

日本法哲学会公開シンポジウム

司法改革の理念的基礎

報告集

2001年7月22日開催

(東京大学本郷キャンパス)

まえがき

日本法哲学会は、2001年7月22日(日)に東京大学法文1号館22番教室で司法制度改革に関する公開シンポジウムを開催しました。参加者は180人にのぼり、法哲学会会員のほか、学生・市民・裁判官・弁護士等多彩でした。6人の会員による報告の後、約2時間にわたって充実した討論がありました。

日本法哲学会は、ここに、その報告をもとにした論文と当日の討論の抜粋を収録し1冊の報告集として、広く学会内外のみなさまのご高覧に供することにしました。この報告集が、現下の司法制度改革に向けた討議において、基礎法学研究部門からの一つの問題提起として受け止められることを望んでいます。

日本法哲学会

内容

理事長挨拶 公開シンポジウム開催にあたって

社会改革としての司法改革 「法の支配する社会」を求めて

笹倉 秀夫(早稲田大学)

嶋津 格(千葉大学)

司法改革の背景と課題

田中 成明(京都大学)

体制改革としての司法改革

井上 達夫(東京大学)

市民的公共性と司法改革

大野 達司(法政大学)

教育改革から見た司法改革

竹下 賢(関西大学)

質疑応答

日本法哲学会公開シンポジウム『司法改革の理念的基礎』

開催の挨拶

日本法哲学会理事長 笹倉 秀夫

1 企画趣旨

司法制度改革審議会は、2001年6月12日に「意見書」を出しました。その文書中の「今般の司法制度改革の基本理念と方向」によれば、提言されている司法改革は、司法内部の機構改革にとどまるものではなく、中長期にわたる日本社会の構造改革に連なる重大改革です。それが法学分野の教育・研究に与える影響の大きさも明らかです。

しかし、この「基本理念」に関わって提起されている、「法の支配」の理念や、司法部門が政治部門と並んで「公共性の空間」となるとはどういうことか、改革が目指している法曹と国民の新しい関係とは、いかなる意味で新しいのかといった原理問題や、司法のこのような変革を必要とする日本社会、日本司法、日本法学の根本問題は何かという点などについては、これまで十分に論議されてきたとはいえません。また、これまでに官僚制論・ポストモダニズム・市民的公共性論など現代の法哲学・政治哲学の様々な潮流から法の支配の理念や司法中心主義に向けられてきた批判を踏まえて、司法改革の理念的基礎を法哲学的に再検討することも重要な課題です。

大学の法学研究者は、もっぱら法科大学院化にどう対応するかという課題に追われて、じっくり考える余裕がない状況にあります。それだけに、以上のように司法改革の理念的基礎に関わる法哲学的諸問題の論議を活性化させること、そしてそれを踏まえて、法学教育の改革論議を「容器」の改鑄から教育の「中身」の根本的な再検討へと深化させる道を切り開くことは、われわれ法哲学研究者に課された知的発信上の責務だと言えましょう。

以上のような問題関心にに基づき、日本法哲学会は、公開シンポジウム「司法改革の理念的基礎」を開催するにいたりました。

上述のところから明らかなように、このシンポジウムは法科大学院開設に絡めた法哲学科目のロビー運動をすることを目的とはしておりません。また、司法制度改革について、学会として賛成か反対かを問題にするのが目的でもありません。あくまでも、法哲学研究に関わる学会、学術団体としての立場から、日本の政治と司法、法学教育や法学・法哲学研究の将来に深く影響を与えるであろうこの問題に学問的に関与し、根源的・総体的考察という独自の立場から、理論的に寄与しようとするものです。

2 若干の個人的コメント

ここでは、上の点を思想史上の一つの視点から考察し、問題提起を試みたいと思います。

私は「近代」を、合理化と人間化との、相互に補完し合いつつ矛盾し合う運動において捉えます。合理化とは、社会の合理的編成であり、それは組織化と専門化を内容とし、そ

の代表的な帰結の一つが、官僚制の発達であり近代法の整備です。これに対して人間化とは、ヒューマンイズム化、個人の解放、親密圏・privacyの確立といったものです。

確かに合理化は、権力の恣意的な発動を規制し人間化に貢献しました。しかし、合理化、とりわけ組織の巨大化と官僚制は、人間性を枯渇させ社会を「石化」するものでもありません。同時にまた、合理化を進めるためには、他方で人間化を強化する必要もありました。この最後の点は、近代家族の親密圏が近代資本主義社会の合理性を逆説的に支えたことに典型的に見られます。

今日、近代に関しては、もっぱらその合理化の側面を問題にする立場からの近代批判が注目されています。たとえば、ヴェーバーについては合理化・官僚化へのかれの危惧が着目され、フーコについては近代を一望監視（パノプチコン）原理の支配において捉えた点が着目されています。ジンメルにおける「形式」による「生」の蚕食、ハバーマスにおける「システム」による「生活世界」の植民地化の問題提起についても、そうです。また、構造主義の「構造」やルーマンのシステム論も、近代化を人間化抜きで合理化が進展していく過程において批判的、あるいは肯定的に捉える見解です。しかし私は、近代の進展は、合理化と人間化とを併行させていたと考えます。ここでは、この観点から、司法の世界がどう展開したかを考える形で、今般の司法改革問題を歴史的に位置づけたいと思います。

合理化と人間化が激しく対立するようになるのは、近世の絶対主義下においてでありました。それ以前には、確かに合理化は進展しましたが、その程度は牧歌的であって、人間化と鮮烈な対抗を示しませんでした。

たとえば、人類史上、社会生活において厳格な組織化・紀律化が展開するのは、まず古代ローマの軍制においてであったと言われていますが、しかしこの古代ローマにおいても、元老院に見られるように名望家による政治が中心的役割を果たし、官僚制の発達は見られません。学問においても、体系的思考はローマ人には無縁でした。中世においては、貴族的支配が前面に出たため、軍制すら組織性を失いました。ただ、中世においても教会、修道院において官僚制や体系的思考、紀律が発達しました。ルネッサンスにおいて、傭兵制や市民軍による集団戦が展開する中で、ヴェゲティウスの『戦術論』などの古代戦術論が再評価されて印刷されました。それベースにしたマキアヴェリの『戦術論』（1521年）は、この古代軍制・紀律の伝統を高く評価しました。こうした動向がリプシウスによってオランダに紹介され、やがて絶対主義国家において市民生活の紀律化の運動となって展開するのですが、しかし全体としては、ルネッサンスの社会はなお名望家支配であり、また、その思考も非体系的でした。逆にルネッサンスは、人間の尊厳を主張し人間的自然を強調したことによって、人間化の発展に貢献しました。

以上の前史に対して、絶対君主下では合理化と人間化が激しく拮抗を始めました。合理化は官僚制に担われ紀律化(Disziplinierung)の形で進展し、これに対する人間化は、絶対君主化に対抗する等族(Staende)、とりわけ貴族的自由主義に担われ胎動しました。その際、合理化が君主による制定法に依拠して進展したとすれば、人間化は諸身分によるRecht擁護の形で進展しました。中世後期以来の観念によると、Rechtとは、王権によって創られるものではなく王権の上にあるものでした。この観念と結びついて、中世後期以来「善き

旧き Recht」の観念が形成され、さらに近世に入ると、それと結びついて「自然法・自然権 Naturrecht」の観念が発達しました。(ジンメル「形式」対「生」の概念対置を用いますと、制定法が「形式」に、「Recht」が「生」に結びつくものであります。)

法曹は、国によって異なりますが、等族と結びついた名望家という形で基本的に Recht と結びついていました。典型的には、フランスのパルルマンがそうでありました。ヴェーバーは、近世におけるイギリスとイタリアの名望家法曹をドイツの法曹と対比した際、前二者の独立性を強調しつつ次のように述べています。

「これらの〔ドイツの〕法記録の作者たちは、一方においては、名望家裁判の代表者であったが、しかし他方において、彼らは、イギリスの弁護士やイタリアの公証人とはちがって、強力なツフフトに結集した身分を形成してはいなかった。これに反して、イギリスの弁護士やイタリアの公証人はこのような身分を形成しており、この身分は、彼らの営利関心と裁判官の地位の独占とによって、中央裁判所の所在地に集中的に結集しており、国王や議会の力をもってしても容易に排除しえないような勢力を握っていた。このようなわけで、法記録の作者たちは、イギリスの弁護士とはちがって、ツフフト的な法修習の担い手になることができず、したがってまた、合理的な大学教育の法思考と大学で訓練された法律家たちとに長期にわたって抵抗しうるような、確固とした経験的な伝統や法発展の担い手になることができなかったのである。」(『法社会学』世良晃志郎訳、創文社、347頁)

すなわち、イギリスとイタリアの法曹は、団体自治によって身分制的自由を確保しており、その自由によって、「経験的な伝統」の担い手となり、官僚的合理化に対する抵抗体となったということです。

さらにドイツについても、黒田忠史が、絶対主義下でも裁判官には貴族的な自由主義が強く、「一八世紀においてもなお、官僚制化する国家・社会「構造」の中で裁判所がこのような自律的性格を保持したということ、そしてそれが主権者とその政府の権力からの「司法の自律性」ひいては「法と裁判」に対する権威の保持につながっていったという側面に注目したい」と述べています*1。

こうした身分制的自由、「善き旧き Recht」の伝統に立つ法曹にとって、法は適用すべきものである前に発見するものであり、「Recht」とは制定法だけでなく、上述のような意味での権利でもありました。「法の支配」の原義は「権利の擁護」であり、それゆえそれは、制定法によって紀律化を進める「法治国家」・官僚制に対抗するものでした。

さて、市民革命後の近代国家において、合理化は一層進展しましたが、ほとんどの世界は、ヴェーバーが危惧したようには「石化」には至りませんでした。それは一つには、19世紀後半のヴィクトリアニズムに見られるような、近代化に対抗する文化がかえって強化される現象が広範にあったからであり、また一つには、官僚支配に対抗する力が、初めは(A)教養専門職(プロフェッショナルリズム)、後には(B)民主主義原理に依拠して強化されていったからです。ここでは、この第二点を問題にします。

(A)教養的専門職

イギリスで「ジェントルマン」とは、伝統的にはジェントリーに代表される名望家層を指してきましたが、1870年代になると、第一義的にはパブリック・スクールとオック

スプリッジとで教養を積んで法律家・医師・教師・牧師・建築士・文人などになった教養専門職の人々を指すようになりました。それは、土地が高価となりジェントリー化が難しくなったこと、パブリック・スクール改革や大学改革、官僚養成改革によって、エリート養成コースが整備したことなどが原因しています*2。ドイツでも、フンボルトのベルリン大学創設やギムナジウムの近代化などの教育改革によって、教養を積んだ専門職エリートが形成されました。

こうして確立した教養専門職層は、近世における「善き旧き Recht」のエートスを近代において継承した存在として、近代政治において官僚制に対抗して人間的要素を担う重要な役割を果たしました。

たとえば、官僚制の支配に危機を懐いたヴェーバーが現代においてその防波堤として期待したのは、実はしばしば論じられるようにはカリスマでなく*3 弁護士でありましたが、その際にかれが重視したのは、弁護士の教養専門職的自由性でした*4。ヴェーバーは、歴史上、職業政治家の職を担った階層として、聖職者、「人文主義的教養を身につけた文学者」、宮廷貴族と並んで、イギリスにおけるジェントリーと、大陸における「大学教育を受けた法律家」を挙げています。その際、ヴェーバーがジェントリーについて評価する点は、「この階層こそ、ヨーロッパ大陸のすべての国の運命であった官僚化からイギリスを守った」という点です。すなわちヴェーバーは、かれらの名望家的独立性が、機構化する国家に対しても、また官僚化に対しても、自由な人間的意識を確保した点を評価するものでした*5。ヴェーバーは、これとの連続において、大陸の教養専門職としての法律家を評価しています。かれは、「これらの法律家がいなかったなら、急進的な知識階級とその計画に生命を吹き込んだ独特の精神は全く考えられなかったであります。それ以来、近代の弁護士と近代の民主政治とは、完全に一つに結びついております」と、近代のリベラル・デモクラシーにおけるその重要性を指摘しています。

ヴェーバーはとくに、弁護士出身の政治家が政党制と議会制を通じて選ばれ、指導的政治家になることに、合理化＝官僚支配に対抗する人間化の可能性を見いだしたのであります。かれは、今日において、官僚化に対する存在としての弁護士の意義を次のように指摘しています。「今日の政治の大部分は、公衆に向けて演説をしたり、文書を発表したりするという方法で行なわれるからなのですが、その効果の計算は、弁護士の仕事であって、専門的官吏の仕事ではないからです。専門的官吏はデマゴグではありませんし、その目的から言って、デマゴグであってはならないもので、それでもデマゴグになろうとする場合は、最悪のデマゴグになるのが普通であります」(『職業としての政治』)。ここには、弁護士の職業柄と官僚のそれとが鮮やかに対置されています。(合理化・官僚化に対する人間化の観点から教養専門職に期待することは、デュルケムやマンハイムにも見られません。)

一般に、弁護士を含め教養専門職はなぜ官僚制に対抗しリベラリズムの拠点となりうるのでしょうか。それは、第一に、かれらが「財産と教養」に依拠し自由な法的思考を駆逐できる主体だったからです。すなわちかれらは、独立し安定した生活と、その職能団体の自治に支えられて独立した精神を堅持でき、かつその精神が liberal arts(自由学芸)によって形作られ、しかも高度の専門的知識をも備えていたからです。

とくにイギリスにおいて、弁護士・医師・会計士・建築士といった教養専門職は、独立

した職能自治団体を結成し、この自治団体が、後継のプロフェッション資格者を独自の養成課程と資格審査によって育成し認定してきました。この点は、こうした専門職を国家によって養成し、かつ国家試験によって認定していく日本などとは、発想が正反対であります。いわばかれらの存在自体が 日本のように国家に依存したのではなく 国家以前の存在であったのです。研究者の中には、こうした自治を19世紀中葉のレッセ・フェールの一環として位置づける人がいますが*6、それは近代主義的な見方であって、その実体は、中世以来の団体自治の伝統が継承されていることにあります。この点でも教養専門職は、前世紀の貴族的ないし名望家的リベラリズムの伝統の継承者でありました*7。こうしてかれらは、一方で、産業資本家と国家とによる近代化に協力するとともに、他方で、同時にその近代化の行き過ぎに対して警鐘を鳴らすことができる存在でありました*8。

しかし、この点だけでは、説明は足りません。イギリスにおいてもドイツにおいても、19世紀の官僚養成もまた、liberal artsを基礎にした、エリート養成の大学で行われたからでありました。そこで「なぜ弁護士か」について考えなければならないのが、次の第二の点です。すなわち、とりわけ弁護士は、その思考において、国家的制定法に全面的に依拠する傾向を有していないという点です。かれらは、まず「人間」を見ます。人間が織りなす生の秩序がまずあり、そこに定礎して法を考えます。依頼者であるこの人間に直接結びついた秩序、すなわち制定法を超えたRecht(法・権利・正義)の秩序があり、それを擁護するのが法曹の役割だと考えるのは、かれらにとってごく自然のことでした。この点においてかれらは、近世における「旧き善きRecht」の觀念の伝統を現代に引き継いでいるといえます。かれらが前提にするのは、もはや旧い形態における「旧き善きRecht」ではなく、その近代的なバージョンである、「基本的人権」であり、「生ける法」であるのですが、国家前的なものをなお、堅持するのです。

法曹一元が重要である理由の一つは、「人間」から出発し、それゆえまた「権利」から法を考える、弁護士のこのような思考こそが、法実務から官僚制を減殺できる重要な保証となる点にあります。官僚から出発するのでは、どうしても国家的制定法から出発して法の問題を考える、エールリッヒのいう「国家的法観」が避けられないからです。

実際、イギリスやアメリカでは、法曹一元によって弁護士である教養専門職の意識が法曹の意識を規定しました。ドイツでも1950年代に至るまで、教養専門職の意識が、弁護士はもちろん、官僚法曹である大学教授や裁判官の特性の一部でもありました。(1870年代以降にかれらがビスマルク国家に傾斜していき、リベラリズムから権威主義への傾斜が強まったことは事実ですが。)法生活の高度化が必ずしも「法学的世界観」や官僚化に直結するものではなかったのです。

(B)民主主義原理

ところで、とりわけ1960年代末以降、西欧ではこうした名望家や教養専門職によるエリート主義原理に代わる新しい原理が人間化の担い手となりました。それが、民主主義原理です。法曹人口が増大し数の上でも民衆化された専門家は、民主的な体質を強めましたが、かれらは同時に、司法制度を公共化させる方向、すなわち民衆の司法参加をも強化しました。

こうした民主化と公共化は、広く公民権運動・大学・企業・環境保護運動などの世界に見られました。その典型はアメリカですが、西ドイツも、1969年のプラント率いる社

会民主党主導内閣の誕生以来、職場の民主主義に貢献した「共同決定」制度の全企業への拡大、「静かなる革命」と称される、官僚機構の中枢部への「部外者」の浸透や、反核・環境保護などでの「新しい社会運動」の強化、民主主義を前面に掲げた大学や学問の革新運動、女性の社会進出などが見られ、権威主義的社会体制の克服の動向が顕著になりました*9。法の世界もその例外ではありませんでした。ここでは専門職制はもちろん持続しましたが、専門職が自立と自己統治を確保し、また公共化・民衆参加によって、生活する人間が司法の場に加わり、これらが相まって人間的要素が官僚制を薄める力を発揮しました。これを典型的に呈示したのはドイツです。この点は、木佐茂男氏の『人間の尊厳と司法権』（日本評論社、1990年）にヴィヴィッドに描かれています。（司法への民衆参加もまた、もともと西欧中世の伝統でした。）民主主義原理は、生きた人間の声を反映し、国家からではなく下から社会を動かすものとして、今日において人間化を担う重要な要素なのです。

実際、民主主義原理の浸透は、Recht（法・権利）の観念を強化する力を発揮し、それによって制定法が相対化される、上述の効果を再現しうる方向性を示し得ました。たとえば次の事情がそうです。ドイツ基本法の第20条3項は、「行政権と裁判権は法律とRechtに服する」と規定しています。この規定にある「Recht」とはなんでしょうか。ドイツ連邦憲法裁判所は、1973年のソラヤ事件判決において、それは「意味の全体としての憲法適合的秩序に源を有し、成文の法律に対して修正をなしうるもの」と理解しました。そしてこのような「Recht」に基づく法解釈とは、「憲法適合的な秩序に内在しているが、成文法の規定には明記されていないか不完全にしか規定されていない、価値観念」を、「実践理性の基準と社会の理由づけられた普遍的な正義観念」に基づいて認識し判決の根拠付けにすることだと述べました*10。この条文は、戦前・戦中の法律実証主義がファシズムに対する裁判官の無抵抗ないし追従を招いたことの反省から、また法律には欠陥がありかつ時の変化によって問題を生じるものだから、それに適切に対応できる裁判を求める立場から、法律だけでなくそれを超えたRechtの原理的考察を裁判官に求めているのです*11。したがってこれは、ドイツだけの問題ではありません*12。しかし、そうした思考を裁判官が駆使できるためには、彼の精神が自由でなくてはならず、そのためには、その地位の独立性と人間的「生」とのつながりを必要とします*13。それは、官僚化されしかも民衆との司法上のコミュニケーションを持たない存在からは期待し得ない自由な思考です*14。

以上の点で、日本はどうだったのでしょうか。日本においては、身分制的自由や名望家的専門職のリベラリズムの伝統が弱かっただけでなく（そのため国家的権威への傾斜が強かった*15）、まさにこの1960年代末以降に、日本社会は、西欧とは逆の方向に向かってしまいました。いわゆる司法の反動化の過程において、ここでは民主主義原理の芽がていねいに摘み取られ、人間化を極度に萎縮させた官僚化が司法を覆ってしまいました。同様の現象が、司法だけではなく、警察・自治体・中央行政府などの非民主化・権威主義体制化、教育における管理教育、企業における会社主義などとして、時を同じくして進行しました*16。今日の日本で諸制度改革を論じるときには、この60年代末以降における、合理化と人間化をめぐる世界の動きからの大きな乖離という歴史的事実を、われわれは自らに引き受けなければならないと思います。

＊

それでは、民主主義原理を活性化させ、また法曹一元を採用すれば、司法から官僚化の

要素を減らし人間化の契機を強めうるかといえ、そうではないでしょう。重要なのは、自由な精神の人間がそれを担いうるかでもあります。では法曹のこの自由な思考はどの様にして創られるのでしょうか。この点ではわれわれはやはり、上に述べた、官僚制に対抗するプロフェッショナルリズムの伝統を重視するほかないと思います。すなわち、liberal arts の伝統です。

私見によれば、教育には2つのものがあります。一つは、合理化、とりわけ専門化を担う人間、道具的人間を創るための教育です。これは、そのために必要な知識や技術を外から注入しなければなりませんから、instruction(in + struere)と呼ばれます。それは、与えられた専門的課題を如何に巧みにこなすかを訓練することを中心とします。もう一つは、役には立たないが自分がおもしろいから学ぶという教育です。やる事が自分の中から出てくるからそれをeducation(ex + duco)と呼びます。興味があるから学び、そのことによって自分が成長します。ここで成長とは、問いかける能力と解決を進める能力を身に付けることです。(つまりそれは、研究者の作業そのものです。)ひとはそのことによってその置かれた環境を問い直し、新しい関係を創造しうる自由な人間になります。このように道具的人間に対する、応用が利く、すなわち自由な、人間の教育ですから、それはliberal artsとも呼べます。(西欧のリーダー養成がこの学の上に成り立っているのも、まさにここに理由があります。)

さて、「意見書」は、法科大学院をめぐる議論の中で、「専門的な法知識を確実に習得させるとともに、それを批判的に検討し、また発展させていく創造的な思考力、・・・を育成する」と述べています。もしこの後者を真剣に追求するならば、instructionに特化するのではなく、liberal artsを正確に位置づけなくてはなりません。そしてそのためには、直接には司法試験にも役立たずその後の法曹活動上の道具ともならない、そういう「無駄な」教育を正しく位置づけなくてはなりません。それには、専攻(メジャー)を明確にした一般教養課程において問題を自由に解明していく経験とともに、学部の専門課程と法科大学院で、ひとときは効用を忘れて探求する、そういう経験が必要です。基礎法科目は、そうした意味で、法科大学院の飾りでもなければ、学部専門教育でのinstructionの一環でもなく、「役立たないが故に役立つ」そういう特性において、官僚化に対抗する人間化の学問であると思います。(こういう教育は、ただ基礎法科目だけに限定されるだけではなく、実定法学でも、やりようによってはliberal artsとして機能します。しかし、実務教育との絡みがあるため、実定法学でそれを行うのは実際は難しいことです。)

註

*1 黒田忠史『西欧近世法の基礎構造』晃洋書房、1995年、第3章。

*2 村岡健次『ヴィクトリア時代の政治と社会』ミネルヴァ書房、1980年、149頁。

*3 拙稿「いわゆる「ヴェーバー問題」について」法学雑誌25巻3・4号、1979年、参照。

*4 ヴェーバー『職業としての政治』1919年、河出書房版『世界の大思想』18巻、188頁以下。

*5 戒能通厚も、19世紀におけるイギリス法曹の独立性がそれ以前の貴族的自由主義と関わりをもっていることについて、次のように言う、「イングランドのバリスタの貴族的＝閉鎖主義は、ヴィクトリア朝時代の「プロフェッショナルリズム」の普及にあわせて再編され、国会主権＝名誉革命体制の

憲法的原理に「法の支配」の原理を「付加」させることに「寄与」した。つまり、名誉革命によって確立された私の言う「名誉革命体制」とは、「生まれながらの支配者」たるジェントリと言われる地主階級およびそれを基盤とした地方的名望家の支配を意味した。この構造を揺るがしたのがベンタム派の諸改革であり、それは、ノブレス・オブリジエによる地方の治安判事制による名望家的＝「地方統治」の「民主化」を実現し、治安判事職の「司法職」への限定という結果を導いた。しかし、この過程で司法部が果たした役割は大きかった。またプロフェッショナリズムの確立を促すものとして、裁判所の改革とあわせて法曹の養成と選抜システムが確立したことも、決定的に重要な意味をもった。」（『プロフェッションとしての法律家』『市民法学の課題と展望』日本評論社、2000年、103頁）

*6 村岡・前掲書、235、257頁。

*7 リンガー（『知の歴史社会学』筒井他訳、名大出版会、1996年、40・41頁）の次の指摘を参照。「かいつまんで言えば、ドイツ教養市民層は近代的な「能力」エリートとして生まれたのである。それは世襲貴族階級とは区別されるひとつの知的貴族なのである。そして、彼らは自分が生まれた職人の世界から徐々に離れていった。他方で教養という概念のほうは、当初は貴族的な性格を追い出してしまうつもりであったが、とどのつまりはそうした性格を残すことになった。」

*8 リンガーは、『読書人の没落』（西村稔訳、名大出版会、一九九一年、83頁）で、教養専門職の「教養自由主義はしばしばその本来のブルジョワジーに対して強い嫌悪感を示し、その唯物論的精神と純粹の利益政治を」非難した、と指摘している。

*9 山口定『政治体制』東京大学出版会、1989年。

*10 Der Beschluss des Ersten Senats vom 14.2.1973, BVerfGE. 34.269 ff. この判決は、民法に規定のない、人格権侵害に対する損害賠償を裁判所が認めたことに関する。

*11 石部雅亮・笹倉秀夫『法の歴史と思想』（放送大学、1995年）155頁（石部執筆）。

*12 以上については、拙稿「抵抗権について」（立命館法学、2001年1号、未刊）参照。

*13 もっとも、こうした自由な法思考が現代ドイツで一般的であるわけではない。現代ドイツの法学の主要な傾向は、事実を法規にいかにか巧みに論理的に包摂するかを中心とした、オーソドックスなものである。この点では、むしろ日本の法学の方が、利益考量論に典型的に見られるように、法規から自由な思考に立っている。

たとえば、日本の法解釈論争について考察したドイツのラーン（Guntram Rahn, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, Muenchen, 1990, S.397 ff.）は、法解釈をめぐる日本とドイツでは態度が大きく異なるとする。すなわち、日本の川島武宜、加藤一郎、星野英一らの解釈論では、まず結論が、法律とは独立に、すなわち常識ないし民衆の法感情に依拠した利益考量なし価値判断として獲得される。そして法解釈は、そうした結論を人々に納得させるためのものであると位置づけられ、それゆえ結論を理由づけるのに都合のよい規定やその解釈が事後的に採られる。こうした観念を反映して判決文でも、厳密な法律構成は重視されていない、と。

ラーンの見解には疑問点も多いが、法的構成を法的判断の準拠として（実質論）ではなく、結論を正当化する手段とする傾向（形式論）が日本で強いことについては、日本の法学者も「形式論を実質論の手段とみるのは、我妻博士の「法律的判断の衣裳」、川島博士の「価値判断とことばの技術」

『科学としての法律学』はことばを道具とみる 以来である」という風に指摘している（瀬川信久「民法解釈論の今日的位相」瀬川編『私法学の再構築』北海道大学出版会、1999年、21頁）。

ラーンは、他方、ドイツでは結論付けに当たっても法規の枠が重視され、それゆえまた厳密な法律構成が要求される、とする。この点は、村上淳一が『現代法の透視図』（東京大学出版会、199

6年)の第4章において、現代ドイツの法学教育と法実務において厳密な法律構成(包摂)がいかに重視されているかについて報告していることと照合する。

日独のこの差は、何を意味するのだろうか。思うに、それは、第一には、日本の法学が単にドイツの法学の主流に影響を受けただけではなく、とりわけアメリカのリアリズム法学や、ドイツの主流を批判するエーリッヒ、カントロヴィッチ、そしてナチス法学に影響を受け、それゆえ法教義学の伝統を早くから克服したこと、第二に、日本はドイツと異なり、原理・原則からの厳密な論証や体系性を徹底的に追及するという傾向はなく、むしろ「建て前と本音」や「花より団子」に見られるような、プラグマティックな傾向が強いこと、第三に、ドイツの法学界は、未だに法社会学がマイナーな科目であったり、政治学との交流がほとんどないなどの、伝統主義的で保守的な傾向が強いこと、などを背景にしていると考えられる。また、ドイツの弁護士や裁判官に社会民主党関係者が多いのに比して、ドイツの法学界の主要科目にはそうした傾向が弱いことも、その背景の一つであろう。

とはいえ、こうしたことから、『リアリスティックな法思考は政治における進歩性を意味している』という結論を引き出すのは、正しくない。むしろ逆に、日本では、法思考の柔軟性は、戦前の官僚法学の主要特徴でもあったのである。すなわち、磯村哲が指摘しているように(『社会法学の展開と構造』日本評論社、1975年)、天皇の主権を絶対視し、それゆえ法を天皇をも拘束するルールとしてではなく逆に天皇による統治の道具に過ぎないとする絶対主義的(家産国家的)権力観が支配的であった戦前の日本では、法に厳格に拘束されるという発想が支配的になりにくかったのである。磯村は言う、「ドイツ理論ではともかく国家・社会を極力法的に(したがって原則でもって)カヴァーするという前提がとられているのに対し、わがくにの概念主義は法の権力に対する制約を制限し「法」外の権力および権力的倫理秩序の作用範囲をできる限りひろげる方向に機能せしめられているのである。このようにみえると、公法における概念法学的方法の主張なるものは、ドイツ公法教義学の国家的権力的法律観と行政権力の優越性の側面を極大化された形態において継承するとともに、その本質的思想である「家産的」法思想の道具に転化せしめたものであることは明らかであろう。その歴史主義がドイツ歴史主義に対して「偽歴史主義」とでもいわれるべきものならば、その概念法学はまさに「擬似概念法学」とでも称すべきであろうか。いずれにせよ、概念法学がわがくにの土壌のもとでは特殊・日本的な変質をうけたことは銘記されねばならない」(同19頁)。日本では、「概念法学的法律実証主義」が、「制定法の論理体系への包摂という純粹認識過程の外見によって「法律解釈」における法創造の実質を隠蔽し、このことによって、「法律解釈」の社会への適応性を保障しえないだけでなく、かえってその表見的認識過程にひそむ実質的法創造に際しての「法曹」の恣意を防止する合理的規準を欠如して」いた(111頁)のである。

*14 中野次雄他『判例とその読み方』(有斐閣、1986年)は、「裁判官は最高裁判所のするであろう判断に拘束される」とする。裁判官は「裁判組織の一員」であるから、最終的・確定的な判断である最高裁の権威に従うのが「職務上の義務」だとする。しかしこれでは、Rechtに向かう自由な思考は期待し得ない。しかもそれは、三審制に関する一面的な見方に立っている。三審制は、三度、異なる眼で検討することによって正確を期そうとしてのことである。そのためには、それぞれの裁判官が、事実認定と法解釈について、自分で納得できる、自分の良心にかなった判断をしなければならない。この点では、それぞれの審級の裁判官は、相互に対等である。自分に納得のいく判断を奪われて、他人はどう判断するだろうとばかり意識してどうして正しい判断ができるだろうか。日本国憲法76条3項が、「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」と述べているのは、このためである。しかし同時に、裁判は国家内で統一したものであ

ることが望ましい。進級制を設け最高裁判所を最高の最終審としているのは、このためである。裁判制度は、これら二つの原理の緊張の中で展開しているのであって、この緊張こそが、正確さと生ける統一性との保証である。それを、この本のように統一性に傾斜してしまうのでは、裁判官に対する官僚統制が不可避となる。

*15 日本では名望家的専門職の伝統も弱かった。弁護士は、三百代言と蔑視された。福沢諭吉が指摘するように、さらに官尊民卑の伝統も強かった。このため上からの官憲的支配、官憲的な司法が強く、在野の独立自尊が低かった。

*16 山口定は、次のように述べている。「結局七〇年代を通じてヨーロッパと日本とに大きな違いができたのではないかということですが、それは、ヨーロッパではホワイトカラーと青年層の革新化が見られたのに対して、日本ではその層の「保守化」が見られたということだと思います。そのために、ヨーロッパで起っている若者の「文化革命」について、日本人はなかなか理解できないという事態が生じているのではないのでしょうか」(『現代ヨーロッパ史の視点』第2版、大阪書籍、1988年、229頁)。市民層の「保守化」が、70年代日本において社会システムの非民主化、官僚化を進展させた、と山口は見るのである。しかし同時に、政治の保守党回帰、官僚制や企業をはじめとする諸制度の権威主義化が、市民の保守化をもたらしたという面もある。

社会改革としての司法改革

「法の支配する社会」を求めて

嶋津 格

今回の司法改革は、日本社会の改革の一環であるとともに、後者と一体になってはじめて成功すると考える。そこで、私の観点からして、現在進行中の改革が実現しようとしているように見える社会変化のイメージを、法の觀念に関するいくつかのディコトミーを使って若干図式的に描いた後、その実践的含意を考えてみたい。その際、現実に進行中の改革の射程からは一部外れた部分もあることをお断りしておく。

1. 法概念が前提する秩序構想と「正義感覚への依拠」

何らかの社会秩序を実現することが法の第一の目的だが、その際に人々のもつ正義感覚に依拠しようとするかこれを排そうとするかによって、その法と法理論の基本的性格が決定される。つまり、各人のもつ「正義感覚」(一方の立場からは、それは原理上分裂した危険なものとする)への不信から出発して、自覚的にこれと切り離された法の觀念を社会の基礎におこうとするのは、法実証主義に共通の秩序構想である。これに対して、「法の支配」で問題となる法は、人々の間にある正義感覚を基本的に信頼し、これに依拠して社会秩序を維持しようとするような法の觀念を前提している(だから、法実証主義者の「法の支配」に対する説明は常に困難を抱えている、というのが私の印象である)。

現在視野におかれている日本の社会変革は、標語的には、「正しさに関する問を排除する社会」から「正しさを語る社会」へ、また別の観点からは、官僚の法から法曹の法へ、ということもできるだろう。元来日本の大学の内歴史の古いものは、創設期において法学を中心に発展したところが多い。ここでの法学は主に、中央と地方の政府官僚を養成するのに使われるそれ、または民間企業での組織運営に関わるそれであり、問題になる法は直接的には、近代的な行政と官僚組織にとって不可欠な垂直的關係を規律する「官僚の法」または<法=統治>であった。これの知識と訓練が、野心的な若者が官僚制の階梯を駆け上がるのに役立つのである。これに対して、レヒトとしての法(<法=権利>)は、水平的な關係を規律する「法曹の法(lawyers' law)」であって、人々の権利意識をその基礎とし、それによって支えられているような法である。そして「法の支配」は、(人間の意思でなく)この種の法が支配することを政治的支配の理想または目的として掲げる。しかし、この理念が決定的な場面において政治的な力を現実に発揮するためには、人々の実感する正義の感覚によってその法が内容的に支えられていなければならない。そして裁判官も含めた法曹本来の活動の基盤もまた、ここにあるのである。さもなくば、選挙によって選ばれたのではない裁判官の判断が立法府の決定を覆すという違憲立法審査権は、ほとんど不可能な政治的基盤に立つ危ういものになってしまうだろう(日本における司法消極主義の真の原因もここにある、と私は考えている)。

ちなみに、実証主義的な法と秩序の構想(法の存在または認識をその内容上の評価と截然と切り離そうとする)は、法と言語のアナロジーからすれば、言語感覚にまったく依拠せ

ずに文法書のみを手引き（排他的権威）として営まれる言語生活のような、奇妙で倒錯した社会像にも接近する。まずここでは、法と権利の乖離が発生しやすい。権利主張は法との関連づけを失って、単純な利益要求と区別がつかなくなり、法は権利との絆をもたないことから、制定者の権限と意思にのみ基礎づけられることになる。そして、それが手続を越えてなぜ正しいのかの問は、イレバントなものとして黙殺される。

2. 「正しさを語る社会」のイメージ

<法 = 統治>においては、各階層の法と命令、決定の間に形式的な授権関係が成立していることが重要であり、この場合の権威を「形式的権威」ということにすれば、<法 = 権利>における権威は、それが人々の権利意識と結びついていることから生じる権威であり、むしろ「内容的権威」ということができるだろう。しかし、法実証主義が常に問題にしてきたように、人々の正義の内容が一致するという予定調和の保証が事前にあるわけではない（同じ社会に住む人々の間には一定の共通部分 抽象的レベルにおける はあるだろうが）。私の理解に従えば、そのような状況において、正義に関する合意を調達するための議論（それが常に成功するわけではないが）に従事する専門家が、法曹なのである。これまで私はいくつかの機会に、「合意達成問題」と「正解発見問題」の区別と、民主主義による決定においてこの区別がもつ含意を論じてきた。確かに、道路を右側通行にするか左側通行にするかとか度量衡とかの決定は前者であって、この場合真正な合意は正解を作り出すと考えてよい。そして数学や物理学の問題（「地球は回っている」など）は後者であって、民主主義であれ何であれ、どんな手続をふんだ決定によっても、それが正解を生み出すことはない（それは「（内容上）誤った決定」でありつづける）。しかし法的決定（解釈）を単純な正解発見問題と同視する（R. ドウォーキンの議論はこれを示唆するが）ことにも疑問がある。ここで詳論はできないが、私は現在この問題を以下のように考えている。特定の問題（たとえば、「脳死下における臓器提供を許すべきか」）が上記の二つのうちどちらの問題であるのかの判定は困難な場合が多い。これ（脳死下の臓器摘出）を是認する社会も否定する社会も、いずれも可能であるかもしれないという意味では、これは外的視点からは合意達成問題であるかもしれない。たとえそうであってもわれわれはむしろ、社会的合意にいたるためにも、自分が正しいと思う結論を、理由を挙げて弁証しなければならぬのである。反対派がゼロになることはないかもしれないが、そこであげられた理由は、詭弁や口先だけのものではなく真剣なものであれば、その後の決定と行動を拘束する。そして他の規範的問題へも含意が波及する。そして、なにが、なぜ正しいのか、についての弁論が、それに関する社会的決定とともに蓄積されてくると、正義主張に伴う普遍性要求の結果、われわれは「正しきもの」に関する理由づけのネットワークに取り巻かれる世界に住むことになるのである。この世界の内部においては（内的観点からは）規範問題の「正解」を求めて論じることは無意味ではない。むしろそのようにしてはじめて、正義感覚に関する調整または一致が、結果として人々の間で達成されるのである（ソフィストのリアリティーはまさにここにあるのではないか）。しかし、法律家としてのセンスの中には、自分が展開しようとしている議論が、現在の聴衆に正しいものとして受け入れられるか否かについて予測する能力もまた含まれるはずだから、彼の弁論のあり方は、その内容を含めて聴衆の「聞く耳」（についての予測）によって左右される。その意味ではこの弁論は、

純粋な数学や自然科学などのそれとは異なっている（後者を前者になぞらえて理解する科学哲学 T.クーンのそれなど も十分ありうるが）。だからこそ、弁護士は争訟のいずれの当事者からの依頼でも、受けることができるのである。有能な弁護士ほど、争訟のどちらの側でも勝たすことができる余地が大きくなるのも事実である。これは古代ギリシャにおいてソフィストたちとソクラテスが対立した問題と同型の問題である（ここにおけるソクラテスの勝利は、まったく明らかではない）。

弁論と議論をつくしても、正義に関する結論の一致は得られないかもしれない。その場合でもわれわれは、自分がかならずしも全面的には賛成していない相手の規範的世界の中で、一定の結論を正当化したり、自分の利益を権利として相手が認めるべきことを主張したりすることができる。法曹に要求される基礎的技能とは、このような世界を自らの議論によって作り出し、その中で自由に論じ続けるためのそれなのである。これはもちろん司法改革審議会の新構想では、「法科大学院」において課される訓練の内容とならねばならない。

3. いくつかの実践的示唆

上記の描写は、特に紙面の制約のために、概略的な素描にすぎないば、これを要約すれば、法的正しさ（正義）の弁論は、それによって正義感覚の一致を生み出すという力のある範囲でもたねばならないし、法的社会を実現するためには、われわれはこの一致を得るための技術を高めねばならない、ということである。以下にはその含意を明らかにするために、ここから導かれると思われるいくつかの実践的帰結を列挙してみよう。

条文を被説明項として扱うこと

これまでの裁判実務や行政実務では、「 の条文があるのだから、 の結論は正しい」という形で、制定法の条文は説明項（結論の正しさをそれによって説明するもの）として扱われるのが一般である。しかし「正しさを語る社会」では、裁判官や官僚は、決定的な場面で法律条文を引用する場合、その法律が内容上なぜ正しいのかを、自分の才覚で弁証する（社会的・政治的）義務を負うと、人々に考えられることになる。彼らには、法を適用する自分と、それを適用される相手の正義感覚と法との同調を試みる義務がある、と言ってもよいだろう。これが困難な場合、その条文は可能な限り制限的に解釈されるし、場合によっては無視されることになるだろう。

「不当判決」の例外化

自分が求めていた判決と異なった判決が出された場合に、簡単に「不当判決」の旗を掲げる、というような行動は、厳しい批判に晒されるべきである。個々の判決の内容はもちろん批判することが許されるべきであるが、司法制度と法の全体的権威は、それが社会の最終的鞏帯であると理解される以上、それに相応しい権威あるものとして扱われねばならない。権威は最終的に、それに従う者たちが作り出すものだからである。わかりやすい例を挙げるなら、現在天皇に対して払われている程度の注意（つまり「権威への服従」）が、法と裁判に対して払われる（べきだと人々が感じるようになる）ということかもしれない。

国民的教養としての法学教育

法学の基礎的素養は、法学徒のみに限定されてはならない。社会生活上の基礎的教養として、初中等教育の中で、広く国民に法学的素養が体得されてゆくような教育制度を作ってゆく必要がある。その際重要なのは、現行法の内容が記憶されることではなく、体

育実技のようにして、自分の正義感覚を言語化し、それを弁証し異なる意見との間で論じ、調整してゆくことを体験し、その能力を高めることである。陪審制または参審制が採用される場合には、国民の誰もが裁判における判定能力を持つ必要があるので、この点はより明らかとなる。いずれにせよ、このような国民的背景の下ではじめて、法曹の存在意義は広く理解され、尊敬を集めることも可能となるのである。

行政改革との関連

法の重点が官僚の法から法曹の法に転換することに関連して、社会の中で官僚が果たす役割は相対的に縮小される。これは現在進行中の行政改革の基本的ビジョンとも一致する。これまで大きな権限をもって日本社会の秩序を実質的に運営するとともに、各種アクターの間の調整役を果たしながら肥大化してきた行政 = 官僚組織の役割を、一部は政治（政党・内閣など）に、他の一部は市場（「規制緩和」）に取り戻すことで、本来の仕事にそれを限定しよう、というのがその趣旨だからである。「事前調整から事後救済へ」という改革審答申の標語も、この文脈で理解されねばならない。法曹人口の増大は、それ以上に行政官僚の数が減少することによってはじめて辻褄があうのである。

権利と責任

行政によるパターナリズムまたはマターナリズムを縮減して、透明なルールが支配する法と権利中心のシステムに置き換える以上、そのシステムの登場人物は、自分の権利行使の結果に責任を負うのでなければならない。「権利は義務を伴う」という標語は、日本的文脈では権利を与えないことの口実になりやすい。しかし、権利に伴う直接的義務とは、権利者の周りの人々がその権利を尊重する義務のことである（これを認めることと、権利を認めることは同じことである）。一方、「権利は責任を伴う」という標語は、権利行使の結果に関わるものであり、法的な社会の登場人物について、一定の行動と態度を採用するべし、とうい要求を行っているのである。

利益団体と法

行政の一定部門と、その規制に服する業界と、族議員によって構成される「鉄の三角形」が問題にされてきた。正義感覚と関連づけられる法は、公開性・普遍性・公平性などの要求に従うから、特定の利益団体の特殊利益を権力によって温存しようとする圧力には原理上対抗する。この文脈では、今後「行政」と「公共性」を同義語として扱うことは、徐々に少なくなるであろう（そのような判決が出るようになることが期待される）。しかし、法曹も一つの業界であり、それが独占的に法と正義に関わることもつ矛盾に対する対応は、法曹が社会の中心的役割を担うようになればなるほど、より大きな問題を提起するようになるだろう。これに対して原理論的に対応すべきか（法曹の独占を否定）、システムが存続するためには不純な要素が必要だ（トクヴィルは民主主義の健全な運営のためにこそ貴族が必要だ、と主張し、フランスにおける貴族の役割をアメリカでは法曹が果たしている、と論じた）と考えるべきか。この問題は法曹の人数制限の問題にも直接関係している。

司法制度改革の背景と課題

田中 成明

はじめに

笹倉理事長から、このシンポジウムでの報告を依頼され、私は、今般の司法制度改革には部分的に関与しており、適任かどうか迷ったのですが、コミットした視点からの話でもかまわないということでしたので、学会の一員としての義務だと観念して、お引き受けした次第です。これからお話しすることが、このシンポジウムの企画の趣旨に合致するのかがどうか、判断しかねるところもありますが、司法制度改革の背景と課題について、私なりの理解を少しお話しして、責めを果たさせていただきます。

今日のシンポジウムでは、司法改革の理念に焦点を合わせることになっていますが、私は、司法制度改革審議会の会長代理を務められた竹下守夫先生が、意見書提出後の所感として、理念派と現実派との意見の対立、法律家と非法律家との姿勢のずれを、議論を尽くして、バランスをとりつつ、合意形成をはかった結果が、意見書の内容だとおっしゃっていることが、重要な意味をもっているのではないかとみております。私は、対話的合理性やprudentialismということを強調してきているのですが、このような観点からみた場合、竹下先生のおっしゃるような対立構図のもとで、審議会の議事が公開され、審議会内外の議論がかなり活発に展開され、一定の合意が形成されてゆくダイナミックなプロセスと結果をトータルに理解し評価することに強い関心があり、また、このような改革の在り方の意義づけ自体が、法哲学的にも重要な研究テーマではないかと考えております。

そこで、シンポジウムの企画の趣旨から少しずれるかもしれませんが、このような関心からみて重要と思われる側面に焦点を合わせて話をさせていただきたいと思えます。

1 改革の背景とその構図

(1) まず、今般の司法制度改革の微妙な均衡的推進力を理解することが重要であり、そのために、審議会設置に至るまでの経緯とそこにおける意見の対立構図を確認しておく必要があります。

私は、今回の改革論議の始まりは、80年代末からの司法試験制度改革を中心とする法曹人口増員・法曹養成制度改革論議、民事司法を利用しやすく分かりやすくする実務・手続改革など、法務省・最高裁主導の改革論議を受けて、日弁連が1990年から3度にわたって「司法改革宣言」をした頃からだとみており、審議会で取り上げられた事項の多くは、この時期から論議され続けてきているものです。法曹三者で、温度差やスタンスの相違はありましたが、基本的に、法曹界内部における裁判離れに対する危機意識から改革の動きがはじまったことが重要です。

しかし、法曹三者主導の改革論議が遅々として進まないうちに、90年代中頃から、従来司法にさほど強い関心をもたなかった経済団体などが、規制緩和推進のために司法機能の充実強化を求め始め、行政改革の一環としても、法曹人口や弁護士の内訳が規制緩和の推進項目とされ、閣議決定で司法試験合格者数増員を迫られるようになります。そして、

1998年になると、経団連や自民党が、行政依存型事前規制から事後監視・救済型社会への転換の重要なインフラとして司法改革を提言するようになり、日弁連も、これらの動きを受けて、規制緩和的司法改革論とは一線を画して、1990年の司法改革宣言以来の活動実績をふまえて、「司法改革ビジョン」を公表して、一気に改革の気運が盛り上がり、審議会設置へと展開するわけです。

そして、審議会設置法案審議の過程において、衆議院と参議院の法務委員会で、規制緩和的司法改革論への偏りという懸念に配慮した付帯決議がなされ、また、与野党共同提案によって、「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」という、審議会の所掌事項に一定の方向性を盛り込む修正がなされて、法案が成立し、1999年7月から審議会が発足したわけです。

(2) 今般の司法改革については、規制緩和論の一環として、しかも政府主導で進められていることに対する根強い批判が、弁護士会と法学者の一部にあります。

しかし、まず第一に、規制緩和論との関連では、規制緩和論が今般の司法改革推進の強い追い風になったことは明白ですが、審議会で取り上げられた事項のほとんどは、基本的に、新自由主義的な規制緩和論が台頭する以前から、懸案事項とされていたことです。しかも、審議会設置をめぐる国会の議論で、規制緩和論改革に偏らないように、基本的人権の保障や法の支配の実現など、憲法的価値への配慮を求める付帯決議がなされております。このような経緯を考えると、規制緩和政策の一環という観点だけから今般の司法改革を論じるのは、一面的であり、不適切です。

第二に、政府主導ということに対する批判については、法曹人口増員、司法試験改革、民事司法改革などの懸案事項に、法曹関係者自身が危機感を持ち、内部から問題提起をしたことは事実ですが、法曹三者協議会方式によって適切に対応できなかったことに対して、法曹三者はお互いに責任を他の組織に押しつけていますが、経済界だけでなく大学その他のいろいろな方面からも、法曹界全体のギルド的体質に対する批判が強まっていたわけです。「利用者である国民の視点からの司法改革」という気運が高まったときに、法曹三者が「私たちが責任をもって改革しますから、おまかせ下さい」と言っても、誰も信用しない状況であったことを直視する必要がある、このような意味ではプロフェッショナリズムの現状に対する批判と不信が、今回の改革推進の原動力の一つであったことに注意する必要があります。

第三に、各方面の改革提言には、確かに呉越同舟・同床異夢という観があることは否定しがたいのですが、今般の改革の推進力としては、わが国の司法の現状に対する批判や改革が必要な事項について、それらの提言に驚くほど意見の重なり合いがみられ、それらが一定の緊張関係をもちつつ、とにかく改革が必要だという点では一致していたことが重要です。このような重なり合うコンセンサスを背景に、司法改革が推進され、法曹三者それぞれの内部の抵抗勢力も、正面切っては其の反対論の正当化を行うことが難しくなったわけです。

審議会の審議は、このような微妙な均衡的推進力に支えられ、しかも、改革に消極的な諸勢力の抵抗を受けつつ、進められたのであり、規制緩和論的な改革要求、法曹三者の意見の対立などにどのように対応するか注目されていました。審議会におけるこれらの要求や意見対立への対応の仕方に問題が残っており、個々の点については、後ほど触れますよ

うに、不十分なところもあります。しかし、全体としてみれば、当初の大方の予測以上に改革的な内容の意見書がまとめ上げられ、私自身は、審議会の改革提言は画期的なものとして高く評価されて然るべきだ考えております。

2 改革の特徴と全体構造

(1) 問題は、このように対立しながらも、一定の均衡を保ちつつ改革を推進しようとする幾つかの勢力を統合して、改革に消極的な諸勢力の抵抗を排して、改革案をまとめ上げるのに、審議会がどのような手法をとったかということです。審議会は、とくに諸々の規制緩和論的改革要求や法曹三者それぞれの意見などを評価して取捨選択し、全体として統合的な改革案をまとめ上げるために、基本的には、「法の支配」という理念と「利用者である国民の視点」を切り札として使ってきたとみてよいと思います。

審議会は、司法改革を、行政改革その他の最近の一連の改革を「法の支配」を統合的理念として有機的に結びつける「最後のかなめ」と位置づけ、「法の支配」を改革の理念的基礎として掲げております。私は、「法の支配」が法システム・司法制度内在的な理念として抗しがたいシンボルであることとともに、「法の支配」の具体的な要請内容について理解がかなり分かれており、よかれあしかれ多様な解釈の余地のある理念であることが、改革推進派の意見対立や消極派の抵抗を超えて、今般の改革がここまでまとまった大きな理由ではないかとみております。

「法の支配」という理念と並んで、「国民に身近で利用しやすく、その期待と信頼に応える司法制度の実現」という、「利用者である国民の視点」が強調されていることも、ほぼ同じような機能を果たしたとみてよいと思います。「利用者としての国民の視点」と言われると、それに対して「ノー」とは言いにくいのですが、一口に「利用者である国民の視点」と言っても、具体的には利害の対立するいろいろな利用者層が存在し、極端に言えば、誰もが利用者という視点から様々の相対立する改革要求を正当化できるわけです。

こう言いますと、審議会が「法の支配」や「国民の視点」の内実をあいまいにしたままことを進めたように聞こえるかもしれませんが、そういう趣旨ではなく、これらの理念や視点を前面に掲げたことが、複雑な意見対立の中での合意形成の在り方として賢明であったということをまず確認しておきたいということです。「法の支配」や「国民の視点」の具体的な内実については、審議会内外の議論でかなり多様な意見が展開されており、審議会の意見書で具体的に示されているような理解の仕方にも、批判は少なくありません。私自身も、個人的には、賛成しがたいところもあるのですが、これらの点については、他の報告でも触れられるであろうし、私自身の見解は別の機会に述べたことがありますので(田中『転換期の日本法』岩波書店、同「司法制度改革の背景と課題について」法学論叢148巻3・4合併号参照)今日は、時間の制約もありますし、私は、他の報告者があまり触れられないであろう側面に焦点を合わせることにします。

私が審議会の意見書のなかで重視したいのは、必ずしも十分に注目されていないくらいがありますが、審議会の改革提言の全体の構造のなかで、「法の支配」の理念を共有する質量ともに豊かなプロフェッションとしての法曹が一体感をもって厚い層をなして存在し、国民との信頼関係のもとで十分かつ適切なコミュニケーションをとりながら協働するという状況を創り出すという戦略が、「法の支配」と「国民の視点」とを結びつけ、具体的な改

革提言を方向づけているものとして、決定的に重要な役割を果たしているのではないかと
いうことです。このような戦略は、それがよいかどうかはともかく、アメリカなどでは、「法
の支配とは、かなりの程度法律家の支配である」と言われており、また、国民が司法制度
の利用者としての主体的意識を強化しても、現実に司法制度を利用するためには法曹の支
援が必要なことを考えれば、当然のことですが、プロフェッションとしての法曹が「法の
支配」の理念を共有して国民と共働することによって、司法制度を国民にとって利用しや
すく信頼できるものとするという戦略のなかに、多様な理解が可能な「法の支配」や「国
民の視点」についての基本的な理解のあり方が存在すると考えられます。

私も、このようなプロフェッショナルリズムの確立強化を基軸とする戦略を、わが国の司
法や法曹の現況を改革する戦略としては基本的に時宜に適ったものとして、支持するもの
です。しかし、同時に、このようなプロフェッショナルリズムの確立強化を基軸とする戦略
には、いろいろな陥穽もあるわけでして、わが国のように、法曹がプロフェッションが社
会的信頼を集めている伝統がなく、プロフェッショナルリズムも十分に確立されていないと
ころでは、「法の支配」の実現という観点からも、「国民の視点」からの改革の推進にとつ
ても、必ずしもプラスの方向に作用するとは限らず、マイナスに作用する可能性も十分に
ありうるわけです。とくに、審議会がプロフェッショナルリズムの確立強化を基軸として司
法改革を推進しようとするのに対して、法曹三者内部のそれぞれの抵抗勢力もまたプロフ
ェッショナルリズムの擁護を旗印に反対している場合が少なくないという事実にも注目する
必要があります。以下、このあたりを中心に話を進めたいと思います。

(2) 審議会の改革推進戦略のこのような理解に基づいて、改革提言の全体構造をみて
みますと、審議会は、レジメのように、「制度的基盤の整備」「人的基盤の拡充」「国民的
基盤の確立」ということを改革の三つの柱として掲げ、制度的基盤の整備のもとには、民
事司法制度と刑事司法制度の改革など、人的基盤の拡充のもとには、法曹人口の拡大、法
科大学院設置による法曹養成制度改革、裁判官制度と弁護士制度の改革など、国民的基盤
の確立のもとには、裁判員制(仮称)の導入など、従来からの懸案事項をそれぞれの柱の
もとに位置づけて、改革提言をまとめております。

これらの改革は、いずれも重要なものでありますが、意見書では、民事司法制度の改革
について、最も多くのスペースを割いて、かなり専門技術的な事項にわたる提言までして
いるのは、審議会の設置趣旨や構成メンバーなどからみて、適切であったかどうか、少し
疑問があります。民事司法の在り方や、弁護士の活動領域や業務形態などが、司法を国民
に身近で利用しやすくすることに直接的につながり、改革すべき点が多々あることは事
実ですが、基本的には、法曹関係者の自律的改革にゆだねるべきであり、現にある程度そ
のような改革がなされてきているわけです、しかし、法曹関係者のそれぞれの立場からの
自律的な努力にもかかわらず、これらの点について改革が実効的に進まなかったのは、結
局のところ、法曹の量と質に問題があったからであり、質量ともに豊かな法曹を養成する
適切なシステムを構築することが、急を要するということが、最近の各種の司法改革論議
の展開のなかで、法曹関係者の間でも、一部に根強い異論もありますが、次第に共通の認
識となってきたわけです。

また、今般の司法制度改革が、最近の一連の構造改革の最後のかなめと位置づけられて
いる以上、基本的に法曹関係者が自律的に改革すべき事項よりも、法曹関係者だけではや

れない、やろうとしない、司法制度の構造的変革に関わる改革に集中すべきではないかと考えられます。このような観点からみても、やはり、法曹人口の拡大と法曹養成制度改革が、十年あまりの改革論議論議に一応の決着をつけるという歴史的経緯と、今般の司法改革全体を円滑に進めるために不可欠の前提条件の整備に関わるという構造的な位置づけからみて、改革提言全体の中心になるとみてよいのではないかと思います。

同様に、法曹一元制の導入についての賛否を中心に論議されてきた裁判官制度の改革、および、そもそも司法参加を認めるべきか否か、認めるとして、陪審制か参審制かをめぐって論議されてきた国民の司法参加の問題も、戦前からの運動の歴史があり、しかも、法曹関係者の専門技術的判断よりも、基本的には、政治的判断にゆだねるべき問題であるとみられます。このような意味において、これら二つの改革も、司法の構造的改革のなかで重要な位置を占めており、司法制度の中核である裁判の在り方を大きく変革することになると思われます。

これら三つの構造的改革の他に、「法の支配」の実効的な実現という観点からみても、行政改革・規制緩和のインフラ整備という観点からみても、行政訴訟制度の改革など、司法の行政チェック機能の強化について、もっと立ち入った審議と改革提言があつて然るべきだと考えられます。この問題については、本格的な検討が今後の課題として先送りされており、政府主導の審議会という形態、審議会の構成メンバーなどからみて、やむを得なかったのかもしれませんが、不満が残るところです。

3 主要提言の実現にあたっての課題

(1) 最後に、司法制度の構造的改革という観点からみて重要と考えられるこれら三つの改革提言について、今後、意見書の内容を具体化してゆくにあたって何が課題になるかについて、少し話しておきたいと思ひます。

やはり何と言っても、これまで、微妙な均衡を保ちながら、呉越同舟でともかく司法改革を推進してきた諸々の勢力、また、不承不承改革につきあつてきた観がある勢力が、今後、どれだけ改革の具体化に協力し続けるかが、重要なポイントです。どこかで従来のバランスがくずれると、改革が頓挫してしまうか、骨抜きにされてしまう危険もあります。それぞれ改革提言をしてきた政党や経済界は、今後も改革推進過程に影響を及ぼそうとするでしょうし、法曹三者も、改革提言の具体化になると、それぞれの立場を強く主張して、対立が先鋭化する可能性があり、逆に、プロフェッショナリズムを楯に共同戦線をはる可能性もありえます。

さらに、裁判員制の導入、裁判官・検察官の増員、法科大学院支援など、改革提言の実現には相当額の財政的支援が必要なわけですが、厳しい財政状況が、改革の円滑な推進に逆風になる可能性はきわめて高いわけです。また、究極的には、国民自身が、身近で利用しやすく、期待に応え信頼できる司法制度の実現のために、どれだけ財政的その他の負担を納得するか、具体的には、裁判員としての負担と責任をきちんと果たす覚悟があるかどうかという問題もあります。

三つの主な改革提言の具体化にあたって共通して重要と思われる課題は、先ほど指摘した改革の理念・視点・戦略のインテグリティがくずれて、法曹のプロフェッショナリズムが、一人歩きして、意見書が強調している「法の支配」の理念の共有や、国民とコミュニ

ケーションをはかりつつ協働するという視点から、離れないように、気を付けることではないかと思えます。法曹関係者の議論には、個人の場合でも、組織の場合でも、プロフェッションとして当然のことですが、自己の専門的職業とその伝統に誇りをもっていることから、外部からの批判に対する応答性・感受性が概して弱いという体質の欠陥がみられがちであり、今般の司法改革において、法曹三者の在り方自体が改革の俎上にのせられた以後も、このような欠陥を是正することが容易ではないと思わせるような言動が依然としてみられます。

法曹関係者は、公共奉仕の精神、高度な専門的学識・技法、組織の自律性など、プロフェッションの共通の特徴についてのそれぞれ独自の理解に基づいて、一定の改革に賛成したり反対したりするのですが、議論の仕方をみていると、突き詰めると、「法の支配」よりも、むしろ専門家による「人の支配」に行き着くのではないかと、また、「国民の視点」と言いつつも、実際には「専門家の視点」を優先させているのではないかと、疑われたり批判されたりしても仕方がない論調がしばしばみられます。これから具体的な論議になれば、専門技術的な問題への対応が焦点になり、このような傾向が一層強まる可能性があり、審議会が期待するようなプロフェッショナルリズムの確立強化とは逆行する方向に展開し、司法の構造改革が円滑に進まないか、骨抜きにされてしまう危険性もあります。

(2) 三つの主な改革提言に即して、このようなプロフェッショナルリズムの陥穽の具体例を幾つか指摘しておきますと、まず、法曹人口の拡大について、審議会の意見書は、あくまでも計画的にできるだけ早期に達成すべき目標であって、上限を意味しないと断った上で、一定の数値目標を掲げておりますが、このような方針自体は、過渡的な移行段階の措置としてやむを得ないと思えます。

しかし、このような過渡的措置の後に、本当に司法試験が、「プロセス」としての法曹養成制度の構築の精神にそって、プロフェッションとして必要な学識・能力・資質が一定レベルに達しているかどうかを判定する資格試験に純化し、法曹人口の調整は基本的に市場原理にゆだねる方向に進むことになるかどうかは、法曹がプロフェッションとしての質の確保という、それ自体としては当然な大義名分のもとに、現実には、司法試験の競争試験的状况を維持して、参入制限を続けるかどうかにかかっております。このような過渡的段階における司法試験の在り方、また、それに対応せざるを得ない法科大学院の在り方は、原理的に無理があるということをよく認識して制度の設計・運用をする必要があります。そうしないと、いくら法科大学院で、審議会の意見書の要求する教育理念にそって充実した教育をしても、司法試験とのミスマッチが続き、「プロセス」としての法曹養成という理想にはなかなか近づかないのではないかという不安があります。

しかも、法曹人口の拡大の目標の実現は、法科大学院が円滑に展開されることを条件としていますので、結局、法科大学院の成否が、法曹人口の拡大だけでなく、司法制度全体の改革が円滑に進むかどうかの鍵を握るという構造になっており、相当数の法科大学院が本当に立ち上がり、充実した教育体制を整えて、円滑に展開されるのかどうか、関心が集中しているわけです。

しかし、法科大学院の問題は、司法改革だけでなく、大学改革・教育改革とも関連しております。大学関係者もまたプロフェッションとして独自の教育研究についての意見をもっており、法科大学院におけるプロフェッショナル教育の在り方についても、法曹関係者

とはかなり違った見解をもっています。大学関係者のプロフェッショナリズムについてもまた、当然のことながら、先ほど法曹について指摘したのと同様の問題がみられます。今後、法科大学院の具体的な制度設計をめぐるには、「学問の自由」「大学の自治」あるいは「司法の独立」「弁護士の自治」など、それぞれのプロフェッショナル活動を支えてきた理念を背景に、この両者のプロフェッションの意見調整が重要な課題となります。しかし、意見調整を進めるにあたっては、経済界や政界だけでなく、一般の人々も、法曹三者にも大学人に対しても相当厳しい見方をしている事実をふまえる必要があり、法科大学院における教育の在り方やそれと関連する司法試験・司法修習の在り方について、法曹三者や大学がそれぞれ従来のやり方に固執したりそれぞれの都合だけで議論したりしていると、プロフェッショナリズムに対する不信を増幅させることになるでしょう。

次に、裁判官の給源の多様化・多元化をはかり、任命手続・人事制度の透明性・客観性の確保をめざすという裁判官制度の改革については、私自身は、法曹一元制の具体的な内容やその理由、移行措置については、日弁連などの案とかなり違いますが、法曹の一体感を強め「法の支配」の実効的実現のためには、いずれ、基本的には法曹一元制に移行すべきだと考えております。しかし、職業裁裁判官への批判だけでなく、弁護士も含めて法曹全体のギルド的体質に対する不信があるなかで、現時点で、法曹一元制に移行しても、その理念が十分に実現されるとは到底思われず、現在の法曹人口や弁護士の活動スタイルなどを考慮すると、今回の改革提言は、中途半端なもので不満はあり、どれだけ効を収めることができるのか疑問もありますが、やり方次第では、実質的に法曹一元制の理念の実現につながる可能性もあるので、それはそれとして評価したいと思います。

しかし、今後の見通しについては、いわゆる“精密司法”を担う裁判官職の独自の難しさを強調する裁判所側のプロフェッショナリズムの過剰と、人望のある弁護士が裁判官になろうとしない弁護士側のプロフェッショナリズムの弱さが克服されない限り、あまりうまく行かないのではないかと危ぶんでおります。将来、法曹人口が増え、弁護士の活動形態が変わり、必要な裁判官数の一〇倍ぐらいの弁護士ががどの地裁単位でも存在するという状況になった時点で、抜本的に再検討すべきであり、さしあたりは、法律学者も含めて人事交流を促進し、兼業規制を緩和して、非常勤裁判官制を導入することを検討したほうが適切ではないかと考えられます。

最後に、陪審制でも参審制でもない我が国独自の裁判員制が提唱されたことは、理論的には陪審制・参審制のメリット・デメリットをよく考えた制度設計になっており、基本的な方向としては適切だと思います。しかし、裁判員と裁判官の数と評決の方法という、裁判員制がメリットを発揮できるかどうかを左右する重要問題が先送りされておりますし、また、プロフェッションとしての裁判官が裁判員と十分かつ適切なコミュニケーションをはかりつつ協働する場となるかどうかは、基本的には、裁判官の姿勢と国民の自覚次第だという問題もあります。

我が国の裁判制度の骨格は大陸法系だと言われるのですが、私は、フォーマルな制度についてはともかく、その実際の運用や利用の仕方をみていると、大陸法系の裁判とも原理的に異なり、むしろ、裁判が行政から分離されず、“お上”である裁判官の権威的・後見的な配慮に訴えて秩序維持・利害調整をはかるといふ、律令制的裁判イメージが、現在でも、一般の国民の間だけでなく、法曹の間にも残っているのではないかとみております。この

ような律令制以来のパターナリズム的裁判イメージから脱却しない限り、裁判員制の運用も期待通りの成果を収めることができないのではないかと思います。プロフェッショナリズムは、とかくパターナリズムと結びつきやすく、陪審制でなく、参審制を基本とする制度設計では、裁判官のプロフェッショナリズムとパターナリズムが適正な形で行使されるかどうか、司法参加の実をあげうるかどうかの鍵であり、裁判員がそれをきちんとチェックできるような仕組みとなり、そのような仕組みを活かせる能力を個々の国民が身につける必要があります。

国民が現実にそのような能力を身につけ、重い責任を負うかどうか、疑問視する向きもありますが、そのようなことを云々するよりも、裁判員制の問題に限らず、一般的に、国民が主体的に利用し参加できる司法制度の仕組みを整備し提供することが先決だと考えられます。国民の能力や文化の現状を所与として、制度改革を行うのではなく、国民の能力の向上や文化の転換を促進するような制度改革が求められているということがよく理解される必要があると思われます。

おわりに

以上、司法改革の理念的基礎を問うというこのシンポジウムの趣旨から少しずれた話になったかもしれませんが、理念を一定の現実的条件のもとでどうして実現するかという手続や制度の問題もまた重要であり、今般の司法改革の過程と提言内容は、公共的問題についての合意形成の一つの在り方としてきわめて興味深く、法哲学的研究テーマとしても、これまでの経緯や今後の展開を注意深く見守るに値すると考えたので、このような内容の報告とした次第です。最初にお断りしたように、必ずしも全面的なものではありませんが、一定の距離をおきつつも、基本的にコミットした視点からの報告であり、しかも、私が目下関心をもっているプロフェッショナリズムの問題に偏った内容となり、また、時間の制約のため、きわめて大雑把な話となり、あちこち説明が十分でないところもありますが、これらの点については、私が別の機会に書いたり話したりしたことを参照していただければ幸いです。

時間が参りましたので、これで一応私の話は終わらせていただきます。

体制改革としての司法改革

井上 達夫

1 序 「構造改革」論議の危うさ

司法改革問題に関する私の見解は、司法制度改革審議会の最終意見書の発表の直前に本報告と同じ表題で公刊された編著、『体制改革としての司法改革』(1)の序章および最終章で展開した議論にほぼ尽くされております。本著刊行後まだ間もない現在、特に重要な見解の変化や発展があるわけではありませんが、本報告では、若干の後知恵を交えつつ、私の基底的な問題意識を再定式化して、本シンポジウムのための問題提起とさせていただきます。

この問題に関する私見の骨子を一言で要約するなら、次のようなものです。司法改革は政治改革・行政改革と連動した現代日本のマクロな体制改革の一環でなければならない。この体制改革を貫く基底的理念は法の支配の確立である。では、現代日本社会が要請する法の支配とは何か。それは、政治的意志決定の権限と責任の所在を明確化し、その公共的正当化可能性を担保する普遍主義的ルールを確立して、権力行使の答責性・批判的統制可能性を保障し、まさにそのことによって、真に責任ある政治的決断を下し、執行しうるだけの正統性基盤をもった強い統治権力を創出することである。それが現代日本が陥っている様々な構造的諸問題の隘路を打開するために必要不可欠である。これが私の基本的視点です。

森政権から小泉政権に移行して以来、「構造改革」が声高に叫ばれるようになりましたが、財政再建・民営化・規制緩和などの「小さい政府」路線が唱えられているだけで、いま示したような政治的意志決定の答責性保障という意味での「法の支配」の必要性という視点は欠落しています。むしろ、かかる法の支配を無視した権力の暴走を政治的リーダーシップの強化と混同しているふしさえあります。靖国神社公式参拝をゴリ押ししようとする小泉首相の姿勢は政教分離原則を公然と蹂躪しながら、そのことに対する問題意識を全く欠いている点で、「法の支配」を制度的に具現した立憲主義に対するこの政権の無頓着さ、侮蔑的態度を象徴しています。それに対するアジア諸国の批判に対して、一級戦犯を合祀対象から外すことで応じようとしたことが、靖国神社という一宗教団体の合祀対象を政府が左右しようとする姿勢そのものが、宗教に対するあからさまな政治介入であり、この神社に国教的存在という特権的な政治的身分を付与するもので、更なる重大な政教分離原則侵犯であるということが全く理解されていません。小泉政権のもう一人のスター、田中外相が「宿敵」たる国会議員の自分への質問の時間を短縮させようとする暴挙に出たこと、それへの批判が起きても軽い謝罪だけですませ、解任には至らなかったことも、法の支配による政治権力の答責性保障を無視するこの政権の姿勢を暴露しています。

政治的意志決定の答責性・批判的統制可能性を保障する法の支配の確立こそが真に責任ある政治的決断の可能性を開くという視点が、「構造改革」を唱え高い民衆的支持を享受している政治家たちに欠けているという事態は、体制改革としての司法改革の実現の可能性に対して、我々の危惧をかえって深めます。しかし、問題は一部の政治家だけのものではありません。残念ながら、司法改革の推進に真摯にコミットし、法の支配をその基本理念

として掲げる人々の間でも、法の支配の理念は現代日本社会の体制改革に連なる起爆力を殺ぐ方向に希薄化されています。以下では、法の支配をいわば「去勢」するこのような傾向をまず批判的に検討した上で、私自身の問題意識を対置してみたいと思います。

2 司法改革論議における 法の支配 の去勢

1) 法の支配 から 社会の法化 へのメタバシス

法の支配の理念を去勢する傾向としてまず注目されるのは、この理念が社会の法化という似て非なるものにいつのまにかすり替えられ、後者が改革論議を支配している状況です。哲学的ジャーゴンを使えば、法の支配から社会の法化へのメタバシスです。この傾向は司法制度改革審議会の最終意見書の基調をなし、また後者によって強化されています。

意見書はその総論において、政治改革・行政改革・地方分権推進・経済構造改革などの諸改革を、国民が統治客体意識から脱却して自律的で社会的責任を負った統治主体になるための改革とした上で、「今般の司法制度改革は、これら諸々の改革を憲法に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」であると謳っており(2)、この見識は強い期待を抱かせてくれます。しかし、その各論は民事司法と刑事司法の改革と、そのための司法の制度的インフラの拡充が中心主題となっており、立憲主義と結合した固有の意味での「法の支配」から、社会的紛争の法的処理能力の向上という「社会の法化」に重心が移っています。もっとも、ここに見られる「社会の法化」は管理型の法による行政主導の社会の統制ではなく、基本的には私的自治型の法の社会への浸透です。このような改革も経済社会の膿を出すために必要であることは否定できませんが、固有の意味での法の支配の確立にとって基底の意義をもつのは、冒頭に触れたような政治的権力行使の答責性・批判的統制可能性の保障です。

確かに、刑事司法改革は国家の刑罰権力の法的統制に関わっており、法の支配の確保にとって必須条件の一つです。民事司法改革でさえ、裁判権力・執行権力という公権力の法的統制に関わる面をもちます。しかし、立憲民主主義の基本理念としての法の支配の貫徹にとって核心的意味をもつのは、また、日本型システムの構造改革を志向するなら中心主題とせざるをえないのは、やはり、行政過程や民主的政治過程の公正性を確保するための司法の行政統制機能や違憲立法審査機能の強化です。

司法の行政に対するチェック機能の強化について、意見書は民事司法改革を論じた部分の末尾でごく手短な論及をするだけで、この問題をいわば周縁化しています。行政訴訟法制の将来における見直しに下駄を預けた形です。しかも、判検交流など、行政に対する司法の独立性とそれへの国民の信頼を損なう現行実務の問題点に対しては、司法の行政審査機能の確保という観点から面と向かって批判のメスをいれることはせず、法曹の相互交流の促進を要請する別の文脈で、「法務省・検察庁への出向者が裁判官に片寄っている現状を改め、裁判官以外からも広く人材を受け入れるための方策を講じるべきである」(3)として、問題点をぼかしています。違憲審査制の機能強化についても、総論で「この制度が必ずしも十分に機能しないところがあったとすれば」という条件法の留保の下で、遠慮がちに「上告事件数の絞り込み」の必要や「最高裁判所裁判官の選任等の在り方についても、工夫の余地」があることが示唆されています(4)が、現状の突っ込んだ批判的検討に基づく改革案の提示はなされていません。

意見書における法の支配の理念のこのような後退は、憲法学者・行政法学者らからも既に批判されていますが、現実的には、田中報告で言われたような「多様な“conceptions”を一つの“concept”にまとめ上げるためのぎりぎりの妥協の産物」という意見書の性格からして、これはやむを得ないのかもしれませんが。しかし、この「現実」こそ、改革の牙を抜く（ときには骨さえ抜いてしまう）日本型意志決定システムの問題を露呈している、あるいは改革プロセスが改革さるべき悪弊を再生産しているとも言えるでしょう(5)。

2) 法の支配 と 法治国家 の対置図式の問題性

現実政治の力学とは別に、思想的・学問的次元の問題があります。これは法の支配をまさに行政過程・政治過程に貫徹させようとする「理念派」の人々が囚われがちで、法の支配を法治国家と対置する思考様式の陥穽です。これはより微妙ながらより根本的な問題であり、その考察は現代日本社会の構造的な問題の解明にもつながります。司法制度改革審議会の会長を務められた佐藤幸治教授は、憲法学者としては「理念派」の指導的論客で私も大いに啓発を受けておりますが、1997年12月に行政改革会議の最終報告が出たのを受けて、その企画・制度問題小委員会主査をされた佐藤教授が憲法学者高橋和之教授と内閣を中心とする統治構造の変革をめぐる行われた誌上対談(6)を最近読み返して、この思考様式が佐藤教授にも尾を引いているという印象をもちました。

そこでは政治的答責性の確立のために、内閣機能を強化し首相の指導性を高める必要が指摘されており、この点は一般に誤解されている「政治主導」の本義を的確に捉えるものとして政治学的観点からも支持されます(7)。しかし、他方で、その理論的前提として、ドイツ型の「法治国家」思想と英米法型の「法の支配」との対置図式が提示され、後者が日本の統治構造改革のモデルにされています。ドイツ型「法治国家」は「超越論的統治主体」が「強大な意思力」に基づき、論理的自己完結性をもった法体系の演繹的・下降的適用を通じて貫徹する上からの理性的・統一的な社会統制であり、その秩序形成は行政を主役とし「全体性・画一性・能動性・組織性」と「事前規制」を特質とするとされます。これに対し、英米法型の「法の支配」は国家から自立した諸個人・諸集団による「社会の中からの法形成」であり、「議会による法形成が重視されると共に裁判所における具体的事件・争訟の適正な解決を通じての法形成が格別視される」ため司法が重要な役割を果たすのが特質とされます。その上で、かかるドイツ型「法治国家」思想にはくくまれた行政中心の国家観が日本に根付き、日本国憲法が導入した英米法的な「法の支配」の理念への転換を阻んできたことが問題とされ、この転換の促進が現在の日本の改革課題であることが示唆されます(8)。

しかし、私はこのような対置図式によって現代日本社会の問題点と改革課題を捉えることには疑問をもちます。まず英米法型「法の支配」は、マグナ・カルタが貴族層の身分的諸特権を国王に再確認させたものであることが象徴するように、領域的集権化による近代的国家形成以前の、あるいはそれに対抗する自立的・分散的な社会的諸権力が自らの実力によって確保してきた慣行的な既得権の体系という封建的基盤を、その歴史的起源においてもつことを想起したいと思います。このような封建的基盤と結合した権力の法的掣肘は英米法系においてだけでなく、大陸においても一八世紀の「既得権(wohlerworbenes Recht)」観念の中になお痕跡をとどめている中世の「良き旧き権利=法(gutes altes

Recht)」の観念(9)や、身分的特権保守とからまった抵抗思想としての暴君征伐論(モナルコマキ)(10)などにも見出されます。

因に、近年、カントの悪名高い抵抗権否認論を近代的な国民主権原理の貫徹として大胆に再解釈することにより擁護したインゲボルク・マウスは、カントが英国において議会が絶対君主に対抗して守った「抵抗権」の「前近代的封建身分制的性格」を批判したとする一方、封建身分制的な主権分割を廃棄し議会主権を確立した後の英国は、西欧民主制の中でカントの主権原理に最も近い体制になったとしています(11)。彼女のカント解釈には疑問があり、抵抗権の現代的制度化としての違憲立法審査制に対する彼女の否定的態度には重大な問題がありますが、コモン・ロー的な法の支配が英国の伝統国制の封建的構造と結合していたこと、近代英国の権力集中型の議会主権原理はこれと緊張関係をもちながら生成してきたことを想起させる彼女の指摘は傾聴に値すると思います。

さて、戦後の日本型システムの特徴は、先述のようなドイツ型「法治国家」よりもむしろ、いま見たような英米法型「法の支配」の封建的基盤をなす社会構造、すなわち分散的社会諸力が強固な抵抗力をもって保持する既得権の支配という構造と親和的であると言えます。冒頭の笹倉報告では1960年代以降日本で官僚化が進行したことが指摘されました。たしかに、自民党からの左傾化批判に自肅的に応答した司法内部での官僚的統制の強化には、暗澹たる気分させるものがあります。しかし、日本型システム全体に目をやるなら、これが、「超越論的統治主体」としての官僚機構がヴェーバー的合理化になぞらえられるような理性的支配を「強大な意思力」をもって社会に貫徹するものだったかということ、私はそうではなかったと思います。

別稿で、私は国家・市場・共同体という三つの秩序形成原理が抑制均衡する「秩序のトゥリアーデ」が自由の秩序の範型であるにも拘わらず、それは安定的に自己を維持する静的均衡点ではなく、むしろ不均衡から生じる現実の様々な社会病理を比較同定するための虚焦点であるとする観点から、国家が市場・共同体を破壊して異常肥大した全体主義的専制、市場が生み出す資本の力が国家と共同体を掘り崩す資本主義的専制、中間共同体が跋扈して国家の政治過程も市場経済も歪めてしまう共同体主義的専制を区別し、現代日本社会の病理が共同体主義的専制として性格付けられるものであることを論じました(12)。ここでは様々な中間共同体が内部的には非同調的個人に対して社会的専制の圧力を加え、外部的には、組織票や集金力をテコに政治過程を壟断して反公共的な集団的特殊権益を既得権として享受し、結果として公正な市場的競争も阻害してきました。国家はかかる組織された中間共同体に対して公共性の規律を課す力をもっていません。司法が無力であっただけでなく、立法・行政を担う政治家や官僚もかかる中間集団の既得権構造にからめとられてしまっています。

政治家については族議員の跋扈を見れば、このことは明らかですが、官僚についても同じです。官僚叩きが横行する現在、官僚神話は消えたと思われているようですが、「日本は官僚に支配されてきた」という神話はかえって強化されているようです。実は日本の官僚は弱かったのです。行政は様々な場面に介入しますが、社会一般の公益を確保するために中間集団の既得権構造を切り崩すだけの「強大な意思力」はなく、その基本的な機能は種々の中間集団の利権の調整です。「申請一本化」・「事前説明」・「事前協議」などに見られるように、調整の責任さえかかる集団に委ねてしまうことも珍しくありません。例えば、大店

法の運用実態と改正過程は、日本の行政が法の建前を棚上げして既得権集団が牛耳る非公式の交渉過程に実質的な利害調整を委ねてしまい、それを制御する上でいかに無力であったかをよく示しています(13)。かかる実態の実効的な改革は、結局日米構造協議のような「外圧」に頼らざるを得ないのが実情でした。さらに、「三割自治」で中央官庁に権限が集中していると言われますが、支出から言えば「7割自治」で、無駄な公共事業等で税金を垂れ流しさせるような「地元」の受益要求や地域エゴに公共性の規律を課す強い政治力が中央官庁にあったわけではありません。

このような現代日本社会の問題状況とその克服の道筋は、国家による統一的秩序形成としての「法治国家」から、社会の中からの個別分散的法形成としての「法の支配」への移行という視角では的確に捉えられません。日本型システムにおける中間共同体の跋扈は、ある種の強固な社会の中からの秩序形成力による「公共のもの(res publica)」としての国家の無力化、また特殊主義的利権調整による普遍主義的法原理の形骸化が孕む問題性を示しているからです。日本はいまむしろ、国家の再生を必要としていると言えます。再生さるべき国家はもちろん、「神権天皇制国家」でもファッショ的権力国家でもなく、政治的組織力を背景に特殊権益を享受する種々の中間共同体の抵抗を排して普遍主義的法原理を貫徹するだけの強い倫理的筋力をもった「毅然たる法治国家」です。これは反公共的な特殊集団権益は排除する一方、基本的人権など普遍主義的に正当化可能な権利要求は政治的組織力を欠いた個人や少数者にも無差別公平に保障し、中間共同体の内部における非同調的成員への人権抑圧に対して実効的救済を図るためには、その内部自治にも毅然たる法的介入を遂行します。「毅然たる法治国家」は「法の支配」を否定するものではなく、「法の支配」をその封建的基盤やインフォーマルな社会的権力基盤から切り離し、この理念を普遍主義的に再編して国家と社会双方に貫徹するものです。

要するに、ネガティブ・シンボルにされた法治国家にポジティブ・シンボルとしての法の支配を対置するのではなく、両者を「毅然たる法治国家」のうちに統合することにより、「法の支配」を分立割拠する社会的諸権力の既得権保守を合理化するイデオロギー装置から、真に普遍主義的公平性をもった政治社会を実現するためのラディカルな体制改革の指導理念へと転換することがいま必要だと私は考えます。司法改革の意義もこのような観点から捉えたいと思います。

3 体制改革における司法改革の位置

1) 毅然たる法治国家における司法と政府の役割

上述の観点から司法改革を体制改革と接合するとき、現在の司法改革論議の最大の問題点として浮上するのは、規制緩和的司法改革論と弱者保護的司法改革論の二項対立の支配です。「行政による事前規制から司法による事後規制へ」という標語が司法改革を日本の構造改革と接合する主流派の視点の定式として流布していますが、これは必ずしも的確な表現ではなく、その狙いは規制の総量規制という規制緩和論の枠組の中に司法改革を位置付ける点にあります。それによれば、これまで日本は大きな政府で、行政が広範な裁量的規制権限を行使して、社会生活の様々な場面で利害調整や紛争処理を引き受けてきたから司法は小さくてよかったし、裁量行政の効率の遂行を妨げないためには司法は小さくしなければならなかった。しかし、行政主導の大きな政府が破綻を見せた現在、規制緩和を促進し、

これまで行政が引き受けてきた問題処理の相当部分を司法による法的な紛争処理や責任追及に肩代わりさせなければならない。そのためにはこれまでの「小さな司法」の制度的・人的インフラを質的に改善し量的に拡充することが必要である。このような立場を標語的に定式化するなら、「大きな政府のための小さな司法」から「小さな政府のための大きな司法」への転換を説くものと言えるでしょう。

この規制緩和論的司法改革論は、日本型システムの問題が「大きな政府」よりもむしろ、インフォーマルな社会権力に対して公共性の規律を貫徹する力をもたない「弱い政府」にあることを看過しています。この問題を解決するには単なる規制緩和ではなく、むしろ、立法・行政に本来期待されている公共的規制機能を強化する必要があります。たしかに既得権保護のための競争制限規制は廃止されなければなりません。万人に開かれた公正な市場的競争枠組を確立するためにも、経済主体の側における不公正な競争制限に対する独占禁止法制や、社会への費用転嫁・搾取・差別など不公正な手段による競争優位の追求を排除するための環境保護規制・消費者保護規制・雇用差別規制・労働条件規制などが運用主体たる行政機関の制度的・人的インフラも含めて拡充強化される必要があります。従来、日本ではこれらの面における政府規制は法制上も運用上も概して弱かったのです。

かかる立法・行政の公共的規制機能の強化は当然濫用の危険も高めます。公共的規制目的をかかげながら実態においては特定集団の既得権保護を図るような規制の導入や運用への誘惑や圧力にも政治家や官僚は絶えず曝されるでしょう。規制の「ざる化」・「骨抜き」という逆の問題もあります。だからこそ、かかる濫用や怠慢を実効的に抑止するために司法の行政審査機能や違憲立法審査機能の強化が必要であり、人事統制による裁判官の独立性喪失など、かかる機能を形骸化させている現在の司法機構の歪みを改革することが急務となります。すなわち、改革理念の適切な定式化は「小さな政府のための大きな司法」ではなく、「強い政府をチェックできる強い司法」の確立です。

他方、弱者保護的司法改革論にも陥穽があります。弱者の人権保障の砦としての司法の機能を強化しようとする姿勢は支持できますが、弱者保護か弱肉強食かという発想に囚われ、弱者間の分配の不公正性や弱者の強者化という日本型システムに瀰漫する弱者保護のねじれの問題を十分とらえていません。強固な既得権を享受する中間集団は多くの場合、主観的には弱者意識（ときには被害者意識）に駆られて共同体的に結束し、その組織力によって政治過程を壟断しています。政治的には強者でありながら弱者意識に支配されているため、自己の政治力行使に対する責任意識や自制的態度が育ちにくいという問題がまずあります。さらに、未組織大衆や本当にマージナルな個人や少数者は、かかる集団の成員よりも恵まれない境遇にある場合でも、同等の保護を得られないばかりか、かかる集団の既得権享受のコストを負担する責任を最終的に転嫁されます。

このような歪みを是正するには、弱者保護を正当化根拠とする種々の規制を聖域化せず、その分配帰結が弱者間で公正か否か、特殊集団の既得権保護を超えた普遍化可能性をもった権利保障と言える否かという観点から批判的に審査する司法の機能を強化する必要があります。これに関しては、違憲審査の「二重の基準」論における「経済的自由規制＝社会的弱者保護による実質的公平の確保」という前提の批判的再検討も必要となるでしょう。さらに、より根本的には、弱者意識をもつ中間集団の強者化をもたらしている政治的意志決定システム自体の変革と、そのための司法の役割という問題がありますが、これは後述

します。要するに、毅然たる法治国家の公共性の規律は弱者保護の在り方を公正化するためにも貫徹されなければなりません。

規制緩和論と弱者保護論の対立は市場的競争原理と福祉国家を対置する発想に由来しています。しかし、この発想は理論的に不適切であるだけでなく、現代日本の問題状況を的確に捉えてはいません。理論的には、競争制限による弱者保護は市場的競争原理と矛盾しますが、市場外での再分配措置や能力開発支援により弱者保護を図るような福祉国家的セイフティ・ネットは市場的競争原理と整合します。日本の問題状況について言えば、福祉国家が肥大し過ぎて破綻したから市場原理に依拠した小さい政府を再興するというサッチャリズムやレイガノミックスの問題設定は現在の日本には妥当しません。社会保障支出について言えば、日本はレイガン政権下の米国と比べても「小さな政府」だったのです。これで「すんだ」のは、従業員共同体としての会社や、自営業者組合・農漁民組織・地元業界など種々の中間共同体が、諸々の補助金、膨大な公共事業支出の談合による山分け、税制上の優遇措置などの特殊権益享受の見返りとして、その成員に提供してきたインフォーマルな雇用保障・生活保障のセイフティ・ネットがあったからです。

公正な市場的競争原理の貫徹はこのインフォーマルなセイフティ・ネットの仕組みを解体させますから、フォーマルな福祉国家的セイフティ・ネットへの張り替えが必要になります。福祉国家的セイフティ・ネットは、政治的組織力をもつ中間集団のみが享受できるような競争制限規制による保護を排して、困窮者は誰もが等しく保護されるような市場外での再分配・支援措置を基礎にするなら、従来のインフォーマルなセイフティ・ネットよりも公平です。「福祉国家から市場へ」ではなく、公正な市場的競争原理の確立と普遍主義的公平性をもった福祉国家の確立を同時に遂行するという課題を現代日本は負っているわけです。さらに言えば、顕著になってきた階層較差の拡大と固定化傾向が孕む社会の分断化による政治的正統性の危機に対処するには、福祉国家的セイフティ・ネットを張るだけでなく、通時的平等を基礎理念にして競争資源分配の公正化をも図るような公正競争枠組の再編により階層間可動性を促進することも必要となります(14)。

以上のような改革課題を遂行していくためには、「私的自治の番人」としての司法を大きくするだけでなく、社会保障や公正競争秩序を確保するための政府の公共政策にも普遍主義的公平性に立脚した法の支配を貫徹させる「統治の番人」としての司法の機能の強化が必要です。また「統治の番人」としての司法は単なる「弱者保護の砦」ではなく、「弱者保護の公正化の番人」であり、政治的に無力な人々の基本的人権の保障は強化する一方、政治的組織力を濫用して中間集団が享受する反公共的な特殊権益については、それをもたらす立法的規制や行政措置に対する違憲性・合法性審査を厳格化することにより、その跋扈を抑止する役割を果たさなければなりません。しかし、このような司法機能の強化は政治システムの改革と連動させてはじめて充実な意義をもちます。最後にこの点に触れておきたいと思います。

2) 民主政の再建と司法の役割

以上の改革理念に立って中間共同体の専制を克服する毅然たる法治国家の確立は、政治的意志決定システムがこの専制に支配されている限り不可能です。この専制を許してきた戦後民主政の抜本的な改革が必要であり、司法の機能強化は民主政を健全化させる政治改

革と密接不可分に連動しています。

皮肉なことに、欧米の法哲学・政治哲学・憲法理論においては、政治部門に対する司法の審査抑制権能を強化して人権保障を確保するリベラルな立憲民主主義を、民主的政治過程・民主的立法の優位を再確立する立場から批判する様々な潮流が現れてきています(15)。しかし、一口に民主政と言ってもその形態は多様であり、政治的正統性をもつ民主的統治形態はどれか、何が民主政の正しい構想であるかの決定を民主政に委ねるのは、どの民主政に委ねるのかという問題の先決を要求させるだけで、論理的循環の背理を犯すものです。リベラルな立憲民主主義に代わる民主主義の構想を提唱する者は、それが何であれ自己の構想を民主的決定によってではなく、自らが正しいと判断するコントロールヴァーシャルな政治哲学原理に訴えて正当化せざるをえず、「民主的政治過程」の現実の動態がこの原理を侵犯する場合はその正統性を否認せざるをえません。この侵犯の危険を抑止するための制度的チェック機構を設定する必要も生じます。結局、根本的な政治的価値選択を民主的政治過程から篡奪するというリベラルな立憲民主主義に向けた批判に自らもまた曝されざるをえません。民主主義の優位は民主主義の優位によっては正当化することも保持することもできないのです。

さらに問題なのは、これらの立場は民主政の活性化と司法的人権保障の強化を相互背反的に捉え、民主政の公共性形成機能の再生強化と司法的人権保障強化の内在的結合関係を見ていないことです。しかし、現代日本における民主政の機能不全の問題を考えるなら、この連関がかえってよく見える、日本の問題状況はその意味でヴァンテージ・ポイントを提供していると思います。

私はこの点を明らかにするために、別著で「反映的民主主義」と「批判的民主主義」という二つの民主主義モデルを対比的に構成し、前者から後者への転換が日本の改革課題であることを論じました(16)。ごく簡単に要約すれば、反映的民主主義は政治的価値を人々の現実の選好の集積に還元する相対主義的傾向性ゆえに、人々の間で分岐する多様な利害・価値観・政治的選好の政治的決定への反映度を最大化することを民主政の存在理由とし、多様な政治勢力が権力を共有し、コンセンサスを形成することで政治的決定を行うことを基本とします。このコンセンサス原理の結果、少数派集団もコンセンサス形成のパートナーとして無視しえない程度の勢力を保持する場合は、政治過程内部で強い拒否権を付与され保護されます。

これに対し、批判的民主主義は可謬主義を認識論的基礎にもち、悪政を批判的に修正する責任の担い手としての人民が試行錯誤により公共的価値を共同探究する場として民主政を位置づけます。この観点からは、人々の政治的立場が多様に分岐するからこそ、権力共有やコンセンサスによってそれらの妥協的融合を促すのではなく、それらの間の政治的競争を通じた権力交代を促進して、整合的な代替的政策体系の試行錯誤的淘汰を図ることが眼目になります。そのために、意志決定はコンセンサス原理ではなく多数決原理に依拠しますが、政策集団としての政党が公開の場での徹底的な政策論争によって支持を競い合い、比較第一党が単独で政権を担当し、権力を集中させるとともに責任も集中させることが基本となります。少数派は政治的討議過程にはもちろん充実な参加を保障されますが、政治的決定を左右する内的拒否権を行使することはできません。少数者保護は公開の批判的討議過程の充実と多数派と少数派の地位が逆転する権力交代の促進がもつ抑制効果に加え、

無力な恒常的少数者や個人に対する民主的政治過程の外部での司法による人権保障（外的拒否権）により図られます。

反映的民主主義は多様な政治的選好の最大限包括的な反映を図りますが、そのために権力を共有する多様な政治勢力によるコンセンサス形成に政治的決定を委ねる結果、少数者集団も一定の閾値以上の組織力をもてば強い内的拒否権を行使でき、それによって普遍主義的に正当化することの不可能な自己の特殊権益をも既得権として固守できます。他面、コンセンサス形成過程を左右できる程度に選好を組織的に集積させ反映させる恒常的経路をもたない拡散した大衆や孤立した個人・少数者は政治的に無力化します。

この点に関し、ありうべき反論を先取りして付言すれば、拡散した大衆の政治的影響力を高めるには、国民投票という手段があると指摘されるかもしれませんが、これは批判的民主主義の観点から問題となる熟議過程の後退という欠陥とは別に、反映的民主主義の観点からは、多数派の選好が偏重されて少数派を含む多様な政治的選好の最大限包括的反映というその基本モチーフとの緊張関係を孕むという問題があります。政治的に無力な個人・少数者の保護については、反映的民主主義も違憲審査制を採用できると主張されるかもしれませんが、これは論争的問題の決着を民主的選好反映の制約のない司法部の論争的裁断に委ねる点で、権力を共有する諸勢力のコンセンサス形成による多様な政治的選好の包摂という反映的民主主義のモチーフとやはり整合しません。

反映的民主主義のもう一つの重要な問題点は、政治の自己改革力と答責性の減退です。コンセンサス重視の結果、多様な政治的立場をつぎはぎ的・折衷的・玉虫色的に融合させた政策妥協がなされ、懸案先送りで抜本的改革を阻む「現状の専制 (tyranny of status quo)」が生じやすく、さらに政策が功を奏さなかった場合、融合された異質な政策志向のうちの「何が間違っていたのか」という「主題的責任」が曖昧になると同時に、コンセンサス形成に影響力をふるい合う多様な政治勢力のうちの「誰が間違っていたのか」という「主体的責任」も曖昧になり、相互に責任転嫁することが可能になります。

戦後日本の民主政治は、五五年体制・連立時代を通じて、基本的には多様な組織的中間集団を票田にする政治的諸勢力の間の公式・非公式の交渉・取引・妥協により利益の均霑を図る談合政治で、反映的民主主義のモデルに親和的であると同時に、中間集団の既得権構造の跋扈や政治の自己改革力と答責性の腐食というその病理は、このモデルが孕む上述のような問題点の顕著な例証を提供しています。違憲審査制を形骸化させてきた日本の裁判所の司法消極主義も、少数者保護を政治過程での内的拒否権付与に委ねるという反映的民主主義の志向性とその問題性を具現しています。戦後日本における談合政治と司法消極主義の共存は単なる偶然ではなく、反映的民主主義モデルの優位という観点から見ると、ある構造的必然性をもった「癒着」なのです。戦後日本政治の構造的問題をこのように捉えるなら、批判的民主主義への転換が我々に必要な改革指針を提供します。

批判的民主主義は政治的意志決定を脱コンセンサス化することにより、組織的中間集団の政治的拒否権を解体し、政権を政策集団たる単一の政党に委ねるとともに政治責任も集中させ、無原則な妥協を排した整合的な政策体系の試行を可能にするとともに、失政の責任転嫁を許さず、「悪しき為政者の首を切る」ための権力交代を活性化させます。それは既得権構造による現状の専制の打破を可能にするとともに、政策形成の「主題的責任」と「主体的責任」とともに明確にし、政治権力の民主的答責性・批判的統制可能性を強め、「失敗

から学ぶ」という民主的政治過程の政治的学習効果を政治家に対しても一般有権者に対しても高めます。

誤解のないよう念のため付言すれば、批判的民主主義における政治的責任の集中は地方分権の否定や、国家から自立した市民社会的諸団体の無力化を意味するものではありません。「三割自治」と「七割自治」の癒着という現在の日本の地方自治の歪みに先に簡単に触れましたが、これは、トクヴィルの表現を借用するなら、地方固有の事柄に中央政府が過保護的に介入する「行政的中央集権」が浸透する一方で、日本社会全体の共通利益や国際的責任に関わる政策を地域エゴの抵抗を排して貫徹する「政治的中央集権」は弱いという病理を示しています。日本の地方自治の病は地方の政治的無力化ではなく、むしろ逆に、地方が「地元」の種々の中間共同体の強固な組織的政治力をテコにして中央政府から獲得するパイの分配に依存して自立的発展力を喪失していることにあります。批判的民主主義は地域共同体が国政に対してもつ強すぎる政治的拒否権を除去して「政治的中央集権」を確立する一方、地方固有の事柄に関する地方の自治能力と自己責任性を侵食する「行政的中央集権」は排除します。地方に権限と責任を大幅に移して中央からの地方の自立を促すこと　これは税源の地方移管による地方の財政的自立も含意します　が、地方政府の地域住民に対する民主的答責性を強化し、地方自治の次元でも批判的民主主義を確立するための条件になるからです。このように国政と地方自治両面において政治的答責性を強化することにより、批判的民主主義は様々な市民社会的諸団体による政治の監視と批判的統制の実効性を高めると同時に、組織票や集金力をもつ団体が偏狭な単一争点政治型要求や住民エゴをこり押しできる可能性も縮減し、市民社会の成熟化を促進します。

しかし、他面において、批判的民主主義における「多数者支配型」への政治過程の再編は、いわゆる「多数の専制」の危険を孕みます。批判的熟議過程の充実と権力交代の促進はこの危険に対する抑止効果を一定程度もちますが、それだけでは十分ではありません。政治過程の外部で構造的少数者や無力な孤立した個人を保護する司法的人権保障が必要不可欠となります。ここで重要なのは、批判的民主主義における司法的人権保障は、反映的民主主義における組織的中间集団への民主的政治過程の中での内的拒否権付与による少数者保護に対する単なる「機能的等価物」や代償措置ではなく、また、民主的政治過程に対する単なる外在的障害ではないということです。

第一に、政治的組織力に依存して享受される特殊権益ではなく、普遍主義的原理に立脚して正当化する権利を、そしてそのみを政治力の有無強弱に拘わらず万人に確保する司法的人権保障は、内的拒否権による少数者保護よりも公正です。もちろん、司法的人権保障の対象たる憲法的権利などの内容・射程は論争の主題ですが、この論争を政治的な組織力や動員力の闘争の支配から独立させて議論の妥当性の吟味のみに定位して続行するフォーラムを確保するところに、司法的人権保障の存在理由があります。批判的民主主義は民主的政治過程を批判的討議による公共的価値の共同探求の場に転換することを目指しますが、組織力・動員力の影響を民主的政治過程から完全に遮断することは困難である以上、かかる影響力から独立した論争のフォーラムとしての司法は、批判的民主主義のプロジェクトを補完する機能をもちます。

第二に、司法的人権保障は少数者保護の歪みを正すだけでなく、政治過程の歪みも正します。内的拒否権が除去され、かつ司法による普遍主義的人権保障という公正な「セイフ

ティ・ネット」が用意されているがゆえに、政治は市民を恐怖により萎縮させることなく、既得権支配を打破する大胆な改革を遂行し、試行された改革の絶えざる批判的再吟味と再変革を続行することが可能になります(17)。また、反公共的特殊権益を合理化する種々の規制や、地方の農民などの組織票の支配力を高め未組織大衆の政治疎外をもたらす一因となっている都市住民にきわめて不利な投票価値格差などに対する司法審査の厳格化も、民主的政治過程の自己改革能力の再生に寄与します。

このように、司法の人権保障機能および立法・行政に対する審査機能の強化は、批判的民主主義が志向する民主的政治過程の公共性形成機能・自己改革機能の活性化と密接不可分の関係にあります。司法審査機能の強化は民主政の活性化を妨げるどころか、その不可欠の条件なのです。したがって、上述の方向での司法機能の強化を図る司法改革は、批判的民主主義への政治的意志決定システムの転換を図る政治改革（行政機構改革も含めて）と連動して推進されなければなりません。

従来、日本の知的世界では、このような司法改革と政治改革とは別個に切り離されて論じられてきただけでなく、コンセンサス志向的・権力共有的な戦後日本の政治的意志決定システムからの脱却を図る政治改革を提唱する人々は、戦後憲法に対しても冷淡で立憲的・司法的人権保障を軽視し、人権保障重視の観点から司法改革の必要を説く人々はかかる方向の政治改革論に警戒心を抱くという、不毛な対立の構図さえありました(18)。談合政治と司法消極主義の癒着を断ち切る抜本的な体制改革が、文字通りの「守旧派」の抵抗によってだけでなく、談合政治を批判し「改憲」的志向をもつ政治改革論者と司法消極主義を批判する「護憲」的人権尊重派の敵対と牽制という「改革派」の分断によっても妨げられてきたと言えます。

政治改革と司法改革を統合する批判的民主主義の構想は、このような知的状況を克服する視角を提供します。それは民主政治の政策志向的自己改革能力の再生を求める政治改革論者に対しては、政権交代を促進する公正な政治的競争枠組を確保し人権を保障する司法審査機能の強化なくしては、政治は大胆な自己変革の冒険に人々を誘えないことを示し、人権保障の強化を求める司法改革論者に対しては、民主的政治過程を組織的中間集団の支配から解放してその批判的自己改革能力を活性化させる政治改革と連結させられずには、司法的人権保障は弱者保護の公正化を充たすには実現できず、民主政の下での自己の正統性基盤も確保できないことを示します。

以上のような批判的民主主義の構想に立脚した体制改革は戦後憲法の否定であるどころか、その根幹をなす立憲民主主義の原理への忠誠を貫徹し、かつ、これまで正当に評価されてこなかったこの憲法の統治構想的確性を明らかにするものです。政治的責任の集中を図る英国型の議院内閣制と米国型の司法審査制を結合させた戦後憲法の統治構想は、異質な統治原理のつぎはぎ的輸入などではなく、批判的民主主義の制度構想として見るなら、モデルとなった英国や米国の統治機構よりも整合的であり、優れたものです。硬性成文憲法と司法審査制による人権保障の安全弁を欠いた従来の英国の議会主権原理がもつ多数の専制の危険性は、サッチャー政権下における表現の自由や集会結社の自由などに対する抑圧によって具現され、近年、ヨーロッパ人権規約の編入という形で司法審査制に担保された立憲主義的人権保障の導入が模索されつつあります(19)。他方、強い司法審査制の伝統をもつ米国では、民主主義の機能不全を司法審査制に帰責する議論が間歇的に噴出します

が、米国の民主主義の機能不全をもたらしている最大の要因はむしろ、議会と大統領が独立の民主的正統性基盤をもって対立する政治部門の二重権力構造が政治的責任を拡散させ政治の改革能力を阻害していることにあります。クリントン政権下における健康保険改革の挫折はこの問題点の顕著な例証です。大統領制から議院内閣制への移行論は米国でも台頭の歴史があり、近年また、この問題を再検討する動きが現出しています(20)。

このように日本国憲法の統治構想は「先進性」をもちますが、その批判的民主主義のポテンシャルは戦後憲政史の展開においては現実化されず、むしろ談合政治と司法消極主義の癒着という逆方向の実践が支配してきました。かかる現実の改革を志向する人々の間でさえ、先述のように、このポテンシャルは分断されることにより脱力化されてきました。司法改革を孤立した自己完結の主題としてではなく、政治改革と連結したマクロな体制改革の一環として捉えること、そして、この体制改革の指針となる代替的な民主政の理念と包括的制度構想を戦後憲法の立憲民主主義の原理と接合して提示し、「危うい改憲論」と「硬直した護憲論」の対立を超えて戦後憲政・戦後民主主義の閉塞を打開する原理的一貫性のある自己変革の道を切り開くことが、いま私たちには必要です。ここで素描した批判的民主主義の構想がこの課題の遂行にわずかでも寄与できれば幸いです。

本報告では戦後思想を支配し、現在の司法改革論議にも尾を引いている「規制緩和」対「弱者保護」、「市場」対「福祉国家」、「改憲」対「護憲」といった二項対立を批判し、それを超えた体制改革の理念を「毅然たる法治国家」と「批判的民主主義」の結合に求め、司法改革の目的となるべき「法の支配」を貫徹する「強い司法」の確立の意義と正統性基盤を、かかる体制改革の理念と接続することにより明らかにすることを試みました。司法制度改革の具体的詳細には立ち入りませんが、正鵠を得た司法改革を持続的に遂行していくためには、改革の制度的手段以前に改革の目的を明らかにし、その正当性を社会に対して擁護し訴えかける論議を深める必要があります。このような改革目的論が十分詰められないまま、制度の手直しだけが先行しようとしているところに現在の司法改革過程の危うさの一因があります(21)。本報告はこの傾向に対抗するささやかな平衡錘を提供しようとするものです。「重さ」が足りないと評価される方々には、ぜひ、更なる平衡錘の追加をお願いしたいと思います。

註

- (1) 井上達夫・河合幹雄編『体制改革としての司法改革 日本型意思決定システムの構造転換と司法の役割』信山社、2001年
- (2) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書 21世紀日本を支える司法制度」、『ジュリスト』2001年9月15日号(No. 1208)、188頁。
- (3) 同230頁。
- (4) 同189頁。
- (5) この問題を、ロースクール化・司法試験制度改革を素材に、より立ち入って考察するものとして、井上達夫「序論 司法改革論議を改革する 『戦後の国体』の改造に向けて」井上・河合編前掲書(註1)6-15頁参照。
- (6) 佐藤幸治・高橋和之「対談 統治構造の変革」、『ジュリスト』1998年5月1・15日合併号(No. 1133)、8-23頁。

(7) 政治学的観点から、この方向の改革の必要性を明らかにするものとして、井上・河合編前掲書(註1)所収の大山論文(第4章「国会における意思決定」と曾根論文(第5章「『失われた10年』か『改革の10年』か」)を参照。

(8) 佐藤・高橋前掲対談(註6)12、22頁参照。

(9) 村上淳一『近代法の形成』岩波書店、1979年、65-79頁参照。

(10) 佐々木高雄『抵抗権論 ホッブズの理論を中心として』学陽書房、1987年、16-25頁参照。

(11) インゲボルク・マウス(浜田義文・牧野英二監訳)『啓蒙の民主制理論』法政大学出版局、1999年、113-124頁参照。

(12) 井上達夫「自由の秩序」井上達夫編『自由・権力・ユートピア』(新・哲学講義 7)岩波書店、1998年、31-62頁参照。

(13) 鈴村興太郎「競争・規制・自由」伊丹敬之・加護野忠男・伊藤元重編『企業と市場』(日本の企業システム 4)有斐閣、130-136頁参照。

(14) 井上達夫「公正競争とは何か 法哲学的試論」金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス 公正と競争の原理』信山社、2000年参照。

(15) ラディカル・デモクラシー、熟議的民主主義(deliberative democracy)、闘争的民主主義(agonistic democracy)、批判的法学など様々な立場から、司法に対する民主政の優位の復権が試みられているが、司法審査制の意義を全面否認するものは少なく、民主政の優位により正当化可能な司法審査の役割もある程度認めつつ、その射程を狭く限定する姿勢が一般的であると言えよう。憲法学的観点から、この動向に対する詳細な展望を提供するものとして、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』日本評論社、2000年参照。この動向の一部に対する法哲学的観点からの批判的検討として、井上達夫『他者への自由 公共性の哲学としてのリベラリズム』創文社、1999年、212-225頁/同「法の支配 死と再生」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界 1 法的思考の再定位』東京大学出版会、1999年、207-233頁参照。マウスの前掲書(註11)は最近のドイツの法思想・政治思想界においても見られるこの傾向をカント再解釈に即して徹底させている。なお、英語圏の法哲学界では、最近、権利志向的正義構想に依拠する陣営の中からも、ジェレミー・ウォルドロンが権利や正義の構想の多元的分裂とコンセンサス形成の不可能性を根拠に、それを裁断する最終審級として司法に対する民主的立法の優位を説く議論を展開している(cf. J. Waldron, Law and Disagreement, Oxford U. P., 1999)が、本文で触れた「民主主義の優位」の自壊性の問題は彼の議論に一層顕著な仕方で見られている。

(16) 井上達夫『現代の貧困』岩波書店、2001年、第3部参照。

(17) リベラルな立憲民主主義を「制度の物神化(institutional fetishism)」に陥ったものとして批判し、民主的政治過程を通じて大胆な制度改革の実験を続行する「民主的実験主義(democratic experimentalism)」の立場を提唱するロベルト・アンガー(cf. R. Unger, What Should Legal Analysis Become? Verso, 1996)でさえ、かかる大胆な制度改革実験を可能にするための安全弁として、司法的人権保障のような「立憲の保全(constitutional entrenchment)」により一定の基本的諸権利を通常立法過程による改廃から「基本的免除特権(fundamental immunities)」として保護する必要を承認し、次のように述べている。「もし人民が必須のものとして保全された権利保障という避難所における保護を欠くなら、彼らは動員型民主政治の加速され拡張された実験主義を脅威の強すぎるもの見るだろう。彼らはその恐怖政治を捨てて、何であれ代わりに得られる保護的独裁制や脱動員型の政

体にすぎりつくだらう。この観点から見るなら、人権と動員型民主政治が支える強化された実験主義との関係は、親の愛が冒険と自己変革を敢行する子の意欲に対してもつ関係に似ている。」(op. cit., p. 167.) リベラルな立憲民主主義を一見ラディカルに否定しながら、「司法のパターナリズム」などと難じられたその「欠陥」がもつ長所を裏口から密輸入するという「民主主義の優位」論者にありがちな傾向をアングーもここで露呈しているが、司法的・立憲的人権保障が民主政の大胆な自己改革力を阻むものではなく、むしろ促進するものであることの洞察は注目に値する。

(18) 井上達夫「何のための司法改革か 日本構造改革における司法の位置」井上・河合編前掲書(註1)301-303頁参照。

(19) 現在進行しているこのような英国国制改革の必要性を明らかにするものとして、cf. R. Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto and Windus, 1990.

(20) Cf. B. Ackerman, "The New Separation of Powers," in *Harvard Law Review*, Vol. 113 (2000), pp. 633-729.

(21) 改革手段論としての制度改革論と改革目的論としての機能改革論とのあるべき関係について、井上前掲論文(註18)305-315頁参照。

司法制度改革と市民的公共性

大野達司

はじめに 公共圏論と市民社会

公共性論は、周知のように、近年諸分野で積極的に展開されている(*1)。そこでは、我が国の現状や歴史的背景に照らして、従来の「公共」がいわば「官」と同義であったという理解のもと、これを「民」の側から立ち上げようとするという方向性には大方の一致があると思う。なかでも「公共性」を空間的に読みかえようとする「公共圏論」では、公共性自体を実体的価値として権利に対置せず、人々の活動や意見が繰り広げられ、そこから共通の問題として耳を傾けられ、場合によっては受け入れられていく過程ないし場の形成が、人々の活動による社会形成の可能性に着目とともにめざされている。

もともと、議会制はその制度化されたものであり、ここで人々は公共の問題に関心を寄せ、公権力との折衝が行われるため、公開性と批判性がその特徴として挙げられる。その法治国家的諸制度は市民的公共性と称せられる(*2)。だがこの制度は、多層的・対立的な社会を配慮しつつも、そこから統一的意思形成をもたらしえない機能不全に陥っていると批判された。今日の環境下でも、議会制さらには司法制度も含めた制度化された「公共圏」に、同種の批判が妥当する。制度化された公共的決定をチェックする、官に対する「民」の理解も一枚岩ではない。あるいは社会の側、つまり「民」に重心を移すにしても、それが経済的効率性と曖昧な形で連係している場合がある一方で、これとは反対に国民の共同体としての「公」が埋め込まれたものとして「私」に対置されることもある。さらには、これらの観点から落ちこぼれてしまう、公共化され得ず「社会」の外部に位置する欲求・必要などの存在に目を向けるならば、そもそも「民」の内実を組み替える作業は、近代社会の構造転換を迫るより根底的なものとならざるをえない。もし「民」にこだわるとすれば、こうした問題構造のもとで、ブルジョア社会とも公民社会とも異なる「市民社会」としての公共圏を構想し、公権力との批判的接点となる道筋を複数用意する仕組みを練り上げていかなければならない。このような公共圏を、市民的公共性の拡張形態ととらえようとするのであれば、「民」の内実を市民から拡張することによって、その基本的性格を変ずることになるのかどうか、一つの争点となるだろう。

公共圏と司法制度

さて、司法制度改革審議会最終意見書も「公共性の空間」を一つの指導理念とする。それが依存的個人主義からの脱却を目指し、自主的紛争解決の余地を拡大するという方向性については受け入れやすいものだが、その含意、つまり「官」に対する「民」の理解をめぐって、これが国家的統合につらなる「操作的公共圏」の強化につながり、「行政に対し責任を問う権利主体ではなく、能動的に自ら責任を引き受ける責任主体」を要請しているのではないかという疑問が示されている(*3)。ここには少なくとも二つの論点が含まれていると思う。つまり、一つには、国家対個人という枠組みの弱さに対する批判と(*4)、「批判的公共圏」、あるいは批判そのものの基礎にある、国家的統合から逸脱する少数者らの立場表明、これらの人々の生活空間に対する(少なくとも潜在的な)公共性としての性格の認

知可能性である。むしろこの二つの点は相互補完的であり、国家的公共性に対する批判の資源は、小文字の公共圏、人々の生活実感や生活利益の中からくみ取られるべきものであるとともに、それらの人々が異議を唱えたり、問題提起したりする足場、あるいは避難所としての意味も持つはずである。

これらの議論をもとに整理すると、公共性ないし公共圏には、官憲的（操作的）公共性に対して、制度的公共圏、批判的公共圏、対抗的公共圏といった区分ができそうである。前二者は、国家制度の側に位置するが、公論をはじめとする場である批判的公共圏と、それを手続的に保障した制度的な公共圏（機能面からは批判的公共圏ともいえる）には、後二者の主張を受け止め・媒介する・あるいはそれに基づく緊張対立により公権力をチェックする機能が期待されることになる。無論、このうちで官憲的な公共性は物理的権力を背景にした統一的政策実現という機能的作用を別にすると、それ自体として積極的な意味を持ち得ない。また、制度的公共圏の中でも、議会制と裁判制度には、集合的意思形成・政治的決定と、個別的権利保障という機能様式の違い、分業関係がある。

このようにいくつかの層に重なり合いながら、相互の緊張関係におかれる「公共性」の構造の中で、司法制度にかかわる論点を、いくつかの水準に区別してみることも可能である。

- (1)手続的にアクセスが損なわれているなど、具体の制度上の問題点に関して
- (2)現行法制度の基礎概念・基礎構造に差別的要素の存在に関して：対抗的公共圏に発する「包含」要求
- (3)一般的ルールによる規律自体に関して：対抗的公共圏の自立、分散的紛争処理など。

以下では一応この区分に沿って話を進めていくが、実際には各水準が背後に抱える問題は交錯している。私達の社会の今日的諸問題が司法制度のどの水準で問題化されるかは、現行諸制度の許容度、それと相関する問題解決の戦略などに左右される。したがって水準の違いは重要度の違いとは対応しない。公共圏論の観点からすれば、司法制度によってあらゆる問題に対処することはできず、より大きな公共圏の再編という課題のなかでその改革を位置づけるべきだということになる。

公共圏としての司法制度と参加

(1)の水準は訴訟制度の利用可能性の拡大に関わるものであり、さらにその入り口のみならず、裁判手続における自主的要素の強化、当事者としての役割の明確化は、開放性と自治性を備えた場としての公共圏の性格の拡充である。意見書では、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ことに公共性の意味を見ているが、形式的意味での参加の平等をより実質化することそのものについては、異論がないと思う。だが現状と照らした上でのその具体化には、公共圏の複層性という観点からも、いくつかの留意点が指摘可能である。

とくに公共事業をはじめとする行政訴訟で争われる問題は、行政行為の公共性とこれに対する私的権利、しばしばそれは生活世界に根づく公共性の維持との対抗関係が基礎にある。したがって、ここで制度としての訴訟は批判的公共圏としての機能を期待される。意見書では、对国家的关系に対する配慮、とくに政策形成型訴訟や行政訴訟については、具体的提案が今後の課題とされているが、これらについても利用可能性が重要である。だが

裁判の形式は、訴訟当事者の自治的性格を強めたとしても、基本的には裁判官による「他律」である。その意味では決定権者の判断傾向は無視し得ない要素であって、判決の行政追隨的性格を克服し、チェック機能を働かせる余地をつくるには、司法行政制度の改革による裁判官の独立確保が必要である(*5)。

「司法への国民参加」を具現化するいわゆる裁判員制度は、重大犯罪に関する刑事裁判を対象とし、法体系や社会秩序という公的問題に関係する。だがそれによって、母集団の意志ないし意見の布置、あるいは「社会常識」が反映されるかどうかには、疑問も残る(*6)。民主制の正当化については、経験的な意見・利害をいかに反映させるか、ということと、理性的な集団的意思形成を実現するという、ときに相反する二つの要素が存在している(*7)。国民参加としての裁判員制度の導入が、専門家支配の裏返しに過ぎないのではないとしたら、参加の拡充だけではなく、外的影響などその考え得るデメリットも含めて、審議・決定過程でいかなる妥当な結論が確保されるのかを明らかにする必要がある(*8)(*9)。またこの場合に、ともに審議する裁判官の役割はますます重要になると思われる。

このような観点でも、裁判官の量的拡大もさることながら、現在裁判官に欠けているといわれる常識、社会との接触を維持するために、一般社会人としての活動、あるいは場合によっては地域貢献的法曹としての活動の道を開く必要がある。制度的には転任制度の見直し、地域分権的なシステムの導入も考えられる。つまり、裁判員＝常識、裁判官＝法的専門知識という分業にこだわるべきではない。このような要請は裁判制度全体に妥当する。

一方自治という観点では、従来の普遍主義的な裁判制度にとらわれない手法にも着目しうる。行政に対する市民の異議申し立ては、生活利益に基づく公権力に対するチェック機能を果たす。しかしその内実が私的生活圏内での調整不能に由来することもある。これに対して、行政も含めた多面的で自主的な調整の試みも、ある種のADRとして存在する(*10)。こうした例は、行政に対する依存的体質の改革の必要性に答えるものである。また、手続の性質という点からは、法的な決定権限の所在のみが自治のあり方を決するものではないことを示唆している(名和田是彦『コミュニティの法理論』)。

対抗的公共圏と市民の力量

ところで、代替的紛争処理システムへの関心は、近代型法治主義に対する懐疑と一定の範囲で連携している。いわゆるポストモダン法理論は、統一的法共同体に、多声的で抗争的な社会像、そこから揺らぎのなかで生まれてくる法のイメージを対置するものであり、その議論のスタンスはある意味で(3)の水準にかかわる。それはブルジョア的公共圏に対する批判のスタンスと重なり、「主体」「真理」「現実」「表象」「普遍性」「客観性」「法則性」たる「モダン」が批判対象とされる。その理論的出自にはいくつかの流れがあり、一括して扱うにはためらいを覚えるが、ともあれ、組織を基礎にした社会の秩序原理の多元性や、法や法的推論の非客観性、不確定性、政治的性格が指摘される。そして、法や法的営みは、固有のコードに沿った一面的なものであり(システム論)「我々の社会的世界における人間の間の現実の関係状態についての苦痛な矛盾に満ちた感覚という真実」(CLS、松浦好治「批判的法学研究の意義と課題」、『政治としての法』)、「世界の豊穡さや苦悩」(和田仁孝「法のディスコースとプラクティス」井上・嶋津・松浦編『法の臨界』)を隠蔽するイデオロギー性が指摘される。

ポストモダン法理論は、こうした認識を反転させ、普遍的法基準から取りこぼされる多様な声に対応する「その時その場」の一回起性の秩序、「揺らぎ」の活性化」(和田前掲)をめざすが、そこでは当事者自治を一層徹底した紛争処理制度を支持し、情緒面も含めて両当事者が納得すること、特定集団の慣行を重視すること、地域に特有の規範を尊重することなどが具体的なメリットとして挙げられる。少年司法を中心としたいわゆる「修復的司法」の例もここに含まれよう。もっともこれらについても、紛争の生じた文脈を尊重するという共通点があるとしても、その意義を紛争解決の効率性に見るのか、それとも当事者の納得に見るのかの違いがあるし、自治の基礎となる共通の文脈は、小集団においても必ずしも所与ではない。

こうした主張と最近の公共圏論は、「市民的」公共性における言説資源の非対称性(松浦前掲)がもたらす限界を出発点とするところで重なり合う。「市民的公共性」モデルについては、その「批判的」機能がありながらも、社会的平等性への無配慮、公共性の単一性、私的主張の排除、決定権限の集中といった問題点が指摘され(*11)、これらは、形式主義・普遍主義・集権主義に連なり、「公共圏」内部の政治性・対立性を捉え損ねているとされる。それは、このモデルが背景にしている歴史的条件に由来する部分もあるが、法的紛争処理に限らず、およそ制度的手続に付随する限界でもある。そのため、実質的な社会的平等と社会的アイデンティティ形成をめざす多様な対抗的「公共圏」が対置され、日常知の非対称性、専門知と日常知の非対称性という言説資源の不均衡を意識した関係の形成が要請される(*12)。

だが、法治主義の基礎に対する問いかけは、法治主義を擁護する側からすでに提起されていた。「倫理的 - 理性的な法律が支配したのは、生きた人間がその法律を自己及び他者に適用したからであった。それが倫理的に不可欠なものであることは自己自身を規定する自由という観念のゆえに肯定された。ところがひたすら経済的安全の確保のために生活を法律化しようとするのは、個性なき機械化の目的のための技術化以外の何ものでもない。倫理的に理解された法律は国家の手によって実定化されて適用されても、絶対的なもの、生の支えとなる根源・深淵との関係を保持していた。それは常に具体的な個人的意思による主体的決断を要求した。これに対して技術的にしか理解されなくなった法律は主体的決断から独立した。それは論理的 - 数学的客観性をもって人間たちの上に君臨するに至った。ここで人間は当初際限のない楽観主義に浸り、その客観性を決定的に法律 = 法則化することを通じて、此岸にとどまりながら個人的決断のいっさいの悪弊から解放されることを期待した。」(ヘラー「法治国家か独裁か」『国家学の危機』)

これは、狭義での市民的 = ブルジョアの公共性を克服する地平に位置し、法は「主体的決断」を通じて、生の支えとなる根源とつながり、これと形式化した法則の対極に位置し、それが法治主義を実質化するとされる。この法治主義論は、法則からその背後に視線を向けているが、「決定者」の「主体性」に焦点をあわせている点で近代主義の枠内にとどまっているとの評価もできよう。つまり今日では、この「根源」はカオスと捉えられ、その「声」は聞き取りにくくなっているというわけである。それに対して法制度はどのように回路を開いていくのか。今日法治主義を再考しようとするならば、多元・多層的な公共圏の関係をどのように結びつけ、あるいは相互に対抗させていくかが焦点となる。

公共圏への「参加」には、国政から小規模の共同生活に至るまで、様々な段階が存在す

る。この市民権の充実という問題は、その性質に応じて、現行法上の手続的・実体的問題であるとともに、基礎概念・基礎構造、あるいはそれを支える社会構造にまで及ぶ(*13)。つまりそれは、(1)の水準で本来解決可能であっても、それを阻害する要因とも絡んで、(2)に象徴的に関連する。

公共圏への参入資格として「市民権」を捉えるなら、血統主義的な国籍法体系における市民権と国籍との結びつきは、その外延を制約している(*14)。その内実にかかわる個別問題としても、典型的にはいわゆる(在日)外国人につき、戦後補償問題をはじめとして、なお未解決の問題・不平等が存在する。社会が外に向けて開かれていくに伴う課題については、意見書のいう「国際化への対応」(53頁以下)は、「世界規模での競争」、「より魅力的で安全な国内環境の整備を目指した「制度間競争」といわれ、具体的には、「自由で公正な社会や効率的な市場システムを支える適正迅速な紛争解決手段の整備、国際的組織犯罪や各種危機管理への的確な対応、社会の様々な場面での人権の保障、戦略的リスク管理や法遵守を含むコーポレート・ガバナンスの確立、国家戦略としてのニーズに積極的に対応し、十分な存在感を発揮していくこと」だとされる。だが、意見書では経済競争で勝ち抜く国家の実現に向けた司法制度の改革については各論的に触れられているものの、「社会の様々な場面での人権の保障」については、それ以上言及されていない(*15)。外国人労働者問題にみられるように、経済的効率性と社会の様々な場面での人権の保障とは、矛盾する関係に立ちうる。国籍と市民権の分離といった原理論的テーマから、公共圏開放の実質を有意味にする通訳制度の充実などまで、多様な論点が存在している。国際化に伴って、このような問題は一層切実なものとなる。もちろんこれは、在日外国人に限定される問題領域ではない。

ハーバーマスは、法治国家モデルを維持しつつ、公共圏を二層に、つまり非公式に組織された公共圏たる弱い公共(制度化されていない批判的公共圏、対抗的公共圏)と、議会その他の形式的に組織された政治システムの制度という強い公共(制度的公共圏)に分け、前者が社会問題の同定と解釈、後者が理由に基づく「社会問題」の選別と決定という双方の分業をもとに接合しようとする。この決定の「熟議」にとって重要なのは、全員の参加ではなく、世論が適切な情報と有意な理由に基づいて形成され、関わりのある利益をもつ人が、自分の利益(とその理由)を知らしめるための、等しく効果的な機会をもつこととされる(国家と社会の分離)。それとともに、法媒体がコミュニケーション的に構造化された生活世界の弱い社会統合的刺激を強める変換器として効果をもたらさうような憲法秩序が必要だとされる(*16)で、一枚岩的な共同体の公共性を措定して、それを国家的公共性に結びつけようとする立場とは一線を画している。

こうした法治国家の維持を支える、公的空間における合理化された世論と意思形成は、個人から諸社会の必要、価値などを国家的諸制度への媒介を果たすとともに、それに吸収しもしないという相反する課題の前にたたされている。古典的な法治国家では、集合的意意思形成の過程で媒介を実現するとともに、個人的領域に対する介入を法的に制限するという手法がとられてきた。この二元的役割分担に限界があるのは事実だとしても、それらの意義が無に帰しているわけではないのは言うまでもない。この隙間をどのように埋めていくのが、司法制度改革に求められている基本的課題だといえるのではないか。これらを制度的公共圏に媒介するには、専門家の説明責任、日常言語との翻訳が重要な責任となっ

てくる。だがもちろん司法制度はそれをもれなく充足できるわけではない。

「専門家」とはいわゆる「プロ」だけではない。むしろ様々な支援団体がこの役割を担うこともあるだろう。たとえば家庭内暴力などの問題について、「被害者」を庇護し、調停をはじめとする手続に手助けをするグループなどである。生活世界からの欲求をこうした批判的公共圏に接続するのに必要とされるのは、一方で、差異の承認と感情移入、そして他者に耳を傾け、他者の見解に照らして自分の見解を修正する可能性を受け入れる能力、である。これらの条件は所与のものとはいえず、「市民社会」を立ち上げ・運営していく営みとの相互関係のなかに位置づけたい。その主体たる「市民」は、諸々のアジェンダや矛盾をめぐる運動や紛争のプロセスのなかで、それ自体もまた差異や異質性、他者性を抱え込んで節合されていくエージェント（ムフ）だが、専門家の説明や翻訳の責任と並んで、専門家ではない素人も「語り」に耳を傾け、それに共感し、共通の問題解決へ導こうとするとき、その「力量」が試されることになる。この「市民の力量」（松下圭一「組織・制御としての政治」『戦後政治の歴史と思想』）とは、自分や自分の所属する集団の傾向性にとらわれず議論できる能力といえるが、こうした水平的公共圏構成原理に加えて、外部との関係で問題を解決していくには、「状況対応能力」「政策形成能力」といった事務的処理能力の醸成もまた、欠かすことのできない要因である。こうした市民性の技法を広めていくことは、司法制度改革を含めた長期的改革の指導理念となりうるとともに、またこの改革の展開を見極めていくための条件となろう。

註

(*1) 最新の法哲学研究者によるものとして、谷口功一「公共性」概念の哲学的基礎・序説』『国家学会雑誌』114巻5・6号。

(*2) 市民的公共性については、経済・国家活動が、公衆の参画により制定された完璧な規範秩序にのっとり、予測可能となることがめざされる。ハーバーマス『公共性の構造転換』。

(*3) 佐藤岩男「公共性の空間を支える司法」、しかしいかなる「公共性の空間なのか」『法律時報』73巻7号は、これとともに、オンブズマンによる批判的公共圏の意義に着目する。

(*4) 高橋和之、「(座談会)司法制度改革審議会中間報告をめぐって」『司法改革と国民参加、ジュリスト』1198号、渡辺康行「多数だけでは決めない仕組」『ホーンブック憲法改訂版』。

(*5) 違憲立法審査制度も含め、この点には多くの指摘がある。浜川清「行政訴訟改革について」『法律時報』73巻7号。

(*6) 黒沢香「裁判員制度をどう見るか」『司法改革』No.21。

(*7) 井上達夫『現代の貧困』による反映の民主主義と批判的民主主義の対比。統治の方向を何に定めるか、批判の基準はどこから導かれるのか。社会的問題発見の過程に無批判の依拠することもできない。

(*8) 渥美東洋「民意・世間の常識の刑事裁判への反映と関係修復を目指した刑事裁判についての一覚え書き」『現代刑事法』27。少年司法について同様の見解、前野育三「少年司法」『法律時報』73巻7号。

(*9) 田川和幸『弁護士裁判官になる』。

(*10) 井上匡子「コミュニティとADR」『法学セミナー』2001年8月号。愛知県御高町の産廃問題につき、地域内対立のなか、下流の他地域の人たち、将来世代など、訴訟では対象にはならない人々

の利益をも包含した形で、解決が目指された例。

(*11) ナンシー・フレイザー「公共圏の再考」グレイグ・キャルホーン編『ハーバーマスと公共圏』。

(*12) 栗原彬「市民政治のアジェンダ」『思想』908号のいう、市民的公共性（人権、自己決定権など近代法的諸概念）の亀裂から見える「ピープル（アイヌ、沖縄、被差別部落、在日朝鮮人、外国人労働者、従軍慰安婦など）の生活世界」。

(*13) また、裁判員などについても、「この国への特段に緊密な定着性をもつ定住外国人については」裁判員となる可能性を認めうるとの議論もある。

(*14) 斉藤純一『公共性』4頁。

(*15) 田中成明「司法制度改革の背景と課題について」『法学論叢』148巻3・4号は、「規制緩和的司法改革論が、刑事司法改革や人権擁護の充実に原理的に反対するのならばともかく、中心的な関心事としていないというだけで、その意義を全面的に否定することは短絡的である」とされる。

(*16) Habermas, Faktizität und Geltung, 217。このために、法治国家はコミュニケーション的自由の公的使用を制度化し、コミュニケーション的権力の行政権力への転換の規制を規律するという。

教育改革から見た司法改革

竹下 賢（関西大学）

はじめに

私はここで、司法制度改革そのものを取り上げるのではなく、また、その対象に含まれる法曹養成制度における教育そのものを取り上げるのでもない。これから扱う論点は、法曹養成制度の改革において、あらたに提案される教育が、より大きな視点から教育改革というわが国のもうひとつの改革動向に、どのように関係していて、そして、どのように関係づけるべきかということである。

ただ、司法改革については、これまで多くの論者によって、行政改革や政治改革との関係が論じられてきている。このシンポジウムでも、行政改革と司法改革との関係がすでに論じられた。しかし、教育改革を論じる観点から、のちの議論につながるかぎり、この両改革の関係について、私なりの整理を示しておくから、始めることにする。

1 司法改革と政治改革

司法制度改革のこれまでの流れを大づかみにいえば、もともと、司法関係者の中で議論されていた司法制度の改革が、とりわけ行政改革の進展に対応して、その目標に引っ張られるような形で、促進されたといえる。その行政改革の目標とは、自由主義的な規制緩和にあり、その司法改革への反映は、法曹資格の獲得を容易なものとし、法曹、とりわけ弁護士としての職業に市場原理を導入することであった。しかし、そうした規制緩和という行政改革の目標は、理念としては、より根本的な政治改革への道に規定されたものといえよう。その改革は、1997年の行政改革会議の最終報告で述べられているように、国民を自律的で社会的責任を負った統治主体たらしめ、そのために、「法の支配」の貫徹した社会を形成することを理念としていた。

このような、わが国の共同体の構成原理を再確認し、そして、その実質的な実現を図るとする政治改革の理念は、司法制度改革審議会が本格的な審議に先立って公表した、1999年の「論点整理において」に受けつがれた。行政の事前規制を廃した事後救済型社会においては、「法の支配」のもとで、国民の基本的な人権を保障し、その権利と自由を実現することが不可欠であり、しかも、そのことが司法制度改革の基本的な課題だとされている。

こうして、司法改革は政治改革と連携するものとされ、さらには諸改革の「かなめ」とも位置づけられたが、この理念的な出発点は、司法制度改革審議会の改革姿勢を、先日の「最終意見」に至るまで、導くものであったと考えられる。

2 法科大学院の構想と教育改革

さて、司法制度改革審議会などによって、法科大学院の構想が示されているが、以下では、この構想の一定の部分に注目し、それと教育改革との関係を説明したい。この法科大学院の構想は、周知のように、国民の権利保障の強化のための司法の強化の一環であり、司法の制度的基盤の強化と並ぶ司法の人的基盤の強化のための方策とされている。この構

想に関して、私は3点に注目する。

(1) 専門大学院の設置

ひとつは、この法科大学院構想は、これまでの文部省の議論に関連させるなら、専門大学院制度につながる構想だということである。専門大学院というのは、高度専門職業人養成に特化した実践的教育を行う大学院であり、すでに法制度上、2000年度より開設が可能になっている。たとえば、一橋大学のビジネススクールが有名であり、京都大学にもひとつの専門大学院がある。

こうした専門大学院の枠組みで、法科大学院が設置されるかどうかは、まだ未決定の状態にある。この専門大学院では、教員の3割以上が実務経験者でなければならないことなど、厳しい条件が課せられているため、全国的にかなりの数の専門家を養成する、全体的には大規模な法科大学院に対して、こうした条件を同様に適用できるであろうか、ということが問題になっている。

しかし、このことは形式的な問題であり、実質的には、司法制度改革審議会の「最終意見」でも、法科大学院は「法曹養成に特化した教育機関」とであるとされている。このように、法科大学院は高度専門職業人を養成する点で、専門大学院だといえる。

この専門大学院構想を打ち出したのは、大学審議会の「21世紀の大学像と今後の改革方策について - 競争的環境の中で個性が輝く大学 - 」という、1998年答申である。ここにおいて、「21世紀初頭の大学像」の項目のもとで、大学院における「高度専門職業人養成機能の一層の強化」が唱えられ、また、「大学院の教育研究の高度化・多様化」の項目のもとで、「特定の職業等に従事するのに必要な高度の専門的知識・能力の育成に特化した実践的な教育を行う大学院修士課程の設置を促進する」ことが謳われているのである。

(2) 教養教育の重視

私の注目する二つめは、法科大学院の教育課程における教養の重視ということである。司法制度改革審議会の「最終意見」において、法科大学院の教育理念とされているのは、第1に、専門的資質・能力の習得と同時に、豊かな人間性の涵養・向上であり、第2に、専門的な法知識の修得と同時に、それを批判的に検討し、また発展させていく創造的な思考力の育成であり、第3に、先端的法領域への基本的な理解と同時に、実際の体験を基礎にした責任感や倫理観の涵養ということである。この第1と第3とは、私のみるところ、教養教育の分野に属するといえる。

こうした教養教育の重視は、大学審議会の1998年答申において、大学院教育ではなく、「学部教育」の再構築のひとつの方策とされている。このような教養教育の理念は、「学問のすそ野を広げ、様々な角度から物事を見ることができる能力や、自主的・総合的に考え、的確に判断する能力、豊かな人間性を養い、自分の知識や人生を社会との関係で位置付けることができる人材を育てること」にあるとされている。

このように説明される教養理念は、法科大学院との関連では、前述の法科大学院の教育理念に通じている。さらに、この教育理念の源泉となっているのは、司法制度改革審議会が示された「法曹として備えるべき資質」であるが、その資質は、「豊かな人間性や感受性、

幅広い教養と専門的知識、柔軟な思考力、説得・交渉の能力等の基本的資質に加えて、社会や人間関係に対する洞察力、人権感覚、先端的法分野や外国法の知見、国際的視野や語学力等」とされている。こうした資質は、法学的専門性が加味されているとはいえ、まさに大学審議会にいう教養教育が養成しようとしているものと、大筋で一致しているといえよう。

(3) 創造的思考力の育成

三つめの注目点は、前述で挙げた法科大学院の3つの教育理念のうち、第2番目のものにかかわる。それは、専門的な法知識の修得と同時に、それを批判的に検討し、また発展させてゆく創造的な思考力の育成であるということであった。注目するのは、後者の「批判的な思考力」であり、「創造的な思考力」である。このことは、「最終意見」が、「双方向的・多方向的」教育を推奨していることにつながっている。

司法制度の法曹養成制度については、改革論議の当初より、現行の司法試験の「点」による選抜の問題性が、多くの論者により指摘されてきた。その問題点は、時間的に限定された試験において、検査できる受験者の能力は、結局は、暗記力や処理や整理の能力に帰着するという点であった。これに代えての「プロセス」重視とは、選抜よりも育成に重点をおくものといえ、それは、「法学教育、司法試験、司法修習を有機的に連携させた養成」だということになる。

しかし、そうした説明では、「プロセス」教育の意義が示されたことにはならない。というのは、この教育が暗記や処理の能力でない何を、養成することになるのかが、これでは説明されていないからである。従来の試験による選抜に対抗して、教育による育成を通じて、しかも、法科大学院の教育によって習得されるのは、前述の「創造的な思考力」だといえる。

去る4月に、「法科大学院における教育内容・方法(民事法・刑事法)のあり方について」(モデル案)が、ある研究会により公表された。その案の総論部分において、法的思考との関連で、暗記力と創造力が対比されている。そして、暗記力に結びつく知識積み上げ型教育と正解志向とを脱却して、後者の「批判的で創造的な思考力」を育てる教育法が、探究されている。

ところで、このモデル案には、「正解志向という問題は、大きく見れば、単に法学専門教育の問題にとどまらず、わが国における教育システム全体に関わるものといえよう」という一節がある。私もこのことを述べたいのであって、わが国の教育全体が、正解志向や知識積み上げ型教育に病んでいると思える。

2000年の末に、教育改革国民会議から「教育を変える17の提案」という報告書が公表された。その17の提案は、4つのカテゴリーに分類されているのだが、その第2のカテゴリーは「一人ひとりの才能を伸ばし、創造性に富む人間を育成する」というものである。すなわち、創造力の育成は、教育改革の課題なのである。その各論部分には、「記憶力偏重を改め、大学入試を多様化する」と書かれてもいる。

3 教育改革の全体的連関

前述のように、大学審議会1998年答申は、「学部教育の再構築」の項目で教養教育の

重視を主張している。ところで、この項目は「課題探求能力の育成」という上位の項目のもとにあり、興味深いことに、専門大学院の設置を奨励する、前に述べた「大学院の教育研究の高度化・多様化」の項目に併置されている。答申では、この課題探求能力とは、「主体的な変化に対応し、自ら将来の課題を探求し、その課題に対して幅広い視野から柔軟かつ総合的な判断を下すことのできる力」であるとされています。

つまり、このような課題探求能力は、項目の構成からして、大学の学部と大学院に対して、共通して要求される能力だとされている。ここで確認されるのは、この能力がまず第1に、国民会議にいう「創造性に富む人間」が当然もつはずの能力だということである。この能力の評価について、この答申と国民会議とは同じとみることができる。大学審議会におけるこうした意見は、教育改革全体における創造性重視の動向につながっていると推測できる。第2に、課題探求能力は、「幅広い視野」と結びついていて、教養教育の重視の理念に接近していることが、注目されよう。とすれば、創造的な思考力も幅広い教養によって支持され、育成されるということにもなる。

創造的な思考力の育成と教養教育の重視とを、どのように関係づけるかは別として、前述のように、教育改革国民会議報告では、教育改革への提案が四つのカテゴリーに分類されていた。そのひとつが、「創造性に富む人間を育成する」ということであったが、それと並んで、「人間性豊かな日本人を育成する」ことが、カテゴリーとして挙げられている。四つのカテゴリーのうち、この二つが教育内容にかかわるものであり、この両者が改革提案の中心をなしているといっておく。

このように、創造的な思考力と教養とを育成することが、いまや教育改革の2本の柱と考えられるようになっていけば、法科大学院構想との関連で注目した高度専門職業人の教育は、どのように位置づけられるのかが、全体的な連関を考えるうえで問題となるのである。

この点について私は、1991年の大学設置基準の改革に触れたいと思う。それは、設置基準の大綱化ということで、授業科目の廃止がなされ、自己評価制が導入された。このことによって、大学独自の科目編成が可能になったと受け取られ、とりわけ一般教育科目ないし教養科目の削減が多くで多くの大学で実施されたようである。

しかし、この大綱化への改正において、規程上は、一般教育が軽視されたということはないのであって、むしろ、そこで強調されたのは、一般教育と専門教育の有機的関連性を回復せよということであった。ここでは、「4年間の一貫教育」が唱えられ、それに応じて、一般教育と専門教育とを有機的に連関させた「調和のとれた、かつ、効果的なカリキュラム」の編成が求められていたのである。

一般教育とはかつて一般的であった、教養教育の日本語名称であって、この教養教育の理念は、新設置基準の規定においても同様に、「幅広く深い教養及び総合的な判断力を培い、豊かな人間性を涵養すること」にある。では、この教養教育が、専門教育との有機的連関を達成しなければならないとされた理由は、どこにあるのか。以下では、このことを考えることにして、さらに最後に、このことを通じて、専門教育の実践的先端にある高度専門職業人の教育が、教養教育とどのように関連するかをも、考えてみようと思う。

4 教育改革の評価と法科大学院教育

教育改革の評価を行うために、まず、戦後の導入された教養教育を振り返ることにしたい。わが国の戦後教養教育の原型は、アメリカの一般教養教育にあり、それは、西欧の伝統にある自由学芸（リベラルアーツ）による人格教育を、強く意識したものである。つまりそれは、ギリシア以来の自由主義教育の伝統に根ざしている。

（１） 教育理念における「観想性」

藤沢令夫「学問の原方向性」（一般教育学会誌第12巻第2号、1990年、5頁以下）によれば、自由学芸には、文法、弁証、修辞の3学と、幾何、算数、天文、音楽の4科があり、この3学と4科は2種類の学問として区別される。後者は、「必然的な事実を観きわめる学問」であり、前者は、「不確定な人間の行為とその価値規範に関わる学問」である。そのことから、後者は「観想的学問」と、前者は「実践的学問」と呼びうるとされるのである。

この3学4科は、西欧のその後の大学において、神学、法学、医学という上級学科から独立して、科目編成されることになる。つまり、リベラルアーツ教育は、専門教育から分離して組織されることになる。しかし、19世紀のフンボルト的教育理念は、「観想的学問」による他学問の支配という状況を要求することになる。

神学、法学、医学といった、教義学的ないし技術学的性格をもった前述の上級学科は、合理主義的な「法則観想」に結びつき、幾何学的、物理学的に体系化され、観想学化されるようになる。ここで、カント『実践理性批判』の結びにおける有名な言葉、「わが上なる星の輝く空とわが内なる道徳法則」という一節を思い浮かべるなら、そこに、観想的学問の基本的な認識を窺うことができよう（以上について、弘睦夫「大学の理念についての一試論 - カントとフンボルトを手掛かりに - 」大学論集第13集、1984年、64頁以下、および中山茂「近代科学の大学に対するインパクト（ ） - ベルリン大学創設をめぐって - 」大学論集第3集、1975年、76頁以下参照）。

こうした観想学化の傾向は、19世紀の後半に実証主義と結びつくことになる。「観想的学問」とは「必然的な事実を観きわめる学問」であり、もともと、必然すなわち法則と事実とを重要なモメントとしていた。したがって、そこには、法則に向かう合理主義と事実に向かう実証主義とが、ともに内在している。実証主義の学問は、「観想的学問」における「法則」から「事実」への重点移動として理解できる。

フンボルト的教育理念のもとで、自由主義教育は「観想的学問」により統合されるといえるが、その重点は、合理主義から実証主義へと移る。19世紀に成立した諸々の社会科学、すなわち心理学や社会学、経済学や政治学、これらの学問の成立は、実証主義による「実践的学問」分野の支配を意味しているといえよう。

（２） ハーバード方式の教養教育

1947年のわが国の「大学基準」は、ハーバード大学報告書「自由社会のための一般教育」の影響を受け、3分野均等履修方式を採用したのだが、この報告書はいま述べたような「専門分化の時代」における「自由主義教育の復活」であった。リベラルアーツの流れを汲む大学教育が、実証主義によって影響を受け、自由主義的な意義を喪失する傾向にあったことは、ヨーロッパとアメリカにおいて共通の現象であったろう。

その意味で重要なのは倫理学の動向であり、私はその深刻さが自由主義教育復活への行動への機縁を与えたものと考えている。かつて、カントにより「内なる道徳法則」を発見するものとされた倫理学は、実証主義の影響を受けた価値相対主義によって拒否されるに至った。それによって、倫理学は「観想的学問」の性格を払拭して、「実践的学問」の性格を帯びるようになったわけではない。むしろ、倫理学は心理学や社会学などと同様に、実証的な社会科学となった。それはもはや以前の評価的規範学ではなく、実証的なイデオロギー学となった。

こうした状況に対抗して、ハーバード式一般教育法が提示される。扇谷尚「一般教育と専門教育の内的関連性の研究 - 統合理論の樹立をめざして -」(大学論集第5集、1977年、106頁以下)によれば、その教育は、自然科学と社会科学と人文科学の3系列の学科を均等に学ばせることによって、それぞれ「抽象的、直線的な理論的思考」、「脈絡上の関連的思考」、「曲線的、感覚的な創造的思考」を習得させることをめざすとされる。

そして、こうした3分野の思考法教育によって、専門的特殊を一般の全体に結びつける思考力が形成される。学生はそれを基礎にして、さらに伝達能力、実践的な判断力、評価的能力を磨き、「個人人格の内的統合」に達する。まさに、このような主張に、「創造的思考力の育成」が、教養理念である人間形成につながる、つまり、「教養教育」を完成させることになるという見解を、みることができる。

私にとって、こうした方法教育が、総合的判断力を養うとみる点で賛同できる。ただそれは、一般教育の諸教科において、教育の現実が、方法を意識して実施されるかぎりにおいてである。また、この方法教育が人格教育、全人教育につながるという点については、賛同しがたい。これによって、人間性の涵養が可能になり、豊かな人間性が育成されるとは考えられない。さらに、人格教育が「観想的学問」によってなされることも適切ではないと考えられ、そのためには、方法教育に属さない何らかの「公民教育」が導入されるべきであろう。

おわりに

ともあれ、以上のように、司法制度改革における法科大学院の教育構想は、その趣旨において、教育改革の中心的な部分を含んでいる。したがって、法曹養成の教育制度づくりあたって各人は、前述のような面で教育改革を進めているのだということを自覚する必要がある。いまだ、実施に踏み込まれているとはいいいがたい新たな教育が、法科大学院の教育において開始されるともいえる。こうした、この機関での教育をどのように編成してゆかかについて、これまでみてきた教育改革との関連で、2点について以下に述べることにしたい。

まず第1に、「教養教育の重視」と「創造的思考力の育成」との関係で、前述の「専門分化時代における自由主義教育の復活」は、再考すべき価値をもっていると思う。それは、司法改革が背景にしていた政治改革の理念が、自律的で責任を負った個人により構成された社会、この意味での自由主義社会の確立にあったからである。しかも、この自由主義教育は、暗記に基づく教育から脱却を意味する、思考法教育なのである。

ただし、人格教育に向けては、こうした方法教育のほかに、公民教育を導入する必要がある。また、教養教育や思考法教育、すくなくともその基礎的部分は、むしろ学部教育

になじむものであろう。法科大学院段階においては、法学の学際的分野について、総合的思考力を応用させる教育が、この種の学部教育の延長上に考えられよう。

第2に、「実践」ということを重視するということである。このことは、伝統的な意味でいえば、「観想性」に対する「実践性」の重視であるが、正確にいえば、「観想性」に対して軽視されてきた「実践性」の回復、両者のバランスの回復である。このバランスのもとで、教養教育と専門教育との有機的連関が図られなければならない。観想と実践のバランスは、教養と専門のバランスに対応する。そして、この専門は、職業的な専門性にもつながる。

教育はつねに、こうしたバランスないし相互関連性の上に立脚するものでなければならない。藤沢前掲論文によれば、このことは、人間の「原初的な事實的」を確認するでもであるとされる。つまり、それは、「人間は環境としての世界の中で生きて行動している」という事実を、再認識することなのである（前掲論文、6頁）。

質疑応答の記録

(本シンポジウムの基調報告後に行われたパネラーとフロアの間でのやり取りを再録します。これは当日の録音を元に再構成されたものですが、録音レベルの関係で聴取不能な部分があり、いくつかの発言・応答に関しては割愛せざるを得ませんでした。当日発言下さった方ならびに読者の方々に対してこの点お詫び申し上げます。なお、フロアからの発言の再録に関しては、それぞれの方のご了承を頂いていないので、プライバシーに配慮し、属性(ご職業・ご専門)のみの表記としました。)

【フロア：憲法学者A】

「法の支配」の現在若しくは将来を考えた場合、法そのものの存在感が空洞化しているのではないかという危機感を持っている。現在に至っては或る種の「裏事情」に通じた専門家が珍重されるといった空気さえ存在し、人々にとって法は胡散臭いものとして映じてさえているのではないだろうか。私の専門である憲法の領域では、通信傍受法をはじめ、およそ戦後の憲法論議が在庫一掃的に片付けられ、解釈が決定した後で憲法調査会で論じるといったような些か倒錯した状況さえ見られる。そのような意味では、憲法そのものがワケの分からない諸々の利益調整のあとに残ったコンセンサスとも云えないようなものを追認する「影」のようなものになってしまうのではないか、という危惧さえ持っている。以上のような問題意識に基づき、先ず第一点目としては、嶋津氏がその報告の中で提示した「貴族としての法曹(の育成・選抜)」というアイデアが、これからの制度の中でどのような具体像を結びうるのかを敷衍して欲しい。

【パネラー：嶋津格】

「貴族としての法曹」という言葉は些か刺激的に過ぎるかもしれないが、トクヴィルの議論を非常に簡単に要約したものと考えて貰いたい。法曹は実際、試験に通らなければその仕事が出来ないわけだし、また試験に通れば或る程度の生活は保障されるのだから、現在においても一種「貴族的」なものであると云えなくもない。法曹のもとにはあらゆる法的主張を持った人々が依頼者として現れるが、彼らの主張は(その)政治的立場の如何を問わず「法曹」というフィルターを通さなければ本当の意味で裁判の土俵に乗っかることはない。このような裁判の「入口」を担当しているのが法曹であるわけだが、そこでは彼ら法曹が単なる利益の主張であれ政治的主張であれ社会のあらゆる可能的な立場を代理し得ることが前提されている。しかし、他方で法曹は或る点では共通の行動様式を持っているとも云える。これが法律家の法律家たる所以であるとも云えるが、彼らは「殴り合い」で決着を付けるのではなく、あくまで法廷において「弁論」で決着を付けるというマナーを共有しているのである。このようなマナーに基づいて行われた裁判、そしてその結論が社会に何らかの権威をもって受容される。法曹とは、官僚的な秩序を構成する人間が居らずとも、社会において権利を主張することによって秩序を産み出すことの出来るような活動をする人間、そのようなものとして定義付けることが可能だろう。このような点を踏まえるなら、私の描く法曹の「具体像」とは「制度の問題」に関わるものではなく 例えば法科大学院構想に関わる形で敷衍するなら むしろ、その中で

行われる「訓練の内容」に関わるものであると云える。アダム・スミスの発想で「傍観者の立場」、即ち普遍的若しくは中立的な第三者の立場で物事を見るということ、自分が利益を主張する際に意識するということ、利益を主張する自らを外から見ている他者の立場に立って自らの利益をリフレクトすること、そのような「訓練」を経ることによって自分の主張を客観化し、同時に他者にも理解させるということが私の提示した法曹像の具体化に際しては非常に重要な意味を帯びてくる。従って、「貴族としての法曹」という私のアイデアは「制度」には解消しにくい性質を持つわけだが、むしろ「制度」には解消され尽くさない点に意義を有するものではないかとも考えられる。

【フロア：憲法学者A】

次に第二点として、井上氏はその（編）著『体制改革としての司法改革』の中で司法改革審議会（以下、「司法審」）に対しては批判的な立場を採っているが、今日の報告にあった「法の支配」の構想を今回の司法審の報告との関連で接ぎ木するなら、それはどのようなものになるか。

【パネラー：井上達夫】

まず司法審そのものに関して云うなら、そこでは、例えば「党と内閣の二重権力構造」に見られるように権力を分散化して責任を曖昧にする、という問題が起こり得ることが指摘される。「司法改革」そのものに焦点を合わせるなら、重要なのは「制度」改革ではなく「機能」改革であると思うべきだろう。前者は後者の手段でしかあり得ず、司法の「機能」をどのような方向で強化しなければならないのか、そしてなぜそれが必要なのかを人々に理解させることが重要であると云える。例えば、違憲審査制についても、「民主的正当性への敬讓を鑑み司法は強くなってはならないのだ」と云った原理的な主張に対しては、所謂「進歩派」であっても無視は出来ない筈であり、「反動的な裁判官が抵抗している」という議論で終わってしまっただけではいけないだろう。実は日本の司法における「消極主義の呪縛」というのは、単に裁判官の人事がどうこうと云ったものだけではなく、（先にも述べたように）司法を強化することに対する思想的な抵抗もあるのではないか。こういう議論は「理念派的」に聞こえるかもしれないが、人々が法に関する理解を持っていることこそが、長い目で見れば「機能」改革につながるものであり、「制度」だけを変えても肝心な所は変わらないのではないか、と思われる。そういう意味では私の意見は嶋津氏との通底性を持つものであるとも云える。司法の「機能」改革に際して最も重要なのは、理念面での人々のリオリテーションなのだということだ。

【行政法学者B】

第一に、法科大学院になれば大学生は社会的教養を全く身につけることなく専門の法学教育に入ってゆくことになるのではないかという危惧がある。この点に関して笹倉氏に話を聞きたい。

また第二に法学教育一般の話になるが、最近では司法試験の中で行政法がカットされている。現在のような行政国家化の中、行政法や行政学の素養のない法曹が好ましいものであるかという点に関しては疑問を感じるが、この点に関してはどうか。

【パネラー：笹倉秀夫】

先ほどの報告を敷衍する形で話をするなら、学ぶ者に対して「知識を注入する教育（instruction）」が、これから開設される法科大学院の中では支配的になってゆくのではないか、という危惧がある。これは今日話題になっている法科大学院だけではなく、日本における教育一般に当てはまることかもしれないが、或る目的があり、それを如何に短時間かつ低いコストで達成してゆくかという形で教育が展開されてゆくなら、そこでは（報告の中で強調したように）「官僚化」と「合理化」が進展することとなる。このような傾向に対して人間は如何に抵抗してきたかという点については留意が必要だろう。官僚化に対抗する「人間化の学問」ということを考えるなら、自ら設定した問題を自分で解決してゆく、そういう人間を育てる教育、先の instruction に対抗する形での education が必要だと云えるのではないだろうか。

【司会者：松浦好治】

行政法が（司法試験の）試験科目に入っていないということについてはどうか？

【パネラー：竹下賢】

行政法そのものについては、特段の意見を持っているわけではありません。それとの対応で、法学教育における法哲学の意義についてお話しすると、まず、教養における観想性、そういう精神を教えられるのは哲学的なものです。一般的に、学部専門教育の現実の場では、そうした観想性が専門学科を学ぶことを通じて専門化することによって、専門教育内容が学ばれてゆく。この専門性というのは実践性を意味していて、実践と観想とをどのように繋げてゆくのが重要です。法学専門教育において、この繋ぎの役を果たすのは法哲学であって、このことは、学部だけではなく大学院レベルにも当てはまります。法哲学は学部段階でも重要だが、法科大学院でも法哲学は重要であると考えます。

【パネラー：井上】

自分自身が学生時代に行政法の講義を聴いた記憶を辿ると、行政法学にも問題があるのではないか、と思われる。今日話したような漸進的な「法の支配」の再構成などと云ったことを考えた場合、行政法学自体がそれに答えられるのかという疑問がある。私の学生時代には田中行政法学の全盛期で、「法律による行政」ではなく包括的に行政に白紙委任された裁量を是認するような形での議論が行われていたような印象を持っている。他方で、現在ではこれを批判する人々もいるが、こちらは一気にポストモダンの地平へと行ってしまふ。ここには、激増する現代の行政的需要に対して、一般的ルールによる行政上の規制なんてそもそもナンセンスだと、むしろ「進歩派」を自認する人々が主張している状況があるのではないだろうか。いずれにしても、行政法学は「通達による行政」という今の日本の行政システムを追認するようなことしかして来なかったのではないかと思われる節があり、その点、現在の「体制改革」の中で「司法改革」を位置づけるということに関しては、行政法学はイレレヴァンスだとさえ云えるのではないか。そういう意味では行政法学

自体がその内部から果敢な改革をしなければならないのではないかと、という印象も持つ。些か超越的な批判かもしれないが、以上。

【司会者：松浦】

ここまで出てきた以下3つの論点について、質疑のある方どうぞ。
仮に司法改革が行われたとして、その後の段階で司法はどのような役割を果たすべきか？その段階でのリーガル・プロフェッションというのがどのような仕事をしなければならないのか？法学教育の中で基礎法的なものがどのような形でどのような格好で活かされているのか？

【フロア：英米法学者C】

司法改革審議会の報告書をどう評価するかという点では、私は今日の報告者とは異なる評価を持っている。田中氏が審議会でのせめぎ合いを伝え、井上氏はそれとは異なる視角からの報告をした。今回の司法審の方向性は 今日余り触れられなかったが「規制緩和」の観点からも検証されるべきであるように思われる。そういう意味では、今般の司法改革自体も所謂「失われた十年」の延長上に、その総括として考察されるべきではないだろうか。司法は個々の強大な権力を補完するものとして存在しているのが現状のように見え、他方で私の考える「公共性」とは政治部門と対抗する逆のベクトルである。嶋津氏の云う通り、かかる「公共性」の空間とは本来「権利」を中心として下から作りあげられるべきものである筈なのだが、政治の作り上げる秩序を維持するものとして司法が存在しているのが現実であるのではないだろうか。この点について井上氏はどう考えるか。

【司会：松浦】

さしあたって、田中氏からも応答願います。

【パネラー：田中成明】

C氏とは、当初から今般の司法制度改革に対するスタンスを異にしており、この点については、基本的なことは既に報告で話したことに尽きるが、私自身は、規制緩和論に必ずしも全面的に反対ではなく、C氏よりは規制緩和論を評価している。今般の司法制度改革が規制緩和論を追い風としていることは事実であるが、しかし、規制緩和論だけが司法改革の推進力ではなく、日本国憲法が本来司法の制度的理想として掲げていたことを実現しようという流れも、その重要な推進力であり、一定の理念を現実の政治力学のなかで実現するには、井上氏のようなアプローチを批判するわけではないが、一つの理念だけでなく、複数の理念が併存していたり、理念についての多様な解釈が対立していたりする状況のなかでバランスをとる必要がある。また、「意見書が出て全部が終わり」というわけではなく、意見書では基本的な方向や制度設計は示されているが、いずれの改革提言についても、今後の具体的な制度設計次第では、改革が骨抜きにされてしまうかもしれない点が含まれており、そのあたりをよく見きわめながら、微妙な改革の推進力が失速しないようにしなければならない。C氏とは、姿勢は異なるかもしれないが、理念・理想のレベルでは重なり合うところも多く、状況判断などの戦略的レベルでの意見の相違だと認識している。

【司会者：松浦】

大野氏の報告で対抗的生活圏があったが、人々の様々な要求をどのようにくみ取るのかという話があった。今のC氏に対して何かコメントは？

【パネラー：大野達司】

意見書については直接触れなかったが、基本的に意見書で書かれていることは、司法制度そのものの問題。ただ、細かい点は、具体的な欲求や必要との関係で決まってくるので、どれだけ様々な主張・運動に開かれているかがひとまず重要だと考える。

【パネラー：井上】

リバタリアン（libertarian）的な発想とエガリタリアン（egalitarian）的な発想は対立するものではなく、正義というより普遍的な理念に呼応するものであり、これは福祉国家と市場という問題にも関連する。C氏からの意見は、結局のところ「弱肉強食」になるのではないか？という批判として認識したが、私が問題だと思うのは、むしろ「弱者の強者化」という問題。主観的に弱者意識を持っているものが合法的な政治的権力を持っているのを権力者は無視し得ず、従って公正競争の枠組みが必要となる。それは単に形式的な参入機会の平等だけではなくて、一定の競争資源分配の公正化も含むものである。弱者保護も、単なる競争制限ではなく、市場外における再分配まで拡張して考えられるべきではないだろうか。競争へのインセンティブというのは失敗のリスクが余りにも大きすぎる場合には働かないものである。私が考えるところの「市場」は或る意味で特殊なものかもしれないが、それが魅力を持つとしたら、そこには或る種の通時的平等というものが必要だと思う。そのためには一定の手段が必要で、今日の勝者がいつまでも勝利たりうるのではなく、勝者と敗者の転換が起こり得る、このようなリバーシブルな正当化が出来ることが要請される筈だ。予め勝者・敗者が決まっているようなゲームには誰も参加しようとはしない。通時的平等というのは市場の正当性調達のためにも必要だと思う。

【パネラー：嶋津】

私自身は八年間、日本弁護士会で弁護士をやっていたが、弁護士会そのものが、田中氏によると「対抗軸」でしかありえなかった経緯があるように思われる。弁護士全体を代表している組織であるのに、それが反体制的な色彩をもってしか組織されていなかった。法曹であるなら、少数者・反体制派の利益であろうと、それを恰も「偏っていない意見である」かのようにして弁論する義務がある。いかにも或る派閥・一部の利益をしか代表していないと他者をして思わせるなら、これは法曹として失敗。「左翼的」にしか見えない形でしか弁護士会が組織されて来なかったことは問題だろう。日本の秩序全体に対する責任をとっていないのではないかと、だからこそ法曹が社会の中で重視されないのではないかと。このような理由で法曹は現在にいたっても社会の中で力を持ち得ないのではないだろうか。非常に簡単に云うと、明らかな「左翼性」のようなものがこれまでの日本の法曹の欠陥だったのではないかとということだ。

【フロア：出版編集者D】

法曹の人数制限に関して、嶋津氏からは法曹間のコミュニケーションが必要という趣旨の話があったが、これに対して井上氏は異なった主張をしていた。大野氏はこの法曹の人数という点に何か意見はあるか。

【パネラー：大野】

原則的には人数の制限は不要。できる限り多くの職域に NGO なども含め 進出して行くには、あるいは交流をもつには、できるだけ多様な人材の余地がある。質の問題については、人数制限はなくとも試験制度でカバーできる。

【パネラー：井上】

先述の『体制改革としての司法改革』の序章にも書いておいたが、現在の議論は試験に通ってから法曹資格を取得するまでの 教育課程を重視するものだが、プロセスを重視するのなら、OJT (on the job training) つまり私は弁護士になってからの修養の方が重要だと考える。従って、資格さえとれば「職」が保証されるというのはおかしいのではないか、と思われる。弁護士になっても失業し得る、というのでも構わないのではないか。基本的に「資格試験」にすべきだと考える。そもそも日本は潜在的に弁護士サービスの職域・需要となり得る場は非常に広いのではないか。ビジネス・ロー的なものから「地の塩」的な人々の人権保障に役立つものまで幅は広い。そういう意味では数量規制を緩和し、「地の塩」的な弁護士が増えざるを得ないような環境になれば、と思う。

【パネラー：嶋津】

弁護士としての経験から云うなら、自分がちょっと拙速な失敗をした時にそのままそこにつけこんでくれば相手が得をするような状況で、相手の弁護士に助けて貰ったこともある。逆に法律的には禁止されているわけではないが、仮処分的なものを物凄く使って裁判では完全に負けているくせにこちらの権利の執行を止めて止めて、こちらが頭を下げて向こうに譲ってもらわないとにっちもさっちも行かないような状況に追い込み、本来勝つべき人間を阻止するような、そういうことを平気でする弁護士も居た。私が云いたいのは、明示的なルールで社会を運営する法の運用を任務としている弁護士だからこそ、必ずしも明示的なルールだけでは還元出来ないマナーや信頼、ソフトな相互的な関係を持たなければ、法制度は動かないのではないかと云うこと。そういうことが可能であるためには普通の大衆と同じレベルに弁護士が居て、生活出来るも出来ないも市場で勝つか負けるかは駄目なのではないかと思う。そういう風だと、自分の依頼者に少しでも利益を与えた弁護士が生き残る、そうでない弁護士は滅びるんだ、と云うことになってしまう。私のいう「貴族的な弁護士」は、ちょっと刺激的な言葉ではあるが 余裕があって、どこのなんていう弁護士ということを知らないでも、お互いが弁護士ということだけで或る程度の信頼を持てるような関係を持ち得るようなものとして考えて貰えればと思う。

【司会者：松浦】

法曹として一定の倫理というか、少なくとも一種のプロフェッショナルな連帯感がある

ことが期待されている、という話でした。この点について何かパネラーのほうから他に意見はあるだろうか。

【パネラー：竹下】

プロセス教育ということでは、一般に、学部教育と高度専門職業人としての法曹の養成教育、それに法曹実務教育の連携、連続が考えられています。しかし、わたしが教育改革との関連で強調したかったのは、ここにいう学部教育の改革で求められてきたのは、ある種の教養だということです。それは、専門と教養の有機的連関という形での専門的教養です。この教育の教養部分では、自立的市民として学生を育成することが目指されていて、そこでは当然、倫理的なものの教育が含まれてくることになります。専門職業人教育に期待される倫理教育も、こうした学部教育における教養教育部分に立脚しなければ、充実した形で展開されないと思います。プロセス教育の意義が、ここにも実現される必要があるのです。

【フロア：裁判官E】

プロフェッショナルリズムとの架橋について、田中氏への質問。現行の裁判官については、その多様化ということも云われているが、そうすると現在の司法で維持されているレベルが下がるということが懸念されていなくもない。「精密司法」が維持出来ないから反対するというのがプロフェッショナルの側の言い分であると云って、問題を切り捨てたような印象も受けたが、それが「そんなに精密でもなくてもいいよ、たまにも間違ってもいいよ」という話だとすると、嶋津氏の云うように「勝つべきものが勝たない」ということがままた出てくることとなる。そういうことでも良いのか？また、(裁判官の)「均質性」というチームもあって、最高裁はそういうことを前提にしているわけだが、最近の議論ではどうも、「『精密性』も『均質性』もどうでもいいよ」という大合唱になって来ているような気がするし、あまつさえ裁判官一人一人が勝手にやって後は上級審に任せればいいのか、という議論も聴かれたりする。この点について意見を伺いたい。

【パネラー：田中】

現在の裁判実務の水準が「精密司法」として当然視され、陪審制や参審制をとると、その水準が落ちて、「雑になる」という議論が一般にされているが、そもそも、何故「精密司法」になっているのか、それが現行裁判の制度的原理に適っているのかということが、問題とされなければならない。嶋津氏の「不当判決」の話のように、結局、当事者も弁護士も、裁判官をあれこれ批判しながらも、現実には裁判官に依存しすぎているのではないか。裁判の制度的原理とされている当事者主義ののっとなって、両当事者の弁論自体をもっと活性化し、裁判官はどちらの弁論がより説得力があるかを判定するという姿勢を基調にするようになれば、「精密司法」の「精密」の内容も、裁判官が全責任を負っているような従来の裁判実務とは違ったものとなりうるものであり、現在の「精密」の水準を固定的にとらえるのは適切ではない。やはり、報告でも触れたように、わが国の裁判実務を規定している裁判イメージ自体に問題があり、裁判官が、裁判官の配慮・後見に対して過剰な期待が向けられている現実に応えようとされる事情はわからないわけではないが、このような裁判

イメージを転換しない限り、裁判員制だけに限らず、裁判官制度の改革も、裁判実者改革もうまく進まないのではないかと考えている。

【パネラー：笹倉】

逆に質問したい。法曹人口の希釈価値（日本の法曹人口の稀少性）などに鑑みて、外国の判例・判決は質の低いものであるように、日本の裁判官の目には映じるのか？。

【フロア：裁判官E】

まず手続や審理の構造も違えば、件数そのものも違う。また、（例えばアメリカ合衆国などにおいては）事実審における裁判官の判決書きなども極めて短い。日本ほど長く一審の判決を書く裁判所というのは世界的には類を見ないのではないだろうか。しかしそれは、日本の裁判官の民主的正当性が低いので、我々（裁判官）は「理由」で結論の正当性を保持しなければならない、という動機を持っているとも云える。従って、審理もそれなりの細かさになる。審理の構造や当事者の訴訟活動への対応の中で今の日本の民事裁判のプロセスがある。諸外国に対する相対的な優越感があるというわけではない。

【フロア：弁護士F】

「小さな政府を肩代わりする大きな司法」という言葉があるが、この点についての敷衍を願いたい。

【パネラー：嶋津】

私は「小さな政府」を支持するので、政府が小さくなった分これまで役人が処理していたものを事後的なチェックと救済でやるには法曹の人口が必要になる。役人の数が減るだけ、同じ数だけ法曹を増やすという単純な図式ではないが、法曹の人口は増えざるを得ないと考える。

【フロア：弁護士F】

「訴訟社会アメリカ」のように、全てが訴訟にされてしまうような危惧はないか？

【パネラー：嶋津】

これまで訴訟にならず問題なく解決したものを、ただ訴訟にすればいいという話にはならない。しかし、他方で訴訟にするしかないような事件も増えるだろう。法律の専門家でもない人にも法律家的な訓練をさせるべきだと私は主張しており、社会の全体が普通の家庭生活からもう少し法的な感じになるような社会を考えている。

【フロア：市民G】

「裁判員制度」というものについて教えて欲しい。その中では「庶民」と「法曹」との間にどのような形で対等な関係が形作られ得るのか？

【パネラー：嶋津】

裁判官と裁判員が一つの法廷で「対等に判断する」というわけではなく、裁判員の役割は一種の「聴衆」としての存在性にあるのではないかと思われる。専門家が専門家の中でしか分からない理屈で一方的に「判断」をするのではなく、全く法律を知らない人にも分かるように説明する「相手」として（裁判員が）存在することが現実的でもあり望ましいと考えている。裁判官と同じ態度で「これが正しい」「あれが誤っている」などと判断する裁判員像は法律的には難しい。但し、事実認定についてはこの限りではない。私は事実認定の専門家だが、事実認定に関する裁判家の優位などは些細なもので、アウトローの喧嘩の事実認定だったら、アウトローのほうが事実認定において優位するに決まっている。いずれにしても、裁判員制度が本当に動き始めれば日本の裁判は大きく変わらと思う。一番変わるのは法律家の中でしか通じない論理が全く通じなくなるという点だろう。

【パネラー：笹倉】

ドイツなどでは単に選ばれて法廷に行って裁判員をやるという短絡的なものではなく、日常的に成人学校などで「如何にして立派な陪審員になるか」と云った講座などもあったりして、そのようなベースの上に、頂点として選ばれた時に参審することになっている。「ただ選ばれて、突然行け」というのでは問題だろう。このような形のものであれば、市民の中に法の世界を根付かせてゆく大きな機会になるのではないかと。裁判官の側では、「官僚的なもの」に対抗する）「人間的なもの」が法廷に入って来たことによって、市民に分かる言葉で法律を話さなければならないということになり、裁判官の側にも大きな意識変革を起こす契機になるのではないかと思われる。

【フロア：裁判官H】

このシンポがもっと早ければ良かった。法社会学会以外にこの手のものは無かった。改革には大きなバックボーンというか理想が必要。学者（法哲学者）にもその中にもっと入って欲しい。このような集まりは、今回だけではなく継続して欲しい。

（質疑応答後、笹倉秀夫・日本法哲学会理事長から、盛況の御礼と共に「これからの法哲学は日本全体の自由や民主主義といった根本的な問題にも関わる問題である司法改革などに積極的に取り組み、空の星ばかり見ないで地も見ながら、その中からまた星を位置づけるといった姿勢も益々重要になるだろう」という趣旨の挨拶がありました。）