

# 会 員 各 位

平成13年2月12日  
兵庫県弁護士会所属 (48期, 旧姓 寒竹)  
弁 護 士 武 本 夕 香 子

## I はじめに

兵庫県で行われた先の市民集会で、中坊公平氏が兵庫県弁護士会に対して「このような集会で自己満足している段階ではない」旨の叱咤激励されたそうですが、司法改革は、果たしてこのままの方向で突き進んでしまって良いのでしょうか。

今回の司法改革は、100年の大計を決めるべき大改革であり、方向性を見誤ってしまつては、市民を大変な不幸に陥れることになります。司法改革の方向性を決めるについては、いくら議論しても議論しすぎることはありません。しかし、残念なことに、現在に至つても、司法改革についての一方的な情報や意見しか与えられず、弁護士間でもそれほど議論が尽くされているとは言えない状態です。

この点、「すでに日弁連総会で決議され、司法制度改革審議会（以下、「審議会」という。）の中間報告が出されて司法改革の方向性が決められた今となつては、議論する意味がない」と言われる貴方へ。冤罪を確信している被告人に対して最高裁判所で上告棄却の判決が出たからといって、貴方は再審請求をあきらめますか。マスコミや市民に冤罪であることを訴えかけようとはしないのですか。そこであきらめることは弁護士として恥ずべき行為です。現在は、一審判決が出た程度の段階にすぎません。現段階では、私は、今回の司法改革が司法「改悪」に過ぎないと確信しています。

そこで、会員の皆様に、司法改革について考えていただき、議論するきっかけを作ろうと思い、何回かに分けて小冊子を発行することにしました。

今回は、初めて配布する冊子ですので、まず、原理原則について議論させていただきます。

## II. 原理原則の重要性について

原理原則は、非常に重要なものはずですが、どうもそのことがよく理解されていないように感じられます。孔子は、政治を任されたらまず何をするかと聞かれたとき、「必ずや名をたださんか」と答えました。ここで「名をただす」と言われていることは、原理原則を、正しく定めるといふこととほぼ同じであると考えます。明の太祖がまだ地方勢力だったとき、ある老学者が「高築牆 広積糧 緩称王」という「九字の計」を授けます。「高く牆を築く」とは、城壁を堅固にするということ、防御を固めるということです。「広く糧を積む」とは、食料を蓄えることで、つまりは経済的基盤を整えるということです。「緩く王を称す」とは、高い地位になることを急がないということです。以後、これを戦略構想の基礎にすえて、太祖は天下を統一します。後に、毛沢東は、これをまねて「九字の最高指令」を発します。それは、「深控洞 広積糧 不称覇」（深く防空壕を掘り、広く食料を蓄え、覇を称えない）です。つまり、この九文字の原則は、中国に二つの王朝を誕生させたといえます。原理原則というものは、このように絶大な力をうちに秘めたものです。しかるに、弁護士会では、「大きな司法」という原則を定めるとき、どのような議論がされたでしょうか。

また、私が、「小さな司法がよい」というと主張すると、よく返ってくるのは「小さな司法とは、具体的にはどうすることか。」とか「大きな司法と具体的にどう違うのか。」といった問いです。私は、これを聞くと「いかにも実務家の答え方だなあ。」と思つてしまいます。

こう答える方は、具体的個別的な施策に還元して原理を考えるという間違いを犯しています。原理原則は、そこから具体的な施策が導き出されるようなもので、単なる具体的施策の寄せ集めではありません。こういう方々は、きっと優秀な実務家なのかもしれませんが、大きな改革には実務的能力だけでなく思想が必要であると思います。

また、私が、「『小さな司法』の観点から、弁護士を増やすのである」と言うのと、「弁護士を増やすなら同じじゃないか。」と言う方もいますが、これもまた具体的施策でしかものを考えられてないと言うべきでしょう。

司法改革の原理原則は、具体的な各諸施策を決める際の根幹をなす重要な基準です。しかし、これまでは、この原理原則についてさえ十分論じられることはありませんでした。たまたま論じられる場合には、常に原理原則と具体的諸施策の問題が混同して論じられました。例えば、小さな司法原理の下でも法曹人口を増やすことは理論的に成り立ちうるのです。よく誤解されることに、現行の司法改革反対論者が現状維持論者であるとか、法曹人口を増やすこと自体に反対しているなどと言われますが、そうではありません。

そこで、今回の冊子で、会員みなさんに原理原則に振り返って考えていただきたいと思っています。

### Ⅲ 『大きな司法』か、『小さな司法』か。

#### 1 『大きな司法』

日弁連は、『大きな司法』を目指すべきであると明言しています。（なお、審議会は原理原則について明言していませんが、下記理由と同じ趣旨のことを言っており、おそらく『大きな司法』原理を目指していると思われます。）

日弁連執行部は、『大きな司法』を採用する理由として、①法が社会の血肉となり、「法の支配」をあまねく行き渡らせるため、②司法における国民の統治主体性の確保、③法曹が「社会生活上の医師」たらんとするため、という3点をあげています（2000, 10, 2兵庫県弁護士会司法改革キャラバン参照）

#### 2 大きな司法を採用する理由に対する批判

##### ①「法が社会の血肉となり、「法の支配」をあまねく行き渡らせるため」に対する批判

『法の支配』とは、ご存じのとおり、君主主権原理に対抗して出てきた原理で、文字通り「為政者の恣意的な意思に基づかない法律による支配」を意味します。このように、本来、『法の支配』は、法律で国家権力を縛るところに眼目が置かれています。しかし、日弁連のいう『法の支配』とは、「私人間の紛争について、できる限り法律（裁判所）で解決しましょう」という誤用とも言える拡大解釈の意味で用いられています。これは、法曹人口を激増させるための「イメージ大作戦」とでも言いましょうか。しかし、そもそも本来の意味における『法の支配』と『大きな司法』との間には、全く論理的関連性はありません。（これまでがそうであったように、）国家権力を法律により縛ることは、『小さな司法』原理の下でも十分に可能なのです。

また、「私人間の紛争について、できる限り法律（裁判所）で解決しましょう」という『法の支配』といっても、ここで言う『法』は、「最低の倫理」を規定したものにすぎず、万能でもありません。なぜなら、法律は、全ての事象を想定して網羅的に規定することができず、あくまでも一般的かつ硬直的な内容であることを強られるからです。その結果、法律を具体的な事情に適用した場合、いかに解釈しても理不尽な結果をもたらすことがしばしばあることはみなさん良くご経験のとおりです。不当判決は、裁判官の資質のみに基づくわけではなく、法律の性質上やむを得ないことも多いのです。

このように、法律による解決が常に最善の紛争解決策をもたらすわけではありません。

以上述べたとおり、「本来の意味」における「法の支配」と『大きな司法』とは何らの論理的な関係はなく、「誤用拡大解釈的用法」で言う「法の支配」を世の中にあまねく行き渡らせることがそんなに望ましいわけでもないのです。

## ②「司法における国民の統治主体性の確保」に対する批判

この点、「国民の統治主体性を確保するためには『大きな司法』が必要である」というのであればその理論的帰結として、国民が立法・行政における統治主体でもある以上、『大きな立法』、『大きな政府』をも当然求めるべきことになるでしょう。しかし、現在、国民の統治主体性の下で、国会議員の多人数制に対する批判、広範な行政裁量（『大きな政府』）に対する批判が行われていることからわかるように、国民の統治主体性と『大きな司法』との間に論理必然性はありません。国民の統治主体性の下で『小さな政府』を目指すことがあるように、国民の統治主体性の下で『小さな司法』を目指すことは論理的に両立するのです。国民の統治主体性と『大きな司法』とは論理的関連性がなく、これも「イメージ大作戦」の一つにすぎないことがおわかりでしょう。

この点、中坊氏は『二割司法』という批判的な用語を用いて『大きな司法』であるべき旨主張していますが、立法・行政は、いずれも、その性質上、国民が好むと好まざるを問わず、事前に、広く国民一般に及ぶ作用であるのに対して、司法は、紛争が起きた場合に事後的に利用したいと思う人のみが必要とする作用にすぎません。これら他の国家作用との性質上の差異を無視して単純に割合のみで他の国家作用と比較するのは、自分達が携わっている司法作用があたかも重要な作用であるかのごとき錯覚に基づいているか、立法・行政・司法の各作用の違いを認識・思考する能力に欠如しているかのどちらかでしょう。

因みに、中坊氏は、ニュースステーションで「現在の1万7000人の弁護士は1000人司法試験合格者で構成されたもので、3倍の3000人合格者に増やすべき」旨言っていました。中坊氏は、このような積極的な嘘・偽りを用いて市民や弁護士を扇動することをいい加減に止めて欲しいものです。わざわざ、ここで書かずともおわかりのように、現在の弁護士1万7000人の内の年長者は司法試験合格者数500人未満の世代であり、ここ数年間に弁護士になった新人は合格者700人程度の世代です。1万7000人の数は、合格者1000人の世代がまだ弁護士になる前の数字です。大多数が、合格者500人の世代ですから、弁護士1万7000人というのは、司法試験合格者として平均500人から構成された人数と考えられます。従って、今回の改革は、合格者数を6倍にするというのが、嘘・偽りのない言い方です。

## ③「法曹が「社会生活上の医師」たらんとするため」に対する批判

我々は、生まれ落ちた瞬間から医師に取り上げられ、その後も骨折、風邪、健康診断、盲腸、肝臓病（みなさんご心配でしょう）、出産、不整脈、癌等々、死ぬまでの間に何十回と医師に掛かります。みなさんのご家族や親戚、自分を考えていただければ、ほぼ全員が生きている間に、何十回となく医師に掛かることがわかります。それと比較して、自分や家族や親戚で一生のうち当事者として訴え、訴えられる人が何人いますか。訴訟経験者がいたとして、その人が一生のうち何回、訴訟当事者になりましたか。

我々のほぼ全員が何十回となく医師の世話になるのと違い、我々全員が必ずしも法的紛争に巻き込まれるわけではありません。また、巻き込まれた人がいたとして、訴訟に巻き込まれる回数と医師にかかる回数とでは到底比較になりません。このように、回数一つとってみても、医師と弁護士とを単純に比較することがいかにばかっているかおわかりいただけると思いま

す。

また、このようなキーワードを用いて、「弁護士を（医師のように）各地に配さなければならぬ」という理論は、「各分野に弁護士を配さなければ、国民は法律に適った仕事ができない、人権感覚の劣った運用しかできない。」ということ、即ち、「弁護士バッジをつけた人間の方が、そうでない人間よりも能力的（知的ないし倫理観において）一段上の人間である。」などというきわめて傲慢な認識に裏打ちされたものです。

しかし、今でも、弁護士よりも優秀で（法学部を卒業した）法的素養を身につけ、人権感覚豊富な人材が各分野（内閣の法制局でも企業でも）で頑張っている仕事をしています。にもかかわらず、各分野に人権侵害や権限乱用のおそれの高い弁護士バッジをつけた人を配さなければならぬ必然性がどこにあるのでしょうか。

我々は、人権を擁護する正義の担い手であり、国民からの信頼を受けているという良い意味におけるエリート意識としての自負と誇りを持つ必要はありますが、我々弁護士が一般市民よりも知的能力にしろ倫理観にしろ、本当に能力的に高いなどという奢った考えを持ってしまったのでは、当事者の心の叫びに真に耳を傾けることはできないでしょう。

皆さん、そろそろ、このような傲慢な認識を改めようではありませんか。

この点、やはり「法学部を卒業した企業法務の人と弁護士を比べると、企業法務の人は特定の分野の法律には詳しいが、他の法律を視野に入れた全体的な考察に欠ける」旨言われた先生もいました。もし、かかる事実が存在するというのであれば、それは法学部の教育自体を見直すべきであり、人権侵害や権限乱用のおそれがある弁護士を配すべきとの理由にはなり得ません。

### 3 『小さな司法』原理を採用すべき理由

まず、一般論としてどのようなものが、原理原則として相応しいかということを考えてみましょう。冒頭に例として示した「高築牆 広積糧 緩称王」という「九字の計」参考にしていればよいと思います。

まず気づくのは、受けるイメージが明確で、そのため、そこから具体的施策を導きやすいということです。いくら、立派そうに見える原則でも、イメージが湧かず、そこから具体的な施策を導けないのでは、「絵に描いた餅」以下というべきでしょう。

次に、「九字の計」で言っていることは、「防御を固める」にしる「食料を蓄える」にしる、全く当たり前のことであるということです。天下の大計というものは、得てしてそうしたものです。つまり、平凡で妥当なものでなくては、大原則として維持していくことができないのです。奇異な原則を長く保持することは不可能だからです。そこで、まず、この二点から、『大きな司法』と『小さな司法』を考えていきましょう。

#### (1) イメージの明確さと具体的な施策の導きやすさについて

私が、『小さな司法』を訴えると、「大きな司法と小さな司法の差がわからない」と答えられた先生もいました。実はこの答えは、差がわからないのではなく、『大きな司法』がわからないということを暗々裡に示していると思われまます。

『大きな司法』のイメージは極めて曖昧模糊としています。

『大きな司法』ということであれば、司法に携わる人数が多ければ多いほど良いというのが本来の理論的帰結ではないでしょうか。日弁連は、司法試験合格者数を「国民が必要とする適正な法曹人口にする」と言っており、司法試験合格者数を無尽蔵に増やすわけではなく最終的には適正な数に制限するかのごとき言い方をしています。しかし、『大きな司法』原理において「司法試験合格者数を適正な数に制限すべき」という理論的根拠はどこに求めればよいので

しょうか。『小さな司法』原理の下でこそ「(たとえ司法試験合格者数を増やしても市民が求める)適正な数に制限すべき」であるとの結論が導き出せるのではないのでしょうか。

「『大きな司法』原理の下でも法曹人口を適正な数に制限する結論は取り得る」というのであれば、結局『大きな司法』原理を標榜する人がいかなる司法社会を具体的にイメージしているのか想像することはきわめて困難です。

一方、『小さな司法』のほうは、それなりにイメージしやすいもので、そこから「国民が必要とする適正な法曹人口にする」というやや具体的な施策も自然と導かれます。

勿論、最初に述べましたように、原理原則は具体的な施策に還元できるものではありませんから、曖昧なところが全くないということはありませんが『大きな司法』の曖昧さは原理原則として使用するに耐えないと考えられます。

## (2) 平凡で妥当なものであるか

繰り返しになりますが、当たり前で平凡なことでなければ大原則として維持できません。私には、どうしても『大きな司法』が、当たり前のこととは思えないのです。どの職業の人も皆、ギリギリの人数で社会に貢献しています。改革賛成の方がよく例えに出す医師にしてからが『大きな医療』とは誰も言いません。更に医師国家試験合格者を10%削減しようとしています。賛成派の方が、考えもなく弁護士が増えると良い世の中になると喧伝していますが、それなら医師ももっと増えた方がよい世の中になるに決まっています。しかし、さすがに医師の方は、種々の社会的な状況を考え『大きな医療』などということを出し出す人はいません。政府も当然、『小さな政府』を目指し、公務員は削減されます。大学や教育機関に従事する人も多い方がよい世の中になるでしょうに、削減の一途です。子供は、すでに、多いときの半分に減っているからです。

こういった、日本全体が、高齢化・少子化に向けて進み、少なくとも今後百年は人口が減り続けるという中で大多数の職種が小さくなることで国民全体に負担をかけまいとしているのに、一人司法だけが『大きな司法』とはしゃいでいます。私の目には、『大きな司法』は異常な原則としか見えません。他の職種と同じく、平凡で妥当な『小さな司法』でなければ、原則として維持することはできないのではないのでしょうか。

## (3) その他の『小さな司法』を採用すべき理由

### ① 財政的負担について

これまでの『小さな司法』原理を捨てて『大きな司法』原理を実現した場合、『司法』の物的・人的設備は大きければ大きいほど良いわけですから、これら各設備の飛躍的な拡充が不可欠です。そうすると、法廷庁舎や宿舍建設のための土地買収、立退料、これらの建築費、膨大に増大化した裁判官、書記官等職員の給与等々莫大な財政負担を国家、ひいては、国民に強いることとなります。

この点、「これまで、司法にかかる費用は他の国家予算に比較すれば大したことはいない。」との意見もあります。確かに、これまでの『小さな司法』原理の下では「司法予算は大したことにはなかった」かもしれません。しかし、今後、『大きな司法』原理を実現すれば、司法にかかる費用は莫大な予算に膨れあがることになるでしょう。また、我々は、司法に携わる人間だからといって司法予算のみを考えて改革を論ずるわけにはいきません。今論じられている司法改革は、これからの社会をいかに営んでいくかを定める選択であり、国民にかかる負担を全体的に考慮した上でその方向性を決めていかなければならないのです。従って、国家予算として国民が負担する税金だけでなく、個人的な訴訟に掛る費用も考慮に入れなければなりません。

しかるに、これからの高齢化社会、少子化社会においては黙っていても医療費、福祉費が増大化していきます。他方、税金を支払える人数は減ってくるのです。人口統計試算によれば、100年後の日本の人口数は、現在の半分の約6700万人台になるとの統計が出ています。医療はほぼ国民全員が一生に何度も必要となるものですが、司法は一部の人が利用するものです。司法にかかる費用はできる限り必要最小限の範囲に抑えるべきです。今でも国債の発行等後世の国民にツケをまわしているのですから。これから高齢化・少子化社会の日本において、これからますます枯渇していく国家収入は、一部の人が利用する司法予算ではなく、生存に不可欠である医療費や福祉費にできる限りまわすべきです。また、個人の収支にしても司法関係に大きな部分を裂かねばならないような社会を目指すべきではありません。

これら国民の財政的負担を考えれば、必要以上に司法予算が膨大となる可能性の高い『大きな司法』原理を採用すべきではなく、財政負担を必要最小限に抑えることが可能な『小さな司法』原理を採用すべきです。『小さな司法』原理の下でも、これからの国際化・高度複雑化社会においては、紛争解決機能としての司法の役割が増えることは避けられません。その意味で、『小さな司法』原理の下でも司法予算のある程度の拡充は不可欠です。そうであればこそ、『小さな司法』原理をあくまでも採用して国民に対し必要最小限の財政的負担増で済ませられる社会を目指すべきではないでしょうか。

## ② 精神的負担について

『大きな司法』原理の下で国民にかかる負担は、財政的負担だけではありません。『小さな司法』原理の下では、何かトラブルが起こった時には、何でも弁護士に頼み裁判所を利用した方法により紛争解決することになります。これが、即ち、「誤用拡大解釈的『法の支配』をあまねく行き渡らせる」ということです。

そうなれば、これまで、私人間の話し合いで済ませてきたこと、あるいは、弁護士が「こんなことを訴訟に持ち込んでも弁護士費用がかかるだけだから止めた方がいいですよ。」と訴訟化を避けてきた事案のほとんど全てが裁判所に持ち込まれることになります。

現在のアメリカにおける訴訟社会における弊害が日本でも起こるのです。アメリカ社会のように誰もが訴え、訴えられる社会が果たして国民にとって幸せな社会といえるのでしょうか。訴え、訴えられることにより国民の受ける精神的ストレスがいかに大きなものであるかは、みなさんが日頃当事者と接していらっしゃるのでよくおわかりと思います。最終的には和解で終わるにしても、我々が書いた準備書面によって相手方当事者がいかに深く傷つき、精神的負担を感じているかを。先日、のどに割り箸が刺さって死亡した4歳の男の子の両親が、医師（の代理人弁護士）が書いた答弁書に対する不満を週刊誌に涙ながらに訴えていました。答弁書には、「被告（医師）の過失がなかったこと及び仮に医師に過失があったとしても、お祭りの時に幼い子供から目を離した両親の過失もあった」旨記載されていたそうです。そして、その答弁書を見た両親は、「子供を殺され、さらに、我々両親の非を責められるなんて、何故これほどひどい仕打ちを受けなければならないのか。」旨言っていました。この両親の感情はもっともな感情です。しかし、他方、裁判というのは、このように双方ができる限り自己に有利な主張を行い、第三者機関たる裁判所に最終的に裁定してもらう制度です。医師側に立った弁護士が、事実と反しない限り、できる限り依頼者である医師に有利な主張になるように第一次的に医師の無過失を主張し、予備的主張として過失相殺の主張をすることはいわば職務に誠実な弁護士であれば当然行うべきことです。この両親を見ても、我々が職務に忠実に仕事することにより、相手方当事者に対していかに精神的苦痛を与えているかは、よく分かることです。

「日本ではアメリカのような訴訟社会の弊害は起こらない。」との意見もあります。確か

に、日本人は、アメリカ人とは異なりますので、アメリカの訴訟社会における弊害ほど顕著な弊害は起こらないかもしれません。しかし、争いを好まない日本人の民族性であればこそ、そもそも『大きな司法』原理を採用する必然性はないとも言えます。また、アメリカほどではないにしても、少なくとも、現行制度よりはアメリカの訴訟社会の弊害が起こり得ます。吉川精一先生が『自由と正義』（1999年8月号）に書かれたように「ミニアメリカ化」するのです。

また「アメリカ社会のような弊害が起こらないようにすればよい」という意見もあります。しかしながら、弊害が起こらないシステムを作れば良いというのはどのようなシステムに対しても言えることです。システムに弊害はつきものです。50年も経てばどんなに完全に見えるシステムでも金属疲労を起こします。アメリカ社会でも弊害を起こそうとして現在のような訴訟社会を招いたわけではなく、弊害防止に努めた結果、現在のような「訴訟社会」に至っているのです。

#### IV 結論

以上、市民に対する財政的・精神的負担等を考えれば、市民にとっての負担が少ない『小さな司法』原理をあくまでも採用すべきものと考えます。

我々が携わっている司法作用は、本来、話し合いで解決することが望ましいにもかかわらず、任意の話し合いによる解決ができず、仕方なく精神的負担と財政的犠牲を払って紛争を解決するための、いわば「必要悪」です。

この観点からしてみても、できる限り必要最小限の労力負担で営むことができる『小さな司法』原理を採用すべきです。

#### V 最後に

この小冊子についてのご意見・ご感想は、Eメール（「yktak@qk9.so-net.ne.jp」）かファックス（0727(81)7329）でお寄せください。

なお、今度の2月14日（バレンタインデーの日）午後3時過ぎ頃から約30分間、ラジオ大阪の「わいわいジャーナル」に出演しますので聞いていただければ幸いです。

プロデューサーからは「視聴者には『司法改革』の話は興味がないので、ほかの話、例えば法曹人の資質（雲介判決等）をテーマにしてください。」と言われており、どれだけ司法改革の話に引きつけられるかわかりませんが・・・。

以上