

## シンポジウム

## 法科大学院

— 開設記念シンポジウム —

## ドイツとわが国における法曹養成制度の変革

平成16年10月15日開催

司会者：

では、ただ今から、中京大学法科大学院開設記念シンポジウム、中京大学創立50周年記念につきまして、『ドイツとわが国における法曹養成制度の変革』という題でいたしたいと思います。

まず、最初に中京大学の学長であります小川英次先生から、ごあいさつをお願いしたいと思います。

小川：

本日、ここに本学では、法科大学院開設記念シンポジウムを開催することができました。本席にお出での諸先生のご協力によりましてこのシンポジウムが開催されることに、学長として心から感謝を申し上げたいと思います。

まずは、ミュンヘン大学法学部教授リース先生に、それから、桐蔭横浜大学法科大学院長、元最高裁判事、千種先生に基調講演をお願いいたします。

さて、ここで一言申し上げておきたいのは、このシンポジウムの主催者となります法科大学院法曹研究所の活動が目覚ましいことでございます。ニューズレター、そして、また、ジャーナル『CHUKYO LAWYER』の創刊、オープニングセミナー、シンポジウム、無料法律相談等々、目白押しの活動、創刊、続刊と活発であります。

これはひとえに、法務大学院の研究科長でいらっしゃいます橋詰先生、そして、また、科長代理の池野先生、研究所長の富島先生、ロースクールの先生方のお力によるところ大でありまして、加えて法曹研究所のスタッフ、大学院事務局のスタッフ、そして、ここに大半を占められる院生の皆様のご協力あつての賜物でございます。学長として心から敬意を表したいと思います。

ロースクールも、スタートしてから半年経ちましたが、まだ始まったばかりでございます。本日の朝日新聞を見ても、特集番組を組んでおりまして、法科大学院開校から半年の特集が掲載されておりました。早速読んでみました。先生方と院生の両方の皆さんの相互の努力の中で、新しい日本の法曹研究と法曹教育が進んでいるということが、具体的に分かる記事でございました。

どうか皆様におかれましては希望を持って、強い意思を持って、そして健康に留意され、目的達成に向かって進んでいただきたいと思います。

本日のシンポジウム開催を心からお祝い申し上げたいと思います。簡単でございますが、一言あいさつ申し上げました。ありがとうございました。

司会者：

では、主催者側を代表いたしまして、中京大学法科大学院長の橋詰先生からごあいさつをお願いします。

橋詰：

ロースクールの開設以降、シンポジウムを当ロースクールで開催しますのは、これで3度目になりますが、今回、初めて国際性を持つシンポジウムを開くことができました。ところで本日御出席いただきましたリース教授であります、実は私との接触は本日が最初ではないのでありまして、法科大学院創設の最中に民法人事に穴が空きまして、橋本さんに目を付けた私が橋本さんを探したところ、ドイツにおられることが判りました。

その行方を探るためにリース先生にお電話をいたしまして、居場所を確認いたしまして電話をすると、橋本さんは既に数時間前にそこを出発をしてると告げられる。数回そんなことが繰り返されて、やっと捕まえて当ロースクールへの御就任をお願いしたという経緯がございます。リース先生は今日は日本語でご報告されますけれども、リース教授が日本語にご堪能であることは当時は全く知りませんでした。私は一生懸命英語で喋って、先生も英語でずっと喋っておられたのですが、途中で何気なく日本語を喋られて、「えっ、あなた、日本語分かるんですか。それじゃあ、日本語でお話をしましょうか」ということになって、それ以来、お目に掛かるのは本日が初めてでございますが、本ロースクールの創設につきまして、貢献をいただいた経緯があります。

千種先生でございますけれども、この方についてはたくさん申し上げることはございますが、そのうちの一つを御紹介しますと千種先生は実は私のスキーの教授にあたられます。今から三十数年ほど前に長野地裁に判事としていらっしゃいましたところに官舎に押し掛けまして、数泊させていただき、スキーを教えていただきました。その後、私は中京大学でもっと技術の高い指導者を得まして、その方と毎年スキーに行きました。今、滑ると私の方が千種さんよりうんとうまいのだろうと思いますけれども、千種先生とはその後長いご交際をいただくことになりました。今日は遙々横浜桐蔭大のロースクールからお出でいただきまして、本当にありがたく存じ上げております。

今日のこの催しが成功裏に終わりますことを心から祈念いたしておりますし、また、ご参集の皆様方にお礼を申し上げて私のあいさつといたします。ありがとうございました。

司会者：

どうもありがとうございました。

では、早速、この開設記念のシンポジウムに移りますけれども、その前に、まず、ゲルトハルト・リース教授の簡単な略歴等をお話ししておきます。

リース教授は現在ミュンヘン大学の法学部教授でございます。専攻分野は民法と、私が伺っておりますのは古代法で、皆さん古代法といいましてもなかなか全部お分かりにならないと思うんですけれども、いわゆるくさび型の字を読むことをカリキュラムとしているという、非常に私も先生の

研究室でこれを覚えるという、くさび型の文字を写してみたのですが、残念ながら分かりませんでした。そういう先生です。

1972年にミュンヘン大学から法学博士の学位を授与されて、その間、エアランゲン大学法学部教授をされ、その後、東欧の崩壊後、ブルガリアの法律顧問として、不動産と不動産取引制度についての顧問をされております。その後すぐにミュンヘン大学に民法の大家メディックス教授の後継者として招聘され、ドイツでは珍しいのですが、母校のミュンヘン大学で、現在、教鞭を取られています。

さて、今からすぐにリース教授のお話になりたいと思いますが、なぜドイツの法曹養成制度を今回取り上げたか。これは今日このあとお話いただく千種先生、鈴木先生との講演との関係で一言だけ申し上げます。

ドイツの法曹制度はこれは2000年、それから2002年、それから実は2003年7月1日からでございますけれども、たいへん大きく変化がありました。

まず、一つは大学教育が非常に大きな変革を設けております。それは従来、大学教育には基本的に実務科目というものが、ドイツの大学の法学部では全くなかったわけですが、この改革の中で今度、いわゆる実務的な科目をかなり取り入れるという制度の一つの大きな改革がありました。この点は、我が国の法曹養成制度の変革からいえば、いろんな意味での還元があるかなという感じがいたします。

それから、司法試験の改革がございました。その点は後ほど話が出ますからこれは知っていただきたいと思います。いわゆる今までのように国家試験一発という形ではなくて、その間、中間試験というのを受けるという制度を設けました。

それから、司法修習自体は我が国と違いまして、司法修習所というのはございません。ドイツの場合には各弁護士事務所、または裁判所、検察等で配属されながら、そこを転々としながら修習を行うというやり方です。こうした改革の詳細は先生がお話しなさいますからお聞きいただきたいと思いますが、そういう改革が実はございました。

そういう点で、それから、もう一つは国際化の問題です。EUの社会として、EU法が一般化してきております。このEU法を念頭におき、しかも外国語教育に非常に重点を置いております。そういう点も改革なのかは後ほど千種教授、またはリース教授からのお話があると思います。

私がこれを話してしまいますとあれですので、これで終わるとしまして、早速、リース教授に講演をお願いしたいとこういふふうに思います。では、先生よろしく申し上げます。

### 「ドイツにおける法曹養成制度の変革」

(Die Reform der Juristenausbildung in Deutschland)

リース教授：

中京大学に講演に招待していただきありがとうございます。初めて名古屋の大学で講演すると

ということでちょっと興奮しています。先ほどのようによく間違うので、どうぞお許してください。だから、私の訛った日本語を聞きながら、分からないときは、どうぞ遠慮なく中断して聞いてください。そういう希望があります。

それから、テーマは法曹の養成です。それは先ほど橋本先生が言ったように、ドイツにも、もう長く前から議論されています。最近は本当に真面目な改革論議が行なわれるようになりました。だから、多分その改革の内容について、多分ここでも関心があると思って、その講演をしたいと思います。

法曹の養成は、多くのほかの社会の分野のようにドイツでは中心的で画一的に規制されているわけではないです。ご存じのとおり、ドイツにある連邦主義だから、全てのドイツの州は原則として立法権を持っています。しかし、例外として連邦立法者は全国に効力のある法律を公布できます。そういう立法権については連邦憲法に規定する必要があります。だから、連邦憲法に定めて規定されてないと立法権がありません。

法曹の養成の際、この中心となる法はいわゆるドイツ裁判官法であります。それは、ドイツの憲法に規定されています。すなわち、裁判官の資格という章では、三つ条項として、裁判官になり得る条件は、つまりジュリストの養成として規定されています。この規定に従って得た裁判官の資格は、そのほかの典型的なジュリストの職業の条件にもあてはまります。

例えば、検察官、公証人や弁護士はそういう条件を満たさないと出来ません。ドイツ語で、それはちょっと翻訳しにくいですが、直訳で完全ジュリスト (Volljurist) といいます。完全ジュリスト (Volljurist) でありますから、全ての司法教育と司法試験を通ったジュリストですね。すなわち、検察官、公証人、裁判官などです。

最近、裁判官資格に必要な条件が何回も変わって来ました。最後の变化は、去年の7月に起こりました。特に、大学にある法学の勉強は、それから、そのあとの司法修習生の教育も相当に改革された。でも、特に大学の授業は改革された。焦点は大学です。この改革に関して、今日は少しお話しできると思います。

裁判官法は大学で行われる法学の勉強を求めています。その勉強の期間は4年間で、例外としては3年間半であります。実際は、その勉強の期間は平均として5年間以上です。

ドイツの全国には45の法学部が存在しています。そのうち43が国立大学の法学部ということになります。2つは私立大学です。だから、私立大学の制度はドイツにもありますけれども少ないです。日本に比べるとずっと少ないです。国立大学では、授業料が今のところ取られてません。しかし、私立大学は授業料によって運営されていますが、実際、授業料は大学の経費の5分の1ぐらい賄います。5分の1ぐらいです。そのほか、政府あるいは出版社等からも運営資金が入って来ます。

例えば、最近、創立されたハンブルグにブツェリウスロースクールがあります。ドイツでも英語は人気があるようですね。日本のようにロースクールという言葉はドイツでも使われていますけれども、ちょっと妙です、私には。あまり好きじゃないです、こういう英語を使うのは。でも、ブツェリウスロースクール。ドイツの名前ではないですね。ここでは、日本語の概念もありますけれども、この場合にロースクールのみです。それは、翻訳できません。

最近、ハンブルグに創立されましたブツェリウスロースクールは2つの法学部がある私立大学の1つであって、1年に授業料として9,000ユーロを必要とします。9,000ユーロというのは日本円としては約120万円になります。

国立大学が将来にも授業を無償で提供できるかどうか、現在、激しく議論されています。与党である社会党と緑の党は授業料の支払いを学生に求めることに反対していますが、野党（CDU等）の多くは授業料を取った方がいいと思っています。それはドイツにとって特に大切です。なぜならば、もうすぐ与党が野党になる可能性がずいぶん高いからです。だから、その次の総選挙によって、もうすぐ国立大学にも授業料が課されるという可能性があります。

それはちょっと大学の制度に関する話ですから。勉強に関する話に戻したいと思います。勉強の対象は3つの必修科目といわゆる、これは、また翻訳しにくいですが、これは直訳で重点課目（Schwerpunktbereich）といえます。これも通じないと思いますが、その重点範囲は選択科目です。必修科目は民法、公法と刑法であって、全ての学生に勉強されなければならないくて、試験の対象でもあります。

去年（2003年7月1日）の改革以来、必修科目であげた成績は以前は約84%でしたが、第1試験の7割の評価されます。重点科目（注：日本では実務課目と重なる）は改革以来、第1試験の3割でその科目で学生は深い知識を得ることができます。重点科目の1つを選択しますが、この重点科目の深い知識を必要としません。この必修科目と重点科目の割合は、裁判官法で規定されています。それほど大切であると思われるのです。しかし、重点科目の形態は、それぞれのドイツの州とそれぞれの大学の学部に委ねられています。

例えば、ドイツの一番大きな法学部であるミュンヘン大学の法学部では、7つ重点科目を取り入れられました。しかし、ミュンヘン大学法学部よりも小さい大学の法学部は、ミュンヘン大学のようたくさんの重点科目を提供できないのです。それは、専ら教授の人数とお金（予算）の余裕の有無問題です。

勉学の間には試験がたくさん行われています。民法、刑法と公法の中の2つずつを、3年末まで学生は中間試験に合格しなければなりません。これも新しい制度です。その試験は全部筆記試験です。

特に、最近取り入れた中間試験によって、学生がジュリストに適性があるかどうかをよく分かるようになります。大学での勉学の間、普通、学生の3分の1は勉強をやめます。それは、その中間試験のお陰ですね。適性のない学生がすぐやめるというのは、それはいいことだと思います。試験のほかには、全ての学生が少なくとも1つのいわゆる基本演習、基本ゼミに参加して合格しなければなりません。この演習で法学の基本、つまり、法政史、法哲学、法社会学や方法論が対象です。

これまで述べた試験の点は、勉学の終わりにある卒業試験、いわゆる第1試験の結果に関係がありません。よって、勉強の間、大学生の時代の間にとった点は、その第1試験に関係がありません。しかし、この勉強の間の試験に落第した学生は、卒業試験を受験できません。去年の改革以来ですけれども、重点科目で勉強の間にあげた成績は、卒業試験の点に算入されます。

こういうことから以前あった原則、厳しい原則は破られました。その原則によって第1国家試験は全部ドイツの州の法務省に組織され、州の全ての受験者は同じ問題に関する解答を書かなければ

ならなかった。だから、以前は本当の国家試験でありました。しかし、改革後は、卒業試験の7割が法務省に組織され、その他の3割は重点科目の範囲で別々の法学部によって行われます。この重大な変化の目的は2つであると思います。

1つに、授業と試験の関係をもっと密接にする。国家試験の弱い点、悪い点は、例えば、ミュンヘン大学では教授がある問題を出して、ミュンヘン大学の学生はその問題を解答しなければならない。だから、その教授の考え方、教え方も全然分からずに学生は解答しなければならないです。それはこれまでの制度の弱い点であるとも思っていましたから、この変化の目的の一つは、授業と試験の関係をもっと密接にするという目的です。

2つ目に、個々の学部の名を成すことができるというのが2番目の目的です。名を成すというのは、面白い重点科目を提供すると、その大学の学生に魅力あるものにみえるからでしょう。だからミュンヘン大学で、例えばつまらない重点科目があると、バッファウ大学で例えばものすごく面白いと学生の大部分がその大学へ行くでしょう。ミュンヘン大学じゃなくてバッファウ大学へ行くと考えるわけです。

以前の制度の1番大事な利点は受験者の成績が同じ水準によっているということでありました。改革後の制度によってこの利点は部分としてなくなったに違いありません。これ以外、この改革は学部にも不利益になります。学部はこのために政府から資金を全然受けません。全部学部の負担なのです。国家のただ乗りというわけですね。分かりましたか、ちょっと冗談。これはやめましょうね。

私の意見はこの改革が不成功に終わると思います。この制度、学部が対応する負担はできないと思うからです。

重点科目の導入によって、学生には将来の職業に特に大事な知識を獲得できる可能性が提供されます。つまり、将来に経済の分野でジュリストとして働こうとする学生は、経済法を中心とする重点科目を選択するはずで、刑事司法で働こうという希望のある学生は犯罪学や少年刑法を巡る重点科目を選択するなどです。

私は学生たちがあまり早くから専門の研究に奔ることは好ましくないと思っています。私は、原則としてそうした改革に多くの批判を持っていますが、それは私個人の意見だけです。この改革がものすごく素晴らしいものであるという考えもありますけれども、私は疑わしいと思っています。

法律科目は高等学校ではほとんど教えられていなくて、それから高等学校で行われている授業は相当まずいから(笑)、別の生物、理学、数学、物理学などのような科目とは違って、法学は大学でゼロから勉強しなければなりません。私の意見としては、法学生の勉強期間で法律の根元観とその方法論を勉強することのみで十分だと考えます。普通の学生はこれ以外、深く専門的に研究できないと私は思っています。

最近の大学の別の特徴は、法学の内容を一般的に頼る傾向です。最近まで授業の対象はむしろ訴訟の解決であって、訴訟を防止するというのはあまり教えられていませんでした。以前は、訴訟の防止のために仲裁と契約の保証の役所の方法が授業の中心にされるという傾向はあの改革に入っています。ジュリストたちが訴訟の防止の方法がよく分かっている、たぶん裁判所で行われる訴訟も減ってくるという期待があるわけです。将来には弁護士が上手な契約を締結することによって契約

による紛争を避けて、これに関わらず紛争があっても喧嘩を裁判外で和解的に解決する方がいいと思われています。

しかし、そういう科目をどのように教えたらいいかはあまりに明らかではなくて、試験の方法もさらにはっきりしないです。

昨年の改革によって法学の国際的な観点ももっと強く取り入れられました。欧州法は必修科目になって、だから、欧州法の民法も欧州法の刑法も欧州法の公法も必修科目になって、全ての学生は勉強期間の間に一つの法律専門用外国語の試験に合格しなければならないです。ミュンヘン大学では英語、フランス語、イタリア語、スペイン語とロシア語の専門用語の授業が提供されてます。

九州大学とミュンヘン大学との姉妹大学のお陰で日本語も専門用語として教えられていて、最近はこのに関する授業と試験とも行われています。これは全国で1校だけでありいいことと思います。

この国際的なアプローチは、改革の本当の進歩であるとだれもが思っています。その国際的なアプローチは、ここまであまり共有されていませんでした。しかし、それはグローバリゼーションの時代に必要であると思います。

他方、訴訟の防止や仲裁のための教材がまだまだ十分にできていなくて、専門の授業が相当高いから、現在の財政危機では大学に行いにくいと思っています。

専門の講師のコストが高いでしょう。でも、政府からそのための費用は何も入って来ません。だったら同じ現象ですね、先ほど言った問題ですね。

第1試験後に2年間の司法修習生期間があります。その期間は法律の実務が重要となります。学生期間と修習生期間の分割だから、二段の養成という概念になります。約15年前には一段の養成制度もあったのですが、法学の理論も実務も同時に教えるのはやめて、今のところ、裁判官法にそういう一段の養成は規定されていません。したがってこの二段の養成制度だけ残っています。それは伝統的な制度ですね。

法曹になる受験者たちを修習生にするという改革計画もやめられました。その計画の意義は、弁護士になろうとするジュリストを弁護士会を法秩序に所属されることでありましたが、弁護士会がこれに必要な講師や資金がなくて、計画は止められました。またそれは財政的な問題で、そういう負担は弁護士会に考えられない訳です。

この計画が実現したならば、受験者の80%ぐらいは修習生にならなくて、弁護士会に所属したと思われ、すごく金が掛かったでしょう。司法修習生は、ひと月に約900ユーロを、これは12万円ぐらいです。この900ユーロの給料をもらうわけです。もし弁護士会がこれを負担したならば、法務省は喜んだらうけれども、結局以前の制度のままであって、つまり全ての第1試験に及第した受験者が修習生になる権利を持ってその授業と給料を法務省の負担のままであるわけです。

しかし、ドイツの司法修習生の大部分が弁護士になるのは、改革処理と裁判官法にある程度まで考慮されています。司法修習生は少なくとも9か月間、弁護士の指導で養成されなければなりません。それが改革後です。以前そういう期間は3か月に過ぎませんでした、こういう養成によって若い弁護士が第2国家試験の直後に実務でうまく仕事し得るという希望があるわけです。だから、その司法修習生の期間は9か月、それは相当長い期間のちょっと長い一部です。

修習生期間の終わりに第2試験が行われます。この試験は第1試験とは違って完全に法務省によって行なわれます。大学が修習生の養成に参加しないので、第2国家試験の問題は大学の講師により作られなくて、試験官は法実務の人しかいませんから、裁判官や検察官などの公務員が行うということです。

第1試験と第2試験とを比較すれば、それは第1試験に対し第2試験の法実務との関係が目立ちます。例えば、第1試験の再受験者は法文だけを使ってもよくて、第2試験では多くのコメントール（いわゆる条文毎の注釈書）も使ってもいいわけです。こうしたコメントールは本当に多いです。たとえば、受験者は二つの大きなスーツケースを持って試験に行きます。その中に入っているコメントールを実務的にうまく使えるということを証明するためにです。

合格率と不合格率については、第1試験の方が第2試験よりもずっと難しいです。第1試験は普通約3割は不合格ですが、第2試験では普通落第率は1割位に過ぎません。その理由は第2試験の方がやさしいわけではなくて、むしろ第1試験で及第できても、より資格のある学生しか第2試験で合格しないわけです。

ところで、たとえ2つの試験に合格しても、厳しいことに、ジュリスト（法曹）の就職の見込みはあまりよくないです、ドイツでは、国家が経済危機ですから、若い裁判官と検察官をあまり採用せず、公証人（Notar）の人数は伝統的にすごく少ないです。だから、第2試験の合格者の大部分の約8割は弁護士になります。なぜならば、別の立場（裁判官・検察官等）を見付けられないからです。

優秀な成績により合格した修習生のほとんどは判事か検察官になって、1番優秀な合格者は、多くの場合、高い所得を得るために公証人になります。それは日本とは違うと思います。こちらは、公証人の職業は日本では、あまり魅力がない職業と思います。でも、ドイツでは素晴らしい職業なのです。だれもが公証人になりたがっています。

ここで、大学の教授になるための方法を、この点自分でそういう職業を選んだから、ちょっとだけ説明をしたいと思います。大学の教授になるためには第2試験に合格しなくてもかまいません。第1試験合格で十分で、論文が優れた点で書かれ、教授資格論文を書けば十分です。第2試験にも及第しなくてもいいのです。

しかし、ほとんど全ての教授は第2試験にも合格しています。間違いなく大学の教授になり得るほど優秀な学者は第2試験を受験しないのだから、第2試験を合格していない教授は特に優秀とされています。ちなみに、私は第2試験も通りました（笑）。

弁護士の人数が多いというのは、いい点も悪い点もあると思います。一方でドイツでは弁護士の補助は見つけやすいです。それはたぶん日本とは違うと思います。人口と比べてドイツの方が日本よりも10倍ほどいると思います。

しかし、他方、ドイツの弁護士はあまり仕事がなく、生存競争が厳しいです。この問題は、ドイツの弁護士会にとって大きいですが、日本のように弁護士の人数を制限する方法は、憲法違反であると思われるので取り入れられません。この点で日本の制度はドイツに模範であり得ないです。それは、ドイツの憲法の12条、つまり、職業選択の自由に関する条文ですが、その職業選択

自由に違反する方法ですから、取り入れることができません。

昨年（2003年）の法曹養成の改革は、今のところ現実には存在しなくて、成功するかどうかはまだ分かっていません。特に重点科目の授業と試験が全ての大学の法学部でだいたい同じ結果になるのかどうか、試験の要求が大学の教授によって強く違うかどうかははっきりしません。

それから、訴訟の防止、仲裁や契約締結の方法の教え方も試験の仕方も不明確です。専門化への傾向は、私によれば、養成に1番危ない。それは私の意見です。それは学生があまりに早く専門化すると、法律の基本が勉強できないと思っているわけです。法律の基本は、つまり法政史、法哲学、法社会学、方法論はミュンヘン大学のような大きな学部で重点科目になっていて、小さい学部ではあまり教えられていません。ドイツのある大学の法学部では「ローマ法」に関する講義は滅多に提供されなくて、その講師は別の大学から呼び非常勤講師としてやっています。それは、深くいい授業になり得ないと思います。

これは根本的な法曹養成が最近問題になった一例だけです。国家の節約処分のせいで法学部の講師の人数が制限されるということ考慮して、改良はあまりできないと思っています。

例えば、ミュンヘン大学の法学部は2008年まで、現在の33の教授ポストから29の教授ポストにならなければならないことになっていますから、数が減りますけれども、課題は増えて来てます。それは少々矛盾だと思えます。

日本の大学に最近たいへん節約することを教えてもらって、日本でも法曹養成の改革がかつてない例で教育の改良を目的として、本音ではだいたい節約処分の結果であるのではないかと私は思っていますけれども、あまり分からないですけれども。両国の発達を比較するのは、私にとってすごく面白いテーマです。この講演のあとで日本に関する計画を聞いて、多分これも良く分かる、多分ではなくて、きっとそれは良く分かると思っていますから。

以上です。ありがとうございます。

司会者：

それでは、リース先生どうもありがとうございました。では、引き続きまして横浜大学法科大学院教授、元最高裁判事の千種秀夫先生です。『日本における法曹養成制度の改革』と題しまして、お話をいただきます。では、よろしくお願ひします。

### 「日本における法曹養成制度の変革」

千種先生：

ご紹介いただいた千種でございます。以前は最高裁にいましたが、今はただ一介の法律家として法曹養成に携わっているというのが実情でございます。さき程橋詰先生からお話がありましたように、中京大とはかなり前からお付き合いがあり、そんな関係から、今日こちらへ参ったわけでございます。

私は50年近く裁判所、あるいは法務省におりまして、その間、司法制度にも関係がありました。ですから、司法試験の改革にも多少携わりましたし、外国人弁護士の制度も改革しなければいけないというようなことで、法曹の養成に絡む仕事もしてまいりました。

そういうこともありまして、たまたまこのシンポジウムがあるにつきましては、今の法曹改革について、一般的な、全体的な話をしてくれと、こういう話だったので、できる限りのことを申し上げたいと思って参ったわけです。

#### 本講演の目的

それでは、今日は何をお話するかですが、たいへん難しいですね。本当のところ、私自身にも分からないことが多いのです。昨今の新聞を見ても、法科大学院を出た何人の人が司法試験を通るかということが、一面トップの記事になるわけですから、議論は多岐にわたります。今の改革をどういうふうに進めたらよいか、法科大学院はいかにあるべきか、その先の司法修習というものは今のままでよいのか、司法試験はどういうふうに変えるべきか、更には、裏方の話として、どれだけの予算が必要か。これは今のお話にもございましたように、ドイツでも同じなので、人を増やそうと思うと経費が要る。資料をたくさん作ればお金が要る。ドイツには700億円も寄付するようすごい人がいるので、日本にもそういう方が出てくれると少しは楽なのですが、なかなかそうはいきません。結局どこへ行くかということ、学生の学費が高くなるわけですね。それでは、どうしたらそれを救えるかということ、やはり奨学金とか、寄付とか、経費削減とか、いろいろな問題に波及してしまいます。そういうわけで、法曹養成制度というのは、何を教えるかとか、きれい事だけでは済まないのです。いろいろな裏方の問題があるのですね。そこまで今日お話できるかどうかということ、残念ながらあまり期待なされない方がよろしいかと思えます。

#### 第1 観察の視点

私が今日お話ししようとする目的は何かと申しますと、やはり法曹養成制度というのは、近代国家ができてから日本の一つの課題でございました。今、改革するにあたって、まずは、近代国家ができたときからその歴史を辿ってみることが参考になるのではないかと思います。そういうことで、私はここにメモを書きまして、題しては「観察の視点」ということを書きました。これは、そういう意味では、まず歴史的な考察が必要ではないかという、そういう視点でございます。では、歴史的に何を見るかということ、二つの点があるかと思うのですね。

第1は、国の制度として法曹養成はどのような制度にしたらいいかという国家的な、制度的な視点です。第2は内容ですね。法曹とは、いったい、この近代国家の社会の中でどういう役割を担っているのか。そういうことを十分認識しなければ、どういうふうに養成したらいいかという制度の骨格が出てこない。これを時間的な要素を含めて考えますと、明治初期と今とでは隔世の感とでも言えますか、もう2世紀ぐらいの違いがあるのですね。今、我々が直面している法曹養成制度の改革というのは、まさに現代的な問題です。現状をどう認識するか。今までの制度は現在の需要を賄っ

ているかと。こういう現状認識から出発しなければいけないだろう。それが一番大事なことだろうというのが私の最初の指摘です。

そこで、歴史的にこれを見ていくと、最初に日本はどうしてきたかという問題になります。一応私が考えますところ、明治の初期と、帝国憲法ができてからの戦前の時代と、戦後アメリカ文化の影響を受けてできた今の司法制度と、それが破綻に瀕するとして現在騒がれているこれからの制度の四つの段階に分けて観察するのが分かり易いだろうということです。ほかの分野でもそういう見方をするとところがございます。ところが、それは近代国家の制度として見るときにそういう観点が出てくるのであって、もっと長い日本文化ということ考えると、これは1000年以上の歴史がありますから、またいろいろ違った見方が出てくるでしょう。それで、司法制度とか法曹養成制度というのは、やはり近代国家ができて司法という制度を国が責任を持って作るというところから始まっているので、私はこういう区切りを作ったわけがございます。

改革の時期になると、いつでも、過去を振り返って「昔はこうだった」と言う人と、「今までのものはもうだめだから、とにかく新しいものを入れなければいけない」という二つの勢力がぶつかり合うのです。今、現在がそうです。

例えば、最近カタカナでよく言われるコーポレートガバナンス、コンプライアントといった、これはまさに皆さん方の現実の課題です。なんで日本語で言わないのだと尋ねると、「いや、日本語でどう言ってもいいか分からない」とか、「企業統治なんていうと、何か軍隊が出てきて会社を支配するみたいな言葉になってまずい」とか、「コンプライアントと言うけど、いったい今まで法秩序を維持するという考えはなかったのか」とか、「なかったから今のような企業の不祥事が毎日、新聞を賑わせているじゃないか」とか、「これをなんとかするためには、やはり法律遵守義務というものを、改めて今の時代に合わせて考えなければいけないのではないか」とか、こういった問題が今現在出てきているわけです。

## 第2 戦前の制度

### 1 明治初期

では、明治のときはどうしたかという、やはり明治のときにも同じ議論があったはずなのです。明治の初期に帝国憲法ができる前は、日本はフランスの文化を取り入れて、司法もまたフランスの制度を取り入れたということは皆さんはご存じだと思います。ポアソナードという名前を覚えていらっしゃるでしょう。日本の法律家ならだいたい知っているはず。それ程日本にとってポアソナードは重要な意義をもっていたのです。

それでは、なぜフランスの制度が日本でこういうふうにならされたかという、明治の元勳たちがヨーロッパを見に行ったとき、ヨーロッパの文化の中心はフランスですから、パリへ行ってみんなびっくりする。「ああ、これが近代国家の文化であるか」と。建物を見ただけでもそう思ったでしょう。皆さんだってパリへ行くと、同じ印象をもたれるかもしれません。これが100年以上前にあったかと思うと、フランス文化というものに憧れると。だから、大学で外国法をやる

と、フランス民法の訳が一番売れるというようなわけでごさいます、あそこへ行ってみると、そういうふうに日本人は思ったであろうと思います。

事実、フランスの制度を取り入れたというのは、これは歴史的な事実なのですね。だから、明治23年の帝国憲法ができるまでは、裁判所の制度もフランス流でした。第1審は、今でこそ東京地方裁判所などといっていますが、あのころは初審裁判所と言ったのです。これは第一審事実審裁判所というフランス語の訳です。そういう制度を拵えたわけです。

そうすると、法曹というのはどういうふうに考えたかということ、やはり裁判官というものを考えたのです。刑事事件では検察官というものを考えたのです。弁護士も考えるけども、弁護士は被告人を援助する立場も多いし、だから、官ではないのですね。それで、弁護士が官ではないというのは、ヨーロッパがそうだったわけですね。

法律家というのは、国の法秩序を維持することを使命としておりますから、今現在では弁護士も判事も検事も、法曹というものは同じ使命を持っているというふうに認識されておりますけども、明治の初期において弁護士というのは、これはそういうふうには考えられていなかったのです。だから、名前も代言人と言ったのですね。代言人というとは何か300代言みたいですけど、同じ語原なのです。代言というのは、やはりフランス語のアボカ (avocat) の訳です。したがって、弁護士は、そういうものとして作られたわけです。

ですから、国が司法制度を拵えるとき、では法曹はどうして養成するかということ、法科大学、要するに帝国大学の卒業生はその資格があると、それで、帝国大学でないのは、試験をして受かったものを判検事にしたり、あるいは弁護士にすると。話はそれますが、たまたま私の母親の父親というのが代言人でごさいます、田舎の方、兵庫県の豊岡市というところで弁護士をやっていたのです。あそこは火災や戦災にあっていませんから、お蔵の中に当時の資料が全部保存してあります。蔵を掃除していたら、おじいさんの卒業証書が出てきたのですが、法律学校、今の法政大学の元ですね、その卒業証書に、さっき言ったボアソナードのサインがしてあるのです。だから、昔は法律学校の校長さんはボアソナードだったわけです。そのほか中央大学というのはイギリスの系統を継いでいるし、ドイツは獨協という大学がありますけども、英・独・仏それぞれ留学した人が帰ってきて法律学校を拵えた、それが、明治の最初のころのお話です。

## 2 帝国憲法下

それで、帝国憲法ができたのは1900年よりちょっと前、明治23年なのですけども、そのときにドイツの制度を日本へ持ってきて、そこで司法制度を拵えると同時に弁護士の方も、ここから弁護士という言葉ができ、弁護士の規則ができ、それで、今日の法律家というものが生まれたわけです。だから、裁判官、検察官というのと弁護士というのは全然別なものとして採用され、資格を得て仕事をやる、だから、弁護士から判事になるとか、判事は辞めても弁護士の資格があったかもしれませんけど、それは昔大学を出ていれば弁護士になれたから、その資格でなっているのですね。

それで、法曹一元なんていうことは、戦前にはあまり言われなかったのです。戦前は、判検事を教えるために、司法研究所という、今の司法研修所のような研修所を拵えて、そこで試験に受かっ

てきた人のために判検事の修習というか、教育をしていたのです。

どういふことをするかというと、今の司法研修所の教育と似ておりまして、昔の記録とか判決のいわゆる白表紙というものをみんなに配って、読んで、起案をさせて、公表をしようと。そういう仕事の主だったのですね。

たまたま私の父親は戦前の司法研究所で修習したものですから、うちの物置には戦前のそういう白表紙も残っております。大部分は棄てて、残った一部はどこかへ寄贈してしまったのですが、昔の修習記録はおもしろいですね。ガリ版で刷った中に、義賊がいるではないですか。泥棒、そうそう、ねずみ小僧の判決とか、そういうものが出てくるのですよ。そうすると、今よりずっとおもしろいことをやってきたのではないかなと思うのです。

そういうことをやっている一方において、弁護士は最初は規則、次いで法律ができて、修習をしるとかだんだんと厳しくなりますが、戦前は弁護士と裁判官とは区別されておりました。

### 3 戦後

次に戦後でございますけども、今の研修制度ができた理由はどうかということになりますが、アメリカの占領下でアメリカ文化が入ってきたわけですから、そうすると、法曹というものは一元でなければいけないという考え方がまずあったのです。弁護士を国家の費用で養成するなんていうことは、戦前の日本では考えられなかったと思います。

そこで、司法研修所というものを拵えて、司法試験に受かった人は全部そこへ入って、裁判所や検察庁や弁護士の修習を終えて、2回試験が受ければそのいずれにもなれると。いずれにもなれるということは、なった後にも弁護士から判事になれるし、検事にもなれる。検事、判事を辞めれば弁護士になれる。そういう一元制度を拵えたのですね。これは司法研修所の特徴です。戦後のここ50年ぐらいの間の法曹養成制度というのはそういう考え方で今日に至ったわけです。

### 4 最近の状況

それは結構じゃないかと言えば結構なのですけども、それが結構でなくなってきた理由は何かということを考えなければいけないのです。どういうことかと言いますと、今からのことを申しますと、その卒業生をいかに増やしても、1000人やそこらではとても今日の需要を賄いきれない。なぜか。それは、急になったわけではありませんけども、日本だけではなくて世界の経済が発展しますと、日常の経済活動というものは一定範囲の枠を超えて、社会を超えて、国を超えて、ヨーロッパとか、アメリカへと、それはまさにグローバルゼーションなのです。そうなると、まず非常に人数が多くなければ仕事をこなせない。

具体的にどういうことかと言いますと、トヨタならトヨタという会社が大きくなって車を輸出すると、部品をよそから調達すると、世界中に車を売るといふことになりまして、日本の法律家だけでそれを全部こなせない、こなせなくてもいいじゃないか、アメリカへ行ってやればいいじゃないかと、アメリカはたくさん弁護士が余っているから、あっちの弁護士頼んでやればいいじゃないかと考えられます。事実そうやっていたのですけども、アメリカの弁護士は費用が高くて困るとい

うような問題が起こってくるのです。それは無事にいっているうちにはいいのです。

日本が黒字、黒字とってアメリカに騒がれたときに、司法関係の出入りを計算しますと、100億単位で日本の方が赤字なのです。そういうことをだれも計算した人はいないのです。なぜかという、日本は弁護士がないから、アメリカの争いはアメリカの弁護士に頼む、相手もアメリカの弁護士に頼む、それで、外国弁護士が日本にも入ってくる。それが、20年ぐらい前になります、外国人弁護士問題なのですね。それを自由においたら、日本は弁護士がなくなってしまう。みんなアメリカの弁護士になってしまうという危機感があって、そういう問題が出てきたのです。

これはヨーロッパでも同じです。同じころに、ドイツでもフランスでも外国人弁護士問題は起こりました。今は外国人弁護士というと、アメリカだけではなくてドイツもありますし、フランスもあるのです。この間イギリスにも行って聞きましたけど、やはりイギリスの弁護士が日本へきて活動が自由にできないと困ると。それは裏返せば日本の弁護士が外国に行っても同じだけの活動ができなければ困ると。それはまさにグローバリゼーションなのですね。だから、外国語の問題が出てきたのです。とくにEUのような場合は国続き、陸続きですから、日本と違って外国語ができないと国内の弁護士もできなくなる。そういうことで、昔私がフランスに行ったときには、フランスでは英語は通じなかったのです。フランスではドイツ語もあまり話せなかったですね。今、フランスではドイツ語を一生懸命やって、ドイツ語ができる人が増えてきましたね。英語だって通じるようになりました。昔はフランスが文化の中心で、パリでは、フランス語ができないと乞食にもなれないと、いわれたものでした。

### 第3 今日の問題と制度変革の必要

今はグローバリゼーションということになってまいりまして、とくに弁護士の活動範囲が広がってきました。これは弁護士法1条を見ても分かるけれども、司法なり法曹の使命は何かと言えば、法秩序のうちに人権の擁護とあるでしょう。それで、法秩序とは何かというと、限られた狭い社会の法秩序ではなくなってきたわけですね。グローバルに法秩序が保たれなければ戦争になってしまうわけです。経済戦争だけではなくて、本当の戦争にもなります。そういうわけで、グローバルにやるためには、やはりグローバルな法曹が必要になってきたわけです。

裁判所や検事はどちらかと言えば国内的な仕事をしております。ウェイトは非常に国内的な法秩序により偏っておりますけども、それでも国際犯罪があって犯人の引き渡しの問題も起こりますし、中国からはいろいろ安い物も入ってくるけども、悪い人も入ってきます。これをどういうふうに処理するかということはたいへん難しい問題でして、これは裁判所だって困るのです。まず一番困るのは通訳がないのです。裁判所で刑事で一番困るのは何かといたら、通訳を確保することなのですね。英・独・仏なんていうのは余るほどいます。今や中国語も韓国語もだいたい分かりますけれど、クルド語を使っているとか、やはりあの辺になってくると通訳がいなくて困るのです。案外そういうふうに国際化というのは見えないところで広がっているのです。

そういうこともありまして、今のままでは国際的に通用する弁護士は作れない。まず数が足りな

い。質も足りない。多様性と申しますか、バラエティに富んだいろいろな関係に適応できる能力を持った人がいないといけない。こういうことを第3で挙げておきましたけど、今日の問題と制度の変革が必要というところの問題なのです。量のみではなく質の問題が今日的な課題であるということなのです。

#### 第4 変革の内容

それでは、今変革の最中でございますけども、変革の内容は何かということになりますと、一つには、養成制度を変えるために法科大学院というのがスタートしました。多くの方はその方に関係がある方だと思いますけども、法科大学院がなぜできたかということをもうちょっと分析してみますと、第1は法曹の数の問題ですね。

##### 1 法曹の数

改革審の答申にも出ていますように、今の法曹の数というのは、判検事を合わせても2万人しかいない。アメリカの100万人は多すぎるとしましても、ヨーロッパ諸国に比べて、一番少ないフランスに比べてもまだ足りない。

それで、平成の18年ぐらいまでの間には、それを5万人にしたいとされていますが、5万人でもまだずいぶん少ないのです。それでも、今のままで5万人増やそうとするとどうしたらいいか。10年で3万人も増やさなければいけないわけですから、1年に3,000人ずつ増やさなければいけない。そうすると、司法試験も変えなければいけませんけども、能力のある人たちを育てるのはどうしたらいいか。いや、そんなことは簡単で、研修所は定員を倍にするか、二つ作って入れればいいのかと考える人もいるかもしれませんが。計算上はそうなりますけども、それがさっきドイツでもお話になったように、国がやっている限りにおいてはそう簡単にはまいりません。それが次なる問題になるわけですけど、法曹の数を増やそうというのは、最低5万人までにしようということ、今一生懸命やっているのが現状です。

##### 2 国家機関の限界

国家機関の限界ということを書きましたけども、どういうことかと言いますと、今司法研修所の修習生というのは国家公務員に準じてその地位が保証されています。保証されているというのは給料をもらっています。それで、やはり卒業すれば資格が取れる。その代わり義務もある。だから、公務員に準じて、やはりいろんなことを勝手にやっちはいけないという厳しい規制があります。それは常識ですから当たり前のことですけども、やはり研修所の変わってきた歴史を振り返ってみるとそれが分かります。

どういうことかと言いますと、戦後昭和21年に修習制度というのは始まったのです。そのころ2年ぐらいの間は焼け野原ですから、借りた建物の中で辛うじて百何十人の人が修習していました。昭和23年に、今は文藝春秋がありますが、紀尾井町に大京ビルというのが建って、あれが東京の地

価を高からしめたといわれますけれども、そこに研修所というのがあったのです。あそこを司法研修所にするのはもったいないからというので今日のような形になったわけですが、あそこには前は行政裁判所というのがあって、それを利用して司法研修所はできたのです。私がいたころには定員が250人ぐらいで5組ぐらいだったのです。どういうことかと言いますと、半分は判検事になり、他の半分が弁護士になると、そういう制度だったのです。だから、法曹三者を一体として教育するといっても、感覚的にも分かりますよね。半分は判検事、他の半分は弁護士になったのです。

ところが、さっき申し上げたように、だんだんと社会経済状態が繁栄してまいりますと、需要も増えてきます。つれて事件も増えますが、事件よりも現実の社会の需要が多くなってきますと、それじゃ困る。なりたい人はわんさか押し寄せる。そうしますと、司法試験が非常に難しくなり、受ける人が2万から3万と増えてまいります。しかし、受かる人は250人が倍になってもせいぜい1500人ですから、しばらくの間、3%ぐらいの人しか司法試験は受からないことになる。そうすると、浪人を生産するシステムになってしまうのです。そればかりではない。司法試験を採点しようとする人は3万人の答案を見なければいけないという、大学の先生は全部採点をすることによって、1年つぶしてしまうことになってしまう。本当にその話が出まして、“足切り”ができたのは昭和31年です。東大の教授の我妻先生が、夏休み40日を全部採点のために使うということは学会のロスである、答案を見る数を減らさなきゃいかん。それには、ばかばかしい答案は見ないことにしようといわれたのです。というのがばかばかしいかという、この程度の常識がないやつは答案を見る必要はないと。そこで、単答式ができたわけです。それで、昔の単答式は本当に単答だったのですね。

ところが、これもだんだんやっていくうちに問題が出尽くしてしまう。しょうがないからだんだん難しい単答式を問題がでてくる。だれが作るかというと、受かって間がない若い人に作らせ、それを偉い先生が最後に直したり見たりするのですけれども、いろいろと問題成作技術というのが発達するのです。それで、そのために塾が儲かる、こういう仕組みがだんだんできてしまったのです。現在その弊害というのは、まさにその結果なのです。だれが悪いわけではなくて、社会が急激に発展したために対応しきれなかった弊害が、ここに出てきているわけなのです。

足切りというのですか、普通は2割ぐらい下を削るのが足切りでしょう。だから、私は3%しか残らないのは首切りだと言っていたのです。それを倍にしたところで悪い人は司法試験に受かるわけがないと。1割採ってもそんなに悪い人は来ないだろうと。そういうことを私は常に言っていたのですけれども、あまり受験産業のために毒された人たちだと1割の中にもやはりだめな人がいるらしくて、昨日の新聞か今日の新聞かには、四十何人かは2回試験にも受からなかったとのこと。

### 3 教育内容の事実と教える側の人的物的拡充

国家機関がやろうとすると、自ずから制約があって、そういう今の社会の需要に応ずるだけの教育がしにくい。それでは、アメリカのようにロイヤーがたくさん出ている社会はどうしているか、「ロースクールを見よ」と、こういう話になってきた。なってきたというのはなぜかと言いますと、やはり戦後の司法制度というのは、アメリカのいろいろな影響でできてきましたから、留学するに

しても、日本からの法律関係で留学する国はアメリカが一番多かったです。ドイツにもずいぶん行っております。しかし、それは、我が国では今、裁判官になった人がずいぶん行っておりますが、どうでしょうか、学校の先生は行っておられるかもしれませんが、普通の留学は、やはりアメリカの方が多いかもかもしれません。そうすると、やはり帰ってきて、情報としては、「アメリカのロースクールでは」と、こういう話がどうしても優先するんですね。

だから、今、ロースクールという言葉自身がそうですけども、「法科大学院を作らなければいかん」と言ったときに、いつの間にか法科大学院というのはロースクールになってしまって、今日もロースクールのお話ということで来ているわけですけども、そうすると、その教育内容をどういうふうにするかということが、どうしてもロースクール的なものになってきてしまうのです。

ところが、今日、お話を伺っております、ドイツでも、同じ傾向があるということを知りまして、少し安心したのですが、やはり社会の需要というものが増えてまいりますと、それに対応する法律家を作るには、国家が自分の機関でやろうと、それを民間の大学にやらせようと、その中間である国立大学でやらせようと、結局、社会の需要に応じるものを作っていくてはいけません。それが今の法科大学院の宿命というか、使命なのです。

どういふふうにこれをしていくかということは、ドイツと日本では少し違いかもかもしれません。今、ドイツのお話を聞いて私も非常に参考になりましたけれども、今までの日本の大学の教育というのはどういふものであったかということ、非常に大雑把にいいますと、やはり明治以後の日本の大学というものの宿命のようなものを今日まで背負っているのです。

それで、近代国家になってヨーロッパの文化を取り入れたときに、ドイツであろうと、イギリスであろうと、フランスであろうと、法律の分野では、結局、ドイツが一番影響力を持っていますけれども、ドイツの法制度を日本に持って来て、最先端の理論を生徒に教えるということをやったのは主として帝国大学の教授や、さっき言ったような専門学校の先生たちです。

そうすると、その人たちが日本でどうあるべきかということも研究しましたけれども、どちらかというと最先端の技術、知識を日本に広めるということをも自分たちの使命としてきたわけです。それが、だんだんと日本的になりつつあった。例えば、戦前でも民法の我妻先生は「民法教材」というもの、ロースクールでやるようなケースブックを作って、そういうことをいろいろやられたのです。戦後もそれはずいぶん発展して、論理、理論だけを教えてきた先生ばかりではありませんけれども、やはりそれが尾を引いて、戦後の大学は司法試験を受けた先生はあまりいない。それよりも大学の研究ばかりして、立派な論文を書いてと。そういうことが学者の使命と考える人たちがかなり多かったのです。

#### 4 教育内容の変革

それでも、実務と理論の交流、そういうことはずっと続けられました。それは、そうでしょう。研修所だって、勉強していますけど、大学でいろいろ判例批評をする、司法はこうあるべきだという議論は出てくる。互いに意見を交換しながら研修所も大学もお互いに発展してきたわけですから、昔のようにぜんぜん別個ということはありませんでした。

私どもが昭和28年に民事訴訟法を勉強したところ、兼子さんという東大の先生がおられ、この方は、民事訴訟法の体系という本を書かれた。この方が生前に書かれた本というのは、古本屋で非常に高値でした。それで、体系が出て、やっと本が買えるようになった位です。民事訴訟法というのは手続で、実務だから、体系なんてものはないという考え方がありまして、ある先生が言っておられましたけれど、戦後、日本には民事訴訟法専門家は10人いなかったというんですね。今、何百人いるかは知りませんが、たくさんいらっしゃるでしょう。だけど、そのくらい訴訟法の学者というのはいなかったんです。そのころ、菊井先生とおっしゃる先生がおられました。菊井先生というのは実務のことをよく知って、判例に従って、理論を展開している、だから、法律家になるなら菊井さんの本を読んだ方がいいよと言われたものです。それで、「兼子さんの勉強をしていった人は研修所に行ったら違うからね」と、こういうふうに言われたものです。私らは両方やりましたが、どちらがいいというわけではなくて、一度その体系を作って、それから実務というものを考えなければいけないという、そういう勉強にはなりました。

ところが、少し話は余談になりますけれども、逆に、大学で一生懸命勉強した人は実務家になって、実務の理論を勉強すると、実務の理論を体系化させたいという誘惑に惹かれて、何とか論、何とか論なんてものを書く実務家がおられます。それはそれでよいですが、今、新しい法科大学院で要件事実論をどうするかが、どこに行っても、議論になっています。正直なところ、先生方も、その生徒も困っているかもしれません。その要件事実論というものは、ローゼンベルクというドイツの学者が書いた立証責任といいいますか、証明責任を皆で勉強している間にできたものです。ドイツでは、民法を作るときに、これはどちらが主張する要件であるか、その効果を規定するために抗弁として出すのは第2項で、あるいは、ただし書きで、どちらが主張すべきかということを考えて条文を作ったのだと、日本はそれをただ翻訳しただけで、フランス法が混じっているところ、たとえば債権者代理権などのところはフランス語化している。ゴチャゴチャだと。それを日本の民法もドイツのを倣って、きちんと分析してやらなければいけないということを研修所の教官が教えながら考えて、それで、一条一条作っていったその集積が要件事実論なのです。

その前に、アメリカから帰ってきた判事の先生が、「ああいう形式的なことを実務で教えてはおかしい」と。アメリカはやはり経験主義的な国だから、「具体的に、だれとだれが何と言い、その間にどういう合意ができたか。事実が大事なんであって、要件を先にやって、それに事実を当てはめようということをするのは本末転倒である」という議論がありまして、それが一時非常にはやりました。それは、昭和の30年の前半は「約束論」と称して、だれとだれが何と約束をしたかという、そういうことを重視するという、そういう傾向もあったのです。両方が拮抗してたのです。実務としては両方必要なのです。事実を認定してそれに各論の法律を適用するというのが民法の整理の仕方なのですね。

ところが、約束論をあまり強調しますと、「だれとだれとがいつ何と言った…」という判決を書く人が出てきてしまうのです。これは、ひどいのではないのか。また、逆の方にいくと、また非常に極端なのです。所有権に基づく妨害排除請求権というのは、所有権があって妨害している事を言えばいいのだが、「原告はこの土地を所有してる。被告はこの土地を占拠してる。したがって右土

地明け渡し」と。これは要件事実論の最たるものですね。

法律家というのは常識的なものでないといけない。ものを言ったら、聞いただけで分かるように言えと。そういうことで、法律学者の中でも、実務家の中にも、批判が出てまいります。今はある程度それが元に戻りつつあるわけですが、そういうふうには日本の法律家というのは、あまり道を極めて、宗家が本元ではありませんが、そういうふうには極端になってしまう恐れがあります。

そこで、法律家、実務家というものは、もうちょっと実務家のレベルでものを見ていかなければいけない。そういう反省は、ここ何十年の間に出てきているわけです。今ちょうどそこへ法曹の改革ということが起こりまして、法科大学院制度が発足したと。

では、その内容はどういうものになるか。そうすると、やはりアメリカのロースクールのままでないにしても、あまり理論だけやってたのでは困ると。卒業して実務が全然分からない、会社で何をやってるか分からない、手形を見たことがない、契約書も見つたことがない、それでは困るではないかと。

そういうことで、実務、理論と実務の架橋という言葉が最近よく使われます。今までの大学の先生は、どちらかという理論にウェイトがあった。実務の方は実務の訓練ということで、practiceの方向に重きがあり過ぎた。両方を一緒にしなければいけないというのが、今の法科大学院の課題なのです。そこまでは、皆さんもすぐお分かりでしょう。

## 5 新司法試験の在り方

それでは、「そういう教育をして、今度の新司法試験はどうするのですか」ということになってきますね。今までどおりだったら、学校で教えてもらっていることと試験とが別になってしまう。いや、そんなことはない。今までの教え方を変えて、プロセスとしての評価を司法試験の中でしていかなければいけない。そうすると、新司法試験というのはやはり民事ならば民事の実態法と手続法を一緒にした民事法、刑事も行うなら刑事法、公法なら憲法、行政法ですから公法。その他の選択科目はやるならやるで一つ。そういうふうなグループ的な問題、ある事実関係を分析して、それを検討するという形の司法試験にしようではないかということになり、今そういう大体の案がまとまりつつあります。

けれども、それではあまりにも問題が大きすぎてしまって、細かい知識の方は分からない。それでは、単答式もある程度、並列して作ろうと。それでは、単答式をどう動かすのだということ、やはり足切りにでも使おうかと。こういう話が今、囁かれています。結局は両方を合算して評価するとか、単答式は少し単価を落として評価するとか。これからの課題ですが、そういう形になっていくでしょう。

今、そういう問題を議論していて、昨日も弁護士会でその議論は出ていました。それはそれでよいのですが、次に問題は作る人がいない。作れても採点できる能力のある先生はいない。こういうことを言う人もおりました。今日、現在では、急に言われたってできない、だから、皆さんと同じように、これから2年かけて先生も一生懸命問題を作ったり、採点をしたり、そういう訓練をしていかなければならないというのが正直なところが現状なわけですね。

## 6 司法研修所の在り方

そこで、もう一つの問題が司法研修所が残るかどうかという問題です。残った場合のあり方はどうか。この間、ある新聞を見たときに、あれは将来、司法研修所をなくすための伏線であるということを書いた新聞がありました。今のところは、司法研修所の廃止の計画はもちろんありません。だが、1,000人では足りない。1,500人にするために、今、増築工事をしていますが、3,000人になると、京都辺りにもう一ヶ所建てるといことになりますね。それは冗談のようですが、まんざら嘘でもないです。

フランスなんかは、行政学院というのがあって、エリートの学校です。卒業した人が国家の有数な地位に就きますけれども、その学校はパリのほかシュトラスブルにもあって、両方卒業しなければならない。だから、やる気になれば、日本だって京都に一つ作って、両方卒業しなければ資格が取れないよというふうにだってできないことはないのです。日本は何でも一極集中主義ですからなかなかそういう議論は成り立ちませんけれども、ドイツなんか、お話を聞いていても、全部、ボンとかベルリンに集めているわけではないのです。だから、地理的な要素もありますけれども、各地にいろいろ拠点があってバランスがとれているわけですから、そういうことだって考えられないことはありません。

## 7 一般教養の教育の在り方

それから、一般教養の教育のあり方ということは一問題になります。

これはそもそも今の新制大学を作るとき、最初は、「それでは旧制高校のような一般教養、人間の基本的な教養を育てる、身に付けるところはなくなってしまうのか」という問題がありました。そこで4年生の大学の最初の2年は教養学部、あるいは、教養科目を主として教える部門ということで発足したはずなのです。それで、今でもそれをある程度守っている大学もありますけれども、例えば、医学部なんていうのは、2年の上に2年でなくて、さらに2年。4年の専門分野を作っている。昔から今の法科大学院のようなものが上にあったわけですね。だから、医学部式にするならば、今だって医学部式にすれば、司法試験に受かって、研修所に入らない制度だってできないことはないのです。

なぜやらないのかというのは分かりませんが、やはりそれは従来の伝統というか、そこでやっていたことの意義を評価するからだろうと思いますけれども、そこで、一般教養は今の大学ではないということになっても困る。だから、一般教養をやるよその学部からきた人を法科大学院が取り入れる。それが、本来の姿であると。こういうふうに言われたものです。

ところが、「それでは、法学部に行く人はどうするんだ、法科大学院に入れないのか、それは、ちょっとひどいな」と。「それでは、法律を学んできた人は2年でいいや」というような妥協案もできたのです。これは、将来そういうふうに行くかどうかということは、一個の問題です。一般教養をもし重視するならば、法学部というものはなくてもよく、法科大学院に入ればいい。そのかわり、2年で卒業できる能力のある人は司法試験を受けていきなさいと。それだって構わないはずです。そういう意味で、この変革の内容というものはたいへん流動的な要素があって、どうしたら

いいかということは非常に難しい問題です。

## 第5 改革の方向と内容

そこで、最後になりますが、改革の方法と内容ですが、改革の方法というのは、これは今やっているのがこの方法なのですが、皆さん、司法改革がどういうふうに行われているかということがお分かりでしょうか。お分かりになっていけばいいのですけれども、政府としては、やはり自分で責任を持ってやらなければいけない。推進本部というのを作って、それが中心になっているいろいろな分野の分科会のようなものを作って、それでまとめて法律を作っていくという仕組みを作っていますけれども、その末端で議論されていることはお互いに関連がないものですから、相矛盾することが盛んに議論されている。

さっき言ったように、司法修習生は有給なのか無給なのか。それが大変ならば、貸与制にするか。今、議論は盛んですね。有給制にしないではいかんというのは、例えば、弁護士さんなんかは、貧乏な者が法律家になれないようでは困る。そうすると、研修所の担当者は、「有給となると、国家予算の枠があるからそれを増やさないかん」という議論になってしまうのです。どちらも嘘ではないです。嘘ではないけど、どこかで妥協しなければいけない。だから、1000人でなくてもいいから500人増やしてくださいとか、できる人だけ奨学金をやってタダにしてくださいとか、そういう問題が出てきて、今、法科大学院もみんな競ってそれをやっているのです。「うちは上から何番目までは学費はタダです。だから、いい人は来なさい」とか。それもいいでしょう。日本の場合は貧乏だから、なかなかそれはうまくいかないけれども、例えば、アメリカなんか留学してお分かりの方もいるかもしれませんが、留学するとフェロシップというのがあって、それに応募すると、その人の学費はそこから出してもらえる。そういうのがたくさんありますから、学生は半分以上は自分の学費を自分で出さなくてもいいと仕組みがあります。さっきお話に出ましたように、ドイツでも大変な方が寄付をして、学校の費用の3分の1ぐらいはそれで賄えるというような学校を作ろうというようなこともございました。

そういうことで、日本の法曹養成制度をどういうふうにするかということは、理念においてはかなり一致しておりますけれども、具体的には非常にバラバラです。それは、司法試験のあり方と同じように、まだ、何もこれといって確定的なことは言えません。いろいろなことを言っておりますけれども、確定したものとは言えません。

そこで、私が今思いますことは、この改革推進の主体はだれかということです。それを統一的にだれかが考えて、リーダーシップを取ってやっていると非常に難しい。ただ、大学院の合格者の数字をきれいに並べて、「ああ、それでは、今年は で何百人」。だれが犠牲者になるかといえ、法科大学院の学生さんが一番被害を受けるだろうと私は思っています。

だから、新しい制度を作った以上は、その制度の趣旨をなるべく活かして、その卒業生をなるべく本来の姿で合格させて、残った人は別枠でその年はたくさん的人数になっても資格を与えたらどうか。私はそれが一つの案だということまでは言っていないですが、発想を変えて対処していかな

ければこういう大改革のときには何も進まないだろうと思っています。

それで、さっきも申したのですが、昭和28年に私どもは新制と旧制が同時に大学を卒業しましたけれども、一時に倍の卒業生が出たのです。昔は、高等学校に入るところでカットしていましたが、白線浪人といって高等学校の浪人がいました。今は司法試験浪人というのが言われて、たくさんはみ出しています。やはりそういう姿というのは、社会の中であまり健全だとは思われないのです。どうやってそれを是正していけばいいのか。そういうことが、私はこれからの課題だと思っているのです。

だいたい時間になりましたので、この程度にさせていただきます。

司会者：

千種先生、どうもありがとうございました。私、時間の関係で、少し残していただきまして、たいへん申しわけないです。また、質問等が出ましたときに、重ねてお聞きするという事にさせていただきます。

ここで、今ちょうど10時でございます。少しおしておりますけれども、約15分休憩を取らせていただき、10時15分から再開させていただきます。再開後、最初は我々の同じ・・・であります鈴木先生にお話をいただきます。それから、その中であと質問等を行いたいと考えております。では、ちょっとしばらく休ませて下さい。

なお、本シンポジウムでは、以下のように基調講演の後に、パネリストによりディスカッションが行われたが、紙幅の都合上、割愛することとさせていただきます。

#### プログラム

「ドイツにおける法曹養成制度の変革」

(Die Reform der Juristenausbildung in Deutschland)

ゲルハルト・リース (Gerhard Ries) 氏 (ミュンヘン大学法学部教授)

「日本における法曹養成制度の変革」

千種秀夫氏 (桐蔭横浜大学法科大学院長・元最高裁判事)

#### パネルディスカッション

・ゲルハルト・リース

・千種秀夫

・鈴木重勝氏 (中京大学法科大学院客員教授・早稲田大学名誉教授)