The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	利益衡量論（利益考量論）の再評価
Author(s)	大久保, 邦彦
Citation	阪大法学. 2022, 72(2), p. 210-188
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/88610
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　　説

利益衡量論（利益考量論）の再評価

大久保 邦 彦

「インテグリティ（integrity）」というのは、アメリカ人が人間を評価する場合の非常に重要な概念で、「インテグレート」とは統合するという意味ですから、直訳すると「人格上の統合性、首尾一貫性」ということになると思います。つまりあっちとこっちで言うことを変えない。倫理的な原理原則がしっかりしていて、強いものから言われたからといって自分の立場を変えない。また自分の利益になるからといって、いいかげんなウソをつかない。ポジショントークをしない。

そうした人間のことを「インテグリティがある人」と言って、人格的に最高の評価をあたえる。「高潔で清廉な人」といったイメージです。一方、「インテグリティがない人」と言われると、それは人格の完全否定になるそうです。[1]

Ⅰ　はじめに

多くの裁判官や陪審員は、自らが望ましいと考える結論に到達した後で、その結論を正当化する三段論法（Rules×Facts＝Decision）を考案する傾向にあることを、フランクを代表者とするリアリズム法学は明らかにした。[2] そして、リアリズム法学の影響は、川島武宜[3]や、加藤一郎の「利益衡量論」、星野英一の「利益考量論」を始めとして、日本の民法学にも深く浸透している。[4]

しかし、結論に到達する際には、裁判官の勘・人格・信仰・情熱・偏見といった主観的・非合理的な要素だけでなく、客観的妥当性を有する法原理も作用

している。[5] 利益衡量（考量）論は――整理されていない形ではあるけれども――そのことを示そうとしたと考えられる。[6] そこで、本稿では、利益衡量（考量）論の試みを再評価するとともに、[7] それに欠けているものを指摘して、法のインテグリティの確保に向けて貢献したい。[8]

Ⅱ　主要な学説とその評価[9]

Ⅱでは、利益衡量（考量）論に先行する方法論に関する学説として末弘厳太郎と我妻栄を取り上げた後、加藤一郎の「利益衡量論」と星野英一の「利益考量論」に検討を加える。

1　末弘厳太郎

末弘は、有名な「三つ巴」論において、法的三段論法が事実確定→法律解釈→法律適用という手順でなされることを否定して、次のように述べる。[10] ①事実の客観性による限界（例、赤信号を青と認定できない[11]）と、②法文の文字・用語、法律立案の沿革による限界[12]という「二つの限界の範囲内において事実認定と法律解釈とそうして結論を産む心の働きとが三つ巴をなして相互的に決定し合うのだと思う。つまり心理的過程としては事実認定が先にあり次に法律解釈が行われ、そうしてその結果結論が産まれるのではなくして、この三つの働きは相互的に決定し合いつつ一切一時に行われるものだと思う」。ここにリアリズム法学の影響が見られる。[13]「三つ巴」論の具体例として、末弘が好んで挙げるのが、次の事件[14]である。[15]

――よかろう。それではかつて学者の間で議論のタネになった有名な事件を例にとろう。事件のあらましはこうだ。或る男が妻子を故郷に残してアメリカに出稼ぎした。ところが思うように金が入らないので留守宅に金を送ってこない。しかたがないから妻は或る婆さんから四、五十円の金を借りた。ところがいよいよ婆さんから返金を請求されてみると返せないものだから――たぶん弁護士でも知恵をつけたのだろう――女はついに民法第一四条をタテ

にとって「人の妻たるものは夫の許可を得ずして借財をなしえない。許可なしになされた借財は取り消しうる。ところで自分は夫の許可なくして金を借りたのだからあの契約は取り消す」と称して請求に応じない……。

――しかし、いかに取り消しても借りたものだけは返さねばなるまい？

――ところが民法によると無能力者たる妻の側では「現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フ」にすぎない。したがって妻が借りた金を消費してもはや現に何らの利益をも受けていない以上、一文も返す必要がないようになっている……。

――へえ……そんなつごうのいい法律があるのかね。

――あるとも。そこでもしも女の言い分を通せば婆さんの訴はどうしても通らない。ところが君が考えてもこの場合はなんとかして婆さんの言い分を通してやりたいような気がするだろう。

――大いにする。ところで裁判所はその事件をどう裁判したのかね？

――裁判所だって無論君と同様なんとかして婆さんを勝たせたいと思ったらしい。とうとう夫が妻子を故郷に残して出稼ぎしたるにもかかわらず生活に必要な費用を送らないような場合には借金をするなりその他なんとか途を立てて生計を続けるよう実は暗黙に借金の許可を与えたものにほかならないという理窟で婆さんを勝たせてしまったのさ。

――至極もっともな裁判じゃないか……。

――結果は確かにそうだ。しかしこの際特に君の注意を乞いたいのは、裁判所は暗黙に借金の許可があったと言っているけれども、それは畢竟本件においては原告たる婆さんを勝たせるのが至当だという考えに動かされて出てきた事実認定ではあるまいかということだ。

――なるほど。明瞭な許可は確かになかったけれども、暗黙の許可だけはともかくあったものとみるのは確かに一策に違いない……。

――そうだ。ちょっと無理なようだが確かに一理ある。ところがわれわれがこの事実認定に一理ありと考えるのも、結局この事件では婆さんを勝たせるのが至当だと考えることの結果ではあるまいか。つまりこの事件においても僕の考えが立派に証拠だてられていると僕は思うのさ。

――なるほどね。今の事件などは少しことが極端すぎてかえって多少の不安を残すけれども、君の言う理論だけはどうやら正しいような気がする。

末弘によると、三つ巴の結論を最後に動かないものとして決定するのは、裁判官の人・理想・人生観であり、裁判官は「人」を完成すべく努力する責任がある[16]。他方で、裁判官の人・合理性に対する人民の信頼が強調されている[17]。末弘においては、上述の「二つの限界」を除き、裁判の基準は示されておらず、決定は裁判官にほぼ白紙委任されている[18]。

2　我妻栄「私法の方法論に関する一考察[19]」

我妻は、本論文において、末弘[20]のほか、リアリズム法学の先駆者たる「社会学的法学」のパウンド[21]を引用しており、その影響が窺われる。

我妻によると、具体的事件についての法律的判断は、判断者の「全人格的な判断」による（末弘の影響である[22]）。その判断に客観性を持たせるために「法律の実現すべき理想の攻究」と「社会現象の法律を中心とする実有的攻究」が必要であるが、それにもかかわらず、その判断の心理的過程には、判断者の法律的知識だけでなく、思想・人生観・経験等の非法律的ファクターも作用することを認める[23]。そして、法的三段論法は、「何らかの心理過程によって事実出来上った判断に後から着せられる衣の形式を意味する[24]」。

末弘と比べると、「法律の実現すべき理想」を強調することにより法原理が介入する余地を認めている点が注目される[25]。「法律の実現すべき理想」としてシュタムラーの「自由に意思する人間の共同生活」を例示するが、かかる抽象的命題と無数のファクターを考慮してなされる裁判での具体的価値判断との間には多くの間隔があるため、判断が恣意的にならないように、各種の法律関係における具体的な指導原理を攻究しようとする[26]。

我妻によると、19世紀の私法関係を指導する原理は個人意思の絶対である。その意思が積極的に活動した場合には意思表示・契約となり、消極的・違法的に（過失により）活動した場合には不法行為となる。また、絶対的な個人意思の外界における立脚点として、絶対的な所有権が承認される。しかし、私法関

係を支持する契約自由の原則、過失責任の原則、私有財産権絶対の原則は、今日ではもはや一般的な指導原理たる価値を有せず、各種の法律関係において修正せざるをえなくなっているという。そして、たとえば損害賠償については、具体的衡平というような命題を掲げるだけでは確然たる標準を与えることができないので、相隣者・親族関係等から大企業の内部・外部に至るまで種々の態様を区別して、そのそれぞれについて相争うすべてのファクターを子細に観察し、顧慮されるべきあらゆる要素――経済的弱者の侵害された各種の利益、各個人の静的・動的安全、社会における法律秩序の安定、現代社会の風習、慣行、信条、一国産業の興廃等々――を検討し、できる限り具体的な原理を求め、個々の事件の具体的判断に対して準拠を示すことに努めなければならないとする。[27] 不法行為についてそれを実践したのが、次に検討する加藤一郎である。[28]

3　加藤一郎「利益衡量論」[29]

(1)　主張内容

加藤は、リアリズム法学の強い影響の下にあることを自認している。[30]

加藤は、航空機の墜落により地上の第三者が死亡し、その遺族から航空機の運行者・所有者（航空会社、自衛隊＝国）に対して損害賠償の請求がなされた場合について、利益衡量を「実演」している。[31] その際にまず、「形式に捉われずに実質的な利益衡量が十分行なえるように」、「最初の判断過程では、既存の法規を意識的に除外して、全く白紙の状態で、この事件をどう処理し解決すべきか」を考えるべきことを説く。もっとも、「法律家の血となり肉となっている部分は除外することができないし、それが入ってくることはむしろ歓迎すべき」だという。

また、加藤は、一般論として、⓪利益衡量もその場その場でカズイスティックになされると、相互のバランスが崩れるおそれがあるとともに、思考に手間がかかり不経済になるので、それを避けるために、実質的な利益衡量の類似するものをまとめて１つの類型として構成していく必要があるとする。

航空機墜落の事例の利益衡量については、加藤は次の①～⑤を挙げ、無過失責任を認めるべきだとする。

①過失がないのに損害賠償をさせることは、飛行士にとっては酷であるが、航空会社や国については必ずしもそうではない。

②被害者としては全く天から降った災難であり、避ける方法なしに被害にあった。

③航空会社に無過失責任を認めると、航空会社が破産したり採算が取れなくなったりして、航空事業の健全な発展が妨げられるおそれがある。

④航空会社は運賃や責任保険によって、国は税金によって、損失を社会的に分散することができる。

⑤ローマ条約は無過失責任を認め、不可抗力や第三者の行為も免責事由としていない。

しかし、このようにして得られた結論は、最終的な結論ではなく仮の結論であり、法規等による理論構成によって、その妥当性が検証される。その際、利益衡量による判断過程で見落とされていた他の制度との関連や類似の事例との比較が明らかにされ、当初の結論が修正・廃棄される可能性がある。

(2) 評　価

加藤は、法律家の血となり肉となっている部分を除外しないので、実質的な利益衡量に法原理が介入してくる余地がある。

動的体系論（動的システム論）に関する分析であるが、山本敬三によると、一定の法領域における法規範・法律効果を説明・正当化する要素には、ⓐ観点ないしファクターとしての要素とⓑ原理としての要素があるところ、両者は密接に関連しており、ⓑ原理からはⓐ観点・ファクターを容易に抽出することができ、ⓐ観点・ファクターの基礎にはⓑ原理を読み取ることができる。[32] そこで、加藤の⓪～⑤から観点・ファクターや法原理を探求してみたい。

まず、加藤は一般論として、⓪カズイスティックは「等しいものを等しく扱う」という正義の要請に反する可能性が高く、合目的性（思考経済という効率性）に反することを指摘し、類型化を説いている。これは、法のインテグリティを確保するために重要な視点である。なお、法理念としては、通例、正義・法的安定性・合目的性の３つが挙げられるが、[33] 加藤のカズイスティックに対す

る批判は、このうち正義と合目的性に基づいている。

①④は、航空会社や国の資力・付保可能性に着目するものであり、損害賠償責任の成立・範囲拡大を支持する観点である。損害賠償責任の成否・範囲を判断するに際し、ドイツ・オーストリアでは、補充的に加害者と被害者の資力が斟酌されることがあるが[34]、日本でも、慰謝料の算定に際し加害者の資産状態を斟酌することを是認する判例[35]・学説[36]、過失相殺の際に被害者と加害者の資力を斟酌した下級審判決[37]が存在する。カラブレイジの事故法理論は、正義・公平と並んで事故費用の低減（効率性）を目標とするが、事故によって生じる社会的・経済的な地位劣化（第２次費用）を低減する方法として、社会各層に費用を広く分散させる方法（社会保障制度・〔任意〕保険・企業責任という３つの制度がある）と、富裕者に費用を負担させる方法（Deep Pocket 論）とを挙げる[38]。

②は、被害者の権利法益保護の必要性を示すものであり、その基礎に、権利法益は可能な限り保障されるべきであるという法原理を読み取ることができる。また、被害者に帰責性がないことは、権利法益保護の必要性を強化する。

③航空事業の健全な発展は、政策的な目的であり、合目的性に関わる。

⑤比較法が解釈基準となるかは問題である。最高裁は、(i)国籍法（旧）３条１項や、(ii)非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の２分の１とする規定が憲法14条１項に違反すると判断する際に、諸外国の状況の変化を参酌している[39]。(ii)の決定に対し、石川健治は、「『事柄の性質（Natur der Sache)』が時代の変遷とともに変化したという理由付けだけで、平成７年決定[40]を変更することなく、それとは180度異なる結論が導出された」、「時勢の変遷が法の変遷に直結するという、ブランダイス＝芦部流の『法は事実より生ずる（Ex facto jus oritur)』という主張が、実現した」と述べて、その反ドグマーティク的傾向を批判する[41]。ビドリンスキーは、法学方法論の体系書の中で、比較法につき、次のように述べている。比較法は、客観的―目的論的解釈の「普遍的解釈方法」として用意されており、補充的・防衛的論拠としてのみ役立つ。外国法から自国法の解釈への架橋は、法の普遍的構成要素としての法理念の地平でのみ行われうる。比較される法規範の機能に照準を合わせた比較法に対して、問題となっている生

活関係の型の目的に最もよく適合する法的解決を探求する目標を定めるならば、国際的に理解された「事柄の性質」の探求が問題となる。[42]

このように加藤の⓪～⑤からは種々の観点・ファクター・法原理を見出すことができるが、十分に整理されておらず、問題の構造が見えにくい。損害賠償法の基礎には、㋐（潜在的被害者の）権利法益と㋑（潜在的加害者の）自由の対立があり[43]、両者の調整が問題となっている。加藤の②は㋐に、③は広い意味で㋑に関わっており、㋐と㋑の調整に際して㋐を優先させるために、①④と⑤が援用されていると整理できる。しかし、㋐と㋑の調整に関しては、過失責任・危険責任というメタ原理を立法趣旨とする規定（民法709条・717条など）が存在するので（後出**4**(4)[44]）、航空機墜落の事例で無過失責任を主張するのであれば、無過失責任を認める規定の類推を主題とすべきである。加藤自身、法規等による理論構成において、民法709条の枠内での過失の証明責任の転換や注意義務の厳格化と並んで、土地工作物所有者の無過失責任を認める民法717条の類推を選択肢として挙げているが[45]、法のインテグリティの確保と思考経済という観点からは、民法717条ないし自賠法３条の類推[46]を最初に検討すべきであろう[47]。その際、自動車・航空機は土地の工作物よりも危険である[48]という事実が、無過失責任を基礎づける方向に作用する[49]。

4　星野英一「利益考量論」[50]

(1)　総論的な主張内容

星野も、リアリズム法学の影響を受けている[51]。

星野においては、利益考量は解釈の「手順」であり、利益考量を行った後になされるべき価値判断の「基準」となるのは、「何人も否定することのできないような価値」である[52]。そして、客観的妥当性を認められた価値を捉える際に、最も根本的・高次の価値を追求する一方で、ごく具体的な価値（判断命題）を把握し、両方から推し進めて、価値（判断命題）のヒエラルヒアを構築しようとする[53]。星野は、価値のヒエラルヒアにおける高次の価値として、①人間の尊厳、②平等、③精神的自由を[54]、低次の価値として、④取引安全、⑤国民が健康で文化的な生活を営むべきこと等を挙げるが[55]、人権とされるものが両者に含ま

れており、振り分けの基準は明確でない。また、後出(4)で述べるように、今挙げた５つの価値は可能な限り尊重されるべき価値（アレクシーの「最適化命令としての原理」）であるが、それ以外にも価値判断の「原理」として、担保権の「付従性」、私所有権の原則、所有権の絶対性、契約自由の原則、過失責任主義、私的自治の原則、信義則など次元・種類の異なるものが挙げられており[56]、それらの整序が必要であろう。星野自身、「原理」の意味がはっきりしないことを認めている[57]。

(2)「相続放棄と登記」と「遺産分割と登記」

星野が利益考量・価値判断の手法も使われている判決として例示する[58]「遺産分割と登記」に関する最高裁判決（以下「昭和46年判決」という[59]）に即して、その手法が「実演」されている様子を見ることにする。この判決は、次のように判示した。

「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼつてその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいつたん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずるのと実質上異ならないものであるから、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、民法177条の適用があり、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができない。」

この判断は、昭和31～34年の下級審判決に沿うものであった[60]。他方で、最高裁は、昭和42年に、相続放棄の「効力は絶対的で、何人に対しても、登記等なくしてその効力を生ずる」と判示した（以下「昭和42年判決」という[61]）。つまり、最高裁は、「相続放棄と登記」と「遺産分割と登記」の問題において、登記の要否という点で反対趣旨の判断を示した。そこで、両者の関係や整合性が問われることになる。

昭和42年判決の評釈[62]において、星野は、「相続放棄と登記」の問題は、「理論的には、放棄の『遡及効』をどう解するかの問題であり」、「実質的には、放棄制度の趣旨、および、一方、ⓐその他の共同相続人の放棄によって法定相続分

以上に相続財産を得た者および相続債権者さらにはその者の債権者、他方ⓑ第三者、特に放棄者の持分を差し押えた債権者の利益考量の問題であり、判旨は前者ⓐを優先させたという意味を持つ」という。そして、このうち利益考量の問題については、「放棄をなすべき期間の経過した後には、〔ⓑ放棄者の〕持分を差し押えた相続人の債権者は、放棄の登記のなされていない以上、十分保護に値するともいえる。特に、すべての場合に行なわれる〔遺産〕分割により持分が減小（ママ）しても差押の効力が維持されるのだから、差押の効力への期待は強くて当然であり、例外的な放棄の場合にそれが否定されるのは均衡を失する感がある。広くいえば、取引安全の考慮はかなり強調されてよい」という。この時点で、星野は、利益考量論からは遺産分割と相続放棄とで反対の解決をするのは難しいと考えており、相続放棄について遺産分割と同一の解決（昭和46年判決と同趣旨の昭和31～34年の下級審判決が念頭に置かれている）を基礎づけるために、ⓑ差押債権者の登記に対する信頼を保護すべきだとする信頼原理[63]を援用したと見ることができる。もっとも、相続放棄の場合の第三者はほとんどの場合、放棄した相続人の債権者であり、かつ、持分の登記を信頼して差し押さえるということも稀だから、一律に第三者を劣後させることも考えられるとして、判決の結論には賛成していた。

この星野の評釈の影響を受けて下されたのが、「遺産分割と登記」に関する昭和46年判決である[64]。この判決は、遺産分割と相続放棄とで反対に解する根拠を、㋐民法909条ただし書の存在により分割の遡及効は制限されているので絶対的に遡及効を生ずる相続放棄（民法939条）とは同一に論じえない、㋑遺産分割においては分割前に第三者が利害関係を有することが少なくないので、その保護が要請されるのに対して、相続放棄においては第三者の出現を顧慮する余地は小さい、㋒遺産分割後においても共同相続の外観を信頼して持分につき第三者が権利を取得することが相続放棄に比して多く予想されるので、その保護が要請される、の３点に求めている[65]（さらに、星野は昭和46年判決の評釈において、㋓権利者側が登記を怠ったことに関する帰責事由も、遺産分割のほうが相続放棄よりも大きいことを示している[66]）。星野によると、㋐は「文理ないし論理解釈という形をとっているので、敢えて『利益考量の手法』をとってい

るとはいわない」[67]が、㋑㋒は、第三者の保護という価値判断を前提として遺産分割と相続放棄とで第三者の保護の必要性の大小を比較しているから、「利益考量・価値判断の手法」そのものである[68]。

(3)　平井宜雄による批判

しかるに、平井は、昭和46年判決は、「あくまで『議論』に基づく『正当化』という法律家的な問題解決の伝統にしたがっている」にすぎず、「『相続放棄による持分の得喪変更は登記なくして対抗できる』という命題の主張とその論拠とに対し、理由を示して反論し、それと反対の言明を定立したというだけのことであって、『利益考量論』の主張する意味での『利益考量・価値判断』の手法がここで採用されていると考えることはできない」と批判する[69]。

この批判においてまず注目すべきは、平井が㋑㋒を反論の理由と見ていることである。そして、星野が㋑㋒（㋓）を「利益考量・価値判断の手法」と見ており、さらに㋒の基礎に信頼原理を（㋓の基礎に帰責原理を）読み取ることができることである。ここにおいて、利益考量論が法原理によって法規範を基礎づけている事実を確認することができる。

しかし、平井は、「価値判断」を解釈のきめ手とする「利益考量論」は、「価値判断」を「正当化」しなければならず、「正当化」はさらにその「正当化」を必要とし、「価値のヒエラルヒア」の主張に赴かざるをえず、「無限後退」に陥ると批判する[70]。

「価値のヒエラルヒア」を前提とするならば、それが示されない限り、平井が批判するとおり、解釈のきめ手が欠けることになるだろう[71]。しかし、平井は、価値が問題である以上、常に対立する価値がありうるので、価値については「ヒエラルヒア」はありえず、「コンフリクト」しかありえないという[72]。そして、星野も、規範命題として意味のある原則については、他の価値・要請との調和が問題となると述べ[73]、「民法においては、ごく微妙なより具体的な利益の調整・価値の調和的実現が問題となるのであって、人間の尊重とか、近代化とかいった抽象論だけでは、具体的な問題についてどちらの解釈をとるべきかは決まらないことが多い」ことを認めており[74]、最後には、諸々のファクターを考

量して（いわば直観的に）決めるほかなく、学者としては、考慮されるべき要素を列挙し、その軽重を論ずるほかない場合も少なくないという認識を示している。[75]

(4) 法原理の諸相と衡量

別稿で述べたように、法原理には、アレクシーのいう「最適化命令としての原理」[76]（対象レベルの原理）と、衝突する対象レベルの原理間の調整を行うメタ原理とがある。[77] (1)で星野が挙げていた原理のうち、①人間の尊厳、②平等、③精神的自由、④取引安全、⑤国民が健康で文化的な生活を営むべきことは「最適化命令としての原理」（対象レベルの原理）であり、過失責任主義は対象レベルの原理間の調整を行うメタ原理である。「最適化命令としての原理」は、［あること］が可能な限り高い程度で実現されるべきことを命ずる規範（最適化命令）を意味する[78]（［あること］に①人間の尊厳等が代入される）。この２つのレベルの原理を区別すると、法原理の世界の規範構造が明晰になり、我妻や星野を悩ませた抽象的命題（抽象論）と具体的価値判断との架橋が可能になる。

「相続放棄と登記」と「遺産分割と登記」の問題では、相続放棄・遺産分割によってⓐ権利（持分）を得た者の利益と、ⓑ失われた権利（持分）の譲受人・差押債権者の利益が対立している。問題の構造をモデル的に示すために既出の原理に限定するならば、ⓐの利益を保護しようとする対象レベルの原理は、権利は可能な限り保障されるべきであるという法原理であり、ⓑの利益を保護しようとする対象レベルの原理は、信頼原理である。また、帰責原理によると、ⓐ権利（持分）を得た者の帰責事由はⓐの保護の必要性を弱める力として作用する。以上が「相続放棄と登記」と「遺産分割と登記」の問題の構造である。[79]

次に、対立する法原理をどのように調整するかが問題となる（衡量問題）。[80] 仮に、「相続放棄と登記」「遺産分割と登記」の両者について現行法（制定法だけでなく判例を含む）が存在しない場面を想定すれば、「えいや！」と政治的決定をするしかない。[81] その意味で、星野が「どちらかに決まれば第三者はこれに対応した行動がとれるから、決まることが大切である」という[82]のは、理解で

きる。しかし、一方の問題について現行法が存在するという前提の下で[83]、他方の問題について決定するときは、法のインテグリティを確保するために、現行法の解決との整合性が問われる[84]。したがって、遺産分割と相続放棄との比較は、当然になされるべき作業である。そして、比較に基づいて星野が至った結論は、ⓑ差押債権者は相続放棄の場合より遺産分割の場合のほうが保護に値する、というものであった。

その星野の結論を前提にした場合において、昭和46年判決とは逆に、相続放棄についてⓑ差押債権者を優先させるという現行法（判例）が存在すると仮定すれば、遺産分割の場合にも勿論ⓑ差押債権者を優先させなければならない（勿論解釈[85]）。逆に、遺産分割についてⓑ差押債権者を優先させるという現行法（判例）が存在するとしても、相続放棄の問題の解決にはきめ手がない。したがって、いずれの解決を採ったとしても、その解決は是認可能（vertretbar）である[86]。

(5)　平井説の評価

平井は、利益考量論に対して、「発見のプロセス」と「正当化のプロセス」とが分化されていない点を批判し、両プロセスを明確に区別すべきことを説く[87]。そして、「発見のプロセス」には、信仰・情熱・先入観・予断・偏見等の「主観的価値判断」が介入することを認める[88]。しかし、心理的な「発見のプロセス」には、主観的なものだけでなく、客観的なものも介入しうるのであり、法的判断に際しては、法原理が作用しうる。上述のように、このことを利益考量論が実演していた。そして、平井自身も、「発見のプロセス」において「理論」が介入すること[89]、心理学的根拠を「議論」の主題とすることを認めている[90]。

平井が両プロセスの峻別を説き、「発見のプロセス」においては、主観的価値判断につきない、あらゆる「非合理」的要素が役割を演じて差し支えないことや、「議論による正当化」を強調したことにより[91]、「発見のプロセス」においても「正当化のプロセス」においても法原理が軽視された[92]結果、「実質的価値不問主義[93]」、「極限にまでおし進められた『実証主義[94]』」、「概念法学への回帰[95]」という批判を招いたことは[96]、後の学説の展開にとって不幸だったと思われる[97]。

Ⅲ　おわりに

以上の簡単な検討からも、末弘が決定を裁判官にほぼ白紙委任していたのに対して、我妻が「法律の実現すべき理想」を強調することにより法原理が介入する契機を作ったこと、加藤や星野が望ましいと考える結論に到達する際に法原理が作用している事実を確認することができる。しかし、利益衡量（考量）論は、「法原理」ではなく「利益」に着目した結果、法原理に対する考察が疎かになり、その諸相や性質・機能を十分に捉えられなかった[98]。また、法原理の衡量（利益衡量・価値判断）に際し（制定法だけでなく判例を含む）現行法がすでに行った評価を軽視したことにより、抽象論と個別事件における具体的価値判断とをうまく架橋することができなかった。

京都大学法学部では筆者の在学中から利益衡量（考量）論に対して批判的な講義がされていたが、講義にはあまり出ず、星野先生の『民法概論[99]』や加藤先生の『民法ノート[100]』、米倉明先生の当時「法学教室」に連載されていた「民法講義[101]」で勉強し、利益衡量（考量）論にどっぷり浸った状態で大学院に進学し、とりわけ助教授に昇任されたばかりの山本敬三先生からご指導を賜り矯正された筆者にとって、利益衡量（考量）論は取り組んでみたいテーマであった。山本先生からは「法原理、法原理！」とよくいわれたが、「何が法原理となるのか」、「法原理はどこで見つけることができるのか」が当時はよく分からなかった。その後、世紀の変わり目にウィーン大学に留学し、フランツ・ビドリンスキー先生に出会い、「法学方法論」の最終講義に出席し、彼の３部作に取り組んだこと[102]で、法原理のことがかなりよく分かってきた。しかし今でも、利益衡量（考量）論は裁判官を代表とする判断者の行動パターンをうまく捉えているが、それを十分に言語化できていないだけだという感覚が抜けきれていない。本稿は、筆者の主観においては、筆者の法解釈と法原理に対する理解を前提にして利益衡量（考量）論を合理化する試みである[103]。

（１）　矢部宏治『日本はなぜ、「基地」と「原発」を止められないのか』〔集英社イン

ターナショナル・2014〕13-14頁。

（２）　代表的なものとして、Jerome Frank, What Courts Do in Fact, 26 Illinois Law Review, 1932, pp.648-656; idem, Realism in Jurisprudence, 7 American Law School Review, 1934, p.1065. リアリズム法学については、田中英夫「アメリカ法学」碧海純一ほか編『法学史』〔東京大学出版会・1976〕277-280頁を参照。

（３）　判決書の記載（法的三段論法）は裁判官の実際の思考過程を示したものではなく、「すでになされた判定の結論の正当性の論証（rationalization）を目的としている」（川島武宜「『法的推論』の基礎理論――『法的構成』による法的判断の構造と機能――」『「科学としての法律学」とその発展』〔岩波書店・1987〕174頁）。水本浩『現代民法学の方法と体系』〔創文社・1996〕167頁注(150)も参照。

（４）　利益衡量（考量）論は、ドイツの利益法学・評価法学とアメリカのリアリズム法学の影響を受けている（水本・前掲注(３)19頁、89-90頁）。

（５）　フランク自身、法ルールや法原理が勘（hunch）を生み出すことを認めている（Frank, What Courts Do in Fact, 26 Illinois Law Review, p.662）。上品にいえば hunch は「全人的綜合的判断」である（田中・前掲注(２)280頁）。

（６）　小粥太郎は、法原理（の衡量）を重視する山本敬三に対し、「行き届いた利益衡量の方法を提示」しているという評価を与えている（小粥太郎「民法解釈方法論の近況」中田裕康先生古稀記念『民法学の継承と展開』〔有斐閣・2021〕９頁）。

　山本は、「『利益衡量論』においても、それぞれの『利益』と結び付いた『価値』や『原理』の衡量が行われているとみることができるが、その意味での『利益』を抽出し特定する方法やそれらを『衡量』する方法が示されることはほとんどなく、判例批評等の『実作』において実演されるにとどまっている」という（山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」山本＝中川丈久編『法解釈の方法論――その諸相と展望』〔有斐閣・2021〕59頁注(80)）。本稿で行った作業は、この山本の指摘を具体的に示すことにほぼ尽きている。

（７）　大村敦志は、利益衡量（考量）論は、「マクロ・レベルでは、内在的な価値に従って民法を理解し・批判し・受容するための研究方法として、ミクロ・レベルでは、個別紛争の解決を通じて、法外在的な価値を考慮しつつ、法を生成させる技法として、それぞれ再構成することができる」と主張する（大村敦志『民法総論』〔岩波書店・2001〕131頁）。

（８）　法においてインテグリティ（純一性）が必要なことについては、ロナルド・ドゥウォーキン著／小林公訳『法の帝国』〔未来社・1995〕を参照。

　大屋雄裕は、「解釈とは意味の認識ではなく意味の制作と、物語りの制作と捉えられるべきである」、「規則遂行のよどみにおいて行なわれた多くの解釈が作り出した意味連関を、さらに互いに関連させていくような記述を行なうことによっ

てさまざまな既存の命題群を統一的な意味連関の下に置くこと、それが解釈の目的なのである。人々が解釈を行なうたびごとに制作される物語りによって、さまざまな法文と帰結としての判決その他のあいだに規範的構造が作り出され、それが我々の信念として受容されていく。これらの努力が成功し、すべての命題群が一つの大きな連関をなしているかのように我々に信ぜられるとき、そこには法体系と呼ぶべき何かが存在するようになるのだ」という（大屋雄裕『法解釈の言語哲学――クリプキから根元的規約主義へ』〔勁草書房・2006〕168-170頁〔圏点は原文〕）。

大村は、利益考量法学の「考量」を、「諸要素のバランスをとることを超えて、多くの要素を視野に収めて統一的な説明を与えること」、「異なる複数の説明の間でよりよいものを求めつつ暫定的な判断を下すことを目指す営み」として受け止めようとする（大村敦志『性法・大学・民法学――ポスト司法制度改革の民法学』〔有斐閣・2019〕84頁）。

（9） 民法解釈方法論に関する包括的な学説史的研究として、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〕1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 現代法学の思想と方法』〔岩波書店・1997〕231頁、同・前掲注（6）27頁がある。

（10） 末弘厳太郎『法学入門』〔日本評論社・1980〕118頁。

（11） 末弘『法学入門』102-103頁。

（12） 末弘『法学入門』110頁、117頁。

（13） 吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』〔有斐閣・2001〕26-27頁、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〕128-129頁。広渡が同127-129頁で述べるように、末弘とフランクは異なる面もある。

（14） 大判大正9・9・1民録26輯1227頁。

（15） 引用は、末弘『法学入門』98-100頁から。同『民法講話 上巻』〔岩波書店・1926〕43-44頁、同『嘘の効用』〔日本評論社・1980〕22-24頁も参照。

（16） 末弘『法学入門』118頁、121頁。「法律解釈の理論は裁判官其他法律的判断者の良心の問題である」ともいう（末弘厳太郎「法律解釈に於ける理論と政策」『民法雑考』〔日本評論社・1932〕2頁）。

（17） 末弘『法学入門』113-117頁、121頁。

（18） 瀬川信久は、「末弘は、法律的判断（＝裁判）の内容の妥当性・基準を探究せず、法律的判断の従うべき準則を形式的な形で提示しようとした」という（瀬川・前掲注（9）5頁〔傍点は原文〕）。ただし、末弘は、欠缺補充の場面では、「解釈者はより高次の法律規範の存在する場合必ず之に服従するの義務あるは勿

論、常に他の一般法律規範との均整を顧慮しつつ解釈を与へる必要がある」と述べている（末弘・前掲注(16)『民法雑考』32頁）。

(19)　初出は法協44巻６号・７号・10号〔1926〕であるが、同論文を所収する我妻栄「私法の方法論に関する一考察」『近代法における債権の優越的地位』〔有斐閣・1953〕から引用する。

(20)　我妻・前掲注(19)556頁、558頁注（２）。

(21)　我妻・前掲注(19)502頁、504頁注（７）、522頁注（３）、530-531頁。パウンドについては、田中・前掲注（２）272-274頁を参照。

(22)　末弘『民法講話 上巻』35頁以下に「全人格的判断」という語が頻出する。

(23)　我妻・前掲注(19)534-535頁。

(24)　我妻・前掲注(19)536頁。

(25)　瀬川は、「法解釈の規準として、末弘が、形式的なものを考えたのに対し、我妻は実質的なものを考えている」、「我妻は、……末弘のように、裁判官の『自由で且創造的な』規範創造に委ねず、判断内容に関わる理想的指導原理を探求した」と評価する（瀬川・前掲注（９）17頁と14頁〔傍点は原文〕）。

(26)　我妻・前掲注(19)493頁。

(27)　我妻・前掲注(19)500-501頁。リアリズム法学も、「判例、（および法が問題となる事例）をこれまでよりもより狭いカテゴリーにグループ分けした方が効果的ではないかと考えている」（田中・前掲注（２）279頁）。

(28)　加藤一郎『不法行為』〔有斐閣・初版1957、増補版1974〕はしがき、60頁注（２）、80-131頁、同編『注釈民法（19）債権（10）』〔有斐閣・1965〕63-193頁。同「日本不法行為法の今日的課題――アメリカ法との比較において――」『民法における論理と利益衡量』〔有斐閣・1974〕173頁以下では、不法行為の類型的考察の必要性を説く。

(29)　加藤については、水本・前掲注（３）172-178頁も参照。

(30)　加藤一郎「はしがき」『民法における論理と利益衡量』２頁。

(31)　加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」『民法における論理と利益衡量』24頁以下。同「航空機による地上損害の賠償責任」『不法行為法の研究』〔有斐閣・1961〕53頁以下も参照。

(32)　山本敬三「民法における動的システム論の検討――法的評価の構造と方法に関する序章的考察――」法学論叢138巻１・２・３号〔1995〕244-251頁。大久保邦彦「動的体系論と原理理論の関係に関する一考察」神戸学院法学31巻２号〔2001〕560-566頁も参照。

(33)　ラートブルフ著／野田良之＝阿南成一訳「法哲学入門」『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〕52頁以下、Franz Bydlinski,

Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S.81, SS.325-369.

(34)　典拠は、大久保邦彦「二面的正当化原理――スキミング被害の預金者保護に向けて――」甲南法務研究２号〔2006〕17頁に譲る。

(35)　たとえば、千葉地裁佐倉支判昭和46・３・15訟月17巻11号1691頁：「本件加害者側の被告国は単なる一個人と異なり一般的に財産的資力が大であり、たとえ予算上の制約を受けるにしろ、不法行為の場合の賠償能力においても亦右財産的資力に比例して一個人よりも遥に優つているものと認められることは一般公知の事実であるので、これを本件の賠償額の認定には重要な参酌事由の一つに加えて然るべきものと思われる。」

(36)　我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』〔日本評論社・1937〕207-208頁。

(37)　名古屋高判昭和50・９・17判時800号59頁。

(38)　平井宜雄「現代不法行為理論の一展望」『不法行為法理論の諸相』〔有斐閣・2011〕164頁以下を参照。

(39)　(ⅰ)最大判平成20・６・４民集62巻６号1367頁、(ⅱ)最大決平成25・９・４民集67巻６号1320頁。

(40)　最大決平成７・７・５民集49巻７号1789頁。

(41)　引用は、石川健治「ドグマーティクと反ドグマーティクのあいだ」石川ほか編『憲法訴訟の十字路――実務と学知のあいだ』〔弘文堂・2019〕332頁から。(ⅰ)の判決については328-329頁、(ⅱ)の決定については330-332頁を参照。

(42)　Bydlinski, a.a.O., SS.461-462.

(43)　「わが国の不法行為制度の中核をなしているのは、①被害者の権利の価値を回復させる（金銭により権利の価値を実現する）ことによる保護と、②行為者（加害者）の行動自由の保障である」（潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第２版〕』〔信山社・2009〕13頁）。

(44)　山本は、制定法自体が原理の衡量の結果であることを指摘する（山本・前掲注(９)252-253頁）。

(45)　加藤「法解釈学における論理と利益衡量」『民法における論理と利益衡量』28頁。

(46)　なお、危険責任規定の類推は、オーストリアでは肯定されているが、ドイツ・スイス・日本では否定的である（Bernhard A. Koch and Helmut Koziol, Comparative Conclusions, in: Unification of Tort Law: Strict Liability, 2002, pp.395-396, 浦川道太郎『ドイツにおける危険責任』〔成文堂・2021〕３－４頁）。ただし、浦川自身は類推に肯定的であり（同324頁）、我妻も、航空機等による運輸業のように土地に関する設備を基礎とするといえないものでも１つの企業組織をなすものには民法717条を適用すべきだと述べていた（我妻・前掲注(36)181頁）。

(47)　大村は、利益衡量（考量）論は、民法の諸制度が体現している価値を理解し、民法自体が持っている価値を参照して議論を展開するという姿勢が希薄であると評価している（大村『民法総論』125-128頁）。

(48)　加藤一郎「民法の解釈と利益衡量」法学教室25号〔1982〕26頁。

(49)　オッテは、法論理学の観点から、比較級命題（komparative Sätze）という考え方を導入した。それによると、比較級命題の基本形式は、「a が多ければ多いほど、ないしはよくあればあるほど、それだけ b が多い、ないしはよくある（je mehr bzw je eher a, desto mehr bzw desto eher b）」、あるいは、「a の場合には、a でない場合よりも、b が多い、ないしはよくある（wenn a, dann mehr bzw eher b, als wenn nicht a）」という形にまとめられる。原理も「より多くないしより少なく（mehr oder weniger）」実現されうるから、原理を記述する命題も比較級命題である。しかし、アレクシーによると、「すべての原理は比較級規範であるが、逆は妥当しない」（以上につき、大久保・前掲注(32)208-211頁を参照）。

危険責任の思想も、比較級命題の基本形式を用いて、「危険が大きければ大きいほど、それだけ責任は重くなる」と表現することができる。したがって、航空機が土地の工作物よりも危険であり、土地の工作物について無過失責任が規定されているならば、勿論、航空機についても無過失責任が妥当すべきことになる。

製造物責任に関し、コッティオールが、「欠陥から生じる危険性は、一般的にそれほど高度な部類に属するものとは言えない」（折れ曲がったペーパークリップや腐った食べ物を例示する）として、危険性という発想のみで製造者の厳格な責任を正当化することはできないとするのも（ヘルムート・コッティオール著／長野史寛訳「ヨーロッパ製造物責任法――比較法の見地から見た基本問題――」民商151巻２号〔2014〕113頁以下、特に123頁）、「危険が大きければ大きいほど、それだけ責任は重くなる」という命題のコロラリーである。

ちなみに、原子炉は自動車や土地の工作物よりも危険なので、原子力損害についてはより重い責任が課されることになりそうだが、原子力損害の賠償に関する法律４条によると、原子力事業者以外の者は損害賠償責任を免れる（責任集中）。1967年制定時の公害対策基本法には「生活環境の保全については、経済の健全な発展との調和が図られるようにする」という経済調和条項があり、その条項は1970年の公害国会で削除されたが（六車明「環境と経済――基本法を創るものと基本法が創るもの――」慶應法学７号〔2007〕563頁）、原子力損害賠償法１条には未だに「原子力事業の健全な発達に資することを目的とする」という規定があり、その目的が責任集中を支持するという説明が考えられる。しかし、その説明で損害賠償法のインテグリティが確保されるかは疑わしい。原子力損害賠償法は損害賠償法全体の中で「水に浮かぶ油」のような存在に見える（かつて四宮和夫

は、「信託は……大陸法系に属するわが私法のなかでは、水の上に浮ぶ油のように異質な存在である」と述べた（四宮和夫「旧版はしがき」『信託法〔新版〕』〔有斐閣・1989〕３頁））。

(50)　星野については、水本・前掲注(３)178-184頁も参照。

(51)　星野英一「日本の民法解釈学」『民法論集第５巻』〔有斐閣・1986〕243頁。リアリズム法学と利益考量論との関連性・異同を検討するものとして、吉田・前掲注(13)25-49頁、68-70頁がある。

(52)　星野英一「『民法解釈論序説』補論」『民法論集第１巻』〔有斐閣・1970〕（以下「補論」で引用）56-57頁。同「『議論』と法学教育」『民法論集第８巻』〔有斐閣・1996〕（以下「議論」で引用）121頁も参照。

(53)　星野「補論」57頁。同「民法解釈論序説」『民法論集第１巻』（以下「序説」で引用）31頁、同「議論」118頁、177頁も参照。

(54)　星野「序説」44頁、同「補論」57頁。平井宜雄「戦後日本における法解釈論の再検討」『法律学基礎論の研究』〔有斐閣・2010〕51頁も参照。

(55)　星野「序説」29頁、同「補論」57頁。

(56)　星野「序説」29-31頁。

(57)　星野・前掲注(51) 238頁。

(58)　星野「議論」111頁、119-120頁、同「民法の解釈のしかたとその背景」『民法論集第８巻』211頁。

(59)　最判昭和46・１・26民集25巻１号90頁。

(60)　星野英一「昭和46年判決の評釈」法協90巻２号〔1973〕403頁。

(61)　最判昭和42・１・20民集21巻１号16頁。

(62)　星野英一「昭和42年判決の評釈」法協85巻２号〔1968〕222-225頁（下線、ⓐⓑ、〔　〕内は大久保による）。

(63)　星野は「取引安全の考慮」というが、取引社会の秩序ではなく、差押債権者の保護が問題となっているから、「信頼原理」というべきである。「取引安全」と「信頼原理」の相違については、山本敬三『民法講義Ⅰ総則〔第３版〕』〔有斐閣・2011〕123頁を参照。

(64)　星野・前掲注(60) 404頁、409頁、平井「戦後法解釈論の批判的考察」『法律学基礎論の研究』142頁注(122)。

(65)　平井・前掲注(64) 136頁の整理にほぼ従っている。

(66)　星野・前掲注(60)406-409頁。

(67)　星野「議論」141頁注(66)（傍点は原文）。

(68)　星野「議論」119-120頁。

(69)　平井・前掲注(64)136-137頁（傍点は原文）。218頁注(60)も参照。

(70)　平井・前掲注(64) 137頁。

(71)　星野が「価値のヒエラルヒア」にこだわるのは、体系として、ツリー型の体系のみを想定するからであろう。しかし、リゾーム型の体系も存在しうるのであり、実際、法の外的体系（法概念の体系）はツリー型の体系だが（ただし類型概念については別個に考察する必要がある）、法の内的体系（法原理の体系）はリゾーム（根茎）の構造を持つ（法理念として正義・法的安定性・合目的性を認めるならば、頂点は１つではないので、ツリー型の体系はありえない）。リゾームについては、ジル・ドゥルーズ＝フェリックス・ガタリ著／宇野邦一ほか訳『千のプラトー 上 資本主義と分裂症』〔河出文庫・2010〕13-61頁を、外的体系・内的体系については、青井秀夫『法思考とパタン――法における類型へのアプローチ』〔創文社・2000〕79-112頁を、リゾームの構造を視覚的に捉えたい場合には、浅田彰『構造と力 記号論を超えて』〔勁草書房・1983〕236頁、「『千のプラトー』のインフォグラフィック」（https://blog.overkast.jp/2011/10/mille_plateaux/）〔2022-05-09最終訪問〕を参照。なお、山本によると、法的スキーマは「整然としたピラミッドのような体系をなすわけではなく、むしろ相互に複雑にリンクしあいながら、ゆるやかなネットワークを形成している」（山本・前掲注(９)260頁）。

(72)　平井・前掲注(64) 123頁。

(73)　星野「序説」32頁。

(74)　星野「序説」46頁。

(75)　星野「補論」59頁。

碧海純一は、「実定法解釈学の主要任務のひとつは、実定法の具体的文脈において、法解釈がどこまで『存在する事態の理論的認識』にもとづくものであり、どこから『存在すべき事態の実践的選択』がはじまるかをできるだけ明確に示してゆくことにある」という（碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」恒藤先生古稀祝賀記念『法解釈の理論』〔有斐閣・1960〕70頁〔傍点は原文〕）。

大屋は、「研究者としての任務は分析することであり、決断することではない」という（大屋雄裕『自由か、さもなくば幸福か？――二一世紀の〈あり得べき社会〉を問う』〔筑摩書房・2014〕237頁）。

(76)　Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, SS.75-77. アレクシーについては、亀本洋「法におけるルールと原理――ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に――」『法的思考』〔有斐閣・2006〕125頁を参照。

(77)　大久保邦彦「損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法」国際公共政策研究18巻１号〔2013〕120-121頁、126頁。「見たくないものを見ない自由」と「表現の自由（見せたいものを見せる自由）」が相克する場合の調整原理として他者

危害原理・不快原理に言及する大屋雄裕の次の一連のツイートも参照〔2022-05-09最終訪問〕。https://twitter.com/takehiroohya/status/1513007709750439938

(78)　「原理とは、……対抗原理による制約を受けながら、その限度でできるかぎり充足されることを要請する規範」である（山本・前掲注(９)254頁）。

(79)　吉田邦彦は、「利益考量」法学は、今日の法解釈において不可避であり、「価値のコンフリクト」論とも親和的であると評価する（吉田・前掲注(13)10頁注(10)）。

(80)　山本は、「利益衡量〔考量〕論も、本来ならば、……〔原理の〕衡量の枠組みを明確化しなければならなかったはず」だが、「裁判官の価値判断に対する信頼を立論の前提としていたため、価値判断の合理的な基礎づけの確保という方向には展開せずに終わっ」た点を批判する（山本・前掲注(９)267頁注(65)）。

(81)　クリントン元アメリカ大統領の助言者であったバーバーは、「政治の必要性は、公共の結論による、ある行動が必要になる場合、および判断に際しての独自の根拠の欠如にもかかわらず、対立に対して合理的な公共の選択をしなければならない場合に発生する」という（ベンジャミン・R. バーバー著／竹井隆人訳『ストロング・デモクラシー――新時代のための参加政治』〔日本経済評論社・2009〕212頁〔原文の傍点は省略〕。222頁の具体例のほか、514頁も参照）。

立憲民主党の逢坂誠二は、「政治家がうさんくさいのは、根拠や理屈がないものについて判断しているからです。でも、右に行くのか左に行くのか分からなくても判断しなくちゃいけない。それが政治なんだということに気づきました」という（「逢坂氏単独インタビュー『小泉首相に叫んだあの日が原点』」朝日新聞デジタル2021年11月23日（https://www.asahi.com/articles/ASPCQ6WWFPCQUTFK010.html）〔2022-05-09最終訪問〕）。

(82)　星野・前掲注(62) 225頁。星野・前掲注(60)409頁も同旨。

(83)　基礎となる評価の意義と役割については、大久保・前掲注(32)225-229頁を参照。

(84)　基礎となる評価がある場合に、評価矛盾を避けて決定する方法については、大久保・前掲注(32)215-218頁を参照。「先例のネットワークが密になればなるほど、……不確定性が相対的に小さくなる」（山本・前掲注(９)255頁）。

(85)　この判断は、星野「議論」141頁注(66)がいう価値判断を含む「論理」に基づく。

(86)　来栖三郎は、「ある事件の法的判断については、⑴一定のわくの範囲内における解釈の複数の可能性、⑵自分の解釈はそのうちの一つの選択に過ぎないこと……を卒直に認めなければならない」という（来栖三郎「法の解釈と法律家」『来栖三郎著作集Ⅰ法律家・法の解釈・財産法』〔信山社出版・2004〕83頁）。

「わく」という考え方は、ケルゼンに由来する（ハンス・ケルゼン著／長尾龍一訳『純粋法学 第２版』〔岩波書店・2014〕336-343頁）。水本・前掲注（３）106-107頁も参照。

(87)　平井・前掲注(64) 99-101頁、113-114頁、126-148頁。

(88)　平井・前掲注(64) 129頁。

(89)　平井・前掲注(64) 134頁。

(90)　平井・前掲注(64) 128頁。

(91)　平井宜雄「法解釈論の合理主義的基礎づけ」『法律学基礎論の研究』216-217頁。

(92)　「『議論』による『正当化』は、その結論の内容的・実質的正当性を全く含まない、形式的なものである」という批判（星野「議論」148頁。吉田・前掲注(13)21頁注(32)も法原理的検討が少ないことを指摘する）は、当たっていると思われる。

(93)　星野「議論」176頁。

(94)　星野「議論」182頁。なお、制定法（法ルール）のみを法とする制定法実証主義に対して、法原理や立法趣旨も法と認める立場は、自然法論に親和的である。

(95)　星野「議論」179頁。

(96)　星野以外による平井に対する同趣旨の批判として、瀬川信久「民法解釈論の今日的位相」同編『私法学の再構築』〔北海道大学図書刊行会・1999〕20-22頁、山本・前掲注(32)212頁も参照。

(97)　平井の反論については、平井・前掲注(91) 223頁、227-229頁、255頁を参照。

(98)　もっとも、Alexy, Theorie der Grundrechte（注(76)）の初版が公刊されたのが1985年なので、それ以前に法原理の本質を捉えることを要求するのは酷であろう。

(99)　星野英一『民法概論Ⅰ～Ⅳ』〔良書普及会・1971-1994〕。

(100)　加藤一郎『民法ノート（上）』〔有斐閣・1984〕。

(101)　米倉明『民法講義総則(1) 私権・自然人・物』〔有斐閣・1996〕。

(102)　「私の一冊」OSIPP Newsletter, No.52, 2009, p.6（https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/2391144/www.osipp.osaka-u.ac.jp/newsletter/97-00NL/No52.pdf）〔2022-05-09最終訪問〕。

(103)　最近（2022年５月７日）、経済思想・社会哲学を専門とする橋本努は、「日本の法曹と法学者たちがなぜダメかというと、リアリズム法学と利益衡量論が結託した結果、法を正統化する哲学的議論を交わす能力が育たなかったから」とツイートしているが（https://twitter.com/hashimototsutom/status/1522862165413154817）〔2022-05-09最終訪問〕、本稿が利益衡量（考量）論と法学者の汚名を少しでも返上できれば嬉しく思う。