

Title	法は何処に? : 伊東乾君の法学「方法論の方法」を聴く
Sub Title	Wo befindet sich das Recht? : Ein juristischer Methodenstreit
Author	津田, 利治(Tsuda, Toshiharu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.11 (1985. 11) ,p.95- 126
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19851128-0095

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法は何処に？

——伊東乾君の法学「方法論の方法」を聴く——

津田利治

民事法学会同研究会報告
昭和四六年一月四日
於慶應義塾大学第三会議室

法は何処に？

1 現代法学に就いて

A 法源論

- (1) 解釈論と立法論との混淆
- (2) 法源論と解釈論の区別
- (3) 成文法の改廃
- (4) 法内容の変化
- (5) 慣習法の成文法改廃力
- (6) 判例法
- (7) 成文法存否の確認
- (8) 不文法存否の確認
- (9) 現代法学の欠陥

B 解釈論

(10) 社会学的観察の不周到

- (1) 狭義の法律解釈
 - (2) 広義の法解釈
 - (3) 条理
- ### C 所謂「解釈の多義性」
- (1) 現代法学の主張
 - (2) 解釈の地域差と多義性
 - (3) 法概念の相対性
 - (4) 時間差と多義性

結び

2 伊東理論に就いて

A 法学「方法論の方法」

(1) 方法論決定の諸前提

- a 何が法であるか
- b 法文語義の内外
- c 字句からの距離
- d 其他の前提

(2) 法把握の為の仮説

- a 第一の仮説
- b 第二の仮説
- c 第三の仮説
- d 立法者意思の排除
- e 法文の客観的意味
- f 文書解釈の日常形式
- g 其他の仮説

B 法の客観的論理構造

- (1) 客観的論理構造
- (2) 社会的需要と法
- (3) 客観的論理構造と法
- (4) 客観的論理構造と国語の意味
- (5) 客観的論理構造と合理性
- (6) 客観的論理構造の合理性の基礎条件
- (7) 既判力の限界と合理性の基礎条件

片隅に誌す

伊東 乾

去る七月三日の民事法学会合同研究会で、伊東乾君の法学

「方法論の方法」と題する御報告がありました。生憎私は体の調子が悪くて、其の御報告を直接伺うことが出来ませんでした。大変残念でしたが、其の録音を採って頂きましたので、夫れを後で拝聴致しました。夫れに依りますと、昨年五月私が矢張此の民事法学会合同研究会の席で皆様へ概略御話致しましたし、且つ私の「会社法以前」と云うノート代りの書物にも夫れを若干整理して載せて置きましたので、多分聴くか読むかして頂いたであろう、其のことに對する伊東君からの大層懇切な御批判があったのであります。夫れに依って私は色々数多くのことを教えて頂き誠に有難く存じますと共に、依然として私の腑に落ちない点も、其中には間々含まれて居りますので、夫等の点を伊東君の御話の順序を追って、一通り弁明なり反論なり乃至は重ねての質問なりを、逐次申述べたいと存じます。

1 現代法学に就いて

先ず最初に伊東君は私の先般の話を要約されました、次の様に言われます。即ち「一方に於ては所謂現代法学が法律の外の要求を法の中に持込むことを、学者の恣意 *Willkür* であるとして非難すると同時に、他方に於ては法の目的を法律の中に求めて、そして利益状態 *Interesslage* の厳密な分析に基いて解

釈を立てるべきである。そして法律の外の要求を法の中に持込んでならぬと云う訳は、若し其の様にすると、立法論と解釈論とが紛交（混濁）して「了うからである。又法の目的を法律の中に求めた上で、Interessenlageの分析を行えと云うのは、其の様にすることに依つて初めて法律の一義的な解釈が達成出来て、法解釈が学問たり得るからである」と、其の様に私の話を要約されるのであります。

尤も此の点は、前回私の申し上げました話の本筋からは少々のが外れて居りまして、其の *Interessenlage* 分析の点は兎も角、解釈の一義性とか、法解釈学の学問性とか云うことは、法律解釈を完了した結果を見れば、其の様に成つて居る、或は其の様に在りたいとは思いますが、一義的に成るか否かは研究の結果を見て決まることでありまして、法解釈学が初めから法律の一義性を前提として、其処から出発しなければならぬものではありません。又法解釈学に学問、科学たる性質、資格ありや否やも、抑も科学とは何ぞやと云う其の概念の決め方 *Bestimmungsbestimmung* 如何で決まることであつて、学問なるものの或る特定の定義を持つて来て、此の定義に依れば、法解釈学は学問ではないと言われても、私は少しも痛痒を感じません。我々は法の内容を明確にしようとするが、法律学を学問たらしめようと努力するものではありません。私の前回の話が此の点に触れたか否か確かな記憶には在りませんが、仮に触れたとしても、夫れは謂わば傍論 *obiter dicta* でありまして、私の話の

重点は、寧ろ我々慶應義塾の大先輩たる神戸寅次郎先生の遺された業績を検討して、其の神戸学説から今日我々の学び取るべきものは何か、特に法律の主観的解釈説、即ち立法者意思説に對し、日本の学者はもつと真剣な関心を向けるべきではないか、此の点に就いて独乙利益法学から学ぶべきものが在るのではないか、と云う提案を極く控え目に申し述べた積りでありまして、此の点に就いては、何れ何誰かから近い内に御意見を承る機会が在る様に、伊東君も言つて下さいましたので、是非夫れを御聞かせ願ひたいと、期待して居ります。然し今回は此の様な形で私の偶々触れたかも知れない点に就いて、伊東君の御批判がありましたので、取敢えず其の点に就いて御答へ申し上げたいと存じます。

A 法源論

(一) 解釈論と立法論との混濁 先ず伊東君は「仮令津田が現代法学に向つて其の様な批判を投げ掛けた所で、現代法学の側には夫れに対する反論が一応は用意されてある筈である。而も其の現代法学の言い分なるものは、可成り多くの人間が同調する所の、夫れ成りの一つの考え方である」とされまして、そして伊東君御自身も此の反論を「一応の合理性を以て通用する理屈である」と認めて居られます。

然し果して一応の合理性と言える程のものを現代法学は持ち合わせて居るであらうか、先ず其処から始めなければならぬ

りません。伊東君の御話から、其の現代法学側の言い分なるものを伺いますと、「先ず第一に、解釈論と立法論とを混淆してはならないと言うけれども、解釈と立法とは本来其の質を同じうするものであって、現代法学では其の間に本質的差異を認めない。夫れは何故かと言えば、法は動く社会を妥当に規律するものである以上は、若し其の法自体が社会と共に動くものでないならば、法に妥当な実生活の規律を期待することが出来ない。だからこそ人は成文法以外に、慣習法とか判例法とかも、法源として認めるのであって、而も成文法欠缺の場合だけ之を認めろのではなく、成文法を改廃する不文法なるものをも承認する。然し慣習法が成文法を改廃し得るとするならば、其のことは同時に、改廃される迄の成文法も時々刻々慣習の力で変化して居ることを意味するものでなければならぬ。左もなければ慣習法は或日突然に出現すると云うことになって了うからである。だから立法に依る法の改廃と云うのは、幾つか在る法改廃手段の一つであつて、或る法を飛躍的に改廃するには立法手段に依るけれども、漸進的な改廃は解釈に俟たなければならぬ。だから立法と解釈とは程度の違いが在るだけで、質は同じである。」斯う云うことであろうと思います。

(2) 法源論と解釈論の区別 然し私から見れば、之は誠に杜撰な見当違いなのでありまして、夫れは成文法だけが何か解釈以前に固有の存在を有つて居て、慣習法などは解釈を離れては夫れ自体の存在を有たず、解釈の中にのみ存在するとても

考えるのでありましょうか、兎に角成文法と慣習法又は判例法とは、其の実定法としての性格や効力に何か本質的差異が在る様に考えるものと思われません。私は成文法も慣習法や判例法其他の不文法も、何れも実定法たる資格に於ては同じであつて、唯、其の法源としての姿や其の成立要件が違つただけであり、其他の点で法たる性質や効力に上下が在るとは思いません。現行の実定法体系の中には法源として確認される成文法あり慣習法あり判例法あり、之等一切の法源の中に「法」(現行の抽象法)なる現象が在るので、当該各法源の中に、現に与えられる法が如何なる規範的意味内容を有つて居るか、が法解釈、特に狭義の法解釈の問題であります。之に反して何処に如何なる姿で法が現存するか、即ち法の在り方と言いますか、法存在の形態、態様を論ずるのは法解釈論ではなく、法源論の役目であると理解致します。無論法解釈学は広く各法源に就いて其処に在る法の解釈を総合的網羅的に取扱うのでありますから、先ず其の対象たる法を内含する法源其のものを的確に捕捉しなければ法解釈の施し様が無いのです。ですから法源論と法解釈論とは別物だと言いましても、此の両者が全く無関係な現象を取扱う別系統の学問の問題ではありません。我々の研究活動の中味を分析して見れば、其の中には此の両方の分野に属する作業が結合されて入つて居る訳ですが、唯、強いて分けて考えれば、先ず法の存否を問題とし、凡ゆる形態で現存する法を網羅的に把握する。夫れが法源論の仕事です。そして其の捉えられた種々の形態の法の

内容を総合的、体系的に明かにする。夫れが解釈論の仕事です。此の両者の観察対象には、謂わば法の形式の面と、其の内容の面との違いがあります。尤も現実の研究活動の中では、之等は實際上合体して同時に取上げられ、一々何れが先、何れが後と云う順序を付けて、段階的に別々に研究される訳ではありません。夫れ所か、存否も判らずに内容だけを判断したり、内容も判らずに存否だけを判断したりすることは、不可能な場合が多いのでありますが、唯、仮に之を強いて分けて考えるとすれば、法源論だけでは法の内容は未だ判らない、解釈論だけでは法の存否が未だ確認されて居ないと云うことになります。

(3) 成文法の改廃　そして其の法源論に就いて見ますと、成文法にしても慣習法にしても、之を単なる社会的現象として事実を認識することが問題ではなく、夫々其の成立に必要な法的条件がありまして、其の成立要件を完全に具備するとき、初めて其の当該成文法なり慣習法なりが法的に存在すると認められます。又夫等の成文法や慣習法が後になって改廃された、即ち廃止、変更又は補充があったと法的に認められる為には、矢張其の改廃に必要な条件が充たされて居なければならぬのであります。其の各種の法改廃事由の内、最も一般的なものは、新法の施行でありまして、新法に依り旧法が明示的に、又は黙示的に改廃されます。其の外にも特殊な法改廃事由は考えられましょう。例えば所謂限時法（時限法）などの場合には、其の法律自体の中に定める改廃時期の到来と云う様に、法の特種な

改廃事由は色々考えられましょうけれども、兎に角特定の成文法規なり慣習法規なりに就いて、斯様な何等かの改廃事由が現に生じたときに、当該成文又は不文の法規が其の限度で改廃されたと認め得るのであります。個々の法規に就いて其の制定、改廃事由のデータを具体的に明かにするのも、法源論の役目でありまして、斯様なデータを個々の法規に付き個別具体的に把握することは、必ずしも常に単純且つ容易なこととは限りませんが、然し夫れは学問上常に可能なことであり、且つ必要なことであります。

(4) 法内容の変化　ですから成文法は一旦成立すれば其のまま何時迄も其の内容が変らないと云うのは、固より其の成文法が改廃されない限り其の内容は変らない、と云う意味でありまして、法源として其の存在形式に変形を受けずに其のまま存続する限り、と云う前提で言うことであります。法源論で法の存在の仕方が不変であると確認される限り、解釈論の範囲内で法の内容が変化することはない。法の内容が変化するのは専ら法の存在の仕方に變動があるからである。夫れは法源論の範囲内の現象であって、一般的には新法の制定に依り旧法が直接間接の影響を受けるからである、と云うことであります。而も此のことは何も成文法だけに特有の現象ではないのでありまして、不文法の場合でも少しも変りはありません。一般の形としては前法が後法の施行に依り改廃されるのでありまして、其の後法は必ずしも前法と同じ種類の法源に属するとは限りません。

前法は慣習法で、後法は成文法である場合もあれば、前法は成文法で、後法は判例法であることもあります。

(5) 慣習法の成文法改廃力　ですから伊東君の指摘される現代法学の言い分のように、前法は成文法で、後法は慣習法である場合に、其の成文法が慣習法に依り改廃され得ると云う点は、無論承認しなければなりません。然し現に斯様な改廃が在ったと認め得る為には、其の後法たる慣習法が其の成立要件を既に具備して居ることが、先ず以て確定されなければなりません。慣習法が未だ其の成立要件を具備しないのに、其の以前から現行の成文法の内容が、後に成立することあるべき慣習法、即ち未完成、未施行の、謂わば未必的な慣習法に依り、予め影響を受ける等と云うことは在り得ない筈であります。仮令其の以前に当該慣習法の土台と成るべき慣習が、事実上徐々に形成されつつあったとしても、夫れが未だ慣習法として法たる要件を具備しない限り、其の慣習は未だ法ではなくて、所謂「事実たる慣習」に過ぎませんから、成文法を改廃する力もありません。事実たる慣習の成立は法の改廃事由とは認められません。此のことを前提として民法第九二条が設けられて居るのであります。事実たる慣習は一定の条件の下に、法律行為の内容を補充する効果があるに過ぎないのであります。

そして慣習法が成立するや否や、其の慣習法に抵触する内容を有つ成文法は、其の瞬間に突然当該慣習法に依り其の限度で改廃されます。廃止変更又は補充されます。無論其の慣習法自

体が其後次々に成立する新たな慣習法に依り、其の内容を少しづつ変化して行く様なことも考えられるであります。其の結果全体の経過を大局的に眺めれば、漸進的な改廃が在ったと言つて略々差支えないこともありましようが、然し其の場合でも精細に観察すれば、其の都度細かな段階を以て、突然の連続的变化が幾つか重なつて居て、複数の改廃が其の都度行われるのであります。決してなだらかな曲線を描いた連続的变化が一個だけ在るのではありません。或は又遡及効の有る慣習法が成立することも、觀念上在り得ないことではありません。其の様な慣習法が成立しさえすれば、当該慣習法成立の時より遡つて既存の成文法の内容が変更されることも在りましようが、其の場合でも其の遡及効其のものは矢張り当該慣習法の内容の一部でありまして、当該慣習法の成立を俟つて初めて發生することに変わりありません。だから其の様な場合でも、慣習法成立前から、予め事実たる慣習の力で徐々に成文法に変更を加えることにはなりません。ですから伊東君の言われる様に、若しも現代法学が、事実たる慣習の力で成文法が徐々に変更される等と言ふのだとすれば、夫れは全く誤つた見解であります。慣習法と事実たる慣習との本質的差異を弁えないもの、且つ民法第九二条の規定に正面から抵触する考えであると言わなければなりません。今迄無かつた慣習法が新たに成立する以上、或日突然に成立する以外に、成立の仕様はありません。従つて之に依り従前の成文法が変化するとすれば、或日突然に変化する

る以外に、変化の仕様はありません。論者の見解は、恐らく慣習の社会的生成過程と云う社会的事実の認識と、慣習法成立と云う法的現象、一種の法効果発生を認定する法的判断とを混同した為に招いた誤解であろうと推測致します。

(6) 判例法 此の点は判例法に就いても同様であります。或る判例法が現に成立したと認められる限り、其の判例法成立前とは異つた内容の法が、当該判例法の内容に依りて出来上つて参ります。従前の法は其の限りで廃止変更又は補充されます。然し当該判例法が成立する以前の、其の土台と成るべき個々の裁判其のものは、夫々当該具体的事件に関する具体的権利義務(主観法、具体法)に就いての既判力の淵源ではありませんが、法学の直接の研究対象たる、抽象的法規範(客観法、抽象法)の法源ではありません。判例に現われる具体法の研究は、法社会学上大いに興味がありますが、夫れは法律(客観法)の規範的意味内容把握とは別問題であります。個々の裁判又は其の集積は其のままでは法(客観法、判例法)たる効力を有ちませんから、従前の成文法の内容を変更する力もありません。だから夫れが従前の成文法の内容を徐々に変更しつつかある等と云うこともない筈であります。判例法の成立が認められて初めて、従前の法が其の限度で、且つ其のとき突然に改廃されるのでありまして、其の意味で或日突然に変わるのです。又時には適及効を以て変わることもあり得ると云う訳です。

(7) 成文法存否の確認 尤も慣習法なり判例法なりの成

立、施行の日時地域を確定することは、成文法の成立、其の施行の日時や区域を確認する程には簡単でない場合が多いであります。其の認定の材料や認定の基準等に於て、学者の意見が別れることもありましょう。然し其の点は実は成文法に就いても、程度の差はあれ同様でありまして、或る特定の法律が果して法律として有効に制定されたか、何時何処に施行されたかは、必ずしも常に一見明瞭とは言えません。昔のことを言えは其の様な事例は幾らでも出て来ますが、夫れ程古いことを持ち出す迄もなく、現在我々の目の前に在る法律でも、例えば彼の借地法、借家法が制定されたのは大正一〇年でありましたが、其の当初は当時の所謂五大都市及び東京大阪両市に隣接する若干の特定町村だけに先ず以て施行され、其後施行地区を指定する勅令が何回か出まして、其の都度其の施行地区が追加され、最後に昭和一六年初めて全国に施行される様になつたのですから、或る特定地区、例えば各人の生れ故郷の地とか、何処か出先の地とかに、借地法借家法並びに夫等の改正法律が一体何年何月何日に施行されたかは、矢張り一々調べて見なければ判らないのでありまして、殊に其の間に行政区画の変更、例えば町村合併に因る市の新設又は市の区域拡張があつたりして、其の調査は場所に依り必ずしも夫れ程簡単ではない筈であります。然し夫れでも調べさえすれば、何時何処に借地法借家法並びに夫れ等の改正法律が施行されたかを確認することが出来ます。又例えば先般「大学の運営に関する臨時措置法」其他時々何かの

法律案が国会で強行採決されたと言われますが、夫れでも法律として有効に制定されたと言ひ得るか否かは、憲法や国会法との關係で、全く疑問が無いとは言えないであらうと思ひます。だから成文法であつても、果して有効に制定されたか否か、何年何月何日に何処に施行されたか、即ち法源としての存否が一見明瞭とは限らないのであります。然し夫れでも其の施行の時期及び区域は個々の法律の個々の規定に付き、之を確定し得べく、法律学は之を確定する任務があります。其の調査が面倒困難であるからと言つて、其の確認の作業を怠り、例えば「借地

借家法は、其の制定後略々二〇年程の間に段々と其の施行区域を広げ、遂に全国に施行される様になつた。夫れは地方の都市化に並行する措置であつた」等と云う大雑把な社会的説明で、法律学の任務を果したと思つて居てはならないのであります。

(8) 不文法存否の確認 慣習法や判例法は、其の成立又は消滅の日時場所が一層漠然として居るものが多い。然し如何に漠然として居ても、我々の学問としては、其の漠然たる中に存否の決め手を發見して、其の成立や消滅の時期場所を確認する任務が有る筈です。其の様な学問的任務を学者が自覚せずに、何時の頃か又何処の地域からかは知らないが、自然に段々と慣習法が出来て広がつて来るとか、之に因つて成文法の内容が何時何処からとは無しに段々と變つて来る等と云う謂わば原始的な非科学的な良い加減な認識や説明で満足してつて、夫れ以上の詮索を停止すること等は許されなないと思ひます。伊東君の

示されました現代法学側からの反論なるものは、要するに此の程度の大雑把な言ひ分に過ぎないのであります。私としては其の点自分に我慢が成らないのであります。

(9) 現代法学の欠陥 だから此の實際現代法学の諸君に対して、私から緊急に御願ひ致したいことは、若し現代法学が飽く迄も、成文法は正規の改正の手續を経ないでも、社会と共に時々刻々其の内容を變化しつつある、と主張されようとなされるなら、其の实例を具体的に幾つか挙げて頂きたいのであります。民法でも刑法でも或は何法でも結構です。どの法律の第何条の規定が、何時何処でどの様な内容からどの様な内容に變化して居ると言われるのか、尚お、出来れば其の時々刻々の變動の具體的狀況、其の日時場所、並びに其の様な變化を認定する材料、根拠は何か、夫れを現実に存在する具體的な实例で、幾つか示して頂きたいのです。若し現代法学の諸君が主張して居られる通り、「法は時々刻々、社会と共に變化する」とすれば、其の様な实例は随所に転がつて居なければならぬと思われまますので、其の中から成る可く紛れの無い、代表的な例を、正確なデータを添えて、幾つか御示し下さるのに、夫れ程苦勞は在るまいと思われまます。万一夫れに苦勞する様であれば、其の点だけでも現代法学の主張はイカサマであるか、少なくとも誇大であると言われても止むを得ないでありましよう。

所が誠に心外なことと言ひますが、従来一般に挙げられる实例なるものが良いかと思ひますが、

を拝見しますと、其の何れもが皆揃いも揃って御粗末的外ればかりでありまして、的確なデータを具えた適例と言えるものは、一つも挙げられて居りません。少なくとも私の目に触れ、耳に聴く限りでは、其の様に言つて差支えないと思います。即ち偶々其の例として挙げられるものを拝見致しますと、同一法規の内容が、其の施行区域内の全部に一樣の意味を持たないで、施行区域内の或る地域と他の或る地域との間で、例えば東京と大阪とで、別個の意味になると云う例は、一つも挙げられて居りません。挙げられた例は総て時間の前後で同一法規の内容に変化があると称するもののみであります。之すら其の一部は、旧法が新法に依り直接間接の影響を受けて、法内容に変化を生じた場合、即ち新法に依る旧法の廃止変更又は補充が在った場合、換言すれば正規の改正手続がある場合に外ならないのであります。残りの例は法の内容が変わつただけではなく、其の法規の適用される生活関係の規模や形が変わつただけであるのに、之を法の内容が変わつたと誤解して居るに過ぎない場合なのであります。例えば公序良俗、相当の期間、正当なる事由、止むを得ざる事由などと云う所謂白地規定の適用される個々の具体例が、貨幣価値の変動や、生活形態の変化などに因り、色々な金額や期間に、昔と今とでは数字の上に著しい開きが生じて居る。夫れを法の内容の変化であると誤解して居るが如き之であります。例えば民法第五四一条で契約解除の爲に行う履行の催告には相當の期間を定めることになつて居ますが、其の期間が相當であ

るか否かは、各具体的場合の具体的な総ての事情を綜合して判断すべきことは、明治の時代から今日に至る迄何等變つて居ないので、だからこそ金一円を支払えと云う催告の期間は、昔なら恐らく一月以上必要と認むべき場合が多かつたでしょうが、今日では恐らく三日もあれば充分と認められる場合が多いでしょう。或は現に巴里に在る或る特定の美術品を東京で引渡せと云う催告ならば、其の期間は昔なら恐らく三月又は夫れ以上必要であつたでしょうが、今日では恐らく一週間で充分と認められる場合もありましょう。之は民法第五四一条の規範的意味内容が變らないからこそ、具体的数字に差異を生ずるのであつて、之を法内容の変化と誤解してはなりません。尚お、以上の外に従來の通説の誤りが証明されて、新學説が通説の座を奪つた場合等も挙げられますが、其の場合新説は決して「従前は旧説の解釈が正しかつたが、今之を改めて新説の解釈の通り法内容を変更する」と主張するものではなく、「旧説は元々初めから誤りである、法内容は初めから新説主張通りの内容であつた」と言うので、其の主張が通つたのですから、今迄は正しい法内容が實現されなかつたのを、今や之を實現し得たと云うに過ぎません。法社会学的な法的事実探究 *Rechtstatsachenforschung* の立場で觀察すれば、法の取扱が現実に變つたと見るのでしようが、法律学の立場では違法状態が無くなつただけで、法其のものは變つて居りません。何れにしても嚴密な意味で「法の改正が無いのに、法の内容が變つた」と云う实例に今迄一度も御目

に掛ったことが無い、と言って良いと思います。

然し今からでも遅くはありませんから、若し諸君の手で其の正確なデータを持った実例を示して頂けますならば、夫れは學問上貴重な研究材料と云うべきでありまして、其の折には私は改めて法の内容変化の法的原因は何か、新法が旧法を改廃するとか、其他既に知られた法改廃事由の外に、今迄知られて居ない新たな法の改廃事由として加えるものが在るか否かを、再検討しなければならぬであろうと思います。然しそうは言っても、其の実例が与えられないでは究明の手掛りもありませんし、又実例の有無に拘らず其の様なことを概念的に先走って考える必要も無いでしょうから、私としては今の所其の実例待ちでありまして、的確な実例を御示し下さる迄は、どうも残念ながら此の点現代法学の主張は全部間違ひであると考えなければならぬと申上げる訳です。ですから是非其の代表的な実例を示して頂きたい。そして夫れに正確なデータを添えて頂けましたならば尚更有難いことでもあります。

(10) 社会学的觀察の不周到 無論大きな歴史の流れと云

う様な大局的、巨視的な macro の観点から見れば、時代と共に実定法の内容は変化します。然し果してどの法律のどの部分が何時何処でどの様な内容からどの様な内容に変化したかと云う微視的な micro の觀察は、別途に各法規に付き個別に究明しなければならぬことでありまして、法律学は正に此の微視的觀察の上に構成されなければならぬと思います。左もなけ

れば我々の日常生活に於ける各個の権利義務の具体的把握は不可能であるからであります。例えば明治大正以来永く続く借地關係に就いて、現在尚お紛争の起ることは決して珍しくありませんが、其の關係を法律的に正しく判断するには、単に其の事件の社会的背景、例えば一般的な土地利用の形態、土地所有権や借地権の需給の緊張度、其他社会的諸条件の変動の情況を、如何に綿密に把握しても、夫れだけでは権利義務判断の手掛りを掴むことは不可能でありまして、何は兎もあれ其の土地の所在地に借地法が何年何月何日に施行されたかを先ず以て確認することが先決であります。之に依り初めて当該紛争事件に於ける借地権の存否態様、特に其の存続期間、其他他権利義務の内容の具体的判断の基準となる主要の実定法上の根拠が獲得されます。少なくとも法律家であるならば、其所を出発点として紛争解決に当らなければなりません。其の様に或る法規の施行の時期場所などを確定する必要は、必ずしも借地法の様な成文法に就いてのみ在るのではなく、成文不文を問わず、凡ゆる法規を通じて一樣に其の必要がある筈であります。だから法律問題を解決の為、直接必要な手掛りは、決して社会的背景、社会的事実の認識ではなく、適用法規の法源としての存否を先ず正確に把握するのでなければ、法律的な判断は何も出来ないものであります。不文法の場合でも、何時とは知らず、何処とも知らず、誰も気付かぬ内に自然に徐々に法が出現したり、変更消滅したりする等と言って居たのでは、法学的觀察としては無意味に近

く、少くとも実務上全く使いものにならない、と云うことを銘記すべきであらうと思ひます。

B 解釈論

(1) 狹義の法律解釈 以上は総て法源論の範圍で確定すべき問題でありまして、法解釈固有 proper の領域には入りません。法解釈は之から先の仕事でありまして、前回の私の話も専ら此の法解釈、特に法律解釈に關してのことでありました。詰まり特定の時、特定の地乃至特定の社会に、法源として存在することの確認された成文不文の法定法規に就いて、先ず第一に其の法規範としての意味内容を其の在るがままそっくり正確に理解し再現する作業であります。与えられた総ての法源に含まれる法、換言すれば特定の時、特定の地乃至特定の社会に於ける現行の成文不文の法規に付き、其の法規範としての意味内容を、各部分部分毎に、而も全体を綜合した関連の中で、明かにするのが法解釈学の第一に為すべき基本的作業であり、固有の意味に於ける法解釈又は狹義に於ける法解釈と謂われる仕事であります。そして我国では従前から所謂成文法主義を採用、就中憲法上の法律、即ち Gesetz を以て法制度の根幹を定めますから、法解釈も自然に此の法律の解釈に力点を集中することに成りまして、法律学は此の法律の定める法 Gesetzrecht, gesetztes Recht の把握、解明を其の主要な任務とすることに成ります。法律の解釈はどの様に遂行したら宜しいか、夫れが

法律学、法律解釈学の方法論でありまして、私は従来の概念法学の方法は固より、法律文言の客觀の意味究明を前提として其の土台の上に構築される自由法説や社会学的目的論的現代法学の方法では、其の目的を達成することは困難であると考へます。少なく共、立法者の意思如何を究明することから解釈作業を始めなければならぬし、其の立法者の意思を解明するには、立法当時立法者の置かれた政治的、社会的、經濟的、國際的其他各般の情況を勘案して、立法者は何の為に当該法律規定を設けたのか、如何なる生活狀況、利益紛争の狀況を把えて、夫れをどの様に規制しようかと欲したかを明かにすべきであります。其のことを前回御話したのですが、此の狹義の法律解釈の中には法創造的作業は全く含まれず、単に立法者が当該法律規定を以て設定した法規範の内容を Sollens 又は Gebots として其のまま受取り再現する純粹に価値認識的、及び価値説明的、価値叙述的作業であります。固より此の限りでは解釈者は法の創造を一切致しませんから、解釈と立法とは本質的に別異の事柄です。而も此の狹義の解釈は、法解釈学の基本的中心的作業でありまして、総て之を基礎とし出発点として、爾後の法科学作業が展開されます。

(2) 広義の法解釈 然し此の狹義の解釈に依り各部分の規範内容が明かに成った法定法なるものは、成文法不文法全部併せても、決して完全無欠な、隙間も矛盾も無い lückenlos widerspruchlos なものではなく、現に其の制定当初から随所

に隙間や矛盾を含んで居りますし、其の上時が経つと共に、社会生活の実態の変遷に伴って、其の隙間が広がったり、或は前には無かった隙間が新たに現れたりします。尤も其の反面では従来在った隙間が段々狭まったり、実質的に消えて無くなることもあります。時には立法者自ら法律の実質的な内容上の不備欠陥や法文表現の形式上の不備欠陥に気付きながら、敢えて其のまま制定された法律規定すら稀ではありません。夫れは如何に綿密、周到に法律文面を綴って見ても、遠い将来のこと迄見通して、起り得べき千差万別の生活関係を悉く取上げて、之を適正に規制し得る様な法規を予め完成して置くことの不可能性を立法者自ら心得て居るからでありまして、法律は唯、將來起り得べき重要な生活関係だけを典型的に取上げて規制するに過ぎません。立法者の予想しなかつた生活関係、予想はしたが敢えて規制しなかつた生活関係が沢山あります。時には立法者が法律文面の不周到性、不特定性を知って、其の蔽密な補足又は特定を明示的又は黙示的に、学説判例に委ねる場合も、可成り度々あります。法、特に成文法規は、所詮不完全な人間努力の一産物に過ぎませんから、其の何処かに不備欠陥のあるのは止むを得ない所でありまして、嘗て考えられた様な法の無欠陥性、完結性 *Lückenlosigkeit, Geschlossenheit* は学者の幻想に過ぎない筈であります。

尤も現代法学では、之等各種の法の欠缺を全部又は一部認める人、認めない人、又其の認否の仕方にも色々ある様ですが、

之を認める立場の人々であっても、其の多くは法規制定後に後から生じて来る謂わば後発的欠缺のみを問題とし、制定当初から在る先発的、原始的欠缺を見逃し勝ちであります。然し実は其の当初から在る原始的欠缺の方が問題として一層重要でありまして、此の方の処理を決めずに、爾後に発生する後発的欠缺のみを取上げましても、問題は片付きません。寧ろ現代法学は制定当初の法規は当分の間、完全無欠であると考える所に、古い概念法学の誤謬を引継いで居ることになると思います。

何処に如何なる隙間や矛盾が、最初から在り又は後に現れたかを確認するのも、法解釈学の重要な任務、狭義の解釈に依り確認される実定法の直接規制する領域の限界を画定する仕事であります、之に依り実定法が直接包覆する部分と、実定法の規制が直接には包覆しない部分との境界線が明確にされますが、問題は夫れだけに終らず、斯様に確認された実定法の境界外、即ち実定法の隙間や矛盾、所謂法の欠缺領域に現実に生起する個々の生活関係を、法律的に、特に裁判上どう処理したら宜しいかと云う問題、実定法欠缺の場を裁判上如何にして埋めるかを究明するのも、矢張り法解釈学の避けて通ることの許されない大切な仕事とされまして、之も「広い意味での法解釈」の中に含めて考えます。夫れは一つには今日の裁判制度、特に民事裁判の制度が、「裁判所は実定法に規定無きの故を以て裁判を拒否することを許されない」旨の建前を取ります為に、斯様な生活関係に就いても、裁判所は正規の手続で求められれば、之

に対し法的判断を下さざるを得ない訳ですから、法律学の側でも、裁判官を正しい裁判に導く為には、其の様な裁判をする際の裁断基準となる規範を予め研究の上、之を裁判官に提案する任務を負うのであります。考え様に依つては此の仕事の方が、狭義の解釈の仕事よりも一層遣り甲斐のある重要なことと見ることも出来ましようが、果して何方に学問の重点を置くべきかは、今此処では直接問題ではありません。

(3) 条理 兎に角此の実定法欠缺の場合と云うのは、我国では一般に条理の支配する領域とされまして、其の条理が個々具体的に如何なる形で具現するか、条理に基く裁判で裁判官は何か或る具体的権利義務(具体法)を宣告しなければなりません。裁判官が其の具体法を獲得する基準となる直接の規範は何か、どうすれば其の規範を獲得し得るかが法解釈学上、今言いました広義の法解釈学上の重要問題でありまして、法の類推とか反対解釈とかが論せられる主要な領域であります。無論、類推や反対解釈は狭義の法解釈の範囲内でも問題になります。夫れを支配する原則は一樣であると見られますから、其の主要領域である広義の法解釈の所で纏めて研究されるのが一般の遣り方であろうと思ひます。そして此の領域でも、私の考えでは、当該事件に於ける具体的利益状況と、立法者が法律の中で捉へた典型的利益状況との比較衡量が決定的役割を演ずべきものと考へます。例えば類推の可否は、従来の学説では、一般に法律上の構成要件と、当該事件の具体的な構成事実とを

比較して、其の両者に概念上の共通性又は類似性があるか否かで、類推が可能か否かを決定すべきものと説かれて居ますが、私の考えでは、其の様な概念上の共通性乃至類似性などは問題ではなく、専ら其の利益状況の比較で類推の可否を判断すべきものと思ひます。何れにせよ此処迄来れば法解釈学は実定法の中には存在しない法的規範を創造して呈示することになりますから、法解釈学も立法者同様法規範を創造すると言つて差支ありませんが、夫れでも尚お法解釈学的な法創造は、立法とは區別しなければなりません。此の作業は解釈者が、与えられた実定法の外部に、勝手に自分で新たな「実定法」を制定するものではありません。当該具体的事件に付き、条理を働かせれば、如何なる具体的な裁断基準が獲得されるか、判決規範、即ち具体的権利義務を引出す直接の基準如何の問題でありますから、普遍的抽象的な法規範ではなく、当該事件にのみ妥当する具体的な裁断規範であります。文面上は假令一般的抽象的な表現で述べられて居ても、其の部分は一個の単なる学説上の主張乃至判決理由の一部に過ぎず、夫れに対し一般国民や他の裁判官に對する一般的拘束力を有たせる意味も意思も含みません。だから、夫れ自体に法源性はありません。無論、場合に依つては斯様な学説判例に基いて新たな立法が為されたり、判例法や慣習法が形成されたりすることは在り得ますが、其の際には夫れは実定法の一部に組込まれ、法源其のものとして狭義の法解釈の対象となり、又其の限度で法の欠缺も解消し、従つて最早条理

の介入する余地もありません。法社会学其他の一部の学者は法
律学の研究対象として、抽象法、抽象的法規範を軽視して、具
体法、具体的法規範のみを問題とする傾向もある様ですが、私
は此の立場を取りません。又条理其のものが法源か否かも問題
ですが、私は之を法源とは考えません。条理自体は法源不在の
箇所随時普遍的に働く謂わば公理の様なもので、特定の規範
内容を有つものではないからであります。然し夫れも実定法で
あると云う主張があるとすれば、夫れは「実定法」と云う名称
で何を言い表わすかと云う用語の争に過ぎないでありましょう。
此の実定法不在の場での条理具体化の把え方如何、或は広義
の法解釈の方法如何も、法解釈学としては是非解決しなければな
らない重要課題の一つですが、私の前回の話も、之に対する伊
東君の先般の御話も、直接此の問題には触れて居りませんので、
時間の関係上此の問題の討議は何れ又の機会に譲りまして、結
局現代法学は之等様々な問題の性質上の差異を無視して、全部
一と擱みに大雑把な觀察に依つて解決出来るものと思つて居る
から、立法と解釈とは同性質であるなど云う飛んでもない錯
誤に気付かず居るのではないかと思われまます。

C 所謂「解釈の多義性」

(1) 現代法学の主張 次に私の意見に対する現代法学側
の第二の反論として、伊東君が挙げられますことは、解釈の多
義性に就いてでありまして、「若し解釈の一義性と云うことが、

法は改廃される迄何年でも何十年でも同一の意味を有つべきだ
と云う意味だとするならば、夫れは決して在り得べきことでは
ない。若し人が、全く同一の法文が、法律の法文でありさえす
れば、日本でも独乙でも、同じ意味しか有たないと云う風に考
えるなら、夫れは妄想であつて、法は社会を規律するものでは
あるから、異なる社会に於ける法は、法文が同一でも、異なる意
味を有つことがある筈である。夫れと同じ様に、何年でも何十
年でも、社会其のものが全く同一で変わらない場合に限つて、同
一の法文は何年も何十年も、同一の意味を有ち続けることが出
来る筈である。だから論者の所謂一義性と云うものは、解釈の
決して期待し得る所ではない。斯様に現代法学の立場からは、
私に向つて答えるであらう、と言われまます。

(2) 解釈の地域差と多義性 然し之も大變な思慮不足に
因る見当違いとしか私には考えられません。「日本でも独乙で
も」と言われますと、國が違ひ言葉も違ひますから、日独双方
に同じ法文、同じ言葉で書かれた法規が、現行実定法として妥
当 *solten* する等と云うことは、夫れ自体一寸現実味に乏しく、
実感が湧き悪いのですが、或は國際私法上の準拠法、又は國際
条約に基く統一法などを念頭に置けば、夫れに近い実例が考え
られるかも知れません。然し此処ではもう少し私にも解り易く
して頂いて、仮に之を日本国内での別異の地域での同一法規の
意味のことに引き直して考えれば、例えば「浪速の輩は伊勢の
浜荻」と言われます様に、地方地方で、或は時代時代で、夫々

単語の意味や発想形式など違った点が在りますから、同じ文句、同じ文章だからと言って、日本国中何処へ行っても、又遠い過去から現代に至る迄、夫れが常に同じ意味に通用する等とは無論言えないであります。然しだからと言って例えば民法とか刑法とか民事訴訟法とか云う特定の成文法典の或る特定の文句や文章が、東京と大阪とで違った意味になることがあると主張されるのでありましようか。本當に其の様なことがあるのでしたら、其の実例を具体的に示して頂きたいのであります。其の実例を一つも示し得ないのでしたら、現代法学は嘘を吐いて居ることになります。

(3) 法概念の相対性 尤も色々な法令の中に同じ言葉、同じ文句が彼方此方に使われて居りまして、而も夫等は常に必ずしも同じ意味で使われるとは限らない、と言うのであれば、夫れは其の通りです。例えば人と云う言葉、物と云う言葉、占有と云う言葉、之等は民法にも刑法にも使われて居りますが、然し民法に於けると刑法に於けるとでは、同一語が必ずしも正確に同一概念を表わすとは限らない。又有価証券と云う言葉も、商法に於けると証券取引法に於けると、更に刑法や民事訴訟法に於けるとでは、夫々別異の意味を有つものと理解しなければならぬであります。更に此のことは民法と刑法との間の様に、別個の法典中の共通の用語に就いてだけ言えることではありませんで、同一法典中の同一用語ですら、別個の規定の中では、若くは同一規定の中に繰返し出て来る場合ですら、別個

の意味を有つことも在り得るのであります。例えば持分と云う言葉は、共有の持分でも会社社員の持分でも、夫々二た通りの意味で用いられて居ることは、現在では殆ど争のない所でありますし、又同じ代理人と云う言葉でも、普通の代理人の外に、法人の理事に就いて用いられる場合、占有に就いて用いられる場合、株式の名義書換代理人などと云う場合、夫々其の場特有の意味に解釈しなければならぬであります。斯様な用語の意味の不統一に就いては、既に Müller-Erzbach が「概念の相対性」*Relativität der Begriffe* と名付けて、夙に之を指摘して居ることであります。今日では殆ど完全に学問上の術語として定着し、市民権を獲た思想であると言って良いであります。

然し此のことと、今伊東君の指摘される現代法学が「日本でも独乙でも」と言つて居ることは全く似て非なるものであります。此方は同じ言葉が法令中彼方此方に用いられて居ても、夫等は必ずしも同じ意味で用いられるとは限らないと云うのではなく、或る特定の法令の或る特定の規定の中に用いられた或る特定の文句が、其のまま地方地方で、即ち日本と独乙では別個の意味を有つと云うのです。民法なら民法のどれか或る規定を持ち出して、其の第何条かの規定が、日本ではAの意味に解釈されるが、独乙ではBの意味に解釈されなければならない、或は長崎では甲の意味に解釈し、仙台では乙の意味に解釈しなければならないと云う様に、各地方地方の用語例に従つて、不

統一な解釈をしなければ、正しい解釈とは言えないと主張する、と言われるのです。本当に現代法学は其の様な馬鹿氣たことを本氣で考えて居るのでありますか。

(4) 時間差と多義性 其の上更に此のことを其のまま時間の隔りの際の語義の変遷に移し替えて、「夫れと同様に」法律は改正されなくても、時が経ち社会が変れば、或は用語法が変わただけでも、夫れに連れて自動的に法の内容も変わる、と言うのだそうですが、其の様な安易な推論が果して成り立つのでありましょうか。例えば用語法が変わただけでもと言えば、戦前の法令は総て片仮名文語体で、而も旧仮名遣い、濁点も句読点もありませんが、今日の法令は総て平仮名口語体、而も当用漢字で新仮名遣いに成って居ります。之に因って戦前からの法律、民法でも刑法でも民事訴訟法でも、其の内容がどの様に変化したのでありましょうか。戦前の表記法のままでは、現在の当用漢字や新仮名遣いの頭では読めない箇所が沢山出て来ますが、其の様な規定は全部無効に成ったと言えるのでしょうか。夫れとも斯様な変化は用語法の変化とは言わないと主張されるのでしょうか。一体用語法が変わただけでもと言うのは、どう云うことを指すのでしょうか。其他社会が変れば、と言われるとき、社会のどの点が何時何処でどの様に変れば、法のどの点が何時何処でどの様になるのでしょうか。其の正確な因果の結び付きを必然ならしめる法的要件を明かにせずに、唯何となく「社会の何処かに変化があった、法の何処かも変わった」と云う

二つの現象を事実として漠然と観察しただけで、安易に無責任に法的因果の關係を断定するものとしか見えませんが、如何なものでしょうか。更に又、我々の経験した身近な現象として、例えば新憲法の制定に始まり、法律制度の急激な変革があり、夫等の法律に先導されて、社会変革が促進されたことは、顯著な歴史的事実と言えましょう。此の場合には法の変化が先行して、社会変革が之に追隨するのですから、其の間に因果關係が在るとすれば、夫れは論者の主張とは反対に、法の変化が原因で、社会の変化は其の結果であるとしなければ、理屈が合いません。現代法学は之をどう見るのでしょうか。論者の主張は、法律事実と法効果との規範的因果關係を云うのではなく、社会現象的な事実の自然的因果關係又は大摺みな統計的判断としては、或る程度の蓋然性は在るものと認めても良いかも知れませんが、然し法律学は其の様な悠長な結果論的辻褃合せを論ずる学問ではありません。我々が法律の保護を背景に、日常生活の各種の行動を安定的に展開して行くことの出来る為には、其の個々の行動の瞬間瞬間に於ける今日唯今の法の内容を具体的に的確に把握出来なければなりません。万一其の法の内容を誤って把握したなら、其の結果の法的不利益は、其のまま我身に降り懸って参ります。其の様な切実な規範的判断を提供するのが法律学の重要任務でなければなりません。現代法学、特に法社会学の傾向の諸君は、社会的な大量の事実の認識のみに目を奪われて、法的規範的判断と云う法科学の目標を見失って居る

のではないでしょう。尚お、現代法学は法律の内容が時々刻々社会と共に変化すると主張しますが、夫れなら裁判所は事件裁断の際、其の適用法規が時々刻々変化する中で、事件裁断の爲め基準となる法規の内容を、どの様にして確認すれば宜しいのでしょうか。裁判所には適用法規の存否内容を職権で調査する義務が有ると思われませんが、此の調査の爲め現代法学は裁判所に対し耐え難い過重の負担を課することに成る恐れは無いでしょうか。

結び

以上申上げました様な次第で、伊東君は現代法学の側にも一応の合理性ある反論が用意されて在ると仰せられますけれども、其の反論なるものを伺って見ますと、法律学的には全然採るに足らない幼稚な議論のみの様であります。私は現代法学に向って、其の様な幼稚な良い加減なことを何時迄も良い気で言っていて、居ないで、もっと厳密な、科学的説得力を持った論拠を提唱される様御願ひ致します。待望の新理論が早期に現れることを只管ら念願し、期待致します。

2 伊東理論に就いて

然し流石に伊東君は第三者の立場で、多分公平に見て下さったのでありましょう。私の考えにしても、現代法学の考えにし

ても、何れも一理あることであって、而も互に相手から加えられる総ての非難、論難も、其の致命傷にならないとされ、夫れならば一体どうしたら良いのかと自問された上、結局の所最後の判定は、恐らくは双方の方法論から導き出される結論が實際上どちらが *Better* であるかを比較して、其の優劣を決める外無き相に見えるけれども、然し現実には其の *Better* or *worse* の判断が客観的合理的に行われる保証は無いから、動もすれば自分の好ましいと思う結論を先に決めて置いてから、夫れに都合の良い理論を後から考えたと云った恣意的な手法で自分勝手に優劣を決め勝ちであるため、問題解決所か、益々紛糾してう、と言われます。

A 法学「方法論の方法」

此処で愈々伊東君の「方法論の方法」の本題に入りますが、伊東君は先ず「各方法論の拠って立つ条件を問う」と言われます。「斯う云うことから決めて掛らないと、問題解決に近付けないであろう。然しそうは言っても其の条件を確定することが抑々可能か否か」は、伊東君御自身も未だ確言出来ないとされながら、「仮に可能とすれば、夫れには幾つかの前提が在りするのである」と言われまして、其の前提と伊東君が思つて居られる二三の事柄を挙げて居られます。

(1) 方法論決定の諸前提

a 何が法であるか 其の第一の事柄は「法解釈方法論な

るものが、実は既定の法を共通の対象として、其の解釈の仕方を争うものでは決してなく、夫れは寧ろ何が法であるかを争って居るものである。何が法であるか、夫れが問題の核心である」と言われます。

然し此の点に就いての私の考えは、先程も申上げた通り、何が法であるかと云うのは、法の存否の問題、即ち法源論の一部でありまして、解釈論の問題ではないと思ひます。法源論を既に通過した後の、現に存在することの確認された実定法に就いて、其の規範的意味内容を明かにする作業が狭義の法解釈でありまして、夫れにはどうすれば宜しいか、其のことを私は今法解釈方法論として取上げるのであります。何が法であるか、法源確認の方法、法の存否確認の方法如何とは別問題であります。尤も現代法学の立場では、死んだ法文の活字の羅列を利用して、各人が臨機応変に目的論的法内容と称するものを適当に創作して、其の法文の中へ詰込むことのみが、解釈の名の下に行われます。法源論も解釈論も無い。此の兩者の間の見境を付けられない。そして自分では見境を付けられないものだから、其の差別を弁えて行われる他人の仕事の狙いが何処に在るか理解出来ない。而も自分で理解出来ないことは即ち間違つたことだと思つて居る。恰も自分の近視眼を棚に挙げて、外界の事物の位置形状を判然と *clear* に *sharp* に見定め様とする努力など、元元無駄な間違つたことだ、と言つて居る様なものであります。

b 法文語義の内外 其の様な前提で見て居られるから、

自然と伊東君の次の様な説明が出て来るのでありましよう。即ち「津田は法文の字句に非常に近い所で法なるものを考へて居るけれども、現代法学は法文の字句から大変懸け離れた所で法なるものを把えて居る。だから法の内とか外とか言つても、同じことが何方にも成り得るので、御互に其の対象を取換えて、共通の対象に就いて各自の方法を適用して見れば、津田が考へても現代法学が考へても、結局結論は同じに成つて了うのではなからうか」と云う御意見であります。

然し法の内とか外とか云うことは、恐らく私が「法の中の目的」、*Ihening* の *der Zweck im Recht* に就いて前回申し上げたことを指して居られるものと思われますが、若しも仰せの様に、私が法なるものを法文の狭い範囲で考へ、而も其の中に法の目的を求めよと言つとすれば、法文の範囲を広げて法なるものを考へれば、法の目的は其の広い法文の中の一部、其の中心部分の中で之を求めざるを得なくなりまして、法文の広い範囲の外で之を求めることなど到底考へられません。反対に現代法学が法なるものを元々法文の広い範囲で考へ、而も法の目的や内容を其の広い法文の範囲の更に外部から持込もうとするなら、其の法文の範囲を私の夫れに接近させて狭くしたのは、法の目的や内容は其の法文の外部の一層遠退いた所から法文の中に持込むことになつて、法文の中で之を求めんことは出来なくなるのではないでしようか。だから伊東君の言われます様に、御互に其の対象を相手方の夫れに近付けたのでは、却つて内外の

差が益々大きくなって、同じ結論には到底到達しないのではありますまいか。

又対象を取換えろと言われましても、私の方ではそう簡単に取換える訳には参りません。抑々法の内容たるべき立法者の意思を遮断して、血の通わない死んだ法文の文字文章の客観的国語の意味など、夫れをどう広げて、どう狭めて、夫れ自体規範的価値と無縁の現象ですから、凡そ法規範の表現形式とも成り得ないのであります。仮に其の様な国語の意味を確認し得たとしても、立法者の意思の裏付けの無い限り、夫れが法規範として拘束力を有つことは在り得ないからであります。反対に現代法学の立場でも、恐らく同じ様な拒否反应的な答が返って来るのではないのでしょうか。法解釈に付き法の中の目的、立法当時の立法者の意思など云う枠を嵌められては、法文の範圍を何の様に広く又は狭く設定しても、現在の生活を妥当に規律する法規範を自由に其の中へ詰込むことはできない、と云う様な答が返って来るであろうと私は推測致します。だから共通の対象を宛てがえば、何方の方法を用いても、同じ結論に成るであろうと言われましても、抑々其の共通の対象なるものを発見し難いのでありまして、兩者を足して二で割ると云った性質の問題ではなさそうであります。

● 字句からの距離 伊東君は「津田は法文の字句に非常に近い所で法を考え、現代法学は字句から大変遠く離れた所で法を考える」と言われますが、私は自分では其の点寧ろ反対で

はないかと思ひます。現代法学は大変法文の字句に拘泥します。文字文章の客観的意味を常に問題としまして、其の中心的意思に依るべしとか、其の可能的意味であれば其の中の何れの意味でも差支えなく、唯、夫れを外れる意味であってはならないとか、或は其の様な意味の限界其のものが固定的では在り得ない、時と場所に依り可變的な枠であるとか言つて、争つて居ります。之に対し私は法文の文字文章の客観的国語の意味などは、一応の参考として、法律解釈の最も手近な、初手の手掛りとは致しませんが、夫れが解釈の限界である等とは、無論夢にも思つて居りません。解釈に其の様な枠は嵌められて居ない。其の法律の公布制定に依り、立法者が特定内容の法規を定立すると言つて居るのであるから、其の立法者が定立したいと欲する其の法規範の内容、立法者の真意其のもの、立法者の内心意思の内容其のものを問題としなければならぬと思つて居ります。現代法学は法文の字句に囚われて居ります。私は法文の字句から解放されて居ると私自身自覚して申し上げて居る積りで居ります。ですから伊東君が若し方法論自体を比較して、津田の方法では法文の字句の近くで法なるものを考え、現代法学の方法では字句から遠くの方で法なるものを考えることになる、と云う批判を為さるのでしたら、私は夫れには到底承服出来ません。但し方法論の比較ではなく、津田なり現代法学なりが各自の方法に従つて解釈を實行した結果、偶々或る法規の解釈結果が、法文の字句の客観的国語の意味に近いか遠いかは、私の立場では、原

理的に何方でも差支えないのでありまして、どの様な結果が出来るかと、又其のことを批判されようと、夫れを方法論の上で気にすることはありません。偶々夫れが法文の字句に近いとすれば、夫れは私の所為ではなくて、寧ろ立法者の手柄であると言ふべきであります。我國の立法者が論者の予想する以上に法文の字句の選択や組立に慎重であつて、其の客観的意味に於ても立法者の意思を可成り正確に法文の字句に表現して居て、其の意思を表現するに不適當な字句を用いた箇所が案外少ないことに外ならない、と云うことになるからであります。夫れは大変結構なことでありまして。之に反して現代法学の解釈結果が、伊東君の言われる様に、法文の字句から遠いとすれば、夫れは誰が考えても誠に合点の行かない由々しい事態でありまして、法文の客観的意味に依ると言いながら、実際には夫れを離れた解釈を行なつて居る。正に看板に偽りありと言ふべきです。一体法文の客観的意味が解釈の枠として、具体的に各個の法規の解釈結果にどの様な形で現われるのでありましようか。夫れを明らかにして頂きたいと存じます。

d 其他の前提 続いて第二第三の前提として伊東君の挙げられます点は、「選択と云うものが夫れ自体一つの実践である」こと、及び「形而上学を離れて法学の方法は決定出来ない」ことであります。之等の二点は何れも結果的には伊東君の言われる通りだと私も思います。然し之等二点を方法論の拠つて立つ条件として、意識的に設定する必要は無いのでありまし

て、誰でも方法論の選択に迫るときには、必然的に、好むと好まざるとに拘らず、其の様にならざるを得ない、夫れ以外には方法論の決定は在り得ないと言えましよう。其他色々神経質に詮索すれば、注文を付けたい所ですが、時間の關係で先を急ぎます。

(2) 法把握の為の仮説 其処で伊東君は「之等の前提の下に方法論の選択に迫るとすれば、次には愈々法たるべきもの様な要素 factor を、次々に出来る所から確定して行くことになるけれども、夫れから先は当座各人が各人の仮説を突き付け合つて行くより外には恐らくあるまい。其の中から何かが次第に確定して行くであろう」と言われます。私も其の「仮説を突き付け合う」と云う所から後の部分は、残念ながら、現状では「其の通り」と申上げるより外ないのですが、唯、初めの方の「法たるべきもの」と云う表現に多少引掛ります。前にも述べました通り、此処にも立法論と解釈論との混同を感ぜしめるものが在るからであります。「法たるべきもの」と言いますと、実定法ではなくて、或る種の表現可能な理想法、*lex lata*ではなく、*lex ferenda* のことの様に感ぜられるからであります。法解釈学は飽く迄 *lex lata* の内容説明を其の終局目標とする学問であつて、*lex ferenda* の把握を終局目標とするものではありません。無論 *lex lata* 研究の途上 *lex ferenda* を想定して其の背景の上に実定法を重ねて見ると云う觀察も、時には有益かも知れませんが、夫れは法律学、法解釈学の終局目標

ではなく、其の道程の一部に過ぎません。尤も「法たるべきもの」と云う其の言葉を余り窮屈に考えないで、法解釈の究極の姿、其の完成像と云う様な意味に取れば、伊東君の言われる通りだと思えます。何れにしても何と取組むかを明確にしないでは、厳密正確な法解釈は不可能であるし、況んや解釈の目標も定めずに、其の方法を選択しろと言われましても、手の打ち様も無いではありません。

所で伊東君の提示された伊東君御自身の仮説と云うのは次の五つであります。

a 第一の仮説 先ず第一に「法は法文を超えたものである」と云う仮説であります。「学者に与えられるものは、法文であつて、法ではない。法は成文法の場合であつても、決して所与のもの *Gegabenes* ではなく既定でも自明でもない。寧ろ法は学者が探索しなければならぬ何ものかである、と云う意味で法は法文を超えたものである」と言われます。

確かに「法」と「法文」と云う二つの言葉は、之を漫然と無差別に混用するよりは、明確に區別して使い分ける方が良いことは、誰にも異論はあるまいと思われましますし、現に大多数の人は之を使い分けて居ると思ひます。どの様に使い分けるかも、恐らく大筋では一致して居るに違ひありません。然し或る程度問詰めて行きますと、必ずしも完全な合致には到達して居ない様であります。現に伊東君の「法は法文を超えたもの」と云う御発言に接しますと、私の考えと多少違ふなと云う感じを受け

ます。私は法と法文とは同一事象(成文法)の別側面(内容面と形式面)を表す際の差別用語と考えますので、此の兩者を直接比較することは不可能又は無意味と思ひます。伊東君はどの様な意味合いで「超えた」と言われるのでありましようか。内容物と其の容器とを比較して、内容が容器を超えた、と言われましても私には何のことか理解できません。

又、学者には法自体は与えられない、と言われますが、一体与えられて居ないのに、学者は何処をどう探索したら、夫れを手に入れることが出来ると言われるのでしょうか。或は其の手に入れたと思つて居る其の何かが、之こそ正に法である、と云うことを、どの様にして科学的に証明出来るのでありましようか。寧ろ与えられて居るからこそ、探せば発見出来るのではないでしようか。又伊東君は成文法に就いて学者に与えられるのは法文だけだと言われますが、不文法の場合には何が学者に与えられるのでしょうか。不文法の場合には学者には何も与えられないで、学者は所与以外の何かを探索して、不文法を獲得する、或は獲得し得るものなのではないでしょうか。私の流儀で申し上げれば、法解釈の目的は、実定法の規範の意味内容を明かにすることでありまして、夫れは決して法文の文字文章の国語としての客観的意味を詮索することではありません。法文は成文法の謂わば外形であつて、法は其の中味、実定法の内容であります。学者には其の中味が外形と共に与えられて居る筈であります。寧ろ法解釈の点だけに絞つて言えば、法解釈を行う学者に与え

られるのは、成文法不文法を問わず、常に其の中味であつて外形ではない。法自体であつて法文ではない、と言つた方が正しいと思います。伊東君は其の肝要な中味を見失つて、又は故意に無視して、何か本来の中味とは関係の無い別なものを探し出して、何処をどう探索するのかは存じませんが、夫れを其の本来の中味を追放して抜殻に成つた法文の文字文章の中へ、詰め込もうとして居られる。そして何でも其の法文の文字文章の客観的国語の意味の中に手際良く収まる様なものを詰め込みさえすれば、夫れが本来の中味であつたものと一致しようがしまいが其の様なことは問題でなく、学者が新に詰め込んだ夫れが法に成る、夫れこそが法其のものに成る、と考へて居られる。此の辺に私の理解を超えた不可思議な何かが在る様であります。

b 第二の仮説 次に「法は絶えず変化する」と云う仮説。此の点は前にも触れましたから、再び繰返す必要も無かろうかと思ひます。私は法の変化すること自体を否定致しませんが、法律学としては、変化すると云う事実其のものよりは、如何なる場合に法は変化するか、法が変化するには変化するだけの原因事由が在つてのことでありまして、其の原因事由を法律学的に究明して、法変化と云う一種の「法的効果」の発生原因たる「法律要件」[*taubestand*]として、其の概念を構成して之を把握することが不可欠の作業であります。此の作業を忘れて、誰も気付かぬ内に、何処で何時と云うことなしに、自然に法が変化する等と云う原始的な、非科学的な認識は、法変化の法学的把握

とは言い得ない、法学的には無価値なものと言わなければなりません。単に法変化の現象を社会的事実として認識するだけでは、法学的把握には成りません。法律学の立場で法の変化を生ぜしめる規範的原因要件は何か、どう云うことを確認すれば法変化の有無内容を個々具体的に認定し得るか。法変化の *Stellen* を生む原因たる法律要件は何かの間に答えなければなりません。ですから私なら、伊東君の「法は絶えず変化する」と云う仮説の代りに、差当り「法を変化させるものは、法の力であつて、夫れ以外には無い」と云う仮説を置きたい所です。法の変化の裏には必ず法の力が在る。此の私の仮説が法変化の凡ゆる場合を把えて、余す所なく成立つか否か、夫れを諸君に是非検討して頂きたいと思ひます。

c 第三の仮説 「正義は力に優先し、秩序は正義の爲にのみ存し、個人は全体に先立つ」と云う仮説。之は伊東君御自身の政治的選択であると言われますから、法律学的討議の対象には成らないでしょうが、然し其の様な *dogma* を学問の場に安易に持出すことには私は些か抵抗を感じます。各自勝手な *dogma* を持出して、夫れに立籠つて了つては、自由な学問的研究や討論は出来なくなり、真理への道は閉ざされて了うであります。固より正義と云い秩序と云い、何れも可成り具体的な形で、実定法上定められてありますから、其の範囲で実定法の力で正義が貫かれ、秩序が保たるべきでありまして、其の実定法を無視して、各自の政治的判断に委ねらるべき問題ではな

いと思われれます。又個人と全体との關係に就いても、実定法は可成り綿密に其の調整を計って居りまして、之を一概に「個人は全体に先立つ」と云う公式で一刀兩断するのは危険であります。各人の政治的選択如何に拘らず、実定法の在る所では、其の実定法に従うべきで、之に盾突く主義主張や実践行動は違法であるとせざるを得ないであります。之が法律学の立場であると思ひます。

d 立法者意思の排除 更に伊東君は此の政治的選択に關連して、「斯う云う選択から、例えば法の目的は決して立法者の意思ではない。法は立法者の手から離れて、其の客観的な國語の意味と、其の時々の社会の中で対応するものである」と云う結論が出て来る。法は國民の中に國民の為に、一人一人の幸福の為に在るべきものであつて、其他の目的、従つて法自体の目的の為に在るものではない」と言われれますが、此の点は私には可成り唐突強引な独斷論の様に感ぜられます。何故立法者の意思を排除しなければならないのか、又其の代りに國語の客観的意味が乗込んで来るのか、そして夫れが國民一人一人の幸福に寄与するのか、斯う云つた肝心の論理的筋道が全く推理出来ません。専ら私の不明の致す所かも知れませんが、夫れでも次の様な私の一連の疑問に御答を頂けましたなら、或は幾らか御論旨の脈絡もはっきりして、夫れに就いて御返事も出来るかと、幾分の期待は持つて居ります。

其の疑問の第一は、御話の中に「立法者の意思」と言われる

場合と、「立法者の手を離れる」と言われる場合、此の二箇所に「立法者」と云う言葉が出て来ますが、其の夫々の立法者とは具体的に何を指すのでしょうか。其の兩者は同一のものでしょうか。第二に「其の立法者の手から離れる」とは一体如何なる時点、或は如何なる事態を指すのでしょうか。第三に其の手から離れる直前迄の状態では、法文は如何なる意味を有つてありましようか。内容空疎な文字型図形の羅列に過ぎないのでありましようか。或は立法者の手を離れる迄は、立法者の意思を帶有して居るのに、其の手を離れるや否や、其の立法者の意思が脱落するのでしょうか。第四に、其の何れに致しましても、立法者の手を離れるや否や、其の意思は消えて無くなるのだとしますと、立法に關与する人々は、何を苦しんで立法作業を進めて居るのでしょうか。又進めたら良いのでしょうか。彼等は折角苦心の作業が全部徒勞に終ることを予想し、覚悟して居なければならぬのでしょうか。三權分立、特に立法權と司法權との關係はどの様になるのでしょうか。第五に立法者の手から離れると、法文の客観的國語の意味の中から法の意味が確定される其の時期は何時でしょうか。立法者の手を離れた其の間か、学者或は裁判官が或る特定の國語の意味を当該法規の内容として選択した時か、其の意見発表或は判決言渡の時か、判決確定の時か、其の外未だ色々な時を想像することが出来ますが、伊東君御自身はどの瞬間を見て居られるのでしょうか。法律施行の時と其の内容確定の時との間に時間的間隔が在るとすれば、

其の間の法律とは一体何なのでしようか。第六に、立法者の意思を排除して専ら客観的国語の意味を其の時々の社会の中に対応して考えるのは、伊東君御自身の政治的選択から来ることであると言われますが、解釈者が何か政治的選択をしないと、法律は無内容のまま止まるのでしようか。何を選択するかで法の内容はどうにでも成るのでしようか。第七に、其の結果法の内容は解釈者毎に千差万別の形に成らざるを得ないと思われすが、法の統一、法的安定性など是一场の夢に過ぎないのでありましようか。第八に、其の様な国語の客観的意味に則って、其の中から法の内容を決めさえすれば、夫れが伊東君の望まれる政治理想の実現乃至は国民一人一人の幸福に役立つと言われる様に受取れますが、夫れは何故でしようか。第九に、法が立法者の意思に従い又は法自体の目的の為に在ったのでは、国民の幸福が奪われ又は無視されると言われる様に聞えますが、夫れは何故でしようか。疑問は未だ次から次へ切りがありませんが、以上申上げた諸点に就いてだけでも、伊東君御自身の御考えを具体的に御示し下されば幸です。

e. 法文の客観的意味 又伊東君は此処から少し後の箇所
で、「法は社会的需要や立法者の意思を知る人にとつても知らな
い人にとつても、同じ姿を有つものと考えなければならぬ」
とも言われますが、法文の客観的意味に則りさえすれば、法は
万人に同じ姿に成ると言われるのでしようか。私にはどうも此
の点は反対の結果に成りそうな気がしてなりません。言葉の客

観的意味は、夫れ自体極めて多義的、曖昧であり、時間的にも空間的にも流動して居ります。同時代同一地域内ですら、社会階層、社会集団の差などに依り、夫々其の言語に特有の用法がありまして、客観的意味の限界が不確定であることは、殆ど論議の余地の無い所であり、先程の「浪速の葦」の喩えにも象徴されます様に、寧ろ其の不確定性は万人周知の健全な常識の中に定着している一般的認識であると言って良いでありましよう。

今更其の様な念を押すのも蛇足の感があります。現代法学の中での学説の争も、解釈の多義性を主張するなら尚更ですが、可成りの部分が此の客観的意味を巡っての用語の争に陥って居ると思われますのに、どうして夫れが万人共通の姿たり得るのでしようか。其の上更に、其の客観的意味の中から、最も一般的な普通の平凡な意味であるとか、最も使用頻度の高い慣用の意味であるとか、或は成るべく万人共通の最大公約数的な無難な意味を取ると云うなら未だしも、そうではなくて、客観的意味の限界を無制限に広く設定して、極めて稀有な、例外的特殊用法や、言葉として無理な意味、陥り勝ちな誤用的意味、比喩的又は牽強附会の意味乃至は反語の意味、揶揄的からかいの意味までも含めた、其他有りと凡ゆる可能な限りの意味にまで差も付けずに、夫等を全部同列、同順位に並べて、其の中から学者が自由に「法秩序全体と最も良く調和する意味」を一つだけ選び出す、と云う様なことを言われますと、一般国民は何が何やらさっぱり見当も付けられない。学者先生の魔術的な見

事な御手並を、唯、飽氣に取られて拝見するより外ないでありましよう。此の様な言葉の操作をすれば、恐らく誰にでも其の氣の向くままに、どの様な結論でも捏ち上げることが出来まして、同一法文から尤もらしい正反對の結論を引出すことも決して困難ではないでありましよう。現に夫れが現代法学、特に自由法説の長所であるとする主張する者も在るに至っては、一般國民の信頼に備する法の姿など雲散霧消して、法とは何やら詛の解らない空怖ろしいものと云うだけが國民の前に在る法の姿に成つて了いそです。立法当時其の背景に在つた利益状況を探究して立法者の歴史的・主觀的意思を明かにし、之を法の内容とするのが、一般國民にとつてどれ程身近な日常性を持つか、而も万人共通の安定的法内容を獲得し得て、夫れが國民の法への信頼となり安心となつて、國民生活の福祉に役立ち、法的安定性の保持にも寄与することに成るのではないでしようか。

f 文書解釈の日常形式 現に我々の日常生活に實際に利用される実務的な公私の文書は、法令を初め一切の公文書も私文書も、総て其の作成者の心中の氣持、即ち其の知識、感情、意欲などを、特定の他人乃至一般公衆に伝達する為の用具として作成され、当該特定人乃至一般公衆も其の様なものとして之を受取つて読むのでありまして、従つて其の文書を其の本来の用途の爲に受取り、之を読む者は、其の文書作成者が其の文書に託した、其の文書を以て伝達しようと欲した其の作成者の心

中の氣持を理解したときに、初めて其の文書の「意味が通じた」と云う心境に達するのでありまして、之で其の文書本来の使命を果したことになる。「解釈」が出来たことになります。其の實際其の文書に記載された文字文章の客觀的國語の意味などは二の次でありまして、表現が下手でも、語句や文字に誤謬があつても、其の様なことはどうでも良いのです。大切なことは其の文書に託した其の作成者の意図は何か、伝達したい氣持の内容は何かであります。之に反して文字文章の客觀的國語の意味は完全に明確で、非の打ち所も無い一義的な表現を与えられて居たとしても、其の作成者の主觀的意図が何かを理解出来ない限り、之を「不可解」な文書として取扱わざるを得ない筈であります。國語の例文としてならば完全無欠の模範的記述であつたとしても、其の本来の用途に向つては解釈不能な、役に立たない文書と云う外ありません。又其の作成者が其の文書に託した主觀的意図を充分理解し得るだけの状況が揃つて居るのに、之を故らに無視して、文字文章の字句末節を捕えて其の客觀的國語の意味などを振り回して、目的歪曲を計るのは、正に「三百代言的」解釈でありまして、「誤つた解釈」の教科書的標本と看做されます。夫れなのに一般國民に最も影響甚大な成文法の解釈の場合に限つて、どうして此の当然の理が通用しないで、法規範設定に向つての立法者の主觀的意図を法律解釈から追放しなければならぬのでありましようか。

g 其他の仮説 夫れから第四の仮説。「一個の法には一

個の解釈が対応する」と云う仮説。法が一義的に解釈されると云うのは、法の内容は解釈に依り特定され、其の法が改廃されずに存続する限り、其の内容は変わらない、と云う意味でなら、其の通りです。法の内容は立法者の意図に沿って特定されれば良いので、夫れが法文の国語の意味に合致するか否かは問題ではありません。我々は法律上の法の規範の意味内容を問うのであって、法文の国語の意味を問うのではありませんから、其の国語の意味が如何に変遷しても、法の内容に影響を与えることはないのであります。又第五の仮説。立法と解釈との峻別と云うこと。之も同感です、然し伊東君は此処でも政治的選択だと言われますが、私は政治的選択など容れる余地の無いことだと思えます。現代法学は立法と解釈との本質的差異を認めないことは伊東君の指摘された通りかも知れませんが、其の差異を認めるか否かは、解釈者の政治的選択に任されることではなく、純粹に法的事象の科学的把握の問題であり、何れが妥当であるかの可否の問題ではなく、何れが正しいかの可否の問題であると思えます。

B 法の客観的論理構造

伊東君は大略以上の諸点を述べられた後で、恐らく伊東君御自身の法律解釈方法論の一端ではないかと思われる御意見を述べて居られます。「此の成文法の表現する法其のものは、之を拵え出し生み出した社会的需要からも、之を作った立法者の意

思からも、切離された独立のものである。即ち法は社会的需要や立法者の意思を知る人にとっても知らない人にとっても、同じ姿を有つものと考えなければならぬ。そして個々の一つ一つの法規は全体の法秩序の中に立つものであるから、当該成文法の法文の国語の意味の中で、最も法秩序全体と良く調和する意味を、当該成文法の意味であると確定するのである」と言われまして、夫れを伊東君御自身の言葉で「当該法乃至法制度の客観的論理構造」と呼んで居られます。そして「其の様な論理構造は合理的であるが故に法の内容を成して居る筈である」と説明されます。

(1) 客観的法的解釈 此の伊東君の御考えは、法文の国語の意味の中から法内容を発見すると云う点で、所謂「法律の客観的解釈説」に属する立場の一つでありまして、基本的には我國現代法学の立場にも通ずるものであります。伊東君は我國現代法学の方法論に必ずしも全面的には賛成して居られないことは予々承って居りますが、少くとも此の客観説、即ち法律の文の客観的な国語の意味を解釈の限界、「解釈の枠」とする点では共通の立場に居られると思えます。然し此の立場こそは私が前々から指摘して居ります様に、独乙利益法学殊に Heek が之を論難して止まない所でありまして、逐一其の客観説の誤りを指摘し、其の論拠を反駁して居りますから、其の Heek 等の主張する一つ一つの客観説排撃理由に就いて、客観説の側では之にどう答えるのか、其の客観説側の防禦乃至反撃手段を具

体的に是非御聞かせ願いたいと思います。尤も此の点は私と伊東君乃至我現代法学との間の根本的な方法論上の対立点らしいので、充分念入りに討議を重ねたい所ではありますが、今日は時間もありませんし、予定の範囲外でもありますので、又別の機会に御意見を伺わせて頂きたいと存じます。唯、伊東君の言われました只今の点に就いて、甚だ納得の行かない箇所が御座居ますので、一応夫れを指摘して、御批判を仰ぎたいと存じます。

(2) 社会的需要と法 若しも仰せの様に「社会的需要や立法者の意思を知る人にとつても知らない人にとつても、法は同じ姿を有つものと考えなければならぬから、法其のものは社会的需要や立法者の意思から切離された独立のものである」と云う理屈が通るものなら、夫れと全く同じ筆法で「伊東君の所謂法の客観的論理構造を知る人にとつても知らない人にとつても、法は同じ姿を有つものと考えなければならぬから、法其のものは法の客観的論理構造から切離された独立のものである」と云う理屈も亦同じ正しさを以て通用しなければならぬ筈だと思ひます。どうして此の様なことに成るのかと言ひますと、抑々伊東君の言われることに論理的な無理があるからであります。と言ひますのは、今言われました文章の前半「社会的需要や立法者の意思を知る人にとつても知らない人にとつても、法は同じ姿を有つ」と云う部分は、何も夫れが社会的需要や立法者の意思だから、其のことに限つて其の様に言えるのではな

く、凡そ如何なる事柄でありまして、其のことに就いての各人の知不知に拘らず、法の姿は各人に一樣であります。ですから今の文章の冒頭にどんな言葉を置いて、此の文章の此の部分は間違つたことを言つて居りません。例えば其所に「法其のもの」と云う言葉を入れまして、此の部分は正しいことを述べて居ります。「法其のものを知る人にとつても知らない人にとつても、法は同じ姿を有つ」と言えましよう。然し此の文章を伊東君の文章の後半部分に接続いたしますと、忽ち変な無意味な文章になって了います。即ち「……同じ姿を有つものと考えなければならぬから、法其のものは法其のものから切離された独立のものである」となりまして、意味を成しません。詰まり文章の前半では各人の知識の内容を指して居るのに、後半では知識の対象たる外界の現象其のものを持つて来る所に、詭弁の仕掛があるので。社会的需要や立法者の意思を知る人にとつても知らない人にとつても、法は同じ姿を有つけれども、其の社会的需要や立法者の意思自体が法其のものと関係が在るか否かは、別途之を吟味しなければ判明致しません。夫れと同様に伊東君の言われる法の客観的論理構造が個々の法規範と関係があるか否かは、別途吟味されなければなりません。

(3) 客観的論理構造と法 所が伊東君は片手落ちにも、社会的需要や立法者の意思が法と関係が在るか否かの論証を一つも為さらずに、初めから関係無いとして切捨て御免であります。そして客観的論理構造に就いてのみ法との関係を一応は述

べて居られます。然し夫れも甚だ簡単でありまして、「個々の法規は全体の法秩序の中に立つ」からであると云うに止まります。之だけ伺ったのでは、其の法秩序なるものの正体が判明致しませんので、御論旨全体の正否の判断の致し様もありませんが、若し其の法秩序と云うのは、社会的に保たれて居る事実上の或る法的状態の意味であるとすれば、夫れは法規の規制する対象であつて、個々の法規が其の中に立つことはありませんし、又法学が其の研究領域のために構成する抽象的概念的な法秩序、即ち法体系のことであるとすれば、其の様な法秩序は個々の法規が或程度集積したときに夫れを科学的に体系付けるため後から学問上構成されるものと見なければならぬでありましょう。新たな法規が後から現れば、夫れが既成の法秩序の中に収まれば良し、万一収まらない様な新たな型の法規であつたなら、夫れを収容する為には、新たな法秩序が概念構成されなければならぬのであつて、初めから新たに出来る個々の法規が既成の法秩序の中に立つと決めて掛ることは間違ひであると言わなければならぬでしょう。詰まり全体の法秩序は個々の法規に調和する様に、学者が工夫して段々其の構成を変えて行かなければならぬのであつて、反対に学者が頭の中で構成した既成の法秩序に調和する様に、新たな法規を無理に其の中へ押込めることは許されぬことでは無いでしょうか。何となれば立法者は既成の法秩序に拘束されることなく、新たな需要に基き新たな法規を自由に創設し得るからであります。個々の法

規の内容が全体の法秩序と良く調和すると云うのも、全体の法秩序が個々の法規を受入れる様に改造されるからであつて、個々の法規乃至法制度の側に既成の法秩序に拘束される性質が在るのではない、法秩序の側の受入態勢が其の様に出来て居るからであると見なければなりません。夫れを逆にして、既成の法秩序に合せて、個々の法規の内容を限定するのは学者の恣意であり思い上りである様な気が致します。

(4) 客観的論理構造と国語的意味 又伊東君は、成文法

規の国語的意味の内から全体の法秩序と最も良く調和する意味を選んで、之を当該成文法規の内容と確定するので、此のことを法の客観的論理構造と名付けられるのですが、法の内容を其の法規の国語的意味の中からのみ選ばなければならぬとすれば、其の国語的意味が如何に柔軟性に富んで居たとしても、其の限界は依然限界として作用するではありませんから——万一夫れが実質的に何等限界として作用しないなら、其の様な限界を置くこと自体無用であつて、場合に依つては却つて有害でありましょうから、伊東君は夫れを実質的限界として有意義に作用するものと考へて居られるのだと存じますが——夫れなら法の論理構造も其の限界内の論理構造、従つて実質的には論理的に不徹底なもの、何程かの非論理性を予定した論理構造でなければならぬこととなります。或は国語的意味との間に論理的矛盾は無いと云うだけの形式論理的合理性、其の法内容の実質的な社会的合理性は全く考慮されないか、或は可成り不自然な

局部的考慮しか為し得ない合理性と云うことになりましょう。

(5) 客観的論理構造と合理性 所が伊東君は、客観的論理構造が合理的であると云うのは、単に国語的意味に於て論理的矛盾が無いと云う意味での形式論理的合理性其他「法技術的な合理性を指すのではなく、形而上的根拠に調和し、又場合に依つては或種の政治的な選択にも適合すると云うことを含めての合理性」であると説明されます。然し其の様なことになりますと、「論理構造」の「論理」と云う言葉から甚しく逸脱する意味になります、其の名称と内容とが対応しないのみならず、先程伊東君があれ程断固排除されました社会的需要や立法者の意思との係わりが、形而上学や政治的選択の衣を着て、再び潜入して来る危険があり、折角の断固排除も有名無実な空念仏となる外ないであります。其の形而上学や政治的選択に何か相当きつい歯止めを工夫しない限り、嘗ての自由法説の冒した諸の弊害を再来させる危険がありまして、私には必ずしも賛成出来ない御意見である様が致します。形而上的又は政治的合理性を看板に学者の恣意が大幅に正面から大手を振って介入しても、之を原理的に排除出来なくなる恐れがあります。

(6) 客観的論理構造の合理性の基礎条件 伊東君は更に進んで、此の様にして確定された法の客観的論理構造の合理性を支える基礎条件に論及されまして、「此の客観的論理構造は合理的なるが故に、法の内容を成して居る筈であるから、法は夫々の合理性の基礎条件の在る所にだけ作用するものであり、

夫れ以外に作用することがない。どんなに社会的需要が其の成文法の適用を求めて居ても、若し其の成文法の客観的論理構造の合理性を支える基礎条件が整って居なければ、其の case に当該成文法を適用してはならない。逆に当該成文法を最初に生み出した社会的需要の方が社会の変化に因って消えて無くなつても、生み出された成文法の客観的論理構造の合理性を支える基礎条件さえ存続する限り、立法を俟たないでは当該成文法を改変することは出来ない」とされまして、「其の基礎条件が具わる場合であるか否かと云う観点か、津田の所謂 *Intrassenlage* の分析に当るのではないか」と言われます。

然し其の合理性の基礎条件なるものが何処から如何なる方法で割出されるか、御話の中では触れられて居りませんので、はっきりしたことは申上げられませんが、どうも伊東君の言われる基礎条件と、私の考えます *Interessenlage* とは何処か本質的に別個の事柄である様子が致します。私は法解釈の為、特に狭義の法解釈の為にも、単に其の法規の文言のみならず、凡ゆる種類の立法資料 *Gesetzesmaterialien* 例えは其の法律案審議に関する国会議事録、各種委員会議事録、法案準備の為の各種調査資料などを初め、立法当時の内外の学者専門家或は実務家の論説、新聞雑誌の記事、其の当時の国語の用例など、一切の資料を判断材料として、其の立法者、立法に関与した人達の内心的動機に迄立入って、其の人達が如何なる目的で、如何なる生活状況、如何なる利益状況、利益紛争を念頭に把え、之を

どの様に規制しようかと欲して当該法文の形を仕上げたのかを、出来るだけ厳密に追跡しようとする訳ですが、伊東君は恐らく此の様な立法の動機と言いますか、立法者の主観的事情迄も解釈資料として利用することには断固反対な事だと思います。立法者の主観的意図などを意識的に極力排除して、法の客観的論理構造を突き止め、其の合理性を支える基礎条件を論理的抽象的に究明して、当該法規の妥当性 *Geltung* の限界を画定される様と為さるものと思われます。此の基礎条件の把握が津田の言う *Interessanlage* の分析に当たると言われますのは、一体どう云うことでありましようか。私には全然縁も由りも無い別世界のこの様に感ぜられます。

(7) 既判力の限界と合理性の基礎条件 伊東君は此の点に付き判決の既判力を例に挙げて説明されますが、其の当否に付き私には判断能力がありませんので、暫く御猶予願ひまして、唯、最後に一つだけ之に関連した質問を御許し願ひたいと存じます。夫れは商法の規定で、会社に関する或る種の訴の原告勝訴判決に付、其の既判力が第三者にも及ぶ場合を幾つか規定して居りますが、一般に此の種の法則、既判力の範囲を拡張する法則の客観的論理構造、並びに其の論理構造の合理性を支える基礎条件を、どの様に理解したら宜しいでしようか。そして例えは所謂狭義の新株発行の無効の訴に就いては、商法に其の原告勝訴判決の既判力を拡張する規定が、直接明文で規定してあります(商法第二六〇条の一六、第一〇九条第一項)、其他の新株

発行、即ち特殊な新株発行や新株発行を伴わない資本増加などに就いては、其の効力を争う訴の原告勝訴判決の既判力の範囲に關し格別の明文規定を設けてありません。法律の規定の文言が此の様になって居りますと、後に挙げた訴の原告勝訴判決の既判力は拡張されないと見るのか、或は既判力拡張の論理構造の合理性を支える基礎条件が揃って居りさえすれば、直接明文規定が無くても既判力は拡張されると見なければならぬのでしようか。一般には之は類推の可否の問題と見られましようが、一般論として抑々類推の行われる前提条件は何か、何が類推の可否を決める決め手になるのか、之を御伺ひ致します。私の私かに推測致します所では、恐らく伊東君は *Interessanlage* が同じでも、論理構造の合理性を支える基礎条件が充たされない限り、類推は許されないが、反対に *Interessanlage* が別異でも、其の合理性を支える基礎条件さえ充たされれば、類推されなければならぬ、と言われる様に、私には聞えて参りますが、果して此の理解で宜しいのでしようか。夫れ共基礎条件の存否と類推の可否との間には、何の係わりも無いと言われるのでしようか。類推は本来主として広義の法解釈の範囲内の問題であつて、本日は之に本格的に論及する余裕はありませんでしたが、何れは何とか解決しなければならぬ問題でありますので、最後に質問だけさせて頂きます。

以上時間の關係で、殊に後半の部分では、可成り先を急

ございましたが、兎に角一通り伊東君の御話の順序を追って、私なりに相当無遠慮に、言いたい様に言わせて頂きました。定めし其の中には伊東君の御話を私が誤解して居たり、要点を聞き逃して居たり、或は私の思慮不足の点、説明不足の点、礼を失した点など、多分に御聞き苦しい部分もあつたことと思いますが、夫等の点は此の際幾重にも御詫びして御勘弁願うことに致しまして、私が前後二回に亘って申上げたことの中に、現代法学乃至伊東理論に就いて、彼れ此れ批判攻撃或は質問など、雑然と申し述べましたので、之等の諸点に就いて伊東君初め此の席に居られる多数の諸君から、何か具体的な御意見を御聞かせ願えましたなら、誠に幸であります。

では之で一応終らせて頂きます。予定時間を遙かに超したにも拘らず、最後迄御清聴有難う御座居ました。

* * *

片隅に誌す

伊 東 乾

もう随分と古いことになるが、①津田先生の或るお話を機縁として、②私が愚にもつかない議論を展開したところ、③津田先生がこれを正面から受けとめて、詳しく御高評を賜つたことがある。それは、後輩の愚論に対する御所論としては、余りに

も真摯なものであったから、当時、私はこの上もなく感激したし、今もって忘れようもない感銘を残している。

①は昭和四五年五月一六日、②は翌四六年七月三日、③は同年一二月四日、いずれも、民事法学会合同研究会と云って、本塾法律学科専任者を主たる参加者とするが、政治学科、他大学の研究者、大学院学生数名も参加して、その面前で口頭研究報告の形式で行なわれたものであった。その①が、「慶應義塾の大先輩たる神戸寅次郎先生の遺された業績を検討して、其の神戸学説から今日我々の学び取るべきものは何か、特に法律の主観的解釈説、即ち立法者意思説に対し、日本の学者はもっと真剣な関心を向けるべきではないか、此の点に就いて独乙利益法学から学ぶべきものが在るのではないか、と云う」津田先生の御「提案」であつたこと、また、その②が私(伊東)の「方法論の方法」と題する報告であつたことは、③の津田先生の本資料御掲載のお話の原稿中から知られる。不用意にも私は②の報告原稿をなくしてしまつたから、③と併せて②を載せることはできないが、この②の私の報告に対して津田先生から御高評を賜つたのが右の③の記録である。

幸いにして、先生は、御高評中に私の論旨を要約して下さいるので、②がどんなものであつたかの大凡の見当は、③だけでもつけることができる。のみならず、②は、津田先生の御高評に接して建て直し中であり、十五年経つのに建て直しはまだ完成していないのが実状だから、たとえ原稿が現存していた

としても、私には②を載せたいという希望はない。津田先生が③のなかで「伊東君は我國現代法学の方法論に必ずしも全面的には賛成して居られないことは予々承って居りますが」と言っ
て下さっているのが私にとっては充分で、なお且つ利益法学に
も疑問をもつ場合はその人の方法論はどういうものにならざる
をえないか、というのが、②における私の関心であった。だか
ら、①と②とは、はじめから噛み合っていないのである。

それにも拘わらず津田先生が②を取り上げて真向からこれを
御高評下さったのは、利益法学を避けて通ろうとすることの、
無謀と無理と不条理とを御指摘下さったに帰する。悉くが重要
な問題点で、何人も必ず通らなければならない関門であると同
時に、津田法学を裏から明らかにするものとして、貴重な資料
をなすのである。

折角の御行論が随所で御遠慮に蔽われているのは、私への思
いやりで、洵に申訳のない思いがするが、それでも妥協は許し
ておられず、必要な限度では舌鋒も鋭く辛辣だから、論点は明
確に浮かび上がっているといふことができる。

このほど「ヘック利益法学」と題して津田先生の永い間の御
苦心の翻譯が一本にまとめられ、法学研究会叢書の一冊として
上梓せられたのを機会に、法学研究編集委員会が、右③の津田
先生のお話の原稿をも、ここに、こうして、記録しておこうと
企画されたのは、まことに適切な決定で、誰もが通らなければ
ならない方法論上の関門を忘れられないように遺すことになる

とともに、津田学説を裏面から理解するための絶好の資料を提
供することになるであらう。

その印刷にあたって、それが形式上②を前提としているとい
う所から、津田先生は、御みずから、私に対し、掲載の許諾を
お求め下さった。洵に恐縮にたえないところで、私ごとき者の
おこがましい発言が、津田学説の理解をすこしでも助ける端緒
になりえたのだとすれば、私にとってこの上の幸せはない。

学問というものは、それこそ息永く継承されなければならな
いものである。津田先生が文中に期待を表明しておられる利
益法学それ自体の批判も、差し当っては②に対しておこされた
数々の御質問も、私よりも後の世代の誰人かによって、いつの
日にか、必ず、試みられ答えられるものと、私は信じる。

(昭和六〇年五月)