

## 講演

### 「オリエンテーション」

—法律学科一年生の諸君へ—

高野 耕一

はじめに

—私語とカンニング—

一 ゼネラリストとスペシャリスト

二 人間に対する好奇心

三 理と情

四 リーガル・マインド

おわりに

—身近な道案内—

はじめに

—私語とカンニング—

諸君の中には、このオリエンテーションのしょっぱなから

「オリエンテーション」

何だと鼻白む者が居るかもしれませんが。しかし、話の順序と、ことの重要性から、やはりはじめに触れておくことにしました。それは、「私語」です。私語はバツテンです。厳禁です。何故かといえば、それが講義をしている教師と、その講義を聴こうとする周囲の学生にとって、多大の迷惑をかけることになるからです。そういう人達の立場を考えないひとりよがりの行動だからです。

法律を学ぼうとする者にとつとりわけ大切な心構えの一つは、「相手の立場に立って考える」ということなのです。著名な民法学者の星野英一先生も「心の小琴に」（有斐閣）という本の中でその旨を説いて居ります。それは、私に言わせますと、法律は法的紛争を裁判するときの拠るべき基準つまりいわゆる裁判規範であること、そしてその法的紛争にあっては、原則として対立する二当事者の存在が前提とされるということに由来します。もしも裁判官が、一方の当事者の立場のみを考えて、相手方の立場を考えないで、法律の解釈や事実の認定をしたとすればどうでしょうか。それは法律や裁判の理念である正義にも公平にも背くことが明白ではありませんか。私語が諸君にとつとくにいけないとされるのは、そ

れが、このように法律とか裁判とかの大切な問題にかかわるためであるからなのです。

もう一つ触れておきたいのは「カンニング」ということです。これも勿論バツテンです。厳禁です。これは、この大学でも起こっておりますし、おどろくべきことに、司法研修所で司法修習生の間にも起こったことです。さきの星野先生の本にも、「いわゆる『カンニング』について」という一文がおさめられております。言うまでもなく、カンニングはルール違反です。少し前、諸君らの先輩が或る地方都市で入ってはいけないところへ入って管理人にみづかり、小っぴどく叱られたことがあります。その時その管理人は、「君等は法学部の学生だろう。法律を学んでいる者が、自分からルール違反をしてかしていると思うのか。」と難詰したそうです。もっともなことです。諸君は、法律の中にも悪法があり、悪法はどんなに批判してもいいし、時には守らなくともいいなどと学んだことがあるかもしれません。しかし、法律と法律の精神を本当に理解するためには、すぐれた人や学説に対するのと同様、一旦は惚れこむことが大切です。私は大学の学生時代、政治思想史の丸山真男教授の人と学説に惚れこみました。し

まいには教授のくせであった煙草を唇の真中にはさんで吸う仕草までうつってしまった程でした。おかげで、あの難解といわれる教授の論文が、とにかく読んで分かるようになりました。そしてそれ以上に、教授の学説を底で支えている、ものの見方感じ方までが通ってくるようになりました。丸山批判というようなことも、それからさきのことではなければならぬと思います。法律に対しても同じ様にいえるでしょう。

どうか諸君は、法学部の法律学科学生として、カンニングに象徴されるルール違反をたやすく起こさないよう、心に銘記してもらいたいものです。

以上で、私語とカンニングへの省察が、このオリエンテーションの出発点をなすことの原因を、諒解してもらえたことと思えます。

では本論に入りましょう。

#### 一 ゼネラリストとスペシャリスト

私が法学部を何故選んだかといえば、これといった特別な能力がなかったからだということに帰着しましょう。法学部を出れば、就職に有利だとか、つぶしがきくとかいわれてお

り、それはそうだろうと思いますが、当時つまり昭和十九年（一九四四年）秋頃の私には、そこまで考える余裕はありませんでした。目前に迫った兵役が死と直結していた時期だったからです。まして、何故政治学科でなくて法律学科を選んだかということも、とくに理由はなく、どうでもよかったのです。友人に然るべくと頼んだら法律学科を選んでくれたというのにすぎません。ただそのとき、その友人が、政治学科は大正学科といわれるんだ、何でも浅く広くやる、大臣というのはなまじ専門をもつとなれないからだ、と半ばやゆ的に言っていたのが記憶に残っております。

このことは、実は、大学の法学教育の難しい問題ともかかわってくるのです。つまり大学の法学教育が目標とすべきは、ゼネラリスト (generalist) の養成か、それともスペシャリスト (specialist) の養成かということですが、問題が問題だけに、深入りは避けてごく簡単に言いましょ。つまり、法学部の学生の大半は官庁や一般企業等の非法律専門職に就職しようとする者達ですから、大学では高度の一般的教養としての法律学以上のものを身につけさせる要はないというのが前者の立場です。これに対して、大学の法学部は、やはり判事、

検事、弁護士等によって代表される法律専門職を志そうとする者達をも当然その視野に入れて、それにふさわしい程度の法律の専門教育をほどこすべきだというのが後者の立場です。

この問題は、とかく一般的な、大学の法学教育の理念論や制度論と関連づけて論じられ、それはそれで大切なのですが、なかなか難しく、未だ決着をみていないといってよいかと思われます。ただ、具体的には、当該大学の法学部学生の水準や志望傾向等を度外視することは到底出来ませんから、多くの大学では、それぞれ自分のところの特性に応じた処方箋にしたがって、然るべく対処せざるをえないだろうと思います。当大学では、法学部の中に政治学科と法律学科という学科制をおくことによって、大まかにいえば、ゼネラリスト志向の者は前者に、スペシャリスト志向の者は後者にという形で、一応の解決をはかっておりますが、さらに、法律学科の中にも、司法コース、行政コース、国際関係法コース、企業法務コースといった四コース制をおくことによって、より木目のこまかいお膳立てを用意して、スペシャリスト志向の学生達にもその多様なニーズに適切に対応しようとしております。

それ故、諸君は、自分の能力と性向とをよくにらみあわせ

て、ゼネラリストかスペシャリストかの選択をあやまたないようにして下さい。そして、スペシャリストになることをきめたとしても、司法試験にまで挑戦するかどうかは、合格までの長期戦に備えての財政状態までチェックしてきめて下さい。ちなみにスペシャリストというのは、いわば職人と思つて下さい。裁判官すら、由来職人といわれております。昔、三宅正太郎という大変すぐれ裁判官が、名著「裁判の書」にそう書いております。そのことは、三十六年間裁判官を経験した私の実感でもあります。私は大学一年のとき戦争に行き、終戦で復学しましたが、やがて法律学科から政治学科へ転科しました。そのころ私の心にわだかまっていた、これからどう生くべきかという間に、法律学の本も講義もこたえてくれなかったからです。ところでしかし、転科した政治学科では、さきに述べた大臣学科の性質上、疾風怒濤の当時の世の中を生きぬいてゆく専門的な知識つまりは武器を身につけることはできませんでした。それで政治学科を卒業すると、学士入学という道を選んで再び法律学科に戻りました。そうしてみると、長年曲りなりにも学んできた法律を武器とする職業を選ぶしかないと考えるようになり、司法試験を受けて裁判官

を志すこととなったのです。つまり、これはスペシャリストの狭い道を、自らえらんだことを意味します。スペシャリストつまり職人とは、えてして誇り高く、しかし狭く淋しい存在です。それ故ここでは、不断の修業を続ける実直さと、名利にとらわれぬ心根とが最も大切とされています。

諸君、いずれにせよ、今の時世では、私のような廻り道をするより、少し早目に目標を定めた方がよいのかも知れませんが。

## 二 人間に対する好奇心

諸君がここまで私の話を熱心に聞いてきたのは、この私という人間に、多かれ少なかれ好奇心をいただいていたからだろうと思えます。

そうです。その人間に対する好奇心こそ、法律を学ぶ上で必要不可欠なのです。

まず、法律の条文自体、人間のいわば血と涙と汗とそれに叡知の結晶ですから、人間への理解がなくては、正しく解釈し運用してゆくことは困難な筈です。身近な条文として、たとえば憲法二十四条の「婚姻は、両性の合意のみに基づいて

成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」という文言の中の、「のみ」の二文字に注目して下さい。諸君にとっては、結婚が法律上当事者間の合意で成立することは当たり前ではないかと思うかも知れません。しかし、戦前、つまり明治憲法下の民法では、一定の場合父母や戸主の同意が要件とされたため、どんなに愛しあっている男女でも、この同意権によって結婚が拒まれ、主として女性が不幸に泣いたという受難の歴史があるのです。そこでそういう結婚の障害となる要件をとり払うということの意味が、この「のみ」という二文字にこめられているのです。また、刑法一九九条の殺人罪の規定には、人間の物慾のみならず、千態万様の愛憎が、そして、民法七〇九条の不法行為の規定には、財産はもとより生命・身体・健康・名誉等を放なく侵害され者の憤りや嘆きが、それぞれこめられているのです。

このように、条文の中に人間を見ること、人間を立ちのぼらせること、これが諸君が条文に親しみ、そして理解できるように一番の近道でしょう。

このことは、法律が前提とする現実の法的紛争の荷ない手

も裁き手も、ほかならぬ人間であるということを考えれば一層明瞭となるでしょう。昔、主観主義刑法の大家牧野英一教授が、教授になる前に検事をしていたこと、三越で万引した者を不起訴で許したことを回想し、短歌に詠んで学生の前に披露したところ、学生から替え歌が返ってきたそうです。

(教授)「われ昔検事なりし日許してし三越の万引いかにりけらし」

(学生)「われ昔万引せし日許してし区裁判所の検事いかにりけらし」

このエピソードを紹介した「法律における理窟と人情」(日本評論社)という本の中で、民法の大家我妻栄教授は、万引をしたのは美人の女性で前科数犯、替え歌はこの女性の回想だと想定して、独自の注をほどこしています—大学を卒業したばかりの検事が、田舎へ帰って更生の道を歩みたまえなどというから、空涙を流して助かった、あの検事今は少し世の中がわかるようになったかなあ—と。

私も若かりしころ、ある県の地方裁判所の民事法廷で、理路整然とウソを言う証人の証言に、あやうくだまされそうになったことがあります。ウソ—もつともそれが意識的な虚言



いんだと言っております。「杓子定規は法律の生命」とすら記しております。言えかえますと、法律の使命といえますか必要性というのは、法的安定性、先生の言葉でいえば一般的確実性を確保することにあります。こういうことをしたら罰せられる、あるいは損害賠償をとられる、しかしそういうことをしなければ、自由に振るまっぺいいという目安をおくことであります。たとえば、異った慣習や特別の法規がない限り、家を建てるには隣地の境界線から五十センチメートル以上離せとか、境界線から一メートル未満の距離に隣地を眺めることのできる窓があれば、それには目隠しをせよとかの規定(民法二三四条、二三五条)があります。たしかにこれらの規定は、時の総理大臣であれ誰であれ、守らなければなりません。逆に、それを守っている限り、それ以上の過重な要求は、時の政界のドンからであれ誰からであれ、これをはねのけることができますのです。つまり、法律はたやすく動かさないからこそ、国民の平等と自由を確保することができるのだというわけです。

法律は理の体系とも精密機械ともいわれております。裁判官の中でも、暮の強い者は法律の議論に強いという経験を私

は味わってきました。暮のことは私はよく分かりませんが、恐らく凝縮した理の世界なのではないでしょうか。私の大学のずっと後輩ですが、三、四年前二回の挑戦でやすやすと司法試験に受かり、今は弁護士をしている女性が居りますが、この人は大学生時代囲碁部に屈しておりました。

裁判の構造は、三段論法だといわれます。法規を大前提とし、事実を小前提としてひき出される結論、それが裁判なのです。たとえば、人を殺したという事実を、刑法一九九条という法律の規定にあてはめて、被告人を死刑に処すという結論を導き出すのです。土地の売買という事実があれば、民法五五五条という法律の規定をあてはめて、売主に土地を引き渡すべしとの、買主には代金を支払うべしとの結論をひき出すのです。この三段論法は論理法則にほかなりません。この三段論法を積み重ね積み重ねしてゆくことが、法律解釈のコツであり、裁判のプロセスでもあるのです。

ところがしかし、この理窟っぽさ、杓子定規が度がすぎると、どうもおかしな結論になることがあります。具体的なケースには、それぞれに特殊な事情があるからです。画一的な解釈適用を第一義的な使命とする法律といえども、この具体

的な特殊事情を無視することはできず、それに即応した具体的妥当性をはからなければなりません。

昔、私が大阪地方裁判所に居たときの話ですが、大阪拘置所の監房の壁に「神サマ、佛サマ、笠松サマ」（「神サマ、佛サマ、稲尾サマ」という、昭和三年の日本シリーズを奇跡的な逆転優勝に導いた西鉄ライオンズの稲尾投手にささげたファンの言葉をもじったもの）という落書があったそうです。当時大阪高等裁判所の笠松判事の裁判が寛大だという評判が被告人達の間ひろまっていたあかしだということです。裁判官も人間ですから、その裁判にも寛嚴の差が人によってあらわれるのは致し方のないことです。ところで笠松判事の場合は、ここにいう具体的妥当性、とくに被告人に有利な具体的妥当性を他の判事よりは強くはかろうとしたのかもしれない。刑事裁判では、殺人か傷害致死かの判定が紙一重の場合がありますし、実刑か執行猶予かは結果として天地雲泥のちがいを被告人にもたらしめますので、被告人の寛大な裁判への祈りは必死であります。これを裁く裁判官も、その自由裁量の幅の中で、何とか被告人の利益を守ろうとするのでしょう。私は刑事裁判の経験は僅か二、三年ですので大きなことは言

えませんが、それが人情というものだろうと思われれます。

問題はこの人情が恣意に流れてはならないということです。我妻先生は、法律における右にみた法的安定性即ち一般的な確実性と具体的妥当性とを調和させることが法律家の任務だとされました。しかし、その第一歩としては、「まず法律をすみからすみまで理解して、そうしてそれを、杓子定規に動かすのだ」と述べております。つまり、法律を十分に知って形式的に適用することが先で、そうした上で、このような形式的な解決がどうしても妥当性を欠く場合には、精密機械のような法律全体の枠を崩さず、動きを止めずに、しかも妥当な結論が出せるように努力すべきだといっております。一般的確実性が先で具体的妥当性が後だということです。理窟が先で人情は後だということです。それこそ法律家が踏むべき順序だということです。

ここで、法律家が恣意に流れないように歯止めをかけている法律体系の仕組みについて一言しましょう。それは民法、刑法等の実体法に対する手続法のことです。民事では民事訴訟法、刑事では刑事訴訟法という法律が、手続法の基本法です。ここには、裁判官にかりにも裁判の公正を妨げるような事情



があるときは、その裁判の担当から外されるという除外、忌避の制度（民訴法三五条、三七条、刑訴法二〇条、二一条）などが置かれています。もと最高裁判所判事の岩松三郎という人は、民事訴訟法はお経のようなものだ、私心をなくせ私心をなくせと書いてある、とよく述べておりました。

比喩的に実体法を電車としますと、どんなに立派な実体法であっても、これを具体的に運用してゆくには、誰でもが安心できる一定のルールに乗ってなされることが不可欠です。そうでなければ、実体法という電車の暴走、つまりその恣意的な運用が招来されるおそれがあります。裁判官や検察官の人間としての好悪や法律家としての力量の差が、露骨にあらわれてくるかもしれません。それを抑止しているのが、ルールとしての手続法です。手続法は学習上一見無味乾燥の甚だしいものようですが、その重要さをよく心にとめて、やがて是非しっかりと学んで下さい。

#### 四 リーガル・マインド

非常にしばしば、法律を学ぶ者は、技術としての法律もさることながら、リーガル・マインド (legal mind) を身につ

けることが肝要だといわれます。では、そのリーガル・マインドとは何だと正面切って問われるとうまく答えられないもどかしさを感じます。そこで、さきに紹介しました「心の小琴に」という本の中で、星野先生がされた定義を借りることにします。それは、「広い視野に立って社会事象を深く考察することのできる均衡のとれた総合的な判断能力」だということです。ここに特徴的なのは、法とか法的とかといった言葉がみえないことです。

そこで私は、もう随分前に新聞で読んだ海音寺潮五郎という作家の文章を思い起こしました。彼はたしか、自分は、法律に従うか常識に従うかと迫られれば、躊躇なく常識に従う、ただしその常識というのは、単なる倫理感などというようなものではなく、自分の全人格をもってする美意識による吟味である、と言っていたと思います。

裁判官達も、長年裁判で事件を扱っていると、さきに述べた厳格な三段論法による帰結が、どうしてもしっくりしないと思われるケースにぶつかることがあります。それは、その事件の筋が良くないからであり、結論の落ち着きが悪いからなのです。私共は、よくこの「筋」とか「落ち着き」とかと

という言葉を使ったのですが、言ってみればそういうものを把握する裁判官としての全人格的な勘こそ、星野先生のいうリーガル・マインドであり、海音寺潮五郎のいう常識に通じはしないでしょうか。

昔、「一厘事件」というのがありました。関根小郷・新村義廣編「裁判今昔ものがたり」によれば、次のようなものでした。明治四十二年のこと、栃木県の片田舎の農夫が、葉煙草の耕作に従事しているうちに、つい自分の作った葉煙草の一部を刻んで吸ってしまい、当時の煙草専売法違反で起訴されました。一、二審とも有罪で、罰金十円に処せられました。被告人は上告しました。その費消した葉煙草の目方が七分(ななぶん)。約二・六グラム)で、当時の敷島という巻煙草の本分ほどのものであり、その価格は一厘(いちりん)。一円の一〇〇〇分の一)、それで「一厘事件」と騒がれたのです。法律専門家の間でも有罪論、無罪論に分かれたものの、法律学者の有力な見解は、いかに些少量であっても、いやしくも起訴された以上は、犯罪構成要件を具備しているといわざるをえないというものであったそうです。ところが、大審院は慎重審議の末、明治四三年一月一日、原判決を破棄して

無罪を言い渡したのです。理由は簡単に言えば、本件のような非行の零細なものは、悪性の認められない限り、その人生に及ぼす害悪は極めて僅少であるから、これを不問に付するのが相当ということでありました。ここに、従来の形式的論理主義の解釈に対して、社会の通念を基礎とする精神解釈論が勝を制したのだとされる所以があったのでしよう。このことは、言いかえるならば、さきに述べたリーガル・マインドの勝利と呼べないでしょうか。

では次に、どうすればこのリーガル・マインドというものが養われるのかという問題です。星野先生は、まず、社会的、具体的な問題から入り、それを検討することだとしております。「豊の上の水練」では駄目だとも言っております。そのことは私なりに言えば、最高裁判所以下の判例を勉強することの意義と必要性を説いたにひとしいと思われます。判例の検討からは、そこに凝縮している社会の矛盾、利害の対立の激しき、そしてそれらを具体的妥当に解決してゆく論理の道すじなどが学びとれるからです。つまり、判例にあらわれた具体的ケースを検討することによって「実地水練」を試みれば、事案に即した应用能力を養うこともできますし、また、性急

に「一つの結論」に突き進むことなく、色々な考え方のあることも自ずと比較し吟味することが可能となるからです。ちなみに、この「一つの結論」ということで触れたいのは、私がかねがね裁判官は新聞を二紙とれと言ってきたことです。それもなるべく主義主張の異ったものをと希望してきました。私の場合は、ずっと前から朝日新聞と産経新聞をとっており、毎日朝夕両紙を読み比べることによって、いかに単眼的情報受容が、「一つの結論」へ突き進ませる危険を藏しているかを痛感させられております。法律家、とくに裁判官の広く深い社会的視野そしてバランス感覚を日常不断に養う上からも、複眼的批判精神がどうしても必要と考えており、そのためにも二紙併読は有効な手段と信じております。諸君も何らかの方法でこの二紙併読を実行し続けられ、リーガル・マインドの養成に資すること大なるものがありましょう。

## おわりに

—手近な道案内—

最後に、私は以上に述べてきたことを念頭におきながら、まとめにかえて、法学部法律学科の諸君が、これから法律を

学んでいく上での手近な実践目標を五つ述べてみたいと思います。

(一) 新聞をとること。とらなければ少なくとも読むことです。新聞は具体的事件に即して生きた法律問題を学ぶ宝庫だといっても過言ではありません。これはほんの一例にすぎませんが、最近ではいわゆるロス疑惑事件の一審刑事判決の記事がそれです。この事件の当該被告人は、かねてから関連報道によって名誉を毀損されたとして沢山の新聞社等に對し、民事の損害賠償請求訴訟をおこしており、かなりの数の勝訴判決をうけております。これらの刑事、民事の判決の記事から、諸君は、たとえば共謀共同正犯や名誉毀損の法律問題を、身近に学びとることができる筈です。また、リーガル・マインドを養う上での新聞の効用は、さきに述べたとおりです。

(二) 小説を読むこと。自分達が直接経験することのできない人間の心理や行動すら、すぐれた小説をよく読むことによって理解し得る洞察力を身につけることが出来るでしょう。なお、新聞を読んでいると、知らぬうちに連載小説、それも後に名作といわれる長編小説を幾つも読みこむ功德が

あります。漱石の「こころ」その他を想起して下さい。

(三) 論文を読むこと。 勿論ここでは法律の論文です

が、読解力を養えますし、論理追及のテクニックも学べます。それに何よりも、法律の世界の背後ないし基底にある歴史や思想に触れられ、これもリーガル・マインドを養う上で不可欠の栄養素といえましょう。やわらかいものばかり食べるとウィーク・チン、弱いあごになりますから、脳もヤワにならぬよう、少し堅い難しい論文にも積極的に挑んで下さい。私の畏敬するもと最高裁判所の判事で、元来は弁護士河村大助という人は、八十歳近くになっても、毎年元旦には堅い論文を読むことにしていると語られたことがあります。すばらしい心がけと感じ入りました。諸君、どうか「ジャンプ」などからは早く卒業して下さい。

(四) 文章を書くこと。 試験のときも勿論ですが、世

に出ても依然として意思や意見を表明し伝達する最重要の手段は書面です。それ故諸君は、小は日記や葉書から、大は随想やレポートに至るまで、できるだけ文章を書く訓練をして下さい。私は常時三十枚くらいの葉書を用意して、原則としてすぐ相手の文面や人柄に即した返事が書けるように心がけ

ております。試験の設例問題などは、僅かな語句が重要な意味をもつものですから、常日頃文章を書いていないと、うっかり見落すか軽視することになり勝ちです。

(五) 続けること。 以上いずれも続けることが肝要で

す。何事も「ローマは一日にして成らず」です。私は四十六歳のとき剣道を初めました。そのとき、剣道の達人といわれ後に最高裁判所長官になられた石田和外さんから、ただ一言「続ける」と言われたことが忘れられません。おかげで、六十五歳を過ぎてから、少しは腕がましになったようです。また、もし諸君が、大学時代から民法なら民法のなかの小さなテーマでよいですから、一つ選んで生涯追及し続けるならば、きつといつかその道では人に一目も二目もおかせるスペシャリストになることでしょう。

さて、諸君、まちがっていたら訂正しますが、諸君は多かれ少なかれいわゆる偏差値教育の犠牲になって、何回か挫折をくり返してきたのではないのでしょうか。しかし神さまは、人間の総能力について、そんなに不平等、不公平なつくり方をしたとは思えません。問題は、自分に向いているところに、

出来るだけ能力を集中することです。散逸させないことです。長島や王の野球一筋にかけたあの精神の在り方を是非顧みて下さい。

青春を謳歌するのはよいとしても、散らばってしまった青春のエネルギーは二度と返ってはこないでしょう。

今が大切です。今の集中が、やがて能力の全開による華を約束するでしょう。

では、ここまでよく聞いてくれました。有り難う。(拍手)

(本稿は、平成六年五月三一日に、大東文化大学東松山校舎において、本学の法学部法律学科一年生に対し、標題のもとにレクチャーしたところを、補訂して稿を起したものである。)

一九九四・六・一二