松　山　大　学　論　集
第 30 巻 第 1 号 抜 刷
2 0 1 8 年 4 月 発 行

法化社会とその在り方

明　照　博　章

法化社会とその在り方

明　照　博　章

目　次

一　はじめに
二　『意見書』における方向性
三　『意見書』が目指した社会の位置づけ
四　法化社会
五　法化社会の具体的な発現
六　まとめ

一　はじめに

現在，「経済活動秩序と刑法制裁」の関係については，至る所で問題化している[※]。しかし，私は，正当防衛権に関する議論を中心として，研究を進めている[1]。正当防衛において，急迫不正に対する「防衛行為」言い換えると「構成要件該当行為」が（刑）法によってどのような評価を受けたために正当化されるのかについては，社会秩序原理の解明が必要であり，社会秩序原理を解明する上では，「法が存在している理由は何か」について研究を進めるべきであると考えている。社会は，人間関係の網（ネットワーク）であり，社会＝人間関係の網（ネットワーク）を規律するルール（の一つ）が（刑）法だからである[2]。それゆえ，現実に（例えば日本に）存在する具体的な「経済活動秩序」とそれを統制する「刑法制裁」に関する検討を中心にするよりも，日本の法規制の在り方の方向性を決定した司法制度改革審議会（以下，審議会という）における『司法制度改革審議会意見書』（2001（平成13）年6月12日）（以下，『意見書』という）を踏まえて[3]，「法化社会とその在り方」に検討を加えた方が，私が進

めてきた研究と整合的となる。そこで，以下では，この方針に従って，論を進めることにしたい。

※本稿は，2015（平成27）年5月4日，台湾玄奘大学において開催された国際学術シンポジウム「経済活動秩序と刑事制裁」（台湾・玄奘大學主催）において報告した原稿に加筆修正を加えたものである。

注

1）拙著『正当防衛権の構造』（平25年・2013年），同『積極的加害意思とその射程』（平29年・2017年）等参照。

2）「法律」（実定法）は，人間関係が滞ったときに具体化（出現）する（つまり構成員が認識できる）ルールであり，滞った関係性の最終的な解消のために利用・参照されるルールという側面がある。人間関係が滞った場合，人間関係の網（ネットワーク）である社会も滞る。この関係性の滞りは，社会全体の構成員にとっても死活問題ともなり得る。人間は社会的動物だからである（この点に関しては，さらに。後掲注(18)参照)。それゆえ，「法律」は，滞った関係性の最終的な解消を目的とし，そのような機能をもつものとして想定され，「実定法」として存在するのである。言い換えれば，法律は，「国民相互の関係において，または国家もしくは地方公共団体と国民との関係において，権利・権限を付与し，または義務を課することによって利害関係を調整し，社会統制の手段として現実に機能している」ものである（川端博『法学・刑法学を学ぶ』（平10年・1998年）8頁参照)。それゆえ，法律は「公的な強制を伴い公権力によって強行されうる社会規範」でなければならない（団藤重光『法学の基礎』第2版（平19年・2007年）24頁参照)。「社会規範」とは，「社会における人々の行動を規律することにより社会秩序を形成するルール」とされるが（井田良『講義刑法学・総論』（平20年・2008年）2頁)，多元的価値観を前提とする社会では，矛盾する社会規範があり，それぞれの社会規範に従って行動する人（集団）が存在する可能性がある。仮に，それぞれの社会規範に照らして「是認」される行動をとったにも拘らず，現実には衝突してしまった場合，この衝突の解消にあたって，それぞれの社会規範とは「異なる（可能性のある)」「法律」（実定法）に従って「最終的」に処理される必要がある。したがって，法律は「公的な強制を伴い公権力によって強行されうる社会規範」でなければならないのである。

3）http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/index.html

二　『意見書』における方向性

日本では，審議会が次に示す事項を調査審議することを目的として内閣に設けられた。すなわち，「21 世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし，国民がより利用しやすい司法制度の実現，国民の司法制度への関与，法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」ことがその目的である。[4] 審議会は，1999（平成 11）年 7 月 27 日の第 1 回会議の開催以降，2001（平成 13）年 6 月 12 日の第 63 回会議（実質的な最終回）を経て，審議会の「最終意見」が『意見書』として内閣総理大臣であった小泉純一郎氏に提出されたが，[5] 改革の方向性は，「今般の司法制度改革の基本理念と方向」において示されている。[6] 少し長くなるが，引用する。

> 民法典等の編さんから約百年，日本国憲法の制定から五十余年が経った。当審議会は，司法制度改革審議会設置法により託された調査審議に当たり，近代の幕開け以来の苦闘に充ちた我が国の歴史を省察しつつ，司法制度改革の根本的な課題を，「法の精神，法の支配がこの国の血肉と化し，『この国のかたち』となるために，一体何をなさなければならないのか」，「日本国憲法のよって立つ個人の尊重（憲法第 13 条）と国民主権（同前文，第 1 条）が真の意味において実現されるために何が必要とされているのか」を明らかにすることにあると設定した。
>
> 法の精神，法の支配がこの国の血となり肉となる，すなわち，「この国」がよって立つべき，自由と公正を核とする法（秩序）が，あまねく国家，社会に浸透し，国民の日常生活において息づくようになるために，司法制度を構成する諸々の仕組みとその担い手たる法曹の在り方をどのように改革しなければならないのか，どのようにすれば司法制度の意義に対する国民の理解を深め，司法制度をより確かな国民的基盤に立たしめることになるのか。これが，当審議会が自らに問うた根本的な課題である。

> 我が国は，直面する困難な状況の中にあって，政治改革，行政改革，地方分権推進，規制緩和等の経済構造改革等の諸々の改革に取り組んできた。これら諸々の改革の根底に共通して流れているのは，国民の一人ひとりが，統治客体意識から脱却し，自律的でかつ社会的責任を負った統治主体として，互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画し，この国に豊かな創造性とエネルギーを取り戻そうとする志であろう。今般の司法制度改革は，これら諸々の改革を憲法のよって立つ基本理念の一つである「法の支配」の下に有機的に結び合わせようとするものであり，まさに「この国のかたち」の再構築に関わる一連の諸改革の「最後のかなめ」として位置付けられるべきものである。この司法制度改革を含む一連の諸改革が成功するか否かは，我々国民が現在置かれている状況をどのように主体的に受け止め，勇気と希望を持ってその課題に取り組むことができるかにかかっており，その成功なくして21世紀社会の展望を開くことが困難であることを今一度確認する必要がある。

『意見書』は，日本が上記の問題解決を目指す過程で出現する（はずの）「姿」つまり「21世紀の我が国社会の姿」として「国民は，重要な国家機能を有効に遂行するにふさわしい簡素・効率的・透明な政府を実現する中で，自律的かつ社会的責任を負った主体として互いに協力しながら自由かつ公正な社会を築き，それを基盤として国際社会の発展に貢献する」と指摘する[7]。

次に「21世紀の我が国社会において司法に期待される役割」として，①「司法の役割」②「法曹の役割」③「国民の役割」の順に指摘していく。①に関しては「法の支配の理念に基づき，すべての当事者を対等の地位に置き，公平な第三者が適正かつ透明な手続により公正な法的ルール・原理に基づいて判断を示す司法部門が，政治部門と並んで，『公共性の空間』を支える柱とならなければならない」とし，②に関しては，「国民が自律的存在として，多様な社会生活関係を積極的に形成・維持し発展させていくためには，司法の運営に直接携わるプロフェッションとしての法曹がいわば『国民の社会生活上の医師』として，各人の置かれた具体的な生活状況ないしニーズに即した法的サービスを

提供することが必要である」とし，さらに，③に関しては，「統治主体・権利主体である国民は，司法の運営に主体的・有意的に参加し，プロフェッションたる法曹との豊かなコミュニケーションの場を形成・維持するように努め，国民のための司法を国民自らが実現し支えなければならない」とした[8]。

さらに，「21 世紀の司法制度の姿」として，「司法制度改革の三つの柱」をあげる。具体的には，次の 3 つである。すなわち，第一に，「国民の期待に応える司法制度」とするため，司法制度をより利用しやすく，分かりやすく，頼りがいのあるものとする。第二に，「司法制度を支える法曹の在り方」を改革し，質量ともに豊かなプロフェッションとしての法曹を確保する。第三に，「国民的基盤の確立」のために，国民が訴訟手続に参加する制度の導入等により司法に対する国民の信頼を高める。

以上を前提に「21 世紀の司法制度の姿」として，「国民の期待に応える司法制度の構築（制度的基盤の整備）」すなわち「国民にとって，より利用しやすく，分かりやすく，頼りがいのある司法とするため，国民の司法へのアクセスを拡充するとともに，より公正で，適正かつ迅速な審理を行い，実効的な事件の解決を可能とする制度を構築する」こと，「司法制度を支える法曹の在り方（人的基盤の拡充）」すなわち「高度の専門的な法的知識を有することはもとより，幅広い教養と豊かな人間性を基礎に十分な職業倫理を身に付け，社会の様々な分野において厚い層をなして活躍する法曹を獲得する」こと及び「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」すなわち「国民は，一定の訴訟手続への参加を始め各種の関与を通じて司法への理解を深め，これを支える」ことを指摘した上で[9]，「21 世紀の司法制度の実現に向けて」，「国民の期待に応える司法制度の構築（制度的基盤の整備）」，「司法制度を支える法曹の在り方（人的基盤の拡充）」及び「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」の具体的な在り方について詳細に調査検討し，報告している[10]。

注

4）司法制度改革審議会設置法第2条第1項。なお，同審議会は2001（平成13）年7月26日をもって2年の設置期限が満了した（http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/index.html）。

5）http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/singikeika.html

6）『意見書』3頁。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-1.pdf

7）『意見書』4頁。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-1.pdf

8）『意見書』5-8頁。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-1.pdf

9）『意見書』9-12頁。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-1.pdf

10）『意見書』13頁。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-1.pdf「国民の期待に応える司法制度の構築」14頁以下。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-2.pdf「司法制度を支える法曹の在り方」56頁以下。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-3.pdf「国民的基盤の確立」101頁以下。http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-4.pdf

三 『意見書』が目指した社会の位置づけ

上述の通り，『意見書』では，日本の21世紀における社会の姿として，「法の精神，法の支配がこの国の血となり肉となる」社会，すなわち「『この国』がよって立つべき」「自由と公正を核とする法（秩序）」が，あまねく国家，社会に浸透し，国民の日常生活において息づく社会を想定する。これは，「近代」の「理念」を，個人レベルにおいても「行動準則化」することを目指した社会である。

まず，「近代」の「理念」に関して，例えば，川島博士は「近代社会」の説明の中で次のように指摘する。すなわち，博士は「典型的な市民社会は，絶対主義権力に対し自己を主張して自由を獲得したところの近代的市民の社会であり，経済的自律に基礎づけられたところの自律的な独自的な『社会』である。市民社会の第一の根源的な構造は，それが『自由な個人』のみで成り立つということである。封建的＝絶対主義的な拘束（政治的・社会的また道徳的）から解放された『自由』な個人の営利的活動が，経済生活および社会生活の原動力となつたのである」とされる。[11),12)] 言い換えれば，市民革命によって広がった

市民法秩序は,「それ以前の封建的な規制・拘束から個人を解放するという側面をもっていた」が,[13]「市民社会」は「自由な孤立せるアトム的人間を単位として構成される」。[14] しかし，ここで言う「自由人格者」は,「自らの責任を自覚し，自己の行為を単独に決定し得，また規律し得るような自主的人間人格」を有する者である。[15] それゆえ,「近代の市民社会においては，利己的人間はその孤立性とともに，常に当然に他人をもそのような同質者として相互に承認しあうことなしには，存在の目的を達成し得ない」とされる。[16]

市民法秩序は「『自由で平等な個人』の間の『契約』に基づく社会」(契約社会）において築かれるものであり,[17] 契約は,「自由で平等な個人の自由な意思に基づく」ものとされるのである。しかし，人間は,「人間関係の網（ネットワーク)」としての「社会」の中で生きることができなければならない。人間は社会的な動物だからである。[18] 社会の秩序が失われると，人間の「共同」生活の意味が完全に失われてしまうのである。近代社会は,「人間関係の網（ネットワーク)」を「自由で平等な個人の自由な意思に基づく契約」という形式で構築していくことによって,「近代社会の中で生きる人間が自由で平等な関係を実現する」ことを目的としていたといえる。[19] 仮に,「自由で平等な個人の自由な意思に基づく契約」が「法的フィクション（実際には自由で平等ではないのにそう捉えられる擬制)」であったとしても,「近代社会に生きる人間が自由で平等な関係を実現する」という目的が実現できるのであれば，問題は少ない。これに対して,「形式的」に「自由で平等な個人の自由な意思に基づく契約」という形式で社会を構築したとしても,「近代社会の中で生きる人間が自由で平等な関係を実現する」という目的が達成できないのであれば，上記の形式に従う意味がなくなる。[20]

例えば,「自由で平等な個人の自由な意思に基づく契約」が「法的フィクション（実際には自由で平等ではないのにそう捉えられる擬制)」であり，この形式に従ったとしても，近代社会が目指していた目的を達成できないことが認識されるようになった段階で成立した法律が労働法である。歴史的には，19 世

紀から 20 世紀にかけた工業化の時代,「自由で平等な個人の自由な意思に基づく契約」という「法的フィクション」の下に，大量の非熟練労働者（「人間」）が,「物」と同様に自由な取引の対象とされ，非人間的に取扱われるという事態が工業化の進展の中で各国に見られるようになった。このような危機的状況において，労働者の肉体的・経済的危険と人間的不自由を是正する技法として発明されたのが,「集団」法としての「労働法」である。[21)]

日本における近代化に関して，団藤博士は，その意義について次にように指摘する。すなわち,「明治初年における西洋法系，ことにヨーロッパ大陸法系の継受」は，それが「封建制から脱皮して，先進資本主義諸国の仲間入りをしなければならなくなった」という「国内的・国際的の双方からの要請が結びついた」ものであったので,「日本法を根底から変えてしまうくらいの大きな意味をもった」とされる。[22)]

次に，明治期の変革とその限界について，次のように指摘される。すなわち,「明治期における日本法の近代化は，明治憲法を頂点として，ヨーロッパ大陸法系の継受という形で遂行された」のであり,「封建的政治組織・法律制度を破壊して近代的政治組織・法律制度を確立したもので，近代化には相違なかった」が,「いわば政治的近代化であって社会的近代化ではなかった」とした上で,「封建遺制は社会の種々の面に根深く温存され，大ざっぱな言い方をすれば，それが政治的には国家権力の強化，経済的には低賃金労働の供給源として役立たされた。その破局が第二次世界大戦における敗戦であった」とされる。[23)]

1945（昭和 20）年,[24)] 日本は敗戦した。その後，1946（昭和 21）年，日本国憲法が公布され，翌 1947（昭和 22）年に施行されたが，ここには,『意見書』が指摘する「個人の尊重」（憲法 13 条）及び国民主権（憲法前文及び 1 条）が明記されている。

ところが,『意見書』の認識によれば，2001（平成 13）年当時においても,「法の精神，法の支配がこの国の血肉と化し,『この国のかたち』となるために,

一体何をなさなければならないのか」,「日本国憲法のよって立つ個人の尊重（憲法第 13 条）と国民主権（同前文，第 1 条）が真の意味において実現されるために何が必要とされているのか」という問題設定をしなければならない状況にあったことになる。これは，上記の「『近代』の『理念』を，個人レベルにおいても『行動準則化』することを目指した社会」であり，団藤博士に従えば,「社会的近代化」の途上であることを意味する。そして，川島博士によれば,「近代的な国家法によって社会生活の現実における法（生ける法）を近代化すること」という意味での「日本社会の法化は，日本社会の経済的近代化に伴う必然的なプロセスであった」とされる。[25)]

上記の「『近代』の『理念』を，個人レベルにおいても『行動準則化』」した,「社会的近代化を経た」又は「近代的な国家法によって社会生活の現実における法（生ける法）を近代化すること」経た，近代社会は,『意見書』が指摘する「日本国憲法のよって立つ個人の尊重（憲法第 13 条）と国民主権（同前文，第 1 条）が真の意味において実現された社会」である。そして，この社会を『意見書』は,「法の精神，法の支配がこの国の血となり肉となる」社会と言い換えているが,[26)] そうだとすると,『意見書』が指摘する社会は，本稿のテーマである「法化社会」との関連性も明確になってくる。「法化」とは「社会的諸関係が法的に構成される傾向が強まっていく過程」であると理解すれば，日本の「明治初期の西欧近代法の整備から戦後の民主化の時期を経て，日本社会の内発的な司法制度改革が進められる現在まで，連綿と続いてきたことになる」からである。[27)] そこで，次に「法化社会」について言及することにしたい。

注

11）川島武宣『法社会学における法の存在構造』（昭 25 年・1950 年）112 頁。なお，旧漢字は，適宜常用漢字に修正した。なお,「市民社会」の内容については,「理念としての市民社会」,「歴史的系譜の中で生まれてきた市民社会」等，視点により異なるものとなり得ることは指摘しておく必要がある（村上淳一『ドイツ市民法史』初版（昭 60 年・1985 年), 新装版（平 26 年・2014 年）2 - 6 頁［引用は後者による］参照)。

12）川島博士の研究課題として，次のような指摘がある。博士は，「近代的な国家法によって社会生活の現実における法（生ける法）を近代化すること，その意味で日本社会を…法化することを，日本社会の，そして自己の学問の実践的課題とした」とされる（佐藤岩夫「法化論の展開と課題」『法社会学の新地平』（平10年・1998年）35頁）。

13）水町勇一郎『労働法』第6版（平28年・2016年）11頁，第7版（平30年・2018年）11頁。

14）川島・前掲注（11）113頁。「市民社会」が「自律的な個人」が「アトミスティックな集積にすぎない」とする点に関して，村上教授は次のように指摘される。「絶対制国家」になって「中間的団体」が「政治的に無力化され」，「政治的自律性が否認され」た後に，なお「個人＝家長の倫理的自律性を支えたさまざまの団体（その多くは任意的な結社としての性格をもつことになる）」こそが「中央集権の基礎の上に立つ近代国家の強烈な保障」を欠き得ない「市民社会」をして，それにも拘らず「自律的な独自的な〈社会〉」たらしめたのではないだろうか，言い換えると，市民社会の自律性は，「経済的自律」のみに基礎づけられるのではなく，団体によって媒介された「倫理的自律」をも必要としたのであろうとされ，団体的秩序としての市民社会が崩壊してはじめて，「自由な孤立せるアトム的人間」が出現するとされた上で，ここで出現した者は，「自律的な独自的な〈社会〉」を担うことなく，次第に「権威主義的組織化の対象」となり，ついには「自由から逃走して全体主義的支配に自己をゆだねる」ことになると指摘される（村上・前掲注（11）5-6頁）。

15）川島・前掲注（11）112-3頁。

16）川島・前掲注（11）113頁。なお，村上教授は，「アトム的人間」（＝孤立した利己的人間）と全体主義との関係について，次のように指摘される。すなわち，全体主義は「アトム的個人主義」を攻撃し，団体主義を標榜しながら，実際には団体の自律を否認し，「アトム的人間」の孤立化を推進したとされるのである（村上・前掲注（11）6頁）。

17）水町・前掲注（13）第6版11頁，第7版11頁。

18）この点に関して，小坂井准教授の次の指摘が重要である（小坂井敏晶『社会心理学講義』（平25年・2013年）200-1頁）。「人間は言語を媒介にした意味の世界に生きる存在」であり，「他の生物とは比べものにならないほど外界に開かれた認知構造に支えられている」。しかし，「生物」は，一般に，「何らかの閉鎖回路の内部」でしか，「安定した生」を営むことができない。つまり，「体温，水分の割合，カリウムなどの無機物質含有量が一定の範囲内以上に変化しないように自らの内部環境を絶えず調整し，変化に富んだ外界に随時適応しながら生物は生存している」。上記の事情は，人間にも同様である。つまり，安定した生を営むために，「認知的に外に開かれた人間」には「外部に拡大した自己を閉じるための装置」が必要である。「文化」（社会制度）は「体外に創出された〈内部〉」であるので，「社会制度に人間が依存する」のは，当然である。

上記の指摘は，さらに次のように言い換えることができるであろう。すなわち，人は，他者との関係を構築する場合，一定の条件（社会）を前提とせざるを得ない。本能的に決

定されるルールだけでは生きられないからである。それゆえ，人が安定した生活を送るには，「社会を支える普遍性」が必要になるのである。

19）ゴドリエによれば，現在の（西欧）社会は「諸個人を互いに分離し，家族の中でさえ孤独にし，相互に対立を促進させるようにしか機能しない社会」又は「個人の中に眠っているあらゆる力，潜在能力を解放したが，また他人を利用しながら互いに切り離されるように各個人を駆りたてる社会」である（ゴドリエ［山内昶訳］『贈与の謎』初版（平 12 年・2000 年）新装版（平 26 年・2014 年）294 頁［引用は後者による］）。

20）ゴドリエによれば，現在の（西欧）社会は「連帯性の恒常的な欠乏と引き換えでしか生きかつ繁栄していない」社会であり，この「新しい連帯性は契約形態での取引によってしか構想されない」とする。しかし，「個人間をつなぐもの，個人間の公的，私的，社会的，内的関係を構成し，社会において生きるだけでなく，生きるために社会を生産しなければならないようにしているものの一切は，取引できるものではない」とし，その一例として「生まれるために両親と契約する子供」の不可能性を指摘する（ゴドリエ［山内訳］・前掲注（19）294 頁）。

21）水町・前掲注（13）第 6 版 12-3 頁，第 7 版 12-3 頁。

22）団藤・前掲注（2）57-8 頁。

23）団藤・前掲注（2）59 頁。この点に関して，日本法史学の見地から次のような指摘がある。すなわち，封建遺制の一つとして身分制度があり，これを前提とする思想は「礼」であるが（高谷知佳・小石川裕介編著［桃崎有一郎］『日本法史から何がみえるか　法と秩序の歴史を学ぶ』（平 30 年・2018 年）78 頁），「《礼》とは，“世界の摂理を念頭に，立場に応じて最適な振る舞いを追究する思想”」と定義されている（高谷・小石川［桃崎］・注（23）64 頁）。これは，身分制社会を脱した（つまり政治的近代化を果たした）日本では，「原理的に《礼》思想は成立しないはず」である。しかし，「日本にはなお，社会生活上の上下格差がある」。例えば，「学校では上級生に敬語を使うこと」が「まだ一般的」であるが，これは「《礼》思想」における「“長幼の序”」である（高谷・小石川［桃崎］・注（23）78 頁）。そうすると，団藤博士が指摘されている，日本社会の「社会的近代化」は今なお継続している問題である。

24）1945 年に関して，次のような指摘がある。「急進的啓蒙」を特徴づける要素として，「民主主義」「人種と性における平等」「生活様式における個人の自由」「思想，表現，出版の完全な自由」「立法プロセスおよび教育からの宗教的権威の排除」「教会と国家の完全な分離」を挙げた上で（イスラエル［森村敏己訳］『精神の革命』（平 29 年・2017 年）4 頁），多くの場所で民主主義を支えるこうした中核的な価値観が確固たる足場を築くには至っていないとしても「一九四五年以降，世界の少なからぬ国々でこれらの価値が最終的に勝利を収めてきたのは事実」であるとする（イスラエル［森村訳］・注（24）5 頁）。そして，「近代的な代議制民主主義と法のもとでの平等という原則」は，1940 年代後半以降になると，少なくとも公的に認められた政策，法，教育というレベルでは，いくつかのアジアの主要

国，「とくにインドや日本においても，はじめてしっかりと根を下ろした」とする（イスラエル［森村訳］・注（24）5頁）。

25）佐藤・前掲注（12）35頁。渡辺教授によれば，『意見書』の目指した方向は，「生ける法の近代化」（川島博士）とも「軌を一にし，近代化プロジェクトの一環としての日本社会の法化を推進するもの」であったとされる（渡辺千原『訴訟と専門知』（平30年・2018年）278頁）。

26）「法の精神，法の支配がこの国の血となり肉となる」社会とは，「法の精神，法の支配」が自明化した社会のことを指すと考えられる。そのような社会では，「それ以上遡ることができない社会の基軸となる」ことを意味し，これが「現代においてよりよい協働あるいは共生の社会を作り出すためには，いかなる規範的原理を奉戴することが望ましいか」（盛山和夫「公共社会学は何をめざすか」『社会学評論』68巻1号（平29年・2017年）13頁参照）という問題設定に対する，現代日本の一つの回答であるといえるであろう。

27）吉田勇編著［吉田勇］『法化社会と紛争解決』（平18年・2006年）4頁。なお，吉田教授は，このような意味における「法化」の捉え方には，必ずしも賛同されてはいない。

四　法　化　社　会

1　「法化」と「法化社会」

「法化」という用語は，「1970年代後半に登場したアメリカにおけるLegalizationやドイツにおけるVerrechtlichungをめぐる議論が日本の1980年代に紹介されるときに，それらの訳語として頻繁に使用されるようになったものと推測される」という指摘がある。[28] しかし，法化社会についての確立した定義はないようである。そこで，ここでは，「必要最小限の規制以外は自由とし，問題解決につき憲法と法律に基づいて処理される社会」という定義に従うことにするが，上記の定義は，日本において進行している「規制緩和等の経済構造改革」を前提として，問題が生じた場合は，「最終的」には「憲法と法律に基づいて処理される」つまり「裁判を通じて処理される」（憲法76条3項）社会である。[29]

「法化」とは「社会的諸関係が法的に構成される傾向が強まっていく過程」である[30] とすれば，法化社会は，社会（人間関係の網（ネットワーク））における関係性を，法的関係に置き換えることを基礎として構築されている。つま

り，「法化社会とは，法的な関係を基盤として成立する社会である」。[31] 法化社会では，これを構成する「人間」（人間関係の網の目の一つ）に法人格が与えられ，その法人格が単位（自然人／法人）となって，関係性が形成される。[32] それゆえ，法化社会では，法人格間において問題が生じたとき，「最終的」には「憲法と法律に基づいて処理される」つまり「裁判を通じて処理される」社会である。人間関係が法的関係に置き換えられた社会では，問題が生じた場合，最終的には裁判を通じて処理することが効率的である社会でもある。[33] そうすると，法化社会では，裁判上の紛争に耐えるだけの証拠を日々の活動において収集管理しておく必要がある。このような活動を通じて，裁判所の判断が「威嚇点・参照点」として社会的に認知されるようになる。[34] それゆえ，「このような社会では，法律家のみならず市民にも，法に関する資質を身につけることが求められる」のである。[35] そして，このような社会を支えるために，『意見書』では，「21 世紀の司法制度の姿」として，「国民の期待に応える司法制度の構築（制度的基盤の整備）」すなわち「国民にとって，より利用しやすく，分かりやすく，頼りがいのある司法とするため，国民の司法へのアクセスを拡充するとともに，より公正で，適正かつ迅速な審理を行い，実効的な事件の解決を可能とする制度を構築する」こと，「司法制度を支える法曹の在り方（人的基盤の拡充）」すなわち「高度の専門的な法的知識を有することはもとより，幅広い教養と豊かな人間性を基礎に十分な職業倫理を身に付け，社会の様々な分野において厚い層をなして活躍する法曹を獲得する」こと及び「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」すなわち「国民は，一定の訴訟手続への参加を始め各種の関与を通じて司法への理解を深め，これを支える」ことを示したものと思われる。[36]

2　「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」と裁判所の判断

上述の通り，法化社会は，社会（人間関係の網（ネットワーク））における関係性を，法的関係に置き換えることを基礎として構築されている。それゆ

え，法化社会が近代社会の延長上にあるとすれば，法化社会では，関係性を適切に調整処理するために，国家は，司法制度の基盤整備及びその制度を支える人的基盤の拡充が必要である。[37] しかし，『意見書』は，「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」すなわち「国民は，一定の訴訟手続への参加を始め各種の関与を通じて司法への理解を深め，これを支える」ことについても，「21 世紀の司法制度の姿」となるべきであると考えているが，この点に関しては，国民の位置づけの変化が生じており，さらに説明を要するものと思われる。

そこで，以下では，「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」の意義について，裁判所の判断過程を分析した上で考察することにしたい。

⑴ 裁判所が結論を出すまでの過程

現在，日本の裁判所は，民事・刑事を問わず，当事者追行主義を採用している。

裁判所が結論を出す前提となる「事実の証明」に関する「証明の水準」は，刑事事件の場合，「刑事裁判における有罪の認定に当たっては，合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要である。ここに合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは，反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく，抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても，健全な社会常識に照らして，その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には，有罪認定を可能とする趣旨である。そして，このことは，直接証拠によって事実認定をすべき場合と，情況証拠によって事実認定をすべき場合とで，何ら異なるところはないというべきである」とする。[38] 民事事件でも，「訴訟上の因果関係の立証は，一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく，経験則に照らして全証拠を総合検討し，特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり，その判定は，通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし，かつ，それで足りるものである」とする。[39]

次に，裁判所が下す最終的な結論が出るまでに，当事者はどのような活動を行うか，そして，どのような状況になれば，裁判所（裁判官）は，最終的な結論を下すかについて検討する。

現在，裁判所は，当事者追行主義を採用するのは上記の通りであるが，さらに，日本社会は，価値観が多元的になっている。そうすると，当事者は，「それぞれの立場から真に『正しい』と考えられる主張」を「合理的な根拠を付して」行っているはずである。それぞれの当事者にとって「正しい」と考えられる主張及び根拠の提示の応酬に接した裁判所は，上記の水準において立証された事実を前提として，「法律に従って判断を下す」ことが「同時に」「間主体的・動的に」「正義の実現に接近する」ことになるはずである。[40]

敷衍すると，次のようになる。

「間主体的・動的に」正義の実現に接近するためには，まず，自己の立場から「真に」正義又は不正義と考えられる内容の主張を反対者に対して行い，それに対して，反対者が十分に反論する機会を与えられて議論することが必要である。[41] この過程を経て相手方の立場を十分に考慮する契機が存在し，このプロセスを経ることによって，「間主体的・動的に」正義の実現が可能となる，少なくとも，「当該事例解決の最適値である可能性が高い」と認識されているのである。なぜならば，正義はもともと社会的なものだからである。社会の中で「人」は，「生きられる（生かされている・生きることができる）」ことができるために，「正義」が必要なのである。逆に言えば，正義は「人間関係の網（ネットワーク）」を規定する判断を正当化することを「目的」として存在するのである。[42] そして，論争を通じて，「間主体的・動的に」正義の実現に接近できた場合，相手方を納得させ得（少なくとも，論破でき），裁判官を納得させ得るはずである。さらに，この「相手方を納得させ得（少なくとも，論破でき），裁判官を納得させ得る」状況は，当事者を含めた全員に「相互承認」に至ったと同視できる（契機を含んでいる）から，[43] その判断が「当該事例解決の最適値となる可能性が高い」ことを示すものと評価できるであろう。（憲法上の）裁

判官が良心に従う状況とは，論争を前提とした正義に接近したと考えられる状況に対して裁判官が納得してそれに従う状況であると考えられる。[44),45)]

裁判所が結論を下すまでの「過程」をまとめると，次のようになる。すなわち，当事者主義及び価値観の多元性を前提に，当事者は「それぞれの立場から真に『正しい』と考えられる主張」を「合理的な根拠を付して」行い，その主張の応酬を通じて「間主体的・動的に」正義の実現に接近することができた場合，裁判官が納得するに至り，結論が出される。そして，この判断は，「当該事例解決の最適値となる可能性が高い」と評価し得るものと解されるのである。

⑵　裁判所（裁判官）が結論を出す条件

上記のように，当事者の論争を通じて，「間主体的・動的に」正義の実現に接近することができたとき，言い換えれば，「相手方を納得させ得（少なくとも，論破でき），裁判官を納得させる」ことができたとき，結論が出されるが，間主体的・動的に「正義の実現」に接近するとはどういう状況かが問題となる。これは，「当該事例解決の最適値となる可能性が高い」状況といえるが，以下では，「社会」における「正義」の「位置づけ」とその「実現」という視点から，さらに検討を加える。

社会は，その中で「人」が「生きられる（生かされている・生きることができる）」状況（人間関係の網（ネットワーク））でなければならない。言い換えれば，社会が形成される根拠は，その内部で「生きられる」空間（人間関係）が存在している点に求められるのである。そして，社会＝人間関係の網（ネットワーク）が，その内部で「生きられる」空間となるためには，その構成員の誰か一人の利益のためではなく，全ての構成員の利益となるために，形成される必要があり，この条件を満たすことによって社会は存続し得る。逆に言えば，社会が存続できるためには，社会の存立基盤（社会の基軸）として「正義」がおかれることを必要とする。それゆえ，正義は，それに従えば，社会＝人間関係の網（ネットワーク）を構成する全ての構成員の利益となる原理（＝「人々

を公平に扱う」という原理；「複数の人間の間の公平な関係性とそれを可能とする調和のある秩序を尊重する」という原理）でなければならない。そして，この正義＝原理が「核心」となり，その社会の構成員が「正義に従えば，社会＝人間関係の網（ネットワーク）を構成する全ての構成員の利益となる」という「確信」を抱くこと（自明化）によって，[46] 正義＝社会の核心＝社会の存立基盤（社会の基軸）という関係が完成する。[47] このような「正義」=「社会の基軸」を形成する過程としての裁判は，「間主体的・動的」な形での「当事者の主張の応酬」（と「理想的」には，最終的に「当事者」を含めた全員の「相互承認」）が予定されるのである。そして，上記の「応酬」に接した裁判所（裁判官）が法律を正当化する「正義」の観念を踏まえて「ある結論に至ること」を納得したとき（理想的には，当事者を含めた全員に「相互承認」が存在するとき）が，間主体的・動的に「正義の実現」に接近するときになると考えられる。これが，裁判における法律適用において法律が「正義」に裏づけられた状況といえるであろう。[48]

(3) 国民の位置づけ

上記の通り，裁判では，裁判当事者は「それぞれの立場から真に『正しい』と考えられる主張」を「合理的な根拠を付して」行い，その主張の応酬を通じて「間主体的・動的に」正義の実現に接近することができた場合，裁判官が納得するに至り，結論が出される。そして，この判断は，「当該事例解決の最適値となる可能性が高い」と評価し得るものと解されるのである。国民（市裁判員）は，（裁判官とともに）「当該事例解決の最適値となる可能性が高い」と評価し得る「裁判当事者の応酬を通じた間主体的・動的な正義の実現への接近」を経験することになる。そして，この「正義」は，「社会の基軸」になることが予定されているが，国民は，裁判員として（裁判官とともに）判断することを通じて，この「社会の基軸」を自明化する作用に接することになる。これが，『意見書』のいう「国民は，一定の訴訟手続への参加を始め各種の関与を通じ

て司法への理解を深め，これを支える」こと（「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」）であろう。[49] そして，このように解すると，『意見書』のいう「国民は，重要な国家機能を有効に遂行するにふさわしい簡素・効率的・透明な政府を実現する中で，自律的かつ社会的責任を負った主体として互いに協力しながら自由かつ公正な社会を築き，それを基盤として国際社会の発展に貢献する」ことの意味がより具体的なものになると思われる。

注

28）吉田編著［吉田］・前掲注（27）3頁。佐藤・前掲注（12）34頁も参照。

29）憲法76条3項「すべて裁判官は，その良心に従ひ独立してその職権を行ひ，この憲法及び法律にのみ拘束される。」

30）佐藤・前掲注（12）34頁。

31）磯山恭子「諸外国の社会系教科における法の教育の展開」『ジュリスト』1266号（平16年・2004年）63頁。）

32）法人格を「権利」という視点から見た場合，次のように言い換えることができるであろう。すなわち，「権利」とは，「『特定の行為をする資格』が束になっているもの」つまり「特定の行為をする資格がパッケージ化されたもの」という見方である（飯田高「権利配分システムの『権利』の形成」『法律時報』（平29年・2017年）23頁参照）。

33）権利を「特定の行為をする資格」が「パッケージ化」されたものとして構想するメリットは「①認知がしやすくなり，思考やコミュニケーションが容易になること（細切れになったままではきわめて認識しづらく認知的に大きな負担がかかるため，資格の集合を『権利』と考えるようになる），②管理や強制がしやすくなること」であるという指摘がある（飯田・前掲注（32）23頁注（9））。

34）飯田准教授は，「パッケージ化された資格が共有知識となったときに，その資格は『権利』となる」とするが（飯田・前掲注（32）23-4頁），ここでいう「共有知識」とは，「資格の内容や配置を各メンバーが知っており，かつ，『メンバーがそれを知っていること』をそれぞれのメンバーが知っている」関係が成立している「状態」をいうものとされる（飯田・前掲注（32）23頁）。そして，「もし資格が共有知識になっていれば，逸脱行動をとった人に対し，人々が足並みを揃えて反作用を及ぼす…ことがしやすくなる。共有知識性は，資格が実効化される確率を大幅に高める」とした上で（飯田・前掲注（32）23頁），権利が十分に実効化されるためには，「行為の資格について人々が知っている」ことを擬制する制度的な仕組みが必要であるとする（飯田・前掲注（32）25頁）。ただし，飯田准教授は，「国家が裁判によってそれを保障するという機構」（平松義郎「近世法」『岩波講

座日本歴史 11 近世 3』（昭 51 年・1976 年）［後に，同『江戸の罪と罰（平凡社選書 118)』（昭 63 年・1988 年），同『江戸の罪と罰（平凡社ライブラリー)』（平 22 年・2010 年）に収録］54 頁［引用は，平凡社ライブラリーによる］）という要素は「権利そのものの成立にとって必要ではなく」「共有知識化を促す要素にすぎない」と指摘する（飯田・前掲注（32）25 頁）。

35）磯山・前掲注（31）63 頁。

36）法化社会では，さらに，「紛争の最終的解決」のために，「裁判を前提としない裁判以外の処理」，例えば「反社会的勢力による処理」を前提としないことも含意していると思われる（2007（平成 19）年 6 月 19 日「犯罪対策閣僚会議幹事会申合せ」（http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji_keiji42.html）参照）。

37）日本法制史家である平松博士は，「権利」という用語を起点として，近世法と近代法を次のように対比される。すなわち，「近世法上，私人について『権利』の語を用いるのは実は適切ではない。近代法上の権利のように私人が等しく生来これを具有・享受するという概念，国家が裁判によってそれを保障するという機構が，いずれも欠けていたからである。しかし権利の実質に近い，私人のいわば利益的活動圏は当然存在し，それを自ら行使し，また領主，他者に主張することも，場合によっては可能だったのである」とされる（平松・前掲注（33）54 頁）。そうすると，歴史的に見た場合，国家による「司法制度の基盤整備」は，近代法の特徴の一つである。そして，司法制度を支える人的基盤の拡充は，私人の権利の実質化である。法化社会を近代社会の延長上に位置づけることができるとすれば，国家は，司法制度の基盤整備及びその制度を支える人的基盤の拡充が必要であることになる。

38）最決平 19・10・16 刑集 61 巻 7 号 677 頁。これは，「合理的疑いを超える程度の証明（proof beyond a reasonable doubt)」と同趣旨であるとされる（酒巻匡『刑事訴訟法』（平 27 年・2015 年）471 頁参照）。

39）最判昭 50・10・24 民集 29 巻 9 号 1417 頁。ただし，酒巻教授は，最高裁が刑事裁判及び民事裁判の証明の水準に関して，「証明の対象となる事実の性質や解明の程度が異なる」から，民事裁判の「証明の程度」は「犯罪事実の認定に比して緩やかに解されていると思われる」とする（酒巻・前掲注（38）473 頁）。

40）団藤・前掲注（2）226 頁。

41）当事者は，何でも主張できるわけではなく，当該事件の事案解明と法律判断（被告人の権利主張を含む）に関連する事項を主張しなければならない。また，裁判所は，当事者の主張の目的とその内容の関連性について明確に認識しなければならず，仮に，当事者の主張が不明な場合には，当事者に求釈明を求めるべきである。

42）中山教授は，「アリストテレスや古代ローマ法の時代からこのかた，『法』の営みは，公平な関係性とそれを可能にする秩序という意味における正義の実現を目的とし，それを通

じて『人が生きられる空間』を創出する試みであった」と指摘される（中山竜一『法学』（平 21 年・2009 年）53 頁）。

43）この点に関して，職務上の知識の集積により裁判官が獲得した「経験則」（例えば，裁判実務上，「覚せい剤の自己使用事案において，尿から覚せい剤が検出されたことを基にして，覚せい剤の使用の故意まで事実上推定する」という「経験則」があることを前提として運用されている）について，そのような経験則は，「本来は，立証という手続を介して攻撃防御の対象としておくことが望ましい」という指摘がある（植村立郎「最近の薬物事犯を中心とした最高裁判例に見る刑事控訴事件における事実誤認について」『刑事法ジャーナル』40 号（平 26 年・2014 年）50 頁注（50）。この点に関して，さらに，大西直樹「覚せい剤の自己使用事案における故意の認定」『警察學論集』70 巻 11 号（平 29 年・2017 年）155 頁以下参照）。「『相手方を納得させ得（少なくとも，論破でき），裁判官を納得させ得る』状況は，当事者を含めた全員に『相互承認』に至ったと同視できる（契機を含んでいる）」と評価できるためには，上記の経験則を「攻撃防御の対象」とする措置は，正鵠を射た主張であると考えられる。

44）周知の通り，「裁判官の良心」は，非常に厳しい議論がある。ここでは，本稿で示した議論を前提とした結論の提示にとどめたいと思う。

45）刑事裁判の事実認定は，自由心証主義に委ねられているが（刑訴法 318 条），「自由」といっても，「文字通りの自由勝手な気ままなものではない」ことはいうまでもない。「論理法則，経験則等に基づいて，洞察力も活用した合理的で，上訴，再審等の事後の審査にも耐え得る適正・妥当な心証形成でなければならない」（植村立郎『実践的刑事事実認定と情況証拠』第 3 版（平 28 年・2016 年）77 頁）。また，刑事裁判では「合理的な疑いを超える立証」がなされている必要があることは前述の通りであるが（最決平 19・10・16・前掲注（38）），「どこまでが合理的な疑いであるか」について，「合理的」は，もともと「価値判断を含み，その意義に関する理解に個人差もある概念」であり，このような概念によって「疑い」を区別しようとしているから，証拠関係を異にする事件同士をその結論だけに着目しても，「どこまでが合理的な疑い」かに対する「一義的な結論」が導き出されるとは限らない。そう言った「どこまでが合理的な疑い」かに対する結論の幅は，「控訴審，ひいては上告審の事後審的審査に耐え得る範囲内にとどまる限りのものということになる」（植村・注（45）74-5 頁）。

　犯人性に関して，「抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても，健全な社会常識に照らして，その疑いに合理性がないと一般的に判断される」か否かについて下級審において判断が分かれた事例に対して最高裁が判断した判例として，例えば，最決平 26・7・8 裁判集刑 314 号 99 頁，判時 2237 号 141 頁，判タ 1407 号 75 頁がある。すなわち，被告人が，被害女性に対し，その着衣をはぎ取るなどのわいせつな行為をし，その頭部，顔面等を多数回殴打して顔面骨骨折等の傷害を負わせ，同傷害に起

因した出血によるショックにより同女を死亡させて殺害した事実につき，原判決が，無期懲役を言い渡した第一審判決を破棄し，無罪を言い渡したため，検察官が上告した事案において，最高裁は，検察官の主張について刑訴法405条の上告理由には当たらないが，「なお」書きで，「所論に鑑み記録を調査しても，以下のとおり，被告人を無罪とした原判決は，第1審判決の事実認定が論理則，経験則等に照らして不合理であることを具体的に示しており，その判断に事実誤認があるとは認められない。」とした。

まず，最高裁は，検察官の主張を次のようにまとめる。「1　所論は，原判決は，株式会社C前から大波上集会所前交差点付近までの間に被害者と同行していた被告人が別の男性と替わった可能性や被害者の遺留品の色等の特徴に関する被告人の供述が捜査機関による示唆や誘導によりされた可能性という抽象的可能性を過大に評価するなどして，第1審判決に事実誤認があるとするが，これは第1審判決の事実認定が論理則，経験則等に照らして不合理であることを具体的に示したものとはいえず，原判決には事実誤認がある」。

次に，最高裁は，以下のように詳細に事実の推論過程を点検し，原判決の判断の妥当性を検討する。

「2　被告人が午前3時15分頃大波上集会所前交差点付近で被害者と一緒にいたと認めるには合理的な疑いがあるとした原判断について

⑴　原判決によれば，被告人は，午前1時頃にスナックを出た後，自転車で自宅に向かう途中，自転車を押して被害者と共に大波街道を北上し，午前1時20分頃に海上自衛隊舞鶴教育隊南門から北方約130 m を，午前1時32分頃に同舞鶴教育隊格納庫前を，午前1時36分頃に同舞鶴教育隊正門前を通過した後，午前2時3分頃に大波街道を右折して株式会社C前を通過して浜田八田線を東進したことが認められる。

⑵　問題は，その後，午前3時15分頃，大波上集会所前交差点付近においても，被告人が被害者と一緒にいたのかである。

ア　Dは，第1審公判において，要旨『午前3時15分頃，車を運転して出勤する途中，浜田八田線を東進し，大波上集会所前交差点を徐行して通過する際，北側歩道上に，十歳代に見える小柄な若い女性と自転車を押す男性が立っているのを見た。男性は，やや面長の細い輪郭のヤギのような顔立ちで，細くて幅の広い気色悪い感じの目をして，黒っぽい服で，黒っぽい野球帽を被っており，被告人によく似ていた』と証言する。

イ　原判決は，このDの第1審証言について，その目撃時の視認状況が必ずしも良いとはいえず，しかもその後の取調べの際に被告人の写真を単独で見たことによりDの記憶が変容した可能性も否定できないこと，目撃した男性の特徴についてのDの供述が，後記のとおり，事件直後の初期段階では被告人の特徴と大きく異なっていたのに，その後の時間の経過に伴い，被告人の特徴と一致しないものが順次消失し，最終的には被告人の特徴とほぼ整合する内容にまで変遷しており，その合理的な説明もつかないことなどに照らし，信用性に疑問があるとした上，株式会社C前を被告人と被害者が通過した後に何らかの事情

で被害者が被告人と別れて，大波上集会所前交差点付近までの間に出会った別の男性に替わった可能性を排斥することができないから，午前 3 時 15 分頃に大波上集会所前交差点付近で被告人が被害者と一緒にいたと認めるには合理的な疑いを差し挟む余地があるなどと判断した。

ウ　Dの第 1 審証言については，以下のような問題点があり，これと同様の指摘をした上で，上記のとおりその信用性を否定した原判断は，具体的根拠に基づく合理的なものであって，首肯し得る。

すなわち，〔1〕Dが目撃したのは，暗い未明の時間帯に車を運転しながら交差点を通過するほんの数秒間だけであった上，Dは，男性よりもその手前（D側）に立っていた被害者に強い注意を向けて見ていたことが認められるのであって，視認条件に制約があった。〔2〕Dは，平成 21 年 2 月 11 日に写真面割りを行い 54 枚の写真の中から被告人の写真を選び出したとはいえ，その前の同年 1 月 11 日の警察官取調べの際に，警察官が所持していたファイルの中に被疑者の顔写真（被告人のもの）があるのを見付け，わざわざ頼んでその写真を 1 枚だけ見せてもらっており，これによって記憶が具体的に変容した可能性がある。〔3〕本件の 9 日後の平成 20 年 5 月 16 日に自ら駐在所へ出向き最初に説明した際には，要旨「目撃した男性は，年齢 19，20 歳くらい，細い顔，細身で背は低くない。身長 170 ないし 175 cm くらい，頭髪はロン毛ではなく短かった（特徴のある髪型ではなかった。）。色不明，着衣等不明，気持ち悪い目つきだった。顔まではよく覚えていないが，目つきが特に印象に残っており，横幅が狭く上下に幅がある目だった」などと年齢，目つき等について供述をしていたのに，捜査が進み取調べを重ねるにつれて，その供述から，合理的な理由なく，徐々に被告人の特徴（本件当時 59 歳，細く横長の目，野球帽を着用等）と矛盾する部分が消失し，最終的に被告人の特徴と一致するように変遷していき，第 1 審証言に至っている。〔4〕平成 21 年 2 月 15 日頃，同じ団地に住む民生委員に対し，『若い男やと言うてしもうた』，『もっと年が上らしい』などと目撃した男性が若かったと供述したことを後悔するような発言をするとともに，被告人の写真を見せてほしいとまで頼んでおり，事後的に警察の得ている情報等に影響され，目撃した男性の特徴を被疑者とされている被告人の特徴と整合させたいとの思惑を有していた可能性がある。〔5〕他方，以上のようにDの第 1 審証言の信用性を減殺する方向に働く事情が存するのに，これを考慮してもなお信用性を積極的に肯定し得るほどに同人の認識力や記憶力が高く確実なものであることを示すに足りる具体的事情は見当たらない。

これらの問題点は，Dの第 1 審証言の信用性を損なうものといわざるを得ない。

エ　所論は，株式会社C前から大波上集会所前交差点付近まで移動する間に，人の往来の少ない時間帯であるのに，自転車を押す別の男性が被告人と替わり，かつ，その身長，体格等が被告人と似ているということは通常あり得ず，原判断の指摘する同行者が替わった可能性は，単なる抽象的可能性にすぎないという。

しかし，被告人の身長，体格，自転車の色，形状等は，容易に他と区別することができるほどに特徴的なものとはいえない。何よりも，Dは，事件直後，『目撃した男性は19，20歳くらいだった』と説明していたところ，この説明は，Dが目撃する約43分前に約500ｍ手前（株式会社Ｃ東方約0.8㎞付近）路上で被害者と『18〜23歳くらいのヒップホップ風の服装の若い男性』が一緒に歩いているのを目撃したとするＦの捜査段階での初期供述とも整合しているのであって，接点のないこの二人がそろって目撃直後に，被害者と一緒にいたのは若い男性だったと説明している事実を軽視することはできない。また，株式会社Ｃ前からＦの目撃地点まで約0.8㎞あり，この距離を被害者は約30分かけて移動しており，距離的，時間的に同行者が替わることが可能な状況にある。したがって，原判断が指摘する同行者が替わった可能性を抽象的なものであるとして排斥することはできない。また，株式会社Ｃ前で被告人が被害者と一緒にいたからといって，直ちに被告人が犯人であると推認することも困難である。

⑶　以上によると，被告人が，犯行時刻に近い午前3時15分頃，犯行現場に近接した大波上集会所前交差点付近に被害者と一緒にいたとするには合理的な疑いがあるとした原判断は，第1審判決の事実認定が論理則，経験則等に照らして不合理であることを具体的に示しており，原判断に事実誤認があるとも認められない。

3　被告人が犯人でなければ知り得ない被害者の遺留品の色等の特徴を知っていたとするには合理的な疑いがあるとした原判断について

⑴　被害者の遺留品については，朝来川及びその右岸において，平成20年5月7日にパーカー，長袖シャツ，肌着，ブラジャー，サンダル，手提げ鞄，化粧ポーチ，携帯電話，財布及び手鏡が，同月10日にジーパンが，同月15日にパンティがそれぞれ発見された。化粧ポーチは薄いピンク色で，暗所ではベージュ色にも見えるものである。パンティは，発見時には泥等により変色していたが，元々は白地にピンクのハートの模様がジャガード（ママ）織で多数編み込まれており，全体として薄いピンク色に見えるものである。

警察は，同月10日，手提げ鞄と同種品である赤色バッグ及びサンダルが発見された事実を公表し，同月28日，マネキンにパーカー，長袖シャツ及びジーパンの類似品を装着させた状態で公表し，いずれもその日のうちに報道された。同月8日以降の新聞には，被害者の携帯電話，下着，サンダル，ジーパン，赤いバッグ，ベスト（パーカーを指す。），Ｔシャツ（長袖シャツを指す。），化粧ポーチ，ブラジャー及び財布が発見された旨の記事が掲載されたが，そこにいう下着にパンティが含まれること，パンティ，化粧ポーチ及び財布の色等の特徴，化粧ポーチの在中品については公表されていなかった。

⑵　被告人は，別件の窃盗被告事件で未決勾留中であった平成21年3月2日，『顔見知りのＥが，平成20年5月7日午前9時頃，赤色バッグとジーパンを朝来川に捨てるのを見た』旨記載した手紙を捜査機関宛てに送付し，平成21年4月7日，本件殺人等の容疑で逮捕された後，同月28日に同事実で起訴されるまでの間，ほぼ連日にわたって取調べ

を受け，「Eが朝来川に化粧ポーチ及びパンティを含む被害者の遺留品を捨てているのを目撃した」との虚偽の弁解を続けていた。

⑶　上記のとおり，被害者の遺留品の中に，化粧ポーチや下着が含まれていたことは，既に報道等がされていた。問題は，それらの色等の特徴に関する被告人の供述をもって，犯人でなければ知り得ないことを知っていたと評価することができるかである。

ア　原判決は，被告人の供述状況を子細に見れば，化粧ポーチ及びパンティのいずれにしても，意識的にせよ無意識的にせよ，捜査機関により示唆ないし誘導が行われ，それが被告人の供述に影響した可能性を完全に排斥することはできないから，被告人が犯人でなければ知り得ないことを知っていたとか，あるいは，それを知り得る者としては犯人のほかにはほとんど考えられないような事柄を知っていたなどとは認め難いなどと判断した。

イ　捜査経緯，被告人の供述状況等を見ると，第1審判決の判断（要旨は，上記第1，2，〔3〕）には以下のような問題点があり，これと同旨の指摘をした上で，被害者の遺留品の色等の特徴に関する被告人の供述が捜査機関による示唆や誘導によりされた可能性があるとした原判断は，具体的根拠に基づく合理的なものであって，首肯し得る。

すなわち，〔1〕捜査機関は，被告人が上記のような供述をした時点で，発見されたパンティや化粧ポーチを既に被害者の遺留品として確保しており，パンティについては泥等で変色していたものの，被害者の母親や製造元に確認するなどして，その色等の特徴を相当程度把握した上で取調べに当たることは容易な状況にあったから，その色等の特徴に関する情報に秘密性があったとはいえない。〔2〕被告人が説明した化粧ポーチの色はベージュ，パンティの色はピンクであって，女性用の持ち物や下着としてはごく普通のものといえ，それぞれの形状にも際立った特徴があるともいえない。〔3〕警察官作成の取調べメモにも，例えば，化粧ポーチに関する供述状況につき，『無言でうつむいた姿勢になり，カバンのチャックが全開やったと申し立て，うーんと考え込んで目線を下げて，まだ弱いですか？と申し立てた。うーん，ポーチみたいなもんあったかも，と申し立て，両手で『これ位や』と四角形を作った。（中略）何か化粧品か何か知らんけど…と申し立て，うーん，うーん，と言って，何色やったかなー，と申し立てた』などと，また，パンティに関する供述状況につき，『ピンクか白みたいな1枚と申し立て…（中略）…再びピンクか白みたいなもの1枚の特徴について申し向けたところ，無言になった』，『具体的な形状等について取り調べたところ，被疑者は無言でうつむいた状態となり，布製の…何か…うん（無言2分）小さいもんやったかもしれません。（無言7分）うーん，と申し立てた。更に被疑者に対して，ピンク様の色の布の特徴について取り調べたところ，（中略）取調官とは目を合わせない状態で，右手で頭をかき，丸いものかなーと申し立てると無言になり，その後，もうええんちゃいますか，と申し立てた』などと記載されており，これらの記載からは，被告人は，化粧ポーチ及びパンティの色等の特徴を当初から明確に述べていたものではなく，当初は曖昧な供述であったものが，多数回にわたる長時間の取調べの過程で，次第に具体的な供

述に変容していったものであることが見て取れる。

このような問題点に照らすと，被告人は，元々遺留品につき正確に把握しておらず，自分にかけられた嫌疑を他に向けさせようとし，Eが朝来川に被害者の遺留品らしき物を捨てるのを目撃したとの虚偽説明をすることに汲々としながら，何とか遺留品と合致するものを探り当てようとの思惑を持って，取調官の反応を見ながら小刻みに供述していった結果，遺留品の実際の色等の特徴にたどり着いたと見る余地がないではない。

⑷　以上によると，被告人が被害者の遺留品である化粧ポーチ及びパンティの色等の特徴を言い当てたからといって，これをもって犯人性を推認させるような事情と評価することは困難であるとした原判断は，第1審判決の事実認定が論理則，経験則等に照らして不合理であることを具体的に示しており，原判断に事実誤認があるとも認められない。」

最高裁は，以上のように指摘し，主文の通り上告を棄却した。

46）正義の自明化に関して，盛山教授は，ロールズの企図と関連づけて，次のように指摘される。すなわち，教授は，ロールズの企図を「社会の協働の体系が従うべき諸ルール」を基礎づけるような「社会制度がみたすべき第一義的な徳目」の中身の探究（「福祉国家的規範的原理」の構築）と位置づけた上で，ロールズ以降の論者が継続している議論の基本的な問いについて，「どういう規範的原理を自明に正しいものとして設定すれば，リベラルな社会を基礎づけることができるか」又は「現代においてよりよい協働あるいは共生の社会を作り出すためには，いかなる規範的原理を奉戴することが望ましいか」であると指摘する（盛山・前掲注（26）13頁）。

47）ただし，上記の通り，「正義」は，ある理想状態を結晶化するので，それを信じる構成員が「この正義に従えば社会全体が円滑に運営される」という「確信」をもつことになる。しかし，「正義」には，「理想状態の結晶化」に伴う「フィクション」が必然的に存在する。それゆえ，「正義」に対しては，社会的実態との関係で，許容可能な説明となっているかについて，常に問い直す必要があり，見直された実例として，労働法の成立を指摘できる。

48）前掲注（2）の通り，「法律」（実定法）は，人間関係が滞ったときに具体化（出現）する（つまり構成員が認識できる）ルールであり，滞った関係性の最終的な解消のために利用されるルールである（これは，法を事後的な視点から見た場合のイメージといえる（伊藤滋夫編［飯田高］『基礎法学と要件事実』（平30年・2018年）29頁）。飯田准教授は，法の機能に関して事前的視点又は事後的視点のいずれを強調するかにより，イメージが異なるとされる（伊藤編［飯田］・注（48）29-30頁）。すなわち，「事後の視点」を強調すると，「法」とは「過去に生じた紛争に対し，一定の解決策を提示するもの」言い換えれば「権利や救済方法を示す紛争解決基準の集合体」としてイメージされることになる。これに対して，「事前の視点」を強調すると，「法」とは，「将来生じうる紛争に対し，一定の影響を与えるもの」言い換えれば「行動に影響を及ぼすインセンティブ付与システム」としてイメージされることになる。そして，このイメージは，「実体法」又は「手続法」によっ

て異ならず,「インセンティブを人々に付与して，望ましい社会状況を導くためのシステム」と考えることができる)。しかし，多元的価値観を前提とする社会では，矛盾する社会規範があり，それぞれの社会規範に従って行動する人（集団）が存在する可能性がある。仮に，ある者Ａが「所属する社会」において流通する社会規範を基準とすると「是認」される行動をとったにも拘らず，別の社会規範を前提とする者Ｂとの間で衝突が生じた場合，この衝突を解消するために，Ａ及びＢの「所属する社会」に流通している社会規範とは「異なる（可能性のある)」「法律」（実定法）に従って「最終的」に処理される必要がある。したがって，法律は（Ａ及びＢの「所属する社会」規範よりも上位にあり)「公的な強制を伴い公権力によって強行されうる社会規範」でなければならないのである。ただし（否，だからこそ），法律には，その存在を正当化する根拠となる「正義」が必要である。法律が「公的な強制を伴い公権力によって強行されうる社会規範」にも拘らず，法律に「正義」の裏づけがないとすれば，法律の適用「それ自体」が，不正義を招来し得るからである。ここで,「正義」を「法」と呼ぶとすれば,「法律」は，滞った関係性の最終的な解消のために利用されるルールであり，このルール（「法律」）の裏づけとなるものが「法」である。そして，上記の関係が理想的に実現されていれば，論理的には,「法律の適用」が「同時に」「法の実現」となる。

49）例えば，フランスでは,「国民は，一定の訴訟手続への参加を始め各種の関与を通じて司法への理解を深め，これを支える」以上の役割が与えられている。この点に関して，小坂井准教授は「犯罪を裁く主体は誰か，正義を判断する権利は誰にあるのか。これが裁判の根本問題」であり,「誰に最も正しい判決ができるか」ではなく,「誰の判断を正しいと決めるか」を問うものであるとした上で，フランスでは「人民の下す判断を真実の定義とする」と指摘する。そして，これが「フランス革命の打ち立てた理念」であり,「神の権威を否定した近代が必然的に行き着いた原理」である。それゆえ，フランスの現行法では，懲役又は禁錮 10 年以上の重い罪の場合は，市民参審員が中心になって裁く重罪院に委ねられる。「重要な犯罪は職業裁判官ではなく，人民が直接裁かねばならないから」である。そして，この参審員を媒介にした人民の判断（重罪院の判断）に対しては，手続違反以外，控訴できない仕組みになっていたが，これは，国民主権に基づく「人民の下す判断を真実の定義とする」という見地からは当然の帰結である（小坂井・前掲注（18）360-1 頁)。ただし，2000 年に，無罪の推定の保護及び被害者の権利の保護を強化する法律第 2000-516 号により，フランスにおける重罪裁判にも二審制が導入された。これは，ヨーロッパ人権条約（Convention europeenne de sauvegarde des droits de l homme：フランスは 1988 年に批准）第 7 議定書 2 条 1 項は,「ある裁判所により有罪の言い渡しを受けた者は，その有罪の宣告または刑の言い渡しについて，上級の裁判機関により再審理してもらう権利を有する」と規定を受けた改正であり（フランスの重罪院とその改正に関しては，中村義孝「フランスの裁判制度（2・完)」『立命館法学』336 号（平 23 年・2011 年）39 頁以下，我妻広

「フランスにおける控訴重罪院」『法政理論』45巻4号（平25年・2013年）187頁以下等参照），これによって，「人民の判断が真実の定義だというフランス革命が導入した理念は二世紀を経てついに終焉を迎え」たが（小坂井・前掲注（18）363頁），「真実」（「存在する」として）の判断に関して「誰に最も正しい判決ができるか」という問題設定と「誰の判断を正しいと決めるか」という問題設定を常に往還して，「その当時（現在）において妥当である」と考えられる問題設定は何かということが絶えず問われることの1例といえるであろう。

五　法化社会の具体的な発現

1　刑事事件処理の場面

現在の日本において，最も法化しているのは，刑事法上の問題が生じた場面における処理である。何が犯罪となるかを決める場面（刑法の場面）では，罪刑法定主義が妥当し，どのような手順で犯罪となる者を決め，刑を執行するかを決める場面（刑事手続の場面）では，適正手続の保障がなされているからである。それゆえ，刑事事件の場合，ある者の犯罪発生から刑の執行まで，「憲法及び法律」に従って，つまり「裁判所の判断」[50]に従って，処理されるので，[51]問題発生後の端緒から解決までの全過程において「法化している」と評価できるのである。[52]

2　経済活動の場面

次に，「経済活動秩序と刑法制裁」[53]の関連でいえば，「法令遵守」が重要な課題となっているが，さらに，「企業の社会的責任」（CSR：Corporate Social Responsibility）という言葉も聞かれるようになった。[54]

CSRは，「基本的に」，企業が「自主的に」「より良い社会及びより清潔な環境に」貢献するという概念であり，[55]「企業が自主的に社会的な関心事及び環境的関心事を業務の遂行及びステークホルダーとの相互作用に組み込んでいく」概念である。[56]言い換えれば，「遵守すべき法規則や慣習を超えた自主的な取組みに基づき社会的関心事および環境的関心事を業務の遂行に結び付け，かつ，

様々な利害関係人との相互作用に結び付ける概念」である。[57] この点に関して，経済産業省によれば，CSR は「企業が社会や環境と共存し，持続可能な成長を図るため，その活動の影響について責任をとる企業行動であり，企業を取り巻く様々なステークホルダーからの信頼を得るための企業のあり方」を指すとする。[58] さらに，日本経済団体連合会は，CSR に関して次のように指摘している。すなわち「企業は，これまで以上に消費者の安全確保や環境に配慮した活動に取り組むなど，株主・投資家，消費者，取引先，従業員，地域社会をはじめとする企業を取り巻く幅広いステークホルダーとの対話を通じて，その期待に応え，信頼を得るよう努めるべきである」とする。[59] CSR は，一般に，「法的責任が尽きたところから始まる責任」と考えられているので，[60] 企業には，法的処理に至らないようにする責任があることになる。

㈠　CSR の背景ーその一つとしての消費者主権

では，上記のような CSR が主張される背景には，何があるのであろうか。

郷原教授は，企業の姿勢に関して次のように指摘される。すなわち，「昨今，消費者主権の確立をめざす法整備や関係機関の体制整備が進展し，消費者問題に対する関心が高まるなかで，企業にとっても，消費者の権利を尊重し，その利益を保護することが重要な課題となっている」とされる。[61] このような社会情勢の変化に対応する形で，CRS が主張されるようになってきたといえる。日経連の定義には，「企業」は「これまで以上に消費者の安全確保や環境に配慮した活動に取り組む」必要があることを指摘している点は象徴的である。また，「消費者主権の確立をめざす法整備や関係機関の体制整備の進展」の傾向は，『意見書』において言及された「国民の役割」すなわち「統治主体・権利主体である国民は，司法の運営に主体的・有意的に参加し，プロフェッションたる法曹との豊かなコミュニケーションの場を形成・維持するように努め，国民のための司法を国民自らが実現し支えなければならない」とする「国民の役割」とも符合する。国民は，統治主体であり，権利主体だからである。

この点に関して，消費者基本法がある。同法は，「消費者の権利の尊重」・「消費者の自立支援」等を基本理念とした，消費者政策の基本となる事項を定めた法律である。2004（平成16）年に「消費者保護基本法」（昭和43年法律第78号）が改正され，「消費者基本法」となったが，同法1条は，その「目的」として，「国民の消費生活の安全及び向上の確保」を掲げる。[62] そして，同法2条1項は，「基本理念」として，「消費者の権利の尊重」・「消費者の自立支援」等を掲げる。[63),64]

そこで，最後に，郷原教授に従って消費者（一般国民）の権利・利益を分類し，消費者問題の整理を行いたい。[65]

㈡　消費者の権利・利益

消費者の権利・利益は「経済的利益」，「安全」，「自己選択権」の3つに大別でき，これに応じて，企業のコンプライアンス（企業に求められる責任）は，「消費者の経済的な利益の問題」，「生命身体の危険防止，安全の問題」，「消費者の自己選択権，すなわち，消費者が選択のために商品・サービスに関して情報提供を受ける権利の問題」の3つの観点に整理でき，それぞれに関して，企業に生じる義務内容を明らかにする必要があるとされる。[66]

⑴　消費者の経済的利益

消費者の経済的利益については，さらに，2つに分類されているが，それは，「個別の取引における具体的利益」と「市場システム等を通して実現される消費者の全体的利益」である。[67]

Ⅰ　個別の取引における具体的利益

「個別の取引における具体的利益」に関しては，消費者の具体的な損失・損害の防止が図られている。例えば，特定商取引法等において「消費者が悪質業者の勧誘に応じて不当な契約を締結して損害を受けることを防止する規制」があるが，ここで重要な点は，「消費者に不当な損害を与える悪質業者を排除す

ること」であり，さらに「不当な取引で生じた消費者の被害の救済」も必要である。「悪質業者の排除」は，企業の「自主的取組み」としての「コンプライアンス」とは対極にある。[68)]

Ⅱ　市場システム等を通じて実現される消費者の全体的利益

「市場システム等を通して実現される消費者の全体的利益」に関しては，「消費者保護につながる市場システムの機能を阻害する行為が行われないようにすること」に重点があり，企業の事業活動の在り方として，コンプライアンスの取組みが求められる。[69)] 例えば，独禁法は「公正且つ自由な競争を促進」することを直接の目的とし，それを通じて「一般消費者の利益を確保すると同時に，国民経済の民主的で健全な発達を促進する」ことが究極的な目標とされている（独禁法１条）。[70)] 独禁法が規制する分野では，カルテル，談合等という競争制限行為によって，市場支配力が生じ，市場で競争が阻害されたことが，まず問題とされ，その結果として，個々の取引において競争制限行為を行った相手方に生じた被害が，次に問題となる。「市場システムの機能を阻害する行為」（例えば競争制限行為）は独禁法によって禁止され，違反行為に対しては制裁（課徴金又は罰金）が科されている。そして，企業が違反行為を行わないように，自主的，自律的な取組みとしての企業のコンプライアンスが求められることになる。[71)]

上記のように，消費者の経済的利益を確保する手段としては，「悪質業者の排除」と「自主的なコンプライアンスへの取組み」の２つがある。[72),73)]

⑵　消費者の生命身体の危険防止

消費者の生命身体の危険防止の問題については，３つのカテゴリーに整理できるとされる。[74)]

Ⅰ　消費者に対する危険の種類

第１は，「事業そのものが人の生命・安全への危険性を有する事業に対して安全面の規制を行って危険を防止」する場合である。[75)]

例えば，電気やガスの供給事業は，そのための不可欠の施設，設備に一定の危険性はあるが，供給が社会生活に不可欠のものであるため，危険を防止しつつ事業を行うことが社会から許容され，その危険性の顕在化を防止するための制度下で企業が安全確保に取り組むことになる。このような場面では，「競争原理の導入・拡大による消費者利益」と「安全の確保」との関係，すなわち，「競争」と「安全」の調和が重要な課題となる。[76]

第２は，「商品・サービスに何らかの危険性を伴う可能性があるもの」である。

例えば，自動車，ガス器具等は，消費者がそれを使用する上で一定の危険が生じることは不可避であり，それを最小化するため，メーカー側は，企業として商品の安全性を向上させるための取組みを行う。しかし，それでも製品使用中の事故を完全になくすことはできない。それゆえ，メーカーは，製品の「安全性を高めるため」「製品の改善や欠陥の防止のための不断の努力」と同時に，「危険を最小化するための消費者への情報提供」が求められる。[77]

第３は，「製品自体は本来危険なものではないが，使用方法によって消費者の生命身体に危険が生じる」場合である。そのような「危険を最小化するための製品の改善」や，「消費者に，安全な使用方法についての情報提供，啓蒙」を行うことが必要になる。[78]

Ⅱ　消費者の危険の種類による「企業の取組み」と「消費者側の対応」

消費者の「安全」に関する問題は，上記の３つのいずれであるかによって，「企業側の取組み」と「消費者側の対応」との関係が異なる。[79]

第１の「企業側の施設で発生する危険」の問題は，消費者側での対応は困難であり，専ら企業側の安全対策に委ねられる。これに対して，第３の「製品の使用方法による危険」の問題は，消費者側の対応の方が重要であるので，行政や企業の対応は，「消費者への情報提供」等が中心となる。第２の類型は，第１と第３の類型の中間にあるから，「製品による危険防止のための企業側の取組み」と「消費者側の使用上の注意」の双方が重要になる。[80]

⑶　消費者の自己選択権

消費者の自己選択権は，消費者の権利意識の高まり等により近年確立されたものとされる。[81] すなわち，消費者の自己選択権は，消費者が選択のために商品・サービスに関して正確な情報提供を受けた上で消費者自身の判断と責任において商品・サービスを選択し，自己決定する権利である。そして，商品・サービスを供給する企業には，消費者自らが自己責任において選択を行うための情報を正確に消費者に提供することが求められる。[82),83]

消費者の自己選択権は，上記の通り，消費者の権利意識の高まり等により近年確立されたものとされるが，そうすると，消費者の経済的利益及び消費者の生命身体の危険防止とはどのような関係にあるのだろうか。

この点に関して，郷原教授によれば，消費者の経済的利益及び消費者の生命身体の危険防止については，「消費者の経済的利益」，「消費者の安全」という面から，「商品・サービスを客観的に評価し，消費者に不当な不利益を与える，あるいは消費者に危険を生じさせる商品・サービスの取引を防止することが求められる」のに対して，消費者の自己選択権については，「消費者に十分な情報を与えること」が求められることとされる。[84]

前者における情報提供は，問題となる「商品・サービスの取引を防止する」ために必要となる事項である。これに対して，後者における情報提供は，消費者の自己選択権が十全となるために必要な事項である。それゆえ，「商品・サービスに関して十分な情報を与えない，あるいは誤った情報を与える行為」であるかは，「消費者の自己選択権が十全となる」かの観点から判断されることになる。[85]

注

50）裁判とは，「裁判機関の行う判断または意思表示を内容とする訴訟行為」をいい，「裁判機関は，訴訟法上の見地からは，裁判所と裁判官の２つに分かれる」とされる（松尾浩也編［佐藤文哉］『刑事訴訟法Ⅱ』（平４年・1992年）336頁）。あるいは，裁判とは「裁判所または裁判官の意思表示的な訴訟行為」（川端博『刑事訴訟法講義』（平24年・2012年）

413 頁),「裁判所または裁判官の判断を内容とする意思表示的な訴訟行為」(酒巻・前掲注(38) 587 頁)とされる。

51) 刑事裁判は,裁判が確定したのち執行することが原則である(刑訴法 471 条)。裁判の執行は,その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官が指揮をする(刑訴法 471 条 1 項)。ただし,「死刑の執行は,法務大臣の命令による」と規定されている(刑訴法 475 条 1 項)。

52) 死刑の執行を行う場合,執行指揮をする検察官の属する検察庁の長が法務大臣に対して死刑執行の上申をなし,法務大臣から死刑執行の命令があった時は,死刑の執行を指揮すべき検察官が死刑執行を指揮する(執行規程 9 条,10 条参照)。死刑執行は,他の刑罰とは異なり,法務大臣の命令を条件とする。

53)「経済活動秩序と刑法制裁」は,本稿の基になったシンポジウムのテーマである。

54) 萩原愛一「企業の社会的責任(CSR)－背景と取り組み－」『調査と情報』476 号(平 17 年・2005 年)1 頁によれば,平成 15(2003)年は「『企業の社会的責任』元年」と呼ばれている。

55) GREEN PAPER : Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility 2011

56) GREEN PAPER, *id note*

57) 大塚章男「企業の社会的責任(CSR)の法的位置づけ」『企業責任と法』(平 27 年・2015 年)9 頁。

58) http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/kigyoukaikei/

59) http://www.keidanren.or.jp/policy/cgcb/charter2010.html

60) 大塚・前掲注(57)9 頁。

61) 郷原信郎「消費者問題と企業のコンプライアンス」『ジュリスト』1477 号(平 27 年・2015 年)12 頁。

62) 消費者基本法 1 条は,「この法律は,消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差にかんがみ,消費者の利益の擁護及び増進に関し,消費者の権利の尊重及びその自立の支援その他の基本理念を定め,国,地方公共団体及び事業者の責務等を明らかにするとともに,その施策の基本となる事項を定めることにより,消費者の利益の擁護及び増進に関する総合的な施策の推進を図り,もつて国民の消費生活の安定及び向上を確保することを目的とする」と規定している。

63) 消費者基本法 2 条 1 項は,「消費者の利益の擁護及び増進に関する総合的な施策(以下「消費者政策」という。)の推進は,国民の消費生活における基本的な需要が満たされ,その健全な生活環境が確保される中で,消費者の安全が確保され,商品及び役務について消費者の自主的かつ合理的な選択の機会が確保され,消費者に対し必要な情報及び教育の機会が提供され,消費者の意見が消費者政策に反映され,並びに消費者に被害が生じた場合には適切かつ迅速に救済されることが消費者の権利であることを尊重するとともに,消費者が自らの利益の擁護及び増進のため自主的かつ合理的に行動することができるよう消費

者の自立を支援することを基本として行われなければならない」とし，２項は，「消費者の自立の支援に当たつては，消費者の安全の確保等に関して事業者による適正な事業活動の確保が図られるとともに，消費者の年齢その他の特性に配慮されなければならない」とする。３項は，「消費者政策の推進は，高度情報通信社会の進展に的確に対応することに配慮して行われなければならない」とし，４項は，「消費者政策の推進は，消費生活における国際化の進展にかんがみ，国際的な連携を確保しつつ行われなければならない」とし，最後に，５項は，「消費者政策の推進は，環境の保全に配慮して行われなければならない」と規定している。

64）消費者庁が提示した，消費者基本法９条に基づく「消費者基本計画」の概要（2015年度～2019年度）については，（http://www.caa.go.jp/adjustments/pdf/150324adjustments_6.pdf）。さらに，消費者委員会の活動については，河上正二『消費者委員会の挑戦』（平29年・2017年）を参照。

65）分類整理は，郷原・前掲注（61）12頁以下。

66）郷原・前掲注（61）12頁。

67）郷原・前掲注（61）12頁。

68）郷原・前掲注（61）13頁。

69）郷原・前掲注（61）13頁。

70）村上政博編［村上政博］『条解 独占禁止法』（平26年・2014年）２頁。最判昭59・2・24刑集38巻４号1287頁参照。

71）郷原・前掲注（61）13頁。

72）郷原・前掲注（61）13頁。

73）なお，実際の法規制では，「個別取引における具体的な消費者の不利益の防止」と「市場システムの機能を通しての消費者の全体的利益の確保」とが混在している場合が多い。例えば，金融商品取引法（金商法）は，上場企業が迅速かつ公正な企業内容の開示を行うこと等で「証券市場の公正」を実現し，「市場取引に参加する投資者（消費者）の利益を確保する」という面では，証券市場を巡るシステムの機能を通して消費者の全体的利益を図るものであるが，金融商品の内容はリスクについての投資者への告知・説明の義務付け等は，「個別取引における消費者の不利益を防止する」ための規制である（郷原・前掲注（61）13頁）。

74）郷原・前掲注（61）13頁。

75）郷原・前掲注（61）13頁。

76）郷原・前掲注（61）13-4頁。

77）郷原・前掲注（61）14頁。

78）郷原・前掲注（61）14頁。

79）郷原・前掲注（61）14頁。

80）郷原・前掲注（61）14頁。

81）郷原・前掲注（61）14頁。
82）郷原・前掲注（61）14頁。
83）2016年，景品表示法は，不当表示に対する課徴金制度を導入するために改正されたが，対象行為は，優良誤認表示行為，有利誤認表示行為である（景品表示法8条）。これは，不当な表示による顧客の誘引を防止するため，不当な表示を行った事業者に対する課徴金制度を導入するものとされているが，「消費者の自己選択権」の侵害を根拠として課されるものと考えられる。
84）郷原・前掲注（61）14頁。
85）郷原・前掲注（61）14頁参照。

六　ま　と　め

本稿では，「法化社会とその在り方」について，検討を加えた。

日本では，明治維新以降，欧米の状況に影響を受け，欧米流の近代化政策が実施されてきた。そして，21世紀となり，グローバル化の進展に伴い，日本社会は，「法化社会へ移行する方向」に進んでいる。

このグローバル化を，欧米流の近代化と見れば，それは，明治以降連綿と続くものであるので，今般のグローバル化も，近代社会を志向しつつ歩んできた日本の歴史の中に位置づけることができる。

『意見書』は，「近代の理念」を「日本社会」に適用した場合の一つの具体化であり，「日本の行動規範を『近代の理念』に従ってどのように調整するか」に対する一つの回答であると思う。そして，「経済活動秩序と刑法制裁」の問題も，近代の理念が生まれた「ヨーロッパ」以外の地域では，「その地域に根差した行動規範を近代の理念に従ってどのように調整するか」にその根本的な問題があると考えている[86]。

注

86）この点に関して，日本法史学の視点から次のような指摘がある。すなわち，日本では，「《礼》思想の世界観が崩れ」，「前提とする身分制社会もない」にも拘らず「未だ無意識の

うちに存在価値が認められている《礼儀》が今後いかなる規範であるべきかは，現在日本人が真剣に検討するに値する問題であり続けている」とされる（高谷・小石川［桃崎］・前掲注（23）78 頁)。

（本稿は，2016（平成 28）年度「松山大学 特別研究助成」の成果の一部である）