

# 法曹一元論の原点

— 司法改革の法戦略論 —

戒 能 通 厚

キーワード：司法改革、法曹一元、ロー・スクール、法学教育、法戦略

## I はじめに

イギリスで戦後最大の裁判官と称えられたデニング卿 (Lord Denning) は、法専門職 (法曹、legal profession)<sup>1)</sup>における成功の秘訣は、言語を駆使する力を磨くことにあると言っている (Denning 1979; 内田訳 1993: 5-10頁)。シェクスピアを生んだ国の裁判官である彼が「ことば」を重視するのは当然とも思えるが、学生たちの言語の駆使力の低下を嘆き『法の修練』なる書を著したこの高名な裁判官は、出身校のオックスフォードでは数学を専攻した。しかしバリスタ資格を得た彼にとって役だったのは、グラマー・スクール時代に親しんだシェクスピアであり、マコーレイ、カーライル、ミルトン等々のいわゆる古典書であった。これらの古典書に親しむ必要がある最大の理由が、バリスタとは先ず法廷において「聴いてもらう存在」でなければならないというイギリス (以下ではイギリスもイングランドに限定しなければならないが、ここではスコットランドのアドボケイトも基本的にはバリスタと差異はないと言っておこう) のバリスタの職務の性質からだったと彼は述懐している。「被聴権」(right of audience) とは、故内田力蔵教授創案による造語であるが、この聞き慣れない日本語がこの英語の訳語としてぴったりすると思う理由の一端は、裁判官は法廷に待機しているバリスタが法廷のマナーを順守しないとき、「私はあなた (の弁論) を聴くことはできない」(I cannot hear you) と言える強い裁量権を有することにも示されている。

「ことば」に拘ることは、「アイロンをかけしわをのぼす」という比喻で、デ

ニングが制定法の解釈の奥義を述べたこととも関係している (Denning 1979: 内田訳: 18-20頁)。従来のイギリスの裁判官の制定法の解釈態度は「文法的接近法」というべきものであるが、EC加盟後のイギリスにおいては「裁判官は立法府の意思に力と生命を与えるように、その書かれたことばを補足しなければならない」のである。あたかも時代の進歩に対応できず、しわだらけになってしまった洋服にアイロンをかけるように裁判官は、もしその制定法の制定理由がそんなにまで時代遅れになったことを知ったら国会は必ずやその弊害を除去しようとするであろうと想定して、「国会の意思を見つけだす」という建設的な任務を果たさなければならないのである (Denning; 内田訳: 19頁)。この「目的接近法」というヨーロッパの接近法は、デニングを代表とする裁判官の中の「ヨーロッパ派」の特色であるが、彼らはしばしばバリスタ集団によって墨守されてきた制定法の解釈における「文法的」解釈、すなわちその字義通りの解釈に固執する「法的思考」を批判してきた。そして「国会の意思を見つけだす」という任務は、個々の裁判官の時代を見通す広い教養の支えなくしては果たすことができない。ここでは、狭隘な「法律家的解釈技法」は否定されているのである。

ところで、アメリカのロー・スクール教育の特色を集約するような「法律家のように考える」(think like a lawyer) という表現は、それほど自明の観念でなく、ましてそれが法学教育の理念であるかは極めて疑わしい。その理由は、そこではいかなる法律家が好ましい法律家であるかがブラックボックスに入っただけであるからである。本稿は、わが国の最近の司法改革をめぐる論議の中で極めて有力な主張となっているロー・スクール構想に焦点をあてながら、「司法改革の法社会学」の試論的展開を目指すものでもある。

## II 法学教育と司法改革の論理

### 1 ロー・スクール批判

「現代のロー・スクールは、知的権威を振りかざすこともなく、社会生活の実態に関する野心的な理論的取組や現実的視点の乏しいところであるにもかか

わらず、極めて政治的なところである」。「学生が法律家のように考えるこつを覚える場合、技能が粗雑に、無自覚的に、染み込むように吸収されるように教えられているということを意味する。粗雑な、たまたま結果が良いだけの教え方は、学生の能力について彼らが個人的に思っている違いと真の違いという区別を発生させ、そしてその区別を強調する。……学生たちの学習過程を改良し、理解することさえできないようなやり方である。学生たちは、技能訓練とは、すなわち、彼ら自身の質の違いが徐々に出現するものであり、彼らの内部にちょうどあった何かを反映する評価過程のように感じる」。「ロー・スクールは、わずかな数の有益な技能しか教えない。しかも、曖昧な形でしかそれを教えない。なぜなら、学生が実務において行う必要を感じることになる比較的簡単な仕事について、学生を教師と同程度に熟達させるなら、法曹界のイデオロギーと教師の学問的権威性が脅かされることになるからである」。「ロー・スクールは、法曹界のヒエラルヒーによって格づけられた仕事に、学校の格付けに従って学生を先導する役割を果たしている」。「教育制度全体の延長としてのロー・スクールは、学生に対し彼らが弱く、怠惰で、無能であり、危うい立場にあるということを教える。そして、ロー・スクールは、学生が依存を受け入れるのであれば、大きな組織が何事であればほとんど面倒を見てくれるということを学生に教える」(ケネディ 1982; 松浦訳 1991: 55頁以下)。

ロー・スクールについてのこうした批判は、いわゆる「日本型法科大学院構想」についても生じる可能性は十分ある。現在、司法制度改革審議会がまとめようとしている中間報告の中心に、司法の人的基盤強化の方策としての法曹人口増が盛り込まれるはずであり、急増する法曹を養成する組織としてあらたに「法科大学院」の設置が勧告されることはほぼ間違いない。おそらく法科大学院の設置は表面的には開放的なものであって、特定の大学のみにもその設置が行われるという形はとられないであろう。しかしながら、大学間の格差が現に存在し、偏差値教育の凝縮とも言うべき大学の格付けが存在することは誰も知っているところであり、これにほぼ照応した予算規模・教員数等々がそのまま維持されたままの法科大学院設置競争が行われれば、この競争の勝敗の行

方ははじめから見えている。アメリカのロー・スクールがヒエラルヒー構造を有すると同様に、否、それ以上に、わが国における「法科大学院」は、あつという間にヒエラルヒー構造を作り上げるだろう。そして既存の法学部は存続を認められても法科大学院という明認しやすい指標によって序列化を強制され、学生は、現在の司法試験のような一発主義＝「点」による評価でなく「線」またはプロセスによる評価という「新司法試験」と、そこに到達する前のロー・スクールでの成績評価を上げるために血眼になるだろう。「ロー・スクールは、評価という恐るべき道具を存分に振り回す。この評価の中には、成績評価制度だけでなく、それよりももっと微妙な制度、つまり教室での教師の肯定的反応、学友の間の評判、教室の外における教師とのつきあいや尊敬も含まれている」と、先の批判者は続けている（ケネディ；松浦訳 1982：81頁）。

「法律家のように考える」とは、しばしば狭隘な視野からの相互に関連づけられていない法的問題について、非常に神秘化された状態の中で法的推論の技能を会得したという勘違いが生じる場合を指すことすらある。ロー・スクールの一年次、いわゆる「ワン・エル」の課程は「死ぬほどハード」の時期のようであるが、そこでは古くは映画『ペーパー・チェイス』で描かれていたように、契約法をめぐる多くのルールを基本的に保持することが教えられるのであり、たとえ「熱い判例」があってもそれに感激して情緒に流されることは、「法律家のように考える」ことにならないとされ、こうして学生は、教室で扱われる判例の精密かつ冷めた分析から法が現れるという法的推論の神秘に巻き込まれていくのである。何が法で、その法はどのように働き、どのような利益を擁護しているのか、という学生が法を学ぶときに最初に期待する批判的な、しかし「非法律家的」思考方法は捨て去られねばならない、と教師から叩き込まれるのである（ケネディ；松浦訳 1982：57頁以下）。

「批判的法学研究派」(Critical Legal Studies) の有力なリーダーであるダンカン・ケネディのこのような批判に一面的なところがあり、またロー・スクールに対するこうした批判が、「批判的法学研究派」自体が「体制化」することを通じ、また「コース・ロイヤリング」の唱道や弁護士倫理の教育の徹底、

さらには法と文学、法と言語等々のロー・スクール教科目の再編によって、徐々に受容され、ロー・スクールにおける法学教育は大いに改善されてきた。それが逆にまた、ロー・スクール教育はあまりに「理論的」に過ぎ、どうしようもなく実務と乖離しているという批判を呼び起こしているのだから、ことはそう単純ではない。

しかしながら、大村敦志の「法ハビトゥス」、すなわち、「法意識や法行動を含めて主体に内面化された法」というコンセプトを借用すると、法実務家の技能として法を中心にとらえる「法ハビトゥス」と、法学者の「現象としての法」を分析する法理論へ傾斜する「法ハビトゥス」とは、法学というものの「知の構造」ともかかわって、どちらが優越すべき「法ハビトゥス」というような関係にはないのである。つまりそもそも法現象とは、法律家のみならず市民とも関わりを持った複数の「法ハビトゥス」の相互作用の総体と理解されるべきものと大村は言うが、そうであるとすれば、法学教育とは、こうした複数の「法ハビトゥスの再生産のプロセス」としてとらえられることになり、そこには実務法律家を養成する教育はもちろん入るけれども、法理論を背景とした法の見方を知らせるための教育や、各人のうちに内在する「法ハビトゥス」を確認するための教育もまた入るのであって、こうした法学教育への複合的な要求によって法学教育の多様化は避けられない状況になる。したがって、わが国の法学教育の目的や内容を一元化することは困難であるが、逆にそれ故にこそ大村が試論的に述べたように、各種の法教育機関でどのような法学教育がなされるべきかを考察し、そこから逆に大学における法学教育の類型化と整序をはかる必要がある。

いずれにせよ、大村がここで提唱している一般教育＝基礎教育としての法学部教育とは、実定法教育のためのものであるが、ここでは、「規範としての法への共感」と「知識としての法の実用」を中心として、これに「現象としての法の認識」と「技能としての法への参加」を加味するものと整理されている。これは、他方における「専門教育」としての法学教育が、理論教育志向と技術教育志向へと分岐（そこから法学者と法実務家の分岐が生まれる？）することを

想定しているからであろう。しかしこの「一般教育＝基礎教育としての法学教育」という概念的整理で、専門教育をへて法律家となる者を養成する以外に法学部教育には、「法的市民」と「準法律家」を育てることにより法律家の裾野を拡げるといふ役割がある点が明確にされ、わが国の実情に即した法学部教育の積極的役割のいわば「再定義」がなされた意義は大きい（大村 1997:322頁以下）。したがって大村が、現在の「法科大学院構想」にどのような論を展開するか期待したいところであるが、おそらくここでの所論が前提になる限り、法学部教育の現状が「法科大学院」の創設を積極的に促したという主張にはならないのであるまいか。「法科大学院」は大村の以上の分析にしたがう限りでも、これまでの法学部教育の一面を肥大化させる機能があるとともに、廣渡清吾が批判的に述べたように、こうした法学者の幅広い役割を前提とし、法を技能としてでなく現象として批判的に捉える素養を身につけた「法学士」を生み出すための教育という側面が、法学部教育の全体で稀薄化していくことが危惧されるのである（廣渡 2000:37頁以下）。

ところでこのような法学教育の役割をめぐる論議に無視できない影響を及ぼしているのが、司法への行政改革の波及という現象である。多かれ少なかれ先進資本主義諸国に現れた行政改革は、冷戦構造崩壊後の市場主義のグローバル化と結びついているが、わが国の場合にはそれが市場原理主義と言い換えられ得るように、市場に対する規制そのものを市場の敵対物とするステレオタイプの「理論」が席卷していることが遺憾ながら特徴的である。この論文で司法改革と行政改革の相関まで論じることができないので、ここでは行政改革の論理に従うことが司法改革にとっていかなる意味をもつものかに限定して論じておく。

## 2 司法改革の方向

司法制度改革審議会（以下、「改革審」と略すことがある。）は、内閣に設置された審議会であるが、その任務は、「21世紀の我が国の社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改

革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」ことにある(同審議会設置法第2条1項)。委員は13名からなるが、そのうち法律家は会長の佐藤幸治京都大学大学院法学研究科教授、会長代理の竹下守夫駿河大学学長、井上正仁東京大学大学院法学研究科教授、中坊公平弁護士(日弁連元会長)、藤田耕三弁護士(元広島高裁長官)、水原敏博弁護士(元名古屋高検検事長)で過半数に満たない。

改革審は、司法改革をいわゆる法曹3者(最高裁判所、法務省と日本弁護士連合会、以下日弁連という。)にゆだねては改革が進まないという認識にたっている。したがってこの審議会は、司法改革論議を司法の担い手である裁判官・検察官・弁護士のいわゆる法曹3者にゆだねず、内閣が直接的に司法改革に乗り出し、国会がその立法作用を通じて司法の在り方を定めるという構図ができあがっている中で、2年間と言う極めて短時間で結論を出すように求められているという環境にある。これは、明確に行政および政治主導である。

司法が個々の判決を通じ法=判例を作るという「先例拘束主義」を取るコモン・ロー諸国では、司法的判断とは、原告被告のいずれもの利害を越え、客観的にある法を作る役割を担う作用を含むものとされるであろう。そこでは個々の裁判が一定の公共性を具有するとされるのであって、イギリス型の「法曹一元」が、上級裁判官団(ベンチ)とバリスタ団(バー)の共同による「正義の管理」(administration of justice)=司法を実現するという観念を伴うことも、これとかかわっている。

このように代表制の媒介をへない機関がそれにもかかわらず公権力的機能を発揮し得るのは、司法に代表のルートとは違った公共性の規範化機能が期待されているからにほかならない。言い換えれば、司法はその存在自体によってこのような公共性を体現すべきものであり、そうした機能を失うことがないよう不断に改革が続けられるべき制度である。デニングが述べた「立法府の意思に力と生命を与える」司法部の機能も、こうしてはじめて肯定され得る。民主制を基礎にしない法専門職の専門的技能の行使の「かたち」と、その不断の自己改革による民衆の利益への奉仕機能が、このような司法観を支えるものである

ことは言うまでもない。したがって「司法」の改革は司法部自らの改革としてなされるべきなのであって、イギリスでこの種の司法改革が行われるときに上級裁判官団（ベンチ）のトップが審議機関の中心に座るのは、その意味からも当然のこととされる。

しかしながら、わが国のこの改革審の設置過程には、司法の担い手である法専門職（ここにはさしあたり法学者は含まれていない）が、その専門性の故に司法にかかわる改革を委ねられるという発想そのものが示されなかった。これは、最高裁を頂点とした裁判官集団が、できるだけ政治から隔絶することによって司法権の独立をはかってきたとする神話が崩壊したことを意味する。すなわち、そのような意味での司法部の政治に対する非介入主義が、戦後の司法に対するもっとも露骨な政治の介入を招くことになったのであるから、まことに皮肉な出来事である。

このような行政改革主導型の司法改革の流れをどう受けとめるかについては、評価が分かれている。その論点は、第1に、現在、法曹養成制度改革の動きの中で、弁護士人口増を認めることが弁護士の「自己改革」の証明であるとする特徴的な言説が認められるが、その正当性は何に求められるのか。諸外国と比した弁護士人口の少なさという数量的指標が当初は一定の意味を持ったが、最近ではそれが、法曹一元という弁護士の運動論的論理に結びつけられる傾向が顕著になりつつあるが、それはなぜか。第2に、法曹人口とりわけ弁護士人口の大幅増加を、司法制度の民主化及び物的・人的制度基盤の整備充実と切り離すか、さしあたりは時期的先後の関係におけばいいとするような言説が強まっているように見える。もしそうだとすれば、そのことが持つ現実の意味は何か。第3に、1950年代以降一貫して司法官僚制の強化と合理化路線をとってきたわが国の司法が、今後もこの路線の枠組みを基本的に維持するとしてもそれだけでは、国家・企業の社会支配体制の再編・整備の動きに即応し得る司法とはなり得ない。このようなナショナルリストिकな要請から、財界・自民党主導型の司法改革が行われようとしているのでないか。そのため、司法官僚制の周辺ないし底辺に協力的民間法曹を配置して活用するシステムを構築しようとしてい



るのではないか。逆に弁護士間に競争原理を持ち込み弁護士業務のビジネス化をはかりつつ、弁護士の人権擁護意識・社会的正義感・在野精神・プロフェッション性、総じてこれらの弁護士職の公共性の支えを解体しようとしているのではないか。第4に、改革審の「論点整理」等の文書にもしばしば登場する「事後監視・救済型社会」で想定されている司法へのニーズとは要するに、自己責任に基づくリスクのエンドユーザー負担主義と対応しているのであって、大企業などの社会的強者に有利に働きその責任を免除するしくみを生じるのではないか。企業と消費者のトラブルは、司法外で弁護士の介在すら排除してなされることになり、かえって弁護士へのニーズは低下するのではないか。規制緩和による経済的格差の進行は、中小企業、個人企業、一般市民の経済力の低下をもたらし、弱者の弁護士報酬支払い能力を低めるのではないか。

これらの批判的言説の多くは、司法改革を進める勢力からみれば所詮、戦後始めて現実味を帯びて登場した司法改革の「千載一遇」のチャンスを逸する方向を進める言説に過ぎないものとされ、はじめから問題にもされない傾向がある。しかしながら、ドイツを含めた諸外国に比して戦後もっとも脆弱な構造を示したわが国の司法は、司法が司法として機能する基本的インフラの整備から始めなければ到底改革され得るものではないという共通の認識を、まずは構築するところから出発すべきではなかったか。

ヨーロッパはもとより、かのアメリカでさえ席卷されようとしているビッグ・シックス、すなわち国際会計事務所に対しわが国はほとんど無防備に近い状態であるが、そこで対抗戦略として問題になっているのは、わが国における公認会計士、税理士、弁理士、司法書士などの隣接職種と弁護士の共同事業のようなものではない。WTO体制下で早晩わが国も直面するであろう「異業種間の業務提携」とは、すでにワシントンDCにおいて現実になっているように、法律事務所と国際的ロビイストの提携など、国境を越えた業務提携なのであって、アメリカにおいてさえ弁護士事務所が「自由職業」であれば何と提携しようとする自由だとするこのような「ワシントンDC方式」は一般的に許容されてはいない（小原 1998:120頁以下）。

今次の司法改革では、先の審議会設置法に現れているように、国民が利用しやすい司法の実現という観点から国民と司法の関係は、国民をユーザーとする消費者志向のアプローチで捉えられている。行政改革の論理を規定する市場原理主義的潮流の影響は、司法改革においてもこのように顕著に認められるが、こうした商品論的アプローチからは、法律扶助やコミュニティによる支援など、訴訟を公益の実現という側面から見る公益的アプローチは当然には生まれてこない。その何よりの表象は、「自律的個人を基礎とし、統治客体意識から統治主体意識への転換を伴う自由で公正な社会の実現」という改革審の「論点整理」（会長試案）における理念的言説の部分である。この言説が司法改革自体の理念として掲げらるのではなく、行政改革への追従またはそれへの支援メッセージとして掲げられたのは、司法改革に司法固有の論理が見出されていないからであろう。行政改革・政治改革が政治部門の「統治能力」の向上を目指すものだという改革審会長の所論は、こうして強化される政治部門の監視役という「重要な役割」を司法に期待するという構成にならざるを得ないのである（司法制度改革審議会 1999）。しかし司法は、「法の支配」論の本来の意味からすれば、そのような消極的存在ではなく、法それ自体の進化を予定するものであって、その意味では改革審の「統治」の領域をも浸食する積極的機能を果たすべきものとして再定義されるべきものと言ってよい。

改革審が司法へにニーズを明示的に予測している部分は、先のように規制緩和後の「自由で公正な社会」における「事後監視・救済型」の訴訟ニーズの箇所に見出せる（司法制度改革審議会 1999）。こうした言説は、いささか飛躍するようだが、自民党の一部では十分意識されているわが国の司法、とりわけその担い手の主要部分を構成する弁護士の業務形態をはじめとした「閉鎖的構造」への「配慮」からである。なぜなら、先のようなわが国の法務の国際競争力の低さという面から見るならば、それへの何らかの対抗措置の構築を善とする限り、わが国の弁護士人口を増やすだけでなくその業務形態のみならずその構造を徹底的に転換することは当然の「国益的」要請だからである。だがしかしそれは、弁護士会との全面対決覚悟なくして持ち出せる言説ではないのであって、

この意味でも改革審が「事後監視・救済型社会」における法的ニーズの増加に言及したのは、行政改革への共感のメッセージにすぎないように想像される<sup>2)</sup>。

総じて、現下の行政改革は、「公的領域」に属するとされてきたものが「私的領域」に移行させられる過程を伴うが、そのためこのような移行を正当化するレトリックが必要とされる。行政改革の推進者によってしばしば引照される「この国のかたち」の再構築という文言はその一例と言えるが、よく注意して見ると、そうした「この国のかたち」の起点は、日本国憲法を生み出した戦後改革ではなく実に明治維新であることに気づくであろう。しかしこれは決してアナクロニズムではない。明治維新期の幕開けに位置した「黒船」と同様に、わが国が現在直面している危機の「真相」は、グローバリゼーションとWTOという名の「黒船」という認識なのであって、その限りではこの時代認識は切迫した危機感を含意していると思わなければならないからである<sup>3)</sup>。

このように見ていくと、現在の司法改革とは、大文字の（国家）権力の既存の形のつくりかえの一環であると同時に、司法改革の進行のそれぞれの局面の意図的行為の積み重ねの総体が、非意図的にある方向を作り出し、こうして新たな、しかも主体的な意図を持った大文字の権力が出現しつつあることが知れるのではなからうか（杉田 2000:31頁以下）<sup>4)</sup>。だがここで結論を先取りするならば、そこで想定されている「国のかたち」は明瞭ではない。その主観的な判断の深部や真意まで到底知る由もないが、改革審は、佐藤幸治会長の精神的高揚とその独特のアジテーション口調によって、「美しい結語」で飾られる可能性はかなり高い。しかし新たに生まれ出る権力は得体の知れないものである。司法改革を素材とした権力生成過程の法社会学は、実に難解な、しかし重要な課題を抱えたのである。

### III 法曹一元の法戦略論

#### 1 法曹一元の理念

戦後、日本国憲法の制定を契機として、わが国の司法制度は大改革に直面した。司法権の独立の保障と違憲審査制導入がその眼目であるが、わが国の法制

度全体も、基本的人権の確立・国民主権と平和主義を基本原理として文字通り革命的に変貌を遂げたのであった。そうした一連の戦後改革の過程で実現されたのが、「弁護士自治」を骨子とする弁護士法の制定であった（1949年6月）。

戦前の日本の弁護士は、明治5年（1872年）制定の「司法職務定制」によって証書人（後の公証人）、代書人（後の司法書士）とともに誕生した代言人がその起源で（民事代言人、刑事のそれは1890年公布の治罪法までは存在せず）、その職務は「三百代言」という日本語にも現れているように決して人々の尊敬を集めるようなものでなかった。依頼によって裁判所に出向き、「告達諸規則ノコトニ付裁判官ニ向テ趣旨ヲ陳述スルコト」ができるけれどもその是非や立法趣旨を議論することができないとされ、また検事の監督下におかれ取り締まりの対象とされた。弁護士法は明治26年（1894年）にできるが、依然として検事または検事正の監督を受けるものとされた。この後、昭和8年（1933年）の弁護士法改正で、弁護士は検事正からいわば「格上げ」されて司法大臣の下に置かれたが、それでも裁判官や検察官より一段低いものとして扱われ続けた。したがって戦前の弁護士が、イギリスのバリスタを理想とし、その強い「自治」に憧れの念をもったのは当然であった（白井 1982:21頁以下）。

現行の弁護士法は、戦後改革の嵐の吹き抜ける中で、戦前からの弁護士の運動の蓄積をバックにし、最終的には弁護士出身の代議士のルートを利用した議員立法として国会を通過する。弁護士法1条の規定もしたがって、当時の真野毅弁護士（後の最高裁判事）等の起草によるものであった。

基本的人権の擁護と社会正義の実現は、決して弁護士のみの使命でないが、当時の弁護士がこれを弁護士の使命としたかったのは、現実の弁護士を前提にしてではなく、将来のあるべき弁護士を前提にしたかったからであった。しかしながらこの規定はともすれば、弁護士にとってそれまでの歴史を集約的にしかも一種の美談として描くという作用を果たし、戦前から弁護士は野に下って民衆のために奉仕する存在であり、これからもそうでなければならないという強い自己陶酔的な「在野法曹」の観念を定着させる契機となった。

しかしながら他面では、弁護士の実際の姿がどうであるかについての反省を

することなく、弁護士職の公共性は所与の前提であるかのごとき意識を生み出さないうちはなかった。法曹人口の不足は弁護士よりも裁判官・検察官が深刻であるのにも関わらず、弁護士に議論が集中することについて、弁護士界には対立的認識がある。日弁連の指導部の見解は、どちらかといえばこのような弁護士職のアイデンティティに関する重要な規定が弁護士の自己改革を遅らせる、自己陶酔的作用を果たしたという認識を暗黙の前提にし、それを打破しなければならないとしてストレートに「自己改革」論に傾く傾向がある。これに対し、弁護士界の一部には、この規定を根拠にストレートに弁護士職の「公共性」を導きだし、その職務の改善を拒否する立場もある。この立場は、しばしば法曹人口の増加に関わる論議を拒絶し、いっさいの「自己改革」を拒否する立場となりかねないものである。

私は、いずれも妥当でなく、戦後の弁護士が、弁護士法第1条の存在によって飛躍的にその存在価値を高めてきたということ、それにはよかれあしかれ司法試験の難関を突破したという彼らの自負・エリート意識が作用していたことを正当に評価し、日本の司法改革の全体的な構想の中に、弁護士の自己改革も位置づける必要があると考える。その際に、弁護士法の先の規定は、改革が収斂していくべき方向づけのための規範として維持されるべきであるにせよ、多少でもこれを骨抜きにしてしまうような「改革」は拒否されなければならないであろう。そしてしばしば、「行政改革」的な司法改革の論議は、こうした方向を逸脱していくおそれがある。なぜなら行政改革においては、人権擁護の機能と財政破綻からの脱却という二律背反的な価値が最終的には国家の負担の軽減とそのための「効率化」という方向にシフトして「解決」されていく傾向が顕著だからである。

## 2 運動論としての法曹一元論の陥穽

さて弁護士のリーダーシップによる「司法改革」が、戦後の日本で追求された際、つねに重要であったのは、「法曹一元」という概念であった。この法曹一元という概念は、弁護士の中から裁判官が選任されるというイギリスのバリスタをモデルにした裁判官選任システムを言うものに集約されていくが<sup>5)</sup>、昭

和37（1962）年に設置され1964年8月に意見書を採択した臨時司法制度調査会（臨司）は、今回の司法制度改革審議会と同じく2年間の審議の後、法曹一元を肯定的に評価しながらもその実現を見送るという結論を出したため、調査会のこうした結論をめぐる後に大きな意見の対立が生じてくる。この調査会が、「法曹一元制度の長所を念頭におきつつ」、これが現実となるよう法曹人口の増加などの準備が必要であると勧告していたにもかかわらず、そのような基盤整備はほとんどなされなかった。もっともこの調査会が、「司法行政における指揮命令系統を明確にし、責任体制を確立」する必要性を説いたことから、裁判官統制が強化され、いわゆる「官僚司法」の弊害が生まれたことも否定できない。

今回の改革審において、法曹一元がどのように扱われるかが極めて注目されるべきことになるが、弁護士からの裁判官選任と言う意味での法曹一元が実現可能とする方向を追求することと、現在のキャリアシステムによる裁判官選任システムの改革の方策とをまったく切り離して、前者を追求することになれば、当然、そのためにはまずは弁護士人口の飛躍的増加が必要であると言う議論に巻き込まれていくことになる。ここに現在の法曹人口増大論の独特の含意がある。それはまた司法改革の在り方にもかかわってくることになるであろう。運動論としての法曹一元論は、もし状況判断を誤った適用を行うと、しばしば致命的な結果を生じる。法曹一元の戦略的な援用によって、司法改革を弁護士主導で行おうという「賭」に出た弁護士会の一部の判断は、結果としてその基盤としての弁護士人口増を、しかも「自己改革」の証として迫られ、他方、増加するはずの法曹の養成問題が生じることから、法科大学院の設置を推進せざるを得ないことになって、今度はその面から弁護士人口増を迫られる。こうした挟撃状況は、法曹一元とは何よりも司法全体の制度設計の問題抜きに単独に「運動化」概念とすることができないものであることを、結果として教えることになっているが、このままでは今回の司法改革はとんでもない方向に行きかねない。

#### IV おわりに——「法曹一元」論の原点とは

「法曹一元」という言葉が官僚司法と対極にある司法として出発したという「原点」を忘れ、ただ弁護士経験を有する者からの裁判官の選任システムというように皮相的にこれを理解することは、以上述べたことから慎重であるべきだということになる。別の機会に述べたように（戒能 2000:60頁以下）イギリスではリーガル・プロフェッションは、プロフェッションとして一体性を備えた自律的集団の中でそのオピニオン（＝私の言う「プロフェッショナル・オピニオン」）を構築すべきものと考えられており、このような意思形成の異なった形態の存在が、民主主義を原理とする国会主権という憲法的原理と共存できるという仮定が成立している。わが国における司法改革論議において「政権与党」が国会の優位性を主張し、リーガルプロフェッションの自治もまた、国会の多数党の意思に従属する関係にあるといった議論が行われており、実際、先の改革審も、法曹をできるだけ排除した形で構成されたが、ここには司法を第一次的にリーガルプロフェッションの意思に委ねるという法曹一元の基底にある考え方が欠落している。

イギリスで精力的に民事司法改革に取り組んできたウルフ卿は、広範な現状調査を踏まえつつ、民事訴訟における当事者主義構造にケース・マネジメントと称する裁判官の関与増大システムを導入することを中心とした改革を実現させたが、この改革がイギリス「法文化」の改革にまで及ぶものと位置づけているのと比較すると、わが国の司法改革論議の現状は、あまりにも「政治的」である。法曹一元とは戦前の弁護士の「水平運動」の残滓を残しているが、戦後の弁護士の人権擁護活動を基軸とした「民衆のための弁護士」というイメージによって、制度化の高みに登る現実性を備えるまでに至ったのである。しかしながらそのような弁護士のイメージを自己改革の名において縮め、法専門職としての独立性まで危殆に瀕せば、その「法曹一元」論はもはや私たちの理想とする司法のモデルの導出概念であることをやめるほかあるまい。何としてもこの混迷状況を脱却するべく、弁護士会は戦術の転換を迫られつつある。

- 1) 「法曹」という概念は、必ずしも積極的イメージのものと言えない(大木 2000:33頁)。私がここで論じるのは法専門職の意味での「法曹」であるが、そこには法学者は当然には含まれない。今後は、わが国でも「法曹」に代わる概念が必要とされることになろうが、本稿では従来の用法にしたがって法曹の言葉を用いる。
- 2) アメリカ的司法を前提にするなら、行政改革追随型の司法改革はあり得ず、行政の手続過程総体への司法の「介入」システムが必要であって、この意味でも改革審に司法の独自性を説く理論が稀薄なのは残念なことである。この点で、改革審に高い評価をする宮澤節生が規制緩和と法の支配の関係について改革審とは対極の考え方を示していたことは興味深い(宮澤 1998:73-74頁)。
- 3) 論点整理に関する会長試案ではじめて示された佐藤幸治改革審会長の改革の哲学は、冒頭部分で引用された三條太政大臣より岩倉外務卿への文章の引用に現れているが、これはかなり意味のある引用であると考えられる。
- 4) フーコー流に言えば、この逆の表現となるであろうが、財界や政界の危機意識からすればそこに一定の戦略的見通しがあると見、その構図を描くことも司法改革の法社会学にとっては必要と思われる。
- 5) バリスタ・モデルがアメリカのアトニー・モデルに代わったのは、おそらく「閉鎖性」批判があったからであろうが、同時に弁護士層の多元化状況が予期されたからであろう。しかしイギリスでは、バリスタ、ソリシタでなくても法廷外法律業務そのものはなし得ることや、圧倒的な数のヴォランティア・アソシエーションによる法的支援を考えると、バリスタ・ソリシタのイメージからのみイギリスの法的世界を語る事がいかに一面的かが分かるであろう。法曹一元論はこうした広い裾野を得てはじめて市民社会を支える司法の制度設計概念となり得るのである。

#### 〔引用文献〕

- Denning, Lord (1979), *The Discipline of Law*, Butterworths. (内田力蔵訳『法の修練』(1993) 東大出版会)。
- 廣渡清吾 (2000) 「法学教育の位置と法曹養成」法律時報72巻9号 37-40頁。
- 戒能通厚 (1998) 「司法改革の周辺——流れに任せていいのか——」法と民主主義335号 56-62頁。
- ケネディ, ダンカン (1982) 「ヒエラルヒーのための訓練としての法学教育」(松浦好治 訳) (デヴィッド・ケアリ編『政治としての法』(1991) (松浦好治=松井茂記編訳) 風行社、所収)。
- 宮澤節生 (1998) 「法曹一元の実現に向けて」京都弁護士会編著『法曹一元』71-100頁。
- 大木雅夫 (2000) 「法学・政治学教育と法曹養成」法律時報72巻9号 33-36頁。
- 大村敦志 (1997) 「現代日本の法学教育-法学部教育を中心に」岩波講座『現代の法』15巻 305-338頁。
- 小原望 (1998) 「国際化と司法」宮澤=熊谷編『21世紀司法への提言』日本評論社 112-133



頁。

司法制度改革審議会（1999）「平成11年12月8日、司法制度改革に向けて——論点整理、会長試案」。

白井正明（1982）「戦前の司法」東京弁護士会編『司法改革の展望』有斐閣 9-57頁。

杉田敦（2000）『権力』岩波書店。

（かいのう・みちあつ 早稲田大学教授）

## **A Critical Perspective to the Politics of Judicial Reform : Modern and Postmodern**

*Tanase, Takao*

In the politics of judicial reform, there seems to be a consensus among all participants on introducing and strengthening the rule of law. Upon a closer look, however, an underlying assumption of the very rule of law is being challenged by the initiative of industrial organizations as well as of the ruling LDP, for they demand an efficiency in the legal services as its consumers and a political accountability in the judiciary as its constituency. This introduction of the market/ political principles constrains the universalism and transcendentalism, which are at the core of the rule of law, for an effective access to law is rationed by the legal service market, and the neutrality of the law may be compromised by the power politics. In fact, there is a marked cleavage in the political strife over the judicial reform between the legal profession on the one hand and the industrialists, LDP and the people on the other, reflecting the struggle over the attaining/ emasculating the rule of law.

This paper traces this cleavage in the judicial politics under the guise of rule-of-law as consensus and gets a deeper understanding of the concrete proposals, especially of the one selecting judges from the bar which is the most contested reform proposal. I argue that this difficulty of the rule of law being confronted by the consumer/constituency has a deep root in the contradiction of the modern liberal law. Especially, at the base of the modern law is the dichotomy of the desire/ reason; i.e. the natural desire of the human being is tamed and made to coexist with other only by the capacity of reason. The law, and the judiciary represents this reason and the market/ politics represent the desire to be controlled by the law. To overcome this dichotomous thinking by the help of communitarian writings hopefully yields the new conception of the judiciary in the post-industrial society in which the people's consumer/ constituency consciousness is sharply awakened.

### **For the Origin of Movement for Non-Career Appointment System of Judges in Japan; Legal Strategies for Judicial Reform**

*Kaino, Michiatsu*

Legal Profession of Japan was created after the Meiji Restoration. Since the government did not intend to develop a strong private bar that could represent citizens in disputes, the primary objective of securing the law graduates through hard exam.for the government was to produce judges, prosecutors and upper-level state bureaucrats. After the World War II, the Practicing Attorneys Act was revised to put practicing lawyers on equal footing with prosecutors and judges. Since then, members of all three groups follow a similar path. However, the route to judgeship in Japan starts with a kind of apprenticeship as an assistant judge followed by the promotion system in the Japanese court hierarchies as 'independent and full time judge'. Although law is a popular undergraduate major in Japan, a degree from law department is not prerequisite to sitting for the National Bar Exam. which is said to be the most difficult exam. in Japan.

Last year, the government had appointed the Judicial Reform Committee chaired by Prof. Koji Sato of Kyoto University and the Committee is now preparing Interim Report mainly focusing on the increase of the number of Bengoshi (attorney at law) as well as reform of Bengoshi-system for much easier access to Bengoshi.

Some bengoshi groups are now promoting Hoso-Ichigen (Anglo-American System of the judicial appointments) which is simply to limit the resource of judge to practicing bar (or prosecutors) in order to abolish bureaucratic judgeship ruled by the General Secretariat to the Supreme Court.

This article is discussing the historical origin of the notion of Hoso-Ichigen as well as the independence of Bengoshi and also criticizing the introduction of Japanese version of Law School system into universities without any prospect of the realization of Judicial Reform in Japan.

### **De la notion de “justice en tant que corps”: une réflexion sur la “Réforme judiciaire”**

*Higuchi, Yoichi*

Sous la Constitution de 1946, le pouvoir judiciaire bénéficie du statut de l'autonomie presque parfaite à l'égard des autres organes de l'Etat. Quant au barreau, il a obtenu une autonomie beaucoup plus élargie qu'avant la guerre et son statut a été si considérablement valorisé qu'il est d'usage de recourir, au sujet de grands problèmes juridiques et judiciaires, à la concertation de trois organes de profession légale : Cour suprême, Ministère de justice et Confédération japonaise des barreau. En ce sens, on peut parler de la justice en tant que corps. Or, des promoteurs et partisans de la “Réforme judiciaire” en préparation exigent, du tribunal ainsi que du barreau, “plus d'ouverture” au bénéfice des justiciables. Cette exigence puise sa propre légitimité finalement dans deux notions-clé: *logique du marché* au profit des consommateurs de la justice, et responsabilité devant *la nation en tant que souverain*.

Quel choix peut-on imaginer en face de cette exigence? L'accepter pour renoncer à la caractéristique des professions légales en tant que corps, ou la refuser pour défendre de ce dernier? Il faudrait, de toute façon, savoir la signification que chaque coix pourrait avoir pour l'avenir du constitutionnalisme et de l'Etat de droit.

### **Transformation of Lawyer's Identity and Legal Education**

*Wada, Yoshitaka*

Organization of Japanese Society is now transforming from closed sectionalism into open system ordered through transparent rule of law. Japanese lawyer's identity is also simultaneously changing. They are expected to play wider roles outside of courts and to be more specialized. Legal education has to be reorganized to produce such lawyers. Japanese legal education has almost exclusively concentrated on teaching legal knowledge from judge's point of view. However, in order to produce lawyers who satisfy current legal need, Japanese Law