

平成23年新司法試験の実施に関する新司法試験考査委員（民事系科目（商法））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，当委員会に御出席いただき感謝申し上げます。本日は，新司法試験論文式試験の民事系科目における大大問の見直し，論文式試験の必須科目における試験時間の分割，予備試験の試験科目の範囲の3点について，御意見を伺いたい。具体的には，1点目の大大問の見直しについては，民事系科目において大大問による出題を今後行うべきか否かについて，どのようにお考えか，ということである。2点目の試験時間の分割については，大大問による出題をせず，大問のみ3問を出題するに際して，大問ごと，つまり2時間ごととに試験時間を分けることについて，どのようにお考えか，ということである。3点目の予備試験の試験科目の範囲については，法務省令により範囲から明確に除かれるべき部分はあるかどうか，ということである。特に大大問の見直しを中心に御意見を伺いたい。

□ 大大問の見直しについては，本年の商法の考査委員から御意見を伺った。大大問として二つの法律分野を融合させた理想的な問題を作成することは非常に困難であり，必ずしもこれまで理想的な融合問題が作成できているとは言い難い。今後も，理想的な問題を作っていくのは難しいであろうと思う。出題にバリエーションを持たせ，かつ，受験者の知識・能力を適切に測るには，大問による出題の方が適切であると考えている。今後も大大問の出題を毎年必須にし続けることには反対であるし，出題の余地を残すことについても反対であるというのが，商法の考査委員の意見である。他方で，大問の中で融合的な問題を一定の割合で組み込んでいくことは可能ではないかと考えている。例えば，商法の範囲には，会社関係訴訟が含まれており，その中に株主代表訴訟への参加といったテーマもある。そのような意味で，大問による出題を行うことによって，より理想的な出題に近づけることができるのではないかと思う。

試験時間の分割については，大問のみの出題としたときに，問ごとに2時間ずつに試験時間を分割することは，構わないと考える。

予備試験の試験科目の範囲については，旧司法試験と新司法試験のいずれにおいても，商法の第3編海商の部分が除かれているので，予備試験においても，同じ部分について範囲から除くのがよいと考える。

◎ 主として実務家の司法試験委員会委員からは，問題作成がそれほど難しいのかとの質問が出ている。確かに，実務では，同じ比重で商法上の問題と民法上の問題があるような事件は少ないかもしれないが，何かしら複数の法律分野に関係することが多いし，実体法と手続法は車の両輪なのだから，そんなに難しいのだろうか，という素朴な疑問なのだが，どのようにお考えか。

□ 大大問の作成を経験した委員から聞く限りでは，商法と他の法律分野との比重を同じような割合にして問題を作成することは難しいということである。御指摘のとおり，商法の範囲の中には他の法律分野に関係する部分もあるので，大大問という形式によるのではなく，大問の中でそれを取り込めるのであれば，より機動的に良い問題が作れるのではないかと思う。例えば，商法の範囲の中でも民事訴訟法にかかわる部分について大問の中で取り

込んでいけば、元々商法の分野であるので、商法の考査委員で議論をして問題を作成し、採点を行うことも十分可能だと考えている。

- ◎ 先ほど、株主代表訴訟における参加という例が挙げたが、それは商法のテーマとして出題するという事か。
- 例えば、商法で取り扱う株主代表訴訟に関する論点の中で、どのような者が参加できるかという点については訴訟法の知識も必要であるが、広い意味では、商法に関する問題だととらえることができると思う。
- ◎ 例えば、商法を中心とする問題の中で民事訴訟法的な事項が取り上げられ、そこにウエイトが置かれると、ある年は、実質的には、民法100、商法50、民事訴訟法150というような比重になることもあって良いということになるのか。
- 受験者から見ると、商法を中心とする出題の中に民事訴訟法的な分野の知識が1割から2割くらい入ってくるような、そのようなイメージで申し上げた。
- ◎ 大大問による出題を完全に取りやめるとなると、理念の後退という印象を与えるのではないか。
- ある年に必ず大大問を出題するというのであれば、大大問による出題の余地を残すという意味もあると思うが、商法の考査委員の立場からすると、恐らく大大問による出題が恒常的になることが予想されるので、あえて大大問による出題の余地を残しておくことは、受験者に不安感を与えるだけではないかと思う。年によって、大大問が出るか出ないか、出た場合にどの組合せになるかが分からないということになると、恐らく受験者の不安感は募ることになるだろう。後退という印象を与えるとすれば、それは大大問による出題の余地を残したとしても同じであるので、この機会に完全に大大問のみの出題に切り替えた方が良いのではないかと考える。もっとも、大大問というのは商法の問題だと完全に限定してしまうのであれば、それは確かに理念の後退であろうが、それは飽くまで商法を中心とする民事系科目の問題であるという整理ができるのであれば、それは決して後退ということにはならないと思う。すべての問題において融合的な問題を目指す、融合的な問題はいつでも出題され得るという意味であれば、それは、十分に理念を追求していることになる。
- 大大問の中に融合的な要素を取り入れることは、大変結構なことだと思う。先ほどの例は、民事訴訟法の分野にまたがる問題であったが、民法の分野にまたがる問題というのもあり得るのか。
- 例えば、株式の担保の問題は、当然、ある程度民法の知識も必要で、むしろ、そもそも商法と民法とに完全に分けることができるものではない。商法を勉強する中で、当然の前提として民法や民事訴訟法の知識が必要なテーマは幾らでもあるので、その範囲では当然出題され得るということである。
- 例えば、取締役の責任を問う場合に、会社法上の責任を問うと限定をして出題することがあり得るが、その限定を外せば、取締役の責任一般を問うことができ、不法行為上の責任や債務履行上の責任も含まれるということになる。
- 大大問で融合的な問題を作成する際には、民法や民事訴訟法の考査委員と打合せや調整を行うことになるのか。
- そこまで考えているわけではない。商法の分野の融合的な問題については、商法の分野の先生方は常に研究しているところであり、例えば、会社法上の責任と不法行為責任との

関係ということも常に意識しているところであるから、そこまで踏み出すことはできるであろうし、会社関係訴訟に関する手続についても、当然に踏み出すことができるであろう。それを越えて、商法の分野と関係ないようなものにまで更に踏み出していこうということではないので、ケースバイケースかもしれないが、今のところ、問題作成に際して打合せ等をするということまでは考えなくてよいのではないかと思っている。

- 例えば、商法の問題が取締役の責任に関して不法行為にも及んでいるときに、それとは別に民法でも不法行為を取り上げていて、2つの問題がどちらも不法行為に関係するものだったということもあり得るので、出題に当たっては、調整が必要なのではないかと感じたのと、他の専門領域から領域の侵害だととらえられたりしないかと思い、質問した。
- 私は、実務家として、商法で当然備えておくべき他の分野の事柄を聞くということは、非常に良いと思う。偶然、不法行為が民法と重複しても、商法で不法行為そのものに焦点を当てて出題するわけではないので、それほどの比重を与えないのであれば、別に調整しなくともよいという考えもあると思う。その辺りは、審査委員に任せてもよいのではないか。
- ◎ 短答式試験では融合はかなり自由にできるのではないか。例えば、商法の短期消滅時効と民法の短期消滅時効を同時に問うなど、十分可能であろう。そのような意味では、大問による出題を取りやめたからといって、旧司法試験に戻るわけではない。もっとも、法科大学院生や教員が融合的な問題に関心を示さなくなるという御意見もあった。
- 私は、そのようなことはないと思う。商法の中には、民法や民事訴訟法との融合が問題になる課題は従来多くあり、これは非常に大きな研究テーマである。法科大学院教育においても、商法の問題を取り扱う上で必要な民法や民事訴訟法の問題は、必ず取り上げている。大問による出題を行うことの意味は、そのような商法の視野に入ってくる範囲、商法を取り扱う上で必要な範囲の民法や民事訴訟法の問題を取り上げるようにするというところにある。実際的な観点で申し上げますと、その範囲を超えるところについては、必ずしも自分の専門の分野ではないことになるので、問題の作成や採点には難しさがある。
- 実務家としての能力を判定する試験であるから、専門の研究者でなければ分からないようなところまで厳密にチェックしなくてもいいのではないか、という意見も一部にある。
- ◎ 普通の実務家が日常的に取り扱う程度の問題ではなく、一流の研究者が考えるような問題を出題しようとするから、作成や採点が難しくなるのではないかという意見もあるが、その点についてはいかがお考えか。
- それほど難しくない問題を出題したとしても、答案の中には想定外の様々な論述をしているものが出てくる。それをどこまで受け止めて評価できるかという点、やはり自分の専門分野でなければ難しい、というのが私の意見である。また、昨年の新司法試験の採点実感に関するヒアリングでも申し上げたが、受験者の本当の力を測る上では、基礎的な学力と自分なりの応用力が反映されるような、ある程度の難易度の問題を出題することが必要だと考えている。
- 先生方が採点しようすると、予想を超えたような内容の答案が出てくるということが分かったのは、非常に良かった。
- ◎ 自分の専門であれば、外れた内容の答案が、外れているけど光るところのある答案なのか、ただ外れているだけの答案なのか分かるのだが、専門外だと勘が働かないということではないか。

そのとおりである。