

近畿大学法科大学院 2007年講演会

日 時 平成19年6月30日（土）14：00～15：30

場 所 近畿大学本部キャンパスB館MM教室

テーマ 「これからの社会に求められる法律実務家の役割」

講 師 滝井 繁男 氏（前最高裁判事）

紹介していただきました滝井でございます。私は法律実務家になって45年ぐらいになりますが、振り返ってみて、この仕事は一生愛着を持ってやるに足る仕事だと思っております。そういう道をこれから歩いていこうとされる皆さん方に、心からエールを送りたいと思います。

1. なぜ法律実務家を目指すのか

なぜそのように思うかと申しますと、この仕事は組織や権力・財力などの世俗的な力に左右されず、ルールをもとにして仕事をすることによってその成果が出てくるものだという事です。それからもう一つ、法律は日常のわれわれの社会の中でいろいろな働きをしており、その生成発展と言ったら大げさかも分かりませんが、社会の中での働きの中で実務家がかなり大きな役割を果たしてきたと思います。法律実務の世界は、非常にカリスマ的なリーダーがおられて、そういう人がずっと引っ張っていくというのではなく、無名の多くの人がこつこつと仕事をして築いてきたものです。そこへ参加して、先輩の成果を

そういう仕事では本当の実務家として「やった」という達成感を得られることは少ないでしょう。先例もない、全く新しい分野に積極的に首を突っ込んで、悩み、考え抜いて答えを出す。そして、それが正解として人から支持をされるということにこそこの仕事についての喜びがあるのだと思います。まさにそういう実務家になるように、皆さん方にはまずもって精進されることを期待したいと思います。

2. 法科大学院で何を学ぶか

法科大学院で何を学ぶか、これは法律を学ぶということではありますが、実務家には法律の解釈だけでなくどのように事実を認定するかその能力を身につけるということが非常に重要です。司法判断のイメージと言いますと、事実を認定し、それに法律を適用するという三段論法的な推論、こういうイメージが一般的に強いのです。しかし実際には、事実を見て、それに法律を当てはめて、またもう一遍事実を見直して法律の適用を考える、また事実に戻るといふふうに、それは単線的なものではなく、複線的な思考プロセスをたどって結論を出すものだと思います。

今日、法律実務家の対応しなければならない状況が非常に広がっており、情報も非常に膨大な量になっておりますので、事実認定が非常に難しいのです。そういう膨大な資料や情報の中からその事件において法律的に重要なのは何かということを考えそれを選んで、法律的に構成していきます。「この事件を解決するのに必要な事実を的確につかめば、あとの法律の適用など大したものではない」と言う人もいるぐらいに、その事件について何が重要な事実であるかをつかむことが非常に大事なことだと思います。

裁判官の中には「判決は学説で書くな」というようなことをいう人がいますが、これは決して学説を軽視するわけではないのです。学説が頭にあると、学

説に掲げられていることを中心に事実を選んでいく、そうすると、その事件に固有で大事な事実を見落としてしまうということです。同じことが判例についてもいえまして、われわれの仲間でも判例をものすごくよく知っている人がいます。「こういう判例があるから、こうだ」と言う人がありますが、判例にはそれぞれ事実があるわけで、それに対する判断ですから、その判断の前提となった事実と今課題となっている紛争における事実とが一致しているかどうかを十分に検討しないと、誤った判断をしてしまうことになります。

そういう意味において、判例の読み方も非常に大事だと思います。近ごろはわれわれのころと違ってキーを叩いたらぱっと判例が出てくるという非常に便利なことになっておりますが、私はそこでそれ以上の思考が停止してその判例を十分に考えないでとり込んでしまう若い諸君がいるような気がして、それは非常に危険なことではないかと思っております。

3. 法解釈とその限界をどう考えるか

法律は紛争を前提にしてできていますが、制定時に想定していないものがたくさん出てきます。制定時の価値観の変動などもありますために、昔モンテスキューが『法の精神』の中で「裁判官は法を語る口にすぎない。無生物である」というような趣旨のことを言ったのですが、今の法律家はそんなことではとても務まりません。法律というものをどう解釈するかということについてかなり柔軟に考えなければならない場面が多くなってきています。

最近でも、例えば除斥期間の始期を、法律ではご承知のとおり、行為のときから起算することとなっていますね。ところがこれは結果が発生したときと解すべきだというふうに最高裁でも判断をしています。いわば法文の意味を、本来制定時に想定したことから変えているのです。そのほかに、例えば認知でも、母の認知の規定があります。しかし、これは分娩によって親子関係ができると

というのが定説になっていて、判例もありますので、そういう意味では母の認知ということは死文化しています。

そのようなことは他にもいろいろありまして、特に有名なのは、利息制限法では法定制限利息を超えるような約定は無効だが、任意に払ったら返還請求はできないという規定になっているけれども、最高裁の判例によって不当利得である以上は返還請求できるという解釈をするようになりました。これは完全に利息制限法の一部を死文化したもので、ある学者は「司法による立法」ではないかと言ったことがありましたが、そういうこともあるわけです。最近では、私どもの属した小法廷でだした貸金業法についての判例も、私は貸金業法43条の「みなし弁済」の規定が利息制限法との関係が不十分であったということに起因すると思いますけれども、少なくとも国会で審議されていたときには出ていなかったと思われる解釈をしたわけです。現実の紛争を前にしますと、様々の解釈上の工夫をしなければならないことがしばしば起こってきます。

こういうことに対して、「それは立法がすることであって、司法としてそこまでやるべきではない」という意見が根強いことも事実です。ただ、社会事象の変化、価値観の変動が激しい現在、立法の空白、あるいは立法時に想定していないことがいろいろと起こって法を修正しなければならないという状況にある時、非常に敏感に立法が対応する国と、必ずしもそうではない国があるのではないか、わが国はそういう点では敏感とは到底いえないのではないかと思います。

元東大教授で後に最高裁判事になられた団藤博士が、先ほど鈴木教授からご紹介があった大阪空港の事件の判決で、次のようにおっしゃっているのです。「判例による法形成は英米法のような判例法国において典型的に見られるものではあるが、わが国のような成文法国においても決して相いれないものではない」。特にわが国の立法について、「新しい事態に対する立法的対応が極めて緩慢である。場合によっては、むしろ怠慢でさえある。このことはいわゆる国益



に直結することのない社会的ないし個人的な利益に関する場面においては、特に著しい」とおっしゃっておりまして、私も本当にそのように思います。団藤判事はそれについて、「わが国のような立法機関の状況の下では、同じ成文法国家であっても、立法的対応は機敏に行われる国におけるよりは、裁判所が法形成の上で担うべき役割は一層大きいといわなければならない」とおっしゃっています。

大阪空港の事件では、私も代理人として将来における損害賠償の請求をしました。これは、空港で毎日毎日、騒音被害が出ている。過去の損害賠償を求められるのは問題なかろう。しかし、何回も訴訟を起こすのはかなわない。大体において被害の状況は変わらないから、将来も今までと同じような被害が続くであろうという想定の下で、将来についても1カ月幾らの損害賠償を払えという内容の請求をしたのです。法律では、将来における給付請求については「必要があるとき」ということになっています。それは主観的に必要を感じただけではいけないのですが、これについて原審は認めてくれたものの、最高裁は「将来のことについては請求の基礎がはっきりして、損害額も確定していなけ

れば駄目だ」ということでした。それについて唯一反対意見を書かれたのが団藤判事です。そうであっても、損害の継続性と利益の均衡などを考慮し、控えめに見積って請求するぐらいは認めてもいいのではないか、という考え方をとられたのです。

最近、横田基地の騒音等をめぐる損害賠償請求事件で将来請求について、5人の小法廷でやりましたところ、多数意見は3人でしたが、2人が「認めてもいいのではないか」という反対意見をのべました。大阪空港の事件では大法廷で一人の裁判官が少数意見でした。その後二十数年して、5人の裁判官のうち2人が当時の少数意見に同調するという結果が出てきている、柔軟に物事を考える裁判官が増えてきたのかなという感じがして、三十数年前にこの事件で苦勞したときのことを思い出した次第です。

法律の解釈を柔軟にするといっても、成文法の国ですから、おのずと限度があります。私の経験でも、立法によらなければしょうがない問題だということで、原審では法の不備を補うという考えで原告の請求を認めたのを、最高裁では破棄した事件があります。これは皆さんもお読みになったかもしれませんが、冷凍精子によって受精した子からの認知請求事件であります。夫ががんで余命が短いということで、放射線治療を受ける前に精子を採り出して冷凍して、死後にそれで受精して子供が生まれたわけです。子供が生まれたときには父親は死んでいますから、死後認知請求の訴訟を起こしました。原審はこの請求を認めたのです。というのは、親子関係ははっきりしているし、親子関係を認めないと、戸籍上、父親の欄が空欄になったままなのです。それは子供の福祉という点から考えたらかわいそうではないか、これは立法の^{ほんけつ}欠缺だ、それを補うのが司法の責務だという考え方だろうと思います。

日本の民法ができたときには、冷凍精子による受精などということを全く予想していませんでした。しかし、遺伝子的に親子であれば必ず親子関係を認めるかという点、民法はそのようにはなっていません。ご承知のとおり、死後認

知にも期限があります。また、嫡出否認の訴えにも期限があります。そういう規定と整合するののかということを考えなければならない。それから、確かに子供にとっては気の毒ですが、子供はもともと生まれたときから父親が存在しえない子として生まれてきています。そういう子を親の判断だけで生むことが、本当に子供の福祉にとってどうなのかということは、ほとんど国民の間で議論されていません。そういうことはもっと国民的な議論が必要ではないか、それこそまさに立法機関で議論してもらう必要があるのではないかということで、私は法廷に子供を連れて母親が来ていましたから、何とかしてあげたいという気持ちが非常に強かったのですが、やはり司法としての限界があるだろうということで、原判決を取り消す考えをだしたのです。

皆さんはこれから法解釈の限界にかなり悩まれることがあろうかと思いますが、幾つかのこういう裁判例を通じて、勉強していただきたいと思います。

4. 判例をどう学ぶか

次に「判例をどう学ぶか」という大きい項目を挙げましたが、これは非常に難しいのです。確かに判例が実務家にとって重要であるということは間違いのないことです。皆さん方が想像されている以上に、実務家はものすごく判例を気にします。弁護士になりますと、判例を変えるための訴訟活動をしなくてはならないことがあります。その場合でも、判例は何なのかということを常に意識していなければならないわけです。裁判官も別に判例に拘束されることはありません。拘束されるのは、当該事件についての上級審の判断だけです。法的に判例には拘束されないけれども、判例に反するような判断をすると上級審で破られる可能性が高いですから、やはり判例を非常に意識します。

法律的な意味では、刑事訴訟法における上告理由としての判例違反や民事訴訟法における上告受理理由としての判例違反がかけられていまして、それがい

いわゆる判例の法律上の意味です。ほかに、「判例タイムズ」や「判例時報」にあるように、裁判例の意味で使われている場合もあれば、学説はこうだけれども、判例はこうだ、というように、学説と対比する形で判例という言葉を使うことがあります。厳密な意味では上告理由、上告受理理由としての判例でしょう。しかし、実際にはその判決の中での判例が何なのかということを厳密に議論されないままに使われていることがあります。

いうまでもなく、最高裁の判例が一番重要なものと考えられておりまして、ご承知のように最高裁の判例集には判例要旨が出ていますが、これも別に判例というわけではないのです。判例要旨というものがどうして作られるかと申しますと、最高裁に判例委員会というのがあります。各小法廷から二人ずつ先任の裁判官、古い裁判官が二人ずつ出まして、判例委員会を作りまして調査官も参加して、そこで判例集に取り上げる判例をどうするか、判決要旨をどうするかということを決める作業をするのです。1カ月に1回やります。そこでこの判決要旨をどうしようということを決めましても、それは決してその判例となるわけではありません。

では判例は何かといいますと、ある事件である判断をして、その判断が先例としての意味をもつものということです。では理由中のどの部分が判例なのか。判決理由は、結論部分と、その結論に至る前提としての理由付けの二つの部分に分かれています。その結論部分が判例であることは、まず間違いないでしょう。ただ、結論部分が判例になるといっても、例えば「尊属殺の規定は憲法違反である」というのは割に簡単なもので、輪郭がもうはっきりしています。ところが、「これこれの契約は良俗違反である」というのがあります。最近で言えば学納金返還請求訴訟がありまして、一旦納入した学費は入学しない場合にも返還しないという不返還特約が良俗違反であるかどうか争われ、昨年11月に良俗違反ではないという判決が出ました。これは「不返還特約の特質、目的に照らして」となっていて、その特質と目的が長々と書かれていてそのよ

うな状況の中では良俗違反ではないという判断ですから、ほかの契約の先例としてもつ意味はあまり大きくありません。

また、理由付け部分については、これこれの法概念について説明をするとうだ。だからこういう結論になる、という場合、法概念の説明は、本来その事件の結論を出すためには不可欠の部分ではないのです。それを判例というのかどうかは、かなり議論のあるところであります。皆さん方もこれからそういう判例を勉強されると思います。その理由部分の結論を出す前提の部分の判例であるかどうか、仮に判例としてあるとしても、どれだけ意味があるのかということ、かなり議論の余地のあることです。

この点を少し例を挙げて説明してみようと思います。これは私の考えでありまして、ほかの方はそれは違う、と思われる方もいますが、皆さんもこれから勉強される中で議論して考えを深めていただきたいと思います。私が最高裁におりますときに、判例違反だ、と主張する中でしばしば出てくる幾つかの判例を基にして、その問題について皆さんのこれからの議論の素材を提供したいのです。

特に医療過誤の事件でよく出てくるのは、梅毒菌の輸血を原因とする損害賠償請求事件です。これは要するに、売血者から採血をして、それを子宮筋腫が何かで入院していた患者に輸血をしたのです。それに梅毒菌が入っていて、女性患者が感染したわけです。それで、医者に過失があるかどうか争われました。最高裁の判決要旨は、「給血者がいわゆる職業的給血者で、血清反応陰性の検査証明書を持参し、健康診断および血液検査を経たことを証する血液幹旋所の会員証を所持していた場合でも、同人が、医師から問われないため、その梅毒感染の危険があったことを言わなかったにすぎないという場合、医師が、単に『身体は丈夫か』と尋ねただけで、梅毒感染の危険の有無を推知するに足る問診をせずに同人から採血して患者に輸血し、その患者に給血者の罹患していた梅毒を感染させるに至ったときは、同医師は右患者の梅毒の感染につき過失

の責めを免れない」となっています。

ところが、この判例がしばしば利用されるのは、この部分ではありません。この判決の中に、そういう結論を出す前提として「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」という部分があって、これが最高裁の判例としてしばしば引用されるのです。その後の医療過誤に関する判例として、必ずと言ったら大げさですが、しばしばこれが引用されています。

ところが、この「実験上必要とされる最善の注意義務」とは何かということは、一義的に明らかではありませんので、これだけでは先例としてなかなか使いにくいのです。従って、過失を否定するときも肯定するときも、この判決部分が引用されています。ですから、これが判例だといってどれだけ意味があるのか。私は、売血者が「自分は感染していません」という証明書を持ってきた場合に、「身体は丈夫か」と聞いただけでは緊急性のない患者に輸血するために採血する上で注意義務を尽くしたことにはならないというのが、この判決の判例だと思います。

医者側からすれば、この場合にどういう質問をしたらいいのか、「あなたはどこかで遊びましたか」という質問をしたらいいのか、そういう質問をしてもまともな答えをするはずがないではないか、この場合の注意義務として厳しすぎるのではないかというのが言い分です。私もそうかなと思います。中には、これは結果の重大性から無過失責任を認めたものではないかという人がいるぐらいです。だからなおさらのこと、この理由付けに使った部分を引っ張り出して「これが判例だ」と言ってみても、どういう意味があるのかという気がします。

もう一つ、よく使われるのはルンバールの因果関係の判例です。昭和50年10月24日の判例で、これは因果関係が争点になる訴訟ではしばしば、医療過誤とは関係なく使われます。判決要旨が長いので全文は読みませんが、要するに、

化膿性髄膜炎で入院していた人が、ルンパールというペニシリンの注射をした直後に症状が悪化して脳性麻痺になったのです。それは注射の仕方が悪かったということで訴訟になりました。過失との因果関係があるかどうか争われました。原審は因果関係がないと判断したのですが、最高裁では「因果関係がないと判断するのは経験則に反する」という判断をしたのです。判決要旨もそういうことになっています。

ところが、この判決の説明部分に「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りる」と言っています。これが教科書でもいろいろな不法行為の訴訟の因果関係の存否の判断でも、最高裁の判例としてしばしば引用されているのです。

しかし、この事件は最高裁判例要旨でもとりあげてはいないのです。これを判例だと言うのはちょっと不正確ではないか。「通常人が疑を差し挟まない程度の真実性の確信」とは何なのかということは、一義的に出てきませんから判例だと言っても、そんなに大きな意味を持たないのではないかという気がします。

もう一つ、これもよく出てくるのですが、国会議員の立法行為と国家賠償責任に関する判例があります。公職選挙法で郵便投票を認める規定をしていたのですが、不正が行われるということで廃止したのです。そのために今まで郵便投票をしていた人が郵便投票をできなくなったので、自分の選挙権を奪われることになるという理由で損害賠償の訴訟を起こした事件に対する判決です。原審はそれは違法であるが、立法機関に過失がないと言って請求を棄却しました。それに対して最高裁は「違法でもない」と言ったのです。その際に「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず

らず国会があえて当該立法を行うというごとき、(中略)例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」としたのです。その後、国会の立法行為が違法だという訴訟がたくさん起こっています。公職選挙法の関係でも起こっていますし、あるいはハンセン氏病の関係でもこの判例が先例となり、一義的な文言に違反しているにもかかわらず、あえて当該立法するというような例外的な場合ではないから、立法機関は違法行為だといえないのだとってハンセン氏病の事件以外にことごとく請求を棄却されたのです。こんなことを言われたら、違法ということがほとんどないことになってしまいます。それで、学説から一斉に非難を受けました。

一昨年9月14日、最高裁が在外国民の選挙権の制限は違憲であるという判断をしました。このときもこの判例が問題になりました。原審はこの判例を引用して「違法でない」という判断をしましたが、最高裁は「違法だ」という判断をしたのです。そこで、私などはこれは判例変更ではないかと考えたのですが、判例変更ではないというのが法廷意見です。この判決は「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける」と言っています。要するに、立法機関の違法が肯定されるのは例外的であるとは言っていますが、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず」という部分は、今度の最高裁の大法廷判決では言っていません。そうした上で、最高裁の昭和60年11月21日の判決も「これと異なる趣旨を言うものではない」と言っていますから、昭和60年判決の判決要旨にある一義的云々という部分は判例ではないと解釈をしているのだと理解すべきだと私は思います。

そのほかにもいろいろあります。民事ばかり挙げましたので、一つ刑事の判

例を挙げますと、私が在職中に、違法収集証拠の証拠能力についての判断をだしたのであります。この問題は従来、最高裁でも幾つかの裁判例が出ています。そのときに必ず引用されるのが、昭和53年9月7日に出た裁判例であります。これは警察官の職務質問が問題にされたものです。これが違法である以上、その後に押収した証拠は違法に取得したもので証拠能力はないのではないかと争われました。これは最終的には違法ではないという判断をしたのですが、そのときに「違法に収集された証拠の証拠能力は否定される場合もあり得る」と判断したわけです。そのときに、「刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力が否定されるものと解すべきである」と言ったのです。

その後、この判示部分は何回も判例に引用されています。六つか七つぐらいあったと思います。しかし、どの事件も同じ考えだけれども、当該事件については、証拠の集め方に違法があるけれどもそれは重大ではないなどという理由で、その証拠能力を肯定してきました。それに対して、最高裁が平成15年2月14日に初めて証拠能力を否定する判断を出しました。これによって、令状主義の精神を没却する重大な違法、あるいは将来の違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められるのはどういうものなのかということが、少しでも明確になってくるのではないかと。今、裁判所が違法収集証拠の証拠能力をどう考えているかということについての理解が少しは深まっていくのではないかと。こういう問題についても、皆さん方にも十分に議論をしていただきたいと思います。

そういうことで、個々の判例をみても判例とはそんなに広いものではありません。また、強い弱いと色分けするわけではないのですけれども、大法廷判決は大体強い判例だといわれています。小法廷判決は大法廷に比べて安定性が低い。同じ判決でも、反対意見がある判決とない判決だったら、安定度が

違います。また、学説が強く批判している判決は、やはり安定力が弱いと理解されていると思います。

有責配偶者からの離婚請求を認める場合について判示した大法廷判決があります。皆さんもご存じだと思います。これも大法廷の判決ですから、非常に安定性の高い判決だと思います。ところが、この判決をしてからもう20年たちます。非常に長いですからいちいち読み上げませんが、これはもともと婚姻を継続し難い重大な事由があるとして離婚請求した事件での判断です。しかし、一般には有責配偶者は離婚請求ができないという一つの判断があって、これは信義則上から来ているわけです。信義則だということになると、その時代の物の考え方に大変左右されやすい要素があるわけです。従いまして、この判例はしばしば引用されますが、今日におけるその意味を改めて検討する必要があると思います。

現に、この場合は別居期間が三十何年と非常に長い場合についての判断です。昨今では、最高裁でも7～8年の別居期間でも他の事情から総合して有責配偶者の離婚を認めている例が結構あります。従いまして、このように信義則のようなものが絡まるような判例については、時代の状況変化というものを十分に考えて読んでいただきたいと思います。

5. 実務家の判断プロセス

先ほど実務家の判断は事実を認定して、それに法律を適用して、三段論法的な経過で結論を出すというような単線のものではないということを申し上げました。では実務家はどのように判断するのでしょうか。

これは司法の世界では有名な話ですが、末弘巖太郎さんという民法の大家がおられまして、皆さんは恐らく名前は聞いたことはあるけれどもこの方の本は読んだことがないという方が大部分であると思いますが、われわれが学生のと

きには末弘先生の本を開いたことがあります。東大の民法の先生で、戦後は労働法でも随分活躍された方です。この方のお父さんは裁判官でした。末弘先生は「教育と直観」という論文の中で、お父さんから「一体おまえなどは、法律をむやみに理屈一点張りに考え抜こうとしているけれども、そもそもそれが非常に間違っている。おれなどは事件を見ると、全く理屈などを考えずに、自然に裁判ができる。後から法令、法条や判例、学説を照らし合わせて理屈を付ける。おまえらは裁判が三段論法的推移で理屈から生まれるように思っているかもしれないが、そんなことは駆け出しの裁判官ならともかく、われわれは全くそんなことをしない」と言われてびっくりしたとおっしゃっています。

その後、末弘先生は学者になられて、内外の裁判官にこのことを聞いてみたそうです。一体どうしてその結論を出すのかと。そうしたら、「結論は直観的に出てくる。理屈は後から付ける」という人が内外ともに非常に多いとおっしゃっています。末弘先生は、「では、直観で出てくる裁判の結論なるものは、いかなる心の働きから出てくるのか。自分はそれを考えた。単なる感情で出てくるのではないとすれば、それは裁判官の全人格の力で生み出されるものだと思う」。そして、こんなこともおっしゃっています。「とにかく裁判官になった以上は、人を裁かなければならないから、一分でも一厘でも神に近づかんとする努力が裁判官として最も大切なことである」と。こんなことを言われたら、裁判官はできないのですが、しかし、ここでの直観とは第六感というようなものではなくて、学説や判例の蓄積があって、そういう法律的なスクリーンを通した直観だと思います。判例や学説を見てから理由付けをするのではなく、やはり事件を見て、「これはこちらを勝たすべき事件だ」「これはこちらが負けてもしょうがない事件だ」というようなことをある程度判断して、証拠を見ていくというようなことがやはり私はあると思います。

われわれの世界では、理論的にはこうだけれど、これでは据わりが悪い、落ち着きがわるい、という言い方をします。その場合もう一度事実として本当に

いいのか、あるいは法律構成としてこれでいいのかを考え直すという作業をよくします。そのときに、私は末広博士のいわゆる「人格的な力」ということを口ではよく説明できませんが、法律家の物の考え方や見方がかなり大きな影響を及ぼすのではないかと思います。

私が修習生のときに、横川敏雄判事のところで修習しました。われわれの修習時代は、横川さんは刑事の裁判官として非常に有名な方でした。多くの論文を書かれましたが、亡くなられてかなりになりますので、皆さんの中でこの方を書かれたものをお読みになる方は少ないかと思いますが、こういうことをおっしゃっています。「私の多年の経験、見聞によると、いわゆる優等生が必ずしもよい裁判官になれるとは限らない。なぜなら、真の裁判は、優等生的な心理、態度では困難だからである。もう少し具体的に言うと、いわゆる優等生の中には、周囲の者から期待されたり、あるいはちやほやされるために知らず知らずのうちにそうなっているのだろうが、ついいい気になる者、いつでもどこか他からよく思われたがる者、小手先で要領よく問題を片付けようとする者、あるいは、頭でっかちになり人間的謙虚さを失う者が往々見られるが、そんな境地では到底よい裁判ができこないからである。特に私が憂慮するのは、これらの人たちは概して頭が良く自信が強いだけに、裁判の基礎になるのが常に複雑微妙な人間の利害、心理の絡む事柄であることを忘れて、安易に自己の尺度で他人のことを測り、論理的に割り振ることができない事実まで論理的に割り切り、判断を誤る恐れがあるという点である」とおっしゃっています。

これは、法律家として非常に重要な指摘だと思います。裁判官だけではなく、弁護士になる人もそうです。自分で「分かった、分かった」と言っていてクライアントの意見を十分聞かない。これは非常に危険なことだと思います。特に、要領よく仕事を片付けようとするのは非常に危険だと思います。私は末弘先生や横川判事がおっしゃっていることは、基本的には同じだと思います。やはり理屈で頭でっかちになるのではなく、法律的に重要な事実を正確に聞き出す。

しかも謙虚さというものが非常に大事だと思います。

正しいと思った判断をだしたら、今度は説得するという作業が必要になります。裁判官は、判決の理由中でこれをします。弁護士は準備書面や弁論要旨ということでやります。これから裁判員制度が始まったら、弁論もしなければならぬ。これらは、限られた時間、限られたスペースでやることが求められます。特にこのごろはパソコンで書面を作るので、膨大なものを作るのですが、相手方に読ませて説得させるわけですから、相手方の立場に立って物事を考えなければなりません。それを、多ければよいということで、判例などにかく検索したものをどかっとくっつけて出してくる人がいます。こういうものは非常に説得力が弱いと思います。それから、説得は論理的でなければならないけれども、やはり情熱も必要だし、その人の人柄も大切です。そういう意味でよくいわれる、ロゴス、パトス、エトスということは法律家にとって非常に大事なことではないかと思います。

6. これから法曹になる皆さんへの期待

司法制度改革審議会の意見書では、わが国の司法は過小であったという根本的な反省に立って、規模および機能を拡大することが書かれています。確かにそれは必要なことだと思います。これが日本人の性格によるのか、あるいはシステムにあるのかということはいろいろいわれておりますが、江戸時代、要するに江戸奉行所のころは、あの当時の人口に比べたら今よりもはるかに多い事件が奉行所に持ち込まれていたそうですから、日本人の性格がどうだということとは本当かなという気がします。やはりシステムにこそ問題があるのではないかという気がしますので、機能を拡大し、頼りがいのあるものにするということは非常に大切なことだと思います。

私がちょうど弁護士になって数年すぎた昭和40年代初期以降は、かなり司法

も頑張ってきた側面もあると思います。四大公害訴訟といわれるものは、過失の考え方や因果関係の考え方を今までよりかなり柔軟にして、被害者救済の役割を果たしたと思います。それから、特に行政の不作为の違法を争う訴訟が随分ありました。水俣訴訟、あるいはじん肺訴訟、大気汚染の事件などですね。そういう訴訟を通じて新しい法律もできて、行政もかなり変わりました。確かにわが国の行政の門戸は狭いわけですが、その中でも、少なくとも地方行政の分野では、住民訴訟や情報公開訴訟を通じて幾つかの行政を変えるような役割を果たしたことは否定できないわけでして、私はこの間、法律実務家が果たした役割は評価されるべきであると考えます。しかし、こういう仕事は権利意識のかなり高い人々とその協力者が一緒になって、損得を度外視してやったことでやっと成果が上がってきたわけです。

この司法制度改革審議会の意見書を踏まえて、司法がもっと力強く頼りがいのあるものになるということは、私どもとしては非常に期待するところが大きいわけであります。

日本の近代的司法はせいぜい120～130年の歴史を持つにすぎません。ご承知のように、日本の近代的司法制度は欧化政策の一環として、具体的に言えば欧米並みの司法制度を作るということに力点がありました。ご承知のとおり、わが国では六法の中で刑法ができたのが一番早いわけです。旧刑法ができたのが一番早く明治13年で、民法の施行はそれから20年ぐらい後です。そういうことでもわかりますように、訴訟というものが果たす役割、民事訴訟の果たす役割はあまり重視されてきませんでした。法律はそれぞれ目的があって、最終的には強制力をもって法の目的を実現するということになっています。国がイニシアティブをとる刑事手続き、あるいは行政手続きなどについてはそこそこ一生懸命ですが、民事手続きについては一応門を開けておきますという程度だから、「訴訟ざた」という言葉でも表現されるように、訴訟をやるのはちょっと変わり者だ。そこまでいわれなくてもせいぜいそれは私的にその人の権利を満足する

にすぎないので、公共的なものはないのだ、という考え方が根底にあったのではないのでしょうか。

しかし、民事訴訟を通じて、法的正義が貫徹されるということが、特に昭和40年以降は随分あるわけで、そういう司法の役割を負うということをもっと重視しなければいけないということが、今度の司法制度改革審議会の意見書の一つの柱ではないかと理解しております。報告書では「公共性の空間」という非常に難しい言葉が使われていますが、私はそういう理解をしています。要するに、政治部門としての国会の立法の働きと、具体的な、個別的な紛争を通じて正義を貫くという司法部門とが、相互補完の関係にあるのだという考え方でこの司法役割を重要視されるというのは、この分野の仕事をする者としては非常に心強い気がします。

佐藤教授は、去年でしたか、司法制度改革審議会の意見書が出て、たくさんの立法が出て、5年たった記念シンポジウムが行われた中で基調講演をされておられまして、この間に司法のプレゼンスがかなり上がったということをおっしゃったようです。その一つの例として、UFJの合併の事件や東京都の外形課税の事件が司法の場に持ち込まれた、あるいは最高裁が、先ほどの在外国民の選挙権の問題、小田急の事件などで、大法廷で従来と違う判断をしたということを示されました。大きな企業も司法の場に紛争の解決を求めていることがいろいろでてくるようになっております。これは、今度の司法制度改革審議会の意見書を通じて、司法の役割について理解が深まったことの表れであろうと思います。

私は、確かに司法は変わりつつあると思います。私が在任中に、旧興銀の法人税の更正決定の取消請求の事件がありました。原審は請求を棄却したのですが、最高裁は破棄自判をして原告の請求を認めたわけです。これについて、東大の税法の中里教授が「これは第二の天津事件である」と言われたということが日経新聞に出ていて、私はびっくりしました。そのコメントの中で、確か国

は支払いを受けた税金を2,000億ぐらい返さなければならないことになったのですが、これは勇気が要っただろうということを言われています。私は勇気が要ったとは思わないのですが、しかし、そういうふうに使われたのかなど。これだけ国を負かすというのは裁判官として勇気が要ることだと東大の教授が使われていたのだということが、私としては非常に意外でした。

司法がそういうふうに見られているとしたら、若干不幸なことではあります。しかし、先ほどの末弘先生流に言えば、結論から物事を見るという見方に問題があったのかという気もします。私は国を負かすのに勇気が要るとは必ずしも思いませんが、司法界には非常に謙抑的な人が多いということを、司法の世界に入って私は改めて思いました。要するに、自分たちは法律によって解決できる根拠があってそれによって解決できるものでないとなかなか踏み込めないという根強い思いがあるのです。昔から司法については政治からある程度離れたところにいると駄目だという考え方が根強いのです。今はそういうことを極端な形で言う人はいませんが、自分の領域についても非常にセンシティブな人が多いことは事実です。

しかし、このごろはいろいろな社会立法が出てきています。司法の領域と行政の領域、立法の領域は、はっきりと線が引いてあるわけでないですから、外から見るとはっきりと分かるわけではありません。そこで、裁判所にしたらもじもじしていたが、司法制度改革審議会がもっとしっかりしろということで、いわば背中を押されたような形です。要するに、立法の司法に対するチェック機能をもっと働かせるべきだと言われたことによってもう少し元気を出そうということになってきたのではないかと、それが最近の状況ではないかと思っています。

ただ、元気を出せと言われても、どういうふうに出したらいいのか分からないという面もありまして、現在の訴訟において用意されている手続きの中でどこまでのことができるのかについてはなかなか悩ましいわけです。私は

やはり裁判所が機能しやすい立法的な手当てというようなことも、これからさらに検討されるべきではないかと思えます。

しかし、法曹としては現在の仕組みの中で最大限の努力をせざるを得ないわけです。どうすればいいのかということで、私も名案はありませんが、この争いの中で何が重要な事実であるのかということを分析的に見るという目が非常に大事だと思います。これは教科書を何回読んだから出来るということではありません。判例をたくさん知ったから出来るわけでもない。やはり隣接分野についての勉強も必要でしょうし、いろいろな経験のある人としばしば議論をすることも必要ではないかと思えます。そういう意味で、法科大学院という場所で、いろいろな経験を持った人が一つの物事をいろいろな目で見ると、それを議論するという意味が非常に大きいと思えます。

一つは、法律というものを深く広く見る。ただ単にこの法律に適應される法文はこれだ、というのではなく、関連する法律はどこにあるのか。あるいはこの法律の狙いはどこにあるのか、こういう判断をしたらこれとの整合性は保てるのかというような勉強の仕方が必要です。小田急高架橋に関する事業認可取消請求の事件などは、これは行政に関する判決ですが、かなり今までの判決とは違った法律の見方をしていると思えますので、こういう問題についても皆さんで勉強して力を付けていただければと思います。

もう一つ、法律家はバランスということを考えます。バランス感覚をどのようにして身に付けるかというのは、こうしたらいいですよ、とはなかなか言いにくいのですが、要するに一つの結論を出す場合、こういう筋道でも筋が通る、別の筋道も筋が通るということがしょっちゅうあります。そういうときにどちらを選ぶのかというと、それぞれの持っている事実の重みをどう判断するかによって選択が変わってきます。

私が在任中に担当した事件で、意見が分かれたものがあります。江沢氏が早稲田大学に講演に来たとき、大学側は、要人が来るので不祥事があつたら

けないということで、聴講者の氏名、住所、学籍番号、電話番号など全部を書かせ、それを警察に渡したのです。大学としては要人が来ているのだから、不祥事があつたらいけない。そのためにはプライバシーはある程度制限されるべきである、という考え方です。それは一つ、一応筋が通っています。それに住所や電話番号ぐらひは、ほかのことに比べればプライバシーとしての重みは軽い、という見方があります。それに対して、多数意見は、確かにそうかもしれないが、今日、昔に比べれば住所と電話番号は個人情報としての価値はかなり高く評価されるようになってきている、それと、最も意見が分かれたのは、大学側は場合によっては警察に渡しますよ、と一言言えば済んだのではないか。そういうことができないほど緊急性はなかった。あらかじめこの情報の提出を受けているわけだから、確かに要人の警護のために大学側が措置を取らなければならないということは分かるけれども、そういう告知をすることはできたのではないか、ということで、多数意見は原告の請求を認容しました。筋として論理的にどちらも間違っているわけではありません。だから、その判断の要素に重みをどのように置くかということで判断が分かれたこととなります。

では、そのために何を勉強したらいいのかと言われると、私も困るのですが(笑)、そういうバランス感覚が法律家にとってかなり大事なことになるということをお願いしておきたいと思います。

7. 法律実務家の喜び

最後に法律実務家の喜びということで、今日の話締めくくりたいと思います。冒頭にも申しましたとおり、われわれが扱う仕事は非常に簡単な仕事も結構多いのです。何も格別の努力をしなくても結論が出てくるような仕事も結構あります。しかし、そればかりしていたら、法律家としての一生で何をやってきたのかということになるでしょう。プロとして人に求められる仕事をしたと

いう実感を持つのは、先例のない分野で何か新しいものに一つ付け加えたというようなときで、そんなときにはやはり冥利に尽きるというような実感を持てると思います。そういうものに取り組むためには、精神的にタフであることが必要です。ぜひ精神的にタフな法律実務家になってほしいと思います。

皆さん方の多くは、弁護士を目指しておられるのではないかと思います。司法制度改革審議会報告書に描かれている「社会生活上の医師」として、国民の置かれた具体的な生活状況、ないしはニーズに即した法的サービスを提供できるような者にならなければなりません。

プロとは何かということについて、いろいろな考え方があります。もちろんプロとして高度な学識が必要であることは事実ですが、もう一つ、公共的な奉仕の精神が大事だと思います。今日、法律実務家はかなりいろいろな分野で活躍し、訴訟から離れた分野でも活躍しています。ちなみに私が弁護士になりましたときは、訴訟の占める割合が8割ぐらいでした。今は訴訟を8割もやっている人は恐らくいないと思います。全然やらない人もいるぐらいです。普通はせいぜい2割か、多い人で3割ぐらいだろうと思います。それぐらい弁護士の仕事における訴訟の割合は減ってきています。つまり、それ以外の分野の仕事、交渉や企業法務など、いろいろありますが、法律家の役割が求められるのはルールに従って物事を考えるということにあると思います。いろいろな分野で公正さが強く求められる中で、法律家が仕事をする場が非常に増えてきています。経済的なペイなどを考えたら、とてもそのような仕事では事務所は維持できません。しかし、そのような仕事にも進んで参加していくことが必要だろうと思います。

意見書の中で、『正義の担い手』として、通常の職務活動を超え、『公共性の空間』において正義の実現に責任を負うという社会的責任をも自覚すべきである』と言われていました。まさにそのとおりですし、そういうことをしたという実感を持てば、自分が実務家としてなにがしかの寄与ができたという喜びを

感じることができると思います。これから法曹界を担っていかうとする皆さんの精進を心から期待したいと思います。

一応時間になりましたので、早口でしゃべりましたけれども、私の話を終わります。どうもご静聴ありがとうございました（拍手）。