

Title	裁判論緒編
Sub Title	The introduction to "Saiban-ron"
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.2 (2008. 2) ,p.1- 14
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080228-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080228-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 裁判論緒編

## 序論

一 裁判論とは何か

二 裁判論の必要

## 第一章 裁判論の前提

一 前提の立て方

二 法と国家

## 第二章 真正法規範

一 真正法規範の概念

二 真正法規範と自然法

三 真正法規範の主体

四 真正法規範の性質

五 真正法規範と実定法との関係

六 従前の自説との関係

伊  
東  
乾

## 序論

### 一 裁判論とは何か

此処で「裁判論」と呼ぶのは、「真正法規範」を中軸に据えた民事訴訟法学のことである。裁判の手続きとしての・現行の・民事訴訟を対象とする実用法学である点で、普通に行われている民事訴訟法学と異なる所はなく、取りあげられる諸問題も、また、いわゆる民事訴訟法学と総て同一である。異なるのは、現時・普通の・民事訴訟法学が、「実定法」の「解釈学」として構成されているに對し、これは、「真正法規範」を軸とする体系の再構築を企図するものである、という点に存する。そうした再構築は、裁判の内容に作用する実体法の捉え方とも連なることになるものであるから、訴訟法学というより、むしろ、裁判法学と呼ぶ方が相応しいであろう。だが、一部に、既に、裁判所の種類・組織・構成・権限を一望する「制度論」が、「裁判法」と呼ばれているので、それとの混同を避けるため、「裁判法学」と呼ぶことを避けて、ことさらに、これを、「裁判論」と名づけたのである。

### 二 裁判論の必要

勝義の法学は、今日、実定法以外の一切の要素を法源から排除することを、すくなくとも暗黙の諒解としては、その前提に樹てている点で、一致しているように、観察される。そうした姿勢が意識的に取り上げられるとき、法学者も自らこれを法実証主義とか法律実証主義とか呼んでいるように、右の基本姿勢は、一般実証主義の、法学への顕現に他ならない。実証主義は、しかし、人間から、その見えない側面（実証できない側面、実験できず数量化できない側面）を切り捨ててしまうから、爛熟に至れば必ず人間の幸福を毀損せずには置かない建前である。

一般実証主義がそうである以上に、法学上の実証主義になると、その危険が一そうに大きい。法、従つて、法学は、人の実生活に直接に関わるものだからである。だからこそと云つて、逆に、実定法だけに注意し、これに従つてさえいれば、アトは完全に各人の自由だとして置いて呉れることの方が、却つて、私どもの幸福を担保することになるのだ、と、そう説く論法も有力であつて、人は決して法律世界だけに生きるものではないということが、好んで援用される論拠になつてゐる。だが、それは、実定法が節度を守れば、の話であらう。実定法自体にそれが節度を守るといふ保障はなく、現実にも、実定法がそれ自体として、人の幸福を毀損する例も、大小、決して、すくなくはない、という事実を、人は見過ごしてはならない。実定法が節度を守り、その重要にして貴重な使命を完うしうるためには、その背後に、単なる理念としてではなく、また、運用のための政策論や哲学としてではなく、端的に、実践上の法源として、「真正法規範」を置くことが、絶対の必要である。そうした「真正法規範」の意味および性質、そうして、その捉え方を明らかにするとともに、これを予定する場合の・実用民事訴訟法学を構築しようとするもの、それが、「裁判論」に他ならない。

## 第一章 裁判論の前提

### 一 前提の立て方

法学が、およそ、法と国家との、概念論・価値論を前提としないでは成り立たないこと、当然であらう。だが、実定法は国家のその時々々の政治情勢に左右されるものであるから、法実証主義のもとでは、基礎的な概念と、基礎に置かれるべき価値観が、法学界内部の内輪話として構築されるかぎり、法も、また、常に、一部の人々にのみ奉仕するものとして終らざるをえない理屈である。その「一部」が、歴史と政治の産物として、時所によつて

変転するばかり、ということになるのである。当該「一部」からハミ出した人々にとつて、法は、常に、ただ、無縁のチカラとして立ち現れることになるわけである。無縁なるが故に法もまた全くこれら圏外の人々には触れることがないというのなら、無縁でも当面は支障がないということになるであろうが、事実上は、無縁のハズのチカラが、そうした圏外の人々にも、たとえば損害の補填を求め、たとえば、また、刑罰を科すことによって、決定的な影響を行うのである。圏外の人々は、だから、ただ運命としてのみ、降りかかる不利益を甘受せざるをえないことになる。こうした弊害が幾分でも避けられるのは、時代と政治とが多少とも民主的な思想によって支配される場合に限られるのであるが、実証主義法学の下では、法学者に、歴史の気紛れきまぐれを阻止し、政治の野心を砕く手段が与えられていない。話は、だから、法学の前提をなす法および国家の、概念と価値とについても、これを、法学世界の内輪話から取戻して、社会の一般人士の対論に委ねることから、始められなければならないことになる。そのキツカケを作るために、著者は、別途、専門外の一般人士に向けた対論資料として、口語体・手紙形式のパンフレット『法学の底の底』を出した。これは、入門書でもなければ、解説書でもなく、著者自身がズブの素人の立場に立ち、同じくズブの素人たる一般人士の一人を想定の相手に置いて、対論方法で、「法」および「国家」の、正体と使命とを、追求してみた記録である。

## 二 法と国家

前掲書を以てする検討によれば、真実に「存在」するもの、それは、ひとり、ただ、個人としての人間あるのみ、で、あった。その個人が幸福の保持・増進のために「道徳」を作つて妥当せしめる生活集団が「社会」であり、社会に権力的な統治機構を接続して社会の使命を完うせしめる仕組みが「国家」である。権力的統治機構の動力を成すチカラの、種類および性質、そして、また、その行使の機関・要件および手続きを定めるルールが

「法」であるから、社会も国家も、道徳も法も、すべて、同じく、個人の幸福に奉仕するものである。これら無しに、人間個人は生きることが出来ず、すくなくとも、幸福には生きることが出来ないから、それは人間個人にとって不可欠の重要な道具であるが、決して人間個人がこれらに従属するのではない。従つて、道徳も法も、常に、実際に、個人によって作られなければならない。また、社会生活・国家生活、道徳的判断・法的判断の、あらゆる場面において、「個人の尊厳」が、最高価値として堅持せられなければならない。

以上が「裁判論」の前提に置かれる概念と価値判断であつて、以下には、これを前提として所論を展開する。此処までの前提部分に関するかぎり、すべて、その論証は、前掲書に譲られるのである。

## 第二章 真正法規範

### 一 真正法規範の概念

甲乙間に、実際に、何か、現実的・具体的な利害ないし関心の不一致が生じ、且つ、それが、権力的な調整の必要を生ぜしめているとき、人は、**「真実」、「実定法」**だけでこれを処理しているであらうか。

第一に、「**実定法**」を知らない者が、「**実定法**」による処理を考へることはないであらう。にも拘らず、この場合、人は、「**実定法**」を知る者に相談したり、「**実定法**」の解説書を調べたりするその以前に、既に、みずから、「**こうすべきだ**」・「**こうあるべきだ**」という意識は持たないわけに行かない。漠として捕捉しえない意識であらうと、変転して定まらない感想であらうと、**べきだがべきだ**である限り、客観的には、其処に、法規範試案なしその萌芽と構成しうるものが生まれてゐることを、否定することが出来ない。それが、道徳や美醜や、単なる感情的な対立から区別され、而も対人関係に関わるかぎりでは、ここにも「法」があると、言わなければならぬ。

い。

また、第二に、甲・乙の一方もしくは双方が「実定法」を知る場合にも、その「解釈」は、人によって異なるのではないか。実定法の「解釈」が、学者間においてさえ、第一説・第二説・第三説と、殆ど例外なしに分岐する事実が、これを証明しているであろう。極めて稀な例外として、解釈が岐れることのない実定法もないではないとしても、「解釈を『予定』しない実定法はない」、と説かれていたであろう。或る時点で解釈の岐れない実定法も、次の時点では、解釈の分岐を来たすのが、実状でもある。それにも拘らず、一回的な事件の処理は、その都度、孰れかの解釈を通じて行われるのであるから、複数の解釈からその解釈を選択・採用した関係者の法意識が関与していることを承認しなければなるまい。そうした関係者の法意識は、解釈多岐という姿で存在する実定法そのものではないわけだから、ここにも、実定法以外の「法」がある、と、言わなければならない。

そうして、第三に、「実定法」にも欠陥けんげつがあるということは、普通にも、よく言われていることであろう。欠缺領域に生じる法律問題の処理が実定法によらずに行われるほかないことは勿論で、その場合の準則は、矢張り、関係者の法意識以外にはありえない、と、言うべきである。

これら、「実定法」以前、「実定法」以外に、現実には、具体的一回的な利害ないし関心の衝突を、権力的に調整するために作用するところの、関係者自身の個人としての規範意識、それが、「真正法規範」に他ならない。

## 二 真正法規範と自然法

真正法規範が「実定法」ではないということは、すなわち、それが「自然法」だということを意味するか。否、……。

「自然法」という概念自体、極めて多義的で、まことに様々なものがこの言葉で呼ばれてきたし、また、現に呼

ばれている。「実定法」という呼び名は、もと、自然法からこれを区別するために登場した名称であるが、そうした「実定法」概念の定着以後は、むしろ、自然法という言葉は、実定法ではないもの、という空虚な意味をしか持たないに至っている。今日では、もはや、自然法という名称には、一頃の<sup>ひととき</sup>のような指導的・建設的な意味はなくなってしまうのである。そのような空虚な意味でなら、真正法規範も、また、一種の自然法に相違ないであろうが、そう規定することは、空虚であるが故に無意味で、却って正しい理解を妨げるであろう。人は、よろしく、端的に、真正法規範は、誰によって・どのような場合に・どのようにして作られ、且つ、どのような作用を行うかを、そのものとして、検討し・理解しなければならぬ。

なお、現時わが国の法学界には、従前の自然法論がすべて肯定しえないものであることを前提としつつ、なお何らかの意味での新たな自然法の再発見が必要なのではないかという問題提起が行われ始めている。これは、実は、解釈者が有らゆる既存の解釈理論を縦横に駆使してみても、なお「解釈者自身」が満足しえない場合がどうしても残るといふことの自覚であつて、これは、まさに、「真正法規範」の存在を証示するのである。

といふことは、しかし、決して、「自然法」ばかりが多義的であつて、「実定法」の方は一義的だ、といふことではない。「実定法」の方も、また、そのものとしては多義的で、時には、それは、ただ現行法という意味で用いられることもあり、また、その生成過程に何らかの人為が関与する法規範がすべて実定法と呼ばれることもある。ところが、偶々、現下、我が国の法学界には、国会が所定の手続きで制定し且つ公布に付した成文法規を「実定法」と呼ぶことにおいて、(すくなくとも暗黙には)、姿勢を一致させている事実が認められる。理論的に翻案すれば、憲法(成文憲法たると不文憲法たるとを問わない)が立法機関と定める国家機関の・成規且つ明示の・立法、といふことになるであろう。その場合にも、合理的な範囲では立法機関が他の機関に立法を委任し、もしくは授權することも、許されるはずであるし、立法機関がみずから予定もしくは採用する法規範には、不文でも



その効力を認めなければならぬハズであるから、正しくは、立法機関の成立、成文法規範およびこれと一体をなす成文・不文の法規範の全体、と言わなければならない。そうした規範体系に属する法規範だけを「法」と認め、他に一切の法源を認めず、とりわけ解釈者の個人的価値観を厳格に排除するのが、現時の法学の特質であつて、これが、普通に、法実証主義または法律実証主義と呼ばれているのである。およそ、概念は、取り上げられる問題との関係で最も有意義な内容においてこれを定めるべきであるところ、法実証主義の検討ほど、「法のあるべき姿」を考究するに適切な素材はない。「真正法規範」論は「法のあるべき姿」探究の結晶であるから、その問題意識との関係で最も有意義な「実定法」の概念規定は、右に傍点を付して示したようなそれで行わなければならない。且つ、また、(現時点での実状はそうなっているという)歴史的な現象の認識は、その条件を自覚しつつ行われるかぎり、時所の異なる場面についても応用可能で、その意味で、普遍性をも持つのである。本書が「実定法」と呼ぶものは、(冒頭から此処までがそうであつたとともに、此処から以後の論述中でも)、右に示した概念規定に服するものとする。

### 三 真正法規範の主体

真正法規範は、甲野太郎・乙野花子というような個人としての人間がこれを作る。すなわち、真正法規範の立法権は人間各個人に属するのであつて、これを(人間)個人の「法主体性」という。(人間)個人は、国家でなく、また、概ね、権力的統治機構の動力たるチカラの主体でもないが、国家があるならその権力的統治機構はどのようなチカラを持つべきであり、また、それは、どのような要件のもとに、どのような場合に、どのようなカタチで作用すべきかは、考えることが出来るのである。逆に、国家自体には、思惟し判断し決定する能力はないから、個人がこれを考えるほかないのであつて、どのような国家においても、ひとりひとりの個人が、窮極且つ本来の

立法権者たらざるをえないのである。普通にも、民主国家では、立法権は国民に属するとされるのであるが、その場合の「国民」とは、ひとりひとりの個人の出生・死亡とは無関係な、一種の概念的な存在に過ぎまい。そうした概念的な意味での国民が立法権者と定められうるその根拠も、実は、もと、ひとりひとりの個人に立法権が帰属しているからに他あるまい。だから、非民主的な国家で、立法権が憲法上は国民にない場合でも、窮極の立法権者はひとりひとりの人間個人であるという道理に変わりがあるはずはない。たとえ憲法がこれを無視しようとしても、憲法によって個人が存在しなくなることなど、ありえない道理であるから、この場合にも、また、ひとりひとりの立法権が失われることは決してない、と考えるほかない。

「実定法」は、こうした道理を前提としながら、その個人の「立法」が関係者間に一致しない場合の、対象生活断片の暫定処理を行うための「暫定法」なのであるから、暫定法をどのようにして定めるかも個人人間の対論によって決まるべきものであるところ、その結果、たとえ権力的統治機構中に「立法機関」が作られても、それは、「暫定法」の立法機関であるから、これによって窮極・本来の立法権の所在が変わるはずはない。人は、ただ、自己の主張を肯定しない他の個人との関係では、絶対。に実定法に従わなければならない、ということになる。なるだけの話である。この約束が実定法をして暫定法としての使命を果たさしめる動力になるのであって、ここから所謂「遵法義務」が生じるのであるが、「実定法遵守の義務」が、「真正法規範」に争いが無い場合の關係人間での「真正法規範の妥当」を妨げる道理はない。

ただし、人は、「法主体」の語義を誤ることがあつてはならない。それは、「法を作る者」という意味であつて、法が保護しなければならない行動主体を指す語ではない。たとえば、民法学が自然人と法人とを捉えて、これを客体としての「物」との対比で「主体」と称する場合、そこで言われる人の主体性とは、権利の主体であつて法の主体ではない。あるいは、また、国際法学が国際法の主体は国家であつて個人ではないというとき、そこで

「主体」とされるものも、権利の主体であって「法の主体」ではない。言葉の用い方がいくら便宜に従えばよいものであるにしても、「法を作る者」と「作られた法によって保護せられる行動主体」とが実質的に混同される結果は避けなければならない。「法主体性」の語は、厳しく、「法を作(り得)る者」の意味においてのみこれを用いることが、講学上、賢明である。

#### 四 真正法規範の性質

いくら各個人が窮極・本来の立法権者であるとしても、人の好き勝手・言いたい放題の主張がすべて真正法規範になるわけではないこと、言うまでもあるまい。それは、「法」の主張でなければならぬのであるから、法が、もともと、前記のように、人の集合生活を前提として、お互いの幸福の保持・増進のために、国家権力の関与が必要な場合のために、その要件と手続きとを定めるルールなのであるから、そのようなものであろうとする意見の表明だけが、「真正法規範」たりうるのである。そうではない審美上の意見や自然法則の提言、あるいは、また、道徳としての要求や説示などが、「真正法規範」になる余地はない。況や、単なる感情表現・理由を問わない利益主張や拒否宣言、威迫・いやがらせ・駄々こね・横車、等々は、はじめから「真正法規範」と無縁である。

右の限度を超えて、たとえば、起こされた主張が、要件にして同一であるかぎり、眼前の甲乙間に限らず、誰と誰との間にも妥当するものであって、それ故にこそ、此処、甲乙間にも妥当するものとされていること、また、たとえば、これは要件ごとに異なることが許されず、常に且つ誰にでも妥当すべき取扱いであり、それ故にこそ、今次の、この、甲乙間の事件にも妥当するものとされていること、というような要件は、もはや、主張される「真正法規範」の当否の問題であって、その成立・不成立の問題ではない。当否は既に人の価値観に委ねられる

べきであるが、「真正法規範」としての成立の要件は、当事者が変わっても変わることがないとしなければならぬものである。

##### 五 真正法規範と実定法との関係

真正法規範は個人が定立する法規範であり、実定法は国家の（成文・不文の）憲法上の立法機関が定立する法規範であるが、国家は個人が作るもので、国家が個人を作るのではないから、本質的な意味で「法」と呼ばざるをえないのは真正法規範であつて、実定法は言わば技術的な意味での「法」としてこれに対峙することになるわけである。

だが、実定法なしに真正法規範が機能することは、事実上に不可能であろう。真正法規範は各個人胸中の法であるから、主張して説得しえた相手方との間でのみ妥当すべきであり、そうでなければ、主張者の立法権が相手方によって毀損されるか、相手方の立法権が主張者によって毀損されるのであるから、妥当のためには対話・対論の実りを必要とするところ、対話・対論は常に必ずしも実りに達するとは決まらないからである。適時に法が知られないときは現実の方が死ぬであろう。対論が実りに達しない場合に当座・当面の処理を図るもの、それが実定法であるから、実定法を埃つて、はじめて、真正法規範もまた、「現実を殺すもの」という非難を免かれ、「法」たるの権威を保持することができるのである。すなわち、真正法規範にとつて、実定法は、缺くことのできない補足たるに他ならない。

同時に、しかし、他方、実定法は、当然に真正法規範の存在を前提とする。それ自体としては「存在」と言えない国家の立法機関が多少とも個人を拘束しうるのは、国家が「存在」たる個人によって作られ、従つて、その個人の立法権に奉仕するからであつて、真正法規範がなければ実定法にも妥当の根拠がないからである。

その実定法を「暫定法」というのは、既述のように、関係者間の対論が実らない場合、当面の問題を、真正法規範に代わって「暫定的に」処理するものだからであり、その意味では、真正法規範の「代用品」という意味であって、完成途上にあるものとか、生成中の法とか、そういう意味ではない。およそ人間関係の現象で既に完成したものなど有るはずがなく、すべては変化の途上にあり、真正法規範でさえも、真正法規範そのものとして、常に、「未完成交響曲」なのであるから、「暫定法」を以て未完成法と考えてはならない。たしかに、用語として適切かとの問題は残るけれども、他に然るべき呼び様がないだけのことであるから、「暫定法」という名称の「語義」が取違えられることのないことを、念じて置きたい。

いずれにせよ、こうして、真正法規範と実定法とは、互いに他を俟つ存在なのであって、一つを他から切り離して考えることは出来ないのである。

だが、互いに他を俟ちながらも、この両者の間には、決定的な様相の相違があることに、注意して置かなければならない。最大の相違点は、真正法規範が、甲乙間の対論を俟ち、対論が実るのを待つて、甲乙間のみ妥当するに對し、実定法は、予め公布されることを要件としつつ、国民の全体に妥当する、という点に、顕れる。対論が実らないのに、甲の所見が乙を拘束し、乙の所見が甲を拘束するのでは、互いに他の立法権を毀損するから、真正法規範は対論の実った者の相互間に個別的に妥当するほかに對し、予め公布せられ、周知せしめられていなかった判断が、対論不実の場合に急にシャシャリ出て甲や乙を拘束するのは、これは第三者による甲や乙の立法権の侵害になるのだから、実定法は、予め公布せられ・周知せしめられて、国民の全体に對して妥当するのである。これが「実定法」の「普遍妥当性」であって、真正法規範にこの意味での普遍妥当性はない。だが、この意味での普遍妥当性とは、形式的な意味での普遍妥当性であって、規範の内容が、条件にして同一であるかぎり、当面のケースについてだけでなく、すべてのケースに妥当するという意味での実質的な普遍妥当性とは異

なる。実質的な意味での普遍妥当性は、概ね、真正法規範についても要求せられることになるであろう(ただし、それは、既に対論のテーマにならざるをえない)、真正法規範に形式的な意味での普遍妥当性はない。甲乙間かぎりに妥当する法ということを言われて、そんなものが「法」と言えるのかという、よく起こされる疑問は、実定法に特有な形式的普遍妥当性をもって、「法」の(それこそ普遍的な)属性と決めてかかる偏見に坐すものである。

右のほか、真正法規範が一回かぎりの事象を機縁として現実的な関心のもとに(その意味で具体的に)捉えられることが多いのに対し、実定法は常に将来の事象に備えて仮定的に(その意味で抽象的に)立法される点が、両者の相違するところと見えるかも知れないが、真正法規範を将来の事案に備えて言わば仮定的に定立することも不可能ではないし、実際にも、その例が、決して少なくはないから、これを両者間の相違と見るのは当たらない。

また、真正法規範については、公布がありえない所から、果して「法」の主張になっているかどうかというその「成否」を、主張せられた「法」が内容的に適切かどうかというその「当否」の判断以前に、誰が・何処で判断するのかという問題が生じそうに見えるかも知れない。だが、「当否」が正に甲乙間の対論のテーマであること言うまでもないところ、成否と当否とは実は不可分であるから、ここで、当否とは別に、成否は、国家機関ないしその他なんらかの第三者的判断機関に委ねられることにしてしまつては、既に、この点で、甲乙間の対論が制約されてしまうことになる。すなわち、成否の判断は、当否の判断と併せて、同時に、相手方の吟味にかけられるのであって、此処に、国家やその他の何らかの第三者的判断が登場する余地はない。後述するように、此処には、まだ、裁判所とか裁判とかの、登場の余地はないのである。

## 六 従前の自説との関係

従来、著者は、右のような「真正法規範」を、具体法と呼んだり、実質的実定法と呼んだり、本来の法と呼んだり、法規範試案と呼んだり、様々な名称で呼んできた。すべては、ただ、当面の問題は、実定法だけを見ていては解決できないという、問題の提起に過ぎないものであった。それが無ければ法の理解が完成することなく、勝義の法学たる「解釈法学」もまた真実には成立しない何者かが、哲学的な意味においてではなく、実用法学そのものの平面に存在するという予覚を深めつつ、而も、それが何であるかを、みずから、なお、捉え切れずに居たための、放浪であった。本書は、この放浪に一応のピリオドを打つために著すものであるから、本書に「真正法規範」と称するものが、旧著の同一問題の論述中で前掲のような他の名称で呼ばれている場合は、旧著・旧稿の当該箇所における前掲のような呼称は、すべて、これを、「真正法規範」と改めさせて戴きたい。

取りわけ、著者は、具体法論者と呼ばれることが多い。著者が「真正法規範」の追究を、先師の具体法理論の承継から始めたことによるであろう。先師の唱導は、真実、偉大な啓蒙であった。しかし、抽象とか具体とかの捉え方では、到底、法の真姿に迫ることが出来ない。法の、形式的普遍性と実質的普遍性とが混同され、法とその適用結果とが混同され、具体性と一回性とが混同されるなど、却って正しい解決を困難にする。具体法の「具体」という形容句には捉われることなく、本書に説く所をもって「真正法規範」の概念を理解して下さることを、お願いしたい。

(以上 緒編 完、二〇〇七年二月稿)