

一つの法律学の試み（試論）（二・完）

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（以上前号）
- 三 適用されている法の淵源（以下本号）
- 四 説得的な証明
- 五 結

三 適用されている法の淵源

1 淵源

(1) 適用されている法は、裁判官による法源の解釈によってもたらされるものである。かくして、適用されている法の淵源を考えるにあたっては、まず、解釈者が裁判官であることが前提となる。¹

適用されている法が、裁判官による法源の解釈によってもたらされるものであるならば、適用されている法の淵源は裁

判官や判決によって全く異なってしまうのではないか、という疑問が生じる。なぜなら、前節において述べた観察の理論依存性の観点からすれば、裁判官による法源の解釈は、裁判官の有する知識によって規定されるということになるからである。当然、裁判官の有する知識は異なりうるから、裁判官によって、あるいは判決によって、法源の解釈は異なりうるということになる。しかし、このことは、適用されている法が異なりうることまでは意味するけれども、即座に、適用されている法の淵源までもが異なってしまうことを意味するわけではない。適用されている法が異なっているからといって、適用されている法の淵源が異なっているとは、限らないのである。もちろん、裁判官や判決によって適用されている法の淵源は異なりうる。さにあらず、ましてや、時代や共同体が異なれば、適用されている法の淵源の一般的な傾向は異なりうるだろう。しかし、少なくとも同じ時代の同じ共同体における限り、典型的な淵源を想定できるように思われる。

そこで、本節においては、現在の我々の共同体において典型的であると思われる・適用されている法の淵源について、検討することにした。ちなみに、本節を執筆するにあたっては、内田貴教授の研究から多大の示唆を得ていることを、断っておく。

(2) では、現在の我々の共同体において典型的な・適用されている法の淵源とは、どのようなものであろうか。この点に関する私見は、次のようなものである。

適用されている法の淵源は、裁判官が、判決を下すにあたって、どのような価値を重視するかによって決まる。裁判官が判決を下すにあたって重視する価値は、判決内在的な価値（以下、マイクロな価値という）と、判決外在的な価値（以下、マクロな価値という）とに区別する必要がある。適用されている法とは、マイクロな価値を体现するものである。よって、別言すれば、適用されている法の淵源とは、マイクロな価値の所在だということになる。他方、このマイクロな価値の所在を規定するのが、マクロな価値である。かくして、判決を下す際、裁判官がどのようなマクロな価値を重視するかによって、適用されている法の淵源は決まるということになる。

例えば、時代や共同体によつては（あるいは同じ時代の同じ共同体においても裁判官・判決によつては）、マクロな価値として、立法者の意思、正義の実現または当事者の合意といったものが、裁判官によつて重視されることもありえよう。仮に、裁判官がマクロな価値として立法者の意思の実現を何よりも重視している共同体があったとする。このような共同体では、法源を解釈する際、裁判官は、常に立法者意思解釈によつていくことになる。つまり、この共同体においては、適用されている法の淵源は立法者の意思なのである。現在の我々の共同体も三権分立という体制を採用しており、法源の解釈において立法者の意思は重視される。しかし、裁判官は、立法者意思解釈のみによつていくわけではない。多くの場合、現在の我々の共同体における裁判官は、判決を下すにあつて、立法者の意思の実現よりも、他のマクロな価値を重視しているように思われる。

(3) では、現在の我々の共同体における裁判官は、判決を下すにあつて、どのようなマクロな価値を重視しているのか。⁽³⁾この点に関して、私は、判決の受取手が納得することではないかと考えている。⁽⁴⁾ここでいう納得とは、基本的に内田教授のいう納得と同じ意味で用いている。

但し、本稿と内田教授の研究との間には、納得の位置づけに関して相違がある（これ以外の点に関する同教授との異同については、本節3において論じる）。内田教授は、裁判例において新たに展開している契約法規範を見据え、それらに正当性を与えるために、納得の合理性なるものを提唱する。同教授のいう納得は、裁判官の判断に対する「解釈」と位置づけられており、かつそれと同時に正当化理論としての位置づけも与えられている。つまり、「解釈」であるが故に、「個々の裁判官の主観的な意識にいちいち合致する必要はない」ということになる。⁽⁵⁾他方、本稿においては、裁判官の、ひいては判決の受取手の、意識・無意識における心的態度を描写するために、納得という用語を用いている。これを正当化理論として構成しなすことは可能であるけれども（この点については、本節4参照）、さしあたり、本稿ではあくまで事実の描写として納得という用語を用いているわけである。

但し、裁判官がマクロな価値として判決の受取手の納得を意識の上で重視しているとは限らないことについては、注意を要する。そもそも裁判官は判決を下す際、必ずしもマクロな価値（それをどのように表現するにせよ）というものを明確に意識していないかもしれないし、ましてや重視されている価値が判決の受取手の納得である場合には、なおのこと裁判官の意識には上りにくいと考えられる。かくして、裁判官が重視しているマクロな価値を実証するために、直接裁判官にどのような価値を重視しているのかと尋ねたところで、裁判官によって重視されているマクロな価値の証明にそれがどの程度有効であるかは疑わしいのである。他方、だからといって、裁判官が判決を下すにあたって何らかのマクロな価値を重視しているということ、さらに重視されているマクロな価値が判決の受取手の納得であるということが、事実の描写として誤りであるということにはならない。心理学において論じられているところによれば、我々の行動は、単に意識のみに基づいているのではなく、無意識によっても拘束されている。つまり、裁判官は、主として無意識的に、判決を下すにあたって判決の受取手の納得を重視していると考えるのである。⁽⁸⁾

(4) そうであるとして、では、どのような内容の法が適用されれば、判決の受取手は納得するのだろうか、もっと正確には、どのような内容の法が適用されれば判決の受取手が納得するであろうと、裁判官は意識的・無意識的に理解しているのだろうか。⁽⁹⁾ この点を考えるにあたっては、法を二つに区別しておく必要がある。すなわち、一つは、本稿でいうところの・適用されている法であり、もう一つは、全ての者に対して同じ法が等しく適用されるという・メタレベルの法である（以下、これをメタ規範という）。自分に不利な内容の法が適用される場合であつても、同じ法が全ての者に対して等しく適用されるとすれば、納得をもたらすとも考えられる。⁽¹⁰⁾ ある立場の者に対して適用される・ある内容の法は、あらゆる者がその立場に立つ可能性が高ければ高いほど（すなわち立場の互換性があればあるほど）、このメタ規範によって、納得をもたらしやすい。ちなみに、通常いわれる法的安定性とは、このメタ規範に関わるものであろう。⁽¹¹⁾

仮に、メタ規範のみによって判決の受取手を納得させることができるのであれば、適用されている法の内容は、納得の

調達において問題にならない。しかし、現在の我々の共同体においては、適用されている法の内容とは無関係に、このメタ規範によって判決の受取手を納得させることはできない。私の理解によれば、現在の我々の共同体において、判決の受取手の納得は、メタ規範によってではなく、主として適用されている法の内容によってもたらされている（ちなみに、このメタ規範と、適用されている法の内容のバランスについては、後の(8)参照¹²⁾。

(5) では、適用されている法がどのような内容であれば、判決の受取手は納得するのか、別言すれば、適用されている法の淵源はどのようなものなのか。裁判官がマクロな価値として判決の受取手の納得を重視するのだとすれば、適用されている法の淵源は、以下のようにになると考える。

我々は、意識するとしなにかかわらず、価値観と一体になった・何らかの特徴を有するもの¹³⁾の考え方、すなわち文化や思想（以下、文化という）に則って、ものごとを考えている。かような文化は、裁判官によって適用されるべき法として、特定の内容を持った法を指示する。つまり、我々の共有する文化は、裁判官によって適用されるべき仮想の法を、指示しているのである（以下、かような法を指す場合には「法」と記す¹⁴⁾）。判決の受取手が納得すると考えられるのは、かような「法」であり、かつ裁判官は、意識的・無意識的に、かような「法」が判決の受取手を納得させるであろうことを知っている¹⁵⁾と考える。かくして、多くの場合、判決の受取手の納得を重視する裁判官によって適用されている法とは、かような「法」と目されるものなのである。つまり、適用されている法の淵源とは、かような「法」、ひいては判決の受取手によって共有されている文化、だということになる。

ちなみに、法や慣習が守られる理由を、調整問題状況の解決という観点から説明する見解がある。例えば、多数の車が道路を往来する場合、衝突を避けようとするれば、全ての車が道路の右側あるいは左側を通行することが人々の共通の利益に合う。この場合、右側か左側かはあまり重要ではなく、とにかくどちらかに決まっていること、各運転者にとつて、他の運転者がどちら側を通行するかを確実に期待できることが重要だということになる¹⁵⁾。調整問題状況の解決という観点か

ら説明するこの見解は、我々に対して重要な示唆を含んでいる。このように見れば、右側通行と左側通行のいずれであっても、我々を納得させようということになる。つまり、右側か左側かは、文化によって指示されていないのである。だとすると、単に調整問題状況を解決するためのものと評される法は、必ずしも文化によって指示されるものではないということになる。但し、このことは、右側通行か左側通行かを定める法源の規範文が、全く「法」と無関係であることを意味するわけではない。我々の文化は、道路における車の通行が、右側通行か左側通行かのいずれか一方でなければならぬことまでは指示しているのである。⁽¹⁶⁾

法源に記述されている規範文の中には⁽¹⁷⁾、調整問題状況を解決するためのものと評しうるものが、少なくない。調整問題状況を解決するためのものと評しうるということは、要するに、文化によって指定される・ある一定の範囲の中から選択されている限り（先の例でいえば、右側通行か左側通行か）、いずれであっても、この文化を共有する判決の受取手を納得させようということである。文化によって指定される・ある一定の範囲の中から選択されている限り、判決の受取手を納得させようということは、すなわち、この範囲においては、メタ規範によって、判決の受取手を納得させようということでもある。

(6) さて、今、共有されている文化と「法」の関係について述べたが、先述のように文化をもの考え方というふうに理解するならば、当然それは単に「法」を指示しているだけではない。ここで、文化と、本項で提示したいいくつかの概念との関係を、述べておくことにしたい。

(7) まず、マクロな価値と文化との関係である。当然、裁判官の重視するマクロな価値もまた、共有されている文化によるものといえることができる。現在の我々の共同体において、裁判官が判決を下す際判決の受取手の納得を重視するとすれば、それはやはり我々の文化を反映しているわけである。⁽¹⁸⁾

(8) 次に、前節では適用されている法が整合的であることを指摘したが、法の整合性と文化の関係、およびさらには先

程のメタ規範の関係を見る。適用されている法とは「法」と目されるものなのだとする・先の理解に従うなら、「法」こそが整合的なのだということにならざるをえない。では、なぜ「法」は整合的なのか。それは、我々の文化が「法」の整合性を要求しているからである。この点を具体的にいえば、以下のようになる。

我々の共有している文化は、公平・平等をその一内容としている。我々の文化の一部分をとりだして、それによって指示される規範を言語化することは、体系としての「法」を解明するにあたって有効な過程でありうる¹⁹。では、公平・平等は、概ねどのような規範を指示しているのか。公平・平等は、大雑把には「等しきものは等しく扱え」という規範を指示するものと考えられる。この点を今論証することはできないが、重要なのは「等しきものは等しく扱え」という規範が、我々に対して説得力を持つているということである。

等しい者が等しく扱われるためには、まず、同じ法が全ての者に対して等しく適用される必要がある。これは、まさしく先程述べたメタ規範である。つまり、このメタ規範もまた、公平・平等を一内容とする文化によって指示されているわけである。逆にいえば、我々の共有する文化が公平・平等を一内容としているからこそ、この規範が納得を導きうるのであって、これが共有されていなければ、メタ規範は判決の受取手の納得には影響しないということになる。

ちなみに、判決の受取手の納得をもたらすのは、現在我々の共同体においては、メタ規範よりも主として適用されている法の内容であることを、先程述べた。このような、判決の受取手の納得へのこの両者の影響を規定するのも、我々の文化である。つまり、共有されている文化によっては、適用されている法の内容よりもメタ規範によってこそ、判決の受取手の納得がもたらされることもあるのである²⁰。

他方、我々に対して適用される法の規範は、当然ではあるが一つだけではない。規範が複数ある場合に、規範Aと規範Bが整合的でなければ、たとえそれらの規範が異なる状況を規律するものであっても、判決の受取手に不公平感・不平等感を生じさせる、つまり判決の受取手を納得させないのである。なぜなら、共同体の全ての者が死ぬまでに同じ規範の適

用を同じ回数だけ受けるということは、まずありえないからである。もし、全ての者が同じ規範の適用を同じ回数だけ受けるという前提があれば、おそらく、たとえ法が整合的でなくとも判決の受取手は納得しうるであろう。

(9) とすると、このように見た場合、法の整合性とは、内田教授が述べておられるように、決して論理的な整合性のみによつて尽くされてしまうものではないことが、理解されるであろう。規範Aと規範Bが仮に論理的に整合的ではないかに見えても、常に判決の受取手を納得させえないとは限らないのである。また、論理的に整合的であるかを見えても、判決の受取手を納得させうるとは限らない。内田教授は、法の整合性を解釈学的整合性だとされる。私は、この点に関して未だ結論に達していないが、いずれにせよ単なる論理的な整合性を超えた整合性だということになる。

以上のように見れば、公平・平等を一内容とする我々の文化は、メタ規範(全ての者に対して同じ法が等しく適用されるという規範)を指示すると共に、「法」の整合性を指示しているのである。もちろん、さらに、実体法・手続法として公平・平等に関する規範を指示するけれども、この点には立ち入らない。

(10) 「法」が整合的であるのだとすれば、それは一つの体系を有するということになる。つまり、我々の文化は、一つの整合的な「法」体系を指示していわけである。さらに先程の調整問題状況に関する考察をも踏まえて敷衍すれば、「法」は、調整問題状況を解決するためのものと評される法源の規範文を自らの一部として取り込みながら、一つの整合的な体系を形成しているということになる。

(11) 但し、「法」が一つの整合的な体系を有しているからといって、現在の我々の共同体において、たった一つの「法」体系しか存在しないということにはならない。この点を考えるにあたっては、共有されている文化が、人によつて異なりうることを考慮しなければならない。文化が異なれば、それによつて指示される「法」も異なりうる。だとすれば、裁判官・判決毎に、想定される判決の受取手が異なれば、もつと正確に言えば、異なる文化を共有する者が判決の受取手として想定されるならば、適用される法は異なりうるということになる。つまり、諸判決で適用されている法が、全

て同一の「法」体系に属するものとは限らないのである。

しかし、適用されている法が、裁判官・判決毎にてんでばらばらというのは、我々の直観的な認識に反する。先的前提によるなら、裁判官によって想定される判決の受取手が同じ文化を共有する者であるならば、適用されている法は、概ね同じ「法」体系に属するものとなるわけである。私の理解によれば、全ての判決において適用されている法が同じ「法」体系に属するわけではないが、多くの判決において適用されている法は、同じ「法」体系に属している、つまり、多くの判決において適用されている法は、一つの整合的な体系を形成している。すなわち、裁判官によって想定されている判決の受取手は、多くの判決において、同じ文化を共有する者であろうと考えるのである。

裁判官が想定するであろう判決の受取手としては、様々な観点から様々な者を挙げることができる。単純に当事者本人とも考えられるし、本人ではなくてその弁護士なのかもしれない。または両方かもしれない。別の観点からすれば、原告（提訴者ないし被害者）なのか、もしくは被告・被告人（被提訴者ないし加害者）なのか、または敗訴者もしくは主張を認められなかった者⁽²⁴⁾なのかもしれない。あるいは、当事者の背後にいる国民なのかもしれないし、もしかすると上級裁判所なのかもしれない⁽²⁵⁾。さらには、「合理的に思惟し、評価する仮想的人間」であるとも考えられる⁽²⁶⁾。

もちろん、裁判官の想定する判決の受取手は、裁判官によって異なりうるし、事件の形態によっても一般的な傾向が異っているかもしれない⁽²⁷⁾。しかし、裁判官によって想定される判決の受取手には、多くの場合、弁護士を含む双方の当事者（特に弁護士）と上級裁判所が含まれているように思われる。当事者本人には多種多様な文化の持ち主がありうる。しかし、裁判所において争われる事件には弁護士がついていることが多い⁽²⁸⁾。訴訟を遂行するのは基本的に訴訟代理人たる弁護士であり、また、判決に対する当事者の納得は、多分に弁護士の助言に影響されるであろうことが予想される。とするなら、必然的に裁判官は、弁護士を判決の受取手として想定せざるをえないだろう⁽²⁹⁾。他方、上級裁判所が納得しないであろうような判決は、上訴された場合に覆されることとなり、訴訟経済を含む様々な点で不利益が生ずる。だとすれば、裁判

官は上級裁判所についても想定せざるをえないだろう。

以上のことから、適用されている法は、多くの場合、少なくとも弁護士、検察官、裁判官といった法曹関係者を中心とする者によって共有されている文化によって指示される「法」ではないかと思われるのである。

(12) 以上、多くの判決において、適用されている法は、弁護士、検察官および裁判官が共有する文化によって指示される「法」体系に属するものだという結論を得たが、では、どのような場合に、多くの判決において適用されているのとは異なる法が適用されるのであろうか。これは、以上述べたことから概ね明らかであるが、ここであらためて確認しておくことにしたい。

第一に、裁判官が、判決を下す際、マクロな価値として判決の受取手の納得を重視しない場合、そもそも適用されている法の淵源自体が異なるということになり、適用されている法は異なりうるだろう。第二に、裁判官が、弁護士、検察官および裁判官を判決の受取手として想定しなければ、つまり彼らとは異なる文化を共有する者を判決の受取手として想定すれば、やはり適用されている法は異なる「法」体系に属するものとなりうる。第三に、弁護士、検察官および裁判官が判決の受取手として想定されていても、彼らの間で共有されている文化の異なることがある。第四に、裁判官は、共有されている文化によって指示される「法」がどのようなものであるのか、知りはないし、また直接的に知るすべもない(そもそも、判決の受取手の共有する文化によって指示される「法」を適用しているのだなどは、裁判官は誰も意識していないだろう。この点については、本節2も参照)。よって、たとえ同じ判決の受取手が想定されていても、適用されている法の異なることがありうるのである。ちなみに、(1)において、観察の理論依存性の観点からすれば、裁判官の知識が異なりうる故に、適用されている法の異なりうることを述べたが、それは主として、この第三、第四の点に関わっている。

かくして、諸判決において適用されている法が、どの程度同じ「法」体系に属しているかは、以上の諸点にかかっている。

るといふことになる。

(13) 以上が、適用されている法の淵源に関する私の理解である。ここにおいて述べたほとんどの仮説は、未だ説得的な証明を経ていない。特に、共有されている文化によって一つの整合的な「法」体系が指示される、という仮説は、プルネラブルな印象を与えるように思われる。しかし、この仮説は、現時点において考えうるいかなる理論よりも、事実を正確に描写しているように、私には思われる。以下においては、この私見に関連して、いくつかの事柄を見ておくことにしたい。

2 「法」と法源・判決

(1) 既に第一、二節において、適用されている法と、法源の規範文および判決の記述の関係について若干言及しているが、ここであらためて、1での考察を踏まえて、この点を見ておくことにしたい。

(2) まず、法源の規範文であるが（ここでいう法源とは、成文法を念頭に置いている）、成文法を制定する者も何らかの文化を共有しているわけで、だとすれば成文法は多かれ少なかれ何らかの「法」と類似しているはずである（もちろん、どのような文化によって指示される「法」と類似しているのかは、問題になりうる）。しかし、立法の過程は、文化によって指示される「法」を正確に成文化せしめるようなものとなっていない。³¹かくして、法源の規範文は、「法」体系内の諸規範と、多かれ少なかれズレを生じていると見るべきであろう。もちろんそのことは、適用されている法の解明において、法源の規範文が何らかの手掛かりを提供しうることを、全く否定してしまうものではない。

(3) 次に、判決の記述について見る。1での理解からすれば、判決には、当然「法」と類似のものが記述されることになる。判決の記述が、適用されている法、ひいては「法」、に関する最も重要な手掛かりを提供することは、疑いがない。しかし、判決の記述も、やはり適用されている法、ひいては「法」、を正確には記述していない。³²なぜなら、裁判官は、

スーパーマンではありえず、様々な限界を抱えているからである。我々は、裁判官もまた、自分が適用している法の正確な内容を知らないと考えなければならぬ。他方、裁判官自身も、自分の適用している法の内容を正確には知らないことにつき、認識しているように思われる。⁽³³⁾⁽³⁴⁾

3 私見と競合する見解

(1) 本稿でいう「法」とは、法源とは別個の存在である。そこで、法源とは別個に法が存在することを主張する見解について、ここで見ておくことにしたい。⁽³⁵⁾ なぜなら、それらは、本稿と競合しうるからである。ここで取り上げるのは、自然法論と、内田貴教授の見解である。

(2) 法源とは別個に法が存在するかどうかを巡って、今までに夥しい量の議論が繰り広げられている。多くのものが様々な形でこの議論に関わっているのだが、就中、法源とは別個に法が存在することを肯定するのが、自然法論である。⁽³⁶⁾ もつとも、自然法論の中にも多種多様なものがあり、必ずしも全ての自然法論者が存在論にコミットしているわけではない。本稿と競合する可能性があるのは、存在論にコミットする自然法論である。この自然法論が本稿と競合するかどうかは、次の二点による。第一に、彼らは、自然法が適用されている法であることを主張しているかどうか、第二に、彼らは、自然法の存在・内容を説得的に証明しているかどうか、である。もし、この二点が肯定されるなら、彼らは本稿と競合するということになる。

まず、第一の点についてであるが、多くの自然法論は、適用されるべき法として主張されることはあっても、自然法が適用されている法であるとの主張は、ほとんど見られない。例外的に、例えば、イギリスのコモン・ローは自然法を体現するものだという理解なども見られるが、かような主張は、あくまで例外でしかないように思われる。ちなみに、このコモン・ローが自然法であるとの理解についていえば、観念的に自然法に言及されているだけであって、自然法の存在や内

容は証明されていない。

次に第二の点であるが、自然法の存在や内容を証明しようとする試みは、少なからず行われている。しかし、それらの主張は、自然法が適用されている法であるとの主張を含んでいない。そして、この点を別としても、自然法の存在・内容についての彼らの証明は、説得的であるとはいいがたい。⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾

以上のことから、自然法論は、概ね本稿と競合するものではないということになる。

(3) 次に、内田貴教授の見解である。同教授の研究は、まさしく本稿と競合する。本稿と関連する点について同教授の見解を簡単にまとめると、⁽³⁹⁾以下のようになるだろう。同教授は、適用されている法の淵源（もちろん、同教授はこのような用語は用いておられないが）を、共同体に共有された規範（内在的規範）⁽⁴⁰⁾であるとす。この規範は、抽象度が高く、はじめから命題化されているとは限らず、場合によっては、言語化すらされていないかもしれない。⁽⁴²⁾これは、具体的な事案への適用を通じてはじめて判断基準として具体化する。⁽⁴³⁾他方で、これらの規範の実定法への吸い上げの過程には、法的なスクリーニングが介在している。⁽⁴⁴⁾つまり、裁判官の構成する規範は、法共同体によって共感可能なものに限られるのである。⁽⁴⁵⁾ちなみに、同教授は、ハーバーマスの研究から、生活世界と経済サブシステムという枠組みを採り入れ、近代契約法は経済サブシステムの論理を体现するものであり、現在新たに展開している契約原理は、生活世界に共有されている規範だとする理解を示しておられる。⁽⁴⁶⁾

(4) 既述のように、同教授の研究から本稿は多大な示唆を得ているのであるが、ここで本稿と同教授の見解との異同を述べておくことにしたい。まず、第一に、内田教授は、内在的規範が共同体において共有されているという前提に立つ。つまり、いってしまえば、規範は規範として共有されているということになろう。他方、私見によれば、「法」たる規範は、ものの考え方と一体であると解される。本稿では、何らかの特徴を有するものの考え方を文化と呼んだのであるが、だからこそ「法」は文化によって指示されると表現したわけである。つまり、ものの考え方と切り放して、規範が規範として

独立に存在しているとは考えないのである。⁽⁴⁷⁾ 但し、内田教授もまた、内在的規範は場合によっては言語化されていないかもしれないとしており、だとすれば同教授の見解が私見と類似する可能性はある。

(5) 第二に、内田教授は、内在的規範が、共同体の構成員によって異なるかどうかについては、言及しておられない。他方、私見は、既述のように、我々の共同体に存在する仮想の「法」体系が一つであるという前提には立っていない。文化は人によって異なりうるからである。

(6) 第三に、内田教授は、法的スクリーニングにも言及しておられる。同教授の見解によれば、法的スクリーニングの主体は、裁判官（ないし法共同体）にあるということになる。私見も、適用されている法とは、判決の受取手の共有する文化によって指示される・裁判官によって適用されるべき「法」だと考えるので、ここにスクリーニングがある。しかし、このスクリーニングの主体は、裁判官ではない。「法」を適用するのは裁判官であるが、スクリーニングの基準は共有されている文化にあるのである（もちろん、裁判官の重視するマクロな価値が判決の受取手の納得であることが前提となるが）。但し、私もまた、裁判官が想定する判決の受取手は主として弁護士、検察官および裁判官であろうと考えており、そうであるなら、スクリーニングの基準は同教授と私との間で大きく異ならないということになる。しかし、どちらが事実の描写としてより正確かという観点からすれば、少なからぬ相違があるということになる。

(7) 第四に、内田教授のいう、生活世界および経済サブシステムという枠組みであるが、私は未だ生活世界という概念に関して十分な理解をえていないので、この点に関しては、ここで言及することを控えたい。

(8) 以上、同教授との相違を中心に述べた。他方、同教授と私との間には、きわめて重要な共通点があるように思われる。⁽⁴⁸⁾ それは、高次の課題に関する。すなわち、本稿と競合する部分（適用されている法の解明を含む）⁽⁴⁹⁾において、同教授が、対応説の意味における真理の探究を高次の課題としている点である。⁽⁵⁰⁾ もっとも、この点について、同教授が直接記しておられるわけではない。これはあくまで、同教授の研究からの推測による。

4 一つの可能性

(1) 1(3)でも言及したとおり、1における叙述は事実の描写としてなされているものであるけれども、これを裁判官による法源の解釈に関する正当化理論として用いることもできる。本節を締めくくりにあたって、ここでは正当化理論としての可能性を述べることにしたい。ちなみに、既述のように、内田教授の研究は、この正当化理論としての可能性に重きを置くものである⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。

(2) 裁判官による法源の解釈はいかに正当化されるのか、ないし裁判官による法源の解釈はいかなる場合に正当であるのか、は法律学上の難問である。

裁判官による法源の解釈の正当化は、いろいろな観点から述べることができる。おそらく最もありがちな答は、法源の意味・内容が必ずしも明らかでないために、ないし法源が完全無欠ではありえないために、法源の意味・内容を明らかにすべく、裁判官は法源を解釈するのだという、必要性の観点からのものであろう。また他にも、裁判官は法源を解釈することを制度上保証されているという、制度論的な観点からのもの、あるいは、裁判官は正義感に則って法源を解釈をしているからという、心理的な観点からのもの、などもありえよう。

これらは、いずれも裁判官による法源の解釈に関して、ある側面から事実を描写しているといえよう。しかし、これらはこのままでは、多くの論者にとって裁判官による解釈の有効な正当化とはなりえない⁽⁵³⁾。なぜなら、有効な正当化であるためには、裁判官による解釈が正当でないことと目される場合に、裁判官の解釈が正当でないことを主張するための論拠を提供するものでなければならぬからである。先に挙げた正当化が、いずれも単純化されすぎていることを別としても、例えば必要性の観点からの正当化は、どのような場合に裁判官による解釈が正当でないのかを、示しえない⁽⁵⁵⁾。正当化理論を提示する上で重要なことは、我々論者は判例・裁判例の批評を行うのを常としているが、裁判官の解釈と同時に、この批

評をも正当化しうる理論こそが、裁判官の解釈の正当化理論でなければならぬということである。

(3) では、1に記した私見は、いかにして正当化理論に転用することができるのであろうか。私見は、裁判官は、判決の受取手の共有する文化によって指示される「法」を適用しているのだとするものである。つまり、裁判官による法源の解釈は、法源とは別個に存在している。「法」の規範を法源の規範文に結び付ける作業だと理解されるのである。裁判官は、法源を根拠として判決を下さなければならないが故に、「法」を適用するためにはこのような作業が必要になるのである。これを正当化理論に転用すると、裁判官による解釈が正当でありうるのは、裁判官が判決の受取手の共有する文化によって指示される「法」を適用するからだということになる。これによれば、裁判官による解釈は、適用されている法が「法」と合致する限りにおいて正当だと評され、「法」とは異なるものが適用されたなら、裁判官による解釈は正当でないとい評されることになる。もちろん、どのような判決の受取手を想定するかによって共有されている文化、ひいては「法」は異なりうるから、この点はやはり問題として残されることになる。しかし、それは、本来的に論者に委ねられるものである。このように理解することによってこそ、論者による判例・裁判例の批評を正当化しうるように思われる。

論者による批評の中には、ある理論との論理的整合性を重視するあまり、むしろ本来の「法」から離れる結果となつていのではないかと思われるものもある。つまり、直観的に説得力・拘束力を感じえない規範を、適用されるべき法として主張する結果となつているのである。このような批評については、やはりどのような「法」を基準にするかが問題になりうるけれども、先の正当化理論によれば正当でないとい評されることになる。

(4) 本節1に記した私見は、あくまで事実を描写するために（第一節で用いた表現によれば、対応説の意味における真理の探究を課題として）なされたものである。かくして、それが直ちに正当化理論として帰結しなければならぬわけではない。これはあくまで、一つの可能性である。例えば、先に例として挙げたいくつかの正当化理論もそれを精巧化することによって、ある立場からの正当化理論となりうるのである。理論内在的な問題を別にすれば、いかなる正当化理論を

選ぶかは、さしあたり論者の問題だということになる。⁽⁶⁰⁾

- (1) 法源の解釈は様々な立場からなされるが、適用されている法の淵源に関する考察においては、裁判官以外の者によってなされた解釈は問題にされえないのである。
- (2) あるいは、裁判官が文理解釈のみを行うような共同体があれば、この共同体においては、法源に記述されている規範文こそが、適用されている法の淵源だということになる。但し、このような共同体が現にありうるのか、あるいはありえたのかについては、検討を要する。
- (3) ちなみに、判決を下すにあたって裁判官が重視する価値は、おそらくは裁判制度の運営においても重視されているだろう。しかし、かような点については、さしあたりここでは置いておく。
- (4) 裁判官が判決の受取手の納得をマクロな価値として重視しているかどうかについては、社会学的・心理学的に考察・解明することが可能である。それを行うことは、今後の課題であるが、その予備的研究として、アメリカの裁判官に対するアンケートをまとめた別稿が公表される予定である。
- (5) 内田貴「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報六六巻八号三一頁（一九九四）。
- (6) 同三三頁において、「例えば、裁判官は『当事者の黙示の合意を探っている』という解釈や『効率性を追及している』という解釈も同様で、必ずしも裁判官の主観的意識に合致しなくても維持できる。問題は、それが判決文に現われた、法的議論のレベルでの裁判官の判断過程と整合的であるかどうか、判断の帰結をうまく説明しえているかどうか、そして、道徳的・政治的理論のレベルで正当化しうるかどうか、である」とされる。もつとも、それと同時に、「私は、これまで実務家と接した経験等から、このような解釈がある種の契約紛争に直面したときの裁判官の意識に合致する場合が多いと考えている」ともしておられる。同三三頁。
- (7) なぜなら、このマクロな価値は、単に判決の局面だけではなく、我々の文化の中に広範な広がりをもっていると考えられるからである。本文(7)も参照。他者に何かを命じる際、人はこの他者に対して、命令の正当性を納得させようとするのが常である。ちなみに、松浦好治「正当化要求倫理と法的空間」日本法哲学会編『法的思考の現在』（有斐閣・一九九一）においては正当化要求倫理というものが想定されているが、これは納得と同様のものを別の観点から説明するものといえよう。
- (8) 注（7）参照。ちなみに、内田教授は、さしあたり日本に限定して、納得の合理性を主張しておられる。内田貴「現代契約法

の新たな展開と一般条項(四)〔NBL五二七号三三頁(一九九三)〕。私は、もつと広範な領域においてこのマクロな価値が重視されているのではないかと考えている。もつとも、例えば、一九九五年二月一八日(土)の毎日新聞朝刊によると、フィリピンでは判決が金で左右される事例もあると、多くの市民が信じているとのことであり、このような国においては、判決の受取手の納得は重視されていないかもしれない。但し、仮に、判決の結論(主文)や事実認定が納得させるものとなっていないにしても、判決の「理由」もまたそうであるとは限らない点については、注意を要する。つまり、判決の結論が金で左右されても、適用されている法が金に左右されているとは限らないのである。

(9) 注(8)で述べたように、判決による判決の受取手の納得は、もちろん判決の結論(主文)や事実認定によっても影響される。しかし、ここでの問題はあくまで適用されている法であるので、これらについては考慮されない。

(10) 新たな事態が生じたときに、類似した前例を探しそれに依拠するという解決のやり方は、現在の我々の共同体において、しばしば見られる。この解決のやり方は、決定者がその決定の責任を過去の決定に転化できるという側面をもちている。

(11) この点については、後の本文(8)参照。

(12) 他方、判例の変更を全く許さないという意味での、厳格な先例拘束の原理は、適用されている法の内容の妥当性を問題にしな
い、一つの極端な形態であるといえる。もつとも、現在では、このような厳格な先例拘束の原理を採用する国はない。

ちなみに、先例拘束の原理が採用されていけば、判決の受取手の共有する文化によって指示される「法」(後の本文(5)参照)は、裁判官によって適用されにくいのではないかとこの疑問が生じる。たしかに、その可能性はある。しかし、判例とは判決の記述そのものではなく、判決の記述を裁判官が解釈して導出するものである。だとすれば、先例拘束の原理が採用されているが故に「法」が適用されにくいとは必ずしも限らないであろう。また、日本では判例法主義が採用されていないにもかかわらず、日本の最高裁は判例法主義を採る英米よりも過去の判決に拘束されている旨の指摘もある。伊藤正己「裁判官と学者の間」四、四三―六九頁(有斐閣・一九九三)参照。西野喜一「判例の変更(六)」判例時報一五〇二号二三頁(一九九四)も参照。さらに、判例法主義を採用している英米においては、区別(distinguishing)の技術が発達しているとされることも考えられる。判例法主義が採用されているかどうかと、「法」が裁判官によって適用されるかどうかを直接に結びつけることはできないだろう。田中英夫「英米法総論 下」四九〇―四九七頁(東大出版会・一九八〇)も参照。「法」が適用されるかどうかは、成文法主義と判例法主義のいずれが採られているかよりも、むしろ裁判官がマクロな価値として判決の受取手の納得を重視しているかどうかにかかっているように思われる。

(13) 福田敏一「近代の政治思想」八一―八頁(岩波新書・一九七〇)。

- (14) もちろん、そのような「法」は、直ちに国家によって強制されるわけではない。
- (15) 長谷部恭男「権力への懐疑」三九頁（日本評論社・一九九一）。
- (16) 先の例における説明は、功利主義的な考え方に基づいていることが理解されるであろう。
- (17) 調整問題状況の解決に関わるものと評しうるのは、規範文の全文ではなく、一部のみであることが多いように思われる。
- (18) この点については、注（7）参照。
- (19) 但し、それによって、「法」の一部分を正確に描写できるとは限らない。なぜなら、一つの全体としての文化が、一つの整合的な「法」体系を指示するからである。いかなる規範も、「法」の体系の中で相互に関連しあっており、だとすれば本文に記した方は、あくまで「法」を正確に描写するという観点からすれば、あくまで一つの過程、つまりは発見のプロセス、でしかないということになる。
- (20) これについては、法的安定性の観点から説明できることについては、本文(5)で述べた。つまり、法的安定性は、平等や公平に基礎づけうるということである。
- (21) 注（12）も参照。
- (22) 第二節注（17）参照。
- (23) 共同体によって、共有されている文化の全体的傾向は異なりうるが、一つの共同体内においても、共有されている文化は異なりうる。但し、そのことは、必ずしも共有されている文化が人によって全く異なってしまうことを意味するわけではない。共有されている文化とは、一つの特徴によって説明し尽くすことのできる単一のものとしてではなく、様々な文化の複合体として理解されるべきものであろう。人間の共有する文化には、様々な次元のものがあり、また同一次元においても、相反するかに見えるものさえある。だとすれば、共有されている文化の相違とは、多くの場合、かような文化の複合具合の相違だということになるのだろう。そして、複合体の中の低次の文化については人によって相違が生じやすいにしても、高次の文化については相違が生じにくいであろう。
- (24) ここでいう主張とは、請求ではなく、訴訟の中での様々な論点にかかわる主張である。主張が認められなかった者とは、単に敗訴者に限られない。
- (25) C. Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre* s.236 (1979) は、上級裁判所、両当事者および一般の人々を挙げる。
- (26) 中村治朗「裁判の客観性をめぐって」八一頁（有斐閣・一九七〇）。

(27) 例えば、裁判官と他の法曹との関係が流動的でなく、裁判官内に明確なランクがあり、どのような判決を過去に下したかが裁判官の人事において重視されるような国においては、裁判官はかような人事権を有する機関を納得させるような判決を下そうとするかもしれない。他方、国民が一般に自分の権利を十分に認識しておりかつ主張するような国においては、裁判官は、判決の受取手として当事者を念頭に置かざるをえないだろう。

(28) 日本では本人訴訟が認められており、民事事件に関する限り、第一審において双方の当事者に弁護士が付いている事件は、全体の約五割である。林屋礼二「データムック民事訴訟」八五―八六頁（有斐閣・一九九三）。しかしその割合は、控訴審において約七八割（同一二五頁）となる。いずれにせよ、下される膨大な判決の中で判例集に登載されるのはごくわずかであり、それらにおいては、双方の当事者に弁護士が付いている場合が多い。

(29) だとすれば、本人訴訟の判決と弁護士が付いた事件の判決とは、適用されている法が一般的に異なっているかもしれない。

(30) 内田貴「現代契約法の思想的基礎―私法五四号六二―六三頁（一九九二）および同注（8）三九頁においては、クーリング・オフ制度に対してそのような評価がなされている。

(31) 立法過程については、山田晟「立法学序説」（有斐閣・一九九四）、小林直樹「立法学研究」（三省堂・一九八四）、比較立法過程研究会編「議会における立法過程の比較法的研究」（勁草書房・一九八〇）参照。

(32) ちなみに、適用されている法ないし「法」の正確な記述が判決にないからといって、適用されている法を解明するための発見のプロセスにおいて、判決の「理由」を全く無視しなければならないということにはならない。

(33) 裁判官は、判決を下す際、一般論の提示を控えるか、または一般論を提示する場合でも、「特段の事情のない限り」とか、「特段の事情のある場合を除き」といった抽象的な限定文言を付す傾向があるとされる。伊藤正己「裁判官と学者の間」二七―二九頁（有斐閣・一九九三）。このことは、裁判官が自分の適用している法の正確な内容を知らないことを示している。

(34) ちなみに、だとすると、適用されている法を解明するにあたって、どのような内容の法を適用したのかと裁判官に尋ねるのは、無意味であることが分かるであろう。

(35) ここでいう法は、「生ける法」ではない。

(36) 逆に、それを否定するものとしては、法実証主義を挙げることができる。

(37) ちなみに、加藤新平「法哲学概論」一八一頁（有斐閣・一九七六）においては、自然法の内容の認識は、超感覚経験的な直覚、思弁等によるとされていた旨記されている。また、同一八三頁においては、それぞれの論者が、その世界観なり信仰の立場からして価値ありと認めるような性質・状態を先ず予め「自然的」なものとして想定しておき、次いでそこから逆に、最初に前提と

- (38) していた価値的なものを導きだしてくる、という循環論法が用いられている旨も記されている。
- (39) 自然法の存在自体が、もともと憲法を断ずるなどといった・何らかの目的ないし必要から主張されてきたことからすれば、その存在・内容の証明は、説得的なものとなりにくいかもしれない。三島淑臣『法思想史』（青林書院・一九九三）では、各時代の自然法思想について注視されているが、それによれば、自然法思想はしばしば何らかの目的や必要と結び付いている。例えば、同一六三、二三八―二三九、三四七―三四八頁参照。
- (40) 納得に関しては、本節1(3)で言及した。
- (41) 内田注(8) 三七―三八頁。
- (42) 同三七頁。
- (43) 内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(三)」NBL五―一六号三一頁(一九九三)。同注(30) 六〇頁。
- (44) 内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(二)」NBL五―一五号二〇頁(一九九三)。
- (45) 同注(8) 三八頁。
- (46) 同注(5) 三三頁、同注(8) 三八頁、同注(30) 五九、六一頁。
- (47) この点は、例えば本節1(8)で言及した「等しきものは等しく扱え」とする規範(文)についても、同様である。この規範(文)は、あくまで一応のものである。
- (48) 「意識のなかに共有された内在的規範は、しばしば、実務化の直観(『落とし所』等という表現が用いられる)として表現される。それは、具体的な事案への適用を通じてはじめて判断基準として具体化するものであるため、『どのような規範意識を持っていますか』式の一般化されたアンケート調査の手法で社会学的に認識することには困難が伴うと思われる」ともされる。内田注(43) 三一―三三頁。
- (49) もちろん、細かな点にも類似はある。
- (50) 第一節注(24)も参照。
- (51) 内田教授は、「新たな契約規範は、納得を生み出す生活世界の規範の吸い上げという『発見のプロセス』によって、その正当性を与えられることになる。・・・ここで重要なことは、この発見のプロセスにおいて『方法』を語ることはできない、ということである。すなわち、裁判官が生活世界の規範を見出す『方法』が存在し、それを修得することによって誰でもが同じ発見に到達できる、という想定は妥当しないのである。・・・あたかも優れた芸術には、他人の修得できる『方法』等はなく、ただ優

れた「パフォーマンス」があるだけであるのと同様に、生活世界で共有されている規範の解釈による構成にも「方法」はない」と述べる。同四〇頁。

だとすれば、裁判官の「発見のプロセス」が納得を生み出す生活世界の規範の吸い上げとはなっていない場合に、正当性が与えられないということになる。しかし、生活世界で共有されている規範とは、「規範としての抽象度は高く、その意味では、はじめから明確に命題化されているとはかぎらないだろう。場合によっては、言語化されていないかもしれない。・・・内在的規範は、時と場合に応じて、まさにアリストテレスのいうプロネーシスの働きによって具体化され適用されなければならないから、あらかじめ一般的ルールとして規定することはできないのである」とされている。同三七頁。そうであるなら、裁判官の適用した規範が、生活世界の規範となっているかどうかをいかにして判断するかが、問題となる。

もつとも、内田教授は、「直接的には」道徳的直観に求める他ない」と述べるが、このことは間接的な基準がありうることを示唆しているように思われる。同教授はこの点を論じておられないが、間接的な基準とは、裁判例をうまく説明できるよう構成された原理であろうか。もつとも、内田教授は、この原理を説明するための正当化のプロセスがどのようなものであるかについては、論じておられない。

(52) 内田注(30)五二頁、同注(43)二八頁によれば、規範形態がルールからスタンダードへと変化しているとされる。規範がどのような形態を有しているのかは、適用されている法を説明するにあたって、問題になりうる。ここで論証することはできないけれども、私は適用されている法自体がスタンダードに変化しているとは考えない。

他方、何故に判決においてスタンダード形式の条文が根拠とされるのかについては、本文に述べたことから説明できる。「法」の規範と類似の規範文が法源にあれば、裁判官はその規範文を根拠として判決を下すことができる。しかし、「法」の規範と類似の規範文が常に法源にあるとは限らない。「法」の規範と類似の規範文が法源にない場合に「法」を適用しようとするれば、様々な内容を盛り込むことが可能なスタンダード形式の条文は、裁判官に最も手取り早い法源上の根拠を提供するからである。

(53) これは前二者とは若干性質を異にする。この正当化を認めるなら、判決に対する評価は、裁判官が正義感に則っていたかどうかという観点からなされることになる。

(54) もちろん、一般論をいえば、これらが正当化に成功しているかどうかは、これらを正当化理論として挙げることに論者の同意が得られるにかかっている。

(55) もちろん、下された判決の正当性を無条件に認めるというのなら、別である。しかし、そのような立場はとりえない。

(56) もつとも、なされている判例・裁判例の批評には、当然、正当でないものもある。かくして、この正当化理論は、正当でない

判決だけでなく、正当でない批評をも識別させうる根拠を提供するのである。

(57) 第一節2参照。

(58) 第二節(5)で述べたように、論理的整合性は多くの場合「法」体系内において優先されているけれども、本節1(9)で述べたように、「法」の整合性とは、論理的整合性を超えるものである。

さらにまた、論理の出発点とされている法理論自体が、「法」と正確には対応していないことも多い。例えば、ある種の消費者契約から消費者を保護するために、クーリング・オフを導入したり、既存の法律によって取消や無効を認めたりする動きがある。これは、現象だけを見れば、私的自治の妥当範囲の制限であるということになる。たしかに、かような現象だけから、私的自治の妥当範囲が制限されたと評価することも可能であるが、私的自治の原則は、本稿の理解によるなら、文化によって指示されているわけで、問題にされるべきは、私的自治の原則が「法」以上に制限されたものとなっているかどうかではないだろうか。いずれにしても、私的自治の原則を私的自治の原則内に解明しようとする議論は、多くの実りをもたらささないように思われる。ちなみに、内田注(5)二八頁参照。

(59) 拙稿「法律学における直観の位置」参照。

(60) 裁判制度がどのようなものであるべきと理解するかなど、様々な点に関する論者の理解が、裁判官の解釈に関する正当化理論を論者に選択させるのであり、それらの点に関する理解は、さしあたり論者次第である。

四 説得的な証明

(1) 適用されている法の淵源が前節におけるようなものであるとして、適用されている法と目されるものが適用されている法と対応していることの・説得的な証明は、どのようなものになるのか。本節では、この問題を検討する。第二節においては科学哲学の議論を参照したが、ここでも、物理学の例を見ながら、科学哲学の議論を参照する。ここでは、ケプラーの法則^[1]を例として、取り上げることにしたい。

(2) ケプラーの法則が実在に対応していることは、いかにすれば説得的に証明できるのだろうか。この問を検討する前

に、まず、次の点を確認しておく必要がある。すなわち、この間は、高次の課題を、対応説の意味における真理の探究とする立場から発せられたものであり、かくして、これを高次の課題としないものにとつて、この間は問たりえないということである。第一節において述べた通り、物理学においても、高次の課題を、対応説の意味における真理の探究としないもの（ひいては、実在を措定しないもの。以下、反実在論という）は、少なくとも⁽²⁾。反実在論の立場に立つものと、実在を措定するもの（以下、科学的事実在論という）との間では、物理理論の表象する事物が実在するかどうかをめぐって、論争が繰り広げられている。⁽³⁾しかし、私は、適用されている法の解明という課題に関して、高次の課題を対応説の意味における真理の探究とする立場に立つており、かくして、ここでは、高次の課題を私と同じくしない・反実在論は、問題にされないことになる。

(3) では、ケプラーの法則が実在に対応していることは、いかにすれば説得的に証明できるのか。もちろん、ここでは実在との対応を直接には証明できないというのが、前提である（直接的に証明できるのなら、このようなことをわざわざ考える必要はないわけである）。⁽⁵⁾おそらく、これを証明するために用いられるであろう論拠としてまず考えられるのは、ケプラーの法則によれば、観測される描像をうまく説明できるというものである。では、ケプラーの法則によって、観測される描像をうまく説明できたとして（事実できるのだが）、⁽⁶⁾このことは、ケプラーの法則が実在に対応していることの証明として、どの程度説得的であるのだろうか。

ケプラーの法則が、コペルニクスの見解に比して、観測される描像をうまく説明できるということは、ケプラーの法則によれば、コペルニクスの見解によるよりも、より高い精度で、観測される惑星の位置を予測できることこの証明として、きわめて説得的であろう。しかし、他方、実在に対応していることの証明としては、必ずしも十分でない。なぜなら、前記の事実（すなわち、ケプラーの法則によれば観測される描像をうまく説明できるという事実）によってケプラーの法則が実在に対応していると主張するためには、前記の事実が確認されたということからケプラーの法則が実在に対応

していることを導くべく、何らかの理屈をそこに介在させなければならぬからである。そして、そこに介在しうる理屈は、決して強力なものではありえない⁽⁷⁾。もちろん、だからといって、前記の事実は、ケプラーの法則が実在に対応していることを証明するために、全く価値を持たないわけではない。単に、それは単独では、必ずしも説得的でないというだけである。

(4) では、ケプラーの法則が実在に対応していることをもつと説得的に証明するためには、どうすればよいのだろうか。この点については、次のように考える。すなわち、自然の因果的構造を説明する物理理論によってケプラーの法則が説明されれば、これは、ケプラーの法則が実在に対応していることの説得的な証明となる。以下、この点について若干子細に見ておこう。

自然の因果的構造を説明する物理理論によってケプラーの法則が説明されれば、なぜ、ケプラーの法則と実在との対応が説得的に証明されたことになるのか。これは、なぜ科学的実在論が正当でありうるのか、別言すればなぜ物理理論によって表象される事物は実在するといえるのか、という問題に関わっている。物理理論によって表象される事物の实在の是非をめぐる論争において、科学的事実論から提起されている、実在を肯定するための様々な論拠のうち、最も有効であると私が考えるのは、物理理論とは、自然の因果的構造を明らかにするものだとする理解である。物理理論が自然の因果的構造を明らかにするものであれば、物理理論が示す自然との対応関係に従って自然に働き掛けるという実験を行うことができる。この実験において、自然がそれに対応するメカニズムを現すように仕向けることができたなら、当該物理理論によって表象される事物は、実在に対応していると考えざるをえない⁽⁹⁾。もしその場合に物理理論の表象する事物が実在していると考えないのであれば、その成功は幸運な偶然が重なったのだとする他ない。しかし、ある物理理論について様々な観点からかような実験が行われ、概ねその理論によって示される通りの結果が得られている場合に、果たしてそれを幸運な偶然の賜物と考えることが妥当かどうか⁽¹⁰⁾。

さて、物理理論が実在に対応しているとする根拠を、物理理論とは自然の因果的構造を明らかにするものだという理解に求めるなら、ケプラーの法則がこの意味での物理理論であれば、実在に対応していると考えることができらう（もちろん、先に述べた実験に成功していればであるが）。では、ケプラーの法則は、先に述べた意味での物理理論なのであろうか。答えは、当然、否である。ケプラーの法則に対して、先に述べたような実験を行うことはできない。ケプラーの法則は、単なる運動学的法則ではないのである。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

では、ケプラーの法則が実在に対応していることを、説得的には証明できないのであろうか。必ずしもそうではない。もし、ケプラーの法則が自然の因果的構造を明らかにする物理理論によって説明されるなら、それは、ケプラーの法則が実在に対応していることの説得的な証明となる。では、ケプラーの法則を説明する物理理論はあるのかどうか、あるとしたらどのような物理理論によって説明されるのか。

ケプラーの法則を説明する物理理論は、ニュートン力学であり、さらには特殊相対論である。つまり、これらの物理理論が実在に対応していると理解される限りにおいて、ケプラーの法則もまた、実在に対応していると理解しうるのである⁽¹³⁾（もちろん、どの程度近似的に実在に対応しているかは、やはり問題として残されることになるけれども）。

ちなみに、ケプラーの法則によれば、観測される描像をうまく説明できるといふ事実は、この証明を行うにあたって、やはり前提となる。ニュートン力学や特殊相対論から、いきなりケプラーの法則が導かれるわけではないからである。

(5) 以上は、適用されている法と目されるものが適用されている法と対応していることの・説得的な証明にも、概ね妥当なように考える。

適用されている法が、判決の受取手によって共有されている文化によって指示される「法」であるなら、適用されている法とは、判決の受取手によって共有されている文化の、一つの現象形態だということになる。他方、判決の受取手によって共有されている文化（を説明する理論）は、先に述べた意味での物理理論に匹敵しうる。だとすれば、適用されている

法と目されるものが適用されている法と対応していることの証明が説得的であるためには、適用されている法と目されるものが、判決の受取手によって共有されている文化（を説明する理論）によって説明される必要があるということになる。¹⁴ ちなみに、第二節で述べた基礎的前提からすれば、この証明を行う際には、適用されている法として一つの規範だけが取り上げられるのではなく、適用されている法の体系が示されなければならないということになる。

(6) 前節では、多くの判決において適用されている法は、一つの整合的な法体系を形成しているであろうことを述べた。だとすれば、この多くの判決において適用されている法を対象にするなら、やはり、適用されている法と目されるものによって、多くの判決をうまく説明できるといことが、前提となる。但し、他方、それだけでは、適用されている法と目されるものが適用されている法と対応していることの証明として、十分に説得的でないことは、ケプラーの法則に関して述べたことと同様である。もちろん、多くの判決をうまく説明できるということは、その適用されている法と目されるものが、何らかの役に立つことの証明にはなりうる。¹⁵

他面で、少数ないしは一つの判決においてしか適用されていない法の説明が、意義を有さないわけではない。このような法を対象とする場合には、多くの判決をうまく説明できるかどうかは、当然、問題になりえない。しかし、他方、このような・適用されている法を説明する場合であつても、なされた証明が説得的なものであるためには、その規範の一部とする仮想の法体系全体が示され、かつそれを指示する文化（を説明する理論）との対応関係が説明される必要がある。¹⁶

- (1) ケプラーの法則とは、惑星は太陽を一つの焦点とする楕円軌道を描いており、惑星の面積速度は一定だとするものである。
- (2) 第一節3参照。
- (3) また、近年、反实在論の立場からなされた議論として、内井惣七二『科学哲学入門 科学の方法・科学の目的』（世界思想社・一九九五）も参照。
- (4) ケプラーの法則が実在に対応していることを直接的に証明できるかどうかは、問題になりうる。例えば、太陽系の真上から惑

星の軌道を観察することも考えられるが、これが、ケプラーの法則が実在に対応していることの直接的な証明といえるかどうかについては、やはり検討が必要であろう。

(5) ちなみに、先程、物理理論によって表像される事物が実在するかどうかをめぐり、科学的実在論と反実在論の間で論争がある旨述べたが、かような論争が生じるのは、実在を直接的に証明することができないからである。

(6) どのような状態を指して「うまく説明できる」というかは、問題となりうる。ここではさしあたり、ケプラーの法則によって観測される描像を整合的に説明できることに、概ね反論のない状態であると考えることにする。

(7) 例えば、ありうる理屈の一つは、過去の経験上、観測される描像をうまく説明できる法則は実在に対応している、といったものであろう。この理屈が有効であるためには、少なからず過去においてそのような経験がなければならぬ。しかしそもそも、既述の通り、物理理論によって表像される事物が実在するかどうかをめぐって、現在でも少なからぬ論争があるのである。また、注(5)で述べたように、実在を直接的に証明することは通常できないのである。だとすれば、過去において我々がそのような経験を有するという主張は、きわめてブルネラブルなものだということになる。

(8) W. Salmon, *Scientific Explanation and the Causal Structure of the World* (1984).

ちなみに、このサモンの研究から、小林道夫「科学的説明と実在論」科学哲学二六号四三―四四頁(一九九三)は、次のような点を指摘する。第一に、科学的説明がとりあげるのは自然現象の単なる一般的規則的關係ではなしに、自律的な物理的因果過程である。規則的な関係は、月の位相と潮の満干との間や物体と影の間にも見られるが、それらは自律的な因果過程ではなく、他の現実の物理的因果過程に付随して起こる疑似過程ではない。物理理論は、そのような疑似過程の規則性の解明を目指すものではない。第二に、自然現象の因果的非対称性や説明上の関連性といったことを無視した推論は受け入れられない。例えば、気圧計の低下から嵐の襲来を推論したりビタミンC剤の服用から風邪の治癒を推論するなどということは、物理理論の目的とするところではないということになる。

(9) 小林注(8)四八―四九頁。

(10) これを肯定するものとして、ファン・フラースセン(丹治信春訳)『科学的世界像』六二―六三頁(紀伊国屋書店・一九八六)参照。しかし、私には、この主張が説得的であるとは思われない。

(11) W. Salmon, *supra* note (8) at 135-136.

(12) ちなみに、本節でケプラーの法則を例として取り上げたのは、それが運動学的法則にすぎないからである。その理由については、本文後の(5)参照。

- (13) このことを逆にいえば、ケプラーの法則が実在に対応していることの説得的な証明は、少なくともニュートン力学の登場を待たなければならなかったということになる。
- (14) もつとも、この文化を解明する際に、実験を行うことは可能であるにしても、物理学における実験とは異なりうることを、我々は考慮しなければならぬだろう。
- (15) ちなみに、多くの判決をうまく説明できるかどうかということが問題になるのは、前節で述べた前提があるからである。多くの判決において適用されている法が一つの整合的な法体系を形成するであろうことを示す・因果過程に関する理解なくして、多くの判決をうまく説明できるかどうかは問題になりえない。
- (16) 第三節1(2)において、どのような場合に、多くの判決において適用されているのとは異なる法が適用されるのかを述べた。そこで列挙した四つの場合のうち第一のものについては、そもそも文化との対応関係を問題にしない。また、第四のものについては、文化との対応関係を証明することに、困難が生じうる。但し、第四のものについては、逆に、裁判官が想定したであろう判決の受取手によって共有されている文化と対比することによって、適用されている法がどのように「法」と異なっているのかを見ることができよう。

五 結

1 法律学における一つの潮流

本節では、本稿を閉じるにあたって、いくつかの点を述べることにしたい。はじめに、本稿と従来の法律学との関係について、若干述べておきたい。

繰り返し述べているように、私は、適用されている法の実在を措定している。これを前提として、私は、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、適用されている法の解明という下位課題にアプローチしているわけである。

このような立場から適用されている法を解明するものは、日本においては少数派でしかないように思われるのだという

ことを第一節で述べた¹。しかし、だからといって、適用されている法の实在を措定する・この立場が、目新しく、あるいは流行のようなものだというわけではない。むしろ、私の理解によれば、適用されている法の实在を措定する立場は、法律学において古くから連綿と続いており、一つの潮流のごときものであるように思われる（この潮流については、別稿であらためて論じる²）。この法律学の潮流は、従来、あまり認識されてこなかった。しかし、かような潮流は、たしかにある。

従来、法律学において、論者がどのような高次の課題を設定しているかは、我々の意識の上において明らかでなかった。むしろ、そもそも高次の課題そのものが、問題として意識されなかった。しかし、一旦高次の課題が我々の意識に上るなら、我々は、我々がどのような高次の課題を設定しているのかを、明確にすることができる。高次の課題が我々の意識において明確にされれば、はっきりと理解されるはずである。このような潮流が、現にあることが。

第三節では、内田貴教授の研究に、かなり言及した。既述の通り、同教授の研究は、適用されている法の説明という下位課題との関係における限り、高次の課題を、対応説の意味における真理の探究とするものと解される。同教授の研究は、日本の法律学に対してきわめて大きなインパクトを与えており、それ故、かような高次の課題までも含めて論者に理解されるなら、従来あまり意識されなかったこの高次の課題に対して、そしてこれを高次の課題とする立場からの適用されている法の説明に対して、今後、多くの関心と注目が向けられるのではないかと期待を、私は持っている。

蛇足ではあるが付け加えれば、今後、高次の課題を同じくする多くの論者によつて適用されている法の説明が行われるなら、適用されている法の淵源をめぐって、論争が行われることになるだろう。第二節において述べたように、適用されている法の証明は、適用されている法の淵源によるからである。適用されている法の淵源に関しては、内田貴教授の研究も本稿も、未だ検証されていない点を残している。かくして、もつと実在と近似的に対応した理論が提起される余地も、多分にあるのである。

また、本稿の課題は、かような高次の課題の立場から適用されている法を解明するための、正当化のプロセスを解明することであった。第一節において述べた通り、かような研究は今までなかった。⁽⁸⁾ 第四節において私見を示したが、まだまだ論じられるべき点は多く残されている。この正当化のプロセスに関する議論が、さらに深まればと思う。

2 適用されている法を解明することの意義

次に、適用されている法を解明することの意義について、あらためて述べておくことにしたい。既述のように、私は、対応説の意味における真理の探求を高次の課題としており、そのため、適用されている法の解明という課題に固有の意義を認めている（第一節3参照）。しかし、この課題の研究結果が実用に資することもたしかである。

思い付くままに挙げるなら、第一に、解明された・適用されている法と目されるものは、成文法の改正に役立つ。古い成文法が改正されずに用いられることは、少なくない。そのような成文法は、適用されている法との間にかなりのズレが生じがちである。かような成文法は、本来なら、早急に、改正されるべきものであろう。⁽⁹⁾ しかし、改正は、迅速に行われないことが少なくない。その理由の一つは、適用されている法の解明が、十分には行われていないからであらう。⁽¹⁰⁾ もし、適用されている法が十分に解明されていれば、成文法を改正するための重要な資料が提供されるであらう。

ちなみに、成文法の改正は、基本的には適用されるべき法を解明する作業であり、適用されている法がそのまま成文化されなければならないわけではない。適用されている法を解明する作業と適用されるべき法を解明する作業とが区別できるかどうかは、問題にされることがあるが、この二つの作業が区別でき、かつ区別されなければならないことについては、疑いないであらう。⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾

以上は、判例（法）の成文化（制定法化・法典化）⁽⁹⁾や、さらには新規の立法についても同様である。さにあらず、リステイトメントの作成⁽¹⁰⁾においても、解明された・適用されている法と目されるものは、有効な資料となりうるであらう。

第二に、適用されている法が解明されていれば、高い精度でもって、将来の判決において適用される法を予見することができる。第三節における考察によれば、裁判官によって適用される法は、裁判官が、判決を下す際、どのようなマクロな価値を重視しているか、どのような文化を共有する者を判決の受取手として想定しているか等によって、異なることになる。かような点を裁判官毎に調査すれば、より正確に当該裁判官がどのような法を適用するかを、予見することができるであろう。しかし、第三節で示したように、仮に我々の共同体において多くの裁判官が、マクロな価値として判決の受取手の納得を重視しておりかつ裁判官、検察官および弁護士を判決の受取手として想定していれば、先の点に關して調査せずとも、かなりの確率で適用されるであろう法を予見できることになる。

ちなみに、適用される法について予見できるからといって、どちらが勝訴するかまで予見できるわけではない。裁判の勝敗は、事実認定や裁判官のパーソナリティによって大きく左右されるからである。¹¹⁾

第三に、判例は、仮にそれが法源でなくとも、法制度上一定の役割が与えられている。¹²⁾しかし、従来、判例の内容を正確には知りえなかつた。だとすれば、例えば、従来判例の変更とされてきたものの中には、実は判例変更ではないものがあるかもしれないし、判例を踏襲しているとする判決の中にも、判例を変更しているものがあるかもしれない。判例が本稿でいうところの適用されている法と目されるものであるならば、¹³⁾適用されている法の解明がすすめられれば、かような問題は解消されてゆくことになるだろう。

第四に、新たな比較法への道が開かれるだろう。従来と比較法においては、えてして外国法と日本法の相違が強調され、外国法から日本法への示唆が導かれるのが常であつた。しかし、適用されている法は、日本と諸外国との間で、大きく異なるものではないのかもしれない。しかし、そのことを主張するための強力な裏付けは、従来法律学にはなかつた。従来、日本と諸外国との違いが注目されがちであつただけに、特に適用されている法について、その両者を正確に比較することが、今後の比較法においては重要であるように思われる。他方、当然のことながら、かような比較法によれば、適用

されている法が日本と諸外国との間で異なっている領域も明らかになり、これがどのような文化的相違に起因するものであるのかも、解明されよう。⁽¹⁴⁾

3 おわりに

以上で、本稿における考察は、終わりである。私はかつて、イギリス不法行為法について、適用されている法の解明を試みた。⁽¹⁵⁾ この論文では、適用されている法と私が考えるものによって諸判決がうまく説明できることを示した後、そのような「法」を指示していると推測される文化を記して、筆を置いた。本稿を前提にするなら、この論文において示した適用されている法と目されるものが適用されている法に対応していることが、説得的に証明されたといえるためには、その文化と私が適用されている法と考えるものとの対応関係が、証明されなければならない。これは、今後の課題だということになる。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

本稿は、特に、適用されている法の淵源に関して、検証されるべき事柄を多く残している。今後、これらの点についての検証が、続けられることになる。他方、と同時に、適用されている法の解明を、本稿を前提として行ってゆきたいと思う。残された課題は少なくないけれども。

(1) 第一節注⁽²⁴⁾。

(2) 詳しくは、別稿「法学における一つの潮流」参照。ここで簡単に述べれば、例えば、古くは、法宣言説もかような立場に立つものといえるし、判例の解明方法に関する議論として参照されることの多い、E. Wambaugh, *The Study of Cases* (2d ed. 1894) 等もまた、このような立場に立つものといえる。この潮流は、リアリズム法学の出現によって、消失したかに見えるようになる。しかし、この潮流は、それによって途絶えてしまうことはなかった。例えば、やはり判例の解明方法に関する議論として著名な、A. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 *Yale L.J.* 161 (1930) もまた、この潮

流と無関係ではない。

(3) 判例の解明方法については、多くの議論がなされているけれども、それらは必ずしもこの立場からのものではないし、仮にこの立場に立っていると目されるものであっても、発見のプロセスに関する方法しか論じられていない。第一節3参照。

(4) なぜなら、そのような状況は、成文法が裁判規範を知らしめる役目を果たさず、また判決によって遡及立法がなされているのと同様の結果を生み出しうるからである。

(5) 民法典を現代かなづかいに改める作業が困難を極めているのは、何よりも適用されている法が明らかでないからであろう。ちなみに、もちろん、適用されている法と目されるものをそのまま文化することを選ぶかどうかは、別の問題である。また、仮に適用されている法と目されるものをそのまま文化するにしても、適用されている法の体系が複数ある場合に、いずれを成文化するかは、やはり問題となりうる。

(6) 古くは、新カント学派やケルゼンによって、ザインについての研究とゾルレンについての研究は用いられる方法が異なり、両者は峻別されなければならないことが説かれている。ケルゼン「法学的方法と社会学的方法の差異について」森田寛二・長尾龍一訳『法学論』(木鐸社・一九七七)参照。また、八木鉄男「法は当為か存在か」法の理論一〇号(一九九一)も参照。

(7) 適用されている法を解明する作業と適用されるべき法を解明する作業との決定的な相違は、次の点にあると考える。適用されている法の実在を肯定する立場に立つ限り、適用されている法の解明は、適用されている法と目されるものがただ正確に適用されている法に対応しているかによって、評価される。つまり、論者の主張を評価するための絶対的な基準がありうるということになる(もつとも、実在を肯定しない立場においては、やはり、かような基準を指定することはできない)。他方、適用されるべき法に関する主張については、それに匹敵するような絶対的な評価の基準がない。ちなみに、平井宜雄「法律学基礎論覚書」(有斐閣・一九八九)などは、絶対的な評価基準のない・適用されるべき法に関する主張について、一つのありうべき評価基準を提起するものと評しうる。

他方で、適用されている法が適用されるべき法として主張されうることについては、第三節4参照。

(8) 例えば、ドウオーキンのような立場からすれば、適用されている法を解明する作業と適用されるべき法を解明する作業とは区別できないということになる。深田三徳「法実証主義論争」一八頁。(法律文化社・一九八三)参照。ドウオーキンは、適用されている法を裁判官の視点から見る。また、ドウオーキンは、裁判官が法を適用するにあたって、整合性を重んじており、かつそうすべきであるとする。とすれば、裁判官にとつての適用すべき法は、適用されている法ということになり、よつて、裁判官の視点で見る限り、両者は分かち難く結び付いているということになる。日本においても、川島武宜「判例研究の方法」同「川

高武宜著作集第五卷』一七五—一七六頁（岩波書店・一九八二）は、先例的裁判規範とは裁判官の視点から先例的意義を眺めたものであるとする。しかし、適用されている法の解明は、裁判官の視点から行われなければならないわけではない。

ちなみに、法実証主義という用語によって含意されるもの一つとして、在る法と在るべき法との間には必然的な関連が存在しないというテーゼが挙げられる。ハート（矢崎光圀監訳）『法の概念』二九三頁（みすず書房・一九七六）。

- (9) 法典化に関しては、様々な考え方がありうる。イギリスにおける法典化論を概観するものとしては、内田力蔵「コディフィケーション（法典化）について」比較法研究三二号（一九七〇）を参照。また、個々の論者を取り上げるものとしては、水田英雄「法の変動と理論」（成文堂・一九六九）がベンタムを扱っている他、内田力蔵「イギリス法の『法典化』とジョン・オースティン」伊藤正巳編『末延三次選歴記念 英米私法論集』（東大出版会・一九六三）、内田力蔵「サー・ヘンリー・マーンとイギリス法の『法典化』」社会科学研究一六巻二号（一九六四）を参照。イギリスにおいて契約法の法典化は頓挫してしまっただが、契約法の法典化を論じたものとして、A. L. Diamond, Codification of the Law of Contract, 31 Mod. L. Rev. 361 [1968]を参照。また、近年最も注目されるのは刑法の法典化であるが、それについては奥村政雄「イギリス刑法の動向」刑法雑誌三三巻三号（一九九四）、同「イギリスにおける統一刑法典立法化の動き」刑法雑誌三二巻二号（一九九〇）、村井敏邦監修「一九八九年イギリス刑法典草案」法学志林八九巻二号（一九九二）を参照。

他方、一九世紀アメリカにおける種々の法典化論については、松浦好治「Law as Science」論と一九世紀アメリカ法思想（二）」中京法学二六巻四号二六一—三八頁（一九八二）を参照。また、現実に行われた法典化については、田中英夫「英米法総論上」二七三—二七六頁（東大出版会・一九八〇）、丸山英二「入門アメリカ法」三七—四〇頁（弘文堂・一九九〇）を参照。

一九世紀ドイツにおける法典化については、M. John, Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany (1989) が詳しく、ヨーロッパ諸国における法典化に言及するものとして、J. M. Kelly, A Short History of Western Legal Theory at 262, 265, 311-315 (1992) も参照。

- (10) リステイトメントについては、松浦以津子「リステイトメントとは何か」星野英一・森島昭夫編「加藤一郎古稀記念 現代社会と民法学の動向 下」（有斐閣・一九九二）、田中英夫「RESTATEMENT (SECOND) の編纂」アメリカ法（一九六七—）、田中保太郎「米国民普通法の Restatement の意義（一）（二）」論叢三一巻一—四号（一九三四）、末川博「米国に於ける法律改革の運動」論叢九巻五号（一九三三）を参照。

- (11) 内田貴「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報六六巻八号三二頁（一九九四）においても、同様の指摘がなされている。それによれば、「そのような規範を適用して導かれる具体的な解決自体が、いちいち共同体構成員の意識の中に用意されてい

るとは考えていない。紛争解決の具体的帰結がどこかに予め用意されている、という仮定は、あまりに楽観主義であるように思われる」とされる。

(12) 日本において、判例違反は上告理由になるし(刑訴法四〇五条二号。また、民訴法三九四条でいう「法令ノ違背」には判例違反が含まれるものと理解されている)、最高裁における判例の変更は大法廷で行われなければならない(裁判所法一〇条三号)。

(13) 判例と、適用されている法と目されるものの関係については、第一節注(6)参照。

(14) 適用されている法だけを問題にするものではないが、樋口範雄「親子と法——日米比較の試み」(弘文堂・一九八八)は、このような観点からの研究であるといえよう。ちなみに、文化の観点から実定法を見る研究として、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)(二・完)」法学論叢一三三卷一、二号(一九九三)も参照。

(15) 拙稿「イギリス不法行為法における『過失』の認定基準について(一)(二・完)」法学雑誌三八卷一号(一九九一)、三九卷一号(一九九二)。

(16) 一九九四年一月に鹿児島大学において開催された九州法学会において、私は、「民法七〇九条の要件に関する覚書」と題する報告を行った。この報告においては、とりわけ文化との関係に焦点をあてて、七〇九条の要件を論じた。

(17) 本稿を前提にして先の論文を振り返るなら、叙述の仕方が不適切であるといわざるをえない。それはとりわけ、観察の理論依存性との関連においていえることである。本稿第二節(4)参照。(完)