

## 法の解釈と利益衡量的思考方法(5)

関  
哲  
夫

### 目次

#### 一 本稿の課題

- (一) 第一の課題
- (二) 第二の課題

#### 二 法解釈論争

- (一) 背景
- (二) 法解釈論争の論点
- (三) 各論者の見解——「第一世代」の論争内容——  
(以上、(三)の5まで東亜大学・研究論叢二二卷二号四三頁以下)
- (四) 小括

#### 三 刑法の解釈

- (一) 法解釈論争への不関与  
(以上、東亜大学・研究論叢二二卷一号四七頁以下)
- (二) 各論者の見解——刑法解釈の「特殊性」の検討——  
(以上、東亜大学・研究論叢二二卷一号一頁以下)

法の解釈と利益衡量的思考方法(5) (関 哲夫)

(三) 小括

(以上、国士館大学・国士館法学三三号一三二頁以下)

四 利益衡量的思考方法

(一) 背景

- 1 はじめに
- 2 背景の考察

(二) 民法解釈学における利益衡量論

- 1 はじめに
- 2 加藤一郎氏の利益衡量論
- 3 星野英一氏の利益衡量論
- 4 加藤一郎氏と星野英一氏の見解の異同
- 5 利益衡量論への批判と反論
- 6 若干の検討

(以上、本号)

四 利益衡量的思考方法

(一) 背景

1 はじめに

すでに指摘したように、一九五三年から一九五六年にかけて展開された「法解釈論争」のしばらく後の一九六〇年代に、時期を同じくして登場した法解釈方法論が、民法解釈学における利益衡量論であり、また、刑法解釈学にお

る機能主義刑法学である。利益衡量論も機能主義刑法学も、利益の比較衡量を重要な解釈方法・解釈技術として用いる「利益衡量的思考方法」論である。そして、この解釈方法論は、今日においてもなお法解釈学における有力な方法論の一つと位置づけることができよう。具体的には、民法の領域では、例えば不法行為をめぐる論議において、憲法の領域では、例えば表現の自由に関する制約理論の一つとして、また、刑法の領域では、例えば実質的違法性(その裏面としての、違法性阻却ないし正当化の一般原理)をめぐる論議において、この利益衡量的思考方法が展開されているのである。法領域を問わず、この利益衡量的思考方法は、黙過できない重要な解釈方法論になっているのである。他方、この「利益衡量的思考方法論」に対置されるべき「価値判断基準論」は、すでに法解釈論争において議論されていたのである。

法解釈論争の後にほどなく登場した民法解釈学における利益衡量論と刑法解釈学における機能主義刑法学の共通性を探るのが、本稿の第二の課題である。しかし、この課題については、すでにいくつかの分析がなされている。<sup>(2)</sup> その意味では、この第二の課題はすでに「課題」でなくなっているともいえるが、しかし、両理論の主唱者のもととの主張内容を確認することによって、両理論の共通性とともに異質性を追究することは、民法解釈学を「反面境」にして刑法解釈学の「特殊性」を照らし出すために意味があるのではないかと考えている。

以下、両理論を「利益衡量的思考方法」として括り、まず、この思考方法を生み出した背景を考察することにする。次に、「民法解釈学における利益衡量論」の主唱者である加藤一郎氏と星野英一氏の原初的な主張内容を見ていくことにする。その後、それとの比較の意味で、「刑法解釈学における利益衡量論」の主唱者である平野龍一氏と内藤謙氏の原初的な主張内容を見ていくことにする。

## 2 背景の考察

## (1) 背景の指摘

さて、この利益衡量的思考方法は、民法の領域でいえば、一九六〇年当初に台頭し、七〇年代には民法学の主潮にまでなったといわれている。<sup>(3)</sup> この利益衡量的思考方法を生み出した背景について、水本浩氏は、次のように分析している。

「民法学内部における主体的条件の進展（実益論の発生と浸透、判決形成における価値判断先行の認識の定着、機能主義的傾向の進展、利益衡量作業・類型化作業の発展、など）と社会的・客観的条件の成熟（制定法と社会生活実体との不調和現象の増大、社会生活実体の多様化、価値観念ないし価値体系の変動、など）とが相まって、昭和四〇年代に入ると、利益衡量論が理論的整備を経て登場してくるのである。」<sup>(4)</sup>

## (2) 背景の検討

水本浩氏の指摘する社会的・客観的条件については、民法学だけでなくすべての法領域に妥当するものであろうし、それらは、法解釈論争の背景となった一般的条件でもあったといえよう。

水本浩氏の指摘する主体的条件についても、程度の差はあるとしても、刑法解釈学の内部においても存在していたと考えられる。水本浩氏は、（民法解釈学内部における）<sup>(5)</sup> 主体的条件の進展として、具体的に、「実益論の発生と浸透」、「判決形成における価値判断先行の認識の定着」、「機能主義的傾向の進展」、「利益衡量作業・類型化作業の発展」等をあげている。これらの諸条件は、それぞれが単独で進展し結実したものではなく、いずれも相互に関連しながら進行したものと解すべきであろう。

これらの諸条件を最大公約数的に括るならば、「実益主義の重視」及び「判決形成過程における実質的価値判断先行の認識」とすることができるであろう。

① 実益主義の重視　まず、前者の「実益主義の重視」についてであるが、従来の刑法理論が体系的思考方法を過度に重視し、理論構成の精密さ、概念分析の厳密さを特徴としていたことへの反省として、実益主義は、制度あるいは理論を機能や効果の面から帰納的に分析・検討しようとする。この実益主義の具体的な表れが、「機能的考察方法」及び「問題解決的思考方法」であると考えられる。「価値観の多様化した複雑な現代社会において、刑法が一つの社会統制手段として現実に担うべき機能・役割は何であるか」を基本視点に据え、刑法理論の再検討を迫る「機能的考察方法」、そして、従来のような概念分析では必ずしも析出しきれなかった論点を現実の社会的現実生活の中で検討しなおそうとする「問題解決的思考方法」。これらは、社会学的な考察方法、実証主義的な視点を刑法に導入すべきことを迫るものである。このような方法論については、確かに議論があり、幾つか問題点も指摘されてはいるが、その方法論のもつ重要性には一定の評価がなされていると解することができる。<sup>(6)</sup>

② 実質的価値判断先行の認識　次に、後者の「判決形成過程における実質的価値判断先行の認識」についてであるが、刑事裁判官がある刑事事件に対し判決を下すまでの過程を論理的に分析してみると、まず大前提として刑法の解釈理論があり、小前提として当該事件の事実認定があり、演繹的推論を経て三段論法的に結論（判決）が導き出されるかのように観念されているが、実はそうではないのではないか。つまり、裁判官は、具体的な刑事事件を前にして、まず結論（＝実質的価値判断）を導き出し、その結論の正当性・妥当性を説得するための法的な説明として、解釈理論を展開しているのではないか。このような実質的価値判断先行の認識は、すでに末弘厳太郎氏の次のような論述に見いだすことができる。

「事実認定と法律解釈とさうして結論を産む心の動きとが三つ巴をなして相互的に決定し合ふのだと思ふ。つま

り心理的過程としては事実認定が先にあり次に法律解釈が行はれ、さうして其結果結論が産まれるのではなくして、此三者の働きは相互的に決定し合ひつつ一切一事に行はれるものだと思ふ。<sup>(7)</sup>

また、川島武宜氏の次のような論述も、同趣旨であろう。

「『法律解釈』という名のもとにおこなわれている操作は、裁判の結論が、制定法という既存の権威的命題のことばの中に含まれていることを示す（それがいわゆる法律や經典の『解釈』である）ことによって、裁判の結論を正当化する——言いかえれば、その正当性について説得する——ことを目的としているもの」<sup>(8)</sup>なのである。

さらに、裁判官であった中野次雄氏の次のような記述も、実務家の率直な分析であるように思われる。

刑事裁判官の刑罰法規の適用過程を論理的に分析してみると、「本質的には、むしろ認定された事実から直接に結論が導き出され、その中間の論理過程ははっきり意識されない、という形をとるように思われる。」<sup>(9)</sup>「裁判官の法的判断のうちで最も信頼と尊重に値するのはその結論であって、その理由として示されるものは、それからその結論が出たというよりも、むしろ裁判官の得た結論の正しさを論証し納得させるためのものである。」<sup>(10)</sup>

判決形成の構造論は、周知のように、一九六〇年代のいわゆる判例研究の方法論争において本格的に論議されるようになり、そこでは、事実認定の重要性が認識された。しかし、この判例研究の方法論争を待たずとも、判決形成過程における実質的価値判断先行の認識は、すでに認知されていたわけである。

民法解釈学における利益衡量論を生み出すに至った主体的条件は、（程度の差は当然にあるであろうが）刑法においても存在したことは、先に述べたとおりである。なお、刑法解釈学においては、法益衡量的・利益衡量的な思考方は、特に実質的違法性論ないし違法性阻却事由論において一貫して存在していた。しかし、この主体的条件及び社会的・客観的条件との関わりの中で法益・利益衡量論が展開されたのは戦後であり、とりわけ機能主義刑法学との関連においてである。

以下では、まず、「民法解釈学における利益衡量論」の主唱者である加藤一郎氏と星野英一氏のもともとの主張内容を見ていくことにする。その後、それとの異同を意識しながら、「刑法解釈学における利益衡量論」の主唱者である平野龍一氏と内藤謙氏の主張内容を見ていくことにする。

- (1) 概要を知るための文献として、奥平康弘・表現の自由とはなにか（一九七〇年）、篠塚昭次「私法の解釈」井上茂∥福田平∥渡辺洋三編・法律学概論（一九七一年）二〇三頁以下がある。
- (2) 両理論の共通性については、すでに、渡辺洋三∥利谷信義編・現代日本の法思想（一九七二年）二二二頁以下の藤田勇氏の報告によって、また、刑法解釈学者では、「座談会」これからの刑事法学」ジュリスト六五五号（一九七八年）一九九頁以下の福井厚氏の報告によって分析されている。
- (3) 篠塚昭次・注1文献・二〇四頁参照。
- (4) 水本浩「利益衡量論」小林直樹∥水本浩編・現代日本の法思想（一九七六年）三五三頁。なお、詳細については、水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果」(一四)「民商法雑誌」六二巻六号（一九七〇年）九四一頁以下、六三巻二号（一九七〇年）一七九頁以下、六三巻四号（一九七一年）五〇三頁以下、六四巻二号（一九七一年）一七五頁以下参照。
- (5) 私法学内部で、この主体的条件の進展を容認するのは、椿寿夫「民法」法律時報三七巻五号一一六頁以下であり、甲斐道太郎「私法解釈論批判」マルクス主義法学講座七巻（一九七七年）一七四―一七五頁も同旨と思われる。
- (6) 機能的考察方法については、平野龍一・刑法の基礎（一九六六年）九三頁以下参照。問題解決的思考方法を提唱したものであるが、平野龍一「可罰的違法性」平野龍一・犯罪論の諸問題(上)総論（一九八一年）四三頁以下（本論文の初出は、ジュリスト三一三三号・一九六五年）。
- (7) 末弘厳太郎・法学入門（一九三四年）一五七―一五八頁。なお、末弘厳太郎・嘘の効用（一九五四年）二九七頁以下も参照。



あるはずである。概念法学の固定的な道はたしかに無難であり、みずからの責任を法規に託して逃れることができるかもしれないが、それは逆にまた、現実を隠蔽し、進歩への道をふさぐことになるであろう。<sup>(5)</sup>

## (2) 法的判断及び法の解釈

「法的判断は、常識に捉われてはならないが、常識に反するものであってもならない。法律家は、それについて、素人と同じ実質的判断の次元で議論をし、素人を実質的に納得させることができるのでなければならぬ。<sup>(6)</sup>」

また、「法の解釈には『わく』があると比喩的にいわれるが、それも絶対的な『わく』ではなく、中心が濃く周辺がうすくなった円のような相対的な『わく』であり、裁判官には自由に判断しうる範囲が一般に考えられているよりはるかに広く残されている<sup>(7)</sup>」。したがって、「法の解釈は、……法規の中に事実として含まれている意味を明らかにするものではなく、現在の時点に立って現実に起こる事件に対して、それをどう解釈し、どう適用すべきかという問題であり、むしろその法規にどのような意味を与えるべきかという問題である。つまり、法規の中から意味を抽出するのでなく、法規に外から意味を付与するのが、法の解釈である。<sup>(8)</sup>」

## (3) 法的判断過程

法的判断過程においては、まず第一に、「既存の法規を意識的に除外して、全く白紙の状態で」、「具体的事実の中から、その事件をどう処理すべきかという結論を探し求める努力をすべきである。<sup>(9)</sup>」そして、この過程を通して得られる結論は、「決して最終的な結論ではなく、次の理由づけの過程で検証されるべき仮説、すなわち仮の結論である。また、それは、唯一の正しい結論を探求しようというのではなく、他の結論も成立する可能性を認めながら、どの結論が実質的に見てもっとも妥当かを検討していくわけである。<sup>(10)</sup>」ところで、利益衡量もその場でカズイスティックになされていると、相互のバランスがくずれおそれがあるとともに、思考に手間がかかり不経済になりそうである。<sup>(11)</sup>

これをさけるためには、実質的な利益衡量の類似するものをまとめて一つの類型として構成していく必要がある。<sup>(11)</sup>

## (4) 理論構成

法的判断が近代的あるいは現代的な「法的判断であるためには、右に述べたような実質的な理由のほかに、法規による形式的な理由づけを受けなければならない。このような形式的理由づけを、法規によるものだけでなく、それ以外の法やいわゆる法理論によるものまで広く含めて、理論構成と呼ぶことにする。これは法的構成とか論理構成とか呼んでもよい。」これが法的判断過程における次の過程である。この理論構成は種々考えられるのであって、「これらの理論構成のうち、どれを選択すべきかは、……その理論構成がどれだけ実際に適合しているか、説得力としてどれがすぐれているかなどの考慮によってきめられることになる。<sup>(12)</sup>」

「法規による理論構成は、結論を生み出すためではなく、それを理由づけるためである。この形式的理由づけは、第一に、結論の（正しさではなく）妥当性を検証するのに役に立つ。はじめの判断過程で見落されていた他の制度との関連や類似の事例との比較が、これによって明らかにされ、はじめの結論を修正したり、それを捨てて他の結論を求めたりすることが場合によっては必要となる。第二に、その理論構成を通じて、そこで得られた結論がどこまでの適用範囲（射程範囲）をもち、どこから適用されなくなるかが、明らかにされる。これは、具体的事件の処理には直接に必要なことであるが、法律論としてはつねに考えておかなければならないことである。……第三には、理論構成によってその結論の説得力が増加する。人間の思考様式として、一般原則に結論が還元されること、いいかえれば、一般原則から結論が理由づけられるということは、それが偶然的・恣意的な判断でないことを示すことになり、結論の妥当性についての信頼感を与えることになる。<sup>(13)</sup>」

## (5) 関連事項

以上、加藤一郎氏の所説の骨子となる部分を一人称の形で紹介したわけだが、その他に重要と思われる関連事項について、加藤一郎氏の見解を紹介しておきたい。

① 結論の「妥当性」　すでに述べたように、加藤一郎氏は、解釈の複数性を承認し、実質的利益衡量によって得られた結論は「正しい結論」ではなく、「妥当な結論」であることを強調している。これに関連して、加藤一郎氏は、「正しい世界観による解釈が正しい解釈であるとか、国民の、あるいは歴史の発展に最も資するものが正しい解釈であり、正しい解釈かどうかは歴史によって検証されるとかいう主張」(「客観説」)があるけれども、「どちらが『正しい』解釈かを検証する方法は、自然科学における実験とは異なり、ここでは存在しないのである。たとえば、正しい世界観による解釈が正しいといっても、なにが正しい世界観かを検証する方法はない。また、歴史がそれを検証するといっても、判断の時点において歴史の発展の方向が細かいところまであらかじめ決定されているわけではない。百歩を譲ってそれが定まっているとしても、ある時点で二つの結論のうちどちらを選択する方が歴史の発展に資するかについては、やはり意見が分かれうるのである。ある人が歴史の発展に沿った正しい解釈だと主張するものが、他の人から見ればそうではないという場合に、どちらの解釈が『正しい』かをきめるきめ手はない。けっきょく、いずれの解釈も、複数の可能な解釈の一つにすぎないのである。それを自分の解釈だけが正しい絶対的なものだと主張するのは、融通のきかない決定論であり、自由な討議を阻害することにもなる。」<sup>(14)</sup>と主張する。

② 法的判断の自由性　前述の「法的判断及び法の解釈」の項で摘示したように、加藤一郎氏は、裁判官の法的判断の自由を強調し、立法(法規)の拘束力を弱いものと考えているようである。このことと関連して、立法と司法(裁判所)との関係について、加藤一郎氏は、「筆者は法的判断の自由を強調したが、それも立法との相関関係で

考える必要がある。……法的判断が自由である、裁判官の身分が保障されているとしても、それはけっきょく現在の体制内での自由であり、その中でそれを正面から封じる立法がなされないかぎりでの自由である。裁判も国家机关の活動である以上、それは当然のことといわなければならない。裁判、したがってまた法の解釈・適用は、国民の進むべき方向に漸進的に進められていくほかはないのである。」<sup>(15)</sup>と述べる。

## 3 星野英一氏の利益衡量論

## (1) 法の解釈

まず、「法解釈論争における第一の設問は、法の解釈とは価値判断を含む実践であるか、純粹の認識か、である。」<sup>(16)</sup>この点については、「法律適用の前提としての法の解釈は、必ず、一定の利益・価値を保護し実現するという機能・意味を持っているということであり、これは、法の解釈についてのどのような考え方をとって認めざるを得ない客観的事実である。学者のする法の解釈にあっても、ある法規をこう解釈すべしと主張するときには、その根拠として意識され、述べられることが、全く言語学的、ないし論理的なそれであるとしても、客観的には、ある利益・価値を一定の程度・しかたで保護し実現せよとっていることに等しい。法の解釈が価値判断を含む実践『である』ということの意味は、右のように理解されるべきであり、この意味においてこの命題は、もはや否定することができないと考えられる。」<sup>(17)</sup>そして、ここから、次の「実践的帰結が生ずる」のであり、「第一に、解釈者は解釈に対し社会的責任を負わなければならないのであり、解釈にあたってその責任を自覚しなければならない。……第二に、それならば、解釈は、正面から価値判断によって行ない、少なくとも、結論を導くに至った根拠につき、価値判断に由来する面と、『理論構成』を考慮した面とをはっきりわけて示す必要がある。このことによって、論点がより明らかとなり、議論

のためのより客観的な基礎がきざかれるのである。<sup>(18)</sup>そして、「利益考量や価値判断の面においては、法律家に特に權威があるのではない、ということである。法律家なるが故の權威は、法律の技術的側面、例えば論理の進め方とか、概念・制度の沿革的な意義とか、いわゆる理論構成の面についてだけである。利益考量・価値判断については、法律家といえども、一市民として、または一人間としての資格においてすることしかできない。」<sup>(19)</sup>

こうした解釈の決め手になるのは、どのような価値をどのような実現し、どのような利益をどのように保護すべきかという判断になるわけだが、その具体的な順序として、「まず、一方、文理解釈・論理解釈を行ない、他方、立法者ないし起草者の意思を探究することが基礎的作業として必要であると考える。このさい、文字・文章のすなおな意味をできるだけ尊重して、先に挙げたような形での言いかえを軽々しくしないようにし、ついで、立法者・起草者の意思を調べ、それらの解釈で今日差支えないか否かを考えようとするのである。」<sup>(20)</sup>「なぜ文理解釈をまず重んずるかという、法律とは、素人がこれを見て自分の行為の法律上の効果を知り、そのような効果を期待しまたは避けるべく行動するものだからである。これこそが民主的社会において法文が公布されることと理由であると考えられるので、できるだけ素人の感覚・期待に合致するような解釈をするように努めることが、法律家にとっても重要であると思ふ。」<sup>(21)</sup>

## (2) 価値判断・利益衡量による解釈の方法

次に、価値判断・利益衡量による解釈の方法であるが、「第一に、法規を適用して解釈されるべき紛争において、どのような利害が対立しているかを考察しなければならぬ。法規の解釈にさいしても、当該規定の適用が問題となっている社会問題をさらに類型に分けて、類型相互間の利益状態の相違を明らかにすることが必要となる。」<sup>(22)</sup>この類型化の目的であるが、「第一に、類型を形成するのは、一見同じ法的取扱いがなされそうに見える場合につき、異な

った法的取扱いをするためである。……第二に、類型化は、要件と効果を素人にもわかりやすく示すため、つまり法律の大衆化のためにも必要である。」<sup>(23)</sup>

次に、「第二に、ある紛争につき適用されるべき法規がどれかが問題になることがある。別の面からいうと、ある法規・制度の適用範囲の問題である」が、「しかし、ここでも、問題は、当該紛争の解決にあるのだから、まず、問題となっているいくつかの規定を適用することによってどのような法律効果が発生するかを明らかにし、そのどれをとるべきかの価値判断を行なう。そして、とるべき価値判断を実現しうる規定が、当該社会関係を規制の対象としているようなものであればこれを適用することとなる。……しかし、当該社会関係を規律する妥当な効果を定める規定の本来の規律の対象が、当該社会関係とは全く、ないし、かなり異なっていたり、しかも、当該社会関係を本来規律すべき規定では妥当な結果が認められないという場合がある。このような場合には、どの規定でゆくか。一律にはいえず、妥当な効果を導きうる規定の要件の部分の解釈を、その社会関係に適用する場合に限って修正するか、当該社会関係を本来の規律の対象とする規定の効果の部分の解釈を修正するか、どちらにより無理がないか、によって決めるべきであろう。」<sup>(24)</sup>

「第三に、法規の解釈については、問題となるところの可能性なくつかの解釈をとると、実際どのような価値・どのような人のどのような利益が、どのように実現・保護され、どのような人のどのような利益が、どのように実現を妨げられ、保護されないかを徹底的につきつめることが必要である。一見理論的な理由から結論のわかれるように見える解釈の違いが、実は、かなり大きな利益保護の違いをもたらすこともしばしば存在するのである。」<sup>(25)</sup>

「最後に、どのような価値をどう実現し、どのような利益をどう保護すべきか、いわゆる『価値の選択』の問題に



進むわけである。」しかし、「まず、予備的作業が必要であろう。その第一は、類似の状況に対して適用される規定や考え方を集め、それらの規定における要件・効果の差異を比較し、なぜそのような差異が生じているかを考察することである。この作業により、各規定の適用されるべき範囲を明らかにし、これを調節し、それらの解釈の調和をはかることが容易となる。」「第二に、当該規定によってどのような価値・利益を実現・保護するのが妥当かを考えるわけである。これはいわゆる『立法趣旨』の探究と呼ばれる作業」である。「最後に、これらの対立する諸価値・諸利益・諸要請をどのように調和的に実現するか、どのような高次の価値判断のもとに行なうかを考えることとなる。このさい、ほぼ等質の利益の対立する場合ならば、比較的かんたんともいえるが、民法の領域においてさえそのようなことはそう多いとはいえない。……そこで、単に両利益を足して二で割るといようなわけにはゆかず、まさに価値判断(感)によってきめられることとなる。」<sup>(26)</sup>

### (3) 価値判断の客観性

価値判断の客観性・主観性については、一定の基準に照らして正しいかどうかを決定することができるとする客観説と、決定することはできないとする主観説とがありうる。<sup>(27)</sup>

まず、客観説のうち、価値判断の基準を「歴史の発展」・「歴史の進歩の方向」に求める見解についてであるが、これは、「なにがよいか、望ましいかという価値判断が前提されているわけである。従って、その限りでは、一面、誰にとっても異論がないことであるが、他面、なにが『よい』ことか、という価値判断の問題が全く残っているわけであり、『主観説』に対する答えにはなっていないといえる。」しかも、『進歩』の語は、そのような価値の観点を含むことなく、単に、歴史が将来そうなるという事実の意味に用いられ、従って、それは経験科学的認識の対象である、とされてもいるようである。そうだとすると、これに対しては、先の批判だけでは十分でないのであって、ことは、

『客観的な歴史の発展法則に関する科学的認識が、価値体系選択の基準、したがってまた法解釈の正否の基準たり得るか』の問題になる」のであるが、しかし、「法の解釈の正しさを検証するのは、事実の認識にすぎない『科学』によって原理的に不可能である」<sup>(28)</sup>。

次に、客観説のうち、価値判断の基準を「近代法のあり方」や「近代社会のあり方」に求める見解についてであるが、第一に、あるあり方だけを「近代的」と呼ぶことに対しては、「どうしてそうなのかを説明する必要があるし、場合によっては反証が挙げられることもある。第二に、社会の歴史は常に一つの発展形態を示し同じ発展方向を辿るということであるが(いわゆる『単線的歴史観』)、別の立場(いわゆる『複線的歴史観』)をとって、近代化にも異なった型があると見ることも可能であり、前者が適当であるとは未だ十分に証明されていないと思われる。第三に、この説は、その主張者がよいと考えているあり方を『近代化』と呼んでいるのではないか、そのいう『近代的』であることがよいことである、という前提に立っているのではないかと思われる。もしもそうならば、端的になぜそれがよいかを論ずべきであって、『近代的』だからそうせよ、というのは、わが国では説得力のある議論の方法かもしれないが、結局は一種のごまかしにすぎない」のである。<sup>(29)</sup>

次に、主観説についてであるが、「現実には、各自の価値観(感)が異なることの少なくないことは、法律の解釈において誰しもが体験するところである。その意味において、価値判断を『主観的』であると呼ぶことには、異論がないであろう。また、現実には複数の解釈が存在する以上、『複数の解釈の可能性』のあることも自明である。」しかし、「この事実から、価値判断の客観的妥当性を証明することはできないとか、客観的に妥当な価値がない、という帰結を導くのは、事実から直接に価値を導くのと同様に、論理の飛躍ではあるまいか。」「主観説』をとる学者の中でも、実定法の解釈に従事している者が、果して真に、正しい解釈が複数存在する、解釈の正しいか否かを判断する基準が

ない、と考えているのかどうかは、まだ必ずしも明らかではなく、むしろそうでないようにも思われる。というのは、法哲学者は別として、右のように断言している実定法学者は見当たらないようだからである。むしろ反対に、『私はそういう法律解釈が正しいのだと考えます』という学者もあるのである。そしてそのさい、単に自分がそれを欲する、自分にとって望ましいというだけでなく、それがなんらかの意味で『客観的に正しい』ことを熱望しているのではないだろうか。つまり、正しきの基準はやはり存在する、と考えているのではないだろうか。」そして、「各人はその価値体系が客観的に正しいと考えているのではないか。」<sup>(31)</sup>

「筆者は、価値そのものの客観的妥当性を認めたいと考えている。しかも、単に抽象的な価値ばかりでなく、あるていど具体的な価値につき、その客観性を認めてよいものがあるのではないだろうか。つまり、歴史において、いくつかの価値は次第に認められてきて、ついにはもはや何人も……否定することができなくなるようになるのではないだろうか。人間の尊厳、平等、精神的自由など、いくつかのものを挙げることはできないかと思われる。」<sup>(32)</sup>

#### (4) 理論構成・体系化

「従来わが民法学においてとられたドイツ法学式の理論構成は、法規の文理解釈ないし論理解釈にすなおに対応しない限り、できるだけ排除するほうがよいと考える。」筆者がこの方法をとる実質的な根拠は、「法律はできるだけ素人が理解する意味に近く解釈することが、民主的社会における法律の解釈のあり方だと考えるからである。」<sup>(33)</sup>また、「筆者のように立法者・起草者の意思を問うことは、中間にやはり説明を入れることにはなるう。しかし、せめてそれだけに止めるのが望ましく、中間の論理構成はできるだけ少なくすることが望ましい。というのは、素人に説明するにさいして、利益考量・価値判断ならばその賛否はともあれ理解させやすいが、いわゆる法学特有の『理論』はきわめてわからせにくく、そのための労力もむだであるほか、素人に法を敬遠させるといふ危険も多いからである。ま

た、ひいては、法律家の一部に法を素人にわからない一種の秘術のように誤って思いこませる危険もある。もちろん危険であっても、必要ないし著しく重要なことは、しなければならぬ。しかし、このような理論構成はもともと不必要であり、法の適切な運用のために重要とも思われないので、今日ではいさぎよく捨てるべきであると考える。」<sup>(34)</sup>

なお、「このようにいうことは、いわゆる『体系化』そのものを否定し、全くカズイスティックな解釈の寄せ集めをせよということではない。学問においてのみならず、法律解釈においても、体系的考慮は必要である。問題は、なにに基づいて体系化すべきか、換言すれば体系の原理はなにか、ということであり、これを、ただの観念の産物であるいわゆる『理論』に求めるのは適当でない、というのである。体系化の原理は、社会関係の類型および利益状況と価値判断とに求めるべきである。なぜならば、法律は、紛争解決の基準であり、社会関係の形成・規律の手段であって、法の解釈は客観的に価値の実現・利益の保護を意味するから……価値判断の面からの体系化こそ、法を適用する側にとっても、適用される側にとっても、必要なことだからである。」<sup>(35)</sup>

#### (5) 関連事項

以上、星野英一氏の所説の骨子となる部分を一人称の形で紹介したわけだが、その他に重要と思われる関連事項について、星野英一氏の見解を紹介しておきたい。

① 価値基準 「いわゆる民法ないし私法の『原理』といわれるものの種々相については、まずその真の意味を明らかにすることが不可欠であり、それらのうち価値基準であるものとそれ以外のものを分け、ついで前者を価値の序列（ヒエラルヒア）に従って整理しなければならないが、これらは、なお今後に残された問題といえよう。」<sup>(36)</sup>

② 価値判断と価値観 「まさに価値判断というものは、そこ（思想、哲学、世界観、あるいは、宗教——括弧内引用者）から出てくるものではないでしょうか。どんな人であっても何らかの意味の思想があって、それから考

えなくちゃいけないということですね。たとえば、人間を大事にしなければいけない、といったことは、そこからしか出てこないではありませんか。少なくとも、経済の論理からは出てこない。<sup>(37)</sup>」

#### 4 加藤一郎氏と星野英一氏の見解の異同

ここで、加藤一郎氏と星野英一氏の利益衡量論の異同を指摘しておきたい。

##### (1) 法の解釈について

法の解釈について、加藤一郎氏と星野英一氏の両氏とも、それが法的価値判断であること、複数存在の可能性があることを承認している。<sup>(38)</sup> その複数の解釈の中で、ある一つの解釈が正しいということができるかどうかについて、加藤一郎氏は、「いずれの解釈も、複数の可能な解釈の一つにすぎないのである。それを自分の解釈だけが正しい絶対的なものと主張するのは、融通のきかない決定論であり、自由な討議をも阻害することにもなる。われわれは、正しい結論、正しい解釈ではなくて、妥当な結論、妥当な解釈を求めなければならない。『正しい』とか『正当な』ということばは、『妥当な』という意味ももたせることができるが、誤解を起こすおそれがあるから、なるべく使わないことが望ましい。」<sup>(39)</sup>と述べ、解釈の妥当性は論じることができるとはできるが、絶対的な正しさを主張することはできないとする。その意味では、加藤一郎氏は、明らかに相対主義の立場に立っている。

これに対し、星野英一氏は、「筆者は、価値そのものの客観的妥当性を認めたいと考えている。しかも、単に抽象的な価値ばかりでなく、あるていど具体的な価値につき、その客観性を認めてよいものがあるのではないだろうか。」「筆者としては、できるだけ『何人も否定することのできないような価値』を捉えるよう努めたい。このさい、一方で、もっとも根本的・高次の（それ故に抽象的たらざるを得ない）価値を追求し、他方で、ごく具体的な価値（判断

命題）を把握し、両方からおし進めて、価値（判断命題）のヒエラルヒアを構築したいと考えている。」<sup>(40)</sup>と述べている。

##### (2) 利益衡量の解釈方法について

利益衡量の解釈方法については、加藤一郎氏の方がより分析的であるとはいえるとしても、両氏ともきわめて近似している。利益衡量あるいは価値判断は、常識とかけ離れたものであってはならないという主張も、両氏に共通している。<sup>(41)</sup>

この点に関連して指摘しておきたいのは、「常識論」に基づく結論が要求される理由、及び、そうした結論を獲得するための方法について、星野英一氏は、「民主社会における法律解釈のあり方」を基礎に据えて、その方法論にまで論述が及んでいるということである。<sup>(42)</sup> 利益衡量・価値判断を行うにあたって、類型的処理をする必要があるという主張も、理由づけに若干異なる点があるけれども、両氏に共通している。

##### (3) 理論構成について

また、理論構成について、加藤一郎氏は、法的判断によって得られた結論との関係で、かなり重要視する傾向が見られる。それは、加藤一郎氏が、結論と理論構成の相互作用の重要性を承認していることによるのであろう。加藤一郎氏は、法規による理論構成は、結論を生み出すためではなく結論を理由づけるためであること、法理による理論構成を通じて結論の射程距離を明らかにすることができること、理論構成によってその結論の説得力が増加させ、結論の妥当性についての信頼感を与えることができることなどの利点を積極的に挙げている。<sup>(43)</sup>

これに対し、星野英一氏は、「民法の本来の姿と無関係に持ち込まれた『理論』は、あまり価値がないものと考えていますが、この点も今日同感の学者が多いと思います。そのほかに、正しいというか妥当なというか、そういった

理論があれば、これを認め尊重することにやぶさかではありませんが、寡聞にしてどうも今まで私の見たところでは、少なくとも日本の学者でそのような批判をされる方々に関する限り、『これが尊重されるべき理論の一例だ』として示されたものがないように思われますので、この点は今のところペンディングな、私にとっても今後の問題として「いるところ」<sup>(44)</sup>。理論構成は、法規の文理解釈ないし論理解釈にすなおに対応する限りできるだけ排除するほうがよいとするなど、理論構成について詳細な言及もあまりなく、その有用性については懐疑的であるように思われる。

## 5 利益衡量論への批判と反論

さて、ここでは、加藤一郎氏・星野英一氏の利益衡量論に加えられた批判に対する両氏の反論を、一人称の形で紹介しておきたい。

(1) 異質の利益間の比較衡量は可能であるのか。

① 加藤一郎氏の反論

公法や刑法あるいは労働法の領域では、対等者間の私法的関係とは異なり、国家権力対市民、強者対弱者、階級対階級の対立が存在するが、しかし、「それは、そこでの法の解釈・適用の性質が、私法におけるのと異質的であることを、決して意味するものではない。すなわち、そこでは、国民の基本的人権の擁護というような考慮すべき価値ないし事情が加わってくるので、そこでの利益衡量には慎重かつ厳格な態度をとることが必要となり、法的判断の幅が狭くなるということであって、自由法学的態度を捨てて概念法学にもどることが問題になるわけではないのである。」すなわち、「異質の利益の間でも比較衡量はもちろん可能であるし、またしなければならぬ」と私は考えている。<sup>(45)</sup>

② 星野英一氏の反論

「異質な利益の衝突の場合にどちらをとるか、まさにこの意味での価値判断（『裸の利益衡量』よりももう少し高次の価値判断——括弧内引用者）によってきまると思います。したがって、これは完全に可能であるし、またしなければならぬ」<sup>(46)</sup>。

③ 若干のコメント

異質の利益間の比較衡量は不可能なのではないかという批判は、民法における利益衡量論に対して最もよく加えられる批判である。この点、刑法解釈学についてはどうかといえ、やはり異質の利益衡量論の項で述べるが、一言すれば、刑法においては、犯罪それ自体は市民間の利害の衝突という形で現れることが多いけれども、犯罪者（あるいは被告人）を裁く主体が国家権力である以上、常に国家对市民の対立が顕在化せざるをえず、国家の利益と市民の利益との比較衡量が常に問題とされざるをえない。したがって、刑法の解釈者、とりわけ裁判官は、異質の利益間の比較衡量から逃げるわけにはいかないのである。

(2) 利益衡量論は、裁判官に対する手放しに近い信頼の上に成り立つ白紙委任の解釈方法論ではないのか。

① 加藤一郎氏の反論

「裁判官への白紙委任論に対しては、究極の決定は裁判官の全人格的判断によらざるをえないのが事実であり、そのためには裁判官の責任ある判断を求めべきだと考える。権力との関係については、憲法や労働法のように価値の対立の大きい分野や、民法の中でも借地法・借家法などの分野においては、基本的人権の尊重あるいは社会的弱者の保護などの見地を利益衡量の中で重視すべき」だと考える。そうではなく、「なんらかの価値を絶対的なものとして定立し、それに対する利益衡量はいっさい許さないという硬直的な考え方は、いずれにせよ承服できない。」また、「具体的な法の解釈・適用においては、高い次元の価値について抽象的に優劣を論じても影響力は少なく、もっと低い次元まで下って利益衡量をしなければ、結論を左右することは困難である。……これは決して『手放しの利益考量論』ではなく、そこまで下って相手の解釈を批判したり、説得力のある解釈論を展開する

ことは、十分可能である。すなわち、裁判官に対しても、学者があらかじめ想定される事例について利益衡量を行なうって説得力のある解釈論を提供し、それを採用するように誘導することができるし、また、裁判官のした判決につき利益衡量の不十分なことを指摘してそれを変えさせるように説得することもできるわけである。このようなことは、法学者が、自己の解釈論を述べる場合に多かれ少なかれ現に行なっているところであって、利益衡量論が裁判官や権力者の恣意を許すことになって危険だとの批判は、全く当たらないといわなければならない。<sup>(47)</sup>

② 星野英一氏の反論 裁判官への白紙委任の問題についてはいえば、裁判官の選択に委任することが不可であるとの立場をとっても、ある種の、少なからぬ問題については、裁判官の選択への委任は不可避である。むしろ、裁判官の判決から判断される事件につき、「考慮すべき事情や価値・利益を十分拾いあげることが、むしろ裁判に対する実質的な批判として意味を持つことが多いと推測される。」また、「仮に、筆者の立場によるほうが、裁判官の事由の余地を大きくすることになるとしても、それで差支えない、と考えている。」「一般論としても、裁判権＝国家権力＝濫用の危険といったシューマに対しては、少なくとも民事裁判に関する限り、若干疑問を持っていることを一言したい。<sup>(48)</sup>」。

③ 若干のコメント この批判は、今日の我が国の裁判官を法領域との関係でどのように評価するのかに関連していると思われる。この点、加藤一郎氏・星野英一氏の両氏は、民事法の領域ということもあってオプティミスティックである。民事事件の場合、当事者が私人対私人、市民対市民として登場することが多いため（ただし、これは両当事者の立場が交換可能であることを必ずしも意味しない）、裁判は当事者間の衝突利益の調節という意味合いが強い。したがって、裁判官には、いわば第三者的な利害調整人としての役割が期待されているので、白紙委任的な考え方に対してもある程度寛容となるものと考えられる。

しかし、刑事事件の場合、確かに市民の社会生活レベルでは、犯罪者（あるいは被疑者・被告人）対被害者という市民間の利益の衝突という形で顕在化することが多く、その意味で、裁判官が事後的な利害調整人としての役割も有しているともいえようが、しかし、裁判レベルにおいては、裁判官は、犯罪者を「裁く者」として、被疑者・被告人が犯罪を犯したのかどうか、犯したのであればどの程度の処罰に値するのかを判断するのであって、裁判官を単純に「利害調整人」と解することはできない。むしろ、刑法においては、裁判官への白紙委任は避けるかもしくは可能な限りその範囲を縮減するのが望ましいのであって、罪刑法定原則はこれを要求し、表現したものと解することができる。つまり、裁判官の自由裁量の余地を広く認めることは、罪刑法定原則に抵触することになるのである。

(3) 法解釈者（特に裁判官）の恣意を抑制する客観的基準を提供できない利益衡量論は、「原則的基準」・「客観的基準」のない「裸の利益衡量論」に陥っているのではないか。

① 加藤一郎氏の反論 客観的基準として「歴史的認識——日本社会の近代化」、「近代法のあり方」あるいは「社会の進歩」などについて、「それらは、基本的ではあるが、高次の、抽象的な基準であって、それで具体的な法的判断を決定することは困難である」し、「たとえば何が『近代法のあり方』であるかについて、さらに判断が分かれない。」「『近代法のあり方』などについて大筋の考え方は一致することがあるとしても、裁判などで争われている<sup>(49)</sup>限界的状況に対する具体的判断をそこから引き出すことは、まず不可能であるし、不適當でもある<sup>(50)</sup>」。

「私は価値相対主義の立場に立っているが、それは、絶対的な価値を設定してそこから演えききに結論を引き出す硬直な解釈論に反対し、今日の社会における価値の多様性、とくに民法の解釈の場面で問題になる価値の多様性を承認したうえで、それを比較検討し、それぞれの事例（まとめていえば類型）に最も妥当な判断を見出そう」するから

であり、「抽象的な基準としては、歴史の流れとか近代法のあり方というものが、絶対的ではないが有力な基準になると考えており、その点では、無内容に近い普遍的価値を信ずる自然法論あるいは新自然法論より、いわゆる近代法学派に近い考え方をもっている。しかし、他方において、このような抽象的価値は、民法の具体的解釈や判断を直接にコントロールするもの、あるいは、すべきものではないと考えているので、あまり表面立って論議することはせず、むしろ具体的判断における多様な価値の調整に重きをおいているのである。<sup>(51)</sup>」

確かに、利益衡量論は、利益法学のように、柔軟で弾力的な解釈態度を採るために、「あらゆる体制にそれを適応させ協力させる危険をはらんでいる。しかし、自由法学がかりにナチスに協力したのだとしても、それは自由法学の柔軟性自体の罪ではなく、選択すべき価値の判断を誤ったことの罪であるはずである。概念法学の固定的な道はたしかに無難であり、みずからの責任を法規に託して逃れることができるかもしれないが、それは逆にまた、現実を隠蔽し、進歩への道をふさぐことになるであろう。<sup>(52)</sup>」

② 星野英一氏の反論 「筆者は、価値そのものの客観的妥当性を認めたいと考えている。しかも、単に抽象的な価値ばかりでなく、あるていど具体的な価値につき、その客観性を認めてよいものがあるのではないだろうか。」すなわちその意味で、筆者は「新自然法論」の立場に立つのであり、客観的な価値基準として、具体的には、「人間の尊厳、平等、精神的自由など、いくつものものを挙げることはできないかと思われる。<sup>(53)</sup>」すなわち、筆者は、「ある種の超越的な価値を認める立場をとるわけです。ただ、認識のプロセスとしては、歴史の過程においてだんだん発見されてくるが、いったん発見されてみると、もっと古く発見されたほうがよかったと思われるようなもので、古くから存在していた価値である。こういう一種の自然法的な考え方をとっています。<sup>(54)</sup>」この点、価値判断について相対主義の立場をとる加藤教授とは異なる。自分の理論は、「価値判断の基準の設定の点がややあいまいな感じ

もします」が、「利益を比較しただけでそこからなにも出てこないこと、どちらをどうとるかを判断するためにはより高次の基準（価値）が必要であることは、筆者が随所にはっきり述べているところであり、利益考量は解釈の『手順』である。従って、これを『手放しの利益衡量主義』とか、『基準を設定したことにならない』とされるのは、理解困難」であり、それなりの価値基準（価値判断をするためのより高次の価値基準からより低次の価値基準、およびさらに細かい価値（判断の基準）を挙げているのである。<sup>(55)</sup>

③ 若干のコメント 価値判断・利益衡量の客観的基準について、加藤一郎氏は、「具体的判断における多様な価値の調整」に重きをおく柔軟な解釈を志向するため、その有効性については懐疑的であるのに対し、星野英一氏は、抽象的な価値からある程度具体的な価値に至るまでその客観性を認めてよいとし、「新自然法論」の立場を表明しており、価値判断・利益衡量の客観的基準の有効性について好意的である。

他方、民法解釈学における利益衡量論も、利益の比較衡量を重要な解釈方法・解釈技術として用いる「利益衡量的思考方法」論であり、その意味で、これは一つの解釈方法論であることを確認しておきたい。すなわち、利益衡量論は、利益の比較衡量を軸とする一つの解釈方法論にすぎないのであり、決して解釈の価値基準を必然的に内包している方法論ではないし、価値判断の基準を提供する方法論でもないのである。その意味で、この利益衡量的思考方法論は、「解釈のプロセス」に関する理論にすぎない。したがって、法解釈における「価値判断の基準がなんであり、それをどのようにして認識するかは、これとは別の次元の問題<sup>(56)</sup>」である。利益衡量論は、こうした特徴を有していることよって、かえって法解釈者の価値判断の基準を露わにさせることになると考えられる。

なお、法益衡量論に対しては、「裸の利益衡量論」に陥っているという批判と関連して、次のような批判もなされている。

利益衡量論の「裁判観・法解釈観は、権力信頼の法思想に由来するものであって、結論を裁判官や行政官などの権力行政官に委ねることによって、権力追隨的な官僚法学に墮する危険性をはらんでいる。……現実に加藤や星野がした具体的な解釈が官僚的だとか権力追隨的だというのではない。その発想の根源に危険性がひそんでいるといのである。このことは、『利益衡量論』が不法行為ないし公害に関して生み出したいわゆる『受忍限度論』が特にいわゆる『公共性』を帯びる公害から市民の権利を守ることができず、『環境権論』の厳しい批判を浴びざるをえなかったところに、如実に現れている。<sup>(57)</sup>」

## 6 若干の検討

### (1) 利益衡量論をめぐる論点

以上の論述からも明らかのように、利益衡量論をめぐる議論には、異なる二つの論点が含まれていた。第一は、法解釈の方法をめぐる争いであり、第二は、法解釈の基準をめぐる争いである。前者はいわば「方法論」をめぐる争いであり、後者はいわば「基準論」をめぐる争いといえることができる。加藤一郎氏・星野英一氏の両氏が、利益衡量論として展開したのは「方法論」の部分であった。法解釈・法的判断を行う場合には、法規・法的構成（理論構成）・法的原則等にとらわれることなく、具体的事案に即した生の価値判断・利益衡量を行って結論を出さなければならぬというものが、両氏の主張の骨子であり、解釈方法論である。法規や法的構成（理論構成）をどの程度考慮すべきかについては、両氏の間には相違が見られるけれども、「方法論」、すなわち利益衡量の方法論については共通であった。

問題は、「基準論」である。<sup>(58)</sup>加藤一郎氏は、自ら表明している通り、価値相対主義の立場をとり、価値判断の基準を考慮しない（＝主観説）。これに対し、星野英一氏は、新自然法論の立場を採り、具体的な客観的価値を探究し、価値の序列を試みようとする（＝客観説）。

### (2) 方法論から基準論へ

このような両氏の相違は、一つの方向を示唆しているように思われる。すなわち、「方法論から基準論へ」という方向である。裁判官であっても、法解釈学者であっても、ある具体的事件を眼前にしてなんらかの解決を見出そうとする際に、利益の比較衡量は避けられない。しかし、いずれの利益が優先すべきかは、単に利益を比較衡量しただけでは出てこないことは明らかである。価値判断の前提として、価値基準がなければならないのである。その場合、具体的な基準によってでなくとも、「常識」・「社会通念」・「すなおさ」によって価値判断を行えると考える見解もありえようが、そうした概念が、自己の価値判断の結論を他人に押し付けるための道具と化す危険のあることも否定できないであろう。

主観説のかかえる問題点を意識し、それを克服するために、星野英一氏は、例の「人間の尊厳・平等・精神的自由」というような客観的価値の基準を提示していると考えられる。そして、議論の重点は「あるべき客観的な基準はなにか」に移ったのである。あるべき客観的な基準を探究して、例えば、「真の多数者の福祉と自由との実現を志向する立場」<sup>(59)</sup>や、「歴史的進歩の方向」<sup>(60)</sup>、あるいは、「社会発展の法則」<sup>(61)</sup>や、「全体意思の変化の社会法則」<sup>(62)</sup>といった基準が提示されたのは、正にこうした事情を物語るものであろう。

### (3) 刑法の解釈と基準

したがって、法解釈者は、自らの行った価値判断のよって立つ基準を常に問われているともいえるのである。刑法の領域においても、例えば、行為の実質的違法性の判断に際して、利益衡量的な思考方法をとらざるをえない（実質的違法性については学説の対立はあるが、利益の比較衡量が必要であるという点ではいずれも共通である）以上、解

釈者はやはり基準を問われざるをえないのである。基準は、高次のものから低次のものまで様々な段階で存在しうるが、議論の経済性からすれば、できるだけ低次の価値基準から、しかも、個別法領域における具体的事案（ある程度類型化された、その意味で、ある程度一般化された）に即して検討する方が有益であろう。<sup>(63)</sup>

- (1) 詳細は、水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果（三）」民商法雑誌六三巻四号（一九七一年）五二五頁、水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果（四）」民商法雑誌六四巻二号（一九七二年）二〇七頁～二〇八頁参照。同様に、狭義の利益衡量と広義の利益衡量との区別の必要性を強調するのは、甲斐道太郎「私法解釈論批判」マルクス主義法学講座七巻（一九七七年）一七四頁。甲斐道太郎・法の解釈と実践（一九七七年）九三頁である。
- (2) 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」加藤一郎・民法における論理と利益衡量（一九七四年）四～一二頁参照（本論文の初出は、岩波講座・現代法一五巻・一九六六年）。
- (3) 加藤一郎・注2文献・一六～二〇頁参照。
- (4) 加藤一郎・注2文献・二二頁。
- (5) 加藤一郎・注2文献・二二頁。
- (6) 加藤一郎・注2文献・二五頁。
- (7) 加藤一郎・注2文献・三六頁。
- (8) 加藤一郎・注2文献・一九頁。
- (9) 加藤一郎・注2文献・二五頁、二七頁。
- (10) 加藤一郎・注2文献・二七頁。
- (11) 加藤一郎・注2文献・二七頁。
- (12) 加藤一郎・注2文献・二七～二八頁。
- (13) 加藤一郎・注2文献・三一頁。
- (14) 加藤一郎・注2文献・三〇頁。なお、加藤一郎氏は、「筆者ももとより歴史の進むべき方向に沿った解釈や立法を支持し

たいが、それは価値判断の問題であって、法の解釈として許されるか許されないかという問題ではない。」とも論述している。加藤一郎・注2文献・三七頁注15参照。

- (15) 加藤一郎・注2文献・三六～三七頁。
- (16) 星野英一「民法解釈論序説」星野英一・民法論集一卷（一九七〇年）四頁（本論文の初出は、法哲学年報一九六七年・法の解釈と運用・一九六八年）。
- (17) 星野英一・注16文献・六頁。
- (18) 星野英一・注16文献・六頁。
- (19) 星野英一・注16文献・七頁。
- (20) 星野英一・注16文献・一一頁。
- (21) 星野英一・注16文献・一一頁。なお、乾昭三ほか「民法学の課題(2)」法律時報三九巻四号（一九六七年）七五頁における星野英一氏の発言も参照。
- (22) 星野英一・注16文献・一五頁。
- (23) 星野英一・注16文献・一六頁。なお、乾昭三ほか・注21文献・七四～七五頁における星野英一氏の発言も参照。
- (24) 星野英一・注16文献・一八～一九頁。
- (25) 星野英一・注16文献・二〇～二二頁。この点から、星野英一氏が法の解釈において社会学的認識を重要視していることがうかがわれる。法の解釈における社会学的認識に関する星野英一氏の考えについては、星野英一・注16文献・三四～三五頁参照。
- (26) 星野英一・注16文献・二四～二七頁参照。星野英一氏は、「実質的判断を正面に出して論じることが、問題をより明らかに示して批判を仰ぐために必要と思われる。」（星野英一・注16文献・三〇頁）とも述べている。
- (27) 「主観説」「客観説」については、碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」碧海純一編著・法学における理論と実践（一九七五年）一四四頁以下参照。
- (28) 星野英一・注16文献・三七～三八頁参照。
- (29) 星野英一・注16文献・三九～四〇頁。

法の解釈と利益衡量的思考方法(5) (関 哲夫)



- (30) 星野英一・注16文献・四一〇四二頁。  
 (31) 星野英一・注16文献・四二〇四三頁。  
 (32) 星野英一・注16文献・四四頁。  
 (33) 星野英一・注16文献・一二頁。  
 (34) 星野英一・注16文献・一二〇一三頁。  
 (35) 星野英一・注16文献・一三頁。  
 (36) 星野英一・注16文献・三一頁。なお、星野英一「民法解釈論序説」補論」星野英一・民法論集一卷(一九七〇年)五七頁も参照。

(37) 乾昭三ほか・注21文献・六八頁における星野英一氏の発言。なお、星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」星野英一・民法論集八卷(一九九六年)一八七頁以下(本論文の初出は、法学教室九五号・一九八八年、九七号・一九八八年)参照。

(38) 加藤一郎・注2文献・四〇頁、三〇頁、星野英一・注16文献・六頁。

(39) 加藤一郎・注2文献・三〇頁。なお、加藤一郎氏は、「星野教授は、自己の所説を『新自然法論』だと述べているが、私は、価値の多様性とその相対的バランスを重視する考え方をとっているので、この点では『価値客観主義』をとる星野教授とは立場が異なっている。ただ、それは、究極の客観的価値の存在を信じるか(あるいは、信じたいか)どうかの違いであって、実際問題についての思考過程は、星野教授も私もあまり変わらないように思われる。」(加藤一郎・注2文献・六七〇六八頁)と論述している。

(40) 星野英一・注16文献・四四頁、星野英一・36文献・五七頁。なお、星野英一氏は、「一種の自然法的な考え方」・「価値客観主義」を採っていることを表明している。淡路剛久ほか「私法における法の解釈」ジュリスト増刊・法の解釈(基礎法学シリーズIV・一九七二年)一四頁における星野英一氏の発言、星野英一・注36文献・五三頁参照。

(41) 加藤一郎・注2文献・二五頁、星野英一・注16文献・二七頁参照。

(42) 星野英一・注16文献・一一頁以下参照。

(43) 加藤一郎・注2文献・三二頁、七二〇七四頁参照。

(44) 星野英一「民法の解釈の方法について」星野英一・民法論集四卷(一九七八年)九〇頁(本論文の初出は、裁判所書記官研修所・書研所報二六号・一九七六年)。なお、淡路剛久ほか・注40文献・五五頁以下の星野英一氏の発言も参照。

(45) 加藤一郎・注2文献・三四〇三五頁、七一頁参照。加藤一郎氏は、「法の本来の目的は、やはり具体的な正義の実現、具体的妥当性の尊重にあるべきだと思われる。法的安定性も、絶対的な価値ではなく、個々の具体的な場面で考慮すべき一つの事情にすぎないのである。また、刑法では、一般予防ということを考えなければならぬから、その犯人には気の毒であっても見せしめのために厳罰にしなければならないということも起こりえよう。しかし、それもやはり考慮すべき事情の一つにすぎず、そのために具体的妥当性(特別予防)を忘れてはならないのである。」(加藤一郎・注2文献・三五頁)とも論述している。

(46) 乾昭三ほか・注21文献・六六頁における星野英一氏の発言。

(47) 加藤一郎・注2文献・六八〇六九頁参照。

(48) 星野英一・注16文献・六一〇六四頁参照。

(49) 加藤一郎・注2文献・六七頁。

(50) 加藤一郎・注2文献・六八頁。

(51) 加藤一郎・注2文献・七六頁。

(52) 加藤一郎・注2文献・二二頁。

(53) 星野英一・注16文献・四四頁。

(54) 淡路剛久ほか・注40文献・一四頁における星野英一氏の発言。

(55) 淡路剛久ほか・注40文献・一一頁、四四頁、星野英一・注36文献・五六〇五七頁参照。なお、乾昭三ほか・注21文献・六七頁、淡路剛久ほか・注40文献・一四頁、四八頁参照。

(56) 淡路剛久ほか・注40文献・一一頁における星野英一氏の発言参照。

(57) 甲斐道太郎「私法解釈論批判」マルクス主義法学講座七卷(一九七七年)一七九頁。なお、篠塚昭次「私法の解釈」井上茂「福田平」渡辺洋三編・法律学概論(一九七一年)二二二〇二三頁、大阪弁護士環境研究会「環境権と私法的救済」ジュリスト五〇六号(一九六四年)一一四頁以下、牛山積・現代の公害法(一九七六年)一一〇〇一二二頁参照。

- (58) 価値判断・利益衡量する際の基準については、篠塚昭次・注57文献・二二〇頁以下参照。
- (59) 沼田稲次郎「労働法における法解釈の問題」季刊法律学二〇号（一九五六年）五六頁。
- (60) 家永三郎「歴史学と法律学」法律時報二七巻四号（一九五五年）三四頁、田畑忍・憲法学原論下巻（一九五六年）四七三頁、田中吉備彦「法の解釈における相対性と科学性」法学志林五二巻三〓四号（一九五五年）四九頁、中武靖夫「法解釈の主観性」阪大法学四〇〓四一号（一九六二年）八六頁。
- (61) 川島武宜・科学としての法律学（新版・一九六四年）六五〓六六頁参照。
- (62) 渡辺洋三・法社会学と法解釈学（一九五九年）一一一頁。
- (63) 一定の価値基準を設定して利益の比較衡量を行おうとする考え方をいわゆる「利益衡量論」と称することができるかどうかは、一つの問題である。すなわち、星野英一氏の理論は果たして「利益衡量論」であるのかどうか、が問題になる。星野英一氏の理論は、法規や理論体系（理論構成）にとられない方法論であるという点に注目すれば、一応、「利益衡量論」に入れて差し支えないであろう。しかし、星野英一氏の理論が、法規の拘束力を認め法的理論構成を重んじるものであるなら、それは「法的判断基準論」へと至り、もはや「利益衡量論」とは異質のものとなる。価値体系・価値序列を構築して法的価値判断の枠組をうち立てようとするものであれば、なおさらそうである。したがって、星野英一氏の理論は、両者のいわば中間に位置しており、「利益衡量論」から「法的判断基準論」への移行形態といえるかもしれない。

〔未完〕