

哲学と法律学

——実践哲学の復権の側面——

田 中 成 明

一 共通の問題関心と知的地平

一 実践哲学の復権をめざして多彩な基礎的研究がなされてきているが、そのなかでも近時とりわけめざましい展開がみられるのは、実践的議論・推論の哲学的研究と正義・平等・自由などをめぐる規範的議論であろう。この二つの問題領域は、部分的に重なりあいつつ、実践哲学の復権の成否を左右する重要な位置を占めている。

これらの実践的議論の理論や規範的正義論の最近の展開において注目されるのは、裁判手続、法的議論、権利、人権、手続的正義ないし手続的公正など、法律学の伝統的な実践や観念に対する関心が高まってきており、哲学と法律学が相互に他の領域での論議や実践から学びあいうる共通の知的地平が拡がってきていることである。このことは、実践哲学の復権が、伝統的な賢慮・実践知 (*phronesis, prudentia*) をどのようにして再生させるかにかかっており、法律学の語源が *iuris prudentia* であることを考えるならば、何ら不思議なことではない。むしろ、哲学と法律学が、各々の抽象的・観念的性質と現実的・世俗的性質の故に、相互に敬して遠ざけあっていたことに問題があったのである。そして、哲学と法律学が疎遠であったことについては、哲学と法学にまたがる競合領域である法哲学の従来の視座や姿勢にも責任の一端があろう。

通常、法学と言えば、民法・刑法・憲法などの実定法の解釈・適用に携わる法学（法解釈学）をさすことが多い。これは、古代ローマ以来の長い伝統をもつ法学が、現在でも、法に関する研究や教育において中心的な位置を占めていることによる。だが、この法学は、実定法に拘束される教義学的性質やその専門的議論の秘儀的・職人的性質などの故に、「権力の侍女」「パンのための学問」などと蔑視され、哲学者の間だけでなく一般的に、その学問としての評価は芳しくなかった。

法学（法理学、法理論）は、このような法学をも批判的考察の対象とし、法と法学に関する基礎理論的研究をその任務としている。古代ギリシア以来、一九世紀までは、法の実現すべき価値理念や在るべき法を探究する正義論・自然法論を中心に、倫理学・政治哲学・社会哲学などと明確に区別されることなく発展してきた。だが、壮大な哲学体系の一環として展開されたカントやヘーゲルの法学を最後に、J・オースティンの法実証主義的な分析法理学以降、現に在る実定法を道徳・政治などから区別して自立的なシステムとしてとらえ、その内的構造の分析に専念することによって、法学の基礎部門として独立の学問分野たる地位を確立する方向に進んできた。法学の主たる関心が実定法の一般理論や法学的方法論に向けられ、哲学からの専門分化が進むにつれて、哲学と法学との内的連関は次第に失なわれてきたけれども、法学自体については、各時代の主な哲学学派は法哲学者の間にも支持者を持ち影響を及ぼし続けてきた。法学は、哲学・論理学・科学などの何らかの方法論のたんなる応用領域ではなく、人間の叡知の積み重ねによって築き上げられてきた法システムや法学をその固有の実践形態にふさわしい知的地平で了解し批判的に考察すべきである。にもかかわらず、各時代の法学の支配的視座はいずれも外部の方法論の動向に照準をあわせ、伝統的な法的実践知の内的省察への関心は乏しかった。

実践的議論の理論と規範的正義論の最近の展開は、法学が哲学と法学にバランスのとれた複眼的視座で臨み、適切な媒介役を果たすならば、両分野の総り多い相互交流を促進できる知的地平を切りひらきつつあり、哲学と法律

学の相互関係は新たな段階を迎えた観がある。しかも、このような哲学と法学とが交錯する知的地平の見直しは、より根本的には、近代的な知的地平の限界への反省に基づいており、その問題関心の背景と射程が相当の深さと拡がりをもっていることが見落されてはならない。

二 近世以降の形式論理学的・実証主義的な知的地平においては、道德・政治・法などの実践領域での価値判断を含んだ推論・議論・選択・決定の合理性は疑問視され、学としての規範的倫理学の可能性も否定されがちであった。法学的方法論においても、もっぱら外部の形式論理学的・実証主義的基準に照らして法的推論の合理化や法学の科学化をめざす方向が基調を成していた。このような基調を批判し、法学・裁判が古代・中世にレトリックやトピクと結びついて作り上げた法的議論の様式・技法を現代的に再構成して承継すべきことをいち早く提言し、法学的方法論の視座転換を促したのが、ドイツの法哲学者Th・フーヴェク⁽¹⁾であった。

興味深いことは、このフーヴェクに少し遅れて、「新レトリック論」の提唱者Ch・ペレルマン、「理由探究的アプローチ good reasons approach」の基礎を築いたSt・トゥールミンら、実践的議論の哲学的研究の先駆者たちが、実践的推論・議論の合理性基準のモデルを、数学や自然科学に代わって、裁判手続や法廷弁論に求め、実践的推論・議論の制度化された形態としての法学モデルから哲学・論理学も学ぶべきだと説いたことである。⁽²⁾ 法学は、法的推論の合理性について「認識論的劣等感」にとらわれ、外部に合理性基準を求め続けていたが、他ならぬその外部から「脚下照顧」を迫られたのである。

実践的議論の合理性に関しては、公正な手続的条件のもとでの理由づけられた討議・対話による合意の形成ということが、幾つかの潮流において共通に重視されている。ところが、その公正な手続的条件や理由づけられた議論のルールの具体的内容として提示されているもの多くは、当事者主義的裁判手続の基本原理を一般化し再構成したものとみることができ、裁判手続は実践的議論の合理性基準の哲学的探究に貴重な手がかりと示唆を与えているのであ

る。他方、法律学的方法論においても、法的議論・決定の合理性・正当性について、実定法に拘束され裁判手続に従わなければならない限りで「制度化」されているけれども、基本的に実践的議論一般と同じ合理性・正当性基準に照らして論じうる知的地平が切りひらかれることは、法システムや裁判手続における実践理性と權威・意志との相互関係にも新たな照明を与えることができ、その意義は大きい。

正義論に眼を転じると、この領域でも、一九世紀以降、実証主義や法実証主義が支配的となり、さらに、今世紀に入ると、倫理学の関心がメタ倫理学に集中し、正義などに関する価値判断の客観的妥当性を否定する価値相対主義が優勢となる。そのなかで、規範的正義論はイデオロギー的嫌疑にさらされ沈滞を強いられてきた。

この沈滞の突破口となったのが、個人の多様性と独自性への真剣な配慮を欠く功利主義にとって代わるべき社会的正義論を展開したJ・ロールズ『正義論』(Rawls, *A Theory of Justice*, 1971)である。彼は、少数者の基本的自由を損なうことなしに社会経済的弱者の福祉の向上をめざす実質的正義原理を、「原初状態」という社会契約説的な理論構成で正当化し、権利と効用、自由と平等などの相互関係をめぐるその後の規範的正義論の展開を方向づけた。現代正義論は、個人の権利・人権を究極的価値とする権利論的正義論と、個人の幸福・選好の総和(平均値)の最大化とか社会の一般的福利などの集合的目標を究極的価値とする目的論的な功利主義的正義論との対立を基本構図としている。だが、権利論的正義論の陣営内でも、何が基本的な権利かをめぐって、R・ドゥオーキン『権利擁護論』(Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977)などのように、「平等への権利」を基礎とする平等主義的立場と、R・ノジック『アナーキー・国家・ユートピア』(Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974)などのように、「自由への権利」を基礎とする自由擁護的(libertarian)立場とへの両極分解がみられ、論議は錯綜している。

このような現代正義論の問題関心や中心争点は、人権と公共の福祉、自由権と社会権などに関する憲法解釈論の議論と大幅に重なりあっている。そして、哲学的正義論が法律学的人権論の議論を深める手がかりを与えているだけで

なく、逆に、正義原理の社会的制度への適用に関する諸問題については、哲学的正義論がきめ細かな法律学的議論から学ぶべき事柄が少なくない。とくに後者に關して、平等の実現において公權力が個人の自由を強制的に制約できる範囲を限定するために、法的その他の一定のルール・手続に準拠している限りその結果を正しいものとみる考え方が、その適用領域については見解が分かれるが、ロールズ、ノージック、F・A・ハイエクらに共通してみられることが注目される⁽³⁾。正義原理の社会的制度への適用だけでなく、実質的正義原理自体の正当化に關しても、手続的正義の觀念に重要な位置が与えられていることもある。そして、この手続的正義についても、実践的議論の合理性基準の場合と同様、当事者主義的裁判手続がその典型的なモデルとされており、手続的正義に關する哲学的議論と法律学的訴訟理論との間には顕著な対応關係がみられるのである。

以上のように、哲学と法学とが実践哲学的地平で共通の課題に取り組む交錯領域が拡がってきていることは、両学問分野にとって基本的に歓迎すべき傾向であろう。だが、哲学と法学の間には、その任務や考察の対象・方法などに重要な相違もあり、他の分野の実践や論議から学びあう場合にはこの点への配慮が不可欠である。また、学としての実践哲学の可能性自体に否定的ないし懷疑的な立場も根強く存在する現代の知的状況のなかで、神ならぬ人間の実践理性の限界にいかに対処するかという問題をもつねに視野に収めておかなければならない。本稿では、とくにこれらの点に留意しつつ、以上で素描した最近の動向を、對話的合理性基準と反功利主義的な権利論的正義論に与する立場から私なりに整理・検討し、実践哲学の復権の一側面を浮き彫りにしてみたい。

(1) Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1. Aufl. (1963) ——植松秀雄訳『トピックと法律学』参照。

(2) Chaim Perelman, "What the Philosopher May Learn from the Study of Law", in *Justice, Law, and Argument* (1980); *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique* (1976) ——江口三郎訳『法律家の論理』; *L'Empire Rhétorique* (1977)

——三輪正記『説得の論理学』^{※1} Stephen Toulmin, *The Uses of Argument* (1958), St. Toulmin, R. Rieke and A. Janik, *An Introduction to Reasoning* (1979) など参照。

(3) 三者の見解の異同については Norman P. Barry, *Habermas's Social and Economic Philosophy* (1979), ch. 7 を参照。

二 対話的合理性と法的議論

一 実践的議論の理論や規範的正義論に対して法律学や法的実践の内部で正当な位置づけが与えられるか否かは、法そのものがどのようにとらえられるかにかかっている。

例えば、理性と意志、真理と権威とを対置し、「真理ではなく権威が法を創る Auctoritas, non veritas facit legem」とするホッブズの決断主義的・法実証主義的立場とか、理性と意志、学と力とを対置し、「何が正しいかを何人も確認できないとすれば、何人かが何が法であるべきかを確定することを要する」と説く G・ラートブルフの価値相対主義的立場などにおいては、法システムの存立と作動は主として意志・権威・力に委ねられ、理性・真理・学の働く余地は著しく限られたものとならざるをえない。⁽¹⁾ これらの立場では、法システムや法的議論の道徳や政治からの自立性が強調されるため、法的議論を実践的議論の特殊事例ととらえ、規範的正義論と基本的に同じ知的営為と位置づける視座自体が閉ざされてしまいがちである。だが、理性・真理・学と意志・権威・力との単純な二分法的対置はたして適切なものであろうか。また、法システムにおいては前者は後者に対して従属的な位置しか占めていないのであろうか。

ホッブズと同様、法を主権者の命令とみたベンサムやオースティン以降、ごく最近まで、法を国家権力が強制的サンクションをバックに人びとの行動を規制する命令システムととらえる見方が支配的であった。裁判についても、裁判官が法を有権的に解釈・適用し強制的サンクションの発動に関して最終的な拘束力ある決定を下す権威をもつとい

う側面が重視されてきた。たしかに、法システムにおいては、刑法や刑事訴訟法に代表されるように、刑罰などの強制的サンクションを規定して人びとに一定の義務を課したり、国家の強制権力行使のコントロールや正当化に関わったりする規範が不可欠の構成部分として重要な位置を占めており、法システムが全体として強制的・権力的な性質をもつことは否定しがたい。

けれども、法システムには、人権をはじめとする各種の権利を保障したり契約などを有効に結ぶ方式を定めたりする諸々の権能附与規範も含まれている。法システムは、たんに人びとの行動を制限するためではなく、人びとが各人各様の善き生き方を円滑に営むことを促進し援助するために存在するのである。法システムの多様な機能のなかで第一次的な位置を占めているのは、人びとが憲法・法律・判例などの法的規準に自主的に準拠して、行動を自己規律し相互の利害調整や紛争解決を行なうための枠組と指針を提供することである。法システムの日常的な作動を支えているのは、法的規準をトポスとする理性的議論による相互主体的な言語的コミュニケーションである。強制的サンクションは、それを外面的に保障するにとどまっており、犯罪や不法行為などによってその円滑な作動に支障が生じた非日常的な状況ではじめて現実に発動される第二次的なものにすぎないのである。

法システムの本領は、このような自律的行動や相互主体的議論が準拠すべき共通の適切な理由と公正な手続を規定することであり、いきなり強制的・権力的な命令によって一方的に行動を方向づけたり議論に決着をつけたりすることではない。安定した法システムのもとでは、法的な理由と手続に準拠した議論や決定が、強制的サンクションから次第に切り離されて自立化し、その手続過程が独自にそれだけで機能を発揮できるようになってきている。また、国家権力による強制的サンクションの現実の発動も、このような理由と手続に準拠した議論・決定によって正当化されなければならない。それ故、法システムの規範的特質は、強制的・権力的な命令システムではなく、行動や議論の適切な理由と公正な手続のシステムという次元に求められるべきである。そして、このような規範的特質に対応した知

的地平を法的空間のなかに正当に位置づけるためには、法システムを、各人各様に善き生き方を営む人びとが共通の理由と手続に準拠した理性的な議論によって行動を調整しあうフォーラムとしてとらえ、各種の法的決定過程に利害関係者が主体的に参加し各々の主張の正当性を議論しあう公正な状況を制度的に保障するような法の見方を理論的に構築し基礎づける必要がある⁽²⁾。

このような法の見方が次第に地歩をかためつつあるが、このような展開とも呼応して、それに倣さず有力な理論的基礎を提供しているのが、実践的議論の理論や規範的正義論に他ならない。

二 実践的議論に関する対話的合理性基準の基本的な特徴は、基礎的な背景的合意に依拠しつつ公正な手続に従った討議・対話などの議論を通じて形成された理性的な合意を核心的な合理性基準とすることである⁽³⁾。

まず、基本的な立場として、合理性基準が議論領域 (field of argument) に応じて異なることを認め、各議論領域は、その存立目的やそこでの議論の機能と相關的に規定される固有の自立的・実質的な合理性基準をもつと考える。実践的議論の合理性は、一定の規範的言明の正当性について適切な理由 (good reasons) を提示し批判・熟慮しあえる可能性にかかっている。そして、適切な理由の範囲やその優劣・強弱などは、各議論領域の「共通観点」に即して措定ないし制度化されており、この共通観点を誠実に受け容れて内的観点に立つ人びとの間でのみ、適切な理由をめぐる理性的な討議・対話が可能となるのである。

対話的合理性基準の中心的な問題は、このような理性的な討議・対話を可能とする理想的な議論状況の一般的存立条件をどのように規定するかである。まず、議論参加者が各々独自の人生目標・利害関心をもち自律的決定能力・責任能力のある人格として相互に承認・尊重しあうことと、相互討議・対話において互換的・対称的關係に立ち、一切の強制の排除された状況で議論に自由かつ平等に参加する機会が各議論主体に対して与えられていることが、そもそも相互主体的コミュニケーションを可能とする最も基礎的な前提条件であろう。また、討議・対話の共通の前提とな

る対象・主題を画定する条件も不可欠である。各議論領域ごとに、正当化の必要のない原理・価値が規定され、議論の対象が限定されており、様々の理由の正当化理由としての関連性とか、関連のある理由相互の優劣・強弱などについて的基本的な相互了解が議論参加者の間で背景的合意として成立していなければならない。

実践的議論は、これらの前提条件が充たされた状況のもとで、各議論主体の規範的言明の正当性について、主張・基礎づけなどに関する平等な責任分担のルールに従った討議・対話による吟味を加えつつ、すべての人びとに共通観点に照らして適切な理由として承認すべきことを要求できるという意味で、基礎づけられた理性的な合意の形成をめざして遂行される。そして、この理性的な合意は、合意の内容をなす個々の判断が、相互に関連しあう諸判断の基礎にある原理と整合的でなければならないという「原理整合性」と、重要な関連のある属性において同一類型の事例に普遍的に適用可能な一般的理由に基づいていなければならないという「普遍化可能性」という二つの条件を充たしていなければならない。

このような対話的合理性基準は、規範的言明の正当化について、既存の一般的な原理・価値やそれらの体系との合致という、非状況的な意味論・構文論次元よりも、一定の状況のもとでの相互主体的コミュニケーションによる合意の形成という、状況的な実用論次元を重視する。従って、規範的言明の合理的な正当化が可能であるためには、議論の共通の前提となる一般的原理・価値を規定する実質的規準についてだけでなく、それらの原理・価値の意味内容を個々の状況で確定したりそれに基づいて正当化したりする議論が、既述のような理想的な状況で遂行されることを保障する手続的条件についても、議論参加者間に基礎的な背景的合意がなければならない。このように、実用論次元をも視野に収めた対話的合理性基準においては、理想的な議論状況を保障する公正な手続的条件の規定とその充足によって、議論の手続過程自体の合理性を確保することが重視され、手続的正義ないし手続的公正の観念が重要な位置を占めている。

実践的議論の合理性・正当性基準全体の中で、手続的条件の充足と実質的規準との合致という二側面の相互関係をどのようにとらえるか、また、手続の公正に関する諸条件を具体的にどのように構成するかなどについては、真理論や正義論ともからみあって、かなり根本的な見解の対立がみられる。ここでは、対話的合理性基準は、結果の内容の正当性の問題を全面的に手続的条件の充足の問題に転換するものではなく、自律的な議論主体の相互了解志向的コミュニケーションによって、手続の問題と内容の問題とを動態的に統合しようとする立場に立っていることだけを述べるにとどめ、その含意については後ほど関連問題ごとに個別的に敷衍することにした。

三 対話的合理性基準は、道徳・政治・法などの領域における現実の実践的議論に対してその理想的形態と規制原理を提示し、できるだけ理想的な状況で議論が遂行されるように、各議論領域の共通観点に即して実質的規準と手続的条件を「制度化」し、議論を理性的に構造化することを要請する。

法的議論を一般的な実践的議論の特殊事例ととらえ、対話的合理性基準を一般的な基礎として法的議論独特の合理性・正当性を解明しようとする場合、法的議論の特殊性はその「制度化」の形態に求められることになる。この法的制度化の形態自体については、基本的に、法的議論・決定の正当性の実質的規準として実定法が存在しており、実定法の正当性自体は原則として疑問・批判にさらされることなく法的議論・決定の権威的前提とされ、法的正当性はこの実定法の枠内で追求されるべきものとされていることと、理性的な法的議論・決定のフォーラムとして裁判手続があり、法的な意見の不一致・対立は最終的にはその手続ののっとって裁判官の権威的な拘束力ある判決によって解決されるべきものとされているという、実質的規準と手続的条件の二側面から理解するのが適切であろう。

問題は、このような制度化の存在理由や特質をどのようにとらえるかである。とりわけ、実定法や裁判官の「権威」は、実践的議論一般と法的議論との最も重要な相違とみられている。けれども、これらの権威を、なんなる権力や強制と同一視する場合は勿論のこと、理性と意志、真理と権威という単純な二分法的対置に従って、立法者や裁判

官の意志に白紙委任の裁量を認め、その内容や決定について一切の批判・疑問を許さないものと理解する場合にも、実践的議論と法的議論に共通する実践理性の作用や合理性・正当性基準を論じる知的地平自体が閉ざされてしまう。それ故、実定法や裁判官の権威を対話的合理性基準とどのように整合的に位置づけるかということが重要な法理論的課題である。

まず、法的議論と一般的な実践的議論との関係⁽⁴⁾について、前者が後者の一特殊事例だということは、法的議論がそれ固有の「法的観点」に即して制度化され、実定法に拘束され裁判手続に従わなければならない限りで特殊性をもつけれども、基本的には、その規範的言明の正当化や合理性基準について、対話的合理性基準を共通の一般的基礎としているということである。従って、法的議論は、実践的議論一般の合理性基準と法的議論固有の合理性基準の双方に對していわば「二重の忠誠」を誓う立場にある。だが、法的議論の一般的な実践的議論に対する依存性と自立性、連続面と断絶面は、かなり込み入っており、たんに一方が他方に対して従属的なし附加的な関係に立つのではなく、全体として統合的なし共生的な相補的關係に立つと理解されるべきである。

法的議論およびそれを構造化する法システムや裁判手続は、基本的に実践的議論一般と同様、規範的正当性をめぐる現実的議論・決定が、強制・権力や恣意専断によって左右され一方的な結論を押しつけられることなく、できるだけ対話的合理性基準に適合した形態で遂行される状況を確保・実現することをめざしている。それに加えて、法的議論と法システム・裁判手続は、一般的な実践的議論の「不確定性」という限界に對処するところにその固有の社会的存在理由をもっている。規範的正当性をめぐる議論について一定の期間内に何らかの決定が社会的に必要な場合に、完全に自由な実践哲学的議論に委ねておいたのでは、何よりもまず、対話的合理性基準の諸条件がすべて充たされても、必ずしも一定の具体的な結論が確実に導き出されるとは限らない。また、議論の共通の出発点・対象・手順などの欠如ないし不明確のために、争点が絞れず議論もかみあわず、理性的な議論自体が成り立たなかったり、意見の不

一致を議論によって調整して何らかの結論に到達することができないこともある。権利侵害に対する損害賠償による救済とか犯罪に対する刑罰による制裁など、社会的に重要な一定問題に関する議論・決定について、法システムが、実定法をその権威的前提として規定し、裁判手続に従って最終的に裁判官の判決によって決着をつけるという形態で構造化し、道徳的・政治的などの議論から相対的に自立した議論領域として制度化しているのは、このような実践的議論一般の不確定性に対処するためである。

このように、法的議論は、実定法に拘束され裁判手続に従って遂行される限りにおいて、一般的な実践的議論と同一のものでも、それに還元可能なものでもなく、両議論の合理性・正当性基準が対立緊張関係に立つこともある。よく「法律論」と「常識論」、「解釈論」と「政策論」とが対置され、常識的あるいは立法政策的にみて正しいと多くの人びとの正義・衡平感覚によって支持されていても、実定法の規定と矛盾したり裁判による司法的救済になじまなかったりして、法律論・解釈論としては無理だと斥けられる場合があるのは、このことによる。

だが、実定法も裁判手続も、決して実践的議論一般の対話的合理性基準を排除するものではなく、むしろ、それを一般的基礎として、法的観点からより具体的に制度化したものと理解されるべきである。それ故、実定法や裁判官の権威は、その内容や決定について一切の理性的な批判や吟味を排除して、もっぱら国家権力をバックに強制的実現を確保するためのものとみるべきではなからう。これらの権威は、意志や権力に全権委任を与えるものではなく、C・フリードリッヒの言葉を借りれば、その内容や決定について「理由づけられた丹念な説明(Reasoned elaboration)⁽⁵⁾のできるコミュニケーションを行ないうる能力」に基づいており、理性と緊密に結びついているのである。権威は、たしかに、意志や権力に支えられ、かつ、意志や権力を正統化する。けれども、権威と意志や権力とのこのような関係は、権威が理性に基づいてはじめて可能となり、人びとによって正統なものとして受け容れられるのであり、権威と理性とを単純に対置するのは誤りである。それ故、実定法の個々の規定も、神学的ドグマのように、絶対的な拘束力

をもつものではなく、その内容的正当性を否定する十分な理由があることが、社会一般の正義・衡平感覚にも照らした法的議論によって明らかになった場合には修正・変更可能なものと理解されるべきであらう。⁽⁶⁾ また、判決も、後ほど詳しくみるように、裁判官がその権威に基づいて一方的に下す裁定ではなく、当事者間の法廷弁論を基礎とし、適切な理由によって整合的に正当化されたものでなければならぬ。

さらに、より重要なことは、法的議論領域の道徳・政治などからの自立性も部分的・相対的なものにすぎず、実践的議論一般の不確定性を縮減できても、完全に排除することはできず、個別的事例への実定法の適用にあたってしばしば一般的な実践的議論による補完を必要とするということである。実定法は自然言語を用いて一般的に規定されているため、「開かれた構造」をもっており、その具体的な意味内容は、個々の事例ごとに、賢慮を働かせ、社会一般の正義・衡平感覚を反映した常識・良識・社会通念などの社会的コンセンサスに照らして確定し、必要に応じて創造的に継続形成してゆかなければならない。⁽⁷⁾ そして、このような実定法の意味内容の具体的確定や創造的継続形成の結果の法的正当性を正当化するためには、実定法内在的な理由づけだけでは不十分であり、実践的議論一般の正当性基準に照らした理由づけも不可欠であり、双方の理由づけを整合的に織り込んだ正当化がなされているのが通例である。だが、双方の理由づけが両立しがたい事例もあり、原則として前者が優先させられるべきではあるが、実定法の規定に拘束された結果が著しく社会の正義・衡平感覚に反する場合には、後者が前者を覆えすこともありうる。このように、社会的コンセンサスに依拠したりその形成をめざしたりする実践的議論によって支えられているが故に、法システムは、安定性と柔軟性とのバランスを損なうことなく存立し作動し続けることが可能となるのである。いずれにしろ、全体としてみれば、法的議論と一般的な実践的議論は相補関係にあり、両者の合理性・正当性基準も構造的に共通しているところが多いのである。

四 法的議論と一般的な実践的議論との相互関係を以上のように理解するならば、両者の統合的ないし共生的関係

の動態が最も鮮明にあらわれ、個別と普遍とを同時に把握し複雑な現実的状况で価値や原理の漸進的実現をはかる能力である賢慮の働きの最も強く期待されるのは、裁判の手続過程であろう。裁判は、実定法の規定が法的議論において遵守されることを制度的に保障するとともに、対話的合理性基準が実定法の枠内で補完的に作用する場合に、理想的な議論状況を確保することをめざしている。

裁判の制度的枠組⁽⁸⁾としては、一般に、個々の判決が実定法に準拠して正当化されていなければならないという規範面での制約原理だけが切り離して強調されがちである。けれども、裁判の特質を対話的合理性基準の法的制度化という観点からみる場合、裁判の対象が法的権利義務に関して特定の当事者間で現実が生じた具体的紛争の事後的個別的解決に限定されており、裁判が公開の法廷で当事者主義的手続にのっとって展開されるという、対象面と手続面での制約原理も重要である。これら三側面での制約原理が相互に有機的に関連しあって、全体として、裁判の手続過程の合理性と判決の正当性を確保する仕組みになっているのである。とくに裁判対象が権利義務に関する紛争の事後的個別的解決に限定されていることの意義は、法実務家以外の人びとの関心をあまりひいていないけれども、法的議論の領域画定やそこにおける適切な正当化理由の範囲やその優劣・強弱の判定において、実定法による制約の存在に優るとも劣らない重要な位置を占めていることが見落されてはならない⁽⁹⁾。

だが、対話的合理性基準の法的制度化として中心的な位置を占めているのは、何と言っても当事者主義的手続である。裁判手続は両当事者と裁判官との三者関係(triadic)で展開されるが、当事者主義のもとでは、両当事者が各々の主張の法的正当性を立証し攻撃防御しあう法廷弁論が基軸となる。法的に正しい判決の具体的内容は、事実認定についても法の解釈・適用についても、このような当事者主義的手続にのっとった両当事者と裁判官との相互作用的な協同活動のなかで徐々に明確にされ確定されてゆくのであり、裁判官がその権威に基づいて一方的に決定するものではないのである。裁判官の権威が、このように、実定法の権威をも必要とあらば批判的に吟味する法廷弁論をふまえて

行使されなければならない、しかも、この法廷弁論が公開の場で行なわれるべきものとされていることは、法における権威の作用をできるだけ理性的なものとするのに重要な役割を果たしているのである。

それ故、裁判の決定的な特質は、裁判官が最終的な拘束力ある判決を下す権威をもつということよりも、ロン・L・フラーらの強調するように、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理由づけられた論拠を提示して、判決作成過程に相手方と対等の立場で主体的に参加する機会が公正に保障されていることのうちに求められるべきであろう。⁽¹⁹⁾ また、判決の正当性も、その実質的内容が、関連事実を正確に認定し、実定法の規定と関連づけた適切な理由づけを与えられ、社会の正義・衡平感覚とも合致するか否かということだけでなく、訴訟の手続過程が当事者の対等かつ主体的な参加のもとに公正な状況のなかで理性的な法的議論を活性化しつつ展開されたかどうかにもかかっているところがきわめて大きいのである。

以上のように、法的議論・決定の合理性・正当性確保において手続的正義ないし手続的公正の観念が重視されるところに、実践的議論一般の対話的合理性基準との一つの重要な構造的共通性がみられ、しかも、最近の権利論的正義論の問題関心との交錯がみられるのである。この点については、章を改めて取り上げることしよう。

(1) このような図式的理解は単純化のせしりを免れたいが、Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Ch. 26, Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. (1963), Kap. 10 参照。

(2) このような法の見方の展開に重要な基礎や示唆を与えている代表的な法理論として、立場は相互に対立しあうものもあるが、H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961)——矢崎光圀監訳『法の概念』Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 2nd ed. (1969)——稲垣良典訳『法と道徳』Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2Bde. (1972)——村上淳一＝六本佳平訳『法社会学』Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (1975), 六本佳平『法社会学』(一九八六)など参照。

(3) 対話的合理性基準に関する以下の説明は新たに補正したところもあるが、その概要および示唆を得た見解については、後

掲参考文献(1)(3)同(4)一章参照。

(4) 法的議論と一般的な実践的議論との関係の理解については、基本的に、Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) に依りてなることが多い。亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界(1)——(四・完)」(判例タイムズ五五〇—五五五号、一九八五、所収)、後掲参考文献(3)参照。

(5) Cf. Carl Friedrich, "The Problem of Authority in Legal Reasoning", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 59 (1973), S. 179-92.; Friedrich, *Tradition and Authority* (1972), Ch. 2.

(6) この点に関連する法教義学的思考の特質や機能については、後掲参考文献(4)一七章参照。

(7) 後掲参考文献(1)三九—四七頁、同(4)三一—二六頁参照。

(8) 裁判の制度的枠組の特質とその意義については、後掲参考文献(4)九、一六、一八章参照。

(9) 三輪正「議論領域と価値」(理想五八〇号、一九八一、所収)、七七—八六頁参照。

(10) Cf. Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", in *Harvard Law Review*, Vol. 92 (1978), pp. 353-409.

三 手続的正義と人権・裁判

一 手続的正義に関して注目されるのは、わが国の民事訴訟理論において、裁判の機能を判決だけに限らず、そこに至るまでの手続過程のもつ独自の内在的価値をも視野に入れて動態的にとらえ、両当事者間の自律的な相互主体的議論を基軸にすえて手続保障や弁論の活性化の在り方を考えなおそうとする潮流⁽¹⁾が台頭してきており、実践的議論の理論や権利論的正義論の最近の展開とたんなる偶然とは言えない問題関心の交錯と共通性がみられることである。ここでは、これらの哲学的理論と民事訴訟理論に基本的に共通の主要争点について、両領域での論議の相互連関と異同

に焦点をあわせてみてみよう。

まず、手続的正義における手続と結果との相互関係をどう理解するかが、両領域で共通の争点となっている。手続的正義については、従来、「結果よければすべてよし」とか「目的は手段を正当化する」などと言われ、手続がとかく実質・内容に対するたんなる形式・手段として軽視されがちであったこともあって、実質的正義の実現や客観的眞実の発見のための方法にすぎないとみられることが多かった。ところが、最近の論議においては、このような従来の素朴な考え方に対する反発に加えて、実質的正義をめぐる規範的議論の混迷状況への対応ということもあって、逆に、結果の内容的正当性の問題を全面的に手続的条件の充足の問題に転換したり、手続的正義の保障を実質的正義や客観的眞実の追求の断念の代償とみたりする見解も有力である。N・ルーマンの社会システム論的な手続理論などはその代表的な例であり、彼の「手続による正統化 Legitimation durch Verfahren」の観念は、⁽²⁾民事訴訟理論の新潮流にも部分的に影響を及ぼしている。

ルーマンは、手続というものを、拘束力ある決定を生み出すことによって人間世界の複雑性の縮減に関わる一つの社会システムにとらえ、このようなシステムの一環である法システムや裁判手続を正義や真理などと関連づけて論じる伝統的理論を拒否する。そして、決定の正統性は、その内容的正当性とも自発的承認や個人的責任とも切り離され、拘束力ある決定を自明のものとして制度化し、公権的決定の妥当性の帰結とみなす社会的雰囲気に基づいているとされる。裁判手続の場合には、当事者が、判決内容の不確定の故に勝訴の予期を抱き、対論を通じてその主張を徐々に特定する役割を引き受けて手続に参加するため、最終的に予期に反して敗訴判決を受けても、その判決を事実として受け容れざるをえない状況におかれるのである。裁判手続は、このようにして当事者の不満を吸収するだけでなく、一定の条件が充たされたならば一定の判決を下さなければならないとする「条件プログラム」と結合して制度化されている。そのため、裁判官は結果に対する一切の批判と責任を免れ、結果に対する不満は立法に向けられ、裁判手続

の正統化機能は安定したものとなっている。

このようなルーマンの手続理論は、手続を正義実現や真実発見のたんなる手段にすぎないとみる素朴な理論を拒否し、手続過程固有の機能を重視している限りで、対話的合理性基準とも共通するところがある。だが、ルーマンは、J・ハーバーマスとの論争などに典型的にみられるように、理性的な実践的議論の可能性を基礎づける知的前提自体が、今日ではもはや破綻してしまっているとみて、伝統的な正義・真理・正当性などの概念を放棄し、議論参加者の合意とも切り離してはじめて、決定的決定の妥当性やその受容の問題を適切にとらえることができると考えている。それに対して、対話的合理性基準は、決定の内容的正当性について理性的な議論が可能であるとする実践哲学的地平で、正しい決定を追求する議論のための手続的条件を、あくまでも議論を通じて形成される合意の内容的正当性とも関連づけて規定しようとするものであり、ルーマンの手続理論とは基本的に相容れない。対話的合理性基準は、内容の問題と手続の問題とを自律的な議論主体の相互作用的コミュニケーションによって実用論次元で動態的に統合することをめざしているのである。

二 対話的合理性基準においても、手続的条件の充足と結果の内容的正当性との相互関係を画一的に規定することはむずかしく、議論領域の特質と相關的に、幾つかの類型に分けて考えてゆかざるをえない。そして、このような考察に示唆に富む手がかりを提供しているのが、ロールズの純手続的正義・完全な手続的正義・不完全な手続的正義（および擬似的な純手続的正義）という類型区分である。⁽³⁾

純手続的正義とは、賭博のように、正しい結果に関する独立の基準は存在しないが、その代わりに、公正な手続が適切に遵守されている限り、そこから生じる結果はすべて同様に正しいとされ、手続の公正を結果の正しさに移し変える正当化作用をもつものである。それに対して、完全な手続的正義は、キーキの均等な分割のように、結果の正しさを決定する独立の基準が存在し、かつ、そこに確実に導く手続があることを本質としており、不完全な手続的正義

は、刑事裁判のように、正しい結果に関する独立の基準は存在するが、確実にそこに導く手続が存在しないことを特徴とする。ロールズは、これら三つの基本的区分に、一定の許された範囲内にある限り同様に正義に適用しているとされ、一定範囲内で正義が不確定な事例をさすために、擬似的な純手続的正義という観念を付け加えているが、不完全な手続的正義という基本的枠組のなかで純手続的正義の正当化作用が補充的に働く事例と理解してよいであろう。

手続的正義をこのように類型区分して、ロールズ自身は、まず、実質的正義原理を「原初状態」から導出・正当化するにあたって純手続的正義の観念を用いる。そして、その正義原理の社会的制度への適用については、立憲民主制的政治過程では、不完全な手続的正義、厳密には擬似的な純手続的正義が問題となるのに対して、分配における正義に関しては、社会の基本構造における背景的正義が維持されている限り、純手続的正義の観念を用いることができ、個々の分配相互間でいずれがより正義に適っているかはもはや問題にならないとされる。

このような区分に従うならば、民事訴訟における手続的正義も、刑事裁判と同様、基本的に不完全な手続的正義だと考えられる。けれども、既述のように、実定法が「開かれた構造」をもち、その意味内容の具体的確定や継続形成において純手続的正義の正当化作用に依拠せざるをえない事例も少なくないから、全体としては、擬似的な純手続的正義とみるのが適切であろう。⁽⁴⁾そして、このような手続的正義の理解は、最近の民事訴訟理論において、当事者主義的手続過程への参加保障の機能として、真実発見とか権利保護などの手段的機能よりも、手続保障を尽すことそれ自体によって裁判が正統性を得ることができるという正統性確保機能が重要視され、訴訟の手続過程の展開自体が、そこから得られる判決とは別個独立に固有の内在的価値をもつことが承認されるようになってきていることも軌を一にしているとみてよからう。

だが、このような最近の理論展開が、手続保障を自己目的化して、内容の問題を全面的に手続の問題に転換してしまおうとするのならば、それは行き過ぎであろう。手続保障による判決の正統化機能も、手続保障が当事者間の相互

主体的弁論を活性化し内容的により正しい判決の追求を促進する機能をもっていることを抜きにして考えることはできない。真実や権利などを素朴に客観的で既存のものとして、弁論主義などの当事者主義的手続をそこに至るためのたんなる手段ととらえることは論外である。けれども、当事者主義的手続保障が、事実認定についても法の解釈・適用についても、内容的にできるだけ誤りを避け、より適切な理由づけを伴った判決を促進するという意味での手段的機能をもつことまで否定するのは適切ではなからう。

手続的正義における手続と結果との相互関係を以上のように理解するならば、手続的正義の要請する諸々の手続的条件の意義や機能には、正義実現とか真実発見などの何らかの目的・結果との関連で価値をもつ派生的・従属的なものと、手続の公正を結果の正しさに移し変える正当化作用に関わる手続過程内在的な独自のものの二種類のものが、相互に重なりあいつつ含まれているとみるべきであろう。そして、裁判などの法的手続過程については、全体として前者の結果・目的志向的な機能が第一次的な位置を占めている。けれども、手続的正義の要請内容のなかには、いわゆる黙秘権など、真実の発見や望ましい社会的目的の実現を妨げる場合でも、その結果如何を問わず優先的に遵守されるべき人権と位置づけられているものもある。その限りで、後者の手続過程内在的な機能は、前者に還元し切れない固有の基礎をもっており、後者が前者に対して規制的に働くこともある。さらに、後者の機能をもつ正当化作用については、ロールズによる純手続的正義の観念の用い方が示唆しているように、手続自体が公正という内在的属性を具えているだけでなく、その手続の公正を確保する一定の背景的状况が存在していることが前提とされている。それ故、このような公正な手続を規定し確保する何らかの価値理念の内容や基礎をどのように考えるかという問題もあり、手続的正義の全体的構造はかなり複雑である。

そこで、次に、少し角度を変えて、このような手続的正義の基本的構造とその基礎的価値理念について、その主な要請内容に即して考察してみよう。

三 手続的正義の要請内容は、裁判などの法的手続過程の規制原理としては、「相手側からも聴くべし」「何人も自分自身の事件について裁判官となるなかれ」という自然的正義の格率を中心に形成されてきた。だが、最近の論議では、当事者の対等化と公正な機会の保障（手続的公正）、第三者の中立性・公平性という、伝統的な二側面に加えて、理由づけられた議論と決定（手続的合理性）という側面が強調されるようになって注目される⁽⁵⁾。このような動向は、基本的に、実践的議論に関する対話的合理性基準の一環として手続的正義が位置づけられ、裁判手続や法的議論がその制度化という観点から解明されるようになってきていることの反映とみてよいであろう。

対話的合理性基準においては、実践的議論の合理性は適切な理由を提示し批判・熟慮しあえる可能性にかかっているから、理由づけられた議論と決定に関する手続的合理性が手続的正義の中枢にすえられることになる。手続的合理性は、まず、J・R・ルーカスの指摘するように⁽⁶⁾、事件と関連のない一切の不適切な理由を排除するとともに、すべての重要な関連のある事実と論拠を考慮に入れ、一定種類の理由が付されていることを要請する。このような要請に基づいて、何が適切な理由かに関して背景的合意が存在し、相互討議・対話の共通の前提とされたうえで、M・ゴールディングのいう「争点の相互承認 [jointer of issue]⁽⁷⁾」つまり当事者の一方が他方の主張を否定し両者が正面から対立する形態で議論が遂行される必要がある。その場合にはじめて、両当事者は各々自己の論拠を第三者に提示し、第三者も、それらの論拠の重要性を基礎にいずれの立場が正当と認められるかを決定することができるのであり、その決定では、これらの提示された論拠と証拠に言及した理由づけが要請される。民法・刑法などの実体法の諸々の規定や訴訟追行・弁論・調停調べに関する手続法的ルールは、これらの要請に制度的保障を与えるものであり、基本的に対話的合理性基準を法的観点から制度化したものとして構造的共通性をもっている。

これらの要請のもとでの法的議論・決定の全体的な論理構造をどのようににとらえるかについては、法規・理論構成による形式的理由づけと利益衡量・価値判断による実質的理由づけという、わが国でよく用いられている二元主義的

図式、R・ヴァッサーストローム、R・アレクシー、N・マコーミックらの二段階正当化手続、主張(claim)はデータ(data)と保証(warrant)によって正当化され、保証はさらに裏付け(backing)によって支えられるとする、トゥールミンの議論図式など、かなり見解が分かれている。⁽⁸⁾けれども、いずれも、その合理性の確保が、演繹・帰納論理だけでは説明し切れない賢慮・実践知の働きにかかっているとみている点では、基本的に共通している。

次に、手続的公正については、以上のような手続的合理性と関連づけて、理想的な議論状況の一般的存立条件という側面からその具体的な要請内容を規定するのが、対話的合理性基準の基本的な考え方である。ハーバーマスの「理想的発話状況」の観念などがその代表例であるが、類似的考え方を提示しているものは少なくない。だが、理想的な議論の主体や遂行に関する手続的公正の既述のような要請(三五―三六頁参照)は、その内容からも明らかのように、手続的合理性の確保・実現のたんなる手続的条件には還元し切れない、独自の価値理念の表明でもある。そして、手続的公正の一定の要請が、その結果如何を問わず優先的に遵守されるべきだとされたり、手続的正義に一定の場合に正当化作用という内在的機能が認められたりするのは、基本的に手続的公正が前提とするこのような価値理念によって基礎づけられているとみるべきであろう。

例えば、ロールズは、社会契約説的な「原初状態」という、ハーバーマスの「理想的発話状況」とも類似していると言われる観念を用いて、道徳的人格として自由・平等な契約当事者たちが公正を確保するための一定の手続的拘束のもとで全員一致で合意するであろうものとして、「格差原理」などの社会的正義原理を導出・正当化する。そして、このような過程において純手続的正義の正当化作用が働くのは、「原初状態」の手続的条件が自律的人格に対して公正であるからだとしており、ロールズの正義論全体の理論構成が「平等な道徳的人格間の公正」という観念のなかに含まれている一定の価値理念を根本的な前提としているのである。⁽⁹⁾また、R・ドゥオーカンも、この「原初状態」の基礎に一種自然権的な「平等な配慮と尊重を求める権利」が前提されていると理解し、国家が個人に一定の生活様

式を強制することなく人間として自律的な生活を可能とする前提の実現に配慮することを要請するこの権利を基底にすえて、リベラルな反功利主義的人権論を展開している。⁽¹⁰⁾このように、彼らの正義・人権論においては、手続的公正の既述の要請と類似の人格概念・状況設定が一定の価値理念ととらえられて、その正当化の前提条件として理論構成全体の基礎とされているのである。

より具体的に、裁判などの法的手続過程についても言及しているものとして、例えば、ルーカスは、人びとをたんに他人の配慮の受益者とか操作の客体としてではなく、各々独自の観点と利害関心をもち自己の議論によってそれを表明し擁護する主体として扱うことが、正義の要請であると解し、法システムも、このような自律的人格の相互承認に基づくコミュニケーションに依存していると考ええる。そして、手続的公正を、権威に基づく決定によって不利益を受ける者にも彼の同意なしにその決定の受容を要求できる前提条件として、関係者の人格に対する正当な関心と尊重に関わる価値理念としてとらえ、手続的公正に関する権利を否認することは、当事者を、コミュニケーションの相手方たる人格としてではなく、たんなるモノや客体として扱い、彼の人間としての価値を否認することに他ならないとみている。⁽¹¹⁾

手続的正義の要請のなかでも、手続的公正が、真実発見の妨げとなり議論の合理性の確保につながらない場合でも、結果如何を問わず優先的に遵守されなければならないとされることが多いのは、以上のような代表的な見解にもみられるように、手続的公正が究極的には人格の尊重に関わる人権的価値に基礎づけられていることによるのである。このことは、道徳・政治・法などの実践的領域では、合理性は、たしかに重要な価値であるけれども、唯一のものではなく、限界があり、正義、公正、人権などの他の同じく重要な価値に道を譲らなければならない場合もありうるというものの一つのあらわれに他ならない。

四 第三者の中立性・公平性という側面については、対話的合理性基準においては、全般的に議論参加者自身の自

律性・相互主体性が強調されていることの反面として、理性と判断力を具えた「普遍的聴衆」の合意に合理性基準を求めるペレルマンの見解⁽¹²⁾などを除けば、関心の外におかれていることが多い。正義論においても、完全な知識と共感的同一化によって正しい効用計算を公平に行ないうる「理想的観察者」という観念が伝統的に功利主義者の間で重視されてきている。現在でも、すべての関連事実と当事者の選好を把握し社会全体の利益を公平に考慮して普遍的原理を提示する「大天使」というR・M・ヘアの想定⁽¹³⁾などに、この功利主義的観念が受け継がれている。けれども、ロールズをはじめとする反功利主義的正義論においては、このような理想的観察者モデルは、個人の多様性と独自性を真剣に考慮せず、正しい決定を効率的な管理の問題とみていると批判され、公平性も、第三者の中立性や非個人性に頼らず、当事者自身の見地から規定すべしとされている⁽¹⁴⁾。

正義問題に限らず、実践的議論一般について、基本的には、議論参加者自身の自律性・相互主体性を基軸に合理性・正当性基準の基礎づけや具体的内容の規定を行なうのが適切だと考えられる。けれども、第三者の「中立性」「公平性」という側面からの議論はともかく、「第三者」に関する何らかの観念・相互了解を合理性・正当性基準のなかに組み込む余地ないし必要が全くないかどうかについては、なお検討を要するところであろう。そして、このような問題を考察する恰好の素材を提供しているのが裁判手続である。

裁判手続についても、民事訴訟理論の最近の理論展開において、裁判機能や手続保障の在り方を、両当事者と裁判官との垂直関係よりも両当事者間の水平関係を重視して、両当事者間の自律的・相互主体的な弁論の活性化に焦点をあわせてとらえなおし、対話的合理性基準や反功利主義的正義論と基本的に同じ問題関心から訴訟理論・裁判実務の視座転換をめざす潮流が台頭してきている。このような潮流は、公害・環境訴訟などの現代型訴訟における活発な法廷弁論の展開が正義・権利などをめぐる実践的議論のフォーラムとしての裁判に対する社会的な関心と評価を一般的に高めている状況のなかで、裁判官の権威の権力的・強制的性質が強調されがちな従来の裁判実務・イメージの修正

を迫る少なからぬインパクトを及ぼしている。だが、法的実践のなかにどれだけ浸透するか、その前途はかなり厳しいのが実情である。にもかかわらず、このような訴訟手続内部での当事者の主体的参加の強化をめざす潮流は、調停・和解などの当事者間の合意による自主的紛争解決と、裁判官の権威的判決による公権的裁定とを、前者が私的、後者が公的と、別個の次元の活動としてではなく、私的自治原理に基づく一連の相互作用的活動の展開として漸次的移行関係にあるものととらえることを可能とするものであり、その理論的意義は高く評価されて然るべきである。さらに、公開の法廷での弁論を、相手方や裁判官だけでなく、社会一般の正義・平衡感覚に訴えて、自己の主張の法的正当性についての社会的コンセンサスの拡大・強化をめざすものとみるならば、法的議論と道徳的・政治的議論とを連続的なものとして共通の知的地平でとらえる視座の形成に寄与しているという観点からも注目に値する。それ故、理論的な難点もあり実務的な困難も予想されるけれども、全体としては、このような訴訟理論の展開は適切な方向をめざしており、一層強く推進されるべきであろう。⁽¹⁵⁾

だが、このように、両当事者間の二者関係 (dyad) での自律的・相互主体的議論を基軸に訴訟の手続過程全体をとらえなおそうとする場合でも、裁判が、両当事者と裁判官との三者関係 (triad) で構成されており、最終的に両当事者の合意なしに下すことができ強制的に実現できる拘束力ある判決で終了する仕組みになっていることから、裁判官の役割や判決の性質をどのように整合的に説明するかという、哲学的論議との類比だけではとらえきれない法独特の問題を避けて通ることはできない。

裁判は、和解や調停など、当事者間の合意によって裁判外で自主的に紛争が解決できなかったときに開始され、最終的に裁判官の下す判決によって終了する。だが、このことから、裁判においては、もはや合意の形成ということが全く問題にならないと考えたり、また、ツールミンらのように、⁽¹⁶⁾ 裁判の当事者主義的手続を、当事者双方が同意できる解決をめざすコンセンサス手続と対照的な手続様式ととらえたりするのは適切ではなからう。というのは、現実

の問題として、裁判が開始された後でも、判決まで至ることなく、裁判の内外での和解、つまり当事者間の合意の成立によって解決される紛争はきわめて多く、このような合意の形成を促進することも裁判の手続過程の正統な機能のなかに含めて理解することができるところである。また、判決についても、理論的には、法廷弁論のなかで当事者の一方の主張が適切な理由を伴っていることを裁判官が承認し両者の間に合意が形成されたとみることもできるし、そもそも対話的合理性基準のいう理性的な合意は必ずしも現実の合意である必要はないのである。⁽¹⁷⁾

さらに、裁判における現実の法的議論には、相互了解による合意形成や行動調整をめざす理性的議論には程遠く、相手方や裁判官だけでなく、社会一般にも各種の影響を及ぼして自己の利益・要求を最大限実現することに力点がかかれ、ハーバーマスの用語を借りれば、コミュニケーションの行為とは言えず戦略的行為にすぎないものも少なくない。だが、このような事実を承認することも、裁判での法的議論に対話的合理性基準が妥当することを否定することにはならず、むしろ、このような可能性があるからこそ、法的議論を実践的議論の特殊事例と位置づけて対話的合理性基準による規制と批判に服させる必要があるのである。⁽¹⁸⁾

五 裁判手続を基本的にこのような知的地平でとらえても、最終的な拘束力ある判決を下す権限をもつ裁判官の權威をどのように理解するかという、これまでもしばしば言及したむずかしい問題が依然として残る。法における權威の一般的な性質については既に述べた通りであるが（三九―四〇頁参照）、裁判官の權威も、何が法的に正しいかを決定する白紙委任的裁量権限ではなく、実定法によってその決定内容が枠づけられているのは勿論のこと、手続的正義の要請にも拘束された限定的權威と解されなければならない。従って、裁判官は、その訴訟指揮や判決作成に関する權威を、既述のような手続的合理性と手続的公正の促進・確保のために、公平かつ中立的に行使すべきであり、判決も両当事者間の弁論に基づき適切な理由によって正当化されたものでなければならぬ。裁判官はこのような權威の行使にあたって、自己のイニシアティブで正しい内容の判決を形成し正当化するために両当事者に協力を求めること

よりも、両当事者の実質的対等化をはかりできるだけ公正な状況のもとで自律的・相互主体的弁論を活性化し、三者間の相互作用的協同活動を通じて正しい内容の判決が徐々に確定されてゆくように、種々の後見的配慮をすること、その基本的な役割とすべきであろう。裁判官は、プラトン流の哲人王をめざす必要はなく、ソクラテス的な産婆役を主たる任務とすべきである。

けれども、裁判官の権威が以上のような仕方では理想通りに行使され、法廷弁論も活性化され、実定法と裁判手続の拘束のもとで対話的合理性基準の諸条件がすべて充たされたとしても、ドゥオーキンの強調するように、⁽¹⁹⁾「唯一の正しい」判決に到達することがつねに可能かどうかは疑問である。勿論、「唯一の正しい」判決の意味を具体的にどのように規定するかという意味論の問題もあるけれども、彼のように、「ヘラクレス」という、基本的にプラトン流の哲人王や功利主義的な理想的観察者モデルの流れを汲むとみてよい裁判官像を想定することは、裁判手続を対話的合理性基準の制度化という観点からとらえることとは両立しがたいと思われる。また、判決による法形成・政策形成が問題となるようなハード・ケースにおいては、いずれが法的に正しいかについて優劣を決めたい複数の選択肢が残り、そのいずれを判決内容として選択するかを最終的には裁判官の裁量に委ねざるをえない場合がありうることも否定しがたいであろう。その場合、裁判官が、賢慮を働かせて個別的状況を的確に把握し、以上の諸要請に従って適正に裁量権限を行使し、実定法の規定だけでなく社会の正義・衡平感覚とも適切に関連づけて判決が整合的に正当化されておき、手続保障も十分に尽されている限り、擬似的な純手続的正義の正当化作用により、その判決を法的に正しいものとして受け容れその法的拘束力を承認すべきだとするのが、法システムや裁判手続の社会的存在理由に基づく制度的要請であろう。裁判官の権威は、このように、その専門的な知識と経験に基づいて的確に状況を判断し理性的に推論しコミュニケーションする能力の故に、実践的議論一般の「不確定性」に対処する社会的必要によって基礎づけられているのである。

だが、判決の最終的決定としての法的拘束力は、法的安定性・確実性という、正義や合理性などと対立することもある価値のために、手続保障が不十分で適切に正当化されていない判決にも、さらに誤判の場合でも、一定の条件のもとで認められており、判決の正当性と独立した基礎をもっている。⁽²⁰⁾それ故、判決の法的拘束力やそのような判決を下す裁判官の権威を実践的議論一般の合理性・正当性基準との関連だけでとらえることには限界がある。勿論、判決内容やその形成過程の正当性・合理性に疑問がある場合には、当該事件について上訴や再審の途が開かれており、他の同一類型の事件については将来における判例変更の可能性もあり、その限りでは理性的な議論・批判が全面的に排除されてしまうわけではない。けれども、当該事件については、その判決で法的主張の正当性に関する議論に一応の決着がつけられるのであり、現実の問題として、敗訴者からの同意が得られないのみならず、理論的にも、対話的合理性基準のいう合意の形成という観点から説明し切れない事例が生じうることとは認めざるをえないであろう。そして、このような事例については、とりわけ敗訴者には裁判官の権威の強制的・権力的側面がクローズアップされ、その全体的状況はルーマン流の社会システム論的手続理論によるほうが現実的に説明できるかもしれない。いずれにしても、裁判官がその権威に基づいて下す判決に最終的な法的拘束力を認める裁判手続は、裁判官や両当事者の実践理性に対する信頼と期待に基づいていると同時に、その実践理性の限界に必要とあらば強制と権力に支えられて制度的に対処するという、アンビヴァレントな性質をもっていることは否定しがたいのである。

人間によって作られ動かされる法システムや裁判手続については、このような人間的な理性の限界を誇張したりそれに絶望したりするよりも、人間が時には貴重な代償を払って試行錯誤を積み重ね、人間社会に不可欠な権力や強制の行使をここまで理性的に枠づけ構造化してきた叡知を正当に評価することのほうが重要であろう。そして、法システムや裁判手続の存立と作動が様々の局面で強制や権力とつながっていることを直視しつつも、それを公正な手続的条件のもとでの理性的な議論によってコントロールする可能性をできるだけ拡げてゆくことが、法理論・法実務に最

も強く期待されている役割である。法理論・法実務がこのような役割を果たすにあたって直面している現実的諸問題は、実践理性の復権の可能性と限界をさぐる恰好の素材を哲学的考察にも提供していると思われる、哲学と法律学が共通の知的地平でこれらの現代的課題に取り組み必要性は今後ますます高まってゆくであろう。最近の議論動向と問題状況についての以上のような素描が、このような相互交流の促進に多少なりとも役立てば幸いである。(了)

- (1) 手続保障の「第三の波」と呼ばれている潮流であるが、その基本的な主張内容については、「シンポジウム・訴訟機能と手続保障」(民事訴訟雑誌二七号、一九八一、所収)、井上治典「手続保障の第三の波(一)(二)」(法学教室二二、二三号、一九八二、所収)参照。

- (2) Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. (1975) など参照。

- (3) J. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 85-86, 201, 362. 詳細は、後掲参考文献(5)参照。

- (4) もっとも、擬似的な純手続的正義の正当化作用については、その結果を「正しいとみるか、不正ではないとみるか」「正・不正が問題にならないとみるか、複数の理解の可能性があり、ロールズ自身の説明にも不整合がみられる。判決の法的拘束力の説明との関連で、検討を要する問題であろう。

- (5) 手続的正義の要請内容に関する比較的まじまじした説明として、Martin P. Golding, *Philosophy of Law* (1975), Ch. 6 — 上原行雄「小谷野勝巳訳『法の哲学』六章参照。

- (6) Cf. J. R. Lucas, *On Justice* (1980), Ch. 4.

- (7) 前出注(5)参照。

- (8) Richard Wasserstrom, *The Judicial Decision* (1961), 前出注11(4)、前出注1(2) など参照。

- (9) J. Rawls, *A Theory of Justice*, "Kantian Constructivism in Moral Theory," in *The Journal of Philosophy*, Vol. 77 (1980), pp. 515-72, 後掲参考文献(5)参照。

- (10) Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, esp. Ch.6; *A Matter of Principle* (1985).

- (11) Cf. J. R. Lucas, *On Justice*, Chs. 1, 4.
- (12) 前出注1 (2) 参照。
- (13) Cf. R. M. Hare, *Moral Thinking* (1981), esp. Ch. 3.
- (14) Cf. J. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 17-33, 183-92.
- (15) 裁判をめぐる以上のような動向について、田中成明「裁判をめぐる法と政治」(一九七九、同「裁判の正統性」(『講座民事訴訟1』一九八四、所収)、同「現代における裁判の機能の拡大」(公法研究四六号、一九八四、所収)など参照。
- (16) Cf. St. Toulmin, R. Rieke and A. Janik, *An Introduction to Reasoning*, Ch. 13.
- (17) 後掲参考文献(2)二六―四七頁参照。
- (18) 岩倉正博「法的議論——ハーバースにおける議論と合理性」(長尾龍一・田中成明編『現代法哲学1』一九八三、所収)一三七―一六六頁参照。
- (19) Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, esp. Chs. 4, 13; "No Right Answer?" in R. M. S. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society* (1977). 434、この問題をめぐるとの論争については、深田三徳『法実証主義論争』(一九七三)四、五章参照。
- (20) Cf. Neil MacCormick, "Legal Reasoning and Practical Reason", in *Midwest Studies in Philosophy* VII (1982), pp. 271-86.

参考文献

本稿は、京都大学文学部哲学科における研究「法的思考の特質とその基本概念」(昭和五八年度)と「法による正義の実現に関する諸問題」(昭和六〇年度)の講義内容の主要部分を要約し、若干加筆したものである。私の後掲著作で論じた事柄と重複する箇所については、注を必要最小限にとどめたので、詳細は以下の著作を参照していただきたい。

- (1) 「法的思考の合理性について」(一)―(八・完)〔法学教室二〇―二八号、一九八二―八三、所収〕

- (2) 「法的空間——強制と合意の狭間で」(長尾龍一・田中成明編『現代法哲学1』東京大学出版会、一九八三、所収)
- (3) 「法哲学・法律学・法実務——法的議論と裁判手続の理解をめぐる」(長尾・田中編『現代法哲学3』一九八三、所収)

(4) 『現代法理論』(有斐閣、一九八四)

- (5) 「公正としての正義と手続的正義——ジョン・ロールズ」(大橋智之輔・田中成明・深田三徳編『現代の法思想』有斐閣、一九八五、所収)

(6) 「手続的正義に関する一考察」(法の理論6、一九八五、所収)

(筆者 たなか・しげあき 京都大学法学部「法理学」教授)

PHILOSOPHY AND LAW

—One Aspect Of The Rehabilitation Of Practical Philosophy—

by Shigeaki Tanaka
Professor of Jurisprudence,
Faculty of Law,
Kyoto University

The purpose of this paper is to examine how and why philosophy and jurisprudence come to grapple with the common problems in their recent developments of the study in practical (legal) argumentation and the normative discussions on justice. The paper consists of three parts. After reviewing briefly how philosophy and jurisprudence come to re-evaluate the notion of practical reason (phronesis, prudentia) in part I, the author attempts to elucidate how the criteria of dialogical rationality are institutionalized in the legal system and judicial procedure and to inquire into the internal relations between dialogical rationality and procedural justice in parts II and III.

Contents of parts II and III are as follows.

II: The dialogical rationality and the legal argumentation

- 1) The legal system is not the system of orders backed by coercive power, but the system of the good reasons and fair procedure for facilitating human interactions.
- 2) The core criterion of dialogical rationality is the reasonable consensus formed through interactional argumentations under the fair procedure.
- 3) The legal argumentation is a special case of practical argumentation and is expected to cope with its indeterminacy.
- 4) The characteristic framework of judicial procedure should be un-

derstood as the legal institutionalization of criteria of dialogical rationality.

III: Procedural Justice, Human Rights and Judicial Procedure

- 1) According to the dialogical rationality, the fulfilment of its procedural conditions does not always guarantee the rightness of the result, their primary role is to activate interactional argumentation in the ideal situation.
- 2) Procedural justice contains both result-oriented and process-oriented values, and its function in judicial procedure exemplifies the idea of pseudo-pure procedural justice (John Rawls).
- 3) The postulates of procedural justice consist of three aspects —i) procedural rationality, ii) procedural fairness, and iii) neutrality and impartiality of third party. Among these, procedural fairness corresponds to human rights which postulate to treat parties as autonomous persons.
- 4) In the triad relations of judicial procedure, the horizontal relation between parties has the priority over the vertical relation between judge and parties.
- 5) The authority of judge is indispensable to judicial procedure, but it should be based upon practical reason and controlled by postulates of procedural justice.