



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	討論
Citation	北大法学論集, 47(6), 182-204
Issue Date	1997-04-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15707">https://hdl.handle.net/2115/15707</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(6)_p182-204.pdf



討  
論

瀬川信久（北海道大学法学部教授）（司会） 吉田邦彦さんの方から包括的な議論をしていただきましたが、それについて平井先生の方から何かございますか。

平井宜雄（東京大学大学院法学政治学研究所教授） 皆さんのご議論の中でお話しできればと思いますので、どうぞ先におすすめ下さい。

瀬川 それでは、どなたからでも御発言下さい。できれば最初は、今日の平井先生のお話で、わからなかったところの確認というあたりからしていただければと思いますが……。

### 1 「日本社会のヒエラルヒー・モデル的特性」

吉田克己（北海道大学法学部教授） 最初ですので、質問とより多少確認させていただきたいと思えます。最後におっしゃられました、日本の社会構造——これは、吉田邦彦さんのコメントの中でも日本社会組織論として『法政策学』第二版における発展として取り上げられていたと思えますが、——に關して二点ほど確認的におうかがいしたいのです。第一点は、この点に關する展開は、初版にはなかったようで、第二版の非

常に大きな特徴だと思えますが、これはそういうふう理解してよろしいのか、つまり初版の時点ではこの点についての十分理論的な詰めはまだなされていず、第二版で明示的に打ち出されたそういう理論として受け止めていいのか、ということですが、もう一点は、もう少し内容にかかります。一番最後に今後の方向について触れられまして、日本社会というのは今後ダイアデックな方向に進展していくのではないかとおっしゃった後で、領域を分けておっしゃったように思うのですが、私、十分に聞き取れなかったところがあります。私も関心がある問題ですので、もう一度御趣旨を聞かせていただかせませんでしょうか。

平井 第一点についてはおっしゃるとおりです。第二点ですが、難しいご質問だと思います。一般的には諸組織が自立的性格をもつほど社会はダイアデックになりますが、外部からの脅威が高まればトライアデックになるといえます。たとえば、はげしい競争をかちぬいて成長した企業は創業者の強いリーダーシップの下でトライアデックな組織形態になっていると思われまます。安定した大企業でも、株主代表訴訟などで外部からの脅威が高まれば、「強いヒエラルヒー」に変化する可能性があらります。幕藩体制が外国の開国の要求によって統一権力になっ

たと同じようなものですね。ですから、いろいろな条件にかかっているのです、一般論はできないのですが、今後市場原理が浸透していくことを考えると私は日本社会の「弱いヒエラルヒー」的構造は各組織の単位で見ると「強い」ほうへ動く可能性のほうが大きいと思っています。

**吉田(克)** 今の点の延長線上なんですけれども、今の平井先生のご説明を踏まえた上で、また二つお聞きしたいと思います。ひとつはその黒板というか白板に書かれている図式で、その左側、つまりポリセントリックでダイアデックな社会に向かう可能性もありうるということですが、平井先生は、「あるべき論」として日本社会はその方向に向かうべきだとお考えになるのかどうか。これがお聞きしたい第一点です。それともう一点は、中間組織論にかかわります。私もこの『法政策学』の第二版を読ませていただいて、中間組織論のところは非常に印象的でした。日本社会が全体的に中間組織的な特徴を持っているというのは、おそらくその通りでしょう。ただ、他方で、中間組織といってもいろいろあるのだらうと思います。もう少し具体的にいいますと、中間組織として典型的にいわれるのは、たとえば、下請関係であるとか、一定の協力関係にある企業の間の継続的取引関係で、これらについてはまさに中間組織的な

つかまえたができると思うんですね。ところで、それらとは別に、大企業相互の取引というのをございます。これは、普通は、まさにダイアデックな関係だと思えますけれども、星野先生もよく強調されますように、日本では、大企業間の取引もお互いの信頼関係に基づくという性格が強い。となると、それにもまた中間組織的な性格が入ってくることになりましょう。とすると、そのような大企業相互の取引関係と、最初に申し上げた下請関係などの典型的な中間組織といわれるような類型とを、中間組織ということで同じ論理でつかまえてよいのが問題になるようにも思われます。同じ中間組織といっても両者で区別されるということはないのか、私は区別したほうがいいんじゃないかという気もしているものですから、そのへんのところをお伺いしたいというのが第二点です。

**平井** 「あるべき」かというご質問にお答えするのは難しいですね。もし、「権利義務」のタームで社会関係がすべておきかえられるのが「近代」的で望ましいという一時期のような考え方を私のスキームに応用しますと、ダイアデックかつポリセントリックな社会が「望ましい」ことになります。しかし、アメリカのような社会（これも「特殊」な社会です）が「望ましい」ということは、すべての人が賛成するかといえはそうでは

ない。私はもう少しダイアデックかつポリセントリックになつてもよい、なるべきだと思いますが、しかしほどほどにしてほしい、先の図でいけば、江戸時代よりも四五度の線上に近くなつてほしいということでしょうか。それから第二点ですが、社会的には（解釈論上は別です）大企業相互の関係と下請関係とは概念的には区別できないし、しなくてもよいというのが、いまの考えです。いわゆる「二重構造」という考え方に対する反撥があるものだから、とくにそう思うのかもしれませんが。すべて「中間組織」と考えてよいと思つています。

瀬川 よろしいですか。それじゃ、藤原さんどうぞ。

## 2 「利益考量論の土着性」

藤原正則（小樽商科大学助教授） 私、藤原と申しまして、小樽商大で民法を勉強しているものですが、先生の議論のお話を聞いて、丸山先生の『日本政治思想史研究』とか『日本の思想』を思い出したんですけど。それで、思ったんですが、先生のお考えですと、星野先生や加藤先生というのはある意味じややまところなんですよ。ただしそれは非常に卑俗な実用主義で、その意味では、デアリクティブクではない社会での土着思想の深さということになりますよね。先生のお考えだと。そういうコンテンツで戦後の法律学というのを整理されたというふう

に私は感じたのですけれども。で、そうすると、「王朝の興亡」のように入ってくる思想が、先生が最初の研究生生活を始められた頃の思想ですし、それから今では、ポスト・モダンということになりすよね。しかし、先生がおっしゃったことは、そういうふうにいづもやっていると、およそ法律学というものではないと。ですから、ポスト・モダンなんか振り回されないで、ある意味じゃ、昔の日本の国学と同じように、西洋のオーソドックスというものを日本の材料を使ってちゃんとやりなさいと。だから、その意味では先生はマックス・ウェーバーは氣にくわないつておっしゃいましたけれど、合理化の過程というのは普遍的なものとして認めているし、法律学の合理化ということですか、法律学でやることについては、要するに議論ですよ。ないしは、言語化の技術ということですよ。だから、何というんですか、道具としての西洋の法技術をもつと学びなさい、というふうには、そしてそれで日本の分析をなさないと、しかも、日本の社会を、日本の法律学を、材料を説明しなさいと、いうふうにおっしゃっているように私には聞こえたんですけれども、そういう理解は正しいでしょうか。

平井 利益考量論が日本の土着の思想に近いのではないかというご指摘には、私は賛成です。私に言わせれば、利益考量論は

心理的過程と言語的過程とを同一化している。このふたつを区別しないのは、丸山先生が言われたようにイデオロギー批判の早熟的登場という日本の伝統思想ということにつながっている。リアリズム法学を受け入れる下地は日本の伝統思想にはあるのではないでしょうか。それから、後半部分も藤原さんのご説明のとおりだと思います。つまり、相手の言っていることを言葉に対する批判としてとらえないで、実は心の中でこう思っているからそう批判するのではないか、というのは、法学の基本に反する考え方であることを意識しなくてはと思います。

瀬川 関連した質問をしていいですか。今の利益考量論批判のところですが、大枠としては日本の社会では、文化的なアイデンティティが非常に強いために言挙げしなくても一定の合意がなされ、決定がなされるというのはわかるのですが、ちょっといくつか疑問があります。ひとつは、利益考量論なんですが、たしかに加藤先生の判例評釈なんかを見ますと今おっしゃったようなのがある（例えば、最判昭和三四年二月二六日民集二三卷二号三九四頁の判例評釈（法協七七卷四号））と思うんですが、しかし、来栖先生とか星野先生は、研究会でなんかそういうこととおっしゃっているかも知れませんが、書かれたものの中では、保護されるべき利益は何か、というだけです。これは解釈をし

ている人の職業だとか、性別だとかそういうことじゃないわけですね。だからその議論の理由として出されるものに心理的なものではないと思うんです。それから、お互いに心理を理解することによって合意に達する場合もあるわけですね。そして多分日本の場合は、そういうことが、小さい村とかで多かったです。お前は外から来たからわかんないんで、ここに五年か十年住んでみる、この部落は別のやり方でやっているんだというような議論の仕方ですね。で、そのような議論が、全部、法律論から落ちてしまうのかどうか、やっぱりどうも気になります。

### 3 「概念法学との関係」

もうひとつは、ちょっと別の方向の問題なんですが、先生は「自分が概念法学といわれるのは変な話だ、もともと法律学というのは概念法学なんだ」とおっしゃるんですが、ただ、言明で議論するといつても、概念法学とは違うスタイルもあるのではないのでしょうか。前にも書いたことあるのですが（『不動産附合法の研究』二一八頁注（5））、ポアソナードが「日本の古くからの慣習と新しい民法典」という論文の中で自分は日本に来て、ずっと日本語が出来なかつたので日本の法律はわからなかつた。ところが、ウイグモアが「全国民事慣例類集」を翻訳

してくれて初めてわかった。それによると、日本というのは実は法が非常に発展してた国で、自分の考えているような自然法論の考え方もある。ただ、法観念、*notion legale* がない。法学上の定義というのがない。考えてみると、法の *école*、学派というのがない。踊りにしたってお茶にしたってこれほど流派のある国で、法についての流派がなくて学問的な議論がないというのは、非常に奇妙だということを言っているんですね。何かそのへんの違い、つまり、概念でもって法律論を作ることがなかった。それで、富井先生が強調されたことですが、今の社会は概念をいろいろ作り変えたりしなからやっつけていかないととても新しい紛争に対応できないということをおっしゃった。それが川名先生や石坂先生に受け継がれた。末弘先生が皇紀二六〇〇年の記念論文の中で、川名先生の学問を論じながら、非常に概念法学の核心をついたことをおっしゃっている。「民法学生成時代の回顧」東京帝国大学学術大観・法学部経済学部)。で、それは、私は日本だけじゃない、ドイツなんかでも同じだと思のです。ですから、概念法学の問題はそれとして、先の、言明で議論しなきゃいけないという問題とは切り離して考えるべきことだと、申し上げたいんです。今の概念法学の問題と、言明による議論という問題を先生のように同一視

するのは、なんか問題の射程を切りつづめてしまうのではないかと、と思います。

**平井** 法を社会学的事実としてイメージするか、それとも言語に結晶化されたものをイメージするかという問題で、法とは後者に近いものとしてとらえると、日本人には法がなくなってしまう。しかし、社会学的事実としてみると規範がなくなってしまう。しかし、社会学的事実としてみると規範がなくなってしまう。ですから社会は成りたちえなくなりました。日本みただけで見事な秩序を持っている国はないという点は、安土桃山時代の宣教師も書いていますね。ですから、日本でもその意味での法がないわけではない。言語化された法もあるといえれば、たとえば武家諸法度というのがあって、十何条しかなくとも、繰り返し改定されて実効性があったと考えられています。幕府や諸藩が何をなすべきかどうかは、いかに茫漠としていても、あれで決めていたことは確かなのです。だから、法がないというのとは、具体的な紛争において当事者が自らの利益を守るために援用できる言語化された規範がないという意味です。なぜ、そういう意味での法がないかといえば、意思決定の単位が細分化されていてそれがずっと連鎖的に繋がっていき、そのひとつひとつの意思決定単位が、情報の共有、規範の共有という形で、言語化しなくともひとつの秩序をなしていた。そういう社会で

は、明示的な法はいらなかった。しかし規範は明らかに存在していた。しかしその規範は、私のいうポリセントリックかつダイアデックな社会での法と非常に違っていたということですからこの意味の法は常に言葉の争いとして問題になるのですから概念法学と言語とはやはり関連しているといわざるをえないのではないか。

瀬川 それには、私も反対していませんのですが。ただ、先生のお考えが私にも大分わかってきました。

#### 4 「日本社会の変化と利益分析の意義」

瀬川 ちよつと話を元に戻しちゃうんですが、先生の『基礎論』の中で、言明によって議論をしなくちゃいけないんだとおっしゃっている。それは先生の正当化の構造の中でいうと、マイクロ正当化だけじゃなくてもちろんマクロ正当化も、言明によってやらなきゃいけないということだと思います。そのところでも十分理解できていないのでお聞きしたいのですが、手附の例で申しますと、履行の着手になったかどうかという問題を、先生はマイクロ正当化のところの例として出されていた。この履行の着手については、このあいだも最高裁の判例があって、法協には田中君の評釈が出ていますが（最判平成五・三・一六民集四七巻四号三〇五頁法協一一三巻一号）、そこでは、結局最初の

手附を渡したときの意思解釈の問題じゃないかと言われるのです。要するに、これは普通の手附ではない趣旨であったというような意思解釈の問題になっている。で、そうすると、その履行の着手があったかなかったかという時もその手附が渡された時の具体的な状況を少しずつ確定して、確定することによってその手附の授受が持っている意味をお互いに理解する、その理解を通してはじめて議論ができると思うんです。このように、これはどういう場面であったかということを議論していくわけで、利益考量論とか、利益分析というのは、この点を強調していた。その部分は、私は利益考量論の貴重な成果だったと思うんです。そんなものは、我妻先生以来やっているじゃないかと言われればその通りなんですけれども、しかし、私の理解では、昭和三十年代の末（一九六〇年代半ば）から社会状況が非常に変わっていく時に従来の概念だけにしがみついて議論をたてようとしてもだめだ、もつと具体的な場面に即してやっていかなくちゃいけないということを言った。それは先生のおっしゃっている言明を通じての議論というのと全然矛盾しない、というふうに理解してよろしいんじゃないでしょうか。

#### 5 「発見のプロセスと言明（正当化）との区別と相互関係」

平井 利益考量論がそれまでの民法の解釈方法論に対して問題

提起的な意味がある点は、私は否定していません。しかし、言明を通じての議論という考え方と矛盾しないかといわれれば、やはり矛盾する。そもそも利益考量者は、議論ということ念頭においていない。だから私のいう「正当化のプロセス」と「発見のプロセス」を区別せず、裁判官または解釈論を立てる心理の問題として考えがちである、というところが最大の問題点なのです。

**高見進**（北海道大学法学部教授） 平井先生のおっしゃることを十分理解していなくて、初歩的な質問で申し訳ありませんが、さっきおっしゃったように、ある時代に、ローマ法源の解釈というかたちでしか結論を正当化できないところでは、そういうその利益分析みたいなものは、正当化のプロセスとしては入ってこれない、そういう時代的制約があると思います。しかし、たとえば東大法学部なり、ここの法学部で、星野先生のような方がずっとこの利益考量で講義をし、それを学生もみんな納得し、そういう人たちが裁判官になってきた場合に、それらの裁判官が、こういう社会関係ではこちらのほうが抽象的、一般的に保護すべき利益だという議論を正当化のプロセスとして納得すればね、それはそれで正当化できることになりますね。

**平井** そうです。

**高見** だから、発見のプロセスが、正当化のプロセスに転化するっていうことは、あり得ることですね。

**平井** それは正当化そのものなので、「転化」という表現は適当ではないと思いますが、考え方としてはおっしゃる通りです。**高見** そうすると、発見のプロセスのひとつとしては認められるものが、正当化のプロセスとして認められるその条件というのがもうひとつわからないんですが。

**平井** 考量されるべき利益とその優先順位が言語化されて、ある主張を根拠づける言明となっているときには、それは「発見のプロセス」ではなくて「正当化のプロセス」そのものなのです。たとえば、憲法訴訟におけるバランス・セオリーとかハンド・フォーミュラと呼ばれるのがそうですね。私だって「過失」の概念を分析して三つの因子で注意義務の高低を決すべきだと主張していますが、これなどはバランス・セオリーなのです。問題はそれが言明として構成されており、それに対して反論できる形になっているかどうかなのです。つまり、議論できる形になっていることが、「正当化」としての資格をもつのです。**瀬川** そうすると、高見さんがおっしゃったように、どうしてもが正当化のプロセスになりうるのかという条件の問題がありますね。で、法解釈方法論と普通言われているものは、正当

化のプロセスに乗り得るものかどうかという問題を、ずっと考えてきたんじゃないかと思うんです。

## 6 「マクロ正当化の問題」

瀬川 ですから、先生がマクロ正当化とミクロ正当化を区別されるのはいいんですが、マクロ正当化は反論に堪え得たものなんだとおっしゃっている。しかし、法解釈方法論というのは、事前にその基準を設定しよう、だからその部分の議論のあり方がある程度収斂させようとする試みじゃないかと思うんです。そこるところで先生が、反論に堪えぬいたものなんだって言いっぱなしにされると、それでいいのか、って感じがするんですが……。

平井 反論可能性という考え方には、まず究極的な根拠づけを求めることはしない。つまりファウンデイションリズムを捨てようという文脈での主張があるわけですね。デカルトのように、思考する「われ」は疑いえない確実なものだからそこから出発しようというような考え方を法律学においてはとるべきではない。法律家共同体において共有されている言明、共有財産となっている法律論からわれわれは出発すべきであり、その限りにおいてそれらは前提としなければならぬものであると約束しようと考えられるわけですね。しかしいつかそれは前提とならなく

なるかもしれない、つまりそれを前提とすると適切でない主張をしなくてはならないかもしれない。このように、根拠は誤りうるものであり、批判にいつもオープンであると考えられるわけです。法の解釈としてなにを主張するかは全く自由であって議論を終らせようとする意図で主張されてもそれは全くかまわない。しかし、それを決めるのは主張者ではない、議論をする共同体のその限りでの合意なのでですね。

つまり、基準を設定するとか、議論を収斂させようとするとかいう権威はないということですね。ある説は、最高裁の判事が言ったがゆえに、あるいは我妻先生が言ったがゆえに権威があるのじゃなくて、ありとあらゆる批判を受けてなお堪えていければ、それは共有財産として残る。通説がもし合理的に基礎付けられるとすれば、それしかないと思います。通説とは、法律家共同体の中で、ありとあらゆる角度から議論されてなお、やはり理由があるなあと納得されて受け継がれていくというのが通説なんで、そういうものであって初めてわれわれはそれを尊重し、それを遺産として学生に教えるということが可能になる、と思うのです。

## 7 「法政策学」と『法律学基礎論叢書』との関係」

瀬川 ただ、私は、法解釈の議論に関して、メタの問題と議論

そのものの問題と分けて考える必要があるんじゃないかと思うんです。たしかに正当化主義を批判されるのはわかります。

先生の『法政策学』の第一版のときには『基礎論覚書』との関係がよく分かんなかったんです。が、第二版では、『基礎論』の問題と非常に密接に関わっていることが、わかりました。しかしちょっと意地の悪い見方をしますと、先生がこの『法政策学』の中で効率性基準、正義性基準というふうに出されているのは、ある意味では、法的決定をするときにマクロ正当化のレベルで依るべき基準、正当化するときのチェックポイントみたいにあるわけですね。ですから、先生も出していらつしやる。ただそれは、常にこれ自体がそのレベルでほかの議論から反論に堪え得なきゃいけない。でも、やっぱり、そういうものがある、そういうものがあるべきだと考えるからこそ、先生は効率性基準、正義性基準を書かれているわけですね。ですから、すべてを批判に押しオープンにしちゃうことと、利益考量論のよくな実質的な利益で議論せよとか、保護利益に着目せよということとは、私は矛盾しないと思うんですが。

**平井** もちろん、この二つはレベルのちがう問題ですから、矛盾はしません。私の述べているのは、ある言明の根拠づけの問題なのです。議論はある主張から出発するわけですから、その

根拠となる言明を全く無から作ることはできない。何らかの言明を前提として出発し、それを正当化の根拠として用いなくてはならない。なぜ、われわれはある言明を前提とできるか、その根拠を述べているわけなのです。それから私も自分の考えを言うときには、もちろん反論に堪えることを目指すわけですね。しかし、反論に堪えたかどうかは私が決めることではない。これはあたり前のことで、それを言っているつもりなのですが。

**瀬川** それはそうです。ちょっと一言だけ、さっき利益考量論のように権威でもって決めるべきじゃないとおっしゃったんですが、私は利益考量論者が権威でもって決めようと、言っていないと思います。

**平井** 利益考量論者が権威をもって決めようとしているなどと言ったかなあ。言っていないと思いますが、もしそう言ったとしたら完全にまちがいです。貴方のおっしゃるとおりです。むしろ今までの法律学にそういう傾向があったのではないかということとを反論可能性の意味を示すために言いたかったのです。要するに、私が言っているのは、利益考量論の問題じゃなくて、言明の根拠づけの問題です。

**吉田邦彦** (北海道大学法学部教授) よろしいですか。法政策学、法解釈学の関係については、私はむしろ瀬川先生とは逆で

してね、『法政策学』と『法律学基礎論覚書』とは一貫しているように思うのです。『法政策学』の教科書の中で法的思考のタイプとして、自分はハート、フラール、ウェーバーのタイプのを探るのだということを言っておられますね(五五頁)。その限りでは一版と同じなのです。私がさきほどちょっとお聞きしたのは、二版になると日本的な組織論の分析が出てきて、根回し的な意思決定というのが出てきます。そうすると、その中には根回しによる言挙げしない文化というのが含まれてきますが、それを追認されるのか、それは『基礎論覚書』でおっしゃっていた法原理論、言明論を重視して言明でもって問題を処理していくという先生の立場との関係がちよつとよくわからないのです。

**平井** いや、追認するという意味じゃないのですよ。言語化されていない規範が成立する条件は何か、その条件をみたく社会は何か、ということ述べただけです。「弱いヒエラルヒー」の下ではその条件がみたされ、そして日本社会では「弱いヒエラルヒー」なのではないかということ言ったのです。

**吉田(邦)** ディスクリップティヴにおっしゃっているわけですか。

**平井** そうです、そうです。

**長谷川晃**(北海道大学法学部教授) 法哲学の長谷川です。今

の点とも関係があると思いますし、また瀬川さんと吉田さんからもちょっと触れられた点なんですけれども、法政策学と法解釈論の意味ということで、うかがいたいと思うことがひとつあります。思い出してみますと私も修士のときに平井先生の特殊講義でまだ教科書にならない前の講義案やプリントで法政策学を聴講した覚えがあるのですが、その時以来、若干理解できないでいたことがひとつあったのです。というのは、平井先生は法的思考様式のあり方ということの問題とされていたわけですが、通常の観点からすると、それは法解釈をする場合の思考様式なのかと思われるわけです。ところが平井先生の方は考察の範囲を非常に広げられていて、いわば立法論といえますか、立法学といえますか、実際法制度設計の理論と技法にまで範囲を広げられて考えておられたわけです。これは平井先生の考え方の大きな特徴だと思んですが、逆に最初の、括弧つき常識の方から見ますと、なぜ、そこまで法的思考様式の領域を拡げるのかという問題が出てくるだろうと思います。そういうことに関して平井先生がどういうふうにお考えになって法的思考様式の問題をこういう法政策学という形で出されたのか、ということとを第一にうかがえればと思います。

第二番目は、今度平井先生が問題を掘げられますと、これは法的思考をするということを、言明の正当化というよりむしろヒューリスティックスの問題として位置づけていくことになると思うんです。そして、立法論としてはたしかにそれは非常に重要であって、その通りだと思うのですが、そうすると問題は法律が言明としていったん成立しますとその下で思考するわれわれは、法的言明を前提とした上で思考することになるために、ここでやはり立法論と解釈論は違うという問題が出てくると思うんです。その時に、平井先生が立法レベルにおいて作られた枠組で用いられるヒューリスティックスが、そのまま法解釈のレベルでも貫徹され、利用されるということを考えておられるのか、あるいは逆にそれはまた別の問題でもあり得るというふうに考えておられるのか、そこでは見方が分かれてくるだろうと思うのですが、その点をお聞きできればと思います。

もうひとつ、ついでなのですが、ここでは法的思考における議論の位置ということも関連して問題になるように思います。今日のお話では、平井先生は法解釈のあり方として議論の問題を立てられているということでした。そうすると、議論というのは、いろいろな解釈仮説を検討するというニュートラルな意味を持っているように見えます。すると、先ほどの関連でヒ

ューリスティックスとして開発されている法政策学が、どの程度の射程をもって議論と関わるのかという点がちょっと曖昧になるのではないかと思います。別の角度から言わせていただきますと、例えば、法哲学のほうでは議論といいますが、京都の田中先生が展開された対話的合理性論が出てくるんですけれども、田中先生の発想は、私が理解する限りでは、基本的には裁判の場面に定位しておられる、つまり法解釈の場面に定位しておられると思います。そして、田中先生の影響を受けた方々も民事訴訟の問題に関心を持っておられますし、田中先生ご自身も最近『現代社会と裁判』という本でやはり裁判手続のあり方を重視しておられます。これは同じ議論ということでも、平井先生の議論のとらえ方と田中先生のとらえ方とはかなり違うのではないかと思います。その点を示しているようにも思います。その点での異同といましようか、それもあわせてお聞きできればと思います。

#### 8 「法的思考様式」という問題意識の背景

平井 まず、最初のご質問ですけれども。私は、アメリカで発達した経済学的な意思決定理論たとえばORに出てくるものとか、システム分析とかいうものを多少勉強したことがあるのです。そしてそれが経営学や政策学の基本にもなっていて、意思決定

といえ、それに決まっています。しかし、アメリカでさえ、そういう理論では価値やコンフリクトを扱えないのではないかという反省も生まれてきました。これらを扱うのがまさに「法」ですから、「法的」な意思決定とそれらとを対比させて扱おうとしたのですが、そのことが、おそらく法的思考様式を拡大させたことになったのだらうと思います。

二番目のご質問ですけれど、全くおっしゃるとおりのように思います。法政策学はヒューリスティクスで、そこで用いられる法的思考様式は目的手段思考様式と常にいわば「妥協」しなくてはならない運命にある、しかし解釈論における法的思考様式は、何らの制約なしに貫徹されなければならない。そういうことになるのだらうと思います。

第三の点ですが、これもおっしゃるとおりだと思います。私の「議論」という意味は、専門家の長谷川さんの前で言うのもどうかと思いますが、哲学的な意味で、つまりその構造上言語使用に一定の制約を課さざるをえない社会学的な状況という程度のもです。したがって裁判というようなスペシファイされたのちがうと思います。

長谷川 よくわかりました。一点だけ、最初におっしゃった点なんですが意思決定理論にかなり強く関心を持たれたのは、ど

ういうモティベーションがあったのでしょうか。

平井 そう、何といってもPPBSの発生から終焉までの歴史を知ったことですね。理論あり、政治あり、人間関係ありで、まるで一編のドラマのように思いました。これをきっかけとして、たしか東大紛争中だったと思いますが、システム分析の本などをいろいろ読みました。それと日本の軍隊の歴史を比べて、アメリカのすごさに印象づけられましたね。マクナマラが自らの知識の力だけでフォード一族に代って社長になったばかりでなく、ペンタゴンに入って将軍達も圧倒するわけでしょう。知識が権力と結びつくとも知識が支配する。これと将校の暴走を上層部でさえ止められなかった日本陸軍と比べるとね、本当にすごいと思いました。

### 9 「法律家共同体では狭すぎるのか」

林田清明（北海道大学法学部教授） 林田と申します。長谷川先生の議論とか法的思考との脈絡で若干関係すると思いましたが、ここで質問させていただくことにしました。一つは、議論の空間といえますか、あるいは主体といったほうがいいかも知れませんが、その問題と、議論が最終的に合意なりに至るといえるときにそれがどういった正当性、どういったことで正当化するのかという二つの点についてお聞きしたいと思います。

まず一つは、議論の空間ないしは主体の問題なのですが、先生が、先ほどからお話で、あるいはお書きになったものでも、法律専門家の共同体というものを想定しておられますし、その共同体の中で議論によってコンセンサスに至る、つまり最終的にコンセンサスに到達するというようなことをおっしゃっておられるように読んだり、聴いたりしておりますが、これは一つは、そういう法律家専門家共同体内部だけの議論でよいのかどうかということ、それから、もう一つは、それが範囲としては狭すぎないかということです。そして、さらに非法律家のグループも議論に参加するだろうと思うのですが、最終的にその非法律家の共同体ないしはグループとのリアクションや、あるいはインタラクティブというものも視野に入れられるだろうと思います。それはどういうふうなプロセスで出てくるものなのか、という疑問を覚えました。それからもう一つは法律家共同体内部で議論を重ねていって、ある種の合意に達するということになりまして、そこに正当性なりの根拠を見出し出していくんだらうと思えますけれども、それを法律家以外のいわば外に持ち出すときに、なぜその解釈なり議論を経た合意なりのものが正当性を持ち得るのかというところが少し分からないものですから、教えていただければと思います。

**平井** 法律専門家の共同体に限るのは狭すぎるのではないかという点、よく私に対して言われることなのですが、こういうふうに考えているのです。司法制度を動かすのには、社会の問題が法という一定の特殊な言語に翻訳されなければなりません。その言語の使用に習熟している者の中で議論や合意がないと法律そのものが動きません。だから法律家の共同体に限られる必要があるのです。ちょうど、生物学や物理学の議論をするのは、それらの使用言語をマスターしていなければならぬと同じことで、言語を知らない人は議論についていけないからです。ですから、社会の一般の人と切りはなされた法律家共同体を措定する必要があります。しかし、法律は一般人の生命や財産に直結しています。生物学や物理学はそうではないとは言いませんが、法学ほどではないでしょう。だからこそ法律家は一般社会の「要求」を察知し、予測し、洞察して共同体内部に通じる言語に翻訳することが一層求められていると言えます。特殊な専門家集団だからこそ余計に倫理としてこのことが要求されます。これに加えて法的思考様式は、因果法則に通じなくとも「判断」の要素を含むかぎりで一般の人も参加できる思考様式です。だから法律家共同体の合意はそのかぎりで常に一般の人のニーズやコンセンサスに合致しているかテストされなければ

ばならない。法律家は「合意」に対してたえず議論することを通じてそのテストをする義務を一般社会に対して負っている。

それも法律家の倫理だと思つたのです。つまり法律家共同体というように狭く限定したとしても、いや限定するが故に法律家という存在自体が倫理的義務として社会に負うものは重大になるだろうと思つたのです。法律家内部の合意が正当化されるのもそこにあるのだろうと思つた。もつともかつてのイギリスにみられたように法律家という職業と身分の特権や利害が一致すると大きな問題でしょうね。一般社会との壁を作ることによって利益をうるわけですから。

**林田** いや、私を知りたいのは、つぎの点です。法律家は善をなすんだらうと思つても、法律家は一般にだいたいその似たような背景、バックグラウンド、それから知識を受けておられますので、合意に達する可能性、いや、コンセンサスに達する確率というのはかなり高いわけですよ。他方、一般の人はそういう専門的知識がないものですから、それについて様々な意見が出てくる。で、そこにギャップがあるものですから、それを、法律家の共同体ではこういうふうに合意したといったものを一般の人のところに持つて行つて、これは我々が合意したんですから受け入れませんかというときに、そこで一種の権

威かなんか、政治力かなんかがあるのかなというように考えるものですから……。

**平井** しかし、そうなると問題は法律家だけではなくて、医師もそうだし、政治力となれば医師のほうもつと大ということになるのではないのでしょうか。法律家の合意が一般社会に通用するかどうかは、法律家の倫理とそれを担保する制度という形で考えていかなければならないと思つた。

**瀬川** なるべく関連した問題で質問はありませんか。

10 「法学の議論のスタイルの固有性？」

**松村良之**（北海道大学法学部教授） 先ほどの長谷川先生の質問に対するお答で、P P B Sに言及されましたけれども、彼らつまりP P B Sを推進する人々とかあるいはO Rとか経済学の専門家は、多分平井先生のように話されると制約条件を工夫すればどうにでもなる問題だと答えると思つた。結局そうだとすると、これは、法律家の取り扱っている対象の独自性ということではなく、対象はその学問のスタイルに対応してどういう形でもフォーマライズできるのであつて、法学においてはその議論のスタイルの固有性、独自性が重要だということになるのでしょうか。

**平井** 制約条件というのは一定の理論を前提としてはじめて決

まるものだと思います。たとえば経済学では所得分配の公平さを議論すると先へ進まないから、たとえば所得に応じて係数をかけるとかすべて平等とするのが公平だということですませてしまいますね。そして効率性という目的を達成するための制約条件を設定する。その前提をかえようというのが私の発想です。

**松村** 私が申し上げたかったのはその制約条件をフォーマライズするということが実際に可能かどうかという問題ではなくて、思考方法の問題です。

**平井** 思考方法としては経済学のような思考様式とは全くちがうと考えていますが、お答えになっているかよくわかりません。

## 11 「法解釈方法論はない」

**田村善之**（北海道大学法学部助教）

先ほどの長谷川先生のご疑問に対して先生のお答で、わからないところがありました、それは特に先生の最初の『法学基礎論覚書』というタイトルに端的に現れているように思うんですが、法政策学もそうですが、すべてその法学の議論のあり方に関してのお話なんですね。僕自身、先生の本から多大な示唆を受けておりまして、少しでも反論可能性のある具体的な命題をたてようと日々努力しているのです。僕は立法をやるときもあれば、法解釈を――

こちらの方が多いのですが――やるときもあって、そうするとやはり次の問題で、『法学基礎論』も大切ですが、その次に「法解釈論基礎論」というんですか、その「法解釈特有のルール」ってものがあるんじゃないか。それで、いままでの人はそこを議論していたのが、先生は全部まとめてまず叩かれた。そうすると多分次が出てくるべきだと思のですね。先生自身、債権総論のような教科書と法政策学とは、やはり書き方を全く変えておられる。もちろん当たり前ですが法解釈では、どうしても条文か、もしくはせめて条文の構造ぐらいから出発しなければいけない。そうすると、いままでの法解釈論争というのはそのところに関してどううまくやるのか、と。それで、類推解釈とか反対解釈などに関して議論があった、そういう技法の話もあつたと思うのですよね。そうしたところ、先生が、それに対して、まずはとにかく法律学はこうあるべきだと叩いたんで、多分その次を先生ご自身の内部では、本当はお考えなのではないかと思うんですが。おそらくは、先生は、その技法に関しては何分なかなか合意がないだろうから、そこも反論可能性のある命題でどんどん議論をやっていくと、それで淘汰していくんだといっておまともになるのでしょうか、それはそれで結構なんです。もし何か先生の内にあるのであれば、もしそ

れで法解釈特有の立法論などと違った議論の仕方みたいなものがあるのだらば、それもこの機会にお教えいただけると、うれしいのですが。

**平井** 今のお話は、解釈の方法論が何かあるはずだ、それを示せということでしょうか。法解釈にあたって常に従うべき方法があるか、と聞かれれば、私はないと思うのです。

**小川浩三**（北海道大学法学部教授） それは絶対はないという意味ですね。

**平井** そう思います。これはポパーの発想なのだけれども、これに対しては、これはあくまで哲学者の発想なので哲学をやる者はそれでよいが研究の「現場」にいる者はそれではとてもおさまらないという批判もあります。そういうご意見でしょうね。

**田村** 先生、でも、ご自身の中では、政策論を論ずるときと解釈論を論ずるときで、やはり正当化の手法は違いますよね。それもやはり、違うことも含めてすべて反論の中につき晒されるというんですかね。僕が思いますに、微妙な違いというのは、先生にもおありになって、他のみなさんにも絶対おありになるはずなので、そこを前面に出していくことも必要なのではないかと。先生は、結局まあ、頑張って淘汰されるのを見ましようということになるのでしょうか、僕は、気が早いですから、

どれが簡単に淘汰されそう、これはだいぶ生き残りそうだと  
いうのが、なんとなくあるのですよ、自分の心の中に。それで、  
そこも、立法論とか、普通の法律学一般じゃなくて、法解釈と  
いう場でなにか法というものを解釈する以上は、なにかあるそ  
の心のわだかまりみたいものをね、議論していく意味がとい  
うのはやはりまだ失われていないような気が僕はするので：  
。

**平井** もちろん私自身がこの解釈論は反対だと思ったり、しか  
も淘汰されそう、だから自分はこの解釈論を主張するとい  
うことはいくらでもある。それについては情熱をもって主張して  
いるわけで、私の教科書には、自説が過剰だという人もいる  
らしいです。しかし、自分がいくら情熱的に主張しても、それが  
他に優越して正当化できるかどうかは自分ではなくて議論と時  
間が決めることじゃないですか。

誰が言おうと、その内容つまりその言葉だけをとらえて勝負  
をし、それを評価するということが法律論のあり方だという気  
がするものだから、「正しさ」をきめる客観的な基準はない  
だろうと思います。客観的な基準というのはあくまでその議論  
の場にさらして批判をするというその相互作用の中で出てくる  
んじゃないかと思えます。

## 12 「政策学と解釈論——再論」

**平井** 政策論と解釈論とでは正当化のしかたがちがうという点は、そうだと思いますよ。もともと私は議論の関連で解釈論を考えるので、政策論では「正当化」の語をあまり使いたくありません。しかし、政策論はある目的を達成するために何が最適かが、思考の基本であり、解釈論は、相対立する当事者のいずれになにを与えるべきかというのが主たる課題である。この点でこのふたつは違うんじゃないかと思います。

**吉田（邦）** 今の点はですね、私にとつては、ひとつのスペクタラム（連続線）上の問題のように思えます。先程の長谷川さんの発言の中で、法的思考の射程の問題という議論がありましたが、私も、前にちょっと論文を書いたときは訴訟とリンクさせたような筋立てにしたのです（ジュリ九九七～九九九号）。しかし、アメリカに今度行って、例えば代理母というおよそ確定した法律になっていないような問題で、非常にポリティカルな議論・政策論が満ち溢れているようなところで、法律家として何をやるべきか、しかし、そこにも何か法的思考があるべきだというようなことを考えざるを得なくなつたのですね。そうすると、自ずと法的思考というのも広める、裁判とのリンクと言う以上に、それを広めざるを得ないというふうな

ことを感じましてね。ただ基本的な枠組というのはそれ程違いがなく連続的にあるのではないかというふうなイメージですけれどもね。

## 13 「反論可能性だけでいいのか」

**瀬川** 時間もそろそろせまってきたんですが、さっきの田村さんの質問で、私ちょっとおききたいんです。私も多分田村さんのような考えだと思っんです。しかし、そのときに、たとえば我妻先生の「近代法における債権の優越的地位」という論文は、そういう中で、これからしばらく大事なのはこっちの方向だよということを示されたと思うんです。それから、丸山眞男先生が、「思想史の考え方について」という論文（丸山眞男集第九卷四五頁以下）の中で、思想というのにもやっぱり優劣あるんだ、問題をどれだけ広くつかまえて深く考えているか、ま、いわれてみればあたりまえのことなんですけれども、でもかなり具体的に優劣の基準を出していらっしゃる。それで、反論に生き延びたというだけじゃないものがなんかある、それはやっぱり考えているんじゃないかと思うんですけどね。利益考量論、たしかに土着ですけど、あの状況の中で、今やるべきことはこういうことだということを、そこそこに組み立てて議論していらっしゃるような気がするんですけどね。

平井 それはおつしやる通りで、あつという間に反論に負けてしまふようなのはね、価値が低い。隙だらけみたいな議論は。だから、そういう角度の優劣の評価は可能ですけれど、それでもあくまで、反論に堪え得たかどうかという形の評価ですね。内在的にそれをこえて優劣があるとかね、というような議論をしてしまうと、あの先生の説だからとるべきだ、そういうふうになつてしまつて権威主義になる。それが問題なのです。

14 「ポスト・モダン論について——平井講演の受容の仕方」

東海林邦彦（北海道大学法学部教授） ポスト・モダン論について先生は最後のところで、日本でのそれはヨーロッパのように人文主義の伝統がないところでのそれであつて、まったくコンテクストが違うんだという、やや外在的な批判だけを提示されたように思うんですが、もう少し内在的、実質的なところでのお考えをお聞かせいただければと思います。吉田邦彦さんのコメントの特に三の(2)から(6)まであたり、(2)から(5)あたりまでがそういった内容のことをいろいろ含んでいるのじゃないかというふうに、私としては理解したのですけれども、もし平井先生の吉田コメントに対する再コメントみたいなものがありましたら、お聞かせいただければありがたいと思うんですが。

平井 今いわれたとおり、ポスト・モダン論というのは、人文

主義つまり反科学主義と科学主義という、西欧で絶えずあらわれる二つの勢力の前者がさかんにいつていることなのです。日本は反科学主義という伝統がないでしょう。はじめから科学の成果に降参して開国したわけだから。このヨーロッパの伝統をそのまま日本にもつてきて、ポスト・モダンといつているのはおかしいというのが私の基本にあるのです。ただ、吉田君のおつしやることは僕も勉強していませんから、難しくよく理解できなかったんですが、ポスト・モダンとして何を想定しているかによりますね。例えば、CLSとかLaw and economyとか全部含めてポスト・モダンだといふふうの規定してしまうと議論が拡がりすぎますね。しかし、たとえば客観と主観の峻別の解体とか、存在論の優位とか、言語が中心と考える、というようなものがポスト・モダンだといふことならば、またそれなりの議論がありうると思います。つまり問題はポスト・モダンというものはいつたいいかなるものと考えるかによると思いますね。たとえば東海林さんのお考えでは、ポスト・モダンの中核的なものは何ですか。

東海林 それは私にきくより吉田邦彦さんにきいたほうが……。  
吉田（邦） 平井先生がおつしやるとおり、ポスト・モダンをどう捉えるかという問題があり、仮に近代思想ないし近代法に

対する批判と考えると（もつとも、通常はもつと狭くニヒリスティックな思想を指して使われるようですが、ポスト・モダンの概念規定（外延）を厳密に論ずることに、それほど意味があるとも思われません）、いろいろな主張があつて多種多様です。そして、先のコメントの中でも申しましたように、平井法学にもポスト・モダンの、そしてプラグマティックなところが多分にあると思います。それは既に申し上げた通りです。ですから、たとえば村上先生が、最近UPで、短いエッセイを書いておられて（「ポストモダンニズムと責任感」UP二八四号）、それによれば、ポスト・モダンときくと、胡散くさいものだと逃げられてしまうとのこと。私は、それはいわゆる非合理主義だと思ふ。やっぱり、先生がいつもおっしゃっているように、いろんな諸々の欧米の思想に、自分をオープンに晒して、それでもちろん、そこに漢意があることを忘れずに、日本の社会、思想を相対化させて捉えていく。その際、絶えずオープンに向かうの異質な思想を学ぶことは必要なのではないでしょうか。そして、そこから日本を位置づけていくのがない。私などはそのように今日の先生の話を受け取っているのですけど。それを、もしかして誤解してですね、倭意とか平田国学などが出てくると、もうちょっとドメスティックに、日本の法学だけを考

えていけば良い、それで事足りる、と考えるのはどうかなと思うのです。もし今後民法学がドメスティックに、しかも法教義学だけに萎縮していくとするならば、それでは面白くなってしまうのではないかとという危惧を持ちます。そういうように、変な形で一面的にメッセイジを受けとつて、外国のことは勉強せずに、日本のことだけ、しかも、法律構成やその体系論だけに終始することだけが、法学者の仕事だと捉えられるとまずいのではないかと思ひます。先生は他方で、発見のプロセスの多様性ということを強調されているわけですし、かつ、基礎理論をこれだけやられているわけですから。その意味で、私自身としては、今日の先生のお話の中の「還元主義」の時期に——その立場の採否はともかくとしまして——、民法学が他分野に開かれていたという意味で、ある種の憧憬を感じるのです。それから、どうも、ポスト・モダンという言葉だけで嫌う人がいるものですから、「現代思想」という言い方をしました。例えばヘーゲルを見ると、そこでもう、現代思想につながる端的な新たな思想は、出てきてますね。そういうものは、ともかく学べるものは学ぶという感じで、受け取っています。また、言語論的転回について、先生はハーバーマースを引用されているところから、それはもう、すでにポスト・モダン的ですな。

ハーバーマースは未完の近代という言い方をされますけど、言語交流的な合理性と言って、そういうもやもやとしたものには基礎づけられないというところは、ポスト・モダンのなのですし、それは現代社会の変化とも関わっていると思います。もうフアウンデーシヨナリズムの域を越えているわけですね。そういうレベルでは、非常に共有する面があると思います。それから、言い落とししましたが、ポパーも変遷がありますね。そして前期の、たとえば碧海先生を通じてポパー観を従来の日本の法学者は一般に持っていたと思うのですけど、それを『オブジェクティヴ ノリッジ (客観的知識)』などを引かれて「世界3」とかおっしゃるのは、これもポスト・モダンのなのですね。言語的転回を遂げているとも言えるものを引かれて、先生の理論と結びつけられている。論理実証主義から出発されながら、その後のものに着目されるという限りでは現代思想家(ポスト・モダン論者)と通ずる面があるのではないかと思います。この討論の中でも、平井先生はいみじくも、デカルト的なフアウンデーシヨナリズムを捨てると言われました。そのことごの思想的・方法論史的意義を、欧米のコンテクストの下に据えて考え直してみたいというのが、私がコメントの中で申し上げたかったことの一つでした。そしてそうなると、木田元氏の言わ

れる「反哲学」の系譜(同・哲学と反哲学、反哲学史参照)にも思いを致すことになるのではないのでしょうか。だから、後ろ向きに、ポスト・モダンと聞くとどうかなっていうのではなく、もっと中身に立ち入った議論をすべきだと思います。

**平井** そういふふうには理解していただければ有難いが、そうなるとポスト・モダンという必要はないのではないですか。主観と客観の二分論の解体というような問題はもうすでにカントで出てるわけですからね。

**吉田(邦)** ポスト・モダンというかはともかく、今日の思想的潮流を分解して勉強すべきところはするというようなことですよと思うのです。

**平井** どうも私はポスト・モダンという西欧的コンテクストに無批判に従うことにはつい反感をもつものだから。

**吉田(邦)** おっしゃるとおりで、ポスト・モダン論には、背景として西欧的コンテクストがあることは無視できませんし、そのことは、私の報告でも強調したつもりです。それから、誤解がないように申しますが、向うの思想を「勉強する」ことと日本へ「直輸入する」こととは、別問題です。先生の講演で強調されたように、日本社会の特殊性とか日本の伝統的思想、法意識とかにも目を向けて考慮する必要がありますから。ただ、

共通に議論できたり、少なくとも参考になる側面があることもまた事実のように思います。丸山先生の有名なテーゼに、わが国は開国と鎖国との繰り返しであって、文化接触が大きな役割を演ずるといふのがありますね（「開国」丸山眞男集第八巻一九五九—一九六〇所収）。今日の欧米における現代思想の隆盛の背景として、——もとより社会の変化ということもありましようが、——思想的には、報告でも触れたように、ユダヤ・クリスト教思想とは「異質の文化との接触」に源があるように思われます。そしてわれわれは、そこからの知的刺激に「鎖国」的態度を採るべきではないでしょう。

**長谷川** いまの点ですが、私は先ほどの吉田さんのコメントとそれから平井先生のお話をうかがっていて、基本的には私は平井先生と多分同じ考え方だと思っただけですが、平井先生の考え方と吉田さんのそれが対立する重要な点の一つあると思います。それは、先ほど平井先生がPPBSの話がされた時に、マクナマラの例を出されたわけですが、そこに示されていたように主知主義的な立場をやはり平井先生は採っておられると思うのです。つまり、社会をコントロールする技法が存在して、それがかなりの射程で、法律家集団を通じて、全体社会をコントロールし得るだろうという想定を持っていらっしやる。で、吉田さ

んの方はコメントの中で、こういうことをおっしゃったんですね。私の理解が正しければですが、現代は非常に価値が多元化しているプルーラル・ソサエティであり、いわば大文字の目的を定めるのが非常に難しい、だから小さい個別的な目的をどう定めてゆくかが問題になってくるのであり、それで、吉田さんはプラグマティズムの見方をとるんだとおっしゃったと思うんです。ここでお二人の間では社会に対する秩序のあり方のイメージが決定的に違うと思うんですね。この点では、平井先生はモダンの系譜に属していらっしやあって、多分吉田さんは、いわゆるポスト・モダンの系譜に属すると思うか、そういう違いとして非常に対照的なものがあると感じたのですが。

**平井** その通りかもしれませんが、ただ私はモダン、ポスト・モダンという分類そのものが気に入らないものですから、どちらでもいいと思っています。実質的にはいまおっしゃったことは「設計主義」かそうではないかということに関連していますね。私は日本というのは律令制以来、「設計主義」の国だと思っっているから、モダンかどうかは別として、日本の伝統に反して考えているわけではないと思うのですがね。

**吉田（邦）** 私は、多元的に考えますから、別に設計主義的に考える人がいても構わないと思います。ただ、それで全てを覆

い尽くすことはできないと見るのです。

## 15 「最後に——正当化のプロセスの意識の仕方」

**松久三四彦**（北海道大学法学部教授） 反論可能性の高い法律

論をするためにその発見のプロセスと正当化のプロセスを区別する意識を持つ必要性についてなんですが、両者を明確に分けることはできるのでしょうか。法解釈者がある具体的な問題に對してある結論に至ったときには、両者はいわば混在というか

分けられないようなそういう思考プロセスの中でその結論に至っていて、それを述べるときにいい法律論をするために、発見のプロセスと正当化のプロセスを分けて、ここでその正当化のプロセスに焦点をあててこう述べよう、とこういう形でたとえばものを書くとか、しゃべるといふことが出来るんだらうか、という素朴な疑問があるんですが、どうでしょう。

**平井** だって法律家はみんなそうじゃないでしょうか。弁護士を考えますとね、彼がいろいろな法律論を主張するとしてもその心理的プロセスは自分の依頼者の弁護をするということに尽きますよね。

**松久** 弁護士の例では、それが心理的プロセスだというのであればそれでわかるのですが、学者がですね。

## 論 討

**平井** 学者の場合ですか。学者も法律家の一員として議論する

以上は、ある主張がまず前提となるという点では同じと思います。

**松久** こちらが意識すべきは、反論可能性の高い正当化を心がけるといふことであって、それをすれば必ずからですねという心理的などところに留まっているものは、その反論可能性の低くて悪い、いわば先生の言葉で言えば悪い法律論ということですから淘汰されていくものではないかと。

**平井** いや私は言語に構成され言明化されたものについてだけこの二つを区別する意味があると考えています。心理的なものに留まっているかぎりはおよそ法律論の圏内にはあがってこないわけですから。

**松久** そうしますと、その区別するということがどこで実益として出てくるのでしょうか。

**平井** 実益というよりも議論をするということとは、常に必然的にこの二つの区別を要求するのだということを言いたいのです。つまり、心理プロセスは、主張—反論において根拠とならないと考えているのです。

**松久** 私最初に読ませてもらったときには、先生の書かれたものから学びとるといふか強く意識すべきことは、反論可能性の高い正当化を試みて議論の場におく、と。そこにポイントを

おけばですね、発見のプロセスと正当化のプロセスを分けて云々というところは、かりにこちらがそれを意識しなくとも先生の言われる望ましい法律論が出来るのではないかと思つたものですから。

**瀬川** まだまだ議論が尽きないようですが、そろそろ時間です。平井先生には二時からもうすでに四時間に亘つておつき合ひいただき、お疲れのことと思います。長い時間ほんとうにありがとうございました。書かれたものでは分らないことを大変教えていただき、厚くお礼申し上げます。

(拍手)

**平井** どうもありがとうございました。

**瀬川** みなさん遅くまで討論に参加下さり、ありがとうございます。ありがとうございました。

(討論の活字化にあたっては、北海道大学法学部助手吉沢郁子さんの多大の御助力を得た。記して、感

謝申し上げます。 瀬川信久・吉田邦彦)