

特別講演

昭和五十六年一月十九日

法的思考の現代的課題

京都大学法学部教授

田中成明

主催 神奈川大学法学研究科

法的思考の現代的課題

——裁判の現況への法律学の対応の在り方をめぐって——

京都大学法学部教授 田中 成明

はじめに

一 現代型訴訟と訴訟機能の見方の変容

- (一) 裁判の政策形成機能のクローズアップ
- (二) 訴訟の手続過程・当事者の参加保障の重視
- (三) 訴訟機能の理解をめぐるリーガリズムと法的道具主義の交錯

二 法律学方法論への示唆

- (一) レトリック・トピック論と法的思考
- (二) 法律学・法的思考の教義学的契機
- (三) 特殊法的な合理性の識別基準を求めて
むすび

※ 以上の目次は、講演速記をこのような形で公表するにあたり、当日配布したレジュメに基づいて作成したものであり、また、レジュメの関連箇所で挙げた文献については、新たに若干補充して、最後に参考文献としてまとめて掲げておいた。

はじめに

大変漠然としたテーマを掲げましたが、具体的にはお手元のレジュメのような構成で、まず、最近の日本の裁判の

実務や理論に見られる動向がどのようなものか、また、それが法的思考に対してどのような課題を提起しているかというのを私なりに整理しまして、次に、そういった状況に的確に対処するためには法律学方法論がどのような形で展開されるのが望ましいかということについて、私の考えている方向ないし見通しを、わが国の代表的な見解と、ドイツや英米の法律学方法論とか法的推論の研究動向とを対比しながらお話しして、皆様からいろいろと御意見を伺ったり教えていただいたりしたいと思います。

一応裁判とか法律学の動向を素材とするのですが、あまり裁判実務とか法律学の実状には詳しくありませんので、これからお話しすることもかなり抽象的なレベルの事柄に限定されておりますし、それすらも各御専門の領域から見たらたまたまはずれなところもあるのじゃないかと思えます。そういった点については後でいろいろ御教示いただけたら幸いです。それでは、レジュメにそって本題に入らせていただくことにいたします。

一 現代型訴訟と訴訟機能の見方の変容

最近の日本の裁判の実務や理論に見られる注目すべき動向としては、——主として公害・環境訴訟とか消費者訴訟などのいわゆる現代型訴訟をきっかけに注目されはじめたものですが——、その一つは裁判の政策形成機能というのがクローズアップされてきているということと、もう一つは、それと関連して訴訟の手續過程そのものの独自の意義やその過程への当事者の参加保障の重視という二つの動向を挙げることができると思えます。

私自身がこういった問題に関心をもち始めたのは、これらの現代型訴訟において訴訟当事者たちやそれ以外の訴訟に関心をもつ人々がその裁判に実際に何を期待しているかとか、裁判が実際にどういった影響を政治社会に及ぼしているか、また、そういった裁判の現実の役割や機能が、伝統的な法的思考が前提としている裁判の見方とどういふ

うにズレているかなど、どちらかと言いますと法社会学的あるいは政治学的観点からの関心だったのです。けれども、その後、民事訴訟法を専攻されている先生方からいろいろお話を伺ったり、あるいは先生方が書かれたものなどを読んでみて、ほぼ同じような裁判の動向をふまえて、民事訴訟法理論がそういった動向にどう対処すべきかについて、もっと法律学的に緻密な議論が専門的に展開されていることを知った次第です。詳しい専門的なことはあまりわからないのですが、例えば、最近では、「ジュリスト」の今年の元旦号に掲載された、レジュメに挙げております井上治典教授の論文とか、伊藤真教授の「裁判の効力論」などを読んでみて、こういった動向の意義が私などの門外漢の見方とは違いました、もっと民事理論上のいろいろな問題と関連づけて的確に整理されており、大変有益な示唆を受けました。

(一) 裁判の政策形成機能のクローズアップ

そこで、こういった民事学者の説かれていることも参考にしながら、民事学者が訴訟機能論と呼んでおられる領域に見られる二つの動向の背景、その意義、問題点などを私なりに整理してみたいと思います。まず、裁判の政策形成機能については、裁判の古典的あるいはその本来的な機能は、すでに発生した具体的な紛争を事後的・個別的に解決することだと普通考えられておりますけれども、こういった現代型訴訟を見ますと、大抵の裁判は、こういった紛争解決機能だけではなくして、同時に、当該紛争の当事者を超えてもう少し広い範囲の人々の利害に将来にわたって一般的な影響を及ぼす、ある程度一般的な法的規準を判例として確立し、それが先例としてその後の同種の裁判を拘束するだけではなく、訴訟以外の様々の公私の紛争解決の規準としても用いられるという、伝統的な議論では裁判の法創造的機能とか準立法的機能といわれている機能を果たしているわけです。さらに、もう一つ、これは従来の法

律学の議論ではほとんど無視されていたものですが、判決だけではなく、訴訟の提起から始まって公開の法廷における当事者間の攻防を経て一定の判決に至る訴訟の手続過程の展開そのものが、立法・行政などをはじめとする政策形成過程全般に対してインフォーマルなインパクトを及ぼしていくという機能——裁判外の紛争解決過程に関しても同じことが言えるのですが——そういった機能も果たしているわけです。

こういった裁判の政策形成機能については、伝統的な法律学では真正面から議論されることもなかったのですが、最近では、例えば小島武司教授の「公共訴訟の理論」とか、紛争志向型訴訟と政策志向型訴訟とを分け、政策志向型訴訟に対応した「法政策学」を構想されている平井宜雄教授の試みなど、裁判の政策形成機能をふまえた訴訟法理論や法律学方法論が展開されるようになってきております。もっとも、小島教授の「公共訴訟」や平井教授の「政策志向型訴訟」の射程距離に入っているのは、おそらく判例による一般的な法的規準の設定という機能までであると思われますが、しかし、それでも裁判官とか法学者が裁判のこういった機能まで考慮に入れながら判決を下したり解釈論を提唱したりすることができ、あるいはしなければならぬとなると、裁判実務や法律学の在り方というものも、それに合わせて視野を拡大せざるを得ないことになってくると思われまします。

といいますのは、これまでの裁判実務とか法律学を規定してきた伝統的な法的思考の枠組や様式は、基本的には裁判の紛争解決機能に焦点を合わせて形成されてきたと考えられるからです。この伝統的な法的思考は、レジュームにも簡単に書いておきましたように、次のような特徴をもっております。まず最初に、具体的な事実関係を法的に分析・構成することによって、その法的解決に関連のある重要な事実とそうでない事実とを区別することが、法的思考の出発点であり、現実の具体的な紛争では政治的・道徳的・社会経済的等々の争点と分ちがたく複雑に絡み合っている法的争点だけを切り離し、政治的・道徳的・社会経済的等々の争点を法的思考の外に放逐することによって法の世界の

自立性というものを確保することです。次に、このように法的な世界というものを一応切り離したうえで、そういった仕方でも確定された法的争点に既存の一般的な法的規準をあてはめて解決する——これを簡単に包摂モデルと呼ぶことにいたします——、つまり、ある事実を既存の一般的な法的規準に包摂するという形で法的決定を要求したり正当化したりするという方式をとります。ですから、こういった包摂モデルに基本的に規定された法的思考は、一定の目標を達成するために最も効率的な手段を選択するという功利主義的な目的手段モデルと原理的には相容れないと考えられます。

また、伝統的な法的思考においては、事実関係についても法的権利義務・責任関係の確定についても、all-or-nothing的な二分法的な思考が採られております。ですから、そこでは、取引交渉による妥協的な利害調整とか、法的な権利義務の確定が他の何らかの政策的考慮との比較衡量に服するということも、原理上排除されることになるわけです。それからもう一つ、これは以上話したことと関連するものですが、法的思考は、具体的な過去の紛争の事後的・個別的处理に向けられているという意味で、本来過去志向的なものであります。ですから、これは目的手段モデルとか妥協的調整モデルが本来的に将来志向的であることと対照的であります。

ところが、裁判において政策形成ということが問題となるような場合には、伝統的な法的思考のこういった特徴から見てすべて問題があるわけです。まず、このような訴訟では、法的争点が政治的あるいは社会経済的な争点と密接に絡み合っているのが通常ですから、法的争点だけを切り離すことが非常にむずかしく、その結果、一定の政治的あるいは社会経済的な目標を達成するためにはどういふような判決が望ましいかという、目的手段モデルによる思考がどうしてもそこに入り込むことになります。そして、法的な権利義務の規範的な確定の中に政策的な考慮が入ってきたり妥協的調整という要素も入ってこざるを得ないわけです。ですから、過去の事実関係や法的関係を確定する

ということよりも、むしろ紛争当事者間の利害関係を将来にわたってどういふふう調整するかとか、あるいは一定の判決が当事者以外のもう少し広い範囲の人々の一般的な利害に対してどういふふうな影響を及ぼすかということにもいっそう配慮せざるを得ないわけです。

このように、裁判がその政策形成機能というものを適切に果たそうとすれば、どうしても純粋な包摂モデルによって法的な権利義務を *all-or-nothing* 的に確定するということに固執していたのではうまくいかないもので、多かれ少なかれ、目的手段モデルとか妥協的調整モデルという、原理上伝統的な法的思考と相容れないものを取り入れて、法的思考の様式とか枠組を拡大して再構成していかざるを得ないと考えられるわけです。しかし、こういった事柄は、なかなかそう簡単にはできないものでして、そもそも裁判所が政策形成機能を果たすことが正統であるかどうかとか、その限界がどこに求められるかという問題、あるいは裁判における利益衡量や政策的考慮の手順、その対象・規準などをめぐっているいろんな意見が対立しているという現状は、基本的には、こういった法的思考における包摂モデルと目的手段モデルや妥協的調整モデルという原理的に相容れないものをどうしてうまく調整していくかという根本的な問題に関連しているのじゃないかと私はみております。

このことを少し図式的に整理しておきますと、リーガリズムと法的道具主義 (*instrumentalism*) という二つの対比軸を用いて考えてみた場合、裁判実務や法律学が裁判の政策形成機能にどう対処すべきかという問題についても、一方では、古典的な訴訟モデルとか伝統的な法的思考を万能視しまして、裁判に対してこういった政策形成機能が期待されている場合、あるいは現に裁判所がそういった機能を果たしている場合にも、万難を排してできる限り伝統的な法的論理を貫徹すべきであり、法的論理が貫徹できない場合には、そういった領域から手を引くと言いますか、自制すべきだ、というふう非常に硬直したリーガリズムがあるわけです。そして、他方では、それとは逆に、裁判その他

の法的機構とか法的思考というものは、結局のところ他の何らかの政治的あるいは社会経済的な目標を達成するための手段なのだから、そういった目標に対して適合的である限りどんな法的機構や法的思考の守備範囲を拡げていけばいいじゃないかというふうに考える、極端あるいはナイーヴな法的道具主義がみられるわけです。

ですから、法的思考の現状は、こういった極端なリーガリズムもナイーヴな法的道具主義も、どちらも退けて、法律家独特のバランス感覚を働かせながらリーガリズムと法的道具主義との適切な組み合わせの仕方を模索しているというところではないかと私自身は考えております。

非常に図式的な説明で、リーガリズムについても、法的道具主義についても、個別的に検討すれば細かい問題があるのですが、ここでは、基本的にはこういう状況にあるということだけを確認しておいて、また、もとの訴訟機能論の問題に戻らせていただきます。

(二) 訴訟の手続過程・当事者の参加保障の重視

このリーガリズム対法的道具主義という対比軸を用いて見た場合、裁判の政策形成機能のクローズアップというところが、基本的には法的道具主義への傾斜を深めるモメントであるのに対して、訴訟の手続過程そのものの意義とか、その過程への当事者参加の意義を直視しているというもう一つの動向は、どちらかと言いますと、むしろ、例えば英米では *procedure is the heart of the law* (手続は法の核心なり) ということが言われてきていることからもうかがえますように、伝統的なリーガリズムのメリットの再評価を促すモメントではないかと考えられます。

ただ、こういった手続過程とか当事者参加の重視ということが、日本の場合には、さきほど話しましたように、裁判の政策形成機能のクローズアップということと絡み合いながら認識され始めているというところが私には興味深く

思われまして、この関連をあれこれ考えているうちに、まだ思いつきの域を出ていないのですが、こういう訴訟の継続過程とか当事者参加の意義を重要視することによって、裁判の政策形成機能に対して裁判実務とか法律学がどういうふうに対処すべきかという問題に見られるジレンマを解く一つの鍵が得られるのじゃないかというふうに考え始めた次第です。

つまり、裁判の政策形成機能との関連におきまして、単に訴訟の終着点である判決の規範的効果だけではなく、判決の中身——勝訴か敗訴かということ——を問わずに、訴訟の提起から始まって公開の法廷における当事者の弁論を経て判決へと至る一連の手續過程の展開そのものが、問題提起をしたり、情報の公開を求めたり、あるいは争点を明確化していくといった形で、社会の政策形成過程全般に対してインパクトを及ぼしていることが認識されるようになるにつれて——これは必ずしも政策形成過程だけでなく、裁判外の紛争解決過程についても同じわけですけれども——、そういった手續過程そのものが、判決とは一応別に持っている独自の意義というものに着眼されるようになり、それと関連して、その過程に当事者が参加していくことを保障するという訴訟の手續的な側面に対する関心も高まってきたというふうに、日本の場合には理解してよいのではないかと思えます。

しかし、こういった訴訟の手續過程の公開性や当事者対立的な手續過程への当事者の参加保障ということは、欧米の場合には、もともと古典的な訴訟の見方の核心にあったものなのです。例えば、こういった古典的な訴訟の見方の代表的な主張者であるロン・L・フラール教授がレジュームに挙げておきました論文などで展開しております裁判理論を見てみますと、彼の主張は「参加テーゼ」と呼ばれているのですが、裁判手續の決定的な特徴は、それが関係当事者に対するその決定への独特の参加形態、つまり自分に有利な決定を得るために証拠を提示し理由づけられた議論を提示するという形態を与えるという事実のなかにあるとされているのです。フラールは、こういった訴訟の見方を前提にして、一

定の制度的枠組あるいは制度的制約のもとで展開される訴訟の手続過程の合理性とはいったいどういうものであるかとか、そういった制約との関連でいったいどういう問題が訴訟手続によって適切に処理し得るのかという訴訟の限界などについて興味深い議論を展開しております。最近のアメリカでは、新しい訴訟モデルが、公共訴訟とか制度訴訟、制度改革訴訟という形で提起されており、こういった新しいモデルとの関連でフラーの「参加テーゼ」をどういう仕方でも承継ないし修正していくかということが一つの議論の争点になっております。この問題は今日の直接の問題ではありませんので、ここでは、わが国ではどちらかといえば裁判の政策形成機能との関連で注目されるようになってきました訴訟の手続過程の独自の役割やその過程への当事者の参加保障というふうな問題が、欧米ではむしろ古典的な訴訟の核心ともいべきものとみられているということだけを確認するために、フラーの議論を少し紹介したわけです。

同じような趣旨のことは、例えば、レジューメにも挙げておきました井上教授の「ジュリスト」の論文でも強調されていまして、スモン訴訟などを例に挙げて、「原告としては申し立てた法的請求の当否について裁判所の結論的な裁定を仰ぐという目的よりも、……相手方と対等な立場で主張・立証などの手続を展開するという、手続そのものがここでは重要である」とおっしゃって、そして、こういった訴訟手続そのもの、あるいは訴訟手続過程自体の持つ機能の重要性は、必ずしも現代型訴訟だけに特徴的なものではなくして、むしろ従来の財産権紛争などにも程度の差はあれ同様に妥当すると思われる、ということを指摘しておられます。このような見解も、訴訟の手続過程の重視ということがもともと古典的な訴訟の核心だったということを示唆していると理解して差しつかえないように思われます。

この点を少し私なりに整理してみますと、私は、伝統的な訴訟の制度的枠組の特徴を、対象、規準、手続の三つの

側面に分けて考えているのですが、つまり、対象面では、裁判の対象が特定の具体的かつ個別的な紛争に限定されているということ、規準面では、裁定に用いられる一定の法的規準があらかじめ定立・公示されているということ、そして、手続面では、裁判過程というものは公開の場で、当事者対立主義的な訴訟手続を基軸として展開されるということ、こういった三つの側面から伝統的な訴訟は制度的な制約を受けているわけです。

重要な点は、こういった三つの側面における特質が各々別個に存在し別個に機能しているわけではなくして、相互に有機的に関連し合い補強し合って、全体として、訴訟の手続過程及びその終着点である判決の公正さとか合理性というものを確保するというふうに、いわば立体的な相補的構造を持っているということではないかと考えるわけです。

当事者対立主義的な訴訟手続の主なメリットは、判決によって影響を受ける当事者双方に対して、自己に有利な判決を得るための証拠や論拠を提示しうる機会を平等に保障することによって、自己の利害にかかわる判決作成過程に相手方と対等な立場で主体的に参加することができるという、心理的な満足感といえますか、役割意識というものを保障し、弁論などの法廷活動を活発にするという点、また、それを通じて、判決というものは決して裁判官がその權威をバックに一方的に下す裁定ではなく、裁判官と両当事者が、今・ここで法的に正しい具体的解決はいったい何なのかということを相互作用的な議論によって求める協同活動の所産であるという、判決の相互作用的で協同活動的な性格を認識させることによって、当事者にその判決の正当性を承認する度合いを高めさせるところにあると思われまふ。ところが、こういった訴訟手続がうまくそのメリットを発揮するためには、やはり訴訟当事者が原則として二元的に対立する比較的少数に限定されていなければならないし、法律上・事実上の争点も個別的に明確にされ、それによって弁論の焦点が具体的に現実的なものに絞られていなければならないし、しかも、そういった形で当事者

あるいは争点が限定されていくためには、やはり一定の法的規準があつて、その個々の紛争を法的に解決する場合に何が重要で何が重要でないかを識別するための共通の規準があらかじめ設定されていなければならないと考えられます。こういうふうに、対象面および規準面において、ある程度共通の枠組といえますが、共通のコンセンサスがあつてはじめて当事者双方および裁判官の間で弁論とか審理などの議論が合理的に展開しうる状況が成立するわけです。ですから、このように、対象面と規準面において合理的な議論を可能とする共通の枠組が設定されることによって、当事者が各々自己に有利な判決を得るために行なう弁論の焦点もかみあい、この三者間の議論も、判決への収斂をめざして有意義に展開されることになると考えられます。

③ 訴訟機能の理解をめぐるリーガリズムと法的道具主義の交錯

このような裁判の制度的枠組の理解をふまえて、なぜ裁判の政策形成機能がクローズアップされてくるにつれて訴訟の手続過程への参加保障ということが重要視されるようになってきたかを考えてみますと、結局、政策形成機能が問題となるような訴訟におきましては、対象面や規準面での伝統的な要請を厳格に貫くことがむずかしく、伝統的な訴訟がその対象面や規準面において確保していた限定よりもある程度ゆるやかな土俵、ゆるやかな枠組、ゆるやかなコンセンサスの上で議論しなければならぬということが認識された結果、その代わりといえますが、そういった面でゆるめたところを今度は逆に手続面での保障を拡充あるいは強化することによって、対象面や規準面での要請の緩和のいわば埋め合わせをしようと、あるいは見方によっては、この手続保障が訴訟が守らねばならぬ最後の一線として認識され始めているという関係にあるのじゃないかというふうに見受けられるわけです。

勿論、これは門外漢の非常に図式的な見方として、見当はずれかもしれませんが。現代型訴訟のように、政策形成機

能が問題となるような訴訟におきましても、訴訟である以上、対象面について訴訟当事者間の法的権利義務・責任関係の存否・内容に関する具体的・個別的な法的争点が一応構成されて抽出されることはされるのですが、しかし、そういう法的な争点を、その背後にある政治的あるいは社会経済的な争点、つまり政策問題と切り離すことが非常にむずかしいわけです。また、大抵の場合、そういった争点に利害関係を持つ不特定多数の人々が存在しています、たまたま具体的な紛争に関して訴訟当事者となった者と、その背後にあってその判決如何によって影響を受ける不特定多数の利害関係者との関係について、いろいろと複雑な問題がみられるわけです。ですから、法的な争点とその背後にある政治的あるいは社会経済的な政策問題、また、訴訟当事者とその背後にある潜在的な利害関係者との関係を、伝統的な訴訟のように、すっぱりと切り離して、政策問題や潜在的利害関係者を完全に視野の外において判決をするということでは、やはりそういった訴訟に対して期待されている役割が全く果たせないということがありうるわけです。それから、規準につきましても、こういった訴訟におきましては、大抵、何が適用されるべき法的規準かということ自体についても争いがありまして、たとえ何らかの法的規準があったとしても、その規準をそのまま適用するのは不適切だから、新しい規準を設定しろという形で、リーディング・ケースの獲得がめざされており、包摂モデルによる推論が最初から直ちに働くという状況にはなく、むしろ裁判規準そのものが訴訟手続の展開過程の中で徐々に具体化され明確化されてゆき、それと平行して包摂モデルが働く状況が作り出されてゆくというようなケースが多いわけです。

その結果、当事者双方と裁判官の三者関係の中での合理的な議論の展開を可能とする共通の枠組といえますか、コセンサスの幅が非常に広がってくるわけですし、意見の分裂や対立も出てくるし、議論の焦点も具体的・個別的に絞りにくいというふうな状況になってくるわけです。そして、こういった対象面や規準面で、古典的な訴訟のよう

に、十分に絞りをかけることができず、伝統的な要請をある程度ゆるめざるを得ない分だけ、手続過程への当事者の参加保障を重視しまして、それを通して訴訟の手続過程や判決の公正さ・合理性を確保し続けようという方向がめざされているのではないかと考えているわけです。

もつとも、これは、私が基本的にそういうふうな方向が望ましいと、あるいはそれしか今差し当たり考えられないんじゃないかと見ているから、このような見方をするという面もありまして、我田引水的なところがあるとは思いますが。最近の裁判の実務や理論の動向について、裁判の対象・規準・手続の三側面から分析してみると、大体、以上のような相互連関が見られるんじゃないかと考えております。

いずれにしても、こういった訴訟の手続過程への当事者の参加保障を重視して、それを強化・拡充するという方向のなかに裁判の政策形成機能に対してどういうふうに対処したらいいかということをめぐるって生じている、リーガリズム対法的道具主義という対比軸によって先程説明しました裁判実務や法的思考の基本的なジレンマを解く一つの重要な鍵が見出されるんじゃないかと考えているわけです。

つまり、現代型訴訟に対処するために、その対象面や規準面での制度的枠組による制約を緩和して弾力的に理解・運用していこうとする場合、それによって手続過程への当事者の参加保障の意義が無意味になったり空洞化してしまうことがないかどうか、つまり、当事者双方と裁判官との間に、理由づけられた議論を相互に提示し、その論拠の優劣を合理的に議論し合って、判決へと収斂をめざしていくという、相互作用的な協同活動を展開するために、どうしても必要な共通の枠組あるいはコンセンサスを、対象面や規準面での制約をゆるめていくことによって掘り崩してしまいうことはないかどうか、あるいは、こういった対象面や規準面での制度的制約を緩和して弾力的に運用していけば、当然そこから一定のデメリットが出てきますしリスクも生じるわけですが、こういったデメリットやリスクを手続過

程への当事者の参加保障を強化・拡充することによって埋め合わせることができるかどうか、こういった考慮を一つの目安にして対象面や規準面における弾力的な運用の可能性や限界、あるいはその具体的な程度や方法などを考えていくことができるのじゃないかと考えているわけです。

ですから、これをリーガリズム対法的道具主義という対比軸を用いて言いかえてみますと、結局、手続面におけるリーガリズムがメリットを發揮し続けようするような仕方、つまりそれが逆機能を生み出さないような仕方、対象面あるいは規準面における法的道具主義をどの程度、どういった仕方、推し進めることができるか、また、対象面や規準面における法的道具主義を推し進めた結果生じるかも知れないデメリットやリスクというのは、手続面でのリーガリズムを強化・拡充することによってカバーできるかどうか、そういったアプローチを一つ考えてみたらどうかと思うわけです。勿論、これも非常に抽象的なものでして、具体的に詰めて考えていかなければならない問題がいろいろとあるとは思いますが。

こういった視点からのアプローチによって、裁判実務に関連する訴訟法上の様々の問題に取り組む糸口といえますか、手がかりなども見出せるのじゃないかと考えているのですが、こちらのほうはまだ漠然と考えているだけでして、具体的に詰めて考えてはいない段階でして、現在のところ、そういった問題の捉え方をした場合、法律学の在り方、とくに法律学方法論にどういった示唆が得られるだろうかということに関心を持って内外の文献をいろいろ検討しているところです。今日は、そういったことについて最近考えていることをもう少し具体的に——勿論、具体的にと言いましても法哲学者の話すことですから抽象的にならざるを得ないのですが——お話して、いろいろご意見を伺えたら、と思って参った次第です。

二 法律学方法論への示唆

そこで、以上のような裁判の実務や理論の最近の動向が法的思考に提起している課題やそこにみられるジレンマに照らして、わが国の戦後の法律学方法論の展開過程と現状を見てみた場合、裁判の政策形成機能については、その具体的な当否についてはともかく、基本的にはそれ相応にいろんな対応がこれまでなされてきたと言ってよいと思います。しかし、それに対して、訴訟の手続過程そのものの独自の意義やその過程への当事者の参加保障という側面については、少なくともこれまでの議論をみるかぎりほとんど対応がなされてこなかったのじゃないかと思われ、この点が、わが国の法律学方法論の今後の在り方を考えてゆこうとする場合、一つの重要な問題ではないかと考えられます。

つまり、戦後の法律学の在り方あるいは法解釈方法論をめぐる議論の展開のなかで、裁判官が利益衡量とか政策的考慮という形である程度裁量的に価値判断を行なわなければならないということについてはほぼ共通の認識が確立していると言ってもいいと思います。そして、このような認識は、多かれ少なかれ、裁判の政策形成機能をもその射程距離に入れた方法論の展開につながってゆくとみてよいと思うのですが、例えば、加藤一郎教授や星野英一教授らの提唱される利益衡量論の場合は、この方向をはっきりと志向しているわけではないが、こういった方向と相容れないわけではありませんし、また、最近平井宜雄教授が提唱されている法政策学の場合には、はっきりとこういった方向がめざされております。しかし、こういった方法論を見えますと、ほとんど裁判官が下す判決、つまり訴訟の終着点である結果だけに眼を向けているにすぎず、判決というものが一定の制度的枠組の中で当事者対立主義的な手続過程が展開された結果、いわば裁判官と当事者双方との協同活動の所産として出てくるという側面——これは、当事者から見れば、自分たちがその弁論活動などを通して判決の内容確定に主体的に参加しているという側面ということに

なるのですが——、こういった側面にはほとんどと言っていいぐらい配慮されていなかったのではないかと思われる。法律学の任務につきましても、こういった訴訟の手続過程において当事者双方と裁判官の間で合理的な議論が開かれるための条件の解明とかそのコントロールの仕方というところまで視野に取り込んで議論されたことはなかったのではないかと考えます。ですから、少し極端な言い方かも知れませんが、要するに裁判官が判決書をどういうふうに書くか、あるいは一定の結論をどうして正当化するかという最終的な作業だけを念頭において法解釈方法論が議論されてきたのでして、そこへ至る訴訟の手続過程のダイナミックな展開とかそこでの当事者たちの弁論活動にみられる相互作用的な協同活動というものは、視野の外に置かれていたと考えられるわけです。

こういった訴訟の手続過程のダイナミックな展開、あるいは当事者たちの弁論活動の相互作用という談論状況と関連づけて法解釈方法論を考えてゆくという視点がほとんど欠けていた点が一つの問題点であり、裁判の現状に照らして見た場合、何か早急に補っていかねばならない点ではないか考えているわけです。

つまり、法律学の科学性ということが追求されたり、法解釈における価値判断の主観性とか客観性についていろいろと議論が開かれてきたわけですが、そういった議論の中では、ローマ以来の非常に長い歴史を持っております法学が法廷弁論などに見られる議論の進め方との関連において作り上げてきた、いわば特殊法的な合理性の地平といえますか、次元というものが見失われていたように思われるわけです。そして、裁判の政策形成機能がクローズアップされてくる中で、訴訟の手続過程の独自の意義やそこにおける当事者参加の意義の重要性に着眼され始めたということは、ある意味では、わが国の戦後の法律学方法論の展開のなかで見失われてしまったこの特殊法的な合理性の地平というものを見直して、在るべき方法論を考えてゆく一つのきっかけといえますか、チャンスを生み出しているのではないかというふうに見ているわけです。

つまり、今・ここで何が法的に正しいかという具体的な正義の実現をめざして、裁判官と当事者双方が協同活動的な仕方でも議論をするという談論状況、あるいは、一定の制度的枠組ないし制度的要請との関連で正当視されている理由に照らして各々の価値判断を正当化するという、理由づけられた議論の展開の中で相互説得をめざして議論が展開されていく手続過程に注目するということは、法律学や法的思考が、デカルト以降の近代的な学問・科学あるいは論理の見方の圧倒的な影響のもとで見失ってしまっていたレトリック——これは修辞学とか弁証術とか訳されておりすが——そういったレトリックとか、それに基づく一つの議論術であるトピック論の意義、さらに、教義学（ドグマティク）の現代的な意義を再評価したうえで、例えば利益衡量とか政策的考慮などの価値判断を含んだ議論が行なわれる状況における特殊法的な合理性とは何か、あるいはそこでの議論の正当化の仕方はどうなのかなということを考え直すきっかけになっていくと考えられるわけです。

この点については、最近のドイツの法律学方法論とか英米の法的推論研究の動向と、日本の戦後の議論の展開や現在の状況とを比べてみた場合、かなり著しいズレが見られるように思います。そういったズレが出てくる原因とか背景などを説明していくことは、比較文化論として非常に面白いというか、むしろ難しい問題ではないかと思えますし、また、レトリックとか教義学、ことにレトリックの復権については、日本でも最近、思想界、文学界においていろいろ議論されておりまして、立ち入って検討するとかかなりむずかしい問題もあります。今日は、こういったドイツや英米の議論の動向と対比しながら、皆さんもよく御存知の日本の代表的な理論を例に取り上げてそれにコメントを加えるという手法で私が最近考えている事柄を少し話してみたいと思います。各々の理論について個別的な問題をいちいち取りあげていては時間がいくらあっても足りませんので、ここでは、そういった理論を提唱されている先生方には少し失礼になるのですが、この点はお許しいただいて、もっぱら先程述べたような観点からの問題点をピクア

ップして指摘してゆくという形で基本的な見取図をかいつまんで話すだけにさせていたいただきたいと思えます。私から話させていただくことの前提になることを論じている代表的な文献を少しレジュメで挙げておきましたので、詳しいことはまたそういった文献を読んでいただくことにいたしました。今日は、こういった方向にも関心を向けていただくためのさそい水を提供するつもりで、ごくアウトラインだけに議論を限定させていただきたいと思えます。

② レトリック・トピック論と法的思考

まず、レトリックとかトピック論の再評価についてですが、このレトリックとかトピック論は、もともと法廷弁論などを中心に法律学の議論の進め方や論証手続と密接に結びついて発展してきたものでして、とくにアリストテレスとかキケロなどにおいては、説得の術、議論の方法としてかなり高い位置を与えられていたのです。古代レトリックにおいては、通常の論証的な推論が、真理の分野で、真実な命題からの認識を扱うのに対して、レトリックやトピック論は、弁証術的な推論であって、論争的なものを扱い、お互いに相手の同意を当てにしながら通念的なものから引き出される推論だというふうに位置づけられています。アリストテレスやキケロにおいては、レトリックやトピック論にも説得の術・議論の方法として正当な推論方式としての位置づけが与えられていたのですが、デカルト以降、形式論理学や実証主義が支配的になってきますと、異論の余地なき原理からの演繹推論か、経験に基づく帰納推論か、このいずれかによらない推論、あるいはそれから得られる結果はすべて恣意的で非合理的だと考える見方が一般的になってくるわけです。そうなりますと、レトリックなんかも、あいまいなものを扱っていて、真実でないものをいかにも真実らしく言い含める術だと、軽蔑されるようになってくるわけです。

こういう状況が長く続いていたのですが、ところが、五〇年代頃から、ペレルマンというベルギーの哲学者・論理学者が、論理実証主義や形式論理の枠内で正義の問題を議論することの不毛性といいますが、限界を感じたことをきっかけに、正義の問題をはじめ価値判断を含んだ議論の論理というものを追求し始めるわけです。彼は、何らかの形式論理的基準を価値判断を含む議論に機械的に当てはめるのではなくして、むしろ価値判断を含む議論において、その価値判断が実際にどういう仕方で正当化されたり批判されたりしているかという現実の推論技術を分析することが肝要であると考え、伝統的な古代レトリック、とくにアリストテレスのレトリックとトピック論を現代的に再解釈して、説得の論理学というものを「新しいレトリック」として提唱し始めるわけです。そして彼自身も、これを法的推論の中にどうして応用していくかというような問題にも取り組んでおります。こういった試みは、ディアレクティカ派として注目を集めているのですが、ペレルマンのこのような主張は、わが国でも最近注目されるようになってきておりまして、レジュメに挙げておきました。三輪正教授が翻訳された『説得の論理学』が大体このペレルマンの主張をコンパクトにまとめたものです。

今日のテーマと直接関連する点は、彼がこういうふうには価値判断を含んだ議論において、合理的な——彼は rational と区別してもう少しゆるやかな reasonable という形容詞を用いることが多いのですが——、こういった意味での合理的な正当化の可能性を認めるということとは、理性の実践的な働きを認めることであり、そして、この Reason、理性とか推論ということは、単に検証したり論証したりすることだけではなくして、いろいろなことを批判したり正当化したり、あるいは賛否の理由を挙げることに、要するに議論することが Reason の核心だということを強調していることです。そして、そういった場合の実践的な推論とか理由づけにおきましては、形式論理的に正しいか間違っているかという形での議論ではなくして、ある一定の議論の領域、あるいはある一定の歴史的なコンテキストの下で議論が

より強いが弱い、より適切か適切でないかという形で議論が進められるわけです。

彼は、こういった形で合理的な推論が行なわれる可能性とその条件を説明しようとするのですが、その際、そういった推論形式のモデルが、法廷での弁論などに見られる法律家の議論の進め方だということを強調しております。例えば、「哲学者は法学の研究から何を学びとれるか」というエッセイのなかで、哲学者はこれまで数学をモデルとして科学からいろいろ学んできたけれども、実践的な推論に関しては、むしろ法学からもっと学ぶべきだと述べております。

法律家が法学の学問性とか科学性、あるいは法的推論や法解釈の客観性とか合理性ということの問題にする場合、——これは、わが国だけではなくして世界的に見られた傾向だと言ってよいと思いますが——、そういった学問性とか科学性あるいは合理性・客観性というものの識別基準をほとんどつねに外部の科学概念、外部の論理学に求め続けてきたという状況——これを法律家や法学の認識論的な劣等感だという人もあります——、そういうふうな状況を見てみますと、むしろ哲学者が法学の推論の仕方に眼を向け始めたということは、ある意味では非常に皮肉なこととして、法律家にとっては燈台下暗しだったという感があります。

ただ、法学の内部でこの問題に誰も眼を向けなかったかという点、それはそうではありません。科学主義や論理主義が相当盛んなときでも、やはり法学独特の合理性というものを追求していた流れがありました。そういった試みの一つが、このレジュームにもありますフィーベックというドイツの法学者の書物です。彼は、ペレルマンらが説得の論理学、新しい修辞学を探究し始めたのとはほぼ同じ頃から、レトリックの一つの技法であるトピック論に着眼して、『トピックと法学』の初版を一九五三年に刊行しています。これは、小さな書物ですが、ドイツの法学方法論の展開過程においてはかなり重要な位置を占めておりまして、版を重ねてきており、この翻訳が、去年植松秀雄

教授によって木鐸社から出されています。この書物がわが国の法律家の間でどの程度評価されているのかまだよくわからないのですが、レトリックに関心を持っている哲学者や文学者の間では、ペレルマンと並んで重要な意義を持っているのだという評価を与えている人もあります。

このフィーベックの見解といえますのは、ごく簡単に要約いたしますと、法律学の推論技術あるいは思考スタイルというものを科学化しようというようなことを考えるのではなくして、むしろそれをそのあるがままに捉えなければならぬという立場に立って、基本的にはアリストテレスやキケロらに始まりヴィコに至るレトリック的な精神基調の伝統を継承して、それを、ニコライ・ハイルトマンという比較的新しいドイツの哲学者の問題的思考と体系的思考の区別と関連づけに関する見解によりながら補足して、トピック論を問題的思考と同一視する視点から、法律学的技術の特徴を分析しようとするわけです。そして、法律学は具体的な問題の解決において今・ここでその都度正しいものは何かという問題を扱っており、法律学的思考はこういった意味で問題的思考であり、こういった問題的思考に対応する方法が、このトピック論、レトリックをふまえたトピック論だと言うわけです。

彼のトピック論では、具体的な法的問題を解決しようとする場合、その説明に役立つ様々の論点・視点——これがトピと呼ばれるものなのですが——、こういった問題の解明に役立つ視点・論点がその具体的な問題に即して取り出されなければならないことが強調されており、その手続は、まず、ある問題解決のために様々の視点を取り上げられて、次いで、その問題の解決に適合した視点のカタログ、つまりトポイ・カタログが作り上げられてそれらが利用されるという、二段階をとると説明されています。これが彼のいうトピック論の基本的手続ですが、こういった立場から、例えば概念法学に見られますように、公理的な方法によって法律学的なトポイ・カタログを演繹的に体系化しているという試みは結局失敗するといえますか、限界がある、つまりトピック的手続を法律学から完全に排除することは

できず、むしろトピックがつねに論理学に先行するのだと言うわけです。つまり、演繹的な体系化を行なう場合でも、まずその前提となる公理そのものを選択しなければならぬし、公理化にあたってもしも自然言語を用いなければならぬし、また、法の解釈・適用や事実関係の解釈などが行なわれねばならず、こういった作業のすべてにおいてトピック的な思考方法を用いざるを得ないわけで、そういった意味でトピックが論理学に先行するんだということを的確に説明しております。

こういったペレルマンやフィーベックによるレトリックとトピックの復権の試みについては、いろいろな議論がありまして、法学方法論との関連では、例えば、フィーベックの見解については、確かに大きなインパクトを及ぼしたとはいえ、問題提起の域を出ておらず、発想としてはそういう地平から問題を考えていかなければならないということとはわかるが、次に、それではもう少し細かく具体的にどうして法律学的議論を進めてゆくかということになってきますと、法学のトピック的手続のなかに取り入れることが許される視点(トポス)の範囲とか、それらの重要性の優劣をどうして決めるかとか、実定法規による制約との関連をどのように考えるかなど、様々の未解決の問題が浮かび上がってくるというのが一般的な評価のようです。そういった意味で法学方法論の議論の軌道修正への寄与というところがその主たる意義で、具体的な詰めについては、いろいろ批判もあり、トピック論議は現在なお進行中であるというのがドイツの法学方法論の現況のようです。

ここでの直接の問題は、こういった動向に照らしてみた場合、わが国の戦後の法学界の方法論的な関心がいったいどうであったかということなのですが、法学方法論の戦後の展開過程をふりかえってみますと、その関心はもっぱら法学の科学化——この場合の科学化とは、経験科学化あるいは社会科学化のこととして、フィーベックが言うような意味での科学化、つまり演繹的な体系化ということに関してはあまり関心はなかったようです——、ですから、

もっぱら経験科学化あるいは社会科学化という方向に向けられていたわけですが、そういった意味で、形式論理学や実証主義的科学概念の枠内で、反レトリック的な地盤の上で議論がなされていたわけですが、法学や法的思考の中に古くから溶け込んでいると言ってもよいレトリック的な思考スタイルや論証手続の構造そのものを解明しようとか、そういったものがいったい学問的にどういうふうな意義を持っているのかということの方法論的に取り上げていくということが議論の焦点となったことはほとんどなかったと言っているのじゃないかと思えます。これはあるいは私の見落しかもしれませんが、現在最高裁判事になっておられる中村治朗判事が『裁判の客観性をめぐって』という書を一九七〇年に出版され、この中でペレルマンやフィーベックの見解がごくわずかですが肯定的に紹介されていることが少し目立つぐらいで、フィーベックやペレルマンだけでなく、一般的に、レトリックやトピック論が法学の方法論的な関心の焦点となったことは少なくともごく最近までなかったんじゃないかと思われれます。

こういった傾向は、勿論、わが国では西欧の古典的教養が法律家の間での共有財産となっていてとは到底言えないというような文化的要因にもよるでしょうし、また、「法学教室」の創刊号に、大野正男弁護士が「失われた『弁論』』というエッセイを書いておられまして、生き生きとした対話を根底に持つ弁論が日本の法廷から失われてしまったということを嘆かれ、公害事件などの特殊な例外を除き、民事法廷では口頭弁論がほとんど行われず、弁論の衰退が見られるのは、法曹界だけではなく、日本の社会全体が雄弁というものを評価せず、修辭術というものに反感を持っているということに由来するのじゃないかということを指摘しておられるのですが、恐らく、こういった状況も重要な要因ではないかと考えられます。

そういったこともあって、法律学者の間で法学の学問性とか法解釈の客観性や合理性ということが議論される場合、ほとんどの人が実証主義的あるいは形式論理的な知識の基準を当然のものと受け容れて、その枠の中で議論する

ことに終始してきており、そういった枠組そのものが問題なのだということに思い至ることはほとんどなかったのではないかと思われるのです。ですから、例えば、川島武宜先生が「科学としての法律学」ということを戦後提唱してこられているのですけれども、具体的に川島先生がおっしゃっている事柄は、初期の歴史的社会科学の影響の比較的強いものから、最近の経験法学などと言われているものに至るまで、その中身はかなり変わってきているのですが、しかし、こういった反レトリックあるいは実証主義という点に関しては、やはり終始一貫しておられ、レトリック的なもの、あるいはそれとも関連するのですが、教義学というようなものに対しては、科学的立場から低い評価を与えてきておられます。

こういった反レトリック的・実証主義的な傾向が最も顕著にみられるのが、判決の正当化という手続過程の見方として、これは川島先生の書かれたものを読んでいて気になる点の一つなのですが、判決の正当化について書かれる場合、しばしば、括弧して *rationalization* (合理化) という英語をつけていらっしゃるのです。これは、リアリズム法学などの心理学的な傾向の強い人々の議論によくみられることなのですが、しかし、実践的推論あるいは実践哲学に対して正当な学問的位置づけを与えようとする場合、正当化について、単にそういった心理学的な合理化という次元だけで論じていたのでは不十分あるいは不適切であり、やはり合理的な *justification* (正当化) の可能性を追求しうる独自の地平があるということに眼を向けないことには、実践的推論の合理性とか実践哲学の学問性ということも考えられないわけです。ですから、正当化の問題が、規範的な *justification* のレベルではなく、ほとんどの場合、心理学的な合理化という経験科学的なレベルで議論されてきたというところに、レトリックの再評価とか、次に見る教義学的思考の独自の意義の再認識ということが、ごく最近まで、あまり関心と呼ばなかったことの重要な原因がみられるのではないかと考えられます。

この判決などの正当化という手続過程をどうみるかということ、結局、法律学・法的思考の教義学的性格をどうみるかという、次のテーマとも絡んでいるのですが、やはり、一定の手続過程をふんで共通の規準に照らして相互に相手を説得するために理由づけを伴った議論を展開し、それによって一定の制度的枠組の下で正当化できる結論に到達するという判決作成過程そのものに正当な位置づけを与えたいわけで、それとの関連で法律学の学問的な性格とか法解釈の客観性や合理性というものを考えてゆくべきであって、何らかの外部的な科学性や論理性の基準を機械的に法律学や裁判実務に持ち込んで、法廷弁論の合理性や法解釈の科学性・客観性などをいくら云々してみても、法律学の基本的な課題に適合した方法論というものは作り出せないのじゃないかと私は考えております。

もつとも、このレトリックとかトピック論も決して万能薬ではありませんでして、プラトンのソフィスト批判などにもみられますように、それ固有の欠陥、危険性にも充分に注意しなければならぬと思います。レトリックとかトピック論の復権が叫ばれているのは、法廷弁論などにおいて語る者と聞く者とが協同して正義を採求するという相互説得・対話の論理を説明するための一つの手がかりとして評価されているからなのですが、しかし、裁判の政治化現象とか裁判の政策形成機能のクローズアップということとの絡み合いの中でレトリックが用いられる場合、レトリックの評価として根強く存在しているもう一つの流れ、つまり、大衆とか多数者に向けられた煽動と宣伝の技術という——どちらかというところの方がポピュラーな評価かもしれませんが——、そういった方向へレトリックが向かってゆく可能性もあるわけで、法廷でいろいろ弁論をやっても、決して一つの判決への収斂をめざす共通の地盤に立った相互説得・対話という形で展開されるのではなくして、裁判という場を借りて宣伝・煽動する——これが大野弁護士が「一方的な主張だけがあって対話がない」とおっしゃっている状況だと思えますが——、そういった方向へしか進まない危険性も大いにあり得るわけです。しかし、そういう危険性があるにもかかわらず、やはり一度は、わが国の法

律学方法論も、こういったレトリックとかトピック論の伝統を生かしうるところまで視野を広げて、法律学の学問的な性格や法解釈の客観性・合理性というものを考えてゆかざるを得ないのじゃないかと考えております。

そして、前半に話したこととの関連では、訴訟の手続過程とか、そこにおける当事者の参加保障ということに関心が集まってきているという最近の動向は、こういう方向へ関心を向ける一つので、こゝにいいますか、きっかけを作り出すことになるのじゃないかと、実はかなり強い期待を抱いているわけです。

(二) 法律学・法的思考の教義学的契機

次に、法律学・法的思考における教義学（ドグマティク）の契機をどのように評価するかということですが、わが国の戦後の法律学方法論は、よく「教義学から科学へ」ということを共通のスローガンにして展開してきたと言われていることからもうかがえますように、法律学からその教義学的色彩をできるだけ取り去って、それを科学化してゆこうという動きが支配的だったと言っていると思います。そういった場合、教義学的ということは即独断的だというふうに、非難の意味でとらえられ、しかも、法教義学の典型が概念法学であるというふうに考えられていたわけです。こういった理解の仕方が一般的であったと思われませんが、しかし、こういった教義学あるいは法教義学の理解の仕方がかなり一面的であるということが、例えば、さきほど名前を挙げたフィーベックとか、ヴィアッカーとかエッサーらのドイツの法学者によって強く主張されております。法律学の教義学的契機の再評価ということが、今話したようなレトリックやトピック論の再評価と絡み合いながら行われているという状況がドイツなどでは見られるわけです。詳しいことは、時間の都合でほとんど省略させていただきたいと思いますが、レジュメに挙げておきました植松教授の論文とか岩倉正博君の論文などを見ていただくと、そういった議論の動向が少しかがえるのじゃないかと思いま

す。

話のつながりを保つたためにごく簡単に二つの要点だけ話させていただきますと、まずその一つは、教義学的な思考の特徴は、もともと科学的な思考とは基本的に違っているのとして、科学的な思考がどこまでも問いをさかのぼらせていくという性格があるのに対して、教義学的な思考は一定の意見を疑問の外に置く、そういった意味でドグマ化する、思考中断をするという性格が一方にあり、同時に他方では、そういったドグマ化された意見を多面的に展開していく性格もあるという二面性を持っております。法教義学の場合には、一方では一定の価値原理の教義化・ドグマ化、他方ではその原理の継続形成・解釈と体系化という二つの作業を通して、一定のコントロール可能で理解しうる法的規準を裁判実務に提供し、それによって裁判実務に一定の指針を与えその円滑化をはかるといふ社会的な機能を果たしているのであり、法教義学のレーゾン・デートルも結局こういった社会的機能にあるわけです。ですから、こういった法律学の裁判実務のコントロールとか裁判実務への指針提供という社会的機能を念頭において法律学の在り方を考えていこうとする限り、こういった教義学的なモメントというものを完全になくしてしまうことができないはずなのです。法律学について、それを通常の科学概念に照らしてみても、その科学概念に合わないから非科学的だといったところで、それは教義学的な思考そのものについてはあたりまえのことであって、批判としては的はずれだということになるわけです。

もう一つは、法教義学というものは、必ずしも概念法学に見られるように、演繹的あるいは公理論的な形でしか展開したり基礎づけられたりできないものではないのであり、これは、ヴィアッカーらの強調するところですが、帰納的あるいはプラグマティックな基礎づけや展開の仕方も同様に可能だとされています。さらに、例えば、さきほど紹介しましたフィーベックのようなトピック論的な法律学も、問題によって秩序づけられた問題解決のための視点——つま

リトポイですが——の組み合わせを提供することによって、いわゆる開かれた体系を基礎づけ展開できると言われておりますから、こういった開かれた体系による法教義学の展開の可能性などを考えてみると、概念法学を批判すればそれで法教義学批判も終わったということにはならないわけです。

こういったことが、フィーベックとか、エッサー、ヴィアッカーらが法律学の教義学的契機について述べていることの結論部分なのですが、こういうふうに法教義学というものを理解した場合、むしろこういった教義学的な思考は、訴訟の当事者対立主義的な手続過程において合理的な議論が展開される前提条件として不可欠なものだと考えられるべきものであり、こういった一定の拘束をうけた思考である教義学的な思考によってはじめて、法的思考に不可欠な安定性と柔軟性という、対立的な要請にうまく応えることができ、一定の共通の視点・枠組の中で各時代・各社会の変遷に創造的に対処していける合理的な議論の展開が可能になるのではないかと考えられるわけです。

このような意味で法律学や法的思考の教義学的なモメントを正当に位置づけるということは、最初に話しましたレトリック的・トピック論的な地平にまで拡張された談論状況のなかで、次に、そこでの議論の合理性というものを具体的にどのようにつめてゆくか、つまり利益衡量とか政策的考慮というような形での価値判断をめぐる議論が、よく言われておりますように、単に生の価値判断あるいは裸の価値判断をめぐる争いという形で行なわれるのではなくして、やはり一定の共通の枠組の中で各々合理的な理由づけを伴った、特殊法的な価値判断をめぐる争いという形で展開されるための要件は何であるかという問題に入る場合の媒介項と言いますか、橋渡しをするという重要な位置を占めていると書いてよいと思います。

勿論、この教義学的契機についても、やはりレトリックの場合と同じように、その閉鎖的で硬化しやすいという危険とか墮落形態に注意しなければならないということもあるのですが、それについては割愛させていただいて、最

後の問題に移りたいと思います。

(三) 特殊法的な合理性の識別基準を求めて

それでは最後に、訴訟の手続過程において具体的な正義の実現をめざして裁判官と両当事者の三者関係の中で展開される議論が、合理的に展開されるための前提条件を確保するという観点から見た場合、利益衡量論とか法政策学がどのような意義や問題点を持っているかということを取り上げて、特殊法的な合理性というものをどういう方向に求めていったらよいかということに少し触れておきたいと思います。

利益衡量論とか法政策学は、既に話しましたように、裁判の政策形成機能のクローズアップという動向にも充分に対応しうるか、あるいははっきりとそれをめざした理論だと言っていると思いますが、そういった意味では基本的に訴訟機能論や法学方法論における法的道具主義の傾向を推進するものであると見ることができません。このような利益衡量論とか法政策学の主張内容、またそれらをめぐる議論などについては、皆様も大体のことは御存知だと思いますし、ほとんど残り時間もありませんので説明を省略させていただきます。ここで問題としている事柄だけをきわめて断片的に取り上げるので、多少正確さを欠くことになるかもしれませんが先程述べたような観点からみた場合、こういった主張の意義や問題点を基本的にどういうふうに考えたらいいかということについてごく大ざっぱな指摘をさせていただきます。

たしかに、判決作成過程において既存の法的規準の拘束力には限界があることから、当事者とか裁判官が、一定の利益衡量とか政策的考慮に訴えて特定の判決を要求したり正当化したりするという形で、価値判断を混えた議論を行なわざるを得ない場合があることは事実です。ですから、こういった価値判断をこっそり行うよりは前面に出して公

然と議論の対象とした方がよいと、一般的には言えるのではないかと思います。しかし、その場合でも、これが生の価値判断、裸の価値判断の主張にとどまっていたのでは法的な議論にならないのでして、当事者とか裁判官が、自分はいくらかの利益衡量あるいは政策的考慮に基づいてこういう判決を要求したり正当化したりするのだというふうに、いくら個人的な価値判断に訴えてみたところで、それだけでは訴訟の場では正当視され得ないわけです。やはり、法的な議論であるためには、そういった価値判断を訴訟の手続過程を規定している何らかの共通の視点、共通の論点、しかも法的に重要な視点・論点と関連づけて主張することが要請されているわけです。そういった意味では、比較衡量の対象となる利益や政策の性質、あるいは利益衡量や政策的考慮の規準について、三者間に一定の共通の枠組についての合意というものがあってはじめて、その枠組との関連で共通のものとして確認ないし承認されている規準あるいは対象についてこういうふうを考えるからこうなるのだという仕方では、法的な議論が展開され、その優劣を論じることが可能となるのではないかと考えられます。

こういった観点から、利益衡量論とか法政策学に対してなされてきている、いろいろな立場からの疑問や批判を見てもみますと、基本的には、こういうふうな訴訟の場での価値判断の特殊的な制約に対する配慮が不十分だということが、恐らくこれらの疑問や批判の最大公約数だと言っているんじゃないかと思えます。そして、私自身も基本的には同じような感想を持っておりまして、結局、こういった利益衡量論とか法政策学の構想は、私の枠組で言いかえますと、訴訟の対象面や規準面での伝統的制約を多かれ少なかれ緩和して、法的な議論の中に入れて来るものを拡げてゆくことになるのですが、問題は、そういったことが手続面に及ぼす連鎖反応に必ずしも十分配慮しておらず、そのため、もしそういった方向をどんどん推し進めてゆくと、手続面における当事者参加の保障が無意味あるいは空洞化してしまふ、つまり共通の枠組・コンセンサスの中で相互説得をめざして理由づけられた議論の優劣を争うというの

じゃなくして、一方的な主張あるいは個人的な価値判断の水かけ論という形でしか議論が行なわれなくなってくるのじゃないかという疑問をどうしてもぬぐいきることができないのです。

こういった基本的な疑問を、対象面と規準面に分けて指摘しておきますと、まず、対象面について、訴訟である以上、直接的には特定の対立当事者間の過去の具体的個別的事実に関する法的抗争が訴訟の対象として構成され、法的争点は限定されるのですが、しかしそういった当事者や事実に関する法的抗争を解決するにあたって、一体、どの範囲の利益まで比較衡量の対象としてよいのかとか、政策的考慮の範囲をどういう仕方までどこまで拡げてゆくことが許されるのかというような問題については、法廷における合理的な議論が行なわれるために論点に絞りをかけるという要請との関連などで、様々の制約が当然でてくるはずなのですが、あまりこういった問題については——当然のことと考えられていたり、暗黙のうちに通の了解があるのかもしれないが——原理的な議論は勿論のこと、原理的な指針の提示ということもなされてきていないのはどうもおかしいのではないかと疑問を持つわけです。例えば、利益衡量の対象となる利益につきましても、いろいろなレベルが考えられるのでして、まず訴訟当事者の直接的な個別的具体な利益、これは当然訴訟では比較衡量の対象になるものです。しかし、もう少し拡げて、訴訟当事者と法的に同じ立場・同じ利害関係に立つ人々の利益をどういうふうに扱うか、さらに拡げて、訴訟当事者と法的には同じ立場に立たないけれども、しかし判決の内容如何によって事実上影響を受ける不特定多数の人々の利益をどう扱うか、あるいはもっと拡げて、第三者的な政策定立者、つまり立法部とか行政部などのもつ利益、さらにもっと拡げて、一般国民の——例えば納税者としての——利害などをどう扱うのか。こういうふうに直接的・個別的・具体的なものから、間接的・一般的・抽象的なものまで、幾つかの異なるレベルの利益というものが考えられるのですが、一体裁判においては、どのレベルの利益までをどういう仕方と比較衡量できるのかということについてはあまり理論的につめ

た議論がなされておらず、利益衡量をしたと主張されている解釈学説とか、利益衡量がなされていると言われている判決などを少し見てみましても、どの範囲の利益までどのような仕方と比較衡量するかについて、かなり恣意的と言いますか、その時々々に都合のよい利益が都合よく比較衡量されているという印象をもつことが多く、どのレベルの利益と比較衡量されているかということを見るだけで、推論過程を見なくとも結果がわかるというふうな推論形式がとくに判決には多いのじゃないかと思われまます。

この問題は、裁判の政策形成機能に対する配慮が深まれば深まるほど、重要な、しかしなかなか適切な対処方法の見出しにくい問題となってくると思われます。今のところ、具体的に、どういうふうにかといふことについてはまだよくわからないところが多いのですが、やはり基本的には、範囲を拡げるならば、同じレベルの利益の比較衡量という形で拡げていかないことには、当事者双方が対等の立場で合理的な議論を展開するための最適条件は損われることになるのじゃないかと思うわけです。例えば、原告側の利益は個別的直接的なものだけに限定しておいて、被告側の利益についてはほとんど一般的な抽象的なものにまで拡げていくというのでは、議論を対等の立場で展開することはむずかしく争点もかみ合わないことになりやすいと言っています。さらに、この場合について、比較衡量の規準として、例えば、加藤一郎教授のように、社会的な最大値を求め、つまり対立諸利益・諸価値の和が最大値となるような衡量をめざすべきだという、功利主義的アプローチをとると、とくに政策形成機能が問題となるような訴訟の原告は、いわゆる社会経済的弱者、あるいは政治的少数者であることが多いこともあって、そういう原告側の利益は限定しておいて、被告側の利益を拡げていって、そのうえで、社会的最大値を求めるならば、その結果がどちらに有利になるかということをはっきりしており、利益衡量をするといっても、ほとんど実質のないものになってしまうわけです。このあたりは、「公法研究」四〇巻に掲載されている浦部法穂教授の利益衡量論に関する

る論文のなかでの確な批判的分析が加えられています。

また、とくに公益性とか公共性という概念が持ち出される訴訟の場合、そういう傾向が非常にはっきりあらわれやすいと言つてよいと思いますが、やはり、こういう傾向は基本的には司法の自殺行為ではないかと思われ、このいったことにならないためには、一つは、公益性とか公共性の問題を考えていく場合、その中身を法廷での議論になじむようにできるだけ具体的・個別的なものに分解していく必要があるのじゃないかと思ひます。そして、もう一つは、こういった公益性とか公共性という概念は社会の集合的な目標を概括的にあらわす概念ですが、こういった概念と、個人の個別的・具体的な権利・利益とを直接同じレベルで比較衡量すること、つまり、はかりの一方に個人の個別的・具体的な権利・利益、他方に公共性とか公益性というものをおいて、それらの比較衡量を行なうという方式は、それが訴訟の場での合理的な議論の展開を保障するのに適しているかという観点から見ると、かなり問題があるという感じがいたします。はかりの両端にあるのは、やはり訴訟当事者双方の具体的・個別的な権利・利益だけに原則として限られるべきであつて、そういった権利・利益相互の比較衡量にあたって間接的に公益性や公共性などの政策的考慮が入ってくるというふうに、比喩的な表現ですが、一歩退いた形でのみ、この公共性とか公益性という概念を用いるという方式に限られるべきではないかと考へているわけです。このあたりは、ドゥオーキンという法理学者がレジューメに挙げておきました書物のなかで、原理論法と政策論法という区別をして、裁判における法的推論はあくまでも原理論法でなければならぬということを主張していることをめぐつて、最近の英米法理学では大変示唆に富んだ議論が展開されており、今日も、この点にも少し触れる予定だったので、時間もほとんどなくなつてしまつたので、割愛させていただきます。

いずれにしろ、公共性とか公益性という概念をどういう仕方でも用いるにしても、伝統的な訴訟の場合と、こうい

た政策的な問題が議論される訴訟の場合とでは、法廷での議論の進め方もだいぶ違ってござるを得ないと思えますが、法廷での政策問題をめぐる議論を実際どういふふうな仕方での範囲で展開することが許されるのかということについては、最近の規範的議論や法的推論の論理に関する新しい研究成果などをふまえてこれから考えてゆかねばならないと思つておられるところで、何となく方向づけができたという程度なんですけれども、利益衡量論をめぐる議論のなかで訴訟の手続過程の場で合理的な議論を展開するための要件というような観点からのアプローチがほとんどなく、判決で利益衡量がなされる場合でも、どちらかと言うと切り捨て御免的な形のもものが少なくないことに、かなり不満を抱いており、それを是正する必要があるのではないかと思つておられる次第です。

最後に、規準面についてですが、政策形成機能が問題になるような訴訟においては、包摂モデルによる推論が直ちに働くような形で何らかの法的規準が存在していない場合が多いから、法規による制約が決め手にならないことは確かだと思つています。しかし、だからといって、利益衡量論者のように、法規による論理的な説明とか理論構成を、解釈者の利益衡量・価値判断から切り離し、第二次的なものとし、しかも、利益衡量や価値判断にあたって素人ないし一般市民としての常識的な判断を重視するということを強調されても、従来あまり法規とか理論構成にこだわら過ぎていたこと——もっとも、このことについても異論があるようですが——に対する解毒剤としての意味はあるでしょうが、積極的な法的推論の在り方の提言としては、いろいろと問題があつて支持できないというか、ドイツや英米の議論と比べてみた場合、出発点・心構えを説いているという域にとどまっているにすぎないのじゃないかというような感じを持っております。つまり、さきほどから繰り返し話してきますように、法廷での当事者の理由づけられた主張・論拠の優劣をめぐる議論が合理的に展開され、その結果として判決が納得のゆく仕方で正当化されるためには、やはりその前提としての共通の枠組・コンセンサスを提供して手続過程と判決とをコントロールする何らかの法的規

準が必要なわけです。利益衡量論者のように、法規とか理論構成というものの機能をもつばら判決の事後的な説明とか理由づけという側面からだけ見るのは、やはり偏った見方であり、このように、法規とか理論構成というものが訴訟の手續過程や判決に指針を与えそれをコントロールしているという機能を軽視することは、大多数の現実の判決作成過程と合致していないという見方をする人もありますし、また、すでに話した法的思考の教義学的モメントの正当な位置づけという観点からも問題があるように思われ、もっとこういった側面にも配慮を払うことがやはり妥当ではないかと考えております。勿論、そういったニュアンスのことは、利益衡量論者も副次的におっしゃっているし、また、実際に法解釈を行なわれる場合には当然の前提とされているのかもしれませんが、それでも、少なくとも法解釈方法論として説かれているレベルでは、こういった側面への配慮は十分ではないような気がいたします。

たしかに、個々の法規の指針提供機能・コントロール機能には限界があるのですが、しかし、様々の法規、さらに先例的な判例も含めて、そういった法規や判例が組み合わさって各法領域あるいは各問題領域ごとに作り上げられている法的な判断枠組、法的な判断標準の役割というものは、やはり法廷での議論、とくに一定の判決の要求とか正当化の指針・視点——トピック論的にいえば、法的トピクス——として無視し難いものでして、裁判の役割には個々の具体的な事件の解決を通して、同時にこういった法的な判断枠組ないし判断標準そのものを具体的な問題に即して時宜になつた仕方でも継続形成していくこと、つまり法曹法という形で法的規準を各問題領域ごとに作りあげ発展させてゆくことも含まれているわけです。利益衡量論者の個人的なねらいとしてはともかく、そういったことに対する理論的配慮が少し弱いのではないかという感じがするわけです。

ですから、これはある意味では非常に極端な言い方かもしれませんが、裁判官とか法律家は、一方では既存の法規や判例、あるいは内外の学説、他方では社会の正義感覚・衡平感覚というものをにらみ合わせながら、必要ならば、

どんどん積極的なドグマを提唱するとか、既存のドグマを継続修正していくといった形で、理論構成を試みてその優劣を競い合っていけばいいわけですし、そういったことを行なわないことには、法曹法あるいは法律学の伝統的な使命というものは果たすことができなくなってしまふんじゃないかと考えるわけです。

予定された時間もなくなってしまうので、法政策学についてのコメントはもう省略させていただきますが、平井教授の提唱されている法政策学も、基本的には、利益衡量論の延長線上にあるものと考えられるのでして、利益衡量論の場合には、その比較衡量の基準も各人各様で、いずれかと言えば伝統的な法律家のバランス感覚に全面的に頼っていたと言えるのに対して、法政策学の場合には、それを近代経済学的な発想、とくにコスト・ベネフィット・アナリシスという手法を導入して一歩前進させたものというふうに考えてよいと思います。ですから、法政策学に関しても、基本的には利益衡量論について今話したことが、ほぼそのまま妥当するんじゃないかと考えております。

つまり、功利主義的なコスト・ベネフィット・アナリシスという手法は、目的手段モデルの一種とみることができ、この点では、利益衡量論が妥協的調整モデルという面をかなり含んでいるのと異なるのですが、いずれにしろ、伝統的な純粋な法的思考と相容れないところがあることは同じです。ですから、コスト・ベネフィット・アナリシスによって法廷における利益衡量とか政策的考慮を全面的にカバーするわけにはゆかず、様々の特殊法的な制約に服せざるをえないわけです。平井教授も、当初の主張から見ると、段々とかこういう特殊法的な制約の問題に注意深く配慮されるようになってきておられるのですが、しかしその場合でも、正義の問題が基本的には功利性、効率の問題に還元できるのだという功利主義的な立場は堅持しておられます。こういった功利主義的な立場に立って特殊法的なものによる制約という問題にも配慮されるわけですけども、はたしてそれがうまくいくかどうかについては、先程挙げたドゥオーキンの原理論法と政策論法との区別の提唱をめぐって英米では盛んに議論が展開されているのですが、私はど

ちらかと言うと、疑問を持っている方です。あるいはまた、そういった仕方では特殊法的な側面に対して配慮していけばいくほど、結局伝統的な法教義学とあまり変わらないことになり、例えば最近出版されました『現代不法行為理論の一展望』を読んでみますと、結局コスト・ベネフィット・アナリシスという手法を用いて、平井教授がもともと主張されていた解釈学説と同じものを正当化されるという結果に終わっているわけです。そうやってきますと、このコスト・ベネフィット・アナリシスにしても、結局、法的な問題を解決するにあたって考慮すべきいろんな視点・論点——つまりフィーベックらのいうトポスですが——そういったもの一つにしかすぎないのであり、伝統的な法教義学とあまり違わなくなってしまふのじゃないかという印象も持つわけです。

むすび

最後の方はかなりはしょって話したため、舌足らずなコメントしかできませんでしたが、不十分なところは御質問など受けて補うことにいたしたいと思います。もっとも、裁判実務とか法律学の問題となりますと、教えていただくだけに終わりそうなのですが……。

以上、法や裁判の政治化・行政化がいやおうなしに進んでいく状況を充分ふまえたうえで、あえて特殊法的なものへの配慮の必要性を強調し、また、コンピューターをはじめ、科学技術の法学研究・法実務への導入がいろいろと試みられているなかで、あえて反科学技術という面の強いレトリックや教義学の再評価の必要性ということを話したわけですが、そういった意味では、今日の話は、時流に逆らった反時代的な主張であり、見方によっては、これ自体非常にレトリック的な主張であるという印象を与えたかも知れません。法律学の原語である *juris prudentia* (法の知恵) が端的に示している法的思考の伝統的な使命・課題を、現在の状況のなかで追求し続けようとするならば、やはり、こう

いった仕方で法的正義追求の相互作用的な協同活動的性格に規定された特殊法的な合理性の地平に眼を向けることによって、法による正義の実現は、行政過程、政治過程などの他の領域で正義を実現する方法とはやはり違うのだということを十分に認識して、法というものの可能性と限界を見きわめて、法学が長い歴史のなかで磨きあげてきた法的な知恵に一層の磨きをかけてゆくことが最も妥当な方法ではないかと考えております。今日は、そういったことの一環として、最近の裁判の動向や法律学方法論の在り方について、そういう観点から考えている事柄を話させていだいた次第です。ほとんど法哲学的なレベルの非常に抽象的な話に終始してしまいましたが、おわかりにくかったところも多かったと思いますが、これで一応話を終わらせていただきます。

〔参考文献〕

※講演という原型を変えないために、本文にいちいち注を附けることはせず、この講演にあたって参照した主な文献を、当日配布したレジュメに挙げたものを中心に、若干補充して、ほぼ本文の所論と関連する順序で掲げておく。

一、田中成明『裁判をめぐる法と政治』（一九七九年、有斐閣）

井上治典「多数当事者訴訟論の課題と展望」（ジュリスト七三二号、一九八一年）

伊藤真「裁判の効力論」（ジュリスト七三二号、一九八一年）

小島武司『「公共訴訟」の理論』（民事訴訟雑誌二三号、一九七七年）

平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』（一九八〇年、一粒社）

田中成明「法的思考の特質と現況」（法学教室二号、一九八〇年）

Lon L. Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, in *Harvard Law Review*, Vol. 92 (1978)

Melvin A. Eisenberg, Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller, in *Harvard*

Law Review, Vol. 92 (1978)

エイブラム・シェイズ、柿嶋美子訳「公共的訴訟における裁判官の役割」（アメリカ法一九七八—一号）

二、Ch. ペレルマン、三輪正訳『説得の論理学・新しいレトリック』（一九八〇年、理想社）

Ch. Perelman, *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning* (1980)

Ch. Perelman, *Logique Juridique: Nouvelle rhétorique, Deuxième édition* (1979)

Th. フィーヴェック、植松秀雄訳『トピクと法律学』（一九八〇年、木鐸社）

中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（一九七〇年、有斐閣）

松坂佐一『法学におけるトピカとレトリケー』（民商法雑誌七九卷五号、一九七九年）

佐藤信夫「ふたつのレトリック——ペレルマン『説得の論理学』およびフィーヴェック『トピクと法律学』を読んで」（本と批評一九八〇年二月号）

批評一九八〇年二月号）

Franz Wieacker, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, in Xenion: Festschrift für Paganotis J. Zepos, Bd. I* (1973)

大野正男「失なわれた『弁論』（法学教室一号、一九八〇年）

川島武宜『科学としての法律学』（初版一九五五年、新版一九六四年、弘文堂）

植松秀雄「法学の教義学性」（『法理学の諸問題・加藤新平教授退官記念論文集』、一九七六年、有斐閣）

岩倉正博「法教義学と法探究学——フィーヴェックの法学観研究ノート」（民商法雑誌八二卷二号、一九八〇年）

Franz Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in Hermeneutik und Dialektik (II): Festschrift für H.G. Gadamer* (1970)

Gadamer (1970)

Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl.* (1972)

加藤一郎『民法における論理と利益衡量』（一九七四年、有斐閣）

星野英一「民法解釈論序説」「民法解釈論序説」補論」「民法の解釈の方法について」（『民法論集』一巻、四巻、一九七〇年、一九七八年、有斐閣）

年、一九七八年、有斐閣）

水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果（一）（四・完）」（民商法雑誌六二卷六号—六四卷二号、一九七〇—七一年）

浦部法穂「利益衡量論」（公法研究四〇巻、一九七八年）

Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)

深田三徳 「司法的裁量論批判と法理論」(同志社法学一五八号、一九八〇年)

平井宜雄 「法政策学序説(1)―9・完」 「法政策学・再論」(ジュリスト六一三―六六八号、一九七六―七八年)