

Title	正義と法実務・序説
Author(s)	笹倉, 秀夫
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.49, 2011.1 : 27-50
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=2950
Rights	



聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository for academic archiVE

正義と法実務・序説

笹 倉 秀 夫

まえがき

ロールズの『正義論』(1971年)以来、日本でもアメリカの正義論が盛んである。しかし紹介・注釈がほとんどであり、「正義の2原理」や「反省的均衡」などを日本で日常生活・法生活上の問題解決にどう使うのか、そもそも正義とは何で、どういう全体構造を成し、ロールズらの「正義」はそこでどういう位置を占めるのか、などを自分で考え提示している業績は少ない。中には〈ロールズの議論が(正義論の一部門に向けられたものにすぎないのではなく)正義論そのものである；正義論とは分配の公正さや関係のリベラルさを主張することだ〉と思い込んでいる向きもある。このような状況を見ていると、アメリカ正義論をめぐる日本で今必要なのは、哲学よりも心理学、すなわち、実用性のない舶来品を珍重し続けてきた国民心理の分析ではないか、とも思われる。

法実務との関わりで正義を考える場合に大切なのは、「公正としての正義」論の解説などに自己限定することではなく、広く正義の全体構造を踏まえつつ、それを現実の法実務の主要論点、たとえば刑事・民事の訴訟法学で重要な位置を占める「訴訟目的論」や「真実論」・「手続保障論」などと関係づけて考えることだろう。そこで本稿で筆者は、その作業の手始めとして、筆者がとらえる正義の構造論から出発し、法の解釈・運用、司法、立法をめぐる「正義」がどう位置づけられるかを考察したい。

ところで正義について筆者は、拙著『法哲学講義』の第5章(「正義」)等において⁽¹⁾論じた。そこでは筆者は、これまで使われてきた「正義」には、(α)

(1) 拙著『法哲学講義』、東京大学出版会、2002年、第5章；拙著『法思想史講義』下巻、東京大学出版会、2007年、参照。

ルールを尊重すること、(β) 各人にかれが値するものを帰属させること（これは権利を保護し義務を確認し制裁を加えることでもある）、(γ) 広く認められた価値原理にかなっていること＝善い国家・正しい政治であること、の三つの意味があるとした。本稿では、これらの「正義」が、法の解釈・運用、司法、立法での営みにおいてどういうかたちで柱となっているかを考える。この考察は、「正義」概念には「公正としての正義」、「衡平」、「形式的正義」・「実質的正義」、「実体的正義」・「手続的正義」などいろいろあるものの、それらも上記三つの「正義」に帰すること、それら（とくに(α)と(β)と）の間の緊張が問題であること、を明らかにするだろう。

これら三つの「正義」の相互関係には、次のような特徴がある。まず、それらは、「正しいこと」を共通項とすることによって関連しあう。すなわち、(α)は〈ルールに従っている、という意味での正しさ〉を基底とする。(β)は〈各人を正しく扱う、という意味での正しさ〉を基底とする（これには、同一性に着目して正しく同一に扱う均分的正義と、差異に着目して正しく区別して扱う配分的正義とがある）、(γ)は〈政治の中身が善・理想にかなっている、という意味での正しさ〉を基底としている。このうち、(α)と(β)は、内容（実体）に関しても手続に関しても働くが、(γ)は内容にしか関係しない。

次に、(α)と(β)のうちどちらが先か、すなわち基底を成すか、については、次の関係がある。(α)は、ルールという客観的ないし公的なものに着目し、(β)は各人の権利という個別的なものに着目する。このどちらに力点を置くかは、当該地域で、国家の法律が先行したか仲間集団内での裁判が先行したか（国家的利益が優先したか非国家的・個人的利益が優先したか）、刑事法（社会の防衛）が先行したか民事法（私権の防衛）が先行したかによって、すなわち法史の態様・文化圏によって、異なる：

西洋では永らく、中央集権の権力が弱く部分権力が自治集団として秩序を維持した。このため個々人の利益は、それぞれの仲間集団の法共同体が開催する裁判によって確認することが一般的だった。その決定（判決）が蓄積し判例法となり、それがさらに学問的に加工され学識法となり、それらからやがて制定法が形づくられていった（民事法だけでなく刑事法も含む）。このような法文化の世界では、〈各人にかれが値するものを相互に確認すること〉が思考の根底を成し、その作業の蓄積を通じて出来ていったルールを、人びとが尊重する。したがってここでは、(β)が根底を

成す。しかしここでもまた、集団の統合が進むにつれ、その集団において共同体運営のためにルールへの尊重（＝法の支配）が前提となるなかで、（ α ）も重視されていった、と言える。

これに対して東洋では、早くから中央集権体制があり、秩序はその権力が発する法律（律令）を基準にし、紛争はその権力が構成し主宰する裁判所で法律にもとづいて処理された。そのためここでは、〈ルールに服すること〉が思考の根底を成す。権利としての確立がなかったし、個人が尊重されなかったので、〈各人にかれが値するものを帰属させること〉は、個々の場合に応じ情宜として副次的に参照される程度であった。したがってここでは、共同体にとっては（ α ）が根底を成す。しかしこの東洋でも民事法においては、第一義的には私人間の紛争に関わるので、当初から（ β ）が重要であった（それを国家が裁く点においては、高権的で後見的であったが）。

最後に、これら三つの正義は、本稿の主題である法的な紛争処理については、次のようなものとして現出するだろう。すなわち、紛争処理においては、第一に、紛争を処理するルール（＝実体法）を基準にして処理をする点、および、その処理を進める際にも手続のルール（＝民事・刑事の訴訟法）を尊重する点で、まず（ α ）の正義の追求が重要である。これが「法の適正手続」ないし「法治国家」として位置づけられる要請である。第二に、法を「適正」に使うとは、当事者の主張がただ文言上で法によって支持されているだけでなく、そのケースの特性に応じて柔軟に適用しルールを生かすことでもあるから、この点で（ β ）の正義の追求が重要である。第三に、基準となる法を適用するには、関連する諸事実を正しく（より細かにその特殊性にまで立ち入って）認定しなければならない。真実追究はこの点で、（ β ）の正義の前提である（（ α ）の正義も事実のなかの定型的な部分には関係する）。

第1章 法の解釈・運用

個別のケースを条文を基準にして処理するには、①条文の意味するところを確定すること、②事実を認定すること、③条文と事実との適正な関係を確定すること、が必要である。

このうち、①と③のためには、概念や法命題の論理的連関の考察が、歴史的考察や政策論的考察とともに重要である。このため法の世界では、一方では、論理的思考力が古くから重視されてきた（どの程度重視されたかは、時代に

よって文化圏によって異なる。近時において論理重視は、一時期「概念法学」として懐疑的に扱われてきたが、最近新たな視点からの重視論が見られる⁽²⁾。

しかし他方、②と③のためには、個々の事件の特徴と、法の適用が結果としてもたらす意味と、に関する個別具体的な考察が重要である。このため法の世界では、現実感覚、人間味を解釈者に求める声も、昔から強い。

この点で解釈者（とくに裁判官）は今日なお（注2にある指摘にもかかわらず）、ルールに即する廉直さ・毅然性と、各個人を見る人間味・柔軟性とを、ともに求められる。前者は（ α ）の正義に関わり、後者は（ β ）の正義に関わる。両正義の緊張・アンチノミーの自覚が、重要なのである。

上の点は、法的思考の態様とも関連している。すなわち、法的思考（Think-like-a-lawyer・legal reasoning）の特徴とされるのは通常、法的な概念・条文や判例・法理・法理論等の知識（法律知識）を使いこなしながら、（イ）適法性ないし法的安定性を重視する思考（すなわち（ α ）の正義による思考）、および（ロ）個々のケースに即した妥当性（すなわち（ β ）の正義による思考）をも尊重しつつ問題を順序立てて処理していく思考である（つまり原則を大事にしつつ例外にも適切に対処していく思考が大切なのである）。

このうち（イ）に関しては、ルールに従った判断のために、条文ないしその根底にある法原則を大前提とし、ケースを小前提とした三段論法で結論を獲得したかのように論述することが重要であるとされる（法学上ではまた、原理や概念から下位の概念・命題を導出しながら全体を構成して体系をつくっていく思考が大切とされる）。（ロ）の個別妥当性の判断のためには、事件の問題点を解析し、その特殊性に即して考える思考が大切とされる。そのためには、〈法よりも人を見る〉姿勢・他者への共感、賢慮・トピック的思考といった健全な常識判断、双方の言い分を公平に聞く正義感覚、が重要とされる。（イ）・（ロ）の統合には、①（イ）と（ロ）が矛盾することの自覚、②個々の判断が全体とし

-
- (2) 最近ではポストモダニズムの立場から、論理的思考の重要性が強調されている。すなわちルーマンは、システム論の観点から〈複雑性の縮減〉が必要だとし、法におけるオートポイエーシスとして価値中立的な論理的処理の重視——（（ β ）の）正義や人権の追求ではなく——を説くのだが、村上淳一はこの見方採って、〈裁判官に人間味を求めるのは、ポストモダン社会では時代錯誤だ〉と主張する（『システムと自己観察』、東京大学出版会、2000年、21頁以下）。

てもたらず帰結の予想（リスクの予想，政策がもたらす結果の先読み，処理の一貫性への配慮など）を踏まえた総合判断力，および③責任感が欠かせないとされる。

（イ）は，社会の側から（秩序維持の観点から）必要となる。（ロ）は，個人の側から必要な，各人の権利・正当な利益を各人に保障すること，各人に値する罰を科すことである。（イ）と（ロ）とは，また（イ）の根底にある（ α ）の正義と（ロ）の根底にある（ β ）の正義とは，法の運用において協働することが多いが，対立することがあり，両者の区別が重要でもある。

法の解釈・運用における正義のあり方に関しては，古来，次のようなかたちで問題提起がなされてきた：

（i）Summum ius, summa iniuria. この，キケロも引用する（Cicero, *De officiis*, I. 10. 33）有名な法諺は，あまりに厳格な法は，すなわち（ α ）の正義だけでいくのでは，関係者に酷になる，すなわち（ β ）の正義を損なうことになる，という警告である。正当防衛や緊急避難，事情変更の原則，再審制度，衡平（equity）の思考などは，この認識に立脚している。これらはともに，個々のケースにおいて一般的なルールを厳格に適用することによって生じる弊害（＝形式主義の弊害）を，個別事情を顧慮することによって是正しようという思考にもとづいているのである。

社会法の考え方もまた，〈近代私法の論理をそのまま貫徹させると，すなわち近代私法的（ α ）の正義だけでいくと，その基盤のないところでは，とりわけ社会的弱者にとっては，酷なことが起こる；それゆえ，かれらが値するものをかれらに帰属させるために，別種の法原理をもった社会法が必要だ〉という，（ β ）の正義の考え（とくに配分的正義）にもとづく。

このように（ β ）の正義はかなりの点で，法の一律適用——それ自体は重要なことだが——である（ α ）の正義がもたらす問題性の是正機能をもつ。

（ii）〈構成要件該当性－違法性－有責性〉との関係 これも，（ α ）と（ β ）の2正義の緊張と協働に関わっている。すなわち，構成要件該当性は，その行為が法律に適合しているか否かをまずは抽象的に判断するのであるから，（ α ）の正義に関わる。違法性の判断は，その行為が法律に反しているとしても，法生活上で許されているか（法秩序を損なうほどのものではないのではないか）を考える点で，（ α ）の正義とともに，とくに（ β ）の正義に関わる。有責性の判断は，その行為者の個人的事情を考えても責任を問えるか（＝①責任能力が

あるか、②故意・過失をともなった行為であったか、③そういう行為をしないことが期待できる状況にあったか（期待可能性）等々）を見る点で、すぐれて（ β ）の正義に関わっている。最終的には、（ β ）によって（ α ）を具体化する、ないしはその結果を是正するのである。

（iii）法解釈の手法論との関係　法解釈の諸手法の関係図は、拙著『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）の4頁で示した。そこでの左列の文理解釈・体系的解釈・立法者意思解釈・歴史的解釈は主として、法律の客観的な規定を確定するものであり、（ α ）の正義に関わる。これに対して「法律意思」は主として、〈このかたちでの適用が妥当な結果をもたらすか〉を個別ケースごとに考察するときの参照事項であり、（ β ）の正義に関わる。

また、右列のうち、文字通りの適用や宣言的解釈は主として、法律の規定をそのまま・ないし確定しつつ適用することであり、（ α ）の正義に関わる。これに対して、拡張解釈、縮小解釈、とりわけ類推や比附⁽³⁾、反制定法解釈、条理解釈は、〈関係する規定はこの個別ケースにおいてはどう位置づけられるか〉を問うた上でおこなうものであるから、（ β ）の正義に関わる。

法の解釈・運用においては（ α ）の正義と（ β ）の正義とが、このようなかた

-
- (3) たとえば水戸地方裁判所民事第一部2007年5月24日判決（LEX/DB-28132450、『判例時報』1982号、130頁）は、姉の交通事故死を目撃した妹（ともに小学生）に、父や母の2倍の慰謝料を認めた。その際使われた手法は、次のようなものであった。すなわち裁判官は、トラウマに苦しむ妹に同情し、その救済を民法711条に求める。しかし、これは711条の文字通りの適用（（ α ）的正義判断に関わる）では不可能である。といって、類推適用も可能ではない。妹・姉の関係は、父母・夫婦・子の関係と本質的に異質であるからである。そこで裁判官は711条について、〈ここで父母・夫婦・子に慰謝料が認められているのは、とくに親密で精神的相互依存で暮らしてきた家族員同士の関係を損害賠償において重視しようとする趣旨による〉と目的論的に解釈した；そしてこの解釈を踏まえ、条文から〈本人と父母・夫婦・子との間に通常見られるほどの親密で相互依存の関係にある家族員は、慰謝料を請求できる〉との法意を読み取って、これを本件に適用した。裁判官は、この比附の手法によって、（ β ）的正義判断を、（ α ）的正義判断に、すなわちまた立法者意思に、優先させえたのである。拙著『法解釈講義』135頁以下。条理をめぐる同様な手続については、同書180頁以下。

ちで配置され、ともに重視されているのである。したがって、西洋で正義の女神像がしばしば目隠しをしているのは、われわれの正義論からすれば部分的にしち妥当でない。確かに目隠しは、 (α) の正義の原理を具象化したもののだとは言える。法の下ではすべての人が平等であり、原則を定めた法律は、第一義的には法律外の事情や関係者の外見等に左右されず適用されるべきだ（その前提となる事実も、個別の事情によって歪めて認定されてはならない）、ということを反映しているからである。*Fiat iustitia, et pereat mundus.* は、この精神への強いコミットメントを意味している。しかし正義が目隠しをするのは、 (β) の正義の観点からは問題がある。〈各人にかれが値するものを帰属させる〉ためには、各人に関わる個別事情・例外情況といったものをよく汲み取る必要がある。これは、目隠ししてはできないことである。

これに対し、日本の最高裁の正義の女神は、目を開けている。これはおそらく、東洋に伝統的な職権主義・実体的真実主義（刑事裁判では「精密司法」と呼ばれる）の精神を反映しているのであろう。職権主義は、ドイツ法実務の影響もあって日本ではなお顕著であり、あとで見る近代的な訴訟のあり方の観点からは、問題をもつ。しかし日本の最高裁に住む正義の女神のこの姿は、 (β) の正義の観点からは妥当だと言える。

第2章 司法

司法は、刑事・民事の事件を法を基準に処理し平和を回復するための公的装置である。事件とは加害・被害関係ないし意見・利害対立の発生（紛争）であり、それを放置すれば相互間の憎悪や暴力が支配する闘争にいたる。そこで権力が介入し正義にかなうかたちでまとめ上げる。その際、「まとめ上げ」に有効なのが、法のもつフィルターリング機能である⁽⁴⁾。相互間の憎悪や暴力が支配する状態とは、友と敵とに分かれた生の人間関係である。法的フィルターは、この対立を収束させうる手続と決定方式とをもった別の態様の「対立」に

(4) 拙著（前掲注1）『法哲学講義』第1章参照。

変容させ、それを通じてまとめ上げを図る。したがって、法的フィルターは、友と敵の世界から法の世界に入る際の扉の所に設置されている、ということになる。事件のこうした法的処理やそのためのフィルターリング機能は、正義とどう関係するか。この問題を、刑事裁判と民事裁判を比較しつつ考えてみよう。

第1節 刑事裁判

『刑事訴訟法』第1条は、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」と規定している。すなわち、『刑事訴訟法』はその「目的」を、(a)「事案の真相を明らかに」することと、(b)「刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」とにあるとし、その作業過程上で必ず留意すべきことから（踏まえるべき点）として、「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全う」することがあるとする。

ところで、民事訴訟の目的論では(b)を目的とする議論はあるが（私法秩序維持説）、(a)を目的とする議論はない。思うに、「事案の真相を明らかに」することは、確かに日本の『刑事訴訟法』においては目的とされているが、刑事裁判一般においては、踏まえるべき点ではあっても、目的そのものではないだろう。

理由は次の点にある：刑事裁判は刑事事件の解決を最終目的とする。ここで「解決」とは、ルール（法）を破った者（犯罪者）を罰することによって、犯罪が生じさせた問題（秩序が動揺したことに対する反応としての不安、悪しき者が隠れていることへの不安、被害者の加害者に対する復讐感情・犠牲になったという不公平感、人びとの損なわれた正義感情＝義憤）に対処することにより（こうした対処を平和の回復という）⁽⁵⁾、その際、刑事裁判は、ルールに関係する事実を正確に認定して（＝「事案の真相を明らかに」して）、それに抵触する者を逃すことなく処罰する一方、無辜であるのに裁判にかけられた者を罰しないこと（＝「刑罰法令を適正〔…〕に適用実現すること」）を重視する点に。

(5) 田口守一『刑事訴訟法の目的』、成文堂、2007年、42頁以下。

真相究明は、ルール適用の前提事項なのである。

ところで、「解決」のためには、関係者の同意を得つつ決着を付けることが大切であり、そのためにはそれに見合った法的フィルターの活用が欠かせない。刑事裁判においてフィルターとして使われるのは、次の四つである。

(i) 刑事裁判も元々は（古代初期や中世初期には）、裁判官が審査員となっておこなう当事者同士のコンテストであるという形式を採っていた。この点では構造は民事裁判と同じであるが、これは、元々は、刑事裁判・民事裁判の区別がなかったからである。現代の刑事裁判では、裁判官による検察官の演技審査のような形式となっている。すなわち、検察側が事実を根拠（証拠）にもとづいて再構成し・その事実をルールに説得的に包摂する役を負担し、裁判官は、検察官の攻撃と被告人の防御との間に立って、攻撃が防御を斥けかつ合理的な疑問を払拭しえたかを判断するのである。この方式の利点は、次の点にある。①それが法廷での証拠開示や被告人側の弁論の自由を確保しやすい、②被告人の主張を裁判官が偏見なしに確認しやすい、③検察官が証明を熱心におこなうようになる。

(ii) この方式実施のためのルール（実体法・手続法）の利用。

(iii) 〈三審制を尽くした者、上訴しなかった者は、結果を受け容れなければならない〉という原則の利用。これを、手続による正統化と呼ぶ。

(iv) 決定を受け容れる意識を形成するための諸装置の利用。そうした装置としては、裁判が公正であるという外見づくり（裁判官の官僚的廉直を強調したり、裁判員制度などを導入したりすること）や、裁判所の権威化・判決の神聖化（ガウンや廷吏・建物などでの演出、独特の法律用語など）がある。

こうした刑事司法は、正義・真実問題とは次のように関係する。

刑事における「正義」の要請は、第一に、紛争を処罰のルール（＝刑法）を基準にして処理することにある。『刑事訴訟法』第1条にある「〔刑罰法令を〕適用実現すること」は、これを意味し、(α)の正義に関わる。

第二に、そのためには、ルールに関連した事実を正しく認定し（＝真実追究）、被告人が有罪か無罪かを明らかにする必要がある。事実を正確に認定し、咎ある者を罰し無辜を罰しない；正当な理由がないのに、重い罪を犯した者を軽く罰したり、軽い罪を犯した者を重く罰したりしないことは、〈各人にかれが値するものを帰属させること〉を意味する。すなわち正確な事実認定は、

(α)とともに、とくに(β)の正義のためにある。真実問題は、こうして正義問題に関係する。

第三に、その処理を進める際にも、手続のルール(＝刑事訴訟法)に従っておこなうことが求められる。第1条にある「刑罰法令を適正且つ迅速に」の「適正」とは、犯罪に的確に対応した刑罰法令を選び、またそのための裁判手続中も手続法令を遵守することであるから、上のことを意味し、ルールに従った裁判・法の適正手続、(α)の正義に対応している。

第四に、刑事裁判では検察官に厳格な挙証責任を課すのであるが、これは、当事者が〈国 対 個人〉という、力の差が圧倒的に違う関係にあり、かつ(無実であるのに)有罪になれば自由・生命にとりわけ大きな影響が出るからである。この点は、〈強い者にかれが値するハンディを帰属させる；弱い者にかれが値する補強を帰属させる〉という点で、(β)の正義に対応している。

以上の点に関わる、真実問題とは次のようなものである。

まず、被告人本人は、たいていの場合、自分がシロであるかクロであるかを知っている(真犯人も。時により証人・第三者も)。かれらには真実は、認識可能としてあるのである。この観点からは、実体的真実⁽⁶⁾は確かにある。刑事裁判がこれに迫ることが、(α)・(β)の正義の要請なのである。しかし、裁判官・検察官・弁護人・傍聴人らは、被告人がその罪を犯したか否かは、原則として知らないし、知りえない(個人的に知っている場合、たとえばかれらが被告人と或る場に同席していたということは、ありうる)。そこで、〈自分は実際に罪を犯していない〉ということを被告人が知っていても、かれ以外の人間から見れば、〈それはそう言い張っているだけだ〉ということになりうる関係がある。逆に言えば、真実を知っている被告人たちからすれば、裁判官らこそが、真実に接近しているかどうかを被告人たちによって審査されているのであ

(6) 実体的真実の「実体的」とは、「客観的に厳然とある」の意である。これをめぐって刑事訴訟法学者は、「罪ある者を罰する」方向で進むのが積極的な実体的真実主義、「罪なき者を罰しない」方向で進むのが消極的・相対的な実体的真実主義だと論じる。田口(前掲注5)『刑事訴訟法の目的』61頁。「罪ある者を罰する」とする立場では、実体的真実追究に熱心となるので、「積極的」の語を使う。これに対し「罪なき者を罰しない」とする立場では実体的真実追究がこの目的に限定されるので、「消極的」の語を使う。

る（こうしたことは、民事裁判でも、たとえば不法行為などでは、ありうる）。ここでは被告人側に存在する実体的真実を前提にしつつ、神でない人間である裁判官等がどこまでそれを認識できるかの問題がある。相対的な「真実」で有罪とすることは、実際に無実の被告人（や無実であることを知っている人びと）からすれば許されないが、構造上避けられないのである。

これに加えて、上述のフィルター（i）からも、実体的真実ではなく、相対的な「真実」で有罪とすることが帰結する。確かに刑事裁判は、「疑わしきは被告人の利益に」という原則⁽⁷⁾によって無罪推定から出発し、検察官が出した有罪の根拠に少しでも重要な疑問があれば、無罪推定が崩せなかったということで裁判官は無罪判決を下さなければならない、とする。「無辜の者を誤って罰することは、最大の不正義である」という原則（（β）の正義に関わる）からも、疑いの余地があるとの心証は、大きな意味をもつ。自分の無実を被告人が証明する必要はないし、裁判官にも「被告人が無実なのは確実だ」とまで心証形成する必要はない。有罪であることに疑いの余地があれば、無罪となるのだ⁽⁸⁾。しかしこのことは、逆に、被告人が防御に失敗したり防御を怠ったりしたことに加えて、検察側のストーリーが一見完璧で、被告人に崩す術がなかったり、裁判官に疑う力がなかったりすれば、有罪になるということでもある⁽⁹⁾。「真

-
- (7) 無罪推定の原則は、（α）と（β）の正義に関わる。被告人が有罪であることを検察官が証明できなければ、かれは無罪となる。このルールを遵守することは、「刑罰法令を適正」に運用実現することであり（＝（α））、その原則の遵守によって、無辜の者を罰することを防ぐのは、「各人にかれが値するものを帰属させること」に該当する（＝（β））、からである。
- (8) もっとも、被告人の人権のために警察・検察権力に対しさまざまな制約を加えることが真実発見と矛盾する、とのみ考えてはならない。それは、〈警察・検察が被告人を犯罪者に仕立て上げるための権力行使〉を規制することによって、真実発見の障害物を取り除くのもである。
- (9) トマス＝アクィナスは、裁判官が、被告人が無罪であることを個人的体験から（私人として）よく知っているが、法廷での、被告人を有罪とする議論や証拠には非が見出せないとき、どうすべきかと問題を出している。トマスはこれに対して、判断は裁判官として得たものからおこなうべきであり、裁判で確定された事実から有罪にすべきであるとしている（『神学大全』II-II-64。稲垣良典『トマス・アクィナスの共通善思想』、有斐閣、1961年、130頁）。私人と職務とを区別し、実体的真実よりも訴訟手続による真実を優先させたのである。

実でない」状態にはたいてい疑いの余地がつきまといっている。しかし、疑いの余地がないからといって、真実であるということにはならないのだが。

上述のフィルター(i)はまた、真実の徹底した認識にとって制約となる。裁判官自身の職権探知主義的究明ないし程度を越えた訴訟指揮が排除されるからである⁽¹⁰⁾。

当事者主義は、「事案の真相を明らかに」することと相剋する。当事者主義は、訴訟における自己決定を尊重すること、および裁判官の公平性を確保することの要請から来る(真実発見の要請から来るものではない)。これによれば、本人が自由な意思で有罪を認め、司法取引に応じることや保釈、執行猶予付き判決を狙うことも、否定できない。実際に有罪でないのに有罪と認めることをも、時によっては帰結するのである。

加えて、権利・自由等と真実が相剋しあう関係もある。自由な裁判を遂行することと「事案の真相を明らかに」することとは、相補的であるとともに、矛盾するものでもある。たとえば：

(1) デュー・プロセス(人権保護と(α)の正義＝「適正」の要請から来る。これも、真実発見の要請から来るものではない)と、「事案の真相を明らかに」することとが相剋する。違法収集証拠は、たとえそれによって事実が明らかになったとしても、証拠能力を否定される。また、黙秘権を認容するとか、公判前整理手続後に新たな証拠の請求を認めない(316条32項)とかといったものがある。

(2) 「迅速に」と「事案の真相を明らかに」することとが相剋する。犯人をすみやかに罰する観点からも、無辜の者をすみやかに救済する観点からも、(一般市民の信頼を得るためにも、)裁判は迅速性を要する。この裁判の迅速性の要請も、真実究明の時間の限定をもたらす。「迅速に」が拙速とつながる場合もある。

(10) 当事者主義は、裁判官が当事者の挙げる主張を基礎とするよう命じるので、真実認識にいたらないこともある。しかし他方では、当事者が批判しあうことによって、真実への接近がより前進するという面もある(豊崎七絵「刑事訴訟における事実観」(一)、『法学』(東北大学)64号、2000年、613頁；同『刑事訴訟における事実観』、日本評論社、2006年、183頁)。この点は、民事裁判でも同様である。

自由心証主義自体も、実体的真実を前提にしていない。自由心証主義には、全人格的判断として非合理的要素もつきまとう⁽¹¹⁾。自由心証であっても裁判官は、経験則や合理性の判断にもとづく証拠説明とルールの解釈の論理性遵守とは尊重しなければならない。これらは、第三者（上級審も）がチェックできる。したがって自由心証も、まったくのブラック＝ボックスではない。しかし実際には、ケースによっては決断＝勘を含めた非合理的判断が避けられないのであり、自由心証主義はこの関係に対応するものとしてあるのである。

刑事訴訟法上の真実とはこうして、どこまでそれに客観的に見て接近できているかの程度問題に関わる。この観点から、刑事裁判がめざしている真実とは、訴訟的真実（適正な訴訟手続に拘束されつつ、その限度内で最大限客観的に確認された事実）であり、実体的真実ではないと言われるのである⁽¹²⁾。刑事裁判は、「罪を犯していない」と被告人は知っているのに、検察の主張に非がないとして有罪になることも起こりうるものであり、その根底には、「絶対的な真実はないし、あっても認識できない。どこまで客観的に接近できるかが問題になるだけだ」との考えがある。

この点からは、正義の女神の目隠しも理解できる。彼女は確かに、刑事裁判

(11) 庭山英雄『自由心証主義』、学陽書房、1988年、21・22頁。

(12) この点も、民事裁判でも同様である。しかし、民事裁判では当事者のイニシアティブがはるかに大きく事実認定をも規定する。民事裁判での「真実」を刑事裁判のそれと区別して形式的真実と呼ぶのは、このためである。

とはいえ、民事裁判でも厳格審理を求める「正義」の要求は、事件によっては重要となる。たとえば、ある人が殺人をしていないのに起訴され、刑事裁判では無罪になったが、損害賠償を求める民事裁判を起こされた。この場合、本人は自分が無実である実体的真実をもっているから、民事裁判で有責の判決を受けたら、「正義が損なわれた」と意識する（ (β) の正義に反するのである）。こうした場合を考えると、〈民事裁判では、真実要求は軽い〉とは言い切れない。加えて、民事裁判での損害賠償は、刑事裁判での罰金刑に比べて時には莫大なものとなるし、民事での判決もまた、勤め先での重大な処分や処遇等への影響を帰結する。以上の観点からして、人は民事裁判においても必死で防御に努め、その結果、真実に接近することがかなり進むということも起こる。

他方逆に、刑事裁判では、「早く片を付けよう」、「罪を認めないと、保釈されない・執行猶予が付かない」として、検察側の言い分をそのまま認めたり、略式手続ですまそうとしたりすることも多い。

においても、ある限度を越えるともはや真実を問わない、その前で目隠しするのである。

とはいえ裁判官は、被告人が「そう言い張っているだけだ」と第三者には映る関係に安住してはならない。「もしかしたら被告人は本当に無実かも知れない。たとえ自白していても」という意識は、常に重要だろう。日本の刑事裁判で有罪率が現在99.9パーセントであることは、「無罪の推定」が本当に機能しているか、裁判官・裁判員の予断が働くことはないかの疑問を投げかけるものであるが。

第2節 民事裁判

民事裁判は、民事事件の解決を目的とする。ここで「解決」とは、第一義的には、利害・意見を争う当事者に対し法に照らし正当な側の利益を保護することによって社会の平和を回復することである。民事裁判はこのことを通じて、①紛争が生じさせた問題（秩序が動揺したことに対する反応としての不安、およびどちらが悪いかの嫌疑による不安、被害者の加害者に対する復讐感情・犠牲になったという不公平感、義憤）に対処すること、②紛争を予防すること、をめざす。民事裁判は、手続ルールを遵守しつつ、実体法ルールとそれに関係する事実を正確に認識し、それに照らして正当とされる者（勝つべき者）を勝たせることを重視する。すなわち民事裁判は、紛争解決（秩序維持）と正義（ルール尊重の (α) の正義と、各人にかれが値するものを帰属させる (β) の正義）の確保という、二つの課題をもつ⁽¹³⁾。そして、正確な事実認定は、 (α) とともに、とくに (β) の正義のためにある。各人に何がどう値するのかは、

(13) 民事訴訟法学では、法解釈上の基礎論として「民事訴訟の目的」が論じられ、(a) 権利保護説、(b) 私法秩序維持説、(c) 紛争解決説、(d) 多元説などが説かれる。通常の仕方では処理できない案件や争点に直面したときなど、法律家は法律意思、とくに「制度の本来の目的」から処理方向を探る目的論的解釈に依拠して処理しようとする。この場合に〈民事訴訟制度は本来何を目的にした制度なのか〉が重要になるのである。したがって「民事訴訟の目的」論は、目的論的解釈が避けられない以上、たとえドグマティックに見えようとも、回避できない。

その際、論者は、民事裁判の歴史上の機能や現実の機能という法史的・法

事実をもとにして決まるのだからである⁽¹⁴⁾。

民事裁判は、対等主義を原則とする。しかし、やむをえない本人訴訟などの場合、裁判官が釈明権の行使によって保護することもある。原則尊重の(α)の正義を、ケースの特殊性に対応させる(β)の正義によって(=社会法的配

社会的事実の一端に、自分の願望(=あるべき民事裁判の姿や事件のあるべき帰結)を——無意識下に——付加してそれぞれの「民事訴訟の目的」を構成し、結論にいたるのである。ここでは「存在」が——自分の願望を媒介にして——「当為」となっている(この点については、藤田宙靖『行政法学の思考形式』、木鐸社、1978年、291頁以下；新堂幸司「民事訴訟制度の目的論の意義」、『民事訴訟制度の役割』、有斐閣、1993年、等参照。藤田は、三ヶ月章の、この点での無意識の構造を突いたのである)。

上記(a)・(b)・(c)は、民事訴訟を、当事者重視の観点から見るか(a)、国家・公益重視の観点から見るか(b)、裁判の実際の機能態様に着目するか(c)——この(c)も、当事者重視か国家・公益重視かで分かれる——の視点のちがいだと言われている。ぎりぎりのハード・ケースでは、当事者重視か、国家・公益重視かの選択が結論にかかってくる。このような場合、(d)の多元論=折衷論は、利益衡量を原理的に一貫して提示できないと、説得力のないものとなる。

これに対してここで筆者は、法史的・法社会的に見た場合に民事裁判が事実としてどう機能しているかを——あるべき民事裁判の姿や事件のあるべき帰結とは無関係に——考える。筆者はその結果として、上記諸説の全部の要素が「目的」であり、ただ歴史や法文化によってその組み合わせが異なる、とする。

両者のちがいは、たとえば次のようなものである：社会科学的な認識として、〈国家は資本家階級が労働者階級を搾取する関係を確保するための道具である〉という見方を採っても、それは、〈だから資本主義の国家による労働者階級の抑圧は正当である・抑圧すべきである〉という法解釈上の結論には直ちにはいたらない。この論理で筆者は、この社会科学的事実問題として民事訴訟の目的は〈紛争解決の役割〉等々であると述べるのであって、〈正しい権利者の私権が保護されなかったとしても民事裁判は、紛争解決という目的に沿って機能しているので、問題ない〉などという解釈論的帰結をねらったことではない。

- (14) 訴訟法学では正確な事実認定の確保、ないしそれによって、救済されるべき者が救済されることを「実体的正義」と呼ぶ(伊藤真他『民事訴訟法の論争』、有斐閣、2007年、第6章。千葉勝美「裁判における真実の発見・正義の実現について」、『自由と正義』54巻11号、2003年)。しかし、そのような名の正義が独立にあるわけではない。これは、正確な事実認定が、勝つべき者を勝たす点

慮から)修正するのである。「公正な裁判」の「公正」とは、こうした〈かれが値するものをかれに帰属させること〉による社会法的対等性を——実体的ルールと手続的ルールとを尊重するという(α)の正義とともに——意味するのである⁽¹⁵⁾。

こうした民事裁判では、私人間の生の紛争を法的な舞台に引き上げ秩序化するものであるがゆえに、上記の法的フィルターリングが重要な働きをする。民事裁判においてフィルターとして使われるのは、刑事裁判ともかなり重なる、次のようなものである。

(i) 裁判は、裁判官が審査員であり、その前で当事者が対等かつ主体的に広げるコンテストであるという形式の利用。コンテストで争われるのは、事実をどれだけ根拠(証拠)にもとづいて再構成するかという(事実の立証)点と、その事実をルール(実体法)にどれだけ説得的に包摂するかという点(法的論証)とである。

(ii) そのコンテストを審査する際のルール(実体法・手続法)の利用。実体法にかなっていても、訴訟法に従わなければ、敗訴する。

(iii) 〈そのコンテストに参加した者は、結果を受け容れなければならない〉という原則の利用。手続による正統化である。この(iii)に限って言えば、或る紛争の事実関係が十分に議論の対象になっていたか、事実関係が証拠と証拠からの論証とによって確証されたかは、本質的なことではない。はじめに、

で、(β)の正義と不可分だ、ということである。(ちなみに、一般界では(β)ないし(γ)の正義を「実体的正義」と呼ぶ。これは、(β)・(γ)の正義がことがらの中身に関わるものだからである。)

訴訟法学ではまた、実体的正義の反対概念として「手続的正義」という語を使い、〈十分な手続保障をすること〉をもこれに属させている(上記『民事訴訟法の論争』第6章)。しかし——手続をまもる・手続の結果を尊重するという意味での「手続的正義」の概念はあるものの(これらは(α)の、ルール尊重の正義の一つである)——十分な討議をしたいという両当事者の要求に応えること(=十分な手続保障をすること、「当事者権」を保障すること)自体は、手続的正義ではない。民事訴訟法学で問題になっている「手続保障」は、〈その人が値するものをかれに帰属させる〉点で(β)の正義に関わり、権利保障として——むしろ——「実体的正義」に属している。

(15) 伊藤他(前掲注14)『民事訴訟法の論争』189頁参照。

ジャンケンやクジで解決しようという約束がありさえすれば、あとはその約束の履行——約束は守るべし——として事が運ぶのである（拙著『法哲学講義』123頁注65）。

（iv）受け容れることを促進するための諸装置の利用。そうした装置としては、裁判が中立公正であるという外見づくり、決定を受け容れさせるための裁判所の権威化、判決行為ないし判決そのものの神聖化などがある。

これらを活用することによって、利益や憎悪をめぐる熾烈な争いは、多くの場合、納得によって・あるいは仕方ないとして、（争いが止むという点で）理性的な結末に収斂していく。裁判の場に持ち込むことによって、紛争が逆にこじれ、場合によっては激化するということもあるが。

このような民事裁判は、真実問題とは次のように関係する。

当事者が争っている場合には、〈ルールを尊重する〉という意味での（＝実体法にかなう）正しさが、被告・原告のどちら側にあるかを明らかにするために、①徹底した事実認定、および、②ルールと事実との照合を説得的に展開すること、が必要である。これらが、（ α ）の正義の要請である。そして、この観点からはさらに、事実認定を個別事情までも踏まえたものにしなければならず、そのためには、時間をかけることや、なるべく事実関係をケースごとの特性に応じつつ受け止め、そこから主要事実を取り出し、それを基礎に論理を丁寧に積み上げていくことが必要となる⁽¹⁶⁾。これは、（ β ）の正義の要請としてある。

しかし事実認定を追求する際にも、次の点が、考慮されるべき問題点として

（16）人は、裁判官に、〈自分が訴える事実を一つ一つ受け止め、その十分な検討によって判断するよう〉求めるものである。実際、裁判官が当事者の主張に謙虚に耳を傾けないのであれば、かれらのフラストレーションがたまる。

裁判官は、事件の真相、とりわけ訴訟の背景をどこまで知り法の適用に反映させるべきだろうか。たとえば、次のようなケースが問題になる。①「ミス」を理由とした解雇が、実は組合活動弾圧のためであった。②マンションでのビラ配りが住居侵入罪に問われたが、実は告発者と官憲とがしくんだ政治的弾圧・思想差別がその背景にあった。③会社が社員を出張費の不正請求を理由として詐欺で告発したが、実は内部告発への報復であった。④検察庁が検察官を「不正な住民登録をして不動産登録登録免許税を免れようとした」等として詐欺罪

ある：

(1) 紛争解決・訴訟経済という観点からは、裁判は迅速である方が望ましいし、法的フィルター機能が低い方がよい。事実認定や論証、つまり真実追究は、この点からある限度で打ち切らざるをえない。

(2) 法的フィルターの一つとしての、民事裁判の手続のルールが、真実追究中断に作用する。

第一に、民事裁判では、真偽不明 (*non riquet*) の場合、主要事実の立証に成功しなかった側を敗訴させることによって決着を付ける (証拠の優越 *preponderance of evidence* の制度)。

第二に、裁判官はまた、私的自治を尊重して、処分権主義・不告不理の原則 (民訴246条) や弁論主義に従わなければならない。このため裁判官は、当事者が構成した事実、原則そのまま受け容れる。加えて、民事訴訟のルールによれば、両当事者が問題にしないことについて裁判官は、釈明権の消極的な行使 (不備補充・論点に立ち戻らせるような) はできても、積極的な行使 (別の主張を示唆し、訴えの変更を促すような) はできないし、職権で証拠収集や独自の法律論を展開することはできない。そこで、職権探知のない国では次のようなことも起こる：離婚は訴訟によるしか道がなく、しかも法定の離婚原因が限定されている場合、協議で離婚を固めている当事者は——真実義務があるものの——離婚原因の虚構 (一方の暴力とか不倫とか) によって離婚判決を得る、ということが。

(3) 自由心証主義のため、判決は予想ができない場合が多い。判決理由は、出されたもの以外にはありえないといったものではない——まず、どちらを勝たすかの結論が蓋然性や利益考量にもとづいてあり、それを正当化するために

で起訴したが、実は内部告発を妨害するためであった。こうしたことは、しばしば起こる。こうしたときに裁判官は、裁判をただその被疑事実に限定してのみ進行させるなら、本質を見失い、その結果、弾圧する方に荷担してしまうことになる。では裁判官は、背景の真相を認定した場合はどうすべきか。(イ) そうした真相を、事実認定や法解釈において直接問題にする場合と、(ロ) それを事実認定・法解釈の厳密化によって結論に事実上反映させる場合とが考えられる。裁判官は少なくとも後者(ロ)の手法を採ってでも真相を反映させないと、〈被告人に値するものをかれに帰属〉させない点で、((α)の正義に一面化することによって)(β)の正義には反して動いていることになるであろう。

工夫された議論である、という面が、部分的には確かにある。

確かに、「正義にかなう」とことと紛争の効果的処理とは、相互にあい助けあう。たとえば、〈論議を尽くし真実に即した裁判であつた〉という確信・満足が、当事者を納得させ、紛争解決を促進する。しかしそれはまた、相互にぶつかりあうものでもある。たとえば、論議を尽くそうとすると、時間がかかり当事者双方の負担を増大させるだけでなく、当事者間の発言がぶつかりあうことが増え、そのため相互の憎悪が激化することもある。

このようにして民事裁判では実体的真実とは独立に、蓋然性ないし「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうる」程度の証明度⁽¹⁷⁾を軸とした形式的真実で決着を付ける構造がある。この限りでは、(β)の正義以上に、各当事者の自己決定・人権と制度の効率的運用(=功利判断)とが重視されているのである。上述のようにこの点は、刑事訴訟法でも起こっている。

民事・刑事の両裁判所は、実は正義の女神の宮廷 court of justice ではない；女神は、その一部を間借りしているにすぎないのである。

第3節 過去の裁判と現在の裁判

ここまでの考察を踏まえると、過去の裁判制度はどう見えてくるか。

(a) 神明裁判 初期の裁判に見られた神明裁判を考えよう。ここでは、真偽不明の場合の決着の付け方として、当事者(告訴人と非告訴人)を水の中に沈めたり、煮え湯の中に手を入れさせたり、決闘させたりし、それらの結果を定められた基準に照らして判定する。この場合の言い分は、〈神ないし精霊が、真実を語る側に味方するから〉というものである。その点では、真実追究を尊重しているつもりなのである。

こうした制度をめぐるのは、当時の人びとが、本当にそういうかたちで神意

(17) 1975年10月24日最高裁第二小法廷判決(『最高裁判所民事判例集』第29巻9号1417頁, LEX/DB-27000352)。同様に三ヶ月は、民事訴訟で求められる蓋然性について「反対の可能性が絶無でなければならぬということが要求されるのではなく、社会の通常人が日常生活においてその程度の判断を得たときは疑いを抱かずに安心して行動や見解の基礎となしうという程度のものであればよい」と述べている。三ヶ月章『民事訴訟法』, 有斐閣, 1959年, 401頁。

を読み取れ・真実を確認できると考えていたかは、さほど重要ではない。この制度は、むしろ法的フィルターリングの観点から理解すべきものだからである。この制度は、利害や憎悪がからみ暴力化しうる争いを、ある別のかたち、競争形式——すなわち法的フィルター——に流し込み、それを通過させて得た結果を、〈事実を反映している；正しい者に有利な利益・負担配分になっている〉として人びとに受け止めさせるのである（形式的要件の充足による収拾）。この歴史段階では人々は——今日のように証拠によって科学的に検討するようなことをせずとも——そういうかたちで得られた結論に納得した；この裁判もまた、裁判のもう一つのねらいである紛争処理を、こうしたフィルターリングによって達成していたのである。神明裁判は、この点では目的合理的なものなのである。

後の時代の糾問裁判における法定証拠主義も、形式的要件の充足によって収拾を図るという点で、この同類である。

今日の自由心証主義も、専門家として権威ある裁判官の判断に委ねる、その威厳ある結論として受け容れるとする点で——合理的な専門家の審査を前提とはするものの最後は判断に委ねるという点で——この同類である。

今日の裁判では、「合理的な」審理による真実発見が重視される；真実は、科学的な対象認識の手法、すなわち獲得したデータから事実を構成していく手法、で認識される。科学的な対象認識が発達した今日においては、こうしたかたちに依拠することが、判決の説得力を担保する唯一の方法だからである。しかしそうしたフィルターリングによって収拾をねらう点では、古い時代と大差ない。しかも、この場合でも、上述のように裁判官が全面的に真実を認識しうるとは実際には期待できないのであるから、最終的には、神明裁判（や陪審制）と原理は変わらない。すなわちブラック＝ボックスから出てきた結論を、人びとは何らかの権威への心服や信頼感によって受け容れるのである。上述したフィルターリングの (iv) (=受け容れることを促進するための諸装置) の利用は、このためにある。

刑事裁判での「疑わしきは被告人の利益に」の原則も、真偽不明の場合の決着の付け方の一つである。神明裁判に訴えるのとはかたちは異なっているものの、その時代の人びとが納得するかたちでの決着の付け方を採用する、という点は変わらないのである。

(b) 陪審裁判　陪審裁判でも、〈12人で考えるので、真実が十分に認識さ

れる〉という認識が働いている可能性はある。しかし、〈よほどの誤審でない限り、真実かどうかとは独立に結果を受け容れる〉という制度でもある。しかも陪審員の事実認定は自由心証によるのであって⁽¹⁸⁾、かつ陪審員の審議は非公開で、しかも結論に理由を示さないのであるから、ブラック＝ボックスの要素が多い。加えて、結論に不服でも、事実問題についてはそれで確定し控訴ができない。

それでも、伝統に支えられた権威（神聖さ）、ないし12人もの仲間が加わって判断したという信頼感によって、その結論は、関係者にそれを受け容れさせる力を発揮する。陪審制は、この権威・信頼感に依拠して紛争を処理するのである。

(c) 当事者主義と職権主義　歴史上の当事者主義は、裁判の本質にどう関わるか。西欧史上の古代・中世では当初、統一権力が未確立であったため、争いの当事者が自力で紛争を解決した。その弊害を防ぐために裁判制度が導入されたが、そこでも当事者が被告を召喚し、また判決を自分で執行したし、法廷では当事者の対決のかたちで審尋が進行した。これが当事者主義の端緒であった。〈民事は私的自治を原則にするから、民事裁判は当事者主義（処分権主義）となる〉という点は、近代については否定できないが、それだけでは、西欧中世までの民事裁判の歴史は説明できないし、刑事裁判においても当事者主義が採られていることが説明できない。中世的な旧いタイプの裁判がイギリスでは持続し、近代でも若干の変容を経つつおこなわれた。それを近代の他の諸国が、個人の自由を擁護する立場から19世紀の司法改革の際に導入したのである。

他方、裁判形式を導入した目的は、紛争を解決し平和を回復させることと、正義の実現（法の貫徹という（ α ）の正義と、正当な権利者に権利を保障する（ β ）の正義と）にあった。「紛争の解決」ないし「正義」の確立というその目的からは、裁判官が積極的に訴訟を運用するという職権主義が十分に出てくる（公的目的・公的イニシアティブ＝職権主義）。この傾向は、西欧でも近世が近づくにつれて強まった（ただし東洋では、裁判ははじめてから中央集権国家が主宰したから、職権主義が伝統となる）。

(18) 近代ドイツなどでは、陪審制の導入にともなって自由心証が入って来、それがやがて裁判官にも認められるようになった、という経過がある。

こうして今日では民事裁判でも刑事裁判でも、私的目的・当事者主義と公的目的・職権主義とが共存している（民事訴訟法学で秩序維持説に近い紛争解決説と、権利保護説に近い紛争解決説がともに有力なのは、この事実起因している）。このことはまた、「紛争の解決」・「私法秩序維持」ないし「正義の貫徹」という目的が重視され当事者の自由を相対化する動きが出ると、当事者主義から職権主義への重点の移行が起こりうるということをも意味している⁽¹⁹⁾。

加えて、〈訴訟上の正義〉を、均分的正義で考えるか配分的正義で考えるかという点がある。均分的正義で十分な場合は当事者主義となるが、弱者保護を重視するようなかたちで配分的正義を重視すれば、当事者主義を前提にして、弱者に証明責任の分配において配慮するとか、職権主義で後見的に配慮するとかが考えられる。

第3章 立法

議会制度の目的は、放っておけばエスカレートする（友と敵との）政治的対立を、理性的な討論のかたちに変容させ、それを通じて一つの合意を獲得し法に仕上げていくことである。ここでは法の定立は、第一には、過去の紛争に決着を付けるためにおこなわれ、第二には、未来の紛争勃発を防いだり、それを平和裏に処理する際の手続を準備したりするためにおこなわれる。この紛争処理の点で、立法は司法と似る。

実際、立法においても、二つの追求すべき課題がある。一つは、抗争を話し合いによって解決することである。もう一つは、法をつくるに当たって、正しく前提事実を認定し、またそのもっとも妥当な処理を考察し、それを法に反映させることである。

加えて、踏むべき手続はここでも厳格に定められている。それは、公正さ確保と能率化とのためである。ある手続を両者が前提にして、その基盤上で争

(19) 現代では、三ヶ月章の立場がその典型である。三ヶ月は、裁判の実際の機能態様を〈国家主導〉の立場から見る傾向をもつ。新堂幸司『民事訴訟の目的論からなにを学ぶか』、信山社、1988年、18頁以下。三ヶ月章『民事訴訟法』、有斐閣、1959年、161頁参照。

い、出てきた結果を受け容れるのである。生じている紛争の解決のためには迅速な審理が求められるが、紛争予防のためには、慎重なプログラムづくりが必要であり、時間がかかる。定められた手続を踏むこともまた、時間を費消することである。この点は、訴訟の場合と変わらない。

また、立法においても、〈敵と味方（個人同士、集団間）に分かれての闘争を、別のかたち、競争形式に変容させて、その結果を出すことによってまとめて上げる〉法的フィルターが活用される：

① 選挙とは、政策＝意見の良さ、候補者の優秀さのコンクールだということがタテマエとなっている。

② 選挙に勝利した候補者は、全国民・全住民の意思で選ばれたものとされる。かれらは、議会での討議に加わるとき、全体の代表として行動することが要請されるとともに、そう行動しているものとされる。その結果、採決で決まったことがらは、国民自身の総意とされる。かれらがつくる行政府は、国民・住民の総意を反映したものとされる。

③ 議会とは、理性的な議論がおこなわれる場であり、議員はもっとも理性的な意見を取り入れて自分の意見を修正し、最終的には最善の意見に賛同して投票するものだ、したがって議会とは、意見の良さを競争するコンクール会場だ、というタテマエが前提になっている。

④ 議会に提案する前に、審議会で審議するが、これも、委員たちが公正な代表者であり、賢人であり、かれらがもっとも妥当な意見を生み出し・収集して方針を出すとの前提でおこなわれる。

このように、ここではかなりの点においてタテマエが重視されるが、そうしたタテマエが現実ではないことを承知の上で、それが現実だとして受け止められているのであるから、擬制（fiction）の問題が重要である。議会の場合、司法の場合とは異なって、明らかにタテマエに反することがしばしば目撃される（強行採決がその典型である）。このためここでは法的フィルターリングは、擬制に頼ることが緊要なのである。

ところで、拙著『法哲学講義』の第24章で論じたように擬制とは、実際にはAと異なるBを、構成要素に関する何らかの重要な類似性（本質的類似性）にもとづいて——手続を簡便化することや、理解を促進することを目的にして——敢えてAだと見なすことである。したがって、擬制の根底には、AとBは異なるのだという認識と、A・B間の本質的類似性が重要なのだという認識

とがある。こうして擬制の特徴の一つは、A・B間にある程度のちがいがあ
ることを承知の上で許容されていること、しかしそのちがいがあまりにも大きい
場合には——本質的類似性が欠けてしまった場合には——、擬制を使う基盤が
なくなるので、なるべく実際に近いものにすべきだとして擬制の改善が問題に
なること、としてある。

この点からの帰結は、何か？〈いったん選ばれれば、住民・国民の信託を受
けたのだから、首長は、何でもやりたい放題に行政をやってもよい〉というこ
とになるか？ また、〈議員は、どういうかたちでも——たとえば強行採決や
世論の反対を無視しても——法案を通してよい〉ということになるか？

そういう発想が出てくるのは、事実と擬制とを混同している場においてであ
る。やりたい放題できる・強行採決もやれると考えるのは、〈代表がその座に
あるのは、国民・住民の総意を反映しているからだ〉ということが擬制によ
ることを忘れ、事実であると考えているからだ。しかし代表制は、実際には
擬制によっているにすぎない。そして、擬制が擬制たりうるのは、擬制を支え
るのに必要な本質的類似性がある時だけである。選ばれた首長や議員であつて
も、世論が明確に反対していることが明らかな場合には、もはやそうした本質
的類似性が擬制の基礎から脱落しているのである。少数派が完全に無視される
場合もまた、少数派を選んだ国民がいるのだから、その少数派を無視すること
は、〈国民・住民の総意によっている〉という擬制に必要な本質的類似性を欠
落させることになる（加えて、少数意見の尊重は、 (β) の正義の要請でもあ
る。多数意見の貫徹は、 (α) の正義には適合的であるが）。したがって、代表
は、代表たらんとするのならば、審議において世論にしたがって自重して行動
する必要がある。そして反対の世論が強い場合には、選挙自体をもう一度おこ
なう必要に直面するのでもある。