



法解釈への提言：民法学において

著者	前田 達明
雑誌名	同志社法學
巻	56
号	6
ページ	63-81
発行年	2005-02-28
権利	同志社法學會
URL	http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000007547

法解釈への提言

——民法学において——

前 田 達 明

第一 本稿の目的と構成

一、法解釈の方法論については、古来より、国の内外において、議論が進められているが、未だに、一応の決着もみていない。その原因は、種々、考えられるが、その一つに、そこで使われる用語について、多くの場合に、共通の認識がない、ということが挙げられる。例えば、「拡大解釈」と「類推解釈」という用語は同じなのか異なるのか、といったことが挙げられる。

そこで、本稿は、法解釈方法論争の「交通整理」の意味で、そのような用語について、一定の提案を行なおう、とするものである。そして、それらは、いずれも、これまでの内外の学者の主張してきたところのものであり、特に、

多くの示唆を受けた著作は、Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1974「法の解釈」法哲学年報一九五四年、来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」法学協会雑誌七三卷二号一九五六年一一二頁（『来栖三郎著作集I』二〇〇四年九一頁所収）、石田穰『法解釈学の方法』一九七六年、磯村哲編『現代法学講義』一九七八年、星野英一「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」（民法論集第七卷一九八九年。初出一九八六年）、同「民法の解釈のしかたとその背景」（民法論集第八卷一九九六年。初出一九八八年）、山本敬三「現代社会におけるリベリズムと私的自治―私法関係における憲法原理の衝突（一）（二）」法学論叢一三三卷一九九三年四号一頁、五号一頁、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』一九九七年、であることを付言しておく。

二. 右のように、「交通整理」という意味で、本稿の構成は、まず、二つのテーマに区別される。その第一は、法解釈が「べき」という「価値判断」であるから、その「価値判断」の基準を明らかにする必要がある。これを、法解釈の「実質的側面」と名付ける。第二に、そのような価値判断を現実の法文解釈に実現する「技術」が問題となる。これを、法解釈の「形式的側面」と名付ける。これは、さらに、「法文内の解釈」と「法文外の解釈」に区別するものが、理解を容易にするであろう。

第二 法解釈の実質的側面

一. まず、法文解釈とは、どのような作業であるのか。それは、当該法文の適用範囲の確定である（石田穰・前掲書一九七六年一五頁）。例えば、「桃中軒雲右衛門事件」（大判大正三年七月四日刑録二〇輯一三六〇頁）では、大審院

は、民法第七〇九条の「権利」を、「文字通り」に解釈して、本件では、著作「権」を侵害していないとして、本件は民法第七〇九条の適用範囲外の事件であるとした。他方、「大学湯事件」（大判大正一四年一月二八日民集四卷六七〇頁）では、大審院は、民法第七〇九条の「権利」を、厳密な意味で権利といえなくても「法律上保護される利益」を意味すると解釈して、本件は民法第七〇九条の適用範囲内の事件であるとした（もっとも、本稿における「法解釈の形式的側面」からみて、このような「大学湯事件」の解釈には疑問がある）。

二、合憲性の基準。そのような法解釈の実質的側面、すなわち価値基準は何か、ということになると、まず、第一に挙げられるべきは、憲法第七六条第三項、同第八一条から、その法解釈が、憲法の定める価値基準に合致していることが要請される。民法の解釈においては、その解釈が、特に基本権すなわち自由権と平等権さらに財産権という価値基準に違反していないか、が問題となろう。

自由権との関係でいえば、例えば、最高裁判所は、民法第七二三条の「名誉を回復するのに適当な処分」として、新聞紙に謝罪広告を掲載すること（最大判昭和三二年七月四日民集一〇卷七号七八五頁）が、被告に「屈辱的若しくは苦役的労苦を科し、又は被告の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求するものとは解せられない」から、憲法第一九条の定める価値基準に違反しないとされた（藤田八郎裁判官と垂水克己裁判官は、憲法第一九条違反として反対意見を述べている）。

ここで、確認しておくべきことは、法文の解釈とは別に、適用される法文自体が憲法の価値基準に合致しているか否かの問題がある。例えば、民法第七八七条但書の規定が憲法第一三条（幸福追求権Ⅱ自由権）や憲法第一四条（平

等権) に違反しない(最大判昭和三〇年七月二〇日民集九卷九号一・二二頁)とか、民法第七六二条第一項が憲法第二四二条(平等権) に違反しない(最大判昭和三六年九月六日民集一五卷八号二〇四七頁)とか、民法第七七二条、同第七七四條、同第七七五條、同第七七七條は憲法第一三條、同第一四條に違反しない(最判昭和五年三月二七日判例時報九七〇号一五一頁)とか、民法第九〇〇條第四号但書前段は憲法第一四條に違反しない(最大判平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁)とか、民法第七三三條は憲法第一四條に違反しない(最判平成七年一月五日判例時報一五六三号八一頁)とか、あるいは旧借地法第四條第一項(現借地借家法第五條、同第六條)は憲法第二九條(財産権) に違反しない(最大判昭和三七年六月六日民集一六卷七号一二六五頁)といった場合である。

同様のことは、民法第九〇條(公序良俗違反)を通じて、契約規範(法律行為規範)^②の条文の合憲性が問題となる。

例えば、女子の定年年齢を男子のそれより低く定めた「就業規則」は、「専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法九〇條の規定により無効であると解するのが相当である(憲法一四條一項、民法一條の二参照)」とした(最判昭和五六年三月二四日民集三五卷二号三〇〇頁)とか、あるいは「労働者には、自らの団結権を行使するために労働組合を選択する自由があり、またユニオン・ショップ協定を締結している労働組合(以下「締結組合」という。)の団結権と同様、同協定を締結していない他の労働組合の団結権も等しく尊重されるべきであるから、ユニオン・ショップ協定によって、労働者に対し、解雇の威嚇の下に特定の労働組合への加入を強制することは、それが労働者の組合選択の自由及び他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されないものというべきである。したがって、ユニオン・ショップ協定のうち、締結

組合以外の他の労働組合に加入している者及び締結組合から脱退し又は除名されたが、他の労働組合に加入し又は新たな労働組合を結成した者について使用者の解雇義務を定める部分は、右の観点からして、民法第九〇条の規定により、これを無効と解すべきである（憲法二八条参照）」とした（最判平成元年二月一四日民集四三卷一二号二〇五一頁）といったことなどが挙げられる。

三、立法者意思という基準。憲法第四一条が、国会が「国の唯一の立法機関」である、と定めているところから明らかのように、法文とは、国会すなわち立法者の意思を国民に向かって伝達する手段である。したがって、法解釈においては、この法文をもって、立法者が何を国民に伝達しようとしたかの「意味」を説明しなければならない。すなわち、立法者意思という価値基準が、法解釈の第二の基準ということになる。

このような立法者意思説に対して、「言明を発した者の心理と言明の客観的内容の峻別」という「疎外論」を基礎として、「労働の生産物たる言明化された知識は、必ずや生産者とは独立した存在として、自ら成長し、あるいは生産者の期待を妨げ、あるいはその者の思いも及ばなかった結果をもたらす」ものである、という理由で、「認識論のレヴェルから、立法者意思説が退けられるべき」である、という批判がある（平井宜雄「立法者意思説と法律意思説」時の法令一四〇〇号一九九一年四頁）。確かに、発せられた言語が発信者の意思とは、別の意味で受けとられることは、否定できない。しかし、殆んどの場合には、おおむね一致するものであって、殆んどの契約が予定通りに正常に履行されているのが、その証左といえよう。百歩譲って、右の認識論が正しいとしても、立法者意思説は、そのよ

うな「事実」を問題としていたのではなく、当該法文の適用範囲については、まず、可及的に立法者の意思を探究し、可能な限り、その意思通りに適用範囲を確定「すべき」であるという「規範」を問題としていたのである。すなわち、前述のように、憲法第四十一条が「国会は国の唯一の立法機関である」と定め、同第七六条第三項が「すべて裁判官は、この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めていることからの当然の法的帰結なのである。すなわち、立法者たる国会の意思（立法者意思）に従って、裁判官は当該法文の適用範囲を確定しなければならない、というのが憲法上の要請である。さらに、「武器としての有用性に基づいて用いられる言明について『疎外』を根絶することは不可能であろう。自己に有利だと思って主張した法律論が逆に不利に働く場合のあることは、法律家が日常経験するところであり、「経験的にも、立法者意思説が採られるべきでない」という批判（平井宜雄・同五頁）も、同様に、「経験的」にそうであるからという「事実」の問題から「規範」の問題である立法者意思説を批判することは、次元の異なるところであって、妥当でない。さらに、敢えて、いうならば、右のような「事実」は例外事例であり、それを原則として論ずることは妥当でない、と考える。

四、法の目的あるいは趣旨という価値基準。第三番目に、当該法文の立法目的が基準として挙げられる。それは、ときに、法体系全体との調和、といった仕方では説明されることもあるが、典型例としては、近時の立法法においては、割賦販売法第一条（昭和三十六年）、特定商取引に関する法律第一条（昭和五十一年）、住宅の品質確保の促進等に関する法律第一条（平成十一年）や消費者契約法第一条（平成十二年）などが、その法律の目的あるいは趣旨を規定してお

り、これは、法文内あるいは法文外の解釈の基準とすべきであろう。ただ、注意すべきは、この基準は、しばしば、主として法の「空白」を埋めるために、立法者でない解釈者個人の価値判断を忍び込ませる危険性があるということである。したがって、立法者意思基準をもってする解釈を「主観的解釈」、法の目的ないし趣旨を基準とする解釈を「客観的解釈」（目的論的解釈）と呼ぶが、実は、この「目的論的解釈」こそが、解釈者の「主観的解釈」となる危険性を有しているのである（いわゆる「利益衡量論」）。したがって、法の目的や趣旨も、主として、この法文の立法者が、現在の具体的な事件の解決のためならば、どのような価値判断をしたかを、先の立法者意思説から推測するという方法が採用されるべきであろう。

五．第四番目の基準は、「歴史的解釈」というものである。すなわち、この基準は、法の意味内容を立法資料から、まず明らかにし（この点は立法者意思説と同じである）、加えて、立法時の社会的諸条件の解明により、その条文の適用範囲（「射程距離」ともいう。）を確定し、その射程距離外は、「法の空白（欠缺）」部分として、後述の論理解釈を利用して、その「空白」を補充していく、というものである。したがって、これによれば、制定時の字句・文章の意味、制定時における全法体系との理論的・体系的関連及び制定時における趣旨・目的を問題とし（広中俊雄・前掲書八頁）、加えて制定時の社会状況と、現在の社会状況との比較を行なうことになる。そこで、先述の「大学湯事件」についてみれば、民法第七〇九条の立法時（明治二八（一八九五）年頃）と大正一三（一九二四）年の判決時を比較すれば、判決時には、日清戦争、日露戦争、第一次世界大戦に勝利し、国際連盟の五常任理事国の一つとなり、

領土も四一八万平方キロメートルから六七五万平方キロメートルに拡大し、正に、欧米に追いつき追い越せの目的を、形としては、達成し、しかも、昭和大恐慌（昭和四（一九二九）年）も、まだ発生しておらず、正に「大正デモクラシーの時代」ということになる。そこで、この時代の大きな変化から見ても、制定時の「権利侵害」要件は「時代遅れ」として、「権利侵害」でない場合でも、不法行為法による救済を必要とする社会的要請があった、ということになる。そこで、この「歴史的解釈」からすれば、「大学湯事件」は「法の空白」の事件で、民法第七〇九条の外における救済（類推解釈）ということになる（広中俊雄・前掲書一〇頁）^③。

六、以上の実質的側面においては、それぞれの優先順位は、右の順番になる、と考えるべきであろう。第一の合憲性の基準は、憲法第八一条から、最も優先させるべき価値基準ということになる。次に、立法者意思基準は、憲法第四一条、同第七六条第三項から第二番目の価値基準ということになる。さらに、法の目的ないし趣旨という基準は、ときに「法の空白」部分を埋める基準でもあり、立法者意思基準に準ずるものという意味で、第三番目の価値基準ということになる。最後に「歴史的解釈」という基準は、専ら「法の空白」部分を埋める基準であり、後述のように、立法者意思から最も遠く、民法第一条や同第一条の二（平成一六年法律第一四七号によって、第二条となった）などを通じて、適用される価値基準であるから、前三者に劣後するものといえよう。

なお、これは「優先順位」であって、法解釈の「順番」ではないことを付言しておく。

第三 法解釈の形式的側面

一、法文内の解釈

(1) 文理(文言) 解釈とは、法文に用いられている字句の意味と文法に従って、その構文の意味を解明することであり、正に「文字通り」の解釈と呼ばれるものである。それでは、その「意味」とは何か。前述のように、憲法第四条から明らかなように、法文とは国会すなわち立法者の意思を国民に向かって伝達する手段である。したがって、文理解釈とは、当該法文をもって立法者が何を国民に伝達しようとしたかの「意味」を明らかにすることである。それは、丁度、「古文」の解釈に似ている。例えば、国文学者が「源氏物語」の注釈を行なつて、紫式部が何を読者に伝えようとしたかを可能な限り探究するのに似ている。⁽⁴⁾したがって、国会の議事録、委員会での議事録、さらに現実に起草にあつた法制審議会での議論(法典調査会民法議事速記録など。以下「速記録」にて引用)、あるいは起草にあつた人々の解説書などが手懸かりとなる。例えば、民法第七〇九条の「権利侵害」が如何なる意味かは、帝国議会では、何ら議論されずに、原案通りに承認されているので、その起草会議である「法典調査会」における議論が「立法者意思」となる。すなわち、起草者は、諸外国法典において漠然とした書き方になっているが、帰するところは生命とか財産とか名誉とか何か法が権利と認めたものの侵害でなければ不法行為債権は発生しないと論じ(速記録四〇卷一四七丁裏以下)、その権利は、財産権に限らず、生命、身体、名誉、自由(速記録四〇卷一五四丁裏)、債権(速記録四〇卷一五七丁表)など非常に広い概念である(速記録四〇卷一五五丁表)と説明している。しかし、起草

者は、この要件を絶対的なものと考えていたので、横田国臣委員が、旧民法典より狭くて、救済から漏れるものが出て遺憾であるとし、「故意又ハ過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ノ責ニ任ス」というのがよいのではないかと問うたのに対して、穂積陳重委員は、とにかく、権利侵害という事だけの事実が通例としてありませぬと、誠に其境がありませぬのでありまして、幾か社会に住んでいる以上は、他人に損害を及ぼすということが度々あることでありますから、其境だけは存して置いて貰いたいと思います」と答へ（速記録四〇卷一七三丁表以下）、この不法行為規定は、既存の権利を保護するものであつて、新たな権利を創設するものでないと論じている（速記録四〇卷一七四丁表以下）。そして、その損害の発生はあるが、権利侵害のない場合として、ある人から「並の救助」を受けていた書生が、その人の負傷失職によつて救助を得られなくなつたという場合に、書生への救助は（恩恵的なもので）権利義務でないから、書生は加害者に対して損害賠償請求できないとか（速記録四〇卷一六四丁表以下）、造る義務はないが、自己の土地防御のために築いた「搔上げ堤」を除去したところ、反射的利益を得ていた下流の土地所有者が損害を受けた場合などがあげられている（速記録四〇卷一八〇丁表以下）。

さらに、現行民法典が、ボワソナアド民法典（「既成法典」、いわゆる旧民法典）の改正法典であることに鑑みれば、ボワソナアド民法典の立法資料も「立法者意思」探究の重要な手懸かりであり、その上、それがフランス民法典を模範としたことに鑑みれば、フランス民法典研究（特に、ボワソナアド時代のフランス民法典の解釈状況）が不可欠となり、加えて、現行民法典が、ドイツ民法典その他の法典や判例を参照して起草されたことに鑑みれば、それらの研究も「立法者意思」の確定に不可欠といえよう。

さらに、立法者が特に「意味」を解説せずに用いている用語については、第一に、法律用語として、法律家の間における周知の意味を付与されているものと考えてよいであろう。この場合は、法学辞典や他の条文（例えば「準占有」の意味。民法第二〇五条）などが手懸かりとなるであろう。例えば、民法第七〇九条において、「権利」については、特に解説なしに議論されているが、これなどは、法学辞典によって容易に明らかとなる。第二に、それは、まったくの一般用語として、法学辞典などにも載っていない場合には、国語辞典などによって、その意味を説明すべきであろう。例えば、民法第七〇九条の「よって」とは、「広辞苑（第五版）」一九九八年二七六頁によれば、「それがために、それゆえに。」という意味が解説されており、「理由を述べた文から、結論を述べる文に続ける場合に用いる語」（「新装改訂新潮国語辞典」一九八二年二〇五九頁）ということになる。すなわち「故意又は過失」が「理由（原因）」で「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」が「結論（結果）」であり「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」が「理由（原因）」となって「生じた損害」が「結論（結果）」ということになる。

以上のように「文理解釈」が「立法者意思」の解明である、とすれば、それは、法文の文言についての現在の社会通念などによる理解とは離れたものとなることがある。すなわち、法文内においても、「すきま」（四宮和夫Ⅱ能見善久『民法総則 第六版』二〇〇二年「はしがき〔初版序〕」）、すなわち、法の「空白」が出来る。そこで、これを埋めるべく、法文内においても「論理解釈」の作業が必要となる。

(2) 論理解釈とは、論理の力を借りて、その法文の適用範囲を確定することである。それは、法文内解釈におい

て、次の二種類がある。すなわち、拡大(拡張)解釈と制限解釈(目的論的解釈)である。

①拡大(拡張)解釈とは、文理解釈によって確定された当該法文の「意味」を拡げる解釈である。それは、法文に用いられた言語の外延は、立法者意思を超えることが一般であることから可能となる解釈である(一般人の予測可能性)。例えば、民法第七十一条の「子」については、血縁関係があつて戸籍上も「子」として記載されている者(民法第七七二条、同第七七九条。戸籍法第四九条)と、血縁関係はないが戸籍上に「養子」として記載されている者(民法第八〇九条。「特別養子」は勿論。戸籍法第六六条、同第六八条の二)が、それにあたることは、文理解釈上、問題ないであろう。それでは、血縁関係はあるが未認知の「子」は、どうであろうか(大判昭和七年一〇月六日民集一一卷二〇二三頁は否定。福岡地飯塚支判昭和三四年一〇月三〇日下民集一〇卷一〇号二二九二頁は肯定。東京高判昭和三六年七月五日高裁判集一四卷五号三〇九頁は肯定。神戸地伊丹支判昭和四六年四月一二日判例タイムズ二六七号三四四頁は肯定)。さらに、血縁関係はないが嫡出子として戸籍上は記載されている「子」はどうであろうか(最判昭和五〇年四月八日民集二九卷四号四〇一頁は、この法律上は「子」でない「藁の上からの養子」について肯定)。これらの「子」は、自然科学上さらに社会通念上は「子」という用語の中に入れても不自然ではない。もし、これらの「子」についても、具体的事件において、民法第七十一条を「適用」して慰謝料請求を認めるとすれば、これを「拡大解釈」と名付ける。なお、同様のことは、民法第七八七条の「子」の解釈において、夫の死後に、妻(元妻)(民法第七三三条第一項)が、凍結保存された夫の精子を用いて、人工授精し出産した場合、自然科学的には父である者に対して、その「子」は認知の訴えができるかが問題となっている。第一審は否定したが(松山地判平成一五年

一月二日判例時報一八四〇号八五頁)、第二審はこれを肯定した(高松高判平成一六年七月一六日判例時報一八六八号六九頁)。したがって、第二審は、民法第七七七条を「拡大解釈」した、ということになる。

②縮小解釈(目的論的制限解釈)とは、文理解釈によって確定された当該法文の「意味」を狭く解することである。すなわち、「適用範囲」を縮小することである。例えば、民法第一七七条の「第三者」の範囲を「正当な利益を有する第三者」と解する(大連判明治四一年二月一五日民録一四輯二二七六頁)などが、その例で、これは、当該法文の「目的あるいは趣旨」によって、縮小して解釈する故に、「目的論的制限解釈(Teleologische Reduktion)」とよばれるものである(Larenz, a.a.O., S 377ff.)。

二. 法文外における解釈

(1) 類推解釈。本来、文理解釈や「拡大解釈」によって、その法文の適用範囲外とされたところは、法の保護はないわけであるが(先述の「桃中軒雲右衛門事件」参照)、法の「目的あるいは趣旨」、さらに、「歴史的解釈」といった価値判断から、法文の「文言」を離れて、その法文が対象としている事件と類似した事件に、その類似性を根拠として、論理解釈をもって、その法文を類推適用することを「類推解釈」という。例えば、自然科学上も一般社会通念上も、「義姉」にとって「義妹」は「子」でないが、具体的事件において、民法第七一条の「子」に類似する者として、妻の死につき夫の妹(最判昭和四九年二月一七日民集二八卷一〇号二〇四〇頁)に、同条を類推適用して、遺族固有の慰謝料を認める場合である。

(2) 反対解釈。前述の如く文理解釈や「拡大解釈」による法文の適用範囲外については、本来、規制がないわけであり、その通りに、論理解釈をもって、規制がないと解するのが、「反対解釈」である。例えば、民法第七三七条には「未成年の子が婚姻するには、父母の同意を得なければならない」とある。しからば、成年の子の婚姻については父母の同意を要するか否かという点については、明示規定はないが、民法第七三七条の反対解釈として同意は不要と解釈する場合である（林修三『法令解釈の常識 第二版』一九七五年一二五頁）。

三. 反制定法的解釈 (contra legem)

法文がある場合、それに該当する事件に、その法文を適用するのが、憲法第七八条第三項の要請であるが、その法文の「法理」に優先する法理がある場合は、むしろ、後者の法理を適用するのが、憲法第七八条第三項に合致するものとして、その法文を適用しない、という解釈を「反制定法的解釈」という。例えば、民法第五一三条第二項後段（平成一六年法律第一四七号で削除）は、「手形の無因性」という「法理」が、更改「法理」より優先するとして、この法文の適用を排除する場合である。さらに、憲法第八一条との関係で、当該法文の適用を排除することのあるのは当然である。

第四 民法第一条および同第一条の二の機能

以上のように、文理解釈により確定された法文の適用範囲を、「法の目的や趣旨」あるいは「歴史的解釈」によっ

て、拡げたり狭めたりすることの憲法第四一条との関係における法的根拠は何であろうか。そもそも、「法の空白」の存在は、当然に予想し得るところであり、立法者は、それに対して、予め、それを如何に処理すべきかを用意しておく義務がある。すなわち、憲法第九九条を通じて、国民の基本権保護のために、立法者は、しかるべき立法をする憲法上の義務を負う。それが、私法上においては、民法第一条（特に第二項）及び同第二条である。すなわち、立法者によって（憲法第四一条）、民法第一条及び同第二条を通じて、予め、裁判所に対して、具体的事件において、法の適用範囲を拡げたり狭めたりする権限が授權されているのである。いわゆる「信義則の法修正的機能あるいは法創造機能」である（谷口知平＝石田喜久夫『新版注釈民法（一）』二〇〇二年八九頁以下（安永正昭））。民法第一条第二項は既に存在する権利や義務についての規定の如くであるが、私法上の権利義務は、根源的には、本来、予め憲法において認められた幸福追求権（私法上の私的自治権）、自由権、平等権そして財産権を基礎としているのであるから、右のように解しても背理ではない。例えば、民法第七一条の「子」を、「藁の上からの養子」に「拡大解釈」したり、義姉の死についての「義妹」に「類推解釈」したりすることが許されるのは、その人々の「幸福追求権」（憲法第一三条）が侵害されたわけであり、それらが、当該事件において、民法第七一条の本来の「子」の幸福追求権と同等の保護を受けるほどのものである、と法の「目的あるいは趣旨」から価値判断されたときは、その幸福追求権の侵害者は、憲法上、それを救済する義務を負うことになり（憲法第二二条第二文）、それが、民法第一条第二項の「信義則」によって、民法第七〇九条、同第七二一条の賠償義務として、具体化するのである。⁽⁵⁾

第五 今後の課題

以上のように、一方において、「法解釈の実質的側面」として四つの価値基準、すなわち①合憲性、②立法者意思、③法の目的あるいは趣旨、④歴史的解釈を挙げた。他方において「法解釈の形式的側面」として、法解釈技術の方法を、(1)法文内の解釈と(2)法文外の解釈に分け、前者(1)を、さらに、①文理解釈と②論理解釈に分け、その論理解釈を拡大解釈と縮小解釈(目的論的制限解釈)に分けた。後者(2)については、論理解釈として、①類推解釈と②反対解釈に分けた。以上の他に、論理解釈の一つとして、反制定法的解釈を挙げた。いずれも、これまでの議論で明らかにされたものを「交通整理」したわけであるが、その整理の仕方には、当然、異論も予想される。その前に、それぞれの解釈の定義そのものについても、当然、異論が予想される。さらに、思わぬ誤解に基づいて、的外な議論を展開しているかもしれない、と危惧している。その上に、「法の空白」(これまで「欠缺」(Lücke)と呼ばれてきたが、より平易に、「空白」と呼ぶべきであると考ええる。)について、何ら詳細な検討を、本稿においては、行なっていない(例えば、「明らかかな空白」と「隠れた空白」といった問題。Larenz, a.a.O., S. 366ff.、石田穰・前掲書一九頁)。加えて、拡大解釈や類推解釈の法的根拠について、民法第一条を介することなく、直接に憲法第九九条(「裁判官…は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」と同第七六条第三項(「裁判官は、…この憲法…に拘束される」)を、その法的根拠とするというのにも背理ではないと考えられる。この点についても、なお、究明を要する。

今後、本稿への御高批に基づく再検討と「法の空白」などの研究を行なうことが、民法学における法解釈への本提

言の課題であると考へる。

- (1) 刑法学における「拡大(拡張)解釈」と「類推解釈」の関係については、大谷實『新版刑法講義総論(追補版)』二〇〇四年六六頁以下参照。そこには、「一般人の予測可能性」を拡大解釈の限界とされているが、私見は、この見解から、大きな示唆を得ている。
 - (2) 行為(Akt)としての法律行為(契約)と規範(Regelung)としての法律行為(契約)の区別は、内外の学者が、つとに主張するところであり、それは、「代理」制度の説明に有益であるばかりでなく、要件事実論においても有益である。すなわち、まず、民法第九〇条などを通じて法律行為(契約)が当事者間において有効であるとされると、その契約条文が、当事者間における「法文」となる。例えば、賃貸借契約において「第九条 賃借人は、賃貸借期間内においても、六ヶ月前に解約告知して契約を解約することができる」という条文があるとき、六ヶ月前の解約告知が「法律要件」となり、約定解除権の発生が「法律効果」となり(民法第五四〇条)、借主の現実の六ヶ月前の解約告知という事実が要件事実となる。そして、その要件事実の主張責任と立証責任を、解約を主張する側が負うことになり、この構造は法文の場合と同様ということになる。唯、法文と異なるのは、この契約規範の存在自体の主張立証責任が民法第五四〇条第一項(「契約：の規定により」)に従って、まず問われるところである。
- なお、この契約が当事者間の法規範であるという命題は、フランス民法第一一三四条の「適法に形成された合意(Convention)は、それをなした者に対して、法律(Loi)に代わる。合意は、その相互の承諾(consentement mutuel)または法律が許す原因によってでなければ撤回できない(revoquer)。合意は誠実(Bonne foi)に履行されなければならない」に由来する。この法文に倣って、旧民法財産編第三二七条は「適法ニ為シタル合意ハ当事者ノ間ニ於テ法律ニ同シキ効力ヲ有ス。此合意ハ当事者ノ双方カ承諾スルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス但法律カ一方ノ意思ヲ以テ廢罷スルコトヲ許セル場合ハ此限ニ在ラス」と定めた。それに対して、現行民法典の立法に際して、起草者の富井政章は、これはフランス民法などに倣って置いた規定で、「合意」というものは当事者間に於いては法律に均しい力を持つている、だから一方の意思を以て解除することはできない、といった規定は不要である、すなわち当事者間に法律に均しい力がある、といった「無用ノ言葉」を言う必要がない、何故ならば、その意味は、当事者は、そ

の契約上の義務を履行しなければならないということだけであって、そのようなことは疑いもないことだからである。また、法律が一方当事者の意思だけで「取消」を許さないときは、元来合意によって出来たものは合意によってしか解除できないことも、いうまでもない、として削除したのである(法典調査会民法議事速記録(学振版)第二四卷一九八丁裏―一九九丁表)。これについて、異論なく原案通り可決され、帝国議会においても何ら議論なく承認されている。したがって、立法者意思としては、この規定は、当然の内容を定めたもので不要であるとして、削除したものといえよう。ゆえに、これは現行法の中にも、当然生きている法理といえよう。

(3) 平成一六年法律第一四七号によって、民法第七〇九条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と改正された。

(4) 勿論、谷崎潤一郎が、円地文子が、瀬戸内寂聴が、源氏物語の「解釈」を行なっているが、それらは、「源氏物語」を題材として、自己を表現しているのであって、それらは「谷崎源氏」、「円地源氏」、「瀬戸内源氏」であって、ここにいう「解釈」ではない。同様のことが、次の場合にもいえる。

近時、法の解釈は、演劇(例えば、シェイクスピアの『ヴェニスの商人』。内田貴「探訪『法の帝国』(一)(二・三)」法学協会雑誌一〇五卷一九八八年三号二九頁・四号四〇八頁)や楽譜の解釈と似ている、という主張がある(星野英一『民法のもう一つの学び方』二〇〇二年六七頁)。たしかに、そのような一面のあることは否定できない。しかし、両者には大きな差がある。というのは、演劇や楽譜の解釈は、法解釈と違って、作家の意図に忠実である必要はなく、演者(解釈者)の自由に委されているからである。例えば、ローレンス・オリビエの「ハムレット」と仲代達矢の「ハムレット」は大いに異なるし、バッハの無伴奏チェロ組曲を、カザルス、ロストロポービッチ、マイスキーと聴き比べると、驚くほど、それぞれ異なっている。ましてや、ベートーヴェンの「第九」をフルトベングラー、カラヤン、トスカニーニ、朝比奈隆と聴き比べれば、大いに異なる。このように、演劇や楽譜の解釈は、法の解釈と異なり、作者の意図通りである必要がないのである。しかも演劇や楽譜の「解釈」は、どの解釈も、価値的には同等である。例えば、誰も、その解釈を良しとしないし、誰一人として認めず、聴いてもくれない、としても、その解釈は、多くの人々の共感を得る解釈と比較して、価値が劣る、とはいえないと考える。すなわち、演劇や楽譜の解釈は、「自己目的」であっ

て、そこにこそ、芸術至上主義、すなわち芸術の崇高さがある。「あまりに突飛なものは聴衆に受け容れられないという限界はあるでしょう」（星野・前掲書六九頁）というのは、確かにプロの演奏者にとって大切なことで、ほとんどの場合、これが「限界」であろう。しかし、その「限界」を超えたからといって、芸術として価値が低いわけではない。演者ただ一人が良しとすれば、それよい（入場料は返さなければならぬかもしれないが）。それに対して、「法」の「解釈」は、具体的事件の解決に役立たなければならぬので、裁判所において採用されなければ、採用された解釈に比べて、残念ながら価値が低いと評価せざるを得ない。すなわち、法の解釈は実用的でなければならぬ。そして、しかも、それは法学的に支持されなければならない。なぜなら、法は社会共同体のルールとして、大方の社会構成員の支持を必要とするからである（星野・前掲書六九頁）。その上、そのような解釈が憲法第四条に違反しないという法的根拠が必要である。

(5) 加害者の側からみれば、彼の私的自治権をはじめとする幸福追求権の行使によって、被害者に損害を与えたことになる。ときには、その損害を賠償しなくてよい場合もあり、ときにはその損害を賠償しなければならない場合がある（社会において、人は他人に損害を与えることなくして生活はできない）。後者の場合に、それを賠償しないことが、幸福追求権の「濫用」なのである。そして「公共の福祉」が基本権相互の矛盾・衝突を調整する公平の原理であるから（佐藤幸治『憲法第三版』一九九五年四〇三頁）、憲法第二二条第二文が、加害者の義務の根拠といえる。そこで、今一つ民法第一条第三項をもって、拡大解釈や類推解釈の法的根拠とする法的構成も可能である。なお、民法第一条第二項と第三項の関係については、我妻栄「公共の福祉・信義則・権利濫用の相互の関係」末川先生古稀記念『権利の濫用上』一九六二年四六頁が示唆に富む。加えて、民法第一条第一項をもって、加害者の「私権」すなわち私的自治権と「公共の福祉」すなわち被害者の私的自治権の調整という法的構成も可能であろう。

(6) 憲法上の基本権と私法、特に不法行為法との関係については、山本敬三「公序良俗論の再構成」二〇〇〇年、同「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商法雑誌一一六卷四一五号一九九七年一一五頁、同「基本法としての民法」ジュリスト一一二六号一九九八年二六一頁、同「基本権の保護と私法の役割」公法研究六五号二〇〇三年一〇〇頁、同「憲法システムにおける私法の役割」法律時報七六卷二号二〇〇四年五九頁、同「不法行為法学の再検討と新たな展望」法学論叢一五四卷四一五二六号二〇〇四年二九二頁が示唆深い。