



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法的正当化の構成と客観性についての一試論（1）（2） -from a generic point of view-
Author(s)	長谷川, 晃; HASEGAWA, Ko
Citation	北大法学論集, 36(5-6), 1-70
Issue Date	1986-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16510
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(5-6)_p1-70.pdf



法的正当化の構成と客観性についての一試論 (I)(2)

— from a generic point of view —

長谷川

晃こう

目次

- 第1章 序論
- 第2章 法的正当化の構成
 - 第1節 既存の法的正当化の構造モデルの検討
 - I 法的正当化の「二元的」モデルとその批判
 - II 法的正当化の「非形式的」モデルとその批判
 - III 法的正当化の「論証」モデルとその批判
 - 第2節 説明と正当化—その相同性
 - I 科学的説明
 - II 実践的正当化
 - III 説明、正当化、価値(以上三五卷六号)
- 第3章 法的正当化のシステム

- I 法的正当化のプロセス
 - II 法的正当化のメタ構造（以上本号）
 - III 正当化の法的性格
 - IV 法解釈再考
- 第4節 法的正当化の構成

第3節 法的正当化のシステム

I 法的正当化のプロセス

(1) 一般に、人間の思考は問題に直面することによって始まり、その解決をめざすものである。既にプラトンやアリストテレスは、思考は驚きと共に始まることを示唆しているが、これはまさに問題との出会い以外の何物でもない。また、およそ人間の生活万般は、何らかの問題についての解決の試みの連続として考えることができる。それは、学問的な探究から日常生活における雑多な問題の処理に至るまで、様々のレヴェルの知的営みの基本的な性格を形づくっているのである。¹⁾

もつとも、人間にとって一般にどのような事柄が問題となるのかあるいはどのようにして問題の存在が知覚されるのかは、必ずしも十分に明らかでない。一つの見方によれば、問題は既存の知識体系と現実の状況との間に生ずる、あるずれあるいは不協和によって惹き起されると言われるが、それが一定の定式化を受けた問題として成立するのはいかにしてであるか、定かではない。²⁾ しかし、現実到我々は、日常様々の問題があると感ずることができ、そしてそれらを何らかの形で解決しようとしている。それ故ここでは、問題とは何かということを一応既知のこととして扱っておきたいと思う。ただし、勿論、このことは、ある具体的問題が奈辺にあるかという、問題の了解それ自体についての争いが生じることとは別個の次元に属するものである。

さて、法的正当化は、科学的説明や実践的正当化と同様に、人間の問題解決の営みの一例として考えることができる。

科学的説明は、一定の自然現象の生起に対して、その原因やメカニズムを理解しようとするところに生じてくる、第一次的に認識的な、言語—理論レヴェルでの問題解決の営みであると言える。それに対し法的正当化は、基本的には実践的正当化と同じく、我々が一定の規範体系に依拠して行為していることから生ずる規範的衝突や事實的帰結の不都合に對して、それを調整しようとする、第一次的に抗事實的な、言語—理論レヴェルでの問題解決の営みであると言える³。

ここでまず注意しなければならないことは、説明や正当化は言語的な問題解決の営みであり、身体的動靜のような具體的な行為そのものとは異なる次元のものであつて、それ故、ある説明や正当化が直ちにそれ自体として具體的な行為であるわけではないことである。

勿論、行為という概念を広く捉え、およそ人間の能動的な営みのすべてをそう呼ぶ限りでは、説明や正当化も行為であると言える。しかし、これらが他の身体的な行為と異なるのは、後者が必ずしも言語的なものであるとは限らないのと同様に、前者が必ずしも直接的、具體的動靜に結びつくとは限らないという点にある。説明や正当化の中心部分は言語とそれが織りなす意味の世界に属しており、具體的行為の中心部分は生理的、物理物な行為連鎖の世界に属している。これら二つの言語と行為の次元は行為主体を中心として全く異質の方向に開かれているものであり、それらがいかに結びつくかは、まさに行為主体の決定とその事實的帰結に依存しているのである⁴。

説明や正当化そのものとそれらに一定の形で対応する具體的な行為との間にはあるギャップが存在するということを前提にするとき、前者が言語—理論レヴェルの問題解決であるということは極めて重要な意味をもつ。それは、説明や正当化は人間の具體的な行為に對して間接的な問題解決を与えるということ、言い換えれば、説明や正当化は各々の仕方⁵で人間の行為に對して指針を与えるのであるが、それは一定の抽象度以上のものに止まるといふことである。従つて、説明や正当化は具體的な行為のレヴェルでの問題解決とは基本的に区別されるものであり、後者に對して独自の機能を

果すものである。この点で、以下において特に法的正当化を問題解決として捉える場合、通常の問題解決研究に見られる思考と行為との一体性については、それらを一応区別することが必要となるであろう。¹⁵⁾

さて、このような観点からみると、説明や正当化は人間の問題解決行動全体に關して一つの重要な機能を果していると考えられる。それは、行為の安定化機能 (stabilizing function) である。¹⁶⁾

説明、とりわけ科学的説明の場合には、この機能は人間にとつての環境の規則性の理解とそれに基づく予測という局面で見られる。環境の規則性の理解は、およそ人間の行為の端緒を形づくるものである。たとえ仮説的であるにせよ、その理解がなければ、人間をとりまく環境に対する行為とその帰結の連鎖は不確定的なものであり、人間自身に多大の精神的負担をもたらすことになる。説明という形での理解は、その普遍性によつて現在の環境の状態を一応把握し、それと同時に将来の環境の状態、行動とその帰結の可能性についての予見を与えるものである一方で、その理論的性格によつて、具体的な行為とは全く別の次元で物事の推移や変化の可能性をシミュレートし、そこからまた自らを修正することを通じて、最終的には人間の認識と行為からできる限り不確定性を除去し、生活を安定したものにしようとするものである。それに対し、正当化の場合には、説明の機能をその内に含みながらも、更に進んで人間の行為の遂行そのものが安定したものとなるように努められる。そこでは確かに環境の規則性の理解とそれに関わる予測とは正当化の前提条件として意義をもつが、しかし重要なものは、むしろ、そこで得られる様々の行為可能性の内のいずれの可能性をいかにして選択するかという問題である。正当化は、基本的には行為の決定そのものにまつわる不確定性を除去しようとする。それは、正当化自身のもつ普遍性に依拠して、将来の行為決定も現在のそれと同様の形で行われることを保証しようとする。また、正当化が営まれる際には、現在の決定や将来の決定の可能性について様々の考慮を試みるという形のシミュレーションが行われており、先の安定化機能が十全なものとなるようにされるのである。

しかし、説明や正当化をその機能に着目して捉えることは、説明や正当化それ自体がある自律性をもっていることを排除するものではない。一定の説明や正当化の内容は、その機能上の適否に拘わらず、それ自体として確立されるものである。また、説明や正当化に一定の機能が備わっているということは、それらの内容上の適切性とはまた別の問題である。

ところで、説明や正当化の具体的機能が行為の安定化にあるということは、他面では、それらが行為の安定的遂行に向けられた目的指向的な営みであることを意味している。説明や正当化は一定の状況をできる限り適確に把握し、それによって将来の行為をできる限り誤りの少ない形で遂行することを可能ならしめるために、営まれるのであり、何らかの理由でその安定的遂行が達成できないであろうという場合には、部分的ないしは全体的修正によって更に別の形で当初の目的を達成しようとするものである。

説明の場合には、説明図式の変更も、それが環境のよりよき理解を可能にするものである限りは全体として安定化機能を果しうるので、その目的指向性の意義も小さいものとなる。一つ一つの説明の内では目的指向性が強く見られるとしても、説明の営みの連続の全体においては、それが説明の真理性という一そう包括的な認識的理念の内で解消されてゆく傾向があるからである。しかし、正当化の場合には、事情は若干異なる。既に触れたように、正当化は説明以上にコミットメントを強く伴った営みであり、その本来的な抗事実的決定の性格からして、一つ一つの正当化の営みの内では勿論の事、その営みの連続全体においても強い目的指向性をもっていると考えられる。正当化には、説明の場合のような可変性が見られないのである。正当化は、可変的であるというよりはむしろ可能な限り当初の方向設定に固執する点にその特質をもつものである。正当化においては、説明の場合の真理性のような超越的な理念が一義的な形で存在するわけではない。仮に善や正義といった理念が存在するとしても、その規制力は説明の場合に比して遙かに弱いもの

である。正当化においては、説明における真理性の理念に関して前提されているような理論のテスト基準についての直観が弱いのである。⁸⁾ 因みに、法的正当化は、実践的正当化の一ヴァリエーションとしてこの性格を共有することは勿論である。

説明や正当化の機能に関して最後に注意しなければならないことは、説明や正当化はあくまで仮説的な営みの連続として捉えられるということである。⁹⁾ ただし、それらは確かに一定の判断主体によって遂行されるものであるが、ここではその主体がいかなる存在であるかという問題はオープンなままであり、むしろ説明や正当化そのもののシステムのな特徴が問題である。正当化の判断主体の同定は様々な仕方でも可能であり、それは一個人であったり、一個人の更に内部的部分的自我であったり、あるいはある集団そのものであったりする。それ故、所謂正当化の主観性ということは正当化そのものの仮説性として捉えられ、従って、複数の判断主体が一つの正当化を成すことも考えられるし、逆に、単数の主体が一定の方向づけの下で複数の正当化を試みその内の一つを選択することも考えられる。また、正当化の主体の様々の考慮は正当化そのものの次元での各理由群の間でのいわば重心設定の問題として捉えられるし、その際の考慮の主観的な原則といわれるものは、あるシステムティックな正当化連関の具体的選択あるいは解釈の問題として捉えられることになる。¹⁰⁾ 特に、正当化の際の様々な構成方法の選択の問題は、正当化の戦略の問題として相対化される。説明や正当化が仮説的な営みの連続であると言うのは、このような、説明や正当化そのものあり方とその展開のプロセスに関わることである。

尚、正当化の目的指向性と関連して注意すべき点の一つとして、正当化における直観的レヴェルと反省的レヴェルとの区別と複合ということを挙げておきたい。¹¹⁾

正当化における直観的な面とは、一定の主張の正当化に向けて非―反省的に議論を進めてゆくという原初性と予視的

方向性に特徴をもつものである。ここでは、様々に思いつかれる主張や議論が、多くの場合断片的に展開される。これに対して反省的な面においては、直観的な議論の進行を批判的に捉え直し、精査して、首尾一貫した正当化を構成するという自覚性と遡行的方向性に特徴がある。ここでは直観的に展開された議論は論理的な整序を受け、言語的に確定された正当化として形を残すことになる。ただし、これらのレヴェルの相異は、時間的に前後関係にあるというよりはむしろ同時進行的で相互に交錯し合うものであろう。

ここで、正当化におけるこの二つのレヴェルの絶えざる交錯ということは、所謂発見の文脈と正当化の文脈との区別ないしは発見の心理と論理との区別に関して、一つの重要な問題を提起するものである。従来の区別では、発見の文脈は正当化の構成のプロセスに、正当化の文脈は正当化の内容的吟味に当るとされてきた。¹²しかし、ここでの考えに従えば、正当化の構成とその吟味という営みは所謂発見の文脈において既に見られることになる。そしてまた、おそらく所謂正当化の文脈においても、吟味の対象となる正当化の理解（構成）とそのテスト（吟味）という二つの事態が看取されるはずである。それ故、重要なことは、所謂発見の文脈と正当化の文脈とを各々心理的プロセスと論理的内容とに等置しかつそれらの間を画することではなく、各文脈における構成のプロセスと吟味のプロセスとの存在を確認しかつそれらの接点を説明し、更に、先の二つの文脈の関連性を考えることである。

そこでまず、次の四つの次元を区別しよう。すなわち、直観的構成、反省的吟味、理解、批判の各次元である。前二者は先に直観的レヴェル、反省的レヴェルと呼んだものであり、所謂発見の文脈あるいはここで言う正当化の構成の文脈に属しており、後二者は所謂正当化の文脈あるいは後の章で論じられるところの批判の文脈に属するものである。ただし、この後二者の文脈の問題は、正当化の構成のプロセスではなくその客観性の条件に関わるものであるから、ここで扱うことはしない。もつとも予め一般的な注意しておくならば、これら四つの次元ないしそれを含む二つの文脈

は、一定の仕方でも重なり合っていると云える。直観的構成と反省的吟味の次元とは、前者のプロセスにおいて生ずる内的理解（批判の文脈における理解——外的理解——と区別される）を通じて関連し合っている。反省的な吟味はそれなしには不可能であるからである。また、理解と批判の次元とは、理解の次元における、対象となっている正当化の一定の整合性判定を介して関連し合っている。その判定を基にして初めて論理的矛盾や論理的帰結の不適切性などが指摘されうるからである。更に、直観的構成および反省的吟味の次元それぞれ自体についてのメタ・レヴェルでの了解は、理解という営みを可能にする一つの枠組となっている。

さて、法的正当化の構成に関わる問題として特に重要なのは、直観的構成の次元と反省的吟味の次元との関わりである。それらが内的理解と呼びうる一定の先行了解によって結びつけられていることは既に述べたが、我々の正当化の構成の経験をふりかえってみれば、この内的理解は、実は、正当化の目的、内容、その方途などを漠然とした形ではあるが既に含んでいて、正当化の営み全体を方向づけうるものであると考えられる。断片的に展開される直観的な正当化は既に一定の内的理解と相伴って生ずるものであり、かつ、その十全な展開のために反省的な吟味が必要とされる。これは、内的理解を中心とした、「負のフィード・バック」である。正当化の構成のプロセス全体は、直観的次元における内的理解によって内容的に支えられ、かつ方向づけられていると云える。従って、正当化における直観的レヴェルと反省的レヴェルとの交錯は、結局の所、前者を中心として収斂をみることになるであろう。この前者が与える一定の主張や議論こそが、おそらく正当化の核心部分としてその最終目的となるのである。¹³⁾

[2] 以上に述べて来たように、特に法的正当化による問題解決とは、目的指向的に様々の形で営まれる、実践的な行為可能性の言語的な安定化の試みであり、法的正当化もその一つのヴァージョンとして、法的な問題の解決へ向けられた

言語的な安定化の試みであると考えられる。以下においては、基本的にこのような見方に立つたうえで、法的正当化のプロセスを記述してみることにしたい。

その際に用いようとする枠組は、一応次のようなものである。まず、大きく言って問題解決を三つの局面に区分する。つまり、問題理解、問題分析そして具体的解決の局面である。更に、各々の局面は次のような下位局面を含んでいる。すなわち、問題の固定および論点の概括的予測（問題理解）、論点の設定および解答のアウトラインの提示（問題分析）、論点への解答の検討および解答の選択・調整（具体的解決）という各局面である。そして、これらの局面が今述べられた順序で進行することによって、ある法的正当化が形づくられると考えるのである。

この枠組は、現代の思考心理学、とりわけコンピューター・シミュレーションに基礎を置く問題解決の心理学の理論から示唆を受けたものである。この種の理論そのものの詳細に立ち入る余裕はないが、ここでは特に次のことに着目しておきたい。それは、この種の理論においては、まず、人間の問題解決行動一般を仮説とそれに基づく行動の帰結のチェックとの間のフィードバックを伴った試行錯誤的な作業として捉え、更にその作業の手順を、問題の区分と各々についての解答可能性の探究とのリニア（linear）な連続の内に、すなわち一方に順序づけられたプロセスとして捉えていることである。前者の点については既にいろいろな形で触れて来たところであり、また後の行論から明らかになると思われるので説明を省くこととし、ここでは特に後者の点について、簡単ではあるが述べておくことにしよう。

問題解決をリニアなプロセスとして捉えることは、周知のように、コンピューター・シミュレーションの方法と密接な関係をもっている。コンピューター・シミュレーションは、一定のプログラムを創案しそれに従ってなされるが、そのプログラムは、基本的には逐次処理の仕方で構成される。例えば、ごく素朴な例で言うと、「6をかけて更に4を足すと68になるような数はいくらか」という問題についてコンピューターに答えさせるためのプログラム構成の仕方の

一つは、問題の理解と演算のために必要な情報を与えたうえで、「最終結果となる数(68)をセットせよ。」↓「その数から足された数(44)を引け。」↓「そこで出た答(24)をかけた数(6)で割れ。」↓「その答を示せ。」といったものである。それは、コンピューターの機能的特性に依拠して、先の問題を一定の目的・手段連関の内で分析し、それを基にして一定の順序に従って処理させるようにするものである。ここで、コンピューターがこのようなプログラムに従って演算処理をし、それが適切な答(4)を示すことができるならば、実は、その処理を可能にさせたプログラムは、そのまま既に我々人間の先の問題の解決の際の心理学的モデルを示していると考えることが出来る。従って、我々の問題解決の心理学的プロセスは、コンピューターのプログラムがそうであるのと同じ仕方で、リニアなものだとされるわけである。

コンピューターのプログラムが問題解決の心理そのものを示すか否かということは、現在理論的に大きな問題となっているが、その当否はさておき、先に述べた法的正当化のプロセスの記述のための枠組も、そのプロセスのリニアリティーの面で、今述べた問題解決の心理学の発想と共通するものをもっている。勿論、先にも触れたように、将棋や計算などの単純な行動論上あるいは認知的な問題解決と説明や正当化とは異なる様相をもつものである。後者は、一定の行動論上あるいは認知的な問題解決を含みながらも、更にその営み自体の意味を説明あるいは正当化するという複合的かつ言語的な問題解決だからである。それ故、後者には、通常説かれている問題解決の心理学を単純に適用することはできないであろう。そこでは、自ずと、説明や正当化に特有と思われる要素、特に言語に関わる諸特性を考慮することが必要になる。しかし、それにも拘らず、基本的には、通常の問題解決と相同的な仕方で特に法的正当化のプロセスを記述することができるのではないかというのが、ここでの見方である。そして、この見方は、先に重視した法的正当化における「負のフィード・バック」作用の問題や、説明と正当化との相同性の問題と同じ次元に属するものなのである。

もつとも、このようにして法的正当化のプロセスを記述することは確かに一つの可能な方法ではあるにしても、それは唯一正しいものとは言えないかもしれない。というのは、法的正当化のプロセスに限らず、一般に問題解決としての思考は、リニアな処理と試行錯誤の連続という形ではなく、様々な可能性の同時平行的な考慮あるいは断片的な試行錯誤の収斂であるのかもしれないからであり、また現にそういう観点からの議論も力を得つつあるからである。これは極めて重要な問題であるが、今ここでは、特に法的正当化がいずれのタイプの営みかを速断することはできない。それをするには基本的な理論の展開もまた様々の経験の反省も十分ではないからである。それ故、以下の記述の試みは、たとえ一見して不十分であるかもしれないにしても、それなりの一貫性をもったものとして、法的正当化のプロセスの理解のための端緒を開くものの一つと位置づけたいと私は思う。

〔3〕法的正当化が実践的な問題解決の営みの一つであるという場合にまず第一に考える必要があるのは、どのような問題が法的な問題となるかということである。

法的判断に習熟した者にとつては、何が解決を必要とする問題であり何がそうでないかを同定することは、決して困難なことではないかもしれない。例えば、テレビの故障を直すことや、身体の不調を癒すことあるいは明日の仕事の手順について思索すること等がそのままでは法的な問題になり得ず、むしろ、テレビの故障が実は製造上の欠陥であることがわかりメーカーにその無償修理を求めたが応じてもらえなかったり、あるいは、自己の仕事の手順設定と相手のそれとが大きく食い違い、その調整が難航して仕事がストップしてしまつたといったような場合に、これらが法的な問題として意味をもちうるものとなることは明白であろう。一般的に言えば、一定の主体にとつての問題が他の主体によつてその解決を妨げられたり、他の主体の同様の問題と衝突したりするとき、そこにまた別種の、それらのコンフリクト

を調整するというメタ・レヴェルの問題が生じ、それが一定の場合に法的な問題として意味づけられ、解決が試みられるのであって、¹⁸⁾ しかも多くの場合、その意味づけのための条件は各々のケース毎に暗黙裡に了解されてしまっていると言える。人間にとって種々のレヴェルの問題解決は、その行動の本性であり、問題の発見あるいは了解の条件も、一連の行動の積み重ねを経てその一部として不可欠のものとなっているのである。¹⁹⁾

ここで重要なのは、実践的な問題一般を更に法的なもの足らしめる一定の条件、すなわち法的な意味づけの仕方であるが、その最も典型的な仕方は、その問題にレリヴァントな法的解決をもたらさうような成文法規を見つけ出し、それに応じて当の問題を法的なものとして再構成することであろう。成文法規は、基本的には、規範的コンフリクトを明確なルールの次元とその範囲において処理するはずのものであり、それ自身が、H・ケルゼンの指摘したように、問題となりうる事態の「意味づけ図式」(Deutungsschema)だからである。²⁰⁾ 法律家は、實際上、この「意味づけ図式」の内容に精通し、その適用に習熟している。彼は、様々の成文法規の存在、その意味、その適用の条件、その帰結などについて多くの背景知識を有し、それに依拠して、黙示的にせよ、ある問題が成文法上いかなる問題として現れるかを直ちに定式化することができるのである。

しかし、法律家にとって成文法についての知識が極めて重要な意義をもつものであるとしても、実は成文法規そのものがそれだけで「意味づけ図式」たりうるわけではない。そもそも、成文法規の適用に先立って、どのような法規が当の問題にレリヴァントであり、またその際にどのような論点となるかということの考慮が、論理的にもまた心理的にも行われているはずであり、しかも、それらについての答えは、成文法的知識よりも更に基本的なレヴェルにある。当の判断主体の価値観あるいは規範的理論に基づく選択に依存しているはずである。様々な法規による複数の法的意味づけの可能性が存在する場合にこの種の選択が特に重要となることは言うまでもないが、極めて容易に、全く疑問の余

地なく当の問題にレリヴァントな法規が見つげ出されるといふ場合においてさえもこの選択が前提されていると言える。例えば、ある人間が他の人間を絞殺した場合に、刑法の殺人罪の規定が適用されると考えることが可能なのは、絞殺がその規定で言う殺人に当りそれによって処罰されるものであり、またそうすべきであるということを我々が既に了解しているからである。従つて、当の行為が殺人罪の規定の存在の故に法的な問題となるというのは、あくまで先の了解が予め存在することによつて、当の法規に焦点が絞られた後の事態を表現するに止まるものである。また、人が溺れかかっている時にそれを救助しようと思へばできたにも拘らずそれを見過したためその人が溺死した場合のその傍観者の行為や、環境権、プライバシーの権利等の新たな権利概念の確立を求めつつ訴えを起す場合のように、法的な意味づけの可能性や意義があるかどうか微妙な場合がある。この場合は、実際上は、一応適用可能と思われる法規を様々な解釈あるいは結合させたりしてその可能性が試され、それがうまくゆかなければその問題は法的な問題として取り上げられないことになったり、あるいは一定の理由づけを援用して一定のメルクマールを認めたり認めなかったりすることになるが、その際にそれらの考慮を行なう上で主導的な役割を果しているのは、当のケースの解決可能性やその仕方に関わる基本的な価値観や規範的理論そのものとしての法であるだろう。少なくともそこには成文法規はないからである。²¹⁾

このように見てくると、成文法は法的な問題の把握と解決とに一定の表現法を与えるものではあつても、その把握の内実や解決の方向そのものを定めるものではないと言えよう。²²⁾我々が全く成文法のみ²³⁾に依拠して法的な問題を定式化することができるように見えるのは、その成文法の援用可能性に関する前提条件の充足について基本的な了解が成立していると思われる場合だけである。しかし、その種の法的な了解がいかなるものであるかを明確に述べることは極めて難しい。それは様々の種類の背景的知識に支えられたものであるが、結局の所、一般的な意味での行動のルール、規範あ

るいは法に関わる人間の知識の枠組であり、それを明らかにすることは、最終的には法とは何かという問題に深く関わっている。それ故、今ここではその点に立ち入ることはせず、当面は次のような大雑把な把握に止めておきたい。即ち、社会の成員間での一定の利害や価値の対立を社会制度上何らかの形で具体的に処理することができると考えられるのであれば、それは法的な問題として認められる、と。

尚、以上のような考慮は実際には、特に検察官、弁護士あるいはその他の当事者において典型的になされるであろう。しかし、法学者や裁判官も同じような考慮をすることがある。法学者は、学問的あるいは時代状況に対する問題関心からある仮定的ケースを予期して新たな法律構成の可能性を探ることが多々あるし、また裁判官も、例えば訴えの利益がないとして本棄判決をせずに訴え却下の判決を下す場合のように、問題となっている事態の法的意味づけ自体をまず検討することがありうるからである。

ところで、以上に述べてきた法的な問題了解の局面は、一方で法的な問題を一般的に同定すると同時に、他方ではそれによって問題解決のための論点を概括的に予想するものでもある。

成文法規が存在しかつその適用のブラクティスが蓄積されている場合には、基本的な論点の予測はかなりの程度まで確定的なものであろう。例えば、刑法の殺人罪の適用如何が問題だということになった場合に、そこでは「人」、「殺す」といった構成要件群の具体的認定や量刑の可能性などが直ちに正当化の際に言及されるべき論点として予想されるであろうということに疑問の余地はないと思われる。これに対して、成文法規の存在しない場合にはこの種の論点の予測はより不確定的になる。ここでは、例えば「新しい人権」の場合のように、当の問題自体の様々の意味内容や適用条件がまず論議されるからである。とりわけ、全く新しいケースが現れたような場合には、法的な論点の概括的予測といっても、単にそれらが法的問題として処理されるべきか否かということに尽きるということもありうるかもしれない。この

ような不確定性は、法的な問題の了解にとつて實際上の不都合を意味することはあるだろう。しかし、それは、原理上成文法規に依拠した問題了解のあり方が基本的であるということの意味するものではない。事態はむしろ逆であつて、このように不確定的な、しかしそれにも拘らず法的な問題としての処理の可能性が見通されている問題了解のあり方がその根源的なものである。成文法規とそれに付随してかなりの程度まで確立されている適用条件とに基づく論点の概括的予測は、実践的な問題解決における不確定的な見通しの解消への志向とそれに続く諸条件の確定の試みの蓄積の結果として可能になつていたのであつて、しかもそれは論点予測のための仮説的なインデックスを構成するに止まるのである。

ここまで述べてきたことは一見トリヴィアルに見えるかもしれない。しかし、問題を理解することは既にその答の方向を見出していることでもある。この一般的な了解は、後に述べるような法的正当化のための分析と結合のプロセスの端緒として、それらに一定の内容と解決の方向を示唆しまた導く点で決定的な役割を果すものである。²⁶⁾

[4]さて人間は、問題に直面して、それを一応理解し具体的な解決を示さなければならなくなると、どのようにしてその課題を成功させようとするであろうか。

このような場合、まず、問題が与えられただけでも直ちに解決可能な場合がある。例えば通常の思考心理学でよく取り上げられるような、眼前に複数個の百円玉が置かれてあつてそれが全部で何個あるかを調べてみるといった単純な場合である。しかし、我々の日常生活における様々の問題はその解決のためには極めて抽象的であり複雑である場合がほとんどである。例えば今ここで試みているような人間の思考のメカニズムを説明することなどはその最たるものであるが、それほどでなくとも、ある病気を治す方法を考えたり、ある目的のための機械を作ることを考える場合などにお

いては、問題が与えられただけで直ちにその解決が可能になるわけではない。このような場合には、人間はそれをよりアプローチしやすい形に規定し直して、解答を見つけ出していくための手掛りを得ることがまず必要となる。²⁶

現代の問題解決の心理学においては、人間が問題の解決に到達するためにその分析において特に頼りにする発見法的な (heuristic) 方策として、下位問題 (sub-problem) あるいは下位目標 (sub-goal) の「定立および「手段—目的分析」 (means-ends analysis) の二つが挙げられている。

下位問題の定立は、ある問題 (主目標) の解決 (実現) が直接には困難である場合に、主目標と機能的に等価な下位の目標、つまりそれらを得ることによって元の問題のより容易な解決を可能にするような、一連のより細分化された問題をまず構成することを意味する。例えば将棋のある局面において次の一手をさそうとする場合、主たる問題はこの一手をさして相手に対し優位に立ちこの将棋に勝つことである。しかし、これはあまりに漠然とした問題である。それ故、まず棋士は例えば王将が安全かどうか (下位問題①) と考える。もし王将が危険であればそれを防ぐための手段を講じなければならぬ (下位問題②)。もし王将が安全であれば、その他の戦略重要な駒が安全かどうか (下位問題③) を考える。もしそれらに危険があればそれを防ぐための手段を講じなければならぬ (下位問題④)。それらが安全であるかあるいは安全でなくとも捨て駒として差し支えなければ、相手を攻撃するために最も適切な駒の配置を考える (下位問題⑤) ことになる。²⁷

次に、「手段—目的分析」は、下位問題の定立とは一応別レベルの問題解決のための方策である。それ故、ある問題とそれより下位の問題との関係が同時に手段と目的の関係に立つこともありうる。例えば先の将棋の例では下位問題①と②および③と④がそうである。もつとも、それが典型的に現われるのは、ある問題解決のために具体的な手段そのものを考えてゆくときである。例えば将棋の例で相手を攻撃する場合、戦略上重要な駒をとる (目的) ために複数

個の駒の進め方(手段)があり、その内最も危険の少ない手を選ぶことがそうである。また、例えばA市からB市まで旅行する(目的)とし、そのためには自動車、汽車、あるいは飛行機のいずれかを用いねばならない(手段)とすると、とにかく最も早く目的地に着きたければ飛行機が選ばれる。しかしそれが満席であるとすれば、汽車でもいいということになるかもしれない。²⁸⁾

人間は、問題の解決にあたっては、特にこれら二つの方策を単独で用いたりあるいは組み合わせたりしながら、問題を分析し解決の可能性を探ると考えられるが、ここで注目されるのは、それらが目的指向的な見地から人間の思考の方途をコントロールしようとするものとして考えられている点である。既に触れたように、一般に問題の解決がある目的の実現のための行為であることは直観的に明らかであるが、下位問題の定立も「手段―目的分析」も、主たる問題の解決のためのより具体的なステップを形づくってゆくという点で全くもって目的指向性と相応する問題解決の方策である。この点は、そもそもこのような方策を説いた思考心理学者が、人間の問題解決行動を生物一般の目的指向的な行動様式の一典型例とみなしていることに由来している。問題解決という営みがそのような生物界一般の特徴をそのまま分けもつかどうかということはここで扱いうるものではないが、少なくとも、法的正当化にこのような見方を適用することは、何も根拠のない唐突な試みではない。そもそも既存の法的正当化とりわけ法解釈についての理論はおしなべてそのような目的指向性を説いて来たのである。例えば、リアリスト、J・フランクの「勘」(hunch)の理論やその影響を強く受けた日本民法学の利益衡量論あるいはH・ケルゼンの法解釈論や法学的ヘルメイティクによる所謂「解釈学的循環」論などは、無意識的にであれまさにこの目的指向性の存在を前提した理論であった。問題の分析は問題解決のための方途である。具体的ケースの解決のための法的正当化においても同様の分析は必要とされる。²⁹⁾

それでは、この見方を援用して法的正当化における問題分析のプロセスをどう説明できるのであるうか。

まず第一に、これらの方策による問題自体の分析はいわば法的な論点のより具体的な析出にあたる。例えばAがBをピストルで射って死に至らしめ、刑法一九九条の適用の可能性、それによるAの処罰如何という問題が生じたとする。このケースについて法的判断をなしそれを正当化しようとする主体は、例えば次のような問題分析を行うと考えられる。すなわち、「ある背景的知識に基づくならば、同条の適用可能性の判断は、同条に含まれる構成要件の各メルクマールが充足され、違法阻却事由あるいは責任阻却事由として一般に説かれているものが存在せず、かつ量刑についての一定の考慮が確立されることによつてなされる。従つて、この問題解決に當つては、まず各構成要件の各メルクマール——『人』、『殺ス』更に各々について、『行為者以外の・生命、身体を有する・自然人であること』、『殺意をもつて・自然の死期に先立つて・手段、方法のいかんを問わず・一定の因果関係によつて・他人の生命を断絶すること』など——が考慮の対象として取り上げられ、次に正当行為、正当防衛あるいは緊急避難などの違法阻却事由の有無が考察され、また責任能力あるいは錯誤などの責任阻却事由の有無が問題とされ、そして量刑の程度が考慮される必要がある。これらの諸点が各々いかなる評価を受けるかによつて、刑法一九九条の適用如何という当初の問題が肯定、否定いずれかの仕方解決されるはずである。そして更に各々の論点を評価するには、一定の証拠の提示あるいは一定の原則の採否が必要となる。」——と。勿論、ケースによつては更に詳細なあるいは別種の問題分析が必要となるであろう。例えば、殺されたと考えられるものが胎児であれば、「自然人」のメルクマールについて更にいくつかの論点——生命体としての活動状態、外界への出生などが析出されることであろうし、また、Aのピストルの弾が命中したことが直接の死因であることに問題は全くないとしても実はAは威嚇のつもりでピストルを上方に向けて発射したのに弾が何かにはね返つてBに当りBが即死したとすると、Aの「殺意」の認定のために当該ケースの事実だけでなく、所謂「未必の故意」の理論の内容やその採否の検討ということも必要な論点の一つに付け加えられることになるであろう。

このプロセスにおいて、まず構成要件のメルクマールを取り上げること、更に、そのメルクマールの各々について、事実を検討したり、その他の理論的検討を加えるための手掛りとして更に細かな論点を設定することは法的判断をなすための下位問題の定立である。また、事実認定の手法の問題として、一定の論点を確定するためには一定の証拠の採否が問題となることを認識したり、あるいは、例えば証言は曖昧だが諸般の事情からするとある事実の存在がかなり強く推測できる場合や、従来は否定的に解されることの多かつたある理論を肯定的に用いれば、当のケースについての最も常識的な結論を適切に正当化できそうだという場合などは、証言や理論を操作することが更に問題として提示されようが、これらの論点は「手段―目的分析」によって得られることになる。このようにして、法的正当化のための問題分析のプロセスも、先の二つの方策を用いて行なわれていると考えることができる。

ただ、ここで注意する必要があるのは、法的正当化が成文法に依拠して行われる場合は、下位問題の定立や「手段―目的分析」は当該法規を前提したその適用という限定された文脈で現れるが故に、それらの方策の適用とそこから得られる論点とはかなりの程度まで固定化した内容をもつものとして使用されている場合が多いことである。確かに、先に述べた将棋においてもそのルールや定石が書物の中で体系的に説かれて、ある問題に直面した場合の下位目標の定立や「手段―目的分析」の内容を何らかの形で規定することは十分あり得るが、成文法に基づく法的正当化の場合には、書物によると否とを問わず、学説や実務による内容面での類型化が将棋の場合よりも体系的に進んでいることは明かであろう。また、法的正当化では、将棋のように限定された場面でのゲームそのものとそれについて直接に言及する諸論点のみとが問題になるといった比較的単純な場合とは違って、論点が多岐にわたると共に重層的かつ開放的であることが注意されるべきである。³²⁾

ところで、法的正当化における問題分析のための発見的手法は、何も成文法規をいかに適用するかという次元でのみ

働いているわけでは決してない。一定の場合には、これらの発見的手法は、成文法規の適用可能性それ自体についての考慮や、それに伴う付随的な条件の考慮、更には成文法規以外の規範の適用可能性あるいはその適用における条件についての考慮にも用いられるものである。

例えば、前節でも触れた電気窃盗のケースを取り上げてみよう。³³この場合の判断主体にとつての主たる問題は、電気窃盗の処罰ということである。勿論これは既に法的な処理が可能なものとして了解されている。そして、旧刑法の関連規定の援用ということは、その上位問題の解決のための手段として設定される。確かにこの場合にはそれ以外の手段も設定されうるが、しかし、その可能性は既に罪刑法定主義の原則の要請によつて当初から排除されている。この原則は、この場合、刑法の適用についてはなく、ある犯罪の法的な処理の可能性そのものについての、道徳的ないしは制度的な背景的知识として機能している。また、ここで用いられている発見的手法は、言うまでもなく「手段—目的分析」である。かくして、電気窃盗の処罪について唯一可能な手段は旧刑法の適用ということになるが、そこで次には、この法規の適用条件の析出が問題となる。しかし、ここで更に、この析出とはまた別個に、類推解釈の禁止という原則に当該の適用が抵触しない旨の考慮も必要とされている。それは、単に原則上の問題ばかりでなく、電気窃盗の処罰という一般の問題に対して旧刑法の適用という限定された手段を用いて解決を試みなければならないという問題分析上の制約から生ずる、上位の問題と下位の問題との間のギャップを埋めるために必要となつていのであるが、これは、とりもなおさず、非成文法的な正当化においても、下位問題の定立という発見的手法が働いていることを示している。³⁴

従つて、先の問題了解の局面で見たのと同様にこの問題分析の局面でも、成文法規の適用そのものよりも更に広い、規範の選択とその適用可能性の考慮において既に、先に述べた二つの発見的手法が用いられており、しかも、成文法規の適用は一般的な規範的処理の部分問題として現れることがわかる。言い換えれば、成文法規の適用という形での問題

分析は、当該のケースについての広い意味での法的な処理可能性とそれに付随する一般的条件の問題とがまず設定された後に、一定の条件下で必要になるものである。そして、そこでなされる問題分析にも特殊な要素はなく、仮にあるとしても、それは分析の仕方のルーティンが比較的固定されているという機能上の特徴のみである。それ故また、法的な問題分析の根源的なあり方を示すのは、この非成文法的判断の場合であつて、成文法的判断の場合ではないということも明らかであらう。

さて、問題が解答のより容易しい形へと分析されるということは、同時に、解答のアウトラインがより具体化されてゆくということでもある。問題の分析は、問題の解決方向の規定そのものである。それは、いかなる下位問題群が解決されれば当初の問題が解決されるかということの筋道を示しており、それに即応して、各下位問題に関して更に、その解決のための仮説定立の方向性を示唆しているのである。³⁵例えば、刑法一九九条のあるケースへの適用という問題が、構成要件的メルクマールの充足や違法阻却事由あるいは責任阻却事由の有無、更には量刑の可能性についての考慮といった下位問題に分析されるとすれば、それは同時に、それら一定の仕方で解答が与えられることが当初の問題について解答を与えることになることを示している。

もっとも、これらの問題群ないしは論点群は、必ずしも厳密な意味での論理的関係に立つものではない。というのは、それらは、問題解決のための手掛りの発見という文脈で現れる、思考機能上の関係に立つものだからである。³⁶刑法一九九条の適用の場合の上位問題と下位問題群との間に見られる関係には、二種のものがある。一つは下位問題全体がその上位問題に対して有する関係であり、それはいわば問題の解決に対して機能的に等価な関係である。先にも触れたように、ここでは下位問題全体の解決が上位問題の解決となるのだが、この関係は、論理的に、下位問題の解決が上位問題の解決を含蓄するものであると言うことはできない。なぜなら、当初想定された下位問題のすべてがある時点で解決さ

れたとしてもなお、当初の想定に欠けていた下位問題が設定されることがありうるからである。また、他の一つの関係は、析出された各下位問題相互の関係である。例えば刑法一九九条の適用のために析出された下位問題群は、全体としては論理的な連言の一要素として互いに関係していると言えるが、しかし、各々の内容は互いに独立している。勿論それは問題そのものとしての内容においてということであって、その解決の際に様々の仮説が各々の問題に同様に援用されうるということとは別の意味である。このような問題間の関係には、次のような、おそらく説明や正当化に特有の特徴が見出せる。それは、具体的な行動に関わる問題解決―例えば計算やダウンカーの実験のような場合―では、各下位問題はそれ自体として内容上継時的に連続する、ある場合には因果的な関係に立っているのに対して、ここでは、そのような関係は見出せないということである。言い換えれば、ここでは、構成要件に関する問題群―違法あるいは責任阻却事由に関する問題群―量刑に関する問題群という具合に順次に問題解決が進むとしても、そこには内容上の順序性や事実上の必然性は存在していない。そこではただ、正当化を構成するための広い意味での論理的な(後に「正当化の戦略」として述べるものの)考慮だけが働くのであり、それは、各問題についての実際の解答とそのチェックの内容とは関連していないのである。

最後に、成文法規とそれに基づく論点の設定がかなりの程度まで固定化されている場合には解答のアウトラインは直ちに明確となりうるが、成文法規の適用可能性そのものも問題となる場合には、この種のアウトラインの設定そのものも一つの問題として提示されるということには注意する必要がある。その場合具体的なアウトラインの設定そのものについては明確なアウトラインは存在せず、そこでは様々の可能性が考慮されることになるだろう。⁽³⁸⁾そして、実はこのような事態がアウトライン設定の原型でもあることは、もはや多言を要すまい。

[5] 問題の解答のためのアウトラインが一応提示されると、次に必要なのは、そこで析出された各論点について、各々、解答の可能性を検討してゆくことである。

このプロセスの特徴を示すために引き合いに出されることが多いのは、心理学者 K・ドゥンカー (Dunker) の研究である。³⁹⁾ ドゥンカーはある実験で次のような問題を解決するプロセスを調べた。即ち、ある人に手術可能な胃の腫瘍ができてしまった。その治療には放射線を用いるしか方法がない。しかし、それは健康な組織をも破壊してしまうおそれがある。そこでそういうことのないようにまく放射線治療を行なうにはどうしたらよいか、という問題である。

この問題に対して最も多くの可能性を考えついた被験者の問題分析および解決のプロセスは次のようであったという。彼はまず問題を、健康な組織を破壊せずに放射線で腫瘍を破壊することと規定し、次に、その下位目標即ち解決のアウトラインとして、まず放射線と健康な組織との接触を避ける、健康な組織を鈍感にする、健康な組織を通る間放射線の強度を低くする、という三つの可能性を提示し、更に各々の可能性についてその実現のための手段を考え出した。例えば第三の可能性については、腫瘍の周囲には弱い放射線を与えて腫瘍のみに強い放射線を集中させるという、より具体的な可能性を考え、その特殊な手段として特別の焦点のレンズを用いることを考え出したのである。

このようなプロセスにおいて先に述べた下位目標の定立や「手段—目的分析」が利用されているのは明らかであるが、⁴⁰⁾ ここで注意すべきことは、それとは別の次元でこのプロセスが問題解決のための仮説の定立のプロセスであり、また更に、様々な仮説の内から当の問題にとって最適の解決を選択するための仮説の確証のプロセスでもあることである。⁴¹⁾

ここで重要なのはまず、仮説の定立といっても、ある問題の解決のために人間が立てうる様々な仮説は、決してすべての可能性を考慮したものではないということである。そもそも人間は全知全能ではない。問題の解決の可能性は原理的には無限にありうるが、問題の性質と人間の解決能力との関わりの中で、それは常に既にある限定を受けている。人

間は確かに多くの可能性を検討してから解決を探し出すが、しかし、人間は全く無限に近いすべての可能性を逐一検討するのではなく、当の問題解決にとって適当と思われるいくつかの可能性に当初からの絞って検討を進めるのである。¹²⁾

例えば将棋の最初の一手について考えれば、その可能性は全部で二十一通りあるが、これらすべてについてしかも各々の手の一定の帰結までも考えてみるなど棋士はしないであろう。棋士はまず何らかの戦略を立て（意識的にであれ無意識的にであれ）、それに必要な限りで手順がある程度考えて駒を進めるに違いない。そしてその戦略が途中で行き詰まればその時点で別に可能な戦略を立てそれに従って駒を進めることになろう。このことは、より抽象的な問題解決の場合も同じであると考えられる。先の放射線治療の例でも、実際は解決のアウトラインやその具体的手段は最初から複数個出揃っていたわけではなく、被験者はある仮説を定立しその帰結について考えてみて、それが適切と思わなければ別の仮説を立てこれを検討してみるというプロセスを経ているのである。¹³⁾

ところで法的正当化の場合は、既に述べたように、問題解決のための手掛りとされる論点の分析が予め行なわれているのであるが、このような分析自体が一つの仮説定立のプロセスでもある。成文法規に依拠しうる判断の場合、それらの論点はだいたい体系的に類型化されていることが多いので、それらは仮説としてよりはむしろ一種のルーティンとして判断主体に意識されていると思われるが、しかし、成文法規に依らない判断の場合に顕著に見られたように、これらの論点分析は基本的には可変的なものであり、全体としては仮説的性格を常にもつものである。また、それらの仮説が一定の枠の内で取り上げられることは、既に問題了解との関わりで触れたところである。けれども、この種の仮説定立のプロセスは、先のダウンカーの実験の場合のような具体的、物理的な問題解決の場合とは異って、あくまで問題解決にとっての枠組の構成というメタ・レベルでの営みに主として関わるものである。それは確かに問題の実質的解決の

ための仮説定立のプロセスの一部分を成すものではあるが、一応、具体的解決の前段階をなすに止まっている。それ故、そこでは更に、この段階で析出された論点の各々に答えるための実質的な仮説（それは所謂解釈仮説に限られない）の定立とその確証が問題となるはずである。

そこで、先のピストル殺人の例で言えば、次のような事態が看取されることになるであろう。

仮に今、被疑者の故意の有無の判定が問題となつているとしよう。このとき、それをどのようにして認めたらよいかあるいは否定したらよいかについては、一定の事実や理論を考慮に入れながら適当な仮説を立てそれを検討してゆくことになる。まず、例えば先にも述べたように、証言が曖昧ではあるが諸般の事情に鑑みるとAには殺意があつたという事実がかなり強く推測できるとすると、この場合の事実認定においては、例えば次のような仮説定立とその確証のプロセスがあると考えられる。すなわち、(1)「Aの故意の存在はほぼ明確である」、(2)「それにも拘らず決め手の一つとなすべき証言が曖昧だとすれば、その証言の曖昧さが最大限減少されるものでなければならぬ」、(3)「証言の曖昧さが減少するには、その意味内容が更に明確なものとなるか、あるいはその証言をした者の能力や判断の際の状況などの証拠能力の点で特別の不都合や不合理がないということとでなければならぬ」(ここで、証言の意味内容の明確性ということを一応除外することにする)、(4)「証言者の能力や問題となつた状況はかくかくであり、特別の不都合はないと認められる」、(5)「従つて当の証言には合理性があり、Aには故意があると言える」といった具合にである。ここで(1)、(2)、(3)は事実認定のための実質的な仮説であり、また(4)の認定の際にも特に経験則などの一般的仮説が介在している。また、(4)における事実の検討と(5)とは、先の仮説の確証を示している。次に、Aの故意の存在が若干不確定的であつて未必の故意の理論を援用する場合を考えてみよう。このときには、それを自明の原理であるとして直ちに援用することもできようが、しかしそれについて少しでも疑義が生じうるとすれば、その理論が学説や判例あるいは諸外国の法制等

によっても多くの支持を受けていることや、当該ケースに関わる事情、例えばAはかねてからBに恨みを持って「いつか殺してやる」などと暴言を吐いたこともあった等の事情を特にとりあげて、その理論の援用の理由づけを強化することもありうる。この場合、その仮説定立と確証のプロセスは、例えば次のようなものだと考えられる。すなわち、(1)「Aの故意そのものの存在は必ずしも直接的に確認できるわけではない。」(2)「しかし、故意の概念が一定の仕方であるならば、Aにも故意があったと言える。」(3)「この場合には未必の故意の理論が援用されうる。」(4)「Aの行為のかくかくのありさまからすれば、未必の故意の条件が充足される。」(5)「従ってAには故意があるとと言える。」といったようにである。尚、(3)に疑義が生じた場合には、これ自体について更に、例えば(4)「その援用可能性があるとするには、一定の合理的な理由が必要である。」(5)「当該ケースに類似のケースについて判例や学説はその援用を認めている。」あるいは「他のかくかくの客観的事情から、Aは常日頃Bを殺してもよいと思っていたと判断される。」といった考慮がなされよう。ここでも、先の証言の場合と同様に、(1)、(2)、(3)あるいは(4)は事実認定のための実質的仮説であり、また(4)や(5)の認定の際には更に一般的な経験則や慣行などが用いられている。そして、(4)、(5)、(5)はそれらの仮説の確証を示している。

ここで注意すべきことは、まず、法的正当化の場合、その論点の設定の仕方はある程度体系的に類型化されており、それ故また固定化されていることが多いとしても、そこでの具体的解決の試みそのものは、それとは全く別に、むしろ自由で制限もそれほどないということである。ただし、勿論、これらの試みが一定の見通しの下に行なわれることは言うまでもない。論点の析出は、その後の考慮に対して手掛りを与えるに止まり、その具体的解決のための仮説定立と確証のプロセスは、その論点に対して独立した視点から行なわれるのである。従って、これらの仮説群は成文法規ないしはそれに代わりうる規範によって直接に産み出されるものではなく、それとは独立に、あくまで判断主体の規範的ある

いはその他の関連する背景的知識に従って導入されている。このことは、事実認定のみならず、一定の規範（成文法規を含む）や他の規範的理論の援用についても言えることである。先の例で言えば、(1)、(2)、(3)、(1')、(2')、(3')、(4)の各仮説、更には(4)、(4')、(5)に介在する経験則や慣行などの仮説群のすべては、所与の成文法規たる刑法一九九条あるいはそれに代わりうる規範（仮に他の法規からの拡張解釈が可能だとして）から直接に導出されるものではないのである。しかし、この点の詳細については後にまとめて述べることにしよう。⁴⁷

次に法的正当化における仮説定立とその確証のプロセスは、一定の事実や、場合によっては基本的な枠組としての規範の存在を前提とした、「消極的」ないしは「内的な」な性格をもつことに注意する必要がある。というのは、例えば先のドゥンカーの問題の場合には仮説定立とその確証はもっぱら一定の具体的手段の構成とその経験の有効性のチェックの問題であり、通常の具体的な問題解決も基本的にはそのような「積極的」ないしは「外向的」なものだと考えられるのに対して、法的正当化の場合には、所与の事実や規範に適合的でもそれ自体として内的な整合性をもつ正当化そのものが追求されているのであり、そこでは特に事実によるチェックといっても、具体的な遂行によるものではなくむしろシミュレーションが問題となっているからである。このことは、法的正当化が全体として言語—理論的レヴェルの問題解決であることも勿論関連していると思われるが、更に、それが基本的には事後的な判断であり、あるいは少なくとも一定の事態を仮定しての判断であることも関連しているであろう。⁴⁸

最後に、若干の点について付言しておきたい。この仮説定立のプロセスに際して、ある論点の具体的解決にとつて、様々の理由づけがなされればなされるほどその解決がより強固に支持される可能性があるとするれば、そのようにして理由づけの限りを尽くそうとすることは極めて効果的であろう。しかし、その一方で、そうではない場合もありうるかもしれない。その場合には、かえって何も詳しく論ぜず、「当然の事理」や「明白である」、「論ずるに足らない」等の排

除詞 (excluder)⁽⁴⁹⁾ を用いて「反論を封じること」も事実上は可能である。論点の固定性は、解決の固定性を意味してはいない。もつとも、例えば事実認定の基礎となる生のデータを創造することは必ずしも容易なことではないし、また、極めて明白な法文の適用はほとんど一義的といつてよいであろうから、その点では解決のための仮説の自由度にも限界があるだろう。しかし、それも決して絶対的なものではない⁽⁵⁰⁾。

尚、法的正当化において仮説の定立は一応自由ではあるが、しかし、それは決して一回のケース毎に新たな判断がなされることを意味しているわけではない。そこには、既に習得されて様々の問題の比較的単純でかつ効果的な解決のために利用される一定の仮説のセットが介在していることが多いからである⁽⁵¹⁾。例えば先の刑法一九九条の適用について、構成要件該当性、違法性、有責性の満足がその条件であるとすぐさま考えられること自体、それはその判断主体の一つの仮説のセットであるが、更にそこでは、ある事実が存在すればそれは人を殺したことになるという一種直観的な判断基準も一つの仮説のセットであり、また殺人の態様、状況に応じた所謂「量刑の相場」も同様であるし、更に、法解釈のための諸理論も同様である。

しかし、後にも述べるようにこれらの仮説のセットは、法的正当化においてはそのまま用いられる以外に、結合されたり、分解、再結合されたりすることもありうる。例えば、一九九条に言う「人」の始期についての解釈諸仮説を例にとれば、各々の仮説とその帰結とは仮説のセットとして判断者において習熟されており、事案に応じてそれらの内のいずれかが用いられる。また、構成要件のメルクマールが「人」以外のものをも含んでいれば、それは更に別の仮説のセットと結合され、同時に用いられても矛盾のないように調整されることもある。また、新たな事案に対応するために「人」の始期について新しいメルクマールを認めたりするとき、元の仮説のセットの分解、再結合、あるいは変更が行なわれることになる。法的正当化における仮説のセットとは、結局はこのように様々に操作可能な仮説のセットであり、従っ

てその固定性も決して絶対的なものではない。

[6]さて、問題が分析され、解決のアウトラインが提示されて、各々に応じて具体的な解決の可能性が考慮されるようになる、残された課題はその中で最も適切な解決を選択し、一定の正当化を完成することである。その際には、いかなる選択の規準やプロセスが働いているのであろうか。以下では、それらの規準やプロセスの一定の特徴を述べることしたい。但し、言うまでもなく、そこで述べられる一定の規準やプロセスは法的正当化の客観性を規定するためのものではない。そこでは、あくまでも、事実としての法的正当化の構成における特徴、言い換えればある判断主体に相対的な規準群においても見出される一般的な傾向性がある問題なのである。

まず第一に、問題解決という視点から考えれば、より容易で、簡単な解決が求められるというのが通常であろう。これは具体的な行動に関わる問題解決、例えばドゥンカーの実験のような場合には明らかであろうが、説明や正当化にも同じことが言えると思われる。確かに後者においては、それが迂遠なものであってもそれなりの理論的あるいは実践的意義をもつことがある。しかし、説明や正当化の営みの連続の内では、やはり、複雑なものよりは簡明なものが目ざされることになるであろう。それ故、法的正当化の場合も、少なくとも、理由づけが簡にして要を得たものであるかということを一般的に規定するのは、極めて困難である。⁵³ただ、直観的には、少なくとも次のような点を挙げることも私には思われる。すなわち、まず形式的には、簡単といっても正当化の言葉数が少なければ良いというものではなく、必要な点については必要な理由づけがなされていて、更にそれらの理由づけは迂遠ではなく、内容上も不明晰ではなく、また論理的結節関係も不明確ではない、といったことが考えられよう。法的正当化における理由づけは、一定の規範のサポート、事実の認定、結

論のサポートなどの各レヴェルにおいて複合的に行われると同時に、最終的にはそれらの全体の整合化をも行うものである。それ故、理由づけの簡潔性ということで特に問題となるのは、各レヴェルでの必要かつ明晰な理由づけは勿論であるが、それ以上に、各レヴェル内の命題間での結節関係および各レヴェルの間をつなぐ命題群、特に所謂解釈命題や規範の援用可能性や結論の考慮などに関わるその他の規範的命題などの間での結節関係のスムーズさである。そこでは、おそらく、いわば「必要最小限の仮説および必要最大限の論理の原則」とでも言うべきものが支配することになるのではなからうか。正当化に導入される命題が少なければその正当化はさほど複雑化はしないであろうし、また論理的結節関係が明確化されればされるほど正当化の構成が明確となり、全体として見通しのきく正当化が生れるであろうからである。⁵⁴更に、若干実質的な面について考えてみると、法的正当化の場合には、既存の法的正当化の体系に対する、所謂「最小限の毀損の原則」が働いていると思われる。⁵⁵それは、あるケースがそれ以前の類似のケースと可能な限り同じ仕方では正当化されればされるほどよいことを意味している。従って、新たな解決を要するケースであっても、その正当化の既存のものからの逸脱度が少なければ少ないほど、それは、適切な解決だと言われるということになる。このことは一見、法的正当化における斬新な解決の可能性を認めないように見えるかもしれないが、そうではない。斬新な解決は確かに起りうるが、それは、それ以前の「パズル解き」的な解決の蓄積の極限において現れるものである。⁵⁶しかも、その斬新な解決も、法的正当化においては、全体としての規範体系が社会内で存続している限りでは部分的な修正に止まるものである。それは既存の規範の読み換えではあるが、全体としての規範体系にとってはそのより正確な形で再定式化であって、⁵⁷その点では「最小限の毀損の原則」が成り立っていると言える。

第二に、通常、問題解決の理論は一つの具体的な答えだけを必要とする問題の解決を念頭に置いているが、⁵⁸法的正当化の場合には、既に述べたように、法適用によるあるケースの解決という問題は構成要件の充足、違法阻却事由や責任

阻劫事由の有無等の諸論点の複合に分析されると、各々についての答えの複合によって解決されるということに注意しなければならない。これらの諸論点は、その内の一つが不成立であれば全体が不成立になるという一種連言的な関係にあるからである。⁵⁹⁾

それ故第三に、法的正当化では、単純な問題解決の場合とは異なつて、複数の論点の各々について最適の解決が選択されたとしても、それらの間の調整を図らなければならないという問題が生ずることがある。

例えば刑法二三五条の窃盗罪の適用の場合を考えてみよう。同条の構成要件は「他人ノ財物ヲ窃取シタ者」という簡単なものであるが、あるケースがこれに該当するかどうかの判断のためには、例えば次のような論点に答えることが必要になる。⁶⁰⁾ 即ち、①客体—他人の所有あるいは占有する他人の財物—(i)所有あるいは占有、(a)財物に対する事実的支配、(b)占有の意思、(c)占有の主体、(ii)所有あるいは占有の他人性、(iii)財物、(a)有体物か管理可能な物か、(b)価値、(c)所有物か占有物か、②行為—窃取—、既遂時期—接触か取得か移転か隠匿か—、③故意、④不法領得の意思(勿論これは場合によるが)、⑤その他の違法阻劫事由、⑥その他の責任阻却事由などである。

このような場合、構成要件該当の判断において財物の(c)に関して本権説をとれば(i)は占有ではなく所有が問題となる。また財物の(a)について管理可能説をとれば窃取行為について厳密な接触説や隠匿説はとれないことになる。

また、故意の内容や不法領得の意思の内容を定式化しようとするときには、①や②についてどのような説をとるかによつてその定式化に違いが出てくることになり、その結果当然に認定の範囲に違いが出てくるであろう。例えば不法領得の意思について、財物の(c)について本権説をとれば、その意思は、単に一時使用のために他人の財物を自己の占有下におく所謂使用窃盗には認められず、その窃盗は罰せられないことになる。しかし、占有説をとれば不法領得の意思が認められその窃盗が罰せられることになる。もつとも、占有説をとつても、使用窃盗がそもそも占有にはあたらな

考えればそうはならないし、最初からこの意思が論点の一つであることが認められない場合もありうる。⁶¹⁾

以上の場合には、既に述べたように、ある仮説がそのまま他の仮説と自由に結合される可能性が問題となっているが、更に、ある仮説が他の仮説と融合させられることもありうる。どのようなものであれ所謂折衷説はその典型例である。また、今まで主張されなかった新しい説が提起されることもある。

例えば本権説と占有説との対立について、各々を厳格に解すれば、窃盗罪の被害者たりうるのは各々本権者か占有者かのいずれかであるが、しかし、例えば現代社会においては財産関係が複雑であるのでまず事実上の占有を保護する必要があり、それに合理的理由のない場合には本権の保護を図るという形で、占有者も本権者もいずれも被害者として保護されるといふように考えることができる。⁶²⁾ また、不法領得の意思を故意の内容に付加することによって使用窃盗の不可罰性を理由づけようとする試みは、それ以前には気づかれていなかったある特徴に着目して、同じような窃盗行為でも可罰的なものとそうでないものとを区別し得た、という点では新しい発明であると言えよう。

いずれにせよ、法的正当化における最適の選択においては、このような調整のプロセスが不可欠である。ところで、法的正当化は、複合的に、各部分相互の調整を通じて一応の完成をみるとして、そこではその調整をコントロールする規程が必要であることは明らかであろう。それは、既に示唆したように、一般的に言っても問題解決の当初から黙示的にであれ機能している或る直観であり、法的正当化の場合には、当該ケースの解決可能性についての、判断主体の最も基本的かつトータルな価値判断と関係しているものである。⁶³⁾

しかし、このような価値判断の存在の指摘だけであるならば、既存の諸理論においても幾度となくくり返されて来たことであり、今更改めて述べるほどのことでもない。また、通常なされているように、この認識から、その価値判断ができるだけ明確に定式化されるべしという、正当化の方法についての倫理的要請を導き出すことがここでの問題である

わけでもない。ここで重要なのは、むしろ、その価値判断がいかなる仕方で産み出され、そして法的正当化のプロセスにどのように作用しているのかということを明らかにすることである。前者の点については後に改めて述べることとし、以下では、後者の点をまず扱うことにしよう。

端的に言えば、ある判断主体の価値判断は、その主体自身がそれ自体の内容を明確に定式化し得なくとも、法的正当化の各部分において、どの仮説を捨てどの仮説をとるか、あるいはどの論点を重視するかといった点において顕在化する。それらの仮説あるいは論点は、いわば正当化の「支点」として諸仮説群の調整のための中心軸になっており、それをめぐって正当化における「負のフィード・バック」が働くと考えられる⁽¹⁵⁾。

この正当化の「支点」は、その基になる価値観と密接に関わってはいるが、しかし、それと同一であるとは限らない。基本的には価値観を変更しなくとも、正当化の「支点」だけを移動させることができる。つまり、例えばある判決を下すのにその理由づけがなかなかうまくゆかない場合には、様々の論点についての答を操作しながら当初の目的を達成する判決を下すことができる。ある判決の仮説全体を見直さなければならぬ場合とは、結局、正当化の「支点」を適切に定め得なかった場合である。しかし、その場合でもなお、当該ケースに対する基本的な判断が変わったわけではない。従って、正当化の「支点」は当該ケースについての結論と一致するわけではない。それは、構成要件該当判断のある部分等であっても構わないし、またそれが複数個あっても構わない。

因みに、法的判断をなす者の「勘」とは、まさにこのような正当化の「支点」の即座の確定を意味すると考えられる。この場合、それ以外の多少とも不確定的な部分は、その支点到適合するように調整されればよいのである。例えば、構成要件該当性についての確定が先にあれば、結論的には無罪の可能性があっても有罪とすることもあるし、またその逆のこともある。また、結論的に有罪という確定が先にあれば、その方向へ結論を持ってゆくためのその他の論点につい

ての操作がなされることもある。

更に、このような正当化の「支点」という形での確定度の差は、正当化自体の比重差をもたらすことがある。つまり、重要な点ほど正当化が精細になされるといえることがある。もともと、それとは全く逆に、肝心な点ほど正当化を大雑把にし、全体の趣旨や価値判断をぼかすことも可能であるが。

先のピストル殺人の例を考えてみよう。当該ケースに直面して個々の論点を析出しつつ解決のアウトラインを得てゆく判断主体は、既に、このケースに刑法一九九条の適用の可能性を併せ考えている。ここで、構成要件該当性がほぼ満たされ、また被告人の有罪はほぼ確定的だと考えられたとすると、まずこれらが正当化の支点となる。そこで残された不確定的な部分は被告人の故意の有無の問題である。このとき判断主体が、被告人の行為は殺人として罰せられる、あるいはそうすべきだと考えていけば、直接に故意の存在を認めるか、あるいは未必の故意の理論を援用して故意ありとするかのいずれかであろう。仮に前者の方針でゆくとすれば、既に述べたように通常故意の内容の定式化は被告人の行為内容や動機等の認定と密接に関連しているので、その正当化のためにはそれらとの調整を図る必要が出てくる。仮にこれらの行為内容や動機がそれほど明確なものでないとすれば、むしろ未必の故意の理論を用いた方が、それらの曖昧さが消去されて故意が認めやすくなるということがあり得よう。⁽⁶⁶⁾

このように正当化の「支点」の存在によって、あるケースの法的な解決という問題は、その分析においても解決においても、その方向が強く規定される。またこの「支点」の存在によって、分析も解決もより効率的になることも確かであろう。もともとその反面で、正当化の「支点」は、一種の先入見でもあるから、それによって問題の効率的な解決や適切な解決が阻害されることは実際上ありうることである。それをどれほど防げるかは、まさに判断主体の判断力、思考の柔軟さ、バランス感覚如何といった事実上の能力の問題に尽きるであろう。いずれにせよ、ここで言う正当化の「支

「点」とは、正当化の妥当性そのものには特に関わりのない、正当化のプロセスの事実上の特徴の一つを示すための中立的な概念であることに注意する必要がある。その「支点」の設定とそれを中心とする正当化とが果して妥当であるかどうかを確定することは、また別の次元の問題である。

〔7〕最後に、法的正当化のプロセスに介入しうる仮説群の種類とその相互関係について付言しておくことにしたい。

既に述べてきたように、法的正当化においては、単に成文法規とその解釈仮説に止まらず、それ以外の様々の仮説群が介入しており、前者は全体としての法的正当化の構成の一部分に止まるものである。

一見、成文法規のみが適用されるというケースの解決においても、実はそこには次のような様々の仮説が介入しているはずのものであり、基本的には、「かくかくの事柄が問題となっていれば、かくかくの法規がそのケースの解決のために援用される」(a)⇓「かくかくの事柄が問題となっている」(勿論このことの確定のためにはまた別種の仮説が前提されているはずである。)⇓「故に、かくかくの法規が適用される」といった形か、あるいは、「かくかくの事柄は一定の法的解決がなされなければならない」(a)⇓「そのためにはかくかくの法規の援用が最適である」⇓「故に、かくかくの法規を援用する」といった形のものであろう。つまり、それらの仮説は、前件肯定式の形かあるいは目的論の形で成文法規の援用を更に高次のレヴェルから正当化しているのである。(尚、ここで述べる仮説群の関わり方に今示した二つの形があることは以下も全く同様であるので、以下の説明ではいずれか一方のみを記すことにする。)(ii) その法規の適用条件を設定するための仮説——これは問題分析の局面において正当化の際の論点を設定するものであり、例えば「当該法規の適用によってこのケースを解決する」(b)⇓「かくかくの条件が充足されれば当該法規の適用に

よるケースの解決が可能である」 \rightarrow 「故に、かくかくの条件を設定する」といった形をとる。——(iii)(ii)の仮説によって析出された各論点について各々の具体的解決を可能にする実質的な仮説群——これには、既に述べたように、事実認定のための経験則とその適用条件についての仮説(c)、法的効果の内容の特定のための仮説とそれを理由づける規範的仮説(d)あるいは所謂解釈仮説と更にそれを理由づける仮説(e)などが含まれ、各々について、前件肯定式あるいは目的論の形での結合が見られる。——、(iv)各論点についての各々の解決の内での正当化の「支点」となるものを設定する仮説——これは一定のトータルな価値判断を基にして、例えば「かくかくであるべきだ」 \rightarrow 「かくかくの『支点』を設定すれば、それが正当化の上で実現される」 \rightarrow 「故に、かくかくの言明を正当化の『支点』として設定する」(β)といった形式をとる。この場合、この仮説 β は、先に述べて来た、a、a'、b、c、d、eの各基本仮説と密接に関連していると思われるが、それがいかなる形でそうであるかは項を改めて述べることにしたい。⁶⁷⁾——(v)正当化の「支点」を中心として各論点への解決を整合的なもの足らしめるための論理に関する仮説——これは通常用いられる多くの論理規則そのものである。これらの規則も一つの仮説と考えることについては既に触れたところである。⁶⁸⁾

このように、あるケースの解決のために成文法規だけが適用されるとい場合でも多様な仮説群が介在しているのであるならば、ましてや成文法規に依拠しない法的正当化においては、それらの仮説群や更にそれ以外のものが重要な意義をもつことは明らかであろう。その場合には、先の仮説群に加えて更に、(vi)成文法規に代わって適用される規範仮説——それは非——成文法的ではあるが、しかし、法的ではある——と(vii)その援用可能性についての仮説——それが(vi)の仮説を非——法的ではないもの足らしめている——、および(viii)(vi)の仮説の具体的適用条件についての仮説と(ix)その具体的適用に関わる、先の(iii)、(iv)、(v)と同様の仮説群とが介在していると考えられる。⁶⁹⁾

法的正当化における仮説と言えば、通常、特に、所謂解釈仮説だけが注目されて来た。しかし、それは先に示した仮

説群の一部分にすぎず、しかも、他のより基本的な仮説から何らかの形で導出されてくるものである。⁷⁰ 法的正当化は様々の種類、様々の次元の仮説からなるネットワークの下で成り立っている。それにも拘らず特に解釈仮説だけを問題とする見方は、成文法規が正当化において果す機能の特殊性を存在論的な特殊性と誤解し、その法規がただそれだけで自律的な内容と規制力をもつと誤解することか、あるいは、そうではないとしても、ただそれ自体として基本的な枠を設定するものと誤解することに帰因している。成文法規は確かに一定の自律的な内容と枠をもちうるが、しかし、それは、その法規そのものよりも更に広汎な要素から成る正当化の文脈によって規定されているのである。

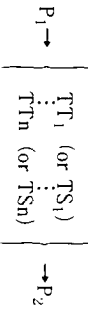
因みに、ここで、前款で触れた法的正当化におけるBモデルとCモデルとの結合関係が提示されたことになる。すなわち、BモデルとCモデルとは密接不可分なものであり、法的正当化は常に、その二つの結合において成り立っている。仮に実際上定式化された正当化がBモデルでのみ表現できるとしても、そこには暗黙の内に既に様々の仮説が介在しているものであり、常にCモデルが伴っているのである。法的正当化のいわば表層構造がいかなるものであろうと、そのいわば深層構造は常にBモデルとCモデルとの結合において示される。⁷¹ また、これらの二つのモデルの結合は、R・アレクシイのように、各々が独立した機能領域をもつモデルどうしの相互交替的關係の内にあるものと捉えてはならない。そう見えるのは、せいぜい、解決すべき問題に応じて判断主体の「注意」の焦点が移動し、容易に了解可能な正当化の要素は背景に退くからにすぎない。正当化のネットワークは、判断主体にとって、一定の問題の発生に対してその都度一回的に構成されるというものではなく、常に様々の問題に対して可能な正当化を用意させているものであり、ある問題の発生をいわば「引き金」としてそこに具体化するものである。その具体化された形は様々でありうるが、その根本においては、正当化は様々の仮説群のネットワークとして既に構造化されている。⁷²

しかし、このような関係づけは、存在しうる仮説群の単に静態的な関係づけでしかない。重要な問題はそれにとどま

らず、更にそれらの仮説群がいかにして相互に関わり合うようになるのか、ということである。けれども、ここで我々は、法的正当化のプロセスないしは構造そのものの次元から、更に、その深層におけるダイナミックスの次元へと考察を進めなければならない。以上に述べて来たような法的正当化のプロセスないしは構造が全体として可能であるためには、それをどのように成り立たしめる一定の生成原理、言い換えれば法的正当化のメタ構造あるいはメタ原理とでも言うべきものが存在し、働いているはずである。法的正当化のシステムの分析は単にその現象論的記述に終始してはならず、この種のメタ構造の記述をもって初めて一応のまとまりをもつものとなるであろう。¹³⁾

注

(1) プラトンの言う「驚き」そのものの解釈は本稿での問題ではないが、人間の思考の端緒を与えるものとしての問題の概念を重視する者の一人に、K・ポッパーを挙げることができる。彼は、科学理論の提示とその吟味という一連の試行錯誤的な営みのきっかけを与えるものは科学者の主観からは独立した所与の客観的な(世界3に属する)問題ないし問題状況(problem situation)であることを強調し、それを特に有機体一般の問題解決行動の特徴として捉えている。ポッパーによれば、科学的知識の発展は科学的活動に対応して、



という、問題(P₁)、暫定的理論(乃至解決)(TT) or (TS)、そして吟味による誤りの除去(EE)による新たな問題(P₂)の発生として示される。cf. Popper [OK] p. 118 f. p. 163 f. p. 180 f. p. 241 f. ポッパーと同じ視点に立ちながら、更にそれを展開したものととして、cf. Laudan [PPP] esp. ch. 1, ch. 2 ローダーンは、特に「この種の問題には自然的事実の説明に関わる「経験的問題」(empirical problems)」とある理論内もしくは複数の理論間の輪理的整合性に関わる「概念的問題」(conceptual problems)とが含まれている

とし、科学的な問題と言えれば前者にのみ目を奪われがちであることに注意を喚起している。尚、情報処理の観点からの問題解決理論が科学的発見や説明のプロセスの理解に資すると主張する者として、cf. Simon [MoD] esp. ch. 5.1, ch. 5.2 ポッパーらの主張は、科学的説明の営みについてなされたものであるが、それは人間の思考一般についてもあてはまるものと想定されている。先に本文 2—2 で述べたような説明と正当化との相同性の認識に立つならば、ポッパーらの主張をそのまま用いて実践的な正当化のプロセスを理解することも可能になるであろう。ただし、既に注意したように、説明と正当化とはコミットメントの方向性と程度に差異があるので、同じ問題解決といっても、誤りの除去の仕方や、それと関連している「経験的問題」の重要性についての了解、更には「概念的問題」の解決可能性についての了解などの点で、科学的説明の場合ほどの安定性（勿論それとても全く確定的なものではないが）があるわけではないし、また、問題解決そのものの認識的な方向性が異なってもいることには留意しなければならない。しかし、それでも、問題解決のプロセスの構造そのものは全く相同的であると考えることができる。

(2) どのような事柄が問題とされるのかということについて、例えば、ポッパーは、一般的にも、またその問題を解決しようとしている当人にとってさえも、何が問題であるかということには必ずしも明確に述べようものではなく、むしろ「後知恵」(hindsight) によって明らかにされることが多々あると述べている。Popper [OK] p. 242 また、現在の思考心理学においても、問題それ自体の出現のプロセスは自明とされ特に問われない（例えば問題解決の心理学ではその解決のプロセスのみが扱われている。cf. Wason & Johnson-Laird, [TH] p. 13 ff., Simon & Newell [HS] p. 4 ff.）か、あるいは「せいぜいのところ、有機体に対して何らかの衝撃あるいは不協和感覚が与えられるという説明しかなさされていない。cf. Simon [MoD] p. 289 ff. 但し、後者に関しては興味深い諸実験が蓄積されているようであり、今後重要な洞察が得られるであろうことは勿論である。この点についてはとりあえず、藤永編「心理学」二三九頁以下を参照。

(3) 法的正当化のプロセスについてこのような視点から記述しようとする試みは、概括的ではあるが、Twinning & Miers [TR] p. 73 ff. p. 90 ff. p. 182 ff. で既になされている。また、同様の示唆を含むものとして、宮原「裁判」一三三頁を参照されたい。しかし、これらの試みは共に、正当化の言語—理論的性格あるいは正当化の複合性や目的指向性などに関して明確ではない。

- (4) 説明や正当化の属する世界、主体的決定の領域そして具体的な身身的行為の領域の区別は、K・ポッパーの言う世界3、世界2、世界1の区別に従っている。cf. Popper [OJK] p. 153 ff. ポッパーによれば、これら3つの世界の間には、世界3↑世界2↑世界1という形で因果的な相互作用が存在する (ibid. p. 155 ff.) が、特に世界3↓世界2↓世界1という影響関係に関して重要な役割を担うのは言語であり、とりわけその最高次の機能たる論証機能が他の下位の機能に対して果す機能に典型的に見出せるような、有機体システムの高次の部分が下位の部分に対して行う「可塑的コントロール」(plastic control)である。すなわち、世界3において、特に言語の論証機能に依拠して試行錯誤的に産出される理論やプランによって、世界2のレヴェルでの人間の意識的思考のあり方がコントロールされ、更にそれが人間の物理的な運動をコントロールしているのである。[OJK] p. 235 ff. p. 250 ff. ポッパーの主張はかなり概括的なものではあるが、正当化、決定そして行為の基本的関係を捉えるうえで、極めて示唆に富んでいると私は思う。
- (5) cf. Popper [OJK] p. 163 ff. なお通常の問題解決の研究の例としては、参照、南監訳「心理学」一五七頁以下。ただし、後に本文でも引照するK・ドゥンカーの研究は、一種の思考実験を含む問題解決の例であり、本稿での関心に基本的にマッチするものである。
- (6) 言語そのものが既にそのような機能をもっている。cf. Popper [COR] p. 127 ff. また、cf. Raz [PRN] p. 58 ff.
- (7) ここで言う目的指向性とは、アリストテレス的な意味での目的論とは異なる、いわゆるテレオノミーと同様のものである。すなわち、それは、ある目的の唯一絶対性を前提するものではなく、またそれを達成する手段とその程度についても様々の態様がありうるものである。それ故、ここで言う目的とは可変的で仮説的なものであり、それが変更されれば、それを達成する手段についての見方も全く変りうるものである。
- (8) このことは、勿論、真理性の理念が明確で一義的であるから善や正義の理念もそうあるべきだ、ということではない。前者の理念の解釈にも様々の立場があることは周知のとおりである。ここで主張したいのは、事実の問題として、科学的説明のプラクティスにおいては真理の探究という理念が様々の理論の競争を収斂させる力を一応もっている(たとえその力の内容はよく説明できず、またその力の作用も決して強いものではなくかつ長期的なものであるとしても)と思われるのに対し、法的正当化のプラクティスにおける善や正義の理念の力は、その内容の明確性や作用の強さにおいて真理の理念に劣っていると思われるということである。もつとも、

逆に言えば、科学的説明のプラクティスは一定の方法論的要請を受容することによって様々の理論間の優劣を曲がりなりにも定めているのであり、そこに見られる真理の理念の力の強さというものは、認識における方法論的な限定という代償の下に得られているのであって、この点では、法的正当化のプラクティスにおける善や正義の理念の力の弱さとは、必ずしも思むべきことではなく、むしろ様々の種類の議論を許容することによって人間社会の自由な発展を可能にするという特長をもつものだとも言えるであろう。この点については2—3—IVを参照。

(9) cf. Popper [OKI] p. 162 f.

(10) 後出2—3—IIを参照。

(11) cf. v. Wright "Inference", p. 57 f., Hare [MOT] p. 25 ff.

(12) 前出2—1—I、三五卷六号、一七九頁以下を参照。

(13) 後出本文三三頁以下を参照。

(14) 思考心理学における問題解決の理論は、発達論的な視点からするもの(例えばJ.ピアジェ(J. Piaget)の諸研究等)と人間一般を主として対象とするもの(ゲシュタルト心理学における理論、行動主義心理学の理論、コンピュータ・シミュレーションによる理論等)に大別されるが、ここでは、注(3)で述べたように、トワイニングとミアーズや宮原氏らの示唆とも関連して、コンピュータ・シミュレーションによる理論を素材として、法的な問題解決のプロセスの記述を試みたい。尚、問題解決の理論の概観については、藤永編「心理学」三四頁以下、東編「思考」二〇七頁以下、南監訳「思考」一五四頁以下および坂元編「知能」第八章を参照。ピアジェの見解については、ピアジェ「心理学」四三—一〇八頁、一六—二三頁、一三〇—一三四頁を参照。ゲシュタルト心理学における問題解決の理論としては、ウェルトハイマー「思考」一一七頁、二四六—二八〇頁およびSchulprose...を参照。行動主義の立場からのものとしては、バーライン「思考」二一—六五頁、一一七頁—一四九頁、三九〇頁以下を参照。更に、本稿での記述の基礎とした情報処理の視点からの問題解決の理論としては、ブルーナー「思考」七三—二〇二頁(因みに、この著作は、人間の思考が仮説の定立と吟味との試行錯誤のプロセスであり、それは、ストラテジー(strategy)の自由な操作によるものであることを明らかにした画

期的な著作として評価されている。Miller et al. [PSB] pp. 41-57 pp. 159-194、訳四一―五九頁、一七八―二二頁(この著作は、ブルーナーの理論や次に挙げるサイモンらの理論を基礎として、サイバネティックス的な立場から、人間の問題解決行動を一般的にイメージ、プラン、メタ・プランの複合として捉えようとした興味深いものである。)、そして、Simon et al. "Elements", [HPS] p. 787 ff. Simon [MoT] p. 140 ff.等を参照。尚、サイモンらによる他の理論の位置づけあるいは批判については、Simon et al. "Elements", pp. 162 ff. [HPS] p. 873 ff.を参照。最後に、哲学的には、試行錯誤的な問題解決の方法は、プラグマティズムにおいて重視されて来た。cf. Peirce [PHW] p.4, p. 58 f. p. 358 ff. Dewey [HW/T] pp. 1-13, pp. 68-78, pp. 101-115, pp. 135-109 またサイモン自身による哲学的インプリケーションの説明として cf. Simon [SoA] p. 193 ff.

(15) cf. Simon [MoT] p. 210 ff.

(16) 例えば、参照、ワイゼンバウム「コンピュータ」第五章、特に一六七頁以下、また第六章、特に一八七頁以下。

(17) とりあえず、ナイサー「認知」二章、特に三七八頁以下を参照。現在では認知心理学 (cognitive science) の発達はめざましいものがあるが、ここで問題となっている点も含めてその主張のすべてを考察する余裕はここではない。ただ、今の所、私は、法的正当化は一定の主張を選択したうえでその理由づけの試みであり、一つの主張の理由づけのためにまず正当化が試みられ、それがどうしてもうまくゆかなければ改めて別の主張を選択しそれを理由づけるといふ連続的な営みであると考えており(三五巻六号、一八〇頁以下を参照)、先に述べた法的正当化のプロセスを記述するための枠組も、三つの局面でひとまとまりとなり、また各下位局面もリニアに現れると考えている。こう考えた場合、一つの解決の試みと同時に、全く主張の異なる別の解決の試みも、同じ枠組の下で進行しているのではないかということが特に問題となるのだが(前注(16))とも関連するこの問題については、成蹊大学法学部、桂木隆夫助教授(法哲学)の御指摘に多くを負っている。私は、その種の同時進行は、少なくとも同じウエイトをもちながらではあり得ないと思う。そこには規範的な問題解決のための目的に分裂があることになり、判断主体の一定のコミットメントを伴った解決は不可能になると考えられるからである。また、同一方向での解決のための複数の手段が同時に考慮されうるということも一応問題となるであろうが、私は、この場合の「同時に」ということは一定の時間的な幅をもって考えられるべきことであり、実際には一つ

一つの解決法がリニアな仕方では探求されていると思う。尚、後出注(36)を参照。

(18) ここで法的な問題の発生次元を規範的衝突に對してのメタ・レヴェルと考えるのは、問題のコンテクストに関わることであって、その内で行なわれる法的正当化そのものが、互いに衝突し合っている規範的正当化(それは多くの場合法律的に洗練された形のものではない)と同じ構造や類似の内容をもちうることを否定するものではない。ただ、法的正当化が、衝突し合っている規範的正当化に對してメタ・レヴェルにあることから、その正当化の「法的」性格について何らかの特徴が付加されていることは考えられる。この点に関しては、後出2-3-IIIを参照されたい。

(19) 法的な問題解決の積み重ねにおいて重要な役割を果しているもの一つに、「模範例」(パラディグマ)が挙げられよう。それは、あるケースについての法的正当化の際に基本的に依拠されているはずの習得された手本であるが、同時にまた、ここで言う問題発見あるいは了解のための手がかりを与えているものでもある。cf. Kuhn: *Paradigm*, p. 312 ff. また、この点で、松浦「推論」、特に一七二頁以下は興味深い。尚、cf. Lew: *JUR. P. 1 ff.* (ただし、この点で注意すべきことは、「模範例」は、それが引き金となつて一定の抽象的了解を既に判断主体の内に生み出している)であり、それに依拠した法的正当化はそれを分節化する形で行なわれるということである。成文法に基づく正当化が「模範例」の習得を支えとして初めて可能であることは重要であるが、その「模範例」は実は既により高次の法を示唆しているものだと考えなければならぬ。cf. Popper [COR] p. 44 ff.

(20) Vgl. Kelsen [RRL] S. 3 f.

(21) 例えばブライヴァシーの権利について、それを法的に取り上げるといふ場合の思考様式を考えてみよう。そこではまず、(α) 公権力との関係の場面では、ブライヴァシーの権利の人権としての性格が強調される。実際、私人間での不法行為と異なつて公権力対個人あるいは社会集団という場での前者の侵害行為は、そもそも最初から力関係における差を伴っている。ブライヴァシーの侵害が問題となりうる犯罪捜査、行政調査、データ管理等の場合、個人の情報管理やそのコントロールの力は、事実上公権力の組織化されたそれには到底及ばない。それ故、優勢な公権力への對抗上、個人や集団の側の神聖不可侵の利益として一定の人権の存在を強調することには重要な意義がある。しかし、この点でまさに、その権利の存在を「法的」に正当化しなければならないという問題が生

じて来る。一定の「法」の名の下での侵害に対しては、やはり一定の「法」の名による防護が必要となる。この場合、まずプライバシーの権利が一つの基本的人權として存在するはずであるという確信自体にはほとんど問題が生じていない。それ故、特に論議的になるのは、(a)プライバシーの概念の意味あるいは定義、(b)その権利の憲法上の人権体系内での位置づけ、(c)その権利の憲法解釈上の導出可能性、そして(d)立法政策の問題などである。(但し、(d)はここで議論とは必ずしも関係がないので省略する。)そこでまず、(a)プライバシーの権利とはそもそもどのような権利か、という点については、「ひとりにしておいてもらう権利」、自己の情報伝達についての自己決定権など様々の定義や分析が展開されて来たが、現在は、自己の情報をコントロールする権利という定義が広く受け容れられている。これらの定義づけの試みは、ある意味ではプライバシーとは何かという認識の試みであるが、しかし、それらの試みは、むしろ各々の視点からするプライバシーの実践的な問題性を端的に表現しようとするものであり、単なる認識を越えて、その概念の適用の方向と範囲を包括的に規定するという実践的なインプリケーションを持ちうるものである。従って、この定義の試みは、プライバシーの権利についての「法理」の前提条件として、その意味理解を形成するものであると言えよう。けれども日本のように制定法体系の存在している社会では議論はそれだけで止まらない。ここでは、(b)その権利を憲法の予定する人権体系内に自由権的基本権の一部たる一般的権利として位置づけるといふ議論や、更には次のような(c)憲法解釈論が展開されることになる。即ち、プライバシーの権利は「人格権」であるが、その「人格権」とは日本国憲法13条に言う「幸福追求権」の内容であり、憲法13条は包括的な権利規定として、実定法的にかつそれ自体として保障に値する権利を含むものである。それ故、例外的な場合以外は13条自体による権利保障は認められないとする説や、13条を具体的な人權の根本にある自然法的な権利の宣言であるとする説は各々批判される。また、先の考え方の補足的な根拠として、13条前段に言う「個人の尊重」と「幸福追求権」との一体不可分性や、13条は財産的利益よりも精神的利益を重視しているので私法上も当然プライバシーの利益は保護される(但し、その権利は「個人の尊重」と共に私法上は「解釈準則」として機能するに止まる)などと言われる。これら、(a)、(b)、(c)の三つの議論は、個人の人格の尊重、確保という理念を核として相互に規定し合っている。確かに、それらは憲法論として、(b)、(c)を中心に展開されている。ここでは、個人の人格の尊重、確保ということは一般的実践的な理念ではなく、憲法上の理念とされる。しかし、実は、後者は常に前

者に基礎を置いている。この点を明確にするためには、以上述べたような考え方がほとんど通説となつてゐること、換言すればそのブライヴァシーの権利についての理論が適切なものとされていることの規準は何か、という点に注目すればよい。つまり、憲法13条の解釈論に関して諸説が相互に批判し合う場合、そこで用いられる規準としては、概念の曖昧さや「非実質性」、あるいは論理の不明確性などがある。例えば、通説である「人格権」説は、他説を批判する際には権利保障による現実の利益の受容可能性や自然法の概念の曖昧さを指摘するし、またこの説に対しても、「人格」という概念の曖昧さやその概念と具体的権利との関連の不明確さ、あるいは更に高次の正当化の必要性などが指摘されている。確かにその限りでは、これらの規準は全く理論的なものであるように見える。しかし、実はそれらの規準は次のようなより上位の規準の内的一部分でしかない。即ち、そこでは、ブライヴァシーの権利が少なくとも近代法の根本理念とその憲法上の表現である「個人の尊厳」に究極的には基礎を置いていることの確認と、現代社会の問題状況に対処して不法な侵害に対する法的救済を理論的に可能ならしめることとの二つの側面からの要請が満たされるべきこと、就中、後者の要請とが基本的な条件となつてゐるのである。このような要請それ自体は、決して憲法内在的なものではない。それは、そのために憲法を定立し運用している、前提条件としての一般的実践的な目的ないしは価値観である。先に述べた(a)当該の権利を認めることの実践的意義や効果についての議論が、(a)の一般的な議論と共に、(b)や(c)の解釈論を正当化の場面においてもコントロールしていることがここでは示されているのである。尚、以上の点についてはとりあえず、伊藤「ブライバシー」特に二四頁以下、小林「展開」特に一四八頁以下、二五一頁以下、堀部「ブライバシー」特に一九頁以下、佐藤「ブライバシー」特に二三頁以下、佐藤「人格権」特に二〇四頁以下、二一九頁以下、阪本「ブライバシー」特に一九頁以下、小嶋「解釈」特に一四六頁以下などを参照。

(22) 前出、三五卷六〇号、一六七頁を参照。また、成文法がこのような性格をもつことの理由については、後出2—3—IIIを参照。

(23) ここで「法的」であるとはとりあえず、成文法のみに関わるということを意味するものではない。詳しくは、後出2—3—IIIで述べる。

(24) 注(21)の例における(a)、(b)、(c)の各議論が各々論争的であることは周知のとおりである。

(25) ただし、このことは、正当化の核となる主張が論理的に先取されるということではない。ここで述べている問題了解は、せいぜい

のところ「だいたいこの辺で解決が与えられればよいだろう」といった、未だ粗削りなものでありうる。

(26) 参照、南監訳「思考」二五六頁以下。

(27) Simon et al. "Elements" p. 162. [HPS] p. 95 ff. [MoT] p. 151 ff., Miller et al. [PSB] p. 189 ff. 訳「一一四頁以下」Simor [SOA] p. 148 ff. 南監訳「思考」一六〇頁以下を参照。

(28) Simon [SOA] p. 140 ff. 参照、南監訳「思考」一六二頁以下。

(29) 現代の議論は生物界の目的指向性を認める方向にあると言ってよいのであろう。 cf. Simon et al. "Elements" p. 151 ff. [HPS] p. 806 ff., Simon [SOA] p. 63 ff. p. 193 ff. また、cf. Popper [OKI] pp. 242 ff. ヘルタラン・フィ「システム」八八頁以下を参照。

(30) 以下において試みられている法的正当化のプロセスの記述は、基本的には既に J・フランクによって示唆されている理論を、現代の問題解決の心理学の一理論を用いて多少なりとも精緻化しようとするものでもある。ここでの主張の要点は、サイモンらの説く理論が基本的に前提としている問題解決行動の目的指向的 (goal-oriented) な性格と、フランクの主張する「勘」の機能とを重ね合わせてみることにある。もともと、サイモンらがこのような試みを直接行なっているわけではない。ただし、例えばサイモンは、「合理的決定」(rational decision-making) において「目的—手段分析」の持つ意味、特にそれが目的を規定する一つの命令文とそれに何らかの形で対応するところの手段を示す叙述文とのセットの形成および修正という形で営まれること、を示唆したり、あるいは、科学的発見における様々の発想とテストとの試行錯誤の過程を同様の見地から説明しようとしたりしている。cf. Simon [MoD] ch. 3.1, 32.52 これらの例 (特に前者) からすれば、法的正当化のプロセスの価値的な目的指向性を問題解決の心理学の理論によって説明することも決して不当なものではないと言えよう。ここで問題がありうるとすれば、それはむしろ、フランクの主張をほぼ全面的に受け容れることの適否であろう。というのは、通常、フランクの主張は、だいたいにおいて正しいが法的判断の不確実性を強調し過ぎて法的な準則が果している規制的な役割を過少評価している嫌いがある、と言われることが多いからである。しかし、フランクの主張は単なる極端な見方というわけでは決してない。むしろ、彼は、イコノクラストであると同時に極めて合理的かつ理想主義的な主張をしているのである。フランクの主張は特に事実懐疑主義と称され、事実認定の不確実性からの法の不確実性を説くのである。

れども、彼はここで、法の問題が全く情動の次元の問題に還元されることを主張しているのではない。そうではなく、フランクは、法の問題とはまさに事実とそれに対する一般的実践的な対処の問題であって、第一次的に規範的な問題ではないと主張しているのである。彼は、ピール等の厳格な法律主義者を徹底的に批判する。これは当然の事である。しかし、更に、リアリストの一方の旗手であるK・ルウェリンをも法的確実性の幻想から脱し切れていないとして批判していることに注意しなければならない。cf. Frank, [CoT] ch.5, 19, 25 フランクの考えでは、ルウェリンは法的な準則（ルール）の安定性という幻想を批判しはしたものの、結局は、それに代えて裁判官の判決の安定性という観念を導入しているのである。このフランクの批判の意味する所は重要である。即ち、フランクは、単に事実認定の不確実性を説いたに止まらない。彼は、それが法の問題の現実でありまた核心であることを強調することによって、法の仮説的な性格を指摘しているのである。cf. Frank [MMJ] Part two, ch. 6, Part three, [CoT] ch. 11, 19 更に、このことによつて、彼は法の問題をある法的判断の普遍妥当的な正当化の問題から批判的吟味による「合理性」の判定の問題へと移行させようとしてほしている。cf. Frank, [MMJ] Part one, ch. 14, 15, Part two, ch. 6, Part three, ch. 2, [CoT] ch. 14, 32 フランクの懐疑主義とは、まさに彼自身が述べるように、「建設的懐疑主義」(constructive scepticism) (Frank [CoT] p. 219) なのである。尚、この点については、cf. Paul [RFJ] p. 149 f. 次に、日本民法学における利益衡量論については、特に、水本「民法学」五一九頁以下、一七七頁以下、星野「序説」二七頁、加藤「法解釈」五七頁以下、七〇頁以下を参照。ケルゼンの法解釈論については、Kelsen [RR] s. 346 ff. ケルゼンの法解釈論は、例えばフランクのように明確に目的指向性を主張しているわけではない。しかし、ケルゼンは、法解釈の認識的次元と人間の行為としての次元とを区別して、解決の選択は意志行為の問題であるとしている。また、彼は、実定法の欠缺がある場合には、実定法に代わる規範の定立は判断者の望み通りになされうることを指摘している。従つて、ケルゼンにおいても、法解釈は通常の場合であっても最終的には目的指向的になされるものとして考えられていると言つてよいであらう。また、法学的ヘルメノイティクにおける所謂「解釈学的循環」論については、vgl. Esser [VMR] S. 134 ff. Kriele [HRJ] S. 195 ff. また、vgl. Stegmüller [SZV] S. 72

「この議論では、判決の具体的妥当性の考慮（事実認定を含む）と法規の解釈との間の相互規定関係が主張される。このとき、法規だけに着目すれば生じ得ないような問題が具体的ケースの内からは生じうるから、この循環の事実上の端緒は具体的ケースにあると

言える。この意味では循環も目的指向的なものである。

(31) 参照、大塚「各論」一〇頁以下。尚、ここでは刑法総論における体系構成の問題は一応関係がない。また、ここで述べたような問題分析は、基本的には、他の法分野でも同様に見られるものである。

(32) 将棋において事実であるのは、盤面上の駒の動きだけであり、その意味は全く将棋のルールに依存している。そのルールについて全く別のルールを付け加えれば、それが認められない限りは、そのゲームは将棋ではなくなってしまう。しかし、法的正当化において事実であるのは、人間の何らかの行為であると同時に、その、必ずしも法的ルールによってのみ与えられるわけではない、意味でもある。しかも、法的正当化においては、当該ケースに適用される法的ルールと同時にその適用自体のための法的な、いわばメタ・ルールも論議の対象とすることができる。法的正当化は、その意味で、ただ一つのルールには依存しないゲームなのである。このことが、法的正当化の開放性と重層性（特に後者）の原因の一つでもある。もっともこれらの事は、将棋と同様に法的正当化自体も一種の「ゲーム」であり、そのための基本的なルール（例えば明文の法規があれば必ずそれに言及しなければならない、というような）が黙示的にであれ存在するばかりでなく、その定石（例えば実務上常用されている理論あるいは技術といったもの）もそこには介在していることと両立不可能なわけではない。それらは、むしろ、法的正当化のプラクティスにとって不可欠なものである。ただし、ここで注意しなければならないのは、法的正当化という一種の「ゲーム」を基本的に性格づけているルールは、将棋の場合のように特定化されたものではない、ということであり、またそれ故に、定石の構成可能性が将棋の場合以上に大きくなっているということである。このことは、一方で、法的正当化における問題の分析が、その最終問題の変更にによって全面的に変更されることがありうることを、また他方で、法的正当化の定石がより可変的であることを意味している。この場合、一定の問題を設定しかつその分析の方向性を決定しているのは、勿論、本文でも述べているように、成文法の知識ではなく、その適用可能性に関わる背景知識である。

(33) 前出、三五卷六号、二〇九頁以下を参照。

(34) この場合の分析は、確かに、成文法に依拠した分析とアナロジカルに行なわれるように見えることがある。類推解釈の禁止が問題

となるということは、通常の判断の際に、默示的であるにせよ、一定の解釈方法を探らない旨の議論が必要になっているはずであることとアナロジカルであるとも言えよう。ただ、そこから直ちに、やはり成文法による正当化が法的正当化の原型だと考えることはできない。いかなる論理的レベルのいかなる種類の言明についても、それが何らかの意味をもつ限りは常に解釈がつきまとうからである。

(35) cf. Miller et. al. [PSB] p. 29 ff. 訳三二頁以下。cf. Simon [MoT] p. 159 ff. 参照。南監訳「思考」一六六頁以下。

(36) この観点からすれば、刑法学における体系構成についての議論も、あながち不毛なものとは言えないかもしれない。それは、刑法上の問題解決における思考のプロセスを把握するという側面をもっていると考えることができからである。そして、このとき、一般的なし客観的な条件の検討から個別的ないし主観的条件の検討へ進むという一つの構成法は、論理的というよりは、むしろ本文で述べている問題理解から問題分析へと進む方に基本的に対応しているように思われる。

(37) これは正当化の開放性と関連している。参照、前出、三五卷六号、三四一頁以下。

(38) 注(21)での例の場合をとると、プライヴァシーの権利を認めるか否かの議論のために(a)、(b)、(c) (あるいは更に(d))の各々の議論のポイントについて、判断主体が一定の答を用意しなければならないというわけではない。そもそもそれらが議論のポイントであるか否かさえ、議論の対象となりうるからである。

(39) ドウンカー「心理」六一一頁。特に一一頁に示されたドウンカー自身の図式化を参照。実際には被験者の解答は様々に揺れ動きながらなされたのである。

(40) この点については、Miller et. al. [PSB] p. 189 ff. 9 訳二二五頁脚注九を参照。

(41) cf. Simon [MoT] p. 153 ドウンカー「心理」一六頁以下、ブルーナー「思考」一一一頁以下および一六七頁以下を参照。これら二種類の営みは実際上はフィードバックの関係にある。cf. Miller et. al. [PSB] p. 26 ff. p. 178 ff. 訳二二七頁以下、一七八頁以下を参照。

(42) cf. Miller et. al. [PSB] p. 178 ff. 訳一七八頁以下。このような具体的な方針決定自体についての方策が、下位問題の定立や手段—目的的分析という発見法あるいはメタ—プランあるいは選択ストラテジー(ブルーナー「思考」一一二頁以下を参照)である。

(43) ドウンカー「心理」二六頁以下。このような被験者の思考法はリニアなものと言える。

(44) ここで仮説定立とその確証のプロセスが一種目的論的な仕方であらわれている点については、後出2-3-IIを参照。因みにこのプロセスはC.S. パースの言うアブダクション (abduction) と基本的に同じ形のものである。cf. Peirce [PHW] p. 150 ff. 尚、参照、伊藤「創造」特に七一頁以下。

(45) ここでのプロセスの捉え方も、前注(44)に示したのと同じである。

(46) 本文七頁以下で述べた構成、吟味、理解、批判の四つの文脈の区別と関連して、ここで述べている視点の転換は単に構成の文脈内でのものである。この文脈において、一定の論点を設定する手続的プロセスと各論点に解答を与えるプロセスとは、ちょうど我々が論文などを書く場合にそのプロットを考えることと実際に筆を進めることとの相異のように、異なつた次元に属するものである。そして、このような区別は他の三つの文脈においても同様に看取されよう。

(47) 後出本文三五頁以下を見よ。

(48) 正当化に対してその誤りを指摘する力のあるものは、ドウンカーの実験の場合のような物理的な不都合あるいは不可能性ではないし、また、科学的説明の場合における経験的事態の理論への不適合でもない。それは、全体として、その正当化に対して予想される反論である。勿論、正当化がなされてしまった後に、それが一定の事実を正しく捉えていたか、あるいは基本的な見通しや価値判断が適切であつたかということ、その後の事態の推移や新しく発見された一定の事実や価値などに基づいて問題とすることはできよう。しかし、それはここで考えている正当化にとつては、事後的な帰結の問題ではない。ここでは、あくまで、正当化の構成の際のチェックが問題なのである。

(49) Hall "Excluders", esp. p. 69 ff. ホールの説明によれば、排除詞とは、(i) 叙述的 (predicative) なものではなく修飾的 (attributive) なものであり、(ii) 全く説明めきである事柄を閉め出す (rule out) のに役立ち、そして(iii) 様々の文脈で多義的に用いられて様々の事柄を閉め出すものである。その例としては、「日常の」(ordinary)、「絶対的な」(absolute)、「明白な」(plain)、「純粋な」(pure)、「通常の」(normal)、「空虚な」(empty) 等の形容詞が特に挙げられる。

- (50) 真の事実および一義的に明確な文法という概念は、本稿の考え方からすれば、問題化されうる各々の前提条件すべてが満足されれば成立しうる、理想的、極限的なものである。
- (51) このような仮説のセットはモデュール (module) と呼ばれることがある。例えば、下位問題の定立や「手段—目的分析」といった発見法も一つのモデュールである。これによって、問題解決は極めて容易になる。また、このモデュールは分解や再結合も可能である。この点について、cf. Simon [SOA] p. 200 ff. また、南監訳「思考」一七七頁以下を参照。
- (52) cf. Simon [Mod] p. 31 ff. 参照。ブルーナー「思考」七八頁以下。また、ドゥンカー「心理」一一頁以下。
- (53) 例えば、科学理論の実質的な単純性はその理論の情報内容の豊かさによって規定することができる。cf. Popper [LSD] p. 136 ff. esp. pp. 140—142 しかし、法的正当化は、科学理論の場合のように数学的、論理的に厳密な言語を用いるわけではないし、また、それが扱おうとする事態も経験的なものには限られないので、理論の厳密さはそれほど大きいものではなく、従ってまたその情報内容の判定も厳密さを欠く。
- (54) 例えば、可能な論点のすべてについて、あらゆるデータを逐一吟味あるいは援用しながらなされる正当化であっても、その議論のプロットおよび狙いが明確であるならば、それは決して複雑なものとはならず、むしろ簡明なものと言われるであろう。このとき、そのプロットを示すのが論理的結節関係であり、その狙いを示すのが最小限の実質的仮説群である。
- (55) cf. Quine [Pol] p. 7, Hayek [LLL (I)] p. 94 ff.
- (56) cf. Kuhn [SSR] ch. 4, 5, Stegmüller "Change" p. 79 ff.
- (57) Hayek, op. cit. また嶋津「ハイエク」二〇二頁注(27)を参照。尚、この点のより詳細な説明については、後出2—3—IVで述べる。
- (58) 例えば、ドゥンカーのケースでの問題は、健康な組織を破壊することなく放射線で胃の腫瘍を破壊することであり、その解決は、それを可能にする最適の方法を一つ発見することである。
- (59) 前出本文二二頁を参照。
- (60) 以下の論点の整理は、大塚「各論」一五三頁以下に一応従った。ただし、勿論、これらが刑法三三五条の適用に関して必要にして十

分な条件であるというわけではない。

- (61) 大塚「各論」一六八頁以下を参照。
- (62) 前出本文二八頁を参照。
- (63) 大塚「各論」一五四頁以下および一七二頁を参照。
- (64) 一般的記述として、cf. Simon et al. "Elements" p. 161, Miller et al. [PSB] p. 59 ff. esp. p. 62 ff. 訳六〇頁以下、特に六四頁以下。また哲学的なものとして、cf. Popper [OKI] p. 242, Kuhn [SSR] p. 181 ff. esp. p. 185 ff. 「*レッシュ*」は「価値」と「見本例」(exemplar)の果たす役割が特に強調されているが、その意味については、前出注(19)を参照されたい。また、このトータルな価値判断は必ずしも正当化の結論とだけ関係するものではない。この点については、本文二三頁および二—三—IIの注(12)を参照。
- (65) この考えについて示唆を与えたのは、N・レッシュャー(Rescher)の主張である。レッシュャーは、真理の整合性のテストの方法の一つとして、与えられたデータの内ある選好規準によってそれを採用することに決定したものは「一応真と仮定され、どのような論理的テストにおいても常にそのまま使用されるとする方法もありうる」とし、このデータを「支点命題」(propositional pivot-point)と呼んだ。cf. Rescher [CoT] pp. 99 f.
- (66) この種の調整は、「後知恵」(hindsight) によって行われることもある。cf. Simon [MoT] p. 171 f.
- (67) 後出二—3—II、本文六二頁以下および同注(12)を参照。
- (68) 前出、三五卷六号、二二三頁以下、二四一頁以下を参照。
- (69) 前出注(21)でとりあげた「新しい人権」の議論を一瞥してみると、ここでは概略次のような議論の次元を区別することができると思われる。即ち、(i)「新しい人権」の概念的内容に関する議論、(ii)その憲法上の根拠づけのための「解釈論」、(iii)憲法より下位の制定法(特に民法)上の概念的内容およびその根拠づけ(特に後者)に関する議論、(iv)当該権利の法的効果(特に民法あるいは訴訟法上の)に関する議論、(v)当該権利を認めることの実践的な意義ないしは効果に関する議論、そして(vi)判例の分析である。但し、この(vi)は判例批評ないしは分析であって、法学者や実務家(場合によっては裁判所自身も)が自らの理論の証拠づけとして用いたりす

る場合を指しており、(i)から(v)とは性格を異にしているのでここでは扱う必要がない。本稿での主張からすれば、これらの次元は各々法的正当化の連関の上に何らかの形で位置づけられるものであり、(i)から(v)についての様々の主張の論理的に可能な組み合わせから一定の具体的ケースに関する一定の帰結を正当化できるといことになる。そこで問題は、(i)から(v)の次元が法的正当化の連関の内でのどのように位置づけられ、関連し合っているのか、ということであるが、先に注(21)で見たように、「新しい人権」の理論は、まず、その理論構成の動機においてもまたその正当化の規準においても、常に一般的な実践的な状況認識と態度決定によって包括的なコントロールを受けている。換言すれば、その理論は、その論理的構成において実践的に見て不適切な具体的帰結を導くことがより少なくなるように精練されていくのであり、そして、それに成功している理論ほどよりよい理論だということになると考えられる。その際、このプロセスないし状態の結果として、先に述べた(i)から(v)までの次元の議論は次のような正当化連関を形成している。即ち、(ii)の主目的論的な正当化の要素として(v)と(i)（特に(v)）が、また、(iii)において権利性を主張する場合の法体系上上位の前提として(ii)が、そして、(iv)の論理的な前提として(ii)や(iii)が、各々援用されている。約言すれば、(v)と(i)とをその頂点とする(ii)↓(iii)↓(iv)という正当化の上での関連がそこでは看取されるのである。更に付言すれば、特に(ii)と(iii)においては様々の解釈仮説がありうるのだが、その解釈仮説自体の根拠づけとしては、(vi)比較法的な理由あるいは方法論的な理由などが援用されている。また、(iii)から(v)までの各要素を結合する論理的形式にも演繹的なものや目的論的なものなど様々のタイプが用いられている。

(70) 解釈仮説が様々の仮説群の一部分だとして、それはどのような性格をもつ一部分となるのかという点については、後出2—3—IIIを参照。また、解釈仮説がいかにして他の仮説と関連しながら正当化に導入されるかという点については、後出2—3—II、本文六二頁以下および同注(12)を参照。

(71) 前出、三五卷六号、二〇六頁以下。例えば、「新しい人権」の「法理」においては、先の注(69)で摘示した位置づけをもつすべての理由が、「法的」なものとしてされる。しかし、直ちに明らかなように、少なくとも(v)、(i)、(vi)および(vii)の要素は、決して制定法内在的なものではない。それらは、法的正当化のみならず政策論や哲学的な価値論にも援用されるものであり、その意味でまさに一般にかつ実践的なものである。(但し、(vii)は論理形式の問題なので実践的正当化以外のものにも勿論共通である。)しかも更に注意すべ

きことがある。それは、(v)と(vi)とはそれだけで既に正当化連関の頂点に位置しうるのであるが、実は論理的には、それらは結合して、(iii)を導出するための大前提、即ち「かくかくの状況であればかくかくの権利を認めるべきである」という道徳的な原則になっているということである。目的論的正当化においては(v)と(vi)とは各々が目的の内容を表現するものとして分離されるので、この点は必ずしも明確にはならない。しかし、この原則はその場合でも黙示的な前提条件となっているのである。また、(vii)と(viii)とは諸命題間を論理的に橋渡しするその機能において、いわば法的正当化の骨組にも制定法外的な要素を浸透させているのである。かくして、「新しい人権」の「法理」は、その実質においても形式的においても一般的な実践的論証の基礎なしには成立し得ない。ここでは、権利や論理などについての「深層理論」(deep theory) (cf. Dworkin [FRS] p. 177) が不可欠なのである。

(72) 正当化のネットワークの概念については、cf. Rescher [COS] p. 39 ff.

(73) 法的正当化のプロセス自体の記述は、ここで述べた形以外にも、心理学、法社会学あるいは法論理学などの見地から様々なものが可能であろう。この点に限って言えば、その記述はとりたてて法哲学に特有の問題領域ではないと言える。しかし、法哲学的に重要であり、かつ generic point of view から重要なものは、「いかにして、そしてなぜ、我々はそのような法的正当化を行なうのか」という問題に答えることである。ここで、「いかにして」という問いに答えるのはメタ構造の記述の試みであり、「なぜ」という問いに答えるのは正当化の法的性格についての分析の試みである。

II 法的正当化のメタ構造

[1] 法的正当化がかなりの程度まで意識的、自覚的な営みであることは明らかである。法規あるいは他の関連ある規範の選択、事実の認定、法的な決定とその適切性についての考慮等いずれをとっても、それらが判断者の熟慮によって生み出されるものであり、またそうであるべきことを否定することはできない。しかし、判断者がその熟慮を遂行すると

きに自覚しうる事柄は限られている。例えば、なぜ当該ケースに当該の規範を適用しようとするのか、なぜある事実を法的にレリヴァントなものとし他の事実をそうしないのか、なぜあの決定が最良のものであると言えるのか等々の問題を自覚的に熟考し、かつ明快な説明を与えることは難しい。判断者はそれらの点については直観に依存しており、それらは後知恵によってのみある程度まで明らかにされるのである。¹⁾

より一般化して言えば、我々は、ある言明の構成とその後に関し、解釈、整序に際しては、そのいずれのレベルにおいても常に既に、一定の方向づけに従ってしまっているのである。我々が判断をするということは、無から何物かを生み出すことではない。それはむしろ、我々の内にある原初的な判断を、言語を通じて、一定の原理に従って分節化させることである。²⁾ この意味で、法的正当化が可能であるためには、その様々のレベルの各々について一定の原初的な判断がまずなされていなければならない。そして、その判断は、法的正当化のプロセスで触れたようなトータルな価値的判断であるはずである。その原初的な価値判断を可能にする枠組を与えているはずのものが、ここで言う法的正当化のメタ構造である。³⁾

このメタ構造は、既に示唆したように、単に法律的なものではない。むしろそれは、法律に体现され、かつその適用可能性を規定しているところの諸々の価値判断のための枠組そのものである。その価値の内には勿論、実質的な価値原理から必ずしもそうとは言えないより便宜的な原則に至るまで様々の種類のものが含まれる。しかし、ここで特に問題としたいのは、その価値判断枠組それ自体がもつ特徴であり、またそれと法的正当化の構成との関連性である。それは、この価値枠組の実質をなす具体的な原理そのものとは一応独立のものである。それ故、一定の法的正当化のために援用される実質的な諸原理の内容そのものについて立ち入る必要は、ここではない。⁴⁾

もつとも、この種の価値判断の枠組が「法的」なものであるという最も基本的な規定は、何らかの形で説明される必

要がある。しかし、この点については、後に正当化の法的性格について述べるべきである。それから、ここでは特に詳論はしない。⁵⁾ただ、一つ注意すべきことは、ここでは法的正当化のメタ構造を問題にしているのであるから、ここでの価値判断の枠組はあくまで我々の規範的思考様式の特徴の問題であるということである。それが規範体系そのものの性格とどのように関わるかはそれ自体重要な問題ではあるが、別に論ずる機会を俟たねばならない。

[2]さて、法的正当化のメタ構造の解明を試みるにあたって、一つの例をとりあげてみたいと思う。それは、我々の身体的な運動の制御方式の例である。これは、一見法的正当化とは何ら関わりがないように見えるかもしれない。しかし、実はそうではないのである。

今、我々がテニスの打ち合いをしているとしよう。この時、この動作はどのように制御されているのか。まずボールは注視していなければならない。しかし、私達は腕やラケットの位置を逐一確かめることはしない。それらの動きとボールの位置確認との間での反省的なフィード・バック的制御のための時間的余裕などはないからである。しかし、それにも拘らず、私達はほとんどの場合正しくボールをヒットすることができる。(この場合勿論、一定の習熟が必要である。この習熟とは、ここでのフィード・バック制御が多く回の反復の後に無意識化されてしまったと考えることができる。)また、更に私達は不断に身体を動かしてボールを待ち構え、そしてそれをヒットするときには身体の移動をも併せて行っている。特に、返球が困難なように見えるボールを追いかけて、無理な体勢からでもそれを打ち返すことができる。しかし、このように極めて敏速な反応を必要としたり、身体の揺れがあるにも拘らず、どうして私達はボールの位置を誤りなく見定めかつそれをヒットすることができるのであろうか。

この問題についてある専門家は次のようなたいへん興味深く、かつ示唆に富んだ説明をしている。——「このような

ことができるためには、眼で見た世界が頭の中に再構築され、三次元的な空間の地図が保持されているのではないかと考えられます。そして脳の中に保持されている地図を用いて、運動の中核コマンドがつくり出されるという仕掛けがあるように思われます。この場合中核の最も高次のコマンドは自分の身体に対してではなく、絶対空間に対してラケットをどのように動かせという指令です。そして次のレヴェルで、指定された軌道を通るためには、関係しているいくつかの関節のそれぞれをどのように動かせばよいかという少し下位の実行命令がつくられる。さらに、各関節を予定どおりに動かすためには、関係した筋群をどのように協調的に動かせばよいかを決める演算機構がある——〔中略〕——というような階層構造ができてるように思えるのです。」⁽⁵⁾

この説明によれば、まず、随意運動においては事実的な情報に基く絶対空間上の認知地図が作成されており、その内の一点に目標物を指定してそれに向けて運動指令が発せられることが出発点となる。ただし、絶対空間内における目標設定は細かい運動制御のすべてを規制するものではなく、あくまで基本的でかつ最終的な運動の目的を与えるものである。細かな下位の運動機構の制御は、基本的なコマンドの枠の内各々の部位自体のレヴェルで行なわれ、その階層的連鎖の結果としてボールがヒットされることになる。従って、別の角度から言えば、私達の脳は基本的には運動の目標設定を行い、具体的な運動制御はその実現に向けて各々の運動機構のレヴェルで行われる。このことは、私達の随意運動における目的指向的かつ階層的な制御システムの存在を意味している。⁽⁶⁾

今、この随意運動を法的正当化に置き換えてみると、また既に述べた法的正当化のプロセスをも考慮に入れてみると、随意運動の制御システムすなわちそのメタ・システムと法的正当化のメタ構造との間には、一つの重要なアナロジが成り立つのではないだろうか。

身体的な随意運動と法的正当化との間にあるアナロジが見出せるというのは、決して理由のないことではない。既

に述べたように法的正当化は、科学的説明や通常の道徳的正当化と構成上の同一性をもつものであり、それは結局、問題解決に定位された人間の思考の一つの表現なのであるが、随意運動もまたこの問題解決の枠組の内て捉えることができるからである。勿論思考そのものと随意運動そのものとは決して同一ではない。しかし、前者が後者の重要な一部分を成すことは明らかであろうし、また、両者共問題解決へ向けられた一定の能動性、試行錯誤性等を共有している。いわば思考は、行為のシミュレーションのレヴェルでの随意運動だとも言えよう。

ただ、一口に思考といつても様々の問題場面、様々の態様があり、法的正当化はその内の一つの局面であることから、随意運動との間にも相異があることは確かである。それは、随意運動は具体的行為まで関わっている（思考の内にも勿論その種のもが存在するが）のに対し、法的正当化は、具体的行為は言うまでもなくその直接のシミュレーションにも関わりのない、思考そのものとその言語的順序にのみ関わる理論上の営みである。ということである。具体的行為の言語的説明は前者に対してメタ・レヴェルの営みであり、法的正当化の営みは常にこのレヴェルの問題であることが注意されなければならない。

もつとも、そのような存在論的な相異があるならば、随意運動の制御システムと法的正当化のメタ構造との間にも当然相異があるはずだと思われるかもしれない。しかし、それは必ずしもそうではない。確かに後者は、具体的行為に対しては、いわばメタ・メタ・レヴェルのコントロールを果すことになるのであるが、この種の制御システムは、その対象となるもののレヴェルやそれ自身の作用のレヴェルにかかわりなく、相同的構造と機能を有すると考えることができるのである。一般にメタ・システムの特性はその作用の対象となる具体的なシステムそのものの特性からは独立しており、それ故、一つのメタ・システムが複数の具体的システムに関与することが可能だからである。

これらの点を注意したうえで、随意運動と法的正当化との間の類似性をまず確認しよう。それは次のような対照によつ

て示すことができる。すなわち、

絶対空間内の位置指定と中枢コマンドの指令

(I)

一定の「支点」命題へのコミットメントとそれに向けての正当化の指令

←

下位システムによる運動制御

(II)

様々の規準や仮説による理由づけの調整

←

実際の具体的運動

(III)

正当化の言語的定式化

いうようにである。

次にこれらのプロセスに介在している目的指向的な階層性に着目して、それを可能にしているメタ・システムの指令群を次のように示すことができる。すなわち、

「目標物を指定し、それをヒットすべく運動せよ」

(I)

「正当化の『支点』となるべき言明を指定し、それが核となるように正当化を展開せよ」

←

「各下位システムは、各々のレベルで、目標物のヒットを正確に行うように機能せよ」

(II)

「様々な理由づけは、『支点』言明の正当化を最も適切な形で行うようにせよ」

「各下位システムの機能に従って運動せよ」

⇐ (III)

「選択された理由づけの仕方に即してそれを言語的に定式化せよ」

という具合にである。

そしてここから更に、特に局面(I)および(III)に関して、次のような基本的パターンを仮定することができる。(局面IIIは、IおよびIIにおいて決定された仕方での具体的運動そのものであるので、ここでは無視する。) すなわち、

!P



∴C

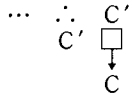
(ここで、!は指令を、□↓は可能的帰結を、∴は「従って」を示すが、それらは論理学的な意味のものではない。

またPは一定の事態を、Cはその実現のための条件を示しており、必ずしも言明を表現するものではない。随意運動のとき、それらは目的となる事態やそのための各システムの機能の総体を意味することになるが、法的正当化の場合、それらは「支点」言明ないしは言明群および理由づけの言明の複合(論理規則を含む)を意味する。更に、このパターンは部分的なものでしかないので、それが有しうる階層性を表現するときには、

!P



∴C



という形で分化が行なわれる。

である。これを仮に「目的指向的—階層的制御構造」と呼ぶとすると、法的正当化のメタ構造とは、規範的正当化のための「目的指向的—階層的制御構造」だと言えよう。

(3)ここで考えている「目的指向的—階層的制御構造」としての法的正当化のメタ構造は、一定の具体的判断状況に応じてPやCについて様々の具体的値をとり、それが一定の整序の下に分節化されて法的正当化を産み出すというものである。

既に述べたように、法的正当化のパタンには大別して義務論的なものと目的論的なものがあるが、これら2つのタイプの議論を産み出すものは、このメタ構造である。この場合異なったタイプの議論が形成されるのは、 $C \square \downarrow P$ の内に含まれている正当化の操作可能性についての配慮すなわち「正当化の戦略」¹⁾による。つまり、ここでは、「支点」命題へ向けて正当化を構成するのに義務論的な議論によるものがよいか目的論的な議論によるものがよいかという決定がなされているのである。

実際、例えば「ある行為(a)をすべし(O_a)」という判断を正当化するとすれば、前述の2つのタイプの議論が可能である。すなわち、「cならばO_aである。cである。故にO_a」あるいは「cであるべきである(O_a)。AならばCでありうる。故にO_a」というように。そして、このとき、メタ構造においては、PがO_aという値をとり、Cは各々、c

と規範的 *modus ponens* の組合せあるいは *c* と目的論との組合せを値としてとっている。

また、これとは別に、例えば義務論的な議論における条件 *c* の細分化についても、同じことがあてはまる。すなわち、*C* の認定のために別種の低位条件 *C* が定立されることがある——「*c*」ならば *c* であり、そうであるならば *O_a* である。*c* である。故に *c* である。故に *O_a* である。」というように——が、この場合、まず条件 *c* の定立のために先のメタ構造は $P \parallel O_a$ および $C \parallel c$ と *modus ponens* という値をとって機能し、更に、*c* の定立のために階層を異にして $P \parallel c$ 、 $C \parallel c$ と含意関係という値をとって機能している。

更に、以上の例では *O_a* という命題が正当化における「支点」命題であるのだが（勿論それ以外のこともありうる）、正当化がそれを目標とする「負のフィード・バック」の内に形成されることは、条件 *c* や *c* その他がメタ構造の内での目的指向的に導入されることにおいて示されている。また低位条件 *c* についても同じことが言える。このメタ構造が一種の目的と手段の連鎖でありうるものが、正当化におけるフィード・バックを規定しているのである。⁽¹²⁾

以上のメタ構造の記述に関しては、更に以下のことを注意しなければならない。

第一に、*P* という要素は、この構造においては常に価値的判断が先行していることを示しているという点である。それは、構造全体との機能上の関係においては目的であるが、それ自体の内容においては一つの価値であり、規範である。もつとも、それは法規範を意味するとは限らないし、ここで提示された限りでは、特定の内容をもった価値であるわけではない。この点で、その構造全体は一種結果主義的な原理を表現するものではあるが、しかし、倫理的な意味での結果主義 (*consequentialism*) を意味するものではなく、それとはレヴェルを異にするものである。

第二に、*P* は必ずしも「主観的」なものとは限らない。それは、判断主体に必ずしも依存しない、正当化の（メタ）構造上の一要素である。一人の判断主体にとつての *P* が複数の判断主体に共通であることはあり得ないことではないし、

逆に、一人の主体がある!Pを複数主体が共有しているものと思ひ込んでいるということもありうる。¹⁴⁾

第三に、ここで述べているメタ構造は、複雑な規範的ネットワークに偏在している一つのパターンあるいは形式である。従つて、その各部分に関わる開放的で連続的な鎖がどこで止まることになるかは、決して一意的に明確なわけではない。言い換えれば、!Pの具体的内容がいかなるものまで含みうるかは必ずしも確定的ではない。このことは、とりもなおさず、規範的正当化のネットワークと法的正当化のネットワークとが連続的かつ相互浸透的であつて、そこに一定の明確なボーダーラインを引けるわけではないことを意味している。それは、決して明確とは言えないが、「それで十分だ」というところで止まる」のである。¹⁵⁾

しかし、この問題は、正当化の法的性格の問題へとつながつているので、ここではこれ以上の言及はしない。ただ、人間の法的知識一般は、おそらく、人間が所有しかつ用いることのできる様々の規範のレパートリーとその適用条件を付随的に規定している様々の事實的知識との複合体にその根をもつていのではないだろうか。そして、その複合的知識が何らかの仕方での体系的な分化を経たものが、我々が今依拠している、法律の体系とそれに対応する法的正当化の様式なのではないだろうか。そうだとすれば、その分化の道筋を辿ることが、正当化の法的性格を明らかにする一つの重要な方途となるであろう。

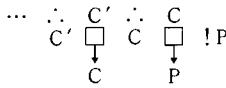
注

(一) cf. Polanyi [PEK] p. 120 ff., Simon [MOD] p. 292 ff. これらは共に科学的発見における「暗黙知的な要素」(tacit component)の意義を述べたものであるが、同じことは法的判断の場合にも言える。cf. Hayek [LL(1)] p. 72 ff., [LL(2)] p. 8 ff.

- (2) cf. Polanyi [PEK] p. 77 ff., Hayek [LL(1)] p. 76 f.
- (3) ここで言うメタ構造は、我々の具体的判断の場面では暗黙の内に従われてしまっているものである。もともと、それは我々にとつては無意識なものであるのだから、それがここで述べようとするように自覚化されるものかどうかということは、問題が残っているかもしれない。しかし、仮にこの種の試みが常にその外側に解明不可能な領域を残してしまうものだととしても、その試みが事柄の一端を捉えていないわけではない限り、哲学的に重要な意味をもつはずである。
- (4) ここで問題であるのは、法的正当化の形式の形式、すなわちメタ形式の特徴である。
- (5) 後出 2—III—3 を参照。
- (6) 笠井「運動」六一—六二頁。
- (7) 参照、笠井「運動」七八頁以下。cf. Polanyi [PEK] p. 49 ff., Simon [SoA] p. 193 ff.
- (8) cf. Simon [Mod] p. 154 ff.
- (9) 例えば、今仮に、「手段—目的分析」の手法に従ってコンピュータによるある問題解決のためのプログラムが立てられ、当初意図された人間の一定の行動についての問題解決が達成されたとしよう。このとき、そのプログラムは人間の行動様式を示す一つのシステムとされ、そのメタ・システムとして「手段—目的分析」という発見法が考えられるわけだが、このような仕方では数学的な問題解決や言語理解についての問題解決のプログラムも構成でき、かつ適切な処理が可能だということになるとすれば、「手段—目的分析」それ自体は様々の具体的問題解決システムに関与しうることになる。
- (10) ここで言うメタ・システムの内容が指令という形で示されるか否かという点については、私自身必ずしも明確ではない。しかし、指令あるいは禁止の指令が一般に価値の基礎であることは、よく指摘されるところである。e. g. Hayek [LL(2)] p. 35 ff., Castaneda "Ought's", p. 271 ff., [THD] p. 179 ff. ただし、勿論それは権力者の命令と同一だというわけではない。前者の指令がどのような発生的基礎をもつものであるかということは、おそらく進化論的な問題領域に属する事柄だからである。
- (11) その内実は、例えば意思決定の理論などによって与えられると考えられるかもしれない。それについて詳しく論ずるには別稿を必

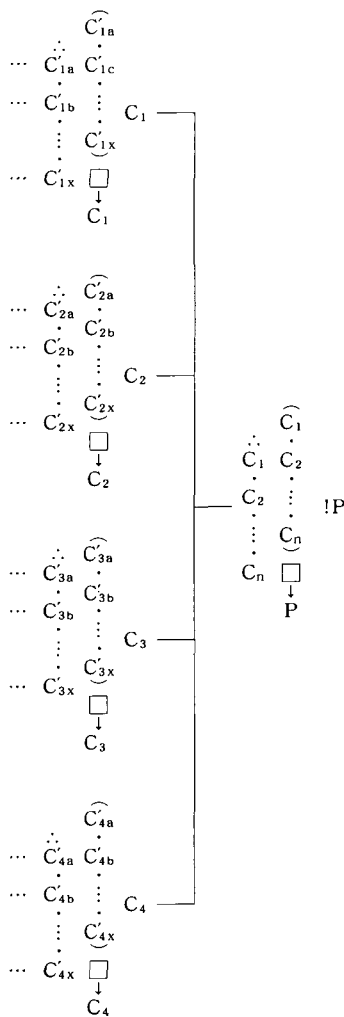
要とするであろうが、注意しておくべきことは、私の考えでは、「正当化の戦略」は常に正当化の「支点」に相対的に働くものであり、「戦略」の結果だけが確率的に考慮されるものではない、ということである。それ故、「正当化の戦略」の内実が直ちに所謂ベイジ的な決定様式に従うと考えることはできないであろう。cf. Simon [RHA] p. 177. また、近年、法的正当化におけるレトリックの意義が強調されているが（例えば、参照、田中「合理性」九月号一八頁以下）、それがもし正当化の手段としてのレトリック論の意義を強調するのであれば、様々のレトリックの選択の規準が更に問題とされねばならないであろう。それはまさに「正当化の戦略」の問題であるはずである。また、形式論理だけでは割り切れないとされる法的な議論領域の特徴づけとしてレトリックの横溢する言語空間という見方をとるといのであれば、法的かつレトリック的言語空間とはいかなるものであるかという点を更に追求しなければならぬであろう。この場合にも言語空間の生成原理の一つとして解釈される「正当化の戦略」が重要な発見的意義をもつはずである。（この点については、後出2—3—IIIを参照。）これらの点について、法的正当化のメタ構造と「正当化の戦略」の記述の試みは、勿論その問題の全面解決ではないとしても、少なくとも今後の議論の一つの方向を開きうるものではないだろうか。

(12) 先に本文で示したように、一般的には、正当化の目的（「支点」）の達成のためには、



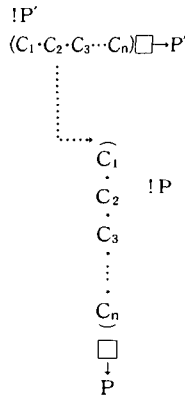
という形で様々の仮説群が正当化に導入されてくるのだが、ここでは条件の階層化（Cを第1階とすると、C'は第2階、C''は第3階：となる。）と同時に複合化（例えばC'の内容が細分化されること）も進められる。（因みに、この結果として正当化の階層性や複合性が生ずるのであり、またこの階層化や複合化は、正当化目的の適切な達成のために、必要な限り進められうるので、正当化の操作性や

開放性をもたらずのである。この場合、それは



(ここで $C_1 \cdot C_2 \cdots C_n$ における \cdot は一応連言的な関係を示す。) といった形で進められることになろう。従って、本文で述べられている関係は、① P、② $(C_1 \cdot C_2 \cdots C_n)$ 、③ $(C_{1a} \cdot C_{1b} \cdots C_{1x})$ 、④ $(C_{2a} \cdot C_{2b} \cdots C_{2x})$ 、⑤ $(C_{3a} \cdot C_{3b} \cdots C_{3x})$ 、⑥ $(C_{4a} \cdot C_{4b} \cdots C_{4x})$ の間に全体として、③、④、⑤、⑥ $\square \downarrow$ ② $\square \downarrow$ ① という目的指向の関係であり、また同時に、その広がり、すなわち更なる階層化、複合化の進行が、①を中心とするいわば向心力によって規制されていて、それが正当化における「負のフィードバック」をもたらしている、というものである。そこで、先に本文三五頁で述べた仮説群 a、a、b、c、d、e と正当化の「支点」設立のための仮説 β との関係については、ここで示した図式に則して、次のように説明できよう。まず a あるいは a' は !P のレヴェルで導入される。b は $(C_1 \cdot C_2 \cdot C_3 \cdots C_n)$ $\square \downarrow$ P のレヴェルで導入される。(ここでは $C_1 \cdot C_2 \cdot C_3 \cdots C_n$ は一定の法規の援用および適

用の条件を示すと解釈される。)そしてc、d、eは各々C₁、C₂、C₃の内実を定めるレヴェルで導入される。(因みに、非—成文法的正当化に関わる(vi)、(vii)、(viii)、(ix)などの仮説(本文三六頁)も、同様にして、Cの内実を定めるレヴェルで導入されよう。)ここで、今、正当化の「支点」はbに定められたとしよう。(ちようど電気窃盗のケースのように、あくまで成文法の援用が問題となる場合を考える。)このとき、まずc、d、eはbの適用を肯定する方向で位置づけられることになるので、そこで問題となるのはbとβとの関係である。ここでbの設定は次のようになされる。(本文三六頁参照。)即ち、「当該のケースはあくまで成文法で処理すべきだ」↓「bを適用すればそのように処理できる」↓「故にbを正当化の『支点』とする」(β)という具合に。従って、まず言えることは、βは、先に示したメタ構造の更に外側からb、すなわち(C₁・C₂・C₃・…・C_n)の導入そのものについて働いているということである。これは、「支点」設定のための仮説は他の実質的仮説群に対してメタ・レヴェルにある、ということを意味している。次に、bの導入のためのβの設定は明らかに、既に述べてきたメタ構造に依拠して行なわれている。それ故、ここでは、



といったメタ構造の重疊的な働き方が看取されることになる。従ってbとβとの直接の関係は、結局の所、!Pと!Pとの関係の帰結であると言える。では、!Pすなわち「当該ケースはあくまで成文法で処理すべきだ」という判断と、!Pすなわちaあるいはa'、「かくかくのケースは法的に処理されうる」という判断との関係はいかなるものであるか。それは、例えば、「あるケースが法的に処理されるのであれば、それは成文法を尊重して行なうべきだ」といった第三の価値判断によって結びつけられるのかもしれない。仮にそうだとすれば、そこで中心となっているのはやはり!Pのレヴェルの判断だということになるであろうか。

- (13) 従って、事実の問題として、法的判断あるいは正当化の主観性と言えば直ちに判断する人間個人の問題だと考えてしまうのは、誤りである。また、逆に、判断が客観的だと主張することが実は全く主観的だということもありうる。
- (14) 前出2—2—1の⑦を参照。このような仮説のネットワークの外縁がどのようなものであるかは今の所よくわからないが、問題となっている正当化の部分から離れば離れるほど当の部分との直接的な関連性は少なくなっていくであろうし、また、論議の際の焦点も移動し変化していくであろう。

(未完)

〔文献補遺〕

- ▲ Laudan, I., *Progress and Lis Problems*(Univ. of California Press, 1977) [PIP] (引用略号、以下同じ。)
- ▲ ナイサー (Neisser) V., 認知心理学 (一九六七、大羽泰訳、誠信書房、一九八二) [認知]
- ▲ Popper, K., *Conjectures and Refutations* (Basic Books, 1962)[COR]
- ▲ Quine, W. V. O., *Philosophy of Logic* (Prentice-Hall, 1970)[Pol]
- ▲ Rescher, N., *Cognitive Systematization* (Rowman & Littlefield, 1979)[COS]
- ▲ Stegmüller, W., "Accidental ('non-substantial') theory change and theory dislodgement"(in: Cutting, G., ed. *Paradigms and Revolutions*, Univ. of Notre Dame Press, 1980, pp. 75—93) "Change"
- ▲ ワイゼンbaum (Weisenbaum), J., コンピュータ・パワー (一九六七、秋葉忠利訳、サイマル出版会、一九七九) [コンピュータ]
- ▲ 堀部政男、現代のプライバシー (岩波書店、一九八〇年) [プライバシー]
- ▲ 伊藤正己、プライバシーの権利 (岩波書店、一九六三年) [プライバシー]

▲小林直樹、現代基本権の展開（岩波書店、一九七六年）〔展開〕

▲小嶋和司、「法源としての憲法典の価値について——憲法解釈の基本問題を機縁として」（田中二郎先生古稀記念、公法の理論、下

Ⅰ、有斐閣、一九六七年、一四四五——一四七三頁）〔解釈〕

▲阪本昌成、「プライバシーの権利」（奥平康弘・杉原泰雄編、憲法学Ⅱ、人権の基本問題Ⅱ、有斐閣、一九六七年、一四——二八頁）「プライバシー」

▲坂元昂編、現代基礎心理学Ⅰ、思考・知能・言語（東大出版会、一九八三年）〔知能〕

▲佐藤幸治、「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察（Ⅰ）——比較法的検討」（法学論叢八六卷五〇号、一九六九年、一——五三頁）「プライバシー」

▲——、「憲法と人格権」（体系憲法判例研究Ⅲ、日本評論社、一九七五年、一九九——二四〇頁）「人格権」

〔追記〕この第3節の内、Ⅰに関しては、草稿をまとめた段階で北海道大学法学部の瀬川信久教授（民法）に目を通していただき、貴重な御助言と御批判とをいただいた。ここに特に記して感謝する次第である。いただいた御助言をうまく生かしたか、また御批判に適切に答え得ているか、甚だ心もとないが、その責任は勿論私にある。（一九八六・九・二六）

<Summaries of Contents>

An Essay on the Nature and Objectivity
of Legal Justification — Part I (2) —
— from a generic point of view —

KO HASEGAWA*

- Ch. 1 Introduction
- Ch. 2 The Nature of Legal Justification
 - §. 1 Critical Considerations on Some Models of Legal Justification
 - I. The “dualistic” Model
 - II. The “informal” Model
 - III. The “argumentation” Model
 - §. 2 Explanation and Justification — a homology
 - I. Scientific Explanation
 - II. Practical Justification
 - III. Explanation, Justification and Value (vol. 35, No. 6)
 - §. 3 The System of Legal Justification
 - I. The Process of Legal Justification
 - II. The Metastructure of Legal Justification
(to be continued)

My next subject is to try to analyse the system of legal justification, based on the position which is accomplished until the last section. For this purpose, I think four sub-themes should be investigated. The former two themes, which are presented above, make one set. They are concerned with the dynamics of legal justification which proceeds with a spiral relation between psychological and logical process. The latter two themes are concerned with the investigation into

* Associate Professor of Philosophy of Law, Hokkaido University

the "legal" character of justification and the reconsideration on the nature of legal interpretation. They will be dealt later.

First, the process of legal justification is described here as the process of normative problem-solving. For this description, knowledge of modern psychology of thinking, especially so-called cognitive psychology of human problem-solving, is utilized. Of course it is utilized not directly but analogically, because there are some significant differences between simple and concrete problem-solving and legal justification as normative and linguistic problem-solving. However, the leading idea here is that there exists a homology between two kinds of problem-solving and that, from a generic point of view, it must be much suggestive to utilize the concept of problem-solving developed in a variety of modern disciplines for the theoretical understanding of the process of legal justification. From this perspective, I assume that there exist three phases of the process : the understanding of the "legal" problem, the heuristic analysis of the problem and the solution-giving for the problem. Each phase is dividing further into two sub-phases. The first phase is divided into the identification of the problem and the general presumption of the points to be argued. The second phase is divided into the fixation of the points to be argued and the presentation of the outline for the solution. The third phase is divided into the investigation of the possible solution on each point and the arrangement of the solutions. Also, these phases are assumed to be continuously operating, although in fact they might be operating simultaneously. By this analysis, the following points are established or suggested : that the understanding of the problem-character of the case does not depend solely on the content of positive law but on general normative presuppositions of the case ; that two types of heuristic method, problem-reduction procedure and means-ends analysis, are generally used in legal justification for crystallizing the outlines and points of argument ; that hypotheses for concrete solutions to each point are introduced from a viewpoint which is independent of the foregoing problem-analysis ; that the whole solution of the case is established through arranging a variety of solutions to each point and

there operate two principles, namely the principle of maximum logic and minimum hypothesis and the principle of minimum mutilation ; that the whole justification is put in order centering around the "pivotal points" of justification which are derived from the basic total value judgement ; and that many kinds of hypotheses, general or specific, legal or non-legal etc., make a systematic network in the justification.

Next, I give a description of the metastructure of legal justification which basically controls the process of legal justification. This metastructure is imagined in utilizing an analogy of the purposive and stratified control structure of human bodily movement, particularly the act of hitting a tennis ball. Along this line of thinking, a formal description of the metastructure itself and the process of producing concrete justification is given as the purposive and stratified control structure of human normative justification which is hidden behind the phenomenal process of legal justification.

(to be continued)