

田中成明

日本法 轉換期の



岩波書店



112
I 2
952

日本法の 轉換期の



田中成明

岩波書店

田中成明 (たなか しげあき)

1942 年兵庫県生まれ。1964 年京都大学法学部卒業。
現在一京都大学大学院法学研究科教授。

専攻—法理学。

主著

『裁判をめぐる法と政治』(1979 年, 有斐閣)。『現代
日本法の構図』(1987 年, 筑摩書房, 増補版, 1992
年, 悠々社)。『法的思考とはどのようなものか』
(1989 年, 有斐閣)。『法の考え方と用い方』(1990
年, 大蔵省印刷局)。『法的空間: 強制と合意の狭間
で』(1993 年, 東京大学出版会)。『法理学講義』
(1994 年, 有斐閣)。『現代社会と裁判』(1996 年, 弘
文堂)。『法学入門』(1999 年, 放送大学教育振興会)。

転換期の日本法

2000 年 12 月 20 日 第 1 刷発行

著者 たなか しげあき
田中成明

発行者 大塚信一

発行所 株式会社 岩波書店

〒101-8002 東京都千代田区一ツ橋 2-5-5

電話 案内 03-5210-4000 <http://www.iwanami.co.jp/>

印刷・理想社 カバー・半七印刷 製本・松岳社

© Shigeaki Tanaka 2000

ISBN 4-00-002716-6

Printed in Japan

☐〈日本複写権センター委託出版物〉本書の無断複写は、著作
権法上での例外を除き、禁じられています。本書からの複写
は、日本複写権センター(03-3401-2382)の許諾を得て下さい。

目次

プロローグ 1

はじめに 1

一 現代法システムの変容とその課題 4

1 強制的命令システムから議論・交渉フォーラムへ 4

2 法への相互主体的視座の確立を 7

二 多元的法モデルによるアプローチ 11

1 “法的なるもの”の拡散と核心 11

2 法の三類型モデル 12

3 法システムの自立性と「非」法化」「反」法化 16

4 「法化」論議への対応戦略 18

三 現代日本法の問題状況 20

1 問題の所在とその背景 20

2 現況打開の方向と課題 25

本書の構成

25

第I部 現代日本の法状況

29

第一章 転換期の法システムとその背景

31

はじめに

31

一 変貌する法システム

33

1 規制国家と管理型法

33

2 多元的調整フォーラムへの変容

37

二 法システムの正統化と正義論

41

1 法システムと自由主義・民主主義

41

2 多様なリベラリズム正義論とその批判

44

3 現代日本の問題状況

48

三 法をめぐる賢慮・科学・政策

54

1 法学の科学化構想

54

2 法学の復権

57

3 法学・法学教育への挑戦

62

むすび

66

第二章 問題状況の回顧と残された課題	75
——法の自立性をめぐって——	
はじめに	75
一 対立する法の見方のなかで	77
二 リーガリズムの反省と擁護の間で	80
三 議論・交渉フォーラムとしての法的空間	84
四 いまなぜ法の自立性か——「法化」「非」法化」論議の背景にあるもの	88
むすび	93
第三章 日本の法観念	101
——その過去、現在、そして将来——	
はじめに	101
一 日本と西洋の法観念の比較モデル	102
二 日本の伝統的な法システムと法観念	104
三 日本における法の近代化	109
四 最近の法観念・法実務の動向とその評価	113

むすび	118
-----	-----

第四章 現代法システムの“多元的調整フォーラム”

への変容	125
------	-----

その背景と可能性について

はじめに	125
------	-----

一 法システムの社会的機能の変化	129
------------------	-----

二 裁判の機能の拡大か縮小か?	136
-----------------	-----

むすび	143
-----	-----

第五章 法システムの相互主体的動態化をめざして

——私的自治論と契約理論の動向を手がかりに——

はじめに	153
------	-----

一 現在の法状況とその課題	156
---------------	-----

1 管理型法システムの肥大化	156
----------------	-----

2 法システムへの相互主体的視座の成熟	158
---------------------	-----

3 自治型法の重視と規制緩和論の影響	160
--------------------	-----

二 変容する日本法の行方	164
--------------	-----

1 リベラルな基本権アプローチ	164
-----------------	-----

2 「法のプロセス化」論	166
3 共同体主義的な関係的契約理論	168
むすび	171

第六章 刑事法制における相互主体的視座の確立を

めぐって

——社会統制の「法化」「非法化」との関連で——

はじめに	177
------	-----

一 法システムへの視座と刑事法制の位置	180
---------------------	-----

1 刑事法制の位置づけ	180
-------------	-----

2 刑事手続と自由刑の「純化」論をめぐって	183
-----------------------	-----

二 わが国の刑事法制の「法化」「非法化」を	
-----------------------	--

めぐって

1 「法化」「非法化」論議からみた問題状況	189
-----------------------	-----

2 リーガリズム的「法化」論とパターンナリズム的「非法化」論	193
--------------------------------	-----

むすび	196
-----	-----

第七章 社会保障への法的・権利論的アプローチを

めぐって	199
------	-----

はじめに 199

一 正義論からみた福祉の位置 201

1 リベラリズム内部の対立 201

2 リベラリズム批判 206

二 「法化」「非法化」論議における社会保障法 210

1 政策問題への法的対応のディレンマ 212

2 パターナリズム、プロフェッショナルリズムの問題 214

3 司法的救済の限界 216

むすび 217

第Ⅱ部 司法改革の背景と展望 223

第八章 現代司法の位置と課題 225

はじめに 225

一 戦後司法の基本構造とその展開 229

1 ドイツ型司法からアメリカ型司法へ 229

2 戦前との断絶面と連続面 230

3 法曹の組織と基盤 233

4 展開の軌跡 235

二 現代司法の役割とその正統性	238
1 司法の特質	238
2 紛争解決機能の現代的変容	243
3 司法の政策形成機能	246
三 司法の容量と基盤	251
1 「小さな司法」の現況	251
2 拡充の不可避性とその方向	254
3 拡充の可能性とその条件	259
むすび	261
第九章 司法制度をめぐる「法化」と「非」法化	267
はじめに	267
一 「法化」「非」法化」論議からみた日本の司法	269
二 現代型訴訟と司法機能の拡大	274
1 現代型訴訟	274
2 裁判所の対応姿勢	277
三 代替的紛争解決手続と訴訟機能の変容	282
1 ADR評価の変遷と現況	282
2 「非司法化」による「法化」政策	286

3 インフォーマルな手法による訴訟機能の拡大	288
むすび	290

第十章 岐路に立つ弁護士

——その背景と展望——

はじめに	297
------	-----

一 弁護士モデルの変遷と「法化」「非法化」論議	298
-------------------------	-----

二 法システム・裁判の変容と弁護士活動への影響	302
-------------------------	-----

1 法システムの機能拡大と「法律事務」の変貌	302
2 裁判の位置と役割の変容の影響	306

三 弁護士活動の拡充の方向とその理念	311
--------------------	-----

1 四つの弁護士モデルについて	311
2 弁護士を取り巻く厳しい環境	316

むすび	320
-----	-----

第十一章 法曹養成制度改革と大学の法学教育

——日本型法科大学院構想について——

はじめに	325
一 法曹養成制度改革論議の展開	328
二 大学の法学教育と最近の環境変化	332
1 法学教育と司法試験	332
2 大学内外の変化への法学教育の対応	334
三 法曹養成への大学法学教育の関与の諸形態	340
1 大学の対応の基本的な方向	340
2 大学院レベルでの対応	343
3 日本型法科大学院構想——学部レベルからの再編成	347
四 法科大学院構想の課題と問題点	354
1 大学の対応態勢の整備	355
2 試験・資格認定など外的条件の改革	356
3 改革論議の進め方	362
むすび	364
エピローグ	373
一 日本法の行方	373
1 法の支配と“多元的調整フォーラム”	373
2 日本法におけるパターンリズムとインフォーマリズム	376

二	司法制度改革の課題	380
1	司法改革をめぐる法の支配と規制緩和	380
2	司法の制度的基盤の整備	382
3	司法の人的基盤の整備	385
三	法文化の転換と法学の教育研究	388
1	法文化の転換と公民教育	388
2	法科大学院と法学の教育研究	391
	あとがき	397
索引		

プロローグ

はじめに

わが国は、内外の急激な環境変化に対応すべく、ほとんどあらゆる領域で構造改革を迫られており、重大な転換期にある。一九九〇年代に入って、政治改革・行政改革・財政改革・規制緩和・金融改革・地方分権など、次々と重要な改革が推し進められてきた。けれども、いずれの改革も、種々の要因に阻まれ、必ずしも円滑に実施に移されてきているとは言えず、二一世紀を目前にして、厳しい状況が続いており、その行方は定かではない。

グローバル化に限らず、高度情報化・価値観の多様化など、最近の環境変化は、国境を越えて作用し、しかも、そのインパクトは急速である。わが国の従来の国内システム・制度は、このような変化に的確に応答できる柔軟な仕組みを欠いており、いわゆる制度的疲労に起因する事件が相次いで発生している。一般の人々の間でも、最近の変化の意味するところを十分に理解できないことも相まって、善き生の追求とアイデンティティ確立についてこれまで慣れ親しんできた基盤が揺らぎ、不安感が拡がっており、社会全体に不透明感が漂っている。

わが国が今日直面しているこのような状況は、明治維新と戦後改革に匹敵する第三の変革期と位置づけられることが多い。現在進行中の諸改革には、明治維新や戦後改革と比べると、わが国独自の政治経済・社会・文化などの変容という内発的要因に規定された側面が以前よりは強くなっているけれども、グローバル化や西洋諸国の圧力など外発的要因のほうがより強力な推進力となっているという基本的な構図はあまり変わらない。だが、以前の二回の改革が、基本的に西洋モデルを輸入し改良するという「追いつき、追い越せ」型アプローチで対応できたのに対して、今回は、このような出来合いのモデルはなく、わが国が自力でその将来を方向づけるモデルを創り出さなければならないという大きな違いがある。しかも、グローバル化した環境のなかで、国内レベルと国際レベルの変容が連動して進んでおり、以前のように、「ウチの論理とソトの論理」を使い分けて対応することが許されない状況にある。我々は、世界的な潮流を見定めつつ、それに照らしてわが国の伝統的なシステムや文化を見直し、わが国のアイデンティティを見失うことなく、国際的にも通用する独自のモデルを創り出すことを求められているのである。

法システムや司法制度も、このような動向の例外ではない。現在進行中の各種の改革と連動して、現に、法システム全体が構造的変容を遂げつつあるだけでなく、法システムの要となるべき司法制度を強化拡充すべく、抜本的な改革をめざす論議が展開されている。

わが国の法システムと法文化の特徴は、古くは中国の律令法制、明治期には大陸法系のドイツ・フランスなどの法制、戦後は英米法系のアメリカ法制という、三つの法系を異にする外国法を次々と継

受して発展してきたところにみられる。そして、日本法のこのような接ぎ木的特質の故に、わが国の法システム、とくに法文化については、西洋諸国とはかなり異なった「特殊性」がみられることが指摘されてきている。このいわゆる特殊性をどのように理解し評価するかが、わが国の法システムや司法制度の改革の方向を見定める場合にいつも重要な争点として浮上し、議論の方向づけにおいて無視できないウエイトを占めている。しかも、世界的に「法的なるもの」の拡散傾向がみられるなかで、従来このような特殊性論議の暗黙の準拠枠組とされていた近代西洋法の普遍性要求に対する批判と反省が強まっており、わが国の法システムや法文化のいわゆる特殊性についても、いかなる意味で特殊なのか、およそ普遍性を欠いたものかどうか、また、とかくプリ・モダンの側面が強調されるが、ポスト・モダンの側面ももっているのではないかなど、様々な観点からの見直しが試みられていることが、論議を一層錯綜させている。

法システムや司法制度の改革論議は、法や裁判の市民社会的基盤が脆弱であったこともあって、とかく専門技術的な問題とみられ、法曹や官僚などの専門家主導で進められてきた。けれども、法システムや司法制度が直面している諸々の課題は、従来の法律学的論議の枠内での各種の専門技術的な対応の積み重ねがもはや臨界状況にあることを示している面もある。我々が直面している問題状況の深さと拡がりを、より広くその思想的・比較史的背景にまで遡ってとらえ直し、また、市民一人一人の生活の質に関わる問題として受け止め、日本法の進むべき方向を指し示す原理的な指針を再構築することなしには、現況を打開する展望も切り拓かれないであろう。

本書は、このような重大な転換期にある日本法の現況とその背景を明らかにし、わが国の法システムと司法制度が、ますますグローバル化が進むと予測される二一世紀において、自由で公正な社会の基幹のインフラとして国内外で期待されている役割を適正に果たすためには、どのような方向に改革されるべきか、その展望と基本構想を提示しようとする試みである。

プロローグでは、まず、本書における考察の一般的前提として、現代法への原理的視座とアプローチについて、私の基本的な考え方を提示し、その概要を説明をしておきたい。

一 現代法システムの変容とその課題

1 強制的命令システムから議論・交渉フォーラムへ

わが国において法や裁判の市民社会的基盤が脆弱であることは、「お上の掟」、「お上の裁き」などの言葉に象徴されるように、一般の人々が、法や裁判を強制的で権力的なものとみて、法や裁判を用い動かす主体としてよりも、その規制や裁定を受ける客体として意識する姿勢が依然として根強く残っていることと密接に関連している。このような法イメージは、わが国の伝統的な法システム・法文化が、儒教的徳治主義の補助手段であった律令制的法治主義の影響のもとに形成されたことによるところが大きい。法システムが近代西洋法をモデルに近代化されはじめ、大陸法系の「法治国家」思想