

末弘巖太郎『嘘の効用』考 ——併せて来栖三郎『法とフィクション』論——

笹 倉 秀 夫

はじめに

- 1 大岡裁きの事例の検討
- 2 他の六つの事例の検討
- 3 【補論】来栖三郎『法とフィクション』の検討
- 4 正義論からの考察

はじめに

末弘巖太郎の『嘘の効用』（改造社、1923。岩波現代文庫、2000。末弘が1922年に慶応大学でおこなった講演を基とする）は、法の世界で使われている擬制（フィクション）に関する考察の先駆的業績として高い評価を受けてきた。末弘はこの講演で、法実務（司法）を人間味あるものにするよう法を柔軟に運用する技術として、擬制があると説く。かれは永年、法の世界で使われている擬制を研究してきたのであって、この講演はその研究に根ざしている⁽¹⁾。

(1) 「法律以外の世界において一般に不合理なりとみなされている事柄がひとたび法律世界の価値判断にあうや否やたちまちに合理化されるという事実はわれわれ法律学者のしばしば認識するところである。そうして私はそこに法律の特色があり、また国家の特色があるがゆえに、それらの現象の蒐集および考察が法律および国家の研究者たる私にとってきわめて有益であり、また必要であることを考える。その意味において私は数年このかた「法律における擬制」(legal fiction,

しかしこの講演には、拙著『法哲学講義』（東京大学出版会、2002）や、同『法学講義』（東京大学出版会、2014）における擬制の考察や法解釈論、正義論を踏まえつつ検討すると、かなりの問題がある。日本では法学での擬制論（後述する来栖三郎の擬制論など）は、末弘のこの議論に定礎するため、その問題性を継続させている。笹倉は、末弘が人間味ある法運用への道を拓こうとしたこと自体は大いに評価する。しかしこの講演のような擬制のとらえ方では、法の世界で擬制がどう使われているかが解明できないと考える。擬制とは何であり、その射程距離はどこまでか、法解釈と擬制はどう関係するかを認識し直さないと、末弘がせっかく提唱した〈人間味ある法解釈〉の議論は深化しない。本講演自体は軽口風のものではあるが、上述のようなその影響力の大きさに鑑み、一度、この観点から検討をおこない、何が問題なのかを確認しようというのが、本稿の目的である。

前提として、末弘が講演の表題にある「嘘」を、どういうものとして使っているのかを確認しておこう。末弘は「嘘」を、「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」ことと定義する。そして末弘は、それを擬制と同一視する。末弘はこれを踏まえて、法実務を人間味あるものにするうえで擬制が広く使われていることを示すために、後述の七つの事例を提示する。ところが笹倉の視点から検討すると、七つの事例はすべて擬制には関わっていない。それどころか、七つの事例間に意味ある共通性を見いだすことも、ほとんどできない。このため「嘘の効用」の事例とされていても、そもそもそれぞれがどの点で「嘘」（＝擬制）なのかがよく分からないのである（後述）。

以上を踏まえつつ本講演における「嘘」を整理すると、それらは——客観的には——次の3群に大別できる。

Rechtsfiktion) の研究に特別な興味を感じている。そうして本文は、実にその研究の中途においてたまたま生まれた一つの小副産物にすぎない。」(まえがき)

第一には、「嘘」は、「狼がきたきた」と言って村人をだました少年のようなウソを意味する。事実を枉げ、「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」ことである（以下、この意味での「嘘」を、ウソと表記する）。末弘は言う、

「われわれは子供のときから、嘘をいってはならぬものだと、十分に教えこまれています。おそらく、世の中の人々は——一人の例外もなくすべて——嘘をいってはならぬものと信じているでしょう。理由はともかくとして、なんとなく皆そう考えているに違いありません。「嘘」という言葉をきくと、われわれの頭にはすぐに、「狼がきたきた」と、しばしば嘘をついたため、だんだんと村人の信用を失って、ついには本当に狼に食われてしまった羊飼の話が自然と浮かび出ます。それほど、われわれの頭には嘘をいってはならぬということが、深く深く教えこまれています。」（節番号：一）

しかしながらこの「嘘」＝ウソは、後述するように実際には、七つの事例のうち、冒頭の「大岡裁き」の事例にしか見出されない。しかもウソは——末弘自身は擬制の一種と位置づけるのだが——実際には擬制とは関係のないものである。この点も、後述する。

第二には、本講演での「嘘」は、法的擬制（後述）を含む、法の世界での擬制を意味する。これは、次の引用から言える。

「純合理的に考えると、「嘘」はいかぬに決まっています。あった事をないといい、なかった事をあったというのは、きわめて不都合です。ですから、一般にきわめて合理的であり、したがって、一切の「虚偽」や「妥協」や「伝統」を排斥せんとする革命家は、ほとんど常に「嘘」の反対者です。[...]ですから、法律の中に「擬制」がたくさん使っていることは合理的に考えてあまり喜ぶべき現象ではなく、むしろそこに法律改正の必要が指示されているものだ、と考えるのが至当です。しかし人間が案外不合理なものである以上、「擬制」の方法によって事実上法律改正の目的を達することはきわめて必要なことです。」（八）

ここでは、「嘘」と「擬制」は同一物とされている。しかし笹倉が定式化した、法的擬制概念および擬制の一般概念（両者は同じである）をもって検討すると、本講演において（笹倉的）擬制は、七つの事例中では下記の2-(5)にのみ、それもただ部分的にのみ、認められるだけである。

「嘘」はしたがって、第三には、客観的に見て、ウソでも（笹倉的）擬制でもない、別の何ものかをも意味していることになる。それら何ものかの全体をも末弘は、「嘘」（つまりウソないし擬制）として扱っているのだ。かれはそれらを、〈本来Aとなるはずなのに、別のBになっている〉関係にあることを理由にしてウソないし擬制に入れている。

その際、それらの中身を整理すると、客観的には次のものに分かれる。

①意外な（通常の程度を越えた）事実認定のケースに関係する、下記の2-(1)・(3)・(5)；②意外な法解釈に関係する2-(2)；③裁量に関する2-(4)；④末弘の事実認識の誤りによって入れられた2-(6)、以上の4群である。しかし、これらの間に何か共通する要素を見いだすのは困難である（擬制としての共通性も、もちろんない）。加えて、この〈本来Aとなるはずだが、別のBになっている〉に当たる法生活上の諸関係をピックアップしようとすると、他にも実に多くのものがそれに該当してしまい、「嘘の効用」などと大々的に論じる意味がなくなる。「嘘」をこの第三の意味で使い、意味ある議論をしようとすることは、無理なのである（これら第三のグループを総称して、「その他のもの」と呼ぶ）。

(2) そうしたことになるのは、末弘が擬制を、「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」ことだとするような広い概念でとらえようとしたところに原因がある。そのようなルーズな定義では、擬制でないものまでが擬制とされてしまい、ことからの区別ができなくなるのである。この点は後で論じる。

(3) 例として、① 契約を考えよう。契約が本来の意図とは異なる帰結にいたることがある。たとえば、当事者が制限行為能力者であれば、取り消しうるとなる。錯誤にもとづいていても、同様である。その他、公序良俗違反だと認定されたとき、詐欺脅迫にもとづいていたとき、不能であったときも、無効が取り消しの対象となる。こうした関係は、〈契約があったのに、なかった結果にされる〉ことではあるから、「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」こ

以下では、これらの点を前提に置きつつ、この講演を事例の順に考察していく。

1 大岡裁きの事例の検討

末弘は、大岡越前守がウソの事実認定によって判決を人間味あるものにしたケースを、評価する。

「ある「事実」があったということになれば「法律上」必ずこれを罰せねばならぬ。さら〔れ〕ばとって罰すれば人情にはずれる。その際裁判官の採りうべき唯一の手段は「嘘」です。あった「事実」をなかつたといひ、なかつた「事実」をあったというよりほかに方法はないのです。そうして大岡越前守は実にそれを上手にやりえた人です。」(三)

末弘は具体的事件を示していないが、推測されているのは、大岡政談中の鴨裁判の話である。江戸城の堀の鴨を殺すのは、御法度であった。この鴨を、シジミ売りの少年が誤って殺してしまった。大岡は、軽い過失のこの少年を重罰から救うため、「鴨は生きている」と事実認定した⁽⁴⁾。法を枉げて無罪放免にはできないので、大岡は事実を操作したのだ、と。

この大岡裁きの事例は、他人を欺く目的はないものの、事実を偽って処理した点でオオカミ少年のついたウソと重なる⁽⁵⁾（それゆえこれとて、厳正な

とには該当する。しかしそれらを「嘘の効用」として考察しても、何の実のある認識も得られない。②別の例として、罪を犯したとして訴追されても、罪がなかったのと同じ帰結となる場合を取り上げよう。責任能力がなかったとか、正当防衛であったとか、緊急避難であったとか、違法捜査があったとかの場合においては、〈罪があったのに、結果的に罪がなかった〉ことにはなる。それゆえこれも、「あった「事実」をなかつたといひ、なかつた「事実」をあったということに該当する。しかしそれらを「嘘の効用」として考察しても、実のあることは何も得られない。

(4) 石井紫郎『日本人の国家意識』(東京大学出版会、1986) 247頁以下参照。

(5) ちなみに同種の大岡裁きは、落語「大工調べ」の裁判の冒頭部分でも見られる。ここでは大岡越前守は、借家人の与太郎が町役人である家主に毒づくという、法を犯す行為をした事実を知っていながら、「よもやそういうことはあるまいの」と与

老中ら上役に知られれば、マズいことになる)。

問題は、第一に、この種のウソのケースは、末弘が挙げる他の六つの事例にはすべて該当しない点にある。このケースだけが、孤立しているのである。

そして問題は、第二に、末弘がこのウソを次のように、擬制の一種だと考え、さらにそれを裁判官の作業(法解釈)に見られる擬制として扱っている点にある。かれは、言う：

「しかし、「擬制」が〔法律の〕完全な改正方法でないことはイエーリングも認めているとおりです。「擬制」の発生はむしろ法律改正の必要を、否、法はすでに事実上改正されたのだという事実を暗示するものとして、これを進歩の階梯に使いたいのです。ことに嘘つきには元來法則がありません。ですから、裁判所がこの方法によって世間の變化と法律との調和を計ろうとするに際して、もしも「嘘」のみがその唯一の武器であるとするれば、裁判所が真に信頼すべき立派な理想をもったものである場合のほか、世の中の人間はとうてい安心していることができません。かりにまた真に信頼すべき立派な理想の持ち主であるとしても、これのみに信頼して安心せよというのは、名君に信頼して専制政治を許容せよというにひとしい考えです。フランス革命の洗礼を受けた近代人がどうしてかよくこれを受け入れましょう。彼らは真に信頼しうべき「人間以外」のある尺度を求めます。保障を求めるのです。

さらにまた、もしも法が固定的であり、裁判官もまた硬化しているとするれば、法律の適用を受くべき人々みずからが「嘘」をつくに至ること上述

太郎から事実を否定する証言を引き出して事を収めようとした。同種のウソの事実認定は、①春日大社の鹿を誤って殺した豆腐屋を救うため、それを犬と事実認定した京の所司代、②歌舞伎の『勸進帳』で、山伏たちが義経・弁慶の一行であることを知りながら「見て見ぬふり」をして通過させた富樫左衛門、③八百屋お七の放火裁判で、火あぶりの刑を免れさせようと、かぞえて16歳のお七を「歳は15だろう」と何度も聞いた奉行などでも見られる(もちろんすべて架空の話である)。また④僧侶の隠語で、酒のことを「般若湯」と呼んで飲む行為、兔を「一羽、二羽」と数え、マグロを赤豆腐と称して食す行為などにも見られる。落語「蒟蒻問答 参照)などにも見られた。

のとおりです。そうしてこれが決して喜ぶべき現象でないことは明らかです。子供に「嘘つき」の多いのは親の頑迷な証拠です。国民に「嘘つき」の多いのは、国法の社会事情に適合しない証拠です。その際、親および国家の採るべき態度はみずから反省することでなければなりません。また裁判官のこの際採るべき態度は、むしろ法を改正すべき時がきたのだということ¹を自覚して、いよいよその改正全きを告げるまでは「見て見ぬふり」をし、「嘘」を「嘘」として許容することでなければなりません。

見られるように末弘は、裁判官が「見て見ぬふり」をし、「嘘」を「嘘」として許容する（引用文の末尾参照）ことが、「擬制」の発生（引用文の冒頭参照）だと考えている。末弘のこの認識、擬制とウソとを同一視することや、裁判官の法解釈作業にも擬制が見られるとすることは、正しいか？

この検討のためには、擬制とは何か、それがどう法の世界で使われているかの考察を踏まえなければならないが、それは拙著『法哲学講義』および『法学講義』で詳論したので、細かい議論はそれらに譲り、以下では要点のみを書いておく。

一般に擬制（フィクション）には、広義のと狭義のとがある。**広義の擬制**は、たいていの辞書が定義しているところのものである。たとえば『広辞苑』はフィクションを、「実際にはないことを頭脳の所産として作り上げること」と定義し、『学研国語大辞典』は「想像によって作り出されたもので、実際にはないもの」と定義し、『大辞林』は「事実でないことを事実らしく作り上げること」と定義している。英語の辞典も、これと変わりはない。たいていの哲学者はこの擬制概念で生の世界を論じ、たいていの法学者はこの擬制概念で法の世界をも論じる。本講演で「嘘」を、「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったということと定義しつつ議論している末弘もその一人である（後述する来栖も、擬制を「実在からの任意的な離反」とか「現実に存在するものでないにもかかわらず存在すると」することと定義する点で、これに属している）。

しかし擬制のこの（広すぎる）定義——「擬制」より「虚構」の概念に

ヨリ近い——では、ウソ・「でたらめ」や空想、理想像・目標提示、仮象、形骸化、幻覚・幻聴なども擬制に含められてしまう。もともとウソや空想、理想像、仮象等は日常において「フィクション」の一種とされるのであり、広義の「擬制」、フィクションの辞書的定義は、この日常の用法を前提にしてつくられたものだから、そうなるのである。

したがってまたこれでは、法の世界で擬制がどう使われているか(fictions in law)の問題。この場合、法の世界内外で使われている擬制＝擬制一般に関係する⁽⁶⁾、ましてや法の世界で発達した特殊な制度としての法的擬制(legal fiction。後述の民事訴訟法159条等や、民法721・886条の胎児の擬制など)の特徴(後述49-50頁)は、およそとらえられない(拙著『法哲学講義』24章をも参照)。

このような概念を使って擬制一般、さらには法的擬制を論じるのは、ガンもヘルペスも虫刺されをも「腫れあがったもの」と定義しつつ研究と治療とを始めるようなものである。早稲田大学法学部の学生の動向を調べるに当たって、それを「東京の大学に在学中の学生」と定義して作業を開始するようなものである。実のある認識・処理ははじめから期待されえない(しかも、この広義の擬制にさえ属さない事例が、末弘の講演や来栖の本においては「擬制」の事例として出てくる)。

狭義の擬制とは、上記の問題を踏まえて笹倉が定義するものであって、〈bがaではない(あるいは、常にaであるとは言えない)ことを承知のうえで、aとの本質的類似性にもとづきbをあえてaだとする特則をつくること〉(〈 〉は、笹倉による概括を示す)とするものである。この定義によってはじめて擬制は、空想、目標設定、幻覚・幻聴などから区別される。しかもこれによってはじめて、法の世界で使われている擬制(法的擬制をも含めた)の諸特性がとらえられる。

(6) たとえば、多数決をもって総意による決定とする擬制、多数派が構成した政府を国民代表機関とする擬制、陪審員の決定で真理が発見された(上訴できない)とする擬制などである。

この狭義の擬制概念は、日本の法律の中で正式に「擬制」と呼ばれている（法的擬制の）事例を手がかりにして獲得した諸特徴を踏まえ、擬制一般をも包摂できるように塩梅したものである。たとえば⁽⁷⁾（i）民事訴訟法159条は、「自白の擬制」の見出しをもっており、その文言は次のようなものである：

「当事者が口頭弁論において相手方の主張した事実を争うことを明らかにしない場合には、その事実を自白したものとみなす。ただし、弁論の全趣旨により、その事実を争ったものと認めるべきときは、この限りでない。」

口頭弁論で争わなかったら、かれは「自白した」のだとされてしまう、という規定である。この法的擬制は、自白はしていないが、争わなかったことと自白とは、相手の主張を承認する点でよく似ている（＝本質的な類似性がある）ので、訴訟手続き上の簡便のために、採られるのである。そしてこの条文の但し書きは、自白したと擬制するものの、明らかに争っていることが「弁論の全趣旨により」、別途確認できるなら、「みなす」ことはできなくなるとの認識を出している。

ここからは、法的擬制が、次の特徴をもつものとして使われていることが分かる。① 擬制は上に見た点でルール定立行為であって、したがってルール化を有効なものにするためには、関係者間での合意が不可欠である。関係者とは、立法者（議員や行政機関、広く組織の権限者）と世間とである。理論家（学者・法曹）も、法運用上の一般理論を提示するさいには、擬制

(7) 法的擬制の考察から得た概念を擬制一般に適用することについては、〈特殊なものから得た概念を一般化することはできない〉との異論もあるだろう。しかしここからは、マルクスが『経済学批判要綱』の序説で言っていることと同様のものである。すなわち、「人間の解剖は、猿の解剖のための一つの鍵である。ところが、下等な動物種類に見られる高等なものへの暗示は、この高等なもの自身がすでに知られている場合にだけ理解される。こうして、ブルジョア経済は古代その他の経済への鍵を提供するのである」と。高度に発達した擬制である法的擬制から得た「擬制」の概念が、擬制一般の検討にも役立つのであって、その逆ではない。精緻化されない、日常言語の「擬制」概念、辞書の定義は、擬制の学問的考察や法的擬制の分析には使えない。この論理を、マルクスは強調しているのだ。

に依拠することがあるが、そうした理論的提言が正式に法的擬制となるのは、かれらの間で広く認められて事実上ルールとなったときとか、立法作業において採用されたときとかである。⁽⁸⁾② 法的擬制が可能であるためには、aとbとの間で本質的な類似性が必要である。それゆえ、本質的な類似性が欠如しているところでは法的擬制は成り立たなくなる(存立基盤がなくなったため擬制であることを止める)のである。③ 法的擬制はたいていは、事務の簡便化のためになされる。

(ii) 以上のことは、死亡宣告を定めた民法30条(「不在者の生死が七年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる。」)からも、確認できる。死亡宣告とは、生死不明者を〈死んだものとして扱う〉ということであるが、これはbがaではない可能性が残っていることを認めつつも、あえてaだとして一律に処理してしまうことであるから、事務簡便化のための擬制の一種である。「七年間明らかでない」ということが、擬制の根拠となる本質的な類似性(=死んでいることとかなり似ている点)である。ただし、その者が生きていたときは、(死んだとする)擬制の基盤が崩れ(=本質的な類似性がなくなるゆえ)、擬制は不可能となる。すなわち失踪宣告は、同32条によって取り消される。

擬制一般、すなわち法の世界を含む一般社会で使われている擬制についても、以上の特徴が、確認されるのである。この点は、拙著『法哲学講義』で示したし、後述するところからも明らかとなるので、ここでの説明は割愛する。

さて、これら2例を踏まえると、法的擬制(ないし擬制一般)は上記の大岡裁きの「嘘」とは、次の4点において異質であることが分かる。

(8) たとえば、法人擬制説や社会契約論、動物の法的主体化(人間化=動物が権利を保有しているとの擬制)などの提唱がそうである。裁判官も判決中の傍論で、そういう提唱をする限りでは擬制に関わることがある。しかしこの擬制の作業と、意外な(通常を越えた)事実認定をしたことや意外な法解釈(法意適用・類推・拡張解釈等を使った)こととは、区別されなければならない。

第一に、ウソは公然とはつけないが、とくに法的擬制は公然たるルール定立行為である。ウソは、事情を知らない人をだまそうとして、a ではない b を a だと偽ることである。ウソでは、だます人とだまされる人がいることが、前提としてある。それがなければ、ウソではない。大岡裁きの鴨裁判などは、老中や世間などに隠れての（この意味では、だます）処理であり、ウソである。

確かに、法的擬制のなかには、生まれていない胎児を産まれたとするようなものもある（民法721、886条）。しかしこれを、ウソだという人がいるだろうか。胎児の法的擬制などは、誰もが b は a ではないことを承知のうえで、かれらの合意で——公然と——特則をつくることである。したがって、だます人も、だまされる人も、いない。だますつもりもない。それらが欠けている法的擬制には、いかなる意味でもウソの要素はない。胎児の擬制は、自覚的な例外扱いの取り決め、それを公然たる立法作用によって制度化したものなのである。鴨裁判のような、隠れての処理とは無関係である。そして、法的擬制に限らず、法の世界内外で使われている擬制一般は、隠れての処理とは無関係である。裁判官は、そのような隠れた処理をすることはできない。

ちなみに、法解釈において一見擬制と似た作業として、類推がある。しかし類推は、法的擬制そのものでもないし、法的世界内外の擬制にも属さない。類推は、a ではない b を a だとする特則、ルールをつくること、ではないからである。類推は、個別ケースにおいて、c ではないが c に似ている d を、似ている点を根拠にして、c と同様な効果を付与することである。それは、ケースの個別事情を反映した処理に留まる。⁽⁹⁾すなわち類推は、

(9) 英米法系の国では、類推やかなり無理な事実認定等による判決が、先例拘束性のゆえに定着し、かつその射程を伸ばして、擬制をつくる可能性はある。quasi-contract の法理の形成などのケースである（日本では、事務管理や不当利得で処理できることからであり、擬制を要しない）。しかし、いったん法理が確立すれば、裁判官はその法理を——胎児の擬制規定の場合と同様——適用するだけにすぎない。これは適用であって、もはや擬制ではない。

dをcだと扱うことを一般的ルールにしてしまう（これが法的擬制である）ものではなく、dに関わるケースで、cの処理の仕方に関する規定を——dに似たところがあることを根拠にして——参考に使って処理するだけなのである。なお、立法上の「準用」は、この類推適用をおこなうことをルール化したものである（ただし法解釈で「準用」を使うときには、類推を指していることもある）。

第二に、そもそも法的擬制（ないし擬制一般）は、末弘が言うような、ウソと同様な意味で「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」ものか？ 答えは、否である。まず、たとえば上述の、① 民事訴訟法159条も、② 民法30条も、「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」ものではない。①は、同意するのかどうか分からない場合であり、②は、生死不明の場合である。

より重要なのは、これらの場合においては〈同意している〉ないし〈死んでいる〉に近い関係がかなりあるから、それを支えにして擬制が成立するという事実である。胎児の擬制（民法721、886条）の場合は、産まれていない胎児を産まれたとするのだから、「なかった「事実」をあったという」こと自体には該当する。しかしこれも、胎児が「あった「事実」」に近い（＝まもなく産まれる）ことを前提にしている。この「事実」があるからこそ、産まれたとの擬制が可能なのである。それが証拠に死産の場合には、擬制は崩壊する。このように法的擬制は、〈支持する事実〉を基礎にしてのみ可能となるのであって、この点でもウソや空想——これらはまったくでたらめの場合もありうるから〈支持する事実〉はなくてよい——とは異なる。そして、こうした法的擬制に限らず、法の世界で使われている擬制は、〈支持する事実〉を基礎にしてのみ可能となる。

第三に、末弘は、法の世界で使われている擬制は「「公平」を要求しつつ、しかも「杓子定規」をきらう人間をして真に満足せしめるに足るべき「法」を〔裁判官が〕創造すること」だとするが、法的擬制は、英米法のquasi-contractなどを除くと正義問題とはほとんど関係がない。上記の、① 民

事訴訟法159条、② 民法30条を見れば分かるように、これらの目的は、事務処理を簡便化することにあつて、「公平」・正義を実現することにはない。この点も、擬制一般に妥当する。民法721・886条の胎児の擬制は胎児の利益保障、刑法245条の電気窃盗はしかるべき懲罰の点で、擬制が正義と少しは関係するとも言えるが。

第四に、法的擬制（ないし擬制一般）は、日本では、裁判官の仕事には属さない。法解釈においても、事実認定の作業においてもである。前述のように、法的擬制は、「この関係は、こういう擬制によって処理することとする」というルール定立のかたちで実現される。したがってこの仕事は、ルール定立機関、立法者の仕事である。日本の裁判官には、そういうルール定立はできない。擬制に関して裁判官ができるのは、既存の擬制ルールの適用、および法学者がするのと同様の、「この関係は、こういう擬制によって処理することが考えられる」とする、擬制の提案だけである（これらは、立法化ないし慣習法化によって初めて擬制となる）。

要するに、法的擬制（ないし擬制一般）は、ウソとは縁遠い存在である。それゆえ法的擬制（ないし擬制一般）の効用は、「ウソの効用」ではない。法の世界で使われている擬制を大岡裁き（鴨裁判等）と関連づけて論じようとする、末弘の出発点が、すでに誤っているのである。

2 他の六つの事例の検討

以下、末弘が〈嘘には効用がある〉としてその根拠に挙げている、残る六つの事例を逐一検討してみよう。

（1）夫の渡米中の妻の借金 永らく渡米したままの夫の明示的な同意なしに、妻が生活費を借金した。当時は、女性には行為能力が認められていなかったため、夫の許可なしで妻が締結した契約は一般に、夫が取り消しえた（明治民法14条）。夫は、この規定を理由にこの契約を取り消そうとした。この事件について大審院1920（大正9）年9月1日判決は、〈夫は、

当然許可を与えていたのだ」としたのであったが、この判決を末弘は、「「許可」を擬制し」たものと解釈して次のように言う、

「ところが裁判所は「夫ガ出稼ノ為ニ、妻子ヲ故郷ニ残シテ遠ク海外ニ渡航シ、数年間妻子ニ対スル送金ヲ絶チタルガ如キ場合ニ在リテハ、其留守宅ニ相当ナル資産アリテ生活費ニ充ツルコトヲ得ルガ如キ特別ナル事状ナキ限りハ、妻ニ於テ一家ノ生活ヲ維持シ子女ノ教養ヲ全ウスルガ為メニ、其必要ナル程度ニ於テ借財ヲ為シ以テ一家ノ生計ヲ維持スルコトハ、夫ニ於テ予メ之ヲ許可シ居リタルモノト認ムベキハ条理上当然ニシテ、斯ク解シテ始テ其裁判ハ悉ク情理ヲ尽シタルモノト謂ハザル可カラズ」という理由で、妻を敗訴せしめた。この場合、妻が許可を得ていないのは事実なのです。しかし得ていないとすると、結果が悪い、貸主に気の毒だ、というわけあいで、裁判所は「許可」を擬制してしまっただのです。すなわち事実許可はないのだが、表面上これありたるごとくに装い、それを飾るがために「条理上当然」とか「悉ク情理ヲ尽」すとかいうような言葉を使ったのです。」(七)

しかしこれは、ウソでも擬制でもない(意味のない区分である、前述の「その他のもの」に属するにすぎない)。大審院は、夫婦が置かれた関係から夫の黙示の「許可」を推定した事実認定をおこなったのだ。(許可はなかった、あるいは、あったかなかったかわからない)と事実認定したうえで、敢えて「あった」としたのではない(そうしたなら擬制であるが)。許可があると見るための前提事実が熟している、と見たのである。夫は妻に、長期不在中の家族の養育を託していた。だから、そのための契約を妻がすることに夫が同意していなかったとは、道理(条理)からして考えられない；黙示の「許可」があった、と事実を認定したのだ。この点を大審院は、

「妻ニ於テ一家ノ生活ヲ維持シ子女ノ教養ヲ全ウスルガ為メニ、其必要ナル程度ニ於テ借財ヲ為シ以テ一家ノ生計ヲ維持スルコトハ、夫ニ於テ予メ之ヲ許可シ居リタルモノト認ムベキハ条理上当然ニシテ」(七)

と述べている。情況証拠から事実を道理に従って推認したのであって、推認は、末弘が考えるようなウソでも擬制でもない。本件の場合、もし夫が〈許可していないことの証拠〉を挙証しえておれば、裁判官はそれに応じて別の事実認定をした余地が十分にあった。これは、擬制が機能する状況とは異なる。

上の点を、やや詳しく説明しておこう。裁判所が、「黙示の法律行為（黙示の同意・契約、黙示の所有権放棄・公用廃止など）があった」と認定することは、前述の（「擬制」を表題にした規定の一つである）民事訴訟法159条：「その事実を自白したものとみなす。」のケースとは、質が異なっている。その理由は、次の通りである。

民訴159条の場合は、一方当事者が他の場所で事実を明らかに争っており、裁判官はそれを知っていても、その一方当事者が期日に法廷で争わなかったら、もうそのことだけで「自白した」とみなすのである。このようにここでは擬制が成り立つ必要十分条件は、予め明確に決められているのである。擬制が可能であるためには一般に、このような基準の確定が不可欠である。裁判官は、それに該当しておれば即、「自白した」とするのである。

これに対して「黙示の法律行為」等を認定するケースでは、裁判官がそう認定する基準はなんら法定されていない。裁判官はいろいろの事実を考察したうえで、「黙示の承認があった」等との心証を自分で形成して決定するのである（＝基準の不存在。もちろんこの場合も、認定する際にチェックすべき、ある種のメルクマル（着眼点）が何かは、先輩たちの実務経験を通じて固まっており、裁判官はそれに依拠するだろう。しかしそれは、擬制が前提にする明確な、法定の基準事項とは質が異なり、メルクマルといっても漠然としたものである）。このためまた、ここでは当事者が、反対事実を証明できれば、裁判所は態度を変え、〈黙示の意思表示等はなかった〉としうるのでもある。

加えて、「黙示の法律行為」を認定する場合、裁判所は、何らかの根拠からして〈客観的にはそのような事実があったと言える〉と認定している

のであって、そのような事実がないのに、敢えて「ある」と擬制しているのではない。あくまで、事実認定の問題であって、擬制の問題ではないのである。

(2) 嬰兒殺害 末弘は、古代ローマで重症の障害をもった嬰兒を殺害した母親を、「殺したのは嬰兒でなく *monstrum* だった」として放免した判決をも、かれの言う「嘘」によっているとする。

「ローマのごときでも、奇形児〔ママ〕を殺した母をして殺人の罪責を免れしめるがために、裁判官はしばしば *monstrum* の法理を応用したといわれています。

ローマでは、たとえ人間の腹から生まれたものでも、それは奇形児で十分人間の形を備えていない場合には、法律上称して *monstrum* (鬼子) といい、これに与えるに法律上の人格をもつてしなかつた。この考えは、ローマにおいてはきわめて古くから存在したようであるが、後のユスチニヤン法典中にも法家パウルスの意見として *Digestorum Lib. I. Tit. V. de statu hominum L. 14* 中に収められている。ところである母が子を生んでみると、それがみにくい鬼子であった。そういう子供を生かしておくのは家の恥辱でもあり、また、本人の不幸でもあると考えて、母はひそかにこれを殺してしまった。やかましく理屈をいえば、それでもやはり一種の殺人には違いない。しかしさらばといって、その母を殺人の罪に問うことは裁判官の人間としてとうてい堪えがたいところである。社会的に考えてもきわめておろかなことです。そこで裁判官は、なんとかして救ってやりたい、その救う手段として考えついたものが、この *monstrum* の法理です。母は子を殺した、しかし殺したのは人にあらずして *monstrum* であった、したがって罪にはならぬ。と、こういう理屈をもって憐むべき母を救ったのだということです。」(三)

今日の障害者観に立てばこの事例は、人だと知っていながら「人でない」と事実認定したうえで処理するのだから、鴨裁判のウソと同質だと言える。しかし、ここでは事柄は、古い時代に属する。その時代においては、次のようなものと位置づけられていた可能性がある。① この法理が上で挙げ

られている裁判の前から、「monstrum の法理」として確定していたのであったのなら（実際、古代ローマでは、共同体防衛のために重度障害者を排除すべくこの法理ができていた）、上記の判決もまたその法理の「文字通りの適用」にすぎない。したがって、この場合には、末弘が描いているような裁判官の思考、判決自体にはウソも擬制もないものとなる。②〈monstrum は嬰兒でない〉と当時の社会でも広く信じられており、裁判官もそれを前提にして解釈したのなら、裁判官は、通常人のもつ語義に依拠して文理解釈をし、それを踏まえて文字通りの適用にいたったのである。すなわち、裁判官は、〈本件は、嬰兒殺害罪の構成要件に該当しない〉とする処理をしたのである。③ この法理をつくった古代の立法者、ないし本事件での裁判官が、monstrum も嬰兒だと自覚しておりながら、〈嬰兒殺害罪の趣旨からして、それは保護法益ではない〉との法解釈を打ち出したのであれば、縮小解釈をしたのである（嬰兒殺しの法が処罰対象としている「嬰兒」概念を狭め monstrum を除外して、親を救済したのである）。以上の三つの可能性のどれをとっても、末弘が挙げているかたちにおいてはこの事例は、ウソとは関係ないし、擬制にも属さない。せいぜい「その他のもの」に関わるだけである。④ 唯一、その古代ローマでこの法理をつくった最初の人において、かれがその際に〈monstrum は嬰兒だが、障害者は邪魔なので、あるいは母親等を救うために、嬰兒でないとしよう〉と判断して法理をつくったのであれば、その創設者は、擬制、しかも法的擬制に関わる。しかし、このようなルールは、古代ローマの大法学者といえども勝手につくれる性質のものではないから、この④の場合は、擬制を提案しているにすぎない。それが擬制となるには、立法化か、一定期間の既成事実の積み上げによる慣習法・判例法の成立か、が必要だったのである。

（３）「名義上の損害賠償」（nominal damages） 次の英米法上の事例は、どうだろうか？

「いやしくも権利侵害があった以上、そこに必ずやなんらかの損害がなければならぬ。その損害の象徴として裁判所は被害者に例えば金一銭を与え

るとする。そうすれば被害者はたとえ金額は一銭でもとにかく勝訴したことになり、名目上はもちろん実利的にも訴訟費用の負担を免れるという利益がある。実際、損害の立証は立たぬ。しかし権利侵害があった以上必ず損害があったものとみなして、それを一銭という有形物の上に象徴するところがこの制度の妙味であって、「嘘」の効用のいちじるしい実例の一つです。」(四)

末弘は、これも擬制だと考えている(「損害があったものとみなして」参照)。本当にそうだろうか? 英米法では民事訴訟は、中世初期の刑事法・民事法未分離状態下の伝統を受け継いでおり、不法行為裁判は、秩序維持・正義実現(悪人懲罰)をも重要課題としてもいる。これを反映して、①懲罰的損害賠償の制度がある。被告が事故隠蔽や暴利追求のような、違法ではあるが刑事罰には該当しない行為に出ているとき、原告が民事訴訟でその事実を証明すれば、被告から実損を超える金銭を徴収し、それを原告に与える。これは、公的制裁および違法の一般予防のための制度であるから、原告はその分の実損を証明する必要はない。また、「無形の損害」の補填もある。②nominal damageの制度があった。これは、ある者が汚水や悪臭を出すごとき、環境や共同体に明らかに損害となる違法を犯し、原告がこれを不法行為で提訴した場合で、自分が被った実損の証明が原告に困難なときなどには、裁判所は「名義上の損害賠償」を認定して被告敗訴の判決を出す。敗訴させること自体が、公的制裁となるからである。

これらは、大陸法的な、「刑事法と民事法との分離」や、「損害なければ賠償なし」を当然とする発想で見ると、上記の2-(1)と同様、裁判官・陪審員がウソをついているように見える。しかし場所は、大陸ではない。英米法においてこれらは、違法に対する公的制裁だから、その制裁対象分の実損が原告にあることを必要としない。またとくにnominal damageの場合、裁判官・陪審員は、(原告はこれだけの汚水や悪臭を出したのだから、原告には被害が発生しているはず。その証明が困難なだけだ。被害を特定し証明することが困難であっても、at largeには(全体としてみれば)被害

はあると認定できる)と判断するのだから、裁判官・陪審員は〈自分たちは——損害を推定して事実認定しているのであって——ウソをついているわけではない〉との判断で行為しているのである。それゆえこれらはまた、擬制とも関係ない。「その他のもの」には当たるかも知れないが、当たったところで、前述のように議論に意味はない。

(4) 起訴便宜主義 末弘が日本の事例として挙げている、次のケースはどうだろうか？

「新刑事訴訟法第二七九条ではついにこれを法文の上に現わして「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセザルトキハ公訴ヲ提起セザルコトヲ得」と規定するに至った。いわば「嘘」を公認した代りに「嘘つき」の規準を作り、その結果「嘘からまこと」ができたわけなのです。諸君は試みに司法統計のうち「嬰兒殺」の部をあけてごらん下さい。今の検事がこの点についていかに多く「見て見ぬふり」をしているかを発見されるでしょう。」(三)

この場合、検察官は、「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったと」して不起訴や起訴猶予にするのではない。「あった「事実」を」前提にし、それを「訴追ヲ必要ト」するかどうか評価したうえで、「必要トセザル」と判断するのである。〈逮捕・勾留、辞職・辞任などですでに十分な制裁を受けているから〉、あるいは〈反省している〉から、〈被害者が赦している〉から、訴追までして制裁する必要はないと判断するのである。ここでは、どういうケースでは公訴提起をしないかの相場はできており、検察官はそれに従って肅々と裁量するのだ。それゆえここでは、ウソも擬制の余地も、まったくない。「その他のもの」に属するとしても、前述のとおり、それらを論じることには意味がない。

(5) ヨーロッパの離婚裁判 ヨーロッパで、ともに離婚を希望する夫婦が示し合わせて裁判官の前で離婚原因について(虚偽の)自白をする。すると裁判官は、「事実の真相について疑念を抱きつつもなお離婚の判決をください」。末弘は、これも「嘘」に入るとする。

「夫婦の間に別れ話が決まると、お互いにしめしあわせて計画を立てた上、妻から夫に向かって離婚の訴えを起こします。裁判官が「なにゆえに？」ときく。妻は「夫は彼女を虐待せり、三度彼女を打てり」と答える。すると裁判官は被告たる夫に向かって「汝は原告妻のいう所を認むるや？」ときく。そこで、夫は「しかり」と答える。かくすることによって裁判官は欺かれて、離婚を言い渡す。もしくは事実の真相について疑念を抱きつつもなお離婚の判決をくだすのである。ですから、西洋でも実際においては当事者双方の協議によって離婚が行われている。そうしてその際使う道具は一種の「嘘」、一種の芝居です。」(五)

しかしこれは、不告不理の原則の帰結にすぎない。夫婦は明らかにウソをついているが、問題は裁判官がどう行為しているかである。民事の裁判官は原則、職権調査をしないから当事者間に争いのない事実は、裁判の前提となる(もっとも、人事訴訟だから実際にはそんなことはないとも思われるが)。この場合、裁判官は事の真相を自ら調べないのであるから、ウソかマコトか分からない。鴨が死んでいることを知っていながら「生きている」と言う大岡越前守や、若い山伏が源義経であること知っていながら見て見ぬふりをする富樫左衛門とは、違うのである(これら大岡や富樫では職権主義が前提にある)。裁判官がたまたま事実を知っていたとしても、それは de facto で知っているだけのこととして、法廷においてはあくまで de iure の、不告不理の原則でいくのである。夫婦に「芝居」はあっても、裁判官が不告不理の原則に従うこと自体は、擬制でもない。

(10) 不告不理の原則・弁論主義は、擬制とは部分的には関係する。(ウソかどうか分からないが、当事者の自白が一致したことをもって裁判の事実認定上の基礎にする)とする点においてである。しかしこれは、裁判制度そのものが前提にしている擬制にすぎない。個々の担当裁判官による擬制ではない。

裁判制度には、手続きを迅速化させるために、擬制が他にもたくさん使われている。三審制で真相が発見されたとして確定させること自体も、また民事訴訟法や刑事訴訟法の多くのみなし規定も、それに属する。しかしこれらは、(簡便のための擬制)であって、末弘が提唱しようとしている(人間味を出すための擬制)とは関係ない。

裁判官のこの行為がウソと関係ないのは、刑事事件の裁判を考えれば、もっとはっきりする。① 親告罪は、犯罪がおこなわれていることを認識していても、被害者からの告訴がなければ当局は動かない。しかしこれは、ウソでも擬制でもない。そういうルールに従っただけである。② 重大な法の適正手続違反が当局にあったと判明した場合には、たとえ〈被告人はクロ〉との心証が形成されていたとしても、裁判官は無罪判決を下す。③ さらに、シロかクロかはっきりしない、犯罪の証明がない場合も、「疑わしきは、被告人の利益に」にもとづいて被告人は無罪となる。これらの場合、シロでないのにシロだとするのであるから、末弘流に言えばウソだということになるかもしれない。しかし誰も、これらの措置がウソに関わるなどとは思わないであろう（「その他のもの」には関わるが、「その他のもの」の議論には意味がない）。

（6）フランスの過失論 末弘は、〈フランス人は、過失がなくとも「過失あり」とできるよう、過失を客観化して違法性に置き換えた；これも「嘘の効用」の一事例だ〉と言う。

「フランスの裁判所は、本来主観的であるべき「過失」の観念を客観化せしめました。これこれの場合には当然過失あるものと客観的に決めてしまつて、主観的な本来の意味の過失いかんを問わなくなりました。むろん口では「過失」といっています。しかし、そのいわゆる「過失」は実は「違法」ということと大差なくなりました。かくしてドイツの学者が正面から堂々と無過失責任の理論を講究し論争している間に、フランスの裁判所は無言のうちにその同じ目的を達してしまいました。そうしてその際使われた「武器」はすなわち「嘘」です。フランスの裁判所は「嘘」を武器として新法理を樹立したのです。」（七）

フランスの法曹が、〈過失と違法性とは、相互にまったく異なる。過失は有責性に属し主観的要素を軸とするが、違法性は客観的要素を軸とするから〉という前提の下で、事件が過失の有無に関わっているのに、「それは違法性に関わる事項だ」として処理したのであれば、多少はウソに関わる

かも知れない(その場合でも、違法性を客観的違法性と主観的違法性とに分ける道を取り、有責性に属する主観的要素も違法性に含まれることがある。本件は、それに属する、との理由づけでしていたのであれば、違法性概念の拡張解釈であって、ウソとはならない)。しかし、過失と違法性の区別は19世紀ドイツ法学の産物であり、それ以前に定着したフランス人のfauteはその区別を知らない。したがってここにウソはない。⁽¹¹⁾末弘的な、ドイツ近代法学を踏まえた眼からは、ウソに関わるように見えるだけである。擬制とも関係はない。もともと、aとbがちがっていることが認識されていないからである。

以上が、末弘が提示する事例のすべてである。だとしたら、本講演でウソが確認できるのは大岡裁きの事例だけ、擬制に関わるのは2-(5)だけ(それも間接的にだけ)、「その他のもの」に関わるものはあるがその議論には意味はない、ということになる。

この惨めな結果は、何に起因するのか。それは末弘が、擬制の広すぎる概念に依拠し、かつ、擬制に関わるものが実際にも理論的にもほとんどなく、たいていは事実認定や解釈技法に関わるにすぎないところの、裁判官による「擬制」、すなわち法解釈上の擬制を中軸にしたことに、起因するのである。

3 【補論】来栖三郎『法とフィクション』の検討

末弘の『嘘の効用』を踏まえつつ法の世界で使われている擬制の考察をおこなった一人に、来栖三郎がいる。この点で来栖の擬制論は、他の多くの法学者のそれと同様、末弘の擬制論の問題点をも踏襲している。したがっ

(11) 拙稿「平井宜雄『損害賠償法の理論』考：法解釈学と法の基礎研究」(『早稲田法学』85巻3号、2010)

て来栖の擬制論を検討することは、末弘の擬制論の問題点を明らかにする上でも、また今日の日本の、法の世界で使われている擬制に関する議論の問題点を考える上でも、重要と思われる。

来栖は1950年代から、〈裁判官らは法解釈をする際、実際には価値判断に依拠しているのに、その事実を隠し法律から論理的に帰結したかのよう⁽¹²⁾に記述する偽装をしている〉と指摘し、この認識を踏まえて〈解釈する者が自分の解釈結果に対し責任を自覚すべきだ〉と主張してきた。来栖は、裁判官らのこの偽装に擬制が使われていると認識し、その実態を解明しようとした。このように来栖は、末弘と同様、法の世界で使われている擬制を裁判官の作業・法解釈を中心に、しかし末弘と異なりネガティブな評価を込めて、論じた。来栖の擬制論の問題点もまた、なかなづくこの、裁判官の法解釈作業という、本来擬制とは関係のない作業を——擬制によるものと見てしまった点にある。そしてその問題の根底には、かれが依拠している擬制の概念が——末弘におけると同様——広すぎるという問題がある。

笹倉は、来栖が法解釈における論理的帰結の偽装を明らかにし、解釈者の責任を問題にした点は大いに評価する。しかしその作業上で来栖が使った「擬制」のこの二重の誤った用い方（広すぎる概念に依拠した点と、擬制を裁判官の法解釈に焦点を当てて扱った点と）が、ことの解明を阻害している⁽¹²⁾と考えるのである。

さて、来栖は擬制を——ファイフィンガーを引証しつつ——「実在からの任意的な離反」と定義する（『法とフィクション』東京大学出版会、1999、6-7頁。以下、「来栖書」と表示する）。これは、「擬制」の広い定義であり、末弘の「嘘」、すなわち「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」ことに擬制をも含める使い方を踏襲している⁽¹²⁾

(12) もっとも来栖は、末弘におけるウソをめぐって、擬制には「他人を欺く意図がない」からウソは擬制に入らないと言う（しかし実際には来栖は、①「事実歪曲の方法による擬制」の事例に関しては、ウソを擬制に入れている）。来栖はまた、仮

(後述するように来栖は、擬制を「現実に存在するものでないにもかかわらず存在するとされる」こと——あるいは別のかたちでは「望ましいと考える結論に到達するための便宜的手段」——という、さらに広い概念をも使う)。

そして来栖は法の世界で使われている擬制を、(a) 立法技術としての擬制と、(b) 法解釈技術としての擬制とに大別する。(a) は、われわれの言う法的擬制に該当する。(a) に関する来栖の議論に問題はない。問題があるのは、(b) に関する来栖の議論である。というのも、(b) に関して来栖が挙げる三つの事例(来栖書93頁以下)は——末弘について見たのと同様——擬制にではなく、事実認定、ないし法解釈上の技法(法意適用、類推、拡張解釈など)に関わるものにすぎないからである。三つの事例を詳論すると、次の通りである：

①「**事実歪曲の方法による擬制**」について 来栖がこれの事例として取り上げているのは、「〔時効の援用権者が〕時効の完成を知っていたと必ずしもいえないときにも、なお時効の完成を知っていたものと〔裁判官が判断〕して、時効利益の放棄を認めた」ケースである。来栖はこれを、「事実歪曲の方法による擬制」だとする。すなわち来栖はこれを、一方では「事実歪曲」、つまり末弘の講演で見た大岡裁きの手法(=ウソとしての末弘的擬制)に当たると考えているようである(来栖は他方では、末弘を批判して、ウソは擬制に属さないとしているのだが)。

もし裁判官が〈時効の援用権者は、時効の完成を知っていない〉と事実を確認しつつも、知っていたものとして扱ったのであれば、来栖が言うように、〈末弘的意味でのウソとしての擬制〉である。しかし、そのように事実を歪曲して裁判する権限は、裁判官にはない(大岡越前守にもない)。実際にはこのケースでは裁判官は、何らかの根拠にもとづいて、〈時効の援用権者は、時効の完成を知っている〉と事実認定をし、その帰結として

説をも擬制に入れない。仮説には実在からの離反の意図がないからである。来栖のこれら2点は、妥当である。しかしこのように厳密に区別していく姿勢を貫くならば、擬制と空想・目標提示・仮象などの区別をも、来栖は重視すべきであった。

「時効利益の放棄を認めた」のである。⁽¹³⁾ そのような推定をしたことについて説得力がある説明をしていなければ、まずい事実認定ではある。しかしだからといって、まずい事実認定は、そのまずさのゆえに擬制になる、というものではない。

②「準用（類推）の方法による擬制」について　ここで事例として挙げられているのは、民法416条の運用の仕方として使われてきた相当因果関係論を、不法行為（民法709条）の運用に使うケースである。来栖はこれを、類推が可能である限度を超えた適用であって、「ただ類推の形式を装っている」ものと見、それゆえ擬制だとする。しかし相当因果関係論を不法行為に使うのは、民法416条の根底に相当因果関係論の思考が働いていると読み取り、それが709条にも使えると判断してのことである。すなわちそれは、416条に関して取得した理論を709条解釈へ活用する行為であり、いわば理論の、笹倉の言うところの「法意適用」（『法学講義』参照）の一種である。「法意適用」は、法適用上の技法の一つであって、擬制とは無関係である。⁽¹⁴⁾ また、そもそも理論というものは、「ゆらぎ」や「オートポイエーシス」を社会論に応用するように、別種のことがらへも応用可能な

(13) たとえば、最高裁（約束手形金請求事件 1960（昭和35）年6月23日最高裁第一小法廷判決）は、次のように事実認定したのだと告白している：「時効利益の放棄があつたものとするためには、債務者において時効完成の事実を知っていたことを必要とすることは所論のとおりである。しかし、原判示のような場合には、債務者は時効完成の事実を知っていたものと推定すべく、従つて債務者たる上告人において判示弁済をするに当り時効完成の事実を知らなかつたということを主張且つ立証しない限りは、時効の利益を放棄したものと認めるを相当とするところ、記録を精査するも原審において上告人が右のような事実を主張且つ立証した形跡は認められないから、原判決が判示弁済によつて上告人が時効の利益を放棄したものと認定したのは当然であつて、原判決には所論の違法ありというを得ない。それ故、所論は採用できない。」なお最高裁は1961（昭和41）年4月20日に判例変更し、このような推定が正しくないことを確認した。これもあくまで、推定の仕方の問題であり、「これによつて擬制が放棄された」ということではない。

(14) 「法意適用」は、擬制が熟していく準備作業にはなる。たとえば、動物に訴訟能力を認めるには、（人でない法人が人とされるのと同様）或る関係についての限

ものであり、そのことと擬制とは関係がない。

③「**法文からの演繹の方法による擬制**」について　ここで事例として挙げられているのは、民法478条に関わって「債権の準占有者を広く解し」、「債権者に代わって弁済の受領に来た者が弁済受領の権限があるかのような外観をもっている者」をもそれに含めるケースである。来栖はこれを、「実際にはそうでないのに、そうであるかのように推論しているので、擬制であ」とする。しかしこれは、第一には、このケースでの権利外観法理の、文字通りの適用、あるいは状況によっては拡張ないし類推適用である。法理の適用は、擬制ではない。第二に、この場合の外観法理をつくった時点ではどうかと言えば、それは、取引の安全や債務者保護を重視する立場から、弁済の受領をしに来た、一定の条件を充たす無権限者を弁済受領の権限をもつ者に含める拡張解釈ないしは類推をしたのである（その条件とは、外観が似ており、かれが来たことについて債権者に責任があり、債務者が弁済を善意・無過失でおこなったことだとされた）。これも解釈の問題であって、擬制の問題ではない。

裁判官が、〈弁済の受領に来た者は、明らかに弁済受領の権限がない。そうではあるが、しかし自分は、「ある」とみなす〉としたなら、擬制である。しかし裁判官は、そんな認定事実を変更する権限はもたない。

ここでの問題は、来栖が言うように、478条の趣旨に照らすと無理な解釈運用なのに、その無理を自覚しないで、あるいは無視して、下手な、拡張解釈ないし類推をしている点にある（外観法理を使う場合には、この準占有者の場合も、民法715条の使用者責任の場合も、無理な拡張解釈がおこなわれる）。無理があつて、拡張ないし類推適用に成功していないとすれば、「無理な解釈」をしていることにはなる。しかし、無理な解釈をすることは擬

りで動物を人だとする擬制が欠かせない。それは、立法による。それができるまでは、裁判所等が人間の「生命、自由、幸福追求の権利」の規定等から「生命、自由、幸福追求」一般の価値を引き出して、動物の「生命、自由、幸福追求」をも保護するような法意適用が積み上げられれば、擬制への土台づくりとなる。

制をすることだ、というものではない。それは、無謀な自動車運転をして空を飛んだからといって、自動車運転が飛行機操縦となるわけでないのと、同様である。

来栖も、末弘と同様、裁判官がする法解釈上の作業を「擬制」概念で把握しようとしているのだが、来栖が挙げているこれら三つの事例の個別具体的な検討からは、そこで問題になるのは——末弘におけると同様——実際には擬制ではなく、事実認定や様々な法解釈上の技法（法意適用、類推、拡張解釈といった）の一態様、理論の応用——かなり強引な——であることが分かる。しかし、事実認定上の、あるいは様々な法解釈上の技法適用上の強引な法運用、さらには理論の応用を、一切適切「擬制」のレッテルで処理しようとするのであっては、考察はそこでストップしてしまう。この問題を避けるためには、〈法運用上の強引さをもたらししている手法にはどういふものがあるのか〉をていねいに検討していくことが欠かせない。そしてそのための前提作業としては、擬制概念をもっと厳密化しつつ法運用の実態を検討して、上記の事実認定や様々な法解釈上の技法適用が、ほとんど擬制とは関係のない、別種のものであることの確認をしておく必要がある。

擬制の広すぎる（厳密さに欠ける）定義は、法解釈の場を越えたヨリ広い擬制論の箇所においても、問題を生じさせている。すなわちここでは来栖は、「擬制」概念を空想や、目標・原則の設定、カモフラージュ（偽装）、幻覚・幻聴などと区別しない（識別ができていない）かたちで使いつつ議論しているのである。すなわち来栖は、① 神や、② 自由意志をもフィクションに入れ、その点で法的擬制と同質だから関連させて論じうるとして考察を進める。だが拙著『法哲学講義』で詳論したように、神や自由意志は、そもそも擬制によるものではない：⁽¹⁵⁾

(15) 来栖は他に、モデル、小説と社会契約をフィクションの事例として扱っているが、これらについての議論には、とくに問題はない。

① **神について** 来栖は、神は「現実に存在するものでないにもかかわらず存在するとされる」からフィクションだとする(来栖書271頁)。前述のように、このようなフィクション・擬制の定義は、確かに多くの辞書にも見られる。しかし、第一に、ここでのこの——擬制のあまりにも広すぎる——定義では、擬制と空想・想像、さらには仮象等を区別できない。空想・想像・仮象もまた、「現実に存在するものでないにもかかわらず存在するとされる」ものだからである。

第二に、神をフィクションだとするのは、信仰の実態に合致していない。一般に信者たちは、〈神は実在する〉と信じ切っているものなのである。すなわち信者の眼で見ると、神は実在している。しかしこの状態を信者を離れた眼で客観的に見ると、信者はそういう想像・妄想をもっているものとしてある。すなわち、神は想像物である。「神は実在する」と確信している信者にとってさえ、何万といる異教の神は、「実在しない」のだから、自分の神一人(ないし数人)を除けば、「神は想像・妄想の産物、想像物」なのである。

また神は、客観的に見ても、信者の観点から見ても、擬制とは関わらない。擬制を厳密に定義すると、〈AでないBを、ある目的のためにあえてAだとして扱うこと〉となるのだが、神を〈実在しない〉と自覚しながらも——すなわち無神論を前提にしつつも——ある目的のためにあえて〈実在する〉として信仰するなどということは、信者にはありえないことである。〈神は実在しないが、実在するとした方が心の安らぎとなるから、あえてそう扱う〉などという発想は、特別に醒めた信者、不心得な信者にしか(あるいは「困ったときの神頼み」・「触らぬ神に祟りなし」でいく東洋の実用主義の人にしか)起こりえないことである。

来栖が論じているフォイエルバッハやケルゼンは、無神論ないしそれに近い立場から、神を人間の想像物・創造物だとしているのである。したがって、かれらは、神は擬制だとしているわけではない。

その他の、カントをはじめとして来栖が検討している人びとは、神の存

在を疑ってはならず（かれらは心底からクリスチャンである）、ただ、神を論理的・経験的に証明できない（そういうものを超越した存在である）と考えるから、カントのように道徳論上で論理的に要請されるとしたり、信仰心と結び付けて説明したり、信仰の心理学を展開したりしているだけである。かれらは、神を擬制とする動きとは関わっていない。かれらは、神を〈実在しない〉と自覚しながら、ある目的のためにあえて〈実在する〉とする、擬制を主張しているわけではない。

② **自由意志について** 来栖は、「意思の自由」の仮定は「実践的に人々が望ましいと考える結論に到達するための便宜的手段に外ならない」から、「その意味において、それは一のフィクションである」と言う（来栖書324頁）。しかし、「望ましいと考える結論に到達するための便宜的手段」には、目標・原則の設定——これらは擬制とは異なる——も入る。「意志の自由」を唱えるということは、〈今後は意志は自由であるということを原則にして、法生活を送ろう〉と提言していることであり、すなわち上記の原則・目標の設定行為の一つなのである。「意志の自由」を提唱する人は、〈意志の自由など実在しないが、あえて実在するとして扱おう〉と考えているわけではない。そうではなくて、人間には自由な意志が帰属している（と言える面もある）と考えており、したがって、〈この側面を今後いろいろな場で新しい原理として伸ばしていこう〉ないし〈責任を迫るときの根拠にしよう〉と主張しているのである（このように「意志の自由」の主張は、神の場合とはちがって、想像物ではなく、実在物とされるものを成長させたり活用したりしていこうという提言に関わっている）。それゆえ、「意思の自由」の仮定」はここでも、〈AでないBを、ある目的のためにあえてAだとし扱おう〉こととは事情が異なる。すなわちこれも、擬制とは関係のないことさらに属するのである。

以上要するに、来栖もまた——広すぎる擬制概念に依拠したがゆえに——擬制と空想や目標設定、仮象などを区別できないままに擬制に迫ろうとしたのである。〈自分は、世間で使われている広い擬制概念を用い、そ

れによって神や自由意志、さらには事実認定、法意適用・類推・拡張解釈等をも擬制として論じたい」と言うのは勝手だが、そのような手法では擬制は、とりわけ法の世界で使われている擬制の特徴は、ましてや法的擬制は——上述の「腫れあがったもの」という定義による治療がうまくいかないように——意味あるかたちではとらえられないのである。^{(16) (17)}

(16) 来栖の『法とフィクション』の巻末に、木庭頭が「余白に」と題する解説を書いている。木庭がこの解説で何を言いたかったのかは正直言って理解不能であるが、少なくとも次の点だけは確認できる。すなわち木庭はここで、フィクションの定義として、①「AをBの如くに考える、また言う」という規定を与え、「狭義のフィクション」としては、②「本当はAであるのにBの如くに考える、また言う」等があるとす (同書368頁以下)。これら①・②はともに——末弘や来栖の場合と同様——フィクションの広すぎる定義であり、このため木庭もまた、擬制と、ウソや空想、目標・原則の設定、カモフラージュ (偽装)、仮象などが区別できていない (AとBを識別するものとして「批判」が前提にあるか否かがあると木庭は言うが、この言明が木庭の擬制論に何らかの作用を及ぼしているとは、認められない)。これでは、法の世界で使われている擬制一般も、ましてや法的擬制も、とらえられない。

(17) 来栖がファイヒンガーの議論を、擬制論、さらには法の世界で使われている擬制の議論 (法的フィクション論) の一出発点として位置づけたことに、問題の要因があると思われる。ファイヒンガーが中心的に扱っているのは、認識における構成の問題である。かれは新カント派的に、われわれの認識は感覚による。実体は、感覚を越えたものだから、認識できない；認識したとされているものはわれわれの構成物にすぎない；それゆえわれわれは、実体を論じているのではなく、「実体に関わっているかのように (Als Ob)」論じているにすぎない；われわれはそのレベルで十分に生活していける、と言うのである。かれは「フィクション」を、そうした構成作業の意で使っている。したがって、① ファイヒンガーの議論は認識論上の問題に関わり、実践上で問題になる、本稿で扱っている擬制とは関係ない。しかも、② かれにおいてフィクションとされるものには理論や描写、さらには仮象の現象なども含まれることとなる。

法の世界で使われている擬制を論じるかなりの人が、〈本来予想されるのとは異なる帰結をすることが、フィクションだ〉とするのだが、フィクションのこの広すぎる定義から出発すると、フィクションでないものまでフィクションと同じものとして扱うこととなる。こういう人びとの議論には、ファイヒンガーの議論は親和的であると言えようが、ファイヒンガーの議論は、それを使う法律家の議論と同様、およそ擬制一般、さらには法の世界で使われている擬制、ましてや法的擬制の本質に迫りうる性質のものではない。

法の世界で使われている擬制を正しくとらえるためには、第一に、擬制をしっかりと定義したうえで考察することが欠かせない。すなわち、広すぎる定義である、(来栖の)「現実に存在するものでないにもかかわらず存在するとされる」ことだとか、「实在からの任意的な離反」だとか、(末弘の)「あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという」ことだとかといったものに依拠するのではなく、〈bがaではない(あるいは、常にaであるとは言えない)ことを承知のうえで、aとの本質的類似性にもとづきbをあえてaだとする特則をつくること〉というような厳密化された定義——それによって初めて擬制と空想や目標設定、仮象などが区別可能となる——を踏まえつつ議論する必要がある。そして第二に、擬制のこの厳密な定義を踏まえつつ、法解釈作業上の事実認定や法解釈の諸技法を適用していく行為がはたして擬制として把握できる性質のものか、を厳密に検討する必要がある。法解釈における無理な操作がもつ問題は、擬制の問題としてではなく、事実認定上の問題、解釈技法適用上の誤り、さらには解釈する者もつイデオロギーの問題などを区別しつつ、一つひとつ緻密に押さえていくべきなのである。

4 正義論からの考察

末弘が本講演で主張しようとした〈法実務を人間味あるものにするよう法を柔軟に運用する技術の探求〉は——末弘が試みたような、「嘘の効用」と擬制との関係論としてではなく——「嘘の効用」と正義との関係論として展開されておれば、多少は的を射るものとなっていたと考えられる(これは、末弘に対する笹倉の提言でもある)。

笹倉は『法学講義』において、正義は〈ルール正義〉と〈帰属正義〉との二つに分かれるとして、その帰結を考察した。ここで〈ルール正義〉とは、「ルールを守る」ことが正しい(=正義にかなっている)とするものであり、〈帰属正義〉とは、「各人にかれにふさわしいものを帰属させる」こ

とを正しい(＝正義にかなっている)とするものである。この観点から末弘の講演『嘘の効用』を分析すると、講演の主眼点は、法律の規定に固執した、すなわち〈ルール正義〉が一面的に支配している実務の現状に対して、個別事情を汲み取って判断するべく〈帰属正義〉を前面に押し出すことによって、人間味ある法運用をはかろうとすること、とくにそのための法解釈作業の改善を重視している点にある、と言える。末弘はたとえば次のように、法を厳格に適用する態度に代えて、その場の事情を汲んで人間味をもった法的扱いをすべきことを前面に押し出ている：

「〔自由法の反対論者は〕口では「法は固定的なものだ」と主張しつつ實際上これを固定的に取り扱って「壮美」を味わうだけの勇気のない人々です。彼らは、従来伝統ないし独断にとらわれて口先では法の「固定」を説きます。しかし、それを行いの上に実現することができない。しからば、彼らはその矛盾した苦しいせとぎわをいかにしてくぐりぬけるか？ その際彼らの使う武器は常に必ず「嘘」です。」(九)

「われわれの結局進むべき路は「公平」を要求しつつ、しかも「杓子定規」をきらう人間をして真に満足せしめるに足るべき「法」を創造することでなければなりません。」(十)

「われわれは「尺度」を欲する。しかも同時に「伸縮する尺度」を要求する。実をいえば矛盾した要求です。しかも人間がかくのごときものである以上、「法」はその矛盾した要求を充たしうるものでなければなりません。」(十一)

これらの引用箇所には、〈ルール正義〉を〈帰属正義〉によって制御しようとする姿勢が——客観的には——鮮明である。上で末弘が批判する、「法は固定的なものだ」との見方や、「杓子定規」・固定的な「尺度」が、笹倉の言う〈ルール正義〉である。他方、末弘が推奨する、「法」を創造することや「伸縮する尺度」が、笹倉の言う〈帰属正義〉である。

上の引用箇所末弘は、〈ルール正義〉一辺倒であっては、法実務の柔軟性を得る方法としては、認定事実を歪曲する(ウソをつく)ことしかな

くなるので、まずい。そこで、別の方向としての、英米法系で判例法に伴って発達した思考が重要だ、とする：

「法学者としての私の主張は、これを具体的にいうと結局「判例法主義」(case law) にくるのです。多数の判決例の上に現われた個々の具体的事例を解剖して $(a+b+c+d+x)$ を求めた上、これと「答え」との相対的關係を求めて、将来の事件において現わるべき「具体的妥当性」が何物であるかを推論する材料としたいのです。したがって個々の判決例は固定した「法」の各個の適用ではなくして、「具体的妥当性」を求めて千変万化する「法」の何物たるかを推論すべき重要材料だと考えるのです。」(十二)

この引用部分にある「具体的妥当性」もまた、「法は固定的なものだ」とする〈ルール正義〉に対する、〈帰属正義〉の特徴である。末弘はここでも、〈ルール正義〉を〈帰属正義〉⁽¹⁸⁾で制約することを重視しているのである。

末弘が出していた前述の事例のなかには、この正義論の観点からは、意味ある事例として位置づけることができるものが、いくつか見いだせる。たとえば、2-(2) の、嬰兒殺害のケースは、母親を救済するために、「嬰兒」の概念を縮小解釈をしたのであるから、まさに、〈帰属正義〉によって〈ルール正義〉を相対化したものである。2-(3) の、「名義上の損害賠償」(nominal damages) は、同情すべき被害者を奥の手的な法運用で救ったのであり、2-(4) の、起訴便宜主義は、被疑者をその境遇を考えて別様に扱うのであるから、ともに同様に〈帰属正義〉に依拠して実務に人間味を付与することに該当する。以上のように、末弘が挙げた七つのケースのうちのこれら三つは、〈ルール正義〉一辺倒を〈帰属正義〉によって是正する作業として、正義論の観点からは意義づけ可能である。

(18) もっとも末弘のように、「判例法主義」と「具体的妥当性」を直結させるのは、正しくない。たとえば、イギリスのコモンローは「判例法主義」の一典型であるが、その適用は形式主義的で硬直したものであった。これを矯正し「具体的妥当性」を得るために、エクイティーの法が発達したのである。「判例法主義」＝「具体的妥当性」ではないのである。

しかしながら先に見たように、2-(2)は縮小解釈、2-(3)は陪審員の裁量行為、2-(4)は検察官の裁量行為の範囲内のものであって、ともに「嘘の効用」とは無関係のことであったが、このように正義論の観点から考察を加えてもみても、これらを「嘘」ないし擬制と関係づけることはできないのである。

最後に、末弘の議論で「嘘の効用」が唯一意味をもっていると確認できる大岡裁きのケースは、正義論上でどう位置づけることができるか？ 大岡裁きの事例は、「具体的妥当性」を獲得するために、事実認定を操作するウソに訴えた事例である。ここでは厳罰主義という〈ルール正義〉の行き過ぎが〈帰属正義〉で是正されようとはしている。しかしその手法は、他方では、〈ルール正義〉をあまりにも軽視したものである。なぜなら、それは、事実認定を歪めることによってルール適用を妨げることだからである。〈ルール正義〉にまったく背くようなかたちでの〈帰属正義〉の実現は——前近代東洋の裁判の特徴だと言われるカーディー裁判の一表徴ではあるが——法生活上では許され⁽¹⁹⁾ない。したがって、大岡越前守の行為は本来、法律論、正義論としては成り立ちえない。

とすると、末弘が証拠に出した七つの事例はすべて、擬制論の観点からも正義論の観点からも、「嘘の効用」を語っていないこととなる。名講演とされてきた『嘘の効用』は、そこに示された七つの事例を通じて逆に、末弘的「嘘」が法の世界で効用をもちえないことを証明しているのである。それら七つの事例を使って議論するのであれば、末弘は講演の題目を、『嘘の効用』でなく『嘘の無効用』とすべきだったということである。

(19) 石井(注2)『日本人の国家意識』が西洋の法運用との対比で問題にしているのも、この点であろう。