

松 山 大 学 論 集
第 23 卷 第 6 号 抜 刷
2 0 1 2 年 2 月 発 行

1953 —— 日独の法律学方法論の転換点と
その意義の再検討 ——

服 部 寛

1953——日独の法律学方法論の転換点と その意義の再検討——*

服 部 寛

目 次

はじめに——日独の法律学方法論の転換点としての1953年？

I. ドイツの1953年の講演（報告）とその再検討

1. ドイツの1953年——ハリー・ヴェスターマンのミュンスタ
ー大学学長就任演説とそれに関する一般的見解
2. ヴェスターマンの学長就任演説の意義とその背景

II. 日本の1953年の講演（報告）とその再検討

1. 日本の1953年——来栖三郎の日本私法学会における報告と
それに関する一般的見解
2. 来栖の報告の意義とその背景

III. 戦後の方法論史に関する課題——1953の背後にある諸問題

1. 考察の小括
2. ドイツの課題
3. 日本の課題

はじめに——日独の法律学方法論の転換点としての1953年？

日本の法律学方法論（以下、方法論¹⁾）の歴史は、ドイツからの大きな影響
下にあったが、いわゆる末弘法学による（日本版）概念法学の排撃以降、自由

*）紙幅の都合と能力の限界上、注と参考文献は最低限のものに絞った。旧字体は、特に断りのない限り、新字体に改めている（但し、一部の人名は除く）。

1) 本稿において「方法論」とは、(法)学者を主体とした学問の方法論を主眼とする《法学方法論》ではなく、主体として主に裁判官を念頭に置き、法律の解釈・適用などの法的思考を主眼とする《法律学方法論》を意味する。この相違については、vgl. Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 2011⁶, S. 400 f.

法学やアメリカのリアリズム法学の影響が強くなり、ドイツ（戦後では西ドイツ）からの影響は小さくなる、と一般的に言われている。両国の方法論史を比較するためには、法制史や法学史についての幅広い知見をも必要とし、その作業に大々的に取り組むことは容易ではない。ただ、視野を戦後に限定して両国の方法論の史的展開を一瞥すると、実に、一つの興味深い共通点を見出すことができる。それは、《日独の両国において、1953年11月に行われた講演（ないし報告）が、方法論のターニングポイントと考えられてきており、その後の方法論史の展開にとって決定的なものとな²⁾》ということである。即ち、ドイツにおいては評価法学の先駆とされるハリー・ヴェスターマン（Harry Westermann）が自身の方法論を提示したミュンスター大学における彼の学長就任演説が、日本においては法解釈論争を惹起させたとされる来栖三郎が日本私法学会で行った報告が、両者の間に直接・間接の関係はないと思われるけれども——偶然としか思えないのだが——、《1953年11月に行われた講演（報告）》という形式的点で共通しているのである。

本稿の主題は、《これら1953年の講演（報告）の意義をもう一度検討し直すこと》にある。考察に際して、この講演（報告）に関する次の2つの素朴な疑問を意識することにした。第1に、そもそも1953年に行われたこの2つの講演が何故それほどにまで重要なものと思われるのか？ 第2に、これらの講演を重要だとする従来の一般的な理解はそもそも正しいのだろうか？ 言い換えれば：これまで広まっている一般的な理解とは異なる視点から方法論史

2) 念のために断っておけば、私は、日本・ドイツのいずれにおいても、《本稿で注目する講演（報告）だけによって方法論がいわばパラダイムシフトのように根本から変わった》というようなことを主張するわけではない。後述するところから明らかとなるように、私の主張は、むしろ、戦前・戦時期からの連続性を *sachlich* に見つめ直す必要性を説くものである。また、戦後における方法論の流れが終戦前のそれと変わったことについても否定するわけではないが、その変化の在り方に関しても、講演（報告）を行った当人（ヴェスターマン、来栖）が記したその他の多くの著作や、他のアクターの存在や重要性を軽視するわけでもない。ただ、《本稿が注目する講演が、方法論の展開において、他の出来事や著作に比して、決定的に重要な意味を有しているものとされている》と解しているという観点から、方法論史について論ずるものである。

を見た場合に、この両講演に対して何らかの新たな意義を見出しうるか、あるいはこの講演に関連して、今日まで見過ごされてきた重要な問題が存在するのではないか？このような疑問を念頭に置きつつ、本稿では、両講演の意義を再検討するに当たり、両講演の理論的次元における背景(社会的背景ではなく)と、私が見る限りではこれまで十分に考慮されてきたとは言い難いところの、《方法論史の知られざるいわば陰の部分》に特に注視することにしたい。その理由は、私見によると、これらに注目することによって、この講演の意義を、ひいては方法論史自体を見直すことが可能となる、と思われるからである。

本稿の内容を概観する。第1に、ドイツの講演およびその背景について概説する(Ⅰ.、尤も、本稿では日本の話にウエイトを置くため、ドイツの話には深入りしない)。このドイツの状況に関する検討を比較の対象として念頭に置きつつ、第2に、日本の講演(報告)およびその背景について検討を加える(Ⅱ.)。いずれについても、まずは、日独それぞれの1953年の講演(報告)およびそれに対する一般的な理解を見てから(1.)、次に、これまでの先行研究では見過ごされているところの、講演(報告)の背景を追ってみる(2.)、という構成を採ることにしたい。最後に、本稿の考察から何うことができる、戦後初期を中心とした方法論史に関する課題を提示する(Ⅲ.)。

Ⅰ. ドイツの1953年の講演(報告)とその再検討³⁾

1. ドイツの1953年——ハリー・ヴェスターマンのミュンスター大学学長 就任演説とそれに関する一般的見解

(1) ヴェスターマンの学長就任演説(於：ミュンスター大学)

ドイツで起こった方法論上の重要な転換点として私が挙げたいのは、民法学者のヴェスターマンが、ミュンスター大学の学長(1953年～54年)に就任する際に行った演説『民法における裁判官の紛争決定の本質と限界』(1953年11月12日、活字化されたのは1955年)である⁴⁾。この学長就任演説(Rektoratsrede)においてヴェスターマンは、自らの方法論を提示し、基本的には利益法学に基

づきながらも同法学が抱える問題を乗り越えんとした。彼のこの演説は、ほぼ同時期に（正確に言えば少し後に）行われた他の講演（が活字化されたもの⁵⁾）と共に広く注目を集めた。これらの講演の内実を中心とした彼の方法論は先行業績を通じて既に知られているところではあるが、私見によれば、彼の当時の方法論の本質に肉薄するために必要な点がまだ十分に把握されているとは言い難い。以下、本節では、この点にポイントを絞って、ヴェスターマンの方法論のエッセンスについて（その問題点を含め）一瞥しておくことにしたい⁶⁾。

ヴェスターマンの方法論の中核に位置しているものは、《規範の3階層説》である⁷⁾。彼によると、規範は、次の3つの階層から構成されている。第1階層は法効果指令であり、第2階層は利益評価（衝突事例において対立している利益に関する法律上の評価）であり、第3階層は正義理念の具体化である。この3階層説は、ヴェスターマンの全著作で表れているというわけではないけれども⁸⁾、彼の（戦後における）法思考の基礎を成すものと見なすことができる。彼がこの3階層説を述べるに際してよく引き合いに出されるところの、BGBの

3) 本章の内容は、次の拙稿と重なる部分が多いことを申し添えておく：拙稿「利益法学から評価法学への展開に関する一考察（一）～（三・完）」法学73巻4号（2009年）30-85頁・同5号（同年）83-141頁・74巻2号（2010年）73-133頁、このうち特に「(一)」と「(三・完)」の関連部分と大きく重複しているが、本章はこの拙稿で考察が不十分であった点を補足することも試みるものである。

4) Harry Westermann, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, 1955（以下WGとする）。なお、演説時の題は「Streitentscheidung」でなく「Entscheidungen」となっていた。同演説に関する史料として、vgl. Universitätsarchiv Münster, Bestand 4 Nr. 235。

5) Westermann, *Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen*, 1954（以下IKとする）；ders., *Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht*, 1957（以下PPとする）。IKとPPは元々講演であった（IKは1954年に、PPは1955年に行われた）。詳細については各文献のとびら（及びその次の頁）を参照。重要なのは、学長就任演説（WG）が他の2つの講演よりも早く行われた（公刊は1955年だが）、ということである。

6) ヴェスターマンの方法論については、参照、拙稿・前掲（注3）（一）38-85頁。邦語文献として、参照、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）314-317頁。但し、青井は3階層説に言及していない。

7) Vgl. Westermann, WG, S. 13 ff.; ders., PP, S. 6.

8) 例えば、IKは、3層目である正義理念の具体化についての言及を欠いている。この事実、第3層目につき、特に評価基準との関係の観点から、その存在意義に関する問題を浮かび上がらせるものでもある。

932 条（動産の善意取得）を例に照らしてみると⁹⁾：法効果指令とは、《善意取得者は所有権を取得する》というものである。第2階層においては、まず、元の所有者と善意取得者の利益（対立）と、評価基準との区別が重要とされる。¹⁰⁾ 評価基準としてこの例において挙げられているものは、権利概観・誘因（Veranlassung, 与因原理とも）・取引の保護・所有権の保全である。そして、利益評価は、取得の利益を保持の利益に優先させている、ということに存する。第3の、そして最深層である正義理念の具体化とは、《所有権者は、権利概観を誘因したため、所有権の喪失を引き受けなければならない》というものである。ヴェスターマンによると、この具体化とは、法律の客観的内実¹¹⁾に属し、その内実は、体系的連関から——この932条の局面では例えば935条（932条の例外的状況の占有離脱物の規定）との比較から——突き止めるべしとされる。

この3階層説の特質を問題点と共に見ておく。まず、「評価」と「正義理念」との関係が不明確である。これに加えて、正義理念の具体化の《主体》も明確に説明されていない。即ち、評価する主体として想定されているのが基本的には他ならぬ「立法者」であるのに比べて、誰が何の正義理念を具体化するのか、明らかではないのである。事実、60年代の文献においては、立法者が自らの（！）正義理念を具体化する主体として明記されるに至る¹¹⁾。そうすると、ヴェスターマンの方法論のポイントでもあるところの、《裁判官の法律への拘束》についても、次のように考えることが論理的に首尾一貫しているはずである。即

9) Vgl. Westermann, WG, S. 13 ff.; ders., Verstößt § 8 Absatz 4 Satz 1 des Genossenschaftsgesetzes gegen das Gleichbehandlungsgebot des Artikel 3 Bonner Grundgesetz? in: Hans Peter Ipsen, Harry Westermann und Christian-Friedrich Menger, Das Nichtmitgliedergeschäft der Konsumgenossenschaften und das Grundgesetz, 1954, S. 64 (vor allem Fn. 2). ヴェスターマンの善意取得の理論に関する示唆に富む考察として、vgl. Jens Petersen, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001, S. 76 ff. しかし、ペーターセンは、規範の3階層説を十分に、あるいは全く取り扱っていないように見える。

10) ヴェスターマンの方法論において一般的に重要とされる点は、ここで行われる、利益法学では不明確であったところの、利益（Interesse）概念と評価基準との区別である。

11) Vgl. Westermann, Das Verhältnis zwischen Bergbau und öffentlichen Verkehrsanstalten als Gegenstand richterlicher und gesetzgeberischer Bewertung, 1966, S. 24.

ち、《裁判官は、立法者の評価に拘束されている》と。まさにこの《裁判官の法律への厳格な拘束》において、ヴェスターマンと利益法学との連続性が確認され得るのであり、事実、その連続性を重視する見解においては、この拘束が一つのポイントになっている¹²⁾ だが、ヴェスターマンは、この拘束を説明する際に、何故か（おそらくは意図的に）、《立法者の評価（gesetzgeberische Wertung）への拘束》という表現を用いず、《法律の評価（gesetzliche Wertung）への拘束》としているのである¹³⁾ 確かに、利益法学のヘック（Philipp Heck）も、《法律の価値判断への裁判官の拘束》といった表現を使用しており¹⁴⁾ この点においてヘックとの連続性を、用語上、観念することは不可能ではない。しかし、重要なのは、両者における《法律の評価への拘束》の内実である。命令説を維持する¹⁵⁾ ヘックにおいては、《立法者》の評価への拘束と、立法者の命令である《法律》の評価への拘束とをほぼ相互互換的な形で位置づけることが、理論的に可能であって、事実、ヘック自身も、立法者の価値判断への拘束ということを書いてある¹⁶⁾ したが、ヴェスターマンの理論——特に彼の3階層説——においては、《法律の評価への拘束》と《立法者の評価への拘束》とを相互互換的に考えることは、大きな困難に直面する。その理由は2つある。1つ目の理由は、ヴェスターマンが命令説の率直な採用に消極的であるからである。即ち、3階層説の中で肝要な点の一つは、裁判官の判決が有する高い尊厳

12) Vgl. Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe*, 2001, S. 233 f.; 青井・前掲（注6）316-317頁。

13) Vgl. Westermann, *WG*, S. 21 und auch S. 25. 《立法者の評価に拘束される》旨の表現は、彼の60年代の著作に確認できる。Vgl. ders., *Einheit und Vielfalt der Wertungen in der Irrtumslehre*, *JuS* 1964, S. 170.

14) 表現的に明瞭な箇所として、vgl. Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, S. 226, 230, u. a. (邦訳：ヘック（津田利治訳）『法律解釈と利益法学』同訳『利益法学』（慶應義塾大学法学研究会，1985年）305頁・310頁など。）やや細かいが、ヘックは評価（Wertung）よりも価値判断（Werturteil）という用語をよく使用している。尤も、併せて注16を参照されたい。

15) Vgl. Heck, a.a.O. (Fn. 14), S. 14 ff., u. a. (邦訳：前掲（注14）90頁以下など）；ders., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 54 f. u. a. (邦訳：ヘック（津田訳）『概念形成と利益法学』同訳『利益法学』前掲（注14）466頁以下など。）この点に関するヘックの見解の詳細については、参照、青井・前掲（注6）87頁以下。

が、裸の鶴の一声ではなく、最深層の正義理念への関連づけに基づかされている、ということにある¹⁷⁾。このことは、《裁判官を拘束するものが何であるか》ということを理解する上でも見過ごせないポイントである。即ち、鶴の一声を発する主体であるはずの立法者そのものに対して、ヴェスターマンは、裁判官を——少なくとも第一次的には——拘束させ（ようと）しないのであって、第一次的には第3階層の正義理念への拘束を、そしてそれに付随するような形で、第2階層の利益評価への拘束を観念しているものとみるべきであろう。2つ目の理由は、1点目と関連するが、ヴェスターマンが命令説ではなく評価規範説を採用しているように見えることである¹⁸⁾。彼の評価規範説が、命令説補完的なものかそれとも命令説から独立しているものか¹⁹⁾についての判定は、慎重な検討を要する大きな課題であり、特に、1点目と総じて言えば、《正義理念の具体化への関連づけ（それへの第一次的拘束）》と《命令説の不採用》が、

16) Vgl. Heck, a.a.O. (Fn. 14), S. 159 f. (邦訳：前掲（注14）236頁）；ders., a.a.O. (Fn. 15), S. 109. (邦訳：前掲（注15）532頁）。後者の箇所では、欠缺補充に関して、立法者の価値判断への拘束の下で、また補充的には裁判官自身の自己評価（Eigenwertung）の下で、利益の境界画定を行い欠缺補充すべき旨が説かれる。この点について、ショップマイヤーは、私が見る限り、《法律の評価》と《立法者の評価》とを比較的ラフに相互互換可能なものと見ているようである。というのも、ショップマイヤーの著作の索引〔Schoppmeyer, a.a.O. (Fn. 12), S. 326〕における「gesetzliche Wertung」の項目の該当頁を見ていくと、「gesetzgeberische (Interessen-) Wertung」などを含めた形で処理されていることが確認できるからである（vgl. etwa S. 48, S. 276）。本文で述べるように、ヘックに関してはそのような処理は問題ないとしても、ヴェスターマンにおいてはこの相互互換は理論上困難であることに注意が必要である。即ち、ショップマイヤーは、ブロー克斯の件でヴェスターマンが立法者の評価を重視しているかのような記述をしているが（vgl. S. 239）、ブロー克斯はさておき、ヴェスターマンについては慎重な留保が必要である。リュータスらも、後述するように、ヴェスターマンらの評価法学において、法適用の中心に法律上の利益評価が位置するようになったことを説き、ここで、ヘックが、現存の法律上の評価基準へと裁判官が不可欠的に拘束することを強調していたことから、ヘックの立場が評価法学によって明瞭化されたとする。Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O. (Fn. 1), S. 331. しかし、私見によれば、少なくともヴェスターマンにおける、立法者の評価と法律上の評価の区別について——その理論的な不整合性も併せて——理解しなければ、ヴェスターマンとヘックとの相違を正しく把握することができないものと思われる。

17) Vgl. Westermann, WG, S. 16 und S. 39.

18) Vgl. Westermann, IK, S. 4.

19) 両説については、参照、青井・前掲（注6）80-81頁。

当時の趨勢であった自然法ルネッサンスとどのような関係にあるかという難問も絡むため²⁰⁾、性急に結論を出すことは避けたい。けれども、後述するところの、法律の解釈の目標に関する彼の見解などと併せ見るに、おそらくは、命令説を積極的に補完するものとは言い難いように見える。

この3階層説の特質ないし問題性と表裏一体であると思われるのは、解釈の目標に関するヴェスターマンの考え、即ち、法律の解釈に関するいわゆる主観説を拒絶することと、客観説を志向していることである²¹⁾。ヴェスターマンは、立法者意思への裁判官の拘束を主張しない。しかし、彼が説く規範の3階層説を全体として把握するなら、上記の法律への拘束に関して、《裁判官は、正義理念の立法者による具体化と、利益対立に関する立法者の評価に拘束される》と言うほうが、論理的に筋が通ったものではないだろうか。このことは、主観説を基本的に採用する²²⁾利益法学の大きな影響下にヴェスターマンがあることを強調するならば、より一層首肯されて然るべきであろう。ところが、ヴェスターマンは主観説を採用せず、立法者の評価という表現も使用しない。彼の方法論内部におけるこうした不整合的な問題に対して回答することは決して容易ではない。ここでは、この理論的不整合性に関する私の仮説を提示しておきたい。その仮説とは：ヴェスターマンにとって、（立法者による）正義理

20) 自然法ルネッサンスに対するヴェスターマンの態度は冷淡であった。Vgl. Westermann, WG, S. 26-28; ders., PP, S. 52; 青井・前掲（注6）316-317頁。3階層説において《正義理念》という用語を用いる点などは、ヴェスターマンが一定程度、自然法ルネッサンスからの影響を受けていたものと見ることも不可能ではない。ショップマイヤーは、文化法思想についてこの点を指摘している。Vgl. Schoppmeyer, a.a.O. (Fn. 12), S. 236 f. 尤も、自然法ルネッサンスはそれ自体で大変複雑な問題を含むため、本稿の考察の主対象から除外する。

21) Vgl. Westermann, WG, S. 21 f.; ders., IK, S. 4. 法律解釈の主観説とは、本稿では、解釈の際に立法者の意思をつきとめるべしとする見解を、客観説はこれに対して、解釈にあたっては、解釈者が自らの価値判断に基づいてつきとめる法律の目的（法律の意思）それ自体が決定的だとする立場とする。この二分論およびその問題性については、vgl. Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O. (Fn. 1), S. 471 ff. リュタース自身も、ヴェスターマンが客観説を主張していることを認めている。Vgl. Rüthers, Hans Brox als Methodenlehrer - von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz, Rechtstheorie 41 (2010), S. 147. 尤も、同所でリュタースは、この点においてなおも、ヴェスターマンはヘックの方法論と距離がないものとしている。

22) 解釈の目標・手段に関する利益法学（ヘック）の見解について、参照、青井・前掲（注6）255-256頁（歴史的目的論的解釈とする）。

念の具体化とは、同時に、《立法者の評価および立法者意思の客観化》を²³⁾、そして《立法者意思の法律からの切斷》を意味したのではないか、そしてこのことにより客観説への道が開かれたのではないか、というものである。尤も、先に述べたように、後年になってヴェスターマンが、正義理念の具体化の主体として立法者の存在を明示し、そして立法者自身により具体化された正義理念および下された利益評価に裁判官が拘束されると説くに至り、ヴェスターマンが学長就任演説においてその方法論の基礎としていた3階層説は、そのままの形で維持されることは無くなったものと言える。

(2) ヴェスターマンの方法論に関する一般的な見解

カール・ラーレンツ (Karl Larenz) の『法学方法論 (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)』の初版は、1960年に出版された。同書の第1編の第5章「今日における方法に関する取り組み」においてラーレンツは、『利益法学』から『評価法学』へ、そして歴史的に経験される価値の『相対的自然法』へ」という見出しのもとで、ヴェスターマンの方法論を最初に取り扱っているのである²⁴⁾。こうしたラーレンツによるヴェスターマンの位置づけが一般的なものとなり、その後、ヴェスターマンが(戦後における)評価法学の先駆者として一般的に認識および承認されてきているということが、肯定され得る。ラーレン

23) これについて私が念頭に置いているのは、連邦憲法裁判所の解釈に関するリーディング・ケースとされる1952年の判決 (BVerfGE, 1, 299 (312)) が、法規の解釈にとって決定的なのは、これに表現されている立法者の客観化された意思である、としていることである。ヴェスターマンはこの判決にしばしば言及しており (vgl. Westermann, WG, S. 21 Fn. 20; ders., IK, S. 4 Fn. 6 (S. 43)), 同判決の方法を意識しているものと思われるのである。連邦憲法裁判所の方法論については、参照、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所の憲法解釈方法論」新正幸・鈴木法日兄編『憲法制定と変動の法理——菅野喜八郎教授還暦記念——』(木鐸社, 1991年) 517-546頁, 1952年判決については522頁。

24) Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960¹, S. 123 ff. 同所では学長就任演説 (WG) の他に, IK と PP が扱われている。これら3つの作品は、私見によれば、ラーレンツ以降、ヴェスターマンの方法論の三部作のような形で扱われている (例: フィケンチャー)。精確に言えば、ラーレンツはヴェスターマンについて述べる前に、エッサー (Josef Esser) についても簡単に言及している。Vgl. Larenz, a.a.O., S. 123. 同書の第6版 (1991年) では記述が簡略化されている (文献も WG しか挙げられていない, vgl. S. 119 ff.)。ラーレンツの見方及び彼自身の見解については、様々な観点から慎重な検討を要するため、本稿では立ち入ることを控えざるを得ない。

ツと類似の見解は、ヴォルフガング・フィケンチャー（Wolfgang Fikentscher）による価値法学ないし評価法学の分類においても確認され得る。その大著『法の方法（Methoden des Rechts）』において、フィケンチャーは、その分類の最初に、ヴェスターマンの見解を「制定法内在的価値法学（gesetzesimmanente Wertjurisprudenz）」として取り扱っている²⁵⁾。ラーレンツであれフィケンチャーであれ、《なぜヴェスターマンを最初に取り扱っているのか》は、判然とはしない。しかし、方法論史の理解について大きな影響力を持ったこの両者の位置づけにより、ヴェスターマンを評価法学の先駆者として理解する見解が、長らく支配的となったと言えよう。

これに対して、非常に強力な異論が提出されている。それによると、ラーレンツの歴史叙述には大きな問題があるとされる。この批判者であるハインリッヒ・ショップマイヤー（Heinrich Schoppmeyer）とベルント・リュタース（Bernd Rüthers）は、ラーレンツが軽視する利益法学についてその歴史的・理論的意義を高く評価する²⁶⁾。この関連で、ヴェスターマンは、いわば利益法学の嫡流の相続人と見なされているのであるが、興味深いことに、ヴェスターマンの方法論はここでも「評価法学」と呼ばれている。近年では、ヴェスターマンの弟子であるハンス・シュルテ（Hans Schulte）も、利益法学とヴェスターマンの連続性を強調している²⁷⁾。我が国では、青井秀夫が、評価法学を多数説と少数説とに区別し、後者を利益法学の影響を大きく受けながらも歴史的に低く評価されていることへの危惧・批判を行っていることが挙げられる（青井は、ヴェスターマンを少数説と多数説の分岐点として位置づけている²⁸⁾）。

25) Vgl. Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. 3, 1976, S. 406 f. 私見によると、フィケンチャーは、「価値法学」と「評価法学」とを同義語的に使用している。

26) Schoppmeyer, a.a.O. (Fn. 12), S. 221 ff., v. a. S. 232 ff.; Rüthers, a.a.O. (Fn. 21) S. 142 ff.; 青井・前掲（注6）321頁以下。

27) Hans Schulte, Harry Westermann, in: Stefan Grundmann und Karl Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. 1, 2007, S. 305-338, v. a. S. 331.

28) 参照、青井・前掲（注6）第14章。

ここで次のことを確認しておきたい。これまで支配的であった見解（例：ラーレンツ）によっても、またこれに対して近年主張されている観点（例：リュタース）からも、ヴェスターマンは、共通して、評価法学として分類されているのである。ところで、私見によると、ヴェスターマン自身は、50年代において自らの見解をそのように（つまり評価法学として）主張はせず、60年代に入ってから初めて「価値法学（Wertjurisprudenz）²⁹⁾」や「評価法学（Wertungsjurisprudenz）³⁰⁾」と呼んだのであった。こうした事実は、方法論の史的展開の精確な把握にとって見過ごすことができないものである。なぜならば、ヴェスターマンの方法論は、実際のところ、最初は、彼自身ではなく、他者によって、評価法学と名指しされたからである。換言すれば、彼の方法論を《他者が評価法学と名指しする契機》が、ヴェスターマンの位置づけにとって決定打となった、とすることができるのである。

2. ヴェスターマンの学長就任演説の意義とその背景

この、《他者によりヴェスターマンが評価法学と呼ばれたことが、彼をそのように理解することについて大きな意味を持った》という自説を敷衍することにした。注目すべきは、方法論を提示した彼の学長就任演説（WG）である。これについて私が特記したいのは、ミュンスター大学の同僚であった、ヴィルヘルム・ザウアー（Wilhelm Sauer）³¹⁾の重要性である。というのも、外ならぬザウアーが、ラーレンツよりも早く、「評価法学」という言葉を以て、ヴェスターマンの方法論を名指しして検討を加えていたからである。私が見る限りで

29) Westermann, a.a.O. (Fn. 11), S. 24 Fn. 31.

30) Westermann, Der Richter in Zeit und Raum, in: Rechtspflege zwischen Rhein und Weser. Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Hamm, 1970, S. 20 f.; ders., 40 Jahre Lehre, 1979, S. 20.

31) ザウアーのパーソナル・データについては、参照、宮澤浩一編『西ドイツ刑法学〔学者編〕』（成文堂、1978年）515-522頁。ちなみに、同所の515-516頁には次のようにある：「日本では、団藤重光博士の刑訴法の体系書に、その訴訟法理論が活用されたことで、よく知られている。日本での評価と比べると、西ドイツでは、殆んど問題にされていないのは、興味のあることである。第二次大戦中に、ナチズムに近づいたためでもあろう。特異な著作者というべきか。」

は、この事実は、不思議なことに、今日までほとんど知られていない（もしくは、少なくとも、それに見合った評価が与えられていない）。しかし、まさにここに、《なぜヴェスターマンが評価法学の先駆者と見なされているのか》についての、確固たる理由を見出すことができるのである。

(1) ヴェスターマンの学長就任演説の前史：学派の模索の動向

ヴェスターマンの学長就任演説の前の状況として注目に値するのは、《学派の模索》という動向の存在である。当時、多様な見解が存在したが、³²⁾ 本稿の関心にとって重要であるのは、1952年のドイツ私法学者会議において、ヘーデマン（おそらく Justus W. Hedemann とと思われる）とハインリッヒ・レーマン（Heinrich Lehmann）が、「法律学の学派は今日存在するか」という問いについて議論し、レーマンが、『『学派』は方法の問題である。一般的には、今日の動向^{Bewegung}は、まだまとまてはいないながら、最も容易な形では、利益法学または評価法学（Interessen- oder Wertungsjurisprudenz）の学派と特徴づけ得るだろう」と述べたことである。³³⁾ 彼のこの発言は、後述するザウアーの見解にとって、決定的な意味を持つものであった。

(2) 「評価法学」と名指しする契機

ヴェスターマンを評価法学とする通俗的な理解にとって決定的であったと言える《他者による名指しの契機》として、一般的に承認されているものは、やはり、先述のラーレンツの『法学方法論』における記述であると言えよう。けれども、その前に、既に似たような名指しが、ザウアーにより行われていたのであった。ザウアーは、レーマンの「利益法学または評価法学」という文言に

32) 例えば、バーマー（Gustav Boemer）の役割の重要性が指摘されている。Vgl. Christian Joerges, Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 323.

33) Vgl. Fritz Schwarz, Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19. Oktober 1952, AcP 152 (1953), S. 445. この会議では、ヴェスターマンとラーレンツも報告を行ったとされるが、紙幅と時間の都合からこれについては本稿では言及できない。なお、レーマンの方法論（および評価法学との関係）については、vgl. André Depping, Das BGB als Durchgangspunkt, 2002, v. a. S. 135 ff.

反応し、これを「利益法学と評価法学 (Interessen- und Wertungsjurisprudenz)」として、それにヴェスターマンの学長就任演説を挙げたのであった³⁴⁾。尤も、ザウアーは、ヴェスターマンの見解の全てを受け入れているわけではない。しかしながら、当時、法哲学と訴訟法の権威であったザウアーが、法学界において広く・大きな影響力を有していたであろうことは否定できない。その影響がこの名指しに関しても妥当することも、推定し得る。無論、肝心なのは、《ザウアーの見解の中味》であり、実にそこで大きな問題に直面するのである。これについては本稿の末尾において迫ることにして、ここでは、事実レベルにおける興味深い点について言及しておこう。第1に、ヴェスターマンとザウアーが同僚であったということである。第2に、ザウアーがヴェスターマンについて言及するたびに「学長就任演説」という用語をしばしば(わざわざ)使用していることである³⁵⁾。なぜザウアーが、ヴェスターマンの学長就任演説が活性化されたのと同じ年(1955年)に、ヴェスターマンの方法論を「利益法学と評価法学」という観点から早くに考察することが可能であったのだろうか? これについて考えられる理由は、《ザウアーが同演説に出席しており、その内実を公刊に先立ち聞き知っていたのではないか》ということであるが、無論、このことについては検証の余地が多分に残されている³⁶⁾。

34) Wilhelm Sauer, Beiträge zum Beweisrecht und zur Urteilsfindung, ZZP Bd. 68 Heft 6 (1955), S. 425-440.

35) Vgl. Sauer, a.a.O. (Fn. 34), S. 425 Fn. 1 u. S. 433. ザウアーの他にも、リュテースやシュルテもまた、WGが学長就任演説であることに気を払っている。Vgl. Rüthers, a.a.O. (Fn. 21), S. 146; Schulte, a.a.O. (Fn. 27), S. 309 u. S. 330 (シュルテは後の箇所ではWGが1955年に行われたとしているが、誤りである)。

36) ヴェスターマンの学長就任演説の原稿は、これまでの私の調査による限り、存在しない。しかし、学長交代の式典 (Rektoratsübergabe) 自体に関する史料は、ミュンスター大学史料館に存在する (注4に挙げた Universitätsarchiv Münster, Bestand 4 Nr. 235である)。この史料の中には式典の座席表が含まれており、同表の155番目の席に「Sauer」という名前が見受けられる。もちろん、このザウアーが„Wilhelm“ Sauerなのか別人なのか、Wilhelm本人だとしても実際に式典に出席していたか (体調不良などで参加できなかったなど) については、別途検証が必要である。なお、上記の座席表の解明に際して、クラウス・ヴィランド氏 (Dr. Klaus Willand) から貴重な助言を得た。ここに記して御礼申し上げる。

(3) ヴェスターマン個人に関わる要素——世代など

「評価法学」と名指しされる側——即ちヴェスターマン——においても、そのように名指しを受けるための条件がいくつか考えるべきであろう。形式的ながら重要な条件の一つとして考えられるものは、世代である³⁷⁾ 既に戦前から——特に戦時期に——学界で活躍していた人間が、戦後の新しい方法論の担い手と見なされるということは、かなり難しかったものと思われる。好例はラーレンツ（1903～1993年）である。というのも、こうした人々には、《ナチ期におけるその立場をどのように判定するか》という問題が不可避免的につきまとうからである。このことは、ナチに対して消極的な態度を取った人々にも当てはまるものであり、当人の理論や見解がナチに対して有効に対抗し得るものであったか、またその程度如何という、（理論的な、あるいは事実レベルでの）異論が提起されうるのである。この関連では、一般的に、当時の法哲学の趨勢、即ち自然法ルネッサンスが支配的であったということを考慮に入れる必要がある。そうした時代の流れにおいては、法実証主義的な立場の理論家——利益法学を含む——は、まさに、当人が法実証主義を唱えていたということによって、過小評価されたであろう。その代表的な例は、戦前から利益法学の主張者として知られており、おそらくは唯一の利益法学の生き残りであると言える、ルドルフ・ミュラー＝エルツバッハ（Rudolf Müller-Erbach, 1874～1959年）である。彼は、戦後初期において、「因果的法思考」を展開し、旧来の利益法学を克服せんとした³⁸⁾ しかし、これに対する一般的反応はかなり冷やかなものであった³⁹⁾

37) 世代交代の問題について、vgl. Joachim Rückert, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Karl Acham u. a. (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, 1998, S. 128 f. リュッケルトは同論文において、戦前と戦後の様々な連続性を強調する。私見はこれに反対するものではなく、むしろ、方法論の次元および個人的な次元における連続性を解明する必要性を説くものである（後述Ⅲ.）。リュッケルトの考察は全体的に卓越したものではあるが、ヴェスターマンを対象として十分に扱っていない点に、見過ごせない問題が存在すると解する。

38) Vgl. z. B. Rudolf Müller-Erbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, 1950.

これに対して容易に思いつくのは、戦後になり新進気鋭の活躍を見せた、若く新しい世代に、方法論の新たな未来を囑望する、ということである。この世代の一例として、ヴェスターマン（1909～1986年）を挙げることができる。

加えて、《なぜ他ならぬヴェスターマンが、ザウアーとラーレンツに取り上げられたのか》について考える必要がある。換言すれば、ヴェスターマンの代わりに別の人間が評価法学の先駆者と見なされることは可能ではなかったのであろうか？ そうした候補として考えられる人物として、ヴェスターマンと非常に近いとされている、テオ・ツインマーマン（Theo Zimmermann）やライニツケ兄弟（Gerhard und Dietrich Reinicke）、ハンス・ブロクス（Hans Brox）を挙げることができる⁴⁰⁾。これらの人物からヴェスターマンが際立っているのは、彼が50年代当時、ミュンスター大学の学長という身分にあったということであった。さらに、彼の主要著作である『物権法教科書（Lehrbuch des Sachenrechts）』が既に有名でかつ利益法学的であると評価されていたという事実も重要である⁴¹⁾。ツインマーマンらからヴェスターマンを区別させるものは、こうした突出した立場や有名さであったと言えよう。

39) 一例として、vgl. Erich Fechner, Das kausale Rechtsdenken, eine Gefahr für die Rechtswissenschaft? AcP 151 (1951), S. 352-363. 注99も参照されたい。

40) Vgl. Schoppmeyer, a.a.O. (Fn. 12), S. 222 ff.; 青井・前掲（注6）311-314頁。尤も、ブロクスは、本格的に活躍を始めたのが60年代に入ってからであり、本稿の考察の一応の射程範囲（≒ラーレンツ『法学方法論』初版が刊行された1960年）を越え出るため、横に置かざるを得ない。ちなみに、別の考えられる候補者として、フープマン（Heinrich Hubmann, 1915～1989年）を挙げることができると思われる。彼は人格権法の領域で知られているが、同時に方法論、特に法感情論（Hubmann, Naturrecht und Rechtsgefühl, AcP 153 (1954)）と利益衡量論（ders., Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956)）にも取り組んでいた（両論文とも、彼の論文集（ders., Wertung und Abwägung im Recht, 1977）に再録されている）。フープマンは、最初は自然法ルネッサンスを志向していた。彼の方法論には小さからぬ見解の変更を容易に見出しうるものの（法感情に関する見方の変遷など）、その基礎に早期からの衡量論の存在を指摘することが可能であり、衡量の基準問題などの取り組みについては後年の研究にも連続性が見受けられる。参照、拙稿・前掲（注3）（二）119-140頁・（三・完）75-117頁。ショップマイヤーや青井はフープマンをいわば多数説的評価法学（≒ラーレンツ）に近づけている。Vgl. Schoppmeyer, a.a.O. (Fn. 12), S. 240; 青井・前掲（注6）318頁注15。管見は、ショップマイヤーや青井はどはフープマンを利益法学と突き放して見ていない。

Ⅱ. 日本の1953年の講演（報告）とその再検討⁴²⁾

1. 日本の1953年——来栖三郎の日本私法学会における報告とそれに関する一般的見解

1953年には、日本でも、方法論史において決定的な転換点となった報告が行われた。日本私法学会第12回大会における来栖三郎の報告「法の解釈と法律家」がそれである（1953年11月3日、活字化は1954年）⁴³⁾ この報告および来栖の見解については最早論じ尽くされてきた観があるので、ここでは同報告のポイントとして次の2点のみを挙げておきたい。第1に、来栖は、複数の解釈の可能性を説く⁴⁴⁾ 即ち、「複数」の解釈の中から「一つの」解釈を選び出すことは、解釈者の主観的価値判断に依存している、というのである。こうした来栖の主張の背景にあるのは、『客観的で・正しい・唯一の法解釈が理論的には存在する』ということに対する来栖の懐疑である。加えて、来栖は、裁判官の法創造機能を認め、解釈を法の認識とする見解（例：概念法学）を批判する。第2は、来栖が言うところの、法律家が従うべき正しい法解釈の方法である⁴⁵⁾ 来栖は、法規範を、実定法の規定からの論理的演繹からによってではなく、現実の社会関係の観察・分析によりその中から汲み取るべきとする。来栖はこれを「社会学的方法」と呼んでいる。

日本の方法論史では一般的に、この来栖の報告によって法解釈論争が開始さ

41) Vgl. Hermann Schultze-von Lasaulx, Literatur: Harry Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, AcP 151 (1951), S. 451. 邦語文献として、参照、五十嵐清「西ドイツの民法学の現況 附・ドイツ私法学者の経歴と業績」北海道大学法学会論集11巻1号（1960年）、『物権法（但し第4版）』については101-102頁、IKを利益法学として紹介するところとして106頁、ヴェスターマンのパーソナル・データについては117-118頁（118頁ではWGにつき利益法学の方法論がもっともよく表現されているとする）。

42) 本章は、次の拙稿と重なる部分が多いことを申し添えておく：拙稿「20世紀の日本における法律学方法論の史的展開に関する一考察（1）～（3・完）」東北学院法学70号（2010年）176-254頁・71号（2011年）347-390頁・72号（同年）101-174頁。このうち特に「（1）」とかなり重複するが、本章はこの拙稿で考察が不十分であった点を補足することを試みるものである。

43) 来栖三郎「法の解釈と法律家」私法11号（1954年）16-25頁。

44) 第1点目につき、参照、来栖・前掲（注43）17-22頁。

45) 第2点目につき、参照、来栖・前掲（注43）23頁。

れた、とする⁴⁶⁾ 同論争の主要争点として、解釈の性質をめぐる問題（認識か価値判断か）、解釈者の主観が解釈に入り込むか否か、などが挙げられている。

ドイツとの重要な違いは、日本において、このように来栖を——報告に加えて彼の他の作品を含め⁴⁷⁾——法解釈論争の火付け役とするポピュラーな理解に対して、反対意見（例：ラーレンツに対するリュタースの見解）が（表だっては）存在しない、ということである。

2. 来栖の報告の意義とその背景

(1) 来栖の報告（と法解釈論争）の前史——2つの論争

戦後の法学を論争に着目して整理・検討を行う長谷川正安は、戦後の日本の法学の展開の歴史を、法社会学論争（1949年頃～1951年）、法解釈論争（1953～50年代後半）、判例研究の方法論争（60年代）という、3つの論争に分類している⁴⁸⁾。このうち、くどいが、法解釈論争が、戦後における方法論の出発点として長らく考えられてきた。しかしながら、その前に方法論に関連する論争が2つ存在していた⁴⁹⁾。1つ目は、上述した法社会学論争である（①）。2つ目の論争は、悪法論議である（②）。この悪法論議は、いわば歴史の陰の部分に

46) 一例として参照、清水誠「解説 法の解釈と法律家」来栖『来栖三郎著作集 I』（信山社、2004年）86-87頁。日本の方法論史に関する一般的な文献として次のものがある（本稿の冒頭で「一般的に」としたのは以下の諸文献に代表される理解を指す）：瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座 別巻1』（有斐閣、1990年）1-99頁、田中成明「戦後日本の法解釈論争」同編『現代理論法学入門』（法律文化社、1993年）136-156頁、山本敬三「法的思考の構造と特質——自己理解の現況と課題」『岩波講座 現代の法15』（岩波書店、1997年）231-268頁。拙稿・前掲（注42）では、これらの見解を前世紀の方法論史の整理の主潮流を形成する《主軸的整理》として、その特質・問題点について考察を行った。本稿では紙幅の都合上、これらの文献についての言及を割愛する。

47) 来栖の他の著作は次の通り：来栖「法の解釈適用と法の遵守（一）・（二・完）」法学協会雑誌68巻5号（1950年）16-37頁・7号（1951年）55-75頁、同「法律家」浅井清信編集代表『民事法の諸問題（末川先生還暦記念）』（有斐閣、1953年）235-254頁。同書の発行年月日が1953年11月20日であることも付言しておく。

48) 参照、長谷川正安『法学論争史』（学陽書房、1976年）。

49) ちなみに、法哲学的には、宮沢俊義と尾高朝雄との間で繰り広げられた主権概念に関する論争（1946～1948年）も、この前に存在しており、これを含めると、法解釈論争の前の論争は、厳密に言えば3つ存在することとなる。しかし、この論争は、卑見によれば、方法論に直結する問題を——少なくとも第一次的には——扱っているとは言えないため、本稿の考察から除外する。

属しており、私が見る限りほとんど言及されることがない。しかし、私見によれば、この悪法論議こそ、日本の方法論の史的展開を精確に把握するためには、絶対に看過しえないほど重要なものである。

①**法社会学論争**：長谷川によれば、法社会学論争は、40年代の終わり頃に始まったとされる⁵⁰⁾ まずもって注意すべきことは、この論争は——少なくともその第一次的な争点として——法律学方法論の問題を扱っているのではなく、むしろ法学の性質を問題としている（例えば、法学の科学性）、ということである（なお、注1を参照）。主に対立したのは、第一には法社会学者とマルクス主義法学者との間であり、その後では法社会学者たちの間であったとされる。この論争の参加者の一人でもあった長谷川は、争点として、法社会学の性格と法社会学における法概念、法範疇の発展をめぐる問題などを挙げている。同論争は51年に打ち切られたとされているが、それ以降、法社会学は長い間、多くの関心を集めるに至ったと言える。

②**悪法論議**：支配的な見解を見ると、法社会学論争の後に直ちに来栖の報告と法解釈論争が続けて論じられている。しかし、この2つの論争の間に、実はもう一つ、論争が存在していた——尤も、その重要性はおろか存在すら、これまでほとんど——特に方法論の文脈では皆無に等しいくらい——気づかれてはいないのではあるが。この論争とは、悪法論議である。50年代のはじめに、破壊活動防止法（破防法）といわゆる教育二法に対して、これらを悪法として反対する運動が社会的に起こった。これに学界も反応した。日本法哲学会は、1953年4月25日に、悪法の問題を統一テーマとして取り上げ、報告・議論が

50) 参照、長谷川・前掲（注48）7-80頁。同書8頁では、49年に論争という形式が明確になるとされている。なお、戦後初期において、法社会学論争・法解釈論争の双方にとっての重要な人物として、川島武宜（1909～1992年）の存在を見過ごしてはならないであろうけれども、私見は、戦後初期の日本の法律学方法論史において、来栖の報告がもったインパクトの大きさを重視するため、本稿では考察の外に置くことにしたい。蛇足だが、川島の代表作の一つである「科学としての法律学」は、1953年12月15日に発行された次の書に収められている：都留重人＝大河内一男＝川島武宜＝辻清明『新しく学ぶために』（弘文堂、1953年）77-168頁。

行われた。この学会の様子を伝えている千葉正士によれば、学会における議論は事実的なものよりは理論的・観念的なものであって、主たる問題として、「悪法」の認定者は誰か、「悪法」と社会との関係などについてであったとされる。⁵¹⁾

この悪法論議は、法学の歴史においてほとんど忘れ去られてしまっているようである。それに代わるかのように、法解釈論争が、戦後における方法論の出発点として位置づけられているとも言える。しかし、私見によれば、まさにこの悪法論議にこそ、20世紀の方法論史の精確な把握にとっての最も重要な足掛かりを見出すことができるのである。なぜならば、この悪法論議において、戦時期（本稿では所謂15年戦争期を基本とする）の方法論的問題の反省を図る契機が存在していた、と思われるからである。ドイツと対比した場合に最も興味深いことは、リュタースが「無制限の解釈 (unbegrenzte Auslegung)」と定式化したもの⁵²⁾が、我が国において実際に戦前以来から理論として——無限解釈論がこれである——存在していた、という事実である。⁵³⁾

この無限解釈論を主唱したのは、牧野英一であった。新派刑法学の代表的主張者として知られる牧野の影響力の大きさを最も明白に認知できるのは、やはり刑法の領域であり⁵⁴⁾、なかんずく罪刑法定主義原則の緩和（ひいては解消）という点は、方法論的に見ても重要な点である。⁵⁵⁾ 牧野の影響は、学者だけでも、刑法学者（門弟の木村亀二をはじめとする）に止まらない。牧野自身の関

51) 参照、千葉正士「日本法哲学会——悪法をめぐる——〔研究大会より見た学界批評(一)〕」思想349号(1953年)92-96頁。この1953年に開催された学術大会については、学会設立50周年に際して作成された、日本法哲学会創立五十周年記念誌刊行委員会編『法哲学会のあゆみ(日本法哲学会創立五十周年記念)』(日本法哲学会、1998年)60頁でも確認できる。なお、同書は、日本法哲学会の次のホームページからダウンロード可能である：<http://www.houtetsugaku.org/introduction/index.html> (最終アクセス日：2012年2月1日)。

52) Vgl. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1968¹.

53) 牧野の無限解釈論をリュタースの unbegrenzte Auslegung と重ねることについては、翻訳の問題なども含め慎重に考慮しなければならないかもしれない。けれども、私見では、内実に即しても、両者が大きな重なりを見せるものであると解して差し支えないものと思われる。事実、牧野の無限解釈論を „unbegrenzte Auslegung“ と訳していると思われるものも存在する。Vgl. Akira Wani, Makino, Eiichi (1878-1970), in: Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen: Ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 2001, S. 414-415.

心が、民法や憲法をはじめとして幅広いものであったこともまた周知のとおりであるが、その影響力という点について見ても、私法学者（例：我妻栄⁵⁶⁾）にも及び、ひいては法実務の世界にまで及んでいたということも、疑い得ないところであろう。とはいえ、これから見ていくところの、牧野の無限解釈論（およびそれと密接である悪法論）については、その影響の射程を慎重に見極める必要がある（この点についてはⅢ.で簡単に言及する）。

法哲学・方法論的観点から見ると、牧野は自由法論を唱え（特にジェニー（François Gény）とサレイユ（Sébastien Félix Raymond Saleilles）の影響を大きく受けている）、時に極端自由法論と言われるほどその主張は急進的であった。牧野の方法論（と悪法論）の基本にある考えは、『解釈は理論的に無限であって進歩するものであり、悪法は解釈によって良法とされる』というものである⁵⁷⁾。牧野の無限解釈論と悪法論は相互に密接に関連し合っているのである。悪法に関しては、法実証主義的な「悪法も法なり（Dura lex, sed lex; Ein hartes Gesetz, aber ein Gesetz）」、より端的には「法律は法律である（Gesetz ist Gesetz）」という、またそれに対しては「悪法では法ではない（Lex injusta non est lex; Ein ungerechtes Gesetz ist kein Gesetz）」というキャッチフレーズがある⁵⁸⁾。これらに対して牧野は、まず前者の「悪法も法なり」を斥け、しかし自らの見解は後者の「悪法は法ではない」という立場でもないとしており、自身

54) 中山研一は、次のように説く：「牧野博士がわが国における新派主観主義刑法学の最も代表的な論客であるとされることについては全くの異論を見ない。明治、大正、昭和にわたるわが国の刑法学史の中でも最も影響力の長くかつ大きい存在だったといえよう。」中山研一『刑法の基本思想〔増補版〕』（成文堂、2003年）1-2頁。刑法学における牧野の影響力について考察するものとして、参照、横山晃一郎「刑事法解釈論批判——罪刑法定主義と刑法の解釈——」天野和夫ら編『マルクス主義法学講座 第Ⅶ巻 現代法学批判』（日本評論社、1977年）135頁以下。

55) 参照、中山・前掲（注54）特に15-19頁、方法論については19-23頁。

56) 参照、我妻栄「法律における理窟と人情」法律時報26巻1号（1954年）23-25頁・28頁。

57) 牧野は、無限解釈論と悪法論について、少なからぬ文献を著わしているが、その主張が凝縮されているものとして、次の文献のみを挙げておく：牧野英一「法律の解釈の無限性——『科学的自由探求と進化的解釈』のレジュメ——」法学協会雑誌55巻7号（1937年）48-60頁。

のテーゼを「法に悪法なし」という形で定式化している⁵⁹⁾

牧野の方法論と、戦時期の方法論の問題、および両者の関連性について検討するにあたり、大きな手掛りとなるのは、治安維持法（治維法）の解釈・適用の実践であると思われる。同法は1925年に施行され、以来、当局による弾圧にとって最も重要な手段の一つとして機能したことは、周知の通りである。同法に関係する問題は実に多岐に渡るが、ここでは紙幅の都合もあり、第1条第1項の拡張解釈に関する問題に限定することにしたい⁶⁰⁾。同条項は次のような規定であった。

58) この標語のラテン語・ドイツ語については、vgl. Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 2007, S. 69 und S. 122; 宮崎繁樹「【翻訳／資料】ローマの法・格言・法諺抄」法律論叢 81 卷 4・5 合併号（2009 年）335 頁・350 頁。「法律は法律である」という定式化については、vgl. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: ders. (Arthur Kaufmann (Hrsg.)), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 3*, 1990, S. 83. (邦訳：ラートブルフ（小林直樹訳）『実定法の不法と実定法を超える法』『ラートブルフ著作集 第4巻 実定法と自然法』（東京大学出版会，1961 年）251 頁。）なお、この標語の翻訳などに関する問題について、参照、柴田光蔵『法格言ア・ラ・カルト——活ける法学入門』（日本評論社，1986 年）58-63 頁。ラテン語の原語をあたるに際して、今村暢好氏より助言を得た。記して御礼申し上げる。

59) 端的なものとして、参照、牧野「法律の賢さ美しさ」同『パンテオンの人人』（日本評論社，1938 年）229-230 頁。もとより、牧野の悪法論と無限解釈論は、当初から渾然一体とした形で唱えられていたわけではない。その展開については、別途立ち入った検討を要するが、ここではそのための予備的作業として、悪法論の文献を基軸として、簡単ながら考察を加えておくことにしたい。牧野が悪法（論）について言及したものとして、次のものがある：牧野「治安警察法第十七条（一）」法学志林 21 卷 6 号（1919 年）101 頁。同所における牧野の見解は、「悪法も亦法である」ということを基礎にしており、「法に悪法なし」というテーゼはまだ見受けられない。牧野が悪法論のテーマに正面から取り組んだものとして、引き続き治安警察法の 17 条をめぐる問題に関連させつつ論じた次の文献を挙げることができる（同論文は、穂積重遠の悪法論（穂積重遠「悪法ハ法ナリヤ」法学新報 30 卷 3 号（1920 年）61-92 頁）を受けて書かれているが、委細については省略する）。参照、牧野「『悪法も亦法なり』の格言（『法に悪法なし』）」同『法律に於ける意識的と無意識的』（有斐閣，1925 年）146-195 頁（初出：法学志林 22 卷 5 号（1920 年））。ここで「法律に悪法なし」の表現が見受けられるが（参照、同論文 194 頁）、この段階では、「悪法は法に非ず」を換言するものとされ、また無限解釈論との（明白な）結合はまだ見受けられない（なお、後掲注 84 参照）。この結合を明白に確認できるのは、牧野「法律の解釈の無限性」前掲（注 57）においてである。

60) 治維法の問題については、参照、伊達秋雄「治安維持法の拡張解釈について 裁判所側から」ジュリスト 14 号（1952 年）4-9 頁、奥平康弘『治安維持法小史』（岩波書店，2006 年）〔初出：筑摩書房，1977 年〕。本稿では主に伊達の文献に依拠する。

国体ヲ変革シ又ハ私有財産制度ヲ否認スルコトヲ目的トシテ結社ヲ組織シ又ハ情ヲ知りテ之ニ加入シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ処ス

同法の制定当時において、この条項でいう「結社」として考えられていたのは、日本共産党（および関連団体）であったとされる。というのも、同法の当初の目的は、共産主義（及び無政府運動）を取り締まるためであったからである。しかし、この条項は拡張解釈によって、共産党（とその関連団体）を越えて、規制対象とは最初には考えられていなかったところの、換言すれば立法者がその規制を予見していなかったところの、宗教団体や研究団体などへと適用されるようになった。同法の適用可能性が疑わしかったとされる例として、朝鮮における民族独立運動と、類似宗教団体が指摘されている。

先行研究によれば、1941年における治維法の改正の際に多くの刑罰が（初めて）規定されたが、同改正以前にも、改正前の法を最大限度に拡張解釈することによって取締の徹底が期されていたとされる⁶¹⁾。また、刑法学界においては全体主義的傾向が支配的であり、刑法の可罰的方向への類推解釈を是認する見解が圧倒的であったとされている。まさにここで、新派刑法学の問題性（明白な形では木村に対して、しかし牧野も暗黙の形で）が批判されていると言えるのである⁶²⁾。実務の側における実際の運用の認識についても目を向けておくことも決して無益ではないだろう。この点で興味深いのは、牧野の門弟の一人であり戦前から戦後にかけて行刑の領域で活躍した正木亮（1892～1971年）が⁶³⁾、広島控訴院の次席検事であった時期（41年改正の前）に出席した思想実

61) 参照、伊達・前掲（注60）7～8頁。同論文における治維法の方法論的問題に対する伊達の反省（的考察）と、砂川事件の伊達判決との方法論的連続性の分析を試みるものとして、参照、拙稿・前掲（注42）（1）203-230頁。

62) 参照、伊達・前掲（注60）8頁。同論文の9頁で伊達は、治維法に関して立法者意思を越えた解釈の問題性についても指摘している。

63) 正木のパーソナル・データについては、参照、朝倉京一「正木亮」罪と罰35巻4号（1998年）40-47頁。正木の、戦前から戦後へのいわば司法の連続性について指摘するものとして、参照、奥平・前掲（注60）289頁。

務家会同において、行政検束の是非という文脈であるが、次のように発言しているところである。やや長いが引用する。

「…[行政検束について、] 皆さんが御認めになつて下さる所の、或は国家の緊急必要な行為、或は合法行為の反覆連続行為といふことが認められて宜いのであらうと思ふのであります。私はさういふ問題に対しまして、法律の解釈上に拘つて事が論ぜられまするならば、今日の法律解釈に付ては非法な点が随分あるだらうと思ふのであります、それが矢張り今日の裁判官に依りまして非常に法律の解釈を拡張せられまして、今日の非常時局に対応するだけ役立たして戴く所にドイツ刑法の第二条の如く罪刑法定主義を棄てないでも日本を護り得る法律解釈方法があるであらうと私は考へるのであります。そこでドイツ刑法第二条のやうな規定を拵へないでも、日本の裁判官は拡張して物事を解釈して呉れるといふ所に、私は個人法益よりも国家法益といふものを非常に大事にするといふ国民性があると思ふのであります。其の国民性を棄てまして、法律解釈なり文理なりに拘つて参りますと、一人の利益は保護することは出来ますが、国家の利益を保護することが出来なくなるんぢやないかと思ふのであります」⁶⁴⁾

無論、正木の他の著作における発言や、他の裁判官・検察官がどのように考えているかなど、多くの事柄が検討課題として残されるが、⁶⁵⁾ この一節から、実務レベルにおいて、戦時期の重責を担っていた人間の方法論観を垣間見ることができよう。

牧野と治維法との関連に目を移すことにしたい。治維法成立当初、牧野はこ

64) 参照、社会問題資料研究会編『昭和15年5月思想実務家会同議事録（思想研究資料 特輯第79号）』（東洋文化社、1972年）134頁以下、直接引用部分については136頁。同資料の該当部分は次の文献にも掲載されている：奥平解説『治安維持法』（みすず書房、1973年）358-359頁。

れに反対であったことが知られている。しかし、後に牧野は、1928年における改正——いわゆる目的遂行罪や厳罰化などが行われた——を是認するに至った⁶⁵⁾。これについて、小田中聰樹は、「国家権力（裁判所による解釈・運用）へのオプティミズムこそが牧野を治安維持法改正に対し、妥協的立場に赴かしめ、賛成論を吐かしめたように思われるのである」と分析する⁶⁷⁾。この小田中の分析は傾聴に値するが、私見によれば、牧野の悪法論と無限解釈論の観点から、次のように再定式化される必要がある。牧野は、治維法がまだ法案の段階において、確かに小田中が指摘するように、批判的であり、特に第3条（にあ

65) この点については、治維法に関する膨大な史料を読み解いていかなければならない。ここでは、本文において注目した、正木が出席した思想実務家会同において、別の検事（望月武夫・札幌控検）の発言をさしあたり引いておくにとどめる（伊達・前掲（注60）8頁において、席上の一控訴院検事の発言として引かれているのはこの箇所（の前後）であると思われる）：

「…現行法は昭和三年以来改正がなく、既に情勢が一変しました今日の段階に適合致しませぬ、而も治安の維持は一日も忽せにし得ざる所で、今日に於きましては此の治安維持法の解釈を最大限度に拡張して、辛うじて時代の要求に応じて居る状態であると考えます。従ひまして其の勢ひと致しまして取締上各種の困難を伴ひ、其所に取調の渋滞とか、長期に互る身柄の拘束といふ問題が生じつゝあります。従つて速かに之が改正を要すると考へるのであります」（社会問題研究会編・前掲（注64）115頁）。

また、伊達が注目する（参照、伊達・前掲（注60）8頁）、東京地検の検事の発言は、次の文献に確認できる：井本臺吉「日本無産党事件の研究」思想研究資料特輯第60号（1939年）286頁（社会問題資料研究会編『社会問題資料叢書第1輯 思想研究資料（特輯）』（東洋文化社、1972年）に所収）。井本をはじめとした戦時期の思想検事に関しては、次の文献がある：荻野富士夫『思想検事』（岩波書店、2000年）。荻野の重厚な治維法研究は、方法論にとってみても貴重な資料である。一例として、参照、荻野「解説 治安維持法成立・『改正』史」同編『治安維持法関係資料集 第4巻』（新日本出版社、1996年）596頁以下など。本稿では紙幅と能力上の限界から、荻野の著作を取り扱うことを断念せざるを得ない。戦時期の法学界・法曹界の人間関係（例えば後述する日本法理研究会をめぐる）や、先に正木について注63で触れたように、戦時期と戦後の人的連続性は、方法論史にとってとても重要な問題であるが、文字通り手に余る作業である。尤も、これも文字通り蛇足ではあるが、本稿は、検討の俎上に載せている各人（牧野や正木など）に対して、一般的に承認されているその社会への貢献した部分（例えば正木では行刑に関する諸業績）までもを批判することを企図しているわけではなく、さしあたって戦時期における方法論（・法理論）の問題点へと迫っていくものにすぎないことを申し添えておく。

66) 治維法は1928年に緊急勅令により改正され、厳罰化が行われたほか、所謂「目的遂行罪」が設けられ、以降、「結社の目的遂行のためにする行為」という概念が非常に広汎に拡張され適用されたことが知られている。参照、伊達・前掲（注60）6-7頁。

る「目的たる事項の実行の煽動」)の解釈について、「その解釈如何に依つては、この法案をして至大の悪法たらしめるものであると謂はねばならぬ」と説くのだが、続けて次のように述べていることが注目される：「わたくしは悪法を法と解しない。従つて、事物の合理性の上から解釈上、悪法といへども之を良法たらしめ得べきものたることを信ずる」⁶⁷⁾ この一節の後で、牧野は、法案の修正の必要性などを説く。即ち、我々が方法論的に注目すべきは、牧野の悪法論——そしてその背後にある無限解釈論——が、治維法に関して、法案の次元から1928年の法改正の次元まで一貫している、ということである⁶⁹⁾ 小田中の言う《国家権力——裁判所——へのオプティミズム》のいわば背後に、牧野の理論内部においては、既に改正に先立って法案の段階から、悪法論・無限解釈論が方法論の次元において連続している、ということに、注意が必要である。

さて、悪法論議において、牧野の悪法論と無限解釈論が、深くはないにせよ、言及され批判された。上述の日本法哲学会の報告者の一人であった小林直樹は、牧野に対して次のように批判する：牧野は、解釈が正しく行われるのならば「法に悪法なし」と言うが、「実定法が批判をこえた所与とされるかぎり、法解釈によつて一切の悪法を完全に処理しうすることは不可能に近い難事です。法解釈の射程には越えがたい限界があることは、ナチスのような残酷な支配が

67) 参照、小田中聰樹「治安維持法——一九二八年改正の推進者と反対者」法律時報50巻13号(1978年)40-42頁(直接引用は42頁からによる)。牧野の文献として、参照、牧野「思想国難令評釈」法学志林30巻8号(1928年)85-99頁(「思想国難令」として同『刑法研究 第四巻』(有斐閣, 1933年)に再録)。同論文には、悪法や無限解釈についての表立った記述はなく、治維法の適当な運用が説かれているに止まっているが(参照、同論文91-92頁)、本文で後述するように、牧野自身の述懐から、この論文が牧野の悪法論(・無限解釈論)の思考枠組の中にあることを肯定できる。

68) 牧野「治安維持法案」同『生の法律と理の法律』(有斐閣, 1926年)410頁(初出：東京日日新聞1925年2月25日第3面、法学志林27巻11号・12号(1925年)に収録)。参照、小田中・前掲(注67)40頁。

69) 牧野の治安維持法に対する基本的態度について、その前身である過激社会運動法案からの連続性を指摘するものとして、参照、内藤謙『刑法理論の史的展開』(有斐閣, 2007年)292-293頁・403頁・567頁。内藤が、法解釈の無限性や悪法論・自由法論などについても注意を払っていることは、注目に値する。尤も、牧野の方法論の総体的把握としては、なお検討の余地が存在しうる。

まぎまぎと思い知らせたところであつて、解釈さえ適正ならば『法に悪法なし』というのは、どうみてもオプティミスティックにすぎるといわざるをえません」と⁷⁰⁾ 小林は別の論文で、法解釈の無限性を否定しつつ、牧野の悪法論に対して「悪法」の意味を問い直す必要を説き、「ナチスの如き悪法の体系下でも、同様の主張がなしうるか否か」を考えるべきとしており、法解釈の無限性による解決の限界を指摘する⁷¹⁾ これに対して、牧野は強く反論した⁷²⁾ 牧野は、自らの悪法論と無限解釈論を繰り返し説きつつ、小林が牧野の理論を十分に理解していないことを指弾する⁷³⁾ 注目すべきことに、反論に際して牧野は、治維法の改正に関する自身の論文⁷⁴⁾ を、悪法に関する自らの作品として引き合いに出している⁷⁵⁾ 加えて牧野は、法律の解釈の無限性はナチ学者の主張にかかるものではないとする⁷⁶⁾ さらに牧野は、破防法につき、治維法の運用に見受けたように権力階級により濫用されるに至る虞があると説く⁷⁷⁾ にも拘らず、解釈に関する自説を固持しているのである。

以上は悪法論議のほんの一局面をピックアップしたに過ぎないけれども、これだけでも、悪法論議に多くの問題が存在していることは明らかであると思われる。しかし、管見によれば、この悪法論議（牧野からの批判を含む）は、方法論史に関する先行研究においてほとんど取り扱われることがなく、ひいては、意図的に無視されているかのごとく、気づかれてさえいないのである。そ

70) 参照、小林直樹「悪法について」法律のひろば7巻5号（1954年）11-15頁。直接引用部分は、同論文の13頁からによる。

71) 参照、小林「悪法の理論（下）」法学協会雑誌71巻4号（1954年）65-66頁（直接引用は66頁からによる）。

72) 参照、牧野「悪法論議について——『法律の解釈は無限である』ということの意義（一）・（二）・完）」警察研究26巻1号（1955年）3-17頁・2号（同年）3-18頁。

73) 参照、牧野・前掲（注72）（二・完）14頁。

74) 参照、牧野・前掲（注67）。

75) 参照、牧野・前掲（注72）（一）6頁。先に注67で述べたように、まさにこの点が、牧野の「思想国難令評釈」論文が牧野の悪法論の枠内にあることの証左となっていると言える。

76) 参照、牧野・前掲（注72）（二・完）5頁。

77) 参照、牧野・前掲（注72）（二・完）15頁。

の代わりに、(法哲学会における)悪法論議の少し後に起こった法解釈論争が、戦後の方法論史の出発点に据えられているのである。事実、当時の大多数の学者たちの関心は、悪法論議に対してではなく、法解釈論争に向けられていた。このように悪法論議がなおざりにされていることの背景として、次のような事実が考えられるであろう。第1に、法哲学のテーマとしての悪法問題という観点から言えば、世界的に有名なハート(H. L. A. Hart)とフラー(Lon L. Fuller)の間の悪法に関する論争が、日本の悪法論議(1953年!)よりも後に(即ち1958年以降に)起こったのだが、このハート vs. フラー論争が、法哲学上の悪法問題に関する典型的な思考枠組と見なされてしまった——尤も、そのことは世界的な趨勢でもあったのではあるが⁷⁸⁾。第2に、悪法論議に関する報告論文が日本法哲学会の学会誌に公表されていないという事実も、軽視することはできない。報告者および司会者は、各々の所属する大学の紀要において論文を発表した(早いものでは1953年)。この事実はシンプルながらも、悪法論議の存在を知らしめることにとっては小さからずマイナスに働いたであろう。また、牧野の反論が行われたのも、1955年になってからであった。そうこうしている内に、来栖が私法学会において報告を行い、そして法解釈論争が起こり、数多くの法学者がその問題に傾注するに至ったのであった。以上を端的にまとめれば次のようになる：学界の関心が、方法論の次元では法解釈論争へと、悪法論の次元ではハート vs. フラー論争へと、それぞれ向けられ、悪法論議——その本質的問題であると解する牧野の悪法論と無限解釈論——は、方法論史から忘れ去られてしまった。

(2) 新たな学派ないし動向の名指しについて

前章において私は、戦後初期のドイツにおいて、新しい方法論の動向を模索することが見受けられ(レーマンやザウアーなど)、ある方法論(=ヴェスターマンのそれ)を他者(=ザウアーやラーレンツ)が評価法学と名指しする契

78) 日本において同論争について考察をはかるものとして、参照、宮沢俊義「悪法と裁判」立教法学7号(1965年)1-24頁。

機的重要性に着目した。同様の視線を日本について向けてみると、新たな学派といったものに類し得るものとしては、おそらく法社会学の存在を挙げることでできよう。事実、レーマンの発言(1952年)より前になるが、柚木馨が、1948年から49年の民法学界の展望において、次のように語っているのが興味深い：「まず私法学に於ける方法論的傾向を一瞥してみよう。それは一言でいえば、百花繚乱の多彩さというよりは、むしろ法社会学、そしてそれと密接な関係をもたされたマルキシズム法学によって一色に塗りつぶされた一年であったといえよう」⁷⁹⁾ 上記(1)において法解釈論争の背景として挙げた、法社会学論争の位置と意味を、ここに確認できるだろう。尤も、注意すべきことは、新たな学派としての法社会学への着目は、法律学方法論ではなく法学方法論の観点からのものと言ってよく、法律学方法論の学派を中心に据えるところのドイツにおける動向とはこの点で問題の相が異なる、ということである。ちなみに、柚木は、ほぼ同時期にレーマンの方法論を利益法学として紹介・検討していることも、この文脈で指摘しておこう⁸⁰⁾。

悪法論議（法哲学会における議論としての）は、法社会学とほとんど関係がないものと思われる⁸¹⁾。これに対して、来栖の見解は、特に来栖が解釈の社会学的方法を唱えていることにおいて、法社会学との強い繋がりを示しているものと言えよう。事実、来栖自身も法社会学を志向しており⁸²⁾、来栖と法社会学との間には強い関連が確認され得る。他方、ヴェスターマンがラーレンツのような大きな影響力を有する人間に名を挙げて取り上げられたのに比べると、来栖には、そうした特定の形で名指しが見受けられない。即ち、《なぜ来栖だったのか》という点については、ドイツのような他者の名指しに手がかりを見出

79) 柚木馨「学界展望 民法」私法3号(1950年)139頁。この発言に注目するものとして、参照、甲斐道太郎「『せつないまでの憧憬』再論」ジュリスト940号(1989年)65頁。

80) 参照、柚木「法と裁判官——戦後ドイツにおける論調を中心として——」私法6号(1952年)2-27頁。

81) この点に関連するものとして、参照、千葉・前掲(注51)96頁。

82) 参照、来栖・前掲(注43)24-25頁。

すことは、一見したところ難しいように思われる。来栖はヴェスターマンとは異なり、大学の学長という地位にはなかったが、東京大学の教授であって、また、私法学会の報告という場が、聴衆に広くかつ迅速に自らの主張を提示することを可能としたと言えよう。

(3) 世代の問題

世代交代という局面は、日本においても確認され得る。すなわち、来栖(1912～1998年)は新たな世代に、他方で牧野(1878～1970年)は旧世代に属する。世代交代の局面を示していると思われる好例は、来栖と、我妻栄(1897～1973年)の1953年における講演の対比であろう。我妻もまた、1953年に「法律における理窟と人情」という講演を行っていた。しかも、来栖の報告(1953年11月3日)よりも少し早い、1953年10月30日に、この我妻の講演が催されていた(公刊は1954年)⁸³⁾。我妻の一般的な影響力は来栖のそれよりもずっと大きかったであろうにも拘らず、方法論史の視点からみれば、来栖の報告のほうが、我妻の講演よりもはるかに注目されているのである。

その理由として、私見によれば、次のことが考えられる：第一に、我妻は、戦後における諸論争(法社会学論争・悪法論議・法解釈論争など)に積極的に関わっていったとは言い難く、それぞれにおける主要人物とは見なしがたいことである。第二に、我妻の講演の内容が、同時代の人間にとっては既に自明のもの——ひいては伝統的なものとさえ——見なされていたものと思われる。我妻の講演の中心的テーゼとは、《法律解釈の課題を、一般的確実性(法的安定性)と具体的妥当性という2つの法律上の理想の間を調和すること》というものであった。ここには、日本における方法論にとっての新鮮なものが見出され難かったのではなかろうか⁸⁴⁾。他方で、来栖の主張が刺激的であったという

83) 我妻・前掲(注56)。ちなみに、同講演は、同じ題で日本評論社より1955年に書籍化されている。これを含めた出版および修正の経緯などに関する疑問については、参照、拙稿・前掲(注42)(1)182頁注152・(2)350頁注248。

ことは、法解釈論争に注目する及びそれを戦後の方法論史の出発点とする見解を一瞥すれば、明らかとなろう。

84) 我妻は1953年に『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣, 1953年)を公刊した。同書には「私法の方法論に関する一考察」論文(以下、「方法論」論文とする)も収録されているが、ここに再録されている同論文が、最初に法学協会雑誌に公刊されたもの(法学協会雑誌44巻6号1-36頁・7号31-63頁・10号61-97頁(いずれも1926年))から加筆が行われていることが、広中俊雄の指摘から知られている。参照、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(有斐閣, 1997年)120頁注5・122頁注8・9。私見によれば、この加筆は、牧野の悪法論・無限解釈論と関係するものと考えられる。この点について、私が以前、拙稿・前掲(注42)(1)178-181頁において展開した試論を、ここで少しだけ敷衍しておく。同所(特に179頁注156参照)で私が着目したところの、牧野の追悼によせた我妻の論稿(我妻「牧野英一先生の想い出」書齋の窓189号(1970年)13頁)における我妻の述懐において、牧野が我妻に対して次のように難じていたことが挙げられている。即ち、「何かあまり固苦しくない論稿に『解釈は無限だから立法は不必要だ』という説もあるが」と我妻が書いたことに対して、牧野が「『解釈は無限だ』というのは確かに牧野だ、しかし、立法は不必要だといった覚えはない、君はコーティションをつけて引用しているからどこにあるか示せ」というものであった。我妻は、自らがどの論文でこの点について述べているのかを明らかにしていないが、一つの可能性として、上記の「方法論」論文の初版(法学協会雑誌44巻6号(1926年)15頁)がこれに当たるということが考えられる。そして、推測するに、上記の牧野による指摘を受けたからであろうか、結局、上記の『近代法における債権の優越的地位』に「方法論」論文が再録されるに当たって、同箇所が修正されるに至っている(参照、同書487頁)。以上を前提に検討を進めてみると、我妻が匿名の形ながら牧野を想定して批判を行っているわけだが、興味深いことに、我妻が典拠として、牧野が反論の典拠としたと思われるところの一節を、牧野の悪法論に関する論文の箇所を確認することができるのである：

「わたくしは法律の解釈といふものを必しも、さしあたり、無尽蔵とまでは主張すまい。しかし、『悪法は法に非ず』と解することに依つて、法律解釈の分野が新たに拡大されることを考へねばならぬ。わたくしは、又、法律の解釈の作用が拡大されることに依つて、立法的改革を不必要とまで主張するのではないが、立法的改革が必しも常に急がれねばならぬことはないと考えて居る。かように解することが、法律の解釈を独立な科学として主張するわたくし共の立場である。換言すれば、法律の解釈は一つの創造である、といふことになる」(牧野「『悪法も亦法なり』の格言」前掲(注59)193頁)。

この件では無限解釈論が展開されておらず、そして——牧野本人が正しくも言うように——立法も不要だということを言っているわけではないが、我妻が「方法論」論文の初版において牧野の見解を想定するにあたり、この箇所が、一つの典拠とされた可能性と考えられるのである。仮説に仮説を重ねるばかりであるが、もしこの推測が正しいとすれば、刮目すべきは、この牧野の所論の文脈が、先述したように(注59参照)、治安警察法17条をめぐる、悪法に関するものである、ということである。

Ⅲ. 戦後の方法論史に関する課題——1953の背後にある諸問題

以下では、これまでの考察を小括してから(1.)、戦後(特に初期)における方法論史の解明のために探究されるべき課題について、簡単に私見を述べることにしたい(2.・3.)。私の主張を端的に定式化すれば、次の通りである：方法論の戦後の転換点とされる1953年(の講演)の背後に隠れているところの、いわば《歴史の陰》となっている問題について——特に戦時期における諸問題との関係に関して——解明を図ることにより、20世紀の方法論史全体についても精確な記述が可能となる。

1. 考察の小括

まず、本稿の冒頭において示した、1953年の講演・報告とその(陰の)背景について、ドイツ・日本の両国について、ここで小括を行っておく(①・②)。それに引き続いて、両国における方法論史の特質と相違を一定程度踏まえながら、日独の相互比較を簡単に行っておく(③)。なお、これまでの考察の概観をそれぞれ図で表すと、下図の通りとなる(ドイツ：図1、日本：図2)。

①ドイツ：本稿の主題である、1953年の報告とその《(知られざる)背景》に即してドイツの状況を定式化すると次の通りである：1953年に行われたヴェスターマンの学長就任演説——そしてそこに具現化された彼の方法論——は、1955年に活字化されてから、ラーレンツらにより評価法学の先駆的な位置づけがなされた。しかし、実は、ヴェスターマンの同僚であったザウアーが、かなり早く、ヴェスターマンの方法論を「利益法学と評価法学」と名指ししていたことが確認され得る。この事実は何故かあまり知られていないが、《ヴェスターマン＝評価法学》とする理解の先行的形態と見ることができる。《なぜヴェスターマンが評価法学の先駆者と名指しされたのか》という問いについて、我々は、ラーレンツだけでなくザウアーについても真剣に考えなければならない。《ザウアーによる名指し》というこれまで知られていない事実は、上述の問題(＝なぜヴェスターマンか?)という問いに——ごく端的にではあれ——解答を為し得るものではある。しかし、それと同時に回避不可能な難

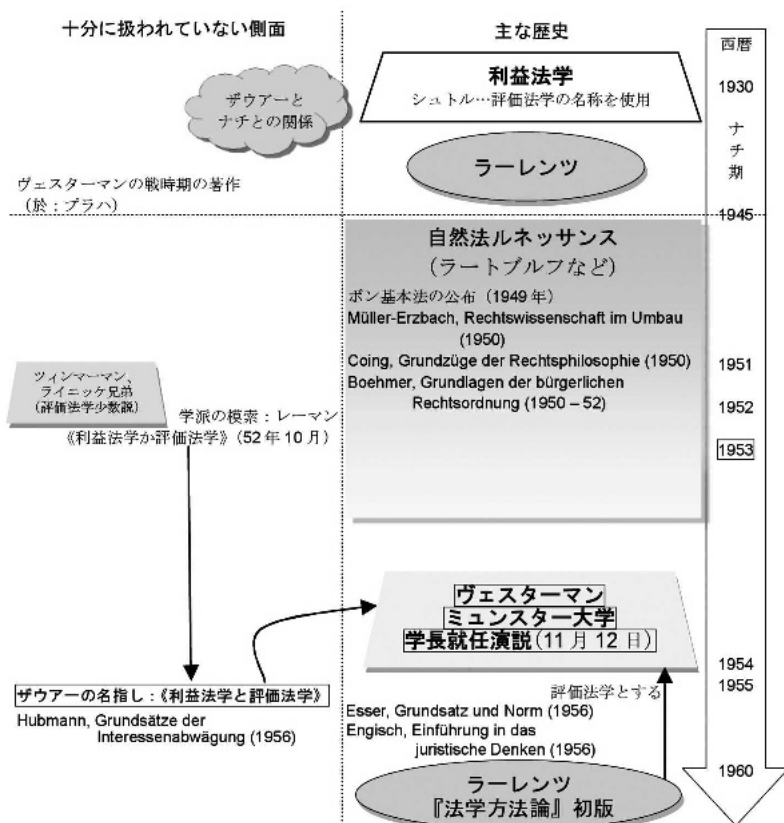


図1：戦後初期を中心としたドイツの法学方法論の展開についての概観*

問に対峙せざるを得なくなる。その難問とは、ザウアーおよびヴェスターマンにおける《ナチ期との（非）連続性の問題》である。ドイツの方法論史を見直す作業に取り組むには、この難問に立ち向かわなければならない。

②日本：日本において1953年の方法論上の転機とは、一般的に、私法学会

*図1・2に関する注：台形は、利益法学およびそれに近いものとして一般的に理解されている立場を表す。楕円形（及びそれに近い形）は、自由法学（自由法運動）およびそれに近いものとして一般的に理解されている立場を表す。

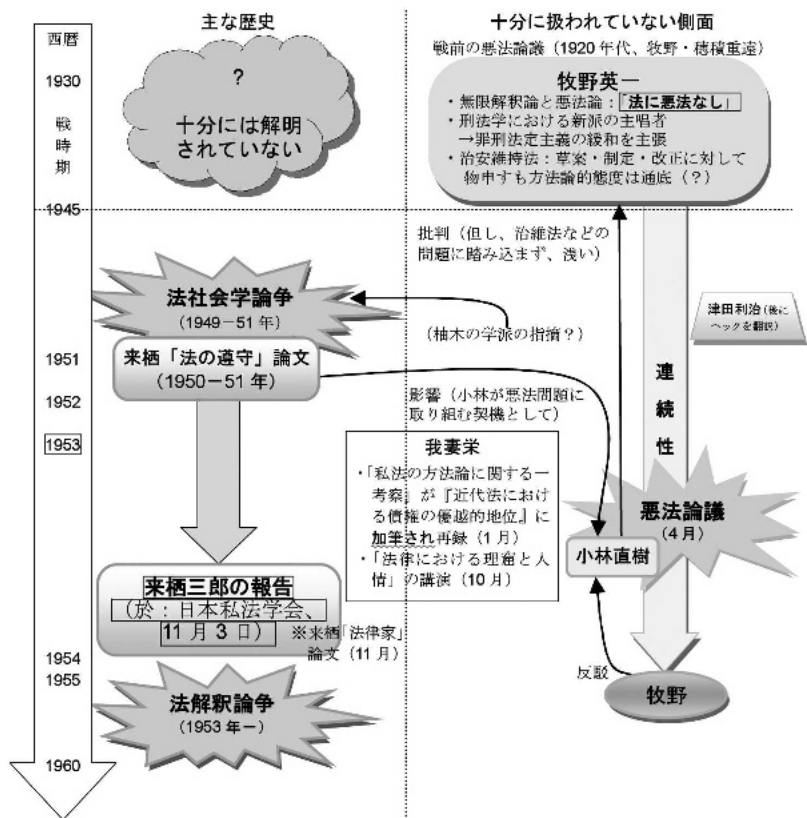


図2：戦後初期を中心とした日本の法学方法論の展開についての概観

における来栖の報告であるとされる。しかし、それにより、悪法論議がいわば陰に追いやられた。尤も、後述するように、来栖は悪法論議と無関係ではなく、むしろ(法解釈論争だけでなく)悪法論議についても、ある種のトリガー的な役割を担っていたとも言える。方法論史を見直す作業は、日本の場合はドイツよりも複雑な様相を呈するであろう。即ち、ドイツと同様に、戦時期の問題について、方法論一般の視角から解明を図ること、なかんずく牧野の悪法論・無限解釈論に対する態度について、戦前からの系譜をたどる必要がある。

これに加えて、戦後初期それ自体についても、来栖の見解の位置づけ直しという大きな作業に取り組まなければならない。

③相互の簡単な比較：まず、ドイツについて、日本の方法論史の観点から見てもこう。日本の50年代の方法論史において、法社会学論争・法解釈論争に加え悪法論議という《論争》の存在が特徴的であったことを念頭にドイツへと視線をやると、この点で戦後の同時期のドイツで特徴的であったのは、やはり《自然法ルネッサンスをめぐる賛否の議論》の存在であると言えよう。確かに、自然法ルネッサンスが支配的であった時期に、戦時期の方法論的問題が取り扱われてはいた。しかし、ヴェスターマンの見解を含め、当時の考察は方法論的には充分なものとはいえないものであった。即ち、ナチ期における方法論の本質的問題を看破したリュタースの研究に代表される、いわゆる不法実務の問題は、60年代においてようやく解明されるに至ったからである。加えて、来栖の報告が論争を起こしたことに鑑みれば、ヴェスターマンの演説は、直接、論争を起こしたものとはいえず、来栖ほど即時的なインパクトを持たなかった。その原因の一つに、利益法学との関係性を模索する動向を当時の「一般的な背景」として認定できるのであれば、彼の見解がこの「一般的な背景」にマッチしていたものであった、と考えられる。上述のレーマンやザウアーの見解は、ここでいう「一般的な背景」と区別して、むしろ「知られざる特定の背景的状况」として、その意義を探究されるべきであろう。なお、法解釈論争の主要争点である、《解釈が認識か価値判断か》といった問題について、ヴェスターマンは、思考プロセスに意思的な要素が入り込むことを認めるが、裁判官の法創造をも認識と考えている⁸⁵⁾ ことを、付言しておく。

日本についてはどうか。ドイツと比較すると、日本の方法論史における奇妙な特質に気づくことができよう。即ち、日本においては、既に50年代において——疑いなくドイツよりも早く——、戦時期の方法論の問題を批判的に分

85) Vgl. Westermann, WG, S. 12 u. S. 31 f.

析する機会が存在していた。即ち、その機会とは、悪法論議であった。なぜならば、ここにおいては事実、牧野の無限解釈論と悪法論が批判されていたからである。尤も、ドイツとは異なり、日本においては利益法学が学派として存在しておらず——このことは日独の方法論の相違のうち最も重要なものの一つである⁸⁶⁾——、戦後初期の当時の学界においても、概念法学と自由法論との対立図式がなおも続いていたのであった。利益法学については、小林直樹が、ましてやその主張者として——留保付きではあれ——牧野を（！）挙げていた⁸⁷⁾。別の問題として、《果たして日本の法学者は、利益法学に対して関心を有していたのかそれとも何らかの理由からそれを拒絶したのか、はたまたその程度如何》ということが重要ではあるが、ここでは立ち入らないでおく⁸⁸⁾。

ヴェースターマンと来栖との間には、冒頭で述べた、演説・報告の時期の重なりに加えて、新世代であること、さらに当時の法学における一般的な背景、すなわちドイツでは利益法学への視線、日本では法社会学への視線とある程度

86) 参照、拙稿「戦後初期の日独の法律学方法論の展開と差異」カール・リーゼンフーバー／高山佳奈子編『法の同化：その基礎、方法、内容 ドイツからの見方と日本からの見方』（De Gruyter, 2006年）161頁・172頁。日本でも利益法学を主張する見解が存在しないわけではない。一例は、ヘックの方法論の主要著作を翻訳した津田利治である。津田は、戦後のかなり早い時期に、自由法論および解釈の無限性に批判を加えていた（牧野を名指ししているわけではないが）。参照、津田「法の解釈と運用——新憲法施行一周年によせて——」慶応義塾大学商法研究会編『会社法以前』（慶応義塾大学出版会、2003年）539-564頁（初出：慶応義塾大学通信教育教材 法学部・選択科目 津田 峯村・時事解説・第三分冊、慶応通信教育図書株式会社、1948年）。尤も、同論文には、内容的に利益法学との重なりを見せる部分があるが、利益法学という用語は見当たらない。近年では青井秀夫（青井・前掲（注6））の見解が重要である。しかし、《日本において学派として利益法学が存在していたか》という問いについては、私は否定的に考えている。強いて言えば、津田がいた慶応義塾大学が候補として考えられないわけではないが、《慶應学派＝利益法学》と言い切るためには、日本法理との関係などのデリケートな問題を回避できないと思われる（このことが、《学派として同大学に利益法学が存立し得たか》という問題に対する私の消極的な考えの基礎となっている）。例えば、峯村光郎は日本法理叢書として著作を刊行している。参照、峯村光郎『日本経済法の原理及び進路（日本法理叢書第二十三輯）』（日本法理研究会、1943年）。峯村の日本法理へのコミットの程度については慎重かつ冷静な分析が必要となる。なお、峯村自身による戦時期～戦後の述懐として、次の文献がある：峯村「安堵と不安の長い一日」法学セミナー 257号（1976年）40-41頁。

87) 参照、小林「利益法学——現代法思想の一断面の分析——」尾高朝雄ら編『法哲学講座 第四巻』（有斐閣、1957年）259-260頁・305頁注1。

マッチしていたこと、ということを通点として挙げることができると思われる。とはいえ、肝心の問いである、『なぜヴェスターマンの演説と来栖の報告が共に1953年11月という時期で重なったのか』という時期の問題については、偶然という回答以外のものを見つけないことができない。

重要なポイントとして、裁判官像をめぐる問題、とりわけ立法者との関係について、指摘しておきたい。一つの焦点となるのは、『利益法学的な、立法者の侍従としての裁判官の位置づけがどのように理解ないし維持されているか』ということである⁸⁹⁾。日独両国においてこの点について慎重な検討が必要である。ドイツについては、ヴェスターマンの裁判官像という難問に直面する。私見によれば、I. 1.で瞥見したところの理論的観点からして、『ヴェスターマンが利益法学ほどの立法者に対する強い従属関係を裁判官に強いている』と見ることはできない。日本に目をやり、来栖について見れば、法解釈における主観性の混入を強調する点、そして法律への拘束それ自体についても法の遵守が主観に左右されること⁹⁰⁾、さらに解釈の目標に関して主観説も客観説も採らず、いずれをも制定法の過大評価・物神崇拜であるとして退けて法（判決）と法源（制定法はその一つとされる）とを区別する点⁹¹⁾などを鑑みると、少なくとも裁判官を立法者に従属させているものとは見なしがたい。この点において、奇

88) さらに、『日本における評価法学の存否如何』ということになると、問題はより複雑である。何よりも、「評価法学とは何か」という本質的な問題について何らかの説得的な回答を与えることなくしては、その存否についても一概に語ることはできないからである。例えば、評価法学多数説や少数説といった（理念的）分類を行って、それに依拠して、何らかの日本の方法論の主張との類似や相違を考察することは一案ではあるが、卑見は、評価法学とされるものの動態的な生成過程をしっかりと捉まえることをせずに、ある日本の方法論を「評価法学」と比較・検討することの意味に対して消極的であり、まずは、本文で記すような、ザウアーやヴェスターマンに関する諸問題に立ち向かうことが必要である、と解している。

89) この点に関して、ドイツでは、利益法学的な立法者の侍従としての裁判官像を拒否し、立法者と裁判官との関係を作曲家とピアニストとの関係に類比する見解をめぐる論争が行われている。この論争の簡単な紹介・検討として、参照、拙稿・前掲（注42）（1）241-253頁。

90) 参照、来栖「法の解釈適用と法の遵守（一）・（二・完）」前掲（注47）。

91) 参照、来栖「法の解釈における制定法の意義——その一 法と法源——」法学協会雑誌73巻2号（1956年）1-62頁。

妙ながら、ヴェスターマンと来栖とは近い距離にあるものと言えるだろう。

2. ドイツの課題

ドイツの方法論の課題として、次の点が解明されるべきであると解する。

(1) ザウアーの名指しの重要性和その問題

ザウアーがおそらく最初に——少なくともラーレンツよりも早く——ヴェスターマンの方法論を（利益法学と）評価法学と呼んだという私のテーゼが正しいとしても、本質的な問題が残されたままである。即ち、《ザウアーの名指しが他の方法論者（例えばラーレンツ）に及ぼした実の影響はどの程度であったのか》という問題が検証されなければならない。とはいえ、いずれにせよ、ザウアーの名指しという事実は、リュタースの見解に対して両義的な意味を持つ。つまり、一方で、ミュンスター学派（ヴェスターマンやブロークスなど）を評価法学と呼ぼうとするリュタースの見解を、⁹²⁾上記の事実は、歴史的な点から裏付けるものでもある。なぜならば、ミュンスター大学におけるヴェスターマンの同僚であったザウアーによる名指しは、ある意味ではリュタースの方法論史理解を、実はずっと早く先取りしていた、とも言えるからである⁹³⁾他方で、この事実は、《ザウアーとナチとの関係》という非常にデリケートな問題を浮かび上がらせるものでもある。確かに、ザウアーの理論は、ロットロイトナー（Hubert Rottleuthner）が批判しているように⁹⁴⁾部分的にはナチに好意的な要素を有していたことは否定できない。けれども、事実をみると、彼の著作はナチにより禁書とされてもおり⁹⁵⁾、また彼自身はそもそもナチの党员では無かった⁹⁶⁾とはいえ、むしろ重要なのは、彼自身の戦前・戦後の方法論と、この名指しとの関連性如何であろう。

なおも解決されていない別の本質的問題は、《「評価法学」とされるものの内実をめぐる問題》である。即ち、《なぜレーマンやザウアーが「評価法学」という表現を使用したのか、それを以て何を考えていたのか》について、解明が

92) Vgl. Rüthers, a.a.O. (Fn. 21), S. 146. 尤も、リュタースは60年代としている。

図られなければならない。既に1931年にシュトル（Heinrich Stoll）が評価法学という用語を使用していた⁹⁷⁾しかし、シュトルが1937年に早世したこともあり、その内実——即ち戦前における評価法学とは何か——が明確であったとは言い難い。こうした時代背景を基に、当時の方法論の動向——即ち《新

93) 付言するに、最近、ラーレンツの理解をめぐり、議論が交わされている。Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, „Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus“ durch ein Porträt von Karl Larenz? Wider einen Versuch „unbegrenzter Auslegung“ eines wissenschaftlichen Textes, JZ 2011, S. 879-888; Rüthers, Die Risiken selektiven Erinnerns – Antwort an C.-W. Canaris, JZ 2011, S. 1149-1151. 関連するものとして、vgl. Horst Heinrich Jakobs, Sehr geehrter Herr Canaris, myops 14 (2012), S. 6-16. 本稿ではこの論争に立ち入らないが、リュタースは、カナリスとの見解の違いの一つとして、互いが学んだ大学の相違を挙げている（カナリスはミュンヘン、リュタースはミュンスター）。Vgl. Rüthers, a. a.O., S. 1150. 蛇足だが、この点につき注釈をしておく：ヴェスターマンは、学長在職中にミュンヘン大学への招聘を断っており、その後、ラーレンツが1960年にミュンヘンに着任することになった、という経緯がある。この点については、拙稿・前掲（注3）（三・完）131-132頁注168で触れたが、同所で挙げた文献をここで再掲すると：Westermann, Jahresbericht des Rektors Professor Dr. Harry Westermann über das akademische Jahr 1953/54 anlässlich der Übergabe des Rektorats am 10. November 1954, 1955, S. 17 f.; Lieselotte Steveling, Juristen in Münster, 1999, S. 653 f. Fn. 236 u. S. 710. ミュンヘン大学における人事の史料（ラーレンツ就任を含む）として、次のものがある：Universitätsarchiv München, Sig. Nr.: Sen-I-25. シュテヴェリングによると、ヴェスターマンがミュンヘンへの招聘を断ったのは、健康上と個人的（家庭的）理由によるらしいが、積極的に断る理由が存在していないならば、ヴェスターマンがミュンヘンに行く可能性は小さくなかったのであり、事実、ヴェスターマンを含めた、当時のミュンスター大学における民法三連星（zivilrechtliches Dreigestirn, vgl. dazu Steveling, a.a.O., ebd.）の一人であったディーツ（Rolf Dietz）は、1958年にミュンヘンへ移っている（残る一人はカーザー（Max Kaser）であり、彼も1959年にハンブルクに移っている）。無論、このことは、《ヴェスターマンが学長就任演説（WG）において方法論を提示しそれが同僚のザウアーにより注目された》という本稿の基本的視座を根幹から覆すものではない。

94) Vgl. Hubert Rottlenthner, Substantieller Dezisionismus, in : ders. (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. ARSP Beiheft 18 (1983), S. 32 f. (邦訳：ロットロイトナー（竹下賢訳）「実体的決断主義」同編（ナチス法理論研究会訳）『法、法哲学とナチズム』（みすず書房、1987年）50-51頁。）

95) Vgl. Steveling, a.a.O. (Fn. 93), S. 337-341; Christoph M. Scheuren-Brandes, Der Weg von nationalsozialistischen Rechtslehren zur Radbruchschen Formel, 2006, S. 49-71, v. a. S. 53.

96) Vgl. Steveling, a.a.O. (Fn. 93), S. 447-456, v. a. S. 451; Scheuren-Brandes, a.a.O. (Fn. 95), S. 50.

97) Vgl. Heinrich Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in : Günter Ellscheid und Winfried Hassemer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, 1974, S. 160 Fn. 13 (erstmal veröffentlicht in : Stoll (Hrsg.), Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, 1931).

たな学派の模索》——の具体的な思考を推察するに、次のような考えが手近な仮説となり得よう。即ち、《この評価法学というほぼ内実がないところの名前に、その内実がこの「評価法学」という名に相応しいところの、ある何らかの実質的な方法論を与える》、ということである。そうすると、当然のことながら、《そもそも「評価法学」とは何か》が問題となる。とりわけザウアーによるその定義が、彼自身の戦時期の方法論との関連からも、詳細に検討されなければならない。その解明は、方法論史の課題の中でも最難関のものの一つであると言える。何故ならば、ザウアーの作品は——実定法まで視野を広げると——大変包括的であり、その方法論も非常に複雑であるからである⁹⁸⁾以下では、紙幅と私の能力の都合から、ヴェスターマンとの関連に限って、論じることとする。

ザウアーの見解において、第一に本質的なのは、その「利益法学と評価法学」という定式化に示されているように、「評価法学」と利益法学との《連続性》である。さらに、《利益法学を越え出る点》も重要である。これについては、方法論の主要事項として評価問題を扱うという点⁹⁹⁾の他に、複数のメルクマー

98) 中でも、彼の訴訟法における理論はこの関連で看過できない。というのも、ヴェスターマンの方法論（の名指し）と同時に、この訴訟法のテーマをザウアーが扱っているからである。Vgl. Sauer, a.a.O. (Fn. 34), vor allem S. 428-433 und S. 435-440. なお、拙稿・前掲(注3)(三・完)128頁注154でも指摘したように、ザウアーは後年の文献において、ヴェスターマンを利益法学とするなど、見解について動揺が見受けられる。Vgl. ders., *Die Gerechtigkeit*, 1959, S. 97 f. この点に関する検討は本稿でもなしえなかった。他日を期したい。

99) 付言しておく、この連続性および非連続性にとって重要な指標の一つは、《法実証主義の度合いの強さ、および自然科学への志向の強さ》であったと思われる。というのも、自然法ルネッサンスが支配的である間に期待されていたであろう方法論とは、法実証主義の問題性を克服するであろうところのものであるはずだったからである。この点に関して、自然科学を強烈に志向していたミュラー＝エルツバッハの因果的法思考のように実証主義的に移った見解は、理論的観点から支持を得ることが困難であったように見える（尤も、ミュラー＝エルツバッハ自身もまた、評価問題に真剣に取り組んだのではあるが）。ミュラー＝エルツバッハの理論については、vgl. Karlheinz Knauth, *Kausales Rechtsdenken und Rechtssoziologie*, 1968; Christian Nunn, *Rudolf Müller-Erbach. 1874-1959*, 1998. ヴェスターマンに関して言えば、私見によると、実際のところ、因果的法思考を——積極的という訳ではないにせよ——承認していた。Vgl. Westermann, *WG*, S. 18 f. Fn. 15.

ルが考えられる。この点でザウアーに特徴的なのは、私見によると、正義理念だけでなく《公共の福祉》をも強調していることである。¹⁰⁰⁾ 実に、ここに本質的な問題が存在する。第一に、ザウアーがヴェスターマンの方法論を精確に把握しているのか、という問題である。ザウアーは、ヴェスターマンに対して、その基礎に厳格な実証主義があることを看破しながら、合目的性・公益・公共の福祉を正義から排除していることに対して批判を行っている。¹⁰¹⁾ しかし、私の読解によれば、ザウアーのこの批判は失当である。というのも、ヴェスターマンは、評価ファクター（≡評価基準）として、私的利益を共同体利益に適応する必要性を挙げているからである。¹⁰²⁾ 第二は、彼の「利益法学と評価法学」という定式化が、ナチ的な「公共の利益は個人の利益に優先する」という^{Formel}公式¹⁰³⁾ とどのような関係にあるのか、という問題である。これらの問題は大変複雑であるため、本稿ではペンディングにし、今後の研究課題とせざるを得ない。ただ、こうした問題を提示することだけでも、《ザウアーの理論に分析のメスを入れることがドイツの方法論の史的展開を精確に描き出すために必要不可欠な課題である》ということが、理解され得るだろう。

(2) ヴェスターマンの方法論を根本から再検討する必要性

我々は、ヴェスターマンの方法論についても、一度、根本から再検討しなければならない。その際には、次の視点から検討が行われるべきである。まず、彼の弟子であるリュタースやシュルテによる理解を真剣に考え直し、場合によっては修正される必要性を挙げたい。というのも、彼らはヴェスターマンと利益法学との連続性をあまりにも強調しすぎるように見えるからである。私見によれば、ヴェスターマンの方法論において存在する《利益法学とは異なる要素》を精確に把握しなければならないと思われる。¹⁰⁴⁾ そのためには、とりわけ

100) Vgl. Sauer, a.a.O. (Fn. 34), S. 426, 434 und 440.

101) Vgl. Sauer, a.a.O. (Fn. 34), S. 433 f.

102) Vgl. Westermann, WG, S. 18.

103) ザウアーにおけるこの公式については、vgl. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, S. 46-50; Scheuren-Brandes, a.a.O. (Fn. 95), S. 55 f.

次の2つの点が重要となる。第1は、いわゆる客観説をヴェスターマンが主張していることである。リュタースもこの点を指摘するが、それにも拘らずリュタースはここにおいてもヴェスターマンとヘックとの連続性を固持しているのである（注21参照）。この点については、ヴェスターマンが説く規範の3階層説について——彼の方法論における不整合な点を含めて——もう一度熟考が必要とされる。なぜならば、この3階層説において、ヘックとの相違が明白に認識可能となると思われるからである。第2に、ヴェスターマンの著作のなかで戦時期に公表されたものについても批判的に分析のメスを入れることを、我々は避けて通ることがもはやできない。ヴェスターマンの戦時期の文献については、すでにシュルテが立ち入った検討を行っている¹⁰⁵⁾。シュルテが示唆していたように¹⁰⁶⁾、ヴェスターマンの戦時期（於：プラハ）の論文のうち、これまで知られていないものが、私の調査によると明らかになった¹⁰⁷⁾。残念ながらそれらについて何かを述べるができるほど、現段階において私は検討を行えてはいない。ヴェスターマンの見解が基本的にはナチを支持するものではなかったというシュルテの理解は、なおも維持可能であると思われる。けれども、ヴェスターマンが当時の時代の趨勢に十分な形で抗うことができたか否かが、慎重に検証されなければならない。

104) この点に関連する問題として、欠缺領域（特に深層欠缺）におけるヴェスターマンの方法論の具体的展開を検討する必要がある。その一例として、彼が50年代に取り組んだ実定法の業績のうち、方法論と密接に関連するものとして、担保法、特に譲渡担保・所有権留保の領域におけるものを挙げるができる。その分析の試みとして、参照、拙稿・前掲（注3）（一）54-63頁。

105) Vgl. Schulte, a.a.O. (Fn. 27), S. 310 ff.

106) Vgl. Schulte, a.a.O. (Fn. 27), S. 308 Fn. 17.

107) 参照、拙稿・前掲（注3）（一）77-78頁注11。ヴェスターマンの戦時期における知られざる著作のリストは次の史料にて確認することができる：Universitätsarchiv Münster, Bestand 30 Nr. 331: Veröffentlichungen und Vorträge; Universitätsarchiv München, Sig. Nr.: Sen-I-25: Prof. Dr. H. Westermann Veröffentlichungen und Vorträge.

3. 日本の課題

(1) 一般的な事項

方法論の領域における日本のこれまでの研究状況に関して言えば、何にもまして、ドイツと類似した戦時期における方法論の問題、特に「無限解釈論」について、その影響の射程と根の深さの解明が立ち後れており不十分であることを認めざるを得ない。我々は、次の2つの課題の解明に取りかかるべきではないか。第1は、《戦時期の方法論の問題それ自体を精確に確定すること》である。第2は、《なぜ戦時期の問題がこれまで不十分な形でしか取り扱われてきていなかったのかについての理由を突き止めること》である。

第1の問題である、《戦時期の方法論の問題の精確な確定》については、さらに多様な課題を定式化することができよう。

まず、牧野の方法論、なかなずく彼の無限解釈論の影響力を突き止める必要がある。後年において牧野は、自身の悪法論や無限解釈論が学界から等閑視されていたことを嘆いているが¹⁰⁸⁾ こうした主観的な述懐とは別に、その影響力の大きさ・広さは、客観的に確定されるべきであろう。私見によれば、この牧野の述懐に反して、彼の見解の影響力は、非常に大きく・広範囲に亘るものであった¹⁰⁹⁾ 加えて、戦時期における牧野の具体的立場についても、特にいわゆる日本法理との関係について、デリケートな問題ではあるが、慎重な分析を要する¹¹⁰⁾ 無論、《日本法理の法律学方法論の特質》という大変難しい問題が別に存在するが、これについては、代表的な論者である小野清一郎(1891~1986年)をはじめとした諸家の見解の丹念な分析が俟たれる¹¹¹⁾

方法論的に最も重要な課題の1つは、先に治維法(刑事法)について見たところのことを、方法論一般に押し並べて探求すると同時に、他の法分野における諸問題の表出を突き止めていくことである。一例として、民事法に関して考

108) 参照、牧野「標語『法律の解釈は無限なり』」研修1956年1月号(1956年)13頁。

109) 牧野の無限解釈論は、法哲学においても注目され、承認されていた。その一例として、参照、尾高『法哲学概論』(日本評論社、1949年)404-405頁。さらに、本文で後述するように、来栖も牧野の無限解釈論に言及している。

えられる問題（領域）を列挙すると、まず、牧野が戦時期に編んだ、信義則に関する諸論稿¹¹²⁾と、契約に関する諸論稿¹¹³⁾を再検討する必要を挙げることができる。また、具体的事例としては、関東大震災後のいわゆる仮小屋問題が、牧野の方法論・法理論を検証するための素材となり得ると思われる¹¹⁴⁾。また、実体法に限らず、『戦時期における調停制度の展開』という、手続法の観点に注目することも有益であろう。即ち、関東大震災における借地借家の調停制度をはじめとして¹¹⁵⁾、調停制度が、大正や昭和に入ってから手続法上重視され頻用されていった（一例として、農地調整法）。実のところ、民事法（特に民事実体法）の領域において、Ⅱ.2. で見た治維法のような戦時期における方法論に関連する明白な問題を見出すことに、私は困難を有している。自らの能力不足を棚に上げるわけではないが、その背景として、この調停制度による紛争の

110) 戦時期における牧野の立場を検討することは決して容易ではない。さしあたり、次の2点をポイントとして示しておきたい。第1は、本文で触れた、日本法理との関連である。日本法理の代表的主張者である小野清一郎から（師である）牧野に対して手厳しい批判が行われたこともあり、牧野自身は日本法理と——少なくとも小野に比べて——距離があるかのように見受けられるかもしれない。確かに、小野は、牧野に対して、法思想的観点からも、また刑法学的観点からも、批判を投げかけていた。参照、小野清一郎『日本法理の自覚的展開（上）・（下）』法律時報14巻2号（1942年）130-147頁・同3号（同年）260-278頁。これに対して、牧野自身は日本法理を正面から切って捨てているわけではなく、牧野自身の見解を日本法理に適合的に接合しようとしている点も見受けられる。一例として、参照、牧野『日本法的精神の比較法的自覚』（有斐閣、1944年）。牧野と日本法理との距離は、文献の渉猟と精密な分析によって、慎重に見極めなければならない。付言するに、白羽祐三は、日本法理研究会のみならず（例：白羽祐三『「日本法理研究会」の分析』（中央大学出版部、1998年））、牧野についても考察を行っており（例えば、同『刑法学者 牧野英一の民法論』（中央大学出版部、2003年））、傾聴に値する。第2は、原理日本の蓑田胸喜らによる批判の対象として、牧野が赤化教授として問題視されていたことである。滝川事件における瀧川幸辰（京都帝国大学）とは異なり、東京帝国大学の牧野（や末弘厳太郎など）は処分されなかったとのことではあるが（参照、松尾尊究『滝川事件』（岩波書店、2005年）9頁・142-149頁）、こうした当時の所謂天皇制ファシズムの中枢に位置していた集団と牧野との距離は、一見したところ遠く見えるが、理論的な次元と牧野個人の次元の双方から検討が進められなければならない。

111) 小野の方法論に関するものとして、参照、中山・前掲（注54）73-76頁。

112) 参照、牧野『民法の基本問題 第四 信義則に関する若干の考察』（有斐閣、1936年）。この点につき、牧野（と我妻）の見解を批判するものとして、参照、長谷川正安・渡辺洋三『国家と法』（青木書店、1957年）68頁以下（渡辺執筆）。これに関連するものとして、参照、渡辺『法社会学と法解釈学』（岩波書店、1959年）376頁。

113) 参照、牧野『民法の基本問題 第五 契約の本質に関する若干の考察』（有斐閣、1941年）。

処理が、民事領域において戦時期における問題をとりあえずは穏便に処理することで、戦時期における民事実体法領域の諸問題を先鋭化せずに解決させたという可能性が考えられる¹¹⁶⁾ 牧野自身も、この調停制度の重要性についても様々な文献において強調している¹¹⁷⁾ 調停に関しては、膨大な研究の蓄積が既

114) 特に、西本辰之助との論争は、方法論的に見ても重要であると思われる。参照、西本辰之助「仮小屋と火災保険問題」法学研究3巻1号(1924年)107-155頁、これに対して牧野も反論を加え(牧野「自由法論と法源の科学的自由探求(四)」法学志林26巻5号(1924年)1-30頁)、さらに西本も反批判を行った(西本「立法の懈怠か裁判の偏狭か(牧野英一氏に呈す)」法学研究3巻3号(1924年)18-49頁)。両者の議論については、参照、宮崎俊行=向井健=森征一=西川理恵子=岩谷十郎「〔座談会〕師が学んだ三田法学」慶應義塾大学法学部編『語り継ぐ三田法学の伝統—慶應義塾大学法学部法律学科史—』(慶應義塾大学出版会, 2006年)158-160頁(宮崎発言)。ちなみに、東日本大震災に関連して、関東大震災後における牧野の見解に注目する最近の文献として、参照、大村敦志「復興的精神」法学教室372号(2011年)1頁、同『民法改正を考える』(岩波書店, 2011年)194頁。大村の考え方は理解できないわけではないが、大村が手短ながら示している牧野への態度が好意的に過ぎるように見え、牧野の「法律思想の改造」を受けて大村が説く「基本思想の転換の契機」論が、方法論を含んだ牧野の法思想の総体が抱える(抱えた)問題に無批判的であり、前車の轍を踏んでしまわないか、ということを私は懸念せざるを得ない。

115) この点に関する文献として、参照、本間義信「関東大震災と借地借家紛争の処理」静岡大学法経研究33巻1号(1984年)1-19頁。本間によれば、牧野自身も、大正後期における調停法の意義を述懐している。参照、牧野『理屈物語』(日本評論社, 1940年)72-79頁、本間・同論文13頁注15。

116) ちなみに、戦時期において、調停は国民協同体の中での出来事として捉えられ、協同体的立場において個人間の一紛争は処理されるべきことが説かれていた。参照、宮崎澄夫『調停法の理論と実際』(東洋書館, 1942年)19-29頁。戦時中、裁判官に対して、国内で訴訟を起こすことは禁止すべきである、国民同士が争うことはない、訴訟の代わりに、調停で争いを片付けるべきとの裁判干渉が憲兵などから行われた旨の証言も、傾聴に値する。参照、岩松三郎『ある裁判官の歩み』(日本評論社, 1967年)182-193頁(初出: 法律時報39巻1号(1967年))、同文献を指摘するものとして、併せて参照、川島武宜『日本人の法意識』(岩波書店, 1967年)174頁。なお、ナチスにおいて説かれていた訴訟共同体思想については、参照、宮崎「全体主義的民事訴訟法理論」孫田秀春編『日本国家科学大系 第六巻』(実業之日本社, 1941年)466頁以下。

117) 戦時期における一例として参照、牧野「非常時立法における五種の問題」同『非常時立法考』(中央公論社, 1943年)258頁以下。なお、牧野は、非常時法(≒戦時期の特別法)を恒常法・恒久法・平時法として定式化していることも付言しておこう。参照、牧野・同論文226頁以下。

蛇足だが、いわゆる福島第一・第二原子力発電所事故の被害者の損害賠償のために、原子力損害賠償紛争解決センターが昨年設立された。未曾有の事態に対応するためにこのような制度が——無論、第一には被災者にとって——有効に機能することが期待されるが、他方で、調停や仲裁が過去に有していた問題についても、その轍を踏まないためにも——たとえ今日において調停をはじめとしたADRに関する研究が遙かに進展しているとしても——、改めて認識をしておく必要性は決して低くはないだろう。

に存在しており、¹¹⁸⁾ それらの先行業績を踏まえながら、こうした方法論上の問題との関連性について、今後、検討を深めてみることにしたい。

実務レベルにおける方法論の実際を突き止めるという作業も、重要な課題である。前章で見た正木亮のほか、実務レベルにおける方法論が、無限解釈論と、どの点で・どの程度通底するかについて、精査を図る必要性は否定できない。現時点における卑見は、当時の実務における方法論と、牧野の無限解釈論との距離は、さほど遠いものではなかったものと解している。

ちなみに、ドイツとの関連で言えば、大変興味深いことに、「生きた法」(lebendes Recht) という観点から牧野とザウアーとを重ねて論じる見解が日本において存在するが、これについては特にザウアーの位置づけを含め、極めて慎重な議論が必要であることを指摘しておこう¹¹⁹⁾

第2の問題、即ち《なぜ戦時期の問題がこれまで不十分な形でしか取り扱われてきていなかったのか》について目を移そう。まず、悪法論議については、Ⅱ.で上述した2つの事実、即ち、《悪法論議以降に起きたハート vs. フラー論争が悪法論に関して持ったインパクト》と、《悪法論議に関する諸論稿が学会誌に何故か掲載されていない》ということが、その認知を妨げる2つの事実的障壁となっているものと言える。しかし、悪法論議に限らず、戦時期における方法論的問題一般に迫ることが回避されていることについては、別途、多角的な視点からの検討が行われなければならない。

これらの2つの課題の解明に際して、さらに、《来栖の見解が方法論史において果たした役割をもう一度考え直す》という課題も提起しておきたい。来栖

118) 参照、岡利郎「大正期における法体系の再編と新しい法学の登場——『社会政治』との関連で——」石井紫郎編『日本近代法史講義』(青林書院新社、1972年)特に204-207頁、川口由彦『近代日本の土地法観念 1920年代小作立法における土地支配権と法』(東京大学出版会、1990年)特に231頁以下(川口の研究は司法官僚の方法論という観点からも多くの示唆に富んでいる)、石部雅亮「歴史的比較法的考察の対象としての調停制度」同・松本博之編『法の実現と手続——日独シンポジウム——』(信山社、1993年)299-321頁。渡辺洋三も、目的論的解釈や法の一般条項の解釈と共に、調停もまた、国家機構を担う人間の価値判断により決められていく危険性について指摘している。参照、渡辺・前掲(注112)50-52頁(注7)。

についての数多くの先行業績は、私見によれば、来栖の理論を精確に、即ち来栖の当時実際に辿っていた思索の展開に即した形で把握する作業が、まだ十分には行われきれていない。また、ヴェスターマンについて述べた問題と同様のことが来栖にも当てはまる。即ち、来栖の戦時期の仕事も、方法論史の文脈において、その意義をもう一度再検討されなければならないであろう。それに止まらず、戦後の彼の見解もまた、もう一度考え直さなければならない。即ち、法解釈論争以前に、来栖は、まずは悪法の問題について取り組んでおり、それに際して——簡単ではあるものの——牧野の無限解釈論についても言及していたのであった¹²⁰⁾。そして、これに関する来栖の論文が、小林直樹に対して、悪法の問題に取り組むように刺激したのであった（このことに着目すると、来栖は、悪法論議についても火付け役であった、と理解することもできよう¹²¹⁾。誤解を回避するためにも、本稿の意図を明らかにしておきたい。私の意図は、法解釈論争の引き金になった来栖の見解自体を批判するということにあるのではない。そうではなく、法解釈論争にあまりにも重点を置きすぎてきた

119) 参照、米谷隆三「生きた法と生きた法学」一橋論叢 13 卷 3 号（1944 年）25-38 頁。米谷は、エールリッヒ（Eugen Ehrlich）とハインスハイマー（Karl Heinsheimer）とザウアーの三者における「生きた法」についての見解を扱い、日本では牧野の見解について論じる。難しいのは、ザウアーの位置づけである。米谷は、ザウアーを「ナチス法理の思想家でもあり又刑法の専門学者でもある。そして最も新しく『生きた法』と『生きた学問』（*lebendes Recht und lebende Wissenschaft*）を提唱してゐる」と述べる（米谷・同論文 33 頁）。しかし、ザウアー自身は、本文で上述したとおり、ナチ党員ではなく、米谷が検討の対象とするザウアーの論稿（Sauer, *Lebendes Recht und lebende Wissenschaft*, 1936）は、実は、ナチスによって禁書となっている（文献については注 95 を参照）。我が国の戦時期（および戦後）におけるザウアーの理解については、別途、腰を据えた検討が必要である。他の邦語文献を本稿の文脈に沿う形で幾つか挙げると：宮崎澄夫「ザウエル教授の訴訟法理論に就て」法学会誌 4 号（1931 年）16-22 頁・「同（二）」同 5 号（1932 年）12-21 頁、ザウワ（峯村訳）『法哲学序説』（勁草書房、1958 年）。ついでに付言しておく、米谷と宮崎（峯村も）は、日本諸学振興委員会に関与していたことが知られている。参照、宮崎「民事訴訟及調停の進路」日本諸学振興委員会研究報告 第七篇（法学）（1940 年）145-155 頁、米谷「制度理論と日本法の精神」同 233-240 頁、峯村「日本経済法の問題」日本諸学研究報告 第十四篇（法学）（1943 年）111-124 頁。日本諸学振興委員会については、参照、駒込武・川村肇・奈須恵子編『戦時下学問の統制と動員 日本諸学振興委員会の研究』（東京大学出版会、2011 年）、法学については 589-615 頁（友野清文執筆）。

120) 参照、来栖「法の解釈適用と法の遵守（二・完）」前掲（注 47）59-60 頁。

121) 参照、小林「悪法の理論（上）」法学協会雑誌 71 卷 3 号（1953 年）33-34 頁。

これまでの見方を見直す必要はないか。これが私の主張したいことである。法解釈論争で議論されてきたことや、それへの関心の展開は、方法論史の《表^{おもて}の歴史》として、多くの学者がそれに傾注し、大きな関心を寄せてきたという《事実》を示すものと言える。私が試みたいことは、そうした歴史の表はその《事実》として置いておき、しかし《その事実が方法論史において持つ意味》を相対化させ、悪法論議などの問題を本格的に取り扱うことである。

付言するに、来栖は、法解釈における法律の意味に関する研究に従事するにあたり、当初は、自由法論と並んで利益法学の重要性を扱うことを計画していた¹²²⁾日本における利益法学の（不）存在の問題を熟考する際には、この来栖の本来の計画に関する事実もきちんと踏まえる必要がある。

(2) 法律学方法論の問題としての悪法問題

本稿が拘る、特殊日本的な文脈において議論された悪法問題から、さらに方法論・法理論一般における大きな課題を導き出すことが可能である、と卑見は解する。古来より、悪法問題は、主に自然法論（悪法は法ではない）と法実証主義（悪法も法である）という対立において論じられてきた。そして、今日では、専ら《狭義の法哲学》において論じられている傾向が強い——そこでは、本稿が目した悪法論議や牧野の悪法論は等閑視されているものと診断せざるを得ない。しかし、狭義の法哲学の観点に止まらず、《悪法論が法律学方法論にも関連する》ということ、悪法論議が、そして牧野の悪法論・無限解釈論を集約したスローガンである「法に悪法なし」が、示してくれている。このスローガンが問題を孕んでいるとすれば——私は問題を孕むものだとして解している——、《裁判官についての解釈と発展的法形成の峻別》、そして《後者の場合にその明言と理由付けを義務づける》という方法論上の原則が、これに対し

122) 参照、来栖・前掲（注91）2-3頁。これに関する彼の当時のコンセプトは、(1)法と法源、(2)擬制の機能、(3)自由法学及び利益法学の意義という三部から構成されていた。しかし、来栖は以後、フィクション論の探究に集中していった。これについては、参照、広渡清吾「法的判断論の構図——法の解釈・適用とは何か——」社会科学研究 55 巻 2 号（2004 年）119-125 頁、拙稿・前掲（注86）161 頁注13。

て効果的であるものと言えよう¹²³⁾ このことによって、「不正な法も法でありうるが、正義要求——正義適合性の承認への要求——の真摯性の条件を欠くものはもはや法ではない」という命題を核心とする「正義への企てとしての法」概念に基づく見解¹²⁴⁾が、我が国が戦時期において抱えた深刻な問題に対し有効な対策を講じきれていないため、それに内包され得る——あるいは忍び込み得る——可能性が否定できないところの、牧野の無限解釈論と悪法論に対して、『法律の解釈の有限界性』と『限界を超える場合の適切な処方』を、方法論の領域から提示することが可能となる。ここにこそ、正義論を偏重し方法論を放逐する法哲学観が陥りうる危険に対する、今日における法律学方法論の意義が見出され得るのであり、また見出されなければならないのである。

[付記] 本稿は、国際法哲学社会哲学連合（IVR）第25回世界大会（於：フランクフルト大学）にて2011年8月19日に開催されたWorking Group 2（Methodology, Interpretation, Language, Hermeneutics）、Session 2aにおいて、「1953—ein Markstein der juristischen Methodenlehre in Japan und Deutschland—」の題目で行った報告と、本学にて同年10月22日に開催された、中・四国法政学会第52回大会の民事法部会において本稿と同じ題目で行った報告に基づいている。両報告に際して貴重なご批判・ご意見を賜った。記して感謝申し上げる。

本稿は、日本学術振興会科学研究費（研究活動スタート支援、課題番号：23830117）の助成を受けたものである。

123) Vgl. Rüthers, Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? —Hypothesen zu einer Diskussion, ZRP 2008, S. 49 u. 51.

124) 井上達夫「法理論の戦後の原点と現代的位相」UP 469号（2011年）6頁。井上は、同論文の冒頭において、「戦後日本の法学の原点をなす問題は、敗戦によって崩壊した過去の政治体制に、またその下での法学自体のあり方に対して、いかに向き合い、いかに自己を再定義するかであった」と述べ、この問題をめぐり2つの原理的な論争が闘わされたとして、「政治体制の根本原理に関わるのが『ノモス論争』であり、法学の方法論的基礎に関わるのが『科学としての法学』の可能性と限界に関する論争で、『法解釈論争』はその一部であった」とする。参照、同論文1頁。井上は同論文の末尾で、「戦後法哲学の原点には、いまなお探究し続けられるべき問題提起が含まれている」としているが（同論文6頁）、井上が同論稿で基礎としているところの、いわばその法哲学史観に対して、本稿は異論を提起するものである。