

# 具体と抽象の往還

——法科大学院における法的思考の涵養と国語教育の連関——

松井直之

## 提 要

日本の法科大学院は2004年开始成为以培养法曹三机构从业者为目标的法学研究生院。为了充分理解法科大学院的作用，要关注从1980年代末开始并持续10年以上的针对司法考试制度改革的讨论，在这场讨论中得出这样一个看法，即大学法学部（法学院）所培养学生的个人之深度思考能力是在下降的。从这个非常重要的看法展开，本论文首先探讨了个人的思考能力的意思，然后聚焦于司法考试的结果，分析个人的思考能力下降的原因，最后研讨在法科大学院如何训练学生个人的深度思考能力。

关键词：法科大学院，法律思维，反复实验，构建一种将判断框架和考虑个别细节相结合的能力

## はじめに

「法科大学院は、法曹養成に特化した教育を行うプロフェッショナル・スクール（専門職大学院）として、少人数かつ双方向の密度の濃い授業を基本としつつ、法律基本科目を始めとする法理論教育に加えてこれまで司法研修所において行われてきた実務教育の導入部分をも併せて実施するなど、実務との架橋を強く意識した教育を目指して、平成16年度に68校が開設されてスタートした<sup>1)</sup>。

法科大学院制度の導入は、一般的に、司法制度改革の一環として論じられてきた<sup>2)</sup>。すなわち、「司法制度改革の3つの柱<sup>3)</sup>」の1つである「司法制度を支える法曹の在り方」に関連して、法科大学院制度は、「国民に身近で利用しやすく信頼できる司法を実現し、『法の支

配』を社会の隅々まで及ぼすために、質量ともに豊かな法曹を養成する」「新たな法曹養成制度の中核的教育機関として位置づけられ」ることになったのである<sup>4)</sup>。

もっとも、法科大学院制度に期待されている役割を十分に理解するためには、「今回の司法制度改革全体における構造的な位置づけだけでなく、1980年代末から10年以上続いてきた司法試験制度改革議論の歴史的な経緯、さらに、大学改革・教育改革の一環としての法学教育改革との関連をも視野に入れる必要がある<sup>5)</sup>」。具体的には、まず『『一発勝負』の司法試験を出発点とする法曹養成制度では限界や弊害があるという認識が広まり、司法試験以前の大学の法学専門教育を、法曹養成に特化して充実し、司法試験の方式や内容もそれに合わせて改正し、『プロセス』を重視する法制制度に改め』ることが議論されるようになったこと<sup>6)</sup>、次に「わが国の大学の法学教育が、伝統的に、法的素養を身につけたジェネラリスト養成を主眼としており」、「大学院重点化政策、4年一貫教育体制への移行に伴って、学部と大学院との関係、教養教育と専門教育の関係など、戦後の大学の教育体制全体の見直しが進むなかで、法学教育の在り方も再検討が迫られ」、「法曹養成に特化した教育を行うプロフェッショナル・スクールとしての法科大学院制度」の導入が議論されるようになったこと<sup>7)</sup>である。これらの議論を踏まえて、法科大学院制度に期待されている役割を理解することが求められているのである。

これらの議論のうち、前者の「司法試験制度改革議論」のなかで指摘された『『一発勝負』の司法試験を出発点とする法曹養成制度』の限界や弊害とは、具体的に何を意味するのだろうか。これまでにも、例えば「目先のみを追って末梢的な受験技術に走った者のみが有利になって、真に将来大きく伸びる能力を潜在的に秘めている者が排除されるという結果を生じていることがないか<sup>8)</sup>」ということや、「法律学の基礎的知識や体系的理解を身につけることをせず、手っ取り早く、司法試験に関係するわずか数科目の法律学科目について、論点暗記で対応するので、最近の司法試験合格者には、自分の頭で考える力が落ちてきており、幅広い教養どころか、基礎的な教養すら不十分な者が増え、現行制度のまま合格者を増やすと、法曹の質が低下するのではないか<sup>9)</sup>」ということが指摘されてきた。

そこで注目すべきは、「末梢的な受験技術に走」り、「論点暗記で対応するので」、「自分の頭で考える力が落ちてきて」いるという指摘である。

この指摘を踏まえ、本稿では、まず「抹消的な受験技術」でもなく、「論点暗記」でもない「自分の頭で考える力」とは、具体的に何を意味しているのかを検討し(1)、そのうえで、平成18(2006)年に始まった新司法試験(現在の司法試験、以下「司法試験」という)の公法系科目第1問(憲法)に焦点を当てて、司法試験受験者の「自分の頭で考える力」に関する問題点を明らかにし(2)、法科大学院での法曹養成教育と「自分の頭で考える力」の涵養について若干の考察を試みたい(3)<sup>10)</sup>。

## 1 リーガル・マインド（法的思考）

### 1.1 法学教育とリーガル・マインド（法的思考）

「司法試験制度改革議論」では、前述のとおり「抹消的な受験技術」や「論点暗記」と「自分の頭で考える力」を対比することで、「自分の頭で考える力が落ちてきて」いることが指摘された。

従来、法学教育の目的も、知識と思考の対比を通じて、思考することであると解されてきた。例えば、「法学教育の目的は、法律知識（リーガル・ナレッジ）を興ふることにあらずして、法律心を鍛錬すること（トレーニング・ザ・リーガル・マインド）にある」<sup>11)</sup>、「法学教育の目標は単に知識の集積にとどまってはならず、人格の陶冶ということと深く結びついている」<sup>12)</sup>、「法律学を学ぶにあたっては、法律の条文や判例・学説などの細かなことをあれこれ覚えこむよりも、法的に筋道を立てて考える力、つまり、法的思考能力、リーガル・マインド (legal mind) を身につけることが重要である」<sup>13)</sup>などの指摘を挙げることができる。

こうした知識と思考の対比を踏まえると、「自分の頭で考える力」とは、ひとまず「法律知識（リーガル・ナレッジ）を興え」、「法律の条文や判例・学説などの細かなことをあれこれ覚えこむ」といった「知識の集積」ではなく、人格を陶冶し、「法律心を鍛錬」して身につけるリーガル・マインド（法的思考）<sup>14)</sup>を意味するといえよう。

### 1.2 法学教育が抱えている問題

このように、従来から「法学教育の目的は、リーガル・マインドの訓練である」<sup>15)</sup>といわれてきた。しかし、「そのわりに、リーガル・マインドが具体的にどのようなものかについては、あまり明確な説明はなされず、さまざまな特徴が例示的に語られるだけだった」<sup>16)</sup>。無論、本稿において、リーガル・マインド（法的思考）が具体的にどのようなものかについて正面から論じる余裕も準備もない。

そこで、ここでは、かつて芦部信喜教授が指摘した「法学教育が抱えている問題」を踏まえ、「リーガル・マインドに関する基本的な問題」の一端をみることにしたい。芦部教授は、アメリカのウォルター・ゲルホーン教授による「日本の法学と法学教育」と題する日本の印象記<sup>17)</sup>を読み返し、「日本の法律学の大きな問題点を衝くものがあった」<sup>18)</sup>という。具体的には、『日本では抽象的な原理・原則の権威を尊重する慣行があり、その原理・原則と具体的なものがかなり機械的に切り離されて』おり<sup>19)</sup>、「当時の日本の法律学には、アメリカの法律学のように、『幾多の事例（事件）をにつめて、そこから諸原理を導き出す』という帰納的なアプローチを採り、一般原理よりも『諸々の事実を分解し』てこれらの事実の間に見出される相互関係を明らかにし、それを基礎として具体的な事案に判断を下すことを重視す

るという面では、かなり欠けるものがあった<sup>20)</sup>ということである。芦部教授は、そのような認識に基づき、日本の法学教育は、『既成の結論、概念的抽象的な結論を覚えさせる』傾向が強く、アメリカ式の、『具体的な問題に対して自分の結論を、いろいろな条件を分析して出していくという訓練』を行うことを（制度上不可能なところはあったにせよ）怠っていた<sup>21)</sup>と省みている。その上で、芦部教授は、「今でも学生諸君の学習には、『既成の結論』を覚える勉強に陥りがちなところがあるのではなからうか。しかし、それでは『法律家らしく考える』道筋を踏みはずしてしまおう」と警鐘を鳴らし、「結論よりも過程（結果に至るまでの法的推論）を大切にすること」、「まず与えられた課題について『問題点を発見し、分析・整理すること』、ついで基本的な法律知識（原理・原則や概念など）を正確に押え、かつ双方の意見に耳を傾け諸価値を衡量し、問題解決に向けて法的推論（いわゆる論理構成）を行うこと、これを欠いてはならないのである<sup>22)</sup>と強調するのである。

総じていうと、法学教育が抱えている問題とは、「原理的なものと具体的なものとを結びつけて自ら考える姿勢を保ちながら、諸々の事実や価値の相互関係を一貫した筋道で整序することの重要性<sup>23)</sup>を認識すべきである、ということになる。

この法学教育が抱えている問題に基づく、法学教育を通じて訓練すべきリーガル・マインド（法的思考）とは、「原理的なものと具体的なものとを結びつけて自ら考える姿勢を保ちながら、諸々の事実や価値の相互関係を一貫した筋道で整序すること」であると分かる。そして、このなかでより根幹を成すのは、芦部教授による『日本では抽象的な原理・原則の権威を尊重する慣行があり、その原理・原則と具体的なものとがかなり機械的に切り離されて』きたとの指摘を踏まえると、「原理的なものと具体的なものとを結びつけて自ら考える姿勢を保つことであると解することができる。つまり、法学教育を通じて訓練すべきリーガル・マインド（法的思考）、換言すると「自分の頭で考える力」とは、「原理的なものと具体的なものとを結びつけて自ら考える」力ということができるのである。

### 1.3 試行錯誤を行う力

こうした「自分の頭で考える力」は、当然、法律家<sup>24)</sup>の備えるべき必須の資質でもある。

では、法律家にとって「原理的なものと具体的なものとを結びつけて自ら考える」力とは、どのようなことを意味するのであろうか。以下では、法律家のなかでも裁判官を例に挙げ、裁判における裁判官の判断過程に焦点を当てて、この点を検討していく。

裁判官が結論を「判決文にあらわすときは、あたかも法規から自動的ないしは必然的にその結論が導きだされたかのように、三段論法的な構成で記述される<sup>25)</sup>。例えば、『Aという要件（ここでは「過失」）にあたる事実があれば、Zという法律効果（ここでは、損害賠償請求権）が生じる』という法規を大前提とし、この『事件においてはA（過失）にあたる

事実があった』という事実認定が小前提となって、『ゆえにこの事件においてZ（損害賠償請求権）がある』という結論になる<sup>26)</sup>というように三段論法を用いて、演繹の正当化が試みられるのである。

しかし、「結論としての判決は、大前提たる適用法規と小前提たる事実関係との機械的な組み合わせから、自動的にでてくるものではない<sup>27)</sup>。そもそも「法規の定める要件の意味が一義的に明らかでない場合が通常であり、その解釈如何によって、認定すべき事実も変わってくる<sup>28)</sup>。裁判における適用法規は、そのまま文字通りの形で適用されるのではなく、裁判官が解釈によって、その意味を定めたくて適用されることになり、また、客観的事実も、容易に明らかになるものではなく、裁判官が証拠の取捨選択を通じて、その事件の解決に必要な事実を認定することになるのである<sup>29)</sup>。

したがって、「裁判官は、まず、事件の具体的事実関係のなかから、それに即した具体的に妥当な結論をみいだそうと努め、つぎに、そこから得られた結論を、法規からの理由づけによって正当化しようとする。その場合に、法規はけっして文字そのままの固定的なものではなく、裁判官は、結論の理由づけに適合するように、解釈によって法規を操作していく。しかし、その結論の理由づけが、法の解釈からは論理的にむりだと思われる場合には、裁判官は、最善と思われる結論を捨てて、次善の結論を求め、それについてさらに理由づけを試みることになる。このように結論とその理由づけとの間の試行錯誤の過程を経て、裁判官の最終的判断が固まっていく<sup>30)</sup>のである。

このような裁判における裁判官の判断過程に着目すると、法律家が備えるべき「自分の頭で考える力」とは、「具体的」事実関係に即した「具体的」に妥当な結論と「抽象的」な法規の解釈に基づく理由付けの間で自ら試行錯誤を行う力であると解することができる。

## 2 事案に即した理由を以って、判断枠組を構築し、個別的・具体的な検討を行う力

### 2.1 司法試験における採点実感の公表

こうした法律家（法曹）となるための司法試験においても、以前より、「判例及び学説に関する知識を単に『書き連ね』たような、観念的、定型的、『自動販売機』型の答案を求めものではなく、『考える』こと」が求められている<sup>31)</sup>。では、司法試験において要求されている「自分の頭で考える力」とは、具体的に何を意味しているのだろうか。

新司法試験（現在の司法試験、以下「司法試験」という）は、短答式試験と論文式試験の総合評価により及落を決定するもので、平成18（2006）年5月に初めて実施された。

この司法試験の実施に伴い、新たに、同年9月に公法系・刑事系科目の考査委員に対する

ヒアリングが行われ、同年10月に民事系科目の考査委員に対するヒアリングが行われた。そして、これらのヒアリングの概要は、同年12月に「新司法試験考査委員に対するヒアリング」として法務省ウェブサイト公表された<sup>32)</sup>。

その後、平成20(2008)年から「採点実感等に関する意見」(平成29(2017)年から「採点実感」に変更された)が公表されるようになった。それは、「規制改革推進のための3か年計画(改定)」(平成20年3月25日閣議決定)により、「実際に出題された司法試験問題については、受験生や法科大学院教員等に対しては有益な情報として資するとともに、考査委員に対しては試験問題に関する不正な情報提供のリスクを必要以上に負わせないメリットもあることから、試験の出題趣旨のほか、採点実感、採点方針等出題に関する情報をできる限り詳細に公表する<sup>33)</sup>」ことが求められたからである。

では、考査委員は、この採点実感等において、司法試験受験生の「自分の頭で考える力」をどのように評しているのだろうか。以下では、平成20(2008)年から令和4年(2022)までの、公法系科目第1問(憲法)の「採点実感に関する意見(憲法・公法系科目第1問)」及び「採点実感(憲法・公法系科目第1問)」(以下、合わせて「採点実感」という)に焦点を当て、司法試験における「自分の頭で考える力」とは何かを明らかにし、その「自分の頭で考える力」について司法試験受験生が抱えている問題点、逆にいうと法科大学院の法曹養成教育において「自分の頭で考える力」を涵養するための要点について考察していく。

## 2.2 判断枠組を構築し、個別的・具体的な検討を行う力

司法試験では、採点実感によると、まず「事案の分析の薄い、紋切り型の答案を脱するために、事案の内容に即した個別的・具体的な検討」が「必要不可欠である<sup>34)</sup>」と解されている。そうだとすると、司法試験で求められている「自分の頭で考える力」とは、「パターン化した思考ではなく、事案についての適切な分析能力や柔軟な法解釈能力<sup>35)</sup>」であるといえることができる。では、司法試験において求められている「事案についての適切な分析能力や柔軟な法解釈能力」とは、何を意味しているのだろうか。

採点実感を踏まえると、「事案についての適切な分析能力や柔軟な法解釈能力」とは、「当該事案とこれまでの判例の動向を踏まえ、問題となる条文等の解釈を行って判断基準を導き出し、比較的長文の事案の中から具体的事実を抽出・分析して、その判断基準に適用し、論理的かつ説得的に妥当な解決を導き出す<sup>36)</sup>」力、或いは、「実務において判例の持つ意味を十分に認識し、基本判例は、判決原文に照らして検討し、「その上で、当該判決における理論的問題を検討し、そして事実認定・事実評価の問題点を個別的・具体的に理解・検討する<sup>37)</sup>」力といえることができる。

つまり、司法試験で求められている「自分の頭で考える力」とは、事案や判例を踏まえて

判断枠組（違憲審査基準）を設定し、個別的・具体的な検討を行う力であるといえることができる。

### 2.3 事案に即した理由を示すこと

司法試験の事例問題では、「判断の枠組みを適切に定立した上で、事実関係に即して結論を考えていくという両方がきちんとできて初めて説得力のある論述となる」<sup>38)</sup>。そうだとすると、「判断枠組みの構築ばかりでなく、与えられた具体的事実を踏まえた丁寧な論証が重要である」から、「一定量以上の記述がなければ、内容が充実した答案を書くのは難しいであろう」<sup>39)</sup>。

ところが実際には、「問題文の中に、考慮すべき事情があれこれと挙げられているのに、それらを十分に考慮しない答案」<sup>40)</sup>や「事実をただ列挙し、自分の選んだ1つ2つの事実に基づいて結論を導いて論述を終えてしまうなど、事実の評価が甘く、自分なりの結論に強引に結び付けている答案が少なくなかった」<sup>41)</sup>。それは、「暗記している抽象的理論を絶対視していて、具体的事例にそのまま『当てはめ』れば自動的に解答が出てくるかのように誤解して」おり、「具体的事例の個性が暗記してきた抽象的理論に取まらないときは、それ以上の思考を巡らせることなく、具体的事例の個性の方を切り捨ててしまう」<sup>42)</sup>からである。

甚だしきに至っては、「判断基準に関する争いのみに終始して事足りるとし、与えられた事例に即した個別的・具体的検討ができていない答案」<sup>43)</sup>や、「一般的、抽象的な憲法の知識を書き表しただけの（地に足が着いておらず、何が問題であるかを見抜けていない）答案」<sup>44)</sup>が多くみられた。それは、実務家としての「実際に目の前にある事案の紛争解決」の「能力をも試されている」<sup>45)</sup>にもかかわらず、「憲法を、具体的な事例の中でどのように適用するか（活用するか）という観点」に欠けているからである<sup>46)</sup>。

事案や判例を踏まえて判断枠組（違憲審査基準）を設定し、個別的・具体的な検討を行う際に重要なことは、「マニュアル的、パターンの準備してきたものをそのまま書くのではなく、なぜその点を論じる必要があるのかを事案に即して考え、準備してきたものの中から取捨選択して論じていく」ことである<sup>47)</sup>。したがって、問題文中の「被侵害利益を特定する手掛かりとなる事実、違憲性審査基準を選択する説得的な理由になり得る事実、審査基準に当てはめて結論を導くための要素となる事実等が数多く記載されているので、それらの意味を憲法的視点から構成し、付添人及び検察官双方の立場から、結論を導く理由について」、「自分の頭で考え、自分の言葉で論じている答案は評価が高」くなり、逆に「被侵害利益の特定や、違憲審査基準の定立及び適用等を論ずるに当たり、問題文中の重要な事実を指摘できず、淡白な記述にとどまっている答案や、問題文中の事実を詳細に指摘したものの単なる羅列にすぎず、憲法的視点が伴っていない答案については、高い評価を与えられな」いこと

になる<sup>48)</sup>。つまり、司法試験において「根拠のある理由がきちんと記載されている答案は、高く評価され」、逆に「理由を記載せずに、単に『違憲である』とか『合憲である』と結論のみを記載している答案や、審査基準が記載してあるとしても、なぜその審査基準を採るのかについて理由を記載していない答案などは、厳しい評価となるのである<sup>49)</sup>。

### 3 法科大学院での法曹養成教育に求められるもの

#### 3.1 思考上の工夫

以上の考査委員の評価を踏まえると、法科大学院での法曹養成教育には、「事案に即した理由を以って、判断枠組（違憲審査基準）を構築し、個別的・具体的な検討を行う力」、より詳細にいうと「事案とこれまでの判例の動向を踏まえ、問題となる条文等の解釈を行って判断基準を導き出し、比較的長文の事案の中から具体的事実を抽出・分析して、その判断基準に適用し、論理的かつ説得的に妥当な解決を導き出す」力を涵養することが求められていることが分かる。

もっとも、その後、平成24年の採点実感にみられるように「事例分析の傾向が浸透しているのか、多くの答案には事実に着目して答えようとする姿勢」が見られるようになってきた<sup>50)</sup>。

こうした評価に基づき、「事案に即した理由を以って、判断枠組（違憲審査基準）を構築し、個別的・具体的な検討を行う力」を涵養するためには、法科大学院生に、事案を「読み込み、想像力を働かせて、少し条件を変えてみた場合はどうかなど思考上の工夫をしながら、事案の特殊性をつかみ、何を重点に論じるかを考え」させる<sup>51)</sup>ことなどが必要となってくるように思われる。

最後に、法科大学院での法曹養成教育において「事案に即した理由を以って、判断枠組を構築する力」と「個別的・具体的な検討を行う力」を涵養するのに必要だと思われる採点実感の指摘を検討していく。

#### 3.2 判断枠組の構築

採点実感によると、「単に問題文中に記載されている様々な事情を書き出して、総合的に衡量した答案の多くは、恣意的に憲法適合性を判断していると評価せざるを得ないものであった<sup>52)</sup>と指摘されている。

この指摘を踏まえ、客観的に憲法適合性を判断するために求められていることは、被侵害利益を特定して、その性質や重要性、規制の程度等について、問題文中の事実に即して具体的に検討して判断枠組を構築することであるといえる。例えば、「本問では、性犯罪者継続



監視法の憲法適合性を論じる上で、まず、被侵害利益の性質や重要性、規制の程度等について問題文中の事実即して具体的に検討して違憲審査基準を定立する<sup>53)</sup>ことが求められているとの指摘が見られる。また、司法試験の「問題の事案をよく読み、どのような行為が何によってどのように制約されたのかを正確に把握することが肝要である」との認識を示したうえで、「関連する憲法上の条文の解釈、デモ行進の自由に関する重要判例、大学の自治に関する重要判例の正確な理解、かつ、それらの判例における事案と本問の事案との相違等を踏まえて判断枠組みを構築」すること<sup>54)</sup>が求められているとの指摘を見ることができる。

ここでは、判断枠組を構築する際に着目する要素、具体的には被侵害利益の特定、被侵害利益の性質や重要性、規制の程度、判例の正確な理解に関する採点実感の指摘を検討していくことにする。

### 3.2.1 被侵害利益の特定、性質・重要性

まず、被侵害利益の特定については、「法律の仕組みを憲法的視点から正確に読み取り、問題文中の事実関係に即して、どのような権利利益の侵害といえるかを具体的に論ずる必要がある<sup>55)</sup>」。例えば、「本問で問題となるプライバシー権は、判例に多く現れた『私生活をみだりに公開されない権利』とは異質の構造を持ち、公権力による情報収集に対抗する意味におけるプライバシー権をどのように特定すべきか<sup>56)</sup>が問題となるとの指摘が、これに該当するものであろう。

次に、被侵害利益の性質・重要性についても、問題文中の事実関係に即して、被侵害利益がどのような性質や重要性を有しているかを具体的に論ずる必要がある。例えば、『「妊娠・出産の自由も、権利の性質上外国人にも保障される。」としか記載していないものが見られたが、妊娠・出産の自由がどのような性質の権利なのかを指摘して初めて妊娠・出産の自由が外国人に保障されるという論証になるはずである<sup>57)</sup>。また、「移動の自由が精神的自由の側面を持つとして、そのことを審査基準の設定に当たり考慮すべきだとした答案や、居住移動の自由に精神的自由や人身の自由と関わる側面があることを理由に比較的厳格な審査を基礎付ける答案があったが、こうした側面を抽象的ではなく、本設問の事情を考慮して具体的に論じた上で、審査基準を定立することが求められ<sup>58)</sup>」ているのである。

更に、ここにいう「問題文中の事実関係に即して具体的に論ずる」或いは「本設問の事情を考慮して具体的に論じ」とは、例えば、「移動の自由（又は行動の自由）について、性犯罪者継続監視法に基づく継続監視によって取得される個人の位置情報は、単なる『位置（点）』の情報にとどまるものではなく、その立ち回り先によっては個人の主義・信仰・趣味・嗜好等が推知されるおそれがあるとか、これを継続的に取得すること（「線」として把握すること）により個人の行動パターンが知られるなどと、事実即して具体的検討<sup>59)</sup>」をすることを挙げることができる。

### 3.2.2 規制の程度

規制の程度についても、問題文中の事実関係に即して、法令や処分などが権利利益をどのように規制しているか、どの程度規制しているかなどを具体的に論ずる必要がある。

例えば、「市民生活の平穏と商業活動に及ぼす弊害の防止を理由とする付随的規制が問題となる」場合、「それらの『弊害』防止の必要性、デモ行進の重要性、さらにデモ行進の中止以外の手段による弊害の防止の可能性を十分に検討すること」<sup>60)</sup>が求められる。また、「研究助成を受ける権利が学問の自由に含まれるという立場を採る場合でも、それを抽象的に論じたり、『ベースライン』等の概念を説明なく用いたりするのではなく、A研究所の研究助成制度の従来への運用等から、決定①がY教授の研究の自由・研究発表の自由に対する制約になり得ることを具体的に論じるべきである」<sup>61)</sup>し、「大学の自治を抽象的に論じるだけでなく、大学内の研究助成制度を設置運用することがX大学の裁量に含まれることを具体的に論じた答えは、高く評価」されることになる<sup>62)</sup>。「広い裁量があるというのみでは、説得力のある答えにはならない。事案に即して裁量の中身を議論する必要がある」<sup>63)</sup>ということなのである。

これらの指摘から、「実務法曹には、様々な利益をしっかりと衡量するという視点が常に求められ」ている<sup>64)</sup>ことが分かるだろう。

### 3.2.3 判例の正確な理解

「判例を正確に理解し、本問との区別の可能性を検討した上で、自らの見解を基礎付けるために適切に引用」<sup>65)</sup>するには、「判例の正確な理解、事案との関係を踏まえた当該判例の射程範囲の確認、判例における問題点を考え」る<sup>66)</sup>ことが必要である。

例えば、判例の射程範囲の確認については、「本問は、マクリーン事件等幾つかの参考となる判例を想起すべき事例であり、これらの判決の趣旨を理解し、その射程を意識しながら本事例について論証しようとする答えは説得的であり、高い評価となった」<sup>67)</sup>との指摘や、「本条例案は、例えば、岐阜県青少年保護育成条例事件と比べて、規制対象の範囲、対面式販売に対する規制であること、規制目的が青少年保護にとどまらないことなどの違いがあり、上記事件の判例で直ちに合憲とできる射程を超えている可能性がある。こうした本条例案と判例の事例との異同を指摘して論じている答えは、論述に説得力を感じられた」<sup>68)</sup>との指摘、更には「泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）を援用する答えが見られたが、公の施設の利用拒否と公道上の集団行進の自由に対する規制という事案の違いを考慮して論述した答えは、高く評価できた」<sup>69)</sup>との指摘が該当する。

また、判例の正確な理解、判例における問題点については、「本問では、単純な権利性質説の論述では不十分であり、マクリーン事件判決の『外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない。』『在留期間中の憲

法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。』という論理とどのように向き合うのかということが問われている」<sup>70)</sup>との指摘が該当する。

法科大学院での法曹養成教育においては、以上のような点に注意して、被侵害利益を特定し、その性質や重要性、規制の程度等について、問題文中の事実即して具体的に検討したうえで、判断枠組を構築できるようになることが求められているのである。

### 3.3 個別的・具体的な検討

採点実感によると、「事実関係を丹念に検討することなく、専ら違憲審査基準の寛厳で憲法上の評価を違えようとする答案」は、「高く評価することはできなかった」<sup>71)</sup>と評されている。

判断基準の適用に際しては、「問題文中から必要な事実を読み取って憲法的視点から構成し」<sup>72)</sup>、個別的・「具体的に論述を進める」<sup>73)</sup>ことが求められている。とりわけ、「目的や手段の審査において、自分なりに理由を示して、実質のある十分な検討を行っているものは全体としても高く評価」されたのである<sup>74)</sup>。

例を挙げると、「決定①を、Y教授の学問の自由に対する制限の問題として構成しつつ、判断枠組みとして『手段が効果的で過度でない』なる表現を採用する答案」の「多くはいわゆる論証パターンにのっとり、事案の一面を切り取って決定①が過度である・ないと機械的に論じるだけで、本問における大学の自治と学問の自由の対立の状況において決定①がいかなる意味で『過度か』という視点が欠落していた」<sup>75)</sup>。こうした低い評価に対して、「性犯罪者継続監視法を正しく読み取り、法目的は何であるのか、その仕組みが目的達成のために本当に役に立つのか、役に立つとしてどの程度役立つのかといった点にも配慮して具体的に論じた答案は」、「よく考えられた説得力のあるものとして高い評価を与えた。例えば、継続監視決定に至る手続への専門家の関与が任意的である点（法第11条）や、継続監視が比較的長期の20年以内とされ（法第14条）、必要に応じて期間途中で監視を打ち切ったり、期間を延長したりするための手続規定が用意されていない点等について言及しつつ、本件規制の内容・程度を論じているものなどである」<sup>76)</sup>。

法科大学院での法曹養成教育においては、以上のような点に注意して、事案の中から具体的事実を抽出・分析して、それらの具体的事実を判断基準に適用し、論理的かつ説得的に妥当な解決を導き出せるようになることが求められているのである。

## おわりに

本稿は、3つの文脈の下で、「自分の頭で考える力」の具体的な意味について検討してきた。まず、法学教育の目的からは、「原理的なものと具体的なものとを結びつけて自ら考える姿勢を保ちながら、諸々の事実や価値の相互関係を一貫した筋道で整序する力」と解し、次に、裁判における裁判官の判断過程からは、「具体的事実関係に即した具体的に妥当な結論と抽象的な法規の解釈に基づく理由付けの間で自ら試行錯誤を行う力」と解し、最後に、司法試験の採点実感からは、「事案に即した理由を以って、判断枠組を構築し、個別的・具体的な検討を行う力」と解したのである。

これらの「自分の頭で考える力」の解釈に共通する要素は、「具体と抽象を往還するなかで思考する」ということである<sup>77)</sup>。通常、「具体と抽象を往還するなかで思考する」際には、言語が媒介となる<sup>78)</sup>。

これまで論じてきたことをまとめると、法科大学院での法曹養成教育においては、「言語によって表現し伝達すること」<sup>79)</sup>を前提に、「具体と抽象を往還するなかで思考する」ことを常に意識して、「事案に即した理由を以って、判断枠組を構築し、個別的・具体的な検討を行う」という専門技術的な思考様式・技法を地道に訓練していくことが求められているといえるのである。

## 註

- 1) 廣瀬仁貴・大根田頼尚「法科大学院の教育と司法試験等の連携に関する法律等の一部を改正する法律の概要」法律のひろば72巻11号（2019年）5頁。
- 2) 田中成明「法科大学院時代の法学教育」ジュリスト1262号（2004年）112頁参照。
- 3) 「司法制度改革の3つの柱」とは、(1) 国民の期待にこたえる司法制度の構築、(2) 司法制度を支える法曹の在り方、(3) 国民的基盤の確立を指す（「司法制度改革について」法務省ウェブサイト ([https://www.moj.go.jp/housei/servicer/kanbou\\_housei\\_chousa18.html](https://www.moj.go.jp/housei/servicer/kanbou_housei_chousa18.html)) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】）。
- 4) 田中、前掲註2), 112-113頁。
- 5) 田中、同上、同頁。
- 6) 田中、同上、113頁。
- 7) 田中、同上、114頁。
- 8) 三日月章『法学入門』（弘文堂、1982年）191頁。
- 9) 田中、前掲註2), 113頁。
- 10) 「大学改革・教育改革の一環としての法学教育改革」という視点に基づき、筆者が法曹養成教育における法学部と法科大学院の関係について考察したものとして、松井直之「法曹養成教育における法学部と法科大学院の役割——法曹コースの導入を契機として」愛知大学法学部法経

- 論集226号（2021年）1頁参照。
- 11) 穂積重遠『法学通論』（日本評論社，1941年）12-13頁。
  - 12) 三日月，前掲註8），139頁。
  - 13) 田中成明『法学入門』（新版）（有斐閣，2016年）167頁。
  - 14) リーガル・マインドという言葉に対しては、「アメリカの教授たちには，あまりピンと来ない概念のようである。法的思考（legal thinking），ないし法律家的思考（thinking like a lawyer）の方がよく分かるらしい」（松尾浩也「法学教育とリーガル・マインド」法学教室12号（1981年）5頁）と指摘され，また「リーガル・マインドというのは」，「どうも和製英語ではないか」（加藤一郎「リーガル・マインドについて——法的な・ものの考え方」法学教室133号（1991年）27頁）と疑問が呈せられてきた。したがって最近では，法的思考として論じられることが多くなっている（竜寄喜助「リーガル・マインド そして日本の歩み——穂積重遠先生から現代法学者までを展望して」法学教室175号（1995年）27頁参照）。
  - 15) 石川吉右衛門・雄川一郎・加藤一郎・金沢良雄・平野龍一・三日月章・矢沢博『法律学をどう学ぶべきか』（有斐閣，1961年）15頁（石川発言）。
  - 16) 田中成明『法学入門』（第3版）（有斐閣，2023年）169頁。
  - 17) ウォルター・ゲルホーン「日本の法学と法学教育——日本の印象」ジュリスト176号（1959年）36頁参照。
  - 18) 芦部信喜「憲法におけるリーガル・マインド」法学教室189号（1996年）8頁。
  - 19) 芦部，同上，9頁。
  - 20) 芦部，同上，8頁。
  - 21) 芦部，同上，9頁。
  - 22) 芦部，同上，9頁。
  - 23) 芦部，同上，9頁。
  - 24) 鶴飼信成教授は，「『リーガル・マインド』の内容について，人によってさまざまなことが思い付き的に述べられ」，「その相互の脈絡なり本質的連関なりが体系的に考究され」てこない「事態のままに推移してきた」「深い原因」として，「わが国においては法律家概念が明確な形で確立してはいなかったということと関係があるというべきである」と解している（鶴飼，前掲註8），139頁）。
  - 25) 伊藤正己・加藤一郎『現代法学入門』（第4版）（有斐閣，2005年）69頁。
  - 26) 星野英一『法学入門』（有斐閣，2010年）149頁。
  - 27) 伊藤ほか，前掲註25），68頁。
  - 28) 星野，前掲註26），149頁参照。
  - 29) 伊藤ほか，前掲註25），66-68頁参照。
  - 30) 伊藤ほか，同上，69頁。
  - 31) 「平成21年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」法務省ウェブサイト（<http://www.moj.go.jp/content/000006469.pdf>）参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
  - 32) 山口久枝「時の問題 新司法試験の結果（1）——公法系・刑事系科目のヒアリング概要」法学教室317号（2007年）6頁参照。
  - 33) 「規制改革推進のための3か年計画（改定）（平成20年3月25日閣議決定）」（<https://www8.cao>）

- go.jp/kisei-kaikaku/publication/2008/0325/item080325\_03-07.pdf) 「Ⅲ 措置事項 7 法務関係 ア 国民が利用しやすい司法制度の実現②法科大学院非修了者への司法試験受験資格の確保 (法務省) f」 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 34) 「平成20年新司法試験の採点実感等に関する意見 (憲法)」 (<https://www.moj.go.jp/content/000006427.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 35) 「平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見 (憲法)」 (<https://www.moj.go.jp/content/000069353.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 36) 「平成24年司法試験の採点実感等に関する意見 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/000105102.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 37) 前掲註35), 参照。
- 38) 「平成27年司法試験の採点実感等に関する意見 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001166214.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 39) 前掲註36), 参照。
- 40) 「平成23年新司法試験の採点実感等に関する意見 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001131108.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 41) 前掲註36), 参照。
- 42) 前掲註34), 参照。
- 43) 前掲註36), 参照。
- 44) 前掲註40), 参照。
- 45) 前掲註36), 参照。
- 46) 前掲註40), 参照。
- 47) 前掲註38), 参照。
- 48) 「平成28年司法試験の採点実感等に関する意見 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001208794.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 49) 「平成26年司法試験の採点実感等に関する意見 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001130132.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 50) 前掲註36), 参照。
- 51) 「平成23年新司法試験の採点実感等に関する意見 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001131108.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 52) 「令和3年司法試験の採点実感 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001358131.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 53) 前掲註48), 参照。
- 54) 「平成25年司法試験の採点実感等に関する意見 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/000122708.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 55) 前掲註48), 参照。
- 56) 同上, 参照。
- 57) 「平成29年司法試験の採点実感 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001240101.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 58) 「令和2年司法試験の採点実感 (公法系科目第1問)」 (<https://www.moj.go.jp/content/001344496.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。

## 具体と抽象の往還

- pdf) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
- 59) 前掲註48), 参照。
  - 60) 前掲註54), 参照。
  - 61) 「令和4年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）」(<https://www.moj.go.jp/content/001382903.pdf>) 参照【最終閲覧日2023年9月28日】。
  - 62) 前掲註61), 参照。
  - 63) 前掲註35), 参照。
  - 64) 前掲註54), 参照。
  - 65) 「令和元年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）」(<https://www.moj.go.jp/content/001308861.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
  - 66) 前掲註49), 参照。
  - 67) 前掲註57), 参照。
  - 68) 「平成30年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）」(<https://www.moj.go.jp/content/001273545.pdf>) 参照【最終閲覧日：2023年9月28日】。
  - 69) 前掲註52), 参照。
  - 70) 前掲註57), 参照。
  - 71) 前掲註61), 参照。
  - 72) 前掲註48), 参照。
  - 73) 前掲註58), 参照。
  - 74) 前掲註68), 参照。
  - 75) 前掲註61), 参照。
  - 76) 前掲註48), 参照。
  - 77) 「【国語編】中学校学習指導要領（平成29年告示）解説」によると、中学校第2学年において初めて「意見と根拠，具体と抽象など情報と情報との関係について理解すること」が指導されることになっている（『【国語編】中学校学習指導要領（平成29年告示）解説』文部科学省ウェブサイト ([https://www.mext.go.jp/component/a\\_menu/education/micro\\_detail/\\_icsFiles/afieldfile/2019/03/18/1387018\\_002.pdf](https://www.mext.go.jp/component/a_menu/education/micro_detail/_icsFiles/afieldfile/2019/03/18/1387018_002.pdf)) 80頁参照【最終閲覧日：2023年9月28日】）。
  - 78) 亀本洋「法的思考とは何か」同『法的思考』（有斐閣，2006年）210頁参照。
  - 79) 亀本，前掲註78)，223頁参照。