Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-07-04

民事訴訟と経験科学的研究

樫村，志郎

(Citation)
訴訟の提起（講座民事訴訟，2):335-354

(Issue Date)
1984-03

(Resource Type)
book part

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/90006516

民事訴訟と経験科学的研究

樫村志郎

一　本稿の目的
二　幾つかの実際的問題
三　裁判の社会学的理論にむけて——川島博士の理論の検討

一　本稿の目的

裁判という制度は、民事および刑事の領域で、また、行政権の行使に対して、または、その一環として、人々の間の対立の幾らかの部分を解決し、軽減するために、用いられてきた。

本稿では、私はそのような裁判という制度が、経験的な事実の探究およびその応用をめざすという立場からは、いかに把握されるべきか、について問題にし、その答えにつきひとつの方向を述べることを目的としたい。

裁判という制度は、もちろん、様々な観点から把握されうる。例えば、変化する社会の中で、裁判の持つべき理念、裁判を支える精神はいかにありうるか、また、いかにあるべきか、という問題は重要である。[1] また、裁判の制度、すなわち司法制度の、様々な国々での成立・発展・現状等を追跡することは、わが国の司法制度の課題や欠陥を理解することに役立つ。[2] こうした作業は、民訴法学の枠の内外で広く行われている。

しかし、これらの作業は、「裁判」という事実を直接に問題として、その性質を厳密に確定しようとするものではない。この意味での事実の研究が、民訴法学でみられることは稀であり、一般には、「経験科学的」な事実認定の基準は、民訴法学においては、受け容れられていないように思われる。例えば、民事訴訟を通じて私権が保護され、私法秩序が維持される、という主張は、厳密な意味で事実が主張されているのではないのであろう。

民訴法学においては、事実は、法学上の問題、いいかえると、法解釈や法命題の主張の前提として、探究される。このことが「過度に」事実に係り合うことへの抑制となる。しかし、そうであるからといって、事実の確定ということが法学上の問題にとって独自の意義がない、ということにはならないであろう。例えば、裁判制度が、ある機能——紛争解決とか、法の実現とか——を果たしているかどうか、という問題は本来的に事実の問題である。事実を追求することの意義のひとつは、誤った事実の上に立つ価値評価を矯正する、ということにある。また、そのような目的は、事実が「真理追求の精神」[3]をもって確定されることによって最もよく果たされるのである、といわれる。そして、法解釈が一種の価値評価であることは広く認められているのである。

民訴法学における、事実の役割について、ほぼ以上のことが認められるとすれば、裁判という事実を厳密にかつ系統的に解明していくという作業は、必要かつ有益なはずである。しかし、その作業は、あまり進められていない。とくに、裁判という現象そのものの、事実上の構造を解明しようという作業は、その必要性が唱えられるにもかかわらず、[4]あまりなされていない。

これは、裁判というものが多くの側面を持つ複雑な現象であること、その結果、そのいかなる側面に焦点をあてて研究を組織化していくか、についての合意が成立し難いことにも一因があると思われる。この困難をのがれるためには、探究されるべき問題が何であるか、また、その分析の視点はいかにあるべきかについて、自覚的な考察を重ねていく必要があるであろう。

以下では、私は、広い意味での法学の中で、経験科学的な研究が、さしあたり適合的であり生産的であるように見える若干の問題を指摘することにする。次に、私は、「裁判」の問題について最も体系的に述べているもののひとつである川島武宜博士の理論を、そのような諸問題にてらして批判的に検討する。最後に、以上のことを基礎として、裁判の法社会学理論のあり方について、若干の示唆を行うことにする。

（1）戒能通孝「法廷技術」潮見俊隆編・戒能通孝著作集Ⅲ『裁判』（日本評論社・昭五二）三頁など。

（2）この作業は三ケ月章教授により最も自覚的に行われてきた。三ケ月章「日本における近代的司法制度の創設と展開」利谷信義編・法学文献選集5『法と裁判』（学陽書房・昭四七）六〇頁など。

（3）グナール・ミュルダール（Gunner Myrdal）『社会科学と価値判断』（竹内書店新社・昭四六）六六頁。ミュルダールはそこで「事実が拒否（キック）するのである」と言っている。

（4）兼子一＝竹下守夫『裁判法〔新版〕』（有斐閣・昭五三）など。

二　幾つかの実際的問題

社会学的分析は、目標を追求する行為とその社会的環境との間の関連性と相互作用を、全体としてまたは部分的に、問題にする。[5] かかる分析は、いかにして、法的現象とりわけ裁判というものに適用されるであろうか。

この問いに対しては、理論的一般的な答えよりも、その適用が実際的見地からも有望な、具体的な問題領域を示すことが、より有益であろう。以下は、裁判制度の作動の中で、広汎に、またしばしば生じてくる種類の問題のいくつかの例である。

(1)　故田辺公二判事は、自身の経験に基づいて、大都市の民事裁判と地方（茨城県）のそれを比較する場合、地方

においては「民事裁判がたしかに民衆の地域社会のなかに活きて働いているという事実」[6]を指摘している。田辺判事は、「地方の裁判」が大都市に比べていくらかテンポが速い（証拠調期日がいれやすい）と述べているが、同判事に印象づけられたことは、制度それ自体の動作の差異であるというより、むしろ「当事者本人が訴訟の結果について注ぐ関心の強さがはっきり感じられること」[7]であり、「この農業県に多い、農民同士の間の慰藉料請求訴訟や親族間の農地の争いなどの場合には、民事裁判の結果が、農民の強い注意をひき、その地域社会の規範意識、さらに倫理観念にすら現実に影響を及ぼしていることが強く感じられる」[8]ということであった。また、同判事は、「特に農民間の争いの場合など……当事者が判決正本を弁護士からもらっていくと、これを囲んで関係者が集まり、裁判所はこんなことをいっているとか、わしの証言はいっこう信用されていないぞといった具合に、非常な関心をもって、判決文をよみ、かつ検討する……。そして、何の理由も示さずに、いきなり証言を『信用しない』と切り捨てた部分や、結論にあまり影響のない前おき、もしくは傍論的な事実の判示のなかにある、ちょっとした不正確な認定などが、当事者の裁判に対する心服の度合に案外強く影響する……」[9]といった事実を、同地の弁護士への調査に基づいて伝えている。

さて、田辺判事が述べているものは、裁判の過程や結果に対してもたれる、事実上の関心の強さである、といえよう。田辺判事を印象づけたのは、この地方では、「われわれが想像するよりはるかに」この関心が強い、ということであった。

かかる現実がなぜ生じているのか、を理解することは重要である。[10]少なくともそれが――田辺判事の文章から読みとれるように――裁判官の「光栄」や「生きがい」に関係する事実であるという理由からも重要であろう。[11]また、――これも田辺判事が示唆し試みているように――かかる現実の理解の上に訴訟制度を改善する方策の提案や評価が行われることも可能だからである。[12]

(2) 労働委員会の手続は、合理的な見地から想像されるよりも、なぜ遅延しがちなのであろうか。故吾妻光俊教授

は、中央労働委員会の委員としての経験に基づき、制度自体の不備と目される原因と並んで、「わが国不当労働行為事件の性格」を挙げている。[13] 吾妻教授は、わが国の不当労働行為事件が生じ労働委員会に持ち込まれる状況においては、典型的に「労働側の未熟かつ非系統的な組合活動ないし争議行為と、経営者側の組合運動に対する前近代的な反感や無理解とが交錯し、相互の悪循環によって極点に達することのなかに、激しい感情的要素がかもし出される」[14]と指摘する。吾妻教授によれば、かかる「感情過多の性格」に遅延の「主因」があるのである。なぜならば、「労働委員会の審問手続にたずさわった経験を持つほどの人は、証人尋問の過程で、労使が、いかに強い対立感情をもって、相対しているかを知るのである。証人尋問において、いずれかの証人が全くいつわりの証言をしているとしか考えられない場合の比率が高いことは、労使が鋭い対立感情のままに、労働委員会を、公正な判定の場としてよりは勝敗を争う場として意識していることを物語る……。……対立意識は、労働委員会の遅延をいとわぬことまで、労使を駆り立て、ぼう大な数に上る証人申請が行われ、また、初審再審を通じて同一証人の証言が反復される。しかも、この傾向は、従来しばしば指摘された使用者側の作戦として生ずるのみではなく、時として、労働側にも手続の遅延をいとわぬ態度をみるのである」[15]。

吾妻教授が注目した事実は、次のことである。すなわち、手続の当事者のとるべき行動は、部分的にはその手続のめざすべき目的によって、また、部分的には当事者の置かれていると公式に想定されている状況への考慮によって定まるであろう。しかし、労働委員会制度においては、当事者は、想定され期待された行動をとらない。このことは、事件の迅速な処理という、労働委員会に公式に期待されている理想をくつがえし、異なった新しい争いのパターン（労働委員会を、感情のままに勝負を争う場とみることから生ずるパターン）を生み出したのである。吾妻教授の主張は、労働委員会の手続の遅延という現象がこの新しい争いのパターンの中にあるものとして理解されなければならない、ということである、といえよう。[16]

われわれは、この提案およびその基礎にある説明を批判的に検討するためには、不当労働行為事件の関係者の行為の交錯を、その社会的環境との関連で、正確に調べる必要があることになる。

(3) ある種の法律事件は、公式の判決や裁定によってではなく、和解という方法によって解決されるべきである、としばしば主張される。和解が望ましい方法であるというこの主張は、何らかの理論的な根拠から主張されると同様、とりわけ、当該の手続の実務において和解が広く行われている、という事実の認識を機縁として行われる[17]ことが多い。

例えば大和哲夫教授は、労働委員会において「和解という不可解な、それでいて面白い解決方法が、引きつづいて全体の九割近くを占めるという現象」に注意を促したのち、その原因を次のように説明している[18]。すなわち、不当労働行為事件は、多く中小企業に発生するが、その中小企業における労働組合は、中小企業と大企業との間の社会的・経済的格差を基礎にもち、それを是認する意識を強く持っている。「これらを基とする年功序列賃金や終身雇用制度の環境では、企業一家的秩序が普遍的である[19]」。組合の結成は、このような秩序を背景とするときには、この秩序に「反抗するような形」になり、組合員は、解雇などの取扱いを受けた者に対しても、「解雇を当然とするような雰囲気」を持つとともに、この者自身にとっても、「解雇は、これまで積み重ねてきた年功を断ち切ることを意味する」のである[20]。こうして、不当労働行為事件における和解は、大和教授によれば、まず第一に、被解雇者等の受入れ工作の努力のための手段であり、第二に、それが不成功の場合に、年功の利益と団結権との間の取引手段である、と解されるのである。

このことから、和解という紛争解決方法の望ましさや危険性を評価するためには、とりわけ、事実に即して和解の原因や過程、その諸帰結が研究されるべきである、ともいえよう[21]。

(4) 「現代型」の紛争ないし訴訟の存在が近年、指摘される。また、社会に多様な形式で生起しうる諸紛争と訴訟

ないし法制度との関連が、広く注意をひくようになった。[22]

例えば、北川善太郎教授は、「取引社会」ないし「取引紛争」という社会的パターンの中にあるものとして、「現代型」消費者訴訟が理解されるべきである、とする。[23] 北川教授によれば、「取引紛争」においては、その解決にあたって、「ビジネスの永続性」、「コスト問題」、企業活動のコスト面の判断、「技術問題」等々の要因が考慮されるべきである、という性質がある。[24] このことから、とくに取引社会においては、裁判は「機能的には中間項である」という限定された役割を果たしえたにすぎない。[25] 消費者紛争においては、このような「取引紛争」としての性質に変化がみられ、このことが、行政庁や業界団体による苦情処理制度の発達、裁判制度のより頻繁な利用（それは、立法・行政の対応の遅れを補う、「代理」作用を期待されてのものだとされる）を生じさせているのだ、と主張される。[26]

同様に、村松岐夫教授は、公害問題を例として、都市の生活環境の領域における法と訴訟の発展を、住民運動の法制度への関わり合いを背景として、理解しようとしている。[27] 村松教授によれば、[28] 住民運動は、第一に、社会生活の都市化により孤立した個人を再び集団に組織化し、人々に対して「有効性の感覚」を一般的に与えた。第二に、それは既存の社会・政治体系によって無視されていた新しい利益を明確化し、伝達した。第三に、それは様々な性質の権力を、潜在化していた資源からひき出した。住民運動は、その成果として、三種の法変化を生み出した。[29] すなわち、第一に、住民運動のあり方や、それが強く主張した価値に対応して、従来利用されなかった法制度が利用されるようになったり、利用のされ方が変わったりした。第二に、既存の法の中で保障されていなかった新しい利益に、法的な保障が及ぶようになった。第三に、行政と市民との関係の法的関係に変化をもたらそうとする提案が行われつつある、というのである。

われわれは、かかる主張をより十分に吟味するためには、紛争や訴訟の基礎となる様々な社会関係の構造を詳しく調べ、そこに働くいかなる力が人々を訴訟に向かわせたか等をより明らかにしていく必要がある、と考えられる。そ

のためには、様々な領域を通じて、法や訴訟の機能を比較し、人々に法や訴訟の利用が必要とされるに至る事情や、法や訴訟の制度がそれらの人々の必要に応えうるメカニズム等を明らかにしていくという作業が重要になる、と考えられる。

ところで、一般的にいうと、以上に概観したような作業のためには、われわれは、もはや、制度の公式の個々の構造や理念——例えば、不当労働行為審査手続は「迅速性」や「簡易性」を理念とする、といわれる——が、現実に行われていない、ということを指摘することに満足するわけにはいかない[30]。事実、右に述べた諸研究においては、分析の視点は、法制度の側のみには置かれていず、社会生活の側からの法制度への要求、または社会生活と法制度との関わり合いの態様に、主として置かれている、ということができる。そこで、社会生活の中から、いかなる形で、法制度への要求が生じてきうるかは、理論的に重大な問題となるであろう。

このような考え方からは、訴訟制度の動作の態様の分析もまた、不可欠な作業となる。なぜなら、社会生活から生み出されるあらゆる対立を処理しうるもののように訴訟を観念することは現実的でないからである。紛争が有効に解決されるためには、多かれ少なかれ、それに象徴的な縮減が加えられなければならない[31]ようであり、それに伴って、紛争解決のための社会体系は、独自の「作動規則」を持つようになる。この「作動規則」は、個々の紛争解決メカニズムがまとまりを持つものとして存在するために必須の条件であるとともに、その解決メカニズムが解決可能な紛争の範囲や解決の実効性に、自ら限界を画するもののように思われるからである[32]。

このように、訴訟制度の機能の問題は、制度と社会生活との双方を視野に入れうる視点を必要とする、と考えられる。ここに、法社会学の理論的寄与がなされてしかるべき一領域がある、といえよう。

ところで川島武宜博士によって展開されてきた裁判の法社会学的理論は近代的・西欧的な構想に立脚した裁判制度とそれが作用する環境としての日本社会の構造との双方を一貫して問題としてきた。われわれはこの理論に、手がか

りを期待することができるだろうか。次節では、この理論の検討を通して、法社会学的思考のより十分な寄与がなされるための方向を探ってみたいと考える。

(5) Leonard Broom & Philip Selznick, Sociology; Text with Adapted Readings, 6th edition. Harper & Row, 1977.

(6) 田辺公二「地方の民事裁判の感想」『民事訴訟の動態と背景』(弘文堂・昭四〇) 三四九頁。この論文自体が発表されたのは昭和三九年である。

(7) 田辺・前掲書三四九頁。

(8) 田辺・前掲書三五〇頁。

(9) 田辺・前掲書三五一頁。

(10) 田辺判事は、この現象が、「パターナリズムの伝統」のもとでは、法や裁判が、「民衆の道徳生活に対する国家の一般的指示ないし教訓」として受け取られがちである、という事情を反映したものであるかもしれない、としつつ、法理論等も、よかれあしかれ、この現実との関係で再考慮される必要があるかもしれない、と示唆している。前掲書三五二～三頁。

(11) 田辺・前掲書三五一頁。

(12) 「人格訴訟」と「商業訴訟」という周知の分類論は、かかる考察から、民事訴訟には、「少々手間や費用をついやしても、得心のゆくまで徹底的に審理されることが要求される」(田辺・前掲書三五四頁) 前者と、「判決によって正邪をただすなどという要素はなく、ともかく迅速に債務名義なり、現実の弁済をえればよいというにつきる」(同三五三頁) 後者がある、という事実を指摘するものである。さらに、それは「二種の異なるタイプの訴訟を一括して扱う」という裁判の現状への批判を基礎づけるものであった (同三五三～五頁)。

これらの議論の中には、今なお、真剣に考慮され検証されるべきものが含まれている、と私には思われる。

(13) 吾妻光俊「労働委員会の機能とその限界」日本労働協会雑誌八四号 (昭四一) 二頁、同「不当労働行為制度における二律背反」日本労働法学会誌三二号 (昭四一) 三頁。

(14) 吾妻・前掲論文「労働委員会の機能とその限界」七頁。

(15) 前注(14)同所。
(16) 前注(14)論文三頁。なお、この主張は、一般的には、吾妻光俊「不当労働行為制度の実効化」一橋論叢四三巻（昭三五）一六頁に述べられていた。
(17) 民事訴訟の領域における和解の動態については、太田知行＝穂積忠夫「紛争解決方法としての訴訟上の和解」『法社会学の現代的課題』（岩波書店・昭四六）二八五頁などを参照せよ。和解を含む「自主的解決」の諸側面についての私なりの理解は、樫村志郎「自主的解決」岩波講座基本法学8（昭五八）九一頁に述べた。
(18) 大和哲夫「労働委員会の審査機能の回顧と展望」日本労働協会雑誌八四号（昭四一）四六頁・五五頁。
(19) 大和・前掲論文五六頁。
(20) 前注(19)同所。
(21) 樫村・前掲論文九四頁において、私は、このことに簡単に触れた。
(22) 第二東京弁護士会紛争処理機関等対策委員会「紛争処理機関等の研究」判タ三五九～三六二号（昭五三）、萩原金美「訴訟外の紛争解決制度について」争点（昭五四）二〇頁、「シンポジウム《紛争解決と裁判》」民商七五巻一号（昭五三）三頁、平井宜雄「現代法律学の課題」平井宜雄編『法律学』（日本評論社・昭五四）七頁など。
(23) 北川善太郎「取引社会における紛争解決—消費者問題を中心として—」民商七五巻一号（昭五三）六頁。
(24) 北川・前掲論文七頁。
(25) 北川・前掲論文九頁。
(26) 北川・前掲論文一四～六頁。
(27) 村松岐夫「非取引社会におけるモデル—住民運動を中心に—」民商七五巻一号（昭五三）二〇頁。
(28) 村松・前掲論文二四～七頁。
(29) 村松・前掲論文二八～九頁。
(30) 不当労働行為制度の実効性の問題について、私は Shirō Kashimura "The Effectiveness of Legal Control in Japanese Labor-Management Relations: A Study of Dispute Processing under the Japanese 'Unfair Labor Practice' Law" (1), (2) Kobe Univer-

sity Law Review No.16 (1982), No.17 (forthcoming). に述べた。

(31) 多くの紛争過程には「争いの事実や争点を組織化する確立されたカテゴリーの使用による何らかの形での縮減 (narrowing)」が含まれている、との指摘がある。Lynn Mather & B.Yngvesson "Laguage, Audience, and the Transformation of Dispute" Law and Society Review vol.15 (1980—81): 775, p.783.

(32) 「紛争解決メカニズム」およびその「作動規則」などの概念につき、樫村・前掲論文「自主的解決」九六～七頁をみよ。なお「制度」の概念について、Helmut Schelsky "Zur soziologischen Theorie der Institution" in his Die Soziologen und das Recht. Westdetzcher Verlag, 1980. p.215. A・ゲーレン『人間学の探究』(紀伊国屋書店・昭五五) 一七八～九二頁をも参照せよ。

三　裁判の社会学的理論にむけて——川島博士の理論の検討

1　概　観

川島博士の「裁判」の理論的分析は、一九六〇年代の論文を中心に、多くの業績の中に見出すことができる。[33] 本来は、これらの業績は、それらの間の内在的関連に従って全体的に検討されるべきものである。しかし、ここでは、直接には一九七一年以後に展開された、同博士の最近の理論[34]に検討の対象を限定することにしたい。この理由は、それ以前の業績に対しては一般的な研究が既に存在している[35]ということのほか、少なくとも裁判に関しては、最近の理論が、基本的には以前の業績からの連続的発展の結果である、とみることができるように思われるからである。

一九七〇年以前の川島博士の理論は、「権利・義務」と「政治権力のサンクション」を、法の「内容」と「サンクション」のそれぞれの特質とみることを基本としていたと考えられる。[36] 一九七〇年以後、この枠組みは大幅に改められ、法（「社会的動態としての『法』とよばれる）は、「社会制御 (social control)」と「争い処理 (conflict resolution)」という二種の過程の「組合せ」として考えられるようになった。[37] この視角は、この二つの過程が「現代の法」、とくにそ

こでの「法技術・法制度――それが法律学の研究対象となっているのである――にとって最も関係が深いものである」[38]という理由から採用された、とされている。この視角のもとで「裁判」がいかに捉えられるようになったかを検討し、また、更なる発展の示唆を私なりにひき出すことが課題である。

2　川島博士の理論

まず一般的に、「社会規範」が定義される。それは「サンクションの事実の認知もしくは情報がその認知主体ないし情報受け手の行動決定に対し制御機能を有する……ということもしくは制御機能が社会から期待……されているということ」を現実には意味する、とされる。[39]すなわち、ある行為者の行為に対してその行為を是認または非難する行為（これが「サンクション」とよばれる）が行われる場合が存在する（この事実は「社会制御の原型」とよばれる）が、この事実が第三の行為者に認知または伝達されると、この者が、「サンクション」に対して自らの行為を調整する（またはその可能性が生ずる）、ということになる――この事実が、事実上の存在としての「社会規範」なのである。しかしながら、さらに別の種類の存在が、この理論に導入される。第一は「規範情報」であり、これは「一定の行為モデルに対するサンクション主体の一定のサンクションの可能性」を伝達する「情報」である。[40]この「規範情報」も、その伝達によって、受け手の行動が調整されるという効果に、その「現実性」を持つものとされる。この伝達は、受け手に対し、「予期されたサンクション」として作用するのである。さて、「社会規範」以外に導入される第二の存在は、「規範命題」である。「規範命題」は、「サンクションの可能性（蓋然性）を直接には含まないで単にあるカテゴリーの行為の要請のみを含む情報」を言うものである。[41]そして、「規範命題の社会制御機能」は、一つには、それが「サンクション」の可能性についての情報を直接的には含まないとはいえ、多くの場合には間接的・実質的にはそれを示唆している」故に、予期されたサンクションとしての現実性を持つことにあるとともに、その「伝達は、一定の条件の

もとに、その伝達の受け手の側に、その規範命題を順守するつよい心理的条件づけをつくるに至る」ことにある、とされる。このつよい条件づけとは、「社会的サンクションによる心理的動機づけなしに、単なる条件反射によって規範命題が順守されるのみならず、さらに進んで、不順守（違反）に対する意識的（自覚的）抑制すら成立し、その抑制にもかかわらず不順守があると『後悔』とか『自責』と呼ばれる心理的反応を生ずることがある」というものであり、「法」は、とくにこの「規範命題」に特有の、「強力な」制御類型の「高度に技術化」された重要な一部分である、とされるのである。

以上の基礎の上で、「法」の分析が行われる。まず、この理論では、法過程の全体は、一個の社会制御（「法的制御」）であるとされ、他の社会諸制御に対するその特質は、「サンクションの実行を承認するか否かを決定する行為」（「サンクション決定」）が存在し、かつ、それが「『争い』当事者の『権利』に関する判断」である、という点にあるとされる。[42]

また、その特質は次のことにもある、とされる。「『法』に特有なサンクション決定に対する社会制御は、サンクション決定のための規準が予めサンクション決定者に『課せられ』ている――すなわち、判断規準に関する規範情報ないし規範命題（いわゆる裁判規範）の伝達と、その逸脱に対するサンクション（特に今日では、そのサンクションに関する情報の伝達）という二重の情報の伝達がある――という点に、その構造上の特質を持っている」。[43] すなわち、裁判官は、裁判官を「情報名宛人」とする規範的情報（「裁判規範」）によって制御されるものである。

法的社会制御は、しかし、「サンクション決定」を介する形でのみ行われる、とされているのではない。川島博士によれば、「法規範」は、一般社会構成員にとっては、彼らを「情報名宛人」とする規範的情報（「行為規範」）であり、また、当事者または一般社会構成員は、「法的サンクション決定」または「サンクション実行」を「認知」することにより、制御される、ということになる。[44]

さて「争い処理」という視角からは、裁判は次のように捉えられる。まず一般的には、「争い処理」（または「争いの解決」）とは「既に発生した『争い』を『争い』行為によってでなく終結させること」を指す、とされる[45]（これに関して、「法」の「中心問題」は、社会構成員に、各々の「専属的利益」についての「争い」を許さないことである、と示唆されている）。

川島博士によれば、「争い」の中には「或る結論が正しいか否かを議論で証明すること」を競い合うもの（「紛争」とよばれる）がある[46]。それは、「言論……の次元で『正当性』という価値を論理的に争う」ものであるが、その中でも、「まず或る『争い』が存在し、その当事者がその争い目標に到達するための……争い行為のひとつとして」行われる場合が重要である、とされる。なぜなら、「『権利に関する議論の争い』ないし『法規範に関する議論の争い』に対する判定によって『争い』を処理する」ことが、「法ないし裁判に固有な社会過程」の中心にあるからである。

この意味での「裁判」の特色は私なりにまとめれば、以下のことにあるとされるようである。第一に、それは「裁定」の一種である。すなわちそれは、「争い当事者以外の者」（第三者）の「決定」による「争い」の終結である[47]。「調停においては、第三者たる調停人が争いを終結させるために当事者に提示する解決案に対しては、争い当事者には同意するか拒否するかの選択がのこされているが、裁定に対しては争い当事者にはそのような選択はのこされていない。言いかえれば、『その争い当事者にとっては、裁定にしたがって争いを処理させる社会制御が存在する』」のだ、とされる。

第二に、「争い」が「紛争」である場合、「そのような争いそのものは、議論の次元での判定で処理することが可能である[48]（これは「自生的 dispute が成立している場合」とよばれる）。しかし、「争い」当事者が、「争い」目標の正当性を主張していない場合（「即事的争い」）においても、今日の裁判においては「権力者は『争い』を裁定の対象とすることによって、言わば他律的に争い当事者間に dispute を成立させる」とされる。なぜなら、「dispute の裁定――特

にその制度――は、暴力による争いの処理を抑止する機能（裁判によって敗れることによるサンクションの予測が、争い当事者に、力の行使を差しひかえさせる、という制御機能）を有するのみならず、『即事的争い』を『紛争』(dispute) に転化させる機能（力による争いならば敗れるであろう弱者も、裁判によって勝つ場合の相手方に対するサンクションの予測によって、争いを裁判上の『紛争』に転化させる、という制御機能）を有する」からである。

第三に、「裁判をとおして、『権利』を構成要素とする規範（特殊＝法的な行為規範）が分化し成立する」とされている[49]。それは、ここでは何らかの意味で、「紛争」を前提とする主観的表象を指すものといえる。それは、五つの「次元」において存在するとされている。第一の次元では、それは「争いの場面における紛争を前提としているとされる。第二の次元では、「権利」は争い当事者が「争い目標の正当な基礎ないし根拠として意識するものであり」、例えば、自己の財産が侵害された場合に、賠償などを求めることを「正しい」とする感情の基礎にある、その財産への支配の意識などを指すとされる。第三の次元では、「争い当事者間に力の均衡が存在」するという条件のもとで、第二の次元における「感情や意識」が、「コミュニケイションにおいて記号化（言語的に表現）される」。第四の次元では、「『権利』にかかわる争いを、力の争いによってではなく、『権利』を根拠として――すなわち、議論の争いとその判定とによって――解決する必要が現実に登場してきたとき、それらの『権利』はその判定の規準として意識され承認され」ることになる。同時に、その『権利』は、例えば判決理由により、外形的かつ安定的な型態を与えられる、とされる（これは、「習俗の規範の次元」ともよばれている）。第五の次元においては、次のことが起こる。習俗の規範に依拠して裁判することは、習俗が多様化し、また変化する社会では難しくなる。この必要に応じて、「裁判規範」が「人為的・技術的に構成される」ことになる。この次元では「権利」は、「記号体系」であり、「純枠に観念的な存在」である。

ここでは、「権利」はより下位の次元における権利が、より上位の次元における権利の基礎となる、という関連が

考えられているようである。それとともに、各次元は、権利の異なった平面であり――川島博士の以前の用語を用いれば――異なった「存在型態」を示すものかもしれない。

裁判の第四の特色は、次のことである。[50] すなわち、裁判規範の平面である権利が承認されると、「法的サンクションの期待」を媒介として「社会生活上の行動」が影響され、習俗規範の次元での「権利」の成立を促す。しかし、「法的サンクションの期待」がない、または弱い場合にはそれは習俗規範の次元において現実化しがたい、とされる。

川島博士の理論において、裁判という現象は以上のように捉えられている。それは次のように要約されよう。

(1) 裁判は「社会制御」の一局面である。

① 裁判官は、「裁判規範」によって制御されている。

② 当事者は、裁判官の決定、すなわち「裁定」によって制御されている。

③ 一般市民は、「行為規範」によって、また「裁定」やその「サンクション実行」についての「規範情報」によって、制御される。

(2) 裁判は「争い処理」を行う。

① 裁判は、「紛争」すなわち「争い目標の正当性」を当事者が争う争いを、正当性の判定を当事者以外の者である裁判官により、当事者の関与を排除して行うことによって、「処理する」ものである。

② 裁判は、「即事的争い」も「紛争」として、正当性を判定する「裁定」によって「処理する」ことができる。

③ 「権利」は、「紛争」において当事者が認識する「正当性の根拠」の様々な規範平面での象徴である。その一種である「裁判規範」は、裁判過程を制御するために、人為的に構成されたものである。

④ 「裁判規範」の平面である権利が承認されると、「法的サンクションの期待」を媒介として、習俗規範の平面でもそれが現実化することがある。

3　検　討

川島博士の理論に対しては、いくつかの疑問が提起されうるように思われる。

第一に、社会制御という概念を法を説明するために用いることが妥当であるかどうかである。川島博士は、社会制御に四つの類型を区別する。その際、「規範情報」および「規範命題」という類型が重視されていることは明らかである。これらは、「情報」が独立して制御機能を持つ場合であり、法や道徳の存在態様を近似的に示している、という理由によるのである。しかし、この場合に「情報」が独立して制御機能を持つ、と考えるべきかどうかは難しい問題であり、送り手を潜在的にせよ特定することが一般的には有益ではないかと思われる。

第二に、より一般的には、社会制御のより微視的な構造が追求されるべきではないかと思われる。川島博士の理論において、社会制御が「機能する」ための経験的要件は明確にされていない。この結果、法に人々が従うための動機づけ等が、どのようにして、どんな条件のもとで形成されるのか、という問題は理論的に扱われえない。このために、法からの逸脱の発生や制御という問題が、実質的に取り扱えないのではないかと疑われる。

第三に、これらの点は裁判の理解を限定している、と思われる。「紛争」の概念は、内在的な対立によって動かされる過程としての側面においてではなく、むしろ何が争いの主題であるかという面から、「力の争い」と対比される意味的な構造のあり方に着目して、構成されているものである。「権利」が「紛争」を前提するという主張も、「紛争」のこのような把握に依拠し、それが利益の緊張や対抗の状況を反映する構造をもつ、ということなのである。

第四に、裁判が当事者による関与を排除することに特色をもつ紛争処理である、という主張は一面的であると思われる。むしろ、当事者は、ある特定の法の解釈が法曹の間に受容されたルールやより一般的な理性の見地から正当化されることを示すことによって、裁判官の意思決定に独特な形で関与しうる、と考えられるのではなかろうか。そのような正当性の論証が裁判過程の展開の中で当事者によりなされる、という側面は、他の決定にない裁判の特色であ

ると考えられるのである。[51]

このようにみてくると、川島博士の理論において、法過程の通時的な変化・展開という側面は、一般的に無視される傾向がある、といってよいように思われる。この理論は、法が概ね人々にとって拘束的である、という事実、および法が利益の対立を調節するために適した意味上の構造を持つという事実から出発し、それらの基本的な事実を組み合わせることによって、法のあり方を示そうとするのである。

しかし、法過程が、かかる静的な説明によって尽くされるものかどうかは問題である。

例えば、川島博士の理論の中には、社会の要求・習俗等の中間的規範、そして国家法規範といった、法の階層という考え方が含まれている。特定の規範は、これらの階層の間を、上昇（国家法にとりいれられる）または下降（国家法が習俗化する）することがある。しかし従来から、この種の問題、つまり「生ける法」がいかにして国家法になるのか、またはその逆、という問題に対しては、明確な理論は構成されてこなかった。[52] このことは、この理論の有効性を限界づけてきた、と考えられる。

法的過程の動的・通時的な側面をあらわすものは、（過程としての）紛争、主張、討論、事実認定過程、解決の受容等の現象である。私には、川島博士の理論はこれらの現象の分析によって補われるべきである、と思われるのである。そうすることにより、二に指摘した諸問題は、より容易に研究されうる、と思われる。

(33) 川島博士の、法と社会に関する一般的・体系的説明は、「法社会学における法の存在構造」（昭二四）川島武宜著作集第Ⅰ巻（岩波書店・昭五七）一一四頁。（以下、引用はすべて著作集の頁で行うこととし、巻数（Ⅰ～Ⅳ）と頁のみ表示することにする。なお、著作の発表年をタイトルのあとに示す）。「法社会学序説（講義）」（昭三二）Ⅱ一四二頁、「順法精神」（昭三四）Ⅳ一一二頁等にみることができる。とくに裁判について述べられているのは、「社会構造と裁判」（昭三五）Ⅲ二頁、「裁判過程と日本社会」（昭三六）Ⅲ三〇頁、「日本人の法意識」（昭四二）Ⅳ二二六頁（とくに第五章）などである。

(34) 川島武宜「『法』の社会学的理論の基礎づけ—法的社会制御を中心として—」(昭四七) Ⅱ二六〇頁、「争いとその処理」(昭四七) Ⅱ一六〇頁、「『法』の科学理論」(昭五二、昭五七に加筆された) Ⅱ二九七頁、「争いと裁判」(昭五二) Ⅲ一九三頁。

(35) 六本佳平「戦後法社会学における『生ける法』理論」石井紫郎編『日本近代法史講義』(青林書院新社・昭四七) 二四一頁。同「法社会学における法の概念」潮見俊隆編・社会学講座9『法社会学』(昭四九) 三一頁。

(36) 例えば、「従来『法』とよばれてきた現象には大きくわけて二つのものがあった。その一つは『権利』の保護・調整を内容とする規範であって、これは規範内容の平面における『法』の概念であり、もう一つは、組織された政治権力の強制というサンクションを伴う規範であって、これはサンクションの平面における『法』の概念である」川島武宜「法と道徳」(昭三四) Ⅱ九四頁・一〇八頁。

(37) 川島武宜「『法』の科学理論」(昭五二) Ⅱ二九七頁・三一六頁。

(38) 前注(37)同所。

(39) 前注(37)論文三二三～四頁。また、三二九～三三頁。

(40) 前注(37)論文三三七～八頁。

(41) 前注(37)論文三三九～四〇頁。

(42) 前注(37)論文三四三頁・三四七頁。

(43) 前注(37)論文三五二～三頁。

(44) 前注(37)論文三五四頁。同所の図をみよ。

(45) 川島武宜「争いと裁判」(昭五二) Ⅲ一九三頁・一九九頁。

(46) 前注(45)論文二〇二～三頁。

(47) 前注(45)論文二二二頁。

(48) 前注(45)論文二三一頁。

(49) 前注(45)論文二四〇～一頁。

(50) 前注(45)論文二四五頁。

(51) 例えば、ロン・フラー（Lon L, Fuller）は、「紛争当事者に証拠と理性的論証の提示の機会を保障しようとする制度的枠組の中で決定が行なわれる」ことを裁判、行政的審判廷、仲裁等（裁定（adjudication）と総称される）の特質である、とする。Lon L. Fuller "The Forms and Limits of Adjudication" in his The Principles of Social Order(edited by K. I. Winston). Duke University Press, 1981. pp. 93-4: また、合理的な決定それ自体を動的に構成しようとする努力も見られる。R. A. Wasserstrom The Judicial Decision, Towards a Theory of Legal Justification, Stanford University Press, 1961. David Collingridge, Critical Decision Making, A New Theory of Social Choice. Francis Pinter, 1982. など。

(52) 「それぞれの権利規範の体系は、それぞれの利益のために存在しています。社会における利益の対立は、権利規範の対立としてあらわれ、権利の自己防衛或いは自己拡張は、権利規範相互のあいだの戦い（ひろい意味での）をひきおこします。このようにして、権利規範をめぐる諸々の力の対立・緊張・発動がおこります。政治権力による権利規範のサンクションという現象は、この力関係においてきわめて重要な機能を果たすことになるのです。」川島武宜「法社会学序説（講義）」（昭三二）Ⅱ二四九～五〇頁。ここにみられるように、生ける法（権利規範）と国家法（国家的サンクションをうける規範）との関係は、諸の社会的勢力の間の対立拮抗という一般的過程の中にあるものである、という説明がなされているにとどまっていたと思われる。