

一つの法学の試み（試論）

中 元 尚 紀

目 次

一 序

二 正当化のプロセスにおける基礎的前提（以上本号）

一 序

1 はじめに

法学の課題や目的というものをあらためて考えてみると、それは決して一つではない。なぜならば、法学の課題としてどのようなものを設定するかは、通常、個々の研究者に委ねられるからであり、かつまた、課題は様々なレベルにおいて設定されるからである。⁽¹⁾ もちろん、法学における究極の課題とは一体いかなるものであるのかを議論することも可能であろうが、少なくとも現時点では、究極の課題など所与でありえず、⁽²⁾ とするなら、法学の課題には、なおのこと様々なものがありうる。

2 私 の 法 律 学 の 課 題

ところで、私の法律学の課題は、「裁判官によって判決で適用されている法を解明すること」である。

「裁判官によって判決で適用されている法」（以下、適用されている法と言う）の意味するものが理解されるためには、ある発想が共有されていなければならない。すなわち、ある判決で適用されている法は、一つまたは複数の規範として構成することができ、この規範は、裁判官が判決において根拠とした・法源に記述されている規範文とは、多かれ少なかれ異なっているという発想である。⁽³⁾ ちなみに、法源という用語は、論者によって異なる意味で用いられるけれども、本稿では、判決を下すにあたって裁判官が根拠とすることを法的に義務づけられている規範文の所在、という意味で用いる。⁽⁴⁾ 他方、これに対峙するのは、判決で根拠とされた・法源に記述されている規範文こそが、適用されている法に他ならないとする発想である。⁽⁵⁾

判例とは、基本的には適用されている法と目されるものであり、かくして、判例という観念が受容されていることからすれば、前者の発想はおおよそその法学者によって共有されていると言える。⁽⁶⁾ 他方、だからといって、後者の発想が共有されていないわけではない。通常、多くの法学者は、この両方の発想を共有しており、必要に応じてそれらを使い分けたいと言えよう。⁽⁷⁾

3 高 次 の 課 題

さて、この課題へのアプローチは、決して様でない。通常、課題へのアプローチの仕方は、より高次の課題によって規定される。かくして、この課題へのアプローチもまた、論者の設定している高次の課題によって、規定されるということになる。

法学者は、法学を実学と位置づけることが多い。この傾向は、多くの国においてみられる。⁽⁸⁾ 法学を実学と位置づけるということは、研究の成果が何らかの実用に資するものであることを、法学の高次の課題にすることである。実際、法学においては、具体的な問題の解決に役立てることを意図した研究が、圧倒的多数を占めている。

法学を実学と位置づける法学者によって、適用されている法の解明が課題とされるためには、解明された・適用されている法と目されるものが、直接的にであれ間接的にであれ、何らかの実用に資すると理解される必要がある。では、適用されている法と目されるものは、どのような実用に資するのだろうか。最もありうべきは、将来の裁判の予見である。現在の適用されている法が、将来の裁判においても適用されるであろうことを見込めるなら、適用されている法と目されるものは、将来の裁判を予見するにあたって、実用に資する。かくして、法学を実学と位置づける法学者によっても、現在の判決において適用されている法の解明が課題とされうることになる。

この立場からすれば、解明された・適用されている法と目されるものは、将来の裁判を予見するための道具だということになる。よって、以下ではこれを、道具主義的な立場と呼ぶことにする。ちなみに、道具主義的な立場は、法学において様々な形で現れるが、⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ここではあくまで、適用されている法の解明という課題との関係のみにおいて述べている。

さて、この課題へのアプローチが道具主義的な立場からなされるならば、解明された・適用されている法と目されるものに対して反駁することはできない。別言すれば、適用されている法と目されるものが適用されている法を正確に捉えているかどうか（またはただけ正確に捉えているか）⁽¹¹⁾は、問題になりえない。道具が反駁の対象になりえないのは、当然であろう。このことは、つまり、適用されている法と目されるものが適用されている法を正確に捉えていることを証明する・正当化のプロセスは、道具主義的な立場においては、問題になりえないということを意味する。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

しかし、法学は、必ずしも実学でなければならないわけではない。既述のように、課題は決して予め決まっているわ

けではないし、究極の課題などというものも、さしあたり所与ではないのである。だとすれば、もっと別の高次の課題もありうる。

私は、適用されている法の説明という課題との関係においては、真理の探求を高次の課題とする。真理については立場が分かれるが、私は対応説の立場に立つ。これを高次の課題とした場合、適用されている法の説明という課題へのアプローチは、いくつかの点において道具主義的な立場によるのとは異なることになる。

まず第一に、研究成果が実用に資するかどうかは、問題にならない。適用されている法を説明することそれ自体に、固有の意義が認められる。他方、道具主義的な立場においては、あくまで将来の裁判の予見等のために適用されている法が説明されるにすぎない。もともと、だからといって、対応説の立場から適用されている法が説明された場合に、研究成果が将来の裁判の予見に役立たないわけではない。むしろ、対応説の立場からなされた研究の成果による方が、道具主義的な立場によるよりも、もっと正確に将来の裁判が予見できる⁽¹⁵⁾。

第二に、適用されている法は実在するものと理解されることになる。適用されている法の実在自体を論証することはできないが、適用されている法の実在を形而上学的な前提として措定するわけである。他方、道具主義的な立場に立つならば、適用されている法が実在するかどうかは、そもそも問題になりえない。かくして、適用されている法は、法源の規範文とは異なる・一つまたは複数の規範として構成することができるという発想が共有されていても、適用されている法の実在に関する見解は、かような高次の課題によつて異なるわけである。

第三に、だからこそ、対応説の立場に立てば、適用されている法と目されるものが適用されている法を正確に捉えているかどうかに関する正当化のプロセスが、主たる問題となる。他方、既述のように、道具主義的な立場においては、かような正当化のプロセスは問題になりえない。

ちなみに、このような高次の課題に関する相違は、何も法律学に限ったことではなく、物理学においても同様である。

この相違は、物理理論の表象する事物が実在するかどうかの理解に、端的に現われる⁽¹⁶⁾。物理理論によって表象される事物の実在を認めるものは、我々とは独立に自然のうちに何か（物理学において存在・内容が解明される対象）が実在していることを指定する⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾。他方、物理理論によって表象される事物の実在を認めないものは、我々とは独立に自然のうちに実在するかどうかを問題にする必要がない。当然、彼らの高次の課題は、実在と対応する物理理論の構築ではない。道具主義は、やはりその一つである⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。

このように見ると、一般論として、いかなる高次の課題が設定されているのかを問うことは、下位課題にアプローチするにあたって、きわめて重要であると言えるだろう。高次の課題が共有されていなければ、通常、同じ下位課題は設定されにくいであろうし、仮に同じ下位課題が設定されるようなことがあったとしても、課題へのアプローチの仕方が異なる⁽²²⁾。つまり、高次の課題が異なれば、有効な議論が成り立たないのである。かくして、同じ下位課題について有効な議論が成り立つためには、前提として、高次の課題が共有されていなければならないのである。

この点は、法律学においても全く同様であり、かつ適用されている法の解明という下位課題に関して、高次の課題の相違がどのような帰結をもたらすかは、既に見たとおりである。

4 本稿の課題

対応説の意味における真理の探求を高次の課題とする立場からのアプローチにおいては、適用されている法と目されるものが正確に適用されている法を捉えているかどうか、中心的な問題となる。そして、この点に関して、正当化のプロセスに関わる議論が行われることになる⁽²³⁾。この議論が有効に行われるためには、この正当化のプロセスがどのようなものであるのかについて、まず共通の理解がなければならぬ。従来、法律学が実学と位置づけられることによって必然的に、道具主義的な立場からのアプローチが主流となり、この正当化のプロセスはあまり問題となりえなかった。

そこで、本稿においては、対応説の意味における真理の探求を高次の課題とする立場から、適用されている法を説明するにあたって、この正当化のプロセスを説明する。⁽²⁴⁾

- (1) 例えば、自分のライフワークとして掲げる課題と個別の研究において掲げる課題とは、往々にして異なっている。但し、多くの場合、後者は前者によって規定されている。
- (2) もっとも国によっては、法律学の課題を国家が実力によって規定することもありうるだろう。
- (3) このような発想を示すものとして、亀本洋「法的思考の諸相」田中成明編『現代理論法学入門』一二五頁（法律文化社・一九九三）⁷ R.Alexy, *Theorie der Grundrechte* s. 41-49 (1985) ⁷ M.Troper, *Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique*, *Revue Internationale de Philosophie*, no. 138 p. 526 (1981) 参照。
- 例えば、日本の民法四〇四条、商法五一四条は法定利率が年五分、六分であることを記述する。この記述の意味・内容は、一見きわめて明確である。しかし、ひどいインフレが生じた時に、五分または六分の法定利率を裁判官が適用するとは限らない。このような場合の法定利率については、法源のどこにも記述されていない。つまり、見方によっては、このような規範文ですら、適用されている法を正確に記述しているとは限らないのである。
- (4) このように法源を定義するなら、日本において判例は法源ではないということになる。同様の理解を示すものとして、広中俊雄「判例の法源性をめぐる議論について」判例時報一三九九号（一九九一）。ちなみに、判例が法源であるということの意味については、別稿を予定している。
- (5) 成文法の制定が、適用される法を記述するという意図をもってなされていることも、このような発想を補強するであろう。
- (6) 但し、判例という用語は論者によって異なる意味で用いられるので、常にこのような理解が妥当するわけではない。また、基本的に判例と理解されている規範文は適用されている法と目されるものであるけれども、判例とされている規範文が、適用されている法を正確に捉えているわけではない。
- (7) ちなみに、成文法に欠缺を認める見解や、判例による法創造を認める見解は、このような発想を前提にするものと言える。
- (8) 法学者が法学を実学と位置づけがちであることについての指摘は、エールリッヒ（河上倫逸・フーブリヒト訳）『法社会学の基礎理論』（みすず書房・一九八四）にも見られる。

(9) 例えば、法は、何らかの政策目的を実現するための手段とも位置づける。これもやはり、法を道具と見ているわけである。また、法は、発生した紛争を解決するための手段と位置づけることもでき、この場合にもやはり法を道具と見ていることになる。

だとすれば、通常の立法論や解釈論は、やはり道具主義的な立場に立っているということになる。

(10) ちなみに、道具主義的な発想は、例えば次のような叙述に見られる。「法律の概念であるとか考え方は、何か絶対的な真理を発見したり、あるいは物理法則のような法則を前提にして、そこから演繹的に結論が出てくるというものではありません。法律上の議論は、現実的あるいは機能的な面から評価する必要があります」。森島昭夫「不法行為法における因果関係」法学教室一四七号一〇頁（一九九二）。「不法行為に限らず、法律におけるすべての概念が実は一定の目的、あるいは一定の問題解決のために使われているものでして、自然科学の概念のように、何らかの法則を表して、そこから演繹的に結論を導きだせるものではないと思います。したがって、法律上の概念はその機能的な側面を見ていくことが大事なわけですが、社会の現象には、いろいろなものがあり、論理的に割り切ろうと思っても割り切れない現象がどうしても出てまいります。法学における理論というのは、思考を整理するという意味では、それなりに有益なのですが、理論を無批判に現実にあてはめても、実際の訴訟の場では理論では割り切れない所がいくらかでもあるようです。・・・それには『理論』の論理的な美しさだけでなく、それが現実に応用された場合に持つ制約や欠点を十分に検討していただきたいと思います」。同二七頁。

(11) 以上については、ポバー（藤本隆志・石垣壽郎・森博訳）『推測と反駁』一七六―一八二頁（法政大学出版局・一九八〇）参照。本稿では、発見のプロセス・正当化のプロセスという用語を用いるが、これは、平井宜雄『法学基礎論覚書』二〇―二二（有斐閣・一九八九）、同「法解釈論の合理主義的基礎づけ」法学協会雑誌一〇七巻五号三〇―三二頁（一九九〇）によった。ちなみに、亀本洋「法的思考の諸相」田中成明「現代理論法学入門」二二五頁（法律文化社・一九九三）は、認識の「発見の文脈」と「正当化の文脈」の区別が一九二〇年代頃から論理実証主義者によって説かれたが、法学の分野でも決定の（心理的）発生

(12) の文脈」と「根拠づけの文脈」との区別がほぼ同時期に、ドイツの自由法論者ヘルマン・イザイによって指摘されたとする。日本において、従来、適用されている法の解明は、主として道具主義的な立場からなされてきたように思われる。このことを示すいくつかの点を、挙げておく。

(13) 第一に、判例、ないし適用されている法と目されるものへの言及は、頻繁になされているながら、適用されている法がどのようなものであるかについて論者の間で争われることは、ほとんどない。争いが生じることがあっても、議論が収斂してゆくことは稀である。

第二に、かつて判例研究方法論に関して論争がなされたが、この論争において提唱された方法は、いずれも発見のプロセスに関わるものであった。

例えば、この判例研究方法論をめぐる議論のブームを惹起し、学会に多大な影響を与えたと評される・川島教授の方法論（平井宜雄「判例研究方法論の再検討」同「統・法律学基礎論叢書」四五頁（有斐閣・一九九二））は、次のようなものであった。すなわち、「(1)裁判対象たる個別的具体的事実——それは一回的なことでしかない——から「抽象」という操作によって定型的な事実を構成し、(2)また当該の裁判の個別的具体的な結論——これまた「金何円を何某に支払え」というような一回的な内容をもつものである——からも「抽象」という操作によって定型的な決定内容を構成し、(3)その上で、定型的決定内容という結論にとって意味のある (relevant material) 前提としての定型的事実を選び出して一つの命題に構成する」（川島武宜「川島武宜著作集第五巻」一六二—一六三頁（岩波書店・一九八二））のだとする。

この方法が仮に、正当化のプロセスに関わるものであるなら、この方法によって構成された命題であることを示さずすれば、当該命題が適用されている法を正確に捉えていることについて説得的な証明がなされたことを意味しなければならない。他方で、この方法によって構成されるであろう命題は、論者によって異なる。そして、この方法によって構成された命題であることが示されれば適用されている法を正確に捉えていることの説得的な証明がなされたことになる以上、異なる命題を構成した論者の間で、いずれがより正確に適用されている法を捉えているのかについての議論は成り立たない。このような状態を肯首するならば、この方法によって構成される命題というのが、解明対象の定義だということになる。しかし、川島教授によって意図されていた解明の対象が適用されている法であったことは、「現実には裁判所に妥当している——或いは、妥当した——裁判規範を明らかにすること」（同二三〇頁）が、判例研究の目的であるとされていることや、「法学の使命ないし機能として期待されるのは、むしろ「解釈」的操作という言語的外装の内部に存在している具体的裁判規範の発見および裁判規範の記号的・論理的構成の検討であるべきである」（同二二六頁。傍点は川島教授による）とされていることから（他にも同二三一—二三四頁）、ほぼ疑いない。だとすれば、この方法は、発見のプロセスに関わるものと位置づけなければならない。ちなみに、この論争において主張された他の方法も、同様の理由により発見のプロセスに関わるものと位置づけられる。

第三に、この判例研究方法論争においては、判例研究の目的が将来の裁判の予見にあることについては、かなりの意見の一致をみていた。川島同二三〇頁、柚木肇「判例研究の目的と方法」法社会学一六号一三頁（一九六二）、石田穰「判例研究の方法」法学協会雑誌九〇巻九号三六頁（一九七三）参照。また、鎌田薫「学説と実務」法律時報六一巻五号八頁（一九八九）によれば、

(14) 「判例研究が将来の裁判の予見を目的とすることには疑問の余地はない」とされる。
例えば、整合説等。

(15) この点については、第三節以降参照。

(16) 物理理論によって表象される事物の实在を肯定する立場は、科学的实在論と呼ばれる。

(17) 小林道夫「Ⅱ 物理学の哲学的諸問題」内井惣七・小林道夫編『科学と哲学』八二頁（昭和堂・一九八八）参照。

(18) 物理理論によって表象される事物の实在を認めるには、いくつかの前提が必要である。小林注（17）七〇―七八頁、同「科学的説明と实在論」科学哲学二六号四三―四九頁（一九九三）参照。

(19) 物理理論の表象する事物の实在を否定する他の諸説、およびそれに対する科学的实在論の立場からの論駁については、小林注（17）八二―九七頁、同「第三章 科学的实在論」神野慧一郎編『現代哲学のフロンティア』八六―九七頁（勁草書房・一九九〇）参照。

(20) 道具主義（instrumentalism）を主張するものとして、カルナップ「理論的概念の方法論的性格」同（永井成男・内田種臣編訳）『カルナップ哲学論集』（紀伊国屋書店・一九七七）参照。道具主義によれば、理論用語は物理的实在を描写するものではなく、観察事実や観察命題を組織し、分類するための道具だということになる。

(21) 道具主義に対する批判については、小林注（17）八三―八六頁参照。

(22) 同じく真理の探求が高次の課題とされていても、整合説の立場に立つものとは、真理の基準が異なるので、やはり有効な議論が成り立たない。

(23) 対応説の立場に立つ限り、自分が何故にこれを適用されている法だと考えるに至ったか、つまり発見のプロセスは、議論の対象となりえない。論じられるべきは、これが適用されている法と正確に対応するものであることについての・説得的な証明、つまり正当化のプロセス、であり、反論もまたこの正当化のプロセスに対してなされなければならない。

もっとも、だからといって、発見のプロセスについて述べるのが全く何の意義も有さないわけではない。実際、発見のプロセスについての叙述は、読者に対して何らかの示唆を与えうるであろう（例えば、ハンソン（村上陽一郎訳）『科学的発見のパターン』一五〇―一九四頁（講談社学術文庫・一九八六）は、ケプラーの思考の跡を追いながら、それがケプラーの法則への到達に果たした意義を記している）。言わずもがなであるが、重要なのは、発見のプロセスについての叙述はあくまで発見のプロセスに関わるものとして扱われ、正当化のプロセスについての叙述のみが証明に関わるものとして扱われることである。

(24)

日本において、対応説の立場に立つて適用されている法を解明する者は、圧倒的な少数派でしかないように思われる。おそらくこのような立場に立っているであろうと思われるものとして、内田貫「現代契約法の新たな展開と一般条項(1)―(五・完)―」(NBJ)五二四、五二五、五二六、五一七、五一八号(一九九三)がある。ちなみに、同(NBJ)五一六号二四―二七頁および同「強制履行と損害賠償」法曹時報四二巻一〇号(一九九〇)は、この立場から、適用されている法の解明を試みたものと言えるであろう。他方、必ずしも定かではないが、戸松秀典「憲法訴訟論の方法」法曹時報四六巻一〇号(一九九四)および同「憲法入門・第一回 序論」法学教室一七五号三五頁(一九九五)や、前田雅英「刑法総論講義」八〇頁(東大出版会・一九九四)、同「現代社会と実質的犯罪論」(東大出版会・一九九二)および同「刑法の基礎総論」二二二、二二三頁(有斐閣・一九九三)などは、同様の方向を指向しているのではないかと思われる。

二 正当化のプロセスにおける基礎的前提

(1) さて、対応説の意味における真理の探求を高次の課題とするにしても、適用されている法の淵源をどのようなものと理解するかによって、正当化のプロセスは異なりうる。しかし、適用されている法の淵源をどのようなものと理解しようとも、この正当化のプロセスにおいて妥当する共通の前提がある。本節では、まず、この正当化のプロセスにおける共通の前提について述べる。適用されている法の解明は、ある面において物理学と類似しており、それ故、以下の叙述においては、物理学に関する科学哲学の議論を適宜参照する^[1]。

(2) まず、留意しなければならないのは、適用されている法と目されるものが適用されている法を正確に捉えていることについて、直接的には証明できないということである。なぜなら、適用されている法は、判決または法源のどこかに記述されているとは限らないし、仮に判決または法源に適用されている法と目されるような記述があったとしても、それが適用されている法であるとは限らないからである。かくして、この証明は、主として間接的な証明によらなければならない、

間接的な証明によるならば、なされた間接的な証明がどの程度説得力を有しているのかが問題にされなければならない。ちなみに、ここで言う直接的な証明とは、概ね、訴訟法で言うところの直接証拠による証明に相応するものと考えている。つまり、知覚によるその事物自体の確認を直接的な証明と呼んでいるのである。⁽³⁾

通常、我々は事物の实在に關して知覚に多大の信頼を置いている。よって、知覚によつて事物の存在・内容を確認できない場合には、困難が生じる。事実、この知覚に対する信頼は、単なる思い込みなどではない。⁽⁴⁾ 知覚というものに対して懷疑になれば、たとえ知覚されたとしても、存在・内容の確認を意味しない。しかし、現代においては、生理学によつて人間の知覚現象一般が理論的に説明されており、かつ生理学はさらに物理学による支持を受けると考えられる。敷衍すれば、知覚とは、我々の感覚器官と实在する事物との相互作用であり、そしてまたこのように理解するからこそ、幻視や錯覚といった知覚の相対性を整合的に説明できるのだから。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

ところが、我々が解明しようとしている法は、存在・内容を直接的に知覚することができない。もつとも、このことは、適用されている法が解明できないことを意味するわけではない。ここで、電子について少し見てみることにする。電子という特定の内容を持った事物が存在することは、我々にとつてもはや常識となつてゐる。にもかかわらず、我々は個々の電子そのものを見たことがない。ではなぜ、我々は電子という特定の内容を持った事物の存在を知っているのだろうか。それは、ひとえに物理学における研究のおかげである。但し誤解のないように述べておくと、物理学者さえも、電子自体を直接に視認してゐるわけではない。電子という概念は、物理理論の賜物なのである。そして、物理理論によつて表象される電子の存在・内容を前提にして、我々はそれを利用してゐるわけである。

確かに、物理学の場合、科学技術の進歩によつて、物理理論の表象する事物の存在・内容がかなり直接に近い形で知覚できるようになることもある。例えば、かつては原子を見ることなどできなかったが、今ではある種の顕微鏡を用いて原子を見ることができるようになった。しかし、原子のように存在が直接に近い形で知覚されるのは、物理理論によつて表

象される様々な事物のうち、ごくわずかでしかない。

以上のように、確固たる知識を提供するものと一般に考えられている物理学においてさえ、実は、物理理論の表象する事物の存在・内容に関して、先に述べた意味での直接的な証明は行われていない。つまり、物理理論によって表象されている事物の多くは、主として間接的な証明に頼っているのである。だとすれば、存在・内容を間接的にしか証明できないという点のみをもって、存在・内容を否定することは許されない。存在・内容を直接的に証明しえない以上、存在・内容の証明は、間接的な証明によってなされなければならない、かつ間接的な証明がどの程度説得力を有しているかということこそが、問題にされなければならないのである。

(3) 今度は、適用されている法を解明するための研究がいかに積み重ねられようと、適用されている法はあくまで近似的にしか記述されえないという点について述べる。

この点についても、物理学の例をまず見てみることにしよう。例えば、ニュートン力学を例にして言うと、かつてニュートン力学は実在を捉えるものと理解されていたが、特殊相対論の出現により、ニュートン力学は必ずしも実在を捉えていないと評価されるようになった。一般的な形で言うと、ある物理理論が実在を捉えていることにつき反証に耐えるほどに証明されていても、後になって新しい物理理論が現われかつそれが実在を捉えていると理解されるようになれば、必然的に旧い物理理論は実在を捉えていなかったということになる。このようなことは、物理学の歴史の中で往々にして起こる。このような事態が往々にして起こるのだとすれば、ある物理理論が実在を捉えていることにつき現時点においてたとえ反証に耐えるほどに証明されていたとしても、その物理理論が実在を捉えていると断定することはできない。

実在を措定し、実在に対応する理論の構築を高次の課題とするならば（つまりは対応説の立場に立つならば）、このことは当然である。というのも、探求をやめない限り、理論と実在との対応が現在の状態で確定してしまっているとは考えられないからである。仮に現在の理論が高い水準にあるとしても、未来において新たな事実が発見されないと考えがた

く、新たな事実に対して現在の理論が十分な説明を与えうるとは限らない⁽⁹⁾。

他方、だからといって、物理理論が実在を捉えるということに全く否定的な態度を採るのは誇りだろう。ニュートン力学は特殊相対論との比較で言えば、確かに間違いだということになる。しかし、それは特殊相対論のほうがより正確に実在を捉えているという意味においてである。ニュートン力学も、近似的に実在を捉えている点においてはかわりない。いかなる物理理論も、さらに新たな物理理論の登場によって近似的にしか実在を捉えていないことが明らかにされる可能性があるのである。つまり、以上のことが意味するのは、物理理論はあくまで近似的に実在を捉えるものだとして理解されなければならぬということである⁽¹⁰⁾。

以上のことは、適用されている法の解明にもあてはまる。適用されている法と目されるものの記述は、物理理論におけるよりも、言語による制約をはるかに多く受ける。だとすれば、適用されている法と目されるものについての記述は、物理理論におけるよりも、はるかに実在から遠いものかもしれない。

もちろん、適用されている法と目されるものについての記述は、誠実な研究が積み重ねられれば、実在に近づいてゆくだろう。その際には、物理学における例で見たように、体系自体の転換ということも起こりうる⁽¹¹⁾。それによって、さらに近似的に適用されている法が捉えられるようになるのである。

(4) さて今度は、観察の理論依存性というものによって示唆される・正当化のプロセスのあり方を述べる。

ある判決にはこのような特徴があり、また別の判決にはこのような特徴があり、かくして諸判決には概ねこのような特徴があるといった叙述がなされがちである。このような叙述は、正当化のプロセスに関するものとしてはもちろんのこと、発見のプロセスに関するものとしても、不十分である。

その理由は、いくつかの観点から述べることができるけれども、特に重要なのは、観察の理論依存性と呼ばれる観点からのものである⁽¹²⁾。観察の理論依存性とは、見る、ないし観察する、という行為によって知覚される事柄が、基本的に、見

る者ないし観察する者の知識によつて規定されているということを意味する。⁽¹⁵⁾ もつとも、判決文から読み取られる判決の特徴が、各論者の有する知識に大きく左右されることは、理論依存性に言及するまでもないのかもしれない。

かような観点からすれば、ある判決にはこのような特徴があるという叙述は、まずそのような評価の基準となっている理論の体系が示されない限り、反証不可能である。かくして、そのような叙述をもつて、諸判決に見られる特徴の証明となすことはできない。⁽¹⁶⁾

それ故、適用されている法を説明するための正当化のプロセスにおいては、まず適用されている法と目されるものが示され、かつ判決にどのような記述がなされていれば、それが適用されていると言えるかにつき、予め示されている必要がある。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

(5) 最後に、正当化のプロセスを規定する、適用されている法の有する一つの性質について述べる。

法が整合的でない時、我々は法に問題があると感じる。このことは、即座に適用されている法が整合的であることを意味するわけではないが、適用されている法は整合的な体系を有することとを予想させる。⁽¹⁷⁾ もつとも、このことは、諸判決で適用されている法が、一つの整合的な体系を形成していることを意味するわけではない。あくまで、ある判決で適用されている法は、何らかの仮想の整合的な体系を有することを意味しているにすぎず、諸々の判決で適用されている法が一つの整合的な体系を形成するかどうかは、別の問題だということになる。かくして、ある判決に適用されている法たる一つまたは複数の規範は、適用されている法の仮想の体系の一部でしかなく、この規範は体系内に整合的に存在している他の諸規範によつて規定されているわけである。

適用されている法が整合的な体系を有するのなら、適用されている法はホーリスティックなものとして扱われる必要がある。⁽¹⁸⁾ すなわち、適用されている法の説明にあたっては、常に、適用されている法の体系およびこの体系内に存在する他の諸規範が考慮されなければならないということになる。適用されている法が整合的であるのなら、適用されている法の

体系の一部を成す規範から・演繹論理的に導かれる規範もまた、多くの場合、適用されている法の体系の一部となつてゐるはずである。⁽¹⁹⁾だとすると、適用されている法の解明にあたつて、ルールと原理という概念を用いることもまた、有効でありうるだろう。⁽²⁰⁾

(6) 本節に述べる基礎的な前提は、以上である。本節に述べたのは、あくまで適用されている法と目されているものが適用されている法を捉えていることを証明するにあたつての、最低限の前提である。よつて、どのような証明が説得的であるのかを、次に検討しなければならない。どのような証明が説得的であるかは、既述のように、適用されている法の淵源をどのようなものと理解するかによつて異なる。適用されている法の淵源についての理解は、対応説の立場に立つものの中でも、異なりうるのである。そこで、次節においては、適用されている法の淵源についての私の理解を示すことにしたい。

(1) 本稿を執筆するにあたつては、小林道夫教授の一連の論稿から多大な示唆を受けていることを記しておく。

(2) この点については、第三節も参照。

(3) 民事訴訟における証拠（証拠方法）とは、「裁判官がその五官によつて取り調べることができる有形物をいう」とされる。新堂幸治『民事訴訟法』三三六頁（筑摩書房・一九七四）。すなわち、知覚可能であることは、証拠であるための当然の前提だといふことになる。

(4) もっとも、だからといって、科学的知識が我々人間にとつて観察可能なものに限られるということを意味するわけではない。むしろ、全く逆である。本文で後に述べるように、我々の知覚は、物理的存在と感覚器官の相互作用であり、自然における多様な相互作用の一つでしかないと考えられる。だとすれば、我々人間の知覚は自然現象の解明のために特権的身分を持つものではなく、したがつて科学的知識が我々にとつて観察可能なものに限られる必要はないということになる。小林道夫「Ⅱ 物理学の哲学的諸問題」内井惣一郎・小林道夫編『科学と哲学』八〇頁（昭和堂・一九八八）。ある事物の存在を観察可能であるかどうか結び付ける見解もあるが（例えば、ファン・フラールセン（丹治信春訳）『科学的世界像』（紀伊国屋書店・一九八六）、賛成す

ることはできない。

- (5) H.I. Brown, *Observation & Objectivity* at 183 (1987)。
- (6) 以上については、小林注(4)八〇―八一頁参照。
- (7) このような限定を付すのは、あくまで何らかの装置を通して見えるだけであつて、肉眼で見えるわけではないからである。このような点に言及するのは、装置を通してしか見えない場合に、それを肉眼で見ることに同列に扱つてよいのかということが、問題になりうるからである。つまり、結局、この装置の根拠となつてゐる光学理論等の当否を問ふことなしには、この装置を通しての知覚が存在・内容の知覚であるとは言えないからである。
- (8) 科学史上の例については、クーン(中山茂訳)『科学革命の構造』(みすず書房・一九七二)、竹内均『物理学の歴史』(講談社学術文庫・一九八七)、ウエストフォール(渡辺正雄・小川真理子訳)『近代科学の形成』(みすず書房・一九八〇)等参照。
- (9) 小林注(4)七八、八一頁参照。
- (10) 以上の点については、小林注(4)九九―一〇二頁、同「第三章 科学的事実在論」神野慧一郎編『現代哲学のフロンティア』八二―八六頁(勁草書房・一九九〇)参照。
- (11) クーンが言うパラダイム転換とは、このような文脈で用いられるべきものだろう。
- (12) *theory-ladenness* の訳語であり、理論負荷性とも訳される。理論依存性については、ハンソン(村上陽一郎訳)『科学的発見のパターン』(講談者学術文庫・一九八六)、同(野家啓一・渡辺博訳)『知覚と発見 上・下』(紀伊国屋書店・一九八二)参照。
- (13) 観察の理論依存性を唱えたのは前注に挙げたハンソンであるが、類似的指摘は古くからなされている。例えば、デュエム(小林道夫・熊谷陽一・安孫子信訳)『物理理論の目的と構造』(勁草書房・一九九二)。
- (14) 帰納という方法を正当化のプロセスにおいて用いることの問題は、周知のこととなっている。しかし、観察が理論に依存するものであるならば、正当化のプロセスのみならず発見のプロセスにおいても、帰納という方法は問題を孕んでいるということになる。チャルマーズ(高田紀代志・佐野正博訳)『科学論の展開』四九―七〇頁(恒星社厚生閣・一九八五)参照。
- (15) 類似的指摘をなすものとして、平井宜雄『法律学基礎論覚書』二八、四四頁(有斐閣・一九八九)、同『債権各論Ⅱ不法行為』一―二頁(弘文堂・一九九二)、同「不法行為における『過失』の意義」法学教室二二三号三三頁(一九九〇)、および私法五五号五三―五四頁(一九九三)参照。
- (16) 正当化のプロセスにおけるかような手順は、物理学においてもほとんど同じである。デュエム注(3)参照。また、朝永振一郎『物

理学とは何だろうか 下」七頁（岩波新書・一九七九）も参照。

- (17) 法の整合性に言及するものは、枚挙にいとまがないが、近年、日本においてこの点を特に主張しているのは、内田貴教授である。伝統的な法理とは異質な契約法規範が立法や裁判を通じて生み出されているという事実ないしそれにまつわる問題を理解するためには、我々に拘束力を有する実定法は原理的に整合性を持ったものであるべきだという前提が共有されなければならないとの指摘（同「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報六六卷八号二八頁（一九九四））や、また、法の解釈には、「すでに蓄積されている確立した法原理との整合性」が要求されるとの指摘（同『民法Ⅰ』七頁（東大出版会・一九九四））がなされている。さらに、同「亀本報告・松浦報告に対して」日本法哲学会編『法的思考の現在』一〇〇—一〇一頁（有斐閣・一九九〇）では、法的思考の特質として、「判断が、論者の属する実定法の全規範体系の中で、整合性を有するということが、しかもその整合性は、単なる論理的整合性ではなく、解釈学的整合性を有すること」だとされる。

- (18) 物理学においては、数学による統一的把握がなされるために物理理論はホーリスティックな性質を有すると理解されている。小林注(4)七—七三頁、同「科学的説明と实在論」科学哲学二六号四六—四八頁（一九九三）。しかし、それとて、实在が統一的な性質を有しているからこそ、数学による統一的な把握が可能となっているのである。物理学におけるホーリズムについては、デュエム注(13)二五三頁、クワイン（飯田隆訳）『論理的観点から』（勁草書房・一九九二）参照。

- (19) 平井『法学基礎論覚書』注(15)二二—二三頁は、正当化のプロセスを「マクロ正当化」と「ミクロ正当化」に区別した上で、ミクロ正当化においては演繹的な論理が重視されることを述べるが、この主張は、法が整合的であつてはじめて成り立つものであろう。

- (20) ルールと原理をどのように区別するかに関しては、少なからぬ争いがある。亀本洋「法におけるルールと原理（一）」法学論叢（一二二巻二号（一九八七））参照。（未完）