

## 新司法試験審査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要（平成18年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

◎ 審査委員の先生方は新司法試験の採点を終えられた直後であるので，採点の実感等について，率直な感想を聞かせていただきたい。司法試験委員会では，平成20年以降の新旧司法試験合格者数の一定の目安を示すための議論を行うことになっているが，その際にも先生方の御意見を参考とさせていただくつもりである。それでは，憲法担当の先生からお願いしたい。

□ まず，短答式の試験結果についてである。昨年のプレテストの短答式は，公法系は全体の平均点は約40パーセント台であった。憲法は50点満点の60パーセント台，行政法は50点満点の20パーセント台という成績であった。しかし，たまたまよかったという可能性もあることを考慮して，憲法の審査委員としては本試験の短答式の問題作成に当たっては，出来るだけやさしくすることを心がけつつ作成した。実際，本試験が終わった後，いくつかの法科大学院の先生からは，「憲法の短答式問題はやさしかったですね。」と言われていた。しかし，第1回新司法試験の短答式では，全体の平均点が58パーセントだったが，行政法よりも憲法の方が悪かった。

この結果を受けて，出題内容・方式等について検討した。判例を正確に読んでいるかなどを問う問題が中心であり，法科大学院において教育されているべき内容に沿った問題といえるので，出題の方向性や出題内容という点では間違っていなかったと思っている。平均点が思ったよりも悪かった原因は，例えば，出題形式にあったと思われる。正しいものに1，誤っているものに2を付けなさいという形式の出題が，全20問のうち9問あった。この出題形式の場合，枝間は4つあり，4つ全部出来て3点，3つ出来て部分点1点を与えている。しかし，4つの枝間すべてを正解するのがなかなか難しかったのではないかと，また，3つ以上正解しないと点数に結びつかない形式なので，この出題形式が点数が伸びなかったひとつの原因ではないかと考えている。このような形式で出題する場合の枝間の作り方等，来年に向けて検討したいと思っている。

次に，論文に関してであるが，これからお話しする印象は憲法の審査委員全体で話し合った共通の見解ではなく，私の個人的な印象であることをお断りしておきたい。私は，全体答案の約4分の1に当たる420通を採点した。憲法の論文問題で問うている最も核心的問題をきちんととらえ，論じている答案が1通もなかった。今回の論文問題の基礎には，「自由とは何か」という極めて根本的な事柄に関する問いがある。それをとらえた上で，個別・具体的に検討する答案が，私が採点したものの中にはなかった。出題側としては，極めて残念であった。ただ，執筆するのに十分時間があり，執筆するのに参考文献も読むことができる法科大学院の教員が法律雑誌に解説を書いている中にも，不適切，不十分な解説がある。そのことを考慮すると，限られた時間の中で，考え，資料を読み，書かなければならない受験生が出来なかったとしても，責めることはできないようにも思われる。出題した問題に直接かわる判例はないが，受験生が問題を自ら発見し，その問題にどのようなアプローチがあり得るのか，何を論じなければならないのかを自ら考えることを求めた問題である。そして，資料を読んで，事実に関わることも踏まえて，机上の空論だけではない憲法論を考え抜いてほしいという「おもしろい」で作った問題である。本年の論文問題におけるそのような基本的姿勢は，間違っていなかったと思っている。ただ，受験生が問題を解く時間との関係で資料の分量が多かったのではないかとはいっており，この点は来年に向けた反省点である。

最終合格者の決定を終えた今、旧司法試験審査委員でもあったが、そのときと同じ危惧を抱いている。つまり、予備校や受験にかかわる雑誌では、採点者からすると優秀答案（模範答案）とはいえない、合格者が書いた再現答案が「優秀答案」として扱われる。受験生は、それを「模範答案」として暗記する。こうして、優秀とはいえない答案が、しかもパターン化して蔓延することになる。今回も、採点して、実際の答案は、出題者の意図からずれてしまっていたことから、そのような答案が蔓延することになるのではないかと危惧している。旧司法試験と同様の現象が起これば、法科大学院教育の「崩壊」を、ひいては新しい法曹養成制度自体への疑問を呼び起こすことになるのではないかと懸念する。法科大学院教育の「崩壊」を防止するためには、なお一層、教える側に広く、深い研究に裏付けられた教育を行うことが求められる。そのような教育とは、私見を押し付けるのではなく、豊かな感受性でもって問題を発見し、深い理性と温かい心をもって多面的に問題を検討し、そして筋の通った結論を導き出す能力を養成する教育であると思われる。

□ 私の方から、出席していない行政法の各委員の意見について報告する。まず、出題趣旨について簡単に申し上げる。行政法としては、時間内に問題文と資料から具体的事実関係及び法令の趣旨を的確に読み取って把握する能力が備わっているか否かということを試すというのを主眼に置いた。その上で設問1は、主として訴訟方法の選択の問題であるが、行政法総論及び行政訴訟に関する知識を踏まえて、具体の事案に含まれた法的问题の所在を把握した上で、適切な訴訟方法を選択し、それと結び付いた本案の主張を整合的に展開できるかということを試している。それから設問2は、国賠法の問題であり、国家賠償法上の基礎的な知識を踏まえ、具体の事案において的確な主張を組み立てる力があるかということを試そうとしたものである。

以上を前提にして、採点実感のうち、設問1と2の出題意図に即した答案の存否、多寡、それから出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準の差異について説明する。各委員の共通の認識として、設問1については、答案の多くは出題者が想定していた基本的な枠組みに沿って解答を組み立てることが出来ていたということである。それから設問2については、設問1に比べると記述の厚みに欠ける答案が多かったものの、答案の多くは基本的には的確な理解を示す記述をしていたということである。各個別の委員の感想について、いくつか紹介すると、「高得点を得た答案がかなりの割合で存在し、白紙に近い答案や適切な記載がわずかしかない答案も少ない割合ながら見られた。」、「全体としてまああの出来、しかし、明らかに時間切れと思われる答案も多い。」、「ほぼ例外なく一般論、抽象論に終始することなく具体的事案に当てはめて、答えようとする答案であったためよい印象を受けた。その前提としてどの答案も資料をよく読み込んでいた。」、「予定した解答水準であったと言ってよい。」、「実務にこれから出ようとする時点で行政法について最低限知っておくべきこと、あるいは、当てはめ能力としては多くの答案が十分な資格を有している。」などとかかなり肯定的な意見であった。他方、「一部白紙に近い答案や適切な記載がわずかしかない答案もあった。」とか、「第2問の国賠法の方が若干記述の厚みに欠ける。」という指摘がある。この辺の原因についての各委員の見解についてであるが、出題の意図と実際の解答に差異がある場合の原因については、「憲法と行政法との間の時間配分に失敗し、行政法に十分な時間を割くことが出来なかったのではないか。」、「行政法の中でも設問2の方、国賠法の方は、出来、不出来がかなりはっきり出ている。不出来な答案というのは明らかに時間不足の答案が多かった。結局これは第1問の憲法とそれから第

2問の行政法の方でも資料を読み込んでいたうちに時間が不足してしまったのではないか。」という指摘もある。それから、厳しい指摘としては、「与えられた資料、法文から重要な事実を読み取り、それらに法令、判例理論を適切に当てはめることによって適切な結論を導き出す能力、基礎的知識を養成するという法科大学院の教育理念が一部の法科大学院においては、十分に学生に徹底されていなかったことが考えられる。」という指摘がある。設問2の出来がよくなかった点については、「国賠法の問題について正面から、注意義務、すなわちこれは過失要件、あるいは国賠法の違法要件ということであるが、注意義務について論じている答案が少ないとの認識を持った。これは、事例に則して、そこまで言及、検討する教育が行われていないということではないかと推測される。」という指摘もある。このような点を踏まえて、法科大学院に求めるものとして、厳しい指摘をされた委員の方は、「与えられた資料、法文から重要な事実を読み取り、これらに法令、判例理論を適切に当てはめることにより適切な結論を導き出すという能力、基礎的知識を養成するという点を各法科大学院の責任において検討されることを望む。」という意見がある。

それから、国賠法の要件についての検討が十分にされていないという指摘をされた先生は、「各要件に即して考える癖を付けることは重要であり、また、過失認定という研究者教員にとっては少々教えずらい問題についても少なくともどういうふうにアプローチするのかという程度の教育は意識的に行う必要がある。」という指摘をしている。他の意見を紹介すると、例えば、「いたずらに細かい知識を追うのではなく、基礎的、基本的な知識を与えられた事案に的確に当てはめ、応用できる能力を身に付けさせる教育に力を入れてほしい。」という意見がある。それから、実務家の委員からは、「今回の出題では、訴訟形態のことを訊いているので、出来るだけオーソドックスな訴訟で最大限の効果を上げるといって極めて実務的な能力が不可欠である。そのためには行政事件訴訟法の条文をしっかりと理解すること、それから判例百選等の基本的な判例をきちんと読込むことなどに重点を置いてほしい。さらに、余裕があれば判例雑誌や裁判所のホームページで行政事件の最新の裁判例を読み、具体的に生起する事象に対する行政訴訟による対応を考察してほしい。」という指摘をされた委員がいる。以上が法科大学院に求めるものである。

今回の結果を受けて、新司法試験の出題に当たり見直すべき点については、資料の減量を指摘された委員がいた。ただし、実際には行政法の特質から、資料の減量はかなり困難ではないかという意見も一緒に述べている。

- 行政法に関して、委員の意見を客観的にまとめたものは、今、説明があったとおりである。個人的な感想を付け加える。短答式試験の関係であるが、行政法については次のようなきさつをたどっている。プレテスト問題は非常に難しかったという感想を受け、今回は行政法の出題に関しては、プレテストのときよりも一層やさしくすることに努めた。その結果が今回のような結果になっていると思われる。短答式試験は、行政法は初めての経験であるので、初回はやさしいものであっても、今後は、様子を見つつ、少しずつ、長期的には難しくしていければいいのではないかと考えている。それから、論文式試験については、先ほども説明があったように、十分な資料を与え、そこから正しい答えを引き出してくるということを主眼において出題をしたので、一応の答えは比較的容易に出来るはずである。ただその先の解釈論上の論点に気が付いて検討することは、実務家、あるいは研究者の間でも議論になるような高度な論点も含まれている。色んなレベルの能力を評価できる問題のつもりで出した。結果的には上の方のレベルの答えはほとんどなかった。下の

方に関して言えば、一応は書けているというのがかなりあるという印象である。もちろん、そのくらいのレベルで果たしてよいのかというのはまた別個の問題である。御承知のとおり、日本の行政訴訟の実務というのは事件の件数もまだ少なく、行政訴訟の実務のレベルが平均的にはまだまだであると私は認識している。中には大変優れた判決、優れた訴訟活動の事例もあるが、一般的な法曹のレベルはまだまだであるので、差し当たり先ほどのようなレベルで法曹養成の目標を定めるとしても、それは現状を改善していくことにそれなりに役に立つのではないかとと思われる。それから、法科大学院との関係、あるいは、学生の勉強との関係で言うと、実務行政法というか、法曹になるための行政法の勉強の仕方というのは、まだ確立されていない。各法科大学院も手探りでやっているところであるので、そのための教科書なり教材なりというものもこれから開発しなければならないという段階である。最初に言ったように、プレテスト後、学生諸君はかなり行政法を勉強してくれたという印象を持っている。それが今後教材の開発や教育方法の改善も加わって、だんだん全体としてレベルが上がっていく、それに応じて、出題採点のレベルも次第に上げていければと、私としてはそのような見通しを持っている。

- 他の憲法の考査委員の意見の概要を紹介する。既に説明のあった内容と共通する点も多いと思われるが、かなりよかったのではないかと印象を述べた委員と、逆に、かなり期待はずれであったという印象を述べた委員が、それぞれおられた。ただ、その具体的な内容を比較すると、共通点も少なくないように思われた。具体的に申し上げると、予想よりはよかったとか、法科大学院の教育の成果が現れているといった肯定的な印象を述べた委員からも、問題点を把握してきちんと書いている答案はほんの一握りに過ぎない、出来のいい答案はそれほど多くはないとの指摘がなされており、きちんと出題者の意図をとらえて問題点を分析、把握して記述している答案は少ないという印象であったように思われる。また、悲観的になったとか、残念であったという印象を述べた委員のコメントを見ると、問題点を事実を照らしてきちんと把握できていない、例えば、本問におけるたばこに対する警告表示がどういった自由権を制約するのかきちんと分析しないまま非常に表面的な記載で終わっているものが多いとか、大きな論点である消極的表現の自由には触れているものの、その内容をきちんと把握しないまま記述しているものが多いといった指摘がなされている。こういった意見をまとめてみると、今回の出題は、豊富な資料を提供して事実の分析を求め、憲法規範の的確な理解のもとに、何が問題となるのかを把握し、その問題に関係する事実を資料から抽出した上で、複眼的な立場から憲法規範を当てはめることが出来るかどうかを問う問題であったが、こういった事実の分析や抽出が十分出来ておらず、表現の自由の問題のようだとということから、すぐ合憲性判断の基準といった解釈についての記述に飛んでしまう答案が多く、採点者から見ると、法律実務に重要な事実の分析や抽出が抜けているという印象を受けたのではないかとと思われる。消極的表現の自由が問題なのであれば、たばこに対する警告表示を義務付けることがどういう意味で消極的表現の自由の問題になるのかをきちんと説明した上でないとな次のステップに本当は移れないはずなのに、そこを飛ばしてしまう答案が多かったということであろう。その反面、一応の問題点の把握は出来ており、そういう意味でそれなりの記述がされている答案は少なくなかった。旧試験の答案に多く見られたような紋切り型の答案からは脱却傾向にあるのではないかと肯定的な評価をすることも可能であり、委員の期待値によって評価が変わったのではないかとと思われる。

- 行政法の出題では、どのようなところが重要な問題となり、受験生や法科大学院生には、どのような勉強を求めるといったメッセージを伝えたことになるのか。
- 最初に出題意図ということで、説明したことであるが、行政法は、いわば、種々雑多な法令の中でどうやって筋を通してものを考えるかということもある。種々雑多な制度の仕組み全部を暗記せよということでは決していない。事実に関する資料も、それから制度に関する資料も問題に付けているので、与えられた条文や説明などから制度の趣旨あるいはポイントをきちんととらえることが行政法にとって基本的なスキルであり、それをまず訊きたいと考えていた。私の印象では、半分以上の受験生は、資料は正確に読み取ってそこに書いてあることは理解していた。しかし、その先に、実は隠された論点があるわけであるがそこまではなかなか気付いてもらえなかったということである。
- もう一つお聞きしたかったのは、従来の試験では、いわゆる画一的で、論点主義、記憶に頼った答案というのがよく見られるというのはしばしば指摘されてきたところであるが、今年の行政法の答案では、そのような印象を受けるものがあつたのかどうか、また、数字で表すのは難しいかもしれないが、あつたとすればどれぐらいの割合で見られたかを教えていただきたい。
- 画一的と言われると、確かにそういう印象を受ける点はある。しかし、どういう意味で画一的かということもあるが、非常に平板な、つまり、概念とその定義を機械的に暗記していて、それをただ書き並べるとのことであるとすれば、今回の答案はそういう感じでは必ずしもなかった。生の資料から書かせるので、手持ちの概念から書き始めるのは、そもそも難しいところがある。ただ、別の意味では画一的とみ得る点もある。この問題は行政の一連の活動についての争い方を問うているわけであるが、今の行政事件訴訟法でいうと、行政処分というものをとらえて、取消訴訟なり、無効確認訴訟を起こすというのがオーソドックスなやり方であるので、そのオーソドックスなやり方にとらわれて何とかして処分を見つけてそれを取消訴訟に結びつけるという、ただその一つの解法しか頭にない。そこで、なんとしても処分を見つけたいという発想で、ある事実に行くわけであるが、それはいまの判例から見ればそんなものに処分性は到底認められないような事実なわけである。にもかかわらず、そこへ非常にたくさんの学生が、いわば魚が網に誘い込まれるように行ってそこで長々と書いている。そういう意味では、与えられた事実の中からバランスよく問題の所在をまずつかんでバランスよく議論を組み立てていくという能力がまだ足りないという印象を持っている。
- よく他の科目で聞くような、各論点に対する記述のパターン化というような指摘が、行政法の委員の先生からはあまり出ていないように思われる。今回の行政法の問題は、そのようなことではなかなか対応しきれなかったのではないかと個人的には思う。
- 法科大学院での行政法の指導方法が良かったということになるのではないか。
- そうということではないと思われる。今回の問題は、およそ論点の丸暗記では答案の一行

の書き出しもできない。ただ、法科大学院で教えてほしいバランスのよい状況のとらまえ方は、まだだと思われる。

- 資料を読んで組み立てるということで、丸暗記型の勉強では対応できない非常によい出題だと思われるが、今の法科大学院の行政法の教え方は、このような形の題材を使って、細かくトレーニングするやり方が多いのか。もちろん大学によって、違うと思われるが、今の法科大学院における行政法の教え方はどのようになっているのか。
- 私が認識している限りのことであるが、一昔前の行政法の教科書は概念を体系的に説明したものであった。今でも教科書は基本的には同じである。それに対して、新しく始まった法科大学院での教育は、判例教材を使って行われているところが多い。判例を読ませて論点について考えさせるのが主流だと思われる。教材と教え方との間にギャップがまだあることが問題だと思われる。今回の問題は、実は判例があるが、行訴法の改正もあり、行政訴訟についての考え方もちょっと流動的になっているので、このような状況では他にも色々な可能性があるのではないかとということをもう一度考えてもらいたいところであった。判例を踏まえつつ、しかし、判例から距離をおいて自分でものを考えてみるという能力を養うための教材というのは、いったいどういうものだろうかと、私自身、この問題の作成に関わり、採点しながら、それが今後の行政法教育における課題だと思った。
- 判例の結論の部分だけを憶えるだけだと、あまり進歩がなく、具体的な事例を前提に判例で展開されたロジックであるとか、考え方を勉強することによって、いわば汎用性が出てくるようになるのだと思われる。私はこの問題を拝見して、そういう意味で実務にもつながるよい問題だという印象を受けた。
- 採点結果を踏まえて、憲法の論文問題について、前述した全体的感想よりもやや踏み込んで述べておきたい。今年の問題では、それぞれ異なる3つの立場から論じることを求めた。それは、多面的・多面的思考能力を問うものでもある。第1問の1では、依頼者の希望に応じてどういう訴訟を提起するか、を尋ねた。サンプル問題のときには、どういう問題があるかを「簡潔に述べなさい」という尋ね方であった。「簡潔」ってどう書けばよいのか、どこまで書けばよいのか分からないという声が寄せられた。また、プレテストでは「箇条書きにきなさい」という尋ね方をしたら、箇条書きってどう書くのか分からないという声が寄せられた。そこで、今年の問題では、損失を回復したいし、損害賠償を求めたいという依頼者の希望に応じた訴訟という、かなり絞った形で尋ねた。それゆえか、この問いに関してはかなりの人が書けていた。しかし、第1問の2の部分、つまり憲法論としての核心的問題にかかわるところであるが、前述したように、十分にとらえられていなかった。教科書・概説書では、一般に、表現の自由の中で消極的自由という概念は説明がされていない。しかし、それは、自由論そのものの中で論じられる。強制からの自由と選択の自由である。今回の問題では、自分の意見でない他者の意見を自分のパッケージに記載することを義務付けられることの問題性であるから、強制からの自由を巡る問題である。受験生は、この基本的問題に気付いてくれなかった。その点で、出題側の期待との間にズレがあった。また、パターンの答案も目だった。とりわけ、それは、営業の自由の問題だと論じている答案が目立った。問題となった法律の立法目的は複合的目的であることを依頼者も認めているにもかかわらず、また、目的の問題性は問わないと述べているにもかかわらず、単純に消極目的・積極目

的二分論で書く傾向が見られた。具体的判断に関しても、手段の合憲性を論じる際に関係する資料を出しておいたが、それらが十分に活かされていない印象がある。出題側としては、特定の答えを想定しているわけではなく、受験生が資料等を用いてどのような結論を導き出すのか、楽しみにしていた。例えば、タバコの値段を上げることの方が有効な手段である、といったような主張をする答案も出てくるのではと楽しみにしていたが、残念ながら、そのような答案はなかった。

□ 行政処分については普通は取消訴訟で争うが、その出訴期間が切れていることは問題文に書いてある。そうすると、次に、無効確認訴訟の可能性があると想起されるはずである。

しかし、無効確認訴訟は、出訴期間が無い代わりに特別の無効事由を主張しないとけない。大体この程度まで理解できている人が半分以上いるという印象であった。プレテストのときにはその程度のことも書けていない答案が多かったが、今回はその程度のことは理解出来ていると思われた。

□ 前半部分で比較的こちらの想定していた基本的な論点について、解答を満たしているところで印象がよくなったので、後半部分の国賠法の要件の当てはめのところが、十分出来ていなかったのは時間切れのせいではないかと受け止めた考査委員が比較的多かったようである。おおむね全答案の約60パーセントが合格という点については、他の行政法委員の先生も異論はないのではないかと思われる。

新司法試験審査委員（民事系科目）に対するヒアリング概要（平成18年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

◎ 審査委員の先生方は新司法試験の採点を終えられたところであり，採点実感等について，率直な感想を聞かせていただきたい。司法試験委員会では，平成20年以降の新旧司法試験合格者数の一定の目安を示すための議論を行うことになっているが，その際にも先生方の御意見を参考にさせていただきたいと考えている。それでは，民事訴訟法担当の先生からお願いしたい。

□ これから話すことは，特にお断りしない限り，民法，民事訴訟法の審査委員で，意見交換した結果に基づくものである。

最初に，出題の趣旨であるが，既に公表されているとおりであるので，要約して申し上げる。まず，民法・民事訴訟法の大大問は，4つの設問があったが，事例分析力，法的問題の発見能力，論理的思考力，法の解釈適用能力といった様々な能力を試すのにバランスのよい問題の出題を目指した。出題に際して特に留意したことは，事例に含まれる法的問題を自分の頭で，論理的整合性を持った形で検討する，あるいは，解決策を検討するという能力を試す問題とすることに努めたことである。例えば，設問2については，前半では共同訴訟人独立の原則，あるいは，共同訴訟人間の証拠共通の原則がどうして行われているのか，あるいは，行われるべきであるとされているのかということ問うた上で，証拠共通の原則がどのような問題を生じさせるのか，その問題を解決するにはどのような方法があり得るのかを事例に即して論じてもらうという問題とした。設問1については，要件事実の問題であるが，要件事実は憶えるものである，暗記するものであるという考えがあるのではないということから，丸暗記するものではないというメッセージを込めた出題とした。このような出題の趣旨から，採点に際しても自己の主張を論理一貫して展開し，適切に表現できていることを重視した。当然のことながらどの説を採ったのか，有力説を採ったのか，あるいは，判例の見解を採用したのかによって点差を付けるということは全く行っていない。

おおむね出題の意図に即した解答だったと思うが，出題の意図に即さない答案がなかったかということ，そうでもなかった。私の採点した答案の中には，例えば，設問2については，証拠共通の原則がどういう問題を起すのかということ，特に後段で訊いているが，Xの立場からいわゆる両負け防止策を検討する問題であると理解し，もっぱらそれを論じている答案があった。あるいは，設問2の後段では証拠共通の前提となる事実の主張について，事例を全く無視して，事実主張，主張共通の原則も認めなければ，証拠共通の原則だけでは意味がないということ滔々と書いている答案もあった。それから，設問3で将来債権譲渡担保の有効性について論及しない答案が私の採点担当部分では散見された。

解答水準であるが，問題としてはどの設問もおおむね基礎的な知識を論述の形式で解答すれば足りる部分と，それから事例に即してその場で考える力を試す部分とで構成されており，予想としては，前段の知識を問う部分は大体正しく書け，後段の事例に即して，その場で考える部分で点差が付くのではないかと予想していたが，実際に採点してみると，事例に即してその場で考える力，能力を示す答案は予想外に少なく，しかも，基礎知識の論述部分において誤っている答案が多かった。例えば，設問2の前段で問うた証拠共通の



原則は共同訴訟人間の証拠共通の原則であるが、当事者間における証拠共通の原則を前提に解答する者が結構あった。それが疑われるものやあやふやな答案も結構あった。

事例に即してその場で考える訓練や能力が身に付いていないことから明らかであるが、その前提となる基礎知識についても学習が不足していると思われた。それから、設問2の後段では、Bの社員の証言とか出勤伝票というようなZに不利な証拠が示されていたが、これを全く無視して解答する答案が結構あった。設問4でも、実体法も絡めた設問になっていたが、事例に当てはめて考える問題が出来ていないものが多かった。旧試験のような、いわゆる金太郎飴的な答案というのは、事例分析を問う問題なので少なかったという意見もあった。ただし、設問2の前半については金太郎飴的な答案が目立った。正しいことを書いていけば大体よく似ていると思われるが、同じように間違っている答案があったというのは驚きである。そういう間違ったことを書いた本があるのではないかということも話題になった。

次は、解答水準が予想を下回った理由であるが、様々な理由によるのではないかと思われる。例えば、設問4の出来が非常に悪かったが、順番に書いていって最後なので時間が足りなかったことが理由の一つではないかと考えている。ところが、この設問4については書かれている答案を見ても、既判力と実体権の関係であるとか、既判力の時的限界の問題に言及する答案が極めて少なかった。何が問われているのかがきちんと理解できていないことが、解答水準が予想を下回った原因の一つではないかと考えている。他方、別の観点から見ると民事訴訟法の問題である設問2、設問4については事例に即した検討ができていない答案であっても、民法の問題である設問3についてはある程度事例に即した検討ができていた答案が少なからず見られた。そうすると、民法については事例に即して考える教育が行われ、そういう訓練、教育が実を結んでいるが、民事訴訟法の分野ではそういう教育が行われていないか、あるいは行われているが実を結んでいないところに理由があるのではないかと思われる。他の意見としては、サンプル問題やプレテストの問題で、大体問題の水準というものが示されていたが、その分析が不十分で、新司法試験のレベルが十分に理解されていなかったのではないかと、これも理由の一つではないかという意見もあった。結局、試験時間との関係で、問題の量、受験生の層や質、法科大学院教育の質、それが浸透しているのかどうかといった様々な理由から予想を下回る解答水準になったのではないかということである。

次に、今後についてであるが、最初に問題となったのは、大大問という形式についてである。大大問は、その作成に多大な労力を必要とするので、この問題形式をどうするのが議論になった。見解が分かれたが、大大問形式を採用すれば一つの事例を複数の観点から多角的に分析する能力を試すことができるのではないかと、あるいは、実体法と手続法とを関連付けて勉強することの重要性を認識させることができるのではないかとという根拠から、暫くはこの形式の問題を作る努力を続けるべきであるとするのが多数意見であった。

しかし、個別の法分野ごとの問題であっても、事例分析能力を試すことは可能であり、かえって適切な問題を作りやすいのではないかと、作成の労力の割にそれだけのメリットが本当にあるのかどうか、あるいは、無理に両者を融合させようとするとう不自然な事案になりかねないのではないかと、4時間という試験時間の点で、受験生にも負担が重いのではないかと、といった理由でこの形式をやめることを検討すべきではないかと、あるいは、この形式を長く続けていくことは困難ではないかと、という意見も複数あった。それから、問題の分量については、大大問の場合には問題の分量をどうするかということ是非常に難しい問

題であるが、今回の試験で論述に深みの無い答案が多かったのは、問題の量が多すぎて時間が足りなかったからではないか、それを踏まえて今後問題の量を検討すべきではないかという意見があった。他方で、出題者側の要求水準を示す意味はあったし、今後、ロースクールにおいて、長い文章を読み込ませて事案を把握する能力を高める教育をし、学生の方もそういう勉強をしていけばよいのではないかとする意見もあった。

ロースクールに対しては、正解を憶えること、あるいは、論点丸暗記型で対応することではないというメッセージを出したつもりである。それから、文章の趣旨が不明で論理的でない答案がかなり見られたという意見もあった。答案の記載枚数も全体的に少なかったことから論理的な文章を書く力を身に付けるような教育、あるいは、勉強方法が望まれる。

しかし、今回の答案の量から配布する答案用紙の枚数を少なくすることは適切ではないという意見が支配的である。事例の分析能力、事例に即して考える能力が身に付いていないことは痛感した。例えば、設問2や設問4をいわゆる一行問題に構成しなおして、一般論、抽象論に終始する答案も少なからず見られた。問題に対する批評でも、一行問題であるとする意見、批評もあったが、そのようなとらえ方しかできない、あるいは、そのようなとらえ方をしてしまうこと自体が問題ではないかというのが考査委員の意見である。

◎ 引き続き、民法担当の先生にお願いしたい。

□ これから述べる意見は、基本的には私個人の意見であるが事前に民法の考査委員が討議をした結果を踏まえたものである。出題の趣旨については、とりわけ設問1の要件事実問と設問3の民法実体問についてそれぞれ指摘をさせていただきたいことがある。設問1であるが、改めて申し上げるまでもなく司法制度改革審議会の意見書は、法科大学院の教育に対して要件事実論及び事実認定論の基礎的な部分を学ばせることが相当であるということを経験教育の観点から指摘しているところである。その成果を測定するという役割を担っている新司法試験においても、そのような観点から要件事実を一つの出題の題材に加えることを考え、今回、実際に設問1で試みた。これについては、譲渡担保の法的構成等を関連させながら要件事実を出題するという、やや受験生の想定範囲外の問題であったところから、様々な批評がなされている。しかし、私どもとしては、要件事実論を暗記物にしてはいけないという問題意識に基づいて、試験場で与えられた局面について、受験生が要件事実の在り方について考えてもらい、その力がどのくらいあるのかということを試すことを出題の中心にしたつもりであり、採点もそういう観点に重点を置いて行った。譲渡担保の要件事実論まで憶えていなければ通らないのかといった批評が一部に見られることは遺憾であり、また、批評の一部の中には、要件事実論の極めて暗記主義的な観点に立ったもの、しかもその内容も必ずしも正確な要件事実論の理解に立たないで問題を批判しているものもある。反面、一部の批評を見ると、正に、今回は考える要件事実論を出したという評価もなされており、私どもとしてはそういう方向で、今回の出題の理解をいただきたいという趣旨で出題及び採点に当たった。

設問3の民法実体問のほうであるが、これは債権譲渡の対抗要件に関わる問題であり、これに対しては、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律という特別法を出題することはいかがなものかという批評がある。しかし、出題の趣旨としては、その特別法を暗記していなければならぬことを求める趣旨ではない。試験用六法にもこの法律は掲載されているので、実務家として、この法律を勉強していることがもちろ

ん望まれるが、仮にそれを知らなかったとしても、法文を参照して、それを当てはめて対抗問題の基本的な処理をしてもらうことを主眼として出題したものであり、採点もそのような観点から行っている。

採点実感としては、旧司法試験の金太郎飴的な答案は明らかに少なくなった。これは採点していて、大変気持ち良かった点である。ただ、部分的に見ると、設問2の民事訴訟法の手続問題の前半は、出題が抽象的であった関係もあるが、やや金太郎飴になっていた部分もある。解答の分量は、予想では平均で12ページ程度は書くであろう、また、書いてもらわなければ点が入らないというような含みで出題したが、実際に採点してみると、8ページ程度のものが大半であった。12ページを上回って書いているものは極めて少なかった。たくさん書けば点がもらえるということではないが、ある程度の分量を書いてなければ、やはり内容にも影響してくる。論述の深み、厚みを失わせる一つの要因として、この枚数の少なさがあつたのではないかと思われる。

法科大学院に対しては、今後、長文の事例を素早く読む能力を育てていただき、更には法的文章を書く能力を付けるための教育がまだ必ずしも十分ではないという印象を受けるので、そういった点に力を尽くしていただきたいと考えている。

大大問形式については、民法、民事訴訟法、更に要件事実を視野に置いた200点の大きな問題を作ることは、メリットとデメリットがある。民法の考査委員の間で話し合った範囲では、賛成意見、反対意見があるが、この大大問作成の困難、苦労は認識しつつも、暫くはこの大大問の形式を続けることに新しい司法試験における民事系の出題としての意義があるのではないかという意見が多かった。

今後、ロースクールに求めることはいくつかあるが、例えば、設問1の要件事実問を採点した際の印象などでは、主張立証責任の分配などについて基礎的な記述がなされていないものが見られた。つまり、全く要件事実論の基本的なことをやっていないのではないかなという印象を与えるものがあつた。設問3の対債務者対抗要件と対第三者対抗要件の錯綜の問題についても、基本的な問題処理ができていないものが見受けられた。ロースクールに対しては要件事実教育や民法の基礎的な事柄について更に徹底した教育をしていただきたい。

民事系大大問の作題を振り返ってみて若干付け加えておきたいことがある。頻繁に作題会議がもたれ、そこで考査委員の間で活発な討議が行われた。その状況の一端を紹介すると、実務家委員からも、こういうものが題材としては良いのではないかなというような作題の構想の積極的な提示があつた。決して研究者委員だけが問題の原案を持ち寄っているのではないということである。聞くところによると、民事系大大問の一部の設問については特定の研究者委員が作題したのではないかという風聞、風評がまことしやかに言われているような感じがある。しかしながら、そのような理解は誤りであり、旧司法試験においてもそうであつたが、新司法試験においてはなおさらのこと、特定の研究者委員の論文とか著書を読んでいると有利になるのではないかなとか、問題の傾向を予測して色々準備が出来るのではないかなといったような印象を与えたり、そういう雰囲気の中で受験生が受験準備をしたりするということはあってはならないことであり、そのようなことにならないように作題する側も工夫をしているので、その点は強調して申し上げておきたい。

最後に、民事系大大問の作題に当たっては、非常に多大なエネルギーを投じた。今回の出題は、大筋において成功であつたと私どもは考えており、細かな点についての議論はあるが、やはり全般的には肯定的な評価が多いように思われる。しかし、これを続けていく

ことは人的体制等の面で骨の折れるところである。法務省、司法研修所、弁護士会から実務家委員をお出しいただいているが、こういう議論にお付き合いいただき、活発な議論をしていただける委員がいることから、今回はうまくいったが、今後のことが気になる。研究者委員の方も実務的な出題に理解を示して、活発に作題の議論に参加していただいたが、今後も研究者委員の確保は大丈夫か、考査委員一人ひとりの負担が大丈夫かといったことについて心配であるという面も率直なところ印象としては抱いている。司法試験委員会及びその事務を所管する法務省におかれては、今後、考査委員の選任や負担軽減などについても可能な限り配慮をいただきたいので、この機会に強調して申し上げたい。

- 短答式問題について、今回の試験の印象としては、やや条文とか判例とか、そういう知識問が多いのではないかという批判があるが。私自身は短答式の趣旨の一つは、基礎的な法的知識をきちんと持っているかどうかということであるから、それは差し支えないと思っている。他方で条文等は短答式でも持ち込んでよいのではないかという意見も見受けられる。この点について、先生方はどのように考えておられるのか。
  
- 短答式問題に対しては様々な批判があり、もっと考える問題を出せという批評がある。一方で、こういう問題を出すと時間が掛かり過ぎて到底出来ないではないかという批判もあるので、作る方としては非常に苦勞している。条文を参照させるかどうかという点については、それも有り得ると思うが、実務家になって、仕事をしながら確認的に六法を見るという程度であると思われるから、やはりある程度頭に入れておかなければならない条文はあるのではないかと、判例でも、あることを知っておかなければならないものもあるのではないかと、六法を見せてはいけないとは思わないが、今のようなやり方も十分あり得るのではないかと考えている。
  
- 法文参照不可で実施するという現在の統一的なやり方を前提に作題するときは、条文を見なくても実務家であればこういった事項は理解して、六法を開くまでもなく動けるようであればいけないという基礎的事項を出題している。問題作成過程で出た原案について、例えば、これは細かいのではないかとというような言い方で問うことを差し控えた素材もある。現実に出題したものが良いかどうかは、評価を待つしかないと思われる。短答の民法の問題に対して判例の趣旨に照らし正しいもの、誤ったものというものの出題の割合が大きいという批判があるが、それについては、私自身、理解に苦しむところである。どういう趣旨でそれがよくないのか分からないが、判例の見解だけを憶えさせてそれを正しいものであるかのごとく、受験生の思考を強制する権威主義がそこに含まれているという批判だとすれば、それは違うのではないかとと思われる。私個人の意見であるが、判例に盲従せよと言っているのではなくて、実務家として判例を批判し、それに抗うのであればなおさらのこと、判例の正確な理解がなければいけないはずで、判例を知らない人が最高裁判例はおかしいと言ってみても仕方がない。したがって、判例の理解を短答式試験で問うこと自体はそれ程おかしいことではないと考えている。もちろんバランス等は気を付けなければいけない。
  
- 追加させていただくと、新司法試験では短答式と論文式があるが、主として考える力というものは論文式で見ることにして、短答式では基礎的な知識を幅広く持っているかどうか

かを訊くことになっている。旧試験とは短答式のやり方も変わって基礎的な知識をみる、それが基礎的なことなのかどうかという点が問題なのだと思う。これから試験結果を見て、一つ一つの問題について妥当性の検証をしなければいけないと思うが、基本的な考え方としては判例であろうが条文であろうが、先ほどお二人の委員がおっしゃられたように、基礎的な知識であって、当然、条文とか教科書を見なくても知っていなければならぬだろうと全員で一致して考えたものを出题したということである。

○ 民事系の出題方式は、随分工夫を凝らされており、新しい司法試験の趣旨に即したものになっているという印象を受けた。作題そのものにも大変なエネルギーを要するという点であり、採点の労力も大変だったのではないと思われるが、大きな方向性としては、是非今後も同様に工夫していただきたいと思われる。いわゆる受験テクニックでカバーできるものではないというところに意味があり、法科大学院での教育成果を測るという趣旨目的にかなうものになることが期待される。その上での感想であるが、確かに要件事実の理解は重要であり、これからも意識していただきたいことではあるが、他方、要件事実のウエイトが非常に大きい印象を受けるので、これが法科大学院の教育内容にどのような影響を与えるかということが気になることである。また、一般的には、要件事実の理解がしっかりとした答案は、その前提となる実体法の理解もしっかりとしているということになっているはずであるが、実際に答案の採点に当たってみて、その点がどのような状況になっているか、実体法の理解をしっかりとし身に付けていると思われる受験生の答案が、実際にも優秀な答案になっているのかどうかについての感想をお聞かせいただきたい。

□ 前半のお尋ねの要件事実論に与える比重のあるべき姿ということに関しては、御指摘のとおり、危惧もあるが、要件事実論が大事であることは伝えておかなければならない。法科大学院の教育の現場でも様々な混乱があって、非常に要件事実に対して過敏になっていたり、こういう言葉がよいかどうか分からないが、学生の中にも、要件事実オタクと言われるような思考法をする者もいたりすると聞いている。司法試験がそこに適切なメッセージを与えることは重要である。これから御批判を承りつつ、更に考えていきたいと思う。質の面では、今回、こういう機会を設けていただいてありがたかったが、考える要件事実論を出している、暗記ではないというメッセージを様々な機会に受験生に伝わるように心掛けていきたいと考えている。

採点実感についてであるが、実体法の理解と十分に有機的に関連させた要件事実論を展開してほしいと私どもは思っていたが、実際に出てきた答案の出来は、ばらついていた。

実体法と関連させてこう書いてほしかったというズバリのものがあるかと思うと、一方で全く要件事実論についての前提的基礎的理解がなっていない極端なものもあり、それから、過度に手続的な思考にとらわれて証拠との距離とかを決め手に議論しているものがある。「消極的事実の立証は困難だから。」というような理屈のみに寄りかかって、実体法のことは余り書かない、というような答案もある。出題者側としては、実体法との有機的関連を意識した記述に高い評価を与える方針で臨んだ。

□ 設問1がよくできている答案が設問3もよくできていたかということ、それは必ずしもそうではなかったという印象である。設問3については債権譲渡登記に関する問題であるが、我々にとって極めて意外だったのは、債権譲渡登記という制度は第三者対抗要件と債務者

対抗要件を峻別するところに物事の基本があるので、いくら第三者対抗要件を債権譲渡登記で備えていても、債務者との関係では通知するまで対抗できない。だから通知するまでに債務者が払った弁済は完全に有効である。ところが、半分どころか、3分の2ぐらいが準占有者に対する弁済だと書いていて、本当はそこから先を訊きたかったが、そこで点差がついてしまった。設問1が出来たか出来なかったかに関わらず、準占有者に対する弁済と書いているものが多くて非常に意外であったし、債権譲渡登記の問題はサンプル問題の短答式問題でも出したところなので、当然、司法試験の問題として出すことを予告した上で出したものである。主要な教科書には必ず載っており、しかも実務上、債権譲渡においては欠かすことの出来ない重要な制度であるにも関わらず、十分な勉強がなされていないということ非常に残念に思った。

- 採点結果についてであるが、民法、民事訴訟法の意見交換会で最低ライン点をもう少し考え直すべきではないかという意見が出た。これは私も同感であり、ロースクールで厳格な成績評価をしているのか疑問が生じるような答案がかなりあった。200点満点で70点未満、100点満点で35点未満では絶対だめだろうと思われるが、そういう答案が25パーセント以上私の採点したところにはあった。旧試験と違って試しで受けてみるという人はいないはずなので、結果的に、ロースクールを修了しているのはむしろおかしいのではないと思われる答案がたくさんあったということになる。最低ライン点というものが余り機能していなかったことになる。そういう成績評価では困るというメッセージを伝える意味で、私自身もう少し考え直してもよいのではないかと考えている。他方で非常に良い答案もたくさんあり、トップクラス、一番高いクラスの良い人はどんどん伸びていくし、低迷している人はずっと低迷していると思われるので、それを今後のロースクール教育でどうすべきかということが重要ではないか。

◎ 次は、商法担当の先生にお願いしたい。

- 商法の考査委員の意見をまとめた形で報告する。

商法は、民事系科目第1問であるが、ある会社が不振の事業部門をリストラクチャリングしようということで、旧法の言葉では営業譲渡、新会社法の言葉では事業譲渡を考えたというシチュエーションである。設問1では、事業譲渡について会社法では株主総会の特別決議を要する場合がある。どういう場合に特別決議を要するかについては、最高裁の有名な判例があって、有機的一体として機能する財産を譲渡する、事業活動を承継する、競業禁止義務が譲渡人に課されるという3要件が判例で明らかにされている。設問1では一つ目の要件は問題ないが、二つ目、三つ目の要件が仮に備わらないとした場合に、やはり同じく株主総会の特別決議を要するかどうかということをお願いしているわけで、会社法が総会の特別決議を要しているのはなぜか、判例で3要件を立てているのはどういう趣旨かを少し掘り下げて考えてもらおうという問題である。設問2は、事業譲渡が行われたというシチュエーションに変えて、譲渡をする会社の株式を40パーセント持っている大株主に譲渡する、その際に非常に安く譲渡したことで、どういう法律問題が生じるかを問っているわけで、出題の意図としては出題趣旨でも公表しているとおり、支配的な株主が議決権を行使して株主総会で譲渡を承認するという特別決議が成立したこと、この総会の決議には瑕疵がないのかということ、特別利害関係のある株主が議決権を行使

した結果、内容が不当な決議が成立したことで取消事由になること、決議が取り消されるとそこから派生し、効力のない決議に基づいて行われた譲渡契約が私法上無効になること、そういう問題を中心にして後は取締役の問題と取締役の責任の問題を問いかけている。

採点後の実感について、考査委員の間で話し合った結果であるが、設問1については、会社法上の事業譲渡の規定の適用の有無に関する判例の挙げる3要件を正確に挙げていない。2つしか挙げていない答案があったり、3要件を挙げていてもそれぞれの法的意義についての理解が十分でなく、問いに対する十分な解答となっていない答案が多かったということである。設問2については、出題に際して最も重視していた特別利害関係者による議決権行使が株主総会決議の瑕疵となるかという問題点について、そもそも気が付かない答案が極めて多かったことについて、各考査委員の印象が一致していた。

設問1が先程申し上げたような結果であったことについて、なぜか考えてみると、判例が3要件を問題としていることは大体憶えていると思われるが、その意義について必ずしも深く考えてこなかったのではないかと、仮に具体的な事例において、少し3要件が外れるようなシチュエーションが生じたときにどうなるかということについては、説得力のある議論を展開する能力がまだ不十分なのではないか、判例は憶えていても、判例を事案に当てはめていく面でまだ十分な能力が形成されていないのではないかとというような学生に対して厳しい意見がある。判例がどういう問題を持って、存在しているのかというような問題について、実は考えてもらいたかったということである。設問1の設問の仕方として、弁護士として相談を受けたのでどう答えるかということになっているが、こういう問いかけをするとどうしても判例を前提として考えて3要件の問題とし、本件では当てはまらないから総会決議はいらぬということになりがちであるという意見もあるが、この辺りは後ほど申し上げるが教育の在り方にもつながってくる問題かと思われる。

設問2において我々が重点を置いていたポイントについて言及する答案が少なかったという結果になったことについては、「設問の仕方が問題の事実関係を読んで会社法上の問題点を検討しなさいというやや抽象的な訊き方をしているので、一番重大な問題点に気が付かなかつたのではないか。」という意見もあった。しかし、「やはりそれにしてもこういう問いかけ方であっても会社法上の一番重要な問題である以上これに当然気付くべきで、これは学生の方に大いに問題があつたのではないか。」という意見が多数であつた。

設問2に関しては一番重要なポイントを外している答案が多かつたが、しかし、それ以外の様々な問題点、論点を挙げている答案は多くあり、それなりに勉強してあるとは感じている。取締役と会社の利益相反関係とか利益供与の規定などを使って、支配、被支配関係のある会社で不公正なことが行われた場合の支配される側の救済について、色んな法律議論等はあるが、旧試験の下ではこういうことまでは勉強してなかつただろうというようなことも一応は勉強したあとはうかがえるような印象を持った。ただ、それがまだ十分身に付いていないので、そういう法律の新しい規定とか理論についての当てはめをやはり大きく間違えていたり、不正確な理解をしている者が少なくなかつたという問題はあつた。全体として今回の受験生の答案を見ていくと、法科大学院が創設される前の旧試験の受験勉強による知識に基づいて対応しているため、問題の分析が十分できていないタイプの受験生と、思考力はそれなりにあるけれども基本的な知識がまだ十分身に付いていない者が混在しているのではないかという意見があつた。

今後については、色々な意見がある。例えば、「答案を見るとそもそも判例をしっかり読んでいるのかどうか疑問となるものが少なくない。判例の要旨で3要件があるというこ

とを機械的に憶えているだけで、あまりその意味を考えたことがないと思われるものが少なくないので、その指導を法科大学院の教育では改善する必要がある。」、「重要なポイントを的確に見出すことができるようにする指導が必要である。」とか、「基礎力をしっかり身に付けさせる教育が必要である。」という辛口の意見がある一方で、「判例がたくさんあるが、こういう判例について問題点等をいちいち深く考えさせるようなことを網羅的に教育する時間は、法科大学院で十分にはない。基礎力をしっかり付けさせるという必要性もあるが、そこにはカリキュラム等の関係で限界もある。」という意見もある。特に、実務家の委員の方からは「ある法律制度の要件効果についての理解とそれを具体的に事案に当てはめるといふ両方の能力を高めていく必要があるけれども、とりわけ、当てはめの面の能力がまだ弱いのではないか。」、「法律の制度、あるいは規定の要件効果については一応抽象的には分かっているが、具体的な事案にどうやって当てはめて適用していくか、その際にどういう問題が生じるか必ずしもまだ処理できないという状況ではないか。」という意見が出された。

- 会社法は法改正との関係があり、法科大学院の方から情報等の提供を求められたことから、委員会としてもできるだけ早くメッセージを出したが、学生たちに混乱は感じられなかったのか。短答と論文ではどうか。
- 出題する際もそういうことを考えて問題にしたので、受験生に大きな混乱はなく、答案を見ている限りでもないように思えた。
- 法科大学院でいわゆる既修者の授業をやっている中で、学生が果たして授業を受けて基礎的知識を付けられるかということが大変悩ましいところである。授業との関連で意見を賜ればと思う。法科大学院の授業そのものとは関係なく、基礎的知識は自分で付けるべきというのは一つの割り切りとも思われるが、もしお考えがあればお願いしたい。
- 理想的なことを言えば、法学既修者については基礎的なことは学部段階でできているべきである。法科大学院の授業ではそれを前提に応用力を高めるという教育になってくると思われるが、実際に私どもの法科大学院でソクラテスメソッドで授業をやっても意外と基本的なことを知らないことはあるわけで、そこをカバーしながら事例問題にもある程度対処できるようにということを商法に与えられたコマ数の中で両方やっていくのは極めて難しい。私なども、法科大学院の授業で直接できることは限られているので、そこは自分で基礎力を高めていかないとだめだと口を酸っぱくして言っているが、授業では厳しいという面もあり、授業でやらないことを満遍なくカバーしていく勉強が十分できていないのが実情かと思っている。
- 今回の受験生のほとんどは、旧試験のための受験勉強をしてきた人たちであろうと思われるが、その弊害と逆に彼らが有利だったというところがあったらお願いしたい。
- 大問で訊かれていること自体は基本的な条文と判例の話なので、旧試験を長年やっている、それが有利になることはあまりないかと思われる。あまりにも基本的な判例であるので、判例では3要件を要求しているという書き方に始まって、本件ではこの要件が無いか



ら決議はないという流れになっていく答案が圧倒的に多いわけで、これは旧試験の時代に言われていた金太郎飴的な答案とある程度似たような面があるかもしれないが、少なくとも設問2の方になると色々な論じ方をしているものがあり、先ほど申したように、必ずしも旧試験では気にとめなかっただろうと思われる問題点について書いているものもあるので、それは旧試験の受験生も旧試験の知識だけでやったのではなくて、法科大学院に入って新しいことをまた勉強しており、若くして勉強を始めた人もそれなりに勉強しているということではないかと思われる。

- 旧試験時代の受験生の思考方法、勉強方法といったようなもので、今年の商法の試験を受験した人たちも、ある程度は合格ラインに達しているのか、それとも、そのような人たちは、到底、合格ラインに達していないという状況なのかについて、お聞かせいただきたい。
- 今回の合格ラインを前提にすれば、旧試験用の勉強だけでも達したのではないかと思われる。旧試験の場合と違い、論ずべき論点が明確には示されておらず、提示された事実に対してどの論点を取り上げるのかについて様々な考え方が出てくる問題であったが、もし的確に論点を取り上げることができれば旧試験用の知識でも比較的きれいに解ける。旧試験用の知識で合格した者もそれなりに多かったのではないかと思われる。
- 抽象的な質問で恐縮であるが、今年、採点に当たられて、受験生にどのような能力が不足しているという印象であったかについて、感想をお聞かせいただきたい。
- 個人的な感想になるが、知識としてはそこそこ持っていると思われるが、それは表面的であり、実質の理解には必ずしも十分でないという印象である。表面的には文章を書いているが、実質的な意味が分かって書いているのか首をひねらざるを得ない答案が結構あるということである。憶えることはそれなりに憶えているので、その質を高めるということが本当は望ましいが、そう一朝一夕にはいかないのではないかと思われる。
- ◎ 民事系は大大問で、時間も長く、色々特色があるが、先生方にとっては問題作成の労力が相当あるということであるが、どのように苦勞なされたか。
- 民法にとって都合のいい問題が民事訴訟法にとって都合が悪かったり、民事訴訟法にとって都合のいいものが民法にとって都合が悪いという問題がある。今までプレテスト、サンプル問題のときからそうなることは分かっていたが、今回の作問に当たってもそのような問題がかなり生じた。また、問題作成のために会議した時間だけでも優に100時間を超えていたのではないかと思われる。
- 受験生たちの感想を聞いてみると、予備校に通った受験生は、予備校の問題とは全然質が違ったということである。それだけ受験生たちも今回の問題の質の高さを感じてくれたと思われる。こんな問題なら予備校に行けば同じような問題を作ってくれるだろうというレベルではないとの評価が出れば、非常に良かったと思う。もう一つは、法科大学院でこういう問題を仮に作問して講義で使った場合は、それなりに司法試験対策ではない実質的

な法曹養成教育ができる。それは同時に司法試験対策にもなっているという結論が出るが、今の先生方のお話をうかがうと法科大学院の先生がこのレベルの問題をお作りになるのは大変である。

- 今回受かった学生は予備校には行っていない人が多いようだ。少なくとも論文については、予備校に通っても役に立たないと学生たちも思っているのが現状と思われる。
- ◎ 刑事系科目でも極めて基本的な理解が欠けているとの指摘があった。今日、先生が強調されたように特別に訓練しなくても、日頃きちんとやってその場で考えれば、12ページは書けなくても、9ページ、10ページは書けると期待して出したわけであり、そのメッセージが強く伝わればよいと思う。短絡的な学生が、うちのロースクールではこういう問題に対する対策を教えてくれないということに対応されては困るが、ロースクールできちんとやったことを踏まえて解ける問題なんだと伝わればよいのではないか。ただし、ロースクールで一度習ったことが出るなんて事は幻想であってあり得ないことである。
- 大大問の設問4については、関連する判例は、代表的なロースクールの教材で大抵は取り上げられている。ロースクールできちんと勉強していれば、同じ問題ではなくても、基礎的な知識を中心にしてその考え方を当てはめて、その場で解くということは、ロースクールの教育からできるのではないかと考える。
- ◎ 先ほど商法の先生が言われたように、あの判例をロースクールでどう教えているかである。
- 要件事実の設問1に関しては、私も非常にすばらしいなと思っている。このメッセージは極めて有効だったと思う。しかし、ここまで知識として教えなくてはいけないのかなどと勘違いしている先生方が少なからずおられるということなので残念である。要件事実の基礎的考え方を理解していれば十分に解答できるはずである。
- まったくできていない一部の答案があって、その受験生が学んだロースクールでは要件事実を教えていなかったのではないかとさえ思えたものがあった。
- より適切な問題を作ることは、大大問形式ではなく個別にやったとしても可能ではないかと思われる。むしろその方がよいのではないか。今年の結果を見てすぐにといいことはできないが。
- ◎ 司法試験で問題なのは、ロースクールに対する影響である。大学入試でも、どういう問題を出すかによって、高校の教育内容がガラッと変わってくる可能性があり、神経を使うのと同じである。
- 第三者認証評価で色んな法科大学院を訪問しているが、架橋教育を十分しているんだという説明の中に、実務家と研究者が一緒に授業を担当しているからそれで架橋なんだというその一点だけで結論を出してしまうところもある。あるいは、授業の前半を民法の研究

者がやり、後半を商法の研究者がやり、でも二つの科目を一つのコマでやっているから融合である。これで架橋教育であるというようなことを書かれている法科大学院もある。このような法科大学院が必ずしも少なくない。そういったときにこういった問題を出しているだけで、目指すべき架橋教育とは、実務家と研究者、あるいは複数の科目がただ混在していればよいというものではないというアナウンスにはなるのではないか。

- 大大問を今年やってみて一定の成果を上げたわけだが、今、おっしゃったような観点も含めて、簡単に結論を出すことは難しい状況にはあると思われる。一方では、おっしゃるように各分野の本来の在り方、持ち味を出すには分けたほうが良いという意見も確かにある。また、今回の出題に対して一方で別の観点からある批判として、設問は4つあるけれども接合問ではあっても、融合問ではないとおっしゃる方もいる。つまり、もう少しアクセルをかけて本当に融合するようなものを工夫してくれないかという議論もある。そのようなものができるのかどうか分からないが、両面の悩みがあるわけで、御指摘の法科大学院教育への影響等も勘案しつつ、問題作成の工夫を続けていく必要があると考えている。

新司法試験審査委員（刑事系科目）に対するヒアリングの概要（平成18年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

◎ 審査委員の先生方は新司法試験の採点を終えられた直後であるので，採点の実感等について，率直な感想を聞かせていただきたい。司法試験委員会では，平成20年以降の新旧司法試験合格者数の一定の目安を示すための議論を行うことになっているが，その際にも先生方の御意見を参考にさせていただくつもりである。まず，刑法担当の先生からお願いしたい。

□ まず，出題の趣旨について簡単に御説明し，その後，採点実感等について述べたい。

刑法では，問題文において捜査の経過及び事件関係者の供述の要旨を示し，証拠関係から認められる具体的な事実をどのように評価し，それに対して刑法の規範をどのように当てはめて結論を導いていくかを問う問題を出題した。刑法の正確な理解と論理的な思考力，また，法的な問題点を抽出してそれを具体的な事実にあてはめて検討する能力，つまり，刑法の具体的な事実に対する適用能力，運用能力がしっかり身に付いているかを問う趣旨で出題している。刑法の問題は旧司法試験の問題傾向とあまり変わっていないという評価も見られるが，重要な相違点が見落とされているように思う。もちろん，刑法の正確な知識は，新司法試験においても当然問われるべきものである。しかし，今回の出題では，法的問題を，具体的な事実にあてはめて，あくまでも具体的に検討することができるかどうかを問うており，旧司法試験とはこの点で極めて重要な相違がある。今回の問題は，単なる規範の記憶，つまり，解釈論を憶えて単に吐き出すというだけでは対応できないものであり，真の刑法の運用能力が問われているのである。

次に，実際に答案を採点して得た実感については，審査委員の間で意見交換を行い，それを踏まえて申し述べるが，細部については，私の個人的な印象あるいは意見であるので，そのように御理解いただきたい。

まず，全体としての答案の出来であるが，旧司法試験と比べて相対的には改善されていると思われる。これは，サンプル問題，あるいはプレテストを通じ，新司法試験の趣旨がある程度伝わり，これを意識した学習がなされた成果であると評価できる。ただし，それはあくまでも旧試験との対比での相対的な評価であり，今回の試験の答案の絶対的な評価としては，出題者としては，率直なところ不満が残っている。それは，出題の趣旨によく合致した答案は多くはなかったからである。

実際の答案において問題があると考えられた点をまとめると，次の2点になる。

第1に，具体的な事実を踏まえた検討が十分に出来ていないことである。法的な問題を抽出した後，要件の具体的な検討に当たり，具体的な事実に一応言及してはいるものの，事実に触れたという程度にとどまり，具体的な事実の持つ意味を吟味して論じるレベルまでには至っていない答案が相当数認められた。つまり，要件の形式的，抽象的な当てはめがなされただけで終わっており，規範が適用されるべき事実の意味付けが十分になされていない答案が多かったわけである。具体的な事実を踏まえた検討を十分行うという点は，先ほど申したように，出題者としては相当重視しているつもりだっただけに，残念であった。

第2に，刑法の基本的な理解や論述における構成力の不足が見られることである。問題

文から抽出された問題相互間の論理的な関係が十分に把握されておらず、問題点ごとに結論が述べられているに過ぎない答案が目についた。これは個別の論点を単に丸暗記し、その内容をいわば吐き出しているに過ぎないものと思われる。旧試験において指摘されていた好ましくない勉強方法の反映ではないか、まだそういうものが残っているのではないかとと思われる。

このような問題点が生じる原因については、いくつかの見方があり得る。一つは、今回の受験生の中のかなりの者は旧試験の受験勉強をしてきた者だという推測である。これらの者は従前の受験勉強の過程でいわば論点主義の丸暗記による学習の態度が身に付いており、法科大学院で教育を受けたにもかかわらず、なお従前の態度が抜けきれず、それが今回の答案に反映されているのではないかということである。

あるいは、次のような見方も可能かもしれない。すなわち、法科大学院においては、実務の基礎に関する教育が行われており、その結果として、例えば、殺意の認定についての論述などにおいては一定の成果が答案上も窺われたように思われるが、刑法プロパーの授業になると指導者が旧来の教育態度を維持して、論点中心で抽象的な解釈重視の記憶本位の教育をなお行っているのではないかということである。具体的な授業内容の検証を経ずに軽々に申し上げることにはできないが、もしこのような教育が行われていたのだとすれば、従前どおりの論点中心の勉強方法でよいのだとの誤ったメッセージを暗黙のうちに学生に伝えていたことになる。新司法試験における刑法の問題は基本的には旧試験と同じであるなどという評価と、このような教育方法に関係があるとすれば問題である。既に申したように、旧試験の問題と新試験の問題とでは重要な違いがあると考えており、法科大学院の教育において、その重要な違いが見過ごされていたとすれば、大きな問題である。このような新試験に関する正しくない理解が指導者だけの問題にとどまっていれば、その見識が問われるだけであるが、そのような理解に基づいて実際の指導がされているとすれば、これは困った問題である。従って、このような誤った理解を正すため、出題の趣旨の公表によって、正確なメッセージを伝えていく必要があると思っている。

最後に、試験答案を採点して、考査委員として法科大学院の側に求めたいことについて意見を申し上げたい。

法科大学院に対しては、刑法の解釈論を学生に正確に理解させることは当然必要なことであるが、その際、具体的な事実即して考える力を養うこと、つまり、刑法の具体的な運用能力を培う教育をなお一層推進していただきたいと考えている。解釈論を教えることによる成果は目に見える形で比較的短期的に実現可能であると思われるが、それに対し、刑法の具体的な運用能力の涵養は、その成果が必ずしも直ちに目に見えるものではないように思われ、また、一定の時間を必要とする。この意味で刑法解釈論を覚え込ませる教育が学生にとってもいわば満足度の高い教育であって、そのような教育を行う教師に一定の評価が与えられることも理解できるが、そのような教育は、育成が求められる能力のいわば前提となる基礎を形成するものに過ぎないのであって、刑法の具体的な運用能力の涵養こそが必要であるということが見逃されてはならない。このことは法科大学院の刑法担当教員の方には抽象的には理解していただいていることであると考えているが、こうした理解を踏まえた教育を更に具体的に推進する必要があると考えている。

最後に今回の結果を受け、私どもが出題するに当たり、今後、更に検討すべきではないかと考えられることについて簡単に申し上げたい。私どもとしては、新司法試験の趣旨に照らし、今回の問題は、方向性としては正しかったと考えており、今後もこのような方向

性の出題をしていきたいと思っている。ただ、問題文の具体的な作成の仕方や、問題点の提示の仕方については、なお工夫の余地があるのではないかと考えている。例えば、論文式試験の問題の作成に当たっては、出題者の意図がより直接的に伝わり、それに即した検討をより一層促すことができるよう更に工夫し、努力を重ねていく必要があると考えているところである。

◎ それでは、引き続き、刑事訴訟法担当の先生にお願いしたい。

□ 刑法委員の先生と事前のすり合わせをしていないが、これから申し上げることは、局面は違うものの共通する点の多い内容になると思われる。なお、以下に述べる事柄は、刑事訴訟法の考査委員が本日の御報告のために改めて協議準備をしたものではなく、基本的には私個人の考えであるが、それは作問の過程と採点に際しての各委員間の協議を踏まえたものである。

初めに出题の趣旨について御説明する。刑事系科目第2問は、刑事訴訟法分野を扱い、刑事手続の中でも重要な事項である「犯罪の捜査」と「証拠」に関する具体的な長文の事例を設定して、そこで生起する刑事訴訟法上の問題点を抽出、分析させて、問題の解決に必要な法律の解釈、法律の解釈・適用にとって重要な具体的な事実の分析と評価、さらに、それをあてはめて具体的な結論に至る過程を論述させ、これによって、刑事訴訟法及び関係法令の解釈に関する学識と適用能力、論理的思考能力を試そうとしたものである。

具体的に申し上げますと、一つの設問では、警察官による捜査活動の法的規律に関する基本的な問題点を扱った。職務質問・所持品検査という警察官の活動についての可否、あるいは、逮捕に伴う令状なしの捜索、差押の可否などについて、警察官職務執行法、刑事訴訟法の具体的な条文の定める手続、その制度の趣旨に関する正確な理解を踏まえてその要件を解釈し、具体的事実を当てはめることが出来るかを問うもので、捜査における任意手段・強制手段の法的規律の基本が理解できているかを試したものである。もう一つの設問は、刑事訴訟に固有の領域で実務上も理論上も大事な意味を持っている証拠に関する問題、証拠法の中でも基本的な事項の一つである「伝聞法則」、伝聞証拠の意義についての正確な理解を踏まえた上で、具体的な事実、本問の場合は犯行計画を記載したメモを素材にして、これを用いて犯人の間の共犯関係、共謀をどのように立証するか、すなわち、共謀を立証する場合にこのメモをどのように使うことができるか、その使い方—要証事実・立証事項の設定の仕方—によって基本的なルールである伝聞法則との関係はどうなるかを具体的に訊いた問題である。全体を通じて、いずれの問題についても、単に法解釈論の要件の存否を抽象的に論じるのではなく、事例の中に現れた具体的な事実関係を指摘して、それらの事実関係がどの要件の存在を基礎付けているのかを的確に論じてほしい、そういう趣旨で出題したものである。

次に採点の実感について述べる。まず最初に総括的な個人的印象を述べたい。私は新司法試験考査委員に任命された年度まで、旧司法試験の刑事訴訟法の考査委員を務めており、近年では毎年1,000通以上の旧試験の答案を採点していた。新試験は初めてのことであり、また、その中の一部の答案を採点したに過ぎず、全答案の傾向を確実に把握しているわけではない。単純に新旧答案内容の安易な比較や断定的評価はもとより不可能であるが、全般的、総括的な印象を述べると、新試験答案においては旧試験に比べて事例が一層具体的詳細に与えられていることもあり、事実関係の立ち入った分析、検討とこれを踏

また法解釈の論述を試みた答案が比較的多く認められた。この点は新試験が求めている新たな分析能力であり、答案においてこのような志向が現れているのは歓迎すべきことであると考えられる。一方で、旧試験答案の大多数に認められた、抽象的法解釈—しかも断片的で不正確なもの—を機械的に暗記して、その上で問われている具体的法律問題との関係ではしばしば不正確ないし誤った論述を記載する類の答案は減少していたと思われる。

それでは、当方の出題意図と新試験の答案のレベルとの関係はどうであったか。出題意図、要求する解答水準に相当数が達していたとまでは言えない。当方の予定した水準に十分に達している答案はいまだ少数にとどまり、改善すべき余地はあるという印象である。先ほど述べたとおり、出題の意図の中には具体的な事実関係から法解釈にとって意味のある事実を抽出して、的確に要件該当性を検討するという作業が求められている。このような作業は刑事訴訟法の解釈に関する基礎的、体系的な学識を備えていることが当然の前提になった上で、単なる暗記ではなく、真の理解と応用能力を必要とする。そのような学力の養成、教育には刑事手続法の解釈について、まず、基礎的・体系的学習が不可欠であり、これに加えて、最高裁の判例、裁判例の単なる記憶ではない内在的な理解や分析が重要であろうと考えている。今回の出題も、幾つかの重要な最高裁判例あるいは裁判例を素材の一部として利用し、判例法理それ自体の内在的な理解、あるいは事案や態様を異にする場合の応用能力を試そうとしたのであって、それは、そのような事案、事実の分析能力こそが法律実務家に必要な能力の一つであり、法科大学院の教育もこれを目標に実施されるべきものだと考えたからである。

このような趣旨で問題を作ったが、先ほど申したとおり、十分にこれに応えるところまでいった答案は必ずしも多くはなかった。ここでいくつかの問題点を具体的に指摘したい。

例えば、警察官が職務質問の過程で、対象者の所持品を検査することができるかという問題を出したが、これについてはどの法科大学院でも必ず勉強するであろう最高裁の判例がある。多くの答案が最高裁判例の法解釈を援用した論述をしていた。しかし、その判例の行っている法解釈の位置付け、意味内容の具体的な理解にまで及ぶような答案、いかなる論理で条文に規定のない所持品検査が許される場合があると説明できるのかという点、あるいは、許される場合に、判例がいう必要性とか緊急性とか法益の均衡といった要件が要求されている理由は何かといった点についてまで判例の論理を内在的に理解して、その上で具体的な事例の当てはめを丁寧に行うというような極めて優れた答案も散見されたものの、他方で判例の用語の抽象的な文言を単に記述するだけで、事実に対する十分な検討やなぜそのような法解釈が導かれるのかについて十分な説明が欠如している答案も比較的多かった。なぜそうなったか憶測するに、判例の学習方法について、一部に判例の抽象的文言の覚え込みさえすれば良いといった誤った浅薄な傾向があるのかも知れない。出題の意図は、もとより判例の言葉を憶えているか否かを問うものではない。むしろその背後にある法的な思考方法、あるいは、思考過程の理解が決定的に重要なのであって、あえて述べれば、そのような判例に対する理解を明示した上であれば、判例とは異なった別のあり得る解釈論について、その可能性を示して問題を分析する答案であっても、解答としては差し支えないと考えている。

もう一つ例を挙げると、逮捕に伴う無令状の搜索、差押という刑事訴訟法に明文の規定がある重要な制度についての基本的な問題を出したが、これについては大きな説の対立がある。しかし、そのような見解の対立以前の問題として、そもそも搜索と差押という別個の強制処分をきちんと分けて考え、それぞれについて制度趣旨から首尾一貫した論述によ

って、条文の言葉である「逮捕の現場」、あるいは、「必要があるとき」といった文言を解釈して具体的事例を当てはめて結論を導くという、法律家として最も基本的な作業が不十分な答案も見受けられた。このような不適切な答案例からは、本来、すべての出発点になるべき刑事訴訟法という法律、法領域の体系的な理解、あるいは、確固たる理論的基礎に向けた教育が不十分なのではないかという疑問が生じる。ある条文の理論的、体系的意味や制度の趣旨に立ち返った真の意味での法解釈の筋道を考えて理解させることなく、説の対立の結論部分や、表面的で不十分な説明のみを平面的、並列的に憶え込みさえすればよいという悪しき学習、—これは従来旧試験で認められたところであるが、—そういう悪しき学習の弱点が露呈しているのではないか。この点はそのような教育をした教師と教材に責任があると思われる。教師がより一層教え方を工夫する、あるいは、根本に立ち返って考える必要があるのではないかと思われる。

繰り返しになるが、出題の意図には具体的に提示された事実関係を分析して、重要な事実を取り出して法解釈を行う能力の判定が含まれている。この点については、プレテスト、今回の出題においても、比較的良好な答案が認められたことは指摘しておきたい。例えば、警察官職務執行法の定めている挙動不審という要件、どういう場合に警察官は人を停止させて質問が出来るかという要件に当たる具体的事実については、与えられた事実関係を丁寧に提示して、当てはめを行う答案が比較的多く認められた。これはおそらく各法科大学院において、刑事手続の基礎教育、理論教育と平行して実施されている必修科目である刑事訴訟実務の基礎教育、具体的には事件記録等の教材を用いて事実関係の把握と法適用の訓練を行う必修科目が設けられており、この成果が現れているのではないかと思われる。

最後に、今後、法科大学院教育に求められるものについて述べる。この点については、先ほど答案について指摘した点がそのまま当てはまる。あるべき適切な教育が継続され蓄積されていけば、その成果は、従来法曹養成、旧試験の解答の水準を抜くことになり、知的基礎体力と応用力を備えた法曹養成に結びつくことは、個人的には疑いないと考えている。ただ、先ほど申したような一部の誤った教育、学習態度があれば、早急に改めなければならない。判例についての理解、学習方法、学説、基本的な事柄についての勉強の仕方、理解の仕方について誤りがあれば、早急に改めるべきである。そのためには、特に、理論教育に携わる教員に、慎重、厳格な配慮と準備が要請されるべきであると考えている。なお、新試験はあくまで法律学の学識と応用力を試すものである。刑事訴訟法という科目のすぐれて実務的実践的性格からして、刑事実務に係わる基礎知識が身に付いているに越したことはないが、些末な実務技術的事項に目を奪われて基本となる法制度の理論的・体系的理解を疎かにすることは、本末転倒であろうと考えている。

今回の出題意図と期待する解答の水準は、あるべき法曹養成教育を達成する目標に即したものであるというのが、審査委員全員の共通認識であり、このような出題の仕方を根本的に見直すべき特段の点はないと考えている。なお、短答式試験についても、今般の刑事手続法に関する基礎的・体系的な知識と理解の有無を問うという基本方針を変えることなく適切な出題に努力したいと考えている。

- ◎ それでは意見交換をお願いしたい。
- 問題を読むと、刑法、刑訴も大変よい問題だと思った。いずれも単に抽象的な理屈を訊くのではなく、両先生が言われたように具体的なケースの中でどう考えていくのかという



問いかけになっていて、これは、法科大学院教育に求められている理論と実務の架橋という趣旨を反映したものだと思う。ただ、今の説明の中にもあったが、具体的な事実関係の中で議論せず、論点について憶え込んだ理屈をそのまま書くということだと、これは、まだまだ法科大学院教育に期待されているところとは違うという気がする。その意味で、法科大学院における教育においても、抽象的な解釈論を説くやり方ではなく、あくまでも具体的な事実の中で考えていくトレーニングを進めていく必要があるという感想を持った。

実務で一番難しいのは、例えば、そもそも供述に現れたものが本当かどうかという事実認定であり、それは、今のシステムの中では生の事件を扱う司法研修所の教育、実務修習等の中で対応していくことになる。しかし、その具体的な事実関係を基にした上でのトレーニングも大変重要であると思う。そこで、私から尋ねたいのは、新しいシステムの下では、司法研修所における前期修習がなくなり、合格者がそのまま実務修習に入ることになるが、今までの修習生と対比し、今回の答案の出来はどうか、率直な御意見をお聞かせいただきたい。

□ 今回の御指摘は、刑法に関して申し上げれば、出題に当たって強く念頭においていた点である。刑事系科目第1問では、問題文に「具体的事実を示して」ということをあえて書き込んだが、これは、司法研修所の前期修習において力点が置かれてきた具体的な事実に対する法適用能力を身に付けさせる教育が前期修習がなくなることによって行われなくなり、新試験の合格者が直ちに実務修習に入ることを踏まえて、合格に必要なレベルとして要求したものである。今回の採点実感について先ほど話があったところは、私も同じような印象を持っており、具体的事実を踏まえた検討が出来ていたかという点に関してはやはり物足りなさを感じていることから、前期修習がなくなることを考えた場合には、不安がないわけではない。ただ、この具体的事実を踏まえた検討という点に関しては、これまでも司法研修所に入ってから教育によって、かなり短期間に補うことが出来ていた部分ではなかったかと考えている。したがって、新試験においても、先ほどの説明にもあったように出題趣旨を公表するなどしてメッセージを送ることによって、新試験で問われているポイントをきちんと受験生に明示することが出来れば、補うことが出来るのではなかろうか。個人的な見解であるが、司法研修所教官としての立場から不安に思っているのは、むしろ前提となる刑法の基本的な理解ないし知識に問題があるのではないかと、ということである。この点は司法研修所で教育することはほとんど不可能であることから、試験に合格した段階では既に身に付けていてもらわないと困るのだが、残念ながら必ずしも十分だとはいえなかったという実感があり、こちらの方がむしろ不安である。なお、具体的な事実を踏まえた検討という部分について言えば、これからの出題の工夫などを通じて、より強いメッセージを送ることで補っていくことも考えている。

□ 今回の意見に若干補足させていただく。研修所では、全5教科共通の司法修習における基本的指導方針として、事実調査能力、事実認定能力、法的分析力及び表現力という4つの項目を掲げている。これまでの前期修習では、司法修習生に対し、実際の事件を素材としてつつ修習教材として適切な事実関係と証拠構造に作り直した白表紙という記録を与え、これによって、司法修習生に、証拠の形式や中身に具体的なイメージを抱かせるとともに、証拠から争点を含めた事案の問題点を把握しつつ犯罪事実及び情状事実を認定させ、その思考過程を記述させる、いわゆる起案を行ってきた。このような起案は、前記4つの項目

のうち、実務修習において指導すべき事実調査能力を除く、事実認定・法的分析・表現の各能力を訓練し指導するものであった。点から線への法曹教育に移行し、前期修習における前記指導の相当部分を法科大学院に委ねる以上、法科大学院においては、前記能力の向上を目指した指導を担っていただかなければならない。ただ、司法試験では、実施及び採点上の限界から記録による起案を実施することは出来ない。代わるものとして記録や証拠という形式ではないにしても、具体的事実を豊富に盛り込んで構成したシナリオ型の事例を出題し、その中から問題点を把握させ、その解決に必要な法的要件の解釈とこれに該当する具体的事実を抽出させることにより、法的分析・表現の各能力はもとより、最低限の事実認定能力を試すことは可能と考えた。これは同時に法科大学院教育の成果を試すとともに、今後の指導の方向性を示唆しようとしたものである。初回の試験では、そういう考え方を持って刑事訴訟法の作問に臨んだつもりである。

- 今回の刑事系の問題は、法的思考力の有無を問うものとして、大変工夫されたものになっていると思われる。これほどではないが、以前も、毎年のように出題方式の工夫を繰り返してはいた。しかし、圧倒的多数の受験生が自分たちで土俵を作って解答するという状況のため、結局のところは受験生が作った土俵の中で採点をし、そのために採点基準を変えざるを得ないということが繰り返されてきたのがこれまでの実態ではないかという感じがする。御説明をうかがうと、今回はさすがに法科大学院での教育成果もあって、それなりに光る答案、あるいは、見所がある答案というのも少なからず見受けられたということであるが、一方で、やはり従来型の丸暗記型、誤った勉強法、教育方法によって答案が書かれたのではないと思われるものも見られたということである。これは新司法試験の1年目でもあり、当然予想される状況であろうと思われるが、これからのことを考えると、法科大学院の教育をしっかりと受けて、努力を重ねてきた人が合格し、一方で、丸暗記の勉強あるいは誤った指導なり教育を受けた人たちは合格出来ないという結果が出て初めて、新しい制度の趣旨が生きてくるのではないかと思われる。具体的な数字では表しにくいと思われるが、そのような悪しき傾向が見られる答案、出題者から見てあまり好ましくない傾向が感じられる答案が、どれくらいの割合で見られるのかをお聞かせいただきたい。
- 刑法からの率直な感想を申し上げれば、今の質問に答えるのは非常に難しい。先ほど私はかなり厳しいことを申し上げたが、それは法科大学院の教育がそれなりの成果を上げていることを踏まえた上で、今後求められるべき事項に焦点を当てたためである。それなりの成果は上がっている。好ましくない答案は全体のどれくらいかということは一言には申し上げられないが、かなりできている答案は認められた。しかし、私どもが予定していたすべての点についてきちんとした論述を行うまでには至らなかった答案、あるいは、解答の中に、基本的な理解に欠けている論述があったため、積極的に評価できる部分とそうでない部分とが、いわば混在している答案が大多数であるというのが感想である。
- 私も同じような印象である。ただ、旧試験の採点の経験と比較すると、深みのない論述に終始し、全く同じような書き振りが目立った旧試験に比べ、今回の採点では、達成度の高い部分と基礎的な理解が足りない部分とが混在する答案も認められたものの、次にどんな分析を示す答案があるのかというような期待ができる部分があったといえる。

- 先ほどの話の中でロースクールへの要望があったが、出題、それから採点結果である合格者の決定がロースクールに対して与えるメッセージというのは大事であると思われる。

ロースクール生は先輩のうち、どのような勉強をした人が合格し、どのような勉強をした人が不合格になったかを見て、その例にならうことにならうかと思われる。このような意味では、今回の出題及び結果がロースクールに対し、どの程度のメッセージになったと先生方はとらえておられるのか。私は多くの法科大学院の授業を見学したが、ピンからキリまであり、先ほど先生方が話されたい意味での教育をしているところから、教科書を読んで、学生は聞きながらマーカーでアンダーラインを引いているだけの教育まで見てきたので、そういったところには、何とか直していただかないといけないと考えている。そこで、考査委員の先生方の考えておられる趣旨がうまくこの問題で伝わったかどうか、その実感を教えていただきたい。
- こちらの意図としては、こういう問題をサンプル問題、プレテストに続いて出題し、出題の趣旨についても公表されることになるので、どのような能力が問われており、どのような教育が求められているのかということをしかりと伝えていきたいと思っている。また、このことは、今回の試験でかなり伝えられたのではないかとと思っている。しかし、どのような勉強をした受験生が合格したのかということによって伝わるメッセージについては、私どもとしてはなんとも申し上げ難いところである。

私の印象では1通の答案の中でよく出来ている部分と足りない部分とがある。規範の正しい理解と具体的な運用能力は車の両輪であり、両方出来て本当は完璧となる。ところが、なかなか受験生はそうはいかない。それぞれ受験生は弱点を抱えている。刑法の具体的な運用能力についてはきちんと教育されて一定の成果が上がっているが、具体的に出題された問題についての規範の理解が不正確であると、その部分の出来が悪いということになる。どのような受験生が合格されたのかということについては、一言では申し上げ難いところである。
- これからはどうか。
- 私どもとしては、不適切な方法で勉強をした受験生は、結果として、合格しないような出題をしていく必要があると考えている。法科大学院の側でも、本来の法科大学院の趣旨により即応した教育を更に実施いただきたい。暗記本位で学んだ受験生の評価は低くなり、その結果として合格しないということである。こうした合否の結果によるメッセージも、法科大学院の学生により形で伝わってほしいと思っている。
- 出題と同時に採点にも反映されるということか。
- 出題の趣旨にかなったことを書いているかどうかで、高い評価が与えられるかが決まるのであるから、当然採点にも反映されると考えている。
- 出題者の作った土俵の中で合格者を選抜できる状況に持って行けるように、今後も御工夫をお願いしたい。先ほど出た議論についてであるが、実務で司法修習生を指導していると感じることの一つに、実務修習では、実体法等のいわゆる法律の解釈等を指導するだけの

時間的なゆとりを十分に持つことは困難であり、実務的な問題の指導に重点を置かざるを得ない実情にあり、したがって、そういうところは実務修習の前の段階でしっかりと身に付けておいてほしいというのが実務で指導に当たっている者が共通に持っている感想ではないかと思われる。その辺りも今後の出題に当たって御配慮いただきたい。

- 先ほど車の両輪という話があったが、そのうち規範の正しい理解に関しては、実務家として間違いが許されない基本的部分を含んでいる。その意味では、基本的誤りを犯している者についてまでポテンシャルを買うというわけにはいかないのがあって、きちんと能力として身に付けていなければならない部分があることを御理解いただきたい。これに対して、もう一方の具体的な運用能力、すなわち具体的事実を踏まえた検討に関しては、社会実態を正しく理解しているか否かの問題ということもできるので、ここはポテンシャルが非常に出る。非常によい事実のとらえ方をしているので、この人はこのまま勉強を続けて法規範の理解が伸びていけばよい法律家になるであろうと思われるポテンシャルは、ある程度測れると思われる。ただ、残念ながら実務家としては両輪がないといけないので、ポテンシャルを買って合格させるということには直ちにならないのが、法曹となる人を選抜する試験の難しいところではないかと理解している。
  
- 法科大学院及び受験生へのメッセージということで申し上げますと、これから発表される出題趣旨は非常に重要なものだと思っている。また、私ども考査委員としては、これからも積極的に出題の在り方を工夫していきたいと考えているので、1回目はこういう出題形式の試験だったから今後も同様の形式が続くのだとはなかなか言えない。むしろこちらが考えている出題趣旨をきちんと理解してもらえよう出題形式を工夫し続けていく必要があると強く感じている。

新司法試験審査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要（平成19年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

◎ 審査委員の先生方に，新司法試験の採点を終えられた段階での率直な実感等々をお話しただけだと思っっている。

それでは，憲法の方からお願いしたい。

□ 憲法からは，論文式試験に関する採点実感等を中心に御報告したい。

まず，論文式試験の出題の趣旨については，別途取りまとめたとおりであるが，補足して三点ほど追加したい。

これまで，サンプルテスト，プレテスト，昨年の本番の一年目と出題をしてきたが，本年の出題に当たり，一つの考え方として，統治機構に関する論点を盛り込む問題を出題したいということがあった。御承知のように，憲法の判例は人権の分野が多いわけで，裁判実務ということ念頭に置くと，どうしても，人権の部分から出題されるのではないかという先入観をもたれる可能性があると思われる。しかし，憲法論からすると，統治機構というのは非常に重要な分野である。今年は，そういった先入観を払しょくするというのもあって，統治機構の論点を含めた問題を出題するのが適当と考え，そういった観点で問題の作成をした。今後も，特定の分野に偏らないように出題していくということになるかと思う。

次に，憲法は公法系科目のうちの一つであるので，行政法にも関連する分野を取り上げるとということも一つ考えられるところであると思う。公法系の中で，行政法と憲法の問題をどのように調整するか，どのような関係にするかということについては，いろいろ議論があるところかと思うが，今年の問題としては，行政法の分野でも取り上げられそうな分野から出題してはどうかと考え，条例に関する問題を含む問題を取り上げることにした。飽くまで今年の出題は，憲法論を論ずるものであり，分野は行政法にもかかわる分野ではあるが，それを素材として，憲法上の論点について論述してもらう問題を出題することにした。

それから，出題形式に関する点であるが，昨年出題形式は，原告の訴訟代理人，国側の訴訟代理人，それから回答者の三つの立場，三様の立場からそれぞれ論述させる出題形式になっていた。こういった出題形式は，実務家となるための試験にふさわしいものと考えているが，昨年のような形で出題すると，それぞれ三様の立場で，いわばフルスケールで論述をしなければいけないようになってしまう。例えば，国側の主張に沿ったような考え方を自分も採るという場合には，どうしても重複した部分が出てくる可能性があり，それをどこまで書き込むかということもあるが，書き方によっては受験生の負担も大きくなってしまわないか考えた。そして，もう少し簡略にとか，コンパクトな形にした方がいいのではないかとということも，審査委員の中で議論した。それで，今年は，教団の訴訟代理人の主張についてはフルスケールで述べさせることを前提にして，教団と反対側になる市側の主張については，自分の見解を展開する前提として踏まえればよいという形にし，そこはよりコンパクトで，ポイントを絞った形で記

載してもいいという形にした。どこまでそれが伝わったかという問題はまた別にあると思われるが、出題者の意図としては、そういった観点で昨年とは違った形での出題形式を試みたものである。

次に、採点実感についてである。この問題には、主な論点が三つあった。そのうちの二つ、法律と条例の関係という論点と、住民の安全と信教の自由との人権相互の関係という二つの論点については、ほぼ多くの答案が論点として取り上げており、何らかの記述はしていた。もっとも、法律と条例の関係の論点に触れていない答案も、私が採点した中でもある程度あり、基本的な論点を落としている答案も、ある程度目に付いた。

この点について、ほかの考査委員からも、こういった基礎的な論点を落としているのは予想以上であり、もう少し基礎的な理解と論述の重要性について再認識してもらう必要があるのではないかという指摘もあった。ただ、全体としてみれば、基本的な論点については、問題文からこれを発見して、それに関連した論述をする程度の能力は備わっているのではないかと感じられた。

他方、三つ目の論点である、住民の同意を得るということと人権保障との関係については、逆に論点の所在に気が付いた答案が極めて少なかったのが非常に残念であった。また、これに触れた答案も、期待したほどの論理を展開したものは非常に少なく、印象的には数パーセントという感じであった。その理由であるが、本件の出題した条例の仕組みには若干特殊な面があつて、二段階構成になっている。すなわち、第一段階で、周辺住民の過半数同意を求めるということにしつつ、これが得られなかった場合にすぐに不許可にするというわけではなく、第二段階で、過半数同意を得ていない開発行為で市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある場合には不許可にできるということになっており、その二段階の構成、組立てをきちんと読み込んでいないと、一段階目の論点が出てこないということになってしまう。多くの答案は、二段階目の、市民生活の安全との関係に目を奪われてしまって、実は、その前提として過半数同意が求められていることとか、それが前提要件になるんだということについて意識しておらず、その点についての分析がなかったと考えている。これは、個々の問題について、資料をきちんと読み込んで、それに即して分析をしていくという能力が、まだまだ受験生に十分ではないのではないかと考えているところである。ケーススタディ的な訓練については、既に法科大学院でもある程度やっているとは思いますが、そういった訓練がもっとなされてしかるべきではないかと感じた。

次の印象は、判例の理解ということであるが、法律と条令の関係については、最高裁判所のリーディングケースの判例があるため、これをきちんと理解しているかどうか、これを利用して論述できるかどうかが出発点になるわけである。もちろん、この判決の基準らしきものに触れた答案は多かったわけであるが、意外に、きちんと理解できているものは少なかった。印象的に言うと、理解がきちんとできていた答案は1割とか2割といった程度ではないかと思う。理解がもともと不正確、あるいは間違っているために、その判例を使っているつもりでも、誤った当てはめをしているという答案もかなり多かったように思われる。抽象的に判決を暗記、記憶するというような勉強をしていると間違ってしまう可能性があるが、具体的なケースに当てはめて習得をしていけばそのような間違いは避けられるはずであり、そういった学習が十分ではないのかもしれないと感じた。

じた。

それから分析の仕方であるが、この判決の基準からすると法律と条例の趣旨・目的を比較検討していくことになり、こういった比較を行っている答案は多かったわけであるが、内容的には非常に表面的と言うか、資料に書いてある法律と条例の目的の部分を並べて、若干言葉が違っていることだけをとらえて、言葉が違っているから趣旨が違うとか、違っているけれどもこれは基本的に一緒なんだというふうな書きぶりにとどまり、余り深い分析がなくて、表面的な結論だけを示している答案が多かったというふうに思われる。

その次に印象として申し上げたいのは、人権保障との関係についてである。これについては、本件では宗教的行為の自由との関係が一番大きな問題であり、これにポイントを絞った掘り下げた論述を期待していたわけであるが、意外とそれがなく、例えば、居住移転の自由だとか財産権の保障といったほかの論点を並べて、問題点としては幅を広げた上で、逆に、それぞれについて底の低い、散漫な記述をしている者がかなり多かったというふうに思う。こういう副次的な論点を挙げることは、もちろん間違いとは言えないものの、実際の裁判に当たって、より効果の少ない主張をしても有益性はないわけで、むしろ、考えられる論点は挙げておかないと減点されるのではないかというような論点主義的な感覚が強すぎるのではないかと感じた。

それから、先ほどの出題形式で工夫した点に関するところであるが、教団の主張を論じなさいという1問のところ、十分に教団の主張を展開しないで、見出し程度や問題提起程度の論述に終わっているものがかなりあった。他方、「市側の反論も想定した上で」と書いてあるにもかかわらず市側の反論に全く触れていないものもあり、それぞれの設問に対して、期待される程度の記述がなかったことから、全体として見ると、低い点数にしかならないという答案も多かった。どの程度の記述を求めているかが伝わるように、出題者の方でも苦心して出題形式を考えているが、書き方、あるいは書き方の構成で、点数が伸びないという答案もあった。今後も、出題形式について、更に検討の余地はあるものの、こういった出題の意図、考え方というものは、出題の趣旨でも具体的に説明しており、例えば前年の問題と前年の出題の趣旨を見れば、受験生にも十分理解できるはずであり、そのような情報はきちんと熟読して把握していただきたい。

それから、もう一つ、教団側、市側、あるいは住民の観点ということで、それぞれの立場から複眼的に論述するという点に関してであるが、比較的多くあったのは、教団側に都合のいい要素、あるいは市側に都合のいい要素を資料から抜き出して、教団としては、例えば教団の危険性はないんだということを、市側からは危険性があるんだということを述べる、つまり、それぞれ違った事実をベースにして、それをお互いの主張として論述する答案が少なくなかった。しかしながら、飽くまでこの新司法試験は、法的な知識と能力を測るものであるのもともとの事実認定レベルで水掛け論の話をしてもし方がないわけで、むしろ、危険性が明確にあるわけでもないけれども明確にないわけでもないという、そういう状況の下でどういう主張ができるのか、原告として、教団側としてどういう主張があり得て、市側としてどういう反論があり得るのか、また、そのような、ある意味中途半端な、どちらとも断定し難いような状況の下で客観的にどう判断するのかということについて、法令を活用した上での意見を論述してもらいたかった。

ところであり、若干、その辺が出題者の意図に依拠しているとは言い難いと思われた。こういった一定の危険性がある状況でどのように考えるかということは、ケーススタディの材料等にもなると思うので、そういう題材を使う際には、法律的にかみ合った議論になるように法科大学院には教育してもらった必要があるのではないかと感じた。

採点実感等は以上である。

- 採点に当たった考査委員の全般的な感想が伝えられたわけだが、私も同様の印象をもっている。一言でいえば、答案の内容の薄さである。ここで指摘したいのは、そのような薄さの原因である。

まず第一に、出題の適切性を検討する必要がある。今年は、論文で、統治と人権の融合問題を出題したわけであるが、法律と条例の関係にかかわる問題、人権と民主主義に関する問題、人権の保障と安全の確保に関する問題がテーマとなっている。人権に関しては、20条に関する、最終的には宗教団体の危険性に関する判断が鍵を握る問題である。いずれも、法科大学院の授業で当然に教えられている事柄である。それにもかかわらず、答案の内容が薄かった。さらに、短答問題について一言すれば、20問で45の肢があったが、45肢全体の正答率の平均は7割近かった。私は、この7割近い正答率というのは、難易度として不適切とはいえないと思っている。ただ憲法の場合、正答率と点数の平均点とにズレがあった。このことは、検討する余地があると思っている。それは、部分点の与え方ともかかわってくる。

そのほかの答案の内容の薄さの原因として、個人的には、制度自体にも問題があるのではないかと感じている。その一つは、新司法試験科目の多さである。法科大学院での授業で多くのメニューを提供しなければならなくて、それによって、基本的・基礎的な科目に十分な時間が使えなくなっているという現実がある。時間の不足が教える内容の薄さにも、かかわってくる。先ほどの話にもあったが、法科大学院での授業の内容であるとか、教える側の能力の問題ということもあると思うが、その意味で、試験の科目数については再考の余地があるのではないかと思う。

さらに感じる事として、学生への「責任」の負わせ方を挙げておきたい。勿論学生の能力不足もあるであろうが、先ほどの話にもあったが、法科大学院や教える側の能力の問題もあり得るとすると、学生だけが、いわゆる三振制度の下におかれているのは酷であるように感じる。

- ◎ 引き続き行政法の先生にお願いしたい。

- 私の方から、出題の趣旨から採点の実感などについて、他の考査委員の方からの意見も含めて申し上げたい。

公法系第2問、行政法からの出題であるが、この出題の趣旨については既に提出したとおりである。要するに、留学の在留資格に基づいて日本に在留し、大学に在学している外国人が、いろいろな事情があつて風営店でのアルバイトをし、それを理由として退去強制令書が発付されて収容された。そういう時点で相談を受けた、その当該外国人の弁護士としての立場に立って、収容の継続、それから送還を停止するための救済手段は



何か、退去強制事由該当という行政判断を直接に争うための訴訟方法についてはどう考えるか、それから、実体法上、退去強制事由非該当の主張をどのようにすればいいかという、三つの小問を含むものである。

回答に当たっては、問題文、それから資料の記載から、事実関係や法令の趣旨、そして入管実務の運用の考え方についてよく理解した上で、説得力のある理由と適切な結論を導くということを期待したわけである。その趣旨で、昨年もそうであったが、出題する側としては、かなり親切に資料を出すという方針をとった。そこでは、入管側の考え方についても、登場する弁護士の口を通して説明をし、その上で、外国人側の立場で主張すべきポイントを示唆するような手掛かりも、会話の中に入れ込んでいる。それをそのほかの資料と結び付けてみれば、かなりの部分を書けるわけであり、相当親切な材料の提供をしていたつもりであった。

採点した結果について、項目ごとに申し上げる。出題の意図に答案が合致していたかどうかという点であるが、これは資料の中で、法律事務所での弁護士B、Cの会話を掲げ、この会議録を読んだ上で、その指示を受けた弁護士Cの立場に立って、Bの指示に応じた考えを展開せよという、そういう形式である。したがって、問題文とこの会議録での両弁護士のやり取りの内容をよく理解して回答するということが期待されていたわけである。

総体的な感覚で申し上げると、全体の答案の四分の三程度は、結果的な出来不出来は別として、おおむね出題の意図を受け止めて、それに即した答案にはなっていたと思われる。

設問1の(1)。これは、退去強制令書発付に着目してその法的性格を考えよと、要するに処分性があるかどうかということであるが、それを解明した上で、当該外国人の収容継続、送還を避けるための法的手段を検討するわけで、そういった検討が、答案の中でかなりなされてはいたと思われる。それから、設問2は実体法であるが、入管法の条文構造や入管実務の見解を念頭に置いた上で、退去強制事由の該当の有無について検討をするということで、多くの答案は、ともかくもこういう点についての検討はなされていた。もう一つの設問1の(2)であるが、これは、退去強制事由該当性を行政側が判断するという行為の中で、審査官の認定と、それから法務大臣、具体的には入管局長であるが、その裁決という二つを取り上げて、そのどちらがよいかということを知りたいわけである。出題の意図としては、これを、原処分主義が行政事件訴訟法第10条第2項の原則であるので素直にそのようなものとしてとるのか、それとも、例外としての裁決主義がこの入管法でとられているというふうに解するのか、例外を認めるだけの根拠があるかという、そういう問いかけをしたわけである。そこは、会話の中でも、いろいろ問題点や見解はあるが差し当たりこういう枠で考えてみようということで、問いかけをしているわけであるが、その問いかけを的確に受け止めることができていない答案がかなりあったように思われる。これは結局、原処分主義と裁決主義ということについての基本的な理解が十分でないために、弁護士の言っている方向付けを読み取れなかったのではないかというふうに思われるところである。

それから、設問1と設問2は、前者が主として訴訟法、後者が実体法となるが、その両者の出来を見ると、必ずしもぴたりと相関しているわけではないという印象である。

前者はよくできているけれども後者はできていない、あるいは逆という答案がある程度あった。これは、一般に行政法の場合、そういう傾向になるのかもしれないが、手続法、訴訟法だと、行政事件訴訟法についての勉強を一通りしていれば一通りの筋道が考えられる。それに対して、設問2の方は、入管法という特定の分野を題材にしてそこで考えるという点で、設問1とは違う。ただ、先ほどから申し上げているように、入管法上ということになるのかという点については、資料の会議録の内容をよく理解し、整理して回答すれば十分な正解に至るところであり、そういうことができた受験者とそうでない受験者の違いがあったのかなということも考えられる。結局、第1問ができた受験者と、第2問の方ができた受験者について、やや比喩的に申し上げるとすれば、それぞれの勉強の仕方、あるいはそこで培った、身に付けた能力のベクトルの方向が違っていたのかなという感じもするところである。

先ほど、四分の三程度と申し上げたが、四分の一程度は、出題の意図を正しく理解できていないもののように見えた。設問1については、弁護士としてとるべき救済手段を選択して回答すべきところであるが、解答の中には、様々な、しかも相互に矛盾する複数の手段を羅列しているもの、あるいは重複して提起することに意味のないような訴訟手段を羅列するものもかなりあった。また、行政事件訴訟法の各訴訟手段の要件を挙げるだけで、事案に即した当てはめを全くしていないというものもあった。それから、実務上は仮の救済がもちろん重要なわけであるが、本案訴訟を記載したのみで、仮の救済に全く触れていないというものもあった。先ほど、行政事件訴訟法について一応一通りはやっており、ある程度分かっているようであるという趣旨のことを申し上げたが、勉強の仕方にやや問題があるかなというところがある。

設問2の方についても、実体法、本案の問題ということになるが、出題者としては意図していなかった点、すなわち、例えば裁量統制の議論とか複数の行政処分の連鎖における違法性の承継の議論などを、ここでは論じなくていいように問題を作ったはずであったが、それにもかかわらず、これらを延々と論じているものもあった。また、設問1と同様に、事案への当てはめが不十分であるというものもあった。

次に、解答の水準であるが、期待していたところと比べてどうかというところである。入管法というやや特殊な分野からの出題であったが、先ほどの話とやや重複するが、全体のおおむね半数程度は予定していた解答の基準に達していたように思われる。問題文及び資料の記載をよく理解した上で、それについて行政法の、それほど高度ではない基本的な考え方をそこに当てはめて整理・再構成して解答すればある程度の答えになるわけで、そういったレベルのものが約半数程度あったかなという印象である。

出題の意図と実際の解答水準に差異がある場合にその原因として何が考えられるか、ということであるが、これについては、個別に、特に気になった点を具体的に挙げたい。先ほども述べたとおり、資料のヒントがあったために、四分の三程度は、出来不出来はともかくとして、出題の意図には対応していると思われた。ただ、細かい話になるが、採点をしていて特に感じたことを若干申し上げると、一つは、例えば設問1の(1)で、行政事件訴訟法上の手段を論ぜよと言っているわけであるが、取消訴訟といいながら、どの処分を対象にする取消訴訟なのかということとを全然書いていないというものがあつたりして、これでは採点する方も困るわけである。一体何を念頭に置いて書いているん

だろうかということが分からない、理解に苦しむところである。それから設問1の(2)では、10条第2項の原処分主義の原則なのか、それとも例外としての裁決主義なのかということを知っているわけであるが、10条第2項のみを挙げて解答するというのが多かった。これは、先ほど申し上げたように、裁決主義なるものの意味、位置付けを理解していなかったということだと思ふ。同じように、その問題で違法性の承継の問題に入り込んでしまっているものもあった。また、設問2で、裁量統制論を延々と論じるものがあった。

今のうちの最初の問題で言うと、資料の中で、「退去強制令書発付の法的性格を解明した上で、争い方を考えてください。」というように記述しているが、そこを見落としてしまっている。そこで、何だかわからないがとにかく取消訴訟をとというような、そういう記述になってしまっているということである。それから、第二の点についても、資料の中で、先ほど申し上げたように、弁護士の方から触れるべき論点にかなり言及しているのであるが、その趣旨をしっかりとらえるに至らずに的を外してしまっているということだと思われた。

また、裁量統制を論じている者が非常に多かったが、法科大学院で必ず教えるのがマクリーン判決であるため、外国人、入管法という、もうこれは裁量の問題だというふうに思い込んでしまう者が多かったのだと思われる。しかし、本問はそうではなく、問題となっているのは退去強制事由の有無であり、しかもそれが、この本問の事案で言うと、留学生の資格外活動という、それ自体かなり客観的法則性の強い事由にかかわるもので、法律はそれについて刑罰の対象にまでしているというものであるから、およそ行政庁の裁量を論ずるような話ではないはずで、そのようなことを看過していると思われる。この点は、作題のときから、裁量統制の答案が出てくるであろうということは予想されていたし、法科大学院でこの条文そのものについて必ずしも教えているわけではないため、それを裁量処分だとする記載があっても、それだけでは減点の対象とはしないことにしようということ、考査委員の間で申合せをしていた。

今回の結果を受けて、今後の法科大学院の教育についてどう考えるかということであるが、最初の、救済手段の検討の中でも申し上げたように、相互に矛盾・重複するような訴訟方法を羅列する、そういう答案があるとか、設問1の(2)で言うと、どちらを訴訟の対象にするのかと知っているのに自分の立場を示さないという答案が多少あった。いずれにしても、実務で現実を選択する救済手段は一つであるはずで、いろいろ検討した中からベストなものを選択・判断する能力、そして、自分の見解はこうだというふうに決断をする能力を養ってほしいという感じがした。それから、事案への当てはめがない答案などもあったが、そこはやはり、具体的な事案を念頭に置いた勉強を心がけるように適切な指導をしていただきたいと思った次第である。

先ほど憲法の方からも指摘があったが、基礎的なレベルを疑うような答案も、かなりあることはあった。これでよく論文まで来たなというのがあって、それは短答式試験との関係もあるが、まあ、何よりも法科大学院の修了認定について厳格さを求めたいと感じた次第である。

最後に、出題に当たって今後注意すべき点について若干述べる。設問1の(1)と(2)の関係について。(2)では、特殊な角度から、認定と裁決のどちらかを選択するとし

たらどちらにしますか、という問いだったのであるが、それを逆にヒントと勘違いしたのか、(1)の最初の設問のところで、その二つしか考えないというのが一部あった。そこは、出題に当たり、問題文を誤解のないように更にていねいに書くということもあるいは考えられたのかなという気もしている。

補足的な感想として出たのは、誤字が多い。それから、構文が悪いと言うか、あるいはそれをどんどん直して非常に読みにくくなっている、よく考えて、落ち着いて構成をし、答案を書いてほしいという意見があった。

- 実務家の立場から、重複するが、印象を二点だけ申し上げさせていただくと、まず第一点は、設問1の(1)についてであるが、とるべき救済手段について、先ほども話にあったように、複数の手段を相互の関係の検討もしないままに、ただたくさん掲げている。すごい答案になると、五つか六つくらい羅列して書いているという答案があり、このような答案は少なからず見受けられたというところが、残念だった。ベストの方策は何なのか、せいぜい、予備的にどうするか、ぐらいまでだと思ふところであるが、ただたくさん羅列しているというところが、実務家としては残念だなと思った。もう一点は事実への当てはめが十分できていない答案があったことである。例えば執行停止の要件も、法律の条文の要件を挙げるだけで、全く本件事案への当てはめをしていないといったものも散見された。この辺はやはり、実務家になるための試験ということを考えると、少し残念だなという印象を持ったところである。
- 今、補足された点について、さらに、ややしつこいとも思うが、申し上げる。いろいろな訴訟方法を羅列するという点について、今回の設問1の(1)で言うと、普通、行政訴訟であれば、行政処分をつかまえて取消訴訟を起し執行停止を求めるというのが、実務家的、実務的には当たり前の話である。ただ、それが行き過ぎている面もあって、行政訴訟はもっと多様であるべきではないかと学者は指摘しているところであるし、また、先般の行政訴訟法改正もその方向であった。とはいえ、基本は取消訴訟である。とにかく基本は取消訴訟であるということが分かっておらず、いろいろ新しい、改正行政訴訟法でもって新しく付け加わったものを一つ一つ全部吟味するという、そういったタイプの答案が相当程度あり、これもやはり法科大学院での教え方の一つの問題かなという気がした。
- あるいは誤解かもしれないが、先ほど、全体の四分の三はおおむね出題の意図を分かっている、そして解答の水準も、半分くらいは想定水準に到達しているというふうにおっしゃったのであるが、その後で、ロースクールへの要望として、基礎的な理解が欠けている者が多いので修了認定の厳格さが求められるというふうにおっしゃったように思うが、この関係はどのように理解すればよいのか。
- そこは、行政法という科目の特質もあるかと思う。昨年度も、それからその前のプレテストでも、出題の際に、とにかく行政法は不安がられる科目であるので、できるだけ手掛かりを与えて、それをきちんと読み取って自分なりにもう一度組み立てなおして答

案を作る，そういうやり方でかなり点数が取れるようなものを出そうと常に心がけてきたところである。四分の三くらいは出題の意図に対応してくれたというのはそういうことで，四分の三くらいは，出された内容を一応読んで，それを使って答案を作るということができている。そうであれば一応点数を与えられるわけであるが，ただ，その出されたものの基本的な意味や位置づけがきちんと分かっているかということ，そこはかなり怪しげであるということである。先ほど最後に付け加えたように，行政訴訟の体系では取消訴訟というのがスタンダードなものだといういわば原則があるわけで，それと違うことをあえて言うのであれば，かなりシビアな議論を経る必要があるということが分かっている。したがって，いわば，こちらが出した船には一応乗ってくれているけれども，それをうまくこいでいくということところまでは行っていないというのが気になるところである。

- 採点した場合に，かなり点数に開きがあり，私が採点した中で言えば，成績の良い人は80点以上の人もある一方で，20点台，10点台，あるいはそれ以下といった点数のかなり悪い人もいたわけであり，同様に法科大学院を修了したということ的前提を考えるとどうなのかなと思ったところである。実際にそのようになり点数の悪い答案もあったということである。
- 時間切れと思われるような答案というのはなかったか。
- 昨年はそれがあつた，皆さん，憲法の方から解答するのだなという印象で，特に行政法の第2問の後半では惨たんたるものになってしまっている答案もあつたが，今年はそのことはなかった。今年については，行政法の第2問の，前半が訴訟法問題，後半が実体法問題というふうに，はっきり見えていることもあつたと思われる。昨年は，後半国家賠償を出題したが，これと取消訴訟との関係がよく分からなかったのか，それとも，後半の方は大したことはないだろうと受けとられたのかもしれないが，今年，やはり，設問2まできちんと答えないといけないということは分かってもらえたのだろうと思っている。
- 憲法は，時間切れということはなかったように思われる。3頁に満たない答案も，私が採点したうち2，3通あつたが，時間切れというよりも「お手上げ」という印象であつた。
- 先ほど，短答式試験の部分点の与え方などについて御指摘があつたが，どのような趣旨か。
- 先ほど述べたように，正答率は7割くらいであるが，平均点が，100点満点に換算して53点であつた。3点問題の場合，通常，一つの問題で四つの記述に関してすべて解答させるという形式である。その出題形式の場合，全部正解ならば3点，一つだけ間違えた場合は1点の部分点を与える。このような出題形式における正答率が，余り良く

なかった。そうすると、3点をとる人が少なく、また、二つ間違えて0点となる人が少なくない。部分点の与え方を検討する必要があるのではないか、と思っている。そういう趣旨である。

- 御意見のあった司法試験科目数の問題、これは非常に難しい問題だと思うが、問題の所在は、多分二つあるのだろうと思っている。

一つは、法科大学院のカリキュラムが、ある意味で非常に欲張ったものになっていて、展開先端科目なども多様にしないといけない。しかし、多くの基幹科目の先生方からは、必要なことを、きちんと、全部でないにしても、少なくとも基本的なことを教えるのに、どうしても時間が足りないというような声をお聞きするところである。問題の所在が、そもそも、法科大学院のカリキュラムの単位数が基幹科目について不足しているというところにあるのかどうかというのが一つ。もう一つの問題は、司法試験科目の問題、科目数の問題にかかってくると考える。司法試験科目数を仮に減らすとすると、イメージとしてどういうことが考えられるのだろうか。今でも、公法系、民事系、刑事系と選択科目であり、これを更に減らすということは、ちょっとイメージがつかめないところである。選択科目はいらないと言ってしまえるのかと思うし、それと、司法試験科目を仮に減らすとなると、やはり、どうしても、学生の傾向としては、司法試験の科目のみの勉強に集中して、あとは比重をかけなくなり、学生、教員両方のインセンティブが損なわれるのではないかと。

その点は先生はどのようなイメージをお持ちか。

- 展開先端科目を担当している教授から意見を聞いたところ、ロースクールである展開先端科目を2単位程度やったからといって、エキスパートになれるわけではなく、単に、その専門領域に関する取っ掛かりを勉強したにすぎない、と。もちろん、それらを勉強することは意義のあることであるが、展開先端科目の充実ということが本当に機能しているのかどうか。逆に、基幹科目が、授業時間が十分に確保できていないことによって、基本的で、基礎的な物事を理解し、考えることさえ十分に培われていないように思われる。そのようなことも、答案の内容の薄さをもたらしているのではなかろうか。

- 私は、この問題は、やはり、5年、10年くらい、ある程度のスパンの中で考えるべきところがあり、最終的に理想形に近づくための、今は産みの苦しみの時期じゃないかと見ている。今、即効的な名案はないが、ただ、現時点で恐れるのは、法科大学院が合格率を意識しすぎて予備校的な指導に走るのではないかということである。答案練習会的なものばかりをしたり、試験に出そうな範囲といったことだけを意識して指導するといったことが起こってはならないと思う。そのことを一番危ぐするところである。

- 授業で答案練習会的なものを行ったり、試験に出そうな範囲だけを意識して指導するといったことは、勿論、あってはならない。基本的なことや基礎的なことをきちんと理解し、考える力を見につけさせる授業が目指しているのは、「ほんもの」の力の養成である。私としては、新司法試験の出題に当たって、表面的な勉強や受験技術の習得によ

って解答可能な、安易な問題ではなく、真剣に考えることを求める問題を出したい。そうすることで、法科大学院で何を教えなくてはならないかというメッセージを出していきたいと思っている。

○ 憲法の問題で、論点が三つあって、そのうちの二つにしか触れられていないものがあったとの御指摘があったが、この理由は、何か心当たりはあるのか。

□ 先ほども申し上げたが、条例が二段構えの若干複雑な形をとっており、それをきちんと理解しておけば、そういった論点が出てくるはずなのであるが、多分、多くの受験生は、住民投票の要件はあるが、住民投票を取れなかったときに自動的に不可になるわけではなく、住民投票が取れなかった場合で、住民の安全に危険が予想される場合に、市長は不許可にできるという条例にしているものであるため、そこだけ取り上げればいい、そこが最終的な許可と不許可の分かれ目だというふうに考えたのではないかと思う。そのため、裁量なのかどうかはともかくとして、市長の権限で不許可にできることについての憲法論、人権との関係ということだけに焦点を当ててしまっている。ところが、その前提として、住民投票を取れていればそこまでは行かないわけで、住民投票を取れるかどうかというのが一つの前提の要件になるわけである。であるから、正にそういったことを条例で第一段階として要求すること自体も、宗教行為の自由との関係でどうなのかという論点は当然存在しているはずであるが、そこまで考えが及んでいないのではないかということである。

○ 私が伺いたかったのはむしろそこで、「考えが及ばなかった」ということについては、法科大学院の教育と結びつけた場合に、どのような点を法科大学院側は留意すべきかということであるが。

□ 非常に抽象的な言い方になるが、教科書的な法解釈とか、条文解釈とかを抽象的に勉強する、あるいは頭にたたき込むだけでは、そういった分析力というものはもちろん出てこないわけで、やはり、生の事実、問題となり得る法律、条令等、素材はいろいろあると思うが、まず、生の前提事実から何が問題なのかということを読み解く能力と言うか、導き出す能力というものを養成しなければいけないのだと思う。時間数も限られているということであるので、そこまでの突っ込んだ議論になっていかないのかもしれないが、いろいろな生の事実なり生の情報からどういう法律上の問題点があるのか、それは、必ずしも、教科書に典型的に載っている論点ばかりではなく、書いていないような新しい論点というものも当然あり得るわけであるが、そういったものを発見する能力といった基本的な力の養成がまだ十分にできていないのではないかというのが私の考えである。

□ 私は、その問題は感性の問題だと思っている。つまり、問題を発見する感性がどれだけ研ぎ澄まされているか、である。人権と民主主義をめぐる問題は、一般に、禁忌施設に対して周辺住民がNOという社会問題が新聞等でも取り上げられているように、身近

にある問題である。机の上の勉強だけではなくて、社会で生起している出来事にも関心をもって見ていれば、この問題に気付くことが困難であるとは思わない。ただし、それには気付いたとしても、それが憲法論としてどういう問題なのかを論ずるのは難しかったのではないかと、思っている。その点は、採点において考慮している。

□ 行政法から口を出すのが、ひょっとして、受験者たちはその論点には気付きながらも、これは憲法問題ではないよね、とか、憲法で聞かれる問題では多分ないのではないかと、思った可能性もあるように思うが。

□ 憲法では、法律上の差別ではないが、事実上の差別が存在しているという問題は、平等に関する重要な問題である。事実上の差別に関してどのように考えるか、重要な問題であることは間違いないが、そこまで教えていない法科大学院もあるのかもしれない。



新司法試験審査委員（民事系科目）に対するヒアリング概要（平成19年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

◎ 本年も，審査委員の先生方の採点実感等率直な感想をお聞かせいただきたい。まずは，民法担当の審査委員から発言をお願いしたい。

□ まず，大大問全体の趣旨と，それから，主として民法である設問1について，その趣旨を説明する。

本問は，売買契約を締結した後，引渡しが行われる前に，特定物である売買目的物に瑕疵が生じたという事例を取り上げる総合問題である。設問1は，民法上の様々な法的構成と争点について，設問2，設問3は，民事訴訟における訴訟行為をめぐる諸問題について，それぞれ基本的な理解を問うものである。実は，当初，問題の案として，これまでに余り議論のないようなテーマを出題し，考えさせる工夫をすることも検討していたが，未修者が初めて受ける試験であることを考慮して，あえて基本的な問題に絞ったものである。

本問では，比較的長文の事実及び当事者の主張から法的な問題点を発見する能力が，まず第一に求められる。そして，当事者の望むところを的確に法的に構成する能力，それと不可分であるそうした法的構成にとって意味のある事実を過不足なく拾い出す能力，それから相手方の主張の問題点，中心的な争点を明らかにする能力，具体的な事実を即して抽象的な法原則を正確に理解して法規定を解釈適用する能力などを多面的に問うものである。さらに，これに加えて，論じるべきことを論理的かつ明快に構成した文章で表現する能力が備わっているかについても評価の対象としている。これが全体の趣旨である。

設問1は，課題（a）として，買主 X が支払済みの代金200万円の返還と18万円の損害賠償を請求するために，どのような法的構成で主張してくるかを検討するように求めている。代金返還を主張する法的構成には，いろいろなものが考えられるが，中心となるのは，履行遅滞を理由とする解除である。

そのほか，解除原因として，定期行為の履行遅滞，更にこれは法的構成によるが，瑕疵担保責任も考えられる。損害賠償については，一般の債務不履行に基づく損害賠償と瑕疵担保を理由とする損害賠償が考えられる。

このうち解除に関しては，解除の対象となる売買契約の締結，解除権を発生させる要件，それから解除権の行使について，他方，損害賠償に関しては，損害の発生的事实とその数额について，【弁護士間で確認された事実】から過不足なく事実を指摘して，主張を構成するように求めている。

今度は，Yの側からの反論を考えるように求める課題（b）の方では，解除の主張に対して，本件契約が実は定期行為ではないのではないかということや，瑕疵担保の規定は制度趣旨からすると，本件には適用されないのではないか，仮に適用されても契約目的不達成という要件が満たされないのではないか，という問題点がある。

いろいろ列挙したが，12月7日に目的物を持ってきて提供しているわけだが，これ

が適法な提供であれば、そもそも履行遅滞がないのではないかと、仮にそうではないとしても、その後のやり取りによって、履行期の延期の合意が成立したのではないかと、あるいは、それが無いとしても、修理して持って行っていけば、相当期間内の履行になっているので履行遅滞自体が成り立たないのではないかと、仮に履行遅滞が成り立つとしても、本件の運送人は本当に履行補助者なのか、履行補助者ではなく、独立性があるのではないかと、そうだとすると、仮に、履行補充者であるとしても選任監督上の過失はないということでは争えないかと、あるいは、不可抗力によって運送人自身が免責されるために、それを使用している債務者も免責されるのではないかと。さらに、本件では、そもそも解除の意思表示が明確になされていないのではないかなど、反論としてたくさんのポイントを考えることができる。

なお、本問では、解除権の行使について、権利濫用であるとか信義則違反であるといった反論を書いた者がいる。こういった反論も成り立つわけであるし、採点する委員としては、そういう答えを全く評価しないわけではないが、やはり、一般条項に頼る前に、今挙げたような検討すべきことは少なくないと感じている。

それから、損害賠償に関しては、特別事情を債務者において予見できなかったために賠償すべき範囲に入らないのではないかと、あるいは、アクリルケースの契約の合意解除にかかる費用の損害賠償も請求しているが、これは契約の清算を前提としているので、逆に契約の履行を前提とする得べかりし賃料の請求とは、論理的に同時に成り立たないのではないかと、あるいは、債権者自身にも説明不足などの対応のまずさがあり、損害軽減義務違反があつて、損害賠償が認められるとしても、過失相殺によって全額ではないのではないかと、などの反論が考えられる。

設問1では、ここに挙げたような反論を、Xの主張と対比させつつ、やはり事実を的確に指摘して、説得力をもって論じるということを目指しているわけである。

以上が出題の趣旨と解答に求めていることである。

続いて、採点した感想について述べる。採点実感については、各委員にメモを出してもらい、それに私自身の意見も少し加えて統合した形で述べたいと思う。

まず、出題の意図に即した答案の存否及び多寡についてである。設問1は、出題の意図におおむね沿う答案が過半を占めたと思う。しかしながら、全体として見ると、後で詳しく述べるが、設問2の出来が極めて悪くて、設問3も時間不足なのか、浅くて短い答案が少なくなかった。受験生の実力を適切に反映した採点という意味では、おおむね達成できているものと思われるが、大大問全体を通して十分な水準だと評価できる答案がどれくらいあると言われると、やはり、必ずしも多くはない。合格すべき水準に達していない答案の割合が過半数を上回っており、実務修習を受けるに至る能力を備えていないような合格者が多数出てしまうのではないかと、こういう厳しい意見も複数あった。

次に、出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との差異についてであるが、これは具体的な問題となるので、設問1の民法の部分に絞って述べる。主要な論点の中では、瑕疵担保解除、契約の締結の時点がいつかということについて正しく指摘できていない者が結構多数あった。逆に、定期行為解除、履行遅滞解除については、これに気付かないというのはほとんどないので、抽象論の部分では、まずまずの答案が多かったわけであるが、具体的な事実を適切に指摘して、Yの側からの反論として構成できるか

というところで力の差が大きく開いている。

例を挙げると、履行期の延期の合意、あるいは相当期間の未経過、あるいは解除の意思表示が実際になされたか否かなどの議論というのが、やはり事実のところをうまくつかめないと議論ができない。

それから、意外に思ったのが、損害賠償について、問題文でX側の主張として述べているのに、触れていない者が少なくなく、論じている者も極めて簡略ないし粗雑な論述にとどまるものがほとんどで、この点を丁寧に述べている答案が少なかったと思われる。

その次に、出題の意図と実際の解答に差異がある場合の原因として考えられることについて、二・三点述べる。

まず、事実の分析あるいは当てはめの点が極めて弱いということである。問題文中に意図的に多くのヒントを散りばめてあるわけだが、それにもかかわらず読み取れていない。それが、期待する答えを書けていない大きな原因と考えられる。

長い問題文を丁寧に読むという出発点において、まだ十分な力がついていない者が多いと思う。それから、設問1は、要件事実そのものを問うているのではないが、要件事実を意識していれば、必要不可欠な事実の拾い出しは、実は容易だったはずである。法科大学院では要件事実の基礎の教育が行われるべきものとなっているが、その点、やはり十分できていないように思われる。今回の問題は、要件事実そのものを問うているものではないが、要件事実の的確な整理や分析を行っている答案には、プラスアルファとして高い評価を与えることとした。しかし、残念ながらそのような答案が非常に少なかった。これが原因の一端となって、読み取りと当てはめの力が足りないように思われたのである。

次に、複数の法的構成が考えられる場合に、論点の列举にとどまり、相互の異同や関連性について、きちんとした理解ができていない答案が少なく感じる。これは、受験生が個人個人の頭の中で得た知識が十分ネットワーク化・体系化できていないということであり、従来から指摘されている論点主義的で、論点がばらばらに浮かんでいる浅薄な理解がまだまだ少なくないと思われる。

それから答案全体のバランスの悪さが指摘できる。先ほど損害賠償の議論が欠けていると指摘したが、解除の成否という中心的論点に目を奪われ、求められている損害賠償の論述が一切欠けているか不十分であることも、恐らくこれらの両方の欠点、すなわち、読み取りと当てはめの不足、および、大きな論点を見付けるとほかの論点を見失ってしまう、ということが原因ではないかと思う。

なお、文書が箇条書きのようにぶつ切りで、論理に脈絡のないものもあり、また、誤字が非常に多かったり、極めて読みにくい略字を使ったり、あるいは走り書きになっている答案もあった。およそ他人に読んでもらう文章を書くという試験以前の常識に欠けている答案が少なくないと感じており、このことは非常に大きな問題である。

次に、今回の結果を受けて法科大学院に求めるものは、今、述べたことの裏返しになる。境界領域や発展的な問題の理解も大事ではあるが、それよりも、事案の分析力を磨き、基本的な理解を確実に得させることに重点を置くべきであろう。

それから、今回の結果を受けて新司法試験の出題に当たり見直すべき点を二点挙げる。昨年に比べると、問題量は相当に絞っている。昨年は4題出題、今年は3題である。

それでもなお、ヒントを散りばめているから長くなっているのであるが、問題文が長く、解答時間不足に陥っているのではないかと感じられた。特に設問3の解答が極めて粗雑に終わってしまっていることから、時間不足ではないかという指摘が複数の委員からされている。これが第一点である。

それから、次は非常に強い意見として出ている。大大問という出題形式については、昨年も賛否両論の議論があったと思うが、今年は更に出題形式として大大問には限界があるという意見が、圧倒的多数とまでは言えないとしても、相当多数になってきている。すなわち、大大問の趣旨は、総合的な力を試すことであるが、実際は複数分野の設問の寄せ集めに近い接合問にすぎないのではないか。しかも、どうしても、やや無理をして一つの問題にしていることから、事案が不自然になりがちではないか、と言われている。それから、大大問の形式では問える内容に大きな制約が加わる。とりわけ問題の後半の設問は、前半の基本部分が固まるまでは詰められない。作問のスタートが遅くなり、作業の効率がかなり悪い。さらに、この点に関しては、民事訴訟法からも述べられると思うが、受験生が、出題されそうな論点に山を張ってくるおそれもある。今回の設問2のような、融合問で出題しにくい問題については、受験生もおざなりな勉強しかしていなかったのではないかという感想・指摘があった。いずれにしても、融合問を続けていくのは問題があるのではないかという意見が多数あった。

最後に、その他の意見として、一つだけ紹介する。いろんな傾向の、難易度の異なる問題が毎年出ることが望ましいので、一年ごとの問題の質や難易度はそれほど均一にする必要はない、という趣旨を書かれた委員がいた。

◎ では、引き続き、民事訴訟法担当の考査委員の先生に発言をお願いしたい。

□ 民事訴訟法の担当から述べさせていただく。今述べられた民法担当の考査委員の御意見と重複するところがあるので、主な点に絞って述べたい。民事訴訟法担当でも、考査委員全員が集まって意見交換をする機会を持つことができなかつたので、個別に寄せられた意見や、私の採点の実感に基づいて述べることにする。

まず、設問2は(1)と(2)の二つに分かれており、(1)は陳述①に関する問題である。陳述①というのは、Yが甲4号証であるF名義の文書の成立の真正を理由を述べて否認したものだ、陳述①の訴訟法上の効果をこのような陳述がなされなかつた場合と比較して論じさせるという問題である。

出題の意図を具体的に述べると、本件文書の成立の真正が否定されると、この文書に甲を買いたいというFの意思が記載されていることが否定され、結局この文書の形式的証拠力も否定されることになる。そこでXとしては、まずこの文書の成立の真正を証明しなければならないことを指摘してもらった上で、この文書が私文書であつて、末尾にFの括弧付きの署名があることから、Xは、それがFの署名であることを証明し、民事訴訟法第228条の第4項を使って、文書全体の成立の真正の推定を得るという方法で、この文書の成立の真正を証明することができる。この証明にXが成功した場合には、Yは推定を覆すための立証活動をするようになるわけであるが、それが反証で足りるのか、それとも反対事実の証明まで要するのかは、この第228条第4項の「推定」の性質を

どう解するかにかかっている。こういうことを論じてもらうことを出題する側としては期待していたわけである。

この点に関する採点実感であるが、よく書けた答案もごく少数あったものの、残念ながらほとんどの答案の出来栄は芳しいものではなかった。

「形式的証拠力」という用語が使われた答案自体が少数で、第228条第4項の「推定」の理解も不十分であった。

この規定が適用されるためには、陳述①がある以上、まずXが、Fの名前が書かれた部分がFの自署であることを証明しなければならない、ということが理解できていないもの、また、この文書には押印がないわけで、いわゆる二段の推定の適用は、その前提を欠くにもかかわらず、それが適用されるとしたものが相当多数あった。

(1)の問題の事例では、Yが理由を付けて否認しているが、認否をしない場合と比較して論じなさいという設問になっている。認否をしなかった場合については、民事訴訟法第159条第1項によりFが文書を作成したという事実について、擬制自白が成立するかどうか、ということを論じてもらうのが出題の趣旨である。具体的には、この事実が補助事実であることを指摘した上で、補助事実についても擬制自白が成立するかどうか、擬制自白が成立しない場合でも、いわゆる証明不要効が認められるのかということを論じてもらうことを期待していたわけである。

ところが、採点の結果は、やはり芳しくなく、何の理由付けもなしに、この場合のXは本書の成立の真正の立証負担を免れるとするものが多数を占めていた。補助事実という言葉自体が出てこない答案も多数あり、この事実が間接事実であると記載された答案も少なからずあった。

このように、設問2の(1)については、予定していた解答水準よりかなり低い水準の答案が多かった。その原因であるが、これは事例に即して考えるというところまで行き着くことができなかつたからではないか、つまり、基礎知識というか、基礎理論の理解が極めて不十分であったからではないかと思われる。

更にその原因はどこにあるのかであるが、これははっきりとは分からないが、あるいは、従来から民事訴訟法の教育では、証拠法の分野は、時間の関係であまり講義がされなかつたがその影響が残っているのではないか。もちろん、これは私の推測であるが。

次に、設問2の(2)であるが、これは陳述②、③の訴訟法上の効果を攻撃防御方法としての許容性を含めて論じるという問題である。その趣旨は、Yが第1回及び第2回口頭弁論期日において、陳述②については認める旨の陳述から否認に態度を変え、陳述③については沈黙から否認へと態度を変えているわけであるが、それが許されるのかということを、第1回口頭弁論期日における陳述又は沈黙の訴訟法上の効果という観点から、あるいは、弁論準備手続が終結の効果という観点から、論じてもらうというところにあった。

更に具体的に言うと、まず前者については、第1回口頭弁論期日における認める旨の陳述、あるいは沈黙が、訴訟法上どういう効果を有するのかということを論じる必要がある。そのためには、「支払済みの200万円を返してもらう」旨の発言が解除の意思表示に該当する主要事実なのか、それともXがした解除の意思表示という主要事実の存在を推認させる間接事実なのか、ということについて、社会的な生の事実が主要事実な

のか、それとも法的に構成された事実が主要事実なのか、という点を踏まえて論じる必要がある。その上で、さらに、それに対応して、このXの発言が解除の意思表示に該当することを争うという第2回口頭弁論期日において、初めてされたYの主張はどのような意味を有するのかを、論じてほしかった（前者の立場では、Xの発言の法的評価に関する主張ということになるし、後者の立場では、主要事実の否認に当たる。）。そして、この点につきいずれの立場をとるのかを明示した上で、それぞれの立場から、自白あるいは擬制自白が成立するのか、自白又は擬制自白が成立するとすれば、撤回できないのか、これを撤回できないとして、例外的にどのような場合に撤回が可能なのかといった問題を、論理的な整合性をもって論じてもらうことを期待していたわけである。

採点実感であるが、「支払済みの200万円は返してもらう」旨のXの発言は、主要事実であるとする立場を採用するものが多数を占めていたが、なぜそういう立場を取るのかを論じることなく、当然の前提として答案を書いているものがかなりあった。

それからXの発言中、「支払済みの200万円は返してもらう」という部分は解除の意思表示に当たると考えられるが、これを催告であると理解し、陳述③に関する論述と齟齬を来すものも結構あった。

自白の成否、撤回の可否・要件といった問題は一般論としてはよく知られた問題であるので、一般論の記述そのものは、一定の水準には達していたと思われる。ただ、事例に即して論じるという姿勢が極めて希薄で、更に自白の当事者拘束効、撤回禁止効については、その根拠に論及するものは、むしろ少数であった。

次に、後者の攻撃防御方法としての許容性という観点であるが、弁論準備手続の期日が第1回口頭弁論期日と第2回口頭弁論期日との間に3回開かれて同手続が終結している。そこで陳述②、③が時機に遅れた攻撃防御方法として却下されるのではないかという問題を、この事案に即して論じてもらうことを期待していた。

この問題には気付かない可能性があるのですが、問題文に括弧書きを入れて問題の所在を示唆したのであるが、それでも全く論じていない答案が、少なくとも私の印象では半数をはるかに超えていたように思う。この問題を論じたものでも、却下要件を並べるだけで、事例に即して論じないものがほとんどであった。若干の優れた答案では多少論じられていたが、それでも、陳述②、③を許すとどのような審理が必要になるのか、必要となる審理は第2回口頭弁論期日で予定されているXとYの当事者本人尋問でまかなえないのか、といったことを考えて論じるものは残念ながらごく少数であった。

それから、陳述③については、事実の法的評価は裁判所の専権事項であるから法律上の主張は攻撃防御方法としては許容されないとする答案が多数あった。

このように、設問2(2)については、一般的・抽象的なところはかなり書かれていたわけで、その点ではまずまずという出来栄えだったが、やはり、事例に即して論じるということについては、物足りないものが多かったように思う。

これは昨年の試験もそうであったと記憶しているが、法科大学院で勉強する際に、一般的・抽象的に説かれる理論を具体的事例に適用しながら理解するという姿勢を持ちつつ指導を受けるといった基本姿勢に欠けるところがあり、それが原因ではないかと思う。この点は授業を担当する者としては注意しなければならないと自戒しているところである。

次に、設問3であるが、これは取引全般への影響を慮って、譲歩してもよいから早く訴訟を終わらせることを欲しているYの立場から、訴え取下げの合意、請求の放棄、訴訟上の和解の3つの方法の長所短所をそれぞれ比較検討して、どれを勧めればよいのかを論じる問題である。

出題の意図としては、Yにとって最も適切な方法を選択するためには、それぞれの方法の効果・効力を検討してもらう必要があり、そこをきちんと書いてもらいたかったわけである。例えば、訴え取下げの合意について言うと、合意にしたがって訴えが取り下げられた場合、あるいは訴えが取り下げられなかった場合に、それぞれどういう効果・効力を有するのか。また、請求の放棄や訴訟上の和解について言うと、これらは既判力を有するのか、その既判力は、例えば意思表示に瑕疵があったという主張で再度訴えが提起された場合に、これを封ざることができるのか、既判力が肯定されるとすれば、請求の放棄と訴訟上の和解とでその範囲に差異が認められるのか。こういったことを論じた上で、適切な方法を選択してもらうことを求めていた。

採点実感であるが、出題の意図についてははっきりしているのだから、受験生によく伝わっていたと思う。その意味で、答案はある程度の水準に達していたが、深みに欠けるものが多かったという印象であり、さらに、最後の設問であったためか、分量が少ない答案や文章の途中で終わっている答案も見られた。どうして深みに欠けたのかということであるが、具体的な事案との関係での論述がやはり期待されているにもかかわらず、例えば、意思表示の瑕疵という点については、目的物が仏像という、その評価が後で問題になりやすいものとすることによって、それを示唆をしているわけであるが、この点に言及するものは極めて少なかった。訴訟上の和解には清算条項が入っていたが、具体的にXの側からどのような新たな請求が出てくる可能性があるのか（例えば、アクリルケースに関する請求）といったことに言及する答案は、ごく少数であった。

それから、訴え取下げの合意については、訴えの取下げそのものと誤解したものがあつたし、また、その法的性質について、これを訴訟契約であると位置づけながら、Xが合意に従って訴えを取り下げない場合には、訴えの利益なしとして、却下判決をすとしたものもあつた。このほかにも、終局判決前の段階で合意をしているにもかかわらず、訴えの取下げの再訴禁止効に言及するなど、事例を無視して書かれた答案があつた。その他、請求の放棄について、放棄の手続をとることを合意する方法であると誤解するもの、Xの請求の放棄に基づいて請求棄却判決をすると書いたものもあつた。請求の放棄や訴訟上の和解については、単に再訴が提起された場合と、意思表示の瑕疵を主張して再訴された場合とに分けて論じないもの、あるいは、既判力の範囲について論じないものがあつた。方法の選択については、Yの方は早く訴訟を終わらせたいと考えているわけであるが、それにもかかわらず、Yの方から積極的に訴訟を提起する可能性ということを非常に重視して方法を選択するものもあつた。

「今回の結果を受けて法科大学院教育に求めるもの」については、昨年のヒアリングにおいても指摘があつたところであるが、法科大学院においては、一般的な理論を具体的な事例に即して展開・応用する能力を涵養する教育が望まれるという意見が多数寄せられた。それとともに、基礎的知識の不正確さが目立ったが、法科大学院教育でこれが改善できるのか、疑問であるといった、法科大学院教育に対する悲観的意見が昨年より

目立った。

今後の出題については、大大問という形式に関しては、民事訴訟法担当の審査委員からは悲鳴に近い声が上がっている。廃止することも検討すべきだという意見もある。その理由は、形式面というよりも内容面からで、法科大学院の修了生の多くは、融合問題を問うだけの水準に達していないのではないかと、むしろ、個別分野の重要な制度を確実に理解しているかを試す問題を出題すべきではないかという意見が複数あった。

◎ では引き続き、商法担当の審査委員に発言をお願いしたい。

□ 民事系科目第1問の商法の問題について報告する。

第1問の問題は、甲株式会社において、取締役会の内部でA派とB派の対立が生じている場面で、その一派であるA派主導で乙株式会社という別の会社に対する第三者割当てによる募集株式の発行が行われたという事案をもとに、甲及び乙会社で生ずる法律問題について問うものである。

設問1は、甲会社において、第三者割当て実施後に少数派であるB派が取り得る対抗手段を解答させる問題で、甲会社の募集株式の発行の手続等における瑕疵を見付け出して、それに基づいて、いかなる法的手段が可能かを検討させるという問題である。具体的には、新株発行無効の訴えの提起が許されるかどうかという点の検討が中心になる。会社法では、新株発行無効の訴えの制度を定めているが、無効原因については規定されていないので、どのような瑕疵を基に、新株発行無効の訴えが認められるかが問題となる。

本件では、発行直前の市場価格を大きく下回る価格での発行が行われているが、募集株式の発行に当たって株主総会の決議を経ていないため、いわゆる有利発行規制に違反するかどうか、まず論じられる必要がある。また、本件では、募集株式の発行に関する取締役会決議がB派の取締役が海外出張中に抜き打ち的に行われたということがあがる。かかる場合の取締役会決議の効力も問題となる。さらに、本件の第三者割当てが、A派の経営における支配権を維持するための不公正発行であったかどうかという点も問題となり得るところである。

それぞれ無効事由に該当するのかを論じた上で、もし、瑕疵が認められるとするならば、それが無効原因になるのかも併せて考えなくてはならないということである。募集株式の発行に瑕疵があった場合における発行の効力に関する判例や学説を踏まえながら、本件特有の事情を考慮して、自己の見解を述べる必要がある。

続いて設問2は、第三者割当てにより甲会社の株を引き受けた乙会社側の取締役の、会社に対する責任について解答させる問題である。

甲会社の株式を引き受けたものの、その後保有する甲会社の株式の価値が大きく下落した場合に、どのような責任が乙会社の取締役に発生するか、あるいは発生しないかということを検討してもらおうというものである。具体的には、会社法第423条が定める任務懈怠の責任の有無が判断される必要がある。任務懈怠の責任と、善良なる管理者の注意義務との関係、更に注意義務の判断基準をどう理解しているのかが問われる問題である。その際、特に経営判断の原則の意義についての的確な理解が求められており、



その上で、経営判断原則を本件でどのように解するのかを論じる必要がある。この問題では、資料として、弁護士事務所の意見書と監査法人の報告書が添付されている。これらは、それぞれ異なる視点から作成されており、それらの資料を読み解いて、乙会社の取締役の責任の有無についてどのように考えるかについて、説得力のある解答が期待されている。併せて、仮に取締役に責任があるとする場合には、その義務違反と損害との間の因果関係であるとか、賠償すべき損害額についても検討する必要がある。

以上が出題の趣旨と解答で期待されているところであるが、採点実感について述べると、今年の問題は設問1が新株発行無効事由の存否、設問2が経営判断原則の下での取締役の会社に対する責任の存否という、比較的オーソドックスな問題を中心に問うものであったため、両設問とも、解答のポイントを極めて大きく外れているという答案是余りなかったというのが委員の多数の印象である。この点では、設問の1つの方について、重要なポイントを完全に見落としていた答案が多数あった昨年とは、若干事情が異なっていた。このようなことから、受験生の方では、丸ごと外したと思っている受験生は余りいないかもしれないが、これからも述べるように、結構答案のレベルの差は付いている。

全体的な答案の水準については、各委員の意見を伺ったところでは、出題者の期待に達していたとは言えない、余りレベルは高くはないという意見と、それなりの水準には達しているのではないかという意見が分かれていた。それなりの水準に達しているというのは、いい水準にあるというよりは、昨年の経験なども踏まえて同じくらいのレベルだろうということであり、我々が想定した水準と大きく外れたものではないということ、その程度のものであると御理解いただきたいと思う。全体的に非常に優れた答案が多いというわけではないということでは意見の一致がある。

どの点で差がついたかであるが、設問1では新株発行無効事由となるかもしれない瑕疵など、法的な問題点が複数あるので、それをどれだけ見いだしているか、また、それぞれの瑕疵ごとに、何が法的問題かを正確に議論しているかどうかで差がついている。更に本件では、経営状況が悪化している甲という会社におけるほかの会社との企業提携のための動きが問題となっており、かつ、そのことが第三者株式割当て前後における株価の推移に大きく影響するという事案であって、そういう事実関係を踏まえて、法律上の問題点である新株発行の有利性の問題であるとか、不公正発行に該当するかどうかの問題について、説得力をもって議論しているかどうかという評価で点数に差がついている。設問2では、取締役の会社に対する責任の法的根拠が何かということについて正確に記述しているかどうか、経営判断の原則について、いかなる原則なのかが正確に記述されているかどうかというあたりは法律論がきちんと書けているかどうかということが問題になる。それから、資料につけた弁護士事務所の意見書と、監査法人の報告書の内容が、乙会社の取締役が甲会社の株式を引き受けた経営判断上の決定に、合理的につながっているのかが十分に分析されているかどうかというあたりで、点数に差がついたのではないかと思う。経営判断の原則については、学説や判例上いろいろな定式の仕方があり、どれか一つの定式を採って議論することが駄目だということではないが、多くの裁判例では、経営判断を下すに至るまでの情報収集分析において尽くすべき注意と、下した経営判断の内容それ自体の合理性という、二つの側面について考えているわけであり、

そういう定式を採ることを支持するかどうかはともかく、そういうことについて何らかのあいさつはされていることは必要とされているのではないかと思う。ところが、単に経営判断の原則で取締役の裁量の幅は広いと、単にそのことだけを言っている答案も少なくなく、判例の列挙が十分ではないと感じた。

それから、資料に付けた意見書と報告書については、一見したところ、取締役の経営判断の合理性を肯定する方向と否定する方向の相反する方向を向いているので、両方をそれぞれ正確に分析した上で、両方を総合するとどういう結論になるのか、ということが議論される必要がある。しかし、それぞれの資料の分析がそもそも正確ではなかったり、一方の資料だけに基づいて結論を出している答案などが少なからずあり、そのあたりで差がついていたように思う。

取締役の責任の存否について、結論はどちらでなければならないということはない。この事案を見れば、専門家でも意見が分かれるのではないのかと思われ、結論がどちらかでなければならないということはなく、我々も結論自体を問題にはしていないので、評価は、議論がいかにか説得力をもって展開されているかという点に尽きるわけである。

法学未修者が受験したことの影響についてであるが、議論の幅が非常に狭い、一つの点だけしか論じない、そういう答案が結構あるのは未修者の影響かもしれないという意見が若干はあるものの、全体的には、未修者が受験したことの影響については、商法の分野では、はっきりしないという意見が一般的である。

今後についてであるが、旧司法試験の考査委員をされていた先生方の意見なども参考にすると、例えば本件の問題で企業提携とシナジーの分配であるとか、ファイナンスの側面の知識もある程度折り込みながら議論をしている答案も少数ながらあったわけで、それなりに法科大学院における商法科目の教育効果が上がっているという意見がある一方で、昨年もそういう傾向があったと思うが、新株発行無効事由とか取締役の任務懈怠責任、経営判断原則などの抽象的な法的命題はそこそこ書けているとしても、具体的な事実関係にそれらを当てはめる際に、事実関係の特質を踏まえた検討が十分にされているかについては、先ほど民法なり民事訴訟法でも御指摘があったとおり、まだまだ改善の余地が、商法に関してもあるというのが圧倒的な多数意見であった。法科大学院においても、そのような教育の改善が必要であろうという意見が多いわけである。

商法というか、今回の会社法の問題で言うと、学部卒の法科大学院生など企業などにおける勤務経験、実務経験がない学生にとっては、事案の法的分析と法的判断の勘どころが身に付きにくいと我々が授業を行っていてもよく感じることであるが、そのあたりの勘どころを身に付ける教育と学習が必要なのではないか、そのためにはふだんから経済的な事象について、関心をもって勉強していただくことが重要ではないかと思う。そのあたりの勘どころが身に付いていないと、ある実務家委員の指摘にもあったことだが、例えば、設問2で、非常に高額の賠償責任があるという結論を、ごく簡単に下してしまっているものがあり、このようなもので実務家になるのはいかなものかと思われる。つまり、検討すべきところが余り検討されていない。あるいは、もうちょっと考えればいろいろな解決の手段があるのに、そこに思い至ろうとしない。こういったことが問題ではないかという指摘もあった。

出題については、当初から意識はしていたが、設問1の法的問題点がやや多かったか

なという印象である。例えば、設問1でかなりエネルギーを使ったようで、設問2の答案があまり書けていないというものもあったということで、そのあたりのバランスが必要かなと思われたところである。

◎ では、質疑応答をお願いしたい。

○ 旧司法試験のときには、問題文も短く、金太郎飴的と言われる論点丸暗記のような答案が多いのが問題になっていたが、新司法試験の問題は、極めて豊富な事実や情報を与え、その中から自ら問題を発見させた上で論述させるもので画期的な改善がなされたと思う。ただ、そのような出題に対応できるためには、まず法律の基本をしっかりと修得した上で更にそれを具体的事実関係に当てはめて応用できる次の段階の能力が必要とされると思う。特に学者の委員にお聞きしたいが、これらの高い能力を、自学自習も含めるとはいえ、法科大学院での限られた単位数の下で、養成できているのだろうか。

□ 一言でお答えするのが難しい質問であるが、理想と現実にギャップがあるのは確かである。私の教えている法科大学院でも、教員間でかなり協議をして、具体的な長文の問題などを周到に準備し、その時々設定を変えた形で質問して答えさせ、誤った答えをしたら正解に誘導したり、あるいは受講生の答えの問題点を指摘するといった形で授業を行っている。また、具体的にその問題にどう答えるかだけではなく、その背景や体系的な関連も聞いている。また、そういう理解を深めるため、個人で勉強して準備してくるだけでなく、グループで勉強して、自分の考え方がこれでいいのかどうかを互いに教えあうことを強く勧めている。こういった方法で自学自習をしないとついてこれないし、自学自習することによって、単にその問題だけではなく、より広くものが見えるという仕組みを一応は採っている。このような工夫はしているし、ある程度の効果は上がっていると自負もしているが、一方で、ちょっと難しい試験をすると、私が教えている法科大学院の学生でも、半分くらいの学生は良いが、それより少し下になると大丈夫かなと思う部分は正直ある。

□ 商法について言うと、例えば私の教えている法科大学院では、法学既修者で会社法の必修は2単位だけである。そこで何が教えられるかというあたりになると、担当していて限界を感じるころである。法律論を理解させて、さらに、今日、盛んに問題になっている事実への当てはめの問題など、設問を使いながら具体例に即して授業をしているが、おのずと限界がある。例えば、判例などは、いろいろな科目で盛んにやっているの、そういうところで判例を読む能力がかん養されていれば、授業で取り上げられる問題自体はそれほど網羅的でなくても、後は自学自習でやってもらいたいというところはある。特に会社法は近年改正が著しく、勉強しなくてはいけない量がかなり増えていると感じている。そのあたりを踏まえると、各委員が理想とするところまでは行っていないとは思いますが、着実に、少しずつではあれ、改善の跡はあるのではないかと思っている。具体的な事例に即することにしても、必ずしも紋切り型の答案ばかりではなく、ある程度は事実関係を見ようとしている努力の跡はうかがえるようになってきているので

はないかと思う。

□ 人によってやり方は違うと思うが、私の場合は、1年生の科目では短くて非常に簡単な設例を数多く作り、さらに、2年生の演習ではもう少し長いものを使って、設例を読んで設問を検討するという授業をしている。いわゆるソクラテスメソッドであるが、学生はどうも講義形式の授業を受けるのと同じ意識で授業を受けているように思う。せっかくソクラテスメソッドでやっているのであるから、一緒に議論をしながら考えることが大事だと思うが、ノートをとることに一生懸命になっている。ちゃんと事前に勉強し、考えておけば、そこまでノートをとることだけに集中する必要はないのではないかなというように指導しながら授業をしているが、学生がこれにうまく適応してくれればと思う。もちろん、こういった授業に対応できているトップクラスの学生の中には未修者もいる。いずれにしても、漫然と従来型の勉強をしている人と、双方向・多方向の教育に、自分の頭で考えながら、対応しようとしている人とでは当然差がつく。今年の問題についても、日ごろのそういった勉強の姿勢が、答案に現れ、差がついているのではないかと考えている。

○ 今回は未修者が初めて新司法試験を受けたのであるが、その点については、いかがか。

□ 答案の作成者が、既修者か未修者かは分からないので、試験問題の採点から述べるのは難しい。普段の授業や試験の経験から言うと、やはり未修者といっても多様なレベルの人がいて、あくまで私の感覚であるが、1割から1割強ぐらい人は、法律以外のことをやっても恐らくできたんだろうと思われるような、極めて広く深い理解力を持っていて、この人たちは本当に純粋な未修者であっても3年間で既修者に追いつくし、一部の既修者を追い越すところまできている。ただやはり、法律の議論ないしは法律の理屈の立て方に慣れるのに少し時間のかかる人が全体としては多く、3年生になっても、どうも基本的なところに弱みがある。また、1割から2割くらいは、進路を間違えているのではないかなと言わざるを得ない人が混じっており、それが既修者よりは数が多いという印象である。しかし、既修者が上にきて、未修者が下にきているという構造ではなく、入り混じるようになっている状態である。それから、未修者が一緒にクラスに入っていることには、いわゆる論点型の狭い勉強しかしてこなかった既修者にとっても、意外な着眼点が出てきたりすることもあり、そういう意味で意義はある。結果として、総体として未修者の方が全体的に成績が下になる傾向はあるが、先ほど述べたように、既修者が上で未修者が下かというほどに差が付いているかというとそうではなく、3年もたつと相当追いついてきていると、感触としては思う。

○ 今年の結果を見ると、昨年よりも平均点がやや低い。そのあたりについて、問題も違うし、受験生も違うわけだが、未修者が受験したことの影響はどれほどと思われるか。

□ 今年の問題は、意識的に基本を聞くということにしているため、問題の難易度は下がっている。にもかかわらず、実感として、出来は去年より少し悪いという実感を持って

いる。しかし、それが、今年は未修者が受けたということと因果関係があるかということ、その点はわからない。ただ、現場での教育実感からすると、既修者・未修者という序列ではないが、未修者に基本的な理解が十分でない人が相対的には多いと思うので、結果的に全体の答案の出来が悪くなっているということに結び付いている可能性は高いと思う。

□ 問題の難易度はそんなに変わらないのではないかと思う。そうだとすると、平均点が下がった要因として、そういうこともあり得るのではないかと思う。

□ やはり何とも言えない。問題内容も違うので、なかなか比較は難しいと思う。

○ 旧試験のときには、答案がみな紋切り型であり、その出来栄もよくないということが指摘されてきていたが、新司法試験になって、その点はどうなのか。やはり、かつてのそういう時代から比べれば、法科大学院の教育の成果は徐々にでも上がっているという見方ができるのかどうか。

□ 論点を拾い上げるだけでなく、さらに、事実への当てはめを求める部分は旧司法試験ではあまりなかったので比較できない点があるが、数はそれほど多くはないものの、現に、事実への当てはめの部分についてきちんと書いてある答案もあるので、法科大学院教育の成果が出つつあるのではないかと思う。

□ 旧試験と新試験では、問われている内容が少し違うので、明確に申し上げられないが、今、高い水準にまでは届いていないのは確かである。しかし、だからといって、全く成果がないかということではなくて、少なくとも、法科大学院の学生は、事例に即して自分で考えて答えを出さなければならないという意識は、十分できつつあると思う。

○ 今度、初めて新司法試験組に対する二回試験が実施されるので、その結果について関心をもって見ているところである。旧司法試験組については、この前の二回試験で71人の不合格者が出たということであり、今後の推移を注意深く見ていく必要がある。

基本的に法科大学院は二兎を追ったという面があり、本来指導しなければならないことに加えてプラスアルファになった部分の指導も相当な負担になっているのではないと思われる。大変御苦労なことと思うが、基礎体力をしっかりと身に付けていれば、実務上のテクニックというのは、いかようにも鍛えることができるし、逆に、基本の部分が不十分だと、その後の実務の指導でも十分な成果を挙げることができないということになるので、折に触れて申し上げていることではあるが、法科大学院の指導に当たっては、そのあたりについての配慮をお願いしたいし、新司法試験の実施という観点から言うと、その部分についてはきちんとチェックできるような内容にしておく必要があるという感想を持っている。

## 新司法試験審査委員（刑事系科目）に対するヒアリングの概要（平成19年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

◎ 審査委員の先生方は新司法試験の採点を終えられた直後であるので，率直な意見・実感を示していただきたい。

刑法・刑事訴訟法の順番で御発言いただき，その後，質疑応答をお願いしたい。

□ 初めに，本年の論文式試験の刑事系第一問の刑法について，出題の趣旨，出題に当たって考慮した点について説明し，その後，実際に採点を行った際の実感などについて申し上げたい。

本年出題された問題は，具体的な事例を素材としたものであって，その中に表れた具体的な事実を的確に意味付けた上で，それに基づき，登場人物の罪責について論述することを求めたものである。それにより，まずは刑法についての正確な理解，次に，具体的な事実の実体刑法の規範を適用する能力，さらには論理的な思考能力を試そうとするものである。

このような出題の考え方は，昨年と基本的に同様であるが，本年の問題について，その特色とも言うべき事柄を申し上げますと，二点あると考えている。

まず第一に，問題に登場する人物の罪責について論じることを端的に求めるのではなく，それに対して解答する上でポイントとなる小問を二つ提示して，それに対する解答を含めて罪責を問うという形式の問題にしたことである。第二には，問題に関連する最高裁判所決定を末尾に掲げたことであり，それを踏まえた上で問題点について論じるように求めている。

出題者としては，これらの出題上の工夫により，重要な法的問題点について十分な具体的論述がなされることを期待したわけである。このように，具体的に示された小問への答えを解答に含ませるといふ，言わば小問提示方式を採ったのは，自らの思考内容，思考過程を明らかにしないままに一定の結論だけを端的に述べるというのではなく，飽くまでも事例に表れた具体的な事実に基づき，結論に至る思考内容，思考過程を明瞭に示すことを求めるためである。

さらに，問題の末尾に関連する最高裁判所決定要旨を特に示したのは，最高裁判例に示された考え方を十分に理解した上で，その基礎にある事例と問題の事例との類似点や相違点に留意しながら，自らの思考過程をはっきりと示しつつ論述することを求めるためであった。最高裁判例を問題文に掲げているからといって，最高裁判例に無批判に従うことを求め，そして，それをただ単に問題の事例に当てはめることだけを求めているわけではない。問題に対して解答するに当たっては，最高裁判例の考え方を，その基礎となった事案，事実との関連で理解し，飽くまでもそれとの対比において，問題の事例においては，自分はいったいどのように考えるのかということ具体的に示すことが求められているわけである。

さらに，念のために補足すると，今回の出題のように，小問提示方式を採用することと，そして，関連する最高裁判例を掲載することは，それが解答に対する一種のヒント

となることは否定できないが、そうしたヒントを与えることに意味があるわけではなく、その趣旨は、先ほど申し上げたとおりである。小問に掲げた問題点は、ごく基本的なものであって、刑法の理解が一定水準以上に達していれば当然分かってしかるべきものであると思われるが、それが問題に示されてしまっている以上は、それを単に書いただけでは積極的な評価の対象とはならないわけであって、更に踏み込んで、その問題点について事案との関係で具体的に論じてこそ評価の対象となるわけである。また、最高裁判例そのものは、それが既に問題文に出ている以上は、単にその存在に言及するだけではプラスの評価にはならず、それを踏まえた具体的な、詳しい検討が求められるということになるわけである。

次に、実際に答案を採点した感想について申し上げる。

この点については、考査委員の間で意見交換を行っており、本日は、その結果を踏まえて申し上げるが、どうしても個人的な印象・意見となる部分があるので、そのように御理解をいただきたい。

全体的には、問題が基本的な点にかかわるものであったこともあり、極端な不良答案は少なかったというのが個人的な感想である。

また、小問提示方式を採用することにより、具体的な論述が促され、そのために結論に至る思考過程を適切に評価することができ、その中で勉強の成果の表れを見て取ることができたという評価をされた考査委員の方もいた。この意味で、小問提示方式を採用したことは、出題形式に関する一つの試みとしては積極的に評価し得るように思われる。

ただし、誠に残念であったのは、出題者の意図に反して、問題文を読み違えて、求められた罪責の全体に対してではなく、小問1と2に対してだけ解答した答案が相当数あったことである。出題者としては、普通に問題文を読めば誤解の余地は全くないと考えて出題したものであり、問題文を十分に読まずに解答した答案があったことは、問題文自体に誤読の可能性が全くなかったものであっただけに、繰り返しになるが残念なことであった。出題者としても、今後とも、出題形式については更に様々な工夫を重ねていきたいと考えているが、受験者の方々にも、試験という緊迫した状況の中ではあるものの、問われていることを正確に理解することが、解答に当たってのいわば基本中の基本であるだけに、思い込みを引きずられることなく、文章を落ち着いて正確に読むという当然のことを改めて求めたいと思う。

実際に答案を採点して気が付いたこととしては、まず第一に、刑法の具体的な知識、基本的な理解がなお十分でない答案が目についたということ指摘せざるを得ない。

今回の問題では、当然問題となるはずの未遂犯への言及がない答案や、また、罪数の理解が十分でない答案が散見された。物事を常識的に理解・把握することを含め、基本的な事項をしっかりと理解することが重要であることを改めて強調したいと思う。

第二に、事実即して具体的に論じることが求められている場面で、問題文に書かれた事実を切り出して、ただ並べただけの答案が散見された。問題を具体的な事実即して論じるというのは、単に事実を羅列すればよいのではなく、具体的な事実が持つ意味を吟味した上で、それを適切に意味付け、規範に当てはめることが求められているわけである。事実関係を踏まえて論じることの意味、重要性は、昨年のヒアリングにおいても強調したことであるが、これを単なる受験テクニックのレベルで表面的に理解するの

ではなく、その核心的な意義や重要性を本質的なレベルで理解することが重要であるということを強調させていただきたい。

最後に、法科大学院に対しては、これまでに引き続き、刑法の解釈論の正確な理解と、具体的な運用能力の醸成に一層努められることを期待したいと思う。法科大学院における教育により、一定の成果は上がっているというように考えられるので、更に充実した教育の実践をお願いしたい。

また、出題者としては、今後、出題内容について更に検討を加えるとともに、出題形式についてもなお一層の工夫を行っていきたいと考えている。

◎ 引き続き刑事訴訟法の考査委員をお願いしたい。

□ 当委員会でのヒアリングに先立ち、合格判定会議後に考査委員にお集まりいただき、特に採点実感や今後の法科大学院教育に対する御要望について様々な意見を伺った。

本日の私からの報告は、このような意見をも踏まえつつ、しかし、個人として、特に実際に法科大学院教育を担当している一教師としての感触や、問題作成に法律学研究者の立場から関与した者としての意見も含めて述べさせていただきたいと思う。

初めに出題の趣旨であるが、刑事系科目第二問の趣旨について、具体的な内容は既に公表されたところであるので、後に述べる採点の実感などを含め、ここでの私の発言全体を通じて、委員の皆様、それから特に、将来の受験者と、これを教育・指導される教師の皆様にも向けて、公表された趣旨の要点とその補充説明をさせていただきたいと思う。

本年の問題も、プレテストや昨年 of 第一回試験の場合と同様に、比較的長文の事実関係を記載とした事例を設定し、そこに生じている刑事手続法解釈上の重要な問題点について、第一に、関連法令の法解釈、第二に法の解釈適用に必要な事実関係の抽出と分析と当てはめを行い、そして一定の結論を説得的に論述するという、法律家になるための基礎的な学識、分析力、論述能力を試そうとしたものである。扱ったいわゆる論点は、これもプレテスト及び昨年と同様に、刑事訴訟法の中でも最も基本的でかつ重要な犯罪捜査の基本問題と証拠法の基本問題を選び、過去の出題に対する、例えば法科大学院協会など各方面からの建設的な御意見なども踏まえ、答案において論ずべき事柄を受験者に対して一層特定・明確化することによって、一定の試験時間内に、法解釈と事実の分析、この両面について、深く立ち入った論述を期待したところである。

小問の一つは、犯罪捜査目的のビデオ撮影の法的性質を決定し、法解釈によってその適法性の要件を導き出して、与えられた事実関係をこれに当てはめて、その適否を判断させるものである。犯罪捜査に対する法的な規律の基本に当たる強制手段の意義、強制手段を用いる強制捜査とそれ以外の任意捜査との区別、それから各捜査手段の適法要件、それに対する事実の当てはめなど、いずれも、まじめに刑事訴訟法を法科大学院で学習した者であれば、何を論ずべきかは極めて明白であり、そして、その素材となる基本的な最高裁判所等の判例や学説も直ちに思い浮かぶような事例である。

小問の第二は、被告人の前科の内容となっている放火に際しての非常に特殊な犯行の態様、方法を、これに酷似した態様で実行された放火の犯人であるという犯人性の立証



に用いることができるかということをも問うものである。こちらも、何を論ずべきかは極めて明瞭であり、前科の内容たる事実から被告人の犯人性に至る推論の過程を分析して、その合理性、適否を具体的に検討することを求めたものである。

以上が出題の趣旨であり、次に採点をした実感であるが、今述べたとおり、捜査法と証拠法に関する基本的な出題であって、論ずべき法律問題が明瞭であったにもかかわらず、本来、解答の要であり、出発点となるべき、法解釈の部分に関する論述が著しく不十分な答案が目についた。

関連条文からいわゆる解釈論を論述・展開することなく、いきなり抽象的な判断基準を、しかも何の理由も記載することなく設定し、あとは問題文中の事実をただ書き写しているかのような解答が多かった、そういう印象を抱いた。もとより、これでは法律試験の答案の体をなしていないのであって、新司法試験が「法律学」の試験であるということに改めて注意を喚起したい。

このような奇妙な答案が多数生じた原因としては、次のようなことが考えられる。いずれも、法科大学院教育内容の不備、あるいは受験生の誤解に起因すると思われる。法律答案の基本的な構成は、どの法律分野であっても、第一に法律上の問題点を発見し、確定し、第二にその問題にかかわる条文、法規、ないしは法律家であれば誰でも使うであろう確立した判例法理についての解釈論を展開し、そして第三に、与えられた事実の当てはめを行い、これらを通じて、筋道立った文章で一定の結論に至る過程を論述すること、これが法律答案の基本であろうと思う。ところが、何らかの誤解、そしてこれは、もしかすると、法科大学院が法律実務の技術的知識や事実の認定に傾斜した教育を行う場であって、法の論理や解釈理論は重要ではないかのような根本的な誤解があるのかもしれないと危ぐされるわけであるが、何らかの誤解によって法解釈論の部分が軽視されているというふうに感じた。今回の出題のように、論述の出発点となるべきある程度確立した最高裁判所の判例法理がある場合でも、その背後にある最高裁判所の法解釈の理由、根拠、考え方の筋道に着目することなく、ただその結論部分のみを覚えこめばよいといった誤った教育がある疑いも否定できない。このような悪い傾向については、昨年度のヒアリングでも指摘していたところである。

また、与えられた事例から法的に意味のある事実を抽出し、分析し、位置付けること、事実に法規を当てはめることも、当然ながら、その前提となる法解釈、規範を導く理由付けに即した形で整序されたものにならなければならないはずであるが、先ほど述べたとおり、要となる法解釈やその理由付けがあいまいである、ないしはおろそかであるために、事実関係の抽出や分析それ自体ができていない、そして、その結果として問題文の書き写しにとどまる、そういう答案が多かったのであらうと考えられる。

このような結果を踏まえて、今後についてであるが、法科大学院教育においては、次のようなことが強く要請されると思われる。

単なる断片的な知識の覚えこみではなく、刑事訴訟法の場合は、刑事手続を形成している諸制度や、あるいは基本的な判例の判断枠組みを支えている論理、あるいは理由、趣旨、目的、要するに解釈の一番基礎になる部分の深い学習と習得が不可欠であらうと思う。この点さえ習得されていれば、どのような事実関係であっても、与えられた事実関係の筋道立った抽出や分析はおのずとできるはずであって、今述べたような理論教育

こそが、どのような事案に接したとしても、汎用性のある法律論を展開する骨格になるはずだろうと考えている。

他方で、法解釈の基礎的な理解、あるいは理論的枠組みの習得が不十分である限りは、法律家の最も重要な役割のひとつである的確な事実関係の分析、特に法科大学院修了後に控えている現実の実務修習、あるいは生の証拠に基づく事実の認定は、私に言わせれば、絶対にできるはずがないだろうと、そういうふうに思う。その意味でも、理論教育は重要だろうと思う。

以上の次第で、車の両輪である法解釈と、それに基づく事案分析能力の両方を検定するというこちらの出題の意図を、今後も特段変更する必要はないと考えている。

なお、今後の出題に関連して、一言、個人的な意見を述べさせていただくと、法解釈理論の習得を検定するという新司法試験の性質上、現に法科大学院において日々学生に対する理論教育を担っている研究者教員を問題作成の過程から全面的に排除するなどという考え方がもしあるとすれば、それは根本的に誤っているというのが私の個人的な考えである。

最後に、採点を担当した多くの委員から、学習・習得した事柄を、確かに勉強はしているけれども、筋道立った文章に起案するという基本的な作文能力がまだまだ不足しているという指摘が、特に実務家の先生方からあった。このような能力や技能は、法科大学院において、様々な形で、法的な文章を起案する訓練によってのみ体得されるものであろうと思われる。したがって、このような側面の教育・訓練が今後も必要であることは当然のことであろうと考えている。

◎ どなたからでも構わないので、意見交換をお願いしたい。

○ 今回の報告の中で、きっちりとした法解釈を前提として、具体的事例に当てはめて論述してもらいたいというお話があったが、そういう意味で、問題の趣旨に沿った解答の答案が大体、全体のうちどの程度あり、また、不満の残る答案はどの程度あったか、伺いたい。おおまかに言ってで構わないのであるが。

□ 私が個人として採点したのは五百数十通であったが、理想形の答案、つまり、きちんと理屈を踏まえた上で解釈論を行い、しかも事実の分析もできているという答案も、それなりに認められた。そういう答案は、私の過去の、旧司法試験の採点体験にはなかったものである。非常に深みのある答案というのは、そう多くはなく、何割というふうに的確には申し上げられないが、確かにあり、そういう答案に出会ったときには非常にうれしく思った。

ただ、これは不思議なことであるが、理論的な解釈論の部分が良く説明できている答案に限って、今度は事案の分析がうまくいっていない。その逆の場合もあり、これはもしかすると、時間の関係があったのか、あるいは、学習者の勉強の過程での興味の行き方がどちらかに偏っていたのかもしれないが、その両方がうまくそろってくれたものはかなり少なかった。ただ、よくここまで考えた、よくここまで事案を分析したという、旧司法試験にはなかった良い答案はそれなりに現れているので、先ほど私が申し述べた

ような教育方法を続けていけば、理想形に近づいていくことはできるだろうというふうに思っている。

- 私も旧司法試験の考査委員を長くやらせていただいて、旧司法試験の時代というのは、あらかじめ記憶しているパターンを、そのまま頭の中から手で書き写すというだけのものという印象があり、答案ごとの違いを見付けることの方が難しいくらいであった。

新司法試験になり、そもそも問題の形式が異なり、論じ方もそれに伴い必然的に異なるようになったため、あらかじめ頭の中に入ったものをただ書き写せばよいということではほぼ不可能になったので、その意味では、論述自体は相当程度改善され、また、改善されざるを得ないと考える。

ただ、先ほども申し上げたが、法解釈と事実の把握の仕方というのは車の両輪であって、その両方がうまくできれば非常に良い答案であるが、現実には、やはりどちらかに弱点がある答案が多いという印象を持った。今回、刑法の問題はかなり基本的なところを問う問題であったので、その意味では、先ほども申しましたように、非常に出来の悪い答案というのは比較的少なかったというふうに思われた。

- 先ほど、刑法で、問題の意味を取り違えている解答が結構あったという話だったが、その原因が、時間が足りず、それで何とかスキップして要旨だけを見て取ろうとしたといったこととは関係はないのか。

- なぜそうなるのかというのはなかなか難しいが、やはり、非常に緊迫した状況の中で解答することに対するプレッシャーのため、最初に読んだことを忘れてしまったのかもしれないとも思っている。

また、刑事法の分野が得意な受験生と不得手な受験生があって、やはり、不得手な人の方が非常に心理的に追い詰められているようなことがあり、これは全く個人的な印象であるが、問題を取り違えた、問題の読み方を間違えた答案のときは、そうでない者と比べて、書いた部分に限っても相対的に良くなかったということが言える。

- ◎ 問題文を改めて拝見しているが、普通に読めば間違わないはずだと思われるが。「必ず含めること。」と書いてあるのだから、冷静な状態であれば間違わないはずである。ただ、小問の方だけに目が行ってしまったのか。

- やはり、受験生がテクニク的な発想から抜け出していないのではないかと。最初から落ち着いてということではなくて、なるべく時間を短縮してやるにはここからやって、ということになっているのだろうと思う。

- 委員御指摘のように、刑法については、どうせ罪責を問うものであるということで、最初を十分に読まずに直接問題文に当たるといった傾向があるのかもしれない。

- 刑法は最高裁判例の要旨を付けたということであるが、最高裁判所の決定の事案と本

事案との類似点と相違点というのを論じている答案はどの程度あったのか。

- 最高裁判所の決定を付けた趣旨について申し上げますと、その判例は有名な判例で、恐らく受験生であれば多くの者が学習したことがある判例だと思われる。そのため、それを単に知っていただけでは駄目で、その判例が結論を出すに至った思考過程を正しく理解して、本件との違い、類似点というところを分析しながら問題を解決するということを受験生に求めたわけであるが、そこまでに至っている答案はかなり少なく、判例の中から抽象的な基準を一応読み取ったような論述をした上で、突然結論を出すというような答案が多く見られたという印象である。
- すると、せっかくこの決定要旨を問題の中に記載した趣旨が、十分には受験生に伝わらなかったということになるのか。
- こうやって決定そのものを添付するということは、日ごろの学習の中で、裁判例をただ単に覚えているだけでは駄目なんだというメッセージでもある。もし、この判例を初めて見る受験生であっても、思考過程を訓練する、そういうものが身に付いていれば十分その場で対応できる、そういう学習をふだんからしてほしいというメッセージでもある。
- 私は、この試みは大変すばらしいと思っていたが、それだけに、受験生がこれについてこれなかったというのはちょっと残念に思う。
- この判例を参照しつつ、出題された事案について考え得ることを論述していくと、それなりの内容の答案が書けることになると思われるので、とても良い試みのような気はするが、仮に、この判例を、例えばゼミのテーマで取り上げられたことがあるというような事情があってよく勉強していた人と、そうではなく全く初めて見る人とでは有利不利が出ることになる可能性があるのか。
- この判例は、極めて基本的な最高裁判例で、恐らく刑法の学習をする上で目にしないことはないと思う。したがって、知っているかどうかというレベルではなく、これをどういうように勉強してきたかということを問うものであったということである。
- 法科大学院の限られた授業時間と自習の時間でまっとうな勉強をすれば、多くの学生は、この問題についてきちんとした答案が書けるはずだという、それが理想だと思うが、実際に答案を御覧になった感触はいかがか。まだかなりの法科大学院はそれに追いついていないという感じがするのかどうか、そのあたりの印象を伺いたい。
- 今回の刑法の問題は、極めて基本的な問題であったので、一応、それなりのことを書けるレベルには到達していたように思われた。しかしながら、出題者として本当に求めている、今回の問題で言えば、最高裁判例を踏まえた上で、問題に出された事例と対比

しながら具体的に論じていくというような部分になると、やはり、なお力不足ということと言わざるを得ないと思っている。

- 私も今言われたのと同じ意見であるが、しかし、中には、理想形に近いすばらしいところまで進歩している答案が見られたので、やはり、知識も大事であるが、2年生の基幹科目の刑法なり民法なり訴訟法の一番根本の考え方のところさえしっかり深くマスターすれば、それは応用が効くのであって、余り細かい知識であるとか、あるいは特別な法律の分野に行く前に、一番根本は、やはり民法や刑法という科目だと思うので、その考え方さえマスターすることができれば、進歩は早いのではないかという印象をもっている。
- 両輪というふうにおっしゃられた、法解釈と事案分析能力について、そのうちの後者ばかりが強調され、法科大学院生の中では、新司法試験では事案分析能力が主に試されることになるから、それができないと通らないというイメージが過度に広がっているかのような状況を時に耳にする。しかし、今おっしゃったところでは、そうではないという趣旨と考えてよいのか。つまり、試験を作った出題者の意図としては、後者にのみ重点を置くものではないということになるのか。そうであればそのことを学生たちにしっかり分かってもらえる方がよいのではないかと思うので、その点についてさらに詳しく伺いたい。
- 先ほど申し上げたのは、事案分析というのは、基になる法解釈ができていないと絶対にできるはずはないということである。そしてもう一つ、法解釈を学ぶに当たって、どうしてそういうことになっているのかという理由、これは少し深く考えればきっとわかるはずだと思うが、そこに注意してほしいということ、つまり、ただ解釈論を覚えるのではないということも大事だということである。
- いわば試験の宿命であるが、時間の制限がある。その中で、事案分析と法解釈の能力がしっかりついているかどうかを試すために、これくらいの問題文の長さはやむを得ないのだろうとは思いますが、問題文の長さということについて、やはりこれ以上縮めるのは、難しいとお考えか。
- 先ほど、私は法解釈の側面を強調したが、飽くまで両方が大事なわけであり、事案分析能力を見るためには、素材としての事例は、やはりこれくらいの分量にはならざるを得ないという面がある。出題者としては、これくらいの事実関係は書きたいところである。
- 事案の分析といっても、闇雲に事実を分析するのではなく、当然、法的な意味合いをもって分析していくわけであるので、両輪という言い方も、別のものという趣旨ではなく密接不可分に絡み合っているということも受験生には是非理解しておいてほしいところである。それから、事案の分析となると、当然ながら、事実と言ってもいろいろな段

階があって、非常に重要な事実から、法的に意味はあるがさほどでもない事実、そして無意味な事実と、こういうものを選び分けていく作業というのもその中にあるのかという気はする。そのためには、ある程度の事実を掲げておかざるを得ない、あるいは、掲げた上でそのあたりの分析力を試していくということもあっていいのではないか、という気がする。もっとも、時間の関係は、十分な配慮が必要だと思われる。

- 基本的な作文能力に問題があるというような答えは、どのような文章を書いているのか。主語と述語が合っていないとか、途中で文の論理が通じていないとか、だらだらだら続くとか、いわゆる、日本語としてなっていない文章になっているということか。
- 今おっしゃったようなパターンのものがかなりある。しかし、それは、書く訓練を少しすれば改善するのではないかと、私個人としては考えている。書くべき内容をある程度勉強しているのは分かるが、もう少し順番を考えたらどうだとか、少し区切って書いたらどうだとか、文の接続関係がどうなっているかなど、日本語作文の基本であるが、そこがどうもうまくできていないという印象がある。
- 日本語の問題とはちょっとずれるが、基本的な法律用語の漢字を間違っているものもかなり目に付いた。

新司法試験審査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要（平成20年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

◎ 採点実感等についての御意見は、従前から公表しており、法科大学院の教員や学生から、重要な情報として受け止められている。今回は、あらかじめ御意見を書面の形で頂いているので、それを補充する形で御意見を頂ければ幸いである。まず、憲法の先生から伺いたい。

□ 憲法の出題の意図としては、仮想的な事案を設定し、その中で具体的に問題点を発見し、それを広く多面的・多元的に検討して、筋道の通った理由付けをして結論をどう導き出せるかということが法科大学院で学ぶべき根本ではないかと考え、その趣旨で出題した。

今年は、表現の自由をテーマとして出題した。法科大学院では多く、必ず学習しているテーマで、学生にもなじみがあるはず、ということで出題した。しかし、それが、かえって逆の方向で出た部分もあり、パターン化された答案が目につき、型にはまった論述がかなり見られた。また、答案を見ていると、例えば、「当てはめ」という言葉がよく出てくるが、この言葉が本来の意味とは違った形で使われていることが多いように思われる。暗記している抽象的理論の方を絶対視してしまい、事案を形式的にそのまま当てはめれば、自動的に答えが出るというようなイメージで「当てはめ」という言葉が使われているきらいがある。仮に、判断枠組みが定立できたとしても、個別具体的な事案の内容に即した検討をしなければ答えが出ないはずであり、そこをどれだけ考えてくれるか、ということ期待しているが、その期待にこたえる答案が数多くあるわけではない。

もとより、実務と理論の架橋という視点で言えば、実務、判例がこうなっているからこうだ、ということ求めているわけではなく、その架橋の中でどう検討するかということ求めているわけである。例えば、最初に弁護士としてどのような主張をするか、という問いに対し、判例やどの主要な学説によっても全く筋の通らない主張や、認められる可能性がほとんどない主張にウエイトを置いて書くというのは、やはりいかがなものかと思う。実務と理論の架橋という視点からは、思い付いたことを何でも言えばよいというわけではないと考えている。そういう意味では、今年の問題でも、検閲に当たるかどうかということ（既存の概念の下では検閲に当たるということにはならないのであるが）をとにかく最初に主張するという答案が多く見られ、この点は、首をひねらざるを得ない部分であった。今回の事例について、表現の自由を規制するからといって、いわば条件反射的に「検閲」だという主張を提起するとすれば誤りであり、問題文をよく読み、「検閲」に関する判例、そして主要な学説を思い起こし、冷静に考えてみる必要がある。

また、最終的に検閲性を否定している場合でも、実際の答案に記載された理由を見ても、その概念の不正確な理解が目についた。例えば、「インターネットのみの規制であって印刷物での発表はできるから検閲ではない。」という理由や、「法律に基づいているから、行政権による事前抑制にはならない。」という理由を書いているものがあつた。既存の概念の下で検討をする際には、おかしなことを書いていないか注意すべきであると思う。

ただ、他方で、きちんと出題の趣旨、意図や出題者側が想定しているような問題点を的確にとらえ、資料も的確に分析して、筋道を通して考えているという答案もあつた（例えば、先に述べた「検閲」に関してであるが、少数であるが、現在の判例学説の検閲概念には当たらないとした上で、今回の事例を分析し、新たな検閲概念を模索する必要がある、と論述を進めるものもあつた。）。その意味では、法科大学院における実務を見据えた理論教育が効果を現していると考えられるが、残念ながら、そのような答案は1割程度にとどまつた。

したがって、全体的な印象として、憲法に関しては、法科大学院における教育成果というのは、まだ生みの苦しみの段階にあるのではないかと考えている。善き法曹の育成という目標を実現するためには、法科大学院における教育の質の向上が必要不可欠であるが、法科大学院で身に付けておくべきことは何か、新司法試験の試験科目の再検討など、全体的に考える必要があると思われる。さらには、学生に問題を発見し、広く深く考え、そして筋の通つた理由を付して結論を導き出す力を養成するためには、日本における学校教育の根本にまでかかわり得る問題でもあり、法科大学院での2年間ないし3年間の授業で「考える」ことを求めても、それまで詰め込み教育を受けてきている中では、2年間あるいは3年間では「考える」力を十分に身に付けるのはそれほど容易ではないように思われる。憲法の問題を作題するに当たっては、どのような問題を出題すれば法曹家にふさわしい能力を的確に評価できるのかということについて、不断の工夫をし、知恵を絞っていきたいと思う。

答案の書き方について、採点に当たつた委員から問題が指摘されているので、受験生に注意を促す意味で、若干述べておきたい。答案用紙の左側、行頭を4分の1ほども空けて記載している答案がある。多くの字数分を空ける書き方は、場合によっては奇異な印象を与え、特定答案とみなされる可能性もあるということに留意すべきである。また、誤字、脱字、判読不能な文字、意味の分からない文章などが多く見られた。法的な能力以前の問題として、他人に読まれる文章であることを意識して、客観的な立場で自分の文章を見て修正する習慣を身に付ける必要があると思う。

- 答案を採点して気が付いたのは、第一に、法的三段論法が身に付いていないと言わざるを得ない答案が余りにも多かつたことである。こういう事案であるから、この規範が問題になり、この規範はこのような理由でこんな内容になっている。そして、この規範を事案に当てはめてみると、この事実があるからこの規範が適用できてこの効



果が出てくるという形が整っていない、というか、意識していないような答案が多い。思い付いた規範から書きなぐったり、重要な事実の検討・当てはめを飛ばしたまま、全体として何の論理も理由もなく、あるいは淡白な理由で結論を導いている答案が多かった。もしかすると、時間がなくて省略したのかもしれないが、それが非常に気になった点である。

この点は、法律家・実務家として命の部分であり、そこがなぜできていないのか、ということを考えさせられた。こういった能力のかん養を限られた法科大学院の憲法の講義の時間だけでやるべきだということとはできない。しかし、何らかの方法でこれを強化しないと、なかなか法的に物事を考えるということ、法律家に求められる切り口で物を分析するということができないままになってしまうのではないかと思う。そこに危惧の念を抱いた。したがって、そこが法科大学院に望むことの一つにもなる。

第二に、先ほども指摘があったが、基準、あるいは規範というものを、余りにも硬直的にとらえているということがある。事案がある規範に合わないような場合に、それでもその規範を形式的に当てはめていいのかどうか、修正がきくか、修正をすることでどういう修正が妥当かを考えなくてはならないはずである。今年の出題でいえば、「残虐性」という要素がある点で普通の言論とは異なるのではないかと、子供などをどう守るかなどという要素を盛り込んで、表現の自由を制約する場合の原則的な規範について、修正がきくかというのを問うているのに、自分の覚えている規範と合っていないときに、事実の方を切り捨てたり、無視してしまっている。これでは、事案に対応する能力という面では難があると言わざるを得ない。

第三に、今回の憲法の問題は適用違憲、法令違憲が問題となってくるが、法令違憲と適用違憲のそれぞれの概念の理解ができていないという答案が多かった。これはかなり基本的な概念であるにもかかわらず、例えば、問題に挙がっている個別的な事情、事実だけを取り上げて法令違憲だという形の論述をするということは、本当に基本的な概念を理解できているのか疑問に思わざるを得ない。何となく知っている「法令違憲」「適用違憲」といった言葉を振り回しているだけではないかと受け取られても仕方ないのではなかろうか。

そういう面で、まだまだ、法科大学院の教育を改善・向上していただく必要があるのではないかと感じた。

実務家になれば、もともとある規範では解決できない事案にも出会っていくわけで、そこで安易に事実の方を切り捨てて規範を適用するのではなく、もう一度原点から柔軟に考えていく思考力を身に付けておく必要がある、是非そのようにしていただきたい。こういった思考力を育てることこそ、新たな法曹養成制度において法科大学院を中核的機関として置いた理念を実現するものであろうし、そのような柔軟な思考力を展開する前提として、少なくとも適用違憲と法令違憲のような基本的な法的概念はきちんとマスターしていただかねば困る。

法科大学院の授業の単位数等に制約がある中で、なかなか一朝一夕には解決できないと思うが、だからといって、これを放置・放棄していい、現状であきらめてしまっていていいとなってしまえば、憲法学という研究分野の問題からしても、あるいは法曹の活動という面からしても将来的にどうだろうかという気がするのと、やはり、法科大学院の設立の理念ということからすれば、安易な妥協をしてはならないのではないかと思う。

なお、今回の憲法の問題について書かれたものをいろいろ拝見したが、中には、論点が多すぎるという指摘もあった。しかし、理論的に考えられる論点全部を拾わないと答案の評価が低くなるものとは、毛頭考えていない。自分の視点に基づいて、幾つかの重要なものを取り上げて、自分なりに論じてあればよいのであって、あらゆる論点全部について均等に少しずつ触れてほしいなどとは全く考えていない。論点を考えられる限りたくさん挙げれば良い評価になると思っているのか、重要でないものも含めて思い付く限りのあらゆる論点を挙げて、その結果、どれもこれも希薄に書いてしまっている答案も相当な数あった。もっとも、幾つかの些末な問題点を挙げるだけで、重要な問題点を指摘していないものもあった。この事案で何を議論の中心に持っていくかの判断も、実務家として重要なセンスの一つであると思う。

◎ 続けて行政法からもお願いしたい。

□ まず、採点実感については、昨年度に比べて全体として、基本的知識の理解度が上がってきているという印象を持った。昨年度の場合、著しく得点の低い答案が相当数見られたが、今年度はそれほどでもなかったと感じている。飛び抜けて良い答案と悪い答案が少ないということで、全体としてはまずまずの出来であった。

それから、提出した書面の「3 採点実感」の中で、●印は問題点ということで記載させていただいているが、上から3つ目の●に記載している当事者訴訟に関する仮の救済について、相当数の答案に誤解が見られた。ここに記載したように「仮の救済がない」とか、あるいは「行政事件訴訟法第44条によって仮処分が排除されている」という理解をしている答案が相当数見られた。この行政事件訴訟法第44条は「公権力の行使」に関する排除についての規定であり、一般的に排除されているわけではない。我々考査委員からすると、そのような答案がかなりの数見られたので、なぜこういう誤解が生まれたのかが不思議でならない。

ただ、法科大学院の授業を通して見た場合、当事者訴訟の活用ということは、2004年の行政事件訴訟法の改正があり、学習すべき対象となっているが、仮の救済にまでは言及されていなかったのではないかと、ある意味ではそこが抜け落ちていたのかもしれないと思う。今回出題・採点して改めてそう感じており、今後の法科大学院での教育に生かしていただきたいと思う。

それから、訴訟形式の選択について、上から7つ目の●に、「比較の視点が希薄であり、実質的な検討が適切になされている答案は多くなかった。」と書いた点につい

て、今回の問題に即して申し上げると、勧告の取消訴訟＋執行停止と公表の差止め、仮の差止めを可能性として挙げた上で、例えば、公表の方は処分性を否定し、前者の勧告の取消訴訟＋執行停止が最も適切であるとする解答、あるいは、公表に対する当事者訴訟を候補として挙げた上で、仮の救済がないから駄目ということで、勧告の取消訴訟を選択するという解答などが多かった。もっと両者につき、可能性を詰めて比較した上で、果たしてどちらが適切なのか、という十分な検討をしてほしかったところであるが、それがなされていない。

それから、上から5つ目の●で、「調査の違法が勧告に及ぼす影響について、専ら『違法性の承継』の問題として解答をしているという答案が少なくなかった。」と書いているが、これは、調査と勧告の関係について、先行処分と後行処分の関係として論じて、原則として違法性の承継は認められないから違法性は及ばない、と結論付けた答案のことを指摘している。つまり、形式的に、先行処分と後行処分との関係における違法性の承継の問題として論じているようなものを指しているのである。中には、調査と勧告の密接な関係を具体的に検討・指摘した上で、調査の重大な違法が勧告の違法を帰結するという判断の結論部分で、「だから違法性は承継される。」という表現を用いている答案もあったが、そのようなタイプの答案については、実質的な分析はされているので、必ずしもマイナスの評価をしているわけではない。

それから、法科大学院に求めるものとして、「個別法・個別事案を素材として、行政活動の適法・違法を具体的かつ的確に判断する力を養うことが求められ、その意味でより実践的・実務的な教育が行われることが期待される。」と記載しているが、これは、個別法についての知識の習得そのものを求めるものではなく、実体法と手続法の両面における違法性判断の、いわばセンスを磨くための学習を期待しているという趣旨である。

なお、補充的に申し上げると、憲法でも指摘されたところであるが、法律文書の書き方が分かっていない、と思われる答案も散見されたところである。例えば、根拠を挙げないで結論だけ述べるものとか、条項を挙げるだけで実際にその要件の該当性について十分に検討していないもの、あるいは結論として自分の意見を明確に述べるのではなく、「可能性が高い」といったように評論家風のまとめ方をしているものが目に付いた。

最後に、今まで述べたこととは異なったことになるが、今回問題文や添付資料等を簡潔にしたが、設問が2つある中で2番目の設問を中心に時間配分に失敗したのではないかと、思う答案が相当あった。第1回目、第2回目、第3回目と回を重ねるにしたがって減ってきてはいるが、依然としてそのような答案が見られた。

□ 採点をしていて一番残念だと思ったのは、既に御指摘があったことであるが、訴訟形式の選択についての比較の視点がほとんど出ていないということであった。今回の行政法の問題の特徴というのは、複数の法的手段をまず考えた上で、それらを比較し

て、その中で最も適切な法的手段を選び出す、というところにあった。これは、通常の実務で行われる思考の方法、つまり、法的に幾つか考えられる手段について、それぞれのメリットやデメリットを考えて、適切な手段を選び出すというもので、まさに実務家の基本的な能力を試す、良い問題ではないかと思って見ていた。しかし、実際の答えは、そのような視点が出ているものは、ごく少数であり、多くの答えでは、攻撃対象となる2つの公表と勧告というものがあるが、勧告には処分性がある、公表には処分性がない、だから勧告の取消訴訟だという、その程度のことしか書いていなかった。出題のねらいとしていた、理論的に考えられるものを選び出して、その中からメリット・デメリットを考えて、適切なものを選択していくという思想とは全く異なる答案がかなりの部分を占めており、その点が一番残念だった。やはり、まだ、個別事案を素材にして、そこに含まれる問題点を検討していくという実務的なあるいは実践的な教育というものが必ずしも十分にされていないということではないか、との感想を持った。

◎ それでは質疑応答に入りたい。

○ 筋をしっかりと見極めて、自分で取捨選択する必要があるということや、全部の論点を網羅する必要はなく、何が重要なところかを考えるというセンスを見たい、というのは大事な指摘だと思う。確かに学生らは、論点すべてをピックアップしなければいけないと思ったり、些細な技術的な書き方を気にする人が多い傾向にある。そうではなく、法曹としての解決の在り方をしっかり自分なりに考えて提示してくればよいというメッセージは、今後学生たちの迷いを断ち切るためにも大変大事な指摘だと思う。教育の現場でも、的確にその点をとらえた教育をする教員もいるとは思いますが、多くの学生はまだ怖がっている、あるいは迷っている状態にあるのではないかと。

□ まさに御指摘のように、何が今回の問題で何が議論の中核になるのか、ということを考えて、それをピックアップして、しっかり書ける力がなければ、やはり実務家になるための資質としては問題だと思う。例えば、検閲については、既存の概念には当てはまらず、本人もそれが分かっているから、最後には、検閲に当たらないと書いている。それだけというか、そういうものを幾ら並べても、事案の解決という視点から見ると、何のために問題提起して筆を進めているのかということになるし、答案の焦点がぼやけるばかりである。書くのであれば、今回の事案が、従来の検閲概念には当たらないが、それでは事案の適切な解決に不都合があるので、新しい検閲概念を探求しなければならない、というところまで行くのであればと思う。

ふだんから、何が本当に相手を説得するときの勝負どころになるのか、ということを考えながら学習していないと、いきなり本番で何とかしようというのでは難しいと思う。

○ 今回の出題は、法科大学院の教員レベルでは、よくできた問題であると評価が高いが、採点実感として、出題の趣旨が分かっているものは、どの程度あるのか。

- 本当によく書けているというものは、やはり少数にとどまる。
- 少数にとどまるという点については、審査委員の実感はおおむね共通している。
- 認証評価で法科大学院を見た感想を率直に申し上げますと、憲法訴訟でこういう事例が出たときに対応できるような講義には到達していないという印象を受けた。法科大学院において、こういう問題に対して適切に考え、答えを出せるような教育のシステムがまだできていないと感じている。
- 法科大学院の第三者評価のために実地調査に行き行って感じることは、システムの問題と同時に、個々の教員の側の問題である。今回の問題も、素材はインターネットという新しい問題だが、そこで問われている問題を考えるに当たっては、基本的な先例はあり、学説でも議論されている。重要な問題点を発見し、それを考えるための材料は存在するわけである。それを勉強していれば、全くお手上げということではなく、まさにそれを理解した上での応用力が試されている。法科大学院において、判例と主要な学説との相違、主要な学説の間の相違等について、どこが対立し、なぜ対立するのか、それぞれの見解で結論がどのように異なるのかを正確に説明でき、学生に考える筋道を提示する授業がどれだけ行われているか、認証評価を行われた実感として指摘されたように、そのような授業になっていないものもあるように思われる。
- 御指摘の趣旨は非常によく分かる。考える作業ができていないというのはあると思う。ただ、今回、検閲の問題を論ずることの当否については、出題の工夫によって、そういう問題を取り上げる必要はないと気付かせることができたのではないか。例えば、「弁論要旨を書きなさい。」という問題ならば、検閲のような実際に主張しないことは書かないということになったのではないか。
- 旧司法試験の場合だと、長くはない行数の問題文で、「ここに含まれる憲法上の問題について論じなさい」という形式なので、それこそ想定されるものをすべて書くという方策が採られている。これが、「悪しき論点主義」にもつながる。新司法試験は、先ほども申し上げたように、実務における訴訟という形で問題提起をするということが前提であるので、およそ考えられること、机上で予想されるようなことを全部書けということはそもそもないと思って問題を作っている。何が重要で決定的な問題であるのかを発見する能力のかん養も、新司法試験では問っている。どのような憲法上の主張をするのかという問いかけが、もし誤解を与えたのなら、そのような誤解を生じさせない問いかけにしていきたい。
- もちろん、それは問題の出し方のテクニカルな問題だけではないと思う。
- 出題の趣旨はできるだけ問題文自体で明らかになるようにした上で、本来の土俵の中で勝負させる工夫が必要であると思う。ところで、与えられた事実を自分の見解に都合の良いようにだけ取り上げるとか、あるいは自分の見解と合致するような事実だけを取り上げて、それ以外の事実には言及せず、切り捨ててしまうというような答案でも合格ラインに達しており、また、直近の先輩受験生がそのような答案でも合格し

たとなると、法科大学院の学生の勉強方法がそのような方向に流れてしまうのは避けられないという懸念も考えられるがどうか。

□ その点は、初年度から申し上げてきた危惧である。受験雑誌などで、実は「優秀答案」とも「模範答案」とも言えない答案が、「優秀答案」・「模範答案」として流布し、後輩がそれを覚えるという形になってしまうことに、大きな問題を感じている。

□ 問題のある答案における具体的な問題点ということであるが、目に付いたのは、表現の自由の制約基準について、いきなり緩和した基準を持ち出す点である。原則がどうで、どのように緩和するのか、あるいは緩和できるのか、という説明がない。また、何か問題があると気づきながら、どう緩和していいかわからない人は、事実にあまり触れずにそのまま逃げる、といった印象である。

それから、受験雑誌を見ると、余り評価できないような答案も高い評価の答案として掲載されていた。

○ よく書けているという評価を受けられるものが少数にとどまるとしても、大事なものはベクトルで、これを成長の証と見ることができるのかどうかが大変ではないか。採点実感として、このようなベクトルとして見た場合はどうか。

□ 1回目、2回目、3回目という中で見ると、言われたベクトルということでは言うならば、少しずつは良くなっている。こちらの希望としては、もう少し上がってほしい。少なくとも全答案の半数程度がそういう水準に達してくれれば、と思う。その「願い」からするとまだ低いという印象ではあるが、上がってはきている。

○ 行政法の論文式試験の問題は、かなり良い問題であると思う。恐らく、当事者訴訟はやっと活用されてきたところであり、いわば生成過程であるという感じがしており、そういう意味での限界はあったのかもしれないと思う。法科大学院の教育では、仮処分について、当事者訴訟ではどうかということは、多分授業で直接は教えない。仮に出題されるとしても、短答式試験のレベルの問題として当然自分で勉強するもので、法科大学院においては、先生が教えるというよりも、自習領域になるのではないだろうか。ただ、学生の自習領域であると考えても、当事者訴訟のような新しいものについては、各自の取組が不十分だったのではないかという印象も聞いているが、いかがか。

□ そのとおりではないかと思う。ただ、仮の救済がないということ自体は、おかしいと考えてほしい。それを、当然のように当事者訴訟だから仮の救済はないから機能しないという書き方をされるのはどうかと感じている。行政事件訴訟法第44条の仮処分の排除についても、確かにそこまで十分に教えられていないという実情ではあるが、法文を見れば該当条文が存在しており、44条を読めば、公権力の行使と書いてある。処分性を否定した上で当事者訴訟を選んでいながらもかわらず、なぜまた公権力の行使でひっかかるのか、やはり我々審査委員としてはショックであった。

行政法については、全体としてみると、3回目で大分慣れてきたのではないか。逆

に言う、1回目が余りにもできていないという評価であり、出発点が憲法と比べて行政法は低かったということがあるのではないかと思う。これから本格的に教育の真価が問われるということになるのではないかと思う。

以 上

新司法試験考査委員（民事系科目（民法））に対するヒアリングの概要（平成20年）

（◎委員長，○委員，□考査委員）

◎ 昨年行われた新司法試験に関する感想・御意見については，あらかじめ書面で御提出いただいているので，今回は，それに補充する形で若干御意見を頂き，その後，質疑応答を行いたい。

□ 民事系科目第1問の出題趣旨・採点実感等について申し上げます。まず，出題の趣旨・ねらいであるが，今回初めて民法単独で大問を出題することになった。そこで，不動産の売買・賃貸借・相続といった民法の中でも最も基本的な領域の問題に絡めて，財産法と家族法における基本的理解を確認することを考えた。

設問1は，マンションの一室の売買と賃貸借のケースである。マンションの買主が代金を支払わなかったため，売主が契約を解除したところ，解除前に買主が目的物を賃貸し，更に賃借人が無断転貸をしていたという設定で，売主が賃借人・転借人に明渡しを求めるという場面の問題である。設問2は，そのマンションが売主の元に戻ったが，結局賃貸借を継続することにしたところ，その後賃借人が死亡して，9か月後に遺産分割がされたという設定である。相続開始の時から遺産分割の時までの間に，相続人の一人が受け取っていた賃料が共同相続人の間でどのように帰属するのかを問うている。関連する近時の最高裁判決の判旨を問題文中で示した上で，その評価を求めた。複数の考え方があり得るが，幾つかの問題点についての基本的な説明と説得的な理由付け，論述全体としての論理的整合性を求めている。

次に，採点方針であるが，書面にも書いたとおり，受験者の能力を多面的に測ることを目指した。その中身としては，第一には，民法上の基本的な問題についての理解が着実にできているかどうかということである。第二に，単に知識の確認をするだけでなく，掘り下げた考察をし，それを明確に表現する能力，論理的に一貫した叙述をする能力，具体的事実について法的観点から評価し構成する能力を確かめる，ということである。第三に，基本的な問題の奥に存在する，より高度な問題に気が付いて，それに取り組む答案があれば，それを積極的に評価するというようにした。

続いて，採点実感について述べる。設問1については，出題の意図に即した答案が比較的多く，おおむね予想されたとおり，一応の水準に達するものが比較的多くあった。これに対して，設問2については，出題の意図に対応できていない答案が相当数あり，水準に達しない答案がかなりあった。なお，答案の水準の絶対的評価に関し，設問1については，おおむね良好な出来具合であったと評価する委員が少なくなかったものの，そのような評価をする委員の中でも，下位の答案には非常に低い質のものがあるということ指摘する意見もあった。また，全体としての出来具合について，厳しい評価をする意見も相当数あった。このような結果の理由の分析については，既



に提出済みの書面の(2)、(3)に記載したとおりである。

全体を通じて、設問1と設問2の前半で、いわゆる論点についての画一的な解答をするにとどまっている答案の中に、論理的不整合に気が付かないもの、あるいはその他の問題で実力が十分でないことを露呈したものが目に付いた。逆に、ある部分では独創的な答案を書きつつも、基本的な理解が不足していると思われる答案もあった。他方で基本的な理解を基盤として、自らの考察を展開している優れた答案も見られた。法律家として求められる能力を、多面的に測るという観点からは、今回の出題は一定の成果が挙げたのではないかと思われる。

次に、今後の出題について、書面に記載したことに若干補足したい。大大問という出題形式の課題については、これまでも指摘されてきたところである。今回、初めて民法として大問を実施したのであるが、受験生の能力を多面的に測るという点で、十分成果を挙げられたのではないかと思う。大大問の方式は、サンプル問題・プレテスト以来のもので、旧司法試験において指摘された問題点を克服するという意味でその意義は大きいことは明らかであるが、民法については、そのことは大問方式であっても実現することが可能であると思われた。大大問については、消極的な意見もあるが、他方で当面は当初の方針を維持すべきであるという意見もあった。

最後に、今後の法科大学院教育に求めることであるが、これは書面の「2 採点方針」に記載した点に尽きるわけで、これらの能力がいずれも法律家になろうとする者に今後とも求められるものであると考えている。

なお、先ほども申し上げたが、下位の答案に非常に質の低いものが見られるという指摘もあったので、とりわけそういった人たちについては、まずは基本的な理解を着実に習得することが求められると思う。ただ、基本的な理解というと誤解され、判例や論点の暗記に走ってしまうおそれもある。そうではなく、現実の問題を解決できるための基本的な理解、つまり基本的な知識だけではなくて、「理解」という点が重要であると、改めて強調したいと思う。

◎ それでは質疑応答に入りたい。

○ 大大問という出題形式について消極的な意見があるとのことだが、例えばどういう御意見があったのか教えていただきたい。

□ 大大問について、新司法試験の理念を生かすために、単なる暗記や個別の知識を問うのではなくて、問題を実際に世の中に存在する問題に近い問題にして、多面的な観点から検討するという意味で設定されたものであると思う。それ自体が非常に良いことだということは、全考査委員で共有されていると思う。ただ、大大問の作成のために、複数の科目の委員が一つの問題を検討しなければならないことからの制約を受け、また、問題作成等の負担が大きくなるということである。

○ 提出された書面の「採点実感」の(1)のところ、下位の答案には非常に低い質のものがあったという意見が述べられているが、「非常に質の低いもの」にもいろいろ

るな種類があると思う。例えば、基本的な知識がないのか、あるいは、論述する力、文章表現力がないのか、それとも、論理的思考力がないのか。

□ 今、委員が指摘されたとおり悪い答案には幾つかの例があると思われる。まず、設問1では、比較的基本的な問題点が問われているが、この基本的な問題点についての理解がそもそもできていない、というものがあつた。それが、質の低い答案の典型として見られるものであつた。設問2については、論理的思考能力を試す問題であるが、設問1で、個別の問題については非常に型にはまったような解答ではあるもののそれなりに書けているものが、設問2で論理的に述べるということになると、もうできなくなってしまっている、そういう意味での質の低さというものもあつた。また、設問1だけを見るとある程度できているように見えるが、設問2になると急に実力のなさを露呈しているものもあつた。質の低さというものにも何種類があるが、残念ながら、こちらの想定よりも質の低いものも一部に見られたということである。

○ そうだとすると、今回出題された問題は、受験者の能力を違う角度から上手く照射したということになる。

□ 私どもは、そのような印象を受けており、受験者の能力を多面的に測ることができたと考えている。

○ 最初の方は、民法の基本的理解をきちんと付けているのか、というレベルの話であつたが、2つ目では、更に言うとも、どういう能力の欠如をお感じになるのか。

□ 基本的な理解ができているかどうかについて、答案に書けるということと、理解できているということとがずれている可能性がある。答案だけを見ると、その問題点については、あたかも理解しているかのように見えるが、実は、自分の頭でよく理解して書いているのではないということが、設問2になるとはっきりする。つまり、1個1個のことについては正しい答えをするけれども、論理的におよそつながらないはずのものをつなげてしまふとか、あるいは、今回判例のある部分を引用しているが、それが常に正しいものだともまず前提にした上で、それに合うようにと、論理的な整合性を無視してでも、とにかく判例の意見に乗ろうとする、そういう力不足が見られたということである。

◎ 判例の結論を所与のものとして絶対視するという傾向は一般的に法科大学院の学生の中にある。教員の方がそうでなくても、学生がそう流れる傾向にある。今回の書面の内容は、良いメッセージになると期待している。今の法科大学院の現状からいくと、親族法よりはいいかもしれないが、相続法も十分時間を掛けていないのではないかと、いう気もするが、いかがか。

□ 今回は相続法の問題を出したが、相続法プロパーの細かいことではなく、財産法と関係する領域のことであり、しかも、知識を要求しているのではなく、論理的に述べられているかという点を問うている。相続法でも最も基本的な部分について聞いているので、特殊な問題を出したということではないと考えている。

- ◎ 法科大学院の側の問題として、もう少し家族法や相続法もやるべきなのであろうと思う。
- この問題は、非常に良い問題だったのではないかと思う。
- 私は法律家ではないが、測れる能力が多様で多面的であると思われる点で、良い問題だと思う。

以 上

新司法試験考査委員（民事系科目（商法・民事訴訟法））に対するヒアリングの概要(平成20年)

(◎委員長, ○委員, □考査委員)

- ◎ 出題, 採点等を行った率直な御意見を賜れば有り難いと思っている。まず, 商法の先生からお願いしたい。
- 今回の大大問は商法と民事訴訟法の組合せで, 設問1と設問2が商法分野からの出題である。論点としては, 設問1は, 保証債務履行請求の可否に関して, 利益相反取引, 重要な業務執行などの問題点, さらに, 株式交換の問題点を問うものであった。設問2は, 会社間で財産が不当に移転された場合にどのような法律問題が生じるかという問題であった。採点した考査委員の意見を集約すると, 提出した書面にもあるとおり, 全般的に高い評価はできないように思われる。特に, 設問2の方では, やはり, いろいろある問題点を発見することがまだ十分できておらず, また, 個々の論点に気が付いてもそこを論ずる厚みがまだまだ十分ではない, というのが委員の先生方の忌憚のない意見だろうと思われる。

今回で3回目になるが, 最初のころから, 法律問題についての論述もさることながら, 事実関係を当てはめていくという面での力が弱いのではないかという意見が, 考査委員の先生方から指摘されていた。3回実施してきて, その点少しは受験生も慣れてきたが, まだまだそれが十分なところまで到達していないということであろう。

提出した書面の中で, 「今後の出題」や「今後の法科大学院教育に求めるもの」として書いたところに関係するが, 学生たちに多少同情的なことを考えるとすると, 今回の大大問では, 商法分野の問題文は長文でかなり複雑なものであり, これを民事訴訟法の問題と併せて, 4時間で解答することを考えると, どこまで高度な回答を期待することができるのかという感想も一方で持つところではある。

◎ 続けて民事訴訟法からもお願いしたい。

- 民事訴訟法の委員の間では, 採点が終わってすぐに意見交換会を行い, そこで出た意見を書面にまとめた。

まず, 民事訴訟法は設問3と設問4であったが, 設問4は出来が良くなかった。設問4は, 幾つかの見解をあらかじめ問題文に提示し, その比較検討をせよという問題であるが, その各見解のメリット・デメリットの抽出そのものがなかなかできておらず, 比較にまで至っていなかった。最後に, 自分が一番良いと思う見解を示すことを求めたが, その他の見解のデメリットを1つぐらい挙げて, 後は消去法で残る説を採用する, という程度 of 答案が非常に多かった。それが採点して気付いた点の一つであり, こういう問題については非常に弱いのではないかと感じた。

それから, これはある意味でもっと困ったことかもしれないが, 設問4の中で事実, 事項を3つ例示して, それぞれの事実を区分けする, つまり, 主要事実, 間接事実,

法的評価というように、こちらとしては読み取ってもらうべき事実を挙げているが、それらの区別がうまくできておらず、その区別を論じるという意識がないと思われる答案も多かった。恐らく、法科大学院における民事訴訟法の授業でも、主要事実・間接事実・補助事実、その他法的評価の部分は、一通り扱うのだろうが、実際に、生の事案の中から、この事実がどれに当たるのかということを読み取る訓練は、十分な時間をかけて行われていないのではないか。それから、民事訴訟実務科目においても、要件事実との関係で当然そのことは意識して指導はするが、それも基本のところまで終わっている状況なのではないか。その辺りを訓練する時間が十分確保されていないのではないかとと思われる。実務教育につき、法科大学院でどこまで立ち入って行うべきかについては、こちらはまだ模索しているが、法科大学院の授業でも、もう少し立ち入ってもいいのではないかとされた。

◎ それでは質疑応答に入りたい。

○ 民事訴訟法の設問4で、比較・検討ということを求めているのに、きちんと比較・検討されていないという指摘があったが、同様に、行政法の考査委員からも、比較がきちんとできていなかったという指摘があった。採点された感想として、それは時間が足りないから、比較が十分できていないのか、そうではなくて能力的なものとして、比較をする力がついていないのか、その辺りはいかがか。

□ 私が受けた印象としては、時間の問題ではなく、そういう勉強に慣れていないのではないか、今までそういうことを十分やってきていないことから対応できなかったのではないかと考えている。

○ 例えば一つの正解だけに固執しているとか。

□ ふだんから、正解などないんだから、ということで、できるだけ自由に議論させようとしているが、それでも学生は、解答がないような教材を使うと、必ず我々に何が正解なのかと聞いてくる。まずは、そういった頭を切り替えさせてやるということが、ロースクールでやっていくことではないかと思っているが、まだそこは十分ではないのではないかと感じている。

□ 私も授業の中では、ある問題について、答えが一つで、その理由付けとして定まったものがある、ということではなく、賛否両論が存在し、それぞれに理由、考え方があるのではないか、ということをやっている。しかし、学生にしてみれば、いろいろな問題について、幾つかの説があって、それぞれの説についてどういう理由があるのかという点を全部カバーするのは、大変な負担になる。もちろん、センスがある人は、その場でいろいろ考えることもでき、また、その場でいろいろなアイデアを書けるわけだが、それは余程の優れた人で、そうではない法科大学院生にとっては、かなりの負担になるとと思われる。

○ 商法に関して、御提出いただいた書面に、当てはめについて力を入れて論じるように努めている答案が増えているのではないか、という感想があったが、その辺りはや

はり良くなってきたと言えるのか。

- こういうヒアリングの結果も毎年公表されており、事実の当てはめのところが重要だということは、認識されつつある。そういう面には光が射しているが、それが逆効果になって、法律論のところの手薄になっているものもある。その辺りが、受験生は上手くコントロールできていないようである。だから、事実関係をいろいろ論じてはいるが、どういう法律論との関係で論じているのか、そこが必ずしも的確に対応した記述になっていないものが少なくない。ただ、具体的事実への当てはめが重要であるという点に関心は向いてきている。
- 民事訴訟法に関し、御提出いただいた「採点実感」の中で、基本的な事項に対して理解が甚だ不十分だと思われる答案が目立ったという箇所があったが、どのようなところからそのように感じられたのか。
- 論じる前提となる基本的事項がきちんと理解されて初めて、それを論理的に組み合わせ、あるいはそれを素材に問題文の事実関係の下で検討していく、ということになるが、出発点が間違っているのではどうにもならない、というものがあつた。
- 例えば、固有必要的共同訴訟や類似必要的共同訴訟等、ごく基本的なところの区別が分かっていないというのが意外に多かった。
- 固有必要的共同訴訟という用語を使っていながら、その意味を間違えて使っていたりする。また、その用語をきちんと理解していれば、論理的な帰結からしてそうはならないはずの間違った結論を導いていたりもする。
- ◎ 事実関係の当てはめが十分ではないということは、公法系のヒアリングでも指摘があつた。それは、どの辺りに原因があると思われるか。
- 恐らく、法律論のところはまだしっかりしていないところに、事実関係を与えられても上手く問題点を見つけられないということがあり、法律論と事実関係への当てはめの両方の問題は、相乗的なものではないかと思われる。

以 上

新司法試験審査委員（刑事系科目）に対するヒアリングの概要（平成20年）

（◎委員長，○委員，□審査委員）

- ◎ 今日、先生方御多用のところ、御出席いただきありがとうございます。あらかじめ書面を提出していただいているので、本日は、それに補足する形で説明を頂きたい。まず、刑法を御担当の先生からお願いしたい。
- 採点の実感等については、既に提出している書面に書いてあるとおりであるが、若干補足したい。必要なのは、法的な規範についての理解と、それに対する事実の当てはめ、そして、その両方についてバランスの取れた力が備わっていることだと考えているが、私たちが採点した答案の中には、一定の力を備えているものが多いものの、不満の残る答案もかなりあるわけである。私たちが、こういう点まで法的な問題として気付くことができるのだろうかと気にしていた点についても、問題点としてとらえ、論じられている答案があり、その点は、私としては、評価したい。若干内容に立ち入ると、出題者としては、強盗致傷罪の成否について、強盗の機会に致傷行為があれば、端的に強盗致死傷罪が成立すると形式的に論じるのではなくて、強盗の機会で足りるという実質的な根拠を踏まえた上で、その刑事責任・罪責を論じてほしいと考えていたが、その点をとらえられているものはかなり多かったと思う。もちろん完ぺきに答えているわけではなく、不満の残る部分はあったが、問題点をとらえ、それについて論じていたという点においては、成果があったのではないかと思う。ただ、出題では、詳しい事実関係を提示して、それについて犯罪が成立するかどうかを具体的に論じることを求めているが、答案には、事実だけを羅列した上で、結論だけが出てくるというタイプのものが見られた。法的規範を踏まえた上で、問題文に与えられた事実をどのように意味付けるかという観点が非常に大事なのであるが、結論がどこから出てくるのかははっきりしないまま、どこからか出てきた結論に向かって、事実をそれに合わせた形で並び替えているだけにすぎないものがあったのが残念であった。もっと事実をきちんと把握した上で、それについて意味付けをし、法的規範との関連付けをしっかりと行ってほしかった。
- 今回の事例は非常に基本的な事例であり、複雑な論点は出てこない問題なので、刑法の勉強を地道にきっちりやっていたら、大きく外れることのない結論が出る問題だろうと思う。そういう意味で、受験生が勉強しているかどうかの成果が出る問題だと思う。ただ、こちらが想定していた甲乙の罪責についての結論、多くの人が到達するであろうと予想していた結論にきっちり到達している答案は意外に少なかったという印象はある。また、細かい点になるが、窃盗罪を認定する部分について、それが30万円についての窃盗なのか、302万円の窃盗なのかという点について、触れていない答案が非常に多かったことが気になった。新司法試験の問題は、事実をどう評価

するかが大事であるが、今回の問題では幾らについて窃盗罪が成立するかが一つの大切な問題点であるにもかかわらず、そこに触れていない答案が相当数あった。もう少し、事実をどう評価するのか、この事実はどう法律を当てはめるか、という点に意識を払ってほしいと思う。

- 刑事訴訟法という科目は、犯罪捜査と刑事裁判という法律実務において重要な事項を扱う基本科目であり、法科大学院では実務を意識しつつ、しかし、理論教育、すなわち、実務の前提となる法解釈の部分をしっかり理解してほしいところであり、そのような法科大学院制度の趣旨を踏まえた教育が望まれるところである。問題作成に当たっても、その趣旨を踏まえた問題を作成するという方針で行ってきた。つまり、詳細な具体的事実関係を示し、その中で生起している犯罪捜査と刑事裁判に関わる問題点、刑事裁判の証拠に関する問題点、これらを事実の中から発見・画定しその解決を求めるといった形になっている。そのような問題は当然法解釈を伴う問題であるので、法科大学院で教育された理論教育に基づいてしっかりと法解釈をやっていたら、その上でこれを事実当てはめる。当てはめるについては、法解釈ができていれば、どのような事実が大事な要素であり、あるいはそうではないかというの、おのずと仕分けられるようになるはずである。このように、的確に事実を抽出し、法解釈に基づいた規範の当てはめをし、そして結論を論理的で明晰な文章で的確に表現する、そういう能力を確かめるのが出題の趣旨である。恐らくこれは、他の法律科目でも同様に一番の基本ではないかと思うが、それを刑事裁判と犯罪捜査に関する事実を素材にして、受験生の能力を問うているのである。

全体の印象としては、3回の司法試験を経て、求められている能力についての理解が浸透しつつあり、その意味で法科大学院教育の成果が現れてきているのではないかと感じる。具体的な事実即して、法解釈を検討し、当てはめをするという基本部分ができている答案が、少なからずあった。ただ、一部に、一番基本的な法理論、法解釈の部分、まさに法科大学院でしか教えられない最も基本的な部分についての理解が足りないものがあった。具体的に言うと、例えば、「伝聞証拠」という刑事裁判の世界で極めて重要な基本事項について、その意味がよく理解できていないものが散見された。さらに、具体的に言うと、今回の問題の中では、ある人物の日記帳を示し、その日記帳の中に書いてあることを裁判で証拠とすることがそもそもできるのかということを知っているが、答案の中で抽象的な言葉で書かれている部分は、教科書どおりであるが、解答者がその意味内容を理解できていないために、具体的な適用を完全に誤るといった例があった。これは、法学部レベルの知識と理解を問うているので、きちんと勉強して身に付けてもらわなければならないと思う。法科大学院の教育においても、ただ教科書に書かれた言葉を覚えるのではなく、まさに何が問題になるのかを理解し、考えて、本当に分かっているというレベルまで、これは法律学の基本であるので、しっかり学習していただきたいと思う。



また、既に御発言にあったが、事実への当てはめというところも、よくできている答案もあるが、一部に、ただ事実を引用しただけで、いわば問題文を書き写しているような答案もあった。

また、やはり条文が出発点であるので条文の的確な引用も大切であるが、条文の文言の正確な理解、やはり法学部レベルの話であるが、それが不十分な答案も一部あった。

以上はレベルとして論外の悪例であるが、全体としては、具体的な事実在即して議論し、結論を出すという基本的な姿勢は、かなり進展してきているように思う。ただ、こちらが一番望む答案として想定しているのは、事実の意味合いを立ち入って分析し、法解釈・当てはめにまでこれを反映させるというものであるが、なかなかそのレベルまでは至っていない。ただ、その部分は、基礎さえ確実に修得されておれば、修習を経て、実務家になって経験を積む過程で、おのずと身に付いていくのではないかと考えている。法科大学院としては、実務家になるために必要な一番基本の理屈の部分を、実務を意識しつつ教えていくことが必要だろうと思う。その様な要請に対応した問題をこれからも作成していくことが、全体としての法曹養成過程を堅固なものにする上で大切ではないかと思っている。

□ これまで出題の趣旨などを公表しており、刑事訴訟法では、具体的な事実に基づき、事実関係を分析し、法解釈を行った上、事案に当てはめることを求めているということは何度も繰り返して説明してきたところである。受験生の答案からすると、ある程度そのような理解ができつつあるという印象である。ただ、やはりいまだに法解釈についての記述が不十分である答案や、事案分析が不十分である答案というのも散見される。公表されている出題の趣旨をしっかりと検討し、新司法試験で何が求められているのか、ということをも十分理解し、法科大学院での学習にいかしてほしいと思う。

◎ ありがとうございます。それでは、質疑応答に入りたい。

○ 刑法の問題は極めてオーソドックスな問題であるが、答案を採点した印象としてどのような能力分布になるのか。また、試験では、能力の差がはっきり現れるようなものが良いと思う。そのような観点からすると、例えば、刑法で器物損壊を出題するとか、手続法では、準抗告や保釈を出題するとか、そういった出題をすると、より自分で考える人とそうでない人の差が出るのではないかと思う。民事系で、相続が出題されているが、恐らくそのような出題であれば、できる人とできない人の差がはっきり出たであろうという印象を持った。

□ 刑法について申し上げますと、どの辺りに山があるかということでは、もう少し山ができる方に寄ってもらいたいと考えており、私たちが望んでいるところまでは至っていないというのが実情である。ただ、非常にできない方に分布が偏っている、ということまでの状況ではない。後者の点については、刑法は比較的オーソドックスな問題を出しており、普通に勉強していればそれなりにできるという問題である。そうで

ない問題を出すと、実力がよく見られるという面もあるが、他方、ごく少数の人しかできず、その他の多数は、全くできないという結果もあり得ることから、その両面を考えながら、オーソドックスな問題だけではなく、今まで直接は問われていないがそれまでの学習成果を踏まえた出題ができないかと考えているところである。また、できるだけ実際にありそうなケースを出題することも必要ではないかと考えている。

□ 刑事訴訟法について、出来栄えの分布については同様の意見である。出題については、オーソドックスなものからやや外れたものも、問題としては魅力的であろうと思うが、オーソドックスなものであっても、明確に差がついているというところはある。

「伝聞」の理解一つを取っても、理解の深さ、充実度がかなり答案に現れている。

○ 刑法、刑事訴訟法共に問題を見させていただいて、非常に自然な事案で、法律家でない委員の方が見ても比較的分かりやすいと思う。採点実感についての書面を拝見してやや気になったのは、刑法のところで、事実を分断してとらえ、ここまでが脅迫罪で、この後が強要罪だという答案が散見されたというコメントが印象に残った。初学者がこのような誤りをするにはあると思うが、法科大学院の課程を修了してくる者が、このように分断的・分析的に書いてしまうのは、どういうことが原因と思われるか。非常に奇妙な答案ではないかと思われた。

□ 私も採点していて、強盗が「黙れ」というだけで強要罪というのは、どうかと思われた。これは、やはり全体の事実の流れの中で個々の事実を位置付けて評価するという視点が弱いからではないかと思う。法理論は勉強できても、世の中の事実の見方がその受験生には不十分だったのではないか。

□ こういう答案は、事実のとらえ方自体に問題があると思う。全体の流れが全然見えておらず、文字面だけを一つ一つ追って、これは何、それは何というふうにししか考えられていない。やはり非常に不自然に思えるところであり、悪い意味で印象に残る。

○ 刑事訴訟法の法科大学院教育に求めるものについてのコメントの末尾に、「筋道立った論理的文章を書く能力を身に付けること」というものがあるが、私もこのような能力は不可欠ではないかと思っている。どのようにして身に付けたらよいか、更に御意見があれば伺いたい。

□ この部分については二つの意味を込めているつもりである。一つは、法学教育というより、大学・高校レベルから、正確な日本語を書くための修練をし、言葉を大切に意識を持っていただきたいという意味である。まだ日本語になっていないというレベルの答案がある。第二は、学生の皆さんに自ら法的な事柄に関する文章を書く修練を積んでいただきたいという趣旨である。法科大学院での基本的な教育内容は、法解釈・法理論について教示し、さらに、学生が文献を読んで理解すること、読んだものを自分で考えることが中心となり、理解した内容をまとめた形で実際に書くというのは課外の学習に委ねられている場合も多いように思われる。また、試験問題の答案を書くという方法で指導をすれば、答案練習、受験勉強になって、良くないことだ

とされている。しかし、講義と読書を通じて学習し、自ら理解したと思われることをまとめて意味の通じる文章として実際に書いてみる訓練をしなければ、法的文書の作成ができるようにはならないと思う。学生には、自分で、あるいはグループ学習を通じてそのような訓練をしてほしい。法律家は読んで、考え、書くのが仕事であり、そういう意味で、書く練習をすること自体は、いささかも悪いことではないと思っている。

以 上