

ドイツにおける裁判官の事件処理

村上 淳一

ドイツの法学教育・法曹養成において、日本とは比較にならぬほど包摂技術の習得に重きが置かれていることは、すでに論じたとおりである。¹⁾ そのさい、包摂技術が必要とされるのは、法システムの自己進拠性を保つ（法的なコミュニケーションを行う）には法／不法のコードによる法律論を展開せざるをえないためであること、その法律論は、「あるところまでは誰でも同じ答えが出なければならぬ建前」であると同時に、「重視すべき論拠による筋の通った理由づけがなされた、それなりに尤もな解答を、誤りとすることは許されない」とされていることを、指摘した。この「重視すべき論拠」は、むしろ、何らかの形で——必要に応じて基本権や信義則等の不確定的法概念を用いても——法／不法のコードに乗る論拠でなければなるまい。しかし、法／不法のコードに乗るもの、法律論として通用するものでありさえすれば、「それなりに尤もな解答」が複数存在しうることは自明の理であり、裁判とは複数の選択肢からの選択なのである。そこで、次に、裁判官はいかなる見地からその選択を行うかが問題になる。

幸いなことに、ドイツの裁判実務のシミュレーションによってこの問題を解明しようとする法社会学的調査研究が、

フランクフルトの「マックス・プランクヨーロッパ法史研究所」によって企画され、その成果が最近、三名の著者の共著として公刊された。²⁾ 本稿では、この成果を紹介するとともに、それが日本の裁判実務との比較の手がかりとして、どれだけ役立つかを、若干考えてみたい。

【注】

- (1) 村上「転換期の法思考」(桐蔭法学三卷二号、一九九七年)。
 (2) Janette Schmid/Thomas Drosdeck/Delff Koch, Der Rechtsfall—ein richterliches Konstrukt, 1997.

一 裁判官研究のアプローチ

「裁判事件構成の研究」と題するマックス・プランクヨーロッパ法史研究所の「試験研究 (Pilotstudie)」は、ドイツの裁判官の多数が依然として裁判の包摂的性格(裁判とは事実を法条の下に包摂する仕事だという通念)を信じているにもかかわらず実際には、裁判官は法解釈論(Rechtsdogmatik)と最上級審判例に依拠しながら裁判事件をつまみ、事実認定と口頭弁論と全審理過程を「構成」しているのではないかという問題を解明しようとするものである(S. 7f. Drosdeck. この著作は三名の著者によって分担執筆されているので、引用の都度、分担執筆者の名前を挙げることとする)。そのさい、この「試験研究」は、一九七、八〇年代のドイツで流行した実証的(経験的)法社会学による裁判研究が成果を挙げなかったという認識から出発する。「たとえば貸借借訴訟の観察によって、自分が賃借人である裁判官は住居の所有者である裁判官よりも賃借人に有利な判決を下すことを確認できた」とされた。こうした裁判

批判的研究の主張によって動かされた実証的法社会学は、その後、裁判官の出身階層や意見・態度がそのまま具体的裁判に影響することを経験的に証明しようとした。しかし、研究の企図に反して、裁判官の出身階層によって裁判が左右されるというのは十分な実証的基礎を欠く性急な主張であることが明らかになった。たとえばフーベルト・ロットロイトナーの大きかりな実証的労作『労働裁判権の法社会学的研究』(一九八四年)は、裁判官の生活実態や政治的立場や出身階層が労働裁判所裁判官の裁判行動に影響を及ぼすことを証明できなかった」(S. 12, Drosdeck)。ロットロイトナーは、個々の裁判官の社会的背景は裁判システムの内部で脱色されるという結論に達したのである。

そこで、実証的法社会学は、裁判組織の構造の分析に向かうことになり、裁判制度のヒエラルヒッシュな構造、裁判官の能力評価と昇任人事、事件解決の態様(訴訟か和解か)、裁判官の負担過剰と負担軽減等々に関する法事実研究(Rechtstatsachenforschung)が進められた。しかし、これらの研究は、司法部内部のやり方をそれぞれの点に関して説明するのに役立ちましたものの、裁判官による判決発見の過程自体についての明確な結論をもたらすには至らなかった。「ルーマンは、この種の研究に対する連邦司法省の研究費補助について(一九八八年に)「こう論評している。〈実定法を政策実現の手段として用いようとする政治的行政が法事実研究に関心を寄せるのはよく理解できることだが、これは、法システム自身による法システムの適切な記述に役立つものではない〉」(S. 13, Drosdeck)。

こうした展開の後に、ここで取り上げる「試験研究」は、法システムの自己準拠(Selbsterferenz)ないし自己塑成(Autopoiesis)の観念に立脚するニクラス・ルーマンのシステム理論に依拠して、「法システム自身による法システムの適切な記述」のための端緒たらんとするものである。ルーマンのシステム理論によれば、裁判を中心とする法システムは、システムの環境(裁判官の出身階層や政治的立場)の影響を直接受けることはないものであって、自己と環境とを区別する線をみずから引きながら、環境(経済システム、政治システム等々)からのノイズを自己のコードに乗る

かぎりて加工し、自己塑成を行ってゆくものである。「われわれが裁判に当てはめようとするこの〔システム〕理論の主要な特徴は、とりわけ、システムの自己記述と他者による記述の区別に存する。システムは、一つの機能〔たとえば裁判〕への固定によって自己のアイデンティティーをみずから決定するのであり、その一体性において他者による観察と期待の対象となるものだという自己理解をもつのである。こうして、システムは、内部と外部の区別をみずから定める。このモデルが提供する裁判研究の新しい視角は、いまや明らかであろう。それは、〔自己準拠的な〕裁判システムを〔外部から〕観察者として観察すること、そして、裁判システムがその環境とどのようにかかわり合うか、裁判システム自身が自己準拠と他者準拠をどのように区別するかを、分析することなのだ」(S. 17, Drosdeck)。観察の照準は、法システムの主要な担い手たる裁判官が担当事件をどのように法／不法のコードに乗せて(法的コミュニケーションによって)処理するかという問題に合わされる。調査はシミュレーションによって、一つの医療責任(Arzthaftung) 事件を設定して行われた。⁽²⁾

【注】

(1) ルーマンのシステム理論を紹介する文献は汗牛充棟だが、とりあえず村上「現代法の透視図」(一九九六年)を参照されたい。

(2) 「試験研究」プロジェクト・チームの依頼を受けたヘッセン州司法大臣の各裁判官宛推薦状に基づいて、ヘッセン州のさまざまな裁判管区から五二名の現職裁判官(女性一三名、男性三九名、平均年齢は四〇・一歳。区裁判事二名、地裁判事二九名、高裁判事二名)が調査に応じた(フランクフルト高裁判管区裁判官代表委員会 [Bezirksrichterrat für den Bezirk des Oberlandesgerichtes Frankfurt])はこの調査の目的が裁判官の利益に反するとして協力拒否の方針をとることとしたが、それにもかかわらずヘッセン州司法次官シュミット、フランクフルト高裁判事デアヴォルト、ハーナウ地裁

所長ケストナー、リンブルク地裁所長シュミット・フォン・ライン、ダルムシュタット区裁所長ヴァーグナーはこの調査を支持した。結局、フランクフルト高裁、フランクフルト地裁、リンブルク地裁、ダルムシュタット地裁、ベンスハイム区裁、デーブルク区裁、フランクフルト区裁、リンブルク区裁、フルルト(オーデンヴァルト)区裁、ハーナウ区裁から合計五二名の現職裁判官が調査対象として協力することになったのである。ただし、オッフエンバハ区裁の裁判官たちは、フランクフルト管区裁判官代表委員会の意向に逆らうことを欲しないとして協力を拒否した。むろん、それ以外の裁判所にも、多忙等の理由によって調査に応じなかった裁判官もいた。調査対象となった裁判官は、単独裁判官として模擬事件を担当することになる。それらの裁判官には、調査の二週間ほど前に、調査員中の弁護士によって書かれた訴状や他の準備書面(答弁書・答弁書に対する反論・答弁書の補足)等が送付され、神経科医および外科医の鑑定を求める可能性が告げられ、口頭弁論期日の指定が求められた。審理は裁判官の指揮(釈明権行使を含む)によって進められたが、当事者や証人・鑑定人としての陳述は、あらかじめ約六百枚のカードに記載された陳述内容に基づいて、「試験研究」のメンバーによってなされた。問答はすべて記録に取られた。手続は、理由を付した判決または決定によって終了する(ただし、個々の判決理由は本書では紹介されていない)。その上で、裁判官は、当該の結論に至った事情、訴訟進行についての感想、自分の意図や戦略について尋ねられる一方、自分の生活実態(勤務年数、一日の仕事時間、趣味、政治的立場、所属するグループ、等々)についての調査票、および法解釈上訴訟上・法政策上の問題や裁判所における事件処理のルーティンワークの問題についての調査票への記入を求められた(これらのアンケートは、他のシステムに対する開放度、他のシステムを法化しようとする介入度、同じシステムの成員の多数に従おうとする適応度、妥当な解決のための手数を省いて決定を下すことを重視する決定志向度を、個々の裁判官について知るために役立つとされた)。

調査の結果のうち、ネガティブな結論が出たものだけをまず紹介しておけば、裁判に対する法システム外在的な要素の影響はほとんど確認されなかった。「女性判事と区裁判事の審理の進め方が男性の地裁判事のそれと違う(女性判事は一人の証人に対しさまざまな質問によって会話を重視する審理を行う傾向があり、本人訴訟が認められている(弁護士強制のない)区裁の判事も同様の傾向がある(S. 112, Schmid)」ことが確認され、決定志向的な(てきぱきと審理を進めて結

論を出そうとする) 判事と比べて問題志向的な(じっくり問題と取り組もうとする)判事は和解を勧めたがる事が証明され、決定志向的な判事はシステム適応度が高いことが判明した。しかし、こうした諸側面と裁判内容との間に、確かな統計的関連を見出すことはできない。裁判官が審理を進めるやり方、審理にさいしてどれだけ沢山質問するかも、裁判内容と関係がない。……トイプナーの簡潔な定式によれば、へある法命題のもろもろの要件要素 (Tatbestandsmerkmal) は法独自の区別に基づくものであり、その区別が法独自の呼称を可能にするのである。ある要件要素の存否は、法独自の概念的区別、法独自の吟味手続、法独自の確定基準によって決定される。外部の現実からの影響は、この内部的選択過程を刺激することのみ存するのであって、それ以上のもではない」(S. 21, Drosdeck)。

なお、調査対象となった裁判官の大多数は調査に当たるプロジェクト・チームのメンバー(ほとんど法学博士)に対して率直で友好的な態度を示しながら調査に協力した。「圧倒的多数の裁判官が、今後もかれらの仕事に関する研究に進んで協力しようという姿勢を見せたことは、喜ばしい」(S. 4, Schmid/Drosdeck/Koch)。

二 医療責任事件の設定例

事件の事実関係をいわゆる「整理術」(Relationstechnik)に従って、争いなき事実と原告・被告の主張事実に分けて要約すれば、以下のとおりである (S. 31 ff., Koch)。

当事者間に争いのない事実……一九八四年の秋、当時一八歳だった原告(ギゼラ・ファイル)は首筋の左側に二つ、鼠径部に一つの、豌豆大で痛みはなく皮下で移動する小結節の存在に気づいた。これを診察したホームドクターは、その除去を勧告して、原告をオーバーローデンの郡病院(その設置主体(ヘッセン州のオッフエンバハ郡。なお、地方自治体としての郡は、その自治行政を担当する郡行政委員会によって代表される)が被告①である)に赴かせた。

一九八五年一月一五日、原告の首筋の二つの小結節は、この病院での手術により除去された。手術を行ったのは当該病院の医長である被告②〔医学博士W・アルベルト〕であった。

原告の主張……原告は、手術にさいして副神経 (nervus accesorius) が切断されたと主張する。手術がこうした結果をもたらすことを原告は全く予期しなかった、とされる。退院後、原告は、左腕の運動能力が損なわれたこと、苦勞せずには左腕を上げられないことを知った。そればかりでなく、左肩の筋肉組織が明らかに萎縮してしまった。その後痛みはひどくなり、ホームドクターはひとまず塗布・マッサージ用の軟膏を処方したが効き目がなかったため、原告を整形外科医に紹介し、整形外科医はさらに彼女を神経科医に紹介した。その神経科医シュミット博士は、副神経が切断されていると診断した。それを証明するために、原告はシュミット博士の証言と、より詳細な鑑定書を提出している。原告の見解によればこれは手術に当たった医師たちの技術的過誤を示すものであり、そのことを証明するために裁判所としても鑑定を命じてほしいと原告は言う。原告は、また、フランクフルト〔大学病院〕の神経外科外来の診察によって、手術が成功の見込みなしに行われたこと、いまとなつては完全な回復はもとより部分的な回復すら期待できないリハビリテーションに努めるしかないことが確認されたと主張し、これについても証明のための外科医の鑑定書を提出している。原告によれば、原告は技術上の過誤が判明した時点（一九八五年初め）以来ずっと医療とリハビリを続けており、依然として、そして今後とも運動能力の制約を免れないのだから、慰謝料請求の額〔左記参照〕は至当であり、職業上・健康上の損害の程度は時効の成立まで確定できないと予想されるのだから、確認の利益〔左記参照〕もある、とされる。

原告の求める裁判は次のとおり。

一、被告兩名は連帯して、原告に対し一万五千マルクの〔一時払い〕慰謝料、および月額一五〇マルクの慰謝料定

期金 (Schmerzensgeldrente) を支払え。

二、被告兩名は連帯して一九八五年一月一五日にオーバーローデンの郡病院において行われた手術に起因する一切の財産的および非財産的損害の賠償義務を負うことを、確認する。

被告の求める裁判は次のとおり。

原告の訴えを棄却する。

被告の主張……被告②の主張によれば、一九八五年一月一五日の手術にさいして副神経の切断は生じなかった。手術の過程で、美容上ひどく目障りになる瘢痕を残さないために、やや小さめの切開がなされた。しかし、容易に触診できるにもかかわらず意外に深いところにあつたリンパ節の除去は容易でないことが判明したので、切開部を拡大する必要が生じた。準備のためのこうした切開は、切除鋏ではなく解剖鋏を用いて隙間を広げながら行われた。手術のための隙間を開かれた状態に保つことは容易でなかつたので、助手が細いランゲンベック・ハーケン〔外科医ランゲンベックが考案した手術用具の一種〕を用いてこれを行った。リンパ節のすぐ側の組織も堅くなつていたということ、リンパ節の大きさと相まって、既往の炎症過程を示すものである。神経の損傷はきわめて稀にしか生じないものであるが、損傷を生じた場合には引き続いて麻痺が起り、腕を水平より高く上げることができなくなる(そのことを証明するために、被告側は鑑定書を提出している)。しかし、被告側によれば、こうした症候は原告の陳述によつても手術直後の時期に現れてはいないのである。原告は当時、病院職員に対して、いま主張されているような症状に言及していない。麻痺の最初の症候が現れたのは、手術後三ヶ月以上も経つてからのことだつた、と被告側は言う。被告②は、原告が主張する左腕の運動能力の制約を争う。(制約があると言うためには検査が必要なのに)当該部位の筋電流測定はまだ行われていないのである。それに、手術後の治療過程における瘢痕形成が副神経の損傷をもたらすか

どうかは運の良し悪しの問題であり、執刀医にとってどうにもならないことだ、と言う。被告①は、病院職員とりわけ執刀医の選任に当たって社会的に必要な注意を払っているという見解を示した。最高の養成を受け、豊かな職務経験をもつ職員だけを雇用しているのだと述べ、監督官庁の長を証人として挙げている。さらに、被告①によれば、被告②は医師として経験豊富な練達の執刀医だとされる。原告が主張するような事故は、かつて起こったことがない、と言う。加えて、被告側は、確認請求は不適法として却下さるべきだと主張する。原告は過去に生じた財産的支出を数額で示すことができるからである。また、確認の訴えが非財産的損害の賠償を求める部分に関しても、そのためには給付の訴えが本来の道であつて、この点でも確認の訴えは不適法だとされる。

こうした事実関係に法条を適用することによって事件処理が行われるわけであるが、調査対象となつた裁判官たちによる処理を観察する前に、あらかじめ重要な解釈論的論点を著者の一人コッホに従いつつ一瞥しておけば、以下の如くである。

まず、訴訟の適法性について、将来の給付を念頭に置いた確認の訴えは、同様に将来の給付にかかわる慰謝料定期金支払請求と重複するところがあり、その意味で確認の利益がないのではないかと疑われるが、裁判所によってこの点を指摘された原告訴訟代理人は、確認の訴えは将来発生しうる（現在の給付の訴えに含まれない）損害を念頭に置いたものだと答えている。

次に実体に入つて、最も重要な論点は、被告②の行為が故意・過失による傷害（それは、BGB八二三条一項によって不法行為による損害賠償請求の根拠となり、また、八四七条によって慰謝料請求の根拠にもなる）に当たるか否かの問題である。傷害は、医師の説明義務違反（Verletzung der Aufklärungspflicht）によることもあれば（ドイツの判例理論によれば、説明義務違反によって医療行為そのものが故意・過失による違法な傷害行為となる）、医療過誤

(Behandlungsfehler) によることもある。医療過誤は、本件では原告の主張に照らして、診断の誤り、手術の実施にさいしての不注意(いわゆる技術的過誤 Kunstfehler) および術後の処置(たとえば機能テスト)における義務違反として、問題になりうる。ところで、「医療責任 (Arzthaftung) において医師の義務違反が非難される場合、非難の重点は次第に移ってきている。医師の行為を不注意だとして非難するのは、通常、技術的過誤を非難するということがある。しかし、技術的過誤があったことを証明することはきわめて難しく、技術的過誤の有無を判定する力は裁判所にもほとんどない。他方、説明義務と記録義務に関しては、こうした困難な事情はない。ここでは専門家の力を借りずに裁判することが可能である。」したがって、説明義務と医療過誤との関係についての連邦通常裁判所〔民刑事事件の最高裁判所〕の法解釈論 (Rechtsdogmatik) が次のような特徴的傾向を示しているという指摘は、正当である。判例の解釈論的傾向が全体として、証明困難なことが多いけれども大いにありそうな技術的過誤という驢馬を鞭打つ代わりに、説明義務という〔驢馬の背の〕袋を叩くものになっていることは、まず間違いない。(S. 37 f. Koch)。

なお、被告①については医療契約の当事者としての契約責任 (履行補助者としての被告②の行為による責任〔BGB 二七八条〕と、機構整備義務違反 (三の註 3 参照) による契約責任) および不法行為責任 (BGB 八三一条による使用者の責任と、機構整備義務違反 (八二三条一項) が問題になる。

【注】

(1) 医療過誤については、原則として患者が、医師の過誤行為、故意・過失、因果関係について立証責任を負う。ただし、経験則上、損傷が医療過誤に基づくと推測される場合は「一応の証明」で足りるとされることがよって立証責任が軽減され、医師の側で、合意されたとおりの侵襲を行ったことを証明しなければならない。重大な医療過誤が認定されたときは、

因果関係の立証責任は軽減され、因果関係が推定されることもある。医師の記録義務違反も、立証責任の軽減ないし転換をもたらす。説明義務違反によって医師の責任が追及される場合は、医師が一次的な立証責任を負う。すなわち、医師は、侵襲の性質と診断と侵襲に伴なうリスク（分別ある患者が自己の身体状態とその他の状況を考えて同意を与えるかどうか決めるために重要だと思ふであろうリスク。関連する文献で言及されているリスクばかりでなく、そのような言及がなくとも医師自身ありえないとは言いい切れないリスクも）について、患者が完全に自由に決定しうる時点で、ある程度の熟慮期間を置いて十分な説明をし、その上で同意を得たことを証明しなければならぬ。患者が医師の説明を文書によって確認し、文書によって同意を与えたときは、通常、文書による説明がなされたものと推測される。この場合、患者が書式に署名しただけでは適正な説明義務の履行があったことの証明にならないから、実際に口頭の会話によって患者の自己決定のために十分な説明がなされたかどうか、被告医師の当事者尋問によって明らかにされることになる(S. 44, Koch)。

(2) Esser/Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 7. Aufl., 1991, S. 544.

三 裁判官による事件構成

右に見た（裁判官によって「構成」される以前の）事実関係と法律問題を前提として、裁判行動は裁判システムの自己準拠的作動に他ならないという出発点に立ち返ってこのシミュレーションの結果を考えると、裁判とは、裁判官がみずから法規範によって事実関係を「構成」する一方、事実関係を「構成」するためにその法規範を選択し、適用し、創造するという循環的作動ではないか、という仮設が立てられる。実際、調査対象となった裁判官たちは、「準備書面が示す事実関係を主要な点で無視するのである。すなわち裁判官は、これらの書面から請求を基礎づける事実に関する情報を得るのではなく、自身の審理戦略に基づいて独自の請求構造をつくり出す。……法律家は誰で

も、医療責任という語を聞きさえすれば、詳しい事情を聞かなくともいくつかの問題群があることが判り、問題群の如何によって全く異なる方向の手續が必要になること、とくに手續の簡略化 (Verfahrensökonomie (訴訟経済という訳語は誤訳に近い)) という観点から雲泥の差が生ずることを見て取る。本件の場合で言えば、医師の説明義務違反という問題群と、それと比べてはるかに立証が面倒な医師の技術的過誤という問題群とがあることに、気づくのである」(S. 22, Drosdeck)。そこで、裁判官はすぐに、訴状や準備書面には書かれていないにもかかわらず、原告が手術のリスクについて説明を受けていたかどうかを知りたがる。原告が主張する医師の技術的過誤の問題に取り組むのは、裁判官の半数以下にすぎなかった。¹⁾「連邦通常裁判所の判例によれば慰謝料の額は加害者のフェアシュルデン (故意・過失) の程度によるものとされ、医療責任事件では説明義務違反よりも医療技術の規準に対する違反の方が原則としてフェアシュルデンが重いとされているだけに、これは一驚に値する。さらに、手続法的に見ても、原告が主張していない説明義務違反の有無を尋ねることには疑問がある。民事訴訟法のいわゆる弁論主義によれば、裁判官は——一定限度で事実の積明が許されるとしても——当事者の主張事実についてのみ判断を下しうるからである」(S. 22 f., Drosdeck)。

こうして、裁判官は、「仕事の簡略化」(Arbeitsökonomie) の観点から事件を構成する。裁判官は「医療責任」という語に接しただけで簡略な処理に適した枠組み(請求の解釈論的な理由づけ)を思い浮かべ、その枠組みによって事実関係を構成するのである。どうでもよいデータが無視されるばかりではなく、選ばれた解釈論的枠組みを満たすのに役立つ情報も棄てられる。「次のような(調査対象裁判官の)発言は、裁判官の審理の進め方や(証拠方法の)評価、「事件処理の」戦略にとって、全く典型的なものだと言えよう。《鑑定によれば(副神経が)切断されたことは明らかです。それはともかくとして、重要なのは、それほど起こりやすい損傷について全然(医師の)説明がなかつ

たということですが。また、《原告が述べるような不自由があることは間違いありません。はつきりしないのは、それが癍痕によるのか、それとも神経の切断によるものかです。しかし、結局のところ、これは重要ではありません。いずれにせよ、どちらの可能性についても説明しなければならなかったことに変わりはないのです》(S. 24, Dros-deck)。

解釈論的枠組みをしばしば便宜主義的に、「仕事の簡略化」のために用いながら、裁判官は通常、自己の態度が便宜主義的であることを意識しない。裁判官は、自己の選択した解釈論的枠組みだけが正しいという確信を抱いているのである。審理終了後の聞き取りにさいし、「多くの裁判官は別の理由づけを選んだ同僚がいることを聞かされて訝り、事件はへ他に考えようがないのに」と述べた。多数の裁判官が——多数派に属する者も少数派に属する者も——別の解決とはどんなものか、それを選んだ裁判官はどれだけのかを訊ね、そのような解決について皮肉をこめてこう評していることも、注目に値する。《はかばかしている》、《くだらない》、《全然わからない》、《そうなりやうがない》、《信じられない》、《屁理屈だ》、《中途半端な解決は間違った解決だ。そういうやり方には腹が立つ》、《邪道だ》、《世間知らずだ。ズボンをはくのにヤットコを使うようなものだ》、《そんな処理は正しくない》、《奇妙だ》。こうした現象をどう評価すべきか？ よく考えてみれば、こう言うことができよう。裁判官が決定を下すということは解釈するということではなく、包摂する〔法条を機械的に事実に応用する〕ということであり、それによって正しさも保証されるという考えが、「裁判官の間では」明らかに依然として支配的なのである。この考え方が、判例と解釈論的構成によってあらかじめ成就された統一化と類型化の所産であることは、明々白々である」(S. 24, Drosdeck)。

このような解釈論的枠組みと並んで当事者の主張をフィルターにかける機能を果たすのが、すでに言及した「整理術」(Relationstechnik)である。「審理において解釈論が多岐に分かれる場合には、裁判官は、弁護士の手になる準備

書面で提起された問題と取り組むことを主要な仕事とするのではなく、(当事者間に争いのある事実については)主張責任が十分に尽くされているかどうか、立証責任の分配によって当事者の一方に立証責任を課することができるかどうかを検討する。調査によって確認されたことだが、たとえば多くの裁判官は、模擬審理の過程で、被告病院は被告医師が患者に対する説明義務を果たすよう十分に注意しなかったと言えるかどうかの事実関係を審理するまでもなく、そのような結論を出し、病院に支払い義務を負わせた。法解釈論(Rechtsdogmatik)において論じられている機構整備責任(Organisationsverschulden)という問題と、(説明義務を尽くしたという)被告側の陳述の欠如とを考え併せて、被告病院敗訴の結論を出せるということになったのである。そのさい興味を惹くのは、実際に機構整備について故意・過失があったとされたのではなく、整理術と主張責任によって、陳述の欠如が決め手とされたということである。こうした評価は、「調査対象たる」裁判官たちの発言によっても裏づけられる。かれらの多くは、審理と判決を済ませた後、複雑な事実関係は整理術によって解きほぐし、訴訟技術的ナリスク分配(立証責任の分配)によって解消するのだ、と述べた。このようにして、「準備書面によって」提供された情報は実質的検討の対象とされるに至らず、法的な意味をもたないものとされてしまうのである」(S. 26 f., Drosdeck)。

ドロスデックの結論はこうである。「事実関係の構成と判決の発見は、裁判システム内部の技術(整理術と訴訟戦略)と、法システム内部のコミュニケーション枠組み(判例と解釈論)^{ドクマインテイク}によって構造化されるプロセスとして把握されるように思われる。こうしたプロフェッション的処置によって、「裁判官の」個人的な生活実態は脱色される。そのさい、当事者が社会的現実として体験した事実関係の多くは視野の外に置かれ、法的コミュニケーションの手がかりとなりうるかぎりで利用されるにすぎない」(S. 27 f., Drosdeck)。

【注】

(1) 一万五千マルクの慰謝料請求について三二名の裁判官は全部認容の結論を出し、一八名が一部認容、二名が棄却であった(一名は判決を提出しなかった)。月額一五〇マルクの慰謝料定期金請求については、全部認容が一九名、一部認容が八名、棄却が二三名であった(一名はこの請求について判断を下せないと述べた)。確認請求は認容が三二名、請求の趣旨の変更を促して「将来における一切の財産的および非財産的損害の賠償義務」とさせた上での認容が一五名、棄却が四名であった。全部または一部認容判決の理由(同一判決中で複数の理由が示されているものがある)は、医師の注意義務違反が四一(うち二四は注意義務違反のみを理由とする)、技術的過誤が二五(うち一〇が技術的過誤のみを理由とする)、手術の必要がなかったとするものが三であった(棄却の理由は、証拠不十分)。「調査対象者(裁判官)たちの質問は、ほとんどすべての審理において、医療責任訴訟でしばしば使われる解釈論的手法がかり、すなわち説明と技術的過誤の有無に向けられた。そのことが示唆に富むのは、この模擬事件の訴状や準備書面が説明の問題に触れておらず、技術的過誤を主張し、または争うにすぎないからである。それでも、判決理由の数を比べてみればすぐ判るように、大多数の裁判官は、準備書面が言及していないにもかかわらず、(法解釈論的に詳論され証明技術的にも簡単な)説明義務違反による解決の道を選んだわけである。短い時間で審理をすませた後で、技術的過誤の主張を証明するには専門家の鑑定が必要になるだろう、という意見を洩らした裁判官が多い。そのため、多くの裁判官はあえて釈明権を行使し、説明義務違反で行くことにしたのである。本件では、説明したのが執刀医ではなく麻酔医であったこと、説明書式と同意書式への記入が判例の基準によれば不十分なものであることからして、説明義務違反で行く方が簡単であった」(S. 102, Schmidt)。多くの裁判官は、どの理由によるかは《重要でない》と述べるのである。なお、《 》による引用は裁判官の発言。

(2) 理由の如何は《重要でない》として立証の容易な説明義務違反で処理しようとする裁判官の傾向については、学者の次のような批判もある。「患者の状態および治療処置がもたらしうる結果についての医師の説明義務という問題は、損害賠償の枠をはるかに超えるものであり、人間の自己決定という実存的問題にかかわる。この問題を解くための正しい道の探求を、判例がするように医療の技術的過誤から生ずる損害の適切な分配というだけの結果(それは原理的に別種の問題で

ある)から説明義務の内容を定義することによって、妨げてはなるまい。損害賠償法の体系において重要なのは、本来、BGB 八二三条一項によって医療行為のさいの患者の自己決定権が権利として(判例によれば、たとえば一般的人格権の一つとして)認められるかどうか、それとも八二三条二項によって適切な保護法規を援用できるかどうか、また、実際上は、この法律要件が八四七条の非財産的損害の賠償をもたらさうかどうか、という問題だけである。現在の医療実務においては、判例に対する反応として、しばしば患者のためよりも訴訟戦術上の利益のために、説明書式を用意して患者に署名させるといふ予防線の実務が展開されているのであって、判例はそうした予防線の実務を抑えるべく、有効な説明がなされたと言えるためには担当医が自分で説明しなければならぬ、とするに至っている」(Esser/Weyers, a. O., S. 544 f.)。

(3) ドイツの判例の解釈論は、医師や運送業者・倉庫業者・手工業者・建設業者のように特別の専門知識と注意深さを要求される社会的活動を行う者に機構整備義務を課し、故意・過失による機構整備義務違反は BGB 八二三条によって損害賠償義務を基礎づけるものとする。正常な事業執行とその監督を保証し、監督機関による恒常的な従業員管理を可能にするための、十分な機構整備がこの義務の内容とされている。「この注意義務はいままでのところきわめて厳格で、義務違反の立証も、一応の証明で足りるとされることによって容易になっている。発見されていない危険状態が、直ちに機構整備の欠陥とされた例もある。また、やや大胆な論理だが、監督と管理のヒエラルヒーが「基本機構上の代理人」(その行為に対する法人の責任は、BGB 三一条および八九条(三一条を準用する公法人の責任)によって免責の余地なく認められる)にまで遡らない場合はこの機構整備義務違反があるとされた例もある」(Esser/Weyers, a. O., S. 593)。医療責任について言えば、医師や他の医療従事者の能力不足、意思疎通と連携の不全、指示がなされない場合にも一定の医療水準が保たれることを保証できないような機構について、機構整備義務違反が追及されることになる。「具体的には、病院の設置主体は(医師を含む)医療従事者が専門的能力と性格的能力をもつとともに適切な研修によってそれを維持するように注意を怠らないことが必要であり、さらに、医療行為と管理行為と患者に対する説明義務の履行が、明確な権限規則によって確保されていなければならぬ」(S. 47, Koch)。

四 事件処理の諸類型

著者の一人シュミットは、調査対象となつた裁判官の審理の進め方を——一般化はできないと断りながらも(一人の裁判官による事件処理について複数の「型」が観察されることもある)——「掌握型 (soveräne Verhandlung)」「整理型 (Relation)」「定石型 (Routine-Verhandlung)」および「会話重視型 (ausführliches Gespräch)」に分類し、それぞれについて代表的な例を挙げている (S. 159 ff., Schmid)。

まず「掌握型」の裁判官は、法律知識において秀でていゝばかりでなく、十分な準備をして審理に臨み、的確な質問を行う。審理はイライラしたり焦ったりせずに進められ、当事者とのやりとりは友好的である。「掌握型」の例として挙げられるのは、A・B・C・Dの四名の裁判官である。地裁判事A(四〇代前半で経験年数一〇年以上)は、一回の期日ですべてを処理できるように、期日に先立って神経科医の鑑定書の提出を求めた。審理は見落としなく円滑に進められた。事実関係と争点の簡潔・適切な把握に基づいて、十分な準備に基づき、具体的に明確な六六の質問が發せられ、審理は終結した。その上で、医師の説明が不十分であつたこと、加えて手術の必要性にも疑問があつたことを理由として、慰謝料請求と確認請求の認容判決(ただし、慰謝料定期金請求は棄却)が下された。和解の試みはなされなかつたが、それは期日における被告①の固い態度、および公的機関は一般に和解に応じようとしなないものだという判事の判断によるものであつた(「掌握型」に属するものとして挙げられている他の三つの例では、和解が試みられている)。地裁判事B(四〇歳代後半で経験年数一〇年以上)はほぼAと同様の判決を下したが(ただし、慰謝料請求は一万マルクに減額して認容)、審理開始前にすでに判決書を用意していた。かれは判例を参照した十分な準備に

基づいて当事者尋問と証人尋問を行った上で、認定される事実関係を詳しく説明して和解を試みた。それによって、双方の訴訟代理人に（準備書面後）再び意見を述べる機会を与えたわけである。その和解は不調に終わり、鑑定書の提出が求められた。第二回期日ではその鑑定書の閲読後の裁判所の認定事実が述べられ、もう一度双方の訴訟代理人の意見が求められた後、再度和解が試みられた。結局全部で二二の質問の後判決が下されたが、その判決はあらかじめ用意された判決書とあまり変わらなかつた。地裁判事 C（三〇代後半で経験年数五年以上）は、被告医師に対して当事者尋問を行わず、神経科医の鑑定書を求め、第二回期日において鑑定人尋問をした上で、和解を試みた（不調）。全部で二五の質問の後、慰謝料請求は減額して認容（額は不詳）、慰謝料定期金請求は認容（確認請求については不詳）の判決が下された。理由は医師の技術的過誤であつた。最後に、区裁判事 D（二〇代後半で経験年数五年未満。裁判官になるまで大学の助手であつた）は、医師の技術的過誤を理由として慰謝料請求の一部（一万マルク）認容、慰謝料定期金請求棄却（確認請求は認容）の判決を下した。第一回期日前に（手術の半年後に原告を診察した）神経科医シュミットの文書による証言が求められ、執刀医の履歴書と原告のカルテの提出が命ぜられた。期日には証人尋問はなされなかつたが、主として原告と被告医師に対する詳細な当事者尋問が行われた（質問は全部で七七に及ぶが、訴訟代理人は手続に関する事項についてのみ発言することができた）。第一回期日において事実関係についての裁判所の見方（法的見解も）が示され、和解の可能性が探られたが、不調に終わったので鑑定書の提出が求められ、その鑑定書に基づいて第二回期日において再び和解が試みられた後、判決に至つたものである。

次に、整理術（前述）を頼りにする「整理型」の裁判官として挙げられるのは、E・F・G・H の四名である。地裁判事 E（四〇代後半で経験年数一五年以上）は、慰謝料請求と慰謝料定期金請求について一部認容（一万三千マルクと月額一〇〇マルク）、確認請求について認容の判決を下した。理由は医師の説明義務違反。この結論に達するため

に、かれは、一回の期日に当事者と証人(神経科医シュミット)に対し計二五の質問をしただけで、鑑定は求めなかった。事後の聞き取りで、この判事は、準備書面を一読しただけで説明義務違反の線で行くことにしたと述べた。かれはまた、《決定する勇氣》が必要だとも述べたが、これは鑑定なしに判決を下すことを意味した。区裁判事F(三〇代後半で経験年数五年以上)は、三一の質問をした上でEとほぼ同様の判決を下した(ただし、一万三千マルクではなく一万マルク)。第一回期日では原告本人と当事者双方の訴訟代理人に対する尋問が行われ、和解が試みられたが、それが不調に終わったので外科医の鑑定書の提出が命ぜられた。しかし、第二回期日では立証責任の分配に関する裁判所の見解が述べられただけで、当事者が新たな鑑定書の提出を求めないなら判決を下す、ということになった。地裁判事G(三〇代前半で経験年数五年以上)は、すべての請求を棄却した。かれは三回の期日、二四の質問によって、原告訴訟代理人が説明義務違反について云々するのを待ったが、その期待は裏切られ、術後の機能検査についての陳述もなく、鑑定書を読んでも神経の切断はなかったという結論になったので、請求を棄却するしかなかった(事後の聞き取りによる)。最後に、区裁判事H(三〇代前半で経験年数五年未満)は、司法修習生として二回試験のための受験勉強に毎週一〇時間を当てたと質問票に記したが、これは他の調査対象裁判官の誰よりも時間をかけた勉強ぶりであった。かれはまず、このシミュレーションでは準備手続が予定されていないが、この種の事件では準備手続が必要不可欠だと主張して、鑑定についての証拠決定のために証人シュミットの尋問調書と原告のカルテを予め見せるように要求し、原告に対して、病歴と証人シュミットによる診察の結果と手術に先立って説明がなされたか否かについて知らせるように、書面で要求した。Hはこうした要求を固執して譲らなかったので、調査員はシミュレーションのやり方の原則を破って事前にこれらの情報を与えることにしたが、Hは結局鑑定書の提出を求めなかった。審理において、かれは双方の訴訟代理人だけに一一の質問をしたにすぎず、裁判所の認定事実訴訟代理人が異議を唱える

と事前に入手していた情報によってこれを斥けた。そして和解を提案し、訴訟代理人双方が和解に消極的な態度を示したところで全面的な棄却判決を下したのである。「この裁判官が事後に言うには、本件は証拠決定についての情報によってすでに判決に熟していたということである。あらかじめ要求した情報によって審理における情報探求をうまく回避することにより、かれは実は、事実関係の矛盾や争点を黙殺してしまったのである」(S. 166, Schmid)。

「定石型」に属する裁判官は、手続を簡略化するために、整理術とは別の、長年の経験で身につけた技術(型)はまった定石による処理)を用いる。「その独特の手慣れたやり方(Arbeitsroutine)の根拠は、〈法感覚(Rechtsgefühl)〉に求められる。尤も、具体的な事件に関して言えば、それは使い慣れた理論(Alltagstheorien)と裁判官の常識(richterliche Selbstverständlichkeiten)とに基づく想定のことだと解される。俗っぽい表現を使うなら、そうした裁判官は「腰だめで撃つ」のであり、〈釣針を放り込んでから何が掛かったかを見る〉のである。かれらは、〈いろいろな判決をリュックサックのなかにもっている〉。そうしたやり方をすれば、理由を考える苦勞をしないですむのだ」(S. 157, Schmid)。

この型に属する裁判官 I・J・K はいずれも二〇年を大幅に上回る経験年数をもつ。地裁判事 I (五〇代前半) は、期日に両当事者の訴訟代理人(当事者本人の出席は求められなかった)に対し六つの質問をしただけで閉廷し、慰謝料請求と慰謝料定期金請求は認容、確認請求は過去に生じた損害を除外して認容した。理由は、説明義務違反であった。事後の聞き取りで、かれは、被告側の抗弁は尤もなところがあり、裁判所として鑑定を求めべきであったかもしれないが、それには費用がかかるから、第一審でそこまでやる必要はない(この種の事件は第一審で確定するものではないから)、と述べた。これより約一〇歳年長の区裁判事 J の訴訟指揮も、ほぼ同様であった。かれは鑑定書も求めず、鑑定人尋問もしなかった。第一回期日には原告と双方の訴訟代理人の出席を求めただけで、被告側本人の尋問は不必要だとされた。神経科医 シュミットの証言がありさえすれば、神経切断の事実を認定するに足りるとされたの

である。一〇の質問をただけで主文(慰謝料請求は一万二千マルク、慰謝料定期金請求は月額一二〇マルクに減額して認容。確認請求については不詳)が書かれた。理由は、医師の技術的過誤であった。事後の聞き取りで、かれは、《一件書類が薄くて難しい問題がなかった》ことを喜んだ。区裁判事K(五〇代前半)も同様に、鑑定書も求めず、鑑定人尋問もしなかった。かれは判決をあらかじめメモとして用意しておき、審理では神経科医シュミットに対する証人尋問だけを行った。事実関係に関する一二の質問をただけで、医師の技術的過誤を理由として慰謝料請求と慰謝料定期金請求について一部認容(一万マルクと月額一〇〇マルク)の判決を下した。

最後が「会話重視型」である。「整理型」が裁判官による釈明をほとんどせず、定石型がすぐに急所を衝くことによつて釈明(richterliche Aufklärung)をせずにすませるのに対して、広範な釈明を行い、事件の隅々まで踏み込む裁判官もいる。その場合、迅速な裁判という要請はあまり意識されず、具体的な事件の特質が重視される³⁾。この「会話重視型」に属する地裁判事L(三〇代後半で経験年数一〇年以上)は、最初の期日以前に神経科医の鑑定書を求め、第一回期日でさらに外科医の鑑定書を求めた。かれは平均の約五倍に上る一六三の質問を行ったが、そのなかには他の裁判官がしないような質問もあり、質問を想定して用意されたカードを新たに補充しなければならなかった(たとえば原告に対し、《あなたはその後、別の人と付き合うようになりましたか? 毎月の生活費はどれだけ余計にかかるようになりましたか? いま一人暮らしですか? 住まいの大きさはどの位ですか? 就寝時も傷が気になりますか? 何級のダンスが踊れるのですか?》などと聞いている)。かれは、用意されたすべての証人と二人の鑑定人の出廷を求め、証人についてはさまざまの事実についての質問を発した。三回の期日の後、請求のすべてを認容する判決が下されたが(理由は説明義務違反⁴⁾、とくに慰謝料額の算定については、判決文中で、「人生の楽しみが失われた」とされ、たとえば水泳やダンスに支障を来した⁵⁾こと、原告(女性)の親しい関係(die persönliche Beziehung[定

冠詞つきの単数形で、恋人だった特定の男性との関係を指す) に影響するところがあつた、とされている(「会話重視型」に属するものとして挙げられているのは、この一例だけである)。

【注】

(1) これはむろん、「整理型」に対する痛烈な批判である。日本の司法研修所の要件事実教育は、こうした裁判官を生み出さなかつたであろうか。

(2) 裁判官にとって鑑定書の評価ないし鑑定人尋問が面倒な側面をもつことは確かである。医療責任事件における鑑定についての裁判官(どの型に属するかは不詳)の態度がこう報告されている。「ある裁判官は、医者は時として同業者を庇いすぎるといふ懸念を述べ、さらに、ある医療責任事件で被告(女医)の夫が健康保険機関の仲裁部に勤務する立場を利用して忠実な鑑定人を調達したというケースを挙げた。別のある裁判官(区裁判事)は、侮蔑的な口調で、「どんな鑑定書もそうですが本件の鑑定書も肝心の所で腰砕けです」と述べた。鑑定人尋問に時間をかけた二、三の例もある。審理中の法廷に鑑定人を立ち会わせ、かれに質問の権利を認めた裁判官もいた。二、三の裁判官は事実を細部まで理解しようとして努力し、純粋な医学的問題の解明に時間をかけた。だが、他方で、鑑定書のほとんど最終ページだけを見た数人の裁判官もいる。ある区裁判事はこう言った。「私としたことが、実際の裁判で決して冒さないような失敗をしてしまいました。(裁判官は同意を求めるまなざしを調査員に向けて言った。) なんと、最後のページから読み始めることをしなかつたのです。ほら、ここに要約が書かれています(しょう)」(S.176f. Schmid)。

(3) 裁判官による Aufklärung は、日本の学者によれば「釈明」と訳される(『新法律学辞典第三版』の「釈明権」の項を見よ)、日本の実務家は「求釈明」という語を用いるようである。「求釈明」の場合、裁判官の求めに応じて当事者が「釈明」することになるわけだが、こうした混乱を避けるために、Aufklärung をたとえば裁判官による「解明」と訳すのも一案ではあるまいか。

(4) 「会話重視型」が迅速な裁判の要請をあまり意識しないとはいえ、この判事が医療過誤ではなく説明義務違反という構

成を選んだのは、面倒な解釈論と事実認定の困難を避けるためかもしれない(神経科医と外科医の鑑定書を求めたのは何のためだったのか?)。ここで会話が重視されたのは、主として慰謝料額算定の判断材料を集める目的、すなわち法システム外在的な要素を積極的に顧慮しようとする(適切な「大岡裁き」としても批判に耐える)目的のためだったのである。ちなみに、「掌握型」に属する判事Bも、こう述べている。《後遺症についての原告の陳述、たとえばダンスができなくなったということは、私が慰謝料の額を考えるのにとっても重要でした。審理でそれを聞くまでは五千マルクから八千マルクと聞いていましたが、それを聞いてから一万マルクにしました》(S. 162, Schmidt)。

五 若干のコメント

一 まず、ドイツでは現職裁判官を対象とするこのような調査が可能であることに驚かされる。この調査に反対した裁判官代表委員会 (Richerrat) は、一般公務務者(官吏・職員・労働者)の代表者委員会 (Personalrat)、私企業の事業所委員会に相当する(つまり、本来労働法的な発想に基づく)裁判官の利益代表機関であり、主として裁判官・裁判所職員の福利等に関する参加を実現するために裁判官のなかから選出された委員から成る組織であって、長官ないし所長と当該裁判所の一定数の裁判官(半数以上は裁判官中から選出されることを要する)から成る幹部会 (Präsidialrat)とは違って裁判官の任命に関する司法行政上の権限をもたない。したがって、州裁判官の任免・監督権をもつ州司法省が調査を支持している以上、裁判官代表委員会の反対は問題とするに足りないとも言える。しかしそれだけに、この調査は、州政府が裁判官の独立に介入する手がかりになりかねない。にもかかわらず、裁判官の独立を重視することでは人後に落ちないデーター・ジーン教授が中心となってマックス・プランクヨーロッパ法

史研究所がこの調査を企画し、州司法省の協力を要請したのは、裁判実務に対する法社会学的関心のみによるのではなく、裁判実務のブラックボックスを開いて情報公開を司法の核心に及ぼすことが今後の裁判制度の発展にとって望ましいと判断したからであろう。そして、かなりの数の現職裁判官が、積極的に調査に応じたのである。ある地裁判事は、調査後に語っている。《裁判官のこうしたやり方を調査するのは大変結構なことです。司法とは、秘密の取引 (Geheimniskrämerie) ではないのですから。裁判官がどこまで民事訴訟に形成的介入を行っているかという問題が未解明の分野として残されているなら、それは解明されるべきでしょう》。

二 もとより、ブラックボックスを開いても裁判官の独立が脅かされる懸念はないと言えるためには、裁判実務が法システムの外部からの直接的影響を受けず、自己準拠的な作動として行われていることが必要である。この調査は、裁判に対する法システム外在的な要素の影響がほとんど認められないことを確認した。それと同時に、この調査は、自己準拠的な裁判が——包摂モデルが予定するのとは違って——同一の事件について同一内容の判決をもたらすとはかぎらないこと、否、むしろ多様な判決 (認容、一部認容、棄却) をもたらしうることを明らかにした。その多様性にもかかわらず、裁判は全体として、自己準拠的に行われるのである。ただし、その自己準拠性を担保する方法も一様ではない。包摂モデルは依然として、^{ドクマインク} 解釈論によって補強されつつ自己準拠性の維持に役立っているが (「掌握型」の場合)、その他に、包摂モデルを離れて立証責任による形式的処理ですませる傾向 (「整理型」の場合) と、やはり包摂モデルを離れて「理由を考える苦勞をしないですむ」ように「腰だめで撃つ」傾向 (「定石型」の場合) も、法システムの自己準拠性の維持 (システム外在的な要素による影響の排除) に役立っているようである。しかし、これら二つの傾向は、訴訟の迅速化に役立つ反面、システムの外からの刺激がどのようにしてシステム内部の作動を (間接的に) 促すかを明らかにするものではない。したがって、それは、むしろ裁判のブラックボックス化を促進すること

になるであろう（ブラックボックスを開くために今回の調査のような研究が常時なされるわけではない）。これに対して、解釈論と正面から取り組む「掌握型」は、システム外部からの刺激を解釈論的に加工して法／不法のコードに乗せ法的な議論の対象とすることにより、みずからブラックボックス化を防止しながら自己準拠性を維持するものなのであろう。ただし、ブラックボックスを開く手がかりは、解釈論を理解する者にしか与えられない。裁判に対する民衆の理解を期待するなら、システムの自己準拠性のある程度緩めてでも、「掌握型」を「会話重視型」によって補うことが必要になると思われる。

三 ひるがえって日本の裁判実務ないし法曹養成を眺めると、そこでは、自己準拠性の維持を第一義とする「整理型」と「定石型」が有力であるように見える（民事では、いわゆる「要件事実論」がドイツの「整理型」を連想させ、「新様式判決」も「法律上の問題点についての説示」は「裁判所が採用する見解とその論拠を簡潔に示せば足りる」とするかぎり「定石型」に近い印象を与える）。「会話重視型」を「物語判決・ムード判決」として批判することにより裁判を民衆にとつてのブラックボックスとする傾向ばかりでなく、「演繹・包摂は要件事実論の守備範囲外——争点になれば書く」（賀集）とすることによって、他の法律家がブラックボックスを開く手がかりとなる解釈論を明示すること（「掌握型」）にも消極的な傾向が見られるのである（言うまでもないことだが、演繹・包摂は法の解釈・適用は当事者間の争点にならうとなるまいと裁判所の職責である）。ドイツの実務は、理論的に批判の余地はあるにせよ説明義務違反を医療過誤と並ぶ医療責任類型として解釈論的に構成することにより、法システム内部の——しかし整理術という職人的技法との比較で言えば裁判所部内に限られず、弁護士や法律学者にも開かれた、そしてある程度は一般人にとつても理解可能な——議論を可能にしている。これに対して「争点になれば書く」という受身の姿勢は、法システムをその中核部分としての裁判システムにまで縮減し、いずれも裁判所部外からの批判の対象になりにくい形式

的な立証責任の問題として、または「判断能力としてのリーガル・マインド」による「腰だめの」処理として事件を扱おうという、いわば部内主義的な態度に流れる可能性を示唆するのではあるまいか。それにあきたらず、みずからブラックボックスを開こうとする「会話重視型」の裁判官は、今度は極端な「物語判決・ムード判決」に流れてしまい、「掌握型」の途を選んで新しい解釈論を展開する意欲に欠ける結果とならないであろうか。

裁判官が誰であるかによって結論が分かれるという事実、すなわち「裁判をみても一審で負け二審で勝ち三審でどうなることかとびくびくしなければならなかったり、同一審級の判決についても判事によって意見が二、三に分れることがあり、判決が下るまで勝訴か敗訴か結果が予断できないことが少なくない事実」がもつ意味を来栖三郎が論じてから、すでに半世紀近くが経過した。このように、「見するところ裁判に対する信頼を失わせかねない実態が明らかであるにもかかわらず裁判制度が機能しうるのは、おそらく、結論の一致をつねに期待できるわけではないにせよ少なくとも法律プロフェッションによる法的コミュニケーションがその環境から独立に、しかし法的コードに乗るかぎりで環境からの刺激に反応しながら展開される場として、裁判所が一定の信頼を得ているからであろう。極言すれば、裁判が信頼されるためには同一の事件についてすべての裁判官が同じ理屈で同じ結論を下すという擬制が仮想現実として通用しさえすればよいのであり、その擬制を通用させるために政治や経済や道徳からの直接的な影響を排除する法的コミュニケーションが行われさえすればよいのであって、実際に全く同じ理屈で全く同じ結論が得られる必要はないのである。

しかし、その信頼が維持されるためには、裁判所部内で技術的（整理術的）コミュニケーションやパターン化された（定石による）コミュニケーションが行われるだけでは足りないのではないか？ 法的コミュニケーションが専門化したものであると同時に部外に向けて開かれたものでもありうるような——つまり、法システムの自己準拠性を保

ちながらも法システム独自の立場で環境からの刺激に反応することを示してみせることができるような——コミュニケーションが必要とされるのではないか? そのために適切なのは、掌握型か、整理術型か、定石型か、会話重視型か、はたまたそれらのどのようなコンビネーションか? 裁判官による事件処理の方法を論ずるには、訴訟の迅速化といった効率性の観点ばかりでなく、こうしたシステム論的観点を忘れてはなるまい。

【注】

(1) 「民事判決書の新しい様式について」(ジュリスト九五八号特集「民事判決書の新しい様式をめぐって」三八頁)。「民事訴訟が果たすべき社会的役割についての国民の期待にもう少し沿ったことを考え」(同号一七頁、島田発言)るさいに、法律上の問題点については「裁判所が採用する見解とその論拠を簡潔に示せば足りる」というのでは、ただでさえ複雑な法解釈の作業を端折るばかりか斬新な法解釈の提唱に水を差す結果となり、裁判システムおよび法システム全般に対する国民の期待を裏切ることにならないか。

(2) 自己準拠的な諸システムはそれぞれに複雑化してゆくが、それらから成る高度に複雑なシステム(複雑系)としての社会システムは、一国規模でもグローバルな規模でも今後ますます見通しの利かないものになってゆくと予想される。それにもかかわらず何らかの秩序が考えられるとすれば、そのためには、諸システムがそれぞれに機能する(裁判システムについて言えば、プロとしての経験豊富な裁判官によって綿密な事実認定に基づく「正しい裁判」が行われる)ばかりでなく、自己の環境との接触を可能にするインターフェイス・デザインをもつことが必要にならう。この問題については、桐蔭論叢第五号(一九九八年)の小論「二一世紀の社会像」をもご参照願いたい。

(むらかみ じゅんいち・本学法学部教授)