

## 学説の意義

棟形, 康平  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1463266>

---

出版情報 : 学生法政論集. 8, pp.91-102, 2014-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 学説の意義

棟 形 康 平

- I. はじめに
- II. 学説二分論の登場
- III. 学説二分論の展開
- IV. 学説の意義検討
- V. おわりに

## I. はじめに

昨今、世間では憲法改正問題や9条問題など、憲法についての議論がなされることが増えてきている。そのような中で政治家や学者などが憲法問題について議論し、国民の多くも憲法について考える機会は増えてきていると思われる。そうした世間の動きに対して大きな影響を与えているものの一つに「学説」がある。学者が発起人となって現実政治に働きかける団体を結成したり、裁判所の判決に対して批評を行ったりすることがあるが、それが現実社会に実際に影響を与えることはあるだろう。

「学説」とは一般に学者が行う何らかの提言のようなものと考えられているが、果たして正確にはどのような性格を持つものなのであろうか。これが本稿の問題関心である。学説というものの影響力が法的なものでなく、事実上のものにとどまるにせよ<sup>1</sup>何らかの影響力を有している限り、学説を提唱する者は学説のもつ性質について無自覚に好き勝手に述べればよいというものではないはずである。また学説が学問と呼ばれるものの主要な要素であることから、単なる政治的な主張であってはならず<sup>2</sup>、権威をもって実務に働きかけていくためにも、学説の意義（方法論）について考察することは重要である。

本稿では宮沢俊義教授が主張したいいわゆる「学説二分論」を足がかりに、憲法学説のもつ意義、性質について考察していきたい。

---

<sup>1</sup> 国際法においては、国際司法裁判所規程38条1項が「諸国の最も優秀な国際法学者の学説」を補充法源として挙げていて、法的に影響を与えうる。

<sup>2</sup> 奥平康弘「試論・憲法研究者のけじめ—とくに教育法学者に教えをこう」法セミ369号(1985年)8頁は厳格な規範解釈に基づく憲法論と、ある立法を阻止するためという運動論に基づく憲法論を憲法学者は混乱させるべきでないと指摘する。

## II. 学説二分論の登場

かつて宮沢教授は三つの論攷<sup>3</sup>によって「法律学における学説」がいかなる性格を有するものであるか定義づけた。宮沢教授以前の憲法学界は学説を展開するうえでの方法論上の問題点を有して、宮沢教授が主張したいいわゆる学説二分論は、学説のもつ性質である「科学と思想の峻別、という観点を明快に提起した点で、日本の憲法学説史上、画期的な意味をもつもの<sup>4</sup>」だといわれる。学説二分論は学説の意義を考察するにあたっての現在の議論の嚆矢となったといえよう。以下では学説二分論がいかなるものかを示した上で、検討を加えていきたい。

### 1. 学説二分論とは

先述のように、一般に学説というと研究に従事する者が唱える提言のようなものが想定されるが、宮沢教授によると一言に学説といってもその内実は性質によって二つのものに区別する<sup>5</sup>。一つは解釈論的な学説（解釈学説）と呼ばれるもので、それは法の解釈に関するものとされる。例えば、憲法9条をどのように読むべきかに関する様々な学説はこの解釈学説の部類に属する。もう一つは理論的な学説、科学的な学説（科学学説）と呼ばれるもので、それは法の理論的認識、すなわち社会の現実において存在する法を説明するものである。解釈学説が実践的、主観的であるのに対して、科学学説は理論的、客観的な性格を持つものとされる。

解釈学説については宮沢教授が「解釈」をどのようなものとして考えていたかを説明することがその理解に資するであろう。宮沢教授によると法の解釈は法の創造であり、ゆえに、解釈学説とは実践的な立場（政治的な立場など）から要請される法を説明するものとなる。法の解釈とは法を理論的に認識することではない、つまり「経験的事実や、現実の人間の現実の思想やを確認することではない<sup>6</sup>」。法の解釈とはもっぱら実践的意欲の作用であるのだ。したがって、どの解釈学説が「正解」か、を科学的に立証することは出来ない。

また、科学学説は「社会の現実中存在する法をそのままに認識<sup>7</sup>」するものである。いわ

---

<sup>3</sup> 宮沢俊義「法律における科学と技術—又は、法律における存在と当為—」『法律学における学説』33-63頁(有斐閣、1968年)[以下、①論文と略記]、同「法律学における『学説』—それを『公定』するということの意味」『法律学における学説』65-85頁[以下、②論文と略記]、同「学説というもの」『法律学における学説』87-99頁[以下、③論文と略記]。

<sup>4</sup> 樋口陽一「日本憲法学にとっての〈科学〉と〈思想〉」『近代憲法学にとっての論理と価値—戦後憲法学を考える』6頁(日本評論社、1994年)。

<sup>5</sup> 以下、宮沢・前掲注3)②論文69頁以下を参照した。

<sup>6</sup> 宮沢・前掲注3)②論文70頁。

<sup>7</sup> 宮沢・前掲注3)②論文73頁。

ば「べし」ではなく「である」の探究ということが出来よう。このように科学学説は「客観的な真理価値にのみ仕えるものである<sup>8)</sup>」ために主観的な、意欲の作用である解釈学説とはこの点で区別される。どのような学説が唱えられようとそこには「正解」が存在する。科学学説によってどのような説明がなされようと、現実の状態が変動することはないのだ。例えば、天体について—これは自然科学の例ではあるが—学説が地動説を唱えようと天動説を唱えようと、実際の天体の動きが影響を受けることはない<sup>9)</sup>。

宮沢教授によると実践的態度と理論的態度は根本的に異なる<sup>10)</sup>。実践的な態度とは「実在」を自らが考える超実在的な理想へ近づけようとする作用である。それに対して理論的態度とはただ「実在」についての客観的な知識の理解が目的であり、そうした態度から科学が生まれる。ここで、絶対主義というものは「一定の理想を絶対に正しいものとして、『実在』をそれで批判しようとする態度<sup>11)</sup>」であるが、それは「信仰」を基礎とするため一切の批判が排斥される。「科学」はそうではなくて、疑い、信仰の否定を出発点とする。したがって絶対主義の立場からの「科学」は「極端なイデオロギー的性格をもつ<sup>12)</sup>」のである。「あるべし」と「である」は別個のものであり、イデオロギー的な主張を「科学」であるかのように述べている場合、それは真の科学ではないのだ。学説を性質によって二分するこの宮沢教授の考えは宮沢教授以前の憲法学説の方法論上の問題点を批判する立場で登場したことは先に述べたが、まさにこの点を批判する意味合いがあった。明治憲法時代前期の憲法学説は「科学と実践とを十分区別せず、憲法の客観的な認識よりも政治的価値判断を事とし、『科学』の仮面の下に種々の政治的主張をなした<sup>13)</sup>」。科学と実践の区別について「程度の差があるにすぎない<sup>14)</sup>」と考えた明治憲法時代の後期（美濃部博士など）においても両者の区別はしばしば曖昧であり<sup>15)</sup>学説二分論は本来科学学説であるべき学説が持つイデオロギー的性格を批判する重要な意義があったのである。

## 2. 検討

1でみてきたように科学とは客観的な真理の追究を目指すものである。いふならば当為

<sup>8)</sup> 宮沢・前掲注3)②論文74頁。

<sup>9)</sup> 宮沢・前掲注3)②論文80頁。

<sup>10)</sup> 芦部信喜「宮沢憲法学の特質」『憲法制定権力』169頁以下(東京大学出版会、1983年)。以下の記述は、宮沢教授が書いたとされる「法学の研究方法について」の覚書きと1942年、46年、および56年の開講に際して述べた「法の序説」ないし「憲法研究の態度」と題する草稿の要旨を芦部教授がまとめて引いたものを参考にしている(特に175-178頁を参照)。

<sup>11)</sup> 芦部・前掲注10)176頁。

<sup>12)</sup> 芦部・前掲注10)177頁。

<sup>13)</sup> 同前

<sup>14)</sup> 芦部・前掲注10)178頁(傍点ママ)。

<sup>15)</sup> 具体例として、宮沢俊義「国民代表の概念」『憲法の原理』185頁以下(岩波書店、1967年)。

ではなく存在の発見である。そこに主観の入り込む余地はない。他方、もし「解釈」が客観的な一つの正解を探究する営みであるとすれば、「解釈」は科学の一部であり、両者を区分する必要はなくなる。しかしながら、法の解釈とはそのようなものではない。宮沢教授のいうように法の解釈とは「考えられたものの探究ではなくて、考えらるべかりしものの探求<sup>16</sup>」なのである。単に存在する法の発見ではなく、あるべき法を示すのである。ゆえにそこでなされるのは真理の追究ではなく価値判断である。かつてのいわゆる「法解釈論争」において法の解釈が客観的に存在する唯一の意味（正解）を認識する作用ではないという点では共通理解が得られたといえる<sup>17</sup>以上、また、少なくとも「解釈」をそのように捉える余地がある以上はもっぱら客観的な認識のみを行う科学学説と解釈学説は区別しうることとなる。このように科学と思想の領域を区別することは自らの実践的提言を事実(科学)の問題であるかのごとく述べる主張のイデオロギー性を批判するという点に目を向けさせる役割を持つことにもなり、十分な意義を有し、肯定されるものといえよう。

このように学説の性質は二分されうることが学説二分論により主張されるわけであるが、区別されうるといふ点からさらに進んで、次の疑問が提起される。すなわち、果たして両者はどのような関係に立つものであるかというものである。この問いに対しては、両者の間には相互に密接な関連性があるとする、主として芦部信喜教授が支持した見解<sup>18</sup>と、両者をはっきり峻別し、相互に次元の異なるものとする樋口陽一教授が示した見解(峻別論)<sup>19</sup>があるとされる<sup>20</sup>。以下、芦部教授の見解を便宜的に芦部説と呼ぶことにして、章を改め、芦部説と峻別論について検討したい。

### Ⅲ. 学説二分論の展開

#### 1. 芦部説

解釈学説と科学学説の関係をどのように捉えるか。この問いに対して芦部教授は宮沢教授の見解を検討し、両者の関係を「まず対立の関係に立つが、対立を通して綜合ないし帰一の関係にある<sup>21</sup>」と捉える。戦前の主張においては、「両者の混淆を強く排斥し<sup>22</sup>」て対立の関係にあることを示すことに重点が置かれた<sup>23</sup>ため、両者は厳然と区別されうるものと

<sup>16</sup> 宮沢・前掲注3)①論文45頁(傍点ママ)。

<sup>17</sup> 南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点(第2版)』3-25頁(有斐閣、2009年)。特に5-7頁。

<sup>18</sup> 芦部前掲注10)参照。

<sup>19</sup> 樋口前掲注4)参照。

<sup>20</sup> 高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』7頁(有斐閣、2000年)。

<sup>21</sup> 芦部・前掲注10)180頁(傍点ママ)。

<sup>22</sup> 同前(傍点ママ)。

<sup>23</sup> この点は特に宮沢・前掲注3)②論文に顕著に見出しうる。それはこの論文が天皇機関説事件に抗議す

理解されがちである。しかし、宮沢教授は両者の区別を示したに過ぎず、両者の関係性については相互に密接な関係にあるとするのが基本的な立場であると芦部教授は解釈する。その意味で両者は相互に次元が異なると峻別されているわけではない。その趣旨を示す例として芦部教授は次の引用文（宮沢教授が1928年に書いた美濃部博士の『逐条憲法精義』の書評<sup>24</sup>より）を示す<sup>25</sup>。

「法の解釈には二つの側面がある。又は二つの限界がある。法の解釈はまず実定法に関する。従って人は法の『実際』を知らねばならぬ。『実際』はいわば法の解釈の下限である。法の解釈は又法の理想にもとづく。『理想』はいわばその上限である。法の解釈は『理想』と『実際』をその両眼とするが、併しそれは法の『理想』の探究を目的とするものでもなければ、又その『実際』の探究を目的とするものでもない。それはむしろ『理想』によって『実際』を批判し、指導するものである。従って、法の解釈においては、その両眼に意を用いることは必要であるが、その何れか一方にのみ偏することは許されぬ。—ここに法の解釈の特異性がある」。

ここでは科学の存在を解釈の前提として捉え、もう一方で科学を迫る者は解釈の研究もしなければならないという点で両者は科学の点からも解釈の点からも歩み寄りが必要とされ、対話可能なものと捉えられている。法の解釈を行う者はその前提として現行法の正確な理解が必要で、そのために「現行法学・法史学・比較法学などの法の科学が当然に要請され<sup>26</sup>」る。他方で法とは最終的には解釈され適用されることを目的とするため、法の科学者も解釈学説を研究する必要があるのだ。

また、宮沢教授が科学と同じ意味、あるいは同じ程度における客観性とまではいわないにせよ解釈学説を「あらわな政治的ないし政党的な意見ではなくて、ある種の客観性を有する理論でなくてはならない<sup>27</sup>」と考えていたことを根拠とする見解もある<sup>28</sup>。「ある種の客観性」という点で解釈学説も科学学説ほど厳格ではないにせよある種の科学性を持つ必要があると宮沢教授は述べているのだ<sup>29</sup>。

---

る意図をもって、「時勢を考慮しながら」（宮沢俊義『法律学における学説』はしがきより）書かれたものであるからである。

<sup>24</sup> 国家学会雑誌42巻9号165頁(1928年)。

<sup>25</sup> 芦部・前掲注10)180-181頁。

<sup>26</sup> 芦部・前掲注10)181頁。

<sup>27</sup> 宮沢・前掲注3)③論文98頁。

<sup>28</sup> 高見・前掲注20)49頁。また高見教授は宮沢教授が「はやくから、法学者は、『科学者』であり『哲学者』であり、また同時に、最もしばしば『解釈者』でなくてはならないという考え方をもち[宮沢俊義「ル・フェウルの自然法論」『憲法の思想』271頁(岩波書店、1967年)参照]、それを戦前・戦後の諸著作を通じて自覚的に貫いたこと」も両者が接近することの根拠として挙げる。

<sup>29</sup> 芦部教授の立法事実論はこうした問題意識から生まれたものといえる(高見・前掲注20)50頁参照)。

## 2. 峻別論

一方でこの問いに対して樋口教授は峻別論という形で整理を試みた<sup>30</sup>。樋口教授の論によれば思想（解釈学説）と科学（科学学説）の峻別を主張することそれ自体が主張者の思想的な立場の表明である。なぜなら、思想と科学というものが峻別しうることが事実命題であるといえたとしても、そこから『だから両者を峻別すべきだ』という価値命題が自動的に出てくることはないはず<sup>31</sup>であるからだ。そうだとすれば峻別に生じる効果に対しては「科学の名において無頓着であることは許されない<sup>32</sup>」、つまり効果に対して無頓着であるのか、あるいは何らかの関心を示していくのかという態度の選択は思想による価値判断の結果としてなされなければならないということである。峻別論の前段階でのこの見解に対する批判についてここで触れておきたい。菅野喜八郎教授は峻別論の前提につき以下のように批判する<sup>33</sup>。「認識と評価が異なるということを認めるならば（中略）両者を異なるとしたのと同一観点の下では、認識と評価を峻別するのは思考の必然、推論の必然なのである。（中略）教授のいわゆる峻別論、『認識と評価を峻別すべきだ』という命題は、以上の意味で、『認識と評価は異なる』という言明・『認識命題』からの論理的帰結を言表するにすぎぬから、それ自体、『認識命題』なのであって、『主体的責任』において選択可能な『価値命題』ではない<sup>34</sup>。このことをわかりやすくした例として菅野教授は『黒と白は異なる。だから、黒と白を区別すべきだ』という命題を挙げる<sup>35</sup>。もしこの命題が価値命題であるならば、黒と白は異なるということを認める一方で、黒と白を同一視する立場（峻別しない立場）も採りうることになり、矛盾するのだと説く。なるほど確かにそのような「思考の法則・論理の要求」のいうところの「べし」は先の命題を価値命題と捉えることに矛盾をもたらすであろう。論理的には筋が通っているように思われる。しかしながら、樋口教授によると「これはひとつのことがらであ<sup>36</sup>る。あるものを異なると考えた者が「だから両者に違った取扱いをすべきか、それとも、にもかかわらず同じ取り扱いをすべきか、ということとはもうひとつ別のことがらである<sup>37</sup>」のだ。先の黒と白の例で説明すれば、黒と白は確かに色彩面では異なっているが、色彩という捉え方は一側面の理

<sup>30</sup> 以下、樋口前掲注4)参照。また、この「峻別論」という考え方につき樋口教授は広中俊雄「認識・評価峻別論に関するおぼえがき」世良教授還暦記念『社会科学と諸思想の展開』139頁以下（創文社、1977年）を最も有益な手がかりとしている。

<sup>31</sup> 樋口・前掲注4)7頁(傍点ママ)。

<sup>32</sup> 樋口・前掲注4)8頁(傍点ママ)。

<sup>33</sup> 菅野教授の批判は峻別論のあらゆる部分に及ぶが樋口・前掲注4)27頁が述べるように論難として実質的な意味をもつのはこの前段階に対する批判の一点に帰着すると思われる。

<sup>34</sup> 菅野喜八郎『『批判的峻別論』偶感』『続・国権の限界問題—純粋法学と憲法学—』（木鐸社、1988年）218頁。

<sup>35</sup> 同前 219頁。

<sup>36</sup> 樋口・前掲注4)29頁。

<sup>37</sup> 同前

解であって、両者は「色彩でない」という面で捉えれば異ならないことになる。したがって、『異なる』側面を重視して両者を『同じに取り扱うべきだ』ということは<sup>38)</sup>菅野教授が指摘する問題とは関係がない問題なのである。

こうして前提が維持されることが確認されたところで峻別論の内容を見ていきたい。峻別論という立場を前提に自らの「学説」を述べる以上はその影響による付随的效果への態度決定について自覚的にならなければならない。付随的效果への態度の取り方により峻別論は三つに分類される。以下、樋口教授の作法に従い、議論を二つの局面に分け、それぞれの局面においてそれぞれの立場がいかなるものか見ていくことにする。二つの局面とはすなわち、学説の提唱者が認識行為を行う場合と評価行為を行う場合である。

#### a. 認識行為を行う場合

学説を主張する者が峻別論の立場に立ったうえで認識行為を行う場合には、評価(主観)を混入させてはならないという要請、すなわち認識の客観性の確保が要求される<sup>39)</sup>。それは「科学」の性質から当然要求されるべきものである。このような目的を共通のものとしたうえで、そのような認識行為を行うことによって生じる付随的效果への対応によって峻別論は次の三つに分かたれる。

#### ① 単純峻別論

これは科学の名の下で行われる認識行為によって生じる一切の付随的效果を無視して認識行為を行うという立場である。この立場が「効果に対しての無頓着」を意味しているのであれば、もともと峻別論の前提は付随的效果に対して科学の名において無頓着であってはならないというものであったため、この単純峻別論は他の二つの類型と「等価のものとして設定されているようには思われたい」、つまり「単純峻別論の立場はあらかじめ非難を浴びせられているのではないだろうか」という批判が挙げられる<sup>40)</sup>。しかしながらこの批判は失当というべきである。付随的效果について無頓着であるのは自らの価値判断に基づいてなされるのであれば、それは「ありうべきひとつの『選択』である<sup>41)</sup>」。批判されるべきは科学の名において無頓着であることなのである。科学が無頓着であれと命じるからだという理由にしてはならない。科学は結果に対する態度の在り方までを示しはしないからだ。無頓着であることが許されるのは自らの価値判断によってなされるときなのである。

---

<sup>38)</sup> 同前

<sup>39)</sup> 樋口・前掲注4)18頁。

<sup>40)</sup> 山下威士「タブーとしての憲法？」法学新報91巻1・2号(1984年)354-355頁。

<sup>41)</sup> 樋口・前掲注4)34頁。



## ② 批判的峻別論

認識行為を行ってその結果自らに好ましくないと思われるような付随的効果の発生が予測される場合にそれを抑制するための実践的な態度の表明を行うという立場である。この立場では科学による認識の結果それ自体はそれとして表明したうえで、そこから生じる自らに好ましくない効果に対しては評価の場で対処することになる。現実の在りようを示したうえで、それとは異なる解釈を示すことになるため、「解釈学説という土俵のうえでは、説得効果がいちじるしく減殺され<sup>42)</sup>」てしまう。

## ③ 自覚的結合論

予測される付随的効果への実践的な評価により認識行為をするかしないかを判断するという立場である。例えば、認識によって自らに好ましくない効果が生じることが予見される場合にはこの認識の結果を公表しないという行為をとることになる。認識の客観性の確保という目的が達成される限り、実践的な意欲の下にその認識行為を公表しないという立場をとることは是認されよう。

以上①～③の立場を具体化した例として樋口教授はミシェル・トロペール教授の所説を挙げているので<sup>43)</sup>、簡単にその内容を示すことにする。トロペール教授は簡単に言うと解釈の対象となるのは規範ではなく条文であるという「リアリズムの解釈理論」なる主張をする論者<sup>44)</sup>であるが、その立場は裁判官の介入があって初めて法律が意味を持つ、とするものである。これは、適用される規範は適用者自身によって作られるものであり、違憲審査制の有無にかかわらず、憲法の最高法規性はフィクションに過ぎないという見方であるが、そうした見方（認識）は憲法の最高法規性の理念に反するものであるがゆえに、表明に伴い「立憲主義や法治主義の拘束を弱めようとする現実社会の動きを勇気づけるという付随的効果をとまなうことが当然に予想され<sup>45)</sup>」る。そのような予測された効果に対してトロペール教授は別の機会に付随的効果を抑制するための実践的提言を行っている。その内容にはここでは立ち入らないが、要するにトロペール教授自身は批判的峻別論の立場に立っているといえるのである。付随的効果に対してなんらアクションを起こさずに科学学説を述べればそれは単純峻別論の立場であるし、他方、付随的効果を予測して科学学説の公表を避ければそれは自覚的結合論である。

---

<sup>42)</sup> 樋口・前掲注4)23頁。

<sup>43)</sup> 樋口前掲注4)18頁。

<sup>44)</sup> 詳しく紹介したものとして、ミシェル・トロペール(南野森編訳)『リアリズムの法解釈理論：ミシェル・トロペール論文撰』3-24頁(勁草書房、2013年)。

<sup>45)</sup> 樋口・前掲注4)19頁。

## b. 評価行為を行う場合

峻別論を前提にすると、評価行為を行う際には認識の名において評価をしてはならない、つまり主体の責任の明確化が主要な目的とされる。客観的な真理である「科学」に責任を被せて、実践的な提言をなす態度を非難するのである。この場合も認識行為のときと同様、三つに分類される。

### ① 単純峻別論

付随的効果は無視して解釈学説を説く立場である。広中教授はここでの付随的効果につき特に解釈学説の説得力を減少させる場合として次の二つを挙げる<sup>46</sup>。一つ目はそうした効果が自らの解釈学説に対して生じる場合で、二つ目は現に社会的影響力を行使している他者の議論に対して生じる場合である。一つ目については自らの責任の下であえて付随的効果に対処しないという立場をとっていることから、やむを得ないことで特に問題にはならない。しかしながら、二つ目の場合については問題があるといわざるを得ない。付随的効果に対して無頓着であるのが許されるのは評価行為を行う際の主体の責任の明確化という主要目的を達成する場合のみであるのだから、自らは責任を負わず、他人にのみ責任を負わすのはこの単純峻別論という立場とは相容れないことになる<sup>47</sup>。この場合は別個に対処することが求められる、次の②批判的峻別論の立場に移行せざるを得ないことになろうか。

### ② 批判的峻別論

科学の名において評価をしてはならないという立場を明示したうえで、付随的効果に対して解釈学説の側から対処をするという立場である。峻別論の立場を明言することで解釈学説の説得力は弱まることになるがそうした効果に対しては「実践の次元で別箇にこれを打ち消す行為をする<sup>48</sup>」。この立場は先に述べた(1)②の批判的峻別論同様に説得力の減退という問題に対処しなければならないわけであるが、特に問題とされなければならないのは、①の単純峻別論と同様に、他人の解釈学説（特に公権解釈）に対して峻別論の主張、すなわち「科学の名の下に解釈学説を主張してはならない」という主張をしたときに生じる効果についてである<sup>49</sup>。しかしながら樋口教授によると〈制定法を語る口〉という伝統的な解釈観が今なお一定の影響を残しており、「擬制の効用」として恣意的な解釈主張への歯止めの役割を果たしている。その伝統的な解釈観のもとでは解釈者は何でも自由に自らの解釈学説を提示することができるのではない。〈制定法を語る口〉というほどまでに役

<sup>46</sup> 広中・前掲注30)149-150頁。

<sup>47</sup> 樋口・前掲注4)44頁。

<sup>48</sup> 樋口・前掲注4)24頁。

<sup>49</sup> 樋口・前掲注4)45頁。

割は限定されていないにしろ、制定法などとの整合性を説明する擬制や諸外国の解決例を援用するなどの操作が要求される<sup>50</sup>ことで、解釈学説が本来持つべき「法の創造」的な性格に事実上の歯止めがかけられることになるのだ。批判的峻別論はこうした困難な問題に対処することが求められているのである。

### ③ 自覚的結合論

自覚的結合論は実践的提言を科学ではなく自らの価値判断に基づき主張するということを自覚しながらも、付随的効果を考慮し、あえてそのことを明言せずに認識作用と結びつけた形で説く立場である<sup>51</sup>。ここでの自覚的結合論は実践的提言をする際に主体の責任の明確化を目的とする峻別論共通の前提は維持されているといえる。なぜなら、この立場からは実践的提言をなす際に「科学の名の下で評価はできない」ということが示されないだけだからだ。したがって評価行為それ自体には峻別論共通の前提が貫徹されていることになるのである。しかし、実践的提言たる解釈学説を認識行為と結びつけて論じる際には、解釈学説については自らの価値判断に基づくものであることを自覚していても、そうした意識は外見からは見えない。ゆえに論者には「強烈な緊張意識<sup>52</sup>」の持続が求められる。

## IV. 学説の意義検討

以上のような学説二分論とその展開の議論を通じて学説の意義を検討していきたい。まず、すでに検討した通り、やはり科学と思想は区別しようということは肯定しよう。そしてこの学説二分論の議論で最も重要なのは科学の名の下に解釈学説を述べることを批判することであると考ええる。

こうして科学と思想の峻別可能性が認められたところで、次に、では両者は区別すべきであるのかという価値判断を迫られることになる。この問いに関しては、両者は峻別されるべきであると考ええる。先ほどから指摘されているように、「科学」の名の下に自らの政治的主張を展開することは時に危険であるからだ。あたかも事実（「である」）かのごとく、本来は価値判断の対立であるべき問題を論じることは正当な議論の場をなく奪しかねない。また、学説の公定という事態に直面した際にも両者の峻別は重要な役割を果たす。宮沢教授が指摘するように<sup>53</sup>解釈学説が公定されることはありうるにしても、科学学説が公定さ

---

<sup>50</sup> 中村哲也「認識・評価峻別論と法解釈学」法政理論18巻1号(1985年)1-27頁によると、後者の操作が「事実の援用」であり、前者は「条文の意味の歴史的認識と異なった評価を条文の意味として提示する」ことである。これはどちらも峻別論と相容れない立場からの主張である。

<sup>51</sup> 樋口・前掲注4)49頁。

<sup>52</sup> 樋口・前掲注4)49-50頁。

<sup>53</sup> 宮沢・前掲注3)②論文参照。

れることは許されない。解釈学説は法の解釈によって得られるものであるが、法の解釈とはその法が何を意味しているかを明らかにすることである。様々な形の解釈が主張されている中で、ある一つの解釈が公定されることは実務上（いったんは）法の解釈上の疑義がはっきりと一つの意味に定められることになるわけであるが、それは決して知識の自由な探求に対する制限にはならない。なぜなら法の解釈は「科学」ではなく、一つの真理としての正解が発見され、公定されたわけではないからである。したがっていくら公権解釈機関によって、解釈が示されようとも、知的な活動として、公定された解釈に反する自らの解釈学説を展開することは妨げられない。一方で科学学説が公定されることになると、客観的に存在する一つの真理が発見されたことになる。それは法によって人々にある一定のものの見方を定めるわけであり、科学学説と考えられる天皇機関説が制限を受けた当時ほどの制限は考えられないにせよ、公定された学説以外の物の見方は実質的に大幅な制限を被ることになる。したがって、科学と思想の峻別という視点は重要である。

そうすると両者の関係性が問題となる。この問いには芦部説と峻別論という形で二つの見解が存在することを示したが、結論から述べると、この両者は対立する見解ではないように思われる。両説の違いは峻別の視点を出発点とするが、場合によっては接近する（芦部説）か、峻別の視点を保ったまま（峻別論）か、に表れていると考えられる。峻別の視点を出発点にしていることは両説の問題意識が共通していることをうかがわせる。その問題意識とは先に幾度か述べたように、学説の主張者が科学と思想の峻別に関して無自覚に提言を行うことを批判することであった。芦部説は科学と思想が接近するといってもそれは科学の名の下に解釈学説を論じようとするものではないはずである。解釈学説に求める「ある種の客観性」は解釈学説を完全に科学学説化するものではない。それはおよそ主観的な意欲の作用である解釈に説得力を持たせるために必要な程度の客観性である。こうした解釈観に対しては、先に樋口教授が自由な解釈学説に対しての事実上の歯止めになる点を指摘したが、事実上の制約という問題はおおよそ説得的な解釈学説を述べようとするれば意識せざるを得ないものであるし、「事実上」なのであって、自由な解釈を妨げるものではない。こうした事実上の制約までを突破しようとする解釈学説を述べようと試みる峻別論にとっては制約への対処が課題として残ることになるのはやむを得ないのである。

両説を検討するに、どちらも宮沢教授の問題意識を曖昧にするところがなく、どちらの立場で「学説」というものを論じるべきか議論することには実益はないのではないかと。学説二分論最大の敵である、単純直結論（科学と思想を区別しない立場）を前提としない限りは、峻別ののちに接近しようが、峻別の立場を貫こうが、その結果もたらされるのは学説の説得力の強弱のみではないだろうか。どの立場に立って学説を論ずべきかについてはその示そうとする提言を科学と思想の峻別（ここでの峻別はもちろん出発点におけるそれである）に反しない限りで説得的に示すために効果的だと思われる立場にその都度立てばよいのではないかと。

## V. おわりに

以上、学説のもつ性質、意義について検討してきた。簡単にまとめると、学説には科学学説と解釈学説の区分があり、自らが示そうとする提言を「学説」たらしめるために、よって立つべき立場がある。そのような性質を論者は自覚することによって提言は「学説」たる地位を得ることになるのである。「学」と名のつく以上、好き勝手に政治的主張を述べればよいわけではない。

学説の役割につき、宮沢教授が興味深い意見を述べている。曰く、「わたしは、法の世界における学説……解釈学説の役割は、人の社会において必然的に生まれるさまざまな利益と利益のたたかいを、人間的に可能な最大限度の秩序に服させることにあるのではないかと思う<sup>54</sup>」。戦いを腕力ではなく理論によるものにするために学説が存在する意義があるのではないだろうか。そして理論よる戦いにはその前提として最低限守られなければならないルール（立場）が存在するのである。

---

<sup>54</sup> 宮沢・前掲注3)③論文99頁。