

転換期の法思考

村 上 淳 一

ポストモダン論が法律家にとって胡散臭く思われるのは、それが法律の「適用モデル」を全面的に否定し、主観的な利益衡量の横行を許すものであるかのように思われるからであろう。その印象は、ある意味で正しい。ポストモダン論は、利益衡量に客観的基準があるとは考えないからである。しかし、ポストモダン論をとったからといって当然に、近代的な「適用モデル」に立脚する法学学習が無意味だという結論が出てくるわけではない。「適用モデル」に基づいて客観的な判断を示すべきだという要請と、結局のところ主観的であるしかない利益衡量に基づいて決定を下すべきだという要請とは、どのような関係にあると考えられるのか。本稿は、二つの要請をポストモダンの組み合わせさせてみるための、エッセイ風の一試論である。

一 客観的基準に対する信頼のゆらぎ

一九九六年の六月に関西学院大学で開かれた比較法学会で、ドイツ民法典制定百年を記念したシンポジウムがあり、筆者も「現代法理論と民法典」と題して報告した¹⁾。そのさい、筆者は、ドイツの民法学者ハンス・レオ・ヴァイヤーの「銀行の悪意」と、法理論専攻のグンター・トイブナーの「ヤーヌスの二つの顔——近代末期における法多元主義」を紹介して、あまたの巨大組織が秩序形成の主役を演じている現代社会においては、個人の自由な活動を一般的な法規の適用によって秩序づける「適用モデル」(包摂モデル)がカバーしきれない問題が生まれていること、そうした問題を法律論に取り込んで処理するためには良俗とか信義則とかいった不確定的法概念(トイブナーはこれを、法システムとその環境としての社会とをつなぐ通路の意味で、*Bindungsinstitution*と呼ぶ。やはり不確定な内容の基本権概念も、*Bindungsinstitution*の一種であろう)を多用するしかなくなっていること、そのために、明確な概念から成る条文を事実関係に適用する「適用モデル」の守備範囲がますます狭まってゆくと予想されることを、指摘した(法におけるポストモダンリズムを批判する論者は、たとえば笹倉秀夫のように批判の重要な論拠として基本権擁護の大義名分を掲げるが、基本権概念を大いに活用するドイツの連邦憲法裁判所がどんなに近代法の適用モデルを崩しているか、考えてみるべきであろう)。

これに先立つ一九九五年四月に、東大法学部の比較法政国際センターが主催した判決文のスタイルの比較に関するミニ・シンポジウムにおける報告で、筆者は、ドイツの法学教育ないし法曹養成にさいしては依然として包摂技術の習得に重点が置かれており、少なくとも下級審の判決文は包摂の過程を逐次的に明らかにするものでなければなら

いとされていることを指摘した。日本の判決文は、裁判所が認定した事実を詳細に叙述した上で、最後に、「諸般の事情を総合すれば本件事案に民法×××条を適用し被告に損害賠償義務を課するのが相当である」といったスタイルをとることが少なくないように思われる。これに対してドイツでは、原告が請求原因として挙げた条文に出てくるさまざまな概念(要件要素)を一つ一つ、順序正しく取り上げてはその概念内容を明らかにし、それにあてはまる具体的な事実が認められるか否かを押さえてゆく。こうして、要件要素への包摂を逐次的に行った上で、すべての要件要素から成る法律要件への事実関係の包摂が完了したということになる。その逐次的包摂過程を、ドイツでは、法律の適用だと考えるのである³⁾。

ドイツの大学で法学を学んだ上でドイツの司法試験に合格し、その後長くドイツ弁護士として活躍している関盛人は、筆者宛の手紙でこう述べている。「当地の大学で学んだ期間は、ただこの技術〔包摂技術〕の習得のみに日夜呻吟した感があります。……とにかく、あるところまでは誰でも同じ答えが出なければならぬ建前になっており、構成の誤りは *Aufbaufehler* とされ、中味は読んでもらえない始末です」。日本の大学の法学教育では、事案の法的処理を答案として書かせるさいに、条文を取り上げる順序、条文に出てくる諸概念を取り上げる順序まで含めて、答案の構成(組み立て)を厳格に見るのが通常であろうか? ドイツではそれを厳格に見ることになってからこそ、学部での筆記試験や宿題を教授が採点するのではなく、形式に合っているか否かの観点から助手に採点させることが可能なのである⁴⁾。司法試験の採点は教授自身が行わなければならないが、それもかなり形式的な基準に従って行われるのであって、二人の採点者の採点が、一八点満点で「二点も食い違ったときは、第三の採点者が加えられる⁵⁾」ということにもなる。

このように包摂モデルが重きをなしているドイツでは、包摂モデルになじまない憲法原則とくに基本権を始めと

して、一般の法律の不確定的法概念ないし一般条項は、本来できるだけ使いたくないものと考えられてきた。良俗や信義則の概念はドイツ民法にもあるが、権利濫用に関する条文はない。また、裁判官の主観的な裁量に依存せざるをえない慰謝料の請求がごく限定された場合にのみ許されることは、周知のとおりである。したがって、ドイツ人は、慰謝料を広範に認める日本の法律・判例・学説から強い印象を受けることになる。二年ほど日本に留学して、博士論文としてドイツの大学に提出する予定で日本の慰謝料に関する論文(まだ印刷されていない)をまとめたアンゲリカ・グルーパーは、その論文の「結語」をこう書き出している。「ドイツ民法典では慰謝料ないし非財産的損害の賠償が例外的な定めになっているのに対し、日本の慰謝料は、ますます広い意味をもつものへと発展してきた。慰謝料の観念は、精神的損害の填補としての金銭賠償から、他の填補が考えられない一切の場合における補償へと急速に拡張され、いわばバックアップ的な要件になった。これは、日本の裁判がプラグマチックな傾向をもつことと関係する」。その上で、グルーパーは、こうした「プラグマチックな傾向」をポジティブに評価する。「(日本では)慰謝料の補完的機能によって、(社会通念上)要請されるにもかかわらず法律の文言によっては許されない場合に填補が実現した。法律の文言は、法律制定の当時には容易に充たされた要件によって請求権を認めるものであるが、多様な形の不法行為とそれに伴う証明の困難をもたらした現代産業社会の要請には応えられないものである。この困難を打開するのが、日本の慰謝料の補完的機能なのだ」。

ここに見られるように、包摂モデル(適用モデル)をできるかぎり守ろうとしてきたドイツ、法学教育・法曹養成にさいして依然として正しいAufbauに従った包摂技術の習得を主眼としているドイツ人法律家にも、日本法を参考にして法の在りようの変化を意識する者が出てきている。しかし、そうなると、裁判は結局のところ裁判官の主観的な判断に依存せざるをえないのか、裁判官の裁量には何の歯止めもないのかという、古くて新しい問題に直面せざる

をえない。そして、適用モデルに従う法学教育・法曹養成を実践してきたドイツはもとより、少なくとも理屈としては適用モデルを奉ってきた日本でも、何らかの客観的基準の存在を主張する人々が少なくないのは、十分に理解できることである。ドイツでは、依然として法システムにとつての適用モデルの意義を強調する立場があり（ルーマン）、また、議論に基づくコンセンサスに法適用の正しさの保証を求める立場がある（ハーバーマースや、その驥尾に付して Anwendungsdiskurs の理論を唱えるクラウス・ギュンター）。日本では、利益衡量の基準を「価値のヒエラルヒア」に求める星野説があり、議論で生き残ることに正しさの証明を見出す平井説があることは、周知のとおりである。いろいろなヴァリエーションにもかかわらず、これらはいずれも、客観的な基準の存在を主張するものだと言つてよいであらう。

しかし、筆者は、この種の主張に同意することができない。ドイツの理論についてはすでに『現代法の透視図』（一九九六年）で論じた。星野説と平井説については、筆者が桐蔭横浜大学法学部で使う法史学の教科書『へ法』の歴史』（一九九七年）で簡単に触れた。「……歴史的に見れば、そもそも利益衡量の必要は、へ価値のヒエラルヒアへの幻想を棄ててへ制度のヒエラルヒアを樹立した中世中期のへ制度的教会、以来の近代の伝統が破れた時点で意識されるようになったのであり、価値がますます多元化し流動化しつつある現代社会において法律の外にへ価値のヒエラルヒアを構想することも見果てぬ夢に終わるのではなく、人間の尊厳等々のへ高次の価値」でさえ、かつての神のように存在論的弁証の対象たりうるものではなく、西洋近代が生み出した、そして多くの人々に信じられている仮想現実として理解されるべきものであらう。利益衡量論にとつて、基準がないという批判に対して基準があるという自己弁証を行う必要はないのである。……平井はむしろ、議論から普遍的な正しさが導き出せると説いてはいない。……しかし、そのかぎりで平井の立場を支持するとしても、議論を経て生き残ったという意味でへ正しいへ解釈論は、あ

る問題について一つだけとは限らないし、生き残りゲームのように数を減らしてゆくわけでもないことに注意しなければならぬ。一つの解釈論が通説たりえたことが過去にはあったとしても、それは必ずしも議論の洗礼を受けてうなったのではなく、学界に権威をもつ学者がいたからではないか。

客観的な基準がありうることに懐疑的な立場をとると、次に考えられるのは、正しい主観がありうると思われる立場であろう。司法研修所で教えられている要件事実論は、客観的な基準の提供をめざすものではあるが、法律要件の検討とともに取り組むことを避ける日本の裁判官の特徴的な傾向に手を触れないために、「正しい主観」に訴えざるをえなくなっているというのが、筆者の所見である。要件事実論の何たるかについては司法研修所民事教官室の解説『民事訴訟における要件事実』二巻（一九八五、九二年。第一巻については八六年に増補版が出ている）があり、その提唱者である民事裁判官（ないし元裁判官）たちによるいくつかの解説もあるが、ここでは、要件事実論そのものに立ち入って内在的な検討を加えようというわけではない。われわれの関心を惹くのは、要件事実論が何を言っているのではなく、何を言っていないかなのである。この観点からして注目されるのは、上述の東大法学部比較法政国際センターのミニ・シンポジウムにおける賀集唱（元判事）の示唆に富む報告である。口頭の報告の引用は不正確になりがちだが、この報告には幸い賀集自身によって用意されたレジュメがあり、要件事実論を提唱した意図がそのレジュメに率直に表現されているので、これをあえて引用することとした。

賀集によると、要件事実論が提唱されたのは、「物語判決・ムード判決を潔癖に排斥」するためだったとのことである。出発点は、基準のない主観的利益衡量にタガをはめようという意図にあった。しかし、そのタガになるのは、要件事実論の場合、条文に書かれている要件ないし概念（ドイツ人のいう要件要素）ではない。賀集のレジュメには、こう書かれている（一）のなかには村上のコメント）。「摘示する事実、当てはめの対象ではなく（つまり、条文に書

かかっている要件要素のそれぞれに当てはまる（包摂される）事実ではなく、認定の対象」。これによって推測されるのは、裁判官が事実ばかりでなく条文の意味をも認定するものとされているということであろう。そもそも法律の適用には解釈が必要なはずだが、賀集のレジュメによれば、日本の裁判官は「理由説示でも、定義の論議は余りしない（書生っぽいから?）」のであって、「定義の〈内〉か〈外〉かは、事実をして語らしめる」ことになっているようである。そして、要件事実論は、そのことを批判するわけではなく、逆に、当然の前提として是認しているように見受けられる（賀集によれば、「演繹・包摂（包摂の第一段階としての、解釈による概念内容の確定作業）」は、要件事実論の守備範囲外——争点になれば書く）。条文中の概念の意味も、事実と合わせて「認定」されるのであって、しかも、理由説示に出てくるのは、原則として、その意味に合ったものとして「認定」された「事実」だけなのである。「⁶ 摘示する事実」について、賀集は言う。「裁判官が、彼の頭の中で、この具体的事実は条文の〈要件〉の定義に当てはまると判断した（理由説示の一部前倒し）」とこの当該事実を〈特定化〉すれば足りる」。条文の要件（ドイツ流に言えばさまざまの要件要素）が何を意味するかは、裁判官の「頭の中で」⁷ 解明されるにすぎない。

賀集のレジュメは、要件事実論は「事実摘示中心主義」であり、「理由説示とは没交渉」だとしているが、事実摘示に「理由説示の一部が前倒し」されるといふのだから、外見上「没交渉」に見えるというだけのことではなからうか。そして、「書かれざる〈演繹・包摂〉（上告理由の節約?）——理由不備（舌足らず）のおそれは?」とレジュメにあるところから見れば、日本の裁判官が事実認定と併せて実は条文の解釈もしてしまうことについて、要件事実論の主張者が若干の懸念をもつにせよ、それが「上告理由の節約」にもなること、つまり法律の解釈の誤りを突っ込まないですむのに役立つことを、少なくとも不都合とは見ていないと推測される。要するに、争いやすいルールの問題を、できるかぎり、争いにくい事実認定の問題として処理しようという傾向が読み取れるのである。そして、「事実をして

語らしめる」という発想は、むしろ事實は客観的眞実だという前提に立っているわけだが、現在の学問水準に照らしてこの前提が受け容れがたいものであることは、明らかであろう。認定された事實が語ることは客観的眞実などではなく、投影された主観が客観の外見を取ったものにすぎないことは、いまでは素人にも見抜ける道理なのである。

二 「正しい主観」への期待？

このように、「物語判決・ムード判決」にタガをはめようという要件事實論も実は客観的な基準を与えるものではないとすると、頼りになるのは結局のところ裁判官の主観の正しさだということになる。元判事の高野耕一が、『法学教室』の一九九五年四月号に寄せた論考「法律を学ぶということ」において、「思考方法としてのリーガル・マインド」と並んで、あるいはそれ以上に、「判断能力としてのリーガル・マインド」の重要性を説いているのは、その意味でよく理解できることだと言えよう。「裁判官の全人格的な感覚」は、むしろ外国でも重視されないわけではなからうが、どちらかといえば説得的な法律論の展開が重視されるドイツの場合と違って、「事実をして語らしめる」という表現が大きな違和感なく用いられる日本の実務界では、語ってくれる事実を見定める「全人格的な力」を備えた裁判官への期待が一層大きいと思われる。一朝一夕に獲得できない「全人格的な力」を身につけるためには、「たとえば、①多様な小説を読んで人間と人間が織りなす人間模様に触れ、自分が直接経験できない人間の機微への洞察力を深めること、②新聞を、できれば主義、主張の異なる二紙をとり、少なくとも読み、毎日複眼を以て社会事象を把握するように努めること、③……判例をよく読んで、そこに凝縮している社会の矛盾、利害の対立、そしてそれらを具体的妥当に解決する論理の道筋を理解すること、④最後に、以上のことどもをへ継続は力なり」と銘記して、何はともあれ続ける

努力を怠らな^②いことが必要だというのが、法律学生に対する高野の助言である。

民法学者 原島重義の論調にも、これと共通するところがある。原島は、「判決規範は事件の個別性と法規範の普遍性をあわせもつところの特殊性でなければならない」と説いた上で、次のように述べている(「法的判断とは何か(一)——民法の基礎理論——」、久留米大学法学二五号、一九九五年)。「この判断の過程で、その時代の問題を受けとめたもの、そういうことになった時に、その裁判官の個人的な政治的な信条だとか、あるいは生活上の考え方というようなもの、その日常的な水準を越えて、高められる。そこにまた、へえらい裁判官[△]がへえらい芸術家[△]と同様、おのずから尊敬される根拠がありうる。それは、きわめて複雑でもつとも高度な媒介を経た考察に熟達している、ということに対する尊敬である。要するに、裁判官たる者、たらんとする者は、正しい主観をもてるように個別と普遍の媒介に努めなければならない、ということであろう。

しかし、そのこと自体に異論があるわけではないが、その「普遍」は、結局、裁判官が普遍と考えるものでしかないのではなからうか。個別と普遍の媒介といっても、それは結局、万人に認められる確かな基準がないことを認める結果になりはしないか。むしろ、正しい客観がないのと同様に正しい主観もない、と考えるべきではあるまいか。教養を身につけ、修養に励み、考えの幅を広げるのはよいことだが、「へえらい芸術家」と言えるかどうかの基準が千差万別であるのと同様に、「へえらい裁判官」のあり方も多様であろう。それでも、もし「へえらい裁判官」の資質を挙げると言われたら、自分の「全人格的な力」などに自信をもたない裁判官、自分の「日常的水準」を越えた高みに至りうるなどという幻想をもたない裁判官、自分の個人的な信条や考え方(およびそれに基づく法律論)を他のさまざまの個人的な信条や考え方(およびそれに基づく法律論)とたえず突き合わせ、他人の主張(ノイズ)に耳を傾けながら、さしあたり下さざるをえない——結局のところ主観的ではない——判断を下してゆく裁判官こそがへえらいのだ、と

言えないだろうか。

ヴィレム・フルツサーは、『テクノコードの誕生』において、法律家にとっても非常に示唆的なことを言っている。フルツサーによれば、人間のコミュニケーションはまず画像のコードによって行われたが、紀元前千五百年ごろの地中海東部で表音文字としてのアルファベットが商人たちの計算のために発明され、アルファベットのコードによる厳密なコミュニケーションが西洋文明を特徴づけることになった。近代に入ってアルファベットのコードは数のコードによって補強され、一層厳密なコミュニケーションが可能になったが、二〇世紀にはテクノ画像（写真や映画、テレビなど）のコードによるコミュニケーションがアルファベットのコードの優位を脅かすに至った、とされる。伝統的な画像によるコミュニケーションが画像の上を巡回する思考を媒介するものだったのに対し、アルファベットによるコミュニケーションは線形的思考を媒介するものであり、因果性・論理性を特徴とした。それがいまや、新たな巡回的思考を媒介するテクノ画像の登場によって守備範囲を狭めている、とフルツサーは言う。写真や映画やテレビの話は法律学と関係ないと思われるかもしれないが、われわれが法律家としてなじんでいる因果的・論理的思考が変容を迫られているわけである。『テクノコードの誕生』から引用しよう。

「テクノイマジネーション（テクノ画像のコードによる概念の画像化とその解説）のレベルでは、世界に対する視点はすべて等価になる。それらは、概念の画像をデザインするためのいろいろな視点なのだから。これは、（イデオロギーとは他の一切の視点を排除して一つの視点だけを選び取り、防衛するものだという意味での）イデオロギーの、廃棄を意味する。ただし、それは、一八世紀の退廃的寛容におけるような価値の廃棄を意味するわけではない。すべての視点が等価だということは、〈価値からの自由〉、すなわちすべての視点に対する無関心を意味するのではなく、どんな視点もそれぞれの特有の価値を投射し、特有の〈意味付与〉をするものだという洞察を意味する」。「ある言明

は、そこで発言権を主張している視点の数が多ければ多いほど、また、それらの視点をとることのできる人々の数が多ければ多いほど、真実に近い。「テクノロジーイマジネーションにとって多様な視点が等価だということは、いまはまだ予想できないいろいろな結果をもたらすであろう。見通せる結果としては、この意識レベルにおいては「進歩」というものが〔線形的な〕歴史のレベルとは全く異なる意味をもつと思われる。それは、(たとえば客観性に向かう)「線形的傾向」ではなく、(周縁をめぐる)ものになり、ますます多くの視点をとることが進歩だということになるであろう」。なお、ユダヤ人のフルツサーによれば、中世以来のユダヤ的思考には旋回的な特徴があるとされる。

フルツサーをはじめとするポストモダニック・旋回的思考に学んで、筆者は、『へ法』の歴史』において次のように論じた。「社会がますます複雑になり、急激に変化してゆくようになると、法律はこれに対応しきれなくなる。……たえず社会の実態を直視し、さまざまな利益を顧慮して主観的な決定を下すこと(利益衡量)が、裁判官の新しい課題になる。もつともそのさい、どんな利益でも顧慮するということになる、社会は機能的分化以前の状況に退行し、世間と人間についてのすべての知識〔全人格的な力〕を具備した者でなければ紛争に対処できないということになってしまう。裁判官は広範な利益衡量を行わざるをえない一方で、あくまでも法システムのなかで、(法的な)決定を下すしかない。当事者(弁護士)が——解釈学的な構成(法律からの演繹)が困難な場合には——自己の利益を何らかの仕方で(とくに、トイブナーのいう Bindungsinstitution を使っても)法的に構成し、法/不法のコードに乗せる工夫をしなければならぬ。その工夫を生むのが議論だ、と考えるべきであろう。相互批判と自己修正によって工夫の可能性を探り、法/不法のコードを維持しつつも柔軟化してゆくために、議論は欠かせない。議論が必要なのは自己の法的価値判断を「正当化」し、客観化しなければならぬからではなく、自己の主張に法律論としての資格を与えて裁判官に選択肢を提供し、裁判官が社会の複雑性の増大にもかかわらず「世間と人間についての知識」をすべて具

えていなくともやつてゆけるようにするためである」⁽¹⁰⁾。

こうしてみると、裁判官が「書生っぽいから」という理由で、あるいは上告理由で揚げ足取りされることを恐れて、「理由説示で定義の論議は余りしない」(賀集)において要件事実の認定に没頭することは、大いに疑問である。裁判官が黙っていても、その「全人格的な力」や「反省的判断力」を一般市民に信じてもらえんとは考えにくい。要件事実の認定で「理由説示の一部前倒し」をするなどという姑息なやり方はやめて、法律学説や弁護士士の主張によって提供されるさまざまな選択肢をできるだけ洩れなく検討し、そのなかから何を選び取ったかを「理由説示」(理由説明と言った方がソフトでは?)で明らかにするために、明快な論旨を展開すべきであろう。

それでも、もし「書生っぽい」法律論を書くことになかなか踏み切れないというのなら、せめて認定事実を詳細に書いてほしい。そうすれば、そこから、要件事実の認定という外形をとりながらどれだけ「理由説示の一部前倒し」がなされたかを読み取ることもできるはずである。その点では、「物語判決・ムード判決」も一概に排斥できないのではなからうか。不確定的法概念を使用せざるをえなくなればなるほど、多くの視点の上を巡回する判決文の傾向が強まることは、容易に予想される。賀集によれば「物語判決・ムード判決は、今でも「非正統」」だとのことだが、そう言うっていられなくなるかもしれない。むしろ、多くの視点の上を巡回する努力は、むしろさまざまな法律論的選択肢について示されることが望ましいのであって、さもなければ、法律論と非法律論との境界がますます不鮮明になる可能性が強い。

その反面、いわゆる新様式判決が認定事実の記述を簡略化するだけでなく法律問題についての裁判所の所見の記述をできるだけ節約しようという趣旨だとすれば、それは裁判のブラック・ボックス化をますます促すことになるであろう。論理的な文章を書くように努力するのはよいことだが、新様式判決の簡略化志向は、結果として、いまままで

上に裁判官の「全人格的な力」を信頼してほしいということになりはしないか。行政や立法の総合的判断能力が疑われ、情報公開とそれに基づく批判の必要が強く意識されるようになった現在、裁判官だけが全人格的判断力をもつという前提の下で孤高を貫き、ブラック・ボックス化の路線をとることが賢明であろうか。法と裁判が今後とも説得力を保つために何よりも必要なのは、事実認定について「全人格的な力」を発揮できるための修養に努めるばかりでなく、法律論についてできるだけ多様な意見を求め、できるだけ多くの選択肢をともに考慮した上で決定を下してゆく(そのためには、法律のことは何でも裁判所が知っているという態度を修正し、判決文中で当事者の主張だけでなく学説や他の裁判所の見解にも明示的に応答してゆく)ことだと思われる。これは、むしろ、裁判官の質的な負担増を意味する。まさにこうした質的負担増を引き受けてもらうためにこそ、裁判官の増員による量的な負担軽減が必要なのではなからうか。

【注】

(1) 比較法研究五八号所載。

(2) 石部雅亮・笹倉秀夫「法の歴史と思想」(一九九六年、放送大学教材)一四章「法思想の新しい動向」(笹倉秀夫執筆)。とくに「基本権保護」に言及する一九二頁。ドイツの連邦憲法裁判所が基本権保護を謳って民法秩序に介入していることに対する伝統的な民法学者の反発は、一九九六年の比較法学会におけるハンス・シュトルの招待講演「BGBの百年」(邦訳が比較法研究五八号に発表されている)からも読み取れる。シュトルは、とくに、一九九三年一〇月一九日の連邦憲法裁判所決定を批判する。この決定において、連邦憲法裁判所は、父が銀行から融資を受けるに当たって保証人になった若年の娘が父の事業失敗によって高額な保証債務の履行を迫られた事件において、娘に保証債務の履行を命じた連邦通常裁判所の判決に対する娘の憲法異議を認めた。連邦通常裁判所は経済的な強者と弱者の関係として類型化できるケース

であるにもかかわらず弱者に対し著しい負担となる契約を無効とせず、そのことによつて基本法二条一項の「人格の自由な発展の権利」を侵害したというのが、連邦憲法裁判所の見解である。これに対して、シュトルは言う。「この種のケースは、契約が有効なものとして結ばれたことを認めながら、当該状況において契約上の請求権を行使することが権利濫用に当たらないかどうかを綿密に吟味することによつて、より説得的に解決されるであろう。いずれにせよ、私法の一中心問題、すなわち契約自由の一般的限界の問題について、制定法を理解し発展させるために憲法に依拠するのは異常なことであり、民法の法典というものがこれからもつてであろう意義にとつて、あまりプラスではない」。

法律学生のために執筆された答案の書き方についての参考書 (Christof Gramml[Hrg.], Kleine Fehlerlehre für Juristen nach Dr. Julius Knack, 1889. アルゼンチンにおいてその地の法曹養成に貢献したドイツ人クナックの教えに従つて法学学習の方法を論ずる) においても、こう説かれてゐる(ここでは公法について説明されているが、他の法分野についても——たとえば行政法を民法と読み替えても——同じことが言えるだろう)。「公法の筆記試験は、純粹の憲法問題に限定されない。憲法問題、とりわけ基本権の問題は、行政法と関連していることが多い。両分野に関係する筆記試験においては、大まかに言つて、まず行政法、それから憲法という原則が通用する。すぐに憲法レベルで論じたがり、一般の法律の適用を継子扱いして簡単に済ませるのは、よく見られる誤りである」(S. 53f.)。

笹倉は、ポストモダンニズムによる近代的な原理的・普遍的法則批判や近代的主体性の否定に対して疑問を呈し、論拠として、「(法的安定性のためばかりでなく、平等のため、そして基本権保護のためにも) 原則を重視する法的世界の性格」なるものを強調するが、法的安定性を維持するための原則Ⅱ法規への包摂と、法的安定性を崩すものとしての原則Ⅲ基本権保護との衝突がまさに問題となつており、「基本権保護」の標語がポストモダンの機能していることを見逃している。「近代的主体性」観念なるものが、近代的な適用モデルに立脚する法解釈論において機能不全に陥つてゐることについてのハンズ・レオ・ヴァイヤースの指摘は、上記の比較法学会における報告「現代法理論と民法典」でも紹介したが、詳細はヴァイヤース「銀行の悪意」(海老原明夫編「法の近代とポストモダン」)を参照されたい。「近代的主体性」の観念が機能する場合、それは実際にはポストモダンの、近代的な適用モデルを修正する Bindungsinstanzen (トイプ

ナー)として機能するのである。

(3) 村上「ドイツの法学教育」(法律時報一九九五年二月号)を見よ。なお、その背景として、西洋近代の逐次的・線形的思考によるコミュニケーションの特性を理解しなければならない。これについては、ヴィレム・フルツサー(村上訳)『テクノコードの誕生』(一九九七年)を参照されたい。ちなみに、日本の民法法一九一条は、こう規定する。「①判決ニハ左ノ事項ヲ記載シ判決ヲ為シタル裁判官之ニ署名捺印スルコトヲ要ス 一 主文 二 事実及争点 三 理由 四 当事者及法定代理人 五 裁判所 ②事実及争点ノ記載ハ口頭弁論ニ於ケル当事者ノ陳述ニ基キ要領ヲ摘示シテ之ヲ為スコトヲ要ス但シ証拠ニ関スル事項ニ付テハ訴訟記録中ノ調書ノ記載ヲ引用スルコトヲ得 ③裁判官判決ニ署名捺印スルニ支障アルトキハ他ノ裁判官判決ニ其ノ事由ヲ記載シテ署名捺印スルコトヲ要ス」。一九九六年の新民法(未施行)二五三条では、こうである。「①判決書には、次に掲げる事項を記載しなければならない。一 主文 二 事実 三 理由 四 口頭弁論の終結の日 五 当事者及び法定代理人 六 裁判所 ②事実の記載においては、請求を明らかにし、かつ、主文が正当であることを示すのに必要な主張を摘示しなければならない」。これに相当するドイツ民法三二三条を引用しよう。「①判決には次の事項を記載する。一 当事者、法定代理人及び訴訟代理人 二 裁判所、裁判に関与した裁判官 三 口頭弁論の終結の日 四 主文 (Urteilsformel) 五 事実 (Tatbestand) 六 理由 (Entscheidungsgründe) ②事実 (Tatbestand) においては、請求及び請求について提出された攻撃防御方法を、申し立ての趣旨を明確にしながら要点についてのみ簡潔に記述するものとする。事態と係争の詳細については、書面、調書、その他の資料を引用するものとする。③理由は、事実及び法に関して判決を基礎づけたものもろの検討 (Bewägungen) の簡潔な要約から成る」。

ドイツの条文に出てくる概念で注意しなければならないのは、こゝでは「Tatbestandが「法律要件」ではなく(当事者間に争いのない、または当事者のそれぞれが主張する)事実と原告(および被告)の請求、さらに証拠調べによつて認定された事実から成る「事実関係」(Sachverhalt)を意味するということである。むしろ、「Tatbestandは他方で「法律要件」をも意味するのであって、その「法律要件」が細かく分解された「要件要素」(Tatbestandsmerkmal)の二つ一つについて、それに対応する(包摂される)事実の存否が「理由」において吟味され(Aという要件要素はBとして定義さ

れる。Cという事実はBに該当する。したがってCという事実はAという要件要素に包摂される)、こうした三段論法が論理的に積み重ねられることにより「事実関係」が全体として「法律要件」に包摂されることになる。これが、「事実及び法に関して判決を基礎づけたもろもろの検討」というものの内容なのである。これに対して、日本の判決には、細かい三段論法の積み重ねがないのが普通であろう。日本では多くの場合、認定された「事実関係」の全体について、法規が一般的に適用される。ただし、実際には日本の裁判官も、「法に関する検討」をネグレクトしているわけではあるまい。しかし、それを、「理由」においてではなく「事実認定」の暗黙の前提として済ませてしまうことが多いであろう。ドイツ民訴法三一三条三項が「事実」として記載すべき事項と並んで「理由」としては「事実及び法に関するもろもろの検討」を明記すべきものと定めているのに対し、日本の現行民訴法も新民訴法も、「事実(及び争点)」の記載についてのみ一項を当て、「理由」の内容については完全にパスしているわけだが、これは決して偶然ではあるまい(司法研修所の民事裁判教育で「要件事実論」が中心的役割を果たしていることとの関連は、本文で論ずる)。

(4) 上記の Kleine Fehlerlehre für Juristen が(公法を例にとつて) Aufbaufehler として挙げるもの(S. 49 ff.)を、要約しながら紹介しておく。

① 答案の文章中で他の箇所の参照を指示することは誤り。たとえば、訴えの客観的併合・主観的併合があるときは個々の訴え・個々の原告ごとに訴訟要件の存否を明らかにしなければならない。② 不必要な論点まで挙げるのは誤り。たとえば、行政訴訟において取消訴訟や義務づけ訴訟の訴訟要件として通常検討しなければならない論点は、行政裁判権の管轄事項かどうか (§ 40 VwGO)、取消訴訟か義務づけ訴訟か (§ 42 Abs. 1 VwGO)、損失補償・損害賠償の請求について通常裁判権の管轄が認められていないかどうか (§ 42 Abs. 2 VwGO)、異議申し立て手続が前置されていないかどうか (§ 68 VwGO)であって、その他の論点(参加人適格・適式な訴訟提起・訴訟提起期間・権利保護の利益など)については事実関係から必要と認められる場合にのみ論ずれば足りる。③ 個別の決定とその根拠法令を区別して論じないのは誤り。まず根拠法令を上位規範、最終的には憲法に照らして、形式(権限と手続)・実質(基本権や憲法原理との適合性、法益の憲法適合的な衡量など)の両面から吟味しなければならぬ。次いで、個別の決定(たとえば行政行為)を根拠法令に照

らして、形式・実質の両面から吟味しなければならない。④特別法と一般法の順序を間違えてはならない。根拠法令を論ずるさいに、特別法から始めるのが原則である。ただし、官庁が特定の一般的な法律を根拠として何らかの措置を講じた場合は、その一般法をまず吟味しなければならない。基本権を論ずる場合は平等権に先立ってまず自由権を論ずるのが適当だが、逆の方がよいこともある。とにかく、問題があるものから始めるのが原則だが、基本法二条一項の「人格の自由な発展の権利」は補充的な基本権だから後回しになる。⑤被告の如何は訴訟要件の問題ではない。たとえば、権限のない公法人を被告とする義務づけ訴訟は却下されるべきではなく、理由がないとして棄却されるべきである。⑥複数の行政行為を含む決定について一括して訴訟要件の存否を論ずるのは誤り。それぞれについて訴訟要件の存否と理由の有無を吟味しなければならぬ。⑦何でも憲法問題にしたがるのは誤り。これについては註2で触れたが、公法の分野で憲法が問題になるのは主として次の四つの場合だとされる。第一に、裁量の問題との関連で、基本権の照射効を顧慮しなければならぬ。第二に、審理される決定の根拠法令の吟味が必要な場合は、その合憲性が問われる。この場合、法律要件への包摂に先立って、まず当該法令の合憲性を審査するのが、読んだときに判りやすい。第三に、憲法適合的な解釈はとくに不確定的法概念について要請されるが、その必要を生ずる場合は多くない。第四に、比例原則に従って考える場合は、衝突する基本権と基本権の衡量が必要になることがある。⑧上位命題から始めないで理由を論ずるのは誤り。この点については、行政裁判法一一三条一項・四項が手が必要になる(違法な行政行為によって原告の権利が侵害されたときは、裁判所がその行政行為を取り消すべきである。行政行為が執行済みの場合は、執行を取り消すように当該官庁に命ずることができ。当該官庁がすでに取り消しているときは、確認の利益があるかぎり行政行為の違法性の確認判決を下すことができる。行政行為の取消と並んで何らかの給付請求が可能なときは、同一手続でその給付を命ずることもできる)。⑨吟味の基準は、吟味される法令の種類によって異なる。たとえば抽象的法令審査においては、連邦法律の吟味の基準は基本法だけであり、州法律の吟味の基準は基本法および連邦法律である。

(5) ベルント・マイヤー「テュービンゲン大学における法学学習」(ジュリスト一九九三年二月号) 八〇頁。州ごとに(州の法律に基づいて)行われるドイツの法律国家試験は、第一回国家試験(日本の司法試験に当たる)と二年半の実務修習

を締めくくる第二回国家試験とから成るが、そのいずれにおいても筆記試験は二名の試験委員によって採点され、二人の採点の違いが二点以下の場合（単に「違いが小さいとき」とする州もある）は平均点が付けられる。違いが二点を越えるときないし「違いが大きいとき」は、試験委員長（またはその任命による第三の試験委員）が採点を確定することになっている。そのことと関連して、法律国家試験のような職業の自由にかかわる試験の採点に対しては受験者の異議申し立てが可能であり（その前提として、受験者には採点結果を閲覧する権利がある）、これに対する決定に承服できない場合は行政訴訟を提起することができる（行政裁判権の確定判決に対しては、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てることもできる）。一九九一年四月一七日の連邦憲法裁判所決定によれば、見解の対立がありうる問題の採点にさいして「重視すべき論拠による筋の通った理由づけがなされた、それなりに尤もな解答を、誤りとして評価することは許されない」(BVerfGE 84, 34. 憲法異議そのものは、これに該当しないと却下)。

(6) 『増補 民事訴訟における要件事実』は「はしがき」の冒頭で、「要件事実は、ある法律効果の発生要件（法律要件）に該当する具体的事実である」と述べているが、同書で展開されている「要件事実論」は、右の意味での「要件事実」の認定の技法のみを論ずるものではなく、法律要件の（解釈による）確定に努めるものである。だが、まさにその作業を「要件事実論」というマニュアルの内部ですませておくことによつて、「事実摘示中心主義」をとることを裁判官に期待しているのではなからうか。

(7) このような高野の見解は、司法部の伝統に属するものなのかもしれない。すでに三宅正太郎『裁判の書』（一九四二年）が、法規に頼らない裁判官の判断力の重要性を力説している。「裁判官は、その本来の職務として物事の軽重大小を判別する仕事に従事してゐるのであるから、最も見識を必要とする筈であるが、唯、現在の制度下にあつては、裁判官は法規に従つて裁判を行ふことを命ぜられて居り、しかも法規は、細密に周到に尽さざるところなきまで編まれてゐるために、今ではその法規の中に物事の軽重大小が定められてゐて、裁判官の裁判はその法規に従ひさへすれば或る程度まで自動的に物事の軽重大小が考量されてゐることになつてゐる。……もとより裁判官は、法規の外に於て、又法規から托された範囲に於て、広汎な自由裁量の余地を持つてゐるのではあるが、肝腎の原則について苦勞しないといふことが、

大きな影響を裁判官に与へてゐることを無視し得ない。昔の裁判官は裁判の基準としての既成公式を今日の如く多く与へられなかつたために、彼等は、みづからその公式を体得するまで苦勞しなければならなかつた。その体得の過程に於て彼等は、いやといふ程、物事の軽重大小に気を配らせられた。それは、何事もまづ法規を見てから考へる現在の裁判官の比ではなかつた。しかし、かゝる公式の目標とするところは、昔も今も変りはないのであるから、法規といふ杖をついても、つかないでも、到着するところは同じである。してみれば、杖にたよるだけ、現在の裁判官の方に心の弱みがある。杖がないと歩けない危険があるからである。現在の裁判官は、だから、杖がなくても物事の軽重大小は寸分も狂はないだけの工夫を積むべきである」(二七頁以下)。

むろん裁判官も、「その職責上、法律学に通じなければならない」と説かれる。「法律学は、それが直に裁判の学ではないけれど、心を潜めて法律学を究め、そこに一家の識見を立つる程に及べば、その人はその自信があるによつて、濫に他の言によつて動揺せず、瘦我慢をしても、自己の見識に忠実ならんと努めるから、そこにおのづから裁判の道を体得する」(二六五頁)。しかし、法律学の知識よりも重要なのは、「努めて多くの事物に接」する「平生の心がけ」であり、「世の中の物の動き、人の働きを、繰り返へしく冷静に〔且数多く〕観察」して倦まない態度である(高野耕一の所論と軌を一にする)。「愚直執拗必ずしも痴愚拙劣を意味しないのである。事に対して懸命であり、深思熟慮を尽すならば、良き知慧はおのづから湧き出づるものである。唯、俊敏慧悟の人の如く、事に臨んで即座に機敏に出ないだけである。かゝる機敏は、裁判官にはあまり必要でない。裁判官が裁判をするには、それに先立つて事件の記録が与へられ、あらかじめにつき調査を遂げる余裕が与へられる。遭遇戦で咄嗟に勝算を立てるのではない。だからもし平生心がけて努めて多くの事物に接し、そのとりどりの知識経験を蓄へておき、その知識経験を動員して一生懸命記録におつかり、心を虚しくして事件に対したならば、縦ひ鈍重な頭脳であっても、余裕と努力とのお蔭で、慧敏な人を凌ぐほどの、良き知慧を考へつくと思ふ」(二七二頁)。「一体世の中の物の動き、人の働きを、繰り返へしく冷静に観察してゐると、その推移におのづからなる理法の存することがわかるものやうである。易経といふ書物はさういふ見方を記したものであらう。昔、私は、芥川竜之介氏の《河童》を読んで殺気ともいふものを痛烈に感じたので《芥川氏は自殺しやしないか》と語つたところ、

久米氏は「芥川君は近来は以前よりずつといゝ」と答へられたが、それから幾日もたないで私の不吉な予感が事実となつてあらはれた。いろいろな現象に目うつりしてゐる賢い頭脳より、素直な魯鈍な頭脳が却つて真実を捉へる一例である。裁判官はたとへ達人たる知見を具へずとも、冷静に且教多く社会と人とを觀察する立場に置かれてゐるから、多年に亘つてこの觀察力を働かせ、努めて倦まざるに於ては、或は天地間に於けるこの所謂「已むを得ざる」の理を知り得るところまでゆけるかも知れない(一七二頁以下)。

「多年に亘つて觀察力を働かせ」て「おのづからなる理法」を体得することが裁判の要諦だとするならば、経験の浅い裁判官の理屈が通る見込みはあまりない。三宅の次のような指摘が一見尤もなようでありながら若手判事に対するリッブ・サービスのような印象を与えるのは、そのためであろう。「一体裁判官には剛直な人が多いが、剛直と狭量とは紙一重で、ともすれば他を容るゝに吝となり易い。司法部の伝統的精神が保守にあることは間違ひないが、それに藉口して、新しい工夫を阻止する先輩が少くない。今でも屢々感ずることであるが、下級裁判所で或る若い判事が真に良心に恥じない判決を書かうと決心し、率直に自分の意見を表明し、被告人側の主張に対しても懇切な判断を加へた判決は、多くの場合、上級審で歓迎されない。蓋し斯の如き判決は、多くの場合、その若い判事の学識経験の不十分なために、却つてよい議論をひき起こしたり、非難さるべき隙を示したりするために、上級審に於いて破毀される危険が多く、その結果、この若い判事に非難が集中するので、矢張り平凡なあたりまへの判決を書いた方が無難だといふことになり、折角の若い判事の勇気を挫き、無為平凡の判決が依然として横行することになる」(一〇三頁以下)。だから、いまでも、余計な理屈は言わずに「上告理由の節約」を図つた方が利口だということになるのではないか。

(8) フルツサーの「ユダヤ人であること」から引用しよう。いまや、「歴史的(線形的)な思考と行動が、形式的(計算的)な思考と行動によつて(たとへば、政治的予見が未来学的シナリオによつて、政治的選択が世論調査によつて)とつて代わられるように見える。……次のようなモデルを考えれば、こうした印象をもつことになるだろう。すなわち、まず旋回(線形的な)行に延ばされた(紀元前二千年。歴史の始まり)。そして、いまや、行による(線形的な)思考が(計算の単位としての)ビットへと刻まれているのだ(デカルトとパスカルからコンピューターまで)、と。しかし、こ

の印象は間違っている。書く人、刻む人と並んで、旋回する人も常にいたのだ。そして、旋回する人は、書く人の全盛期を生き延びただけでなく、これからは刻む人に対抗してバランスをとることになるのだ。こんな比喩的な言い方をしないなら、未来は技術主義的であるばかりでなく、現象学的でもあるだろう。ユダヤ教では中世から近世にかけて、元来は線形的な(キリスト教の旧約に相当する)テキストの一語ないし若干の語を頁の中央に置き、その周囲をぐるぐると旋回する形で註釈(これを *Pilpul* という)が書き記されるようになった。

「頁の中心に置かれた語をめぐって書きつがれるさまざまの註釈は、中心の語に向けられるばかりでなく註釈相互にも向けられている。それは、(たとえば電子が原子核の周りに場をつくるように)中核をめぐるさまざまの視点から成る場のようなものをつくるだけではない。旋回するさまざまの視点の間で、ときに接近し、ときに離れるという変化が見られるのである。原子核のモデルをまた使うなら、原子のなかに正または負の電荷しかないのではなく、多様な電荷の電子があるといった状態を考えてみてほしい。これは、*Pilpul* と、スコラ学への両立的(*dialecton*)方法との違いにも関連する。*Pilpul* にとっては、再三再四取り上げることになる問題を是認するか否認するか(スコラ学は是認と否認を区別した上で両立させる)は重要ではなく、できるだけ多くの視点からその問題と取り組むこと、そのさいさまざまの視点を互いにつけ合うことが重要なのである。だから、*Pilpul* は、(真か偽か)の(線形的)論理から、それとは異質の多元的論理に移行したもののように思われる。ただし、それは——旋回的であるにもかかわらず——歴史(線形性)以前の神話的思考構造への退行を意味するわけではないのだ」(Frusser, *Pilpul* (2), 1990, in: *Jude sein*, 1995, S. 147 ff.)。

(6) *Kleine Fehlerlehre für Juristen* と言言(S. 59 ff.)。「裁量の問題または憲法関連の問題に関する筆記試験では、しばしば衡量が(多くは狭義の比例原則の問題として)必要になる。こうしたケースの筆記試験では、ひたすら衡量の土俵に持ち込もうと急ぎ、論文的な答案を書く誤りを冒しやす。こうしたやり方をとる者は、いろいろな論拠を手当たり次第に引っぱり出しては、思いつきの議論を繰り広げることになりがちである。(法律の)留保付きでない基本権が他人の基本権と衝突する場合、まだやることのあるのに衡量に逃げ込む危険がとくに大きい。とくに(公法における)必要性の問題に関しては、まず包摂のレベルであらゆる可能性を尽くさなければならぬ。警察法の一般条項について言えば、たとえ

ば公共の安全についていろいろな具体的法益を挙げなければならない。とくに、脅かされているのが私的な権利状況である場合、「公共の安全が脅かされることになる」と言えるためには「理由づけが必要である。衡量が避けられない場合は、まず法律の目的に照らして何を衡量すべきかをはつきりさせ、争いの土俵を明らかにしなければならない。その上ではじめて、本来の評価の問題に移るべきである」。

「この原則は、憲法を具体化する場合にも当てはまる。まず、憲法判例が生み出したさまざまな基準を考え合わせなければならぬ。衡量と称して自分はこう思うとかこう考えると言うだけで済ませるのは、誤りである。法的な土台を固めないでやたらに衡量をしなくなる例として、取用に関する基本法一四三項一段を挙げよう。原則として、まず問題点を明確化する必要がある(たとえば私人のための取用)。その上で、具体的な事案において公共の福祉と言えるものの基準は何であるかを問わなければならないが、そのさい、立法者の広い形成の自由を尊重しなければならない。いきなり(取用を認めればそれに基づく事業展開によつて)雇用が確保されるから(公共の福祉を増進することになる)」、といった大雑把な議論をすることは、許されない。これは、連邦憲法裁判所の裁判における「大雑把な議論」への当てつけとも読める。ここには、註2で引用したシュトルの講演の皮肉な響きと共通するものがある。

(10) Kleine Fehlerlehre für Juristen にも「断力 (Urteilskraft) / 判断能力 (Urteilsvermögen)」という語が出てくる。それを身につけることが、「法律学学習の目標」だとされているのである。しかし、それは、高野のいう「全人格的な力」としての「判断能力」とも、原島がカントについて評価する「反省的判断力」とも異なるようである。そこで求められているのは人間性に対する深い洞察でもなければ個別と普遍との媒介としての「正しさ」でもない。それは、あえて言えば思考の明晰性であり、議論の歯切れのよさであり、それを背景とする自己信頼である。これによつて、自分が責任をもって下した決定に法律論としての資格を与えることができるとされるのであろう。同書から引用しておく(S. 25ff.)。

「法律学学習の目標は、何よりも、十分な専門知識に裏づけられた判断能力を自分自身のものであるとして身につけることである。……法律家の活動範囲は広い範囲に及ぶが、法律家を職業とする者は、結局のところ自分自身の責任で決定を下さなければならないのである。クナックによれば、自分や他人の誤りに学ぶことは、判断能力を養い、鋭敏にするためのよ

い方法である」。

「判断能力は、それ自体が目的なのではなくて、重要なものとそうでないものを区別し、凡庸な解答・出来の悪い解答・出来の良い解答を区別できるために必要なのであり、法律家のクオリティーを測るための尺度だと言える。クオリティーとは、単なる専門知識を超えたものである。解決としては正しくすべての問題を洩れなく論じている解答も、クオリティーに疑問があれば〔一八点満点で〕六点が七点〔可(ausreichend)の上ないし良(Befriedigend)の下〕しかもらえない。クオリティーを測る要素は、解答の組み立て、議論の迫力、用語の厳密性、適切な重点の置き方、余計な部分がないこと、思考展開の明晰性、事物に即して論理的に議論する態度等々である。クオリティーが高ければ説得力は大きい。へ判断力がなければクオリティーは低く、クオリティーを忘れた判断力などというものはない。判断能力は、身につける気になれば身につくというのではなく、自分で勉強するさいの一般的な注意事項〔立派な教科書を何冊も読み、出来合いの整理カードを買い、図書館の本を端から借り出しても、それを消化できなければ何にもならない。理解するということは創造的な仕事であって、それを省略する方法はないのである〕に留意しながら具体的な法律事例問題と取り組むことによって身につけ、深めてゆくしかないのである」。

「判断能力のトレーニングは、適切な学習文献を選ぶところから始まる。一つの科目についても数多くの教科書や著書論文や注釈書があるから、自分自身の判断を形成することは容易でない。できれば、それぞれの法律問題ごとに、(いろいろな文献を)注意深く比較してみるしかない。そのために若干の力を割くだけのことにはある。教授が勧めた本を選ぶのがよいとは限らない。役に立つ(文献案内)のようなものもある。判断能力を養うには、時間がかかる。だから、あまり早く一冊の教科書に決めてしまうのは愚かなことだ。比較によって見る目ができるのだから」。

「判断能力は自己信頼を必要とする。自立的な判断の形成を妨げること多大なのは、心配することである。心配は、多種多様な要素に基づく。勉強すべき科目の多さ、学習文献の氾濫、迷路のように見通しのきかない状態、満員の教室やゼミ室、時には自分自身の気分、受講証明書を揃えたり国家試験の準備をしたりしなければならぬというプレッシャーなどが、心配を募らせる。逃げ道のない心配の悪循環が、ちょうど国家試験の準備にさしかかった多くの学生の頭を占領し

始める」。

「〈心配〉は、ここで言う〈誤り〉ではない。心配とは危険なものであって、膨らんでゆけば〈不安〉になり、それが学生を硬直させ、意気消沈させてしまう。クナックは言う。〈不安が支配するところでは、判断能力は衰弱してしまう〉。特効薬はない。クナックは、専門の学習によって基礎づけられた自己信頼によってのみ心配を乗り越えることができる信じていた。自己信頼は、深まってゆかなければならない」。

こうしてクオリティの高い判断能力を示してこそ、自分の主張に自信をもてるばかりでなく、「結局のところ自身身の責任で決定を下さなければならぬ」裁判官に、法律論として顧慮に値する選択肢を提供することもなる。裁判官は、できるかぎり線形的な論理によって組み立てられた数々の法律論の、視点から視点へと「旋回」した上で、最終的に自分自身の責任で視点を定め、決定を下すしかないのである。

(むらかみ じゅんいち・本学法学部教授)