

民事訴訟の目的論に対する現代思想的考察

上田, 竹志
九州大学大学院法学研究科修士課程修了

<https://doi.org/10.15017/2264>

出版情報：法政研究. 68 (3), pp.55-95, 2001-12-27. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：

民事訴訟の目的論に対する現代思想的考察

上田 竹志

第一章 はじめに

第一節 目的論を論ずる意義

本稿は民事訴訟の目的論を論じるものである。

第一章 はじめに

第一節 目的論を論ずる意義

第二節 「現代思想的考察」の意味

第二章 従来の目的論

第一節 予備的考察

第二節 諸説の分析

第三章 検討

第一節 内部／外部

第二節 現在の理論状況

第三節 形而上学と否定神学

第四節 否定神学の可能性

第四章 おわりに

民事訴訟の目的論を論ずる意義は、通常は「民事訴訟制度の実現すべき最高の価値を解釈論・立法論の指導標として主張するところにある」と^①とされており、民事訴訟法の体系書の多くには、冒頭に目的論、訴権論、あるいは解釈論の指標となる諸概念に関する言及がある。しかしその定義にもある通り、目的論に関する議論は従来、具体的解釈論とは理論的に違う位相のものとされ、それゆえに「訴訟法理論の体系化のために観念の所産として構築された論者自身の哲学論の披瀝という傾向が強く、具体的な訴訟手続の運用や解釈論に響くところもあまりなかったし、訴訟が現実に果たしている機能や役割に足をおろして議論をたてようという意欲も乏しかったように思われる」との指摘が既になされている。また、目的論に関する議論は抽象度が高く、議論を相互にかみ合わせる事がしばしば困難で、実効性のある議論が困難な場として観念されていたようにも思われる。

民事訴訟の目的論と解釈論は、どのような関係にあるの

か。高橋教授の分析によれば⁽³⁾、従来の目的論をそれぞれ分析することによって、目的論の意義には歴史的に見ても以下のような多義性があつたとされる。

- 1 立法論、解釈論の基準、指導標としての目的論
- 2 考察方法、方法論の側面としての目的論
- 3 体系化のための目的論

ここでさしあたり指摘できるのは、上記の多義性に対してお互いの論者の理解が必ずしも十分でなかったため、議論相互のかみ合わせが悪くなり、結果として目的論に関する議論を実効性に乏しいものにしていったのではないかという問題である。したがってここで議論の実効化のために把握されるべきは、目的論の訴訟法理論全体における位置付け、すなわち、目的論の理論形式であつたということができる。

しかし目的論は、上記のような多様な意義を全て等価に含むものであろうか。目的論はその存在自体から、必然的に特定の理論的位相を要求されるのではないかという疑問が出てくる。

高橋教授の指摘によれば、目的論という論題を大きく取り上げそこに体系の一節を割くのは、他の法学には散見されない民事訴訟法学特有の現象である。⁽⁴⁾ならばこの「目的

論が存在する」ということそれ自体が、それだけで既に一つの問題ではないのか。すなわち、我々は「民事訴訟的目的は何か」という問いに先立って、「民事訴訟法学に目的論があるとはどういうことか」という問いを検討しなくてはならないのではないか。目的論の意義を、目的論の存在自体から考察すること、この目的論に関する第一の問いの転回を、「目的論の存在論的転回」と呼ぶことができよう。⁽⁵⁾

民事訴訟法学では他の諸法学の領域には見られないほど目的論の意義が重要視されている。このことは、民事訴訟法学はその学問領域に特有の理由から、目的論的な問題に対して応答を要請されているということを示唆していると考えられる。したがって、「目的論があるとはどういうことか」という問いは、民事訴訟法学が学問対象とする民事訴訟制度の特質から考察されるべきである。

民事訴訟制度の特質とは何か。私見では、それは何よりも民事訴訟制度が当事者の主張立証活動を機軸に、「現実の」紛争を処理する制度であるということである。訴訟の場においては、紛争当事者が主張する権利やその態様、紛争当事者間の関係は多種多様である。そしてそれらに対して理念的な法体系（あるいは理論体系）は、いかに精緻な理論構築を試みても、決して自己自身のみでは応答するこ

とができない。民事訴訟法学はこの訴訟の場というものを学的対象にするため、この紛争の、そして紛争当事者の多様性というものも、必然的に学的対象にせざるを得ない。したがって、民事訴訟法学は他の法学諸領域に比して、この理念的法体系（法理論）と現実的な紛争の多様性の関係、「法と紛争」の関係に関する問題がより深刻に先鋭化するものであり、そのため単に法体系を理論的に構築するだけでは足りず、他の諸学問に先立って、この「法と紛争」の関係が投げかける問題に取り組まなければならない。それゆえにこそ、その問題に応答するために、民事訴訟法学には解釈論と理論的位相を異にした目的論という論題が存在するのである。これが民事訴訟法学における目的論の、存在論的意義であると本稿では考えたい。つまり、民事訴訟の目的論とは、「法と紛争」の関係をめぐり、ある意味で解決不可能な問いに対していかに身構えるかという、個々の理論定立に先立った態度決定なのである。

第二節 「現代思想的考察」の意味

本稿では以上のような目的論的問題を考察するに当たり、既に述べたように目的論の理論形式に着目して以下の検討を進めることにする。ここで言う「理論形式」とは、本稿

においては、端的に「法と紛争」の関係そのものを示す。そしてこの検討のために、いくつかの理論装置を民事訴訟法学外の学問領域から参照する。この点について、本論に入る前に、まず本稿で用いる、「現代思想的考察」の意味につき説明したい。

本稿の定義における「現代思想」とは、特に二十世紀の人文社会諸科学の学問領域（数学、精神分析学、言語学、哲学、経済学など）に関して、その各々の専門的な内容を還元した、思考の形式そのものだけを純粹に問う学を指す。この思考形式に関する議論を法学、特に民事訴訟法学に対し適用することも十分に可能であると、本稿では考える。

したがって、また本稿の試みは、例えば、他学問における学問的成果を民事訴訟法学に応用する方向性とも、他学問における理論的準拠点を用いることによって法学あるいは法実践を対象化する試みとも異なり、本稿中に他の学問領域の概念や語用法が出てくるとしても、それはその学問の内容ではなく、あくまでもその理論形式のみを参照するものである。

筆者の理解では、現代の人文社会諸科学は、様々な理論バリエーションを持ち、実質的には様々な学的功績を上げている一方で、理論形式的な面ではどの分野においてもほ

は同型の問題に直面している。それはごく簡潔に言えば、「理論は現実の多様性にいかに対応するのか」、そして、「理論は自己自身の妥当性をいかに理論構築（証明）するのか」という問題である。これは民事訴訟法学に引き直して言えば、「法解釈理論はいかに紛争の多様性に対応するのか」、「法解釈理論はいかに自己自身の正統性を担保するのか」という問題と重なる。そして現在の民事訴訟法学は、特に手続保障説の出現によって、この理論的困難に対し何らかの形で応答を要請されている、というのが本稿の基本的な問題意識である。

- (1) 新堂幸司「民事訴訟制度の目的論の意義」同『民事訴訟制度の役割』（平成五年、有斐閣）四七頁（初出は法学教室（第二期）（昭和四八年）一号六六頁）。
- (2) 井上治典「民事訴訟の役割」同『民事手続論』（平成五年、有斐閣）六頁。
- (3) 高橋宏志「民事訴訟の目的」同『重点講義民事訴訟法〔新版〕』（平成一二年、有斐閣）一五頁以下。
- (4) 高橋・前掲（註3）二二頁脚注40。
- (5) 「存在論的」の概念は、マルティン・ハイデガー『存在と時間 上』（細谷貞雄訳、平成六年、筑摩書房）四八三頁。

第二章 従来の目的論

本章では、従来の諸種の目的論を、その各々の目的論が本稿の主題とする「法と紛争」の関係に対する態度決定という視点から見て、いかなる理論的意義を持つかという点に焦点を当て、分析を試みる。

第一節 予備的考察―概念と名称について

通常、民事訴訟の目的論を論じる際には、戦前のドイツにおいて私法秩序維持説と権利保護説の対立（および二説の日本への輸入）があり、戦後、日本では兼子一博士によって紛争解決説が提唱され、この説が三ヶ月章博士によって批判的検討を受けつつも支持されて従来の通説となるに至り、新堂幸司教授の多元説の登場によって目的論に関する議論は一旦収束に向かうも、井上正三・井上治典両教授によって手続保障説が提唱されてからは再び議論が再燃し、その後、竹下守夫教授の「憲法下における権利保障説（新権利保護説）」、高橋宏志教授のいわゆる「棚上げ論」などが登場した、という一連の歴史の変遷が描かれるであろう。また、これに加えて近時では、棚上げ論をさらに推し進めた和田吉弘助教授の「無用論」、手続保障説に

より具体的な方向性を持たせた川嶋四郎教授の救済保障説などが提唱されるに至っている。⁶⁾

さて、各説を検討するに当たってまず確認しておかなければならないのは、目的論諸論においては、その名前から表面上推察される内容と、実際に各説が力点をおいている内容に、しばしば重大な乖離が存在するということである。例えば、上記私法秩序維持説と権利保護説の対立は、決して「私法秩序」と「権利保護」の優劣を競ったものではなく、訴権論の対立（抽象的訴権説と具体的訴権説）や、ひいてはその論者同士の訴訟観そのものを大きく反映したものである。また、兼子博士の紛争解決説と三ヶ月博士の紛争解決説とでは、同じ「紛争解決」概念を民事訴訟の目的に据えつつも、その議論の方向性は大きく異なるものであるし（このため、以降では上記二説をそれぞれ兼子説、三ヶ月説と呼ぶ）、手続保障説の理論的重点は、従来の法解釈学の枠組から「手続保障」概念を検討しただけでは、決して掴み取ることでできないものである。

従来の目的論の問い、「民事訴訟の目的は何か」は、その解答として「民事訴訟の目的はXである」という形式、すなわち概念論としての目的論を要求している。しかし、このように目的論に関する諸概念（権利保護、私法秩序維

持、紛争解決等）をめぐって議論を進めることは、目的論という論題を制限された議論の形式の中に限界付けてしまつたため、妥当ではない。それゆえ、目的論を検討する際には、各々の目的論の背後にある論者の訴訟観そのものを直接視野に入れなければならない。差し当たりこの意味において、従来の民事訴訟の目的論の問いは、その形式自体に對し疑問符が付されるのである。

第二節 諸説の分析

本節では、従来の目的論諸説を、歴史的変遷に沿って検討する。検討に当たっては、補助線として二つの切り口を用意する。一つは、目的論の議論の端緒より大論点の一つとされた「権利既存の観念」をめぐる問題、今一つは、従来の目的論の形式「民事訴訟の目的はXである」に對する、各説の理論的態度である。

1 私法秩序維持説と権利保護説の対立

民事訴訟目的論の端緒となった、戦前ドイツにおける私法秩序維持説と権利保護説の対立において、両者の訴訟観に關する最大の根本認識の違いの一つは、権利既存の観念を採用するか否かであったと考える事ができる。すなわち、

権利保護説の中心的論者たるワツハが権利既存の観念を採り、訴訟の目的は法創造ではなく、法の確証にある（法＝権利は既存のものであり、静的である）としたの⁽⁷⁾に對し、私法秩序維持説の中心的論者たるビュローはこの観念を否定し、訴訟状態においては未だ浮動的であり、未完成な法状態を判決によって完成、実現させるといふ、裁判所による法創造機能を重視した。⁽⁸⁾

この権利既存の観念をめぐる両説の差異は、どのように理解すべきであろうか。まず、権利既存の観念を肯定する立場は、審判の対象となる権利が個々の訴訟に對して先立つと考えるため、逆転して考えれば、個々の訴訟は必ず審判の対象となる既存の権利に関する争いでなければならず、その意味で、「紛争＝法的紛争」の等式は自明のものとして等閑視でき、紛争はあくまで法にとって把握可能な客体に過ぎないものとして捉えられている。これに對し、それを否定する立場においては、訴訟の法創造機能というものを經驗的に認識しているがゆえに、紛争が必ずしも既存の権利に関する争いであることを予定していないと考えることができる。これを「法と紛争」の關係に関する問題に則して考えれば、権利既存の観念はそもそも、法と紛争の關係を自明視し、それ自体を考察の主題とするを要しないと

する立場であるのに對し、私法秩序維持説はこの自明視に疑問を投げかけ、「法と紛争」の間にある一定の距離、隔たりを注視している立場であると言えるのである。この意味において、権利既存の観念をめぐる問題は、本稿の視点から見れば、「法と紛争」の問いが、そもそも存在するか、かという、本稿にとっての第一の問題と重なることになるだろう。⁽⁹⁾

2 兼子説

兼子博士は、戦前においては私法秩序維持説を採用されていたが、そこにおいても訴えの目的を「特定の権利または法律關係の存否に関する自己の主張の当否に付て國家の後見的判断を得て其の法律生活の安定明確を期するにある」とされるなど、すでに権利既存の観念に對して否定的な立場を採っていた。⁽¹⁰⁾そして戦後、民事訴訟の目的を「國家權力による私人間の紛争ないしは利害の衝突の、解決調整にある」⁽¹¹⁾として紛争解決説が提唱されるに及んで、訴訟の前法律性を指摘し、また訴権として本案判決請求權を、既判力本質論として權利實在説を採られるに至る。このことから、戦前・戦後を問わず、権利既存の観念に對する否定的な態度は兼子説において、重要な理論的支柱の一

つであつたと捉えることができるのであり、このことから、兼子説は「法と紛争」の問題に、一貫して自覚的であつたと考えられる。

ここで問題となるのが、兼子説における「紛争解決」概念の理論的位置である。特に、兼子説における「紛争」の意味合いにつき、上野泰男教授の分析によれば、兼子博士が展開された解釈理論から見れば、ここでいう「紛争」とは、訴訟物構成された紛争、言い換えれば訴訟物そのものと考えてよいとする。⁽¹²⁾しかし本稿では、新堂教授の指摘にあるように、兼子説においては紛争というものの意味を議論の場面に応じて「生の紛争」と「訴訟物」という二つの意味で捉えていたことを重視し、少なくとも、論文「民事訴訟の出発点に立ち返つて」の段階で兼子博士が目的論問題を考察された際の「紛争」は、そこで主張された紛争の前法律性から見ても、社会に存在する生の紛争というものを念頭に置いていたという点に着目する。しかし、法的に構成された紛争でなく、本来は定義不可能な生の紛争に対して、「解決」という一定の働きかけを行うということは、一体何を意味するのか。

もとより、兼子説は三ヶ月博士の指摘にあるように、「現象的考察」と「機能的考察」が混在したものであり、⁽¹³⁾

それゆえにその中から「法と紛争」に関する明確な理論的態度を取り出すことは難しいとも言える。しかし、兼子博士が主張された紛争の前法律性や、戦前・戦後を通じた権利既存の観念に対する否定的な態度を斟酌するに、兼子説における「紛争解決」とは、それを通じて社会に生起する紛争の実態⁽¹⁴⁾「生の紛争」に到達しようとするための理論的試みであつたと考えることもできるのである。だからこそ、兼子説にあつては、「訴訟制度の目的は理論的な側面であるのに対し、その理想は現実の技術的、政策的な側面である」として、目的論的概念としての「紛争解決」と、技術的、政策的概念としての「適正、公平、迅速、訴訟経済」等がはっきりと峻別されたのである。つまり、後者の諸概念は、「個別の制度や建前」、つまり個別の法解釈学を導き支えるための法解釈理論内部の道具概念であるのに対し、前者は、その解釈理論そのものが「法と紛争」の関係というアポリアに応答するために、解釈論的概念とは別の理論的位相で要求された理論的態度決定の名称であると、ここでは考えることができるのである。したがって、目的論としての兼子説は、決して概念論的な紛争解決説、つまり「民事訴訟の目的は紛争解決である」という命題に回収できるものではない。

3 三ヶ月説

三ヶ月博士は「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」において、兼子理論に対する批判的検討を通じて、兼子説に「機能的考察」と「現象的考察」という二つの相異なる考察方法が渾融していることを指摘し、現象的考察を排して機能的考察に徹すべきであると説かれた。そしてここから兼子説における権利実在説、訴訟状態論を批判的に検討し、そしてその理論的態度から、「紛争の一回的解決」を重視する新訴訟物理論⁽¹⁵⁾、既判力本質論における新訴訟法説の理論的基盤としての「機能的考察」に基づいた紛争解決説を提起するに至る。

三ヶ月説においては、新訴訟物理論を採用していることから、権利既存と即断することはできないにせよ、兼子説において採用されていた権利実在説を「現象的考察」に属するものとして否定され、「機能的考察」に徹した民事訴訟の目的論として紛争解決説を採用されたことから見ても、権利既存の観念と親和性が高いと言うべきである。これを敢えて名指すならば、三ヶ月説においては、社会制度としての民事訴訟制度が個々の紛争に対して超越的に先立っていることから、「権利既存」に置き換えて、「制度既存」の観念と呼ぶこともできるだろう。

してみると、少なくとも本稿の立場から見れば、三ヶ月説は理論形式的に権利保護説と同じ立場に立っていると考えることができるだろう。すなわち、三ヶ月説は兼子説に対する批判的検討を通じて、そこから「現象的考察」に社会に生起する生の紛争を「所与の現象として単なる経験的事実として現象的に把握する」視点を捨象することにより、「法と紛争」の関係式から紛争の項を抹消したと見ることができるのである。したがって、三ヶ月説においては「法と紛争」の問題はそもそも生じない。こうして、三ヶ月説は、個々の紛争という不安定かつ定義不能な項を解釈理論から外すことによつて、安定的な制度理論としての民事訴訟法理論を構築することが可能となる⁽¹⁶⁾。この安定的な制度理論の中にあつて、三ヶ月説における「紛争解決」の概念は、従来の目的論として考えられてきた理論形式（「民事訴訟の目的はXである」と同一のものと考えてよいだろう。

4 新堂説

新堂教授は、論文「民事訴訟の目的論から何を学ぶか」において、緻密な当事者主義的解釈論を通じて従来の目的論諸説を検討し、そこから導かれる結論として、逆説的な

がら、「紛争の解決、私法秩序の維持、権利保護、いずれも民事訴訟制度の目的と考えて」よいと提唱した。そしてこれ以降、この説は多元説と呼ばれ、有力説の一つとなるに至った。本稿では、この結論としての多元説そのものよりも、この多元説が結論付けられた新堂教授の検討過程に着目する。

新堂教授は前記論文で、従来の目的論的諸概念がいずれもその抽象度の高さゆえに、解釈理論の道具概念としては実効性の薄いものであるという事実を明らかにしたが、そこで検討された諸概念、私法秩序維持、権利保護、紛争解決は、いずれもそれまでの目的論の変遷上たまたま提唱されていた概念と見て差し支えないだろう。つまり、もしも他の抽象概念（例えば、手続保障や、あるいは当事者救済など）がその時点で目的論として提唱されていたとすれば、やはり上記検討によって「いずれも民事訴訟制度の目的と考えてよい」とされたはずである。¹⁷⁾つまり、新堂説においては、民事訴訟制度の目的は、私法秩序維持、権利保護、紛争解決の三つのいずれも目的であるというよりも、端的に任意の抽象概念が（字義上適切なものである限り）民事訴訟の目的になりうるということを示したものと考えることができる。

これは何を意味するだろうか。ここでは、従来の民事訴訟の目的論の形式、「民事訴訟の目的はXである」という命題のXが任意の変項である（しかもそれが単数であるか複数であるかは問わない）ということが示されている。それならば、一体「民事訴訟の目的はXである」という命題を唱えること自体に、どれほどの意味が残されるのか。新堂説の最大の眼目は、まさにここにあると思われる。つまり、新堂説において最も注目されるべきは、結果として多元説が提唱されたことではなく、そこに至るプロセスとして従来の民事訴訟の目的論の形式（「民事訴訟の目的はXである」）そのものに疑問符が打たれ、その形式の無効化を宣言したところにあると、本稿は考える。この無効化宣言の持つ理論的重要性は後に詳述することとして、差し当たりこの意味で、本稿の視点から見て、新堂説は柵上げ論と強い親和性を持つものである。

このような理論的運動が起こった背景として、一つには、新堂説が当事者主義的解釈論を展開することにより、「法と紛争」の関係に対して自覚的であった点を挙げる事ができる。本稿の視点から見て、当事者主義とは、本来定義不能な項としての「具体的な紛争当事者」に、法理論が漸近してゆく理論運動である。これによって、従来静的な理論

体系の頂点であったはずの目的論概念は、具体的紛争の多様性の前に不安定になり、相対化されたと言えるのである。⁽¹⁸⁾

ともあれ、新堂説の登場以降、目的論に関する議論が一旦下火となったのも、以降の論者がこの無効化宣言というメッセージを、意識的にせよ、無意識的にせよ、何らかの形で受け止めたからではないかと考える。実際、目的論の理論形式が従来の「民事訴訟の目的はXである」に尽きるならば、新堂説の登場によって目的論は終焉している。これ以降さらに目的論の議論を深化させるためには、少なくとも従来の目的論の理論形式を超え出るものでなければならぬ。

5 手続保障説

手続保障説によれば、民事訴訟の目的は、「当事者間の実質的平等を確保しながら、当該紛争に妥当すべき当事者間の行為責任分配ルールにもとづいて論争または対話を尽くさせること」⁽¹⁹⁾にある。まずこの説は、実体法体系をきわめて柔軟に捉え、また、紛争の非法律的要素も弁論の要素として重視することから、権利既存の観念とは正反対の方向を志向していると考えるべきである。また、手続保障説は、具体的な手続を通じて形成されてゆく個別的な規範を

重視し、訴訟前にある実体法体系に画一的に従った紛争解決がなされることに懐疑的である。だとすると結局、静的な実体法体系は、個々の紛争に先立っているのでもなく、個々の紛争によって実現されるものでもない。つまり、それは個々の紛争処理のプロセスを通じて、一度も実現されることがないのである。これは確かに従来の解釈理論の立場から見て、眩暈を起こさせるような主張である。

この説は一般に、理解が難解な説でありまたそれが帰結する結論も不明瞭で、従来の民事訴訟法学のあり方に対するアンチテーゼとはなり得ても、解釈論の指標としてあるいは実際の紛争処理のための議論としての実効性があるのか、疑問が投げかけられることがある。⁽²⁰⁾しかし本稿は、この説は従来の説に対する単なるアンチテーゼにとどまらず、前出の語用で言えば、従来の目的論の理論形式を超え出た、あるいはそれを試みたものとして理解する。つまり、従来の解釈理論の立場から手続保障説を検討したときにしばしば言及される難解さや、意義の乏しさ（紛争解決説の類型に過ぎないのでないか、など）は、端的に従来の解釈理論とは理論形式を異にしているがゆえに生じる「誤解」に過ぎない、というのが本稿の理解である（この点を最も明確に指摘したのが、図らずも手続保障説に対して批判的

立場に立つ山本克己教授の分析であると考ええる。

それでは手続保障説の理論形式は、従来の目的論諸説に比して、何が決定的に刷新されているのか。詳細な検討は後述するとして、差し当たってここでは、手続保障説は「法と紛争」の關係に關し、すでに法の側に立つてはおらず、個別具体的な紛争の側に立つて、従来の解釈理論あるいは紛争処理機關としての民事訴訟を批判的に検討していると言ふことができる。言うなれば、手続保障説においては、思考の準拠点そのものが転換されているのであり、しかも、従来の法解釈理論にとっては最も定義困難であり、不安定な項として存在していた個別具体的な紛争へと、それは移されている。つまり、手続保障説においては、「民事訴訟の目的はXである」に対し、定義不能な項としての「紛争」を直接当てはめている、と考えることができるのである。

6 憲法下における権利保障説（新権利保護説）

竹下教授は自身の目的論を展開されるに当たり、従来の目的論を批判して、「憲法との關係について触れるところがほとんどなく、特に通説である紛争解決説にあつては、「時空を超越した民事訴訟の目的を論じているかのとき」

とされ、民事訴訟の目的を、憲法上司法権に与えられた役割、具体的には憲法三二条・七六条一項・八一条等から探究する。そしてそこから得られる民事訴訟の目的を、「実体法規範によつて認められた『権利』に、必要とされる『救済』を与えることによつて、これを司法的に保障することにある⁽²²⁾」と定義する。この説は、その後の山本和彦教授等の賛同もあり、現在では有力説の一つとなっている。

この説は、「権利」と「救済」の二つを、実質権（憲法を頂点とする実体法規範）に關する問題と、請求権（実質権の救済手段）に關する問題として別個に取り扱う。本稿はここに、新権利保護説における理論的特徴の一つが現れていると考える。

まず、「権利」⁽²³⁾ 実質権に關しては、これを既存かつ確定的なものと捉えるため、この点においては権利既存の觀念を採用していることは間違いないであろう。この権利の超越性を要求するものは、同じく民事訴訟法によつて超越的である憲法規範そのものであり、それゆえ民事訴訟法学は固有の立場からそれを云々する資格を持たず、⁽²⁴⁾ それは個々の訴訟に先立つ、確定的なものとしなければならない。すなわち、この説は「権利」の側面に關し、従来の目的論の形式、「民事訴訟の目的はXである」のXに対して、

民事訴訟法学固有の概念ではなく、憲法構造下の実体法規範によって定立された静的な諸価値を当てはめているのである。

一方、「救済」に関しては、立法府が請求権の内容を明確に定めず、その具体的内容を裁判所の裁量に大きく委ねている点に鑑みて、個々具体的な訴訟のプロセスの中でそれを實現してゆくべきであるという、反「権利既存」的な考え方に立っていると言えるであろう。すると、この説は「救済」に関し、「民事訴訟の目的はXである」に対して、実際には個々具体的な訴訟を通じてしか明らかにならないようなもの（即ち、「紛争」の項に属するもの）を当てはめている、とも言える。

要するに、本稿から見て新権利保護説は、民事訴訟の目的に対して、「法と紛争」の関係のうちその両者を目的に据えている、そのような二重性がこの説にはあると指摘することができるのである。新権利保護説のこの二重性は、兼子説における「機能的考察と現象的考察」の渾有と形式的には同一であるが、新権利保護説においては、詳細な検討は後述するとして、この二つの理論的側面はその理論的位置が画然と峻別されているために理論的な混乱は生じず、かえってこの二重性によって、本稿の主題とする「法と紛

争」の問題に対し、一定の実効性ある解答を示し得ているのではないかと考える。

7 救済保障説

川嶋教授は自身の目的論的立場について、原則的に手続保障説の方向性を踏襲しつつも、その手続保障の具体的な方向性と具体像を示すことを試み、民事訴訟のプロセス自体に法的な救済過程の性格を認め、そのようなプロセスを当事者間で内発的に創出することが民事訴訟の目的であると説く。⁽²⁵⁾

もともと、川嶋教授は自身の目的論として、新権利保護説に近い立場を採られていたのであり、実際、新権利保護説の二重性のうち、救済の動態的な側面を重視することによって、現在の救済保障説と遠からぬ理論的立場を構築することも可能である。にもかかわらずその後、川嶋教授が手続保障説的な論調へと推移した背景には、新権利保護説における、「訴訟により保護するのは、実質権であり、請求権ではない」⁽²⁶⁾という固定的な考えに対する強い違和感があったからであろう。これは換言すれば、新権利保護説が結局権利既存の観念を重視し、動態的な「救済」はあくまでその手段に過ぎないことに對する違和感でもある。

従って、救済保障説においては、手続保障説等と同様に、権利既存の観念に対して否定的な態度を採っていると考えられる。

そして、救済保障説を検討するに当たっては、この説における「救済」という概念をどのように捉えるかが大きな問題となるだろう。すなわち、手続保障説の具体像としての救済（「救済としての手続」と、新権利保護説における「手段としての救済」概念に対する批判（「目的としての救済」）を重ね合わせることによって、この説における「救済」概念が浮き彫りになってくると考えられるのである。

このような分析の上で、救済保障説における「救済」を「法と紛争」の關係に照合した場合、「救済」は「紛争」の側に属する概念であり、それ自体は動的でかつ定義不能であると言ふことができる。ただし、それにもかかわらず、手続保障の具体像としての「救済」は、当事者に対する何らかの価値關係的な概念であることを予定され、そこには一定の具体的な含みがあるようにも見える。そして現在のところ、救済保障説が果たして手続保障説のように思考の準拠点の根本的な転換を伴った態度であるのか、それとも従来の法解釈学的な立場に踏みとどまるものであるかは未だ不明であるが、私見では、救済保障説における「救済」

は、理論形式的には兼子説における紛争の「解決」と同じく、法解釈学が個別具体的な紛争に到達しようとする理論的試みの一種であり、兼子説との違いは、それが結果としての判決の正当性でなく、プロセスとしての訴訟手続の正当性に向けられている点にあると理解する。

8 棚上げ論

棚上げ論の論者である高橋宏志教授によれば、目的論の議論は、実際はどの目的論的立場を採用しても、「多少の概念操作を施す、または、中間項に工夫を加えるならば、ほとんどの立法論・解釈論はどの目的論にも結びつけることができ」、「『目的論』を括弧に入れて民事訴訟法を論ずることも可能だと言ふべき」²⁷⁾であり、それゆえ、目的論を論じることには、従来考えられてきたほど重要な意義はないという結論に至ることができる。そして従来の目的論的議論の抽象度の高さ、議論の空疎さを批判し、目的論を論ずることそのものの理論的実質に批判的態度を表明する。

ここで棚上げ論は、目的論の意義を前出（第一章第一節）のごとく分析し、その各々を検討することによって、目的論の議論が実際は意義に乏しい点を指摘するのだが、

本稿の視点から見れば、前出の目的論の意義は、いずれも従来の目的論の形式、「民事訴訟の目的はXである」をめぐるものであり、棚上げ論の射程は未だ概念論としての目的論に対してのみ向けられていると考えられる。そしてその限りでは、本稿は棚上げ論の主張に与するものである。なぜなら、概念論としての目的論は、新堂説によって示されたごとく、すでに終焉しているからである。

本稿から見て棚上げ論は、「法と紛争」の問題に関してはいかなる理論的態度を採っているのだろうか。この点、棚上げ論と協調的な立場に立つ山本克己教授が、目的論と解釈論の関係に関して、「目的論などということ云々しないですむというところに法解釈学の極意がある⁽²⁸⁾」との言及をされたことが興味深い。これを本稿の視点から見れば、解釈論は目的論的な抽象的議論を介することなく、理論それ自体として定立可能であるという主張に読み取れる。この、「それ自体として定立可能」な理論体系への志向は、形式的には、「法と紛争」の関係のうち紛争の項を無化して、安定した超越的理論体系の構築を志向する、権利既存の観念と類似している⁽²⁹⁾、というのが本稿の理解である。

なお、この理論的志向性は、棚上げ論をさらに推し進め、「永遠の棚上げ」を提唱した和田吉弘助教授の無用論に一

層当てはまる。というのは、無用論においては民事訴訟の目的を、新権利保護説をさらに押し広げた、憲法価値理念全体に求めるのであり、また、新権利保護説に見られたような目的の二重性もそこには見られないからである。従って、理論形式的には、無用論は「民事訴訟の目的はXである」のXの項に、民事訴訟法学に対して超越的な位置にある憲法価値理念を据えることにより、民事訴訟法学独自の問いとして目的論を問う必要性を無効化したものと言える。しかし、この理論的立場は、民事訴訟法学から「紛争」の項を完全に抹消することになってしまい、その主張には疑問なしとしないのである。

最後にこの分析を、次の二つのテーゼを示すことによつて総括する。一つは既に述べたように、従来の目的論と考えられてきた「民事訴訟の目的は何か」という問いは、単にそれに対して概念をもつて応えるだけならば、新堂説の登場によって終焉しているということである。従って、現代における目的論の問いは、もしその問いになお意味を持たせようとするならば、上記の形式を超越していなければならぬ。

今ひとつは、目的論諸説が採る理論的立場について、

「法と紛争」の関係のうち紛争の多様性やダイナミズムを重視する立場は、自己の理論に対して何らかの不安定性を持ち込まざるを得ず、逆に、安定した解釈理論の構築を志向する立場は、いきおい紛争の多様性を抹消する方向へ進みかねない、ということである。ここで言われる「多様」とは、端的に言って「解釈理論によって記述を尽くすことはできず、理論的に統御できない」ということである。したがってこの問題に真摯に向き合うためには、解釈理論の内部において概念操作を行うだけでは適切に対応できず、どうしても自己の理論の「外部」に目を向けなければならぬ。

次章では、この「外部」へ目を向けるための試論として、本稿の中心的方法論である現代思想的考察を行う。

(6) 各説に関する参考文献は以下の通りである。

私法秩序維持説と権利保護説…(a)新堂幸司「民事訴訟の目的論から何を学ぶか(1)」法学教室一号(昭和五五年)三九頁(前掲(註1)一〇四頁所収)、(b)山木戸克己「訴訟法学における権利既存の観念」同『民事訴訟理論の基礎的研究』(昭和三六年、有斐閣)四頁(ワッハ、ビュロー等の主張に關しても上文献から引用を行うものとする)。
兼子説…(c)兼子一『民事訴訟法概論』(昭和一三年、岩

波書店)、(d)同『民事訴訟の出発点に立返つて』法学協会雑誌六五巻二号(昭和二二年)七六頁(同『民事法研究第一巻』(昭和二五年、酒井書店)四七五頁所収)。

三ヶ月説…(e)三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」法学協会雑誌七五巻二号(昭和三三年)一〇九頁(同『民事訴訟法研究 第一巻』(昭和三七年、有斐閣)二四九頁所収)。

新堂説…(f)新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」判例タイムズ二二二号(昭和四三年)一七頁(前掲(註1)一頁以下所収)、(g)同「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか(1)〜(17)」法学教室一号〜一七号(昭和五五年〜昭和五七年)(前掲(註1)一〇一頁以下所収)。

手続保障説…(h)井上正三「訴訟内における紛争当事者の役割分担」『シンポジウム・訴訟機能と手続保障』民事訴訟雑誌二七号(昭和五六年)一八五頁、(i)井上治典「手続保障の第三の波」同『民事手続論』(平成五年、有斐閣)二九頁。

新権利保護説…(j)竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民事訴訟雑誌四〇巻一号(平成六年)一頁、なお、この説と基本的に方向性を同じくするものとして、(k)山本和彦「民事訴訟における法的利益の保護」一橋論叢第一一七巻第一号(平成九年)六四頁、(l)同「民事救済システム」『岩波講座・現代の法5』(平成九年、岩波書店)二〇九頁など。

救済保障説：(m)川嶋四郎「『救済法』の課題と展望に関する一試論、序説」民事訴訟雑誌四三号（平成九年）一九八頁、(n)同「民事訴訟の手續とその基本的な考え方―当事者による救済創出のダイナミズムに焦点を当てて―」法学セミナー五四五号（平成一二年）三六頁。

棚上げ論、無用論：高橋・前掲(註3)、(o)和田吉弘「民事訴訟目的論無用論の試み」明治学院論叢第六四六号法学研究69（平成一二年）六五頁。

(7) 前掲(註6(b))五頁。

(8) 前掲(註6(a))三九頁、(註6(b))八頁。なお、この対立に関する分析につき、藤田宙靖「現代裁判本質論雑考―いわゆる『紛争の公権的解決』なる視点を中心として―」同『行政法学の思考形式』（昭和五三年、木鐸社）二七五頁。ただし藤田教授はここでワツハの分析にある「形而上的考察」と「経験的考察」を「権利保障説」（＝権利既存の観念）と「法創造説」の対比と等置して分析し、法創造説を「裁判によって始めて、真に拘束的な法が創られ、当事者の権利が創造される」とする説であるとして、権利保障説における法治国家的思想と抵触する観念である旨指摘するが、本稿の視点から見れば、法創造説の趣旨は、実定法と対立するような個別的規範の存在を強調するものでなく、単に実定法体系の定立とその実現は理論的に別の位相にあるということを示したものであり、それが兼子博士の「権利実在説」の主張の骨子でもあると考える。した

がって、実定法体系の適用こそが法創造（むしろ「法実現」と呼んだほうが適切か）そのものと捉えるべきと考えられる（この点につき、兼子一「實體法と訴訟法」（昭和三二年、有斐閣）一五八頁）。

(9) また、法＝権利にせよ、社会制度にせよ、超越的な存在を個別の訴訟に対して先立たせ、それを解釈理論の準拠点に据えるという方法論は、解釈理論の体系を安定させる思考の筋道である、と考えることができる。法解釈学は個別の訴訟の記述理論にとどまらないものである限り、原理的に超越的なものである。それゆえ、解釈学において思考の準拠点を超越的な存在の側に置くことは、当該理論の基盤を自己自身で定義する（あるいは、その定義可能性を担保することであり、それによって定義不能な概念や不安定な概念を用いることなく自身の体系を構築できるということである。そして、このように措定された超越的準拠点は、大抵の場合、静的なものとして現れる（権利既存の観念において権利が、静的で確定的なものとされているように）。

反対に、個別の訴訟を超越的な存在（法＝権利、制度等）に先立たせる、あるいは端的にそのような超越的存在を否定する方法論は、個別の経験的現象という定義不可能なもの自身の体系に取り込み、あるいはそれを自身の思考の準拠点とするため、いきおい解釈理論の体系全体を不安定にしかねないと考えられる（もっとも、だからこの理論

形式は民事訴訟法理論として失当か、という問題については、後に検討する。

- (10) 兼子・前掲(註6(c))一五八頁。
- (11) 兼子・前掲(註6(d))七六頁。
- (12) 上野泰男「戦後日本の民事訴訟法学説における紛争解決の観念」民事訴訟雑誌四六号(平成一二年)一一六頁。
- (13) 三ヶ月・前掲(註6(e))一二九頁。
- (14) 兼子「民事訴訟法体系」(昭和二九年、酒井書店)三四頁。
- (15) 三ヶ月章「訴訟物をめぐる戦後の判例の動向とその問題点」同『民事訴訟法研究 第一巻』(昭和三七年、有斐閣)一六五頁。
- (16) この点、新堂教授が三ヶ月説を批判して、「タウトロジイ的的目的論」(新堂・前掲(註6(g))三四三頁)と呼んだのは興味深い。と言うのは、本稿の考えでは、新堂教授の批判の趣旨とは若干違うが、三ヶ月説のように「法と紛争」の関係から紛争の項を抹消した(あるいは、紛争を単に法の客体として位置付けた)理論は、必然的にトートロジイ的∥自己言及的な理論構造をもつと考えるからである。なぜなら、前記権利既存の観念の分析にある通り、自己の理論内に定義不能な項を持たない理論は、自己の理論の準拠点なり最終根拠(∥従来の目的論)を自己自身で定義してよく、また、その最終的な妥当性も自己自身によって担保することとなるからである。この場合について言えば、

三ヶ月説においては、自らを紛争解決機関であると自己定義(他の民事紛争解決制度と自己とをいくくりにしてのだから)した制度が、その目的を紛争解決にあると自己言及しているのである。この自己言及構造は、権利保護説や三ヶ月説のように、自己に対する関係項を抹消して安定的な理論構造を志向する理論形式の、内在的な限界でもある。

(17) 実際、その後の目的論に関する言及では、手続保障も民事訴訟の目的と考えてよいとしている。新堂幸司「新民事訴訟法(第二版)」(平成一三年、弘文堂)八頁。

(18) また、この当事者主義の徹底のもう一つの効果として、新堂説の解釈理論の展開において複数的な価値衡量を突き詰めるにつれ、しばしばその衡量が最終的に決定不可能なものとなり、従来の単一の目的論的概念による結論づけとはまた違った論旨の不明瞭さが立ち表れることとなったという点を指摘する事ができる。竹下教授が多元説について言及を控えた(竹下・前掲(註6(j))三二頁註25)のは、この点が原因によるのではないだろうかと本稿では考える。

(19) 井上・前掲(註6(i))九五頁。

(20) 手続保障説に対する批判については、(a)吉野正三郎「民事訴訟における新当事者主義の台頭」判例タイムズ五二二号(昭和五九年)四頁(同『民事訴訟における裁判官の役割』(平成二年、成文堂)一三五頁所収)、(b)小林秀之「手続保障の第三の波」説への一疑問」判例タイムズ五二

四号(昭和五九年)一七頁(同「『手続保障の第三の波』
 説の評価と疑問」同「民事裁判の審理」(昭和六二年、有
 斐閣)三五頁所収(一部改稿)、(c)山本克己「いわゆる
 『第三の波』理論について」法学論叢一四二巻一号(平成
 九年)一頁、(d)同「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsges-
 präch”について」(四)法学論叢一一九巻一号一頁、三号
 一頁、五号一頁、一二〇巻一号三二頁(昭和六一年)(特
 に一二〇巻一号四七頁註22)などがある。特に山本克己論
 文については、法解釈学の内部から手続保障説に投げかけ
 られた最も的確な批判である、というのが本稿の理解であ
 る。

(21) 竹下・前掲(註6(j))二頁。

(22) 竹下・前掲(註6(j))三三頁。

(23) 竹下・前掲(註6(j))二二頁。

(24) とは言え、もちろんこの説においても、新たに法的保
 護に値すると認められる利益に対して立法の即時の対応を
 期待できない限りにおいては、裁判所による新たな「権
 利」の創造的性格を認めないではない。竹下・前掲(註6
 (j))二四頁。

(25) 川嶋・前掲(註6(n))三八頁。

(26) 竹下・前掲(註6(j))一九頁。

(27) 高橋・前掲(註3)一五頁、二二頁。

(28) 井上治典、山本克己ほか「民事訴訟の目的・役割」井
 上、高橋編『エキサイティング民事訴訟法』(平成五年、

有斐閣)二三頁。

(29) 同じ場所で、山本教授は法解釈学につき、「法解釈学
 というのは、基本的に判断停止をする技術で」あると言及
 する。本稿の理解では、ここでは暗に「個々具体的な紛争
 において出現する無限の多様性に対して」の判断停止が示
 されていると考える。

第三章 検討

本章では、前章までで検討した諸種の目的論的態度に対
 し、本稿の中心的方法論である現代思想的考察を加える。

本章では従来の民事訴訟法学の語用と若干異質の用語系を
 用いるため、各節の冒頭で、その節で用いられる用語につ
 いて簡潔な定義づけと言及を行う。

第一節 内部／外部

1 前提

本節では、「法と紛争」の関係に関する問題を、「内部／
 外部」という問題系から論じる。⁽³⁰⁾「内部／外部」とは、形
 式論理体系の全体性と、そこに回収され得ない(理論化で
 きない)過剰な多様性の関係に関する問題系である。この

問題系に関して、人文科学全体に流通していると一般的に考えられるいくつかの前提を、やや紋切り型の説明ではあるが以下に示す。

i 学において構築される理論、特に一般理論はその一般性を高めるにつれ、現実を起こる全ての事象を自己の理論射程内に取り込もうと試みる傾向にある(a)。またこの傾向を極限まで推し進めると、理論はその正当化根拠を自己の外部(メタ理論)に求めることなく、自己自身によってその正当性を証明しようとする(b)³¹。

ii (a)の傾向にも関わらず現実はその多様性から、一般理論が説明できない事象を必ず剰余(例外)として残す。

この一般理論が自己定立を目指した果てに必然的に表出する「説明できない多様性」は、しばしば理論にとって「存在しないもの」として排除される傾向をもつ。

iii iiにおける剰余(例外)、あるいは「存在しないもの」は、一般理論にとつての「外部」と(便宜的に)呼ばれる。
iv (b)の傾向にも関わらず、理論が自己自身の正当性、
確実性を理論の内部で証明することはできない。³²

この人文科学全体の問題意識は、本稿が取り扱う「法と紛争」の関係に関する問題と様々な点で符合する。すでに

見たように私法秩序維持説が権利保護説の権利既存の観念に投げかけた問題は、「法と紛争」の関係が決して無批判的に当然の前提とはされず、現実の法的事件の多様性は立法によつて完全に予見することはできないということである。³³ また、この問題意識を継承した兼子説は、それゆえ、
「紛争解決」とは別の位相で目的論的概念(「理論的概念」)である「内部/外部」の観点から、従来民事訴訟法学がいかに紛争というものの多様性に応答しようとして来たのかを考察する。

2 法理論の「内部/外部」

前述の「内部/外部」の定義(特にii)に従えば、従来法解学での具体的事件の検討において「例外的なケース」とみなされ、解学論の体系から見るとむしろその体系化を阻害するものとして見られていた個別的紛争の特殊性の中にこそ、法解学が取り逃がしていた紛争の本質的多様性、すなわち「外部性」があるということになる。³⁴

すでに見たように現代の民事訴訟法学は、現実に生起する紛争の多様性に対して何らかの応答をすべきであるということを重大な問題意識の一つとして持っており、従来提

唱されてきた目的論、または解釈論は、この「例外的な」個別的紛争の特殊性に対応するための、何かしらの理論的態度を取っている。この理論的態度につき、従来どのような形式のものがあつたのか、特に目的論の理論形式を視野に置きつつ、以下考えられるものを列挙する。

i 訴訟手続外の制度（和解手続、調停など）に振り分けるといふ態度。

判決をその終局に据える訴訟手続は、本質的に厳格なものであり、そういった紛争処理の特性になじむ紛争こそを訴訟手続は対象とすべきなのであるから、例えば非訟手続や訴訟手続上の和解でできることと判決でできることは並列的に論じることが出来ず、判決を中心とした訴訟手続は原則的にその厳格さを貫徹するべきであるとする。これは、訴訟手続における判決という法的裁断が、両当事者に対して強力な法的拘束力（既判力、執行力等）を及ぼすという点を重視して、そのような強い法的拘束力を持つ判決の正統性の担保のため、訴訟手続の厳格さを強調する立場であると捉えることができる。³⁵⁾

ii 訴訟手続内、手続法理論内に何らかの抽象概念（一般条項、手続裁量、自由心証、合理的意思解釈、目的論的概

念など）を持ち、そこで回収するという態度。

これによって法解釈学、実体法体系等はその一般性を解体することなく、その理論内部の一部の概念が抽象性を高めその具体的内容の画定を個別の法実践の場に委ねることによって、紛争の多様性、個々の紛争の特殊性に対応することが可能になる。従来の目的論的概念、特に目的論的位相と解釈学的位相を明確に峻別しない立場（新堂説等）における目的論的概念は、その抽象度の高さから、このような理論的役割をも担っていたと見ることができるのであり、この意味での目的論的概念の役割は、信義則等の一般条項や、実体法における合理的意思解釈等の解釈論的技術と変わらないと考えられる。

iii 法理論の内部に、より多様性に対応できる領域（「救済の方法」など）を設定することによって考察を段階化し、そこで多様性の回収を図る態度。

主に新権利保護説等において見られる理論形式である。訴訟手続、法解釈理論の内部により柔軟な領域を設けて多様性に対応するという点で、iiの方法論と基本的方向性は同一であるが、法自身が紛争の多様性を認めつつ、それに対応する領野を設けてその中で具体的な理論化を試みるという点では、さらに積極的に評価すべきであると考ええる。

iv 法理論の理論的準拠点を転回させることによって、個々の紛争の特殊性、多様性を理論装置の中に隠蔽させることなく、むしろそれを前面に押し出す態度。

主に手続保障説に見られる理論的態度である。これは従来の法解釈学の理論形式とは根本的に別様の視点であり、またこの視点が従来の解釈学的立場からは未だ十分に受けとめられていない感がある。そこで以下に、「内部／外部」の理論装置を用いつつ、手続保障説の理論的意義の検討を試みる。

3 紛争の内部／外部 — 手続保障説 —

「内部／外部」の分析装置を用いれば、手続保障説の主張はただ一つの基本的テーゼに集約させることができるだろう。そのテーゼとはすなわち、「実体法体系や訴訟制度に先立って『当事者間の関係』としての紛争が実在するのであり、この関係性を理論的機軸として、そこから紛争とその処理のための諸制度を見直すべきである」というものである。³⁶これは言い換えれば、従来の解釈学が訴訟法理論の「内部」から個別的紛争の多様性、特殊性という「外部」を考察し、理論的に処理しようとしたのに対し、手続保障説では個別的紛争において働く論理、個別的規範を思

考の準拠点に据え（したがって、問題とすべきは紛争に、とつての、「内部／外部」であることになる）、そこから、従来の法理論や紛争処理諸制度という「紛争にとつては異質な（したがって外部的な）もの」を検討し、さらに徹底した当事者主義的な視点から紛争処理のあり方を模索する態度であると言える。

したがって、この視座から見られる訴訟観は、本稿なりにまとめるならば以下のようなものとなるだろう。

i 当事者は法理論や法的思考に完全にのっつって現実の紛争に直面し、それを処理しているわけではない。したがって、法理論が用意する実体法体系や紛争処理手続と、当事者が依拠する紛争処理の論理は必然的には一致せず、そこには原理的な乖離が存在する。

ii 紛争とそれが処理される論理は、紛争ごとに特殊性を持ち、それを一般的な理論体系や概念によって全て説明することはできない。したがって、あらゆる紛争に対して妥当する画一的基準を定立することはできない。

iii 紛争は、多様であるというよりも、そのつど当事者によって生きられる交換不可能な関係性なのであり（それゆえに手続保障説は、三ヶ月説のように集団現象として訴訟

を捉えることに消極的である)、したがって、紛争に典型的ケース／例外的ケースというものはそもそも観念すべきではない。また、紛争は当事者間の関係性そのものなのだから、それは訴訟以前から訴訟以後を貫いて実在し、訴訟の場におけるやりとりも、その関係性の延長でしかない。したがって手続保障説は、訴訟内／外で交渉の性質が不連続であるという見方に懐疑的である。それはとどのつまり、訴訟内における手続のあり方が、紛争の本質を取り逃しているということに他ならない。

iv 裁判官は、紛争にとって最も遠い者(相対的他者)であり、法の論理(＝法、法解釈学を含む)は、紛争管理の論理にとって相対的に外的な論理であると言える。したがって、当事者間にとっての適正な紛争処理というものは、原則的に当事者間に妥当する具体的規範を準拠点にしたものでなければならぬ。

v 制定法は、「その解釈が開かれたもの」であり、当事者間を規律するルールというよりは、当事者間の交渉において自己の主張を流通させるための記号のようなものと捉えられる。⁽³⁷⁾

vi 当事者間の関係性に理論の準拠点を置く視点は、判決中心主義的訴訟法理論を採ることは出来ず、必然的に過程

志向的な法理論を要請する。当事者間の関係性というものが、訴えの提起から判決までの基本的な訴訟手続を超えて実在するものであるとするならば、逆に言えば、関係性に時間的な終局点(「関係性＝紛争」の「終わり＝解決」)を理論的に措定することはできないのであり、その関係性を、判決という法的な目的＝終点によって理論的に統御することは、紛争の本質を捉え損なう態度であると言わざるを得ないからである。

このように、手続保障説が従来主張してきた種々のテーゼは、理論的準拠点を法から紛争の側に転回したという前提を了解することによって、理論必然的でありかつ理解しやすいものとなる。

しかし、ここで出てくる当然の疑問として、従来の法解釈学の視点を転回したこのような理論形式をとる理論は、果たして裁判理論、あるいは法解釈理論として成立可能なのかという問題がある。この点につき、山本克己教授の指摘が手続保障説の理論形式にとって最も本質的な批判を投げかけている。⁽³⁸⁾これを本稿の立場から理解すれば、手続保障説は「当事者間の公正な交渉ルール」(あるいは「あるべき交渉ルール」)を強調し、当事者が自律的に手続を進

めていく上で個別的規範を生成することを善しとするが、その理論は、裁判所がなす裁断が両当事者に拘束力を持つために必要となる正統性³⁹を担保する理論装置を持たず、「規範の理論になっていない」ということである。恐らく山本教授がここで念頭に置いているのは、「法律学の役割は、明確な基準の定立によって紛争当事者の行動の指針を示し、裁判所の訴訟指揮を規律し、諸々の法的決定の正統性を担保する所にある。それゆえ、一般的基準の定立は法学の本質的役割である。」というテーゼであり、その視点から見れば手続保障説は、個別的規範を重視しそれを一般的基準に高めることを回避し、かつその個別的規範が生成される根拠である「当事者間の公正な交渉ルール」が一体何なのかということ、従来の法解釈学における目的論的概念のように明確に示すことがない。この点で手続保障説は、法解釈理論が最低限果たすべき役割を果たしていないということになり、手続保障説は結局、従来の法解釈理論のあり方を逸脱していると言える。

手続保障説は法解釈学の視点を「紛争」へと転回したが、転回した先の理論的準拠点については明らかにされないため、規範の理論になり得ない。この指摘にある手続保障説の理論的困難は、この説の誕生時からすでに示されていたと見

るべきである。⁴⁰

この当時、すなわち手続保障説の誕生時は、文脈から見ると、この「紛争」というものの実相を法哲学・法社会学等の業績から次第に明らかにして行くという方向性があったと見ることも出来るが、その後、手続保障説の議論が深化するにつれ、紛争というものが、そもそも法理論に対して「一般的理解ができない」というよりもむしろ、「一般的定義を許さない」ものとして立ち現れているという立場に移行してきたと本稿では分析する。なぜなら、個別的紛争をどのような学問の用語であれ、それに対して一般的定義を与えてしまえば、そこにはまた、すでに見たような理論の「内部／外部」問題が表出してしまうからである。したがって問題は、個別的紛争、個別的規範を「いかに」説明するか、ということではなく、それに対して何らかの説明を「する」ということそれ自体の理論形式の妥当性なのである。⁴¹

第二節 現在の理論状況

本節では、前節の民事訴訟法学全体が直面している理論的問題を踏まえ、現在目的論の議論において有力説となっている棚上げ論、新権利保護説の二説を検討する。

1 棚上げ論

前章で見たように、棚上げ論の眼目は目的論的概念の理論的実質の乏しさを指摘するところにあり、その背後には、法解釈学がそのような抽象概念なしに形式論理として成立可能である、という信念がある。しかし前節で見たように、この理論的実質のない概念というものは、目的論的概念に限らず、例えば法解釈学における信義則概念⁽⁴²⁾、あるいは法実践の場における裁判所の裁量など、法理論のあらゆる局面で見られるのであり、それは、法理論が社会に生起する多様な紛争に対応した一般規範理論であろうとするかぎり、必然的な理論形式なのである。その意味では、本稿が射程に置く目的論的問題は、仮に「目的論」という論題に対して応答することを回避したとしても、具体的法解釈学の諸局面においてやはり表出する問題なのである。したがって棚上げ論の企図——法解釈学を目的論なしに成立させること——は、その理論的可能性に疑問符を突きつけられざるを得ない（法解釈学から目的論的問題意識を完全に捨象して形式論理として成立させようという企図は、本章第一節ivのような理論的困難によって阻まれることになるだろう）。あるいはこのように言えるであろう。棚上げ論が問題としたような従来の目的論、「民事訴訟の目的はXである」は、

すでに新堂説の検討で示したように、必然的に相対化——棚上げされるが（その意味で棚上げ論には妥当性があると思われる）、法理論の一般性に対する疑問符（目的論的問題）そのものを棚上げすることは不可能である、と。なぜなら、この問題は従来の法解釈学が常に属して来た理論形式そのものに関わる問題だからである。

3 新権利保護説

すでに見たように、新権利保護説は、「法と紛争」の關係に対して、二重のアプローチを行っており、しかもそれぞれの側面を、「権利」と「救済」という、二つの理論的側面に明確に振り分けている。これによってこの説は、本稿の基本的問題意識である「法と紛争」の關係に関する問題を、ある意味で「解決」していると言えよう。

本稿のように実体法体系と個々の紛争処理の論理に原理的な乖離を見るという立場からすれば、法に課せられた二つの要請——「正当性」と「正統性」の担保は、原理的に矛盾を生じる要請であり、民事訴訟法学、あるいは、むしろさらにこの問題が深刻化する場としての裁判実務の場においては、個々の法的決定ごとに常にこの矛盾がつきまとう。言うまでもなくこの矛盾は、本稿が問題にする「法と紛

争」の関係に関する問題の一バリエーションであり、従来から法学のアポリアの一つとして観念されていた。しかし、新権利保護説においては、法理論の一般性（正統性）に関する問題を上位法（憲法）、そして立法府が制定した実体法体系の問題とし、この理論的側面に対して権利既存の観念を適用することによって、この問題に関して民事訴訟法学が独自に応答することを回避する。一方、個別性に関する問題（正当性）については、「救済の方法」の法領域に関わる問題とし、この法領域に裁判官の広範な裁量を認めることによって、この問題を実体法体系の一般性の問題から乖離させる。つまり、この説は、「法と紛争」の關係に關する二つの要請に対して、それぞれ別の理論的位相で応答することにより、少なくとも民事訴訟法学としては理論形式的に最も矛盾のない、明快な説を構築したと言うことができるのである。また、個々の紛争における法的決定において、当事者の多様な権利主張の態様をいかに法的に（紛争処理に関する一連の流れ―判決手続から執行手続までをトータルに踏まえた―の中のどの地点で）汲み上げて行くかという点に関して、「救済の方法」という一定の方向性を示したという点においても、この説は単なる概念的な目的論を超えた実効性ある理論体系を提示し得る説であ

る。したがって、「救済の方法」についての議論の深化にもなつて、この説は裁判実務にも十分なインパクトを持った説たり得ると言える。⁽⁴⁴⁾

しかし本稿では、このような理論位相の峻別を回避する。何故なら、一つはすでに見たように、一般性／個別性の問題に関していかに理論的位相を回避させようとも、その回避した先で、やはりまた同型の問題、「法と紛争」の問題が表出するからである。この説に言えば、個別の紛争の多様な要請に応答するために、「救済」の法領域に「裁判所の創造的・裁量的判断」をもってするというのは、すでに前節で検討した抽象概念（本章第一節2 ii）の一つとしての「裁量」をあてがったに過ぎないのではないか。また、この説は「権利」と「救済」という、理論の本質をなす二つの構成要素につき、「権利」の側に憲法構造下の実体法規範を置き、その既存性を明言するのだから、この実体法規範とは結局、訴訟法理論にとつての新しい抽象概念にすぎないのではないか。つまり、一般性と個別性の問題に關し、この説は、実効性ある解決の指針を示しはしたけれども、この問題を原理的に考察するには至っていないという点で、この理論的峻別は「法と紛争」の關係に關して適切な応答であるか疑問が呈されるのである。

今一つは、後に見るように、この一般性と個別性の二つの要請の間に生じる矛盾は、判決を始めとするあらゆる法的決定、あるいはあらゆる法理論において究極の課題である、「正義」の問いと深く関わるからである（本章第四節）。したがって本稿の立場からは、この二つの要請が生じさせる矛盾を理論位相の峻別によって回避するということは、ある意味で「正義」への問いを回避するということであり、それゆえ、本稿ではこの説を支持するには至らない。

第三節 形而上学と否定神学

本節では、前節までに見た「法と紛争」に関する問題を、いかに法理論が理論的に克服するかという方法論につき、従来の法解釈学の理論形式と手続保障説が示した（あるいは、その可能性を孕んだ）理論形式を対比させつつ論ずる。この分析に当たり、現代思想からさらに「形而上学」と「否定神学」という、二つの理論形式に関する概念を導入する。⁽⁴⁵⁾

「形而上学」…超越論的シニフィエという最終審級を措定することによって、理論体系を完成する（とする）形式。ここで「超越論的シニフィエ」とは、ごく大雑把に言うな

らば「一義的に定義づけることができないが、確かに存在していると考えられている内実」という程度の意味として捉えられる。これは、すでに見た理論内部における抽象概念と重なるものであり、いわゆる、信義則、諸々の目的論的概念などがその例として挙げられる。

「否定神学」…肯定的・実証的な言語表現では決して捉えられない、裏返せば否定的な表現を介してのみ捉えることができる何らかの存在がある、少なくともその存在を想定することが、世界認識に不可欠だとする思考一般。

1 形而上学

従来の目的論の理論形式は、すでに見たように「民事訴訟制度の実現すべき最高の価値を解釈論・立法論の指導標として主張するところにあ」り、「『体系』の作業は、複単に順に纏めることのピラミッド型の堆積であるから、頂点は単であらざるを得ない」と⁽⁴⁶⁾とされていた。ここにおける目的論的概念は、すでに棚上げ論の批判に見たように、理論的実質の乏しい抽象概念であり、したがって、目的論的概念としてどれを理論の頂点に据えても、下位の解釈学体系を整合的に説明することは可能である。それゆえに棚上げ論は、この理論の頂点を何とすべきかという議論の実効

性に疑問を投げかける。他方、この「上位概念」「最終審級としての単一概念」は、法理論全体の様々な局面で見ることが出来る理論形式であり、民訴内部においても、例えば信義則等の一般条項などに同様の形式が認められる（一般条項（信義則等）は一般に、法体系全体をカバーし、補完的に使用される法概念＝規範であるとされる⁴⁷⁾）。

ここで、この問題を理論形式の観点から検討する。従来の目的論、あるいは訴訟法理論全体における抽象概念はどれも理論的実質を失い、その内容に関わらず上位概念の位置に据えることができる。ならば、ここで重要なのは棚上げ論の指摘の通り、訴訟法理論の頂点を埋めるのはいかなる概念かという問題ではない。むしろ、ここで問うべきなのは、理論全体を統御するために「何らかの」上位概念を設定するという理論形式それ自体の妥当性である。この、法理論全体を少なくとも一つ以上の抽象概念によって統御しようとする理論形式、あるいは抽象概念を法理論内部に措定することによって現実の多様性に応答しようとする理論形式を、ここでは便宜的に、すでに紹介した用語を使い、「形而上学的構造」と呼ぶ。

本稿の視点から言えば、形而上学的構造は従来の法理論が一般理論であろうとする限り、必然的に採られざるを得

ない理論形式である。法理論は、現実に生起する多様な紛争に応答して行かなければならない。しかし、もしもその一つ一つの紛争に妥当する個別的規範だけを考察の対象にすれば、法理論はただの記述理論となってしまう、一般的規範理論たり得ない。そのために、理論内部に属して理論全体を統御し（それゆえ定義可能であるとみなされ）、しかも紛争の多様性に応答できる（それゆえ、実際には理論的内実を欠く）概念を少なくとも一つ措定することによって、法理論の理論構造を安定させる、これが形而上学的構造の方法論であると考える。

ここで、本稿の第一の問いとして設定した、「民事訴訟法学に目的論があるとはどういうことか」という問いの理論的意義を改めて確認することができる。従来の目的論の問い、「民事訴訟の目的は何か」という問いは、既に見たように必然的に何らかの概念としての解答を要求する。そこで目的論的概念はそれぞれの論者の紛争観、法律観の総体を表した「名称」であることが忘却され、一つの抽象概念として捉えられる。そしてその結果、民事訴訟の目的論に対する解答は、必然的に民事訴訟法学を形而上学的構造へ導く。したがって、もしも民事訴訟法学がこの理論形式を超克しようとするならば、目的論という問いに対して概念

をもって応答することを超えること、つまり、従来の目的論の問いの形式自体を転回させることが必要なのである。

それでは、民事訴訟法学（あるいは敷衍して法理論一般）が形而上学的構造を取るといふことはどのような意味があり、またそれはどのような問題を孕んでいるのか。この問題を、新堂説から今一度検討することによって明らかにしたい。

すでに見たように、新堂説が当事者主義的法解釈学を徹底したことによって示したのは、「民事訴訟の目的はXである」というテーゼにおけるXは任意の変項である、ということである。この結論から棚上げ論が主張したように、「それゆえ訴訟法理論の最終審級に何を据えるかという議論は実効性がない」というテーゼを展開できることは既に検討した。そしてさらに、このテーゼに対して本稿は、すでに見た棚上げ論への批判を踏まえて問題を設定しなおすことができる。すなわち、形而上学的構造は、最終審級にどのような概念を措定しても、本稿の根本問題とする「法と紛争」の関係について何らの態度変更を行ったことにならない。したがって、問題とすべきはその概念内容や理論内容でなく、理論形式そのもの、すなわち形而上学的構造がいかに「法と紛争」の関係に応答しているのかというこ

となのである。

この点については、手続保障説から批判的検討がすでになされている。手続保障説では、従来使用されてきたような信義則等の一般条項や、具体的紛争ごとの総合的利益衡量、あるいは裁判所の裁量の拡大という法技術に対して消極的である⁴⁸。それは、本稿の視点から検討するならば、結局そのような法概念や法技術が理論形式的には全て形而上学的概念に他ならないからであり、そのような理論的実質の乏しい概念によって実際の手続過程を規律することは、それが字義の上ではどれほど適切な概念であるとしても、結局裁判官による恣意的かつ一方的な法的判断によって紛争当事者を拘束することになり、紛争当事者の主体的な紛争処理活動を阻害すると考えられるからである。手続保障説は、従来の民事訴訟法学における形而上学的構造が必ず、抽象概念を生成し、それが法学本来の使命である「明確な基準の定立によって紛争当事者の行動の指針を示し、裁判所の訴訟指揮を規律する」、すなわち規範の理論たろうとする要請を挫いてしまうことを視野に置いていたと考えられる。それゆえ手続保障説の態度は、従来の法解釈学が「規範の理論」たろうとする以上必然的に採らざるを得ない理論形式としての形而上学的構造そのものに対して、根

本的な批判を投げかけるものなのであり、それを踏まえて始めて、手続保障説が自己の理論の準拠点を転回したその必然性が理解されると言えるのである。

また、この形而上学的構造が法解釈学自身に対して持つ理論的意義について言えば、形而上学的概念自体の当否、優劣に関しては、その抽象度の高さゆえに議論のしようがない（あるいはそれを試みれば、必ず「神々の争い」になつてしまう）という点が重要であると考えられる。そもそも一般的に、字義の上で正しい抽象概念は反論をすることができないし、それ自体理論的検討の対象にもならない。例えば、「権利保護」や「紛争解決」が民事訴訟にとつて本質的に重要であるということそのものを否定する理論の存在は想像しがたい。であれば必然的に、「権利保護は民事訴訟の目的である」・「紛争解決は民事訴訟の目的である」といった目的論は、それ自体として理論的分析の対象とならない。この理論的現象は、目的論的諸概念が実際上は概念の内実を持たないことから導出される効果であり、したがってこの諸概念に対して疑問符をつきつけるためには、この諸概念の内実を意図的に定義づけしつづ、その意味合いにズレを与えるしかない（この「ズレ」を意図的に導出した例として、例えば新堂説が「紛争解決」という概

念に対し、兼子説と三ヶ月説を比較することによって行つた分析、あるいは、手続保障説が「権利」や「紛争」、「解決」と言つた諸概念に一定の定義を与えつづ、そこに批判的分析を加えたことなどが挙げられる）。

このように、比較／反論不可能なテーゼによって民事訴訟法学全体を統御する理論形式は、ある意味で、法理論の最終審級に判断停止の理論装置を内包したものであるといえる。すなわち、たとえばある特定の解釈論の展開を正当化づけるにあたって目的論的概念のような抽象概念を使用すること（「かく解することが紛争当事者の『権利保護』に資する」）によつて、議論をそこで反論不可能にすると、そこで法解釈学を判断停止させてしまうこと、あるいは他の結論との理論的比較が不可能になること、これが民事訴訟法学（あるいは法理論一般）における形而上学的構造、形而上学的概念の理論的意義であると考えられる。そして、新堂説が緻密な法解釈学を展開させることによつて示したのは、このような形而上学的諸概念がまさにその理論的内実をもたないがゆえに、時に全く逆の結論を持つ二つの法解釈論を両方とも正当化してしまうということであり、⁽⁴⁹⁾それは、本稿の視点にしたがつて読みかえれば、従来の目的論的概念によつて法解釈論の正統性／正当性を担保

しようとする理論的態度は、実際は内実の空疎な、判断停止的理論構築に過ぎないということである。

2 手続保障説の形式

それでは、もしも民事訴訟法学が形而上学的構造を採ることが法理論として疑問なしとしないのであれば、どのような理論形式が民事訴訟法学の取り得べき可能性として残されているのか。ここで、手続保障説の理論形式を今一度検討することによって、その可能性の模索を試みる。

手続保障説の解釈論の位相における「語り口」には一定の特徴がある。それは、法的な理論操作や概念操作が少ないこと（むしろそのような理論操作は、従来の解釈論の理論的行き詰まりを示すために批判的に提示されることが多い）、具体的ケースを複数挙げつつ、そこに見える具体的な交渉のルール（具体的規範）を示すこと、そして何よりも、一般的基準を明確にすることを意図的に避ける（やや皮相的に言えば、結論は大体「一般的画一的な基準の定立はできない」に終始している）ことである。特に、この一般的基準の定立の回避という態度が、従来の法解釈学の立場から「規範の理論になっていない」との批判を受け（一般的基準の定立こそが法学の使命であるとの立場からすれ

ば、手続保障説の結論は「何も言ったことにならない」のだから）、手続保障説が「実務での使用に耐えられない」理論であると非難されるのも、この点が原因であると思われる。

手続保障説が「画一的基準は定立不可能」と結論付ける解釈論上の諸問題は、伝統的な手法では信義則等の一般条項や総合的利益衡量等の解釈論的手法で説明されることが多い。手続保障説がこのような説明装置を回避することは、先に見た形而上学的構造に対する批判的態度からして必然的ではあるが、それでは個々の紛争ケースの分析において手続保障説が行う分析や、そこで示すいくつかの規範的メルクマールは、一体どこから生じてくるのか。手続保障説が自己の理論の準拠点を法から紛争へ転回させた（本章第一節3）という本稿の指摘が正しいならば、手続保障説の示すメルクマールには正統性の裏付けがない。この点につき、手続保障説はしばしば「あるべき交渉ルール」というものを主張するが、この概念は理論的に「画一的基準の定立不可能性」というテーゼと矛盾する上に、なぜこの「あるべき交渉ルール」が法的概念でないのか、法的概念に置きかえられてはいけなかったのか、という点について、明瞭な説明がなされていない。つまり、解釈論の位相における手

統保障説には、少なくとも表面上はいくつもの矛盾や破綻が表れていて、それゆえこの主張を字義通りに受け取ることは、伝統的解釈論の立場からは非常に困難なのである。

3 否定神学

本稿はここで「あるべき交渉ルール」の理論形式に着目する。

まず第一に「あるべき交渉ルール」は、従来の法解釈論や目的論における抽象概念とは、その理論的位相を異にする。なぜなら、統保障説は自己の理論の準拠点を転回したところにこの概念を提唱したのであり、もしこれが従来の抽象概念と形式的に同じものであるとすれば、後はこの概念の内実を理論的に探究し、そこから新たな理論体系を構築することによって、統保障説は従来法解釈学が目指してきたような「規範の理論」にもなり得るはずだからである。すでに見たように、統保障説はそのような理論化の道を回避する。したがって、この概念は少なくともその内実を探求するために措定された概念であると考えるてはならない。

この「あるべき交渉ルール」という概念の理論的特殊性は、統保障説の特殊な理論形式そのものを示唆するもの

である。およそ法理論が具体的紛争を分析する場面において、単なる記述理論を超えた何らかの規範的議論を展開しようとする限り、必ずその規範を解釈する視点を示さなければならぬ。なぜなら、具体的な紛争当事者間の活動を分析する際、なぜ一定の行動が単なる事実的な現象ではなく、価値的な「規範」として見止められるのか、規範を規範として自己同定する装置が法理論には不可欠だからである。従来の法解釈学においては、それは法的視点として自己自身に内包されていたため、当然の前提として等閑視することができた。しかし、統保障説はその法的視点の形而上学的構造を批判し、理論の準拠点の転回を行ったため、それについて新たな説明概念を必要とする。本稿は、この「あるべき交渉ルール」こそが、具体的紛争の手続の中から規範性を導き出す理論装置であると考ええる。

統保障説の根本的主張の一つである「画一的基準の定立不可能性」は、現実に生起する紛争が、その多様性ゆえに決して一般理論に完全に回収され得ないことを示している。「あるべき交渉ルール」は、この原理的に無限の多様性を持った個別的規範を統御し、その規範性を導き出す概念装置なのであり、そのために、この概念の理論的内実は「乏しい」というよりも、むしろいかなる内実も存在する

ことを「禁止」されるものとなる。言いかえれば「あるべき交渉ルール」は、「不在の」概念になることによつて始めて「無限の多様性を統御する」というその理論的役割を完遂するのであり、法理論の頂点を埋める「概念」というよりは、法理論の頂点に開いた「中空の穴」として作動する。この、不在の概念によつて具体的規範の規範性の全てを統御する理論形式、これをすでに示した用語に従つて、「否定神学的構造」と呼ぶことができるだろう。

紛争の側に限りなく近づき（当事者主義）、その無限の多様性に正面から応答を試みる理論は否定神学へと至る。民事訴訟の理論形式を、形而上学的構造の解体（新堂説）からさらに進んで否定神学的構造まで突き詰めたことが、本稿の考える手続保障説の理論内在的な功績である。

第四節 否定神学の可能性

手続保障説の否定神学的構造はしかし、民事訴訟法学に何をもたらすのか。最後に、この否定神学の理論的可能性について一定の分析を行い、それによつて本稿における目的論的態度の表明に代えたいと思う。

山本克己教授は手続保障説を評して、「規範の理論になつていない」と言った。この言葉はすでに本稿で何度も

繰り返されたキーワードであるが、それは手続保障説の理論的企図とその限界の両方を、端的に示しているからである。もしも本稿の分析が正しければ、手続保障説は確かに規範の理論にならない。否定神学的構造はその最終審級が不在の概念によつて占められており、そこには、「規範の理論」が持つべきとされるいささかの理論的明確性もないからである。しかし反面、手続保障説は、従来の法理論、法解釈学が、まさにその形而上学的構造という理論形式によつて「規範の理論」となり得ないことを示したのである。言いかえれば、手続保障説は一般理論にとつて「規範の理論」という企図自体が「法と紛争」の関係に対する適切な企図であるかについて疑問符を付するのであり、それとは別の位相で、新たな裁判理論、新たな法解釈理論を構築する方向性と可能性を持っているものと考えられるのである。

それでは、否定神学的構造は民事訴訟法学に対して、「規範の理論」という方向性とは違う、いかなる方向性を与えるのか。この点につき、ここで今一度、現代思想からその功績を借り受けつつ一つの提言を試みたい。

ここで参考にするのは、フランスのポストモダン哲学者、ジャック・デリダである。デリダは八〇年代以降、特に法に関する問題を多く主題とし、法と正義の問題をポストモ

ダンの文脈で、特に否定神学的理論構造を用いて論じた⁵⁰。それによれば、裁判官が法を適用して紛争を解決する際、裁判官は法の適用をその責務とするため、紛争の解決は、すでに存在する一般的法規範（＝理論）を適用しなければ、その判断の正統性が得られない。しかし他方で、単に法を形式的に適用するだけでは、裁判官は法を「計算する機械」に過ぎないのであって、それは、正義とは無縁な機械的動作に過ぎない。したがって、紛争の解決は常に個別的紛争の特殊性（＝現実）に応答しつつ行われなければ、その正当性を得られない。

この二つの要請は相互に矛盾し合うものであり、裁判官の法的判断は、この二つの要請を完全な形で満たすことは決してできない。しかし、この判断不可能性にも関わらず、裁判官はそこで判断停止に陥るわけにはいかず（「正義は、現前させることがまだどんなに不可能であろうとも、待つてはくれない」⁵¹）、この理論的矛盾を乗り越えて、具体的紛争に対して法を宣言しなければならぬ。デリダによれば、この具体的法適用の場面において、そのつど理論的矛盾に遭遇しつつなお決断を下すところこそが「正義」への道程なのであり、したがって「正義」とは、法理論内部において一義的に定義づけが可能な概念ではない。「正義」

とは、まさに「法と紛争」という「理論と現実」の関係の一バリエーションにおいて、その二つの位相を絶えず相互貫入させつつ理論を脱構築させつつける運動である⁵²。デリダのこのような論調は、本稿ですで行った「法と紛争」の二項対立的分析と同型である。また、ここでデリダの言う「正義」は、「法と紛争」の関係の中に指定された定義不可能（かつデリダによれば実現不可能）な理論運動の名称であり、これは、手続保障説における「あるべき交渉ルール」と形式的に重なり合う。つまり、デリダは法の問題について否定神学的構造を見ており、それを踏まえた上で法の役割、法の宣言者である裁判官の役割について考察を行っているのである。

そして、デリダが法に対して上述のような分析を行う時、その論調はしばしば倫理的な意味合いを帯びる。すなわち、上述の二つの要請につき、一般的法適用の要請は理論内在的な要請であり、また法の宣言者である裁判官にとっては必然的な要請であるけれども、個別的紛争の特殊性（＝個別的規範）への応答は、言わば法の外部からの要請であり、それは裁判官にとって、（少なくとも当座は）必然的な要請ではない。言いかえれば個別的規範への応答は、法的に要請されるものではない。それならば、なぜ裁判官は、そ

のような要請に応答しなくてはならないのか。デリダは、ここで個別的規範への応答を「義務」「命令」と表現するが、その必然性については明確に語らない。その代わり、ここでデリダは頻繁にエマニュエル・レヴィナス⁵⁴の著書や思想を参照し、そこに倫理的な含みを持たせているように思える。

倫理的とはどういう意味か。本稿ではそれは、裁判官や法解釈学者に対して、常に「計算する機械」以上の責任を自覚させ続ける観念であると考ええる。すなわち、法解釈学者が、「判断停止」のために法的基準を定立し、裁判官がそれを機械的に具体的紛争に対して適用するとき、そこに、常に法学にとっての至上命題である「正義」の問題が立ち表れることを担保することである。それは言うまでもなく「規範の理論」ではない。そうではなく、否定神学的構造が試みるのは、個々の紛争における判決等の法的決定（あるいは、法解釈学者にとっては法的基準の定立）のいっさいに、「正義」の価値を賭け、判断を行うものに常に克服不可能な二重の要請を強いることによって「決して思考することをやめさせ」ず、それによって、法理論が自己の正統性の中に自閉してしまふ事態を防ぐことである（ただし、この意味における判断停止を批判するからと言って、翻っ

て例えば裁判官の裁量を拡大するという方向性へ直ちに進むのでは、この二重の要請という問題の本質を見誤る事になる。法的判断において「思考することをやめない」とは、一切の法的基準を排して裁判官の裁量を前面に押し出すことではない。それでは、この二重の要請という問題を、「判断停止」とは全く逆の方向に解消してしまうからである）。

従来の伝統的な法解釈学の立場と手続保障説的な立場の対立は、このような図式の中で理解されるべきであろう。デリダによれば、正義への応答は常に、法の一般的基準と紛争の個別の特異性の間で二重の要請に挟まれる中で決断することによって生じる。したがって、紛争の個別の特異性（あるいは唯一性）を強調し、一般的基準の定立を回避する傾向が強い手続保障説は、その主張を字義通りに受け取る限りではこの二重の要請の一方しか語ったことになっていない。この一方の要請とは、言うまでもなく手続保障説による理論形式の刷新がなければ示すことはできなかったという点で、その理論的功績について強調しすぎるといふことはない。しかし、手続保障説の論者の中には、この説の否定神学的側面を、法の一般的基準の軽視へとそのまま直結する向きもある。しかし、そのように法の一般的基

準と言う側面を軽視したのでは、二重の要請は尽くされたことにならない。その意味では、少なくとも手続保障説は、従来の法解釈学の功績があつて始めて議論の実効性を持ち得る説であり、手続保障説に——少なくともその表面的な諸テーゼに——全面的に乗る議論というのは、かえって問題の本質を見落としてしまうおそれがあるのである。⁽⁵⁵⁾ 言いかえれば、手続保障説は従来の法解釈学、法理論体系を「脱構築」する立場なのであり、「脱構築」は「構築」がそれに先立たなければそもそも可能ではない。

また、ここでデリダの議論を裁判官の個々具体的な法的判断の場面に局限することなく、その意義を法解釈学の理論的態度へと敷衍することができるだろう。すなわち、法解釈学にとって重要なのは、裁判官の法的判断における「正統性と正当性」という二重の要請に対比させて言うならば、「構築と脱構築」という二重の要請であり、ここにはデリダが法的判断の場面に見た二重の要請と同型の問題を見ることができる。この二重の要請は裁判官の法的判断と同様に、理論構築を試みるものを、二重の要請の中で理論的決定不可能状態へと追い込む。つまり目的論的問題に直面し、それに対して誠実に応答を試みる態度は、解釈論の決定不可能性へ至る（新堂説における多元的解釈論の展

開や、手続保障説における「画一的基準の定立不可能性」など）のであり、それは、決して学的に不適切な方法論、方向性を選択したがゆえに生じた問題ではなく、むしろ、適切な方法論を選択したがゆえに生起する問題なのである。そしてその決定不可能性の中で、それでもあえて一般的基準を定立することの意義を、法解釈学自身が「紛争」との関係において自省しつつづけなければならぬという構図を、ここでは見ることができるのである。

(30) 「内部／外部」の問題系は哲学の中心課題の一つでもあることから、すでに現代思想の様々な論者が言及している。本稿がさしあたり参考にした著作として、この問題系を明快な形で扱った、柄谷行人『内省と遡行』（平成元年、講談社学術文庫）を挙げておきたい。

(31) この傾向は、一般的に信じられている「一般理論の完成」を素朴に目指す態度である。詳しくは、柄谷行人『差異としての場所』（平成八年、講談社学術文庫）。

(32) このテーゼは数学の分野で、すでに「ゲーデルの不完全定理」として一般化されている。ゲーデルは数学における形式主義（任意の公理系から無矛盾の論理体系を構築することを目指す立場）をその内部から自壊させたことで知られている。その趣旨を端的に言えば、以下のようなになる。

「自然数論を含む形式化された数学体系の中には、それ自身もその否定も共に証明不能な命題―決定不能な命題が、必ず存在する。しかも、この決定不能な命題の内には、その体系が無矛盾である事を主張する命題も含まれており、したがって、その体系の無矛盾性の証明は、その体系自身の中では与えられない（必ずその理論のメタ理論を必要とする）」ということになる。」（浅田彰『逃走論』（昭和五九年、筑摩書房）一五五頁、カッコ内引用者）

(33) 山本戸・前掲(註6(b))一〇頁。

(34) 例えば、手続保障説の論者である井上治典教授の『ケース演習民事訴訟法』（平成八年、有斐閣）では、従来の法解釈学からするとレアケースとも言える問題設定を意図的に行い、そこから、従来の法解釈学の硬直性を批判し、より柔軟な法解釈学のあり方を提示しようとする。伝統的な見解から言えば、そのようなレアケースは、紛争当事者が本人訴訟を行わずにきちんと弁護士をつけ、法的手続にのっとった訴訟追行を行えば、そもそも発生することすら考えがたい問題なのであり、そのような問題設定をするのと自体に「思考実験」的（高橋・前掲(註3)(二二頁)）という批判が向けられるであろう（例えば、『ケース演習民事訴訟法』中のケース1（一頁）、ケース3（一五頁）など）。しかし本稿の視点から見れば、このような試みは、現実としてたまたま判例上に表れた個別的紛争の特殊性に解釈学的テクニックを以って対応するという解釈学的手法を超え、

紛争というものの自体の、法理論に決して回収しきれない多様性を前面に押し出すことによつて、解釈学的テクニックによる紛争の多様性の隠蔽を無効化し、紛争処理過程を貫くより普遍的なルールの探究を行うものとして、一定の評価をすることができるだろう。

(35) この態度は、「訴訟と非訟」という問題点を視野に入れた際に導出しやすい考え方であるといえる（ただし近時においては訴訟と非訟の線引きは困難になってきている）。訴訟と非訟の関係については、三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」鈴木忠一||三ヶ月章監修『実務民訴講座7 非訟事件・審判』（昭和四四年、日本評論社）三頁、また、新堂幸司「訴訟と非訟」別冊ジュリスト『民事訴訟法の争点（第3版）』（平成一〇年、有斐閣）一二頁などを参考にした。

(36) この点に関し、山本克己教授の指摘にある通り、「現在の『第三の波』理論における人間像は、コミュニティリズムのないし関係論的なそれに接近ないし移行しているように思われる」（山本・前掲(註20(c))一四頁）。そのため、本稿でも、手続保障説の思考の準拠点を、法的利益を主張する主体としての個人（ないし団体）ではなく、具体的紛争の両当事者間の関係にあるものとして、以降の考察を進める。

(37) 井上治典「民事裁判における制定法の役割」同『民事手続論』（平成五年、有斐閣）二四九頁。この法律観は、

手続保障説的な視点が、「法」ではなく「紛争」の視点に立っていることを端的に示すものであり、また、それゆえに権利既存的な思考方法と完全に正反対の位置に示すものでもある。この法律観を徹底すれば、権利は、既存のものでないばかりか、そもそも理念的に実在させず、単に両当事者（あるいは裁判官も含めた弁論の場）において、一定の納得形成の象徴（シンボル）として観念されるだろうと本稿では予測する。

(38) 井上他・前掲(註28)一一頁。

(39) 本稿では、「正統性」と「正当性」を、それぞれ「理論内部における法的判断の妥当性」と「具体的紛争という現実に対する法的判断の妥当性」という程度の意味として読みたい。なお、「正統性」の定義につき、田中成明「裁判の正統性—実体的正義と手続保障—」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟①（民事紛争と訴訟）』（昭和五九年、弘文堂）八七頁（同『法的空間』（平成五年、東京大学出版会）二六四頁所収）など。

(40) 前掲(註6(h))一九一頁は、「我々は、まだ紛争とはどういうものか、それがいかにして発生し、発展し、沈静していくのか、そしてまた訴訟手続中で伝来的に保障されてきた様々の諸原則が、紛争との関係でどういう役割を果たすのかをよく知らぬまま紛争・解決・手続保障などについて語ろうとしている」と指摘する。

(41) 本稿の考えでは、手続保障説の裁判理論的位相におけ

る中心的論者、井上正三教授、水谷暢教授の著作が非常に少ないという状況は、この「紛争というもの」の定義不可性と無縁ではないと推論する。

(42) 例えば、信義則概念については、その理論的実質を明らかにしようとするに様々な分析が行われているという一面もある（山木戸克己「民事訴訟と信義則」同『民事訴訟法論集』（平成二年、有斐閣）六五頁、中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」同『訴訟関係と訴訟行為』（昭和三六年、弘文堂）三八頁など）。しかし、原則として信義則は、その具体的内容を具体的紛争に対する適用ごとに画定して行くという側面こそが本質的であり、かつそれが信義則の一般条項性なのであって、だからこそ従来の法解釈学においては、その規範の不明瞭さがたびたび指摘され、その適用は例外的・補充的であるべきとされたと言える（この点につき、前掲中野六二頁を参照）。

(43) 竹下守夫「救済の方法」『岩波講座・基本法学8』（昭和五八年、岩波書店）一八三頁、山本・前掲(註6(1))など。

(44) 例えば、「救済」概念については、本来新権利保護説とは対立的な、手続保障説的な立場からも論じられており、このことから、「救済」概念そのものの実効性の高さが窺えるのではないかと考える。（もっともここでは、「救済」概念そのものを手続保障説的（救済保障説的）に読み替えている。井上治典・佐上善和・佐藤彰一・中島弘雅編『民事救済手続法』（平成一一年、法律文化社）三頁、六

頁)。

(45) 形而上学、否定神学の定義については、東浩紀『存在論的、郵便的』(平成一〇年、新潮社)第二章に記述の議論に従った。通常の語用とは若干意味合いを異にするが、以降この定義に従って論述を進めるものとする。

(46) 小山昇「書評・新堂幸司著『民事訴訟法』」法学協会雑誌九三巻一号(昭和五一年)九六頁

(47) ここでは法理論の最終審級としての目的論的概念と、法解釈学の内部における一般条項的概念が等置されているが、これには一定の理論的背景がある。すなわち、本章第一節「内部／外部」で示したように、一般理論が自己自身を完成させようとする傾向は、もともと理論が現実の多様性、特殊性に完全に応答しようとする所から生じるものであり、それは、一般条項的概念が紛争の例外的ケースに対応したり、明文規定からは導き出したい法理を無理なく導出するために補充的に用いられるということと符合する。つまり、理論の最終審級の設定と抽象概念による現実の多様性への応答は、「理論と現実(法と紛争)」という一つの問題から派生する二つの理論的特徴なのである。

(48) 例えば、井上・前掲(註34)三八頁では、従来の「訴訟経済」、「信義則」および「法的安定」等の抽象概念に対して、痛烈な批判を行っている。

(49) 例えば、新堂・前掲(註6(g))(4)四二頁(3)など。

(50) ここでさしあたり参考にしたのは、ジャック・デリダ

『法の力』(堅田研一訳、平成一一年、法政大学出版社)。
以下、参照した訳書の頁数を記す。

(51) デリダ・前掲(註50)六六頁。この点に関し、山本克己教授は「法解釈学というのは、基本的に判断停止をする技術であ」とする(井上他・前掲(註28)二三頁)。しかし、たとえ法解釈学の位相で判断停止が可能であるとしても、個々の法的決定の場面において判断停止をすることは、デリダ的な視点からすれば「正義にかなわない」ということになるだろう。そして、個々の法的決定の場面において強いられる「判断」を、法解釈学の位相で捨象することは、これもまた、学としての「正義にかなわない」のではないか(この点につき、デリダ・前掲(註50)四九頁「：すなわちその可能性(ある公理への信奉が脱構築によって宙吊りにされる瞬間の可能性)は、およそ責任／応答可能性を果たさんとする時にはいつも構造的に現前するものでなければならぬ。そうでないとその責任／応答可能性は、独断論の眠りに落ちてしまうだろう：そのためにそれは、いつそう苦悶をかきたてられるものになる。しかし、苦悶を節約することによって、正義にかなっているように見せようとする者が誰かいるだろうか。」(カッコ内補足及傍点引用者)。そうであるとするれば、ここで言われる「判断停止」は、どれほど紛争の多様性が画一的基準を揺るがそうとも、現実の要請としてやはり法的基準の定立を放棄することは、法解釈学の本質的使命から見て許されない、という意味に

受け取る事ができる。本稿はこの意味での基準定立の重要性を重視するが、しかしそれは「判断停止」によって行われるものではない、という立場を採る。

(52) 「脱構築」とは、ごく簡潔に言つて、「いかなる理論も単一の理論的位相で（『自己自身によつて』自己完成／自己証明をすることはできない』ということをも、理論内部から指摘する理論的作業」ということになる。この脱構築の論理は、先に紹介したゲーデルの不完全性定理と形式的に一致する（この点については註39を参照）（このことはまた、いかなる理論もオブジェクトレベルとメタレベルの関係について無自覚である事が許されないということであり、これは民事訴訟法学における「法と紛争」の関係に對する応答の不可避性に対応する）。しかもデリダによれば、この脱構築のプログラムはいかなる理論にも形式的に適用可能である（このため、アメリカでは一九七〇年代以降、「デリダ派」とも呼ばれるべき脱構築運動の一派が生まれ、人文諸科学の様々な分野においてそのテキスト（『理論』）の脱構築が行われた。法学の分野においても、ドゥルシラ・コーネルなどによつて「批判的法学研究（Critical Legal Studies）」内に親デリダ的な一派が生まれ、そこで従来の様々な法学テキストに対し脱構築的読みが行われた（批判的法学研究とポストモダニズムの関係については、和田仁孝『法社会学の解体と再生』（平成八年、弘文堂）三二頁以下。ただし、本稿ではポストモダンにおける相對

主義的な側面を重視するものではなく、あくまでその理論形式における功績を注視する）。したがつて、法理論も脱構築可能な理論なのであり（この点につきデリダ・前掲註50）（三四頁、あるいは同「合衆国独立宣言」（同『他者の耳』浜名優美・庄田常勝訳、平成元年、産業図書所収）を参照）、もし正義が法理論に内属する概念であるならば、それは形式的に解体可能であるということになるだろう。したがつて、デリダは正義を理論の内部ではなく、理論と現実の間の関係の中に見ているということになる（それゆえ、デリダにとつては、正義は脱構築不可能なのである。この点につき、デリダ・前掲註50）（三四頁）。

(53) この点につき、デリダの「脱構築は正義である」（デリダ・前掲註50）（三四頁）との言及が参考になるだろう。

(54) エマニュエル・レヴィナスは、ナチスのユダヤ人虐殺問題を視野に置きつつ、現象学的方法論を用いて、「他者」とそれに対する「倫理」の問題を考察し、その理論的功績は、デリダも多くを継承しているとされる。主著に、『全体性と無限』（合田正人訳、平成二年、国文社）など。

(55) ただし手続保障説自身の内部でも、この点については理論的に微妙なブレがあるように思われる。なぜならば、すでに見たように手続保障説は画一的基準の定立不可能性を強調するが、そうかと言つて一切の法的基準を廃棄すべきとも言っていないのであり、従来の一般的基準の柔軟化を求めるにとどまる場合が多い。この態度は、それ自体理

論的矛盾を孕むようにも思えるが、手続保障説が本稿で示した二重の要請を適切に受け取っていると考えれば、このような態度も理解できるものとなるであろう。これは、従来の法解釈学に対するアンチテーゼとして提唱された（と一般的には理解されている）手続保障説が、その内部からこの二重の要請を示すためにやむをえず生ずる理論的困難なのではないか、と本稿では推察する。

第四章 おわりに

最後に、この検討を総括することによって、本稿における目的論的態度の表明に代えたい。すなわち、民事訴訟の目的論は「法と紛争」の関係に関する問題の表出であり、それは民事訴訟法学全体の理論形式にかかわる問題である。民事訴訟法学の理論形式はその歴史の変遷の中で形而上学的構造から否定神学的構造へと深化の道を辿り、それによって訴訟法理論は「規範の理論」を絶えず脱構築しつつ、紛争というものに動的に応答する可能性と、倫理的責任を有するに至る。それは動的な理論運動であって、従来の議論のように静的な概念としての目的論を問うことをすでに超克している。

しかし、以上のような議論の深化にもかかわらず、目的論的問題である「法と紛争」の関係に関する問題は原理的に解決不可能であるため、目的論は未だ何も解決されてはいない。本稿の冒頭で提唱したように、我々がこの問題に対してなしているのは、ただ、いかにこの問題に対して「身構える」のか、ということである。その意味で、本稿の結論である「脱構築」もまた、そのような身構え以上のものではない。

結局のところ、目的論は民事訴訟制度にとつての究極の価値を探究する議論ではない。そうではなく、本稿の考えでは、目的論とは民事訴訟制度にとつての究極の問いを探究する議論である。民事訴訟法学（あるいは法学一般）の規範性の根源にあるものは、究極の概念ではなく、究極の問いである。それは原理的に解き得ない問いなのであり、それゆえその探究に終わりはなく、その最終的解決は無限に先送りされる。それにも関わらず、我々がそれを問いかけずにいられないのは、やはりそこに法学にとつての、「正義」という真価が賭かっているからであろう。

【記】

本論文は、上田竹志氏が九州大学に提出した修士論文の一部である。これは、修士論文の審査委員から高い評価を得、かつ、レフリー制を採用する本誌の審査員からも同旨の評価を得た。本論文は、粗削りながらも、「現代思想」という新たな考察の視角に基づき、論じ尽くされたかに見える論題に対して独自の考察を鋭く加える。本論文を契機として、氏の思索の裾野が広がるだけでなく、民事訴訟の目的論についての議論が再燃し、「法と紛争」の関係をめぐる議論が深化し、民事訴訟法学における知の領域横断的な交流が促進することを心から期待したい。（川嶋四郎記）