

講演

法科大学院と刑事訴訟法学^{*}後 藤 昭^{**}

- I 法科大学院をどう考えたか
- II 刑事訴訟法論の問題
- III 法科大学院の私的収支決算
- IV 総括 — 制度とその中の個人

皆さん、今日はお忙しいところ大勢お集まりいただきまして、ありがとうございます。中には中国や台湾からも来ていただいて、恐縮です。

最終講義には、いろいろなスタイルがあります。多くの偉い先生は、その学問分野の今までの歴史を語って、その中で自分の学問を位置づけるという形をとります。でもそれは、私にはあまり向かないでしょう。というのは、私は学問の流れを変えるような偉い学者、つまり大学者ではないからです。そこで、私にふさわしいやり方は何かと考えたうえで、この際、ふだん皆さんにあまり語らない自分自身のことを語ることにしました。私が何を考えて、何をしてきたか、あるいはしているのかの種明かしともいえます。「後藤は何であんなことをするのか」「何であんなことをいうのか」という疑問を少しでも解消していただけたらよいと思います。したがって、今日の話は、論文的というより、むしろ随筆的な内容になります。

大きな話題は3つです。1つは、法科大学院について私が何を考えてきたかを

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第13巻第2号 2014年7月 ISSN 1347-0388

^{*} 本稿は、2014年2月7日に一橋大学で行った最終講義とそれに対する質疑応答に基づく。

^{**} 青山学院大学大学院法務研究科教授、一橋大学名誉教授。

お話ししたいと思います。2番目は、判例、学説も含めて、日本の刑事訴訟法についての議論にどんな問題があると私が考えてきたかです。3番目に、1と2を合わせて、法科大学院を10年間自分の仕事としてきた結果について、私自身がどう総括するか、いわば収支決算をどう考えるかをお話します。そして、最後に、例えば法曹養成という大きな制度の中で個人に何ができるかという問題を考えてみたいと思います。以下、この順序でお話をします。

I 法科大学院をどう考えたか

まず、法科大学院についてどう考えてきたかです。ここでご皆さんに、クイズを出します。「後藤は、法科大学院の女子トイレに入ったことがある?」。これはマルかバツか。マルと思う人。バツと思う人。——マルが多いですね。実は証拠になる防犯ビデオ映像からとった画像があります。この特徴のある髪の毛の寝癖から人物は判りますね(笑い)。たしかに入ろうとしているように見えますね。しかし、何のために入ろうとしているのだろうか。それを解明するために、手に持っているものが重要です、誰か何だか判りますか? 判らなければ、画像を解析するために拡大してみます。これでは解像度が悪いですね。解像度を良くすると、……これは液体石鹼ですね。液体石鹼を入れているようです。

法科大学院が始まってすぐのころ、学生さんにアンケート調査をして、希望や不満を訊いたら、トイレに液体洗剤を備えてほしいという希望が相当数ありました。私は研究科の事務を通じて大学当局に頼んだのですが、すぐには実現しません。大学は、制度を変えるのに時間がかかりますから。でも学生さんは2年か3年しかここにいないので、その間にすぐに時間がたってしまいます。そこで、とりあえず自分で買って置いたというわけです。その後、大学がすべてのトイレに液体石鹼を置くようになったので、この問題は制度的に解決しました。

ほかにも、制度ができる前に、私が自分でしてしまえと思って実行したことが幾つかあります。例えば、いま法科大学院は日曜日でも資料室を開けています。これも実現するまでは、なかなか大事でした。そのための人員をつけなければならぬからです。でも、それを待っていると、どんどん時間がたってしまうので、

とりあえず私が日曜日に行けるときは行って資料室を開けて、利用者があることを実証して、後から制度的に実現しました。

ほかの例では、修了生に学習の場を用意するために何らかの手当てが必要なので、科目等履修生の制度を作りました。そのために開講科目を提供する必要が生じました。誰が受け持つかを相談しているより、自分がするのが一番早いと思ったので、自分が始めて、その後、ずっと修了生のための授業をして来ました。

こうしてみると、なかなか一生懸命にやっていますね。私が、どうしてそこまでしたのか、その訳を話します。

この法科大学院をつくる時に私が考えたのは、ここに日本の法科大学院のモデルになる学校をつくりたいということです。日本の法科大学院はこういうものが良いというモデルをここ国立から発信したいと考えたわけです。

そのためには、どんな条件が必要か。単に司法試験に合格するだけでなく、法律家として社会に貢献できる人材を送り出す。そういう優れた法律家を育てることが、まず、第一条件です。そのためには法曹としての役割意識をしっかり持っていて、実務的な発想があって、しかも創造力を持って新しいものをつくり出すことができる、そういう人材を育てるような学校でなければいけない。

と同時に、入学者にとって、入って良かったと思えるような学校でなければいけません。「こんなところに入らなければよかった」と思われるような学校では、日本中の模範にはなれません。そうすると、現実問題として修了者の司法試験合格率がかなり高いという状況をつくらないと、入学者に満足してもらえないだろうし、また、法律家を送り出すという役割も十分に果たせないでしょう。

当時、私は、それができる条件が、この大学にあるのではないかと考えました。東京の西地区という大きな背景人口を抱えたところに、国立大学の法科大学院は1校しかありません。しかも、それまでの旧司法試験でも相当な実績を上げてきたし、教員もかなりそろっています。また、大学全体に、数より質を重視する価値観があるので、大規模校を目指す必要はありません。そこで、その気でやれば、モデルに近いものがつくれるのではないかと私は考えました。

それにしても、私がどうしてそこまで法科大学院に熱意を持ったのか、疑問に思われるかもしれません。私は、自分が法科大学院で教えたかったのです。私の

それまでの経験は、若いときに司法修習と、ほんのわずかですけれど実務を経験して、その後、研究を続けて、千葉大学と一橋大学で教育をしてきました。その間にも、弁護士を中心とする実務家たちと一緒に研究する機会が続いていました。こういう私の経験が一番活かせるのが、法科大学院の教員という仕事ではないかと考えました。

もう1つの理由は、旧司法試験の答案をたくさん見た経験です。旧司法試験の考査委員を6年間務めて、多くの答案を見た結果、大きな疑問を感じました。自分の頭で問題の意味を考えないままに、覚えた知識を吐き出して書こうとする答案が非常に多かったからです。受験者たちにこういう受験技術を競わせても、それが将来の日本の法曹界を発展させるために効果的とは思えませんでした。ここでは、法曹になろうとする人々にある種、努力の浪費をさせているのではないか、という疑問を持ちました。同じような疑問は、当時、司法試験の考査委員の多くが感じていたと思います。

このような経験を通じて、法律家を目指す人たちに何を伝えるべきかについて、私なりにイメージがありました。それは何か一言で言えと言われると、難しいです。説明すればいろいろありますけれど、ともあれ、これを伝える必要があるという感覚が自分の中であって、そこには迷いがなかった。だから、それを実行したいと思いました。

法科大学院で、私は初代の院長として2期3年間を務めました。その間しばしば「3つのものを共有しよう」と呼びかけました。初期の学生さんは覚えていてくれると思います。高い志、緊張感、そして連帯感を共有しよう、しばしば言っていました。そういう標語を掲げたのには、理由があります。

法科大学院も、ある種のビジネスです。業種としては、明らかに第3次産業、つまりサービス業です。だから、成功するためには、お客さんに満足してもらわなければいけません。法科大学院にとってお客さんとは誰か。学費を払ってくれる学生がお客さんであることは、間違いない。でも、社会が法科大学院に対して期待しているのは学生への奉仕だけではありません。つまり司法制度を使う人たち、法律家に仕事を頼む人たちが法科大学院に期待しているのは、役に立つ法律家を世に送ることです。そのため国も補助金をつぎ込んでいます。だから、我々が

満足させるべきお客さんには、学生と社会という、2種類のグループがあります。

実はそれが、法科大学院にとっての基本的な問題です。学生たちは、なるべく楽をして、手っ取り早く司法試験に受かって資格が取ればよいと考えるのが自然ともいえます。予備校であれば、その期待に応えれば足ります。しかし、法科大学院がそれをしたのでは、司法制度の利用者のために優れた人材を供給することはできません。優れた法律家になるためには、単に司法試験の合格を超えた水準の力を身につけるべきです。そのためには、自分で苦しんで学ぶ過程が必要です。だから、安直な勉強方法は提供できません。ここが法科大学院の難しいところです。

このように矛盾しがちな、2種類のお客さんの要求を一致させないと、法科大学院は動きがとれなくなります。それを一致させるのが、つまり高い志を持つことです。単に司法試験の合格を目指すのではなくて、その先で社会の役に立てるような法律家になろうと考え、そのために一生懸命勉強しようという気持ちに学生さんたちになってもらう。それによって、この2種類の要求を合致させることができます。

それから、法科大学院の授業は、経験者は分かるとおり、学生が参加する双方向の方法が中心になります。そのためには、受講者全員が緊張感を持って準備して臨んでくれないと、授業が成り立ちません。かつての学部の授業では、皮肉に見ると、教員と学生の間になれ合いがあったと思います。お互いに適当にやっつて、あまり高いものを要求しないでおこう、そんな暗黙の合意によって成立していたともいえそうです。しかし、法科大学院はそれではいけない。全員が緊張感を持って、しっかり予習をして授業に臨まないといけません。

こういう良い法科大学院をつくるためには、学生が単なるお客さんであってはけません。学生たちが法科大学院をつくっていく主体として、学校づくりに参加するという意識を持たなければ、良い学校はできません。つまり同志的な意識が必要で、それが連帯感になります。それがないと、良い雰囲気の学校にはなりません。緊張感だけだと、お互いに競争相手にしかならないので、一緒に高めていくことができません。3代目の院長であった松本恒雄教授が掲げた「あなたが〔司法試験に〕受ければ、私も受かる」という標語も、これに通じます。

一橋の法科大学院を受験され方は、面接のときに「あなたがここに入ったら、周りの人たちにとってどんな良いことがありますか」、あるいは「どんな貢献ができますか」などと、訊かれたかもしれません。これは、学生にも法科大学院づくりの主体として参加してもらいたいという、私たちの期待を表現しています。

私が院長だったときは、月に1回「院長室でランチ」という集まりをしました。その日は希望者が、お弁当を持って院長室に集まっているいろいろ話し合いをしながら昼食をとりました。そのような機会を通じて、学生の希望や不安を知ることができました。授業評価とは別に、アンケート調査もかなり頻繁にやっていました。その中で、トイレに石鹸を備えてほしいといった意見も出ました。

II 刑事訴訟法論の問題

しかし、これだけでは、私が何のためにそこまで熱心に法科大学院で教えたいと思うのか、皆さんはまだ疑問に思うかもしれません。それは、私なりにそれまでの刑事訴訟学、刑事裁判、さらには日本の法律学一般に対して不満があり、それを変えたいと考えていたからです。それを第2の話題としてお話します。ここに刑事訴訟論という中には、学説も判例も含んでいます。

私が持っている不満の1つは、観念的な議論が多過ぎるのではないかという疑問です。議論として一応成り立っているのだけど、それが本当に現実に即した議論になっているかという見きわめが不十分ではないか、そう感じるものが少なくありません。例えば、刑訴法39条3項、接見指定制度の合憲性を認めた平成11年の最高裁判決¹⁾があります。同僚の村岡啓一教授が、弁護士時代に大法廷で原告代理人として弁論された事件です。

その中で、取調べが接見指定の理由になるかどうか、1つの論点になっています。その文脈で、いわゆる取調べ受忍義務が論議になっています。上告代理人は、取調べ受忍義務を課すことは必然的に供述の強制になるからできない、それができない以上、取調べとの抵触は接見指定の理由にもならないはずだと主張し

1) 最大判平11・3・24民集53巻3号514頁。

ています。最高裁はそれに対して、取調べのための出頭・滞留を義務づけても、それが「直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかである」と、簡単に退けています。また、上告代理人は、捜査官が接見指定の権限を持つことは、憲法 38 条 1 項の不利益供述強要禁止の保障に反するとも主張しています。それに対して最高裁は、不利益供述強要の禁止を実質的に保障するためにどのような措置が必要かは、基本的に立法政策の問題に帰すると、答えています。

これをアメリカ合衆国最高裁の似たような問題に関する判例と比べてみると、違いが明瞭です。1966 年の有名なミランダ判決²⁾は、身体拘束中の取調べには、供述を強要するような内在的な圧力があるとしています。その圧力を除くためには、黙秘権告知が必要であり、黙秘の意思を示した者や弁護人の同席を求めた者をなお取り調べることは供述を強制することになると言います。日本国憲法 38 条 1 項に対応する合衆国憲法修正 5 条の解釈として、それを説示しています。このような判例の基礎にある発想方法は、興味深いです。身体を拘束されて取調べを受ける場面で、心理的にどんな力学が働くかにアメリカの最高裁判決は注目しているからです。それに対して日本の判例は、観念的な議論に終始して、現実に即した見方をしようとしていません。現実に対する想像力に欠けています。

ただし、日本の判例が全部だめというわけではありません。日本の判例にも、優れた現実的な感覚を思わせるものがあります。例えば、同じく接見指定に関して、平成 12 年の最高裁の判決³⁾で、逮捕直後に弁護士が初回の接見を申し出た事例に関するものがあります。そこでは、被疑者の逮捕直後に弁護人になろうとする者が警察署に来て接見を申し出ている場面で何が必要かという想像力をもって、接見指定の方法を制限する選択がされています。

最近の判例では、前科の関連性についての平成 24 年の最高裁判例⁴⁾があります。被告人の前科事実が有罪の情況証拠として関連性があるか、それを結論として否定した判例です。これも事案に即して、この前科という情報が事実認定にど

2) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

3) 最判平 12・6・13 民集 54 卷 5 号 1635 頁。

4) 最決平 24・9・7 刑集 66 卷 9 号 907 頁。

んな影響力を持つかを良く考えていると思います。このように、日本の判例でも全てが観念的なわけではない。けれども、非常に基本的な問題について、現実に対する感覚の足りないものがあるのではないのでしょうか。

学問としての刑事訴訟法学にも、幾つか問題があるように思います。1つは、日本の現実を正面から見て、それと対決しているかという問題です。例えば逮捕、勾留という未決拘禁が、現実の運用では、自白をさせるための手段になっていると、私には思えます。そのことは、最近の有名な郵便不正（村木）事件の捜査経過にもよく現れています。しかし、日本の刑訴学説は、そのことから目をそらさずに、問題として意識しているのでしょうか。私は、疑問に感じることがあります。

日本の刑訴法の議論はフィクションに依存しすぎているのではないか、という疑問もあります。法律を勉強した方は、どこの国でも法制度はある種のフィクションを伴っていることがお分かりでしょう。みなし規定なども、ある意味でフィクションです。それが法制度を有効に動かすために一定の機能を果たしていることも確かです。けれども、そのフィクションがあまりに大きくなって現実離れしてしまうと、法に説得力がなくなります。それは嘘に基づいた法制度になってしまうので、法の道徳的な正当性がなくなってしまいます。

例えば、私はしばしば2号書面の制度を批判します。刑訴法321条1項2号で、検察官の作った供述調書を伝聞例外として特別に優遇する規定です。この制度は、検察官は客観的な立場で供述調書をまとめるという期待に立っているはずですが、しかし、当事者である検察官に本当にそれが可能か、これは大きな疑問です。検察官の方々には可能だといわれるでしょう。しかし、私は、現実にはそれは無理だと思います。捜査の仕上げ段階に近づくほど、検察官には立証すべき仮説があるので、供述調書を作ることは、いわば法廷での主尋問と同じ作業になります。それが、客観的な供述の聴取だというのは、大きなフィクションでしょう。

ほかの例を挙げれば、忌避原因の考え方についても、問題があります。共犯者に対して有罪判決をしても、裁判官は予断を持たないで、もう一人の共犯者とされる被告人が事件への関与を否認していても、裁判官として公平な判断ができるというのが判例です⁵⁾。これも心理学の観点からみればかなり怪しい、フィクションのように思えます。

刑訴学説が日本の現実的な課題と本当に対決しているかという問題については、研究方法の問題もあります。私もそうですが、若いときに外国法を一生懸命研究するのが、これまでのふつうの研究者の経路です。外国法の研究には、もちろん意味があります。けれども、それ自体が目的になってしまうと、それは外国法学であって、日本の実定法学の研究ではなくなってしまいます。外国法の研究が、日本の現実に対する的確な問題意識に基づいてされているかどうか、考える必要があると思います。

それから、学説が自分の理論の帰結に対して忠実であるかどうか、1つの問題です。例えば先ほども触れた取調べ受忍義務の問題を考えます。多くの論者が、取調べ受忍義務を否定する立場をとりながら、他方で取調べの実施と抵触することを接見指定の理由として認めました。平成11年大法廷判決の前に上告代理人が主張したとおり、それは理論的には一貫しません⁵⁾。取調べ受忍義務を否定するのであれば、それを徹底して整合的な理論を学説はとるべきではないかと、私には思えます。

さらにもっと厳しく言えば、学説は現状に対していろいろ批判はするけれども、問題解決の構想を示せているかという問題があります。例えば代用監獄という制度⁷⁾について、私も含めていつも批判します。しかし、代用監獄をなくしたときに、どんな刑事司法の姿が描けるか、その現実的な姿をまだ明確には提示できていないのではないかと。学説はそれを提示する必要があると思います。

日本の刑事訴訟法論について総じて言えば、学説にしても判例にしても、観念的な議論が多くて、現実を見据えた議論が足りないのではないのでしょうか。このような傾向は、刑事手続法の分野だけではなく、日本の法律学と裁判一般のもつ傾向の反映でしょう。

もっと現実を見据えた議論ができるようにするためには、法律家を育てる過程から変えていく必要があります。かつての旧司法試験の答案のように覚えたこと

5) 最決昭36・6・14刑集15巻6号974頁。

6) 後藤昭『捜査法の論理』(岩波書店、2001年)161頁。

7) 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律15条1項1号に抛り、勾留中の被疑者を警察の留置施設に留置できるという制度。

しか書けないような勉強をさせては、それはできません。

司法試験のための勉強をした方はわかるように、「規範定立→当てはめ」という答案の書き方があります。法律論文試験の答案は、問題設定して規範を定立して、それを当てはめて書きなさいという教え方です。法科大学院の先生もそう教えることが多いです。けれども、私の授業を経験した方は、私がそれを強調しないのが、分かると思います。

私は実は、このような教え方が、あまり好きはないです。それは、このような論証の方法は、観念的な議論に陥りやすいからです。私の解釈論の理想型は、「規範定立→当てはめ」論ではなくて、「事実の中から法を発見する」ことです。この事件ではこれだけの事情があるので結論はこうなるべきだという判断がまずあって、ではその結論を裏づける解釈理論はどういうものかと考える、そういう発想方法です。

私は、特に当事者の立論はそういうものであるべきだと考えます。最高裁は自らの判断をそれ以上審査されないので、「規範定立→当てはめ」で、ある種立法者的な判断をしても通ります。しかし、我々はそういう立場ではありません。判例のないところで適切な解決方法を人に説得しようとするし、判例に挑戦することもあります。そのためには、自分で規範を定立して当てはめて見せても説得力はありません。そうではなくて、この事実を裁判所はどう捉えるのかと、突きつけないといけないのだと思います。

もっとも、これから司法試験を受ける方は、この話を聞いて不安を感じるかもしれないので、もう少し解説します。いわゆる「規範定立→当てはめ」型は書きやすいので、答案に書いてもよいです。ただし、幾つか気をつけてほしい。1つは、問われている事案の解決に必要な一般論、抽象論を書かないことです。問われている問題を解決するのに必要な限りで、解釈基準を示せば足ります。もう1つは、自分なりに解釈理論を立てるのはよいけれど、それには理由あるいは根拠が必要です。単なるご託宣にならないように、一言でもよいから、その基準の必然性を説明しようとする姿勢が大事です。もう1つ、最後に一番に大事なこと、当てはめの部分を事案の具体的事実即して丁寧に説明することです。当てはめを丁寧に説明する姿勢を徹底していくと、私のいう、事実の中から法を発見

する方法に近づいていきます。これらの点に注意すれば、「規範定立→当てはめ」型で答案を書いてもよいです。その方が答えやすい出題もしばしばありますから。しかし、実務についたら、特に当事者法曹になったらそれではいけません。

事実に即した議論ができる法律家を育てるためには、法運用の場面を想定した思考訓練をすることが重要です。具体的な場面で法律を使ってみて、当事者の立場で法律論として何が言えるかを考える訓練です。臨床法学教育も非常に重要だと思います。これは学生が現実の生きた事件に触れる学習の方法です。そのために、クリニック、エクスターンシップあるいは模擬裁判という手法があります。一橋大学の法科大学院でも、エクスターンシップで多様な法律事務所、企業、官庁などに学生を派遣しています。クリニックとしても、法律相談クリニックを多摩パブリック法律事務所において実施しています。

ここでは、特に私がずっと指導してきた刑事上訴クリニックを少しご紹介します。これは刑事の上訴事件を担当している弁護人から事件を持ち込んでもらって、その弁護人と学生たちが相談して、弁護側の主張の組み立てを研究します。その上で、上訴趣意書、上訴趣意補充書などを起草する作業をします。2005年からこれを9年間続けてきました。これは全国的にみても、珍しい試みだと思います。

9年間の実績をまとめると、実際に扱った事件は、被告人控訴事件が10件、被告人上告事件が7件、検察官控訴事件が1件、さらに再審請求が1件、計19件です。それらの帰結はどうなったか。控訴審で逆転無罪になったのが2件、上告審で逆転無罪になったのが1件、それから検察官控訴が棄却になったのが1件です。弁護士の感覚でみれば、かなり高い勝訴率でしょう。この中には、判例集に載ったり、あるいは判例研究の対象になっている有名な事件もあります。学生たちにとって、貴重な経験になっていると思います。

法科大学院でこういう教え方をすることは、教員の側にも変化をもたらします。つまり、法科大学院で教える経験が、法学の研究方法に対しても大きな影響力を持っているのではないかというのが私の考えです。1つには、実務家を育てようとするので、日本の現実の法運用の中で何が問題になっているかを意識しないと教えられません。そのため、自然と問題意識が現実に向きます。

また、教えている中で、研究すべき主題あるいは素材に気づくことが少なくあ

りません。例えば、私は2011年に村井敏邦先生の古稀記念論文集に、「訴因の記載方法からみた共謀共同正犯論」という論文⁸⁾を献呈しました。これは一般にはあまり注目されていないけれど、私としては密かに気に入っている仕事です。この主題を思いついたきっかけは、法科大学院を始めた当時の学生からの質問です。教室で共謀共同正犯の訴因の特定を議論した後、一人の学生が質問に来ました。その質問は、「共謀共同正犯における共謀とは、主観的な要素なのか、それとも行為なのか」という問いでした。私はこれに対する答えをずっと考えていくうちに、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」をどう理解するかは、非常に本質的な問題であることによりやく気づきました。その結果、何年か後にこの論文に至りました。

この論文の中で、実際の問題事例として挙げている具体例が2つあります。共謀の日時、内容や共謀共同正犯者の役割を明確に書かない訴因、あるいはそれらをしっかり認定しない認定方法が、どんな問題を生じさせるかという例です。これらはいずれも上訴クリニックで扱った事件でした。たまたま扱った19件の中で2つもそれがあったというのはかなり高率なので、ほかにもあるのではないかと思わせる現象です。このように、教えている中で、研究の材料を得ることができます。

実務家教員が加わることも、法科大学院の非常な要素です。しばしば1つの科目を研究者教員と実務家教員が一緒に教えます。また、教え方について話し合ったり、実務や学説について情報交換したりすることによって、実務家と研究者の垣根が低くなったと私は感じます。

かつて、実務家の間では、「学説は役に立たない」といわれることがよくありました。自分が担当している事件で使える学説を探してもそれはないという意味です。研究者集団と実務家集団の間に、断絶があったわけです。しかし、最近は、そういう話は少なくとも私には聞こえて来ません。

私が修習生だったころの司法研修所でも、はっきり言葉に出して言うわけではないけれど、教官たちからは、学説は役に立たないから忘れる、実務のやり方を

8) 後藤昭「訴因の記載方法からみた共謀共同正犯論」浅田和茂ほか編『村井敏邦先生古稀記念論文集 人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）453頁。

覚えろという雰囲気を感じました。しかし、それがかなり変わってきたのではないかと、私には思えます。その1つの大きな理由が、実務家教員が大学で教えるようになったことです。学生に教えようとする「実務ではこうしているから、その通りにしなさい」では済みません。そこに理屈がないと、説明ができない。それを感じるによって、実務家教員の間に理論に対する関心が高まってきたように私は感じます。

法科大学院に派遣教員として来た方が、次に研修所の教官になるという例がたくさんあります。それが研修所での教え方にも影響を及ぼしているのではないかというのが私の仮説です。例えば研修所の要件事実の教科書⁹⁾があります。これも、昔は研修所公定の説があって、それを覚えなさいという感じで書いていました。しかし、今はそうではなくて、「これは1つの考え方であり、違う考え方も筋が通っていればよい」いう姿勢に変わってきました。

私は、最近の研修所の民事裁判の授業のビデオを観る機会がありました。その中で教官が、「教官室の見解はこうだ。しかし、皆さん自身の答えが違うのなら、それでもよい。自分の考えたことを大事にしてください」と語っていました。それを聞いて、昔とは随分違うと感じました。実はその方は、一橋法科大学院で派遣教員として教えてから研修所の教官になった方でした。こうして、法科大学院ができることによって、実務家の教育に対する意識も変わってきているように私には思えます。

このように、教わる学生の側にも、教える教員の側にも、法科大学院によっていろいろな変化が起きています。この変化が、現実に即した法律論の方法や理論をつくっていく方向に作用すると私は期待しています。私は、そういう状況を作りたかったし、現にそうなっていると思います。

つまり、私にとっては、法科大学院をつくってそこで教えることは、密かなる遠大な計画の入り口です。その遠大な計画とは、法科大学院を通じて日本の法律学と裁判を変えること、もっと現実に即した議論ができるものに変えていくことです。これが、私が法科大学院に力を注いだ本当の動機です。

9) 司法研修所編『新問題研究要件事実』（法曹会、2011年）

Ⅲ 法科大学院の私的収支決算

そうして法科大学院に力を入れた結果は、どうなったか。私にとっての私的な収支決算を試みます。社会全体あるいは大学にとってどうかという問題はひとまず置いて、とりあえず私にとってどうだったかを考えます。

まず、成果の方です。修了者の司法試験の合格率は、おかげさまでかなり高い率を出しています。修了年度別の累積合格率を表にしました。司法試験は修了後に3回受験することができます。今度5回にふやそうとしていますが、3回受験したところで合格した人数を合わせたものが累積合格率で、2011年とか12年修了者は、まだ3回受験してないので当然低くなります。それを除くと、ほぼ修了者の80%以上が最終的には合格していることがわかります。

この表では示していないですが、既修課程修了者と未修課程修了者とを比較すると、未修者はやはり既修より合格率が低くなります。それでも、未修者の全国平均よりは突出して高く、平均の2倍とか3倍の合格率になっています。未修者の合格率が高いのは一橋法科大学院の特徴です。ただし、去年あたりは少し下がっているの、これから受ける方は頑張っ回復してほしいところです。

修了生に対して社会がどう評価してくれているのかは、なかなかわかりにくいですが。それでも、私の耳にはかなり良い評判が聞こえてきます。例えば研修所の教官の方たちから、一橋の修了生には優秀で人柄も信頼できる人が多いというような話をよく聞きます。修了生に対しては、概して好意的な評価を得ているように思います。

修了した後でも、法科大学院の教育に積極的に参加してくれる方も多いです。アドバイザーとしてゼミの指導をするとか、あるいは法科大学院の教育、履修課程についても、学生としての経験を踏まえて意見を出してくれます。現在、それを採り入れて、1年次から2年次への進級試験を復活しようとしています。このように修了生の意見を採り入れて制度を変える例は、ほかの法科大学院では少ないでしょう。これも、私が期待した、法科大学院に主体的に参加するという意識を学生さんたちがもっている現れではないかと思えます。

私自身は、法科大学院で教えてみて、これこそ自分がすべき仕事だという感

覚がありました。それは、私にとって、たいへんにやりがいのある仕事でした。

でも、良いことがあれば、他方では、いわば失われた利益が当然あるわけです。法科大学院をしていなければできたことがあるかもしれません。例えば研究成果については、もっと論文が書けたかもしれません。この間、重要な祝賀論文集でもけっきょく書けないで不義理をしたことが多いです。法科大学院をしていなければ、それが書けたかもしれない。

それから、法科大学院が始まった2004年以後、学部ゼミをずっと担当していません。だから、若い学生と接する機会がなくなりました。学部ゼミの卒業生たちは、後輩が全然出てこないで寂しい思いをしたでしょう。これも逸失利益です。

もう1つ、法科大学院が始まってから、研究者養成が十分にできなかった。これは私だけ、あるいは一橋大学だけの問題ではなくて、日本の法学教育全体の大きな問題でもあります。私たちは、法科大学院を修了した人たちが研究者になってくれることを期待しました。現になっている人たちもいます。中には、法科大学院で教え始めている人もいます。けれども、まだそれが大きな流れにはなっていません。法科大学院の修了者をどうやって研究者の道に導くかは、日本の法学教育全体にとって、現在、大きな課題になっています¹⁰⁾。

このような逸失利益があります。それで、得たものと失ったものを差し引きするとどうなるか。結果は黒字だろうと、私は考えています。多くの優れた法律家を生み出すというという結果が実現できているからです。2013年度の司法試験まででみると、一橋法科大学院の修了生の中で、合計561人の新司法試験合格者がいます。それだけの人たち、おそらく優れた法律家になれる人たちを送り出すことができたことには、非常に大きな意味があります。

私が研究に力を入れてどんなに良い論文を書いたとしても、それによって現実が変わる部分は、非常に小さいでしょう。どんな良い論文も、それによって、すぐに世の中が大きく変わるという結果はもたらさないでしょう。それに対して、この600人近い人たちが法律家として一生懸命働いていることは、非常に大きな

10) 日本学術会議法学委員会法学系大学院分科会提言『法学研究者養成の危機打開の方策——法学教育・研究の再構築を目指して——』（2011年）参照。

影響を社会にもたらしめます。だから、自分がどうやって社会に良い方向で影響を与えることができるかを考えると、論文を書くことより、人を育てることの方が即効性があると、私には思えます。

これができたのは、もちろん私だけの力ではなくて、同僚の教員たちに恵まれたことと、なんとといっても、多様で優秀な人たちが入学して、私たちの高い、厳しい要求に応じて一生懸命勉強してくれたことが大きな要因です。大学の事務職員の方々にも、だいぶ無理をしていただきました。そういう周りの人たちに恵まれて、一橋大学での最後の10年間に、自分がしたいことをほぼ自分の希望どおりにできたのは非常に幸せだったと、私は総括しています。皆さんにとってはどうなのか、それは皆さんに自身に判断してもらわないといけません。

IV 総括——制度とその中の個人

私はこのように、ある意味で満足しているわけです。けれど、客観的にみて、それは本当に正しいのかという問題意識は、やはり必要です。液体石鹼を私費で備えるのは、ある種の公私混同であって、間違っているという考え方は当然あると思います。つまり、いつまでも自分の小遣いでできるわけではないし、女子トイレに入り続けるわけにもいかない。だから、制度を変えることこそが大事だという考え方です。

たしかに、個人ができることには限界があるので、制度を整えること大事です。刑事訴訟法も、そういう制度の1つです。法律家の全てがすばらしい天才的な能力を持っているわけではない。だから、そこそこの能力の人たちが運営して、それで大きな間違いが起きないような仕組みをつくるのが、訴訟法の目的です。刑事訴訟法学の議論も、制度作りの1つです。問題を解決するためには、制度を良くしなければいけません。

しかし、それと同時に、どんな制度も、最終的にはそれを動かす個人に依存します。どんなに良い制度であっても、それを担っている人に能力、熱意、あるいは役割意識がなければ、結局、良い結果は生まれません。

逆に、制度が不十分であっても、個人の努力でできることはたくさんあるし、

それによって良い結果を出せることがあります。制度が変わらなくてもできることの例として、去年亡くなった杉田宗久さんのことを皆さんに思い出してほしいと思います。杉田さんは大阪地裁の裁判長として裁判員事件の裁判を経験されました。

日本の刑事裁判は、被告人が有罪かどうかの判断をする段階と、有罪とした後、刑をどうするかのをいわゆる量刑審理の段階とを区別していません。そのために、有罪、無罪を決めるためには考慮してはいけないはずの情報、例えば被告人の前科、あるいは被害者や被害者遺族の感情のような情報が、裁判員による有罪、無罪の判断に影響を及ぼすおそれがあることが問題になっていました。それを避けるために、罪責の判断段階と量刑審理とを分けるのが、手続二分です。法制度としては、それは実現していません。

しかし、杉田さんは裁判官としての実感から、それが大きな問題だと感じて、現行刑事訴訟法の枠でも可能な範囲で手続二分に近いことをしようと考えて、実践した方です。それが手続二分の審理です。論文にも書かれています¹¹⁾。その後、同志社大学法科大学院の教員に転じて、残念ながら昨年、病で亡くなりました。私は杉田さんのような創造性と実践力のある裁判官が日本でもっと多く出てきてくれたら、刑事裁判が活性化されるだろうと考えています。これは、制度が変わらなくても個人に意欲と工夫があれば、かなりのことができる例の1つです。

そうすると、個人にとっての課題は、大きな目標を自分の中で立てて、それに向けて自分に何ができるかを考えることです。それに向けて、とりあえず今日何ができるかを考えることではないでしょうか。そのために大事なのは、まずは、組織の中に埋没しないことです。これは実際、なかなか難しいです。組織と折り合いをつけなければ自分の力を発揮する場所がなくなります。しかし、組織の中に埋没して自分を失っては、新しいことはできません。例えば杉田さんの考え方は、裁判所内の通説ではありませんでした。それでも、自分の法廷では独自の試みをするという決断ができるのは、組織に埋没していなかったからです。

「これまでどおりだから」、「みんながこうしているから」で満足しないことも

11) 杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践』（成文堂、2012年）193頁。

大事です。もっと良いやり方があるのではないかと、いつも考えていたいです。

それから、自分の存在基盤を裏切るようなことをしてはいけない。自分がなぜ今この仕事をしているのか、あるいはなぜこの仕事ができているのかを意識して、自分の存在基盤に反しないように行動したい。目先の利害にとらわれて、自分の存在基盤を否定するような行動をしてはいけないと、私は考えます。

そのためには、譲れない一線を置く必要があります。現実には困難なので、自分の理想どおり、思いどおりにはなりません。いろいろな妥協をする必要が生じます。それでも、自分の存在基盤を裏切らないためには、ここは妥協できないという線が、どこかにあるはずです。

また、実践を伴う批判が必要です。制度の足りない点を批判的に見ることは必要です。しかし、制度に欠陥があるから何もしないのではなくて、その中でもこれだけのことができることを示すことが大事です。そのような実践を伴う批判こそ、制度を変えるための力になります。

それについては、非常に重要な例が、日本にもあります。当番弁護士という仕組みは、もともと1990年ころに、弁護士の個人的な熱意から始まったものです。それが急速に全国に波及して、10数年続いた末に、制度としての被疑者国選弁護に結びつきました。いま刑事訴訟法を勉強する方は、被疑者にも国選弁護制度があるのは当たり前だと思うかもしれません。しかし、それは歴史的にはごく新しいもので、そこに至るまでには、多くの先人たちの努力があったことを理解してほしいです。これは、法律制度が変わらなくても、弁護士たちが意欲と創造力をもったからできたことです。それが制度を変える力になった例です。これは、日弁連が世界の弁護士たちに誇ってもよい優れた実績だと、私は思います。

そこで、最初の問いに戻ります。私費で液体石鹼を備えるのは正しいのかという問いに対する私の答えです。それは、する「べき」ことではない。つまり「そうしろ」と人に要求できるようなことではありません。けれども、個人に意欲があるなら（男性教員が女子トイレに入るのは問題としても）自発的に「してもよいこと」でしょう。

以上で、大体私の話は終わりです。ここで、せっかくの機会ですから、私が好きな映画のその中でも一番好きな1シーンを皆さんと一緒に見ていただこうと思

います。1993年に、アメリカの公共放送PBSがつくった「Simple Justice」という題名の教育用のテレビ映画です。その題材は、ブラウン対トピカ市教育委員会事件という、1954年の連邦最高裁の有名な判例¹²⁾ができる課程を描いています¹³⁾。

アメリカ憲法を勉強した方にはすぐわかるように、それまでは多くの州で白人の子供と黒人の子供は違う小学校に通わなければいけなかった。それがセグレーションです。それ以前の判例、プレッシー対ファーガソン事件判決¹⁴⁾では、分離していても同等であれば合衆国憲法修正14条の平等保護条項、つまり日本でいう法の下での平等に反しないという理論をとっていました。それを覆して、分離すること自体が差別になると判示したのが、このブラウン判決です。アメリカ憲法史上、最も重要な判例の1つでしょう。

登場する主人公は、その裁判で原告代理人を務めたサーグッド・マーシャル Thurgood Marshall という、当時はまだ若い弁護士です。後日談としては、彼は後にアフリカ系アメリカ人として初めて連邦最高裁の判事に任命されることになります。最高裁に20年間以上在職して、多くの重要な意見を書くことになります。映画は、その彼の若いときの活躍を描いています。1954年の判決から40周年になるのを期して、PBSがつくった映画です。

ご覧いただく場面は、映画の冒頭に近い部分で、法科大学院に入学したての主人公たち新入生を前にして、院長が始めて語る場面です。実はこのシーンの前に、主人公は同級生たちとトランプゲームをしているのを院長に現認されて、さっそく名前を覚えられています。それに続くシーンです。

字幕がないので、英語の聴き取りが苦手な方もいるでしょうからに、もう少し台詞を説明します。この講話の中で院長は、世の中には、2種類の法律家がいると語ります。その1つは parasites on society、つまり社会に寄生して甘い汁を吸うような人たちである。それに対して、私たちが目指す法律家は、social engineer だと言っています。social engineer というのは直訳が難しいけれど、法律

12) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

13) 原作は、RICHARD KLUGER, SIMPLE JUSTICE (1976)。

14) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

という仕組みを使って社会を良い方向に変えていく人という意味であろうと、私は理解します。中国で、律師つまり弁護士のことを社会工作者と呼ぶのも、もしかしたらこれと通じているかもしれません。

(ビデオ上映)

今お聞きになったように、この中でチャールズ・ヒュートン Charles Houston 院長は、「social engineer になるための勉強は厳しいぞ」と申し渡しています。「3年後に卒業するまで生き残るのは、君たちの中の3人に1人だ。その覚悟がない者は直ちに去れ」と言っています。私も一度そんなことを言ってみたのですが、現実には支障があるのでなかなか言えません。それで、ヒューストン院長に代わり言ってもらいました。

今日私の話を聞いてくださった方は、なぜ私はこのシーンが好きなかわかっていただけのではないかと思います。どうもありがとうございました。(拍手)

司会 まだ少し時間がありそうですので、何か今日のお話にご質問があれば、答えていただけますか。

後藤 ふだん答えないようなことでも、かなり答えるでしょう。

Y 後藤先生、今日はジョークも交えながら、すごく楽しい講義でした。ありがとうございました。

先ほど、妥協する中でも、譲れない一線を考えて大事にしてほしいというお話がありました。それで僕もいろいろ考えてみたのですが、なかなか思いつきません。例えば、先生にとっての譲れない一線はここだ、ほかのことは妥協したけれども、ここだけは譲らなかったというエピソードが何かあれば、教えていただきたいと思います。

後藤 なかなか厳しい問いです。そうですね、何でしょうか。いろいろあるかもしれませんが。例えばいま法制審議会の特別部会で刑訴改正を議論しています。これは、非常に難しい条件の中での議論なので、いろいろな妥協をしないと何もまとまらないことになりそうです。私は多数派でもないし、影響力も持っていま

せん。その中で、自分は何を実現することに貢献できるか考えます。一番重要なのは、やはり取調べの録音・録画だと思う。この取調べの可視化をどれだけ広い範囲で成立させるかが一番重要でしょう。そうすると、今出ている2つの案のうち、録音・録画するかどうかを捜査官の裁量に任せるような案に私が賛成することはできません。もし、それに賛成したら、私がああ会議にいる意味はなくなると思います。

もっと日常的なことでは、例えば、忙しくても法科大学院の授業には手を抜かないというのも、私にとっては譲れない一線ですね。

私自身のことではないけれど、皆さんにも考えてほしい1つの例は、法曹人口論への態度です。法曹人口をふやすという司法改革の政策の結果として弁護士になったはずの人たちの中に、今度は、自分たちの仕事が少ないから弁護士の数を抑えるために司法試験合格者数を減らせという議論に賛成する人がいます。それは自分の存在基盤を否定する行動ではないかと、私には思えます。もちろん、立場が変われば物の見方が変わるし、利害関係も変わるので、発想が変わるのはわかります。それでも、やはり譲れない一線を持つべきではないか、例えばそういう話です。

A 静岡の弁護士のAです。今日は後藤先生の講義を久々に拝聴できて、とても幸せな時間でした。私は大学、大学院と後藤先生のご指導を4年間受けていたのですが、法科大学院は残念ながら入学の機会がなかったので、今日お聞きして、もう一度法科大学院に入り直してみたいと思いました。

先生がこの10年間どういう思いを抱えてこられたかが良くわかる講義で、とても感銘を受けました。一番初めのほうに言われた、法律家を目指す人々に伝えたいことの自覚がご自分の中にあって、それは一言では言えないのだけれどもと言われて、次の話題に進まれたと理解しています。おそらく、今日の講義全体がその答えではないかと思いつつも、あえてそれを言葉にするとしたらどういうメッセージなのかをぜひこの機会にお伺いしたいと思って、ご質問させていただきました。

後藤 それを全て話すためには、多分何回も最終講義をしないと終わらないと思います。1つには法律家としての役割意識が大事です。しかし、言葉で伝えら

れることで大きいのは、法律家としての技術的なことですね。例えば、まず条文を読みましょう。条文が何を書いているかしっかり読み取って、それを眼前の事実に当てはめたら何か問題になるか考えましょう。解決を考えて、それを説明する論理を組み立てましょう、というふうに、事実に即して条文の意味を考える。そういう法律家的な態度、あるいは発想方法を身につけること、それが基本として大事だと思います。

S 後藤先生、ありがとうございます。Sといいます。来年からこちらの修士課程に進む者ですが、後藤先生が言われたように学者と実務家の間の垣根がいま低くなっている中で、その区別も相対化しているとお考えかと思います。それでもやはり学者でしかできないこと、あるいは実務家しかできないことがあるように感じました。学者でしかできないことは、何か後藤先生はあると思いますか。

後藤 まずは、1つの問題に長い時間をかけて考え抜くことでしょう。それは研究者でないとできにくい。実務家はどうしても日々の仕事に追われるので、とりあえず眼前の事件を処理しなければなりません。そのために、1つの問題をずっと追いかけて続けることが難しいでしょう。実務家で、それをする方もいますけども、一般にはそれはできにくい。そこには研究者だからできることがあるでしょう。

もう1つ、研究者に固有の役割があるとすれば、それは現実の法制度を相対化することでしょう。私は先ほど、学説も日本の現実を見据えた研究をしなければいけないと言いました。でも、研究者的な役割は、ある意味ではその現実から一歩距離を置く、つまり常に相対化する視点をもつことでしょう。日本の現実の問題を意識しながら、この問題は外国ではどう考えているのか、歴史的にはどうしてこうなっているかというふうに、いま自分たちがしていることを相対化してみること。それが、研究者的な視点だと思います。そこが、実務家とは視点が少し違うかもしれません。もちろん、同じ人が、あるときは研究者であり、またあるときは実務家であってもよい訳です。

S ありがとうございます。

K 法科大学院のことですけれども、一橋大学は非常に良い形で経過してい

るのですが、全体的に見れば、いま予備試験等をより広げるべきだという主張があるように、法科大学の危機とも言われるような状態です。先生のご指摘のように、国民にとって良い法曹養成制度は何かという観点からも法科大学院を考えなければいけない。予備試験中心とすれば、効率的にお金をかけずに短時間で選抜できるということかもしれません。

これらの対応の中で、効率良く選抜することと、育てることが大きな違いだと思います。先生のお話の中にもあったと思うのですが、もう一步、法科大学院教育が法曹養成にとって持つ意味について、先生から一言いただければと思います。

後藤 予備試験の現状は、私たちにとってはたいへん頭の痛い問題です。私は先ほど、自分なりに法科大学院に働いてきて満足だと話しました。けれども、将来に対しては大きな不安を感じています。私としては、法科大学院という制度が日本に定着してほしい。そのために、自分の後半生をかけようというくらいの気持ちでいたわけです。それが本当に定着するかどうか、現在は不透明な状況になっていると思います。

その大きな原因が予備試験です。予備試験というのは、法科大学院を修了しなくても、予備試験に合格すれば本試験つまり司法試験を受けられるという制度です。本来は、社会人経験の豊富な人とか、仕事をやめて法科大学院に通えない人のために用意したはずの制度でした。しかし、現状では、法学部在学者と学部新卒者、さらに法科大学院に在学している人たちが早く司法試験を受けるための短縮コースとして機能するようになっていきます。それがさらに進むと、法科大学院に来る人がいなくなって、手取り早い予備試験で済ませばよいということになりはしないか。そういう問題があります。

それでは、そもそもなぜ法科大学院をつくったかというところに立ち戻らないといけません。法科大学院をつくったのは、先ほど私が言ったような旧司法試験の限界があって、それは優れた法律家を育てるために良い方法ではないという自覚があったからです。だから、「点での選抜」ではなくて、「プロセスとしての法曹養成」をしなければいけないというのが、法科大学院の原点です¹⁵⁾。試験で選ぶ前に、法曹になるために特化した教育をして、時間をかけて、しっかり学ん

でもらうという考え方です。それに対して、予備試験はまさに点での選択に戻ろうとするものなので、司法制度改革の意義を失わせてしまうものになりかねないと思います。

確かに予備試験という途は時間がかからず、それで一定の能力がある人が選ばればよいではないかという意見はあります。しかし問題は、専門職を育てるために試験で選抜するだけで足りるのかということだと思います¹⁵⁾。これを例えば医師を育てる過程に置き換えると、医師の国家試験に合格さすればよいのなら、医学部に行かなくても予備校で勉強すれば合格できる人は多いでしょう。でも、それで良い医者が育てられるとは誰も思っていません。医学部で臨床教育も含めてしっかり勉強して、その上で試験をして、初めて良い医師が育てられると考えています。なぜ、法律家の養成ではその教育の過程を省略できると多くの人が考えるのか、それが私の疑問です。そのような発想は、法律家を高度の専門職として位置づけていないように思います。

世の中には非常に勤が良くて、あまり丁寧に教えなくても自然にできてしまう人が、一定数はいます。だから、おそらく300人とか500人とか昔のように少数の人を選ぶのなら、試験で選ぶだけでも何とか制度が維持できたのだと思います。それで研修所で実務修習をすることによって、ほぼ一人前になっていくことができたのでしょう。しかし、今はそうではなく、2,000人とか3,000人を毎年供給しようとしています。そこで点での選抜をしたら、旧試験の欠点がさらに強く出るでしょう。そうではなくて、法科大学院でしっかり教えて、しっかり勉強した上で試験をして選抜する制度が必要です。

私はいま予備試験で合格している人たちも、法科大学院に入ってしっかり勉強すれば、もっと大きく伸びる素質のある人たちだと思います。法科大学院で本格的に法を学ぶことによって、自分の潜在力をもっと高めることができるはずなのに、それを経ないままに試験だけで資格を得てしまうことは、もったいない気がします。

15) 『司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法——』ジュリスト1208号(2001年)213頁。

16) 後藤昭「法科大学院」『シリーズ大学5 教育する大学』(岩波書店、2014年)96頁。

けっきょく、今の予備試験の運用は法科大学院制度とは両立しないので、これを何とかしなければいけないと私は思います。現在の政治状況では、それを難しくする要因もあります。私としては、この先の予測はなかなか難しいです。

C 後藤先生、本日はどうもありがとうございました。法科大学院未修1期の修了生で、今は東京で弁護士をしています。先ほどのご質問の続きにはなるのですが、やはり研修所の中や、東京で実務をしていると、法科大学院の将来について非常に暗い声ばかり聞くわけです。しかし、その中で一橋の一定の地位があることには間違いなく後藤先生の貢献が大きいと、私もふだんから感じているところです。

後藤先生のこれからといいますか、この先、一橋の成功体験を違う法科大学院で、あるいは法科大学院の全体、または法学教育全体に活かすような試みとか計画というのがおありでしょうか。

後藤 それについては、まだ皆さんに明確に発表していなかったですね。4月から青山学院大学の法科大学院で教える予定です。これは私にとっては、第2の挑戦です。今までここでしてきたようなやり方で同じようにできるかどうか、やってみないとわかりません。しかし、できるだけことはしたいと思っています。

私としては、自分に場と機会がある限りは、法科大学院生に教えることを続けていきたいと考えています。個々の大学院、個々の教員がまず教育をしっかりすることが制度の前提です。その積み重ねで、法科大学院が生き残れるかどうかが決まるでしょう。

法科大学院が最終的に生き残るかどうかを決める大きな要因は、そこを修了した人たちがどう考えるかです。修了した人たちが、あれはなくてもよかったとか、時間とお金を使わせられたただけだと思うのであれば、そのような制度はなくなるでしょう。そうではなくて、法科大学院に入って勉強して良かったと、多くの人が感じるのであれば、この制度は生き残ることができると思います。だから、新しい場でも、そういう法科大学院をつくることを目指します。

M 一橋大学で民法を担当しておりますMと申します。いつもありがとうございます。

本日は、後藤先生の教育者としての態度を大変勉強させていただきました。先

生が先ほど課題の一つとして挙げられた研究者養成という課題につきましてお伺いしたいと思って、質問させていただきました。今の時代、法律家の1つの職業としての大学教員という仕事の魅力について、お考えをお教えいただけませんかでしょうか。お願いします。

後藤 私自身は、最初は弁護士になろうとして結局後で研究者になったので、そういう人たちはいるだろうと思っていました。一橋から東京大学に移られた中田裕康さんも本格的に弁護士の仕事をされた後で研究者に転じた方です。そういう教員は、ほかにもいます。法科大学院からは、それがもっと出てくると期待したのですが、今のところあまり出て来ていない。

私の同僚の中で皮肉な人は、いま我々がしていることを見たら、こんな大変なことを若い人はやりたいと思わないだろうと言います。これは、研究者教員自身が、負担が多くてゆとりがないと感じているからです。昔に比べると、教員にゆとりがなくなっているのは確かです。法科大学院で教育のために手間をかけなければいけないし、大学評価への対応など、すべき仕事が増えています。そのために、研究室にこもってゆっくり思索にふけるようなゆとりがなくなっています。それを今の若い人たちが見たら、魅力を感じなくても当たり前だと、やや皮肉に言う人もいたりします。

それでは、研究者という仕事の魅力は何か。人間にとって何が楽しいでしょうか。私は授業にもある種エンターテインメントの要素がほしいと思ってきました。特に法科大学院の授業では受講者が緊張しているので、エンターテインメントの要素を入れることで、それを緩和したいと思います。けれども、最高のエンターテインメントは、笑わせることではなくて、分からせることだと思います。つまり、今までどうしてもわからないことがあったけれど、この授業を聞いたらそれがわかった、疑問が解決したという経験が、最高のエンターテインメントです。今までわからなかったことがわかるようになるというのは、人間にとって、特に法科大学院に入って法律家を目指すような知的な欲求の強い人にとっては、一番楽しいことでしょう。

研究者の生きがいも、それだと思います。研究とは、つまり今までわからなかったことをわかるようにする、今までみんなに見えてなかったものを見えるよう

にすることです。それができたら、研究のだいご味であって、とても楽しいことです。しかも、それが組織ではなく、自分の名前のできる。法学研究は、いまでも個人での作業が主体なので、自分の名前で問題を解決してみせることができる。それは、ほかの職業にはない喜びです。そういう魅力を、私たちは若い人たちに伝え切れてないのかもしれない。

もう1つ、もう少し現実的にみると、やはりお金の問題もあるもあると思います。法科大学院の優れた修了生の多くは、法曹資格を得てすぐに収入が得られる立場にいます。それでもまた大学に戻って、授業料を払って勉強を続けるという選択は難しいのかもしれない。それについては、経済的な手当てをすることによって研究者に誘導する政策も強めていく必要があるでしょう。

でも、研究者の魅力は何かと言われれば、やはり、わからないことをわかるようにできる可能性でしょう。

T 法科大学院未修2年生のTと申します。先ほど法科大学院について先生の中での収支決算をしていただいたと思います。そこでは、まあいいのではないかとこのふうに言っていたのですが、ここに残る我々としては、先生として、もしかするとやり残したことがあるとか、もう少しここを頑張りたいということ、何か喝を入れていただきたいとか。多分みんな、先生に怖いイメージがあって、いなくなると寂しいので、最後にそれを聞きたいと思います。

後藤 皆さんに言い残すことですか。何だろう、「手抜きをしないで」ということですかね。私は、ときどき法科大学院生に対して、「あなたは誰のために勉強していますか」と問うことがあります。それを考えてほしいです。自分が司法試験に合格して法律家になるため、と考える人はいるでしょう。それは、ある意味では正しい。しかし、本当の答えではありません。例えばあなたが弁護士になりたいのなら、将来あなたを信頼して仕事を頼む人たちがいます。その人たちの役に立てる法律家になるために勉強しているというのが、本当の答えです。

専門家を目指すというのは、つまり他人のために勉強する責任を自分が引き受けることだと思います。自分のために勉強するのだったら苦しくなったら手を抜いてもよいです。しかし、人のために勉強するから手を抜いてはいけません。さきほど観た映画の中のヒューストン院長も、厳しいことと言っていましたね。

具体例を1つ挙げれば、自宅起案方式の課題に答えるときは、判例などの情報検索をしっかりとすうえで書いてほしいです。法科大学院修了者は一般にリサーチ能力があると評価されているので、そういうところで手を抜かないでください。

F 後藤先生は在学中に司法試験に合格されて、しかし実務家ではなく、学者の道を選ばれたのはどうしてですか。もし、学者にならなかつたら、どうなっていましたか。

後藤 どうして研究者になったか、これは話せば非常に長い話になります。それだけでまた90分ぐらい時間がかかってしまいそうです。私の自分史だけではなく、日本の戦後史まで語るようになってしまいますから。

私の父は三井物産という商社に勤めていた、商社マンです。外国の会社と多くの取引上の契約をしたので、アメリカの弁護士とも接する機会がありました。彼が言うには、日本にはああいう弁護士がいない、そういう弁護士が欲しいということを私はしばしば聞いていました。それも良い仕事かなと思って、私は涉外弁護士になろうと考えて法学部に入学しました。今でいえば、典型的には森・濱田松本とか、アンダーソン・毛利・友常などの事務所が扱うような涉外企業法務を目指していたわけです。

それがどこで間違ったかといえば、1つのきっかけは、この大学で鴨良弼という先生に出会ったために、刑事訴訟法への関心を喚起されたことです。もう1つは、当時の時代背景です。これは今の若い皆さんには良くわからないかもしれませんが、当時1970年ころの裁判所には大変な局面がありました。青年法律家協会という団体に加入している裁判官は、思想的に偏っているからよくないという理由で批判され、そのために裁判官になるのを拒まれたり、判事補が再任を拒否されたという有名な事件があります。そのとき再任を拒否された裁判官が宮本康昭さんで、その後弁護士として活躍し、法テラス多摩法律事務所の主任も務められました。今でも、ときどき国立の街でお遇います。

宮本再任拒否事件は、私が大学2年生から3年生になるときに起きた大事件で、司法の危機とも言われ、当然私も強い関心を持ちました。そのころのことは、数年前に『法学セミナー』の巻頭エッセイに書いたことがあります¹⁷⁾。実はこれも鴨先生と関係があります。宮本さんと同じ13期の判事補で、もう1人再任拒

否をされるかもしれないと周りが心配していた方がありました。それが守屋克彦さんです。守屋さんはけっきょく再任されてその後も裁判官を続けながら、自白研究¹⁸⁾や少年法の研究で学界に貢献され、現在は弁護士として活躍されています。その守屋さんは、鴨先生が一橋に移る前の東北大学で教えた学生の1人でした。私は、当時、鴨先生から守屋さんの話を何度も聞かされていました。だから、私の中では、刑事訴訟法と司法の危機とが結びついていました。

こうして、私は刑事訴訟法学に関心を持ちました。しかし、とりあえずは裁判官として実務経験を積んでから、研究の道に進みたいと考えました。鴨先生も、初めは裁判官だったのが、裁判官としてまとめた司法研究¹⁹⁾によって木村亀二先生に見出されて東北大学に引き抜かれたという経歴です。自分も同じような道を考えて訳です。ところが私自身が裁判官への任官を拒否されて、裁判官にはなれませんでした。それなら、思い切って初めから研究者の道に進もうと考えて、東京大学の大学院に入りました。そこで松尾浩也先生と平野龍一先生の下で、本格的な勉強を始めました。こうしてみると、私は、指導者と学習の環境には非常に恵まれていましたね。

けっきょく、どちらが良かったのか。もし、渉外企業法務を目指していたら、収入はもっと多かったかもしれません。しかし、その替わりこうして皆さんと会うこともなかったでしょう。そう考えると、これで良かったのではないかと私は思っています。

皆さん、どうもありがとうございました。(拍手)

17) 後藤昭「立志(22) 学生から見た裁判所の激動」法学セミナー 637号(2008年)巻頭1頁。

18) 守屋克彦『自白の分析と評価——自白調書の信用性の研究』(勁草書房、1988年)

19) 鴨良弼『米国に於ける刑事上訴制度——サアシオレイライを含む』司法研究報告書2輯8号(1950年)。