

巻頭コラム

わが国において法とは何であったか

中京大学法科大学院院長

橋 詰 洋 三

1 はじめに

筆者は、2004年4月の中京ロースクールの開学式で、第1期入学生を歓迎する挨拶を約40分間行った。世界には、大陸法系とアングロ・サクソン法系の2種類の法体系が存し、立法府の制定した立法を、行政府に属する各行政庁が忠実に遵守して行政事務を遂行し、司法府に属する裁判所が、立法趣旨に即して法を解釈し、それを適用して、個別的な紛争の解決を図るシステムが大陸法系の特徴であるが、大陸法系に属するわが国の法制度を、新入生たちが、普遍的で、国際的なものであると誤解しないように注意を喚起する目的があった。

周知のように、ロースクールは、アングロ・サクソン法系に属する、アメリカ、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドその他の諸国における法曹養成のための高等専門職教育機関（大学院）であるから、大陸法系に属するわが国が、ロースクール制度を導入したことは、かなり奇異な印象を諸国に与えたであろうと推測される。

そこで、わが国がなぜ大陸法系に属することになったかを歴史的経緯の中で検証し、本邦において法が果たしてきた機能を分析しつつ、法曹養成に特化されて登場したロースクールの任務について説いたのであった。

開学式における筆者の挨拶を文章化したものを、社団法人全国労働保険事務組合連合会の機関誌『全国労保連』2005年3月号に、「わが国における法律の機能と今後の法曹教育」と題して寄稿したが、同誌は、労働保険事務組合を対象としたいわば業界誌でもあるところから、その内容に手を加えて中京ローレビューに掲載することにつき、上記連合会の快諾が得られたので、テーマも変更して本誌に掲載することにした。

2 歴史的に見たわが国における法の役割と性格の変遷

rule of status, rule by law, rule of law の各時代

時代系譜的に分析すると、わが国における法の役割やその性格は、階級に基づく支配の時代、法による支配の時代、法の支配の時代を経由してきた。

1) rule of status (階級に基づく支配) の時代

徳川時代までの封建時代における法の役割

徳川時代 (1600年の関ヶ原の戦いにおける東軍の勝利の年。幕府の開府は3年後の1603年のことである) の始まりから、1867年の大政奉還、明治政府の登場までの267年においては、公法関係では、法は階級に基づく支配の道具として機能した。他方、私法関係では、二者択一の解決方法は敬遠され、紛争当事者双方の譲歩による和解の道が尊重された。

- a 公法関係で見ると、徳川時代は非中央集権の封建社会 (feudalistic society) に他ならなかった。すなわち、権力を掌握したとはいえ、徳川家の直轄地領は、本邦の約4分の1を占めていたにすぎず、残りの約4分の3は、250ほどの藩の支配下にあった。武士の階級社会は、入り組んだ階級ヒエラルキーが貫徹している点に特徴があった。武士階級を支配した法思想は、上級者に対する忠義・忠節の上下関係であって、上部の決定には下部は服従するほかなかった。裁判制度でいえば、上訴の道がないのと同じであった。
- b 私法関係では、封建的隣人関係が重要視された。村落では村長 (むらおさ) の仲裁 (conciliation) により紛争を解決した。紛争当事者の対抗する要求を全て、足して2で割る解決方法であるといえた。

2) rule of law (法による支配) の時代

大政奉還後、明治 大正 昭和20年の太平洋戦争終焉までは、法による支配の時代と呼べるであろう。すなわち1868年から1945年までの期間である。この時代にわが国に根付いた法制度は、ヨーロッパ大陸の諸国において発展していた法典主義 (コードシステム) であった。まずその理由から説明しよう。

大政奉還後、直ちに明治政府は、わが国の鎖国政策を転換し、開国政策を採用したが、当時の列強諸国 (Powers. 以下、列強という) は、治外法権 (extraterritoriality) をわが政府に要求した。治外法権とは、国際交易に対する関税課税権をわが国に認めず、また、本邦に在留する列強の国民に対するわが国の警察権や刑事裁判権を認めないというものであった。その要求は、1858年に徳川幕府が列強と締結した不平等条約を維持せよと主張するものであった。徳川幕府には、1854年 (安政元年) に、日米和親条約を締結した実績がある。この条約にも、片務的最恵国待遇の規定はあったが、領事裁判権の規定はなく、それは、本格的な不平等条約ではなかった。しかし、1858年にアメリカ合衆国、イギリス、オランダ、ロシア、フランスと結んだ通商条約はわが国の関税自主権を認めず、外国人に対する領事裁判権を認めた不平等条約であった。

明治政府に対する治外法権要求の理由として列強があげたのが、わが国社会に残存する非近代性と刑事司法におけるパーバリズムであった。

治外法権の要求に屈したわが国を襲った事態は目を覆うべきものであった。極端な輸入超過が生じ、わが国の金銀は奔流のごとく流失し始めた。また、刑事裁判権の喪失は、国家主権を否認されたと同一であった。

明治政府は、対策を協議し続け、結局、法律制度の整備が急務であると考えに至った。そこ

で、伊藤博文を団長とする法律制度の調査団をヨーロッパに派遣した。伊藤らは、まず英国に渡り、英国の判例法主義（アングロ・サクソン・システム）を研究し、次いでヨーロッパ大陸に渡り、仏・独その他における制定法システム（Code System、Civil law System、コンティネンタル・システム）を研究した。当ても今も、世界の法律制度は、制定法中心のコンティネンタル・システムと、判例法中心のアングロ・サクソン・システムに区分される。後者は、英国、アメリカ、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド等の法制度である。伊藤は、このうち、コンティネンタル・システムの導入がわが国にはふさわしい旨を、帰国後明治政府に上申し、こうしてわが国はコンティネンタル・システムの導入に踏み切ったのである。法制度を短期に整備するためには、判例の集積を待つ余裕は到底なかったことや、天皇制度を当時のドイツ皇帝制度に範をとって法制化することが可能であったことなどが、伊藤が大陸法を推奨した理由であると思われる。

明治政府の成し遂げた偉業には、次のようなものがある。

まず、中央集権的行政機構を迅速に整備した。近代的な、警察・軍隊・郵便・司法制度が瞬間に完備された。次に、土農工商の階級制度を廃止した。また、1889年（明治22年）には、明治憲法を制定し、独・仏のコードシステムに範をとった民法を1896年（明治29年）に制定したほか、現在基本法と呼ばれる実定法を次々に制定した。これに先立ち1894年（明治27年）には、外務大臣陸奥宗光が、日英通商航海条約を締結し、治外法権の廃止に成功し、爾後、他の列強との条約も次々に改正された。

明治政府が関税自主権を回復し、列強と完全に対等な立場に立ったのは、1911年（明治44年）のことであった。

爾来、コンティネンタル・システムがわが国の法律制度の中樞をなしてきたのであるが、特徴は六法全書存在であるといえる。

筆者は、1974年から76年までをアメリカの西海岸で過ごし、U. C. Berkley 及びサンタクララ両大学のロースクールで研究と教育に従事する経験を持つに至るが、アングロ・サクソン法系に属するアメリカでは、わが国の六法全書に匹敵する法令集や、法律各科目のいわゆる基本書がなく、学生達が大型で分厚くて重い Case Book（判例を系統的に並べ解説を加えたもの）を何冊も抱えたり、リュックで背負ったりしながらキャンパス内を動き回るのを目にして、法学教育の方法の違いに驚嘆したものであった。

3) rule of law (法の支配) の時代

昭和20年の敗戦から今日までの時代を法の支配の時代と呼ぶことができる。

人間が人間として行政府や立法府から権利侵害を受けることがないことが保障され、国民主権・基本的人権が尊重される時代を法の支配の時代というのであるが、人間の尊厳の回復期と呼ぶこともできよう。

1946年（昭和21年）11月3日に日本国憲法が制定され、1947年（昭和22年）5月3日に施行された。

当時のわが国は、連合軍の占領下であり、連合軍最高司令部（GHQ）の命令が超憲法的効力

を發揮した時代であったから、この時代のわが国の法制度が米法の影響を強く受けたのは当然のことであった。労働諸法、独禁法、商法の会社法に関する改正規定等が次々に登場した。

爾来、コンティネンタル・コードシステムと、アングロ・サクソン系のデュアルな法律体系がわが国に併存してきた。しかし法学教育は、コードシステムを踏襲し続けてきた。そこでは、基本書の精読と六法全書の活用が奨励された。司法試験はもとより、法学部における論文試験では、意義・要件・効果を要領よく著述することが求められた。推論能力ではなく、記憶能力が求められた。アカデミックな大学の講義では司法試験の合格には対応できなくなり、司法試験予備校教育が全盛時代を迎えたことは誰でも知っているところである。

3 これからの法曹養成

司法試験は極端に難関であったにも関わらず、職業法曹人の人格や倫理が問題にされることが多くなると共に、リーガルサービスの質量共に潤沢な国民への供給の要求が重要な国策とされるに至った。

新たに設けられた司法制度改革審議会において、国民の期待に応える司法制度の構築（制度的基盤の整備）、司法制度を支える法曹の在り方（人的整備の拡充）、国民的基盤の確立（国民の司法参加）・・・などが検討された。そして今後の法曹養成の方向として、司法試験という点のみによる選抜ではなく、法学教育、倫理教育、司法試験、司法修習を有機的に連携させたプロセスとしての法曹養成制度を設けることが決定され、法曹養成に特化したロースクール制度を発足させることになった。アングロ・サクソン法系における法曹養成制度への転換が目指されたのである。まさに、法学教育の革命ともいうべき事態である。

筆者が勤務する中京ロースクールでは、社会的正義の貫徹を目指す法曹の養成、法務担当能力を備えて企業内弁護士として活躍できる者や、語学力を駆使して渉外業務をこなせる弁護士の養成、すぐれた証拠評価能力や迅速に判決を起案できる能力を備えた裁判官候補者の養成、正義感にあふれ、捜査指揮、公判維持に高度な能力を發揮できる検察官候補者の養成、高度の研究能力を有し、新規に発生する多様な社会問題に対応する方法を学術論文で示唆できる、研究者法曹の養成を、目指しているが成果は将来に待たねばならない。

以上、法曹教育制度の抜本的改革の歴史的意味や、わが国における法律制度の変遷を、検証してみた次第である。