

第1 はじめに

- 1 裁判というものについて、最も古典的な考え方を示したのはモンテスキューであり、彼は「裁判官は法律の言葉を発音する口である」ということを『法の精神』の中で述べている。法律にすべて書いてある、裁判官はそれをただそのままに発音する、それだけでよろしい、またそうでなければならないのだ、というのである。要するに裁判官の恣意というものを一切排除しようというのであって、立法府が国民の総意として作った法律をそのままに実現する、それが裁判であり司法である、という考え方である（団藤重光「裁判における主体性と客観性」『実践の法理と法理の実践』（創文社、1986年）143－184頁）。

しかしながら、では司法権の担い手が備えるべき能力、もしくは備えることを社会から求められている能力とは「紙に書かれた活字としての法律を、ただ読み上げる能力」なのか、というと、決してそうではないであろう（上掲論文は、団藤元最高裁判事が、最高裁を退官した後に行った講演録であるが、団藤元最高裁判事も、司法とはそのようなものではない、司法とは、主体相互のぶつかり合いによって社会的に妥当する具体的な法規範を創造していくことである、と述べられている。）。

フランスにおいても、現行のいわゆるフランス民法（ナポレオン民法）は、『赤と黒』の著者でもある文豪のスタンダールが、日々の執筆活動を行う前に、必ずフランス民法の条文を素読していた、と言われるほどの美文で知られている。そして、だからこそそれを制定したナポレオンは、フランス民法を解釈することを禁じたのである。

ところが、ナポレオンなき後、その美しいフランス語のフランス民法は、やはり司法によって解釈が行われるようになったのである。これは、法の制定や存在そのものが社会の目的ではなく、法の目的は社会における正義の実現であり、その目的達成のために、司法は目的達成の手段として制定された法を解釈することを意味するエピソードである。

- 2 このように法と司法との関係を考えると、司法の担い手が備え、それを日々の司法作用において実践するべき能力とは、「紙に書かれた活字としての法律を読み上げること」ではなく、「既に存在している正解を追認すること」でもなく、「社会における正義感・公平感」を感じ、それを法に意味として与えていくことになるはずである。その意味を与える作用を、私達は「解釈」と呼ぶのだろう。

私はその一連の作用における司法の担い手としての能力を、①既に存在している現段階における「法律（条文）・判例・学説（通説）」を適切に把握する能力としての「歴史家としての能力」と、②社会における正義感・公平感を感じ取り、社会のあるべき姿を予言し、その姿を実現するための意味を法に与える能力としての「予言者としての能力」の二つに分けて考えたいと思う。

司法の担い手が備えるべき能力は、「歴史家としての能力」と「予言者としての能力」であり、特に後者こそが、その主たるものであると思うのである。

- 3 ここで、我が国の法科大学院制度の現状を振り返ってみたい。法科大学院につい

て、現在では国政においてもその存在意義が問われることがあり、また法曹の間でも、大学研究者の間でも、その現状を非難する声を耳にすることがある。

しかしながら、ではいわゆる旧司法試験に問題はなかったのか、と改めて考えてみると、それは多く問題が存在した制度であったと言える。①法学部に進学したものの、大学の講義は受けずに予備校にだけ通う受験生、②法学部を卒業した後、5年、10年とかけないと合格できない試験制度、③その結果、受験生はいわゆる「論点論証集」を暗記して、そのまま論文式試験に書こうという姿勢となる、など司法を託すに相応しい法律家を選ぶ試験というにはあまりにかけ離れた状態だったのではないか。それは特に、「予言者としての能力」を育てるための教育像からは、かけ離れた姿であった。

実は司法試験は、後述するように、旧司法試験においても、現行の司法試験においても、司法の担い手として「歴史家としての能力」と「予言者としての能力」の両側面を備えているかを見るためのものであり、そのように制度が構築されているのである。

ところが、その「司法試験制度」そのものへの理解、さらには「司法の担い手としての能力」への理解、さらに言う、「司法試験制度と司法の担い手としての能力との関係」への理解のいずれもが不足し、誤解されたままでいたのが、いわゆる旧司法試験制度であったのではないであろうか。

4 それに対して現行の司法試験を念頭においた法科大学院制度では、知識ではなく教育プロセスを重視することが教育理念に掲げられている。さらに言う、アメリカのロースクール制度で用いられている「ソクラテス・メソッド」を用いて、「思考を育てる」ことが重視されている。それは上で述べたような、司法の担い手を選ぶための試験としての司法試験、という制度目的に合致したものであったはずである。

とするならば、私達は現在の法科大学院制度そのものを非難するのではなく、その理念をいかにすれば生かすことができるのか、社会が求める司法の担い手を育てることができる教育方法とはどのようなものかを検討し、模索し、実現することこそが、求められているのではないであろうか。

この報告書は、私自身が考える司法の担い手に求められている姿、司法試験で求められていること、そしてそれぞれに対応した法科大学院で学ぶべき事について、私自信の法科大学院での教育経験などもふまえて、まとめたものである。

第2 司法試験で求められていることは何か

1 司法試験は、その名からも理解できるように、「司法」試験である。「立法」試験でも、「行政」試験でもなく、「司法」試験であり、それは司法の担い手となる人を選ぶための試験である。そのため司法試験では、「司法とは何か」「司法とはいかなる国家作用か」ということについての理解を表現すること、その才能を持っていることが求められるはずである。

2 司法試験の論文式試験は、新司法試験では8科目、原則1問ずつ（選択科目は2問）である。私は旧司法試験を受験したが、受験時代に、どうして論文式試験をするのか、短答式試験のようなマークシートで○か×かを問う問題を各科目100問ずつくらい出せば、十分な知識があるかが分かるではないか、とっていた時期があったことを思い出す。でも、そのように思っていた間は、合格することができなかった。それは、司法試験が見ようとしている能力（司法の担い手としての能力）に気付いていなかったからに他ならない。

「法学は理系科目とは異なり、正解がない。」と言われる。それでは正解がない、と言われても、では法律はどのように動かしてもかまわないのか、というと、やはりそうではないわけである。

①まず、法律制度を上手に動かしていくためには、現在の法律そのものをしっかりと理解しておくことが必要である。法律にはどのようなものがあるか、そこにはどのような条文が設けられているか、判例はどのような立場であるか、学説はどのような立場であるか、など、それぞれをしっかりと理解することが大切である。言い換えるとそれは、現在の法律制度の姿、そしてなによりも社会の姿をしっかりと把握することである。

②加えて、法律制度や社会の現在の姿をしっかりと理解するためには、これまでの立法の変遷、判例の移り変わり、学説の変化、それに伴う社会の姿の変化などについての理解が不可欠である。

③その一方で、法律家は、法律制度の現在の姿や、社会の現在の姿を知るだけでは十分ではないのである。法律は、現在の社会制度を形作る存在ではあるけれども、それと同時に現在の社会を、将来あるべき社会の姿へと動かしていくための道具のような役割を果たす。とすると、法律家としては、この日本の社会、世界という社会が、将来どのような姿であることが理想的なのか、それを念頭に置いて、その姿に向かって法律を動かし、社会を動かしていく能力が必要となるのである。そしてそれは、司法の担い手にとって特に必要な才能である。

④ただ、法律を使って社会を動かしていくといっても、闇雲に動かされても困る。法律は社会の多種多様な利害を調整している存在である。とすると、法律の動かし方を少し変えるだけで、不利益を被る方が必ず出てくることになる。しかも、ここが大切なところであるが、その不利益を被る方は、法律の動かし方が変わったからといって、この日本の社会から出て行くわけにはいかないのである。法律の動かし方を変えると、利益を得る人が出る一方で、不利益を被る方も出てくる、その両方の方々が、その後も日本という社会で一緒に生活していくわけである。そのことを念頭に置いた上で、そのような不利益を被られる方々の利益にも配慮をした法律の動かし方が望まれるのである。

言い換えるならば、法律の解釈を行うということは、それによって喜ぶ人も出てくれば、悲しむ人も出てくるのであり、それらの方々はその後も同じ社会で生活していくことを念頭において法律の解釈は行わなければならないということであろう。

以上から考えてみると、法律家として、特に司法の担い手として必要な才能としては、①現在の法律制度と社会の状況を把握する能力、②これまでの（歴史的な）法律制度と社会の移り変わりを把握する能力、③その社会の現在の状況から、将来の社会はこうあるべきであるという理想の姿をとらえ、法律を動かしながら、社会を理想に近づけていく能力、④法律を使って社会を理想に近づけていく過程において、不利益を被る方々の利益に配慮した法律の使い方をする能力、の大きく言うと4つの能力が求められているのではないだろうか。

これら4つの能力を大きく2つにまとめると、①及び②が歴史家としての能力、③及び④が予言者としての能力、と表現できるであろう。

- 3 そのことを前提として司法試験について考えてみたい。司法試験の短答式試験はまさに歴史家としての能力を見る試験であると言える（上述の①②の能力）。でも逆にいうと、短答式試験では、歴史家としての能力しか見ることができないと言える

のである。

では論文式試験は何を見ているのか。なぜ司法試験は短答式試験だけでなく、あえて論文式試験を課しているのかを考えることが大切である。それは短答式試験だけでは見ることでできない能力を見ている、それはその人の予言者としての才能である（上述の③④の能力）。

そしてさらに大切なことは、論文式試験は、その人の新しく発生した社会問題を解決する過程における法律の動かし方を見ていることを認識することである。

例えば、論文式試験は、憲法、民法などを題材にはしているが、実はそれら科目の理解や知識自体を見ているのではないと思う。その背後にある「法律の動かし方」を見ていると考えるべきである。新司法試験では、8つの異なる科目での問題を題材として、あなたの考える法律の動かし方を表現してほしい、というのが司法試験の論文式試験なのである。だから、8つの科目それぞれ多くの問題は不要なのである。8つの異なる法律を題材に、法律の動かし方を表現してもらえば、その人が法律とはどのように動かすべきであると考えているのかを知るには十分である。その人の考える法律の動かし方は、手に取るように分かるわけである。

そして、8つの法律を上手に動かすことができる人は、試験科目ではない他の法律も、同じように上手に動かすことができるであろうし、将来新しく制定される法律も同じように上手に動かすことができるであろう、ということになるのではないか。

- 4 (1) 実はこのことは、決して日本固有のものではない。例えばアメリカにおいても、司法の担い手に相応しい能力は同じように考えられていることに注目すべきである（上述したように、日本の法科大学院制度は、アメリカのロースクール制度を念頭において導入された経緯からも注目されるべきである。）。

アメリカの連邦最高裁判事に、2009年8月にヒスパニック系の方として歴史上初めて就任されたのが、ソニア・ソトマイヨール（Sonia Sotomayor）判事である。

2009年5月に、ソトマイヨール判事を指名したオバマ大統領が、指名にあたり彼女を紹介する演説を行った。その演説には、司法の担い手に求められる才能が指摘されていると思われるので、ここで見てみたいと思う（樋口範雄『はじめてのアメリカ法』（有斐閣、2010年）196頁以下）。

「憲法が大統領に与えた多くの責任の中で、最高裁の裁判官を指名することほど重要で大きな影響を与えるものは少ないのです。なぜなら最高裁裁判官は終身勤めることが可能であり、大統領よりも長くその任務に就くからです。

しかも200年以上前に文書化された基本原則（アメリカ憲法）を現代の最も困難な課題に適用するという重大な任務です。だから、私はこの決定を軽々にはしませんでした。

最高裁の裁判官に必要な資質だと私が考えたことは次のようなものです。第1に最も重要な資質は、精密な知性であり、法をよく知り、複雑な法律問題について論点を抽出し明確な回答を与える能力です。

第2に、裁判所の役割とその限界について深い理解を有することです。特定のイデオロギーによるのではなく、先例を尊重しながら、眼前の事実に対し忠実に法を解釈し適用する能力です。これら2つの資質はいずれも重要ですがこれでもまだ足りません。

というのは、かつてオリヴァー・ウエンデル・ホームズ裁判官が言ったように、

法の生命は論理ではなく経験だからです。さまざまな障壁や困難は不運によって試された経験、それにもめげずにこれらの困難に打ち勝ってきた経験です。

この経験こそ、さまざまな人びとの境遇や共感や、いかに世界が動いており、どのようにして普通の人びとが生きているかを理解させるものです。それこそが最高裁での裁判で絶対に必要なものです。」

- (2) オバマ大統領も、アメリカのロースクール制度で教育を受け、弁護士として活躍されていた方である。そのオバマ大統領は、司法の担い手として相応しい資質は3つある、と指摘している。

まず第1の資質は、精密な知性であり、法をよく知り、複雑な法律問題について論点を抽出し明確な回答を与える能力である、と言う。

さらに第2の資質は、裁判所の役割とその限界について深い理解を有することであり、特定のイデオロギーによるのではなく、先例を尊重しながら、眼前の事実に対し忠実に法を解釈し適用する能力である、と言う。

オバマ大統領が指摘する第1の資質は、法そのものを知っていることであり、第2の資質は先例を知っていることにつながる資質である。そしてそれは、日本の司法試験という短答式試験で見ようとしている資質につながる。

さらにオバマ大統領は、これら2つの資質はいずれも重要であるけれども、司法権の担い手にはまだ足りない、と言う。そして、法の生命は論理ではなく経験であることを指摘した上で、「経験こそ、さまざまな人びとの境遇や共感や、いかに世界が動いており、どのようにして普通の人びとが生きているかを理解させるもの」であるとして、それこそが司法権の担い手として絶対に必要な資質であると言うのである。

オバマ大統領も言及しているように、オリヴァー・ウエンデル・ホームズ裁判官は、司法の担い手としての能力として「経験」を重視した方である。そこに言う「経験」とは、「社会が求める社会のあるべき姿を感じる」という能力であり、それはまさに「社会における正義感・公平感を感じる」という能力ではないか（社会の目的である社会正義・公平を感じる能力である。だからこそ、「経験」が重視されるのではないか）。そこに現れている司法の担い手の姿は、決して「紙に書かれた活字としての法律を読み上げる」姿ではなく、「既に存在している正解を追認する」姿でもない。あたかも白いキャンパスに絵の具を塗ることで、人々が足を止めてその絵の前から動けなくなるような芸術作品が生み出されることがあるように、正解のない法律の世界で、それでも多くの人々の心をとらえることのできる意味を、法の与える能力である（社会の目的である正義・公平の実現のために、手段である法律に解釈という意味が与えられることになるのである）。それこそが「予言者としての能力」にほかならない。

そしてその「予言者としての能力」とはまさに、社会の変化に対応し、法を柔軟に動かして新しい社会問題を解決する能力として、日本の司法試験における論文式試験で見ようとしている能力に他ならないのである。

- 5 司法の担い手が日々扱う事件は、一つとして同じものは存在しない。また社会は日々変化し、今日出た最高裁判決も、明日になると既に歴史的な存在である。社会は常に変化し、司法の担い手は、その変化を敏感に感じ取って、それを法の解釈に反映させ、問題を解決していかなければならないのである。司法試験に合格した後、例えば数十年後に制定される法律を動かし、社会を動かしていかなければならない

のである。

そして、法科大学院の卒業生が受けることになる司法試験は、旧司法試験においても、現行の司法試験においても、そのような①歴史家としての資質と、②予言者としての資質を有している者を選ぶ試験である、ということになり、①の資質を見るのが短答式試験であり、②の資質を見るのが論文式試験であるということになるはずである。この点を以下で詳しく見ていくことにする。

第3 司法試験に短答式試験と論文式試験があるのはなぜか

- 1 司法試験では短答式試験と論文式試験が課される。短答式試験はマークシート方式で正解を選ぶ試験である。論文式試験は、論述式の試験である。

司法試験で短答式試験と論文式試験が課されているのは、上述した司法の担い手に必要な能力が歴史家としての能力と予言者としての能力であることと関連があると考えらるべきである。短答式試験は①法律の条文、②判例の立場、③学会の通説をしっかりと把握しているかを見る試験である。それらの理解が不十分な方は、司法の担い手として、新しい判断をすること自体ができないからである（予言者としての思考のスタート地点に立つことができていない、と言ってもいい）。

それに対して論文式試験では、①ないし③の歴史的な存在を前提として、新しい判断が求められる。そこで見られるのは、新しい社会問題について、法律を使って解決することができるか、新しい問題について、法律を使って社会を幸せな方向に動かしていくことができるか、という能力であり、それはまさに、司法の担い手として必要な予言者としての能力なのである。

短答式試験と論文式試験の目的がとてもよく分かるのが、憲法の部分社会の法理だと思われる。ある旧司法試験の論文式試験の問題を題材にして、その点を検討したい。

旧司法試験平成4年度論文式試験憲法第2問

「いわゆる部分社会における法律上の係争は、その自主的、自律的解決にゆだねるのが適当であり、裁判所の司法審査の対象にはならない。」という見解について、事例を挙げて論ぜよ。

この問題につき、仮に短答式試験で求められているもの（判例の立場についての知識）を表現するとすれば、次のようになるであろう。

①自律的な法規範を持つ社会ないし団体における当該規範の実現は、内部規律の問題であり、地方議会における出席停止の懲罰について司法審査は及ばない（最高裁大法廷昭和35年10月19日判決）。

②地方議会議員に対する除名処分は議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らないから、司法審査が及ぶ（最高裁大法廷昭和35年10月19日判決）。

③大学は、一般社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているから、単位認定行為のような内部的問題のような内部的問題は、特殊の事情がない限り司法審査の対象とはならない（最高裁昭和52年3月15日判決）。

④政党が党員に対してした処分が一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的問題にとどまる限り、裁判所の審判権は及ばず、一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反す

るなどの特段の事情のない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則ってなされたか否かによって決すべきであり、その審理も右の点に限られる（最高裁昭和63年12月20日判決）。

- 2 このように短答式試験で求められているのは、判例は「どう」言っているのか、という知識である。それは、法律学における「正解」そのものではなく、現在の判例はどのような立場なのかについて、正確に把握しているか、という観点から必要とされるものである。

なぜならば、現在の判例の立場を正確に把握していない人が、司法作用として出されてきたこれまでの判例の立場を前提として、適切に新しい社会問題に対する解釈を行うことは、できないからである。

これに対して、論文式試験で求められているのは、判例は「なぜ」そう言ったのか、という理解を表現することである（判例の「思考」の理解を表現することである。）。なぜならば、判例の立場を知識として理解しているのではなく、判例がその社会問題に対してそのような解釈を行ったのはなぜなのかということをしかりと理解されている方こそが、司法の担い手として新しい社会問題に対する適切な解釈を行うことが期待できるからである。

とすると、上記した部分社会の法理の論文式試験の問題についても、単に判例は「どう」言っているか、という知識（それは歴史家としての才能である。）を表現するだけでなく、判例は「なぜ」そう言ったのか、その理由からすると、これまで判例が出されていない新しい問題や、判例で問題となった事案とは少し違っている問題について、どう解釈するべきなのか、という理解（それは予言者としての才能である。）を表現する必要があると思われる。

とするならば、この論文式試験問題では、答案で上記の判例の立場を知識として書くだけでなく、総論を設けて、部分社会の問題は、①一方では憲法20条（信教の自由）、21条（表現の自由）などに基づいて結成される部分社会に対し、国家機関である司法権が、その内部問題について適法違法の判断を行うことは、憲法がそれらの結成の自由を保障している趣旨を没却するので、司法判断を差し控える要請があること、②その一方では、とは言っても、それら部分社会内における少数派の方々の人権保障の要請があること、③①と②の相反する要請について妥当な調和点を求めるとすれば、それぞれの団体の目的や、強制加入か否かという性質、団体設立の根拠となる憲法の法条、そして侵害されている人権の性質などの具体的な事情を総合的に考慮して、個別具体的に、司法審査を及ぼすべきか否かを判断すべきである、という理解を表現することが求められていることになる。

そのような理解を表現した後で、上記の各判例の立場を解説し、さらには判例ではまだ争われていないような事案について、このような判断を行うべきである、という観点からの表現をされると、「この人は、この部分社会の法理の問題を、知識としてではなく、司法の担い手として求められる思考そのものをしっかりと理解されている。そうすると、この方に司法の担い手となってもらおうと、この部分社会の法理の新しい問題、またそれだけでなく、憲法の他の問題、さらには他の法律問題についても、大きな観点から、適切な解決をしてくれるのだろう。」ということになり、高い評価を得ることができるのではないだろうか（それは試験の点を得られるという意味で高い評価ではなく、司法の担い手の資質を感じることができるという意味での高い評価である。）。

このように、論文式試験では、出題されている問題についての知識を表現するのではなく、それをいわば題材として、背後にある自分自身の考える法律の動かし方の理解を表現する必要がある、それが司法の担い手に必要な、予言者としての才能を表現することになるのである。

第4 論文式試験で求められる能力は何か1～先例との関係を考えること～

1 元最高裁判事の伊藤正己氏は、学者の際に主張していた立場を翻し、関税検査を憲法21条違反ではない、と最高裁判決の個別意見で書いたことにつき、「判決は歴史的に存在している国家法の一部となること」を、その理由の1つとしてあげている伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年)22頁以下)。

とすると、司法試験の論文式試験でも、「自分の解釈がこれまで存在している先例との関係で矛盾しないのか。」という視点から問題を検討することが必要な問題が出題され、そのような視点を有した答案が評価が高くなること(それは上述したように、試験の点を得られるという意味で高い評価ではなく、司法の担い手の資質を感じることができるとい意味での高い評価である。)は、自然なことなのではないか。

次の旧司法試験の論文式試験の問題を用いて、司法試験の論文式試験では、その問題の「知識」ではなく、問題を一つの題材として、「司法の担い手としての思考」を表現することが求められていることを見ていきたい。

旧司法試験平成3年度論文式試験刑法第1問

甲は、Aと喧嘩をして同人を木刀で殴打しているところに友人乙が通りかかったので加勢を求めたところ、乙は、角材を手にして甲と共にAを殴打した。その結果、Aは、全身打撲の傷害を負い、内臓破裂により死亡したが、死因となった内臓破裂が乙の加勢後の殴打によるものかどうかは不明である。

甲及び乙の罪責につき、反対説に言及しながら自説を述べよ。

この問題の解決で最もポイントとなるのは乙の罪責である。刑法60条は「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」と規定している。

少し受験生になった気持ちで思考を進めていこう。刑法60条の規定は、XY二人で協力をしてZの財布を奪おうと相談して、XはZを殴り、YはZがひるんだ隙に財布を奪って逃げた場合、一人の行為だけ見るとXは暴行罪、Yは窃盗罪しか成立しないように思われるのに対し、二人で協力して奪ったのだから、二人とも強盗罪の共同正犯となる、とした趣旨の規定である。

とすると、上の問題の乙については、甲が単独で殴打していた際については、共同して殴打しようという意思も、また殴打の実行行為もないのであるから、共同正犯が成立するのは乙が加勢した後だけであり、死因となった内臓破裂が乙の加勢後の殴打によるものかどうか不明だ、というのであるから、乙は傷害罪(刑法204条)の共同正犯のみ成立し、傷害致死罪(刑法205条)の共同正犯は成立しない、と考えるべきであるようにも思える。いわゆる「承継的共同正犯」の否定説の立場である。

この承継的共同正犯についての否定説の立場に立つと、この問題では乙は傷害罪についての共同正犯のみ成立する、として答案を終えるべきようにも思える。

ところが、おそらくこの問題は、むしろその後の思考を見ようとしているように思われるのである(この問題は、承継的共同正犯そのものを見ようとしているのではなく、むしろ承継的共同正犯の問題を検討した後に生じる、先例との矛盾をどう解決す

るかをどう解決するかを見ることで、その受験生が司法の担い手に相応しいかどうかを見ようとしていると言える。上述したとおり、論文式試験は個々の「刑法」の理解そのものではなく、その背後にある「法の動かし方」を見ようとしていると感じさせられる点である。)

と言うのは、承継的共同正犯について否定する立場を採った場合、司法の担い手とすると、必ず検討しないといけなくと思われる、先例との関係の問題が生じるからである。

それは、刑法207条「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくとも、共犯の例による。」の規定との関係である。

この刑法207条は、二人以上で暴行を加えて人を傷害させた場合、すべての傷害と各行為者の暴行行為との間の因果関係の立証が困難であるため、立証の負担を軽減するために設けられたと言われている。

そして最高裁は、この刑法207条は、同時に暴行を加え傷害致死の結果が生じ、傷害を生じさせた者を知ることができない場合にも適用がある、としているのである(最高裁昭和26年9月20日判決)。

とすると、上述しました承継的共同正犯につき否定する立場を採ると、暴行行為を共同することについて意思の合致がある場合には共同正犯が成立せず、単に傷害罪が成立し、暴行行為を共同することについて意思の合致がない場合には、逆にこの最高裁判決により、刑法207条が適用されて、両名が傷害致死罪となるのである。

この結論はいかにもアンバランスであり、司法試験でこの問題が出題された理由は、上述したように、承継的共同正犯について否定説を採った場合(多くの受験生がその立場に立ったものと思われる。)、この先例との矛盾を、司法の担い手としてあなたは、どのように解決しますか、という点を見ようとしたのだと思われるのである。

この矛盾の解消方法は大きくいうと二つ考えられる。

一つは、上記刑法207条の規定は傷害致死罪にも適用される、とした最高裁判決の立場がおかしい、刑法207条は傷害致死罪には適用されない、と解釈する方法である。

もう一つは、むしろ刑法207条が傷害致死罪にも適用されるとする最高裁の立場を考慮に入れ、そこから再度承継的共同正犯について検討し、最終的には承継的共同正犯を解釈論として肯定してしまう方法である。

ここで大切な点は、そのいずれの立場を採った場合でも、論文式試験は合格となる可能性がある、ということである。なぜならば、司法試験の論文式試験は、解釈論の結論部分を見る試験ではなく、思考のプロセスが司法の担い手にふさわしいかを見る試験だからである。

実は、この承継的共同正犯と刑法207条についての最高裁判決との関係の問題は、新司法試験の第1回試験である平成18年度の刑事系問題で、再度出題されている。

旧司法試験も、新司法試験も、論文式試験で見ようとしている能力そのものは同じであること、そしてだからこそ、旧司法試験の過去問題の検討(それは、この問題で見ようとしている司法の担い手としての才能は何か、という検討である。)は、やはり不可欠であることを示す問題であると言えよう。

2 この問題は、司法の担い手に求められているのが「歴史家としての能力」と「予

言者としての能力」であることをよく示していると思われる。自らの考える法解釈が、これまでに存在している歴史としての判例と矛盾しないか、仮に矛盾する場合、それをどう調和させるべきなのかは、実は司法の担い手が日々の活動の中で無意識のうちにやっていることであり、それが脈々と続く司法作用の中において求められる「言者としての能力」の一側面なのではないか。司法試験も司法の担い手を選ぶ試験である以上、そのような趣旨から問題が出題されたものと思われる。

第5 論文式試験で求められている能力は何か2～社会の正義感・公平感を感じる能力

- 1 さらに、旧司法試験の論文式試験の問題をもう1題採り上げて、そこで表現することが求められていることと、司法の担い手としての能力について考えてみたい。それは、上でご紹介したオリヴァー・ウエンデル・ホームズ裁判官が言われる、司法の担い手として必要な「経験」を見るための問題であると言ってよい（私の言葉でいうと、それは「言者としての能力」としての「社会の正義感・公平感」を感じる能力を見るための問題である。）。

旧司法試験昭和41年度論文式試験民法第1問

Aに対するBの金銭債務につきCが保証人となるために書類を作成し、そのAへの伝達をBに依頼した。ところが、Bはその書類に債権者の氏名が記入されていないのを幸いに、別人であるDの名を記入し、これをDに渡して同人から金銭を借用した。この場合の関係者間の法律関係はどうなるか。

この問題の債権者Dと保証人Cの法律関係について検討してみることにする。

まず思考の第一ステップとして、指摘しなければならないこと（これは短答式試験的な歴史家としての才能の見せ所である。）は、①Bはいわゆる使者であり、代理人を用いた意思表示については意思表示は代理人について判断するのに対し、使者を用いた契約締結においては、意思表示は本人（本件では保証人C）について判断すること②保証人Cの意思としては、債権者がAであると考えていたのであって、債権者がDであるということは、意思表示に錯誤（民法95条）があるとされるべきこと、③錯誤の主張が認められるためには、錯誤が法律行為の要素についてあったことが必要であるけれども、債権者が誰かという点は法律行為の要素であると言えること、④本件では保証人Cに重過失もないこと、⑤以上からすると、保証人Cは債権者Dに対して、保証契約が錯誤により無効であることを主張できること、という内容になるであろう。

では、以上の思考の第一ステップを前提として、司法の担い手として感じなければならないことは、なるほど、法律の条文やこれまでの判例、通説を前提とすると、錯誤無効という保証人Cの主張が認められるべきように思えるけれども、そのような主張が当然のように認められるようになると、社会に対して、どのような影響を与えるか、ということである（さらに言うと、そのような保証人Cの主張が認められることは、社会の正義感・公平感からすると許されないのではないか、という「感覚」であり「経験」である。）。

もちろん、この問題においては、使者と（権限の狭い）代理との区別には困難を伴うことがあること、使者や代理人と本人との内部関係は外部からは容易には伺えないものであることなど、取引法としての民法固有の解釈ポイントがあるであろう。

しかしながら、この問題においての最大のポイントはそこではなく、むしろ保証人 C は、個人的に知っている B を信頼して、その信頼を裏切られた関係にある、という点を司法の担い手としてどう評価するか、という点にあると考えるべきである。「B は信頼できる」というのはあくまでも保証人 C の評価であって、その評価を誤ったという点に保証人 C の落ち度がある、と言える場合だからである。

そして、仮に保証人 C に何らかの損害が生じたとしても、その損害は、自分自身が信頼した B による損害賠償などで補われるならば、その保証人 C と B との関係を、一般的な取引行為の無効主張という、社会全般の取引に影響を及ぼすような形で終わらせるべきではない、ということ「を感じる」ことが、この問題では求められていると言えよう（その「感覚」を有する人が、司法の担い手としてふさわしい「経験」を有している、ということにつながるのであろう。）。

これが、司法の担い手として、その次に展開することが求められている思考であり、解釈という「紙に書かれた活字で法に意味を与える作用」へとつながり、それを導くことになる。司法の担い手としては、使者による取引行為についても民法 109 条や同法 110 条を類推適用すべきであるという法解釈が導き出すことが求められているのであるが、上の論文式試験問題で見ようとしているのは、その解釈部分の記述の巧みさではなく、その（「予言者としての能力」の端緒となる。）「社会の正義感・公平感」を感じることができているか、という点なのだと考えるべきである。そしてそれこそがまさに、司法試験の論文式試験で見ようとしている能力であり、それを備えている人材こそが、司法の担い手としてふさわしい、ということにつながるようになると思うのである。

第 6 結論

- 1 司法の担い手に必要な能力を見る試験としての司法試験、そして司法の担い手に必要な能力を育てるための機関である法科大学院、という観点から見ると、私達が法科大学院で実現しなければならない教育方法も、自ずから明らかになるように思う。
- 2 国会で成立した法律そのものは、紙の上に書かれた活字にすぎない。それに対して司法は、その活字にすぎない法律に具体的な意味を与えて動かしていく国家作用である。立法当時と現在との社会の変化、人々の意識の変化、国際状況の変化をくみとり、法律の文言にどのような意味を「与えれば」社会は最も幸せになるのか、という観点から法を動かすのが司法である。そしてその作用を行うのが、個々の司法の担い手としての法律家である。

この点、司法試験に短答式試験があり、歴史的な存在についての知識をまず見ようとしていること、それが「歴史家としての能力」を見る場となること、さらには、司法試験の論文式試験では、逆にその歴史的な存在を前提として、新しい社会問題を題材にして、法律を使って解決する能力を見ようとしていること、それが「予言者としての能力」を見る場となることは、上述してきたところである。

その論文式試験で見ようとしている「予言者としての能力」は、司法の担い手が日々行っている判断に対応したものである。そしてそれは、オリヴァー・ウエンデル・ホームズ裁判官が指摘されたように、「経験」により「社会の正義感・公平感」を感じて、それを法に「解釈」という名の意味を与える作用なのである。

- 3 上でも述べたが、日本の法科大学院が模範としたアメリカのロー・スクールでは、教育方法として「ソクラテス・メソッド」が用いられている。「ソクラテス・メソッ

ド」は、受講生を立たせて、講師と受講生とが質問と回答を積み重ねることで、（知識を授けることではなく）「法律家としての思考」を育てることを目的とした教育方法である。それは、まさに上述したオバマ大統領の指摘する司法の担い手として求められている才能を育てるための教育方法であり、またそれは、日本における司法の担い手と、それを育てるための法科大学院制度、さらには司法試験制度のあり方にも、有益な示唆を与えるものではなかろうか。

司法試験が司法の担い手の能力に対応したものであるとすれば、当然その司法の担い手を育てる機関である法科大学院においても、その能力を認識した上での教育方法が求められることは当然である。

法律そのものが紙に書かれた活字であって、それに意味を与えることで社会を変える動きをもたらすことができるように、法科大学院制度も、その本来の理念を実現するような意味を与えることで、それまでの旧司法試験時代とは異なる、より司法の担い手に相応しい人材を育てることができる存在であると私は考えている。

そしてそれは、法科大学院の受講生だけではなく、そこで教える立場の者が、より強く認識するべきことであると思うのである。

以上