



|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 法的正当化の構成と客観性についての一試論（1）（3・完） -from a generic point of view-                       |
| Author(s)        | 長谷川, 晃; HASEGAWA, Ko  |
| Citation         | 北大法学論集, 37(6), 1-68   |
| Issue Date       | 1987-03-27  |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/16536">https://hdl.handle.net/2115/16536</a> |
| Type             | departmental bulletin paper   |
| File Information | 37(6)_p1-68.pdf   |



法的正当化の構成と客観性についての一試論 (I) (3・完)

— from a generic point of view —

長谷川

晃こぶ

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 (以下三五卷六号)

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 (以上三六卷五・六号)

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 (以上本号)

## III 正当化の法的性格

[1]法的正当化は、人間の知的な営みの内でも社会的に極めて重要なものとして、他の知的営みとは異なる一定の特徴をもちうるものである。

従来、この特徴としては、法的正当化の特殊性という形で、裁判という場の制度的な特性、判決三段論法の混合的な性格、制定法解釈上の諸技法（一般化、類推、一般条項の援用、法律構成、目的論的解釈、反対解釈など）の特殊性、あるいは更に様々の利害の調整を図る法律家のバランス感覚の介入などが指摘されて来た。<sup>(1)</sup> これらのいずれも、各々法的正当化の重要な側面を捉えたものとして首肯できるものである。特にそれらは、少なくとも近代以降の法体系に多かれ少なかれ特徴的に見出せる事柄であろう。しかし、それらが決して誤りではないにせよ、これらの点をもつて直ちに法的正当化の特殊性を示すものと考えすることはできない。

既に述べたように、法的正当化は規範的正当化の一ヴァリエーションであり、しかも、形式的にもそして質的にもかなりの程度まで他の思考の営みと相同性をもっているものである。それ故、法的正当化を当初から特殊なものとして位置づける見方は、二重の意味で誤りを犯している。すなわち、そのような見方はまず法的正当化の基本的特性を見誤り、かつその特性との関連の下で派生してくるはずの適切な意味での特殊性を捉えそこなっているのである。特に後者の点に関しては、法的正当化の特殊性の問題とは正当化の態様やその構成要素そのものではなく、むしろその正当化がなされる文脈に相対的に生ずる何らかの条件による、正当化のネットワーク全体に関わる変化の問題として位置づけられ、分析されねばならないと言える。もしこのような正当化の一般的特性とその変奏の条件という見方をとらずに、性急に

法的正当化の、特に判定法との関わりでの特殊性のみを問うとすれば、それは法的正当化の本性の理解に資するところはほとんどなく、ただ既存の法的ドグマの確認を反復するだけの結果しかもたらさないであろう。ここでは、素朴に現れる議論形式や實際上顕著な現象を明確にすることはできても、それがなぜ法的なものとして用いられるのかという問題に答えることはできない。求められるべきは、一定の枠組の了解を無批判的に受容したうえでの整理ではなく、我々の法思考の可能性そのものを批判的に分析することなのである。

以下では、本稿で述べられて来た法的正当化についての generic な見方の延長線上で、特に、法的に特殊とされる正当化形式の意義、正当化の法的性格を産み出す文脈的条件と正当化そのものの性格変化について分析をすることとしたい。尚、法律家の利害調整上のバランス感覚と言われるものは、その一部分は心理学的な傾向性の問題でありまた他の部分は規範的な判断基準そのものの問題であるし、更に残余の部分があるとしてもそれは正当化の構成の問題として論じられたと考えるので、以下では特に論じないことにする。<sup>(2)</sup>

[2]最初に、法的正当化に特有の形式についてであるが、それには通常、反対解釈、類推解釈、目的論的解釈などが挙げられることが多い。<sup>(3)</sup>

確かに、これらの形式が法的正当化の基本的なパターン、特に前件肯定式にのらないことは明らかである。しかし、まず、その前件肯定式自体が極めて限定された、あるいは省略的な形式であることは既に示された通りであるから、それらの形式上の特異性をもって直ちに法的正当化の固有の議論形式であるということは言えない。また、これらの議論形式は他の説明や正当化においても援用されうるものである。すなわち、目的論が実践的正当化一般に通じる形式であることは前述したとおりであるし、そして、類推解釈も法的正当化では必ずしも厳密な同一性が問題とされるわけではな

いことを示しているにすぎず、しかも類推作用自体は、様々な説明や正当化においてもまたその基礎となる我々の認識作用一般においても常に用いられていることは明らかである。更に反対解釈も、他の説明や正当化においてはそれほど明示的に規則化されてはいなくとも援用可能なものであることは明らかである。<sup>(4)</sup> したがって、法的正当化において特にそれらの形式が着目されるのは、それが法的正当化に特有の形式だからというわけでは全くない。そこで問題となるのはむしろ、それらが様々な領域で用いられうるにもかかわらずなぜ法的正当化において特にそのように自覚化された重要視されるのか、ということである。

ここで、既述の主張とも関連する以下での論議のための枠組を整理することにした。先の法的正当化の構成についての議論では、まず正当化の構造自体に着目し、また発生の文脈と正当化の文脈とを一応区別して前者の問題の内に構造の議論を位置づけ、更にその発生の文脈の内でも、心理的要素をも含んだブラクティスそのもの（プロセス）とそれによって構成される正当化自体の広い意味で論理的な構造とを区別した（そして正当化の形式論理的な構造はその全体構造のいわば収束点とされた）のであった。それ故、これらの区別に則するならば、以下の議論においては次のような問題次元が区別されるべきであろう。即ち、①ヒューリスティックな次元での各正当化形式の、(a)ブラクティスそのものの、および(b)広い意味での論理構造、②各正当化形式の厳密な意味での論理構造、③各論証形式の「法的」なコンテキスト内での機能、④各論証形式の「法的」なコンテキスト内での意義、の四つの次元である。

従って、先には、この区別からすれば、①、②の次元はどのような正当化形式においても共通であるということが主張されたのであり、そしてここでは、③、④の次元に関してこれらの正当化が法的であることの意味が見い出されるかもしれないと予想されるのである。そこで以下では、この③、④の次元に関して、便宜上、目的論、類推、反対解釈の順で検討を試みることにしよう。

まず目的論について述べると、③に関しては、目的論的な解釈方法それ自体の特性が問題となる。

目的論的解釈は通常、(i)かくかくのことが当該の法全体や文言の目的あるいは解決を要する事情（目的）である、(ii)かくかくの解釈をとればその目的が実現されるであろう。(iii)それ故かくかくの解釈がとられるべきである、という形で行われる。この論理構造自体には特別の性格はない。もしこの解釈方法全体に関してある特性がとすれば、それは、目的や事情解釈の命題の内容が単に定言的なものではなく、常に「法的には……である」あるいは「法の解釈としては……である」という形をとる、ということであるかもしれない。しかし、第一に「法的」ということや法解釈が常に一般的実践的な正当化の問題へ結びついていて決して制定法のみに関わっていないわけではないことは既に明らかにされたとおりであり、目的論そのものは演繹的な導出とは異なつた形のそれ自体として重要な一般的実践的な正当化形式であることも既に述べられたとおりである。更に、「……として」という限定づけ自体も目的論的解釈に特有のものではない。そもそも、通常の命題がこの「……として」構造を持つていないわけでは決してない。例えば、「認識としては……である」、「実践的な提言としては……である」などという場合から「かくかくの事態を……として捉える」という場合に至るまで、「……として」という構造は、黙示的にであれ、また多少共性格を異にしながらも、常に我々の認識の内に存在している<sup>5)</sup>。そうだとすれば、「法的には……である」や「法の解釈としては……である」という限定語の機能は、他人の主張に対する批判との関連で生ずる種の境界設定ないしは一種の「排除詞」<sup>6)</sup>であると考えられる。そして、この機能そのものは必ずしも「特殊—法的」なものとは考えられないであろう。

次に④の次元に関してはどうかであろうか。ここでは明らかに、目的論は重要な意義を持っている。即ち、「新しい人権」の憲法論的な正当化や私法的な正当化の際によく見られるように、この正当化形式では或る面で道徳的基本性・中立性を確保できるという利点がある。つまり、法の目的はかくかくである、かくかくの解釈をとればその目的は実現される

であらう、などの表現を用いての正当化は、目的の「状態性」やそれとの関連の「因果性」によって、事実とその関連に基づいた正当化として述べられたり、あるいは少なくともそれと同等の効力をもつものとして提示されうるからである。もつとも、目的を表現する命題もやはり価値判断を既に含んでいると考えられるし、また、解釈と目的との関連も必ずしも「因果的」あるいは厳密に論理的なものではない。それ故、目的論による道徳的中立性の確保は、それが展開される文脈内での目的の自明性ないしは共有可能性に由来する、正当化の事実上の省略可能性に依拠するものであると<sup>(7)</sup>考えられる。

次に類推について述べよう。

まず③の次元に関しては、例えば科学的説明と制定法の解釈とでは若干様相が異なる。

科学的説明では、①、②の次元の問題はあつてもこの③の次元の問題は生じない。一旦ある科学理論が類推によって思いつかれた後には、その類推は当の理論の妥当性の問題にとつては意味がなくなる。そこではもはや、理論の経験的内容のみが重要なのである。<sup>(8)</sup>しかし、制定法の解釈の場合には、類推は、単にヒューリスティックな指針に止まらず、それ自体が当の解釈論の正当化の根拠となりうるという点に注意しなければならない。<sup>(9)</sup>

けれども、このことは必ずしも類推が「特殊—法的」であることを意味するわけではないと思われる。類推のそのような機能は確かに認められる。しかし、その機能に関してはその基本となる制定法の文言の意味の確定性が前提条件となっており、それが前提されるからこそ、類推は正当化の機能を果しうるのである。もつとも、制定法の文言の意味の確定性は必ずしも保証されているわけではない。そこには様々の仮説が介在しているのであつて、それに関して不確定性が存在する限りは制定法の文言の意味も不確定的である。そうだとすれば、このとき類推の正当化機能の問題は制定法の解釈そのものの問題と一体化することになり、結局は、その正否は一般的な実践的正当化そのものの問題に帰着す

ることになるであろう。

さて、④の次元に関しては、類推は、制定法の權威の下でその運用を柔軟にしうるものとして意義があることは明らかである。しかし、それは法的に固有の問題というよりもむしろ一般的実践的な問題に関わっている。例えば、刑法における類推禁止の原理についての議論は、それが法的な必然性の問題であるよりは、公権力の行使に対して基本的にどのような評価を持つかという問題であることを示している。<sup>(10)</sup>そこでは、反—権力的な立場においてはその原理が厳格に解釈されるであろうし、権力支持的な立場においては緩く解釈されるであろう。

最後に反対解釈について述べることにしたい。

③の次元に関しては、この正当化形式は類推の場合と同様の正当化の機能（但し、それは当該制定法の運用がないことについての）がある。しかし、先の場合と同様、そのためには当の制定法の文言の意味が確定的であることを要するであろう。そして、そうだとすれば、それは一般的な実践的正当化の問題に帰着するであろう。この点については、これ以上多言を要しまい。

この反対解釈の特徴は、特に④の次元にあるように思われる。つまり、それは議論の相手方の言の文字通りの（あるいは表面上の）意味に着目し、それを逆手にとって、相手の主張の意図せざる論理的含意を突くのに最も適しているという意義を持っているのである。この形式は、その意味で、批判者の側に有利な論法としての価値を持っている。それは勿論一般的実践的なものであり得る。「今日は美人だね」と声をかければ、「いつもは美人じゃないっていうの」と切り返されるのは、ごく日常茶飯事である。制定法の反対解釈はその応用例の一つであると言えよう。

以上に述べて来たように、「特殊—法的」な正当化形式と言われるものは、その正当化の構造においてだけではなく、そのコンテキスト依存的な意義においても必ずしも特殊なものではないと思われる。むしろ、それらは、自らの正当化

の負担を軽減したり、あるいは反問によって相手方の正当化の負担を増したりという、一般的な実践的正当化の遂行上の一つの重要な方途として意義を持っており、特に法的正当化のように公権力の行使の可能性と個人や社会集団の対抗あるいは批判との力の拮抗という緊張関係の下にある正当化においては、それが尖鋭的に現れると考えられるのではないだろうか。

[3] それでは、より一般的に見て、正当化とその文脈の関係そして特にそれが法的であることの意義は、いかなる点に見出せるのであろうか。

ここで私は、問題となっている関係を明確にするために正当化のプラクティスにおける三つの基本的次元を区別したいと思う。すなわち、正当化がそこにおいて必要となり、また展開される問題状況ないしは場（以下では便宜上「正当化の場」と呼ぶ）、正当化を行うための人間の一般的能力ないしはその基本的条件（同じく以下では「正当化の能力」と呼ぶ）、およびそれらと密接に関連して、正当化連関上に現れる或る特性の三つである。正当化の場と正当化の能力とは、各々、最後の特性に対してその外的および内的な規定を与えるものである。そしてこれらによって規定される特性とは、既に見て来たように、正当化の論理形式上の相異なるいはそれに含まれる言明群そのものの質的相異なるものではなく、むしろこれらの要素の相対的な布置変化によるものと考えられる。つまり、正当化の論理やその正当化内部の言明そのものが外的あるいは内的条件によって変わるのではなく、それらの強度や組み合わせ方が変わると考えられるのである。このような正当化そのものの特性をここでは、正当化のモード(mode)と呼ぶことにしたい。かくしてここでは、正当化の法的性格は、正当化の場の一定の特徴と正当化の能力の一定の条件との関数としての正当化のモードにおける或る特徴の問題として考えられることになるであろう。それは決して正当化連関内のいずれか特定の要素の質

的变化の問題ではなく、正当化の全体に関わるいわば転調の問題である。

このような区別とそこから予想されている分析の方向とが一つの作業仮説であることは言うまでもない。しかし、それは我々の正当化のプラクティスの一定の事実を反映するものであると私は考えている。我々の正当化の営みは、仮定的なものであれ實際上必要なものであれ、また黙示的なものであれ明示的なものであれ、一定の社会的かつ実践的な問題状況とその解決のための大小様々の広い意味での制度的場面とを前提しているはずである。そのことは個人的葛藤の解決から一国の政治問題の解決に至るまで、自己を取り巻く具体的な生活環境や一国の政治的諸制度などに関して一般的に想定されうるはずである。また、我々は各人が有する情報、知識、信念などに基づいてそれらの問題を解決しようとする。社会的かつ実践的な問題を処理するのは我々自身であつて、可能な処理の内いずれのものが實際上優越的な効力をもつに至るかということは二次的な問題に止まる。このような形で我々の正当化のプラクティスが外的な問題状況と内的な主体的思考との複合として営まれていくことには疑問の余地はないように思われる。更に、正当化のモードに関して言えば、まず正当化の構成そのものと正当化のプラクティスとは一応区別される客観的次元のものでありえ、そしてそれらの性格には一定の対応関係がありうることに問題はないであらう。それはちょうど言語使用のプラクティスと言語そのものの構造とが一応区別され、かつそれらの間に一定の対応関係が見出せるのと全く同様の事柄である。この場合、問題はそのような対応関係を見出せるのはいかなる部分であるかということになるのだが、それが言語の構造においてはヘアーの言うトピックという一種様相的な部分であつたことに鑑みると、それとアナロジカルに、問題となる部分は正当化の構成全体がもちうる布置上の性格としてのモードであると考えすることは必ずしも不適切ではないと思われる<sup>(1)</sup>。いずれにせよ、これらの点、とりわけ最後の点はより詳しく展開されたうえで改めて吟味されるべきであらうから、ここではこれ以上の言及は控えることにして、正当化の場の問題と正当化の能力の問題とを分けて、次に述

[4]正当化の場という角度から法を捉えるとき、そこで重要なのは法の機能である。ただし、ここで法の機能という場合に重要なのは、法社会学などにおいてよく説かれる社会統制、紛争処理、再分配あるいは社会改革などの法体系全体のいわばアウトプットの次元での機能<sup>(12)</sup>ではない。重要なのはむしろ、法がこれらの外的な機能を果たす場合に共通して見出されるところの規範的処理の特性そのもの、すなわち内的な機能である。見方を変えて言うと、例えば法と道徳とは多かれ少なかれ先の外的な機能を共有しようとしてもそこには何かしら各々の規範的な問題解決の様式や射程などにおいて相異がありうるはずであるが、この後者の次元での各々の機能の相異に今こ<sup>(13)</sup>こでは着目するのである。ある正当化が法的性格をもつという場合にその背景的条件の一つとして考えられなければならないのは、その正当化が遂行された後に生じうる社会的帰結ではなく、その正当化の遂行それ自体の内に看取されうる規範的思考上の或る実質的な特性である。そしてそれは、その正当化において基本的に援用されている諸規範に内在している問題処理様式が方向づけているものであろう。すなわち、正当化そのものが有しうる法的性格は、まず第一次的には、一定の問題解決の必要性とそれに対応する規範群とに見られる問題解決機能そのものに即して捉えられなければならない。それは様々の法の外的機能が帰結するための少なくとも必要条件として考えられなければならないところの法の内的機能を示しているのである。

勿論、既に述べたように、この法の内的機能が正当化の法的性格に対して外的な規定力を及ぼすということになるとしても、この場合そこに矛盾が生ずるわけではない。正当化の場を構成する法そのものにとつて内的な事柄と、その場を背景として定式化されてくる正当化そのものの外的特性とは、一定の次元の区別の下で相互に関連し合うものだと言うことができるからである。

さて、ここで言う法の内的機能を考えるうえで手がかりとなるのは、何といつても、法が基本的には、様々な価値や欲求をもって行為する社会構成員の間に生ずる具体的な利益の衝突を当該の様々の利益に一般的に通用しうるレヴェルでしかもそれらを均等化する形で処理しようとするものである、ということのように思われる。<sup>(14)</sup>

法が社会的に存在しうる様々の利害対立をいわば第三者の観点から調整しようとする規範システムであることは改めて述べるまでもないことである。しかし他方でこの点は、道徳、とりわけ社会の慣行となつてゐる実定的道徳にも見出されるところである。実際、例えば「むやみに嘘をついてはならない」といった原則は単に個人的レヴェルの確信にとどまらず、一定の社会において人々の様々の行為の根幹を規制している一般的な規範でもあることは誰しも認めるところであろう。そして、虚偽のあるいは不確実な情報をあたかも確実であるかの如くに挙示して様々の交換行為が行なわれたときに生じうる利害の衝突は、先の一般的な規範によつて一定の仕方では処理されるのである。けれども、ここで注意しなければならないのは、その処理の態様である。道徳はあくまで一定の抽象的要請に従つていずれか一方の利益や主張の正・不正を一般的に定めるのみであろう。言い換えれば、双方の利益や主張に共に正当性のある場合にそれらを更に具体的な利害のレヴェルで調整したり、あるいはそうではない場合でも正とされうる一方の利益や主張の具体的な貫徹までをその射程に納めたりといった、実益との関連性を道徳は必ずしも有してはいないのである。この点では法は道徳に比して卑俗であるかもしれない。それは道徳と同様の規範的な一般性をも持ちうる一方で、しかし道徳の射程を越えて具体的かつ現実的な問題の処理を狙いとするものである。更に、このように現実的な問題処理を志向する限りで、法はそれ自体の内内容的にもまたその機能上の条件を定める上でも細分化されてゆく傾向をもつており、同時にその細分化を全体としてコントロールするため一定の体系化の要請をも含むことになつてゐると言える。このような細分化と体系化も、道徳には見られない。道徳は、その規範的な要請の抽象性に対応して一般的で断片的な表現以上に

は出ないことが多く、またその体系化も法の場合ほどに広汎なものとはならないように思われる。<sup>16)</sup>

いずれにしても、このようにして、法の内的機能として看取される特徴には少なくとも三つのものがあると考えられる。すなわち、公共性ないしは非私秘性、実益関連性そして細分性と体系性である。これらの特徴は、どのような社会制度的条件の下にであれ、およそ一定の規範が法として機能する際に有しうる基底的なものである。勿論、これらの特徴は各々に程度の相異を含みうるものである。法であっても私秘的でありえたり、必ずしも実益に直接には関連しなかつたり、さほどその定式化が精細ではなくまた他の規範との関連をもたないこともありえよう。その場合には法と道德とは一体化していると言われるかもしれない。しかしこのときでも、三つの特徴のいずれかが顕著であるならば、それは法たりうると思われる。<sup>16)</sup>

因みに、法を一定の内的機能を有する規範体系として捉えるとき、それに基づいてある正当化を行う具体的な局面として、特に裁判制度が重要な位置を占める。確かに現代では、立法権あるいは行政権による制定法の定立やその執行の際にも一般的なものから個別的なものに至るまで様々の法的正当化がなされているのであるが、しかし、裁判の局面における法的正当化は立法や行政におけるそれをも内容的に含みまた問題化しうる限りで、後二者よりも機能的に優位に立つものである。古代以来、様々の形で裁判が法宣明の最も基本的な制度形式として観念されて来たことには、この点でそれなりの理由があるように思われる。そして、現代において制度的に三権分立というシステムが一応確立している場合でも、強弱の差こそあれ、裁判のそのような役割は決して否定されてはいないと言えよう。<sup>17)</sup> それ故、正当化の法的性格を規定する場の特徴を考える場合には、先の内的機能に加えて、この具体的な局面をも考慮する必要があるかもしれない。

しかし、まず第一に、この裁判制度の存在は正当化の法的性格に関して先の内的性格以上の本質的な影響を与えるも

のではないと考えられる。というのは、規範システムの観点から見ると、裁判制度の意義は、当の規範システムに関する様々の解釈、運用そして逸脱に対して最終的に当の規範の意味を改めて確認し当の規範システムの維持を図つてゆくという、規範貫徹の一つの補助手段たるところにあると思われるからである。<sup>18)</sup> 裁判制度は、法とそれに基づく正当化が原理的に可能であるが故に初めて成り立ちうる制度の一つであつて、決してその逆ではないと言える。そこで行われている法的正当化は、確かに当の裁判制度に特有の手続的条件を含みうるものであるけれども、しかし、それは法的正当化の全体の一部を成すものとどまる。そもそも、当の手続そのものが法的なものであり、かつそれ自体も一定の法的正当化の対象となりうるとすれば、裁判制度の内部で行われている事柄だけが正当化の法的性格の特徴を形成するとは言えないであろう。裁判制度の内では、規範システム全体に関わる問題がその制度的枠組を通じて現れてくるのであつて、その制度に基づいて規範的諸問題が定立されるわけではないのである。<sup>19)</sup> 更に、これらのことは、裁判制度が法的正当化の具体的な場面を担う唯一のものではないことも示している。法的正当化は裁判制度内においてばかりでなく、人々の日常的な行為、法律家の実務、立法あるいは行政の必要に応じた政治的考慮などにおいて既に様々に展開されている。確かに裁判はそれらの次元での様々の法的正当化に対して一定の秩序を与える制度ではあるけれども、そのことによつて直ちに唯一正しい正当化を与える役割を担うということは言えない。裁判も可謬的であり、また一定の終局性があるとしてもそれは制度的便宜の上のことである以上、更に裁判制度は他の制度における正当化の展開を常に前提として機能している以上、原理的には、裁判制度は社会内の一つの開放的な制度的システムに止まるものである。<sup>20)</sup> この点においても、正当化の法的性格はただ裁判の枠組によつてのみ定まるとは言えないことが明らかである。

同様のことは、正当化の場における制定法の存在意義に関しても当てはまる。制定法は、それ自体として法的正当化の基礎を与えるものではない。むしろそれは既に一定の形で与えられている広い意味での法やそれに依拠した正当化を

一定の形式の下で強化し、それを通じて規範システム全体の維持、貫徹を図っているものである。また、他方でそれは、紛争処理の方式を特定化することなどを通じて、法の外的機能の維持、強化にも寄与している。こと正当化の性格に関して言えば、正当化は制定法に依拠することによって法的となるのではない。正当化は本来、法的なものとして法の内の機能に則して形成されている。制定法は、後に述べるようなルールの思惟経済的機能と相まって、法的正当化にとつてのインデックスを示してその正当化を簡略化するものに止まるのである。<sup>(21)</sup>もつとも、周知のように、近代以降の制定法の発展は、このような制定法の役割がそれ自体として自律化し、独自の規範システムを形成して来ていることを示している。それにつれて、我々の正当化も制定法そのものに根拠を有しかつそれに方向づけられているが故に法的と呼ばれうるような様相を呈して来ている。従つて、少なくとも、法的正当化の内<sup>(22)</sup>で制定法的な正当化が占める部分の比重は極めて大きくなつていたので、たとえ現象面においてではあるにせよ、正当化の法的性格の規定要素として制定法が重要であることには注意しておかなければならない。しかし、既に様々の形で述べて来たように、制定法が正当化の場において増大しても、そもそもそれが法的であると言われる場の基底的要素は失われないのであり、否むしろ、制定法が増加すればするほど法的な基底的要素は正当化の場内に拡大、浸透してゆくとさえ言えるのである。<sup>(22)</sup>この点で、制定法の発展そのものは正当化の法的性格の本質的特徴について付け加えるところは何も無い。

では、正当化の場において法的正当化を方向づける場そのものの特徴が公共性、実益関連性そして細分性と体系性であるとするれば、それらは正当化そのものの内<sup>(23)</sup>にいかにも現れるであろうか。端的に言えば、この点については次のように考えられる。すなわち、公共性からは正当化における非私秘的な価値や事実への言及が、実益関連性からは正当化に含まれる諸言明の具体性や直接性が、そして細分性と体系性<sup>(24)</sup>からは正当化における諸言明の論理的関連性における比較的高い密度ないしは強度が現われる、と。そして、これらの特徴が全体として正当化の法的なモードを決定しており、

様々な形でなされる法的正当化の基本的な性格を形づくっているのである、と。

法的正当化が様々の説明や正当化の複合であることは既に述べられたとおりである。このことは、言い換えれば、正当化の法的性格はそれに含まれる単一の要素によつてではなく、正当化全体の或る複合的な状態によつて決定されることを意味しているはずである。法的正当化に含まれる多くの価値的仮説や判断は、一方では公共化される事柄に結びつき、また他方では現実的な利害の具体的で均等化的な処理に結びつくものであり、また、双方に様々の程度で結びつきうる諸言明は階層的、複合的そして目的指向的な関連性の下に構成されている、それが法的正当化なのである。<sup>23)</sup>この全体は、一定の核となりうる規範群が先に示した内的機能の点でさほどの確定性をもたないものであるうちは或る意味で漠然とした性格のものに止まつており、特に制定法という形でその核が定まつてくるとその全体が明瞭なものとなつてくるという性質のものかもしれない。しかしこの明瞭化そのものが「特殊—法的」な性格を当の正当化に与えるわけではない。正当化はその明瞭化によつて法的なものとして更に際立つたものとなるのみである。

ただ、一つだけ付け加えるべきことがあるとすれば、それは、制定法の発展が法の全体に対して相対的な独自性をもちうることに対応して、正当化の内部においても一定の核となる規範が固定化された場合にそこから正当化内部の様々の可能な言明に対して一定の「求心力」が働くかもしれないことである。<sup>24)</sup>法は社会生活において常に基底的な性格を持つとしても、人間社会が現在のように高度に発展した時点では、莫大な量の法についての知識の蓄積がある。そして、それが我々の記憶の内にある限り、法はその大部分が単なる仮説の域を脱け出て一つの固定した知識となつていると考えられる。それ故、基本的には我々は事あるごとに法を創造すると考えられるとしても、それは常に既存の法の読み換えやそれに何物かを付け加えることにおいてなされるのであつて、議論の手掛りは常に既存の法であると考えられる。仮に全く新しい法を必要とするような状況が発生しつつあるときでも、それはおそらく同じことであろう。そ

の場合にも、既存の法によると同様の何らかの救済が必要であると考えられることがまず前提条件となるからである。<sup>25)</sup> 以上のように考えるならば、法的正当化の「求心力」の源は、当該社会の当該時点において法あるいは「法的」として主張されそして受容されているすべての議論の体系である、ということになる。そして、この内には特に、制定法そのもの、判例、学説、実務家の理論、そして、一般人の法律論などが実際含まれるが、現実の社会生活上最も大きな影響力を持つのは、制度の支えを受けた制定法と判例とであろう。従って現代においては法的正当化の出発点となるのは事実上はこの二つになると考えられる。しかし、既に示唆したように、この二つは法的正当化のいわば座標軸（それも決して絶対的なものではない）を与えるに止まるものであり、「法的」という性格の内容そのものを一義的に規定するものではないと考えられる。このことが、それら二つが法的正当化の手がかりあるいはインデックスとなるということの意味である。

しかし、このようなプロセスの背後には、我々人間の一般的なルール思考能力のメカニズムが大いに関わっていると考えられる。法の内的機能のあり方を含めて、我々の法的正当化の内的な規定要因であるこの能力の態様をここで見てみることにしたい。

[5]なぜ我々は、行為上の原則や格率ないしはそれに類した一定のルールに従って<sup>26)</sup>思考したり行為したりするのか。個人のレヴェルにおいてもまた社会のレヴェルにおいても、この理由を問うことは人間の規範的行動全般の本性を説明するうえでも極めて重要な課題であろう。今ここでその問題に深く立ち入る余裕はない。しかし、既に述べられた、特に正当化の目的指向性そしてそれを支える正当化のメタ・システムの目的指向的構造との関わりで考えるならば、ルールが個人的レヴェルにおいてであれ社会的レヴェルにおいてであれ一定の目的の実現のために成立して来ていると捉えるこ

とは、一つの有意義な見方となりうるように思われる。

ルールの成立についてのこの種の見方は、各々異なった形でではあるが、幾人かの理論家に見出すことができる。例えば、H・L・A・ハートは、人間の自然的事実と生存という基本的目的とから「理由論」的に「自然法の最小限の内容」が導かれてそれが責務の第一次的ルールへと発展し、更にその欠陥を補うために第二次的な諸ルールが現れ、これらが複合して法体系を形づくるようになる、という彼の一つの法発生論において、広い意味での目的論的な見方を踏まえていられると思われる。この場合、人間は一定の自然的事実に直面してそれを克服して生き延びるために様々な社会的ルールを産み出すのであるから、その基礎には当然、人間の認知能力、思考能力にも同様の目的論的なメカニズムが備わっていることが想定されていると考えられるであろう。<sup>(27)</sup>

このハートの見方と基本的には共通の観点に立つて、しかも個人的レヴェルでのルールの成立について一つの示唆的な説明を与えているのは、J・ラズである。ラズは、ルールがある個人に成り立つのは、それが熟慮の時間を節約する手段 (time-saving devices) であり、また将来においてなすべきことについての誤りの可能性を減ずる手段 (devices to reduce the risk of error in deciding what ought to be done) であり、そして思考のための精神的労力を節約する手段 (labour-saving devices) であるという特徴をもつが故であり、これが同時にルールの本性を規定していると述べる。<sup>(28)</sup>

例えば、我々が様々の状況や対話者に応じてある話の内容をいかに伝えるべきかに苦慮するということがある場合、個々の状況や対話者の反応を逐一熟慮しかつそれに対処しようとするれば、多大の時間や精神的労力を要することは明らかであり、また各状況や各対話者に適切な情報伝達をする点においても誤りの可能性は増しこそすれ減りはしないであろう。しかし、ここで我々が例えば「虚飾や虚偽を排し、いかなる場合にもただ真実のみを伝えよ」というルールを採用するならば、その内容の適否はともかく先の負担や不適切性を減じうることは明らかである。そして、このような可能性そ

のものがルールの成立の由縁を説明している。ルールは、人間の思考能力に与えられる自然的事実と正確で迅速な思考というそれ自体としては生存という目的にも連なっている一つの目的とから「理由論」的に成立してくるのである。

これに類した見方は、いささか観点を異にしてではあるが、例えばN・ルーマン (Luhman) によっても、いっそう理論的に精緻に展開されている。<sup>29)</sup> 今ここでの問題に関する限りでは、彼の基本的主張は次のようにまとめることができる。すなわち、社会的行為者にとつては、社会的世界は常に様々の社会的行為者の様々の行為の可能性を含んでいる点で極めて複雑かつ不確定的である。それ故この行為者は自らの行為を容易かつ安定的に遂行するために一定の体験加工のシステム、すなわち一定のルールを含む予期構造を形成して、それに従って行為するという必要に迫られる。このときルールは「複雑性と不確定性の重荷から意識を解放する」<sup>30)</sup> ものとして、流動的な社会のもつ複雑性や不確定性を自らの内で「縮減」(reduzieren)し、当の行為者の適切な社会的行為を可能にする。そして、社会システムの内部ではこのような予期の社会的な相互反射を通じて一定の予期構造の体系が成立するが、社会の複雑性が増すにつれて予期構造にとつての負担もまた増大するので、その構造は内的な複雑性を増して規範的な問題処理様式を産み出すと共に、構造を安定化させる様々のメカニズムを産み出してゆき、それらを整合的に一般化しうる高次の予期構造として広い意味での法を成立させることになるのである。ルーマンのこのような主張は法における一つのシステム論的な生成ないしは進化のプロセスとして論じられているが、少なくともここにも、一貫して、ルールは個人にとつても社会にとつても自己に対する環境的負担を軽減するために成立してくるという一種目的論的な見方を看取することができよう。<sup>31)</sup>

もつとも、これらの見方はいづれも、ルールの成立を受動的ないしはネガティブな側面から捉えている。つまり、個人的レヴェルにおいても社会的レヴェルにおいてもルールが必要となるのは、基本的には一定の環境やその変化への対応のためなのである。しかし、それらにおいては、特に個人的レヴェルにおいて人間自身が主体的にルールを産み出し

かつそれを発展させてゆくという傾向性が存在することも否定されてはいないように思われる。このルール形成の能動的ないしはポジティブな側面と先の側面とおそらく相互依存関係にあるであろうことは、必ずしも明確に定式化はできないにしても、容易に予想されるところであろう。それ故、以下ではこのことを想定したうえで、ここで取り上げた幾人かの見方からの示唆に従って、正当化の場の一つの要素としての人間のルール思考能力と正当化の法的性格について考えてみることにしたい。

もし人間の思考能力の本性上何らかのルールが思考枠組の内に必然的に成立するとすれば、端的に言って、正当化はいかなる形のものであれ（そしておそらくは説明においても）広い意味でのルールに常に依拠しているものであるということになるだろう。このことは言い換えれば、正当化には常に何らかの一般的なルールへの引照や言及が含まれるということであり、一定の問題状況に直面して正当化を行う主体の側には常にルールに従った思考をする用意が整っているということである。勿論この思考枠組に組み込まれるルールとは未だ制定法のように明瞭化、分節化されていない抽象的な内容のルールでありうる。しかし、ここで重要なことは、いかなる内容のルールがその内に現れるにせよ、それを思考の基本的前提とするような枠組が主体の内側で既に成立しているということである。ルールは、人間自身の内においても外においても、その思考と行為に関して不可欠の前提なのである。しかも、これらのことは、思考枠組を規定している他の要素、特に論理形式やそれに関連した我々の正当化への志向によつても裏打ちされているように思われる。既に見たように、正当化の基本的な論理形式としては前件肯定式と目的論的な形式とが考えられるが、双方共その一つの前提として若干異なった形ではあれ一定のルールないしは原則を含んでいる。人間の思考が黙示的にあれこれらのパターンに従うものであるとすれば、そこには当然黙示的にであれ常に一定のルールないしは原則が援用されているということになるだろう。また、我々が自然的な出来事の原因であれ、一定の行為の理由であれ、常にその説明や正当化を

求めるという傾向性をもっているということは、少なくとも論理的な思考枠組に基づきかつそれを汎用化して、自己にとって外的な事象のみならず自己自身の内における事柄の説明や正当化にも用いているということに関わっており、この点でも広い意味でのルールが常に我々の思考に関与していると言えるように思われる。<sup>(32)</sup>

このようにして、ルールや原則が我々の思考の中心的な核を形づくっているとすると、我々の思考は常にそれを一つの焦点として行なわれることになるであろう。すなわち、我々の思考の内にも最小の思考の単位として、一定のルール、その適用条件、そしてそれから導出される一つの結論というセットが構成されるとき、このような形で我々の思考は分節化され、更にそれに引き続いて起る思考はこれらのいずれかの要素かあるいはその全体に言及するという形で展開されることになるであろう。そして、この枠組が更に拡大されるとき、既に見たような規範的正当化のネットワークの基礎が我々の内に準備されることになるのである。勿論、それは必ずしもある特定の実質的規範を既に含んでいるわけではない。それはネットワークの形式上の基礎を構成するものであり、その具体的内容は正当化の場の外的条件によって与えられるはずのものである。<sup>(32)</sup>

しかし、このようなセットの形成によって、我々の規範的な思考様式には一つの大きな特徴が生まれると考えられる。すなわち、このセットの存在は我々の規範的思考の一つの条件としての階層性や複合性を形づくるものであり、また特にそのセットの内に或る実質的な規範を組み込むことにおいて思考機能上基本的に排他的な一つの思考連関を形成して、内容上それと対照的な一つの思考連関との拮抗を惹き起こしうるのである。ある実質的規範を組み込むときにはそれに応じた結論が導出され、また他の場合には他の結論が導出されて、これらが両立しえないことがあるというのは、ひとえにそれら双方のセットに共通しているところの論理的な結合力の故である。もしこれがなければ、そのような不両立などはあり得ないであろう。ルールを基礎とするセットの形成は、規範的思考の全体を各個に区分する (compart-

mentalize) ものである。<sup>(34)</sup>そして、規範的思考はこれらのセットの一定の目的指向的な関係の内成り立つこととなる。以上のような正当化の内的規定要因が先に述べた外的規定要因と相まって正当化のモードを決定していることは、もはや言うまでもないであろう。それが特に法的と呼ばれるモードに関わる場合には、規範的セットの形成による思考様式の区分化がまず重要な関連性をもっているであろうし、またそこに含まれうる一定の実質的規範を相対的に固定度の高いものとして保持する点において、その区分化は法的正当化の中核的要素となりうる規範を安定的に適用してゆくために一定の役割を果たすことになるであろう。さらに、ここで生じうる規範的セット全体の目的指向的關係そのものも、法的な正当化のモードの決定に重要な意味をもつことになるかもしれない。これらの内的要因は正当化のモード決定に対しては場合によつてはその必要条件しか与えないかもしれないにしても、やはりその機能を見逃すことはできないものである。<sup>(35)</sup>少なくともそれらなくしては、法的正当化が他の正当化に比して論理的な精緻さを持ち、また現在制度的にもそれなりの複雑化を遂げているしまたそのように要請されてもいるということが説明できないと考えられる。

[6]かくして、正当化の法的性格はそのモードにおいて示されるということがひととおり明らかになった。その性格は、法的に問題となる事柄の特殊性によるものでもなければ、特殊な判断形式によるものでもなく、また法律家のバランス感覚そのものによるものでもなければ、それが展開される裁判制度の手続的条件によるものでもない。それはむしろ、一定の実践的問題の処理に関する一つの観点とそこから要請される問題解決上の基本的様式における程度の差との複合から全体として生ずる、正当化の構成そのものの性格なのである。

このような一応の結論が果して適切なものであるかということについては、更に吟味がなされる必要があるだろう。しかし、私には、少なくとも、法的正当化はその根源において我々の最も原初的な規範的正当化とある連続性をもつもので

説あり、前者の「特殊」な性格もその連続性と対応する形で説明されなければならないことだけは明らかのように思える。

註

- (1) e.g. Larenz [MER] S. 255ff. S. 298ff. Englisch [EJD] S. 63ff. S. 106ff., Alexy [TJA] S. 263ff. S. 341ff. 例えは「碧海」論理」三〇頁以下、田中「合理性」一九八二年九月号一八頁以下、一九八二年二月号一八頁以下、一九八三年一月号二八頁以下。
- (2) 参照、田中「合理性」一九八三年一月号三〇頁以下。また、参照、本稿前出、2—3—1、三六卷五・六号、三〇頁以下、同六六頁以下。
- (3) e.g. Alexy [TJA] op. cit.
- (4) 類推作用については、伊東「創造」を参照。また、vgl. Klug [JUL] S. 97f. cf. Hempel [ASE] p. 433ff., Miller 'Images', p. 214ff. 反対解釈に関しては、後出本文六頁以下を見よ。
- (5) cf. Korner [EC] p. 229f. Hanson [PoD] p. 8ff.
- (6) 前出2—3—1、三六卷五・六号、五一頁注(49)を参照。
- (7) 前出2—3—1、三六卷五・六号、四四頁注(21)の例に関して言えば、(α)と(a)とが一定の了解を得られていると考えられる限りでは、(b)、(c)は道徳的に中立に、換言すれば法律論上の問題としてのみ語られるのである。尚、付言するならば、法律家は多くの場合、一定の規範の存在に関しては重要な事実の指摘をもって正当化を止めている。しかし、論理的には常に、そこには「かくかくであればかくかくであるべし」という制定法外的、一般的実践的な前提が存在しているはずである。それが新しい人権の創設に関わるものであるならば、それはまさに道徳的な前提であろうから、この大前提に言及しないということは、道徳的原則を明示的に援用するのを避け道徳的には常に中立であるべしという（これ自体道徳的な）格率を法律家は採用することが多い。ということを示すと思われる。

- (8) 参照、伊藤「創造」七六頁以下。
- (9) vgl. Kaufman "Analogie, insbesondere S. 280ff. また参照、碧海(概論) 一五七頁。
- (10) vgl. Kaufman "Analogie, S. 314f.
- (11) 参照、前出2-2-II、三五卷六号、二二六頁以下。ここで言う正当化のモードの内実については、後出本文一四頁以下を見よ。
- (12) それは法体系全体が社会システムに対して果す機能である。参照、碧海(概論) 七二頁以下。cf. Raz [AoL] p. 165ff.
- (13) この相異は規範の構造に関する相異ではない。例えば、一般に法規範は要件と効果との結合という形式をもつとされるが (e.g. Larenz [MER] S. 232ff. Alexy [TJA] S. 273ff.)、このような形式は道徳的規範にも黙示的にであれ見出されるものである。(仮言命法など。e.g. Hare [LoM] p. 32ff.) 重要なのは規範に含まれる内容と対応して生ずる規範の問題解決様式やその射程である。
- (14) この点の詳しい説明に関しては、拙稿「法と道徳の間」(森際康友・桂木隆夫編、個と普遍、木鐸社、近刊予定に所収)を参照されたい。
- (15) 例えばモーゼの十戒に示された如き原則や、特に宗教的な背景を有せずに語られうる類似の原則、更には近代立憲体制にとつての基本的政治原則それ自体などは、明らかに一般的、概括的な行為指針としてのみ我々を規制している。我々の行為が極めて基本的で単純なレヴェルのものである場合(例えば周囲への影響とは全く無関係にただ行為者自身が、しかも極めてプライベートな事柄について嘘をついてよいか否かといったケース)には確かにそれらの原理が直接にかつ明確な形で当の行為を規制しうるが、それは我々の行為の体系全体のごく一部にすぎないことは言うまでもない。
- (16) この点は「法」の概念」に関わる問題と密接に関連している。本稿では、少なくとも、例えばハートが展開したような法体系そのもののルールから成る構造的特徴に法の独特の性格を見出すというアプローチ (cf. Hart [CoL] p. 77f.) をとってはいない。既に見て来たように、法には様々な要素が含まれうるからである。(cf. Dworkin, [TRS] p. 14ff. p. 82ff.) 本稿では、法体系そのものの構造というよりはむしろ法体系をそのようなもの足らしめている前提条件を法の特徴として考えようとしている。その一つの重要な斬り口が、法をそもそも産み出している我々の規範的思考、そしてその基本部分としての正当化の様式なのである。主張の内容は異なるもののこの点につき示唆を与えるものとして、cf. Raz [PRN] p.

- 107ff. MacCormick [LRT] esp. p. 100ff. 参照、ルーマン〔法社会学〕三七頁以下。ただし、ルーマンは規範的思考を法システムにとっての付随的システムとも見ているところがある。同上、三〇九頁以下を参照。ここで挙げられた三つの特徴は、規範の実質的内容ではなく一種形式的な側面について言われている。これらが法的性格のすべてであるというわけではないが、正当化の射程、その問題処理の実質のおよび形式的な様式に各々関係するものとして最小重要な要素であることは疑い得ないように思われる。尚、この点については更に、前掲拙稿「法と道徳の間」を参照されたい。
- (17) e.g. Raz [PRN] p. 132ff. [AoL] p. 219ff. Hayek [LLL (1)] p. 94ff. また、参照、田中「合理性」一九八二年九月号二四頁以下。
- (18) cf. Hayek [LLL (1)] p. 97ff. また観点は異なるものの類似の主張として、参照、ルーマン〔法社会学〕七五頁以下、二五九頁以下、三一二頁以下。
- (19) この点は、同じく裁判制度の重要性を説いても法実証主義的な見方とそうでない見方とが分れる点であろう。ここでは後者の見方をとっているが、F・A・ハイエクもまたそうであり、そしてルーマンも、法システムそのものの展開を強化する戦略として諸制度の導入を捉えている限りで（ただし、規範そのものはやがていわばシステム必然的に実定法へと変化するのであるが）、この見方を部分的にとっていると言える。しかし、ラズや田中は、各々論調は異なるものの、この点に關してはハイエクやルーマンほどに法システムそのものの自律性を想定しているようには見えない。勿論そこでは素朴な法実証主義の見方がとられているわけではないけれども、具体的な社会制度上の意義がハイエクらに比してより強く述べられているように思われる。例えば、cf. Raz [PRN] p. 141ff. 参照、田中「合理性」一九八二年九月号二四頁中段。
- (20) cf. Hayek [LLL (1)] p. 100ff.
- (21) インデックスとしての制定法に關しては、前出2—3—1、三六卷五・六号一二頁以下および前掲拙稿「法と道徳の間」を参照。
- (22) この浸透關係については、前掲拙稿「法と道徳の間」を参照。
- (23) 参照、前出2—3—1、三六卷五・六号三六頁以下。尚、cf. MacCormick [LRT] p. 103ff.
- (24) 本稿では法的正当化は複合的、階層的そして開放的なものであるとされたが、この最後の点に着目して次のような問いを提出することができる。即ち、原理的には開放的であるはずの法的正当化が何故実際上は一定の範囲内で閉じられるこ

となるのか、と。このように視点を改めて逆転させると、一つの仮説として、法的正当化には何らかの「求心力」が働いているのではないか、という予想が成り立つことになる。

(25) 参照、前出2-3-I、三六巻五・六号一三頁以下、三六頁以下および四四頁注(21)

(26) 行為の原則や格率とルールとはある場合には内容的に乖離しうるものであるが、ここではそれらが行為に対してもつ規制機能のみに着目して考えることとし、以下では「広い意味でのルール」という言葉を用いておきたい。尚、これらの関係についての立ち入った説明については、前掲拙稿「法と道徳の間」を参照されたい。

(27) cf. Hart [COL] p. 187ff. ただし、ここで言う目的とはアリストテレス的な意味のそれではない。その目的は複雑かつ多様でありうるからである。尚、この点についても更に拙稿「法と道徳の間」を参照。

(28) Raz [PRN] p. 58ff.

(29) 参照、ルーマン〔法社会学〕第2章および一五六頁以下。

(30) ルーマン〔法社会学〕四四頁。

(31) ルーマンにおいては、一定の予期構造の果すべき「機能」というターミノロジーにおいてそのことが表現されていると思われる。参照、ルーマン〔法社会学〕四〇頁、四二頁以下。ここで述べられていることは基本的にラズの主張と同趣旨のものである。

(32) 前出、2-1-III、三五巻六号一九八頁以下、二〇四頁以下、2-3-I、三六巻五・六号二六頁以下、三六頁以下、2-3-II、三六巻五・六号六二頁以下、六六頁以下注(12)などはまさにこの考え方に立っている。尚、cf. MacCormick

[LRT] p. 19ff. p. 106ff. p. 250f.

(33) その内実については、上掲、2-3-II、六一頁以下および六六頁以下注(12)を参照。

(34) 参照、ルーマン〔法社会学〕三一二頁以下、三八五頁以下。

(35) この問題を更に解明するためには、正当化のメタ構造についてより深く考察する必要があるかもしれないが、それについては他日を期したい。

## IV 法解釈再考

[1] 法的正当化の客観性に関して通常最も問題とされることの多いのが法解釈の客観性であることは論をまたない。制定法下であれ判例法下であれ法の適用に際しては何らかの形で法解釈が介在し、それを規定するのであるから、法解釈の客観性が法適用全体の客観性の要の一つであることは明白である。この法解釈の客観性の規準は従来様々に定式化されて来た。そこでは、自然法や歴史的傾向に訴えるものから実定法に内在する意味の正しい把握、更には当事者間の利害のバランス、社会的影響に訴えるものまで諸説が対立している。<sup>(1)</sup>しかし、法解釈の客観性の規準を問うためにはまず法解釈という営みそのものが理解されていなければならない。法解釈の客観性について語ることは、法解釈そのものもちうる或る性質について語ることを前提しているはずだからである。そして、後者には必ずしも明確な答えが見出されていない以上は、まず法解釈という知的営為の構造を理解することが肝要である。

確かに従来、法解釈には様々の方法がある、法解釈は法に内在する「意味」の認識である、法解釈は法の創造あるいは形成である、法解釈は原理的に自由な定義である、法解釈は認識と実践との複合である等々、様々の角度からする法解釈の一般的特徴づけがなされて来たし、またその認識論的構造についても、大前提と小前提、結論との間の事実上のフィード・バック作用や解釈の仮説的性格等が指摘されて来た。<sup>(2)</sup>

しかし法解釈の一般的特徴づけについては、それらは各々法解釈のある一面を捉えたものであって、必ずしも互いに両立不可能なものではない。またいくつかの認識論的特徴についても、それらの点は今や周知の事となっており、それらは考察の終結点ではなくむしろ、更に説明を要するという意味で、その出発点である。それ故今究明されるべき法解

釈の問題とは、法解釈の様々の態様やそれらの特徴を解釈という営みそのものの構造やプロセスの把握によつて統一的に説明し、更にそのことを通じて、法解釈の客観性の問題の位相をより明確にすることに<sup>3</sup>ある。そしてそのためには、より広い哲学的視点からする解釈一般についての考察が不可欠である。

この点、従来の法解釈論では解釈という営みそのものの構造やプロセスが問題とされたことはあまりないように思われる。

確かに、解釈という営みが高度の複雑な精神作用であることは十分自覚されていたし、また、解釈は主として文学作品や法規範における語や文あるいは作品全体の「意味」を明確化する作業であることも十分知られていた。しかしそのような考察が進んでいても、解釈という営みの全体が明らかにされているとは言えない。語や文等の「意味」の明確化ということは解釈の主たる機能ではあつても、解釈そのものの構造やプロセスがそこで示されていない限り、解釈の営みや文などの「意味」を明確化するというときの、その明確化そのものの構造やプロセスが示されない限り、解釈の営みの全体が明らかにされたとは言えないのである。しかも、従来は解釈そのものは多かれ少なかれ、解釈の方法の問題でしかなかった。ここでは、語や文等の「意味」の明確化は、ある方法に依拠してその「意味」を規定すること以上のもではない。<sup>4</sup>文学作品であれ、制定法や先例であれ、その解釈にはいかなる方法があるかを列挙したところで、それはいかにして用いられるのかということが更に説明されない限りは、解釈の営みそのものが明確にされたとは言えないはずである。そこで説かれて来たのは、文芸評論家や法律家もつ、解釈についての現象的直観以上のものではないように思われる。既に展開されて来た解釈についての様々の指摘は、説明されるべきデータではあり得ても、解釈そのものの説明にはなり得ない。今ここで必要なのは、解釈とはいかなる知的な営みであるか、またそれはいかにして行われているかということについて、一つの説明を与えることである。

[2] 解釈は様々のレヴェルの人間の認識作用に共通して見出せる一つの認識様式である。そして、おそらく法解釈も人間の認識作用の一つに含まれるものとしてこの共通の特徴をまず第一に有しているであろう。このことは一つの推測にすぎない。しかし、既に法的正当化と科学的説明あるいは実践的正当化との間の相同性について見たように、<sup>(5)</sup>ここでもまた、法解釈が他のレヴェルの解釈と相同的であることを示すのは困難ではないと思われる。

まず、知覚作用において解釈という作用があることは様々の経験的事例によって示されるところである。例えば、我々の目や耳は一定の波長を越えたレヴェルの光や音波を感知することはできないし、また感知可能な範囲内においても、ある光が何色のものであると見られるか、またはある音がいかなる音として聞こえるか、ということについてはしばしば意見の不一致があることは、明らかであろう。また、<sup>(6)</sup>ゲシュタルト認識に関して、ある種の図形や物体を相異なる二つのものとして捉えることができる(例えば、ルビンの反転図形、ジャストローのウサギとカモ、ネッカーの立方体など)ことも言うまでもない。これらの知覚の事例は、確かに言語とさほど直接的には関わりのないレヴェルで起こりうるものであるとしても、少なくとも認識の対象そのものの相貌や意味合いが我々の一定の選択作用に基づいて変化し、そのいづれかが有意義なものともみなされるという点では、広い意味で解釈と呼ぶことのできるものである。<sup>(7)</sup>

ここで注意すべきことは、特に視覚や聴覚に関して典型的に現れるように、このレヴェルの解釈においてはネガティヴなそれとポジティヴなそれとを区別することができ、しかも前者が基底的なものであると考えられることである。<sup>(8)</sup>我々の視覚や聴覚においては、そのための器官の特性からしてまず第一に、処理しうる視覚もしくは聴覚情報の範囲が予め定まっております、それを通過するものだけが意義づけの対象として我々の前に現れるのであるが、このとき、当該の器官によって許容される性質をもつものだけがまず選択されるといふ作用、換言すればそのような性質をもたないもの

は当初から排除されてしまうというネガティブな選択作用が解釈の第一段階として存在していると言える。これを仮にネガティブな解釈と呼ぶとしよう。するとここでは、ネガティブな解釈が行われ何を解釈の対象とするかがまず画定され、そこで初めて、その対象について一定の意義を規定するという作業が可能になるといふことになる。そして、この後者をポジティブな解釈と呼ぶことにすれば、この解釈は先の解釈のいわば枠の中で成り立つ第二段階の選択作用であると言える。

また、もう一点注意すべきことは、このような知覚作用においても言葉による理解が密接な関連をもっているということである。すべての知覚作用がその本性上全く言語的であるとは断定できないことは明らかだと思われるが、しかし、例えば或る波長の光を感じて「かくかくの色である」と述べたり、ある図柄を見て「ウサギに見える」と述べたりするとき、我々は一定の解釈が既に施された感覚を一定の言語使用規則に従ってほぼ同時に一定の言語に対応させているのであり、このときに成立している解釈作用の全体はその重要な部分において言語的でもあるのである。<sup>(9)</sup>特に一定の知覚的観点の下で捉えられた或る図柄がまさにどのような意義をもつものであるかの規定はそれに対応させられる我々の言語とその意味とに依存していることは、明らかである。それ故、一定の知覚的観点そのものと、それに対応させられる言語とそしてそれが有しうる意味とは明確に区別しておかなければならない。<sup>(10)</sup>

更に、既に明らかであるように、これらの解釈プロセスの全体に関して、様々の解釈仮説が不可欠の前提条件として黙示的であれ明示的であれ機能していることにも注意しなければならない。<sup>(11)</sup>知覚のポジティブな解釈において一定の対象に一定の意義が与えられるのは我々が既に有している、「かくかくのものはかくかくである」といふ形での解釈仮説に従ってであること、またこの点で言語との関連も看取されることは、特に所謂観察の理論依存性ということを示されてきたとおりであり、もはや多言を要さないであろう。また、ネガティブな解釈に関しても、たとえそれが一

定の生理的メカニズムの限界によつていても、それが一定の仮説を抱懐しているが故であると述べることに支障があるわけではないことも現在では明らかであろう。<sup>(12)</sup> この意味では、仮説といつても直ちに全く言語的なものであると考える必要がないことに注意すれば、当面は十分である。

以上のような事態は、知覚作用だけに限られず、人間の行為の理解、そして記号や言語そのものの理解においても見出せることである。

まず、人間の行為の理解の場合を簡単に考えてみよう。例えば我々は、ある人が常日頃には見られないふるまいをした場合、なぜその人がそのようなふるまいをしたかという行為の原因ないしは理由を問う。今、その人間が突然駆け出したとしよう。我々は、直ちに、なぜその人は突然駆け出したかと自らに問いかけ、そして例えば、驚きの表情をしていたとか、服のあちこちを手で探っていたなどの付随的な条件を考慮して、彼は何か大事な忘れ物をしたのに気づいたが故にそれを取りに駆け出したのだと考えるかもしれない。もつとも、もしかしたら、そうではなく急に身体の内側が痛み出し、具合が悪くなつて、医者へ行こうと駆け出したのかもしれないが、いずれにせよ、このような行為の理解は行為もしくはその理由の解釈と呼ばれる事柄である。しかし、このようなごくありふれた解釈にもいくつかの重要な条件が存在している。<sup>(13)</sup> まず第一に、当の駆け出したものが人間である、換言すれば犬やロボットではない、ということがまず知られていなければならない。当の対象が人間だと捉えられないならば、一定の動作や表情をまさに人間的な行為の一部として捉え、そこからその理由を推測することは、少なくとも日常的には（哲学的には別として）無意味なことである。このことが前提されて初めて、その行為の意味や理由を先に述べたように与えることが可能になっているのである。また、当の対象が「突然駆け出した」というのは一定の動作の知覚と対応してここでの行為の理解に導入され、かつ理由の理解にとつて意味上重要な導きの糸になっている言語である。もしそれが一定の知覚に基づいて単に「走った」

とだけ言われるとすれば、それに伴う行為の意味や理由の理解も先のものとは異なつた様相を呈することになる。<sup>14</sup>更に、これらのプロセスが動作の態様を一定の形で捉え、またそれを一定の言語によって表現することを可能にしている様々の仮説に基づいて成り立っていることは、もはや言うまでもない。<sup>15</sup>

では、記号や言語の理解についてはどうか。記号や言語は、知覚や行為理解の対象が多くの場合一定の時系列の内で連続的に生起しうる出来事（event）であるのに対し、その対象の時間的変化の把握の問題が基本的には生じない点で、知覚対象や行為とは若干異なっている。また、記号や言語はそれ自体が一定の解釈、特に意義づけの結果として、知覚対象や行為以上に凝集された意味内容を有していることが多いので、解釈の対象としての存在性格に先のものとは異なつた点があると言える。しかし、出来事—性に関しては、記号や言語そのものは比較的静態的な出来事（例えば一定の図形がゆっくり回転しているといったような）に近いと考えられるし、意味の凝集性にしても対象そのものとの意味との間の結合の恣意性に関して行為の場合と程度の差があるだけだと考えることができるのであるから、記号や言語の対象としての存在性格に先の例との原理的な相異はないと言える。それ故、先の場合と同様に、記号や言語についても、対象としての同定や意義づけのプロセスを考えてゆくことができるであろう。<sup>16</sup>

ところで、我々が記号や言語を解釈しようとする場合、まず第一にそれらがおよそ意味をもちうるものであることが予め想定されていないなければならないことは、極めて自明ではあるけれども、しかし重要なことであろう。素人目には単なる踊る人形の落書きもシャーロック・ホームズにとつては殺人の秘密を示すものでありうるし、ミミズのはつたような線もある場合には日本語の文章たりうる。このとき、ともすればおおよそ記号としても言語としても意味をなさないように見えるがちな対象が或る観点からはまさに意味をもちうるものとして現れて来ているのである。このことはとりもなおさず、記号や言語の理解においてもまず、有意味でありうるものとそうでないものとを区別するネガティブな解釈が

(勿論一定の仮説の下に)行われていることを示していると思われる。そして、それに続いて先の踊る人形の羅列が具体的に何を意味しており、またみみずの線が具体的にいかなる内容のことからを表現しているのかを規定するポジティブな解釈がここでも一定の仮説の下で営まれることになるだろう。

因みにこの種の解釈の場面では、読み取られるものが当の記号や言語を設定した者の意図であるのか、それともそれらの対象自体が有しうる独立の意味であるのか、という問題がよく争われて来た。<sup>17</sup>しかし、既に他の解釈に關しても示唆されているように、解釈とは一定のデータに対して可能な意味付与を行うものであり、確かにデータ面からの制約はあるものの、それは直接的に意味の内容に關わるものではないと考えられる。解釈とは我々が一定の仮説の下である意味を読み取ることでもある。それ故、当の記号や言語が一定の設定者の意図を示すものとして読まれるか、それ自体独立の内容をもつものとして読まれるかは、我々の仮説の一つに依存していることになろう。<sup>18</sup>それ故、それら二つの読みの区別は専ら相対的なものに止まる。もつとも、ある記号や言語が誰かのメッセージを伝えようとするものだという抽象的な作者の意図を想定することなしには我々はそれをとにかくも解釈に値するものとは考えないであろうし、また逆に、そのような想定が当の記号や言語そのものから第一次的に読み取られる字義上の意味に依存することがあるのも確かなことである。その限りでは、先の二つの読み方の区別がさほど単純な事ではないことも十分注意しなければならぬ。<sup>19</sup>しかし、私の考えでは、ここで言われた解釈における抽象的意図の想定と記号や言語の第一次的な字義上の意味との相互依存関係は基本的にはネガティブな解釈の次元での問題であり、ポジティブな解釈においては、その相互依存関係のいずれかに重心が置かれ、それが明示的な解釈仮説として立てられていると思われる。それ故、少なくともポジティブな解釈のレベルにおいて、そこではネガティブな解釈のレベルからの一定の枠づけがあるもののその範囲内でより具体的な解釈仮説の選択が可能であると考えられる以上は、対象となつて記号や言語の意味が何に帰属する

ものであるかという問題はその仮説に依存して決定されるということになる。

さて、このような仮説群が当の記号や言語の読み方を規定するということの内には、明らかに当の記号や言語が更  
別の記号や言語によってパラフレーズされるということが含まれている。<sup>(20)</sup>

解釈がパラフレーズであるとき典型的に考えられているのは、例えば論理学において「 $p \cdot q$ 」(A)は、「ある  
命題 $p$ と $q$ が共に成り立つ」(B)ということを表わしている」と述べるときの(A)と(B)との関係、あるいは物理学におい  
て「 $F=mg$ 」(A)は、「ある物体 $0$ にかかる力 $f$ は重力 $g$ とその物体 $0$ の質量 $m$ の積によって与えられる」(B)ということを  
示している」というときの(A)と(B)との関係などである。これらの例は、一見してわかるように、人工言語と自然言語と  
の間でのパラフレーズ、つまり各々異なった言語規則をもつ言語体系間でのパラフレーズであるけれども、しかし文科  
系の学問で言われる解釈、例えばある思想家の語や文、あるいは著作全体についての解釈、歴史的な文書の解釈、そし  
て法解釈などについても同じことが言える。例えば、「ソクラテスが死による魂の浄化を述べているが(A)」、それはソクラ  
テス自身が死後の世界において恵まられた幸福への願望を反映する言説である(B)」というときの(A)と(B)との関係、ある  
いは「刑法一九九条において言う人とは(A)、母親の体内から全部露出してこの世に生まれ出たとき以降の人間を含む(B)」  
というときの(A)と(B)との関係等は、被解釈語あるいは文それ自体に解釈語あるいは文と同じレベルの具体的な意味内  
容を認めうる点で先の例と違いがあることがある以外は、その関係は全く同じである。

これらのパラフレーズにおいては、被解釈語よりも解釈語の方が情報内容が豊かであることは言うまでもない。パラ  
フレーズとは単なる言葉の言い換えではない。それは、少なくとも被解釈語の潜在的に持つ情報内容をより明確に述べ  
ているのである。<sup>(21)</sup>更にこのとき、このような、言葉の単なる言い換えではないパラフレーズを可能にしているのは、そ  
れを支えているパラフレーズのための仮説の存在である。この仮説は、言うまでもなく、一定の記号や言語を一定の意

味をもつものとして捉えるものであり、特にその中には、存在論的な想定、論理的な想定、更にはレトリカルな文彩などに於いての想定などが含まれている。しかも、それは単なる言語使用の規則についての知識に止まらず、それを越えて、当の記号や言語の新たな読み方の指針をも含むような創造的部分をも有しうることは言うまでもない。<sup>(22)</sup>

以上に述べて来たところから明らかのように、解釈という営みは我々人間の知的作用の全般にわたって看取されるものである。解釈とは、一般的な意味では、まさに人間の認識作用の根源的な様式である。それはおよそ人間が認識あるいは思考可能なすべての対象に関して働いているものであり、またそのプロセスを形づくっているものであつて、我々自身が抱懐しうる仮説によつて支えられている点でまさに人間のイマジネーションの表現でもある。<sup>(23)</sup>そしてそこには、少なくとも次のような共通の問題次元が含まれていると考えられる。すなわち、第一に解釈の対象を固定する次元、第二に固定された対象に対して一定の仮説に基づき意味を付与する次元、そして第三にその意味を一定の記号や言語を用いて定式化する次元である。法解釈もまた一般的な解釈の一つの例としてこれらの次元を共通に含んでおり、また特に行為の解釈と記号や言語の解釈との双方に関わりをもつものとして、先にこれらについて見られた特徴をも共有していると予想される。<sup>(24)</sup>そこで以下では、これらの点を踏まえながら、法解釈の構造やプロセスについて詳しく見てみることにしたい。

[3] これまでに述べられたような観点から法解釈を改めて見直すとき、一般的には、まずそれが法に関してネガティブ・ポジティブの二重の解釈の下に行われていること、またそれがいずれのレヴェルにおいてもそこで前提されている仮説群との関連の下で展開されるということが直ちに予想される。法解釈が主体的な仮説形成の営みでもあることは既に触れたように従来からつとに強調されて来たことがらではあるが、ここではまさにそのような解釈仮説が形成される背景

的条件として、解釈の次元や高次の仮説群の存在、更にそれらと解釈仮説そのものとの関連性が問題の焦点となるのである。

解釈仮説に対してそれを支える背景的仮説群の存在の点については、既に前二款での法的正当化のプロセスにおける諸仮説の介在やそれらの構造的な関係の記述において触れたところでもあるのでそれを繰り返すことはしないけれども、<sup>(25)</sup>別の角度から見ると、法解釈もまた所与の語や文のパラフレーズをなす営みの一つであるとすると、人々が日常熟知している一つの語や文の極めてルーティン化したパラフレーズにおいてさえ黙示的にであれ一定の仮説が前提されているのと同様、法解釈においても被解釈語や文のままの記述以外のすべてのパラフレーズに関して何らかの仮説が関与していると言うこともできよう。また、極めて明白と思われる制定法規を極めて明白にその適用を受けると思われる事例に適用するという全くのイージー・ケースにおいてさえ、様々の仮説が関与していると考えられ、それらには必要がない限り明示化されないにすぎないことも言うまでもない。いずれにせよ、法解釈のための仮説は決して単独では考えられない。それは法的正当化の他の部分についての仮説群と密接不可分の関係にあり、しかも更にそれらの仮説群はより高次の、正当化の方向を規定する最も基本的な仮説によって統合されているのである。

以上のことに加えて、更にここで注意すべきことは、解釈仮説の側から見ると背景的仮説群は直接的なものと間接的なものとに分かれるということであろう。ある法的テキストの言葉についてその実質的な意味付与がなされるときには、まず当の言葉には当のしかじかの意味が付与されるという内容の仮説が先行し、またその意味仮説を実質的に適切なものとするところの価値仮説あるいは更にその価値的主張自体をサポートする仮説といったものがこの系列の第一の仮説を支えていると直ちに考えられる。しかし、同時に他方では、その解釈仮説が成り立つために当の法的テキストやその内容の言葉が有意義なものとして選択されていなければならないし、また実現を望まれている価値との関連で先

の意味仮説が適切なものとして定められたり、更には当の解釈の全体が一定の形で論理的に関連づけられたりあるいはそれ自体の適切性が示されたりしていなければならない。このとき、これらの点に関する仮説群もまた先の解釈仮説に関与しているわけである。それ故、先の解釈説にとつてはレヴェルの異なる二種類の仮説群が関係し合っているのであつて、各々直接的、間接的と呼ぶことができるであろう。この区別それ自体はさほど重要であるというわけではない。しかし、この直接的、間接的という各々の関与の仕方に解釈の構造上の重要な特徴が反映されていることには注目しなければならぬ。解釈仮説の基本的な、正当化上連関の位置づけや内容を決定しているのは、直接的な仮説群もさることながら他方では間接的な仮説群でもあり、しかも後者は実は基礎的な役割を果たしていると言える。というのは、後者はそもそも一定の解釈仮説やその直接的な根拠となる価値仮説が当該のケースに関して有意義かつそのケースの決定に関して不可欠のものとして導入される条件そのものを与えているからであり、これらの条件はまさに当の法解釈の可能性それ自体を規定しているネガティブな解釈の次元において抽象的に与えられていると考えられるからである。そして、そこでの問題の処理が行われた後に、今度は直接的な解釈の構成や理由づけが行われるであろう。<sup>(26)</sup> こうして、二種類の仮説群は解釈の二つの次元の相異を反映している。

では、法解釈における二重の解釈次元の意義はどのようなものであろうか。そこではいかにして解釈が遂行されていると言えるのであろうか。また、その際には、様々の仮説群はいかなる関係の下に現れるのであろうか。

法解釈においてまず第一的に行われているはずのネガティブな解釈とは、ある実践的問題が（広い意味で）法的に処理されなければならないものとして捉えられるという法的な問題同定と、それに対応してそのケースの解決のために適用されうると予想される（広い意味での）法的テクストの同定とを含むものであると考えられる。これらの同定の営みについては、前款において法的正当化の端緒として包括的な正当化構成への予想を内在させているものであることが

述べられたが、<sup>27</sup>ここでは特に次のことに注目しておきたい。それは、これらの同定の営みが、制定法であれ判例であれ、あるいはその他の法や諸原則であれ、ともかくその正当化の時点で与えられている可能的な法的テキストの全体から一定の予想に基づいて一定のテキストを当該ケースに適用可能なものとして選択、固定し、それをまさにここでの法解釈の対象として措置することによって法解釈の端緒となる基本的な問題構造をつくり出して、ということである。換言すればこのレヴェルにおいては、当該ケースの解釈可能性への予想との関連で、それに直接には寄与しないと考えられる法的テキストを考慮の対象から一応除外するということが行われ、考慮可能な法的テキストと問題の一定の解決可能性との間の連結如何という問題枠組、すなわち正当化問題およびその一部分としての解釈問題の枠組が設定されることになるのである。

この設定に際しては、少なくとも四つのファクターが働いている。すなわち、問題となっているケース、既存の法的テキスト、その解決可能性についての予想そして、それらは一定の理由づけによって明示的に関係づけられる必要があるという「正当化への志向」である。<sup>28</sup>この内、後三者は一定のセットとして既に判断者の内に一般的に備わっていると考えられるものであり、そのセットに問題となるケースが実際に付加されるとそれが引き金となって、一定の関連する法的テキストの選択と当のケースについての具体的な解決可能性と理由づけの必要性が我々自身の内で予想されることになると考えられる。例えば、いくつかの公園で「公園内での乗り物は禁止する」と書かれた掲示板を見たことのある人が、今それらとは別の公園でその公園内の道を自転車が乱暴に走って人を驚かせているのを見たとき、このとき、この人は、彼の一般的知識の内から、いくつかの公園で「乗り物禁止」の掲示を見たことがあるのでおそらくこの公園でもそれに類したものがあると思われること、公園内は一般に静謐であるべきだと一般に思われているのであろうこと、「乗り物禁止」の掲示はこの静謐の要請にも適っていると考えられること、自らは常に公園内での静謐を心がけて

おり他人もできる限りそうすべきであると思つてゐることなどの関連する知識を引き出し、それらの知識と当該の自転車のふるまいが危険であるとの認識とから、当該の行為が基本的には抑止されなければならないと考え、そして更にそれらの判断を整合的に関連づける必要があると考えるわけである。このとき、もしこの人が当の公園内にも同じ掲示があることを見出したとすれば、彼の先の規範的思考は事実上はこの掲示を中心として、他の知識はそれに付随してそれを補充するという形で展開されることになるかもしれない。しかし、この場合でも、当の掲示が彼の思考の中心とならうるのは、単にそれが彼個人を越えた権威を有するということばかりでなく、その援用可能性が彼の先の一般的知識や問題解決の可能性についての判断によつて整合的に支持されうることにも大きく依存していることは勿論である。<sup>(29)</sup> また、仮にそのような揭示がないとしても、特に公園における静謐の要請を中心として（広い意味で）法的な思考が進められうることは明らかであろう。尚、言うまでもなく、ここで述べられているプロセスは半ば直観的かつ暗黙の内に進行するものであるが、そのことはこのプロセスに働いている知識や「戦略」を決して明確にできないということの意味するものではない。それらは、その後の思考や討論に伴う反省を引き金として顕在化して来るものである。

このようなネガティブな解釈は制定法が直ちに明確に適用可能なものとして引照されえないか、あるいは制定法を検索しても適当な法規が見つからないなどといった場合に初めて現れる問題と考えられることもあるかもしれない。そして実際問題として法律家は、制定法や様々の既存のケースについての該博な知識の蓄積の故に、一定のケースに対して直ちに一定の判定法の適用可能性とそれによる当のケースの解決可能性を考えるのであるからネガティブな解釈を特に行つてはいないし、仮に行つてゐるとしても、それは判定法そのものの解釈という次のポジティブな解釈の次元に関して特別の意味をもつてゐるわけではないと言われるかもしれない。しかし、制定法その他に関する知識の集積体が一定のケースの出現と認知に対して一定の仕方では援用されるということは、それ以前にその種のケースについてはこの種の

知識を引照するというデイスポジションが法律家に予め形成されているが故のことであり、そして、このデイスポジションの形成そのものは、既述のようなネガティブな解釈の積み重ねによって比較的安定した思考のセットがつくりあげられているということに他ならないのである。そこでは一定のケースに関して既存の制定法その他に関する知識を中心としてそれを処理しようとし、それ以外の処理は法的なものとしては考えない、というデイスポジションそのものが法解釈の出発点としてのネガティブな解釈となつていたのである。このことは、制定法体系がある日突然ドラスティックに変わつてしまうという場合や、従来には考えられなかつた新奇な、しかし法律的に解決されうるケースが出現した場合などに、一つ一つの法規の解釈以前の問題として当該制定法の射程そのものが問題となりえ、まず第一にそれを解釈する必要があることから明らかであろう。もし基底的なネガティブな解釈の次元が存在していないのであれば、これらの問題は起こりようもないからである。<sup>(30)</sup> また、ネガティブな解釈において暗黙の内にあれ援用されていた仮説とそれに続くポジティブな解釈で提示されうる仮説との間には重要な関連性があることも見逃してはならない。既に述べたように、<sup>(31)</sup> 法的正当化全体における仮説群全体の間には少なくとも階層的な制御の関係が成り立っており、しかも実際の正当化プロセスにおいてははその目的志向性と相まつて可能な仮説の選択の幅がかなりの程度まで狭くなつてゐる。特に包括仮説と特定の法テキストの読み方についての解釈仮説との間でも複雑な目的—手段的關係が存在しており、後者は前者に適合的であると同時に、前者に適合的な他の諸仮説とも適合的でなければならぬ。もつとも、この複雑な目的—手段的關係がネガティブ—ポジティブの関係と重なり合つて現れうる場合には、諸仮説の適合関係はむしろ不適合性の問題として幅をもつた形で現れ、それらは必ずしも一義的に対応し合うものではなくなるということも考えられるであろう。実際、ネガティブな解釈次元においては、当該ケースの解決可能性の予想は概括的なものに止まつてゐると思われるから、その後はいかなる形で具体的な解決が与えられるかということを直接規定するだけの特定化された予想が

既にそこにあるというわけではないと言える。それ故、ネガティブな次元での仮説群とポジティブな次元での仮説群との間には明確な論理的対応関係があるわけではない。しかし、それにもかかわらず、前者が後者に対して一定の方向づけを与えており、後者の構成可能性には一定の限界が存在していることは重要である。例えば、ネガティブな次元においてある制定法規の援用が選択されたとすれば、それに続く次元での理由づけの際にはその法規の解釈をも含めて様々の主張は当の法規の内容を具体化する方向で進められることになるであろう。<sup>(32)</sup> この意味で、二つの次元の仮説群の間にも、既に述べた「目的指向的―階層的制御」の関係が成り立っているのである。

さて、それでは法解釈の中心部分たるポジティブな解釈はいかにして行われるのであろうか。

約言すれば、そこには以下のようなプロセスが見出されるように思われる。まず第一に、解釈の対象となる法テキストが記号的対象 (sign-vehicle) として我々の眼前に措定され、当該ケースとの関連でその記号的対象のどの部分を特に解釈する必要があるかといういわば解釈の焦点が決定される。<sup>(33)</sup> 第二に、このようにして規定されたテキストに関してそのデータそれ自身と解釈者の背景的仮説群との間の複合的關係の内で暫定的な解釈仮説が構成される。第三に、この暫定的な解釈仮説が当該ケースの事実認定に関して整合的に適用されようか、他のテキスト的データと内容的に整合しようものであるか、そしてそれらを踏まえたうえで最終的に得られるであろう判断を適切なもの足らしめうるものであるかなどの点が順次に吟味される。第四に、この第三のレヴェルの吟味にパスした場合には先の解釈仮説は最終解釈仮説となり、明示的な正当化の構成の内で定式化され、位置づけられる。そうでない場合には先の吟味のポイントとの関連に必要な修正を加え改めて暫定的な解釈仮説が形成され、先と同じ吟味のプロセスを経て、適切な仮説が得られた場合には最終仮説となる。第五に、このようなプロセスの内で適切な最終仮説が得られない場合には、最も洗練されたものを最終仮説として固定し、今度はそれと整合しえない吟味のポイントそのものについてそれ自体を最終仮説に適合する

ように修正してゆく。かくして、それらのポイントが最終的に調整されるとそこで最終仮説が成り立つことになる。そして、もしそれでも不整合が残るときには、元々の問題枠組そのものが見直されることになる。<sup>(34)</sup> 概略としては以上のようにして、ポジティブな法解釈が行われると考えられる。そこでもう少し具体的に先の公園内の「乗り物禁止」の揭示の例に則して、このポジティブな解釈のプロセスを記述してみることにしよう。

今話を簡単にするために、先の例の場合において関連する法的テキストとして、同じ公園内に「乗り物を禁止する」という揭示が見出されたとし、この規則の通用範囲や「禁止」ということの内容に特に理解不可能なことはないとしよう。すると、この揭示の特に「乗り物」の部分が、先の乱暴な自転車に適用可能であるということと関連して、このルールの解釈の焦点となり、解釈の重要な対象として措定されることになる。そして次に解釈者は、「乗り物」という記号的対象を所与のものとし、彼の日本語に関する知識を前提としてそれに対して（暫定的にであるが）一定の意味を付与しようとするであろう。彼は、例えば「乗り物」というのはおよそ人を乗せて一定の所まで運んでゆく手段ないしは交通機関である」とまず考えるかもしれない。場合によっては、このように一般的に考える以前に「乗り物」と言えば、バス、電車、汽車、タクシー、オートバイ、そして自転車が含まれる」というように彼の有しているパラダイグマを思い起すかもしれないが、この場合でも、黙示的にあれ、彼は先のような暫定的で一般的な意味を理解しているはずである。<sup>(35)</sup> いずれにせよ、ここでは、「乗り物」という語に対して暫定的な意味付与がまず行われているのだが、これは「乗り物」という記号的対象の認知と解釈者の日本語の知識および当該ケースが専ら問題となっている自転車の「乗り物」への包摂可能性の有無によってその禁止の方向で解決されうるといふ彼の基本的判断（仮説）との相互関連の下で行われているものである。従ってここでの暫定的な解釈仮説はそれらの背景的仮説群のいわば「重ね焼き」として成立していると言えるであろう。

このようにして成立した「乗り物」についての暫定的解釈仮説は、今度は一定の吟味を受けることになる。その吟味は例えば、(i)この解釈仮説によれば当該ケースの自転車に対して当該ルールが適用可能であるか否か、(ii)この解釈仮説をとることは例えば乱暴な行為を禁止する旨の掲示あるいは歩道の一定の広さ、そこに柵が設けられていることなどとその趣旨において整合的であるか否か、(iii)この解釈仮説がとられることによってもたらされる自転車の前面禁止は可能かつ望ましいものであるか否か、などの点について順次試みられるであろう。そして、これらの点に関して問題は生じないということであれば、先の解釈仮説は最終仮説となつて、当該ルールは自転車をも含むものであり従つて先の自転車のふるまひは直ちに禁止されねばならない、という正当化の内に定式化されることになる。<sup>(36)</sup>

しかしここで、吟味のポイントの第一の点に問題はないとしても、第二の点で、確かに他に乱暴な行為の禁止などの掲示があるにしても、歩道も広いし、柵も余裕をもたされたものであるということになると、小さな「乗り物」の進入そのものが禁止されているわけではないのではないか、という問題が生じうることとなり、先の解釈仮説は適用範囲が広すぎるのではないかということになるかもしれない。また、仮にこの点が問題にはならないとしても、広く、かつ余裕がある公園内で自転車という軽便かつ騒音もない「乗り物」を全面的に禁止するということの必要性という第三の点について疑問が生ずることもありうるだろう。これらの場合に先の解釈仮説の不適切性が大きいものであれば、その仮説は、当該ルールの「乗り物」は自転車や子供の三輪車のような軽便かつ騒音のない交通手段は含まない、という形への修正を求められるかもしれない。そしてこの修正仮説が既述の吟味のポイントのすべてについて問題を生じないとすれば、それが最終仮説となつて、当該ルールは自転車には適用されずその乗り入れは特に禁止されない、ということにもなりえよう。

けれども、ここで解釈者にとつて先の自転車のふまるといふが極めて乱暴で歩行者に対して危険の大きいものであると考

えられるとすればここでは、仮に先のルールによる禁止が基本的にはできないとしても、しかし、たとえ「乗り物」は自転車より大きいものを言うのであっても先のような自転車のふるまいは他の例えばオートバイなどの有しうる騒音や危険性に匹敵するものであり何らかの形で抑止する必要がある、と考えられることになると思われる。この点が疑義あるものとして残ってしまうとすれば、先に修正を求められた解釈仮説は更に別の形で修正され、自転車などはその通常の使用については特に禁止されない、というものにもなりうるであろう。そして先の吟味のプロセスがまた一通り繰り返されてそれに問題がないとすれば、先の場合と同様この仮説を組み入れた正当化が構成されることになる。

しかし、ここで更に、先の自転車のふるまいが一過的であつて騒音も危険性も公園内の静謐を全面的に乱すというほどのものでもないという可能性があるとすると、更に修正された解釈仮説にも或る不適切性が生じうることになる。だが、ここに至つては、この解釈仮説がかなり洗練されて来たものでありまた問題は仮説そのものよりもむしろ事実認定の程度にかかつているので、今度は、仮説の修正ではなく、事実認定そのものについて改めて検討が行われ、当初の判断が継続しうる限りこの仮説に適合的な認定が行われることになるであろう。

この解釈者にとつて、先の自転車のふるまいは基本的に禁止されるべきものであつた。彼は可能な限りこの基本的判断を擁護しようとするであろう。彼にとつて、先のルールに言う「乗り物」は自転車を含まないということは先のような自転車を何らかの形で含みうる解釈仮説をいかにしても維持できない場合にやむを得ず受容せざるを得ないものである。もし容易すくその切り換えができるとすれば、それはその解釈者の当初の基本的判断の強度がさほどではなかつたということを意味している。確かに多くの場合解釈者は様々の可能性を考慮できる。その分だけ彼の基本的判断は中立的なものであるかもしれない。しかし、それは完全な中立性ではあり得ない。たとえ強度がさほどではないにしても、解釈者はまず一定の基本的判断から解釈を進めてゆく。法解釈においては、ネガティブな解釈は暫定的にであれポジテ

イヴな解釈を規制しているものであり、後者は前者を適切に具体化するように構成されてゆくのである。

[4]以上に見て来たように、法解釈は既に述べられた法的正当化のプロセスの一部分としてそれと同じ性質、特に目的指向性の下で展開されるものである。ここで述べられたような見方をとると、それでは、従来法解釈に関して極めて重要とされて来ているいくつかの問題、すなわち、法の拘束力と解釈の自由度との関係の問題および解釈仮説の実質的価値内容の問題、そして解釈仮説の客観性(分)の問題についてはいかなる答えを与えうるであろうか。以下ではこれらの問題について順を追って説明を試み、ここでの法解釈再考の意味を改めて確認したいと思う。尚、三つの問題の内の最後の客観性(分)の問題に関しては、以下ではその規準の内実を考える前提としての解釈のプラクティスの全体的な特質についての説明だけを述べることとし、規準そのものの解明については章を改めて論ずることとしたい。

さて、法解釈においては法の拘束力は法的テキストの制約力の問題として現れる。

勿論、一般に法の拘束力という場合には、単に解釈上の一つの条件ということのみならず、法がもちうる規範的あるいは事実的な通用力やその背景にある社会的な権力秩序などが全体として関わってくることを見逃すわけにはゆかない。しかし、法解釈においてはそれらの事柄は解釈の営みの後景にある一つの前提条件にすぎない。言い換えれば、制定法や判例そのものの解釈についてさえ、そこではそれらの法規範の通用力そのものが直接的な問題となつてはななく、それらが問題となつているケースの処理に関して利用可能であるという限りで操作的な対象として我々の前に現れているのである。それ故、ここで第一次的に問題となるのはそのような法的テキストがまさに解釈の対象として指定されたが故の、テキスト的な制約だけであつて、その他の拘束力は法解釈のプロセス全体にとつてのいわば外的環境のレヴェルに問題が移行した際に重要となつてくる。もっとも、このことが端的に現れるのはポジティブな法解釈の場面に

おいてであろう。ネガティブな法解釈の場面においては様々の可能的な法的テキストそのものの選択が問題となっているのであるから、そこでは当然に、選択の対象となっている法的テキストがまさに（広い意味で）法的なものとして社会に通用しているもしくはは通用しうるものであるか否かということが重要な条件になっているはずである。従つて、ネガティブな解釈においては法的テキストは外的な拘束力とテキスト的な制約力の双方を共に有するものとして現れており、この限りでは法解釈における法の拘束力の問題は全体的なものとも関わっている。しかし、一旦問題がポジティブな解釈のレヴェルに移行すれば、そこでは選択されたテキストのみが主たる考慮の対象となり外的な拘束力の存在が後景に退くことによって、ただテキスト的な制約力だけが残ることになるわけである。<sup>38</sup>

この意味での制約力はしかし、解釈の対象となっている記号的対象によってすべて与えられているというわけでは決してない。確かに例えば「公園内での乗り物禁止」という揭示は決して単なる自然的記号ではなく、一定の思考内容をもちうるものである。けれども、この場合、この思考内容は先のことばの背景にそれ自体として客観的に自存しているものではなく、既に述べたように、この記号それ自身と我々の意味仮説との「重ね焼き」の結果として投影されているものである。従つて、テキストのもつ制約力とは、テキストそれ自身がつもものではなく、まず第一に成立する一定の解釈仮説がその後の解釈の営みに課す思考プロセス上の制約である。時間的に先行するこの第一の解釈仮説は、それに続く解釈上のトライアル・アンド・エラーの端緒となると同時にそのプロセスの方向性をも一般的に規定するものである。<sup>39</sup>ここに看取される解釈上の負のフィード・バックのメカニズムこそ、解釈における法的テキストの制約力の内実である。解釈の記号的対象はこのフィード・バックのメカニズムが働く端緒としての解釈仮説を生み出す一つの引き金であつて、確かにそれなくしてはテキストの制約力は生じないのであるが、しかしそれだけで直ちに制約力をもつわけではない。我々は法の拘束力という直ちに法そのものがそのような力をもつと考えがちであるが、それは我々の思考の

メカニズムの投影にすぎないのである。

このように考えることができるとすると、法解釈は一定の制約と一定の自由とを併せもつと言われることの実相が説明可能なように思われる。法解釈はプロセス全体内に多重的な制約と自由を含んでいる。すなわち、まずネガティブな解釈のレヴェルにおいて一定の可能なテキストが選択される際に、所与のテキストの全体という制約とそれを選択する自由とが存在している。そして、次にポジティブな解釈のレヴェルにおいて、一定の記号的対象が解釈のデータとして与えられている点で制約が存し、それに対して解釈者が自らの仮説に基づいて意味を付与する自由が存している。更に、第一次的な解釈仮説を前提としてそれについて吟味したり修正を加えたりするプロセスの中で、その仮説が対象となる限りで一定の制約が存し、またそれに対して別個の観点から吟味を加えられる点で一定の自由が存している。法解釈は、このようにして、最も一般的な制約から最も具体的な自由までをその問題場面に応じて幾重にも含む複合的な営みである。<sup>(40)</sup> 法解釈における法の拘束力や解釈の自由ということがいずれも極端な意味合いのものではないことは既に周知のこととなっているが、しかし、それは単に双方の要素を併せもつということではなく、今述べたような複合において存在していることを意味していると考えられなければならない。

尚、ここで法規の「ワク」と呼ばれて来たものについて付言しておきたい。この考え方によれば、法規は一定の範囲の複数の意味あるいはそれに基づく行為を許容する点でこれらに対する「ワク」を有していると言われるのである。<sup>(41)</sup> 私の考えでは、この「ワク」とは法規に内在しているものでもないし、それ自体が一定の存在性をもつものでもない。既に述べたように、法解釈は記号的データに対する意味付与であるとするれば、法規の「ワク」とは多様な意味付与の可能性そのものについての法規への投影以上のものではない。そして、この意味付与の可能性とはそれらが一定の個人ないしその集合体の内で共有されうる可能性に等しく、その範囲は流動的なものである。確かに、解釈の対象そのものは

継続的に同一でありうる。その限りではある言語の解釈可能性についても、少なくとも短いタイム・スパンにおいてはさほどの流動性も見られないということもありえよう。しかし、同じ言葉でも時代が異なると正反対の意味で考えられるというありふれた事例が端的に示すように、原理的にはこの種の流動性は不断に続いていくのであるから、このことが直ちに解釈の対象における意味の自存性や固定性につながるわけではないのである。法規の「ワク」論は、法規の客観的拘束力を理論化するための一つの方途ではあるかもしれない。しかし、法解釈の実際に関してこの種の「ワク」も相対的であるということが不可避の事実であるとすれば、この「ワク」が一義的な決定力をもつということが言えない以上は、理論的にも実践的にも決して適切な主張とはなり得ないであろう。それは、法解釈の制約条件の説明としても、その実践的主張としても単純にすぎるものである。もつとも、その主張を一つの発見的構成として見る限りでは、先に述べられた見方と決して対立するものではない。法解釈において解釈のデータが指定される限りは一定の意味付与の限界があることは確かなのであるから。

さて次に、法解釈に見出される仮説群の実質的性格に関する特徴について述べることにしよう。

既に見たように、<sup>(43)</sup>法解釈のための仮説としては様々の議論が提起されうる。単に法規やそれに含まれる語の辞書的な説明に止まらず、当の法規の立法の沿革あるいは立法の目的、比較法的な意義、あるいはある解釈を採った場合の帰結の望ましさや社会的反響等々すべてが、直接にあるいは間接に、解釈のための仮説として提起されうる。通常法解釈のための仮説と言えば、漠然と論証の大前提と小前提とを結びつけるものと考えられて来たが、しかし、それはこれらの仮説群のごく一部にすぎない。また、通常説かかれていた様々の解釈方法は実は解釈のための方法的な仮説であり、仮説群の一端を担うものである。そして解釈方法の適否の問題とは、単に孤立した方法上の問題ではなく、他の仮説群との関連における解釈方法のための仮説の適否の問題である。

これらの仮説群は、まず全体としてみれば、単なる常識的な言語使用規則から高度の法的、事実的な専門的知識そして基本的価値観に至るまで、様々の種類のものをすべて含みうることは言うまでもないが、<sup>14)</sup>そのすべてを明らかにし、かつ全体的な性格を特徴づけることは不可能であるかもしれない。それらはいつでも援用されうる潜在的可能性を持つものであり、ある具体的ケースの判断という方向性の下で初めて明示的あるいは黙示的に使用されると考えられ、従って、それらの仮説群を具体的に特定することができるのは、問題となっている具体的ケースに関連する限りにおいてであるからである。しかし、この仮説群の主たる部分が既に前款で述べたような点において社会—政治的価値ないしは法的な価値についての理論そのものであるか、あるいは少なくともそれと密接な関わりを持ちうることはここでの問題にとつて重要である。このことは、法解釈のプロセスは法的正当化の全体における核心部分の一つとして、最終的にはこの正当化全体の最も基本的でトータルな価値的仮説と一定のネットワークの内て結びついていると示すものである。従って、ある解釈仮説の適否は常にこのネットワークの内て決定されているはずであるし、またそれを批判的に評価する場合にもそのようなものとして見られなければならないであろう。それは決してある言葉についての意味の理解だけに関わるものではない。制定法が解釈の対象となるときには確かにそのように見えるかもしれないが、しかしそれは、解釈の前提となりうる様々の価値的考慮がこの制定法の存在そのものにおいて縮約されていると想定されうるからに他ならない。当の制定法を援用するという決定そのものが既に、その制定法についての解釈の一定の価値との適合性を示しているのである。このときの解釈仮説は決して価値と無関係のものではない。そこではただ価値との連続性が制定法の存在そのものによって省略されてしまっているだけである。

従って、まず、法解釈における仮説とは、それ自体としてみれば一つのテキストの意味付与だけに関わるように見えるとしても、法解釈において目ざされている実践的な問題の解決を指向するものとして、当のケースがいかに処理され

るべきであるか、そしてそれは何故にそうでなければならぬのかといった点についての我々判断主体のトータルな価値判断を一定の論理的関連の下で反映しているものである<sup>(45)</sup>。そして、この基本的な価値判断が広い意味で法的である以上は、法解釈における仮説群も多かれ少なかれ公共的な性格をもつものとなることは明らかである<sup>(46)</sup>。もともと、その公共的価値の内容そのものここでは特定できない。実際上の法解釈においては、政治的、社会的あるいは道徳的原理を前面に立てそれを固守する形で解釈が構成されることもあれば、一定の政策目的の実現に向けた解釈が構成されることもあるだろうし、またそれらが様々に組み合わせられて解釈が構成されることもありうるからである<sup>(47)</sup>。しかし、いずれの場合であれ、法解釈のための解釈仮説群はまさにそれが広い意味での法の具体化のためのプロセスを担うものとして、我々の社会生活の基本原則を様々のケースやそれについての判断を通じて分節化し、また修正してゆくという、公共的で解釈的な価値である。換言すれば、法解釈のための仮説群とは、トータルな制度のあり方を不断に構想してゆく我々の観念であるとも言えよう。但し、ここで言う制度とは、必ずしもある価値の実現のための手段としての技術だけを意味しない。確かに、制定法体系下ではその大枠の内でもより効果的な制度を考え出すことは実際上なされているし重要なこともある。しかし、それは必ずしも制定法そのものの具体化ではない。それはむしろ、制定法を利用したより広い意味での制度の考案の一部分である。そうでなければ、法解釈によってある制定法が基になりながらもそれを全く新たに編成しようような制度モデルを考え出すことができるということの説明がつかない<sup>(48)</sup>。この意味においては、法解釈は判定法を援用しながら、制定法を越えることができるものである。制定法に記された言葉は、法解釈に枠を与えるというのではなく、むしろ、その対象としての解放性ないしは不確定性によって法解釈を様々に権威づけるものである<sup>(49)</sup>。そして、それを可能にするものこそ、まさに法解釈のための仮説群なのである。

最後に、法解釈のプラクティスの全体に関する一つの特徴を述べて、ここでの法解釈再考の試みをひとまず終えたい

と思う。その特質とは、法解釈とは様々の解釈者による継続的な営みであつて、決してある特定の解釈者による一回限りでかつ不可謬の営みではあり得ないということである。約言すれば、法解釈とは常に連続的で協同的な営みであるということである。<sup>(50)</sup>このことは考えてみれば至つて明白なことではあるけれども、既存の法解釈論においては必ずしも明確な位置づけをもつていたわけではなかつたように思われる。<sup>(51)</sup>

法解釈は原理的には社会の成員の誰もが様々の場面で行うものである。それは裁判官やその他の法律家が行うだけではなく、あるケースについて床屋政談的に語る「素人」でさえも現に行つてゐるものである。確かに法律家と「素人」の法解釈にはその洗練度において大きな相異がありうる。また所謂公権的解釈のみが社会において専ら通用力をもちうる解釈だということも否定はできない。<sup>(52)</sup>しかし、それらは、法解釈にとつては偶然的な事情に止まるものである。ここで重要なのは、複数の多様な法解釈が一定の社会の内に常に存在しようということであり、その内のいずれかが当該社会のある事実上の条件の故に一定の状況下で一定の通用力をもつてゐる限りでその解釈が他の解釈に優位しているにすぎないということである。このことは、言い換えれば、社会内には一つの問題に関して常に代替的な諸解釈が競合して存在しており、一定の状況的条件の下でそれらの優劣関係が相対的に変化しようということを意味している。ある問題に関してある状況下である解釈が専ら通用してゐるとしても、別の状況下では別の解釈がそれに取つて代わるということがありうる。また様々の問題の連続の内である解釈が継続的に維持されてゆくとしても、その周囲には常にそれとは別の諸解釈が随伴しており、一定の状況変化の際には先の解釈に優位しよう。更に、社会内においては常に当の問題に関する新しい解釈が生まれており、全体として解釈は常に多様化する傾向にある。そして、ある場合には新奇な解釈が突如として優勢となるということもあり得よう。解釈のこの運動は、まさに社会的諸集団の離合集散や秩序化現象にも似て、一定の規範に基く社会内での実践的問題の処理が遂行される際の基本的な条件を成しているのである。<sup>(53)</sup>

このような見方に立つと、所謂公権的解釈は多様な諸解釈の内に一つの重心をつくり出し、それによって諸解釈の間にある種の秩序をもたらしとするものであると言えよう。諸解釈の運動はそれ自体として全くのアナーキー的狀態ではないにしても、多かれ少なかれ社会内での解釈のインバランスを生じ、社会的紛争の発生を助長することになるであろうから、その際に公権的解釈の設定によってその紛争を解決し解釈のインバランスを除去することは一種システム論な必然でもあろう。またこの意味では、裁判とは解釈の安定性を維持する制度でもある。いずれにしても、ある社会内で可能な法的テキストが仮に相対的に安定したレパートリーの内にある場合でも、このような解釈の運動とそれに伴う諸解釈の秩序化の必要は、我々の法体系の経験に照らしても明らかであろう。勿論、言うまでもなく、可能な法的テキストが解釈を通じて具体的な形を得て全体として更に多様化しうることは十分予想されうるし、解釈の多様化が法的テキストの質的变化を招来するということもありえよう。<sup>(54)</sup> いずれの場合であっても、公権的解釈が一定の機能を果たすことは明らかである。

しかし、公権的解釈はこのような機能を果たす以上のものではないことをわすれてはならない。我々の社会には常に可能な法的テキストとその諸解釈とが充滿している。法解釈は、最終的には社会的でかつ動的な思考の運動の秩序の内<sup>(55)</sup>で生成し、変化してゆくものである。

法解釈の本性はこのような全体秩序との関連で更に解明されなければならないものであるかもしれない。しかし、この課題を果すことはもはや別の機会に譲らざるを得ない。ここではとりあえず、その問題の端緒を示すことができたのであればそれで十分であろう。

## 註

- (1) 自然法や歴史的傾向に訴えるものとして、例えば西ドイツの場合については、vgl. Larenz [MER] S. 123ff. また、日本の法解釈論に関しては、特に民法学者、星野「序説」「方法」、広中、「おぼえがき」、甲斐「批判」等の論稿を参照のこと。また、具体的な判断の妥当性に特に着目するものとしては、西ドイツの場合については、vgl. Larenz [MER] S. 138ff. また日本の民法学においては、加藤「法解釈」の所説を参照。尚、民法学における方法論の展開の整理として、水本「民法学」が有益である。
- (2) 前出 2-1-1-1、三五巻六号一七七頁以下を参照。
- (3) 前出第一章、三五巻六号一七六頁以下を参照。
- (4) vgl. Engisch [EJD] S. 63ff., Larenz [MER] S. 29ff. S. 181ff., Alexy [TJA] S. 288ff., cf. Cross [STI] ch. 2, ch. 3 等  
 た、碧海（概論）第四章、第五章、尾高（概論）三三八頁以下等を参照。
- (5) 前出 2-2-1、II、III、三五巻六号二一五頁以下。
- (6) cf. Popper [OJK] p. 342ff., Polanyi [KNB] p. 189ff.
- (7) cf. Hanson [PoD] p. 8ff.
- (8) cf. Hayek [SPP] p. 51ff. [NSP] p. 43f. 参照タイサー（認知）三八七頁以下。
- (9) cf. Hanson [PoD] p. 19ff.
- (10) cf. Popper [OJK] p. 235ff., Polanyi [PEK] p. 77ff.
- (11) cf. Popper [OJK] p. 345f.
- (12) cf. Popper [OJK] op. cit., Hayek [NSP] p. 42f.
- (13) cf. Danidson `Belief、 p. 316ff. `Thought、 p. 9ff., Lewis `Interpretation、 p. 331f.
- (14) cf. Lewis `Interpretation、 p. 337f.

- (15) cf. Davidson *Beliefs*, p. 317f. *Thoughts*, p. 10f, p. 20ff., Lewis *Interpretations*, p. 340ff.
- (16) cf. Morris [F7S] p. 3ff. 参照。善海 (概論) 一〇〇頁以下。
- (17) vgl. Engisch [EJD] S. 85ff., Larenz [MER] S. 302ff., cf. Cross [STI] p. 56ff., Dworkin *Interpretations*, p. 275ff. p. 266ff. *Objectivity*, p. 308ff., Fish *Gangs*, p. 282ff.
- (18) cf. Dworkin, *Interpretations*, p. 260f., p. 267f., Fish *Gangs*, p. 282f.
- (19) cf. Fish *Gangs*, p. 283.
- (20) 解釈ないしは翻訳に関連して、パラフレーズの意義を明らかにした者として例えば、W・O・クワイン (Quine) が挙げられる。クワインによるパラフレーズについての説明に関して、cf. [WOO] p. 159, p. 161, p. 182, p. 250. ただし、ここでクワインがパラフレーズの典型例としているのは、日常言語から理論的言語へのパラフレーズである。法解釈に関してパラフレーズの意義を強調した者としては、J・ベンサム (Bentham) を挙げる事ができる。ベンサムはそのフィクション論において、権利や義務等の法的概念は全くのフィクションであるとし、フィクティシヤスな実体 (entity) はそれ自体では全く内容空虚であって、より現実的 (real) な実体へとパラフレーズされなければならないと主張した。cf. Bentham [ToF] p. xxviii p. lxxxvii, pp. 86ff, pp. 118ff. 更に興味深いこととして、彼は、そのようなパラフレーズにおいては、現実的な実体についてのイメージあるいは「原型」(archetype) が関与していることを示唆している (p. 87)。 (「原形」論の現代的ヴァージョンとして、cf. Black, *models*, esp. pp. 240ff. ベンサムのこの試みについてはハートが言及し評価している。cf. Hart *Definitions*, p. 48.) またベンサムのフィクション論の意義について、土屋「言語」特に二二八頁以下が示唆に富む。尚、法解釈は定義の問題であるという考え方 (碧海「概論」一九〇頁以下、石田「方法」五頁以下など) に関して付言すると、定義は、それが規約定義であっても、一定の前提条件の下で提示されているのであり、その前提条件に関して何らかの吟味を行ないうるものである。cf. Quine, [LPV] p. 24ff. 訳三九頁以下、Robinson [Def] p. 73ff.
- (21) このような情報内容の明確化は、単なる同義語による置き換えを越えたパラフレーズの特徴である。cf. Bentham, [ToF] p. viii, Quine [WOO] p. 159. 尚、更にcf. Popper *Logic*, p. 254ff., Korner [CAF] p. 51ff.
- (22) このような仮説群の介在と基本的役割を哲学的視点から明らかにしたものの一つとして、クワインの根源的翻訳論がある。cf. Quine [WOO] p. 26f. *Relativity*, p. 33f. 尚、cf. Harman *Introductions*, p. の論議において、クワインは

異言語間の翻訳の最も困難な場合つまり全く未知の言語の翻訳という場合を考え、そのことによって異言語間のみならず同一国語内でも生じうる翻訳の、そしてパラフレーズの根本的特徴を明らかにしようとする。クワインの議論において本稿との関連で特に重要なのは、異言語間または同一国語内を問わず翻訳における不確定性 (indeterminacy)、即ち、確実で精度の高い翻訳が必ずしもなされ得ない余地が常に残されていること、そしてそれは翻訳において既存のデータを越えてそれらを統合するある仮説が介在していることに起因していることの二点である。クワインの想定する言語学者は全く未知の言語に遭遇する。それ故、そこでは彼にとつて役立つのはその場で与えられる具体的データのみにある。まず、特定の場面で特定の身ぶり手ぶりを伴って発話された文の場合には、それらの持つ「刺激」が翻訳者に対して翻訳語と同等の「刺激」を惹起せしめうる限りでは、ある程度精度の高い翻訳が期待されうるし、また一定のタイム・スパンにおいて持続的に「刺激」を保持しうる文の場合も同じことが期待できる。しかし、これらの具体的、経験的な文の場合でさえ、それらの文の「刺激」が全く同一であるとは決して保障されてはいない。例えば、「ガバガイ」(Gavagai) という一語文が何らかの形で「うさぎ」(Rabbit) という一語文に翻訳するのに成功したとしよう。この場合でもそれら二つの言明において各々述べられているものが、ある「うさぎ」という具体的対象そのものなのか、その対象たる「うさぎ」のある時点での「分節」(segment) 乃至「相」(phase) なのか、その対象たる「うさぎ」のある部分なのか、あるいはその対象の「うさぎ性」(rabbithood) という普遍なのか等々の点は不確定的なのである。翻訳がほとんど経験的データに依拠している場合でさえこうであるから、例えば「独身者」(bachelor) や「兄弟」(brother) 等のように社会制度上の意味づけに依拠する所大である。「非—観察文」(non-observational sentence) においては不確定性は一層大きくなる。cf. Quine [WOO] p. 40ff., p. 29ff. "Relativity" しかし、実際上人々は、「ガバガイ」から「うさぎ」への翻訳が前述のある一定の側面に關する翻訳として了解し合ったり、あるいは、「独身者」(soltero) から「独身者」(bachelor) へ、「独身者」(bachelor) から「結婚していない男」(unmarried man) へ等の翻訳あるいはパラフレーズを実際に成功させている。それ故、これらの翻訳やパラフレーズには、単なる経験的データの集積を越えてそれを可能にする、個人的あるいは社会的な默示的な仮説のシステム(あるいは格率(maxim))が介在していると考えなければならぬ。このシステムをクワインは「分析的仮説」(analytical hypothesis) と呼ぶ。この仮説は、翻訳者が翻訳を開始するときには既に前提されているものであり、その最も重要な役割は、具体的に与えられうる有限の経験的データを基に、複数の言明を同義的として結びつける「外挿」

- (extrapolation) をすることにある。更に、この仮説はコンテキストに依じて、同一文についても複数個成り立ち、相互に対立することがありうる。また、この仮説は、単にある語や文と他の語や文との等置 (equation) を規定するだけに止まらず、意味論的な補足や構文論的な説明図式、更にはそれらの内容規定のための補助定義等を含んでおり、全体として整合的なデイスコース全体の翻訳という目的に寄与するものである。cf. Quine [WOO] p. 68ff. 『Relativity』 p. 33ff. この仮説の構成は原理的に自由である。しかしクワインが全く恣意的な仮説構成を認めているわけではない。仮説の適切さはいかなりの程度まで経験データによってチェックされる。ただ彼は、それでも尚これらのデータによってはチェックしきれない不確定的部分が残り、その結果としてある文の解釈が異なりうるということを指摘しているのである。尚、cf. Dworkin 『Interpretations』 p. 252ff.
- (23) cf. Polanyi [KNB] p. 199ff.
- (24) この区別は、法的正当化のプロセスとアナロジカルなものだと考えられる。参照、前出2—3—I、三六巻五・六号九頁以下、2—3—II、同号五四頁以下。
- (25) 参照、前出2—3—I、三六巻五・六号三六頁以下、2—3—II、同号五四頁以下。
- (26) 参照、前出2—3—I、三六巻五・六号三八頁。
- (27) 参照、前出2—3—I、三六巻五・六号一二頁以下。
- (28) 「正当化への志向」は、前出2—3—II、三六巻五・六号六二頁で述べられた「正当化の戦略」とは異なる、それよりもいっそう基本的な人間のデイスポジションである。例えば、所謂「充足理由律」や基本的な論理規則などはその現れであると考えられるかもしれない。
- (29) 前出2—3—III、本号一六頁を参照。
- (30) cf. Hayek [LLL (7)] p. 95ff.
- (31) 参照、前出2—3—II、三六巻五・六号六〇頁以下。
- (32) 参照、前出2—3—I、三六巻五・六号一四頁以下。
- (33) cf. Polanyi [KNB] p. 181ff., p. 190f.
- (34) 参照、前出2—1—I、三五巻六号一八〇頁以下。

- (35) 前出2—3—1、三六卷五・六号四四頁注(19)を見よ。
- (36) この吟味の順序は当の解釈それ自体の論理的帰結、その解釈の体系的意義、その解釈の目的適合性という三つの観点のりニアな関係の下で成り立っていると想定されているが、この想定は、法的正当化のプロセスにおける目的—手段的な発見法を逆に辿ることがその吟味の一つの方法であるという考えに由来するものである。
- (37) e. g. vgl. Iarenz [MER] S. 298ff, S. 350ff, S. 402ff. cf. Dworkin *Discretions*, p. 627ff. *Answers*, p. 76ff. *Interpretations*, p. 254ff., p. 261ff., Fish *Gang*, p. 273ff. 参照。田中「合理性」一九八二年六月号六頁以下、一九八二年十二月号一三頁以下など。尚、法解釈とその説明の可能性に関する原理的問題については、拙稿「Understanding Legal Interpretations」(Forthcoming in ARSP) にその概略を述べた。
- (38) 注意の焦点が移動するとき、以前の問題は決して消失はしないものの一応了解ずみのもとなる。参照、ナイサー(認知)一〇頁以下、cf. Polanyi [KNB] p. 183f., p. 189f.
- (39) 前出2—1—1、三五卷六号一八〇頁以下を参照。
- (40) この点は法的正当化のメタ構造における階層的複合性の結果である。参照、前出2—3—II、三六卷五・六号六六頁注(12)。
- (41) vgl. Kelsen [RER] S. 347f.
- (42) vgl. Kelsen [RER] S. 351f.
- (43) 前出2—3—1、三六卷五・六号三六頁以下を参照。
- (44) vgl. Alexy [TJA] S. 278, S. 289ff.
- (45) cf. Frank [LMM] p. 108ff. 邦訳一六一頁以下、[CoT] p. 165ff. 邦訳(上)二六三頁以下。彼の主張は今日でも尚示唆に富む。
- (46) 前出2—3—III、本文一〇頁以下を参照。
- (47) vgl. Alexy [TJA] S. 245 ff., cf. McCormick [LRT] p. 229ff.
- (48) 解釈仮説と制度のモデルとの関連についての重要な指摘として、長尾「解釈」三四頁以下を参照。本稿での考え方は、こゝでも触れられている法解釈の創造性をむしろ第一的なものとして重視するものである。

- (49) cf. Dworkin [TRS] p. 109.
- (50) cf. Popper [OJK] p. 153ff. また、ドゥオーキンの主張にこのような性格を見てとるものとして、参照、石前「モデル」特に九頁以下。
- (51) 田中「合理性」一九八二年九月号一八頁以下は法解釈の行われる制度的枠組とコンセンサス形成の重要性を指摘している点で示唆に富んでいる。ただし、その議論は裁判制度の特殊な役割に重心を置いたものであり、ここでの主張とは力点が全く異なっている。
- (52) vgl. Kelsen [REK] S. 351ff.
- (53) 参照、前掲拙稿「法と道徳の間」。
- (54) 例えば、参照、ルーマン「法社会学」第3章、特に一五五頁以下。
- (55) cf. Hayek [SPP] p. 68ff.

## 第4節 法的正当化の構成

[1] それでは本章の小括として、以上に述べて来たところから、法的正当化についての一つのモデルを提示することにしよう。

本章で示された考えを要約すると、法的正当化とは、制定法規範に限らず一般に様々の規範的言明を中心とし、同時にまた非規範的な言明によって条件づけられた、複合的、階層的、操作的、目的指向的そして開放的な、ある実践的決定の理由づけを行うネットワークである。それは、制定法をも含みうる様々の実践的原理や事実に関する様々の一般的な規則を必然的に前提し、かつそれらの適用条件を常に伴っており、それらが相互に結合し、また積み重なって、複雑な論理的連関を形づくっているものであって、しかも、正当化を要する具体的な問題状況との関わりで、一定の了解と正当化目標とに応じてそれに適合的な或る具体的な分節化を示すものである。また、法的正当化がこのようなネットワークとして成立しているということは、それ自体が一定の形成プロセスの結果である。すなわちあるケースについて法的判断を行おうとする主体は、自己が既に習得している様々の知識とそのケースの解決に関する基本的価値観とを背景にしながら、その問題を法的なものとして概括的に意味づけ、具体的な論点へと分析を加え、その方向にそって解決を与えてそれらを統合し、そして最終的な正当化を得るのであって、更に、このようなプロセスの背後には、一定のメタ原理が存在してそれを規制しているのである。かくして、法的正当化は一定のダイナミックスの下で様々に具体化される実践的な理由づけの体系として成り立つことになるわけである。

このような法的正当化の構成を示すには、まず、既に示唆されたR・アレクシイのモデルの修正を通じて、その複雑

性を改めて表現することが必要である。

アレクシイの「論証」モデルの一部分を利用し、かつ表記を簡略化して、法的正当化の典型的な部分を

$$L \cdot I \cdot F = D$$

(ここでLは法、Iはその任意の階層の解釈、Fは事実、Dは結論、=はそれらが一定のパタンに従って論理的に結合していることを示す。)として示すことにし、また、先の一般的な実践的正当化の形式、

$$R' \cdot G = R$$

(Lは第一階のRに該当するので)と、科学的説明の基本的形式

$$U \cdot AS = E$$

(FはEにあたる)とを利用すると、結局、各々を可能な限り組み合せて、

$$\left. \begin{array}{l} R', G \\ I \parallel G, R' \end{array} \right\} R', G \parallel L$$

$$\left. \begin{array}{l} \bar{U}, AS \\ = F \end{array} \right\} U, AS = F$$

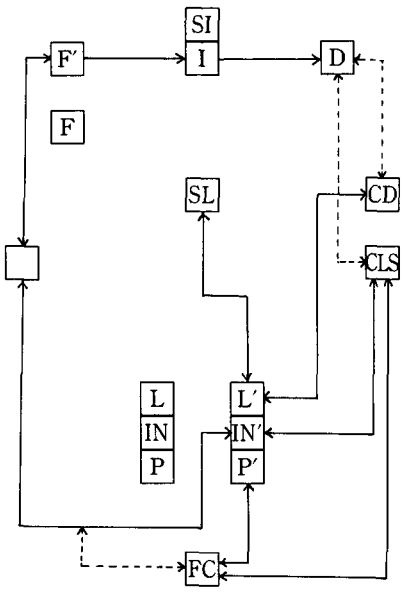
$$D \parallel G, R'$$

という図式を一つのモデルとして考えることができる。これは、すべての言明およびそれらの結合関係そのものに関し、常にメタ・レベルでの理由づけが可能に付加されうることを示しており、この点で、正当化の複合性と階層性が示

説  
 されているわけである<sup>(1)</sup>。

論  
 しかし、既に触れたようにこのアレクシイのものを展開したモデルは、法的正当化の可能な論理的な構造を示すものであって、その形成のプロセスの特徴をも示すには適していない。この点で利用の可能性があるのはむしろゴットリーブのモデルであるかもしれない。ゴットリーブのモデルは既に述べたように法的正当化の「非形式的」な論理構造を示そうとしたものであったが、その意義はむしろ正当化形成プロセスを示したものと解することによってより十全に把握されるように思われるからである。

そこで、今仮にある法解釈  $(L' \quad IN' \quad P')$  が正当化の「支点」になっていけるとすると、その場合の正当化の発生的構造は、ゴットリーブのモデルに若干の修正を加えて、例えば次のように図示できよう。



尚ここで注意しておきたいのは、既に述べたように、最も基本的かつトータルな価値判断の基礎となるのは、 $\boxed{D}$ の内容およびそれに関わる $\boxed{CD}$ 、 $\boxed{CSL}$ であるということ、また、論証の支点は、それらとある種の間接的な関わりを持った、それらとは別個のものである、ということである。

このようなダイナミックスを前提とすれば、先に示した法的正当化の構造のモデルには、正当化の「支点」と、正当化が最終的に目的とする具体的判断内容とが付加される必要が生ずるのである。正当化の構成はそのプロセスの影響を受けるものだからである。そして、それは、例えば次のように示すことができよう。

$$\begin{array}{l}
 R', G \\
 \left. \begin{array}{l} \\ \\ \\ \end{array} \right\} R', G \equiv L \\
 \begin{array}{l} \textcircled{T} \equiv G, R' \\ \\ \\ \end{array} \\
 \underline{\underline{U, AS \equiv F}} \\
 \underline{\underline{D \equiv G, R'}}
 \end{array}$$

かくして、ここで法的正当化の構成についての一つのモデルが得られることになった。それは、「二元的」モデル、「非形式的」モデルそして「論証」モデルよりも、複雑かつ全体としてダイナミックな内容をもちうると考えられるものである。勿論、ここで示された図は単に一つのイメージを対象化する以上のもではないかもしれないが、しかし、我々の法的正当化の実際を明確にする一つの手段として意義をもっていると私は考えている。

[2]法的正当化の構成を以上のようなものとして捉えるとき、では、それは法的正当化の客観性の条件の問題にいかなる形で関連し、またその条件はいかなる内容のものとなりうるのか。これが、次に考えられるべき問題であろう。

既に序論においても触れたように、一般に或る理論のテストのためにはまずその理論の構造の理解が前提として必要である。理論の構造が理解されていなければ、我々は、テストの必要な点を把握しそれに関してテストを行なうということ、適切に遂行することはできない。

理論の構造の理解にとって特に重要なのは、後にも述べるであろうように、その理論が解決しようとしている問題、その理論が想定している概念枠組そしてその理論が採用している論理構造等であろう。<sup>(4)</sup> 理論のスタティックな構造モデルは、それらを、そのすべてではないにせよ、明確にしうるものである。また、理論形成のダイナミックなプロセスはこれらすべての要素に影響を及ぼしている。理論が全体として解決しようとしている問題とその分析は、理論が説明すべき当の事態と理論自体の方策の方向を規定する。整合的な解決を得るための様々の操作の試みと理論における論理規則とは相互に規定し合う。従って理論の構造はこのダイナミックスの認識をぬきにしては語れない。この意味で理論形成のプロセスの認識は、理論の構造理解のための一つの重要な要素となりうる。

本章で示した法的正当化の構成のモデルは、法的正当化のダイナミックスをも含めた、その正当化の実際を記述しようとする一つの仮説である。がそれは同時に、まさに今述べたような意味で、法的正当化の構成の理解のための一つのモデルであり、次章で検討しようとする法的正当化の客観性のテストの可能性および規準の問題にとっての前提としての意義を持つ。それは、法的正当化として提示された或る論述全体の理解、とりわけそこで想定されている問題や概念枠組、そこで採用されている論理構造等の把握のためのオルガノンでもある。

先に示した法的正当化の構成に即して、今度はその正当化の理解のプロセスを考えてみれば、例えば次のように言うことができるであろう。ある正当化について理解しようとする者は、まず当の正当化にとつて問題は何か、そしてそれはどのような具体的論点に分析されているかを見る。ここではまずこのような問題の分析が適切か否かという問題が生じうる。次にそれらの論点についてどのような答がなされているか、とりわけ、どの部分がキーポイントあるいはキーコンセプト、即ち正当化の「支点」になっているのか、そしてまた、それらと他の部分とがどのようにして整合化されているのかを見る。このとき既に問題の把握とその分析において当の正当化で想定されている概念枠組はその内容について一定の方向を与えられているのであるが、それらは、具体的な解答の際の諸仮説の導入や構成においてより明確にされることにならう。その場合、それらの想定が当の問題について適切であるか否かが問題として生じうる。また、更にそこでは正当化の構成のための、そのダイナミックスとの関連において定式化されうる論理構造自体の適否もまた問題となりうるであろう。このようにしてテストされるべき問題点が抽出され、規定されることになる。

このような正当化の理解はそれ自体が一つの問題解決であり、そこで用いられる正当化のプロセスや論理構造のモデルはテストのための問題を分析するという意味で、それ自体が一つの発見法となりうる。しかし、先の場合と同様に、それもあくまでも仮説である。それ故、ここで示したようなもの以外の法的正当化のプロセスあるいは論理構造のモデルによる正当化の理解も決して不可能ではないかもしれない。

以上の手続はしかし、一般的に言つてある理論のテストのための全く予備的な手続でしかない。そのように理解された理論をどうテストし、何をもちてテストに耐えたか否かを判定するかという問題は、理論の理解とは全く次元を異にする問題である。それ故、この問題については別個の検討を要する。その場合、更に問題は二つに区別されよう。即ち、第一はテストの可能性乃至方法、つまり当の理論はどのような条件乃至方法の下でテストされるのか、ということ

あり、他の一つは妥当性の規準、つまり当の理論がテストにパスしたことを何をもって決定するのか、ということである。<sup>(5)</sup>このような問題の区別はそのまま法的正当化の場合にもあてはまる。法的正当化の構成の理解は、最終的なその客観性の判定にとつては全く予備的な手続である。そのようにして理解、整序された正当化に対して、更に、それがどのような条件乃至方法の下でテスト可能であるのか、またその妥当性判定の規準は何か、という問題が投げかけられるのである。これらは全く次元の異なる問題である。

既に述べた法的正当化の「非形式的」モデルが不十分であったのは、そこで考えられていた法的正当化の構成要素間の関係が不十分なものであったことだけによるのではない。それが論理の「非形式」性という正当化の特徴を強調するだけで、それが批判している「形式的」モデルが主張していた形式的妥当性に代わりうる規準およびその基礎としてのテスト可能性の説明を少なくとも暫定的にでも提示できなかったことにもよるのである。<sup>(6)</sup>法的正当化は「非形式的」に構成されているといくら説いたところで、それがそのままその客観性の規準となりうるわけではない。確かにトゥールミンやゴットリーブは、法的正当化が「非形式的」に営まれていることから、そこには首尾一貫性 (consistency) が必要であるとし、そのような正当化こそが合理的である旨を示唆した。しかし、これだけでは不十分である。彼らが批判した「形式的」モデルは、首尾一貫性があるということは形式的論理の規則にかなっているということでありしかもその論理規則には直観的な基礎があるとして、その首尾一貫性を説明している。しかし彼らは、彼らの言う一貫性そのものを十分に説明してはいない。彼らによれば、それは彼らの示したシェーマにかなうことである。しかし、そのシェーマの適用条件は不明確であり、またその妥当性は基礎づけられてはいない。正当化は確かに首尾一貫していなければならない。しかしその一貫性とはどのようなものであり、かつどのような基礎によつて説明されうるのかという問題に十分答ええない限り、正当化の客観性の問題に十分な説明を与えたとはいえないのである。

同様の批判は、トゥールミンやゴットリーブよりも漠然とした形でしか法的正当化の「非形式」性を主張していないと思われる、西ドイツのトピック論や法学的ヘルメノイティクの動向には尚更よくあてはまる。トピック論では、法的正当化が問題志向的であつて体系志向的ではないこと、また単に論理的演繹が問題なのではなくそこにはレトリカルな要素も多々介在していること等が特に強調されている。そして更にそれに基づいて、法的正当化の客観性は問題の場合（トポス）に即していることであるとか、あるいはもう少し進んで、それは言葉の本来的な意味でのデアレクティクにおいて追求されうる議論の方法のレヴェルでの問題であることが示唆されたりしている。しかしこのような一般的な示唆だけでは法的正当化の客観性の規準とその説明としては採用し得ない。そのように述べたところで、直ちに、問題の場<sup>(7)</sup>に即するとはどういうことか、デアレクティクにおける客観性判定の必要最低限の条件は何なのか、といった問いが生じうるのであり、トピック論はそれに答えてはいないからである。法学的ヘルメノイティクにおいても事情は全く同じである。法学的ヘルメノイティクは、その特殊な概念の使用にも拘らず、結局の所裁判官の法解釈プロセスにおいては解釈仮説と前提群の連関を考慮する「視線の往復」(Hinu, Herwandlung des Blicks)とが重要な機能を果たしていること、従つて論証の客観性の規準は裁判官自身の価値観のレヴェルに求められること、そしてそれはその価値観のとりわけ社会的コンセンサスとの関わりにおける「合理性」(Rationalität)であること等の点を概括的に明らかにしたに止まっている。ここでは、法的正当化の形式の記述についてもまた客観性の規準とその説明についてもより詳細な考察が行われているわけではない。既に述べたように、解釈仮説の介在や「視線の往復」は、その存在の指摘よりも、それがどのようなものがむしる重要な問題であるし、また客観性の規準についても「合理性」の概念がどのようなものであるかを説明することが、より重要な問題だからである。<sup>(8)</sup>

いづれにせよ、これらの論議は問題の端緒を再確認したにすぎない。今必要な作業はその問題についてのより詳細な

考察を一步でも進めることである。そして、法的正当化が様々の言明群によって構成されるとすれば、そこでは種々の言明群の真理性や適切性が同時に問われることになるわけであるから、当然そこで重要となるのは、単一の真理条件あるいは不適切性条件ではなく、それらをその一部分とするところの或る複合的な条件群だということになるであろう。これをもしプラグマティックな条件だと呼ぶとすれば、それがいかなるものでありうるかを哲学的に精細に探ること、それが次章の課題となろう。

註

- (1) アレクシイのモデルについては、前出2—1—III、三五巻六号二〇四頁以下を、科学的説明のモデルについては前出2—2—I、三五巻六号二二三頁以下を参照。尚、図左下のR、Gは論理構造そのものの決定に関する仮説群を示している。
- (2) 前出2—1—II、三五巻六号一九三頁以下を参照。
- (3) 前出第一章、三五巻六号一七一頁以下、また2—3—I、三六巻五・六号八頁以下を参照。
- (4) cf. Körner [CAF] p. 14f.
- (5) テストの可能性乃至方法の問題と妥当性の規準の問題とは、ある場合には同一のものであるように見えることがある。例えば、科学における経験的言明によるテスト可能性は、同時に、科学理論の妥当性が経験に合致しているか否かによって定まることを直ちに意味しているように見える。しかし規範的理論の場合には必ずしもそうは言えない。規範的理論が経験的言明によってテストされるか否かということには問題がある一方で、一定範囲内ではそれも不可能ではないからである。ここではまずテストの可能性そのものが一つの問題となる。そしてそれによって妥当性の規準の定式化の可能性も変わってくる。従って、ここではこの二つの問題は区別されねばならない。尚、科学理論の場合も二つの問題は一応区

別でできるものである。

- (6) 前出2—1—II、三五卷六号一九九頁以下および二〇三頁注(26)を参照。
- (7) 前出2—1—I、三五卷六号一八七頁注(4)を参照。
- (8) 参照、前掲、三五卷六号一八七頁注(4)。尚、この念頭においているのはエッサー(Esser)の所説である。vgl. Esser [VMR] S. 146ff, S. 189ff. また、参照、青井「ヘルメノイティク」三九卷三・四号六〇頁以下。エッサーの「合理性」概念の批判として、vgl. Koch "Rationalität", S. 197ff.
- (9) 近年有力な主張としては所謂「対話的合理性」論があるが(参照、田中「合理性」一九八二年八月号一二頁以下、岩倉「議論」一五一頁以下。またvgl. Alexy [TJA] S. 221ff.)、その哲学的成否を問うことも次章の主要な課題となるであろう。

(I・完)

〔文献補遺〕

- ▲ Hayek, F. A. v., *Studies in Philosophy, Politics, and Economics* (Univ. of Chicago Press, 1967) [SPP] (引用略号、以下同こ)
- ▲ ———, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* (Univ. of Chicago Press, 1978) [NSP]
- ▲ Polanyi, M., (ed. by M. Grene) *Knowing and Being* (Univ. of Chicago Press, 1969) [KNB]

〔後記〕

本稿は、一九八二年、東京大学大学院法学政治学研究所に提出された私の博士論文の前半部分に加筆修正を加えたも

説  
のである。原論文に比して大幅な拡充が行われているが、その基本的な狙いと結論においては変わるところは全くない。  
尚、同論文の後半部分については、今後(Ⅱ)という形でを発表を予定している。

論  
(一九八六年七月二〇日記)

## 《Summaries of Contents》

### An Essay on the Nature and Objectivity of Legal Justification — Part I (3) — — 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 (vol. 36, No. 5-6)
    - III. The Legal Character of Justification
    - IV. Legal Interpretation Reconsidered
  - §. 4 The Nature of Legal Justification (End of Part I)

The remaining topics which I want to discuss are the problem of legal character of justification and the problem of the nature of legal interpretation.

The first problem is important here especially in the sense that, if there are many generic features in legal justification as well as other intellectual activities and if there is a continuity between general practical, in particular moral, justification and legal justification in a narrow sense, we must reconsider the significance of legality in justification. To grasp this character, I think, we must avoid a naive understanding of surface characters of legal justification or a naive classification on the alleged special methods of

---

\*Associate Professor of Philosophy of Law, Hokkaido University

legal interpretation, and also we must notice the relationship between the salient features of the practical field of legal justification and the structural “mode” of it. It is this pragmatic character and relationship that defines the whole legality in justification, which includes the following features : (i) publicness, (ii) interest-relatedness, and (iii) elaboratedness and systematicity. These three features together establish legal “mode” of justification in a broad sense.

The second problem is a persistent one for not only practical lawyers but also legal theorists. In reconsidering the nature of legal interpretation from a possibly refreshing point of view, along the line of thinking shown in this article, I would like to emphasize especially that legal interpretation is a general and theory-laden activity in the same manner as other cognitive activities such as perception or understanding of action and language ; that there are two phases in interpretation, one the negative and the other positive ; that the negative interpretation boundarily controls the positive one ; and that hypotheses in legal interpretation have some substantive relationship under the metastructure of legal justification. In addition, it should be also emphasized that the activity of legal interpretation is potentially incessant and plural, and that, even if there needs any authentic interpretation, there could be diverse interpretations which collectively move in our normative communication.

Then, lastly, my contentions about the nature of legal justification are summed up.