HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民商の壁 ： 一商法学者からみた法解釈方法論争
Author(s)	得津, 晶
Citation	新世代法政策学研究, 2, 233-276
Issue Date	2009-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43683
Type	departmental bulletin paper
File Information	2_233-276.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

リレー企画：多元分散型統御の基礎理論を目指して

民商の壁－一商法学者からみた法解釈方法論争

得津　晶*

１．問題意識―北の国から …… 233
２．「本音」と「建前」の二分論―暗黙の前提としての機能主義 …… 237
３．川島武宜の変容ともう一つの可能性 …… 241
４．法解釈論争という文脈 …… 244
５．「議論」による正当化＝価値基準の否定 …… 252
６．「議論」論の受け止められ方―二通りの可能性 …… 260
７．結語―北の国へ …… 267

１．問題意識―北の国から

第70回日本私法学会の民法部会シンポジウムは北海道大学大学院法学研究科教員が中心となって「競争秩序と民法」というテーマでおこなわれた[1]。この討論の中で、森田果は、「建前」である民法ドグマと「本音」である政策論が分離しており、しかも「建前」の民法ドグマのみに研究の関心が集中している点を厳しく非難した[2]。この批判に対して、報告者の吉田克己は、フィクション論による示唆をしつつも[3]、森田質問に対しては

* 北海道大学准教授（tokutsu@juris.hokudai.ac.jp）
本稿は、2008年10月30日に行われたワークショップ報告原稿をまとめたものである。本稿執筆に当たり、GCOEメンバーのほか、小塚荘一郎教授、榊素寛准教授、松中学准教授、後藤元准教授にご教授賜った。記して感謝申し上げる。
[1] 報告原稿はNBL863号（2007年）39-93頁、当日の様子は私法70号（2008年）3頁以下参照
[2]「討論」私法70号（2008年）56-57頁［森田果発言］
[3] 私法（2008）前掲注(2)文献57頁［吉田克己発言］。なお、吉田克己「民法学の方

「水掛け論」[4]として直接の回答はなく、私法学会後の若手研究者の多くには失望感が強く残った[5]。筆者の感触としても、森田の考え方は、明示されているかはともかくとして、商法学界で前提として共有されている考え方であり[6]、政策論・価値判断の問題と法ドグマーティクに代表される法律構成の問題との関係について、現在の民法学界は何も考えていないのかというショック、すなわち、「民商の壁」を感じた。本稿は、このような直観に基づく「民商の壁」について具体的ないし理論的な説明を試みるものである。

しかし、少し考えてみると、民法学界こそ、森田の言うような政策論と法ドグマーティクとの関係について、むしろ病的なくらいにまでの論争を経験していたのではなかったのか。法解釈論争とはそういった論争ではなかったのか。かつて川島武宜は、法律学の課題として、立法や裁判によって一定の社会価値を実現するという「法的価値判断」の問題と価値判断に基づいて人々に一定の行動を要求し社会的秩序を形成・維持するための手段としての「ことば的技術」との２つの要素に分けて提示したが[7]、これ

法・覚書」ジュリスト1126号（1998年）254頁以下を引用。

[4] 私法（2008）前掲注(2)文献59頁［吉田克己発言］

[5] 森田＝吉田の応答を取り扱った若手研究者のブログとして、いとうDiary「ローとエコ［補足］May 14, 2008」（http://blog.livedoor.jp/assam_uva/archives/51401557.html）、同「『私法70号』で読む商法と民法の交わらなさMay 10, 2008」（http://blog.livedoor.jp/assam_uva/archives/51397532.html）、my_Tの日記（2008-5-13）「『法学』はもう少し自分を説明できるようになるべきなのでしょう。」（http://d.hatena.ne.jp/my_T/20080513/p1）など参照。

[6] 江頭憲治郎=森本滋「はしがき」江頭憲治郎編・会社法コンメンタール１・総則／設立［1］（2008年・商事法務）ⅱ頁は「最近の会社法研究は、法と経済学の発展等もあり、分析手法が多様化しているが、いずれも目指すところは、単なる文理解釈ではなく、政策判断の正しさによる説得力である」とする。

[7] 川島武宜「科学としての法律学」同・「科学としての法律学」とその発展（1987年・岩波書店）10-12頁［初出：同・科学としての法律学〔新版〕（1964年・弘文堂）。川島武宜著作集第５巻・法律学１法律学の方法と課題（1982年・岩波書店）２頁以下所収］。以後、頁数は検索の便宜のため1987年本を用いるが、後述するように、川島武宜は時期とともに問題意識が変容していたとされているため（川島［1987］前掲書ⅲ頁など）、初出年が重要であると考え出典時期は初出年を使用することとする。

は、森田の政策論・本音と民法ドグマ・建前とに驚くほど対応しているのではないか。ほかにも、川島は、「法的価値判断」と「ことば的技術」とほぼ同義で、「理論」と法ドグマの「論理構成」という用語を用いて[8]両者を区分した上で、前者の「法的価値判断」・「理論」の問題については、単に「法的感覚」によるのではなく、具体的な社会関係の分析、一種の社会学的な分析を求めていた[9]。これこそ、近時、森田が提唱する方向[10]と軌を一にするものではないか。となると、この段階では、民法学者と商法学者の問題把握方法に大きな違いはなかったのではないか。他方、私法学会での一幕が如実に示しているように、現在の民法学者の中では、このような問題把握が必ずしも支配的というわけではない。もっと言ってしまえば、支持している者は稀少であるようにすら思われる。

そこで、本稿は「民商の壁」とは何か、なぜ出来上がってしまったのかを、民法学界において川島の提唱した「理論」と「論理構成」の区別、「法的価値判断」と「ことば的技術」の区別の問題意識がどういう経緯で廃れて（希薄化して）いったのかという観点から検討する。そして、現在の民法解釈論が、かつての川島の二分論に替えて、どのような考え方（メタ理論）を背景にしているといえるのかを検討する。このような現在の民法解釈論の背景理論を探るという作業には、本来であれば、民法の法解釈方法論全体を検討しなくてはならないはずである。しかし、本稿は、物理的制約ならびに筆者の能力的制約から、また、法解釈方法論に関する包括的な研究として既に詳細かつ理論的水準の高い先行業績[11]が存在することから（前者が主要な理由であることは言うまでもない）、あくまで、商法学界の前提であり川島武宜の当初の問題意識であったところの「政策論」と「法ドグマ」の関係という問題意識と民法解釈方法論との距離という観点に絞

[8] 川島武宜・ある法学者の軌跡（1978年・有斐閣）314-315頁

[9] 川島（1964）前掲注(7)文献22-23頁

[10] 森田果「これが学者の生きる道♪」NBL 800号59頁（2005年）、森田果「実証研究ノスゝメ」NBL 850号６頁（2007年）

[11] 法解釈方法論の包括的研究・整理として瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表・民法講座別巻１（1990年・有斐閣）１頁以下のみを筆者が説得力を最も感じたものとしてあげておく。

って検討を進めることにする[12]。

民法研究に関する問題を専門外の商法研究者（の卵）の人間が行うことについては大いに異論がありうるであろう。だが、研究者が従事している研究のバック・ボーンとなる考え方はすでに無自覚の前提となっていることが多く、逆に、内部にいる人間では気付かないことを外部の人間であるがゆえに指摘できるかもしれない。このような一抹の可能性に賭けて、本稿のような研究にも、わずかながらも先行業績に加えるものがあるのではないかと願い、公表に至ったものである。また、民法研究者と商法研究者の来るべき対話[13]のために「民商の壁」がいかなるものであるのかを商法研究者の側から認識することはいくばくかの意義があるのではないか。

本稿の結論は、民商の壁とは「客観的な価値判断が可能とする範囲の差」と整理するところにある。研究の手順は以下のとおりである。まず、森田の言うところの「本音」と「建前」の議論の内実を確認した後に（1.）、比較の出発点となるべき先述した川島武宜の考え方を確認する。ただし、全ての民法研究者（と多くの商法研究者）に周知の通り、川島の法律学に対する考え方は時代とともに変容したと（当の川島本人によって）整理されており、本稿においてもこの事実は無視できず、川島の問題意識がどのように変化したのかを検討する（2.）。その中で、川島の問題意識の理論的可能性は必ずしも現実の川島本人の理解の変容に尽きるわけではないことを示す。また、川島の上記問題意識は「科学としての法律学」としての法律学方法論、その後の法解釈方法論争に引き継がれていくものであるので、この議論を確認する（3.）。その中で、川島との距離が最も遠くかつ影響力の強い平井宜雄の方法論[14]を、二分論との距離という観点から再構成する（4.）。このような作業を経て、平井の「議論」論が後の解釈論にどのような形で影響を与えたのかを検討し、現在の民商の壁の内実を探る（5.）。ここまでの作業で民商共同研究の際の障害を除去する手がかりを得るという当初の目的は（不十分ながらも）ある程度達成できるのではないかと思われるが、本稿では、さらに進めて、民商の壁そのものについて別の観点から研究を進められないのかという試みも検討する（6.）。

[12] また、田中成明・法的思考とはどのようなものか―実践知を見直す（1989年・有斐閣）、田中成明・法理学講義（1994年・有斐閣）300頁以下、長谷川晃・解釈と法思考―リーガル・マインドの哲学のために（1996年・日本評論社）、大矢雅裕・法解釈の言語哲学―クリプキから根元的規約主義へ（2006年・勁草書房）など法哲学・法理学分野において法解釈論の高度な議論の蓄積があるが、本稿では、筆者の能力制約上、また「民商の壁」という俗物的なテーマ設定をしたことから、これらの業績を割愛することにした。

[13] しかし、近時の民法改正（債権法改正）が商法・商行為法改正への契機を含んでいることから、民法研究者の研究手法と商法研究者との対話は、もはや現実的必要性に迫られているともいえる。

2.「本音」と「建前」の二分論―暗黙の前提としての機能主義

それでは、本稿の検討の対抗軸となる「本音」と「建前」論の依って立つ考え方を確認する[15]。

まず、絶対の前提としてあるのは、「法はよりよい社会を実現するための道具である」という視角である。もちろんどのような社会を「よりよい」と評価するかについては意見が分かれうるが、この定式自体は、少なくとも筆者と同世代の商法研究者は共有しているのではないかと思われる[16]。この観点から、法は手段的・道具的に捉えられることになるし[17]、解釈に

[14] 代表的なものとして平井宜雄・法律学基礎論覚書（1989年・有斐閣）［初出：ジュリスト918-928号（1988-9年）］がある。

[15] 本文で論じる整理は、従来、半ば暗黙の前提とされていた考え方を検討対象にするために強引に明文の形にするものであるから、誇張も多く、必ずしも全員の合意を得られるとは限らない。だが、本節では3. 以降で検討していく民法解釈方法論との距離を計測するための基準点を設定することが目的である以上、共有されている価値観の全部とはいかないまでも大部分を示せればその機能を十分に果たしうると思い、本文のように思い切ってモデル化することにした。

[16] 少なくとも、筆者が研究会・学会等で直接意見を交換したことのある商法研究者に（これ自体非常に狭い範囲ではあるが）、このような前提を採用していないことが明らかな者は、一人もいなかった。もちろん、この感触を得るにあたっては、筆者の交流範囲の狭さ、及びその偏り、さらに筆者の感性の乏しさなどによるバイアスの存在を否定できない。

[17] 森田（2007）前掲注(10)文献6頁の冒頭は、「法ルールは、人の行動に影響を与え、もって社会をコントロールしていくためのツールである。法ルールが、最終的には

せよ立法にせよ、ある法（法制度）を採用した場合に現実に社会にどういう影響があるのかという研究がなされることになり、場合によっては規範論から離れて記述的研究となることもある[18]。むしろ、近時においては、ある法律論がどのようなインプリケーションを持つのかを分析する記述的研究のみに特化し、一定の政策判断にコミットすること（規範的判断）を法律学者の学問的営為から外して考える傾向のほうが有力かもしれない。だが、そのような規範的主張（法律論・法解釈論）を含まない研究は本稿の考察の対象から外すことにする。ここでの「本音」とは、規範的主張の根拠として当該法律論の採用する現実の機能を重視し、一定の政策目標を実現するための道具とする立場のみを捉えるものである。一部では法道具主義、機能主義とも評される立場である[19]。現に、近時の多くの商法の論文はこのような問題意識に基づいている[20]。

社会をコントロールするためのものであるとしたら、法ルールがその本来の目的を実現するものであるか否かは、最終的には現実を見て判断しなければならない」という書き出しであり、このような立場がかなり明確に示されている。

ほかにも藤田友敬「契約と組織―契約的企業観と会社法」ジュリスト1126号（1998年）136頁、私法（2008）前掲注(2)文献11頁以下［藤田友敬発言］参照

18 藤田友敬「商法と経済学理論」ジュリスト1155号（1999年）75頁注(48)参照。実例として、松中学「主要目的ルールの検討―主要目的ルールとは何か、そしてなぜ裁判所はそれを採用したのか―」阪大法学57巻6号1011頁、58巻1号87頁（2008年）、松中学「わが国の敵対的買収と防衛策をめぐるルール形成」新世代法政策学研究2号（2009年）363頁。

19 法道具主義については田中（1994）前掲注(12)文献104-5頁参照。

20 一例として、宍戸善一・動機付けの仕組としての企業―インセンティブシステムの法制度論（2006年・有斐閣）2頁（「法制度が、その内容の違いによって、動機付け交渉にどのような影響を及ぼすか」を検討課題とする）、後藤元・株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任―自己資本の水準から株主のインセンティブへ（2007年・商事法務）9頁（「過少資本という状況にどのような問題があるのか」を第一の目的とし、機能論に言及する）、加藤貴仁・株主間の議決権配分―一株一議決権原則の機能と限界（2007年・商事法務）74-5頁（「一株一議決権原則の機能と限界」を明らかにすることを目的とする）など参照。このような動向は、遅くとも竹内昭夫・剰余金の資本組入（1962年・東京大学出版会）が会社の財務効果（4頁）、経済的機能（32頁以下）の観点からの理解を法律構成に反映させる（7頁）

このような法の見方によれば、規範論に関する法学の作業（もちろん法学の作業論が規範論を伴わなくてはならないわけではないことは先述の通りであるが本稿では割愛する）も、どのような社会をよりよいものとして想定するか、どのような目的で法規制するのか、という目標設定と、選択した目標に基づいて、具体的条文（立法論）や法ドグマーティク（解釈論）[21]を築いていくということになりそうである。そして、既存の法ないし法制度を分析するには、①そもそも法の目的として何を選択すべきか、と

という手法を採用して以来確立していたものと思われる。

他方、後述するように、星野英一の利益衡量（星野の用語法では利益考量）論は、このような問題把握に非常に近く、民法学においても、このような問題意識を前提にしている研究者は必ずしも少なくはない。瀬川信久・不動産附合法の研究（1981年・有斐閣）は、「どのような紛争をどのように解決するものであったのか、という観点から、法解釈・法観念（たとえば「社会的価値の保存」「本質的構成部分」等々）を分析する」（2頁）、「ある観念・解釈が、いかなる紛争において、どのような人のどのような利益・価値をどのように保護・排斥するのか、の解明が、基本的課題になる」（2頁）、「利益考量の立場から、制度や概念の考察を徹底して機能的に行おうとするもの」（5頁注(9)）といった機能主義的考察の「視点が基本でなければならない」（3頁）とする。ただし、機能主義一辺倒ではなく、第二の方法として、「具体的紛争の解決という観点から」は「無意味な議論あるいは仮象問題・錯覚」とされてしまうような「抽象的な学説理論の多く」「の中に隠されている重要な問題（私法学の体質など）を明らかにする」方法として「問題の多元的考察とくに法学史的考察」（3頁）、「制度や概念の形成を法学史の上から追究」する方法、第三の方法として、「民法の制度ないし概念を、社会・経済史その他の沿革に即して掘り下げる」社会的歴史的考察をも採用している。

21 本稿での「法ドグマーティク」とは、落合誠一「手形法・小切手法の論点再考の趣旨」法学教室204号（1997年）5頁、森田果「射倖契約はなぜ違法なのか？」NBL849号（2007年）42頁などが述べるように、中間概念を用いて概念から演繹的に結論を導く法的構成全般を指すものとして用いる。決して、ドイツの特定の時期の概念法学や「過失責任主義」、「手形の文言性」といったもののみを指すのではなく、「手段債務・結果債務」や「履行請求権の原則性」といったもの、はたまた「契約」「債権」「法律行為」といった基本概念も含むものである。よって、「政策論」と「法ドグマーティク」の乖離を問題にしてはいるが、このような意味での「法ドグマーティク」を完全に放棄することは絶対に出来ないし、森田も完全排除の方向を標榜しているわけではない（森田［2007］前掲注(10)文献6頁）。

いうメタレベルの政策論のほかに、②現在の条文・ドグマーティクが目的である価値観を現実にどの程度保護できているのかどうか、といった具体的なレベルでの政策論[22]と、さらに政策論レベルとは異なった③築き上げたドグマーティクの論理操作が正しいかどうかの法ドグマレベルの議論[23]とがあることになる。特に、商法においては、目的としてどういう価値を考えるのかという①メタレベルの議論が、多くの場合、株主価値最大化などといった形で所与であると考えられていた[24]ことも相俟って、功利主義的などの大枠の中で説明がついてしまうため、このレベルで大いに悩むということはあまりなかった。よって、政策論として、問題になるのは、具体的法制度（ドグマーティク）がどの程度社会的価値の保護に機能しているのかという点のみであり、メタレベルの議論はあまり問題とならなかった。

以上のような構造は、川島武宜の「科学としての法律学」にも共通する。川島は、法律学について、「法的価値判断」のレベルと「ことば的技術」のレベルとを分けて論じている[25]。他方、川島のそもそもの問題意識は、ある理論を実験や観察といった経験的事実を基準に分析する[26]という意味での「科学」を法学にも取り込むというところにあり、このため、「法的価値判断」のレベルについて、どの価値体系を選択するべきかというメタレベルの問題は対象の外とすることになり、現実の法制度がどのような社会的価値に奉仕しているのかという点に研究テーマが集中することになる[27]。ここに、偶然ながら、現在の商法の態度と一致するのである。そして、「ことば的技術」のレベルについては、当該論理構成が、いかなる法

[22] 後に平井宜雄によってマクロ正当化と整理される処理である（平井[1989]前掲注(14)文献22-3頁）。

[23] 後に平井宜雄によってミクロ正当化と整理される処理である（平井[1989]前掲注(14)文献22-3頁）。

[24] 会社法の目的について代表的なものとして落合誠一「企業法の目的－株主利益最大化原則の再検討－」岩波講座・現代の法7・企業と法（1998年・岩波書店）21頁以下

[25] 川島（1964）前掲注(7)文献38頁以下〔法的価値判断〕、52頁以下〔ことば的技術〕

[26] 川島（1964）前掲注(7)文献４頁

[27] 川島（1964）前掲注(7)文献50頁

的価値判断を反映しているのかという「法的価値判断」レベルとの相関関係の解明に力を注ぐべきという提言をおこなっている[28]。

３．川島武宜の変容ともう一つの可能性

以上のように、「法的価値判断」と「ことば的技術」という区分論を唱えていた川島の法律学方法論は、その後、問題関心のウェイトを移していく[29]。まず、法学の目的として、将来の裁判の予測ということを掲げるようになり[30]、さらにその後、裁判の単なる予測を超えて、将来の裁判をコントロールするという方向に向かうというのが、従来の整理であり[31]、かつ、当の川島本人の整理でもある[32]。それでは、このような川島の変容は当初の「法的価値判断」と「ことば的技術」との乖離という問題が解消されたことを意味するのか。

川島にとって「法的価値判断」と「ことば的技術」の乖離という問題は、法解釈学にも科学分野と同様の客観的正しさの検定ができるかどうかという文脈の中で始まった[33]。法解釈論から「ことば的技術」を分離して「法的価値判断」を抽出したのは、「法的価値判断」を正当性検証の対象として設定するためであった[34]。だが、結局は、法的価値判断の内容（どのような価値体系を選択すべきかという問題）自体は、経験科学としての客観

[28] 川島（1964）前掲注(7)文献55-59頁

[29] 川島（1978）前掲注(8)文献305頁以下、平井（1989）前掲注(14)文献34頁、36頁、瀬川（1990）前掲注(11)文献34頁以下参照。

[30] 川島（1978）前掲注(8)文献307-308頁

[31] 瀬川（1990）前掲注(11)文献38頁以下、平井（1989）前掲注(14)文献35、49頁参照。平井（1989）前掲注(14)文献36頁では、川島理論（ただし1988年当時の川島の見解は「川島現理論」として対象から排除している）のいうところの法的価値判断の問題を裁判官の心理過程・社会過程の解明といった裁判予測となることが結論であるかのような記述で整理している（ただし、川島理論が時々によって力点の置き方に変化があることの記述もある）。

[32] 川島（1978）前掲注(8)文献308-309頁

[33] 川島（1964）前掲注(7)文献4頁、川島（1978）前掲注(8)文献304-5頁

[34] 川島（1964）前掲注(7)文献23頁、50頁

的正しさの問題にはできないとした[35]。他方、裁判現象に限定した将来の裁判予測という観点も、客観的正しさの検定対象として設定したものであり、こちらは客観的正しさの検定ができるとされた[36]。この中では「ことば的技術」と「法的価値判断」の二分論は、判例予測にとって重要なのは、判決文に直接現れる「ことば的技術」ではなく「法的価値判断」であるという形で用いられるに過ぎない[37]。となると、判例予測の問題と「ことば的技術」と「法的価値判断」の乖離の問題とは、ともに客観的な正解を検証できるのかという共通の問題の下で設定されたものであるが、両者には直接の関係はない。それでも、後年になって川島は、この時期の著作について、法解釈学において科学のような客観的正しさの検定は裁判の予見にしか求められないかのような記述をしており[38]、この記述を推し進めれば、法的価値判断とことば的技術の乖離という問題は排除され、法解釈学の問題は裁判の予測、そして将来の裁判のコントロールに限定されることになり、法解釈学における価値判断とは裁判の予測が当たったか外れたかの問題に尽きることとなろう。

しかし、川島本人が方向転換したとする論文[39]は、あくまで「判例研究の方法」という特定のテーマについて経験法学という川島の標榜する立場から検討したものであり[40]、法解釈学一般にわたる統一的なテーマとして裁判の予測・コントロールという問題を置いたとまで断言する必要はない。少なくとも、当時のテクストからは[41]、川島の法的価値判断による研究の一つの具体例として、また、客観的正しさを検定できる一例として、判例

[35] 川島（1964）前掲注(7)文献50頁、川島（1978）前掲注(8)文献307頁

[36] 川島武宜「市民的実用法学とその科学性」川島（1987）前掲注(7)書124頁［初出：科学としての法律学〔新版〕（1964年・弘文堂）］、川島（1978）前掲注(8)文献308頁

[37] 川島（1964）前掲注(36)文献106頁、113頁

[38] 川島（1978）前掲注(8)文献307-308頁

[39] 川島武宜「判例研究の方法」川島武宜著作集第五巻法律学Ⅰ（1982年・岩波書店）128頁以下［初出：法律時報34巻1号、2号（1962年）］

[40] 川島（1962）前掲注(39)文献136、149、180頁

[41] 川島（1962）前掲注(39)文献136、149、180頁、川島武宜「『法律学』の現代的問題点」前掲注(39)川島著作集第5巻（1982）264頁［初出：法学セミナー146-161号（1968-9年）］

予測を挙げているに過ぎない。確かに、判例予測が法的価値判断の研究の一部ではあるが、法的価値判断と論理構成の乖離の問題は判例予測に尽きるものではない、他にもありうると読むことも排除されていない[42]。

さらにその後の川島は、おもに裁判の場面を念頭にしたと窺われる[43]「議論の争い」に興味関心が移っており[44]、判決理由に現れるような法的推論が法的判定の正当化のため、かつ、法的判定の制御のための装置として重要であるという、かつての自身の見解[45]とは反することを述べたり[46]、既存の法ドグマの論理操作ではなく法ドグマを構成するという作業の重要性を指摘したり[47]と「科学としての法律学」時代の立論とは異なる立論を示している。これは、法的価値判断とことば的技術とを止揚させる川島なりの方法であろう。だが、この議論は、現実の争いの場面である裁判・紛争に場面を限定して展開されており、このような場面に限定した理由は、川島が大学を定年退職し、弁護士の実務に就いた中で、弁護士業務である「紛争とその法的処理」という場面に興味を持ったからに過ぎないとみることもできる[48]。よって、現実の紛争解決の場から離れた、より広い視点に立った（それこそ研究者の行うような）法的価値判断とことば的技術の乖離の問題は解決されておらず、今なお残っていると整理できる。

以上のように、川島の著作は、一方では、法的価値判断レベルとして、裁判例・判例という「現実にある法」がどのような政策論を採用しているか、どのような社会的影響を採用しているのかという議論を要求している

[42] 瀬川（1990）前掲注(11)文献38頁の時期区分によれば、法的価値判断とことば的技術の乖離を論じた科学としての法律学は川島武宜説の第二期であり、裁判の「予見」は、川島武宜説の第三期にあたるため、時期的に異なることから、両者を問いと答えという形で一対一対応させる必要はないことが示唆される。

[43] 瀬川（1990）前掲注(11)文献38頁

[44] 平井（1989）前掲注(14)文献36頁

[45] 前注(37)及び該当本文参照

[46] 川島武宜「『法的推論』の基礎理論」川島（1987）前掲注(7)書189頁［初出：ジュリスト554号（1974年）］

[47] 川島武宜「法律学の外観と真実」川島（1987）前掲注(7)書215頁［初出：法学セミナー増刊・法学入門（1981年・日本評論社）］

[48] 川島（1987）前掲注(7)書vii頁。ただし、この問題は再度注(130)で検討する。

ようにも読むことができる。他方、特に「科学としての法律学」において、政策論を強調するあまり、ことば的技術を軽視するかのようなニュアンスがないではなかったことを捉えて、ことば的技術たる法ドグマには法的判断の正当性を検定するという意味での重要性があることを指摘しているようにも読むことができる[49]。このように川島の法律学論に関するトーンが変容していることは事実であるが、これは、川島本人は、法律学の方法論に関する考え方が少しずつ変化していることを自白してはいるものの[50]、単にテーマ（問題となる具体的場面）の変容にすぎないのではないか。一般的な「科学としての法律学」による「法的価値判断」と「ことば的技術」との乖離論は放置されたまま残っているのではないか。

このように、時代とともに変容したといわれた川島の問題関心は、「裁判の予見」や、正当性検定のための法的推論といった「話題」の変更にすぎず、当初の「法的価値決定」と「ことば的技術」の乖離という問題意識を具体的な形での修正を施したとは評価できない。よって、川島本人から、本音と建前の一般的な解決を引き出すのは不可能である。

４．法解釈論争という文脈

前節で検討したように川島の問題提起は川島自身の記述から明確な回答を引き出すことは困難である。だが、この川島の問題提起は、一世を風靡した民法解釈方法論争の中の（非常に重要ではあるが）１コマに過ぎない。となると、川島本人が、「政策」と「法ドグマ」の区分論について明確に述べなくなったとしても、法解釈論争の文脈において補充することができるのではないかと思われる。

[49] ただし、川島は、川島（1987）前掲注(7)書公刊時のはしがきにおいて、法律学のドグマの論理的な関係・構造が何のために存在するものであるかについては今後の課題としていることから（viii頁）、一連の論稿は、法ドグマの話ではなく法的価値判断の問題と整理するのが、少なくとも川島本人の意思には合致するのではないかと思われる。

[50] 川島（1987）前掲注(7)書iii頁

法解釈論争としてどの時期を括りだすべきかは、微妙な問題である[51]。本稿では先行文献に倣って[52]、末弘厳太郎、来栖三郎の時期から確認を開始し、川島後においてどのように変容していったのかについて確認する。ただし、民法研究者（と商法研究者）の一般的な認識を対象とする本稿の問題関心から、検討対象の論文をそのような影響力の大きかった非常に著名なものに限定した。

末弘厳太郎の時期から、本音と建前の分離という問題意識の萌芽は既に見られていた。末弘は、実際に裁判例で書かれている意見と個別具体的事情が機能した裁判官の心の動きとは異なるということを指摘し[53]、後者を判例によるルールとして重要視すべきとした。さらに、裁判官の実際の心の動きということを徹底すると裁判予測という後期川島の問題意識にも重なってくる。ただし、末弘からは、このように裁判官の実際の判断と法律判断とが異なることに対して、危機感を感じていたということは伺えない[54]。

さらに、法解釈論争の火付け役となったのが、来栖三郎の一連の業績である。来栖は、実際の価値判断と法律家の議論とに乖離が生じていることを指摘し、さらに、この乖離が望ましくないことではないかという悩みを最初に指摘した[55]。この両者の乖離を具体的にどのように解決するのかに関する来栖本人の明確な回答はない。ただ、来栖のフィクション論の業績[56]からすると、実際の価値判断を法的議論というフィクションに置き換えざるを得ない状況にフィクションを用いて議論することに必ずしも否定的ではなく[57]、一つの解決の方向性を示しているのではないかと思われる。

[51] 瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集41巻５−６号（1991年）2439頁以下では、起草者にまで遡って法解釈論の検討を行っている。

[52] 瀬川（1990）前掲注(11)文献２頁

[53] 末弘厳太郎・法学入門〔第２版〕（1980年・日本評論社）136−137頁［初版：1952年］

[54] 末弘厳太郎・嘘の効用〔第２版〕（1980年・日本評論社）10頁［初版：1954年］

[55] 来栖三郎「法律家」来栖三郎著作集Ⅰ法律家・法の解釈・財産法 財産法判例評釈(1)〔総則・物権〕（2004年・信山社）49頁以下［初出：末川博先生還暦祝賀論文集・民事法の諸問題（1953年・有斐閣）235−254頁］、来栖三郎「法の解釈と法律家」前掲来栖著作集Ⅰ73頁［初出：私法11号16−25頁（1954年）］

[56] 来栖三郎・法とフィクション（1999年・東京大学出版会）

[57] 村上淳一「はしがき」来栖（1999）前掲注(56)文献vi頁は「あえてアンビヴァレ

そこでは、実際の価値判断によって問題解決をすべきであるが、時間的制約・物理的制約などによってそのような本来的解決ができない場合には、暫定的な解決として、従来の法律家の議論で用いてきた概念を類推して用いることが説得力をもって解決できることが肯定的に示唆されている[58]。ただし、来栖のフィクション論から法的価値判断と乖離する法的議論をフィクションと捉え、両者の乖離の存在を認めることを導くという理解は、「その幾つかの挑発的表現にひきずられな」いことが「最も実質的」な解釈であるとして、来栖のテクストの文言に囚われない解釈をすべきだとする立場もある[59]。しかし、本稿では、乖離問題の解決という文脈の中で来栖を位置付けるため、このような「許されない読み方」をあえて採用する。

このような文脈の中で川島の「法的価値判断」と「ことば的技術」の乖

ントな態度をとっている」と評している。

[58] 来栖三郎「『法における擬制』について」来栖（1999）前掲注(56)文献100頁［初出：我妻栄先生追悼論文集・私法学の新たな展開（1975年・有斐閣）］は、裁判所の法解釈の場面における擬制に関して、「一般に人間の思考は既存の知識を出発点として類推の方法で進む。法解釈においても新しい問題に面したとき、何とかして既存の法規を適用して解決しようとする努力を以て始める。そして既存の法規に疑問をもつときにも独自の論理的理由づけを解決するまでは、擬制により既存の法規を適用したという形式をとろうとする。擬制は、少くとも差当って、独自の明確な論理的理由づけをする労を免れさせる。既存の法規が一般的抽象的概念をもって一般的抽象的に規定されていればいるほど、それは可能であるし、その方が却って納得力があることが少なくないのである」としている。ただし、来栖は裁判所の法適用と法創造について三権分立との関係を念頭に置いて論じたものであり（来栖［1975］前掲文献99頁）、価値判断と法律家の議論との乖離問題を直接の対象としていると読めるかは疑問の余地がないではない。

[59] 木庭顕「余白に」来栖（1999）前掲注(56)文献364頁。木庭顕は、法学部進学こそすでに来栖三郎が東京大学退官後ではあったものの（清水誠=山田卓生編・来栖三郎先生を偲ぶ［2000年・信山社］63頁以下参照）、研究室進学後、前教授室にて直接指導を受けていたとの談話があり、Wikipediaによると、（真偽は定かではないが）村上淳一と並んで来栖の思想上の後継者ということになっている。しかし、来栖の論文執筆時における末弘以来の法的価値判断と法ドグマの乖離に関する議論の蓄積をも鑑みる限り、本稿のようにフィクション論を活用することが、筆者には、必ずしも来栖本人の意図に反した挑発に乗った行為とは思えない。

離という問題意識が登場したことを考えれば、川島の問題意識が突発的に出たものではなく、かなり当時の文脈に依存していたことがうかがえる。よって、川島本人が明瞭な答えを与えていなかったとしても、また、仮に一定の明瞭な回答を与えていたとしても、法解釈論争の文脈から、川島とは別の示唆を得ることは可能であるように思われる。そして、一つのヒントとして、来栖のフィクション論を位置づける可能性があることは見逃せない。また、末弘にせよ、来栖にせよ、最終的には[60]、実際の価値判断と法律家の議論との乖離を必ずしも否定的なものとは捉えていないことは、川島が、後の文献で、ことば的技術・論理構成を軽視するものではないと繰り返し主張したことをも踏まえると、無視できない事実である。

このように、川島以前においては、法的価値判断とことば的技術の乖離（フィクション）という問題意識は広く共有されつつも、最終的に、このような乖離に否定的評価を下さないという形で解決を図ったと評価できる。これは、ある種の問題の棚上げであって、なぜ、このような乖離が正当化できるのかという点については、明確な回答がなされてはいない。

他方、川島以後の法解釈論争となると、利益衡量論（利益考量論）を標榜した星野英一を挙げざるを得ない[61]。星野は、法の解釈の決め手になるのは、今日においてどのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのように保護すべきかという判断であると述べる[62]。ここでいう現実

[60] 末弘に至っては、裁判官への信頼を根拠に（末弘［1952］前掲注(53)文献114頁）、当初から乖離を肯定している（末弘［1954］前掲注(54)文献10頁など）。

[61] ほかにも当時から利益衡量論という方法論を確立していた加藤一郎も挙げられるが（加藤一郎・民法における論理と利益衡量［1974年・有斐閣］など）、本稿では、後の平井宜雄の方法論との対比を検討するという便宜のため、平井（1989）前掲注(14)文献ではことさら星野英一のみを挙げ、加藤一郎への具体的な分析を伴う言及がないことから、星野英一に代表させることとした。

なお、瀬川（1990）前掲注(11)文献54頁以下に加藤一郎の業績も含めた利益衡量論の分析がなされている。加藤一郎の業績も踏まえた上で、瀬川（1990）前掲注(11)文献56頁以下に星野との共通点をまとめてモデル化しているところからすると、本稿のような処理にも大過はないと思われる。

[62] 星野英一「民法解釈論序説」同・民法論集第1巻（1970年・有斐閣）11頁［初出：

の利益衡量は川島の「法的価値判断」や「政策論」と非常に親和的であるが、星野は、このような利益衡量が、現実に（当時の）裁判・法学者による法律論との間には乖離があることを認めていた。そして、（当時の）現実の解釈論の傾向は、条文の文言・立法者・起草者の意思を軽視するばかりか、特殊な「理論」に基づいて体系的・演繹的な解釈をするものと位置づけ[63]、これらは排除すべきものとした[64]。そして、価値の序列（ヒエラルヒア）に従って[65]体系化した[66]法解釈論を打ち立てるべきとした。それでは、価値の序列はどのように決めるのかというのは後述するように大問題ではあるのだが、この点を保留しておけば、星野の解決は、政策論と法ドグマの乖離の存在を事実的には認めた上で、規範論としては、価値判断の方向に法ドグマを合わせていくべきという明確な主張を打ち出した点で注目される。来栖の悩みを正面から受け止めて正面から解決する方策を図ったといえよう。

だが、既に指摘されているように[67]、星野の利益衡量論も、完全に政策論のみで解釈論をするというのではないところに留意が必要である[68]。星

法の解釈と運用（法哲学年報1967）1968年］

[63] 星野（1968）前掲注(62)文献９頁参照。他方、これら従前の民法解釈論の傾向とは異なり、星野の執筆当時の新規な傾向として「近代法のあり方」や歴史の発展法則といった指針を用いて、新たに解釈基準を打ちたてようとするものが存在したが（星野［1968］前掲注(62)文献10頁）、星野は、これらを、利益衡量論の価値体系の内容にふさわしいかどうかというレベルで懇切丁寧に検討したうえで斥けている（星野［1968］前掲注(62)文献37-41頁）。

[64] 星野（1968）前掲注(62)文献12頁

[65] 星野（1968）前掲注(62)文献31頁

[66] 星野（1968）前掲注(62)文献13頁

[67] ミニ・シンポジウム「法解釈論と法律学」ジュリスト940号（1989年）24、42頁［星野英一発言］［ジュリスト編集部・法解釈論と法学教育―平井宜雄「法律学基礎論覚書」をめぐって（1990年・有斐閣）18、36頁所収］、瀬川（1990）前掲注(11)文献55頁、川浜昇「『法と経済学』と法解釈の関係について（二）」民商法雑誌109巻１号（1993年）18頁。この点が加藤一郎の利益衡量論との一番の相違であるとも評される。

[68] 星野英一・ときの流れを超えて（2006年・有斐閣）301頁［星野英一発言］は「利益考量的な手法とか、価値判断法学に基づく解釈や研究はまだ徹底していない」と

野は、具体的な解釈の手順として、①まず、一方では、文理解釈・論理解釈を行い、②他方、立法者ないし起草者の意思を探求することが、利益衡量論の基礎的作業として必要であると明言している[69]。

このような作業が要請される根拠として、①文理解釈・論理解釈については、法律による予見可能性に基づいて素人が自分の行動を決定していることの期待を保護すべきことを挙げている[70]。これは、予見可能性を確保することで、個人の市場活動・社会活動を促進させて社会的効率性を図るという議論であり、こういう一般論がありうるという限りにおいては、ほぼすべての研究者が承認するであろう。他方、②立法者・起草者意思については、解釈の一つの手がかりになることが多いというのにとどまり、このような作業は、「現在における解釈にとって必要なことではない。現在どう解するかは、専ら現在における価値判断の問題である[71]」と明言していることからも伺える通り、根拠が薄弱であるように感じる。現に、星野も立法者意思・起草者意思の探求を「必要」としていたのに１頁後には「『十分条件』である[72]」とし、この短い記述内で矛盾を犯している[73]。

対して、星野は、「法律の解釈である以上、独り言ではなく、関係者に

あるが、おそらく、星野本人の立場をも含めた評価と理解すべきであろう。そして、「民法のあらゆる部分で、もっとそれ（＝利益衡量的手法ないし価値判断に基づく解釈論。本稿筆者注）を徹底していかなければならない」（同書301頁［星野発言］）とする以上、本稿の整理のように、関係のないものを区分する必要があろう。

[69] 星野（1968）前掲注(62)文献11頁

[70] 星野（1968）前掲注(62)文献11頁

[71] 星野（1968）前掲注(62)文献12頁

[72] 星野（1968）前掲注(62)文献12頁

[73] 星野英一「フランス民法典の日本に与えた影響」北村一郎編・フランス民法典の200年（2006年・有斐閣）84頁においても、「ある条文又はある制度の源の探求は、その条文又は制度の意味をよりよく理解するために不可欠だということである」としながらも、その直後の文で、「しかしそれは、その条文の最上の解釈又はその制度の最上の理解のために考慮されるべき諸要素の重要ではあるが１つにすぎない」と述べている。後述するが、これは、当時、ドイツ由来の解釈手法が隆盛であった民法学界への星野のアンチ・テーゼとしての意義があり、このような淵源研究（さらにはフランス法研究）の問題関心もその限りにとどめておくべきという理解も可能である。

対する説得であり、条文との関係を説明する必要がある。このさい、いきなり価値判断のみを述べるのでなく、文理上はこうなるがこれこれの理由でこう解するのがよい、とか、立法のさいはこういう状況を前提とし、このような価値判断のもとに作られたが、状況がこう変ったり、社会一般の価値判断がこう変ったので、別個に考える必要がある、というように説明するのが説得力があると思われる[74]」と説明している。しかし、法解釈論を利益衡量で決すると宣言した以上、（誰を指しているのか定かではないが）関係者は、立法者や起草者の意思を聞いたからといって説得されてはならないのであって、「いきなり価値判断のみを述べ」られたときに説得されなくてはならないはずではないのか。以上のようにみると、利益衡量論を採用しながらも、立法者や起草者意思を重視すべき理由の明示的かつ理論的な説明に星野は成功していないように見える。このような立法者意思・起草者意思の尊重は、従前から、当時の日本の民法学界において過度にドイツ流の解釈方法論が重視されている点を批判するために星野が述べていたことであるため[75]、その限りで理解すればよく、現実の機能を直接考慮すべきという利益衡量論の中核への反論とはかかわりないと理解することもできる[76]。となると、ドイツ流解釈法学批判のためとはいえ、沿革的系譜たる「フランス民法とのつながりを考慮する必要[77]」とまで断

[74] 星野（1968）前掲注(62)文献12頁

[75] 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」星野英一・民法論集第1巻（1970年・有斐閣）69頁以下［初出：日仏法学3巻（1965年）］

[76] 星野（1965）前掲注(75)文献75-76頁には、「法律の解釈にとってこのような作業は不要といわないまでも大きな価値がなく、直ちにその現在における機能を考慮すればよい」という立場からの批判を想定して、「法律の現在における機能をより正しく判断するための一つの資料として、本来それが予想された機能を把握することは、重要な意味を持つのではあるまいか」と述べるにとどまり、必要性は全く論証できていない。

[77] 星野（1965）前掲注(75)文献71頁。ただし、直後には、「少なくとも望ましいことを論じ」るとある。前述したとおり、星野は「ドイツ民法の研究が必要である」という立場の論者に対しては、必要なのはドイツ法ではなくフランス法研究であることを指摘しているが、他方、現実の条文の機能を考え、現実社会の利益を直接考えるべきという立場（利益衡量論）に対しては、この利益衡量の作業をおこなう際に、

言し、主張した淵源研究の重要性を、3年後の論文で引っ込めるわけには行かなかったという政治的配慮としてのみ理解すればよいのであろうか。

しかし、星野の引用箇所の冒頭に、「法律の解釈である以上」という副詞句があるのが、注目される。文法的には、「関係者に対する説得であり」（ないし「説明する必要がある」）を修飾しているのであろうが、「法律の解釈」という一定の部分社会（「関係者」のcommunity）においては、立法者意思・起草者意思というものが重視されている（「説得力」があるものとして取り扱われている）という現状があることは客観的事実であろう。起草者意思の重視という星野の考え方は、このような、「法律の解釈」という特殊性、部分社会的な考慮によって基礎付けられているのではないか。このような考え方は、無論、利益衡量論という枠組みとは矛盾している。だが、この星野の記述で最も大事なのは、政策論・利益衡量論の徹底のみでは法律の解釈論は説明しつくせない何かがあり、それは、「法律の解釈」ないし「法律学」といった特殊な部分社会的なイメージに起因しているのではないか。

起草者意思の問題はさて置き、以上の星野の利益衡量論に対しては、平井宜雄の痛烈な批判がなされた。だが、この平井の議論は、かなり議論の趣が異なるので節を改めて論じることにする。そこで、星野までの段階で議論をまとめるとすれば、「政策論」と「法ドグマーティク」との乖離という問題意識は、末弘から星野にいたるまで共有されていた問題意識といってよい。そして、来栖のフィクション論は、（来栖の後継者らによると必ずしも来栖本人の意図ではないのかもしれないが）このような乖離を正当化・合理化する示唆をもたらしてくれるのではないかという期待を生むものであった。他方、星野の利益衡量論は、法ドグマを政策論に合わせて乖離を解消しようという明確な意図が見受けられた。しかし、明瞭な解決

条文が現実にどの利益を保護しているかを探求する手がかりとして沿革研究が重要（≠必要）であると述べていると理解すべきであろうか。このように理解するのであれば、それに対して、条文が現実に果たしている機能、利益の分析は、沿革研究をしたからといって確実に判明する保証はなく、むしろ、裁判例はじめ現実の紛争、さらには社会学的・経済学的に調査をおこなう方が有益ではないのかというのが、星野の主張に対する本稿筆者の素朴な反論であった。

を目指す星野にも、立法者意思・起草者意思の尊重という、政策論貫徹の観点からすればノイズが含まれていたことに注目すべきである。法解釈論争は川島の残した政策論と法ドグマの乖離という問題を長年にわたり議論していたのであるが、その度ごとに、嘘の効用にせよ、フィクションにせよ、起草者意思にせよ、乖離の問題とは異質な領域が背後霊のように顔をのぞかせてきた。一方では、これをノイズとして切り捨てるという解決策もありうる。他方、これらの異質な背後霊は、どれも「説得力」をもたらすものという理解がされていた点で共通し[78]、この共通項にヒントがあるのではないかととらえることも可能ではないか。

以上のように、星野までの法解釈方法論をまとめた上で、平井宜雄によって、政策論と法ドグマの乖離という問題はどう処理されたのか、以前の星野までの成果との距離はどこにあるのかを次節において検討する。

５．「議論」による正当化＝価値基準の否定

平井宜雄の法学方法論にまつわる議論[79]は、論述の中の従来の見解への批判を中心に平井独自の性質決定があるなど[80]、非常に難解である[81]。筆者

[78] 末弘（1954）前掲注(54)文献10頁、来栖（1975）前掲注(58)文献100頁、星野（1968）前掲注(62)文献12頁

[79] 平井宜雄・現代不法行為理論の一展望（1980年・一粒社）、平井（1989）前掲注(14)文献、ミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献、平井宜雄・続・法律学基礎論覚書（1991年・有斐閣）、平井宜雄「『良い』法律論を生み出すために」早稲田法学67巻４号（1992年）65頁以下、平井宜雄「『良い』法律家になるために」司法研修所論集1994-2号（1995年a）１頁以下、平井宜雄・法政策学―法制度設計の理論と技法〔第２版〕（1995年b）、平井宜雄「『法的思考様式』を求めて―三五年間の回顧と展望（〈シンポジウム〉民法学の方法・思想・思考様式）」北大法学論集47巻６号（1997年）1815頁以下などがある。

[80] ミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献24、54頁［星野英一発言］、60頁［田中成明発言］

[81] ミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献60頁［田中成明発言］、常木淳「『法と経済学』―その意味と構造」法学セミナー652号（2009年）50頁注５参照。なお、常木淳はそれ以前の論稿で平井の「議論」論を、法と経済学や厚生経済学との対比で詳細

も、平井の記述をすべて矛盾なく整合的な形で理解することは、現時点での学問状況も踏まえると、できなかった。そこで、本稿は、平井宜雄のテクストから（筆者の中での）合理的解釈として、ありうる一つの可能性を平井の見解としてモデル化することにした[82]。よって、以下で検討するのは、現実の平井宜雄の見解ではなく、筆者が、前節まで検討した「政策論」と「法ドグマーティク」の乖離という問題意識から合理的に解釈し直した平井宜雄の見解である。このような再構成を行うことには当然、厳しい批判があろうが、本稿の目的は、現在における民商の壁の検討であり、現実の平井宜雄の見解との差異ではなく、平井の見解が民法研究者フォーラムにおいてどのように受け止められたのか、そして、どのような思考方式が生まれていったのかこそが重要であるため、大過はないものと思われる。

平井宜雄の方法論は、星野までの従前の法律学方法論を非合理主義として批判[83]し、これに代えて、反論可能性ある命題同士を議論することで合理性を検証していくという「議論」による正当化[84]という方法を打ち出す

かつ明快に紹介・検討している。常木淳・法理学と経済学―規範的「法と経済学」の再定位（2008年・勁草書房）43-4、51-4頁。

[82] 現実の平井宜雄の見解を修正した点の具体例を挙げれば、平井には、「科学」という言葉をカール・ポパーの「科学論」から、科学全体についても「批判的議論」という観点から整理することを示唆するかのような記述も見られたが（平井[1989]前掲注(14)文献26-9頁）、他の多くの平井の文献では、「議論」による法的思考様式と目的＝手段型である科学とを二分論的に把握していることから（平井[1980]前掲注(79)文献170頁以下、平井[1995b]前掲注(79)文献〔法政策学〕18頁）、科学全般の再構成は平井の主張の論理にとって無関係であるとして（それこそ平井の用語法によれば「発見のプロセス」であって「正当化のプロセス」ではないとして）排除した（注(107)第二の理由も参照）。

他にも、平井宜雄は、自らが価値相対主義ではないと明白に述べているが（ミニ・シンポ[1989]前掲注(67)文献43頁以下）、本稿のような整理では後述するように、価値相対主義の定義次第では、（筆者が再構成した）平井の立場も価値相対主義に含まれうることになるという違いもある。

[83] 平井（1989）前掲注(14)文献５頁、平井宜雄「法解釈論の合理主義的基礎付け―法律学基礎論覚書・その二―」平井（1991）前掲注(79)文献５頁［初出：法学協会雑誌107巻５号（1990年）］

[84] 平井（1989）前掲注(14)文献８頁、平井（1991）前掲注(83)文献５頁

ものである。議論による正当化は、「法的思考様式」として[85]、平井の方法論の根幹をなすものである。結論を先取りすると、このような平井の方法論が従来の法解釈論と決定的に違う点は、価値を比較することはできない、価値のヒエラルキアを構想することはできない[86]、効用の個人間比較はできない[87]とする点にある[88]。これらは、事実上困難であるというにとどまらず、理論上、絶対に不可能であるというのが平井の見解である[89]。この個人間の価値比較の理論上の不可能性を中心に再構成することで、平井の方法論は、他の見解との関係で明快に位置づけることが可能になるものと思われる。

平井が法的思考様式として「議論」による正当化を図る理由は、議論以外に方法がないという点に求められる[90]。平井の議論では、効用の個人間比較ができないとした以上、複数の人間が登場する紛争の場面において結果のみを取り出して良いか悪いかを評価することはできない。このことから、原因＝結果的に考えること、目的＝手段的に考えることは、理論上できないことになる[91]。個人間の価値を比較することができないということは、主体が複数いる場面では法解釈の結果を比較することができないことを意味する。よって、紛争の場面において利益衡量論は理論上、一切、否

[85] 平井（1980）前掲注(79)文献170頁以下、平井（1989）前掲注(14)文献62頁、平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕15頁以下

[86] 平井（1989）前掲注(14)文献46頁

[87] 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕82頁

[88] このような本稿の整理には、尾崎一郎教授のコメントによるところが大きい。ただし、尾崎教授のコメントから示唆を得てこのような整理を選択したのは筆者であり、本整理の責任は筆者が負うものである。

[89] 平井（1989）前掲注(14)文献45-6頁、ミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献45頁［平井宜雄発言］、平井（1991）前掲注(83)文献12頁

個人間の効用比較の否定とは、Kaplow & Shavell のような社会的厚生関数の可能性を論理的に否定するものである。Kaplow & Shavell の社会的厚生概念については、*See*, LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE, (2002, Harvard University Press) 24-31; 常木（2008）前掲注(81)文献21頁以下。

[90] 平井（1989）前掲注(14)文献23頁、ミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献48頁［平井宜雄発言］、平井（1991）前掲注(83)文献28頁

[91] 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕16頁以下

定されることになる。このことは、機能主義の否定にまでつながる。しかし、それでも紛争は解決しなくてはならない[92]。そこで、紛争解決を正当化するために、「議論」という形で正当化せざるを得ないのである。言い換えれば、効用の個人間比較ができない場面、機能主義的に考えることができない場面において、紛争を解決する手法が、「議論」であり、法的思考様式なのである[93]。

平井は、利益衡量論批判として、価値のヒエラルキア批判[94]以外にも様々な点を挙げているものの、終局的には、価値の個人間比較の不可能性に帰着して理解することが可能であるというのが本稿の平井説の整理である。平井は、従来の法解釈論に対して、①学者中心主義である点[95]、②本来分離すべき「発見のプロセス」と「正当化のプロセス」の未分離（心理主義）[96]、③功利主義などに基づいて政策論的に正当化を行う「マクロ正当化」とは分離して、一定の法準則から演繹することで結論を導く「ミクロ正当化」に独立の意義を認めることができない点（未分化主義）[97]、④法解釈論を他の社会学的事実との関連で基礎づけようとすること（社会学主義）[98]といった諸点を批判として挙げている[99]。この中で、①学者中心主義批判は②心

[92] 平井（1991）前掲注(83)文献32頁、平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕15頁

[93] 平井（1989）前掲注(14)文献62頁、平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕22頁

[94] 価値のヒエラルキアが理論上不可能であることから、元来解けない価値のヒエラルキア問題を強引に法律家に解かせようとすることで、結局、解決するためには権威に従うしかない権威主義に陥る危険も指摘されている（平井[1989]前掲注(14)文献57-8頁）。

[95] 平井（1989）前掲注(14)文献31頁

[96] 平井（1989）前掲注(14)文献32頁、平井（1992）前掲注(79)文献76頁。平井は、来栖が実際の価値判断と法律論との乖離を問題視していた点（平井[1989]前掲注(14)文献33頁）、川島が「裁判の予測」を経験法学の課題とした点（平井[1989]前掲注(14)文献34頁）[96]、利益衡量論が結論・効果から法律論を考えるという点（平井[1989]前掲注(14)文献40頁）[96]から「発見のプロセス」がそのまま「正当化のプロセス」になっていると判断し、両プロセスの未分離を「心理主義」と名付ける（平井[1989]前掲注(14)文献33頁）。

[97] 平井（1989）前掲注(14)文献34頁

[98] 平井（1989）前掲注(14)文献35頁

[99] 他にも直結主義を挙げているが（平井[1989]前掲注(14)文献36頁）、教育面にかか

理主義を生み出す点に求められるので[100]、心理主義批判から検討する。②心理主義を批判する理由は、「発見のプロセス」が前面に出ることで、一方では、平井が理論上不可能とする個人間の効用比較を含む価値判断が用いられる点[101]、他方ではたとえば政治的信条・イデオロギー、クライアントの依頼といった動機なども含まれてしまい、「議論」の作業に耐えられない点に求めている[102]。③未分化主義批判は、「マクロ正当化」は個人間の効用比較を前提とする政策論ができず[103]、「ミクロ正当化」が「議論」を支える役割をしているにもかかわらず、その独立の意義に気付かない点に求められる[104]。④社会学主義批判は、平井が理論上不可能とする結論の比較を伴う点に求められる[105]。以上より、平井の批判は、直接に効用の個人間比較が不可能であるということか、それゆえに依拠せざるを得ない「議論」を破壊するという意味で効用の個人間比較の不可能性を間接的に

わることであり、教育と解釈論は完全に分離できないとしても、解釈論の側面に関する批判は他の諸点に表れているので割愛する。

100 平井（1989）前掲注(14)文献33頁。他にも、法律家に共通する行動様式として制度と規範との制約の下におかれながら、「議論」という活動によって問題を解決していくことを法解釈論の対象とするという平井の立場からすると（平井[1989]前掲注(14)文献14頁）、対象を学者に限定していること自体が批判の対象になりうる（平井[1989]前掲注(14)文献32頁以下）。しかし、法解釈論の対象を法律家というレベルにおくことは、「議論」を法解釈論の視覚として採用したこと（平井[1989]前掲注(14)文献6頁）によって導かれるものであり、「議論」という視覚をなぜ採用せざるを得ないのかという前述した問題（価値のヒエラルキアの（事実上ではなく）理論上の不可能性に求められる）に帰着するため割愛した。

なお、学者中心主義が、なぜ、心理主義に結び付くのかのメカニズムは明瞭ではないが、おそらく、時間的制約等の比較的ない研究者・学者が、（平井によれば理論上解決するわけのない）価値問題にまで言及する傾向にあるところに求められるのではないか（平井[1989]前掲注(14)文献14頁）。

101 ミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献18頁４段［平井宜雄発言］、平井（1991）前掲注(83)文献24頁

102 平井（1989）前掲注(14)文献47頁、平井（1991）前掲注(83)文献24-5頁

103 平井（1989）前掲注(14)文献55頁

104 平井（1989）前掲注(14)文献54頁

105 平井（1989）前掲注(14)文献56頁

用いるかの二通りであり、まとめると、価値の個人間比較の否定に帰着することがわかる。

以上のように、平井の方法論は、個人間の効用比較（価値のヒエラルキアの作成）が不可能である、それも事実上困難というのにとどまらず理論上不可能であると言い切るところにポイントを置くことで、ほぼ、矛盾なく整理できる。この整理は、結果を比較する帰結主義に属する立場全部を否定することになり、利益衡量論も法の経済分析も否定されることにつながる。そして、このような結果による考察ができない場面のために紛争を解決するために、議論による解決、法的思考様式による解決を提唱したと整理することになる。ただし、このような、「議論」ないし法的思考様式の消極的な意義づけは、平井本人の現実の説明とは大きく異なる。平井は、カール・ポパーの科学論や言語哲学者の議論、トゥールミンのモデルを利用して、「『議論』による正当化」の正当化を積極的に図っている[106]。それでは、このような平井の「議論」の積極的理由づけを採用しないとなると[107]、「『議論』による正当化」はどのように正当化されることになるのか。平井は、現実の法律家の活動が「議論」であることをあたかも正当化根拠のよ

106 平井（1989）前掲注(14)文献28-9頁、平井（1991）前掲注(83)文献16-7頁、26-7頁。なお、平井（1995a）前掲注(79)文献〔法律家〕６頁、平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕17頁にも正当化の記述があるが、注(111)で後述する。

107 本稿が平井の積極的理由づけを採用しない理由は、第一に、平井の依拠している文献を精査していないことから成否を判断できないところに求められる。また、第二に、平井の言及するトゥールミンやカール・ポパーらの議論が、「議論」一般や「科学」一般に射程を広げて論じたものであるため、これらが法律学にも妥当しうることは認められても、他の学問（とりわけ原因―結果型思考様式や目的―手段型思考様式）とは異なるものとして法律学の思考様式（法的思考様式）を位置付ける根拠として援用するにはもう一段、論理的説明が求められるのではないか、この説明責任はこのような応用処理を行った平井が負うべきではないのかという強い疑問を感じている点も理由の一つである。さらに、第三に、理由とは言えないかもしれないが、平井以降の民法学者が、カール・ポパーやトゥールミン、ハーバーマスなど言語哲学者の議論を完全に咀嚼した上で、支持しているとも思えないという穿った見方もしているのも事実である。

うにしばしば言及しているが[108]、それこそ「発見のプロセス[109]」として正当化根拠とは別物というべきである[110]。となると、「議論」を経た紛争解決が正当化される根拠として、平井の記述からうかがわれるのは、紛争当事者がそのような解決を拒否しないかどうか[111]、受け容れるかどうか[112]、すなわち、説得力ないし納得感という点のみである。結局、法的価値判断では結論が理論上存在しないので、「議論」によって当事者間に説得力のある、納得をもたらすような解決をすることで良しとせざるを得ないとい

[108] 平井（1989）前掲注(14)文献14頁、平井（1992）前掲注(79)文献74、77頁、平井（1997）前掲注(79)文献1838頁

[109] それも、平井の言う、価値判断としての発見のプロセス（注(101)参照）ではなく、クライアントの依頼とか政治的信条・イデオロギーとしての発見のプロセス（注(102)参照）であろう。もちろん、平井は「発見のプロセス」をこのように区分することはできないと言うのであろうが。

[110] 井上達夫・共生の作法―会話としての正義―（1986年・創文社）16頁による「自己論駁性」の問題である。ただし、「議論」による正当化という平井の方法論が属するメタレベルと、実際に議論によって正当化する対象レベルとでは論理的に区別することも可能かもしれない（井上[1986]前掲16頁）。現に、平井は、反論可能性のある言明によって主張・反論を経るという自らの「議論」という用語を、日常用語としての議論と理解した星野英一らに対して、argumentation という訳語を付け、かぎかっこを付していることのみを理由に「混同」、「誤解」と猛烈に非難しているが（ミニ・シンポ[1989]前掲注(67)文献50頁２段［平井宜雄発言］、平井[1991]前掲注(83)文献16頁、19-20頁注(2)）、それこそ、反論可能性のために反論のための手がかりが提供されていることが必要とし、誤りができるだけ明白になるような形の言明であることが望ましい（平井[1989]前掲注(14)文献66頁）とする自ら提唱した「良い法律論」のための「議論」のルールを遵守していないことからすると、「議論」による正当化はあくまで対象となる「良い法律論」のためのルールであり、メタレベルには妥当しないという理解をうかがうことができる。ただし、このように自己論駁性を満たしていないメタレベルのテーゼは、他のメタレベルのテーゼ（ここでは利益衡量論や法道具主義など）が存在する場合には、それに対する反論を別途求められることになる。よって、別の説明が必要という意味では、本文の記述に変更はない。

また、「議論」の定義と密接に関連して、平井が、法解釈論の主体（対象）として、法律家集団の存在を直感から前提としてしまっていることも（平井[1989]前掲注(14)文献13頁）、問題設定の理由を反論可能性の少ない議論であるところの直感的説明に委ねており、自己論駁性をメタレベルでは満たしていない証左となろう。自己論駁性を満たしていないということは、「議論」の定義と同様に、前提となる問題条件を選択した理由として理論的な説明を求められることになるのではないか。

なお、自己論駁性の充足が必要かどうかは筆者には不明である。たとえば、「人は他の立場に寛容でなくてはならない」というテーゼがあったとして（筆者は直感で支持しているが）、この寛容テーゼ自体は、寛容でないという立場を排除するものであり、自己論駁されていないことになる。よって、自己論駁が必要条件となるとこのような寛容テーゼは誤りということになるが、筆者にはにわかにはそう思えないのである。この疑問は、筆者の法哲学の未熟さ（学部単位すら修得していない）に原因がある可能性が高いので、疑問を呈示するにとどめておく。

[111] 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕17頁。なお、ここでは、目的＝手段型思考様式を排除する理由が述べられ、それが法的思考様式を要求する理由となっている。平井の記述によると、何らかの目的を置いて紛争解決に当たるということは、当該紛争が、その目的に資するための手段となることを意味し、紛争当事者のうち目的となる価値と結びついている一方が勝利することになる。このように、紛争が何らかの価値と結託して一方にのみ有利に判定するという形で解決されるならば、紛争当事者双方ともそのような機関に紛争解決の介入してもらうことを拒否するのではないか、というのが平井の記述である。

ただし、平井は、この個所で、紛争解決機関（第三者）が、何らかの価値を目的にすることと紛争解決機関が資源を保有することとを同列に扱っている。目的＝手段型思考をとるためには、「（こうするためには資源を要する）」（平井[1995b]前掲注(79)文献〔法政策学〕17頁）としているのがその個所であるが、例えば、功利主義のように、社会の価値最大化を目的と考えて紛争解決する場合に、紛争解決機関（たとえば裁判所）は目的となる価値を資源として保有しているといえるのであろうか（もちろん裁判所であれば一国家機関であり、社会の価値最大化は結局のところ国家の価値最大化であると把握すれば、国家と結託した一方のみが有利に扱われる紛争解決として平井の記述には乗るであろう）。また、それとは別に、「当事者双方ともそのような第三者（本稿筆者注：結託するインセンティブを産む資源を保有している第三者）の介入を拒否するであろう」（同個所）というものの、社会の価値最大化という価値と結託して解決がなされる場合にも、紛争当事者は双方とも、それを拒否するであろうか、説得力がないといえるのであろうか。このように、この個所の平井の議論を、いくつかの点について筆者が修正を施して、「拒否するかどうか」、すなわち説得力があるかどうかが問題であるとしたものとして整理し直したものが本文の記述である。

[112] 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕55頁

うのが（本稿が再構成したところの）平井の理解である。

６．「議論」論の受け止められ方―二通りの可能性

このように再構成した平井方法論は民法学に非常に強い影響力をもたらしたと思われるが[113]、本稿の政策論と法ドグマーティクの乖離という問題意識からすると、大きく２通りの受け止め方がありうる。まず、第一には、（本稿の整理した）平井の核心である、価値の個人間比較はできない、価値のヒエラルキアはできない、それも事実上できないというのではなく理論上できないという考えを肯定することである。ここまで明言するものは少ないが、利益衡量論を排除する考え方や機能論よりも本質論を重視するという考え方はこれに類するものとなろう。この考え方に従えば、そもそも政策論・法的価値判断というものは法律学の範疇から排除されることになり、冒頭の森田の「本音」などというものは存在しないのだから、乖離などということもあり得ないことになる。反面、ここまで徹底する考え方は民法内部でも少数派でないのかというのが外部者である筆者の直観である[114]。となると、平井の方法論は現在の民法学界において影響力は低い

[113] 大村敦志・民法総論（2001年・岩波書店）119頁。平井（1997）前掲注(79)文献1817頁には法律学について法と経済学や機能主義的な見方である還元主義よりも、自立主義（本質論）が当然の立場とする。

[114] 現在も、吉田邦彦「現代思想から見た民法解釈方法論―平井教授の研究を中心として―」同・民法解釈と揺れ動く所有論（2000年・有斐閣）168頁［初出：北大法学論集47巻６号（1997年）1860頁］、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』―アメリカ法解釈論の新たな動きを求めて―」吉田（2000）前掲書218頁、228頁以下、*esp.* in 236頁［初出：ジュリスト997-999号（1992年）］は法道具主義的立場を否定する立場を明言している。

しかし、吉田邦彦「アメリカにおける批判法思想の展開とわが国民法学の行方―民法解釈額方法論の思想的系譜その二―」吉田（2000）前掲書113頁［初出：民商法雑誌119巻２号、３号（1998年）］によれば、総合考慮的なスタンダード型思考をも必ずしも排除してはおらず、「差延的法解釈」と称する吉田邦彦自らの解釈論は、法的ディスコースにおけるレトリックやメタファーの重視としながらも（吉田［1998］89頁）、自らその実践例とする吉田邦彦「在外被爆者訴訟と時効・住所」民

商法雑誌137巻４・５号（2008年）403頁以下では、現実の判例評釈として、国の保護義務の範囲という言明で論理構成を行っている最高裁判決（吉田［2008］416頁）に対してなんら「反論」することなく「民法上の住所」の問題に引き直し（吉田［2008］431頁）、さまざまな事情を言明化されていない実質論の総合考量と思われる作業を行う（吉田［2008］423頁）など、本稿の整理した平井宜雄の理解や機能主義の排除という理解からはほど遠く、むしろ、平井の議論からは論理的に絶対に排除されるはずの利益衡量論や機能主義が多分に流入しているものと思われる。この原因は、平井宜雄の方法論の理解が本稿と異なること（吉田が「議論」論において裁判という物理的制約・時間的制約条件を重視して理解していることにつき注(120)参照）、さらに、法道具主義の理解も異なることに求められる。後者について、吉田邦彦は「法道具主義」を「経済分析」、さらには「富の最大化」といった功利主義発想と結びついたものと整理し（吉田［1992］218頁）、経済的効率性を重視するもの（吉田［1992］236頁）という本稿よりも（さらにいえば平井や後述する村上淳一よりも）非常に狭い理解をした上で、法道具主義と結びつけた基本思想（イデオロギー）を採用し得ないという形で議論を進める。このような、基本思想・基礎理論（イデオロギー）に包摂する形で法解釈論を整理するという吉田邦彦の手法は（他の具体例として吉田［1998］155-7頁）、吉田邦彦「リアリズム法学と利益衡量論に関する「基礎理論」的考察―民法解釈学方法論の思想的系譜」吉田（2000）前掲書４-６頁［初出：瀬川信久編・私法学の再構築（1999年・北海道大学図書刊行会）82-5頁］以来、基礎理論レベル・思想のレベルにまで引き直して研究するという立場を採用していることによるものである。このように、基礎理論という形で包摂し、その基礎理論を批判することで対象を批判するという手法は、平井宜雄が、星野英一の利益衡量論を心理主義・非合理主義につながる（包摂される）として、その上で非合理主義を批判する形で利益衡量論を批判するという論法や（平井［1989］前掲注(14)文献32頁以下）、川島武宜の「科学としての法律学」を「裁判予見」に包摂させる論法（平井［1989］前掲注(14)文献49頁、平井［1991］前掲注(83)文献50頁、平井［1997］前掲注(79)文献1820頁）とも共通する。この平井宜雄・吉田邦彦に共通する基礎理論・上位概念へ包摂し概念を議論の対象にするという手法の強調こそ、まさに、平井宜雄が、「議論」の俎上に乗る言明に包摂しなくてはならないという平井の方法論そのものであり、中間概念に包摂して概念を用いて議論をするという（本稿の）法ドグマーティク（注(21)参照）である。このように考えれば、メタレベルでも「議論」論を用いるべきという意味では吉田邦彦の解釈のほうが徹底しているのかもしれない（ただし、メタレベルでの自己論駁性を平井宜雄は徹底していないことにつき注(110)参照）。ただし、批判の手法としての包摂には民法内部でも疑問の余地があることについてはミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献29頁３段［星野英一発言］、

と評価し直さなくてはならないのであろうか。そうではないというのが本稿の整理であり、それが、以下で説明する平井方法論の第二の影響である。

平井の「議論」による正当化・法的思考形式は、価値判断ができない場面に妥当する正当化の論理として構想されたものである。もちろん、平井にとっては、そもそもすべての場面において価値判断ができないわけだから、「議論」による正当化が法律学のすべてということになろう。しかし、価値の個人間比較・利益衡量の余地を認める多くの論者も、証拠の不存在による制約、時間的制約などで価値判断から結論が導けない場面があることは認める[115]。そして、このような場合にも紛争を解決しなくてはならない。その場合には、価値の比較とは異なる、政策論とは異なる、何らかの解決手段が必要である。この場合に、国家の介入を否定するのは原則という形で、あたかも立証責任の分配のように設計することも理論上不可能ではないが、どこから「介入」と表現するのか（たとえば契約を裁判所がエンフォースすることも、財産権を保護することも「国家の介入」かどうか）は難問であり（ベースライン問題[116]）、また、現に民法学者がこのような考え方を採用しているわけではない[117]。そこで、価値判断で結論の出ない場合の alternative な解決手段として（のみ）、平井の「議論」論の目指したところである「説得力」や「納得感」が妥当するのである。平井方法論の部分的な摂取といえよう。この部分的摂取を政策論と法ドグマーティクの乖離という観点からみると、政策論で決着のつくところでは政策論を用

山本（2000）後掲注(117)文献207頁注(17)参照（もっとも、星野らの疑問も手法そのものではなく包摂作業の巧拙を争うものと捉えることも可能である）。

115 実証データの不足を指摘するものとして森田（2007）前掲注(10)文献８頁

116 長谷部恭男「それでも基準は二重である！」同・比較不能な価値の迷路―リベラル・デモクラシーの憲法理論（2000年・東京大学出版会）106頁、長谷部恭男「へぇ、へぇ」UP431号（2008年）29頁、川濵昇「取引の自由と契約の自由―営業の自由論争再訪―」田中成明編・現代法の展望―自己決定の諸相（2004年・有斐閣）86頁以下、川濵昇「市場秩序法としての独禁法（一）―市場をめぐる法と政策―」民商法雑誌129巻３号（2008年）299頁以下、拙稿「負け犬の遠吠え」新世代法政策学研究１号（2009年）359頁以下

117 強くうかがえるものとして山本敬三・公序良俗論の再構成（2000年・有斐閣）65頁［初出：奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題・下巻（1995年・成文堂）］

いるが、政策論では結論がわからない場合には、法ドグマーティクで解決することで当事者に説得力ないし納得感をもたらすというダブルスタンダードによる方法と整理することになる[118]。

以上から、平井の方法論のインパクトは、政策論・価値判断で結論がつかない領域があると認識させた点、そして、この領域では機能主義的な解決ではなく「議論」や法ドグマーティクなどの何らかの「説得力」をもたらす論法が必要であることを認識させた点の二点に整理することができる。

現に、平井の「議論」による正当化を、平井本人が否定しているにも関わらず[119]、厳しい物理的・時間的制約下に置かれた裁判・法廷での議論を念頭に置いた論法であるという整理されることが多いのは[120]、物理的・時

118 なお、このような整理では、平井宜雄が従来の概念法学を批判していたことから（平井［1991］前掲注(83)文献42頁以下、平井［1997］前掲注(79)文献1851頁）、「議論」を法ドグマーティクに帰着させる本稿の整理はおかしいという批判があるかもしれないので一言しておく必要があろう。ここで本稿が課題にしている「法ドグマーティク」（ないし「ことば的技術」）とは、中間概念を作出して包摂していく作業のこと全般を指すのであり（注(21)参照）、一定の時期のドイツの「概念法学」（このような呼称にも疑問の余地がないではないが）といった特定のドグマ・解釈論のみをさしているわけではない。そうであるから、「相当因果関係」という特定の概念を批判したとしても、「保護範囲」や「損害の金銭的評価」という概念を用いるのはやはり法ドグマなのである（平井宜雄・損害賠償法の理論［1971年・東京大学出版会］）。さらにいえば、「保護範囲」や「損害の金銭的評価」という平井宜雄の行った法ドグマの組み換えは、法ドグマをより価値判断・政策論に近いものに作り替えたものと評価することもでき、「政策論」と「法ドグマ」の乖離を解消しようという努力のひとコマという意味で、本稿の問題意識そのものと評価することもできるのである。

119 平井（1991）前掲注(83)文献10頁。ただし、平井（1989）前掲注(14)文献14頁においては、物理的制約、時間的制約などの制度的拘束の下で法律家の活動が行われることを重視しており、裁判（法廷）の場を主に想定していたことは事実であろう。この制度的拘束を強く読み込まず、法律家の行動は訴訟を離れても価値判断はできない、それも事実上できないというにとどまらず理論上できないものであるという点を強く読み込んで平井のテクストを再構成したものが本稿の整理ということになる。

120 瀬川（1990）前掲注(11)文献91頁、吉田邦彦（1992）前掲注(114)文献202頁、吉

間的制約下では「政策論」「価値判断」を基準に結論を出すことができないことから、「議論」による正当化を政策論・価値判断で結論が出ない場合の second option と位置付けることを前提にしているのではないか。また、法解釈論が効いてくるのは微調整の部分だけではないかという認識も[121]、政策論に一定の有用性を認めながらも証明困難でけりのつかない領域もあり、法解釈論の意義をその領域に認めるという認識が背後に潜んでいるのではないか。さらに、価値判断での結論がつかない場合に、それでも現前の紛争を解決すべく、法制度設計者が正解を探求するまでの間の知識・価値について学習する作業として、法ドグマーティクの営みを位置付ける見解は[122]、本稿の整理そのままに、法ドグマーティクによる営みが価値判断では解決できない場合の次善の策であることが如実にうかがえる。

そして、ドイツやフランスとの比較から強調されているところの包摂技術[123]・法／不法コード[124]や性質決定[125]、法的カテゴリの尊重[126]、体系や概念そのものを論じることの重要性[127]という形での法律家の伝統的な論法も、政策論の尽きた先において、説得力を醸し出すある種のフィクションと位置付けることが可能になるのではないか。このように「政策論」の尽きたところで展開する議論を「法解釈論」と名付けるならば、法解釈論において重要なのは、紛争当事者を納得させるような説得力ということになろう[128]。

また、このような平井説の部分的摂取は、平井説の最大のポイントである個人間の効用比較の絶対不可能という前提を否定しているがために、実は、平井説が激しく批判した対象の従前の法解釈論の文脈とも非常に整合的になっている。従来の法解釈論は、すべて「政策論」と「法ドグマーティク」との乖離を問題にしながらも、先述したように（注(78)参照）、嘘の効用（末弘）にせよ、フィクション（来栖）にせよ、起草者意思（星野）にせよ、現実の価値判断とは異質なものが、「説得力」を理由に入り込むことを多かれ少なかれ認めていたのである。このように、「政策論」「価値判断」には尽きない「説得力」を醸し出すフィクションが存在するという問題意識、「政策論」と「法ドグマーティク」が乖離することを認めている領域があるという問題意識を軸に、法解釈論争を見直すと、末弘以降、平井まで含めてすべて同一線上に比較することができるのである[129] [130]。

田邦彦（1997）前掲注(114)文献187頁

121 瀬川信久=小粥太郎=加藤新太郎「民法解釈方法論と実務」加藤新太郎編・民事司法展望（2002年・判例タイムズ社）167頁［小粥太郎発言］［初出：判タ1050号４頁、1051号98頁（2001年）］。小粥太郎が「法解釈論」という場合には、後述するように（注(126)参照）、性質決定や法的カテゴリといった、政策論ではない法ドグマーティクの文脈を重視していた。

122 藤谷武史「プロセス・時間・制度―新世代法政策学研究のための一試論―」新世代法政策学研究１号（2009年）54頁

123 村上淳一「包摂技術とコミュニケーション」現代法の透視図（1996年・東京大学出版会）102頁以下［初出：桐蔭法学1巻1号（1994年）］、村上淳一・〈法〉の歴史（1997年ａ・東京大学出版会）157頁以下、村上淳一「転換期の法思考」システムと自己観察―フィクションとしての〈法〉（2000年・東京大学出版会）９頁［初出：桐蔭法学３巻２号（1997年b）］

124 村上（1994）前掲注(123)文献111頁以下、村上（1997a）前掲注(123)文献〔〈法〉の歴史〕160頁、村上淳一「裁判官の事件『構成』」村上（2000）前掲注(123)書42頁［初出：「ドイツにおける裁判官の事件処理」桐蔭法学５巻１号（1998年）］

125 大村敦志・典型契約と性質決定（1997年・有斐閣）202、212頁

126 小粥太郎「法的カテゴリの機能」民法学の行方（2008年・商事法務）［初出：「法的カテゴリの機能に関する覚書―現代フランス契約法学における民法的な思考形式の一断面」法学69巻３号（2003年）］、小粥太郎=加藤雅信=加藤新太郎「民法学と民法学方法論」加藤雅信=加藤新太郎編著・現代民法学と実務（下）（2008年・判例タイムズ社）318頁［小粥太郎発言］［初出：判例タイムズ1222号（2006年）］

127 大村敦志・法源・解釈・民法学―フランス民法総論研究（1995年・有斐閣）19頁［初出：「フランス民法総論研究ノート」法学協会雑誌108巻10号（1991年）］、小粥太郎「マルセル・プラニオルの横顔」同（2008）前掲注(126)書48頁［初出：日仏法学23号（2005年）］、小粥ほか（2006）前掲注(126)文献311頁［小粥太郎発言］

128 この意味で吉田（1998）前掲注(3)文献257頁が学者のする法解釈論にとって重要なのは「説得力」であるとしていることと、来栖のフィクション論がつながる。このようにして、私法（2008）前掲注(2)文献57頁［吉田克己発言］の意図を理解することができる。

129 来栖のフィクション論の狙いが、解釈（ここでは小粥の用語法による「解釈」。注(121)参照）の枠を埋めるという意味で、平井の「議論」論と同一の機能を果たしていることにつき瀬川ほか（2001）前掲注(121)文献201-2頁［瀬川信久・小粥太郎発言］

そして、論者による論調の違いは、フィクションにゆだねる領域、乖離を認めてしまう領域の違いで比較が可能になる。

このように考えると、従来の法解釈論争は少なくとも2つの軸で整理すべきであるように思われる。まず、一本目は「客観的価値を判断することが理論上可能か」（ないし「どの程度まで客観的価値を判断することができるのか」）という軸である。前述したように、平井宜雄はこれを否定し[131]、星野英一は事実上困難であることを認めながらも肯定したのである[132]。二本目は「客観的価値を判断できる場合に実証研究・経済学など隣接社会科学の業績を応用すべきか」「どのようにして客観的価値を測定するのか」という軸である。さらに、本稿の整理からは、従来の法解釈論争では明示的に論じられていなかったが、平井宜雄によって明示されたところの「客観的価値の判断ができない場合に、どのように紛争を解決すべきか」という軸が3本目の軸として顕在化する。私法学会での森田果の質問とそれに対する吉田克己の応答に代表される「民商の壁」とは、「政策論」に尽くせないフィクションの領域、乖離の領域をどこまで認めるのかという第一の軸が問題になっていたのである。これに対して、商法学者の側で法の経済分析などの成果を主張しても（第2の軸）、またフィクション論を持ち出して説得力の重要性を説いても（第3の軸）、議論がかみ合うわけがないのである[133]。さらにいえば、従来の民法解釈方法論を眺めて判明したとおり、民法研究者の中でも、「客観的価値の判断できる範囲」というのは論者によって異なっていた。また、「本音」として政策論を重視する立場（商法研究者の多くの立場）を採用しても、そもそも法の目的として何を選択すべきかというメタレベルの政策論のように、少なくとも一定程度は、「客観的価値の判断できない範囲」があることは理解されていた。この意味では、「民商の壁」という標語は望ましくないのではないかとも思われる[134]。

7．結語―北の国へ

前節までの記述によって本稿の課題である「民商の壁」の形成原因の探求は、「客観的価値を判断することが理論上可能か」ないし「どの程度まで客観的価値を判断することができるのか」という領域（第1の軸）にあるということで整理はついた。民法研究者（決して全員ではないが）の主張は第3の軸に関するものであり、商法研究者の主張は第2の軸に関するものであり、第1の軸の問題を把握しない限り議論がかみ合うわけがなかったのである。そこで、最後に、第1の軸における対立を解決できるような卓越した理論を本稿が提唱できればよいのであるが、筆者の能力をはる

[130] 川島武宜が後期、問題意識を裁判の場面に限定していった（瀬川[1990]前掲注(11)文献38頁、平井[1989]前掲注(14)文献36頁）理由を、単純に川島の弁護士への転職（川島[1987]前掲注(7)書vii頁）に求めるのではなく、弁護士業務上、価値判断ができない場面に頻繁に遭遇したことによって、価値判断の尽きた場面での紛争解決方法に興味を持たざるを得なくなったと整理すれば、平井の「議論」論をも含めた同一の文脈に整理することができる。

[131] ただし、平井はあくまでも客観的な価値を判断することが理論上できないと言っているだけであり、客観的価値そのものがないと言っているわけではない。この意味で、少なくとも平井宜雄本人は価値相対主義と自らの立場とをdistinctionしている。

[132] 客観的判断の理論的可能性の肯定という意味で、星野英一らによる利益衡量論と、近時の法の経済分析とが共通することを指摘するものとして小粥（2008）前掲注(126)書186頁

[133] 森田（2007）前掲注(10)文献6頁でも法が「説得の道具」であることは認識されている。

[134] 民法・商法という専攻分野の違いよりも年齢の違いのほうが説明変数として機能すると思えなくもない。しかし、先述したように（注(20)）、商法では竹内昭夫の第一論文の時点で、すでに機能主義が隆盛であったことを考えると、専門分野の違いも無視できないと思われる。

反面、専門分野も年齢もあまり関係なく、もっと個人的学風に依存している問題ではないかというのであれば賛成できる。筆者も、森田果の質問に対して吉田克己がフィクション論を持ち出す、すなわち、客観的価値判断が不可能であると宣言するのが、他の民法研究者と比較しても（といっても勤務校及びそこでの民事法研究会に参加している若干名のみであるが）、あまりに早いのではないかと思われる（もちろん平井宜雄と比較すれば問題はないことになろう）。吉田克己とほぼ同年代の勤務校の民法教員の議論は少なくとも非常に機能主義的・利益衡量論的であるように感じている。

かに超えるものであるので、以下の２つの隣接した残された課題を検討して本稿を終えることにしたい。

まず、第１に、第３の軸の問題として、客観的価値が判断できない場合に、「どういうフィクションであれば説得力があるのか」という次元の問題がある。もちろん、第２の軸として、どのように客観的価値を判断するのかという問題もあるが、これは法の経済分析という形でかなりの議論の蓄積があり、本稿がそれらに加える可能性は皆無に等しい。そこで、従来、明示的に問題とされてこなかった領域を一瞥することにする。第二に、「民商の壁」として、客観的価値の判断できる範囲の相違はどのようにして生じたと思われるか、形成原因について簡単に整理してみる。先述したように（注(134)参照）、「民商の壁」は本当に民法か商法かという分野の違いに起因するのかという問題もあるが、さしあたり、分野の違いを前提に検討する。

まず、客観的価値が判断できない場合に、どのようなフィクションならば説得力を持つのかという問題から検討する。この問題は、客観的価値が判断できない以上、（平井は反論するであろうが）紛争当事者を離れた社会全体の観点からすれば、どう決まっても構わないある種の「調整問題」ということである[135]。ただし、調整問題ではあるものの、ある種の紛争では、既に当事者が以前の決定に基づいて投資[136]を行っており、どう調整問題を解決されるかによって、すでに行われた投資の成果がどうなるのかという意味で利害関係がある。どう解決しても、一方は損失を被り、他方は利得を受け、どちらの状態が社会にとって望ましいかは判断できない場合[137]に、どのような解決をすれば両当事者が納得したものとして扱ってよいか、ないし、納得せざるを得ない状況に追い込めるかというのがここでの問題である[138]。

末弘の「嘘」、来栖の「フィクション」、平井の「議論」というだけでは、その内容次第によってなんとでもなるので、解決にはならない。ただし、平井は、「議論」の内容を、「議論」の作法として反論可能性のある（高い）命題を主張・反論・再反論という形で戦わせることや[139]、法的思考様式の特色としての「正義」・「公平」を提唱しており[140]、まったくの無内容というわけではない。しかし、これらは無限背進につながるものであるし[141]、「正義」だけでは結果は一義的に定まらずメタ決定者の決断に任せる[142]という形で調整問題が残ることになる。

他方、従来の法学において暗黙のうちに支配的であったのは法ドグマーティクを用いるという処理である。法ドグマーティクを調整問題解決のた

[135] 長谷部恭男「人権：おおげさなナンセンス？」権力への懐疑―憲法学のメタ理論（1991年・日本評論社）70頁［初出：ジュリスト937号（1989年）］から「調整問題」という整理を借用した。

[136] ここでの「投資」とは、金銭に限らず、当事者が他に使える機会を犠牲にして何らかの行動を行っていること全般を指す。よって、ここでの「紛争」とはかなり広い範囲を含むことになる。

[137] 平井の考え方に従えば、常に判断できない状態ということになろう。

[138] ただし、このような紛争解決手段一般において、客観的価値判断がわからない場合に各個人を納得させる形で解決されるという手段（プロセス）が確立していることが、各個人の様々な社会活動全般にわたって積極的な活動を生み出すなど、社会にとってプラスになるのだという概括的な判断をするのであれば、「調整問題全般の解決手段」の設計は「調整問題」ではないことになる。平井が、価値の判断は理論上できないとしながらも、自らが価値相対主義であることを否定するというのは、このような、個別の調整問題の解決手段として「議論」という形で説得力あるシステムを用意することが結局は社会にとってプラスになるという帰結主義的判断を行っていると整理できると思われる（ミニ・シンポ［1989］前掲注(67)文献49頁２段以降［平井宜雄発言］）。

[139] 平井（1989）前掲注(14)文献65頁以降、平井（1991）前掲注(83)文献31頁以降

[140] 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕17頁、正義性基準については93頁以降

[141] 星野英一「『議論』と法学教育（2）」ジュリスト編集部・法解釈論と法学教育―平井宜雄「法律学基礎論覚書」をめぐって（1990年・有斐閣）78頁［初出：ジュリスト941号（1989年）116頁］。これに対して、平井本人はミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献41頁1段で否定しているが、平井の採用する正義性基準（等しき者は等しく）の立場からすると（平井［1995b］前掲注(79)文献〔法政策学〕103頁）、なぜ異なるのかの説明を常に求められることから無限背進に陥ることは必定であると思われる（井上［1986］前掲注(110)文献85頁）。むしろ、無限背進に陥ることを正面から肯定する議論もありうる（井上［1986］前掲注(110)文献84頁以下、137頁、250頁以下参照）。

[142] 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕110頁

めの説得力を醸し出すフィクションとして位置づけるというのは、従来の見解のいくつかからもうかがえるところである。法／不法コードへの包摂作業は、これによって合理的な対話的論証（ディスクルス）や相互理解が可能になり[143]、社会や人間に関して不知の場合すなわち価値判断ができないような場合にも決め手を知ることができるものとされてきた[144]。価値の多元化によって価値の序列が不可能となり基準が存在しない場合[145]や解釈学的な構成ができない場合にも、議論を経て法／不法コードに乗せることで解決が図れるというのである[146]。このような理解からは、包摂作業が、価値判断ができない場合（調整問題状況）において説得力を醸し出して結論を導くものであると整理することができるであろう。また、解釈論において法文の文言を重視する理由を民主主義において立法機関が制定したものであることに求めるのではなく、法文を出発点にすることが法解釈の論理の明晰さを確保するためではないかという問題意識も[147]、法文に表れている法ドグマーティクが、論理的説得力を醸し出すための道具であると整理できる。伝統的な法ドグマーティクによる正当化は、平井の「議論」論とも整合的であり[148]、法的三段論法についても「議論」論と同様、価値判断ができない場合に説得力を醸し出すフィクションとして整理することも可能である[149]。

このように、「議論」にせよ、「法ドグマーティク」にせよ、「包摂作業」にせよ、「三段論法」にせよ、法律家が伝統的に行ってきたとされている

143 村上（1994）前掲注(123)文献106頁

144 村上（1994）前掲注(123)文献111頁

145 村上（1997a）前掲注(123)文献〔〈法〉の歴史〕89頁、村上（1997b）前掲注(123)文献〔転換期〕12頁、26頁（〈世間と人間についての知識〉を備えていない場合）

146 村上（1997a）前掲注(123)文献〔〈法〉の歴史〕93頁、村上（1997b）前掲注(123)文献〔転換期〕25-6頁

147 瀬川ほか（2001）前掲注(121)文献182頁［瀬川信久発言］、小粥ほか（2006）前掲注(126)文献361頁［小粥太郎発言］

148 法／不法コードへの包摂技術が「議論」と結びつくことについては村上（1997a）前掲注(123)文献〔〈法〉の歴史〕92-3頁。

149 村上淳一「『法の解釈』と『構成主義』」村上（2000）前掲注(123)書97-8頁［初出：桐蔭法学6巻1号（1997年）］

活動[150]が、価値判断の出来ない場面での説得力を醸し出すフィクションとして機能することがこれまで認められてきた。だが、従来、法律家の活動にフィクション機能が果たされてきたということと、今後も、フィクション機能が果たされるということは全く別問題である。「議論」による解決を提唱した平井宜雄は、今後もこのような「議論」による調整問題の解決が望ましい（正しい）と断定しているが[151]、なぜ、正しいのかの根拠は、伝統の重要性[152]や裁判制度などが長い間の人間の工夫によって制度化したことなど[153]、歴史によって正当化されたとしか述べられていない。だが、当然ながら、伝統的な法律家の活動がフィクション機能を果たしてきたという歴史事実のみによっては、かかる制度が（説得力があるという意味で）望ましいという規範を導く[154]ことができないことは事実と規範の方法二元論より明らかであろう[155]。

他方、法律家の活動が、説得力を醸し出すフィクション機能を果たすということは、そういうものとして制度（法システム）ができている以上、そのようなものとして受け止めるしかないというトートロジーな整理（アイデンティティや自己準拠性を強調する）をするものもある[156]。法的思考

150 星野英一の起草者意思の探求も法律家の活動という範疇に含むことが可能であると思われる。

151 ミニ・シンポ（1989）前掲注(67)文献49頁2段以降［平井宜雄発言］、平井（1991）前掲注(83)文献28頁以下、30頁注(1)、討論「〈シンポジウム〉民法学の方法・思想・思考様式」北大法学論集47巻6号（1997年）1902頁［長谷川晃・平井宜雄発言］

152 平井（1991）前掲注(83)文献29頁

153 平井（1991）前掲注(83)文献31頁注(4)

154 森田修「私法学における歴史認識と規範認識―『連結』構造分析の理論と技法―」社会科学研究47巻4号（1995年）171頁以下、6号（1996年）221頁以下は「正当化のプロセス」としての歴史叙述の役割を検討する（森田[1995]前掲175頁）。その中で、森田も規範認識の積極的正当化のために歴史認識を援用することに対しては、基本的に否定的な態度を表明している（森田[1995]前掲247頁、森田[1996]前掲271頁。ただし、一定の規範認識の妥当範囲を制約する場面では歴史認識が作用することは肯定する）。

155 井上達夫「科学における事実と価値―方法二元論再考」学術の動向12巻5号〔通巻134号〕（2007年）71頁は「事実認識は規範認識を論理的に含意しない」とする。

156 村上淳一「ポストモダンの法理論」村上（1996）前掲注(123)書33頁以下［初出：

様式をあたかも公理系のように捉える[157]平井宜雄にもそのような面が見られる[158]。しかし、このようなトートロジーは、法律家はこういうものだというだけで、法律家像に対する外在的批判に対しては何ら説明になっていない。現在の法律家の実践知を記述するのみでは外在的な批判には答えられないのである。近年の刑事裁判（主に量刑）における裁判官批判や、かつて官僚バッシングの中で叫ばれた「東大法学部は廃部にすべきだ[159]」といった類の法律家集団に対する批判によって、フィクションの説得力が失われることは問題の外におかれてしまっている。

振り返ってみれば、星野の利益衡量論や、法の経済分析は、単に価値判断のレベルの議論というにとどまらず、「法の大衆化」として法律家集団以外への説明責任を果たすことを標榜したものと整理できないか[160]。裁判制度に限っても自力救済が禁止され、法律家の活動によらなければ問題解

岩波講座・社会科学の方法Ⅳ・社会変動の中の法（1993年・岩波書店）］、村上（1994）前掲注(123)文献114頁、村上（1997a）前掲注(123)文献〔〈法〉の歴史〕160頁。なお、尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？」ワーキング・ペーパー（2008年）も参照した。

157 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕15頁、14頁）法政策学の概念図式を「それ自体検証も反証もされ」ないものとしている。

158 平井（1991）前掲注(83)文献31頁注(4)は、「議論」による解決という戦略を採用すること自体に対する疑問（外在的疑問）について「法律家は、そこまで立ち入る必要はない」とし、その理由として法律家が最もかかわっているのが裁判制度であるという事実を挙げるのみである。平井（1989）前掲注(14)文献14頁以下などの法律家の共同体という（定義自体あいまいな点に問題はあるものの）ある種の団体の活動の記述的認識をそのまま規範命題に結び付けるかのような記述もこのような法律家のアイデンティティという（それ自体論証されていない）トートロジーを用いて説明されている。

159 雁屋哲=花咲アキラ「東大病を治す」美味しんぼ68巻（1999年・小学館）157頁［山岡士郎発言］。雁屋哲のその他の記述については *See*, http://kariyatetsu.com/nikki/718.php; http://kariyatetsu.com/nikki/969.php

160 星野（2006）前掲注(68)文献298頁。これに対して、現在においても法律家というある種のプロ集団性を保護する方向を示唆するものとして吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題点」ジュリスト1368号（2008年）110頁注(18)。

決できないという形で社会（国民全体）に影響力をもっている以上、法律家共同体という集団も人々の社会生活のために存在する道具として位置づけなければならないと考えることも十分に可能であろう[161]。現に、法システムないし法律家共同体のトートロジーを認める見解にも、完全に法システム内部で自己完結すればよいとはせずに法システム外部とのコミュニケーションにも留意する方向がみられる[162] [163]。

161 長谷部恭男「法源・解釈・法命題－How to return from the interpretive turn」同・憲法の理性（2006年・東京大学出版会）221頁［初出：樋口陽一先生古稀記念・憲法論集（2004年・創文社）］

162 村上（1997b）前掲注(123)文献〔転換期〕27頁、村上(1998)前掲注(124)文献71頁

163 平井宜雄は、村上淳一（注(162)）と異なり、法律家システム外部からの影響の可能性について明示する記述がない。これは、平井の「議論」論の対象としている「法律家」像が職業法曹に限定されない広い概念であるため、外部の価値判断も法律家の「議論」として流入してくることを期待していることが理由の一つであろうが、これだけではさすがに楽観的すぎるとのそしりを免れないであろう。となると、平井宜雄が、法律家の「議論」に法律論を委ねることは社会全体にとって望ましい、正しいという立場を採用していることに原因を求めることになると思われる。平井の立場は、個別の紛争の直接の価値判断はできないとするものの、紛争全般の解決方法として「議論」による解決が制度として担保されていることが望ましいという価値判断は行っているのである（前注(138)、ミニ・シンポ［1989］前掲注(67)文献49頁２段以降［平井宜雄発言］参照）。このような平井の立場からすると、個別の紛争で価値判断ができないからと言って、紛争全般の解決方法が調整問題にすぎないということはできない。「正しい」という価値の言明に説得力を持たせるためには、調整問題であることが明るみになるわけにはいかないし、フィクションがフィクションであることが判明すると説得力を失ってしまうため絶対にフィクションであるとは言えないのである（小坂井敏晶・民族という虚構［2002年・東京大学出版会］66頁、70頁以下参照）。となると、フィクションであることを否定する平井の方法論では法律家共同体の「議論」を経たものは「正しい」のであって、法律家共同体外部から別のものを導入する契機に欠けるのである。

これに対して、村上は、法システムはトートロジーとして認識しており、「正しい」などという価値判断をそもそも含んでいないため、法／不法のコードは法システムの中での問題解決手段にすぎないという意味でフィクション性に気付いている。よって、法システム外との関係をどうするのかという新たな問いを突き付けられることになったのである。

となると、今後は、このような法というトートロジーとは異なるフィクションが必要になる可能性が高い。特に、経済学などの他の学問領域の発展は、価値判断の可能な領域の拡大にとどまらず、法律家共同体内の活動に対する社会の「説得力」「納得感」を相対的に低下させるであろう。近時、プロセス志向の多元分散型統御を標榜し具体例の一つとして民主的政治過程を重視する見解は[164]、民主主義という価値にフィクション機能を果たさせようとするものであると整理できる[165]。また、現状不可能な価値判断を可能にするための学習のためのプロセスとして法ドグマーティクを位置付ける考え方は[166]、トートロジーではなく、人間社会は望ましい方向に進んでいくものだという考え方にフィクション機能を果たさせるものと整理できるであろう。

この方向を進めるならば、今後は、どのようなフィクションであれば説得力があるのか、一定の概念が説得力を持つのはどのような状況によるのか、その前提作業として、従来、法律家の活動として一定の概念が説得力をもっていたのは何故なのか、といった問題が残っていることに気付かされる。

残された課題の第２として、価値判断で決着のつく範囲の違いという「民商の壁」はなぜできたのかについて、付言しておく。これは、商法において法道具主義・機能主義の擁護がなぜなされてきたのかという問題である。ひとつには、平井宜雄の「議論」論をはじめとする洗練された問題意識が商法学界の未熟さゆえに理解されなかったということがあろう。だが、筆者が改めて平井の業績を読み直しテクストを再構成していく作業を

[164] 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）４頁以下。なお、本稿は、田村の多元分散型統御・プロセス正当化といった考え方と民法解釈論争、とりわけ平井宜雄の「議論」論との関係を検討するという外在的課題の下に書かれたものであり、共に価値判断が尽きた場面での説得力を醸し出すフィクションという点で共通するというのが本稿の回答である。本節の副題「北の国へ」は当GCOEプロジェクトに本研究がつながることを示すために付した。

[165] もちろん、民主主義が多数派による少数派への侵害を意味することがあり、それに対して、伝統的に法律家の活動（立憲主義、基本権など）の存在意義があったことも忘れてはならないであろう。

[166] 藤谷（2009）前掲注(122)文献54頁

する中で、平井宜雄の業績にシンパシーを感じることは最後までなかったことからすると必ずしもこれが理由とは考えられない。となると、商法・会社法においては法改正が多く、現実の立法作業には機能主義的な議論、目的＝手段型の議論ではないと社会に対して通用しないということが大きな原因として考えられる[167]。法の経済分析や機能主義の立場を採用したとしても、どのような社会目的・政策目的を法の目的として選択するのかというメタレベルの問題は客観的に解決できない問題であることが広く認識されているにもかかわらず、機能主義的・帰結主義的に法を捉える立場が隆盛であること（さらにはある法律論がどのような影響を社会に与えるのかの記述的研究が隆盛であること）はこの証左であろう。この意味で現在進行中とされる民法（債権法）改正作業を経ることによって民法学の動向に何らかの影響があるかどうかは興味深い点となろう[168]。また、商法が特殊なのではなく、価値判断では結論が出ないという民法解釈論の想定自体が、分野を問わず、合理的でない特殊なものであったということも考えられる[169]。現に、民商法以外の研究者からも平井のトートロジーによる説明は疑問視されているし[170]、民法においても、平井宜雄から下るにつれ

[167]「開かれた商法改正手続を求める商法学者声明（平成９年５月12日）」（商事法務1457号（1997年）76-9頁など）参照。立法においては法的思考様式のみならず目的手段型思考様式が必要となることは平井宜雄も認めている（平井［1995b］前掲注(79)文献〔法政策学〕47頁）。なお、江頭=森本（2008）前掲注(6)文献ⅰ－ⅱ頁からは、立法・改正後を経ると解釈論においても政策判断の必要性が高まることも示唆される。

[168] なお、現時点（2009年３月現在）においては、債権法改正・民法改正に関連していくつか研究会があるようだが、研究者の議論中心であり、法曹実務家や、本稿の問題関心からすると非常に大事な法曹関係者以外の社会の要請との議論は、今後予定されており、非常に興味深い。

[169] 平井（1995b）前掲注(79)文献〔法政策学〕82頁、85頁は、自らの効用の個人間比較の不能という立場を補強すべくカルドア＝ヒックス基準が経済学理論から排除されている旨の事実認識を述べているが、法と経済学（法の経済分析）の現在の学問水準からすれば、このような認識が誤りであることはもはや論を俟たないであろう（田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造（2）」法学協会雑誌117巻10号［2000年］1505頁）。

[170] 長谷部恭男「理性の彼方の軽やかな希望―『ポストモダン＝新しい封建制？』という疑問にポストモダニズムは答えられるか―」長谷部（2000）前掲注(116)書79-

て法解釈方法論の議論が明示的になされることが少なくなっていったこと[171]からもその疑いはある[172]。

以上で検討を終える。「民商の壁」を価値判断によって問題解決できる範囲の差という形で整理した本稿の整理は、筆者が主観的にテクストを再構成したものであるため、とりわけ平井宜雄の見解などは、あまりに牽強付会との誹りは免れないであろう。もちろん、従来の法解釈論争のまとめをおこなうだけでは先行文献的価値はないため新たな視点を導入せざるを得なかったのであるが、それよりも、従来の法解釈論争が、何か「個人史的」な法律観の変遷を問題としており、当該論文に示されている記述のみから判断できることを用いて再構成するという、学問である以上、当然に要請されている作業が欠けていたのではないかと思い[173]、あえてこのような手法で分析を行ったものである。本稿が、「民商の壁」を乗り越え、今後、学際研究が進むための縁となれば幸いである。

※　本研究は平成20-21年度科学研究費若手研究(B)20730053の研究成果の一部である。

80頁［初出：法律時報68巻6号（1996年)］、長谷部（2004）前掲注(161)217頁注(34)

また、平井自らも、「民法」という領域について他の法分野から独立したシステムと理解することについては「植物主義」として厳しく批判している（平井[1997]前掲注(79)文献1853頁)。同様の批判は「法律」ないし「法律家」というレベルで「議論」論を展開する平井自身の立場にも妥当し、「植物主義」であるとして排除すべきという帰結になるのではないか。

171 ただし、筆者自身が機能主義を前提とした研究活動をしているために認識にバイアスがかかっている危険性も多分にある。

172 ほかにも、第1の軸で価値判断可能な領域を狭いとして、現時点では法律家のドグマーティクが支配的な第3の領域を拡大するという法学者の主張は、法律家の一部である法学者にとって自らの活動領域が増えるという意味である種の利益相反関係にあることにも留意しなくてはなるまい（私法[2008]前掲注(2)文献56-7頁［森田果発言])。

173 これは「科学としての法律学」を標榜した川島武宜でさえ「私の考え」（川島[1987]前掲注(7)書ⅲ頁）に執着していたことに如実に表れている。