

論
説

認識・評価峻別論と法解釈学

中
村
哲
也

目次

- 一 問題の所在
- 二 事実の「援用」ということ
- 三 B₂型の「困難」さについて
- 四 A₂型の問題点
- 五 結

一 問題の所在

「認識・評価峻別論」については、広中俊雄氏による問題提起⁽¹⁾後、近時、憲法学のなかで一つの議論対象となりにかけているが、他の法領域においては、従ってまた民法学においても、議論の展開はみられない。広中⁽¹⁾は、勿論法律学だけでなく、社会科学全般（示される例からは、認識に関しては、自然科学にも及ぶ⁽³⁾）を対象とするものである。しかし、ウエーバーの（実践的評価に関する）峻別論の他に、碧海純一編『法学における理論と実践』（一九七五）に対する千葉正士氏の書評が⁽⁴⁾のきっかけになっているとされていることからも、法解釈学一般にとつての問題がそこにはとくに⁽⁵⁾ある。

憲法学における議論状況は、規範科学論者（山下氏・菅野氏）による樋口論文批判が行なわれているという段階であつて、これら批判者の関心の所在から、議論は認識行為についての峻別論が中心的対象となつている。しかし、すぐのちに述べるように、本稿での関心は法解釈学・実践的評価についての峻別論議であり、以下では憲法学での議論にはそのかぎり⁽⁷⁾でしかふれない。

広中氏によれば、⁽⁸⁾実践的評価についての提言としての峻別論とは、実践的（評価的）提言を根拠付けるために事実を援用する（この立場をAとする）ことに対して、実践的評価につき事実認識との峻別を説く立場（B）である。Bの立場の目的は、実践的評価が徹頭徹尾その人自身の奉ずる価値に基づいてなされるものとなるようにし、本人に実践的評価・行動についての責任を完全に自覚させることにある。Aの立場のなかには、もっぱら事実⁽⁹⁾に倚りか

かっているのであって、自らの態度についての責任を負う意思のない型(A₁)と、自己の奉ずる価値に基づいて実践的提言を行うのであるが、当面の問題については事実の援用が説得効果の点から有用なので自覚的に事実認識を実践的評価に結びつける仕方での議論をする型(A₂)があるとされる。Bの立場には、峻別という提言によって、批判対象たる実践的提言の説得力を減殺ないし剝奪することとなるという附随的效果に対する態度によって、そのような効果を無視する型(B₁)と、そのような社会的効果に対する自己の評価を明らかにし自己の評価にふさわしい行動をとる型(B₂)が区別される。⁽⁹⁾責任の倫理を重視する観点に立つなら、選択肢はA₂かB₂であり、その一つの立場を選んだら、それで一貫すべきである、とされる。

私がこのような実践的提言としての峻別論（の採否）の議論に関心をもつのは、第一には、一つの立場を貫徹させるという意味で、「解釈論の提示の仕方については方法的自覚がなければならぬ」という要請が無視されるべきではないと考える故である。第二に、目下、私は、法解釈学にとつて、体系思考の提示或いは前提化が重要であると考えているのであるが、民法学における体系（法律学における体系という一般的問題のなかでの法領域による特色をもった下位問題であろう）といわれてきたものの性格を明らかにし、ついで、あるべき体系像を求めるに際して、この峻別論議はくぐらざるを得ない関門であると思われるからである。

このような関心もちつつ、近時の憲法学での議論に接し、あらためて広中論文を読み返すうちに次のような疑問をもった。規範科学という独特な学派を抱えることによつて（またそのかぎり）峻別論々議が行なわれている憲法学と異つて、民法学も含めて他の領域で議論が行なわれていないのは、一般に方法論議が低調であること、民法学でいえば、利益衡量論々争後、⁽¹¹⁾解釈学方法論がまとまった形で議論されていないことこの故であるが、そ

れとは別に、広中論文による峻別論の問題の提示にも尚不充分な点があるのではないかということがそれである。それは以下の三点についてである。第一に、A型のメルクマールである「事実の援用」ということの叙述が簡潔なために意味の理解が容易でないということ。第二に、法解釈論においては、「事実問題として」、B₂型は貫徹困難でA₂型に「引き寄せられてゆく⁽¹²⁾」とされるが、そこで引用される樋口論文との関係も含めて、「困難」の内容が明らかになされていないために、「方法的自覚」の要請のもつ意義・選択の重大さが十分に伝わらないことにならなかつたかということである。これはB₂型の問題点の検討ということである。第三に、とくに広中②においては、B₂型の問題点についてふれているが、A₂型の検討がない。このことの延長として、A₂型を一貫させるといふことはどういふことかも問題である。本稿の直接の目的は、第二・第三点の検討にあり、第一点は、そのための前提として、いくつかの点を明確にするためのもの、という関係にある。私は、目下、B₂型に即しての解釈論を心掛けているが、窮極の処でB₂型を純粋な形で貫徹しうるかに尚僅かながらの惑いをもっている。以下、これら三点の検討を行うことによつて、自らの方法的選択の基礎を確かめたい。

註

- (1) 広中俊雄「認識・評価峻別論に関するおぼえがき」『社会科学と諸思想の展開——世良教授還暦下——』(一九七七)(以下、広中①として引用)、また、広中「法律論文を書くための条件」広中・五十嵐清編『法律論文の考え方・書き方』(一九八三)(広中②とする)。

- (2) 樋口陽一「日本憲法学における『科学』と『思想』」法哲学年報一九八一(樋口①とする)、樋口「タブーと規範」世界

四五二号（一九八三）（樋口②とする）、樋口論文批判として、山下威士「タブーとしての憲法？」法学新報九一卷一・二号（一九八四）、菅野喜八郎「批判的峻別論」偶感「法の理論」4（一九八四）。

(3) 広中①一四三頁以下。

(4) 法律時報四八巻六号（一九七六）一〇五頁以下。

(5) 広中①一四一頁。

(6) 法解釈学という表現は、本稿では、法解釈論と同義に用いているが、ただ、法解釈論といった場合には、特定の事件の解決を主たる目的とするそれ——当事者によって主張されるものであれ、判決理由でのべられるものであれ、——も入ることになるが、本稿で法解釈学というときには、それを主たる目的とせず一般的な形での提言を念頭においている。これはいうまでもなく属人的な分類ではないから、実務家の法解釈論も、この性格をもつときは、法解釈学となる。

(7) 「法解釈学」ということに関連して、憲法学での議論にできた二つの点について、ここでふれておく。第一は、山下・前掲三五八頁以下のいう、解釈・評価と法解釈学（説）の区別を本稿はとらないということである。このことは、「ワク」論の考え方（山下・三五九頁）如何によることになるが、この点については、広中「法と裁判」（一九六一）四一頁以下及び、同「現代の法解釈学に関する一つのおぼえがき」社会科学の方法九号（一九六九）↓「民法論集」（一九七二）三八二頁以下に加えて述べるものを私は目下の処持っていない。第二に、とくに菅野・前掲三六頁以下には、樋口①一五頁が、思想（法解釈論）を、「意識的に理性的な土俵のうえでおこなおうとするかぎり、科学ではないとしても学問の名にお値する（傍点は原文）」としたことに対する批判がある。私は、法解釈学とよぶかどうかは言葉の問題であると考える。従って、本稿の題名でも「法解釈論」として構わないのであるが、第一に前註でのべたような区別のために、第二に、通常用いられるよび名でありまた、法学以外の領域での用いられ方とも共通することがあるということから、「法解釈学」

とした。菅野氏が、氏のいう「学—認識」にのみ行うに値する価値をおいているのか否かはわからないが、そうでないのなら、氏にとつても、認識と実践が異った性格をもつという区別が重要なのであって、「学」であるか否かではない筈である。「学」とよぶか否かに拘わらず、行うに値すると考える場合には、重要なことは、樋口①のいう「意識的に現性的な土俵」ということの内容の検討及びその場の確保ということであろう（なお、学という名称の問題は、教壇で教師の取るべき態度の問題と全く同じというわけではない）。

(8) 以下は、広中①一四八頁以下、広中②二八頁以下参照。A・Bの符号は②による。

(9) なお、樋口氏は、広中氏の分類と異って、実践的評価についての峻別論として、認識行為についての峻別論のその附随的效果（広中①によれば「認識という行為をそれに随伴しうべき社会的結果に対する評価から切り離すことへの要請として機能」すること）への態度に従つての三分類と並行して、三つの類型を考えている。即ち、広中②にいうB₁を単純峻別論、B₂を批判的峻別論、A₂を自覚的結合論とする（樋口①一二頁、②三九頁以下）。私は、樋口氏の実践的評価についての峻別論の分類に疑問をもつ。第一に、山下・前掲三五六頁がいうように、自覚的結合論は、「峻別論の前提の上」にはない（ただし、山下・前掲は、①広中B₂が「樋口教授の批判的峻別論と自覚的結合論をひとつにまとめ、たものである」とする点、②自覚的結合論が「事実—その認識」を左右するものとする点（ここでは、事実認識の仕方には関係がない）において、型理解の問題をもつ。その結果、山下・前掲三五七頁②での選択の問題が、広中②より狭く）。即ち、認識場面での「結合論」では、認識を行う場合には、認識そのものには峻別が貫徹される（但し、広中①の結果に反する発表には、認識と発表を別たしない限）のに対し、A₂型においては、評価が「峻別」しないで揭示される。そこでは、実践的行為において「峻別論が自覚的に拒」（広中①一五二頁）まれている。第二に、認識という行為についての提言としての峻別論と実践的評価についての提言としての峻別論のそれぞれの類型構成の基準はその対象の相違からして共通の性格をもつものではない。従つて、両峻別論間の各類型は共通のものとなる性格を本来的にもつものではない。更に、樋口②四〇頁は、両場面で批判的峻別論をとることを「認識と評価を二元的に峻別する立場を首尾一貫させ」ることであるとしている。しかし、それぞれの場での立場の「一貫」——そのうちの実践場面のそれが本稿のテーマであるが——という

ことと、両場面を通じての一貫ということとは異なる。樋口氏のいう「首尾一貫」は後者の意味であるが、認識・実践という異なる場面の類型の選択についての「首尾一貫」は、二元論そのものからただちには導き出せない。二つの場面のそれぞれの峻別論は、その採否も含めて、別のものであって、それぞれの類型をどうくみあわせるかは選択の問題である。例えば、実践的評価について、 A_2 に立つ者は、認識行為について、峻別論にたつたとしても、自覚的結合論と結びつきやすい、ということはいえるところでも、その逆はいえない。認識行為について自覚的結合論をとりつつ、実践的評価について B_2 に立つことに、何ら「一貫」の点から問題とすべきことはない。ここでは、氏のいう「首尾一貫」ということ自体は、責任倫理の問題と関係をもつものではない。

(10) 広中②三二頁。

(11) 峻別論問題と利益衡量論論争の間には、入りくんだ関係があるように思われるが、本稿では立入らない。

(12) 広中②三〇頁。

二 事実の「援用」ということ

一 A型とB型は、従ってまた、 A_2 型と B_2 型は、解釈論の提示において事実認識の援用を行うことを構わないとするか、それを行ってはならないと考えるかによって区別されている。この区別の問題点は、(イ)行なわれた「援用」から型へのふるいわけがすぐにできるか、ということ、(ロ)A及び A_2 型の定義が、そのまま、例としてあげられるものとの関係で適合的かということである。

二 (イ) 広中②では、解釈論の提示の仕方について、「こうすることが正当であるから、そうすべき」という記述の仕方が「普通」であり、国民の支配的意識・立法者の意図・諸外国の一般的傾向などを根拠とした記述の仕方では「なされることもある」とのべられる。そして、この後者の型では、「事実が援用されている」ということが重要なことであるとされる。⁽¹⁾⁽²⁾この後者が典型的に現われた場合、それがA型であるということは明らかである。しかし、問題は、「普通」である提示の型と共に、根拠の補強として、事実の援用が行なわれる場合である。⁽³⁾

まず、「なされることもある型」がA型であるとはいえても、「普通」である型がB₂型であるとはただちにはいえない。というのは、B型は、その定義上、ある解釈論で援用が行なわれていないということだけではなく、「事実の援用を批判する」者である(峻別論)とされているからである。援用を批判する者であるという定義は、広中①が、峻別論のもつ意義を、援用批判のもつ附随的效果に即して検討するものであったということによる。しかし、②でも、批判がB₂の前提になっていることは次のことから窺える。即ち、B₂型がおちいる可能性のある態度の一つとして、批判の対象たる実践的提言を内容的に支持する場合に、批判をゆるめる、あるいはやめるということがあげられている(②三〇頁)。「やめる」ということは、批判をしていたことを前提としており、更に、この場合、「そうすると批判するのは、……内容的に支持しない場合だけになる」とされていることも、援用批判があることが、自己欺瞞に陥ったそれであっても、B₂型の要素になつていないことを示している。従つて、援用批判を伴うことなく、解釈論の「普通」である提示の仕方を行うものは、その解釈論からは、援用批判こそ未だしていないが援用はすべきでないと考えているいわば潜在的B₂型であるのか、A₂がその問題については「普通」の型をとっているのかの判定はできない。⁽⁴⁾

しかし更に問題なのは、援用が行なわれた場合である。典型的に、「なされることもある」型での提示である場合は別として、正当と考える実質的根拠をのべつつ、更に補強的援用を行う場合、まず、援用を批判しつつ（B₂）この意味の援用をすると、「批判の相手A₂に引きよせられた」・一貫ということに欠けることになったB₂であるという⁵ことになろう（援用を批判しつつ、補強的であれ援用するということは矛盾を意味するが、ここではむしろ）。これに対し、援用の批判がなく、補強的に援用がなされた場合、それはA₂型がこの問題においてとっている提示の仕方なのか、潜在的B₂が既にひきよせられたものなのかはわからない。更に、補強的であれ援用があるのであるからとして、A₂型に入れようとする、それは、「ある事実から直接に引き出されたものとして……」というA型の定義⁶には、そのままではあてはまるわけではない。従って、補強的援用をA型に入れるためには、「直接に引き出す」ことの容認⁷ということ⁸をA型の定義からは⁷する必要になり、これをB₂型に入れて、B₂型の「A₂型へひきよせられたもの」とみるには、B₂型の定義から援用批判⁸ということを落とすことが必要になる。要するに、A Bの定義のどちらにもそのままでは入らないわけであるが、これは、A型・B型が典型的な姿をとるものを表現するからである。援用批判のメルクマールと直接に引き出すというメルクマールの、責任倫理問題にとつての重要性を比較すると、B型から批判の存在をおとすことは適当でないであろう。また、自己の評価であることの明示（「普通」の提示の型）自体は、A₂型と対立するものではなく、明示があることだけからB₂型に入れる⁸のは適当ではあるまい。この種の補強的援用は、A型⁸峻別していない型とみればよいと思われる。従って、A型のなかに、直接的抽出型と補強的援用型があつて、それが広中氏のいうA₁・A₂の区別にかぶさるということになるのではないだろうか。

しかし、補強的援用の問題は以上のことに留まらない。広中^②は、「自分のとる解釈論をきめるにあたって事実

認識の結果を役立てる（参考にする）場合」と「自分のとる解釈論を他者にむかつて提示するさいに事実認識の結果を役立てる（援用すること）」を區別して、峻別論の批判対象を後者であるとしている。従つて、補強的であれ援用は、峻別論の批判の対象となる（ただしそれはただちに型に結びつくものではない）。しかし、参考と援用は、提示された解釈論に即して、明確にわけられるだろうか。

「参考」とされる場合（正確にいえば、参考という意味をもつて事実認識が提示される場合）にも、様々なレベルのものが考えられる。A₂・B₂のいづれにせよ、解釈論における価値判断部分の内容は、自らの価値基準とそれにてらしての利益衡量からなる。個々の利益衡量を通して価値基準が修正されるというプロセスがありうることは勿論であるが、それぞれの解釈論において、基本的には、価値基準が利益衡量を規定する。事実認識が参考にされるということはこの両方の段階での判断形成において考えられるが（とくに歴史〔沿革ではない〕研究が第一段階で働くことが重要、個々の解釈論において、援用との関係如何が問題となるのは、主として利益衡量段階においてである。そして更に、そこにおいても「参考」の意味は次のようにわけられよう。①現状の認識である。これは利益衡量の直接的要因である。広中②二二頁の例である・金融梗塞の招来の有無が、一定の価値基準の下での、利益衡量の一要因なる場合にはこの種類に入る。②利益衡量の間接的要因となる事実認識である。例えば、法的安定性という価値視点から、判例認識や慣習の認識を衡量の参考にする場合がそれであり、また、一定の法治国家像を一つの価値として、立法者意思を衡量の要因とする立場もあるかもしれない。③外国法研究のなかから知るに至った規準の例を参考にする場合がある。ここでは、直接にせよ間接にせよ利益衡量要因ではなく（国際私法では要因になるかもしれないが）、自らの利益衡量を規準に構成するうえでの参考であつたり、利益衡量が既に実現されて

いる、又、それで不都合がないということを確認するものであったりする。歴史研究・立法者意思も、そこに自らの価値判断の実現の例をみて、あらためて自らの価値判断を確認するという意味で参考にされることが多い。これらのどの段階でも、「参考」にしたとして提示すること（提示されなければ、どのような認識に基づいたのかわからない）は、同時に事実上解釈論を補強する機能も果たす。参考と援用は、定義上は、価値判断形成過程で働くものと、その外に存在するものと区別されるが、実際上の機能では、参考として明示されたとしても、相違は紙一重となる。法解釈論において、④⑤⑥の形で認識の提示はいわば不可避免的なものといえようが、広中②三〇頁でいうB₂型の貫徹困難ということがこのことを意味しているとは読めない（ここでは、法解釈論のもつ権力統制のための説得作業という性格が考えられていると思われる）。参考と援用を峻別して、参考であればB₂型が貫徹しているというのなら、その解釈主体にとつてはともかく、他者にとつては、そこでB₂型が貫徹されているのか、補強的援用によつて、A₂型にひきよせられているのかの判断は困難であろう。とはいえ、両者には提示の仕方での方法上の相違があることは確かであり、また、事実認識を参考にしたものとして提示することは、ある議論の論点の明確化のために必要なことである。従つて、ここでは、認識・評価峻別論に立つ場合には、援用と参考の基本的な相違を自覚し、かつ、自らの峻別論を明確にのべる（それによつて参考であることが明確になる）ということしか問題の解決策はなさそうである。

三 (四) A₂型の、即ち「当面の問題について……説得的効果の点から有用なので、自覚的に事実認識を実践的評価に結びつける」一つの例として、広中①は、「歴史の方向に合致する事実」を自己の実践的評価の補強……のために援用するという態度⁽¹⁾をあげる。しかし、広中①がこの例で念頭においているマルキシズムに立つ論者にとつて

は、自己理解としては、事実のなかにある規範の認識が同時に自らの実践的主張でもあるのであって、「ただ説得効果をあげるうえに有益」⁽¹²⁾だから援用するというものではないだろう。広中氏のA₂型の定義は、事実認識とは別に自己の奉ずる価値があつて、この価値に即して、実践的主張において、「説得効果をあげるために」認識を援用する、というように読める。⁽¹³⁾勿論そのような立場があり得、それをA₂型とすることは有用である。しかし、マルキシズムに属する主張の中に、A₂型の問題点を含むものがあるとすれば、当然のことかもしれないが、実践的主張の提示の型の構成は、提示者の自己理解に即するのではなく、提示の客観的意味に着目したものであることがべられ、更に、マルキシズムに属する主張においても、その自己理解とは異つて、実際上は、そこでの事実の援用が自己の価値判断の説得効果のためのものであること、実際に認識から価値判断を直接に抽出しているのではなく、そこに主体の選択が存在するのではないかに言及することが必要になる。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

註

(1) 広中②二七頁以下。

(2) 方法的に自覚的に立法者意思説をとる石田稷説についてここでふれておこう。石田氏においては、裁判官の価値判断のコントロールを、実質的価値を提示することによつてではなく、法解釈の形式的方法の樹立によつて行うことが意図されている。そこでは、本稿の検討の対象たる峻別論議の前提たる法解釈学の実践性・実質的価値判断は、自覚的に拒否されている(石田『法解釈学の方法』(一九七六)一五頁以下)。法規の「間接的拘束」のうちの「裁量的条理」の適用において、「解釈者の価値判断が原則として介入」するとされていても(四六頁以下)、この「価値判断」は、立法者意思・法律

の趣旨との関係で許されたものであり、また、そこでは、「裁量」が語られるのであって、主体的選択の責任倫理と結びつきうる性格のものではない。この立法者意思論が支持を広げた場合には、新たな形で、 $A_1 \cdot B_1$ の問題が生じないかの検討が必要になるかもしれないが、目下の処、この方法による認識の提示が A_2 型でないということは明らかであるから、本稿の検討からはずしてよいであろう。

(3) たしかに、広中氏の類型構成においては、補強的援用があれば、 A とすることであろうことは、「補強……のための援用」(広中①一五三頁)という表現から窺える。しかし、他方、そこでの補強という意味は、基本的に自己の奉ずる価値が歴史の方向の中に存在するという立場の論者が、従って、既に峻別を自覚的に(認識論的に)拒否する論者が、その実践的主張を更に説得力あるものとするために援用する、ということのようにも読める(とくに、一五一頁の例とあわせ読む)。従って、「普通」型+補強的援用について、 A_2 型であること、及びそのための A_2 型の再構成について検討することが尚必要であると考えた。

(4) A_2 型は、必ずしも積極的に援用が構わないと言明する必要はないし、また、その A_2 論者にとって、「当面の問題……」と判断さるべき問題が尚現われなくて、これまでは、「普通」の型での提示だけを行ってきた、という場合も考えられる。

(5) 広中②三〇頁。

(6) 広中②二八頁。

(7) 例えば、広中氏は、所有権移転時期についての鈴木説(漸次的移転説)に対して、「……認識からただちに、……法解釈学上の提言を引き出すことは、問題である」とする(広中「物権法」(一九七九)六五頁)。鈴木説は、所有権移転時期の画定について、「実益があるかどうか」の検討を行い、また、「理論的には不可能」としている(「物権法講義」(二訂版)「

「二九七九」七八頁以下、ここでの「理論的」ということの意味は不明確であるが、たしかに、鈴木説が、「事態を率直にみるならば、……とすべきである」と結論をのべるとき、そこには、事実の援用、それも、「なされることのある」型に近いそれがある。しかし、所有権移転時期をある一点で画すべきでないという解釈論（規準の具体的内容というよりは、論理構成という性格をもつが……）の提示を全体としてみた場合、実質的根拠（ここでは実益論）及び概念・論理構成についての考え方が、事実認識と並んで、規定的であり、「ただちに……」とはいえないのではないだろうか。

(8) たしかに、自己の価値判断明示型と必ずしも明示しない型にわかる（そうすると、補強的援用は、 B_2 と同じく、明示型になる）という枠組みもありえようが、それだと、価値相対主義か否か（主観説・客観説）という区別とあまり変わらなくなり、峻別論々議の法解釈学方法論にとつての意義は大幅に低下することになろう。

(9) 広中②三〇頁。

(10) 例えば、広中②において、 A_2 型による援用の例としてあげられる公務員の争議権についての制限的解釈で考えてみても

(なお、同じ例が①一五二頁では、「なされることもある型」で表現されているのに対し、
②二九頁では「そのさいに」後立たせる」もの補強的援用であるようにも読める

と答えるかもしれない（次述(ロ)の問題は別にして）。第四七回労働法学会シンポジウム「官公労働者とストライキ権」における中山和久氏の総論的報告「ストライキ権の特質と問題点」(日本労働法学会誌四四号(一九七四))をみてみると、そこで「比較法的検討」に大きな意義があたえられているのは、直接には、「日本におけるストライキ権論の特殊性と普遍性とをより明らかにする」(八頁)ためであり、また、結論は、市民的自由・生存権の「二重構造」で根拠付けられている(一六頁以下)。運動との距離が近い労働法学の性格からいって、ここでの比較法的検討には、援用の意図があるのではないかと思われるが、参考か援用かの判定のきめ手はなく、論者が、参考であると答える可能性はある。

(11) 広中①一五三頁。なお、ここでの「補強」ということについて、註(3)参照。

(12) 広中①一五二頁。

(13) 樋口①が、A₂型を峻別論の中に入れてある(前章註(9)参照)のは、広中氏のこの定義に由来するものと思われる。もっとも、樋口氏のように理解したとしても、自覚的に直結する論者を、峻別論ということは適當ではないだろう。

(14) 広中①一五三頁以下の世良説の引用につづく叙述はこのことを前提とするものとみてよいであろうか。

(15) 例えば、近時接する機会があった、山下末人「ラレントツヘーゲルの私法上の帰責論(Zurechnungslehre)から」法と政治三五卷二号(一九八四)一二五頁以下は、「法解釈学的個別判断は、個別社会関係をとらえ、それを全社会関係に組入れると同時に、全社会関係の一環として整序するという機能を本来的にもっているという意味で、現実の複雑な動的社会関係の(実践的)認識である」という。私法解釈学が、「anwendungsorientiertな方向に終始し」、法的判断の社会構造からの被規定性の分析を「必ずしも自覚的に行っていない」(一二四頁)という山下氏の問題意識もこの基本的認識と結びついている。しかし、様々な *anwendungsorientiert* な行為の間に存在する内容上の相違は、法解釈の前提とされた認識の相違に還元されうる場合も多いであろうが、また、評価の相違による場合も多いのではないか。この現実には、マルキシズム内部の対立(そこでは、相手をマルクスから離れたものと批判する形が多いせよ)が常に存在しているということが示しているものではないだろうか。念のためにいえば、以上のことは、認識及び評価の「社会構造による被規定性」ということが、解釈学説の分析(客観的適合性判断)にとつての有用な道具であるということを否定することを意味するものではない。

三 B₂型の「困難」さについて

第二の問題は、法解釈論としてのB₂の困難さということである。この問題は二つの点からなる。第一は、広中②のいう「困難」ということの検討、第二は、B₂型の困難さは別の処にあるのではないかということである。第一点からのべる。

一 広中②においては、既にふれたように、B₂は、「解釈論がかかわってくるかぎり、その峻別論の立場を簡単には貫徹しえず、……A₂のほうへ引き寄せられていく可能性が高いであろう」とする。ここでは、解釈論のもつ実践的説得という性格が考えられているであろうことは上述したが、このことは上記引用文につづいて、樋口①一四頁の次の叙述が紹介されていることからいえる。樋口①は、B₂型は、「解釈学説が『科学的』『客観的』ではなくて『主観的』なものでしかありえないという自分の素性を、いわば種明しすることですから、解釈主張のうえでは、大いに説得力を失うことを覚悟しなければならない」とのべる。広中②によって同旨のものとして引用されている樋口①の箇所ではあるが、二つの点に留意が必要である。即ち、第一に、広中②が、「事実問題としては」⁽²⁾とすることに意味されているであろうこと、第二に、評価の提示における「援用」の意味の相違があるということである。まず前者については、広中②がみているB₂型の困難の内容は、たしかに、樋口①のいう自己の解釈論の説得力の減少にある。しかし、広中①では、峻別論の検討さるべき附随的效果は、他者の主張の説得力の減殺であって、自己の主張の説得力の低下は、峻別論問題にとっては、「きわめて小さい問題にすぎない」⁽³⁾としている。とはいえ、解

釈論の展開にとつては、一般的にいつて自己の主張の説得力の低下に導く峻別は、「事実問題として」貫徹に困難が伴うとされるのであろう。

第二の点について。樋口論文の前記引用文において考えられている解釈論の例は、立憲主義原理が「勝者の正義」であるという認識を示しつつ、解釈論として、日本国憲法が「普遍的正義」・個人の尊厳を化体していると主張するものである。⁽⁴⁾ 樋口論文においては、一方で、日本国憲法を「勝者の正義」であるとすると認識を提示するだけである認識行為についての「単純峻別論」と、実践と認識の峻別をとくだけの評価行為についての「単純峻別論」への批判、他方で、そのような認識を評価に直結する・憲法タブー論の形をとった・改憲論（A₁型かA₂型かははっきりしないが）批判がある。樋口①では前者の批判、②では後者の批判が中心になっている。これらの批判の展開は、広中論文での「峻別論」の問題提起と共通性をもつ。しかし、樋口①がB₂型（批判的峻別論）の困難さをいうとき、そこでは、およそ事実認識の援用の問題があるのではなく、事実認識（「勝者の正義」とは異った内容の主張）（「普遍的正義」）を、異なることを示しつつ、行うことの説得力の低下が考えられている。この問題は、広中論文での峻別論の問題をその一部としつつ、より広く法解釈論の特質にふれるものである。そこには、事実の援用というより、事実でないものを認識であるかのように提示すること、樋口①の例でいえば、「個人の尊厳を化体した日本国憲法」という言い方、また一般には、「⁽⁵⁾が条文の意味である」という解釈論の提示の仕方がある。この提言形式が広中論文の峻別論義との関連でどのよう⁽⁵⁾にみられるかが問題となる。事実認識の形での実践的評価の提示が問題を含みうる以上、事実でないものを認識命題によって提示することが問題を含みうることは当然であるともいえようが、しかし、樋口論文の提起するものは、条文の意味の歴史的認識と異った評価を条文の意味として提示す

るといふ法解釈論に独特の問題である。このような場合の法解釈論における「認識であるかのような提示」となりうるものには、三つの種類が考えられる。①一定の規準がある条文の或いは複数の条文から抽出された意味であるとして示すこと。これは提言内容そのものである。例えば、元本充当後の超過利息の返還請求の許容を利息制限法一条の意味であるとする事、民法六一二条の解釈として、一定の賃貸借関係について背信的行為の無い場合には解除を認めないという主張を行うこと、更には、民法七〇八条の権利侵害を違法な侵害と解釈することや、過失概念の操作も提言内容によってはここに入る。②それら規準の解釈を根拠付ける価値基準を法定法内的なものであるとして提示すること。例えば、「個人の尊厳を体化した日本国憲法」、また、私的所有・契約自由・人格の保護等の原理も、内容によっては、民法典の意味の歴史認識とは異なる場合がある。③規準命題相互の關係の説明のため概念構成及び論理構成。例えば、法律行為の取消の効果の説明・それと民法一七七条の關係の説明、解除の構成と損害賠償の性質・範圍の關係付けなど。これら①②③はそれぞれ、歴史認識との相違といふことと意味としての提示といふことの両方の問題をもちうる。峻別論との關係で援用と共通な問題となるのは、「意味としての提示」であり、樋口論文が、それを峻別論問題として論じているのもその故である。

前記三形式のうち、③は、たしかに説得力を増すもの——論理構成がスムーズにいくかに関して、また、概念が受け入れられやすいものか否かについて——でもあるが、現在の法律学では、その中心的意義は、論理的無矛盾性といふ法解釈でありうる事この条件の存在を示す事にある。従つて、それ自体として重要なものではあつても、峻別論議の点からみた場合、法的構成において、「さるべき」が表面に出ていなくても、それら構成は、提言内容及び實質的根拠に対応させられたものであるから、③における提言の根拠付け形式を實踐命題化することを、独

立に、樋口論文のいう説得力問題とも、また広中②のいう「困難」とも考える必要はないであろう。

前記④⑤において、解釈者の実践的評価が、法源の「意味である」として提示されるのは、規準の存在というところが、法解釈論の共通の前提となっているからである。⁽⁶⁾⁽⁷⁾そして、「意味である」という形で論ずること自体は解釈論であることの共通の約束事であるとしても、その場合、「 γ が意味であるとすべきである」という自らの価値判断の型を明示するか否かが「説得力」の問題となる。

たしかに、規準の存在の了解を利用しながら、規準の意味が既存ではなくて解釈主体が選択したものであることを明示することは、法律家でない者にとつての説得力において相違がありうる。他方、法律家（とくに裁判官）が名宛人である場合、現在では、選択であることを明示するしないが、説得力の点で「困難」に通じるような相違があるとは思えない。樋口論文のいう説得力は前者に関するものであるか？憲法解釈論が運動との結びつきが強いとはいえるとしても、民法でも例えば、「住民には環境権がある」という議論の仕方になると同じ問題がある。このことは、法をめぐつての専門・非専門の分化の一つの現われといえようが、樋口論文のいう説得力がこのことであるとしても、樋口論文がB₂型を選択しているとおり、そしてまた、広中①が「小さな問題である」としてしているとおり、B₂型選択にとつての問題点であるわけではない。B₂が価値をおく責任倫理ということは、法律家でない者に対する発言においてより問われるともいえよう。

二 次に、B₂の困難が別の処にあるのではないかということについて。広中①は、認識行為についての実践的提言としての峻別論を論じるなかで、樋口論文のいう批判的峻別論にあたる型について、樋口論文のいう自覚的結合論からは、「玉碎主義」と評されるかもしれないような結果」となる可能性をもつものであって、そこでは、「認識

と対等の価値を与えられているのは、実践的目的の達成ではなく、それに向けての実践行動それ自体であるとみるべきであろう」としている。⁽⁸⁾この問題性が、本稿の対象である評価に関する峻別論であるB₂型について、そのままではないにせよ、あてはまる場合がないかが検討されるべきである。ここで、そのままではないとのべたのは次の理由による。即ち、認識レベルの批判的峻別論においては、認識と実践に対等の価値が与えられているから、認識をしないという選択肢がないため、認識を行うことよって「玉碎」に至ることがありうる。これに対し、実践的評価についてのB₂型においては、実践（解釈論）を行うに際して、実質的価値と峻別による責任倫理の自覚の明示に同価値がおかれるのであるから、なお、実質的価値の観点から実践（解釈論）を行なわない（或いは、他の種類の実践や亡命を行う）という実践的選択がありうるからである。しかし、実質的価値の追求と責任倫理ということ自体の価値の主張が両立しえない場合、例えば次の二つのケースでB₂型の貫徹を考えてみよう。⁽⁹⁾事実の援用或いは条文の意味であるという型の解釈論が実質的価値の観点から尚有用であるかもしれないが、それを自らの価値判断であるとすることがそれ以上の実践（解釈論及びその他の種類の）を不可能にする蓋然性がある場合（例えば、逮捕・処刑が予想される場合）、⁽¹⁰⁾同様の状況下で、内容的に支持しえない主張がA₁・A₂型において存在し、その方法的批判だけでなく内容的批判を行うことが自らの他の実践をも不可能にするであろう場合である。⁽¹¹⁾の場合、批判を行なわないという選択はB₂には本来的にはない。即ち、B₂においては、自己の責任倫理の一貫が重要であるだけでなく、他者にも責任倫理の自覚を求めるということが峻別の提言の出発点である。この責任倫理を要請するということが、実質的価値の追求と同列におかれる場合には、A₁・A₂型の存在を批判しないという選択はないことになる。⁽¹²⁾そして、B₂型では、方法的批判には必ず内容的批判が伴うわけであり、それは「玉碎」につながる。

① ケースにおいて、(イ) B_2 の貫徹を求めることは、解釈論を放棄することが早めにならないかということが難点として考えられ、他方(ロ) B_2 の立場の例外的放棄を認め、 A_2 型による解釈論を行うことを可能にすることには、 B_2 型から A_2 型への移行が早めになる(場合によっては、(イ)における解釈論の放棄よりも早くなる)可能性がある。ただし、このような① ケースにおける B_2 型の困難については、責任倫理という価値からは、解釈論を行うことを放棄せざるを得なくなっても、他の実践を通して自らの実質的価値を一貫させることによって、別の意味で責任倫理は貫徹されるのであって、解釈論の放棄自体を重大なことと考える必要はない。従ってここでは、 B_2 型は(イ)でよく、(ロ)の途をとるまでもないであろう。これに対し、② ケースにおいては、 B_2 型の純粹な形での貫徹には困難があると考える。

③ ケースでも A_2 型にはそもそも方法的批判うんぬんの問題は生じないし、内容的批判についても、する・しないそれぞれの実際の意義が実質的価値の観点から判断される。そして、内容的批判をする場合でも、事実の援用や条文の意味であるという主張が可能である。 B_2 型については、(イ)玉砕、(ロ)例外的に方法的批判をしないという余地を認める、(イ)例外的に $B_2 \rightarrow B_1$ に移ることを認める、(二)例外的に $B_2 \rightarrow A_2$ に移ることを認める、という方が考えられる。このうち、(イ)(二)には、④ ケースの(ロ)と同様の難点がある。⑤(ロ)は、「批判をしない」ということには、そのかぎり解釈論の場を離れることを選択するということが含まれている点で、実質的には④ ケースの(イ)と同じ意義を持つと考えられる。そこでは、 B_2 型が純粹な形で貫徹されているとはいえないが、なお、別の型になったというわけではない。 B_2 型の困難はこの③ ケースにあるのではないだろうか。

註

- (1) 広中②三〇頁。
- (2) 広中②三〇頁。
- (3) 広中①一四九頁。
- (4) 樋口①一五頁。
- (5) 広中②二八頁が、A型の定義として、「ある事実から直接に引き出されたものとして実践的評価を表明したり事実認識の提示という仕方で……」とのべるとき、ここでの「事実認識の提示」ということで、樋口論文での解釈論の例のような、事実とは異なることを「条文の意味である」として提示する型が考えられているのではない。
- (6) 欠缺論の問題にはここでは立入らない。
- (7) なお、樋口①は、くり返し、法学の特色として同じ言葉が認識行為と実践行為にまたがって使われることをあげている(五頁、七頁、一三頁)。しかし、このことは、樋口論文において、「解釈学説としての効果への顧慮」という点からのB₂型の困難さと結びつけられているわけではない。両義性ということ自体は、峻別の出発点であっても、困難につながるわけではないし、また、法学それもとくに憲法学では、規範認識が学問作業とされることがあるから、この両義性が顕著であるが、法学以外の領域でも、程度は異なれ、この種の両義性はあるだろう(平等・自由・個性・豊かさといった言葉の機能)。
- (8) 広中①一四四頁以下。
- (9) 広中②三〇頁は、B₂型が陥りやすい二つの危険をあげている。①批判の対象たる実践的提言を内容的にも支持しない場合には、内容的な批判をもすることによって責任を全うすべきであるのにそれをしないでますますという安易な態度、②批

判の対象たる実践的提言を内容的には支持するという場合には、滅殺ないし剝奪される説得力を補いうるような仕事をすることに力をつくして然るべきであるのにその仕事の困難を見越して事実の援用に対する批判それ自体をゆるやかにする……という自己欺瞞的な態度。これらの危険についていえば、これらはいづれも実質的議論を忘れることを表わしている。

この怠りの可能性が常に存在することは否定できない。しかし、本文との関連では、これら危険は、本文でいうような状況での困難を考えているわけではないようである。④は広くとれば、本文⑤ケースでの「批判しない」ということも含まなくもないが、率直に読むかぎりでは、④⑤ともに、平常な状態において存しうる怠慢の可能性を指摘したものである。

四 A₂型の問題点

広中論文においては、既にみてきたように、B₂型の解釈論における貫徹にとつての事実上の困難及びその陥りやすい危険が指摘されているのに対し、A₂の問題性がそれに比して、御都合主義というB₂からのありうるとされる批判以外には、のべられていない¹。とくに②においては、法解釈論のあるべき基本的姿勢としてA₂・B₂の可能性を示して、選択とその一貫を迫るのであるから、A₂型の問題点の検討が行なわれないことには疑問が残る。

A₂型もB₂型とは異った意味ではあれ、責任倫理のうえに立つものであって、具体的な援用の採否も、自己の判断であることの明示の意義も、実現を欲する実質的価値に即した責任倫理の視点から判断される。しかし、問題とし

て第一に、A₂型では、自己の責任倫理意識は明確であることが前提となるが、他者にとっては、提示されている解釈論の立場がA₁なのかA₂型なのかは、その解釈論自体からは、わからない。A₂型の性格上、「当面の問題」の規準化は困難であるから、その範囲が広がる可能性をもち、その場合には、A₂型は責任倫理という態度が一般的になることには働かない。責任倫理ということ自体の明確化及びその態度の拡大にはB₂型の方がA₂型より適合的であることは確かである。このことは、責任倫理の自覚という点ではA₂型とB₂型は「同じ平面にある」といえるにしても、責任倫理ということ自体の価値の位置付け方が異っていることによる。以上のことから更には、広中②でいうB₂型がA₂型にひきよせられる可能性ということをもじつていえば、A₂型はA₁型にひきよせられる可能性があるともいえる。即ち、自己の評価であることを自覚するだけでなく、その旨を明示すること及び援用を行なわないことは、この自覚の継続の外的強制として作用しうるのであって、それが無い場合は、ある場合に比して、責任を事実⁽²⁾に転嫁する可能性が生じやすいであろうからである。「当面の問題」が広くなるとくに⁽³⁾。

A₂型についての第二の疑問点は、広中②が各自の選択した立場の一貫を要請するとき、A₂型の一貫ということは何を意味するかということである。この型は、当面の問題においては、事実認識を援用して構わないと考⁽³⁾えていても、峻別論と違って、この一般的態度を表明する必要はない。自ら援用しそれをよしとするのであれば、他者に対して援用を批判しない(峻別論を利用しない)ということだけがA₂型にとっての方法的制約である⁽⁴⁾。そして、援用するしないはすべて、自らの奉ずる価値の実現との適合性判断にのみ服する。そこでは、援用問題・援用の限定うんぬんは、解釈方法論の中のテーマとはならない。ところで、峻別・援用論議が提起されたのは、責任倫理の貫徹如何という観点からであった。現代、法解釈に携わる者にとっては、附随的效果を含めて、自らの作業の実質的価

値にとつての適合性についての考察が常に必要であるとすべきであるが、責任倫理ということは、実質的価値の法解釈学にとつてもつこのような意義に対応している。たしかに、責任倫理の一般化ということ自体実質的価値の一部をなすといえる。しかし尚、責任倫理という価値自体を共通にもつということが、それぞれの奉ずる価値の対立があつても、法解釈学の方法を語ることを可能にする（方法が一致するという意味ではない）。A₂型が、広中氏の定義のように、自らの奉ずる価値の自覚・責任に立つとしても、それは、法解釈学の方法をこえたところでの責任倫理である。これに対して、B₂型は、前述③④ケースは別として、法解釈学の方法での責任倫理の貫徹を考える。法解釈学方法論の問題点は、援用・峻別問題に限るわけではないといへ、援用問題がもつ責任倫理従つてまた法解釈学方法論にとつての意義を考えた場合、この点についてのルールを実質的価値の下におく（従つてルールの確立が困難な）A₂型が一貫される時、そこで尚法解釈学の方法の議論が可能であろうか。「御都合主義」であるかもしれないことは、実質的価値から判断される実践一般にとつては大きな問題とはならないかもしれないが、法解釈論にとつての共通の場を、従つて法解釈学方法論を語ることにとつて、致命的な問題点ではないだろうか。

註

- (1) なお、広中①では、B₂からA₂に対してありうる批判として、A₂は、「そういう仕方による説得を受ける人々を欺くことになる可能性を伴っている……」ということがあげられている（一五三頁）。しかし、ここでは、事実認識を歪めて説得に用いるということは含まれないという意味で、事実認識そのものは正しいと信じられたものであることを前提とする。と、A₂型が「欺くことになる」という意味が私には理解できない。

- (2) 広中①一五二頁、また、樋口①一四頁。
- (3) 広中②三二頁。
- (4) 「事実命題からただちに価値命題を導くことはできない」という認識をもつことはA₂型と必ずしも矛盾しない。この認識をもつA₂（この認識にたたないA₂型もある）が、批判対象を内容的に支持しない場合に、実践的意図の下に、この認識をのべることを考えてみると、たしかにこれも認識の援用の一種ではあるが、しかし、自らが、他の問題であれ、事実を援用している場合には、この批判は、方法的には（実質的価値の点からではなく）、矛盾した態度である。
- (5) 広中②二四頁以下。
- (6) 樋口①一五頁のいう「意識的に理性的な土俵」の不可欠な一要素といえよう。

五 結

このようにみえてくると、A₂型は、「当面の問題」の限定が行なわれない場合、その問題性がきわめて大きくなるが、他方、自己が責任倫理意識をもつというにとどまらないという意味での、責任倫理意識の一般化ということ自体の意義を、実質的価値の観点から従属的なものとみる基本的立場からして、また、「説得力」の点からしても、A₂型による「当面の問題」の限定は困難といわなければならぬ。

B₂型は、前述⑥ケースでの(ロ)の途があるとすれば、純粹な型ではなくなるかもしれないが、責任倫理と実質的価値

値の衝突を回避できる、といえよう。

もっとも、本稿で行ったような、いわば極限的事例によって諸型を検討することの必要性は否定されるべきでない（極限的事例において現われてくる性格は、そうでない場合にも、顔を出す可能性は常にある）としても、現在、法解釈作業に際し、 B_2 型に立つことを選択した場合には、広中②のいう二つの危険に陥らないということが、現実的にはより重要であることは確かである。