

論  
説

植松法理論が残した遺産と課題

——レトリック法理論の新たな再生へ向けて——

大 森 秀 臣

……このエンチユメーマーというのは、ご存知のように、結局はレトリックの伝統に抜き差しならない関係で結びついているというようなどころへ勉強が進んでまいりまして、レトリックの勉強を始めたわけでありまして。……今後はそういうような方向へ加藤先生の健全な思弁を、その背後にはよく生きると言うことへの関心があるわけですが、つないで研究をやってまいりたいと願っています。

——植松秀雄「加藤法哲学の現代的射程」のコメントより

- 一 はじめに
- 二 前期——体系思考と問題思考との間の揺れ
- 三 中期——レトリックへの着目
- 四 後期——体系思考に対する問題思考の構造的優先性
- 五 植松法理論が残した課題を受けて

## 一・はじめに

本稿の目的は、法的思考論におけるレトリックの再生を目指した植松秀雄教授の諸論考を整理・検討することを通して、レトリック法理論の新たな再生に向けて一つの道筋をつけることである。

レトリックは、もともと古代ギリシャに端を発し、西欧社会において自由学芸の一分野として長いあいだ受け継がれながら、現代では既にほぼ死滅したに等しい知識と言われることがある。確かに古代史研究や言語学の一分野としてならともかく、少なくとも法学分野においては、古代ローマ時代の隆盛以来、これまでその意義が十分に認知されてきたとは言い難い。こうした中、レトリックの技術を法学や法実務に再生しようという動きがかつてあった。ドイツのテオドール・フィーヴェク (Theodor Viehweg) やベルギーのカイム・ペレルマン (Chaim Perelman) らの労作は、西欧学問から失われたレトリックの伝統を法学分野で再生しようとしたものであり、それらの影響は、西欧と異なりレトリックの伝統を有さないわが国にも波及したのであった。この流れの中で、レトリック法理論研究の第一人者として知られているのが故植松秀雄教授であり、上記の海外の動向に刺激を受ける形で教授は、六〇年代から九〇年代にかけて数多くの論考を公表してきた。しかしながら現在、確かにレトリック法理論を対象とする貴重な研究もありその命脈は保たれてはいるが、法的思考論の中で広く関心を引いているとも、全体として活況を呈しているとも言い難く、レトリック法理論の再生の火も消えかかろうとしている。

そこで本稿では、レトリック法理論の重要性を再度見直そうとする観点から、植松教授の成果と業績を整理統合した上で、その法理論が残した遺産と課題を検討し、レトリック法理論の新たな再生の道を開くことにしたい。本稿の方法論と観点は以下の通りである。

まず本稿で対象にするのは、植松教授が公表された数々の論考である。残念ながら植松教授は、レトリック法理論に関する体系書を生前に残されなかった。そのためわれわれは、その全体像を体系的に理解する道を既に失っている。そこでまず植松教授が書き残した諸論考をもとにして、それらを時系列的に再構成し、前期・中期・後期に分けて理論的変遷を通観することを通して、その全体像を浮き上がらせるといふ手法を採りたい。ただし諸論考をただ時系列的に並べるのではなく、諸論文の中に伏在する思惟原理を析出して、思考の軌跡を漸次的に発展するものとして再構成する。一般に、研究者が自らの研究を次々に公刊される業績の順列通りに単線的に進展させることはむしろ稀であろう。ほとんど多くの思想家の著作においては、自らの内に秘めている思惟がある論考で提起されても次の論考では息を潜め、しばらく沈静した後で突如として再度噴出することもままある。そのため思想家の著作群をたんに時系列的に並べ立てても得るものは多いとは思われない。そこで思想家の軌跡を、多少前後しながらもある時期に共通して見られる特徴を分類して、それを漸次的に発展するものとして再構成することも許されよう。<sup>(1)</sup>

これらの論考を再構成する観点について。本稿では、前期・中期・後期のそれぞれの時期に、「植松教授の思惟において体系思考と問題思考のいずれがウエイトを占めていたか」という視座から諸論考を整理し、思惟原理を析出することにしたい。最初の論考から最後の論考まで、植松教授の頭を終始悩まし続けたのは、法的思考の本質が体系思考にあるか、あるいは問題思考にあるか、という問いであったように思われる。ここで言う「体系思考」と「問題思考」とは、教授自身の定義にならって、だいたい次のような意味で捉えておく。前者は、法的思考論で言ういわゆる「教義学的思考様式」のことであり、実際の具体的・個別的紛争において争われる事実的問題が生じる以前に、権威的規範体系として確立された法的ルールや原理を、それらの問題に論理演繹的に適用することを通してそれらを解決しようとする思惟様式のことである。それは、やや大雑把で異論の余地もあるだろうが、本稿の関心からあえて単純化し、法実証主義、概念法学などといった系列に結びつくものとしてグルーピングしておく。後者は、

いわゆる「探求学的思考様式」のことであり、解決基準としての規範は実際の具体的・個別的紛争において争われる事実的問題の中で類推的に発見されるとする思惟様式のことである。ここでもそれは、レトリック論、トピック論、スタトゥス論、ゼーテマなどの系列に連なるものとしてまとめおきたい。植松教授は、この体系思考と問題思考の両軸の間で、法的思考の本質をどのように捉えることになるのか。これが植松教授の研究人生を終始左右することになる問題構制である。本稿では、これを軸に植松教授の諸論考を整理・統合することにした。

本稿の構成は以下の通りである。2. では前期の植松法理論をとり挙げ、それが概念法学的体系思考への反省から体系の出発点への探求を始め、法的思考の本質を体系思考に見たり問題思考に見たりした「揺れ」の時期にあったことを明らかにする。3. では中期をとり挙げ、植松法理論が問題思考に徐々に傾倒する中で、問題思考の技術としてレトリック法理論に着目をし、その可能性を検討するようになる姿を描く。4. では、後期をとり上げ、前期の「揺れ」への反省と、中期のレトリック研究の成果を踏まえて、法領域におけるレトリックの意義を積極的に承認し、体系思考に対する問題思考の構造的優先性を明確に主張するようになる経緯を明らかにする。最後に5. では、植松法理論の残した理論的遺産を確認して、体系思考と問題思考との相互連関の承認に向けた今後のレトリック法理論の新たな課題を開くことにしたい。

## 二. 前期——体系思考と問題思考との間の揺れ

植松教授の問題関心は、一貫して法律学の学問性の解明という大きなテーマの下、いわゆる法律学的方法論を主たる対象としており、「法律学や法実務で用いられる思考様式の本質とは何か」を明らかにすることにあつた。<sup>②</sup>とりわけ植松法理論の前期を彩るのは、体系思考と問題思考との間の二元論である。大まかな経緯を先取りすれば、研

究の当初には、概念法学的体系思考に対する批判という文脈で、体系思考の根源や出発点への探求が関心を占める。前期の中頃から、体系思考と問題思考との間の揺れが見え始め、終盤にかけて体系思考の擁護から問題思考への傾倒が見られるのである。

## 二・一 前・前期——法的思考の出発点の探求

六六年論文は、植松教授が着手した研究の処女作に当たり、その題名「法学方法論の一考察」が表わしているように、すでに教授の関心が法的思考論にあることを告げるとともに、その研究の基本的姿勢をすでに垣間見せている。法学における概念構成と体系構成は、不可避的に「現実乖離化」「意味空虚化」のモメントをはらむが、新カント派のエミール・ラスク (Ernst Lask) の目的論的概念構成をヒントにすることによって、法学的構成が対象とする現実そのものがすでに、目的論的・価値的関与を加えられた前科学的現実であると捉えることにより、かろうじて「現実」「生の具象性」「多様性」とのつながりを失わずに済むとされ、論考の末尾に、そのような前科学的世界認識は、生の経験世界からの拘束を受けないのか、という疑問が呈される。

この六六年論文の中で特に注目されるべきは、体系思考の極致としての概念法学に対する批判がすでに表れていることである。その基本的姿勢として、体系思考の抽象化・形式化に対抗しながら、生の具象性・多様性を概念体系に反映させるべきことが説かれる<sup>③</sup>。一方では、概念そのものが原理的に抽象性・形式性をもつことを認める点で体系思考に一定の役割を見出しながら、他方で概念の現実遊離化・意味空虚化を避けるために、「概念の实在地盤への順応」を説き<sup>⑤</sup>、法律学的概念が依拠するのは価値関係的・認識的な現実であるとするラスクの主張を評価することによって、概念法学的体系思考の限界を越えようとする。だが論考の末尾には、法的概念構成に対する現実側か

らの拘束がラスクにないことに対して疑念が呈せられている。<sup>(7)</sup>この疑念は、概念の外側に客観的な現実世界があることを想定しており、後述のように法的レトリックの「非存在論的」次元を指摘する教授の後期思想との間に齟齬があることは否定できない。だがそれはまた、概念との対比で「現実」という表現を使っているもの、法的概念体系が形成される前段階への関心、言い換えれば法的思考の出発点への関心を表わしているともとれなくはない。中期のトピック論への関心の萌芽をここに読み取ることも、あながち行き過ぎとも言えない。

六八年論文では、ウルリッヒ・クルーク (Ulrich Klug) の所説を通して、類推推論の論理的構造が検証される。類推は形式論理には解消されず、実質的評価に服する、というのである。

この論文で注目されるべきは、それが類推という非形式的推論方式を取り上げることによって、論理演繹を旨とする体系思考とは別様の思考様式に意義を見出そうとしている点である。クルークの所説では、類推推論の論理妥当性は、類似圏があらかじめ確定されているという前提において、公理論的方法によってのみ得られるとされている。しかし、類推推論は、「何が類似しているか」について推論外的基準に訴えかけざるを得ないので、形式論理に尽きないのであって、その出発点は非形式的・実質的な何か、すなわち前提の獲得のために実質的価値判断を必要とする。<sup>(11)</sup>さらに形式論理外的な作用は、類推の類似圏の確定のみならず、法発見においてもあるとされ、公理論的方法や形式論理の不十分さが繰り返し指摘される。<sup>(13) (14)</sup>

このように六八年論文では、六六年論文における概念法学的体系思考が孕む限界の指摘をさらに進めて、クルーク的な公理論的方法論による類推推論の理解を批判的に検討することを通して、法発見プロセスにおける実質的基礎付けの必然性の指摘にまで進むことになる。ここには体系思考に対する批判と、とくにこの時期に通底していた、法的思考の出発点への関心がより鮮明に顕在しているのが見られる。それは、後の体系思考に対する包括的な批判

を予期させるものであり、問題思考への着目によって法的思考の構造を解明しようとする後の植松の理論的方向性を予感させる点で興味深い。

七〇年論文では、体系思考と問題思考との対抗関係が明確に意識されるようになる法律学の学問的性格を明らかにするというテーマを正面に見据え、クルークの公理論的・体系的思考を批判し、フィーヴェクのトピック論を紹介した上で、トピック論の視点から体系学的思考の問題点を摘出する。

七〇年論文で特筆すべきは、ここではじめてフィーヴェクのトピック論への言及が見られ、それを問題思考の範疇に分類し、体系思考に対抗する思考様式としてここではじめて位置づけていることである。<sup>15</sup> ここで体系思考の代表格としてやり玉に挙げられるのは、六八年論文を引き継いでクルーク、そして新たにルドルフ・シュタムラー (Rudolf Stammeler) であり、彼らの説く公理論的方法や形式的概念ではそれ自体の足場を与えることができず、「実質的認識による支え」が必要であり、<sup>16</sup> 経験的表象に導かれざるをえない、とされる。<sup>17</sup> そしてこの論考においてはじめて、公理論・形式概念の足場を与えるものとして「トピック」観念が導入され、問題思考の重要性が説かれるのである。フィーヴェクによれば、トピックとは問題思维の技術であり、問題解決のために選択される諸視点を与える手助けをする (トポイ・カタログ)<sup>18</sup>。フィーヴェクが示したのは、法律的概念構成——公理の選択と計算 (形式) への意味規定——の場面においてトピックを排除することができず、それを積極的に組み入れるべきだということであった、という。<sup>20</sup> そして法学の思考において、トピックの有効性が認められなければならないとして、フィーヴェクのトピック論を積極的に評価しているのである。<sup>21</sup><sup>22</sup>

このように初期の三つの論考では、次第に体系思考と問題思考との二分法が意識され、体系思考に対して一定

の意義を認めながらも、体系思考に回収されない問題思考の存在意義を次第に認めていく植松法理論の初動の様相を見ることが出来るだろう。この段階では、まだ問題思考様式としてのレトリック法理論は本格的に取り上げられてはいないものの、そのための素地はこの時期にすでに用意されていたと考えることができよう。

## 二・二 前・中期——揺れのはじまり

この時期から、法的思考において体系思考と問題思考のどちらをより本質的とみなすかについて次第にはつきりとした意識がみられるようになる。

七一年論文は、「法解釈の科学性」という題名でおそらく大部の連載を予定されていた未完の論考で、そのうちの第一章の前半部分である。次の七二年論文と同一の題名でそれぞれ連載論文の一部ではあるが、ここでは別個の論文として扱う。ここでは、ドイツのいわゆる概念法学を法律実証主義と事実上同じ範疇にあるものとし、それらに共通する独特の法適用観——国家が制定した法規を中心に形式合法的に論理的作業をするのみ——と裁判官観——法創造を禁止された自動機械とみなす——を批判して、自由法運動が展開される経緯を明らかにしている。

七一年論文では、植松教授が論じていないことの方がむしろ関心を引く。すなわち七〇年論文で触れられたフィーヴェクへの言及がここではいっさいない、ということである。後に中期において植松教授がフィーヴェクへ非常に頻繁にかつ重要な点で依拠していることを先に知っていれば、読者は肩透かしを食らうことになる。もし植松法理論の展開が体系思考から問題思考へとという単線的な流れであるならば、この時点でフィーヴェクのトピック論が教授の関心を占め、その可能性がもつと積極的に論じられたはずである。しかし実際にはそうではなかった。この事実



は、後でも見られるように、植松法理論が単線的にはなく、体系思考と問題思考との揺れの中で、複線的・漸次的に展開されたとの理解を支持する証左の一つであるように思われる。

七二年論文は、七一年論文を引き継ぐ「法解釈の科学性」第一章の後半部分である。ここでは、前論文で検討したように概念法学・法実証主義的な客観説を批判しつつ、他方で法解釈の学問性・科学性を狭く理解しがちな主観説をも退け、日本の法解釈論争に影響を与えたドイツの法解釈理論、すなわちハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の「枠」の理論やカール・エンギッシュ (Karl Engisch) の客観的／主観的規範概念の区別を整理・紹介することを通して、主観説（法解釈は裁判官の意思の問題）と客観説（むしろ認識の問題）のいずれをも超える第三の法解釈学の道を見出そうとする。

七二年論文で注目されるべきは、法解釈を裁判官の恣意的判断とする主観説の陥穽を避けつつ、それと同時に既存の法秩序から解決基準を導き出せるとする客観説を折衷するドイツの理論動向から示唆を受けながら、ここでは客観説として定位される体系思考の可能性の検証に進もうとしている点である。確かに植松教授は、同時代のドイツの法理論に強い関心を示している。たとえばケルゼンの「枠」の議論は、法適用は法解釈の必然的・内在的側面であるとして、両者を融和的に理解する植松教授の基本的な考えに沿うものであると評価され、法解釈者の客観的認識と主観的意思の交錯を説いていた、とされる。さらにエンギッシュの所説について、彼が法解釈を主観的評価の問題として捉えていることに対し「若干の疑問を禁じえない」として、法解釈が主観的側面だけに尽くされないことと論じるとともに、<sup>28</sup> 彼が客観的規範的概念の意味解明のために「堅固で確実な伝統の追求」を力説していることについて、そこにも主観的意識が働くことがあるのではないかと疑念を呈しながらも、<sup>29</sup> エンギッシュの極端な客観説と主観説を退ける姿勢を評価する。<sup>30</sup> そして論文の末尾において、この章以降、法解釈学の本質は客観的認識である

ことを前提に論じられるであろうことが予告される<sup>(31)</sup>。法解釈の「科学性」を問題とする以上、それがどこまで判断ではなく認識でありえるかが焦点だ、というのである。

先述の通り、七一年と七二年論文は同じ論考「法解釈の科学性」の第一章を構成するにすぎず、これが未完に終わったために、その先にとのような展開が待っているのかを永遠に知ることはできない。だが目次には、「第二章 法解釈学の科学性への疑念」「第三章 ヘック・利益法学の現代的意義と問題点」「第四章 『評価』法学とその意義および限界」「第五章 結び」と書かれており、内容の細部はともかく、ある程度の予測はつく。とくに注目されるのは第二章であり、「法解釈学の科学性への疑念」とあることから、法解釈は客観的・科学的認識であるとの説、言い換えれば体系思考を肯定的にはなく批判的に考察しようとしていたのではないだろうか。続く第三章・第四章では、その観点からの同時代のドイツ法理論の検討を予定していたのではなからうか。だがこれはあくまで予測にすぎない。実際、植松教授はこの未完の論考を寝かせ筆を置いたまま、四年の空白期間を過ぎすことになる。だが目次から体系思考への批判的考察に進むのであろうと予測した読者の期待は、四年後の別の論考にて完全に裏切られることになる。

## 二・三 前・後期——大きな揺れ

この四年間に、植松教授に学問上どのようなことが起こったかを知ることにはできない。しかしわれわれは、この四年間を「書かなかった」期間ではなく「書けなかつた」期間としてその意義を考えてみることはできる。すなわち七一年と七二年論文で体系思考から離れていこうとした教授は、その方向性が本当に法的思考の本質を突くこと

になるのだろうか」とふと疑念をもつようになっていたのではないか。だからこそ「法解釈の科学性」論文は、その先を書かれることなく、未完に終わらざるを得なかったのではないか。そうでなければ説明がつかない——四年度の論考にて植松教授が体系思考への全面的擁護を表明することになることを。

だがその予兆はすでにあつたのだ。法解釈の客観性志向——体系思考への傾倒——は、すでにフエーヴェクへの言及が表れた七〇年論文にて吐露されていたからである。植松教授は、トピック論のフエーヴェクを好意的に評価する一方、フエーヴェクのトピックには、「いささか疑問が残されて」おり、「学問的甘さがみられる」とする。<sup>32</sup> なぜならばトピックは、臆説（ドクサ）を根拠に据えており、法律家を拘束する実質的視点にはなりえないし、<sup>33</sup> また彼は公理的・演繹的体系だけを体系一般に代表させた上で「体系かトピックか」という誤った二者択一にしているからである。<sup>34</sup> むしろヘルムート・コイニング（Helmut Coing）の所説に依拠しながら、法体系を「法諸命題の内的基礎づけ連関」という意味において、体系は新たな問題につねに開かれ動的に対応しているものとして理解すれば、<sup>35</sup> 「体系思考は、法律学において否定されえない、<sup>36</sup>」というのである。

このような体系思考への傾倒が植松法理論に伏在していたことを知っていたならば、断筆期間後はじめて公表された七六年論文はそれほど驚きではないはずだ。この論文で、教義学は法律学にとって不可欠の構成部分であると、体系思考への傾倒が明らかにみられるのであっても。

ここでは、意見の確定（教義化）と裁判官の拘束（体系構成）の二局面からなる教義学的思考は、法律学にとつて不可欠の構成部分である、とされる。<sup>37</sup><sup>38</sup> 世に広まっている概念法学批判は、権威と理性を分離する啓蒙主義思想に染まったものにすぎず、ハンス・ゲオルク・ガダマー（Hans Georg Gadamer）のように理性によって根拠づけら

れるものを權威とする考えに基づけば、このような概念法学批判は、法律学の教義学性の一面を対象とするにすぎない。教義学的思考は、意見の真理追求の尋問を断つという点で、法的安定性の観点からは認められなければならない。<sup>(39)</sup>

確かに七六年論文は、植松法理論の前期のみならず期間全体を通観しても極めて特異な位置を占めている。それは、体系思考への全面的な擁護論という意味では、中期以降の問題思考、探求学、レトリック論への関心との間に矛盾があるようにさえ見える。だがそこに植松教授の思想的未熟や不備を読み取るのは必ずしも正しくない。むしろそこに、前期を彩る二つの極の間での「揺れ」が体系思考の極に傾いた瞬間をみるのが適切であるように思われる。<sup>(39)</sup>

というのも、一年後に公表される七七年論文では、早くも「揺り戻し」とでも言えるような傾向がみられるからである。七七年論文は、前年の日本法哲学会学術大会での報告をもとに執筆された論考であり、統一テーマの「法学と実定法学」が示すように、この二つの法学分野の特徴づけや相互連関を主たる関心とする。

ここでは、法律学Ⅱ教義学と法哲学Ⅱ探求学とを区別したうえで、法律学は教義学的契機を有しながらも探求学としての法哲学を必然的に要請している、と論じられる。一方では教義学的思考は、社会的行為規範の提示という意味で、法律学の本来的地位を占める。<sup>(40)</sup> だが他方で、法律学は小前提の確定段階で事実の包摂を行う必要性から、実在と必然的にかかわらざるを得ず、<sup>(41)</sup> また大前提の「何が法であるか」を確定する段階においても「正義の実質規準」の追求を行う必要性から、<sup>(42)</sup> 法律学には本来的に探求学的契機が含まれる、とする。<sup>(43)</sup> 法律学はもちろん探求学的契機に偏ってはならないが、だが「教義学(的思维様式)への專一的、独裁的支配」に陥つてもならない。<sup>(44)</sup> 法には社会秩序を批判する機能を担わなければならないがゆえに、無限の真理追求を切断する教義学は「はつきりと重大な

限界となってくる」のであって、ここに正義の実質規準の追求を課題とする探求学としての法哲学の契機が存する、<sup>(45)</sup>という。

七七年論文は、前年の学会報告をもとにした論考であるために、七六年論文と執筆時期が重なっていた可能性も十分あるが、しかしこの二つの論文の間にはやはり重大な相違と進展があると考えなければならぬだろう。<sup>(46)</sup>すなわち七六年論文では、法学は教義学を重要な契機とするとして体系思考への極への接近を示していたのに対して、七七年論文では、法学には教義学とともに探求学の契機も本来的に孕んでいるとして、問題思考の方へと再度戻ってきている、ということである。ここに植松法理論が体系思考の極から問題思考の極に揺れ戻る様をみることもできよう。

問題思考の極への近接は、七八年論文においてさらに進むことになる。この論文では、カール・ポパー (Karl Popper) の批判的合理主義を受け継ぐハンス・アルバート (Hans Albert) の自然法否認論を題材にしながら、自然法に見られる根源適及の遮断作用を批判的に評価し、法学は実質的正義の探求に努めるべきことを主張する。<sup>(47)</sup>アルバートは、自然法論が自然法を根源適及の遮断作用を有する権威的ドグマとしてその宗教性を批判し、そして自然法論とその現代の仲間たる「普遍的ヘルメノイテイク」が、法実務と法学を切り離さず、正当化<sup>(48)</sup>基礎付けを旨とする法実務と純粋に認識を提示する法学を混同している点を批判する。<sup>(49)</sup>これに対して植松教授は、アルバートの基礎付けの企ては実質的正義追求の意味で肯定されるべきではあるが、<sup>(50)</sup>アルバートの批判は、裁判官が一定の基準から基礎づけを行うという実用性の要請がある法実務には当てはまらないのであって、むしろ彼の批判は法学に向けたものと解するべきである、とする。<sup>(51)</sup>しかし基礎づけ追求は、法実務のみならず、正しき法的決定の認識の解明を目指す法学においてもなされなければならない。

われわれの関心は最後の結論部分にある。植松教授は、上記の法律学の基礎づけの試みの一つとして、自然法論には一定の意義があるとすると同時に、そのような関心からアルバートとは異なるヘルメノイティクの理解——ガダマーの哲学的ヘルメノイティク——も一考に値するとして、「ヘルメノイティッシュな思惟地平を色濃く内蔵して」いるフィーヴェクの名をこの系列に挙げていたのである。<sup>53</sup> 自然法論に対する評価は、後の八三年論文において、それは法実証主義と共に「科学の哲学」であり「反レトリッシェ」な体系思考として否定的に扱われており、一見位置づけの点で矛盾しているように見える。しかしこの七八年論文では、アルバートの批判的合理主義による根源週及遮断への批判に対して、むしろ法律学における実質的正義の追求の必要性という文脈の中で肯定的に捉えている点を考えてみれば、むしろ自然法論の非体系思考的な側面に着目していると言える。そして、ガダマーらのヘルメノイティクとともにトピック論のフィーヴェクに言及していることは、問題思考への関心を徐々に取り戻しつつあることの表れとみることができよう。

だが植松教授の関心は、ここではまだトピック論ではなく、いったんヘルメノイティクに向かうことになる。<sup>55</sup> しかし七九年論文では、七八年論文に引き継いで、体系思考側の極からの離反がいつそう強められていく傾向がみられるのである。

この論文では「法がある」と言うことは、「法の文言の意味を事実関係との中で見出す法の適用・解釈の場面でのみ現れる」という意味において理解されることが主張される。エンギツシュやアルトツール・カウフマン (Arthur Kaufmann) によれば、法というのは法規範の中にいわば「完成態」としてあるのではなく、法規範を適用する過程において、「ただその時々、個別的・具体的な『事実関係』との連関でのみ成就されうるにすぎない」とされる。<sup>56</sup> そしてカウフマンは、この議論を「ヘルメノイティッシュな循環」という表現で自覚的・積極的に捉えているとし

て、ハイデッガーやガダマーらの普遍的ヘルメノイティクが検討される。それによれば、解釈とは前以つて与えられているものを無前提的に把握することでは決してなく、解釈されるものをすでに理解しているという前—構造の中で動くのであって、解釈されるものの存在に既に属している、とされる<sup>57</sup>。そしてこの循環は、方法的循環ではなく、「理解の存在論的構造契機」であつて、ヨゼフ・エッサー (Josef Esser) やカール・ラーレンツ (Karl Larenz) が述べるように、法解釈や事実関係の確定の場面において働いていることを積極的に認めなければならぬ<sup>58</sup>、としている。

植松教授がヘルメノイティクをどこまで問題思考と重ねて理解していたかは評価の難しいところではあるが、それが解釈の循環的構造を指摘している点で、法を完成された体系とし事実へ適用するだけと十分とする演繹型の体系思考とは対照的な思考様式であると捉えていたことに間違いはなからう。この循環構造を法解釈や法適用の場面に見出そうとする植松教授の論述は、概念法学的・教義学的体系思考とは対立的な法解釈の見方を提示していることができる。そこには、体系思考からの離反傾向をよりはっきりと見出すことができる。このように植松法理論の前期の終わり頃には、最初の構想——概念法学的体系思考偏重への批判——に一巡して戻ってきた観がある。

以上前期の変遷をまとめれば、植松法理論は、体系思考と問題思考との間で大きな揺れを経験した、ということができらるだろう。それは、処女作である六六年論文において、体系思考への疑念とその根源への探求から出発し、次第に体系思考と問題思考という対立的な両極が意識され、未完成の論考を公表した七一年・七二年以降の断筆後、七六年論文において突如として体系思考の極側への最接近を見せた後、矢継ぎ早に出された七七年から七九年の論文において、体系思考から問題思考へと立場を漸次的に移行させていく傾向をみることができるだろう。こうした

前期の揺れの中で、フィーヴエクのトピック論・レトリック論への関心は、問題思考の評価の中において表れてはまた消え失せつつも、前期植松法理論の底流に流れ、そこにすでに胚胎していたと見ることができると言える。だがその本格的な展開は、一九八〇年代を待たなければならなかった。

### 三． 中期——レトリックへの着目

「揺れ」の前期より、体系思考から大幅に問題思考へと重心を移すようになった植松教授は、問題思考への傾倒をいっそう強め、その具体的技法としてレトリックに着目するようになる。植松教授は、フィーヴエクの所説に関する関心をすでに前期よりもってはいしたが、この中期からより明確にその理論的意義と重要性を積極的に承認するようになる。その転換の最大のきっかけは、植松教授自身がフィーヴエクの代表的著作『トピックと法律学』（一九七三年）を翻訳し、一九八〇年に公刊したことにあると言えらる。植松教授は同書を翻訳することで、フィーヴエクのレトリック法理論の細部まで通曉し、自らの法理論にそこから多くを取り入れることになったのである。いわば中期は、植松教授のレトリック法理論が開花する時期であり、その最も成熟した時代であったと言える。

植松教授は、八〇年の翻訳出版を果たすと、八一（a）年論文を皮切りに、矢継ぎ早にレトリックに関する諸論考を公表することになる。植松法理論は、フィーヴエクの所説を中心に展開していくことになるが、レトリック論の扱い方も多少の変遷を経ることになる。以下でみるように、中期のうち初め頃には、問題思考とレトリック論との関連が意識されはじめ、中頃には、レトリック論そのものの理解に労力が割かれ、終わり頃にはレトリック法理論の位置づけが問題にされるようになるのである。



## 三・一 中・前期——問題思考の技術としてのレトリックへの着目

八〇年代に入ると、翻訳出版を皮切りに、かねてから温めていた問題探求への関心を本格的に強めることになり、その具体的方法としてレトリックに積極的に着目するようになる。中期の初めころは、前期に引き続き、体系思考と問題思考との対抗関係が依然として意識され、レトリック論・トピック論への言及を伴って、問題思考への傾倒がはっきり示される。ここに挙げる次の二本の論文では、問題思考の重要性が語られるとともに、問題思考の技術としてレトリック論がはじめて取り上げられることになる。

八一(a)年論文は、八〇年代における植松法理論の新たな展開を告げる画期的論文であると考えることができる。それは、一九八〇年に開催された日本法哲学会学術大会での報告を受けて翌年に学会誌に掲載され、「法と言語」という統一テーマの下に「罪刑法定主義」の言語的側面を論じたものである。そのため植松法理論の変遷を時系列で通史的に追っているわれわれにとつて、全体的な流れの中ではやや迂回をしている観があるものの、レトリックへの言及がはつきり打ち出されている点は注目される。

この論文では、フィーヴエクのレトリック法理論が正面から扱われている。フィーヴエクによれば、西洋近代の諸理論は、非レトリック的な精神基調の下で進められ、統語論・意味論的に言語が用いられ、その実用論的な次元が無視されている、という<sup>(59)</sup>。対照的にレトリック的な言語観においては、「状況」における「聞き手関係」が重要であつて、言語の意味を状況独立的に定まるとする非レトリック的な言語観は短絡的であるとされる<sup>(60)</sup>。このフィーヴエクの言語観から日本の刑法学者の所説が評価される。すなわち現代の法学者の言語観は、罪刑法定主義の中に集約

され、木村亀二・平野竜一教授の所説に見られるようにそこには非レトリック的な言語観が伺われる、とする。<sup>(61)</sup>

ここで注目されるべきは、日本の刑法学者に流布している言語観が、「成文法の客観的意味の存在を信じる構文論・意味論に根差している」という考えにとらわれているとされ、これまで概念法学や教義学と互換的に言及されてきた体系思考がレトリックの観点から言語論的に問題視されている点である。そして植松教授は、罪刑法的主義はレトリック的な見地から再検討を要するとして、語用論的に転換されるべき必要性を説くのである。<sup>(62)</sup> 確かにこの論文では法的思考の一般的性質というよりも個別法分野の原則に目を向けて罪刑法定主義を対象にはいるが、基本的にはレトリック論の状況的・語用論的次元から体系思考の難点が指摘されており、体系思考の対抗原理として、あるいは問題思考の積極的・具体的手法としての役割がレトリックに期待されていることが伺われるのである。

八一(b)年論文では、前期で焦点となった体系思考と問題思考との対比が再び登場し、問題思考への積極的承認が鮮明に述べられる。この論文は、罪刑法定主義の言語的側面を論じた八一(a)年論文を受けて、刑法学者庄子邦雄教授の犯罪論を対象にそれを批判的に論じている。「犯罪論体系に問題思考はあり得ない」とする庄子邦雄教授に対して、フィーヴェクのレトリック論に依拠しながら、問題思考そのものがトピックという可変的な体系をもとにした思考であることを指摘する。

とりわけ注目に値するのは、フィーヴェクのレトリック論が、問題思考にアクセントを置くものであると理解している点である。<sup>(63)</sup> この論考においてはじめて、レトリックが問題思考の一つの手法であることが明確に意識されるのである。すなわちレトリック論は、たんなる非体系思考的な理論だ、というわけではない。フィーヴェクは、エングリッシュの批判に反論する中で、近代において「体系は演繹体系と同一視されてきた」と述べているが、<sup>(64)</sup> しかし問題思考の中にも(疑似)体系はあるのであり、それを「トピーシユな体系」と呼んでいる。<sup>(65)</sup> ただしその体系は、

ある種の「自己矛盾」でもあって、あくまでも多種の個別問題に定位されるがゆえに、体系が有する統一と秩序という内在的価値を減じるものと捉えられる。<sup>(66)</sup>そこから見ても、莊子教授の「犯罪論で問題思考は許容されない」という主張は、「問題思考が反体系的である」という近代西洋の精神基調にも通底する、非レトリックの観点からのレトリックの誤解にもとづいているのである。<sup>(67)</sup>

だがこれは莊子教授に対する批判に止まらず、植松教授自身に対する自己批判でもある、というのだ。植松教授は、体系思考を擁護した七〇年論文において、フィーヴェクを非レトリックの精神基調の下で理解していたことについて、次のような驚くべき反省の言葉が述べられるのである。

このことは、痛恨の念を伴った自分への反省なのである。わたくしは、かつてこの誤りを犯したことを告白する。<sup>(68)</sup>

この言明は、注の中で軽く触れられているにすぎないが、植松法理論の変遷を論究するわれわれの関心からすれば決定的な一文である。というのも、かつてのフィーヴェク評価に対するこの否定は、かつて七六年論文にて、体系思考への全面的擁護に転じた立ち位置を自己否定する言明としてさえ捉えられるからだ。それは、この八一(b)年論文の「問題思考」という題名、そしてフィーヴェクへの明示的な依拠とレトリックの積極的評価とともに、植松法理論が体系思考から問題思考へと舵を切ったことを端的に示しているように思われる。

八〇年代に入ってから公表された上記の諸論考は、前期の揺れを脱して、はっきりと問題思考の極側への移行を示すものであった。それは、フィーヴェクとレトリック論の積極的承認において明らかである。だがまだこの時点

では、植松教授は問題思考の具体的手法としてのレトリックについての理解が十分ではなかったようである。そこで教授の関心は、レトリックそのものに向いていくことになる。

### 三・二 中・中期——レトリックに関する諸観念の理解

植松教授は、八一(b)年論文以降、法学領域における体系思考の縮約版としての刑法学——とりわけ罪刑法定主義——との対決から次第に離れていくようになる。中期の中頃においては、前期を彩った体系思考と問題思考との対抗関係への関心は息を潜め、次第に問題思考の技法としてのレトリックそのものの理解に関心を移すことになる。この中期の中頃において公表される諸論考は、植松教授自身、レトリックについて学び始めたばかりであったせいかも知れないが、全体としてまともに欠ける観がある。おそらくレトリックに関する諸観念の整理と理解を主たる研究目的としていたからであろう。したがってこの時期に植松法理論は、停滞期とまでは言えないが然りとて目覚ましい発展を見せたわけではなく、むしろレトリック理解の拡大と深化を見せたにとどまると言えるかもしれない。ただ本稿が明らかにするのは、あくまでも植松法理論の進展のあり様であって、そのレトリック理解の内実ではない。この時期に公表された諸論考は、その意味では余りに雑多で、われわれの関心をひく箇所はそう多くはない。そこで、以下では植松教授の思想の軌跡を追う上で最小限必要となる限りの知見を抜き出し、ごく簡単にまとめて紹介するだけにとどめておきたい。

その際に、この時期の諸論考を貫いているように思われる次の二つの関心を軸にして整理することにする。

## ①レトリックの諸観念の整理

argumentatio (弁証)、invento (発見)、トピクなど、アリストテレスやキケロー以来、古典的レトリックに付随してきた様々な観念の理解。

## ②レトリックの性格付け

レトリックが有する語用論的性格、スタトゥス論、状況における問い・行為の優先性、非存在論的性格等々の確認。

八三(a)年論文は、当時第一線の法哲学者たちが寄稿した論文集に収められており、出版物編成上の都合のせいか、植松法理論の進展の大筋から見れば若干の脱線の観もなきにしもあらずだが、しかしはじめてタイトルに「レトリック」という言葉が登場することからも伺われるように、正面からレトリック法理論に焦点を当てた論考である。この論考は主に①レトリックに関する諸観念の整理を目的とする論考であると見ることができるとくにレトリックとの関係が深いのは次の二点である。<sup>(9)</sup>

ひとつは、フランツ・ヴィアッカー (Franz Wieacker) のトピク批判の検討である。ヴィアッカーは、トピクは、現代の価値多元的社會では「コンセンサス形成能力」はなく、専門法律家のみアクセス可能な「ツンプト的排他性」を孕んでいる点で、法実践<sup>II</sup>法の賢慮を指導・牽引する学問性をもちえないと批判する。<sup>(10)</sup>これに対して植松教授は、「今日哲学が言語懐疑に終わっているところで、かつてレトリックが始まった」とのオットマー・バルヴェク (Ottmar Ballweg) の指摘や、ペレルマンの「普遍的聴衆」に訴えることによってごく簡単に反論する。<sup>(11)</sup>

もうひとつは、エルンスト・ロベルト・クルティウス (Ernst Robert Curtius) とマルティン・クリーレ (Martin

Krile) の所説を頼りに、レトリックとトピクの関係が検討される。トピクは、レトリックの中心に位置し、古代レトリックが分割した五つの部門のうち、最も重要な発明 (inventio) の部門、そのうちその細分という証明 (argumentatio od. probatio) にかかわる論拠であることが確認される<sup>(72)</sup>。

八三(b)年論文も、八三(a)年論文と同様に法哲学者の寄稿による論文集に収められているが、引き続きレトリックそのものを対象にした論考であり、①レトリックに関する諸概念のうち、その中心的概念——とりわけスタトゥス論——が取り上げられ、そこから②レトリックの性格が検討される。

①レトリック論の中のスタトゥスがどのような位置を占めるかが検討される。スタトゥスとは、法廷弁論における「汝は為せりや、為さざりしや fecisti, non-fecisti.」の形で行われる「係争の問い」<sup>(73)</sup>あるいは「談論対象の組成」<sup>(74)</sup>である。それは、レトリックの五部門のうち inventio や disquisitio に先立ち intellectio に対応し、argumentatio にまで浸透するところから、レトリックそのものの構造を強く規定するものであるとされる<sup>(76)</sup>。

②スタトゥス論が中心的位置を占めることから、レトリック論における「問題」「行為」の優位性が確認される。スタトゥス論から得られるのは、談話構造における問い (quaestio) の優先であり、状況 (status) における行為 (opus) の優位である。そしてスタトゥス論が①でみたようにレトリックの中心的位置を占めるとするならば、そこからレトリックの「状況的」「語用論的」性格が明らかにされる、という<sup>(79)</sup>。そしてレトリック法理論は、状況において言語⇨論理 (verba) と行為⇨倫理 (opus) の結合を解明しようとするものであると特徴づけられるのである<sup>(80)</sup>。もちろん本稿の関心からは、ここに問題思考としてのレトリック論の位置づけがなされている点に着目されるべきであることは言うまでもないだろう。

八五年論文は、「法律学の実用性」という題名が示すように、むしろ前期の問題関心に則しているようにみられるが、内容的にはその解明のための準備と前提確認にほぼ終始し、八三(a)年、八三(b)年論文と同じく①レトリックの諸観念の整理と②その性格付けに多くの紙面が割かれている。法律学と法実践との関係を、法律学内部の教義学と探求学との関係と捉えなおしたうえで、これらの関係は、レトリック論の言う議論状況への着目を通して、すなわち Argumentation の問答的構造を説明することを通して検討される。

Argumentatio の特徴づけは、先の八三(a)年、八三(b)年論文をほぼ踏襲しており、それが基礎づけ談論であり状況であること<sup>(81)</sup>、また「行為」と「聞き手」に脚光が当てられ、それがレトリックの構造をなしていることが述べられる<sup>(83)</sup>。

八六年論文は、法哲学年報に掲載され、八三(b)年論文と八五年論文の末尾に付されていた今後の課題——トピック論の探求——を受けて執筆された論考である。フィーヴェクの所説によりながら、当時注目されつつあったレトリック論を紹介し、それが法律学の学問性にどのようなインパクトを与えるかを付言する。ここでも中心となるのは、①レトリックの諸観念の紹介と②その性格付けであり、弁証と論証の相違、弁証の論証に対する先行性、近年の弁証への注目、レトリック論におけるトピック論の中心性、レトリック論の非存在論的性格など、レトリック論の中心的思想が簡明に解説される。

この時期には、体系思考と問題思考の関係は、次第に論証 (Demonstration) と弁論 (Argumentation) の関係に移し替えられて考察されるようになる。フィーヴェクによれば、理由づけ・推論は、弁証と論証から成り立つ<sup>(84)</sup>が、真なる公理を根拠とする論証は、それ自体としては公理を与えることはできず、論証体系の外部にある弁論に期待せざるを得ないがゆえに、弁証が論証に先にある、とする<sup>(85)</sup>。こうしたことを背景に当時のドイツ法哲学ではレトリック

クの弁証理論に関心が寄せられ、その中でもとくにトピックが中心的な役割を果たしていることが確認される<sup>86</sup>。だが弁論は、何が「真である」かが確定されていない中で求められている以上、いわゆるエンドクサを頼りにせざるを得ない<sup>87</sup>、という意味で「非」ないし「反」存在論的地平を有する、というのである<sup>88</sup>。

この論文は、前期で問われ続けた「体系思考と問題思考の対抗関係」が論証と弁論との関係としてレトリック論の内部で考察されていること、そしてエンドクサや非存在論的地平の主張とともに、「体系思考に対する問題思考の構造的先行性」という後期の思惟がすでにこの時期に胚胎している点で、まさに前期から後期にいたるまで、植松教授が思い巡らせた中期の軌跡を最もよく表わしていると評することができよう。

八三年から八六年にかけての植松法理論は、中期の初め頃に体系思考から問題思考へと舵を切ってから、問題思考の具体的手法としてのレトリックを導入するための準備の時期、すなわち①レトリックの諸観念の整理と②レトリックの性格付けに多くの労力が割かれた時期にあつた<sup>89</sup>。だが続く三年間は、ごく短い書評が書かれた八八年<sup>90</sup>以外、とくに本格的な論考は公表されることなく、これまでの準備期間の取り組みにいったん区切りがつけられる。ただしレトリックへの関心は、少しばかり視角を換えはするが、もうしばらく続くことになる。

### 三・三 中・後期——レトリック法理論の位置づけ

植松教授は、レトリックの理解を深めた後、次第にレトリック法理論の位置測定、とりわけ戦後ドイツにおける法哲学の諸潮流の中でのレトリック法理論の位置づけにウェイトを移すようになる。この時期に主たる関心は、単純化して言えば次の三つの文脈の中にレトリック法理論を位置づけることにあつたと言える。



- ① 現代のドイツ法哲学が語用論へ転回している中でレトリック法理論を捉える。
- ② 伝統的な存在論を超えて、非存在論としてレトリック法理論を捉える。
- ③ 現代ドイツにおける法的弁証理論とレトリック法理論との構造的つながりを確認する。

ただしレトリック論の位置づけへの関心そのものは、必ずしもこの時期に初めて登場するのではなく、すでに八三(b)年論文にて表れてはいた。この論文では、法哲学の伝統的な二つの潮流、すなわち自然法論と法実証主義が取り上げられ、その流れの中でレトリック論の位置が測定される。いわく、自然法論も法実証主義も「非」状況的であり反レトリック的であって、レトリック法理論は、伝統的なこの二つの潮流のいずれにも掉さすものではない、<sup>(91)</sup>と。七八年論文では、少なくとも伝統的な自然法論はその非体系的な側面に着目され、アルバートの自然法否認論を批判的に検証するという文脈ではどちらかといえば好意的に評価されている。<sup>(92)</sup>八三(b)年論文では自然法論は、法実証主義と同様に、哲学を論理学に還元しようとする「科学の哲学」に属する、むしろ体系思考の側に位置づけ直されているが、それは植松法理論が問題思考の観点から自然法論の評価を改めた結果であるかもしれない。それは、フィーヴェクへの依拠を通して、植松法理論が問題思考の極にいつそう近接していったことの一つの表れでもあるように思われる。

だがレトリック法理論の位置づけが本格化するのは、八九(a)年、八九(b)年論文からである。これらの論文は、おそらく三回連載の予定のはずが二回で中止されたらしい未完の論考である。以下、再構成をして要点を述べる。

植松教授によれば、当時ドイツ語圏の法理論で法的弁証理論が活況を呈しており、法思考のパラダイム転換を引き起こしている、<sup>(93)</sup>という。それは、「合理的弁証」という語がドイツ連邦共和国の連邦憲法裁判所の判決(一九七三

年二月(四日)にも表れているように明らかである。<sup>(94)</sup> こうした弁証への注目は統辞論・意味論から語用論への転換を意味するのであって、当時の学問状況を追ってみれば、論理実証主義を代表とする統辞論・意味論の隆盛から、<sup>(95)</sup> ポパーの科学哲学を媒介に、<sup>(97)</sup> スティーヴン・トゥールミン (Stephen E. Toulmin) を経てユルゲン・ハーバーマス (Jurgen Habermas) へ至る語用論的転換があった、と言える。<sup>(98)</sup> この中で注目されるべきは、<sup>(99)</sup> フィーヴェクによって構想されたレトリック法理論が語用論的転換の中で法的弁証の理論として登場したという文脈である。これら語用論的法理論の観点から、もう一度先の連邦憲法裁判所の判決を検討してみれば、裁判官は「実質的な国家法秩序の原則的な無欠缺性」を前提に「立法者の指図を可能な語義の限界内で個別事例へ適用するよう指図されてはいない」のであって、「実践理性の諸基準および『共同体の理由づけられた一般正義諸表象』にしたがって、この欠缺を閉ざす」ような仕方でも合理的弁証にもとづいていなければならない。<sup>(100)</sup> こうした判決には、「判決の理由づけにとつての、したがって法的弁証にとつての、ひいては法思考一般にとつての『問題』の重要性」が浮かび上がっている、というのである。<sup>(101)</sup>

これらの論文は、先に挙げた文脈のうち、①語用論的転回の中でレトリック論を位置づけるものであるが、レトリックを法的弁証理論と同じ文脈の中で捉えた上で、連邦最高裁判決を題材に、体系思考に対する問題思考の手法として弁証レトリックを位置づけていることが注目される。ただしこれらの論文はここで「未完」となっており、目次から推知するに続く第四章では『法的』弁証の条件」が執筆されるはずであったはずだが、その先に何があるはずであったのかを知ることがはやできない。<sup>(102)</sup>

- 九〇(b)年論文では 先の論文の示唆を受け、②弁証理論の「非」存在論的地平を主たる考察対象としながら、③レトリック法理論と弁証理論との関連性の究明が本格的に深められる。この論文では、ロバート・アレクシー

(Robert Alexy) の法的弁証の手続的理論との比較を通して、レトリック法理論が、アレクシーの手続的理論とともに「非」存在論的地平にあることを確認する一方、実体・対象をも取り込みえる手続理論として「問い」への着目が推奨される。

植松教授の理解では、アレクシーの手続的理論は規範命題の理由づけが無限後退に陥ることを避けようとして、「討議可能なものの枠」を狭めるために法秩序のルールを措定することになる。<sup>(10)</sup>しかしそれは、彼自身の意に反し理想的討議像を根底に据えており、その点で「非」状況的で、統辞論・意味論的次元にある、と批判する。<sup>(10)</sup>他方でそれは、レトリック法理論とともに存在論を拒否しており、その限りで非存在論的地平を志向していると評価する。<sup>(10)</sup>ここから位置関係を測定して、レトリック法理論は、カウフマンのような対象・実体に定位した法存在論と、アレクシーのような形式とルールに依拠する手続的理論の中道をいく「第三の道」を指すべきであるとする。<sup>(10)</sup>そしてこの第三の道を拓くためには、「問い」に着目することが条件であるとして、レトリック的観点からの法的弁証理論の可能性が示唆されるのである。<sup>(10)</sup>

アレクシーの法的弁証理論を比較軸に用いる論法は、九三(b)年、九九年論文でも繰り返されているが、この論文ではまだ好意的に評価している点が注目される。それは「非」状況的な点ではレトリック論と敵対的であり、「非」存在論的な点ではレトリック論と親和的である。この時点で植松教授は、アレクシーの手続的理論との比較を通して、レトリック理論が「非」存在論的ではありながらも、純粹に形式や手続に還元されない、対象や主題の争いという意味での「問い」に拓かれたものであることを浮き彫りにしようとしているのである。

九三(a)年論文は、九二年の法哲学会学術大会で報告された内容を学会誌に掲載したものであるが、再び「スタトゥス」論に関心が向けられ、その検討を通して③レトリック論が法的弁証と構造的につながっていることが論じ

られる。

この構造上のつながりは、弁証の側からしても、レトリックの側からしても確認することができる、という。一方で法的弁証は、語用論的観点からみれば、語り手と聞き手の間の主張と理由づけの「争い」であると言えるし、対立する二つの主張を支える論拠の争いがあるという意味で、弁証を始動させるものは「問い」であると言える<sup>(10)</sup>。他方で、レトリック論では、レトリックとは「聞き手に対する語り手の説得の技術」であり、その四つの類のうち主要部門は *Argumentatio* であることが確認され、さらにレトリックで最も重視される「スタトゥス」とは対立する当事者の理由づけの争いを始動しかつその後の展開を支配する「問い」の形なのだ、とされる<sup>(11)</sup>。すなわち弁証とレトリックは、語り手と聞き手との「争い」という語用論的次元と「問い」の先行性を有する点で、構造上つながりがある、というのである。

これら①語用論、②非存在論、③弁証理論との関連を明らかにするという関心は、九三(b)年論文の中で集約的にまとめられることになる。この論文は、これまでのレトリックをめぐる諸論考をまとめた、中期を締めくくるにふさわしい集大成的な論文である。ここではフィーヴェクやアレクシーら法的弁証理論は、サヴィニー以来の伝統的解釈理論への対抗理論として、非存在論的地平にあることが述べられる。

植松教授は、日本の第二次法解釈論争の現況に焦点を当て、中期の初め頃に行った刑法学者との対決を再度繰り返す。木村・平野教授の刑法解釈理論に見られるように、日本の刑法学者は「拡張解釈は法の解釈で類推は法の創造だ」とする考えにとらわれているが、この考えは「法にはあらかじめ存在する言葉の意味がある」とする伝統的解釈理論に沿ったものであって、サヴィニーまで遡ることができる<sup>(12)</sup>。だが当のドイツ法解釈理論においては、シュナイダーやガダマーらの影響によって、語用論への「コペルニクス的転換」が起こっており、八九(a)年論文で引

用された七三年の連邦最高裁判決において「弁証」が言及されていることを再度挙げるとともに、アレクシーの法的弁証理論とフィーヴェクのレトリック論を取り上げて、ドイツ法理論が「非」存在論的地平への傾倒にあることが述べられる。<sup>(15)</sup>

この九三年(b)年論文は、このように中期にみられる論点を広く扱い、弁証Ⅱレトリック理論の位置づけを明確にしている点で、いわば中期植松法理論の歩みそのものであると評することができよう。ここには植松教授の思惟が次第に成熟していく様が伺われるのである。

このように中期では、植松法理論はレトリックとの関わりに終始した、ということができらるだろう。この期間では、八〇年代に入ってから問題思考の技法としてのレトリックの着目に始まり、問題思考の側に自らの立ち位置をはっきりと置いて、八三(a)年論文を皮切りに、次々とレトリックに関する様々な観念を取り扱いそれらの理解を深めた後、八〇年代末から九〇年代初頭にかけてレトリックをドイツ法哲学の文脈の中で位置測定をすることになる、植松法理論の軌跡をたどることができる。だが、この中期に温められたレトリックへの関心と知見は、初期において強く意識されてきた体系思考と問題思考との対抗関係の考察を忘れさせることはなかった。それは、問題思考への傾倒を明確にせしめ、体系思考との本格的対決にいたるところまで、植松教授の思惟を追い立てることになったのである。

#### 四 後期——体系思考に対する問題思考の構造的優先性

後年に入ると植松教授は、前期に見られた「揺れ」を完全に克服し、中期のレトリック理解を確立した上で、問

題思考への傾倒をはっきりと明言するようになる。この時期には「法的思考の本質は体系思考にあるか、あるいは問題思考にあるか」をめぐる逡巡はもはや表れない。植松教授は、レトリック論研究で深められた「論証」と「弁論」との関係をめぐる考察を、かつての体系思考と問題思考との間の関係に、すなわち法的思考の領野に適用することによって、一つのテーゼとして定式化するようになるのである。そのテーゼとは「体系思考に対する問題思考の構造的優先性」である。このテーゼは「問題思考が体系思考に優先されるべきだ」という単なる規範的主張ではない。このテーゼに含まれる「構造的」には非常に強い意味が込められている。すなわちそれは、「論証」が「弁証」を内在的に要請しているのと同様に、体系思考そのものがその出発点たる第一公理を与えることができず、問題思考のモメントに依拠せざるを得ない——つまり体系思考が問題思考に準拠する以外に道はない——ということを表わしているのである。言い換えれば教授は、体系思考そのものに問題思考が含まれているということ、すなわち双方を区別すること自体を否定している、ということである。法的思考の本質が現れるのは体系思考か問題思考かではなく、問題思考がなければ体系思考はありえない、つまり法的思考は問題思考を不可欠の前提とする、ということ。これが後期に到達した植松法理論のテーゼである。

後期の到来を告げるのは九三(b)年論文であるが、この論文は時期的には中期の終わり頃に属しており、その意味では中期から後期にいたる過渡期的論考であったと評することができるだろう。それは中期の関心に沿って弁証理論の「非」存在論的次元が述べられるばかりではなく、さらにアリストテレスの論証的／弁証的推論方式の分析まで立ち戻って、弁証が論証に先立つことが主張されるのである。

論証的推論方式は第一の真理まで遡らなければその正しさを主張できない点で、無限遡行か論理循環か教義化か——アルバートが「究極の理由づけ」の不可能性を指摘するとき用いる「ミュンヒハウゼンの三重苦」<sup>トリレンマ</sup>——に

陥らざるをえない。それゆえ推論は、論証のみに頼るわけにはいかなくなり、「真実である」ではなく「真実であると思われる」というエンドクサを推論の出発点に据える弁証に頼らざるを得なくなる。その意味で、弁証的推論方式は論証的推論方式よりも「位階的」に先行しており、構造的に優先する、という。<sup>18)</sup> 推論においては、論理とは結局理由づけや正当化の場面でのみ役立つにすぎず、弁証にとつては二次的・副次的でしかない。<sup>19)</sup> 法解釈の場面でも、その正しさを保証する合理性の規準として、「選択の平等は許されていない」のであって、論証的推論方式が依拠する「真実である」よりも、弁証的推論方式で用いられる「真実と思われる」が優先しなければならないのである。<sup>20)</sup>

植松教授の「選択の平等は許されていない」という言明は、論証と弁証のどちらか、言い換えれば「体系思考と問題思考のいずれか」などと問うことはもはや意味がなく、体系思考そのものが問題思考を内在的に要請している、すなわち体系思考に対する問題思考の構造的優先性のテーゼが端的に述べられているのである。ここには「揺れ」は少しも見られない。問題思考に自らの確固たる足場を置こうとする植松教授の不退転の決意が表れているように思われる。

続く九四年論文は、法適用過程における包摂の仕組みや性格を論じたものである。エンギツシユの所説によれば、法適用過程においては二つの包括があり、三段論法における大前提↓小前提を含めるという意味と、小前提において事実を法律に当てはめるという意味があるが、どちらにおいても推論⇨論理⇨論理それ自体では成立せず、それぞれ前提発見と、評価や同一視や解釈という推論外的作業を不可欠の要素とすることが明らかにされる。

植松教授によれば、エンギツシユは、まず前者の意味での包摂（大前提↓小前提）について、「推論」よりも「前提発見」を重視するが、その理由は、大前提がその時々々の所産でしかなく、推論外的な同定作業によってはじめて見出されることに存する、という。<sup>21)</sup> 他方、後者の意味での包摂（小前提↓事実）について、事実関係を法律に明示

している事実であると評価する。同一視するためには、比較を行う視点がまずなければならず、先行理解を手がかりとする解釈が必要である。<sup>(12)</sup> いずれにせよ法適用の包摂作業は、論理Ⅱ推論そのもので完結はされず、推論外在的な作業を要する、というのである。

この論文は、論証が弁証を内在的に要請するという表現は明確に用いられておらず、どちらかと言えば論理偏重の体系思考を批判的に検証したものだ、しかし後期を彩る優先性テーゼに沿った論考であるとは言える。植松教授は、このあたりの時期から問題思考（弁証やレトリック）そのものの理解から少し離れて、法解釈における「論理」の役割と位置づけに目を向けることになる。

九五年論文は、その題名「法律適用の『論理』<sup>ロジス</sup>の解明について」から察せられるように、九四年論文の末尾に付した課題に取り組むことを目的とするが、最終的な結論まで至らず未完となる論考である。ここではドイツ法哲学者のクルークとエンギッシュそれぞれの所説が比較検討され、いずれの所説も形式以外の法の実質の余地を認めていることを明らかにする。

植松教授は、クルークとエンギッシュは、確かに法に適用されるべき論理学の選択に関して、前者は現代論理学を、後者は古典論理学のみ擁護する点に相違があるが、重要な点において一致している、という。それは両者が形式論理学だけでは尽くしがたい、法の公理や基本概念（クルーク<sup>(13)</sup>）や実質論理学（エンギッシュ<sup>(14)</sup>）の必要性を認めている、ということにある。<sup>(15)</sup> そして最後に、形式と実質の両契機の関連の仕組みを問うことは、両者によって論究されていないが、論理Ⅱロゴスの道具としての適格性を問うこの論文にとって重要であると告げられて論が閉じられる。<sup>(16)</sup>

この論文は、未完論文全体の構想の半分を構成しており、クルークとエンギッシュの所論の対比に多くの労力が



割かれている。この論文が、九四年論文と同様に優先性テーゼに沿う論考であることは言うまでもないが、その後の議論の展開がどうなるかについては、目次に「第三章 若干の検討」「第四章 結び」とだけあり、残念ながら推測することはできない。だがここでもまた未完となった理由について考えてみることはできる。それは、クルークもエンギツシュも、現代的であれ古典的であれ、いずれも形式論理学を重視し、法における実質の理解について積極的な提言を欠いている点では結局同じであったがゆえに、両者の所説を比較検討する意義に乏しかったからではなからうか。植松法理論の後期の構想に鑑みれば、検討されるべきは、クルークとエンギツシュとの比較ではなく、むしろクルークとエンギツシュとを実質を明示できなかったグループにまとめ、彼らとフィーヴェクとを比較することにあったのではないか。もしそうならばフィーヴェクは、形式論理に尽くされない法の実質について考察するための理論的資源を提供することになったであろう。いずれにせよこの論文で確認されるべきは、むしろ書かれなかったことにある。それは、法適用が形式論理にのみ尽くされるのではなく、形式論理が道具として役立つべき、その実質的根拠——すなわち「問い」の中で発見される理由——がなければ成立しない、という優先性テーゼの主張である。

九九年論文は、植松教授自身の手による論考としては最後の業績である。それは、後期の主張を最も鮮明に述べた論考であるが、これまでの植松法理論の集大成あるいは最終的到達というよりも、植松法理論の進展の中での過渡的な諸論考の一つと捉えられねばならない。なぜならば後でみるように、教授自身これ以降も論考を重ねていく意思があったわけであるし、もし仮に植松教授が存命であったとするならばその後もさらに進展していたらうからである。ここでは、法的弁証理論を代表する二人アレクシーとフィーヴェクの所論の比較検討を通して、前者が論拠の使用に特化しているのに対して、後者が議論に先立つ論拠の「発見」が第一次的であることを正しくも指摘

している、とする。

植松教授によれば、アレクシーは、法的弁証に着目するものの、弁証における「発見のプロセス」と「正当化のプロセス」という実証主義的区別に則り、「発見」のプロセスを軽視して論拠の「使用」に関心を絞っているが、前提Ⅱ論拠はまさに正当化Ⅱ理由づけの発端において無視できないはずなのである。またアレクシーは、理性的議論を成立せしめるための超越論的ルールに訴えている点で統語論——意味論的、すなわちフィーヴェクとは対照的に反レトリックであり、エンドクサを警戒する立場に立っている、という。<sup>(12)</sup> 他方フィーヴェクは、論拠の使用よりも発見を重要視しているのであり、<sup>(13)</sup> 論拠は超越論的ルールとして与えられるのではなく、聞き手との議論そのものの中で発見されると捉えられている点で状況的であり、語用論に属する。<sup>(14)</sup> フィーヴェクの立場からは、エンドクサは「余り怖れる必要がない」と評価されるのであって、何が真で正であるかが確定できない場において、論争当事者の双方が準備できる「共通の理解」の役割を果たすことができる、とされる。<sup>(15)</sup>

この最後の論考で注目されるべきは、法的弁証理論として、これまで九〇(b)年論文などで比較的に好意的に評価してきたアレクシーをフィーヴェクに対置している点である。ここではフィーヴェクとともに法における弁証の重要性を認めるアレクシーをさえ「発見」と「正当化」を峻別する実証主義の陣営——かつて実証主義は体系思考の側に捉えられていた——に位置づけ、論拠の発見の不可避性を認めない反レトリック的な論者として批判している。ここには、論拠の発見Ⅱ問題思考を体系思考に先行するプロセスとして捉えようとするフィーヴェクの立場を際立たせようとする意図が明確に表れているようにみえる。そして植松教授は、この対照を通して、次のように結論づけるのである。

それゆえ弁証には適切な論拠（前提）が不可欠であり、またどんな理由づけ（弁証）も、それが有意味である

うとするかぎり、何らかの適切な論拠（前提）を実際に用いざるをえない。したがって、理由づけ（弁証）のトータルな解明を志すならば、理由づけ（弁証）はこの論拠（前提）をどのようにして手に入れ確定するのか、つまり論拠（前提）の「発見」事象が必ず問題になるはずである。<sup>(15)</sup>

これは後期の植松法理論を彩る優先性テーゼの明確な定式化であり、生存中の間にいたった最後の結論であった。だがここで植松教授は筆を置くことになる。これ以降、植松教授の直筆による論考は公表されることはなく、植松法理論の進展を直接知る手掛かりをわれわれはもはやみることができない。

植松教授が、晩年に関心を寄せていたのは、師加藤新平教授の「健全な思弁」についてであったようだ。植松教授は、すでに八九（c）年論文において、問題思考の構想は「健全な思弁」と重なる、と述べている。すなわち問題思考は、決定論とも決断論とも異なる第三の道であり、それが加藤教授の言う「健全な思弁」に連なっていると述べていたのである。<sup>(16)</sup>この「健全な思弁」の言及は、活字化された公表物としては最後のものになる二〇〇二年の「コメント」—— 関西大学法学研究所の第三二回シンポジウム「加藤法哲学の現代的射程」におけるコメント——の中にみられる。

ここで植松教授は、「健全な思弁」を体系思考・実証主義・形式論理に還元・回収されない「よく生きる」ことと結びついた思考方式として理解しているようだ。いわく、目下の学問状況は依然として実証主義の影響下にあり、価値相対主義的な雰囲気の中で「よく生きる」ことが加藤哲学のもともとの背景にあり、そこから加藤先生は健全な思弁という構想に赴いていかれたのではないか、と。<sup>(17)</sup>この加藤哲学の方向性を共有しつつ、これまでレトリックの伝統をこれまで研究してきたが、その考察のヒントとして行き着いたのが「エンチュメーマー（省略三段論法）」

であつて、七年前に見通しをつけようと思つたが、今ではまったくストップしている、という。<sup>(19)</sup>

七年ほど前と言へば、多少時期のズレはあるが、本稿の時代区分では後期に相当し、中期に深められたレトリック理解を踏まえて、体系思考に対する問題思考の構造的優先性を主張するようになった時期に附合する。もし「健全な思弁」がたんなるリップサービスではないとするならば、後期の植松法理論は、エンチュメーマーあるいはレトリックに関する研究をこの「健全な思弁」と接合する方向性で進めていったことになるだろう。この方向性は、第一公理から純粹な形式論理や推論によって進められる体系思考とは異なり、「眞実と思われる」エンドクサなり、論争当事者の双方が依拠する「共通の理解」なり、「よく生きる」<sup>(20)</sup>いわゆる善き生の構想なりを論拠<sup>(21)</sup>前提にして進められる、実体的足場を有する、独自の問題思考様式の可能性が模索されるはずであつたことが示唆されているのではなからうか。それは、後期の植松法理論の先にあるものを指し示しているかも知れない。<sup>(22)</sup>

このように後期の植松法理論では、体系思考に対する問題思考の構造的優先性をはつきりと言明されたように思われる。九三(b)年からはつきり意識されるようになり、九四年、九五年においても示唆され、九九年において到達したのは、形式的推論を旨とする体系思考がそれ自体の論拠を見出すことができず、エンドクサ等のレトリックの資源を用いる問題思考がそれに本来的に先立つという認識であつたのだ。ここにわれわれは、植松教授自身の到達点のみで、それを法的思考の今後の研究にとって有用かつ貴重な遺産として受け取ることができる。しかし植松法理論が有する潜在的可能性はこの優先性テーゼを結論とするに止まらない。われわれは植松法理論が残した遺産から、その先にもどのような知見が得られるのかを考察してみなければならぬ。

## 五、植松法理論が残した課題を受けて

植松法理論が残した課題とは何か。<sup>(4)</sup>それは、ここまでの軌跡を追いかけ、その延長上に何があるはずなのかを問うことよって見えてくるであろう。植松教授が九九年論文以降向かおうとしていた先は、過去の諸論考の底流にある通奏低音に耳を傾けることで伺い知ることができるかもしれない。この観点から、次のようにその課題を捉えることができるだろう。

植松法理論は、前期から後期にいたる流れを大まかに捉えれば、体系思考と問題思考との間の揺れから、問題思考の技術としてのレトリックの可能性を探求し、体系思考に対する問題思考の構造的優先性を主張するにいたった、と言える。前期には多少の迷いがあったとは言え、基本線は体系思考への拘泥から問題思考への脱皮、言い換えれば体系↓問題というアクセント移行にあったように思われる。だがもう一度植松法理論の諸論考を仔細に検め直してみれば、そうした単線的移行とは異なる「何か」が底流にあったことが読み取れる。それが、植松教授が後期以降に進むはずであった、そして元来目指したはずの真の植松法理論の姿であったのではないか。

それは、体系思考と問題思考との相互連関というテーマである。このテーマは、必ずしもここまで検討してきた諸論考の中で中心的なテーマとして顕在してきたわけではないが、折に触れて登場し、そうかと思えばすぐに消え失せ、また別の箇所でも再登場する、というように、まるで亡霊のように、植松教授の頭から振り払おうとしても振り払いきれぬ思念として残存し続けていたように思われる。もしこの相互連関というテーマが植松法理論の中に胚胎していたと考えることができるならば、これまでの軌跡は次のように捉え返すこともできるかもしれない。

まず前期の植松教授が体系思考と問題思考との間で揺れていたのは、「法律学あるいは法的思考の本質が必ずどち

らかになければならない」と思い込んでいたから、言い換えれば体系思考と問題思考との二者択一に囚われていたからではないか。若き植松教授が、どちらの思考様式も法律学や法実務に広く見られると観察していたとしても、「どちらか一方だけが法律学や法的思考の本質として見定められなければならない」との学問的使命に燃えていたとするならば、たとえそれらの間の相互連関に思い至ったとしてもすぐにそれを打ち消して、迷いながらもどちらか一方に足場を置かざるを得なかつたはずである。かの反省の言明はこの迷いの証左であり、相互連関の認識が二者択一の使命感に曇らされていただけではないか。

そして中期の植松教授がレトリック理解に関心をもつたのは、前期の終わり頃において体系思考の極に行き過ぎていたことへの反省から、体系思考に拮抗しうる理論装置を求めていたからではないか。この時期にも法的思考における体系の重要性そのものは否定されてはいなかつたし、むしろ法的思考論の支配的潮流が依然として体系重視の方にあつたという認識があつたからこそ、あえて問題思考の技術としてのレトリックへの関心を抱いたように思われる。中期のレトリックへの注力は、体系偏重の思考様式につり合いを取らせようとする無意識のバランス感覚の産物にすぎないのではないか。

最後に後期に体系思考に対する問題思考の構造的優先性の主張を明確にしたのは、法的思考の重要な側面として否定できない体系思考そのものが、問題思考との間に構成的関係にあることを意識するようになったことの出発点ではないだろうか。「体系思考が自己完結できず問題思考が論拠発見としてそれに先行する」との主張は、問題思考の先行性の主張であるとともに、体系思考と問題思考との間の構成的関係の表明でもある。ここでは、問題思考の自存・独立が説かれているわけではもちろんなく、体系思考の意義が否定されるどころか、むしろ逆に問題思考の補完によって体系思考が十全に機能することが主張されている、と読み取ることができる。

もし以上のように捉えることができるならば、体系思考と問題思考との相互連関というテーマは、植松法理論の

発展の中で見え隠れしながら一貫していたのであり、後期の諸論考の先に述べられるはずであった主張として、そして植松法理論の統合された真の姿を照らし出す観点として理解することも許されよう。以下ではこの理解にたつて、ここまで紹介してきた植松教授の諸論考から、このテーマが現れる箇所を拾い集め再構成してみよう。

体系思考と問題思考の相互連関に関する言及を遡って探し出せば、初期の七〇年論文において見出すことができ。七〇年論文は、レトリック論のフィーヴェクの名前が初めて出現する論考であるが、その時に早くも相互連関のテーマが表れているのである。いわく、クルーク流の体系思考も、フィーヴェク流の問題思考も、どちらも極端すぎるのであって、それぞれの「相互接近」において、そして双方の「総合」において、法律学的体系構成がなされるべきだ、と主張される<sup>(14)</sup>。体系の極側に向かいつつあった時期のこの論考においては、それぞれは「法律学的体系」内部で結合しあう方法であると捉えられ、問題思考リトピクは、硬直した体系演繹的方法を補正する——開いていく——「動的」モメントとして埋め込まれ、俗に言う一服の清涼剤的な役割が期待されるにすぎなかった。そして相互連関のテーマはこの七〇年論文以降しばらく息をひそめることになる。

体系思考を手放して擁護した七六年論文の揺り返して執筆された七七年論文では、体系思考の限界と探求学的契機の不可避性が語られるが、その文脈で両思考様式の関係に言及される。いわく、法律学は教義学に限界がある以上、それを克服するために探求学にたよるしかない。だが双方はいわば水と油の関係にあり容易な調和を許さないために、ここで「深刻なディレンマ」に陥ることになるが、それは安易に<sup>(15)</sup> 上げ替えを行うのではなく、「ディレシマの明確な自覚が堅持されていなければならない」と述べられる<sup>(16)</sup>。初期の段階では、体系思考と問題思考とが相互に関係があると言っても、積極的意味で捉えられておらず、ディレンマすなわち矛盾相克の関係にあるという消極的

な意味で捉えられているだけである。この理解は「法的思考の本質が体系思考か問題思考のいずれかになければならない」という二者択一に囚われていたことの反映であり、相互連関についての認識が曇らされているように思われる。このテーマは、依然として体系思考と問題思考との二元論に引きとめられたままであり、前期では十分に熟成していなかったのである。

中期に入ると、次第にこのテーマの認識がはつきりと形を取るようになる。フィーヴェクのレトリック論を扱いはじめた八一(b)年論文では、体系思考と問題思考との相互連関が再び言及される。いわく、フィーヴェクが述べるように、問いそのものの構造の中に「仮の理解」や「いつも手許にある理解連関」という意味での体系があり、その意味で体系と問題との間には「本質的なからみ合い」があり、双方は「無縁ではありえない」のであって、双方の矛盾・対立などはその枠外にある。ただし体系思考と問題思考のいずれにアクセントがあるかと言えば、フィーヴェクの議論は当然のこととして問題の側にある、とする。このようにレトリック理解の深化に努めた中期では、体系思考と問題思考の関係は「本質的なからみ合い」があると言われるようにより構成的なものとして捉えられるようになるが、しかし体系思考への対抗理論の探求という文脈にあるせいか、問題思考への傾倒という意味をも十分に含んでいた。この段階ではまだ双方を対等な思考様式として承認しておらず、双方向的な作用関係も十分意識していない。この認識が現れるのは、後期に若干先立つ八五年論文の公表を待たなければならなかった。

八五年論文は、本稿の時代区分では中期に属するが、相互連関の認識が比較的中立の立場から打ち出されている論考である。この論文では、体系思考と問題思考は、教義学(法実務)と探求学(法律学)に移し替えられ、その連関として法律学の構造が論究される<sup>16)</sup>。植松教授は、かつて七七年論文において、両思考は相容れない関係にあり



それらの間にはデイレンマがあるとしようえで、「探求学的契機にたいする教義学的優越が予定されてい」と振り返っている<sup>(14)</sup>。しかし今やドグマ(教義)とゼーテマ(問い)との間には「相互移行」の関係があることは「自明」であつて、教義学と探求学と間の「『デイレンマ』問題はそもそも存立しえない」とされる<sup>(15)</sup>。むしろそれらの間の相互移行を解明することがレトリック法理論の課題である、とさえ述べられるのである。この段階では、前期の両思考様式間のデイレンマと体系思考の優先性の認識は放棄され、むしろそれらの相互連関が従来以上に強く打ち出されているのである。

後期に入つて体系思考に対する問題思考の構造的優先性を主張するようになった植松教授は、八九(c)年論文において、両思考様式を体系の中に総合しようとした前期とはいわば逆に、レトリック的思考枠組のなかに双方を統合しようとする。いわく、フィーヴェクの構想において、問題思考を非体系的であるとして問題を体系と対置するのは誤りであり、そもそも「問い」が成立するためには「仮の答え」が前提にされねばならず、その限りでもとも<sup>(16)</sup>と問いとは体系的である。この論考でとくに注目されるべきは、問いを連発するだけではしつかりした足場は得られないから、「教義学的思考様式の意義は決して過小評価されてはならない」として、問題思考の難点と比較する中で体系思考の意義が再確認される点である<sup>(17)</sup>。だがこの点は触れられるだけであり、強調点はむしろ後期を彩る優先性テーゼにある。すなわち問いは思考の始動因である以上、問題思考の方が体系思考よりも「構造上つねに先じる」、<sup>(18)</sup>というのである。

後期の優先性テーゼは、九〇(a)年論文においても、繰り返される。この論文も、八九(c)年論文をほぼ踏襲して、法律家の思考は決定強制に服するがゆえに問いの外に括りだされるドグマに依拠せざるをえず、その意味で法

的思考は「すぐれて〔法〕教義的契機」を孕むといわなければならぬだろう」と述べられる<sup>156</sup>。しかしここでもまた、後期の優先性テーゼに沿って問題思考が体系思考に構造的に先行することが確認され、八五年論文で打ち出された相互移行のテーゼが復活する。すなわち法の世界ではドグマとゼーテマの事実上の和合・相互移行は常態であり、法律家の作業においては日常茶飯事であるとされる<sup>157</sup>。この論述はやや唐突な印象があり、この論考にいたるまで順を追って掘り下げた検討をしてきたわけでもなく、いつの間にか体系思考と問題思考との間の相互連関が当然視されている。これは、もともと植松教授の奥底まで根付いていた思念が、ある時は体系重視へとまたある時は問題重視へと迷いながらもそのまま維持され、不意に自身の結論となっていたことの表れではないか。

植松教授の残した課題を同定するために最大の鍵となるのが、最後の論考たる九九年論文である。この論考の末尾において植松教授は、レトリックの観点から捉えられる論拠（前提）の発見は、その時々々の弁論状況の中で関連するトポイを暫定的・試験的な出発点として始まる「一種の創造活動」であるとして、次のように述べている。

それだけに、レトリックにとつては、この創造の合理的コントロールが切実な意味を帯びてくる。レトリックシユな法的弁証理論を構想する上で重要であるのは、「法的創造を念頭に入れておくことである。法的創造は立法および解釈によるあらゆる法形成に一枚噛んでいるのであり、開明的な法、治国家の意味でのコントロールを必要とする」とフィーヴェクが語るのも、この意味においてなのである。……しかし此処では、レトリックの観点から浮かび上がってくる法的創造の合理的コントロールの問題は、残念ながら取り上げることができなかった。この問題の検討はなお残されている……<sup>158</sup>

この言明は、八九(c)年論文における教義学的思考様式の再評価に共鳴するように思われる。ここでは、問いを連発するだけではしっかりした足場は得られないから、教義学的な体系思考も必要であるとされた。体系思考が必要であるのは、ここで言明されているように、問題思考とは論拠発見だけに法創造の一種であるがゆえに、法解釈者が恣意的に論拠を選び出し公権力を不当に行使用することがないように、「合理的コントロール」の下に置く、言い換えれば法ドグマの下に服さしめるためである、とされているのではないか。ここには、問題思考⇨論拠発見⇨法創造の乱発と無軌道を管理・統制するために、教義学的な体系思考の役割が説かれているように思われる。これが正しい推察であるとすれば、植松教授が次に検討しようとしていた課題は、「体系思考に対する問題思考の先行性」とはいわば逆のベクトルにある、「体系思考による問題思考の規律」の検討にあつたのではないだろうか。

二〇〇二年に植松教授が、冒頭の引用文にて「エンチュメーマー」と「健全な思弁」に言及していることも傍証になるかもしれない。この「エンチュメーマー」によって植松教授が念頭に置いていたのは、発見が正当化に先立つという優先性のテーゼのことであつた。<sup>(10)</sup>冒頭にあるように、このエンチュメーマー⇨優先性テーゼに「健全な思弁」に「つないで研究をやつてまいりたい」というのが植松教授の意思であつた。いわばこの「健全な思弁」は、問題思考が体系思考に先立つとするエンチュメーマー⇨優先性テーゼを補う、植松法理論の完成態を示唆するものである、と考えることができるのではないだろうか。

この「健全な思弁」は、もともと加藤教授によって、ギリシャ哲学研究の大家として知られる田中美知太郎教授の所説にしたがつて、ある二つの契機の結合として考えられていたのである。すなわち「正気・節制・思慮分別」の要素と「狂気・エロース・飛翔」の要素とを結びつける、という<sup>(11)</sup>ことが哲学の精神であり、「健全な思弁」も同じ基本の思想の上に立っている、と。やや無理を承知で強引にまとめれば、植松教授が目指した「健全な思弁」

の本旨とは、哲学を性格づける二つのモメントを統合することにある、と言えるのではないか。もし体系思考を理性的な知が働く思慮分別の思考様式として扱ひ、問題思考を非合理的な契機を含む情念の思考様式として扱ふことができるならば、「健全な思弁」が求めるのは、体系思考と問題思考との統合であった、ということである。

確かに植松教授の真意を知ることが永遠にできない。だがしかし、植松法理論の全体的な構想を統合的に捉え、最後の残された課題をヒントにして、植松法理論の行くはずだった先を推測することはできるように思われる。九年論文の末尾で述べられた「法的創造の合理的コントロールの問題」とは、「体系思考による問題思考の規律」を次の課題とすることを示唆するものだったのかもしれない。これを後期の優先性テーゼと合わせて考えてみれば、植松教授が最終的に到達しようとした知見とは、体系思考が問題思考に依拠せざるを得ないとともに、問題思考もまた体系思考の規律を受けざるを得ないことを承認すること、一言すれば体系思考と問題思考との相互連関の認識であったのではないか。だとするならば、われわれはこの相互連関のテーゼを、植松教授の研究人生を通して得られたはずの結論として思い描くことができるのである。

植松教授が残した遺産と課題をどのように生かしていくかは、法的思考や法の様態を解明しようとする法学研究者の努力にかかっている。著者自身の問題関心から言えば、レトリックが共和主義の思想的伝統とどのような関係にあるか、ということも今後の課題となりえるであろう。現代共和主義の論者の多くが熟議デモクラシーとのつながりを意識していることを考えてみれば、熟議における参加主体が用いることができる技術としてレトリックを捉えることも可能であろう。<sup>(12)</sup>

また体系思考と問題思考との相互連関に関して言えば、共和主義の法理論は法的思考の分析を主眼に据えるもの

ではないものの、それとの類縁性を示唆することはできるかもしれない。すなわち共和主義の法理論において法と政治の循環関係、すなわち法の創造・正当化と法による規律の双方が同時並行的に行われるモデルが提示されるか、これは植松教授が目指したであろう「体系思考と問題思考の相互連関」にどこか連なることがあるとすれば言い過ぎだろうか。もしこのように考えられるならば、レトリック論を共和主義の法的思考論として展開することも不可能ではないように思われる。

いずれにせよレトリック論の観点は、法的思考の解明についてはもちろん、様々な学問領域において今後とも考慮に値するものとして受け入れられるべきであるように思う。植松教授の生涯にわたる研究蓄積は、今後のレトリック論の発展に大きく裨益するであろう。その可能性は膨大であり、研究されるべきことは多く残されているが、それは今後の課題である。最後に植松教授の最後の論考から次の言明を引用して、とりあえず論を閉じたいと思う。

法的弁証のトータルな解明にあつてレトリック精神基調は、「反」レトリックの精神基調から生まれ育った科学主義の横溢する今日、今日だからこそなお一層のこと、十分生き続ける資格を要求してよいと推測できるように思われる。<sup>(16)</sup>

#### 植松論文一覧

- 六六年―「法学方法論の一考察 E・ラスクの目的論的概念構成を中心に」法学論叢第七八巻第五号
- 六八年―「類推推論の一考察 V・クルークの分析を中心に」岡山大学法経会雑誌第一七巻第四号
- 七〇年―「法律学的体系構成をめぐる方法論的一考察」岡山大学法学会雑誌第二〇巻第四号
- 七一年―「法解釈学の科学性(1)」岡山大学法学会雑誌第二〇巻第四号
- 七二年―「法解釈学の科学性(2)」岡山大学法学会雑誌第二二巻第一号

- 七六年―「法律学の教義学性」加藤新平教授退官記念『法理学の諸問題』(有斐閣)
- 七七年―「法律学の『哲学的』契機」『法哲学年報一九七六 法哲学と実定法学』(有斐閣)
- 七八年―「法律学と自然法論H・アルバートの自然法否認論」岡山大学法学会雑誌第二八卷第二号
- 七九年―「法が『ある』ということ」岡山大学法学会雑誌第二八卷第三・四号・pp.
- 八一(a)年―「罪刑法定主義の言語的位相」『法哲学年報一九八〇 法と言語』(有斐閣)
- 八一(b)年―「問題思考」井上茂教授還暦記念『現代の法哲学』(有斐閣)
- 八三(a)年―「レトリック法理論 法の賢慮と法律学」『現代法哲学第I巻 法理論』(東京大学出版会)
- 八三(b)年―「法律学の論理と倫理 レトリックのスタトゥス論」大橋智之輔・田中成明・深田三徳(編)『現代の法思想』(有斐閣)
- 八五年―「法律学の実用性」『法の理論 六』(成文堂)
- 八六年―「法律学の学問性とレトリック」『法哲学年報一九八五 法哲学と社会哲学』(有斐閣)
- 八八年―「書評 矢崎光圀『日常生活の法構造』」『法哲学年報一九八七 功利主義と法理論』(有斐閣)
- 八九(a)年―「判決の理由づけについて――法思考のパラダイム転換(1)」岡山大学法学会雑誌第三九卷第一号
- 八九(b)年―「判決の理由づけについて――法思考のパラダイム転換(2)」岡山大学法学会雑誌第三九卷第二号
- 八九(c)年―「問題思考と体系(法哲学の側から)」星野英一・田中成明(編)『法哲学と実定法学の対話』(有斐閣)
- 九〇(a)年―「法的思考の特徴―大橋智之輔・三島淑臣・田中成明(編)『法哲学綱要』(青林書院)
- 九〇(b)年―「法的弁証理論の『非』存在論的地平について」岡山大学法学会雑誌第四〇卷第三・四号
- 九三(a)年―「法的弁証とレトリック」『法哲学年報一九九二 実践理性と法』(有斐閣)
- 九三(b)年―「法解釈の理論と法的弁証」山下正男(編)『法的思考の研究』(京都大学人科学研究所)
- 九四年―「法律適用の構造について『包摂』モデルを中心に」岡山大学法学会雑誌第四四卷第三・四号
- 九五年―「法律適用の『論理』の解明について(一)」岡山大学法学会雑誌第四五卷第一号
- 九九年―「法的弁証理論の二構想 レトリック復権の可能性」植松秀雄(編)『掘り出された術・レトリック(レトリック研究会叢書六)』(木鐸社)
- 二〇〇二年―「コメント(1) 加藤法哲学の現代的射程」関西大学法学研究所『ノモス』一三三号

(一) このような方法論からすれば、最初期の著作が晩年の著作と同じ項目に分類されることも原理的にはあり得る。だが「ある

特定の時期に公表された」という事実もまた、その思想家の軌跡を追う上で重要な情報源となりえる。本稿では、以下で順次論じていくように、かなりの程度、論文の執筆順序を踏まえて、諸論考を前期・中期・後期に組み入れている。本稿は、このように公表順序を考慮しながらも無視する場合もあるという意味では、中途半端な方法を採用しているが、複雑に入り組んだ思考の織物を解きほぐし整理するという都合上、その点はお許しいただきたい。この再構成の過程で、本来ならば植松教授が伝えたかった趣旨や重要な事項の見落としもあるだろう。もし植松教授がご存命で本稿をご高覧になったならば、著者の浅学と不見識におそらく失笑なさるに違いない。だが植松教授の高い志がそのまま潰えるよりも、愚昧な著者の醜態を晒した方がまだマシと考える次第である。

(2) それは、法学、あるいは法実務の中核にその独自の思考様式があったとしたり、その本質をめぐって問われることにならる。植松教授の思维の中で、法学と法実務とはあまり厳密に区別はなされなかった。法実務と法学を厳密に区別するアルバートの自然法論批判に対して否定的である点について、後掲注(51)を参照。

(3) 「我々は所謂悪しき『概念法学』の弊に陥らないよう留意し、つまり概念及び体系構成の抽象的・形式主義的性格に堪え得る範囲を十二分に自覚しながら、生の具象性、多様性を出来る限り概念及び体系構成にもたらず努力を試みるべきだろう。」六六年、四五頁。

(4) 「しかしながら概念は、その本性上、大なり小なり抽象的・形式的性格を避け得ない。こうした点においても、我々は抽象的類概念の果す役割を高く評価しようと思う。」六六年、四八頁。

(5) 「概念の現実遊離化、意味空虚化の傾向という概念の抽象的形式主義を——ある意味では積極的に——承認しながら、他方ではラスクの目的論的概念構成は過度の形式主義を防止しようと試みる。ラスクがこの点を問題にし、その為に先の①の目的論的契機を最重要視していることは明らかであるが、彼は過度の形式主義の防禦手段として『法律学的概念の實在地盤への順応』にも顧慮を払っている。」六六年、五四頁。

(6) 「その意味において、法律学的概念が依拠すべき前法律学的概念界に関するラスクの主張は当を得たものである。しかしながら、リツケルト、ラスクが文化科学における前科学的概念をどのように強調するにせよ、度々触れて来たようにそれは半ば一種の価値関係の加工の所産なのである。したがって、目的論的契機を原理的に問題とすると浮び上る基本的要素としての『現実』は、一切の種類の価値関係から自由であるとされる現実、価値や意味が関係づけられ付着させられる所謂『認識論的現実』である、と言わざるを得ないだろう。」六六年、五九頁。

(7) 「しかしながら今一度翻ってラスクの目的論的原理を分析的にみれば、それは、どちらかと言えば、重心を現実によりむしろ価値のモメントの方に置いて置けることがわかる。現実は無意味な混沌だと説かれ、認識における現実の側からの制約が説

かれていない。我々はそこに、認識における現実の側面からの客観的制約を無視乃至軽視する所の認識の構成主義をみる事が出来るのである。しかし認識主体は、現実において存在するそれとして、現実から全き自由であり得ようか。たしかに概念は科学的思想的産物に外ならない。けれどもそれは、現実に関わる概念であろうとする限り、少なくとも現実の有する一定の諸性質の科学的思想的強調の産物でもあり、それ故に現実そのもの内にこのような科学的思想的強調を方向づけ規制するものがありはしないか。……認識主体の側に備わる秩序的、構成的機能なしには、勿論我々は現実の多様性、異質性を科学的概念的に把握しえないだろう。しかし、概念構成における模写的モメント（現実の側からの積極的あるいは消極的な何らかの拘束性）の排除によって、ラスクは如何にして現実素材の経験の内容を概念にもたらし得るのであるか。まさにこの点、ラスクの目的論的概念構成にまつわる理解困難なものとして残るのである。六六年、六二頁（傍点は原著者による）。

(8) 植松教授が用いる「存在論」の意味は、ヴォルフガング・ガスト (Wolfgang Gast) の定義に従っている。すなわち文法的には「ある」という言葉の背後に「あるものの実体」を、認識論的には「あるモノ」の背後に「モノ自体」があることを指し示すことを意味する、という。九〇(b)年、一〇九頁。

(9) 「類推推論は類似圏を具体的に現実に規定すべきものを論理的モメントとして前提せざるを得ないのである。推論それ自体は、まさしく論理的作業であるにしても、このような前提の発見および基礎づけは、決して論理的処理のみに尽きないものがある。したがって、具体的な法的事例における類推推論の許容性に対する十全な基準は形式論理の分析のみを以てしては得られないのである。」六八年、四三頁（傍点は大森による）。

(10) 「しかし類推推論にあつては尚、その為の条件は推論の出発点として論理的前提が与えられるよりも以前に非形式的な、それ故に実質的な何かを必要とするのである。この意味において、類推推論は形式論理の領域を越え出ることになると言うべきであろう。」六八年、四六頁。

(11) 「しかし、法律学的当為判断の獲得は、推論を含立式にもたらずにいたる以前の段階において極めて困難な事態に遭遇せざるを得ないのである。一般的抽象的法規範の解釈の結果としての大前提の獲得、およびそのような法規範の有する法律要件要素への包摂判断としての小前提の確定は論理的実質的作用（最も典型的には法的価値判断）の影響が強く働くのである。そして、法律学的推論におけるこうした論理的実質的作用の影響は、論理学固有の意味における「推論」の厳密性を流動的たらしめずにはおかないであろう。」六八年、四七—八頁（傍点は原著者による）。

(12) 「……このように、法発見における結論導出の個別的な実質的必然性は単に公理論的のみ基礎づけられ得るのではない。現実の具体的な法発見においては、われわれはこの結論の実質的基礎づけを求めているのである。」六八年、四八頁。

(13) 「しかし、目的論的公理体系における証明の避けて通り得ないであろう論理的不明晰さ、不透明さにおいては、右に述べた



- ことがとりわけ強くあてはまるであろう。そこでは、目的視点そのものの選択および基礎づけは評価的作用の介入をどうしても拒み難いのである。」六八年、四九頁。
- (14) 「法律学における類推推論の妥当性を公理論的に証明しようとしてもそれは自己の妥当根拠を固有の形式論理学の内に見出すことが出来ないのである。」六八年、五〇頁。
- (15) 「本稿は法律学が行なう実定法の体系化の試みについてみるが、その問題点は、法の領域での体系化はどのような思维手段を要求しているか、ということに限定されている。そしてそれは、体系的思维様式（U・クルークの説く公理論的方法を一の典型とする）と問題思维の様式（フイベークの主張するトピック「Topic」を一の範例とみる）との比較検討を意味している。」七〇年、二頁。
- (16) 「實際上の困難さからのみではなくて、むしろ、原理的にも思われる理由からして、法の領域への公理論的方法の適用は不可能に思われる。エンギツシユがいうように、われわれは、やはり、公理論が演繹の一の特殊・理想型であると考える。この理想型に比べてみれば、法律学の演繹は一層不完全な、一層不確かな、常に、実質的認識による支えを必要とするものように思われる。」七〇年、六頁（傍点は原著者による）。
- (17) 「一般的な概念は、シュタムラーの説くような種類のような純粹に形式的な基本概念への方向だけをたどりゆくものではないであろう。それは、エンギツシユのいうように、『自然的―社会的な世界像』に属している最後の経験的表象諸要素へも、われわれを導びきゆかざるをえないであろう。」七〇年、七―八頁。
- (18) 「この領域での問題解決には、各々の問題ごとに、実質的で適切と思われる諸視点が求められるしか仕方ないであろう。そのときに助力の手をのべることが、トポイの本来有すべき機能なのである。」七〇年、二二頁。
- (19) 「問題を問題そのものとして真正面から引き受ける覚悟がわれわれに必要となる。この問題思维のための視点および視点目録を用意するのが、トピックなのである。フイベークに依れば、トピックとは、視点および視点目録を用意すべき前提探究乃至発明の術なのである。」七〇年、一四頁（傍点は原著者による）。
- (20) 「フイベークの論述は、法領域の演繹的体系化は決してトピックをそこから完全に締め出しえないことを指摘し、法律学は体系学（Systematik）の形式では構築されえない、だから、それはトピックに組み入れられるべきだ、との結論に達するのである。」七〇年、一九頁。
- (21) 「法律学に関わらしめられるべき思维様式は、法律学的技術を、それがあがるが儘で法律学の対象とする思维様式（＝問題思维＝トピック）でなければならぬ、と。」七〇年、二二頁
- (22) 「法律学のこのような実状に鑑みると、フイベークの説くトピックが法律学において有効な役割を演じうるであろうことは、

認められるべきだと思われる。将来新しく現われるものをも含めた、総ての法的諸問題に各々回答を提示しようような公理論・演終的体系は、法の領域では成立しないであろう。」七〇年、二四頁。

(23) 法律実証主義とは、「法の解釈適用において一切の超経験的なものとか、社会的、歴史的契機とかの考慮を排除し、専ら形式的、合法的に国家が制定・採択した法規を中心として論理的作業を進めるのみで、あらゆる事件の法的解決が見い出されうる」と解する立場」であり、概念法学と論理必然的には結び付かないが、「事実上の問題として法律実証主義は概念法学に結びつき易いのであり、両者の事実上の結合形態は、十九世紀後半のドイツ法律学では顕著な歴史的現象として存在している。」七一年、四一八頁(傍点は原著者による)。

(24) 七一年、四二三頁。

(25) 「裁判官の法適用の現実の実務においては、法適用とそれへの準備作業たる法規範の意味内容の解明・確定との二事象、つまり、法規範の『解釈』と所与の事実関係へのその適用とは、完全に相互に区別された二つの手続として孤立化されて機能してはいない。むしろ、これら二事象は相互に条件づけ合い浸透し合う関係に立つ一の全体としての事象である、といった方がより適切に裁判官の法適用の実態に則しているだろう。したがって、裁判官の法適用は、その意味では、同時に彼の『法解釈』の必然的・内在的アスペクトでなければならぬ。」七二年、一〇〇頁。

(26) 「法適用のモメントと法解釈のそれとが論理的に一応区別されながらも、法適用を法解釈の内在的アスペクトたらしめ、両者の極めて緊密な関係が認められているということである。これは、表現の違いを別視すれば、ほかならぬわれわれのさきの理解と基本的に一致するものと解されよう。」七二年、一〇五頁。

(27) 「これまでのケルゼンの所説についての整理から、少くともつぎの点は明らかにされたい、いえよう。『法解釈』における理論的『認識』の契機と、それとは区別さるべき異質の契機、つまり『意思作用』、『法政策的価値判断』、『実質的』争い(選択)、等で表わされる契機、との不断の交錯がそこでは説かれていたということ、が。」七二年、一〇七頁。

(28) 「われわれは、エンギツシュが力説する如く、裁判官の法解釈の総てが裁判官の個人的、主観的価値によって影響を受けるとは考えない。」七二年、一一六頁。

(29) 「主体の、まさしくこうした自活性のゆえに、どうしてもわれわれは、『客観的』——規範的概念の意味解明においても『意思作用』を否認し去ることに躊躇せざるをえないのである。」七二年、一二二頁。

(30) 「しかしながら、われわれは、少くともつぎの点に関しては、エンギツシュの所説から汲み取れる一貫した意図に十分高い評価が与えられるべきだと考える。つまり、エンギツシュが裁判官の法解釈活動から、いわば極端な主観論ともいふべきもの(『一般的に裁判官の法解釈は裁判官の個人的、主観的価値観によって影響される。裁判官の法解釈では裁判官の意思作用が

決定的だ。……とするが如き諸見解」と、いわば極端な客観論ともいふべきもの（＝裁判官の法解釈は認識作用のみで終始しうる、彼の主観的価値観によって解釈の客観性は毫も傷つけられないことがないとするが如き諸見解）とを斥けようと理論的に努めていることに。『客観的』——規範的概念をエンギツシユの如く基礎づけることは、安易な主観論に余りに早く身を委ねることへの有効な警鐘となる。又逆に、『主観的』——規範的概念の不可避なることの承認は、法律実証主義の裁判官像にみられた如き無批判的な客観論の惰眠を破る。その限りでは、われわれも又、エンギツシユの見解を受け容れることが出来るのである。ただし植松教授は、客観的／主観的規範概念の意味解明の間に相互移行が成立するか否かについては肯定的に捉えるがために、エンギツシユよりはケルゼンの立場に一步近いことを付言している。七二年、一二二—一二三頁。

(31) 「以下において、われわれは、法解釈『学』における本質的問題たらねばならぬのは認識であるという前提（たとえ、『精神』科学的とか、あるいは『文化』科学的とかの性格構造を帯びるものとして、『自然科学』あるいは『厳密科学』におけるそれから区別されるにしても）のもとに議論を進めることを一応予定している。」七二年、一二三頁（傍点は原著者による）。

(32) 「フイバークの説くトピックから、われわれは色々多く学ぶべきものを有している。それにも拘らず、そこには、いささか疑問が残されている」七〇年、二五頁。「修辭学との基本的絆を断ちえないであろうトピックには、一種の学問的甘さがみられるのである。」七〇年、二六頁。注目すべきことに、このようなフイーヴェクの否定的評価は後の論文で反省されることになる。後掲注(68)参照。

(33) 「現代認識論と方法論がトポイを、精神的諸分科の領域でもわれわれの認識にとつて十分な基礎づけを提供することの出来る実質的諸視点に転じるに依じて、トピックは自らの意義を失うことになりはしないか。」七〇年、二六頁（傍点は原著者による）。

(34) 「われわれにとつて問題と思われるのは、彼が公理論・演繹的体系のみで以って、『体系』概念一般を代表させていることである。法律学はトピックに相応すると彼がい切るとき、公理論・演繹的体系とトピックとの間の二者択一がその背景になっている。しかしながら、二者択一が意味的でありうるのは、一般にただ二つの可能性しか存しない場合だけである。換言すれば、ただ一の体系概念のみが存しうるにすぎない場合に限って、われわれは、トピックとその体系概念（公理論・演繹的体系）との間に、二者択一を考へることが出来るのである。したがって、『トピック』か『公理論・演繹的体系』かというフイバークの選択方法は、少くとも法律学に関していえば、間違っているといわなければならないだろう。」七〇年、二七頁（傍点は原著者による）。

(35) 「法にあつて問題たりうる体系とは、自然科学または数学の場合とは事情を異にしており、歴史性によつて制約されるのであり、実定的法秩序の発展、規律せらるべき生活関係、等々はいわば歴史の流れの中で継続的に把握されねばならないのである。

う。そのことから帰結されうることだが、われわれのいう内的体系は、自己が如何なる解決手段をも提示しえないような全く新しい種類の法的问题の登場に対して『開かれており』、『動的である』ものでなければならぬ。』七〇年、二九頁。

(36) 七〇年、三〇頁(傍点は大森による)。

(37) 「したがって、裁判官が『法律』(と『法』)に拘束されるという要件が、われわれの場合、極めて重要視されねばならないのである。すなわち、『拘束される』という裁判官活動のこの契機こそは、法律学のいわば存立契機として、法律学そのものと構造化される必要があるのである。』七六年、四八三—八六頁。

(38) 「法律学にとって、こうした意味で『社会的』な機能を果たした、又は *intentional dogmatically* によって規定された『体系』は、『諸々の行態を操舵する法的決定を可能にするという特殊な意味での法律学的体系』として、極めて重要な意義を有しうるのである。』七六年、四九一頁。

(39) 「一定の意見に無限の真理追求の尋問を断つ——それが『権威』で以ってなされようとも——という教義学の企てを社会の秩序樹立、維持という観点、総じていえば法的安定性の見地からは認することも、やはり理性的で合理的であるといわねばならぬ。したがって、近代啓蒙主義的学問観から教義学の非合理性を指摘し、そのことからすぐ教義学およびそれにまつわる諸現象を学的攻究の正当な対象から放逐したり、あるいは高々啓蒙主義の学問規準のもとに改造したりする企てには、どうしても一面性が免れえないと思われる。』七六年、五〇一—二頁。

(40) 「そのうちで教義学的契機が本来の地位を占めるべき法律学は、ここでいまなが法であるかを、制定法に拘束されてわれわれに示し教えうるものでなければならぬ。かくして、法律学は、教義学のいわばレゾネートルたる人々の社会的行為構脚の提示という『社会的』、あるいは『実践的』な機能を十全に發揮しゆくためにも、ともかく与えられている一定の *ontio-situe* に固執する、換言すればその思想内容を越え出ないで多様に創り出す、ということを自らの最も基本的な契機として自己の構成原理に内在させておらなければならない。ここにおいて、われわれは法律学の教義学的契機をはっきりと確認しうるのである。』七七年、一二三—四頁。

(41) 「まさにこの包摂作業という事象においてこそ、『実在との必然的にかかり』という法律学の契機は、その最も典型的姿を見せるのである。……小前提を基本部分として介在させて成立する包摂作業たる具体的当為判断の獲得そのものもまた、『認識』から無縁でありえないこととなる。このようなエンギッシュの分析が妥当するならば、われわれは、そのことで以って明瞭に、法律学の『認識』契機を、しかも、われわれの意味では、法律学の『探究学』的契機として、摘出したといえるであらう。』七七年、一二四頁—五頁。

(42) 「先に法律学存立のもう一つ別の根幹として区別して取り出された『法である』という契機についてみれば、この場合われ

われは探究学的契機を、それも法「哲学」としての基礎探究学的契機を、見つけることに余り無理も困難も感じないですむ。それは、『法である』というまさしくこの契機こそは、あの『正義の実質基準』の追求を意味するにほかならないからである。」  
七七年、二二六頁。

(43) 「「こでいまななが法であるか」という法律学そのものの存立を根底から規定する一の基本的な問いが自らに内包される以上、法律学にはわれわれの整理した意味での『探究学』的契機——目下のわれわれの関心にとつては、『法哲学』的である基礎探究学的のそれ——が本来的に孕まれる、と。」七七年、一二六—二七頁。

(44) 「われわれは所謂『概念法学』の経験から非常に多くのことを明瞭に学びうる境位に今日いる。逆にまた、法律学は探究学原理の独裁的統治に甘んじることがも許されない。……であるから、一般的、包括的にいえば、われわれが法律学における教義学の限界を語るとすれば、その意味するところは、法律学における教義学(的思維様式)の専一的、独裁的支配ということになるだろう。」七七年、二二九頁。

(45) 「法律学は法そのものが既に荷っている社会秩序への批判機能を受け継ぎうるものでなければならぬだろう。とするならば、『真理は既に見出された』として一定の *opinio* に以後の真理追求を免じ断つ『教義化』で以つてうち拓かれる教義学は、この『免じ断つ』ことに起因する批判機能の不徹底——一定の *opinio* を疑いのなかに置くという探究学的な認識批判的機能の放棄——のゆえに、かかる批判機能に耐えうるものでなければならぬ法律学にとつて、はつきりと重大な限界となってくるのである……。そして、*opinio juris* にこのように正、不正を問う教義学批判——ほかならず、正義の実質規準の追求——という課題こそは、基礎探究学として探究学に属する法(および法諸現象)についての原理的省察たる『法哲学』の正当な仕事なのである。」七七年、一三〇—一頁(傍点は原著者による)。

(46) 七六年論文と七七年論文とが同じ精神基調の下で書かれていたとするならば、法律学＝教義学と法哲学＝探求学との間の関係は、相互に独立しながらもそれぞれの役割を果たすという意味で「すみ分け」として捉えられていたとすることも無理な解釈ではない。だが、前掲注(43)で植松教授自身が「法律学が教義学と探求学のいずれの契機も本来的に孕んでいる」と述べているし、また学会報告の当日も「教義学の歴史性」について言及をした点について、この論文と「なんら矛盾しない、むしろそれを補ってくれる」と述べているのである。「探究学的機能の意味での真理追求の尋問を免じ断つ『教義化』の結果である……一定の *opinio* には、法律学の場合にはそれは *opinio juris* として *Das Gesollte Sein*——単なる当為でも、単なる存在でもなく、まさに両者の交点(ツール)——なる性質を有する点において、『歴史性』の問題が生じうる。」七七年、一三〇—一頁(傍点は原著者による)。

(47) 「このようにして生じるとされる教義学性は、たとえばなんらかの確信にはその基礎づけがただ基礎づけ追求の中断によつ

てしか与えられないので、そのような確信に合理的論拠を免じる、批判に対して免疫にすることを意味している。まさにそのことがアルバートの批判的合理性構想からは認められえないことは、既述のことから直ちに理解できるだろう。」七八年、一六頁。

(48) 「アルバートが自然法的法律学観においてヘルメノイテイクを批判しなければならぬとする場合、まさに現代においてその批判の刃が向けられるべきものとして彼が問題視しているそれはヘルメノイテイク全般なのでなく、「普遍的ヘルメノイテイク」への所謂ハイデッガー的転回を遂げたヘルメノイテイクなのである。」七八年、一九頁(傍点は原著者による)。

(49) 「アルバートの自然法否認論にあつて最大の論拠であつた基礎づけの企ては、法律学ではこの実質的正義追求という意味で肯定されなければならない。」七八年、二九頁(傍点は原著者による)。

(50) 「このかぎりでは、この規準に対する裁判官の境位には、アルバートの擁護すべきである批判的吟味の原理をそのままではめることへの疑問が生じる。すなわち裁判官は、このような性質のものとしての一定の規準から彼の法的決定を「基礎づけること」を正当な課題となしうるし、また、しなければならぬのである。かくして、そのような裁判官活動における思惟構造は、右にみた意味での教義学的契機をどうしても宿さざるをえない。……アルバート自身もまた、このような裁判官活動を典型とする法実務そのものが教義学性、あるいは規範的性格等を帯びることにはなんら異を唱えているわけでもない。ただ、彼がそのひとつの型を自然法的法律学観として特徴づけているような法律「学」についてのみ、彼はこれらの諸性質に批判を向けていたにすぎない。」七八年、三二頁(傍点は原著者による)。

(51) 「アルバートでさえそうであつたように法実務(裁判官活動)において基礎づけ追求の必要性が認められる以上、つきにはアルバートの主張とは逆に、当然に法律学はこの基礎づけの契機を自らの思惟に構造化しなければならない。」七八年、三五頁。

(52) 「わたくしは、法学の特有の有用性課題につきアルバートとは違った理解をすることにより、つまり法実務における正しい法的決定の必要性から投影される法律学特有の認識目標のゆえに法律学における基礎づけの営みは承認されうると考える。そのかぎりでは、そして、またその際には自然法(論)なる名辞はもはや不適切に思われるかもしれないとしても、わたくしは自然法論の伝統を無視しえないと考える。……同様にわたくしは、法的決定の正当性(あるいは実質的正義)を追求し実現すること、さらには、そのことから不可避な法的評価の合理性を保障することの必要性のゆえに、エッサーに見いだされたように、アルバートとは異なるヘルメノイテイク理解のもとにガダマーの哲学的ヘルメノイテイクを検討することは十分意義のあることだと考える。」七八年、四九頁(傍点は原著者による)。

(53) 七八年、四六頁。

- (54) 後掲注(91)参照。
- (55) ヘルメノイティクについての検討は、体系思考と問題思考との関係をいかに把握するかという植松法理論の主たる問題関心に並行して行われていた。中期以降、植松教授の諸論考においてヘルメノイティクへの言及は、ドイツ法理論の一般教養的知識として現れる場合を除いては、ほとんど登場しなくなるが、時期を隔てること一六年後に公刊された九五五年論文において、再度取り上げられている。ヘルメノイティクとレトリック論との関係は今一つ定かではないけれども、七八年論文に手軽く触れられているように、論理演繹的な推論の形で進められる体系思考に対する批判という文脈においては両者は軌を一にしており、そこに体系思考に対する問題思考への傾倒を読み取ることもできるであろう。
- (56) 七九年、二二八―三七頁(傍点は原著者による)。
- (57) 七九年、二三八―四三頁。
- (58) 七九年、二四八―五二頁。
- (59) 「さらに要約していえば、構文論的―意味論的に定位された言語使用が『それがその内で機能する特別な使用状況、すなわち記号と記号使用者の関係』を度外視しているがために、フィーヴェクにとつては、それが調達する知的便宜は許されない単純化だと映るのである。」八一(a)年、八七頁。
- (60) 「レトリックな言語観における言語意味の問題にあつて重要なのは、聞き手との共労が頼りのコミュニケーションの指図的状况のなかで『言語の意味を産出するところの不断の作出過程』の解明なのであり、したがって、『言語の意味はこれをかざりに状況とは無縁に定まってる』とみるさきの非レトリックな言語観は短絡的であつて、許されないとされていたのである。」八一(a)年、九二頁(傍点は原著者による)。
- (61) 「木村教授の罪刑法定主義の所説には、成文の『言葉の可能な意味の範囲』、あるいは、条文によつて成文の中に定立された『客観的意味』というように、言語には夫々対応する意味がいわば客観的に定まってる、とするような言語観がその基礎にあると思う。」(傍点は原著者による)八一(a)年、九五頁。『言語にはそれに特有の意味がともかく、そしてなにがしか対応して在るとする言語観が――木村教授の場合とは比較にならぬほど弱くではあれ――扞拭し切れずに残っていないだろうか。……この光景をフィーヴェクの見解にならつて総じるならば、それは非レトリックな言語観、したがって構文論的―意味論的言語次元に定位された非状況的言語使用の優越として特徴づけられうるであろう。」八一(a)年、九七頁(傍点は原著者による)。
- (62) 「わたくしは、つぎのようにフィーヴェクが語つているところを読むとき、法治国家的要請の特殊刑法的な発現たる罪刑法定主義の原則が、その言語的位相においてレトリックな見地から問い返されてみる必要が十分にあると思う。」八一(a)年、

九八頁。

(63) 「フイーヴェクの問題思考は、それが問題に定位された、あるいは問題の解決・論究に奉仕する思考でなければならぬことから、当然のこととして『問題』の側面にアクセントが置かれたスタイルの方を擁護する。」八一(b)年、二二六―七頁。

(64) 「こうした傾向の批判に対しては、フイーヴェクはつぎのように反論を加えている。演繹体系という概念は(多様なものが一の原理、あるいは若干の諸原理から或る全体者に繋ぎ合わされる、ということ)を要求している、すぐれて体系的に思考する近代以降では、『それ以外のあらゆる体系諸概念をついには法学の意識において大幅に抑圧してしまった』。そのうえ、時としては、人は『体系という概念と演繹的体系という概念とを同一視』してしまい、だからこそ、『演繹的体系を拒絶する』ものは『一切の体系を否定する』とさえ邪推するまでに至りえたのだ、と。」八一(b)年、一三三頁。

(65) フイーヴェクは、『古典——弁証法的体系を、既に窺ったところから推察しようるように、『問題思考』で本来的に予定されている体系として擁護する。この体系をかれは『トーピッシュな体系』と名づけ、それは「それは問題に定位された、すなわち問題に従った整序のなされた全体者なのである。」八一(b)年、一三四頁(傍点は大森による)。

(66) 「けれども、かかる体系は自己矛盾なのである。というのは、『結合に臆病な』、ただ『ヒントを与えんとする』にすぎない、あるいは『本質上、もつとも狭く定式づけられた個別問題に、否それどころか個別事例に定位されている』等の如き手続は、『統一と内的秩序』の思想を、『それゆえに、体系概念の根本諸前提』をけつして正しく判断する力はないからである。」八一(b)年、二三五頁(傍点は引用者(植松教授)による)。

(67) 「莊子教授にかぎらず、盛んなトピック議論の経験を積んでいる西ドイツの批判者達にさえみられる種類の混乱、あるいは誤解は、フイーヴェクのような人達の提唱を支えている『古典』西洋の精神基調と目されるレトリック(語用論的言語次元、あるいは『状況的』思考様式の優越)に対する理解の偏り、すなわち『非』、あるいは『反』レトリックな『近代』西洋の精神基調(構文論——意味論的言語次元、『非』状況的思考様式の優越)からのみする理解、に根差しているのではないだろうか。」八一(b)年、一三九―四一頁。

(68) 八一(b)年、二四一頁注(2)。

(69) ここでは紹介しきれないが、もうひとつレトリックに関する重要な論点として「レトリックの今日的意義」という問題がある。それは、八三(a)年論文で言及されており、レトリックは「実践のための内容推薦」ではなく「レトリックの分析的理解」であるべきことが主張されている。八三(a)年、一二四―一九頁。

(70) 八三(a)年、一〇四―一〇頁。

(71) 八三(a)年、一二三―四頁。



- (72) 八三(a)年、一一三—一六頁。
- (73) 八三(b)年、一二七—一九頁。
- (74) 八三(b)年、一二四頁。
- (75) 八三(b)年、一二六頁。
- (76) 八三(b)年、一一〇—一一頁。
- (77) 「レトリックのスタトゥス論では『問い』(quæstio)が答えを圧倒しているということである。……レトリックにおける『問い』の優越的地位は認められなければならないと思う。……術的加工局面で最初の位置におかれる、それゆえ以後の諸局面を規定してゆくもつとも重要な inventio そのものが、ラウスベルクによれば、やはり『問い』の指導に服していることになる。」八三(b)年、一一三—一二頁。
- (78) 「このように status を『状況』と邦訳し、この『状況』を『行為』との相関においてとらえることができるならば、優位すべき『問い』で問題とされなければならないのは、かかる意味での『行為』であることになる。ここにおいて、レトリックにおける『問い』の優位は、転じて『行為』の優位となる。……およそ談論が『或る状況のなかでこの状況の変更(あるいは持続)を意図して』行なわれるものである以上、談論の術としてのレトリックで問題となりうる談論はすべて『行為』の相に属さなければならぬ——説得して或る行為へと強いる——といっても、そのことはレトリックのこのような素性からして当然のことであるというべきであらう。」八三(b)年、一二六頁(傍点は原著者による)。
- (79) 八三(b)年、一二七—一九頁。
- (80) 「以上の考察から、レトリック法理論が法的議論を基礎づけ、談論にとらえ、かかる談論の『状況』のなかで言語——論理(verba)と行為——倫理(opus)との有意味な結合を解明せんとしようとするものであることは理解できたと思う。」八三(b)年、二四二頁(傍点は原著者による)。
- (81) 「レトリックの見地に立って構想される。Argumentation のモデルは、(イ)・Argumentation を『基礎づけ談論』にとらえることともに、(ロ)・談論を『談論』行為』『コミュニケーション活動』にとらえることによって構えられるという。つまり、このモデルは現実の談論がそこで営まれている『状況』への注視にもとづいて構成される。」八五年、二六頁。
- (82) 「Argumentation は、談論『行為』として、社会的行為諸連関との脈絡のなかでとらえられる。そして、なかんづく『人の、しかも『聞き手』としての人の役割が脚光を浴びることになる。」八五年、二九頁。
- (83) 「この問答的敵対構造、すなわち『聞き手関係』はスタトゥスのみに特有の性質ではなく、レトリックそのものの性質である。……かかる構造において、レトリックでは、『聞き手』としての人の社会的『行為』が談論の、したがって

- “Argumentation”の構造上の要諦をなす。」八五年、三三頁。
- (84) 「フィーヴェクは推論を説明している、道理にかなった『推論 (Reasonment)』はすべて一面では『第一次的思考内容の確定』を課題とした『弁証 (Argumentation)』、他面では『その時々々に確定されている思考内容から結論を引き出す』ことを課題にした『論証 (Demonstration)』というように、互いに補い合う二つの部分から成り立つ」と。八六年、三頁。
- (85) 「この説明では、或る推論をして『論証』的推論たらしめているのは、当該推論が持っている前提の性質が『真である』ことでなければならぬ。これを裏返していえば、なにかが『真である』かが明晰判明に確定されえない、あるいはそのためのすべもないところでは、もともと『論証』的推論様式は有意義に推論として機能することができない。まずもつてなにかが『真である』かがともかく確定されていること、このことが『論証』的推論に推論様式としての根拠・理由を与えていることになる。ところが、明らかにこの根拠・理由は、『論証』的推論によつては与えられない。それは、『論証』的推論体系の外側に求められなければならない——公理的演繹体系の諸公理のことを想起されたい——とすれば、まきれもなくそれは、推論を『弁証』と『論証』に二分類しているわれわれの場合には、第一次的思考内容の確定を課題とする『弁証』に期待するほかない。……推論の問題で『弁証』が『論証』に先んじる位置の測定はできたと思う。」八六年、五八頁。
- (86) 「以上のようなラウスベルクの説明によるならば、論拠を發明する術としてのトピックであるということになる。それゆえ、レトリックの弁証理論で核心をなしているのが『弁証』のためのわれわれが当面している『弁証』の構造説明をフィーヴェクのようなレトリック法理論のひとたちにならない、もしレトリックの弁証理論に期待するとすれば、それはトピックに期待することにはかならない。」八六年、一四一—五頁。
- (87) 「『弁証』のセールスポイントは、『エンドクサ』と名づけられるその前提の特性にしかない。……エンドクサはどのようにして理由づけられるのか、すなわちエンドクサが理由づけられる『方法』を問う設問形式だけになるだろう。」八六年、一八—一九頁(傍点は原著者による)。
- (88) 「『弁証』のこのような『非』ないし『反』存在論(主義)的構造がレトリックの弁証理論で一段と明白に妥当する、ということはいうまでもない。」八六年、二〇—二一頁。
- (89) 植松教授のレトリックそのものの理解については、この時期に完結するのではなく、いわば他の研究関心と同時並行して進められた。それは、少々時間が飛ぶことになるが九三(a)年論文まで続くことになる。この論文は、悪く言えば従来の研究蓄積にそれほど新しいものを付け加えるものではないが、とりわけ八三(b)年論文で論じられた「スタトウス論」がまた新たな光の下に再度照らされる。九三(a)年、三六—四一頁。
- (90) 八八年論文は、「論文」というよりも学会誌に掲載された、矢崎光圀教授の著書『日常世界の法構造』に寄せられた書評で

ある。書評だけに植松教授自身の理論的發展をそこにみることはできないが、それでもレトリック理解を深めた教授ならではの「植松節」をみることが出来る。書評の概要は、同著は社会通念を明らかにしようとするが、そのためには「言語」の問題抜きには語れないはずだと主張し、「法意識の問題を存在論抜きに語ることはできるか」、「法があることの論究を言葉抜きで語ることができるか」、「社会通念の解明を言葉抜きにできるか」という三つの質問が投げかけられる。この書評は全体として語用論あるいはレトリックの観点からの矢崎法理論の批評と見ることができ、矢崎の議論のスタイルや道具立てにまで関心を示していること、書き手＝矢崎と読者ととの関係を意識していることなど方法論的な問題関心がみられる点で興味深い。また内容的にも、矢崎法理論に言語の観点がないことへ不満が述べられている点で、第一級の法哲学者たちがそれぞれ独自の観点から白熱した議論を戦わせる様が見られ、知的興奮を誘う。

(91) 「だがしかし、フィーヴェクには、再生自然法論も法実証主義も『科学の哲学』と同様、「非」状況的性格ということでは共通するものと映り、そのかぎりにおいて「非」あるいは「反」レトリックと総称されるのである。そこでは論理(真偽)と倫理(正邪)の不和が宿命づけられている。時代の思潮をこのようにとらえるフィーヴェクは、それが法のような社会的領域——総じていえば *humaniora* の世界——で不適切なことを、科学哲学の存立基盤そのものはそれ自身によっては基礎づけられないことを論究することで明らかにしようとする。」八三(b)年、一二〇頁。

(92) 前掲注(52)参照。

(93) 八九(a)年、五頁。

(94) 八九(a)年、七頁。

(95) 「近時の学問論での『弁証』への注目も、統辞論・意味論的アスペクトから語用論的アスペクトへの転向の動きとけっして無縁ではないように見受けられる。」八九(b)年、一一三頁。

(96) 「論理実証主義では『語用論』は、フィーヴェクの指摘しているところによれば、場合によっては生じるかもしれない形式的な数学的論理齟齬のための単なる応急手当ぐらいの余地しか与えられず、ときには、統辞論・意味論的な厳密性にとって妨げになるとして、きっぱり『語用論』的アスペクトは拒けられてしまう。」八九(b)年、一一九頁。

(97) 「或る人たちはポパーの批判的合理主義を、論理実証主義から弁証理論の盛況に至る『過渡期』に位置づけている。」八九(b)年、一二〇頁。

(98) 「かくして、トゥールミンの分析が取り出した『実質的』弁証は『弁証』の語用論に道をつけた、といつてよいと思われる。……トゥールミンが切り拓いている『弁証』の語用論的アスペクトは、後の弁証の理論に影響を与えている。その一端は、たとえば J・ハーバーマスのデイスクルス理論にもうかがうことができる。」八九(b)年、一二六頁。

- (99) 「この『レトリック法理論』は、紛れもなく語用論的転換を目指した法的弁証の理論であった。」八九(b)年、二二〇頁。
- (100) 八九(a)年、二八頁。
- (101) 八九(b)年、一三七頁。
- (102) 第三章の題名が「『弁証』概念の若干の整理」とあることを考えると、八九(b)年論文では弁証の一般的性格が同定され、そこから四章でその「法的」特殊性格が検討される予定であったかもしれない。ここで断筆されたことに意味を探ることも可能かもしれないが、公表された箇所全体構想への言及がなく、それ以降の内容を推察する情報があまりにも少ないことから、この点の検討は残念ながら断念せざるをえない。
- (103) 「かくして、『……討議的に可能的なるもの』の余地を狭めるあの必要性が、アレクシイの『手続的』理論では、法秩序のルールに理由を与えることとなったのである。」九〇(b)年 九四—一〇二頁(傍点は原著者による)。しかし植松教授によると、アレクシイはこの法秩序のルールについて一切言及しておらず「甚々奇異の感」を与えている、という。九〇(b)年、一〇四頁。
- (104) 「アレクシイの『手続的』理論の基底に見え隠れする『理想的』討議像の、カントの意味での『統制原理』には、『実践』あるいは『行為』の本質的構造契機たる『ヒューマ (hic et nunc)』を捨象してしまう機能が宿されるのではないのかということである。その結果、アレクシイの法的弁証の『手続的』理論は、アレクシイ自身の意に反し、フィーヴェクの表現を用いるならば『非』状況的、したがって統辞論的—意味論的次元に定位した理論と特徴づけられるのではなからうか。」九〇(b)年、一〇六頁。
- (105) 「アレクシイは、レトリックにたいする評価をこれら兩人(フィーヴェクとベレルマン)とは等しくしない。それにもかかわらずアレクシイは、弁証が有意味に成立する条件に存在論(主義)拒否を掲げることでは、これら兩人と見解を同じくしている。かかる観点から眺めると、アレクシイの手続的理論にうかがえる存在論(主義)拒否もまた世紀末現代の学問潮流の渦巻きに急いよく流れ込むようにみえる。」九〇(b)年、一〇八—一一頁(亀甲括弧内は大森による)。
- (106) 「同じくアレクシイと共に存在論(主義)拒否を貫ぬきつつも、もし経験的存在世界との連関を法的弁証の構造に維持させうる『手続的』理論の構想が可能であるとするならば、アレクシイの歩む道とは違う方向で、かの『第三の道』を拓くことができるかもしれない。」九〇(b)年、一一四頁。
- (107) 「存在論(主義)に加担することなく『非』形式的なるものを法的弁証に構造化しうる理論の緒は、『問い』を弁証対象に据えることによって、つかまえることができるだろうか。あるいは、存在論(主義)の拒否をアレクシイと分ちつつも、アレクシイとは違った方向で例の『第三の道』を拓く可能性は、弁証対象としての『問い』の地平に望みえるだろうか。こうし

た点の考察をさらに続行するためには、まずなによりこの『問い』の、『非』存在論（主義）的地平における組成の可能性がさらに詳しく調べられなければならない。九〇（b）年、一一七―一八頁。

(108) 「われわれがその時々<sup>108</sup>に当該弁証（理由づけ、正当化）のへと駆り立てられるとき、たしかにそこには必ずずんらか『争い』（= „*pro-contr.*”、関係）が先行しているはずである。この意味においてなんらの『争い』もないところでは、いかなる『弁証』も、いかなる『理由づけ』も、あるいはいかなる『正当化』も初めからその必要性が生じない。われわれに『弁証』が必要となるのは、そこに必ず『争い』が先行していることによる。」九三（a）年、二九―三〇頁。

(109) 「そして、このように対立し合う二つの主張の各々は、それぞれが『論拠』（あるいは理由）によって支えられている。かくして、あの『争い』の正体も結局は『論拠』の争いであると言い換えることができる。今便宜上、論拠のこの争いのことを『問い』（あるいは『疑問』）と名づけるならば、その時々<sup>109</sup>の当該弁証に先行していなければならないもの、すなわち弁証の始動因は『問い』であるというようにさらに定式化し直すこともできる。」九三（a）年、三〇―三二頁。

(110) 九三（a）年、三六頁。

(111) 九三（a）年、三七―四一頁。

(112) 「『拡張解釈は法の解釈である』が、『類推解釈は、もしこれを裁判官がおこなうときは、裁判官による法の創造であり、立法であることを看過してはならない』という。……こうした木村の所説では、言葉にはそれぞれ対応する意味がいれば客観的に定まっているといったような、まさに伝統的法解釈理論を支えているとされたあの基本前提、すなわち言葉にはそれぞれ独立存の意味が対応してあるのだとみる考え方を、ほぼ完全な形で窺うことができると思われる。……言葉にはその意味がともかく、そしてながしき対応してあるのだとの考え方、したがって伝統的法解釈理論を支えていたあの基本前提が、木村の場合とは比較にならないほど弱くであるけれど、なお払拭し切れずに残されているように思われる。……『類推』解釈と『拡張』解釈についてのわが国の大多数の刑法学者の見解は、わたくしの見るかぎりでは、右にみたような木村と平野の所説を両端とする中間地帯に散在しているようである。」九三（b）年、九三―九四頁。

(113) 「『サヴィニイの法律解釈論における『類推』解釈と『拡張』解釈の区別は、前者が『なにか或る指導的法律の本当の思想が全面的に欠落していること』をその基本条件にし、後者では『誤って選ばれた表現』がともかくあり、その表現を法律の『本当の思想にもとづいて訂正すること』が眼目とされることによってつけられている。……サヴィニイの所説からかれの法律解釈理論の特徴を取り出そうとすれば、それはこう整理することができるであろう。すなわち、法律あるいは言葉にはそれぞれ独立存の客観的『意味』（言葉のなかに『閉じ込められているもの』、法律の『本当の思想』）がともかくあるとみる考えだ、と。」九三（b）年、九七頁。

- (114) 「シユナイターのこうした指摘が正しいとすれば、言語理論における統辞論・意味論から語用論への転換はもう四〇年代には始まっていたことになる。こうした転換は、同じく言葉にかかわる作業である法解釈の理論のうえに当然及んでこないはずはない。……なかでもとくに正しいテキスト理解(＝解釈)の可能性の条件としての『前判断 (Vorurteil)』ないし『前理解 (Vorverständnis)』の指摘は、法律解釈過程における解釈者の『主観』の不可欠性の暴露として、伝統的法解釈理論を支えていたあの基本前提に、ややおおげさな言い方をすれば、コペルニクスの転換を迫らずにはおかなかった。……遅くとも六〇年代になるとほぼ出揃うことになるドイツ法理論における新たな諸努力のすべてに通底している特徴は、これをわれわれの当面している問題関心に引きつけていえば、法律解釈の『創造性』の承認ということにほかならないであろう。」九三(b)年、九頁。
- (115) 九三(b)年、一〇三頁。
- (116) 「弁証はその実質が『理由づけ』にあり、しかも『行為・実践』(＝発話行為)の理由づけにその焦点を合わせて用いられている。しかしその場合、かかる理由づけとしての『弁証』は、つねに『非』存在論(主義)的地平での営みである、と。」九三(b)年、一〇八頁。
- (117) 厳密に言えば中期の終わり頃に属する八九(c)年論文に後期のテーゼがみられるが、同論文は、後期の優先性テーゼをも越える射程をもつので、第五章にて扱うのが適切である。
- (118) 「合理的な『推論』(『理由づけ』、あるいは『弁証])のためには、明らかに『論証的』推論様式のみを頼るといわけにはゆかなくなる。つまり、『論証的』推論様式とは異なる種類の推論様式に頼る必要性に直面せざるをえなくなるのである。それは、当面設定されているわれわれのケースでは、『弁証的』推論様式以外にはないということの意味している。……ということは、推論を全体として……問題にするときには、つねに階層的に『弁証的』推論様式の方が『論証的』推論様式に先んじるということを意味している。」九三(b)年、一一一頁。
- (119) 「その最終端までも射程内に取り込んで『推論』を眺めれば、『論理』は適切に相対化して捉えられ、本来『論理』的推論は推論全体で、したがってまた理由づけで限られた役割しか引き受けることができないことがわかる。それゆえ、『弁証』において論理が受け持つことのできる役割は、せいぜい第二次的、副次的なそれに留まらなければならないと思われる。」九三(b)年、一一四頁。
- (120) 「解釈の正しさの規準は、伝統的法解釈理論におけるそれと同じではありえなくなる。しかも両規準の間には、選択の平等は許されていないのであり、『……と思われる』について許される合理性規準が伝統的法解釈理論におけるそれより優越していなければならない。」九三(b)年、一一七頁。

- (121) 「法律の『適用』（＝法律からの判決の『理由づけ』）の構造要素として、このように『推論』に比して『前提発見』（カントは『悟性』に比して『判断力』を、そしてショウペンハウアーは『推論』に比して『判断』、あるいは『前提発見』）を重視するエンギツシユの見解は、現代ドイツ法理論で基本的にほぼ共有されている見解であるとみてよいであろう。」九四年、一一五頁。
- (122) 「裁判官による法律適用の構造解明のためのモデルに『三段論法』としての包摂を用いるときの問題の核心は、それゆえに先にエンギツシユが『前提発見』に比して『推論』を余り重要視していなかった理由もまた、まさにここ、すなわち三段論法『外的』、あるいは（形式論理的）推論『外的』な作業としての同定作業、あるいは媒概念の構成の所に存しているとみることができるであろう。」九四年、一二三頁。
- (123) 「いうまでもなく同一視は『比較』が先行していなければ成り立ちえない事象であり、或る比較の結果にはかならない。したがって同一視が行なわれるためには、比較されるべき『比較材料』とこの比較材料がそこで比較されるべき『比較視点』がまず必要となる。」九四年、一二八―三五頁。
- (124) 「エンギツシユによってこれこそが本来の包摂だと強調される『小前提の要素部分としての』包摂局面においてもまた、その核心は『評価』、あるいは『同一視』に存し、そしてこれはこれでまた（『先行理解』を手懸かりとする）『解釈』にその核心が見出されているのである。」九四年、一三六頁。
- (125) 「『形式性』を『法』論理学においても徹底することの是非をめぐっては、クルークとエンギツシユの間では見解が分かれてくる。……法論理学で用いられる形式論理学としてクルークは数学的な現代論理学に固執しエンギツシユはそのことに批判的態度を採り、むしろ古典論理学の方を擁護しようとさえしているように見受けられる。」九五年、一九七頁。そしてこの違いは双方の問題関心の相違に由来するとされ、クルークの主眼は法学にあり、論理学による学問の一元の把握にあることから徹底した形式化が追求され、他方エンギツシユの主眼は法実務家の法思考にあり、法論理の独自性にあることから論理学の画一的形式化に批判的な態度をとらしている、と述べられる。同、一九九―二〇〇頁。
- (126) 「クルークは、自然言語的な要素部分を一切含まない公理論的方法にしたがって公理論化される形式論理学体系の公理および基本概念の他に、先のショルツのあの意味での『形式』には尽くされ難い、たとえば法または法律というようなその時々の実在領域に特有の公理および基本概念もまた法論理学に備わっていないなければならないことを承認する。」九五年、二〇四頁。
- (127) 「エンギツシユの場合にも……適用されるべき論理学は……『形式』論理学でなければならない。また他面においては、法論理学は『領域』論理学として『実質』論理学、つまり『夫々の思考の純粹形式に限定されているのではなくて、材料の特殊性を顧慮する』論理学でもなければならぬといわれている。」九五年、二〇五頁。

- (128) 「クルークによってもエンギツシユによっても、具体的な法的当為判断の理由づけ、または推論のための前提(『実質』)の発見、あるいは確定という仕事は、『形式』(論理学)の能力の遠く及ばない限界としてはつきり自覚されている、ということを確認しておくことができるであろう。」一九五年、二〇七頁。
- (129) 「クルークにおいてもエンギツシユにおいても法論理学における『形式』と『実質』の両契機の連関の仕組みは、クルークの場合には『添えられる』、そしてエンギツシユの場合には『提携』または『連携プレー』というように語られてはいる。しかしこれ以上の詳しい説明は兩人とも行っていない。……しかしながら、まさにこの点こそは、法律適用の『論理』の解明のための『道具』としての適格性を『形式』論理学が備えうるかどうかを調べようとしているわれわれの関心を最も強く惹く問題なのである。」一九五年、二〇八―一九頁。
- (130) 「アレクシイの構想の重点は(ともかく『発見』されてすでにある)論拠(前提)の『使用』(正当化プロセス)の方に置かれているのであって、まさに使用されるべき当の論拠(前提)の『発見』の方にはないのである。」一九九年、二三―五頁。
- (131) 植松教授は、それがアレクシーをして彼の議論に様々な留保と制限をつけさせた「どうしようもない足枷」である、とする。一九九年、二三―八頁。
- (132) 「アレクシイの法的弁証の理論構想は統語論的意味論的、したがって『反』レトリックシユであると思えてくる。」一九九年、二四五―六頁、「ところが、アレクシイも含めた多くのフィーヴェク批判者たちは、そこで弁証のための論拠(前提)が『発見』されるべきトポイを、それゆえレトリックの観点で構想される法的弁証の理論をも、なぜか奇妙にも統語論的・意味論的な、それゆえ『反』レトリックの観点でしかみようとしない。しかしそれは、以上のところからすでに明らかのように、レトリックの観点で構想されているフィーヴェクの法的弁証理論にたいする誤解以外の何物でもないのである。……エンドクサ(Endoksa)の意義にたいする異常とも思われる批判者たちの警戒心、不安感に起因しているのではないかと思われる。」同、二五一頁。
- (133) 「フィーヴェクは『発見』と『使用』の両事象のうち、論拠(前提)の『発見』の方を『一次的(primary)』弁証が取り組むべき課題であるとみなし、この一次的弁証がかれの理論構想で直接の対象にされている。」一九九年、二三―九頁。
- (134) 「これにたいし、フィーヴェクの構想では、右の引用文にも明快に窺えるように、弁証のための論拠(前提)の『発見』は相手方が決定的影響力を発揮する議論(弁証)のなかで、議論(弁証)を通じてコントロールされるべき事象なのであり、アレクシイに見られるような何らかの種類の超越論的なルールの遵守は要求されておらず、議論(弁証)の相手方、すなわち『聞き手』に決定的意義が承認されている。」一九九年、二四二頁。「このような言語世界(『議論(弁証)』状況)の分析には、『言



語記号の使用者たちがかれらの言語記号を此処で今の現実の弁論状況でどのように使用するか」をつねに問うことで、これを問わない、それどころか妨げになるとして退けさせざる統語論的——意味論的言語理解とは区別される語用論的——状況的な言語理解が必要となる、と主張されるのである。」同、二四四頁。

(135) 「フィーヴェクという意味での弁証がそもそも求められるのは、このような問題「状況」、すなわち議論関係者の間に紛争が生じているが、それに一義的決着をつけることのできるような答え（＝論拠・前提）を「一つ」に絞り込むべき確実なすべが何一つないときである。……あの『エンドクサ』は、このような意味での『共通の理解』の役割を十二分に演じ切ることができるであろう。」一九九年、二五二—一頁。

(136) 一九九年、二五三頁。

(137) 「問題思考の構想は、いわば端初の思考にまで視野を拡大することで、独断論の誘いを振り払う。また、問題思考は、ドグマの不変性、安定性、あるいは絶対性といったような側面を見失わないことで、懷疑主義が仕掛ける罟を巧妙にすり抜ける。そのかぎりにおいて、『問題思考』の構想は、加藤教授の構想する『健全な思弁』（参照、加藤新平『法哲学概論』有斐閣、一九七六年）と重なる。」八九（c）年、一八四頁。

(138) 二〇〇二年、九三頁。

(139) 二〇〇二年、九四頁。

(140) この理解は、ある意味では、加藤教授自身の「健全な思弁」の説明とも符合する。「我々は、よき生活、よき共同生活の原理を追究するより外ない。仮りにこれを「健全な思弁」と名づけよう。……ここに仮りに健全な思弁と名づけたものは、思弁、つまり感覚経験の到達し得ぬ事関する思惟であるが、経験的知識から全く遊離して行なわれるものではなく、むしろ後者を前提とし、その集積を土台として働く精神の作用である。」加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、一九七一年）、九九頁（傍点は原著者による）。

(141) 課題というのは、問題や難点という意味ではなく、やり残した仕事という意味である。したがって、ここでは植松法理論を批判的に検討するのではなく、むしろその発展の途上に伏在していた論旨を再構成・明確化することを通して、それを完成された統合的な理論体系として顕在させることを目標とする。

(142) 「クルークの公理論的方法も、フイバーークの説くトピックも、各々そのみでは共に余りに極端すぎると思われる。（典型的には公理論的思惟とトピックとによって代表される）体系的思惟様式と問題思惟の様式との相互接近においてのみ、法学的体系構成は適切に行なわれうと考えるべきでなからうか。適切妥当な法学的体系、それは開かれた動的な体系でなければならぬ。トピックと公理論的方法とは、結局は、具体的な法学的体系構成の過程で総合されるべきものではなからうか。」七〇

年、三一頁(傍点は大森による)。

(143) 「法律学は、教義学的契機に宿る右にみた意味での限界を克服する手懸り、すなわち『教義学批判』の可能性、を自らの探  
究学的契機に期待するしかない。……われわれはここにおいて深刻なディレンマに陥ることとなるのである。」七七年、一三  
四頁(傍点は大森による)。

(144) 『法哲学』の一定の成果を、まさしく成果として、『法律学』に摂取するにあたり、両者の安易な吻合、あるいは『すげ替  
え』といった処理を絶対に避けなければならない、と。たとえば、戦後わが国の殆んど法分野で盛んに強調された法律学の  
孤立主義の弊を打破してゆくためにも、法律学の教義学的契機と探究学的(法哲学的)契機との間のこのディレンマの明確な  
自覚が堅持されなければならないと思う。」七七年、一三五頁。

(145) 「この問題概念においては、——さしあたっては、どんなものが定かでないが——、『体系』(＝『仮の理解』、『いつも  
前以って手許にある理解連関』)との間の本質的ならみ合いが強調されているのである。フィーヴェクは述べている。なに  
はともあれ、ひとが見損んじてならぬことだが、『問題』と体系との間には……本質的ならみ合いが成立する』のである。八  
一(b)年、二二六頁(傍点原著者による)。

(146) 「このように眺めてくると、フィーヴェクのいう『問題』概念は、問題の方にアクセントが置かれるといわれ、または『問  
い』の側面が重視されると特徴づけられるにせよ、けっして体系と無縁でありえないことが判明しよう。いわんや問題と体系  
との対置・対立という契機は、本来この問題概念の予定の外にある、といわざるをえないのである。」八一(b)年、一二八頁。  
「このように窺いうるかぎり、トポイおよびトポイ・カタログを構造要素となしうるフィーベクの問題『思考』もまた、かれ  
の『問題』概念と全く同じく、けっして体系と無縁でありえないといわざるをえないだろう。」同、二三〇頁(傍点原著者  
による)。

(147) 「フィーヴェクの問題思考は、それが問題に定位された、あるいは問題の解決・論究に奉仕する思考でなければならないこ  
とから、当然のこととして『問題』の側面にアクセントが置かれたスタイルの方を擁護する。」八一(b)年、一二六―七頁。

(148) 八五年、一四―七頁。

(149) 「以前わたくしは、やはり同じようにフィーヴェクの所論を整理する形で法律学に『教義学』的契機と『探究学』的契機を  
確認し、これら両契機間のディレンマ問題を指摘したことがある。……そのときには必ずしも明確に主題化されていなかっ  
たとはいえ、当然のこととしてそこ(Jurisprudenz)での探究学的契機にたいする教義学的契機の優越が予定されているので  
ある。」八五年、一八頁。

(150) 「レトリックの見地に立つてこのように特徴づけられる談論状況では、『聞き手』の対応次第で、その時々々の *opinio* (*opiniones*)

が「問いの外」に出される、したがって *dogma* (*dogmata*) となることと、「問いの内」に入れられる、したがって *zetema* (*zetemata*) となることとの間の相互移行、すなわち教義化↓「脱」教義化↓「新」教義化↓……の動態こそがむしろ自明のことであり、教義学(的思考様式)と探究学(的思考様式)との間のあの「ディレンマ」問題はそもそも存立しえないこととなる。』一八五年、三四頁。

(151) 「総じていえば法理学の実用性問題の検討における、教義学と探究学との事実上の相互移行―これを遺漏なく解明できる理論構築がレトリック法理論の最重要の課題となっているのである。』一八五年、一九頁。

(152) 「法思考の構造解明にあたって、問題思考に非体系性を読み取り、それに体系思考を対置するやり方は、ことフイーヴエクの構想に即してみるかぎり、適正でない。まず思考の始動因である問いの成立自体からして、既に体系的でなければならなかったし、いわんや問題思考の非体系性など承認できる余地は皆無であった。』一八九(c)年、一八五頁。

(153) 「そうすると、その時々々の問いの成立にはいつも『仮の答え連関』が前提されることになる。……この仮の答え連関を『体系』とみることができ。それゆえ、その時々々の問いの成立をまつて始動する思考は、すべてもともこの意味で体系的なのである。』一八九(c)年、一七七頁。

(154) 一八九(c)年、一八一頁。

(155) 「既に見ておいたように、例の絡み構造では、いつも問いが答えに先行する。思考の始動は問いの成立にまたざるをえず、思考の終了としての答えの確立は、この意味において、つねに問いに牽引されてしか行えない。……そもそも思考の始動因である問いの地平をまず画定する問題思考(＝探究学的思考様式)の方が、いわば『答え思考』とも称してよい教義学的思考よりも構造上つねに先じる、と。』一八九(c)年、一八二頁。

(156) 九〇(a)年、二二四―五頁。「このようにして法思考は、その始動に望まれる『問い』の成立から『答え』の確立にいたるまで、『問いの外』に出された(教義化された)法ドグマとしての実定法の拘束を受け続けているのである。しかもこのことに権利根拠を与えるのが、ほかでもない法律家が服するかの『決定強制』、法思考が自らのレゾン・デートルとするかの『実践』機能なのである。かかる意味において、法思考自らの特徴も『教義的』とみなされるのである。』同、二二七頁。

(157) 「法の世界ではドグマとゼテマの『事実上の』和合、あるいは、ドグマ―ゼテマ―ドグマ……の『事実上の』相互移行はけつしてめざらしいことではない。むしろ、法の世界はこのことを常態として成り立っている。』九〇(a)年、二一九頁。

(158) 「繰り返し強調しておくが、ドグマとゼテマ、あるいは教義的思考様式と探究的思考様式の和合ないし相互移行は、法律家作業では日常茶飯のことなのである。すなわち、決定強制に服する法律家作業には、理論とか学問とか、あるいは、法律学とか法史学とかまたは法哲学とかの名で営まれる探究的思考様式が多かれ少なかれ、直接にか間接にかつねに関与しているので

ある。一九〇(a)年、二二〇頁。

(159) 一九九年、二五四―五頁(傍点は大森による)。

(160) 「エンチユメーマー」への関心がはじめて登場するのは、最後の九九年論文である。「弁証における『発見のプロセス』の『正当化のプロセス』にたいする構造的、位階的な優越の承認、その結果として起こるであろう『正当化プロセス』の変質、つまりレトリックでいうあの『エンチユメーマ』の問題。」一九九年、二六一頁注(65)。しかし冒頭の二〇〇二年でのコメントにおいて植松教授が語っているように、このエンチユメーマについての考察が次の段階にあることが示唆されるものの、実際にはそれに関する論考は発表されなかった。

(161) 「田中美知太郎氏は、哲学の生命を成り立たせるものとして、一方、哲学における正気・節制・思慮分別の要素を、他方、狂気・エロース・飛翔の要素を説き、『哲学はエロースであるけれども、それは幾重にも知性に結ばれている愛智なのである』と述べている。私にも哲学の精神というものはそういうものだろうと思われるし、そして健全な思弁と名づけたものも全く同じ基本思想の上にたっている。」加藤前掲注一三七、九九一―一〇〇頁。ちなみにこの箇所の田中教授の引用は、田中美知太郎『哲学初歩』(岩波書店、一九五〇年)五一―九頁による。

(162) 政治哲学の分野では、この取り組みは既にある。田村哲樹「親密件における熟議／対話の可能性」田村哲樹編『政治の発見5』語る——熟議対話の政治学(風行社、二〇一〇年)七〇―一頁、斎藤純一「デモクラシーにおける理性と感情」斎藤純一・田村哲樹編『アクセスデモクラシー論』(日本経済評論社、二〇一二年)一九三―四頁、John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond* (Oxford University Press, 2000), pp.53-4.

(163) 拙著『共和主義の法理論——公私分離から審議的デモクラシーへ』二二七―三二頁。

(164) 一九九年、二五五頁。