

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 8 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2011～2015

課題番号：23530020

研究課題名(和文)法解釈の技法と思考に関する比較法的考察

研究課題名(英文)Comparative Study on the Arts and Thoughts of Legal Interpretation

研究代表者

笹倉 秀夫 (SASAKURA, HIDEO)

早稲田大学・法学学術院・教授

研究者番号：10009839

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,800,000円

研究成果の概要(和文)：英・米・独・日本を対象に、法解釈上の技法を判決から析出し技法の全体構造を把握する作業と、個別の法的問題の処理にみられる法解釈の技法を、国家法人論、擬制論、社会契約論・立憲主義国家論等をめぐって析出する作業とを進めた。成果は、その都度、著書・論文にして発表した。笹倉がこれまで確認してきた、(A)法解釈の際に参照・考慮する諸事項(論点)と、(B)そうした参照・考慮を踏まえて条文を適用する際の諸技法とを区分した、法解釈作業の全体構造が、各国における法解釈分析でも有効であることを確認しえた。この点については論文執筆を進めるとともに、成果を総合すべく単著2冊の出版というかたちでの具体化を進めている。

研究成果の概要(英文)：My research theme was a comparative study of legal interpretation. As products of my research, I have published in the years between 2011 to 2016, first, a book entitled "Jurisprudence" (Tokyo University Press, January 2014), and second, articles as follows: (1)Constitutionalism in Japan (Yuhikaku Hogaku Kyoshitu, April 2016), (2)On the status of state legal person (Nihon Hyoronsha, December 2015), (3)Justice and Morality in the philosophy of Michael Sandel (Waseda Hogaku, October 2015), (4)On Suehiro Izutaro's "Utility of Lies" (Waseda Hogaku, May 2015), (5)On Hirai Yoshio's "Theory of Damage Compensation Law" from the point of view of fundamental legal studies (Nihon Hyoronsha Horitu Jiho, March 2012).

研究分野：基礎法学

キーワード：法解釈 比較法学 法理論 正義 国家法人 フィクション 損害賠償法

1. 研究開始当初の背景

笹倉は、『法解釈講義』(東京大学出版会、2009)で、法解釈の作業の総合的考察をし、作業の全体を次のように把握した：法解釈作業には整然とした構造がある。その作業を考える場合には、(A)法解釈の際に参照・考慮する諸事項(論点)と、(B)そうした参照・考慮を踏まえて条文を適用する際の諸技法とを区分しなければならない。このうち(A)には順に、文理解釈、体系的解釈、立法者意思解釈、歴史的解釈、法律意思解釈が属する。また(B)の技法には順に、文字通りの適用、宣言的解釈、拡張解釈、縮小解釈、反対解釈、もちろん解釈、類推、比附、反制定法的解釈がある。笹倉は、(A)群・(B)群を相互に厳密に分けるとともに、(A)から(B)へ流れる作業手順の展開態様をも図示した。そして、その構造図を使いつつ、日本の実務(判決)において作業構造がどう現れているか、それらの技法の使い方に問題はないか、問題があるケースでは根底における思考にどう欠陥があるのか、今後の実務に有用な、技法の精緻化はどうすれば得られるか等を考察した。

こうした分析的作業は、日本でも欧米でもほとんどなく、その結果、法解釈作業の解析に混乱が起こっている。たとえば(A)群・(B)群の各構成要素は、日本だけでなく欧米でもしばしば混同される。この混同の結果、見落とされている技法も多い。

法解釈の個々の技法に関する議論は、16世紀の人文主義法学以来の蓄積があるが、実務(判決)における法解釈作業の構造を分析し、それを踏まえて法解釈の技法を精緻化することは、法学先進国ドイツでも遅れている。遅れの原因は、実務の分析と理論の深化の双方を踏まえた考察が、実務的問題の処理に多忙な実定法学者には困難だという事情にある。

ドイツ・日本以外の国では、今日において

も——法解釈の客観性・「法の枠」・ヘルメノイテイクなどの議論はあるものの——実務の法解釈作業の分析などは進んでいない。法解釈作業の分析を妨げている事情としては、イギリス・フランスにおいては厳格な法運用の神話が働いていること、アメリカにおいてはリアリズム法学の残映があること、英米仏3国では法解釈の理論研究がもともと弱いうえ、法哲学者が正義論・討議論・分析法学などに傾斜していること、が挙げられる。

そこで笹倉は、本研究において、日本・ドイツ以外の国をも射程に入れて、比較法的な視点からの、法解釈作業の実態と理論化との総合的考察への第一歩を進めようと考えた。

2. 研究の目的

本研究の目的は、申請者の日本に関する研究を踏まえて、ドイツ、イギリス、アメリカを主要対象にし、第一に、各国で実務(判決)において法解釈の作業がどういう技法をどう使っておこなわれており、その作業は全体としてどういう構造をもつか、また個々の問題をめぐって法解釈がどうなされており、国によってどういう特徴・問題があるか、を考察すること、第二に、それらの営みを国家間で相互比較した場合の共通性と差異性を析出し、その異同が何によるかを考察することにある。本研究は、実務と理論をともに視野に入れた国別の法解釈作業の構造分析とその比較考察とによって、法解釈の実像を把握し、法的思考の特徴の析出、法文化比較、法解釈の技法の洗練化、を進める。

3. 研究の方法

本研究では、基礎的資料、問題意識を共有する基本的文献を集め、その解析を進める作業が中心となる。本研究は、主として文献による研究であり、視点には上記のように独自のものがあるのだが、研究方法としては、特別のものがあるというものではなく、典拠の丹念な読みと思考によるその整理が中心作業

となる。

4. 研究成果

2011年度においては、日本について関連判決を家裁から最高裁までにわたって集めて分析した。その成果は、単著『法学講義』に向けたA4で約50枚の論説草稿として書き上げた。そこでは、単に法文の拡張・縮小解釈等々の典型例だけではなく、裁判官の解釈上の思考の構造や、*ratio decidendi*が後の時代の判決でどう、解釈作業によって柔軟化されたり実質的に回避されたりしているかなどをも考察した。

ドイツについては、まずRGZ（ライヒ裁判所判決）の諸判決を、前述の指標を参考にして検討した。そしてまた、それらについて手がかりになる分析をおこなっているJan Schroeder, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit : Geschichte, Theorie, Methode ; ausgewählte Aufsätze 1976 - 2009* を通読し、重要となる論文を3点、翻訳した（近刊予定）。また「法の一般原則」の適用に関する民法の判決を多数示しながら分析を進め、評価法学の原理的思考を考える観点から、Canaris, *Die Feststellung von Luecken im Gesetz, 2. Aufl., 1982* を読み考察した。

2012年度においては、『法学講義』と題する法解釈学の基礎理論書の執筆を進め、ほぼ書き上げた。ここでは法解釈の技法が判決の中にどう具体化されているか、それらが当該判決においてどのように重要な働きをしているかを、数多くの判決を収集して分析し整理した。また、法律の解釈だけではなく、判例を解釈・適用する際にも同様な手続きが行われていることを、イギリスの判例解釈の研究を踏まえながら考察した。

加えて、英米とドイツで法解釈の手法がどのように伝承されてきたか、それらが判決にどのように具体化されているかを分析した。英米・ドイツの法解釈に関する諸文献を読

み、そこから全体像を得ることと、特にイギリスで発達した、the Literal Rule, the Golden Rule, the Mischief Rule, the Purposive Approach などに関する文献を読み、議論を整理するとともに、それらが判決に具体的にどのように使われているか、その議論と、日本やドイツでの解釈理論とがどういう関係にあるかを考察した。

2013年度においては、イギリス・アメリカにおける法解釈の手法を対象にした定評ある研究書である、Hart & Sacks, *The Legal Process* や、Vogener, *Auslegung von Gesetzen, 2. Baende* などを読破するとともに、それらのなかに記述されていることがらを手がかりにして、イギリス及びアメリカの判決において実際に法律・判例がどのような思考様式・手法で解釈されているかを、一つひとつ適当な素材となる判決を探して解析していった。30近い重要判決を集め、その中から、報告者がこれまでに日本の法解釈に関して提示した思考回路の図（『法解釈講義』2009年、東京大学出版会、4頁）とまさに同じかたちでの思考回路が働いていることを確認した。また、以上の研究をも踏まえて、上記『法学講義』（東京大学出版会、2014年1月）を上梓した。すなわち、その中では、第4・5章において法律解釈に際しての法律家の思考回路の解明をさらに精緻化し、第6章において、とりわけイギリスにおける判例解釈の手法を参考にしながら、日本の判例解釈の思考回路を解析して示した。この第4, 5, 6章は、これまでの「法学」関係教科書にはなかった記述であると言える。

2014年度の研究実績としては、第一に、『早稲田法学』90巻2号（近刊）に投稿した論文、「末弘巖太郎『嘘の効用』考併せて来栖三郎『法とフィクション』論」（約5万字）が挙げられる。これは、本研究のテーマである法解釈の比較法的考察を遂行する過程上で、対象化することが緊要と判断して本年度中に論

文化したものである。すなわち本論文では、「日本・イギリス・ドイツ等ではたしてフィクションが裁判官の法解釈の技術としてどれほどの意味を持つか」の視点から、それに肯定的な末弘や来栖のフィクション論を批判的に検討し、結論として、裁判官は末弘や来栖が想定しているようにはフィクションを使うことはできず、使っていると指摘されている事例において彼らがおこなっているのは、拡張解釈や法意適用などだけであること、このことは英米の法解釈についても妥当することの認識を得た。

第二の実績として、『早稲田法学』90巻3号に投稿した「マイケル・サンデルにおける正義と道徳併せてロールズ・井上達夫考」(約5万字)が挙げられる。これもまた、法解釈の比較法的考察の一環として、アメリカの法実務(とくに裁判事例)における正義判断の構造を析出する中から、サンデル・ロールズ・井上達夫の正義論を批判的に検討したものである。

2015年度の研究実績としては、イギリス、ドイツ、日本の法解釈論を比較し、それらの特徴を示す、国家法人論、立憲主義に関する議論、契約の原理論に関し論文化した。成果は、次のとおりである。①国家法人と個人——日本国の戦争犯罪をめぐる(広渡清吾先生古稀記念論文集日本評論社2015年12月)、②日本の「立憲主義」(法学教室428号、2016年4月)、③職務専念義務論考——「契約の論理」の観点から(中村浩爾先生古稀記念論文集『社会変革と社会科学』近刊)。

①においては、19世紀30年代にドイツでリベラリズムの手法として始まった国家の法人的構成が、19世紀後半に君主支配の理論として再構成される一方、フランスにおいては人民主権と結びつくかたちで展開していったことを追跡するとともに、それを踏まえて、人民(その基本的人権)と国家法人との関係を理論化し、国家間の条約で国家の戦争責

任を不問に付すことは、近代国家の本質に不適合であることを理論化した。②においては、明治維新以降、最現代にいたる日本の立憲主義を、フランス、イギリス、ドイツの理論動向の歴史と照らし合わせつつ追跡し、その特徴を国際的に位置づけた。そして、立憲主義とリベラリズム、民主主義との関連、社会契約論との関連を考察した。③においては、職務専念義務に関する最高裁の判決(職場における全人格的に集中した職務遂行行為を求める)を対象とし、それが近代における契約の論を正しく押さえていないことを明らかにした。労働契約における契約のもつ論理においては、両当事者の主体性・自由平等が単に契約時においてだけでなく、履行時においても重要であり、このためアメリカの労働判例が示しているように職場においても、両当事者の利益の調整・バランス化が求められる。しかるに日本においては、使用者の指揮命令権が支配的となる。この問題を、国際的な法比較を通じて明らかにした。

以上、英・米・独・日本を対象に、法解釈上の技法を判決から析出してその全体構造を可視化する作業と、国家法人論や擬制論、社会契約論・立憲主義国家論など個別の法的问题の処理にみられる法解釈の技法を析出し比較する作業とを進め、成果をその都度、著書・論文にして発表した。笹倉がこれまで確認してきた、(A)法解釈の際に参照・考慮する諸事項(論点)と、(B)そうした参照・考慮を踏まえて条文を適用する際の諸技法とを区分した、法解釈作業の全体構造が各国でも共通に働いていることを確認しえた。この点については、さらに論文執筆を進めるとともに、成果を踏まえて単著『理論と法』と『歴史と法』(仮題)の出版化を進めている。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線) 主な発表論文等 (研究代表者、研

究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 9 件)

- ① 笹倉秀夫「職務専念義務論考——「契約の論理」の観点から」(中村浩爾先生古稀記念論文集『社会変革と社会科学』。近刊) 査読有
- ② 笹倉秀夫「日本の「立憲主義」」(法学教室 428 号、2016 年 4 月) 査読有 37-43 頁。
- ③ 笹倉秀夫「国家法人と個人——日本国の戦争犯罪をめぐる」(広渡清吾先生古稀記念論文集、日本評論社、2015 年 12 月) 査読有 155-171 頁。
- ④ 笹倉秀夫「マイケル・サンデルにおける正義と道徳——併せてロールズ・井上達夫考」(早稲田法学 90 巻 3 号、2015 年) 査読有 23-78 頁。
- ⑤ 笹倉秀夫「末弘巖太郎『嘘の効用』考——併せて来栖三郎『法とフィクション』論」(早稲田法学 90 巻 2 号、2015 年) 査読有。41-74 頁
- ⑥ 笹倉秀夫「良心について——憲法 19 条をめぐる考察」(『労働法と現代法の理論』西谷敏先生古稀記念論集上 労働法と現代法の理論、根本到・奥田香子・緒方桂子・米津孝司編、2013 年) 査読有 203-228 頁。
- ⑦ 笹倉秀夫「近世日本の軍事学——西洋古典との比較から見えて来るもの」(早稲田法学 87 巻 3 号、2012 年) 査読有 617-657 頁。
- ⑧ 笹倉秀夫「古代中国の軍事学——西洋古典との比較から見えて来るもの」(早稲田法学 87 巻 2 号、2012 年) 査読有 209-263 頁。
- ⑨ 笹倉秀夫「法解釈学における理論構築と基礎法学」(法律時報 84 巻 3 号、2012 年) 査読有 73-77 頁。

[学会発表] (計 0 件)

[図書] (計 1 件)

- ① 笹倉秀夫『法学講義』(東京大学出版会、2014 年 1 月) 全 327 頁

[産業財産権]

○出願状況 (計 0 件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

出願年月日:

国内外の別:

○取得状況 (計 0 件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

取得年月日:

国内外の別:

[その他]

ホームページ等 なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者

笹倉 秀夫 (SASAKURA, Hideo)
早稲田大学・法学学術院・教授
研究者番号: 10009839

(2) 研究分担者 なし

(3) 連携研究者 なし

(4) 研究協力者 なし