

## 市民の立場からの司法改革と現代弁護士論

中村 浩 爾

### 一 司法改革の現状と弁護士の自己改革

日本弁護士連合会は一九九四年第三次司法改革宣言において「市民と共に司法改革を実現していくためには、市民の目に見える大きな目標を提示して、そこに迫る道程を明らかにしていくことが必要である」と宣言したが、その具体化を一九九五年の討議資料『司法改革全体構想』<sup>①</sup>に見ることがができる。ここでは、司法改革の精神として、市民の立場がとくに重視されていることが明らかである。総論においては、I 司法の役割 民主主義の保障・育成、人権保障機能と紛争解決機能 II 司法改革の目指すもの (1) 司法の機能低下の原因と改革の対象 ①司法の規模・容量の縮小 ②官僚的司法制度 ③法制度の不備 ④弁護士の自己変革 (2) 司法改革の理念 (3) 司法改革の進め方 III 司法改革のプログラム (1) 司法に対する市民の距離感の縮小 (一) 弁護士会における当面の重点政策 (二) さらに今後検討を要する事項 (三) 市民とともに裁判所に改善を求めていく事項 (2) 司法に注がれる公的

費用の拡大 (3) 司法の容量の拡大 (4) 裁判所、検察庁の官僚的システムの改革 (5) 市民が参加する司法の実現、が提起され、各論のⅠ「司法を身近で利用しやすいものにする」では、1「法律相談の拡充」、2「弁護士偏在問題」、3「市民窓口の設置、拡充」、4「弁護士報酬規定の改正」等々、Ⅱ「司法を公正で納得のいくものにする」では、1「弁護士任官の拡充」、2「非常勤裁判官制度の実現」、3「法曹養成制度、法曹三者の研鑽のあり方の改革」等々、Ⅲ「市民が参加する司法を実現する」では、1「刑事陪審、参審」、2「民事陪審、参審」等、全部で二五項目ある。

私はその中でもとくに総論のⅡの(1)の④「弁護士の自己変革」、Ⅲの(1)「司法に対する市民の距離感の縮小」の(二)―②インフォームド・コンセント、(5)市民が参加する司法の実現、そして各論Ⅰの5「弁護士業務におけるインフォームド・コンセントの徹底」に注目したい。<sup>2)</sup>なぜなら、他の諸課題は、以前から比較的よく知られているのに対して、これらの諸課題、とくに依頼者への「説明に基づく合意義務」が「弁護士自らがその重要性・必要性を市民と同じ程度に認識していたとは言えないのだが―新たな段階に到達していると思われるからである。本稿で行いたいのは、そのような弁護士(会)の努力を評価しつつも、なぜここまで来るのに多くの時間を費やしたのか、また新たな段階に到達したとはいえ、なぜまだ不十分なのかを理論と実践の両面から考えてみることである。<sup>3)</sup>つまり、論点を先取すれば、弁護士の専門性や自治性を前提とする弁護士論やそれに基づく実践の中に、市民の立場に立った司法改革を阻害する要因があるのではないかという問題意識に基づく考察である。

## 二 依頼者と弁護士との関係―弁護士の説明義務と依頼者の自己決定―

先に見たように弁護士自身が市民の立場に立って考えようという姿勢が最近では明確に現れているので、批判の仕方は慎重でなければならないが、それにしても医者等の「説明義務」に比してまだまだ弁護士の「説明義務」は十分果たされているとは思われない。それどころか弁護士の「説明義務」ということ自体が一般に知られていない。多分それが最も重要な原因だと思われるのだが、弁護士の説明の仕方あるいは弁護士の活動次第では訴訟にならなかつたのではないか、あるいは全く別の展開になつたのではないかと思われるケースが少なくないのである。例えば、有名な「隣人訴訟」<sup>4</sup>は、準委任契約が成立したかどうか、不法行為に該当するかどうか、また国民の反応に見られた法意識、国家法対非国家法の対立をどうみるかなどが主要な論点であるが、裁判にすべきであつたかどうかという問題を論ずる外に、原告にはじめから裁判にする気があつたのかどうかという問題、すなわち仮に当事者が裁判外の解決を求めていたとして、弁護士が当事者間で仲介者としての役割を十分果たしたかどうかということも論点として忘れられてはならない。なぜなら、もし、事件発生後、訴訟に至るまでの間に、当事者間で十分な意志疎通が為されたとすれば、あるいは裁判に関する種々の判断材料が十分に与えられていたならば、―いずれも弁護士の大事な役割であるが―提訴という自己決定を行わなかつた可能性を否定できないからである。換言すれば、原告が生活や生存を脅かされて、被告の法的責任を追及し黒白を明らかにすることを望んでいたかどうか、裁判所に持ちこむ段階で、そのような結果を予測しそれも計算に入れた上で自己決定したかどうか、等の疑問を払拭することが出来ないからである。

弁護士普通の感覚としては、依頼を受けた弁護士が、相手方と直接連絡を取るとかあるいは相手方の弁護士と交渉するというような経緯をとるものであるにもかかわらず、隣人訴訟においては当事者同士では全く交渉が無く、弁護士同士についても、原告の弁護士は被告側と事前に交渉する事なく直接提訴している。その点について、このケースでは提訴が早すぎないか、また、提訴の前になぜ調停に行かなかつたのかという疑問が示されている。<sup>5)</sup>なお、これに関連して、星野英一氏が「よい弁護士」の条件を次のように示しているのは、後の議論との関係でも示唆的である。「弁護士は、一方ではできるだけ依頼者の希望をよく聞いてそれに沿った解決をするようにしなければならぬのでしようが、他方、一方的に依頼者の言うことを聞くだけではいけないので、あなたの言うことは本当ですか、相手は何と言っていますか、あなたの言うことを証明できますか、というようなことをとんどん突っ込んでいかないといいない。そして、法律論としても法律の解釈自体は難しいのですから、勝てるかもしれないが、あなたの方にもこういう弱点はありますよ、ということをむしろはつきり言う方が本当はいい弁護士だというふうに聞いていました。」<sup>6)</sup>

運動・闘争の論理と当事者の人生 理論的にはこのような一般的事件あるいは権利闘争（以後この類型を第一類型と呼ぶことにする）以外に、公害裁判・労働裁判・冤罪などの人権擁護闘争、—これらは多くの場合当事者が複数であったり、支援組織が存在するという特長があるが—を他の類型として取り上げる必要がある。この類型（以後この類型を第二類型と呼ぶことにする）は実際に事例を挙げ、検証することは非常に難しいが、というのは、一般的に言って、この第二類型では成功したケースしか取り上げられないか、またそうでない場合でも闘争の論理や運動の論理が優先されやすく、当事者の生活や人生に対する考慮が十分であったかどうか、あるいは闘争や運動に誤りや矛盾が

あつたかどうか、それが当事者にどのような影響を与えたか、等の検討はなされにくいからである。例えば、八木町臨時職員解雇撤回闘争<sup>(8)</sup>は、そのような検討が可能となった数少ない事例の一つであるが、裁判にすべきどうか、和解に応じるかどうかなど、とくにはじめと終わりの局面での依頼者と弁護士との意志疎通が十分でなかったことが窺われる。しかし、問題を取り上げること自体が非常に困難であつたし、ましてや当事者からの事情聴取を含めての事実の確認は更に困難であつた。このような事例を検討する機会を得たのは偶然によるところが多いが、理論の立場からすれば、本来意識的に取り上げ・検討されるべきものであろう。

要するに、いずれの類型においても、依頼者が自己決定を行うために、弁護士の説明義務が十分果たされる必要があるが、少なくとも事例においてその不十分さ―とくに、「当事者の生活や人生への配慮」と言う観点の欠如―が予測されるので、その検証が必要だということである。

### 三 「依頼者主権」について

市民の立場で依頼者と弁護士との関係を考える上で、大変魅力的な考え方として「依頼者主権」という考え方があつる。しかし、その評価は日本ではそれほど高いわけではない。

小田中聰樹氏によれば、現代弁護士論の特徴は、①規制緩和との連動、②論者の層が財界、行政、ジャーナリスト、経済学者などに広がっていること、③論議の焦点が弁護士の中心理念（人権擁護、社会的正義感、在野精神、プロフェSSION性<sup>(9)</sup>公共奉仕性）そのものの当否に及んでいること、④見直しを主張するための道具概念の異質性、（た

たとえば「依頼者主権」、「弁護士業務Ⅱビジネス」、「市場原理Ⅱ競争原理導入」、「弁護士規制緩和」など⑤このよう  
な道具概念の影響の大きさ(↓弁護士(会)の意見の分裂)にあり、「依頼者主権」はそのなかの③・④に該当し、⑤  
の傾向を持つということであるので、むしろ克服されるべきものとされている。また、規制緩和戦略についても、「そ  
れが大企業による大企業のための経済的・社会的戦略であるにもかかわらず、それを批判しにくく、国民に受け入れ  
られている状況がある。行革委意見書他の弁護士大増員論Ⅱ「規制緩和↓司法ニーズ拡大↓弁護士増員↓弁護士サー  
ビス向上」という論理であるが、このロジックは弱者救済・人権保障機能強化へのニーズ拡大の方向に向けて自動的  
に働くわけではない。ところが、そうであるかのような錯覚が生み出されている。それが、批判の鈍さと積極的評価  
の原因となっている。」と分析している。

「依頼者主権」論が現在どれくらい影響力を持つているかということは定かではないが、一日弁連が非常に批判的  
であることは確かであるが―市民ばかりではなく少なくとも一部の弁護士にも相当受け入れられているであろうし、  
あるいはそうは見えなくとも本音の部分では魅かれていて弁護士も相当いるのではないかと思われる。だからこそ、  
弁護士会内部の意見の分裂までもたらしめているのである。また、この論は主として、前述の一般的事件(第一類型)  
の方に適用されるべきものであるが、公害・労働・冤罪等の人権擁護闘争(第二類型)にも適用可能な一面を持って  
いると思われる点に注意が必要である。

棚瀬氏の「依頼者主権論」 棚瀬孝雄氏の論説「脱プロフェッション化と弁護士像の変容」(『自由と正義』一九九  
六年一〇月)を以下に要約し若干のコメントを付す。この要約部分は「川口先生を囲む憲法・教育研究会」(一九九

七年六月一四日)での報告「司法改革と現代弁護士論」の一部を生かしているので、かなり講演調が残り、他の部分との文体の不統一があるが、あえてそのままにした。「プロフェッションの論理」というのは、パウンドの見解によれば、弁護士は「専門性」と「公共性」と「自治性」の三つの特色を持っているが、それには二つのバリエーションがある。一つは「専門性」から出発して、そのために「公共性」と「自治性」が必要だという行き方と、また他の一つは法の理念すなわち「公共性」から出発して「専門性」と「自治性」が必要だという行き方である。そして、どちらから行ってもその論理は破綻している。結局、どちらの側から行っても共通しているのは弁護士の提供するサーヴィスを市場の論理から外すということが中核の部分にある。しかし、弁護士のサーヴィスを市場の論理から外すことは無理がある。資本主義社会の中でも、非市場的原理が働く場がある。つまり、まず弁護士も否応なく市場の原理に巻き込まれて生きるという部分を認めなくてはならない。しかし、その上で非市場的原理の働く場があって、それは必ずしも弁護士だけの特権ではない。だから、弁護士たちは自分たちだけが市場の論理の外にいる、崇高な世界に生きてみたいなことを言っているけれど、決してそんなことはない。

市場の論理が歪んでいるとするならば、その歪みに対して集合的に、あるいはミクロの実践を通じて我々は働きかけをするが、弁護士もその一部を成しているに過ぎないという位置づけである。非市場的原理が働く場として棚瀬氏が挙げているのは、一つ目にはプロ意識や職人気質であるが、これは弁護士だけではないと注意を喚起し、二つ目は、ボランティア活動、三つ目に社会的責任を挙げている。社会的責任は特に企業に該当するが、企業といえども営利のみを追求しているわけではなく、いろいろな形で社会的責任を問われるし、自覚しているのではないかと。つまり、プロフェッションに固有の論理であり理想であるとされてきたことが、そうではなくて他にも沢山あるというこ

とを強調している。

次が問題の箇所であり、この辺り(特に傍点部)は私は納得できない見方であるが、棚瀬氏に言わせると、社会は市場の論理で組織化されていくときに、その二元的な貫徹に抵抗する力として、これらの力が自然発生的に生み出される。市場論理の貫徹のためにこういう反作用的力があるのだけれど、それと同時にもつと意識的に枠組みそのものを作り変える必要があると。つまり、市場の論理によらずに訴訟ができるような政策的なオプションを具体化していく必要がある。依頼者にお金がない場合でも訴訟が遂行できるような、そういう仕組みを作る必要がある。そのときに、この弁護士のプロフェッションの論理は邪魔することになっていると。つまり、前述の二つのバリエーションの第一の「専門性」から「自治性」へというこの論理は、結局は専門家としての弁護士の自治ということばかりを言うので、司法政策に関して一般国民が意見を言ったときでも、それを軽視することにつながりやすい。また第二の弁護士の「公共性」の強調は一種の理想主義を鼓舞するものとして言われるけれども、弁護士を変に神聖化することによって、政策判断の際に必要な批判精神・批判性を麻痺させる傾向があると。次がよく問題になる部分であるが、棚瀬氏によると、弁護士が自らをプロフェッションとして語るとき、そのことがイデオロギー作用を持っており、弁護士の行う業務・法の援用の特権化していく、「脱プロフェッション化」というのはこの特権化に対する闘いであるところ。ところで、私には少々理解しにくいところであるが、法援用の際には今ここで法を用いる、そのことが正しいかどうかという「道徳性の問い」が常に存在する。法を用いる場合は絶えずそういう脅威にさらされていると言う。法を用いたり裁判に訴えるということが道徳的な観点から非難を受ける、それに対する正当化の必要性にいつも迫られていると。それに対して三つの方法があり、一つは法を援用することが倫理的に無色な行為である。だから、全く法と



道徳を分離するというやり方(①)。それから、二つ目は、法を援用することが法に内在する理念を積極的に主張するものであるというやり方(②)。つまりこれは自然法的な正当化、一つ目が「法実証主義的」だとすれば、二つ目は「自然法的な」行き方だということになる。三つ目は、二つ目が「一般的な」正当化であったとすると、次は法の援用を「具体的な」状況判断をへて是認していくというやり方(③)。つまり、今、差し迫って人権が侵害されているから、それを回復するために法を用いなければならない。棚瀬氏は、これはある種の勧善懲悪というか、善悪二元論だと言っているが、二つ目の一般的正当化に対しては、より具体的な正当化ということになる。結局このような三つの行き方があるということである。

「党派性の倫理」と「在野性の倫理」—アメリカと日本— この日の米の比較は非常に興味深いものがある。アメリカは①が基本でそれに②がプラスされ、日本の場合は③であると。棚瀬氏は①あるいは①プラス②の立場を「党派性の倫理」と呼び、③を「在野性の倫理」と呼ぶ。「党派性の倫理」というのは、弁護士は全く依頼者の道具であるという立場である。依頼者が私益を追求している場合であっても、ともかくその善悪はぬきにしてそれを受け容れてまさに道具に徹していく立場である。それに対して「在野性の倫理」の場合はある種の道徳的判断がある。前述のように、今ここで、正義に反することが行われている、人権侵害が行われているということから、その代理人としてやっけていくという正義感が働いている。

このような比較を基に、棚瀬氏はやや楽観的な言い方をするのだが、アメリカ的な「党派性の倫理」というのは、とにかく、そこに道徳的・倫理的な判断を入れないので非常にドライな見方ができると。法を用いる時でも、とにかく

くそれが法だからという、それ以上の特別の正当化を必要としないという秩序のあり方は、この社会を必要以上に重苦しくしないで済むという点で好ましいとも言えるかもしれないという訳である。しかし、氏は断定はしていない。多分、あまりこれを追求しすぎると、実は非常に大きな問題が出てくるからであろうと思われる。これはアメリカで現実が増えているのだが、依頼者が何か悪いことをしている場合、弁護士は全く無批判にその道具になるので、弁護士も一体となって悪を助けるということが起こってくる。榎瀬氏は種々のケースをあげて、全くこういう方向ばかりに行くこともできない、やはり他方ではこれに対する歯止めをかけるものも必要であって、ここにはバランスが必要だと明言している。少なくとも榎瀬氏自身はこの辺ではそれほど極端なことを言っているには思われない。氏に対する厳しい批判は氏のこのようなバランスの強調を見逃しているか、あるいは軽視している可能性がある。

この後、榎瀬氏の独特の用語が沢山出てくるが、要するに、裁判とか法を用いる場合、そこには当事者の人生のドラマと言ふべきものがあつて、結局弁護士に要求されているのは、ドラマを共感をもつて理解できる感受性である。提訴すべきかどうかという局面で、この問題が出てくると思われる。法を用いることが正しいかどうかという次元ではない、もつと深く広い次元、そういうものに対する感受性が必要である。アメリカの場合には、そういう、①の立場で「党派性の倫理」、あるいは倫理的に無色ということで、法の自立性を前提とするので、結局合法か合法でないか、法的に正しいか正しくないかという、そういう次元だけに問題が限定されてしまう危険性があるし、日本の場合には、法の自立性が存在していないために、結局ストレートに自由と人権と、あるいは正義というものを持ち出す<sup>(10)</sup>。その際には、弱者とか被害者の人権侵害に対する、より一層鋭い感受性というものが、ある意味では一致点ではあるけれども、しかし、そこからそれを直ちに普遍化しようとした場合には、逆にその自らの正当性に対する感受性

を鈍化させる危険がある。日本の側、アメリカの側、それぞれに問題、危険性があると。結局棚瀬氏は、弁護士と依頼者、弁護士と国民との間に新たなパートナーシップを築いていかなければならないということを結論として強調する。

#### 四 「依頼主権論」への批判

これに対して、前述のように小田中氏の有力な批判がある。小田中氏は棚瀬『現代社会と弁護士』（一九八七）への批判を次のように行う。<sup>11</sup> 棚瀬氏は、従来の弁護士の活動を「公共奉仕型モデル」と規定し、それに対して「公益擁護型モデル」を提案する。すなわち、弁護士業務は依頼者の私益実現のための中立的・技術的な道具であり、有用性を基準に売買されるビジネスとして捉らえるべきである。「依頼者主権」<sup>12</sup> 弁護士費用を負担する者が弁護士活動のあり方を決める。）それに対する弁護士層の受け止め方には批判・拒絶と同種の考え方の二つがある。

小田中氏は「脱プロフェッション化と弁護士像の変容」（一九九六年一〇月）への批判は次のように行う。①「依頼者主権論」は、法は合理的な行為者が功利的な計算の中に組み込むべきデータにすぎないと言うが、弁護士は依頼者の利益をなまの私益として扱うのではなく法的観点から捉え、法益化することを任務とするのであって、そこには公益性が存在する。②「依頼者主権論」は弁護士に対し依頼者への排他的奉仕を要求し従属的立場におくが、これは弁護士の持つ独立的性格を無視するものであり、また弁護士が受任するか否かの自由や受任の解除の自由を否定するものであって不当である。③「依頼者主権論」は、公共奉仕活動と私益擁護活動を区別し、後者を弁護士活動の基本

型としたうえで前者を市民運動レベルないし司法政策レベルの問題として位置づけて社会に負担を求めるが、まずこのような区別が可能かどうか疑問があり、さらに一人の個人に対する人権侵害の中に万人の人権に共通する問題が発見され闘争が発展していくことがあるという現実社会のダイナミズムに照らして疑問がある。④「依頼者主権論」は、弁護士活動から「私的な関心を抑制する原理」を抜き去り、外部からの公的規制を強化すべきであると主張するが、これは弁護士の独立性に対する侵害であるだけでなく、依頼者の絶対性を説く「依頼者主権論」にとつても自己矛盾である。⑤「依頼者主権論」が基礎に置く「国民の法主体性」の強化なるものは、私益追求の活発化を生み出すと同時に、その一方で国家及び大企業による行政改革及び規制緩和戦略による社会的公共性解体に対抗する市民的公共性の確立を課題化する。むしろ、弁護士業務の公共性への期待は強まるのである。棚瀬氏の「依頼者主権論」や「脱プロフェッション論」はこの重要な点の把握が抜けたところで組み立てられている。

棚瀬説の評価——可能性と限界——私は小田中氏のこのような批判のほとんどに同意せざるをえない。とくに、①と⑤はそうである。④は、私も別の次元で同様に「依頼者主権論」の自己矛盾を見い出す。棚瀬氏の矛盾は、一方では「法だからという以上の正当化を必要としないという秩序のあり方はこの社会を必要以上に重苦しくしないでほしいという点で好ましいと言えるかもしれない」と述べ——法は合理的な行為者が功利的な計算の中に組み込むべきデータにすぎないと言うが……と小田中氏によって批判されているように——非常に合理的・功利的な発想を持ちながら、他方で「人生」「物語」などのロマンティックな・非合理的な要素を強調する点にある。比喩的に言えば、「軽さ」を言いながら、「重さ」を言うという矛盾である。この矛盾の解消のためには、機械的なバランス志向か、あいまいな主観主

義に陥る危険を否定できない。棚瀬氏の独特の「人生のドラマ」、「語り」、「物語」などの用語、とくに「語り」や「物語」などが一見したところ「重く」見えながら、実はその内容は「軽い」ものなのかもしれないが。

しかし、②と③は、弁護論の展開が可能なように思える。たとえば、小田中氏は棚瀬氏の「弁護士と依頼者、弁護士と国民との新たなパートナーシップ」の提唱に触れてはいるがその含意を全く無視しているのは酷ではなからうか？また、棚瀬氏の立場には、変化が感じられるので、「依頼者主権」（＝弁護費用を負担する者が弁護活動のあり方を決める）という概念のみで氏の主張を評価することには問題があるように思う。たしかに棚瀬氏は「在野性の倫理」（日本）を批判しているが、「党派性の倫理」（アメリカ）に対しても批判的なのである。比較的最近のものを見ると、棚瀬氏自身がアメリカにおける「依頼者主権論」を検討する際、依頼者が悪いことをしている場合も弁護士がそれに協力してしまうということに対する反省がアメリカでも出ているということに注意を払っているという意味では、アメリカで通用する理論をそのまま日本にストレートに適用しようとはしていないし、また依頼者主権を全面的に肯定しているようには思えないのである。そして、今見たように、棚瀬氏の認識なり、言っていることの中には、正しい、共感できる部分も相当あると思われる。「当事者の生活や人生への配慮」という私の問題意識からしてとくに重視されるべきは、傍点部、すなわち、「弱者とか被害者の人権侵害に対するより一層鋭い感受性」、「当事者の人生のドラマを共感を持って理解できる感受性」、である。<sup>14</sup>

ただ、棚瀬氏の場合には「弱者とか被害者の人権侵害に対するより一層鋭い感受性」という場合でもそれは第一類型であって、その視野に公害・労働・冤罪などの人権擁護闘争が入っているかどうかは疑わしく、多分入っていないと思われる。氏の論の中心はやはり「党派性の倫理」の方であり、そこに限界がある。小田中氏が①や⑤で批判し

説  
 している通りである。しかし、他方、運動や闘争を行ったり視野に入れている人達（棚瀬氏によって「在野性の倫理」を持つているとされている人達で、小田中氏もこの中に入ると思われるが）は、運動や闘争の推進・成功を第一と考えるが故に、その理論化やそこに存在する矛盾や問題点の検討にまで手が回らず後回しにせざるを得ない傾向がある。したがって、これらの領域はどちらの側からいっても一種の盲点として残されている。図式的に見れば、民衆的・人權擁護的弁護士派（小田中）対ビジネス的弁護士派（棚瀬）ということになるが、小田中氏の言う「民衆の弁護士」という徹底した表現が「司法改革全体構想」で示されているわけではなく、「市民」という表現が使われているので

あり、棚瀬氏の方はもともと「市民」の立場であろうから、このような図式的見方だけを貫くことはできない。棚瀬氏が「非市場的原理」の働く場として挙げるプロ意識、ボランティア意識、企業の社会的責任を見れば、「民衆」あるいは「労働者」が見えない。他方、小田中氏の言う「民衆の弁護士」と言う場合の「民衆」には、「民衆」と呼ばれる場合のその主体の「市民性」は必ずしも明らかではない。闘争や運動の論理、つまりは「組織や集団の論理」に對抗しうるのは「個人性」という意味での「市民性」であるにもかかわらず、<sup>(15)</sup>つまり「盲点として残されている領域」とは、個人としての性格を帯びた「市民」領域と集団としての性格を帯びた「民衆」領域の重なる領域のことである。

## 五 理論と実務との間の相互批判—コーディネーターの必要性—

市民の立場に立つといつても、弁護士がたとえ自己否定的にそれを行ったとしても限界がある。少なくとも、理論と実務との間での相互批判が必要である。<sup>(16)</sup>八木町臨時職員解雇撤回裁判闘争において、「理論と実務が全くイコール

になつてしまつて、そのことが逆に理論の説得力を弱めたり、そのことによつてまた、裁判における意見書を軽くしてしまうような弊害があるのではないか」という問題提起をしたのであるが、そこで意識されていたのは、実務や運動に対してより客観的な立場で、場合によればチェックをかけることができるような「理論と実務との間での相互批判」関係、またこれは過大な要求かもしれないが、学者の当事者の中でのコーディネーターとしての機能である。つまり、当事者や弁護士・支援団体は運動や闘争、現場や状況に埋没して視野が狭くなる危険性を免れがたいので、現場や実践から相対的に離れている学者・研究者が、その置かれた位置の有利さを生かして、より冷静に・客観的に支援やアドバイスをする、場合によれば当事者の立場に立つて運動や闘争の論理に対抗したり、生活や人生相談にも乗るような役割である。理想的には、学者ではなく、別にコーディネーターがいればいいのであるが、それが実現しない間は、学者が最もその機能を果たしやすいと考えられるのである。また弁護士にしろ支援団体にしろ、そのような機能を果たし得ないわけではなからうが、(本稿の主旨からすれば、まさにここでこそ弁護士の役割を強調したいのであるが)運動や闘争の論理が当事者に対する抑圧的対応を生み出しやすく、現実には期待できない。卑近な例で言えば、闘争が長期にわたつた場合―長期化するのが常だが―、元気に闘おうとするなら適度の休息や遊びは不可欠であるにもかかわらず、当事者の生活の維持が重要な課題となり、たとえ当事者がその必要を認識しそれを求めようとしたときでも支援者との関係からは休息や遊びは贅沢で許されないという雰囲気が強くなると思われる。現場からの距離のある学者の方がそのような雰囲気<sup>17)</sup>を免れやすいつつ思われるのである。

このような問題意識に基づく検討は一般的事件(第一類型)でもようやく始まつたばかりであるが、公害・労働・冤罪などの人権擁護裁判(第二類型)においても、同じことが必要である。そこで問題とされている人権の擁護と人

説 間の尊厳の回復のためにも。この類型においては、依頼者と弁護士との関係だけではなく、組合や「守る会」や各種

論 の支援組織との関係が加わり、非常に複雑な関係が生じるのが特徴的であるが、前述のように、これらの諸関係にお

いては、依頼者個人の考えや立場は相対的に軽くなり闘争や運動の論理が優先されがちで、このような問題提起はむしろマイナスとさえ受け取られかねない。<sup>(18)</sup> なせなら、このような運動や闘争内部では本来不一致はあり得ず、仮にあったとしてもそれは内部で解決されなければならず、外部へ持ち出して弱点をさらけ出すようなことは許されないという考えが支配的だからである。しかし、理論の立場で必要であるばかりではなく、闘争や運動の内在的論理からしても本来は必要とされるはずのものである。

おわりに

弁護士インフォームド・コンセントの強調は、弁護士はもともと私益の追求・擁護に熱心なので、今必要なのはそのような私益擁護の強調ではなく、むしろ依頼者の違法な活動を止めさせるような専門家としての助言や公益活動への参加の義務づけであるという批判が出てくるかもしれない。小田中氏の「依頼者主権論」批判の第五点がまさにそれである。<sup>(19)</sup> 司法改革に戦略的に取り組む場合には、重点の置き所は、まさにそうあるべきであろう。しかし、だからといって、本稿のような取り上げ方、ましてや問題そのものの価値が失われるものではない。法社会学的に言えば本稿で強調した弁護士のインフォームド・コンセントはまだ市民の中でも弁護士の中でも十分に知られているとは言えず、とくに第二類型は盲点に入っている傾向があるだけに、それだけですす意識的に具体的事例の検討を踏まえ



て理論化する必要があると思われる。

なお、注(14)において、棚瀬氏の依頼者主権論と不法行為論を比較検討する際、スポーツ法学会での基調講演をもとにした拙稿「スポーツ法における個人・団体・国家」の一部を利用した。その基調講演を強く薦めてくれたのが及川先生であつたことを感謝の意を込めて記しておきたい。

(1) 日本弁護士連合会司法改革推進本部一九九五年六月六日試案「司法改革全体構想」

(2) 「さらに検討を要する事項」は二つある。「①専門分野における研修制度を充実するとともに、市民が専門的な分野を扱う弁護士の紹介を受けられるようにする。②弁護士が個々の業務において依頼者の主体性を尊重しインフォームド・コンセントに基づいて事件の解決を図るとともに弁護士としてこれをバックアップする。」

(3) 小田中聰樹氏によれば、現代弁護士論の課題は、①規制緩和戦略に基づく弁護士大幅増員論を徹底的に批判すること、②規制緩和戦略をめざす司法像と日弁連の司法改革構想との違いを一般市民に宣伝すること、③弁護士増員問題の真の対立点が高権擁護的弁護士か、ビジネス的弁護士かにあることを明らかにすること、(↑那須弘平弁護士の批判あり)④弁護士が現在展開している人権擁護活動の実態・実績の宣伝をより活発に行うこと、であり、「民衆の弁護士が少数派として異端視されるか、敬意を持ってサポートされるかは、提示する理念の優位性にかかっている」と主張する(小田中聰樹「現代弁護士論の陥穽」、自由と正義、一九九六年一月号)。

(4) ここで言う「隣人訴訟」とは、津地裁一九八三年二月二五日判決のことである。念のために言えば、買い物に行く際に隣人に子供を預けたところ、子供がため池で溺死し裁判になったが、判決後に原告に嫌がらせや批判が集中し―そのため仕事や家族の生活にまで影響が及び―訴えを取り下げざるを得なくなった事件である。国民の裁判を受ける権利について法務省が改めて「見解」を出すという異例の結末になっている。

- (5) 星野英一編『隣人訴訟と法の役割』（有斐閣）、一〇四—一〇六頁。
- (6) 同書、一〇八頁。
- (7) 第一類型は、前述の「司法改革全体構想」の「司法の役割」における司法の「紛争解決機能」に、第二類型は「人権保障機能」に対応すると言うことができる。
- (8) 八木町臨時職員解雇撤回闘争とは、一九八六年三月末日に契約期間満了として解雇された東京都八木町立中央公民館図書室臨時職員早川幸子さんの職場復帰を求めた運動と闘争で、一九八七年に提訴、一審・二審敗訴、一九九三年五月最高裁上告中（一九九四年六月）に和解し、公立南丹病院の看護助手（臨時職員）として就職することをもって一応終結したという事件である。実は早川さんは九ヶ月後の一九九五年三月三十一日南丹病院で契約期間満了となっている。
- この事件を川口是先生を囲む憲法と教育研究会編『憲法を生かす力とロマン』（文理閣、一九九六年）で取り上げ、私が事件の概要を述べる際に「再び解雇されました」と書いたが、その後の弁護士と「支援者」との懇談の中で異議が出されている。弁護士と「支援者」の言い分は、頭を下げれば雇用の継続は可能だったはずで、辞めたのは早川さん自身むしろそのほうが都合が良かったからではないか、ということである。したがって、今の段階では、勤め続けているという事実には争いはないが、その事実が単なる期間満了によるのか、それとも解雇によるものかは不明という奇妙なことになっている。
- (9) 小田中聰樹前掲論文。
- (10) 周知のように、最近ではかなり改善されてきたとはいえ、日本では本来「私権」や「権利」の問題として取り上げられるべきものが、「人権」問題として取り上げられすぎる傾向がある。「日常生活におけるかなり漠然とした利益の確保・実現の要求まで、権利の問題として、しかも多くの場合、人権問題として意識されており、権利概念が、人権概念を中心に、政治的・道徳的・社会的な広がりをもって、相当拡散された形で浸透している。」（田中成明『現代日本法の構図』、なお同『現代法理論』有斐閣、一九八四年も参照）

(11) 小田中前掲論文。

(12) 小田中氏はその一つの例として那須弘平弁護士の「弁護士職をめぐる自由と統制」を挙げるが、このような位置付けに對しては、次のような那須氏の反論がある。「依頼者主権」という概念は、「弁護士に對し依頼者への排他的奉仕を要求し從属的立場に置く」ものではないか、といった誤解を与えかねず、弁護士から見てや・違和感を覚える。小田中論文が自分を依頼者主権論と同種の考え方であるとしていることについては同意しがたいと。(傍点筆者。那須弘平「プロフェッション論の再構築」自由と正義、一九九六年一月号、注の10)この点については那須氏の反論が妥当であるように思われる。1の注(2)で触れたように、小田中氏は「民衆の弁護士」が少数派として異端視されるか、敬意をもつてサポートされるかは、提示する理念の優位性にかかっていると主張する。これに對しても、那須氏は「思い過ごしではなからうか」と疑問を提起している。弁護士の実状について判断できる材料を多く持っているわけではないが、法学会関西支部シンポジウム「法化社会における弁護士の役割」(一九九六年四月京大)や関西民科例会「司法改革—日本における司法改革のゆくえ—」(一九九七年四月二六日)などでの議論を管見する限り、次のような那須氏の認識に正しさを感じる。(棚瀬理論に對しては前述のように小田中氏の有力な批判があるが、小田中氏に對して近い立場にあると思われる弁護士から疑問が出されたり、あるいは本間氏の規制緩和論的な弁護士論に對しても、いろいろまた、批判が出されたりということがあつたが、理論と実務との関係というのは、本来はそのようなものであるはずである。一般理論のレベルでも、具体的紛争処理のレベルでも、戦略的観点が重視され過ぎて規制緩和賛成論者と反規制緩和論者との色分けにのみ目がいくと、理論と実務との間の正常な相互批判関係が損なわれるので、そうならないよう注意が肝要である。)「弁護士集団は多様な価値を受容する懐の深さを持つていることにこそ存在意義があり、その中では異端の者であつても排斥されず、少数派であつても立派な業績を残せば敬意を払われるのは当然であり、現にそのような方向に動いている、というのが私の認識である。」

しかし、那須弁護士の市場原理に對する樂觀的見方は經濟の分野においてさえ巨大な大企業による市場独占が形成さ

れている現実の下では通用し得ないものであり、ましてや司法分野に持ち込むことには決定的な無理があるとする次の批判については、小田中氏の主張が妥当すると思われる。とくに第四点の人権保障上の問題は深刻である。「第一に司法が扱う人権や法は、効率性・経済性とは全く異質な価値を担っている。第二に、法的紛争は、当事者にとつて基本的には一面的、個性的なものであつて、市場原理が妥当する大量的・継続的取引の扱う商品とは全く異質なものである。第三に、弁護士業務の質の選別や価格の設定を依頼者が適正に行うことは、業務内容の専門性、複雑性、裁判所依存性などから見て極めて困難であつて、依頼者と弁護士との間に通常の商取引関係は成立しがたい。第四に、市場原理のもとでは経済力の低い依頼者は弁護の引き受け手がいないか、又は質の悪い弁護しか受けられない危険にさらされることになり、人権保障上問題である。第五に、もともと那須弁護士市場原理導入論は弁護士業務を活性化させ、多様なニーズに応え、弁護士の地盤沈下を防ぐ狙いを持っている。しかし、それがもたらす現実には、一部弁護士のビッグビジネス化と大部分の地盤沈下であり、総じて弁護士のアイデンティティー喪失である。」

(13) 棚瀬孝雄「弁護士倫理の言説分析」、法律時報、第六八巻一—三号

(14) 棚瀬氏がこの文脈において「党派性の倫理」と「在野性の倫理」とを対比させ、両者のバランスの重要性を強調する(それはいわば第三の倫理を強調するのと同じであるが)仕方は、不法行為法の領域において「個人的正義」と「全体的正義」とを対比させ、第三の正義としての、「共同体的正義」を強調するのとパラルレルであり、この「共同体的正義」について知ることは、「第三の倫理」を理解する上で有益であると思われる。

棚瀬氏によれば、不法行為責任を支える実質的な道徳的基礎付けとして、「個人的正義」、「全体的正義」、「共同体的正義」の三つがあつて、前二者への反省から「共同体的正義」の考え方が出てきたのであるが、「共同体的正義」の考え方は、自分と相手とが人間的な糸で結び付いているという意識、そのつながりを大切にしようという意識から、不法行為制度の在り方を考えていくものである。棚瀬氏は、不法行為法の発展の指針として、第一に、了解可能性、第二に人格の尊重、第三に関係的配慮を挙げて、制度改革への提言として、要件効果の図式の中でその要件に該当する事実の有

無に関心を持つ「個人的正義」も、損害負担の図式の中で誰に損害を負担させるべきかを考える「全体的正義」も退け、「共同体正義」を薦めるのである。すなわち、不法行為を加害から被害の回復まで通時的に見て、そのうえで加害者が被害者と向き合い、その苦痛を除去するために自分として何が出来るのかということを考えていく、そのような不法行為からの回復のプロセスに大きな関心を持つという立場である。(棚瀬孝雄「不法行為責任の道徳的基礎」、棚瀬編『現代の不法行為法―法の理念と生活世界―』有斐閣、一九九四年所収)

(15) 注(12)において見たように、小田中氏の「民衆の弁護士」の異端としての孤立性への危惧とそれに対する那須弁護士「の「思い過ごしではないか」という反応は、正統性を担うものが集団なのか個人なのかという考え方の違いを反映しているように思われる。

(16) 注(12) 参照。

(17) 阪神・淡路大震災復興作業において、少なくない人達が責任感から働き過ぎて過労死したり、多くの被災者が精神的ダメージを回復できないでいるが、復興作業と休息や遊びを二者択一的にとらえる仕方は、運動や闘争においてそのための活動と休息や遊びを二者択一的にとらえる仕方と共通している。

(18) この第二類型においては、依頼者は個人と言うより、むしろその個人を支援する組合や「守る会」や各種の支援団体と言う方が正確であろうが、ここに問題の難しさがある。つまり、本来依頼者であるはずの個人は、個人として弁護士と接触するというより、支援団体の方針に制約されながら(つまり団体の一員として)接触する。また、弁護士も個人の意向よりも支援団体の意向・方針に強く縛られる。結局、当事者の個人としての立場の保持は非常に困難である。ただし、大量解雇のように、当事者が複数あるいは相当多数の場合や、公害のように被害者が多数の場合、このような問題は少ないであろう。しかし、その場合でも、被害者団体や原告団の集団としてのまとまりの難しさという新たな問題がある。いずれにしても、第一類型に比して、この第二類型における依頼者と弁護士との関係は非常に複雑で微妙である。

(19) また、弁護士の公益活動への参加義務づけについて論じている、朝日新聞社説「市民のための弁護士活動」(一九九五

論 說

年八月一六日)も参照。

(一九九八年九月三〇日脱稿)