

通説について

——法解釈に於ける通説の問題——

田 畑 忍

- 一 通説と正説
- 二 正しい法解釈と正説
- 三 理念としての通説と正説

(一) 通説と正説

通説とは何であるかについて諸説が行われているが、しかし未だ定説というべきものがない。

(I) 例えば今春、法社会学会（東京・中央大学に於て開催）が、其の学会シンポジウムのために用意をした「一ぺいじ解説」には、「通説を形成する条件」と言うことについて、次のような諸説が述べられている。

曰く「A・B・C・D……解釈の対立の中で、A解釈が通説になるといわれるときの条件・状態を、無雑作に列举して見よう。(1) A解釈を選ぶ学者がB解釈を選ぶ学者より圧倒的に多数であること（みんながA解釈を選ぶときは「通説」という問題にはならないが、そうかといって、A説の人がB説の人より大して多くないときは、多数説・少数説とにわかれるだけで、まだ通説にはならない）、(2) A説の学者がB説の学者よりも、学者仲間であらうとされて

いること、(3) A説のほうがB説よりも、文理解釈にもうまくなつており、わかりやすく、説得力があること、(4) A説により達せられる目的が、その社会の支配的な価値に合致していること、などなど、これらはただ、思いつくものをならべただけである。……いずれにしろ、その問題の焦点を、通例の慣例にしたがい「成文法」の「解釈」に据えて考える限り、現行成文法（法源としての）のことばに即しつつ、しかも価値においては実はその社会の法（法源と区別された）に即しているものが、通説的ということになろう。いわば、法と法源をもつとも巧妙に対応させるものとも言えよう」。このように言っている。

もちろん然し、右に引用した法社会学会の用意された通説の概念は、通説についての若干の見解をならべてきて、それについての要約をいちおう試みたものにすぎない。従つて、それは定説でもなく、いわんやこれを正しい見解である、と考えることのできるものではない。殊に其の要約的の結論にいたっては、極言すれば、通説・解明の目的とということから言へば、何のことか不明瞭である。すくなくともそれは通説と正説とを混同している感じが強い。シンポジウムで述べられた諸家の見解も、多くは通説と正説とを混同するものであつたと言ふことができる。「一ページ解説」が、「えらい」とされている「学者の唱える学説が通説だと言ふのも事実」に反する。それは、そう言う場合もあることもあり、そう言うことのできない場合もあるからである。また「わかりやすく、説得力がある」と言ふことも、必ずしも通説成立の条件であるとは言へない。さらに、「その社会の支配的な価値に合致している」とされる学説も、必ずしも常に通説になるものではない。さらにまた多数説は通説ではないが、圧倒的多数説だけが通説だと言ふ其の提言を正しいと見ることもできないのである。

(I) しかし、これが通説だと言われる場合が、決して一つでないことも明らかであろう。と言ふことは、一つの場合だけを考へること自体が誤りである、と言ふことなのである。大別すると、その場合は、私見に従えば三つにわ

けられる。

A。其の一つは、学界に於ける多数説を、通説と言う場合である。すなわちそれは、多数の学者の支持する多数説としての通説であつて、多数説的通説と呼ぶことができよう。

それは、A解釈を選ぶ学者が、B解釈を選ぶ学者よりも多数であるときに、このA解釈は、少数説なるB解釈・C解釈等に対して多数説であつて、従つてそれは通説である、とせられるのである。①しかし、この場合に、其の多数説が、圧倒的多数説でなければ通説と言うことにはならない、とすることは正しくない。それは、何が通説であるかを決めるきめて、を支持学者の數に置くのであるから、少数支持の学説に対して、多数の支持する学説は、それだけで十分に通説たる価値を有しているからである。敢てそれに區別をつけるとすれば、圧倒的多数説を強い通説と呼べば足りる。この学界の多数説的通説に対して少数説は異説と呼ばれる。しかし例えば上杉慎吉博士の場合に見られるように権力をたのみ、権力の立場に立っている少数者が、却つて多数説を異説と呼ぶこともある。

もちろん前にも述べた如く、通説すなわち正説ということはできない。異説すなわち不正説と言うこともできない。また通説が必ず不正説で、異説が必ず正説または「理想説」である、と言われるわけのものでもない。すなわち、正説または「理想説」であると言うことと、通説であると言うこと・若しくは異説・少数説であると言うこととは、全く別のことであつて、これを混同してはならないと言ふのである。とにかく正しい説であるから必ず通説になる、と言ふことはなく、種々の事情で正説が異説として取扱われることが決して稀ではないのである。

このことは、この種の通説の成立過程を考え合わせて見ると、可成り明らかになつてくる筈である。すなわち或る学説が、多数説となり、通説となるのは、必ずしもそれが正しいからではなくて、種々の事情または条件のからみ合ひによることが多いと言ふことであつて、従つて当然に正しいこともあれば、当然に正しくないこともあるのである。

換言すれば、偶然に多数説的通説を結果していることもあり、また特に大国立大学の特定の学者の説が、学界に威勢を張る学閥的關係から、官僚主義的マスコミとも結合して、正しくないにもかかわらず、また「えらく」ないにも拘わらず、多数説的通説になると言う事實は、我が国の如き封建官僚主義意識の濃厚な社会に於ては、しばしば見られる現象であつて、この事實を何人も掩いかくすことはできない。従つて逆に正説たる異説の存在することを認めなければならぬのである。前示「一べいじ解説」が、或いは「それは時代の歴史的事情により左右される」と言い、或いは「法の分野によつては、また、その時代によつては、かえつて、もつとも反成文法的な価値をいう解釈が通説になつたり、もつとも「こじつけ」の解釈が通説になつたりすることもないではない」と言つてゐるのは、この趣意を正當に承認しているものと言ふことができよう。

B. 第二は、通説が、多数の、少数に対立する権力的關係に於て形成せられる場合であつて、いわばそれは権力的通説であり、有権解釈的通説と呼ばれるものである。換言すれば、国家権力が、そのように通説をつくり出すと云ふことによりて生じるものである。^③

かくの如き権力的通説または有権解釈的通説は、大きく分けると、司法権力的關係に於てつくられるものと、行政権力的關係に於てつくられるものと、立法権力的關係に於てつくられるものとの區別がなされよう。この場合、立法権力的關係に於ての有権解釈が最も權威あるかに考えられる側面もあるが、むしろ立法關係に於ても行政権力的關係に於ける有権解釈の影響を多分に受けている、と云ふ事實が今日の我が国の現状だと言つてよいであらう。しかし我が国の憲法制度上、有権解釈中最大の法的従つて政治的權威を有するものは、もちろん司法権力的解釈であり、殊に究極的には最高裁判所によつてなされる多数説的解釈である。このことは言うまでもなく、憲法第八十一条の定めるところによるのである。すなわち第八十一条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合する

かしないかを決定する権限を有する終審裁判所である、と定めているからであり、而して第九十八条一項が「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その権力を有しない」と定めているからである。

司法権力的解釈は、かくの如き憲法制度の上で法的・政治的關係に於て絶対である、と言つてもよい。この法的・政治的絶対力によつて、そこに解釈についての通説が成立するのであるが、この権力的通説はもちろん、学界に於ける通説と必ずしも一致するものではない。すなわち一致することもあり、一致しないこともあるのである。すなわち、その意味で、「判例は通説に影響せられそれに基づくことが多い」「一へいじ解説」、と言ふことは言えないのである。それは寧ろ、学界と学派とに超然としていたのであつて、学界に於ける多数説的通説を採用することもあり、またしかし裁判官の世界観や能力や性格によつては、少数説を正しいものとして採用することもあるのである。さらに、それ故、それが学界の「通説か分らないときに」(前示「一へいじ解説」)のみ、どれかの学説を採用するのでは決してない。そこで「一へいじ解説」が、「学界の通説が裁判所により採用されない、ということもまたしばしばみられるようである」、と認めていること自身は正しい。いづれにしても、違憲・合憲の法令審査としてなした、または違憲・合憲の決定のためになした最高裁判所の解釈如何によつて、学界の多数説を通説として、いつそうこれを権威づけることもとなり、また学界の少数説をあらためて其の多数説に移移させることにもなる場合の多いことも事実である。つまり司法権力的解釈はそのような影響力を有しているのである。^③

しかし、そのいずれの場合たるを問はず、司法権力的解釈による通説が、必ずしも保守的^④でなくて進歩的なこともあり、そうでないこともあり、しかもまた必ず正説である、ときめることもできない。そのことは、学界に於ける多数説的通説の場合について言い得ることと、すこしも異なるものではない。けれども、司法権力的解釈が、学界に於け

る不正説たる多数説を排して、正説たる少数説を採用した場合の意義は、決して小さいものではないであろう。而して司法権力的解釈による通説が、憲法に照らし、果して正説なりや否やを検討するところに、判例批評の、学問的なそしてそればかりではなく法的・政治的の価値がある、と考えられるのである^⑤。換言すれば、判例批評の存在意義は、司法権力的解釈による通説に対しても、憲法との関係に於て、客観的に仮借なき批判を加えるところに存しているのである。それ故、権力追従主義は判例批評に於ても、また敵に排斥せられるべき態度である、と言わねばならないのである。

C. 第三に、通説には、学界に於ける多数説的通説及び権力関係的通説（この場合に於ても、既に見た如く、少数意見に対する多数説が採択されて決定せられるのである）だけでなく、世間または大衆の支持する学説、或いは世間または国民大衆の間にひろく行われている説を意味することもあり、このことを注意する必要がある。従つてそれは、このような関係、即ち大衆的關係に於ける多数説である、とすることができらるであらう。この意味に於ての通説は、学界に於ける多数説的通説及び権力関係に於ける多数意見的通説に伴つて形成せられることもあることはもちろんだが、それらのものとは無關係に、またはそれらのものとは対立的に形成せられることのあることもまた、言うまでもあるまい。それは権力の側に立つ者から、「異端邪見」^⑥ときめつけられることもあり、「曲学阿世」^⑦と罵られることもある如く、権力に対立する学生・労働者階級・革新的少数政党・組合等々の純粹本能やイデオロギーを骨子として形成せられることが多い、とすることができよう。もちろん大衆支持の通説が、必ずしも正説である、とすることができないことは、前示二つの場合と同じであるが、しかし正説であることが寧ろ多いことのあることも、またこれを否定することはできないのである。例へば、憲法改正の解釈にかんする改正・改悪峻別説の如きは、学界的通説ではなく、また権力関係的通説ではないが、明らかに大衆の支持する通説であるばかりでなく、まさに正説だと言うこと

ができるであろう。それは、大衆は、法に内在する正しい意味と正義とを、権力と権力主義とに对立・反撥して、純粹且つ本能的に正確適切に理解することができるものだからである。

以上に於て考察した如く、通説の成立する三つの場合を通じて、結局それを決定するものは、すべて数（多数）である、ということが明らかになったと言ふことができよう。すなわち種々の意味、種々の場合、種々の事情にもかかわらず、通説をつくり出すものは多数者の数的支持である、と言ふことを否定することはできないのである。

註① 前示法社会学会のシンポジウムでの五報告者たる唄・平野・鵜飼・野村・戒能の諸教授は、すべて多数説即ち通説である、とする見解をとるものではなかった。しかし多数説を通説と考へない見解が誤見であることについては、私見の展開に於て見られる如くである。

② 鵜飼信成教授が、右の法社会学会に於ける報告で述べられたのは、この立場であつた。すなわち教授の見解は、政治的背景が通説を決定するものであり、従つてそれは政治権力的に移るものであつて、決して一定不変ではない、と言ふのである。

③ 前示法社会学会に於て通説にかんする報告をされた五君のうち、平野・野村二教授は、主として通説が司法権力的關係に於て定まるものであるとする見解を取られていた。すなわち平野龍一教授は、裁判官の採用した学説が通説になると説き、判例に採用される学説は妥協的なものが多い、と言ふ見解を展開されていた。また野村平爾教授は、労資の対立によつて解釈の分裂することを指摘しつつ、多数説必ずしも通説ではないとなし、通説であるためには、判決を納得せしめる必要がある、と言ふ意見を述べられたのである。

また、早川教授は、討論のさい米国の例を引き、米国の場合、学者の地位が低く、最高裁判所の多数説のみが通説を形成することを指摘されたのである。

④ しかし、唄孝一教授は、前示シンポジウムでの報告中で、通説が合法的官僚的枠内で決定されるが故に、法的安定性ととも保守的傾向を有する、とされたのであるが、それは或る点では正しいが、いちがいにそのようには言い得ないものである。学界に於ける多数説的通説についても同様のことが言えなくはない。

⑤ 拙編「判例憲法学」第一章参照。

⑥ かつて、主観的国体強調主義の憲法学者・上杉慎吉博士が、「穂積博士の遺稿「憲法大意」小引」（一五頁）に於て、デモク

ラシー昂揚の大正以後の世変を嘆じて「異端邪見横行シテ人心帰一スル所ヲ失ヒ我千古ノ国体ヲ無視シ根本ヲ蹂躪スルノ言論自ラ以テ時ヲ得タリト為ス予ノ如キ孤墜ニ執リテ敢闘スルモ滔々ノ流隻手ノ能ク支フル所ニ非サルヲ悲シム嗚呼誰カ予ノ苦衷ヲ知ラン」(傍点筆者)と言つて、孤城落日を嘆いたことがあるが、それは、恰かも大衆の支持する滔々たる通説に対する嘆声であつた、と言ふことができるであらう(拙稿「上杉慎吉博士の倫理的國家観」参照)。

権力主義の才人・福地桜痴も、明治十年代に、君主主権論を主張したるとき、上杉博士と同様の苦衷を経験したことは人の知るところである(拙稿「福地桜痴と主権論争」参照)。

⑦ 当時の首相・吉田茂氏が、サンフランシスコ平和条約及び安保条約締結のさい、これに反対して全面講和と永世中立を主張する世論を代表した南原繁教授等の通説的言論に対して加えた権力主義的罵声は、この曲学阿世の徒と言ふ言葉であつたことは、世人の記憶に尙お新たな筈である。

(二) 正しい法解釈と正説

上述の如く、通説必ずしも正説ではなく、また不正説ではない。それゆゑ、通説と正説とを峻別することは、通説の本質の何であるかを知るためにせつたいに必要であらう。従つて、正説についての説明を簡単にでもしておくことが必要になつてくるのである。

言うまでもなく、法解釈または法解釈学に於ける正説というのは、法の意味を客観的論理的に把握した法解釈学説または解釈を言うのである。故にそれは、価値にかんして、正しいか否かを言うのではない。そのように客観的に解釈される法の価値が、如何なるものであるか、と言ふことや、またそれが歴史的に如何に変動するか、と言ふようなことは、法の解釈とは明らかに別異の問題にはかならないからである。しかし私は、もちろん法の価値が問題ではないと言ふのではない。それは大きな問題の一つであることは疑いないが、これをいちおう別の問題として、法の価値からきり離して、法の解釈をするのでなければ、法の価値づけをも却つて不可能にする、と言ふ認識を前提としてい

るのである（このように考える学者として、例えば我が国では佐々木惣一博士・恒藤恭博士等がある。また外国では、純粹法学を唱えるケルゼン^④がそうであり、ダイシーも同様であり、ヴィンズキー等も同説の趣旨を述べている）。

また、それは主観的に見て、或いはイデオロギー的に、そして世界観的に見て、正しいか否かと言うことではない。もちろん客観的に、法の正しい解釈を言うと言っても、主観を通過することなくして可能である、と言うことはできない。従ってまた、イデオロギー乃至世界観を離れて、それをなし得るものではない。しかし其の場合に、たいせつなことは、人々の主観またはイデオロギーまたは世界観には、それ自身客観的に考察し且つ理解し得るもの即ち客観的であることのできるものと、全くそうではないものとのあることを知らねばならない、と言うことである。例えば、憲法について言うならば、「憲法に内在する客観的な法意を発見しようとする主観的態度による憲法解釈は、他の案件に妨げられざる限り、直ちに客観的な憲法解釈となる」（拙編「判例憲法学」一一頁）と見るのであり、これは前者に属するものであるが、後者に属するものがそれに対立しているのである。しかしまた、方法論としては必ず客観的であるべきことを主張するものなるにかかわらず、それを生かして使用することをせず、或いはそうすることを不可能とするが如き主観をもった法研究者（法解釈家）も可成り多く存在している。それ故、正説存在の可能のためには、法研究者が客観的に世界を見ることができ、客観的に法の解釈をなし得るに十分なる方法論と主観とを、自己のものとして把有していることが必要だ、と言うことになるのである。

もとより、このような主観の造成のためには、それを必須的ならしめる条件を必ず備へていなければならない筈である。すなわち先ず第一には、権力に絶対に追随しない不動心をもっていなければならぬと云うこと、言いかえれば、内・外の権力から常に独立的且つ主体的な性格を堅持していなければならぬ、と云うことが条件である。次に第二には、歴史の発展の法則が人類の幸福に方向づけられている、と云う世界観を確信している者でなければならぬ

いと言うこと、従って歴史の発展に逆行して逆車を押すが如き者であってはならない、と言うことが条件である。第三には、前示の如き世界観的メトドロギーを、縦横自在に振り得る論理的な能力を常に鍛えていなければならぬ、と言うことが条件である。すなわち、意あつて技これに従わずと言うことでは、せつかくの正しい方法論が活用され得ないのみでなく、逆に自らを傷つけることになるだけだと言えるからである。

すくなくとも、客観的に正しい法解釈をなしている、と言う意味に於ての正説を把持するためには、解釈当事者が、右の三条件を備えていなければならぬ。しかも、このような条件が、整備されると言うことは現実的には困難であつて容易ではない。すなわち法解釈に於ける正説存在の困難性は、このような事情によるものである。これに反して正説にあらざる通説の成立の容易であることは、先述の如くである。

註① この点について、私はかつて次の如くに言ったことがある。「一定の法律の解釈は、たとえ主観的にはその法律を正しいとする者にも、又反対にこれを悪法なりとする者にも、即ち全ての解釈者にとって、凡そその態度が智的であり、学問的であり、

客観的である限りに於ては、単に可能であるのみでなく、又実に帰一すべきものであらねばならない」。また「解釈せられるべき制定法は、それが制定法たる限り、すでに固定化し制度化して不動であつて、これが改正変更せられざる限りはその解釈も不動にして且決定的唯一的であるべき筈である。このことは成文法主義を取れる近代法律秩序に於ける法律解釈にとりて特に重要である。」(拙著「憲法学の基本問題」五五頁)。同趣旨のことを、私は其の後も、折にふれて繰返し言っている。

例えば「判例憲法学」一〇頁以下参照)。

② 佐々木博士は、次の如くに言われている。「法を認識して、法の規律する事実の法的性質を明らかにすることは法の解釈と称せられるものであります。法の解釈は、決して事実そのものを明らかにするものではありませんが、併し事実の法的性質を明らかにするものであります。此の意味に於ける法の解釈を研究する学が法解釈学なのです」(政治の動きと憲法「参照」)。

③ 恒藤博士は、法的規範の解釈が、本質的に社会的実践に連繫するものであることを強調されつつ、「法律解釈学の本領は、あたえられた法律を学的立場から解釈すること、言い換えると、既存の法律秩序に内含せられる法理を学的方法によつて究明することに存する」(「法律学と哲学との交渉」九頁以下)、と言われている。其の後に書かれたものにも、この正しい態度が一

貫して述べられている。

解釈に於けるこの客観主義は、佐々木博士・恒藤博士と同様に、田村徳治博士（「法律学の価値に関する疑義」参照）、滝川幸辰博士等京都学派の学者の学風の特徴をなすものであり、私もまたこの立場に立っている。一円一億教授（「法の解釈と適用」の著者）も、この学統に連っている。

④ ケルゼンは、解釈法学とは立法者によって現実に定立された実定法の内容を、純粹に、すなわち政治的考慮などから全くはなれて、把握し整理することを以て任務とする規範科学であると示している（Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus）。

⑤ ダイシーもまた、法の解釈は、批判することでも、高く評価することでもない。解釈者、批評家でも、弁護家でも、賞賛者でもなく、解説者なのである、と言っている。

⑥ ヴィーシンスキー・ユードイン・トレイニン等が、この立場に立っていることは、ヴィンズスキー「ソヴェエトの法」「ソヴェエト社会主義的法科学の基礎的課題」・ソヴィエト科学アカデミー「国家と法の理論」・ユードイン「社会主義と法」・トレイニン「国家と法との関係」等を見れば明らかである。

⑦ 黒田了一教授が、「広汎な人民の革新的立場に立って、その実質的な自由・人権を護りぬくような方向における憲法の解釈こそ、真の憲法学の名に値すると考え」（「学習憲法学」一一二―三頁）られているのは、恰かもこの趣旨のことを言われているのである。しかしそれは、法の正しい解釈のための一条件であって、しかもすべての条件ではないことを知る必要がある、と考える。

（三） 理念としての通説と正説

以上に於て私は、法解釈に於ける通説と正説との異なること、及び正説とは如何なるものを言うのであるか、と云うことについての私見を述べたのであるが、私見は、通説と正説との関係について、「在るべき通説」、または理念としての通説は、まさに正説たる通説でなければならぬ、と考えるものである。言い換えれば、それは正説が通説にならなければならぬ、と言う主張である。

この私の学問的希望または主張、すなわち一つの理念は、言うまでもなく、学界に於ける通説についても、権力関係に於ける通説についても、また大衆支持の意味に於ての通説についても、同様に言われるべきことであつて、すなわち正説が、一貫して、右の第一次的領域にも、第二次的領域にも、さらにまた第三次的領域にも通説として存在するにいたるべきものである、と云うことである。それはつまり、ゾルレンとしての通説であるが、しかし現実の問題としては、常にこのような理念としての正説的通説が在るわけのものでないことは、前述したとうりである。すなわち通説の概念は、さんねんながらこれを正説との合致に於て定立し得ないのである。それ故に、すくなくとも通説を混同して正説の如くにこれを取り扱うことは誤りである、と言わねばならない。

すなわち現実と理想とは峻別さるべきものであり、しかも、このような現実に於て、理想を忘却してはならない、と云うことは、通説の問題の考察に於ても、きわめてたいせつだ、と云うことを痛感しながら、尚お考察すべき関連的諸問題（例えば、学派の問題や国家形態との関連の問題等）を省略して、いちおう、ここで、この試論を結んでおくことにしよう。