

1992年有斐閣「変革の中の弁護士」下巻所収

法の支配と法曹一元 ————— 司法改革の目指すもの ……………

- 一 はじめに ……………
- 二 実務家における法の支配の捉え方の現状 ……………
- 三 法の支配と法曹の役割 ……………
  - 一 法の支配とは何か ……………
  - 二 イギリス・アメリカにおける法の支配の形成と法曹の役割 ……………
  - 三 日本における法の支配 ……………
  - 四 ドイツにおける法の支配 ……………
  - 五 フランスにおける法の支配 ……………
  - 六 各国の歴史から法の支配について言えること ……………
  - 七 弁護士の日常的使命 ……………
- 四 法の支配と司法権の独立 ……………
  - 一 法の支配と司法権の独立 ……………
  - 二 法曹一元制度のメリット ……………
  - 三 裁判官の公選制 ……………
  - 四 陪審裁判と国民の自立性 ……………
  - 五 今後の展望 ……………
- 五 要約及び結語 ……………

法曹の目指すべきもの

————— 法の支配と法曹一元

一 はじめに

私の執筆割り当ては、法曹一元制度についてである。いうまでもな

く、法曹一元制度の実現は、日本の弁護士にとって戦前からの念願であったが、昭和三九年八月に答申された臨時司法制度調査会（我妻栄会長）の結論がこれを事実上棚上げして以降、弁護士の中でもほとんどまともな議論さえされぬままに推移していた。しかし、司法の民主化の発展に向けての弁護士会のさまざまな試行錯誤がなされ始めた中で、この問題は陪審・参審の問題とともにこの数年来再び脚光を浴びてきており、今後の検討を経て遠からず何らかの実務的・具体的な方向づけを出すべきとの機運が熟してきている。

この問題の検討を始めてみて抱いた素朴な疑問は、法曹一元制度を発達させたイギリスにおける司法の精神ともいべき法の支配の意義と法曹一元制度との関連について日本で正面から言及した議論が見当たらない点である。もちろん、私が見落とした論文などもありうるし、また議論するまでもなく当然の関係であることを前提にしていたのかもしれないが、法の支配について日本の法曹で共通の認識が必ずしもあるとも思えないことを考えると、今後の法曹一元の議論を実務家で検討するについてここで法の支配の観念を確認する作業が多いに意義のあることと思うに至った。

法の支配については、戦後多くの論文が学者によってかかれ、比較的最近でも、一九七九年に磯崎辰五郎教授の喜寿祈念論文集で「現代における『法の支配』」（法律文化社）が出版されているなど、けっして学界での論議が低調と言うのではない。しかし、法の支配の実現を目指して実際に取り組むべき実務家が、この観念を実践的なものとして捉えてこれを自覚的に論じているかという点になると、私の不勉強のせいかもしれないが、そうしたことはあまりないのではないだろうか。またこの点を論じることは、弁護士の職業としての使命だけではなく法曹三者の共通の職業使命の基盤をどこに求めるかという点についても意味あると思われる。最近特に、弁護士同士の間で「人権派」と「業務派」という呼び方で互いに相手方を批判めいた言い方を

することを耳にするが、こうした風潮が出てきていることは誠に憂慮すべき事態であって、「人権派」と「業務派」の両者に共通する弁護士 の使命を双方で確認できればその意味は大きい。そして、私は、以下述べるように、法の支配の観念が、弁護士だけではなく他の法曹に共通する職業使命を探究するうえで実践的に有効な意味を持ちうるのではないかと考えるに至った。以上のような問題意識で法曹の在り方を検討しながら終始頭から離れなかったのは、イギリス・アメリカ・フランスなどの歴史に登場する法律家の存在の大きさに対比して日本では法律家の活躍の余地が歴史上なぜ乏しかったかという点である。たとえばイギリスについてトレヴェリアンの表現を借りれば、「イギリス史上における彼らの地位は、議会の議員の地位にわずかに劣るにすぎない。法律家なくしては、宗教改革も、スチュワート朝に対する議会の勝利も、決して実現されなかったであろう。」（大野真弓監訳・イギリス史Ⅰ〔一九七三年、みすず書房〕一八四頁）といわれるような具合である。これは我々実務家にとって他人事ではない。法曹が日本社会において名誉ある地位を占めることを目指すためには、歴史に見られる法曹階層の形成についての評価をする必要がある。ところで、日本では明治時代前には「法律家階級の伝統が皆無であった」のみならず逆に「公事師という悪魔的形相」の存在というハンデイキャップを背負って明治時代の弁護士がその歩みを始めざるをえなかったことを強調する見解がある（三カ月章「現代の法律家の職能と問題点—弁護士」民事訴訟法研究第六巻——〔昭和四一年、有斐閣〕三一七頁以下）。公事師の役割をどう評価するかによっては、「伝統が皆無」といえるかは争いがあるだろうが、いずれにしても、我々弁護士が誇りとすべき歴史上の法律家階層を容易には見いだせないのは事実である。しかし、重要なのは明治以前のこうした状態がなぜそうなったのかを探究することによって、明治以降置かれている法律家の存在構造を解明することの中から将来の弁護士のあり方も見えて

くるのではないだろうか。明治以降の法律家だけを見ていると現在の法律家の位置は分からない。また、この作業は日本だけを見ているのではおそらく建設的な分析はできないであろう。比較法的な検討の中で日本社会の分析をなす必要がある。

こうした作業をなすうえで、そのキーワードになるのが法の支配である。

というわけで、法曹一元そのものを論ずる前に、まず法の支配の観念について若干の意見を述べたい。法曹一元の実現については理念的・現実的・技術的なさまざまなファクターを総合するその過程を政策として提示しなければならぬが、今回の私にはそこまで検討する力は全くなく、従って法の支配との関連からの捉え方に少々言及するにとどまったことをご容赦願いたい。

## 二 実務家における法の支配の捉え方の現状

一 私の周りの弁護士を見渡してみても、また弁護士会の各種の委員会などの議論の経験を通して、実務家の職業理念・使命との関連で法の支配という観念が重きをなしていることはまずないであろう。

(1) 法曹三者の有力者で構成される日本法律家協会が、法の支配の実現を目指して機関紙『法の支配』を発刊して活動をしていることはよく知られているが、同会のメンバー構成が閉鎖的な印象を与えているせいか、中堅弁護士らに対する同会の影響力はほとんどない。また、同会の法の支配に対する考え方に対する一部学者らの激しい反発の影響もあいまって、弁護士一般にあつては法の支配について極めて保守的なイメージができ上がっているのではないだろうか。すなわち、同会ではそのスローガンとして「法の支配と国民の自律精神」と題した宣言を一九五九年一月号の機関紙に掲載しているが、この中で、「民主主義国家組織のもとに法律に国民がこぞって服することが法

の支配であって、国民各自がほしいままにある法律を違憲であるとして従わないことは許されない。国民は、平和と幸福をもたらすためにまずもって法の支配を完成することが第一の任務である。」旨を強調した。勿論、無条件で法律に従えとっているのではなく、立法が国民の要求に基づいて行われ、論議ができるだけ尽くされ、手続きも正しく行われることを前提としていることを付言しているが、全体の基調が、国民はまず法律に無条件で服すべきであることを強調していることは否めない。これに対し杉村敏正教授が、「『法の支配』の現代的意義」と題する論説（法学論叢六九巻六号〔昭三六年〕一頁）の中で、「協会の定義は・・・法の支配の僭称である。・・・『法の支配』を曲解し、国家権力の不当な行使に対する抵抗、国民の自由・権利の尊重の原理としての『法の支配』の思想的重心をこれ程に変位させた論説を、私は未だ知らない。」と慨嘆されている。私も、日本法律家協会の法の支配の捉え方については杉村教授の批判に好感を持つが、このような批判を通してその当時法の支配のより正しい理解が国民の間に、というより法曹の間に広まったということもなさそうである。協会が理解しているところの、服すべき対象としての法律という捉え方は、後述するように日本の歴史の特殊性に由来する法文化の伝統の延長線上にあるもので、協会の宣言もこうした伝統に無意識に影響されたと思われるが、それだけ逆に、人権感覚を有する法曹は協会の提唱する法の支配という言葉に対して生理的な反発を感じても不思議ではなかった。

（２）また、法の支配への生理的反発の傾向を促進させた要因として、法の支配という言葉に熱心に説いたまれな裁判官が田中耕太郎最高裁判所長官であったということも大きい。同氏が著名な商法学者、法哲学者として自然法を重視したことはよく知られているが、同氏の論文「『法の支配』と自然法」（ジュリスト一九三号〔昭三五年〕、法の支配と裁判〔昭三五年、有斐閣〕所収）を参照すると、同氏が法の

支配を説くにあたり、裁判批判や労働争議を裁判所や国会の正常な機能を害するものと攻撃するに急であったことが印象づけられる。こうした同氏の強い個性は、法の支配という観念に法律実務家が警戒心を起こさせることに十分な大きな影響力を持ったと推測される。

(3) マルクス主義の立場から、法の支配が階級対立を隠蔽するブルジョワジーのイデオロギーであるとの批判がなされたが、こうしたことも日本の弁護士の一部に少なからず影響を与えたと思われる。

(4) こうしたもろもろの原因が重なり合って、内田力蔵教授・伊藤正己教授らの、法の支配に関するまことに貴重な啓発活動があったにもかかわらず、実務家にあっては法の支配という観念に好意的な環境は現在に至るまでできていない。一言でいえば、法の支配という言葉は体制擁護的・反左翼標語的な響きが強すぎるのである。この観念は、国際社会で使用されるときは、主として暴力の支配に対置されて使用されるが、そのような意味での法の支配の正しさはある意味では当然であるから、日本の実務家に反発も生じさせない代わりに実践的な有用な概念とも感じさせず、一方、これを国内秩序に関して強調されると、弁護士はそこに現在の静的秩序そのものへの無批判的な尊重の押しつけの意図を警戒してしまうのである。

二 このように、日本における法の支配の特殊な使われ方がこの観念を身近なものから遠ざけた大きな原因であるが、そのほかに、法治主義とか法治国家という観念との混同もひとつの原因と思われる。日本では「法治主義」「法治国家」という観念の方がよく使われてきた。しかし、この観念は、法律によって行政をなすという形式的な意味を強調される傾向があった。従って、「法治主義とは、法律による権力抑制の原理とは解されず、むしろ法によって統治がなされることであり、国民は法には従わねばならないことだ」という意味に用いられることも多かった。」(覚道豊治「わが国における『法の支配』」現代に

おける『法の支配』〔一九七九年、法律文化社〕所収) のである。後述するような歴史的な理由から、日本では法は権力の抑制機能を果たす役割というより権力による被支配者に対する命令という捉え方が伝統的であり、法の支配という言葉づかいをされたときにこの伝統的な捉え方によってその観念の理解が変容されることがおおいにありうる。すなわち、法の支配という観念を法による支配と理解することはおおいにありうるのである。この場合には、法の支配は形式的な法治主義と同様な意味になってしまうし、日本法律家協会の理解もこうした伝統的意識に引きずられたものと解釈される。法律を取り扱う専門家でさえこうであるから、まして、一般庶民が法の支配を国民が法によって支配される意味に捉えたとしても何の不思議でもない。しかし、こうした法の支配の誤った理解に基づきこの観念を捨て去ることは日本社会にとって余りにもったいないし、法の支配の観念を正しく理解することは大きな意義があることは以下述べていくとおりである。

### 三 法の支配と法曹の役割

#### 一 法の支配とは何か

(1) 代表的な憲法の教科書である佐藤功教授の「日本国憲法概説」(平成三年、学陽書房・六五頁以下)によると、憲法の基本原理のひとつとしての法の支配は、人(歴史的には専制君主)による恣意的・専断的権力の支配を防止することであり、そのために第一に最高法規の観念を取り入れ、第二に基本的人権を尊重し、第三に裁判所の役割を尊敬し、第四に適正な手続きを要請することをその内容とする、と説かれる。

しかし、ここでは法の支配の厳密な定義を確定しないで先に論を進める。なぜならば、法の支配の観念は、歴史的に形成されたものであ

るので、その意義と有効な射程距離は各国のおかれた状況で異なり、したがって、日本の状況を最終的視野に入れた以下のすべての作業自体が、この観念の確定そのものとなるからである。ここでは、さしずめ、歴史的な文脈のなかで、法は民衆を支配する道具ではなく、逆に権力者を拘束するものとして自覚されて運用されてきたことが法の支配の実践的な意味であることから出発しようと思う。ところで私の疑問は、イギリスで発達した法の支配の観念が日本ではなぜ歴史的に定着しなかったかという点であり、この点の分析をとおして法を活かせる社会のあり方、法曹と社会とのかかわり方、法曹の社会的基盤などについて実践的な回答を得ること目的にして作業を進めたい。

## 二 イギリス・アメリカにおける法の支配の形成と法曹の役割

(1) イギリスにおける法の支配の捉え方 法の支配の観念のもつ実体上の今日的な意義については疑問を持つ向きもあるが、現在でもイギリスでは、法学教育でダイシーの所説をまず勉強するようであるし、英国政府情報局編纂の「英国の裁判」（最高裁判所事務総局訳）の冒頭には、次のような叙述がなされて法の支配の意義が強調されている。すなわち、「英王国・・・の人民は、いわゆる『法の支配』によって治められています。従って、国家のほんとうの支配者は、一人の個人でもなく、またひとびとの集まりでもなく、更にまた、国王でも大臣でも議会でもなくて、実に国の法律そのものなのです。・・・裁判の基礎は、全く道理にかなうかどうかの点だけなのです。・・・英国の裁判官は、自分の昇進などについて政府をあてにするようなことは全然ないのです。」と記載されている。

このような法の支配の尊重は、たとえば大逆罪で逮捕されたバッキンガム公爵について、シェイクスピアは国王のヘンリー八世をして、「ただちに裁判にかけるがいい。もし法がやつに慈悲をかけるなら、それもいだろう。だが法がやつを見放すときは、おれに慈悲を求め



ても無駄だ。」といわしめている（小田島雄志訳・ヘンリー八世 [一九八八年、白水社] 四五頁）ところからもおよそ推測できるところである。このように法の支配がイギリスで発達した歴史的な条件は一体なんであったのだろうか。これを次に見てみたい。

（２）法の支配の歴史的条件　イギリスの歴史の概説書など最近の翻訳書を中心にして参照してみると、次のようなことが言えるのではないか。

（ア）まず、第一には権力者の軍事力・経済力の状況である。イギリスの場合、征服王朝であるノルマン朝以降、フランスにも領地を持つ国王たちは、絶えざる戦争のために戦費の調達のために駆られ、このためには国内貴族と合意による徴税をせざるをえなかった。このことは相対的に国王の権力を制限する。失地回復を焦ったジョン王の失政につけこんだマグナ・カルタの成立はこれを示している。国王が大貴族と比較してあくまで相対的に優位な力しかなく絶対的な力をもたなかったのは、絶対王政といわれる近世のチューダー朝も含めて同様である。一四世紀から一五世紀にかけてのフランスとの百年戦争、それに三〇年間続くバラ戦争を通して、国王が貴族と比較して絶対的に優位な軍事力を有したことはない。大貴族の協力で戦った百年戦争がなんら実りなく終わり、これの失望などが原因ともなって貴族を二分した国王の継承争いであるバラ戦争などを経過する間、国王の正当性・権威が軍事力のみによって成り立ったとは到底考えないのである。

ちなみに、絶対王政といわれたチューダー朝も、中央に軍隊を持たず、地方に有給官僚制度を持たず、したがってけっして専制的政治にはなりえなかった。ヘンリー八世が修道院の改革で取り上げた膨大な所領は国王の経済的な基盤になったが、それでも、フィッシャーによれば一六、七世紀に売りに出された土地は王室の所領がもっとも多かったということであるし（浅田実訳・一六、七世紀の英国経済 [一九七一年、未来社] 一三一頁）、浜林正夫教授の紹介によれば、エリザ

ベスからチャールズまでの三代の国王のもとで、エリザベス即位当時の王領地の半分以上が売却されているとのことなので(イギリス市民革命史[一九七一年、未来社]二九頁)、こうした事実などを見ると、国王の経済力もけっして豊かではなかったことがわかる。

(イ) 第二点は第一点と関連するが、国王の権力の正当性がどこに由来するかという点である。国王が圧倒的な軍事力・経済力を背景に専制力を発揮できる場合ではなく、あくまでも他の貴族と比較して相対的に優位な力しかないときには、その権威・正当性の根拠は裸の力以外のものに求めざるをえない。国王が自分より上位の権威の存在を援用できないときには、貴族や都市の代表者など実力のある国民の納得と支持を取りつける必要性が高くならざるを得ない。したがって、国王が早くから議会と称して貴族や地域の代表者たちを集合させてその政策の支持を取りつけるべく努力を行ったのは当然である。フランスのアンジュー伯でもあるヘンリーⅡ世がフランスの領地の維持拡大に腐心する一方、イギリス国内の司法を改革して民衆の支持を得ていったのは賢明な政策であった。ヘンリーⅡ世は被害者に迅速かつ十分な補償が実現できるように訴訟手続きを整備し、中央の裁判所を効果的に利用できるようにしたり、裁判官を地方に派遣して現地で判決をさせたり、陪審員を採用して当事者の納得できる判決に近づける努力をするなどした結果、「イングランドにはじめて出現した迅速かつ正鵠な裁判を求めて、身分の低い人々や、王室直轄荘園以外の人々までが、群れをなして訴え出てきたのである。」(モーリス・キーン[橋本八男訳]・ヨーロッパ中世史[昭五三年]、芸立出版]八四頁)と評される状態になった。こうした国王の努力は、国民の支持を取りつけることによって国王の権威を高め、その統治の正当性を確実にする手段にほかならない。この裁判の基準になる法はアングロ・サクソン時代から形成されてきている慣習であり、この裁判の積み重ねがコモン・ローとして全国の共通の基準に形成されていくことになる。

国王の側にたってコモン・ローの確立に力を発揮したのは、パリやボローニアあるいはオックスフォードの大学でローマ法を勉強した法律家であるが、彼らは、王権を利する性格を有するローマ法を警戒心をもって見ている諸侯の感情を尊重しながら、古来の慣習法に拠って民心を掌握していったのであり、このことは征服王朝としては賢明な政策であったが、こうした政策はジョン王がフランスの領地を失ってイギリス経営に専念するようになった以降の各王の政策にも引き継がれていった。

国王の正当性の根拠が貴族ら国民との合意に基づくもので、その権威は国王が登場する以前から存在する慣習を法として尊重することで維持される以上、法は国王の上位に存するものであり法の支配が行きわたることになる。前述したように、絶対王政といわれるチューダー朝も専制君主政ではなく、「国王崇拜」の社会であり（トレヴェリアン・前掲イギリス史Ⅱ一一二頁）、地方で王権を支え、司法・行政を取り扱ったのは治安判事である。彼らは「一切をとりしきるチューダー朝の女中」などといわれているが（A・L・モートン [鈴木亮ら訳]・イングランド人民の歴史[一九七二年、未来社]一五二頁）、彼らの多くはインで法律を勉強し、法の支配の実現に寄与していったのである。「イギリス地方社会における秩序の全体構造が、とどのつまりは統治される者の同意という土台のうえに成り立って」おり、「権威に対する同意は条件付きなのだ」という考えが大衆まで及び、「特定の権利と義務に対する互恵的な尊重の見返りとして、敬意は払われた」歴史のなかで（キース・ライトソン [中野忠訳]・イギリス社会史 [一九九一年、リプロポート] 二八七頁以下）、彼らは、そうした地方秩序を維持形成する第一線に立って活躍し、国民生活の隅々までその影響力を行使していたのである。

（ウ）第三点として、法を担う層の存在とその資質とこれを成り立たしめるための環境の整備の点である。

イングランドでは、一二一五年のマグナ・カルタの成立以降、それまでのように国王に従って裁判所が移動することをやめてウエストミンスターに定着したが、そのことは法曹階層の成立を促した。彼らは商業の中心であるロンドンと政治の中心であるウエストミンスターの間地点にその本拠を構え、インを設立して後輩の養成教育や研究に携わった。一四世紀までには裁判官はすべてサージェント（後のバリスター）と呼ばれる上級の弁護士から選任されるようになり、法曹一元が成立した。サージェントは強固なギルドを形成し、巨額な報酬を得ていたという（田中英夫・イギリスの弁護士制度〔一九六五年、有信堂・各国弁護士制度の研究〕六一頁）。法律家は、封建諸侯らの貴族やロンドンの大商人がその依頼者であったと考えられるが、トレヴェリアン前掲書などを参照すると、庶民からは猛烈に反感をかってきた面があるものの（注①）、インズ・オブ・コート（法学院）での独占的教育を経て、優秀な人材を吸い上げ社会の動きに柔軟に対処していったことにより、ギルドが閉鎖的にならなかったようである。

法律家（特に弁護士）の数の多さには驚かさせられる。一六、七世紀の資本主義経済の発展に伴って、ロンドンの人口は約五万人から五〇万人に増え、消費活動も活発化し、サービス産業が成長しその担い手たる法律家の数が増え訴訟も増大した。クラーク＝スラックによれば、王座裁判所の訴訟件数は一六世紀の間に一〇倍になっている（酒田利夫訳・変貌するイングランド都市〔一九八九年、三嶺書房〕一〇四頁、なお、この本は成長サービス産業としての角度から法律業務を取り上げて叙述している。）。ジェントリーの息子たちはインに入学し将来地主として治安判事に必要な法律知識と社会的たしなみを身につけた。

ある報告によると（フィッシャー・前掲書一二九頁）、グレイ法学院の入学者は一五三〇年代には二〇〇人であったが一五六九年代には七九九人となり、一六二〇年には一二六五人に増えている。その他

の法学院の存在を入れると相当の人数になることがわかる。従って、ある文献によると（グレゴリー・キングの一六九〇年作成イギリス社会構成表による。ラスレット〔川北稔ら訳〕・われら失ないし世界〔一九八六年、三嶺書房〕四六頁掲載）、一六八八年には全国人口五五〇万人のうち法律家が一万人であったという報告も当然というべきだろう（古賀正義弁護士の紹介によれば、一五一〇年から一六三九年にかけてバリスターの称号を得たものの数は二七六七名であるが、そのうち二一三八名が一五九〇年から一六三九年にかけてバリスターになっている。「権利意識について」・現代社会と弁護士〔昭和五二年、判例タイムズ社〕四頁）。法律家のほとんどはロンドンに居たと想像されるからロンドンにおける法律家の存在感は圧倒的であったであろう。経済の流動化に対応する社会階層の流動化と法律家の増大が眼にみえるようである。彼らは身分的には役人や聖職者らとともにジェントルマンかその下くらいに位置し、また収入的にみても高級官僚と中位聖職者の中間くらいにいる。もっとも、彼らの収入が固有の法律業務から得られたかどうかは分からないが、法律家になる者は土地を相続できないジェントリーの次男以下が多かったと推測できるので、統計に現れる彼等の収入は弁護士業務からの収入が相当の割合であったと考えて大きな誤りはないのではないだろうか。そうすると、法律家の数の多さを考えればこれだけの収入を支えるロンドンの経済力の厚み・すごさに眼を見張る思いがするし、またこの経済力の支持を背景にした法律家の社会的な発言力の大きさも容易に想像できる。

（エ）以上、三点について検討した。要するに、イギリスにおいては、国王の経済力・軍事力その他の力が他の大貴族との間で絶対的な優越性を有しておらず、従って、国王の権力を正当化するために貴族らとの合意を求めこれを法として尊重せざるをえず、また、国民の実質的な支持を受けるためにも司法改革により法の権威を高めることに努力し、一方、法を担う法律家が国の経済力の発展にも支えられな

がら、経済的に自立・独立し優秀な人材を法曹界に呼び込む努力を怠らず、インズ・オブ・コートを通して自らの後輩の養成をして一定の水準に資質を確保し、裁判官として同輩の中から優秀な者を送り込んでいたのである。

このような社会的・経済的な背景があったからこそ、貴族やブルジョワが国王の専制に対して慣習法や自然法を法技術で装いを凝らして自らの土地所有権や営業の自由や信教の自由を擁護するために闘いえたとおもわれる。コークがコモン・ロー裁判所と高等宗教裁判所の管轄権争いに関して、ジェームズ1世との論争の中で、「陛下は神よりすぐれた知能と資質とをうけておられる。しかし、・・・陛下の臣民の生命、相続、財産に関する事件は、自然的理性によって決定されるべきものではなく、技術的理性と法的判断とによって決定されるべきものであり、これは、人が認識しうるためには、長い間の研究と経験とを必要とする技術であり・・・」（伊藤正己・法の支配 [有斐閣] 二六頁）と主張して法律家の技術的・専門的優越性を誇示しえたのも、法の支配の伝統とこれを支える法律家の社会的な存在感への強烈な自信が背景にあったことは想像に難くない。権力を持った国王は独裁者になりたがる。しかし、イギリスにおいては、国王を取り巻く社会的・経済的・軍事的条件とこれと相関する法の支配の浸透の結果、国王は遂に独裁者になれないまま、近代的な議会主義に移行していったのである。

（3）議会主義と法の支配　　ピューリタン革命・名誉革命は法の支配と議会主権が極めて幸福な姿で調和させられたものとして一般的に理解されている。この結果、コークが議会の法律をも法の支配の観念の下にその効力を否定した歴史を自負した時代とは違い、議会で成立した法律に対して法の支配の名の下にその効力を否定することはできないといわれる。

　　ダイシーは、国会主権と法の支配は互いに助長しあう調和的關係で

あって相互の矛盾はないと評価しているが、この大前提としては国会における立法は世論を正しく反映したという過去の実績への自信と今後への自負があり、制度的な前提としては、議会の上院が法官貴族による司法の最高機関であるということの意味が大きい。つまり、世論を反映しない圧制的な立法は国会の上院で法律家によって事前に抑止される制度であり、またそもそもそのような抑止力の発動をするまでもなく圧制的な立法は下院段階で成立しないという自信がある。したがって、国会で国民に対する圧制的な立法が成立したらどうなるかという問が現実感をもって議論されない傾向にあると思われる。

田島裕教授は「重要な立法に関しては、最高裁判所の裁判官や法学者の意見は議会で積極的に求められ、その意見は尊重されている。」と指摘される（『法の支配』の今日的意義について・法の支配 [一九七七年十一月号] 三五頁）。ただし、その一方、国会における立法が人権を侵害する虞があることを指摘し違憲立法審査制の採用を主張する有力な意見もあるところを見ると（伊藤正己＝田島裕・英米法 [昭六〇年、筑摩書房] 二八頁に紹介されているスカーマン裁判官の意見を参照）、イギリスにおける国民主権の原理、すなわち基本的に多数者による支配が、多数者の少数者に対する専制（衆愚政）に転化する危険性を無視することはできず、イギリスにおける法の支配の現状と人権状況を無条件で賛美することができないのも当然である。

もとより、多数者による専制を防止するために制度的にもっとも慎重な取り扱いをしたのはいうまでもなくアメリカ憲法である。信教の自由を求めてイギリスから新大陸に移住した人々にとっては、イギリスの社会は抑圧的であったのであり、その子孫がアメリカ憲法を制定し運用するときには、少数者の権利が多数者によって侵害される危険性について慎重な対処をする用意があったことは当然であったかもしれない。この観点からアメリカが違憲立法審査権を判例上創りあげて運用してきたのは、イギリスで発達して定着した法の支配の観念を

民主主義の国家において積極的に適用したものとして高く評価できる。

このようにイギリス・アメリカの歴史を概括すると、法の支配は、専制支配を排し、君主政にあつてはこれが独裁政に墮落することを防止し、また民主政にあつてはこれが衆愚政に墮落することを大きく防止してきたといえるのではないだろうか。

### 三 日本における法の支配

それでは日本では法の支配の観念は歴史的にどのような存在したのであろうか。法律家はどのような活動をしていたのであろうか。律令国家や中世における最近の研究などを参考にすると次のように言えるのではないだろうか。

#### (1) 律令制度の時代

(ア) 律令制度にあつては、律令学は明法道として教えられ研究された。中国では儒学のみが重んじられたが、日本では明法道は先進国からの学問のひとつとしてそれなりに重んじられている。その担当者は下級貴族であつてけつして政権の中枢を担うような役割ではなかったが、たんに法律学を後進に伝授する役割だけでなく、実際に重要な裁判の結論に対する意見書(明法勘文)を政府に提出して意見を述べる職掌を有していたから、その最高位である明法博士は「朝家之重職」「顕要之官」として重視され、その選考は慎重を極めたという。律令体制では、紀伝、明経、陰陽、医、儒、などを担当する家柄(諸道)はしだいに世襲となり、その中から坂上家と中原家が有力となり、平安の後半以降はこの二つの家からのみ明法博士が任命されている。博士の任命に当たっては、所定の試験に合格していること、検非違使庁で実務を経験していること、優れた知見を有していること、家柄がかなっていること、その他に有徳の人物であることなどが要件にされて選考されたという(以上は、主として利光三津夫・日本古代法制史[昭



六一年、慶應通信〕、同「法家坂上氏の研究」法学研究五四卷一二号〔昭和五六年〕によった。)

しかし、官僚たる立場においては、たとえ法律家としての実力があつたとしても、また世襲貴族としての家柄があつたとしても時の実力者の意向に逆らえることはできず、藤原道長の不興をかつた令宗家のように平安初期以来の法家の名門であつても以後まったく明法家としての命脈を絶たれてしまっている例もある。

このように見ると、律令国家にあつては、法律家はそれなりに待遇を受けていたと思われるが、もちろん経済的に自立した存在ではなく、民衆との接触もなくまた優秀な人材を吸い上げることもなく、宮廷の権力構造に左右される脆弱な基盤しか有していなかつたと思われる。

(イ) こうしたなかにあつて、彼らは経済的にも当然恵まれなかつた。棚橋光男助教授の研究によると(中世成立期の法と国家[一九八三年、塙書房]一八八頁)、明法博士としてその才能が後世まで伝えられたほどの清原善澄ですら、「家極ク貧」く「家無産業」といわれたほどで、ましてや才能があつても家を継げない次男以下のものは糊口をしのごために荘園諸権門の家政機関・有力寺社などに律令体系の技術的・専門的法曹として加わり、助言や明法勘文の作成を通してその役割を果していったことがあるようである。この面では彼らが国家法たる律令を民間に普及・継受させる任を担っていたとも言える。しかし、こうした動きが法律家の民間における地位を確保せしめたといえるような大きな流れになつたのかは私には残念ながらよく分からない。民間で法律家の存在が大きな役割を果したということがあつたことを希望したいが、おそらくそうしたことはなかつたのであろう。中国からの輸入法である律令が天皇の権威の及ばない範囲に効力を持ったとは想像できないし、武士の台頭とともに律令の及ぶ範囲はむしろ縮小したであろうから、律令を扱う法律家が経済的に成り立つほどの業務の拡がりがある民間にあつたとは考えられないからである。

(ウ) 三浦周行博士は、宮廷内にあっても、法家は次第に全体として学識程度が低下し権勢に媚びる態度になったと厳しく評し(法制史の研究 [昭和一八年、岩波書店] 上巻一五頁)、石母田正教授は、「法家の仕事は次第に律令の片々たる文字の解釈を出でない完全に形式的なものになり、法の理念たる道理も生命もない抽象的な言葉に化した」と、これもまた情け容赦ない評価をされている(中世的世界の形成 [一九八五年、岩波文庫] 三三二頁)。こうした評価を参考にすると、やがて武家法がその法理を現実の広い生活に立脚して登場してくると、法家は全体としてこの大きな動きを捉え切れずに、律令体制に奉仕するというその役割を終えていったと思われる。ただ、中原家の出身である大江広元が頼朝のもとで重用されて財務、立法、裁判の最高機関である政所の責任者を勤めたとか、執権政治の最高機関である評定会議の構成員に法家と縁の深い大江、清原、中原、三善などのものが参加したとか、北条泰時が関東御成敗式目を制定したときの執筆者が法橋圓全であるとか、足利幕府が建武式目を定めたときに活躍したのが中原家の出自である是円であって公家と武家の接点として活動したとかなどの歴史上の断片的事実から、法家の細い水脈がかろうじて次代に引き継がれていったことがかいまみえるだけである。

(2) 中世の武家時代　中世から近世にかけて、武家法の中心概念となったのは、道理である。関東御成敗式目制定の意図について北条泰時が弟の六波羅探題北条重時に「ただ道理のおすところを記され候もの也」と書き送ったことはあまりに有名であるが、右式目は律令体制の外側で武士社会を中心にして生成発展してきた慣習を中心に据えて明文化したもので、特定の者が特定の設計思想で作為したものではない。この意味で、道理とは特定権力者の意思の発現ではなく、国家の特定のイデオロギーでもなく、国家以前の社会そのものの自然な動きを貫く流れそのものといってもよいのかもしれない。道理を社会行動の評価の基準にするときは、この道理が何たるかを判定するには

道理を見極める者が必要であり、社会の動きを見極めながら慣習を重視して結論を出すには、先例・慣習の知識の集積とこれを自在に駆使する能力が要求される。笠松宏至教授の注目すべき研究によると（「室町幕府訴訟制度意見の考察」・日本中世法史論〔一九七九年、東京大学出版会〕六九頁）、足利幕府において鎌倉以来代々奉行職を世襲で奉じてきた「右筆」が裁判において諮問に応じて作成する「意見書」が、裁決者たる将軍の判断を事実上拘束し判決そのものの作用をするようになったとし、彼らは、評定衆・引付衆らに比して職制上低い身分でありながら、評議に参画し、また如何なる機関にも従属しない独立機関としてその機能において幕政の中枢を動かしていく重要な地位にあった、と指摘されている。こうした事実も、当時、法の支配に通じる興味ある動きである。鎌倉幕府も足利幕府も、執権や将軍の軍事的力は他の後家人層や有力守護らと比較しても相対的な優位にすぎず、土地の安堵と幕府への奉公がいわば対価関係にあたる契約を基礎とした関係であったのであり、紛争の解決の基準として幕府側が都合のよいものさしを押しつけることはできなかったと考えられる。独裁的に鶴の一言で紛争のけりをつけさせることではなくて、慣習など正義に立脚した理由付けが要求されたのであろうし、幕府内部の運営にも先例を重視したルールが存在したことが想像できる。したがって、法律専門家が一定の力をもって重要な地位を占めたことは不思議ではない。この点については、御成敗式目の制定が、承久の乱のあとの有力後家人らとの融和政策をうちだしたときになされたという事実が重要である。北条泰時は、中原師員らの法家を起用して評定衆を作り集団指導制を始めたのである。このため紛争の解決の基準は将軍にも後家人にとっても所与のものである慣習による必要もあり、慣習を当該事案に具体的に適用することによって裁決の正当性と権威が保たれたのである。したがって、鎌倉以来のこうした伝統の中にあつて、実務に携わる「右筆」層が、特に足利幕府の軍事的力の相対的な低下を

背景にして官僚法曹として一定の政治力を有したのである。

ここには、時の権力ではなく、より上位の法に支配されるべきという法の支配の発想が存在している。

(3) 戦国時代から徳川絶対支配体制の成立　しかし、足利幕府の力が弱体化し、下剋上の争乱時期から戦国大名が一定地域で軍事的専制力を有するようになることに対応して、紛争の解決の基準は、慣習から道理を抽出発見して適用させるのではなくして、守護や大名などの権力者の意思の発現としての「法度」を適応させる方向に動いていたことは容易に想像がつく。そうした状態においては、過去の先例の集積を知識として活用する余地は少なく、したがってこうした知識の蓄積を武器とする世襲官僚法曹の力は弱まり、また権門などのいわば中間権力の自律的裁決能力も弱体化したと思われる。

(ア) 下剋上の時代から近世にかけての思想を表す言葉として「非理法権天」が広く知られている。非道は道理に取って代われ、道理は法度におされ、法度は時の権力に変えられるが、その権力も天道の命じるところで滅びるという意味である。この思想は、法度が権力者の意思のあらわれで道理より強いことをいっている。従ってここでは世間は道理によって支配されるのではなく、人間の運命を司る絶対者たる天道の懐の中で権力者によって支配されるということになる。ここにはイギリスで発達した法の支配とは異なる「権力による支配」という考えが表されている。

封建制度という、土地を仲立にした契約関係を基本にしている社会でいったん成立しかけた法の支配の観念が定着・成長せずに、権力の支配・人の支配に転換していくのである。

(イ) 全国を統一した織田・豊臣政権とこれに続く徳川幕府は、その有する軍事力や直轄地から得られる経済力は他の大名と比較すると相対的に群を抜いていた。ちなみに豊臣秀吉は、後北条を降伏させる前でも、全国の石高の四〇パーセントにあたる地域を支配しており、

徳川政権は、関が原合戦の後で全国一八〇〇万石のうち七〇〇万石の領地を支配することになる（水林彪・封建制の再編と日本的社会の確立〔一九八七年、山川出版社〕一一四頁、一五六頁、藤井讓治編・日本の近世3〔一九九一年、中央公論社〕五〇頁）。従って、統治について大名との合意に依拠する必要性は、同時期のイギリスと比較すると相対的にはるかに低かったのは当然である。また、支配の正当性を根拠づけるものとしては、律令国家体制としての天皇の権威も利用できた。こうしたことによって、法による正当性を求める必要性がこの面でも相対的に低下したことは想像に難くない。

（ウ）天皇の権威は、律令体制の実質的崩壊と共に失われたのではなく、中世の分権的・地方自律的動きの中でも支配体制の権威付け・正当化の根拠として機能し続けていたのであり、こうした天皇のような存在はイギリスにはなかった。

（エ）こうした結果、徳川幕府は、経済力・軍事力双方で他の大名に圧倒的な優位を持つほとんど専制国家と評せられる支配体制を確立したと考えられる。そこでは、現支配者を超越するものの存在を容れることによる権力の制限という発想は育ちにくい。非理法権天にいうところの天の観念は、もともと中世ヨーロッパの「神の恩寵に比せられるべきもの」であるが、「十七世紀後期にはいつて、儒学者たちによって、子にとっては父が天、妻にとっては夫が天、臣にとっては主君が天、という教説に矮小化され」ていったのである（水林彪・前掲四六〇頁以下、同「近世の法と国政研究序説」法学協会雑誌九〇巻一・二号ほか参照）。

（４）以上のまとめ　法の担い手の右のような歴史的な推移をみるに、律令体制における明法家と武家体制における官僚法曹とは法曹としての一部人的なつながりはあるものの、決して階層として継承されたのではない。外国法である律令の継受とその運用が、宮廷を中心とする権力ヒエラルヒーの内部秩序及びこれにつながる権門を含む比

較的狭い範囲で実効性を持っていただけと考えられるので、律令法の担い手はその外側で発展していった慣習を法に取り込んだ武家法の担い手に転換することができなかつたのも当然かもしれない。このように、律令法と武家法が異なつた範囲に適用され、これを取り扱う権力が異なつていたことは、法曹階層を成立・維持発展させるうえではマイナスであつたことは間違いないだろう。また、中世以降、天皇の権力と武士の権力が並立していった状態も統一的な法曹階層の成立にはすくなくともプラスに作用したとは思えない。ところで、律令時代も武家法の時代も法の担い手は、いずれも官僚であつて独立した経済的な基盤はなく、したがつて権力内の相対的なバランスの中で一定の影響力を行使できることがあつても、権力者の軍事力・経済力による専制支配の貫徹が可能になれば、法の支配の必要性は低下し法曹官僚の役割はたちまち低下せざるをえなかつた。近世にかけて実力による支配の進展と対応して、民間での法律家の需要の必要性もますます低下したが、そのような状況にあつては、当然なことながらイギリスのように権力から独立した経済的に自立した法曹の成立などはおよそ期待できなかつた。このように、中世から近世にかけての歴史の展開のなかで日本とイギリスでは決定的な違いが生じ、さらに徳川幕府の軍事専制国家体制の中で、法の役割は、権力者による支配のための道具としての機能に決定的に変質し、以降、日本人の心の中に、法はこれに従うべきものという意識を深く根づかせることになつたのである。

(5) 明治時代　明治時代になり、西欧に範をとつて近代的な政治制度が創設され、立憲君主制が導入されるが、法の支配と歴史的に密接な関係のある天賦人権という考え方は採られず、人権も国家の下で法律の範囲でのみ認められるに止まつた。また天皇を主権者として憲法上不可侵な存在としたことは、最高権力者たる天皇でさえ従うべき対象としての法の存在する余地はまったくなかつた。従つて、本来は

法の支配の担い手たるべき裁判所も行政の監督下にあり、司法も法の支配の実現にふさわしい位置付けをされていなかった。行政は、議会で成立した法律に拘束されるが、その法律自体が高次の法に照らして正義に合致するか否かの審査を裁判所がなすことはできず、また天皇は大権事項についてなんら議会にも拘束されない仕組みになっていた。したがって明治時代になっても法の支配の観念が帝国憲法に取り入れられていたということは到底いえず、現実の日本の社会にもこの観念は確立できなかつた。このように、法の支配の有無という観点から歴史を評価すれば、明治憲法体制は、基本的には徳川時代の延長線にあって本質的な変化はなかつたというべきである。

法の支配の制度的確立は、結局、現行憲法の成立をまたねばならなかつたのである。したがって、明治に近代司法が発足して一〇〇年以上経過したということがよく言われるが、法の支配の観点からみると、我々は、法曹の使命と名誉にふさわしい観念を認めた憲法を持ってからまだ五〇年にもなっていないということになる。

#### 四 ドイツにおける法の支配

日本がその範をとったドイツにおける状況はどうであったか。

(1) 神聖ローマ帝国　ドイツでは、九六二年にオットー大帝により神聖ローマ帝国が成立した。皇帝はローマ教皇の権威と相互に補完しあう形でその権力基盤を有していたが、教皇との僧職叙任権闘争などを通して皇帝の力が低下し、自律的な聖俗諸侯支配圏の合成体、分権的封建国家に移行する。

こうして、神聖ローマ帝国は、形式的には一八〇六年まで続くが、実質的には一三世紀に解体されてしまっており（林健太郎編・ドイツ史〔一九九一年、山川出版社〕六九頁）、単一国家としての実体はその後はない。近世初期で約三〇〇の諸侯に分割されて各々の諸侯が裁

判権を行使しており、皇帝は、実質的権力はほとんどない状態である。

従って、中世から近世にかけては、ドイツという単位で事を考察してもほとんど意味がない。特に一六四八年にヴェストファーレン条約で三十年戦争に終止符をうったあとは、各諸邦はそれぞれに完全な国家主権が保証されてしまう。従って、中世から近世初頭までの間、中央権力不在、帝国機能喪失の状態であるから、統一的な強制力を有する裁判所は存在せず、当然のことながら中央に裁判官階級を凝集する基盤はなく、帝国裁判所は一応存在するものの、その裁判官補充の財源にもこと欠く有様である（上山安敏・法社会学〔一九六六年、みすず書房〕一二一頁）。

（２）農民戦争とルターの宗教改革　それでは、各領邦での権力構造はどうであったか。

中世盛期においては、貴族その他の諸身分の力が強く、領邦君主の権力も諸身分からなる議会によって制限され、陪審制もあり、「すべての人々にかかわる事はすべての人々によって承認されるべし」なる法格言が通用していた（ペーター・ブリックレ〔服部良久訳〕・ドイツの臣民〔一九九〇年、ミネルヴァ書房〕六九頁）。ここには、イギリスや日本も含めて中世国家共通にみられるところの分権的性格と法の支配が存在していた。

しかし、「恣意的でなく古法にのっとりた裁判」を要求のひとつに掲げた一六世紀の農民戦争が農民の敗北に終わった結果、「農民たちはその自治を奪われただけでなく、反抗的な貴族たちの城を破壊することによってむしろ領邦権力の確立に奉仕する結果となった」（林健太郎編・前掲ドイツ史一八二頁）といわれるところから推測されるように、領邦君主の力が相対的に強くなっていく。ルターの宗教改革は、一方では現世の労働を神の摂理に添う天職と考えることによって世俗の労働価値を高めたが（マックス・ヴェーバー〔大塚久雄訳〕・プロテスタンティズムの精神と資本主義の精神〔一九九一年、岩波文



庫])、他方、統治権力に奉仕することを神への奉仕としたから(ペーター・ブリックレ前掲・ドイツの臣民・一三七頁)、ルター主義は権力強化をめざす領邦君主権力に理念的な基盤を提供し、このことの故に「臣民に対する彼らの地位が何らかの社会的正統化を要するものである」という発想は生じなかった(ペーター・ブリックレ前掲・ドイツの臣民・一四〇頁)のである。こうした中で、領邦君主を家父、臣民を子供とし、家父が無制限の支配を行使する家父長制が強化される。

(3) プロシヤの発達 一七世紀から一八世紀にかけ、各領邦国家のうちプロシヤが力をつけドイツ統一をなしとげるが、プロシヤが強力になったのは、兵制の改革で常備軍を設置し軍隊を君主が独占し、この力で領邦内の封建的諸身分を押えつけることに成功したことによる。君主自身経済力をつけるための諸政策や官僚組織の充実などを成功させることによって専制君主体制を誕生させたのであり、そうした状態にあっては、当然のことながら国民の政治的権利はなく、国民は貴族・市民・農民の三身分に応じて国家の忠良な下僕たることを要求されたのである。従ってこのような専制体制で法の支配の概念が入り込む余地がないことは当然であろう。こうして領邦(特にプロシヤ)が絶対王政を確立し、専制支配を強化していったのである(以上は、主として林健太郎編・前掲ドイツ史・二〇四頁以下を参照した)。

(4) 法律家の役割 こうして専制支配体制が確立していく中で、法律家はどのようにしていただろうか。

上山安敏の前掲「法社会史」によれば次のとおりである。

神聖ローマ帝国時代、各諸侯のもとで裁判に従事する法律家が誕生したが、彼らは、経済発展の遅れという歴史的条件もあり独立した営利的階層としての権威はなく、領邦国家の忠実な下僕的存在・各諸侯の執事的役割を担うことになる。彼らは官僚制機構に組み込まれ、この身分に対応する特権を享受するものの、政治的特権階層の寄生的存在でしかないから、彼らの中は皇帝・諸侯との接近度でその権威付け

がされ、官尊民卑的差別が発生し、弁護士は裁判官の下にたつことになる。そのうえ、法曹資格制度もなく中途半端な疑似法律家が跳梁ばっこして集团的犯罪の巣となり、民衆の反感をかう。このように法律家階層は全体として自立しえない寄生的存在であったうえ、裁判制度が高費用・低能率であったためこれに直接携わる弁護士階層への反感は特に強く、領邦国家が絶対王政に移行する過程で徹底して圧迫される。プロシャでは、「詐欺師を確実に遠くから」識別しうるように、弁護士は屈辱的な黒マントの着用を強いられたり（一七一三年）、「司法のペスト」として弁護士制度が廃止され死刑の制裁で厳禁されるなど（フリードリッヒ大王）の事態も生じている。

なお、裁判官の独立も勿論なく、フリードリッヒ大王の時代、一七七九年の粉屋アルノルトを敗訴させた事件では当該裁判官が逮捕・刑事訴追され、五名の裁判官が免職されて懲役刑を執行されている

（R・Cヴァン・カネヘム [小山貞夫訳]・裁判官・立法者・大学教授 [一九九〇年、ミネルヴァ書房] 一四七頁）。

このように、ドイツの歴史を総括してみると、中世から近世への転換に際し、日本と共通する点の多いことに気付く。家制度を媒介にして上下のヒエラルヒーを家父長支配として正当化し、圧倒的に優越的な軍事力・経済力でこれを専制的に支える体制を築き上げた。こうした体制ではいずれも法の支配は実現できず、法律家の存在感もはなはだ小さい。

## 五 フランスにおける法の支配

（1）絶対王政の発達 フランスではイギリス・ドイツとは異なる形で司法の展開があった。フランスとイギリスは古代から中世にかけて非常に良く似た歴史の展開をしながら、その後、王権の発達が異なる経緯をたどった。すなわち、モーリス・キーンの「ヨーロッパ中世史」（前掲・一六〇頁以下）によると、第一に、フランス国王の代々

の領地はイングランド国王のものとは違い、非常に豊かなもので経済的にゆとりがあったので、家臣達の合力をあてにしないですんだこと、第二に、イングランドと異なり、国土がはるかに広大でしかも地方ごとに習慣や伝統が違っていたため全国がひとつにまとまって国王と事を構えるに至る前提を欠いていたこと、第三に、一三世紀の聖ルイ九世のたぐまれなる人柄によって、臣下が彼の公平な裁判を尊敬したことなどの理由によって、絶対王政が順調に成長していったというのである。

## (2) 司法権の独立は国民のものであったか

(ア) 国王の司法顧問会議はやがてパルルマン（高等法院）へと変わっていったが、一般官職の売官制度・世襲制度が慣行となるにつれて、司法職・裁判官職も世襲制となり、これが王権に対して司法が強固な独立性を有するようになる大きな基盤となった。この独立性は、裁判官が特定の家系で維持されることにより、学問と徳と清廉との中に育まれた才能の開花に対していい影響があったとの評価もあるが

(オリヴィエー・マルタン [埴浩訳] フランス法制史概説・一九八六年、創文社・六九六頁)、最終的にフランス革命の中で司法機関も国民の敵として葬り去られた経緯を見ると、次に述べるようにフランスにおける司法の独立はけっして本質的には国民のためであったとは思えないのである。

(イ) 大革命でロベスピエール以下、法律家で活躍した人達は数多く、また、パルルマンが一時は国王の印紙税増税政策に反対する姿勢で国民の喝采を浴びたり、各地のパルルマンも格調ある建白書で国王の専制を諫める態度をとったことなどを見ると、司法がその独立性を活かして全体として絶対王政の専制を抑止して法の支配の実現に努力したように思いたくなる。実際、たとえば一七八八年にトゥールーズのパルルマンが国王に送った建白書には、「個人の自由なくしては、市民は存在しませんし、市民なくしては、もはや国家は存在しません。

司法官は、勇気をもって、すべての恣意的な命令は法に違反するものであると宣言しなければなりません。」と書かれており(中村義孝「トールーズのパルルマンについての一考察」立命館法学一九八八年五・六号)、大革命の精神を体現した格調高い文章には感心する。しかし、第三身分会議の招集方法をめぐるパルルマンの対応が、既得権に固執する彼らの態度を明きらかにすることによって一挙に民衆の人気をなくしたことなどを考え合わせると(マチエ[ねずまさし訳]・フランス大革命[一九五八年、岩波文庫上巻]五八頁)、こうした民衆を味方した態度も所詮つけ刃であって、従前の永年に亘る反民衆的な態度が根強く国民に印象づけられていたということであろうか。たとえば、パリの旧体制を辛辣な調子でルポしたメルシエは、商人が裁判官を務める商事裁判所をほめ、「商事裁判所は、高等法院が一月かけて処理するよりも数多くの訴訟をたった一回でかたづける。訴訟の当事者は自分で弁論する。・・・この裁判所がなかったら・・・ひとつの裁定を下すのにまるまる数カ月もかかり、三百代言が最終的な判決をさらに数年も先に引き延ばすこともできるのだから、商業には秩序も安全もなくなるに違いない」と批判している(メルシエ[原浩編訳]・一八世紀パリ生活誌[一九八九年、岩波文庫下巻]二〇一頁)。こうした批判を聞くと、当時の民衆の法律家に対するやりきれない不信感の一端が理解できるようである。結局、司法の永年に亘る反国民的な姿勢の結果、司法は遂に最後まで結局国民の支持を得られず、法の支配の担い手たる正義を実現する主体としての信頼を国民から勝ち取れなかったというしかない。

(ウ) 司法を運営する裁判官に対する批判としては、彼らは必要な教育も経験もない年齢でその職務を行っているといわれているし(ヘンリー・グロスマン[水田洋ほか訳]機械論哲学の社会的基礎とマニファクチャー[一九六五年、みすず書房・フランツ・ボルケナウ「封建的世界像から市民的世界像へ」所収七四七頁)、革命前に強引に開明

的な司法改革を断行しようとしたモーブーに言わせれば、「わが刑事制度に対してなされる非難の大部分は刑事王令にあるというより、むしろ、裁判官の無知・教育の不備によるところが大きいが、自然法や市民法の基礎を究めることなく、実務にすぐ入る司法官の大部分は、決まった型と判決・法学の権威に頼り切っている。」と述べている状況である。彼らは訴訟費用の改善や、拷問の廃止に反対したりするなど、開明的な司法改革に反対して民衆の反感の的になったりしている(石井三紀「大法官モーブーの『国王への報告』について」一九八八年・和歌山県立医科大学・紀要一八卷七三頁)。こうしたところを見ると、正義を実現する主体としての資格がないと民衆から判断されたのだろう。

(エ) 結局、国王の権力から相対的に独立した司法は、法の支配を実現しうる主体ではなくして、絶対王政の権力内部で勢力争いをしていたにすぎないのではないだろうか。

モーリス・キーンは(前掲書・一六五頁)、フランスではイギリス議会と異なり、貴族と市民(第三身分)は別々に集められて同席できなかったことが両者の間にイギリス的な一体化が確立する機会がなかったと指摘している。言い換えれば、司法が国民の立場に近づくことなくして、国王権力内部の勢力誇示を求め続けたということになるだろうか。パルルマンの裁判官の株を買収していった人達は本来はジェントリー層である新興ブルジョワジーであったが、官職売買はこれを買った人達の道徳的・精神的な解体をもたらした。この結果、「ブルジョワジーの発展におけるひとつの退化という結果を生じ、・・・全体として長官職は官職売買の結果、腐敗し、自己の派閥的利害のほかは階級全体の利益を代表することができなかった。」(フランツ・ボルケナウ・前掲書・二二〇頁)という評価をもたらす。フランスのジェントリー層は、法の支配を実現して専制権力を抑制することをとおして本来守るべき階層の利益があったにもかかわらず、これを裏切り、

絶対王政の権力に取り込まれてしまったのである。こうして、フランスでは、司法に対する国民の根深い警戒心は、大革命において議会万能主義を生み出した。その後も現在に至るまで、職業裁判官とこれが支える司法への信頼が確立したとは言い難い。法の支配を支える担い手への警戒心がある以上、議会で成立した法律の有効・無効に裁判官が口を差し挟むことなどはもつての外ということになる。最近も、ミッテラン大統領は、「人民の代表者によって議決された法律について、裁判官がその善悪を云々すべきではない」と発言している（ジュリスト・一九九一年三月一日号三八頁）。イギリスの場合は司法への信頼の結果として議会で成立した法律の権威が高いが、フランスではこのような経過をたどって、逆に司法への不信の結果、司法が法律に従属しているかのようである（注②）

#### 六 各国の歴史から法の支配について言えること

以上、法の支配の観念の生成・発展の観点から各国の歴史を一瞥してきた。随分と歴史を大胆に単純化したが、歴史についてなんらの専門的な知識がないために多くの誤りが含まれているであろうと思う。わずか三ヶ月前の関係者の会話の内容をめぐって千万語を費やしてその真実を追求するような仕事をしている弁護士である立場の者が、数百年に亘る各国の歴史を総括する作業をしながら、場違いな感を禁じ得なかった。しかし、日本を含めて各国をまとめて論じた研究は私の目に付いた限りではごく一部を除いて見当たらず、こうしたレポートをその誤りを怖れず臆面もなく発表するというのも、私が歴史の専門家でないが故の気安さからではあるが、なにがしかの価値があると思いたい。

参照した文献はほとんどいづれもごく入手しやすい最近の書籍である。日本の文献はいずれもその分野では基本的な文献であり、また翻訳文献も専門分野でそれなりの価値を認められた基本的文献であ

ろうから、こうした文献によるレポートの内容は、そうであるからこそ、おそらく法の支配の歴史を語るうえで我々にとって所与の常識とされていたものと別段異なったものではなかろうと思う。字数を費やした割りには決して新味のある結論ではないが、あらためて法の支配の意義を再確認した意義はあるであろう。以上の検討の結果から次のことが言えると思われる。

(1) 各国の歴史から言えることは、中世に於て、経済力・軍事力を有する社会的権力主体が各地に散在しているところでは、全体として分権的・封建的な権力構造を取るし、これらの各権力を中央権力が束ねるためにはより上位の法（自然法なり慣習法など）を措定せざるをえず、またこの法を発見し・宣言する法律家は重要な役割を果すことによって権力内部の必要な一角の地位を占めることができたと考えられる。そこには専制が存在せず法の支配が存在した。君主政であっても独裁政にはならなかったのである。

(2) しかるに、近世にかけて経済力と軍事力の中央への集中化に伴い、国王の権力が相対的に強くなり過ぎたところではもはや法の支配が存在するとは言えなくなり、絶対的な権力関係しか残らなくなった。この典型がプロシヤを中心とするドイツであり日本である。もともと、日本では世俗の権力が天皇の権威と将軍の実力とに分割されていたが、この両者の関係は相互補完的であって、けっして上位の法を措定して両者の調整を図るという関係ではなかった。また、フランスでは国王の権力内部に司法が独自の位置を占め国王の権力を制約したが、司法の権力は自らのおごりにより国民の要求を無視して司法改革を怠ったこともあって、国王以外の階層（たとえばブルジョワジーなど）にその基盤を持たなかったがゆえに、所詮は国王の専制権力の一部を勢力争いで占有したという実質しかなかったため、フランスでは法の支配の発展は望めなかったのである。

(3) こうして一人イギリスのみにおいて法の支配が発展した。法律

家は君主政の発展に寄与しながらも、貴族・新興ブルジョワジーにもその経済的な基盤を置くことによって権力にも自立した根拠を持ち、そうした実力の上に乗って国王権力の専制を抑止する役割を果たしたといえるのではないだろうか。そして、近代国民主権の時代に入り、国民多数者による専制支配の虞に対処するために三権を分立させて違憲立法審査権を活用して来たアメリカにおいて法の支配はさらに発展させられてきた。判例上発展させられてきたこの審査権のこれまでの大胆な運用の実績の評価については、司法審査の民主性という観点から激しい議論を呼んでいることは間違いないが、連邦最高裁判所の在り方が司法の存在感を際立たしめていることは否定できない。いずれにしても、違憲立法審査権はアメリカの裁判官を独裁者にするものでも貴族にするものでもない。彼らは、あくまでも民主政を実質的たらしめ誤らせないために個別的な利害から超越して自立した公正・公平な判断をする知恵者であることを期待されているに過ぎない。しかし、そうしたアメリカの裁判所のあり方は、そこに法の支配を実現するための歴史的なひとつの重要な結論が提示されていることは間違いないように思われる。

(4) 法律家は歴史的に多くの社会的役割を果たしてきた。それぞれの国の歴史的な経緯に基づき司法の役割に多くの違いがあるし、法律家の役割もまたさまざまである。しかし、法律家が層として社会に名誉ある地位を占めるためには、しかも、一時的ではなくして永続的に国民から尊敬される地位を占めるためには、社会そのものが恣意的で専制的な社会でないことが必要である。このことは前述した各国の法の支配の歴史の素描から明らかではないだろうか。専制的な社会では権力者が恣意的に法を作り、それは命令という形で強制力をもって国民を従属させる。そこでは権力者自身が高次の法に拘束されるという観念は入り込む余地がない。そこでは謙虚で抑制された理性に従った合理的なルールを追い求めることはない。専制社会には自由がなく、



合理的で正義にかなう秩序は保証されない。こうした社会では法律家  
が大きな役割を果すことは誰も期待しない。法律家は権力者に仕える  
技術者の役割を果すのがせいぜいで、なかには支配される側にたつ者  
も存在するであろうが、所詮は社会に大きな影響力を与えることはで  
きない。要するに、専制的な社会では法律家が社会の主役になること  
はない。もちろん開明的な専制君主が歴史上存在したことを否定する  
わけではない。そうした君主のもとでは合理的で正義にかなう法が施  
行されたかもしれないし、これを補佐した法律家も存在したであろう。  
しかし、そうした専制君主は例外的な存在であって、仮にそのような  
君主にめぐり合わせた人がいればそれは偶然というものであり、そう  
した偶然に自分の人生を預けることを選択する人はどれだけいるだ  
ろうか。

(5) 法の支配は絶対的な権力者が不在であるからこそ成立する。相  
対的に独立した人々を前提にすると、こうした人々の間では納得づく  
で秩序を形成する方向に向かわざるを得ない。したがって法の支配は  
正しい秩序の形成を求める。秩序は常に流動的であるから、既成の秩  
序は日々崩壊し新たなルールを形成することを求める。現在存在する  
ということだけではその法の正当性の根拠にはならない。権力者が決  
めたということだけではその法が正義にかなう根拠にはただちには  
ならない。君主政にあつて、国王の命令というだけでは正しいとは限  
らない。国民主権の民主政の下において、選挙で選任された議会で決  
まった法律ということだけでそれが正義に合致しているかどうかは  
保証の限りではない。法の支配は、生の暴力による支配を排除するし、  
経済力による支配を排除するし、特定の権力者による支配をも排除す  
るが、抽象的な多数者が多数の名の下に少数者の権利を不合理に正当  
な理由なく侵害することも排除する。不合理で正当性のない権利侵害  
は衆愚政治による専制支配そのものである。それゆえ、トックヴィル  
が「政治については人民の多数者が何をしてもよい権利をもっている

という公理を、わたくしは流神的なもの、そしてとても嫌忌すべきものとみなしている。けれどもわたくしは、多数者の意志のうちにすべての権力があることを認める。」（井伊玄太郎訳・アメリカの民主主義中巻〔一九八七年、講談社学術文庫〕一七一頁）と述べたのは、まさに民主政治の下における法の支配の精神を述べたものにほかならない。いうまでもなく、議会制民主主義にあって、社会の多数者の意思をできるだけ反映させるための議員の選出のしくみなど、技術的な検討課題は常に存在するが、そうした困難性を一応乗り越えて安定した仕組みによって法律が制定される以上、これに反対する少数者が法律をやみくもに不正義と決めつけて従わないのであれば社会の秩序はもちろん成立しない。しかし、法律であるからといっても、それが憲法に違反しているときをはじめ、法の支配の観点から見直しをすべきことを司法が指摘すべき場合がありうるのは当然である。たとえば、最高裁の薬事法距離制限規定違憲判決（昭五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁）の事例のように、特定の利害団体の利益を配慮しただけで国民にはなんらの利益がないような立法の場合は当然にこの対象である。この場合は、少数者の利益を守るために多数者の正当な利益を害する場合であるといえよう。

また、私が弁護士として関与した乏しい例でも次のような事例は見直しをすべき場合に該当すると思うが、どうであろうか。

国民の多くの漠然たる根拠のない不安や不合理な意識を啓発しないまま、その不安を解消するだけのために特定の少数の人々の人権を制限する立法の場合である。たとえば、いわゆるエイズ予防法はこの観点から批判が出る。すなわち、同法はエイズに罹患した患者の動静を医師の監視下に置き、患者やその交渉のあった人のプライバシーを侵害する危険が高い。根本的な治療法がないとはいえ、感染力は著しく弱く、感染ルートも著しく限定されている病気であるから、この患者の規制方法・内容としてこの法律が合理性を持っているか疑問が残

る。国民の誤解に基づくエイズへの漠然たる不安感（たとえば、蚊でエイズが感染するといった類の誤解に基づくもの）を払拭するための政治的な立法という側面があるのではないか。この法律の国会の審議中に、立法の反対を訴えた筆者に対し、自民党の幹部は、その直前にWHOの事務局長に日本人が就任したことに言及して、日本がエイズになんらの対策をとっていないと思われると新任事務局長の立場がやりにくくなるという趣旨を述べたが、こうした理由もエイズ予防法の合理性の根拠にはもちろんなりえない。

また、特定の多数のものにのみ一定の利益を付与して、その他の少数のものには合理的な理由がないのに利益を付与しない場合はどうであろうか。たとえば、筆者が代理人で関与した台湾人元日本兵士補償請求事件がそうである。第二次世界大戦で負傷した軍人・軍属に対し、日本は戦後、各種法律をもって逐次補償の対象を広げその内容を充実させていったが、旧植民地である台湾人に対しては国籍が異なることだけを理由にしてなんらの補償をしなかった。日中共同宣言が成立した結果、台湾政府との国交関係が途絶えてこの点に関する交渉もできなくなり問題は放置された。この点に関して、台湾人元軍属らが国を被告として日本人と同種同等な補償を求めて昭和五二年に訴訟を提起した。最高裁判所は平成四年四月二八日に原告敗訴の判決をだしたが、園部逸夫裁判官は補足意見で現状が法の下での平等に違反した状態であることを認めている。この事例は、日本の社会が、多数者である日本国籍者だけの利益を図るのみでこと足れりとしている状態にあることを明らかにしたが、こうした状態は、歴史的時間的な奥行きと国際的・地域的な広がりの中で捉えると決して正義に合致した合理的な秩序ではない。裁判所はこのことを司法の名において国民に宣言すべきであった、と思う。

このように、たまたま私がかかわった最近の事例から推し量ってみても、議会在多数者の名のもとに成立させた法律が、実は少数者の権

利を不合理に侵害していることが相当ありうるのではないかと思うのである。こうした例は決して民主政の名の下には正当化されえない。むしろ、衆愚政というべきである。

アリストテレスは君主政、貴族政、民主政の墮落形態として、独裁政、寡頭政、衆愚政を挙げたが、法の支配の歴史とは、君主政治が独裁政治に墮落しないように、また民主政治が衆愚政治に墮落しないように法律家が努力してきた歴史そのものといってもいいだろう。君主政治・貴族政治の時代にあつては、一人もしくは少数者が社会の多数者を支配することが正義にかなっているという理屈はそれなりにあつたのであろうが、しかし、心あるものはその支配は正しくなされなければならないことを認識しており、このために努力したのである。また民主政治の時代にあつては多数者が少数者を支配すること自体は許されているとしても、やはり、その支配は正しく行使されねばならないことはいうまでもない。その努力をすることが法律家の役割なのである。君主政の名の下に或は時代が変わって民主政の名の下にすべてのことが正当化されるのではない。支配者が多数になっても少数のときでも、絶対的な権力者を排して正しい法に基づいて秩序が形成されることこそが法の支配であり、これの最終判定者として法律家が期待されてその期待に応えられる状態こそが法の支配が実現されていると評されるのである。

## 七 弁護士の日常的使命

(1) 弁護士法第一条の趣旨　法の支配の観念は歴史的には特に国王の専制支配を排除する過程で近代的な意義付けがなされてきた。しかし、民主主義の時代にあつても決してこの観念が意義を失つたのではないことは従前の説明から十分であろうが、ここで特に法律家自身にとってこの観念が有する日常的・実践的な意義をあらためて強調しておくことも無駄ではないだろう。

弁護士法第一条では基本的人権の擁護と社会正義の実現を弁護士の果すべき役割としており、また法曹三者が構成員となっている日本法律家協会は、法曹倫理に関する報告書（「法の支配」日本法律家協会・一九七七年十一月号四七頁）で、「三者は、それぞれの立場において、司法を通じて共同社会における秩序の維持、基本的人権の擁護及び社会正義の実現をはかるという共通の目的に奉仕する職業者であり、そのために余人の行いえない一定の社会的活動の特権を与えられている。」と述べている。基本的人権の擁護といい、社会正義の実現といい、いずれも正しい法の秩序の維持形成を述べているのであって、それ以上でも以下でもない。歴史的に見て、権力者による人権侵害に対する人類の闘いの成果を強調したのが前者の表現であり、法の最終的に目指す目的が後者の表現である。であるから、弁護士法に表現されたものは勿論一人弁護士だけの役割ではなくして法律家一般に亘る役割である。換言すれば、法の支配の実現が法律家の使命であることを述べているのである。

しかしながら、国民の日常生活に密着してその秩序形成にまず関与・寄与するのは法曹三者の中では弁護士しかいない。近隣関係、地域関係、職場関係、子供の教育関係などで発生する紛争とこれの正しい秩序作りや、ビジネスにおける取引関係での紛争の解決に腐心し、或は、国家・地方公共団体などの公権力との摩擦の解決や公的判断を正しくさせるための活動、そしてこれらの多種多様な紛争と新たな秩序作りが私的に正しく収まらなかった時にこれを裁判所に持ち出してこれの正しい判断を求めることなどの諸活動はいずれも法の支配の実現を求める行為であり、この第一線にたつのは、さしあたり、弁護士なのである。

また、社会のあらゆる面で専制的なるものへの動きは常に存在する。多数組合が少数組合を排除したり、学校の教師が内申書に不利な記載をすることをちらつかせて生徒を押えついたり、会社が取引先に経済

的な力を武器に不当な条件を押しついたり、ワンマン社長が多くの株主の利益を事実上無視して恣意的な経営をしたり人事権を行使したり、エイズにかかっているものを村八分にしたりすることなどは、いずれも特定の人なり組織なり多数のものなりがそれぞれ権力者として正義に合致しない秩序付けを力によって強引に実現しようとしていることにほかならない。国家であれ部分社会であれ、或は地域の共同体であれ利益集団であれ、およそ人間が形成する社会の中での権力は常に専制への方向へ動くもので、これは権力自体の持つ不可避の傾向である。こうした傾向を放置しておく、そこには専制が生じる。正義に合致しない秩序付けを強引に押し通す動きは専制への動きにほかならない。したがってこうした専制に対する日常的な動きに対して法律家は社会の隅々まで目を光らせて、あるべき法の支配を実現するように努力しなければならない。弁護士は、適正手続きの重要性をきた社会で強調してこれを実践させ、また、個人の法の下での平等の取り扱いを求めてこれを順守させなければならない。適正手続きや法の下での平等がいずれも法の支配の重要な原則とされるのは、こうしたことが逆にないがしろにされることによって、その社会が専制的・恣意的に秩序付けられることに至る危険があるからにほかならない。

このように、法の支配の実現はまず弁護士の双肩・責任にかかるのであり、その意味で、弁護士法で法の支配をその役割として掲げたことは当然である。したがって、この規定を、法曹三者のすべての役割を弁護士が独り占めするかのようにならなければならないものと揶揄的に捉えることは間違っているし、法曹三者の役割を平面的に捉えて弁護士の第一次的な役割を軽視することも誤りである。

(2) 日本の歴史的的特殊性 前述したように、日本の社会では法の支配という観念は近世に入った一七世紀以降の徳川軍事絶対体制下でその原理を発展させる余地がまったくなかった。そうした中であっては法律家が層として存在する余地はなく、西欧に習って弁護士制度

を採り入れた明治以降も、天皇を元首として富国強兵政策を掲げた行政優位の社会では法の支配の考えは根づかなかつた。したがって、法律家が層として社会で名誉ある地位を占めることはなかつた(注③)。

「長いものには巻かれろ」の世界であつたのである。自由民権運動家は天賦人権説に拠つて専制権力批判を行い、また法の支配の観念に開眼した一部の弁護士たちが在野精神という観念のもとに天皇を頂点とする家父長支配に対して抵抗してきた貴重な歴史があるが、制度として法の支配の観念がとり入れられたのは現行憲法によるものが初めてであり、近代における法の支配の歴史は日本ではたかだか五〇年にすぎないのである。したがって、現実の社会はまだまだ法の支配の観念を自らのものとしておらず、紛争の解決にあたって合理的で正義に合致する内容によらずに、たとえば地域支配の権力関係の中で力関係に泣き寝入りしたり、また適正手続の精神を反映しない手続きが横行したり、裁判所に持ち出すこと自体を嫌がったりする傾向がある。こうした状態にあつては、法の支配を求めて紛争の正しい解決を司法にゆだねるように説得すること自体が容易なことではない。

日本人のこうした伝統的ともいわれる発想自体に由来する司法への障碍の他に、現実の司法制度の不備から生じる司法アクセスの困難性を考えると、法の支配の実現についての弁護士の責任は大変重くこれを果たすことは困難が多い。しかし、法の支配を日本社会で真に根づかせる責任がまず弁護士にある以上、このようになすべきことは多いのである。

(3) 「人権派」と「業務派」 最近、外国人弁護士の日本における活動の自由化をめぐる日本の弁護士の議論を聞いていると、仲間である弁護士を「人権派」と「業務派」に色分けして分類し、この両者間で弁護士の社会的役割をめぐる互いに相容れない存在であるような主張をしているという印象を持つことが少なくない。特に、人権擁護活動を熱心に行っている弁護士や彼らに親近感を有するものは、ア

アメリカの弁護士のことをビジネスとしてしか弁護士業務を捉えていないと非難し、日本でも金儲けを第一義に考えて行動する弁護士が増えてきていることを憂い、弁護士の使命である基本的人権の擁護活動にとって少しでも障碍になりうるものへの反発と警戒が強い。弁護士人口を増やすことは弁護士の競争を激化させて経済的・時間的な余裕を弁護士から奪い、人権活動をするゆとりを奪うことになる危険な謀略と評価する向きもあるくらいである。なるほど、大企業を顧客にして現代ビジネスの第一線で活動している弁護士を中心に法律事務所は最近急速に大型化する傾向を見せており、また市民個人を顧客とする法律事務所でもその創意と工夫で積極的に市民にアプローチして事件の掘り起こしをする例も見られ、これら両者の事務所が経済的にも高額の収入を揚げる傾向があり、また新人の弁護士の相当な割合のものをこうした事務所が採用していることも事実である。「人権派」の弁護士は、こうした弁護士を「業務派」の典型であるとして前述の心配をすることが少なくないようである。しかし、わずか一万五〇〇〇人前後の弁護士人口しかない特権的な環境状態で主として市民個人を顧客として特に苦労なく経済的に恵まれた生計を維持できてきた弁護士の多くにとって、依頼者たる市民との関係では常に受け身であっても特に困らなかったし、自分のほうからその存在と効用を積極的にアピールすることは宣伝めいた事件漁りの誤解を受けるものとして実行されてこなかった。しかし、これが弁護士事務所の敷居を高くし、弁護士が尊大な存在として国民から親しまれなかったひとつの理由になっていることも否定し難い。こうした中で、今までの弁護士の行動基準からは異例であったとしても積極的に市民にその存在を明らかにしていく行動は法の支配の及ぶ範囲を拓げていく作業であって、これが金漁りと誤解されないようにその行き過ぎがないように注意する必要はあるかもしれないが、基本的には大いに歓迎すべきことである。



また日本の弁護士はごく一部を除いて明治以来大企業を顧客としてこなかった。これについて、大企業は法学部を出た法律の知識を有するものを自前で抱えていたからであるという説明もなされるが、本質はそうではなく、日本社会が司法に社会的なルール作りと紛争の交通整理を求めてこなかったからであり、すなわち法の支配がなかったからであり、行政権力による秩序維持・形成が主流であったという歴史的な理由による。最近大企業から弁護士への依頼が増えてきていることは法の支配の観点から誠に歓迎すべきことで、これを金儲け主義として一蹴することは誤りである。もちろん、大企業を顧客にすることによってたんなる企業の婢になってしまう危険は常に自戒しなければならない。しかし、社会的経済的に影響力のある企業・企業人から信頼をされて日本社会の秩序形成に法律家が大きな影響を与える位置にいることは法の支配の実現にとって大変なプラスである。

さらに、消費者問題への弁護士の取組の急速な高まり、少額事件への積極的な関与など、市民生活上のあらゆるレベルの解決に弁護士が寄与する動きが活発化してきており、こうした弁護士の活動に対する社会からの評価も着実に上がってきている。

(4) 司法のプレゼンスを高めよう。このように、市民のレベルでも企業のレベルでも、憲法施行以来五〇年近くたって、司法の役割と法の支配への認識・法律家への社会的な尊敬・効用にやっと国民が目覚めつつあるというのが私の認識である。イギリスにおける法の支配の実現に、弁護士の経済諸団体・企業との密接な関係や市民の支持や弁護士総体の経済力が寄与したことは前述した歴史からも容易に推測されることであり、法の支配の実現のためには、日本においても現在まさに形成されつつある弁護士と国民各層との信頼関係を前向きに発展させていくことこそ重要である。国民生活のあらゆるレベルに弁護士が関与することによって司法のプレゼンスを高めることこそ法の支配を実現する王道である。したがって、いわゆる「人権派」

が「業務派」のことを非難してその足を引っ張るようなことがあればそれは自らの足を引っ張ることにほかならない。他方、「業務派」が法律業務をことさらに「サービス提供業務」と位置付けて呼称するのもいささか挑発的で感心できない。弁護士業務を「サービス業」と位置付けることで、自らの惰性的な弁護士生活を反省し、惰性にあぐらをかいている唯我独尊的な旧態依然たる弁護士の意識を改革して国民に積極的に存在をアピールし、これにふさわしい弁護士のあり方を模索していくというならば、その姿勢は共感するが、もし、法の支配という精神とその実現という目的を忘れたならば、法技術を駆使するたんなる便利屋でしかなくなってしまふ。やはり、法の支配を目指す「弁護士魂」が必要である。商取引のうえで正義を追求できるのはその社会が専制社会でないからであり、もし、君主の一声で結論が出されたり、大会社が経済的な支配力を不当に行使して、取引上の合理的な解決を求める意欲すら相手の会社から喪失させていたら、我々法律家が日常的法的サービスを提供する出番はそもそもない。弁護士が正しい法的サービスを国民に提供しうる機会があるのも、社会が専制的でないからである。こうして考えると、専制的なるものに対してその最前線で闘う法律家が存在して初めて日常の法律業務が成り立っているのである。サービス業務を主張する弁護士は、こうした闘う法律家の役割に正しい認識を持っているだろうか。もちろん、闘う業務のほうが仕事の価値が高いということを言うのではない。闘う法律家は彼一人で存在できるものではなくて、日常業務の中で国民から信頼されている多くの法律家の壁があるからこそ専制的なるものに押しつぶされないでいけるのである。そして一番大事なことは、ほとんどの弁護士はその具体的な業務の中に日常的な法的サービスと闘う業務の両方の要素を持っていることである。その弁護士が日頃の業務を通して正しい秩序付けへの貢献をしていることを知っている国民は専制的なるものの恐ろしさを理解できるであろうし、専制的なるもの

へ弁護士が闘うときにこれを全面的に支援するであろう。現代の日本は、法の支配は着実に進展していると思われる。その分、逆に専制的なるものの壁が見えにくくなっている。専制的なるものの存在が秩序に影響を与えていない範囲では、弁護士は日常的法的サービスを提供していればそれで済む。しかし、もしその過程で専制的なるものへぶつかったときは正しいサービスを尽くせる環境を獲得するために弁護士は闘わねばならない。たとえば、正当な商取引で発生した代金の支払いを求めて、訴訟を提起して判決を取得したうえで強制執行することは法的なサービスの提供である。しかし、もし、その地域が暴力団の影響が強くて相手が暴力団の威力を行使して訴訟にする依頼者の勇気をなくさせていたら、まず暴力団の影響を取り除くことから作業を始めなければならない。これはその特定の地域が暴力の専制に陥っていることを弁護士が先頭にたってこれを救済して法の支配を取り戻す闘いである。またもし、証券会社の不当な勧誘によって株式投資で損害を被ったものは証券会社に損害賠償訴訟を提起することになるが、多額の損害賠償を負担することで証券会社の倒産を恐れた大蔵省の意向で、損害賠償を請求することを法律で禁止したら、これは、国による国民の財産権の不当な侵害であり、議会を利用した専制であり、法の支配の否定である。原告側の弁護士は当然この法律の適用の無効を求めて争わねばならない。また、商取引の契約交渉を弁護士と相談しながら寸刻を惜しんで進めている過程で、本人がその件と無関係にせよ違法に逮捕されて交渉が中断されてしまえば、今後の商取引の契約交渉はもはや御破算になりかねない。弁護士は、人権を擁護して一刻も本人を早く釈放させる闘いを起こすことになる。このように、我々の実務では法的なサービス提供活動と闘う業務活動とは密接な関係にあり、その境界は判然としない。もちろん、闘う活動自体も依頼者との関係では法的サービス活動であることには違わないが、しかし、こうした闘う活動は——法の支配の基本的枠組みを維持する限界

の活動といってよいが——これを法的なサービス活動と呼称するには些かふさわしくない。こうした闘う活動を、多くの弁護士は人権擁護活動と言う観念に含ませてこれまで自らの使命の拠り所としてきたのではあるまいか。在野精神という観念も多くの場合、こうした活動のバックボーンとして理解されてきたのではないか。法の支配を実現するための活動は、それが具体的には特定当事者のものであっても、本来すべての国民の自由を保障し自発的な国民の活動の土俵を維持することにつながるという意味ですべての国民にとって利害があり、この点で公共性を有しているから、もし依頼者がその経済力がないときは、税金をつぎ込んでもこうした活動をバックアップすべきである。しかし、仮にこうした経済的なバックアップの態勢ができていないときでも、弁護士は総体としてなおかつこうした活動が経済的採算に乗らなくても実行しなければならぬ使命がある。その活動が法の支配の基本的枠組みの維持に関するようなどときにはその要請はなおさら高い。いったい、法の支配の基本的枠組みに関する活動とそうでない活動を区別するものは何か。それは歴史的・流動的なものだから定義は困難だが、そうした範疇の活動があることは、弁護士の大方が暗黙に認めていることではなかろうか。サービス業務というと、適切な対価の支払いを要求することを業務の当然の内容にしているように思われる。しかし、適切な対価が得られなくても弁護士総体の使命として依頼を受任しなければならぬことがあることは明白である。

弁護士の使命をサービス業と規定することは、ともすれば法の支配の基本的枠組みを維持する限界の闘いの意義を不鮮明にするおそれなしとしない。闘う姿勢のない弁護士は法の支配の使命に無理解の人である。かといって、すべての日常的な法的サービス活動を人権擁護活動という観念に含ませることも強引なきらいがあり、また、法の支配を維持するための限界的な活動の意義をかえって希薄にさせることになり、賛成できない。また、人権擁護活動の範囲を狭く理解して

弁護士の使命が人権擁護活動であると言うことは、日常的な法的サービスによる法の支配形成に対する重要性を看過しがちでこれまた感心できない。日常的な法的サービス活動と闘う活動（人権擁護活動はその典型例である）との両者の間に明確な線を引けないことを認めつつも、法の支配の理念のなかに両者の活動が矛盾なく包含されることを明確に意識すべきなのである。

往々にして、法の支配の基本的枠組みに関する活動は経済的に割の合わないことが多い。また法の支配の使命を達成するために個々の弁護士ではできない問題を弁護士会という組織で対応するための会務活動の重要性が理解されていないことが多い。もし、こうしたことへ「業務派」が無理解ならば、「業務派」への「人権派」からの反発を喚起するだけの結果になるという意味で拙劣であるだけでなく、国民の弁護士への素朴な信頼が、地味で苦労が多く経済的にも恵まれない仕事を弁護士が引き受けることにあることを忘れていた点でだけではない。また歴史的な法の支配の実現過程の中心課題であった基本的人権の擁護・権力の不当行使への抵抗という種類の事件を遂行することは弁護士のもっとも素朴な原点を掘り下げる苦労の多い仕事である。このように自らを肉体的・経済的に犠牲にするような者が多数存在すればするほど、そのような献身的な者を擁する職業は素朴に社会から信頼される。このことは理屈を越えている。したがって、この点においては「業務派」は「人権派」の築いた信用に素直に感謝すべきであって、ましてや、その功績をことさらに無視するようなことはすべきではない。しかし、弁護士は法の支配の第一次的な実現をその使命とする者であり、この点では、基本的人権擁護活動と国民・企業の経済活動におけるルール作りとは両立して果たすべきもので、いずれの活動がより価値があるというものではない。前述したように、実際にはどの弁護士も両方の活動をしているのであって、したがって、ことさらに「人権派」と「業務派」との確執を強調することなどは弁

護士総体の立場からは何の益もない。本来、弁護士を「人権派」と業務派に分けるのは無意味かつ有害である。真に存在するのは「弁護士」だけである。しかし、こうした不幸な状況が現在の日本に存在するとすれば、不毛の対決というべきで、そのようなことが起こっているのは法の支配という観念が我々弁護士の中に根づいていないからとしか思われない。

(5) 法曹三者の協同——在野精神の新たな意義 翻ってみるに、明治以降の人権擁護活動は、法の支配の観念のない支配体制の中で、国民が政治の主人公でなく常に支配される対象でしかなかったときにあって専制権力への抵抗活動という形を余儀なくさせられたものであり、在野意識のみに支えられていたのである(注④)。憲法の施行とともに国民主権が成立し、法の支配の観念が公認されたが、弁護士の官に対する抵抗意識・権力からの疎外意識は根強くのこり、一方、官側からは国民主権を理由にして官・在野の垣根を当然に取り払えるかのような言い方、例えば在野意識はもう古いというような言い方がなされて在野の意識を逆なですするということが長く続いてきた。しかし、憲法施行五〇年近くになったいま、法の支配の実現という共通の目的に向かって法曹三者が足並みを揃えることがあってきてもよいのではないだろうか(注⑤)。そしてこのためにはまず弁護士が法の支配の実現に向けての第一次的な責任を自覚してこれをよく実行し、国民から尊敬される位置を占めることが何よりも重要である。もとより、裁判官も、法の支配の意義を認識しなければならない。裁判官は法の支配の実現の最終担当者であるから、法の支配の基本的な枠組みを維持するための闘う活動に理解を示し、これを積極的に受け止める基本的姿勢が必要である。立法、行政との関係で司法の役割を国民に正しく認識させ、司法のプレゼンスを高める目的に向かって裁判官は弁護士と協同して作業をする意識を持たねばならない。法の支配の正しい理解があれば裁判官は当然にそうした意識になるはずである。検

察官もまた同様である。このように法曹三者で法の支配について共通の理解が得られるならば、在野精神という言葉は、専制と闘い正しく合理的な秩序を形成する魂を表現する法曹三者に共通な言葉としての新たな意義を見いだすことが可能となろう。司法のプレゼンスが立法・行政と比較してはなほ小さい現実を踏まえれば、立法・行政との対抗関係で在野精神という言葉は司法のバックボーンを表現するものとして適切であると思うからである（注⑥）。在野精神という言葉の使い方としてこのように従前と一見異なるやり方には弁護士だけではなく裁判官からも相当の抵抗があることは予想がつく。しかし、戦前に我々の先輩が在野精神の名のもとに闘ってきたことは、法の支配の観念が憲法に取り入れられて国民主権になっている現在にはまさに司法が全体として担わねばならぬことなのであり、したがって在野精神を司法全体の言葉として使用することはなんらおかしくない。

このように考えれば、法の支配の実現の第一次的な弁護士の役割を自覚して、この目的に添った実践的な行動としては、弁護士は在野精神を自己の専売特許としないで、むしろ、逆に裁判官・検察官にも共通な言葉として、彼らを包摂していく言葉として使用することの方が望ましいのではないだろうか。

法の支配は、すぐれて実践的な観念である。在野精神という言葉の原点に立ち返り、これを今後の司法関係者の新たな共通の使命として新たな装いをすることで法の支配に近づくことができれば、これはこれでよいのではないだろうか。

注① たとえば、領主などの取り巻き法律家が民衆の憎悪の対象になった例として、一三八一年の農民反乱の際には国王の大法官が殺害された事件がある（トレヴェリアン・前掲イギリス史 I 二三一頁以下）。

② 念の為に付言すると、フランスのアンシャン・レジームで法の支配がなかったということは、フランス革命において、弁護士階層がそのリーダーとして活躍したことと矛盾はしない。ドイツ革命においても、弁護士はそのリーダーとして活躍し

た。古賀正義弁護士の紹介・指摘によれば、弁護士が「第三身分の最良の顧問」であって、法服貴族らのアンシャン・レジームを叩きのめし、また、革命期にアヴォカ制度が廃止されたことは歴史のパラドックスであるとのことだが、（「弁護士制度の基礎理論（一）」判例タイムズ四〇一号五頁）、仮にそうであったとしても、弁護士総体が国民の身近な存在で尊敬されていたかどうかは分からない。民衆のための鋭敏な感覚を持った一部の弁護士が自らの階層に対する自己否定的な心情を持って行動した側面はないだろうか。弁護士総体は、絶対体制に寄生していた法服貴族にぶら下がっていたということはないのだろうか。こうしたことについては私はなんらの知識を持ち合わせていないが、どなたかにご教授頂ければ幸いである。どちらにしても、フランス社会全体にとって、司法・法曹が全体として尊敬される対象にはなっていなかったことは確かであり、その根本的な原因は絶対体制の中で、法の支配がなかったからである。

③ 古賀正義弁護士は、日本など非西欧的地域において弁護士制度がなぜ自生的な発展を示さなかったかという答えとして、「おそらくは……苛烈なアジア的権力を背景とする特殊アジア的な垂直的構造の社会においては人権意識が萌芽の段階で枯死し勝ちであること、統治者側にも被治者側にも合理的な法意識の発生する余地が乏しいことなどが原因であろうか。……自生的には公事師程度の擬似弁護士しか産みおとせなかった特殊な封建社会（アジア的人間関係と言い換えてもよい）が明治維新をはじめとする上からの諸改革によって完全に清算されることなく長期にわたって残存し、今日においてすら社会の基底におけるアジア的性格を一掃しきれていないことから窺われるような日本社会の特殊性こそ、日本における弁護士制度の順調な発達を阻害したもっとも大きな要因である。」（「弁護士制度の基礎理論（二）」判例タイムズ四〇四号一四頁）と述べられる。もっとも、ドイツは地域的には西欧社会に含まれるであろうが、古賀弁護士自身が論稿の中で指摘されるように、ドイツの弁護士は自生的か否かは別として、専制のもとで、その市民社会の成熟度を反映して「臆病と卑屈」のメンタリティーを有していたというのであるから、こうした弁護士像は、決して我々がお手本とするものとはいえない。また、同弁護士の言う特殊な封建社会とは、法の支配の基盤になりえたと



の理念型としての封建社会ではなくして、専制体制である徳川幕府体制を指すのであろうが、法の支配を認めない擬似立憲国家体制である明治体制は、徳川幕府体制の延長線上にあり、専制体制と評するにふさわしい。したがって、「特殊な封建社会」は、明治維新で「諸改革によって完全に清算されることなく」どころか、その本質はほとんど変化なく、現行憲法の成立に至っている。

④ 三ヶ月章教授は日本の弁護士のあり方について、しばしば厳しい論評をなされており、これに対する古賀弁護士の批判とともに、弁護士制度を考えるにあたって参照すべき基本的文献のひとつである。

ところで、三ヶ月教授は法曹の一体を強調される。たとえば、教授は、「古い思考と絶縁し、他の法曹の分枝と手をとりつつ、法の支配をおしひろげて行こうと志す、新しい——普遍的な弁護士像に連なる——タイプの弁護士」（「現代の法律家の職能と問題点 弁護士」・前掲三五二頁）に期待される。しかし、教授が法の支配という観念で何を意味されているか、必ずしも明確ではない。「新憲法の底にある法の支配の実現の理想」（「民事訴訟法学の出発点に立返って」法学協会雑誌一〇六巻六号八二頁）なる表現もあるが、他方、明治憲法下の弁護士についての言及の中で、「弁護士は正に手をとり合って法の支配に奉仕すべき法曹の他の分枝から好意的に遇せられず、かえってこれに対して闘志を燃やし続けねばならなかったばかりでなく、世論からも決して好意的な扱いは受けなかった」（「現代の法律家の職能と問題点 弁護士」・前掲三三二頁）、「明治期における西欧型の司法制度の導入が性急にすぎたことの不可避的な副産物として、同じ理想に向かって協力し合うべき法律家層の間に、在朝、在野という抜き差しならない対立・分裂をもたらし、そうした対立がついに止揚されることなく終戦時まで続いてきたと断じてよい。」（「民事訴訟法学の出発点に立返って」前掲・三七頁）と述べられるところから見ると、明治憲法下でも法の支配という観念が制度上受け入れられていたと理解されておられるようでもあり、そうであるならば、私の理解する法の支配とはその内容を異にする。

⑤ 一九五九年一月の国際法律家委員会（I C J）のデリー宣言のなかでも、「『法の支配』はその拡大と充実に対しては、主として法律家が責任を負って・・・」（久

保田きぬ子『現代における「法の支配」』・「法の支配」日本法律家協会一九七七年十一月号二五頁）と述べられているように、この観念は法律家の実践的な意義が大きい。学者は、「法の支配を『正しい内容の法』の支配と同視し、望ましい法秩序のあり方をすべて含むかのように広く定義してしまえば、この概念を独立して検討の対象とする意義は失われる。」と述べるが（長谷部恭男『法の支配が意味しないこと』憲法学の展望・小林直樹先生古稀祝賀〔一九九一年、有斐閣〕一〇九頁）、法の支配の意義を実務家が主体的かつ実践的に論ずることの重要性は日本においてこそますます増している。

⑥ 宮川光治弁護士の唱道される「対抗エリート」なる観念は（変革の中の弁護士・上巻）、弁護士だけではなく、法曹三者を包摂する観念として把握されるべきであり、そのように把握されるならば、私のいう新たな装いのもとの在野精神そのものではないかと理解できる。

## 四 法の支配と司法権の独立

### 一 法の支配と司法権の独立

（１）日本における司法権の独立 権力の専制を防ぎ個人の自由を保障するために法の支配を実現するためには、法の最終的運用者たる司法権が裁判をするに際して他の立法・行政から介入がなされることなく、独立してこれを行行使できる保障が必要である。

（ア）日本では司法の独立の内容として、司法府自体も裁判官も「政治」から距離を保つことが強調されることが多い。「政治」に向かうのではない。「政治」に対し、防御的・消極的な態度に終始しているのである。イギリスでは大法官が熟達した政治家であることやその他高位の裁判官の任命が政治的活動の成果であることや、アメリカでも連邦裁判所判事の任命にみられるように司法が政治から超越するのではなくてかえって高度な政治部門の一翼を担っていることなどを

を考えると、日本での裁判・裁判官のあり方は日本の特殊なあり方を表している。前述したように、近世以降、二〇世紀の半ばまで法の支配という観念が日本に根づかず、旧陪審法の議会の審議をめぐる一連の動きの過程などの例外はあるにせよ、およそ、政治状況に対し法曹階層が影響を与えたこともなく、与えるにたりる実力もなかったものであり、そうした状況で司法が政治に積極的に対処する伝統も自信もなく、国民も司法にそれを期待することもないので日本の特殊な状況である。そもそも明治憲法下を含めて国民は常に支配される対象であって自らが自らを支配する主権者になったのは現行憲法で初めて実現したのであり、従って、国民が政治を自らのものとして取り扱うこと自体がここたかだか五〇年の経験しかないのである。このように国民が政治から永く疎外されていたことを考えると、司法と政治とうまく折り合いをつけてその存在を両立させていくことを国民・法曹に早急に要求することは性急に過ぎるのは当然である。明治時代の自由民権運動をはじめ法の支配のために努力した弁護士もいずれも在野法曹としての活躍であり、批判者としての行動であり、政治の主人公として行動の余地がなかったのは、国民が政治の主人公でなかった以上仕方なかったのである。また、一部の弁護士が政府の要職につくことがあったが、これは法の支配が実現したというのではない。このことは例えば日吉丸が豊臣秀吉になったからといって国民主権が確立したのではないのと同様である。このように、国民が政治から疎外されていた時期が永かっただけ国民が政治を真に自分のものにするまでは容易ではない。戦後五〇年経過したが、果たしてこれがどの程度実現しているかまだまだ楽観的にはなれないのが現状であろう。国民が政治を自分のものにするのと、司法権の独立が防御的消極的な意味合いから積極的な意味合いに転換されることとはおそらく同じことであろう。

(イ) 明治憲法下での司法権の独立は決して法の支配を実現するため

ではなかった。そもそも、権力分立といっても、「天皇に帰一しているところの立法・司法・行政の各大権を、議会・裁判所・政府が翼賛するといういわば翼賛権限の分立という特異な性格をもつものであった。」（佐藤幸治・憲法〔平成三年、青林書院〕六五頁）のに過ぎない。裁判官の身分も司法省の監督下にあり司法省では検察官が主流を占めており、大審院院長も司法大臣に監督されていた。おうおうにして司法権の独立とは、検察官が政治の介入なくして捜査を尽くしてその権威を誇示することと同視されたのであり（三谷太一郎・近代日本の司法権と政党〔昭五五年、塙書房〕特に四九頁以下）、裁判の独立といっても天皇の権威のもとに具体的な事案の公正な審理を遂げることに つきた。天皇の権威を法の権威の下に置くなどということはありえないことであった。その独立の在り方は、執権北条泰時が鎌倉幕府の評定所の裁判に関して、「人の高下を論ぜず、偏頗なく裁定せられ候はん」（弟である六波羅探題重時に対する書状）と言ったことや式目の起請文に「ただ道理の推すところ、心中の存知、傍輩を憚らず、権門を恐れず、詞を出すべきなり」と記載されているところと比較するとよく似ているが、鎌倉幕府の時代の法の在り方は法の支配の理念に近かっただけかえって旧憲法時代の司法権の独立の内実は中世より後退しているとも言えるかもしれない。また旧憲法時代の司法権の独立は、現在の日本銀行が通貨の番人として要求されている独立性といったどこが異なるであろうか。裁判官も政府の官僚であったのである。したがって、裁判の独立といっても、あたかも日本銀行が公定歩合の決定に政治家の介入を防ぐために組織的な根回しと対外的な働きかけをするのと類似して、裁判所が組織ぐるみで個々の裁判官の意識を向上させる働きかけをしつつ政府に対抗する形をとることになる。そこには国民に正当性の基盤を置いて法の支配を実現しようとする裁判官は制度上いないし、裁判官の独立は無視されているのである。大審院院長児島惟謙が大津事件に際し、すでに政府から根回

しがなされていた担当裁判官にねじ込んでその意見を変更させたこと  
の意義はそれなりに大きい（田畑忍・児島惟謙 [昭三八年] 吉川  
弘文館に詳しい。）、現行憲法の中にあっては決して許されない行動  
である。

従って、当時の裁判所は何よりも裁判を担う役所として他の行政官  
庁や藩閥政治家から組織としての欠陥を指摘されないように身構え  
て組織としての実力をつけることに全力を挙げたと考えられる。後の  
名大審院院長と評判を上げた司法次官横田国臣を中心として、法学の  
専門的な教育を受けていない維新上りの老朽裁判官を大量に辞職整  
理して実質的に裁判官の身分保障を侵害したとも評される事件も（事  
実経過は、楠精一郎・明治立憲制と司法官 [平成元年、慶應通信] 四  
五頁以下参照）、近代的法律知識を取得した専門職を裁判官に充てて  
近代的な裁判所組織をつくりあげようとしたことであり、これも裁判  
（裁判官）の独立よりも裁判所の独立を重視したものとして当時の関  
係者の意識を理解できる。

このように、組織としての裁判所を重視する態度は、戦後の憲法の  
下で真に司法権の独立が成立し、裁判官は行政の監督下で官僚として  
裁判をする立場ではなくなってからも、まだその意識から完全には抜  
け出せず、平賀書簡事件など、先輩の事実上の忠告という形をとって  
の裁判官への具体的事件での介入がなされることが散見されるのは  
残念である。こうした意識は、何も平賀裁判官に特有なものではない。  
たとえば、田中二郎元最高裁判所判事は、「裁判所の自主独立という  
ことも、裁判所全体が一体となって抵抗するかぎり、国会であれ、内  
閣であれ、財界であれ、全く恐れるに足りない。・・・ところが、  
裁判所の中に、外部の勢力と呼応するものがあると、ひとたまりもな  
く独立は、つぶれてしまう。」と述べるが（日本の司法と行政 [昭五  
七年、有斐閣] 一三八頁）、こうした発想は、裁判官の自立自主を重  
んじるよりも、組織としての裁判所を重視することにつながることは

言うまでもない。また、渡部吉隆裁判官（当時、東京高裁長官代行）は、田中判事との座談のなかで、ゴルフ場会社の破産管財人と裁判官の不祥事問題に言及して、「後輩の指導に遠慮するところがなかったかどうか、大いに反省してみる必要があると思います。今回の不祥事は、裁判官の独立が裏目に出た事件であるといった人がいますが、そういう面もあると思いますね。」と述べる（田中二郎・前掲・一二五頁）。しかし、これは裁判官の独立と孤立の履き違えである。官僚ヒエラルヒーを前提にするかぎり、裁判所内部のジレンマはなくなることはない。後輩の指導の強化と裁判官の独立の侵害は紙一重だからである。

このように、戦前の裁判所の置かれた立場が現在の裁判官の意識に事実上影響を与えているのは、憲法によって初めて認められた法の支配の歴史的意義とこれを実現するための裁判官個人の重い立場への理解が明らかに不足しているのであるが、現在の裁判官のキャリアシステムは官僚組織としての裁判所の維持発展自体を自己目的化する虞がないとはいえない。

ちなみに、戦後の日本でGHQの法令改正の最高責任者であったオプラーは、「司法権の独立を創設しようとする主要な諸改革の検討を終わる。・・・日本の進歩的な憲法が具体化しようとしているように、法の支配が、結局のところ、日本において成功するかどうかという運命的な問題は、何よりもまず、日本の裁判官たちの才能と、彼らが法律を適用し、解釈する際の勇気、誠実及び熱意に依存している。」と熱っぽく述べ（「連合占領下における日本の法制度および司法制度の改革」法律時報四五巻四号〔昭四八年〕四四頁）、「創設」された司法権の独立制度の下での自立した裁判官に対する強い期待を表していたのである。

## （２）「強い」裁判官と「弱い」裁判官

（ア）司法権の独立の意義について例えば代表的な教科書は、「全体の裁判所が政治部門から独立して自主的に活動できるということ

(司法府の独立)を前提に、裁判官が、裁判を行うに際し、法の客観的意味と信ずるところに従ってその職権を行使できること(裁判官の独立)」(佐藤幸治・前掲書・二九六頁)と説く。これはこのとおりであろうが、日本では、裁判官の独立の前提条件であるところの組織の独立の重みの方が裁判官の独立の重みに比較して圧倒的に大きすぎるどころが問題なのである。イギリスでは議会の貴族院(運用としては貴族院議員のなかの法服貴族)が最高裁判所としての独立した職権を行使し、貴族院議長が大法官として最高裁判所長官の職を兼ねて活動しており、我々の常識では組織と個人の関係がどうも理解しにくいところだが、おそらく、裁判官の職にある個人が極めて自立・自律していて、組織に守られる必要性がほとんどないのではないかと推測される。これはもちろん、裁判官だけが個人としての自立・自律をしているというのではなくて、市民一般がそれぞれ個人として自立・自律している社会であるからこそのことと推測できる。これと比較すると、日本人一般におけるいわゆる集団主義は個人の自立・自律の乏しさと表裏の関係にあり、裁判官もこの傾向を免れない。しかもこの傾向が裁判官のキャリアシステムでさらに助長されているのではないだろうか。このように、イギリスの裁判官が個人として「強い」印象を与えるのと対照に、日本の裁判官は非常に「弱い」存在でしかないのが現状である。このことを前提にすると、裁判官に政治的な中立を求めることは、「政治」から一定の距離を置くことによって、「弱い」裁判官が寄り集まった裁判所を守る作用はある。しかし、戦前の裁判所と異なり、行政の監督のもとで裁判官が司法を司るのではなくして、戦後の司法の目的は、立法・行政と対等な立場で法の支配の最終判断権者としての裁判官の裁判が、独立して何者の圧力にも屈せずして公平に行われるのがその眼目であるから、そのような重大な権限を持つ裁判官は平均的な国民より「強い」者が選任されてしかるべきである。したがって、そうした「強さ」を有するものを選任し、その「強さ」

を維持し助長する方向で司法府の独立の立場を活用すべきである。

こうした観点から戦後の司法行政を俯瞰すると、官僚システムの整備と貫徹は、裁判官に立身出世の意識を誘発し、集団主義のなかに個人を埋没させ、政治からの意識的逃避とあいまって自立・自律心の低い「弱い」裁判官を再生産し、相対的に自立・自律心の「強い」者にとって裁判官という職をまったく魅力のないものに追いやりつつある。

(イ) 裁判官及び裁判所の「弱さ」の大きな原因のひとつは、司法審査の民主的正当性の根拠についての裁判官の自信のなさである。最高裁判所裁判官の国民審査制度が、当該裁判官に民主的な正当性を付与するだけの重みがないこともあって、下級審の裁判官の民主的正当性は極めて低い。そのこと自体裁判官が主観的には承知していると考えられるが、そこに由来する裁判官の「謙虚さ」は司法をして立法・行政に対して「遠慮深い」態度をとる方向に促すことになる。司法審査の積極性を願うものにとっては切齒扼腕の思いである。もともと、行政が国民に密着した立場から膨大なネットワークをとおして吸い上げられた情報を基にして築き上げる政策及び国会が国民に対する政治上の責任を背景・武器にして行政の情報を駆使して結論を出す法令の内容を一裁判官が否定するようなことを期待するのは、現在の「弱い」裁判官に対するない物ねだりといえるかも知れない。かつてバジヨットがイギリス貴族院を評して「任務を完全に果たしていないばかりか、控えめにいっても、しばしばおそるおそる仕事をしているように見える。貴族院は国民の一部分に過ぎないので、国民を恐れている。」と喝破したように（小松春雄訳・イギリス憲政論〔昭五五年、中央公論社〕世界の名著第七二巻一六二頁）、今の裁判所は自らの正当性の根拠を見いだしかねているのである。

(ウ) それでは、法の支配を貫徹するには余りに弱体な裁判所・裁判官の現状を打破していくためには何をすべきか。



まず、法の支配の精神をよく理解した自立・自律心の強い裁判官を得られるような制度的工夫をすべきである。その一方で裁判官の自立・自律心の維持・強化を助長しうる司法政策を選択するのは当然である。同時に裁判官の職務の正当性の根拠が国民に由来する制度的・客観的裏付けと裁判官自身がそのことを主観的に実感できることが必要である。

## 二 法曹一元制度のメリット

(1) イギリスの法曹一元制度 さて、法曹一元制度は自立・自律心の強い裁判官を得る観点からはどのように評価できるであろうか。

イギリスの法曹一元の意義について、ロンドン大学のグリフィス＝ハートレーは、「上級裁判所の独立性を促進している一つの事実は、裁判官たちが自信と精神的独立を養う傾向のある職業である法廷弁護士として成功した経歴をもった後で弁護士会の中から選抜されるということである。……（キャリアシステムでは）英国の制度よりも独立心を欠いた人々が生み出されるのではないだろうか。というのは英国の制度では、司法内部での昇進は稀であり、政府に好意を示してもほとんどなんら得られるものがないからである。」と指摘している（浦田賢治ら訳・イギリス憲法[一九八七年、三省堂]二〇九頁）。

この指摘は示唆的である。私なりに読み替えると次のようなものと理解できる。まず、第一に、裁判官は自立・自律心の強い人が好ましいことをいっている。その理由は書かれていないが、裁判官は法の支配の実現を最終的に担う独立した職務であるから当然であろう。第二に、弁護士の職業が精神的に独立傾向を養うものであることを指摘している。弁護士は経済的にも独立しており、職務も最終的責任を組織に転嫁できず、個人的無限責任を裏付けにした色彩の濃いものである。このような特徴から、弁護士の精神的な独立性が高いことは指摘されるまでもない。第三に、弁護士の成功したもののの中から裁判官を選任

されることを指摘している。この趣旨は、弁護士の高齢から裁判官が選任されることを予定したものと理解する必要はない。自立・自律心は独善的な傾向と紙一重のところがあるが、もし独善の人ならばそのような人は弁護士として成功しないであろうことをたんに指摘している程度の意味で理解すればよいのであろう。要するに、弁護士としての成功とは、自立心が独善ではないことの保証を与えているのである。第四に、選任が弁護士会の中から行うことの指摘である。これは選抜が、政府などの余計な圧力を受けないで自律的になされることを意味している。

グリフィスらのキャリアシステムへの最大の懸念は、独立心の欠如した裁判官を作り出すのではないかということである。この点の懸念は今の日本の裁判官に直接妥当すると思われる。独立心の少ない「弱い」裁判官が寄り集まって集団としての守りの体制を固めていても、戦前の裁判所ならば天皇権力の一翼を担うだけの存在であったからそれで特に支障もなかったかもしれない。しかし、法の支配を守り・実現すべき任務を憲法で与えられこれにふさわしい地位にある司法の担い手たる裁判官は、立法・行政に遠慮せずどんな圧力にも毅然として自己の信念を貫く「強さ」が必要である。この強さの源たる自立心・独立心に些かでも不安のある人物が拡大再生産されるシステムは裁判所の組織として誠に具合が悪いことはいうまでもない。

このようにグリフィスらの指摘は、法曹一元制度の最大のメリットが、自立心・自律心の強い裁判官を今まで再生産してきたことを明らかにしているといえる。しかし、イギリスで法曹一元が成立した歴史的いきさつは、「国王の官吏全体が腐敗していくという事態が生じ、その一員である裁判官もまた厳しい攻撃にさらされるようになった。そのような官僚制一般への敵意から生まれた官僚裁判官制度への批判の結果、裁判所から官吏的性質をもつ要素を排除する運動が起こり、そこで裁判官の供給源として当時漸く法律専門職の階層として成立

をみつたあった弁護士が注目され」という経緯がある（伊藤正己＝田島裕・前掲書・八七頁）。グリフィスらは法曹一元のメリットを説明しているが、自立心の強い裁判官が法曹一元制度からしか生じ得ないものかどうかについて論証しているわけではない。法曹一元制度を採用しなくても自立心のある裁判官をえられるかもしれないからである。彼等の説明は、現に存在する、歴史的に生成してきた制度の合理的な説明に過ぎないのである。したがって、グリフィスらの説明から日本に法曹一元制度を当然に取り入れるべきとの結論にはただちにはならない。

## （２）日本における法曹一元論

（ア）日本弁護士連合会の見解は昭和二九年に策定した法曹一元要綱と同三九年九月に臨時司法制度調査会に提出した意見書により明らかにされている。要綱によれば、裁判官、検察官は「活きた社会で多くの経験を身に体し、法秩序と正義のためにあらゆる困難と誘惑に闘い、見識ある社会人として鍛えられ」た在野法曹から選任されるべきとし、「狭い限られた官界で生まれ、その中で得た知見によってなされた裁判は、本質的に民主的司法ということとはできない」としており、また、意見書では、「わが国現行の裁判制度は、新憲法の施行により、裁判所法をはじめ各種関係法規が根本的にその基礎が変わり、この面においても民主化について十分に要請されていると考えられるにかかわらず、裁判官のあり方は、本質的には司法官僚制度とほとんど変わらないため、次第にいき詰まりを生じ、大きな壁に直面している。」と指摘している。要するに、司法官僚制度への不信にたつて裁判官を子飼いで養成することに反対する趣旨である。しかし、ほとんど特権的とも思われるほどの少人数で弁護士業務を独占しておきながら、「あらゆる困難と誘惑に闘い、見識ある社会人として鍛えられ」たと自画自賛するのは、どう見ても大げさとしかいいようがない。何の資格もなく汗水たらして働いている多くの国民に対し、弁護士が全

体として多くの苦勞をしているなどという主張が果たしてどんな説得力をもつだろうか。多くの国民の苦勞に比べ弁護士の苦勞などは物の数ではない。また官僚裁判官の視野が狭いことを述べているが、これもただちには納得し難い。裁判官の立場からそれなりの多くの紛争を経験することによる見識の広がりには、ある意味では弁護士の場合よりも大きいかもしれない。また、民主的司法なる概念がいきなり出てくるがこの概念も必ずしも明確ではない。

(イ) 臨時司法制度調査会の議論の中で、司法の民主化を促進するとの立場から、「国民とより直接のつながりをもつ弁護士」を選任すると司法が国民的基盤に立つとか、「弁護士はその職務自体から民衆の味方」だから国民との間に血の通った裁判ができるとか、「世間一般と接触している弁護士の方が民主的である」とか、「社会から日頃厳しい批判を受けている弁護士の中から選任する方が誤りがなく裁判の信頼を増す」とかの各種の意見が述べられている。この意見の中で、「民衆の味方論」が権力と民衆との関係をあまりに図式化しすぎていることはいうまでもない。民主政にあっては、権力と民衆との関係が入り組んでいて、司法は民衆の多数者と対決をすべきこともあることが特徴であることは前述したとおりである。血が通った裁判ができるとの点は次の「弁護士民主的論」と同じである。「弁護士民主的論」だが、一般論としてはそのように断定できない。弁護士に民主的な人物が多くいることは間違いがないが、官僚裁判官をすべて排斥する理由にはならない。彼らの中にも、民主的な人物はおり、逆に弁護士の中にも権威的な人物も多い。要するに人物次第である。次に、「裁判信頼増大論」だが、これも疑問である。前提である、日頃厳しい批判を弁護士が受けているということがまず疑問であるし、仮にその前提をとってもそれが裁判の正しさを保証することにはならない。最後に、「国民的基盤論」だが、これは後述するように一定の条件を満たせば、法曹一元論の有力な根拠になりうると思う。しかし、現時点でそ

の条件を満たしているとは思えない。

(ウ) また、裁判官資質論といえる議論もなされている。官僚裁判官は常識がない、というのが代表的で、逆に、弁護士は社会的経験が豊富であるとか、当事者活動を経ることによって人間が錬成されているとか、人権感覚が身についているとかいうものである。これらの主張もにわかには賛成しかねる。弁護士にこうしたことがあてはまるのが仮に多いとしても、それだけでやはり官僚裁判官をすべてを排斥する理由にはならないであろう。

(エ) 樋口俊二弁護士の法曹一元論は、法曹一元の意義としてまず官僚による司法独占の排除を言う。国民の批判をまったく受けることなく定年まで勤務する組織は特権的支配階層、権力エリートであり、民主国家の政治機構として許容できないという（「民主的司法と法曹一元」東京弁護士会編・司法改革の展望[昭五七年、有斐閣]二一三頁）。しかし、この理由から法曹一元の結論を引き出すのは飛躍がある。国民の批判を容易にするしくみや工夫をまず検討すべきではないかとの反論が出るであろう。例えば問題のある判事の再任を許さない運動をすることも可能ではないか。他方、法曹一元を採用しても裁判官の身分保障を厚くすると同じ問題が出てくるのではないか。裁判官の身分保障がどの程度なされるべきかは立法論としては議論があるのは当然で、日本社会のように終身雇用が前提になされるところでは、一〇年の任期ではむしろ「身分不保証」というべき実態となる。したがって、定年まで数十年間にわたって裁判官の職にあること自体を批判するのは裁判官の独立を侵害することにもつながりかねず、ことは容易ではない。次に氏は、裁判官人事において民意を反映すべしとし、弁護士は長年の業務を通して大衆・裁判官・同僚からの評価が定まってくることを指摘し、裁判官選任の際に地域的に裁判官・弁護士・検察官・一般公衆からの審議を経るべしと主張する。前段には敢えて異論を唱えないが、後段にはただちには賛成できない。こうした審議が

実質的にどのような効果をもたらすか判断しかねるからである。もし、公選制のようなことになるならば後述するように賛成しかねる。論者の意図は、法曹一元そのものは民主的な要素がまだ足りないという趣旨であろうし、現状ではそれはまさにそうなのであるが、民主的な基盤をどのようにして法曹一元の裁判官に付与するかが問題であって、この点に関しては後述したい。もし法曹一元を実施するならば、私は弁護士会が責任をもって裁判官を推薦すればよいのではないだろうかと考える。氏が法曹一元制に民主的な要素を加味しようとする苦心は十分に理解できるが、中途半端な制度は真に期待される裁判官を得られるか疑問である。また、最後に氏は、裁判官の独立の意義を強調される。氏は、アメリカの法廷が裁判官の個性を反映していきいきと運営されるさまに感激されており、その限りで私も氏の心情はよく理解できる。結局、樋口弁護士のいわれる法曹一元論のなかで、裁判官の独立の意義を除いて他にはわかには賛成し難い。

(オ) このように見てくると、日本でなされている法曹一元論は、いずれも現時点で弁護士しか裁判官の給源にできないという意味での法曹一元制を導入すべき積極的な根拠はまだ明らかにされていないというべきである。

### 三 裁判官の公選制

(1) 裁判官の公選制は、民主的な基盤を持った独立性の強い裁判官を得られる可能性はある。しかし、国民の政治意識すなわち国民自身が政治を支配しているという意識が成熟しておらず、また法の支配への理解が歴史的に未熟で乏しい日本で裁判官を公選することは、最良な裁判官を選任できる蓋然性は低い。司法の役割への理解・裁判官への高い尊敬が十分に存在していない段階では、公選制は現在の議員より低い人材を選任するだけの結果になりかねない。法の支配の要求は、裁判官がその正当性の根拠を国民に依拠しながらも場合において

は国民の多数の希望する結論と逆の結論を出すこともありうるから、そのような使命を有する裁判官を公選で選出するには司法が国民によほど身近になってその役割への理解が行き届き、国民の政治意識が成熟していなければならない。しかし、当分の間日本でそのような状態にたどり着くとはどうてい思えない。

(2) 司法の役割は法の支配を実現するために、具体的な紛争当事者から等距離の公平な立場から正義に従って公平に判断解決することが求められる。従って、裁判官は個々の国民の代理人ではもちろんない。立法議員と国民の関係である「代表」の意味については「代表」か「半代表」かの議論がある。樋口陽一教授によれば（憲法〔一九九二年、創文社〕三〇一頁以下）、もともと、選出母体による議員への拘束を禁止して代表者の独立性を確保する禁止的な規範的要求が強調され、この代表関係の成立には選挙による信任関係も必要ないとされていたが、その後、国民の意思を反映する積極的な規範的要求という側面が意義づけられてきて、この趣旨が選挙の必要性和結合されてきたという。こうしたことを参考にすると、裁判官は政策的な判断を要求されるときでも、いずれか国民の一部の利害を代理するのではなく、選出母体の利益を図るものでもなくして、国民全体にとって何が正義なのかを自らの判断に従って行動すべき存在であり、この点からは禁止的規範の要求が強く、従って公選にする必要性は低い。

また裁判官の正義はむき出しの正義ではなくして専門的・技術的な裏付けと表現能力を伴った正義であるから、そのような人物を法律の専門家でない国民がよく選出できるかは疑問である。以上の点から、裁判官の公選がそもそも妥当なのか、また仮に妥当としても日本でその前提たる基盤が成熟しているかということを見ると、答は消極的にならざるをえない。

#### 四 陪審裁判と国民の自立性

陪審裁判は国民から偶然選任された陪審員が一回限りに職務を遂行するから、その判断にあたっては私的利害の誘惑・権力への迎合その他公平な判断を歪曲させる要素が少なく、従ってもっとも自立・自律性が強いといえよう。この点、参審制は裁判所との継続的な関係が生じるから、その参審員の選考や再任のあり方次第では裁判所への心づかいなど無用な要素が裁判の判断に持ち込まれる虞があり、その意味で陪審裁判と比較すると、自律性が落ちる。モンテスキューがその「法の精神」のなかで「人々の間でひどく恐れられる裁判権力が、ある身分にも職業にも結びつけられないので、いわば眼に見えずに無になる。」（野田良之訳・法の精神上巻 [一九八七年、岩波書店] 二一三頁）と述べたのは通常裁判での陪審制を主張したとの理解もできるが、これは彼が、司法権力が立法権力ないし執行権力と結合されたときの恣意的・圧制的な専制力を恐れた結果、これを一〇〇%回避する方策として考えついたことではないだろうか。国民主権の下において陪審員が公訴事実を認定しながらも無罪を答申することは、とりもなおさず一般意思の発動たる法律の適用を拒否することであるが、これは一般意思の原則性を具体的事例で国民自身が破ることに過ぎないから国民主権の否定ではなく、また一般意思を具体的事例に適用することは正義に反するという陪審員の行動は、司法の担い手たる国民自身が高次の法を観念することによって一般意思たる多数者の考えを拒否することであるから原則として法の支配を貫徹することにつながる。このように見ると、陪審制は制度的にもっとも判断権者の独立性を保証しかつ民主的な根拠に支えられたものといえることができる。しかしながら、裁判のすべての分野にわたって陪審制を採用できないし、職業裁判官を排除することは誤りである。なぜなら、裁判がその独立性の高さと民主的な基盤を有するからといって、裁判の内容が正義に合致する保証にはならないからである。すなわち、陪審の判断は個別的例外的には衆愚的な傾向を示すこともありうるし、また裁判が



技術的・専門的要素を持つ以上、陪審員とは別に、民衆からの独立性が高くかつ法律専門家たる裁判官の介入は必要である。こうしたことは、中世から近世に掛けてヨーロッパ・アメリカで猛威を振るった魔女裁判の歴史を一瞥するだけで明らかなことである。陪審員が関与した多くの魔女裁判の悲劇が存在する。もちろん、職業裁判官による魔女裁判の悲劇も同じように存在する。重要なことは、陪審制の持つ裁判の独立性の高さと法律専門家たる裁判官の独立性の高さを正しく組み合わせることである(拙稿「素人裁判官と職業裁判官」第二東京弁護士会紫水会一〇周年記念誌[一九九一年]一五六頁以下)。また陪審制は、司法の民主化という観点からも理解し易い。国民が直接司法に参加することは、現状ではまだまだ特権的といわれかねない程の少人数の弁護士が裁判官に参加するよりも、民主化と呼ぶにははるかにふさわしい。参審制も、この点では同様に司法の民主化にはふさわしい。しかし、いずれにしても今まで述べたように、民主化という名の衆愚化に墮すことのないように知恵をだして制度を工夫することが重要である。

## 五 今後の展望

(1) 法の支配の最終的担い手たる裁判官の選出について、主として法曹一元の角度から検討してきた。ここで、司法の民主化という観点からの議論の中で出されている「国民的基盤論」について言及したい。この議論は前述したように、国民とより直接のつながりを持つ弁護士を裁判官として選任すると、司法が国民的な立場に立つという議論である。弁護士が国民と直接のつながりをもつということは、私の理解では弁護士が法の支配を担う第一次的な責任を持つということであるから、異論はない。ただ、だからといって弁護士から裁判官を選任すると、直ちに司法が国民的な立場に立つといえるかは別の問題である。国民的な立場に立つということは、弁護士が特権的な立場にはい

ないことをまず国民から理解され、かつ、そのうえで弁護士が国民から尊敬されていることが大前提である。こうした前提が満たされて初めて、実際の裁判の結果が国民の正しい意向を反映しうると自信を持って言えることになろう。

しかし、何度も繰り返すが、わずか一万五〇〇〇人しかいない、特権的ともいえる日本の弁護士が果たして国民から十分な尊敬と支持を受けているだろうか。そもそも弁護士を直接知らない国民も多数いるのではないだろうか。漠然と弁護士が「偉い人」「近寄り難い人」というふうに見ている国民もたくさんいるのではないだろうか。自分が弁護士に依頼することになるという眼で弁護士を身近な存在として見ているだろうか。そして、弁護士が法の支配の第一次的な責任を担っているということをごだけ理解してもらっているだろうか。京都大学が実施した市民アンケートで、自由と権利の擁護者の第一位が警察という市民意識の結果が出たのはまだ一九七七年のことである

(注⑦)。したがって弁護士の役割について、国民から十分な理解がなければ、なぜ弁護士のみが裁判官になれるのかは決して賛同を得られないだろう。そうした状態で法曹一元をいっても、それは弁護士の第二の就職先を独占的に確保する制度としか理解されないかもしれない。いわば、弁護士にとっての「天下り」ならぬ「天上り」先というわけである。それでは、決して国民の基盤にたっているとは理解されず、たんに特権的な立場に立った裁判官制度としか評価されないのではないか。国民の立場からすれば、裁判官はいろいろな意味ですぐれた人になってもらいたいわけで、弁護士に給源を制限することが果たしてその目的に反しないか当然ながら疑問が沸くはずである。萩原金美教授は、法曹一元は司法の民主化に寄与するとしても、第一次的にはいかにしてすぐれた裁判官を確保するかという見地にたって考えるべき問題であると指摘される（「法曹一元〔論〕の試論的検討」神奈川大学法学研究所研究年報〔一九八三年〕一頁）。確かに、法曹

一元が国民にとってすぐれた裁判官を確保できる見通しがなければ、そもそも国民の立場に立って制度改革をしているなどとは言えないだろう。

(2) 弁護士から裁判官を選任する制度にすると、果たしてすぐれた裁判官が確保できるだろうか。前述したように、自立した「強い」裁判官を確保するためには、少なくとも現在のキャリアシステムでの裁判官の「弱い」状況と対比すると、はるかにすぐれた人材を確保できると思われる。そして、裁判官に求められるいくつかの資質の中でこの点の要素がもっとも重要なもののひとつであると思う。しかし、「強さ」の点の資質の確保は、果たして弁護士から選任された裁判官でしか成功できないのかとなると、率直に疑問が残る。たとえば、大学教授を当然に排除することは人材の確保の観点からももったいない話である。

また、裁判官に求められるその他の資質をどの程度満足させられるかも同様に大きな問題である。イギリスの法曹一元が、「強い」裁判官を再生産してきたことは前述したようにグリフィスの意見でも確認できたと思うが、「強さ」を前提にしたうえでどういう裁判官を理想と考えていたのか、エドモンド・バークの古典的名著「フランス革命の省察」（半澤孝麿訳 [一九七八年、みすず書房] 五四頁以下）を見ると、ことはそんなに簡単ではないことが分かる。彼は、口を極めてフランス革命を批判しているが、その中で革命の指導者に弁護士が多いことに言及して次のように言う。「議会の大部分を構成していたのは、自らの国に対してその学問や思慮深さや廉直さの証を示してきたすぐれた判事たちではありませんでした。法廷の栄光たる一流の弁護士達でもありませんでした。大学の高名な教授達でもありませんでした。・・・大部分は法曹の中でも下級の、無学で職人的な、単に補助的立場の人間どもでした。・・・彼らは、統率者としてではなく補助者たるべく作られた人間なのです。専門職的な、また職業集団的な

習慣の枠に余りにも閉じ込められて、いわばその狭い世界で繰り返して仕事するのが慢性化してしまった人々は、人間に関する知識や、複雑な事象の経験や、多様で込み入っている内外の利害——国家という名のあの多面的な事象を形成する諸利害——についての総合的統一的な見解等に依存する事柄については、処理する資格があるどころか、むしろ、無能力になってしまうものです。・・・美德と叡智以外には統治のための資格はありません。」。フランス革命に関する彼の意見については大いに異論がありうるが、かれが批判する「下級弁護士」の人物像は、現代の多くの官僚裁判官（もちろん、弁護士自身に対しても同様であるが）が陥りやすい盲点への批判として読み替えることができるものであり、示唆的である。ここには、裁判官は狭い法律専門家であるだけでは足りないことが示されている。さらに、萩原教授も引用されているメガリ（金子文六ほか訳・イギリスの弁護士・裁判官〔一九六七年、中央大学出版〕一六七頁）の指摘する裁判官像——その人は十分大きな人間であるか、確実な人間であるか、均整が取れ奥行きのある広い人間であるか、彼には激情を伴わない熱心さ、放縦を伴わない寛大さ、そして無限の忍耐力があるか。——などの資質を持った人間をどうやってうることができるのか。裁判官に求められる資質をこうして検討し始めると、果たして、今の日本の少数の弁護士からのみこうした人材を得ようとするのが成功するか、はなはだ疑問に思えてくる。

（3）さらに、一定以上の資質をもった弁護士にその業務を廃業ないし中断して裁判官に就任させることの困難さ（注⑧）、こうした裁判官を全国的に公平に配置する困難さなどを考えると、言葉通りの意味での法曹一元制度を採用する具体的な道筋を想定することは至難のことである。

一方、官僚裁判官制度であっても、その弊害を除いて運用できれば、決して悪い側面のみではないことを木佐茂男教授は紹介される（人間

の尊厳と司法権 [一九九〇年、日本評論社]、テキストブック現代司法 [一九九二年、日本評論社)。すなわち、イタリア、スウェーデン、ドイツ、フランスなどの司法改革を紹介され、裁判官の独立に悪影響を与える転勤、昇進、給与、研修、などの要素に工夫をこらしている各国の状況を紹介されている。こうした指摘を受け、法曹一元の制度実現化の困難性に直面すると、法曹一元を目指すことを棚上げしてもよいのではないかという気持ちにもなる。

(4) こうして「国民基盤論」の検討を始めてみて、その前提条件が日本で熟していないことを直視し、合わせて法曹一元実現の現実性に言及してきたが、ここで現れた法曹一元の困難性を承知のうえでなおかつ、やはり、裁判官制度の方向性としては法曹一元に向かうべき姿勢を堅持すべきであると思う。

その大きな理由は、国民の弁護士の役割に対する認識が増大し、これにともない、弁護士に対する好意的見方が増えているということである。一九九二年一月に行われた日弁連の第一四回司法シンポジウムで、裁判制度に関する市民アンケートを実施したが、筆者の所属する第二東京弁護士会もこの協力の一環として東京都民に対してアンケートを実施した。この論文を執筆段階では日弁連全体の結果はまだ明らかにされていないが、第二東京弁護士会が電話帳で無作為に抽出したアンケートなどの結果を見るかぎりでは、弁護士の役割に対する期待、法曹一元制度に対する好意的見方が増えていると思われる(注⑨)。

市民の弁護士への評価が着実に上がり、今後弁護士の人数が飛躍的に増加し、市民・企業との距離感が短くなり、国民生活のすみずみにまで法の支配が及びかつ弁護士が尊敬される対象になれば、弁護士が名実共に国民の立場に立つという状態を実現できるのではないか(注⑩)。そしてそういう状態になって、いったい誰が法曹一元に理念としての反対を出せようか。そうした段階では、弁護士は総体として国

民の法的な状態を把握している唯一の組織であり、弁護士総体（すなわち、弁護士会）は国民から法的な問題の処理をすることの信任を受けているというべきで、そうした信任を受けている組織が裁判官を推薦することは、国民自身が間接的に裁判官を推薦することと同視できるから、裁判官の選出は国民的基盤に立つといえるのではないだろうか。このように考えると、法曹一元は司法の民主化の観点からも位置付けられることになる。

ただし、弁護士が国民から真に名誉ある地位にあることを認められたときには、当然のことながら、弁護士会の社会的地位と役割の大きさは現在とは比較にならないほど大きくなっているはずである。そうした状態では、弁護士会と弁護士でない法律家、たとえば大学教授などとの日常的な協調関係ははるかに活発化しているはずであり、そうした継続的な関係から蓄積される情報を基礎にして「強い」かつすぐれた裁判官に適任な者を弁護士会がその責任において推薦することを考慮すべきではないだろうか。自立しかつ国民に基盤を持った民主的な基盤を有する弁護士会が裁判官を推薦する以上、裁判官の候補者を狭く弁護士だけに限定する合理性はないと思われる。イギリスで法曹一元が実現しているのは、歴史的な必然性と偶然性があり、これを日本にそのまま持ち込むのは無理がある。またアメリカで弁護士から裁判官を選出するといっても、七〇万人とか八〇万人という多数の弁護士資格者がおり、また必ずしも事務所を設置して法律事務を担っているものだけではなくて、行政などの組織で働くものもその対象であるから、日本で議論されている法曹一元とはその内容が相当異なる。したがって、我々がこうした英米との歴史を参考にしながら、これから日本で考えるべき法曹一元とは、弁護士会が弁護士を中心にして広く自立した人材を裁判官として推薦しかつ裁判官組織が決して官僚化しないシステムということになるであろう。こうした意味での法曹一元制度をどのように今後構築していくかについては、現在の筆者の

力量を越える。それはすぐれて実践的な課題であり、いずれ構想をまとめたいと考えている。

注⑦ 田中成明・現代日本法の構図（一九九二年、悠々社）二二頁、なお、同調査によると、第一位が警察で三一、九％、第二位が家族で三〇、四％、第三位が裁判所の二五、五％である。また、一九七四年のNHK調査の結果も掲載されているが、これによると、第一位が裁判所の三〇％、第二位が警察の二六％、第三位が家族の二二％となっている。

⑧ グリフィス＝ハートレー・前掲二〇七頁によれば、一九七九年段階でイギリスの裁判官の数は約一〇〇人である。日本の感覚でいうと最高裁判所の判事か高等裁判所の裁判長クラスである。この程度の人数であると、名誉・使命のため弁護士を経済的なメリットを放棄しても裁判官になる動機付けになるのかもしれない。なお、巡回裁判官と記録裁判官が合計で約七〇〇名いるが、彼らは大法官によって無能力または非行を理由に罷免させられるのであり、身分保障はない。

⑨ アンケートは各種のやり方合計六八六通回収した。そのうち、無作為方式の一三四通は、電話帳から無作為で相手先を抽出して四五〇通郵送でアンケートの回答を依頼した結果である。「自分で解決できない法的問題にぶつかった場合、誰に相談しますか」という問いに対しては（複数回答可）、七五％が弁護士あるいは弁護士会を選択しており、市役所・警察など行政窓口（三〇％、警察を選択した者は一三％）を選択した割合よりはるかに多い。また、「わが国では、司法試験に合格した人がそのまま裁判官になるという制度が採用されていますが、英米諸国においては、一定期間弁護士を経験してから後に裁判官になるという制度（「法曹一元制」といいます。）が採用されています。このような英米諸国で採用されている法曹一元制という制度をわが国でも採用することについてどのように考えますか。」という問いに対して、賛成したものは八〇％に上り、反対は二％に過ぎなかった（陪審制・参審制への賛成が四三％しかないことと比較すると、法曹一元に対する好意的評価は著しい。）。弁護士に対するイメージについては、全体として好意的評価のほうを選択した割合のほうが多いが、否定的評価や評価の保留が目立ったのは残念

である（「清潔である」を選択したのは、一七％、「金儲けに走る」を選択したのは、二八％、「庶民的で温かい」を選択したのは、三％、「エリート的で冷たい」を選択したのは、一二％）。しかし、弁護士に相談をしたことのある経験者のほうがそうでない人よりも弁護士や裁判に対する評価が全般的に高く、このことは我々が将来への自信を持つに十分である。なお、私は法曹一元制度への導入賛成と弁護士に対する国民の好意的評価の比例度が高いと予測していたが、これから見ると、必ずしもそうではない。この点の分析については今後検討を要する。ただ、現時点での感想を言えば、弁護士と裁判官のイメージについて、総体的に弁護士の方がはるかによい。たとえば、信頼できるという回答を選択したのは、弁護士は、三六％、裁判官は二七％、人の言い分をよく聞くという回答を選択したのは、弁護士は二三％、裁判官は、九％、弱者の見方という回答を選択したのは、弁護士は、八％、裁判官は四％、という具合である。その他、弁護士のほうが裁判官よりも選択率の高かった項目は、親しみやすい、庶民的で温かい、社会常識がある、などであり、逆に裁判官のほうが高かったのは、正義を重んじる、人権を重んじるなどであった。こうした結果から見ると、裁判官のイメージは予想以上に悪いという感想であり、この反動が、法曹一元への圧倒的な賛成に結びついていると思われる。このアンケート調査は、母集団が少なく、これのみで断定的な結論を出すことは慎重にしなければならないが、二弁の無作為抽出以外の母集団のアンケートもほぼ同様の傾向を示しており、日弁連の全国集計の結果に興味こそされる。

なお、弁護士に相談または依頼したことのあると回答した人は、一三四人中七四人にのぼる。回答者の五五％である。回答をしなかったものが全員弁護士への相談または依頼の経験がなかったとしても、少なくとも都民の世帯主クラスの一六％以上の方が弁護士へ相談などをした経験を持っていることになる。この数字は予想以上に高かった。イギリスの一九七七年の調査（上原正夫「英国における弁護士の利用状況」判例タイムズ四一四号四六頁）によれば、過去に弁護士に依頼したことのある者の割合は五七％という結果が出ている。これにはどうも及ばないが、少なくとも都会では、弁護士の数の多さもあり、市民にとって弁護士はよほど身近な存在になりつつあると考えてよい。



⑩ 弁護士が、訴訟活動のみならず、日常的なレベルで各種の法律的な相談活動・助言活動などに従事することは、今後ますます増えるであろう。このことは、法の支配の第一次的な活動を質・量とも大きくすることであり、弁護士のプレザンスの増大にとって歓迎すべきことである。裁判官の担う役割は法の支配の実践活動のうち、ごく一部分にしかなくなるであろう。かつて、訴訟の弁護士関与率の低さをもって弁護士と国民との結びつきの弱さを指摘する声があったが（たとえば、三ヶ月「現代の法律家の職能と問題点—弁護士」三二二頁）、今後はそのような指摘はあたらぬことになろう。

## 五 要 約 及 び 結 語

（１）自由で住みやすく、構成員の正しく合理的な合意に基づき運営される社会を確保するのが、法律家の使命である。ともすれば社会で発生しがちの専制は、こうした正しい合意の形成を妨げる虞があるから、法律家は、専制への動きを未然に防止し、また専制が行われるときにはこれを取り止めるように社会に働きかけねばならない。正しい合意の内容を最終的に判断するのは法律家である。法の支配が実現できている社会とは、正しい合意が社会の最高の規範であることをその構成員が認めており、かつ正しい合意が実現できている社会をいう。その社会の歴史的段階によって、合意を形成する過程は異なることがあっても、あるいは、君主政でも民主政でもその政体を問わないが、法の支配が観念として社会に許容されているところでは、法律家が法の支配の実現に向けてなす努力はその社会で最高の尊敬を受け、法律家は社会で名誉ある地位を得る。またそのような社会では、おのずから法律家の経済的基盤も強くなり、これも社会的発言力の強さを増大させる要因となる。

近世以降において法の支配の観念が社会で主流であったのは、イギリスとアメリカである。ドイツ、フランスは専制支配によってこの観

念は発達しなかった。日本も同様である。したがって、イギリス・アメリカを除いては法律家は、社会で名誉ある地位を占めてこなかった。日本では、憲法の施行により、初めて法の支配の観念が取り入れられたが、この観念は、社会の通念にはまだなっておらず、生成途上というべき状態である。

弁護士法第一条は、法の支配の基本的枠組みを維持する尊さを表現したもので、法曹三者に共通する使命を表している。弁護士は、法の支配実現の第一次的役割を果たす。その弁護士が自らの役割を社会の構成員に納得させ、法の支配の観念が社会の通念になったときには、弁護士団体が法の支配の最終担当者たる裁判官を選出する法曹一元が実現できる基礎ができたといえよう。裁判官は法の支配を実現する最終担当者であるから、立法・行政に司法の存在感を主張していくには、「強い」裁判官が必要である。イギリスの法曹一元の歴史はそれを教えている。特に日本のように法の支配の観念が従前なかっただけに、また日本人は集団主義が濃厚なだけにその要請は一段と強い。民主政の下における裁判官の選出方法という角度からみても、国民に直接その基盤を置き、国民の法的状態の全般を把握している弁護士団体が、裁判官を選出することが好ましい。独立心の強い者の中からその他の資質を加味して民主的な基盤を有している弁護士団体が裁判官を推薦することは、選出された裁判官に民主的な正当性を付与し、その立場に「強さ」を付与するからである。また、「強さ」を維持するには、昇進などの官僚システムがない方が好ましい。

日本は、法の支配の観念の発展過程にあるから、今後、弁護士がなすべきことは、司法のプレゼンスをあらゆるところで大きくすることである。司法改革のあらゆる方向はこれに向けられなければならない。弁護士人口を増大させるべきか否かの議論はこの観点から深めねばならない。「業務派」と「人権派」とのいがみ合いは、こうした大状況の認識がない有害無益なものである。

弁護士の役割への社会の評価も確実に高くなっている。この方向の先には法曹一元の実現が見えてくるだろう。

(2) 日本における弁護士のプレゼンスは確実に増大している。しかし、司法総体としてのプレゼンスが大きくなっているかと問われれば、肯定的回答は困難かもしれない。司法のプレゼンスを大きくするには、もはや裁判所をあてにしているだけではだめである。しかし、裁判所と対立するばかりが能ではない。在野精神という言葉が、弁護士が裁判所と対立すればよいという発想の役割しか果たしていないとすれば、これは、この言葉を使用する人の精神の怠慢の表れというべきである。法の支配の観念が法曹三者の共通の使命になった時代においては、こうした発想は明らかに、時代錯誤でしかない。司法のプレゼンスを大きくするためには、法曹三者の真の対話協同が必要な時期であり、立法・行政のプレゼンスに比較して弱小な司法のために、一刻も早く力を合わせるべきである。法の支配の正しい理解を通してこれを法曹三者の共通の使命たるべきことの認識を一致させねばならない。しかし、在野精神という言葉が、法の支配の実現を目指す魂を意味するものとして使用が可能であるならば、それもいいと思う。法の支配という観念は、すぐれて実践的なものであるから、弁護士の多くが伝統的に親しんできた在野精神という言葉に新たな装いをさせることで実践的な役割の意義が出るものならば、在野精神という言葉を手放さず、これを法曹三者に共通なものとして積極的に利用することが現実的であろう。

(3) 裁判所の破綻した司法行政の彌縫策に利用されるとの根強い意見があるにもかかわらず、弁護士任官に向けて弁護士会は一步を踏み出した。現在弁護士会で具体的に検討されているパートタイム裁判官（非常勤裁判官）への動きも、法曹間の不毛な対立を抜け出す動きであり、司法の将来に大きな期待を抱かせられるものである。司法のプレゼンスが小さい裁判所にわざわざ任官するすぐれた弁護士は多

くは望めない。法曹一元を目指して弁護士が司法改革を実行するならば、自らの魅力的な受け皿を作るため、司法のプレゼンスの増大に向けて自らもあらゆる面で改革を積み重ねていかねばならない。時代は、まさに転換点である。

#### （４）最後に

古賀正義弁護士が、「弁護士の地位も役割も機能も、そして弁護士法制もまた、政治的・経済的・社会的に規定されるのであって、これらの歴史を顧みることなしに弁護士の歴史を書くことは、弁護士史が真空の中における発展過程でない限り、できないはずである。」（「日本弁護士史の基本的諸問題」・講座現代の弁護士三巻〔昭和四五年、日本評論社〕）と書かれてから二〇年以上経過した。この論文に多くの示唆を受けた読者の一人として、法律家のあり方について社会構造との関連の中で若干の整理をしてみたいと思っていた。この試みは大ざっぱなもので、成功したとは言い難いが、思いがけず執筆の機会を与えられたことを編者のかたに感謝したい。また、執筆過程で、編者その他の執筆者との議論から多くのことを教えられ、刺激を受けたことに感謝したい。



