

法規範がそぎ落とした残滓

——反ポストモダンの試み——

坂本正光

目次

- 一 問題設定を逆転すること
 - A いくつかの主観的前提
 - B 平等概念におけるカテゴリー化
 - C 本稿の問題
- 二 阿鼻叫喚の肝心な部分の切り捨ては、なぜ起こるか—神戸地裁平成13年11月5日判決
 - A 判決による事実のねつ造あるいは法的観点の創出
 - B 裁判官のよけいな判決文による慰撫すなわち定型の判決文の陰にある含意
 - C 強姦行為の放置
 - D 阿鼻叫喚の修羅場の切り捨て
- 三 小さな結語—反ポストモダンの試み

一 問題設定を逆転すること

法規範の現実化プロセスは長い道程であるが、法規範の適用を惹起する、なまなましい肉声・肉声・肉欲・憎しみなどが、明らかに共通して指し示している紛争の核心部分から分離させられると、やがて法廷での紛争解決という定型的な路線に乗ってしまい、公判廷での乾いただるい弁論の果てに、判決という終着駅に到着する。

このような、紛争という旅程の最終段階⁽¹⁾に判事・検事・弁護士とともに、彼ら彼女らの親しい友人のように傍らに佇立し存在している、わが国家が公認している法廷プラクティスは、人間のさまさまの苦悩を、ほんとうのところは当事者たる人間の真意に関係なく、縦横無尽に勝手気ままに切り捨てて前進しているのではなかろうか。

これが、この小論の問題設定である。

その縦横無尽かつ勝手気ままさは、制度として法律家が義務づけられている「正義」への奉仕や「公平」への参画とは全く矛盾しない。

J・ラズがいうように、権威としての法のシステムは、たとえば、裁判官の精神の故障や肉体の不調や学歴コンプレックスなどを不問に付しつつ、検察官の個人的性格の醜悪さや朝方好物のベーコンエッグを食べなかったがゆえの不機嫌さからくる公訴権の濫用を無視し、弁護士のだれでもカネを払えばクライアントにしてしまう拝金主義をも併呑しつつ、法の公正な適用という名目のもとに、中立的通用性を持たせようとするのである。このような通用性は、革命が起こらなければ覆滅され得ないから、我が国では、永遠に覆滅され得ないことになる。

では、具体的には、たとえば、離婚の局面にお

いて、どのように切り捨てられているか。

A いくつかの主観的前提

我が国での離婚には二種類あって、合意による離婚が圧倒的に数が多いのであるが、100人の離婚するカップルのうちわずか2組程度しか選択しない裁判離婚における記録＝判決文を、ばらばらと順番にデータベースで読んでいくと、我が国の離婚判決は、特におんなについて特徴的な叙述部分を持つことがわかる。

どのように「特徴的」か？

すなわち、本論攷は、きわめて主観的に、いったいなにを摘出しようとしているのか？

本論攷が主観的であることを、やや恥じ入りながらも最初に申し述べるのは、本論攷が、原告(あるいはまれに被告)となる個人としてのおんなの特殊な境遇や特殊な利害を、あたかも「汎用性のある特徴」かのように以下の文章において語る作業を、偉そうに行っているためである。

しかし、ほんとうに保護すべき実体を持つものを、切実に救済対象とするのならば、現実の実効性だけを目指すべきであり、ローレビューで大声で叫ぶようなことはすべきではなく、裏口からはいり裏口からでるような知的作業を積み重ね、その実体を解放して自由を与えたあとは静かに去るべきであるかもしれない、文章化すらすべきでないことかもしれない。

このような主観的な作業は、ロジックを組み立てる人間の知的奔放さに関係するし、局限すれば、社会科学すべてにおいて不可避の一醜悪な一知的作業であるから、離婚を扱う本論攷においても、あらかじめ強調しておく必要性を認めるのである。有り体にいえば、自己弁明のたたき売りである。

さて、我が国において離婚しようとしているおんなはすべて、国家の設営する「裁判所」と呼ばれる祭壇に礼拝するために、高いお布施(訴訟費用と弁護士報酬)を払って、じっと耐えなければならないが、そのような冗費を費やしてまで国家意思の表明を求めるのは、法的に配偶者でなくなることを、そのおんなが住んでいるその当のコ

ミュニティーとうちゃんかあちゃん愛人こども親戚縁者町役場区役所など一に対して宣言することを、どうしても求めなければならないせっぱ詰まった状況があるからである。

このようなぎりぎりの状況とは、法律家の仮面に隠れて無責任に、『そうだなあ、既判力のような制度的なものを求める状況というべきかな』などと、報酬だけに関心のあることを伏せて対応する弁護士のように言うべきでも絶対になく、『やつらはバカだよ』と公訴提起をしたあとで被疑者の愚かさかげんを反芻して嬌笑する検察官のように言うべきでも絶対になく、個人としての自律性に由来する、生々しい苦悩に満ちた状況、そしてその打破と言わねばならないだろう。

具体的には、どのようなせっぱ詰まった状況かといえば、女性配偶者以外の者が一見するととるにたらないように見える利益侵害—たとえば、男性配偶者からの絶えざる罵詈雑言、気の進まない性行為、前の婚姻で生まれた子供への虐待、パートで働いた賃金の横取り、など一を、すべて放擲しなければならぬほどのせっぱ詰まった状況であると、先取りして述べるができる。

このような状況においては、おんなは、とるものもとあえず、将来にわたる配偶者関係の解消を一それだけあればあとはなんとかかなと思うのだろうか？—求めることが多いように思われる。このような状況に恒常的にあるおんなは、集積し連続する細かな不法行為の束によって、常に、射殺され続けているようなものであるが、微罪ともいえないほどのごく小さな不法の集積であるがゆえに、永遠に、法の世界に登場することはないのである。

B 平等概念におけるカテゴリー化

法の規定が、具体的事実関係にあてはめられるときは、おとこであるかおんなであるかという区別は、強い合理的な理由のない限り、無視⁽²⁾することが必要であるとされている。このような自制は、民主主義に関係する法のシステムのインフラであり、疑うことは許されない領域である。それゆえにか—あるいは近時の保守への回帰からみれば一

時的なファッションであるか—現在の憲法理論は、ジェンダー⁽³⁾ないしセックス⁽⁴⁾は、それ自体が固有の理由となるときは、判例や法令それ自体の違憲性が、一般的に強く推定されると考えることすら普通になってきている。

このような考え方のもとで、それぞれの規定に応じた適用対象を、類型化（カテゴリー化）するとどうなるか。

たとえば、炭鉱労働者の賃金を男性の場合は、女性炭鉱労働者の二倍とする法令。賃金を二倍にすることと、男性炭鉱労働者と女性炭鉱労働者という類型化（カテゴリー化）は、合理的な根拠を持つか？

ここにおいては、『そのような取り扱いを民主主義の基底にある社会の根本原理が承認できないから、その類型化は無意味なものとして否定しなければならない』というような、わが国を含めた広義の近代法国家での、見慣れた考え⁽⁵⁾を理解することがまず最初に必要となる。このような見慣れたありふれた言明は、おとことおんなに関係する、われわれの法規範のすべての共通部分にあると言ってもいいだろう。このような共通部分を否定することは、おそらくは、民主主義とか自由主義とかの根底にある平等の観念といわれている社会の根本的枠を取り払うことを意味していると思う。

もちろん、そのようなカテゴリー化を促している人間の利害や苦悩には、賃金などとは違って、カフェテリアのメニューのなかから何を選ぶかを悩むことと同レベルの「利害や苦悩」でしかないこともあるから、すべての局面において、法の規定が、まじめに取り上げるものばかりではないし、むしろ、社会に放り投げておくほうがより適切なこともあるだろう。

その上、人間の精神活動のメカニズムは完全解明されていないがきわめて複雑だから、たとえば、職員の不祥事で受信料不払い運動に直面して、辞任要求にあくせく対応しているように見える巨大な準国営放送機関の会長（たまたまおとこと）の苦悩は、他方配偶者の暴力に苦しみ、その生活共同体の破壊＝離婚に直面している人間（大部分はお

んな）の苦悩に比較すれば、きわめて「うさんくさい」ものにも見える。

彼ら経営者の進退は、おとことであろうとおんなであろうと、商法の通説によれば、裁判所はビジネスパーソンではないから能力不足であって、まずは経営判断事項 (business judgment) であるし、会社の所有者（株主など）の独断の判断が多数決によってほとんど絶対に優先されるべきだから、我が国では、伝統的に、法廷に持ち込まれる性質のものではないと理解されており、だからこそ、辞任要求をかわすために苦悩する表情をさらして、アジアの儒教的かつbenevolentな感情を、一般大衆の間に巻き起こすということになるのであろうか。

あるいは、そのようにして自己の汗顔をさらすことが贖罪＝社会的免責につながるという、我が国の法制度の裏側に内在している、さまざまな利害関係の振り分けメソッド⁽⁶⁾が、法のテクニカリティの仮面の傍らに存在するからであろうか。

このように、法の強制力がどこまで及ぶかをあらかじめ熟知すると、時に、醜悪な人間だけが長く生存することになるので、そのような人間だけが長生きし、その他の人間が早死にするわが社会では、鼻をつまむような悪臭の漂うコミュニティの形成があちこちで行われるということになるだろう。

C 本稿の問題

振り返って長い過去の時間（＝歴史と呼ばれてきた）を考えると、裁判過程手続のテクニカルな側面を扱うテキストはすべて、事実としての紛争を、どのようにすれば、判決という裁断型の国家命令で終了するシステムにおいて「取り上げることができるか」という視点からのみ考察を加えてきた。これは、standings を含めた意味での訴訟要件論をめぐる伝統的な訴権論⁽⁷⁾を想起すればはつきりするだろう。

つまりは、法律要件と効果—いわいる「三段論法」というような万民向けのキャッチフレーズが指し示すルール全体集合—として純化しつつ、ガウンから背広に着替えるように、actio→Ans-

pruchへと移行する過程があった。これを近代法の生成過程と呼ぶならば、その遺伝子を温存している2005年の立法者は、実体法のルールとして抽象化した法規範によって、われらの友人である司法プロセスによって、正義と公平の名の下に、苦しむ人間の全生活関係を切り刻むのである。われわれの周りで、法律習得の理想として是認されているのは、このような「よき」法律家的発想であって、これが、まっとうな法の解釈として、いまでも普通に行われているのである。

しかし、すでに近代法システムの系譜を百年近くたどれるほどに年月を重ねた日本法のシステムにおいては、既存の固い法のシステムの伽藍において、どのような苦悩と悲しみと打算とが、司法審査適合性(justiciability)、訴訟物(cause of action)、個別の法律要件と効果、裁判官の尊厳(!)、日本最高裁・法務省・官僚機構のありがたい「お駕籠」の鶏としての我らへの善意による監視に由来する法令用語、などとともに、判決文の裏側において、雨散霧消しているかを考察すること—これが本論攷の意図であるが—は、陰画としてしか登場し得ない真の人間関係と、それを公定的に蹂躪する結果になる裁判過程との交錯を、われら凡人が恐れ感じ入る上でも、何らかの意義があると思われる。

二 阿鼻叫喚の肝心な部分の切り捨ては、なぜ起こるか—神戸地裁平成13年11月5日判決

当事者であるおんなの真の目的が、訴訟で達成されない理由の一つは、真に苦しんでいる事実関係を、主題として取り上げることができないという、訴訟法と実体法の構造に由来するし、さらにいえば、相互に連携し合っているさまさまの法的救済—刑事・民事・公法—の不備にも関係する。だからこそ、判決は、事実をねつ造し、法的観点をおせっかいにもひねりだし、刑事責任を生じさせる行為を無視しつつ、裁判官の同情に満ちた思い違いの文章を書くことを許していると理解できる。

A 判決による事実のねつ造あるいは法的観点の創出

離婚の基礎にあるとされる法律の文章(民法770条「その他婚姻を継続しがたい重大な事由」)が、きわめて広範でほぼ無限定の意味を持ちうる単語を採用していることは、法律の解釈はすべての法的問題において無限だ⁽⁸⁾としてもなお、離婚を求める当事者とそれを阻止しようとする反対当事者との闘争のプロセスのなかから蒸留される、さもありなんというロジック(けんかの口上)、その中から裁判官の「好み」のものを選択する作業を、自由に行うことを再確認する。

実務で使う法律の知識を有すると称しているひとびとは、このような広い意味を持ちうる一般的な文言を用いた条文を、民法709条の「故意または過失」や借地借家法の「正当事由」などと同様に、法律要件分類説にしたがった主張立証責任の分配、したがって請求原因事実と抗弁の区別⁽⁹⁾などを定めた「厳格な規定」だとは、最初から考えてはいない。主観的なでっちあげであると、誰しも感じているだろう。

だから、主要事実のレベルでの要件のまとめについては、法解釈の忠実な下僕としての裁判官がすることは、条文の棒読み(書き写し)と変わらない。それは、般若心経の書き写しと同じで、なんの創造性もない、安心立命を得る職人の作業であるということになる。

訴訟の現実には、結局は、その下にある間接事実(論者によっては、準間接事実)さらにその下にあって間接事実を支える間接間接事実、などに攻撃と防御の主眼が移行しているわけであるが、どのような間接事実をどのように把握するかは、陪審員のいない日本では、事実審の裁判官によってのみ決定されるから、そこには、決定的なロジック選択へのオールマイティの権限があることになる。その権限の行使は、日本のキャリアの裁判官によってなされるのであり、そのキャリアの裁判官は、最高裁だけが選抜して職に補する権限を持っているきわめて政治的なプロセスの産物である。

だからこそ、そのようなロジックの選択、あるいはそのロジックの基本構造をなす因果関係の仕組みそのものは、既存のおしゃれな法律のテキストが述べているような華麗かつ流動的な構造（社会通念という支柱に支えられている）⁽¹⁰⁾を持つものとはいえないし、ましてや、数学の公理のような、通用性をもつものとも到底いえない。

むしろ、離婚概念についての、きわめて主観的なばらばらの歴史的展開のようなもの—それは遺伝子の突然変異の確率に近い必然性で選択されてきたルール群と同じもの—を予測させるものでもあって、リーダーのものまねだけを得手とする黒子集団による経文の唱和に近い。

法のロジックが、AならばBという文章の創作によって形成されるだけであれば、あとはその文章への当てはめだけが残る作業ということになるが、その特定の文章がほかの多数の同様の文章の中からの的確に選択されているかどうか、Aとは何かBとは何か、などを吟味していくと、法の解釈作業は、機械的な操作ではないことがわかるはずだ。

これを当事者の立場から見れば、離婚への道程は、経文の唱和だけに習熟した裁判所（官）による事実の掘り出し作業によってあからさまにされた苦悩を、時々刻々無惨に引き裂かれつつも、なんとか最終ゴールへと到達するが、それはあたかも、へたくそな職人によって何度も洗い流され上塗りされた洞窟壁画の修復作業のようなもので、だれも作られた当時の真の意味を知らないままに、今日に連続する意味を問うきわめて人工的な作業であるというべきだろう。

だから、このような作業は、到底「法の解釈」と「適用」などと呼ぶことはできない。むしろ端的にこう表現したらどうか。

すなわち、法的視点の創出と事実のねつ造だと。

B 裁判官のよけいな判決文による慰撫すなわち定型の判決文の陰にある含意

そのような典型として神戸地方裁判所平成13年11月5日（夕）第114号判決⁽¹¹⁾を考察することにする。

特定の判決を選んで、本稿のような一見恣意的に見えるロジックを展開しようとするときは、どのようなものを選び出すかについて、ある種の裁量＝意図が働くことをまずあからさまにしておくのがフェアであるが、この判例を選択したのは、本判決に登場するおとことおんなが、『暴力的かつ狡猾なおとこ』対『悲惨な精神状態に耐えきれないおんな』という、三流の小説家すらも話題にできないほどに、あまりにも典型的⁽¹²⁾なものだからである。

この事件では、妻が、暴力をふるっていた配偶者である男に対して求めていた、離婚判決、損害賠償、それにふたりの娘に対する養育費の請求がすべて認められている。

この事案に登場する夫は、これまた、絵に描いたような—といえば、女性を崇拜してやまず華麗な女性の肖像などを描いたピカソやセザンヌが怒るであろうが—それこそまったく典型的な暴力的男性であった。その故かどうかは認定していないが、妻は、しばしば自殺未遂事件を起こしていたと判決は述べている。

裁判官は、このような状況にあるおんなに同情はしなかったが、精神的損害の金額を認定する材料として、男性の過去の行動と言辞を積極的に判決文に織り込もうとしているから、裁判官たるもの、決して、加害者たる男性の人格を非難し、被害者たる女性の人格をその反射として上昇させることはないはずだが、結果としては、裁判官という現代随一の公平無私の人格者による、被害者慰撫の文章となっていることは明白である。

判決から引用する。

たとえば、『結婚当初に、かつて同棲していた女性を引き合いに出し、「前の女には殴ったり蹴ったりしていたけど、それはその女に分からせるために、その女のためになるからやってたけど、お前には手を出さないでおこうと思う」などと脅迫めいたことを原告にいい、原告に恐怖感、威圧感を与えて、原告を精神的に支配しようとしてきた。性生活においても、被告は、原告の体調や感情を無視して、いかなる状況においてもこれに応じさせようとし、原告は性交渉を度々強要されてきた』

と書く裁判官は、その自由な心証によって裁判の全趣旨をふまえて、合理的な精神活動を維持しているそぶりを示している。

だからそれなりの自制は働いているのである。『平成4年9月頃、原告が被告との性交渉を、体調が悪かったので拒否したところ、被告は、原告の顔面を拳で殴り、腕を掴んで引っ張り、逃げようとする原告を押さえつけ、髪の毛を引っ張るなどの暴行を加えた。この後、原告は、二女の通う幼稚園の母親仲間であるDに相談して、夜、子らとともにD宅で泊めてもらうようになったが、一度、被告が原告を自宅に呼び出し、自宅に戻った原告の腕を掴んで、門から玄関まで力づくで引きずり回し、屋内で、原告の顔面を拳で殴り、髪の毛を引っ張るなどの暴行を加えた』と書くときは、やや興奮気味ではあるが、証言その他からの事実を摘出する体裁をとっており、決して被告のおんなに同情したというそぶりは見せていない。

しかし、『その後も、被告の態度は変わらず、原告は自殺未遂事件を繰り返していた。平成8年4月8日頃には、被告が飲酒の上、原告の顔面を拳で殴り、腕を掴んで体を引きずり回す暴行を加えただけでなく、原告を強姦し、さらに、一部始終を見て原告に泣きついてきた二女にも暴力を振るった』と書くとき、思わず「強姦」という言葉を弄しており、ここからはどうも、この事実審裁判官の心情が、原告に傾いていることを察するのがよさそうである。

というのは、『強姦』という単語は、おとこからおんなへの性交の懲行行為が、通常の閨房の密事ではなく、刑事責任へ発展する重大な身体と精神への侵襲行為であったことを含意するからである。

このような性行為を『強姦』行為と表現しつつ、それ以上のある含意をこの裁判官が述べる理由は、民法の適用の外観を支えるためであると考えられる。

それは、つぎのような文章から読み取れる。

すなわち、『その後も、被告の暴力は収まらず、原告は子らとともに家を出て、被告と別居するに至った。以上のような被告の日常的な暴力（ドメ

スティックバイオレンス）は、夫婦という完結した人間関係において、夫が妻に暴力を振るうことで自己の力を誇示し、確認するという夫の病的な心理が原因であり、暴力が介在する夫婦においては、その関係性が確立しており、被害者である妻に与える著しい人権侵害行為である。原告と被告との婚姻関係は、このような被告の行為により破綻したもので、婚姻を継続し難い重大な事由があるというべきである』。

このような文章は、おそらくは、原告おんなの感情を著しく慰撫し、これまでの苦痛を緩和したに相違ない。強姦行為が裁判所に顕著であるならば、裁判所は、検察庁に対してその事実を伝え、検察庁は時効にかかっていない限りは、被害者の意思を確認して起訴に値する『強姦行為』であったかどうかを捜査しなければならない道理であろう。犯罪の端緒は、捜査を開始させるわけだし、親告罪であるとしてもなお、性的自由の侵害行為があったと認められる以上は、裁判官は検察官にその旨を報告しなければなるまいし、検察官は、公判を維持できると判断したときは起訴⁽¹³⁾しなければならないであろう。が、起訴されていないということは、判決の文章による慰撫が、実質は、離婚訴訟が私人訴追主義と同様のファンクション（＝原告おんなの申し立てを裁判所が認めた結果としての、その主張へのサポートが民事法廷において行われる）営んでいると理解してもよいことを示唆しないか。

C 強姦行為の放置

ではなぜ、裁判官はあからさまの刑事責任を発生するかのごとき行為をそのまま放置し、離婚だけを認めたか。それは、強姦という認定が、でっちあげというか裁判官の認識だけの問題だからであって、離婚を認め慰謝料を算定するためだけに必要だからである。だから、この事件のおとこの配偶者は、強姦者の汚名をかぶっているのだが、それは、法のレトリックのみの犠牲になったわけである。

現に、被告のおとこは、『1回しか原告に暴力を振るったことはなく…大学大学院工学研究科を修

了後、株式会社甲に就職し、大規模ダム、湖沼等の水質管理、水質調査等の業務に従事してきた実直な会社員であるから、そんな粗暴な振る舞いをするわけがない』と主張しているが、そのような性格証拠 (character evidence) は、むなしい主張であったようであり、『…被告は高度の人格、教養、知識を有しており、その性格も温厚そのものである。一方、原告は、以前より精神的疾患を有しており、被告はこれまで献身的看護等に努めてきたが、この誠意が原告には通じず、逆に本訴提起に及んだ』という主張も裁判所に一顧だにされていない。また、おんなと訴外おんなとの同性愛関係についても、裁判所は、否定的な判断をしている。

ここでは、法的争点の創出と同時に、事実関係の創出も行われていることになるだろう。

ではなぜそのような創出が行われるかといえは、それは、請求されているものが、慰謝料というえたいのしれない損害であることにも、ひとつの原因があると思われる。

つぎに、カネの問題を検討しておこう。

わが法のシステムは、すべての有形無形の損害は金銭換算が可能だという公理のもとに運用されているから、被告の暴力等による支配に終始した婚姻生活及びその破綻等により被った原告の精神的苦痛に対する慰謝料の金額を、なんとか金銭換算しなければならないのだが、裁判官の限られた経験からは、他人の夫婦生活をわずかにかいま見たからと言って、合理的にその根拠を示すことができない。だから、『強姦』のことばを使って、なんとか正当化の根拠を見いだそうとしたのであろうが、『強姦』されたおんなの操の対価がいくらになるのか、おとこの操のお値段と同様に、これまた見当の付かない話ではなかろうか。

なお、慰謝料の算定については、損害賠償の一般理論⁽¹⁴⁾からも、何の根拠もないから、過去の裁判所の慣行以外によるべき手だてではないとも言いうる状態である。このような状態は、財産分与においても同様であり、原告のおんなが、専業主婦であったから、財産分与⁽¹⁵⁾にあたって採用されるべき住宅ローンの負担部分は、1ないし

3割であるとするというのも、実務の奥義秘伝という以外には、説明の方法がないと思われる。

なお、裁判実務における奥義秘伝がまったく批判を受けてこなかった、あるいは批判を受け入れる必要がなかったのは、日本の最高裁および法務省が、これまで国民の批判を無視できたからであり、なぜ無視できたかを問えば、そしてその説明理論を徹底的に問えば、おそらくは、国体の解体、あるいは、第二次大戦終結後の天皇制の部分的修正、旧大審院の転換と挫折、最高裁の自家撞着、それを許した官僚機構の再生、ことさらに定員をしばった司法試験の運用、学歴主義、訴訟実務をよく知る人間を大量に育てようとしない自民党政府の政策など、多くの関連する問題と連結しているきわめて興味深い日本の社会構造の問題と関連することがわかる。

だから、究極のところは、それらの問題の解法を駆使して、日本の深層の思想分析を行わなければならないが、本稿のような短い文章では、到底それに触れることはできない。

D 阿鼻叫喚の修羅場の切り捨て

以上のような裁判所の議論は、離婚という最終目的を原告に与えてはいるものの、そのほかの細かなおんなの要求については、判決文で、慰撫するだけであるとも評価できることは、すでに述べた。

これを要するに、このような主観的きわまりない認定は、切羽詰まった当事者の立場からすれば、法的視点とそれを支える事実の、「証拠による認定」ということば、あるいは、「自由心証」ということば、それぞれの濫用であるとすら言わざるを得ないだろう。

離婚をめぐる法的紛争は、弁論主義の建前もあるものの、家事審判からの類推が働くことがあり、したがって、職権での調査があいまいなままで行われることもあるしそのままのこともある。

だから、そのことを知っている老練な当事者は、事実としての包括的な現実から、当事者に都合のよい部分だけを切り取って裁判所に差し出し、善良な裁判官を沈黙によって欺罔できることを期待

しつつ、ダンマリを決め込む。

そうになると、判決というものは、離婚という最終目的＝訴訟物を与えればそれでよいのだということにオッケーだという、ある意味での訴訟スポーツ感のような感情を持たざるを得ない。そうになると、訴訟のプロセスそれ自体は、時々刻々と変化する訴訟状態であるにすぎず、ゴルトシュミット流の訴訟動態論および訴訟のプロセス自体に当事者の利益不利益を見いだすなどはプロ野球のゲームと同じことに帰する。

これを当事者の立場から見れば、さまざまの夫婦間の紛争—阿鼻叫喚の地獄図—については、裁判所は、その部分的な「クリーニング」は行いが、他のいらぬものは捨ててしまっているということになるだろう。

問題は、裁判所がいらぬことだと判断しても、当事者が必要だと思っていた場合に生じる。裁判のプロセスが、精密に当事者の主観を納得させない結果に終わっても、何の文句もいえないとすれば、当事者の信頼は喪失する。

しかし、国民全体の信頼を失うことになるだろうか、おそらくは、絶対にならない。これこそがわが国の法のシステムのアポリアである。

三 小さな結語—反ポストモダンの試み

裁判所は、如何に生きるべきかを教示しているわけではないし、そのような能力もない。これは、すべての認識を相対化してしまう近時のポストモダンの立場からはきわめて容易に到達するロジックであって、だからこそ、離婚の危機にある男女は、裁判を道具として、主観的な目的を達成するために全力をあげると説明することになる。

いやいや、離婚の危機にある男女だけではない。婚姻している男を殺害して保険金を取得するためにその保険会社を相手に保険金請求をする極悪非道の法律上の妻であっても、すべてのひとの認識は相対化しているはずだから、複数の正義があるはずであり、したがって、殺人を犯した妻についても、その主観的な目的＝彼女だけの正義を達成するために、裁判に全力を挙げることになるだろ

うし、それは許されるはずである。そう主張することになるだろう。

そうになると、例示にあげた神戸地裁の判決は、当事者からは戯画であり、単なるレトリックであり、何らの真実を反映することもない、空中の音声あるいは紙の上のインクの線分であるにすぎないと認識されることになるだろう。

このような帰結はしかし、おそらくは、多くのひとびとが眉をひそめるものであると思う。ここに「多くのひとびと」とは、決してポストモダンが忌み嫌う思想のファシズムを含意するものではなく、むしろ良識による連帯のようなものであって、社会に滞留する、空気のような価値観の基盤を指すと考えてよいだろう。

だから、ポストモダンとはなんであるかという問題は、究極のところは、良識による社会連帯を「全否定」することとは何かという問題と同値であるから、それは、道德の世界における真のアンサーキーを肯定することができるかという問いに、どう答えるかということに帰着するのかもしれない。

70年代以降のポストモダンの法思想は、今になって思えば、近代法の構造に含まれる進歩の観念、ないしは、一般に先人法律家の思考の積み重ね＝理性と呼ばれた何か＝法の伝統そのものを、糾弾あるいはあざ笑うだけの浮き草的思考であった。

ポストモダンは、その絶頂期には、流動的に見える現実の法的諸現象を、相対化の名目のもとに、すべて説明しうるかに見えたのだが、実は、自己のよって立つ基盤自体をも、その説明のプロセスにおいて常に相対化しなければ自己矛盾に陥るために、きわめて不安定な前提に立つことへの、ほんとうは苦しいいいわけだったと思われる。

怠け者が、裁判において、被告と目される人物に対して、「おまえは怠け者だ」と批判したとき、そのような批判は、「自分を棚上げる」ことになるが、しかし相手が怠け者であれば、「自分を棚上げる」ことも許されてしかるべきだという自己破壊のロジックを、ポストモダンは、もてあそんできたと思う。

このような姿勢が、自己の立場をほんとうに超越した上での言辞であるならば、それは究極の自己犠牲を意味するから、「社会」「国家」という看板を背負ったポストモダンでないひとびとからすらも許されよう。しかし、現実には、自己の立場を超越する人材はひとにぎり＝皆無であるから、身勝手な自己欺瞞の言辞と同義であると言わざるを得ないのではないか。

そのような身勝手さを寛容で受け止めよと旧勢力に強要してきたポストモダンは、それゆえに、国家や社会を否定してはならず、むしろ自分が有利に生きていくために、積極的に肯定していたことを思い出すべきである。造反有理の名目で、ゲバ棒を振り回していた学生は、内ゲバの相手と必死で戦ったが、それは国家や社会からごほうびをもらうためであったのと同じである。

さらにいえば、自己の立場を完全に超越することができる人間は、自己の利害を完全に超越することができるから、自己の生命をも喜んで差し出すことを厭わないはずであるが、現実社会にはそのような人間は、おそらく存在しないのである。そして、どん欲に自己の利害を追求するかにみえるひとびとに、ポストモダンの称揚者—そうだと気づいていないひと—も多いから、要は、自己正当化のロジックの隠蔽だったのではないかといわれても、仕方がないだろう。

だから、ポストモダン思考の前提がしていた、おのれ＝汎用性ある生身の人間＝抽象的近代人ではない個人は、一皮むけば、朝令暮改に一喜一憂する猿の集団にも似ていて、軽薄な心根を醸成するだけのしょぼいおとこかおんなであって、社会生活に必要な寛容や、道徳とは何であるか、というような「伝統」的思考にそっぽを向く集団の一員として、高崎山の猿のように、そっぽを向くだけが目的の行動を常に模索するだけであったということになるだろう。

そっぽを向くだけであれば、それは無害なのであるが、ボスざるになると、集団でそっぽを向くことを煽動するために、社会の枢要な部分がファンクションしないように作用することもあったことは、過去の事例がよく物語っているということ

になるだろう。

では、どこへ行くべきか。

おそらくは、ポストモダンの思想をも包み込む、社会というか国家というか、そのような無形の枠組みの基幹構造を、新たに提供できるものが必要であり、それを道具として、新たな地平を開拓するということになるのであろう。

それを仮に、反ポストモダンと呼ぶとすれば、それはモダンへの回帰では絶対になく、ポストモダンの異端分子を抱え込み、かつ、社会の基盤形成を熱心に遂行するものでなければならない。われわれの社会は、豊かに見えて、実は生きていくうえで必須の自然環境の破壊が著しく進んでおり、自然科学の進展を踏まえてもなお、生存の基盤そのものが危殆に瀕しているのであるから、その上にたつ人間社会は、生存のために進歩しなければならないのである。その進歩の観念の全否定を行うことにより、少数者の意見をくみ上げたポストモダンは、少数者がそれなりに地位を得た今では、その意義を喪失していることは確実である。

(この項未完)

注

- (1) 離婚は、裁判によって決着するまえに、我が国では、ムラ社会の長などの私的調停や、家事審判法の調停前置からくる半強制的な話し合いによる解決などが、模索されることが知られている。このようなプロセス(ADRの亜種)がなぜ実効性を持つものとしてわが社会において受け入れられてきたかは、きわめて困難な推論を必要とするので、ほとんど、宗教か文学の力を借りる必要があると思われるほどである。そのような意味において、合理的推論つまりは社会科学の彼方には、優柔無碍の文学のようなだるい何か(law and literatureの運動)が存在するというのは、ポストモダンの研究者のまっとうな指摘であったように思う。

なお、法的推論の不可能性が立証されたとき、その果てに何が存在するか(存在しなければならないか)について、明快に述べた法哲学者はいないように思われるが、哲学から政治ないしは現実の激しい動態との連結点は、まさしくこのように存在するのではなからうか。ここでは、形而上学と形而下の問題が合体するのである。しかし、法律実務家は、おそらくは不可能性を知らずに、漫然と既存の法秩序に編入し

てきたのではないだろうか。参照 J・ラズ「権威としての法」(深田編, 頸草書房 1994 初版) そうなると, その誤謬に至る論理とは何かを, つぎに探求しなければならないことになるが, 本稿ではそこまで踏み込まない。

- (2) 「無視」の方法にはいろいろある。第一に, 法令の解釈, 第二に, 法令そのものを無効とする, など。違憲審査の方法と直接関係する領域である。
- (3) ジェンダー (gender) とは, 現時点では, 社会的文化的に男女を区別する指標だというのが, 有効なファンクションを営んでいるかどうか疑わしいが, 一般に膾炙しているので, ここでもこの用語を用いる
- (4) セックス (sex) とは, 生物生理学的な区別立てに由来する指標群であるが, 自然科学すらもフェミニズム化されると, このカテゴリーは, ある種の人間の頭脳内部では完全に消滅することに注意しなければならない。
- (5) たとえば, 野中他著「憲法 I (第 4 版, 有斐閣)」258 頁以下
- (6) 企業組織 (株式会社に限らない) の経営者が不祥事を放置していたとみなされるときには, 第一に, 株主代表訴訟が提起される可能性がある。第 2 に, 株主などから取締役の責任を, 直接追及される可能性がある。日本の経営者は, クラスアクションを認めていない我が国の訴訟手続に助けられてか, アメリカほど強烈な, 責任追及の法廷闘争を経験してこなかったと思われる。平成 9 年の商法改正によって, 代表訴訟は提起しやすくなったされているが, それでも, 株主オンブスマンのような存在はまれで, たいていは, 特殊株主による代表訴訟提起である。株主が取締役などの責任を直接問うことは商法上は可能だが, 一般大衆投資家が, 訴訟を提起することはきわめてまれで, 大部分は, 特殊株主によるとされていることは, 少なくとも 2004 年においても, 会社法学の前提の知識である。

我が国において, 企業経営者の責任追及がきわめて甘い事例としては, M自動車メーカーが, 過去十年以上, 重大な欠陥のある乗用車, バス, トラックを製造販売した結果として, 多数の死傷者を出していた事件がある。国土交通省 (旧運輸省) に対して虚偽のリコールの届け出をし, 虚偽の設計報告書を提出し, その結果として, 大型トラックのハブが主婦を直撃した事件もあった。この事件発生時には, M自動車の欠陥ある設計が明らかでなかったもので, トラックの運転手が業務上過失致死で逮捕起訴されており, 事態は, きわめて深刻な展開をしているが, まだ, 株主代表訴訟も, 集団的な損害賠償請求訴訟も起こっていないし, このような法現象を, 専門学会すら取り上げないのは, 我が国が, 誠に驚くべき企業保護社会であることを示している。

- (7) 我が国の民事訴訟法学の通説である権利保護請求権説は, 雑多な紛争群を全部取り上げないで, 「方式」に従ったものだけを裁判官の眼前にさらして判断させるという, ローマ以来の基本的思考方法から完全に脱却することを当初から意図していない。これは, 職業として糊口をひさぐ法律家が, 全体として独自の利害関係を主張しているというべきかもしれない, きわめて興味深い学問的現象である。参照, 兼子一「訴訟法と実体法」(酒井書店, 1967), 柴田光蔵「ローマ裁判制度研究」(世界思想社, 1970)」
- (8) 法実証主義への反動として出現したかつての, J・フランクの自由法運動など。大陸法系統の諸国, 特にドイツでも, ナチ崩壊後, 古典的な規範価値への回帰というか, ある種の自由法運動が起ったが, そのような自由法運動は, 反ファシズムという足かせをかけられたものだったし, コーラーあたりまでもさかのぼることができるように思う。そのような「歴史認識」はさておいても, 2004 年の現時点で問題にすべきは, かつて繁栄したポストモダンの法学思潮が, 価値相対主義を極限まで追求した結果として, 極端な主観主義法学に変容している事実である。もともと, アメリカにおいてリアリズム法学が出現したときにも, 伝統的法学の「形式主義」「概念主義」を打破することが叫ばれたが, ポストモダンにおいては, 攻撃の対象たる既存の形式主義とは, リアリズム法学のような判決に内在するロジックの瑕疵ではなく, きわめて政治的なものであり, たとえばアメリカ最高裁の権威そのものであったことに注意しなければならないであろう。
- (9) 「増補民事訴訟における要件事定」(第一巻) (法曹会, 1985 初版)
- (10) 大村敦「家族法」(有斐閣) など。
- (11) LEXDBインターネット判例データベース (判例総合検索) 文献番号 28071351
- (12) 典型ということば=概念は, 本稿の前提である「すべての法的紛争は独自のものであり, ふたつと同じものはない」という言明に矛盾しない。抽象化した類型を, 思考において維持することは, 論理を発展させる方法として, 一般に許されているからである。
- (13) レイプを公判において追求する検察官の訴追裁量権は, 現行法秩序においては, 日本という国家が公訴の提起をすることになっていることに関係する。ここに「国家」とは, わが生活空間に立ち満ちているところの公的な強制のロジックを物質化してその骨格とし, 文化社会的価値観を物質化してその臓物とし, 近代の混濁した意識を脳細胞に移植させられた善意の人間—とりわけ抽象化されたおんな—たち, そのような彼女らを屈服させる, なんらかの構造体である。「善意の人間」たちが, そのような構造体の公的

な強制のロジックを離れて、強姦の被害者—それはおんなとは限らない—のために、加害者—それはザーメンをバジャイナに挿入した者とは限らない—を血祭りにあげるなどの、リンチ(私刑)を行うとすれば、それは、私人訴追主義ということになるが、わが現行法制度のもとでは、私人訴追主義は、完璧に否定され、採用されていない。

- (14) 平井宜夫「損害賠償の理論」(東大出版, 1972 初版)
- (15) 原告が把握できる夫婦共有財産は被告名義の自宅不動産しかない。自宅不動産は、平成 11 年度の評価額合計が 4149 万円であり、住宅ローンの残債が平成 12 年 1 月時点で約 1879 万円であるから、実質的価値 2270 万円の半額 1135 万円を被告から原告に分与するのが相当である。
- なお、自宅不動産のうち、土地は、昭和 62 年に被告の特有財産である預金、現金により購入した。建物については、平成 11 年度の評価額が 433 万 0300 円であり、住宅ローンの残高が約 1879 万円であることが認定されており、その一割から三割をおんなの負担であるとした。