

〈体制改革としての司法改革〉を考える

井上達夫
河合幹雄
川本隆史

- 1 「毅然たる法治国家」を目指して 06
- 2 伝統的共同体の再評価と社会の法化 26
- 3 倫理学、政治学から見た司法改革 39
- 4 質疑応答 64



この「ACADEMIA JURIS BOOKLET シリーズ」は、北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センターが主催して行ったシンポジウム・講演会等の内容を記録するものです。

本号には、二〇〇一年十月二十二日、北海道大学百年記念会館において行われた公開シンポジウム「〈体制改革としての司法改革〉を考える」の様相を収めました。

〈体制改革としての司法改革〉を考える

司会（長谷川晃） 本日は「〈体制改革としての司法改革〉を考える」というテーマで、北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センターのシンポジウムを開催いたします。司会は私、長谷川が務めさせていただきます。よろしくお願ひします。

早速、四人のパネリストの方々をご紹介します。まず、東京大学大学院の法学政治学研究科で法哲学を教えていらっしゃる井上達夫さんです。井上さんは法哲学界ではリーダー的存在です。政治に関しては特にリベリズム（自由主義 ※（ ）内編集部注。以下同様）の観点から、理論的にも実践的にも、いろいろと問題提起をされていらっしゃると思います。

お二人目は、桐蔭横浜大学法学部助教授で、法社会学の若手研究者である河合幹雄さんです。河合さんも、今回のテーマである司法改革に関して様々な発言をされていらっしゃると思いますので、本日も内容の濃いお話をおうかがいしたいと思っております。

次は東北大学大学院文学研究科で社会倫理学、応用倫理学を教えていらっしゃる川本隆史さんです。川本さんは、倫理学の観点からジョン・ロールズ（アメリカの倫理学者）の『正義論（A Theory of Justice）』を中心に研究され、それを応用して教育や福祉の問題などについても議論を展開されています。今回は司法改革についても同様に、倫理学の観点から取り組んでいただこうと言うわけで、ご参加をお願いいたしました。

最後は山口二郎さんです。山口さんは北海道大学大学院法学研究科教授で、高等法政教育研究センター長でいらっしゃいます。今日はパネリストとして、政治改革の観点からこの司法改革の問題をどう位置付けるかということについて論じていただきます。

さて、井上さんと河合さんは、二〇〇一年に『体制改革としての司法改革』という本を、信山社から共編著で出版されました。実は、今回の企画はこの本の出版がきっかけになっています。この中でお二人は、司法改革は日本の法や政治の文脈の中でどう位置付けられるのか、またそこにはどういう視点が必要なのか、それぞれの角度から論じておられるわけです。

そこで、本日はまず初めに、井上さんと河合さんとその議論のポイントを基本的な提題としてお話ししていただこうと考えています。そしてお二人の報告に即して、川本さんには倫理学の観点から、山口さんには政治学の観点から、司法改革の意義や限界についてコメントをいただきます。

す。その後、フロアからの質問も適宜交えながら、井上さんと河合さんのお話を中心に議論を進めていく予定です。

ご承知のように司法改革に関する論議は、制度論や法学教育論などいろいろな次元に及んでいます。本日ここにお集まりいただいたパネリストの皆さんは、どなたも実定法学（法解釈学）に帰属するという立場ではありませんが、逆にそれを利点として生かしていただいて、従来の司法改革議論に何が抜け落ちているか、あるいはどこを考え直さなければならないのか、そうしたことを大いに論じていただきたいと思えます。

それでは最初に、井上さんから提題していただきましょう。よろしく願います。

1 「毅然たる法治国家」を目指して

軽視される「法の支配」

井上達夫 ご紹介にあずかりました井上です。実は私は、二年前に北大で開催された法社会学会
の、司法改革に関するミニ・シンポジウムでお話しさせていただきましたことがきっかけで、このテー
マに取り組むようになりました。その後、河合さんたちと以前から行っている合意形成研究会の
場を借りて、ジャーナリストを含む法学以外のさまざまな分野の方とも議論をしました。体制改
革という大きな観点から、司法改革を「日本型システムの再編」の中に位置付けて、二年間研究
した成果をまとめたものが『体制改革としての司法改革』です。

私にとっての出発点は北大での二年前のシンポジウムですから、今日改めてここに戻ってきて、

このテーマでお話をするとは奇妙な縁だと思えます。しかし、その時から、司法改革をそれだけ取り上げるのではなく、もっとマクロな日本の体制改革の一環として取り上げるべきだということとを言っておりました。ですから、そのミニ・シンポジウムにいらっしやっていた方は、今日のお話の骨子だけをお聞きになると「何だ、二年前に言ったことと大して変わっていないな」と、がっかりされてしまうかもしれません。でも、それは私の責任であると同時に、日本の問題状況が変わっていないということでもあります。これだけ改革、改革と言われながら何も変わっていないというのは、私のせいだけではありません(笑)。そのように理解していただければ幸いです。

それではまず、構造改革論議の危うさという点からお話したいと思います。私は体制改革と司法改革のお話をさせていただきますが、一方、世間でも「構造改革」、「聖域なき構造改革」などといういろいろなことが言われているわけです。ですから、私の話も何か世の流れに乗っているように思われるかもしれませんが、実際は構造改革、構造改革と声高に言っても、そのレトリックばかりが先行して、世の中は何も変わっていません。かつ、そのレトリックに危険な部分がありあるわけです。

私は、法の支配を確立することが、体制改革の目玉だと思っています。しかし、現象面を見れば、法はないがしろにされたままです。例えば、靖国神社公式参拝を強行した後、A級戦犯を

合祀の対象から外すという妥協をしています。これは明らかに政教分離違反です。また、田中真紀子さんが外相時代に、ある国会議員の質問時間を短縮させようと画策しました。しかし、そうした事態においても、ただ田中真紀子さんに「すみません」と謝罪させるだけで、解任するわけでも何でもない。これはもうすさまじい権力分立の侵犯です。

それから最近のテレビで驚いたのは、テロ対策特別措置法です。あれは憲法との整合性が問題になったわけですが、小泉さんはいとも簡単に「ええ、説明は難しいですね」と答えている。某新聞によれば、率直に言えば「まあ、いいじゃないの、憲法なんて」という感じの政権です。立憲主義的な法の支配を自らの正統性の基盤としていないという、極めて無責任な権力です。当然、それに対する社会不安も生まれますが、そうした反発を抑制しているのが、さまざまな政治集団間のコンセンサスであり、結果として公明党がキング・メーカーになりました。

「法の支配」の確立が最重要課題

井上 法の支配原理を尊重せず、しっかりした正統性基盤を確立しないからこそ、本当の意味での責任ある改革ができていないのです。だからこそ私は、体制改革がいかにあるべきかという意

味で、法の支配をまず確立し、それによって権力の答責性を確立すべきであると思います。よくアカウンタビリティ（説明責任）が重要だと言われますが、それだけでは駄目です。私は、ただ説明だけではなく、だれが間違っていたか、何が間違っていたかをはっきりさせ、間違っていた人間は首を切られるというシステムが必要だと考えています。

そのためには法の支配が重要だ、ということが、私の基本的な理念です。司法改革においてもそれが基盤にならなければいけません。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ぬわけで、体制改革を貫く基底的理念こそが、法の支配の確立です。しかし、だれもが法の支配と言うし、司法制度改革審議会の最終答申の中にも書いてありますが、では現代日本社会が要請する法の支配は何なのかを考えると、これが実は大問題なのです。

私の考えを簡単に言えば、政治的な意思決定の権限と責任の所在を明確にし、公共的正当化可能性を担保する普遍的なルールを確立し、権力行使の法的規制、批判的統制可能性を保障することによって、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持った強い統治権力を構築する。それが基本的な理念です。そういった責任ある強い統治権力を確立することなしに、現代日本が陥っているさまざまな構造的諸問題を打開することはできないと、私は考えてい

ます。

その角度から司法改革の問題を位置付けたいのですが、現在の改革論は刑事司法、民事司法の改革など、細かいことが議論されているだけです。また司法の人的基盤の拡充という点では、法学部に対してロースクール（法科大学院）構想も進められてはいますが、われわれ学者も含めて世の関心はそのような目先の問題への対応にのみ引きつけられ、全体を見渡す巨視的で批判的な理性を失っています。これは由由しきことです。一体何のためにこの司法改革をやるのか。改革をしないと異なるいろいろな痛みを伴うわけですが、本当にその痛みに耐えてまでやらなければならぬものなのか、よく考えてみてください。

今のところ、司法改革の目的をきちんと整理して、しかもそれを広く国民に説明し、擁護する議論を展開して、多くの人々の理解と支持を得るといふ努力は十分なされていません。ただ制度改革、制度の手直しだけが先行しているのです。

審議会でも見失われた「法の支配」

井上 司法制度改革審議会は意見書を出して終わりましたが、私からすれば非常に中途半端で、

今後どうなるのか分かりません。おそらく自民党の司法制度調査会が、また骨を抜きにかかるのではないのでしょうか。その結果、だんだん世の中の雰囲気冷めてきて、一体、司法改革って何だったのかと忘れられるかもしれません。しかし、だからこそ何のための司法改革かというところがより重要なのです。

加えて、司法改革は今回のちょっとした程度の手直しだけで終わるものではありません。司法試験合格者の数を三千人に増やせば司法制度改革ができるというような問題ではないのです。これはもつと息の長い改革で、そのために理念論・目的論と、制度論との関係を絶えず議論していく必要があります。長い目で見ると、実はこれこそ一番大切なものだと、私は思っています。

司法制度改革審議会の意見書の冒頭には、法の支配が高らかにうたわれています。これはおそらく佐藤幸治会長（京都大学名誉教授）の影響が強くあつたと思います。しかし、総論は立派ですが各論は骨抜きにされてしまっている。この点は、佐藤先生のせいではなく、ご自身も無念ではないかと思いますが、私だけでなく、いろいろな方々、特に公法学者が指摘していることです。結局、統治権力の統制としての法の支配は、本論では棚上げされてしまいました。

「意見書」本論の焦点は権力の批判的統制可能性ではなく、むしろ、司法の私的紛争処理能力の向上です。これまでは行政が事前に介入して紛争を防止していたが、そういうシステムは破綻（は

たん)し、司法による事後的な調整に委ねざるを得なくなったという問題意識が前提になっていきます。法の支配は権力の法化から社会の法化にすりかえられてしまいました。

統治権力の批判的統制という観点から重要なのは違憲審査権の機能不全の問題であり、行政に対する司法的機能の形骸(けいがい)化問題ですが、そのような問題について、先ほどの意見書はほとんど触れていません。全く触れていないわけではないのですが、ごく儀礼的なものにとどまっている。これは多くの人たちが指摘していることです。

「法の支配」と「法治国家」の二項対立図式

井上 しかし、私が今日ここで強調したいのは、権力の批判的統制と答責性の保障という観点から法の支配を強調していらっしゃる方々でさえ陥ってしまっている、思考の罟(わな)の問題です。

先ほど私は体制改革、すなわち行政改革か政治改革と連動した司法改革と言いましたが、佐藤先生ご自身もそういった視点をお持ちで、司法制度改革審議会の会長になられる以前には、行政改革会議にも関与していらっしやったわけです。そこでも今回の司法改革の下敷きになるような

議論をしておられ、その一端は一九九八年の『ジュリスト』の誌上対談（五・一—十五号 特集「国家の役割と統治構造改革」）における東京大学教授の高橋和之氏との対談）にも出ております。この対談では法の支配と法治国家とを対峙（たいじ）させる佐藤説が展開されています。

それによれば、法の支配というのは英米法型モデルで、一方、法治国家というのはドイツ型です。ドイツ型の法治国家というのは、超越的な統治主体がその強大な意思力に基づき、論理的に自己完結した法体系の演繹（えんえき）的・下降的な適用を通じて統治を貫徹する、理性的で統一的国家です。そしてその秩序は、行政を手段として全体性・画一性・能動性・組織性・事前規制を本質として形成されるというものです。

これに対して英米法型の法の支配は、国家から自立した諸個人や諸集団によつて、社会の中から形成されるものです。議会による法形成も重要ですが、それ以上に裁判所における具体的な事件、争訟（そうしよう）の適正な解決を通じた法形成、個別的で帰納的な法形成が特に重要視され、その結果として、司法が重要な役割を果たしていると性格付けられています。

日本は、これまではドイツ型の法治国家主導による行政中心の国家観が支配していた、日本国憲法は英米法型の法の支配を理念としているにもかかわらず、現実的には日本の司法はそれへの転換ができていない、これが今の日本型システムの破綻に見られるような問題を生んでいる、だ

から憲法の理念に戻って、英米法型の法の支配への転換を促進することが課題であるという議論になります。

しかし、私はこの二項対立図式と日本の問題の理解に疑問を感じます。私の今日の話は、そこを中心にしたと思います。

二項対立図式の落とし穴

井上 法制史家も指摘していることですが、英米法型の法の支配には、極めて封建的・中世的というような基盤があります。人権のような普遍的な法原理の支配というよりは、分散している自立的な社会的諸権力が実力によって確保してきた、慣行的な既得権の体系であると言えるのです。これは、実は英米法だけではなく、大陸法も同様であり、桐蔭横浜大学法学部教授の村上淳一先生も指摘されています。

ドイツでも近世に至るまで、古き良き権利、古き良き法 (altes gutes Recht) という観念の下で、身分的既得権が重要な役割を果たしてきました。抵抗権思想の中世的形態である暴君放伐(ほうばつ)論も、基本はこのような身分的特権の保護のためのものです。

実はこのことは、政治哲学において最近、改めて強調されてきていることです。ハーバーマス（ドイツの社会哲学者）のもとで学んだインゲボルク・マウスという女性の法哲学者は『啓蒙の民主制理論』という本を書いており、日本でも和訳が出版されています。この書名は邦題ですが、原題は『Zur Aufklärung der Demokratie』ですから、正しくは「民主制理論の啓蒙のために」という意味でしょう。彼女はこの中で、極めて悪名高いカントの抵抗権否認論を擁護しているのです。抵抗権否認論はむしろ国民権原理の貫徹のためであると主張しています。

抵抗権思想というのは封建的基盤と結びついています。例えば、議会議主権確立以前のイギリスにおける抵抗権とは、国王が集権化を推進して身分的特権を解体しようとするのを、議会に代表を送る諸身分層が制限しようというものでした。イギリスの抵抗権思想は、古い封建的な国制の身分構造と不可分ですから、これを否認するカントの方が近代性をもっと端的に徹底させている。カントはそういった中世的な自立的諸権力を解体して、平等の個人からなる政治社会を考えているのであり、そうした社会では、統治権力を人民に一元的に帰属させる国民権原理が貫徹される。

彼女はこのように議論を展開しているわけですが、そう考えると、英米法型の法の支配は良く、ドイツ型の法治国家はよろしくないと、簡単には言えなくなります。以上は欧米の話ですが、

日本の問題状況を眺めてみれば、この二項対立図式の問題点がさらに鮮明になると思います。

「毅然たる法治国家」への改革

井上 日本では、封建的と言っているのか分かりませんが、国家と個人の間介在しているもの、最近では中間的共同体、中間集団などと言われているものが、極めて強い政治力を持っているのです。

官僚というのはいろいろなところに口を出していますが、強大な意思力を持った超越論的統治主体と言えるかというと、全くそうではありません。ある意味で、中間集団の利権構造の中にかちめ捕られてしまっていて、もつと広い全体社会の公益性や公共性の観点からその利権構造を切り崩すだけの力を持っていません。よく三割自治と言いますが、支出面では七割自治で、無責任な公共事業の垂れ流しの多くは地方で行われているわけで、中央集権が強いと言っても、それを規制する力は中央にはないわけです。その上、地方は過疎化しているから保護されるべきだととして、議員定数配分などで過剰代表の特権を与えられている。そうしたこともまた、さまざまに「地元組織票」に政治過程を牛耳る力を与え、彼らの利益代表である族議員が官僚をつついて利益

誘導をすることになるわけです。ですから、日本は中央官僚が上から演繹的・降的に理性的支配を貫徹しているという考えは、現実とはズレています。

私は、法の支配と法治国家を対峙させた議論ではなく、「毅然（きぜん）たる法治国家」という言葉を使っています。そしてある意味で、日本は国家権力の再生が必要だと考えています。戦後は、戦前の国家主義に対する反発もあつたかもしれませんが、高度成長のパイを配分するコンセンサス型利益集団民主主義の確立の結果、逆に公共のものとしての国家が消えてしまったのです。現在は、さまざまな中間集団が反公共的な特殊権益をいろいろな政治的・社会的に使って享受し合い、官僚たちはそこに組み込まれてしまっている。こういう中では、やはり公共性の担い手としての国家なるものは必要でしょう。

利益集団多元主義を批判したカール・シュミット（ドイツの法学者）はナチス体制を支持しましたが、利益集団政治を超えた公共性を実現する力をもった国家がファシズムや独裁につながるかというところではありません。公共性を貫徹する毅然たる法治国家は単なる権力国家ではありません。権力の答責性保障としての法の支配がやはりその基礎にあります。ただこの意味での法の支配を政治的・社会的な力を持つた中間集団に対しても貫徹できるだけの強さ、モラル・マツスルとも言いましょうか、倫理的な筋力を毅然たる法治国家は持たなければならぬ。そういう問題意

識の中で司法改革も位置付けていくべきだと考えています。

「毅然たる法治国家」における司法と政府

井上 体制改革における諸改革について、二つの重要な問題を挙げておきます。

一つは毅然たる法治国家における司法と政府の役割。もう一つは民主制再建における司法の役割です。つまり、毅然たる法治国家と批判的民主主義を二つのキータムとして挙げているのですが、全体を貫く理念は毅然たる法治国家です。しかし、それを貫徹するためには、政治的意思決定システムそのものの変革も必要であります。そこで、民主制の再建が必要になります。批判的民主主義という言葉はその文脈から出てくるのです。その二つが私の頭の中では連動しています。

簡単に結論だけを言うと、この毅然たる法治国家における司法と政府の役割を考えるためには、今までの司法改革論議の前提になっている規制緩和的司法改革論か、弱者保護的司法改革論かという二項対立は不毛な議論です。現在の議論の主流は規制緩和的司法改革論で、行政の事前規制から司法の事後規制へと言われることがあります。もつとはつきり言えば、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というものです。これまで行政がやっていた機能は行政が破綻してうまくいかない。系列やメインバンクの調整機能も破綻した。そうになると、やはり法的な責任追及をやらざるを得ない。規制緩和で政府は縮小していく。その機能を肩代わりするために司法を大きくしなければならぬ。こういうモデルで問題状況と対処等が理解されています。

しかし、先ほどの問題意識から言えば、日本の国家は公共的な規制機能が強すぎる大きな政府だ、だからうまくいかなかった、というのは逆で、ある意味では弱い政府だった。いろんなところで口を出して介入してきたように見えますが、実は介入対象である利益集団に飲み込まれていったわけです。法外な利権要求に振り回されてしまった。

そこで、これからは公共的規制機能が必要です。そういう既得権保護に当たるといふような競争制限規制は撤廃しなくてはいいけません。競争促進規制といふのはまさに独禁法上だけでなく、いろいろな意味で必要なのです。不正な手段による競争優位の追求を規制しなければ、競争圧力のために誰もがやはりそうした手段を使ってしまう。労働基準法、雇用差別撤廃、環境規制、消費者保護などは公正な競争条件の確保という観点からも要請されます。そういう公共的規制機能が今まで弱かったのです。

これからはむしろ強い政府を作っていかなければなりません。しかし、公共的な規制機能を強化することは当然乱用の危険もありますから、それをチェックするための強い司法が必要です。今までは弱い政府と弱い司法が共犯関係だったのですが、それを強い政府と強い司法との競争的な対抗補充関係に転換していかなければいけません。

また、私は、司法は大企業・資本家のためのものではなく弱者のためだという、いわゆる「進歩派」の司法改革論、弱者保護論的司法改革論に対しても、やや批判的な印象を持っています。弱者と称していても、日本では先ほど言ったように中間集団は一定の組織力を持っています。自分たちは弱者意識で動いていても、実際には組織票による政治的拒否権を行使して極めて横暴な政治的強者になってしまう可能性はあるわけで、実際これまでそういうことがあつたわけです。

例えば、住専処理の時にしても、農協系金融機関を救済するために、圧倒的多数の国民の批判を無視して公的資金を投入することができてしまった。農民は戦後日本の経済発展の中で周辺化されてゆく弱者・少数者という意識を持つがゆえに組織的に結束し、強い政治的影響力をふるっています。こういう日本型弱者保護のゆがみというのが戦後システムの問題点なんです。それを公正化していくことが司法に要求されている。

簡単に言うと、司法は単に私的自治の番人ではなくて、統治の番人だということです。統治の

番人としては、単なる弱者保護の砦（とりで）ではなくて、むしろ弱者保護の公正化の番人であるという発想が必要でしょう。

ただ、改革が必要だと言いつつも現実には動かない。やはり私たちの社会の意思決定システムが機能不全を起こしているわけで、特に政治の意思決定システムを改革することなしには、いくらこのようなことを言っても駄目なのです。ですからそのために民主主義の再建を提唱し、批判的民主主義というモデルを提示しているわけです。

反映的民主主義から批判的民主主義へ

井上 国民の間に分布する多様な政治的選好を可能な限り包摂的に政治過程に反映させていく民主主義のモデルを、私は反映的民主主義と呼んでいます。意思決定システムは基本的にコンセンサス原理で、政権を担当している諸勢力だけでなく、その時の野党勢力も可能な限り取り込んで権力を共有していくというものです。これは五十五年体制や連立政治に通じる戦後日本の政治構造だと思えます。日本だけでもありません。リップハート (Arend Lijphart オランダの比較政治学者) は多極共存型あるいはコンセンサス型民主制のモデルを提示していますが、反映的民主

主義はこれをもっと包括的な観点から一般化したモデルです。

これに対して彼がむしろネガティブな意味で相対化しようとしたのが、ウェストミンスター・モデル（多数決原理に基づく政治制度）です。私は権力交代の活性化という点でウェストミンスター・モデルを評価しており、単に権力の集中だけでなく権力の答責性の保障という観点から、その長所を強調すると同時に、公正な少数者保護のための立憲主義的人権保障制度によって補完しなければいけないと主張しています。これをモデル化したのが批判的民主主義です。

だれもが間違えるからこそ試行錯誤による政治的な学習が必要なわけで、そのためには無原則な妥協を回避して、ある原理的整合性を持った政策体系を交替的に施行して、失敗したら違うものに転換する。その場合には「悪しき為政者の首を切る」という理念がとても重要なんです。一体何が間違っていたのか、だれが間違っていたのかが明確になるような意思決定の仕組みをつくる。これは選挙制度から政権運営まですべてについて必要なことです。簡単に言えば、やってみせる、やらせてみる、駄目だったなら、だれが間違っていたのか、何が間違っていたのかを明らかにしてやり直すというのが批判的民主主義の思想なのです。

さまざまな政治勢力、あるいはその母体になっているさまざまな利益集団に対して、政治過程の中で内的拒否権を与えるコンセンサス原理が戦後日本の政治過程を支配してきた結果、皆がい

ろいろ口を出してきて、決定を骨抜きにしてしまう、でも、だれもそれに対して責任を取らないという問題が起こってきています。それに対して批判的民主主義は、コンセンサス原理に代えて多数者支配型の意思決定システムをとるため強権的だという批判を招きそうですが、ポイントはむしろ整合的な政策体系の交替的試行による政策の淘汰（とうた）にあります。答責性を明確にするわけです。

ただ、そのためには従来のウェストミンスター・モデルだけでは足りないものがあります。つまり、政治過程内部における少数者集団の内的拒否権を解体する代わりに、政治過程の外部において政治力・組織力の有無や強弱にかかわらず、だれしもが基本的人権を公正に保障されるような仕組みを設定することが必要なのです。

司法的人権保障システムの確立

井上 司法的人権保障システム、特に違憲審査制はそういう意味を持っていて、ウェストミンスター・モデルとは密接不可分の関係にあります。その観点から言うと、日本国憲法はイギリス型、ウェストミンスター・モデルの議院内閣制を採用しながら、アメリカ型の司法審査制を採ってき

た。これは、リップハートの観点からはキメラ（ギリシア神話の怪物。合成されて生まれた怪物の意）に過ぎません。私は逆の立場で、日本の戦後憲法はイギリスやアメリカよりも理念的に整合的であり、批判的民主主義モデルによりよく合致したものだと考えています。政治過程の中から内的拒否権集団を排除する代わりに、組織的な動員力の有無、強弱にかかわらず、政治過程の外部で司法に基づいて無力な少数者の人権を保障する。実はそのことによって、政治過程の中の大胆な改革が可能になるのです。

ただ司法的人権保障の強化に対する批判は今流行の議論で、英米、ドイツでも台頭しており、最近では強い司法に対する反動が出てきています。アメリカでは頻繁に繰り返して起こっていますが、ドイツでは最近、「十字架判決」（バイエルン州学校の規則の十字架設置条項を違憲とした判決。連邦憲法裁判所と政治や社会との緊張関係が顕在化した）に対する反動が出てきています。例えば、先ほどのインゲボルク・マウスなども、司法審査制を民主主義的正統性の観点から退けています。

しかし、私は最近のような民主主義の名による司法だたきは許し難いと思っています。なぜかと言うと、理論として間違っているだけでなく、不誠実なのです。たたきながら司法審査制を裏口から密輸入しています。

例えばクリティカル・リーガル・スタディーズ（批判的法学研究）の指導的論客の一人であるアンガー（Roberto Unger ブラジル出身。現在、アメリカのハーヴァード・ロースクール法理学講座を担当）がいます。最近の本の中で彼は民主的な政治過程において、さまざまな制度の改革実験をやるべきで、司法がそれを横から阻むのはよくないという議論をしています。しかし、リベラルな司法積極主義をさんざん批判をした後、ファンダメンタル・イミュニティーズ（fundamental immunities）、つまり民主的立法過程によっても廃棄できない基本的人権を司法によって立憲的なシステムの中で保障していくことが必要で、それが実は民主主義的な実験を促進するための条件になると言っているのです。

つまり、もし人民が、基本的権利保障という保護膜を欠くならば、彼らは動員型民主政治の加速されて拡張された実験主義を、大きな脅威と感ずるでしょう。彼らはその恐怖政治を捨てて、何であれ、これに代わる保護的独裁制や動員型の政体につきうでしょう。この観点からアンガーは、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、親の子への愛と、親の愛を確信しているからこそ大胆に冒険できる子の意欲との関係に似ているとします。私流に言い換えれば、組織力を持った中間集団だけに認められるような拒否権ではなくて、政治力の強弱にかかわりなく、だれにも保障されるというセーフティネットがあるからこそ、政治過程が大

胆な改革を遂行できる。有事立法は憲法との整合性は難しいけどまあいいかと言う小泉首相に見られるような立憲主義的人権保障に無頓着な政治家たちに、本当に大胆な改革を期待することは無理だと思えます。実はこのことを、民主的実験主義の立場から司法的人権保障をラジカル（急進的）に批判してきた人たちも、結局は認めざるを得ないわけです。

司会（長谷川） ありがとうございます。まだまだお話し足りない点があるかと思いますが、後でフロアからの質問の時間を設けますので、その時にまた補足をしていただきたいと思います。

2 伝統的共同体の再評価と社会の法化

共同体的ルールと普遍主義的ルール

司会（長谷川） では次に河合さんから提題をお願いします。

河合幹雄 私の提題は、司会者の長谷川さんが紹介して下さった本の内容と重なる部分が多くあります。それは、私から見てもやはり日本の社会は全然変わっていないということです。

つまりどういふことかと言いますと、現状は細かい議論があまりに先行しており、マクロの議論、日本の将来像の議論が抜けているのです。「日本再生」という名の付く格好のいい本が出ていると思っただけ見れば、経済の話ばかりというものがたくさんあります。司法が完全に抜け落ちていて、司法を組み込んだマクロのビジョンが全然ない形で、そういう本が企画されているわけです。

本来の議論の順序を考えますと、まず将来像を議論して、それからその中の司法の役割が出てきて、そこからやっとロースクールにたどり着くはずなんです。ところが各論ばかりなのです。これはなぜかと言うと、ある種の中間集団エゴがあるからです。そこで、中間集団エゴをつぶすために司法をどうするかという話をしていくわけですが、そもそも法曹の三者（弁護士、検察官と裁判官）自体が中間集団で、そこがエゴを振り回している情けない状況だから、こういう議論になってきたわけです。

とはいえ、日本の将来像について私が答えを出せるものでもありません。むしろ質問されると各論の方がいくらでも答えられるというのが本音です。ただ、私は社会学出身ですから、理念論よりは現状を見て、例えば、日本国内中間集団内のローカル・ルールを全国統一する、普遍的な

ものに変えるということなどを考えているわけです。

司法改革論では、グローバル化やアメリカ化、世界標準など、そういうたぐいのところから日本の司法を改革して、法という普遍的なものを浸透させていかなければいけないという議論がありますが、これは世界認識自体がおかしいと思います。というのは、理念論になりますが、共同的なやり方と普遍的なルールでやっていくことを比較して、単純に普遍的なルールがすべていいのかどうかを考える必要があるからです。全員顔見知りという狭い古い共同体の場合には、それなりの合理性があります。

例えば、皆が顔見知りの村で、ちよっかいを出すと殴る男がいたとします。普遍主義的にやっていきますと、だれかがちよっかいを出して彼がガンと殴ったら、それは犯罪になります。彼は捕まえられて犯罪者として牢獄（ろうごく）にぶちこまれて、その後で出てきても、おそらく性格は変わりませんし、一生犯罪者と呼ばれます。そういう状況で、まただれか被害者が出ます。

ところが全員顔見知りで、ちよっかいを出したらあの人が暴れるということが分かっていたら、そういう事件が起こっても、それはちよっかいを出したやつが悪いということになって、それがその村の常識となるわけです。皆が分かっているから、あいつはしょうがないと対応すれば、実は事件が常に起こらず、平和に暮らしましたということになります。

共同体を美しく語りすぎかもしれませんが、そのように全員顔見知りという状況を考慮した方が、実質的に正義にかなうという可能性はあります。普遍主義が出てきたら必ず共同体は負けるというわけでは全然ないことを、よく考えて議論する必要があると思います。

国家・共同体・個人の関係

河合 日本の現状について、いつも言われていることがあります。

一つは、戦時中のことも考えると、小さな共同体は拘束が強すぎて、個人が圧殺されてきたという批判です。戦時中は国家がファッショだったと言う方もいますが、実際はものすごく身近な人が皆をぎゅうぎゅうと締め付けていたわけです。ヨーロッパのファッショでは国家が無理やり統制しようとする、少なくとも家族は自分の仲間内で何とか助けようとはしますが、日本の場合は全然違います。町内会など、大変身近なところが皆で「天皇陛下万歳」と言っていたことを考えても、実は直接的な共同体が非常に発達していた。それに対する批判はずっと見られてきました。そしてもう一つ言われていることは、日本の全体的な方向性を探るには、いつも国民的議論が不足しているということです。

これは全くその通りで、この二つは日本の知識人のような方々がずっと言ってきたことです。各論としては全く賛成で、実態としてもそう思いますが、私は抜けていた論点があると考えています。

一つは、共同体と個人が戦う場合には、個人を本当に守ろうと思つたら、やはり国家が出てくしかないわけです。だから国家が強くないといけない。強い国家がないと駄目なのに、古い体質の人は国家が強くなつたら駄目だと思つていた傾向があります。しかし、そこを改めて、国家を良くするという観点で改革に臨んでいく必要があります。

もう一つは、最近は伝統的共同体の悪口ばかりが大はやりですが、やはりまず、伝統的なモデルの良きの正当な評価を下すことが重要です。私は刑事司法の専門ですが、必ずしも悪くないと言いますか、なかなかうまくやってきたという側面はいくらでも例を挙げることができます。

ただ、日本の国を大きく見た場合、顔見知り共同体の原理でやっていることには問題もありません。共同体には、EU共同体のような大きなものもあります、私が考えているのはあくまで五百人くらいのもので、ところが、そうではなくて、一億二千万人もいるのに、相変わらず顔見知り共同体の原理でやっているということが大きな問題です。まして地方の代表が集まって、それがさらに何百人が集まってということにまでなっている。永田町もおそらくそういうことに

なっているのですが、原理も自治体の理屈もそういう積み重ねでやっているところに問題があると思います。

集団内非法的統制の崩壊

河合 社会学者として、中間集団が今日本でどうなっているかについて、お話ししたいと思います。最近のいろいろな事件を見ていると、一番分かりやすい例は警察不祥事です。日本の場合、先ほど井上さんが言われたように、いろいろな中間集団が実は非常に強い自治力を持っています。実質上の懲戒（ちようかい）権を持っているのは、実は自治そのものですけれど、問題が起こってそれらが明らかに犯罪であっても、全く法的介入がなく内部で済ませてしまう。できる限り国家を介入させないで済ませています。学校で子どもがけんかをして殴り合いでひどいけがをしても、学校に言っても仕方ないという伝統があつて、そういった状況はどこにでもあります。

私はこれを「中間集団による集団内非法的統制」と呼んでいます。中間集団には必ずドンがいて集団を仕切っています。ドンは全構成メンバーを把握していて、それを考慮してけりをつけていた。それがまさに司法介入との違いです。それは、それなりにうまくやっていたこともある

と思いますが、その機能はどうやら破綻したように思います。警察のようにヒエラルキー（階層性）が非常に厳しいところは、上役がギョツと監督すればそれでよかったです。もう抑えが利かないと言われています。多くの不祥事が明るみに出たのは、神奈川県警の不祥事が報道されたところからですが、検察を引っ張り出して、警察自体が外部の法的統制を仰がなければならないという事態が進行しています。

この件では新聞に、警察までが警察を呼ばなければならないというコメントを書きました。もう少しソフトな言い方をしていますが、そのような事態が中間集団内に生じている。つまり、中間集団内の個人に対する抑えがものすごく甘くなってきた。よく言う個人主義ですが、どちらかというと個人が勝手に行動して、その抑えが利かないという状況が見られているわけです。

これらの現象をある観点から見ると、これまで警察がいろいろなもみ消してきたことに、きちんと法が介入してくるということであり、これはある種の法治国家と見なせるわけで、これを評価すると考えることはできると思います。断わっておきますが、法の支配と法治国家とを私は全く区別しておらず、互いに両方の要素を含んでいると考えています。しかし実態を見てみますと、法治国家化がどんどん完成に向かっていくという美しいものではなく、どう考えても伝統的なやり方、非法的な統制がどんどん崩壊していると考えています。

日本社会の法化の足並み

河合　　そういう中で、実際に日本社会が法化しているのかということとはよく語られることです。司法改革の中でも、これから日本社会が法化するのだと枕詞では言われていますが、この点を少し検討してみました。

法化にも多様な側面があり、実際に立法がなされることは本来的な法化で、それによって現実も変わります。例えば、介護保険を例に挙げると、家族が世話することによって法的なもの加わるということです。これまで社会福祉関係は法が介入しないで、友達同士や家族の助け合いが基本でしたが、そこにどんどん法律が絡んできて、法化した典型的な分野となりました。

しかし、これだけではありません。ほかにも現状追認的立法ということがあります。日の丸・君が代、通信傍受法などがその例ですが、分かりやすいのは通信傍受の方で、盗聴は以前からやっていたことです。それを合法化しただけで現状は全く変わっていないのです。

立法はしないけれど、法的抗力があるものでは、例えば官僚の接待などがそうでした。法文を読めば、接待は賄賂（わいろ）以外の何物でもなく、当然逮捕されるべき行為でしたが、それを

ずっとしなかった。立法化する意思はないのですが、それも一種の法化でしょう。

立法も阻止され、改善もしていないようなこともあります。例えば、これは医師会のインフォーマド・コンセントやカルテの法制化などのイメージです。

つまり、何が言いたいかというところ、やはり中間集団の強さやいろいろな事情で、日本中がばらばらになっているということです。一つの業界にみると、日本統一ができているところはたくさんあるのですが、業界が変わると全く違うというアンバランスがある。国家をどうするかという目で見れば、法化するとなれば法の前にはみんなが平等だから、すべての業界、すべての分野でやらなければならぬわけですが、それ以前に、どこからやっていくかという話なわけです。

そう考えてみると、やはりまず医師会からやっていくかなければ話にならないと思います。訴訟問題の各論に入っても医療過誤は大きな問題で、そういう大局的な観点から日本社会を変えていくべきであるはずですが、全然そういうことになっていないことが分かります。そのような分野では、法治国家的観点、あるいは法化の観点という方向には全く進んでいないわけです。ですから、伝統が崩れていくだけだという結論になるのです。

これに名前を付ければ、「国家不在の個人主義」とでも言いましょうか。そして、勝手なことをする人間が皆ばらばらになり、伝統的・中間集団の崩壊がどんどん進行しているのです。

中間集団のドンについて、もう少し触れておきたいと思います。このようにお話ししますと中間集団が悪魔の集団であるような印象を受けるかもしれませんが、決してそうではありません。もっと昔、ドンらしいドンが存在した時には、それなりに機能する可能性があったと思います。

例えば医師会には、武見太郎（一九五七年から日本医師会会長に連続十三選し、一九七五年に世界医師会会長となる。一九八三年没）というドンの方がおられました。彼が不道徳な腹黒い人でもない人間という話ではありません。むしろ彼のようにドンと言われた年配の方々などは、ドン同士で集まり、何とか戦後の日本を再建しようとい生懸命だった。

そういう方々は多分たくさんおられるだろうと思います。たかがドン、されどドンとでも言いますか、そういうときには日本全体に危機感があり、協力してやろうと、嫌なことでも自分の業界の役割をしっかりと担っておられたのだと思います。だから、本当にドンがドンの理念を実行すれば、それなりに共同体的にやっつけていけるということを感じます。

結局、そのドンが存在しない限りどうしようもないと言われていますが、そういう意味でも、従来の中間集団による非法的なやり方がまさに崩壊しているということが、実態を見ても目立つのではないのでしょうか。

司法の役割と法曹養成

河合 最後にいよいよ司法の役割ということになりますが、司法介入ですから国家が介入してきます。まず言わなければならないのは、刑事介入ではないということをしつかり認識しておく必要がある点です。行政と憲法については、井上先生がお話ししてくださっておりますので、私の専門からは民事訴訟ということになりますが、私はもつと民訴を積極的に活用すべきであると思っております。例えば、損害賠償という局面では、司法は三権の一つですから、大局的な判断で個別の案件に臨むことができます。

民事訴訟の分野では、医療過誤や大企業の労働問題、マスコミの報道被害などがあります。私も一生懸命頑張っているのですが、正直に言うとう労働問題は素人で、医療過誤と報道被害をそこそこ研究しているというところです。

その中では報道被害というのは被害者にとっては非常に重大な問題で、賠償のけたも一千万円単位で考えなければならぬと思います。それ以下の金額では話にならないと主張したことがあります。その後で東京地裁でほとんど同じようなことがあり、新聞でも一千万単位の賠償金

が必要だと掲載されました。これは非常にうれしかった出来事です。こういった話題は、かなり狭い範囲での話で、司法改革の議論の最後にくるものです。興味を持たれる方も多いと思います。各論は後ほどゆっくりお話しすることにいたしましょう。

さて、司法の役割を考えると、国家エリート論を考える必要が出てきます。日本のエリートはインフォーマルなネットワークで形成されていると言えるでしょう。もつと露骨(ろこつ)に言うと、東京大学法学部出身の人間が企業のトップや官庁の幹部など、いろいろな分野にいるという事です。今までは、それを駆使するのが日本の常識でした。

ところが、ロースクールを作つて、行政や政治、企業の人間を個々に作るのであれば、このネットワークは消えます。個人中心で、自己責任だけで、人間関係を必要としない。それでやっていけるとする人は、喜ぶかもしれません。しかし、これは大革命で、それを意識しないわけにはいきません。東大の先生はこのような発言はしにくいだろうと思いますので、私が主張しているのですが、法曹三者の養成というだけでロースクールを捉えるのは非常に狭い認識です。ここで重大なことは、国家エリートをどう育てるかという観点です。

ロースクールについてもいろいろな問題があるのですが、各論で考えるのではなく、もう一点触れたいことがあります。ロースクールについては、ずいぶんと騒がれて、大変な議論になって

いますから、法曹をしつかり育ててはいけないということは分かっていて、そこそこきちんとしたものはできるだろうと予想しています。

しかし、問題は残された法学部であり、この問題はこれからますます重要になってくると思います。なぜかという点、これまでの法学部の機能は、法曹三者になるには非常にいい加減なのです。一般の企業に就職する人にとっては、不必要な細かなことまで学んでいて、司法界に進んでも、民間企業に進んでも、行政に進んでも、どちらのためにもならない。これは皆さんが感じていることです。

ロースクールができて法曹養成ができることはいいのですが、残ったものはどうなるか。これは、逆に言いますと法学部が存在しなくなることです。私はフランスに留学しましたが、例えば債権や物権の問題などは大学の法学部では教えていません。大学院生や弁護士になる人だけが学ぶ分野です。日本で言うと、法学部教養論的なこと、格好良く言えばリーガルマインドの話をするのが一般の学部です。でも、企業に就職する人には債権などの勉強も大事だということになると、法学部をどうするかということになる。民法や刑法、ましてや刑事訴訟、民事訴訟などという講座が消えるのではないかと考えられる。ロースクールばかり議論していますが、実はそれだけの激動が来るということで、法学部は大変な状況になっていると考えております。

司会(長谷川) どうもありがとうございます。お二人の提題をいただいたわけですが、お二人の主張は共通するところもあれば、力点の違うところも、いろいろあると思います。しかし、体制改革というところを取り上げている関係で、日本の法、あるいは政治、社会の構造とかかわった中で、この司法改革の問題を考える必要があるという点は、皆さんに伝わったかと思っています。

3 倫理学、政治学から見た司法改革

社会倫理学からの吟味

司会(長谷川) それでは、今度はコメンテーターの方からお話をいただきしたいと思います。最初に川本さんからよろしく願います。

川本隆史 東北大学から参りました川本です。なにを隠そう私は、大学三年の終わりに法学部に

見切りをつけ文学部に転学部したという、法学教育の落ちこぼれ学生でした。ですから、法学・法曹の権威者に囲まれたこの会場は、あまり居心地が良くありません（笑）。

文学部に逃げて、法学や法律とは縁が切れたと思っていたのですが、たまたま院生時代にジョン・ロールズの『正義論』と出会い、社会の基本的な仕組みの「まともさ」、つまり「ジャスティス」をどう構想すればいいかを模索するようになりました。このジャスティスという言葉を紹介して、法学や法律と再び向き合うようになったわけです。

司法改革については門外漢に過ぎませんが、この動きに対応しようとした日本法社会学会が「構造変容と司法改革」、「司法改革諸構想の批判的検討」、「現代司法の理念と司法改革」という一連のミニ・シンポジウムを開催しました。私はその三番目のシンポジウム（二〇〇〇年五月、大阪市立大学）に、四人の提題者の一人として呼ばれたのですが、依頼の段階で、「自由主義の理念と司法の役割」という仮タイトルをいただきました。「司法制度改革」論の共通了解として、自律的個人が市場を舞台に切磋琢磨（せつさたくま）しあう自由主義型社会へと日本を転換すべきだという価値判断、あるいはすでに日本がそうした社会へ変貌しつつあるという事実判断があるが、そうした判断を私の守備範囲である社会倫理学の観点から吟味してほしいというリクエストでした。

その前年のシンポジウム（一九九九年五月）はこの北大で開かれ、井上達夫さんが「何のための司法

改革か―司法改革の政治的理念―というテーマで報告されています。それを文章化されたもの（『法社会学』第五十二号、所収）も拝読しましたが、井上さんが警告されたように、何のためのどのような理念や構想に基づいての改革なのか、といった基本問題を棚上げにしたまま改革ムードに乗っかるのはいかがなものだろうか、私も思っています。

制度改革論にエンジン・ブレーキを

川本　そこで、昨年五月のミニ・シンポでは、報告の副題を「司法制度改革論にエンジン・ブレーキをかけるために」といたしました。「エンジン・ブレーキ」という比喻を使ったのには、ねらいがあります。

自動車で坂道を下る際など、フット・ブレーキばかりに頼るのは危険だと言われています。アクセルから足を離すことによって生じる、エンジンの圧縮摩擦抵抗を利用したエンジン・ブレーキを併用する必要があります。改革にアクセルをふかすだけではなく、かといっていきなりフット・ブレーキを踏み込むのではなく、道路の傾斜や前方・後方の車の流れ、さらには対向車なども見極めながら、落ち着いて事態に対処する姿勢が大事ではないか。そんな思いをこめて付けた

副題です。

本論では、司法制度改革論においてしばしば引き合いに出される自由主義の原点に立ち返るべく、政治思想史家のジュディス・シュクラール (Judith N. Shklar) の問題作「恐怖のリベラリズム」(The Liberalism of Fear) (初出一九八九年、大川正彦訳は『現代思想』二〇〇一年六月号に掲載) を第一の手がかりに用いました。シュクラールは、不正義を既成のルール違反に縮減する発想(法律万能主義)を批判し、戦争裁判などのアクチュアルな事例に即して法と政治と道徳の切り離しがたさ(連続性)を強調した『リーガリズム』(原著一九六四年、田中成明訳、岩波書店、一九八一年)の著者でもあります。その彼女は、公権力が各人に加える残虐行為を最大の悪徳と捉え、これへの「恐怖」ゆえに統治の制限を提唱する「恐怖のリベラリズム」を、ジョン・ロツクやJ・S・ミルに代表される主流派自由主義への対抗構想として打ち出しました。

こうした「恐怖」をバネにする自由主義は、敬愛する憲法学者の樋口陽一さんの持論に通じるものがあります。樋口さんによれば、「自分の考え」と必要な場合は「それを他人に伝える勇氣」を培い、「自分が自分でなくなること」を恐れるところを持つことなくして、本当の自由社会は成り立ちません(『本当の自由社会とは―憲法にてらして―』岩波ブックスレット、一九九〇年)。自由社会の核心に「恐れ」を据えようとするところが、シュクラールと共通だと思えます。こうし

た「恐怖」ないし「恐れ」をエンジン・ブレイキにしないと、司法改革も法曹人口の拡大・競争という規制緩和・市場化の路線に呑みこまれてしまうと危惧しています。

もうひとつのエンジン・ブレイキは、民法学者の末広巖太郎から借りました。現在の議論は、ロースクールをはじめ欧米のキャッチアップに終始しているくらいがあります。ところが歴史を振り返ると、大正時代に末広が、裁判や法律、法学教育に「人間味」を取り戻すような改革を求め、その一環として陪審制の導入を主張していたという遺産があつたわけです。その改革の指導理念が「法律の社会化」です。

例えば一九二〇年に行われた講演「小知恵にとらわれた現代の法律学」で、彼はこう述べています。「法律は一部の限られた人間のものでもなければ、権力階級のものでもない、われわれのものである。だからこの法律が真にわれわれの法律であるということが本当に実現される時代が一日も早く到来するようにわれわれは一致協力しなければならぬ」(佐高信編『役人学三則』岩波現代文庫、二〇〇〇年に再録、一四六ページ)。法学や法律を万人が使える道具に変える「社会化」抜きの改革は、空回りするに違いありません。

昨年五月の報告では、この「恐怖」と「社会化」を拠りどころに、司法制度改革審議会や「21世紀日本の構想」懇談会、経済戦略会議などが提出した一連の改革文書を読み解き、それらに頻

出する「自由」、「公正」、「効率」などの理念の中身を批判的に検討しようとしたのですが、時間切れであまり立ち入った吟味はできず、学会誌『法社会学』への寄稿も果たせませんでした。ですので、今回のシンポ参加は再挑戦のチャンスになると思ってお引き受けしました。

「ルール」と「毅然さ」の指し示すもの

川本 お二人の報告へのコメントに移ります。井上さんは、司法改革を本気で推進するのなら「法の支配」の確立を目指すべきだと力説されましたが、私もそれには賛同を惜しみません。

法社会学会のミニ・シンポの準備過程で、各方面の論議に目を通しました。その中で、司法制度改革審議会委員でもある弁護士の中坊公平さんの発言——「法の支配」という言葉を使わず、なるべくみんなに分かりやすく言い換える努力をすべきだ、というもの——が気になりました。言い換え例の一つが「法廷に一輪の花を」です。市民のための司法改革を訴える中坊さんのお仕事には敬意を払いますが、正直に『法の支配』と言ったんでは堅苦しくて、だれも聞きません」（『法律時報増刊…シリーズ司法改革Ⅰ』日本評論社、二〇〇〇年四月、一四ページ）と決めつけるのは、市民的常識をあまりにバカにした話ではないかと反発を覚えました。ですから、

あくまで「法の支配」を改革の目玉に据えようとする井上さんに共感したわけです。

ただ、井上さんの「法の支配」と、河合さんが言われる「社会のルール化」との間に微妙なズレが感じられてなりません。「法の支配」はルール・オブ・ロー (rule of law) で、「社会のルール化」という場合と同じ単語 (ルール) が使われています。英語では同じでも「支配」と訳すときと「ルール」とカタカナ書きにした場合とは、日本語としての受けとめ方が違ってくるのではないのでしょうか。「人ではなく、法が支配する」という意味でのルール・オブ・ローだということは、私も習いました。この「ルール」と「日本社会の将来像として」目指されているものも、目指すべきものも、日本国内の中間集団のローカル・ルールを打破し、国家の統治力を回復させること、つまり、国内ルールの共通化である」(井上・河合編『体制改革としての司法改革』一八九ページ)と河合さんが書かれる際の「ルール」との間に、ギャップがあるのでないでしょうか。物事を七面倒くさく抽象的に考えてしまうのは、哲学・倫理学研究者の悪い癖かもしれません。が、「そもそも人がルールに従うということはどういうことなんだろう」、「ルール・オブ・ロー」というときの前置詞オブ (of) は主格関係を示しているのか、それとも所有格、目的格、同格のどれなんだろう」といった疑問が湧いてきます。

ちなみに、ローズは論文「二つのルール概念」で、ルール観を、ルールを制度実践を定義す

るものとして把握する見方と、個別の事例に対する過去の意思決定を要約したものとして捉える見方に区別しています。「法の支配」の場合のルールが前者に、「社会のルール化」というときは後者に当たると考えていいのでしょうか。いずれにせよお二人から、「ルール」の本身や「法の支配」との関係についてご説明いただけるとありがたいと思います。

井上さんに、もう一点質問をいたします。「毅然たる法治国家」とは、実に井上さんらしいフレーズですね。これを私は、コミュニリアニズム（共同体主義）からの自由主義批判を積極的に摂取する作業を通じて「逞（たくま）しきリベラリズム」を鍛え上げるという方向を採ってこられた、その延長線にあると理解しています。しかし「逞しさ」や「毅然さ」の達成度をどうやって判定すればいいのでしょうか。また国家という集合体に「毅然たる」という個人の徳性・卓越性の形容動詞を付加することができるのかも、お聞きしたい。

方法的共同体主義の有効性

川本 さて、河合報告は、論文「社会のルール化と司法の役割」（前掲『体制改革としての司法改革』所収）を敷衍（ふえん）された内容でした。とくに日本社会における中間集団の再評価とい

う論点は、「方法論的共同体主義をとる」というご自身のスタンスに裏づけられたもので、説得力を感じました。

河合さんが「日本社会の法化」の实例として挙げられた介護保険制度ですが、これは二〇〇〇年四月の導入を経て見直しが図られようとしているところです。朝日新聞の記者時代から「寝たきり老人」や家族介護の問題と取り組まれてきた大熊由紀子さんに教えていただいたのですが、介護保険をうまく活用して、いいケアを実施しているのは、人口二万人程度の自治体が多いそうです。町長さんがヘルパーさん全員をよく知っていて、あのおじいさんならこのヘルパーがいいだろうと判断できるような規模が望ましいのだとおっしゃっていました。資金集めのために広域連合を作ってしまうと、書類中心の審査になってしまつて、一人ひとりのお年寄りのニーズに的確に応えることが難しくなるそうです。つまり介護保険をうまく機能させるためにも、適正規模があるということなのでしょう。

また、「介護の職人」を自称される理学療法士、三好春樹さんは「介護の社会化」といった抽象的なスローガンに代えて、「介護の町内化」がまず必要だと説かれています（佐藤義夫『顔が見える介護保険―NPOの介護事業戦略―』光芒社、二〇〇〇年、一八五ページ以下）。相互監視・動員型の「町内会」にはならない、適正な「町内化」を進める上でも、河合さんの「方法論的共通

体主義」は有効ではないかと思えます。

見直したい法文学部

川本 それから冒頭でもお話ししたとおり、私自身が法学教育の落第生でしたから、ロースクールで少なくとも二つの専門知識を身に付けるという河合プランはとても魅力的です。ロースクールの学生が文学部の学部・大学院で聴講をしたり、逆に文学部の学生・院生やスタッフがロースクールに勉強に行ったり、テーマによっては共同セミナーを開くなどの交流が、どんどん盛んなればいい。そうすれば、学生・院生もおのずと二つの専門を身につけることになるでしょう。これは当事者の意欲と努力次第で、けっこう実現の可能性がある提案だと思います。

河合報告の結びでは、ロースクール化後の法学部に何が残るかという深刻な問題提起がなされました。とっさに思いついた我田引水のアイデアですが、昔のように法文学部に戻してはどうでしょうか。文学部と連携して、社会人として生きていくために必要な教養、ものの見方や基本ルールを学ぶ場とするのです。

法文学部という組織は一九二一年、東北帝国大学に創設されたのが始まりだそうで、末広巖太

郎が「法律の社会化」を唱えたのと同じく大正デモクラシーを背景にしています。欧米の學術の直輸入をもっぱらの使命としていたそれまでの帝国大学の縦割り学部構成を反省し、幅広い視野と豊かな教養を育む複合学部として誕生したものだそうです。定数削減のためのリストラとしてでなく、うまく法文学部を再組織すれば、学際的な研究・教育が名実ともに日常的な活動として定着するのではないのでしょうか。「経済学帝国主义」を墨守する経済学部まで巻き込むのは至難の業かもしれませんが、法学部と文学部、教育学部の相互乗り入れはぜひとも進めていきたいものです。

司会(長谷川) どうもありがとうございました。それでは次は山口さんをお願いいたします。

ゴールのイメージがない司法改革

山口二郎 この十年間、政治改革、行政改革を一生懸命議論してきた者として、司法改革をどう考えるかというテーマでお話しします。

まず、一九九〇年代以来の一連の改革の中に司法改革をどう位置付けるかということですが、私は、基本的に政治改革、行政改革をあまり評価しておりません。その意味では司法改革も同じ

轍（てつ）を踏もうとしているという現状認識を持っています。

どこが共通しているかと言えば、一つは、河合さんのお話にもあったように、改革を進めてどういうゴールを目指すのかというゴールのイメージが欠如している点です。それに関連して、二つ目には、手段の議論が誠に多い。あるいは制度改革があたかも自己目的化しています。分かりやすく言えば、形から入っている。選挙制度を変えるとか、省庁の数を減らすとか、司法試験合格者を三千人にするとか、そういう形で議論しても、ろくなことにならないということは、過去の経験が示している通りです。

そういう意味で、私は法社会学や法学の方々には、裁判制度を活性化し法律家の層を厚くすることによって、社会がどう変わるのかということについて、ぼんやりしたものでもいいので、ある種のイメージを描いていただきたいと考えています。

われわれ政治学者が一番駄目だったことは、政治改革を行って選挙制度を変えたら二大政党制になるというバカなことを何人かが言っていて、そういう議論が大手を振ったということです。司法制度改革が、そういうことにならないようにお願いしたいと思います。

日本の政治の変化、もっと言えば日本の民主政治をより進展させていくという観点から、司法改革がどういう意味を持つのかについて私なりに考えています。政治というものは、国家を統治

していく原理として、究極的には多数決原理に依拠します。最後はやはり頭数をそろえて物事を決める。しかし司法というものは、そこで決まったことにはみんな拘束されますが、多数決ではありません。当事者主義ということが一番大きな特徴になると思います。

つまり、たとえ無力な個人であっても、原告として国を訴えれば、法廷の場では原告対被告として対等な立場で主張し合うことができる。これは政治の世界とは全然違う原理で、今までの日本の政治、民主政治の中には当事者主義といった要素が常に希薄でした。

フランスの有名な政治思想家のトクヴィル (Alexis de Tocqueville) が、アメリカに行つて司法と民主政治の関係について分析した古典的な記述があります。やはり相手がだれであっても自分の権利をきちんと主張するとか、論理や法に従つて物事を演繹的に考えて、妥当で公平な結論を出すとか、そういった思考訓練をするという意味では、当事者主義がないと多数決原理だけでは民主政治はうまくいかないと言ふことだと思います。

「特権」が横行する日本社会

山口　私が昨今の司法改革論について、非常に大きな疑問を感じるのは次の点です。つまり、日

本の社会において権利とは一体何なのかということですが、これは後で井上さんや河合さんにも教
えを請いたいのですが、頭の古い保守的な人たちは、権利ばかりが過剰で義務がないがしろになっ
ているとよく言うわけです。それで戦後民主主義を批判するわけですが、これは全く違うと思っ
ています。日本人が本当に権利意識を持ったら、国旗・国歌法などが国会を通るわけがないでは
ありませんか。あんなものが国会に上程されたら、デモが起こって、国会を包囲するくらいのこ
とが起きるのが当然なのですが、いとも簡単に通ってしまいました。

要するに本当の意味での権利意識というものが日本には全くないのです。日本にあるのは、井
上さんが中間団体論でおっしゃったように、自己利益、既得権擁護で、これは恐らくライト(right
権利)ではなくてプリバレッジ(privilege 特権)の方です。プリバレッジが社会に蔓延(まん
えん)しているという問題があります。困ったことに日本の自民党というのは、いろいろな団体
にプリバレッジをまくことによって票を集め、政治資金を集めるという構図を本当に巧みに作っ
ています。そして少数ながらライトを主張する人間には、実に過酷に対応する。学校現場におけ
る国旗・国歌の扱いなどは、その極致だろうと思います。

司法改革をやるのであれば、やはり市民教育が必要で、権利とは何か、義務とは何かという「何
か」をきちんとした土台から積み上げていかないと、制度を変えても民主政治の成熟という観点

からは意味がないだろうと思います。

その点で、井上さんのお話で大きな疑問を感じた点があります。井上さんは、司法の強化、あるいは司法の役割を拡大していくとおっしゃいましたが、裁判というものは、裁判官が自分で出かけていって、これはおかしいぞと言うわけではないわけです。あくまでもだれかが具体的な訴訟を提起して、初めて裁判は機能し得るのです。特に行政裁判などではその必要性を感じますが、司法を強化すると言っても、裁判を提起する人間は一体どこにいいのかという問題があります。この点をどう考えるのか、ぜひうかがいたいと思います。

今の日本では、少数であっても権利の主張をして、あくまでも論理で勝負するという動きがまったくないのです。国会の審議でさえ、最近は首相自身が憲法解釈はどうでもいいという感じですが、これは、先ほど井上さんのご指摘があった通りで、論理を放棄している。こういう状況の中で、裁判を評価するということを政治家自身が語るという矛盾です。これはやはり矛盾として大いに怒ってほしいことです。

結論として言えば、司法改革の今後については、私は誠に懐疑的であります。悲観的な言い方をすれば、壮大な制度変革をまたしても行えば、大学に多大な混乱をもたらして、二十一世紀の日本に禍根を残すだろうということですが、

司会(長谷川) どうもありがとうございます。それではお二人からコメントをいただきましたので、提題者の方から簡単にレスポンスをお願いします。まず井上さんからお願います。

権力の恣意性を排除する法支配

井上 まず川本さんのご質問ですが、シュクラアの「恐怖のリベラリズム」は、法の支配に関係があります。基本的にモンテスキュー型の制限政府論のイメージで、理性の支配ではないわけです。ただ、これには先ほど言ったように、英米法型の法の支配を理想化することの罫と同じ問題があります。ご存知のようにモンテスキューは権力分離と言っても、あれは単なる立法、行政、司法権という国家作用の分立ではなく、実在する社会的諸勢力のバランスで、いわば中世的な抑制均衡が残っているのです。

この制限政府モデルの問題はテイラー・オブ・ステータス・クオ (tyranny of status quo 現状の専制) を生み出す危険です。現状の権利分配が公正ならば、それはそれでいいのですが、現状の権利分配が不正な差別や特権を温存している場合、「恐怖のリベラリズム」は現状の批判的再吟味と変革を排除するイデオロギーになりかねません。それを避けるためには、やはり正義理念に

立脚した理性の支配の契機が、法の支配に含められなくてはならないと思っています。

ルールの意味については、ルール・オブ・ローのルールは「支配」で、社会のルール化と言葉は少し違います。いずれにせよ法の支配の理念の基底にあるのは、権力構造の恣意（しい）性の排除です。これには二つ意味があります。法の支配の弱い解釈と強い解釈です。どういうことをすれば、どういう形で国家機関が介入してくるかが事前に分かれば合理的に投資計画が立てられるなど、資本主義社会に必要な計算可能性が保障される、そういう予見可能性の担保として法の支配を捉えるのが弱い解釈です。これもある意味で恣意性の排除ですが、これでは十分ではないと私は思っています。

フラー（Lon L. Fuller アメリカの法哲学者）の有名な言葉で「法とは人間行動をルールの支配に服せしめようとする企て」というのがあります。やはり、そこで止まってしまつては駄目で、単なるルールではなく、正しいルールの支配に服させること、そのためにルールの定式化だけでなく正当化根拠自体の普遍化が必要が必要です。つまり自他の関係を逆転しても、他者の立場から見ても、不公平だとして拒絶できないような理由に基づいているかという普遍的な正当化可能性の吟味の要請です。そのような吟味のための異議申し立ての制度的チャンネルを法は開いていなければならない。予見可能性を犠牲にしても法は自己を論争化しなければならない。そ

ういうことが私のイメージにあります。

「毅然」という言葉ですが、川本さんには私の言葉がファッション的に聞こえるのかもしれませんが。私の意図を理解していただくための一つの例として、大店法（大規模小売店舗法）などがあります。大店法というのは、許認可ではなく、届け出、勧告なんです。正規に届け出た場合には、特定の自営業者だけではなく、有識者や消費者の代表、市民団体の代表も入って協議できるようになっている。しかも、握りつぶすことをさせないように、締め切りを設けている。

しかし、それにもかかわらず、それとは全然別の事前説明や事前交渉など、正規の手続きにのっていないところで、だからだと時間をかける。そういうインフォーマルな場で、商店主など既得権者がそこで実質上の規制をやっている。官僚はそれを放任している。つまり規制権限、調整機能ですら、官僚は自らの責任で遂行せず、それを規制されるべき利益集団に委ね、かかる集団の横暴を制御できない。あまりにもだらしなないと思いませんか。だから、こういう点をもっと筋を通しなさいというような意味で、「毅然」という言葉を使っているわけです。

真の権利は普遍化可能性をもつもの

井上 山口さんのおっしゃったことには同感です。権利と言いながら、既得権意識はあるけれど権利意識はないという点はその通りです。権利というのはライトで、正義です。まさに普遍主義的な正当化可能性がなければいけません。自分の要求さえ通ればあとは野となれ山となれでは駄目です。

大店法のお話も同じですが、あの法律で得をしているのは小商店主だけでなく、実は大型店なのです。先行進出した大型店は、他の大型店との競争から保護され地域独占の利益を享受している。しかし、小商店と大型店とのこのような共存共栄のコストはだれに転化されるのかというと、消費者です。年金だけで細々と暮らしている人たちなど、大店法で保護されている商店の人たちより、はるかに困った経済状態の人たちに見えない形でコストが転化されている。

こういう状況がいけない。本当に弱者保護を目指すならたまたま組織的交渉力を持っている人たちではなく、同じような状況がいけない。本当に弱者保護を目指すならたまたま組織的交渉力を持っている人たちには、同じような権利要求を認める必要がある。そのような場合に限って、初めて権利の名を与えられるべきで

す。そうした普遍化可能性をもたないものは、ベストッド・インタレスト (vested interests 既得権益) であり、ライトではない。日本語では「権利」という言葉がよく使われますが、「権」とは力で、「利」は利益。力によって守られる利益なのです。これは right とは正反対なのです。こういう訳語の慣用化も、権利と既得権との混同を助長する要因になっていると思います。既得権意識は強いけど権利は弱い。だから司法が必要だと言っているわけです。

司法過程も市民が公共性を培う場

井上 司法には良い面として当事者主義と、悪い不十分な面として受動性があると山口さんはおっしゃいました。当事者主義については、山口さんは恐らくアドバイザー・システム (adversely system 当事者対抗制度。当事者同士が自己にとって最善の主張・立証を戦わせ、その上で中立的な裁判所が判断を下す英米法型の方式) のことを考えたのだと思います。それから、紛争の当事者間のイニシアチブでルール形成をやっていく意味も込められていると思います。

しかし、当事者主義には落とし穴もあります。先ほどお話しした、英米型法の支配の落とし穴と同じです。当事者主体を強調する観点から、紛争当事者の具体的な紛争解決要求に十分応じる

ために、単に一般的な実法的法規範だけではなく、手続法規範も個別に柔軟に変えていけばいいじゃないか、アドホック（ラテン語 *ad hoc* 場あたりのな）な当事者主導の紛争解決の方がいいんだという議論が、訴訟法学の第三の波と呼ばれる立場からなされています。しかし、私はそれでは結局は既得権主義になると思っています。

当事者主義と言っても、ジャスティフィケーション（*Justification* 正当化）の面では、その紛争の当事者たちだけが納得すればいいのではなく、一般社会の公衆をも説得しうるだけの根拠の提示が要求されなければなりません。なぜなら判決の実質的效果は紛争当事者以外にも及ぶからです。そういう意味では、単なるADR（裁判以外の紛争解決手段の総称）ではない訴訟の持っている公共性があるわけです。現代型訴訟の一環として公共訴訟が語られています、訴訟はすべて公共訴訟だと私は考えます。

司法は受動的なものですから、紛争当事者がまず公共的な正当化理由を提示しなければなりません。イニシアチブは市民にあるわけで、その場合は市民のイニシアチブの取り方が重要なのです。イエーリング（*Jhering Rudolf Von*）の『権利のための闘争（*Kampf ums Recht*）』では、係争利益をはるかに上回るコストを払ってでも自分の権利実現のために戦う者の姿が描かれています。訴訟を単に私権擁護の手段とみると、これは不合理ということになってしまいます。そ

れにも関わらずどうしてそんなことをするのかと言うと、そのケースは自分の利益だけの問題ではないからです。そのケースを通じて、ある公共的な秩序を形成することで、主観的意味におけるレヒト(ドイツ語 Recht 権利)だけでない客観的意味における社会全般のレヒト(法)の生成発展、維持発展に当事者は貢献することが期待されている。だから、私は訴訟はすべて公共訴訟だと考えているわけです。

最近、リベラリズムを批判する立場がシビック・バーチャー(civic virtue 公民的徳性)を強調しています。司法による法の支配の確保を重視するリベラリズムは、民主的政治過程において公共的価値を形成する市民の責任感の陶冶(とうや 持つて生まれた性質を完全に発達させること)を妨げると批判されますが、そういう形で政治過程と司法過程を対置するのは過ちであつて、司法過程もまたシビック・バーチャーの陶冶の場なのです。司法過程もまた、自己利益から見れば損だがリスクを背負つても公共的なルール形成に市民が参与していく場なのです。そうした主体をどうやって育てていくのか、器だけを作つてもそれを担う人がいなければ駄目だというのは、まさにその通りですが、司法過程そのものが公民的徳性を陶冶する教育機能を持つていることを強調したいと思います。この機能を十分發揮するために司法へのアクセスを高める改革が重要です。

司会(長谷川) ありがとうございます。では続いて河合さんからお願いたします。

地域共同体のイメージとルール

河合 ルールの問題と共同体の問題について、権利ばかりを主張して義務が抜けているという点について、両方まとめて申し上げます。私の共同体のイメージを語れば全部つながっていくと思うのですが、それは完全に地域共同体を考えています。地域共同体とは歩いて回れるという非常に狭い範囲です。

まず、ルールについてお話ししますが、本にも書きましたように、日本にはルールがないのではなく、逆に、大変細かいことまで決まっています。どんなことがあればどうするというところで、非常に細かいのです。ただ問題は、それを知る人は知っているのですが、大体の人は知らないという状況にあります。ですから、本来はルール化とそのルールの透明化ということが問題になるのです。これを透明なルール化という言い方をしてしまうと意味が違ってしまいますが、透明化という言葉が、一番良いキーワードだと思えます。

また、重要であるのは、ルールを透明にするだけではなく、それを単純化することだと思つて

います。ドイツの法学者であるサヴィニー (Friedrich Karl Von Savigny) から議論することもできるでしょうが、個人の権利から出発すると、これは至るところでぶつかります。法律学というものは、ぶつかったときにどうするかというそんな細かいルールを決めて、できてきたものです。

これを共同体の側面から見ると非常に簡単で、こんな共同体にしましょうと、そのイメージを表せばいいだけです。これは非常に分かりやすい。こういう社会にしましょうというイメージの共有があれば、例えば自分はそのためにどんな義務があるのかを言えます。でも、今のところ、そうした共同体のイメージも、義務のイメージも全然見えません。そして、権利を持ち出して義務が抜ける。

いつも私が挙げる例ですが、だれかが大きな石に足を挟まれているのを見つけて、自分が一番力持ちだと分かっていたら、自分が助けに行くという状況判断ができ、自分が動かなければならないと分かります。こういうことは皆分かっているのですが、自分が行かなければならないというところを感じるためには、やはり狭い地域共同体があつてこそであり、そこでの倫理と言いますか、そういうものが生まれてくる必要がある。これを忘れてはいけないと思っています。

裁判員制度の問題に共通しているのは、とにかく裁判官が減ってきたとか、司法を国民にオー

ブンにするために民主化するか、そういう話になっています。しかし、それが大事なのではなくて、例えばテレビを見て「少年を死刑にしろ」といい加減に言っているようなおじさんが、裁判員に選ばれると、実は非常に真面目に取り組むことが分かっている。これまで陪審制をやっているところでは、すべてそういった経験がある。これが非常に良い例で、裁判員に選ばれたら、自分がやらないとどうしようもないと考えるので頑張るわけです。この点でもルールと共同体の問題につながっていると考えます。国家と個人だけでは、絶対やっていけません。つまり、自分が何をやらねばならないのか全然分からないという状況に陥っているのです。

保健婦さんに聞いたところ、介護保険でも要介護認定の五段階評価をする審査などは大変な労力が必要だそうです。五段階に分ける実質的議論がないのに、とにかくお金をたくさん集めるために自分のところと隣は高段階でやれと、そればかりうるさいのだとか。でも、そんなことは介護保険を機能させる上では小さなことなので、無視して実態に即して三段階でやればよいと言っていました。実は、そういった発想が必要で、地域ごとに自立性を持たせることが非常に大事なのだと思います。

司会(長谷川) どうもありがとうございました。

4 質疑応答

司会（長谷川） 皆さんから一通りお話をいただきましたので、ここからはフロアからのご意見やご質問をいただきたいと思えます。この場では、これまで議論してきましたように、細かい具体的な政策的問題はあまり扱わず、日本の社会の在り方、法制度の在り方をどう考えるのか、それに関係する司法、立法、ルール、あるいは司法改革の意味をどう考えるかという点で議論していきたいと思えます。その点を注意してご質問をお願いいたします。

司法の弱いルソー||ジャコバン型国家

質問者1 井上さんのお話を共感を持って聞かせていただきました。お話に沿って比較軸を作りたいと思ひまして、ルソー||ジャコバン型国家とトクヴィル||アメリカ型国家（樋口陽一氏によ

る類型)についてうかがいたいと思います。

井上さんのお考えは樋口先生の問題意識と一面で共通するのですが、ルソー・ジャコバン型国家イメージと井上さんがご提示されたイメージは似ているようで、おそらく全く違っていると感ぜました。どこが違うと感じたかという点、司法の質が全然違うということです。

つまり、ルソー・ジャコバン型国家では司法というものは弱いわけで、例えばフランスでは、司法は国家の従属機関でしかありません。それは一つのモデルとしてあり得る話です。国民の議会を通して、一般史としての法律絶対性があった。法律には公共性があり、社会正義の体现であつた。

裁判、司法が公共性の体现、正義の実現を行うということは、良く分かります。しかし、その場合、公共性を体现する裁判官は何を基準に公共性を語るのでしょうか。法律であるのか、憲法であるのか、その点をおうかがいしたいと思います。

もう一つは、ジャコバン型で考えたとき、裁判官に対する不信感があるわけですね。日本の今の裁判官をどこまで信頼することが可能なのか。これをもう一度お聞きしたいと思います。私は事件整備が必要だという気がしています。例えば、現在の裁判官ではなく司法を担う人をどう育ていくかということが大事だということであれば、法曹一元（弁護士の中から裁判官を任命する

ことを原則とする裁判官の任命制度) の話題になってくると思うのです。法曹一元と考えると、ジャコバン型とは違った話になって、むしろアングロサクソンのものになります。こういった全体構想の整合性の点についてもお聞きしたいと思います。

二重権力化される政治部門

井上 私が本当に言いたいことについてご質問していただき、ありがとうございます。日本の文脈に固有の問題と、もつと一般的、理論的、概念的な枠組みの問題の両方を述べたいと思います。

樋口先生と私は半分似ていて、半分違う。このことは実際、編著『体制改革としての司法改革』の中でも明示的に言及させていただいて、樋口先生からも応答をいただいています。日本型文脈では中間集団の専制という場合、内部的専制と外部的専制があると私は思っています。樋口先生も内部的専制については批判されるわけです。会社の中で労働者が過労死する例などです。しかし、もう一方の外部的専制、つまり既得権集団による政治過程の支配については、樋口先生は比較的寛容なのです。五十五年体制を積極的に良いとは言いませんが、悪くはないというか、待ちの政治で、比較政治学的にはノーマルだとおっしゃっている。コンセンサス型民主制と司法的

人権保障を一緒にして考えているということです。しかし、私はコンセンサス型民主制では駄目だ、批判的民主主義が必要だと言っているわけです。

樋口先生のような考え方は、リップハートにもあります。共通の問題は、司法的人権保障による少数者保護と政治過程での内的拒否権付与による少数者保護とは全く機能が違うということを見過していることです。この問題は、裏を返した形でフランスのジャコバン型国家にもあるわけです。中間集団の政治的拒否権と司法的人権保障が少数者保護としていっしょくたにされる結果、前者を排して国家を強化することが司法の無力化と直結させられてしまう。そうすると国家が全体主義的な権力になる危険があるので、それを避けるために多党制・連立政治になり、その不安定さを避けるために結局、大統領と議会とに、民主的政治部門を二重権力化せざるを得なくなるわけです。しかし、その結果、両者が足をひっぱりあつてさまざまな改革を頓挫（とんざ）させ、政治的責任が不明確になる状況も生まれてくる。

同じことがアメリカにも言えると思います。日本国憲法はイギリスから議院内閣制を採用し、アメリカから司法審査制度を採ったと言いましたが、アメリカの場合はそれだけでなく、政治部門を大統領と議会で二重化しているわけです。各州も強固な自治権を持っていますから、アメリカもある意味、コンセンサス型民主制と司法審査制を一緒にしている。そして、政治が機能不全

になった責任を司法の積極主義のせいにするというところが、しばしば起こる。しかし、その原因は民主的政治部門が二重権力化することで、責任の分散が起こるからなのです。その結果、例えばクリントン政権時代に、アメリカでまともな健康保険に入っていない人が七千万人もいるにもかかわらず、だれもが必要だと思う健康保険改革なのに、与党民主党を含む議会の反対勢力の抵抗でつぶされているのです。

私は民主的政治部門を二重化しては駄目だと思っています。権力を集中させて責任を集中させることが必要です。権力を集中させればそれだけだれが間違えたか、何を間違えたかについて責任転嫁ができなくなり、答責性が明確になってきます。しかし、だからこそ政治部門が専制化する危険に対して、政治部門外で人権保障を図ることが必要になってくる。

しかも、違権審査制による司法的人権保障というものはコンセンサス型の意思決定システムとは相容れません。国論を真つ二つにするような重大な政治的価値をめぐる問題について、民意反映の制約が弱い司法部門に極めてコントラバーシヤル (controversial) 議論の余地のある) な決断をし、かつそれを執行する力を与えてしまう。これはコンセンサス型では説明できない。異質な政策理念を無原則に妥協させて融合するのではなく、整合的な政策体系間の競争と交代的試行を通じて大胆な改革を試行錯誤的に推進する、こういう批判的民主主義にこそむしろ司法審査制

は適合します。この理論的転換が比較政治学や比較憲法学の分野でも今まで強調されてこなかった。日本の現状分析でもそういうことは強調されてこなかったのです。

法曹一元化論の誤り

司会（長谷川） 裁判官の問題はいかがでしょう。法曹一元とも関係して、裁判官の資質という問題についてどう思われますか。

井上 制度だけつくっても改革ではありません。法曹一元の仕組みさえつくればいいかということではない。この話題は本の序論でも書きましたが、私は法曹一元化が問題の解決になるとは思っていません。肝心の弁護士の本質と量という問題があります。すばらしい例外もありますが、弁護士の多くは既得権意識の上にあぐらをかいているわけです。権利や、自由、正義などの実現を弁護士界は大義にしていますが、そのために必要な法曹人口の大幅な増員と職域開発・能力開発を迫る競争圧力の導入に反対している最大勢力が弁護士界です。自分たちのギルド的独占権益に固執している人たちが、裁判官は特権的だと文句を言っているわけです。そういう弁護士から裁判官を選んで一体どうなるのでしょうか。法曹一元化というのは問題を見違えているだけだと思います。

います。

ドイツもある意味でキャリアシステムだと言われていますが、裁判官は日本よりはるかに独立性が高く市民感覚に対する応答性も高いと言われている。これは日本のように小刻みな昇進や配置転換のような定期的な人事異動はせず、欠員が生じたときに穴埋めをするのが基本で、「上の意向に従う」傾向が小さいからです。キャリアシステムの下でも、裁判官の独立を保障するシステムは可能だと思っています。ただ、そのかわりに選任の際の事前統制があるのではないかという人もいます。事前統制と日本型キャリアシステムの下での日常的統制とを比べてみて、どちらが怖いと言えば、やはり日常統制の方が怖いと思います。

人間を変えるのが先か、それとも制度改革が先かと言うと、にわとりと卵の議論のようですが、制度的な器がないと、意識を変えようとしても変えられないと思います。いまの人事システムではどんなに市民感覚・人権感覚に富んだ人が裁判官になったとしても、ほされるか家畜化されてしまうのではないのでしょうか。しかし、人事システムを含む裁判所改革は、今般の司法改革のアジェンダ（検討課題）から外されてしまっているのです。

司会（長谷川） ありがとうございます。

多様な中間集団をどう位置づけるか

司会(長谷川) それでは、次の質問を受けたいと思います。

質問者2 井上先生と河合先生が、それぞれグランドデザインとしての司法改革という問題について、二十一世紀の国家像や社会像も含めた構想を提示されたわけですが、お二人の議論の進め方には共通する点とかなりシャープな対照を示す点があります。お二人の共通している点は、個人があり、中間団体があつて、国家がある。この中間団体をどう扱うかということで、司法改革があるという主旨だったと思います。

中間団体の位置付けに関しては、お二人は非常に対照的です。井上先生は中間団体が強すぎるので、これを何とかたたくべきである、という非常に哲学的な問題意識のもとに、強い国家、強い司法ということをおっしゃいました。これに対して河合先生は、かつては中間団体が強かったかもしれないが、最近は弱い。その機能を補完すべく、司法が出てくる必要があるのだと、非常に社会学的な問題意識のもとでの議論だったと思います。

私がおうかがいしたいのはお二人に共通する中間団体のイメージです。お二人は、固定的で静

的な中間団体を頭に描いていらつしやるように思いました。つまり、個人はその中にビルト・インされてしまつて、もはや動けない。そこから回復することもできない。しかし例えば、個人がある中間団体を辞して別の中間団体へ移るといふ戦略があるのであれば、中間団体を何とかするという場合、国家を強くすることが唯一のオルタナティブ (alternative 代案、現状の代替策) であるとは論理必然には言えないわけです。中間団体と個人との関係において、中間団体が個人を解放し、中間団体から個人が撤退する、あるいは参入するというレベルにおいて社会を何とかすればいいのであつて、必ずしもそこで国家を強くするという議論に結び付けることの意味があるのか。その意義は何なのかということについて、両先生におうかがいしたいと思います。

司会(長谷川) もう一人、挙手されていた方がいらつしやいますね。関係のあるご質問でしたらどうぞ。

質問者3 関連のある質問ですので、発言させていただきます。お二人の議論はまさに中間集団ということがキーワードだつたと思います。ご説明の中で引用されていたのは古いタイプの町内会や会社、利益集団というものだつたと思いますが、新しいタイプの中間集団が生まれつつあるという議論もあります。

それはゾーンを中心とした古い秩序の中間集団ではなくて、今の質問でもありましたように、

入退出が自由であり、緩やかなネットワーク、あるいは河合さんがおっしゃったような透明なルールが支配する集団です。そして、そこにある種の民主主義の新しい形を見いだしていこうという議論が流行していると聞きます。

その議論が正しいかどうかは、領域によっては怪しいと、特に河合さんがおっしゃられたような地域社会においては怪しいと思います。そこで、井上先生が批判的民主主義ということまで構想される社会秩序において、新しい、あるいは変容しつつある中間集団といったものは、どのように位置付けられているのかをお聞かせいただきたいと思えます。

統制すべきは諸集団の無責任性

司会(長谷川) では、まず井上さんからお答えいただけますか。

井上 ありがとうございます、いいご質問をしてくださいました。

私は中間集団が諸悪の根元だとか、中間集団は本質的に邪悪だなど言っているのではありません。無責任な方法で横暴な拒否権を行使できるシステムの下では、古い共同体だけでなく、新しい市民社会的組織でさえ墮落するのだということを言いたいのです。絶対的な権力というのは

絶対的に墮落します。国家だけでなく、もろもろのネットワーク組織もそうだと思います。他者に負の外部性を押しつけておきながらその責任を取らなくて済むとか、他者に不利益を課す政治的パワーを持つておきながら不利益を課された人たちからの批判的な統制に服さないとか、そういう状況に置かれるといかなる主体も墮落する。このような状況を排除するためには、政治的な意思決定システムの改革が必要だというのが私の立場です。

私は古いものの中にもいいものがあるし、新しいものの中にも悪い物があるだろうと思っています。ですから、何か特定の実体的なものを考えているわけではありません。だれしもある種の環境の中では無責任化します。確かに批判的民主主義の話の中で、国家の再生についてお話ししましたが、そこで中間集団はみんなつぶせと言っていると誤解されかねない部分があつたかもしれませぬ。

先ほど中央集権の話の時に、基本的に外部にコストを転嫁して自分たちだけが既得権を享受する、しかもそれを転嫁された人たちから統制されないという構造の問題を指摘しました。これを撤去するためにも分権化を進めるべきだと思うのです。

日本の地方自治のゆがみについてはトクヴィルの言葉を使いましたが、行政的中央集権はすぐ存在するわけです。地方の事柄に中央がパターンリズム（父親的干渉、温情主義）で介入する

と、わがままな要求も聞いてしまう。その結果、地方には依存体質ができ、自立的発展ができない。それですます中央に頼ってしまう。

一方、地域エゴに対して公共的規律を課す政治的中央集権は弱い。政治的中央集権を確立して行政中央集権を排除するためにも、一番重要なのは、最近よく言われてきたことですが、税源の地方移管による地方の財政的自立です。これが機関委任事務の廃止よりもはるかに重要です。もちろんナショナル・ミニマム（国家による国民への最低限の生活水準保障）は保障しなければいけません、その上で税源の地方移管を進める必要があります。

先ほど山口さんが、制度は重要だが、選挙制度を変えたところで政治改革は行われないとおっしゃいましたが、私は選挙制度が重要だと思っています。小選挙区がいいのかどうか、今のような比例代表と小選挙区の本二本立てがいいのか議論が分かれるでしょうが、重要な違いがあります。この点に触れないとしても問題なのは、投票価値の不等等の放置です。自民党の、あるいは保守党の票田である地域では、住民は投票価値において過剰代表されている。これは違憲ですが事情判決の法理で容認されてきました。

こういうことが政権交代を阻むということがあるわけです。こういう地元の組織票の政治力などによって無責任な外部へのコスト転換ができてしまうわけで、それができないようなシステム

を作ること、そのための制度改革を実現していくことが必要だと思います。主体の問題も重要ですが、新しいコミュニティならいいとか、ネットワーク型組織ならいいとかいう楽観は持っていません。

そのことも関係しますが、質問された方がおっしゃった個人の移動性は、実はとても重要な問題です。最近の市民社会論は、市民社会の基礎を個人主義ではなく、さまざまな自発的結社やネットワーク組織など中間集団に求めます。孤立した個人は国家に対し無力だけれど、自立的団体はその動員力によって国家に対し、実効的な権力統制ができる。それはその通りです。しかし、中世の自立した社会勢力の分立・牽制（けんせい）のシステムを基礎にして抵抗権思想も出てきた。では、中世型の分散的システムと市民社会は一体どこが違うのかという問題があります。この点が質問に関係してくるわけですが、これはゲルナー（Ernest Gellner イギリスの哲学者、政治社会学者）が市民社会は中間集団に分かれているのだけれど、諸個人が一つの集団の中に完全に取り込まれておらず、集団間を移動できるところに中世的システムとの相違があるというようなことを言っています。アイデンティティが中間集団に吸収されず、移動するところを通じてむしろ国民共同体に統合されていくというわけです。逆に言うとも市民社会はナシヨナリズムと結び付いていくという議論をしているわけですが、これにはまたややこしい問題があります。い

ずれにせよ個人が異なった中間集団間を自由に移動できるようになると、中間集団の内部的専制に対するチェックは利きますが、かかる集団に強固な政治的拒否権を付与する意思決定システムを変えない限り、外部的専制に対するチェックは利かないだろうというのが私の見方です。

統制すべき中間集団と必要とされる集団

司会（長谷川） 河合さんはいかがですか。

河合 ご質問された点については、今後もっと詳しく書いていこうと思っています。中間集団にはいろいろな種類がありますが、私の場合、これはある意味ではつきりたけと言っています。

ただ、本来の司法としては、中間集団をたたくという表現では不正確です。運動論的にはつきりたたくべきところ、たたくべき対象の中間集団はあるのですが、先ほど言ったように、その集団は家族や地域とは違う問題です。

日本の場合、企業や業界団体があまりにもさばり過ぎました。父親があまり家に帰ってこないのが当たり前になっていますが、単身赴任をしたりすることは大変な人権侵害です。家族と地

域は大変な犠牲にされました。だから中間集団同士で大きな差があるはずです。

さらに重要なのが移動の問題です。一つ注意しなければならぬのは、家族や地域が、この人が駄目だから次の人に変えるということができるといえるのかという点です。制度的には離婚も再婚もできます。地域だって引越してきます。これを禁止することはばかげたことです。

しかし、よく考えてみてください。私は治安の問題を専門にしていますが、米国にしろヨーロッパにしろ移動ができるから、例えば米国ではお金持ちはいい地域にある程度集まって住んで、一方でスラム街が出現している。ヨーロッパの高級地帯はパリの真ん中でしょうが、郊外には荒廃している所があります。日本の治安の良さは、ここは自分の地域だと思い込んでいるドンのような人物がいて、自分の地域から抜け出すことを一切考えずに頑張っているから、どこの地域も何とかやっています。例外は当然あるにしても、そういうものがどこかで必要ではないかと思っています。もちろん移動を禁止することは考えられないので、これからどうすべきかというその方策については、私も非常に悩んでいる点です。

少なくとも企業があまりにも強くなりすぎ、業界団体が強くなりすぎた一方で、家族と地域が弱くなりすぎたのは確かです。ですから地域をもっと考えようということを提唱していこうと考えています。

司会(長谷川) ありがとうございます。

司法と議会は行政立法にどこまで対応できるか

司会(長谷川) では、もうお一人、ご質問をお願いいたします。

質問者4 イギリス型の法の支配の封建的基盤についてですが、そもそも先例主義というものは非常に柔軟性を失っているのではないのでしょうか。ドイツ法のように過去に決まったことに依拠して、そういう条文にすがって議論していく方がむしろ柔軟性はあると思います。

私は、自分の専門に近いところで、国際基準がどのように国内化されるのかという点に興味を持っています。その場合、立法、司法、行政がどういう役割を果たしているのかを考えるのが、例えば日本の場合、ほとんど立法は政府機関によって行われています。パーラメンタリー・パーティシペーション(議会参加)は第二ステージにしか登場しませんので、ほとんど行政が立法化し、議会が決定するという仕組みです。日本の立法機関は、そういう意味では承認という形で非常に二次的です。

これに関してですが、パーラメンタリー・サーベレンティ(議会統治権)というのは、国家主

権を持っているイギリスではどうか。従来は変形理論で説明して、立法化しない限り国内法を適用できないと言っていたわけですが。しかし、イギリスでも今はそれは形骸化しています。イギリスの行政学者によれば、議会議院主権そのものが十九世紀終わりから形骸化していると言うことです。立法そのものがそういう状態ですから、条約もほとんど政府が決めたことを議会で同時並行的に立法化するのです。それが議院内閣制のいいところでもあり悪いところでもある。パリ大学の教授も、それはフランスでも同じだと言っている。今は、そういう状況です。

井上さんは「小さな政府のための大きな司法」と言われましたが、行政機関が立法の役割をどこで負うのかというと、これはEUでも同じで、ヨーロッパ議会がつくったものでは動かないのです。しかし、動かせる法律制度をつくろうとすると、どうしても行政的な道筋を知っている人がかかわらない限り、制度としては動かない。そうすると、司法の人間は制度的なことを十分心得た上で、そういう対応ができるのでしょうか。人権争訟のレベルだけの問題であれば話は別ですが、制度全体について、司法がどれだけ対応ができるのか。特に司法の公法化ということが進んでくると、懐疑的になってしまいます。そうした問題に対して、井上さんはどのように対処するのでしょうか。

二重権力状態からの脱却

井上 英米の法の支配が封建的基盤を持つと言ったのは議会主権確立前の話です。これを批判したマウスも、議会主権が確立した後のイギリスは、彼女がカントに帰して擁護した国民主権の優位を一番典型的に実現しているとしています。

ただ、今の質問者のお話だと、そのイギリスの議会主権も形骸化したということですね。おそらく、それは行政が優位だとおっしゃっているのだと思います。でも、それは若干誤解があります。三権分立の祖としてイギリスを理解するのは間違いで、これはモンテスキュー以来の誤解なのです。ウェストミンスター型モデルというのは、行政権と立法権が融合するわけです。行政優位か、あるいは立法優位かではなく、要するに民主的政治部門を二重化しない。行政権と立法権を議会において統合するのが議院内閣制ですから、これをもって行政が優位で議会が形骸化しているとは批判するのは、実はおかしいわけです。

そういう意味で民主的権力の二重化を排して責任の集中化を図る。イギリスはこの権力と責任の集中の乱用を抑止するシステムが弱いという問題があるわけです。サッチャー政権の時に、I

RA（カトリック系過激派組織のアイerland共和国）のテロを防止するという名目の下で、集会結社の自由、表現の自由が次々と規制されました。イギリス国内には硬性憲法（通常の法律を制定する場合より厳重な改正手続を要する憲法）などありませんから、何が助けになったかと言うと、ヨーロッパ人権規約の権利救済手続です。しかしこれは、国内のすべての法的な処置を尽くした後にしか使えませんから、時間がかかるわけです。そこで当時、ドウォーキン（Ronald Dworkin）は『Bill of Rights of Britain（イギリス権利章典）』という名称で、人権規約編入による立憲主義的人権保障のイギリスにおける強化を唱導しました。

これは、実際現実化してきています。まだ確立はされていませんが、一九九八年にヨーロッパ人権規約の編入という形で、司法審査制によってコントロールされたウェストミンスター型モデルへ向かっている。私から見てあるべき方向に向かういい傾向が出てきました。日本国憲法は先進的なモデルだという点はそこです。

司法だけ強くしても仕方がないというのはまさにその通りです。小さな政府のための大きな司法ではなくて、政府機能の強化と、強い政府と競争できる補完関係にある強い司法の同時確立が必要だというのが私の考えで、行政に全く頼らないで司法だけ強くすればすむとは全然思っていません。司法は受動的だと言われますが、行政の公共的規律執行機能は強化しなければいけない。

しかし、その結果として権限乱用のリスクがあるので強い司法によるチェックが必要なのです。人権擁護審議会の中間報告が出ましたが、ああいう行政的手段による簡易で迅速な人権救済も必要でしょう。しかし、その公正さを担保するには、最終的には司法のチェックを受けられることの保障が必要です。

司法の人権保障によってデモクラシーは進む

質問者4 司法にしても行政にしても、基本的には法に基づくものだと思います。その前提になる法は立法されるものですが、その前提となる立法が行政が強くなることによってつくられている状況を考えて、強い政府と強い司法と言っても、中身の立法をどういうふうにするのかということに疑問を感じます。

司会（長谷川） 山口さんはどう思われますか。

山口 井上さんの話を聞いていて、やや違和感を覚えるのはデモクラシーがどこにあるのかという点です。結局、中間団体の専制を排するとしても、デモクラシーの機能不全のためにいろいろな問題が起きているわけです。

私自身はモア・デモクラシーというスローガンをあちこちで使っています。もつときちんと参加を進めていけば、民主的な手続き、討論を通して、時代遅れになった特権や制度を直していくことができるはずです。先ほど質問者の話にもありましたが、新しい中間団体、市民活動のようなもの、そのための基盤になっているわけです。私は、やはり司法を通じた市民性の涵養（かんよう）というのでしょうか、市民性の発達というのでしょうか、そういうことがデモクラシーにつながってくることを考えております。政策的な課題を裁判で取り払っていくということについて、本当にそれができるのだろうか、あるいは好ましいのだろうかという疑問を感じたのです。

井上 私は政策課題についても司法がやれと言っているわけではありません。基本的人権保障というセーフティーネットを司法が張ることによって、民主的政治過程の公共的政策形成機能が活性化するでしょう。ですから基本的に違憲審査制度の機能を強化すると言っても、一部の人が言っているような、大陸型の憲法裁判所みたいに抽象的で事前的に統制できるようにすべきだということとは間違っていると思うのです。抽象的に審査制度をやるようになると、司法が悪い意味で政治家になってしまいます。司法的人権保障が政治的交渉の一つの場面に過ぎないことになるのです。今のドイツで憲法裁判所に対する批判がかなり高まってきているのは、そういうことです。ですから、あくまでも付随的で、消極的であるけれど、それがセーフティーネットになるのだ

から民主的政治過程においては大胆なことができる。そのときに政治過程だけでなく司法の過程を通じてどうシビック・バーチャル（公民的徳性）を陶冶していくのか。これが重要だと思えます。司法への国民参加が言われていますが、そういったことを考えなければいけないわけです。しかし、そこには必ずコストがあります。アメリカ映画で『十二人の怒れる男』というのがあります。あの映画では最終的にみんな正義に目覚めるからいいのですが、早く帰りたいから、やはりユダヤ人少年の被告人がやったんだと即決しておしまいという可能性もあるわけです。

トクヴィルは事実認定の正確さの保障だけを考えれば陪審制というのは必ずしも優れてはいないと言っています。多数の専制の危険をトクヴィルほど強調した人はいないわけです。多数派の偏見による冤罪（えんざい）も起こるわけですから。彼が強調したのは、あれは正しい事実認定制度のためではなく、政治教育のための制度として必要だということです。自分の私的関心や利益を追求する時間を犠牲にしても、公共的な問題について考える。そういう資質を陶冶するためという観点です。陪審制をやれば、人権保障も強化されて民主主義も確立されると言っていますが、そういう単純なものではないでしょう。

法律ができれば終わりというわけではない

司会（長谷川） 河合さんはいかがですか。

河合 フランスについては情報をフォローしています。フランスでも、司法のインフレがベルリ
ンの壁が落ちてから急にやってくるのです。その理由の一つに行政が駄目になったというこ
とがあります。

EUの機関から戻ってきたエリートがフランスの将来像をつくろうとするのですが、できない。
それで、エリートたちが困ってしまった。行政職員も政治家も、個人としてはかなりレベルが高
いのですが、ビジョンを描けない状態になっていたのです。そこで国民がその反動で司法が何と
かしろとたたき始めた。これはかなりネガティブな側面もあって、日本でも政治家や大企業の社
長が逮捕されたりしましたが、同様に懐疑心がどっと増えて、悪しき民主主義的な様相を呈して
いるというのが私の現状認識です。

議論をしているといい方向に進んでいるような気になりますが、実は非常に大変な状態で、例
としてNPO（民間非営利組織）のお話をしていきます。新しい中間集団に期待する向きもある

のですが、フランスの民法の大御所、カルボニエ教授 (Jean Carbonnier) はこう言っています。いろいろなNPOができて、例えばNPOが女性解放のために立法運動をやって立法ができた。しかし、どんどんできていっても結局何も変わっていない。法律がいつばいできただけで、余計ややこしくなって、現実には動かない、というわけです。

日本の場合は法律ができたなら行政はまじめにやるでしょうが、フランスでは立法されても、行政が放ったらかしているものがある。そういうひどい現状があると思うのです。

司法改革論議が深まらないのは

司会(長谷川) いろいろな議論が出てきていますが、そろそろ終わりの時間も近くなりましたので、少し別の角度から質問をいただきたいと思えます。

質問者5 井上先生におうかがいます。司法改革は、井上先生がご指摘されたように、違憲審査制や官僚統制などの問題がすっぽりと抜けてしまっています。なぜこういうことが起きたのかを考える必要があると思っています。審議会の中では、若干、そういう議論が出たと聞いています。ところがその議論を詰めていくと、審議会の議論は当然まとまらないというのが実態で、

結局そこを迂回（うかい）せざるを得なかったそうです。

そういう実態は別にして、この欠落はなぜ起きたのか。そして、この欠落をいかにして修復するかということの展望を議論しないと、井上先生がおっしゃるように、強い国家を支える司法、つまり強い国家をチェックする機能を国民が持たないまままで司法改革が進んでいくということになりはしないかと危険を感じています。

河合先生もおっしゃっていましたが、司法の役割には二つの側面があり、権力や社会的な中間集団の支配から、個人の自由をきっちり守ること、個人が個人として生を全うできるシステムをサポートすることがやはり重要だと思っております。

しかし、司法は一つの法による支配を強化しているという機能も有していて、司法改革の審議会での議論では、どうもこの後者の面が強調され、強い司法、紛争解決に役立つ司法ということだけが議論されたのではないのでしょうか。肝心かなめのもう一つの議論、つまり、権力や中間団体の支配・規制といったものから自由を確保するという司法の議論が欠落していると思うのですが、先生はその欠落を修復する道をどう考えていらっしゃるのでしょうか。修復する道が見えない限り、井上先生がおっしゃる強い政府をチェックする強い司法は、絵にかいた餅ではないのでしょうか。

コンセンサス型意思決定システムの限界

井上 おっしゃる通りです。司法制度改革推進本部検討会の座長として、また実質的に司法制度改革審議会に影響を与えられた京都大学の田中成明教授が、多様なコンセプトシヨンズ (concepts 構想) を一つのコンセプト (concept 概念) にまとめるのは大変だということをおっしゃっていました。

私は、実はそこにシステムの問題があると思っています。コンセンサスで決めようとするから既得権勢力がそれをつぶせるわけです。改革プロセスが改革されるべき悪弊を再生産していると言っていますが、その最たるものです。こういうやり方では、本当の改革はできません。同じことは郵政事業の民営化でも起こっています。あの委員会で従来通りのコンセンサス型の手法でやろうとするからできないわけです。

拒否権を行使した人たちがそれに対して政治的責任を取っているかというところではありません。だれも政治的責任を取らない。これはコンセンサスの問題だと思っています。ですから、まさにおっしゃる通りで、こういう意思決定システムの改革が、肝心かなめだと考えています。結

局、司法改革もこの問題には全く触れていない。したがって私は従来通り、水膨れしただけの、筋肉もない、弱い政府と弱い司法の癒着関係がそのまま続くだろう、談合政治と司法消極主義の悲しい共生が続くだろうと思っています。

少し前では石原慎太郎さんの「三國人」発言、また最近の小泉さんの靖国神社参拝など、自民党の政治家はレトリックでは意外と国家主義的な言動をしています。しかし裏を返せば、小泉さんも党員一般選挙で党総裁に選ばれた際、神社関係の支持に依存しているわけで、そういう中間集団に牛耳られているのが現実です。本当の構造改革をやるために政治的力を持っているかという、郵政事業の経緯を見れば分かるように、持っていないわけです。

同じことは石原慎太郎さんにも言えます。レトリックとしては超国家主義的な言説をたれ流しておきながら、その中身は、「Where is the beef? (肉はどこにあるの?)」と聞きたいくらいです。整備新幹線（一九七〇年の全国新幹線鉄道整備法に基づき整備が決定された新幹線。旧国鉄の財政難により七七年に凍結されたが、課題を残しながらも八七年に凍結解除。当時、運輸大臣の石原氏は建設に消極的であったが着工を認めた）のようなものを通したのはだれだと。彼が本当に強い権力を持つ国家主義者だったら、あれをつぶせたはずですよ。

いい悪いは別にして、私は日本の国家は弱いままだと思っています。それをごまかすために国

旗・国歌などのシンボリックなところだけ強い政府のイメージをつくってはいませんが、それは一種の代償満足です。

今後の法学研究の在り方

質問者 6 たいへん興味深いお話を拝聴させていただき、ありがとうございました。現在、ロースクールの開設については確実になっており、問題はそのロースクールの中で少なくとも何を学ぶかということで、法学部にとっては切実な関心事になっていると思います。

最悪の場合、大学の予備校化ということが起こらざるを得ないのではないのでしょうか。例えば、司法試験の合格率を上げるために大学の授業を予備校化するというような事態です。それに伴って、小さな大学などは、そういったことがすぐにスタッフ構成に響いてくるでしょう。

しかし私は、日本の民主主義、あるいは自由主義において、今まで日本の各大学の法学部が果たしてきた役割を決して軽視すべきではないと思っています。特に日本における比較法研究や基礎法学研究には、厚い伝統があります。それから川本先生には失礼ですが、法学部に政治学のスタッフがいたことによる影響が根本的に問われるのはこれからだと思えます。

そうした観点から、先生方の構想を前提とした場合、これまでの日本の比較法というものを重視した実定法学研究を今後どうすべきなのか、お聞かせいただきたいと思えます。実定法学の最近の変容は非常に著しいものがありますので、ロースクールへの賛否にかかわらず、何かコメントをお願いいたします。

二番目に、法学的素養というものがこれからの社会において持つ意味、つまり学部での法学教育において、われわれはどういう人間を育てたいのかという問題であります。

三つ目といたしましては、大学教官が単なる狭い教育のほかに、社会的にいかなる機能を持つべきなのかということについても、何かお考えがありましたらお願いいたします。

河合 私の提題では、どういう見通しで動いているのかということと、「あるべき論」が混在してしまいましたが、実際のロースクールがどういう形でできるかによって、法学部が非常に左右されることとなります。

一番の戦いは、たぶんどどのくらいの定員を割り振るかということでしょう。ご存知のように、大学にはかなりはつきりとしたランキングがあります。特定の大学から合格していれば、それをそのまま継承するのか。本当に法曹を育てるためのロースクールを考えると、ロースクールにそんなランキングができると困るはずで、それをなくすことは考えていると思うのですが、この

点については非常に露骨な話になります。

私は当事者ではないので言えるのですが、東大の定員を絞れば、それで終わりです。そうすれば雪崩（なだれ）現象が襲う。さらに早稲田も絞れば大変な玉突き現象が起こり、それ以外の大学へ流れ込みます。定員一つを考えてもものすごい影響があるのです。とりあえずは、ロースクルの具体的な姿が固まるまで、法学部の構想が練れないのが現状でしょう。

これは、あるべき論をまったく抜きにした話です。あるべき論だけで考えると、私自身、反省しなくてはなりません。私は実定法学に限らず、欧米の研究もしてきたわけで、それを日本に持ち込むということをやってきたわけですが、戦後だけでも五十年以上あるので、もっと日本がどうだったかという研究に専念する必要があると思っています。

それからもう一つの問題は、非常に専門化してしまっている点です。実定法の中でも自分の専門がより専門化していくと、そんな講義を聞きたい学生がどこにいるのかと言われます。法曹養成としてもそれは専門的過ぎるのではないかと言われることもあります。ですから、もっと広い視野を持つ必要があります。

とはいえ、言うのは簡単ですが、私も経済は全く知らないという状況です。やはり政治、経済、法律、社会、人文科学と、法学だけでなく、経済も政治も組み込んでこそ、そこそこの議論がで

きると思うのです。これはフランスの知識人をイメージしています。幅広い知識を教育するには、教官自身が幅広い知識を持っていないといけない。そこから変えなくてはいけないというのが実態で、あるべき論をやるうとする、あまりにも現実との距離があると感じます。でも、実際やるしかありませんから、法学部はかなり一般的なことで、しかも実際に沿った、現実の動きに近いことを提起していかなくてはならないと思います。

日本のロースクール構想は不完全

司会（長谷川） 井上さんはいかがですか。

井上 私はロースクールについては批判的です。そのことは本で書いておりますので、ご覧いただければと思います。十年かけてやっと三千人というように、狭き門をそのままにしておきながら、ダブルスクール化問題を解決しようとしてもしよせん無理だと思えます。

質問者の方は、ロースクールが予備校化するとおっしゃいましたが、本体の予備校は相変わらず繁盛し続けるだろうと私は見ています。もし、どうしてもやるのであれば、米国型に徹底する方法があります。誤解のないように言っておくと、ロースクールは職業訓練学校ではないという

ことなんです。米国の場合は、アイビースクール系のトップレベルのロースクール、複数の州にまたがった中間レベルのロースクール、それから一つの州の中からしか学生が来ないロースクールと三層構造になっています。最後に申し上げた最下層のロースクールはいわゆる職業学校的な教育ですが、上二つのレベルでは極めて理論的な教育が行われています。例えば、ニューヨーク・ユニバーシティー・ロースクールではトマス・ネーゲル (Thomas Nagel) のような哲学者が教えているわけです。それからデューク・ロースクールではスタンレー・フィッシュ (Stanley Fish) のような文芸批評家が教えていた。なぜそういうことができるかというと、一つは資格試験に純化しているので馬鹿げた受験勉強だけに血道をあげる必要がないからです。

もう一つ、重要なことはロースクール卒業者に司法試験受験資格が限定されているのです。彼らは五月に卒業して七月に試験を受けます。その間のわずかな期間、予備校に通いますが、ロースクールでの視野の広い勉強をちゃんとして卒業してないと、予備校の受験勉強だけでローヤーになることはできない。制度的な制約があるからこそ、ロースクールで十分理論的で視野の広い教育ができるわけです。

しかし、今の日本でやろうとしているロースクール化は、そういう方向にいかない。まず合格者の総量規制がんとあり、資格試験ではなく狭き門を争う競争試験になる結果、詰め込み教育

の圧力がどうしても出てくる。恐らく日本で司法試験受験資格をロースクール卒業者に限定することは非常に難しいでしょう。自民党の司法制度調査会のようなルートを使って、予備校関係者ほか、ロースクールを作れないかもしれないと焦っている私学関係者の意を受けた文教族の族議員などが政治的抵抗をするでしょう。仮にロースクール卒業者を前提にすることになれば、ではロースクールの枠をもっと広げると言い出すでしょう。合格者数は三千だからロースクールの入学者総数の枠を広げたらどうなるか。ロースクール卒業者の合格率を医師の国家試験並みの七、八割から三割ぐらいに落とさなければならぬ。そうなれば、また予備校が繁栄することです。

そういう日本型のさまざまな政治的意思決定システムの在り方をそのままにしておいて、ロースクールを始めたところで、目指しているものは実現できないだろうと私は思っています。では、法学部があるいは基礎法学が駄目になるかというのと、それを逆手にとって職業教育をロースクールでやって、そして法学部は政治学と基礎法学に任せてくださいという選択はあり得るでしょう。

司会(長谷川) ありがとうございます。川本さんもおっしゃいましたが、フット・ブレイキとは言わないまでも、本日のシンポジウムでエンジン・ブレイキをかけていただいて、司法改革を

考えるきっかけになれば幸いです。今後も大いに議論してゆきたいものです。今日はありがとうございました。



井上 達夫 (いのうえ・たつお)

一九五四年(昭和二十九)年、大阪府出身。東京大学法学部卒。東京大学大学院法学政治学研究科教授。専門は法哲学。特に正義論やリベリズムに関する著作は、多くの読者の議論の的となっている。主な著書に『共生の作法―会話としての正義―』(創文社、一九八六年)、『他者への自由―公共性の哲学としてのリベリズム―』(創文社、一九九九年)、『現代の貧困』(岩波書店、二〇〇一年)、『体制改革としての司法改革』(共編著、信山社、二〇〇一年)ほか。



河合 幹雄 (かわい・みきお)

一九六〇(昭和三十五)年、奈良県出身。京都大学理学部卒。文学部で社会学を学んだ後、法学部大学院で法社会学専攻。京都大学法学部助手を経て、現在、桐蔭横浜大学法学部助教授、法務省矯正局矯正処遇に関する政策研究会委員を務める。法システムの合意に関する研究を進めている。主な著書、訳書に『体制改革としての司法改革』(共編著、信山社、二〇〇一年)、A・ガラポン『司法が活躍する民主主義』(勁草書房、二〇〇二年)ほか。



川本 隆史（かわもと・たかし）

一九五一（昭和二十六）年、広島県出身。東京大学大学院人文科学研究科修了。東北大学大学院文学研究科教授。専門の倫理学・社会哲学の領域で多くの著作を発表し、正義を軸とした様々な社会理論のネットワークキングを試みている。主な著書に『現代倫理学の冒険―社会理論のネットワークヘー』（創文社、一九九五年）、『ロールズ―正義の原理―』（講談社、一九九七年）、『新・哲学講義⑥共に生きる』（編著、岩波書店、一九九八年）ほか。

山口 二郎（やまぐち・じろう）

北海道大学大学院法学研究科教授・高等法政教育研究センター長

〈コーディネーター〉

長谷川 晃（はせがわ・こう）

北海道大学大学院法学研究科教授

刊行の言葉

日本社会を覆う改革の潮流の中で、大学も知の孤壘から社会に開かれた知の拠点になるべきことは言うまでもありません。北海道大学大学院法学研究科附属高等教育研究センターも、二〇〇〇年四月の発足以来、社会科学の最先端の研究成果や各界の知的リーダーの叢智を社会にフィードバックすることを目指してきました。

二十一世紀に入り、日本は政治、教育、経済などあらゆる分野で混沌の度を深めています。改革という言葉は政治家の口からもマスメディアにも頻繁に語られています。何が改められるべき課題であり、どのような道筋をたどって改革を進めるべきかという基本的な部分で、議論が十分深められているとは言えません。

改革とは一握りのリーダーによって可能になるものではありません。広範な市民が同時代に存在する政策的課題を認識し、その解決に向けた基本的な理念を共有してこそ、時代は動いていくことができます。市民による同時代に対する認識を深めるための手がかりとして、ここにセンターブックレットを刊行します。

当センターは今まで、国政や地方政治の前線で活躍するリーダー、同時代の日本や世界を鋭く分析する作品を発表した研究者など、様々な方々をお招きし、知的触発の場を設けてきました。それらは、日ごろマスメディアでは伝えられないような生きた現実に関する体験的分析であったり、社会科学の研究の醍醐味を伝えてくれるものであったりします。こうしたゲストのお話が一度限りで消えてしまうのはもったいないことで、そうしたシンポジウムの記録を広く地域社会と共有するために、このブックレットは作られました。

今の日本では、効率優先、実利志向に基づく改革の中で、大学における社会科学の研究の意義が見失われかねないという現実があります。しかし、私たちが真に主権者として、社会の担い手として、自分たちの生きる国や地域社会のあり方を作り変えるためには、一見迅速であり、無益に見えても、政治や社会の課題について考え、議論するという作業を蓄積することが土台になるはずです。このブックレットを通して、大学のそのような活動について理解していただき、議論の広場に参加していただければ、幸いです。

二〇〇二年十一月三〇日

ACADEMIA JURIS BOOKLET 2003 No. 8

〈体制改革としての司法改革〉を考える

2004年1月20日 発行

著者——井上 達夫 河合 幹雄 川本 隆史

編者——北海道大学大学院法学研究科
附属 高等法政教育研究センター

発行者——山口 二郎

装 幀——山本 健二 (海洋飛行)

編集協力——(株)北海道新聞情報研究所

印刷・製本——(株)アイワード

Printed in Japan

ISBN 4-902066-07-6 C 0032

©北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター