

論 説

憲法学の立場から考える「臨床」

岡 田 順 太

本稿は、「各学問分野における『臨床』の意義は何か」との問いに対する憲法学からの応答を試みるものである。そこで、まず法学において「臨床」と呼べそうな場をいくつか取り上げつつ、法学の立場から「臨床」を考えてみたい。また、そこで示された法学一般の臨床の場についての観点に関して、憲法学の立場から、より具体的にその内容と課題について論じる。その上で、臨床法学の確立ないし発展は可能か、可能であるとしてその課題は何かについて検討する。

1、臨床法学教育

近年、法学の世界においては、この「臨床」という言葉が非常に多く用いられるようになってきている。それはいうまでもなく、司法制度改革の一環としての法科大学院の登場とそれに伴う法学教育の変化によるものである。特に、それは、臨床法学教育ないしリーガルクリニックなどという言葉で表現されるが、法律相談や法律事務所でのエクスターンシップなど現場における実践を重視して行われる高度な法律家養成を内容としている。

この臨床法学教育でいう「臨床」は実務という語と、「法学」は理論という語に置き換えることができると思われるが、そこには、実務と理論を架橋するような教育を志向するという意味合いが含まれている。

この点は、2001年に司法制度改革審議会が出した意見書が明記する、「法科大学院における法曹養成教育の在り方は、理論的教育と実務的教育を架橋するもの」⁽¹⁾であるとの目的・理念に依拠していることからそれが明らかといえよう。従来、司法試験合格者を対象としていた司法修習の一部を法科大学院という教育機関に委ね、「高度の専門的な法律知識、幅広い教養、国際的な素養、豊かな人間性及び職業倫理を備えた多数の法曹」(法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律(平成14年法律139号)2条)を養成することを意図している。そこで制度的には、法科大学院における教員組織のうち「おおむね2割」は、いわゆる実務家教員でなければならないことになっているのである(平成15年文部科学省告示53号(専門職大学院に関し必要な事項について定める件)2条3項)。

法科大学院の理念として掲げられたものは、元来、かなりの部分を法学部において学ぶべきものであったのであろうが、実際は、学部での法学教育は実務とかけ離れたものに、また、逆に、司法修習は判例理論を中心とした実務教育に偏っており、ある現職裁判官の言う「司法修習と法学部における理論教育との関係や役割分担といったものは、これまではあまり考えられていなかったように思います」⁽²⁾という見解は、かなり多くの法曹関係者の共通認識であるように思われる。

ただ、キャッチフレーズとして「理論と実務の架橋」を言うのはたやすいが⁽³⁾、全ての科目において具体的な方法論を確立するまでには至ってお

(1) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度」(平成13年6月12日)Ⅲ、第2、1。

<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/iken-3.html> (2012年4月15日閲覧)。

(2) 村田渉・山野日章夫「(対談)法科大学院教育における理論と実務の架橋」Law & Practice(早稲田大学大学院)1号(2007年)23頁〔村田渉発言〕。

(3) 司法制度改革審議会報告書では、法科大学院教育の内容・方法として、「法科大学院では、実務上生起す問題の合理的解決を念頭に置いた法理論教育を中心として、実務教育の導入部分(例えば、要件事実や事実認定に関する基礎的部分)をも併せて実施することとし、体系的な理論を基調として実務との架橋を強く意識した教育を行うべきである。このような観点から、授業内容・方法、教材の選定・作成等について、研究者教員と実務経験を有する教員(実務家教員)との共同作業等の連携協力が必要である」としている。

らず、少なくとも実務家教員によって担われる臨床法学教育科目がその象徴的役割を担うということになっていると思われる。各大学院によって設置科目の名称は異なるが、①大学内に設置した法律事務所などにおいて法律相談に応じるリーガルクリニック、②法律事務所等に学生を派遣して実務を学ばせるエクスターンシップ、そして、③架空の事例をもとに裁判手続を学ぶ模擬裁判が、いわゆる臨床法学教育科目として、「理論と実務の架橋」を果たす役割を果たしているといえよう。

司法試験合格者の増員や司法修習期間の短縮に伴い、法学教育分野における臨床は、今後ますます重要な意義を有することとなると思われる。

2、現場主義としての「臨床」

次に、学問としての法学において臨床が意識される事例について考えてみたい。直截的に「臨床法学」という言葉を用いた数少ない法学者として石村善助教授が挙げられる。石村教授は「弁護士研究の問題点」と題する論考において、「ともかくも、『ひとつの法学』という発想(信念)がいかに根強いものであるか、逆にいうと、法律職ごとの法学の樹立の可能性を否定する見解、さらに一般的にいうと、基礎と臨床の二分法に反対する見解が、いかに強いかは、二三の法学者の意見を求めることによって容易に知ることができよう」⁽⁴⁾と述べ、裁判過程における多様な弁護士の法廷における役割を軽視した法学の姿勢を批判し、弁護士制度やその実態、弁護士業務の内容、弁護士団体、法廷外活動などにも目を向けた研究の必要性を強調している。

このように個別具体的で多様な現場に関心を持ち、研究対象とする「現場主義」を臨床と呼ぶのであれば、法学においては主として法社会学がその役割を担ってきたといえると思われる。末弘厳太郎教授は、明治政府が行った土地改革に対し、その必要性を認めつつも、「之が為め突如従来の

(4) 石村善助「弁護士研究の問題点」法社会学(日本法社会学会)30号(1978年)128頁。

土地制度を廃止して之を極端な羅馬法的・個人主義的・排他的の土地制度に変へて仕舞つたことは、実に今日の險悪なる借地問題小作問題を惹起した遠因だと謂はねばならない⁽⁵⁾との問題意識から、農村古来の社会規範に着目した研究を著している。それは、法の規律対象となる現場に着目し、「あるべき姿」ではなくそこに「ある姿」を見出し、演繹的思考に陥りがちな法的思考の欠陥を自覚し、現実在即した法のあり方を考える点に意義があると思われる。「今の政治家も学者も兎角自己生活の環境たる都会を基礎として政策を樹て学理を考へ勝ちである」⁽⁶⁾との末弘教授の言葉は、今日においても力強い箴言として法学者に訴えかけるものがある。こうした点は、臨床政治学における問題意識と共通するものがあると思われる⁽⁷⁾。

ただ、これらの取組みは、フィールドワーク⁽⁸⁾や他の学問との協働が必要であり、また、制度改革や立法政策に向けた提言的内容をも含むものでもあり、研究者の意欲や能力の限界、法学的な方法論が未確立であるという問題もあいまって、現在の法学の水準をもってしては手に余る広大な未踏領域であるというのが正直なところである。

3、法廷における「臨床」

もっとも、上述のような大舞台ではないが、法廷において再現される紛争事件の現場とその法的解決という点で、裁判所の司法作用に着目した研究は法学の得意分野とする「臨床」といえるであろう。裁判所においては、個々の紛争事案における事実発見と法的紛争解決が行われるが、その

(5) 末弘徹太郎『農村法律問題』(改造社、1927年)10-11頁。

(6) 同上4頁。農村の入会権に関して、戒能通孝『小繋事件—三代にわたる入会権紛争』(岩波書店、1964年)も参考になる。

(7) 岡野加徳留『「臨床政治」“Clinical Politics”学の覚え書』政経論叢(明治大学)68巻5・6号(2000年)289-304頁。

(8) 特異なフィールドワークであるが、当局の了解と教授の指導のもとで学生が身分を偽り、刑務所の受刑者などを体験した者の貴重な経験談として森下忠『若き志願囚』(京都市治安協会連合会、1950年)、鬼塚賢太郎『偽囚記』(矯正協会、1979年)がある。警察署の留置場で「すべて、ものごとは裏も表も知っとらんといかん。ところが今ごろの大学出の若い判事や検事は、えらそうにするばっかして、世の中というものを知らんから困ったもんや」(森下・同上137頁。)と『志願囚』に語る巡査の言葉は、現場と乖離した司法の問題点を暗示しているように思われる。

積み重ねが先例となって法秩序を形成していき、ときには立法府に対する制度改正の圧力にもなり得るのである。法学は、そうした裁判所の判決に至る論理構成や事案の検討を伝統的に行ってきた。

とかく「裁判というのは論理学だ、三段論法で決まるんだ」と自動機械的な「裁判についての間違っただイメージ」⁽⁹⁾が作られがちであるが、大野正男最高裁判事は、「迷わざるを得ないところがあるというのは、裁判が、論理という歯止めを使いながらも、常に論理から少しずつはみ出しているところがあるからではないか、あるいは、逆にそれが論理を生み出していつているのではないか、それが人間の営みとしての裁判、あるいは訴訟」であるとしている⁽¹⁰⁾。一般化した理論を追究しながらも、個々の事案ごとの多様な特徴を踏まえ、「結果の妥当性」を求めるといふ問題意識は、法学者のかなり共有しうる考えであると思われる。

しかしながら、大野判事は「人間の営みとしての裁判、あるいは訴訟」は、「法律学とはやや違うものではないか」として、むしろ石村教授の言葉を借りて「臨床法学」との語を用いている⁽¹¹⁾。これは、法科大学院教育の問題意識にも戻るところではあるが、どうやら法学部教育の構造的問題を反映した理解であるように思われる。ここにおいては、架橋することが絶望的に不可能な溝が、理論と実践の間に横たわっているようである。

この点、「医学と法学は似た面とそうでない面をもつが、医学が心因性の疾患などを除いて主に自然法則と取り組むのに対して、法学は人々の意識を基礎とする社会現象を相手にするという点では対照的」であるという前提のもと、近代的法秩序を支える人々の意識が欠如していた明治以来の近代日本において、「法的現象を生じさせる人々の行動と慣行は、法学を通して事後的に生み出されるしかなかった」のであり、「主に法学部で養成された多数の公務員たちが、日本社会の中で法的なるものを生み出す主

(9) 大野正男・大岡昇平『フィクションとしての裁判—臨床法学講義』(朝日出版社、1979年)240頁〔大野正男発言〕。

(10) 同上248頁。

(11) 同上。

要な媒介として機能していた」との的確な指摘が存在する⁽¹²⁾。「非人格的な規範を処理するための訓練を大学教育の中である程度学んだ法学部の卒業生」⁽¹³⁾が、日本の近代化を支える人材として社会の各所に配置されていったというのである。これについては、大野判事が「法律学というのは元来紛争の解決というところへ向かってるはずですけども、日本の法学教育というのは、だいたい、役人とか、あるいは、あまり法律を直接使わない銀行家とか実業家とかの希望者を教育対象としています。法学部というのは専門コースじゃなくて、通過コースだと思う」との見解に共通するものと言えるであろう⁽¹⁴⁾。

このように見てくると、どうも法学部は、国家目的達成のために権力と知を結びつけ、社会を枠にはめるための一般化された思考を持った人材を輩出する装置として機能し、その結果、「法」そのものが人々の生活から乖離した存在であるかのような印象を社会一般に植え付ける事態を生じているように思われる。それはまた、あまりにも画一化された先例重視の思考を生み、想定外の事柄や新しい事態へ対処する柔軟な思考を奪い、今日においては社会の停滞を生む要因となっているようにも思われる。公務員試験を目指す法学部生の勉強を見ていると、判例六法に出てくる5行程度の判例要旨で判例を知ったつもりになっていることがあるが、そうした一般の抽象化された思考への処方箋が「臨床」なのかもしれない。本来的に法学はそうした性質を持つはずなのであるが、学部の法学教育ではそれが軽視されていたきらいがあることは否定し得ない。

4、憲法学の立場から考える「臨床」

次に、法学全般から、憲法学に視点を移し、より具体的に「臨床」の意

(12) 島津格「秩序に対する責任・その他—法学教育論コメント」法哲学年報2006(日本法哲学会)(2006年)134-135頁。

(13) 同上136頁。

(14) 近代知の制度化に果たす法制官僚の役割について、山室信一『法制官僚の時代—国家の設計と知の歷程』(木鐸社、1984年)参照。特に、法学者が民間に有為の法学者を育成するよりも自らが官界で有為の法学者として遇されようとする風潮についての243-244頁参照。

義を考えてみたいと思う。憲法学には、他の法学分野とは異なる事情があり、上記で示した3つの観点について、やや異なる考慮が必要になる。

(1) 臨床憲法教育

まず、臨床教育という観点からすると、そもそも最高裁判決で違憲判決が出されることが少なく、国会が制定した法律が違憲であると判断したものは、これまでに8種9件(2015年11月30日現在)に過ぎないので、臨床事例が極端に少ないのが特徴といえる。その要因の一つに司法消極主義があり、憲法判断を回避したり、極力違憲判決を出さないようにする立場を裁判所が採ることが挙げられる。実際の訴訟において、憲法問題を持ち出すのは、「訴訟が行き詰ったときの最後の手段にすぎない」との認識を持つ弁護士もいるようで⁽¹⁵⁾、あえて独立の「臨床」科目にする必然性に乏しいようにも思われるのである。そもそも民事訴訟・刑事訴訟・行政訴訟という訴訟手続が存在するのに対して、憲法訴訟という独立した訴訟手続が存在しないこともその一因といえよう⁽¹⁶⁾。

とはいえ、最高法規である憲法が保障する権利・利益を、通常の訴訟に付随する形式で主張し、これが認められると非常にインパクトが大きいのは確かである。近時の例として、労働者災害補償保険法施行規則が、外貌に著しい醜状を残す障害について、女性は年金が支給されるのに、男性については一時金のみという等級を定めていたことについて、憲法14条の法の下での平等の規定が禁止する性別による差別であるとして、京都地裁が

(15) 戸波江二「憲法クリニック」宮川成雄編『法科大学院と臨床法学教育』(成文堂、2003年)260-261頁。なお、同上は、早稲田大学法科大学院での「憲法クリニック」の活動として、①憲法・人権分野における依頼人への法実務サービスの提供、②他分野でのクリニックの憲法的観点からの支援、③社会において実際に生起している憲法問題についての実務的な理論研究があると紹介している。

(16) 法科大学院のエクスターンシップで難民認定申請事件を扱う例もあるようで(荒井真希子「法律事務所でのエクスターンシップ」宮川成雄編『法曹要請と臨床法学教育』(成文堂、2007年)253-257頁参照。)、これも広く捉えれば「人権問題」として憲法臨床教育の一環と言えなくもないが、実務的には難民認定法の法解釈と個別事例の認定の問題であり、本来的な憲法問題とはし難い。国際機関でのエクスターンシップは、国際的な視野から人権問題を考える上で意義深い(池田雅子「国際人権小委員会でのエクスターンシップ」宮川編・同上258-261頁)、指導体制や指導者の資質、教材、期間、費用などの面で課題も多いと思われる。

違憲判決を出したのであるが、国は控訴を断念し、それが、同法施行規則ほかの関連規則での男女等級差を無くす改正を結びつけたことが挙げられる⁽¹⁷⁾。訴訟は本来、当事者のみにしか関係しないものであるが、憲法上の権利主張を通じて、制度改正につながる事例も存在するのである。アメリカにおいては、そうした公共利害に関わる訴訟を「公共訴訟 (Public Law Litigation)」といい、あるいは人権侵害をもたらす制度それ自体の改革を目指す訴訟として「制度改革訴訟 (Structural Reform Litigation)」とも呼ばれる⁽¹⁸⁾。もともと上述の労災保険の訴訟は、学問的研究成果として著されていた論文を、原告代理人の弁護士がたまたま見つけ、これを原告側の主張として用いたことが裁判所に認められたものであるが、これが憲法の「理論と実務の架橋」の好例の一つではないかと思われる。臨床憲法教育が行われるとしたら、こうした憲法違反の主張が認められた裁判例を題材にすることが有効である。または、現行法令の中に、違憲の疑いのあるものはないかという検討を行う(「行政評価」ならぬ)「立法評価」も有用だと思われる⁽¹⁹⁾。このように、憲法訴訟には、個人の権利を保障する私権保障機能とともに、憲法に関わる制度や法秩序を保障する憲法保障機能の両面が備わっており、他の法分野とは異なり、社会に存在する制度そのものの欠陥を見出し、その是正を促すという意味での臨床的役割があると考えられる。

その意味では、何も研究領域を裁判所に限る必要はなく、立法府や行政府といった政治部門の活動領域にも目を向けていくことが肝要であろう。とくに、政治部門における憲法解釈についての研究が近年注目されているところであるが⁽²⁰⁾、内閣法制局による政府解釈やいわゆる「憲法答弁」⁽²¹⁾について研究対象とすることも、現実政治の「臨床」につながるものと思

(17) 新井誠『「顔の傷」補償の男女間格差をめぐる京都地裁違憲判決(平成22.5.27京都地判)』法セミ55巻9号(2010年)34-35頁。

(18) 大沢秀介『アメリカの司法と政治講義ノート』(成文堂、2003年)166頁。

(19) 拙稿「憲法の番人としての議会の可能性—アメリカ OLC 報告法案審議を題材として」白鷗法学17巻1号(2010年)123頁。

(20) 例えば、横大道聡「政府の憲法解釈—アメリカにおける近年の憲法実践から」比較憲法学研究23号(2011年)149-171頁。

(21) 浅野一郎・杉原泰雄監修『憲法答弁集(1947-1999)』(信山社出版、2003年)。

われる。そのためにも、人権論にとどまらない憲法論を展開する必要があると考える。

また、法学部と研究大学院、法科大学院の意義付けについても、いまだ定まらないところであるが、憲法に関していうと「憲法の学習が高校から既に始まっていることを踏まえて、それを大学でどのように教えるべきか」⁽²²⁾という指摘は非常に重要である。司法制度改革審議会意見書において、法学部のあり方については「現在、全国で93大学に置かれている法学部では、1学年約4万5千人が学んでおり、法曹以外にも社会の様々な分野に人材を輩出しており、その機能は法科大学院導入後も基本的には変わらない」としつつも、「法科大学院導入後の法学部教育については、法科大学院との役割分担を工夫するものや、法学基礎教育をベースとしつつ、例えば、『副専攻制』の採用等により幅広い教育を目指すものなど、それぞれの大学が特色を發揮し、独自性を競い合う中で、全体としての活性化が期待される」⁽²³⁾として、何ら具体策を示していない。ここにおいては、教育における高大接続の視点が欠けてしまっている。何も法学は高等教育における専売品ではないはずで、特に憲法については高等学校段階でも多少なりともカリキュラムに組み込まれているのであるから、そうした観点から法学部教育の内容を検討することも肝要であろう。そうでなければ、せっかく中等教育段階で学んだ憲法の知識を、高等教育に再び学ばせられるという二度手間を生むか、「死んだ知識」として頭の片隅に残るだけとなろう。この点、「大学の学部教育における憲法教育が何を第一に考え、何を発展的に理解させればよいのかということを考えるための考慮事項として、高等学校における教科書を分析することには意義がある」⁽²⁴⁾との主張は示唆に富んでいる。法学部の存在意義を考え直す上で、高等学校の教

(22) 横大道聡・岩切大地・大林啓吾・手塚崇聡「高大接続の憲法教育に向けての一考察—高校教科書の憲法学に関する調査の予備作業として」鹿児島大学教育学部教育実践研究紀要20巻(2010年)1頁。

(23) 司法制度改革審議会意見書・前掲注(1)Ⅲ、第2、2(5)。

(24) 横大道ほか・前掲注(22)14頁。

科書・学習指導要領・教材、そして大学入試センター試験や各大学の入学試験などにおいて求められる憲法教育の内容・水準を洗い直すことも必要となろう。その際、高等学校においてもどの程度の臨床的な憲法教育が可能か検討すべきである。

(2) 憲法「現場」へのアプローチ

次に、現場主義の観点から、憲法学として取り得る方法論を検討してみたいと思う。例えば、ホームレス問題について直接現場に赴いて支援活動に参加し、あるいは訴訟支援を通じて権利実現に努め、一般的な法制度の課題や行政実務の問題などを総合的に検討し、様々な提言を行うという労作も存在し、これも現場主義的な臨床研究と呼ぶことができるであろう⁽²⁵⁾。また、訴訟実務に参加することを臨床と捉えれば、公務員の政治活動についての刑事裁判⁽²⁶⁾やいわゆる君が代訴訟⁽²⁷⁾など、憲法研究者が各種の訴訟において憲法論を展開した意見書・鑑定書を提出する活動を行っている例はかなり多いものと思われる。さらに、国立国会図書館専門調査員や衆参両院の憲法審査会における参考人、各種の委託研究、政府の審議会の委員といったかたちで、憲法学者が臨床に関わるケースも存在する。

とはいえ、憲法が政治との接点に位置する法であるため、実際の政治と学問研究との距離を取ることが憲法学においては非常に難しい問題をはらんでいるのも確かである⁽²⁸⁾。例えば、2001年アメリカ同時多発テロ後に制

(25) 笹沼弘志『臨床憲法学』（日本評論社、2014年）、同『ホームレスと自立／排除一路上に＜幸福を夢見る権利＞はあるか』（大月書店、2008年）、遠藤比呂通『希望への権利－釜ヶ崎で憲法を生きる』（岩波書店、2014年）、同『市民と憲法訴訟』（信山社、2007年）など。なお、『臨床憲法学』に対しては、「これは『学』として成立している」と評してよいのか」と、著者の取り組みへの敬意を払いつつ、疑問を呈するものもある。尾形健「書評」憲法理論研究会編『対話と憲法理論』（敬文堂、2015年）259頁。

(26) いわゆる社会保険事務所職員事件（堀越事件）第1審における意見書は、法律時報編集部編『新たな監視社会と市民的自由の現在－国公法・社会保険事務所職員事件を考える』（日本評論社、2006年）114頁以下、控訴審での証言については石村修「公務員の政治的自由－コメント」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』（敬文堂、2011年）206頁注4参照。

(27) 佐々木弘通「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」成城法学66号（2001年）1-79頁など。

(28) この点、奥平康弘「教育における自由と自律」憲法問題24号（2013年）102-103頁の「日教組法学」に関するエピソードが興味深い。

定されたテロ対策特別措置法に対しては、学術団体である全国憲法研究会が「有志」(匿名賛同者15名を含む231名)というかたちで「テロ対策特別措置法・自衛隊法改正を憂慮する憲法研究者の声明」を出し、同研究会の機関誌に掲載しているのであるが⁽²⁹⁾、研究会内部からは、学会名を用いた声明に疑問を呈する意見が出されるということもあった⁽³⁰⁾。学術的知見に基づいて法律制定に批判的意見を表明することも臨床ととらえると、これを行うための方法論を慎重に検討することが欠かせないと思われる。特に、学会のような組織的意見表明においては、「そこで表明された見解が本学会の『正統』派に属するものであり、これと異なる意見をもつ者は、寛容の精神で『容認』されるにすぎず、会員として十全の資格をもつものではない、というメッセージ効果をもつ」⁽³¹⁾ことに留意する必要があるといえよう。その主張が政治的党派的なものか、そうでないかを区別することが難しい以上、団体の権威や多勢の力に頼らず、研究者個人の責任において述べるのが欠かせないと思われる⁽³²⁾。

この他、憲法学で臨床実験をすることは他の社会科学同様なかなか難しいのであるが、近年、科研費の補助事業として熟慮と討議の民主主義(deliberative democracy)論に関して大規模な社会実験が行われており⁽³³⁾、注目される場所である。同研究に関与した研究者は、「民主政治の基盤となる国民の公共性(citizenship)を涵養すべきであるとか、市民社会の生成・発展のための社会関係資本(social capital)の充実が求められるなどと論じてきた我々理論研究者は、実際のところ、現実の国民に

(29) 全国憲法研究会有志「テロ対策特別措置法・自衛隊法改正を憂慮する憲法研究者の声明」憲法問題(全国憲法研究会)13号(2001年)205頁。

(30) 高橋和之「学術的『学会』による政治的意見表明に思う」ジュリスト1213号(2001年)2-4頁。

(31) 同上2-3頁。

(32) もちろん個人が集結して対抗すべき事態も存在しよう。この点、邱静『憲法と知識人一憲法問題研究会の軌跡』(岩波書店、2014年)参照。学者が知識人たりえた時代において、知識人になしえた「臨床」の姿を見る思いがする。

(33) 科学研究費補助金「討論型世論調査による民主主義における『世代を超える問題』の解決策の模索」基盤研究(A)(研究課題番号22243014)。詳細は同研究の研究分担者による集大成である、柳瀬昇『熟慮と討議の民主主義理論—直接民主制は代議制を乗り越えられるか』(ミネルヴァ書房、2015年)参照。

よる討議の場というものを、その目でしっかりと見て、その耳でじっくりと聞いてきたのだろうか。架空の有徳な人々による理想的な討議を、思考の世界で観念するだけに終始することが多かったのではなかろうか⁽³⁴⁾と述べているが、このような問題意識は「臨床」を重視した憲法学の構築に新たな指針を示すものと思われる⁽³⁵⁾。こうした社会実験は予算や人員などの面での負担が非常に大きいのであるが、諸外国の例を参考にしながら、憲法学における新たな臨床の試みとして実施されることが期待されるところである。

また、最近の研究として、各地域の特性に着目しつつ憲法問題を考えるものもあり、これも一つの臨床研究の例ということができるであろう⁽³⁶⁾。地域特有の事情を考慮するという作業を通じて、とかく都会目線で普遍的な憲法価値を基礎にした理論を考えがちな憲法論を再検討することは、基礎理論と臨床との架橋を行うものとして、意義があると考えられる。

(3) 憲法訴訟論

再び視点を裁判所に戻して、憲法学における臨床の方法を考えてみたいと思う。憲法学における判例研究の関心は、主に「憲法訴訟論」に向けられている。これは、戦後に導入された裁判所による違憲審査権（憲法81条）の行使（司法審査制）について、憲法判断が場当たりのにならないよう、判断基準を明確化していこうとする取組みで、アメリカの判例を参考にした違憲審査基準論が議論の中核を占めている。「憲法典というものは、それが基本法であるという性格と、その制定の由来からして、語数を少なく、特に抽象的文言を多用して書かれるものであるだけに、その実態

(34) 同上214頁。

(35) なお、よく誤解されるところであるが、社会関係資本論は、元来、人間の関係性と社会への影響を各種指標を通じて、分析・説明する概念として「社会関係資本」の語を用いるのであって、必ずしも「市民社会の生成・発展のための社会関係資本の充実が求められる」かのように主張するものではない。また、単純に「社会関係資本の充実」が「市民社会の生成・発展」につながると主張するものでもない。拙著『関係性の憲法理論－現代市民社会と結社の自由』（丸善プラネット、2015年）V・VI章参照。

(36) 新井誠ほか編『地域に学ぶ憲法演習』（日本評論社、2011年）。

を決めるものとしての憲法訴訟の意義は非常に大きい」もので、「憲法訴訟論は、本来的に未完成であった日本国憲法を歴史的实践の中で完成・向上させてゆく作業に確かな指針を与えるものである」⁽³⁷⁾と考えられる。

そして、その研究手法は、日本国憲法がアメリカの影響を強く受けて制定され、その中でも司法審査制はアメリカの司法制度の直輸入ということで、自ずとアメリカに違憲審査基準の範を求めることになる。他方で、発足当初の日本の最高裁判所の違憲審査は「公共の福祉」という抽象的な概念を多用したり、衡量の基準があいまいなまま「比較衡量」の手法を採用したりと、人権保障という面で未成熟な論理展開をしていたため、その「臨床」研究から得られるものはないものとして専ら批判の対象となった。そこで、アメリカからの「臨床」研究の成果を日本に持ち込もうと多くの憲法学者がアメリカ判例理論の検討・分析に取り組んできたのである。

ただ、その手法は訴訟における手続論を中心としたものになりがちで、それが憲法の原理・主義・思想や憲法現象の科学的・歴史的分析への関心をないがしろにするという危惧も存在する⁽³⁸⁾。これに対しては、「憲法の名の下で論じられるものは、通常は、先にあげたようないわば手続論ないし技術論だと言ってよい」としつつも、「それが個別の人権価値の憲法解釈と密接に結びつくものである限り、手続論というよりも、むしろ実体論の問題だと考えた方が妥当である。この実体論の性格の濃い違憲審査の基準・方法論」がわが国の憲法訴訟論の中核であるとの捉え方が示されているところであるが⁽³⁹⁾、そうした立場が一般に支持されているように思われる。そのような観点から、憲法訴訟論は、主としてアメリカにおける個々の憲法訴訟に着目し、法廷意見に至る詳細な手続論や技術論の分析ととも

(37) 小林節「『憲法訴訟論』の意義と限界」法律時報57巻6号(1985年)41頁。

(38) 小林直樹「憲法保障と裁判所」法学セミナー増刊『現代の裁判』(日本評論社、1984年)39-41頁。

(39) 芦部信喜「憲法訴訟論の課題」芦部信喜編『講座 憲法訴訟(第1巻)』(有斐閣、1987年)16頁。

に憲法上の権利の内容を明らかにするほか、個別の裁判官の展開する論理などを紹介するといった臨床的手法による研究を通じて、日本の憲法理論にその成果を継受させるとともに、日本の判例実務の改善につなげようとする役割を担ってきたといえよう。

もっとも、今日、違憲審査基準論は、「判例実務においても一定の導入実績が見られるところ」であると評されるが、「それは十分なものではなく、さらに当の違憲審査基準論自体がその使い勝手のよさゆえに単純化・俗流化を来してしまった」⁽⁴⁰⁾との問題点も指摘されている。単純化された違憲審査基準論が、司法試験の答案作成技術としてなかば公式化してしまい、司法試験受験生の思考を硬直化させ、論理性や妥当性のない答案を増産するという弊害を生むという結果を呼ぶことになったのである。

また、当初から日米の「法的実践、制度的前提、歴史的環境等の相違を正確に把握」せずに「やみくもにアメリカの理論と実践を日本に導入しようとする姿勢がなくもない」⁽⁴¹⁾との懸念も存在していたところであるが、最近でも、「憲法訴訟ワールドの住人の発想で不思議なのは、日本とアメリカとの区別がなく、両国はどうやら地続きであるらしいことである。アメリカで起こったことは日本でも起こるし、日本の諸現象はアメリカの概念で説明できるというのが、彼らの『先理解』に違いない」⁽⁴²⁾とする批判も見られるのである。既述の通り、医学が自然現象を主な研究対象とするので、外国における臨床研究の成果がそのまま日本に妥当することも多いのであろうが、法学は必ずしもそうした普遍性がある訳ではないので、アメリカ判例研究という「臨床」の成果をそのまま日本の判例実務に反映させるというのはそもそも困難を伴うと言わざるを得ない。

このように、憲法訴訟論は、当初、未成熟な日本の憲法訴訟実務の質的

(40) 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、2011年)437頁〔駒村圭吾執筆〕。

(41) 小林節・前掲注(37)41-42頁。

(42) 安念潤司「憲法訴訟論に対する至って控え目な疑問」戸松秀典・野坂泰司『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣、2012年)349頁。

向上を理論的に支援すべく臨床の学問を目指していたのであるが、結局のところ、アメリカ憲法判例の「預言者」が語る教義学へと陥る危険性を常にはらむ現状にある。アメリカの判例を個別具体的に検討する「臨床」手法は良いとして、そこで得た理論を一般的に定式化して日本の判例にあてはめるだけでは、大野判事が「臨床法学」と区別した悪しき「法律学」への先祖返りとなりかねない。

5、まとめにかえて—臨床法学の発展に向けて

以上のところを踏まえば、法学においても「臨床」の場が様々に確立していると言えるのではないかと思われる。もっとも、そこには様々な問題が存在しており、今後の発展のためには、いくつかの注意点が必要となる。

第一は、法廷中心主義教育からの脱却である。法科大学院における法学臨床教育が典型であるが、これらの教育は専ら裁判所の法廷での実践を想定したものである。法が国家を統治し、社会を統合させる手段であることを考えれば、法廷にとどまらない法学臨床教育が行われてもよいのではなかろうか。

例えば、法学教育の一環として模擬裁判は行われるのに、模擬国会・模擬議会が行われる例は稀有である⁽⁴³⁾。また、判決文の起案については行われるのに、法律案の立案が行われる例もあまり多くないように思われる⁽⁴⁴⁾。全ての社会問題が法廷で解決されない以上、司法と政治の両面から法を理解し、適切な運用を目指す姿が健全ではなかろうか。私的な経験談

(43) 実践例として、岡田順太・横大道聡「法学教育における能動的学修プログラムの開発—模擬国会を用いた臨床法学教育の試み」白鷗大学法政策研究所年報8号(2015)23-84頁。

(44) 法律案の起案に関して、大学での授業を意識して作成された教材はあまり多くない。さしあたり、山本庸幸『実務立法演習』(商事法務、2007年)、中島誠『立法学—序論・立法過程論(第3版)』(法律文化社、2014年)を挙げておく。なお、報告者が慶應義塾大学湘南藤沢キャンパスで担当している科目「リーガルワークショップ」において、学生に法律案の起案をさせているが、そこでの教材は <http://web.sfc.keio.ac.jp/~junta/> の「立法実務入門」の項目で参照可能である。

ではあるが、法科大学院での授業で学生が作成した憲法の論述答案を見ると、権利の主張ばかりで、出題された法令の内容や関連する制度の分析がほとんどなされていないものが多く見られる。それらの答案に見られるのは、「権利を守ること＝正義、権利を制限すること＝悪」の図式であって、権利を制限する制度は頭から悪者と決め付けてかかる姿勢である。叙情的な表現で言わせてもらえば、「法令に対する愛情がなさすぎる」のである。一つの法律を制定するのにどの程度の人員と時間と労力を必要とするのか、その際、法文の1条、用語の1字1句、句読点一つに至るまで細心の注意がどれほど払われているのか、そうしたことはお構い無しに問答無用で法令違憲の結論に結びつけることは、それが試験の答案であっても、適切ではない。制度分析によって得られる事実の発見なしに適切な議論をすることは不可能である。さらに言えば、そうした事実発見の作用が不可欠であるという点において、議会と裁判所の機能に径庭はない。法律の立案などを行う立法学関連科目が臨床法学科目として位置づけられれば、こうした状況はかなり改善されることだろう⁽⁴⁵⁾。

第二に、学際的研究の必要性である。現場主義としての臨床を行う上で、法学以外の学問からの知見を得ることは不可欠であろう。また、同時に法学の各領域間の連携も欠かせない。ところが、近接した領域である憲法学と行政法学においても、両者の理論的融合はなかなか進まないのが現実である。この点は、積極的に臨床に関与することによって、学問・研究の姿勢自身が大きく変わり得ることを期待したい。

もちろん、法学者にあっても、分断化した学問領域の知見を総合的に活用し、問題発見・解決につなげていこうとする流れがあることを否定するものではない。筆者自身もアーカイブズに関する学際的共同研究⁽⁴⁶⁾を行っており、従来の憲法学がほとんど関心を払ってこなかった領域について、

(45) その際、主権者教育との関係を整理する必要もあろう。拙稿「主権者教育と法教育－政治参加の模擬体験を通じて」白鷗法学22巻1号(2015年)149-171頁。

(46) 科学研究費補助金「国際比較に基づくアーカイブズと社会の関係に関する総合的研究」基盤研究(B)(研究課題番号:22330164)。

既存の憲法学の理論を基礎としつつ、新たな議会の機能の再興に向けた提言をしようと試みているところである⁽⁴⁷⁾。もっとも、法学は主として解釈学を中心として発展してきており、政策提言や新たな制度構築に向けた学問的方法論を持っている訳ではない。司法制度改革において、名だたる法学者が関与したにもかかわらず、新司法試験・法科大学院制度設計に多くの困難を生じた例はその際たるものであろう。そもそもの具体的需要予測もないままに、諸外国との単純比較で弁護士が不足しているとして、その増員をはかろうとしたことは、まさに臨床的感觉の欠如の表れなのかもしれない。かつて存在した学問である「官房学」⁽⁴⁸⁾的な総合的見地からの国家運営の観点から、各種提言をしようとする法学者に必要な素養の一つとなろう⁽⁴⁹⁾。

第三に、法学の理論を社会ないし制度の改善に向けて用いる姿勢である。結局のところ、法学研究者が「臨床」を意識することの最大の意味は、理論研究の成果を社会へ還元するところにあると思われる。言うなれば、法の「理学」とともに法の「工学」へ結びつける姿勢が欠かせないのではなかろうか。

例えば、参議院が「ねじれ国会」の状態を生むからといって、参議院を廃止して一院制にする提言がなされることがあるが、憲法改正にかかるコストを考えれば、現実的でないことは明らかである。こうした提言に対しては、国政の停滞の原因を追究し(理学的手法)、その停滞を打開するための現実的(低コストで高パフォーマンス)な制度を探求する(工学的手法)ことで応じることが憲法学の役割となろう。かつて根岸毅教授は、工

(47) 拙稿「アーキピストの憲法的意義」白鷗大学論集25巻2号(2011年)145-161頁、同「憲法秩序とアーカイブズ『国権の最高機関性』論・再考」白鷗大学法科大学院紀要5号(2011年)11-38頁。

(48) トマス・リハ(原田哲史ほか訳)『ドイツ政治経済学—もうひとつの経済学の歴史』(ミネルヴァ書房、1997年)1-26頁。

(49) 特に憲法学には、「公正な争争のルール」である憲法を「争争の具」にすることで、社会統合機能を損ね、国民を分断する楔としないよう注意する必要がある。井上達夫「九条問題再説—『戦争の正義』と立憲民主主義の観点から」竹下賢ほか編『法の理論33』(成文堂、2015年)29、45頁。

学を「問題解決のために行われる」学問研究と位置づけ⁽⁵⁰⁾、工学としての政治学のあり方を示唆された。そこにあって特筆すべきは、科学の核心を「『仮説を事実と照らし合わせてその妥当性を確認し、受容または拒否する』という手続きを踏んで行なわれる法則入手の活動である」⁽⁵¹⁾とし、「自然科学と社会科学の間に差異を認めないという視点の存在である」⁽⁵²⁾。この観点からすると、医学的な意味での「臨床」が、法学においては適さないという主張が、単なる逃げ口上としか扱われかねなくなる。こうした問題提起に即座に応えるだけの知見を有するものではないが、事実を発見し、それを理論化し、社会へ還元するという学問の意義についての問題意識は共有しうるところである。

最後に、上記で示した3つの注意点は、法学部であれ法科大学院であれ、研究活動であれ共通する課題であることを付言しておきたい。法学部と法科大学院の役割分担を画策するとしても⁽⁵³⁾、本格的に「臨床」の観点を導入することが、法学研究や法学教育の活性化につながるものと考えられる。臨床法学と称するまでもなく、法学は本来的に「臨床」的であるべきなのであろう。

【追記1】 本稿は、2012年4月21日に実施された日本臨床政治学会10周年記念シンポジウム『「臨床」について考える』での報告原稿に加筆・修正を行ったものである⁽⁵⁴⁾。

(50) 根岸毅「政治学とは何か」萩原能久ほか『国家の解剖学—政治学の基礎認識』（日本評論社、1994年）50-56頁。これについては、科学と科学技術の違いと言い換えることも可能であるかもしれない。

(51) 同上44頁。

(52) 駒村圭吾「根岸政治学に関する若干の考察—私的回顧と憲法学からの管見」法学研究（慶應義塾大学）77巻12号（2004年）61頁。

(53) 横大道ほか・前掲注（22）4-5頁。

(54) 必要最小限の変更にとどめるべく、2015年に制定された安倍関連法やそれに先立つ「96条改憲」をめぐる「臨床」には触れていないが、基本的な考えに変化はない。「この国のいずれの当事者も、立憲主義のゲームには残念ながら不慣れである」（棟居快行『「集団的自衛権」の風景—9条・前文・13条』法律時報87巻12号（2015年）38頁）との評価には賛同せざるを得ないが、学者のあり方を「臨床」的に考える良き題材とならう。

【追記2】本稿は、公益財団法人日本教育公務員弘済会平成27年度日教弘本部奨励金助成対象研究「模擬国会を利用した法教育の研究—参議院特別体験プログラムを活用した能動的学修教材の開発」による成果の一部である。

(本学法科大学院教授)