

## 《 研究ノート 》

## 我が国における法学研究モデルに関する一試論

齋藤 洋

はじめに

- 1 問題の所在—通有性の時代の法学研究—
  - (1) 問題認識の背景
  - (2) 法解釈の意味と論文・学説
  - (3) 方法の意味
  - (4) 4つの型の研究方法(手続)と日本の法学研究
  - (5) 規範科学の意味と仮説
- 2 類型別による科学的論証の可能性
  - (1) 広義の哲学型と技術型—方法(手続)として—
  - (2) 方法(手続)としての技術型
- 3 モデルの設定と方法として比較
  - (1) モデルの設定
  - (2) 方法としての比較
- 4 小括—結論と課題—

はじめに

本稿は、日本の法学研究および法学論文が通有性<sup>(1)</sup>を欠いているという認識に基づいて、通有性を持たせるための研究手続・手順のモデル、すなわち法学研究及び論文構成のひとつのモデルの試案を提示し、読者諸氏からの叱咤・教示等を受けることによって、当該モデルを修正・発展させ、今後の研究のた

---

(1) 通有性とは「特有でなく、一般の人・物に共通してある性質」である。新村出編『広辞苑(第5版)』(岩波書店、1998年)1768頁。なお、本稿では『広辞苑』を日本語(用語)の定義集と理解して用いている。

めの礎石にすることを目的としている。

## 1 問題の所在—通有性の時代の法学研究—

### (1) 問題認識の背景

法規範の存在は社会の存在を前提としている。その意味での国際法社会は、これまで、ポスト覇権システムと世界システム論を組み合わせることで認識可能と考えられてきた。簡略に言えば、国際関係論の代表的な現状認識の理論のひとつであるポスト覇権システムと世界システム論を用いると、特に第二次世界大戦後の国際法社会では、前者における先進国グループが後者における中心国（中心諸国）と重複しつつ、共同又は分担して国際公共財を拠出して、秩序維持・国益保持を図ろうとしていると認識できるということである。しかし、BRICs という資源と市場を併せ持つ空間的にも巨大な存在が台頭してくると、所謂中心国・準周辺国・周辺国という区分に大きな影響を及ぼし、中心国グループ（先進諸国グループ）の位置づけを変更しかねない状況を生み出すと推測される。その状況が、経済的・政治的側面に大きな変化を引き起こしつつあるとしても、第二次世界大戦後の国際法社会、特に冷戦終了後においては、国際法制度がこれまで以上に様々な変化を束ねる要になると予想できるとともに、別の見方をすれば、国際法形成過程における国益の確保という闘争が国際協力という形態で現れていると認識できる。例えば、国連海洋法条約の審議過程における海洋先進国と他の国家との衝突、世界貿易機関（WTO）の設立と事後に加入を認められた発展途上国、宇宙開発先進国による宇宙基地協定の締結と事後の開放化などがその典型である<sup>(2)</sup>。これは第二次世界大戦後の国際法社会が、いわゆる侵略戦争違法観と民主主義の確立という二本柱を支えとした

---

(2) See, Hiroshi SAITOH, "Chapter 2: International Trade Regulation", in Kunihiko TATSUZAWA, ed., *The Law of International Relations*, (Maruzen, 1997), pp.315-340. 龍澤邦彦『宇宙法システム』（丸善ブライネット、2000年）157-166頁。拙稿「宇宙開発とグローバリゼーション」藤田ほか編『航空宇宙法の新展開』（八千代出版、2005年）423-436頁。一方で、「世界の無極化」という認識を示す者もいる。小林宏晨「アダム・ロバーツの理解する冷戦後の世界構造」防衛法学会『防衛法研究』第34巻（2010年）209-226頁。

構成・運営を目指していることに依拠していると考えられるからである<sup>(3)</sup>。その中で成立した国際法制度を遵守することによって社会秩序・法秩序を維持しているのが現代国際法社会と云えるであろう。

この潮流の中で、特に国際経済関係が緊密化し国際協力と経済的利益が密接に結びついた分野において、相互依存関係がより一層深くなると、条約内容と関連する内容を有する国内法の解釈・運用において、あるいは相互に法の欠缺状態にある場合に、国際法と国内法とが相互補完関係<sup>(4)</sup>になり、また特に国際人権法分野に関連して「国際法適合的解釈」が多くなると考えられ<sup>(5)</sup>、さらに、「知的財産権分野の TRIPs 協定に見られたように、私権の内容のみならず、裁判所や（水際規制の場合の）行政による法・権利の執行、権利保護水準にもハーモニゼーションが要請されると、『国家主権』の旗の下に、『城内平

- 
- (3) 侵略戦争違法観については、大沼昭昭『戦争責任論序説—「平和に対する罪」の形成過程におけるイデオロギー性と拘束性—』（東京大学出版会、一九七五年）に多く依拠している。また次も参照のこと。吉田裕『日本人の戦争観—戦後史の中の変容—』（岩波書店、2001年）。一方、シエルドン・グリユック『戦争犯罪の法理』横田喜三郎訳（逍遙書院、1948年）は「この書物は、連合国最高司令部によって、とくに翻訳を許された最初の100冊〔筆者が原文の漢数字をアラビア数字に変換した〕のうちの一冊である。」（訳者「はしがき」より）といい、その内容がまさに米国の代弁であるという点で、大沼『戦争責任論序説』と対極にあるものと考えられるが、筆者はその実証性から大沼教授の研究に依拠するものである。
- (4) 拙稿「国際法と国内法との関係—相互補完関係説の構築をめざして—」憲法学会『憲法研究』第32号（2000年）115-127頁。同「条約の間接適用の意義—国際法と国内法の関係に関する若干の覚書—」東洋大学法学会『東洋法学』第49巻第1号（2005年）51-66頁。拙稿「（第9章）現代国際法社会における国際法と国内法」拙書『戦後日本の課題と検討』（虹有社、2009年）195-216頁（本書は、上記2拙稿を合わせて加筆修正を施して再録したものである）。ここに云う相互補完関係とは、国内法において法の欠缺が生じている場合で、かつ国際法に当該分野の法規範が存在する場合は、国内法として当該国際法を適用するという関係であり、また一定分野の国内法が国家間の合意を背景にして国際法規範となることを意味している。後者は例えば宇宙基地協定における三段階の法構造のように既に現実化しているが、前者については、各国の憲法規定によってその形態が異なってくるといえよう。
- (5) 小林友彦「『国際法と国内法の関係』を論じる意義—日本の学説の展開過程に照らして—」東京大学社会科学研究所『社会科学研究』第54巻5号（2003年）85頁、「合致の推定」でもある（同94頁）。等位理論にも言及しつつ具体的な問題を扱うものとして、山本草二「海上執行をめぐる国際法と国内法の相互関係」山本草二編『海上保安法制』（三省堂、2009年）3-25頁がある。

和』を享受してきた、国内公法諸分野も変容を免れがたいことになる<sup>(6)</sup>』という指摘からも、法解釈が単に国内的な局面だけに通用するものではなくなり、そこに用いられる論理もしくは理論は国際的にも通有性を持たなければならない場合が増加すると推測できる。この考え方は、田中耕太郎『世界法の理論』<sup>(7)</sup>のいう、民族や社会が伝統的に保持してきた価値観等にあまり左右されない経済分野における法の世界共通化にともなって、各国民の生活にも徐々に共通性が生れ、それを土台にしてそれぞれの社会や国民の保持する価値観等にも共通性が醸成されてくるので、その表出たる（国内）法規範にも世界共通性が発生し、その段階に至っては世界法などをあえて作らずとも共通の内容を有する国内法による社会の統治が可能になるという発想と共通し、徐々にではあるが現実化しつつあることを示しているものと考えられる。このことは、日本だけでなく他の諸国にとっても同様であると推測できるゆえに、各国の法解釈にも共通して通有性が求められるようになると考えられる。

しかるにこれまで高い評価を受けた多数の法学研究論文がわが国において著されてきたが、それらの中で外国の論文や研究書に引用・参照されたものは非常に少数であり、一般的にいえば、わが国の法学論文は世界的な通有性を有するとは言い難いと云えるのではないだろうか。その理由を日本語という言語の非世界性に求める見解もあり、それが一定の正当性を有していることは事実であろう。しかし、現代の世界各国には、日本法研究センターあるいはそれに類似した機能を有する組織が存在しており、また邦人研究者の中にも留学等を経験して英語を始めとする諸外国語に堪能な者も多いゆえに、彼らを通して優れた日本の法学研究論文が、直接あるいは間接に、世界に紹介される可能性は十

---

(6) 齋藤誠「国際法の国内法化と海上保安法制の整備—国内法の視点から—」山本編、同書、408頁。この状況は、国際法の転換として、「国内システムと国際システムの、増大する相互浸透などとして特徴づけられている」と述べられてもいる（城戸正彦「国際法の拘束性—コウの論文の紹介」『松山大学論集』第15巻第4号（2003年）9頁）。

(7) 田中耕太郎『世界法の理論』全3巻（岩波書店、1950年）。またミルキヌ＝ゲツェヴィチ『憲法の国際化—国際憲法の比較法的考察—』小田滋・樋口陽一共訳（有信堂、1980年）も同一範疇に属するといえよう。

分にあるものと推察でき、また、わが国から国際司法裁判所の判事なども選出されて久しいことなどから、わが国の法学研究のレベルは、謙虚に表現しても、決して世界水準に劣るものではないと考えられる。それにも拘らず、わが国の法学研究論文、換言すれば法学説が、諸外国一特に欧米諸国一で引用されたり、まして影響を与えているとは言えない現状の原因は、何処にあるのだろうか<sup>(8)</sup>。

この問題は、従来から多くの法学研究者たちの意識の中に潜在していたと考えられるが、それに対する明確な解答が求められていないまま、わが国の大学院教育における徒弟的指導を通して、研究者が育成されてきたといえよう。筆者はその原因を、研究方法の未確立化あるいは規範科学としての法学研究における科学性の未確立化にあると推測する。つまり一般的に言うならば、研究者を養成すべき大学院（法学研究科）において、徒弟的指導方法とも呼ぶべき今日でも変わらない状況が継続しており、そこには明確な研究方法の教育が不在であるということである。

そこで、わが国の大学院（法学研究科）で研究者として教育を受けたものが論文を執筆するために外国文献を用いる場合、「何を参考・引用しているのか」、換言すれば「何が参考・引用されているのか」という点から再考しなければならないと考えられる。

---

(8) 筆者の経験をひとつの事実として書くならば、2009年度にボローニャ大学の Antonio Cicu 法学研究所に客員研究員として赴任したおり、日本の学会誌に査読を通過して掲載された拙稿に若干の加筆修正を施し全文伊訳して、フィレンツェ大学発行の *La rivista del diritto internazionale* に自由投稿した結果、不掲載となった。その理由は、「非常に興味深い内容であるが、伊語の表現に不備がある」という趣旨であったが（伊人研究者のチェックを全く受けずに自らの伊訳を *la prova*（試み）として投稿したことにも原因があるが）、同誌に掲載された他の論文と比較しながらその原因をより深く考えた結果、彼我の研究（論文）の構成要素に相違があるのではないかと考えたことも、本稿の直接的な契機となっている。先方からの依頼なしに、あるいは知人の紹介などなしに、全くの自由な投稿を試みた研究者には同様の経験をした者も多くいるものと推測できよう。

## （２）法解釈の意味と論文・学説

法解釈とは、条文や用語の意味を明確にすることを意味する。例えば条約の解釈に関しては「条約法に関するウィーン条約」（1980年発効）が、「国家間の紛争がしばしば条約の文言の解釈の相違から生じることは歴史の示すところであり、国際法上、解釈に関する最小限度の基準を設けることが、これまで望まれてきた<sup>(9)</sup>」ので、「条約解釈の一般原則および補助的手段を三つの条文に定式化し<sup>(10)</sup>」たのであり、第31条、第32条、第33条が定められた。特に第31条では「解釈に関する一般的な規則」、第32条では「解釈の補足的な手段」が定められているが、それらは、条約の解釈を如何にして明確にするかという結果、定められた内容であり、通常の国内法解釈とさほど変わるところがない。しかし本稿は、それで十分に解決できない場合を想定している。その様な問題に係る研究は、二つの法的思考のなかのひとつで、様々な目的をもった学説という形態で提示されることが多いといえよう。すなわち、所謂法的思考として法的三段論法というものが取り上げられるが、もう少し詳細に考えると、何故法的三段論法が必要かという問いになる。法学部は本来、裁判官養成を主務としていたことから、判決文を書く際の思考と書き方を意味すると考えられ、それは次のような流れとして示すことができる（下記の最後の結論を文章の最初に主文として書いたものが判決文である）。

生の事実⇒適用法規⇒法律上の事実⇒解釈問題の発生⇒（下段へ）

学説・判例の検討⇒法律上の事実への当てはめ⇒結論（主文）

これが第一の法的思考であり、法論理という者もある。大学の定期試験問題の解答方法—この中の一部分あるいはより大雑把にまとめたものが法的三段論法と云われている—でもある。このなかで学説・判例の検討の部分で法解釈が行なわれ、法解釈学の論文は当該部分に関するものとなるゆえに、法学論文と

(9) 小川芳彦『条約法の理論』（東信堂、1989年）23頁。

(10) 同書、同頁。同条約ではその他に、条約の不遡及（第28条）、条約の適用地域（第29条）、同一事項に関する相前後する条約の適用（第30条）についても定めている。

は学説の検討と構築を主たる目的としたものであり、いわば法学論文=学説という関係になる(勿論学術的な論文はここにいる学説の構築を目的としたものばかりではないことは後述する)。

それでは、一般に研究者は学説のどの部分を参考をしているのか、換言すれば、学説(論文)のどの部分に通有性を見出すのかは、まさに論文の作成方法、すなわち学説構築方法の問題でもある。これは「論文の書き方」ではなく「研究の仕方」つまり「方法」といえる。

### (3) 方法の意味

方法という語の表す意味は、方法という語の定義でもある故に、それを明らかにするには、論理学の形式的定義理論を用いるのが最も適していると考えられる。その内容を簡略的に表すならば、次のようになろう<sup>(11)</sup>。

擬似定義を参考にしながら真正な定義を行なうのである。言い換えれば「真正な定義」が最終目標であり、擬似定義は最終目標への過程である。その過程においては、「記号説明」(意味分析)と「事物説明」(経験分析)が用いられ、「明示的・内包的定義」を「最近類と種差」に基づいて試み、最終的に「真正な定義」に至るというものである。

ここにいう「擬似定義」とは真理値を持つ、すなわち真の場合もあれば偽の場合もあるが、「真正な定義」は、記号/言語の用法についての約束または決定であり、ゆえに真理値を持たない。また「記号説明」とは当該記号/言語がどのように用いられているか、用法の分析であり、「事物説明」とは当該対象がどのような性質を有するか、性質の分析である。そして「明示的・内包的定

---

(11) 近代論理学における定義理論に関しては大抵の論理学の書籍に記載されている。論理学には伝統的形式論理学や記号論理学、弁証法的論理学などがあり、後二者は数学的な考え方、哲学的議論があり非常に複雑になる(仲本章夫『論理学入門』創風社、2001年、13-16頁)。また当該定義理論については、大田莞爾『論理学概論〔増補版〕』(昭和堂、2000年)、加藤新平『法哲学概論』(有斐閣、1983年)、田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年)による。特に近代論理学における定義理論の法学への応用として、碧海純一『法哲学概論〔全訂第1版〕』(弘文堂、1983年)43-52頁があり、本稿はそれに依拠した。

義」とは共通する諸性質を明示することで集合を定義するというものであり、その反対が「外延的定義」すなわち列挙による定義である。定義について一般的には、明示的・内包的定義がよいとされているが、場合によっては列挙式による外延的定義が必要な場合もあろう。ここで重要なことは、真正な定義は決定であるということである。もちろんこの決定に至る過程では擬似定義の段階があるので、やみくもな単なる思いつきによる決定ではなく、それなりの理由付けと説得力を必要とする。

そこで方法という語についてみると、方法とは「しかた。てだて。目的を達成するための手段。または、そのための計画的措置。」、特に哲学では「認識目的を果たすために思考活動のよるべき方式。思考対象の扱い方。」と定義されている<sup>(12)</sup>。この定義は定義理論でいう記号説明に該当し、そこには二種類の定義が併存していることが分かる。第一が、方法という意味を極めて技術的なものとして捉えて、一種の取扱説明書あるいは手続・手順とするものであり、第二が、認識のための思考方式といえよう。

それでは、事物説明ではどのように把握されているのであろうか。これまでの文献の内容から<sup>(13)</sup>、以下の様に、4つの型（哲学型、紹介型、啓蒙型、技術型）に分類できると考えられる。

①哲学型：多くの論考がこれに該当する<sup>(14)</sup>。特に小林直樹「憲法学の課題と

(12) 前掲注 5、『広辞苑（第 5 版）』2441 頁。

(13) 例えば「方法」と「法」または「法学」という用語で国立情報学研究所のサイニー (Cinii) を用いて検索すると、延約 380 件の文献が表示されるが (2010 年 12 月時点)、それらの中には内容の重複しているもの、連載のものがあり、実数は少ないと予想できる。その一方で、書籍の中に収録されている論文にも「〇〇学研究方法」や「〇〇法学の方法論」と云ったものがあり、それらを加えたとおよそ 400 件は該当する文献があるものと考えられる。しかし本稿執筆時点では、入手困難なものを含めすべてを網羅することができなかったが、主要な紀要等に掲載されたものを基礎にしていることを付記する。なお本稿は、日本における研究に関することなので、日本人研究者の執筆した文献を念頭に置き、それらに依拠するものである。

(14) 小林直樹「憲法学の課題と対象—憲法学方法論序説—」『法学協会雑誌』第 110 巻第 8 号 (1993 年) 1075-1172 頁。そのほかには上田勝美「憲法学方法論の現代的課題—歴史的客観主義の確立に向けて—」上野裕久教授退官記念『憲法の科学的考察』（法律文化社、1985 年）1-29 頁では、憲法学方法論の論争略史から社会科学としての憲法学などの流れを論じている。

対象—憲法学方法論序説—」は社会科学全般の大きな流れを意識したうえで、法あるいは法規範の認識を試みつつ、独自の憲法学の分類を行なっている非常に有意義な文献であるが、そこからは具体的な論文構成(学説作成)を見出すことはできない。いわば法解釈学の前提たる法認識部分に該当すると考えられる。

- ②紹介型：内外の論文の紹介を中心にした論稿<sup>(15)</sup>。諸外国の研究書に書かれている方法論に関する文献を紹介しながら、あるいはそれらに依拠しながら方法論を記述しているが、紹介あるいは依拠している文献自体が哲学型—法認識を目的とする—である場合が多く、論文構成についての言及はなされていない。そのほかは、敬愛する研究者あるいは恩師の研究について論述したものもあるが、学説構築に関しては具体的な方法が記述されていない。
- ③啓蒙型：外国の諸文献の紹介を兼ねつつ、主に法の認識に関する学説史、あるいはあるべき姿などについて論及する場合が多い<sup>(16)</sup>。しかし、当該分

(15) 神田博司「法学における類型—法学方法論に関する一考察—」『上智法学論集』第8巻第2号(1964年)121-145頁。ホセ・ヨンバルト「法解釈と法哲学の問題としての法概念—フランツ・ビトリンスキの『法的方法論と法概念』を読んで—」(書評)『上智法学論集』第27巻第2号(1984年)219-230頁。篠原巖「憲法解釈方法論の理論的枠組について」名古屋大学『法政論集』第109号(1986年)45-63頁。瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」『北大法学論集』第41巻5・6号(1991年)2439-2471頁。田畑忍編『佐々木憲法学の研究』(法律文化社、1975年)。武川真固「影山日出彌の憲法理論の検討(1)—科学的憲法学の遺産とその課題—」『高田短期大学紀要』第27号(2009年3月)23-36頁、同「(2)」同紀要第28号(2010年3月)17-28頁。城戸正彦「国際法の拘束性—コウの多国間法過程論」『松山大学論集』第17巻第1号(2005年)85-103頁。前掲注6、同「国際法の拘束性—コウ論文の紹介」5-23頁。その他多数。

(16) 小林昭三『憲法学の方法』(北樹出版、1994年)。庄司真理子「国際関係法学の方法論に関する一考察(上)」『千葉敬愛短期大学紀要』第18号(1996年)17-31頁、同「国際関係法学の方法論に関する一試論」『敬愛大学国際研究』第3号(1999年)145-173頁。深津栄一「最近における国際法学の動向について」『国際法外交雑誌』第62巻第2号(昭和38年)30-32頁。阿久沢英男「国際法の方法論について」『防衛大学校紀要』第26輯(1973年)665-670頁。宮沢俊義「法律学における学説」(有斐閣、1995年)(哲学型でもある)。小田滋「最近における国際法學説の理論構造に関する一考察」『國家學會雜誌』第64巻第1号(1951年)55-87頁。永井憲一「憲法学の方法と課題」愛知学院大学論叢『法学研究』第48巻第3号(2007年)187-195頁。その他多数。

野全体の潮流などを概観する場合には非常に有用である。

- ④技術型：研究を行なうため、あるいは論文を執筆するための技術が中心となっており、それほど多くの文献は見当たらない<sup>(17)</sup>。この型は、記号説明の中の「目的を達成するための手段。または、そのための計画的措置。」という技術あるいは手続・手順を中心としている。

#### (4) 4つの型の研究方法(手続)と日本的法学研究

4つの型の中で、①哲学型、②紹介型、③啓蒙型に属する多くは、その大本を外国文献あるいは特定者に依拠している点で基本的には同類になり、哲学型(広義)といってよいと考えられる。これは法の認識については優れているが、法解釈に直接言及したものは現段階では見出されない。

これらと法解釈の論文とを比べると、所謂法哲学と法解釈学との乖離があると考えられる。法哲学は法の認識や法の機能を問題の中心に置くが、法解釈学では具体的な条文や用語の意味の明確化を中心に置く。この両者が直接結びついた、あるいはこの点を明確に言及しつつ法解釈を展開している法解釈の論文(学説)は提示されていないと思われる。これは他国でも同様であろう。少し古くなるがクヌート・イルムは次のように言う。

「私見によれば、裁判官と法学研究者とは、全く異なった仕事を持つと主張する現代北欧〔1968年〕の理論家たちの考え方は間違っている<sup>(18)</sup>」。つまり「裁判所の仕事においては、論理と一貫性が優先されるべきであるとするならば、法を司る人々は、法理論の支えなしに彼らの仕事を十分に成就することができないことになる。法学研究者も裁判官も共に、そうした法律上のルール

---

(17) M・デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』深瀬忠一・樋口陽一訳(勁草書房、1968年)。木村敦志・道垣内弘人・森田宏樹・山本敬三『民法研究ハンドブック』(有斐閣、2005年、初版第2刷)。Olivier Corten, *Méthodologie du droit international public*, (Université de Bruxelles, 2009)によれば、方法論とは「獲得された知識の合理的使用を促進することを目的とする」(12頁)ものである。

(18) クヌート・イルム「法学方法論と法的推論に関する若干の考察」出水忠勝訳『名城法学』第48巻第3号(1999年)203頁。引用文中の〔 〕は筆者による挿入。

の内容や正確な意味を明らかにするという仕事を持つ。両者の仕事が相俟って法律家の運用すべき観念や原則の範囲を纏め上げるのである<sup>(19)</sup>」。

上記引用文の「…間違っている」という記述に端的に表れているが、これは現実に対する反対もしくは非肯定を意味している表現なので、そこから、他国においても所謂法哲学（法学者）と法解釈（裁判官）との仕事が直接的な関係になっていないということが推論できる。そうであれば、いわゆる規範科学としての法学（法律学）は世界共通の問題を抱えているといえる。しかし特にヨーロッパの法学界では、哲学から発して法の分野に到達して法（哲）学を構築するという伝統も継続しており、例えば、法的推論に「目的」を考慮に入れた議論を展開するという思考法を「自由法運動」がもたらした<sup>(20)</sup>、というように、長期的視野に立てば法解釈学にも影響を及ぼしている。

しかし日本の法学は、欧米と同様のものである必要はないと考える。学問・学術も人間の所業であるならば、その所与の条件もしくは環境、すなわち社会・文化などの相違によって、学問・学術も異なってよいはずである。明治（1868年）から今日（2011年）に至るまで約1世紀半（143年）経過しており、そろそろ日本的法学、日本的規範科学が醸成されてもよいのではないだろうか<sup>(21)</sup>。しかし法学である限りは、基本的にはヨーロッパ発の法学と共通であることは間違いない。あえて日本的という部分を考えるならば、「日本的法学研究方法」になるのではないだろうか。つまり、すべてが法解釈学に収斂されるということである。法哲学や法社会学、あるいは国際関係論や歴史学など全てを規範科学である法学に収斂させて成立する法解釈学である。田畑忍編『佐々木憲法学の研究』には次のような記述がある。

「鈴木安蔵教授が『わが憲法学 [わが国の憲法学] が主として憲法典解釈学という内容のものであった伝統は、日本国憲法の制定以後においても、なお根強く残っている』[鈴木安蔵『憲法学原論』47頁]と主張しているごとく、憲

(19) 同論文、同頁。

(20) 同論文、211-212頁。

(21) 前掲注15、小林昭三『憲法学の方法』からは多くの教示を受けた。

法学（広義）の部門の中で憲法解釈学に特に力がそそがれたものであったことは、否定し得ない<sup>(22)</sup>」（〔 〕は筆者による挿入）。

また近年でも、「周知のように、我が国の憲法学の世界では憲法学の方法としては憲法解釈学が主流であり、それ以外の憲法哲学、憲法思想、憲法史、憲法社会学、憲法政策学、比較憲法学および憲法政治学などの分野ないし接近法はきわめて研究者の少ない傍流に位置する。それどころか、憲法学＝憲法解釈学であり、憲法解釈学以外は憲法学ではなく<sup>(23)</sup>」、「このような憲法学認識は、当然のことながら憲法が法学の分野の一部門であり、法学＝法解釈学といった一般的な認識に由来するものであろう<sup>(24)</sup>。」と云われていることから、わが国の法学研究の特徴かつ中心が法解釈学にあるといっても間違いではないであろう。ただし、前者においては法解釈以外の分野との関連性については言及されていない点が、時代的な環境・条件の反映であり、後者は上記の分類で言うならば啓蒙型に属すると考えられる<sup>(25)</sup>。

### （5）規範科学の意味と仮説

法学（法律学）は規範科学といわれている。規範科学とは、「対象としての事実を記述する経験科学に対し、対象がいかにあるべきかという当為を問題とし、またその基準としての価値・規範を考える学問<sup>(26)</sup>。」である。この規範という部分に法が当てはまるが、科学という部分の意味することは何か。科学とは一般に「体系的であり、経験的に実証可能な知識。狭義では自然科学と同義<sup>(27)</sup>。」であるが、非自然科学の分野では実証可能性は極めて低いゆえに、論

(22) 前掲注 14、田畑忍編『佐々木憲法学の研究』263-264頁。

(23) 東裕「新立憲主義：憲法工学・憲法政治学—立憲主義の普遍性と固有性をめぐる方法論的考察—」憲法学会設立五十周年記念論文編集委員会『憲法における普遍性と固有性』憲法学会五十周年記念論文集（成文堂、2010年）446頁。

(24) 同論文、同頁。

(25) 当該論文は、法解釈の具体的方法の提示を目的として著されたわけではないことは、明記されている。

(26) 前掲注 5、『広辞苑（第5版）』663頁。

(27) 同書、457頁。

証できる理論又は論理が規範科学を含む社会科学の科学部分に該当すると考えられる。

通常の法学研究(論文)は、ここにいう当為を問題にして論じられることが多いが、その当為問題はどのように導き出され得るのだろうか。様々な現実、経験あるいは事実—法律や判決文も一つの事実—から仮問題(問題になりそうな事柄)を発見し、それが本当に問題になるのか否かを調べ、問題として認識できたならばどうすべきか(当為)を考えることになる。この前者は当該仮問題の存在を説明できるか否かという視点で行なわれ、後者は解決という視点で行なわれる。この両者の間には、存在の説明が不可能で当為の問題に移行する場合と、可能であっても当為の問題に移行する場合とがある。後者の例としては、航空機事故調査委員会がある。関係法令を用いると当該委員会の設置を整合的・合法的に説明できる。しかしその実態に即した場合、搭乗者の遺族側は、政府関係者と企業の関係者から構成される当該委員会の委員ではなく、ほぼ唯一かつ重要な証拠となるボイス・レコーダーの回収と分析も遺族の参加できない当該委員会の業務となっており、そこに存在の説明が可能であっても論ずべき問題を見出すことができる、という場合である<sup>(28)</sup>。そして、それぞれの場合において目的を論証できる理論又は論理を必要とする。このため、法学論文、すなわち法学説では、存在の研究と当為の研究に「科学的」論証を組み合わせた全体構成が必要であると考えられる。またここにいう存在の研究と当為の研究は、宮沢俊義『法律学における学説』における科学学説と解釈学説<sup>(29)</sup>の区分におおよそ当てはまるものである。ただし、当該書では学説を、それぞ

(28) 坂本昭雄・三好晋『新国際航空法』(有信堂、1999年)153-169頁と山本善明『日本航空事故処理担当』(講談社、2001年)を合わせて読むことによって、あるいは実態調査で浮かび上がってくる問題である。前者で法規定に基づく説明が理解でき、後者で実態が理解できるからである。

(29) 宮沢俊義『法律学における学説』(有斐閣、1995年)のなかの「学説というもの」(87-99頁)では科学学説と解釈学説という名称が用いられており、「法律学における『学説』—それを『公定』するということの意味—」(65-85頁)では理論的な「学説」と解釈論的な「学説」と表現されているが、両者は同じ内容を意味している。前者は自然現象の認識のための学説と同様に「社会の現実において存在する法の認識」(79頁)に関するものであり、後者は「法の解釈に関する提言」(70頁)あるいは「法の創造に関する提言」(75頁)であるという。

れの性質に基づいて科学学説と解釈学説に二分しているが、本稿では、両者を段階的に組み合わせるとする方法を提示するものである。

## 2 類型別による科学的論証の可能性

### (1) 広義の哲学型と技術型—方法（手続）として—

法学説（法学論文）を作成するには、研究方法（手続）が必要である。ここにいる方法（手続）とは、実際に当該方法に基づけば法学説（法学論文）を作成できるもの、あるいはそれに寄与するものでなければならない。その過程には、いわゆる科学的論証を可能とする要素が含まれていなければならない。この科学的という点で、デュヴェルジェ『社会科学の諸方法<sup>(30)</sup>』の示した方法は非常に重要であり有益と考えられる。そこで哲学型（広義）と技術型とを、当該方法の使用可能性という基準で比較すると、後者（技術型）のほうに有効性が見出される。

前者（広義の哲学型）について、その代表の一人といえるケルゼン（Hans Kelsen）を例に考えると、「法の本質を求めて歩いていった<sup>(31)</sup>」ケルゼンにとって、「規制されるべき现实生活の内容を顧慮するのはむしろ『法』であって、決して『法学』ではない。法学は法概念を創るのであって、法を創るのではない。それはあたかも、幾何学が物体形成術でないように、法律学も法律創造術ではないからである<sup>(32)</sup>。」という。換言するなら、「法と法学との関係には自然と自然科学の判断とがそのまま対応する。法学が自己にとって所与となる法律・行政行為・判決等の非論理的素材より一個の統一的体系を構成するのは、自然科学が自己の所与たる非論理的な感覺的素材より一個の体系を構成するのと何ら変わりはない<sup>(33)</sup>。」のであり、「法とは、法学によって構成される感覺に

(30) 前掲注16、M・デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』。ここでは第1部で観察の諸技術、例えば資料の分析方法や内容分析の技術、質問の諸方法、面接、テストや参与的観察が示され、第2部では体系的分析として、分類ないし類型学、理論と仮説、比較の方法、数学的技術などが説明されており、まさに研究の自然科学的技術といえよう。

(31) 高橋広次『ケルゼン法学の方法と構造』（九州大学出版会、1996年）102頁。

(32) 同書、104頁。

比すべき非論理的素材に他ならないのだから、法の内にそのような概念契機を挿入することは、法学の命題からの剽窃に他ならない。なぜなら法規という概念形式はどこまでも法という素材の内に存せず、法学の論理がはじめて素材に統一性を付与するために構成したものである<sup>(34)</sup>。」ので、『法の判断』とは不可能であり、『法学の判断』しか成立しえない<sup>(35)</sup>。」ということになる。つまり法の認識のためであり、何が法であるか、法はいかにあるかという問題に答えることがケルゼンの眼目であった<sup>(36)</sup>。

そこで例えばケルゼン流に、日本国憲法第9条第1項「…国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。」を考えると、本規定を政治的・価値判断的に解釈することはできず、ゆえに当該規定を無視した政治主導の解釈は許されないという点では納得できる。しかし政治的・価値判断的なことを除いた場合、当該条文や用語をどのように解釈すればよいかは、示されていない。例えば「国際紛争」という用語の解釈を、定義理論に基づくのか、歴史学に基づくのか、社会学的調査に基づくのか、(価値を含む体系であるが)教会法に基づくのか、といった問題については解答していないと考えられる。このことは国内法のみならず、国連憲章第51条の「if armed attack occurs」(邦訳:「武力攻撃が発生した場合は」)の解釈においても、「occurs」(邦訳:「発生した」)の意味を近未来も含めて解釈するのか否か、含めるとすれば時間の長さや事態発生判断について、政治的・価値判断的ではないとしたならば、どの様に解釈するのも示されていない<sup>(37)</sup>。

従って、哲学型の代表の一人と考えられるケルゼンにおいては、法解釈を行うときの立場ないし大枠は示されているが、実際の用語自体の詳細な法解釈の段階になると、彼の範疇に入っておらず、その意味で法解釈学に直接使用することはできないといえよう。これは一例ではあるが、そこから類推されるの

---

(33) 同書、242頁。

(34) 同書、同頁。

(35) 同書、同頁。

(36) 前掲注15、小林昭三『憲法学の方法』62-63頁。

は、哲学型は一般に、デュヴェルジェの示した技術をその論理過程の中で用いることは、非常に困難であると考えられることである。

一方、方法の意味を「しかた。てだて。目的を達成するための手段。または、そのための計画的措置。」すなわち一種の手続あるいは手順と解したならば、デュヴェルジェの示した技術は其中でこそ有意義となるのではないだろうか。そしてまた、手続・手順であるからには、それに従えば誰でもが一定レベルの作品（研究論文）を作成することができるものでなければならない。その意味では、法学研究（法学論文）の実行（作成）および科学的論証のためには、デュヴェルジェの示した方法が技術であるゆえに、広義の哲学型よりも、一種の手続あるいは手順としての性質を有する技術型におけるほうが、遥かに有効であると考えられる。

## （２）方法（手続）としての技術型

技術型には、現段階では二種類ある。第一が個別の技術を教示したものであり、デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』が該当し、第二は、研究（論文作成）方法を教示したものであり、木村敦志・道垣内弘人・森田宏樹・山本敬三『民法研究ハンドブック<sup>(38)</sup>』が代表といえよう。

前者（『社会科学の諸方法』）では、「科学とはそれがあべきところのものでなくあるところのものを研究するが故に、実証的とされる。実証的と非実証的なものとの区別は、あることとあべきこととの区別である。実証的現象の

(37) 自衛権については、横田喜三郎『自衛権』（有斐閣、1978年）や筒井若水『自衛権—新世紀への視点—』（有斐閣、1983年）などがある。また近年では森肇志『自衛権の基層—国連憲章に至る歴史的展開—』（東京大学出版会、2009年）があり、学説としては制限的解釈説と許容的解釈説が対立したままの状態が続いている（4-5頁、17-18頁）と指摘されている。アッティラ・タンツィ（ポローニャ大学教授）も正当な事前防衛（*la legittima difesa preventiva*）の問題を取り上げ、いくつかの歴史上の事例を示しつつも、「国際法は、当該問題に対する十分に満足のゆく回答を提示していない。」と指摘している。Attila Tanzi, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Seconda edizione, (Cedam, 2006), pp.461-466. 上記引用文は466頁。

(38) 前掲注16、木村敦志・道垣内弘人・森田宏樹・山本敬三『民法研究ハンドブック』（有斐閣、2005年、初版第2刷）。

観念には『価値』の観念が対立する<sup>(39)</sup>。そして価値の観念とは「一つの立場を執るという観念である<sup>(40)</sup>」。しかし価値判断の非実証性について「この判断においてはっきりしておくべきことは、判断のよってたつ基準が実証的ではないということである<sup>(41)</sup>」。この記述から同書は、科学という意味を可能な限りいわゆる自然科学に近いものとして使用していることが分かる。

同時に同書は法学を規範科学として、「社会生活において遵守されるべき規則（規範）を研究する点で、社会における生活が実際上いかに展開されているかを分析する他の社会科学から区別される<sup>(42)</sup>。」とし、この規範科学の中で、固有の価値やその善悪を知ろうともせず、「ただその作成様式、その適用度、その進化その他を明らかにすることを試みるだけの、研究をするものであるとするならば、実証的社会科学を行うことになる<sup>(43)</sup>。」ので規範科学の範疇ではないという。しかし先験的な価値概念によって善悪や正不正という性格を規定する立場をとるならば、それは科学者の仕事ではないので、法学は尊敬すべき分科ではあるが、科学的な分科とは言えないともいう。では同書では法学は「科学」ではないのであろうか。

この問いかけに同書は、「価値それ自体事実と考えることにより実証的に研究することが可能である<sup>(44)</sup>。」という。つまり、ある価値の存在を実証的事実としてとらえるだけであり、評価の立場をとるわけではないことによって、実証的な「科学」の範疇に価値の問題を埋め込もうとしているといえよう。だが実際には研究者も人間であることによって「このような実証的態度を執ることのむつかしいことを、隠してはならない<sup>(45)</sup>。」ということも認めている。そして最後に、「もっとも誠実な態度というのはおそらく、一方では科学的分析と

---

(39) 前掲注 16、M・デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』31-32頁。

(40) 同書、32頁。

(41) 同書、同頁。

(42) 同書、33頁。

(43) 同書、34頁。

(44) 同書、同頁。

(45) 同書、35頁。

その当為的立場とを最大限分離することに留意しつつ、他方、後者を誠実に表明し、いわば『色合いを明らかにする』ことによって、第三者からみて社会学者が免れえない『個人的な変数の係数』を考慮できるようにすることであろう<sup>(46)</sup>。』という。つまり先述の言葉を使えば個々の価値観や人生観・世界観などを明示することで、第三者が当該見解の理解に際して当該観を「変数」として考慮できるようにすることによって軌道修正を可能にする、ということではないだろうか。念押しになるが、同書では「科学それ自体は善であるか悪であるかについて判断することはできない。科学はあるところのものから、あるべきところのものに移転することはできない。科学としては実証的なものしか存在しない。実証主義は科学の本質的要件であり、それを排斥することは社会科学を再び幼稚さのなかに投げ戻すこととなろう<sup>(47)</sup>。」と言っており、これは実証的な社会科学と法学のような規範科学との相違を認めつつも、可能な限り実証的科学的の範疇に包含しようとしている思考だと思われる。

後者（『民法研究ハンドブック』）は、「大学院の多様化、および、それに伴う指導教授の多忙化を背景に、『親方のやり方を見て盗む』という徒弟的な指導方法が必ずしも適用しなくなってきた<sup>(48)</sup>」ことから、「学部を卒業して大学院生（あるいは助手）となり研究生活を始めたばかりの研究者（以下『若手研究者』という。ただし、『若手』『若い』は『経験が浅い』という意味である）が、はじめて研究論文（以下『第一論文』という）を書くという場面を想

---

(46) 同書、同頁。ここで社会学者（les sociologues）と表現されているのは、前項目からの文脈で、「民主主義者が人民に起源がある権力のみが正当だと主張すること」（同頁）の正当性は価値判断と個人的な態度決定に基づくものであり、「社会学的分析に属するものではない」（同頁）という記述を受けて、実証的分析ないし実証的態度をとる社会科学者の典型として社会学者と表現されており、本稿の文脈に置き換えれば、ここにいう社会学者が社会学者を意味するものと解して誤りではないと考えられる。Maurice DUVERGER, *MÉTHODES DES SCIENCES SOCIALES*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 1961, pp.34-35.

(47) 前掲書、38頁。

(48) 前掲注16、木村敦志・道垣内弘人・森田宏樹・山本敬三『民法研究ハンドブック』の「はしがき」i頁。

(49) 同書、2頁。

定して、そのための手引きをしようとするものである<sup>(49)</sup>」として執筆されたのであり、「実際に論文を書くことによって、研究者としての能力を養うのである<sup>(50)</sup>」。そして方法的多元主義を認めつつも、「学問の伝統に従った『模倣』の段階を経ずに、自由な『創造』はありえない<sup>(51)</sup>」のであり、また処理すべき情報量の飛躍的増大化によっても研究方法の明確化が必要であるという。

そして特に第2章において論文の目的に応じて、素材の組み合わせによる「型」があるといい、次のような7つの型を簡略な説明と実例（著書・論文）と共に示している<sup>(52)</sup>。

1. 「現実—日本法—現在」型：日本における現在の社会的実体を扱う。
2. 「現実—日本法—過去（+現在）」型：日本における社会的実体を（現在に至るまで）歴史的に扱う。
3. 「法—日本法—現在」型：日本における現在の法状況、つまり制定法や判例、学説を扱う。通常の解釈論文の基本形といってよい。
4. 「法—日本法—過去（+現在）」型：日本における法状況を（現在に至るまで）歴史的に扱う。起草過程・立法過程の研究や、学説史ないし判例史研究がこれにあたる。
5. 「法—外国法—現在」型：外国における現在の法状況を扱う。明治期や大正期に多かった。とくに当面の問題について、日本の議論が乏しい、ないしは熟していないというときには、知識のストックを増やし、視野を広げる上で大きな意味を持つ。これをもとに日本法についても一定の「主張」を行うタイプのものであり、「法—日本法+外国法—現在」型があり、実際にはこのタイプが非常に多い。
6. 「法—外国法—過去」型：外国における過去の法状況を歴史的に扱う。本来ならば、日本法の過去を遡って行くのだが、明治期にそれが切れているの

(49) 同書、5頁。

(51) 同書、12頁。

(52) 同書、77-80頁。その後に、論拠および論法についての説明や、それぞれの型に関する注意点等も丁寧に述べられている。なお、本稿では、実例（論文・著書）についての記述は紙幅の関係で割愛した。

で、その淵源をさらに外国法に求める。そのため、「法—日本法+外国法+過去」型になっていることが多い。また近代法論を前提ないしターゲットとして、その形成過程を扱う場合にも、この「型」がとられることが多い。

7. 「法—日本法+外国法—過去+現在」型：日本と外国における、過去および現在の法状況を扱うもので、本格総合論文—別名「大河論文」—と違ってよく、助手論文に典型的にみられる。ただし、それぞれに性格が異なる。というのも、そこで行われている「作業」とそれを支える「論法」が、それぞれ異なるためである。ゆえに本格総合論文と云っても、それだけでは「型」が定まったとは言えず、むしろ問題はその先からである。

ここにいう「型」とは、「少し大げさにいうと、学者の共同体の中で、論文とはおおむねこういう形で書かれるものだという理念型として、暗黙のうちに了解されているもの<sup>(53)</sup>」であるといい、「論文の読み手は、そうした『型』に照らしながら、実際に論文を読み、それを評価する。だからこそ、『型』を逸脱した論文は読みづらく、しばしば独りよがりのよくわからない論文として片づけられてしまうのである。逆に、『型』に従って書かれていれば、たとえこまごまとした検討が延々と続いても、それが何のために行われ、どうして必要なのかということも少なくとも理解できる。また、その検討が本当に成功しているかどうか、あるいは必要な検討が行なわれていないのではないかということも、やはり『型』に照らして判断することができる。その意味で、この『型』は、論文を理解し、評価するための準拠枠として働くのである<sup>(54)</sup>。」という読み手にとっての「型」の意味を示し、また書き手にとっては、「『型』を使えば、何をどう論じればよいかが大まかにではあるが規定され、どこがポイントになるかということもある程度はつきりしてくるから<sup>(55)</sup>」、「『型』は、問題を構成し、そこで論証を行うための準拠枠として働く。これは、書き手にとって、強力なナビゲーターになるはずである<sup>(56)</sup>。」と、その意味を示している。

(53) 同書、71頁。

(54) 同書、同頁。

(55) 同書、72頁。

ここまでで考えると、上記の「型」に、デュヴェルジェの示した方法を加えれば、相当完成度の高い論文、すなわち学説を構築することができると予想できる。しかし、同書の執筆者自身も、「私たちは、本書に従えば自動的に論文が書けるとも、本書に従って論文を書くべきだとも主張していない。実際のところ、私たち自身も、本書で説明したとおりに論文を書いているわけではない<sup>(57)</sup>。」と述べている。同書は、「私たちの論文執筆の経験を言語化して示した<sup>(58)</sup>」ものであり、「現在の私たちは、この段階を超えてさらに進むべく模索を重ねている<sup>(59)</sup>。」という。そして繰り返し、同書は「若手研究者のための『手引き』である<sup>(60)</sup>」し、「一つの通過点に過ぎない<sup>(61)</sup>」とも述べている。

この記述から、同書は若手研究者用の手引きであることが明らかであり、その先にもっと異なる「方法」が存在していることを窺わせており、研究方法の多様性をも示していると思われる。また、同書に従っても自動的に論文が書けるものではないとも述べていることから、同書の内容は、緻密かつ丁寧で非常に優れてはいるが、本稿が目指す「しかた。てだて。目的を達成するための手段。または、そのための計画的措置。」という意味での方法（手続）としては、使用するに難しすぎる感があるように思われる。例えば、「法—日本法+外国法—過去+現在」と表現されている大河論文は、その前に示されている「法—」から始まる4つの類型を総合したものであり、最初の2つの類型は共に「現実—」という点で共通しているので当該類型はむしろ「現実型」と「法型」のように二つに大別して、それぞれの派生形とした説明の方が複雑性を緩和できたのではないだろうか。一方で、これら類型の内容に関して分析型あるいは主張型（形式論拠利用型・示唆獲得型）・応用型など、一層詳細な教示があり、そのため各説明は常に参照しなければならないほどに重要な内容が丁寧

---

(56) 同書、同頁。

(57) 同書、347頁。

(58) 同書、同頁。

(59) 同書、同頁。

(60) 同書、同頁。

(61) 同書、348頁。

に記述されている。さらに、例えば、単に上記の「型」だけでなく、学説の分析方法、論文の分析方法、判例・裁判例の有用性と分析方法、外国法分析の有用性・技法、判例評釈の書き方、その他に研究を行うに必要な心構えも含めて、徒弟的指導から脱却するための導きが本文344頁にもわたって記述されている。それらの一つひとつについて、執筆者たちの経験と学会における研究論文に関する蓄積および若手研究者の陥りやすい点など、懇切丁寧に記述されており、改めて気付かされる点も多々ある程に有益である。同書の「型」の部分については建設的な発展が必要ではないかと思料し得るが、その他の各記述は、繰り返しになるが、非常に有益である。しかしその「型」に関する詳細緻密さが同書の有用性の足枷になっていると考えられる。もちろん、これらの点は同書の価値を決して損なうものではなく、むしろ辞書ないし辞典代わりに使用することも可能であるし、研究の必需品であることは間違いない。そして、その詳細な説明内容の中にデュヴェルジェの示した技術を組み込むことは可能であると考えられる。しかし、その内容が、執筆者の頭脳の緻密さと優秀さを表しているごとく、詳細でありすぎるきらいがあり、ゆえにひとつの論文を書く場合に相当に逸脱できないほどに厳格な「型」と内容になってしまうことが、当該方法（手続）によって研究を行い、その結果として論文を執筆することに困難さを与えているのではないかと考えられる<sup>(62)</sup>。換言すれば、技術的な意味での方法（手続）であっても、研究遂行者および論文作成者と目的や素材の多様性を考慮するならば、各段階で「何を書くべきか」ということを明示しておく程度で十分なのではないだろうか。あまりに詳細・緻密が過ぎて、縛り

---

(62) その意味で同書は、我が国におけるまさに本格的な、かつ先駆的な研究指導書として位置づけられるのであり、むしろ本文の上記指摘は、同書の内容を十分に習得して、研究に向かうことの訓練ができていない者たちが現段階では多数いることを表しているといえよう。今後は、それぞれの分野で若干の相違は認められつつも、本稿の内容も含めて、法学研究者が如何にして通用性を有する研究成果を生産し得るかが重要な課題になるものと考えられる。数多く出版されている英語論文を執筆する際の注意事項が記述されている書籍では一法学論文に限定したものではないが、社会科学一般として一、ほぼ必ずといってよいほど、研究対象と方法を明記する旨が記述されている。

が強すぎると身動きが取れなくなるように、方法（手続）も厳密すぎると実際に用いることを困難にしてしまうのではないだろうか。緻密すぎると、前提から外れた問題に直面した場合の応用が困難になるようにも思える。それゆえに、むしろ、論理の順序を大枠として示す程度にして、後はそれぞれの問題ごとにそこで使用する素材や論理・理論を決定できるように、論文執筆者自身の判断に任せる程度—それは執筆者自身の学問的能力や才能に負う割合が高くなることも意味するが—でよいのではないかと考えられる。

このようにみると、ここに挙げた二書について、前者はそれぞれの方法を論文全体の構成の中にどのように位置づけるのかという点に不十分さが残り、後者については、非常に有益ではあるが、詳細に過ぎることによって反対に実用化されづらいという問題が発生していると考えられる。この点が、克服すべき問題点である。

### 3 モデルの設定と方法としての比較

#### (1) モデルの設定

この問題を解決するには、通有性を有する一つの仮説を法学研究（その表現としての法学論文）のモデルとして設定しなければならない。この場合も何らかの定まった方法に基づいて仮説を定立しなければならないのだが、社会科学における科学性を追求したデュヴェルジェ『社会科学の諸方法』においても、「作業仮説の定立についての明確なルールはない。ここで再び、および厳密な方法論の外にあるところの、創造・案出・直観の領域に入るのである<sup>(63)</sup>。」とされている。また、一つの理論を構築する場合、まず自分で考えて最後まで描き切ってから、ほかに同様の内容を表したものはいないか調べるべきであるという考えもある<sup>(64)</sup>。つまり仮説は設定された後に証明される存在であって、何らかの結果として十分な説得性を持って定立されるものではないことになる。

(63) 前掲注16、M・デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』342頁。

(64) 伊丹敬之『創造的論文の書き方』（有斐閣、2002年）111頁。そこでは著者の米国における理論研究の、示唆に富む体験が記述されている。

ただし上記の直観や案出にはある程度の理由ないし根拠がなければならないことは明らかであろう。そこで本稿においては、これまで述べてきた考察を基に、仮説として以下のモデルを法学研究の手續・手順として設定し、後日の検証を待つことにするものである。

#### 〈法学研究（法学論文）モデル〉

**問題発見**…具体的な現象や事実（条文解釈問題という事実も含まれる）に基づいて問題を発見する段階。研究者としての視野の広さ等を含めて問題発見能力が発揮される段階でもあり、事実認識が重要となる<sup>(65)</sup>。この段階で当該問題に関する十分な準備や下調べが必要となる。例えば、事実調査、関係・先行論文（学説）や判例の精読および比較を通して、次の段階で扱う問題の絞り込みと明確化を図る<sup>(66)</sup>。このときに、問題を扱う際の視点にも独自性が発現されるが、一般に法学研究では、法規範や学説・判例が問題発見の素材（事実）となる場合が非常に多い。しかしそこに留まる必要はない。

(65) 米田富太郎「“平和利用”原理：法原理解釈のポイントについての一考察」『中央学院大学社会システム研究所紀要』第8巻第1号（2007年12月）200頁。ここでは「法的推論過程において事実認識の法からの自立」の重要性が指摘されている。すなわち、従来の法学研究（法学論文）の扱う「事実」とは、適用法規を土台として再構成された法律上の事実であって、それは真の事実あるいは生の事実ではないが、これからは生の事実までも踏み込んで考えなければ、法学研究の奥深い段階にまで達することはできないという警鐘である。

(66) もちろん一人の研究者があらゆる分野に精通するのは極めて困難なので、各分野あるいは各問題における信頼し得る先行文献や資料等に依拠することになろう。このような文献は多いと思われる。例えば戦場ジャーナリストの処遇を歴史的に明らかにした著名な文献として、Phillip Knightley, *The First Casualty From the Crimea to Vietnam: The War Correspondent as Hero, Propagandist, and Myth Maker*, (HBJ, 1975) がある。また Sabino Cassese, *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo stato*, (Einaudi, 2009) では、最初に「グローバリゼーションの迷宮」という章を設けて、具体的な多くの事実を集積して、問題を事実から導き出そうとしており、同様の手法は、S. Boiton-Malherbe, *La protection des journalistes: en mission périlleuse dans les zones de conflit arme*, (Bruylant, 1989) にも見出され、そこでは戦場ジャーナリストの現実（事実）の克明な調査報告から始められている。また、内記香子「遵守研究の展開—『国際法の遵守』への国際関係論からのアプローチ」国際法学会『国際法外交雑誌』第109巻第1号（2010年）82-93頁にも、「ヘンキン自身は、『執行型』アプローチへの批判を、学説的な関心から導いたというよりも、当時の米ソ間の『軍備管理』に関する自身の研究に基づいて、実務的な発想から導いたようである。」（85頁、注12）という記述からも事実認識の重要性を窺い知ることができよう。



**存在研究**…発見された問題に対して論理的・整合的な説明を試みる段階で、様々な方法を用いることができる。この段階では、「現状又は現実に存在する事実の肯定」を仮の前提とする。この場合、通常は価値判断に基づいて「問題」視される事柄であったとしても、それが現実に存在する事柄であるならば、必ず何らかの存在理由があるという前提で当該理由を探ることになる。その事柄が正に「問題」となるのか否かはその後の判断に委ねられることになる。この段階における説明は、従来の法学研究では既存の法や条文・判例に依拠したり、有名な学説を実質的に無批判に根拠にしていまいがちだが、法や条文・判例は説明のための一つの素材にすぎない。またひとつの法学説を用いる場合であっても、そこで使用されている説明方法を再検討することで、当該学説の妥当性を考え、肯定的・否定的な評価を下すこともできる。肯定的な評価の場合は、それを用いれば現状を整合的・論理的に説明可能になり、否定的な場合は当該説明では現状を整合的・論理的に説明できない。この段階の作業は、どのような方法を用いるかによって、各研究者の独自性が発揮される非常に重要なものとなる<sup>(67)</sup>。通常は、前段階と当該段階および次の段階を合わせて

(67) 近年では、森大輔『ゲーム理論で読み解く国際法—国際慣習法の機能—』（勁草書房、2010年）が、国際慣習法の成立に関して法と経済学、特にゲーム理論を用いてその成立を論理的に説明しようと試みている。このような発想と方法は、国会という場をひとつの世界にたとえた場合に、与党と野党、政治家と官僚、政界と財界、それらの複合的組み合わせとしても応用可能な説明方法であるとも考えられ、本稿にいう存在研究の典型とも評することができよう。また法学の分野ではないが、オートポイエティック・システム理論を用いて共和主義の機能を過去から現在に至るまで分析している存在研究もある。川村仁子「グローバル政治における共和主義の機能—オートポイエティック・システム理論からの考察—」憲法学会『憲法研究』第42号（2010年）71-103頁。そこでは機能分化システムとして「政治システム」、「学術システム」（共和主義システムはこのサブ・システムである）、「イデオロギー・システム」に分類しつつ、それらの共鳴・カップリング・コミュニケーションの関係として論述されており、これも存在を説明する方法の一つである。同様に、龍澤邦彦「グローバル法とトランスナショナル（民際的な）憲法主義」憲法学会『憲法研究』第41号（2009年）113-131頁では、「グローバル・ガバナンスの法秩序を多重構造としている、ガバナンスの重要な担い手としての非国家団体によるグローバル法の形成と民際的な憲法主義をオートポイエティック・システムの観点から分析する。」（114頁）として、本稿に云う存在研究を明確に意識した論述が展開されている。

ひとつの研究（論文）としてまとめられることも多い。

↓

**矛盾・問題の発見**…存在研究で論理的・整合的に説明できない問題を発見することが多い。従来の法学研究では、「現状あるいは事実と、従来の（条文）解釈あるいは判例・学説との矛盾あるいは不整合性」を指摘することが多かった。通常の法学論文は、この段階を「問題の所在」として書き始めることが多い。また、前段階で整合的・論理的な説明ができたとしても、当為の問題として理解することも可能である。

本稿の問題意識からいえば、わが国の法学研究（論文）では、この段階に至るまでの前段階・前々段階において、十分な説明努力—非法律分野の方法を用いる場合も多い—が行なわれていないことが多いため、世界的な通有性を有する研究（学説）を構築するまでに到達できていない。またこの段階は、前段階の存在研究の中に含まれて記述される場合も多い。

↓

**当為研究**…上記の問題について、様々な方法を用いて「当為の正当性あるいは妥当性」を論証する段階であり、使用される方法に関して、存在研究での方法との関連性も明確に意識されなければならない。例えば同様の方法を用いるのか、まったく異なる方法を用いるのかということである。またここで用いられる方法についても明確な説明を必要とする。この点にも各研究者の独自性が発揮される。これまでの多くの法学研究（論文）は、筆者の見限り、この段階から始められているものも多く、そこで使用される方法についてはほとんど明確な言及・説明がなされていないようである。そのため、その結論は執筆者の単なる主張、あるいは当該者の世界観や人生観の表明と理解されてしまう場合も多いといえよう。デュヴェルジェのいう「色合いを明らかにする<sup>(68)</sup>」ことが誠実に行われていないのである。これも通有性の不在の原因の一つであると考えるものである。

この段階で解釈論と立法論とは同じか、という疑問が生じるが、前者は法解釈の枠内での当為であり、後者はその枠外の当為である点が異なっている。ゆ

えに同じ当為文であっても内容が当該枠内であれば解釈論になり、枠外ならばいわゆる立法論という性質になる。この当為研究は法解釈の枠内—法の一般原則や法解釈技術などを矛盾なく用いることができる限り—を前提としているが、問題によって枠外の形で言及するときは、明確に立法論とであるという意識を有したうえで、今度は立法論—例えば法政策学に云う正義性基準と効率性基準などを用いた立法論—の方法に基づいて論じなければならない。

↓

**結 論**…これまでの内容をまとめる段階で、問題・方法（存在研究）・問題・方法（当為研究）・得られた結論を再確認しながら簡潔に記述する。この内容を一読すれば、当該論文の全体を把握できることになる。欧文要約などもこの部分を簡略化すればよいことになる。

以上のモデルは、各部分を見る限り、研究を遂行する際の当然にして当たり前前の事項ばかりが記述されており、その意味で際立った新奇性はないものと思われる。同時に、筆者の専門領域である国際関係法学（国際公法学）および隣接領域である憲法学を念頭に置いているため、いわゆる国内法体系上の上位規範の無い状態—学説によって異なるが—を所与の研究環境にしているという特徴が表れていると考えられる。しかし本稿の目的が、法学研究にとって、当然にして当たり前前の事項を明確に意識して、かつ理解して記述することの重要性を再認識することにあるとすれば、他の法分野にとっても全く無意味ということはないと考えるものであり、当該モデルはそれを実行するための一つの設計図として提示されたものである。

(68) 前掲注 16、M・デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』35頁。厳密に調査したわけではないが、筆者の経験では、むしろ日本の研究者は「色合いを明らかにする」ことを意図的に避けているのではないだろうか。それは中立的・客観的な研究であると印象付けるためであろうが、むしろ自己の立場を明示することが、社会科学、規範科学には必要なことであると考えられる。法学研究は、中立的・客観的でなければならないという、裁判官養成課程（法学部）における伝統的な教育と「科学」としての性質が、暗黙ないし当然の前提として法学研究者を拘束しており、それ自体は決して誤ったものではないが、規範科学（法学）研究の場合には、論証不可能な点を無理に論証可能な様に記述するよりも、当該点の非科学性を意識して明示することが必要であると考えられる。これは価値と科学の間で研究することの特徴であるとして認識されるべきことであろう。

## (2) 方法としての比較

このモデルの各段階で用いられることを想定されている「方法」は、狭義の法解釈学以外の分野で確立したあるいは一般に承認されている方法や理論である。特に法学研究において最も頻繁に用いられる科学的方法は、いわゆる比較という方法であろう<sup>(69)</sup>。しかし、この比較という方法にはさまざまな形態があるものの、その基本的な事項が十分に理解された上で使用されているとは言い難いと思われる。頻繁に目にする最も悪い例は、例えばA国、B国、C国のそれぞれの類似の法制度とその問題点を単純に並べて、文字の上だけ（条文の比較など）の異同を示して、最後に感想を記述するだけのものである<sup>(70)</sup>。この遣り方の問題点は、比較という作業の意味が明確に理解されていないと推測される点である。デュヴェルジェも述べるように、比較とは自然科学のような意味での実験ができない社会科学における実験であり、「実験をする」という考え方をしっかりと保持していなければならない。つまり何を、どのような環境もしくは条件下で、何を目的として比較（実験）するのか、ということである。この場合、これまでの多くの法学者たちは、条文と判例を比較のための素材として用いてきたが、大抵の場合は、不十分な結果しか導き出し得ていないといえよう。外国の法制度の紹介という段階でとどまってしまう。その

(69) 日本でも多くの比較法の文献が著されている。例えば最近では五十嵐清『比較法ハンドブック』（勁草書房、2010年）、滝沢正『比較法』（三省堂、2009年）などがある。そのほかの文献も含めてこれまではひとつの法分野としての「比較法」の確立を図ってきたと考えられるが、本稿で扱うのは、「比較」という方法であって「比較法」ではない点に注意してもらいたい。自然科学における実験としての「比較」という方法なのである。上記の五十嵐清『比較法ハンドブック』においても、「『比較法（学）』とは、要するに、種々の法域（国家がひとつの法域であることが多いが、アメリカ合衆国のように、多くの法域に分かれる例も少なくない）における法秩序全体、またはそれを構成する法制度や法規範の比較を目的とする法学の一分野である。」（1頁）といい、方法としての「比較」と明確に区別している。そこでの「比較」とは、①比較されるものの中に存する類似点と相違点を明らかにする、②当該類似点と相違点に生ずる原因を明らかにする、③近時の有力な見解では、相違点が存する場合に優劣の評価をすることも必要、であるとされている（同頁）。

(70) 同様の指摘は、前掲注16、木村敦志・道垣内弘人・森田宏樹・山本敬三『民法研究ハンドブック』113頁にも記述されている。

中には、比較の目的が不十分なもの、目的は明確だが方法が不十分なものが多いと考えられる。

比較という方法が科学的であるためには、まず、法規範ないし法制度が当該社会もしくは国家の存在を前提とし、かつそれらと密接な関係で成立し、運用されているという当然のことははっきりと確認しなければならない。そこから、条件（環境）・法・結果という三つの要素に関して、次の点に注意する必要がある。すなわち、たとえば現在の日本社会の現行法（現行法制度）を改廃して新法（新法制度）を適用する場合、他の社会（国家）で現在の日本社会と当該法適用に関する限り共通点（同じ社会環境・条件）を有する社会（国家）と相違点を有する社会、あるいはその中間に位置づけられる社会などにおいて、どのような適用・運用実態があり、その結果はどのようなになっているのかを調べ、そこから当該新法が日本社会にどのような結果を生じさせるのか、あるいは社会実体の比較から新法のどの部分を手直しすればよいのか、現行法の解釈を変更すれば対応できるのか否か、また異なる社会の実情に同様の規定内容を適用した場合でも見出される共通点は何か、その理由はなにか、ということなどを明らかにするのだが<sup>(71)</sup>、これは、同一の素材（法規範・法制度＝固定値）を異なる条件・環境（社会実体＝変動値）と組み合わせること、およびそこで取得できた結果（実験結果）という位置づけになることを意味している。この固定値を社会、変動値を法規範・法制度にして、「実験」することも可能であり、固定値を結果、その他を変動値にすることも可能である。まさに自然科学上の実験における素材と環境と結果の三者の組み合わせ作業である<sup>(72)</sup>。こ

(71) デュヴェルジェのいう「接近比較」に該当するといえよう。前掲注 16、M・デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』374-375頁。

(72) 前掲注 64、内記香子「遵守研究の展開—『国際法の遵守』への国際関係論からのアプローチ」の「シモンズはこうした仮説を、自由権規約・女子差別撤廃条約・拷問等禁止条約・子どもの権利条約を事例として用いて、計量分析を使って実証を試みている。分析のために、それぞれの事例につき、条約の遵守に影響を与えられられる『民主化』『内戦』『開発援助』『貿易自由化』などの変数をいくつか設定し、どの変数が有意な結果を示したのかを検証する。」(89頁)という記述は、固定値と変動値が複数ある例である。

の場合、「文化の相違」を理由に比較の意義や方法に疑問が呈せられることもあるが、社会実態すなわち環境ないし条件を少し詳細に分析することで—例えば、経済法の分野ならば、経済体制や発展度を固定値または変動値にすることで—、また異なる文化自体を変動値にすることで、比較が可能になると考えられる。これも執筆者の独自性ないし独創性が発揮される点である。

しかし、これまでの比較あるいは比較法と称されている実験を見る限り、素材についての詳細な調査はなされているが、特に環境に関するしっかりとした認識が不足しているようである。それらは判例からは窺い知ることの出来ない要素であり、それゆえに例えば社会学的方法、歴史学的方法、政治学的方法などを使用する必要性と余地が存在するといえよう。同様の趣旨は、五十嵐清『比較法ハンドブック』の「(第4章) 比較の方法」においても、機能的比較の結果、異なった法系間にも法的解決の面で依然として相違点も多く見出されるが、「それは、法体系の相違から生ずることもあるが、むしろ、両者のあいだの歴史的・社会的・経済的・文化的環境の相違によるところが多い。…(中略)…もはや固有の法学だけでは役に立たず、歴史学、(法)社会学、経済学、政治学、文化人類学等の社会諸科学の成果に学ばなければならない<sup>(73)</sup>。」と明瞭に指摘されている。他の分野の成果を土台にした例として、東裕「新立憲主義・憲法工学・憲法政治学」は次のように言う。「西洋近代に確立された立憲主義の統治制度を、そのまま世界の各国に演繹的に適用するのではなく、その国の抱える諸条件を分析した上で、その国にふさわしい統治制度を設計していく点で、新立憲主義は、帰納的な発想に基づく制度の設計であ<sup>(74)</sup>り、「新立憲主義を生んだのは、途上国における立憲主義の失敗であったが、そのことは立憲主義のよって立つ条件の研究の契機ともなり、現実に機能する憲法であるためには、政治的、経済的、社会的、そして文化的等の諸条件を考慮して憲法が設計されなければならないことを明らかにした<sup>(75)</sup>」。このような表現

(73) 前掲注 69、五十嵐清『比較法ハンドブック』163頁。

(74) 前掲注 22、東裕「新立憲主義・憲法工学・憲法政治学—立憲主義の普遍性と固有性をめぐる方法論的考察—」455頁。

は、同論文執筆者の15年にわたる太平洋島嶼国の憲法および政治の研究<sup>(76)</sup>を前提に読むと、共通の素材（西洋的近代憲法ないし立憲主義）を異なる環境（社会や国家）に置いた場合の結果の相違（実験結果）を明らかにした、比較方法に依拠したものと評することができる。

この比較という方法は、いわゆる学説（論文）の比較にも用いることができる。たとえば、日米の人権規定の比較、日仏の司法制度の比較、日中の物権法の比較などについても、そこで参照される比較（比較法）の論文が、両国のどの部分を素材にし、環境（条件）にし、結果から何を導き出そうとしているのかを、上記の視点で精査することで、当該論文の役割と評価が決定され得ると考えられる。また二つの社会あるいは二つの法制度の単純な比較だけでなく、たとえば日中間の物権法を比較するにあたって、法制度としては日本、社会としては中国を融合している台湾の社会と法制度及び適用・運用を研究することも比較実験であり、その他には、国内法の比較に、共通の法概念を有する国際法を仲介させることで、共通性を見出して研究することも、共通の試験薬を用いた比較実験と考えられる。

どちらにしても、法学研究（法学論文）で頻繁に用いられる比較という方法が実験であることを徹底して認識する必要があり、それゆえに一つの有力な方法として用いることができると考えられるのである。

#### 4 小括—結論と課題—

本稿は、国際法社会認識とそれに伴う法解釈の通有性が必要であるという問題意識から、法解釈に関する方法（手続・手順）について従来の論説等を調べた結果、哲学型（広義）と技術型に分類できることを示し、通有性のある法学研究（法学論文）モデルを提示するためには、技術型に有用性を見出したが、これまで提示されたものでは不十分である点を示し、先述の3—(1)「モデル

---

(75) 同論文、456-457頁。

(76) 東裕『太平洋島嶼国の憲法と政治文化—フィジー 1997年憲法とパシフィック・ウエイ—』（成文堂、2010年）は、著者の長年にわたる研究の一部がまとめられたものである。

の設定」で提示したモデルを、頻繁に用いられる比較という方法を使用する際のポイントとともに、提案するに至った。その結果、当該モデルに従った法学研究（法学論文）は、その方法（手続・手順）及びそこで用いられる方法（技術）と云う点で外国においても参考にされる要素を有することになるであろうし、他の内外の法学研究（論文・学説）を読み解く際の基準にも成り得ると推察された。このモデルの内容自体には新奇性はあまりないものの、これまで潜在的な意識の下で行われてきた研究作業を表面化させ、明確な意識に上らせることは出来たと考えられる点で、また、このモデルを使用することで現在の自分自身の研究の全体における位置づけや、その後の進みゆく方向性を確認できる点で、従来の徒弟的研究指導の枠から一歩踏み出せたものと考えられ得る。

また、すべての法学研究（法学論文）が当該モデルの通りに実施されるわけではなく、当該モデルは数多くある研究方法（手続・手順）およびその表現のひとつである法学論文の一形態である。しかし、ある法学研究（法学論文）が一定の目的のもとに行われ、それで完成されているとしても、それが、例えば問題発見の段階に位置づけられる有用な資料を整理し、当該資料を含んだ論文であったり、一つの考え方に基づいて現状を説明しようとしているのであれば、問題発見あるいは存在研究の段階における貴重で信頼のおける文献になり得るはずである。この場合、当為研究段階にまで至らないという意味で学説を構築することは当初から意図されておらず、そのような研究（論文）が現状では非常に多く、それゆえに研究（論文）は当為研究に至って学説を構築する目的のものばかりではない、という考えも成り立っている。このことは歴史的な研究（論文）や社会学的な研究（論文）、学説の整理を主眼とした研究（論文）など、すべてに当てはまるであろう。それゆえに、個々の研究（論文）は、その執筆者の立場からは、多様な研究（論文）の形態に含まれる一つであり、それ自体で一通り完結したものであったとしても、当該モデルを用いれば、そのような研究（論文）自体が各段階で有用な文献という位置づけを与えられることになる<sup>(77)</sup>。そしてこのモデルに基づいて行われた研究（論文）自体も、さらに巨大な研究構想のもとでは、一つの文献—学説—として位置づけられ、また

それが次の世代に受け継がれ、研究が発展すると云えるのではないだろうか。

しかしその前に、このモデルは十分な論証の結果から提示されたものではなく、ある程度の考察を基にしつつもその本体は直観的・創造的に案出されたものであるゆえに、今後は当該モデルの妥当性の論証が、課題として残っている。いくつかの個別問題で当該モデルの有用性が証明された時点で、通用性のある法学研究（法学論文）のための一つのモデルとしての妥当性が論証され得るといえよう<sup>(78)</sup>。その意味では当該モデルは、多くの読者に検証していただくために提示された設計図でもある。

※本研究は、平成21年度東洋大学海外特別研究の成果の一部であることを付記する。

—さいとう ひろし・法学部教授—

---

(77) 例えば、前掲注2の拙稿“Chapter2: International Trade Regulation”はWTO（世界貿易機関）成立までの歴史と同条約内容を説明している文献という位置づけであったため、英書の中に掲載されたと考えられる。

(78) 本稿自体がここで示されたモデルの順序に依拠して執筆されたものである。つまり、1の「問題の所在—通用性の時代の法学研究—」が「問題発見」、2の「類型別による科学的論証の可能性」が「存在研究」と「矛盾・問題の発見」、3の「モデルの設定と方法としての比較」が「当為研究」（ただし、方法としての比較の部分は厳密には当為研究には該当しない）、4の「小括—結論と課題—」が「結論」にそれぞれ該当する。これがどれ程の説得力のある記述内容になっているか否かについて、多くのご叱責・ご教示を仰ぎたい。