

# 東北ローレビュー

Vol. 16 2026. March

## 論説 Articles

- 民法における身分と近時のフランス民法学  
..... 池田 悠太  
Notion et caractères de l'état en droit civil : au regard de doctrines récentes françaises  
..... IKEDA Yuta
- フランスにおける「記憶の法律」と規範性概念  
..... 伊藤 純子  
Les lois mémorielles en France: normativité, séparation des pouvoirs et liberté  
d'expression  
..... ITO Junko
- 法教育の実相——法教育の原理性と法的思考・リーガルマインド(3・完)  
..... 煙山 正大  
Various Aspects and Principle-oriented Nature of Law-Related Education:  
Legal Thinking and Legal Mindset (3, Final)  
..... KEMUYAMA Masahiro

東北ローレビュー編集委員会 [編]

# — 目 次 —

## 論 説 Articles

---

民法における身分と近時のフランス民法学

池田 悠太 2

Notion et caractères de l'état en droit civil : au regard de doctrines récentes françaises

IKEDA Yuta 2

フランスにおける「記憶の法律」と規範性概念

伊藤 純子 16

Les lois mémorielles en France: normativité, séparation des pouvoirs et liberté d'expression

ITO Junko 16

法教育の実相——法教育の原理性と法的思考・リーガルマインド(3・完)

煙山 正大 29

Various Aspects and Principle-oriented Nature of Law-Related Education:  
Legal Thinking and Legal Mindset (3, Final)

KEMUYAMA Masahiro 29

# 民法における身分と近時のフランス民法学

東北大学大学院法学研究科 准教授 池田 悠太

はじめに

I 民法における身分の性質としての「処分不可能性」の相対性

A 身分の処分不可能性の概念

B 身分の処分不可能性の原則性

II 民法における身分の概念の要素としての「特定」の絶対性

A 身分と社会的なステータス

B 身分と個人的なアイデンティティ

おわりに

はじめに

「身分」の概念は、現在の日本における制定法のうち、民法典においては第 789 条及び第 809 条において嫡出子のそれについて語られるのみであるが、人事訴訟法及び戸籍法において用いられており、それらの規定を踏まえると、民法における身分の性質として形式性・対世性を捉え、人の特定のための要素として身分の概念を捉えることができるように思われる<sup>(1)</sup>。

このうち、まず、人の特定という観点から身分 (*état*) の概念を定める

ことは、フランスの民法学における伝統的な立場に見られるものである<sup>(2)</sup>。次に、身分の性質としての形式性・対世性も、フランスの民法学において、身分訴訟 (*action d'état*) の特殊性<sup>(3)</sup>や、身分証書 (*actes de l'état civil*) と身分との密接な関係<sup>(4)</sup>を語ることを通じて語られていることに、重なると言える。

もっとも、まず、フランスの民法学において身分の性質という形で正面から論じられることが多いと思われるのは、それよりもむしろ、いわゆる処分不可能性の原則である<sup>(5)</sup>。

(1) 池田悠太「民法における身分と人事訴訟・戸籍」法学 89 卷 2 号 (2025 年) 参照。

(2) V. Anne-Marie Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, n° 3, p. 249 ; Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2022, notion 1, n° 15.

(3) V. François Terré et Dominique Fenouillet, *Les personnes*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, n° 139 et s.

(4) V. Terré et Fenouillet, *op. cit.* (*supra* note 3), n° 220 et s. ; Rochfeld, *op. cit.* (*supra* note 2), notion 1, n° 18.

(5) V. Terré et Fenouillet, *op. cit.* (*supra* note 3), n° 131 et s. ; Astrid Marais, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, n° 141. 人間の身体すなわち人体の処分不可能性 (*indisponibilité du corps humain*) の原則とともに人の身分の処分不可能性

そして、身分の概念の要素としての「特定 (identification)」についても、身分の原則的な性質としての「処分不可能性 (indisponibilité)」についても、近時のフランス民法学には再考の動きが見られる。

そこで、本稿では、そのような近時のフランス民法学におけるいくつかの議論を紹介・検討することを通じて、民法における身分の概念(II)及び性質(I)についての考察を一步進めることとしたい<sup>(6)</sup>。

### I 民法における身分の性質としての「処分不可能性」の相対性

前述の通り、フランスの民法学においては、人の身分の性質について、しばしば、「処分不可能性の原則 (principe d'indisponibilité)」が語られる。しかしながら、身分に関する法について語られる「処分不可能性」の概念も(A)、その「原則」としての位置付けも(B)、絶対的なものではない。

### A 身分の処分不可能性の概念

身分に関する「処分不可能性の原則」は、今日のフランスの民法学においてしばしば語られているが、歴史的に見て、20世紀の学説の産物であって、最近のものにすぎないということが指摘されている<sup>(7)</sup>のみならず、理論的に見ても、この概念の意味内容は明確ではない。

まず、身分の処分不可能性は、身分の絶対的な変更不可能性 (immutabilité absolue) を意味するものではなく、公権力によるコントロールのもとでの変更可能性があることは認められているということは、(婚姻関係が身分の一つであるとした場合の)婚姻や(住所が身分の一つであるとした場合の)転居を想起すれば明らかである<sup>(8)</sup>。

処分不可能性及びそれと対をなす処分可能性、さらにその基礎をなす処分の概念は、もともとは財産に関する法 (droit des biens) において語られていたものであることが指摘されている<sup>(9)</sup>。しかるに、まず、そも

---

(indisponibilité de l'état des personnes) の原則を根拠に代理母契約を無効とした Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bulletin 1991 A.P. n° 4 p. 5 や、人の身分の処分不可能性の原則は(一定の場合における)性別変更の妨げにならないとした Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373, Bulletin 1992 A.P. n° 13 p. 27 の存在から、判例においても存在が認められていると言われる。ただし、2004年の時点で、代理母の問題以外では裁判官はほとんど「処分不可能性」を語っていないということも指摘されていた (Leroyer, *op. cit.* (supra note 2), n° 19)。

<sup>(6)</sup> 本稿は、第一に、フランス法の状況をそれ自体として描くことを目的とするものではない。そのためには、フランスの学説が前提とするフランスの実定法の状況を網羅的に検討することが必要になるが、関心は実定法を把握するための理論的な視座にあるので、そのような視座を用意しようとする民法学説が何をもとに何を述べているかにもつばら注目するにとどまる。また、第二に、近時のフランス民法学の動向をそれ自体として、できるだけ客観的に、描くことを目的とするものでもなく、その網羅的な検討を標榜するものではない。素材となる議論の選択の恣意性は排除されないが、最近の状況の概観を提供する Rochfeld, *op. cit.* (supra note 2), notion 1 の記述に照らす限り、大きな偏りは免れていると思われる。

<sup>(7)</sup> Leroyer, *op. cit.* (supra note 2), n° 16 (note 61)。

<sup>(8)</sup> V. Terré et Fenouillet, *op. cit.* (supra note 3), n° 132 ; Marais, *op. cit.* (supra note 5), n° 141.

<sup>(9)</sup> V. Leroyer, *op. cit.* (supra note 2), n° 17 ; Aurélie Musso, *La disponibilité du statut personnel et familial*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020, n° 13.

そも財産に関する法においても処分（disposition）の概念は多義的であり、所有ないし所有権の概念とも関連して議論の蓄積があるが<sup>(10)</sup>、少なくとも、処分には事実的な処分（disposition matérielle）と法的な処分（disposition juridique）とがあることは共通理解をなしていると言えるだろう<sup>(11)</sup>。身分に関する法において物の物質的な処分は問題とならないので、身分について処分が問題になるとすれば、これらのうちの法的な処分である。さらに、ミュソによれば、財産に関する法における、法的処分可能性（disponibilité juridique）という狭い意味での処分可能性の概念と比べて、人及び家族に関する法における処分可能性（disponibilité）の概念は、広いものでありうる<sup>(12)</sup>。広いというのは、財産に関する法における法的処分以外のものも人及び家族に関する法においては処分としてその可能性が問題とされるという趣旨であろう。

そのことをミュソは、処分可能性／処分不可能性の概念が、それに隣接するいくつかの概念と区別されるべきだという形で敷衍している<sup>(13)</sup>。すなわち、第一に、処分可能性／処分不可能性の概念は、ある類型の行為を禁じるのではなく、ある存在ないし価値への重大な侵害を禁じるも

のであるということから、譲渡可能性／譲渡不可能性（物の場合には aliénable／inaliénable の語を、権利の場合には cessible／incessible の語を用いるべきだとされる。）の概念と区別すべきだとする<sup>(14)</sup>。身分の処分可能性の概念は、譲渡という特定の類型の行為に着目するのではなく、身分という対象に着目しており、譲渡以外にも問題になるという趣旨であろう。第二に、身分の移転（transfert）が常に問題になるわけではないとし<sup>(15)</sup>、第三に、狭い意味での放棄（renonciation）が必ずしも問題になるわけでもないとする<sup>(16)</sup>。さらに第四に、契約の客体となりうる要素のみが問題になるわけではないので、不融通物（chose hors du commerce juridique）の概念とも重ならないのだと述べる<sup>(17)</sup>。

ミュソによれば、これらの隣接する概念よりも広く、「法的変動をもたらさしめる全ての行為又は事実であつて、意思によつてもたらされ重大な法効果をもたらすがゆえに、その重大性（gravité）がこのカテゴリに分類されることを正当化するようなもの全て」が、処分に該当すると言うことができる<sup>(18)</sup>。ルロワイエは、氏の変更や代理母契約、親子関係訴権の放棄に関して人をその人自身から保護する必要性が、代理母契約や養

<sup>(10)</sup> 森田宏樹「処分権の法的構造について」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代』（有斐閣、2015年）473-493頁参照。

<sup>(11)</sup> V. Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 15.

<sup>(12)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 22.

<sup>(13)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 23.

<sup>(14)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 24.

<sup>(15)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 25.

<sup>(16)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 25. 例解として、性別変更（n° 26）、代理母（n° 27）、夫婦間の合意（n° 28）が放棄を伴わないことが述べられている。

<sup>(17)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 29.

<sup>(18)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 30.

子縁組に関して自然の法則を変更することの禁止が、語られることがあり、これが処分不可能性の内実なのだとするが<sup>(19)</sup>、このときも、禁じられるところの処分として想定されているものはミュソのいうそれと共通していると見ることができる。

その一方で、身分の処分不可能性の概念には広狭二つのものがあることをミュソは指摘する<sup>(20)</sup>。すなわち、第一に、最も広い意味として、身分に対する法の適用について私人の意思が原則として僅かしか考慮されないというものがあり、第二に、より狭い意味として、法律が許容する範囲を超えては個人が操作できないというものがあるのだとする<sup>(21)</sup>。ミュソの議論において、こうして定められる処分不可能性の概念と、直前に定められた処分の概念との関係が必ずしも明確ではないが、処分の概念に照らすと、処分不可能性の概念においても、意思としては、重大な帰結をもたらすそれが想定されている

ものと思われる。

多義性や曖昧さを否めないとしても、これらの意味において身分の処分不可能性を語ることは、たしかに可能ではあろう<sup>(22)</sup>。そして、それによって身分の性質をおおまかに描くことはできると思われる。しかしながら、身分の処分不可能性が、もはや、身分に関して重大な帰結をもたらすことができないということの意味するにすぎないのだとすれば、ミュソのいう処分に当たる行為や事実から効果が生じることを、単にその重大な帰結を理由として、制限すれば足りるように思われる<sup>(23)</sup>。つまり、ところ人を保護や自然の法則を変更しないことが目的とされているのだから公序（*ordre public*）を語れば足りるとするルロワイエの主張<sup>(24)</sup>は、その意味で説得的であると思われる。

## B 身分の処分不可能性の原則性

仮に前述のような意味において身分の処分不可能性を語るとしても、

<sup>(19)</sup> Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 18 et 19.

<sup>(20)</sup> Musso, *op. cit.* (*supra* note 9), n° 31 à 33.

<sup>(21)</sup> ルロワイエは、身分の領域において処分不可能性の語は、個人の意思がそれだけでは原則として介入できないことを述べるために用いられていると指摘しており

(Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 15)、これは、ミュソの挙げる二つの意味のいずれにも解しうるが、第一の意味に近いように思われる。

<sup>(22)</sup> ルロワイエは、身分変更が効力を生じるために公権力の介入を必要とすることや、訴権の事前の放棄ができないこと、合意が強制力を欠くことなどを捉えて、そこでの意思は完全に自由に行使されるのではなく、人に関する法において放棄や合意は一般法を逸脱する特別な性質を帯びているのだとし、これらの意思表示が処分行為だとは言えない以上、これらを処分不可能性の例外として位置付けるべきではないとする (Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 17)。もっとも、これらの意思の作用をもさしあたり処分として位置付けたうえで、一方で意思が作用する余地があることを、処分不可能性の原則に対する例外として、他方で、意思の作用に対して制約があることを、処分不可能性の原則の現れとして、位置付けることは可能だと思われる。処分不可能性の語を語るべきでない理由は、このあと本文で取り上げるものに求めるべきであると思われる。

<sup>(23)</sup> これは、人体の処分について「人」「物」からのアプローチよりも「行為」からのアプローチを志向する榎橋明香「人体の処分の法的枠組み(8・完)」法学協会雑誌 131 卷 12 号 (2014 年) 2543-2544 頁と、同様の発想であると思われる。

<sup>(24)</sup> Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 19.

次の問題は、それが身分に関する法において原則<sup>(25)</sup>として位置付けられるのかどうかである。身分の処分不可能性の原則性に対しては、実定法との整合性という実証的な観点からも、身分の概念との関係という理論的な観点からも、疑義が呈されている。

すなわち、まず、実定法において、身分の「処分」の可能性が増加していることが指摘されている。このことは指摘されて久しいが<sup>(26)</sup>、2020年に公刊された博士論文においてこの問題についての包括的な研究に取り組んだミュソは、処分不可能性の原則性が大幅に弱まった画期を、「21世紀の司法の現代化に関する2016年11月18日法律（Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle）」に見出している<sup>(27)</sup>。先に見た、ミュソのいう処分不可能性の原則の意味の多義性との関係は必ずしも明示されていないが、法律が許容する範囲の変化を問題にしている限り、狭義の処分不可能性の原則に対する影響はないはずであるから

<sup>(28)</sup>、広義の処分不可能性の原則が問題にされていると見るべきであろう。

その際に特に意味を見出されているのは、名の変更の脱司法化（*déjudiciarisation*）、離婚の脱司法化、性別の変更の脱医学化（*démédicalisation*）、という三つの変化である<sup>(29)</sup>。すなわち、第一に、名の変更の申立ては、家族事件裁判官（*juge aux affaires familiales*）に対してすることができることとされていたのに対して、身分吏（*officier de l'état civil*）に対してすることができることになった（民法典60条1項）<sup>(30)</sup>。改正後は、身分吏は、正当な利益に基づかないと判断したときにはまず検察官の判断を仰ぐこととされ、その検察官が変更反対したときに初めて、申立人等が家族事件裁判官の判断を仰ぐことができるとされている（同条4項）。第二に、離婚には裁判官が関与することとされていたところ、純粹に契約的な離婚である、相互の同意による離婚（*divorce par consentement mutuel*）が導入された（民法典229-1条以下）<sup>(31)</sup>。第三に、性別の変更は、1992年以降、判例法

<sup>(25)</sup> フランス語で語られるのは *principe* の語であり、それは「原理」とも訳しうるが、*principe* が *exception*（例外）と対比されること（Musso, *op. cit. (supra note 9)*, n° 53）を踏まえて、それに対する例外が問題になるような「原則」として捉え、それを問題にすることとする。

<sup>(26)</sup> V. Terré et Fenouillet, *op. cit. (supra note 3)*, n° 134.

<sup>(27)</sup> Musso, *op. cit. (supra note 9)*, n° 8, 36, 160, 161, 273 et 445.

<sup>(28)</sup> 実際に、Musso, *op. cit. (supra note 9)*, n° 445 は、2016年11月18日法律による変動の後も、私人の意思は強行的に限定された枠の中でのみ表明されうるのではなくなければならないとする原則は維持されているのだとし、n° 447 では、問題とされている処分不可能性の概念が広義のそれであることが明示されている。

<sup>(29)</sup> Musso, *op. cit. (supra note 9)*, n° 161 et 273. 第一のものは n° 188 et s.において、第二のものは n° 234 et s.において、第三のものは n° 209 et s.において、取り上げられている。

<sup>(30)</sup> 簡潔に概観を提供するものとして、Marais, *op. cit. (supra note 5)*, n° 182 も参照。

<sup>(31)</sup> コンブレ・ジャック（小柳春一郎＝大島梨沙訳）「フランスの離婚手続と公証人」ノモス40号（2017年）参照。フランスの離婚法における2016年11月18日法律の位置付けについて、Dominique Fenouillet, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, n° 193 et 195 も参照。

上認められていたものの、性同一性障害などの医学的要件が課されていたのに対して、性別変更に関する規定が民法典に明文化されるとともに、医学的要件が撤廃された(民法典 61-5 条以下) (32)。

これらを踏まえて日本の状況を振り返ると、日本法においては、一方で、協議離婚はフランスに先んじて広く認められてきた(民法 763 条)。他方で、名の変更のためには、常に家庭裁判所の許可を得なければならず(戸籍法 107 条の 2) (33)、性別変更は非医学化していない(性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条) (34)。実定法との整合性という観点からは、現在のフランスと比べて、原則性を語ることに對する支障は小さいとも言える。

しかしながら、そもそも、原則性の理論的な位置付けから問題とすべきである。この問題は、実際に、フランスにおいても、しかも 2016 年 11 月 18 日法律の前から、論じられている。

ここでは、2004 年の時点でルロワイエが、身分の処分不可能性の正当化を批判的に検証するなかで述べていることが参照に値すると思われる。ルロワイエは、まず、身分の処分不可能性は、伝統的に、法的安定性を保障する必要性や社会秩序の維持から正当化されているということ指摘する(35)。そのうえで、今日では、ナンバリングや登録、生体認証などによって、身分の変更があっても個人を特定することが可能である、と述べ、今日では、特定という要請は身分の変更可能性(*mutabilité*)と両立不可能ではないとして、上記のことは根拠となりえないとする(36)。

ただし、まず、個人番号等による特定が可能であるとする点については、それが身分の変更にもかかわらず可能であるとしていることからすると、特定は身分によるのではないとされており、身分は特定のためのものであるとして捉えられなくなっている、という可能性もある(37)。もっとも、身分を構成する要素の全てが揃

(32) 簡潔に概観を提供するものとして、Marais, *op. cit.* (*supra* note 5), n° 187 et s. も参照。

(33) 戸籍法 107 条にいう氏は呼称上の氏であって民法上の氏ではないと言われている(谷口知平『戸籍法 [第 3 版]』(有斐閣、1986 年) 280 頁、戸籍実務研究会編『初任者のための戸籍実務の手引き [改訂新版第六訂]』(日本加除出版、2012 年) 265 頁)。名は民法に定めがないものの、名についても同様の区別を觀念することも考えられなくはないが、呼称上の氏と民法上の氏との区別は戸籍の記載の単位を画するために意味を持つものだと考えられるところ、名についてはその必要がなく、いずれにせよ、そのような区別はここでは捨象する。

(34) 厳密に言えば、同法が定めているのは性別の変更ではなく性別の取扱いの変更でしかないが、ここではその違いは捨象する。フランス法においても、民法典 61-5 条において定められているのは、身分証書における性別の記載の変更であって、性別の変更ではない。

(35) ロシュフェルドも、身分の処分不可能性を、特定機能からの帰結として位置付けている(Rochfeld, *op. cit.* (*supra* note 2), notion 1, n° 18)。

(36) Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 18. そこで、ありうる根拠として検討されるのが、前述した、人の保護(n° 18)や自然の法則の尊重(n° 19)である(前記注(19)に對する本文参照)。

(37) Rochfeld, *op. cit.* (*supra* note 2), notion 1, n° 21 も、今日では生物学的手段、情報学的手段による人の特定がありうることを指摘している。そこでは、新しい要素が身分

わなければ特定ができないということは必然ではなく、ここではある要素に変更があっても他の要素によって特定が可能である旨が述べられているにとどまり、身分はあくまでも特定のためのものとして捉えられている、とも考えられる。実際にルロワイエが提唱する新しい身分概念のもとでも、身分は特定の機能を有するはずである<sup>(38)</sup>。いずれにせよ、ここでの論旨の残りの部分においても人の特定という機能との関係が問題とされていることは確かである。

そうだとすると次に、ここで問題とされているのが処分可能性ではなく変更可能性であるという点にも注意を要する。既に確認した通り、処分不可能性は、絶対的な変更不可能性を意味しないと考えられている。婚姻関係や住所が身分であるとしても婚姻や転居による身分の変更が可能であることに、そもそも異論はないのである。したがって、処分可能性の問題は、変更可能かどうかという、いわば質的な問題ではなく、何がいかなる場合に変更可能であるかという、いわば量的な問題である。

このような留保を要するが、(身分の本質をなすと捉えることのできる) 特定という要請と、(変更可能性の一種である) 処分可能性とは、両立する、ということを述べるものとして捉えるならば、その指摘は正鵠を得

ていると思われる。たしかに、特定のための要素は通時的に同一である方が、特定は容易になるが、特定のための要素であるからといって、通時的に同一であることまでは求められず、共時的に一つに定まればよいと考えられるからである。特定のための要素であることは、形式性や対世性を要請するものではあるが、処分可能性とは両立すると思われるのである。特定のためのものとして身分を捉えたうえで、どの範囲で変更可能性を認めるか、なかんずく処分可能性を認めるべきかという問題は、個別的に考察すべき問題であって<sup>(39)</sup>、身分に共通する性質として、処分不可能性の原則を取り上げる必要性は乏しいのではないと思われる。

フランスにおいて「身分」の「処分不可能性」が論じられる際には、さしあたり一定の身分の概念を前提に、あるいは、身分に含まれることに争いのないものについて、その性質としての「処分不可能性」が再考されていたと思われるが、近時のフランス民法学においては、「身分」の概念それ自体を再考する動きも見られる。

## II 民法における身分の概念の要素としての「特定」の絶対性

身分の概念は、前述の通り、伝統的には人の特定という観点から定義

を構成する可能性が示唆されている。

<sup>(38)</sup> 後記 II B 参照。

<sup>(39)</sup> 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁には、「氏は、個人の呼称としての意義があり、名とあいまって社会的に個人を他人から識別し特定する機能を有するものであることからすれば、自らの意思のみによって自由に定めたり、又は改めたりすることを認めることは本来の性質に沿わないものであり、一定の統一された基準に従って定められ、又は改められるとすることが不自然な取扱いとはいえない……」という一節があるが、これは、氏や名といった身分についてのそのような考察の例として位置付けることのできるものであろう。

されてきた。これに対して、近時、一方では社会の観点から (A)、他方では個人の観点から (B)、身分の概念を更新する試みが見られると言えるが、いずれも、身分の概念における人の特定という要素を揺るがすものではないと思われる。

### A 身分と社会的なステータス

一方で、いわば社会の観点から身分の概念を捉え直すことを試みているのが、ゴゴス＝ジャントラン『人の諸地位／諸身分 (statuts)』(2011年)<sup>(40)</sup>である。本稿において身分として問題としているフランス語の概念は原則として *état* であるのに対して、ゴゴス＝ジャントラン論文において主題とされるのは *statut* の概念である。*état* と語源 (*status*) は共有しており、一般的には互換的に用いられることもあるものであるから<sup>(41)</sup>、密接な関係に立つものの、結論から言えば、この *statut* は地位と訳すべきであり、*état*＝身分とは別の概念だと解すべきだと考えられるが、そのことも含めて、身分の問題に少なくとも隣接するものとして、ここで取り上げる。

ゴゴス＝ジャントランは、法における人の区別 (*différenciation*) への関心から出発し、その一つとしての、地位／身分 (*statut*) による区別に関心を向ける<sup>(42)</sup>。さまざまな区別のなかで、*statut* による区別は、社会的な

ポジション (*positionnement social*) を決するものである点において特徴を有し、社会的な秩序立て (*ordonnancement social*) ないし社会的なヒエラルキー (*hiérarchie sociale*) の支柱となるものとして、捉えられている<sup>(43)</sup>。日本語の日常用語でいう「ステータス」にまさに相当すると言えるだろう。ここで注目されているのは区別の目的であって、正当化されないと考えられる事実的な不平等を是正するための、平等を目的とした規範が形成するのは、単に人のカテゴリ (*catégories de personnes*) であるのに対して、正当化されると考えられた権利における不平等を取り入れるための、不平等を目的とした規範は、人の地位／身分 (*statuts de personnes*) を形成するのだとされる<sup>(44)</sup>。

この、人の地位／身分は、多元的な法秩序においては、適用される法ないし法律を決する「法にかかる地位／身分 (*statut-loi*)」であるのに対して、一元的な法秩序においては、法的特権を決する「特権にかかる地位／身分 (*statut-prérogatives*)」であるとされる<sup>(45)</sup>。そして、現在のフランスについて特に問題とされるのはこのうち後者であり、それによる人の区別は、ある基準に従って、まず、区別が基礎付けられるという「直接的効果 (*effets directs*)」があり、次に、政治的な次元において他の「反

<sup>(40)</sup> Amélie Gogos-Gintrand, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, IRJS, 2011.

<sup>(41)</sup> V. Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 17, note 44 ; Terré et Fenouillet, *op. cit.* (*supra* note 3), n° 125, 121 et s.

<sup>(42)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 1 et 8.

<sup>(43)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 9 et 12.

<sup>(44)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 182 et 241.

<sup>(45)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 23 et 29.

射的効果 (effets réflexes)」が生じる、という構造を持つものとして分析されている<sup>(46)</sup>。

ゴゴス＝ジャントランによれば、今日の実定法上、大別して三種類の、地位／身分による区別がある<sup>(47)</sup>。曰く、第一に、国家との関係において、国民又は外国人としての地位／身分が基礎付けられ、それに伴って、公務への就任の可能性などにおいて違いが生じる<sup>(48)</sup>。第二に、契約当事者としての地位と、合意の性質や社会的な承認とが相まって、労働者としての地位／身分が基礎付けられ、それに伴って、社会保障を享受することになるのだとされる<sup>(49)</sup>。第三に、婚姻を起点として家族的な地位／身分が基礎付けられ、それに伴って、社会保障法や租税法における差異が生じるのだとされる<sup>(50)</sup>。特に労働者の地位／身分及び家族的な地位／身分について、社会における非差異化 (indifférenciation) が進んでいることも指摘されるが、なお存在しているとされる<sup>(51)</sup>。

ここでは、以上のような議論の具体的な検証は措いて、ゴゴス＝ジャントランのいう statut の概念の意義やそれと état の概念との関係を明らかにしたい。

まず、ゴゴス＝ジャントランは、état の概念は過去においても今日においても定義が困難であることを確認しつつ、古法期のドマの用語法に

よれば、人を能力者 (cabable) 又は無能力者 (incapable) とする一定の資格として état の概念を捉えることができる、と述べたうえで、それに続けて、ここでの能力 (capacité) 及び無能力 (incapacité) の概念は人の état の政治的機能を示すものであり、人の statut は社会的な秩序立ての支柱となるのだ、と論を進め、そして、このような見方において état と statut とは重なり合うのであり、歴史的に état はその様々な statut によって構成されていた、と結論付けている<sup>(52)</sup>。そうすると、このような準備的な検討の後に続く本論においては、もっぱら statut の語が用いられているものの、statut について述べられていることは état について述べられていることでもある、ということになりそうである。

しかし、歴史に関する準備的な考察の部分を離れて、論文全体の結論の部分を見ると、やはり état と statut の概念は区別されている<sup>(53)</sup>。すなわち、一方で、état を構成するもののうち一部のみが statut を構成するのだとされる。例として、国民、外国人、配偶者などは état であるとともに statut でもあるとされるのに対して、氏や性別などは état ではあるが statut ではないとされる。他方で、職業は statut ではあるが état ではないとされていることから、statut を構成するもののうち一部のみが état を

<sup>(46)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 97 et 98.

<sup>(47)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), p. 138 et 428.

<sup>(48)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 99 à 133, 559.

<sup>(49)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 134 à 162, 559.

<sup>(50)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 163 à 181, 559.

<sup>(51)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 471, 555 et 560.

<sup>(52)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 22, 47.

<sup>(53)</sup> Gogos-Gintrand, *op. cit.* (*supra* note 40), n° 557.

構成するとされていると言える。もっとも、statut の概念はこの論文において繰り返し前述のように定義されているのに対して、état の概念がどのように捉えられているのかは、判然としない。先に見た、能力者か無能力かを決するものという定義は、結局のところ état のみならず statut とも重なるものとして語られていたので、statut と区別される état の概念の定義としては相応しくない。それでも、上記の例のうち、氏や性別などが statut ではないが état ではあるとされている理由が、人の特定 (identification) 及び個別化 (individualisation) を可能にするものである点に求められていることが窺われるので、そうだとすると、état の概念は、人の特定のための要素という、伝統的な定義に従って捉えられているのではないかと思われる。

このように、état ではなく statut を語ることに、単なる同義語の間での選択にとどまらない意味がある。ゴゴス＝ジャントランの提唱する statut の概念は、法学的な état の概念とは別に、社会的なポジションという、社会学的な観点から法を捉えるために用意された概念であると言わなければならない<sup>(54)</sup>。したがって、民法における身分とは区別された、社会における地位について語るため

の概念として捉えるべきであろう。

## B 身分と個人的なアイデンティティ

他方で、いわば個人の観点から身分の概念を更新する動きも見られる。既に本稿でも取り上げているルロワイエ「人の身分の概念」(2004年)がそれであり、ルロワイエは、「それに法効果を付与するために法律が考慮に入れる、同一性の諸要素 (éléments d'identité) の、総体」として定義することを提唱する<sup>(55)</sup>。

身分についてのこのような新しい観念 (conception) は、一方で、「法律が考慮に入れる」という要素を含む点においては、「それに法効果を付与するために法律によって考慮に入れられる諸性質 (qualités) の総体」と広く身分の概念を定義する系譜<sup>(56)</sup>の延長線上に位置付けられる。他方で、単なる「諸性質」に代えて「同一性の諸要素」が語られている点において新しい<sup>(57)</sup>。

このように㉑「同一性」の概念を中心として㉒「身分」の概念が構成されているのであるが、「同一性 (identité)」の概念は次のように分析されている。すなわち、同一性(㉑)には、①人の特定 (identification) を可能にする諸要素の総体を意味する「身分的同一性 (identité statutaire)」

(54) 「働く人びとが総合職正社員、一般職正社員、限定正社員、嘱託社員、契約社員、パート・アルバイト、派遣労働者のいずれかの身分に引き裂かれた『雇用身分社会』」の出現 (16-17頁) を語る森岡孝二『雇用身分社会』(岩波書店、2015年)が「社会における人びとの地位や職業の序列」を意味するものとして用いる「身分」の概念 (17-18頁) に近いと言えようか。

(55) Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 32.

(56) V. Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 3.

(57) こうして同一性の概念を中心にして身分の概念を構成するのにとどまらず、ロシュフェルドは、同一性の概念を主題として語るなかで身分の概念を語る (Rochfeld, *op. cit.* (*supra* note 2), notion 1, n° 15 et s.)。

(58)と、②自分自身との関係を意味する「主観的同一性 (identité subjective)」(59)とがあることが確認される(60)。前者が伝統的な意味、後者が新しい意味であるとされる。後者は、日本語の日常用語でいう「アイデンティティ」に当たると言うことができ、以下ではアイデンティティの語はその意味において用いることとする。

このような二重の意味を有するものとして同一性の概念が取り込まれた身分の概念は、身分(ⓑ)の二重の機能として、①身分的同一性に対応する、特定という機能と、②主観的同一性に対応する、アイデンティティの承認という機能とがあることを表すことができるのだとされる(61)。同一性の概念(ⓐ)の一部に身分的同一性(①)という形で既に身分(statut)の要素が取り込まれていたところ、身分の概念(ⓑ)の側にそれ(①)が取り込まれるのと同時に、同一性の概念(ⓐ)の残りの部分である主観的同一性(②)もまた身分の概念(ⓑ)に取り込まれている、と行うことができよう。

このようにして主観的同一性すな

わちアイデンティティの問題(②)が身分の概念に取り込まれるのであるが、身分的同一性すなわち特定(アイデンティファイ)の問題(①)もまた必要な要素とされている。同一性の要素は、したがってアイデンティティの要素も、その限りにおいて、身分の要素をなすのである。この点において、ルロワイエが構成する身分の概念も、特定のための要素の総体という伝統的な身分の概念を継承している。

身分(état)と身分証書(état civil)(62)とが密接に関連するという理解がルロワイエのもとでも維持されていること(63)は、その結果であると考えられる。身分には身分的同一性に対応する要素も含まれているところ、身分的同一性は、「特定を可能にするものであって、その証明を身分証書がもたらすもの」だとされている(64)のである。そして、このことには理由があると思われる。身分的同一性(①)と主観的同一性(②)とをあわせて語るためのものとして、同一性の概念(ⓐ)とは別に身分の概念(ⓑ)を設けることに意味があるとするれば、身分の概念への包摂に伴う

(58) *statutaire* という形容詞に対応する名詞は *statut* であるが、ここでは *état* に相当するものとして用いられていると考えられる。そこでは、*état* すなわち *statut* が、特定 (*identification*) のための要素だという理解が前提とされていることが窺われる。

(59) *subjectif* という形容詞には、主体的という含意も付随するが、ここでは二つの意味のいずれも主体に関するものであること、*psychologique* (心理的) という形容詞と並んで語られることもあることから、主観的という意味合いが強いと思われる。

(60) Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 27. ロシュフェルドによる、「固定的特定 (*identification stable*)」と「選択的同一性 (*identité choisie*)」との区別 (Rochfeld, *op. cit.* (*supra* note 2), notion 1, p. 48) に対応すると思われる。

(61) Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 32.

(62) 同論文において (単なる *état* ではない) *état civil* は、身分証書 (*actes de l'état civil*) を指すと解される。このことは、直接的には注 156 から、間接的にも、それが証明 (n° 27) や公示 (n° 30) のためのものとして語られていることから、窺われる。

(63) Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 39.

(64) Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 27.

何かがあるからだと考えべきであるが、そのようなものとして、身分証書に記載されるということがあるのだと考えられる<sup>(65)</sup>。

そうだとしても、なぜ、特定の問題にとどまらず、アイデンティティを含む同一性の問題を、「身分 (état)」の概念によって語るのであろうか。

まず、消極的には、人を特定することを可能にする区別のための諸要素の総体、として定義される伝統的な身分の概念は、実定法の正確な反映ではほとんどなくなっている、と指摘されている<sup>(66)</sup>。そこで述べられているのは、特定のための要素が全て身分に含まれるわけではないということである。

もっとも、身分に含まれないものは特定のための要素として有意ではないということだとすれば、特定のための要素として身分を定義すること自体には問題がないと思われる。問題は、何が有意とされるかであって、同一性という要素は、それを決する基準として導入されようとしているように思われる。

同一性と身分とを関連付けることについてルロワイエは、第一に、身分がその象徴的役割 ( rôle

symbolique ) ないし象徴的機能 ( fonction symbolique ) を強めていることから、身分は今日アイデンティティの概念ひいては同一性の概念へと向けられている、と述べている<sup>(67)</sup>。ここで身分に象徴的役割ないし象徴的機能があるとされるときに想定されているのは、身分が心理的同一性の形成において重要な役割を果たしているということ<sup>(68)</sup>である。氏について日本の最高裁判所は、「……氏が、名とあいまって、個人を他人から識別し特定する機能を有するほか、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格を一体として示すものでもあることから、氏を改める者にとって、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益や、個人の信用、評判、名誉感情等にも影響が及ぶという不利益が生じたりすることがあることは否定でき」ないと述べているが<sup>(69)</sup>、氏に限らず、他人との関係で特定の機能を果たすものであるがゆえに自分との関係でアイデンティティの要素にもなるという関係がありうると考えられる<sup>(70)</sup>。

<sup>(65)</sup> もっとも、要素に応じて、公示の程度に差がある公証の手段を複数設けることは、妨げられないと思われる。実際に、戸籍には全部事項証明書と一部事項証明書とがあり、戸籍と個人番号とでは社会的・法的な意味も異なる。

<sup>(66)</sup> Leroyer, *op. cit.* (supra note 2), n° 31.

<sup>(67)</sup> Leroyer, *op. cit.* (supra note 2), n° 30.

<sup>(68)</sup> 心理的同一性は、ルロワイエのいう主観的同一性、つまりいわゆるアイデンティティを指すと考えられる。この、心理的同一性の形成において重要な役割を果たすという表現は Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité*, LGDJ, 2000, n° 234 から引用されているところ (ただし、*essentiel* とある箇所原文には *reconnu* とある。)、そこで念頭に置かれていたのは、特に身分の継続性 ( *stabilité* ) である (第1部第2章で愛情環境の継続性が論じられるのに続いて、第1部第3章において、民事的同一性 ( *identité civile* ) の継続性として、親子関係及び氏の継続性が論じられている。)

<sup>(69)</sup> 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁。

<sup>(70)</sup> 歴史学における身分研究の文脈においても、アイデンティティに関するものとして身分を捉える潮流が見られるようである。藪田貫「身分のとらえ方」大橋幸泰＝深

もっとも、このことが、アイデンティティの要素を身分の概念に取り込むことを正当化するものであるかは、判然としない。ここではさしあたり、ある事項が身分を構成しているということを前提に、身分がアイデンティティをもたらすということが述べられているものと考えられる。しかしながら、一方で、そこからは、アイデンティティの要素が身分を構成するということは導かれない（図式的にいえば、「身分→アイデンティティ」であって「アイデンティティ→身分」ではない）と思われる。他方で、身分がアイデンティティをもたらすのだとしても、アイデンティティをもたらすかどうかは各人の問題であって、常にもたらすとは限らない。そうだとすると、アイデンティティの要素となりうるものが身分を構成しているということは言えても、ある事項が身分であるかどうかを決定しているのはあくまでもルロワイエのいう身分的同一性であって、主観的同一性はそこから導かれることがあるものとして位置付けるのが適切なのではないかと思われる。

あるいは、ここで述べられていることを、アイデンティティを構成する要素は身分の要素として、特定のための要素ともすべきだという主張として理解することもできる。しかし、まず、何がアイデンティティの要素は各人に多様であるから、この

主張は、アイデンティティを構成することがある要素は、特定の要素ともすべきだという主張だということになると思われる。そうだとするとさらに、そのような特定は社会によって強制されることになるから、アイデンティティを構成しうる要素が特定のための要素とするのにふさわしいかどうかはさらに問題になる。実際に、ルロワイエが、職業は、階級別の法を形成するおそれがあることから、内縁は、内実が多様にすぎることから、能力や健康状態は、恣意や無秩序のおそれがあることから、宗教は、差別をもたらすおそれがあることから、言語は、共和国の不可分性の原則から、身分を構成する要素に相応しくないとしている<sup>(71)</sup>のは、そのことを示している。

ルロワイエは、第二に、身分的同一性に対応する身分の特定機能(①)は安定性を含意し、主観的同一性に対応する身分のアイデンティティ承認機能(②)は変化を許容することから、身分の概念を定義するのに同一性の概念を用いることで、これらの(不変と変化という)要請の間の調整が可能になるのだということも述べている<sup>(72)</sup>。

もっとも、特定のための要素をもって身分としたうえで、その通時的な変化の可能性を、身分の副次的な機能としてのアイデンティティ承認機能に照らして検討することによっても、このような調整は達成可能で

谷克己編『身分論をひろげる』（吉川弘文館、2010年）188-189頁、畑中敏之『身分を超える——差別・アイデンティティの歴史的研究』（阿吽社、2014年）13-24頁参照。

<sup>(71)</sup> Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 36 à 38. 身分の構成要素から外れた要素は、身分とは別の手段によって考慮に入れられるのだとされる (n° 33, 39, 40 et s.).

<sup>(72)</sup> Leroyer, *op. cit.* (*supra* note 2), n° 32.

あるように思われる。

以上の検討を踏まえると、概念としては、あくまでも人の特定のための要素として身分の概念を定義し、そのうえで、何を特定のための要素とするのか、そして、その要素は変更可能であるか、ということを考察するにあたって、身分の要素となるものが人のアイデンティティを構成することがあるということを意識するのがよいのではないかと思われる。

ある。

### おわりに

このように、近時のフランス民法学は、民法における身分の概念及び性質について考察するための素材を提供している。身分の処分不可能性の原則をめぐる議論からは、身分の性質として処分不可能性を語ることの意義は大きくないということが窺われ（**I**）、身分の概念の更新の試みを踏まえてもなお、人の特定のための要素として身分の概念を定義することはなお可能であり適切なのではないかと考えられる（**II**）。その一方で、具体的に何を（法＝社会において）人の特定のための要素とするのか、その要素は変更可能であるのかということを検討する際には、同一性という概念を媒介して、アイデンティティという観点を意識することが必要であるということも、確かであろう（**II B**）。もっとも、直ちに結論を出すことはできない問題であり、日本の社会に即した、日本法における、その具体的な検討は、今後の課題とせざるをえない。

\* 本研究は J S P S 科研費 JP22K01247 の助成を受けたもので

## フランスにおける「記憶の法律」と規範性概念

### —権力分立と表現の自由の観点から—

茨城大学人文社会科学部講師 伊藤 純子

#### 1. はじめに

「議会は裁判所ではない」。これは、フランスのミッテラン政権下で法務大臣を務めた法律家のロベール・バダンテール (Robert Badinter) が「記憶の法律」のひとつである 2012 年法 (以下、ボワイエ法と略す) に対して述べた言葉である<sup>(1)</sup>。

近年、特定の歴史的事象を立法によって承認したり、歴史的事実の否定を刑事罰の対象としたりする、いわゆる記憶法 (memory laws) が、歴史学・社会学・政治学にまたがる分野横断的な研究対象として注目されている。なかでも、フランスにおける「記憶の法律 (lois mémorielles)」は、国際的にも先駆的な事例として位置づけられており、1990 年のゲソー法制定以降、現行では 4 つ制定されている<sup>(2)</sup>。これらの法律は、①ホロコーストという「人

道に対する罪 (crime contre l'humanité)」の否認を処罰する通称ゲソー法 (loi Gayssot)、②オスマン＝トルコ帝国によるアルメニア人虐殺の歴史的評価を明示する法律 (以下、2001 年法と記す)、③奴隷制および大西洋奴隷貿易を「人道に対する罪」と認定する通称トビラ法 (loi Taubira)、④祖国による帰還フランス人への国家の認識と国家的貢献に関する通称メカシェラ法 (loi Mekachera) であり、フランスの「記憶の法律」は、多様な内容であることが特徴として挙げられる。しかし他方で、これらの「記憶の法律」は、表現の自由、歴史研究の自由、さらには、上述のバダンテールの言葉が端的に示すように、権力分立原則との関係において多くの批判の対象となってきた。

フランスの憲法院 (Conseil constitutionnel) は、「記憶の法律」を

<sup>(1)</sup> Robert Bodinter, «Le Parlement n'est pas un tribunal», *Le monde*, le 14 janvier 2012, ([https://www.lemonde.fr/idees/article/2012/01/14/le-parlement-n-est-pas-un-tribunal-par-robert-badinter\\_1629753\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2012/01/14/le-parlement-n-est-pas-un-tribunal-par-robert-badinter_1629753_3232.html)).

<sup>(2)</sup> 「記憶の法律」について書かれた論文として、「記憶の法律」について書かれた論文として、樋口陽一『憲法という作為—「人」と「市民」の連環と緊張』(岩波書店, 2009年) 171頁以下、曾我部真裕「フランスにおける表現の自由の現在—「記憶の法律」をめぐる最近の状況を題材に」『憲法問題』25巻(2014年)75頁以下、拙稿「フランスにおける「記憶の法律」の現在」『憲法理論叢書』30巻(2022年)161頁以下等を参照。

めぐって、これまで二度の合憲性審査を行ってきたが、「規範性 (normativité)」の有無を重要な審査基準として用いている。とりわけ、アルメニア人虐殺の否定表現を処罰する、ボワイエ法をめぐる判決において、憲法院は、「記憶の法律」に対する自らの立場を端的に示すと同時に、「規範性の欠如」を理由として「表現の自由の侵害」であると判示した。

そこで本稿では、フランスにおける「記憶の法律」の展開と、それをめぐる憲法院の各判決を概観した上で、議会が「記憶の法律」を制定し、裁判所がこれを審査することが、国家による「歴史の公定」であり、権力の濫用にあたるとする批判について検討する。その上で、憲法院がボワイエ法の合憲性審査において用いた「法規範性」概念の内容を明らかにしたい。

## 2. フランスにおける「記憶の法律」

現行のフランスにおける「記憶の法律」は4つ存在する。しかし、憲法院によって違憲と判断され、成立後に廃止されたボワイエ法についても、「記憶の法律」をめぐる憲法院の合憲性審査の論理構成を理解する上で重要な位置を占めることから、以下では、ボワイエ法も含めた5つの法律を概観する。

### ① ゲソー法

最初の「記憶の法律」は、ゲソー法である<sup>(3)</sup>。この法律は、共産党所属の国民議会議員ジャン＝クロード・ゲソ

ー (Jean-Claude Gayssot) の提案により、1990年7月13日に成立した。同法は、1945年8月8日のロンドン協定附属国際軍事裁判所規程6条で定義された「人道に対する罪 (crime contre l'humanité)」の1つまたは複数の存在を争う行為を処罰対象とする。ただし、その犯罪が、同規程9条に基づいて犯罪組織と宣告された団体の構成員によって、もしくはフランス国内または国際司法機関によって有罪判決を受けた個人によって行われたものである場合に限られる。同法は、1881年7月29日に制定された「プレス自由法 (loi sur la liberté de la presse)」24条の2を修正したものであった。同法にはすでに1972年、ヘイトスピーチを定義し抑制する規定が追加されていたが、ゲソー法はこれを補完する形で、ホロコースト否定を同様の犯罪として位置づけたのである。

かかる法律は、表現の自由や歴史研究の自由を侵害するものとして、歴史学者や法学者から大きな批判を受けた。しかしながら、歴史上には多くのジェノサイドが存在するにもかかわらず、ホロコースト否定のみが刑罰法規によって明示的に規定されている点を正面から問題視する議論は、当時はほとんど見られなかった<sup>(4)</sup>。

### ② メカシェラ法

2005年2月23日法は、「フランス帰還者 (Français rapatriés)」に対する

<sup>(3)</sup> Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xenophobe.

<sup>(4)</sup> Henry Rousso, "French Memory Laws: For a Better Past," in Elazar Barkan and Ariella Lang (eds.) *Memory Law and Historical Justice*, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 33-34.

国家の感謝を表明することを目的とする法律である<sup>(5)</sup>。同法1条は、旧アルジェリア仏領県、モロッコ、チュニジア、インドシナその他かつてフランスの主権下にあった諸領域においてフランスの事業に参加した者に対し、国家がその貢献と犠牲を認め、敬意を表することを規定している。

本法により、これらの参加者には退役軍人 (*anciens combattants*) としての地位が付与され、また公的文書における「北アフリカにおける作戦 (*opérations en Afrique du Nord*)」という呼称は、「アルジェリア戦争」または「チュニジアおよびモロッコにおける戦闘」へと置き換えられた。すなわち本法は、アルジェリア戦争をめぐる用語について、既に社会的に定着していた呼称を法的に追認する役割を果たした点に特徴がある。このように、1条は競合する戦争記憶を追認し、退役軍人間の法的平等を確立することを主眼とするものであり、制定当時、大きな論争を引き起こすことはなかった。実際、歴史家団体の「歴史のための自由 (*Liberté pour l'Histoire*)」も、本法全体の廃止を求めることはなかった。

これに対し、強い批判を招いたのが4条である。同条は、「学校教育課程は、フランスの海外における存在、とりわけ北アフリカにおけるフランスの存在が果たした積極的役割 (*rôle positif*) を認識させるものとする」と規定して

いた。この規定は、国家が植民地支配に対して価値判断を付与し、教育内容を通じて特定の歴史解釈を促すものであるとして、歴史研究の自由および教育の自由を侵害するとの強い批判を受けた。こうした批判は、左派政党、市民団体、移民系団体のみならず、ピエール・ノラら歴史家による「歴史家のアペール (*Appel des historiens*)」によっても提起され、国家が立法によって歴史教育の内容に介入することへの大きな批判が巻き起こった。その結果、2006年2月15日付大統領令により4条2項は削除されたが、その他の規定は現在に至るまで存続している<sup>(6)</sup>。

### ③ アルメニア人虐殺承認法

2001年1月29日、国民議会は、「フランスは、1915年のアルメニア人虐殺を公に承認する」という簡潔な条文の「記憶の法律」を可決した<sup>(7)</sup>。これは、1915年から1917年にかけてオスマン＝トルコ帝国によって行われたアルメニア人ジェノサイドの承認をトルコ政府に求めてきた欧州議会を先例として、遅ればせながら追随するものであったが、トルコは今日に至るまで、このジェノサイドの承認を拒否し続けている。

注目すべき点は、歴史的叙述を提供する法律が、初めてフランス史そのものを直接の対象としなかったことである。ホロコーストの場合と同様に、

<sup>(5)</sup> Loi n°2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

<sup>(6)</sup> Rousso, *ibid.*, pp. 34-35.

<sup>(7)</sup> Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien.

アルメニア人虐殺の記憶化は、20世紀末になってようやく実現した行為であり、それはヨーロッパの遺産、そして共通の価値の重要な構成要素を指し示すものであった。当該法律は具体的な法的拘束力を全くもたず、偏見やヘイトスピーチを防止するものでもなければ、新たな権利を被害者に付与するものでもなかった。この点から、多くの法学者は同法を「宣言的法律 (loi déclarative)」、すなわち本来は議会の権限に属さない、公式かつ包括的な意思表示にすぎないものとして批判した。

第二に、これまで司法判断がなされたことのない犯罪について、議会がそれを独自に「ジェノサイド」と法的に定義することができるのかという問いが提起されたのである。とりわけ、1948年のジェノサイド条約が遡及適用を認めていないため、当該犯罪について判断した裁判所は存在しない。したがって、司法による認定がなされていない歴史的な事実を議会によってジェノサイドと認定することの可否が問題となったのである。この問題は、ヨーロッパ諸国に共通する課題であったが、フランスにおいては、とりわけ重要な意味を帯びることとなった<sup>(8)</sup>。

#### ④ トビラ法

2001年5月21日、国民議会はトビラ法 (loi Taubira) を可決した<sup>(9)</sup>。同法は、社会党系でフランス領ギアナ選出

の下院議員クリスティアーヌ・トビラ (Christiane Taubira) の名を冠している。本法律は、奴隷制に関連する複数の問題を、単一の条文に規定している。1条は、奴隷制という過程そのものについて、歴史的かつ法的な定義を与えている。すなわち、「フランス共和国は、15世紀以降、アメリカ大陸およびカリブ海地域、ならびにインド洋およびヨーロッパにおいて、アフリカ人、アメリンド人、マダガスカル人およびインド人の諸集団に対して行われた、大西洋奴隷貿易および一方でのインド洋における人身取引、他方での奴隷制が、人道に対する罪を構成することを認める」としている。

2条は、「歴史および人文科学における教育・研究課程は、奴隷貿易および奴隷制に対して、それらが正当に占めるべき位置を与えるものとする」と明示している。これは、「記憶の法律」が、初めて学校教育における歴史教育のあり方という、きわめてデリケートな問題に踏み込んだことを示している。フランスにおいて教育課程は教育省が策定するが、通常、教師の裁量権と国家の厳格な中立性の原則が尊重されてきた。にもかかわらず、同法は勧告ではあるものの、公教育の内容に介入を可能としたことが指摘される。

3条および4条は、奴隷制廃止を記念する1983年法の改正を勧告した。この改正は5年後の2006年に実現し、議会は2001年法の審議が行われた日

<sup>(8)</sup> Rouso, *ibid.*, pp.35-36.

<sup>(9)</sup> Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.

である5月10日を、「奴隷貿易、奴隷制およびその廃止」を記憶する新たな国家記念日として制定した。これは、奴隷貿易や奴隷制の廃止だけでなく、当該犯罪そのものもまた記憶の対象とすることを意味していた。なお、当初の法案には、「人道に対する罪」の否認や矮小化を処罰する条項が含まれていたが、その後削除された<sup>(10)</sup>。

#### ⑤ ボワイエ法

2011年10月、議会は、「ゲソー法」の再構成に関する法案を審議することとなった。同法案は、ホロコーストに限らず、国際法またはフランスの国内法によって承認されたあらゆる「人道に対する罪」の存在を争う者の処罰を対象としていた。この法案の目的は、アルメニア人虐殺のジェノサイド性を否定する言説を処罰するという点にあった。

これらの犯罪が司法上、ジェノサイドとして認定されたことがないという批判を回避するため、本法律は、1915年のアルメニア人虐殺を公に承認した2001年法を根拠として援用した。しかし、2012年2月、憲法院は、ボワイエ法に対して違憲判断を行った。すなわち、アルメニア人虐殺に対して、「ジェノサイド」を適用する権限は議会にはなく、表現の自由の侵害にあたるとして違憲と判断されたのである。同法は、国際文書、とりわけ2008年11月28日のEU理事会枠組決定を参照していた。しかし、留意すべき点は、この枠組決定がEU条約29

条に基づき、人種主義および外国人排斥との闘いを目的として採択されたものであり、加盟国に対して、自国の法律によって認定されたジェノサイドの否定を必ずしも刑罰化する義務を課すものではなかったことである。したがって、同枠組決定は、立法によるジェノサイド認定とその否定を処罰する義務をフランス国家に課していたわけではなく、そのため、ボワイエ法の合憲性判断を導くことはできなかった。

### 3. 「記憶の法律」をめぐる2つの憲法院判例

憲法院は、「記憶の法律」をめぐってこれまで二度にわたり合憲性審査を行っている。すなわち、ホロコースト否定表現を処罰するゲソー法については合憲と判断したのに対し、アルメニア人虐殺否定を処罰するボワイエ法については違憲判決を下した。この2つの法律が明暗を分けた理由は、これら2つの法律が規範性をもつか否かが重要な要素であったと解されている。したがって、以下では両判決の内容を規範性という観点から概観する。

#### ① ゲソー法合憲判決

2016年、憲法院は、ゲソー法に対して合憲判決を出したが、その理由として、同法が1881年プレス自由法に刑事罰規定を追加するものであり、国際軍事裁判所の判決によって確立された犯罪の否定を処罰対象としてい

<sup>(10)</sup> Rousso, *ibid.*, pp. 36-38.

ることを根拠とした<sup>(11)</sup>。すなわち、本判決は、「フランスまたはフランスによって承認された国際裁判所の判決によって人道に対する罪として認定された行為を否定することは、他の裁判所または法律によって人道に対する罪として認定された行為を否定することとは異なる。他方で、第二次世界大戦中に行われた人道に対する罪の否定は、それ自体、国内における人種差別的かつ反ユダヤ主義的な意味をもつ」として合憲判決を下したのである。

このように、憲法院は、議会による歴史的事実の認定や評価ではなく、国際司法機関によるジェノサイドという事実認定があるため、刑事罰規定をもつ同法は合憲であるとの判断を行っている。なお、本判決では、同法の規範性の有無について言及されることはなかった。

## ② ボワイエ法違憲判決

ゲソー法判決とは異なり、ボワイエ法について、憲法院は違憲判断を行っている<sup>(12)</sup>。その理由としては、「ジェノサイドという犯罪を「承認」することを目的とする立法規定は、それ自体、法律に付随する規範的効力（*portée normative*）を与えることはできない」とした。また、「立法府自体がそのように承認し、法的に位置づけた犯罪の

存在と法性決定（*qualification juridique*）に異議を唱えることを犯罪とすることにより、立法府は表現とコミュニケーションの自由の行使を違憲的に侵害した」と判断された。

さらに、憲法院によるもう1つの根拠は、ゲソー法とは異なり、アルメニア人ジェノサイドについては、国内または国際的な司法機関によって認定されたものではないということが挙げられる。すなわち、立法による承認のみに基づくものであることを前提に、立法府が当該ジェノサイドへの異議を刑事罰によって禁止することは違憲だとしたのである。

## 4. 「記憶の法律」と権力分立

上述したように、「記憶の法律」には多くの批判があるが、その1つとして権力分立という観点による批判が挙げられる。この批判には、大別して2つの主張がある。すなわち、①「記憶の法律」は立法権による違憲の権力行使であるとする論理と、②立法権であれ司法権であれ、歴史について語ることは、研究の自由や表現の自由を侵害するという論理である。

前者には以下のような主張が存在する。例えば、ジェローム・ルーは「記憶の法律は、規範的効力を欠いているどころか、むしろ立法権の権限逸脱と

<sup>(11)</sup> Décision n°2015-512 QPC du 8 janvier 2016 p.18, *JORF* n°0008 du 10 janvier 2016, texte n°20 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2015512QPC.htm>). なお、本判決に関する評釈として、光信一宏「ジェノサイド否定罪とフランス憲法院」『愛媛法学会雑誌』50巻1・2合併号（2023年）112頁以下、拙稿「ゲソー法判決から見た現代フランスの「表現の自由」とヘイトスピーチ」『茨城大学人文社会科学論集』3巻（2024年）150頁以下を参照。

<sup>(12)</sup> Décision n°2012-647 DC du 28 février 2012, *JORF* du 2 mars 2012, texte n°2, p. 3988 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012647DC.htm>). 本判決の評釈として、拙稿「フランスにおけるアルメニア人虐殺否定禁止法 —制定過程と憲法院判例の分析—」『茨城大学人文社会科学論集4巻』（2025年）125頁以下を参照。

いう瑕疵を帯びており、さらには、刑事裁判の対象となり得る事実について法的評価をあらかじめ確定してしまう点で、権力分立原則に対する侵害にさえなり得る。すなわち、それらの法律は、裁判官が別の法的評価を採用する余地を事実上排除することによって、司法の職務領域に踏み込んでいる」として批判する<sup>(13)</sup>。また、本稿の冒頭で紹介したバダンテールも前者として挙げられるであろう。ただし、バダンテールもルーも、あらゆる「記憶の法律」に否定的なのではなく、ゲソー法については違憲だと考えていないことには留意する必要がある。すなわち、ホロコースト否定に罰則を科すゲソー法は、ホロコーストがニュルンベルク裁判、つまり国際司法機関によって認定されているため、当該法律は正当性があるとする。それに対して、バダンテールらは、アルメニア人虐殺はフランス国内ないし国際司法機関による認定がないため、当該虐殺否定表現に罰則規定を設けた 2012 年法は違憲であると述べているのである。

後者の批判としては、ルネ・レモンやピエール・ノラといった著名な歴史家たちが 2005 年に設立した「歴史のための自由 (Liberté pour l'Histoire)」が挙げられる<sup>(14)</sup>。その声明によれば、「自由な国家において、歴史的真相を定義する権限は、議会にも司法権にも

属さない。たとえ善意に基づくものであったとしても、国家の政治は歴史の政治ではない。・・・(記憶の法律の)各条文は、歴史家の自由を制限し、制裁の脅威の下で、何を探究すべきか、何を見いだすべきかを指示し、研究方法を規定し、限界を設けてきた。私たちは、民主主義体制にふさわしくないこれらの法規の廃止を求める」とする。

以上のように、「記憶の法律」は、立法府が歴史的事実やその評価に介入するものであるとして、権力分立の観点から繰り返し批判の対象となってきた。とりわけ、歴史の解釈や評価は本来、学問的・社会的議論に委ねられるべき領域であり、議会がこれを法という形式によって確定しようとすることは、立法権による権限濫用であるとの指摘がなされている。こうした批判は、司法権や学問の自由との関係において、立法権の限界をいかに画するかという憲法上の問題を提起している。しかしながら、第五共和制憲法 3 条が「国民の主権は人民に帰属し、人民は代表者を通じて、または国民投票の方法によって主権を行使する」と規定していることに鑑みれば、議会は国民主権の正統な担い手の一つとして、公共的な価値判断に関与する民主的正統性を有していると解することも

<sup>(13)</sup> Voir, Jérôme Roux «Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien: de l'a-normalité à l'inconstitutionnalité de la loi», *Recueil Dalloz*, n°15, 12 avril 2012, p. 989.

<sup>(14)</sup> Appel du 12 décembre 2005, "signé en premier par: Jean-Pierre Azéma, Elisabeth Badinter, Jean-Jacques Becker, Françoise Chandernagor, Alain Decaux, Marc Ferro, Jacques Julliard, Jean Leclant, Pierre Milza, Pierre Nora, Mona Ozouf, Jean-Claude Perrot, Antoine Prost, René Rémond, Maurice Vaïsse, Jean-Pierre Vernant, Paul Veyne, Pierre Vidal-Naquet, et Michel Winock. Voir aussi, Pierre Nora et Françoise Chandernagor, *Liberté pour l'histoire* (Paris: CNRS, 2008).

可能である<sup>(15)</sup>。歴史的出来事の評価や記憶の承認は、単なる学術的問題にとどまらず、国家共同体の自己理解や社会統合のあり方とも密接に結びついている以上、議会がこれに関与すること全てが違憲であるようには思われない。とりわけ、「記憶の法律」が、過去の暴力や迫害の被害者を公的に承認し、その尊厳を回復することを目的とする場合には、議会による介入は、国民主権に基づく政治的責任の表明として理解され得る側面を有する。したがって、問題となるのは、議会が記憶の領域に関与することの可否そのものではなく、その関与がいかなる範囲と形態で行われるのかという点である。

## 5. 「記憶の法律」の2つの枠組み

憲法院はボワイエ法違憲判決において、当該法律が「規範性 (normativité)」をもつか否かを重要な判断基準として用いた。もっとも、憲法院が用いる「規範性」概念は、その射程や理論的根拠が必ずしも自明であるとは言い難く、また、立法権の行使をコントロールする基準として妥当であるかについては、なお検討の余地があると思われる。したがって以下では、憲法院が想定する「規範性」とは何を意味するのかを明らかにした上で、この概念を「記憶の法律」の合憲性審査に用いることの理論的妥

当性について考察する。

### ① 規範性を有する「記憶の法律」と規範性を欠く「記憶の法律」

フランス公法学の理論においては、法律は本来的に規範性をもたなければならないと解する見解が主流とされてきた。とりわけ、カレ・ド・マルベールが「一般法であれ特別法であれ、それが関係する者に対して何らかの権利または義務を生じさせない法律は存在しない」<sup>(16)</sup>と述べているとおり、法は規範性を有していなければならないとされているからである。もっとも、規範性がなくても法とみなされる、という見解もないわけではない。例えば、ミシェル・トロペールによれば、法とは政治的決定をめぐる言説の一形態として理解されるため、政治的・象徴的な内容しかもたない宣言的法律であっても理論的には排除されないことになる<sup>(17)</sup>。しかし、このような理解は、法の本質を規範性に求めるフランス公法学における主流の法概念とは異なるものである。このように、多くの学説においては、法は本来的に規範性を有すべきものと解されてきたが、すべての「記憶の法律」が規範性を備えているわけではない。そこで、マルク・フランジは、「記憶の法律」を二つの類型に区分している。

第一の類型は、部分的な「記憶の法律」、すなわち、ある出来事の現実を

<sup>(15)</sup> Anne-Cloé Foirry, «Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», pp. 141-156, *Pouvoir*, 2012, n° 143, (<https://droit.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-4-page-141?lang=fr>).

<sup>(16)</sup> R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, 1<sup>re</sup> édition, pp. 65 et 66.

<sup>(17)</sup> Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 56.

認識すると同時に、強制的な規定の実施を通じて規範的な帰結を導出することを目的とする法律である。これに該当するのが、①ホロコースト否定を処罰するゲソー法、②憲法院によって違憲判断がなされたが、アルメニア人ジェノサイド否定表現ないし矮小化表現の刑罰化を規定していたボワイエ法、③奴隷制を人道に対する罪と認定し、一定の団体に付帯私訴権を認めるトビラ法、④アルキに関する権利関係を具体的に定めており、刑罰規定は伴わないものの、国家に対して一定の措置を講ずる命令的要素を含むメカシェラ法である。

第二の類型は、厳密に記憶に関する法律、すなわち、特定の事実の現実を認めることに限定され、規範的な要素を含まない法律であり、制裁、補償、あるいは何らかの資格や称号の付与に関する仕組みについての定めが全く存在しない。この範疇に入るのが2001年法であり、その理由として、純粋に宣言的な機能に留まることが挙げられる<sup>(18)</sup>。

## ② ボワイエ法と規範性

憲法院は2012年判決において、純粋に宣言的で規範性をもたない法律と、刑罰の有無にかかわらず規範的性質を有する法律とを区別する立場を示した。この判決の対象となったのは、ボワイエ法である。本判決において、憲法院は「ジェノサイドの犯罪を『承認』することを目的とす

る立法規定は、それ自体、法律に付随する規範的効力を付与するものではない」と述べ、同法を違憲と判示した。すなわち、第五共和制憲法34条は、法律が「規律を定める (*fixer des règles*)」ものであると定めており、この文言自体が法律の規範的性格を前提としている。憲法院もこの条文を根拠に、法律は何らかの権利義務に影響を及ぼす規範を含まなければならないと解している。そのため、2001年法のような宣言的法律は法的効力を有しておらず、そのような法律を制定すること自体、立法者が第五共和制憲法34条によって定められた規範的枠組みから逸脱していることを意味する。ところが、憲法院は2001年法を純粋に宣言的であるために規範的でない、つまり違憲であると評価しながら、これを違憲審査していない。皮肉なことに、2001年法が規範性を有していないがゆえに、いかなる権利・自由に対する制約を課すこともなく、その結果、当該法律が憲法院による合憲性優先問題 (*Question prioritaire de constitutionnalité, QPC*) の対象とならないのである<sup>(19)</sup>。

上述したように、憲法院は、ボワイエ法は規範性をもたないために表現の自由を侵害すると判示したが、他方で、憲法院は「(ボワイエ法)1条は、フランス法によって『ジェノサイドとして承認された』一つまたは複数の犯罪の存在を否定または矮小化する行為を処罰するものである」と明言している。このことは、

<sup>(18)</sup> Marc Frangi, «Les «lois mémorielles» : de l'expression de la volonté générale au législateur historien», *Revue de Droit Public*, 2005, Janvier, pp.241-266, (<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2005-1-page-241?lang=fr>).

<sup>(19)</sup> Foirry, *ibid.*

ボワイエ法が明確に規範的性格を有することを示しているとも解され得るのではないだろうか<sup>(20)</sup>。フランソワ・ブルネも、規範性という観点からみれば、ボワイエ法は確かに規範性があり、単なる事実だけでなく犯罪を承認し、したがって、その資格を与えるという点で二重に規範的であると指摘している<sup>(21)</sup>。トマ・オックマンもボワイエ法に規範性がないとはいえないとし、当該法律が表現の自由の侵害を指摘するために規範性の欠如に言及するのは矛盾しているとして、憲法院判決を批判している<sup>(22)</sup>。確かに、規範性がないのであれば法的拘束力ももたないと思われ、そうであるならば、表現の自由も侵害し得ないであろう。この点につき、アンヌ＝クロエ・フォワリーは、憲法院が問題としているのは「ジェノサイドを承認すること」ではなく、それが刑罰規定を通じて実効性をもつ点にあると述べている<sup>(23)</sup>。すなわち、この論理に従えば、違憲の理由は承認行為それ自体ではなく、それを根拠に刑罰を科す点にある。

## 6. 表現の自由と比例原則

フランス人権宣言11条は、「思想および意見の自由な伝達は、人の最も貴重な権利の一である」と規定し、表現の自由を基本的権利として保障している。この自由は絶対的なものではなく、一定の制約が許容される

ことは、憲法院も、本判決において「表現の自由が絶対的でも無制限でもないという考え方は、すべての現代的法秩序に共通してみられる」と判示し、表現の自由に対する制約が許容され得ることを明らかにしている。実際、フランスには表現行為を制限する多くの犯罪類型が存在する。しかしながら、表現の自由は民主主義にとって不可欠の権利である以上、その制約は最小限でなければならず、立法による制約については厳格な審査が必要とされる。

憲法院は、表現の自由を制約する法につき、以下のように説示する。すなわち、「立法者が、公共の秩序や第三者の権利に対する侵害となるような表現および伝達の自由の行使の濫用を処罰するような罪を設けることも可能である。にもかかわらず、表現および伝達の自由は、その行使が民主主義の条件であり、他の権利と自由の尊重の保障の一つであるという点で一層貴重なものである。この自由の行使に対する侵害は、追求される目的に対して必要であり、適合し、比例的でなければならない」。このように、憲法院が人権を制約する法の合憲性の審査基準として用いているのが比例原則である。憲法院は、個人の自由を侵害し得る法律については、通常、比例原則による審査を行ってきた。にもかかわらず、本判決は、この「三段階」の比例原則について宣言するにとどまり、「アルメニア人ジェノサイド否定罪の創

<sup>(20)</sup> Foirry, *ibid.*

<sup>(21)</sup> Foirry, *ibid.*

<sup>(22)</sup> Thomas Hochmann et Patrick Kasparian, *L'extension du d.lit de n.gationnisme*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 8.

<sup>(23)</sup> Foirry, *ibid.*

設は、憲法上許容されるのか」という点については、判断を示さなかった。つまり、当該法律の合憲性を比例原則を用いて審査することはなかったのである。

ボワイエ法違憲判決は、「憲法が定める特定の規定に従って、法の目的は規則を定めることであり、その結果、規範的効力がなければならない」と説示している。このように、憲法院は記憶の法律全体に対して批判的な姿勢を示しつつも、比例原則ではなく、規範性の有無を合憲性の審査基準としたことについては異論もある。ゲソー法を違憲判断から回避しようとしたのではないかとも批判されているのである<sup>(24)</sup>。

フォワリーは、本判決が提示した基準に照らせば、仮に別の「記憶の法律」が憲法院に付託された場合でも同様の論理が適用される可能性が高いと指摘する。すなわち、純粋に宣言的性格をもつ 2001 年法を除けば、フランスにおける「記憶の法律」はいずれも何らかの法規範性を有しており、その結果として表現の自由を制約し得るからである。したがって、憲法院の判断は特定の法律の特殊性に依拠するものではなく、「記憶の法律」一般に該当する基準を示したものと解することができる<sup>(25)</sup>。

さらに、ベルトラン・マチュー (Bertrand Mathieu) は、本判決の意義をより広い文脈で評価している。彼に

よれば、本判決は、立法者が歴史的現実を確定し、それに反する言説を処罰するという「意見犯罪 (délit d'opinion)」の成立に対して明確な歯止めをかけたものであるという。また、とりわけ注目に値するのは、憲法院が立法権の権限の限界や歴史評価の正当性といった問題に踏み込むことなく、表現の自由という包括的かつ象徴的な原理を判断基準とした点である。さらに重要なのは、憲法院が基準として採用した表現の自由が、研究者やジャーナリストに限られたものではなく、すべての市民に保障される自由を包含する、極めて広範かつ象徴的な原理であるという点である。このような原理を審査基準とした以上、歴史的事実の解釈や評価に対して制約を加える法案を議会が再び提出する余地は、事実上ほとんど残されていないとマチューは結論づけている<sup>(26)</sup>。

## 7. 結び

「記憶の法律」という概念は、近年進行してきた「過去の司法化 (judicialisation du passé)」という現象において重要な役割を果たしている。このことは、新たな「記憶の公共政策」という枠組みの中で位置づけられるべきであり<sup>(27)</sup>、立法者が国家の

<sup>(24)</sup> Foirry, *ibid.*

<sup>(25)</sup> Foirry, *ibid.*

<sup>(26)</sup> Laurence Neuer, «G.nocide arm.nien : faut-il s'obstiner?», *Le Point*, 28 f.vrier 2012.

<sup>(27)</sup> Rousso, *ibid.*, p.33.

歴史と向き合う姿勢を表明するものである<sup>(28)</sup>。

フランスでは、1958年の第五共和制憲法制定以降、2008年の憲法改正に至るまで、議会が決議を採択する権限がなかった。そのため、本来であれば政治的意思表明にとどまる内容であっても、法律という形式を用いて表現せざるを得なかったことが指摘されている<sup>(29)</sup>。したがって、第五共和制憲法34条の1にの規定を根拠として、権利義務の付与や刑罰を伴う「公の歴史」は法律によって規律されるべきである一方、象徴的承認や政治的意思表明にとどまる「公の記憶」については、決議という形式に限定すべきであるとの提案も一考に値するであろう<sup>(30)</sup>。あわせて、法的効果を伴う非宣言的立法については、憲法院によるコントロールの強化も重要である。このような区別を明確化することにより、法律が本来有する規範的機能を維持しつつ、議会がいわゆる護民官的権能

(*pouvoir tribunitien*) を行使することが可能になるという<sup>(31)</sup>。

シラク大統領(当時)は、「記憶の義務の大統領(*le président du devoir de mémoire*)」と称され、ヴィシー政権下で行われたフランス国家によるユダヤ人迫害を公に認め、その反省を示し続けた<sup>(32)</sup>。それと対照的に、サルコジは大統領は、大統領就任前ではあるが、国家の威厳や歴史的肯定を強調する政治姿勢を全面に打ち出し、その結果として制定されたのがメカシェラ法である。同法は強い批判にさらされ、後に改正されるに至ったが、制定当初は学校教育において植民地支配の肯定的な側面を教示することを規定していた。

このように、歴史は常に政治と交錯しており、記憶の法律は「記憶の政治」の一形態として位置づけられる<sup>(33)</sup>。

「記憶の法律」は、特定の集団が経験した困難や苦難を記憶し、これを公的に認識することを目的としている。そ

(28) もっとも、フランジは、このような法律が、単に特定の共同体の記憶を促進することに留まり、多くの国民とは直接関係ないものとなり得る可能性を否定できないと指摘している。Frangi, *ibid.* フォワリーも、トビラ法とボワイエ法の提案者であるクリスティアヌ・トビラとヴァレリー・ボワイエ(Valérie Boyer)は、それぞれギアナの選挙区とアルメニア系フランス人が多く居住する選挙区選出の国民議会議員であったこと、また、2001年法、トビラ法、ボワイエ法の制定年はそれぞれ2001年と2011年であり、これらは、選挙の前年であること、そしてコミュニタリアスム(communautarisme, 共同体主義)的傾向を帯びた動機があるのではないかと指摘している。Voir, Foirry, *ibid.*

(29) Bernard Accoyer, Rapport d'information du 18 novembre 2008 sur les questions mémorielles, AN, n°1262. Après audition de nombreux juristes et historiens, cette mission de l'Assemblée nationale conduite par le président B. Accoyer avait conclu qu'il ne fallait plus voter de lois mémorielles.

(30) Foirry, *ibid.* なお、1987年6月18日に欧州議会が、また、2016年6月2日にはドイツ連邦議会が、いずれもオスマン＝トルコによるアルメニア人虐殺を承認する決議を採択している。

(31) Foirry, *ibid.*

(32) シラク(当時)大統領は在任中、ヴィシー政権下におけるフランス国家のユダヤ人迫害を公に認めた。それによって、戦後一貫してヴィシー政権下のフランス国家によるユダヤ人迫害を認めなかったコンセイユ・デタの意見にも変化したことについて考察した論稿として、拙稿「ヴィシー政権下の法的効力とフランス国家の責任—オスマン＝グレマヌ事件におけるコンセイユ・デタの意見を中心に」山元一・只野雅人・蟻川恒正・中林暁生編『憲法の普遍性と歴史性—辻村みよ子先生古稀記念論集』(日本評論社、2019年)833頁以下参照。

(33) Rousso, *ibid.*, p. 44.

のことは、これらの集団の国民社会への帰属意識を強化し、社会の調和的な機能を損ないかねない共同体間の利害対立を回避するという点で正当な目的を有している。もっとも、このような出来事を記念することが社会統合の担い手となり得るとしても、政治権力、とりわけ国家の意思を表明する立法府の役割は、国の現在および将来のために必要な措置を講じることにあることを忘れてはならないであろう<sup>(34)</sup>。

---

<sup>(34)</sup> Frangi, *ibid.*, p.266.

## 法教育の実相

### ——法教育の原理性と法的思考・リーガルマインド(3・完)

弁護士・東北大学大学院法学研究科博士課程修了生 煙山 正大

---

- 一 はじめに
- 二 法教育モデルの展開 (以上, 14号)
- 三 法教育教材の実際
- 四 法教育のアイデンティティ (以上, 15号)
- 五 法教育と法的思考・リーガルマインド
  - 1 序——分析の動機
  - 2 法的思考の構成要素
  - 3 リーガルマインドの構成要素
  - 4 円柱モデルによる法的思考・リーガルマインドの分析
  - 5 法的正当化の構造
  - 6 リーガルマインドの養成
  - 7 円柱モデルによる法的正当化の構造・リーガルマインドの養成の分析
  - 8 まとめ——法学習全般のコアたる制定法
- 六 むすび
  - 1 課題に対する解答
  - 2 あるべき法教育の一案
  - 3 残された課題 (以上, 本号)

## 五 法教育と法的思考・リーガルマインド

### 1 序——検討の動機

法教育の目標として、「法的思考」「法的な見方・考え方」又は「リーガルマインド」の獲得を掲げる見解は数多い<sup>(476)</sup>。

他方、それらの見解において、各論者がどのような意味でそれらの用語を用いているのか（定義）を明示

している例はあまり多くないが、例えば、法的思考（法的な見方・考え方）についての記述を見ると、おおまかに分類すれば、第一に、「思考の様式」をいうもの（思考様式の全体像をいうもの<sup>(477)</sup>、特に事実に基づく点を重視するもの<sup>(478)</sup>、特に法適用の側面を重視するもの<sup>(479)</sup>）、第二に、「尊重すべき原理・価値」をいうもの<sup>(480)</sup>、第三に、その他（両者の混合又はこれらと異なる観点に基づく

<sup>(476)</sup> 本稿が挙げる文献だけを見ても、「法的思考」や「リーガルマインド」を意図的に使い分けているものは多くなく、ほとんどのものがこれらを同義的に（例えば、「法的思考力すなわちリーガルマインド」のように）使用しているが、本稿では、後の検討のため、これらを区別して使用する。なお、リーガルマインドの表記について、中黒（・）を入れるものと入れないものがあるが、本稿では、原則として中黒を入れずに表記し、引用時にのみ中黒を入れる。

<sup>(477)</sup> 例えば、法的思考の特徴を、争点の固定化及び議論や紛争の幅を狭めて制約していく点、すなわち、①問題となっている争点をより限定的に定義すること、②議論においてルール・法律などの「高度なルール」を設定すること、③差し当たりの処理策を必ず示すこと、④最終的に目指されるのは「正義の実現」であることとする見解として、江口・前掲注(51)34頁。アイラック(IRAC。Issue(争点), Rules(ルール), Application(適用)/Argument(議論), Conclusion(結論))と呼ばれる法律家の思考方法による修正を加えたツールミン図式を紹介する見解として、加茂山茂「法教育の必要性とその実現方法——ツールミン図式の特殊化(法的議論のモデル図式)とその応用——」明治学院大学法科大学院ローレビュー16号11-12頁(2012)。リーガルマインドとも言われる「法的思考力・判断力」は、本来の意味は法的三段論法(事実認定→法の解釈と適用→判決)のことであるとする見解として、田村徳至「中学校における法的思考力・判断力の育成に関する実証的研究——模擬裁判を取り入れた授業を通して——」教職研究7号44頁(2014)。生徒に共通認識を持たせたい「法的な考え方」の内容として、民事裁判と刑事裁判の違い、該当する法律名に加え、「事実の確認」の仕方、分析の視点となる当該法律の「要件事実とその証明責任」の内容を挙げる見解として、柳生大輔「消費者の権利に関する授業開発——製造物責任法を中心として——」広島大学附属三原学校園研究紀要6号189頁(2016)。

<sup>(478)</sup> 例えば、事実を確定し、解釈し、判断するという一連の法的思考力の基礎になっているのは「いつ、どこで、だれが、何をしたのか、なぜしたのか」という事実認識であるという見解として、田中健夫「小学校において“法”教材を取り扱う視点」千葉大学教育学部・附属連携研究社会科部編『社会が見えてくる“法”教材の開発』133頁(明治図書出版, 2008)。「法的な見方・考え方」を「事実から考えること」とする見解として、菊地洋ほか「法学的視点を醸成させる授業案とは——公民科で想定される法教育・主権者教育——」教育実践研究論文集5巻104頁(2018)。

<sup>(479)</sup> 例えば、法教育で身につけるべき「法的な考え方」は、素材を正確に分析し、それによって得られた知見を分かりやすい構造に総合する(組み立てる)ことにすぎず、そのときに解釈学という技法が用いられることが特徴であるにすぎないとする見解として、大島和夫「日本の社会を支える市民の養成と法教育」法の科学42号175頁(2011)。「法的思考の枠組み」は権利(・義務)という概念を用いて社会事象を分節して把握するものであるとする見解として、笹倉宏紀「刑事法を素材とする「法教育」(あるいは「法教育」としての刑事法教育)——子どもたち・ノンプロの大人に誰が何をどのように教えるか」法時93巻10号58頁(2021)。

<sup>(480)</sup> 例えば、「法的な見方・考え方」を身につける上で基本となる概念として、正義、

もの<sup>(481)</sup>、法的な思考の内容には直接言及しないが、その学習の仕方を指摘するもの<sup>(482)</sup>など)に分けることができる。

また、リーガルマインドについては、法的思考的な要素に加え、態度・姿勢的な要素に言及する見解が多いようであるが、その内容も実に様々である<sup>(483)</sup>。

このように、法教育を論じる文脈で語られる「法的思考」や「リーガルマインド」の内容は、極めて多様

であり、その概念は定まっていないように見える。

これに対し、前述のとおり(四五(3))、重なりの方が大きいと認識されているシティズンシップ教育と法教育との区別(法教育の固有性)に関して、「権威に阿る(おおやけ/わたくし)の土着の思考様式とは対極にある法的な思考」や、「裁判に特有の考え方」「法固有の思考様式」というように、「法的思考(法的な見方・考え方)」や「リーガルマインド」に

---

公正、幸福に加え、個人の尊重、自由、平等、権利、義務、責任を挙げる見解として、土井真一「高等学校「現代社会」における法教育 「幸福」「正義」「公正」を考える」自由と正義 52 卷 3 号 44 頁(2011)。「法的なものの考え方」とは、平和、自由、公正といった、社会科・公民科の本質に根ざした価値についての考え方とする見解として、渥美・前掲注(226)24 頁。実際に社会的な課題や紛争の解決に用いる際の「法的な考え方」を学習するために、法や司法制度の基礎になっている 8 つの法的な価値(契約自由の原則、その例外、過失責任の原則、権威、立憲主義、配分的正義、匡正的正義、手続的正義)を社会的な課題や紛争の解決のためにどのように用いるのかを考えることが必要であるとする見解として、菊地ほか・前掲注(195)57-58 頁。

<sup>(481)</sup> 例えば、「法的な考え方」を、法や司法に関する基本的な知識や公正な判断力とする見解として、田中・前掲注(374)29 頁。とかく法的思考なるものとして、表現の自由、ビラ配りの自由、表現内容・中立規制、大衆の表現行為などが持ち出され、さらに政治的表現と営業広告、住居侵入罪の可罰的違法性などに言及されると指摘する見解として、戸松秀典「法教育と憲法」ジュリ 1404 号 14 頁(2010)(ただし、戸松は、このような法的思考を法教育に持ち出すことに否定的である。同頁)。「本来の法的思考」を、ルールの内容によっては必ずしも守る必要がない場合があるという考え方とする見解として、斎藤・前掲注(184)137 頁。

<sup>(482)</sup> 例えば、「法的な見方・考え方やそれを活用する力」は、「法とは○○○なものだ」と教えられて身につくものではなく、自分の考えや他者の考えをまとめ、意見の異なるものとの調整をはかり、問題を解決していく体験的学習を積み重ねることで身につくものとする見解として、前島美佐江「法的な見方考え方を育てる社会科教育～法教育の実践に取り組んで～」島根大学教育学部附属中学校研究紀要 54 号 1 頁(2012)。「法的なものの考え方を身につける」ための最良の方法は、判例を学ぶことであり、ある事件を提示し、生徒が自らの力で判決(どちらに説得力を感じ、支持するか、理由と一緒に見解を表明する)を出し、その判決の妥当性をみんなで考えることであると見解として、菅津康雄「君も裁判官」民主主義教育 21・6 号 127 頁(2012)。

<sup>(483)</sup> 例えば、リーガルマインドとは、市民的資質の基本となる法的感覚又は物事の筋道を立て合理的に判断して行動するという態度とする見解として、江口・前掲注(44)6 頁。日本でいうリーガルマインドとは、法的な「判断力」が前面に出るように思われるが、法学教育で目的となる能力は、単に専門家から見て適切な判断を下す能力であるにとどまらず、その正しさを相手と聴衆に理解させ、賛同を得るようにする(また逆に、相手のそのような訴えかけに反応して、説得される)能力を含んでいるという見解として、島津格「国民への法学教育——小中学校での実験授業など」ジュリ 1266 号 47-48 頁(2004)。リーガルマインドという考え方では、事案分析、規範分析、規範定律、あてはめであるという手順を踏むとする見解として、辻・前掲注(402)146 頁。リーガルマインドを、個人的な感覚や感情と区別した公共社会を形成する法の意義を原理的に理解することと解釈する見解として、中平一義「法教育研究の現代的到達点とその課題——「リーガル」と「法の役割・機能」の視点から——」上越教育大学研究紀要 38 卷 1 号 104 頁(2018)。

近い言葉が用いられていたことも併せて考えると、法教育の目的として語られ、かつ、法教育の固有性を根拠づける要素であると捉えられている法的思考やリーガルマインドの内容を、法学的観点から分析し、それらを身につけるために必要な要素は何なのか（何と認識されているのか）を明らかにするのが有用なのではないかと考えられる。

そこで、まず、法教育の文脈から離れ、法学における議論を参照し、法的思考とは何か（その構成要素は何か）、リーガルマインドとは何か（その構成要素は何か）を確認した上で、それぞれ、法教育において目標とされている事項・法教育のあり方と共通点があるか否かを検討し（五2, 五3）、各概念が円柱モデルにおいてどのように位置づけられるかを示す（五4）。

次に、視点を広げて、法的思考（法的な議論）による結論の導出がなぜ法的に正当化されるのか（法的正当化の構造。五5）、リーガルマインドはどのようにして養成されるのかを論じた見解を分析し（五6）、法的正当化及びリーガルマインド養成のコアとなるべき要素を円柱モデルを用いて示す（五7）。

最後に、以上を踏まえ、全体に共通する要素は何なのか、それが円柱モデルにおいてどのように表現されるのかを明らかにする（五8）。

なお、それぞれの概念については既に膨大な研究の蓄積があり、そのすべてを本稿でフォローすることは、筆者の時間的・能力的限界から全く不可能である。そこで、以下では、筆者が気づいた範囲で、それぞれの概念についてどのような議論がなされているのかを整理し、その“傾向”を探る程度に留まることをご了承願いたい。

## 2 法的思考の構成要素

### (1) 田中成明の見解

田中は、法的思考の原型ないしパラダイムは、基本的には、裁判官・弁護士などの法律家が判決の正当化や法廷弁論に用いる専門技術的な議論に求めるのが適切であるとして<sup>(484)</sup>、法的思考の特質は次の4つであると整理する<sup>(485)</sup>。

第一に、既存の一般的な実定法規範に準拠して一定の法的決定を要求し正当化することである。田中は、法的思考においては、実定法規範自体はよほどのことがない限り疑問にさらされることなく、権威的前提として受け容れられるべきものとされているとして<sup>(486)</sup>、これを法的思考の「教義学的性質」と表現する。

第二に、裁判が過去に作られた実定法規範に拘束され、裁判の対象もすでに現実が生じた具体的紛争の事後的個別的解決に限定されているこ

<sup>(484)</sup> 田中・前掲注(81)505頁。

<sup>(485)</sup> 田中・前掲注(81)506-508頁。

<sup>(486)</sup> ただし、田中は、次々と生じる新たな法的問題を適正に解決するため、各種の解釈技法・法律学的構成技術を用いて、実定法の規範的意味内容を社会の変化に応じて創造的に継続形成していくという側面も教義学的性質に不可欠であることが見落とされてはならないと指摘する。田中・前掲注(81)507頁。この意味で、実定法規範は絶対視まではなされないことになる。

とである<sup>(487)</sup>。田中は、法的思考は、第一次的に過去に生じた具体的紛争を事後的個別的に解決することに向けられており、将来にわたって紛争当事者間の利害関係をどのように調整すべきか、一定の決定が紛争当事者以外の相当多数の人びとの利害にどのような一般的影響を及ぼすかというような事柄は、たとえ考慮に入れられたとしても、あくまでも第二次的な関心事に留まるべきだとされるところとして<sup>(488)</sup>、これを法的思考の「過去志向性・個別性」と表現する。

第三に、事実認定についても、法的権利義務関係・責任関係や有罪・無罪の規範的確定についても、“全か無か (all-or-nothing)” という二分法的思考がとられることである。

第四に、以上のように、黑白が一刀両断に決められる結論だけでなく、そこに至るまでの思考過程も重要であり、そこでの議論や判断については、原理に基づいた整合的な理由づけや、他の類似の類型的事例にも適用可能な一般的な理由づけなど、一定の論理的要件を充たしていることである。

田中は、当該論考の中において第四の特質には特に呼称を与えていな

いが、ここでは他の特質に倣って仮に「論理性」と表現することとすると<sup>(489)</sup>、田中の指摘する法的思考の特質は、教義学的性質、過去志向性・個別性、二分法的思考そして論理性の4点ということになる。

## (2) 要件＝効果図式と法的三段論法

田中は、以上のような性質をもった法的思考の全体的構造は、法の適用過程を、法的三段論法、つまり、大前提である法規範に小前提である認定された事実をあてはめて判決が結論として導き出されるという演繹推論とみる一般的見解を念頭において、「包摂図式」と特徴づけられることが多いとしつつ、法的三段論法が適用される以前の段階をも視野に入れて理解するためには「要件＝効果図式」と捉える方が適切であるとす<sup>(490)</sup>。

すなわち、法的三段論法の正当化の成否がその大前提と小前提の正当性にかかっており、これらの前提が誤りであれば、いくら形式論理的に正しい推論がなされても、それだけで結論の法的正当性を正当化できないことから、正確な事実認定に基づいて事実の的確な法的分析・構成が

<sup>(487)</sup> 田中は、この点に関連して、「法的思考においては事実の正確な認定が不可欠である」ことも挙げていたが（田中成明『法的思考とはどのようなものか』8頁（有斐閣、1989）、同『法の考え方と用い方』71頁（大蔵省印刷局、1990））、田中・前掲注(81)では（少なくとも法的思考の特質に関する叙述箇所では）その言及がなくなった。

<sup>(488)</sup> ただし、田中は、司法的裁判の役割を事実審だけではなく法律審を含めて全体として見た場合、一般的規準の具体的事例への個別的適用という方式によって、一般性と個別性のバランスを図りながら実定法規範の内容をケース・バイ・ケースに継続形成し特定化することもその正当な機能と一般的に承認されていることから、法的思考の要素から将来志向性・一般性の契機を全面的に排除することは一面的すぎるとする。田中・前掲注(81)507-508頁。

<sup>(489)</sup> 田中は、別稿において、自身が提唱する第四の特質を「推論の原理性・整合性・類型性・一般性」と表現する。田中成明「法的思考についての覚書——R.アレクシーと平井宜雄の論理展開を機縁に——」山下正男編『法的思考の研究』563頁（京都大学人文科学研究所、1993）。本稿では、これをさらに略して「論理性」と表現する。

<sup>(490)</sup> 田中・前掲注(81)508-509頁。

行われ、小前提と大前提がきちんと確定され正当化されているかどうかが決定的に重要である<sup>(491)</sup>。したがって、法的三段論法を基本的枠組として維持しつつも、その大前提・小前提の正当化過程とその論拠まで取り込み、判決の形成と正当化の過程全体を St. トゥールミンの非形式論理的な議論図式などの実践的議論の理論を基礎的に解明しようとする法的議論の理論の方が適切であるとするのである<sup>(492)</sup>。

そして、田中は、包摂判断を演繹推論とみる見解が一般的という状況のもとでは、包摂図式による把握が法的思考過程全体を単純化し、誤解を招くおそれがあることから、法的思考の全体構造を法的三段論法が適

用される以前の段階をも視野に入れて理解するため、法規範の規定する一定の要件に事実をあてはめて、このような要件事実の存在が認定される限り、その事実によって一定の法律効果を与えるという規範的構造に着目し、これを要件＝効果図式で捉えるべきであると述べる<sup>(493)</sup>。

しかし、逆に言えば、田中の懸念するところを踏まえ、法的三段論法が適用される以前の段階をも視野に入れてこれを理解するのであれば<sup>(494)</sup>、法的思考の一要素として論理性（原理性、整合性、類型性、一般性などの論理的要件<sup>(495)</sup>の充足）が含まれていることをも考慮すると、その思考過程全体を、その問題性を留保した上で<sup>(496)</sup>「法的三段論法」

<sup>(491)</sup> 田中・前掲注(81)457頁。

<sup>(492)</sup> 田中・前掲注(81)457頁。

<sup>(493)</sup> 田中・前掲注(81)509頁。

<sup>(494)</sup> 田中は、要旨このような留保を付したうえで、法的思考の構造を包摂図式（法的三段論法）として説明していた。田中・前掲注(487)『法的思考とはどのようなものか』11頁、同『法の考え方と用い方』73-74頁。

<sup>(495)</sup> 田中・前掲注(81)508頁。

<sup>(496)</sup> 法適用の推論を伝統的な意味での法的三段論法として理解することは、法を法規のみと考える点、法適用の理論構造を「認定された事実」から出発して説明する点において問題があり、一般の法律家に誤解を与えているとして、これらの問題を解決する「正しく理解された法的推論の論理構造」を提示するものとして、吉野一「「リーガルメソッド」における法的思考力の育成——事例問題に基づくサイバー模擬裁判を利用した法創造教育」明治学院大学法科大学院ローレビュー5号5-7頁（2006）。金子裕介「法的思考——倫理的観点から見た」応用倫理・哲学論集4号43-46頁、51-52頁（2009）は、刑事分野の問題を取り上げて、適用条文の選択や条文の解釈、量刑等の裁判官の判断には論理的妥当性を見出すことはできず、倫理的思考が核心において存在していると指摘する。また、樺島博志ほか「法的思考と審査技術」法学74巻6号41頁（2010）は、民事分野の問題を取り上げて、要件事実論が、大前提たる法命題が確定していることを前提に、法命題に小前提たる要件事実をどのように適用して結論を導くのか、という推論過程を構造化しているのであるが、その一方でそもそも、事案に適切な仕方で大前提たる法命題をどのように確定するのかという問題については構造化しておらず、この点において、要件事実論は、包括的な法的思考モデルとしては不完全なままにとどまっていると指摘する。法的三段論法の問題点を論理学の観点から検討する見解もある。例えば、「非単調性」と「対話性」という特質を有する法的思考は、伝統的な三段論法（法的三段論法モデル）においても現代の述語論理学においても分析しきれないと結論する見解として、高橋文彦『法的思考と論理』63頁以下（成文堂、2013）。法的三段論法は、「当てはめ判断」を前提とすることから、主観的法価値判断を論理必然の推論であると見せかけるものでしかないと批判する見解として、太田勝造編著『AI時代の法学入門——学際的アプローチ』28-29頁〔太田勝造〕（弘文堂、2020）。

(包摂図式)と表現することは差し支えないのではないかと考えられる。

そこで、本稿においては、このような留保があることに意を払いつつ、法的思考の構造を一般的な理解として示されることが多い法的三段論法と理解して(このような理解を前提として)これ以降の論を進めることとしたい<sup>(497)</sup>。

そうすると、田中の挙げる法的思考の特質については、教義学的性質は、法的三段論法における大前提が「予め存在する実定法規範」であるべきこと、過去志向性・個別性は、法的三段論法における大前提が「既存の」実定法規範であるべきことに加え、小前提が「過去」に発生した「個別的」事実であるべきこと、二分法的思考は、法的三段論法により導き出される結論が「全か無か」方式で決定されるべきこと、論理性は、法的三段論法の大前提・小前提の内容の決定段階(適用すべき実定法規

範の選択及び内容の確定のために求められる法解釈や、事実認定など)について、原理に基づいた整合的な理由づけ、他の類似の類型的ケースにも適用可能な理由づけなど、一定の論理的要件を充たしていることが必要であることに、それぞれ対応するものと見ることができる<sup>(498)</sup>。

### (3) 亀本洋の見解

亀本は、「法的思考」と他の分野での「思考」との相違は、論理学のレベル(一般的レベル)ではあまり存在せず<sup>(499)</sup>、「法的」思考ということで問題とすべきは、法学教育の結果として法律家集団に比較的共通にみられる思考様式、「リーガル・マインド」や「法的なものの考え方」と呼ばれるものであるとして、亀本自身の経験と観察に基づき、法的思考の特質は次の3つであると整理する<sup>(500)</sup>。

第一に、「法則主義的思考」である。これは、法的問題を要件と効果の結

<sup>(497)</sup> 亀本・前掲注(66)14頁は、確かに法的三段論法(包摂モデル)には様々な問題が存するものの、裁判官が、実際、既存の法規範に従って判決を正当化しようとしており、また、法の規則に従うことが「法による裁判・正義」の最も中核的な内容をなすと考えられる以上、法的三段論法が全然無意味だとはいえないと指摘する。法曹の養成過程(法科大学院での教育)において法的三段論法の重要性が指摘されることを前提に、そこで身につけることが期待されている法的三段論法の内容(「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」フォーマット)を提示する論考として、得津晶「法科大学院の教室における2つの法的三段論法」東北ローレビュー11号2頁以下(2023)。

<sup>(498)</sup> 田中・前掲注(72)193頁は、第4の特質(論理性)を指摘する際に法解釈についての議論を参照するが、法的三段論法における小前提レベル(事実認定)においても当然その判断過程は合理的で正当である必要があるから、この特質が法解釈(大前提レベル)に限定されると解する必要はないと考えられる。

<sup>(499)</sup> 亀本・前掲注(66)215頁。

<sup>(500)</sup> 亀本・前掲注(66)217-222頁。なお、亀本は、4つ目に「その他のイデオロギー的要素」として「目的論的思考」を挙げ、これは、「法律の目的実現のための最善の手段の追求という観点からする推論および解釈の方法にかかわるもの」と「法の解釈・適用にあたって、ともかく結果の適否を考慮に入れるという側面にかかわる」ものに分類でき、前者を「形式的イデオロギー」、後者を「実質的イデオロギー」と呼称するが、後者は法律家に必ずしも特有のものではなく(同222頁)、前者はその他3つの内容に解消されることになるので、亀本が挙げる法的思考の特質は3つということになる。同様に亀本の挙げる法的思考の特質を3点と理解するものとして、笹倉秀夫「法的思考はどこから法的か」UP39巻2号12頁(2010)。

合からなる法規範ないしルールにあてはめて処理しようとする思考態度であり、演繹的推論の一種である法的三段論法に則って行われ、法的思考を支配する最も中核的な「論理」である。

第二に、「排中律的思考」である。これは、「あらゆるものはAであるかAでないかのいずれかである」という考え方であり、権利・義務・責任等があるかないかという観点から問題を処理し、その中間を認めようとしないことである。

第三に、「権威主義的思考」である。これは、権威者だけではなく、権威者によって直接・間接に権威を付与された人及びその言行も権威があるがゆえに正しく、また、それに従うべきだとする信念に依拠することである。この思考様式は、具体的には、例えば、法律家の多くが法的な問題の解決にあたって、「何はさておき権威ある条文や判例を捜し求めること」に表れている。権威主義的思考は、権威ある法律を適用した法的決定は、権威があるがゆえに、その内容の如何を問わず「正しい」といった発想にみられるものであり、その法律の権威を上へ上へと遡り、最上位の法律へ、さらにそれを制定した者（主権者）にまで達することができる点、つまり、行為又はそれによって生みだされた事物（例えば、法規範）の「正しさ」や服従させる力が、その内容にではなく、起源と系譜のみに依存する点に特徴があるとする。

このように、亀本は、法的思考の特質を、法則主義的思考、排中律的

思考そして権威主義的思考の3点にまとめる。

#### (4) 笹倉秀夫の見解

以上の田中、亀本の議論は、（主に裁判手続において見られる）法律家の思考において共通する部分を抽出したものであったが、特に法学以外の分野における思考方法との違いという視点から法的思考の固有性を検討する笹倉秀夫の見解を紹介する。

笹倉は、田中と亀本の見解を参照し、田中が挙げる法的思考の特質のうち教義学的性質以外の要素については歴史学等でも見られるものであり、亀本が挙げる法的思考の特質については、いずれも道德規範や宗教規範、教訓等を議論する場合にも通常見られることから、特殊「法的」として残るのは、法への準拠を前提とする点、すなわち教義学的性質だけであるということになってしまうと問題提起する<sup>(501)</sup>。

そして、笹倉は、通常、法的思考とされるのは、第一に、法的な概念・条文や判例・法理・法理論等の知識（法律知識）を使いこなしながら、第二に、一方で、法的ルールに従った判断という意味での正義判断ないし法的安定性を尊重しつつ、他方で、個々のケースに即したという意味での妥当性（＝衡平）をも尊重しつつ（つまり原則を大事にしつつ例外にも適切に対応して）問題を順序立てて処理していく思考であるとし<sup>(502)</sup>、第一の点については、どの分野でも初心者は固有の用語・諸原則・諸理論をまず習得しなければならないか

(501) 笹倉・前掲注(500)12頁。

(502) 笹倉・前掲注(500)13頁。

ら、この課題の遂行に必要な思考は、特殊「法的」というものではないとする<sup>(503)</sup>。

また、第二の点についても、笹倉は、法解釈の作業と、文芸、歴史、倫理等の学問的な解釈手法が共通していると指摘した上で、したがって、結局、法解釈の諸思考は、実は人がもともと人生を生きていくうえで使っている思考を各専門分野でも活用したその一部だということであると結論し、法律家が法的思考ないしリーガルマインドを「法の世界の秘技」のように語ることは「日本しか見ないです日本人論・日本文化論に似ている」とアイロニカルなまとめを行う<sup>(504)</sup>。

#### (5) 小括——法的思考のコアたる教義学的特質

いままで見てきた法的思考に関する見解を整理すると、田中の見解と亀本の見解で対応関係に立つのは、教義学的性質と権威主義的思考<sup>(505)</sup>、二分法的思考と排中律的思考ということになる。したがって、法的思考の内容について共通部分として把握することができるのは、「教義学的性

質＝権威主義的思考」と「二分法的思考＝排中律的思考」である。

そして、笹倉の見解によれば、後者は他分野の研究においても通常見られる思考方法であることから<sup>(506)</sup>、結局、法的思考に固有の要素は前者ということになる<sup>(507)</sup>。

ここで、前述した「法的思考」「法的な見方・考え方」又は「リーガルマインド」の内容の整理において(五1)、このようにして把握された法的思考の特質である「教義学的性質＝権威主義的思考」を内容に含むものがあるかを見ると、例えば、法的思考について述べるものの一部、すなわち「思考の様式」をいうもの（特に、思考様式の全体像をいうものや法適用の側面を重視するもの）がこれに該当するといえる。

他方、前述のとおり、法教育界においては原理性重視主義が確立しており(二7)、その中には、原理性ドグマすなわちA知識階層の回避（軽視）という類型も見られた(二5(9), 三)。また、隣接の教育分野との関係では、法教育のアイデンティティは原理性に見出され、さらに、実践性のみ([A→C]思考)に法教育のアイ

<sup>(503)</sup> 笹倉・前掲注(500)14頁。

<sup>(504)</sup> 笹倉・前掲注(500)14-16頁。

<sup>(505)</sup> 田中・前掲注(81)507頁は、教義学的性質について、実定法規範自体はよほどのことがない限り疑問にさらされることなく、権威的前提として受け容れられるべきものとされているとしており、この点において、亀本・前掲注(66)221頁以下が挙げる権威主義的思考、すなわち、権威ある法律を適用した法的決定は、権威があるがゆえに、その内容のいかんを問わず「正しい」という発想と共通すると考えられる。

<sup>(506)</sup> 笹倉・前掲注(500)12頁は、亀本が挙げる法的思考の特質のうち権威主義的思考も他分野の研究において通常見られる思考方法とするが、本稿では、笹倉が唯一「法的」として残とした田中の教義学的性質と亀本の権威主義的思考を対応するものと理解したことにより、これも含めて法的思考に固有の要素であると整理する。

<sup>(507)</sup> 本文の結論と同様に、哲学的思考の論理性（三段論法）と法的思考におけるそれ（法的三段論法）の違いは、推論の大前提となる法律の文言それ自体の妥当性について疑義を差し挟むことが許されず、常に制定法や過去の判例を権威づけられた論拠（「法源」）として受け入れ、必ずそこから出発しなければならない点に求める見解として、中山竜一『ヒューマニティーズ法学』62頁（岩波書店、2009）。

デンティティを見出している見解は見当たらなかった(四七)。そうすると、このような法教育のあり方(多くの論者がイメージする法教育)と以上で理解されたような法的思考のあり方(「教義学的性質=権威主義的思考」を特質とする思考様式)は、その構成要素という点では親和性が高くないということになる。

### 3 リーガルマインドの構成要素

#### (1) 加藤一郎の見解

次に、法的思考と同様に法教育において身につけるべきものとして挙げられることの多いリーガルマインドについて見ていく。

以下に見るとおり、リーガルマインドの要素として語られる内容は千差万別であるが、例えば、加藤一郎は、リーガルマインドとは、「簡単にいえば、物事を筋道立てて考えること」であるとし<sup>(508)</sup>、その具体的な内

容として次の5つを挙げる<sup>(509)</sup>。

第一に、「分析して考えること」である。分析的に見るといえるのは、感情や好き嫌いを度外視して客観的にものを見ることであり、法学では、物事を法律的に問題になるものとならないものとを分けて考えていくことであるとする。

第二に、「根拠に基づいて考えること」である。法律の勉強において、根拠としては、条文ばかりではなく判例も存在し、さらに、法律以外の日常生活でも、「これはこうすべきだ」と思った場合に何に基づいてそうなるのかということを考えておく必要があるとし、それが一種の論理学の勉強にもなるとする。

第三に、「人権の尊重」である。外国人の人権を尊重し、男女の差別をなくしていくことをその具体例に挙げる<sup>(510)</sup>。

第四に、「手続を適正にすること」

(508) 加藤一郎「リーガル・マインドについて——法的な・ものの考え方——」法教 133号 27頁(1991)。

(509) 加藤・前掲注(508)28-36頁。

(510) 加藤の挙げるこの要素は、実質的な価値判断を含むものであるため、亀本が法的思考の構成要素の議論において「実質的イデオロギー」と分類するものに当てはまり(前掲注(500)参照)、「リーガルマインド」という思考様式(形式)の要素たり得るのかという問題があると思われるが、例えば、高野耕一「法律を学ぶということ——リーガルマインドを中心として——」法教 175号 4-6頁(1995)は、法律を学ぶことは人間を知ることであるという趣旨の議論を行い、人間を知ることとリーガルマインド(とくに判断能力としてのリーガルマインド。五三(3)(後掲注(516))参照)を養うことは、「相おおうか、前者が後者の前提ともなる」と述べることからすると、このような「マインド」もリーガルマインド的な要素として認識され得ることを示しているといえる。なお、札埜和男「文学模擬裁判の可能性 文学と法と犯罪の間(はざま)から人間を考える国語教育」第143回千葉大会研究発表要旨集 303頁以下(全国大学国語教育学会, 2022)は、模擬裁判を教育活動として実施する動機を「人間がみえてくること」とし、札埜が提唱する「国語的模擬裁判・文学的模擬裁判」は、法の知識や法的思考力に留まらず、人間や社会という不条理な存在を深く考える姿勢を養う模擬裁判であるとするが、このような「人間や社会という不条理な存在を深く考える」ための教育活動も法教育として認識されるのであれば、それはリーガルマインドとして「人間を知る」ことをも含めた理解と親和的なのではないかと思われる(文学模擬裁判の意義及び国語科と社会科の模擬裁判の違いに関する論考として、札埜和男「回顧と展望——文学模擬裁判の実践的研究」龍谷大学人間・科学・宗教総合研究センター研究紀要 2巻 37頁以下(2022))。高野・同 9頁も、判断能力としてのリーガルマインドの養成方法の一つ

である。例えば、当事者双方の言い分を聞くこと、結論はもちろん大切であるが、それに至る手続を重視すること、すなわち、「結論がいいから、途中でどういうことをしてもいいと考えないこと」であるとする。

第五に、「実質的な利益衡量による判断が必要であること」すなわち「具体的妥当性と法的安定性」である。具体的には、法律というものは妥当な結論を得るために存在するものであることから、結論がおかしいような法律の適用は、どこか工夫が足りないのではないかと疑い、皆が納得できるあるいは常識や良識に合う結論を出すように法律家は努力しなければならないとする。

## (2) 太田勝造の見解

太田勝造は、法解釈学の思考様式（リーガルマインド）は一般の人々が日常的に行っているものと大きく異ならないとしつつ<sup>(511)</sup>、リーガルマインドの要素として次の3点を挙げる<sup>(512)</sup>。

第一に、「要件・効果の発想」である。これは、事実関係が要件に当てはまるかどうかをまず判断し、当てはまるならば効果を与える、という形式で物事を考える思考様式である。ただし、数学の公式や自然科学の法則とは異なり、法学の場合、法的ルールや同じ法律用語でも、法学者や裁判官によって異なった意味で使わ

れることも珍しくなく、「法的ルールに従って問題を解くこと」が法の解釈適用であるのに、同時に、「法的ルールの方をいじくっている」という側面もあることから、リーガルマインドとは、ルールを適用しつつ、同時に、適用するルールを操作する、というアクロバット（かつパラドシカル）な作業を、良い塩梅に成し遂げる技（「アート」）であるとする。

第二に、「理性と感情のバランス」である。これは、感情を抑え込んで理性だけで判断することではなく、理性と感情をうまい具合にバランスさせ、感情に流されないように自己管理しつつ判断することである。具体例として、強盗殺人事案における量刑判断において、義憤に促されて法的推論をする法の素人に対し、法律家は理性的な法的推論に基づいて感情を制禦しようと努力していることなどを挙げ、リーガルマインドは、感情を抑え込んで理性だけで判断することではなく、理性と感情をうまい具合にバランスさせ、感情に流されすぎないように自己管理しつつ判断する要素があるとする。

第三に、「論拠に基づき判断する」ことである。法学において主張される「論拠」には、ほとんど関係がないような議論や論文、社会的実態についての考察を書くもの、実質はトートロジーないし言い換えにすぎな

---

として、多様な小説を読んで人間と人間が織りなす人間関係に触れることを挙げる。同様に、リーガルマインドの習得には、法解釈学を勉強することに加えて、人間性と人間社会に対する深い理解と進化心理学や認知脳科学などの初歩的な理解が必要であると指摘する見解として、太田・後掲注(511)38頁注13。

<sup>(511)</sup> 太田勝造「法解釈学の思考様式——リーガル・マインドを身につけよう！」法セミ807号33頁(2022)。

<sup>(512)</sup> 太田・前掲注(511)33-38頁。

いものなどがあるとして<sup>(513)</sup>、真のリーガルマインドとは「真っ当な論拠」と上のような「見せかけの論拠」とを見抜いて区別する批判的分析的判断を行うことであるとする。

### (3) 米倉明の見解

米倉明は、リーガルマインドとは何か、それはいかなる能力を指すのか、それはいかなるメンタリティをさすのか、要するにリーガルマインドの中身いかんとなると様々であるとしつつ<sup>(514)</sup>、米倉から見て重要と思われるポイントとして次の4つを挙げる<sup>(515)</sup>。

第一に、「判断能力」、すなわち、所与の紛争について問題を発掘する能力、問題を分析する能力、解決案を作る能力である。3つ目の能力には、具体的妥当性と法的安定性との調和を図ること、手続を重視すること、類似の紛争の処理とのバランスをとることという能力も含まれる。米倉は、この要素を、「要するに、広い意味での利益衡量能力、実質的判断能力」と表現し、高野耕一のいう「判断能力としてのリーガルマイン

ド」<sup>(516)</sup>に対応するものと整理する。

第二に、「論理的説得能力」、すなわち、客観的ルール、プリンシプルに依拠した法的形式論理を構成して自己の紛争解決案を正当化し、利害関係人を説得する能力である。米倉は、この要素を高野のいう「思考方法としてのリーガルマインド」<sup>(517)</sup>に対応するものと整理する。

第三に、竜寄喜助が指摘する「議論する気概」<sup>(518)</sup>である。米倉は、この要素は以上の2つの能力とはやや趣を異にし、能力というよりはメンタリティというべきものとする。米倉は、前二者と気概とは密接に関わり合っており、前二者がなければ気概は生じず、気概があるからこそ、議論する過程を通じて前二者が養成される関係に立つと整理する。

第四に、正義感、「これは問題ではないのか」と直観する能力、その他、人間心理洞察力等である。さらに、米倉は、前記第一は紛争を前提としているが、紛争という課題を与えられてはじめて動き出すばかりではなく、課題そのものを自分で発見して解決策を提示する能力、言い換えれ

<sup>(513)</sup> トートロジー（「AはAである」という言明）の具体例を挙げ、これは反論可能性がゼロであるため「「良い」法律論」ではないと指摘する見解として、平井宜雄「「良い」法律論を生み出すために」早法76巻4号79頁、81-82頁（1992）。

<sup>(514)</sup> 米倉明『民法の教え方〔増補版〕』68頁（講談社、2003）。

<sup>(515)</sup> 米倉・前掲注(514)68-70頁。

<sup>(516)</sup> 高野耕一『裁判官の遍歴 遠い雪』121頁（関東図書、2000）（初出高野・前掲注(510)8-9頁。米倉は再出の方を引用しているため、米倉の見解に関する叙述箇所では再出の方も引用表示する）。高野は、リーガルマインドを「広い視野に立って社会事象を深く考察することのできる均衡のとれた総合的な判断能力」と定義する星野の見解（星野英一『心の小琴に』132頁（有斐閣出版サービス、1987））を引用し、これは考え方よりも判断の方にリーガルマインドの力点を置いたアプローチとして示唆的であると評価する。高野・同124頁（初出高野・前掲注(510)8頁）。

<sup>(517)</sup> 高野・前掲注(516)121頁（初出高野・前掲注(510)7-8頁）。

<sup>(518)</sup> 竜寄喜助「リーガル・マインド そして日本の歩み——穂積重遠先生から現代法学者までを展望して——」法教175号29頁（1995）。なお、米倉は、この竜寄の論文を日本におけるリーガルマインド論の沿革や諸見解の紹介に関して「簡にして要を得た（尽くした）」ものであると評する。米倉・前掲注(514)66頁、68頁。

ば、しっかりした立法論を展開できる能力を挙げる<sup>(519)</sup>。

#### (4) 田中成明の見解

このように、これら3つの見解を見ただけでもリーガルマインドの要素として挙げられる要素は三者三様であり、リーガルマインドという言葉の解釈が論者によって異なることが明らかとなる<sup>(520)</sup>。

田中は、以上のように論者によってリーガルマインドの意味内容が異なることから、法学教育及び法曹養成の場においてリーガルマインドの重要性が強調されるわりには、その具体的な内容や教育方法についてあまり明確な説明はなされてきていないのが実情であると指摘し<sup>(521)</sup>、リーガルマインドに関する法学者や法律家の説明において、その特徴としてほぼ共通に挙げられているものとして次の7つを挙げる<sup>(522)</sup>。

すなわち、第一に、「問題発見能力」(紛争や意見の対立に直面した場合、錯綜した状況を整理して、そのなかから法的に何が問題なのか、問題を発見する能力)、第二に、「法的分析能力」(法的に関連のある重要な事実・争点とそうでないものとを区別し、法的に分析する能力)、第三に、

「適正手続感覚・問題解決能力」(関係者の言い分を公平に聴き、適正な手続をふんで、きちんとした法的理論構成を行う能力)、第四に、「法的推論・議論・理論構成能力」(適切な理由に基づく合理的な推論・議論によって、きちんとした法的論理構成を行う能力)、第五に、「正義・衡平感覚」(正義・衡平・人権・自由・平等などの法的な価値を尊重する感覚)、第六に「バランス感覚」(全体的状況を踏まえて各論拠を比較衡量し、バランスのとれた的確な判断をする能力)、第七に、「社会的説明・説得能力」(思考や判断の理由・過程・結論などを、関係者や社会一般に向けて説明し説得する能力)である。

#### (5) 小括——リーガルマインドと法教育の親和性

以上のように、リーガルマインドとして語られる内容は論者により様々であるが、ここで気づくのは、法教育において養成されるべき能力として挙げられているものの多くがリーガルマインドとして語られる要素と相当に共通していることである。

もちろん、リーガルマインドの要素として、先に確認した法的思考の要素(教義学的性質＝権威主義的思

<sup>(519)</sup> 米倉は、第一ないし第三の要素を「リーガルマインド論がリーガルマインドの本身として説くところ」を3つに分類した結果として提示するのに対し(米倉・前掲注(514)68頁)、この第四の要素は、第一ないし第三の要素では足りないとして、米倉自身が特に提言するものである(同69-70頁)。

<sup>(520)</sup> 各論者が唱えるリーガルマインドの本質的要素を一覧表にまとめたものとして、荻野貴久「仕事に役立つリーガルマインド教育について」法と教育10号56頁(2020)。その他、(日本における)各論者が提唱するリーガルマインドの要素を整理する論考として、竜寄・前掲注(518)26頁以下、新井敦志「リーガル・マインドに関する覚書——主として民法に関して——」立正法学論集39巻1号39頁以下(2005)、石井幸三「いわゆる「リーガルマインド」という日本語について」龍谷法学45巻1号123頁以下(2012)など。

<sup>(521)</sup> 田中・前掲注(81)511頁。

<sup>(522)</sup> 田中・前掲注(81)511頁。

考)と重なる部分が存在しており(田中の整理によれば、主に問題発見能力、法的分析能力及び法的推論・議論・論理構成能力がこれに対応しよう)、法教育に関する論考において、その要素に言及する見解も存在する(五2(5))。しかし、管見の限り、これに還元されないリーガルマインド固有の他の要素に言及する見解の方が多いように思われる。

例えば、前述した「法的思考」「法的な見方・考え方」又は「リーガルマインド」の内容の整理によれば(五1)、法的思考(法的な見方・考え方)に関して「尊重すべき原理・価値」をいうものは、田中のいう正義・公平感覚に、同じく「学習の仕方」をいうもの(意見が異なる他者との調整等)は、田中のいう適正手続感覚・問題解決能力及びバランス感覚に、それぞれ相当することとなろう。また、リーガルマインドに関して、相手方とのコミュニケーション(説得し説得される能力)をいうものは、田中のいう社会的説明・説得能力を含むものといえる。

さらに、「法的な考え方」や「リーガルマインド」という言葉と結びつ

けてはいなくとも、法教育によって対話能力、表現能力を高めることを意図する見解や教育実践が多く見られる状況にあることからすれば<sup>(523)</sup>、法教育においては、全体的な傾向として、社会的説明・説得能力が相当程度に重視されているといえる。

したがって、法教育は、前述の法的思考との親和性の低さと対照的に(五2(5))、その獲得目標とされる要素とリーガルマインド固有の要素との共通性の高さゆえに、「法的思考」的な教育というよりは「リーガルマインド的」な教育であると表現することができる状況にあるのではないかと考えられる。

#### 4 円柱モデルによる法的思考・リーガルマインドの分析

以上の法的思考とリーガルマインドの内容に関する検討を踏まえ、ここで、これらの概念と円柱モデルがどのように対応するか(しないのか)を分析する。

まず、法的思考の中核的要素は、「教義学的特質」すなわち「既存の一般的な実定法規範に準拠して一定の法的決定を要求し正当化する」こ

(523) 例えば、法教育における「憲法の意義」に関する学習は判断力と表現力を高める学習であると評価し、課題解決型の授業において、発表、ディスカッション、ディベート等を取り入れることにより表現力を高めることを企図する実践として、岡部ほか・前掲注(193)65頁、69頁。自ら争点や証拠の評価について考え、文章にまとめ上げることにより、法律家になるためには思考力と表現能力が必要なことを理解してもらうことを目的とする実践として、太田勝基ほか「高等学校における法教育の実践——弁護士と高校教員との共同授業による新たな試み」ジュリ 1266号 53頁〔木村雅史〕(2004)。対話を中心とし、あるいは話し合いや活動を中心とした授業形態が法教育の目指すものであるとする見解として、江口ほか・前掲注(180)83頁〔館潤二発言〕。その他、法教育においてはディスカッション活動が取り入れられている例が多いことからすれば(例えば、既出の見解では、法教育としての憲法教育では議論やプレゼンテーションの能力の涵養を企図する見解として、中曾・前掲注(355)252頁(四2(2)で引用した)。道徳教育と対比したときに、法教育の意義を道徳的徳目の教え込みではなく生徒自身の議論(言語化)に見出す見解として、前掲注(397)記載の文献参照)、明示的ではなくとも、「社会的説明・説得能力」(表現能力)の育成が目的とされている例が多いと思われる。

とを確認した。

これを円柱モデルに位置づけるとすると、「既存の一般的な実定法規範」はA知識階層（条文や制度）に該当する。したがって、法的思考によって法規範を現実社会に当てはめて紛争を解決しようとする思考は、[A→C]思考であると理解できる（【図表18】の矢印  $\gamma 1$ ）。

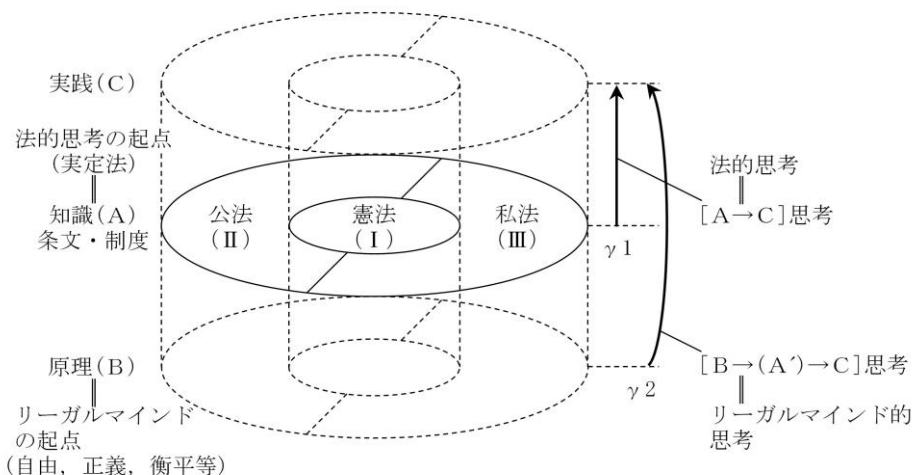
これに対し、リーガルマインドについては、前述のとおり（五三）、その内容自体が多義的であることに加え、リーガルマインドとして挙げられている要素は論理的に同一レベルではないと思われることから、そのすべてを円柱モデルの中で説明するのは困難である。

しかし、例えば、リーガルマインドの内容として説かれる「人権の尊重」（加藤の挙げる第三の要素）、「実質的な利益衡量による判断（具体的妥当性と法的安定性）」（同第五の要素）、「具体的妥当性と法的安定性と

の調和」「類似の紛争の処理とのバランスをとる能力」（米倉の挙げる第一の中のその3の一部の要素）、「正義感」「これは問題ではないのか」と直観する能力、その他、人間心理洞察力」（同第二の要素）、「正義・衡平・人権・自由・平等などの法的な価値を尊重する感覚（正義・衡平感覚）」（田中の挙げる第五の要素）、「全体的状況を踏まえて各論拠を比較衡量し、バランスのとれた的確な判断をする能力（バランス感覚）」（同第六の要素）に注目すると、これらは法原理（自由，衡平，正義など）に属するものとして、概括的にB原理階層に該当すると整理することができないだろうか。

そして、「リーガルマインド」という言葉が「法的思考」等という用語とは独立に存在し、そのニュアンスとしては、法的思考における知識的、技術的な側面以外の部分が特に意識されていると考えられることをも踏

【図表 18】 法的思考とリーガルマインド



まえると<sup>(524)</sup>、リーガルマインドをもとに現実社会の紛争を解決しようとする思考は、[B→C]思考的であると理解できる（【図表 18】の矢印 $\gamma$ 2。「法的思考」との対比において「リーガルマインド的思考」と表現する）<sup>(525)</sup>。

そして、この思考様式は、原理性重視主義の思考様式のうち[B→(A')→C]思考（ないし[B→A' (→C)]思考）と同じ構造を取っていることがわかる。そうすると、前述のような法教育の目的として掲げられている事項（獲得すべき能力）とリーガ

ルマインドの構成要素の共通性の高さに加えて（五3(5)）、思考様式という点においても、法教育は「リーガルマインド的」とであると評価することができる。

## 5 法的正当化の構造

### (1) 田中成明の見解

次に、法的思考によって導き出された結論がなぜ正当と評価されるのか（「法的正当化」はいかにしてなされるのか）について検討する<sup>(526)</sup>。

田中は、日本におけるいわゆる「法解釈論争」<sup>(527)</sup>の一つの到達点であ

<sup>(524)</sup> 新井・前掲注(520)54頁は、リーガルマインドには2つの側面、すなわち、第一に、法制度、法技術概念、具体的な法律の規定に関する知識、それを適切に使いこなす技能の側面と、第二に、法技術概念や法律の規定という道具を用いて、具体的に法律論（法解釈論）を展開する際の姿勢、心構えの側面があるとし、リーガルマインド論としてなお論じられるべき必要性が高いのは後者の側面ではないかと指摘する。駒村圭吾「リーガル・マインドをめぐって——我が国と欧米の法文化の基層の同定に向けて——」白鷗法学2号198頁（1994）も、リーガル・「マインド」とされるように、リーガルマインドは、法解釈の具体的方法や基準あるいは紛争解決の技術といったものに留まらない（あるいは、そういったものではない）ことを指摘する。

<sup>(525)</sup> 前述の太田の見解のように（五3(2)）、リーガルマインドの要素として「要件＝効果図式」を挙げている論者もいるので、厳密にはリーガルマインド的思考としても[A→C]思考は排除されていないが、本文で述べた法的思考との対比においてリーガルマインド的思考を定義するため、本稿では、リーガルマインド的思考を[B→(A')→C]思考として整理することとした。

<sup>(526)</sup> ここでいう「法的思考」とは、後述する「発見のプロセス／正当化のプロセス」の観点及び正当化のプロセスにおける「マクロ正当化／ミクロ正当化」の観点を踏まえれば（後掲注(528)、同(536)参照）、特に正当化のプロセス（ミクロ正当化及びマクロ正当化）に位置づけられるものであると考えられる。ミクロ正当化レベルでの（より狭い視野で捉えた）「法的思考」の意義（その内容）については、五2参照。

<sup>(527)</sup> 法解釈論争とは、来栖三郎（及び川島武宣ら）の法律学者の問題提起をきっかけとして開始された論争であり、田中の整理によれば、論争初期の主要争点（及び論争の基調）は次のとおりである（田中・前掲注(81)475-476頁）。第一に、法解釈や法律学の科学化の方向性（法教義学批判＝概念法学克服）、第二に、法解釈における価値判断は客観的か主観的か（客観性をいかに確保するか）である（なお、田中は、第三に、法実践独自の伝統的な論法・技法の合理性への無関心を挙げるが、これは、法解釈の具体的手法に関する議論において外部の科学性・客観性の一般的基準が自明の前提とされがちであったことに対する批判として叙述されていることから（同476頁）、実質的に第二の点に含まれるものと理解した）。他方、平井宜雄が「最も明快に論点を整理している」と評する碧海純一の見解によれば（平井宜雄『平井宜雄著作集I 法律学基礎論の研究』48頁（有斐閣、2010））、法解釈論争の論点は次のとおりである（碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」恒藤恭古稀『法解釈の理論』50頁（有斐閣、1960））。第一に、法解釈は価値判断を含むか、第二に、価値判断の混入は主観性の導入を伴うか、第三に、法解釈の主観性にどう対応するかである。法解釈論争の流れについては、例えば、瀬川信久「民法の解釈」星野英一編『民法講座 別巻1』21頁以下（有斐閣、1990）、山本・後掲注(557)237頁以下、中山・前掲注(507)74頁以下、田中・

る平井宜雄の見解<sup>(528)</sup> <sup>(529)</sup>について、法的思考の構造的特質の解明のための基本的な理論枠組みについて重なり合うところは多いとしつつ<sup>(530)</sup>、他方で、特に法的価値判断のあり方が問題になる政策形成訴訟(ハード・ケース)を念頭に置き、平井の見解

と対比しながら自説を展開する。

まず、田中は、平井の見解のうち、紛争志向型訴訟に法＝正義思考様式を、政策志向型訴訟に目的＝手段思考様式を対応させることにより法的価値判断をめぐる現代の問題状況の解明を目指す方向性<sup>(531)</sup>を、次のよ

前掲注(81)475頁以下、高橋・前掲注(496)194頁以下、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」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』36頁以下(有斐閣、2021)参照。

<sup>(528)</sup> 平井は、法解釈論争の受取手を法律学者ではなく法律家一般と措定することにより、法解釈論のアプローチとして「法律家の活動の著しい特色」である「議論(argumentation)」に着目し(平井・前掲注(527)57-59頁)、「議論」の一般的構造から「発見のプロセス」(ある言明にいかにして到達したか、という心理的プロセス)と「正当化のプロセス」(到達された当該言明の正当化のプロセス)、正当化のプロセスにおける「マイクロ正当化」(ある言明を論理的な推論のテストにさらすことによって正当化するというレベル)と「マクロ正当化」(そのテストの前提となる言明そのものを正当化するというレベル)を区別すべきことを導出した上で(同64-75頁)、従来の理論がこれらの区別を行っていない点などを批判する(同96-108頁)。そして、「議論」と「法的思考様式」は紛争解決を介して密接不可分な関係にあることを指摘し、「議論」に基づく「よい法律論」の要件を「反論可能性」概念を軸に提示する(同160頁、167-171頁)。平井の見解を、「議論」論からの法律学像」とそれに基づく法学教育の姿という観点及びそれを背景として行われる戦後法解釈論に対する批判的検討という観点から整理して紹介する論考(書評)として、吉永一行「分断の時代に法学教育の原点を考え直す——平井宜雄「法律学基礎論覚書」判時1186号100頁以下(2023)。

<sup>(529)</sup> 法解釈論争(ないしその後の論争の展開)の紹介において、平井の見解(前掲注(528))を最終地点に置くものが多い。例えば、瀬川・前掲注(527)74-93頁、山本・後掲注(557)243-246頁、中山・前掲注(507)76-79頁、田中・前掲注(81)499-504頁、高橋・前掲注(496)198-200頁、山本・前掲注(527)48-51頁。

<sup>(530)</sup> 田中・前掲注(81)544頁。平井の見解と田中の見解の対比につき、吉田邦彦「法的思考・実践的議論と不法行為「訴訟」(上)——アメリカ法解釈論の新たな動きを求めて——」ジュリ997号59頁以下(1992)。

<sup>(531)</sup> 田中・前掲注(81)544頁の整理による。平井のいう「紛争志向型訴訟」とは、「個人間の紛争を解決するだけの機能をもつ民事訴訟の古典的形態」である(平井・前掲注(527)20頁)。この訴訟が扱う紛争は、独立対等な二当事者間の紛争であり、当事者以外の者の権利義務はこの訴訟における判断にあたって視野に入れられておらず、この類型の訴訟における裁判は過去の事実に対する法律的判断で足りる(同21頁)。これに対し、「政策志向型訴訟」とは、「国・公共団体政策のあり方、ある制度の運営のしかたを多かれ少なかれ争点とし、その結果、社会全般にきわめて広く深い影響を及ぼす種類の訴訟」である(同20頁)。この訴訟が扱う紛争は、集团的利害をめぐる紛争(訴訟の実質的な争点は、当事者に代表されかつ象徴されるところの集団の争い)であり、この類型の訴訟における裁判では、ある判決を下すことが将来においてどのような影響を政策又は制度のあり方に及ぼすか、それが望ましいのかどうか判断されなければならない(同21頁)。前者に対応する「法＝正義思考様式」とは、紛争の両当事者を種々の観点から比較し、誰から又は誰に対してある財を奪い又は与えれば、両当事者はそれぞれの観点において平等に取り扱われたことになるのか、あるいは、奪われた財と与えられた財とは均衡が取れているのか、という価値判断＝規範的思考様式である(平井宜雄「法の解釈」論覚書」加藤一郎編著『民法学の歴史と課題』77頁(東京大学出版会、1982))。これに対し、後者に対応する「目的＝手段思考様式」とは、財又は価値をどのように割り当てればある目的の遂行又は達成にとって最も適合的かという形式でなされる思考である(同78頁)。この思考様式は、ある問題を生じさせている原因を突き止めてこの因果関係に介入することにより、その問題状況を変

うに批判する。

第一に、平井の法＝正義思考様式の特徴づけは、紛争当事者間の比較による個別的正義の実現を重視し、裁判の対象面に重点をおいたものとみることができるが、要件＝効果図式による一般的規準の個別的事例への適用という裁判の規準面と相関的な特質が含まれていないところに問題がある<sup>(532)</sup>。「法の支配」のもとでの法システムの作動方式の基本的理解としては、司法的裁判と法的思考の本領は、賢慮を働かせて一般性と個別性のバランスを要件＝効果図式を基軸として図るメカニズム・能力にあるとみるべきである<sup>(533)</sup>。

第二に、平井が前提とする二つの訴訟類型の対比的理解は、事実審の機能についてはともかく、法律審の機能をも視野に入れ、しかも、裁判による法の継続形成の制度的正統性をも一定範囲で認める立場からは一

面的にすぎる<sup>(534)</sup>。平井のいう紛争志向型訴訟の制度的枠組みが政策志向的訴訟の可能性と限界を規定するという意義を有すること、司法的裁判・法的思考における将来志向性・一般性の考慮には様々の制度的制約があることはそのとおりであるが、過去志向性に決定的に制約された第二次的な考慮要因に留まるとしても、法的思考における将来志向性にも一定範囲で正統な位置づけが与えられるべきである<sup>(535)</sup>。

では、平井のように、法＝正義思考様式を紛争志向型訴訟、目的＝手段思考様式を政策志向型訴訟に対応させるという枠組みを取らないのであれば、法的正当化の根拠を何に求めるのか。田中は、二重の意味で、この根拠を実定法の存在に求める。

まず、田中は、瀬川信久がマイクロ正当化とマクロ正当化<sup>(536)</sup>についてツールミンモデルとの対応を示し

---

化させ若しくはその進展を阻止し、又は、その問題の解決という目的を達するため、その因果関係についての知見によっていかなる手段が最も適切かを決定することから、「因果的思考様式」とも表現される（同『現代不法行為理論の一展望』171-172頁（一粒社，1980））。

<sup>(532)</sup> 田中・前掲注(81)545頁。

<sup>(533)</sup> 田中・前掲注(81)545-546頁。田中は、別稿において、法＝正義思考様式の理解として「個別的正義や当事者間のみの比較」を重視する平井の見解に対し、裁判での法的議論や判決の正当化においては、原理性、整合性、類似性、一般性という理論的な要請が重要視されており、このような論理的要請は個別的正義や当事者間の比較の強調と矛盾対立する面も存在することを指摘し、したがって、規準面において、司法的裁判はもともとこれらのバランスを図るメカニズムと見るべきであると述べる。平井宜雄ほか「ミニ・シンポジウム 法解釈論と法学教育」ジュリスト編集部編『法解釈論と法学教育——平井宜雄「法律学基礎論覚書」をめぐって』31頁〔田中成明コメント〕（有斐閣，1990）。

<sup>(534)</sup> 田中・前掲注(81)546頁。

<sup>(535)</sup> 田中・前掲注(81)546頁。

<sup>(536)</sup> ミクロ正当化とマクロ正当化は、ある言明を正当化する過程（正当化のプロセス）内のレベルである。その概要は前掲注(528)のとおりであるが、より詳しく言えば、ミクロ正当化は、ある言明からの論理的推論による正当化であるのに対し、マクロ正当化は、論理的推論の前提となっている言明それ自体の正当化であり、論理的推論以外の根拠に基づいて行われるものである（平井・前掲注(527)74-75頁）。例えば、「私はこの本をジョーンズに返すべきである」という言明が正しいか否かをテストする場合、「私はこの本をジョーンズに返すと約束した」という事実から「誰でも約束したこと

た整理（【図表 19】。マイクロ正当化を事実の法律要件への当てはめ、マクロ正当化をその大前提となる法律要件そのものの特定化に対応させる）を前提に<sup>(537)</sup>、現代法システムのもとでも要件＝効果図式が構造的に司法的裁判・法的思考の中枢に位置しており、法的正当化の最終段階ないし根幹的部分であるマイクロ正当化は要件＝効果図式で行われるべきであり、目的＝手段図式などはマイクロ正当化の大前提となる法律要件を具体的に確定し特定化するマクロ正当化段階で部分的に導入・活用されるに留まると考えるべきとする<sup>(538)</sup>。そして、このような考え方は、司法的裁判の審理手続・判決書の方式など

の裁判実務と適合しているだけでなく、「法の支配」原理に基づく法的思考に対する内在的要請であり、実践的議論一般の対話的合理性基準の法的「制度化」の具体的要請でもあるとみるべきであるとする<sup>(539)</sup>。

このように、田中は、マイクロ正当化の段階では要件＝効果図式（既存の一般的な実定法規範に準拠して一定の法的決定を要求し正当化する「教義学的性質」等）を特質として有する法的思考<sup>(540)</sup>。五 2 (1) が用いられるべきであると述べるが、同時に、マクロ正当化のレベルにおいても、実定法による「枠づけ」と「方向づけ」の重要性を次のとおり強調する

---

をなすべきである」という言明を根拠として冒頭の言明が正当化される。この段階がマイクロ正当化である。そして、マイクロ正当化の大前提である「誰でも約束したことをなすべきである」という言明がなぜ正しいのかを問い、これを正当化する段階がマクロ正当化である（以上の例は、同 67 頁の記載を参考に筆者において作成したものである）。マクロ正当化の段階では、例えば、法と経済学や倫理学等の知見が用いられることになる。

<sup>(537)</sup> 田中・前掲注(81)548 頁は、瀬川の図について、平井のマクロ正当化とマイクロ正当化の区別が伝統的な法的三段論法、トゥールミンの議論モデルとどのような対応関係にあるかの理解については、議論モデルの重層的・動的なプロセスの一段階だけを切り取るような静的な理解というきらいもないではないとしつつ、比較的分かりやすいという理由で引用している。田中は、マイクロ正当化が事実の法律要件への当てはめ、マクロ正当化がその大前提となる法律要件そのものの特定化に関わり、図のように相互に重なり合っている部分があると理解できるとし、平井は、このように二段階に構造化して理解する見解に基づいて日本の戦後の法解釈論等を批判したが、田中も平井のこのような評価に基本的に賛成することから（同 548-549 頁）、瀬川の図の理解を前提に論を進めているものと理解した。

<sup>(538)</sup> 田中・前掲注(81)549 頁。

<sup>(539)</sup> 田中・前掲注(81)549 頁。「対話的合理性基準」とは、実践的議論における規範的言明の正当化に関する基準であり、その基本的な特徴は、各議論領域の主題・論拠・情報などを構成・規律する共通観点の相互了承を背景的コンセンサスとして、公正な手続に従った討議・批判・説得などの対話的議論を通じて形成される合理的な合意を合理性・正当性の核心的識別基準とすることである（同 52 頁）。そして、「制度化」とは、この基準が要請する諸条件を充たす理想的な議論状況を確保し、又は、仮にその条件を全て充たしたとしても必ずしも一定の具体的な結論が確実に得られるとは限らないという「不確定性」に対処するため、それぞれの議論領域の特質に適合した合理的な議論の遂行のための理想的な手続的前提条件とともに、各議論領域の参加者が受け入れるべき権威的な共通論拠を制度的に規定して、手続・実体の両面から議論と決定を枠づけ方向づけることによって、それぞれの議論の領域と過程を相対的に自立的なフォーラムとして構造化することである（同 53 頁）。

<sup>(540)</sup> 田中は、「法的思考の全体的構造」を「要件＝効果図式」と表現する。五 2 (2) 参照。

(541) (542)。

すなわち、法的価値判断の実質的内容をめぐる議論についても、法的に「制度化」されているところに重要な特徴があり、それぞれ一定の問題領域ごとに、法律の条文をはじめ、関連する条文全体から抽出され、その背後にあると言われる法原理・価値等も含めた権威的法源、伝統的な各種の解釈技法、法教義学的な理論構成などによって一定の枠づけと方向づけがされている。このような法的な枠づけと方向づけによって、それぞれの問題領域ごとに、価値をめぐる実質的論拠に基づく議論についても、そもそも何についてどの程度の確度の正当化が必要なのかをはじめ、正当化が原則として不用な価値、議論の正当化に用い得る価値、つまり関連性をもつ価値、それらの価値

のなかでのウェイトづけ、つまり優劣関係などについて、法律家の間である程度の共通の理解が成立していると考えられる。したがって、このような背景的コンセンサスが形成されていることにより、それを共通論拠として合理的な議論を遂行でき、一定の結論の実質的内容の正当化についても、考え得る他の結論との比較において最も適切（あるいはより適切）か否かをこれらの共通論拠に照らして合理的に論じることができる。

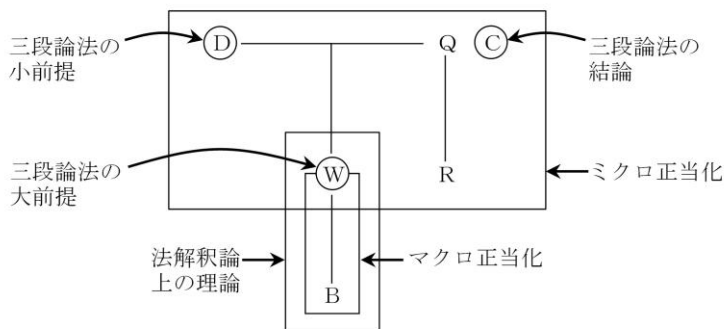
このように、田中は、法的正当化の核心に実定法による根拠づけを内容とする要件＝効果図式を置き、さらに、マクロ正当化のレベルについても、実定法が定める枠づけと方向づけを中心に据えるべきであると主張する<sup>(543)</sup>。

(541) 田中・前掲注(81)551-552頁。

(542) 田中は、平井と同様に非＝基礎づけ主義的な立場に立つものの、平井が事実と論理を偏重し、価値に関する実質的内容・論拠の正当性の問題を議論による正当化から論理的に切り離し得るとする点を批判した上で（田中・前掲注(81)551頁）、本文で述べた議論を展開する。平井は、事実と論理に基づいて相互に批判しあうという態度は「議論」が要請する基本的前提であるとし（平井・前掲注(527)129-130頁）、（主観的）価値判断を法の解釈の根拠とするのは「非合理主義」であると批判した上で（同 151-152頁など）、「議論」に基づく法律学においては、自己の主張に対する反論には必ず事実と論理に基づく根拠を示して答えなければならないというルール（「合理性ルール」）を提示する（同 165頁）。この平井の見解に対し、田中は、別稿において、ある言明が問題解決と相関的に正しいかどうかを議論するにあたって、全く実質的な価値が議論されないわけではないと反論する。平井ほか・前掲注(533)50頁〔田中成明発言〕。

(543) 田中は、マクロ正当化のレベルにおいて部分的に行われるべきであるとする目的＝手段思考を検討する中で利益衡量論について言及するが、利益衡量論では、どの範囲の「利益」を考慮範囲に入れるかが問題となるのみではなく、そもそも、ナマの利益対立状態の分析とか裸の価値判断と呼ばれているものをそのまま法的議論の中に取り込むことが許されるかどうか、認識論的に、そういった白紙の状態での分析や判断がそもそも意味のあるものとして可能かどうかについても根本的な疑問を抱かざるを得ないとし、加藤のいう法的判断に組み込まれるべき「法律家の血となり肉となっている部分」というのは「実践知としての法的賢慮の本領」であり、そのような法律家の専門技術的叡智となっている部分の習得や伝承は、法教義学的思考なしには不可能であるとする（田中・前掲注(81)558-559頁）。また、目的＝手段思考についても、利益衡量論と同様に、どのような結果をどの範囲で考慮に入れるか不明であることに加え、これを重視しすぎると「法の支配」原理に反することになることを指摘し、これがマクロ正当化においていかに用いられるべきかは、個々の法律問題領域を規律する制度的・権威的論拠及び目的＝手段図式で引き合いに出される実質的政策目標の具体的内容と相関的に決まるとする（同 560-562頁）。

【図表 19】 ミクロ正当化とマクロ正当化（瀬川信久の整理による）<sup>(544)</sup>



※トゥールミンモデルの用語<sup>(545)</sup>

D：データ，C：主張，W：論拠，Q：限定詞，R：論駁，B：裏付け

## (2) 亀本洋の見解

亀本は、法律学における「理論」（法律学上の議論において、学説、法理、あるいは〇〇説という名称で呼ばれるもの）<sup>(546)</sup>の正当化について、（自然）科学における正当化に関する議論を参照して考察を進める。

まず、亀本は、P.Kosso（コッソー）の科学的正当化に関する議論を紹介し、「観察」と「理論」の関係を整理する。

亀本は、コッソーの議論に基づき、

観察を「科学における証拠」、理論を「証拠を超えた事柄について語るもの」と定義した上で<sup>(547)</sup>、理論の正当化過程における観察の位置づけを次のとおり説明する<sup>(548)</sup>。すなわち、観察は、理論が思考や反省の産物であるのと異なり、世界との相互作用の直接の因果関係として感覚によって惹起されたものであることから、本来的には理論よりも相対的に大きな権威を有する。しかし、観察は、同時に、観察対象の選定、観察報告の

<sup>(544)</sup> 平井ほか・前掲注(533)37頁掲載の図2を筆者において再現したもの。

<sup>(545)</sup> スティーヴン・トゥールミン著戸田山和久ほか訳『議論の技法 トゥールミンモデルの原点』143-157頁（東京図書，2011）。

<sup>(546)</sup> 亀本・前掲注(66)295頁。亀本は、次の3つの点から、検討の対象を「理論」とする。第一に、個別具体的な当為判断もしくは決定の正当化にあたっては法規範ないし法命題が援用されること、第二に、法律学上の理論とは、そうした法規範ないし法命題をその内容の一部として含むものであること、第三に、法律学者の活動の中心部分がそうした理論ないし学説の優劣をめぐる論争にあることを考慮すれば、法律学とは、理論の産出とその正当化を中核とする活動である、と考えること、第四に、裁判実務も、それが事実認定および権威的決定という狭義の法律学にはない側面のほかに、理論の正当性という要素を含むかぎり、この意味での法律学に属すると考えることである。同295-296頁。

<sup>(547)</sup> 亀本・前掲注(66)300-301頁。したがって、理論の定義の中に観察の存在が組み込まれていることから、論考では明示的には論じされていないものの、観察との符合が理論の成立するための必要条件とされている（逆に言えば、理論が観察に符合するのであれば、一定程度の確率で当該理論は正当化され得ることが前提となっている）ものと考えられる。

<sup>(548)</sup> 亀本・前掲注(66)308-309頁。

記述，観察自体の正当化という各側面においていずれの場合にも理論に依存することから，理論の正当化の構造において厳密には基礎的ではない。したがって，観察は，反駁や修正を免れるものではなく，単一の観察が十分に確立された理論総体と衝突する場合には，理論ではなく観察の方を捨てるべき場合もある<sup>(549)</sup>。

では，法律学ではどうか。亀本は，科学における観察と法律学における観察の異同について，次のように述べる<sup>(550)</sup>。すなわち，法律学的正当化において，理論の証拠あるいは理論が説明すべき対象としては，さしあたり，法律と判例と考えることができ，法律や判例が正当化の構造上果たす機能は，科学における観察の機能に相当する。しかし，科学的正当化において観察が占める特別の地位は，それが感覚によって惹起されるところにあるが，法律学的理論の証拠としての法律および判例とは，正確に言えば，法律および判例の「意味」あるいは「解釈された法律および判例」と呼ぶべきものであり，感覚によって直接惹起されるものではないから，法律や判例は，科学におけるのと同じ意味での観察ではない。法律及び判例の意味は，解釈共同体に属する解釈者の有する背景的知識・論理的文脈によって規定されるものであることから，科学における

観察よりもはるかに強い意味で理論依存的である。

このように，法律学における観察が科学における観察の性質と異なるとすれば，科学における観察と理論の構造（証拠たる「観察」と証拠を超えたものたる「理論」という関係性）は，法律学には適用できないか。

亀本は，前述のとおり，法律学においては，感覚の産物としての観察ということは問題にならないものの，法律学においても明証的（evident）なものと明証的でないものという区別はあり得，法律および判例（正確には，その論理依存的解釈）に比べて明証的でない法律学的理論が，より明証的な法律や判例を証拠として正当化される，と考えることは何の問題もなく，実際，法律学的理論はそのような仕方で正当化されていると言ってよいとする<sup>(551)</sup>。

そして，亀本は，法律と判例を基準として法律学における理論の正当化を論じる理由を次のように説明する<sup>(552)</sup>。すなわち，法律と判例は，科学において観察が特別の地位を持っているのとは根拠は異なるが，科学における観察と同様，法律学的正当化において特別の地位を持っている。その特別な地位は，法的世界および法的正当化の制度的特質に由来する。法的世界において，立法者および裁判官の決定が格別の権威をもってい

(549) したがって，観察のみによっては理論は正当化されないことになる。そこで，コッソーは，科学的理論の正当性が理論システム内部でなされ，その主要な基準は斉合性であること，ただし，斉合性のみではただ一つの理論を真なる記述として同定するほどに厳密な基準ではないことから，これを補完するものとして証拠の独立性（当該理論とその証拠となる観察を説明する理論との独立性）を重視すると述べる。亀本・前掲注(66)309-311頁。

(550) 亀本・前掲注(66)313-314頁。

(551) 亀本・前掲注(66)314頁。

(552) 亀本・前掲注(66)314-315頁。

るといふことは、法律学的正当化にあたっては自明の前提となっている。したがって、法律学において「明証的である」といふことは、十分に確立されている、十分に正当化されている、異論がないといった要素に加えて、制度的権威を有するということをも意味する。

このように、亀本は、法律と判例を根拠に据えて理論の正当化を論じるが、他方で、議論を展開するにあたり、「さしあたり」という留保を付して法律と判例を証拠（観察対象）と位置づけていること<sup>(553)</sup>、その議論の結果、科学と法律学のアナロジーは本質的な点で成立しないという

結論に至るが<sup>(554)</sup>、その理由の一つとして、正当化されるべき理論の観点から法律（判例）を解釈し、解釈された法律（判例）をその理論が説明するということによって当該理論が正当化されるという「悪しき解釈学的循環」が生じる点を挙げていることから<sup>(555)</sup>、法律と判例が法律学的理論の正当化根拠となることを全面的に（無条件に）認めているとまでは解されない。また、亀本は、別稿において、ハードケースにおける判決の正当化根拠を法律と判例以外に求める見解を示しているところでもある<sup>(556)</sup>。

しかし、亀本の見解は、少なくとも

<sup>(553)</sup> 亀本・前掲注(66)313頁。

<sup>(554)</sup> 亀本・前掲注(66)320頁。他方、科学的説明と法的正当化に相同性を見出す見解として、長谷川晃「法的正当化の構成と客観性についての一試論(Ⅰ)(1)——from a generic point of view——」北法35号6号215頁以下(1985)。長谷川は、K.R.Popper(ポパー)とH.Putnam(パットナム)の見解を参照し、科学的説明の複合性及び目的志向的で自由な操作可能性という点で法的正当化(価値性あるいはルールに基づく推論という性格、操作性、非厳密性)との共通性があると説く(同228頁)。同様に、川島武宜が提唱した「科学としての法律論」に対する反論として、ポパーの科学観(演繹的方法による仮説導出、反証可能性の存在及び相互主観的テストによる検証可能性の存在による正当化)と法律家の「議論」の共通性を指摘する見解として、平井・前掲注(527)83-87頁。

<sup>(555)</sup> 亀本・前掲注(66)317頁。

<sup>(556)</sup> 亀本洋「未来志向の法解釈」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』19-20頁(有斐閣, 2021)は、「難事件」(difficult or hard case)における法解釈に関して、「プラグマティックな裁判官」であるリチャード・ボズナーの見解として、第一に、プラグマティックな裁判官は、現在も有効とされている過去に制定された憲法・法律およびその過去の解釈ならびに過去の判例と整合するように現在の法解釈をする義務を感じないということ、第二に、そのために最善を尽くすべき未来のなかに現在も含まれているということ、ただし、長期的な視点から結果を評価することが重要であることもまた強調されていること、第三に、プラグマティックな裁判官は、難事件の法解釈にあたって、過去の法に縛られる義務は感じないが、過去の法素材のすべて(憲法、制定法、先例だけでなく、議会での法案審議の資料、さらには、参考になる外国の法律・判例等も含まれる)を熟知し、それを(そこから法のルールが引き出されるところの)「法源」としてではなく、情報源あるいは知恵の宝庫として、大いに活用するよう努力することを紹介する。また、亀本は、プラグマティックな裁判に関するボズナーの叙述のなかで一番唸らせる点として、「何が最善の結果かに関する基準についてボズナーが何も言わない」ことを挙げ、その1つの理由は、何が最善の結果かは事件ごとに異なるから、それに合わせて柔軟に考えなければならない、ということだろうと考察する(同22頁)。そして、このような未来志向かつ結果志向の法学は、日本の裁判のよりよき未来へ向けた方向性としては間違っていないと指摘する(同23頁)。亀本は、プラグマティックな裁判の結論の正当化は、裁判後しばらくたって、その結果の検証が(可能であるとして)できてはじめてすることができ、判決理由によ

も、法律学において、理論の正当化根拠として一般に想定されるのは法律と判例であり、また、課題があるとしても、法律と判例を根拠する理論の正当化には相応の理由があることを示すものということではできるだけだろう。

### (3) 山本敬三の見解

山本敬三は、従来法的思考の問題において争われてきた「価値判断」と「法的構成」の関係を考察するにあたり、法的正当化の構造を踏まえて次のように論じる。

まず、山本は、法的正当化の内容として、内的正当化と外的正当化の区別を行う。

すなわち、法的正当化の出発点は、その特定の具体的な紛争を解決するための前提となる一般的な規範を提示し、それによって決定を正当化するところにあり、これはまさに具体的な要件・効果を明示したルールによる正当化にほかならない<sup>(557)</sup>。山本は、この意味での正当化を「内的正当化」と呼び、これに対し、この内的正当化において前提とされたルール自体の正当性も問題となるため（法的正当化において、實際上最も問題になるのはこちらの点である）、この意味での正当化を「外的正当化」

と呼ぶ<sup>(558)</sup>。そして、前者を、平井のいう「ミクロ正当化」に、後者を、同じく「マクロ正当化」に対応するものと整理する<sup>(559)</sup>。

次に、山本は、法解釈方法論において対置的に捉えられていた「価値判断」と「法律構成」<sup>(560)</sup>を、双方ともに外的正当化の要素であるとして、次のとおり位置づける<sup>(561)</sup>。

すなわち、まず、「価値」とは、厳密にいうと、ある事柄がよいか悪いかということに関する規範であり、例えば、自由や財産という価値は、そうしたものが要するによいものだという規範にほかならず、同時に、これは、例えば自由を尊重すべきだとか、財産を奪ってはならないというように定式化することもできることから、このように価値の内容を命令や禁止という当為命題のかたちで定式化した規範を一般に「原理」と呼ぶ。そして、外的正当化の対象となるルールは、通常、まさにこの当為規範の形式をとることから、ここで問題となるのは、このルールをそうした原理によってどのように正当化すればよいかである。

また、山本は、法律構成に関しても、そこで問題とされていたのは価値判断の結果を法律の条文と関連づけることであり、これはまさに、内

---

る裁判の（その意味での）正当化は不可能であるとするが（同 23 頁注 72）、それが司法のあり方として正当と言い得るのかは疑問に思われる。

<sup>(557)</sup> 山本敬三「法的思考の構造と特質」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 15 現代法学の思想と方法』250 頁（岩波書店、1997）。

<sup>(558)</sup> 山本・前掲注(557)250 頁。

<sup>(559)</sup> 山本・前掲注(557)266 頁注 56。

<sup>(560)</sup> 山本の整理によれば、価値判断と法的構成という二段階構成が多くの論者によって前提とされてきたが（山本・前掲注(557)249 頁）、我妻栄以来、そのどちらに重点を置くか、それらをどのように行うべきか、という点で様々な見解が提唱されていたとされる。その詳細については、同 235 頁以下参照。

<sup>(561)</sup> 山本・前掲注(557)251 頁。

的正当化の前提となるルールを法律つまり制定法によって正当化することにほかならないことから、これもまた、やはり外的正当化の問題だといえることができる。

そこで、次に、価値判断に対応する「原理による正当化」と法律構成に対応する「制定法による正当化」の関係をどう見るかが問題となるが、山本は、これらが「原則－例外の関係」に立つと論じる。

まず、制定法もまた原理と無関係ではありえないこと、すなわち、制定法の基礎には、常にそれを支える一定の原理が存在し、しかも、それは多くの場合、関連する原理の中で、ある特定の原理を一定の要件のもとで他の原理に対して優先させるという性格を持つものであり、立法者があらかじめ一定の場合について関連

する原理を衡量し、その結果を定式化したものが制定法にほかならないのであるから<sup>(562)</sup>、制定法による正当化の特色は、自ら原理の衡量を行う代わりに、そうした立法者による原理の衡平にしたがって正当化を行うところにあるといえることができる<sup>(563)</sup>。つまり、まず行うべきは、制定法による正当化である。

しかし、山本は、そうした立法者の決定をそのまま貫くと、不当な結果がもたらされる場合があることから、立法者の決定を尊重するという形式的原理を破ってでも実質的な原理の衡量に遡った決定を行うべき十分な理由があるときには、例外的に立法者の決定から離れることも正当化され、この段階において「原理による正当化」が行われるべきとする

<sup>(562)</sup> 山本・前掲注(527)58頁は、我妻以降の日本の議論の問題点として、制定法と価値判断を切断して理解している点を挙げる。

<sup>(563)</sup> 山本・前掲注(557)251-252頁。山本は、立法者による原理の衡量にしたがった正当化を行う根拠について、アレクシーの見解を参照し、立法者の決定を尊重すべきだという（民主制の採用にまでさかのぼる）原理があるからであり、この原理は、それ自体としては内容にかかわることを含んでおらず、それを立法者の決定に委ねていることから形式的な原理であるが、まさにこうした原理が妥当しているがゆえに、それにしたがった正当化をおこなうことが要請されるとする（同252頁、266頁注59）。このような山本の考えは、亀本・前掲注(66)221頁以下にいう「権威主義的思考」の現れと捉えることができる。山本は、価値判断の争いは論者自身による「主観的価値判断」の対立ではなく、何が立法者による価値判断であるか（立法者がどう考えるか）という問題をめぐる対立であり（山本・前掲注(527)58頁）、例えば、法の経済分析（法と経済学）も、基本的には立法者意思の探求として行われるものであると整理する（山本・同頁注77）。ただし、山本は、政策志向が強い分野では、解釈論と立法論の違いが相対的に小さくなると留保しており（同）、例えば、田中亘「商法学における法解釈の方法」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』161-162頁（有斐閣、2021）は、商法学分野では、法解釈の段階で「政策判断」（法規の文言から導き出される（そのように論者により主張される）のではなく、当該法規に関係する人々の利益状況の分析を通じて論者自身が下す判断）が重視されるとする。民法学における「本音（政策論）と建前（民法ドグマ）」の乖離という問題意識から、平井の見解（その概要につき、前掲注(528)参照）の解釈を通じて民法学と商法学における価値判断・法的構成の関係の捉え方の違い（「民商の壁」。民法学者と商法学者が採る前提の差異）を分析する論考として、得津晶「民商の壁——一商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号233頁以下（2009）。これに対し、民法学と商法学においては客観的な価値判断として考えている中身が異なる（「本音と本音」の乖離）という問題意識から「民商の壁」を考察する論考として、瀬川信久「「民商の壁」を超えるために」新世代法政策学研究7号215頁以下（2010）。

のである<sup>(564)</sup>。

そして、山本は、この形式的原理が「論証責任」の考え方に結びつき、立法者の決定をできるかぎり尊重すべきという原理が妥当しているところでは、原則として立法者の決定に従うべきであり、そこから離れるためには、それを正当化するだけの十分な理由を提示することが要求され、それが提示されたとはいえない限り、原則どおり立法者の決定が妥当するという、いわば立証責任に類似した責任が正当化についても考えられるとする<sup>(565)</sup>。

このような山本の見解、すなわち、原則的に制定法に従うが、例外的に、制定法に従うべきではない十分な理由が示された場合には、制定法から離れて原理の衡量を行うという判断

枠組み<sup>(566)</sup>をトゥールミンモデルと対応させると、【図表 20】のように整理できる。

山本の見解は、法的正当性の根拠を「原則的に」制定法に求める点で、亀本と同様に、田中が法的正当化の根拠において述べた実定法の意義を強調する議論と共通性を有するものであると考えられる<sup>(567)</sup>。

#### (4) 長谷川晃の見解

いままで見てきた田中、亀本及び山本の見解によれば、法的正当化の根拠として制定法の存在が示唆されるが、これに対し、法的正当化において、制定法に絶対的な地位を与えること（それが不可欠なものであると扱うこと）までは否定する見解が存在することには十分注意しなければ

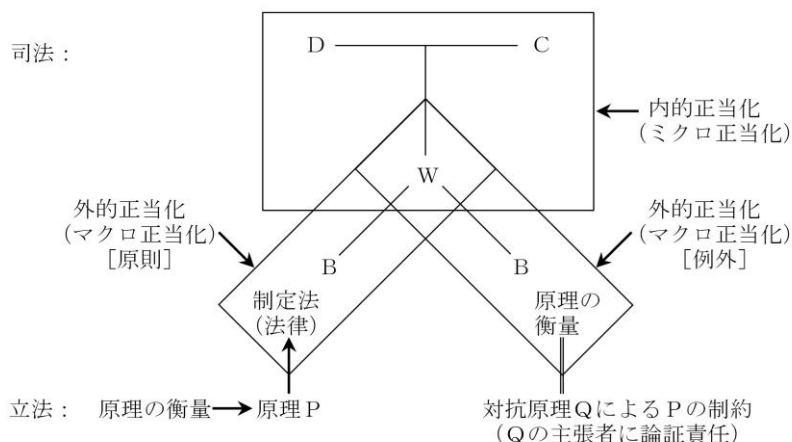
<sup>(564)</sup> 山本・前掲注(557)252頁。同様に、平野・前掲注(70)2637-2638頁は、法令それ自体の妥当性を争う場合のような「議論の余地のあるケース (hard case)」においては、一時的な関係法令に更にその根拠を示すことが求められ、その正当化の根拠を法システム内部に求め、法の範囲で正当化を遂行しようとする場合、その根拠となり得るものこそ法原理であるとする。なお、永島賢也『争点整理と要件事実——法的三段論法の技術——』68頁（青林書院、2017）は、法的議論における「裏付け」（トゥールミンモデルでのB）は制定法や判例（が定立した法準則を導く部分）であるとしつつ、法律の規定そのものを問題とすることが問題解決にとって必要な場合には、憲法に加え、条例、ある業界における確立した商慣行、条文の立法趣旨や立法者意思、立法時とは異なる変遷を遂げた社会実態が「裏付け」になり得るとする。

<sup>(565)</sup> 山本・前掲注(557)255頁。なお、山本は、論証責任を基礎づける形式的原理としては「先例の尊重という原理」（かつて裁判所が行った決定に従うことを指示する形式的な原理）も考えられ、当面の問題に関する先例がある限り、それと異なるルールを主張する側が論証責任を負うことになるとする。同頁。

<sup>(566)</sup> 陶久利彦「“原則／例外”図式と信頼関係論——民法 612 条 2 項を題材にして」法セミ 639 号 30-31 頁（2008）は、法規範を性質に応じて「法的ルール」と「法原理」とに区別し、要件一効果の形をとる法ルールが適用される場合を「原則」、一般条項や人権といった法原理が適用される場合を「例外」として位置づけ、例外を主張する者に立証責任を課するとするが、この見解は山本の議論に類似すると考えられる。なお、「法的ルール／法原理」の枠組みを超え、法律学方法論や要件事実論を踏まえて「原則一例外図式」の一般化を説く見解として、樺島博志「法的思考の基本構造——実体法と手続法の思考枠組」法時 82 卷 11 号 80 頁以下（2010）。同様に、法的三段論法の限界を踏まえ、「非単調的」かつ「対話的」な議論図式（その構造は、原則一例外図式に類似する）を示す見解として、高橋・前掲注(496)121 頁以下。

<sup>(567)</sup> 制定法は実定法の一類型であるから（法令用語研究会編『法律用語辞典〔第 5 版〕』512 頁「実定法」の項（有斐閣、2020）。同頁によれば、実定法には、制定法のほかに、慣習法、判例法があるとされる）、山本の見解と田中の見解の共通部分は、厳密には、制定法の重要性を指摘する部分である。

【図表 20】マイクロ正当化とマクロ正当化（高橋文彦が図示する山本敬三の理解による）<sup>(568)</sup>



ばならない。

すなわち、長谷川晃は、法的正当化における制定法（及び判例）の位置づけについて、法的正当化は制定法に依拠することによって法的となるのではなく、本来、「法的なものとして法の内的機能に即して形成されている」ものであると主張する<sup>(569)</sup>。長谷川は、制定法（及び判例）は法的正当化の「座標軸」（「手がかり」又は「インデックス」）を提供するに留まるものであり、しかも、その座標軸は絶対的なものではなく、「法的

という性格の内容そのものを一義的に規定するものではないとするのである<sup>(570)</sup>。

しかし、長谷川は、同時に、法的正当化は「様々の説明や正当化の複合」であるが、その全体の「核」（原理的には「開放的」なものである法的正当化が、実際には一定の範囲内で「閉じられる」ことから、そこで作用する「求心力」の源）となり得る規範群は、人間社会が現在のように高度に発展した時点では、「莫大な量の法についての知識の蓄積

<sup>(568)</sup> 高橋・前掲注(496)227頁図10-3を基に、レイアウト等を【図表19】に合わせて筆者において改変した図。高橋は、アレクシーはW（論拠）に制定法の条文を置くのに対し、山本はB（裏付け）に制定法を位置づけており、山本の見解は、「法源としての制定法」（例えば、「民法703条の条文」と「法（そのもの）」（例えば、「不当利得の要件を充たすと、損失者の受益者に対する利得の返還請求権が生じる」というルール。条文には「返還請求権」という文字は出てこない）の関係性を考える際の有効な分析装置を提供するものであると積極的に評価する。同227-229頁。

<sup>(569)</sup> 長谷川晃「法的正当化の構成と客観性についての一試論（I）（3）——from a generic point of view——」北法37巻6号14頁（1987）。

<sup>(570)</sup> 長谷川・前掲注(569)16頁。長谷川は、別稿において、「制度」自体の本質的理解に基づき、制定法という制度は「開かれた」ものであり、「正義の原理」等との相互作用においてはじめてその体系の細部が構成されていくものであること、「制度が開かれている」ということが制定法体系の不可避のあり方であることを論じる（長谷川晃『解釈と法思考——リーガル・マインドの哲学のために』185-188頁（日本評論社、1996））。この論考において、長谷川は、「開かれた制度」の観念のもとでは、制定法は「規範の網の目のインデックス」としての意味を有すると述べる（同191頁）。

であり、議論の手がかりは常に「既存の法」であるとする<sup>(571)</sup>。そして、この「既存の法」(法的正当化の「求心力」の源)は、当該社会の当該時点において法あるいは「法的」として主張され受容されているすべての議論体系であり、その中には、制定法と判例に加え、学説、実務家の理論、一般人の法律論などが実際含まれ得るが、現実の社会生活上最も大きな影響力を持つのは制度の支えを受けた制定法と判例であり、現代において法的正当化の出発点となるのは、事実上は、この二つになると考えられると述べる<sup>(572)</sup>。

したがって、長谷川のこの見解によっても、法に関する「既存の」議論体系が法的正当化の核にあり得るのであり、また、「現状としては」又は「事実上は」という留保を付する限りにおいて、その中でも特に制定法(及び判例)が法的正当化のコアになるという結論は否定されないであろう。

#### (5) 小括——法的正当化のコアたる制定法

いままでに見てきたところによれば、法的正当化について、田中は、ミクロ正当化のレベルにおいては要件＝効果図式を適用し、マクロ正当化のレベルにおいては目的＝手段図式などが部分的に導入・活用されるに留まると考えるべきとするが、後者の段階においても、実定法により法的に「制度化」されている法原理・価値なども含めた権威的法源、伝統

的な各種の解釈技法、法教義学的な理論構成などによってなされている一定の枠づけと方向づけに従うべきであると主張する。

また、亀本は、法律と判例を基準として法的正当化を論じるが、それは、法律と判例が法律学的正当化において、法的世界および法的正当化の制度的特質に由来する特別の地位をもっているからだとする。

さらに、山本は、ミクロ正当化のレベルにおいては具体的な要件・効果を明示したルールによる正当化がなされ、マクロ正当化のレベルにおいては「原理による正当化」と「制定法による正当化」の関係が問題となるが、立法者の決定を尊重するという形式的原理により、原則的に、立法者が示した原理秩序が優先し、ただし、その不当性が明らかであることが証明された場合には、例外的に、制定法から離れて原理の衡量を行われるものとする。

これらの見解に共通するのは、「制定法が法的正当化のコアとなっている」ということである。制定法はただ形式的に存在するのではなく、立法者の意思が反映され、法的な権威づけがなされている側面と、その内容として、立法者において一定の原理(価値)の秩序が反映されているという側面から、制定法ができるかぎり尊重されるべきであるという価値判断が存在するといえる。

以上に対し、長谷川は、制定法の存在は法的正当化の不可欠な要素ではないと指摘するものの、事実上と

<sup>(571)</sup> 長谷川・前掲注(569)15頁、24頁注24。長谷川は、このことは、仮に全く新しい法を必要とするような状況が発生しつつあるときでも同様であるとする。同15頁。

<sup>(572)</sup> 長谷川・前掲注(569)16頁。

いう留保を付する限りにおいて、制定法及び判例が法的正当化の出発点となることを否定していない。

よって、以上の検討から、少なくとも法的正当化のうち正当化のプロセスにおいては<sup>(573)</sup>、理論上絶対的にとまではいえないとしても、法的正当化のコアとして把握されるべきなのは制定法であることが明らかとなったといえる。

## 6 リーガルマインドの養成

### (1) 田中成明の見解

次に、法教育において目標とされている事項と共通点の多いリーガルマインドについて、リーガルマインドと法的思考がどのような関係に立つのか、そして、リーガルマインドを身につけるための方法はどのようなものなのかについて述べている見解を見ることとする。

(573) 発見のプロセスと正当化のプロセスの区別の概要は、前掲注(528)参照。発見のプロセスについて、平井は、「論理的問題」である正当化のプロセスとは異なり「心理的問題」であり(平井・前掲注(527)99頁)、利益考量・価値判断はもとより、考え方・理論・勘・ひらめき・直感・バランス感覚・洞察・迷信・偏見などを基に「自由な創造と飛躍」によって行われるものであって、いかなる手順を経て発見が行われるべきかについての「規範」や「正しい方法」は存在しないと論じる(同134頁。平井は、このほかにも、「主観的価値観」の例として、信仰、情熱、先入観、予断を挙げる。同129頁)。この見解によれば、発見のプロセスは全く自由に行われるものということになる(例えば、平井は、ニュートンはりんごの実が落ちるのを見て万有引力の法則を発見したが、何か別のきっかけであっても万有引力の法則の正しさに影響はないことを挙げる。同71-72頁)。他方、この見解に異を唱え、発見のプロセスのあり方の解明を課題と捉える見解として、田中・前掲注(489)553-554頁、山本・前掲注(557)257-258頁。さらに、その内実を具体的に検討する見解も存在する。例えば、正当化のプロセスをいわゆる判決三段論法に、発見のプロセスをその前提の確定過程に対応させて区別する「二元的」構成自体を批判しつつ(長谷川・前掲注(554)177頁以下)、発見のプロセスの内部に正当化の構成とその吟味(「負のフィードバック」)が含まれるとし(そこで、長谷川は、発見のプロセスを「正当化形成のプロセス」として再構成する)、その内容を、問題了解・問題分析・具体的解決の局面に分けて解析する見解として、長谷川晃「法的正当化の構成と客観性についての一試論(Ⅰ)(2)——from a generic point of view——」北法36巻5=6号8頁以下(1986)(長谷川のこの見解を積極的に評価する見解として、田中・同553-554頁、山本・前掲注(557)267頁注69)。なお、長谷川の見解によれば、この発見のプロセスにおいても制定法(成文法規)の果たす役割は小さくない。例えば、問題了解の「問題の固定」の局面について、長谷川・同13頁、同「論点の概括的予測」の局面について、同15頁、問題分析の「論点の設定」の局面について、同20頁、同「解答のアウトラインの提示」の局面について、同24頁。その他、アブダクションによる仮説形成(「AならばB」といえるときに「BゆえにA」と推論すること)と帰謬法による競合仮説の消去(仮説Aが正しいとすると不合理な帰結が導かれる場合に仮説Aを否定すること)を提唱する見解として、高橋・前掲注(496)214-224頁。民事訴訟における争点整理の場面を想定した上で、認知科学及び論理学の知見を援用し、①(法的)スキーマによる訴訟物の一応の把握、②演繹推論によるある仮説からの諸予測の導出、③帰納的推論による当該仮説の検証、④当該仮説又は当該仮説とは別に考えられる仮説の背理法的推論による消去(⑤前者の場合には再度のアブダクション推論による新仮説の形成)を内容とする「フィードバック」ないし「視線の往復」を提唱する見解として、河村浩「民事裁判の基礎理論・法的判断の構造分析(2)(上)——要件事実論の基礎的な概念・知識の検討——」判時2147号12頁(2012)。「発見のプロセス」という語は用いていないが)法的三段論法を適用する前段階において、裁判官は「初期構想」(その訴訟の進み方、落ち着き先についての「仮説」。当該事件に適用すべき法規範の探索・選択を内容とする)を形成し、審理の過程で、確認、修正、あるいは新たに発展させられるというプロセスを辿って最終的な判断に昇華していくことを述べる見解として、藤田宙靖『裁判と法律学——『最高裁回想録』補遺——』77-80頁(有斐閣、2016)。生活実態(事実問題)と規範仮説(法律問題)の間における「視線の往復」を提唱する見解として、永島・前掲注(564)125-136頁。

まず、田中は、リーガルマインドとは法律家がプロフェッションとして法による正義の実現という公共的職務に携わるために備えるべき理想的な能力と資質として、伝統的に“徳”と呼ばれてきている全人格的な品性であり、法律家は、法律の条文や判例・学説に関する専門技術的な知識ではなく、そのような知識を個々の具体的特殊な状況のなかで法的正義の実現のために臨機応変に活用する実践的智慧をも身につけてはじめて、リーガルマインドを備えたプロフェッションたり得るとし、このようなリーガルマインドは、合理的な思考能力、正義・衡平感覚、バランス感覚、議論・説得能力などを含んだ総合的な判断力であるとする<sup>(574)</sup>。

これに対し、法的思考は、広義では、以上のようなリーガルマインドと同じようなものと理解されていることも多いものの、狭義では、法の解釈・適用に関する、もっと専門技術的な思考様式・技法を指しているとし、そして、狭義の法的思考は、以上のようなリーガルマインドのいわば骨格を形成するものであり、狭義の法的思考も、それが法による正義の実現のために適切に用いられるためには、以上のようなリーガルマ

インドによって裏打ちされていなければならないとする<sup>(575)</sup>。

そして、田中は、リーガルマインドの養成について、それが実践知というものの性質上、リーガルマインドを身につけるためには、相当期間の教育・訓練・経験が不可欠であり、専門技術的な思考様式・技法を修得し、それを活用する実務経験を積み重ねる中、法的知識が智慧と結びついて血となり肉となり、徐々にリーガルマインドが育まれてゆくという関係にあるとまとめる<sup>(576)</sup>。

この見解について特に注目されるのは、リーガルマインドと法的思考の関係に関して、リーガルマインドの中核には（狭義の）法的思考があり、そして、（狭義の）法的思考の実践が積み重ねられていくことによりリーガルマインド（広義の法的思考）が育成されるとする点である。

## (2) 米倉明の見解

米倉は、リーガルマインドの特徴（五三(3)）を挙げた後、これまでのリーガルマインド論にはいわば説明不足のところがああり、それを補い、特に素人、初心者に誤解を与えないようにする必要があるとして、次の3点を挙げる<sup>(577)</sup>。

第一に、判断能力にしても気概に

<sup>(574)</sup> 田中・前掲注(81)512頁。

<sup>(575)</sup> 田中・前掲注(81)512頁。

<sup>(576)</sup> 田中・前掲注(81)512頁。

<sup>(577)</sup> 米倉・前掲注(514)70頁。なお、米倉は、リーガルマインドの養成方法に関して、特に気概（これはおかしいとして論ずる気概）が身につかず、卒業して社会に出た後は気概などは片鱗も見られないというのがほとんどの場合であろうとし、この気概を身につけるための法学部教育のあり方として、例えば、講義において教師自身が判例などを素材にして、「事案に即して」「論じて」みせることや事件処理の結論及び（又は）法律構成、あるいは判決文のレトリックがよろしくないこと歴然たる判例を扱い、学生の議論を誘発すること、歴史上の事例の中から、気概をもって論じた標本ともいえる事例を選んで学生に勧め、それを通じて、気概の養成の一助とすることを提案する。同 74-75頁。

しても、そのよりどころの中の主たるものは条文や判例という客観的ルールということである。米倉は、紛争の解決案を作るにしても、客観的ルールを十分顧慮して作るべきで、ただ気配りよろしく諸般の事情を顧慮して解決案を作ればよいわけではなく、気概についても、客観的ルールを盾にして論ずるわけであり、「千万人といえども我行かん」とばかりに自己の所属する派閥の筋の曲った利益を擁護するために誤った使命感の下に論ずるとするのは、「気概をもって論ずる」には入らないと指摘する。

第二に、判断能力＝利益衡量能力は素人も有しているというのはいい過ぎだということである。米倉は、利益衡量を適切に行うためには専門知識を必要とするのであって、良識に裏付けられているとはいえ、単なる正義感、公平感だけでは足りず、特に、類似の紛争がどのように処理されているのかについての専門知識を活用して、そこでの処理とのバランス、全法律体系との整合性を保つ必要があるが、その必要を満たすには、それなりの研鑽を要請され、素人の手に直ちに負えるものではないとする。

第三に、「客観的ルールの画一的適用ということのメリット」である。米倉は、これまでのリーガルマインド論に接すると、「客観的ルールの画一的適用」ということの影が薄く、

もう少しこのことの重要性、メリットを強調し、このことこそが法的処理の出発点なのだということを説く必要があると指摘する。

米倉は、リーガルマインドは、法学教育を受けることによって養成されるはずであり、それ以外の教育を受ける場合に比べれば養成されやすいといえるはずであること、他方、リーガルマインドの養成は法学教育の独占物とまでは言いすぎであり、法学教育を全く受けたことがない人にしても、何らかの専門的修練を経た人であるならばリーガルマインドの中身として挙げられた諸能力、気概の全部を身につけることは可能であるが、条文を根拠として法的形式論理を構成する能力（論理的説得力）は他の2つ（判断能力、気概）よりは身につけにくいかもしれないと述べ<sup>(578)</sup>、やはりここでも「客観的ルール、プリンシプルに依拠した」思考様式という要素に言及する。

したがって、米倉の見解は、全体をとおして、リーガルマインドの養成における条文や判例という「客観的ルール」の重要性を指摘するものということができよう<sup>(579)</sup>。

### (3) 長尾龍一の見解

長尾龍一は、リーガルマインドについて、次のとおり、「「良い」解釈」を行うための思考様式であると論じる<sup>(580)</sup>。

すなわち、長尾は、まず、法の解

(578) 米倉・前掲注(514)72-73頁

(579) 米倉は、リーガルマインドということばの「悪い機能」として、「合法万能というメンタリティを作り出すことがあること」、「独善自己満足機能」、「仲間意識＝同族確認的機能」及び「素人に対するマジックワード機能」と並べて「専門知識軽視機能」を挙げる。米倉・前掲注(514)71-72頁。

(580) 長尾龍一『法哲学入門』170-175頁（講談社、2007）。

積は、「可能な解釈」、「良い」解釈」及び「公定解釈」の3つに区別できるとし、複数あり得る可能な解釈の中でどれが「良い」解釈であるかを判断する客観的基準があるかと問う。そして、法の解釈は各人の価値観に基づくものであることから、その優劣をつけることが可能であるのか、具体的には、価値観というものは何の優劣もつけようもないものかという問題（価値判断の客観性の問題）と法解釈に優劣があり得るのかという問題（法解釈の客観性）が存在すると整理する。

そこで、長尾は、後者の問題について、この段階でリーガルマインドが作用すると指摘する。すなわち、法律家は医師と並んだ専門職であり、専門の法律家の解釈は素人のそれより大いに尊重されるが、ここでのプロとアマの差は、価値観の違いとは区別された法解釈そのものの優劣から生ずるものに相違がなく、法律専門家と素人とでどこが違うのかについては、知識の分量だけではなく、法律専門家が採る思考様式、つまりリーガルマインドの有無という点で区別できる。

では、長尾のいうリーガルマインドとは何か。長尾は、リーガルマインドの内容については様々な説明がなされているが、リーガルマインドの中心をなすものは「制度的思考様式」、すなわち、あらゆる問題を制度の問題として考察する思考様式であ

るとする<sup>(581)</sup>。法律家は、制度のモデルを考案する社会技術者であり、先例があるならばその先例を基礎として、法の条文があるならばその条文を基礎として、制度のモデルを考案することを職業とするという理解のもと、長尾は、様々な制度に関連づけた大きなモデルをもち、かつその一つ一つの制度が破綻なく運行するとき、それは良いモデルであり、このようなモデルの有機的一部を構成する解釈が「良い」解釈である<sup>(582)</sup>。

長尾は、このようなモデルの構成要素の中で最も重要なものが衡平（「正義の女神のはかり」）であり、制度は衡平を欠くと破綻すると述べること<sup>(583)</sup>、さらに、前述の価値判断の客観性の問題を超実定法的価値の問題であるとしていることから<sup>(584)</sup>、法解釈の全てを法の条文や先例に基づくものとすべきと主張しているとは解されない。

しかし、長尾の見解は、リーガルマインドの中核には制度的思考様式があり、その内容には、法の条文や先例との適合性をはかる点が含まれているから、少なくとも、このような考慮をする能力を有することをリーガルマインドの必要条件と位置づけるものであると解される。

#### (4) 小括——リーガルマインド養成のコアたる制定法

いままで見てきたように、リーガルマインドの養成に関して述べられ

<sup>(581)</sup> 長尾・前掲注(580)175-176頁。

<sup>(582)</sup> 長尾・前掲注(580)176頁。

<sup>(583)</sup> 長尾・前掲注(580)177頁。

<sup>(584)</sup> 長尾・前掲注(580)175頁は、価値判断の客観性の問題は「実定法を超えて」と題する別の章で論じると述べ、同176頁は、「良い」法解釈の問題は実定法的価値からの「良さ」の問題を超えて実定法的価値の問題へと発展すると述べる。

ている法学者の見解は、いずれも、（共通部分として）「制定法の適用」を起点としているものと理解することができる<sup>(585)</sup>。

すなわち、田中は、狭義の法的思考がリーガルマインドの核となり、それを実践することによってリーガルマインドが養成されるとしたが、ここでいう狭義の法的思考とは、教義学的性質、過去志向性・個別性、二分法的思考そして論理性を備えた思考様式であり、この思考様式は、全体として、「要件＝効果図式」と表現され、既存の一般的な実定法の適用を内容とする（五2(1)(2)）。

また、米倉は、リーガルマインド

の要素たる判断能力や気概のよりどころは条文や判例に求められるとしており、かつ、客観的ルールたる条文等の画一的適用というメリットを強調する。

さらに、長尾は、リーガルマインドの中心をなすものは制度的思考様式であるとし、先例や法の条文を基礎とする制度のモデルを想定した上で、それと整合的であることが「「良い」解釈」の条件であるとする。

このように、リーガルマインドの養成にあたっては、制定法（条文）<sup>(586)</sup>や判例（先例）の重要性が説かれていることが明らかとなった<sup>(587)</sup>。

<sup>(585)</sup> いままで見てきた見解のほかに、リーガルマインドの要素として制定法（既存の規範、法律の条文から出発すること）の重要性を強調する論考として、星野英一「民法とリーガル・マインド」法教 193 号 7 頁（1996）、大谷實編著『エッセンシャル法学〔第 7 版〕』8 頁、13 頁（成文堂、2019）など。

<sup>(586)</sup> 森田果『法学を学ぶのはなぜ？——気づいたら法学部、にならないための法学入門』153-154 頁（有斐閣、2020）は、「リーガルマインド」という概念の不明確性を指摘し、法学に特有のものであるのか疑問を呈するが、他方で、法学の特徴を「ことば」によって社会や人間をコントロールしていこうとすることにあるとし、他の箇所において、要件と効果の組み合わせというルールは、ことばによって書かれること（同 50 頁）、法ルールで書かれていることばが、いったいどんな意味なのか、その読み方を決めなければならなくなり、それが「解釈」と呼ばれる作業だとすること（同 61 頁）からすると、ここで森田のいう「ことば」とは概括的には「法ルール」に相当し、森田の見解は本文で述べた田中等の理解と一定の共通性があると見られるのではないかと考えられる。ただし、森田は、法道具主義ないし帰結主義の立場に立っており（同 153 頁）、田中の立場と完全に一致するものとは考え難い（田中・前掲注(81)125 頁の法道具主義に対する批判を参照）。小粥太郎「書評『法学を学ぶのはなぜ？』vs「法学」書齋の窓 674 号 20 頁（2021）は、森田を「法学のアウトサイダー」（「法と法学に通暁する経済学者」と評した上で、森田が解釈論と立法論とに違いはないとの見解を示している点に関し、「インサイダー」にとっては立法論と解釈論の区別は基本中の基本であり、インサイダーは、正解のない社会問題に対する解決案を「相対的には正しいと受け止めてもらうための努力」をしてきたと指摘する。

<sup>(587)</sup> 同様に、リーガルマインドという言葉は使用していないものの、まずは法律や規則を隅から隅まで身につけ、それを「杓子定規」に適用するという過程を通じ、やがてその枠を崩さないで人情に合わせるように具体的妥当性を発揮するように努力するべきであるという見解として、我妻榮『法律における理窟と人情〔第 2 版〕』47 頁（日本評論社、1987）。また、我妻のこの見解を引用し、判断能力としてのリーガルマインドを養成するための「暗黙の大前提」として、「理窟が先で人情が後という基本的順序」があると指摘する見解として、高野・前掲注(510)10 頁。この点に関し、ADR との関係において、「規範」は必要ないという考え方を「アナーキーで魅力的な考え方」と紹介する見解として、斉藤睦男「〈臨床法学〉試論 ADR と規範」仙台弁護士会会報 543 号 44 頁（2021）。斉藤は、裁定型（評価型）の ADR であっても交渉促進型の ADR であっても法規範や裁判規範が作用し得るが、他方で、法的思考に埋没することには

## 7 円柱モデルによる法的正当化の構造・リーガルマインドの養成の分析

以上の法的正当化の構造とリーガルマインド養成の方法に関する検討を踏まえ、これらの事項と円柱モデルがどのように対応するかを分析する。

まず、法的正当化は、ミクロ正当化のレベル及びマクロ正当化のレベルの原則パターンにおいて、前者は、 $[A \rightarrow C]$ 思考と表現でき、後者は、制定法（A知識階層）により秩序づけられた原理（価値）（B原理階層）が規範（A知識階層）に反映されているという意味で、 $[A \rightarrow B \rightarrow A]$ の作用を観念することができると考えられる。

また、マクロ正当化の例外パターンは、A知識階層（制定法）を起点としない、純粋な $[B \rightarrow A']$ の作用を

観念することになる（この場合のミクロ正当化は、既存の条文や制度とは異なる規範が適用されるため、 $[A' \rightarrow C]$ 思考と表現される）。ただし、このパターンはあくまでも例外であり、原則による解決の不当性が明らかにされた場合に発動する。

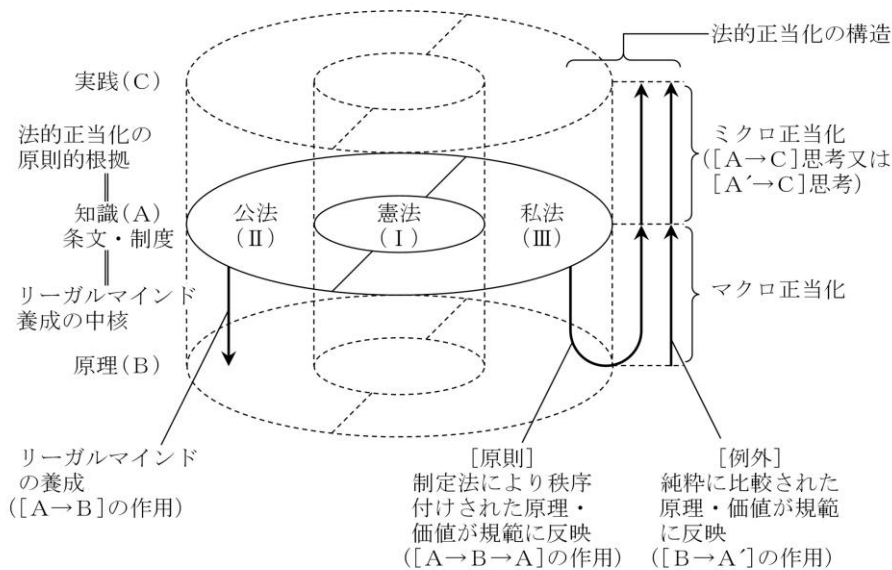
次に、リーガルマインド養成については、制定法（条文や制度）の理解とその実践が肝になるものとされているから、A知識階層が基盤となるものであり、リーガルマインドの基盤をB原理階層に見出すとすれば、A知識階層からB原理階層への働きかけ（ $[A \rightarrow B]$ の作用）を観念することができると考えられる。

したがって、いずれにしても、マクロ正当化の例外パターンを除いては、原則的として、制定法（A知識階層）がコアになっているとすることができる（【図表 21】）<sup>(588)</sup>。

「《理路整然として、誤りに至る》危険」があることを指摘し（同 44-45 頁）、「わかっちゃいるけどやめられねえ」という人間の実態や、無意識的に有する「人はみな、私が欲するとおりに行動すべきである」という人間に内面化された規範をいかに克服するかという課題を設定してADRにおける仲裁人の心構え（「2.5 人称の視点」）を論じる（同 47 頁以下）。このような「人間のあり方」すなわち「人間観」から「ADRのあり方」を論じる姿勢にはまさにリーガルマインド的発想が見て取れるが（人間のあり方をリーガルマインドの内容に含む見解について、前掲注(510)参照）、その前提として、論者が熟達の弁護士であり、当然に法的思考に精通していることが見逃されてはならない。

<sup>(588)</sup> リーガルマインドの養成の起点となるA知識階層は、純粋なそれ単体としてのA知識階層ではなく、田中の言葉を借りれば、実践を重ねることにより「血となり肉となった」知見であるから（田中・前掲注(81)512頁）、この意味で、「C実践階層での経験を踏まえたA知識階層」、すなわち、 $[A \rightarrow C]$ 思考の繰り返しにより養成された条文や制度の理解（A知識階層）を起点にしていると考えられる。これを図的に表現すると、法的正当化の原則パターンにおける $[A \rightarrow C]$ 思考の矢印の先端とリーガルマインドの養成に関する $[A \rightarrow B]$ の作用の矢印の根元を結ぶこととなる（補助線 ε1）。さらに、前述のように（五4）、 $[B \rightarrow (A') \rightarrow C]$ 思考は「リーガルマインド的思考」と表現し得ることからすると、A知識階層を起点として養成されたリーガルマインドと法的正当化の例外パターンで用いられる思考様式との間にも関連性を見出すことができ、これを図的に表現すると、リーガルマインドの養成に関する $[A \rightarrow B]$ 作用の矢印の先端と法的正当化の例外パターンにおける $[B \rightarrow A']$ の作用の矢印の根元を結ぶこととなる（補助線 ε2）。このように、法的正当化及びリーガルマインドの養成において明らかとなった階層間の作用関係・思考展開に「補助線 ε1, 2」を加えれば、全体の構造を統一（一つの「線」上に全てを配置）し、法的正当化の例外パターンを含めた全体構造（図形的に言えば「らせん構造」）の起点としてA知識階層を位置づけることが可能になる。

【図表 21】 法的正当化の構造とリーガルマインドの養成



8 まとめ——法学習全般のコアたる制定法

いままで検討したところをまとめると、まず、法的思考においては、教義学的特質又は権威主義的思考がコアになるが、この要素と法教育のあり方との親和性は高くない(五2)。他方、リーガルマインドについては、様々な定義（構成要素）が提唱されているが、リーガルマインドの要素として提唱されている事項と法教育の目標とされている事項に共通点が多い（五3）。

法的思考とリーガルマインドの内容を円柱モデルで分析すると、法的思考は、A知識階層を起点とする[A→C]思考であり、これに対して、リーガルマインドは概括的にB原理階層に対応するものと理解でき、リーガルマインド的思考は、B原理階層を起点とする[B→(A')→C]思考（ないし[B→A'(→C)]思考）と位置づけることができる（この思考様

式は原理性重視主義の思考様式と共通する。五4）。

次に、法的正当化については、マイクロ正当化とマクロ正当化のそれぞれのレベルで検討したときに、前者は、要件＝効果図式において正当化がなされ、後者は、原則的に、制定法によって秩序づけられた原理・価値によって正当化される(例外的に、その結果が不当であることが明らかである場合には、純粋な原理・価値の衡量によって正当化が図られる)ことから、全体としてみると(マクロ正当化における例外の場面以外は)、制定法の存在が重要な役割を果たしているといえる（五5）。また、リーガルマインドの養成という観点から検討しても、その根拠はやはり制定法の学習に求められる（五6）。

これらを円柱モデルで分析すると、法的思考による正当化及びリーガルマインドの養成のいずれについても、制定法を内容とするA知識階

層が重要な役割を果たしているといえる（五七）。

以上から、法学分野における諸見解を参照すると、法的思考、法的正当化及び（リーガルマインド自体は異なるものの）リーガルマインドの養成のいずれにおいても、つまり、法学習全般において<sup>(589)</sup>、制定法（条文や制度。A知識階層に相当する）の存在が核であると捉えられる、というのが本章の結論である<sup>(590)</sup>。

## 六 むすび

### 1 課題に対する解答

本稿は、法教育の不調の原因がその不明確性にあるのではないかという問題意識のもと、第一に、「どのような教育が「法教育」として認識されているのか」、第二に、「そこで認識されている「法教育」には、法学

的な観点から問題はないのか」を分析するという課題を設定した（一）。

そして、いままでの議論から明らかとなったのは、まず、法教育が発展する中で、もちろんA知識階層を積極的に扱うことを志向する見解も見られたが、全体の傾向としては、法教育のモデル（あり方）として原理性重視主義（円柱モデルでいうB原理階層を重視するスタンス）が確立され、しかも、その一部には、A知識階層（条文や制度）の取り扱いを軽視する（回避する）という原理性ドグマの傾向が見られることである（二）。

そして、世に公表されている多くの法教育教材においても、現に、原理性重視主義の中でもA知識階層の軽視（回避）と結びついた原理性ドグマが発現していることを確認した（三）。

<sup>(589)</sup> 法学ないし法律学を学習する目的として法的思考能力ないしリーガルマインドの習得が説かれることが多いことから（例えば、田中・前掲注(81)511頁）、本文記載のとおりにまとめた。法を学習する目的として法的思考の習得を掲げる見解として、例えば、中山・前掲注(507)57頁。同じくリーガルマインドの習得を掲げる見解として、例えば、米倉・前掲注(514)65頁、大谷・前掲注(585)13頁、高橋雅夫編著『Next教科書シリーズ 法学〔第3版〕』4-5頁（弘文堂、2020）。なお、「法律学を学ぶことは、リーガル・マインドを養うことである」という命題は従来からよく言われてきたものであり、戦前（末弘嚴太郎あたり）からこの用語が使われてきたのではないかと推測する見解として、高野・前掲注(510)7頁（ただし、日本で最初にリーガルマインドに言及したのは穂積重遠であると言われている旨指摘する見解として、竜寄・前掲注(518)23頁）。

<sup>(590)</sup> 長谷川は、リーガルマインドは種々の具体的な法的判断を通じて感得されるものではあっても、一種の暗黙的知識として明確な定式化が難しいとしつつ、リーガルマインドの内実は、まず何よりも先に、法的正当化の分析を中心として与えられるべきであると主張する（長谷川・前掲注(570)3頁）。この見解は、リーガルマインドと法的正当化の共通性を指摘するものであるから、本稿の見解のように、リーガルマインドの養成と法的正当化に構造的な共通性を見て取るのは一定程度必然的であると考えられる。なお、長谷川は、「正当化の「支点」」（正当化形成のプロセス（前掲注(573)参照）における諸仮説群の調整のための中心軸。長谷川・前掲注(573)34頁）は、これにより、あるケースの法的な解決という問題の分析や解決において、その方向性を強く規定するものであるが、同時に、これは「一種の先入観」であり、問題の効率的な解決や適切な解決が阻害されることは実際上あり得ると指摘し、その弊害の発生をどれほど防げるかは、判断主体の判断力、思考の柔軟さ、バランス感覚如何といった事実上の能力の問題に尽きると主張する（同 35頁）。長谷川が述べるこれらの能力と本稿が確認したリーガルマインドとして説かれる構成要素との間に一定の共通性があるのも、決して偶然ではないであろう。

また、他の隣接的な教育分野との関係で、法教育が有する性質として原理性が重視されていることから、法教育のアイデンティティは「原理性」に求められているといえる(四)。

他方、法的思考、法的正当化、リーガルマインドの養成について、法学分野における諸見解を踏まえて円柱モデルを用いて分析すると、制定法の存在、すなわちA知識階層がコアになることが明らかとなった(五)。

これらを踏まえて、本稿が設定した課題に対する解答を示す。

まず、第一の問い「どのような教育が「法教育」として認識されているのか」に対しては、前記二ないし四の検討の結果から、「法教育の原理性」が法教育を法教育たらしめている、と結論づけることになる。法教育が展開する歴史(文脈)でも、実際の法教育教材でも、さらに、他の教育分野との対比においても、法教育の原理性が着目されていることを見て取ることができたからである。

次に、第二の問い「そこで認識されている「法教育」には、法学的な観点から問題はないのか」に対しては、前記第一の問いに対する結論と前記五の検討の結果から、原理性重

視主義のうち、特に原理性ドグマ(B原理階層のみを扱うもの([B→B]思考を含む)又は[B→(A')→C]思考、[B→A'(→C)]思考を用いるもの)について、法的思考及び法的正当化の構造、そして、リーガルマインドの養成すなわち法学習のあり方という観点から問題がある、と結論づけることになる。

## 2 あるべき法教育の一案

以上の結論を踏まえて、本稿で明らかとなった問題を克服する「あるべき法教育」の一案を示すとすると、法教育においては、A知識階層を軽視(回避)することなく、むしろ、これをコアに据える(A知識階層を思考の起点とする)べきということになる<sup>(591)</sup>。逆に、この見解によれば、ある紛争(価値判断の対立)が生じている場合に、A知識階層(条文や制度)による解決又はその手掛かりが得られない問題は、法教育の題材としての適格性に疑義が生じる<sup>(592)</sup>。

現に、いままで見てきた法教育に関する見解の中にも、A知識階層の充実を説くものがあつた。例えば、法教育推進協議会は、私法分野の推進における一つの方向性として、物

(591) 条文に触れることのみならず、条文に表れている価値判断に触れること(その価値判断を認識した上で当該問題について議論を行うこと、その価値判断の根拠を考察すること、その価値判断自体の是非を議論すること等)を含む。条文には価値判断が含まれているという山本の見解(前掲注(562))、トゥールミンモデルにおけるW(論拠)とB(裏付け)の区別に関する高橋の見解(前掲注(568))参照。

(592) 法教育教材の不適切性に言及する見解として、江藤祥平「憲法：個人として、そして国民として在ること」法時 92 卷 1 号 41 頁(2020)は、「法というよりは政治の色彩が濃い」性質を有するアフェーマティブ・アクションの問題を法教育の俎上に載せるべきかどうかは微妙なところであると指摘する。森際ほか・前掲注(230)107頁〔河上正二発言〕は、クラスの席替えの問題(席替えで特定の生徒に不利益が生じている場合の対処方法)について、端的に「分からない」旨を述べる。ただし、両者につき法教育教材としての適格性を肯定する見解もある。同 106 頁〔戸松秀典発言〕(ただし、戸松は、クラスの席替え問題については、社会的ルールの問題になる部分もあり、法教育で扱うのはそう簡単ではないとも指摘する。同頁)。

権法や企業法の分野を取り扱うことを検討していたし(二五(10)),岡部ほかは、憲法の意義に関する教材について、教材が扱う内容として知識事項が不足していることを端的に指摘していた(二六(6))。また、早川は、司法と消費者保護に関する教材について、「法律は常識的なものであることに気付かせる」ことなどに懐疑的であり、「民法学の成果」を前提とするべきであるという見解を示していた(同)。これは、授業内において条文の存在と内容を明確に適示することを勧めるニュアンスのものと理解できる。

このように、あまり数は多くなくとも、確かにA知識階層を軽視(回

避)しない立場も存在するのであるから、本稿の結論によれば、こちらの方向性の法教育も、原理性を突き詰める方向性と同じように(法教育において教えるべき「原理」の内容が盛んに研究されているように<sup>(593)</sup>)検討されてしかるべきではないかと思われる<sup>(594)</sup>。

考えてみると、筆者が法律実務家として日々の仕事で感じるのは、法律家は、「法律を学び、それを活用する方法を学習し、経験している」からこそ法律家たり得ているのであり、決して「人格的に優れているから」「頭がいいから」非法律家の見解と区別されるわけではない、ということである<sup>(595)</sup>。人はそれぞれにそれ

<sup>(593)</sup> 渡邊弘「法教育論の最新の動向と理論的課題」法の科学41号130頁(2010)は、江口が提唱した法教育として展開されるべき憲法教育以外の「別の柱や部屋」(前掲注(55)参照)についても、基本的には憲法価値・原理に準拠するものとして構想されるべきであるとし、別稿(渡邊・前掲注(182)17頁)において、これからの法教育を構想していくにあたって留意すべき課題の一つに「法教育の基盤となる法的価値・原理はいったいどのようなものか」という点を挙げる(なお、渡邊自身は、法教育が重視する目標として、「近代的な意味の憲法が示す立憲主義・民主主義の価値を第一に考えるという態度を涵養する」ことを挙げる。渡邊弘「法教育が重視する目標」月報司法書士383号12頁(2004))。諸見解が提唱する法教育モデルの「原理的対立性」に着目し、これを、①自由主義的モデル、②民主主義的モデル、③新自由主義的モデル、④新自由主義的権威主義的モデル、⑤多元主義的モデルという観点から考察する論考として、宿谷・前掲注(16)103頁以下。

<sup>(594)</sup> A知識階層を軽視(回避)しない教材(立場)の例として、筆者が編著に加わった教材(煙山正大編著『1コマでもできる「公民科」「社会科」のための模擬裁判教材集』(清水書院、2022))を挙げることもできよう。その他にも、大村敦志=山口敬介「法科大学院における「法教育」への取組み—東京大学の例から出発して」ひろば65巻10号53頁(2012)は、法科大学院生が行う法教育授業の特徴の一つとして正当防衛を素材にするケースが多いことを挙げ、その原因の一つには、法律の条文の文言、制度趣旨に照らし合わせながら、当事者の利益状況を比較して妥当な結論を導こうという思考方法を分かりやすく示すことができるという意図があるのではないかと分析する。ここで分析されている法科大学院生による法教育の意図は、本稿の見解によれば、積極的に評価されることになる。

<sup>(595)</sup> 江口厚仁「法的思考様式のアイデンティティをめぐって(一)」法政研究58巻4号(1992)は、法律家の判断が一定の社会的信頼や妥当性を獲得し得るのは、「彼/彼女のパーソナリティ」や問題処理能力や職業倫理に対する信頼度に依存する部分もあるが、視点を全体社会のレベルに転じるとき、その問題を法システムの内部で構造化されている法固有の思考様式というモメントを抜きにして論じることはできないはずであると指摘する。ただし、得津・前掲注(563)269-274頁は、法ドグマティックは調整問題解決のための説得力を醸し出す「フィクション」としての役割を果たすものであると捉え、そのフィクションの説得力には疑いが生じ得ることからすると、どのよ

それぞれの価値観を有する。そのいずれかが優れているのかは、誰もわからない。それを法律家だけが知っているわけでもない<sup>(596)</sup>。しかし、法律はそうした価値観の総体であり、調整結果である。そして、法律家は、法律を知り、それを活用する能力を有するという点において、法律家たり得ている。

本稿の結論は、筆者のこのような実感に適うものでもある。

もちろん、法教育の目的は法律家の養成(のみ)ではないから、法教育というものが、全て法的思考(司法の場面で用いられる要件=効果図式)を基礎とする必要があるわけではない。例えば、立法の場面で用いられる思考様式(将来の一定種類の紛争の防止・解決のための一般的な枠組みと指針を定める法的ルールを作成することが目指され、関連する

意見・利害の対立を交渉・議論によって調整して合意形成を図るという合意型調整図式)や、行政の場面で用いられる思考様式(多数の利害関係者が多中心的にからんでいる公益の実現の一環として、一般的な法的ルールに準拠しつつ、現在及び将来の紛争の予防・解決が目指され、一定の政策目的を実現するのに最も効率的な手段を選択するという目的=手段図式)<sup>(597)</sup>等に基づく法教育を観念することも可能であり、現に、積極的に後者の思考方式を選択すべきという見解も存在する<sup>(598)</sup>。

しかし、合意型調整図式・目的=手段図式に着目する法教育は、前述の法的正当化及びリーガルマインドの養成に関する議論によれば(五五、五六)、「基礎・原則」に対する「応用・例外」と位置づけられるものであるから<sup>(599)</sup>、その教育としての客

---

うなフィクションであれば説得力があるのか、従来、法律家の活動として一定の概念が説得力をもっていたのはなぜなのかという問題が存在することを指摘する。得津は、別稿において、インテグリティのある法体系から結論を導き出すという法的思考様式は、当事者を説得するためのいわば「フィクション」(実は正しくないものを正しいと思込ませる機能を有するもの)であるが、その公表時点では、法による解決はそれなりに説得力のあるものとして扱われており、大きな混乱とはなっていないとする。得津晶「カオナシの民法学：公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義」東北ローレビュー7号170-171頁(2020)。得津の指摘する法システムの「フィクション」性や「法律家像に対する外在的批判」の存在には自覚的である必要がある。

<sup>(596)</sup> 「法律家は、法律家なるが故に自らの価値判断も素人より優れたものであると思いがちではないだろうか」と法律家を諫める見解として、星野英一『民法論集 第1巻』7頁(有斐閣, 1970)。

<sup>(597)</sup> 田中・前掲注(374)34頁。

<sup>(598)</sup> 中平一義「熟議による法教育——熟議民主主義を活用した主権者教育」法セミ802号31-32頁(2021)は、既存の枠組みを超えてよりよい社会を形成するという視点を育むため、合意型調整図式を含んだ総合的な法教育が求められると主張する。

<sup>(599)</sup> 新井・前掲注(520)52頁注52は、立法論の能力につながる要素として、未知の問題あるいは前提とすべき解決方法(条文)が存在しない問題に対して、既存の法制度や規定の趣旨、そこで用いられている法技術についての知識を基にして、類推等の方法により解決方法を導き得る能力を挙げるが、これは、リーガルマインドの一つの側面(法についての知識・技能)の「更に進んだ能力」であると位置づける。また、田中・前掲注(374)34頁は、司法による法的紛争解決方式の理解を深めるために他の2つの思考類型(合意型調整図式と目的=手段図式)に触れることの有用性を説く。したがって、これらの見解を踏まえると、田中の挙げる3つの思考様式に基づく法教育を等価的なものとして扱い、「応用・例外」の類型の方を特に推し進めることに問題はないのか、法学的観点及び教育学的観点から問われることになると思われる。

観的正当性を、A知識階層を起点とする思考によらずにどのように担保するのか（できるのか）という問題がある。

さらに、A知識階層に触れないことと法学においてなされている前述の議論（五八）との整合性を確保するという観点では、法的正当化のうち発見のプロセスに着目した法教育を構想する（従来の法教育を、発見のプロセスに基づくものであると説明する）こともあり得る。これは、必ずしも要件＝効果図式によるものではないからである<sup>(600)</sup> <sup>(601)</sup>。

しかし、発見のプロセスに着目する法教育は、そもそも発見のプロセスの内実の解明が法学分野における

課題と認識されており、そのあり方自体が確立したものであるとはいいがたいという問題がある<sup>(602)</sup>。

したがって、合意型調整図式・目的＝手段図式又はプロセスの観点に着目する（これらに基づくものと理解する）法教育は、少なくとも、それぞれに固有の問題を抱えたものであることを十分に自覚し、その問題にどのように向き合うかを検討した上で実施される必要がある。

### 3 残された課題

筆者が本稿において論じた法教育の分析結果やあるべき姿については、筆者が従来行われていた一部の法教育を「原理性ドグマ」として批

<sup>(600)</sup> 前掲注(573)で紹介した平井の見解及び高橋の見解参照。

<sup>(601)</sup> 例えば、瀬川は、平井の見解について、平井が利益考量論を「心理主義」（発見のプロセスという心理的問題と正当化という理論的問題が分化されず、前者が後者の領域に浸透していること。平井・前掲注(527)99頁）の一形態であると批判していることを捉え（平井・同 126頁以下）、星野の説く「利益の要保護性」「価値判断・価値のヒエラルヒア」は「議論」に耐え得ず、正当化の資格を持たないため、発見のプロセスの指針でしかあり得ないと考えるようであると評価する（瀬川・前掲注(527)88頁）。この理解によれば、利益考量論は、発見のプロセスの段階に位置づけられることになる（ただし、瀬川は、利益考量論は正当化のプロセスに位置づけ得ると論じる。瀬川・同頁）。他方、星野は、利益考量論について、利益考量や価値判断の面においては法律家に特に権威があるわけではなく、法律家といえども、一市民として又は一人間としての資格においてすることしかできないと述べる（星野・前掲注(596)7頁）。中山も、利益衡量論は、実質的な解決策を見出すという点に関して、裁判官や弁護士さらには法学者といった専門家も、法学についての特別な教育や試練を受けていない一般の人々（「法の素人」）も、その能力の点では決して優劣はないと主張する点において、実務家や法学者の専門家としての慢心を諫め、同じ法共同体の一員として一般の人々の声に謙虚に耳を傾けることを要求するものであると評価する（中山・前掲注(507)76頁）。つまり、以上をまとめれば、利益考量（衡量）論は発見のプロセスに位置づけられ得るものであり、かつ、これをテーマとする限りでは、法についての専門的知見（少なくともA知識階層はこれに含まれるであろう）の有無は問われないことになる。

<sup>(602)</sup> 前掲注(573)参照。また、長谷川は、発見のプロセスのあり方の一論を提示し（同注参照）、そこでは、必ずしも成文法の存在は必須ではない（むしろ、成文法が存在しない場合の方がプロトタイプである）と主張する（長谷川・前掲注(573)14-15頁（問題了解の局面）、21-22頁、24頁（問題分析の局面）、27-28頁（具体的解決の局面））。しかし、長谷川は、同時に、例えば、問題了解の局面において、どのような条件が調べば成文法又は非成文的な規範的理論を適用できるのかについての「基本的な了解」がいかなるものであるかを述べることは極めて難しく、それは様々の種類の背景的知識に支えられたもの（一般的な意味での行動のルール、規範あるいは法にかかわる人間の知恵の枠組み）であり、それを明らかにすることは、最終的には法とは何かという問題に深く関わっていると述べる（同 14-15頁）。このように、発見のプロセスの解明を試みる見解においても、解決困難な（深淵なる）問題が残されている。

判的に論じたのと同じように、法律実務家的な（法律家的な）思考が反映されすぎた、又は、リーガリスト的な<sup>(603)</sup>「実定法ドグマ」に陥ったものであるという批判がありえよう。確かに、筆者が提案する法教育は、「ミニ法学教育」（否「法学教育そのもの」）というべきものなのかもしれない。

そこで、法学教育との関係においては、法教育と法学教育をどのように区別するのか<sup>(604)</sup>、そもそもそれらは区別できるものなのか<sup>(605)</sup>、「ミニ法学教育」を専門教育外で行う（法教育が想定する「法律専門家ではない一般の人々」を対象として実施する）意義はあるのか<sup>(606)</sup>が問題となる<sup>(607)</sup>。

また、本稿は、法教育が「法」に関する教育であることから、第一の

問い「どのような教育が「法教育」として認識されているのか」を考察して明らかとなった法教育モデルにつき、「そこで認識されている「法教育」には、法学的な観点から問題はないのか」という第二の問いを立てた（一2）。しかし、この問いと同様に、法教育が法に関する「教育」であることから、「そこで認識されている「法教育」には、教育学的な観点から問題はないのか」という問いを立てることも可能である。

例えば、社会諸科学の成果は、価値的観点（社会科の目標）と発達の観点（生徒の経験や心身の発達状態）という2つの教育的観点からの吟味によってはじめて社会科の内容となるため、法学の成果はストレートに教育の場においてくるのではなく、教育的な観点から再構成されるとい

<sup>(603)</sup> 亀本・前掲注(556)15頁は、例えば、難事件においても法的結論が既存の法のルールから出てくると言おうとするのが「リーガリスト」の習性であるとする。

<sup>(604)</sup> 佐藤・前掲注(444)107-108頁は、前述のように（四5(3)）、シティズンシップ教育と対比したときの「法教育の固有性」に関して、法教育とは、文脈に従って道徳や政治から法を区別し、法固有の思考様式を学習することとした上で、法固有の思考様式の典型例として法的三段論法を挙げるが、佐藤は、他方で、法教育をこのような意味で捉えた場合、法教育は法学教育に近づいていくとして、ロウのLREモデルの「法についての無知」の議論を参照し、法教育の意義を法や法制度へのアクセス可能性を高める点に求める。また、中平・前掲注(133)46-47頁は、「リーガルマインド」「リーガリズム」とともに「子どもの日常的な判断」という軸を設定し、このいずれをも充足する教育が中平の目指す法教育であるとする。

<sup>(605)</sup> 仲道祐樹「[刑法から考える法教育] 刑法：刑罰の行為の悪さを語る」法時 92巻1号 48頁（2020）は、法教育と法学教育とで教える内容そのものに差はないとする。他方、星野英一「法教育の幾つかの問題——民法を中心にして」大村敦志＝土井真一編著『法教育のめざすもの——その実践に向けて——』151頁（商事法務、2002）は、「法と法律の区別」という観点から、「法教育」であって「法律教育」や「法学教育」ではないことが重要であると指摘する。

<sup>(606)</sup> 小粥太郎「法教育の近況とビジネス・ロー」ジュリ 65頁（2017）は、法教育において伝えられようとしている法的なものの考え方の内容の改善すべきところとして、法的なものの考え方というときに、専門家を念頭に置いたものと「一般の人々」を念頭に置いたものとを区別しなくてよいかどうかという問題があると指摘する。

<sup>(607)</sup> 大村敦志「法教育の担い手としての弁護士——『法と教育』学会発足にあたって」自由と正義 62巻3号 40頁（2011）は、「法の教育」の二つの方向性として、「非法律家を法律家のように」と「法律家を非法律家のように」という穂積重遠の言葉を引用し、法学者は前者にウェイトを置いてしまいがちであるが、後者も前者に劣らず重要であると指摘する。本稿の示した結論は前者の方向性に親和的であると思われるが、後者の観点を本稿が示す法教育の方向性の中でどのように活かすかも課題となる。

う見解を踏まえると<sup>(608)</sup>、この第三の問い（教育学との関係）が、本稿の結論が妥当なものなのか、本稿の結論は現実に行われる教育活動にどのように活かすことができるのかを検討する重要な観点の一つになると考えられる。



〔謝辞〕本稿が成るにあたっては、学部時代から民法ゼミ等でご指導いただき、筆者を博士課程にお誘いくださった渡辺達徳先生（現・東北大学名誉教授）、なかなか筆が進まない筆者に絶えず活を入れ、博士論文の完成までお導きくださった鳥山泰志先生（現・一橋大学大学院法学研究科教授）、さらに、博士論文の執筆中から本稿の公表に至るまで親身にサポート・アドバイスくださった吉永一行先生（東北大学大学院法学研究科教授）に特にお世話になった。また、実務家としてのあり方については、特に筆者が所属するひろむ法律事務所の元代表弁護士である斉藤睦男先生から多くのところを学んでいる。先生方がいらっしやらなければ、決して本稿が成ることはなかった。ここに記して深く感謝申し上げる。

---

<sup>(608)</sup> 森際ほか・前掲注(230)102頁〔吉田俊弘発言〕。吉田は、別稿において、社会諸科学の成果は価値的観点と発達の観点から社会科教育において「教育的再編成」がなされることを説く見解（松尾正幸「社会科と社会科学」社会認識教育学会編『社会科教育学ハンドブック』44頁（明治図書、1994））を引用し、憲法学と憲法教育が乖離していた過去（及び現在）の状況を踏まえ、憲法学における国民主権論の展開をどのように憲法教育に反映すべきかを論じる。吉田俊弘「憲法学と憲法教育をつなぐもの——憲法教育における「教育的再構成」の問題」民主主義教育 21・8号 5頁以下（2014）。

## 東北ローレビューVol.16 (2026, March)

---

2026年3月31日 発行

編集・発行 東北ローレビュー編集委員会

〒980-8576 仙台市青葉区川内2-7-1

東北大学大学院法学研究科内

TEL 022-795-6171 (研究補助室)

---

© 2026 国立大学法人東北大学大学院法学研究科