

ソフトローに関する雑考・その他

萩原金美
(本学名誉教授)

目次

前説として

- 1 ソフトローに関する雑考——遠藤直哉博士の「漸進的法改革を目指す法科大学院改革——法の支配の実質化に向けて——」を読んで
- 2 「追補『裁判員裁判をめぐる雑考』および『死刑存廃論』」の結論部分

前説として

本稿は、2015年5月9日開催の日本法社会学会のミニシンポジウムにおける遠藤直哉博士(弁護士)の基調報告に対する私のコメントと近刊予定の拙著『検証・司法制度改革 II』(中央大学出版部)所収の第4論文「追補『裁判員裁判をめぐる雑考』および『死刑存廃論』(書下ろし)の結論部分から成る。

前者に対しては遠藤氏の報告全文を知らない読者にとってあまり意味がないという至極もったいな批判があるだろう。しかし、私としては日本法においてソフトローなるものをどう理解すべきかについて読者諸賢のご高見を承りたいという切望が本稿発表の理由なので、そのためにはこのコメントをお読みいただくだけでも最低限度の判断資料の提供の意味はあるのではないかと考えている。(遠藤報告の全文またはその重要部分は法社会学会の機関誌『法社会学』の次号に掲載されると思うが、同報告について早急に正確な情報を入手したい向きは同氏から

コピーを人手されることをお勧めする。)

後者については寡聞にしてこれまであまり聞いたことがない基礎法学の世界における深刻な「いじめ」(と目される現象)を知って驚愕し、学問の世界における進歩発展のためにこのような現象の最大限可能な限りでの廃絶を願ってこれを紹介することにした次第である。(思えば、「いじめ」を知らせる著者自筆の文章が私の購入書の中に挿入されていたこと、私は元来純粋培養の学者でなく、かつ現在では大学や学会などと全く利害関係を有しない人間であることは、私にこの問題に関する何かプラスなことをせよという運命の示唆なのかも知れないという気がするのである。それにいささか牽強附会にわたるかも知れないが、この問題はソフトローの機能を考えるうえでも多少関連があるのではないかと思われる。なお、著者の被害妄想を指摘する向きがあるとしても、その余地も含めて問題を周知させることは必要だろう。)

上記の暗い情報で憂鬱になった読者諸氏のために明るい話題提供をと考えているうちに図らずも神奈川大学法学部の私のゼミ出身の女性研究者のことが念頭に浮かんだ。で、これを附記としてやや詳細に書き記した次第である。決して身びいきからだけの紹介ではなく(そういう面が若干あることも否定しないが)、おそらくこれから増加するだろう野心的な学際的研究者が学問的に公平・正当な評価・処遇を妨げられることがないようにすることは学問の進歩発展

のために必要不可欠と思うからである（日本の学問分野の多くにおいて不必要にタコ壺的な面が強すぎる弊がある）。その意味ではこのことも上述の「いじめ」問題に関連する論点だともいえるのである。

以上のような思いに促されて、法律論文もどきの拙稿の中でもとりわけその色彩の濃厚な雑文を読者に提供することにした次第である。

1 ソフトローに関する雑考——遠藤直哉博士の「漸進的法改革を目指す法科大学院改革——法の支配の実質化に向けて——」を読んで

遠藤直哉博士から2015年5月9日に開催される同年度法社会学会のミニシンポジウムにおけるその基調報告論文「漸進的法改革を目指す法科大学院改革——法の支配の実質化に向けて——」の原稿を恵与され、これに対するコメントを求められた。

すでに半呆けの実務家出身の一裁判法研究者にとっては身に余る光栄であるが、学会報告に対する本格的なコミットなど到底無理な話であることを自覚せざるを得ない。にもかかわらず、同報告が私の年来の研究テーマである司法制度改革とくに法科大学院問題に関すること、論文中に拙著も引用されていることにかんがみ、あえてこの重責を引き受けることにした次第である。

「第1 要約」については、「3.」の学部2年および3年からの飛び級を認めることには賛成しがたいが、この点を除けば結論的にはほとんど異存はない。飛び級制度については本稿の末尾参照。

「第2」以下の論述および同時に恵与された氏の著書『ソフトロー・デモクラシーによる法改革 [THE REFORM of JAPANESE LAW VIA SOFT LAW DEMOCRACY]』（2014, アートデイズ）を参酌すると、氏の報告はその年来の主張であるソフトロー理論を基本的論拠に

据えて応答法モデルによる動態的法形成の重要性を指摘し、法科大学院の目的は『『動態的法形成の研究と教育』（2頁）にある、とするとところに理論的独自性があるように理解される。注目に値するユニークな法理論の提示といえようが¹⁾、ソフトローに対してはやや批判的な見方も要求されるのではあるまいか。後述参照。

ところで、多岐にわたる論点を取り扱う「第2 分裂状況の統合」以下の論述について逐一コメントを行うことは私の手に余るし、また必ずしも期待されているわけでもないと推察される。法科大学院問題についてこれまで発表してきた私見と密接に関連するか、あるいは個人的に強く興味を惹かれた論点に限定して若干の発言を行うことで責めをふさぎさせていただく。

「第2」の「3. 法改革派の主張」において、弁護士である遠藤氏が漸進的法改革の担い手としてまず裁判官を挙げ、ついで行政官さらに教育者すなわち学者や研究者を弁護士以上に重視しているのは瞠目に値する。自己およびその帰属集団の利益をあえて主張しない自省的・謙抑的態度は、氏が純粋に研究者としての立場を堅持して所論を展開していることの証左であって、まことに敬服に値するといえよう。

ただ私自身は、裁判官はともかく行政官や研究者（とくに大学の専任教員）が弁護士以上に法の支配や法形成の担い手として重要だとは考えない。多くの場合、人間は一方の利益を深く追求することによって、それに厳しく抵抗する相手方の利益もある程度まで理解できるような存在ではないかと私は考えている。その意味で一見中立・公平を装う学者などよりもむしろ党派的な弁護士のほうが相手をより良く理解できる有利な立場にあるように思えるのである。学者などにはいわゆる「岡目八目」の利点があるにせよ、おおむねその提供にとどまるのではないか。以上の私見は多少の研究と裁判官・弁護士・大学の専任教員という三つの職種の遍歴に基づき形成された多分に経験的なもので、どこまで客観的妥当性を有するか心許ないにせよ、

単なる独断と偏見でもあるまいと思う（兵書にもいう。「敵を知り、己を知れば百戦危うからず」と。ちょっと趣旨が違うか？）。

「第3 法の支配の発展」のうち「3. 漸進的
法改革の方法」における「(2) ソフトロー」および「(3) 法の機能（ソフトローの活用）」は、遠藤氏が最も力点を置かれる論点に属すると思われる（『ソフトロー・デモクラシーによる法改革』という上掲書の表題参照）。実は、私は以下の論述において重要な役割を演ずるソフトローについて必ずしも的確に理解し得ているという自信がない（つとに氏からそのソフトローに関する著作の恵与にあずかっており、それを契機に一応の勉強はしてみたのだが）。にもかかわらず、本報告におけるソフトローの重要性にかんがみこれに関する若干のコメントを行う必要を感じる。次の項目に関連してそれを行う。

「第4 日本における法のシステム化効率化」では多様な問題が取り上げられているが、「7. 法システムの4段階ピラミッドモデル」についてのみ一言する。

おおむね同意したいが、「① 自主規律（民間）」には警戒も必要だろう。たしかに『民間における『自主規制またはソフトローの形成』は法形成の中核」（17頁）であろうが、手放しの賛美は疑問である。前に一言したソフトローに関する私見をここでまとめて開陳することにする。

私はソフトロー理論に対して一抹の危惧の念を拭えない。で、ソフトロー理論に対する誤解を恐れつつもあえて若干の批判的言辞を弄することをご寛恕賜りたいと思う。

失礼ながら、ソフトローはリバイアサンのごとき一種の怪物という気がしてならないのである（無知ゆえの恐怖か？）。定義にもよろうが、それ自体は善、正義でも悪、不正義でもあるまい。しかし時代状況と民度などに応じてそのどちらでもあり得、時には巨大な負の機能を発揮

する危険性すら秘めているのではないだろうか。司法制度改革の動きの始動以来今日に至るまでのわが国の法学界や法曹界の動向を虚心に回顧する時、私はこのことを痛感せざるを得ない。かつて私は「山本七平氏は『空気の研究』……というユニークな著作を書き、日本における重要な意思決定（戦争を含む）が「空気」による決定であることを解明してみせた。いま法科大学院に関する大学（人）の言動を目撃して、山本説の正しさが例証されていることを痛感せざるを得ない。」と書いた²⁾。この「空気」こそまさに最強最大のソフトロー、あるいはそれを不断に生み育てる母体ではないか。また歴史学者（ドイツ中世史）の阿部謹也教授は「世間」の重要性を力説・強調されたが³⁾、この「世間」も「空気」と同様の存在といえよう。以上、「糞に懲りて膾を吹く」に類する愚挙と喘われるかも知れないが、私なりの素朴な危惧の念を率直に表明させていただいた次第である。（ちなみに、最近刊行された神奈川大学評論80号（2015、創刊80号記念号）において、その編集専門委員会委員長である阿部浩己教授（国際人権法）は今や大学自体もソフトローの形成・発展にとってすこぶる劣悪な環境と化しつつあることを深憂の念をもって語っている⁴⁾（同「創刊80号の地点から——抵抗という象徴——」169頁。

「第5 法曹養成制度改革」において提言する諸点や「第6——隣接士業と法の支配」で説くところにはほぼ賛成である。小異を捨てて大同につけば私はここでの遠藤氏の所論の趣旨に全面的に賛成といってよい。

結びとして

私の持論を再言すれば、法科大学院はこの国のかたちを「縦社会から横社会へ」と変える潜在力を有している⁵⁾。この日本社会の基本的変化こそソフトローが正の機能を発揮できる環境を醸成するだろう。法科大学院教育とソフトロー

一との関係はいねば鶏と卵の関係に似ているとしても、現実的な優先順位の決定では法科大学院教育が明白に優先すると私は確信するものである。

なお、私は飛び級制度については法科大学院論議の初期から口を極めて反対した。その当時の旧稿を再掲しておく。「飛び級制度を考えている案もあるが、これには強く反対する。法曹は単に頭脳が明晰だけでなく、人間として成熟していることが要求される。法律（解釈）学は広義においては一種の人間学なのであり——少なくとも法律実務の見地からは——、数学や自然科学とは異なる。（偉大な法律家で幼少時から六法全書や判例を玩具、子守唄にして育った人なぞ寡聞にして古今東西聞いたことがない。）」⁶⁾

注

- 1) 遠藤氏のソフトロー理論はその年来の主張であり、同書の内容は本報告を含む国内外の諸学会における氏の報告内容を成している（同書11頁、p.7）。すでに古稀に達した氏が多忙な実務の傍らこれほどの驚異的な知的営為を遂行されていることに心から敬意を表する（1945年生まれの方は1931年生まれの私に比べればまだまだ壮年といえるが、その知的生産の内容の豊饒さと水準の高さは老老の私ごときの到底およぶところではない）。
- 2) 拙著『続・裁判法の考え方——司法改革を考える——』（2000、判例タイムズ社）67頁。
- 3) 拙著『法の支配と司法制度改革』（2002、商事法務）36-37頁参照。
- 4) 森絵都『永遠の出口』（2006、集英社文庫）の、女子中学生を扱った「第4章 DREAD RED WINE」の中に、前髪を校則通りに短く切る（誰も守っていないのに）ことを強制する母に抵抗するヒロインについて「私は殺しよりもいじめが怖かった」という描写がある（116頁）。ここにソフトローの形容を絶する強力がいみじくも表現されているといえよう。
- 5) 拙著『検証・司法制度改革 I』（2013、中央大学出版部）とくに9頁参照。
- 6) 前掲(2)『続・裁判法の考え方』52頁。

2 「追補『裁判員裁判をめぐる雑考』および『死刑存廃論』」あの結論部分

おわりに¹⁾

脱稿間際に法社会学会の機関誌・法社会学81号『持続可能な社会への転換期における法と法学』（2015）に接し、樫澤秀木教授の書評（248頁以下）によって小幡（小畑）清剛著『コモンズとしての裁判員裁判——法・裁判・判決の言語哲学』（2013、萌書房）の存在を知った。魅力的な書評に促され早速購入して一応読了したものの、基礎法学の素養に乏しい私にはこの卒読だけでどれほど同書の内容を正解し得たか自信がない。ただ、一番良く理解できたと思う裁判員裁判を扱う第3章については残念ながら小畑氏の所論に賛同することができない（裁判員裁判に対する氏の結論は、西野氏の「裁判員制度は違憲のデパートである」という考え方に賛成（同書247頁）*）。

また、同号における全体シンポジウム、ミニシンポジウム関係の諸論考には「この国のかたち」を変えることを目指す司法制度改革の見地からみて興味深いものが少なくないが、これについて論及することは本稿の範囲を超えるので割愛するほかない。

* 私が古書店から購入した同書は偶然にも献呈本で、著者の被献呈者宛ての肉筆の手紙のコピーが付されており、そこには信じがたいようなことまで書かれている。すなわち、——

著者は重傷身体障害者で、左目は生まれた時から失明、右目は緑内障、左耳は難聴、右耳も不調、両手・両足の指はほとんどないとのこと。加えて、父母の介護（父は認知症・最近物故）を一人でしなければならなかったこと、長期にわたり就職（転職）妨害を受け続けたこと等々の悪条件が重なり、現在、家族なし（独身）、仕事なし、収入なしの三無生活を送っているという。そして、ある事情により学会出席・研究会参加を厳しく禁止されていることが述べられている。

このような甚だしい障害のハンディを持つ人

に対して、いったいなぜ長期にわたる就職（転職）妨害、学会出席・研究会参加の厳禁が行われてきたのか。どんな事情が伏在するのか知らないが、これはまさに学者社会における凄絶ないじめというほかあるまい。かりに著者の被害妄想を指摘する声があるとしても、それを含めて問題をひろく関係学界全体において議論することが大切ではないか。

同書の奥付の著者略歴には1956年生まれ、京都大学法学博士、現在姫路獨協大学名誉教授とあるが、もちろんこの略歴から上記のようなことは全く窺うことができない。著者の環境が速やかにヨリ良く改善されることを心から願いつつこの*（注記）を付する。

（ちょっとキレイゴトに聞こえることを書くと、私は著者および出版社の正当な経済的利益に配慮して書籍はなるべく新刊書を購入するよう努めている——老毫の身ながら多少の経済的余裕があるので。しかるに同書についてはなぜか古書を注文してしまった。でも、そのお蔭で上記のような情報を知り得たのである。）

附記

図らずも*（注記）では暗いニュースを書いたしまったので、附記として明るいニュースを提供したいと思う。学際的な新人研究者の紹介である（業績からみればすでに立派な中堅かも）。その人は横浜市立大学医学部の助教で南部さおりという。神奈川大学法学部を2000年に卒業したが、在学時代は私のゼミに属していた。卒業後は明治大学大学院法学研究科修士課程で刑事政策を専攻し、さらに横浜市立大学医学研究科博士課程に進んで同課程を修了し医学博士号を取得、2007年から同大学医学部の助教をしている。研究・教育活動はすこぶる活発で、一般向けの著書としても学位論文のテーマの代理ミュンヒハウゼン症候群に関する『代理ミュンヒハウゼン症候群』（2010、アスキー新書）などがある。

実は私は近年の南部君（私は学生を男女の別

を問わず「君付け」で呼んできたので、ここでもそうさせていただく）の事情について全く不案内だった。彼女と同学年時のゼミは10名近いゼミ生のほぼ全員が女性で、しかもみんな極めて優秀かつ勤勉だったと記憶する（ただし、どうしたことかお互い同士はあまり仲が良くなかったようである）。

大学院生時代の彼女に会ったのはたった一回だけ、たしか都内の某大学で法社会学会が行われ、私がある報告の司会を頼まれてしていた時だった。報告終了時に彼女が私の前に現れ、卒業以来の久闊を叙し、現在は横浜市立大学の大学院博士課程で研究していると話してくれたのである。その時はそれだけで別れてしまい、その後は往々気になりながらも彼女のことをほとんど忘れていた。ところが、昨年（2014年）の『民事紛争処理研究基金報』で彼女が同基金の研究助成金の受給者であることを知り、嬉しさと懐かしさに耐えかねて彼女に連絡を取り、爾來彼女から主要な研究業績や抜刷を送ってもらうなど、親交を続けている次第である。

彼女の研究テーマは私が名誉理事をしている「日本スポーツ法学会」のそれと密接に関連するので、早速同学会に入会してもらい昨年12月の早稲田大学におけるその年次大会には彼女も参加した。また、主として神奈川県在住・在勤の法学関係の研究者と実務家で組織する「湘南民事紛争処理研究会」にも参加してもらっている。（この研究会は私も発起人・原始会員の一人であるが、同じ立場の山田卓生氏（当時横浜国立大学教授）は私よりもやや若いのに一昨年忽然逝去されてしまった。謹んで哀悼の意を表する。）

南部君が今日の地歩を占めるまでには恐らく想像を絶する刻苦勉強があったことだろう（大学院生時代の経済的な面は知らないが、主として奨学金で賄っていたのだろう）。いかに彼女が生来優秀な人だったとしても法学部出身者が医学における学位を取得し、しかも医学部で教員の仕事を全うすることが容易であろうはずが

ない。今後とも奮闘努力の日々が続くことだろう。それにもかかわらず、彼女とその研究成果が特異な経歴、立場のゆえに医学と法学の双方の世界で正当な評価を拒まれることが絶対にならぬ心から願ってやまない。単なる明るいニュース提供の域を越えて長々と駄文を弄したのもそんな一念からである。

注

- 1) 以下の文章は、[検証・司法制度改革 II]における第4論文の「おわりに」以下と全く同文である。

同書と本誌今号のどちらがより早く刊行されるか分からないにせよ（おそらく本誌の刊行のほうが早いことはほぼ確実だと思うが）、同一内容のものがこのように前後して活字化されるのは好ましくないといえよう。「論文執筆について決してしてはいけないのが二重投稿です。」（沖天幹『東大教授』（2015，新潮新書）125頁）とされる。これは理系論文についての言及であるが、基本的にはもちろん文系論文についても妥当しよう。本稿は厳密な意味の論文（の一部）ではなく、また二重投稿そのものともいえまいが、上記引用文の趣旨は最大限に尊重すべきだろう。

このことを自覚しながらも、本学法学部卒業生の学界活動についてなるべく周知徹底を図りたいという意図からこの附記を本誌に掲載していただくこととし、そのためには少なくとも「おわりに」の部分も含めることが必要かと思われるので、本誌編集委員会に格別のご高配を賜った次第である。