

平成21年新司法試験考査委員（民事系科目）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。既に書面で御意見を提出していただいているので、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。
- （民法） 採点実感等については、既に書面で提出しているものに特に付け加えることはない。
- （商法） 商法についても、採点実感等に関する意見として提出したものに特に付け加えることはない。
- （民事訴訟法） 採点実感等に関する意見は、既に書面を提出しているとおりでである。一つ付け加えると、民事訴訟法は、今回初めて大問として単独で出題した。それ以前は、大大問としての出題であり、実体法の解答に時間を費やして民事訴訟法に関する解答に当てる時間が限られてしまったような答案が目立ったが、本年は時間不足がうかがわれる答案は少なかったという実感である。
- ◎ それでは、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。
- （民法） 本年の民事系第2問は、民法に関する分野と商法に関する分野にまたがる問題、大大問であって、その中に設問1から設問6までが設けられていた。そのため、答案によって設問ごとの出来のばらつきが生じがちであるので、答案全体を通じての印象について一概に申し上げるのは困難であるし、また、抽象的なことにならざる得ないと思う。そこで、設問ごとに、どのような答案がどのような評価を受けたのかという観点から、大まかな実感をお答えさせていただく。民事系第2問のうち設問1から設問3までが、会社間の売買契約の事例を題材とした民法の問題であった。まず、設問1については、契約当事者の真意は合致しているが物理的な表示がそれとは異なっている場合の処理についての問題であり、そこでは平板であっても出題意図に即した論述ができていたものが「一応の水準」と評価され、さらに、その理由を明解に示すことの出来たものが、程度に応じて「優秀」又は「良好」と評価されたと思う。他方で、当事者双方の望まない型番の機械を目的とする売買契約が成立するが錯誤無効となるという結論をとり、それが妥当な解決かどうかという疑問に直面しないで検討を終えてしまったような答案は、「不良」と評価されたと思う。設問2は、小問ごとのばらつきが予想よりやや大きかった。そのうち小問（1）②を例にとると、即時取得における「善意」の正確な理解に基づき、提示された事実を注意深く分析することのできた答案は、論述の的確さに応じて「優秀」又は「良好」と評価されることが多かったと思う。また、即時取得の要件事実を平板に論述するにとどまる答案は、概して「一応の水準」と評価されることが多かったと思う。このほか、設問2を通じて、数は多くなかったが、即時取得に関する基本的な知識に欠けている答案もあり、そういったものは「不良」と評価された。設問3は、所有権留保を題材に、担保物権法の基本的な知識に基づいて自ら考察し、論理的整合性のある論述をする能力等を試すものであったが、所有権留保の問題に言及しない答案が大半で、題意に対応できていないものが多かったよ

うに思う。このため、問題文が求めている最低限の要素を平板に記述するにとどまるものなど「一応の水準」の答案の数が多くなり、創意工夫に富む考察を示した一部の「優秀」な答案との差が大きく開いた印象がある。これに対して、論理的な整合性のない記述をし、他に見るべき点もないような答案は「不良」と評価されたように思う。

□（商法） 既に提出している出題の趣旨及び採点実感等に関する意見に記載したとおり、民事系第2問のうちの設問4から設問6までの後半部分が商法の問題であり、具体的には株式会社の合併に関する問題である。お答えの前提は、ただ今の民法の委員の説明と同様であるので、大まかな実感について、設問ごとにお答えしたいと思う。まず、設問4については、期待された会社法第360条の差止請求権の問題としての検討自体は、ほとんどの答案が行っており、そもそもこの点の検討を欠く答案や、差止請求権で問題となる法令違反の意義及び会社の回復することのできない損害という2つの要件の双方の検討がされていないような答案は、「不良」という評価になったと思う。この2つの要件に関し、問題文に記載された事実の法的意義を読み解いた上で、いずれについても深い検討がされているものは「優秀」と評価され、そこまで至っていない答案は、おおむね、その検討の内容の平板さが2つの要件の双方について見られるかどうかにより、「一応の水準」と「良好」とに評価が分かれたように思う。設問5は、株主総会における議決権行使書面による議決権行使と委任状に基づく議決権の代理行使に関する法制の違いをどこまで理解しているかを試す問題であったが、きちんとした理解がされている答案は少なく、したがって、これらの法制に関する基本的な知識に基づき、正確な分析ができていれば、「優秀」という評価がされることになった。それ以外の答案については、例えば、積極的に法令に反する内容を特段の理由もなく漫然と自らの見解として記載しているといった答案のように、およそこれらの法制についての理解を欠いていると考えられる答案は、「不良」と評価することとなろうが、基本的には、この設問が実質的に①と②の2つの小問から構成されていることから、両小問についての総合評価により、「良好」と「一応の水準」とに評価が分かれることとなった。設問6は、株主総会の決議の取消しの訴えや合併の効力発生後の合併無効の訴え等についての検討を求めるものであるが、そもそもこれらの検討自体がされていないものは、「不良」との評価をせざる得ないものとなった。また、決議の取消し等の原因に関しては、設問5の検討結果を前提とした原因についての深い検討を期待して出題したものの、先ほど述べたとおり、設問5の検討が不十分である答案が比較的多かったため、必然的に、設問6について期待した論述をしている答案は少ないものとなっていた。他の原因を含め、きちんとした検討を行っている答案は「優秀」という評価がされ、一部のみを検討や不十分な検討にとどまっている答案は、その総合評価により、「良好」あるいは「一応の水準」に分かれることとなった。

□（民事訴訟法） 今回の民事訴訟法の問題は、設問1と設問2があり、それぞれ設問ごとに小問が3つ設けられている関係で、他の委員からの説明にあったように、やはり実際に採点をしていると、例えば、設問1は出来ているが設問2は出来ていない、そのため総合評価するとそこそこの水準になるというようなことも比較的多く見られ、答案全体としてどのような答案がどのような水準に当たるかを申し上げるのは困難である。そこで、設問ごとに、私の大まかな実感を述べたいと思う。まず、設問1と設問2の対比では、設問1の方が比較的良く書けているという印象であり、逆に設問2の方は受験者にとっては難しかったのだろうかという印象である。ただ、設問1についても、そもそも弁論主義や自白

の意義といった民事訴訟法の基本的な概念についての理解が不十分な答案もあり、それはやはり「不良」に該当すると考えられる。そして、小問1と小問2については、自白の意義や弁論主義について論じている答案が比較的あり、設問1全体で見ると、評価を分けたのは、小問3をどこまで深く分析し考えることができたのかということになるかと考えている。小問3については、主張責任を負う当事者が相手方の主張する事実について争うかどうかを明らかにしない場合にどのように考えるかという、あまり教科書には載っていない論点を提示したのだが、関連する論点として擬制自白があるところ、これを擬制自白の問題として安易に結論を出している答案は、設問1全体としては、せいぜい「一応の水準」というところだろうと思う。この点について問題の所在は把握しているものの、検討の肉付けが不十分であるような答案は、「良好」と言っているのではないかと思う。さらに、問題の所在を把握した上できちんと分析をし、自分なりの結論を導き出しているものは、「優良」という部類に含まれるのではないかと考えている。設問2は、設問1と異なり、小問ごとの論点が異なるため、小問ごとの出来の差が相当大きかったであろうと思う。訴えの利益、訴訟物、既判力といった基本的な民事訴訟法の概念の理解が不十分な答案もあり、「不良」ということになると思う。小問ごとで申し上げると、小問1は訴えの利益に関する問題だが、十分な説得的な論述がなされている答案から訴えの利益の概念を簡単に書いて結論を導き出してしまっている答案まで様々であり、そういうものが「優良」から「一応の水準」に分かれることになったと思う。小問2については、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であることを前提としながら、建物収去を求める部分については棄却されるべきであるとの被告の主張の論拠について考えさせるという出題の意図であったが、既判力の一般論から直ちに結論を導き出している答案がほとんどであって、「優良」や「良好」に当たるような答案はかなり少なかった印象である。小問3は、小問1及び2の被告の主張に対する原告の反論ということであるので、小問1及び2を踏まえて、問題の所在の把握、理由と結論との論理的な一貫性、結論の妥当性などにより、評価の段階が分かれるということになったのではないかと考えている。

- 民事系第2問の商法に関する設問5の出題には、会社法施行規則が関係するが、法科大学院では、会社法施行規則は、だいたい教えることになっているのか。
- (商法) 確かに、会社法施行規則の細部にわたるまですべて教えることは、法科大学院の授業のスケジュールでは実際上困難であるが、今回の出題に関連する会社法施行規則第66条という規定は、会社法本体を理解する上で不可欠な、極めて重要な規定であるので、その程度は理解しておいて欲しいという前提で出題した。
- 科目によっても違いがあると思われるが、採点実感等に関する意見のペーパーでは、民法の考査委員の実感として、「総花式に諸論点に浅く言及する答案よりも、ある論点についての考察の要所において周到堅実や創意工夫に富む答案には高い評価を与えるようにし」たなどと書かれている。上位層と下位層のふり分けは比較的容易なのかもしれないが、中間層の答案の識別は、考査委員にとってもやはり工夫が必要なのかどうかをお伺いしたい。
- (民法) 御指摘いただいた採点実感等に関する意見の記載のとおり、旧司法試験においては、いわゆる論点を記憶して、本当に理解しているかどうかに関わらず、薄く広く書くという訓練を受けている受験者が多かったことの弊害があるという反省を踏まえて、もちろん基本的な知識・理解は必要であるが、その上で更に掘り下げて考えているところがあ

ればそこを高く評価するようにしている。非常に良いものと非常に悪いものは従来からはっきり分かるが、中間層を識別するためには、このような採点方針にはそれなりに意味があると思っている。

□（商法） 商法については、外部からは、難しい出題だったという評価をされているようだが、私としては、基礎的なことをどれだけきちんと勉強したか、それを応用して実務的に重要な事柄について自分なりにどれだけ考えることができるかということで、はっきり実力差が出るような出題を目指した。つまり、みんなが同じようなマニュアル化した知識を披瀝して、団子状態の同じような点数になるような問題ではなく、むしろ、基礎的な学力と自分なりの応用力が反映されて差が出るような問題にしたいと考えたのだが、私としては、採点の結果、それがうまくいって、受験者の実力差が出たのではないかと思っている。

□（民事訴訟法） 民事訴訟法についても、深い考察が表れている答案に高い評価をするように、採点で工夫することを考えた。

○ 最近、受験者の民法についての基本的な学力が全体として落ちてきているという意見を聞くことがあるが、それが見て取れるような答案は多いのか。

□（民法） 出来の悪い答案については、基本的な知識が十分でないもの、知識はあるが当てはめがうまく出来ていないもの、結論がそもそも常識的に考えておかしいことに気が付かないものなど、いくつか挙げられると思う。その中で、基本的な知識が不足しているものについて申し上げると、今回、所有権留保という担保物権について出題したのだが、所有権留保について理解をしていないというか、所有権留保であるということにそもそも気が付かないという答案があり、それは明らかに勉強が足りないと感じた。所有権留保というのは、非典型の担保物権であるので、深く勉強していないのはやむを得ないとも言えるかもしれないが、その担保物権自体の認識もない答案が、予想以上にあった。その他に当てはめがうまく出来ていない答案や結論がおかしいことに気が付かない答案は、それぞれ一定割合あった。ただ、全体的に見て、受験者の知識が従来よりも劣っているかという点、真ん中あたりから上の受験者は、それほど悪くはないと思うが、下位の受験者の中で、非常に知識が欠けているものが一部にあるという印象を持った。