

日本の展望—学術からの提言 2010

報告

## 法学分野の展望



平成22年（2010年）4月5日

日本学術会議

法学委員会

法学の展望分科会



この報告は、日本学術会議 法学委員会および法学の展望分科会の審議結果を取りまとめ公表するものである。

### 日本学術会議 法学委員会

委員長	淡路 剛久	(第一部会員)	早稲田大学大学院法務研究科教授
副委員長	戒能 民江	(第一部会員)	お茶の水女子大学理事・副学長
幹事	浅倉 むつ子	(第一部会員)	早稲田大学大学院法務研究科教授
幹事	池田 眞朗	(第一部会員)	慶應義塾大学法務研究科教授・法学部教授
委員	吾郷 眞一	(第一部会員)	九州大学大学院法学研究院教授・副学長
	磯村 保	(第一部会員)	神戸大学大学院法学研究科教授
	井田 良	(第一部会員)	慶應義塾大学大学院法務研究科教授
	井上 達夫	(第一部会員)	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	河野 正憲	(第一部会員)	福岡大学法科大学院教授
	櫻田 嘉章	(第一部会員)	甲南大学法科大学院教授
	田中 成明	(第一部会員)	関西学院大学大学院司法研究科教授
	辻村 みよ子	(第一部会員)	東北大学大学院法学研究科教授
	長谷部 恭男	(第一部会員)	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	広渡 清吾	(第一部会員)	専修大学法学部教授
	町野 朔	(第一部会員)	上智大学大学院法学研究科教授

### 法学の展望分科会

委員長	井田 良	(第一部会員)	慶應義塾大学大学院法務研究科教授
副委員長	井上 達夫	(第一部会員)	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	加藤 克佳	(連携会員)	愛知大学法学部・法科大学院教授
	櫻田 嘉章	(第一部会員)	甲南大学法科大学院教授
	寺田 浩明	(連携会員)	京都大学大学院法学研究科教授
	西原 博史	(連携会員)	早稲田大学社会科学総合学術院教授
	平野 敏彦	(連携会員)	広島大学大学院法務研究科教授
	松本 恒雄	(連携会員)	一橋大学大学院法学研究科教授

※ 名簿の役職等は平成 22 年 3 月現在

## 要 旨

### 1 作成の背景

本提言は、法学が置かれている今日状況の把握を踏まえて、法学にとっての現代的課題を明らかにするとともに、今後における法学のあり方およびその発展の方向に関する提言を行うことにより、「日本の展望—人文・社会科学からの提言」がまとめられるにあたり、法学の分野から一定の寄与を果たそうとするものである。

### 2 提言の内容

#### (1) 4つの現代的課題

法学にとっての現代的課題は、次の4つにまとめることが可能である。すなわち、立法活性化の時代にあつて立法の質の改善に寄与しうる研究を進展させること、社会の変化に対応した法学の自己変革を進めること、基礎研究の重要性を認識し、これを促進・奨励すること、長期的展望に立った安定的な法学研究者養成の制度的枠組みを確立し、研究と教育の間の関係を双方にとり生産的なものに変えていくこと、である。

#### (2) 立法の時代への対応

第1に、社会状況の変化に迅速に立法が対応する必要と、立法目的・立法事実・立法帰結を慎重に吟味して立法の「正当性」に関する判断に誤りなきことを確保する必要との、調整の問題があり、第2に、立法の「正当性」に関する判断の対立にもかかわらず政治的決定をせざるを得ない状況において、かかる政治的決定の「正統性」に異論をもつ人々も承認しうる条件の探求が要請され、さらに第3に、公衆道徳や習俗などによって解決されるべき問題まで法的な規制の対象となるという「過剰法化」現象が生じている状況に鑑み、立法の限界についても自覚的に解明する必要がある。

#### (3) 社会への変化への対応

海外への情報発信（アジアの法整備支援など）、法システムを統合的に把握する視座の獲得（複数のサブシステムからなる法システムを、複雑化・高度化した社会の変化に対応して全体的・統合的に把握する視座を獲得するなど）、権力の分散化と法の運用方法の変化への対応（国家の集中的権力・権限が、超国家的組織の存在や、国内の各自治体や種々の社会的勢力によって制限される状況の下で法学がさまざまな課題につき多様な手法を開発し対応することなど）、グローバル化と法の対応（国際法秩序と国内法とのアジャストメントとハーモナイゼーションなど）、持続可能な発展と法学（持続可能な発展に関わるさまざまな課題の解決や新領域・複合領域の確立などの努力をしてきたが、それらの持続可能な発展に関わる法学の横断的な統合を試みると同時に、法学のもう一つの要素である、持続可能な発展と両立する新たな権利論の構築をも試みる必要など）について研究する法学の構築が必要である。

#### (4) 基礎研究の推進・奨励

法科大学院教育の実情から危機に陥っている基礎法学の研究教育、さらに実定法学における基礎研究教育の再構築が必要である。

#### (5) 法学研究の制度的条件の改善

上記と関連するが、次世代・将来世代の研究者の養成の制度的条件を新たに整備し、研究と教育（法科大学院、法学部）の間の関係を双方にとって生産的なものに変えることが強く求められている。

## 目 次

1	はじめに—法学にとっての現代的課題	1
2	立法の時代への対応	2
3	社会の変化への対応	4
	(1) 海外への情報発信	4
	(2) 法システムを統合的に把握する視座の獲得	5
	(3) 権力の分散化と法の運用方法の変化への対応	6
	(4) グローバル化と法の対応（アジャストメントとハーモナイゼーション）	7
	(5) 持続可能な発展と法学	10
4	基礎研究の促進・奨励	12
5	法学研究の制度的条件の改善	14

## 1 はじめに—法学にとっての現代的課題

本報告は、法学（ないし法律学）が置かれている今日的状況の把握を踏まえて、法学にとっての現代的課題を明らかにするとともに、今後における法学のあり方およびその発展の方向に関する提言を行うことにより、「日本の展望—人文・社会科学からの提言」がまとめられるにあたり、法学の分野から一定の寄与を果たそうとするものである。

法学にとっての現代的課題は、これを次の4つにまとめることが可能であると考えます。すなわち、

- ① 立法活性化の時代にあって立法の質の改善に寄与しうる研究を進展させること
  - ② 社会の変化に対応した法学の自己変革を進めること
  - ③ 基礎研究の重要性を認識し、これを促進・奨励すること
  - ④ 長期的展望に立った安定的な法学研究者養成の制度的枠組みを確立し、研究と教育の間の関係を双方にとり生産的なものに変えて行くこと
- である。

これらが課題として意識されるということは、現在の法学研究およびその制度的条件における問題箇所がまさにそこにあることを意味しているといえよう。現在、多くの研究者が、法学研究が健全な状態になく、むしろ学として閉塞状況に立ち至っていると感じているのは、これらの欠落を問題として意識していることによるものと考えられる。

## 2 立法の時代への対応

近年における、従来にない立法の活性化現象は、現代社会が時代環境の急速な変化への対応を求められる中で生じてきたものと見られる。しかし、個々の立法については、法学によるその必要性和内容的妥当性の十分な検討を経たものとは必ずしもいえないものが多い。他方で、法学が立法のあり方を検討するための理論的枠組みを十全な形で発展させてきたかどうかは疑わしい。

単なる立法実務の記述的介绍と立法技術の改善のための立法実務研究にとどまらず、立法の質を向上させ、その正当性・正統性の批判的吟味を可能とする立法学の確立と発展が求められている。

民商法であれば、たとえば経済界からの、刑事法であれば、たとえばメディアや世論を通じての立法要求に現れているような、社会の側からの立法要求を批判的吟味にさらし、その合理性を検討することを可能とするための理論的枠組み（および制度的条件）を解明することが求められている。

特に、近年において活性化している刑事立法について見ると、その背景には、1 つは犯罪被害者の権利保護、もう1 つは市民生活の安全の保護への社会の要求が著しく強まったという事情がある。ただ、そのことだけで直ちに刑事立法が活性化するものではなく、市民の要求が立法に反映することを可能とするメカニズムが形成されなくてはならない。そこで、市民の要求がメディアを通じて、あるいはよりダイレクトに政治や行政の機構に向けられ、可能な限りそれに応じることが政治や行政の課題とされるようになったという変化が重要な意味をもっている。

そのような変化は、国家機構の民主化という尺度からすれば、積極的に評価されるべきことであり、社会の変化に対する機敏な対応を可能とする点でも立法の質の改善をもたらしているといえるが、他方で、政策決定の基礎とされるべき知見が極度に専門化・技術化している現代社会においては、ポピュリズムと評されるような傾向に結びつくおそれをもつ。ややもすれば白か黒で割り切ろうとする二項対立的な思考様式が、刑事政策分野での国家的意思決定のあり方をめぐる議論の場を支配することになる。そこでは、犯罪問題に対して効果の高い、いわば「特効薬」が求められがちである。法律専門家は、単純明快な結論を求める社会の側からの期待に応えられずに発言力・影響力を失いつつある。

現在の立法活性化の現象は、さまざまな問題を生じさせているが、何よりも、刑罰の本質と機能についての根本的な反省を要求しており、それに応えるのは法学に専門的に関わる研究者の役割であるといえよう。法律専門家の間において刑法の存在理由は、犯罪によって害された具体的被害者の救済ないし報復感情の満足という私的なレベルの利益の実現ではなく、公的な利益の実現にあると考えられてきた。現在のような重罰化傾向の下で、法律専門家として強調すべきことは、刑法による行為者処罰は、何より公的利益の追求のために行われるべきことであり、将来における犯罪予防（とりわけ一般予防）に役立つところにその存在理由があるということであろう。

処罰することの理由が、このような意味における公益を保護するところにあるとすれば、

現在の刑の重さの水準を上回る刑を科そうとするときには、その特別の必要性を示す事実（もし刑法の存在理由を刑法規範の保護に求めるとすれば、刑法規範の保護のため、より重い評価を行うことの必要性を示す事実）が提示される必要がある。たしかに、それは「科学的証拠」であることまでは要求されない。刑法規範の保護の特別の必要性を示す事実とは、場合によっては、統計上の同種犯罪の増加という程度のものであっても足りると考えるべきである。しかし、単なる漠然とした印象や感覚で、刑の引上げを理由づけることはできない。ここでは、メディアの選択的な報道により歪められた印象が生じやすい犯罪情勢についての（学問的批判に耐えうる）信頼できる情報が立法者（および一般市民）に提供されることが重要な意味をもつであろう。刑事法の研究者が専門的見地から一般市民を啓発する役割を果たすことにより、刑事立法の質が高められることが期待される。

他方において、今の重罰化傾向に対しては、現在において、このような過去向きの応報的な刑罰使用（いわば非生産的な報復処罰）では到底対応できない問題が次第に重要性を増していることに注意を向けるべきである。それは、とりわけ高齢者犯罪への対応の問題である。ここにおいては、刑法は非生産的な応報処罰にとどまることはできず、建設的な側面に力を入れ、部分的には社会法を内側に取り込まなければならぬ。50年後には人口の4割が65歳以上の高齢者になるとも予測される日本社会における刑法は、応報刑法にとどまっているわけにはいかない。高齢者犯罪への対応の問題がクローズアップされるにともない、刑罰積極主義のもつ不毛な側面も意識されるようになり、刑法の、将来に向けた積極的（社会形成的）機能により関心が向けられることが望ましいと思われる。

以上、刑事法を例にして論じたが、ここから他の法分野にも通じる次のような一般的課題を確認することができよう。

第1に、社会状況の変化に迅速に立法が対応する必要と、立法目的・立法事実・立法帰結を慎重に吟味して立法の「正当性」に関する判断の誤りなきことを確保する必要との調整の問題がある。

第2に、立法の「正当性（rightness）」に関する判断の対立にもかかわらず政治的決定をせざるを得ない状況において、かかる政治的決定の「正統性（legitimacy）」に異論をもつ人々も承認しうる条件の探求が要請される。また、民意応答性と専門的熟議プロセスとの緊張関係の調整も、立法の「正当性」だけでなく、その「正統性」の保障に関わっている。

第3に、社会の「立法需要」の高まりは、公衆道徳や習俗などによって解決されるべき問題まで法的な規制の対象となるという「過剰法化」の傾向とも結びついており、社会内部の自律的秩序形成能力の衰退の結果であると同時にその原因ともなっている。しかし、公権力によって強制的に執行される立法による解決が望ましくなく困難でもある諸問題もあり、立法の限界を自覚的に解明する必要もある。

### 3 社会の変化への対応

#### (1) 海外への情報発信

国際化・グローバル化が進み、法学がドメスティックな学問であることがもはや懈怠の言い訳にならない状況が生じている。英米等先進国の法制度の紹介は、日本の法学の黎明期から熱心に行われてきたが、語学力のハンディ等から、法学分野における外国語による海外への学術情報の発信は、組織的、系統的に行われているとは言い難い状況にある。一例として、ドイツにおいて編集・出版されているが、ドイツ語のみならず、英語による論文、判例紹介、書評等を掲載する雑誌（年2回発行）として「日本法雑誌（Zeitschrift für Japanisches Recht; Journal of Japanese Law）」がある。しかし、日本人研究者・実務家による寄稿は必ずしも多くない。

そればかりか、近年では、基礎研究としての外国法研究・比較法研究の漸次的衰微の傾向が進む兆候が見られる。そこから、海外の学術情報の受信が不活性化し、情報の発信はさらにますます不活性化することも危惧されよう。海外への情報発信に、学界全体として、意識的に取り組むように努力する必要があるといえよう。

この点で、アジアの開発途上国への法整備支援は、国際的な学問的フォーラムへの直接の参加という意味はもたないとしても、わが国の法学の国際社会への寄与の一例として、特にその意義が強調されなければならないと思われる。

わが国において、近代社会の法律は、分野における多少の違いはあるにせよ、19世紀末のヨーロッパ法を継受する形で、とりわけ、フランス法とドイツ法の影響を強く受けて制定された。第二次世界大戦後には、占領政策を通じ、その後はアメリカの経済力、近時では、グローバリゼーションという風潮もあって、アメリカ法の影響も強く受けるに至っている。このように、日本の法学は、その誕生以来、長らく、海外の法制度・法的思考を取り入れ、それを消化するという「輸入超過」の時代にあった。

ところが、1990年代からは、日本政府のODAの一環として、アジアの開発途上国へのソフト面での支援として法整備の支援が行われるようになった。現在、ベトナム、カンボジア、ラオス、ウズベキスタン、モンゴルなどアジア諸国の法整備支援に多くの法学者や実務家が関わっており、このような分野で将来活躍を希望する法科大学院生も現れてきている。この意味では、法整備支援という形での日本の法学の「輸出」の時代が到来したといえることができる。

アメリカの行う法整備支援が、投資をする自国企業のための法整備という色彩が濃いのに比べて、日本の行う法整備支援は、市場経済の基礎をつくる民法や民事訴訟法などの基本法の整備に重点があるところに特徴が見られる。日本自体が複数の法の継受国であり、欧米諸国のモデルを輸入し、それぞれの本国法から見ればかなり異質なものに変質させられているところも多々あるにせよ、それなりに定着させて使ってきていること、日本社会とはかなり異質なヨーロッパ社会で形成された制定法規範を、解釈によって修正したり、あるいは大胆に換骨奪胎したりしながら、日本社会に適合させてきた経験があることなど、途上国にとっては参考となる点が多い。とはいえ、これらの「強み」は、日本法の一貫性のなさ、継受した母法を育んだ社会には内在しているが、法律には直接

書かれていない規範部分を継受しなかったことから来る歪みといった日本法の「弱み」の裏返しであることにも留意する必要がある。

そして、法整備支援のドナーとして、海外においてコモンロー諸国のドナーと競合する中で、大陸法とコモンローの共通性と異質性についての新たな次元での問題が発生してきており、これは、比較法学の最先端の課題の1つということができる。

## (2) 法システムを統合的に把握する視座の獲得

法システムは、複数のサブ・システム、たとえば、公法システム・民事法システム・刑事法システムなどから成っており、これらのサブ・システムもさらに下位のサブ・システムから成っている。法律はその時々の変化に対し、制定・改正・廃止を通じて対応するが、そのような社会の変化への対応は通常はサブ・システムのレベルで行われる。

法学の分野でこの対応のための作業を担うのは各実定法学を専攻する研究者であり、それが十全に遂行されるためには、一定程度の研究者の層の厚さが不可欠である。また、対応を必要とする事態の発生との時間的關係については、対応が即時に行われることもあれば、遅延することもあり、必ずしも適時になされるわけではない。このような事情から、全体的な法システムの整合性がとれないのが常態となる。サブ・システム横断的な議論を通じてのサブ・システム間の調整が行われず、または、それがうまく機能しない場合が多いのである。

たとえば、現在進行中の民法（債権法）の改正をめぐる議論に関して、民法は1つのサブ・システムに過ぎないが、法システムの中で占めている基盤的位置に鑑みると、その根底にある一定の価値観・人間観・世界観にどのような変化が生じ、それが法システム全体にどのように波及するのかの検証が必要であろう。

他方、すでにサブ・システムの内部において、相互に整合的とはいえない原理や規定が共存するという現象も顕著なものがある。たとえば、刑事法システムの内部においては、社会の複雑化と価値の多元化、そして最近の国際化の影響を受けて、一元的な法の原理により法全体が支配されるという理念自体が懐疑にさらされ、とりわけ組織的犯罪への対応の場面に見られるように、一般的原理とは異なった特殊な原理が部分領域を支配するという現象が生じている。

現代の法システムのパラダイム（理論的共通枠組み）は、自由・独立・平等を基底的価値とする「近代」西欧法である。この基底的価値は、現時点で、どのような変容を受けているのか。その変容について、研究レベル・教育レベル・実務レベルでの的確な対応が行われているのか。これらの問いに解答を与えるためには、現行法制度を絶対視するのではなく、相対視する観点ないし批判的に見る観点が必要である。こうした観点は基礎法学的知見が提供できると以前から言われているが、それに限られるものではなく、実定法学のいわゆる「序論」「総論」の部分でもその実定法分野の基礎法学的背景・文脈については必ず触れられている。そこで重要なのは、個々のサブ・システムではなく、全体的法システムを統合的に把握する視座を獲得することである。複雑化・高度化した

社会では、細分化した専門知識に精通した専門研究者が必要とされ、また重宝がられる。教育の場でも、いわゆる実用的知識志向が跋扈している。しかし、細部の知識は、全体像をともなつてのみ有効活用が可能になる。そこで、法システムを統合的に把握することに寄与する法学の取組として、たとえば、哲学・歴史・社会学などを有機的に統合した基礎法学、あるいは実定法学の総論の部分の総論ともいべき一般法学などの科目を構築し、教育に生かすことが考えられる。自己の狭い専門だけに執心せず、知的好奇心が旺盛な研究者・教師の教育に接することのできた学生だけが、知的に強靱な専門家として、社会の変化に対処する能力を身に付けることができるであろう。

### (3) 権力の分散化と法の運用方法の変化への対応

従来の法システムにとっての前提であった国家の集中的権力・権限が、一方では超国家的組織により、他方では各自治体や決定主体としての社会的勢力（NPO など）により制限され、さらには奪われるという方向への変化が存在する。そして、その一定部分は、法の国際化・グローバル化の現れとして語られているところである。このような状況にあって、さまざまな法的課題が生じている。

たとえば、①公と私の区別を公準としてきた法システムがどのような変容を受けるのかを見極めること、②伝統的に「人権」の名の下に国家により実現されてきた価値・権利・利益を国家によらずして社会構成員の間において公平に実現するためにはどうすればよいかを検討すること、③市民的安全の保護の担い手としての公的機関と私的組織の役割分担の関係を明らかにすることなどが求められているのである。

伝統的な法の用い方によれば、法はまず、一義的なルールを定め、そのルールに反した場合には処罰される、あるいは自らの立場を裁判所によって否認される、という不利益を課すことによって個人の行動を統御するシステムであった（条件プログラム）。ところが、権力の分散化が進行すると、こうした伝統的なルール設定の手法が機能する場面で限界が出てくるのであり、それと違った法の運用方法が大きな役割を占めるようになってくる。その場面において、伝統的な法システムのあり方について見取り図を描き、理性的な法適用のあり方を確保してきた法学は新たな課題を背負い込み、その課題を分散的に遂行するために重要な教育上の任務を引き受けることになる。

具体的には、行政法の分野で——特に自然環境の保護などの新しい（国家）任務を、産業界や地域住民などに積極的に関わってもらうことによって遂行していく手法として——注目されている、対話的・コミュニケーション的な法目的遂行のプロセスが重要である。ここでは、国民代表の決断として立ち現れてくる法は、具体的な目標実現の方法まで規律し尽くすだけの能力も適格性ももち得ず、単に目標値を設定し、目標実現に向けた評価指標を特定し、さらには関係者の関与に向けたインセンティブを設けるなど、複雑な統御手法を展開する（目的プログラム）。たとえば、CO<sub>2</sub>削減に向けた数値目標の設定、あるいは男女共同参画に向けての取組みを想起されたい。

こうした場面において、法学は、一方で、目標実現に向けて組織される、さまざまな学問分野の共同作業における核としての役割を期待されている。特に、具体的な目標の

内容を特定し、関連する利益の間の序列関係をつくり出す作業は、法学的な規範的演繹作業として展開していくべきものであり、法学の関与なくしては成り立たない部分である。もちろん、目標実現の手法を評価する上で必要になる実証的なデータは、法学内部から調達することが困難であるため、データを規範論の枠組みで整理できるような共同作業が必要になるわけである。

他方で、こうした目標実現の過程は、裁判外で、産業界や労働組織や市民運動や地域団体や利害関係人団体など、きわめて多様な人々を巻き込んだ複雑なプロセスとして展開していく。もちろん行政も重要な機能を引き受けるが、自治的な問題解決を目指すのであれば、行政による過度の調整を期待することは背理となる。ナショナルな関心を集めるような場面では研究者の積極的関わり合いが期待できるとしても、問題解決に向けた道筋の多様性からすると、常に能力ある研究者が核としての役割を引き受けられるとも考えがたい。

法学教育が伝統的に担ってきた役割の1つは、法的推論能力と調整能力を発揮して、現場における問題解決に真価を発揮する人々の育成であった。近時における権力の分散化は、まさに問題解決思考の法学教育上の意義を再確認するものである。

そのため、研究面および教育面の両方において、権力の分散と法律の目的プログラム化という現象に対応できるよう、十分な社会的支援を受けつつ、その果たすべき役割を意識化し、その役割の遂行に向けた体制強化を図っていかねばならないと思われる。

#### (4) グローバル化と法の対応（アジャストメントとハーモナイゼーション）

グローバル化の進行に伴い、環境問題、安全保障問題、経済問題、社会問題などは、もはや一国内の問題あるいは部分的な国家間の関係の調整の問題にはとどまらなくなっている。そこで、その対応には、グローバルな取り組みが必要となるとともに、2つの方向での検討が必要とされる。

すなわち、一方では、国際社会全体の利益の保護を目的として数多くの国際公法的な制度の形成が促進されている。このような秩序は、その秩序維持に固有の制度的仕組みをもたないがために、その公法秩序の形成および実施には、国内公法秩序のそれとは異なり、各国政府、非政府組織および私人がそれにどれだけ積極的に参加する意思をもつか、またどれだけ積極的に参加できる態勢にあるかということが大きな意義をもつ。その点で、国際的に望ましい国際公法秩序の形成および実施は、上からの秩序の強制というよりも参加型の性格が強いがゆえに、国内法制、とりわけ国内公法の諸制度が、制度目的にとっての正当な基準の設定、制度目的にとって機能的な国際組織および各国間の権限の再配分、および履行確保システムの構築の点で、国際法制度にどの程度連動しているかが大きく関係する。国際的な制度の枠組みづくりや規制基準の設定において、各国の経済発展段階や技術力の違いなどを反映して、それぞれの制度目的に応じて規定の仕方が多様であり、一概にはいえないが、国際的に貢献しまた指導的な役割を担うためには、国内法の制度が国際環境の変化や国際的な要請に対して即応できるような形になっていることが必要となる。

また、国際組織への権限の配分の度合いが高められてきているものの、依然として国際組織がその権限と執行資源を排他的に保有する状態になく、制度の実効性を確保するための国際的な履行確保システムの構築においても、2つの点で国内法制の対応が重要な役割を果たす。1つはいうまでもなく、国際基準を国内的に実施するための国内的制度の対応の面であり、いま1つは、国際社会全体の履行水準を高めるために必要な、履行能力の低い国を支援する国際協力のための国内的な制度づくりの面である。

このように、現在の国際的公的秩序形成と実施においては、国際的な平面での制度形成および実施と国内法制度の対応が密接に関連している。しかも、急速に変化する事態に対して国際的な平面での安定的な対応を可能にすることは、結果として国内の安定的な対応を可能にすることにもつながる。その意味で、国際法システムと国内法システムは、必ずしも対立関係にあるわけではない。とりわけ国際公益の制度化は、国際法システムが国内法システムを取り込んだ形で進められている。

現在の国内法制と国際法秩序との関係についてこのような認識に立つならば、法学は、国内法学、国際法学のいずれにおいても、両者の関係を問題にする上で、次の点に留意することが必要である。1つは、国際法と国内法との関係は、従来のように、憲法と条約、条約と法律の序列関係、あるいは国際法の直接適用可能性という問題としてのみ扱うのではなく、国際法システムに対しては、国内法システムがどのように位置づけられるのかを、それぞれの制度ごとに検討していくことが必要になることである。そのためには、国際法制度の法的性格、構成を的確に把握することが必要になる。

もう1つは、国際法においても、国内法制と同じように権利や義務など同じ法律用語が用いられるが、それらの概念の法的含意は、必ずしも国内法と同じではないという点を考慮することが必要である。一方の制度的含意で他方の制度を捉えることは、両者の関係を調整する問題にとっては、可能性を狭めることになる。国内法の法政策学的な研究の広がりとともに、法学においてもプロセス設計的な面が考慮されるようになってきている。国際公益制度は多様であり、環境規制のような目標達成型の制度に見られるように、プロセス重視的な制度設計がなされているものが多い。それらを国内法および国内法学がどう組み入れてゆくかは、国内法および国内法学のアプローチの仕方に関わる問題である。

以上のように、国際社会全体の利益の保護を目的として数多くの国際公法的な制度の形成が促進されているのであるが、もう一方では、国内法における対応として、国際的スタンダードを受け入れることによって国内法が変容するという現象が生じつつある。このような現象は、商事法や経済法といった経済のグローバル化に直接関連する分野のみならず、以下にみる刑事法や民事訴訟法のように、従来は属地的なものと認識されていた法分野においても明確に表れている。

刑事法分野においていえば、これは2つの方向をとっている。まず、国境を越える犯罪の重要性と各国の協調的対応を促進するための刑事実体法と刑事手続に関するルールのそれぞれのハーモナイゼーションが考えられる。実体法のハーモナイゼーションの中では、処罰の対象となる犯罪行為の範囲、そして犯罪に対し科せられる刑罰等制裁のハ

ハーモナイゼーションが重要な意味をもつ。犯罪各論においては、たとえば、汚職ないし「腐敗」に関する刑罰規定（そこには、外国公務員への贈賄や企業幹部へのリベート等に対する処罰規定が含まれる）の国際的な調整の問題がある。犯罪総論に関わる分野では、越境的組織犯罪への対策としての「共謀罪」ないし「参加罪」の導入が議論となっている。これは、一方で、「日本国内に必ずしも立法事実をもたないルール」の立法化という問題に触れるものであり、他方で、従来の共犯論により対応すれば、必ずしもループホール（処罰の空隙）が生じるということにはならないのではないかという問題を浮上させている。

制裁カタログとの関係で深刻な問題は、死刑制度である。これは、すでに、犯罪人引渡のネックとなりつつあり、かつ、日本の人権水準のバロメーターと見なされつつある。刑事手続法のハーモナイゼーションでは、「代用監獄」問題や「取調可視化」問題、「自国民不引渡し」、「国際的一事不再理」の問題、「有罪答弁」「裁判の公開」「反対尋問権」「違法収集証拠の排除」等（の例外）を認めるかどうかといった問題、実体法と手続法の間領域の問題として「公訴時効」、「普遍的管轄権（世界主義）」の取扱い問題、さらに総論的なものとして、個人通報制度（自由権規約第1選択議定書）の導入などが焦点である。

一方、このように日本（国内）法が外からの影響によって変容するにとどまらず、日本（国内）法のルールが国際化するということも考えられる。もちろん、外国法から学ぶべきことも引き続き多いであろうが、同時に、日本で発展を遂げた法理論（および法実務）を国際的観点からとらえ返し、発信する価値のあるものを明らかにして積極的に発信してゆくことをもっと重視すべきであろう。たとえば、戦前にフランス法やドイツ法の構造を基礎とし、戦後は一転してアメリカ法の影響の下でハイブリッド化した日本の刑事訴訟法には、刑事手続き上の人権保障水準を統一しようとしているEUにとって、参照されるべきものが少なくない。そのためには、いうまでもなく、日本の法学および法学者自身の国際的情報発信力を高めることが前提となる。具体的には、これまでの古典的な業績を英語等の言語に翻訳ないし要約して内外の雑誌に紹介すること（そのための法学専門雑誌を創刊することも考えられてよい）、国際学会ないし会合での発表の機会を増やすこと等が考えられる。「国内法の変容」とは、このような受容と発信との相互作用の結果としてもたらされるべきものである。

このように、刑事法の分野においては今や、「法の輸入」ばかりでなく、「法の輸出」をも戦略的な視野に入れ、発展途上国への司法的援助ばかりでなく、先進国も含めたグローバルなレベルで、日本が「法の輸出国」になるためにはどうしたらよいかを考えるべき時期に来ているといえる。

次に、民事訴訟法についていえば、伝統的に各国に固有の司法制度や裁判手続の歴史的遺産に規定される部分が大きいため、また、民事訴訟制度には大陸法型制度と英米法型制度があり、両者の隔たりのゆえにその間の溝を超えることは困難であるために、国際的なハーモナイゼーションの試みは難しいと考えられてきた。こうした長年にわたる常識は、基本的には今日でも維持されているとはいえ、近年、世界の民事手続法は自

己主張から相互理解へと進む兆しを見せはじめている。特に、2004年5月に、アメリカ法律協会（ALI）と私法統一国際協会（UNIDROIT）の共同プロジェクトによって作成された「国際民事訴訟原則（Principles of Transnational Civil Procedure）」は、将来における世界的な民事訴訟法のハーモナイゼーションを見据えた、野心的な提言である。

そうしたなかで、日本の民事訴訟法は、世界的には特異な地位を占めている。1890年制定当時の民事訴訟法（旧々民事訴訟法）は、当時のドイツ法を翻訳的に継受したものであった。しかし、1926年の大改正（旧民事訴訟法）を経た後、戦後の1948年改正では、交互尋問、変更判決、特別上訴などの英米法系の制度が導入され、刑事訴訟法と並んで、世界でも珍しいハイブリッド型の民事訴訟法となった。さらに、最近の1996年の全面的な改正でも、ディスカヴァリに部分的に接近する証拠収集制度の拡充や、サーシオレイライと同様の裁量上告制度など、英米法に範を得た制度が導入され、より一層ハイブリッド化が進展している。

しかし、世界的なハーモナイゼーションの視点から見た場合、まだまだ取り組むべき点が多い。なかでも、喫緊の課題と考えられているのは、消費者被害や環境被害などの拡散的利益を効果的に救済するための集合的訴訟制度である。集合的訴訟制度については、アメリカのクラスアクションが突出していたが、近年、カナダやオーストラリアなどの英米法の国々が類似の制度を創設した。また、南米（ブラジル、チリ）、スカンジナビア（スウェーデン、ノルウェー）、欧州（オランダ、デンマーク、イタリア）などの大陸法の国々も、次々とクラスアクションの仕組みを部分的に取り入れた集合的訴訟制度を設けつつある。消費者問題や環境問題は、世界共通の課題であるため、わが国でも民事訴訟法におけるハーモナイゼーションの主要なテーマになりうる。

もう1つの大きな課題は証拠収集である。国境を越える紛争では、国際的な証拠収集が重要であり、国際私法共助の仕組みを充実させる必要がある。わが国は、ハーグ国際私法会議で作られた1954年の民事訴訟条約を批准しており、また、20か国以上の国との間で二国間取り決めを有しているが、1970年の証拠収集条約には加盟しておらず、加盟の是非についてはなお検討を要する。また、国際司法共助に関する国内法が不十分であり、整備が必要との意見もある。

## （5） 持続可能な発展と法学

わが国を含む国際社会の中長期的な大きな課題の1つに「持続可能な発展（sustainable development）」や「持続可能性（sustainability）」があることに疑問の余地はない。この課題は、環境・食料・資源の問題にとどまらず、高齢化、貧困化、リスク社会化、バイオテクノロジー・医療技術の進展、情報化・ICTの進展など、多くの社会問題の通底をなすものとなっている。また、グローバル化と表裏の関係をなしている。さまざまな学術分野からこの問題に対するアプローチがなされており、法学も例外ではない。

法学は、憲法、行政法、民法、刑法、社会法、国際法といった個別の法領域から、ここであげられている種々の問題に取り組むとともに、領域を越えた取り組みもさまざま

に行われてきた。そのようななかから、環境法、医事法、情報法、消費者法、ジェンダー法等の新たな学問分野が切り開かれてきた。今後の法学のあり方として、このような新領域・複合領域の確立にとどまらず、「持続可能な発展」という横串を通じた観点から、基礎法学も含めて法学を総括し、諸問題への対応状況をマッピングするという試みも必要であろう。

他方、近代における法学は、個人への権利の割り振りを基盤とする学問体系をなしており、「世界が滅んでも、正義は行われるべし」と極論されることもある。この点で、法学は、持続可能性と相対立する要素を本来的に含んでいる一面もある。だれにも権利の割り振りがなされていない自然や、未だ権利の割り振られていない将来世代の保護が、権利を基盤とする私法学では十分にまかなうことができず、集権的決定による拘束という別の原理を基盤とする行政規制においてのみ実現可能という点に、この矛盾が象徴的に現れている。とはいえ、60年代に唱えられた環境権論のように、個人を越えた集団に権利を割り振るという考え方もあり、持続的な発展と両立する権利論の構築、そしてそのような新たな権利論の上に立つ現代法学の構築が必要である。

法学の学問としての本来的な役割として、マクロ的には権利と規制をツールとした制度の総合設計の学問であるという点が、そして、ミクロ的には法律の解釈を武器とした個別紛争の解決のための学問であるという点が指摘できる。このうちの総合設計の学問であるという点が、持続可能な発展のための諸課題の解決にとって一定の役割を果たしうることは明白である。個別紛争の解決の学問である点は、一見すると持続可能な発展とはまったく無関係であるかのように思えるが、そもそも社会が存在する限り、紛争は必然的に発生するものであり、そのような紛争を暴力を用いることなく、平和的に解決に導いていくことが社会の持続可能性につながるという側面も見落とすことはできない。

#### 4 基礎研究の促進・奨励

法は社会構成員の行動を統制するが、その法はまた、その統制対象たる当該社会構成員が日々行う行動・価値選択にその究極の基礎を置いている。そうした循環構造がある以上は、既存の実定法を出発点として社会事実を整序することを主任務とする法実務も、その出発点にある既存の実定法の基礎自体をみずから問い直し、また必要に応じてその内実を変容させていくという契機を自己のうちに含まざるを得ない。学問としての法学は、人々の日々の生活・法専門家の日々の実務の中にすでに含まれているこうした反省的契機を専業として担うものであり、実定法学における基礎研究部分（現行法の枠組みそのものを問う創造的・批判的研究、本格的な比較法的考察や歴史的考察を踏まえた研究）や基礎法学（法哲学、法史学、法社会学等）はその重要な一部として存在する。

ただ、近代日本においては、種々の歴史的な経緯により、法学と法実務は上述のような相似形的・同心円的關係に立つというより、むしろ大学と社会という別個の場所で、それぞれが独自にそれぞれの仕事を行うという並列的關係に立つことが多かった。その意味では、司法制度改革の一環として創設された法科大学院制度が、単に法曹養成という一局面において両者が協同するという点を超えて、法学と法実務の間に各種の有機的な連関をつくり出す良いきっかけともなっていることは、法学の立場からも積極的に評価されて然るべきである。しかし、現状についていえば、この改革が、他面において、法学全体に対して思わぬ悪効果を生みつつあることも同時に指摘せざるを得ない。

まず、現今の司法試験制度の下では、各法科大学院が司法試験合格者数を重視することから、おのずと現行法を大前提とした上でその技術的操作を教育する部分に力を注がざるを得ず、学生もそれへの対応に全精力を使い果たす状態にある。また法科大学院入試という選抜段階があるため、法学部レベルにおいても、法科大学院進学希望者はとにかく入試科目偏重に走ることとなる。その結果、法の歴史的・社会的・哲学的基礎についてゆっくりと教え、また考えるゆとりが法学教育のどの段階からも失われつつある。そして、そうした教育面での変化は、研究活動面にも少なからぬ影響を与えている。まず基礎法学についていえば、実定法学教育に短期的に資源が集中された結果として、法科大学院においても法学部においてもその職業的な基礎自体が奪われつつある。また実定法学分野においても、多くの教員は教育負担に追われてみずから基礎的な研究を行う時間的なゆとりを奪われ、実定法学が従来もっていた基礎研究的側面が全体として急速に弱体化している。

法科大学院制度は、本来的には法実務と法学とを含めた法制度全体の反省的契機を強化する可能性をもつが、しかしその改革過程で法学の中核にある基礎研究的な部分が衰退すれば、今度は反対に、法制度の全体が断片的実務知識の集積に墮することになる。それは法学の危機であるだけでなく、法体制・法実務全体の危機でもある。

法学の研究教育体制のすべてにおいて、基礎研究を推奨強化するための施策を意識的にとることが急務である。第1に、法学部レベルにおける基礎法学教育を今より重視しなければならない。また、法科大学院が実定法研究者の養成課程の一環節としても存在することを踏まえれば、第2に、法科大学院教育を現状より多面化し、法科大学院における基礎

研究的な実定法学教育の機会を拡充する必要がある。一見迂遠に見えるにせよ、若き日に本格的な学問に触れることこそが、結局は良き実務家養成の道、良き実務と研究の関係形成の最良の方法である。

## 5 法学研究の制度的条件の改善

法科大学院の創設後、研究職を志望する者も法科大学院および司法研修所の教育を受けべきであるとする新時代の法学研究者像が提示された反面において、在来の法学研究科における教育に十分の力が割けない状況が生じるとともに、法曹資格取得後の優秀な人材を研究者養成のプロセスに取り込むための適切な制度的枠組みが存在しないことから、研究者養成のシステムは従来にない、きわめて大きな困難に逢着している。そのため、法曹資格取得後の優秀な人材を研究者養成のプロセスに取り込むことを可能とするための制度の考案（法科大学院と法学研究科の関係、博士学位取得および助教の制度の再検討を含む）が緊急に要請されている。

他方、法科大学院の教員は、相当の負荷のかかる教育を、厳しい外部評価にさらされながら行うことを義務づけられており、そのことが研究活動遂行の上での軽視できない制約となっている。また、研究職を志望する優秀な人材を集めるという観点から見ても、そのことが大学における研究者の仕事の魅力を失わせるマイナス要因となっている。

さらに、法科大学院制度は、従来の法学部教育との関係においても、教員の研究活動のあり方に深刻な問題を投げかけている。法科大学院制度の下では、「理論（学説）と実務との架橋」が強調される一方で、法学未修者制度など法学部教育との連携をむしろ禁忌してきた面がある。法科大学院が創設後一定の段階を迎えた今、これと従来の法学研究科、法学部との関係を改めて見直すとともに、法学研究の制度的条件（特に、その担い手や育成のあり方）を適切に整備して改善することが喫緊の課題であり、その際、研究教育資源の適正な再配分とそのあり方も検討を要するであろう。これらをどのように考えるかは、法学研究の今後にきわめて大きな影響を及ぼすと思われる。

ここでは、法学研究の制度的方向性として、研究と教育（法科大学院、法学部）の間の関係を双方にとり生産的なものに変えることが強く求められている。法学研究の発展を阻害しているのではないかという観点からの、法科大学院教育、法学部教育、司法試験、教育用テキスト等のあり方の再検討も切に要請されるところである。