

法解釈における事実的観察と法的構成 の法学方法論を手がかりに

サレイユ

| | |
|-----|---|
| 著者 | 池田 悠太 |
| 雑誌名 | 法学 |
| 巻 | 85 |
| 号 | 2 |
| ページ | 1-44 |
| 発行年 | 2021-09-30 |
| URL | http://hdl.handle.net/10097/00133045 |

法解釈における事実的観察と法的構成

——サレイユの法学方法論を手がかりに

池 田 悠 太

はじめに

I サレイユの法学方法論

II サレイユの法学方法論から見た日本民法学

おわりに

はじめに

1 問題の所在

私たちの社会には「民法」が存在し、それに関する学問としての「民法学」が存在する、という観念は、現在の日本においてもある程度共有されているのではないと思われる。そして、一方で、民法の内容は民法の解釈によって定まると言うことができ、他方で、民法学の営為には民法解釈の実践が含まれるのだとすると、民法解釈の方法は民法学の方法でもあると言うことができる。このような民法解釈の方法について、本稿では検討を行う。

(1) 民法解釈の方法 もっとも、以上のような観念に対しては、近時の日本民法学において、いくつかの問題も提起されている。第一に、「民法は社会に存在する、という法イメージ」と「民法学は社会の改良を目的とする、という法学イメージ」とから成る「日本民法学の伝統と呼ぶべき『社会法学』」が全体として退潮しつつあり、「これに対して平成日本の民法学が行

き着いたのは、裁判規範としての判例重視であり、社会問題への関心の希薄化なのではないか」という指摘がある⁽¹⁾。ここでは、民法学が民法解釈を実践するものであるという理解をさしあたり前提に、民法及びその解釈方法について、社会や社会問題との関係が問題とされている、とすることができよう。

民法解釈の方法という問題については、日本の民法学においても論じられて久しく、今日でも、他の法分野や外国との比較も含めた検討が試みられているところであるが⁽²⁾、平成日本の民法学を回顧してなされた以上のような指摘を踏まえ、いわば令和日本の民法学を展望すべく、社会問題との関係という観点からあらためて検討することは、なお必要ないし有益であるように思われる。

(2) 民法学の方法　さらに第二に、民法学が民法解釈を実践するものであるのか、あるいはより広く、民法学は何をするものであるのか、という問題も提起されていると言える。すなわち、一方で法実務との関係において、具体的には法実務の発達を背景に、民法学の営為に民法解釈の実践はもはや含まれないのではないかと、あるいは含まれなくなるのではないかと、という指摘がある⁽³⁾。前述の指摘における「裁判規範としての判例重視」という姿勢

-
- (1) 大村敦志『人間の学としての民法学1』(岩波書店, 2018年)191頁・同『人間の学としての民法学2』(岩波書店, 2018年)195頁(同文のあとがき)。大村敦志=小粥太郎『民法学を語る』(有斐閣, 2015年)8-9頁〔大村〕, 同182-183頁〔小粥〕も参照。もちろん、「裁判規範」を通じた「社会の改良」も考えられる(大村・前掲書『1』121頁参照)。
 - (2) 最近の成果として、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」〔初出2018年〕を含む山本敬三=中川丈久編『法解釈の方法論』(有斐閣, 2021年)や、瀬川信久「日本における利益衡量論」・中原太郎「民法分野における『利益の衡量』の諸相」・垣内秀介「利益衡量と民事裁判」を含む東京大学大学院法学政治学研究科附属ビジネスロー・比較法制研究センター比較法政部門(ICCLP)編『第10回日仏法学共同研究集会報告集「利益の衡量」』(ICCLP, 2020年)がある。
 - (3) 大村=小粥・前掲注(1)19頁〔小粥〕, 同224頁〔大村〕(ただし、大村・

も、裁判所による解釈例としての判例を所与とする姿勢を含むのだとすると、法解釈の実践への消極的な姿勢を含意しているように思われる⁽⁴⁾。そこで、対象としての法制度を方法としての経済学によって分析するなど、観察によって法の認識を行うものとして法学なканずく民法学を位置付ける可能性が示唆されるが、そうすると他方で、隣接諸学との関係において、民法学ひいては法学の自律性を、少なくとも方法レベルにおいては否認することに繋がる⁽⁵⁾。

このように、一方で法実務との関係において、他方で隣接諸学との関係において、民法学の意義が問い直されつつあるなかで、民法解釈の実践に与しつつその中で固有の意義を有するものとしての民法学の可能性を探究すべく、民法解釈の方法を民法学の方法として検討することは、必要ないし有益であると思われる。

2 本稿の課題

以上のような議論状況や問題意識を踏まえ、本稿では、民法学の方法に関する考察の一環として、民法解釈の方法について、検討を行う。ただし、以下の通り、検討対象をさしあたって拡張するとともに、検討方法に限定を加える。

(1) 法解釈の方法　すなわち、一方で、民法学における議論には、民法

前掲注(1)『1』193頁・『2』197頁(同文のあとがき)は、法学者個人に代えて法学者集団が担う可能性を示唆する。阿部裕介「『第三の法制改革期』の民法学」法律時報91巻9号(2019年)は、そのような指摘(具体的には大村=小粥・前掲注(1)228頁〔小粥〕)を踏まえ(23頁)、解釈論・立法論の内外における「実務法曹に担い得ない民法学者に固有の職分あるいは民法学の存在理由と言えるもの」(24頁)を検討する。

(4) それでも、判例法を含むものとしての民法の解釈を民法学が行うという余地は残るだろう。

(5) 加毛明「民法のための弁明——民法学者の仕事」書齋の窓2016年3月号(http://www.yuhikaku.co.jp/static/shosai_mado/html/1603/04.html)。

解釈がおそらく主たる対象として念頭に置かれているとはいえ、法解釈一般を対象とするものも少なくない。そこで本稿では、民法解釈の方法を主たる検討対象としつつも、さしあたり広く法解釈の方法を検討対象とし、必要に応じて民法解釈への限定を行うこととする。

(2) サレイユの法学方法論 他方で、取り組むべき問題はあまりにも大きく、本稿では限られた視角からの考察を行うにとどめざるをえない。本稿では、これまでの日本における議論を、法解釈方法論でもあるサレイユの法学方法論と対比することを通じて、法解釈方法論に取り組む。前述の問題についてさしあたり一つの解答を与えていると思われるのがサレイユの法学方法論だからであり、また、サレイユの法学方法論との対比によって、日本民法学における従来の議論が相対化されることが期待できるからである。以下では、法解釈の方法について、まずサレイユの法学方法論の内容を確認したうえで (I)、それを日本民法学における議論と対比する (II)。

I サレイユの法学方法論

サレイユは、法学の方法についてまとまった形での著作は残していないものの、いくつかの著作において示された部分的な議論を総合すると⁽⁶⁾、全体

(6) Raymond Saleilles, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement* 1890, 1, t. XIX ; François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, préface de Raymond Saleilles ; R. Saleilles, « École historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902 ; R. Saleilles, « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue internationale de l'enseignement* 1902, 2, t. 44 ; R. Saleilles, « Le Code civil et la Méthode historique », *Le code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, 1904 ; R. Saleilles, « Méthode historique et codification », *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, vol. 9, 1904 ; R. Saleilles, « Les rapports du droit et de la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement* 1904, 2, t. 48 ; R. Saleilles, « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement* 1911, 1, t. 61.

としてのサレイユの法学方法論を措定することができるものと思われる⁽⁷⁾。そうして得られるサレイユの法学方法論は、民法学方法論を中心とした法学方法論であると同時に、まずもって、民法解釈方法論を中心とした法解釈方法論でもある。

1 法解釈方法論として

まず、サレイユの法学方法論は、法学が法解釈を行うものであるという理解を前提として、また、民法解釈を行う民法学を念頭に置きつつも広く法解釈を行う法学に関するものとして、〈事実的観察に基づく前法的規範の定立と法的構成による法的規範の定立〉という法解釈の方法を提示するものとして、捉えられる。

(1) 法解釈における事実的観察　そこには、一方で、過去や外国に存在する法を観察しつつ、社会における物質的な事実やそれについて人々が抱く観念という事実を観察し、それに基づいてさしあたり前法的なものとして規範を定立する、という契機が含まれていると考えられる。事実の観察から規範が導かれる理由は必ずしも明らかでなく、そこに純然たる価値判断が介在しているとも考えられるが、存在する／存在すべきである規範として観念されているものの観察と、存在する／存在すべきであると人々が観念している規範が規範として存在する／存在すべきであるというメタレベルの認識／規範とから、導かれているとも考えられる。

(7) 以下は池田悠太「事実的基礎としての意思とその法的構成 (1)-(10・完)」法学協会雑誌 137 巻 9-12 号 (2020 年)・138 巻 2-7 号 (2021 年) のうち、(9) 1129-1157 頁及び (10・完) 1264-1323 頁による。この前稿では、サレイユの法学方法論を、サレイユの法主体論及び法行為論の理解に必要な限りにおいて、それらとの関係において検討するにとどまっていたのに対して、サレイユの法学方法論をそれ自体としてさらに検討するという課題が取り組むに値するものとして残されていたところ (前稿 (10・完) 1348-1349 頁)、本稿はそのような課題の一部に取り組むものとして位置付けられる。

そして、このような事実的な観察に、直接的には特に社会における事実の観察に基づいて法解釈が行われる結果、法解釈において社会問題の考慮がなされることになると思われる。

(2) 法解釈における法的構成　他方で、そうしてさしあたり前法的なものとして定立された規範を、法的な規範とすべく、法的構成を行う、という契機が含まれていると考えられる。法的構成を経る前には、法的に構成される前という意味において前法的な、しかし前法的とはいえ規範が存在すると考えられるところ、そこにも既に法的概念は含まれており、それもまた法的規範である、と捉える余地もあろうが、そうだとすると、そのような一次的な法的概念・法的規範が法的構成を経て二次的・最終的な法的概念・法的規範となる、という理解に基づくものとして捉えられよう。

このような法的構成は、明確な外延を持つ概念を構成することを通じて裁判官による法適用の恣意性と不確実性を排除するという意義を有するものとされていると言えるのみならず、サレイユの法主体論や法行為論に照らせば、法的構成には、そのような技術的な意義に加え、法的な世界におけるものの見方を、いわば法的世界観を提示するという価値的な意義が認められると言うことができる⁽⁸⁾。

(8) 池田・前掲注(7)では、サレイユの法主体論及び法行為論のそれぞれについての検討((1)1679頁～(9)1103頁)を踏まえ、「サレイユ民法学において、法主体の意思は、権利行使主体の心理的な意思のうち的事実的な基礎を有すると同時に、それが定款や法関係のもとで法主体の目的によって規律されるというメカニズムによって法的に構成されたものであり、法行為の主体の意思も、少なくとも法行為の中心部分については、行為主体の心理的な意思のうち的事実的な基礎を有すると同時に、それが効果帰属主体の目的によって規律されるというメカニズムやそれが表示を介して探求されるというメカニズムによって法的に構成されたものであると考えられ、法主体論と法行為論とを通じて、意思の概念が、心理的な意思のうち的事実的な基礎を有すると同時に、法的なメカニズムによって構成されていると言うことができ」、「このように意思の概念を構成することで、法主体の概念を、一方で法主体の事実的な意思から乖離させつつ、他方で法主体の法的な意思に、ひいてはその事

2 法学方法論として

このような法解釈方法論は、同時に法学方法論として提示されている。そのことはまず、法学の営為に法解釈の実践が含まれるということが前提とされているということを示していると言うことができるが、そのうえで、隣接諸学や法実務との関係における法学の固有性が以下の点に見出されていると言える。

(1) 隣接諸学との関係　すなわち、一方で隣接諸学と法学との関係については、過去の法や外国の法の観察を行いつつ社会における物質的事実や観念的事実の観察を行い、それに基づいて前法的規範を定立するという契機が、隣接諸学と共通する契機とされるのに対して、そのようにして定立される前法的規範をもとに法的構成によって法的規範を定立するという契機が、法学固有の契機とされていると言える。

(2) 法実務との関係　他方で、法実務と法学との関係については、裁判官・判例に対する法学者・学説の固有性が、比較法に基づく前法的規範の定

実的な基礎をなすところの権利行使主体の事実的な意思に繋留し、法行為の概念を、一方で行為主体の事実的な意思から一定程度乖離させつつ、他方で行為主体や効果帰属主体の法的な意思に、ひいては少なくとも中心部分についてはその事実的基礎をなすところの行為主体の事実的な意思にも一定程度、繋留することが可能になっていると言うことができる」、ということ（(9) 1128-1129 頁）を示した。サレイユの法主体論や法行為論においても、事実的観察に基づいて〈一定の人的集団が権利主体となる〉〈権利の発生は心理的意思に左右されない〉といった前法的規範を定立したうえで、上記のような形で法主体概念・法行為概念を構成し、その法主体概念・法行為概念を構成要素とする法人法・法律行為法という法的規範を構成していると考えられるが（(10・完) 1306-1319 頁）、同様の前法的規範を前提にしても別様の概念構成もありうるどころ、その中での上記のような概念構成の選択は、「人や行為といったものについての、そしてそれらにおける意思というものについての、法的な世界における一定の見方として、法主体や法行為は、事実的な意思から乖離して社会的な要請に開かれつつ、なお事実的な意思に繋留されて私人の自律という価値に資するものである、という見方を提示するという意味を持つものであると考えられる」（(10・完) 1322 頁）。

立と、法的構成による法的規範の定立とのうちに見出されており、いずれも裁判官の解釈に客観的な基礎を与え、裁判官の恣意を防止するものとして位置付けられていると言える。比較法についての問題を措くとしても、特に法的構成については、法学説における法的構成自体は法学者の恣意を免れうるのかという疑問も残るが、ここでは、構成が事前に行われ共有されることによって裁判の場での恣意性・不確実性を防止するというところに主眼が置かれているものと思われる。

II サレイユの法学方法論から見た日本民法学

しかるに、以下では、このようなサレイユの法学方法論としての法解釈方法論との対比において、日本民法学における法解釈方法論を位置付けることを試みる。具体的には、サレイユの法学方法論の提示する法解釈の方法のうち事實的観察の契機及び法的構成の契機に相当するものが、日本民法学における法解釈方法論においていかに存在するかということを検討する⁽⁹⁾。

1 末弘巖太郎

法解釈方法論に関係すると言える末弘巖太郎の著作は複数存在するが⁽¹⁰⁾、

-
- (9) ここでの課題は、法解釈方法論に関する学説史全般でも、民法解釈方法論に関する学説史全般でもない。日本民法学における法解釈方法論の全般的な学説史については、瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座 別巻1』（有斐閣、1990年）や山本・前掲注（2）を参照。また、とりわけ平成10年以降の「第三の法制改革期」における民法解釈方法論について、阿部・前掲注（3）27頁も参照。
- (10) 末弘巖太郎「嘘の効用」同『新装版 嘘の効用』（日本評論社、2018年）〔初出1922年〕、同『民法講話 上巻』（岩波書店、1926年）、同『新装版 法学入門』（日本評論社、2018年）〔初出1928-1930年〕、同「解釈法学における法源論について」同『民法雑記帳上巻（末弘著作集II）〔第2版〕』（日本評論社、1980年）〔初出1933年〕、同「判例の法源性と判例の研究」同『民法雑記帳上巻（末弘著作集II）〔第2版〕』（日本評論社、1980年）〔初出1941年〕、同「理論と立法者の意思」同『民法雑記帳上巻（末弘著作集II）〔第2

ここでは最も体系的・全体的なものと考えられる「法律解釈における理論と政策」⁽¹¹⁾を取り上げる。

それによれば、「法律解釈における解釈者の仕事」は第一に「法律的判断の対象として与えられた社会関係に関して之を規律する高次の法律規範が存在するや否やを探究すること」であり、第二に「若しも其規範が存在しないならば自ら之を創造すること」であるところ、第一の仕事にあたっては、一方で「与えられた法律規範が如何なる社会関係を規準対象として定立されて居るかを検討する」こと (①)、他方で「与えられたる社会関係が如何なる特質を有するかを確定する」こと (②) が行われ、第二の仕事にあたっては、一方で「与えられたる具体的社会関係の何たるかを精査決定すること」 (②)、他方で「其関係に妥当すべき法律規範を創造すること」 (③) が行われるのであって、第一の仕事の第二段階と第二の仕事の第一段階とは一致する⁽¹²⁾。

ここでは、一方で、社会関係に妥当すべき規範が探究されることとされており、サレイユの法学方法論という事実的観察、特に社会の観察に基づく前法的規範の定立に相当する契機が強調されていると言える⁽¹³⁾。たしかに、創造の対象とされているのはあくまでも「法律規範」であって、社会的観察に基づいて法的規範を定立するという1つの段階のみが語られているとも言える。しかし、「法律規範」としては「高次の」ものが想定されており、後

版』(日本評論社、1980年)〔初出1941年〕、同「法源としての条理」同『民法雑記帳上巻(末弘著作集II)〔第2版〕』(日本評論社、1980年)〔初出1942年〕など。

- (11) 末弘厳太郎「法律解釈に於ける理論と政策」同『民法雑考』(日本評論社、1932年)〔初出1931年〕。引用にあたり、適宜漢字・仮名遣いを改めた。
- (12) 末弘・前掲注(11)18頁・19頁・24-25頁・20頁・26頁。
- (13) もっとも、末弘のいう解釈者の第二の仕事が欠缺補充としての位置付けを与えられるのだとすると、その点は、サレイユの論旨において事実的観察に基づく前法的規範の定立が解釈にとどまるのとは異なる。

述の通りそれは社会の観察から直接的に導かれる規範を踏まえて構成されるものだと言えることに照らせば、そのような法的規範を構成する前の段階において、さしあたって前法的な規範を社会の観察に基づいて定立するという作業が想定されているのではないと思われる。

ただし、②にいう「与えられたる社会関係」「具体的社会関係」は個別的事案における社会的事実を指していると考えられるのに対して、サレイユの法学方法論において社会の観察は、個別の観察にとどまらない一般的な観察を少なくとも含むものであると思われ、両者における観察の一般性・個別性には相違もありうるように思われる。

他方で、サレイユの法学方法論という法的構成による法的規範の定立に相当する契機も認められていると言えよう。まず、「裁判官が裁判を与え得るが為めには、常に必ず法律的方法乃至形式 Form を必要とする」ということから、規範創造(③)が必要とされており、そして、「特に社会的法律規範によって規律せらるることなき社会関係に付いて」の規範創造に関して、「彼等〔＝法律解釈者ら〕の規範創造が常により高次の法律規範によって羈束せらるべきこと及び他の法律規範との均整を顧慮しつつ行われねばならぬこと」に注意を要するとされ、「互いに相類する2個以上の社会関係をそれぞれ規律する2個以上の互いに相類する法律規範から帰納して抽象的な高次の理論乃至概念を構成し、其適用によって類を同じうする他の社会関係に規律を与えることは可能であり又必要である」などとされているからである⁽¹⁴⁾。

ただし、ここでの規範創造の必要性や理論構成・概念構成の必要性は、「裁判官は……若しも他に同一の事件ありと仮定せばそれに対しても亦同一の判断を与ふべきことを予期しつつ判断を与えることを要する」ということ

(14) 末弘・前掲注(11) 29-35頁。

が「正に法律的判断としての裁判の特色である」という理解から導かれていると言うことができ⁽¹⁵⁾、サレイユの法学方法論における法的構成の持つ価値的な意義ではなく技術的な意義に相当するものもつばら着目されていると考えられる。

2 我妻栄

我妻栄は、初期の論稿「私法の方法論に関する一考察」⁽¹⁶⁾において、特に私法についての法解釈方法論を体系的に展開している。

そこにおいて我妻は、「法律殊に私法は、社会の生活関係をその担当すべき一定の範囲においてこれを法律的に処理すること、換言すれば、最も広い意味において裁判することをその中心的職能とする」という考え方を出発点に据えたうえで、そのような意味における「裁判を中心とする立場」からする「法律の根本問題」の考察においては、第一に「現代の人類社会生活において、私法は、如何なる範囲の生活関係を、如何なる形式において、如何なる理想の下に処理すべきか」を明らかにすること、第二に「その規律せられる生活関係が、社会における数多のファクターの如何なる交渉によって、如何なる変遷を辿りつつあるものなるか」を明らかにすること、第三に「この個々の事件を、この理想標準に従って処理するに当たっての判断を、現行法を基礎として法律的に構成」すること、という三つの問題に直面することになるとする⁽¹⁷⁾。

このうち、第二の問題は社会における事実を認識すること、第一の問題は社会における価値判断基準を定立することに関するものであるところ、これ

(15) 末弘・前掲注 (11) 21 頁。

(16) 我妻栄「私法の方法論に関する一考察」同『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣, 1953年)〔初出 1926年〕。引用にあたり、適宜漢字・仮名遣いを改めた。

(17) 我妻・前掲注 (16) 484 頁・491 頁。

らは、社会の観察に基づいて規範を定立するという他にない。そして、第一・第二の問題の検討によって得られる判断は「真の法律的判断」ではなく「一種の倫理的判断」であるとされており⁽¹⁸⁾、法的規範としてではなく前法的規範として規範の定立が問題とされていると言える。このように、ここでも、一方で、サレイユの法学方法論という事實的観察、特に社会の観察に基づく前法的規範の定立に相当する契機が含まれているとすることができる。

ただし、我妻の議論においても社会の観察はまずもって具体的なそれとして想定されているように思われ、その点においてサレイユの法学方法論との相違もありうると思われる（1参照）。

他方で、サレイユの法学方法論という法的構成による法的規範の定立に相当する契機もまた含まれていると言える。すなわち、第一・第二の問題の検討によって得られる判断が「法律的判断」となるために、第三に法律的構成を与えることが必要とされているところ⁽¹⁹⁾、このことは、社会の観察に基づいて定立された前法的規範を踏まえて、法的構成によって法的規範を定立するということだと言える。たしかに、サレイユの法学方法論において法的構成としてはさしあたり一般的な法的規範についてのそれが念頭に置かれていると思われるのに対して、我妻の議論においては、個別的な法的判断を三段論法の形式で構成するという作業が強調されているが⁽²⁰⁾、そこには、大前提となる一般的な法的規範を構成するという作業もまた含まれる⁽²¹⁾。

ただし、第一に、法律的構成は、既に得られた判断に対して後から、しかも柔軟に、与えられるものだとされていることに照らすと⁽²²⁾、判断内容の

(18) 我妻・前掲注 (16) 533 頁。

(19) 我妻・前掲注 (16) 533 頁。

(20) それぞれ山本・前掲注 (2) 53 頁にいう法獲得（の正当化）と法適用とに対応するものと思われる。

(21) 我妻・前掲注 (16) 554-555 頁。

確定にあたっては第三の問題よりも第一・第二の問題の方が決定的な意義を有すると考えられる⁽²³⁾。また、第二に、法律的構成にはあくまでも「法律の确实性を保障し国権に対する個人の自由を確保」する役割が見出されるにとどまっており⁽²⁴⁾、サレイユの法学方法論における法的構成の持つ価値的な意義ではなく技術的な意義に相当するものもっぱら着目されていると考えられる。

3 来栖三郎

来栖三郎には、「学界に大きな衝撃を与え」、「いわゆる『法解釈論争』」の「口火を切」った⁽²⁵⁾ものとして知られる報告をもとにした「法の解釈と法律家」⁽²⁶⁾をはじめとして、法解釈方法論に関する一連の著作があり、それらは同時に法学方法論としても位置付けられる。後に来栖はフィクション一般に関する考察に向かうが⁽²⁷⁾、ここでは特に法及び法学を主題とするテキストのみを取り上げる。

(1) 法の解釈と法律家 そのうち、「法の解釈適用と法の遵守」⁽²⁸⁾、「法

(22) 我妻・前掲注 (16) 534-536 頁・553-556 頁。

(23) 山本・前掲注 (2) 35-36 頁参照。

(24) 我妻・前掲注 (16) 539-547 頁。法律的構成はあくまでも确实性という目的のための一つ的手段にすぎないものとされ、第一に、目的の面では具体的妥当性との関係において、第二に、手段の面では他の手段との関係において、制限を受けるとされる (同 550-553 頁)。

(25) 来栖三郎『法とフィクション』(東京大学出版会, 1999 年)「はしがき」ii 頁・iv 頁 [村上淳一]。碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」谷口知平編集代表『恒藤先生古稀祝賀記念 法解釈の理論』(有斐閣, 1960 年) 47 頁, 瀬川・前掲注 (9) 44 頁, 山本・前掲注 (2) 36 頁も参照。

(26) 来栖三郎「法の解釈と法律家」同『来栖三郎著作集 I』(信山社, 2004 年) [初出 1954 年]。

(27) 来栖・前掲注 (25)。

(28) 来栖三郎「法の解釈適用と法の遵守」同『来栖三郎著作集 I』(信山社, 2004 年) [初出 1950-1951 年]。

律家」⁽²⁹⁾、「法の解釈と法律家」という3つのテキストは、著者の意図に即してもそこから離れても一体をなすものとして捉えられるところ、そこで提示された法解釈方法論においては、サレイユの法学方法論という事實的觀察、特に社会の觀察に基づく前法的規範の定立に相当するものがもっぱら説かれており、法的構成による法的規範の定立に相当するものは完全に否定されていると解する余地がある⁽³⁰⁾。というのも、〈法律家による法の解釈には、解決に関する主観的価値判断が含まれてしかるべきであるにもかかわらず、それを既存の法規の客観的認識であるとする考え方〉が「概念法学」として批判され、「概念」や「論理的演繹」が消去の対象とされる一方で⁽³¹⁾、〈社会の觀察に基づく主観的価値判断を直截に問題にするという方法〉が採用すべき方法とされている⁽³²⁾、と言えるからである。

(2) 法の解釈における制定法の意義　また、「法の解釈における制定法の意義」においても、法と法源とを区別するということから、「無理な議論」を排して「素直な推論」を行うということが導かれており⁽³³⁾、ここでは、既存の法規から離れて主観的価値判断を直截に問題とするという方法が示唆されている。この方法も、サレイユの法学方法論という事實的觀察に基づく

(29) 来栖三郎「法律家」同『来栖三郎著作集I』（信山社、2004年）〔初出1953年〕。

(30) 事實的觀察の契機に相当するものについては、戦前は社会統制のための法解釈という考え方が有力だったのに対して戦後は紛争解決のための法解釈という考え方が有力になっている旨の指摘がある（山本・前掲注（2）52-53頁）。

(31) 来栖・前掲注（28）1頁・2頁・18頁，来栖・前掲注（29）60-61頁・63-65頁，来栖・前掲注（26）80-81頁・81頁。ただし、「概念法学」批判には、既存の法規に満足して主観的価値判断を怠っているという逆方向の指摘も含まれる（来栖・前掲注（29）51-57頁・57-60頁・62頁・62-63頁，来栖・前掲注（26）79頁・80頁・81頁・81頁）。

(32) 来栖・前掲注（29）64-65頁，来栖・前掲注（26）82-83頁。ここでの社会の觀察は、個別的なそれのみならず一般的なそれをも含むものとして語られているように思われる。

(33) 来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」同『法とフィクション』（東京大学出版会、1999年）〔初出1956年〕32-36頁。

前法的規範の定立に相当すると言える。

もっとも、「法の解釈における制定法の意義」においては同時に、第一に、「解釈者のイデオロギーをたてにどんな解釈でも出来ることになる」という考え方には与しないことが示唆されており⁽³⁴⁾、もっぱら主観的価値判断によるわけではない方法が示唆されている。第二に、「制定法の法文の意味がそれを制定した立法者意思から無関係に定まるとした」点において法律意思説は誤っているとされており⁽³⁵⁾、そこでは、法の内容確定に際して立法者意思からの、そしてそもそも制定法の法文からの、完全な自由が認められるわけではないことが示唆されている。そして第三に、法と法源が「一致するかのように推論するテクニック」としての「擬制」の意義が認められる余地が残されている⁽³⁶⁾。そして実際に、その続編として位置付けられる『法における擬制』については、擬制の機能が否定されることなく挙げられ、「法における擬制、殊に法解釈上の擬制なしに、もうやってゆくべきか、また、やってゆけるか」という問題に対しては解答が留保されている⁽³⁷⁾。このように、法の解釈における制定法の意義を論じた2つのテキストにおいては、法としての判決の法源としての制定法への繋留のための擬制という構成がなお要請される余地が示唆されており、そこには、サレイユ法学方法論における法的構成の契機に対応するものも見出しうると言える⁽³⁸⁾。

ただし、そうだとしても、法解釈において法的構成に相当するところの擬制が用いられる動機として考えられるものとして挙げられるのは、「裁判官の恣意を抑え、法的安定性に資し、当事者の裁判に対する信頼をかちうる所

(34) 来栖・前掲注 (33) 24 頁。

(35) 来栖・前掲注 (33) 31-32 頁。

(36) 来栖・前掲注 (33) 36 頁。

(37) 来栖三郎『法における擬制』について 同『法とフィクション』（東京大学出版会、1999年）〔初出1975年〕93-104頁・104頁。

(38) この両面性が、来栖・前掲注 (25) 「はしがき」vi 頁以下〔村上〕が指摘する来栖の「アンビヴァレントな態度」に相当するものと解される。

以であると観念された」ということと、「擬制は、少くとも差当って、独自の明確な論理的理由づけをする労を免れさせ」、「その方が却って納得力があることが少なくない」ということである⁽³⁹⁾。ここでは、サレイユの法学方法論において法的構成に見出されていると言える、法的世界観を提示するという価値的な意義とも、裁判官の法適用の恣意性と不確実性を排除するという技術的な意義とも異なり、もっぱら説得力をもたらすという意義が見出されていると言うことができるものと思われる⁽⁴⁰⁾。

翻って、「法の解釈と法律家」に至る3つのテキストにおいて、「概念法学」として措定された考え方に含まれるもののうち、主観と客観の混同のみならず、概念構成の意義自体も否定されているようにも見えるが、しかしながら、法の解釈を行う法律家の主観的な判断を客観的な認識であるとすることを否定しても、概念構成や論理的演繹を行うことが否定されるということは、当然には導かれない。いわば、客観的なものとしての概念構成を否定するにしても、主観的なものとしての概念構成は残される余地があったと考えられる。「法の解釈と法律家」においては、「こじつけ」の問題に関して「それどころか擬制に縋ることがある。法律家は未だに『嘘の効用』にたちきり難い未練を感じているのではなからうか。」と述べられており、「擬制」はもっぱら否定の対象であるように見えるが、それでも同時に「尤もこの世の中では事実が事実のまま語られることは少いのだから、法律家だけを非難すべきではないかも知れないが。」とも述べられており、擬制に意義を認める余地が孕まれていたとも見うる⁽⁴¹⁾。

(39) 来栖・前掲注(37) 99-100頁。

(40) たしかに、裁判官が説得力をもたらすことやその必要があることは、裁判官の法適用の恣意性や不確実性を排除することに繋がるであろうから、説得力をもたらすという意義と、裁判官の法適用の恣意性や不確実性を排除するという意義とは連続すると思われるが、特に事後的な観点からの説得を念頭に置くときには、やはりさしあたりこれら2つの意義は区別されるのではないと思われる。

4 川島武宜

川島武宜にも、法学方法論・法解釈方法論に関するものとして位置付けられる複数の著作があるが⁽⁴²⁾、ここでは特に、法解釈方法論の全体を提示していると考えられる「科学としての法律学」⁽⁴³⁾、「市民の実用法学とその科学性」⁽⁴⁴⁾、『『法律学』の現代的問題点』⁽⁴⁵⁾を取り上げる⁽⁴⁶⁾。

(1) 解釈学としての法律学 これらにおいて川島は、大きく2種類の「法律学」のあり方を提示していると言うことができ、そのうちの 하나가、「教義学」「解釈学」としての法律学である。

まず、「市民の実用法学とその科学性」においては、「法律解釈という行動」は「法律解釈」と「ことばの構成」「法的構成」とから成り、一方で「法律解釈」は、「ことばが解釈時までにもっていた意味内容を明らかにすること」としての「文献学的解釈」(①)と「或ることばが、解釈時以後にお

(41) 来栖・前掲注 (26) 81頁。

(42) 以下に取り上げるもののほか、特に判例に関するものや、法的判断・法的推論に関して対象レベルに近いものとして、川島武宜「法的判断の『客観性』」同『『科学としての法律学』とその発展』(岩波書店、1987年)〔初出1954年・原題「法律への不信」〕、同「判例研究の方法」同『科学としての法律学〔新版〕』(弘文堂、1964年)〔初出1962年〕、同「法的コミュニケーションにおける記号的技術」同『川島武宜著作集 第六巻』(岩波書店、1982年)〔初出1966年〕、同「判例と判決例」同『『科学としての法律学』とその発展』(岩波書店、1987年)〔初出1970年〕、同「『法的推論』の基礎理論」同『科学としての法律学』とその発展』(岩波書店、1987年)〔初出1974年〕、同「法的構成」同『川島武宜著作集 第五巻』(岩波書店、1982年)〔初出1975年〕などがある。

(43) 川島武宜「科学としての法律学」同『『科学としての法律学』とその発展』(岩波書店、1987年)〔初出1953年〕。

(44) 川島武宜「市民の実用法学とその科学性」同『『科学としての法律学』とその発展』(岩波書店、1987年)〔初出1958年〕。

(45) 川島武宜『『法律学』の現代的問題点』同『川島武宜著作集 第五巻』(岩波書店、1982年)〔初出1968-1969年〕。

(46) 全体を通じて法や法学が語られるが、「科学としての法律学」においては、主として私法、特に民法に重点を置いて説明を行う旨が明示されている(川島・前掲注(43) 8-9頁)。

いて、どういう意味をもつべきであるか、を決定すること」としての「実践的解釈」(②)とから成り、他方で「法的構成」は、「法規範を構成表現する一つ一つのことばの意味内容を、具体的に明確化し、限定し、定着すること」としての「概念構成」(③)と、「法的価値判断を、『かん』(いわゆる“hunch”)とか感情とか個人的利益の考慮とかによってでなく、悟性と論理とによる論理的推論によって行なうための判断わく組み (frame of reference) として、その判断過程の構成要素となるべき『個々の判断の内容を示す命題』および『それらの命題間に存在すべき相互の論理的関係』を計画的・合目的に構成する作業」としての「論理構成」(④)とから成るとされる⁽⁴⁷⁾。しかるに、このような解釈を自ら「行なう、すなわち、裁判所がした解釈を是認或いは否認し、自らの解釈的結論を提出し、且つ自らの解釈的結論を根拠づける(正当化する)ための法的構成を行なう」ものとして「法解釈学」が捉えられ、「法解釈学は、『決疑論的断定とその形而上学的論証』という構造をもつのであり、この意味において、それは……教義学……の性質をおびるのである」とされる⁽⁴⁸⁾。

次に、「『法律学』の現代的問題点」においても、(法教義学としての)法律学が行う作業として「法律解釈」と「法的構成」とが挙げられたうえで、一方の、「法律の条文のことばの意味を明らかにする、という作業」としての「法律解釈」には、「裁判をコントロールするため」に行われる「裁判所や行政庁の行なう法的決定をどのような方向あるいは内容のものに統制したらよいのか」という政策的な考慮によって決定される価値判断」(②')と、「裁判を正当化するため」に行われる「或る法的決定根拠が、法律の規定のことばの

(47) 川島・前掲注(44) 81-88頁。概念構成と論理構成は、「法律解釈の道具」であると同時に「当該の解釈的結論の正当化(説得)のための論理的手段」でもあるとされる(同87-88頁)。

(48) 川島・前掲注(44) 89頁。

意味のなかに含まれている、ということを論証する言語的表明」(②')とが含まれるとされ、他方の「法的構成」には、「個々の場合についての単純な裁判規準命題を……複数の論理命題に分解し、それらを論理的に結合する、という作業」としての「論理構成」(④)と、「裁判規準のこばの意味を人為的に決定するという作業」としての「概念構成」(③')とが含まれるとされる⁽⁴⁹⁾。

これに対して、「科学としての法律学」においては、2種類の「法律学」が明示されるわけではないが、科学としての法律学の研究対象としての法には、「立法や裁判を動機づけ且つその内容を決定するところの価値判断」と「その価値を実現するための手段であるところのこば的技術」とが含まれるとされているところ⁽⁵⁰⁾、これはもう一つの法学方法論としても位置付けうるものであり、少なくとも法解釈方法論として位置付けうるものであると言える。

これら3つのテキストにおいて、あるいは解釈学としての法学の方法として提示され、あるいは法学の対象たる法について提示される法解釈の方法には、サレイユの法学方法論という事実的観察、特に社会の観察に基づく前法的規範の定立に相当する契機が「法律解釈」「価値判断⁽⁵¹⁾」として⁽⁵²⁾、法的構成による法的規範の定立に相当する契機が「こば的技術」「法的構成」として、いずれも含まれていると言うことができよう⁽⁵³⁾。

(49) 川島・前掲注(45) 212-244頁。

(50) 川島・前掲注(43) 10-12頁。

(51) たしかに「法的」価値判断とも表現されており、「前法的」規範の定立ではないのではないかとも思えるが、法的との形容は法的判断の構成要素であることから行われているものにすぎないと考えられ、法的構成を経ていないという意味において前法的規範の定立として位置付けられると思われる。

(52) ここでの社会の観察も、個別的なそれのみならず一般的なものをも含むものとして語られているように思われる。

(53) 川島の議論には、裁判官のパーソナリティを含む様々な事実的要因によって裁判行動が規律されている旨も含まれているが(川島・前掲注(44) 105-121

このうち、法的構成には、「思考の手段」「法律解釈の道具」としての意義と「伝達的手段」「当該の解釈的結論の正当化（説得）のための論理的手段」としての意義とがあるとされており⁽⁵⁴⁾、さしあたり伝達力や説得力をもたらすという意義が認められているように思われるが、法的構成を含めて法解釈学の目的は「裁判をコントロールする」ことと「裁判を正当化する」こととのうちにあり、正当性の論証はコントロールのために要請されるのだと述べられていることに照らすと⁽⁵⁵⁾、サレイユの法学方法論において法的構成に見出されていると言える、裁判官の法適用の恣意性や不確実性を排除するという技術的な意義も、法的構成に見出されているものと思われる。これに対して、価値的な意義は特に着目されていないものと思われる。

(2) 科学としての法律学　ただし、これらのテキストにおいて川島が強調するのは、解釈学としての法律学とは区別された、科学としての法律学の可能性や必要性であり、法解釈の実践とは区別された法学の方法が提示されていると言える。すなわち、「教義学」「解釈学」としての法学が、自ら法的判断を行うものであるのに対して、「科学」としての法学が、法的判断を自ら行うのではなく、法的判断を観察対象とし、あるいは法的判断に含まれるところの「価値判断」と「ことば的技術」とを分析するということを、あるいは裁判行動すなわち法的判断の規定要因を明らかにするということを、行うものとして提示されていると言える⁽⁵⁶⁾。

もっとも、このような「科学」としての法学の存在は、その対象となる法についての(1)で見たような理解を覆すものではなく、法的判断を行う

頁、川島・前掲注(45)252-264頁)、本文で述べたような内容に反するものではなく、むしろ事実に基づく前法的規範の定立という過程についてのより立ち入った認識を示すものとして位置付けられうと思われる。

(54) 川島・前掲注(43)28-36頁、川島・前掲注(44)86-88頁

(55) 川島・前掲注(45)209-212頁。

(56) 川島・前掲注(43)37-59頁、川島・前掲注(44)100-125頁、川島・前掲注(45)245-315頁。

「教義学」「解釈学」としての法学とは両立するものである。

5 加藤一郎

来栖や川島による問題提起を承けて、特に法解釈における価値判断の客観性をめぐっていわゆる（第一次）法解釈論争が展開したのち、次の新たな動きとしては、利益衡量論・利益考量論が提唱された。その提唱者の一人が加藤一郎である。

「法解釈学における論理と利益衡量」において加藤は、「法学、とくに法解釈学」に「論理の学」としての側面と「現実の学」としての側面とがあるとしたうえで、「現代法解釈学の方法として、論理と利益衡量のからみあいをごどう考えていくべきか」について、第一に、「最初の判断過程では」、「法律家としての偏見や狭見に陥らないため」に「既存の法規を意識的に除外」して、また、「形式に捉われずに実質的な利益衡量が十分行なえるようにするため」に「全く白紙の状態で」、「この事件をどう処理し解決すべきかをまず考えるものとし、第二に、法的判断は、第一の過程における実質的な理由付けのほかに、「理論構成」ないし「法的構成」「論理構成」、すなわち法規その他の法やいわゆる法理論による「形式的な理由づけ」を受ける必要があるとする⁽⁵⁷⁾。

ここでは、一方で、「この事件をどう処理し解決すべきか」を考えて行う「実質的な利益衡量」に基づいて法解釈が行われるものとされており、サレイユの法学方法論という事実的観察、特に社会の観察に基づく前法的規範の定立に相当する契機が強調されていると言える。

(57) 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」同『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、1974年）〔初出1966年〕3頁・25-27頁・27頁。このような法解釈学の方法は、「私法、とくに民法の分野」を中心として論じられたものとされている（同4頁）。

ただし、加藤の議論において社会の観察はまずもって具体的なそれとして想定されているように思われ、その点においてサレイユの法学方法論との相違もありうると思われる（1・2参照）。

他方で、サレイユの法学方法論という法的構成による法的規範の定立に相当する契機も認められていると言える。法解釈にあたっては、利益衡量のうゑに「理論構成」「法的構成」「論理構成」も必要とされているからである。

ただし、第一に、このような法的構成は、「結論を生み出すため」ではなく「それを理由づけるため」のものであるとされており⁽⁵⁸⁾、判断内容の確定にあたっては利益衡量が決定的な意義を有すると考えられる。また、第二に、法的構成は、「結論の（正しさではなく）妥当性を検証するのに役に立つ」という意義、「そこで得られた結論がどこまでの適用範囲（射程距離）をもち、どこから適用されなくなるか」を明らかにするという意義、「その結論の説得力」を増加させるという意義を持つものとされているところ⁽⁵⁹⁾、ここでは、説得力をもたらすという意義と、裁判官の法適用の恣意性や不確実性を排除するという技術的な意義とが、法的構成に見出されていると思われるのに対して、サレイユの法学方法論において法的構成に見出されていると言える価値的な意義は、特に着目されていないと思われる。

6 星野英一

加藤と並ぶ利益衡量論・利益考量論の提唱者であり、その後の主たる検討対象となる法解釈方法論を提供したと言えるのが、星野英一である⁽⁶⁰⁾。

(58) 加藤・前掲注 (57) 31 頁。さらには、「これからは、わが国でも、自由法学派の判断方法を意識的・自覚的に用いるとともに、判断の実質的理由を隠蔽することなく、形式的理由とともに判決の中で論述するようしていくことが必要である」のだとすると（同 33 頁）、利益衡量は結論を「理由づけるため」にも用いられることとなる。

(59) 加藤・前掲注 (57) 31 頁。

(60) 以下に取り上げる「民法解釈論序説」のほか、星野英一『『民法解釈論序説』

「民法解釈論序説」⁽⁶¹⁾において星野は、「より具体的な順序としては、まず、一方、文理解釈・論理解釈を行ない、他方、立法者ないし起草者の意思を探究することが基礎的作業として必要であると考え」と述べる(①)⁽⁶²⁾。もっとも、「現在どう解するかは、専ら現在における価値判断の間

補論」同『民法論集 第1巻』(有斐閣, 1970年)〔初出1970年〕, 同「民法の解釈の方法について」同『民法論集 第4巻』(有斐閣, 1978年)〔初出1976年〕, 同「利益考量論と借地借家関係規定の解釈」同『民法論集 第4巻』(有斐閣, 1978年)〔初出1977年〕, 同「民法の解釈をめぐる論争についての中間の覚書」同『民法論集 第7巻』(有斐閣, 1989年)〔初出1986年〕, 同「民法の解釈のしかたとその背景」同『民法論集 第8巻』(有斐閣, 1996年)〔初出1988年〕などの著作があるが、星野による法解釈方法論の積極的な提示はもっぱら「民法解釈論序説」においてなされていると言ってよいと思われ、少なくとも、「民法解釈論序説」はそれ自体として取り扱われうるテキストである。星野の利益考量論「を展開させる」「平成における方法論上の議論」については、水津太郎「法律学基礎論・法解釈方法論と平成の民法学」法律時報91巻9号(2019年)73頁を参照。

- (61) 星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集 第1巻』(有斐閣, 1970年)〔初出1968年〕。対象はもっぱら「『民法』の解釈」「紛争解決の前提として行なう民法の解釈、つまり、判例研究における判決の批判の部分、および、体系書・注釈書等のうちのある部分」に限られることが明示されている(同3頁・4頁注5)。星野は、このような法解釈のみならず、たとえば「判例の流れの整理と将来の裁判の予測」のための判例研究などを含むものとして「法解釈学ないし実用法学」を捉えている(同4頁注5)。
- (62) 星野・前掲注(61)11頁。星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」同『民法論集 第1巻』(有斐閣, 1970年)〔初出1965年〕が提唱する沿革研究すなわち「日本民法典(前三編を指す。以下同じ)に対して系譜的に連なる」「フランス民法」「とのつながりを考慮する」(71頁)作業は、ここにおいて法解釈という作業と接続されると言える。さらに星野英一「民法学の方法に関する覚書」同『民法論集 第5巻』(有斐閣, 1986年)〔初出1983年〕では、沿革研究に限られない「妥当な結論を出すための基礎的作業」(72頁)が提示される。そこにおいて星野は「学者に存在意義があるとするれば、その固有の仕事は、具体的な結論ないしそれを出すこと自体にあるのではなく、妥当な結論を出すための基礎的作業にあるといわねばならない」とし、民法解釈と民法学との区別を示唆するが(72頁)、同時に、「実定法学としての民法学においては、当然のことながら、一方では、妥当な実践的結論を提示することが重要である」という考えも示しており(72頁)、「民法学の内容の一部として民法の解釈・立法自体も含まれる」という理解を示している(76頁注11)。

題である」としたうえで⁽⁶³⁾、「価値判断・利益考量による解釈は、どのようなにされるか」⁽⁶⁴⁾について次のように述べる。

すなわち、第一に、「法規を適用して解釈されるべき紛争において、どのような利害が対立しているかを考察しなければならない」とされる⁽²⁾⁽⁶⁵⁾。

第二に、「ある紛争につき適用されるべき法規がどれかが問題になる」ときは、「まず、問題となっているいくつかの規定を適用することによってどのような法律効果が発生するかを明らかにし、そのどれをとるべきかの価値判断を行なう」こととされ、そのうえで、一方で「とるべき価値判断を実現しうる規定が、当該社会関係を規制の対象としているようなものであればこれを適用することとなる」とされ、他方で、「当該社会関係を規律する妥当な効果を定める規定の本来の規律の対象が、当該社会関係とは全く、ないし、かなり異なっていたり、しかも、当該社会関係を本来規律すべき規定では妥当な結果が認められないという場合」には、「妥当な効果を導きうる規定の要件の部分の解釈を、その社会関係に適用する場合に限って修正するか、当該社会関係を本来の規律の対象とする規定の効果の部分の解釈を修正するか、どちらにより無理がないか、によって決めるべきであろう」とされる⁽³⁾⁽⁶⁶⁾。

第三に、「法規の解釈については、問題となっているところの可能ないくつかの解釈をとると、実際どのような価値・どのような人のどのような利益が、どのように実現・保護され、どのような価値・どのような人のどのような利益が、どのように実現を妨げられ、保護されないかを徹底的につきつめ

(63) 星野・前掲注 (61) 12 頁。

(64) 星野・前掲注 (61) 15 頁。

(65) 星野・前掲注 (61) 15 頁。

(66) 星野・前掲注 (61) 18-19 頁。

ることが必要である」とされる (④)⁽⁶⁷⁾。

最後に第四に、「どのような価値をどう実現し、どのような利益をどう保護すべきか、いわゆる『価値の選択』の問題」は、「結局は価値判断で決まるとしかいえない場合もある」が、「予備的作業」として、「類似の状況に対して適用される規定や考え方を集め、それらの規定における要件・効果の差異を比較し、なぜそのような差異が生じているかを考察する」という作業や「当該規定によってどのような価値・利益を実現・保護するのが妥当かを考える」「いわゆる『立法趣旨』の探究と呼ばれる作業」が必要であり、そのうえで最後に、「これらの対立する諸価値・諸利益・諸要請をどのように調和的に実現するか、どのような高次の価値判断のもとに行なうかを考えることとなる」が、その際には「まず、常識で判断してみて、妥当と思われる解決を導くような解釈を重視すべきであろう」とされる (⑤)⁽⁶⁸⁾。

ここでも一方で、社会関係における利益状況の観察に基づいて価値判断を行うという利益考量に基づいて法解釈が行われるべきものとされており、サレイユの法学方法論という事実的観察、特に社会の観察に基づく前法的規範の定立に相当する契機が強調されていると言える⁽⁶⁹⁾。

このように、利益考量がそれ自体としてさしあたり規範をもたらすものであると考えられるところ、さらに、「社会関係の類型および利益状況と価値判断と」を「体系化の原理」とするところの「価値判断の面からの体系化」も必要とされており⁽⁷⁰⁾、利益考量によってさしあたり得られた規範をもとに、より高次の規範を構成するという作業が想定されていると言える。ここでは事実的観察に基づく規範定立とは区別された規範定立作用が想定されて

(67) 星野・前掲注 (61) 20-21 頁。

(68) 星野・前掲注 (61) 24-27 頁。

(69) ここでの社会の観察は、個別的なそれのみならず一般的なそれをも含むものとして語られているように思われる。

(70) 星野・前掲注 (61) 13 頁。

いるようにも思われるが、価値判断の体系化についての説明においては、部分をなす価値判断は所与とされているのではないか、したがって体系化は事後的な整理のためのものでしかないのではないかと、思われる⁽⁷¹⁾。社会問題の類型化については、「価値判断・利益考量が論理的には先行しているといえよう」が、「諸類型を構成する実際の過程は、ごく常識的な社会関係の区別……に始まり、社会的な利益状態の差異の分類に進み、価値判断・利益考量を行なって再び類型を作り直すといういわばフィード・バックの過程を辿るであろう」、という説明があるが⁽⁷²⁾、それでもなお、そこで行われているのは価値判断・利益考量でしかない。そうだとすると、ここで想定されている類型や体系の構成もまた、サレイユの法学方法論という事實的観察に基づく前法的規範の定立に相当するものの一環として位置付けられるべきものであるように思われる。

他方で、事實的観察に基づく規範定立とは区別された、サレイユの法学方法論にいう法的構成による法的規範の定立に相当する契機も、認められると思われる。しかし同時に、それにはほとんど意義が認められていないと言うことができよう。

すなわち、第一に、条文上の概念の構成ないし再構成が、想定されていると言える。というのも、文理解釈・論理解釈や立法者意思・起草者意思の探究が「基礎的作業として必要である」とされる際には①、「法律の解釈である以上、独り言ではなく、関係者に対する説得であり、条文との関係を説明する必要がある」とされており、「常識から出発」して得られた結果も⑤、条文の「要件の文字にひっかけながら構成してゆく」ことが想定されているからである⁽⁷³⁾。そしてそれゆえに、「より無理がない」解釈が、「理

(71) 星野・前掲注 (61) 25-26 頁。

(72) 星野・前掲注 (61) 16 頁。

(73) 星野・前掲注 (61) 12 頁・27 頁。

論構成の問題」として⁽⁷⁴⁾、探究されることとされ (③)、「可能な」解釈であることが前提とされている (④)、とすることができよう。

しかしながら、条文上の概念に認められる意義は、かなり限定的である。法的構成には、さしあたって説得力をもたらすという意義が見出されるにとどまると思われるうえに、まず、文理解釈・論理解釈は、あくまでも「このさい、いきなり価値判断のみを述べるのではなく、文理上はこうなるがこれこれの理由でこう解するのがよい、……」というように説明するのが説得力があると思われる」という観点から価値判断に対する前置きとして必要とされているにすぎず、価値判断に劣後するものとされており、ひいては、「現在における解釈にとって、必要なことではない」と明言されている (①)⁽⁷⁵⁾。また、相対的に「無理がない」解釈であっても「無理」がありうることに對する問題意識は希薄である (③)。そして、そうだとすると、ある解釈が「可能」かどうか、条文上の概念のあり方によって定まるわけではないと解しうる (④)。

第二に、条文上の概念以外の概念やそれに基づく理論を構成するという作用もまた、想定されていると言える。すなわち、「従来わが民法学においてとられたドイツ法学式の理論構成は、法規の文理解釈ないし論理解釈にすなわち対応しない限り、できるだけ排除するほうがよい」とされ、「さらに、中間的な構成も、できるだけ避けるほうがよい」とされるが⁽⁷⁶⁾、その反面において、「法規の文理解釈ないし論理解釈にすなわち対応」する「理論構成」の余地や、「中間的な構成」を「結論が出た後の説明として」用いる余地は認められているとすることができる⁽⁷⁷⁾。

(74) 星野・前掲注 (61) 19 頁。

(75) 星野・前掲注 (61) 12 頁。

(76) 星野・前掲注 (61) 12-14 頁。

(77) なお、星野・前掲注 (60)「民法の解釈の方法について」90 頁や星野・前掲注 (60)「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」85-87 頁、星野・

しかしながら、消極的にそのような構成作用が許容されるのだとしても、そして仮にそのようなものがあるとしても、積極的にそれが必要とされる旨は示されておらず、それに対して条文上の概念に対する以上にどれほどの意義が見出されているのか定かでない。あくまでも、(ドイツ法学式の)「理論構成」や「中間的な構成」は「できるだけ排除するほうがよい」「できるだけ避けるほうがよい」ということが、出発点とされていると言うことができる。

7 平井宜雄

これまでに見た来栖・川島・星野の法解釈方法論に対して批判的考察を行い、それに代わる法解釈方法論を提示したのが、平井宜雄である⁽⁷⁸⁾。

前掲注(60)「民法の解釈のしかたとその背景」204-205頁・212-213頁・243頁においては、「民法解釈論序説」におけるよりも「理論」「理論構成」「法律技術」に好意的であるように見え、それらに意義を見出す余地も示唆されているが(星野英一「いわゆる『預金担保貸付』の法律問題」同『民法論集第7巻』(有斐閣, 1989年)[初出1987年]は、「法律構成」「一般理論」の側へと重心を移動させた例として位置付けられうる。), それらにどのような意義があり、意義のあるものとしてどのようなものがあるか、ということの検討は今後の課題とされるにとどまっている。

- (78) 平井は、法解釈学と並んで法政策学を提唱しており(平井宜雄「法政策学序説(1)-(9・完)」ジュリスト613-622号(1976年), 同『法政策学』(有斐閣, 初版1987年, 第2版1995年)。『法政策学』初版18-19頁は、法解釈学と法政策学との相補性や差異を明示する。), それらを含む広義の法学ないし民法学を提示する法学方法論ないし民法学方法論を提示していると言えるが、本稿における課題設定に従って、法解釈学方法論としての法解釈方法論に限定して取り上げる。また、法解釈方法論について、平井宜雄『法律学基礎論覚書』(有斐閣, 1989年)としてまとめられた「法律学基礎論覚書」のほか、平井宜雄『続・法律学基礎論覚書』(有斐閣, 1991年)にまとめられた一連の論文(のちに同『法律学基礎論の研究』(有斐閣, 2010年)所収)もあるが、後者は前者の補遺として位置付けられ、積極的に前者において平井の議論が提示されていると言えることから、もっぱら前者を取り上げる。平井の「議論」論「を展開させる」「平成における方法論上の議論」については、水津・前掲注(60)73-74頁を参照。

「法律学基礎論覚書」⁽⁷⁹⁾において平井は、一方で、「『議論 (argumentation)』という視角からのアプローチが戦後法解釈論に新しい展望をもたらすのではないかと、という見通し」のもと⁽⁸⁰⁾、「トゥールミンの明らかにした『議論』の一般的構造」⁽⁸¹⁾を示す。われわれが主張したいと考えるものを表現する言明としての主張 C について、C の根拠となる事実としてのデータ D⁽⁸²⁾と、D から C を導き出す資格ありとされる命題としての理由 W、W の背後にあって W に権威づけをする命題としての裏づけ B があり、W には、一定の範囲でのみ W に論拠たり得る資格を与えるように限定する限定句 Q や、例外を示す反駁句 R が伴うことがある、ということがいわば共時的な構造として示されていると言うことができ、また、それをもたらすいわば通時的な構造として、われわれが主張 C を提示することが「議論」の出発点をなすところ、その内容について争いがなければ、それはそのまま受け容れられたことになるが、これに対して反論がなされれば、われわれはその根拠となる事実 D を示さなければならず、さらに D を提示されただけでは満足

(79) 平井宜雄「法律学基礎論覚書」同『法律学基礎論の研究』（有斐閣、2010年）〔初出1988-1989年〕。

(80) 平井・前掲注(79)63頁。なお、1989年版（平井宜雄『法律学基礎論覚書』（有斐閣、1989年）の8頁（ジュリスト916号99頁）や14頁（ジュリスト918号107頁）、16頁（ジュリスト919号70頁）における「『議論 (argumentation)』」「『議論 (argument または argumentation)』』という表記は、2010年版（平井宜雄『法律学基礎論の研究』（有斐閣、2010年））においてはいずれも「『議論 (argumentation)』』という表記に改められている。平井宜雄「統・法律学基礎論覚書」同『法律学基礎論の研究』（有斐閣、2010年）〔初出1990年〕199頁からは、この変更が日常用語的な意味との区別を強調するという意図に基づくものであることが推測される。

(81) 平井・前掲注(79)67頁。

(82) D は事実に訴える言明であるとされるが、一般に言明の言明による正当化が問題とされていることに照らし、C が現実の狭義の事実に関する言明に限られないのであれば、D は必ずしも狭義の事実には限られず、主張 C の根拠となる言明を広く指し、D と C との関係は規範的な命題相互の関係にも当てはまるのではないと思われる。

しない「議論」の相手がCとDとの関連を問うならば、われわれは理由となる命題Wを定立することを迫られ、さらにWに対する反論が生じるならば、われわれは裏づけBを示さなければならず、さらには、特に「倫理や価値に関わる道德哲学上の『議論』」においては、「DやWを提出したり、Bによって支持しようとしても、反論される可能性は大きいので、Cを支えるW-Bのプロセスは、より一般的なレベルに到達するまで繰り返され、相手方がもはや反論をしなくなったレベルにおいて停止する」のだとされている、とすることができる⁽⁸³⁾。

そして、「ここから導き出される」「理論的帰結」⁽⁸⁴⁾として、第一に「『「議論」においては言明 (statement) は言明によってのみ基礎づけられ、または正当化 (justify) される』という命題」、第二に「『「発見のプロセス (process of discovery)」と「正当化のプロセス (process of justification)」とを区別せよ』という命題」、第三に「『正当化には二つの異なったレベルがある。一つは、ある言明を論理的な (形式論理的な、したがって演繹論理的な)⁽⁸⁵⁾ 推論のテストにさらすことによって正当化するというレベルである。もう一つは、右のテストの前提となる言明そのものの正当化というレベルである』という命題」の3つが挙げられ、第三の命題にいう2つのレベルにおける正当化のうち第一のものを「ミクロ正当化」、第二のものを「マクロ正当化」と呼ぶこととされる⁽⁸⁶⁾。「議論」の構造に照らすと、さしあたって、D・W・Bか

(83) 平井・前掲注 (79) 64-66 頁。明示されていないものの、Dに対する反論もありうると思われる。Dが事実の存否にかかる言明であれば「経験によるテスト」(同76頁)が行われ、そうでない場合(注(82)参照)には、Wに対する反論に対する再反論と同様の作業が行われることになる。

(84) 平井・前掲注 (79) 67 頁。

(85) 「論理学における『演繹』は経験的に真偽を決定できる (真理値を有する) 言明についての純粹に形式的規則に基づく推論をさすと考えられている」ため「規範的・道德的言明が関わる場合には、論理学上の厳密な意味で『演繹』と呼ぶわけにはいかない」ことから、「……的」と表現されていると説明される(平井・前掲注 (79) 75 頁)。

らCを導くことが「マイクロ正当化」に、D・W・Bを導くことが「マクロ正当化」に相当するようにも思われるが、D・W・Bの正当化にも、論理的推論にとどまる「マイクロ正当化」とそうでない「マクロ正当化」とがあるように思われる⁽⁸⁷⁾。

他方で平井は、来栖・川島・星野の法解釈論を「戦後法解釈論」として取り上げて検討を加え、それらの「戦後法解釈論」には、「法律学者の現に行っている解釈という作業、あるいは法律学者の行うべき右の作業、に焦点をおいて論じる」という「『学者中心主義』」、「『発見のプロセス』と『正当化のプロセス』……とが分化されていない」すなわち「『発見のプロセス』という心理的問題と『正当化』という論理的問題とが分化されていない」という「『心理主義』」、「『マイクロ正当化』が『マイクロ正当化』として、すなわち大前提からの論理的かつ演繹的な『正当化のプロセス』として、独立しない」という「『未分化主義』」、「法解釈論を社会学的事実との関連において基礎づけようとする」⁽⁸⁸⁾「『社会学主義』」、「研究の方法あるいはその関心が直ちに法学教育にも採り入れられなければならない」とする「『直結主義』」、といった5つの発想と、それらによって支えられた「『法の解釈は価値判断をふくむ』(以下『基本命題』と言う場合がある)というテーゼ」が見られるのだと結論付ける⁽⁸⁸⁾。

(86) 平井・前掲注(79)70-77頁。

(87) 「論理的・演繹的推論によって『反論可能性』のより大きな言明をできるだけ多く導出できる可能性」を有する「良い法律論」は、具体的な事実をDとして具体的な請求をCとする「議論」においてはWを基礎付けるものとして位置付けられるものと思われる(平井・前掲注(79)169-170頁)。あるいは、「議論」の構造が言明による主張とその正当化について一般に当てはまるのだとすると、或るCに対してD・W・Bとなる言明をCとする同様の構造を見出すことができるのではないと思われる(その場合、Dは狭義の事実ではないと思われる(注(82)参照)。また、Dから論理的・演繹的にCを導くことのできる程度が大きいときにはWは現れにくいと思われる。)

(88) 平井・前掲注(79)93-118頁。

そして、これら5つの発想と基本命題とに対して、「すべての法律家が備えるべき」「『議論』をする能力の養成」という観点から望ましくないという批判が加えられ、特に、「『直結主義』を通じて『基本命題』——およびそれを支える『学者中心主義』・『心理主義』・『未分化主義』・『社会学主義』の発想とともに——が法学教育ないし法律家の養成に持ちこまれた」ことによって、「『非合理主義』」がもたらされるとともに「『良い法律論』と『悪い法律論』……との区別」についての基準が与えられないという悪影響が生じているところ、「『議論』という視角にもとづく法学教育のための法律学像の再建」「『良い法律論』が何であるかを明確に示すような法律学像の構築」が必要であるとされる⁽⁸⁹⁾。

かくして平井は、まず「法律家の共有するある特有の思考様式つまり法的思考様式」の「構造」と「法律家の行う『議論』」の「特質」について、そして「『議論』に基づく法律学（すなわち法律家の有すべき知識の伝達のための体系化された学問）」の「イメージ」について、さらに議論を展開することになるが⁽⁹⁰⁾、平井の議論において、法解釈それ自体は、上記のような意味における「議論」として行われるべきだとされていると言うことができる。

こうして平井によって法解釈の方法として提示されていると言える「議論（argumentation）」においては、一方で、サレイユの法学方法論という事實的観察に基づく前法的規範の定立に相当するものは、まず、「正当化のプロセス」に心理学的に先行する「発見のプロセス」に位置付けられうるものと思われ、平井は「発見のプロセス」やその明示にも一定の意義を認めている⁽⁹¹⁾。さらに、事實的観察の結果及びそれに基づいて定立される規範は言

(89) 平井・前掲注 (79) 118-152 頁。

(90) 平井・前掲注 (79) 155-173 頁。

(91) 平井・前掲注 (79) 134 頁・171 頁。さらに、平井によっては、法解釈学と並んで法政策学が構想されている（注 (78) 参照）。そこにおいて「社会状況へのマクロな関心」に基づき「社会のための法」が志向されていると考えられ

明として構成されることが考えられるので、「議論」における「正当化のプロセス」に位置付けられることも考えられるが⁽⁹²⁾、平井は、「議論」における正当化が価値判断に基づく正当化にとどまるならば、「理論的には、法解釈の争いは、争いがある以上、究極的には常に『価値のヒエラルヒア』または『価値の序列』の争いに還元される」ことを指摘しており⁽⁹³⁾、「議論」における「正当化のプロセス」には適さないものとされていると言える。

とはいえ他方で、まず、そもそも「議論」においては言明の言明による正当化が行われるものとされていることや、法学は法律家の知識や活動、伝統について体系化や概念化、言明の構成を行うことを任務とするものとされていること⁽⁹⁴⁾、抽象度の高い言明の方が「良い法律論」であるとされていること⁽⁹⁵⁾から、言語による言明の構成という作業に基底的な意義が見出されていると言える。また、「議論」においては、「発見のプロセス」と区別された「正当化のプロセス」が、また「マクロ正当化」と区別された「ミクロ正当化」が、「戦後法解釈論」に欠けているものの必要不可欠だとされており、したがって、形式論理的・演繹論的に言明を導出しようような言明を構成することが重視されていると言うことができる。そして、「議論」に

ることやそのこの意義については、大村敦志「紛争解決の民法学から制度構想の民法学へ」同『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）〔初出2007年〕及び同「損害賠償から制度設計へ」同『民法のかたちを描く』（東京大学出版会、2020年）〔初出2019年〕を参照。

- (92) 事実的な観察から規範的な言明を導く過程は、基本的に論理的推論ではないことから「ミクロ正当化」ではなく「マクロ正当化」のプロセスに当たるとは、存在する／存在すべきである規範として観念されているものの観察と、存在する／存在すべきであると人々が観念している規範が規範として存在する／存在すべきであるというメタレベルの認識／規範とから、存在する／存在すべきである規範を導くというプロセスには（I1（1）参照）、「ミクロ正当化」も含まれるように思われる。
- (93) 平井・前掲注（79）137頁。
- (94) 平井・前掲注（79）162頁・163頁。
- (95) 平井・前掲注（79）170頁。

において言明を正当化するのに相応しい言明としては、単なる価値判断を示す言明とは区別された言明が想定されており、単に事実に基づいて定立される規範とは区別された法的構成によって定立される規範が想定されていると見ることができる。そうすると、「議論」においては、明確な外延を持った概念から成る規範の構成、すなわちサレイユの法学方法論にいう、法的構成による法的規範の定立に相当する契機が重視されるということができよう。

ただし、ここにおいて法的構成には、「議論」（批判的討論）によって法解釈に「客観性」をもたらす⁽⁹⁶⁾という意義が見出されていると言える。その結果、サレイユの法学方法論において法的構成に見出されているとすることのできる、裁判官の法解釈の恣意性や不確実性を排除するという技術的な意義も、法的構成に見出されることになると思われるが、「議論」による客観性の獲得という発想は、必ずしもサレイユの法学方法論には含まれていないと思われる。また、サレイユの法学方法論において法的構成に見出されていると思われる価値的な意義への着目はここには見られないものと思われる。

8 大村敦志・小粥太郎

平井の「議論」論が前述の通り戦後日本かつ昭和日本の民法学を振り返ったうえで提示されたものであるのに対して、「平成日本（21世紀日本）の民法学」を振り返ったうえで民法学方法論を提示するのが、大村敦志と小粥太郎との共著『民法学を語る』である⁽⁹⁷⁾。そこで主に展望されるのは民法解釈の実践とは区別された民法学の営為であるが⁽⁹⁸⁾、民法学の営為に民法解釈

(96) 平井・前掲注(79) 88頁。

(97) 大村＝小粥・前掲注(1) 5頁〔大村〕。

(98) 大村＝小粥・前掲注(1) 18-20頁・22-23頁・23-24頁・53-56頁・190-191頁・230-233頁〔小粥〕、同210-225頁〔大村〕。民法解釈の実践とは異なる営みとして2人の著者が共通して挙げるのが、「批評」である。もっとも、大

の実践が含まれる余地も示唆されており⁽⁹⁹⁾、少なくとも、民法解釈の実践

村のいう「批評」と小粥のいう「批評」との間には、次のような相違も存在するように思われる。第一に、「批評」の対象が、大村においては「法」であるのに対して、小粥においては「民法学者の書いたもの」であるという違いがある。ただし、両者の論旨が相互排他的だというわけではない。第二に、批評と関係して語られている「責任」について、大村が民法学者の活動を「批評」として捉えつつ、民法学者が市民として社会に対して責任を持つと述べる時、そこにいう「責任」は批評者すなわち批評する者の責任であるのに対して、小粥が民法学者の活動として「批評」を捉えつつ、責任の前提に批評があると述べる時、そこにいう「責任」は批評対象となったテキストの作者たる民法学者、すなわち批評される者の責任である。ただし、小粥においても批評の連鎖の中で批評する者は批評される者にもなりうるうえに、両者は相互排他的ではない。そして、このような第一・第二の相違は、第三に、「市民社会」イメージの違いにも繋がりうるように思われる。すなわち、発言者たる民法学者が責任を負うのが、小粥のいう「批評」においては、書いたものが批評に晒されることによるのに対して、大村のいう「批評」においては、発言することそれ自体によるという違いがあるところ、前者は、批評の連鎖という民法学の空間それ自体が市民社会を支えるというイメージに繋がるのに対して、後者は、民法学者が市民社会をデザインすることによってより主体的に市民社会を支えるというイメージに繋がるのではないかと思われる。

- (99) 大村＝小粥・前掲注(1) 57-58頁・148-150頁・172-173頁・184頁〔小粥〕。大村が「個々の民法学者が法の創造者として振る舞うのは、ある意味では時代錯誤であるとも言」え、「むしろ私たちは、法の批評者としての役割を自覚的に引き受けるべきである」と述べ、「創作の作法に代えて(加えて)批評の作法を確立」すべきかもしれないと述べる時(同224頁〔大村〕)、「ある意味では」という限定が、「批評」という形で間接的な形で法創造に関与する可能性を示しているのみならず、第一に、「代えて(加えて)」という表現が用いられていることから、「批評」と並んで「創作」の余地も残されていると見ることができる。また第二に、「個々の民法学者」ではなく、民法学者たちが「自分たちの営みが総体として、市民社会とその法によい影響を与えると考えて行動する」ことによって「法の創造者として振る舞う」余地が残されていると見ることができる(224頁〔大村〕。本稿注(3)参照)。このような営みに、総体としての民法学による「批評」という形での間接的な法創造が含まれるのみならず、総体としての民法学による直接的な法創造もまた含まれるものと解される。以上を要するに、個人としての民法学者による、間接的な、法創造への関与のほか、個人としての民法学者による、直接的な、法創造への関与の余地も、総体としての民法学による、直接的または間接的な、法創造への関与の余地も、なお残されていると見てもでき

が民法学の営為に含まれるか否かにかかわらず、法解釈の方法も示唆されていると思われる。

すなわち、そこでは一方で、大村が、利益衡量論・利益考量論などを念頭に置きつつ、「柔らかで開放的な論理」の喪失を嘆き、小粥が、「日本社会の問題に向き合い、その解決に努め」ることを日本民法学の伝統として位置付けつつ、「たとえば、ベタな利益衡量を嫌う場合には、具体的な当事者の利害得失、さらに社会から距離を置くことになりがちですし、解釈論・立法論が規範の世界のものだということによって割り切ると、立論が規範の世界だけで完結するものとして行われる傾向が出てきたりして、これもやはり、事実の世界というのでしょうか、社会から遊離する可能性を孕む手法になるのかもしれない」と述べていることからすると⁽¹⁰⁰⁾、サレイユの法学方法論にいう

と思われる。

- (100) 大村=小粥・前掲注(1) 8-9頁〔大村〕、同182-183頁〔小粥〕。小粥は、このような観点から、大村敦志『不法行為判例に学ぶ』(有斐閣、2011年)について、そこでは判例が「民法学が社会とのつながりを取りもどすツールとして」用いられていると述べる(大村=小粥・前掲注(1) 182頁〔小粥〕)。そこでは、日本の民法学は「社会とのつながり」という伝統を有しているという理解のもと(183頁〔小粥〕)、大村の『不法行為判例に学ぶ』はそのような日本民法学の伝統を回復するものとして位置付けられているところ、日本民法学の伝統として挙げられているのは、住宅難に向き合って借地借家法に取り組んだことや公害や交通事故に向き合って不法行為法に取り組んだことなどであって(183頁〔小粥〕)、そこでいう「社会とのつながり」とは、少なくとも直接的には、社会における具体的な問題を解決することのうちに見出されているように思われる。しかして、大村自身も『不法行為判例に学ぶ』が「社会と法の接点」という観点に基づくものであると述べているところ(155頁〔大村〕)、そこでいう「社会と法の接点」は、一方で、「裁判というマイクロ・コスモス」に回収できるものとしては、判例が創出されるということのうちに見出され、他方で、「裁判というマイクロ・コスモス」に回収しきれないものとしては、社会の仕組みにおいて裁判という装置が役割を持つことこのうちに見出されている(155頁・161-162頁・166-167頁〔大村〕)。小粥のいう民法学と「社会とのつながり」及び大村のいう2種類の「社会と法の接点」は、3つとも連続的であり、また相互排他的でないと思すべきであろうが、それでもなお、社会に対して法ないし民法学が向き合う際の重点を社会の側に置くか(小粥)法の側に置くか(大村)、事実の世界への

事実的観察に基づく前法的規範の定立に相当する作業が肯定的に捉えられているものと解される。

他方で、たしかに大村が「単純な論理主義、あるいは偏狭な規範中心主義と受け止められかねないメッセージ」の発出を問題視し、小粥が「民法学における理論志向のようなものが強まっている」ことを警戒していることからすると⁽¹⁰¹⁾、サレイユの法学方法論にいう法的構成による法的規範の定立に相当する作業の意義は、懐疑的に捉えられているようにも見える。しかし、これらの記述の趣旨は、いずれも、社会からの乖離の行き過ぎを是正すべきだということにとどまり、社会観察や価値判断にとどまらない論理・理論の要素を放棄すべきだということではないと解される。「事実優先の社会学主義」に対するアンチテーゼとしての「議論重視の論理主義」についての、「アンチテーゼがアンチテーゼとして機能したのは、テーゼが存在したから」であるという大村の指摘⁽¹⁰²⁾は、同様に、「論理主義」「規範中心主義」「理論志向」に対するアンチテーゼとしての「柔らかで開放的な論理」や「日本社会の問題に向き合い、その解決に努め」る伝統についても当てはまるものと思われ、小粥もまた、「理論自体はよいのですが」という留保を付している⁽¹⁰³⁾。したがって、事実的観察に基づく規範定立とは区別された法的構成

ミクロな接近か（小粥）マクロな望見か（大村）、といった複数の方向性を検出することもできるように思われる。なお、さらに、「社会問題」の「解決」のうちにも、裁判空間を通じた直接的・具体的なアプローチを離れて、基本概念の再検討・再設定を通じて社会問題に向き合うという、概念空間を通じた間接的・抽象的なアプローチがありうるものが、大村敦志『20世紀フランス民法学から』（東京大学出版会、2009年）103-168頁及びそれと対をなす同『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）210-277頁において示されており、大村=小粥・前掲注（1）215頁〔大村〕でも述べられているものと思われる。

(101) 大村=小粥・前掲注（1）8-9頁〔大村〕、同182頁〔小粥〕。

(102) 大村=小粥・前掲注（1）8頁〔大村〕。

(103) 大村=小粥・前掲注（1）182頁〔小粥〕。

による法的規範の定立という作業もまた、認められることになるものと解される。

その場合に法的構成がいかなる意義を持つことになるかは明示的には論じられていないが、サレイユの法学方法論において法的構成に見出されると言える技術的な意義と価値的な意義とのうち、これまでの日本民法学上の法解釈方法論において見出されてきたと言える技術的な意義に加えて（1・2・4・5・7参照）、価値的な意義が見出される余地もまた示唆されているように思われる⁽¹⁰⁴⁾。

9 総括

(1) 法解釈における事実的観察 以上の通り、サレイユの法学方法論の提示する法解釈の方法のうち、まず、事実的観察に基づく前法的規範の定立に相当するものは、これまでに取り上げた日本民法学における法解釈方法論の提示する法解釈の方法の全てに含まれていると言うことができる。ただし、サレイユの法学方法論にいう社会の観察には一般的な観察も含まれると考えられるのに対して、末弘や我妻、加藤の議論においては、個別的な観察がもっぱら念頭に置かれているとも言えることができる。

そして、サレイユの法学方法論において、事実的観察の契機は、法解釈における社会問題の考慮を可能にするという意義を有するものとされていると言えるところ（I1 (1) 参照）、日本民法学における法解釈方法論においても、法解釈において社会問題を考慮するということが志向されていたと言えることができる。

(2) 法解釈における法的構成 次に、事実的観察に基づく規範定立と区別された法的構成の契機に相当するものもまた、概ね全てに含まれていると

(104) 大村=小淵・前掲注(1) 215頁〔大村〕。このことにつき、山本・前掲注(2) 61頁注89も参照。

言うことができる。例外的に、来栖の提示する法解釈の方法のうち、「法の解釈適用と法の遵守」「法律家」「法の解釈と法律家」が提示するものに視野を限定するならば、そこでは法的構成の契機が認められていないとも見うるが、そこでも法的構成の契機を認める余地は孕まれていたとも見うる。

もっとも、サレイユの法学方法論において法的構成には、裁判官の法適用の恣意性と不確実性を排除するという技術的な意義と、法的世界観を提示するという価値的な意義とが見出されていると考えられるところ（I1（2）参照）、日本民法学上の法解釈方法論では、法解釈において法的構成に当たるものの余地が認められているとしても、法的構成に見出される意義は、サレイユの法学方法論において法的構成に見出される意義とは、必ずしも同じでないと思われる。

すなわち、まず、来栖や星野の議論において、法的構成には、説得力をもたらずという最低限の意義が見出されるにとどまっており、前述の技術的な意義も価値的な意義も見出されていないものと思われる。次に、末弘や我妻、川島、加藤の議論においては、法的構成に、確実性をもたらずという前述の技術的な意義が見出されているとすることができるが、前述の価値的な意義は見出されていないものと思われる。そして、平井の議論においては、「議論」を通じた「客観性」の獲得を可能にするという意義が法的構成に認められているところ、このような意義はサレイユの法学方法論においては見出されていないと思われるものの、このような意義が見出される結果として、前述の技術的な意義も見出されることにもなると考えられるが、法的構成に、前述の価値的な意義は見出されていないものと思われる。それに対して、大村・小粥の議論においては、法解釈における法的構成の意義について明示的に論じられてはいないと思われるものの、法的構成が前述の技術的な意義に加えて前述の価値的な意義をも持ちうることも示唆されているように思われる。

(3) 法解釈における事実的観察と法的構成　このように、日本民法学上の法解釈方法論の提示する法解釈の方法に、サレイユの法学方法論の提示する法解釈の方法に含まれる2つの契機がいずれも認められるのだとしても、これら2つの契機のうちどちらに重点を置くかは、論者によって異なると言える。

すなわち、一方で、特に星野の議論においては、事実的観察に基づく規範定立と区別された法的構成の契機が認められるとしても、それにはほとんど積極的な意義が見出されていないと言うことができ、2つの契機のうち事実的観察の契機がとりわけ重視されていると言うことができるのに対して、他方で、平井の議論においては、事実的観察の契機が認められるとしても、それには発見のプロセスにおいて「議論」にとっての従たる意義が認められるにとどまっていると言うことができ、2つの契機のうち法的構成の契機が重視されていると言うことができる。末弘や我妻、川島、加藤の議論においては、そして来栖の議論においても、さしあたり2つの契機にそれぞれの意義が認められていると言うことができるが、判断の決め手となる作用に着目するならば、重点は事実的観察の契機に置かれているということも確かだと思われ、大村・小粥もこの契機を強調する。

翻って、サレイユの法学方法論においては、第一に、社会問題の考慮という意義を有する事実的観察の契機は、隣接諸学との関係における法学の開放性をもたらすものとされ、恣意性や不確実性の排除や法的価値観の提示という意義を有する法的構成の契機は、隣接諸学や法実務との関係における法学の自律性をもたらすものとされていると言える（I2参照）。しかるに、日本民法学においては、あるいは前者が重視される反面において後者が弱まり⁽¹⁰⁵⁾、あるいは後者が重視される反面において前者が弱まっている、と言

(105) 加毛・前掲注(5)も、「戦後の民法学における『事実優先の社会学主義』が「法学の自律性の否定につながる要素を含んでいた」ことを指摘する。

うことができよう⁽¹⁰⁶⁾。

- (106) なお、得津晶「民商の壁」新世代法政策学研究2号(2009年)は、「規範的主張の根拠として当該法律論の採用する現実の機能を重視し、一定の政策目標を実現するための道具とする立場」における「本音」としての「政策論」と、「中間概念を用いて概念から演繹的に結論を導く法的構成全般」という意味における「法ドグマティック」という「建前」との関係についてどのように論じられてきたかという観点から(233-236頁・238頁・239頁注21)、従来の日本民法学における法解釈方法論を振り返り、そこでは常に両者の「乖離」という問題意識が共有されたうえで(251頁・265頁など)、客観的価値判断ができる場合には「政策論」を行い、客観的価値判断ができない場合には「政策論」との乖離を認めつつ説得力のために「法ドグマティック」を用いる旨が説かれてきたものと整理していると言える(265-266頁)。このような得津論文の検討課題は、「本音」＝「政策論」と「建前」＝「法ドグマティック」という2つの契機が日本民法学上の法解釈方法論においてどのように存在しているか、というものであり、サレイユの法学方法論という事実的観察と法的構成という2つの契機とが日本民法学上の法解釈方法論においてどのように存在しているか、という本稿の検討課題と類似する。しかしながら、第一に、得津論文において「本音」と「建前」、「政策論」と「法ドグマティック」とは「乖離」することが予定されているのに対して、サレイユの法学方法論という〈事実的観察に基づく前法的規範の定立〉と〈法的構成による法的規範の定立〉とは、「乖離」を予定していないものであり、少なくとも、「乖離」するとは限らないものである。そして、従来の日本民法学における法解釈方法論も「政策論」と「法ドグマティック」との、あるいは〈事実的観察に基づく前法的規範の定立〉と〈法的構成による法的規範の定立〉との「乖離」の問題を論じていたわけではなく、それぞれの持つ意味について論じていたものと思われ、平井の場合を除き、価値判断以外にかかる議論が行われるとされるのは、客観的価値判断ができないとされるからではないと思われる(そもそも、「本音」と「建前」とは本来的に「乖離」するものであるが、「政策論」と「法ドグマティック」との間に「乖離」は必ずしも予定されていないものと思われる。山本・前掲注(2)61頁参照)。第二に、得津論文のいう「政策論」は政策目標の達成手段を論じるものであるのに対して、サレイユの法学方法論という〈事実的観察に基づく前法的規範の定立〉はそのようなものに限られないと解される。そして、従来の日本民法学上の法解釈方法論における〈事実的観察に基づく前法的規範の定立〉ないしそれに相当する価値判断は、そのような意味での「政策論」には限られないと思われる。

おわりに

以上の通り、本稿の課題に対する解答が得られたが、最後に、「はじめに」で示した背景的な問題についてこれまでの検討を通じて得られた示唆に言及するとともに、残された課題を部分的ながら示す。

1 民法解釈の方法

サレイユの法学方法論は、第一に、事實的觀察に基づく前法的規範の定立という契機と法的構成による法的規範の定立という契機とから成るものとして民法解釈を捉える可能性を示唆している。そこでは、法的構成によって恣意性や不確実性を排除し、法的世界観を提示することとともに、事實的觀察に基づく規範定立によって社会問題の解決をもたらすことが想定される。

そして、このようなサレイユの法学方法論に照らして日本民法学における法解釈方法論を振り返ると、まず、民法解釈においては社会問題が考慮されるという理解は、日本民法学において長らく示されてきたことが確認できる。もっとも、一方で、そのように事實的觀察の契機が重視される場合には法的構成の契機は軽視される傾向にあったこと、他方で、法的構成の契機が重視される反面において事實的觀察の契機が軽視される傾向も見られたこと、もまた確認できる。サレイユの法学方法論は、これら2つの契機を、いずれか一方に偏ることなく双方とも認めることの可能性を、示唆している。

2 民法学の方法

サレイユの法学方法論は、第二に、法解釈における法的構成が、裁判官の法適用の恣意性や不確実性を排除するという技術的意義や法的世界観を提示するという価値的意義を持つという理解の、そして、そのような法的構成を行うものとして、民法学は、法解釈の実践に与しつつ法実務と区別され、かつ隣接諸学とも区別された学問としての自律性を有するという理解の、可能

性を示唆している。

しかるに、このようなサレイユの法学方法論に照らして日本民法学における法解釈方法論を振り返ると、このような法的構成の意義や位置付けは必ずしも意識されてこなかったことが確認できるが⁽¹⁰⁷⁾、ほぼ全ての議論において何らかの意義を有するものとして法的構成の余地が認められていると解す

(107) サレイユの法学方法論は日本の議論に現れて久しいが（事典類やフランス法・比較法・法思想の概説類でも取り上げられている。）、法的構成の契機への着目は乏しかったと言える。第一に、日本においてまずサレイユが着目されたのは、法学が成文法律の論理解釈には限られない旨を説く自由法論としてであったところ（中田薫「仏蘭西に於ける自由法説」同『法制史論集 第4巻』（岩波書店、1964年）〔初出1913年〕、牧野英一『民法の基本問題』（有斐閣、1924年）、同『民法の基本問題第二（法律に於ける実証的と理想的）』（有斐閣、1929年）、同『民法の基本問題第三（法律の発達における判例の職能）』（有斐閣、1930年）、同『科学的自由探究と進化的解釈（民法の基本問題外編第四）』（有斐閣、1937年）、横田喜三郎「ジェニーの自由法論」同『純粋法学論集Ⅱ』（有斐閣、1977年）〔初出1929年〕）、その際には社会問題を考慮するという事実的観察の契機にもっぱら重点が置かれていたと言える。第二に、サレイユの法学方法論が比較法論として着目され、あるいは歴史法論と自然法論との折衷として着目されるときには（杉山直治郎「比較法学の観念に就て」同『法源と解釈』（有斐閣、1957年）〔初出1918年〕、同「比較法学の根拠（1）-（5）」法学協会雑誌37巻5号・7-10号（1919年）、牧野・前掲書『民法の基本問題第二（法律に於ける実証的と理想的）』、牧野英一『法律における進化的と普遍的（民法の基本問題外編第三）』（有斐閣、1937年）、田中耕太郎『世界法の理論 第三巻』（岩波書店、1934年）、野田良之『法における歴史と理念』（東京大学出版部、1951年）、大木雅夫「サレイユとダヴィド——現代比較法学の岐路——」上智法学論集30巻2号（1987年））、過去や外国に存在する法から存在すべき規範をさしあたり前法的規範として選別し、そのうえで法的構成によって国内法上の法的規範を定立する、という一連の作業のうち（池田・前掲注（7）（10・完）1302-1303頁）、法的構成による法的規範の定立という第二の契機についても、たしかに、杉山が明示的に言及しているほか、自国法との関係が重視されている点に着目する際に杉山以外の論者も前提にしていると見ることはできるが、やはり重点が置かれていたのは、存在する法のうちに存在すべき法を見出すという第一の契機であったと言える。そのほか、大村敦志『20世紀フランス民法学から』（東京大学出版会、2009年）「第1編 共和国の民法学」は連帯主義・世界主義といった文脈に位置付けられるものとして、サレイユの法学方法論に着目する。

ることができ、そこでは前述のような法的構成の意義や位置付けも認められる余地があるものと思われる。

3 残された課題

本稿では限定的な課題について検討を行ったにとどまり、民法解釈の方法や民法学の方法といった問題の検討に関して残された課題は多いということはいふまでもないが、たとえば、本稿の課題により近いものとしては、一方で、サレイユの法学方法論に見出すことのできる2つの契機やそれらに見出すことのできる意義が、日本民法学のなかで法解釈方法論にとどまらず具体的な解釈論においてどのように見出されるかを検討するといった課題が考えられ、他方で、特に事實的觀察に基づく前法的規範の定立に相当するものについて日本民法学にも議論が蓄積されているところ、翻って日本民法学における法解釈方法論に照らして、サレイユの法学方法論が持ちうる意味を検討するといった課題も考えられる。また、本稿の課題からより遠いものとしては、さらに広く〈事實的觀察に基づく前法的規範の定立と法的構成による法的規範の定立〉という法解釈の方法の各部分や全体が持ちうる意味を考えるといった課題や、法解釈における歴史・比較法の意義⁽¹⁰⁸⁾や制定法の意義⁽¹⁰⁹⁾を考えるとといった課題が、残された課題の例としてまず考えられる。

* 本研究は JSPS 科研費 JP19K13556 の助成を受けたものである。

(108) 大村=小粥・前掲注 (1) 9頁 [大村], 水津・前掲注 (60) 74頁参照。

(109) 山本・前掲注 (2) 56-58頁, 水津・前掲注 (60) 74-75頁参照。