

法解釈学方法論をめぐる一つの序論的考察

——原島重義『法的判断とは何か—民法の基礎理論』

(創文社、2002年)を読む——

川 角 由 和

一 序論——本稿の目的

本稿は、法解釈学の方法に関して一つの序論的考察を行おうとするものである。もとより法解釈学は、民法に限らず、憲法や刑法、労働法など、さまざまな法分野に関して問題となりうることである¹。またそれは、いわゆる法ドグマティークの観点からのみならず、比較法的、法史的、法社会学的、法哲学的な諸観点からも、考察の対象となりうるに違いない²。

1 たとえば最近、山本敬三＝中川丈久（編）『法解釈の方法論——その諸相と展望』（有斐閣、2021年）が、憲法、民法、刑法、商法、行政法、労働法、経済法など各種法分野に即した考察を行っている。

2 関連する文献は無数にあるが、さしあたり、以下のものを参照。民法解釈と判例の関係に即して書かれたものとして、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、1997年）、及び高橋眞『判例分析による民法解釈入門』（成文堂、2018年）、さらにより一般的な観点から比較法的手法及び社会的ないし社会科学的視点を織り込みつつ展開されるものとして、磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同（編）『現代法学講義』（有斐閣、1978年）85頁以下、広渡清吾「法的判断論の構図——法の解釈・適用とは何か」同『比較法社会論研究』（日本評論社、2009年）289頁以下、あるいは戦後の法解釈論争を基軸としつつ法社会学と法解釈学との関係に及ぶ渡辺洋三『法社会学と法解釈学』（岩波書店、1959年）、最近の法理論的及び法史的な動向にも詳しい青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）217頁以下、特に473頁以下、裁判過程と法の解釈・適用とを考察する田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994年）300頁以下、あるいは広く基礎法

こうして、法解釈学方法論に関する考察視点は、なかば無限にその広がりをもつものとなる。したがって必然的に、検討課題の一定の絞り込みが要求されてこよう。そこで本稿は、副題に示したように、「原島重義『法的判断とは何か——民法の基礎理論』を読む」という観点から、この問題に接近してみたく思う（以下では、この原島教授の著作を「本書」と呼ぶことにする。）。

ところで、なぜ、今、20年前に刊行された「本書」をとりあげるのか。その理由は、むろん筆者が民法を専攻しているからであり、それ以外の法領域には精通していないからでもあるが、同時に、筆者が「本書」の著者である原島重義教授（1925-2013年）のもとで教えを受けた者の一人として原島民法学の集大成ともいえる「本書」を手がかりに「法解釈学方法論」³につき一定の方向性を見出したいと考えたからでもある⁴。しかもそれは、

ㄨ 学（特に法哲学）と法解釈学との関係に立ち入る文献として、恒藤恭先生古稀祝賀記念『法解釈学および法哲学の諸問題』（有斐閣、1962年）所収の諸論稿、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』（日本評論社、1996年）などを参照。

3 本稿が「法解釈学方法論」というように「法解釈学」を「学」（Wissenschaft）として取り扱う態度につき、異論がないわけではない。たとえば、平井宜雄「実用法学・解釈法学・立法学・法政策学——末弘法学体系の現代的意義」法律時報1981年12月臨時増刊48頁以下、特に52-53頁を参照。この平井論文に従えば、「立法学」では因果的思考様式ないし「目的＝手段」的合理性を貫徹しうから、それは「学」たりうるが、しかし、法解釈学は、もっぱら「正義」志向であるがゆえに学たりえない。よって、学たりえない解釈法学と学たりうる立法学とを「実用法学」の枠内で一緒に括る末弘厳太郎の態度は正当でない、と批判される。末弘の見解については、筆者の最近の著作『末弘厳太郎の法学理論——形成・展開・展望』（日本評論社、2022年）第5章、第7章及び第8章を参照されたい。いずれにせよ、本書＝原島『法的判断とは何か』は、法解釈（Auslegung des Rechts）も、単なる「技芸」（Kunst）であるにとどまらず、「学」（Wissenschaft）にほかならないと主張しているわけであるから、上記平井の見解と真っ向から対立するものとなっている（ただし、原島の「本書」で平井の見解が取り上げられているわけではない。）。その原島の主張理由については、本稿でのちほどやや具体的に明らかにされることになろう。

4 本稿は、昨年秋の民主主義科学者協会法律部会・第6回法理論研究会（2021ノ

本稿注3で紹介した筆者の近時の著作の内容とも密接な関連性をもつ。本稿でその関連性の意味合いについてもある程度明らかにすることができればと思う。それでは早速、原島教授の『法的判断とは何か』を解きほぐしていくことにする⁵（そこで示される原島教授の見解を原島「法的判断論」とも称する。以下では、敬称なしに済ませる場合も多い。）。なお、本稿本文及び脚注において単に「原島〇〇頁」とあるのは、「本書」からの引用頁であることを示す。それ以外の原島教授の論文等からの引用については、適宜脚注で記す。

二 「本書」の内容

1. 「本書」の目次編成

まず、「本書」の目次編成を確認することから始めよう。それは、以下のようである。

序章（＝第1章） 歴史の解放

第2章 法的判断の日常的体験から

第3章 わが国の法状態——最高裁判例を素材に

第4章 戦後の法学方法論

第5章 「法における擬制」と「反省的判断力」

第6章 美学的判断力から目的論的判断力へ

第7章 感性・悟性・判断力から「知性的直観」へ

第8章 理論と実務をつなぐ実践的作業

第9章 実用法「学」における「認識」と「判断」

、年10月23日）でレジュメとして提出し報告したものが、その基礎となっている。研究会でご意見・ご質問をお寄せ下さった方々にお礼を申し上げたい（なかでも水林彪教授、吉田克己教授からは、貴重なコメントを頂戴した。）。

5 本書については、すでに赤松秀岳（「法の科学」33号〔2003年〕181頁以下）、松岡久和（「法律時報」76巻8号〔2004年〕102頁以下）による書評がある。

第10章 サヴィニーの法的判断論

終章 視座の据え直し（エールリッヒとヘックの捉え方）⁶

以上から推察されうることもあるが、「本書」の序章（＝第1章）から第4章までは比較的に分かりやすく書かれている。どの法領域の研究者が読んでも理解可能な内容であると考え⁷。他方、第5章から終章にかけては、カントの『判断力批判』・『純粹理性批判』、ヘーゲルの『大論理学』・『小論理学』、『哲学史講義』や『美学』、そしてサヴィニーの『現代ローマ法体系』（ことにその第1巻）、さらにエールリッヒ及びヘックの作品が下敷きになっている。そこでは、歴史的考察もさることながら、それ以外に、論理学的＝哲学的な考察、さらに芸術方法論に関する考察が施されており、それらが文字通り有機的の一体（*organische Einheit*）をなす形で「螺旋運動的」（*spiralbewegend*）に「本書」の内容を織りなしている。だから、「本書」の副題に「民法の基礎理論」と銘打ってあっても、必ずしも容易にその内容を解説しうるものではない。筆者も哲学の門外漢であるから、本稿の記述によって、かえって原島「法的判断論」を通俗化・平板化してしまうのではないかとおそれる。そのことをお断りしつつ、次に「本書」の執筆動機を確かめておくことにする。

2. 本書の動機

「本書」が書かれた動機は、大きく二つに分かれる。形式的動機と実質

6 序章及び終章の括弧内は、川角が付記したものである。原著には単に「序章」とあるのみで「第1章」の表記はない。なお原著は漢数字を用いているところ、本稿では洋数字にかえた。

7 とはいえ、すでに序章からしてサヴィニー、カント、ヘーゲル、さらにルカーチやベンヤミンの見解がちりばめられている。第2章以下でもほぼ同様である。その立論の様相と根拠について、本稿でも可能な限り留意し、解明したいと考えている。

的動機がそれである。まず、「形式的動機」について簡潔に触れておこう。原島先生は、若いころから体力面で不安を抱えておられ、他大学への出講を極力控えておられたが、1994年9月に立命館大学法学部から委嘱を受け、その夏季集中講義として「民法特別講義」を担当された。その際、立命館大学の大河純夫教授から「講義内容は一切お任せする」ということで集中講義の打診を受けたことが決定打となったらしい（原島3-4頁を、その「はしがき」iv頁と併せて参照）。そこで五日間にわたり、立命館の学生を聞き役に回し、当時原島先生が関心を寄せられていた「法的判断とは何か」を講じることによって、みずから考え、深める場にするため、上記「民法特別講義」に臨まれたわけである（原島5頁、15頁）⁸。

さらに、「実質的動機」として、以下のことを指摘することができよう。すなわち、この「法的判断とは何か」という講義テーマは、かねてよりの原島先生のモチーフと関連することであり、裁判官や法学研究者の「法的判断」が衰退し、空洞化し、墮落すれば、それはファシズムをも招き寄せかねないのではないかという危機意識が先生を突き動かし、よってこの立命館大学での講義に向き合わせたのだ、と言えよう⁹。言い換えれば、わが国に有力な利益衡量論ないし利益考量論は、なるほど概念法学打破という基本線では、健全な方向性を示しつつも、しかしながら結局のところ、法規範の拘束とその拘束の意味に立ち入ることなく当事者の利益そのものに関する総合的比較考量判断に身を委ねてしまい、よって基本的に現状追認主義的な姿勢に終始するという傾向をもつ¹⁰。このような利益衡量論・

8 原島先生は、この講義録をまとめたものを、1995年～2000年にかけて紀要「久留米大学法学」に連載された。さらに、それらを推敲したものが「本書」として2002年創文社から刊行された。ちなみに、その直後から先生は、両眼失明となり、読書も筆記もままならない状態になられた。

9 この「ファシズム」への危機意識は、すでに原島「民法学における思想の問題」（1968年）同『民法学における思想の問題』（創文社、2011年）60頁以下に明確に示されるところである。

10 原島「民法学における思想の問題」（前注9）67頁以下。なお、利益衡量論・

利益考量論を「法的判断論」のレベルで批判し、それに代わる「法的判断論」を対置せしめること、これがこの講義の実質的な動機を形成するものであった（原島110頁以下）。

それとの関連で、1950年代前半の「法解釈学論争」における来栖理論が、なにゆえその後「法学的フィクション論」を目指したのか。この問題も、今一つ別の実質的な要素として原島「法的判断論」の考察視野のうちに取り込まれている（原島125頁以下）。これは、あとでも触れるように、サヴィニーの「法的判断論」における「擬制」（Fiktion）や「類推」（Analogie）の位置づけに関心を寄せる原島「法的判断論」（原島278頁以下）の、独自の課題設定と関連をもつ。なぜなら、来栖三郎教授（1912-1998年）の法解釈論がいわゆる「主観説」に属するといわれる場合、それは、立法者意思依存的な「旧主観説」¹¹を脱しつつ、しかも「判断者」（裁判官や法学者）の個別主観的な法的判断の肯定を必然化するものへと至るところ、その場合の法規範（普遍的要素）と判断者の主観的決定（個別的・特殊的要素）との関係をめぐって、いわゆる「客観説」¹²とどこがどう違うのかという

ㄨ 利益考量論における「現状肯定主義」、あるいは所与の事実への「追従」的姿勢への批判として、乾昭三＝甲斐道太郎＝利谷信義＝原島重義＝星野英一＝水本浩〔座談会〕「民法学の課題——法解釈学、実用法学、そして法社会学（第2回）」法律時報39巻4号（1967年）65頁（原島発言）を参照。

11 「旧主観説」とは、いわゆる「立法者意思説」のことであり、法規形成にあたっての立法担当者の主観的意思を決定視する立場を指す。これが制定法の無欠缺性と結合する場合、かの「概念法学的方法」と内面的な関連をもつわけであり、そこに「旧主観説」との対抗における「客観説」登場の根拠があったとされる。磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同（編）『現代法学講義』（前注2）85頁以下、特に90-91頁。

12 「客観説」は、立法時以降の制定法規を、すでに独立した客観的実在として位置づけ、もって法解釈の規準を立法者が当該法規に主観的に与えた「意味・概念・期待など」とは別の形で「発見」されるべきところの、「客観的に法律に内在する合理的意味内容」が「法的拘束力をもつ」、とする立場を指す。しかしこれは、結局、法的判断者の制定法規への主観的な態度（主観的に、判断者がこれこそ「客観的」な意味での「現在」における合目的な解釈であると「読み」

一種の「緊張状態」を作出するからである。これについて原島「法的判断論」は、来栖「フィクション論」をサヴィニーの法的判断論を継承した後期エールリッヒに典型的な歴史的・目的論的解釈の方向（エールリッヒ的な意味での「主観説」¹³⁾）で受けとめようとする（エールリッヒの歴史的・目的論的解釈につき、原島290頁以下）。

以上の点を含め、本稿は、のちほど可能な範囲で原島「法的判断論」の内容を整理し、その具体的な内容を個別的に確認することにする。そこでも再度触れることであるが、原島「法的判断論」の独自性は、法学的な思考形態＝「法的判断」を、法曹なかでも裁判官及び法学者に固有な「判断」の問題として捉え、その際に広くカント、さらにヘーゲルの論理学の成果に基礎を置きながら、①カントからサヴィニーへの思考の継承関係を、②カントからヘーゲルへの「判断」レベルでの論理学の発展と突き合わせつつ説明しようと企図する、という点にある（それに加え、原島「法的判断論」においては、③ヘーゲルとサヴィニーの思考形態との実質的な共通性を確認することが試みられていることにも留意すべきであろう。これらのことは「本書」第5章から第10章にかけて集中的かつ反復的に論じられていく。）。

しかもその場合、原島「法的判断論」においては、18世紀後半から19世紀の前半、特にドイツ産業革命期の「前」に思想的・文化的なルネサンスが、すなわちドイツにおける「市民」的合理精神・啓蒙主義的精神が、広

ゝ込む」[hineinlesen] こと)を決定視する立場にほかならないと言えるわけであり、それゆえ、20世紀初頭の——立法者意思によって把握された利益以外に法解釈の判断素材を広く提供するところの、社会に被規定的な利益を歴史的探究の対象とする——利益法学 (Interessenjurisprudenz) の主唱者ヘック (1858-1943) から厳しい批判を受けた、とされる。磯村哲「法解釈方法論の諸問題」(前注2) 91-92頁。

13 「本書」は、エールリッヒの初期においては法解釈における客観説の立場が採用されていたとも見うところ、少なくとも後期エールリッヒ、なかでも1913年『法社会学の基礎づけ』以降、とりわけ1917年の「法規に基づく裁判官の法発見」や1918年の『法律学的論理』では、明確に歴史的方法を介した主観説の立場が確認される、とする。原島290頁以下、特に296-299頁。

範に開花したものとして捉えることもその特徴の一つを形づくっている。たとえば、カントからヘーゲルへの哲学の発展¹⁴を、文学におけるレッシングからゲーテ及びシラー、及び音楽におけるモーツァルトからベートーヴェンへの流れと同じ方向を向くものとして把握する。そのような合理主義的傾向のうちに、原島「法的判断論」は、サヴィニーの「使命」論文¹⁵や『現代ローマ法体系』（ことにその第1巻）¹⁶を内面的に整合的に組み入れる（原島6頁、136-137頁）。こうして原島「法的判断論」は、ドイツ「産業革命」前のドイツ思想＝啓蒙思想の展開の様相に注目するのである¹⁷。こ

14 ルカーチによれば、ヘーゲルもまた「啓蒙主義の徒」（Schüler der Aufklärung）として描き出される。ルカーチ（生松敬三ほか・訳）『若きヘーゲル（下）』（白水社、1987年）509頁。Lukács, Der junge Hegel, Über die Beziehungen von Dialektik und Ökonomie, Bd. 2, 1948, Suhrkamp, 1973, S. 835.

15 F. C. v. Savigny, Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, J. Stern (Hrsg.), Thibaut und Savigny, Ein Programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, 1959, S. 69 ff.; H. Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften, Zweite Auflage der von Jacques Stern begründeten und danach vermehrten Ausgabe, 2002, S. 61 ff.

16 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, Scientia Verlag Aalen, 1981.

17 この原島「法的判断論」の発想は、基本的にドイツの産業革命の「前」と「後」とを区別しようとするものであるが、それは、1848年に「ブルジョアジー」が市民革命を挫折させた「前」と「後」を区別して、それ以前の市民階層の思想的発展（その代表者としてのゲーテやシラー）に注目するルカーチ（1885-1971）の態度とその方向性を同じくするものである。たとえば、ルカーチ「史的唯物論の機能変化」（1923年）同（城塚登ほか・訳）『歴史と階級意識』（白水社、1987年）372-373頁。さらに、ルカーチが1807年『精神現象学』におけるヘーゲルのデイドロ評価と、当時のゲーテのデイドロ評価との共時性・共通性を指摘しつつ、その後のドイツロマン主義の勃興と対峙させていることにつき、『若きヘーゲル（下）』（前注14）50頁と549頁とを併せて参照（後者の箇所ではルカーチは、「ゲーテとヘーゲル」を「ブルジョアの発展の最後の偉大な悲劇的時代の始まりに生きている」と規定し、ゲーテの『ヴィルヘルム・マイスター』・『フェウスト』とヘーゲル『精神現象学』・『大論理学』及び『エントイクロペディ』との二つの到達点を「人類不滅の記録である」と位置づけている。なお、ルカーチ『若きヘーゲル』の原書初出は、1948年である。）。さらに、上記との関連で、

のような近代的な思考における普遍的要素の重視、その客観的な制約原理の承認は、独特な形で原島「法的判断論」の骨格を形づくっている。これは、あとで指摘するように、カント的な「構想力」の主観主義化を越えてヘーゲル的な客観主義化を志向するものであるとも言えよう¹⁸。さしあたり、以上のことを序論的に確認した上で、次に本書第2章の概要をたどる。

3. 「歴史の解放」とは？

① 原島「法的判断論」は、歴史における「リアリズム」（言い換えれば、歴史における「弁証法」Dialektik）に考察の重点を置く¹⁹。そして、ギリシャ哲学以降の歴史を踏まえ、ヘーゲルが模範を示したように、決して単なる

ㄨ ルカーチ「ゲーテとその時代」同（国松孝二ほか・訳）『ゲーテとその時代』（白水社、1986年）57頁以下、特に67頁以下、ルカーチ「ドイツの歴史的發展の二、三の固有性について」（1954年）同（暉峻凌三ほか・訳）『理性の破壊（上）』（白水社、1987年）43頁以下、特に65頁以下も参考に値する。

18 これに関連し、三木清『構想力の論理 第二』（岩波書店、1946年）244頁は、「歴史」の捉え方と「構想力」とを連結する観点から「反省的判断力」に着目し、「カントが（歴史の目的論的・体系的な把握における）合目的性を反省的判断力に帰したのは理由のあること」ではないか、という（括弧内・引用者）。この三木の指摘に依拠するなら、一見したところ個別事件（歴史的事実）の特殊性だけが与えられていて普遍性を語るができないように見える場合であっても、その特殊性を見つめる視点の「反省的」（reflektierend）な観察態度を通じ、「特殊性」そのもののうちに「普遍的な歴史的教訓を汲み取ることはあくまで可能というべきことになろう。ちなみに、カント『判断力批判』に出てくる「構想力」（Einbildungskraft）は、およそ主観的な「認識能力」（＝「心的能力」Vermögen des Gemüts）のレベルで捉えられているものであるが（カント〔篠田英雄・訳〕『判断力批判（上）』〔岩波書店、1964年〕267-268頁〔原書初出は1790年〕）、三木はカントの先にヘーゲルの客観化された「構想力」を置くから（たとえば、三木・前掲250頁）、その点で同様の見地に立つ原島の共感をも呼び起こしたものと思われる（原島は、ヘーゲルの「構想力」をカント「構想力」の展開とみて、その継承関係に力点を置く。）。原島206頁及び231頁。

19 あるいはこれを、「歴史そのもののうちに弁証法を発見する」という態度、と言い換えてもよいであろう。この点につき、ルカーチ「物象化とプロレタリアートの意識」（1923年）同『歴史と階級意識』（前注17）315頁を参照。

「相対主義」に立つべきではないこと（「投げやりにならない」という姿勢）を重視する（原島33頁、39頁）。

② それでは、歴史における「危機」にいかに関わり向かうか。原島²⁰は以下のようにいう。——「われわれが、現在に居心地の悪さを覚える、あるいは不条理を怒り、危機を恐れる。そういうところから、本当の過去を覆っている表層を壊すという作業が始まるのではなからうか。危機というものは不断に、起こっている。現在の根源をなしているところの過去、つまり真の歴史を、回生させ蘇らせること。これも、危機が不断に起こっているのと同じように、不断にしなければならないことである。」²¹。

以上のことに関連して、ヘーゲルは、「哲学には、過去のすべてが残されている」とし、「哲学にとっては、うしなわれていく過去などは一つもない。」という。そしてヘーゲルは、この観点を、現在のわれわれの課題として位置づける²²。その上で原島は、なぜヘーゲルがそのように歴史を捉えようとしたのかを問い、「彼が生きた、彼にとっての「現在」がそうさせた、なかでも「フランス革命前後の世界史的大変動」がそうさせたのではないか、と述べる（原島33-34頁）²³。

③ 上記の歴史に対する見方を踏まえ、原島は、特に、次のサヴィニー

20 以下では、原則として敬称を略する。

21 この引用文は、ヴァルター・ベンヤミン「歴史の概念について」（1940年）同（野村修・訳）『ボードレール他五篇』（岩波書店、1994年）325頁以下を原島が要約したものである。

22 ヘーゲル（長谷川宏・訳）『歴史哲学講義（上）』（岩波書店、1994年）137頁（原書初出は1837年）。

23 このようなヘーゲルの歴史への姿勢は、ヘーゲルが『精神現象学』（1807年）で展開したところの、ドイツロマン主義的傾向（当時の代表者としてのシェリング）との対決に遡源するものであり、そのように「現在」の課題意識から歴史と格闘したヘーゲルの立場こそは——彼の愛用したフレーズを借りるならば——ヘーゲルをも「時代の子」（der Sohn seiner Zeit）として規定する立場に通ずるものである。ヘーゲル『歴史哲学講義（上）』（前注22）94頁。Vgl. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, 1837, Suhrkamp, 14. Auflage, 2021, S. 72.

の態度に注目する。すなわち、「現在を過去に結び付けるところの、そして、その認識なしには、われわれが現在の法状態（der gegenwärtige Rechtszustand）について単に外的な現象だけを見て取るにすぎず、その内的な本質を把握しないところの、生きた連関（der lebendige Zusammenhang）を認識することこそ最大の重点が置かれるべきである。」²⁴とする観点がそれである（原島26-27頁）。こうして原島は、「法的判断」に関する態度決定の問題を、まずは、その歴史への向き合い方、言い換えれば、いかに「現在の課題」を「現在の危機」との関連において捉え、同時に、いかに歴史をその閉じ込められた状態から解放するかを問う。つまりは、われわれが歴史において、歴史を形成する主体として登場すべき必然性が存在すること、そして「法的判断」がそのような歴史形成「主体」の思想の問題と密接な関係をもつことを指摘する²⁵。こうして、われわれが、その「法的判断」において、歴史の教訓として得られる「非合理主義」と闘うことの必要性、そのような「非合理主義」の典型としてのファシズムとの闘いの必然性が強調され、「法的判断者」がそのため時代と向き合いつつ「思想」を鍛え上げる必要性について主張される（原島100-102頁）²⁶。このように原島は、「法的判断」に関する視点を、歴史の捉え方、歴史把握への方法的姿勢の問題にまで広げながら、次に「法的判断の日常的な体験」及び最高裁判例を素材にした「わが国の法状態」を問題にする。これ

24 Savigny, System (Fn.16), Vorrede XV.

25 ヘーゲルが、上記引用文（前注22に対応する本文）において「過去のすべて」を問題にする場合、それは、従来は隠され、無自覚的であった事実のうち、健全なもの、啓蒙的なもののみならず、反省すべきもの、教訓的なものをも自覚的に掘り出すという作業が含意されている。それゆえ、たとえば、ナチズムの経験も、天皇制ファシズムの経験も、現在のわれわれにとって「教訓」の対象とすべき事実へと高まるべきものとして把握される。

26 この観点から、「本書」では、ナチズムを批判した法学者として加古祐二郎（1905-1937）と我妻栄（1897-1973）が取り上げられている（上記本文中に示した頁を参照）。これについては、1968年の原島「民法学における思想の問題」（前注9）60-61頁で示されたスタンスに、その思考上の源流を認めることができる。

は、「本書」第二章・第三章で論じられていることである。われわれもそこに視点を移すことにする。

4. 「法的判断の日常的体験から」・「わが国の法状態——最高裁判例を素材に」

① まず原島は、裁判官の法的判断をとり上げて、次のようにいう。すなわちそれは、常に新しい個別の事件事実を対象とするのだから、法的判断は必然的に創造的なものである。しかしながら、「だからと言って、一回一回個別的で特殊なものだから、勘に頼るほかはないというふうになってしまうと、これはこれで間違いであって、やはり個別的なものの特殊なものにぶつかりながら、しかも普遍的なもの（ルールないし法則的なもの——引用者）にそれをつなげていく。そこに法的判断の本当の姿があるのではなかろうか（…）。」²⁷（原島48頁）。

その際に原島は、「個別事件を汲み尽くすような規則というようなものはありません、と言ってもいい」とし、それゆえ「個別事件から規則を、つまり個別・特殊から普遍を見つけ出していく。個別・特殊から普遍へと上昇していく。」という観点を披露する（原島46頁）。たとえば、一見したところ文言解釈によって解決しうるような事案でも、当該文言がいかなる歴史的な背景で規定されたのか、立法担当者がその背景をいかに捉え、いかなる意義を付与しつつ文言化したのか、また、当該文言を含む個別立法の論理的な枠内でその文言はいかなる機能を果たすべく予定されたものであるのか、さらに憲法をはじめとした他の法律との体系的・論理的整合関係はいかに確保されるのか。このような形で、文法的要素、論理的要素、歴史的要素、体系的要素をトータルに踏まえながら、文言解釈を含めた当該条項に関する解釈が行われるべきである、とする（原島247頁）²⁸。

27 ここで原島が「勘に頼る」という場合、それはいわゆる「裸の利益衡量論」ないし「諸事情の総合判断論」をも包括すると考えてよいであろう。

28 原島は、Savigny, System (Fn. 16), S. 213-214.の記述を前提に、そのよう

② ところで、原島によれば、そのような法的判断は美学＝芸術論における判断と無関係ではない。法的判断＝「解釈」(Auslegung)において、先に示した「文法的要素、論理的要素、歴史的要素、体系的要素」が判断者＝裁判官によって瞬時にトータルに汲み取られ、さらにそこに古典期ローマ法以来2000年の法の歴史や近代市民法の価値基準、及び比較法の成果などが重ね合わされる場合、おのずとその法的判断には「正しさ、端正さ、品位」(原島51-52頁)が要求されてくるのではないか。逆に、裁判官の法的判断が目先の利益衡量に終始し、法の論理性や法の歴史性を忘れ、結論を合理化するためにのみ法規範を便宜主義的に活用しようとするなら、その法的判断は墮落し、法規範は空洞化せざるをえない。これはわが国において有力な判断手法、すなわち当面する当事者の利益衡量ないし価値判断を優先させ、よって先に取り出した結論を正当化する手段(「説得の道

ゝに論じている。したがって、たとえば日本学術会議法7条2項の「会員は、第17条の規定による推薦に基づいて、内閣総理大臣が任命する。」という規定も、単純に内閣総理大臣に「任命権」が付与されたものとして理解すべきではない、と言うべきことになろう。すなわち、同法7条2項と同法17条(「日本学術会議」による会員候補者選考・推薦の権限に関する規定)との論理的関係、同法7条2項及び17条を導くために置かれた同法「前文」、さらに憲法23条との体系的関係、あるいは天皇の内閣総理大臣・最高裁判所長官の任命権に関する憲法6条1項及び2項、ひいては憲法各条項と憲法前文との論理的な関係などが、戦前帝国憲法から戦後日本国憲法下への価値基準の転換という歴史的な文脈に即して具体的に問われべきであろう。なかでも、日本学術会議法「前文」が「科学者の総意の下に、わが国の平和的復興、人類社会の福祉に貢献し、世界の学界と提携して学術の進歩に寄与することを使命とし、ここに設立される。」と謳っていることは、その立法当時の歴史的背景(戦中期科学者の戦争への加担強制政策への反省、科学者の人類的課題ないし国際的な福祉向上に関する課題への反省など)を抜きにしては、同法の各条項を十分に理解することができないものであることを指し示している。要するに、サヴィニー及び原島「法的判断論」によれば、「文法的要素、論理的要素、歴史的要素、体系的要素」の四つの要素に基づく解釈が同時的かつ包括的に行われるべきなのであって、星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」(1988年)同『民法論集 第8巻』(有斐閣、1996年)187頁以下、特に197頁以下が記すように、序列関係ないし優先関係に立つべきものではない。

具)」としてだけ法規範を使う手法に顕著である（原島51頁）²⁹。これに対し、原島は、法規範が内在的に備えもつ客観的な普遍性・合理性の追求を重視するがゆえに、裁判官の恣意的で便宜主義的な判断手法を指して「端正さ」に欠け、「品位のないもの」として把握する。その批判的な考察視点は、なにより芸術論的方法によって方向づけられる。すなわち、「芸術の所産では…その合目的性が——恣意的規則による一切の強制から自由であり——あたかも自然であるかのように見えるとき、——たとえわれわれが、その芸術を人工的なものだと知っていたとしても——美しい芸術と言える」³⁰ のであり（原島94頁。ダーシの箇所は引用者）、言い換えれば「偉大な芸

29 このような判断手法は、いわゆる「客観説」において典型的なものであり、わが国におけるその実質的な提唱は、我妻栄「私法の方法論に関する一考察」（1926年）同『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）475頁以下、特に534頁以下に見られるところである。すなわち、裁判における判断とは「何等かの心理的過程によって出来上がった判断に、この三段論法（法律適用の形式）を与えることを意味する」（534頁。傍点・原著）のであり、つまり「法律判断」の「真相」とは、「三段論法」をして「事実上出来上った判断に後から着せられる衣の形式」とすることである、とされる（536頁）。これは、我妻がそのダンツ論（「ダンツの「裁判官の解釈的作用」」（1923年）同『民法研究Ⅰ私法一般』（有斐閣、1966年）51頁以下、特に54頁）において、ダンツをオーストリアのエールリッヒやフランスのジェニーと「相並んでドイツにおける『法律解釈の新学説（いわゆる「客観説」）の建設者』」（括弧内・引用者）とした理解をどのように受けとめるかにかかっている（この点に関する問題提起として、原島303-304頁が重要である）。ちなみに、我妻・前掲論文53頁では、ダンツが裁判官の法的判断につき「素人として有する一般常識」を重視したことが指摘されている。これは戦後、星野英一氏による「利益考量の手法」としての「常識的な手法」（「普通の人が無意識にやっている手法」）の強調と軌を一にするものと言ってよからう。この点、星野「民法の解釈のしかたとその背景」（前注28）217頁を参照。

30 カント（篠田英雄・訳）『判断力批判（上）』（前注18）254頁。原島前掲箇所は、カントの文章を要約したものである。念のため該当箇所を原文で示せば、以下のようである。„An einem Produkte der schönen Kunst…muß die Zweckmäßigkeit in der Form desselben von allem Zwang willkürlicher Regeln so freischeinen, als ob es ein Produkt der bloßen Natur sei. …die Kunst kann nur schön genannt werden, wenn wir uns bewußt sind, sie sei Kunst, und sie

術家」の場合にそうであるように、作家がその作品においてわれわれに「対象を示す」³¹ ことに成功した場合にこそ、その作品は普遍的な価値を獲得し、人々をより高い次元に到達させる力をもつのである（原島95頁）。こうして、すぐれて主観的な営みに属する芸術活動においても、自然的な客観性の追求と「作品の対象化」、つまりは「作品」の「普遍化」が要請されざるをえない（原島同頁）。すなわち、およそ人が産出する「作品」が「普遍性Allgemeinheit」をもつためには、「創作の過程」において、あくまで「個別的」な作品（Einzelheit）のうちにその個性が特殊性（Besonderheit）を帯びつつ媒介し——作家による歴史認識や時代の課題との格闘とその形象化を通じて——当該作品自体が芸術家の人格を高め、同時に読み手をも高めるというプロセスが形成される（原島95-96頁）³²。このような「特殊化のプロセス」を通過すること、あるいは「典型」（Typus）ないし「典型化」（Typisierung）を通じて個別の作品が普遍性を備えるに至ることが要請されるべきことについては、法的判断の場合においてもな

「uns doch als Natur aussieht.” Kant, Kritik der Urteilskraft, 1790, 23. Auflage 2018, Suhrkamp, S. 240-241.

31 この箇所は、その芸術論においてカントの客観化を図ったとされるシラーからの引用文であり、それを要約したものである。シラー（草薙正夫・訳）『美と芸術の理論・カリアス書簡』（岩波書店、1974年）82頁（「偉大な芸術家は、われわれに対象を示し（かれの表現は純粹客観性をもつ）、凡庸の芸術家は自己自身を示し（かれの表現は主観性をもつ）、劣等な芸術家は素材を示す（かれの表現は媒介物の自然および芸術家の分限によって規定される）。」）。——このようにシラーはカントに打ち込みながら、しかもヘーゲルに先行する形でカントの客観化を図り、自己の芸術を鍛え上げていったのである。ちなみに、シラーの盟友ゲーテもカント哲学に高い賛辞を送っている。エッカーマン（山下肇・訳）『ゲーテとの対話・上』（岩波書店、1968年）316頁（1827年4月11日の対話）。

32 原島は、このような形で「個別・特殊・普遍」の「トリアーデ」を把握するにあたって、ヘーゲル『大論理学』における「概念論」（第3巻第1篇第1章）を参考している。ヘーゲル（武市健人・訳）『ヘーゲル全集8 改訂 大論理学（下巻）』（岩波書店、1961年）37頁以下（原書初出は1816年）。Hegel, Wissenschaft der Logik II, Suhrkamp Werke 6, 1986, S. 273 ff.

んら異なるものではない。要するに「法的判断」も、「その時代の一つの典型」、ないし「その時代の問題」を正面から受けとめる場合に「普遍性をもつ」ものとなる（原島97-98頁）³³。繰り返しを厭わず言うならば、そのような「普遍性」の対極にあるのが万事諸利益の総合判断＝「結論」の先行を振りかざす態度であり、法規範をその結論のための説得の道具へと切り下げる態度である。それこそは、法的判断における「ご都合主義」ないし「便宜主義」を生み出す根源たるものであった（ちなみに原島243頁は、わが国「利益衡量論」を指して、これを「民法学解体論」³⁴であると規定する。）。

③ このような「ご都合主義」は、原島によれば、近時の最高裁判決においても見受けられるところである³⁵。それは、たとえば、従来「約款」をほぼ丸呑みしてきた最高裁が³⁶、ある相続事件に関し「約款」に書かれたことと違うこと（商法676条³⁷）を保険会社が援用した場合、さしたる理

33 念のため付言するならば、原島は、ことさら現代市民法論や現代市民社会論を「本書」において展開しようとするわけではない。しかしながら、その「法的判断論」を通じ、すぐれて現代的な法現象（環境問題や消費者問題など）を個別具体的に、しかも最高裁判決を素材に論じ、よってわが国に有力な利益衡量論・利益考量論と対峙しようとすることは「本書」の至る箇所で示される顕著な事実である。

34 この「利益衡量論」イコール「民法学解体論」という認識は、すでに原島「民法の性格規定と民法学の方法」（1977年）同『民法学における思想の問題』（前注9）77頁以下、特に89頁に示されている。そこでは、「概念法学の何たるかを知らずにただ「全面否定」するとき、それは法学一般の否定につながりかねない。」とも指弾される。

35 本稿で素材とした最判平成4年3月13日民集46巻3号188頁以外に、不動産賃貸借契約における「正当事由」の空洞化」として批判される最判平成3年3月22日民集45巻3号293頁、敷地借地権売買と売主の「瑕疵担保責任」に関する最判平成3年4月2日民集45巻4号349頁、信頼関係破壊の法理に関して「概念法学のニューモード」として批判される最判平成3年9月17日判タ771号66頁が取り上げられている。原島64頁以下。

36 原島は、そのような約款丸呑み傾向を指して「約款天国」と規定している。原島84頁。

37 現在の保険法46条は、生命保険約款文言をほぼそのまま取り入れている。なお、商法676条は保険法の施行（2010年）に伴い削除された。

由も示さないまま保険会社の言い分を是認した判決（最判平成4年3月13日民集46巻3号188頁）に象徴的に示されている（これを原島は、「約款論の頽廃」と命名している。原島80頁以下。）。そのような最高裁の態度を、原島は、都合の良しあしで約款を楯にとったり、あるいは逆に商法規定を持ち出した³⁸りして、もっぱら保険会社の言い分のみを押し通そうとする³⁹保険実務への従属的姿勢の現われであり、それを安直に「取引慣行」として認定する態度にほかならないとして厳しく批判する。このような最高裁のスタンスこそは、「便宜主義」の現われであり、「ご都合主義も極まれり」と言うべきことになる（原島85頁）³⁸。

④ こうして原島によれば、裁判官の「法的判断」は、「個別」の事件事実を正確に把握した上で、その「特殊性」に適合的な法規範（＝「普遍」）を、それら（個別の事件事実と法規範）が置かれた時代の中で新たに意味づけ³⁹すること（特殊化としての「判決規範」の創出）、さらにその意味での法の創造的発見ないし「法創造」を行うことを常に要求する。そのことを定式化して、原島は次のように言っている。——「個別的な事件は普遍的な法規範との関連なしには判断できない。またしかし、法規範が普遍的であり得るのは、その法規範が個別的な事件の中に、かつそれを通じてのみ存在するからである。そうすると、法的判断は個別的な事件を一つの典型へと一般化し、高めるプロセスであると同時に、法規範が制約され、媒介されたかたちで確認されるプロセスだ、と言える（…）。その意味で、判決規範（Entscheidungsnorm）は事件の個性と法規範の普遍性をあわせ持つところの、特殊性でなければならない（…）。」（原島98頁）³⁹。

38 原島によれば、この問題は、憲法76条3項の裁判官の「良心」に関わるし、それとの関連で「社会通念」のもつ問題性とも関連する。原島89-93頁。このような原島の観点からすれば、司法研修所（法科大学院）での要件事実論や、法学部での学生教育のあり方も問われていくべきことになる（司法研修所の教育につき、原島43頁以下を参照）。

39 この引用文の理解が「本書」読解のカギを握ると言ってよいかも知れない。➤

5. 「戦後の法学方法論」

① 原島によれば、法規範における「原則」を忘れ、目先の利益衡量に思考を固定化すれば、それこそ「概念法学」に転化する。この点で、法的判断基準を具体的に追求し、科学としての解釈法学を目指した末弘巖太郎による「官僚的利益衡量」批判の立場から学ぶべきことが多い（原島105頁）⁴⁰。それでは、末弘法学を受け継ごうとした川島武宜の「市民的実用法学」は、どのように位置づけられるのか。原島によれば、川島理論は、予測可能性など計算の体系としてのヴェーバー的な思考を推し進めたが（原島103-104頁）、同時に川島「市民社会」論は、1960年代の高度経済成長期を市民社会実現という「バラ色」で描いてしまうという側面をもった（原島106頁）⁴¹。つまり、川島理論は、市民社会がわが国で根付く側面に気

↘ この点、のちほど改めて言及する。いずれにせよ、原島「法的判断論」においては、たとえば裁判官が所有権保護の等質性という「一つの典型」たる原理（プリンシプル）を忘れ、目の前の電力会社や鉄道会社の所有権と農民や一般住民の所有権とを直接的に、無媒介的に比較衡量して、前者（大企業）の所有権を便宜的に優位に置くとき（「所有権の階層化＝独占化」）、差止め違法の基準＝妨害排除請求権の基準が逆転する。そして、仮に損害賠償は認められても、差止め＝妨害排除は認められないなどという倒錯した法的判断（我妻的な「違法段階説」）を帰結する。これは、大審院昭和11年7月10日民集15巻1481頁、大審院昭和13年10月26日民集17巻2057頁から「板付米軍基地事件」最高裁判決昭和40年3月9日民集19巻2号233頁へと至る動向に顕著である。この動向は、大阪国際空港事件判決（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）、国立景観訴訟判決（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）においても看取されるのではない。上記大審院及び最高裁レベルの判断に共通するのは、あくまで我妻的な違法論＝相關関係の違法論であり、あるいは我妻的な一般条項論（権利濫用論、公共の福祉論）である。戦後の利益衡量論もその焼き直しとしての側面を強くもつ。

40 この末弘評価につき、原島は、磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、1975年）62頁以下、特に72頁以下、117頁の参照を指示する。

41 これと同じ問題を広中法学も引きずっているのではないかという点につき、近時、吉村良一氏からの指摘がある。吉村「市民法と民法解釈方法」（1998年）同『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社、2016年）53頁以下、特に67頁を参照。

をとられ、市民社会が崩壊する側面、危殆化する側面を直視しえなかったのではないか。環境問題もそうであり、消費者問題も同様な構造をもつ。同時にこれは、民法規範の空洞化を意味する（原島106-108頁）。要するに、川島の理論は「楽天的に過ぎるのではなからうか」（原島109頁）。

② これに対し、原島「法的判断」論によれば、民法規範の抽象的性格は「市民法の客観的な存在性格」に基づくものとして捉えられる。それは、人と人との生ける連関を覆う物的諸形態（一種の「物象化」）として生起する。その物的な覆いをはぎ取るためには、独自の学的努力を要する（原島109-110頁）。そして、その場合に「一番肝心なこと」は、「実用法学の実践としては、あくまでも市民法の土俵で、市民法の論理を貫くこと」ではないか。要するに、相手方（支配的な法的思考のトレーガー）と共通の土俵でたたかい抜くこと（「理論闘争」をすること）こそ肝心である。そこから逃げない勇気をもつべきではないか。この点で、清水誠氏の市民法論に学ぶ必要がある（原島110頁）。

③ ところで、川島法学は、予測可能性のみならず、なお「法の支配」（rule of law）を重視するという意味で「哲学」があった。これに対し、加藤一郎氏や星野英一氏の「利益衡量論・利益考量論」は、あからさまに法への懐疑主義、ないし合理的なものへの「不可知論」の立場にたつ（いわゆる、ヘーゲルの批判する「直接知」〔unmittelbares Wissen〕に終始する。）。にもかかわらず、やはり川島から加藤・星野への流れがあった事実にも目を向ける必要があるのではないか。これを指して原島は、「川島法学の先に、加藤法学や星野法学がある」と規定する（原島118頁）⁴²。それはなぜかという、川島が「法的構成」を我妻的に修正し、まず「結論」を全人格的な判断で出した上で、次にその理由づけとして法的三段論法の「衣」を着せ

42 星野英一『民法論集 第一巻』（有斐閣、1970年）「はしがき」5頁では、「川島先生の「科学としての法律学」が「法解釈学…の方法論のために、「導きの星」となった。」とある。

るという「法的構成」を継承しようとしたからではないか。このような川島の姿勢が、加藤や星野にも規定的な影響を与えた（原島117-118頁）。要するに「利益衡量論・利益考量論」は、個別的なものだけに視点を集中することによって普遍を置き去りにするという傾向をもつ（原島119頁）。たとえば「約款」を法的判断の対象とすると、「私的自治」とか「自己決定」という媒介項を活用せざるをえない。にもかかわらず、「利益衡量論・利益考量論」はそのような媒介項を「ドイツ的中間理論」として排斥しようとする傾向をもつ（ことに星野「利益考量論」は、たとえば原島の民法177条に関する問題を「対抗問題」として位置づける態度に極度の嫌悪感を示している⁴³。この点、原島119頁を115頁の記述ともども参照⁴⁴）。このような態度こそは、「理論」を概念法学の産物にほかならないとして切り捨てることに通ずる。しかしながら、「概念法学批判」を飛び越えて、「概念拒絶症」にかかってしまっは「法律学は成り立たない」のではないか（原島120頁。傍点・原著）。

ともあれ、「法律学」、なかでも「実用法学」は「学」たりうるか。

6. 実用法学は「学」たりうるか——カント『判断力批判』・ヘーゲル論理学・サヴィニー「法的判断論」＝サヴィニー「法解釈学理論」との関連

ここで原島「法的判断論」は、改めて、カントの『判断力批判』及び

43 星野「民法の解釈のしかたとその背景」（前注28）237頁は、名指しこそしていないが、原島的な民法177条に関する「対抗問題」としての理論化をかなり強い調子で非難している。

44 これは、星野「利益考量論」において、文理解釈ないし条文相互の論理的関係の重視、もしくは立法者意思の探求が語られることがあるとしても（星野「民法解釈論序説」〔1968年〕同『民法論集 第一巻』〔前注42〕1頁以下、特に11頁）、なお妥当することである。それは、結局のところ星野が「客観説」を採用し（星野36頁）、かつまた「利益考量」に際しての「価値の序列（ヒエラルヒア）」を決定視すること（星野31頁。その場合に星野は鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」で示された観点を重視する〔星野34頁注10〕）ことと、具体的に関連づけて理解されるべきことである。

ヘーゲル論理学に立ち戻る。「本書」の章別で言えば、第5章以下第10章までを包括する。

① 原島「法的判断論」の前提

まず、その「法的判断論」の前提を確認しておこう。原島「法的判断論」は、カントの積極面をヘーゲルが展開し、そのヘーゲルの肯定的側面をマルクスが継承したとみる。もとより前者は後者により批判の対象ともされるが、むしろ原島は後者が前者のどこに理論的な長所を見出し、それに高い評価を与えつつ、みずからの理論を発展させていったかという学説継承のプロセスをこそ大切にする⁴⁵。それゆえ必然的に、カントかヘーゲルか、あるいはヘーゲルかマルクスかという、二者択一的な観方をしない⁴⁶（原島206頁以下）。そのような継承関係のうちに、とりわけカントからサヴィニーへの思考の発展、あるいはカントからヘーゲルへの思考の発展、さらにはヘーゲルとサヴィニーとの思考の共鳴性が解きほぐされていく。これは、いわば世界史的・人類史的な思考の発展過程を追究する学的スタンスとして規定することができよう。

② カント「構想力」との関係

その際、原島「法的判断」論は、カントの「構想力」(Einbildungskraft)に注目する。カントによれば、規則 (Regel) を現象に適用することを可能にするモメント、つまり規則の適用を「学」(Wissenschaft) へと高める契機は、一方で知性的＝悟性的な表象 (Vorstellung) を、他方で感性

45 原島は、「カントのどこにヘーゲルは感動したか、と見ていくと、カントがよく分かるし、ヘーゲルがカントからさらにどのように自分の考えを展開したか、も分かる。これは、わたくしのささやかな体験から得た実感で(ある)。」と記す。原島212頁。

46 もとより原島は、単なる相対主義の立場を支持するわけではない。だからこそ、普遍・特殊・個別のトリアーデにかかる論理学の成果を決定視するのである。それはヘーゲルとマルクスの論理学の到達点であり、しかも歴史に対する彼らの思想的態度が反映したところの到達点を意味する。この点、先ほど考察した「3. 「歴史の解放」とは？」の項を参照。

的で、媒介的な役割を発揮する表象によって総合すること＝構想力の対象へと転化せしめることである、とされる。この場合、感性と悟性（＝論理的・合理的認識能力）の相互依存関係が肝心であって、それゆえ「直観に基づかない概念、つまりは内容のない思惟 Denkenは空虚に終わらざるを得ないが、しかし他方、直観だけがあって概念のない直観というもの、これは盲目である。」⁴⁷ という観点が重視される（原島205頁）。

③ カントからヘーゲルへの展開

このようなカントの「構想力」に関する思考を、ヘーゲルは、『信仰と知』においてさらに展開した。すなわち、ヘーゲルは「構想力を、最初の根源的なもの das Erste und Ursprüngliche」として考えるべきであるとし、よって「主観的自我」と「客観的世界」とを統合するところの、「根源的で二面的な同一性としての構想力」（Einbildungskraft als die ursprüngliche zweiseitige Identität）を「理性それ自体」（Vernunft selbst）にはかならないものと規定する（原島221頁）⁴⁸。こうしてヘーゲルは、カントにおいて、あたかも「認識能力」の一部として「悟性」と並べて規定されていた構想力こそ、実は、人が対象を感性的に直観することを概念でもって法則化する力を与えるもの（＝「理性」）として把握する。その意味で、カントの「構想力」は、事物・現象を客観的に「総合する能力」として展開する可能性を秘めているのであり、そのような観点においてヘーゲルは、カントの構想力論を「カント哲学の最も美しい部分である」⁴⁹とも評価するのである（原島205頁）。このような、構想力のもつ法則

47 カント（篠田英雄・訳）『純粹理性批判（上）』（岩波書店、1961年）124頁（原書初出は1781年）。なお、訳文にやや手を加えている。

48 ヘーゲル（上妻精・訳）『信仰と知』（岩波書店、1993年）28頁。Hegel, Glauben und Wissen oder die Reflektionsphilosophie der Subjektivität in der Vollständigkeit ihrer Formen als Kantische, Jacobische und Fichtesche Philosophie, 1802, ders. Jener Schriften 1801-1807, Suhrkamp, 10. Auflage 2020, S. 308.

49 ヘーゲル（長谷川宏・訳）『哲学史講義・下巻』（河出書房新社、1993年）409頁。なお、ヘーゲル『改訳 歴史哲学・下巻』（岩波書店、1954年）306-307頁も

化が、その対象に「学」としての資格を付与する。実用法学で、法学者ないし裁判官が、個別の事件事実の特殊性を厳密に理解することを通じて、普遍＝法規範＝判決規範を見出す営みは、この「構想力」、あるいはカント的な意味での「知性的直観」(die intellektuelle Anschauung)の力に依拠する思考作業と重なる(原島203頁)⁵⁰。

④ サヴィニーにおける学問としての実用法学

ところで、サヴィニーは1815年、『歴史法学雑誌』の創刊号・巻頭言で「実用法学も wissenschaftlich なもの、学たりうる」と主張した⁵¹。これは、歴史的方法に基づく実用法学の学問化の提唱であり、サヴィニーの「民族

々におけるカント評価も参照。

50 ちなみに原島は、「直観」(Anschauung)と「直覚」(Intuition)とを区別し、「直観」を「知性的直観」と言い換える。そしてそれは、「直覚」のように無媒介的な認知行為と異なり、カント的な意味での「目的論的判断力」(die teleologische Urteilkraft)をその内に含み、それを媒介項として設定し、目的論的判断力と内面的に連結する機能を担うものである。その意味では、サヴィニーの「全体的直観」(Gesamtanschauung)もカントの「知性的直観」と同じ方向を向いている、と規定する。原島184頁(その箇所では原島は、カントに即してサヴィニーを論ずるディーター・ネルの見解が「事柄の直感的な intuitiv 把握、ということを出していない」と批判する。)。ともあれ、このような「全体的直観」においては、i)ローマ法以来の法の歴史とその近代法への展開、さらにその現代的な存在意義をつかみ取りつつ、同時にii)その「時代」の法体系の全体(私法のみならず公法・憲法を含む)を統一的市民法の産出体として捉えきること(しかも法体系－法制度－法関係－法準則－個別法規－権利のルートを具体的にイメージしながら、そこから「法に内在する思想」を常に生き生きと把握すること)の重要性を、われわれの前に呈示するものである。もっとも、サヴィニーにおける「私法・公法」関係論については、別途考察される必要がある。Vgl. Savigny, System (Fn. 16), S. 21 ff.

51 Savigny, Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1815, ders. Vermischte Schriften, Bd. 1, 1850, Scientia Verlag Aalen, 1968, S. 105 ff, bes. S. 123. その箇所ではサヴィニーは、古きローマの法学者の「解答録」(Responsa)において、実用法的観点と歴史的観点がいかに等しく取り扱われていたのか賛嘆に値する(bewundernswürdig)と例示しつつ、実用的な判断行為(das praktische Geschäft)もまた、きわめて精緻な学的な意義(der feinste wissenschaftliche Sinn)を帯びうるとする。

法・慣習法・法曹法・学問法」のなかに具体化されたものである（原島213-214頁）。すなわち、サヴィニーにとって、法（das Recht）はフォルクの「精神」⁵²の反映であり（それによって根拠づけられるものであり）、その具体的な表出体が「慣習法」である。その「慣習法」は、民族（エールリッヒ的に言いかえれば「社会」=Gesellschaft）に根差すものであるが、民族の器官＝機関（Organ）としての法曹＝裁判官及び法学者によって担われ、展開する（サヴィニーによる「法曹法」Juristenrechtの構想。原島215頁）。なかでも、後者＝法学者による法が「学問法」（das wissenschaftliche Recht）である⁵³。すべて歴史的に生成してきたものであり、ローマ古典期にその一つの頂点を築くものである。こうして「慣習法・法曹法・学問法」が「全部、法源として」、相互一体的に「重なっている」（原島215頁）のであり、それら三者の統一体こそ Volksrecht、つまりは「市民法」（jus civile）と言いうるものであった⁵⁴。

なお、上記のことに関連して、原島は「理論 Theorieと実務 Praxisの同一性 Identität」を語っている（原島272頁）。その場合、両者の「同一性」は、裁判官などの「法的判断者」が、法に内在する思想（プリンシプル）の再構成という観点から、「全体的直観」を目的論的連関（nexus finalis）⁵⁵のもとで行使することにより、「法実務の精神的要素（das geistige Ele-

52 原島は、一般の訳例に従って、Volksgeistを「民族精神」と訳している。原島214頁など。本稿では単にフォルクと訳し変えている。ちなみに、戒能通孝はフォルクを「人民」と訳し、サヴィニーが「国家」を根源的に「人民の中」にあって、人民により、人民のために「存在するものである」とした文章（Savigny, System [Fn. 16], S. 29）に注目している。戒能「サヴィニー」同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）223頁以下、特に245頁。

53 Savigny, System (Fn. 16), S. 45 ff.

54 ただし、原島自身が Volksrechtを「市民法」というわけではない。筆者の見解を交えて「市民法」という用語をあてている。

55 この「目的論的連関」（nexus finalis）という観点は、原島がカント（篠田英雄・訳）『判断力批判（下）』（岩波書店、1964年）の「目的論的判断力」の箇所（11頁、33頁、165頁など）に依拠して用いるタームである。

ment der juristischen Praxis)」と、当該個別事件の「法関係」が内在する（あるいは、それと対応する）「法制度」（Rechtsinstitut）の具有する「思想」とを結合することによって、確保されるべきものである。それゆえ、「法制度」の背後に「法体系」を語るサヴィニーの観点からすれば、「法的判断者」は、個別事件の「法関係」の特殊性を直視しながら、それと「法制度」との相互往復連関を確かなものとしつつ、常に「法体系」のあり方にも目を向ける実務上の「精神の態度（Verfahren）」を要求されるのであり、よって同時に、裁判という実務の場で普遍たるべき法＝判決規範を創出すべきことが要請される、という（原島273-274頁）⁵⁶。

⑤ 実用法学における「理論と実践の統合」

その場合に原島は、「実用法学は慣習法の器官である」という観点⁵⁷、及び「理論と実務はいずれも「実用法学 die wissenschaftliche Jurisprudenz」」の構成要素である、という観点を重視する（原島217-219頁）。原島

56 「判決規範」は、第一次的には個別事件の「法関係」に備わる事実の特殊性に規定される。しかしながら、それがいわば「社会定型的」な「判決規範」に高まれば、法源としての「判例法」を普遍的に形成しうるのであろう。これは、「具体的社会関係」ないし「一定の典型的社会関係」を判決の事実から読み取り、「類推」の方法で「判例法の法源性」の存在根拠を説く末弘厳太郎の立場でもある。末弘「解釈法学における法源論について」（1933年）同『民法雑記帳（上）・第2版』（日本評論社、1980年）258頁以下、266頁、特に275頁を参照。なお末弘は、初めての判決であっても、裁判官が「もし別に（将来）「同実質の事件」あらば、それに適用しても差し支えないと信ずる法規範を脳裡にえがきつつ、それを適用して裁判すれば、「法律ニ依り」たる裁判なりというる。」とする（括弧内・引用者）。末弘「判例の法源性と判例の研究」（1941年）同・前掲書29頁以下、特に35-36頁を参照。この点、筆者の近著でも指摘したところである。拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注3）第7章第3節。

57 サヴィニーは、当時のローマ法源研究が、単なる法源内容の確認に限定されたものでなく、目の前の「生ける法状態」（der lebendige Rechtszustand）と法源内容との関連づけにまで及ぶものであれば、そのような研究を「実用的な仕事」（praktische Arbeit）と呼びたい、という。そのような観点から、彼は実用法学を常にフォルクの息吹と精神を汲み上げる「器官」（Organ）とみたのである。Savigny, System (Fn. 16), S. 90.

によれば、このような考えは、サヴィニーがカント『判断力批判』を自己のものにしきっているから出てくるのではないか（原島219頁）。なぜなら、民族法・慣習法・法曹法・学問法の *organisch* な把握こそサヴィニー歴史法学の根幹であるところ、それは、カント『判断力批判』における「目的論的判断力」の応用にほかならないからである（原島221頁以下）⁵⁸。その「目的論的判断力」を正しく理解するためには、一定の前提問題を明らかにしておかなければならない。それが次の項目である。

⑥ 規定的判断力と反省的判断力

1) まず、規定的判断力とは何か。これを法解釈論の平面で言い換えれば、その場合の法的判断は、いわば悟性的な＝形式論理学のレベルのものであり、法的三段論法をその対象とするものである。これは、カントの「規定的判断力」（die bestimmende Urteilskraft）に該当する。すなわち、ここでは、個別の事件事実の特殊性に対応する法規範＝普遍がすでに存在するのであるから、包摂関係だけが問題となる⁵⁹。それゆえ、これは「目的論的判断力」を借りるまでもないことである（原島160頁）。

2) それでは、個別の事件事実の特殊性だけが与えられており、それに対応する法規範＝普遍がない場合（いわゆる法規の欠缺ないし法の欠缺の場

58 カントは、「いかなる部分も他の部分を…相互的に産出する器官」であり、かかる対象化された産物は「組織されかつ自分自身を組織化する存在」である、という（カント『判断力批判（下）』〔前注55〕34-35頁。傍点・原著）。ちなみに、その箇所では、物質的存在としての「自然」及びその延長としての「生命」＝人類を問題にするが、この「自然」ないし「生命」を、「社会」ないし「国家」、または「法」と言い換えてもよいであろう（カントもそれを示唆する）。その際、原島は、カント『判断力批判』で多用されるOrganとか *organisch* というドイツ語を「有機体」・「有機的」として用いるにあたって、それが、神秘的な「社会＝国家有機体説」（ギールケの共同体論、穂積八束的な天皇制国家論など）の方向に逸脱することがないように注意すべきであると念押ししている。原島221頁。

59 カント『判断力批判（下）』〔前注55〕36頁。Kant, Kritik der Urteilskraft, 1790, Suhrkamp, 23. Auflage, 2018, S. 88. ちなみに、規定的判断力については、「数学」や「自然科学」において、ユークリッド幾何学、ニュートン力学の成果をその例として挙げる事ができよう。

合)、どうするか。この場合、サヴィニーは「類推」を通じた欠缺の充填を図る。それは、カントのいう「反省的判断力」(die reflektierende Urteilkraft)に対応する。すなわち、個別の事件事実の特殊性だけが所与のものとしてあって、それに対応する法規範＝普遍がない場合に(つまりは「法欠缺」の場合に)、その特殊性のうちに「普遍」を見出す判断力を要求する⁶⁰(原島160-163頁)。そしてこの「反省的判断力」こそ、「目的的判断力」の力を借りて個別でかつ特殊な事件事実の内部から普遍の契機を体现する法規範を見出すことを可能にする。ことにサヴィニーは、法素材(Rechtsstoff)たる事実が形成する法関係(Rechtsverhältnis)を通じ、その法関係から抽出される法制度(Rechtsinstitut)のうち類似した法制度内のある法規を類推するという手法を学問的に追求することに成功した(原島152頁、165頁)。これは、すでに客観的で、かつ目的論的な判断に接近する⁶¹。そのような観点から、次にサヴィニーの「類推」論に立ち入って

60 カント『判断力批判(下)』(前注55) 36頁。Kant, Kritik der Urteilkraft (Fn. 59), S. 88. 反省的判断力については、「自然科学」において、コペルニクスの天体運動論、カント＝ラプラス「星雲説」、アインシュタイン「相対性理論」の成果などを例に挙げることができるのではないか。ちなみにカントは、「反省的判断力」を、「機械的(mechanisch)な原理と目的論的な(teleologisch)原理」との「合一」(die Vereinbarkeit)としても把握する。カント『判断力批判・下』101-103頁。言い換えれば「反省的判断力」には、「機械的な原理」としての「悟性的な契機」がなおも固有に付属する。

61 そのように法律関係の抽象化を通じて認識される法制度と、それに属する一定の法規が、類推の対象となることによって、サヴィニーは、カントの反省的判断力の主観的制約を客観化する方向で克服したというのが、原島「法的判断論」のスタンスである。それゆえ原島は、ヨアヒム・リュッケルトが「サヴィニーはカントの主観的観念論ではなくて、客観的観念論に近い」という態度に共感を示すのである。原島166頁を146頁以下と併せて参照。なお、リュッケルトについて、J. Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Verlag Rolf Gremer・Ebelsbach, 1984, S. 249 ff., S. 335 ff. もっとも原島「法的判断論」は、リュッケルトにおけるヘーゲルとシェリングとの同列化(Rückert, a. a. O., S. 420)には反対の姿勢を示す。なぜなら、そのような態度は、結局のところサヴィニーとドイツ・ロマン主義との関係に関わる思

おこう。

⑦ サヴィニーの法解釈理論＝「類推」論

サヴィニーにとって、「類推」には二種類のものがある。第一に、法規の基礎となる「法制度」⁶² (Rechtsinstitut) が丸ごと欠けている場合には、類似した「法制度」を選び取って類推が図られる（第一類型。いわゆる「法」の欠缺のケース）。第二に、法規の基礎となる「法制度」があつて、法規それ自体が欠ける場合には、当該「法制度」に属する別の法規が類推の対象となる（第二類型。いわゆる「法規」の欠缺のケース）。その際に重視されるのは、法に内在する思想を再構成し、それを現代的に生きたものとして把握する（法を解釈すること、である（順に、原島280-282頁、249頁）⁶³。

＼ 思想上の根本問題をそのうちに蔵するからである。原島147頁。

62 ここで、原島のサヴィニー理解に依拠しつつ、サヴィニー「法制度」の機能に言及しておくことにしよう。すでに示したように、「法制度」は「法関係」から抽象されたものであるが、「法制度」を通じて「法的な典型」(Rechtstypus) を見出す営みが確保される（「法関係の典型Typusとしての法制度」という観点につき、原島273頁を参照）。それゆえ、たとえば人がなんらかの過程をへて物を支配する関係＝「法関係」が存在する場合、そこから抽象化を通じ所有権制度という「法制度」が認知される。その場合、人の生存が所有の前提をなすのであるから、人格的利益（生命、身体、健康、名誉、自由など）はいわゆる保護法益として当然に保護の対象となる。そして人類の生命活動を保障する基盤として環境保全が承認される場合、環境保全秩序が構想され、新たな法制度としての環境侵害に基づく差止請求権が、所有権保護請求権としての物権的妨害排除請求権のアナロジーを介して既存の法制度との整合関係のうちに把握される。この場合、故意又は過失及び損害の認定と全く無関係に、当該（人格、所有権、さらに環境などに関する）客観的な不適法状態を排除するため差止請求権ないし妨害排除請求権が承認されるのである。さらに、それらとの適切な関連づけとアナロジーを経由して「景観利益」の保護が図られることがありえよう。

63 一般に上記のうち、第二類型が「類推」適用の場面として活用されることが多い。これはサヴィニー自身認めることである。その場合、サヴィニーが同時に重視するのは、法（法体系→法制度→法関係→法規則→権利）に対する「全体的直観」(Gesamtanschauung) を、カント「目的論的判断力」ないし「目的論的連関」(nexus finalis) とマッチした形で位置づけ直すことである（原島267-268頁、269頁）。

こうして、サヴィニー＝原島が着眼する「法に内在する思想」とは、「法制度」を支えつつ、「法関係」を通じて具体化されるべきものであり、それ自体市民法の価値基準（自由なる人格・男女平等・競争秩序と環境秩序の保全、契約の自由・所有権の等質的保護。過失責任の原則、婚姻の自由・夫婦対等など）を具体的に表出するものである。労働法や経済法などの「社会法」の登場は歴史的必然であるが、それもまた「市民法」の価値基準と照らし合わせながら、その規範内容が内在的に確定されていくべきものである⁶⁴。そして、以上の考察観点は擬制論＝「フィクション論」の再定位を要求することにも繋がるであろう。それを以下に試みよう。

⑧ 来栖三郎「フィクション論」と原島＝サヴィニー「類推」論との関係
来栖三郎の「フィクション論」につき、原島は、大要次のように言う。すなわち、個別＝事件事実と普遍＝法規範の「つなぎ方の問題」として「フィクションというものが大きな場所を占める」というように「来栖先生は考えておられるのではないか。」と（原島134頁）。言い換えれば、カント、ヘーゲル及びサヴィニーを基軸とする原島「法的判断」論にとって、個別事件の具有する特殊に対応する法規範がないときに「反省的判断力」が要請されるところ、上記第一類型では「類推」（Analogie）を行う際に、

64 たとえば、民法＝市民法と経済法ないし独占禁止法などとの連結問題につき、原島「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」（1997年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）187頁以下、特に206頁以下、222-223頁を参照。そのような観点から、原島「法的判断論」では、競争秩序に違反する取引形態（違法ないし不適法なカルテルやトラスト、あるいは虚偽の広告に基づく不正競争行為など）が、いわゆる競争保全秩序違反に基づく差止請求権を、あたかも環境保全秩序に基づく差止請求権の場合と同様に、第一次的に根拠づける。自由な経済的取引秩序の保全は、環境保全秩序・環境利用秩序に基づく保全要請の場合と同様に、人間の基本的な生活基盤に関わっているからである。それを不法行為損害賠償責任と対比して、まずは第一次的な（primär）ものとして位置づける必然性が承認されるべきことになる。原島が本書で営業侵害を例示して権利侵害と規定しえないケースにつき違法類型が別途承認されることを説き、その場合の第一次的な法効果として差止請求権を承認するのも、決してゆえなきことではない。原島10頁及び115-116頁。

適用されるべき法規範を発見するため近似した「法制度」を確認する必要があった。たとえば、すでに前注62で記したこととの関連で言えば、環境破壊・景観破壊に対する差止請求権を構想する場合に、それ自体のための「法制度」ないし法的根拠があてがわれていないことがある（ことに「景観利益の侵害」のケースにそれが妥当する⁶⁵）。このとき、近似した「法制度」として、「環境保全秩序に基づく差止請求権」、ないし「物権的妨害排除請求権」を、想起することができる。この「物権的妨害排除請求権」の原型は、母型（Mutterfigur）としての「所有権請求権」（Eigentumsanspruch）のうちに置かれる⁶⁵。もとより、この「所有権請求権」は「景観利益侵害を根拠とする差止請求権」と同一物ではない。しかしながら、Mutterfigurという法形象（一種のフィクション）を通じて、後者の場合に差止請求のための法的根拠が付与される合理的可能性が出てくる（そもそも「景観」侵害の原型とも言うべき「環境」侵害において、生命活動の存在基盤を与える環境を保全するため、まずは差止請求権が承認されて然るべきだとする法的思考とパラレな思考形態）。しかも、その際、物権的請求権を、権利の現代的で客観的な不適法状態排除のための「法制度」として捉え、過去の不利益状態＝違法状態の填補機能を営む不法行為損害賠償請求権と質的・制度的に厳密に区

65 所有権請求権（Eigentumsanspruch）は、所有権侵害の現代的・客観的不適法状態を阻止または排除するために、所有権のリアクションとして機能する。これに対し、「所有権に基づく請求権」（Anspruch aus dem Eigentum）という場合には、その効果として「原状回復」（それ自体として不法行為の法効果であるところのもの）をもその対象として包括的に理解されることが多い。日本のみならずドイツでも同様の事態が存在する。要するにドイツの通説的見解は、19世紀の「後期普通法学」においていわゆる「所有権侵害訴権」が損害賠償法的原状回復をもその法効果として包括すると理解されていたこととパラレな思考を、「所有権に基づく請求権」というタームによって合理化している、と言える。この点、拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点——ローマ法からドイツ法へ』（日本評論社、2019年）136頁、237頁以下を参照。この問題は、所有権保護を所有権制度という枠内で受けとめるのか、それを越えて不法行為制度にまでは越境する形で理解するのか、という法制度論レベルでの問題と関連する。

別しながら新たな景観利益侵害の場合の差止請求権と関連づける思考形態は、思考の回り路をしつつ真理に接近する「フィクション」的思考と通底するであろう。いわば「景観侵害」を理由とする差止請求権の創出行為は、文字通り「創造的な法発見」に対応する営みである。そのような新たな差止請求権を、その母型ないし原型としての「所有権保護」さらには「環境保全」のための第一次的な保護請求権＝差止請求権と関連づけつつ、法的に構想し、具体化する営為（「法的判断」＝「類推」）は、来栖三郎のフィクション論と接点をもちうる。これが原島「法的判断論」の立場であった（原島295頁は、そのような観点から、総論的な記述にとどまるものの、エールリッヒの「創造的な法発見」⁶⁶と来栖三郎のスタンスとの共通性に着目している。）⁶⁷。要するに、法制度のレベルで把握される概念（平等で自由な法的人格＝権利能力、私的自治、契約、所有権、不法行為、婚姻、相続など）は、ある意味でフィクションナリーな性質を帯びるところ、それらの法制度の歴史的・社会的な存在根拠を確認しつつ（つまりは思考の回り路をしながら）、近似した法制度の

66 Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, M. Rehbinder (Hrsg.), Recht und Leben, 1967, S. 170 ff., bes. S. 196. 原島294-295頁。その箇所では原島は、エールリッヒが「法律に含まれていない判断」を無理やり引き出す従来の法律学的論理＝「技術的法発見」を批判する態度を捉え、それが来栖のスタンスと共通すると規定する。その上で原島は、そのようなスタンスこそが来栖「フィクション論」の出発点を形成した、と述べる。

67 ついでながら、原島176-177頁は、カント（『判断力批判・下』〔前注55〕37-38頁）が、1776年のアメリカ独立革命によってもたらされた国家体制＝「共和制」を有機的体制（Organisation）と呼んで、高く評価したことに注目している。Kant, Kritik der Urteilskraft (Fn. 59), S. 323. この点に関連し、当時カントが、法治主義を採用している君主制国家を「生命を有する身体」（ein beseelter Körper）として類比（Analogie）し、他方で、絶対的専制＝独裁をこととする君主制国家を「手挽き臼」（eine Handmühle）のような「単なる機械」（eine bloße Maschine）と類比したことも重要な意味をもつ。カント『判断力批判・上』岩波文庫335-336頁。Kant, a. a. O., S. 295-296. その際にカントが重視するタームが、Analogie（類推・類比）に媒介されたSymbol（象徴）であり、また、Analogieの前提としての経験的直観（empirische Anschauungen）である。

「類推」を通じ新たな法関係における法効果（たとえば差止請求権）が導き出される。要するにサヴィニー＝原島の「類推」論は、その意味で来栖「フィクション論」の具体化を企図したものと言えるのではないか⁶⁸。

⑨ サヴィニー法学の展開としてのエールリッヒ法学

最後に指摘しておきたいのは、サヴィニーの展開ともいえるエールリッヒにおいて、「等しいものを等しく扱う」という観点から「類推」が論じられていたという事実である⁶⁹。これはエールリッヒの法学理論がサヴィニーをその社会学的側面において現代的に継承したものであるとされること⁷⁰との連関において正確に確認されるべきことである。ちなみに、原島

68 ちなみに、マックス・ヴェーバーも「理想型」(Idealtypus)を設定する意義に関連して次のようにいう。すなわち、たとえば「財貨市場」という「理想型」は現実の個別具体的な「市場」との関連で一個の思考上の「ユートピア」に属する。すなわち、「思考によって構成されるこの像」は「歴史的生活の特定の関係と事象とを結びつけ、考えられる連関の、それ自体として矛盾のない宇宙〔コスモス〕をつくりあげる。」。そして、「内容上、この構成像は、実在の特定の要素を、思考の上で高めてえられる、ひとつのユートピアの性格を帯びている。」。こうしてわれわれは、「その連関の特性を、ひとつの理想型に照らし、効果的な仕方ですべて具体的・直観的に把握できるように描き出し、理解させることができる」。ヴェーバー(富永祐治＝立野保男・訳、折原浩・補訳)『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』(岩波書店、1998年。なお原著初出は1904年。)111-112頁。M. Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, 1904, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Hrsg. von Johannes Winkelmann, J. C. B. Mohr, 7. Auflage, 1988, S. 146 ff., bes. S. 190. 本稿で適したことは、ヴェーバーのいう「ユートピア」を「フィクション」と置き換えてもおおよそ通用するのではないか。

69 Ehrlich, Die juristische Logik, 1918, Neudruck der zweiten Auflage, Tübingen, 1966, S. 225. なお、末弘厳太郎はいちいちエールリッヒの名を挙げるわけではないが、やはり「同様のものを同様に扱う」という「公平」の機能を「類推」の根拠としている。末弘「解釈法学における法源論について」同『民法雑記帳(上)・第2版』(前注56)258頁以下、特に273頁。この点、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』(前注3)第7章第3節以下で取り上げている。

70 Kleinheyer=Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neuen Jahrhunderten, 6., neubearbeitete und erweiterte Auflage, 2017, S. 380 ff. bes. S. 385 (Schröder). 原島291-292頁。

「法的判断」論によれば、エールリッヒの歴史的・目的論的解釈の「歴史的」はサヴィニーからとったものであり、「目的論的」はカント、そしてそれをわがものとしたサヴィニーからとったものであるとされる（原島290頁以下）。要するにエールリッヒは、「法的判断論」におけるサヴィニーの後継者であり、その「展開」である⁷¹。しかもエールリッヒが、あくまで全体としての（当時の）現代法のシステムをトータルに捉えつつ、かつローマ法以来の歴史的な位置づけとの連関において考察する場合、彼の法学理論（なかでもその「類推」論）は、全体としての法との目的論的な構造を踏まえた上で実質上「反省的判断力」を活かしたという意味に即し、カント的な性格をも帯びざるをえない。言い換えれば、カントからサヴィニーへ、さらにサヴィニーからエールリッヒへという流れの延長線上に、原島の「本書」＝「法的判断論」が位置する、と言ってよいだろう。

7. まとめに代えて

本稿で考察した原島「法的判断論」に対し、広渡清吾「法的判断論の構図——法の解釈・適用とは何か」（2004年）⁷²から重要な問題提起がされている。広渡論文は、四つの問いかけを試みている。それは近時、精力的に市民社会論・市民法論に取り組んできた広渡教授の所説と内面的なかわりをもつ。本稿では十分にそれに応答する余裕をもたない。単に筆者の個人的な見解を示すしかできないが、とまれ、それをもって本稿を結ぶことにしよう。

< i > まず広渡論文では、以下のように問われる。——「『有機的一体としての法』は、法的判断者（認識主体）の< 外 >に客観的に実在する存在であるのかと問いを立てれば、これはそうではなくて< 個別の法的判断によ

71 これに対し、原島は、ヘックの「利益法学」には一定の距離を置く。原島306頁。ヘックのサヴィニー理解が一面的に過ぎるというのが、その主な理由である。

72 広渡『比較法社会論研究』（前注2）289頁以下、312頁以下、特に323-324頁。

る創造・形成>を含むものとして構成されるのだと思われる。さらにこれは、<法の創造・形成>でありながら、これを含めて<法の認識>としてとらえられているのではないか。そうだとすれば、「有機的一体としての法」とはどのような「存在」であり、それをとらえる「認識」とはどのようなものとして位置づけられるだろうか。】。

これに対しては、さしあたり以下のように答えるしかないように思われる。まず、この場合の「有機的」というタームはカント「目的論的判断力」で活用されるところの、„organisch”のことを指す。原島は、法における経済的土台の究極的規定性を認めつつ、それとの関係で相対的に独自の「法内発展」のモメントに着眼する。その場合の法は、各国における「市民法」（その典型としてのヨーロッパ的市民法、特にドイツの古典的体系）が具体的に想定される。そして、「市民法」の歴史的関係性と論理的関係をトータルに捉えたときに「有機的一体としての法」が語られる（たとえば、原島281頁は、サヴィニーの「類推」が法規範－法関係－法制度との「内的類縁性」を問題にする立場であるとして、「法の有機的一体性」を語っている。）。この「有機的一体としての法」を法的判断者が「認識」することは、それ自体同時に実践的な契機を内在化するのであり、それゆえにこそ原島は、認識と実践との図式的二元化を克服しようとするのである⁷³。これは、「法的判断」において「認識」と「実践」とが学的に統合されうるとする立場

73 原島213頁以下では「理論と実務をつなぐ実践的作業」が、また230頁以下では「実用法「学」における「認識」と「判断」の<統合>が考察されている。そこでは、①裁判という実務において、法的判断者が市民法の体系を全体的に直観する＝目的論的に直観する（＝知性的に直観する）ことを通じ、法規範としての「判決規範」（＝特殊→普遍）を個別事件の特殊性を通じて捉えること、その際に「判決規範」によって個別の特殊性が「典型化typisieren」される必要があること、さらにその②として、法規範は「判決規範」の形成を通じて「事件ごとにその都度、生まれ変わり、具体化され、拡充される」に至ることが重視される（原島244頁）。

にはかならない⁷⁴。このような学問的な態度と「法的判断」（その帰結としての個別事件事実に対応する「判決規範」）が結合されるとき、いわゆる専恣的な「裁判官法」の問題もクリアされることになる⁷⁵。

< ii > 次なる問いかけはこうである。——「法的判断者の一定の判断力は、第一のような位置づけ（上記< i >の問いかけ——引用者）からすれば、法の認識にとって規定的であり、不可欠な意味をもつ。このような判断力（およびその養成）に関して、法律家・法律学の存在意義がある。そうであるとすれば、判断力の内的構造（主体の側の諸与件）をどのようなものとして把握し、あるいは構想するかが問題となりうる。」。

この点について原島は、法的判断者（裁判官や法学者）が真の「リアリズム」を身に着け、一方で主体的に歴史に立ち向かい、他方で法を理詰めで論理的に考察するよう強く要請する。そのような立場から原島は——すでに指摘したように——「理論」を毛嫌いするわが国利益衡量論・利益考量

74 これに対し、原島が「<法解釈構造の人格化・主体化>（解釈者に決め手を見る見方）を批判し、これに代わる「法の存在構造（有機的な一体としての民族法）を決め手にしつつ、その構造を把握するための判断力のあり方（全体的直観）を相関的に示すという道を提起したのである。」という文章（広渡・前掲書〔前注72〕321頁）の趣旨をどのように理解したらいいのか。今後の課題とせざるをえない。

75 「裁判官法」に関するドイツ学説の構図につき、青井秀夫『法理学概説』（前注2）136頁以下を参照。ちなみに今日、内田貴・大村敦志らの諸教授が共通の基盤とする星野英一説的な利益考量論は、裁判官の第一次的な利益衡量の内部に事実と法規範を取り込みつつも、あくまで星野が法規相互間の体系的・論理的規範構造を「中間理論」として排斥する立場を是認するものと思われる（たとえば星野は、民法176条と有機的に連動する177条の解釈論をわが国特有の「対抗問題」と位置づける原島説を、「超越論的な「理論」」として強く排撃する。星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」〔前注28〕287頁。）。このような利益衡量論・利益考量論こそ、裁判官の専権的な「結論」の導出と、そのあとの「理由づけ」の先後関係を肯定する立場にほかならないと考える。なお、上記のことはすでに前注43に対応する本文で示したことであるが、その重要性に鑑み、ここでも指摘する次第である。

論⁷⁶を「民法学解体論」として批判するのである（原島243頁）。また、原島の「裁判官の良心」論もこれと関連するであろう。要するに、原島の裁判官論は、裁判官に期待と信頼を置きつつも、裁判官が、現状に甘んじることなく近代法の全体的構造把握（ローマ法以来の歴史的発展を内在化したものの理解）に努めた上で、事実を観る眼の確かさと「法に内在する思想」をつかみ取る熟練とを同時に要求する⁷⁷。

< iii > その第三の問いは以下のようなものである。——「法規と個別事案の関係が法の欠缺の場合だけではなく一般的に<事件・判決規範・法規範は一体的>ととらえられているが、これと伝統的な包摂モデルの関係はどのように整理されるのか。<「包摂」が終わったところから「反省」が始まる>（ネル）として理解するのか、法的判断過程においてはそもそも「反省」がベースとしてあるものとして考えるべきなのか。」。

この点、原島「法的判断」論は、規定的判断力（法的三段論法）で対応できる場合に、あえて反省的判断力（「類推」の手法）を持ち出す必要はないと考えている。とはいえ、たとえ一見したところ「文言解釈」で足りるよ

76 ちなみに星野英一氏は、その晩年においても「理論」（「法理論」）への忌避感をあからさまに語っている。曾根威彦＝榊澤能生（編）『法実務、法理論、基礎法学の再定位——法学研究者養成への示唆』（日本評論社、2009年）278-279頁（星野「リプライ」）。その箇所で星野氏は、たとえばドイツ法的な理論への批判として、動機の錯誤と要素の錯誤への分類論を指し「理論として正しいのか」、「きわめて特殊な理論」だと批判する。もとよりこれは、一例に過ぎない。基本的に氏は、フランス法における理論と対比した上でのドイツ型理論の全面的批判に近い。なお、ドイツの理論がすべて正しいわけではないこと当然であり、ドイツ内部での理論的対立の存在がそれを雄弁に物語っている。

77 これは、かつて、末弘厳太郎がその『法学入門』（1934年）で裁判官への信頼を語った姿をほうふつとさせる（末弘『法学入門・第2版』（日本評論社、1980年）103頁及び113頁以下。もっとも末弘がローマ法以来の法の歴史的展開から学べとまで言っているわけではない。）。そして、それゆえにこそ原島は、法曹法の担い手である裁判官が学者のする仕事（「学問法」）と自覚的な一体感ないし連携を確保する必要がある、というのである。原島227-229頁。

うな場合であったとしても、常に「解釈を要する」とし、しかもその場合に「歴史的・目的論的解釈」を基礎に置くわけであるから、「[反省的判断力]は常に「ベースとしてある」もの」として考えられている、と言うべきであろう（サヴィニー法解釈論における「文法的要素」・「論理的要素」・「歴史的要素」・「体系的要素」の複合体につき、原島247頁。この点、前注28とそれに対応する本文を参照）。——なお、この場合の「目的論的」（teleologisch）というのは、カント判断力批判における「有機的」（organisch）と一体不可分である。すなわち、法システム（法体系－法制度－法関係－法準則－個別法規－権利）の「全体的直観」（Gesamtanschauung）に規定されつつ、「目的論的」それ自体の内容が論証的に具体化される。たとえば原島250頁は、サヴィニー法律解釈論における「歴史的・解釈学的全体の直観」（die Anschauung des historisch-dogmatischen Ganzen）に注目し、そのような観点から同269頁は、裁判官などの法的判断者に「多様なものの中に統一を見出す熟達したセンス」を要求する⁷⁸。

<iv> 最後の問いかけは次のようである。——「実用法学が「有機的一体としての法」を認識するものであり、その場合、法を特殊な側面とする社会全体を認識対象とするのだとすれば、特殊な側面としての法と社会全体の関係についての理解は、法的判断論の不可欠の前提とはならないのか。また、これに関連して、法と法でないものを区別する標識はどのように求められるか、法システムの固有の原理はどのように考えられるのかという問題がある。』。

まず、「法を特殊な側面とする社会全体」を認識することについて、原

78 そのために原島は、司法研修所の要件事実論教育に対しても見直しを提唱する（「実務家の生き甲斐」として、事実認識に根差した実践としての「法的判断」の「創造性」に研修生の胸を躍らせしめる実務教育の重要性を指摘）。原島44-45頁。上記の問題は、再び広渡論文の第二の問いかけ（<ii>の問題）に還帰するであろう。

島「法的判断」論は、世界史的・人類史的にみた「近代市民法」を、近代社会・近代国家との関係で問題にしようとする。その際、原島は、ヘーゲルにおいて「特殊」とされる市民社会（全体としての「社会」）を「普遍」に置き換える。それゆえ「市民社会」の「法」は、資本主義的経済社会が不断に生み出し、かつそれに究極的に規定される「普遍」であり、同時にローマ法以来の法の内在的発展の所産として規定された「普遍」でもある⁷⁹。しかも、「市民社会」において自律した諸個人が法形成意思（サヴィニーにおける「民族の法的確信」とパラレルなもの）を実現するところに「生ける法」の根拠が産出され⁸⁰、しかもそれが、慣習法・法曹法・学問法との協働をへて実定化されていく、という構想が示される。——それゆえにこそ、原島においては、サヴィニーとエールリッヒが、同一平面上で把握されるに至るわけである（原島291-292頁）。要するに、社会の個別事件事実の特殊性に対して、法が「普遍」でありつつ、「社会全体」も「市民社会」として「普遍」たりうるのである⁸¹。広渡論文でいわれる「社会全体」とは、

79 そのように「普遍」的なものたる法規範を、しかも自己がその「普遍」の形成に与かり、それをテコとして近代的資本主義社会をみずから形成したにもかかわらず、容易にその「普遍」を忘れ去り、はてはそれを投げうつような人間類型に対して、原島は、より一層の理論的な怒り表すことになる。たとえば、経済民主主義の「ルール性」にかかる問題提起との関連で、原島「「不透明」ということを考える」同『民法学における思想の問題』（前注9）116頁以下を参照。

80 そのことは、それ自体すでに「生ける法」の「社会統制力」に即して、「道徳」や「倫理」と異なる「法」の「特殊性」が具備されるという判断を前提とすることになる。ちなみに、上記「社会統制力」の有無次第で「法と法でないもの」を区別する観点は、すでに末弘厳太郎の提唱にかかることであった。この点、拙著・川角『末弘厳太郎の法学理論』（前注3）第6章及び第7章を参照。なお「生ける法」と「国家制定法」との二重構造については、別論を要する。

81 そのような「普遍」との関係で法が改めて「特殊」に把握されうる、ということになる。たとえば、来栖が「社会契約」という「フィクション」を媒介にしつつ、「類推」による法認識の可能性を切り開こうとしたのは、その意味での法の「特殊」な機能把握に通ずるのではないか。そして原島の場合、個別の事件事実を支えられた「法関係」の抽象体としての「法制度」が特殊に典型（Typus）としての役割を果たしつつ、普遍たる法規範の創出を確保すること

原島によれば、あくまで現実の社会でありながら、同時に「市民社会」たるべき存在であり、「社会契約」の通用力を当然の前提とした社会である、と言い換えてもよいだろう。

また、「法と法でないものを区別する標識」については、国家制定法のゲネシス論的側面は無論のこと、さらに「生ける法」(das lebende Recht)における社会的なサンクションないし統制力(「社会的強制規範」)の存在をもってその基準とするものと思われる(この点原島は、それを特段明示するわけではないが、自明の前提としていたように思われる)。その際、原島があくまで「法に内在する思想」を解釈 Auslegungによって確認するプロセスを重視する態度に再度注目しておく必要があるだろう。すなわち、法欠缺の場合、ことに「法制度」Rechtsinstitutレベルで欠缺がある場合の「法に内在する思想」の独自性は、すでに存在する他の「法制度」の思想を念頭に置きながら、「法体系」Rechtssystem全体との整合性を踏まえ、「類推」されていくことのうちにある。この場合の「類推」と来栖的な「フィクション」との関係は、上記でその可能性について指摘したところを参照されたい(ただし、そのかなり多くについては、今後さらに具体化されることが必要な課題としてなお残されていると言うべきであろう)。

かてて加えて、原島が注目する「正規の法」(regelmäßiges Recht)と「変則的法」(anomalisches Recht)との区別、あるいは「変則的法」の「正規の法」への同化(Assimilierung)という観点も重要な意味をもつのではないか⁸²。その際に、原島が「権利」＝「法」の現代的な生成と衰退の両方に目を向けていることにも留意したい(これは、原島が「現代市民社

々になる。ちなみに来栖は、独自の「類型論」(たとえば、来栖『契約法』〔有斐閣、1974年〕744頁以下の注1を参照)と彼の「フィクション論」とを自覚的に繋ぐ作業をしないままであった。それを引き受けたものこそ原島「法的判断論」であった、とは言えないであろうか。

82 原島「法と権利に関するひとつの試論——民法学から」(1984年)同『市民法の理論』(前注64)53頁以下、特に57頁以下。

会」という言葉を使っていないこと確かだとしても、現代における法解釈学上の問題〔ことに権利の生成とその衰退に関する現代的問題〕と常に理論的に格闘する姿勢を原島が確保していたことの証左である。）。ところで、「正規の法」（法的人格の平等、契約における合意原則、権利・法益の客観的侵害＝差止めの原則など）は、そのうちに「法に内在する思想」のみならず、同時に「法の有機的形成力」を含むがゆえに「類推」の対象となる。これに対し、「変則的法」（たとえば、消費者契約法におけるクーリングオフ、独禁法24条の我妻的差止め規定＝違法段階説的規定など）は便宜的に指定された法＝特別法であって、その内面に「有機的形成力」を欠くがゆえに「類推」適用の対象とはならない（もっとも、クーリングオフについては、それが「正規の法」へ同化しうる側面を持つ限りで、別論を要するかも知れない。）。以上につき原島283頁以下を参照。

ついでながら、「法システムの固有の原理」については、原島「法的判断」論で全面的に展開されているわけではない。だが、原島が、先に述べたような「近代市民法」の「法内発的発展」のモメント、さらに、そこにおける歴史のモメントと論理のモメントとの＜統合＞を志向することだけは確かである。その際、原島は、単に市民法の一般論の平面に終始するのではなく、あくまで権利論や民事違法論、差止請求権論、約款論、契約論・法律行為論、信義則・権利濫用論や公共の福祉論、経済法＝独禁法論など、すぐれて具体的かつ現代的なテーマとの関連で、上記の「統合」を論証的に追究しようとする。そして、そこには「法に内在する思想」を歴史的・論理的に展開するという意味での「法システムの固有の原理」がある、と言ってよいのではないか。こうして原島は、みずからの戦場（理論闘争の場）を「実用法学」＝法解釈学のうちに固有に設定しつつ、「法解釈学」論の自覚的な構築を通じ、自己のモチーフ、つまりは法的判断論の合理的rational・普遍的universal・科学的wissenschaftlichな側面の思想的描出を、具体的かつ立体的に呈示する。