

平成21年新司法試験考査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要

（◎委員長，○委員，□考査委員）

◎ 考査委員の先生方におかれては，御多用にもかかわらず，御出席いただき感謝申し上げます。本日は，率直な御意見，御感想を伺いたい。各科目からは，先に書面で御意見を提出していただいているが，それに補足することがあれば，簡潔に御発言いただきたい。

□（憲法） 憲法では，毎年，現実に起こりそうな事案や訴訟にはなっていないが現実に起きている事案からヒントを得て，出題をしている。今回は，先端的医療にかかわる問題を出題した。今回の問題の基礎になるのは，難病に罹患した人が実験的治療を受けること，そしてそれが成功しなかった場合の研究中止という措置に関してどのように考えるのか，家族間の遺伝子情報という極めて微妙な情報を家族間で知らせる，あるいは，知らせないことをどのように考えるのか，という問題である。このような問題の存在を感じることは，憲法に関する専門的な知識を抜きにしても理解できることと思われ，純粹未修者にとっても問題の所在の把握は難しくないのではないかと思ひ，作成した。他方で，法科大学院には医学部等の出身者もいることを考慮し，遺伝子治療に関する専門知識の有無で答案の評価に差が出ないように，問題文中に遺伝子治療の内容を記し，かつ，問題を解くに当たってはそれだけが前提知識であることを明記し，憲法にかかわらない専門的知識の有無によって評価に差異が生じないように注意した。

憲法の論文式問題では，これまで，特定の判例や特定の学説を知っているだけでは解けないような，考えさせる問題を出題し，思考する力を見ようとしており，そのことを出題趣旨，採点実感等に関する意見，あるいは，ヒアリングで強調してきた。その良い影響だと思うが，今回は，従来に比べると，「考える」答案が増えてきていると感じた。「考える」ことを学び，答案にもそれが現れるような勉強の仕方を，法科大学院でより充実した授業内容で教えてくれればと，期待している。

◎ どの科目にもお尋ねしているが，採点基準に関する考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」，「良好」，「一応の水準」，「不良」の4つの水準について，今回の採点実感に照らすと，例えば，どのような答案がそれぞれの水準に該当するのかをお伺いしたい。

□（憲法） 限られた時間の中で答案の水準のすべてについてお話しすることは困難であるが，初めに二，三お断りしておきたい。各水準の答案内容について述べるに当たり，設問1と設問2の各問題に分けて指摘することになるが，実際には，設問1と設問2が総合的に評価される。そして，各ランクに属する答案といっても，設問1と設問2でそれぞれ出来映えが違うなど，内容にはばらつきがある。また，答案によって，事案のとらえ方にも，論述する内容にも，ばらつきがある。したがって，これから挙げる各水準に属する答案の内容は，それだけに限られるというわけではない。さらに，あくまで相対的な評価であるということを断っておきたい。受験雑誌等で成績上位者が再現した答案が「模範答案」とか「優秀答案」として掲載されているが，そのような答案の内容が，真の意味で優秀あるいは模範であるわけではない。実際の採点においては，「考える」力が現れている部分に高い評価を与えるように，いわばメリハリをつけて評価するように努めている。

その上で申し上げますと，まず，憲法違反の問題としては，大きな枠として，法令自体が憲法に反するという法令違憲のレベルの問題と適用違憲，処分違憲のレベルの問題とがあり，さらに，法令違憲は，文面上の違憲性の問題と実体的な内容面の違憲性の問題の2つ

に分かれる。まず、「優秀」な答案は、これをきちんと区別をして論じている答案である。実体的な憲法問題については、判例や学説を踏まえて適切に構築される判断枠組みと、問題の事実に関する認定・評価という2つのパートから検討することになるが、これがきちんと区別され、それぞれが十分に出来ていれば「優秀」な答案と言える。設問1に関して申し上げますと、例えば、文面上の違憲性の問題として、全国的に制定された指針と当該大学が制定した規則とのずれが問題になる。つまり、指針には制裁規定がないのに、大学の規則には制裁規定があることの合憲性である。これに関して、もし大学側の主張として大学の自治を挙げたときには、大学の自治というのは、従来は学問の自由を保障する制度的保障として考えられており、学問の自由と同じ方向を向いているにもかかわらず、ここでは大学の自治を理由として、構成員の研究を中止することができるということになるので、大学の自治と研究の自由とが対立することになる。「あなた自身」の見解のところ、大学の自治について従来一般的に言われていたことと違う面が出てくることを踏まえた論述がなされていると、非常に良い答案ということになる。設問2について申し上げますと、例えば、ここでは違憲性の問題として、実体的な法令違憲の主張に関し、憲法訴訟上の問題も出てくる。大学教授のXが処分された理由は、規則に反して、被験者であるCに対し、本人のすべての遺伝子情報と家族の遺伝子情報を教えたということにある。そこで憲法上問題になるのは、直接的にはX教授の研究の自由の問題ではなく、Cの自己情報コントロール権や家族のプライバシー権であるということになる。そうすると、憲法訴訟上、第三者の権利侵害を理由として違憲主張をすることの可否、つまり違憲主張適格が問題となるので、これを適切に論じている答案は、良い答案ということになる。さらに、設問2において、規則では、被験者本人に対してもすべての情報を教えてはならず、第三者には一切の情報を教えてはならないと規定しているが、その実体的な内容の点での合憲性が問題となる。そこでは、そのような規定の根拠、すなわち、パターンリズムに基づく規制であるということに気付き、憲法13条の公共の福祉論という誰でも必ず学習する基本的な議論の中でそれがどのように位置付けられるのかということを考える答案は、「優秀」な答案である。

「良好」な答案や「一応の水準」の答案というのは、まさに相対的な問題であるので、「優秀」といえる答案と比べたときに、検討の深さや問題点の把握の程度がやや不十分であるようなものは「良好」に当たるであろうし、比喩的に言うと、「優秀」に属する答案と比べたときに半分程度の出来であれば、「一応の水準」に当たることになるであろう。「不良」な答案の内容については、より明確に指摘できる。例えば、文面上の違憲性の問題として、規則の「被験者の死亡その他…重大な事態」との文言の明確性が問題になり、これは必ずと言って良いほど受験者が書く論点だが、今回の問題の事例は、専門家である大学教授の間での基準であるので、いわゆる徳島市公安条例事件判決に言う「通常の判断能力を持つ一般人」の基準をそのまま適用するのは適切ではない。判決の事例との違いを意識せずに、機械的にそのまま判例の基準を書いて結論を出してあるようなものは、「不良」ということになる。また、例えば、受験者が書きたがる二重の基準とか優越的自由とか自己統治とかいうことを定型的に書いただけで結論を述べる答案は、「不良」な答案である。本件の場合には、机の上の思索による研究ではなく、実験を伴うものであって、当然に被験者がいて、その生命や健康が害されることがあり得るわけであるから、精神的自由が絶対的に保障されるとは言えない事案であるにもかかわらず、事案に即して検討する

こともなく、単なるパターンに基づいた答えは、「不良」である。さらに、具体的な事案を無視している答えも、「不良」である。例えば、遺伝子治療に関する受験者の知識によって解答が左右されないよう、問題文の本文中に遺伝子治療の内容を示し、それを前提として解答を求めることとしたし、県立大学であると明記し、処分に関する手続に関しても「定められた手続に従い慎重に審査した」と記載してある。それは、私人間効力論を論ずる必要も、適性手続論を論ずる必要もないということを示しているが、問題文を無視してそれらを論じているようなものは、「不良」ということになる。もっとも、必ずしもこのような部分が一つあったら直ちに答案全体として「不良」と評価されるということではない。「不良」と評価される答案は、このような部分がいくつも重なっているものである。

最後に解答の体裁に関して申し上げておきたいことは、フェア・チャレンジの精神を忘れないで欲しい、ということである。具体的には、毎行必ず行の頭を大幅に空けて書き、例えば、一行の3分の2ぐらいしか書いていない答案がある。採点実感等で注意をしてきているので、その数は減ってきており、良い傾向であると思っているが、なお散見される。「枚数稼ぎ」などせず、答案用紙に思う存分に自己の力を示して欲しい。

□（憲法） ただ今の御発言に付け加えて、採点を担当した実感を率直に申し上げたいと思う。採点して率直に思ったのは、受験者の能力差が非常に大きいということである。法科大学院で良く勉強しているなど思わせる優れた答案は確かにあるが、下位答案が非常に多い。そのため、採点結果としては、先ほど言及されたような「不良」な点の一つ二つあっても、答案全体として見ると、なかなか「不良」の部類には入らず、「一応の水準」に入っているのではないかと感じる。実際に「不良」の評価とされた答案は、違憲審査基準を用いるという形式すら備えていないもの、憲法上の問題点に全く触れずに規則違反かどうかという問題のみを論じているものなど、明らかに内容的に不十分な答案が専らではないかと思う。例えば、設問2では、家族の遺伝子情報が同意のないままCに開示されたことに全く触れていない答案が予想以上に多かったが、私の感覚では、その半分程度は「一応の水準」ないしは「良好」な答案の中に入ってしまったと思う。

◎ では、行政法の先生方は、いかがか。

□（行政法） 行政法は、新司法試験で新しく入った科目であるので、当初は、受験者も教える側も戸惑いがあったと思うが、今回は、基本的な問題であったということもあり、実力差がそのまま評価に反映されたと言えらると思う。そういう点では、受験する方と教える方のそれ相応の努力が見られるようになったと思う。行政法として最も重視しているのは、行政法規は非常に多いので、新規の行政法規にぶつかった時に、決してめげることなく、それを読み解き、目の前にある事実に当てはめて結論を出すということを自力で出来るようになって、法曹界に出て行っていただきたい、そのような能力を見たいということが主眼である。そのような力があるかどうかによって、結局、答案の内容が分かれているということであって、つまり、法的な三段論法がきちんとできるいわば基礎体力があるかどうかということが基本的な分かれ道だと感じる。それが全体的な採点の実感である。

◎ 引き続き、考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の4つの水準について、今回の採点実感に照らすと、例えば、どのような答案がそれぞれの水準に該当するのかをお伺いしたい。

□（行政法） 「優秀」に属する答案としては、第一に、事実の分析が的確であるもの、例えば、原告適格を判断する場面であれば、当事者が原告としてどのような利害を主張しよ

うとしているのかを具体的な事案に即してきちんと書き分けてあるようなものである。第二に、法文の理解が正確であるもの、例えば、建築基準法や条例がそれぞれどのような利益を保護しようとしているのかということ、まず自分で確定し、こなれた論述で事実を法文に当てはめて、自分なりの答えを出しているというものである。要するに、日々の地道な学習の成果が自然に現れているものである。例えば、原告適格の問題について言うと、建築確認の根拠法令である建築基準法や関連条例を的確に理解している、あるいは、建物完成後の訴えの利益の問題にも言及し、実体法上の問題としては、接道義務違反や距離制限違反について落とさずに解釈を示しているようなものが、これに当たる。「良好」と言えるものは、相対的に「優秀」に準ずるものであるが、あえて少し誇張して申し上げると、傾向として、設問1の行政事件訴訟法プロパーの問題の方は、多くの受験生がそこそこ出来ているが、設問2の実体法の問題になると、同じ人が書いたと思えないほど、がくっと力が落ちてしまっていて、本当に基礎体力があるのだろうかと感じさせるような答案が相当数ある。どれだけ日ごろの学習の中で行政法規に親しんで実際に自分でチャレンジして読み込んできたかということが、結局は「優秀」と「良好」を分けるというような気がする。非常に雑ぱくに申し上げると、「一応の水準」に当たる答案は、言及すべき問題点が欠けている、論述が不十分である、あるいは、誤った論述が含まれているというようなことであるが、全体としては、自分の頭で一応問題を発見して、それなりに事案に答えを出しているというものになると思う。「不良」と言うのは、例えば、具体的な事実を見ないで書いているとしか思えないようなもの、目の前にある事実との関係は一切無く、自分が教わってきた抽象的な原告適格の最高裁判決のテーゼのみを書いて、原告適格が認められるとしているようなたぐいのものが多い。勉強した形跡はあるが、事実の分析がなく、根本的な能力が身に付いているかが疑問に思われるようなものである。また、当たり前のことのようにだが、実体法の解釈を的確に行える能力があるのかが疑問に思われるようなものも挙げられる。例えば、今回の出題では、児童公園から一定距離を置かなければならないと法文に書かれていたときに、それは別に児童公園自体が大事なのではなく、そこに出入りする児童の安全のことを考えたという趣旨であれば、児童公園に類するような他の施設があれば、やはり同じような考慮が必要なのではないかというところから説き起こして、目の前にある事例に答えを出すことを予定しているが、その条文が何を考えて何を守ろうとしているのかということについて踏み込まないまま、ただ子供の安全が脅かされるからとして結論を出したり、更にひどいものは、原告適格が認められるべきだという結論だけで、その間の思考の過程が全く追えないような答案である。そういった答案については、多くの考査委員が不良だとして挙げており、実務家の考査委員からも、せめて基礎体力は早いうちにしっかり養ってもらいたいということを言われている。行政法としては、そのような基本的な能力の見極めをすることに主眼を置いた。あとは、こなれた分かりやすい文章を書けるかどうかというのが基礎になり、それが答案全体の出来にも影響しているのではないかと考える。

- 憲法の先生方にお伺いしたい。下位答案が多いということであるが、法科大学院で学習することよりも司法試験で求められている課題が高いのではないかと指摘をする者もいると思うが、その辺りについてどのようにお考えになっているか。
- （憲法） 先ほどの説明をお聞きになると、非常に高度なことが求められていると感じるかもしれないが、採点に当たっては、良いところを見つけて高く評価するという、温かい

目で見ていると私どもは思っている。この問題は、一見すると非常に難しく見えるかもしれないが、きちんと問題文を読んでいけば、必ずそれなりの答えが出てくる問題ではないかと思う。憲法や人権というものの考え方を真に理解しているとは思えないような答案があるのは事実であり、そのような答案には低い評価を与えざるを得ない。例えば、学問の自由は精神的自由権であるから絶対不可侵であるということで、被験者が重体になろうがなんだろうが構わないというような答案がある。そのような答案しか書けないのに実務家になれるということには非常に不安を覚えるが、それでも最低ライン点以下とはならない場合もあろう。

- 行政法で、設問1と設問2とで同じ人が書いたとは思われぬような答案が相当数あったという説明であったが、設問2というのは、まさに行政実体法における法的思考力を問うという観点で、非常に良い問題であると思う。そうすると、第1問の方は、逆にそれほど思考力を要しなかったということになるのだろうか。
- （行政法） 行政事件訴訟法に規定されている訴訟類型は限定されており、訴訟要件に関する判決もある程度限定されるので、おそらく法科大学院でもそういったことはしっかり力を入れて教えていると思うし、ある程度集中的に訓練すれば、一定程度の点数は取れるようになると思う。ただ、実体法の方は、目先が変わると実際には問題の本質は何も変わっていないにもかかわらず、それを見抜けずに、その前で立ち止まってしまう。だから本当には理解していなかったというところがそこで露呈するというのが、毎年見られる傾向である。
- 実体法に関する法的思考力が一番大事なところであるし、それこそ問いたいところであるように思われる。しかし、その部分では多くの受験者が低いレベルで競っているとするならば、結局のところは、行政法で言うと、設問1でどれだけ得点を稼いだかが合否のポイントになってきてしまうのではないか。
- （行政法） 実体法のところできっちりと実力を示した人は、非常に大きなアドバンテージを持つことになると思うが、他方で、実体法で差が付かないと訴訟法の基本的な知識の有無で差が付いてしまうこともあり得るので、出題に当たっては、更に工夫をしたいと考える。