

司法改革失敗の原因と司法の蘇生策

弁護士 神戸大学名誉教授 阿部泰隆

一 はじめに：再度の司法改革の必要

平成の司法改革は、ある程度の成果は上げたが、結局は、法科大学院の崩壊、法学部の凋落、法曹人口の増加の停止など、失敗と評されるものである。しかし、これを放置することは許されないので、再度の司法改革が必要である。

そのため、筆者は、『司法改革の挫折』（信山社、2021年）を上梓した。この度、『平成司法改革の研究』（岩波書店、2022年）が発刊された。

『平成司法改革の研究』は、須網隆夫教授（早稲田大学法務研究科教授、EU法、国際経済法、元は弁護士）が「司法改革を研究している学者グループはない」（はじめにv）との認識で13名の研究者と協力してまとめた「平成司法改革を包括的に総括した唯一の成果」という（373頁。以下、この書物を須網編著と称し、その頁はいちいち出典を示さず、頁だけで示す）。その副題は、「理論なき改革はいかに挫折したのか」というもので、改革が挫折した原因は「理論なき司法制度改革」という。そして、実定法学、法社会学、政治学、憲法学、行政法学など、多彩な分野の研究者とジャーナリスト、実務家が結集、「失敗の原因」を探り、それを踏まえて新たな改革案提言を行うという。

その失敗の原因の一端は、「平成の司法改革が、そもそも制度改革とは何を考慮し、如何に進められるべきかという『制度改革の理論』なく行われた点に行われた点に求める」（45頁・はしがきviii）。どのような理論が求められていたのか。それは、須網によれば、新古典派経済学を克服する新制度派経済学の知見を利用した司法制度改革の理論ということである（45頁）。

そして、最後の第15、16章は、制度改革の提案である。

なんとも壮大なことである。そこで、これを踏まえて、筆者の司法改革論も洗練する必要があるし、その実現の道筋を考えたい。

ただ、拙著『司法改革の挫折』はほとんど参照されていないので、私見も提示する。

なお、司法改革に関する文献は無限である。拙著4頁注(1)にある程度上げておいたので、鈴木秀幸ほか『司法崩壊の危機』(花伝社、2013年)、鈴木秀幸『司法大改悪』(花伝社、2015年)、鈴木秀幸他『司法改革の検証』(日本評論社、2022年)を追加するほか、ここでは省略する。

二 須網説：第3章、新制度派経済学

1 制度の移行については法学ではなく新制度派経済学が有用との提言

司法制度改革審議会の行った仕事は、規範的な「あるべき論」の提示と、それに沿った、利害関係者の利益調整・落としどころの模索の二つに要約される。しかし、これはあまりにも制度改革という作業にナイーブすぎたのではないか。法学者が中心となったが、法学者は、個別の法分野の専門家ではあるが、既存の制度から、別の制度への移行という制度改革の専門家では全くないことである。法学者は、あるべき制度像の提示にはなれているが、制度改革が理想の制度像を確立するだけでは実現しないことは、意見書後の20年の経緯がまさに証明している(46頁)。

こうした制度の移行については、法学者の視点ではなく、新制度派経済学が参照されるべきだということのようである。これまで主流だった新古典派経済理論は、完全な市場、合理的に行動する個人を前提としているが、あえて簡単に要約すれば、新制度派は、新古典派が切り捨てた多様な要素に価値を見出して、人間の意識とその帰結としての志向性が多様な制度構造を生み出して、そのような「多様な制度構造はさらに、社会の成果特性に関する多様な差異を説明する」と

の議論を提示する（50頁）。ここで、制度とは、制定法ではなく、公式・非公式ルール、市場参加者の信念などにより構築されると認識している。これは審議会意見書とは明らかに異なる制度観である（51頁）。そして、新制度派の人間観は、「限定合理性」であり、取引費用を考慮する。この観点を考慮していれば、改革の内容・改革の方法・手順は異なるものになったと思われる（53頁）という。改革は現状維持派との妥協の中で徐々に行わなければならない。ただ、「制度の要」では妥協してはならない（65頁）。

2 筆者の感想

たしかに、新古典派の理論は、革命のような機会にガラガラポンで理想的な制度を創る場合には適当なのかもしれないが、既に存在する制度を改革する場合には、それを合理的に、しかも他の制度と調和的に改革することは容易ではない。そのような改革の道筋も示していない。

しかし、この新制度派理論は抽象的過ぎる。本書の後の検討を見れば、それを具体化した検討は本書ではほとんどないと感じられるので、本書がこの立場からの一貫した改革提言とは感じない。

三 筆者の視点

1 病気の診断と治療策

改革というからには、現状のどこにどのような問題があり、それを解決するためには、どのような制度を創るべきか、そのためには、どこを抑えるべきか、誰がやればうまくいくのかなどを念頭に置き、だれが抵抗勢力か、それとはどこで対決するかを考えておく必要があった。これは病気の治療を同じであるから、どんな病状なのか、その病気を治療するには、どこをどう治せばいいのか、どのような治療法を使うか、治療医は誰が適切かを考えるべきである。

これは法制度の設計である。単なる個別の立法論ではない。既存の法を解釈したり運用している者は、既存の法をひっくり返す法制度の設計の訓練を十分に受

けていないから、不十分である。裁判官も学者も（筆者を含めて）、この点では不十分である上に、自らの利権を守ろうとする動機が生ずるので、その関与は限定するべきであった。

本書の執筆者である法社会学、政治学の専門家もジャーナリストも、法制度設計の専門家ではないし、憲法、行政法等の専門家も弁護士も同じである。彼らは本書を執筆する以上は、自らの学問や実務を超えた法制度設計の専門家を志向すべきであった。

2 司法へのアクセスの改善策の不備

(1) 司法制度改革の最初唱えられた動機は、国民の司法へのアクセスが限られているということである。それは当時の日弁連会長であった中坊公平弁護士の言葉といわれる「2割司法」という言葉に象徴されている¹。そこで、社会の法的紛争を法曹の手で解決することができるようにする必要があり、そのための方策は、法曹人口の劇的増加、つまりは司法試験合格者の年間3000人への増加であった。弁護士会が激論の末これに応じたのは、利権を守ろうとする立場から決別したものとして高く評価される。

しかし、そもそも、2割司法とは情緒的な言い方であって、科学的調査により解明されたものではなかった。国民の法的需要がどの程度あり、そのうちの何割を法曹が担っていて、足りない分をどのように満たすかの研究はおそらく乏しかった。法曹の業務をどうすれば拡大できるのか、年間3000人の司法試験合格者をどのように吸収できるのか、まったく暗闇であり、科学なき出発であった。

法曹人口を増加しても、なお満たされない国民の法的需要がいくら残るかは測定困難であるから、年間合格者を3000人と決めつけるのではなく、漸進的に1500人程度として、順次増加するかどうかを考える実験法システムとすべきではなかったか。

¹ 木佐茂男名誉教授・弁護士によれば、2割司法は朝日新聞の『孤高の王国』のキャップ、後の社長の佐柄木さんの造語とのことである。

しかも、弁護士が足りないというので、司法書士には、140万円までの簡裁訴訟代理権を与え、行政書士にも行政不服審査代理権を与える改正がなされた。しかし、弁護士の激増を考えれば、この施策は調和しない。政策全体が整合していなかったのである。

3 裁判官激増が要

しかも、激増したのは弁護士であって、裁判官は微増であった。筆者の見解では、弁護士を激増しただけでは、弁護士の業務（法廷内も法廷外も）がたくさん増えるわけではないので、弁護士の経営は悪化する。弁護士の業務を増加する必要があるが、そのためには裁判官を激増することが肝心であった。

すなわち、司法の病状として、裁判官は多数の事件を抱え、一つ一つの事件を丁寧に見ていない。民事訴訟では、2カ月に一度書面の交換をするような審理をしているだけで、口頭弁論という論戦はしていないので、裁判官はその前に記録を眺めて多少思い出すだけだろう。しかも、自分は判決を書かないと思えばなおさらである。しかも、行政訴訟では裁判官は被告に甘く、被告は行政処分をした以上、さらに、不服申立てを経た以上は、訴状に対する反論はすぐできるはずなのに、早くて2か月、6か月もかけることを容認することがある。そして、審理を尽くすと称して、長期間かける。被告のつまらない主張も聞かないといけなしと称して、さらに期日を入れる。その間に裁判官は交代して、審理に関与しない裁判官が膨大な記録を眺めて、急ぎ判断する。そこで、正しく理解できず、正義にかなった判断がなされないことも少なくない。その間の当事者の苦労・負担・不安は並大抵ではない。そこで、国民は司法で判断されるべき苦難を抱え込んでも、裁判所に向かわないのである。一度裁判をした者の多くは落胆して、こりごりである。日本人の裁判嫌い（川島武宜）は、日本の文化ではなく、このような訴訟制度と訴訟の運営の機能不全の反映である。

この病状を治療するには、裁判所を大きくして、当事者の提訴の負担を軽減して、提訴されれば裁判官は待たせることなくただちに審理を開始して、迅速にか

つ正義にかなった判断を安価で行い²、緊急事態では、さっそく仮の救済を行う、たとえば営業停止などの不利益処分では「ちょっと待て」と執行停止し、給付の拒否では、「ちょっとの期間給付せよ」、たとえば、生活困窮者には即日一週間分の生活保護の仮支給を行うといったことが必要である³。こうすれば、国民の法的需要は裁判所に向かい、増加した弁護士業務も増えるのである。現行制度では、訴えを提起しても被告と裁判所が訴訟を引き延ばし、訴訟中に期間が過ぎるなどして、訴えの利益なしとして却下されることが多い。しかも、訴訟費用は原告負担とされる。無茶苦茶であり、およそ裁判所が司法への期待に応えていないのである。

しかし、裁判官は激増されなかったので、裁判の病理は現在でもそれほど改善されていない。計画審理もそれほど実行されていない。国税不服審判所なら、争点の確認表を当事者に交付して、審理を整理するのに、裁判所はほとんどしない。

² 筆者は、適正かつ迅速な裁判が行えるように、「行政訴訟の審理に関する法律案要綱」を提言している。被告は迅速に返事すべきとも定めている。『行政の組織腐敗と行政訴訟最貧国』（2016年）96頁以下。

³ これは行政事件訴訟法の改正過程でも提案したが、問題意識を理解してもらうのも難しかった。『未完の行政訴訟改革』viii、77、293、301頁。これは『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）146、176頁以来の持論である。もともとはドイツ法の発想である。ドイツでは、取消訴訟の訴えの提起が執行停止効を有するのが原則なので（行政裁判所法80条1項）、ちょっと待てという制度を創る必要は原則として存在しない。しかし、例外として、執行停止原則が働かない場合には（同2項）、申請により、執行停止を全部または一部命ずることができる。その際には、その申請は、取消訴訟の提起前にも行うことができる（第5項）。仮の義務付けの場合も、同様に、訴えの提起前に申し立てることができる（同123条）。

本来は、緊急の場合を除き、行政処分の即時効力発生原則を廃止して、さらに、緊急の仮の救済を用意しないと、実効的な行政訴訟制度とは言えないのである。

阿部「行政訴訟における仮の救済の不備」自治研究掲載予定。

無茶苦茶裁判も多数である（拙著212頁以下）。緊急案件でも審理は迅速ではない。それはなぜか。そもそも、法曹人口年間3000人増加の時、裁判所に、裁判官をたとえば年間500人増加するというような約束をさせていなかったのが失敗である。そして、最高裁はなぜか裁判官の激増に消極的である。最高裁のこの姿勢が変われば、司法の容量が大きくなり、事案を迅速的確に処理し、裁判への依頼者が増え、弁護士の窮乏もなくなるのであるが。

こうして、裁判官の激増が拒否されて、弁護士ばかり増加したため窮乏して、法曹志願者も減少し、法科大学院も崩壊し、法学部も凋落した。

4 司法官僚制の温存

これ以外にも、司法官僚制、最高裁事務総局の裁判官支配が強く批判されている。要するに、改革されるべき当事者は裁判所なのである。しかし、まな板の鯉が包丁を握ったために、本丸の改革ができなかったというのが筆者の認識である（拙著39頁、表紙で示した）。

5 裁判所と行政権の癒着という違憲の組織的運用

さらに、最高裁は、行政権と癒着しているので、公正な裁判が行われない。判検交流・裁判官の中央行政委員会委員就任・法務省管轄の公証人就任は、行政権と司法権の癒着、三権分立違反の腐敗である⁴。

判検交流の不合理的はかなりの行政法学者・弁護士が指摘している。裁判官を被告代理人（訟務検事）として派遣し、裁判所に戻れば出世コースを歩ませる。これでは、中立であるべき裁判官が、被告国と一体である。実際、訟務検事の経験のある裁判官は、行政有利の判断をすることが多い。中には裁判所に戻って、行政側に批判的な裁判官もいると反論されるが、そうした個別の人柄の問題ではなく、組織人事が問題なのである。まるで、兵庫県警が暴力団担当警察官を山口組

⁴ 阿部『行政法再入門上第2版』（信山社、2016年）8頁、『行政法再入門下第2版』（信山社、2016年）369頁、『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）58頁。

に派遣して、戻れば出世させるのと変わりはない。そうした警察官は、山口組に甘くなるだろう。さもなければ、今後、警察からの派遣はお断りになるはずである。法務省は、法務省には高給ポストが少ないから、訟務検事志願者が不足して困るといえるが、それなら弁護士を雇えば済むだけである。地方公共団体の多くはそうしている。

最高裁判事になりそこねた高裁長官を中央行政委員会委員に就任させるのも、地裁高裁判事を公証人として再就職させるのも、行政権による司法官僚の組織的買収行為である。これはおいしい仕事であるから、無罪判決、行政訴訟国敗訴判決を書きたくないという心理に裁判官を追い込むのである。なお、中央官庁の委員会委員は事務局が下書きをしてくれるので、裁判官よりも楽であり、公証人は、仕事は民事の一部という簡単なものであるのに、弁護士などの報酬が自由化されているにもかかわらず、報酬は公法人法施行令で法定され、「高尚な仕事ではないのに、公証人と交渉できない」し、公務員とされていて、間違っても個人として国家賠償訴訟の被告とはならない特権を有するので、極楽の地位にある。

したがって、これは三権分立違反である。最高裁は裁判所の独立中立を理解せず、恒常的に違憲な行動をしているのである。

公証人は原則通り試験採用として、弁護士を任命すれば済むのである。法務省がこれに応じないのは利権だからである。どこまで腐っているか。

なお、訟務検事は、裁判かから派遣されるエリートコースだというのが、現実に国を被告に訟務検事の書面と戦うと、筋が悪い。学説は分析せず、悪い判例の射程範囲を最大限拡充し、国の守護神の裁判官なら勝たせてくれると期待するような書面ばかりである。インターネット一般用医薬品販売禁止訴訟では、「食間」に飲めという説明を誤解して、食事中に飲む者がいるから、薬局での説明が必要と主張していたが、そんな説明は聞いたことがないし、そんな誤解は、食間とは食事と食事の間ですという説明文をネットで入れれば解消するから、これも屁理屈である。さすが頭がよく、屁理屈の天才である。この訟務検事が裁判所に戻る

のだから、全て暗闇である。

司法改革では、この点の認識が足りなかった。したがって、治療法も審議会からは提案されなかった。もっとも、審議会は判検交流の廃止については一言述べていたが、それはその後フォローされなかった。行政訴訟検討会も同じ。民主党政権ではいったん廃止方向であったが、自民党政権で復活した。法務省の強力な働きかけによる。これはまさに利権団体である。

6 泥棒が刑法改正を行う愚

さらに、法務省が、行政事件の被告になるのに行訴法改正を主導する、刑事事件を担当するのに、刑訴改正をする。これでは、利害関係者の一方が、自分の都合のよいように牛耳る制度である。泥棒（犯罪者）が法制審議会を牛耳っているのと同じである。こうした組織の歪みが行訴法も刑訴法もまともにできない原因である。行訴法も刑訴法も、多少改正されたが、法務省の抵抗もあって、不十分であるのはこうした組織法的要因による。法改正は、法律の運用組織とは別の組織で、人員も別に構成しなければ適正には行われぬ。行政組織法という研究分野があるが、この基本が理解されているとは思われない。

行政事件訴訟法の5年後見直しも、法務省の検証委員会が消極的で、完全につぶされた（本書181頁）。法務省の中核には裁判官出身者が座っている。なぜ裁判所は権利救済の充実に消極的なのか。理解に苦しむ暗闇である。筆者たちは、この姿勢を批判して、第二次改革を主張してきた⁵が、検証委員会に集まった研究者たちには理解されなかったようである。これでは失礼ながら御用学者であると評するしかない。

7 事務局支配をつぶす妙案：職務給の原則を徹底せよ

では、どうすればよいか。現行制度では、裁判官の給与は、職務ではなく身分に与えられているが、それは現行の給与制度の中で異常であるから、裁判官にも職務給の原則を適用して、事務総局勤務の裁判官の給与は裁判官のそれではなく

⁵ 阿部＝斎藤浩『行政訴訟第2次改革の論点』（信山社、2013年）。

上級公務員のそれとすべきである（拙著133頁、452頁）。そうすれば、事務総局志願者は激減して、その地位は低下する。これこそ、事務総局支配をなくするための妙案である。財務省も日弁連も、これを指摘すべきである。

8 利権団体の要求を阻止せよ

（1）制度づくりの時は、この機会に利権を増やそう、発言の機会を増やそうと介入する者が多く、それを認めると、全体として、制度が破綻することは少なくない。全体を調整する船頭が必要であるが、審議会はその答申がその趣旨で具体化されているかどうかをきちんとフォローしなかった（拙著15頁）。

この点は、須網編著も「法改正だけでは、社会の実態は必ずしも変化せず、改革の実施に際して予想外の事態も生ずるし、既得権者による様々な抵抗にも直面する。そのために頻繁にその達成度を検証し、目標と齟齬が生じた場合には、その都度、実施手段を修正し、言わばにじり寄るように目標に近づいていくプロセスが必要である」と指摘している（はしがきvii頁）。しかし、それ以上の具体的な提案はどこにあるのか。筆者はさらに具体的な提案をしている。

（2）たとえば、司法試験科目については、これまで司法試験科目ではなかった多数の科目が選択科目となり、どの科目の研究者も自分の科目を入れよと圧力団体になった。また、それぞれの科目の中の出題範囲の削減を提案していない。誰も、丸暗記することが可能な範囲で、考える試験をするという発想がなかった（拙著376頁以下）。そこで、受験生の負担は膨大になり、予備校で要点丸暗記をするしかなくなった。

個々の分野の研究者にとっては最善のことが全体の崩壊に連なった（合成の誤謬）。これを全体的視野からコントロールする司令塔が必要であった。

（3）法科大学院も、自由設立主義に近くなったので、法学部もなく、司法試験合格者を出したことのない大学でも設立が認められて、各大学の地位向上という利権追求の結果、粗製乱造に陥った。その結果、合格率が当初の目論見である80%を大幅に下回り、結局、法科大学院制度は崩壊した。これは、合格率8

0%という目標と完全に矛盾する政策であったのであり、司法制度改革審議会がこのような矛盾を生じないように、政策相互の調整をきちんとフォローするシステムをつくっていなかったことが失敗の原因であった。

しかも、各大学が教員集めに狂奔した結果、その大学に入学できるかもわからず、論文といっても、その科目の範囲内で多少あれば、合格というもので、研究者としても怪しく、まして、司法試験向けの「考える」教育をする高度の学識は何ら保障されていなかった。実務家教員も、多くは修習生レベルの学力と自分の経験だけを話せば済んでいたであろう。これも政策の矛盾であり、法科大学院の教員の質を確保する方法を工夫すべきであった。私見は、講義を実演させて、法科大学院がトレード合戦をするべきだったというものである（拙著367頁）。

(4) そもそも、学部を出てから法科大学院で最低3年勉強するという制度は、法律家にはそれだけの教育が必要だという認識であろうが、それは何ら実証されていない。ここでは、自分の科目をきちんとたくさん教えたいという大学教授の願いなり利権の追求が災いしたと思われる。

そんなに長年勉強しても、実務に就いたら限られた分野の仕事をする。試験で勉強したことの大部分は忘れる。しかも、試験で勉強しただけでは業務には使えない。重要科目である刑事法でも、弁護士も、刑事事件専門弁護士になるのはごく少数で、多くは、最初は刑事事件を扱うが、そのうちほとんどやらなくなり、裁判官も任官20年も経つと刑事と民事に分かれる。それならば、刑事法の試験は壮大な無駄であるから、範囲を絞り、レベルも簡単にして、刑事法専門家になるときに本格的に勉強する方が効率的である。刑事事件を担当するときも一人でなく専門弁護士と一緒にやればよい。

そして、法科大学院で何年も勉強するのは、学生にとって経済的にも大きな負担であり、それで不合格になれば今更会社は採用してくれない。法務博士として就職口を探すか、家業を継ぐぐらいしかない。もともとの旧司法試験も合格率が2%程度といわれ、卒業時に受かるのは超秀才か運のよい者に限られたので、法

学部に進学したものの、最初から、法曹を目指すのはやめて民間企業を志望する学生が多かったのである。

法科大学院は、この状況を改善したのか。合格率が80%になるとして、期待させたが、結局は、受験者が増えすぎて、一流大学でも50%程度であったので、それなら民間に行くという者も多く、法科大学院制度は優秀な者を法曹界にリクルートするというその本来の狙いに反する制度となった。

そもそも、学校と試験でたくさん勉強させようとするのは間違いである。学部卒で、考える力があれば合格し（これは司法試験の出題・採点方法の変更で対処すべきであった）、あとは実務で練磨させるのが正解である。旧司法試験でもこのことは理解されておらず、行政法では誰も勉強しない公共組合を出題したり、試験委員の関心分野を出題していた。また、口述試験では、実務家の試験委員は、学生が勉強する余裕もない自分の関心分野の質問をすることが少なくなかった。すべて、やっていることが間違いであった。

裁判官の激増説に対しては、優秀でない者も裁判官になれるのかという反論があるが、修習終了時に優秀であった者に一生身分を保障するのは、マラソンの1キロ時点で早く到達したから最後まで先頭で走り切ると想定するもので、フッコ、セイゴ、スズキと成長する魚の幼魚の成績で、一生の人生を決めるようなものである。しかも、現在優秀な者を採用しているとされているが、筆者の経験では、論理的思考が足りずに、準備書面や証拠をきちんと読めない判事は少なくない。人質司法などは刑訴法違反である。裁判官には、実質終身の身分保障を与えるのではなく、憲法の定め通り10年ごとにその業績を評価して、再任させるかどうかをきちんと行えば、みんなしっかり業務に励む。そのために、下級裁判所裁判官の指名諮問委員会が制度化されたが、あまり機能していない（拙著148～151頁）。

従来の司法試験を考える試験とし、合格者を2000人くらいにして、試験の発想を変えれば、優秀な者は学部卒で合格するから負担も軽く、民間に行くこと

を考えずに法曹界に向かう者が増えるのである。

薬学部も6年制としたが、薬剤師の仕事はそれほど勉強しないとできないものか。薬の性能や薬相互の不適合はパソコンで調べている。覚える必要はない。覚えてもどうせ忘れる。

医学部は昔から6年制だが、医師国家試験はマルペケであって、長年の教育とは関係がない。では、長年の教育でしっかりした診断、治療の能力が養成されたのか。これは各大学に任されているので、いい加減な教育で、カフカ（可不可）全集でも、マルペケだけでできれば医師になれる。医師国家試験の塾が繁盛するゆえんである。これではやぶ医者養成所である。実際、診断能力のない医師も少なくない⁶。

9 弁護士法の改正も違憲

弁護士法は、大改正されたが、弁護士への懲戒請求が濫用されることを防止する手段を講じなかった（拙著298頁以下）。しかも、弁護士への懲戒処分に対する日弁連への審査請求は、一審相当であるべきなのに、糾問主義で、行政処分に対する聴聞手続未満の違憲の制度である。これは行政法に詳しい者の参加なしで立案されたためである（拙著307頁以下）。

10 検察審査会の強制起訴議決は違憲

検察審査会も、民意を反映するといいいながら、限られた人が密室で、本当に起訴に値するかどうかの分析検討なしに起訴を強制する人民裁判である。えん罪を引き起こしかねないし、無罪の人に被告人という過酷な負担を強いている。これは刑事訴訟法関係者が中心となって作られたが、行政法を理解すべきである（拙著406頁以下）。

11 裁判官の中立と最高裁判事の任命方法の改革

審議会意見書は、裁判所の中立性を確保する制度を提言していない。最高裁判事の任命について、内閣が政治的に左右していることを防げないのはその結果で

⁶阿部『日本列島法改造論』（第一法規、2018年）347頁以下。

ある。これでは、法の支配をいくら論じても、現実の制度は法の支配に反する。制度づくりは、観念的な法の支配を説くことから始まるのではなく、それは当然のこととして、何が制度を歪めているのかの探索から始めるべきなのである。

最高裁判事の任命は、内閣の自由裁量ではなく、分野別の縄張りを廃止して、最高裁の任務である違憲審査と重要な法解釈について見識のある者を資格要件として、国会（参議院）で3分の2の賛成を得るなど、公正でかつ有能な者を選任するシステムを作るべきである(拙著165頁以下)。そうして初めて、民主制の要請と法律家としての有能性の調和を図ることができる。

1.2 最高裁調査官に学術調査官を入れよ

最高裁には「有能な」下級審判事からリクルートされる調査官が配置され、実際には判決の原案までつくる。中には最高裁判事が見識を持って調査官に再調査させることもあるが、多くの事案では、調査官の報告通りである、巷間「調査官裁判」といわれる。最高裁判事経験者はこれを否定するが、それでも調査官の暴走事案はあるし、多くの事案では高裁判事のやり放題を防げない。そして、調査官は、かつては外国法まで調査した例もあるが、最近では日本の学説さえ無視して、最高裁の先例だけ調査する先例病にかかっていることが多い。

これを打破するには、調査官に外部の血を入れることが必要である。学者を入れれば、学説も参照され、判例も発展する。これに対して、学者は事実認定ができないから不適格との反論があるが、学者も行政不服審査会委員として事実認定をしているし、裁判所も、事実認定は、OJTでやっているだけで、実際には杜撰なものも多く、かつ、最高裁では事実認定はしないから、この反論は間違いである。

そして、調査官は事件ごとにつけるのではなく、ドイツやアメリカのように、個々の裁判官につけて、裁判官が調査官の報告を受けて自分で判断することとすべきである(拙著178頁以下)。その能力のない者は最高裁判事の推薦を受けなくても辞退すべきである。

1 3 制度の運用の不備を是正せよ

制度づくりの時は制度の運用の実態をわきまえて、その不合理を是正することが必要である。刑事訴訟法関係では、そのような主張が少なくなかったが、民事訴訟や行政訴訟では乏しかった。筆者は『行政の組織的腐敗と行政訴訟最貧国』で行政訴訟だけではなく、民事訴訟でも指摘した。

四 須網説の具体例

1 司法アクセス

須網は、司法アクセスについて、審議会意見書は、供給を増加させたが、現実には弁護士へのアクセスは十分ではない。法律サービス市場の構造分析が必要である。依頼者が弁護士の利用を選択しないことは十分ありうるし、弁護士に依頼するまでの取引費用も無視できないという。また隣接法律専門職の存在も前提とすべきであるなどと言う（59～61頁）。

しかし、それでは、どうすれば司法アクセスが改善できるか。具体的な提案はない。弁護士は激増して、これまで弁護士事務所のなかった地域でも開店している。弁護士ゼロワン地域はほぼ解消した（本書251頁）。弁護士費用は高いと思いついでいる者が多いが、医療保険並みに弁護士保険（弁護士保険はネットを見ればある程度ある）を普及させれば、ある程度解消する。それに、事務所を借り事務員を雇えば、一人事務所でも、年間800万円程度の経費はかかるので、年間実働300日としても、一日3万円弱は経費となってしまふから、行列の出来る法律相談所でなければ、医師のように3分診療が可能なわけではないから、相談料1時間1万円は庶民から見れば高いが、実は経費倒れで、受任してからある程度の報酬をとるしかないのである。これほどの商売も同じであり、弁護士だけが高いわけではない。現にAmazonでは、筆者の本は65%で仕入れて100%で売るので、粗利益が35%もあるという。普通の商売でも、直接原価は3割というものが少なくない。家飲みと同等の酒を飲んでも、飲み屋では3、4倍

はとられる。ワインは、レストランでは単にクーラーから出すだけで、原価の3倍の価格である。1時間1万円は飲み屋に行ったと思えばよいのである。

それに今は弁護士激増で、弁護士報酬も自由化されたから、弁護士をはしごして、交渉し、納得いく良心的な弁護士を探せばよい。弁護士へのアクセスが足りないという不備は大幅に是正されている。筆者のようにホームページに丁寧に掲載している弁護士を吟味すればよい。

それよりは、医療過誤、交通事故などでは、1億円の請求も高くないが、最高裁までで144万円と、バカ高い提訴手数料の軽減こそが肝心である（拙著444頁。本書162頁でも言及）。

2 法曹養成

(1) 点からプロセス教育への移行をうたい文句に導入された法科大学院は失敗した。須藤は、法曹養成制度の要は法科大学院であったが、要は、新司法試験、その内容と合格率、その受験資格であった。司法試験を資格試験にせず従来通り競争試験としたことが法科大学院の予備校化を招いた。また予備試験の導入は絶対に拒否すべきであったという（本書64～65頁）。

(2) 私見では、新司法試験こそが要であることは同意見であるが、問題は、それを資格試験にすれば解消するものではない。誰も実務家になっても使わない時代錯誤の司法試験六法で、だれも処理できない広範な分野を全て丸暗記で解決せよという試験自体が受験生に無理を強いており、かつ、壮大な無駄である。科目と受験範囲を大幅に削減し、持ち込み自由で、覚える試験ではなく、考える試験にするべきなのである。基礎学力があれば未知の分野でも開拓できる（拙著376頁以下）。

考える試験は採点困難などと反論されるが、たとえば、判例を覚えていて当てはめるという試験ではなく、判例を克服しないと勝てないような事案を示して、判例を資料として参照させ、判例の射程範囲を限定して、判例に囚われない主張をすとか、判例を正面から覆す理論構成をすることを求める試験とする。それ

でも解答パターンは予備校で学ばすむようになるであろうが、法曹全体に現状維持ではなく現状改善の思考が普遍化するはずである。採点は、主観的になるといわれるが、司法試験委員が事前に採点基準などを議論して、2人で別々に採点すれば、そう不合理な結果にはならないだろう。

法曹養成の出口である司法試験が旧態依然のものであることが、法科大学院の予備校化、法曹養成の失敗を招いたのである。司法試験委員会が見識のない旧態依然の化石で構成されたためである。

(3) 試験科目は、法律科目であるが、法律はパソコンの外箱のようなもので、内容は、医学、建築学、薬学、交通工学といった他分野の分析・知識で埋めなければならない。そこで、他分野からの参入が望まれる。他分野出身者には、例えば、医療過誤と法的対応、建築物の瑕疵と被害者の救済といった分野の試験を課し、法律科目を一つ免除すべきであった(拙著447, 455頁)。しかし、そうっていないので、他分野出身者である未修者は司法試験で苦戦し、法曹界は狭い法律ばかり長期間勉強した発展性の乏しい者が中心となった。

また、実務で重要なのは事実認定である。論理的思考が大事である。これを一科目にする方がまっとうな司法運営ができる。アメリカでは、evidence が司法試験科目と聞く。

(4) 須網は予備試験の導入を絶対に拒否して、法科大学院しか選択肢を与えないと主張する(後述の泉徳治も同じ)が、それは、予備校に負けた法科大学院教授の利権の主張に過ぎないと感じる。司法試験を、予備校で勉強しては受からず、法科大学院自身が、立派な教授のもとで「考える」教育を習得した者が受かるように改革し、そうした教育ができる立派な教授だけで構成するように変えることが正道である。そうできない法科大学院は撤退することになるはずである。最初からそうすれば、法科大学院の濫立は防げたのである。

なお、日本の法科大学院はアメリカのロースクールがモデルとされたが、アメリカでは、州によっても違うであろうが、司法試験の初回合格率は80%程度と

聞く。ただし、実態は、ロースクールの教育と司法試験は関係なく、受験生はロースクールの卒業してから猛勉強して司法試験に合格するらしい。それでも学生はロースクールで勉強する。なぜか。アメリカでは、一流事務所はロースクールの優秀な者を採用するからである。日本で予備校ルートが主流となったのは、法科大学院で成績優秀でも、一流事務所が信頼しないためである。これは、法科大学院が実務で有用な教育をしていないとみられているためか、実務が高度な法律論を要しないためか、どちらかであろうが、筆者には今のところわからない。

五 第1章、司法制度改革の源流

豊秀一は、司法制度改革が始まった理由、その目的等を、取材を通じて明らかにしようとした。法の支配というが、私見では、抽象的である。その実現手段について十分な認識があったのか。

私見では、前記のように、弁護士会は弁護士増員年間3000人を受け入れたが、裁判官の増員の約束を取り付けなかったことが失敗の原因である。

法曹一元を巡る長年の対立に終止符を打った（19頁）というが、代わりは何かできたのか。日弁連大会で決議された法曹一元は無視された（20頁）のではないか。

制度を動かすのは人であるという（15頁）。筆者も、キーワードは人の「評価」だと主張している（拙著78頁）。

この論文は最後に、「呉越同舟」「同床異夢」という不安定な状態の中で審議会は意見書をまとめた。しかし20年経ち、様々な歪が生まれている。これをどう改革の理念に沿ったものに修正し「個人の尊厳」を守る強い司法を作っていくのか。主権者としての国民の責任は重いという。

しかし、これだけでは、国民はどう行動すべきか、何ら不明である。政治学的分析といっても、有益だとは感じない。

審議会会長のインタビューでは、審議会の答申が実現しなかった理由は解明さ

れないだろう。

六 第1部第2章、平成の司法改革をもたらしたもの

飯考行の手になるこの論文は、司法制度改革審議会の前後の経過と社会を視野に入れた法社会学的考察ということである（23頁以下）。その経緯は略述されている。しかし、あまりに簡単に過ぎて論点が解明された気はしない。審議会の後、司法制度改革推進本部検討会などを経た立法（31頁）についても一通りの羅列であって、病状がどう改善したのか、なお病床にあるのか、不明である。下級審裁判官の指名諮問委員会も中途半端であるが、具体的な指摘はない（30頁、なお、拙著151頁）。法テラスや裁判員制度（31頁）はきわめて不備であるが、具体的な指摘はない。

検察官・刑訴法の改革（32頁）も法務省の抵抗で中途半端であるが、指摘は足りない。人質司法は、刑訴法違反であるのにまともな指摘はない⁷。

そのほかにも羅列である。これで、なぜ法社会学的検討と言えるのか。本来は実際の現場の実態を踏まえた実証的な分析が必要ではないか。

最後に専門性ととともに「人間性」が求められる（41頁）というが、人間性とは何か。今、どのように不足しているのか、明らかではなく、また、人間性を回復する処方せんも全く不明である。

七 第4章、司法制度改革と憲法学

第4章は、憲法学者山元一の手になるもので、司法制度改革審議会の会長であった佐藤幸治の理念を憲法学説の中に位置づけるという。そして、司法制度改革の理念形成、司法的正義対政治的正義、法の支配の前提となる個人は、人格的自立性を前提とする個人像、現実主義的市民社会派と理想主義的市民社会派などの言葉を並べるが、司法改革のための病理と処方せんがどこにあるのか不明である。

⁷ 阿部『政策法学の理論と実践』（信山社、2022年）第4章参照。

また、有力憲法学者の学説を挙げるが、これも同様である。司法の官僚制の問題は取り上げられているが、簡単すぎる。違憲審査も同様である。これでは法制度の設計はできない。

ここで最高裁判事の選任手続についての意見書のきわめて慎重な姿勢は誠に悔やまれるという（83頁）。もっともであるが、審議会設立の時に、最高裁判事任命に関する内閣の権限を犯すなどか、最高裁からこの点は触れるなという裏からの圧力がかかっていた可能性もある。この点を解明してほしい。第1章では佐藤幸治会長にインタビューしているので、この点を聞いてほしかった。20年もたっているので、歴史の証人の口を開かせるべきだった。

憲法解釈論のあるべき姿として、千葉勝美元判事が、憲法学説などわれ関せずと主張していることが紹介されている（84頁）。

最後に政治状況が変化しなければ成熟した市民社会のための司法改革は無理という（86頁）。しかし、筆者は、政治状況が変化して、政権交代が行われても、野党がこの点について適切な提案をしていなければ何も変わらないと思う。

八 第5章、比較司法政治からみた平成司法改革と最高裁判所裁判官

これは最高裁判事の選考制度に注目した政治学者（網谷龍介）の論考であるが、まっとうな選任手続は明らかではない。私見では（拙著188頁）、参議院に諮問委員会を設け、3分の2の多数決、累積投票などにより少数党からも送り込めるようにして、裁判官の政治的中立性の確保、政権党独裁の防止を図るべきとするものである。それを今の野党が提案すれば、政権交代の時に実現できる。

九 第6章、平成司法制度改革の起源

刑事司法への国民参加を含めた司法改革全般については法社会学的と称する分析がなされる（113頁以下）。司法制度改革審議会における審議状況も整理され、参審か陪審かの対立も示される（128頁）。しかし、それぞれの説が実証

的にいかなる論拠を持つのか、有効に機能する地盤があるのかは明らかにされていない。そして、これも病状を治癒する処方せんではない。

一〇 第7章 弁護士の収入減少と裁判所事件数の低迷

1 平均値を基準とする誤り

これは法社会学者である馬場健一の分析である（137頁以下）。弁護士の収入、所得は半減した。2018年には1200万円、650万円という。これに対し、馬場は、一般人の感覚から見ればなお高所得であると評価する。

しかし、私見では、それは基準が誤っている。高いかどうかは馬場の考える一般人の感覚ではなく、市場が決めているのである。法曹志願者が激減したことは市場が安いと評価したことの表れである。なぜ、そんな評価がなされるか。大学卒業後も最低3年、あるいは、4年、5年と苦勞して（しかも、結局は失敗するリスクを負って）得た資格の処遇としては安すぎと分かったのである。

しかも、これはすでに安定した地盤を築いている弁護士を含めた平均値である。それが年俸650万円で、自由業なので身分保障はなく、年金、退職金もないから、民間会社や役所に行った方がはるかに得であることは明白である。そのうえ、修習を終えたばかりの新人弁護士の年間給与は、大阪では以前は600万円程度といわれていたが、最近は300万円、400万円も多く、しかも、給料をもらえず机だけ借りる軒弁、さらにはどこにも所属しない携帯弁までが発生した。これは一般人の感覚でも高所得であるわけがない。

弁護士ドットコムに「安売りする弁護士」（2022年9月13日）という投稿があった。先日、一括見積りで、弁護士名義で内容証明を送って欲しい。30万円ほどの金銭返還請求・弁護士費用は実費込みで1万円をお願いしたいという内容の投稿がありました。驚いたのが、この投稿に見積もりが殺到してすぐに10件たまって締め切られていたことです。弁護士名義で内容証明を送ることを1万円で請負う神経がわかりませんという。

これを見れば、窮乏している弁護士が結構多数いることがわかる。

なお、大学院で長年勉強し、明かりの見えない非正規雇用の果てに何とかありつける大学教員の処遇の方がはるかに冷遇されているので、それから見れば贅沢言うなど言いたいが、それは別の話で、大学院生にも浪人中にも、もっと有利な奨学金を与え、非正規を基本的に正規化するべきであろう。

2 公益活動

弁護士収入減少で、弁護士の人権擁護活動等の公益活動に支障が出ているかは、馬場は聞いたことがなく、弁護士の泣き言（139頁）というが、法社会学者である以上は、聞いたことがないという程度で論拠にしてはならない。筆者は本格的な法社会学的研究はできないが、現場の若手の弁護士は、収入減少のために、これまでよりも質の悪い事件を無理に引き受けて苦勞しており、携帯弁護士、無給の軒弁までいるので、公益活動に手を抜くのは当然である。馬場の主張は、弁護士全体の総収入、総所得は増えているし、弁護士人口は増えているから、公益活動の総量は増える（140～141頁）という趣旨らしいが、弁護士総数が増えても、公益活動をする余裕のない弁護士数が激増しているので、公益活動をする余裕のある弁護士が果たしてどれだけ増えているかは不明なのである。この点の研究こそ必要である。

なお、刑事事件でも、当番弁護士として無償で相談する体制を作っているのは弁護士会である。おかげで、弁護士会費（兵庫県で年間60万円程度、100万程度の弁護士会もあるらしい）が高くて困っている。

3 弁護士代理率、本人訴訟に営業をかけよとの主張について

馬場は事件が少ないなどと不満を言う前に、本人訴訟をしている当事者に営業活動をかけるくらいの積極的なブッシュ型アプローチをとるべきだというようである（142頁以下）。

本人訴訟をしている当事者はどうすれば探せるか。裁判所の本日の開廷表を見て、代理人が記載されていない事件で本人に勧誘するのか。しかし、裁判所で、

本人訴訟で帰ってくる者を待ち構えて、勧誘できるだろうか。

弁護士職務基本規程10条は、依頼の勧誘として、「弁護士は、不当な目的のため、又は品位を損なう方法により、事件の依頼を勧誘し、又は事件を誘発してはならない」と定めている。これは極めて抽象的なので、うっかり、依頼を勧誘すると懲戒処分を受ける可能性があるのである。

アメリカでは、アンビュランス・チェーサーと言われて、事故車を追いかけるとかお葬式に行くとか言われているが、そんな勧誘の仕方は日本では「品位を損なう」とされるだろう。

それに、仮にそのような努力をしても、無理筋の事件が多く、しかも、安くしてといわれるから、話を聞いても受任する気が起きないのが普通であろう。

しかも、弁護士には敵もいるし、信用のおける知人の紹介案件以外には、悪徳依頼者も少なからず、報酬を払わないどころか、理由もないのに懲戒申立てをするから、とんでもない苦勞をしなければならない。そのため、自宅を事務所にすると、家に押しかけられるから、司法書士や行政書士とは違って、事務所を持たなければならない、経費を節減できない。

見ず知らずの人に営業をかけるのはハイリスクなのである。筆者も、弁護士として新規参入しているので、ホームページで顧客を探しているから、信用のおける依頼者ばかりではないため、成功報酬を踏み倒されたり、理由のない懲戒請求を受けたりと、散々苦勞している。それほど悪質ではなくても、何度言っても、資料を用意しない、文句ばかり言って、論点を整理できないという依頼者は少なくない。人間は善人ばかりではないのである。人権擁護活動という美名だけでは疲れる。

馬場の指摘だけでは弁護士に実際に行動させる方法を教えたことにはならない。

4 弁護士の努力が足りないか

馬場（157頁）は、収入が減ったから人権擁護ができない、これ以上の人口増は止めよなどと内向きで社会から冷笑される泣き言をいう暇があったら、街な

か、人々の生活の中を駆け回って、その悩みや苦しみに耳を傾け、法的支援に尽力すべきであるという。

しかし、そんなことだけに熱意を持たざるを得ない職業なら、参入者が減り、法科大学院の崩壊の原因を追加するだけである。

しかも、これは弁護士の努力の実態を全く知ろうとしない主張である。

弁護士会としては、例えば、筆者の属する日弁連行政問題対応センターでは、本人訴訟をしないで依頼してほしいという趣旨のシンポ、行政不服審査の専門シンポなどで、依頼を求めているが、なかなかである。

筆者など、弁護士有志は、行政事件専門弁護士ネットワーク (<http://gyouben.net/>) を結成して、相談を受けるといふ、事件掘り起こし活動をしている。

弁護士会は、生活保護無料相談もしている。ホームレスのいる現場にも赴いている。

入管事件や生活保護事件は、儲からないが、専門家の弁護士が献身的に努力している。筆者には信じがたい社会奉仕活動である。しかし、弁護士激増のために余裕がなくなると、自らも生活保護を受けることになりかねず、こうした社会奉仕的な活動も困難になる。馬場は、これ以上どこまで無償労働を求めるのか。

5 パラリーガルや事務職員の活用

馬場は、パラリーガルや事務職員に仕事を分担させよという（157頁）。しかし、弁護士も経営者であるから、馬場に言われずとも、普通には努力している。むしろ、サラ金過払い事件では、依頼者との面談などを事務員にやらせた例もあるなど、仕事を過度に分担させることもある。

馬場は、実証分析の専門家であるはずなのに、感想的な意見を述べるに過ぎない。これでは、およそ法社会学的な研究とは言えない。須網は、裁判所利用活性化の方策を提案した（本書はじめに、ix）というが、弁護士でもあった須網はこれに違和感を持たないのであろうか。

一一 第8章 原発事故賠償に見る民事司法制度

1 意見書公表後の民事司法改革

これは民法学者である大坂恵里が、意見書公表後の民事司法改革が期待に応えたかを確認する（160頁以下）。民事裁判の充実・迅速化について述べる。筆者の感覚では、計画審理はほとんど実現されず、裁判の迅速化も、迅速に解決できる事件でも、1審を2年以内に終わればよいという程度ののんびりで、訴え提起前の照会制度もあまり活用されていない。大坂の整理も本格的な検討というレベルではないと感ずる。

利用者の負担軽減についても提訴手数料は、諸外国に比べて依然高額のままであるという指摘（162頁）は正しい。筆者は、より具体的に提訴手数料制度の誤りと低額化の提案を詳論している⁸が、その原論文（2000年）も参照されていない。

また、原告勝訴の場合、弁護士費用を被告から回収できる「片面的敗訴者負担制度」も提案されているが、筆者はより具体的に提案している⁹。

民事法律扶助の拡充については、総合法律支援法に基づく法テラス（日本司法支援センター）の事業を紹介する。そして、ほぼ裁判に限られ、資力要件があり、立替えであるという問題点を指摘する。それはその通りである。行政不服審査は支援の対象外である（総合法律支援法30条）ので、筆者は、「行政の暗闇照らさぬ法テラス」と皮肉っている¹⁰。公益事件では資力要件を外すべきであるし、立替ではなく、給付を認めるべきである。

また、法テラスの事件の手続は安い報酬の割に煩瑣で、事務所経営の費用は出ない。イソ弁、軒弁のバイト程度のものである。本来は、裁判官の一生の所得

⁸ 阿部『行政訴訟の理論的・実務的課題』（信山社、2021年）65頁以下。

⁹ 阿部『行政訴訟の理論的・実務的課題』87頁以下。

¹⁰ 阿部『行政の組織的腐敗と行政訴訟最貧国』93頁。

(年金、退職金を合わせて)に見合うような報酬を保障すべきである。

損害賠償額が低額すぎるとの意見書の指摘についてはその後も改善されていない。名誉棄損事件などでは弁護士費用を払うと、残りは本当に些少となる。これでは、訴訟件数が増えるわけない。

ADRの活用状況も説明されている(167頁)。知財分野や労働審判以外は、なお課題が残されていると指摘されている。しかし、その解決方法は記載されていない。

2 福島原発事故の損害賠償訴訟

福島原発事故の損害賠償訴訟が被害者に十分に対応できたかについては「否」という(178頁)。しかし、その改善策は提案されていない。

一二 第9章、行政訴訟改革

1 行政訴訟改革の始まりと5年後見直しの阻止

興津征雄論文(179頁以下)は、司法制度改革審議会が行政訴訟制度の見直しを提案したのは、高木剛、吉岡初子委員の発言があったことによるとしているが、筆者は佐藤幸治、高木剛委員に私見を送り¹¹、この火付け役になったつもりである。現に高木委員からは頼まれて私見を送ったので、高木委員の意見は私見に近いのである。

出来上がった改正行訴法に多くの不十分さがあることも『未完の行政訴訟改革』で指摘しているが、興津はこれをフォローしていない。

その5年後見直しは、我々の努力¹²にもかかわらず前記のように法務省の検証研究会で潰された。裁判官が実効性ある行政救済制度という行政訴訟改革の基本理念の実現に消極的なのだから、筆者からいわせれば国賊である。これに多数の有力行政法学者が連座しているのだから、それも実効的な権利救済に消極的とみ

¹¹ 阿部『未完の行政訴訟改革』(信山社、2020年)第1部第2章、58頁。

¹² 阿部=斎藤浩『行政訴訟第二次改革の論点』(信山社、2013年)。

るしかない。興津がこれについて何らまともなコメントをしていないのは残念である。

改正法に関する文献は注18に記載されているが、最も多角的に分析したと自負する前記拙著『未完の行政訴訟改革』はここでは紹介されていない。

2 行訴法改正の意義

処分性の拡大は、出訴期間の制限のために権利救済に有利になるとは限らないという主張が紹介されている（187頁）が、二面関係では出訴期間は廃止すべきだという私見¹³は無視されている。

義務付け訴訟や差止訴訟は、導入されたが、きわめて不備であることも指摘されていない¹⁴。

確認訴訟は活性化の方向が示されたが、公法と私法の区別を再生させて、かえって多くの不備を生じたことも指摘されていない¹⁵。

訴訟類型の争いは無駄、違法是正訴訟だけでよいという私見は知っているはずなのに、ここでは言及されていない¹⁶。

被告適格を処分庁ではなく行政主体とする改正は積極的に評価されているが、もともと処分庁は行政主体に属するのであるから、改正するまでもなく、処分庁の行為について行政主体を被告とする訴えも適法と解すべきであった¹⁷。

行政訴訟の新受件数、却下率の変化についてははっきりしたことはわからないようである。

3 抗告訴訟の原告適格と「オープンスペース論」

行訴法9条2項に原告適格の考慮事項が導入され、これまでの判例にこだわら

¹³ 『未完の行政訴訟改革』第1部第5章。

¹⁴ 『未完の行政訴訟改革』第2部第1章第3, 5, 7節、第2部第6章、第7章参照。

¹⁵ 『未完の行政訴訟改革』第2部第2章第2節参照。

¹⁶ 『未完の行政訴訟改革』第2部第1章第9節参照。

¹⁷ 『未完の行政訴訟改革』第2部第2章第5節。

ない判例の形成が期待されたが、いわゆる大阪サテライト判決で幻滅に帰した。興津は、これについて司法の自己抑制が利きすぎた状態と（199頁）述べ、行訴法改正の道を検討するが、裁判所が生活環境上の利益の評価を変えなければ同じという（202頁）。

私見では、「オープンスペース」などと言って裁判所に全権委任したのはナイーブである。生活環境上の利益でも、個々人のそれではなく、個々人の利益の集積ととらえれば膨大なものになる。行政規制は、民事法と異なり、集団的利益を基準としているから、これを争う原告適格も同様とすべきである¹⁸。これは解釈でも可能であるが、その旨の規定をおけば十分である。

4 目的規定の必要

これは日弁連から提案されたが、研究者では消極意見がある。しかし、これは確認規定として意味があると評価する（203頁）。

筆者は、行政訴訟検討会における御前講義で、「本法および行政訴訟において適用される法規は、憲法上の諸権利と裁判を受ける権利の包括的実効的な保障、権利救済ルール of 明確性の確保、両当事者の対等性の確保を旨として解釈しなければならないといった規定をおくべきである」と主張した（『未完の行政訴訟改革』67頁）。そうすれば、権利救済の実効性を阻むような解釈・運用はなされないし、行訴法改正法自体が、その基本理念通りに適切に作られたのである。当然のことだから書くまでもないという意見は、裁判と人間の現実の行動・心理を知らないものである。実際、行訴法改正検討会は、この理念を神棚に祭ってしまったため、羅針盤なしに波間に漂い、自己の見識の範囲内のつまらない議論のやり取りで、不十分な結論に至ったのである。この筆者の主張も学者委員に退けられたことは誠に遺憾である¹⁹。

¹⁸ 阿部『行政法再入門下第2版』119頁、『処分性・原告適格・訴えの利益の消滅』（信山社、2021年）49頁。

¹⁹ 『未完の行政訴訟改革』はじめにv、340頁。

この目的規定は、国会の附帯決議には取り入れられたが、法律に規定されていないので、その後の裁判でも無視されていることが多い。附帯決議に入れるなら条文化すべきなのに、条文化しないで附帯決議にだけするというのは、国会が条文化を拒否したということで、かえって、立法者意思があいまいになってしまうのである。

5 裁判例の公表

行政不服審査会の答申はすべて公表されている（行政不服審査法79条、81条3項）。裁判例も公表すべきである（205頁）。もっともである。これは木佐茂男²⁰が強調しているところである。実は、筆者が批判する屁理屈、証拠歪曲、判断逸脱判決（拙著94頁以下、212頁以下）は闇から闇に葬られている。全件公表となれば、裁判所の暗闇、恥の部分が露呈するので、公表したくないというのが裁判所の本音である。もっとも、法務省は、年間20万件的民事全判決をDB化するために検討会を設置するという（共同通信社2022年10月14日）ので、そうすれば、裁判所も少しは恥を知るであろう。

6 最後に

なぜ行政訴訟改革が中途半端なのか、その分析がない。権利救済の拡大に消極的な最高裁と学者3人（塩野、小早川、芝池）の姿勢によるというのが私見である。そのうえ、芝池は、「行政法学が客観性を保持するためには、解釈すらもできるだけ控え、法制度や裁判例の客観的分析・認識を重視すべきである…客観的な分析・認識を積み重ね、いわば最後の一步というところで、主観的な価値判断である解釈を行うにとどめるべきであるというのが行政法理論のあり方についての私なりの考えである」²¹というのであるから、実践の場である行政訴訟改革の場に出るのは矛盾というのが筆者の評価である。なお、最高裁判事となった藤田宙

²⁰ 木佐茂男『司法改革と行政裁判』（日本評論社、2016年）60頁以下。

²¹ 芝池義一「行政法理論の回顧と展望」公法研究65号(2003年)、62~63頁。他に53頁も参照。

靖のスタンスにも類似の問題がある²²。

一三 第10章、司法制度改革の司法権論と違憲審査制の国民的基盤

これは憲法学者（岩切大地）が、意見書の改革論が違憲審査のあり方に対してどのような射程を有していたかを検討する（205頁）。しかし、違憲審査のあり方をどうすべきか、具体的な提言はない。最後に、政府や広く日本社会全体に法の支配が「血肉化」していない状況が露呈した。「人格的自律のあり方にかかわる問題であり、意見書が訴えた基本原理の実現は今なお切実な課題である」というだけである（226頁）。これではどうすればよいのか、全くわからない。

一四 第11章、「人的基盤」としての法曹人口—ゆがんだ「法の支配」への道

これは法社会学者である米田憲市が、人的基盤の拡充策以外は、社会に背を向け、司法制度の内部事情を優先して、法の支配が後退する動向を検討するという（227頁以下）。

司法制度改革審議会は、司法試験合格者は2010年ごろには年間3000人、法曹人口は2018年ごろには5万人規模を目指し、合格率は70～80%としたが、それは達成できていない。2021年では合格者は1500人に及ばず、法曹人口は2020年ごろには4万7000人弱であるが、15年かけて、倍となった。

司法試験合格者数が年間1500人を切っていて、企業法務を中心とする東京などの大都市に弁護士の集中が進んで、司法過疎地を含む地方の法の支配が、これまでの実績から撤退することが見込まれる。

より多くの多様な司法を支える同士として「法の支配」の担い手を育て生み出

²² 阿部『政策法学の理論と実践』13頁注（17）、25頁注37、63頁追記4。

すことに心を砕くことはできないか、最後に、隣接法律専門職と手を携える体制を作って、充実した司法につながる「法の支配」を目指すという大局観は見られないのかという（254頁）。

しかし、私見では、それだけでは、司法の病状を救う処方せんにはならない。

隣接司法書士との連携は、弁護士、司法書士、税理士、行政書士などが一つのオフィスでワンストップサービスを試みるなどもあるが、実際には経営が難しいので、まだたくさんは行われていない。大局観などと言われても、目下は個別に必要な応じて連携するだけであろう。

須網（はしがき、x）は、ここで、法科大学院は根強い試験信仰の中で存在意義が問われるに至っているとコメントするが、私見では、試験信仰ではなく、前記のように、試験のやり方が、考える勉強を踏まえていないことが問題なのである。誰も使わない司法試験六法、誰もやらない手書きでの試験等、司法試験委員会が化石を信仰しているから、考える受験生が早期に合格しないのである。

一五 第12章、「理論」も「実務」も置き忘れた法曹養成—臨床法学教育を鍵とする再生を目指して

これは同じく米田の論考である。まとめとして（274頁）、法曹養成について「点」から「プロセス」によるものへと転換したのが、試験対策に偏重したものに変わってきたという。しかし、今日デジタル化が進行しているなかで、昔のことを大量の暗記と紙を使った学修を強い、実務でもまずすることのない、手書きで大量の文字を書き連ねる試験のためのトレーニングに何年もかけて行うことにいかほどの意味があるのかと問う。これは今述べたように、筆者も賛成であるが、ではどうすればいいのか。筆者は、司法試験委員会の委員がこの文章を読んで、化石を脱皮すればよいのだということになる。

そして、臨床法学教育は注目される価値があるという。しかし、それだけでは、司法の病状を治療することはできない。

私見では、大学でいくら立派な臨床法学教育を試みても、その成果が司法試験で問われなければ、誰もまじめに勉強しない。司法試験科目の中に臨床法学教育を入れるか、それぞれの科目の中で臨床法学教育の成果を問うべきことになるが、数千人の受験者を相手とする国家試験でこれを公平に行うことは、「考える」試験を公平に行うよりもはるかに実施困難であろう。

もともと、司法研修所の容量の関係から修習期間を2年から1年に短縮した代わりに、法科大学院教育でカバーしようとしたのが間違いであった。修習期間が2年間必要なら、高裁所在地ごとに司法研修所の分室を設けて、地元の弁護士会と大学の協力を得ればよかつたし、それとも、修習期間を1年とし、修習の後期は、修習終了後、弁護士補として、弁護士事務所で採用して訓練を受けることとすべきではなかつたか。判事補の採用は、弁護士補修了者からとすればよい。むしろ、弁護士経験者から優秀な者を裁判官に採用する法曹一元のチャンスであった。現在は修習生から採用した判事を弁護士事務所に派遣したりしているが、それも、一流事務所にお客様として派遣するので、本当の弁護士経験は期待できない。刑事事件で無罪、行政事件で国相手に勝訴した弁護士などを高く評価して、任官の勧誘を行うべきである。

このいずれかの案を採用すべきというのが筆者の治療策である。

一六 第13章、「法の支配」と司法への国民参加

四宮啓（弁護士、教授。277頁以下）は、裁判員制度を分析し、裁判員となる国民が「自律的でかつ社会的責任を負った統治主体」として機能するための制度設計が不十分であると結論付けて、国民的基盤確立の観点からの改善策を示そうとする。その方法として、国民が「自律性と責任を負う統治主体としての国民」であるためには、「思考し、思考を他人に伝達する自由」であるとして、守秘義務を解除すべきことを説く。しかし、その程度で、国民が「自律的でかつ社会的責任を負った統治主体」に変貌するものだろうか。

一七 第14章、かくして裁判員制度は始まった

1 裁判員制度の改善策

平山真理（刑事訴訟法教授）は、裁判員制度の改善策を抽出する。裁判員制度には、被告人の視点、被害者の視点、そして、ジェンダーの視点が欠けていたという

2 裁判員から参審員へ

（1）たしかに、裁判員制度は刑事司法を大きく改善した。しかし、上記の改善をすれば、十分な制度になるのか。

筆者は、逆に、裁判員制度は、最高裁改革・事務総局支配の撤廃といううねりが来ないように、論点をずらそうとしたものとみているので、最初から杜撰な設計で、失敗である。庶民を長期間動員して、有罪無罪だけではなく、量刑まで判断させるのは無理である。東大の井上正仁教授（刑訴法）はこの点を指摘していたが（130頁）、多くの論者が理解できていなかったのは残念である。

（2）それに、裁判員となる国民は、みんな見識があるわけではなく、逆に犯罪人もいるのであるから、それに対して、「この国のかたち」などといって、「自律的でかつ社会的責任を負った統治主体」として機能することを求めるのは、ないものねだりである。理想ばかり掲げて、実際には存在しない法制度なり社会実態を前提に制度を設計するのは基本的に間違いである。しかも、審議会答申は、司法改革が成功するか否かは、国民が勇気と希望をもってその課題に取り組むことができるかにかかっておりと述べている（128頁）ので、国民がそこまで成長しない段階で、成長することを前提に制度を設計して実施するのは答申自体の認識としても誤りであった、

そもそも、国民の代表として直接に政治を担う政治家でさえ、「自律的でかつ社会的責任を負った統治主体」として機能していないと感じられるのが日常である。むしろ、裁判員制度は、司法が整備されない大昔の牧歌的状况で、明白に犯

罪人であると思われるものについて庶民の判断で行うのに適したものであるが、それでも、ジャンヌダルクの火あぶりとかキリストの磔とか、えん罪ばかりなのである。国民がそれから成長したという証拠はない。

私見では、国民の参加は、政治参加を充実するように、国民の教育から始めるべきである。政治にまともに参加していないのに、裁判を行う能力があるわけがないのである。日本人は、議論が苦手、しない。なぜか。それは、高校までの教育が丸暗記だけだからである。これでよいか、なぜか、もっと別の方法はないかと疑問をもって考えて²³、より良いものを生み出す訓練がないのである。そんな高校の秀才が一流大学に入学して、いい加減な教育を受けて、秀才とおだてられているのは間違いで、これが日本の国力を阻害している大きな原因である。

(3) 高校レベルで、考えて論争する教育を受けて、政治問題でも論争するようになっていけば、政治家の真贋も見分けが付き、民主主義の内容が充実する。もちろん、それでも、不適格な国民は多数いるであろうが、民主主義は多数決であるから、多数がこのようにレベルが高ければ、十分である。

しかし、裁判員制度では、多数が見識を有しているとしても、多数決で人を処罰するのは適しておらず、全員賛成という制度としても、政治家の見解のいずれに賛成するかというレベルではなく、複雑困難で微妙な事実認定を適切に行える地盤はなかなかできないだろう。そして、庶民を長期間拘束して、やったことのない事実認定、量刑、法解釈をさせるのは、苦難を強いるものである。そして、その苦勞も高裁段階の職業裁判官に否定される。何のために努力したのか。

(4) それよりは、全ての裁判に、専門家（大学教員、弁護士、その他）ひとり参加させれば（参審制度）、裁判官の恣意的な判断は減少する。今の労働審判もそうである。ただし、裁判官の偉い地位そのままに、参与する弁護士などを安

²³ 阿部「疑う心」ジュリスト755号11頁（1981年）＝『行政法学の変革と希望』（阿部傘寿）（信山社、2023年）。

く使う発想は誤りである。裁判官の生涯所得（年金、退職金を入れて）を時間給にして、身分保障がないからそれよりも高い報酬を払うという発想でなければならない。

それから、大学教員が参加すると、現に行政不服審査会には多数の大学教員や弁護士が関与して、優れた論文を公表していることから、裁判の問題点を論文として発表するので、裁判が改善されることが期待される。

なお、中央行政委員会の委員は、常勤のおいしいポストは裁判官出身者などが占め、学者は、非常勤の薄給である。これも上記のように改善しなければならない。

裁判官が書いた本は、学者の論文をいくらかも参照していない²⁴。この現状の打破が必要である。

一八 第15章、泉徳治 「人」に頼るよりも「制度」の改革

1 はじめに

これは、泉徳治元最高裁判事による制度改革である。これは「人」に頼るよりも「制度」の改革という。その通りであるが、それは司法制度の抜本的改革というよりも、司法制度改革などがなくても普通の改革で可能なことが多い。筆者にはそれは病気の表面的現象を治癒するだけで、根本療法にはなっていないと思う。

2 訴訟法を改正して、条約違反を上告理由に加えること

これは、条約が憲法並みの地位にあることから、もっともである。ただ、これは平成8年の民訴法改正（同10年施行）の再改正として行えることで、司法制度改革というほどのものではない。

それよりは、法令の解釈上重要な事項は上告受理理由とされて（民訴法318

²⁴ 西川知一郎『行政関係訴訟』（青林書院、2009年）、定塚誠『行政関係訴訟の実務』（商事法務、2015年）参照。

条)、最高裁が裁量的に却下するので、高裁判事のやり放題になる²⁵。重要な証拠の無視、歪曲、審理不尽、判断逸脱も含めて、上告事由として、高裁でしっかり審理させるように改正すべきである。最高裁は忙しすぎてその余裕はないというが、最高裁判事には違憲審査と重要な法解釈能力がある学者と弁護士、裁判官から選考して、法律実務をほとんどやったことがない行政官や、違憲審査、民事事件を担当していない検事は入れないこととすれば、少しは余裕ができる。最高裁判事の上記の任務は重過ぎるので、本当に能力を基準とした選考が必要なのである。さらに、最高裁判事を増員すれば対応できる。これこそ法の支配を実現するゆえんである(拙著156頁、172頁)。

さらに、仮の救済の申立てを却下する高裁の決定に対して最高裁に持ち込む許可抗告は同じ高裁が判断する(民訴法337条1項)ので、自分の判断を覆されたくないとの審理から、抗告を許可しないことが多い。これは本来違憲の制度であり、少なくとも他の部で判断するように改正すべきである。

3 被疑者取調べの中での弁護士立会権

これももっともであるが、刑訴法の改正で済む。行政機関の立入り、税務調査等についても、強引な供述取り、証拠の一方的な奪取などが行われるので、立会権の保障が必要である。

4 民事審判制度の創設

労働審判制度がうまくいっていることから、民事審判制度の新設が提案されている。裁判官から指定される民事審判官と、弁護士などから選ばれる民事審判員の2人の3人で構成するという。それなら、私見の参審制度に似ている。しかし、今でも家事調停、民事調停がある。これをうまく活用できないか。

あるいは現行の民事訴訟でも、裁判官を激増して、親切に対応できるようにすれば済むのではないか。

いずれにせよ、裁判官の高給を前提に、裁判官の増員が難しいから弁護士を活

²⁵ 『行政の組織的腐敗と行政訴訟最貧国』 176頁。

用するという発想は、裁判官の利権擁護である。前記のように弁護士などにも裁判官以上の処遇をすべきである。

5 予備試験廃止論

泉の意見は、幅広い分野に法曹を送り出すため、大学3年、法科大学院3年の合計6年で司法試験に合格できるようにするべきである。予備試験が法科大学院を妨げているので廃止するという趣旨である。

これが成立するためには、6年プラスアルファ（一発で合格することは保障されていないため）、奨学金が十分に用意でき、不合格で返済が困難な者には返済を免除すること、法科大学院の教育を充実し、定員を制限して、一回目の合格率は80%を下らず、2回目では、脱落者以外はすべて合格するように制度を設計すべきである。実際、現在残っている法科大学院を充実させれば、この体制になるだろう。弁護士会は、司法修習生に対して貸与制ではなく、給付制を強く主張しているが、筆者は、法科大学院生への奨学金を充実しなければ、法曹は豊かな家庭の子弟だけになり（現にそうである）、貧者の事情を理解する者が少なくなると心配する。

6 個人通報制度を国内人権機関に設置する

個人通報制度とは人権条約で保障された人権を国によって侵害されたと主張する個人が国際委員会に通報する制度である。なるほどと思うが、これも司法改革などなくても実現してほしい。

7 泉の姿勢について

泉は最高裁判事経験者の中で積極的に発言しているので、大いに評価される。しかし、本稿で指摘した裁判所の恥部には触れない。自分が世話になった組織のことであれ、そろそろ正しく指摘してもらえないか。筆者は、将来のために、仲間の問題点も正直に指摘しているのである。

一九 提言「令和司法改革のために」

最後は須網がまとめた司法改革案である（341頁以下）。以下、コメントする。

A 改革の理念

「令和の司法改革は「個人が本当に尊重される法の仕組み」を実現するために行われる。」

法の支配だけでは足りないという。もっともである。ただ、これでは抽象的なので、具体的な制度を示してほしい。

B 法・司法制度への期待をどう育てるか

「令和の司法改革は、日本社会に生きるすべての人々の、法に対する理解と司法制度への期待を育てるものでなければならない。」

現状では、人々は司法制度に対する期待を持ってないというが、その理由が地方の弁護士が少なく、裁判所の手続を利用するハードルが高いということにあるとする。しかし、筆者は、三で述べたように、裁判が機能していないためと思う。

須網は、司法制度への期待を育てる法教育が必要であり、法学以外の分野との連携を図るべきだとする。

しかし、裁判が機能しない現実では、期待を育てようがない。裁判が機能して、満足できるものであれば、人々は法教育がなくても裁判所に向かう。

C 人々の期待に応える司法制度

1 司法アクセスの改善

(1) 法律サービスを必要としている人々に実際にサービスが届けられることが必要である。潜在的な法律サービスの需要をどのように掘り起こすかを考えなければならないという（343頁以下）。

しかし、その具体策は何か。前記一〇馬場説のような方策は適当ではない。

(2) 裁判所の利便性の向上

IT化の推進とともに、夜間・休日の開廷、裁判所の適正配置は司法改革の課

題であるという。

しかし、それよりは、郵券代の計算の面倒さ、コピー代の法外な高さ、裁判所提出期間の異常な短期間、提出先のわかりにくさ等が重要である²⁶。また、緊急事案のためには連休期間中の開業が必要である²⁷。

なお、裁判所の配置は、地裁支部、簡易裁判所を充実させる必要があるが、行政事件は地裁本庁でしか扱わないので、例えば豊岡の事件も原被告とも神戸地裁本庁に3時間もかけて出頭するという無駄な負担がある。行政事件も地裁支部で扱うべきである。行政事件は難しいという理由がつけられているが、嘘である。国家賠償訴訟は支部でも担当している。

（3 潜在的ユーザーのために弁護士の新しいビジネスモデルの開発

その例として、行政不服審査を格安で引き受けるモデル、プロボノとして公益的事件、費用倒れの事件の受任を義務付けるモデル、引き受ける弁護士のいない簡裁事件・行政事件などを、弁護士教員の監督のもとに法科大学院生が引き受けるモデルなど種々考えられるという。

全くわかっていない。行政不服審査では、専門家である行政庁とその顧問弁護士なり任期付職員となった弁護士が、専門知識を活用して屁理屈をこねるので、格安で引き受けては（必然的に手を抜く）、勝負にならないのである。この戦いをするためには、法律扶助を、行政と戦っても損がないくらいに高額にするべきなのである。前記のように不服審査の段階では法律扶助を出さないという制度自体の批判から始めなければならない。プロボノと言われても、採算が合わなければ引き受けても手を抜くことは防げない。費用倒れの事件の受任を義務付けるモデルは、弁護士の営業の自由を侵害する違憲の提案である。引き受ける弁護士のいない簡裁事件・行政事件などを、弁護士教員の監督のもとに法科大学院生が引き受けるモデルは、法科大学院生が弁護活動をすることが許されるように法改正

²⁶ 阿部『行政の組織的腐敗と行政訴訟最貧国』186頁。

²⁷ 『日本列島法改造論』49頁。

が必要であるが、これも敵にはまっとうな弁護士が就いている以上は、オオカミに羊が挑むのと同じで、まっとうな戦いにはならない。かえって、依頼者は勝てる事件に負けることが増える。

2 民事訴訟制度の改革

(1) 事業者のための民事訴訟から個人のための民事訴訟に制度の構造を転換すべきである(345頁)。

制度はあくまでユーザーのためという。その通りであるが、その具体策はどれだけあるか。筆者は前記一のように、提訴手数料制度の不合理の是正と格安化を提言している。また、裁判を迅速にすれば、弁護士費用も軽減できる。

(2) 訴訟の迅速化

そのためにディスカバリーの導入などが提言されているが、私見では、とにかく裁判官を増やすれば、訴訟の進行は迅速になる。

(3) 集団訴訟にふさわしい特別な訴訟制度

団体訴訟が提言されている。私見では、それだけではなく団体訴訟で勝訴した弁護士への勝訴報酬の保障が不可欠である。

(4) 損害賠償額の算定方法を改めるべきである。

しかし、どのように高額化するのか、何らの提言がない。被害者の損害を現実に回復し、訴訟を提起してよかったと思える額(また、加害者としても納得せざるを得ない額)を、法社会学的調査により解明して裁判所に提言すべきである。

(5) 裁判外紛争処理制度の改善

民事審判委員会が提言されているが、これは泉意見へのコメントで述べたことを参照されたい。

3 行政訴訟制度の改革

(1) 行政訴訟を活性化すべきであるという(349頁)が、当然のことである。書かれていることはあまりに抽象的で、現実に活性化の手段となるものではない。

(2) 行政事件訴訟法の解釈・運用の改善が図られるべきであるというが、あまりにも抽象的である。行政有利に中東の笛を吹く（屁理屈、証拠歪曲、判断逸脱、先例病等）行政訴訟の多数の病状が理解されていない。裁判を受ける権利に裏付けられた実効的権利救済を実現するためにオープンスペースを活用することを反省すべきであるというが、それでは念仏である。先に述べたように権利救済の実効性の確保という目的規定を新設して、裁判官の解釈の方法を拘束することが肝心なのである。

(3) 団体訴訟や計画訴訟の制度化を進めるべきであるというが、それよりも、前記のように、現場に多数の優先課題があることを認識すべきである

(4) 指定代理人は廃止して、行政庁の代理人はすべて弁護士とすべきであるというが、これも実態をわかっていない。

公営住宅の明渡し、家賃請求のような、誰でもできる簡単な事案で弁護士に高額報酬を払っている方が不合理である（神戸市では、一件15万円、年間200件で合計3000万円払っている例がある）。

会社事案では、支配人（会社法11条1項）にも代理権を与えているが、支配人というだけで、弁護士と同等の能力があるわけではないので、これは廃止すべきである。企業内弁護士を雇用すれば済む。

それよりも、被告国や地方自治体は多数の職員を指定代理人として、裁判所での期日決定の際に誰かが「差支え」と発言すると期日が入らないのは不合理である。被告の代理人は2人に制限すべきである。

4 刑事訴訟制度の改革

(1) グローバル社会において日本の刑事訴訟制度の実効性を確保するために国際標準との整合性を確保すべきである（350頁）。

もったもである。

(2) そこで、被疑者取調べ、自白・身体拘束に依存した刑事司法からの脱却を目指すべきである（351頁）。代用監獄も廃止すべきである。

これもその通りである。

しかし、これではおよそ不十分である。以下、刑訴法の世界にはあまり見られない私見を開示する。

(3) 証拠不十分のまま逮捕・勾留し、「人質司法」で自白を迫るのは、「緩やかに適用され」という以前に刑事訴訟法60条1項2号、89条4号違反である。しかも、その抑留・拘禁は「正当な理由」(憲法34条)を欠き、違憲である。

長期間の取調べを改善するためには、日本の捜査・訴追機関がこれまで依拠してきた「精密司法」からの脱却が必要であり、「有罪判決を得られる高度の見込み」がなくても起訴して、あとは公判で明らかにするという意識改革が必要であるという。

(4) しかし、検察の実態は精密司法ではなく、「杜撰司法」である²⁸。論理的思考が足りない。そして、無罪と分かっても、徹底抗戦するので、正義に反し、被告人の負担は重すぎる。

無辜の者を起訴してもとことん裁判を続けることを防ぐには、誤った起訴をしたり、裁判を迫行した検察官の個人責任やその組織の責任を追及する制度をおくことが肝心である²⁹。組織全体の集団無責任にしてはならないのである。そうすれば、検察も白らしいと思えば途中から撤退する。

「有罪判決を得られる高度の見込み」がなくても起訴するのでは、無辜の者を被告人として法廷につなぐことになり、重大な人権侵害である。また、あとは公判で明らかにするというが、同じ状態であれば、公判で、高度の見込みが証明できるわけではない。

(5) 証拠は、自白に頼らず、客観的な物的証拠によるべきである。むしろ、刑事事件では、客観的証拠の収集義務という新理論を提出する³⁰。たとえば、現

²⁸ 阿部『政策法学の理論と実践』261頁以下、360頁以下。

²⁹ 阿部『政策法学の理論と実践』290頁。

³⁰ 阿部『政策法学の理論と実践』294頁。

在の刑事訴訟では、痴漢事件では被害者と称する女性の証言と加害者とされる男性の行動について、神ならぬ人間の心証で判断するから誤る。加害者の手に被害者の液体がついているか、DNA 鑑定を行い、着衣の繊維の鑑定をすれば客観的に判定できる。したがって、刑事事件では可能な限り客観的証拠の収集義務があるというべきであり、これに反する起訴は無効であるというべきである。

起訴され、無実を主張する（否認事件）と、弁護士費用だけで数百万円かかる。裁判を受ける権利を保障するためには、無実という主張に相応の理由があると思えば、それを国家が負担する制度を創るべきである。犯罪者の弁護費用を国家が負担するのかと反論されるが、こうした制度がないので、犯罪者でない者も、闘い疲れて、犯罪者にされてしまうのである。

（6）再審事件など、正義の裁判も、完全に弁護士の社会奉仕に依存している。これは正義に反する法制度である。再審を申し立てる相応の理由があれば、その弁護費用は国家が負担する制度を創らないと、検察官が高給を得て反論していることと均衡がとれない。

最近判明した事件であるが、会社社長が業務上横領罪で起訴されたが、その根拠となった元部下の証言が、取調べの録音・録画データにより検事に虚偽の証言をさせられたものと判明したので、無罪となった。そこで、取調べの違法を理由に国家賠償を請求したが、検察側は、録音・録画そのものは提出せず、それを文字にした膨大な報告書を提出した。映像なら声の大きさや高圧的な雰囲気がかかるので、検察側は不利と考えたのであろう（読売新聞2022年10月10日朝刊33面）。それは開示証拠の目的外使用を禁止する刑訴法281条の4に基づく。しかし、当該刑事事件と国家賠償訴訟は関連するものであり、肝心の録音・録画の提出が認められなければ、国家賠償訴訟の被告側に不当に有利になる。それは提出させ、ただ、第三者の閲覧を制限する規定を置くべきである（民訴訟92条の閲覧制限の制度では、この場合には閲覧を制限できない）。

これも三6で述べた、泥棒に刑法を作らせる制度のためである。

(7) 弁護人の立会権を認めよ

これは、一八三で述べた通り賛成である。取調べが長期間に及べば弁護士も対応しきれないのであるが、逆に長期間の取調べはむしろ禁止すべきである。

(8) 再審制度の改革

再審開始決定に対しても検察官は執拗に抵抗する。再審の手続は不備である。日弁連は再審法制定に努力している。法務省を外して、法律を作るべきである³¹。

D 司法制度を支える法曹の在り方

1 法曹人口

(1) 弁護士会は、司法試験合格者数に関する限り公共性のある職能団体ではなく、単なる私的権益の保護団体として行動していると指摘する。そして、弁護士の総収入、総所得の増加は明らかであり、地方に登録する弁護士が一時期より減少傾向にある以上は、司法試験合格者数を現状の1500人より増加して、2000人くらいにすべきであるという(354頁)。

(2) 弁護士会が、利権団体として行動しているのであれば、その主張に配慮する必要も理由もないが、弁護士の総収入、総所得の増加は明らかでありとは何を根拠とするのか。先の一〇 馬場説を論拠としたのであれば、賛成できない。

平均年収650万を目指して、誰が長年勉強するのか。

修習終了時の所得が、他の分野を選択せず、法曹を目指す動機となるほどであるか、それが2000人に保障されるかが肝心である。パラリーガル並みの処遇や軒弁、携帯弁がどれだけ出るかが肝心である。

地方に登録する弁護士の減少は、サラ金過払い事件がほぼ終了し、地方の弁護士が飽和状態になったこと、そのほか、地方の弁護士環境が悪いためではないか。

弁護士ドットコムは「なぜ弁護士は田舎にこず、東京に集まるのか？」(2022年09月30日)という記事を載せている。

比較してみたという。

³¹ 阿部『政策法学の理論と実践』370頁以下。

東京ブルベンズ

田舎マチベンズ

国選 やらなくても OK! やらないと村八分

法テラス してる人見たことない やらないと村八分

会費 クッソ安い クッソ高い

会の無料奉仕 そんなのあるの? やらないと村八分

国保 クッソ安い 国保満額

研修 超充実 ない

会務 やらなくても OK! やらないと村八分

客筋 企業＝とても良い頭いい 地方豪族イナカのオッサン

合コン 局アナ・CA 若い女性自体おらず

事務所 切磋琢磨 旧来

仕事 企業法務 離婚・田舎オヤジとババアの不倫

そりゃ東京に集まるよ

本当に東京などがこんなに良いかは異論があろうが、なぜ地方に行かないかは実証的な分析が必要で、簡単ではないことは理解されよう。本書では、法社会学の論考がたくさんあるのに肝心の実証分析は足りない。

2 弁護士制度の改革

(1) 隣接法律専門職

弁護士と隣接法律専門職を一体として制度の在り方を構想すべきである（354頁）という。

これは本書の中では検討されておらず、最後の提言のところで突然出てきたものであり、では、具体的にどのように構想するのかは、方向も示されていない。隣接法律専門職といっても、その発展状況、法の見識はさまざまである。税理士も税務職員出身者が多いし、行政書士も同様である。当局と法的な戦いをする意

欲と能力のある者は限られている。行政書士に行政不服審査の代理権が与えられたが、実際にはほとんど活用されていない³²。弁護士不足だからと、司法書士に簡裁の訴訟代理権を与えたが、弁護士を激増したので、本来は不要であった。

筆者は、これらの隣接法律専門職の関係の在り方について³⁴ 問題がどこにあるのか、それをどう改善できるのか、その利害調整はどうすべきか、見当がつかない。むしろ、現場で、知り合いの専門職相互で、協力し、事件を紹介する（ただし、紹介料なし）ように努力すれば済むのではないか。

（2）隣接職種の独立性の強化

隣接法律専門職を行政庁の監督から独立させ、各士業団体に自治権を付与すべきであると提言する（355頁）。

理由として、隣接職種も法律家である以上、依頼者の利益を守り、法の支配の実現に寄与するためには、行政庁からの独立が担保されなければならないという。

その通り、当局に懲戒権を握られていては、当局と争うことは無理で、単にお願いするだけである。

しかし、独立性を獲得したところで、当局と争っていては、別の案件で当局にお願いしても、なかなか認めてもらえないから、実際に当局と筋を通して争う士は限られる。行政書士や税理士はそうである。司法書士も当局と争うことは少ない。

それよりは、本来行政庁と争うべきであれば、それを弁護士に紹介して、自分は手を引くという行動に出るのが合理的ではないか。

（3）弁護士の業務の範囲拡大

弁護士は隣接法律職種の分野に進出すべきであるという（356頁）。

筆者も、弁護士は他の「士」業の資格を有するのであるから、それに進出して、

³² 阿部「行政書士の前進と課題」月刊日本行政571号4～8頁（2020年6月）。

ワンストップサービスを行えば、繁盛すると思う。例えば、司法試験で、行政法を学び、税法を選択し、さらに、不動産登記法などを勉強すれば、税理士、司法書士、行政書士の業務を行える。そこで、筆者は、若ければ、富豪が住んでいるといわれる芦屋駅前に、相続専門総合法律事務所を設立する。相続では民法だけではなく、相続税法、さらには、法人税法、所得税法が関係する。相続の登記も必要である。行政機関への届出も必要になる。これらを勉強するのは大変だと聞いたことがあるが、難しい案件は、隣接専門職に協力を得ることとして、それほど難しくなければ、司法試験合格者が勉強できないことはない。弁護士が、従来の弁護士の枠内を超えれば未来が開ける。

3 裁判官制度の改革

(1) 違憲審査の活性化と立法部との均衡の再定位

これは前記三 1 1 の私見に近い。

(2) 弁護士任官の改革

弁護士任官が進まないのは、任官を希望する弁護士が少ないことで、その原因の一つは頻繁な転勤にあるから、転勤のない任用を検討すべきだという（359頁）。

そうだろうか。これも法社会学的研究なしでこのように言うことには感心しない。弁護士も、10年もやっていれば、多くは独立し、事務所の経営が軌道に乗っているのに、廃業するのは、損でもあるし、事務員やイソ弁の処遇も難しい。大手事務所のパートナーで活躍していれば同じである。

任官する気が起きるのは、経営が苦しい弁護士か、独立できるかどうか不安を持つイソ弁か、ボス弁とうまくいかないイソ弁か、事実上3年任期といわれる大手事務所のイソ弁などであろう。しかし、そもそも、弁護士として自由の空気を吸った者は、囚人のごときと言われ、激務で自殺者を出している裁判官に魅力を感じないのではないか。それに弁護士任官しても、出世コースには乗れない運用であるから、それを覚悟できるか。優秀な弁護士が多数応募するわけではない。

そこで、弁護士任官の対象は、弁護士歴3年か5年程度で、もともと裁判官志望であった者、あるいは弁護士業務よりも裁判官の方が自分に合うと思った者に狙いを定めるのが現実的ではないか。それなら、転勤も給与体系も、他の裁判官と同じにできるのではないか。

4 法曹養成制度の改革

(1) 予備試験の廃止

四2, 一八5で述べた。

(2) 司法試験の改革

「点」としての法曹養成にならないように、司法試験の内容、試験の方法などを全面的に見直せ(360頁)。

これも「考える」試験という出口の改革が肝心であることは四2, 一四、一五で前述した。ノート・教科書の持ち込みを認める、関連判例を試験問題とともに配布するとの提案も筆者と同じである。

(3) 出題者

研究業績と単なる試験問題の作成能力の間には有意な連関があることは証明されておらず、試験問題の出題者は、十分な研究業績のある研究者である必要はないというが、そもそもこの種の問題で、有意な連関の証明は難しい。そもそも証明のための実験も行ったことはないだろう。出題者の数は多くないから、研究者からも確保できるが、採点者は、研究者とは限らず、広く探して、採点の委員会でしっかり議論する方がよくないか。

(4) 法科大学院の成績の考慮

法科大学院との連携を考えれば、法科大学院の成績を司法試験の結果にある程度反映させることも、一発試験の弊害を緩和するためには有用であると提言される(361頁)が、私見では到底無理である。法科大学院の定員を、法科大学院が半減した現状で、合格者数を2000人程度とするのであれば、合格率は大幅にアップするから、法科大学院での成績が良い者は当然に合格するの

で、そのような考慮は不要である。しかも、法科大学院の成績を他の大学と比較して合理的に換算するのは、学校格差を測定できない以上は、不可能である。さらに、法科大学院の成績を考慮するとなれば、実力で合格する者の成績を低くして、すれすれの者の成績に下駄をはかせる操作が行われる可能性も生ずる。実際、内申書重視の高校入試で、そのような操作が行われているとのうわさを聞くところである。

(5) 臨床法学教育の推進

臨床法学教育は理論と実務の架橋の場として推進すべきである（361頁）という。

これは一五で前記した通り、司法試験という出口でどう考慮するのかという難問が解決されないと実現は難しい。

E 国民的基盤の確立—国民の司法参加のために

1 裁判員制度の改革

(1) 被告人による選択制の導入の提言

被告人が裁判員裁判か裁判官裁判かを選択できるように改革せよ（362頁）という。被告人の裁判を受ける権利を根拠とする。

しかし、被告人には、どっちがきちんと裁判をしてくれるのか、情報がないから、サイコロを振るようなものである。そのような博打は裁判を受ける権利の保障に反する。

(2) ミニ合議体

4人の裁判員+裁判官1人の右合議体を活用すべく法改正すべきである（363頁）。

現行法でも、このミニ合議体は認められているが、裁判員制度施行後12年経っても一件も適用例がないという。これは裁判員の比重が高くなるので、裁判員はより主体的に議論に参加することが期待され、自らを統治主体として認識することにつながるという。そこで、自白事件はすべて4+1、否認事件は

6 + 3 で審理するように法改正すべきであるという。

しかし、裁判員が自らを統治主体として認識するために、被告人に裁判員裁判を経験させるのは、被告人の裁判を受ける権利の保護に反する発想である。統治主体としての認識の実験場にされてはかなわない。

(3) 有罪評決の要件の加重

現行法では、評決は、裁判官と裁判員の双方の意見を含む多数決で行われるが、これでは裁判員の意見が尊重されない事態も生ずるので、裁判員と裁判官の双方とも、3分の2以上に改めるべきという。

そうかもしれないが、高裁では職業裁判官だけで、裁判員裁判を覆すのであるから、あまり意味はないと思う。

(4) 死刑判決の議決要件は全員一致とすべきであるとの提言

アメリカでは、死刑判決には全員一致ルールがあり、市民参加型の刑事裁判において多数決で死刑判決が下せるのは日本だけという(364～365頁)。

死刑は究極の刑であり、その廃止論も強力であるから、単なる多数決ではなく特別多数要件を必要とすべきであるが、死刑廃止論者が一人でも裁判員に入っていれば、どんな極悪人についても死刑判決が出ないということによいのか。死刑制度を存置するという前提に立てば、死刑廃止論者がいるかどうかで左右されるのは不適切である。反対が一人だけなら多数決で決めてよいというのはどうか。

(5) 裁判員の守秘義務の限定

守秘義務の範囲があいまいであるので、これを明確にすること(365頁)には賛成であるが、具体的にどのようにすれば明確になるのかの記述はない。

(6) 裁判員から参審制へ

いずれにせよ、一七二で前記したように、筆者は裁判員制度よりも、参審制の方が合理的だと思う。

2 検察審査会制度の改革

強制起訴のためには2度の議決を要するという現行制度を1回の起訴相当議決で足りるとする改正案である（365頁）。

しかし、三10で述べたように、起訴するに値する相当の理由と証拠がなくとも暗闇のうちに議決されて、無実の者を被告人としての苦難の道を歩ませるこの制度の改革こそが必要である。

F ジェンダーの視点からの制度改革

1 令和の司法改革は、司法のあらゆる場面で、ジェンダーによる差別の解消に取り組まなければならない。この点では、日本は先進国中最低レベルにある。平成の司法改革に欠けていたのはこの視点という（366頁）。

賛成である。優秀な女性に活躍の場を与えれば、国力が向上する。ただし、男の平均寿命が短いことはどうしてくれるのか。

2 裁判員・検察審査会の構成

これについても、ジェンダーバランスのとれた構成にすべきである。

3 法曹のジェンダーバランス

法曹に占める女性の割合は向上している。

ただ、難易度の高い大学や学部に進学する中で男性と女性が公平に競争できるシステムになっているかも検討しなければならないというが、その具体的な検討はない。

最高裁判事についても女性は15人中2人だが、30%以上、つまり5人以上を目指すべきであるという（368頁）。

しかし、そもそも最高裁判事の適齢であるとされる60歳以上の世代では、まだ女性の法曹は多くなかったであろうから、そこから30%を選任すると、同世代の法曹の中では、女性が過剰に選任されることになる。機械的に30%というのではなく、その世代で分母となる法曹がどれだけいるのかを考慮した割合を目指すべきである。

G 世界に開かれた司法を作るために

1 グローバル社会における裁判所－裁判官対話への参加

裁判官は、外国との相互交流に参加する必要がある（369頁）という趣旨はごもつともであるが、外国法に詳しいのは研究者であるから、裁判所は学者との対話・協力も必要だろう。

2 国際人権と司法の連結

条約違反を上告理由に追加すべきである（370頁）ことは、一八二の泉意見の通りである。

3 世界に開かれた法曹養成教育

法科大学院は外国語による日本法教育、外国法教育、海外ロースクールへの留学プログラムを充実させるべきであるという（371頁）。本来その通りであり、それは弁護士の業務拡大にも通ずる。しかし、そのような教育を受けたことがいずれ有利にならなければ誰も勉強しない。司法試験も、そのような法科大学院教育を反映したものに变化しなければならないというが、その方法を制度化するのは至難であろう。

それよりは、司法試験を本当に合格率80%くらいにして、優秀な者は受験勉強に邁進しなくても合格できるようにすれば、法科大学院生は、こうした法学教育を受けて自らのチャンスを拡大するだろう。一流法律事務所も、予備試験合格者を優先するのではなく、外国との交渉に秀でた者を採用するであろうから、好循環が起きる。四二（4）で述べたが、アメリカのロースクールと司法試験の関係はこのようなものと言われている。

4 他国の法学学位の承認

日本の弁護士がアメリカに留学する場合、1年生のLLM課程の終了で司法試験受験資格が認められる。EUではある国で弁護士資格を取得した者は他の加盟国において弁護士業務を行うことが認められている。これに対し日本の制度は他国で受けた法学教育を全く考慮していないという。この不均衡は是正されなければならないという（373頁）。

しかし、EU は日本の弁護士資格で活動することを認めていないから、そこには不均衡はない。司法試験の受験資格としては、法科大学院経由と予備試験合格者に限られる（司法試験法4条）が、予備試験には受験資格の定めがないので、外国人でも受験できる。しかも、外国弁護士による法律事務の取り扱い等に関する法律により、自分の国の法律事務を日本で行うことができる。日本の弁護士が外国で日本法に関する法律事務を行うことができるかどうかは筆者は知らないが、このような特別の定めを各国が有しているのだろうか。

この辺のことがわからないと不均衡とは簡単には言えないと思う。

H 司法改革の推進体制

制度改革が着実に実施されていくように恒常的なモニタリング機関を設置する（372頁）。

司法制度改革審議会の意見書も、途中で無視されて、特に法科大学院の濫設が制度崩壊の原因となったことに鑑みても、もっともである。

改正行訴法施行後5年の見直しも、このモニタリングであるが、前記三六、一二一のように権利救済消極派の牙城の前に瓦解した。

そこで、モニタリング機関は、法務省、最高裁とは全く別の組織と人員で構成しなければならない。

二〇 最後に

本書では、多くの学問分野の研究者がそれぞれの視点から考察しているが、それを制度改革の理論から総合的に整理しているとは思われない。

それに実定法の改革なのに、政治学、法社会学が多く、実定法改革の分析は中途半端である。なぜこのような人選なのか。しかも、法社会学者でも実証的な分析は乏しい。

先に述べたように改革の挫折を研究するには、病状を明らかにして、治療法を提示することが必要であるが、本書ではそれはほとんどなされていない。

そのうえ、現実に裁判を行っている現場を知っている者はいないのではないか。患者や現場の医師がいなければ、病状も治療法もわかるわけがない。

最後の15, 16章は、今後の司法改革の課題と方向性を抽出しているという。しかし、それは、本書で行われた新制度派経済学や、社会学、政治学、実定法学等の研究を踏まえたものであろうか。関係のないものではないのか。

司法改革を実現するためには、政治家が論点を正しく認識して、リーダーシップを発揮することが必要である。しかし、わが国では、あるべき司法制度を政治家に説明に行き、政党内をまとめてもらうには壮大なエネルギーを要し、きわめて至難である。

しかも、最高裁や法務省は組織の利害にとらわれすぎる。弁護士会は、弁護士急増で窮乏化しているので、自分を守ることに追われ、司法改革のあるべき全体像を示せていない。「民事司法を利用しやすくする懇談会」もまだ不十分である（拙著432頁以下）。

それでも、この状況を打破するのは日弁連しかない。日弁連が問題意識を作り直して、広く社会と政治家に訴えて、あるべき制度を実現してほしい。国会には多数の弁護士である議員がいるのであるから、彼らを味方にして、司法改革をさらに実現するように、精力的にオルグしてほしい。もともと平成の司法改革では多くの政治家の応援があった。定期借家制度は、法務省や多くの民法学者・弁護士の抵抗をはねのけて創設した³³が、それは保岡興治議員などの努力のたまものである。このようにするのである。

筆者にとっては遺言にしかならないが。

『追記』本書については、犬塚元（法政大学教授、政治思想史）の書評（朝日新聞2022年12月3日）があるが、特にコメントするほどのものはない。

³³ 筆者のものでは、『定期借家のかしこい貸し方・借り方』（信山社、2000年）、『定期借家権』（信山社1998年）。