は、この前提をすでに乗り越えているのである。したがって、論証手続きとしては、学説上の理論的優位が問題となっているのではなく、来栖自らがドイツの学説が前提にしたものを前提にしないという選択を行なったということとして読み得る。

ここで付加して述べれば、グレイとフランクの議論の差異は、合理主義と非合理主義 (規範と決定の関係の捉え方) の標識からみて重要である。グレイもフランクも「裁判所が法をつくる」とするが、グレイがその「法」を判決のために裁判官が定立する規則 (rules) ないし裁判規範とするのに対して、フランクは「判決そのものが法」であり、判決の前に法はないとする。これによれば、グレイは、ともかくも決定に規範が先行することを認める合理主義であり、フランクは決定が規範を生むにすぎないとする非合理主義である。フランクのこのような文脈での非合理主義とパラレルな議論は、ドイツでもワイマル期の学説のなかに認められるが<sup>13)</sup>、アメリカのリアリズム法学とドイツの自由法論の関係は、日本の法学方法論史を検討する場合に、有益な論点の一つである。双方の間に現実にもどのような相互作用があったかは事実関係の問題であるが、いづれにしても議論の構図において両者間に相似性が存在し、かつ、裁判官の地位と役割の制度上の差異に基づいて、非合理主義の徹底度 (先鋭度) がアメリカの法理論においてより大きいとさしあたり考え

13) たとえば, Hermann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929. これについては広渡・前掲書 143 頁以下とくに 155-159 頁参照。



ることができよう。ドイツの自由法論者 H・カントロヴィッツによるリアリズム法学批判<sup>14)</sup>は一つの例証である。

(2) 来栖は第1論文によって、制定法が慣習(法)、判例、学説、条理とならんで、法=判決を引き出す淵源である法源の一つでしかないものと位置づけた。そこで来栖にとって「法の解釈」の意味は、<法源としての制定法の意味の確定を第一歩として、何が法たるべきかを確定すること>(35頁)となる。その作業はどのような方法で行なわれる(べき)なのか。第1論文の末尾で来栖は次のように述べる。

「法の解釈が法源としての制定法と異なるところを法として確定することがある事実を自覚することによって、法の解釈に当り無理をしないで素直な推論をすることができる。従来は法としての判決は法源としての制定法と必ず一致しなければならないと考えたために何と無理な議論をしたことであろう。法(判決)と法源(制定法)の矛盾にもかかわらず、両者が一致するかのように推論するテクニックが(広い意味での)『擬制』である。何故、法律家はこの『擬制』をあれほどに愛好するのか。次に『擬制』の機能を明らかにしなければならない。」(36頁)

こうして来栖は、「擬制の機能」の検討に進むのである。

来栖は1975年に「『法における擬制』について」を発表した。前記著作の第2論文(以下、第2論文)がこれである。ここでは、立法技術としての擬制(「看做し」規定等)と法解釈技術としての擬制が検討されている。これらの検討は、しかしながら、「何が法たるべきか」を確定するための方法と結びつくような形では展開されていない。来栖によれば、法解釈において擬制が用いられるのは、裁判所が法をつくっているのに三権分立の建前の下でそうではないという外観を維持するところにあることが否めない。そこで、結論において来栖は「法解釈上の擬制なしに、もうやっていくべきか、また、やっていけるか」に

14) カントロヴィッツの批判によれば、リアリズム法学の主張はすでにドイツ自由法学の指摘するところと同じである点において真実であるが、しかし、その主張には過度の誇張による誤謬があるというものである。かれは、リアリストの「法の性質」理解における6つの「偏見」、法学の性質理解における6つの「混同」を指摘するが、たとえばその混同の一つとして「説明と正当化の混同」をあげる。すなわち、裁判官がどのような心理的過程を経て判決を下したかは説明の問題であり、リアリストは専らこれを取りあげるが、法の科学の任務はこれを説明することをもって足りるのではなくその判決がいかにかに正当化されるかに向けられなければならない。坂東義雄によれば、カントロヴィッツの自由法論は、裁判官の隠匿された判決理由を暴露し、それにかえて合理的な法的判断基準を体系的に打ち立てようとするものであったから、判決過程の作用因の分析に主たる関心を注ぐリアリストとの疎隔があったのである。坂東義雄「自由法論の立場からみたリアリズム法学の問題点——H・カントロヴィッツのリアリズム法学批判」『法哲学年報』1976年、157-168頁参照。カントロヴィッツの論文は Some Rationalism about Realism, Yale Law Review, 1934。また藤倉皓一郎「リアリズムの法理論」八木鉄男編『現代の法哲学理論』125頁以下参照。なお、法解釈論争当時のアメリカ法学理解に基礎を提供したのものとして鶴飼信成『現代アメリカ法学』日本評論新社、1954年参照。

答えをだすべきであり、そのためには「自由法学をはっきり理解することがどうしても必要である」と述べている(104頁)。ここで述べられている通りであるとすれば、「擬制」は「なにが法たるべきか」を確定する作業において必要悪か(裁判官の制定法への拘束の原則を維持する場合)、または不要である(裁判官の法創造を正面から承認する場合)といったものとして位置づけられていることになる。このようであるならば、法的判断における「擬制」のもつ方法的重要性は、論証されていないといわざるをえない。

しかし、来栖の擬制=フィクション論は、第2論文の次のような叙述において、その後のパースペクティブを予感させている。「このようにみえてくると、各人が平等であるということも、各人が自由意思をもつということも擬制的であるのに、現在の法はその上に組み立てられているばかりではない、裁判所は法をつくらないという原則も擬制的で、その結果として具体的な法の解釈運用において法文からの演繹の形式の擬制が多用されている。」「ツールツーロン(Tourtoulon)は、……『法理論は擬制的なものとして示されるとき一層客観的であり、擬制なしにやっっていけると主張するとき一層虚偽的である』……といている。私にはそのことばの意味を本当に理解しているとはいえないけれども、そのことばの意味をもっと深く考えなければならぬように思われるのである。」(103-104頁)。第1論文と第2論文は、執筆時期においてほぼ20年間の隔絶がある。第1論文以降、学界では来栖や川島の法解釈についてのリアリスティックな分析を前提にして、争論を含みながらも新たな法解釈方法論が形成されつつあった。来栖は、自分の提起した問題に日本の法学者たちがどのように反応したかにまったく頓着せず(論文の作法からみる限り)、ひたすら自己自身の問題関心を深化させている。その方向が、擬制論の新局面を拓いていったのだと思われる。

(3) 来栖は、こののち「モデルと擬制」(1983年)、「文学における虚構と真実」(1987年)、「フィクションとしての神」(1992年)、「フィクションとしての自由意思」(1995年)、「フィクションとしての社会契約」(1996年)を発表し、さらに1993年にはフィクション論の全体図を示す「フィクション論序説」を執筆した。これらの作品において来栖が展開したのは、いまや法的判断論の枠をこえて、近代社会・近代法の構成と近代的思考にとってフィクション(fiction)の持つ意味を明らかにすることであった。来栖は次のように述べている。

『意思の自由』は経験的に人々のおいた仮定とみるべきであろう。……それなら何のために、そういう仮定をおくのであろうか。それは—ジェームズのことばを借りれば—人々の感情によるのである。それは、人々の合理性の確信に合する結論に導いてくれるからである。すなわち、『意思の自由』の仮定は、実践的に人々が望ましいと考える結論に到達

するための便宜的手段に外ならないのである。……そしてもし自由意思の仮定がフィクションだとすると、それは個人的で主観的なものであるとみとめなければならないのであるが、それは何の根拠もない荒唐無稽のことを行うのではなく、その基礎としてそういうフィクションを行うことを尤もだとさせる状況が存在しなければならないのである。」(324頁)

「社会契約が存在したとするのは、人民主権国家の原理または正義の諸原理を提唱して規範的現状を変更しようとする目的を達成する手段として、存在しないのに存在すると仮定するのであるが、しかもそれは現実に根拠をもった理想としてであり、架空的なものと考えべきではない。そのような意味において、社会契約はフィクションと考えるべきなのである。……しかし、私の一連のフィクション論においては、フィクションのことばを架空的な意味には用いていないのである。」(358頁)

筆者の理解するところ、来栖によれば、近代の人々が自由意思の主体であり、平等であること、また、近代国家が社会契約的に構成されること、これらはいずれも「擬制=フィクション」である。しかし、「擬制」とは、それらになるほど「事実」そのものから「離反」したものであるにしても、架空のもの、虚偽のものというのではなく、実在的基礎をもちつつそのような擬制を通じて「真実」=人々にとって望ましい、合理的な状態を示すものであり、擬制の機能はそこにあるのである。来栖は、第2論文で立法や法解釈におけるあれこれの技術的擬制を論じながら、法的判断そのものと擬制との関係それ自体を正面から明示的には論じていない。とはいえ、来栖はすでに「法(判決)と法源(制定法)の矛盾にもかかわらず一致するかのよう推論する」ことが「擬制」であり(36頁)、「裁判所が法を作らないという原則も」「各人が平等であるということ」「各人が自由意思をもつということ」と同じように「擬制的」である(103頁)と表白している。

来栖は、法の解釈についてリアリスト的認識を維持しながら、「裁判官が法を作る」「決断されたものが法である」と言い切ることができない。なぜなら、法と法源の一致という擬制の近代的な意味を、来栖は重く捉えるからである。近代的な意味における擬制は、暴露によって否定されるべきものではなく、擬制であることを知りながら、実在的な根拠をもつものとしてくあたかも……かのように als ob > それに限りなく近づくことが目指されなければならないものである。来栖の立場を論理的に詰めるならば制定法の解釈を第一歩にしながら、法たるべきものを確定する作業 > である法の解釈は、近代においてはまさしく < 擬制として法を構築すること > であることになる。来栖の擬制論は、この構築のプロセスを具体的に論じることを抱負としながら(これが可能であるかどうか別として)、こうした構築の必然性それ自体を解明する作業によって近代論を提示したものといえよう。

憲法学者の樋口陽一は、来栖の近代論に近い思考を示している。かれによれば、近代は

擬制的な理念に依拠して構築された社会であり、擬制としての社会の構築が危うさを伴っていること、それ故ポスト・モダンによる現実暴露に対する近代（の普遍的理念）の擁護はそのような危うさの自覚の上にたったものでなければならぬことが鋭く指摘される<sup>15)</sup>。また樋口は、法学における歴史的思考の意味を問うシンポジウムの報告において直截に次のように述べている。「作為（傍点原文）としての『近代』の歴史的終えんを告げて自然（傍点原文）への同化を説くことは、人間意思を合理的なものとするフィクション—従ってまた擬制の効用—を去って、オブスキュランティズムへの過去へと回帰することを意味するでしょう。」<sup>16)</sup>。作為としての近代とは、近代が一定の諸原理のうえに設計される社会であることと言い換えてもよいが、こうであるとすれば設計の原理と設計された現実との緊張をはらんだ関係こそが近代の特徴である。「擬制」とは、この「緊張関係」を特徴づけるものと考えられる。

村上淳一は、ポストモダンの議論から来栖の擬制論を照射してみせている。そもそも擬制論は客観的実在からの離反を問題にするが、客観的な実在から出発することを止め「認識とは観察者による観察対象の構成（Konstruktion）にほかならない」という構成主義の発想に立てば、すべてが観察者によるフィクションであることになり、擬制論は組み替えられなければならない。この構成主義による世界把握に立って、村上によってあらためて来栖の問題提起が受けとめられる。この世界が人間にとって視界ゼロの状況にあるとして、それへの戦略が必要である。法システム・裁判システムに即していえば、それが「トリヴィアル（単純）でないマシン」（インプットとアウトプットの関係を予測できないマシン）であることを意識しながら利用し、外見上の「トリヴィアル化」を試みることがその戦略である（自覚されたフィクションとしての三段論法の利用）。筆者なりに言い換えれば、この戦略とは、そうでないことを自省しつつ、そうであるように作動させ、かつ、そのことを道具的な合理性として関係者が了解しあっていること、である。村上の示すこの戦略は、擬制＝フィクションの意味を近代の理念・原理から切り離れたうえで利用する（位置づけ直す）ものである<sup>17)</sup>。

もう一つ、付言すれば、来栖がフィクション論の基本文献とした“Hans Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 1911”は、来栖のメンションがないけれども、C・シュミットが1912年の『法律と判決 Gesetz und Urteil』において来栖と同じ文脈で利用している。シュミットは、そこで、立法者意思説や法律意思説が「あたかも、そうであるかのよ

15) 樋口『憲法と国家』岩波新書、1999年、60, 104頁参照。

16) 樋口「法学における歴史的思考の意味——憲法学の場合」『法制史研究』51号、2002年、184頁。

17) 村上淳一『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉』東京大学出版会、2000年、第1、3章参照。

うに」取り扱うべきところを現実の意思であるとして証明しようとする事、つまり、フィクションをドグマに持ち上げていることを問題として指摘し、解釈理論を「かのように考察すること Als-Ob Betrachtung」を基礎に構築すべきことを述べている<sup>18)</sup>。シュミット自身はこのように、法律と判決の間の垂直的な正当化関係が擬制であることを承認したうえで、さらに「判決の正しさ」を問題とし、判決が制度的な客観性をもちうる道として「他の裁判官も同じように判決するであろうように判決する」という水平的正当化の方向を提示した。しかし、この方向もあえていえば再び「擬制的」なものと言うべきであろう。

#### 4. 来栖理論の前後一点描

(1) 来栖は、以上みたように、「法的判断とはなにか」の問題を設定し、その問題の性格を原理的に分析・展開したけれども、法的判断の構造・プロセスに具体的に立ち入ることがなかった。その課題はもともと「自由法学と利益法学の意義」の検討として予定されていたのである。ところで、来栖が法的判断論と擬制論に取り組むについて、まず念頭においたのは、末弘巖太郎の仕事であった。末弘は、法的判断をめぐる問題が何であるのか（そこには擬制の問題も含まれる<sup>19)</sup>）をドイツ法学およびアメリカ法学における議論状況を踏まえて日本法学の中での的確に敷衍した最初の学者であった<sup>20)</sup>。

末弘の「法律解釈における理論と政策」（発表は1932年。以下末弘論文）は、来栖が引用し、また、川島武宜も法の解釈に関するもっとも重要な論文の一つとして位置づけているが、法の解釈・適用に関する方法論の整理としてほぼ完結的な図柄を提示したものである<sup>21)</sup>。末弘論文は、「法律秩序の完全性 Geschlossenheit der Rechtsordnung」がもはや

18) C. Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912, Verlag von Otto Liebmann, S. 26-27.

19) 末弘は擬制の問題を1922年の論文「嘘の効用」で論じている。しかし来栖は擬制を「嘘」と表現する（性格づける）ことを肯んじない。『法とフィクション』13頁、註18参照。

20) 我妻栄の論文「私法の方法論に関する一考察」（1926年）も、ここで忘れてはならない。我妻は、末弘の主張も視野にいれながら、独自の議論を展開した。我妻によれば、法的な三段論法は、法的判断の「事実上の心理過程」を表現するものではない。実際には、「全人格的判断」によって法的判断が生み出され、この判断に三段論法の法律適用の形式が与えられるのである。この形式を付与することは、法律の確実性と個人の自由の保護のために要請される。我妻はこのように、法的判断の事実的心理過程およびそれを三段論法によって正当化する過程を区別し、後者の必要性を論じている。我妻は、ここから進んで、「全人格的判断」に関わる要素としての「理想」「価値」の検討および社会現象の分析を行っている。我妻は、社会における階級の対立・衝突をみているが、このような「階級衝突を緩和」し、「道德化」するために「法律の理想」が役立つとする立場に立っている。我妻『近代法における債権の優越的地位』有斐閣、1967年、476頁以下参照。

21) 末弘「法律解釈における理論と政策」『民法雑考』日本評論社、1932年、2-36頁。

## 論 説

維持されず法律秩序に欠陥があることを承認するとして、この欠陥をもって裁判を拒否できないとすれば、そこでの法律的判断はどのように行なわれるべきなのか、と問題を設定する。

末弘によれば、「法律的判断」とは「与えられた社会関係を規律すべき法律規範を発見し、其の規範の適用として与えられた社会関係に関する問題に対して回答を与える」ことである。この意味における法律的判断は、立法者も裁判官も同じようにおこなうのであり、立法者の場合には「定型的若しくは標準的」な社会関係が、裁判官の場合には「具体的、現存的」な社会関係がそれぞれ問題になる点において異なるのにすぎない。この末弘理解によれば、裁判官が法律から導き出した基準を適用する場合であれ、導き出せずに（法律の欠陥の場合）自ら法律的基準を形成してそれを適用する場合であれ、裁判官が立法者と同じ手続きで法律的判断を行う（べき）ことが立論の出発点である。これは後に述べるように、末弘理論の重要なポイントであり、次のように議論は展開する。

裁判官は、個別の事案の具体的社会関係が、当該法律規範の予定する定型的社会関係に包摂されるかどうかを吟味しなければならない。当該法律規範の解釈とは、当該法律規範がいかなる定型的社会関係に妥当するかを精査し、確定することである。具体的社会関係が法律規範の予定する定型的社会関係に包摂できないとすれば、そこに法律規範の欠陥があることになる。法律の欠陥が発見されたならば、裁判官はその欠陥を補充するために当該具体的社会関係に適用されるべき規範を創造しなければならない。この場合、当該具体的社会関係の特質をあきらかにすること、すなわちこれを定型化して認識する作業が必要である。まさに、立法者と同じ作業を行うのである。裁判官の規範創造は、個別事案の解決をもって終わりとするものではなく、同種の定型的な事案が生じたならば、当該規範が適用されるべきことを意識して行われなければならない。

続いて裁判官は、こうして認識した定型的社会関係（このなかに当該具体的社会関係が包摂されている）を規律する規範を創造するのであるが、この際にはまずこれを規律すべき「社会的法律規範」（慣習法、労働協約などの団体規約など）を探查し、これを批判的に検討して規範を形成する。このような社会的法律規範のないときは、裁判官みずから規範を形成するが、この際に留意すべきことは、定型的に認識された社会関係を規律すべき法律規範を内容的に決定することが目的であるから、その形式はつねにこの社会関係に実質的に適応するものとして、「自由であり且つ創造的」でなければならない。他方でこの規範創造がより高次の法律規範に羈束され、また、他の法律諸規範と調整されていなければならないことである。この最後の点、他の一般的法律規範との調整に顧慮しつつ、新たな法律規範を自由に創造するという点に関しては、第一に「類推」の方法、第二に複数の法律規範から抽象してより高次の理論ないし概念を構成し、その適用で別途の社会関係を規律

する基準を導く方法、そして第三に判例に法源的価値を与えることが十分に検討されるべきである。

(2) 1960年代初めに末弘法学の歴史的な性格（市民法学と社会法学の二契機の統合）を見事に分析した磯村哲は、末弘の法解釈方法論がドイツのカール・ラレンツの方法論に類似していることを指摘した<sup>22)</sup>。ラレンツの『法学方法論 Methodenlehre der Rechtswissenschaft』はその初版が1960年に公刊されている。磯村は、とくに末弘の社会関係の定型性の概念がラレンツの類型論に通じること、また、法の欠缺と裁判の法規範創造性の承認において両者が共通の理論枠組みをもつことに注目している。これに加えてさらにいえば、末弘においては定型的な社会関係と具体的社会関係の関係が包摂モデルで理解され立法者と裁判官が同様にこの包摂モデルで思考するものとされているが、この点についてもラレンツ理論との共通性がみられる。

ラレンツのこの理論は、さかのぼれば利益法学のヘックおよびシュトル（Heinrich Stoll）の理解から継承したものである。ヘックによれば、法律規範においては社会における一定の利益衝突についての決定が行われており、裁判官は個別の事案について、法律規範に示されている利益衝突についての決定とパラレルに個別事案の利益状況を判断して決定を行うべきである。ラレンツは、これに修正を加えて、法律規範には利益状況への立法者の「価値判断」が示されており、裁判官はこの価値判断とパラレルに個別の事案を評価しつつ法律規範の構成要件に結びつけるのであるとしている<sup>23)</sup>。末弘論文は、法律秩序の完結性から議論をはじめ、法の欠缺、欠缺の補充、裁判官の規範創造へと議論を展開し、また、方法的コンセプトにおいても上記にみるような特徴を示しており、これらにおいてドイツの法学説との親近性が極めて大きい。

このことと関連し、末弘が裁判官の規範創造を個別の事案の1回的な解決のためのものではなく、将来の同種の事案にも適用されるべく、定型的な社会関係を想定して規範を創造

22) 磯村『社会法学の展開と構造』日本評論社、1975年。磯村は、末弘法学の構造を析出するに際して、カール・ラレンツの『方法論』を参照し、また、エールリッヒの理論をダブらせるなどの手法を利用している。本文でみる末弘論文は、磯村の描き出した側面にマッチするものであり、ドイツ法学の方法論史の流れにそったものである。ただし、この特徴が本文で後述する末弘法学のリアリズム法学的な非合理主義の側面とどのように整合的に理解しうるのかは末弘理解に関わる重要な問題である。なお詳細な検討が必要であるが、末弘以降の日本法学における法的判断論は、末弘理論のこの二つの側面のどちらに重点をおくかでニュアンスが分かれていくのではないだろうか。このような末弘理論におけるアンヴィヴァレントな要素は別の議論においてもみられる（「法の社会化」と「社会の法化」の二重性など）。さしあたり「戒能通厚／石田眞／吉田克己／広渡清吾／水林彪，座談会・末弘法学と現代——21世紀の法学を展望する」『法律時報』1998年11月号、7-59頁参照。

23) これについては Jan Schapp, Hauptproblem der juristischen Methodenlehre, J. C. B. Mohr Tübingen, 1983, S. 67-73.

## 論 説

すべきだとする点は、あきらかに J・フランクの非合理主義的立場と異なる。末弘によれば裁判官は、個別の事案に決断主義的に対応するのではなく、個別の事案を一度普遍化し、それに対する規範を定立したうえで、定立した規範を基準として個別の事案について決定するのである。末弘論文の立場は、合理主義的である。

末弘は、しかし、他方で、法的判断についてアメリカのリアリズム法学的な認識をも示している。同上論文からやや遅れて 1934 年に発表した『法学入門』の第 4 話「法律の解釈・適用」では、有名な「三つ巴」の議論が述べられている。ここで末弘は、法的判断においては「事実認定および法律解釈における二つの客観的限界の間において」（それぞれには超えられない枠がある）裁判官の自由な活動があり、「この二つの限界の範囲内において事実認定と法律解釈とそうして結論を産む心の働きとが三つ巴をなして相互的に決定し合うのだと思う。つまり心理的過程としては事実認定が先にあり次に法律解釈が行われ、そうしてその結果結論が産まれるのではなくして、この三つの働きは相互に決定し合いつつ一切一時に行われるものだ」とし、この「相互的決定関係を最後に動かないものとして決定するなにものが別」にあるとして、それを「裁判官の人だ、その理想だ、人生観だ」としたうえで、「裁判官の人が事実認定の標準にもなり法律解釈を決定する規準ともなり同時にまた結論を生み出す基本にもなる」と述べている<sup>24)</sup>。注目されるのは、末弘が「法律的判断」においては「芸術的作品の鑑賞」の場合と同じことが行われるのだからである。つまり、法的判断においても鑑賞者たち（裁判官）は「各自の鑑賞標準に応じて」対象を評価するのであると（前述のように自由法論者ベンディクスも同様のことを指摘した。）<sup>25)</sup>。

末弘は、これで終わるわけではない。「三つ巴」の心理過程を経るにせよ、裁判官は面前に提出された具体的事件を妥当に解決すればそれでよいわけではなく、同種の事件ならば同じように結論を与えるという確信のもとに、つまり立法者のように、当該事件に適用されるべき法律を創造しなければならないのであるとさらに述べている<sup>26)</sup>。ただし、これは、裁判官への注文であって、裁判官の法的判断の心理過程の事実認識ではない。

末弘の 1932 年論文のドイツ法的解釈方法論と 1934 年『法学入門』の法的判断の心理過程の三つ巴論は、どのように統合的に理解すればよいのであろうか。ここには「法の解釈」の理解について 1 種の「顕教と密教」がみられる。「発見のプロセスと正当化のプロセス」という区分での説明がありうるが、末弘は、そのような議論を展開しているわけではない。かれによれば、こうした事態のもとでは「裁判官への信頼」が基礎におかれるし

24) 『法学入門』末弘著作集第 1 巻第 2 版、日本評論社、1980 年 118 頁。

25) 同上 95-96 頁。

26) 同上 119-120 頁。



かそのすべはないのである<sup>27)</sup>。

(3) 川島武宜は、1961年に執筆した「末弘巖太郎先生の法学理論」において、裁判における裁判官の法的判断（事実認定、法律解釈そして決定）とはいかなるものかについての末弘の年来の「認識」が、J・フランクの“Law and the Modern Mind”（1930）における描出と「ほとんど符節を合する」ことを強調している。その認識とは、端的に言えば、裁判官が現実の必要性に迫られて法を変化させている（法の創造）のに変化させていないという外見をつくるために擬制という論理的技術を用いることを強いられている（「嘘の効用」）、というものである。

末弘の「認識」がフランクと符節を合することは、末弘の法的判断についての方法的整理がフランクの議論とずれることと論理的には矛盾するものではない。裁判過程のリアルな認識にしたがって「裁判官が法をつくる」ことを正面から認めることは、裁判官がどのようにでも法をつくってよい、ということではなく、むしろ、あらためて「裁判官がどのように法をつくるべきか」を法律「学」として、理論と政策の視点から提起すべき課題が生じているということになるからである。法的判断の規範的コントロール（結論を法的に正当化しうるための裁判官に対する方法的指示）は、その心理過程のありようとは独自に存在意義をもちうる。ただし、この場合には心理過程と規範的コントロールの関係が自覚的に論じられている必要がある。自由な法発見を通じて明確な法的判断基準を裁判官に提供すべきことを課題としたドイツの自由法論は、裁判過程における裁判官の判決行動の隠された構造を暴露すること、あるいは裁判官にそれを自覚させることを、自由な法発見を根拠づけるための前提作業にした。アメリカのリアリズム法学は、判決行動の作用因の分析に集中し、判決を以てそのまま法とみる経験科学の立場を主張した。両者は、ここでの関連づけにおいて異ったあり方を示している。

川島もまた、末弘・フランクの「事実認識」を共有し、共感したが、法的判断論そのものに立ち入って「裁判官がどのように法をつくるべきか」を論ずることではなく、むしろ、法的判断の客観的構造分析にその関心を向けた。「実用法学と法社会学の両立と架橋」を問題意識にした川島にとって、「法的判断」は自らの実践の問題というより、科学の分析対象であった。川島の末弘理解は、自己の問題意識に応じて絞り込まれており、「判例の法源性という問題、および実用法学の任務、判例研究の方法」が末弘にとって「切実な問題」となったと整理されている。川島の「科学としての法律学」（論文としての初出は1953年。単行本は『科学としての法律学』アテネ新書1955年）は、「法の解釈の客観性」（解釈者の

27) 同上113-114頁。

主観に左右されない解釈があるのか)が争われるなかで提示されたが、これをめぐって悩む法律学に対して、科学的に見れば悩むことが無駄であると説き明かす役割を果たすようなものであった<sup>28)</sup>。川島によれば、次のようである。

法の構成要素は価値判断とことば的技術からなる。実定法規は、一定の法的価値判断が一定のことば的技術によって表現されたものである。ことば的技術は、一定の価値判断を伝達し、あるいは正当化するために不可欠な手段である。法律学の研究対象は、この二つの要素である。裁判官は、実定法規から基準になる価値判断を引き出し、あるいは、引き出せないときは自ら価値判断をせざるをえないが、いづれにしても裁判においては裁判官の法的価値判断が常に行なわれるのである。この価値判断の客観性は、それが一定の社会的根拠(一定の範囲の人々が支持し承認する利益を反映する)をもつという意味において、語りうるものである。しかし、「それが正しい」という意味での客観性ではない。科学としての法律学がなしうることは、こうした法的価値判断が社会のどのような利害・価値体系との関係において存在するのか、あるいはまたどのような価値体系が将来支配的になりうるのか、といったことを研究することである<sup>29)</sup>。

(4) 民法学者の大村敦志は1997年の著作で、「制定法の拘束力」という「法解釈方法論をめぐる議論の根底に共通に潜む問題」に関わって戦後の日本法学の状況の推移を次のように述べている。「来栖博士の議論(筆者註・来栖第一論文のこと)を引き継ぎ、これをさらに徹底させる利益衡量(考量)論が登場する」が、これに対しては「(甲斐道太郎、広中俊雄などから)制定法の拘束力を軽視するものであるとの批判が投げかけられ」論争が生じた。「利益衡量(考量)論は、その後20年ほど、それを必要とする社会情勢に支えられて、支配的な法解釈方法論として確固たる地位を保ってきた。」しかし、1980年代末になると平井宜雄による利益衡量(考量)論批判、より広く戦後民法学批判が展開され、新たな問題状況にある<sup>30)</sup>。

来栖は、制定法を法源の一つとして、かつ、必ずしも優先性をもつものでないものとしてその拘束力を相対化したが、法源としての制定法の意味内容は歴史的解釈=立法者意思説によって確定すべきものと考えた。利益衡量論は、さらに進み、「ルール一般に対する懐疑主義」(大村)を特徴とする。すなわち、この理論は、法的判断を「実質的利益衡量」、換言すれば「今日の時点でどのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのよ

28) 「座談会・法解釈学の『科学性』」(川島/来栖/加藤一郎/潮見俊隆)で潮見が『科学としての法律学』について「正直のところ、ちょっと問題がはぐらかされているんじゃないかと、という気がした」と言っているのはこのことであろう。『法律時報』1954年4月号51頁以下。

29) ここで引用した川島の二つの論文については川島『科学としての法律学』弘文堂新社、1964年を参照した。

30) 大村『典型契約と性質決定』有斐閣、1997年、275-276頁。

うに保護すべきかという判断」だと考える。この価値判断を拘束する、法規、理論構成、なんらかの判断ルールは、重要視されず、端的に利益衡量で結論を導くとするのである。この理論によれば、制定法の結論が現在の価値判断にしたがって妥当でない場合には、裁判官の価値判断が決定的である。法的構成（ことば的技術）は、判断の説得力をますためのものであり、いづれにしても結論と法規との結び付けは事後的であり、正当化のためである<sup>31)</sup>。大村の評価によれば、利益衡量論は、利益衡量のプロセス、つまり法適用過程（法的判断過程）について、第一に規範と事実の双方に着目した模索過程（相互的フィードバックの過程）であり、法的3段論法が自動的に完成する過程ではないこと、第二にこの過程における裁判官の判断にはさまざまな要素が介在すること（むしろ利益衡量だけですべてが決められるわけではないこと）を指摘した<sup>32)</sup>。

利益衡量論は、利益衡量という手法の名称から利益法学との類似性がイメージされることがあるが、方法論的には利益法学の要素である制定法への思慮深き服従、制定法の歴史的解釈の採用および法の欠缺と補充の理論、といった道具立てをまったく共有しないし、また、末弘論文（1932年）の理論とも切断している<sup>33)</sup>。来栖との関係は、「引き継ぎ、徹底した」という文脈でさしあたり語れるが、それはその一面においてであり、その後の来栖の擬制論の展開は上に見たとおりである。利益衡量論は、川島が法の解釈を法的価値判断とことば的技術によるその事後的正当化として「認識論」的に割り切った、その方向のなかで、実質的利益衡量を決め手とする法的判断論として現われたのである。批判者が指摘するように、この理論は裁判官による個別妥当な事案の解決をもっとも重要視し、その反面として裁判官を羈束するルール（法律規範であれ、法的判断過程において何らかの客観的基準を立てさせるといふ規範的な手順であれ）の意義を軽視することになったのである。ともあれ、利益衡量論は、法的判断が法の認識ではなく解釈者の価値判断・決断であるという「科学的」理解の極めて実践的な一つの帰結であった<sup>34)</sup>。

31) 瀬川信久「民法の解釈」『民法講座』別巻Ⅰ有斐閣、1990年、第3節参照。本稿では利益衡量論それ自体の検討を課題とするものではないこととお断りしておく。

32) 大村・前掲書 223頁。

33) 利益衡量論の主唱者、星野英一は明確にこのことを承認している。「座談会・民法学の課題」『法律時報』1967年3月号47頁以下、4月号64頁以下における星野の発言を参照。

34) 水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果(一—四)」は早い時期の利益衡量論についての詳細な分析である。総括的には「利益衡量論は日本民法学がたどりつかねばならない、一つの関門であった。……大正期の自由法運動以来の方向ではあったものの、利益衡量論の出現により法規の制約性をはなれた利益衡量ないし価値判断の必要性がすべての解釈者に再認識され、既存の判断わく組みへの依存の態度が一段と薄まり、閉ざされた体系（das geschlossene System）からの解放が一段と高まったといえよう」と評されている。『民商法雑誌』62巻6号、63巻2号、63巻4号、64巻2号、1970-71年、引用は64巻2号、53頁。同論文はのちに『現代民法学の方法と体系』創文社、1996年に収録されている。引用文は同書226頁。

## 5. 原島の法的判断論

(1) 法的判断過程（法適用過程）が伝統的な観念にしたがうような3段論法の完成（大前提としての規範に小前提としての事実を、それぞれ法律解釈と事実認定を通じて包摂する）ではないということは、すでにみたように末弘が1934年の『法学入門』のなかでリアルに指摘していた。繰り返して引用すれば「事実認定と法律解釈とさうして結論を産む心の働きとが三つ巴をなして相互的に決定しあうのだと思ふ。つまり、心理的過程としては事実認定が先にあり次に法律解釈が行なわれ、さうして其結果結論が産まれるのではなくして、此三者の働きは相互的に決定し合いつつ一切一時に行なわれるものだと思ふ。」

末弘のこの指摘は、事実認定と法律解釈が別個の過程として存在するのではなく、解釈者を起点にして相互に作用し合うことを指摘しており、両者のある種の「循環構造」を捉えているようにもみえる。こうしたリアルな認識が、前掲の末弘論文の欠缺補充を中心としたスタティックな解釈方法論とどう関係づけられたのか。「一切一時」にことが成り結論がでるという認識は、発生論的説明であるが、法律規範の予定する定型的社会関係と個別の事案の具体的社会関係のそれぞれの確定と前者への後者の包摂（上記末弘理論）は、その結論をえたうえでの正当化（法規と事実関係の関連づけ）のプロセスのことなのであろうか。あるいは、「一切一時」にことがなる前提プロセスにおいて「規範と事実の双方に着目した模索の過程」（大村）としてこの解釈方法が適用されるのであろうか。

法的判断とは、ここであらためていえば、裁判官が一方で法律規範と他方で個別事案を前にして、法に基づく決定であるという理由を付してこの事案の決定を行なうことである。言い換えれば、一般的なもの（Allgemeinen）と特殊なもの（Besonderen）を結びつける判断がここでは行なわれるのである。包摂は、特殊なものにおいて一般的なものを確認して両者を結びつけることである。ドイツの利益法学や第二次大戦後に展開する評価法学（Wertungsjurisprudenz）は、一般的なものと特殊なものにおいて、利益衡量ないし価値判断がパラレルに行なわれること（立法者が行なったように、裁判官が追執行すること）を包摂の内容と考えている。こうした包摂モデルに対して、「解釈学 Hermeneutik」的な議論（法律学的ヘルメノイテック）が一方で大きな広がりを見せている。一般的なもの（規範）を「大前提」とせず、規範と事案を同列におく（Gleichsetzen）思考である。法哲学者カール・エンギッシュの有名な定式化によれば「法適用は上位命題と生活事態との間の視線の往復に基づいて行なわれる。」さらに法律学的ヘルメノイテックに対しては、法規と事案の循環など解釈の構造を示すことによって決定するための決め手が確保されるわけで

はないという批判に基づいて、法的判断を「議論 Argumentation」によって正当化するという理論が新たに展開してきている<sup>35)</sup>。

(2) さて、原島重義はその著作において、戦後日本の法学において法的判断論に正当な位置づけが与えられていないことを根本的問題として指摘し、文字通り正面から、かつ、全面的にこれに取り組んだ。民法学者である原島は、自らのコントロール・パンセとして通説の地位を保持する利益衡量論にターゲットをあてた。かれによれば、利益衡量論は、特殊なもの、個別のものに目を奪われて、一般的なものとの結合を軽視している。その理論において、かりに規範と事実のフィードバックのプロセスのなかで、さまざまな要素が考慮されるとしても、それは法的判断者の偶然性によりかかるだけであり、その考慮が一般的なものとして与えられる歴史的、社会的根拠をもったものである保障がない。法的判断の創造性をきちんと位置づけるためにも、「現在の時点での実質的利益衡量」にすべてを流し込むことなく、法的判断の構造に立ち入ってそれを明らかにすることが必要である。

「個別だけを問題にして、そればかりをにらんで、何か勘とか感じとかで処理していたら、これは裁判にならない。言うまでもなく法的構成、法的判断というのは、個別を普遍との関連で捉えるのです。これは法的判断のみならず、カントの『判断力批判』を読んでわかるように、美学的判断でも目的論的判断でも、特殊なもの一般的なものを結合するのが判断力である。そういうものの見方というのは、哲学上カント以来ずっと一貫して今日まで変わらないと思う。個別だけを取り上げて済むのならば、なにも苦勞がない。」(『法的判断とは何か』123-124頁。以下頁数のみで引用、「」は直接の引用、<>は引用者の要約を含む)。

原島の法的判断論は、「サヴィニーが法的判断をどう考えたか」を追究するものである<sup>36)</sup>。その議論の筋は、カントの『判断力批判』の「目的論的判断力」を起点としその展開としてヘーゲルの『大論理学』第3巻の「概念論」およびサヴィニーの『現代ローマ法体系』第1巻を位置づけて、カントを介してヘーゲルを参照し、サヴィニーの法的判断論の解明に迫るといふものである。また、「言い換えるならばこの作業は、サヴィニーの有

35) 議論状況の整理として Schapp, a. a. O., 4. Kapitel を参照。エンギッシュの引用は, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15. また, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, I. Teil 5. Kapitel 参照。日本の法解釈方法論の分岐と変化, その問題点を整理したものととして山本敬三「法的思考の構造と特質——自己理解の現況と課題」を参照。方法論議の核心が「議論モデル」が指摘するように「決定の正当化」問題に展開していることが示される(『岩波講座・現代の法・第15巻・現代法学の思想と方法』1997年, 231-268頁)。

36) 本稿での原島の議論の検討は、それがサヴィニーの理論を正しく把握しているかどうかではなく、原島がサヴィニーに依って何を言おうとしているのかを専らに関心にして行うものであることをお断わりしておく。

機体論 Organismus で素材とされ、議論されたものの中に、カントに立ち戻り、これを經由してヘーゲルの判断論における弁証法 Dialektik に移行するならば、その方が実用法学方法論として、ずっと自然で無理がなく、先の展望も開けるようなルートが隠れていないか、検討の余地を残している。ちなみにこれは、わが国でもドイツでも、まだなされたことのない問題の提起である。」とされる (IV頁)。

法的判断論に関わったこれまでのドイツのサヴィニー研究は、①サヴィニーとドイツ観念論哲学の関係を否定する論、②サヴィニーがカントの主観的観念論よりも後期フィフテ、シェリング、ヘーゲルの客観的観念論の側に近いとし、サヴィニーに哲学的影響を与えたのがカントかヘーゲルかという問題の立て方をする論、③カントの『判断力批判』と実用法学の理解との関連を捉えながらもカントの主観的観念論とサヴィニーの議論は違っているとする論であり、これらはいずれも原島の位置どりと異なる。これに対して④サヴィニーがカントを継承し、これを実用法学で具体化したとする論があるが、ここではサヴィニーの独自の発展が見逃されている。そして⑤原島にとって大いに示唆的であったのが、サヴィニーの法的判断論とカントの『判断力批判』の関連を具体的に指摘したディーター・ネルの仕事である (144-156頁)。原島は、ネルがカントの美学的判断力のみを取り上げたのに対して、むしろ目的論的判断力を重要なものとみて、議論を進展させる (157-191頁)。原島の総括的コメントによれば、これまでのザヴィニーに関するドイツの研究は自分ほどに「ヘーゲルを重視していない」のである (263頁)。

原島にとって「なぜ、サヴィニー」かという問題は、原島法学の基本的立場に関わる問題である。「いまから振り返ると、わたくし自身の綱領論文 Programmschrift」(109頁)という「民法規範の抽象的性格について」<sup>37)</sup>によれば、民法学研究は近代市民法(民法)の歴史的被規定性と抽象的性格を前提にせざるをえない。これを法的判断論に引き付けていえば、「一般的なもの」を把握するためには、現行の個々の実定法規、現行実定法体系の論理の解析だけでは足りないのであって、それらを歴史的にかつ体系的に支えている法原理と社会関係を全体として把握することが必要であり、これらと「特別なもの」としての「具体的な社会的素材」との「連関回復」が問題となるのである。であるとすれば、原島にとっては、全体的連関を把握するために近代市民法の古典的体系と古典的思考の探索が不可欠であり、サヴィニー法学およびサヴィニーの時代の社会と人間を考察し把握した思想と理論が検討の対象となる必然性があるのだと考えられる。

37) 『法政研究』29巻1-3合併号、1963年、21-42頁。なお原島にはサヴィニー理論を現代において論じる意義を直接に敷衍したものがある。その内容は本文で検討する著作に盛り込まれている。原島「なぜ、いまサヴィニーか」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』九州大学出版会、1988年、1-55頁。

(3) 原島が示唆を受けたとするネルは、二つの重要な見解を示している。一つは、カントの『判断力批判』が法的判断論に応用できることである。カントは、判断力を「規定的判断力 *bestimmende Urteilskraft*」と「反省的判断力 *reflektierende Urteilskraft*」に分類する。カントの定義によれば「判断力とは……特殊なものを一般的なものに含まれているとして考える能力である。……一般的なもの（規則、原理、法律）が与えられているならば、特殊なものを包摂する判断力は、……規定的である。しかし、特殊なもののみが与えられ、一般的なものを発見すべきであるならば、判断力はたんに反省的である。」カントは、反省的判断力の推論の種類として「帰納と類推」をあげている。

ネルによれば、カントは法律家には規定的判断力が属するものとして捉えており、規範が与えられている通常の法的判断にはこれでよいとしても、規範が欠けている場合にどのような問題が生じるかについて論究していない。しかしいわゆる包摂モデルが法的判断を限定的にしか把握できないという今日の学説の一致した見解からすれば、カントの反省的判断力が法的判断論に関して参照されるべきである。すなわち依拠すべき法律規範がないとき、判決規範（判決のための基準）として、様々な資料、諸法律、教義、先例などを参照しつつ、適切な包摂可能な規範を構成するのは、反省的判断力の問題であると考えられる。そして、このように整理すれば、カントの（反省的判断力の一つの種類である）美学的判断力 (*ästetische Urteilskraft*) と法的判断のアナロジーが可能である。美学的判断は、一般的なものから決して演繹できないが、にもかかわらず、一般的妥当性を要求するものである。ネルは、こうして美学的判断と法的判断の相似性と、しかし他方で留意すべき重要な差異について分析する<sup>38)</sup>。

ネルの重要なもう一つの見解は、サヴィニーが規範と事案の関係・法的判断の捉え方においてそこに「包摂」の問題にとどまらず、「反省」の問題が存在することを認知した当時における、そしてまた、その後の長い期間を含めても、唯一の法律家であったということである。その背景にはカントの判断力論があり、そして、サヴィニーは「反省」の問題を「直観 *Anschauung*」という概念で受けとめ、展開したのである。ネルによれば、サヴィニーは、直観が法の規範的な面と事実的な面の双方を把握するために重要であり、かつ、規範の認識と規範の適用は二つの別々のものではなく、同じ一つの事柄であると考えたのである。このことを示すサヴィニーの最も重要なテキストとしてネルは次の箇所を引用する。「ローマのユリステンが事案を判断する場合には、事案を生ける直観によって把握することから始める。このため、当該関係が成立し推移する全体的な様子をありありと目にすることになる。……彼らはあらゆる原則のなかにこれに適用可能な事案を同時に見て取

38) 以上については、Dieter Nörr, *Das Verhältnis von Fall und Norm als Problem der reflektierenden Urteilskraft*, in: *Poetik und Hermeneutik. Text und Applikation*, 1981, S. 395-407.

り、またあらゆる事案にこれを律する規則を同時に見て取る。この一般から特殊へ、特殊から一般へと移り行く軽妙さはまさに名人芸であった。」(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 30 ff.)<sup>39)</sup>。

ネルは、美学的判断と法的判断のアナロジーについて、法的判断に固有の機能・役割(①判断によって実質的な規範が明示的に定式化され、体系のなかに持ち込まなければならない、②将来にも基準となるべきことを想定しなければならない)があることから、それを誇張すべきではないと指摘するが、他方で法的判断がその固有性にしがたうことには限界があり再び美学的判断に接近せざるをえないと言う。また、サヴィニーの直観の内容の理解について、ネルは、カントも判断力が規定的なものであれ、反省的なものであれ、それが教えられるものでなく、訓練されるものでむしろ生得的なものであるとしていること、またサヴィニーも「解釈は一つの技芸 *eine Kunst*」であり、規則によって直接的に、習得できるものではなく、模範(Muster)を通じて学ばれるものであるとしていることを強調し、そこからローマ法における「範例 *exempla*」の意義に着目して、直観に基づく法的判断の構造を検討している。

(4) 原島は、ネルがサヴィニーとカントの関係を明らかにしその論点を掘り下げたことを高く評価するが、しかし、原島にとってこれはなお道半ばである(第5, 6章)。法的判断が美学的判断に類似する、また、それは一つの技芸であり、教えられるものではない、という命題のところで留まってしまっただけでは、法的判断論の構築、すなわち実用法学における認識と判断(規則の認識と規則の適用)の関係構造を、学問的(wissenschaftlich)に把握する目標に達し得ないからである。原島は、これを次のように把える。

＜個別的な事件は、普遍的法規範との関連なしには判断できない。またしかし、法規範が普遍的であり得るのは、その法規範が個別的な事件の中に、かつ、それを通してのみ存在するからである。それゆえ、法的判断は一方で個別的な事件を一つの典型へと一般化し、高めるプロセスであると同時に、他方で法規範が媒介された形で確認されるプロセスである。その意味で判決規範は事件の個別性と法規範の普遍性を合わせ持つところの特殊性 *Besonderheit* である。このように事件・判決規範・法規範は、一体をなしている。この一つの全体 *ein Ganzes* を、その展開において捉えること、これが法を語ることである。この全体は、社会から切り離された論理的な構築物が自動的に展開するといったものでは

39) 以上について Savgnys *Anschauung und Kants Urteilskraft*, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Nobert Horn, 1982, Bd. 1 S. 615-636. ここでは耳野健二訳を利用した。「サヴィニーの直観とカントの判断力」比較法史学会編『文明のなかの規範』1994年、299-322頁。



ない。この全体は常に事件と関係している。サヴィニーがいうように、法は独自の存在を持つものではなく、法の本質は人間の生活それ自体でありこれを特殊な側面から見たものであるから> (244-245頁)。

原島がはじめに予告したように、『法的判断とは何か』は、「判断」とはなにかを哲学的に、カントを中心にヘーゲルをみながらぎりぎりと詰める作業と、法的判断が実践的に行なわれる歴史的、社会的場の条件、つまり「一つの全体」、具体的にはサヴィニーの民族法をどう理解するか作業を二つの柱としている。一方でネルの提起した美学的判断と法的判断のアナロジーを超えるためにカントの反省的判断力の一つである目的論的判断力へ、これを土台にしてヘーゲルの客観的論理学の概念・判断・推論をたどり、他方でサヴィニーの有機体的な民族法への「全体的直観 Gesamtanschauung」を分析することを通じて、原島は、カントの目的論的判断力がサヴィニーの全体的直観と同じものであることを論証しようとする。

カントの目的論的判断力は、有機的存在、有機的生命を対象とするものであり、「その物みずからが原因であり、結果である」ような関係、因果的結合が一方的ではなく「目的という理性概念にしたがう……相互的な依存関係」にある場合の判断である。原島の説明によれば、<有機的存在においては、全体を構成する各部分は各部分それだけでは意味がなく、他の部分と関連しあながら、全体を構成する。この全体を捉えることなしには、各部分の意味合いは理解できない> (221-224頁)。他方で原島によれば、この思考方法は、サヴィニーが民族法の構造を法制度・法律関係・法規則・個々の権利判断の有機的な性質をもった一体と捉えて、法的判断における全体的直観の不可欠性を説明するのと同じである。サヴィニーは法の有機的な全体を次のように理解し、個別的な権利の判断（一つの判決）もこうした全体への「直観から出発する限りでのみ、真実であり、説得力を持ち得る」と考える。サヴィニーのテキストによればこうである。「法的判断は、特殊な事実を普遍的な規則に関連させて初めて可能である。というのは、個別的な権利は普遍的な規則によって支配されているから、個別的な権利についての判断は、普遍的規則との関連なしには、できない。しかし、法律も含めて、法規則はそのより深い基礎を法制度の直観に持っていて、その法制度の有機的な性質もまた、もろもろの法制度の生きた関連とその前進する展開の中に現われる。実際に、どんな法律関係も、それに対応する、法律関係の類型としての法制度のもとにあるのであって、ちょうど個々の権利判断が法規則に支配されるのと同じように、法律関係は法制度に支配される。権利判断の法規則への包摂は法律関係の法制度への包摂に依存しているのであって、後者を通じて前者自体が初めて真実と生命とを受け取ることができるのである（現代ローマ法体系第1巻7、9頁）」(267-268頁、272-274頁)。

## 論 説

サヴィニーの有機体的な民族法や全体的直観のカテゴリーは、その理解が表面的に止まると、神秘的、非合理主義的な印象を与えかねない。しかし、原島は次のように整理する。〈ここでの「民族」は、当時の用語法などからすれば、「社会」と読み替えてよい、とE・エールリッヒは指摘している。むしろ、社会を「有機的な統一体」と見るみ方は、カント、ヘーゲル、マルクスとつながり資本制社会の全構造の解析に向かっていくようなものである〉(256頁)。また、〈全体的直観については、ルカーチが歴史法学派をドイツロマン主義のグループに数え、シェリングを始めとするその非合理主義(ナチスにまで行き着く)を分析したこともあるけれども、サヴィニーはシェリングの影響を受けておらず、サヴィニーの全体的直観はカントのいう目的論的関連の認識に他ならない〉(269-270頁)。

(5) 原島によれば、法的判断は〈事後的に正当化が行なわれる実践的決断〉などではなく、また、〈一つの技法としての美学的判断〉に留まるものでもない。原島の法的判断論は、以上の紹介がその意を十分に伝えていないことを自覚しつつ言うのであるが、サヴィニーを媒介にして、法律家が個別の事案の解釈に従事するそのあり方がいかなるものかを問うと同時に、個別事案の解釈が「一つの全体」としての「社会のなかの法」の展開状況を把握することと相互依存・相互移行の関係のなかにあること(あらざるをえないこと)の論証を試みた。

原島は、カントの目的論的判断力とサヴィニーの全体的直観を、ヘーゲルの論理学の介添えをえながら、「有機的な一体としての法」の概念によって、結び付けた。原島が法的判断論の論証の最後に取り上げたこの概念は、個別の法的判断において特殊なものが普遍的なものに結合しうる保障を与えるものとなっている。このように、一方で有機的な一体として語られる「法」の概念と他方で目的論的判断力・全体的直観として語られる「法的判断」の構造は相互に依存しているが、法の概念こそが先行する客観的な存在であり、法的判断の構造はそれに規定されるものである。原島が〈カントからサヴィニー〉に直結させるのではなく、ヘーゲル(客観的観念論)を介した意味の一つはここにある。言い換えれば、原島は、法の解釈が解釈者の〈決断〉であり、あるいは〈美学的判断〉であるという位置づけ、すなわち〈解釈構造の人格化・主体化〉(解釈者に決め手を見る見方)を批判して、法の存在構造(有機的な一体としての民族法)を決め手にしつつ、その構造を把握するための判断力のあり方(目的論的判断力としての全体的直観)を相関的に示すという道を提起したのである。「法の解釈」は、ここでは〈適用すべき法とその法が適用される個別事案が統合された形で認識の対象としての客観的基礎をもち、それについて訓練された主体の判断力を通じた認識的判断が行われるもの〉として捉えられるのだと考えられる。

〈解釈構造の人格化・主体化〉は、戦後の「社会科学としての法律学」を標榜する立場

によっても一部の例外をのぞいては<sup>40)</sup>、承認された。科学性は、法の解釈それ自体にはなく、法の解釈を対象にする法律学にのみ属するものとされた。科学の果たしうる役割は、裁判の予測であり<sup>41)</sup>、より内在的には法的判断者それ自体の判断基準を科学的に基礎づけるところに求められた<sup>42)</sup>。原島は、「社会科学としての法律学」を目指しながら上記の大

40) 法解釈学および法の解釈を史的唯物論の立場から方法的に詳細に位置づけた沼田稲次郎の議論（『労働法論序説』勁草書房、第3版、1969年、第4章を参照。初版は1950年であるが、第4章の内容は変わっていない）は、これに属する。かれは素材を労働法にとっているが、理論的にそれによる制約や特殊性はない。かれは、認識論一般として理論と実践の統一的理解、弁証法的な模写論つまり主体的形成的実践を媒介にした模写論を採る（205頁）。かれの議論は、こうした一般的認識論に留まるのではなく、これを基礎にしながらより具体的に実定法秩序の認識とはなにかを分析している。かれによれば、①実定法秩序は、法治国家を前提にすれば一定の歴史的社会を秩序付ける規範秩序として「意味的な統一性」（210頁）を担わざるをえない（法治国家の前提がなければ、法の階級性を暴露する法の批判は可能でも、法解釈学は成立しない。236-237頁）。②法の意味的構造は法の存在構造の規範的側面であり法の存在構造における矛盾（階級闘争）に規定されているので「法の意味的構造は客観的対象的なものとして認識せらるべきではなく、却って実践的形成的に認識せられねばならない。」（211頁）。③さらにこの統一の意味は、「目的論的統一性」として理解され、この目的統一性は「構成的に」認識される。④「実定法の認識において、認識論的に自覚さるべき目的は、時空を超越した絶対的な目的ではなく、実はその妥当する歴史的社会の必然性に規定せられつつ、法主体の自覚する目的を法規において措定したもの以外ならない」（232頁）。ここでの「法主体」は「国家＝総資本」であるが、社会の対立と異質な規範意識の競合のなかで「妥協し、説得しえない激しさを含めば含むほど」「法の目的は高遠化し然し無内容化」し、「現存法秩序＝社会秩序の維持という一般的な目的」を定立する以上のものでなくなる。⑤そして「かかる一般的目的のもとに妥当する実定法の規範的意味構造は、認識された静態的存在ではなく、まさに構成せらるべき、そして構成即認識として捉えらるべき動態的存在だといわなければならないのである。構成することによる以外には認識し得ないのである。」（233-234頁）。⑥「法は立法者の手をはなれたら社会の手にうつる。」それゆえ立法意思・立法者意思は、法制定当時の規範意識や法思想を探究する一つのがかりにすぎない。⑦しかし、「法的共同体の持続性」を考え、規範意味秩序の構成即認識として法の目的を捉えれば、法制定当時の支配的意識においてとらえられる目的を規範論理的に統一して捉えなければ正しい認識に達しない（237-239頁）。以上のような沼田の法解釈学（法の解釈）についての議論は、「前提としての法治国家」「法秩序の目的的統一性」や「構成的認識」などの考え方・概念において、本文で後述する「整合性モデル」の理論に類似したところがありうる。もちろん、沼田の場合、土台・上部構造論、それに対応する社会と法の関係、そして行為規範と裁判規範の関係などの概念が理論装置として前提される点に基本的な差異がある。

長谷川正安は、戦前と同様に「戦後のマルクス主義法学も」「法現象の科学的認識と法解釈の峻別という二元的態度を十分に克服」しておらず、その例外が沼田の理論であると言っている。長谷川によれば、「法の認識と解釈を峻別し、解釈の実践性をとく立場は、第一次大戦後の日本の法学にあらわれた新傾向を代表していた」とされ、「新カント派の二元論、解釈を無限とする自由法論、『生ける法』を探究する法社会学など」がその例として挙げられる（『マルクス主義法学戦前史の若干の教訓』『山中康雄教授還暦記念論文集 近代法と現代法』法律文化社、1973年、13-15頁）。長谷川は戦前に二元論を明示的に論じた注目すべき業績として宮沢俊義「法律学における『学説』」（『法学協会雑誌』54巻1号、1936年）を挙げている。これに関して樋口陽一は、宮沢憲法学が「科学学説と解釈学説の峻別、より一般化していえば認識と評価、科学と思想の峻別、という観点を明快に提起した点で、日本の憲法学史上、画期的な意味をもつ」と位置づけて検討を行っている（『近代憲法学にとっての論理と価値 [戦後憲法学を考える]』日本評論社、1994年、第1章参照）。「法規と事案を前提にどのように法を解釈し適用するか」という問題に即して「認識か決断か」を論じる場合と、「学説の構築における認識と評価の関係」を論じる場合とは論点の位相がずれているように思われるが（そもそも法が存在論的に把握できるか＝認識できるかという問題と、法的対象の存在把握に際して評価を交えてはならないという問題）、いずれにしてもここでは存在と価値、認識と評価、客体と主体の関係をどう理解するかについての根本的な問題が扱われている。

勢を批判し、法の解釈の営み、いわゆる実用法学がそれ自体として法を認識する営みであることを論証しようとした。法の認識と法の適用が一致するという（存在する法が見いだされ、適用される）は、上記のような法の概念と法的判断の構造の相関関係のなかではじめて可能となる。実用法学の科学的性格は、法の適用が法の認識と不可分であることによって基礎づけられる。実用法学は、法的判断の全プロセスにおいて全体としての法秩序に対する認識作業（原島によればいうまでもなくこれは論理的作業にとどまらず、社会関係に関わる）を行うのである。

以上をふまえて原島の法的判断論に対していくつかの論点を提示しよう。

第一。「有機的一体としての法」は、法的判断者（認識主体）の〈外〉に客観的に実在する存在であるのかと問いを立てれば、これはそうではなくて〈個別の法的判断による法の創造・形成〉を含むものとして構成されるのだと思われる。推測すれば、これは〈創造・形成〉でありながら、これも含めて〈法の認識〉と捉えられるのではないか。そうだとすれば、「有機的一体としての法」とはどのような「存在」であり、それを捉える「認識」とはどのようなものとして位置づけられるのだろうか<sup>43)</sup>

第二。法的判断者の一定の判断力は、第一のような理解からすれば、法の認識にとって規定的であり、不可欠な意味をもつ。このような判断力（およびその養成）に関して、法

41) 川島の定義した「科学的実用法学（市民的法律学）」はこれである。川島『科学としての法律学』135頁以下。

42) 渡辺洋三『法社会学と法解釈学』第3章参照。「法解釈それ自体は、解釈者が特定の立場に立って特定の価値判断を選択する実践的提言にほかならない。……法律学が法解釈という一つの実践を正当化づけることを目的としていること、それ自体は、かならずしも『科学』の本質に矛盾するものではない。むしろ科学は、いつの場合にも、——社会科学であれ自然科学であれ——何らかの人間の実践に奉仕し、それに合理的な法則的根拠（傍点原文）を与えることによってこれを正当づけることを使命とするものであるからである。したがって、科学性の有無の問題は、法律学が、解釈の正当化の学問ないし、すぐれて実用的な（実践的な）学問であるという点にあるのではなく、むしろ、その正当性の根拠ないし基準をどこに求めるかという点にある。」（113頁）。この渡辺の整理の仕方は、のちに登場する利益衡量論に対する批判の論理の原型を提示している。

43) ザヴィニーの法源論および法の解釈論について検討する児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」、石部雅亮「法律の解釈について」（いずれも前掲『近代私法学の形成と現代法理論』119-204頁、57-117頁）をさらに参照すれば、ザヴィニーにおいては〈法の存在構造に対応して法の解釈が行われるという関係〉〈客体が主体を規定する関係〉として理解されていることが確認できる。しかし、その関係のあり方はもちろん独特のものである。民族の法的確信を淵源として立法と法律学によって現象させられる法は、法政体・法律関係・法規の系列的関係構造をもち、かつ、完全性・統一性をもって存在するものである。解釈方法としてザヴィニーが重要視した「類推」は、このような構造を与件にして機能するものであり、それは二つの要件相互の「類似性」に基づく規範の転用といったものではなく、法制度と法規の系列関係を前提に「語根と活用形」のような関係、すなわち「類縁関係」としてとらえられ（児玉によればおそらくザヴィニーはゲーテの自然学の影響のもとにこの概念を動植物学における発生系統図上の類縁関係の意味で用いている）、かつ、法秩序の完全性を前提にして、法律学によって新たな法規がとりだされるという事態なのである（児玉189-194頁）。そして、このような解釈の作業においては、以上のような法の存在構造の全体認識について「生ける直観」が求められるのである（石部103-107頁）。

律家・法律学の存在意義がある。そうであるとすれば、判断力の内的構造（主体の側の諸与件）をどのようなものとして把握し、あるいは構想するかが問題となりうる。

第三. 法規と個別事案の関係が法の欠缺の場合だけではなく一般的に〈事件・法規・個別事案は一体的〉と捉えられているが、これと伝統的な包摂モデルの関係はどのように整理されるのか。〈「包摂」が終わったところから「反省」が始まる〉（ネル）として理解するのか、法的判断過程においてはそもそも「反省」がベースにあるものとして考えるべきなのか。

第四. 実用法学が「有機的一体としての法」を認識するものであり、その場合法を特殊な側面とする社会全体を認識対象とするのだとすれば、特殊な側面としての法と社会全体の関係についての理解は、法的判断論の不可欠の前提とはならないのか。またこれに関連して、法と法でないものを区別する標識はどのように求められるか。法システムの固有の原理はどのように考えられるのかという問題がある。

これらの論点は原島の議論がよび起したものであるが、同時にそれはより一般的な現代の問題、すなわち法の認識をめぐる〈社会における法と法外的なもの、認識主体と認識客体（「解釈者とテキスト」の対も含む）、法規と事案、そして法秩序と個別の紛争解決の関係をどのように捉えるのか。その場合、2項対立的（規定-被規定）にとらえるのか、または相互関連においてとらえるのか（その意味をどう考えるのか、相互規定的、循環的など〉という問題に関わっている。現代の解釈方法論は、これらについての回答をめぐる議論を展開しており、このように「サヴィニー」はなお極めてアクチュアルな存在である。

## 6. 原島・サヴィニー理論のパーспекティブ

(1) 法的判断を「法律学的議論 juristische Argumentation」によって基礎づけるべきことをかねてから主張している R・アレクシーは、法的判断の基礎づけモデルの一つとして「整合性」モデル (Kohärenzmodell) を指示し、このモデルの歴史的な例としてサヴィニーの「有機的全体の理論」(Theorie des organischen Ganzes) を、また、近年の例としてドゥオーキンの「統合性としての法」(Law as integrity) を挙げている<sup>44)</sup>。ここで、サヴィニー理論とドゥオーキン理論の類似性の指摘は、わたしたちにとって極めて興味深いも

44) Vgl. Robert Alexy, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, S. 113-122., in: R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kuhlen/H. Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. “Kohärenz” は、村上淳一の訳語を借りて「整合性」とする（村上「ポストモダンの法理論」『現代法の透視図』東京大学出版会、1996年、10頁）。

のがある。

アレクシーは、議論の理論に先行して存在する法的判断の基礎づけモデルとして次の4つを挙げる。第一に演繹モデル (Dedukationsmodell) (あるいは包摂モデル) であり、第二に決断モデル (Dezisionsmodell) である。この二つのモデルの対立は、上述したように方法論史において、法律実証主義的概念法学と自由法学的反法律実証主義の対抗のなかで見られたものである。

第三に「解釈学」モデル (hermeneutisches Modell), そして第四に上述のように「整合性」モデルがあげられる。この後二者は、いわば演繹 (包摂) モデルと決断モデルの両極を止揚する新たなモデルを提示しようとするものである。アレクシーによれば、前二者が法的判断の基礎づけに成功してこなかったことはもちろんであるが、後二者についても法的判断の正当化の最終的基準を法内在的に導くことができない。そこで、議論による正当化が残された道であり、これによって他のモデルでは困難な場合であっても判決の正当化が可能であり、また長期的にみて法システムのレジティマシーを維持することができる。日本でも平井宜雄が、決断モデル型の利益衡量論の地平を越えるために議論モデルを提唱している<sup>45)</sup>。

解釈学モデルと整合性モデルは、前二者が対立的モデルであるの対して、重なり合うモデルであり、アレクシーによれば、整合性モデルは解釈学モデルのなかの重要な1つである。Kohärenz とは、首尾一貫したあり方、体系的な一体性のあること、を意味するものであり、サヴィニー流にいえば、個々の法規則や法律関係が一つの大きな統一性に結合されるように内的な連関性をもっていることである。ドゥオーキンの理論を後に検討するがその前に解釈学モデルが法の解釈をどのようなものとして捉えるのかをみておこう。

Hermeneutik は、哲学者の H.-G. Gadamer 等によって発展させられた哲学の理論であり、これがドイツ法学に法解釈理論の新たな基礎づけのために持ち込まれたのである (哲学的議論としての Hermeneutik を解釈学と表現すると法の解釈学と紛らわしいので Hermeneutik は、以下ヘルメノイティクと記述する)。ヘルメノイティク・モデルのキー概念は、解釈学的循環 (hermeneutische Zirkeln) である。

法の解釈についての伝統的イメージにおいては、その内容を演繹モデルで理解するのであれ、決断モデルで理解するのであれ、解釈者と解釈の対象である法規または事実関係が別個独自の (相互に孤立した) ものとして相対している。ヘルメノイティクはこれに対して、解釈者と解釈の対象の間に多次元において循環が存在し、それゆえ、解釈とは主体としての解釈者が客観的对象を「認識 erkennen」するという行為ではなく、相互の循環を

45) 平井宜雄『法律学基礎論覚書』、『続・法律学基礎論覚書』有斐閣, 1989, 1991年。

通じて解釈を必要とする事態が「理解 verstehen」されることであると位置づけるのである。アレクシーは、法律学にとって重要なヘルメノイティクな循環として、三つの循環を指摘する<sup>46)</sup>。

第一は、「前理解」(Vorverständnis) とテキスト (解釈の対象) の間の循環である。解釈者は、その人生の履歴や職業生活の経験、法律家としての様々な訓練などを通じて無意識のうちに保持する前理解をもって、それゆえそれに基づけられた解釈仮説をもってテキストに接近する。この場合、一方でテキストは、解釈仮説なしではそもそもそれが問題として把握されることができない。だが他方で、解釈仮説はテキストを基礎にしてはじめてその吟味が可能になる。ここには因果関係ではなく、一つの循環関係がみられる。

第二は、部分と全体の間における循環である。個々の規範は、それが属する規範体系の理解を前提とするが、他方で規範体系の理解は個々の規範の理解なしには獲得できない。ここにも循環関係があり、この背後にはテキストの統合性・首尾一貫性 (Kohärenz) への要請がみられる。サヴィニエーの理論において法体系と個々の権利判断の統合的理解が説かれていたことは、上で見たところである。解釈学モデルは、ここで整合性モデルを含んでいる。

第三の循環は、規範 (Norm) と事実関係 (Sachverhalt) の循環である。規範は抽象的普遍的であり、それが適用されるべき事実関係は具体的個別的である。規範はわずかな要素しかもたないが、事実関係はいわば無限の広がりをもっている。一方で事実関係が対象として問題化されるためには規範の構成要件要素が手がかりとされなければならない。他方で、事実関係は当初に手がかりとした規範ではなく別の規範に目を転じ、さらには構成要件要素を具体化し、新たな要素を付加するなどのきっかけを与える。この循環は、伝統的三段論法が大前提としての法規の解釈、小前提としての事実関係の確定、そして事実関係の法規への包摂という論理的プロセスを描くのとは異なったプロセスを示すものである。ここにはまさに規範と事実関係をめぐって解釈者の「視線の往復」(Hin-und Herwandern des Blicks) がある。

## (2) 法哲学者の青井秀夫がドイツの法律学的ヘルメノイティクについて詳細な紹介と分析

46) アレクシーは、循環をキー概念にするヘルメノイティク・モデルもその解釈を通じてとりだされた結論の正当化のための決め手を欠くこと、具体的にみて上記三つの循環にはそれを合理的なものとするためには、第一の循環について自省性の要請 (前判断をどこまで自省できるか)、第二の循環について首尾一貫性の要請、第三の循環について完全性の要請 (可能なかぎりの要素を考慮しなければならない) が生じ、その要請を満たすことが可能かどうかという問題が絶えず残り、結局議論の方法によってしかその結論の最終的正当化ができないものであるとしている。アレクシーによれば、哲学的ヘルメノイティクは、もともと、正しい解釈を確定するという目的を持つものではなく、「理解する」ことの「構造」を提示する理論である。Alexy, a. a. O., S. 114-116.

を行っているのでさらに参照しよう<sup>47)</sup>。かれは、法律学的ヘルメノイティクを論じる学者たちがそれについて共通に表象する内容を次のように整理している。

第一に、哲学的ヘルメノイティクにおける理解の基本構造を不可欠の前提とすること。その基本構造は、①「地平制約的構造」——個々の意味把握は解釈者のもつ経験・了解・時代・世界等の全体的意味連関を地平としてそれとの相互的制約関係のなかで始めて成立すること、②「循環的構造」——理解は解釈者の①のような前理解とザッへ（対象）に即しての理解との弁証法的関係のなかで螺旋状的発展過程を辿ること、③「対話的構造」——共通のザッへ（対象）について言語的手段による他者との相互了解の過程が不可欠であること、および④「媒介的構造」——主体と客体の相互媒介の過程が存在すること、として要約される<sup>48)</sup>。

この上にたつて、第二に、考察対象が裁判官の法発見の Praxis に設定されること、第三に、その Praxis の分析における方法が独自であること、すなわち、「Praxis において前提されその可能性を制約しているところの制約条件・必然的根拠を、反省（傍点原文）の中で顕在化せしめようとする artikulieren こと」、そして第四に、法発見の Praxis における「理解」の問題をその他の人文社会諸科学の領域における「理解」現象と統一的な関連のなかにおいてより根源的・包括的な考察を志向すること、である。

青井は、具体的な論者として、M・クリーレ (Martin Kriele)、J・エッサー (Josef Esser)、および J・ルシュカ (Joachim Hruschka) をとりあげて検討している<sup>49)</sup>。クリーレは、「視線の往復」を第一に解釈者の規範仮説と対象である生活関係（事実関係）の間で、第二に第一のプロセスを経由して選択された規範仮説と制定法の命題との間においても行われるものとし、これらを通じて「法現実の中に宿っている理性」が帰納的に発見されると考える。エッサーは、解釈者の「前理解」の方法的意味を明確に提示してこれを反省により透明化すべきことを主張し、また、解釈プロセスについて正当性コントロール (Richtigkeitskontrolle・判決の実質的正義性の確保) および整合性コントロール (Stimmigkeitskontrolle・判決の実定法秩序との整合性の確保) の二つのプロセスの存在と両者の統合の必要を指摘する。ルシュカは、前二者がいわば正しい判決に向けた操作的な方法（「操作主義的タイプのヘルメノイティク」と青井はよぶ）を議論するのに対して、法の意味

47) 青井秀夫「現代西ドイツ法律学的方法論の一断面——『法律学的ヘルメノイティク』の紹介と検討」『法学』第39巻第1号・99-132頁、第3-4号・59-125頁参照。

48) この要約は Coreth, Grundfragen der Hermeneutik, 1969 によっている。

49) 検討の対象として取り上げられている主たる著作は次のようである。

Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967; Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; Joachim Hruschka, Rechtsanwendung als methodologisches Problem, Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie, Bd. 50, S. 485 ff., Die Konstitution des Rechtsfalls, 1965, Das Verstehen von Rechtstexten, 1972.



解釈の場において「実定的な法テクキスト」と「外実定的なザッヘとしての法」(extrapositive Sache Recht)との相互依存関係(循環関係)が存在する構造を問題として裁判官(判断者)の法適用を論じる(青井はこれを「存在論的タイプのヘルメノイティク」とよぶ)。

青井自らはその著作『法思考とパターン』(創文社, 2000年)において, 法的判断者における知覚や認知の役割を承認し, このレベルにおいて「類型」や「パターン」の方法的意味を究明し, 法命題パラダイムと現実認識(法規と事案)との「水面の上下間を往復する視線の上下運動を媒介するファクター」(同書428頁)を探る試みを提示している。かれは, この議論を後期ヘックの利益法学の継承・新展開として位置づけている。

(3) さて, 法律学的ヘルメノイティクが方法論史の上でどのような新たな論点を示しているのかを, すでに述べたところと重複するが, 青井のまとめをも参照しながらここで整理してみよう。

第一. 法律実証主義に基づく演繹モデル, また法律実証主義に対するアンチテーゼであるが演繹モデルに立つ合理的自然法論, そして自由法論的な決断モデルにおいて, いづれの場合であれ, 法的判断者(解釈者)にとって法規(テキスト)と事実関係(ケース)はそれぞれに独自の存在である。

これに対して法律学ヘルメノイティクは, テキストとケースの相互依存・循環の構造を解釈の前提としてとらえる。法規は, 具体的事案なしにはその意味をとりだすことができず, 事案は, 法規なしには事案として構成されえない(事案は法的に意味付けられてはじめて事案となる), というのがこの循環構造の理解である。これは, 上記5(5)の第三と関わる論点であり, 原島が<事件・法規・個別事案は一体的>として指摘する事柄とこのような循環の捉え方との関係は, 回答を要する一つの問題である。

第二. この循環構造的な理解は, 規範の世界と事実の世界を峻別することをしない。このことを前提にして, 循環構造のなかで正しい解釈のための基準(クリーレのいう「理性」等)が存在し発見されるものと考えられている。法律学ヘルメノイティクは, 哲学的ヘルメノイティクとは異なり<正しい解釈>を求めるものである。それゆえ演繹モデルも決断モデルも回答困難に陥った<当該事案における唯一の正しい法的判断>を導きだすことを目的にし, そのようなものの存在を理論的に前提・想定するのである。その存在は, 主体-客体の二元論のもとでの存在<見いだされるべき所与の存在>ではなく, 主体・客体, テキスト・ケースの循環構造のなかで, <作り出されつつ, 見いだされる>存在であるというべきものである。それゆえ, 判断主体における前提与件(「前理解」など)がどのようなものであるかは, 重要な問題となる。ここでは, 上記5(5)の第一, 第二の論点が

関わる。

第三. こうした特徴を示す法律学的ヘルメノイティクの法思想史上の位置について、青井は、C・シュミットの『『具体的秩序思考』の特色を濃厚に宿すもの』と指摘し、またテキストとケースの循環のなかで、それぞれ規範主義（解釈の実定法テキストへの関連づけ）と決断主義（解釈の実定法テキストへの非依存性・解釈者の主体的条件との関連づけ・ケースへの関連づけ）の両要素を含みこむことにより、「法律学ヘルメノイティクは法（学的）思考としては、具体的秩序思考を根幹にすえつつそれに規範主義及び決断主義の両モメントを付加させた独特の構成体を析出」<sup>50)</sup>するものと結論している。

第四. 以上のようにみると、法律学的ヘルメノイティクは、一方で法的判断の循環構造を指摘し解釈者に法の解釈・適用について操作的な指針を与える方法論と、他方でそのような操作によって到達できる〈正しい法解釈の結論〉が存在すること（いかなる形態であれ、判断の基準となる「法」が存在すること）を論証する理論の二つから成り立つべきものであることがわかる。もちろん、〈存在を発見する方法〉と〈存在のし方〉は関連し合うものである。青井によれば、後者の論証、つまり「存在論的法哲学」の展開は、従来の法律学的ヘルメノイティクでは十分に行われていない。それでは、いかなる法の存在論（Ontlogie）が語られるのか<sup>51)</sup>。ここでは、上記5(5)の第一、第四の論点に関わる。

(4) アレクシーは、サヴィニエーの「有機的全体としての民族法」とドゥオーキンの「統合性としての法（Law as integrity）」<sup>52)</sup>の理論の類似性を指摘した。民法学者の内田貴は、ドゥオーキンのこの理論について利益衡量論との比較を念頭においた恰好の紹介・検討を行っているが<sup>53)</sup>、自らの検討の学説史的な位置づけを次のように述べている。〈アメリカ

50) 青井前掲論文、第3-4号・113-114頁。

51) このように問題を立てると、別の重要なアポリアが現れてくる。法律学的ヘルメノイティクは、循環構造として理解される法と事実関係の一体的世界において、〈法が存在していること〉、したがって〈その法が操作的に内在的に理解できること〉を主張するものである。ここで、〈法が存在している〉とされるこの構造をそのものとして捉えようとする場合には、この法の存在構造が、事実関係を法以外の視点から総括する他の世界（政治・経済・道徳等）の一体性・構造とどのような関係に立つのかを論じなければならないであろう。個別の法的判断（法の解釈・適用）がその終決に至るまで法内在的に基礎づけられること（法外的な決断によるのでないこと）を法律学的ヘルメノイティクは、論証しようとしている（ミクロ的基礎づけの可能性）。しかし、個別の法的判断がそこから淵源するとされる法の存在構造それ自体は、再び法外的契機との関連で位置づけ、論証されなければならないであろう（マクロ的基礎づけの必要性）。シュミットのいわゆる「具体的秩序思考」が法律学的ヘルメノイティクに類似しているとすれば、かれの「具体的秩序」に対して投げかけられた問題、つまり〈それが授権法体制下において創出されたナチスの政治経済秩序の即自的な正当化の機能をもったのではないか〉等というレベルの問題が法律学的ヘルメノイティクの法の存在論についても浮かび上がってくるということである。法の内在的基礎づけおよび法システムそのもののシステム環境との関係づけが、二つの相対的に独自の論点としてあるとすると、法律学にもミクロ法律学とマクロ法律学があるといえるかもしれない。伝統的には前者が実定法学、後者が基礎法学ということになるだろうが、問題の性格は、伝統的なこの区分では対応できないものである。

のリアリズム法学の影響をも受けて日本の戦後の法解釈論争が展開し、これを経て「利益衡（考）量論」が生まれたが、ドゥオーキンのこの理論はリアリズム法学の真相暴露に対する正面からの対応として大きな反響を呼んだものであり、「利益衡（考）量論」との比較において興味深い研究対象となる。また、ドゥオーキンのこの理論が対象とするところについてはドイツ法学の蓄積のあるところだがドゥオーキン自らはこれを視野に入れていないので、これについては今後の課題である。><sup>54)</sup>ここでも、法的判断論についてドイツとアメリカの学説史的交錯の探索およびそれと関連づけながら日本の議論の展開を位置づけてみることの必要性が指摘されている。はたしてドゥオーキンがサヴィニーを読んだとするとどのような感想を抱くであろうか。

ドゥオーキンの理論の学説史的位置と構造は、対比的に大雑把に言えば法律学的ヘルメノイティクに類似している。すなわち演繹モデル（規範主義）と決断モデル（決断主義）を止揚する第三のモデルを提示すること、およびその第三のモデルをガダマー的な解釈概念を参照しつつ解釈学モデルで構成し、そしてその上に integrity を原理とする整合性モデルを提示することである。これが「統合性としての法」である。ドゥオーキン理論の固有の特徴は、政治的原理から基礎づけられる法の concept（概念）を明示し、この法の concept の展開としての法の conception（観念）として「統合性としての法」を位置づけ、一つの“integrity”をもった法の世界、「法の帝国」(Law's Empire) を論証しようとするところにある。

ドゥオーキンは、異論の余地なく受け入れられていると考える原初的な法の concept の解釈をまず次のように示す。「法実務の最も抽象的で根本的な存在理由は政府の権力を統制し拘束すること」にあり、「権力を行使したり差し控えたりすることが政府の目的の実現にとってどれほど役に立とうと、そしてこれらの目的がどれほど有益で崇高なものであろうと政府の過去の政治的決定—集团的権力はどのようなときに正当化されるかについて政府が過去に下した政治的決定—に由来する個人の権利や責任によって認可ないし要請されたものでないかぎり、権力は行使されたり差し控えられたりすべきではない」というのがそのための法のあり方である (p. 93 ; 158-159 頁)。

52) Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986. “Law as integrity” の訳語は、「統合としての法」、「統一性としての法」、「統合性としての法」、「完結性としての法」などがあるが、本文で見るように法概念にしたがって法が首尾一貫したものとして存在するように取り扱われなければならないというのがドゥオーキンの主張なので「統合性としての法」を採用することにする。なお、本文の叙述に際しては小林公訳『法の帝国』未来社、1995年を全面的に参照した。本文の叙述においては原著とともに小林の訳書の頁数を示す。ただし「統合性としての法」の訳語やその他若干の箇所については訳を変更した。訳者にご寛容を願う。

53) 内田貴「探訪『法の帝国』——Ronald Dworkin, LAW'S EMPIRE と法解釈学」『法学協会雑誌』第105巻第3号・1-41頁、第4号・21-57頁、1988年参照。

54) 内田前掲論文、第3号・5頁、第4号・55頁。

このような法の概念が提起するさらに3つの問題にどう答えるかによって、具体的な権利・義務を確定することに関わる法の観念がいくつかに分かれる。3つの問題とは①過去の政治的決定に由来する形でしか権力が行使できないとすることに意味があるのか、②あるとすればそれは何か、③「……に由来する」ということをどのように理解すれば、また過去の政治的決定との整合性をどのように観念すれば、②の意味にもっともよく奉仕できるか、である (p. 94 ; 159-160 頁)。ここでのドゥオーキンの議論は、法的判断者に対する法規の拘束力の是非とその拘束の仕方を論じると類似的である。そこで、この三つの問題への解答によって3つの法の観念 conception が成立する。慣例主義 conventionalism, プラグマティズム法学, そして統合性としての法, の三つである。

第一の慣例主義 Conventionalism は、過去の政治的決定への拘束を肯定し、その上で、過去の政治的決定から由来すべきものがもはや取り出せないならば裁判官が未来に向けての根拠を探し出さなければならないとするものである。厳格な慣例主義と柔らかい慣例主義が区別され (pp. 124-130 ; 203-210 頁), 前者では「法の欠缺 gap in the law」 (p. 126 ; 206 頁) というものが認められざるをえないことも指摘される。慣例主義はおむね法実証主義に対応する法の観念である。

第二のプラグマティズム法学は、リアリズム法学的な実務理解を前提にして、裁判官が過去とのいかなる整合性にもとらわれず、共同体の将来にとって最善と考えるものを法としており、またそうすべきであると主張するものである。それゆえ、ここでは過去の政治的決定から由来する法的権利という観念は拒絶されることになるのであるが、戦略上の理由から、あたかも法的権利が存在する「かのように as if」、判決が過去の政治的決定から由来する「かのように」裁判官が振る舞うことがある、とドゥオーキンは指摘し、「As-If Rights」という表題の項目をたてるなどしてかなりの考察を行っている (pp. 154-164 ; 248-262 頁)。この「かのような」戦略が過去の政治的決定に考慮を払う一つのやり方であるとすれば、慣例主義よりも実務上有効であるかもしれない。それゆえ、プラグマティズム法学を退けるためには、過去の政治的決定との整合性とはいかなる意味で重要なかが論証されなければならないとドゥオーキンは述べた上で、第三のドゥオーキン自らが主張する「統合性としての法」の考え方を展開する。ここでプラグマティズム法学の「かのように」戦略について述べられていることは、来栖の擬制論がリアリズム法学的認識の上にあることを間接的に示すもののようにも思われる。

(5) それでは、「統合性としての法」理論は、どのような法の観念を提示するのか。法における integrity の必要性は、ドゥオーキンによれば政治理念から基礎づけられる。ドゥオーキンは、正義および公正とならぶ理念として integrity を位置づける。これは、「同

様の事例は同様に取り扱いなければならない」という標語でしめられるが、具体的には「政府に対して、一つの声で語るべきこと、原理に従い首尾一貫したやり方であらゆる市民に向かって行動すべきこと、そして当の政府がある人々に関して用いる正義や公正の実質的規準をすべての人々にまで及ぼすべきことを要求するものである。」(p. 165 ; 264 頁) この要求は、立法上の原理として、そしてまた司法上の原理として具体化されなければならない。司法上の integrity の原理こそが、法の概念として示された過去の政治的決定との整合性の問題とは何か、また、運用される法がなぜ一つのまとまった全体として考えられなければならないかを説明するものなのである。そこで“integrity”を原理として観念される法、すなわち「統合性としての法」は、次のように位置づけられる。他の二つの法の観念との区別をも明瞭に示すものなのでやや長くなるが引用しよう。

「統合性としての法は現在を出発点として過去の出来事を追求する。しかしそれは、現代の関心の焦点が過去の追求を命ずるかぎりにおいてのみ、そしてそれが命ずるようなやり方でのみ、過去を追求するのである。それは、過去の出来事を生み出した政治家の理念とか実践的な目的といったものを一たとえ、これが現在の法を理解するためであってももう一度再確認しようと試みるわけではない。むしろそれは、彼らが行ったこと(後でみるように、しばしばこれには彼らが述べたことも含まれる)を、現在において語るに値する総合的な一つの物語(a overall story worth telling now)の中で正当化しようと試みるのである。そして、この物語には次のような複雑な主張が伴っている。すなわち、現在の実践は、栄誉ある立派な未来を準備するために十分に魅力的な諸原理によって組織化され正当化されなければならない、という主張である。統合としての法は、『法は法である』といった昔からの機械論的な考え方と同時に、比較的新しい『リアリズム法学』のシニカルな立場も非難する。これら二つの見解はともに、法の発見と法の案出という誤った二分論(the false dichotomy of finding and inventing law)に根差しているのだと、それは考える。裁判官が法の中に特定の原理が息づいていると宣言するとき、彼は過去の政治家の動機に関する幼稚で単純な主張を提示しているのではない。……むしろ裁判官は、一つの解釈上の提案を行っているのである。すなわち、当の原理が法実務上のある複雑な部分に適合すると同時にこれを正当化すること、そして、統合性が要求する原理上の整合性を法実務の構造の中に見いだすための魅力的な方法を当の原理が提供してくれる、ということである。」(pp. 227-228 ; 356 頁)

この文節をドイツ法流の概念で置き換えれば、歴史的解釈＝立法者意思説と客観的解釈＝法律意思説との二分論、また、法の発見(存在するものを見出す)と法の創造(存在しないものを作り出す)の二分法が否定され、〈見出だされつつ、作り出される〉あるいは〈依拠されつつ、正当化される〉という法の統合性が語られているのである。ではどのよ

## 論 説

うにすれば、このように法を統合性において語ることができるのか。そのために、ドゥオーキンの「解釈」論が示される。

ドゥオーキンは、法の解釈を論じる前提作業として「解釈」一般について、1章をさいて詳しく論じている(第2章「解釈的諸概念」)。かれの結論的主張によれば、芸術作品や社会的実践の解釈は、創造的解釈(creative interpretation)であり、さらに「構成的な」(constructive 原文強調)ものである(pp. 51-52; 89頁)。すなわち、ここでは因果関係が把握されるのではなく、作品についての意図や目的が問題とされるのであり(創造的解釈)、さらに「構成的」ということの意味は、ここで問題となる「目的」が作者が抱く目的ではなく「解釈者の目的」であるということである。ドゥオーキンによれば「大雑把に言えば構成的解釈とは、ある対象や実践に目的を課し、かくして、これらが属すると想定される実践形態や芸術ジャンルの最善の一例としてこれらを提示することである。」しかし、だからと言って解釈者が好きなようにこれを解釈できるわけではない。解釈の対象の「歴史的過程や形態」といったものが解釈のあり方を限定するからである。そこで「構成的な見解に立てば、創造的解釈とは、目的と解釈対象の相互作用の問題となるのである。」(同上)

ドゥオーキンは、こうした構成的な解釈の考え方を法の解釈にも応用するのである。ここでは、「解釈者の目的と解釈対象」の間の循環構造が指摘されていることに留意すべきである。ただし法律学ヘルメノイティクと比較すれば、「規範と事実関係への視線の往復」、つまり法の解釈におけるケースとの連関性への視点が希薄であり、むしろ、作品の製作者(立法者)と解釈者の関係に最大のポイントがおかれている。ドゥオーキンは、法の解釈において歴史的に統合性をもつ法を構成することを「法の連鎖」(the chain of law)として表現し、こうした解釈の具体的プロセスを示すために「連鎖小説」(the chain novel)の例を示している。ここでは、オリジナル・テキストと連作していく小説家の関係が、法律テキストと裁判官の関係を考える原型として論じられる(pp. 228-238; 357-372頁)。

以上のようにドゥオーキンの「統合性としての法」は、歴史的にも、かつ、現在のさまざまな諸領域を考慮しても、「法的権利義務はすべて正義と公正に関して整合的な観念を表現する単一の作者により創造されるという前提に立って、可能なかぎりこれらの権利義務を明確に特定化」していくことを裁判官に教示するものである(p. 225; 353頁)。そしてこれは、「我々の法実務の総体とよりよく適合している」と同時に「法実務についてよりよい正当化」を与えるものである(p. 411; 626頁)。ドゥオーキンは最後に、「統合性としての法」が法的問題に対する特定の解答を提供する電子計算器のプログラムのようなものではなく、「何が法であるか」を最良でも「ある点までは」示し得るものでしかないとする。しかし、だからといって「ハードケースを判決する唯一の正しい方法などは存在し

ない」とする立場をかれはとらない。その立場は、かれによれば、哲学的誤謬であるか、疑わしい政治的信念に依拠した異論の余地ある一つの政治的立場にすぎない (p. 412 ; 627 頁)。それゆえ、ドゥオーキンもまた、法律学的ヘルメノイティクがそうであったように、法的判断において「唯一の正しい答えがある」ということを否定しない。ドゥオーキンは著作の結びでこう言っている。「法の態度は構成的なものである……。最終的にそれは一つの同胞的な態度 (fraternal attitude) である。……すなわち、いずれにせよ我々にとって法とは何かとは、我々がそうありたいと思う人間にとって法とは何か、我々が持ちたいと願う共同体にとって法とはなにか、ということである。」 (p. 413 ; 629-630 頁)

(6) ドゥオーキンの「統合性としての法」は、発見されるのでも案出されるのでもなく、その両方であると同時にそのいづれでもないものである。構成的な解釈によって、そのような法が把握される。そこでは、解釈者と解釈の対象は相互作用の関係にある。「法の存在構造」と「法の把握の方法」が相互に依存関係にあることは、法律学ヘルメノイティクでも、サヴィニーの有機的全体としての民族法の理論でも同様であると思われるが、この二者は、より存在構造に力点がかかっていると考えられるのに対し (青井が法律学ヘルメノイティクと具体的秩序思考との類似性を指摘したことが示すように)、ドゥオーキンの統合性としての法は、解釈者により大きな比重がかかっている。

構成的解釈における解釈者の目的は、ドゥオーキンが述べるように解釈の対象からまったく自由であるわけではない。だから、対象に規定され、制約されるものでもあるが、しかしやはり解釈者の側にあるものである。原島がサヴィニー理論で描いたカントの目的論的判断力とサヴィニーの全体的直観は、法の存在構造が目的論的性格をもつことに対応して基礎づけられていた。それゆえ、法的判断者 (解釈者) と解釈の対象のいづれに目的論的性格をみるかについて、両者には基本的な違いがある。とはいえドゥオーキンとサヴィニーの理論は、いずれも、統合した、首尾一貫した法の秩序を解釈によって構築ないし把握しようとする場合に「目的」という視点が必要であることを示している。

構成的な解釈の意味において「統合性としての法」を構築することが可能であるのは、  
 <統合性としての法のそのようなあり方>について<社会の人々の共通の了解と信念が存在する>だけではなく、法の内容について<人々が最終的に了解しあえる>ことを前提にするからである。ドゥオーキンが「正しい唯一の答えがある」と言うのも、かれの著作の末尾の表現が示すように、このことに依っている。かりに、自己の信念や認識において「統合性としての法」を承認せず、異議申し立てをする人々がいれば、この前提は事実として崩れ、前提の存在は<仮定される>に留まる。もともと、法とは様々な利害に因って成立するものでありながら「統合性としての法」が「解釈」によって構築され、あたかも

一人の人が一貫したヴィジョンで語っているかのように、法に秩序が与えられるのである。〈仮定される〉共通了解の上でしか「解釈」が成立しないとすれば、「法の帝国」もまた限りなくフィクショナルな存在でしかありえないものであろう。

## 7. 小括

日本の戦後の法解釈論争は、法の解釈に対する人々の不信を政治的社会的な背景にし、また、法律学の科学性への要求を基礎において、裁判官の法解釈へのリアリズム的批判を出発点にした。そこから、法の解釈はそれ自体として認識を問題にするものではなく、解釈者の実践的行為（決断・価値判断）であるとする了解が法律学界のなかに広範に生み出された。1970年代から80年代にかけて通説的な影響力をもった利益衡量論は、この了解を基礎にしながら、より合理的な解釈方法論を目指して展開した。そこでは、社会的にみて最も妥当な結論をもたらさうような解釈方法が追求されたのである。しかし、そのような「妥当性」は、客観的な存在としての法から演繹されるものでないかぎり、最終的には判断者の主観のうちにはしかありえないものとみなされる。利益衡量論に対しては、判断者の主観に客観的な基礎づけを与えるための科学的な探求の必要性が、批判的に提示された。さらには、結論をその社会的妥当性によってではなく、法内在的に正当化しうる道として新たな方法論である「議論」の理論が提起された。

以上のような戦後の流れにおいて、来栖と原島は、それぞれ独特の歩みを提示した。

来栖は、法解釈論争の火付け役として、法の解釈に対するリアリズム的把握を一貫してもち続けている。この上で、法的判断が法的判断であるかぎり、法内在的な基礎づけが行われるべき道を模索しようとした。しかし、一方で、かれのリアリズム的認識は、こうした内在的な基礎づけの原理的な困難さを来栖に示したであろう。来栖が到達したのは、法的判断が法に基づいていることを「擬制」として理解する立場であった。これは、近代と近代法の諸原理が、近代がいわば設計された社会であることに由来して擬制の性格を有することの認識によって導かれた。

来栖は、近代・近代法が擬制的なものであることを承認しつつ、その諸原理を受け入れる立場に踏み止まっているが、近代・近代法のフィクショナルな性格は、ポストモダンの立場から明確に指摘されるものである。それゆえ、来栖の立場は、ポストモダンの立場に通底する。村上淳一は、ポストモダンの視角から法システムの観察と設計を論じるにつき「来栖のフィクション研究を現代の理論水準によって補強することを意図」し、「法システムが再帰的（循環的）でありながらフィクショナルな線形性（三段論法を用いた法律論）を



必要とする所以を探り」「再帰性の理論的基礎づけを検討」<sup>55)</sup>する等を試みている。村上によれば、三段論法の演繹モデルさえも、システムとしての必要性の自己観察に基づき、道具としてのフィクションである共通了解のうえで、利用可能であると考えられるのである。しかし、それは道具としてのフィクションであり、来栖がみた原理としてのフィクションではもはやない。

原島は、〈法解釈構造の主体化・人格化〉に行き着くリアリズム的把握をとらない。サヴィニー理論を媒介に原島が試みたのは、ドゥオーキンの「統合性としての法」の試みがアメリカのリアリズム法学の真相暴露に対する正面からの対応（反論）であるのと同様に、日本的リアリズムへの体系的反論であった。原島がサヴィニー理論として描きだしたものは、すでに指摘したように、法律学的ヘルメノイティクやドゥオーキンの議論が試みる法的判断についての現代的解明と重要ないくつかの点において重なりあう。もとより原島が法の解釈をより広い意味での客観構造の認識と理解する背景には、社会科学としての法律学のあり方をそのような道筋で追求するという問題意識がある。それ故法律学の課題設定において原島の議論は、法律学ヘルメノイティクおよびドゥオーキンの議論と異なった位相をもつ。このことを踏まえながらも、原島＝サヴィニーの議論について5(5)に指摘した論点を中心に〈解釈学モデル〉との関係、また、解釈構造における目的の要素（一方で法秩序の目的、他方で解釈者の目的）の意義等について検討し、さらに法的判断の構造を考えてみなければならない<sup>56)</sup>。

以上にみてきた来栖と原島の学問的営為が求めたものは、「正しい法的判断」に到達できる道筋を明らかにすることであった。来栖は、「正しい法的判断」が制定法に基づいて存在することをフィクションだとするが、しかしそれがただちに「正しい法的判断」の不存在を意味するわけではなく、存在しなければならないものだと考える。原島は、到達することを可能にする客観的・主体的構造を理論的に描きだそうと試みた。本稿でそれ自体として検討しなかった新たな方法論である「議論モデル」、また、「ポストモダンの法理論は、来栖と原島が前提としたそのこと、「正しい法的判断が存在すること」について、異なった議論を立てるものである。しかし、「正しい法的判断」がたとえ存在していなくとも、人々にとってはそのようなものが必要であり、人々はそれを求めざるをえない。とすれば、そこには、人々が了解しあえる限りでの「正しい法的判断」というものがありえ、それゆえ、そのようなものを作り出すための方法が論じられうる。法的判断論の構図は、こうした文脈においてなお一つの世界のなかにあると考えられる。

55) 村上淳一『システムと自己観察—フィクションとしての〈法〉』東京大学出版会、2000年、5頁。

56) 註(40)の沼田の理論にも留意すべきである。