

報告書

平成24年3月21日

弁護士 作花知志

第1 はじめに

- 1 法科大学院制度について、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、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、など司法権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。

- 2 それに対して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。それは後に述べるように、司法試験が知識を問う短答式試験だけでなく、思考力・社会の姿を予言する能力を問う論文式試験を課していることに対応したものであるばかりか、それは同時に司法権の担い手に求められる能力にも対応したものであるはずである。

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、社会が求める司法権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権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、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、それは司法権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、と思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（司法権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。

「法律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、司法権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、特に司法権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、と表現できると思われる。

- 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であろう。

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の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、民法などを題材にしてはいるが、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となる。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。そのような人に、司法権を任せると、この社会を上手に動かしていつてくれるだろう、だから司法試験合格だ、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く、例えばアメリカにおいても、

司法権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（日本の法科外学院制度は、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ことから、特に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、司法権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）。

「ありがとう。ありがとう。どうか皆さんお座りください。

いやー。私も興奮しているのです。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活し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、司法権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、日本の司法試験で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活し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。そしてそれは、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であり、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資質なのである。

- 5 司法権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、司法権の担い手は、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。

とすると、その司法試験を受験される方々を育てる法科大学院での教育も、そのような司法権の担い手に必要とされる資質に配慮し、それを伸ばすようなものでなければならないはずである。

その司法権の担い手に必要な資質とは、①社会の現状と歴史を正確に把握し、②その上で社会の変化に対応した法の動かし方ができることであろう。司法試験とは、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検討したい。

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 (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、上述した司法権の担い手に必要な才能が歴史家としての才能と予言者としての才能であることと関連があると思う。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、司法権の担い手として、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、という才能であり、それはまさに、司法権の担い手として必要な予言者としての才能なのである。

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を答案に表現するとすれば、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、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。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、新しい社会問題に対する適切な解釈を行うことができるからである。

とすると、上記しま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、総論において、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大切となるであろう。

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，「ああ，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，しっかりと理解されている。そうすると，この方に司法権の担い手となってもらえると，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，司法権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，それが司法権の担い手に必要な，予言者としての才能を表現することになるのである。

2 (1) さらに，短答式試験と論文式試験との違いがとてもよく分かるのが，「安全配慮義務」の問題である。言うまでもなく「安全配慮義務」とは，従業員が業務中に怪我をした場合，雇用主は単に交通事故のように不法行為上の責任のみを負うのか，それとも契約法上の義務違反の責任をも負うのか，という問題であり，以下ではそれを題材に，短答式試験と論文式試験との違いを考えてみたい。

例えば短答式試験で，「安全配慮義務は認められるか」との設問（選択肢）が出題された場合，それを肯定するのが判例の立場である。次の判例である。

「安全配慮義務（被用者の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務）は，ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において，当該法律関係の付随的義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う

義務として一般的に認められるべきものであり、国と公務員との間でも別異に解すべきではない。」（最高裁昭和50年2月25日判決）

とすると、短答式試験の回答としては「○」となることになる。

(2) それでは仮に、論文式試験で一行問題としての「安全配慮義務」という問題が出題された場合、受験生としては答案に何を表現することが求められているのであろうか。

「安全配慮義務を肯定するのが判例の立場である。以上。」とだけ書いた答案では合格答案とならないことは明らかである。でも「明らかである」ということは、そこに短答式試験と論文式試験との違いが現れている、ということになりはらずである。

では論文式試験で「安全配慮義務」が問われた場合、表現すべきことは何か。司法試験が司法権の担い手を選ぶ試験である以上、その論文式試験では「司法権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と考えるべきである。

マークシート方式で五択式の短答式試験では決して見ることができない能力こそが論文式試験で見ようとしている能力である。そしてそれは司法権の担い手に不可欠の「新しい社会問題を法を使って解決することができる能力」であるはずである。

「安全配慮義務」について考えてみると、論文式試験では「判例はそれを肯定している」という知識を表現するのではなく、判例がそれを肯定するに至った思考のプロセスを表現することが求められていると言うべきであろう。

具体的には、①雇用主と従業員との契約関係は雇用契約である。②雇用契約で雇用主が従業員に対して負う義務は、民法の明文上は賃金支払い義務である（民法623条）。③とすると、従業員が業務中に怪我をしても、それはあくまでも不法行為上の責任のみを負い、契約上の義務を負わない、と解釈すべきように思える。

④しかしながら、そうすると、雇用契約という継続的な法律関係に両当事者の合意によって入った当事者の一方が被った怪我が、単に単発的な交通事故の当事者と同じ法律関係として扱われることになる。これは時効の問題（不法行為は3年（民法724条）、契約関係は10年（民法167条1項））や、証明責任（不法行為は従業員側により重い）などにおいて、著しい差異が生じることになる。これは極めて不合理で

ある。

⑤そこで考えると、雇用契約の当事者は、信義則（民法1条2項）が強く働く継続的法律関係に入っているのであって、互いの財産や身体の安全に配慮する債権法上（契約法上）の義務を負っていると解釈されるべきである。

と、①ないし⑤のような思考を表現することが求められているのではないであろうか。

つまり、短答式試験で求められていることが、判例は「どう言っているか」であるのに対し、論文式試験で求められていることは、判例は「なぜそう言ったのか」であって、判例が「なぜそう言ったのか」の思考のプロセスを、文章できちんと表現できる人は、「法の動かし方」を理解できている、ということになるのである。

そしてそのような「法の動かし方」を表現できる人は、これから社会の変化に合わせて生じる新しい社会問題を解決することもできるだろう、だから司法権の担い手として合格である、ということになるのであろう。

司法試験は「立法試験」でもなく、「行政試験」でもなく、「司法試験」、つまり司法権の担い手を選ぶ試験なのである。その試験の目的をはっきりと把握することこそ、合格への第一歩だと思うのである。

- 3 それでは次に、論文式試験の問題を題材にして、司法試験の論文式試験が見ようとしている資質が、司法権の担い手としての資質にどう結びついているのかについて、検討したい。

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があることは、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、「司法権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、その受験生が司法権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、司法権の担い手とすると、必ず検討しないといけないと思われる、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ても、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権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ものは同じで、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権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。

第5 論文式試験で求められている能力は何か2～表現することを求められているのは解釈の内容ではなく、思考のステップであるということ～

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、そこで求められている資質と、司法権の担い手としての資質について考えてみたい。

旧司法試験平成9年度論文式試験民事訴訟法第2問

甲は、乙の不法行為により2,000万円の損害が発生したと主張し、そのうち500万円の支払いを求める訴えを提起した。乙は、甲の主張を争い、請求棄却の判決を求めた。裁判所は、因果関係が認められないとの理由で、甲の請求を棄却した。甲は、この判決確定後に残額1,500万円の支払いを求める訴えを提起した。この場合における訴訟法上の問題点を論ぜよ。

上述したように、司法試験の論文式試験では、出題された問題をいわば「題材」として、司法権を担うに相応しい才能を有していることを表現することが求められているのである。それは、「この問題を知識として知っているだけでなく、この問題の他のどのような問題も、法を使って適切な解決をすることができる才能」を持っていることを表現するということである。

その点でこの民事訴訟法の問題は、とても示唆的だと思う。その理由を少しご説明したい。

この問題を判例の立場で検討すると、以下のようになると思われる。

①まず問題となるのは、甲が乙に対し、2000万円の損害が発生したと主張して、そのうち500万円の支払いを求めるという、一部請求が民事訴訟法上認められるか、という点である。

判例は、いわゆる明示説に立ち、一部請求が明示されていれば訴訟物はその一部に限定され、前訴判決の既判力は残部請求の後訴請求には及ばず、後訴は許されるとしている（最高裁昭和37年8月10日判決）。この判例の存在が、この論文式試験の思考のスタートとなる。

その意味でこの判例の存在は、司法権の担い手としての歴史家としての才能を示す箇所である（その場合も、単に知識としてこの判例を知っている、ということ表現するだけでなく、つまり「判例はどう言っているか」を知っていることを表現するだけでなく、「判例はなぜそう言っているか」という理解を表現する方が、評価は高く

なると思われる。繰り返しになるが、それが司法権の担い手としての資質につながるからこそ、評価が高くなるのである。))。

なぜならば前者の理解を問うのが短答式試験であり、後者の理解を問うのが論文式試験だからである。そのため答案には、訴額が高くなるような案件で、印紙代等の負担を軽くするという原告の利益と、その一方で、全部請求だと考えて応訴して勝訴判決を得たのにもかかわらず、再度後訴が起こされてしまう場合の被告が被る不利益との調和点からすると、一部請求であることを明示した場合にのみ後訴を認めるというのが社会的な観点からすると妥当な調和点であることを思考として表現することが求められているのではないか。))。

さらに思考のスタート部分は続く。判例の明示説に立つと、前訴判決確定後に甲が残額1,500万円の支払いを求める訴えを提起すること自体は許されることになる(訴訟物が別なので、前訴判決の既判力は及ばない。))。

また、被告の乙としては、前訴では因果関係が認められないとの理由で、甲の請求が棄却されているのではないか、という主張を後訴でしたいところであるが、それも判決理由中の判断ですので、拘束力がないということになる(民訴法114条1項)。

ここまでの、この問題における思考のスタート部分となる。新司法試験では短答式試験が足切り試験となっているが、短答式試験で一定の得点ができないということは、論文式試験におけるこの思考のスタート部分の指摘が適切にできないであろう、ということになる。だから論文式試験の採点そのものがなされないわけである。

②次に、①の思考のスタート部分(それは司法権の担い手としての歴史家としての才能を表現する部分である。)を前提として、司法権の担い手に相応しい才能を表現していくことになる。それは、法の形式的な適用から生じる不都合を、法の解釈(つまり法を新しい方向に向けて動かしていくこと)によって解決することができる、という才能である。

この問題で指摘しないといけない不都合とは何か、が問題である。それは一部請求についての判例の明示説が念頭に置いているのは、一部請求を行った原告が前訴で勝

訴した場合に、さらに後訴を起こして残部を請求する、というプロセスであって、前訴で敗訴した原告が、さらに後訴を提起する、というプロセスではない、ということである。

さらに言うと、前訴では因果関係が認められないとの理由で、原告の請求が棄却されている点につき、もちろん民訴法の規定ではそれは判決理由中の判断なので、拘束力がないということになるのだが（民訴法114条1項）、不法行為訴訟において因果関係が認められないという理由は、当然前訴において当事者により争点化され、懸命な訴訟活動がなされた結果出たものであることからすると、そのような理由で敗訴判決となっている原告が、さらに後訴を提起することが認められることは、被告にとって大変酷な結果となる。

司法権の担い手としては、この②の部分で、社会的、公平の観点からすると、原告である甲の後訴が認められることは、被告である乙との関係で著しく不公平であることを指摘することになる。

そして、実は、司法試験の論文式試験で見たい才能は、この部分、つまり「この結論はおかしい」と感じることができる才能である、と言えると思う。と言うと、条文を形式的に適用すればよいような案件、さらに変更の可能性のない判例に基づいて和訳すればいいような案件は、通常訴訟とはならず、当事者間の話し合いで終わるからである。逆に言うと、司法権に提訴されている案件とは、新しい判断（解釈という新しい法の動かし方）が求められているような案件であって、司法権は常に新しい社会問題を、法を用いて解決する国家作用だからであると言えよう。

司法権が新しい解釈を行う場合とは、当然条文の形式的な適用、これまでの判例の立場の形式的な適用だけでは、「この結論はおかしい」という結論になってしまう場合であるということになる。だから論文式試験でも、そのような思考のプロセスを表現するような問題が出されるということになる。

③さて、①、②で司法権の担い手としての思考を行ってきた私たちとしては、次に解釈を行い、この問題につき妥当な解決を提示する必要がある。

司法試験受験生の方々は、これは、民訴法114条1項は拘束力はないとしている判決理由中の判断につき、それでも信義則が適用され（民訴法2条）、原告である甲の後訴の提起は許されないというのが判例の立場であり（最高裁昭和51年9月30日判決）、論文式試験の答案でも、そのような立場で書かれる方が多いと思われる。

ただ、ここで考えたいことがある。それは、仮にこの解釈の部分を判例の立場である信義則説の立場ではなく、他の立場（例えば争点効説）の立場で書いたら、不合格になるのか、ということである。

おそらくそのようなことはないであろう。判例の立場である信義則説で解釈の部分を書いても、争点効説の立場で書いても、合格点の評価を得る答案となるはずである。

でもそれはとても不思議なことである。なぜ司法権の担い手となる人を選ぶ試験である司法試験で、判例の立場ではない立場で答案を書いても合格となるのであろうか。

それは、実は論文式試験での主要な採点の対象は、解釈の部分の内容（いわゆる理由付けの内容）そのものではない、ということの意味しているのではないか。

司法試験の論文式試験での主要な採点の対象は、理由付けの内容ではなく、①→②→③という思考のステップを踏めているか、そのステップの過程において、指摘しなければならない法律問題を適切に指摘し、かつ司法権の担い手として相応しい観点からの解決方法を提示できているか、ということである、ということの意味しているのではないであろうか。

そこからしても、論文式試験は、答案上で「正解」「解答」をその通りの内容で書いているかを見る試験ではないのだ、ということになるのである。

第6 論文式試験で求められている能力は何か3～通説を前提とした新しい社会問題の発生とそれを解決する能力～

- 1 もう一題、今度は通説を前提とした新しい判断ができるかどうかで、司法権の担い手としての資質を見ようとしている論文式試験問題を検討してみたい。

単独で強盗をしたとして起訴された甲は、公判において、「兄貴分乙に命じられて、強盗をした。」と主張した。裁判所は、「甲と乙との共謀を強く推認させる事実が認められる一方、共謀の事実を否定する乙の供述も虚偽とは言い難い。」と判断した。

このような場合に、裁判所は、「甲は、単独又は乙との共謀の上、強盗をした。」と認定し、甲に対して有罪判決を言い渡すことができるか。

この問題は、いわゆる択一的認定についてのものである。択一的認定については、刑訴法の教科書に、以下のような内容が書かれていることが通常である。

「窃盗の嫌疑を受けた者が、その財物は、行きずりの他人から買い受けたものだと弁解している場合、裁判所は審理の結果、窃盗か、盗品譲り受けのいずれかだが、そのいずれであるか判明しないような場合、択一的に認定することはできるか。

このような場合に択一的な認定を認めると、①窃盗、盗品譲り受けのそれぞれについて合理的疑いを超える証明がないのに有罪を認定することになり、『疑わしきは被告人の利益に』の原則に反する。

また、そのような択一的認定は、窃盗と盗品譲り受けの構成要件を合わせて、いわば合成構成要件を新たに作り出してそれへの該当性を認めることになり、罪刑法定主義に反する。

よって択一的認定は認められない。」

私が受験をしていた頃に参考にした参考答案には、以上の教科書に書かれている通説的な立場を前提として、この問題についても、裁判所は、「甲は、単独又は乙との共謀の上、強盗をした。」と認定し、甲に対して有罪判決を言い渡すことはできない、としているものがあつた。

しかしながら、そのような答案は、おそらく司法試験で論文式試験が課されていることの意味をあまり重視していないものだと思う。

という、通説的な立場からすると、結論としてどうなるかを知っているか、などということは、あえて論文式試験を行わなくても、マークシート方式の短答式試

験で十分見ることができるからである（短答式試験はコンピューターで採点されるので、採点も早く終わる。）。

ということは、あえてこの問題を論文式試験で聞いているということは、通説の立場をその思考のスタートにした上で、何かその通説の立場が念頭に置いていないような新しい問題が生じ、その新しい問題を法の解釈を用いて、社会的に解決することができるか、という能力の有無を見ようとしているのだということが、予想できるのである。

おそらく上掲の問題で、司法試験委員が念頭に置いている思考のプロセスは以下のような形になると思われる。

「1 上述した通説の立場を前提にすると、本問において択一的認定を行うことは、①『疑わしきは被告人の利益に』の原則に反し、②罪刑法定主義の原則にも反し、択一的認定を行うことはできない、とすべきように思える。

2 しかしながら、そのように解釈すると・・・」

と展開される思考である。司法権は常に新しい社会問題の法的解決が求められる国家作用である。

これまで当然としていたような法律問題でも、予想しなかったような場面が生じ、それを解釈によって解決することが司法権には求められているのである。

そして、そのような才能を持っているかどうかを見るのが司法試験の論文式試験ですので、この問題においても、上述した通説が念頭においていないような問題は何かを検討する必要がある。

そして、上掲の問題をいわゆる択一的認定であるから無罪である、としてしまうことの最大の問題は、甲が強盗を行ったことは証拠上認定されているということにある。

それにもかかわらず「これは択一的認定の場面であるから、有罪にしてはいけない」として無罪にしてしまうと、「司法権は常に、これまでとは違う新しい問題を解決しなければならない。この問題はこれまでの問題と何が違うのかを注意深く検討

しなければならないのが司法権であり、その担い手であるのに、強盗を行ったことが明らかである者を無罪にすることの不合理性に気付かず、また気付いても当然のように無罪とするようでは、司法権の担い手としてはふさわしくない。」ということになってしまうであろう。

とすると、思考のステップ2では、当然、通説を前提として甲を無罪としてしまうと、証拠上甲が強盗を行ったことが明らかであるのに無罪とされることの不合理性を強く指摘して、今回の場合には択一的認定を行うことができる、という解釈を導いていくことになるのである。

そしてその思考に続く「3」としては、大きく言うと2つの解釈の方法があると思われる。1つは、このような強盗の単独犯か共犯かという問題は、もはや通説が言っているような異なる構成要件間での択一的認定ではなく、例えば窃盗行為を行ったことは証拠上明らかであるけれども、家の玄関から入ったのか、それとも窓から入ったのかが分からないという、同一構成要件内での認定の問題である、として、甲について択一的認定を認める、という方法である。

もう1つは、従来の通説が議論しているのは、窃盗（刑法235条）か盗品譲り受け（刑法256条2項）かという異なる構成要件間での択一的認定についてのものであって、本問におけるような強盗の単独犯（刑法236条）か共犯（刑法60条）かという、修正された構成要件（刑法60条）との間での択一的認定については、当然には適用されない、とすることである。

この「3」の解釈、理由付けの部分は、いずれの立場であっても合格となるはずである。なぜなら、論文式試験は、その解釈、理由付けの「内容」そのものを主たる採点対象とはしていないからである。論文式試験の主たる採点対象は、上で述べましたような、1→2→3という思考のステップを踏めており、その上で、適切な観点からの法的な解決方法が示されているか、ということである。

その思考のステップの中でも最も大切なのは、「この結論はおかしい」という司法権の担い手に最も大切な感覚が示される2の部分であることは、もうお分かりいた

だけだと思う（その感覚は、法を条文、判例、通説から新しい方向に動かしていくためのきっかけとなるものである。）。

第7 論文式試験で求められている能力は何か4～歴史を踏まえつつ、新しい問題を解決する姿勢～

- 1 これまでに述べたことから明らかなように、司法作用は、常に歴史的な存在を前提にしつつ、社会の変化を鋭敏に感じ、それを法解釈に反映させることが求められる。

司法権の担い手は、それまでに司法が出した判断（判例）をまず知らなければならぬ。判例は、その時代において、司法権が発生した社会問題を解決するために編み出した解釈という名の解決方法である。

でも司法権の担い手は、判例を知っているだけではいけない。社会は日々変化する。判例は、その出された時代における解決方法ではあっても、それが出された瞬間にすでに歴史的な存在となるのである。その翌日には社会は変化し、新しい問題が生じるのである。

以下では、旧司法試験の論文式試験と、新司法試験の論文式試験の2題を続けて検討することで、司法試験の論文式試験で表現することが求められている司法権の担い手としての資質について検討したい。

旧司法試験論文式試験憲法昭和53年度第1問

ある県では、自動販売機による有害図書類の販売を規制するため、次の案による条例の制定を検討している。この条例案に含まれる憲法上の諸論点につき説明せよ。

「第〇条 自動販売機には、青少年に対し性的感情を著しく刺激し又は残虐性をはなはだしく助長し、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めて知事が指定した文書、図画又はフィルムを収納し又は陳列してはならない。

知事は、前項の規定に違反する業者に対し、必要な指示又は勧告をすることができ、これに従わないときは、撤去その他の必要な措置を命ずることができる。この命令に

違反した業者は、3万円以下の罰金に処せられる。」

- 2 憲法21条1項は、「表現の自由は、これを保障する。」と規定し、さらに2項で「検閲は、これをしてはならない。」と規定している。

表現の自由については、現行憲法施行後、それは民主制を支える重要な権利であること、表現の自由が制限されていれば、選挙活動などの民主制のプロセスに瑕疵（キズ）が生じた状態となり、国民の意思が選挙結果として正確に反映されないことになること、だから裁判所（司法権）は、積極的に違憲審査を行わなければならないと、その保障を強調する立場が通説であり、判例も基本的に同趣旨であると考えられる。

ところが、社会の変化により、青少年にとって有害ではないか、と思われる表現が登場し、またそれは、無人の自動販売機における販売方法がとられることで、より直接青少年に影響を及ぼす可能性が生じ、社会問題となったのである（それはこの論文式試験問題が出題された昭和50年代に顕著となった。）。

この旧司法試験論文式試験憲法昭和53年度第1問は、そのような問題意識から、歴史的に強調されてきた表現の自由の保障の要請と、社会問題となった青少年の保護の要請とを、どのように調和させるか、を検討することが必要なものであり、より詳しく申すと、表現の自由の保障への制約についての違憲審査基準を、どの程度緩和させることができるのか、という問題意識を、どのように法解釈論として表現できるか、という問題だと言えよう。

- 3 そして、その①表現の自由の保障→②青少年保護という新しい社会問題の発生と法解釈論の変化が、新司法試験の問題では、さらに一段と変化することになる。新司法試験平成20年度公法系第1問（憲法）の問題をここで検討してみたい（問題文については法務省のHPで見ることができる。）。

この問題を一言でまとめると、青少年を有害な情報から守るために、すべての機種でインターネットにおける一定の有害とされるサイトを見ることができなくした

上で、18歳以上の人には無料でそれを解除できるサービスを行う法律を制定したがその結果、残虐な画像は含むものの、青少年にとっても有益ではないかとも思われるサイトまで18歳未満の未成年者は見るができなくなったそのサイトの運営者が18歳未満の者も見ることができるソフトを開発したところ、法律違反として起訴された。その方に法律違反を理由として刑罰を科すことは、表現の自由を保障した憲法21条に違反するか、というものである。

上掲の旧司法試験論文式試験憲法昭和53年度第1問では、表現の自由も、青少年保護の目的のためには、その保障も完全なものではなく、一定の制約が憲法上適法となる、制限が憲法違反ではないとしても、自動販売機における販売について制約を受けるだけなので、必要最小限度の制約と言える、という解釈論が求められているところである。

それに対してこの新司法試験平成20年度公法系第1問（憲法）では、青少年保護という目的に変化はないものの、社会の変化によって登場したインターネットにおいても、その法解釈論は通用するのか、という観点からの検討が求められているのである。

つまり、「青少年保護のためなら表現の自由を、自動販売機での販売が禁止される程度制約しても、憲法には反しない。」という判例（最高裁平成元年9月19日判決）の存在を知っていることだけではなく、その歴史的な存在を前提として、新しい社会の変化であるインターネット上での表現の自由と青少年保護の問題について、憲法を使って解決することができるか、を見ているということができる。

とすると、この新司法試験平成20年度公法系第1問（憲法）の答案において採点のポイントとなるのは、決して歴史的な存在としての判例などの知識をどれだけ書けているか、ではなく「インターネットは〇〇な特徴を有するから」憲法の解釈をこう変化させなければならない、という視点からの記述がどれだけ書けているか、ということになることになろう。

問題文に即して述べれば、設問1における弁護士の行う主張としては、表現の自

由の重要性と役割，厳格な司法審査を中心に論述し，設問2における被告側の反論では，それに対して青少年育成保護目的は表現の自由の制約理由となること，その目的下では表現の自由の制約についても比較的緩やかな審査となることなどを論述することになるであろう。

それらは言うまでもなく，この問題が出題された段階で存在している歴史的な「知識」である。これまでに述べたように，それは論文式試験での思考のスタート部分にすぎない。

そしてこの新司法試験の問題で見ようとしている司法権の担い手としての資質は，それら歴史的な「知識」を前提とした，「インターネット」という新しい社会的な存在での問題を，法を使ってどう解決するかであり，それがまさに予言者としての才能ということになるであろう。

一つの解釈としては，①青少年育成保護という目的は正当なものであり，その目的で表現の自由を制約することができる，という判例の立場そのものは是認すべきである，②ただ，その目的も絶対的なものではない。特に「インターネット」というパブリック・フォーラムたる性質を強く有する存在における表現に対しては，青少年育成保護という目的による規制そのものは合憲であるとしても，その規制法によって必要以上に表現が制約されてはならないことは言うまでもないのであって，本件におけるような社会的に有意義であるAの表現に対してまで刑罰が課される限りにおいて，その適用が表現の自由を保障した憲法21条に反することとなる（適用違憲），という思考が求められているのではないか。司法権の担い手として，存在している先例を尊重しつつ，新しい問題に柔軟に対応していく資質が表現できているように思う。

第8 短答式試験で求められていることは何か

- 1 以上論文式試験を，司法権の担い手の資質を見る試験として検討してきたが，それらを前提として，最後に短答式試験で求められていることについて考えてみたい。

繰り返し述べたように，司法権の担い手に必要な才能は，歴史家としての才能と予

言者としての才能である。そして司法試験で短答式試験と論文式試験が課されるのは、短答式試験は歴史家としての才能を見る試験であり、論文式試験は予言者としての才能を見る試験であると考えるべきである。

いわゆる旧司法試験の戦後第1回試験では、論文式試験しか課されなかった。その後、受験生が増加したことから、短答式試験が課されるように制度が変更されたのである。短答式試験を通った人だけが論文式試験を受け、その採点を受けることができるという方式になったわけである。

私たちは、短答式試験というものの性格を考えるために、この歴史的経緯を重視するべきだと思う。上述したことをもう一度確認したい。論文式試験では、正解のない法学の世界で存在している歴史的なもの（①法律の条文、②判例、③学会の通説）を思考の前提として、それら歴史的な存在が予想していなかったような社会問題や新しい状況を、法律を使ってあなたならどう解決しますか、という視点から問題が課されるのである。

そしてそれら論文式試験でよく表現する思考のプロセスとしては、Ⅰ法律の条文、現在の判例などの歴史的な存在→Ⅱ新しい社会的問題から生じる不都合な点の指摘→Ⅲ法解釈、新しい法律の動かし方の提示、というものがあります。Ⅰの部分が歴史家としての才能、ⅡⅢの部分が予言者としての才能を見る箇所である。

この論文式試験で表現を求められる思考のプロセスと、上述しました旧司法試験開始当初は短答式試験は課されていなかったことの両方から考えてみますと、おそらく短答式試験が課されている理由は、以下のようなものとなると思われる。

①法律の条文、②判例、③学会の通説についての理解をしっかりとしていない人の書いた論文式試験の答えは、Ⅰの部分を正確に書けていないことが多い、Ⅰの部分を正確に書けていないと、その後続く思考の展開であるⅡⅢの部分も、論文式試験で見たいと思っているような内容が書けていないだろう（良い予言は正確な歴史の理解から行われるものだから。）。だから、短答式試験を通った方だけ、論文式試験の評価を行えば十分である、とされているのだと思われる。

私が、ある法科大学院生の方々と一緒に勉強をした際に、以下の旧司法試験の短答式試験問題を検討したことがある。

旧司法試験平成 11 年度短答式試験憲法第 11 問

外国人の人権に関する次の A から E までの記述のうち、明らかに誤っているものは幾つあるか。

A 外国人には、国政に関する参政権は認められないと考えても、地方公共団体に関する参政権については、これを外国人に与えることも憲法上許される。

B 外国人には、国政に関する参政権は認められない以上、国政に関する政治活動の自由は、いかなるものも憲法上保障されていない。

C 公務就任権について、参政権的性格があると考えれば、選挙権と同様に、外国人が国家意思の形成に参画できない以上、国家意思の形成への参画に携わる公務員への就任権については、憲法上、当然には外国人に保障されていない。

D 適法に在留資格を得た外国人が、憲法第 22 条第 2 項により出国の自由を保障されていると考えても、当然に再入国の自由も憲法上保障されているとは限らない。

E 社会権は、各人の所属する国によって保障されるべき権利であると考えても、これを外国人に保障することは立法政策上望ましいが、財政上の理由から自国民を外国人よりも優先的に扱うことも憲法上許される。

1. 0 個, 2. 1 個 3. 2 個 4. 3 個 5. 4 個

この問題を検討した際に法科大学院生の方がぼろりとこぼした言葉が「微妙ですね」というものであった。でも、その言葉は、実は短答式試験というものの性格を適切に把握されているものだと思う。この外国人の人権についての判例だけでなく、短答式試験で出題される問題はどれも細かく、微妙な判断が求められるものばかりである。

でもそれは、逆にいうと、例えば外国人の政治活動の自由についての事件につき司

法権の判断が求められた場合、それまでの判例はどのような立場かを正確に把握していないと、この事件はこれまでの判例を当然の前提として判断してよいのか、それともこの事件をきっかけとして新しい判断・判例の生成を行うべきなのか、もしくは、これまでの判例を前提とした上で、ただ、今回の事件はその判例が前提としているような場合ではないので、少し違う判断を行うべきなのか、などの判断を正確に行うことができないわけである。

司法権は常に新しい社会問題の判断、新しい社会問題を法律を使って解決することが求められます。司法権は、法律の条文、判例、学会の通説を前提としつつ、社会の変化に応じて、法の解釈・法の動かし方を変化させていく任務を負っているのである。

とすると、司法権の担い手が、その判断の段階で存在している法律の条文、判例、学会の通説をしっかりと理解していないと、法の新しい解釈を行い、新しい動かし方を提示して、社会を最も理想的な姿へと導いていくことなどできないことになる。

ここからしても短答式試験とは、論文式試験で見ようとしている予言者としての才能（思考の展開、解釈論の展開）の前提となる、歴史的な存在の理解（歴史家としての才能）を見る試験だ、ということができるように思うのである。

第9 結論

- 1 私は短答式試験はとても得意だったのであるが、論文式試験はとても苦手であった。論文式試験で求められていることが分からず、いつも問題を見ながら茫然となっていたことを思い出す。よく「真っ暗闇の海でもがいているような状態だ。どちらの方向に向けてどの程度の距離を泳げば陸に着くのか自体が分からない。」と思っていた。

その頃の私は、司法試験は短答式試験も、論文式試験も、正解を表現する試験だと思っていたのである。でもその後、あることに気付いたのであった。法律学には正解はない世界である。そして司法試験は上述したように、「立法試験」でも「行政試験」でもなく「司法試験」であることから分かるように、司法権を担うに相応しい人を選抜する試験であるはずだということに。

では司法とはいかなる国家作用か、ということを、私たちは考える必要がある。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。司法権は、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権である。

そのような観点からもう一度司法試験を見てみると，その試験の意味がとてもよく分かったのである。短答式試験は「次の5つの選択肢の中から正解を選択するように。」という試験である。でもそこで正解とされているのは，法律の条文が存在するものは条文にどのように規定されているか，判例が存在しているものは判例がどのような立場を採っているかというものである。

司法権が，これまでに存在している歴史的な存在である条文や判例を前提として，その上で社会の変化，人々の意識の変化，国際状況の変化をふまえ，活字にすぎない法律に意味を与える国家作用であるとすれば，司法試験の合格者としては，その段階で存在している法律の条文，判例の立場を正確に理解していることが必要である。そうでなければ，そのことを前提とした新しい社会問題に対して，良い判断を行うことができないからである。

それに対して論文式試験は，「次の法律問題を自分の立場で検討しなさい。」というものである。特に新司法試験の論文式試験では，これまで訴訟で問題とされていなかったような新しい問題が題材とされる。それに対する検討を論述させることによって，これから発生するであろう新しい社会問題を，法律を使って解決する能力を見ていると言えよう。だから論文式試験には「正解」，さらに言うところ「解答」も内なのである。それは司法権の担い手が日々行っている判断に，正解がないことに対応したことである。

2 司法試験はその名のとおり「司法権」の担い手を選ぶ試験である。そして法科大学院制度は，その司法権の担い手を育てるために新しく設けられた制度である。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、より司法権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、その教える側の立場の者が、より強く認識するべきことであると思うのである。

以上