

司法試験予備試験のサンプル問題に関する有識者に対するヒアリングの概要
(法律実務基礎科目(民事))

(◎委員長, ○委員, □有識者, △事務局)

- ◎ 先生方におかれては、御多用にもかかわらず、当委員会に御出席いただき感謝申し上げます。まず、検討結果につき御説明いただき、その後、質疑応答とさせていただきたい。
- 法律実務基礎科目(民事)のサンプル問題については、資料3を御覧いただきたい。まず、論文式試験のうち法曹倫理以外の部分について、説明したい。

まず、問題を作成するに当たっての基本的な考え方についてであるが、司法試験法にあるとおり、法科大学院の課程を修了した者と同等の学識及び応用能力並びに法律に関する実務の基礎的素養を有するかどうかを判定するという予備試験の目的や、法科大学院を経由しない人にも法曹資格を取得する途を確保するために設けられたという趣旨を踏まえ、問題を作成するに当たっては、法科大学院における教育の目的や内容を踏まえたものとするを基本的な考え方とした。また、試験時間は1時間30分程度とのことであったので、その時間内に解答可能な程度の分量にするということと、解答の分量が資料6の答案用紙に収まる程度のものにするということを考え、質問の仕方などを工夫して、そのような問題としたつもりである。

内容については、出題趣旨として記載したとおりであるが、ごく簡単に説明したい。このサンプル問題は、具体的な事例を前提として、訴訟代理人として訴えを提起する場合に、訴訟物を把握し、実体法の理解を踏まえて攻撃防御方法を把握できるかどうかということ、次に、訴訟において裁判所が果たすべき役割について理解しているかどうかということ、さらに、事実認定についての基本的な知識があるかどうかということを見ようとするものである。併せて、論文式試験であるので、自分の知識や検討した内容を文章としての的確に表現できる能力も求めている。

個別の設問について申し上げますと、設問1については、主に、当事者から相談を受けた弁護士が訴えを提起する場面を念頭に置いている。小問1と小問2は、訴訟物と請求の趣旨を問う問題である。小問3は、最初から要件事実を記載させるという方法は採らず、このような事実を請求原因事実として必要十分な最小限のものとして主張することを考えなければならないということを示した上で、実体法の要件を踏まえ、なぜこのような事実を必要十分な最小限のものとして書かなければならないのかということを問う形とした。要件事実の記載の仕方に関する技術的な部分で受験者を悩ませないようにすることも考えて、このような形をとることとした。小問4は、本来であれば原告の相談内容から被告の抗弁が直接出てくるわけではないのだが、このサンプル問題では、被告がこのような主張をしている、あるいは反論をしているということを事例の中に書き込んである。代理人であれば、当然、相手方からどのような抗弁が予想されるのかということ等を常に念頭に置いて訴訟活動を行うこととなるので、この小問では、依頼者の言い分の中から相手方の抗弁となる具体的な事実を抽出させることとしている。小問3のアからオまでで事実の記載方法の例を示しているのので、それを踏まえた上であれば、具体的な事実を抽出させ、整理して記載させることもさほど困難ではないであろうと考え、このような形とした。さらに、小問4では、具体的事実の抽出だけではなく、実体法の効果を踏まえた上で、なぜ当該主

張が抗弁と位置付けられるのかということの説明を求めている。このように、小問3と小問4で、実体法の要件と効果をきちんと理解できているかどうか、そして、攻撃防御の観点から具体的な事例を的確に分析できるかどうか、かつ、それを説明することができるかどうかということを見ようとしている。

設問2については、設問1から場面を少し変えて、訴えが提起された後の場面を設定した上で、裁判所の役割を問うこととしている。これは、いわゆる訴訟運営の問題ということになるが、現在、多くのロースクールにおいて、「民事訴訟実務の基礎」などの講義の中でこのような観点からの授業が行われていると理解している。司法修習委員会が出している平成21年3月5日付けの「法科大学院における『民事訴訟実務の基礎』の教育の在り方について」という文書においても、訴訟運営について「民事訴訟実務の基礎」の授業の中で取り上げるべきものとされており、法科大学院課程の修了者と同程度の素養を持っているかどうかということを確認するためには、やはりこのような問題も出題することが適当であろうと考えた。もっとも、本格的な訴訟運営については司法修習生になってから学ぶべきことであるので、ここでは本格的な内容を問うことまでを目的とはしていない。むしろ、ここでは、実体法の理解を踏まえた上で訴訟運営が行われるということを理解しているかどうかということを経験的な問題で試すこととしている。

設問3は、事実認定に関する基礎知識についての問題である。ここでは、典型的な問題である文書の成立の推定、いわゆる二段の推定に関する理解を問うている。本格的な事実認定は司法修習生になってから学ぶべきものだが、事実認定に関する基礎的な知識については、法科大学院で基本的には講義をしていると理解しており、この出題によってその理解ができているかどうかということを確認できると考えている。

□ 論文式試験のうち法曹倫理については、私の方から御説明申し上げる。法曹倫理という場合には、法曹三者それぞれの倫理を考えると、事件関係者との直接的なかわりという視点から考えると、弁護士倫理が主要なポイントになるだろうと考え、設問4では、弁護士倫理について問うこととした。設問4の事例は、いわゆる非弁提携の問題と、弁護士が関係者から紹介を受けて対価を支払うということが弁護士倫理上どう考えられるのかを問うという視点から設定した。いずれも典型的な弁護士倫理上の問題だと考え、サンプル問題として取り上げることにした。

□ 口述試験のイメージについては、私から報告する。口述試験については、いろいろなイメージがあり得るところである。平成20年11月12日の司法試験委員会に当時の検討メンバーが報告した、実務基礎科目の出題の在り方についての検討結果に、「試験の実施方法として、受験生にあらかじめ（審査委員との面接の前に）事例を示して分析をさせる方法は検討に値するのではないか。」と記載されており、この方法については、なお十分検討に値すると考えている。しかし、受験者の人数その他の関係でその方法を採用するかは、現時点では分からないので、今回のイメージは、事前に事例を読ませるという前提ではなく、受験者にその場で図を示しながら設例を読み聞かせ、その設例に基づいて質問するという方法を前提とした。言うまでもないことだが、口述試験であるので、受験者の解答の内容や解答からうかがえる理解度等に応じて、適宜、質問する事項を取捨選択し、質問の仕方を工夫し、あるいはほかの問題を織り交ぜるなどすることが当然に想定される。今から申し上げることは、そのような想定に基づくものであるため、その前提でお聞きいただきたい。

この設例を基にした質問の例としては、第1に、民事保全について問うことが考えられる。すなわち、受験者がXから相談を受けた弁護士という立場にあるとして、YとZに対して2000万円の支払を求める訴えを提起しようとする場合、貸金の回収のために訴えの提起に先立って検討しておくべき手続としてどのようなものがあるかを問うことが考えられる。

第2に、訴えの提起について問うことが考えられる。すなわち、受験者がXの訴訟代理人として訴えを提起するという立場にあるとして考えさせるということである。例えば、訴訟代理人として訴えを提起する場合にまず考えなければならないことは何かを問うことで、訴訟物を意識しているかどうかを確認するとともに、訴状には何を記載しなければならないか、訴状に記載すべき請求原因とは何かを問うことで、請求の趣旨や請求原因についての基礎的な理解を確かめることが考えられる。その上で、XのYあるいはZに対する請求原因事実として具体的に何を記載することになるかを問うことが考えられ、併せて、受験生の理解度に応じて、例えば、Xが死亡し、Xの相続人AがYに対して訴えを提起する場合や、Xが、AのYに対する貸金債権をAから譲り受けたと主張して、Yに対し、その貸金の返還を求める訴えを提起する場合など、設例を変えて請求原因事実を質問したり、あるいは、例えば、主債務者Yと保証人ZがXに対する債務を連帯して負担することがZに対する請求において攻撃防御方法としてはどのように位置付けられるかについて質問したりしながら、更に理解度を確かめることも考えられる。また、どのような証拠を訴状に添付して提出することになるかを問うことも考えられ、関連して、証拠となるべき文書の写しで重要なものを訴状に添付しなければならないとされている趣旨について質問することも考えられる。

第3に、請求原因等に対する認否について問うことが考えられる。すなわち、受験生が被告であるYから相談を受けた弁護士という立場にあるとして考えさせるということである。例えば、Yから訴訟の追行を委任された場合にYの訴訟代理人としてまず何をすべきかを問うことで、Yから事情聴取をして事実に対する認否を明らかにする、あるいは抗弁として提出できるものを考えるということをお答えさせると同時に、請求原因に対する認否が必要とされるのはなぜかを問うことで、民事訴訟は、争いのない事実と争いのある事実を明らかにし、争点を明らかにした上で進めるものであるという基本的な理解を確認することが考えられるだろう。さらに、認否の態様にはどのようなものがあるか、裁判所は、認否の態様に応じて、認否された事実をそれぞれどのように扱うことになるかを問うことも考えられ、あるいは、Yが事情聴取で「借りた覚えがない。」「受け取ったのは事実だが、選挙資金としてもらったものである。」、又は、「確かに借りたが、既に弁済した。」と述べた場合に、それが訴訟での陳述であったとしたら、それぞれの陳述がどのような意味を有し、何が争点となるかを問うことで、Yの訴訟代理人としてどのような認否をし、どのような抗弁を提出することになるのかといったことを具体的に尋ねることが考えられる。また、例えば、Xから本件消費貸借契約書について書証の申出がされていたところ、Yが「受け取ったのは事実だが、選挙資金としてもらったものである。」との陳述をした場合、裁判所は、当該契約書の証拠調べを行うに際して、何をする必要はあるか、それはどのような理由によるものかを問うことにより、文書の形式的証拠力についての理解を試すことも考えられる。

第4に、消滅時効の抗弁について問うことが考えられる。例えば、Xが平成22年4月

1日に訴えを提起した場合に、Yの訴訟代理人として、抗弁としてどのような主張をすることが考えられるかを問うことで、5年の商事時効期間が経過しており、これが抗弁になることに気付くことができるかどうかを試すことが考えられるし、その場合の抗弁となるべき具体的事実は何かを問うことも考えられる。また、Yだけが消滅時効の抗弁を主張した場合、このYの主張は、XZ間の訴訟に影響を及ぼすかを問うとともに、これに関連して、保証人の時効援用権の有無等や、このような場合に裁判所としてはどのように対処すべきかについて質問することも考えられる。

第5に、相殺の抗弁について問うことが考えられる。例えば、Xが訴えを提起し、受験者がYの訴訟代理人となった後、Yから、Xに対して平成17年5月1日付けで行われた土地の売買契約についての2500万円の売買代金請求権を有しているという話を聞いた場合に、抗弁として、どのような主張をすることが考えられるかを問うことで、反対債権を有しているのであれば相殺の抗弁を主張できるということに気付くことができるかどうかを試すことが考えられる。また、この場合、反対債権である売買代金請求権は、双務契約に基づく債権で、同時履行の抗弁権が付着しているケースであるので、自らの債務のうち移転登記手続を履行してその抗弁権の存在効果を消滅させていることが相殺の要件となる。そこで、相殺の主張をするために、Yの訴訟代理人として、あらかじめY本人に確認しておくべき事実としてはどのようなものがあるか、と問うことで、そのことに気付くかどうかという実体法上の知識を試すことも考えられる。

第6に、民事執行について問うことが考えられる。例えば、XがYに対する勝訴判決を取得したものの、Yが貸金の返還義務を任意に履行しない場合、貸金を回収するために、Xはどのような手続を採ることが考えられるか、ということについて問うことが考えられる。

□ さらに、この口述試験のイメージを基に、法曹倫理について問うことも考えられる。例えば、複数の訴訟当事者から依頼を受けた場合の利益相反の可能性について問うことが考えられる。具体的には、受験者がYとZから訴訟追行の委任を受けることになった場合、弁護士倫理上、どのような点に留意すべきかを問う、すなわち受任に当たっての留意事項について問うことが考えられる。あるいは、受験者がYとZの訴訟代理人となった訴訟で、XのYとZに対する請求を認容する判決が確定した後、Zから、Xに全額を弁済したのでYに対して求償したいとの依頼があった場合、受験者がこの事件を受任することに弁護士倫理上の問題はあるかを問う、すなわち、敗訴判決を受けた以降に被告の一方から他方に求償する訴訟の訴訟代理人を受任していいのかを問うことも考えられる。

◎ 今、説明いただいた口述試験のイメージは、受験者一人当たり何分程度で実施することを想定したものなのか。

□ 受験者数が分からなければ試験時間は想定し難いが、御説明申し上げたイメージは、現在行われている旧司法試験の口述試験と同程度、受験者一人当たり15分から20分程度をイメージして考えたものである。

○ 今説明いただいた内容を仮に全部質問するとなると、15分から20分では収まらないのではないか。

□ その点は冒頭に申し上げたとおり、まさに、受験者の理解度に応じて適宜質問することになるのだと思う。論文式試験のサンプル問題には、民事保全や民事執行を入れなかったが、これも出題範囲には含まれることとなる。そのことを伝える意味もあって、口述試験でこれらを聞くことが考えられるというイメージをお示しした。また、口述試験の大きな

流れとしては、訴訟が進行していく状況の中で、受験者が原告側に立ったらどうか、被告側に立ったらどうか、というような形で聞いていくことにより実務の基礎的素養の有無を試すのが適当ではないか、というのが検討メンバーの意見である。

- 新司法試験には口述試験がないが、それは、法科大学院で双方向的な教育をしているということが前提になっていると思う。ところが、予備試験を経由して新司法試験を受験する者については、人の意見を聞き、理解し、それに対応できるという能力があるかどうかということは、予備試験の口述試験で確かめるしかない。そうだとすると、受験者一人にどのくらいの時間を掛けることができるかという問題もあるだろうが、個人的には、口述試験はできる限り丁寧にやる必要があるのではないかと思う。ただ、先ほどからの議論のとおり、余りにも多くのことを質問しようとする、内容を深めないままに次々に質問を重ねることになってしまい、時間を掛けたからといって必ずしも丁寧になるわけではない。一つの事例を基として最小限質問する内容というのは受験生全員に共通すると思うが、丁寧にやるとすれば、例えば、ある受験者の理解が怪しかったら、そこを掘り下げて更に尋ねてみる、あるいは、ある受験者の理解が非常にスムーズで問答の流れが良ければ、追加の事項について質問をし、それに応じた得点を付けていくというような形になるのではないかと思う。お願いとしては、法科大学院を経由しない者については、予備試験の口述試験でしか対話能力を見るができないので、どれだけ時間を費やすかは別として、丁寧にやっていただきたいと思う。
- 御説明では、民事保全を冒頭で聞くようなイメージだったが、訴えの提起から聞き始めて、最後に、この事案で民事保全を行うとすればどのような手続が考えられるかという形で、民事保全なり民事執行について聞くということも考えられるであろう。
- ◎ そのあたりは、考査委員がどのような出題方針で実際の試験に臨むかというところではないか。
- 論文式試験については、解答の分量の制限はあるのか。
- △ お示した資料6の答案用紙は、旧司法試験と同様、A4で4ページ分としている。
- 旧司法試験の場合は、1問当たり1時間だが、予備試験の実務基礎科目は1時間30分程度とされているので、旧司法試験よりは解答の分量が多くなる可能性もあるかと思う。また、設問ごとに解答の分量を考え、論述にメリハリをつけるというのも一つの大事な能力ではないかと思うので、それを見るために、実際の問題を作成する段階で、配点の比率を示すかどうかについても検討してはどうかと思う。
- サンプル問題の検討に当たって苦勞した点の一つには、試験時間や答案用紙の分量との関係がある。検討メンバーの間では、試験時間を1時間30分とし、かつ、解答をA4用紙4枚で収めさせるようにするというのを強く意識して、検討を行った。例えば、設問1の小問3については、検討の当初の段階では、当然のことながら受験者に請求原因事実を記載させることを考えたが、その後の設問の流れを考えていくと、1時間30分ではとても時間が足りないと思われた。そこで、先ほど別の検討メンバーから御説明申し上げた点のほか、時間の点も考えて、この小問では、請求原因事実そのものは問題文で示して、理由を聞くだけにとどめることにした。
- ◎ 予備試験はどのような人が受験するかとらえ切れないという難しさがある。大金をはたいて受験予備校に通う人はともかく、一人でコツコツ勉強する人にとって、このサンプル問題が難しすぎるということはないか。

- 司法研修所が編集して市販されている「問題研究 要件事実」という書籍が法科大学院の教科書として最も良く利用されていると思うが、基本的には、そこに出てくる知識を十分理解していれば書ける程度の問題としている。ただ、単に要件事実を挙げさせるのではなく、なぜこれらが請求原因事実として必要なのかについて説明させるといふ点と、なぜ抗弁になるのかについて効果を踏まえた機能を説明させるといふ点は、基本的な実体法の理解があれば解答できるが、単に要件事実を書かせることに比べると、難易度が上がっているかもしれないと思う。
- 法科大学院の教育を受けていない人に対しても、問題としては、基本的な良い問題だと思う。
- 予備試験については、簡易で容易なものとするべきだとの意見が一部に見受けられる。このサンプル問題を作成するに当たり、法科大学院修了者と同程度の能力を判定するという観点から、問題の水準についてどのような検討をされたのかについて、お伺いしたい。
- 先ほど別の検討メンバーから説明のあった口頭で議論する能力に加えて、法科大学院では、分かりやすい法律文書を書く訓練を重視している。限られた時間の中で、メリハリをつけて、ほかの人が読んで分かりやすい文章を的確に書けるということは、法科大学院修了者と同程度かどうかを見るに当たって、重視すべき点であると考えられる。そのようなことも考え、比較的基本的な問題にして、文章力を問うことができるものとした。
- 法科大学院修了者と同程度の能力と問題との関係をどのように考えるかということには、どのような方針で採点を行うかということもかかわってくるのではないと思う。例えば、設問2は、訴訟運営の観点からの確にこの点を取り上げた教科書が必ずしもあるわけではないので、ある意味では難しいととらえられる面もあるかもしれないが、この事例の中では、CがYに催告したかどうか、つまり、解除の要件が満たされているかどうかということをおぼかしてある。したがって、民法の基本的な理解ができていれば、この点に気付いて書くことができるはずであって、例えば、この点を書けていればある程度評価するというような柔軟な見方をするのであれば、法科大学院修了者よりもいたずらに高い到達水準を求めるようなことにはならず、法科大学院修了者と同程度の到達水準を適切に測ることができるのではないと思う。また、口述試験についても、誘導の仕方を工夫し、どの程度の誘導でどの程度答えられるのかという点を見れば、その受験者の到達水準がどの程度であるのかを適切に見極められるのではないと思う。そのことも考えると、問題が難しくて過大な要求を課しているとは思わない。
- この検討メンバーは、5名のうち4名が法科大学院の教員の経験を持っており、このサンプル問題の作成に当たっては、法科大学院修了者と同程度の能力を測るという観点を十分に意識した。作成の過程では、司法試験法が予備試験に対して求めている水準がどの程度か、その水準とサンプル問題の内容・難易度・分量との関係はどうかということを何度も議論した。