



Title	後期村上淳一の裁判論（1）：現代日本社会における ポストモダン裁判理論の可能性
Author(s)	郭, 潔
Citation	阪大法学. 2025, 75(3), p. 111-134
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/102806
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

後期村上淳一の裁判論（1）

——現代日本社会におけるポストモダン裁判理論の可能性——

郭 潔

- 1 はじめに
- 2 紛争と訴訟
- 3 包摂技術と直観の弁証法
 - (1) 要件要素の明確化とコミュニケーション
 - (2) 直観による情報処理
- 4 口頭弁論手続の再構成——口頭弁論の諸原則と審理のIT化
 - (1) 口頭弁論での法的議論
 - (2) 裁判の公開（以上、本号）
 - (3) テクノ・コードの法的コミュニケーション
- 5 判決による法形成
- 6 おわりに

1 はじめに

グローバル化や高度な科学技術の急速な発展で現代社会は大きく変容している。それと連動して社会生活は利便性が向上している一方で、社会関係の複雑性も増大しており、人びとの関係や意識もそれに従って変化している。裁判もその影響を免れない。同性婚訴訟やJFC国籍訴訟⁽¹⁾のような、確立しているとは言い難い権利のための闘争がしばしば行われている。これらの「現代型訴訟」と呼ばれる訴訟は、近代裁判が想定している経済活動紛争にはおさまらない要素をもっている。それらは社会的・経済的・政治的な諸構造において生じ

論 説

た変化に呼応して提訴された訴訟である。その結果、近代法を支える社会構造に対応するものとして形成されてきた従来型訴訟モデルに対して、多かれ少なかれその基本構造の変革が迫られるとされている。⁽²⁾

大阪空港騒音訴訟などの現代型訴訟はすでに1970年ごろに現れており、それらをめぐる議論は少なくはないが、一般には政策への影響を重視する見解が多い⁽³⁾。それらの試みは司法の政治化への接近であり、確かに現代型訴訟の顕著な特徴の一面を捉えているともいえる。しかし、こうした問題に対処するにあたり、司法外部の手法の取り込みを考慮する前に、司法内在的に訴訟モデルの基本構造を再検討することができないだろうか。こうした試みは多くはないが、日本と同じ大陸法系のドイツの社会理論に基づいて裁判による法形成の正当性を論じている佐藤岩夫の議論と、むしろ手続過程を重視して独自のポストモダン民事訴訟理論を構築した井上治典の議論が、従来型訴訟モデルの基本構造の見直しに有益な手掛けりを与えている。⁽⁴⁾

佐藤は、ハーバーマスを参考にしながら、強制によって妨げられないコミュニケーションの制度化を提唱することで、裁判による法形成の正当性を認めようとした。不合意のリスクで不安定になる言語のコミュニケーションによる社会統合は、法によって行為調整を図る必要性がある。その際、法には強制的性格があるが、この性格は「自律的な公民の自己立法という理念」で支えられた合法性に基づけられる。佐藤は、これを裁判に反映させて「当事者が何が法であるかの確認に積極的にかかわっていく規範的討議の場としての裁判」という視角から、強制によって妨げられないコミュニケーションの具体化について論じる。裁判では、規範について、現実の合意ではなく、新たな規範を主張する側がその妥当性要求について相手側の合意を求める資格をもつかどうかが問われる。そしてそれは、裁判が歪みのないコミュニケーションによって規範的討議を行う中で達成されることになるのである。佐藤の裁判論では、裁判による法形成は規範的討議を前提とし、それにより正統性を獲得する。しかし、そのための裁判コミュニケーションの具体像についても、その判決による法形成は社会にどのような影響を与えるのかについても、論じられていない。⁽⁵⁾

他方で、民事訴訟「手続保障の第三の波」の主唱者である井上治典は、訴訟⁽⁸⁾

の機能を、行き詰った交渉を再開させ、機能不全に陥った私的自治に活路を切り開くことであるとする。そのために訴訟で当事者間の負担分配に基づいて整序された対論を行いながら、当事者それぞれが訴訟の内外でどのように行動すべきかを考えようになることを重視する。訴訟は、当事者間の紛争において、部分的に対論を整序し、訴訟外での交渉を促進するのである。井上は、私的自治の回復による訴訟促進のような訴訟過程の社会的影響に力点を置いたが、その一方で法規範ないし裁判の意義を過小評価しているように思われる。さらに、井上理論においては、対論過程でどのように法的議論が行われるのかについて、また裁判による法形成についての関心は薄い。

これらの考察は、当事者が議論に参加した上で、裁判による法形成の可能性や、裁判の社会的影響について論じており、従来型訴訟モデルの基本構造の再構成に重要な示唆を与えている。しかし、その後、世界規模でのコロナの感染拡大に伴うハイパーメディアの普及浸透の加速を受けて、2017年以降、民事裁判のIT化が急速に進行しており、2024年からは「e法廷」による訴訟運営も本格化している。⁽⁹⁾ 佐藤や井上は、当然、時代の制約でその影響を理論に反映させてはいない。現代型訴訟が提起する問題に加えて、裁判のIT化の含意を視野に入れて従来の裁判の基本構造を組みかえた説得力のある見解は、管見の限り見当たらない。

現代的状況における裁判の諸側面を司法内在的に検討しながら、IT化の動きを鋭敏に意識したのは、ドイツ法学者村上淳一であった。⁽¹⁰⁾ 村上は後期の研究で、ドイツのポストモダン法社会学への関心を強め、社会学者ニクラス・ルーマンのシステム理論に依拠しながら、さらに公法学者カール＝ハインツ・ラデアのポストモダン法理論などを取り込んでいった。また、彼は情報学者ノルベルト・ボルツや思想家ヴィレム・フルッサーに着目し、コンピューターの普及によるコミュニケーション形態と知覚の変動を検討した。村上は、こうしたドイツの最先端の議論を、日本社会との距離を常に意識しながら消化した。そして、直接的な裁判論は行っていないが、これら後期の著作には裁判に示唆を与える断片が多数みられる。村上の論考は、ドイツ法理論研究を中心としているということには注意しなければならないが、随所で日本社会との比較意識

を示しており、日本の裁判が現代社会の状況に如何に対応すべきかに重要な手掛かりを与えていたと思われる。本稿は、以上の問題意識を踏まえて、村上の後期研究から裁判論に関する断片を整合し、そこから村上が想定していたと思われる裁判の構造を構築しようとするものである。

2 紛争と訴訟

本章では、裁判所で扱われる紛争は裁判と如何なる関係にあるのかを検討する。⁽¹²⁾日本の民事訴訟法学では一般に、紛争解決を出発点として捉える。兼子一によれば、紛争の存在は個人の生活上の不安をもたらし、社会秩序を混乱させるので、害悪である。個人や社会にとって紛争の解決は前法律的な要請であり、歴史的にもその要請が法に先行していた。こうして、民事訴訟の目的は私的紛争の解決にあるとされる。これに対して、村上は少し異なる角度から紛争を捉えているように思われる。⁽¹³⁾村上は、複数の紛争論を検討しているが、とくに重視しているのはドイツの社会学者ゲオルク・ジンメルとニクラス・ルーマンの紛争論である。

ジンメルは、『社会学』⁽¹⁴⁾で紛争を主題とする「争いの社会学」を論じている。彼は競争の機能を内容的側面と形式的側面とに分けて論じながら、その機能を肯定的に見ている。まず内容的側面において、競争は価値創出機能を有する。競争は相手との単なる勝ち負けではなく、競争者がそれぞれに目標を目指して努力することによって展開される。賞を求める競争者の努力によって社会的価値が創出されると考えられている。ところが、ジンメルはこうした内容的側面よりも形式的側面により関心を向けた。つまり、競争によって人々の心的つながりが図られる。競争している双方は、第三者（一般大衆）に認められるために、第三者の意に向かって競争する。ここに競争当事者と第三者との相互関係が生じ、第三者の意が競争者の創出する内容にも影響を及ぼすことから、三者はダイナミックな関係にあることになる。また、そこには競争者の能動性が認められ、結果として社会関係も調整される。つまり、紛争は一体性のある社会を破壊するのではなく、紛争が起こることで価値創出をめぐる競争が発生し、

その中で社会関係が動的に調整され、そこで社会の一体性がはじめて生じるのである。

続いて、ルーマンは「紛争と法」において、現代的な社会状況に即してジンメルの提示した「争いの社会学」の新たな理論的説明を試みた。複雑な社会は、出来事に柔軟に対応するために、ある程度の不安定性を要求する。こうした不安定性は、行為の予測不可能性によってもたらされる。現代社会においては行為がますます複雑になり、行為の予測不可能性が以前より顕著に高まっており、こうした予測不可能性および不安定性は、社会の崩壊をもたらす恐れがある。ところが、紛争は安定している両者関係で構成されているので、ルーマンは紛争を、複雑性が急激に増大する現代社会に安定を与えるきっかけとして肯定的に捉えている。第三者が介入しないかぎり、紛争においては、勝つために相手の行動を予測して行動することから、予期が形成され、安定した対立関係が生じる。関係的に安定している紛争は行き過ぎなければ、社会の安定性を損なわない。ここで紛争の行き過ぎを抑え、行為の確定によって社会の複雑性を縮減するため、法はフィルターとして役立つ。⁽¹⁷⁾ 法が紛争にとっての「第三者」として紛争に介入し、本来当事者の「勝つためには何でも許容される」行為を制限する。当事者双方も、法に向かって、裁判官の意見を推測しながら行動を調整するようになる。

村上は、ジンメルとルーマンに依拠して、紛争を肯定的に捉え、三者（双方競争者と第三者）間のコミュニケーション的関係に着目している。紛争は第三者を組み込んだことにより、秩序のある対立となっているのである。ただし、村上はジンメルとルーマンの重要な違いも指摘している。

「ジンメルとルーマンの間には、重要な違いが認められる。ジンメルにおいては、競争の当事者は第三者（場合によっては一般大衆）の意を迎えるためにこれに『接近し、密着し、その弱みと強みを探り出してそれに適応し、自己の存在と仕事をその相手（第三者）に結びつけるための橋を見出したり架設したりする』能動性を要請されるのであるが、ルーマンの考える紛争当事者は、法によって遣わされた第三者

(条文や相談室・仲裁人・調停員・裁判所) の『推測される意見』に
対応する受動的な存在にすぎない」。

ルーマンは第三者としての裁判官の主導権を重視する一方で、競争者である当事者は第三者の「推測される意見」に応じる受動的な存在とされており、当事者から働きかける能動性は軽視されている。⁽¹⁸⁾ この点で村上は、ジンメルを評価しており、当事者からの働きかけにより価値創出がなされ、社会発展が起こると考えているのであろう。

村上の紛争論の特徴をまとめよう。現代社会における紛争は、法によって処理される際に、当事者双方と第三者たる裁判官の三者関係の中で制限される。こうした制限される行為は法的に秩序付けられることで、その複雑性も縮減される。当事者は有利な判決を獲得するために裁判官の意に向けて積極的に議論する必要があり、能動性を發揮しなければならない。そして、その先には社会発展が展望されているのである。

3 包摂技術と直観の弁証法

当事者間の紛争が法的に変形されるとともに、三者関係を有するようになる。法的に加工された紛争は裁判では具体的にどのように扱われるのだろうか。本章では、村上が、紛争をめぐって進行する裁判の基底にある思考運動についてどのようにみているのかを、明らかにする。

(1) 要件要素の明確化とコミュニケーション

裁判官は、紛争解決を求める当事者に対して、生の紛争に巻き込まれず距離をとって当事者の争いを観察し、法律に従って法的主張に変形された紛争を、⁽²⁰⁾ 特殊な技術によって解決する。⁽²¹⁾ ルーマンに依拠したこの村上の指摘は、近代的裁判の一般的な理解に符合する。そして、ここで言及される技術は、包摂技術を指している。包摂技術とは、「事実関係」を「法律要件」と照合し、「法律効果」が発生するかどうかを明らかにするための技術である。包摂技術の作業に

おいて、村上が強調したのが、要件要素の明確化である。包摶過程では、「『要件要素』の演繹的な確定を省略し、直接『要件事実』の認定から始めることは、⁽²²⁾許されない」⁽²³⁾のである。

従来の考えによると、包摶技術を使って法律を文言に忠実かつ論理的に解釈すれば、インプットされる請求と法律論の結論が予測可能なはずである。それにより、法治国家的要請が充たされ、法律家は決定についての責任から解放されることになる。包摶技術の中心的機能は、予測可能性の確保、法的確実性・⁽²⁴⁾法治国家性の確保だとされてきたのである。⁽²⁵⁾

ところが、これに対して、村上は、包摶技術の中心的機能は法的コミュニケーションにある、と指摘する。つまり、「言語的コミュニケーション、とりわけ二分法的コード（筆者注：法／不法のコード）の役割は、第一義的にはコミュニケーションそのものにあると考えるべきである」。「情報—伝達—理解」とされるコミュニケーションの重点は、裁判では「伝達」に置かれる。法律家は、包摶技術によって要件効果についての法的議論を行い、裁判官は包摶技術によって法／不法の判断を伝達する。裁判官は、この法的議論を経て、事実認定を行うことになる。ところが、村上によれば、日本の裁判実務では裁判官が自由心証領域の事実認定の中で、合わせて条文の解釈もしてしまうという処理がなされるが、口頭弁論では、当事者と裁判官が法律の要件要素を明確にする作業を省略すべきではない。⁽²⁶⁾村上は、要件要素を丁寧に確定せずに中心的な争点に絞った記載をする新様式判決の簡略化志向が、裁判官の全人格的判断力に依存した裁判のブラックボックス化を招く危険を指摘しつつ、次のように述べる。

「法と裁判が今後とも説得力を保つために何よりも必要なのは、事実認定について『全人格的な力』を発揮できるための修養に努めるばかりでなく、法律論についてできるだけ多様な意見を求める、できるだけ多くの選択肢をまともに考慮した上で決定を下してゆく（そのためには、裁判への市民参加を求める一方、法律のことは何でも裁判所が知っているという態度を修正し、判決文中で当事者の主張だけでなく学説や他の裁判所の見解にも明示的に応答してゆく）ことだと思われ

⁽²⁹⁾
る」。

ここでは、当事者も法的議論に参加し、積極的に裁判官に法律論の選択肢を提供する必要があるとされる。どの法を適用すべきなのかは、裁判官とともに当事者が広く可能性を探っていくのである。

「裁判官は広範な利益衡慮を行いながらも、あくまでも法システムのなかで、〈法的な〉決定を下すしかない。……当事者（弁護士）が——解釈学的な構成（法律家らの演繹）が困難な場合には——自己の利益を何らかの仕方で〔とくに、トイプナーのいう『通路的制度』を使ってでも〕法的に構成し、法／不法のコードに乗せる工夫をしなければならない。その工夫を生むのが議論だ、と考えるべきであろう。相互批判と自己修正によって工夫の可能性を探り、法／不法のコードを維持しつつも徐々に柔軟化してゆくために、議論は欠かせない。議論が必要なのは、自己の法的価値判断を〈正当化〉し、客觀化しなければならないからではなく、自己の主張に法律論としての資格を与えて裁判官に選択肢を提供し、裁判官が社会の複雑性の増大にもかかわらず〈世間と人間についての知識〉をすべて備えていなくともやってゆけるようにするためである」。⁽³⁰⁾

利益を法的に構成し獲得するには、工夫は必要である。そのために法律家は、持続的かつ積極的に法的議論を行わなければならない。当事者は消極的に事実提供にとどまるべきではなく、裁判官に自己の主張を認めてもらうために、要件要素を明確化する法的議論に積極的に参加し、裁判官に法律論の選択肢を提供しなければならないのである。

(2) 直観による情報処理

裁判官は裁判において、当事者の法的議論を観察しながら事実認定を行う。こうしたプロセスは、情報処理のプロセスともいえよう。そして、「コミュニ

「ケーション」と「意識」が、村上の着目しているデータ（情報）処理の二つの手段である。⁽³¹⁾前者は「情報—伝達—理解」のプロセスで線形的で逐次的に行われ、後者は頭の中で瞬時かつ同時に行われる。意識たる直観は、知覚的情報を高速で処理することができるのであり、出来事の複雑な全貌や印象を生み出すことができる。

裁判の場に即していって、裁判官は、包摂技術によって当事者に提供される法律論を斟酌し、その要件要素をコミュニケーションで逐次的に確定しに行くのに対して、直観によって決定を下す。次のゼーレン・ブルナク／ベニー・ラウトルプの引用をふまえて、裁判官は、直観的に重要な情報を選択し、それを理由として非線形的判断を行うと村上は言う。

「われわれは、われわれが遭遇する出来事〔たとえば、われわれが下す決定〕の理由を知らなければならない。多くの場合われわれは無数の可能性を〔理由とするに足る情報かどうかという観点から〕考えなければならないが、そのさい、原因〔たるべき情報〕を逐次に熟考することは、時間がかかりすぎる。そこで、われわれの直観が働き、可能な原因を限定する多数の条件を〔パラレルに〕顧慮することを可能にする。このように、解決への正しい道筋は、多くの要素を逐次に熟考することによってではなく同時に顧慮することによって見出され⁽³²⁾る」。

直観による判断は、無数の可能性、多数の条件をパラレルに、つまり同時に把握する。裁判官は直観によって、提供されるすべての情報を捉え、当事者の請求が如何に評価されるのかを一挙に知ることができる。しかしそれは仕事の簡略化の実現を意味するわけではない。裁判官が諸般の事情を直観によって衡量する際、法システム内部の要素のみならず、外部の要素も積極的に衡量に入れなければならない。⁽³³⁾裁判官の判断は、法／不法のコードから逸脱しないのは鉄則であるが、その法／不法のコード自体には実際社会の多様性と複雑性によって揺さぶりがかけられる。裁判官は、法／不法を機械的に区別するのでは

なく、コミュニケーションで情報を読み取り、その区別を動態化させながら法的判断を行う。その変動は、法外の要素も含めた裁判官の主觀による法的決定に現れる。こうして、多くの情報がパラレルに考慮されることで、裁判官の決定に至るまでの価値の多様性への目配りが保たれる⁽³⁴⁾。法律家には自己信頼に基づく判断能力が必要であるとしつつ、村上は次のようにいう。

(法律家は)「こうしてクオリティーの高い判断能力を示してこそ、自分の主張に自信をもてるばかりでなく、『結局のところ自分自身の責任で決定を下さなければならない』裁判官に、法律論として顧慮に値する選択肢を提供できることにもなる。裁判官は、できるかぎり線形的な論理によって組み立てられた数々の法律論の、視点から視点へと『旋回』した上で、最終的に自分自身の責任で視点を定め、決定を下すしかない⁽³⁵⁾のである」。

法律論は包摂技術によって構成されるため、逐次的かつ線形的でなければならないが、裁判官は目の前にある法律論を情報として処理する際に、結論を直觀によって同時に生み出すことになる。こうした結論は、裁判官が責任をもって得られるものである。

ただし、村上はここで意識（＝直觀）の衰弱に注意を促す。印刷術が発明されて以来、文字的情報が線形的に配列されることが一般的であり、従って人々が情報を読み取ろうとする際にも、それを逐次的に獲得するようにしつけられてきた。知覚による情報処理に時間差が生じることにより、意識の同時性が失われる。そこで、意識の同時性を回復するために、情報を無秩序に結合させる「カードボックス」概念が参照される。⁽³⁶⁾

「情報を犠牲にすることなしにかれ（筆者注：ルーマン）がめざした複雑性を描写するには、いくつものレベルで同時的表現を行なうことが必要であろう。ルーマンにとっては、いろいろな組合せを可能にするカードボックスさえあれば十分であった。カードボックスは、う

まく使えばコンピューターと同じように生産的である。実際、カードボックスを使いこなせば、〈読む〉とは〈カード化する〉ことだということが判る。そこでは、知のアイテムがメモリーに入れられた上で、複雑性を構築するためにいろいろと組合わされるのである」。⁽³⁷⁾

情報がカードに載せられれば、カードの自由な組み合わせによって情報も自由に連結できるであろう。順番やロジックを問わず自由に連結するカードを読むことで、いくつかのレベルでの表現は同時に読み取られる。村上はドイツの情報学者ノルベルト・ボルツを参照して、多次元の情報空間をもつハイパーテニアが、情報の自由な結合を可能にすることを指摘する。⁽³⁸⁾

包摂技術と直観という二つの側面は、弁証法的関係にある。裁判官の判断は、当事者によって提出される法内外の多くの情報が直観によって同時に把握されることで、形成される。裁判官は直観による判断を伝達するために、要件要素の選択肢と照合し、すり合わせたり修正したりしてから、包摂技術の法的コミュニケーションによって判断を伝達する。要件要素は直観的判断を制約することもあるが、直観によって変化することもある。そうして裁判官は最終的な判断にいたるのである。⁽³⁹⁾

4 口頭弁論手続の再構成——口頭弁論の諸原則と審理のIT化

前章では、裁判における法的コミュニケーションと直観による判断を中心として、村上の裁判像の基底にある思考運動を理論的に構成してきた。本章では、裁判における法的コミュニケーションの場たる口頭弁論に着目し、この思考運動に基づいてその手続を再構成してみたいと思う。

（1）口頭弁論での法的議論

民事訴訟の口頭弁論において、当事者は請求を提示し、それを根拠づける事実を提出する。当事者の口頭弁論における種々の行為は、原則として口頭の陳述で行われる。そこで提出される攻撃防御方法の主要なものは、請求を支持又

は排斥するための判断資料の提出行為であり、中でも、事実の主張と証拠の申出が最も重要である。こうした作業は当事者の弁論である。そこで、当事者は法律上の主張としての法規の存否・解釈適用に関する意見を陳述することも可能である。しかし、その陳述は、裁判所の注意を促し、裁判官の参考に供するものにとどまるとして消極的に捉えられている。これに対して村上は、当事者は弁論において法律論を積極的に提供し議論する必要があり、裁判官も当事者からの選択肢の提供を促す必要があるとする。⁽⁴⁰⁾ そして弁論は、書面で補完しながらも、口頭の議論で行うことが妥当なのである。

口頭弁論において議論が行われる際、法的に意味を持たない事実も顕出される。口頭主義が妥当する民事訴訟において、村上は口頭によって準備書面より多くの情報が提供されるという点を念頭に置きながら、法的内容にとどまらず、法的に意味をもたない情報にも着目していた。ドイツの裁判官研究を参考にしながら、村上は、包摶技術を丁寧に実践し解釈によってそれを補強する「掌握型」の訴訟運営を中心としつつも、広範な釈明によって事件の隅々まで踏み込む「会話重視型」の訴訟運営にも一定の評価を与えている。

「かれ（筆者注：「会話重視型」の裁判官）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つた（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？ 今一人暮らしですか？ 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）、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たとしたこと、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った、とされている」。

村上が参照したマックス・プランク＝ヨーロッパ法史研究所による「裁判事件構成の研究」は、医療責任事件を素材にしてヘッセン州の現職裁判官たちの協力で実施した模擬裁判に基づいている。事件は、手術で腕の副神経を間違って切断された原告と当該病院の院長である被告との紛争であった。この研究ではドイツ型の訴訟運営が行われ、裁判官からの発問が中心となっているが、準備書面で提供されることのない情報が引き出され、それが結果的に裁判官の慰謝料についての判断に影響を及ぼし、判決文にも反映されたこと（「人生の楽しみが失われた」）が指摘されている。このように口頭によって裁判に影響のある情報が準備書面より多く提供される可能性が窺われる。

また、口頭弁論では、当事者の陳述の態度など非言語的情報も提供されうる。もともと民事訴訟手続では、法廷に現れた様々な情報に重要な意義を認めている。自由心証主義では、証拠調べの結果と弁論の全趣旨に基づいて裁判官の自由な判断で事実認定を行う。この弁論の全趣旨は、口頭弁論に現れた一切の資料・情報のうち証拠資料を除くものである。そこには書面には記されていない弁護士や当事者の発言の口調や法廷での仕草も含まれるのである。こうした非言語的情報も、裁判官の直観の材料となる。つまり、弁論の全趣旨は、事実認定の根拠としてだけでなく事件全体をつかむ直観にも寄与するのである。

口頭による法的議論は、法的情報も法外的情報も共有を促せる。しかし、こうした情報量の増大は、必ずしも有益であるとはいえない。情報量の増大は、情報の複雑性の拡大をもたらす可能性がある。裁判所がこうした複雑な状況の下で法／不法を判定する際、口頭での法的コミュニケーションに付随して情報の様々な衡量が行われている。裁判所が行う複雑化した情報の衡量は社会にとって不透明なのであり、社会秩序の不安定化をもたらしうる。ブラックボックスのような裁判の安定性が現代社会において如何に維持できるのかは、次で検討する。

(2) 裁判の公開

裁判の公開は一般に、公正な裁判を担保する制度とされる。口頭弁論の原則である公開主義によって、不当な権力行使がなされないように訴訟の審理及び裁判は一般公衆でも傍聴することができる。それに対して、村上の理論は、裁判システムの作動から、「公開」に異なる機能を読み込む可能性をもつ。

実務においては、結論が先に裁判官の中で形成され、それを理由として包摂プロセスを組み立てるることは稀ではない。包摂というインプットによって導き出されるはずの結論（アウトプット）は、実際には逆に包摂の組み立てを決める。こうした「包摂—結論—包摂」という判断プロセスは、循環的因果性と呼ばれる。⁽⁴⁵⁾ そして、裁判システムの自己準拠性は、その循環的因果性の幅を制限する。⁽⁴⁶⁾ 裁判システムが循環的因果性を有しており、一定の幅を持ちつつ閉ざされているので、結果の产出がブラックボックス化する虞れがある。それを防ぐために、村上は「裁判の公開」に親和的な二つの契機を指摘した。

第一に、裁判の循環的因果性の「閉じられた作動」は、他者の目によって、動的な社会秩序の一環になる。裁判は公開されることで、他のシステムからの視線に曝される。そして、ある程度の社会的安定性は、他のシステムの観察を意識することで達成される。

「『トリヴィアルでないマシーン』としての法システム・裁判システムが、その他もろもろの『トリヴィアルでないマシーン』とのインタラクションによって一箇の『トリヴィアルでないマシーン』としての社会を形成することは、いかにして可能か？ フェルスターによれば、複数の『トリヴィアルでないマシーン』のそれぞれが『他者の目で自己を見る』だけで（『一致』や『合意』は必要でない）、一つの安定化が他の安定化をもたらすことになる、とされるのである。三段論法による法適用を任務と考えてきた裁判システムも、他者の目で自己を見られるようになってはじめて、その循環的な、『閉じられた』作動を、⁽⁴⁷⁾ 動的な社会秩序の一環たらしめることができると思われる」。

ここでのポイントは、「一つの安定化が他の安定化をもたらす」ということである。「他者の目」に見られているのを意識しながら作動すれば、裁判システムは、結論を下す際にも他者に了解を得るためにその晦渺さや極端さを抑制することが期待できる。裁判システムは、観察されることを意識するため慎重に行動するようになり、それによって外見的安定性を有するようになる。そして、裁判システムを含む各システムが互いに「みられている」と意識することによって、各システムそれぞれの外見的安定が達成され、社会はそれで秩序づけられる。

第二に、当事者も含めて法的議論を行うことによって、ブラックボックスの外見的透明度が高まる。村上によれば、法システムの自律性は維持されなければならず、裁判をブラックボックスの開放を求める外圧に直接に曝さないために、法律家は包摶技術を使って素人ともコミュニケーションを図らなければならない。もちろん、法的知識のない素人は法の解釈についての議論には手こずるかもしれないが、村上によれば素人の参加は不可能ではない。「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。裁判に対する市民の理解を期待するなら、システムの自己準拠性をある程度緩めて『掌握型』を『会話重視型』によって補い、その上で包摶技術を駆使した判決書を作成することが必要になると思われる」。また、⁽⁴⁸⁾

「三段論法による法適用を任務と考えてきた裁判システムも、他者の目で自己を見られるようになってはじめて、その循環的な、『閉じられた』作動を、動的な社会秩序の一環たらしめることができると思われる。そのための手段としては、たとえば陪審制や参審制といった形で他者（素人）を裁判システムに組み込むのも一案であろう（素人を三段論法の実践に参加させる参審制は、事実認定のみを素人に担当させる陪審制よりも一歩進んだ参加形態だと言えるかもしれない）」。

陪審制や参審制によって法的コミュニケーションに素人を参加させることで、⁽⁵⁰⁾ 素人による「他者の目」は組み込まれる。素人に法律知識を教えるという方法⁽⁵¹⁾

がいくつか提示されるが、口頭弁論で強調されるのが、裁判官は裁判で素人にも分かってもらえる議論を行う必要がある、ということである。すなわち、裁判官は、口頭弁論の場で包摶技術に基づく法的コミュニケーションを口頭で素人にも分かるように運営し、その法的コミュニケーションが「比喩や類推や物語」のような素人の日常的な思考様式と変わらない説明原理になることを目指さなければならない。⁽⁵²⁾

こうした法的コミュニケーションへの素人の参加は、裁判の公開によりさらに一般市民へも拡張される。村上の構想によれば、裁判官は素人を含む他者の目を意識しながら、三段論法によって法規の要件要素を明確化することで、素人もそれを理解することができるようになるはずである。

- (1) 秋葉丈志「国籍法違憲判決と政策形成型訴訟」法社会学第80号（2014年）243-276頁、同「法社会学の視点からの同性婚訴訟」法社会学第89号（2023年）132-143頁を参照。
- (2) 高橋裕「現代型訴訟のインパクト」和田仁孝=太田勝造=阿部昌樹編『交渉と紛争処理』（日本評論社・2002年）147-195頁、引用は181頁。なお新堂幸司「現代型訴訟とその役割」『民事訴訟制度の役割 民事訴訟法研究第一巻』（有斐閣・1993年）291-317頁も参照。新堂は現代型訴訟の特徴を、原告は侵害を受けた市民の集団で被告は国や公共団体や大企業であることが多いこと、請求は過去の損害から将来へ向けた差止へ移っていることであると指摘し、そして新堂は、隣人訴訟も、訴え提起行動に問題の社会化という意味づけが与えられ、心情的情緒的な理由で訴訟を続けていたことは、現代型訴訟の特徴であるとする。
- (3) 間接的な政策形成機能を現代型訴訟の政治的機能として捉えているものとして、田中成明「私法・公法の〈協働〉と司法の機能——現代型訴訟を素材に——」法社会学第66号（2007年）66-79頁、特に69頁、田中成明『転換期の日本法』（岩波書店・2000年）275頁も参照。棚瀬孝雄「裁判をめぐるインフルエンス活動」『紛争と裁判の社会学』（法律文化社・1992年）119-171頁も裁判の政治化現象を論じている。
- (4) 佐藤岩夫「裁判・討議・公共圏」棚瀬孝雄編『紛争処理と合意——法と正義の新たなパラダイムを求めて——』（ミネルヴァ書房・1996年）141-159頁参照。
- (5) 高橋宏志「紛争と訴訟の機能」村上他編『社会科学の方法 第VI巻』（岩波書店・1993年）199-227頁、特に219頁を参照。
- (6) 佐藤・前掲注(4)147頁を参照。

- (7) 佐藤の裁判による法形成の正当性に関する議論として、佐藤岩夫「法の現実適合性と一般条項——トイプナーのシステム論的アプローチの検討——」『法学』53巻6号（1990年）89-114頁、佐藤岩夫「信義則分析の基礎視角——トイプナーとアレクシーの比較を中心に——」太田知行他編『民法学の新展開／鈴木禄彌教授古希記念論文集』（有斐閣・1993年）1-29頁を参照。佐藤は裁判による法形成の正当性について論じる際に、まずギュンター・トイプナーの自省的法に目を向ける。自省的法とは、社会の複雑性に対応するための、自らの調整で間接的に社会調整に役立つ法モデルである。佐藤は、さらに信義則（ドイツ民法典（以下「BGB」という。）242条）による社会の実情への適応について検討する際に、トイプナーと併せてロベルト・アレクシーの理論をも手がかりとして検討している。トイプナーとアレクシーの問題関心には共通点もあるが、信義則と他のBGB条項との関係についての理解は、対立的に見られる。まず信義則の規範構造について、トイプナーの見解によれば、両者は質的に異なるものではなく、程度・段階的なものにすぎないのに対して、アレクシーは原理（信義則）と準則（他のBGB条項）を区別するという立場から両者は質的に異なるものだと理解している。また信義則における決定の合理性が何によって担保されるかについて、前者は「選択基準」で裁判官の恣意的決定を拘束しようとするのに対して、後者は当事者による「合理的討議」で裁判官の恣意的決定を制約しようとする。佐藤が裁判理論で依拠するハーバーマスの合理的討議概念は、後者のアレクシーの議論に親和性がある。
- (8) 井上治典『民事手続論』（有斐閣・1993年）。
- (9) 民事訴訟の本格的なIT化の経緯と概要を紹介したものとして、山本和彦『民事裁判手続のIT化』（弘文堂・2023年）。
- (10) 村上の研究全体を時間軸にそって区分する文献として、笹倉秀夫「村上淳一教授——研究の足跡——」早稲田法學第95巻2号（2020年）1-49頁を参照。特に2頁では、村上淳一の研究を四期に区分する。すなわち、第1期（1956年以降）では、近代法・近代法学の研究が主になされた。第2期（1964年以降）では、構造史・概念史に依拠して、歴史の新旧要素の相互関係を軸にして重層的にみる姿勢が見られる。第3期（1980年以降）では近代において前近代的なものが変容しつつも近代を規定し性格を付けたことが考察された。最後に第4期（1990年以降）では、現代社会論がポストモダン的に展開されてきた。この分類によれば、本研究で主に扱っている研究は1990年以降の成果で、第四期に当たる。したがってここで対象とする村上の業績は後期研究といえよう。さらに笹倉によれば、村上はドイツの第一次の研究資料とそれを使った研究を参考にしながら、日本人としての独自の視座や問題意識によって別の歴史像を問題提起しようとした、と。

- (11) 村上のルーマン理論への関心を示したものとして、守矢健一「村上淳一のニクラス・ルーマン法理論受容について」思想第1171号（2021年）68-88頁を参照。守矢によると、1980年代後半以降村上はルーマンを本格的に取り上げ、西洋伝統的な合理主義を懷疑し始めた。村上は、法の実定化が進むことによって実質的道徳の支配は破壊されると認識しながら、ルーマンの主張した機能システムの閉鎖性を開く試みを行った。こうした村上の観点は、本稿でも取り上げる。2000年以降村上の研究とルーマンの理論との乖離がしばしば看取されるが、大学制度や司法制度の改革の動きの中で、村上のルーマン理論への関心は重要な観点となっていたようである。上記の守矢論文は、村上の後期の議論を理解するのに多くの重要な示唆を与えるものである。
- しかし、守矢論文において村上の問題意識は法的コミュニケーションが実際には実務家の直観へと矮小化される事態を指摘するが、村上は実務家の直観をむしろ重視していると筆者は考える。守矢論文は「直観」を実務家の単なる体験の蓄積を根拠とした判断として捉えているように読めるが、それは恐らく参考文献村上・後掲注(33)に記載される「法感覺」(64頁)との混同ではないかと推測する。むしろ村上・後掲注(31)においては、情報処理手段としての直観を重視している。
- また、村上は『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉——』(東京大学出版会・2000年)においてフィクションへの関心を主題の1つとして論じている。こうした関心はルーマンから受けた知的刺激と関連して展開されたのではないだろうか。筆者には、村上のフィクション論は、自律した法システム論と結びついた議論であるように思われる。
- (12) 紛争害悪説の論説として、兼子一「民事訴訟の出発点に立ち返って」『民事法研究I』(酒井書店・1940年) 477頁以下参照。また、学界における紛争解決説の通説としての地位を示すものとして、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上(第2版補訂版)』(有斐閣・2013年) 2頁を参照。
- (13) 村上の紛争についての比較的法史な視点として、村上淳一『「権利のための闘争」を読む』(岩波書店・1983年) 46頁以下参照。ドイツの学説は、紛争を権利についての争いとして想定しているのに対して、日本の学説は、歴史的には紛争解決の要請が法に先行したことを前提に紛争を多少とも当事者の不便不安についての争いとして捉えている。
- (14) Georg Simmel, *Soziologie*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1908, S. 248-289。村上淳一「争いと社会発展」『仮想の近代 西洋的理性とポストモダン』(東京大学出版会・1992年) 43-70頁、特に52頁以下参照。
- (15) 村上は「争いと社会発展」(前掲注(14))において、争いについて叙述する際に慎重に言葉を斟酌しているように読める。ルーマンのシステム論的紛争論では

- 「紛争」という語を使用しているが、ジンメルの紛争論を整理する際には「競争」や「闘争」を使っている。ここで村上が、裁判で扱う「紛争」は三者関係で構成されると構想する時点で、法人類学的な紛争研究が構想する二者関係の「対争」とは、概念的にちがっている。「対争」概念については、千葉正士『法と紛争』（三省堂・1980年）48頁を参照。こうしたずれはあるが、村上の紛争論は、紛争を肯定する点で千葉の議論（紛争管理論）と親和性を持っているように見える。
- (16) Niklas Luhmann, *Konflikt und Recht*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, S. 94-109. 村上・前掲「争いと社会発展」62頁以下参照。
- (17) 村上はむしろ、法の任務が秩序とカオスの生産的な対立関係を保証する手続とルールを発展させることにある、という捉え方を示すものとして、村上淳一「議論と自己修正」『現代法の透視図』（東京大学出版会・1996年）75-100頁、特に97頁。村上はここで Karl-Heinz Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, S. 212 を参照している。
- (18) 村上・前掲注(14)67頁。
- (19) 村上・前掲注(14)62頁以下参照。
- (20) 村上淳一「包摂技術とコミュニケーション」『現代法の透視図』（東京大学出版会・1996年）101-132頁、特に113頁参照。
- (21) また、本稿における「法システム」、「裁判システム」、「裁判」という用語の使用について誤解を招かないように予め説明を加えたい。つまり、本稿は村上論文の言葉遣いを維持しながら、「法システムの中心部」である「裁判」という手続的操作を強調しようとし、裁判自体としてのシステムとそれと法システムの関係などについて触れるつもりはない。この点については、村上・前掲注(20)114頁、福井康太『法理論のルーマン』（勁草書房・2002年）69頁、84頁を参照。
- (22) 村上・前掲注(20)102頁では、フランクフルト大学法学部のクリスティーナ・エッシャーヴァインガルトの教示を参考にしながら、包摂技術を以下のように整理している。（包摂技術が使われる）「そのさい、すべての『請求原因』について『法律要件』を個々の『要件要素』に分け、各『要件要素』について、その内容をいわば演繹的に確定した上で『事実関係』をこれに『包摂』する作業、すなわち『要件要素』の予定する『要件事実』が『事実関係』に含まれており、したがって『事実関係』が『要件要素』に『包摂』される（=服する）ことを明らかにする作業を、順序正しく——逐次的（論理的）に——繰り返していくかなければならない。この手続が完了してはじめて『法律要件』の下に『事実関係』が『包摂』されたということになり、法規範の適用がなされたと言えることになる」。

これはいわゆる法的三段論法と言われる法的思考の説明であるが、この作業が記号である言語を順次たどっていくという意味で「逐次的」であるという指摘は、後の直観との対比において重要である。

- (23) 村上・前掲注(20)104頁。
- (24) 法律の解釈における三段論法の要件要素についての結論は「トリヴィアルなマシーン」と考えられる説明として、村上淳一「『法の解釈』と『構成主義』」『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉——』(東京大学出版会・2000年) 75-110頁、特に93頁を参照。村上はフェルスターを参考しながら、トリヴィアルなマシーンとは「インプットとアウトプットの関係が恒常に固定されているために、予見可能な、その意味で単純なマシーンなのである。法律の解釈における三段論法では、法条の個々の要件要素が大前提とされ、これに小前提としての認定事実が包摂されて、その要件要素に関する結論が得られるわけだが、そのさい、要件要素が原則として『トリヴィアルなマシーン』と考えられていることは、言うまでもない」とする。
- (25) 包摂技術の従来の中心的諸機能については、村上の論考では以下の記述がみられる。村上・前掲注(20)106頁が引用するアクセル・シュヴァルツは、演繹的議論の重要性を、「まさに議論の演繹的な、法律に関わる部分によって——そしてそのお蔭で議論が限定されるからこそ——合理的なディスクルスに至ることができると考える。この演繹的部分なしに、予見可能性・検証可能性という学問的要請に少しでも応えることができるとは思われない」として、「相互理解」および「法的確実性と法治国家性」に役立つと考える。法学一般の理解では、後者を重視しているということである。しかし、規範テクストへの依存には限界がある。つまり、規範テクストの議論は如何に行われても、最終的な決め手になるわけではない。裁判慣行や伝統も、包摂技術の自己準拠性維持効果を割り引く。

また、村上淳一『〈法〉の歴史』(東京大学出版会・2013年) 159頁によれば、ドイツの法律家が包摂プロセスの文章化にこだわるのは、法律をできるかぎり忠実に適用しなければならないという法律家の任務によるという。それによって法治国家的要請も満たされ、決定が規範に忠実であり法律から導き出されるものとみなされるので、法律家も決定についての責任から解放されうる。しかし、こうした構想は、実際には法的決定の多くが法律から直ちに導き出せないという、ドイツの古くからの常識に反するのである。

なお、こうした予測可能性への要求は、資本主義社会の経済活動に根拠づけられる。中野貞一郎「マックス・ヴェーバーにおける裁判の法社会学的考察」『訴訟関係と訴訟行為』(弘文堂・1961年) 298-348頁、特に337頁では、ヴェーバーの法社会学を検討しつつ、「近代資本主義にとって必要なのは、法ないし裁判の

- 形式的合理性、つまり予測（計算）可能性（Berechenbarkeit）だけであった」と指摘する。
- (26) 村上・前掲注(20)119頁。
- (27) 包摂技術による伝達の裁判外の効果として、村上・前掲注(20)110-115頁以下参照。村上はルーマン（Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, S. 321, S. 406）に依拠しながら次のように述べる。包摂技術による伝達は、裁判外における法律家間のコミュニケーションを促進することもできる。裁判は法システムの「中心部」であり、それについては法システムの自己準拠性への堅持が求められる。裁判官は新たな法準則を産み出す際に、法／不法のコードから逸脱することは許されない。要件要素を明確化することで、包摂技術を使う法律家の間に法律論の「スタンダード」が形成される。こうしたことには法的議論が必要であり、この「スタンダード」に従う法的議論が、作動として円滑に進められる。こうしたことは、中心部たる裁判を社会の外圧から守ることにも役立つ。
- (28) 村上淳一「転換期の法思考」『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉——』（東京大学出版会・2000年）7-40頁、特に26頁以下参照。また、この点につき、日本の裁判実務に対する村上の厳しい批判として、村上・同論文15頁参照。村上によれば、日本の裁判官が実務上、「上告理由の節約」のために、事実認定と併せて実は条文の解釈もしてしまうことが当然のように行われている。要するに、争いやすいルールの問題を、できるかぎり、裁判官の自由心証の領域であり争いにくい事実認定の問題として処理しようという傾向がある。社会が複雑で急激な変化が生じる現代においては、何が規範なのかは必ずしも明確ではない。それはもっぱら裁判官の内心で処理されてしまうべきではなく、関係者が様々な選択肢を持ち寄り、吟味することが適切とする。
- (29) 村上・前掲注(28)27頁。
- (30) 村上・前掲注(28)25-26頁。村上・前掲注(25)93頁も参照。
- (31) 村上淳一「文字文化の衰弱と法の変容」『現代法の透視図』（東京大学出版会・1996年）133-162頁、特に143頁以下参照。
- (32) 村上・前掲注(20)118頁。村上は Søren Brunak/Benny Lautrup, *Neuronale Netze: Die nächste Computer-Revolution*, München, Carl Hanser, 1993. S. 143 を引用する。また、意識（＝直観）の同時性について村上・前掲注(31)144頁以下も参照。
- (33) 裁判における法の外部の要素の重要性を示唆するものとして、村上淳一「裁判官の事件『構成』」『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉——』（東京大学出版会・2000年）41-73頁、特に67頁注(4)を参照。個別の事情による

慰謝料を算定するためには、裁判官は適切な会話によって法システム外在的な要素を積極的に顧慮しようとすることが、重要である。

- (34) 価値の多様性への目配りが重要であることについて、村上・前掲注(31)155頁注(8)を参照。村上は手続の重要性についてラデアの議論 (Karl-Heinz Ladeur, *Risiko und Recht, Von der Rezeption der Erfahrung zum Prozeß der Modellierung*, in: Gotthard Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft, Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung 2. Auflage*, Opladen, Westdeutscher, 1993, S. 209–233, insbesondere S. 224) を参考にする。将来の予測が極めて困難となっている現代社会、とりわけリスク社会において裁判に即していうと、裁判所はさまざま予測できない事態に対応し、責任をもって判断を下すために、多数多様な意見を判断の選択肢として提供を受けなければならない。できるだけ多くの参加者の意見を得るために、手続の柔軟化が必要とされる。
- (35) 村上・前掲注(28)38頁注(4)。また、「旋回」概念の説明として、同、30頁注(2)が理解に役立つ。つまり、同事件について多様な法律論が可能であり、裁判官はそれらの法律論を総合的に衡量する必要がある。
- (36) 「カードボックス」概念について、村上・前掲注(31)146頁以下参照。村上は、この概念を説明する際に情報学者ノルベルト・ボルツの『銀河系の終焉』(Norbert Bolz, *Am Ende der Gutenberggalaxis. Die neuen Kommunikationsverhältnisse*, Wilhelm Fink, 1993 S. 208) に依拠する。ルーマンによれば、「カードボックス」は情報を犠牲にすることなしに社会を描写することができるはずである。しかし「読む」とは「カード化する」という線形的な構成と理解され、情報がいくつかのレベルにおいて同時につながることができない。ボルツによれば、ハイパーテイア時代でコンピューターの計算によって情報の同時的結合がようやく可能になっている。
- (37) 村上・前掲注(31)146頁。
- (38) ボルツの「カードボックス」についての説明として、村上・前掲注(31)147–148頁参照。
- (39) 村上・前掲注(20)118頁以下参照。なお、包摶技術は言語的コミュニケーションであり、裁判官の直観による決定を精密に伝達することができる一方で、その精密性が却って直観による決定を制約することもあるという村上の指摘は重要である。
- (40) 新堂幸司『新民事訴訟法（第6版）』(弘文堂・2019年) 461頁以下参照。
- (41) 村上・前掲「転換期の法思考」27頁参照。
- (42) 裁判官による事件構成の類型について、村上・前掲注(33)65頁以下を参照。村

上によるこうした分類は、ドイツのマックス・プランク—ヨーロッパ法史研究所による裁判官研究 (Janette Schmid/ Thomas Drosdeck/ Detlef Koch, *Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt*, Nomos, Baden-Baden, 1997) に基づく。ここで言及した「掌握型」と「会話重視型」の事件構成を簡単に確認しておく。「掌握型」に属する裁判官は十分な準備で裁判に臨み、的確な質問を行いながら当事者との友好的なやり取りで裁判をスムーズに進行させる。他方、「会話重視型」に属する裁判官は広範な釈明を行い、迅速な裁判の要請を意識せずに具体的な事件の特質を重視し、事件の隅々まで踏み込む。またそれに対して村上は、裁判官が整理術によって書面で事実関係を整理し、立証責任によって事件を形式的に処理する所謂「整理型」の運営方式や、裁判官の長年の経験に基づいて裁定を行う「定石型」の運営方式を批判的に評価している。つまり、「整理型」も「定石型」も適切な包摂モデルから離れており、こうしたことは法の自己準拠性を損ない、裁判のさらなるブラックボックス化をもたらす可能性が高い。村上は、特に「掌握型」の訴訟運営が解釈論に正面から取り組み、要件要素を明確化することに重点を置く。

ところが、要件事実論を整理型に、新様式判決を定石型に関連させる村上の理解については実務側からの異議が見られる。実務側の反発として、大石忠生「『ドイツにおける裁判官の事件処理』の読後感」桐蔭法学5巻1号（1998年）29-34頁を参照。大石元裁判官の見解によれば、まず要件事実論の機能を果たすためにコミュニケーションは不可避であるので、整理型の訴訟運営に「コミュニケーションが欠けている」という村上の批判は不適切である。また、新様式判決は「要件事実論に基づく判決の分り難さ、理論倒れとなって徒らに冗長なところを除き」（32頁）、素人にとって理解しやすいので素人に友好的にみられる。法専門上の議論が審理過程において要件事実上の争点整理を尽くせばよいことは、実務では既に定着している。以上を踏まえて、「新様式判決が今後の民事判決書の中心型となっていくことは間違いない」（33頁）と断言する。しかし、大石のこうした争点整理を強調する姿勢は、まさに村上が指摘した「日本裁判官の要件要素を明確化することへの軽視」を示すことではなかろうか。つまり、村上は、日本の裁判官に「全人格的な力」（高野耕一元判事）を要求するよりはむしろ、日本の裁判実務が要件要素の明確化を省略する態度を批判して、法的コミュニケーションに役立つ要件要素の明確化を裁判官に要求する。

- (43) ドイツ型の訴訟運営について、兼子・松浦・新堂・竹下編『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）1011頁以下参照。
- (44) 村上・前掲注(20)117頁。
- (45) 裁判システムの循環的因果性の説明として、村上・前掲注(24)97頁以下参照。

- (46) システムの自己準拠性の説明として、村上・前掲注(17)76頁以下も参照。村上のルーマン整理は、Niklas Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, Westdeutscher, Opladen, 1992, S. 26 に基づく。「自己準拠性」は次のように説明できる。つまりルーマンによれば、近代社会において諸々のシステムが機能的に分化している。こうした分化は、各システムが自分の作動によって環境から自分を区別することで遂行される。環境を参照せず、自分の固有のコードに従って区別する場合にのみ、システムの作動は制御され、帰責され、観察されうる。
- (47) 村上・前掲注(24)97頁。「トリヴィアルなマシーン」と「トリヴィアルでないマシーン」の相違については、村上・同論文91頁以下参照。サイバネティクス学者ハインツ・フォン・フェルスターは、ナチスの蛮行でアメリカに移住してからバイオロジカル・コンピューター・ラボラトリーを設立したサイバネティクス学者である。「トリヴィアルなマシーン」とは、因果的インプットとアウトプットの関係が常に固定されているために予測可能で単純なマシーンなのである。要件要素は要件一効果の発生を導き出すもので線形的因果性を有するため、原則としてトリヴィアルなマシーンに考えられる。それに対して、「トリヴィアルでないマシーン」とは、固定的な因果性のない、予測不可能なマシーンであり、過去の歩みが現在の決定を決めるマシーンなのである。
- (48) 村上・前掲注(33)69頁参照。
- (49) 村上・前掲注(24)97頁参照。
- (50) 村上は参審制と陪審制の両方に言及したが、ドイツ式の裁判参加 (eine Laienrichterbeteiligung Deutscher Prägung) を好意的に評価するものとして、Junichi Murakami, *Justiz und Juristenausbildung in Japan*, in: "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert" *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Böhlau Köln, 2003, S. 633-647, insbesondere S. 642 がある。
- (51) 具体的な方法として、村上淳一「『司法制度改革・法学教育改革』管見」『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉——』(東京大学出版会・2000年) 199-212頁、特に201頁を参照。例えば、法学部による法律市民講座などがその一手段となる。
- (52) 村上・前掲注(24)97頁以下参照。「それと同時に、三段論法そのものに対する見方を変えて、閉ざされた循環的因果性をあらためて線形的因果性へと開くものとして——つまり『比喩や類推や物語』と等価の『説明原理』として——三段論法を理解し、その理解の下で、他者とのコミュニケーションをはかってゆく」と述べている。ここには高度に専門的な法が素人の日常的言語に開いていく可能性が示されているのである。