

## 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，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ればと思っている。

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こともあるとあって，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お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，もう少し簡略にということか，コンパクトな形にした方がいいのではないかとすることを，考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って、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問のところでは，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もので，もともとの事実認定レベルで水掛け論の話をしては仕方がないわけで，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っているとはいえ難いと思われた。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っ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，会話の中に入れて入っている。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なので，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、入管法上どう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ますと、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を書きし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、そこを見落としでしまっている。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は、審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聞い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て、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、全体の四分之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ことができる。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を前提に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か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。

昨年はそれがあつて，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かもしれないが，今年は，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いように思われる。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。選択科目はいらぬと言ってしまうのかと思うし、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。そのことを一番危くするところである。

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がないが、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。

## 新司法試験考査委員（民事系科目）に対するヒアリング概要

（◎委員長，○委員，□考査委員）

◎ 本年も，考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，民法担当の考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の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、それがなくても、修理して持っていったら、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って、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つたと思われる。

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のではないが、要件事実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、論点の列挙にとどまり、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、問題文が長くて、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と。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。いろいろな傾向の、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が、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って、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こと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、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もので、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い必要があり、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いことを求めている。

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で、受験生によく伝わっていたと思う。その意味で、答え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えは、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ったし、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った。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った。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った。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った。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った。

「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ったところであるが、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、民事訴訟法担当の考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、商法担当の考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續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いけ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えは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が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場所である。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でも、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、学生はどれ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ことを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割ぐらいは、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ころではなく、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点、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ところではなくて、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

（ 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，具体的な事実を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を即して，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いて、特に採点実感や今後の法科大学院教育に対しての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。こちらでも、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答案が多かった、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ようと思われる。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く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、事実に法規範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ろうと考えられる。

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ろうと思う。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ると思われる。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、全体のうちのどの程度あり、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と、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と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ていないのではないか。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え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が受験生に求めたわけであるが、そこまでに至っている答えはかなり少なく、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え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え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え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をおっしゃ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っていいのかなという気はする。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。

## 平成 19 年新司法試験の採点実感等に関する意見（倒産法）

## 1 出題の趣旨について

個別の内容については既に法務省ホームページで公表済みである。総論的に言えば、今年の出題は、破産法、民事再生法の両方にわたって、小問の数をやや多めにして、幅広くまんべんなく基礎的知識や考え方を問うものであったとすることができる。

## 2 採点実感について

## (1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

いわゆる中心的な論点ばかりでなく，幅広くまた着実に勉強してきたことを示す答案と，出題の意図に即した意味のある解答がおよそできなかったという意味で勉強に偏りがあったことを示す答案とに分かれ，その分かれ方はこれまでよりも大きかったという印象を持つ。

## (2) 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

総論的には，上記のとおり，上下の乖離が大きかったことが特徴的であった。

各論的には，以下の点が気になった。

第 1 に，上記のとおり，幅広い範囲からの出題であったところ，手続法に関する事項や個人破産，個人再生等の実務上極めて重要な事項については，基本的な出題であるにもかかわらず，理解が十分とはいえない答案が少なからずあった。

第 2 に，近時の法改正によって立法的な手当をした事項について問うたところ，その問題に対応するためのこれまでの実務上の処理のみを解答した答案が少なからずあった。この実務上の処理は教科書等にはあまり記述がないことから，受験生が当然に知るべき事柄とは思われず，この点でやや意外な感想を抱いた。

第 3 に，長めの問題文から問題となる条文の文言に当てはまる事実を丁寧に拾っていく作業が粗く，事案と条文とを漫然と羅列するのみで，条文のどの文言の解釈が問題となるかが明示されていない答案が少なからずあった。

第 4 に，近時の法改正の過程で議論されながら立法上の手当を見送った論点について，およそ触れない答案，あるいは頭ごなしに不可能であると述べる答案が多かった。

## (3) 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

上記第 1 点については，制度の全体的な理解がおろそかになり，いわゆる論点とされる事項に関心が向きすぎている傾向があることが原因である可能性がある。

上記第 2 点については，あるいは過度に実務に傾斜した教育がされていることが原因である可能性がある。

上記第 3 点については，条文を起点として解釈論を展開するという法解釈の基本が十分には身についていないことが原因であると思われる。

上記第 4 点については，議論のあり得る点について，判例が否定しているからとか立法で手当されなかったからということで思考停止してしまい，更に掘り下げて考えるということをしなないことが原因であると思われる。

## 3 今後について

## (1) 今回の結果を受けて法科大学院に求めるもの

法科大学院に求めるものが今回の結果から特に新たに判明したわけではない。月並みではあるが，既存の条文・制度を出発点として，これらについて基礎的知識を十分に習得した上で，

事案への当てはめを適切に行うとともに、既存の制度や判例等を所与のものとして理論的に批判的な検討をすることができる学力、更に新しい問題について他人を納得させることのできる分析をする学力を学生に身につけさせるような教育が必要である。

また、法科大学院での教育は、理論と実務とを架橋するものである必要があるのは確かであり、実務の息吹を伝え、学生にその分野の勉強が身近なものであることを伝えることが求められるものの、他方で、現在の実務を所与のものとして習得することに過度に傾斜しないことも必要ではないかと思われる。

(2) 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

新司法試験の問題は、出題された年の次の年以降に新司法試験を受験する者に対しては、どのような勉強が必要かというメッセージとしての意味を持つことを改めて認識して、昨年度までの問題と総合して、今後どのようなメッセージを発信するのが望ましいかという観点からも出題を行うべきであろう。

また、小問の総数についても、試験時間との兼ね合いでどの程度が適切かについて引き続き検討を続ける必要があると認識している。

4 その他

今回の第2問では設問を4つ配置したところ、問題冊子においては、設問の1と2は事実関係の記載されたページに印刷され、設問の3と4はその次のページに印刷された。このことが関係しているのか、設問の1と2のみで解答を終えて、設問の3と4を見落としていたのではないかと疑われる答案が若干だけ見受けられた。いわゆる足切りの人数が多かったのはこの解答漏れも一因かもしれない。

## 平成19年新司法試験の採点実感等に関する意見（租税法）

## 1 出題の趣旨について

出題の趣旨の掲載は続けるべきである。  
内容程度もこれくらいでよいと考えている。

## 2 採点実感について

## (1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第1問及び第2問のそれぞれについて，所得税法及び法人税法の基本的な制度や条項の理解を問う問題であり，また，出題が事例に応じて小問で構成され，小問を順次検討することによっておのずと問題内容の検討が進み，出題者の意図を推測できるようにしていたことから，出題の意図を大きく外した答案は少なく，むしろ，出題の意図に即した答案が多かったと思われる。

例えば，第1問については，譲渡所得の算定構造や保証債務を履行するために資産の譲渡があった場合の特例に関して基本的な理解を問うものであり，第2問についても，収入金額や必要経費，益金や損金についての基本的な理解を問うものであるところ，各小問を素直に受けとめて，問題となる法条の制度趣旨を展開し，その適用要件の具体的な当てはめを行おうとする姿勢を見せている答案がかなりの数で存在した。

もっとも，第1問の場合，例えば小問3については，XがB社及びAの状態をどのように認識していたかによって結論が左右される可能性があるところ，これを検討しないで解答した答案が少なからず存在し，第2問についても，例えば小問2及び3については，源泉徴収の可否や，益金の額又は損金の額への算入の可否に関する結論のみを機械的に記載し，それらの結論を導く理由にほとんど触れない答案も散見された。

## (2) 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

出題時に予定していた解答水準の範囲内におおむね収まる解答が多かったと感じている。もっとも，基本的な知識の不足をうかがわせる答案も少なからず存在し，また，知識を有する部分については詳細に論じるものの，そうでない部分についてはごく簡略に解答するというアンバランスな記述をしている答案もあり，ある程度のばらつきが見られた。

## (3) 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

基本的には，昨年の場合と同様であり，出題の意図が何かを把握しようとする注意力や，出題の事案から事実関係を具体的に把握する能力，出題に係わる法令に関する基礎的な知識・理解力の不足にあると思われる。また，解答を自分の言葉で分かりやすく表現するための表現力の不足も少なからず影響していると考えられる。

## 3 今後について

## (1) 今回の結果を受けて法科大学院に求めるもの

所得税法及びこれに関連する法人税法に関して基本的な理解を得させることは当然であるが，租税法の基礎的な知識を単に概念として記憶するだけでなく，問題演習の形式等によって，当該知識を具体的な事例に応用していくという学習が必要ではないかを感じる。また，手際よく論点を整理して必要な事項について分かりやすく論旨を展開し，ある場面では論点を深く掘り下げて自分なりに論じるなどの表現上の訓練が望まれるであろう。

## (2) 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

特に見直す点はないと考えられるが、今後も、本年度と同様に、具体的な事実関係の下で、租税法の基本概念の理解とその適用の能力を試す問題を、小問形式で問う形の出題が望ましいと考えられる。

## 平成19年新司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

## 1 出題の趣旨について

問題の出題に当たっては、法律実務家になるための試験であることを前提として、可能な限り、経済法に関する基本的知識及び法律実務家として必要な能力を問うことを心掛けた。具体的には、独占禁止法に関する基本的な問題を素材として、基本概念を正確に理解し、それを使いこなすことが出来るか、事実の認定に関する基礎ができているか、条文の当てはめができるか、法律解釈の基本ができているか等を試すものとした。

## 2 採点実感について

## (1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第1問については、論じるべき論点は基本的なものであり、それらの論点に触れていた答案がほとんどであり、論点については出題の意図に即した答案が多かったと思われる。他方、依頼者からの相談を受けた弁護士としての解答をすることを求め、実務家として公正取引委員会の処分や裁判の動向を踏まえての検討が望まれたが、この点については実務と関係なく自分の見解を述べる答案もある一方で、実務的な観点をも踏まえて出題の意図に即して論じる答案もあり、その割合は半々といったところであろう。

第2問についても、出題の意図に即した論点を論じる答案が多かった。ただし、当然な事項を詳細に論じるあまり重要な事項の論述が抜け落ちるなど、問題の全体を見据えた議論がなされず、又は事柄の重要性の位置付けができていない答案も散見された。

## (2) 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

全体として実際の解答水準が出題者の希望するレベルに達していたとは言い難いが、そのことは予想されたことでもあった。その意味では、出題時の予定した水準と実際の解答水準はそれほど乖離していない。

第1問については、著名な類似の裁判・審決事例もあり、それらに対応する部分については高い水準の解答が多いと予想していたが、実際にはそうではなかった。問題の事案の全体像をきちんと把握せず、その一部で用いられた単語等に飛びつき、自己の知識に引きつけて解答したと思われる答案が多かった。

第2問については、全体としては出題時に予想された解答水準と実際のそれはおおむね一致していた。設問1は非常に基礎的な論点であり、法律解釈又は事実認定を議論させる問題であるが、具体的事例に基づいて議論する答案がある一方で、法律論と事実認定を混同したり、各小問相互での論理性が欠如しているといった答案もあった。設問2は条文を素直に事例に適用することによって容易に結論が得られる問題であるが、かかる基礎的な力が不十分な答案も目に付いた。設問3は解答の水準にばらつきが目立った。

## (3) 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

経済法の学習に当たって、一応の基本概念を学んではいても表面的な理解にとどまり、具体的事例においてどういう意味を持つのかを理解するまでに至っていないこと、学習内容が各論点に関する知識の機械的な暗記とその形式的な適用にとどまっていること、具体的な設問の事例に基づいて議論するのではなく自己の知識に事例を引きつけて論じていること、法律の条文に十分に当たらないまま学習をしていることなどが原因として考えられる。

### 3 今後について

#### (1) 今回の結果を受けて法科大学院に求めるもの

少数の学習量の絶対数が不足していると思われる答案があったが、全体的には、特に選択科目であることを考えると、おおむね良く学習されていたものとする。

他方で、経済法に限らない話であるが、実務を踏まえること、常に具体的な事実を踏まえながら議論し、基本概念の意義を正確に理解することなどの基礎をより徹底することが望ましいと感じた。

#### (2) 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

特に見直すべき点はないと考えるが、可能な限り簡明な事案である一方で経済法に関する基本的知識及び法律実務家としての基本的な能力を問うことのできる問題の作成を心掛けていきたい。

## 平成19年新司法試験の採点実感等に関する意見（知的財産法）

## 1 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第1問，第2問ともに，典型的な論点を含む事例問題であって，出題者としては，両問を通じて，受験者が基本的事項について正確に理解しているかどうか，事実関係を時系列に沿って丁寧に分析し，場合分けすべき部分はきちんと場合分けした上で法律を当てはめ，論理一貫した論述をすることができるかどうかを見ようとしたものである。そのような観点から本年の知的財産法の答案を採点した感想は，総じて，出題の趣旨を全く又はほとんど理解していないような答案は少なかったが，高く評価できる答案も少なかったというのが率直なところである。

まず，第1問は，特許権侵害訴訟における典型的な請求（差止請求，損害賠償請求，不当利得返還請求，補償金請求）及び抗弁（消滅時効の抗弁，権利行使の制限の抗弁，先使用の抗弁）についての理解を問うものである。論述すべき点は，法科大学院の学生であれば習得すべき基本的なものであって，先使用権に関するウォーキングビーム式加熱炉事件最高裁判決も基本重要判例である。しかしながら，出来不出来に予想以上のばらつきがあり，出題の意図に即し論理一貫した論述をした答案は少なかった。特に，消滅時効の抗弁について論じた答案は極めて少なかった。

次に，第2問は，他人の著作物に基づいて作成された作品の利用が著作権の侵害となる場合について問うものであり，問題の所在や論述すべき事項については，ほとんどの受験者がそれなりに気付いているように思われた。しかし，事実関係の分析が十分でなく，ある事実の存否について，問題文から読み取れる根拠を示すことなくどちらかに決め付けて論述するといった答案が目立った。その意味で，やはり，出題の意図に即してきちんと書けていた答案は少なかったと言わざるを得ない。なお，問題文に「著作者人格権に関しては論じる必要はない。」と明記しているにもかかわらず，著作者人格権に関して多くを論じ，著作権に関しては極めて不十分な論述しかしていない答案も見受けられた。当たり前のことであるが，答える前に問題文をきちんと読むことの重要性を指摘したい。

## 2 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

両問とも基本的事項を問う問題であるが，解答水準は予定していたものに達しているとは言いがたい。

まず第1問においては，上記1で述べたとおり，出題の意図に即してきちんと書けている答案は少なく，特に，消滅時効の抗弁に全く気付いていない答案が極めて多かった。この抗弁は，問題文に記載されている事実関係を時系列に沿って分析すれば，一般民事法を習得している受験者であれば論述すべき問題点であると理解できるものである。また，補償金請求権には権利行使の制限の抗弁の規定が準用されていることや，明文の規定はないが，特許権者は先使用権を有する者に対し補償金請求権を行使することはできないと解されていることを理解しないで書かれた答案が少なくなく，さらに，先使用権は無償の法定実施権であるにもかかわらず，特許権者は実施の対価を請求することができるとしている答案もあった。基本的事項についての理解が十分でないことに起因するのではないと思われる。

第2問においても，全体的に，論理一貫した論述ができていない答案が多く，その主たる原因は，著作物性や各支分権に関する基本的事項の理解が不足していることにあるよう

に思われる。例えば、設問1において、著作権のいかなる支分権との関係で承諾が必要となるかについて触れることなく、単に甲と丙の承諾が必要であるとの結論のみを記述したり、論拠について十分説明することなく、いきなり、演劇Eは著作物であるとか、DVDは映画の著作物であるとする答案が見受けられた。

### 3 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

既に述べたとおり、基本的事項の理解不足が考えられる。また、事実関係を時系列に沿って丁寧に分析検討し、問題文からは存否どちらとも受け取れる重要な事実については必要かつ適切な場合分けをした上、法律をきちんと当てはめて正確に論述していくという能力がまだ十分身に付いていない者が多いと思われる。一般民事法にも思いを致す幅広い思考力、問題点を自分なりに掘り下げて論じる能力も足りないのではないか。

答案作成の要領や手順にも問題があると考えられる。答案の作成は、「問題文をよく読み時系列で整理する。」、「すぐに書き出すことなく、答案の構成を考える（結論、理由付け、論述に費やす分量・全体のバランスを考える。）」、「法的根拠（条文及びその解釈）を示し、問題文から読み取れる事実関係を分析し、当てはめ・評価しながら論述する。」、「その際、自己の見解を明確にする。」、「設問に対する結論を明確に示す。」という要領・手順で行われるものと想定していた。しかし、実際の答案には、いったん記述した箇所を大きく×印で削除したり、後から長々と挿入文を加えたり、既に記載した記述箇所を大きく移動する趣旨の矢印を記載するなどしているものが少なくなかった。答案構成を事前に十分検討することなく、いきなり書き出し、後から考えが変わりあわてて修正するなどした結果によるのではないかと考えられる。中には、その修正の分量が多いため、何を記述しているのか判読が困難な答案もみられた。このような答案作成の要領や手順の問題は、他人が読んで理解することのできる文章の作成それ自体に関わるものであるのみならず、事案を丁寧に分析し、問題点を把握し、論理一貫した論述を行うという本質的作業の在り方にも関わるものと思われる。すなわち、この本質的作業が行われていないことを反映するものではないか。

### 4 今回の結果を受けて法科大学院に求めるもの

昨年も指摘したことであるが、学生に対し、まずは基本的事項をしっかりと理解させ、身に付けさせるよう努めていただきたい。そして、具体的な事案において、これを丁寧に分析し当てはめるといった訓練をしっかりと積ませるようになる必要がある。その際、今回の答案の中にあまりに読みにくいものがあつたことを踏まえれば、文章表現力を身に付けさせるような教育方法を工夫することも必要と思われる。

知的財産法に特有な論点や基本知識の習得ばかりではなく、一般民事法や一般行政法との関係に配慮した教育及び学習も必要であろう。繰り返し指摘しているように、本年の第1問では消滅時効の論点に触れられた答案が極めて少なかった。実務法曹としての法的応用能力の涵養という意味でも、法科大学院では、幅広い観点からものごとを分析・検討する姿勢を身に付けさせるような指導をしていただきたい。

## 平成19年新司法試験の採点実感等に関する意見（労働法）

## 1 出題の趣旨について

第1問，第2問ともに，公表済みの「出題趣旨」のとおり

## 2 採点実感について

## 【第1問について】

## (1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

出題の意図に即していると評価し得る答案が3分の1程度であり，事例の分析は一応できているものの，重要論点の一部について理解が不足していたり，又は誤解がある答案が同じく3分の1程度であった。残り約3分の1は，労働法の基本的な理解に欠けるものであった（詳細は下記（2）参照。）

## (2) 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

全体的にはまずまずの出来と感じたが，中心的論点の記述が薄い答案が多いという印象を受けた。

例えば，設問の事例では中心的な問題ではない点（出向命令の有効性）や，あえて論じる必要がないような前提問題（懲戒権の一般的根拠）について，長々と論述している答案が相当あった。

他方で，問題文を読めば当然疑問に思うはずの点（出向先会社が出向労働者に対して懲戒権を行使できるのか）について，全く触れていないものや，十分に触れていないものが，かなり見られた。加えて，出向先会社が懲戒権を行使できるとしても，いかなる内容の処分が可能か，という点まで踏み込んで検討した答案はごくわずかであった。

また，判例・通説によれば，時間外労働義務を課すには，三六協定の存在を前提とした上で，就業規則に定めがあり，かつ，その定め合理性があることが必要とされているが，その点に関する理解が足りない答案がかなりあり，三六協定だけで同義務が発生すると理解している答案も散見された。さらに，一般的な法的ルールを問題の事案に具体的に適用するという過程についても不十分な答案がかなりみられた。例えば，本件で時間外労働事由があるかどうかを具体的に検討した答案は期待したほど多くはなかった。時間外労働事由があると判断される場合に，水曜日と木曜日のいかなる時間帯につき命令違反が認定できるかまで言及していない答案も散見された。

なお，上記の時間外労働義務や就業規則の周知の必要性に関し，著名な判例を十分に学習していないとみられる答案も少なくなかった。

## (3) 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

具体的な事例の中から問題点を発見するとともに、一般的ルールを具体的に適用する能力を十分に身に付けていない受験生が多いこと、また、著名な判例の内容やその射程距離等を十分に理解していない受験生も少なくないことが理由として考えられる。本問で、出向者の同意がある事案であるにもかかわらず、上記(2)のように出向命令の有効性を長々と論じ、逆に主要な論点の記述が薄くなっている答えは、「出向命令の根拠と要件」という論点についての知識を、事案の内容に関係なく機械的に当てはめているものと考えられ、論点を覚えるだけの勉強方法が、今なお一部でとられているのではないかと考えられる。

## 【第2問について】

### (1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

設問1については、実務的に最低限必要な知識（請求の趣旨）を問うものであり、また、設問2についても、リーディングケースとなる最高裁判例を知っていることが必要であるが、知っていれば論点も把握しやすいものであったためか、かなりの答案が出題の意図自体はつかんでいたように思われる。ただ、その分、教科書等をそのままなぞったような記述も目についた。

### (2) 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

設問1では、地位確認請求・解雇期間中の賃金請求・差額賃金請求といった請求の趣旨を記載すればよいのであるが、中には、解雇期間中の賃金請求を全く記述していないもの、賃金ではなく不当利得の返還あるいは（行政救済である）バックペイとしたもの、休業手当の請求としたものなどがあつたほか、慰謝料請求・雇用回復請求・仮処分のような答案もあつた。

設問2のうち、ユニオン・ショップ協定の効力という大きな論点について、別組合に加入した労働者については効力が及ばないことは確定した判例であるが、労働者を除名したことが無効だから及ばないと論じている答案がかなりあつた（除名が無効か否かにかかわらず、当該労働者は旧組合に復帰する気がないのであるから論ずる意味がない。）。また、解雇後の賃金請求をする以上、労働契約の下で、なぜ就労なくして賃金が請求できるのか、賃金請求の算定根拠や基準を何とするのかは、必須の点であるにもかかわらず、半分近くの答案がこれについて論じていなかった。次に、労働協約の不利益変更の効力という論点についても、最高裁判例があり、かつ、通説も労働協約の変更は不利益であれ利益であれ原則として組合員に効力が及ぶとしており、労働協約の変更が特定の組合員に効力が及ばないとするならば、例外なのであるからその要件をきちんと論じなければならないのに、「例外」を安易に認定し、差額賃金請求を認容する答案がかなり多かつた。さらに、「班別集会を経ていない」という手続ミスだ

けで、組合大会で可決し締結した労働協約でも当然に無効になるとする、実務的感覚に疑問を感じる答案もかなりみられた。

(3) 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

裁判の実務においては、何を根拠に、どのような請求をするのかということが基本であり（小問1）、理論構成はそれを裏付けるためのものであるが（小問2）、そのような基本的認識を欠いたまま、教科書に沿って抽象的な論点を覚え込むような勉強をしている受験生が、なお存在しているのではないかと考えられる。

3 今後について【第1問，第2問共通】

(1) 今回の結果を受けて法科大学院に求めるもの

上記2（3）の問題点を踏まえ、これらを改善していく方向での教育・指導をしていただくことを期待したい。

(2) 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

特になし。

## 平成19年新司法試験の採点実感等に関する意見（環境法）

## 【第1問について】

## 1 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第1問は，環境アセスメントをテーマに，閣議決定要綱に基づく制度と現在の環境影響評価法に基づく制度の比較を通して，仕組みの違いが正確に理解されているかを問うとともに，法政策的観点から，現行法の限界と将来の発展方向についての的確に理解されているかを問う基本的な問題であった。

第1問設問1は，資料として添付されている閣議決定要綱を読んだ上で，要綱アセスメントの仕組みと現行法アセスメントの仕組みとを対比させ，具体的な仕組みがどのように発展しているかを記述させる設問であった。出題者は，要綱形式と法律形式の違い，スクリーニングとスコーピングの導入，住民参加の拡充，横断条項の導入，代替案考慮の可能性などの点について，両者を比較しつつ現行法の特徴を浮かび上がらせることを想定していた。項目の抽出についてはおおむね対応されていたが，について，的確な認識を欠いている答案が少なからずあった。また，単に項目の抽出にとどまり，要綱アセスメントがどのような意味で不十分であったかにまで論及する答案は，それほど多くはなかった。

第1問設問2は，環境アセスメント法制度の到達点を踏まえつつ，なお残る課題についての理解を問う設問であった。計画アセスメントの必要性，調査・予測・評価項目の限定，スクリーニング基準の硬直性，代替案考慮の義務化，環境大臣意見の第三者性確保などの点について指摘されていることを想定していた。項目の抽出についてはおおむね対応されていた。設問1と同様，「なぜそうした課題があるのか」にまで踏み込んで論及されている答案は，比較的少数であった。

第1問の二つの設問の項目抽出は，標準的テキストに記述されているため，平易であったと思われる。しかし，解答としてはそれでは十分ではなく，環境法の基本的考え方やよりマクロ的な法政策の流れの中で現行法を把握すべきというメッセージが発せられている点に注意が必要である。

## 2 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

第1問については，環境法政策における主要論点の一つであったせいも，最低限度の記述はされていた。昨年度の採点実感においては，法政策の発展過程に対する理解が必要であると述べられているが，そこまで踏み込んだ論述をした答案は少なかった。制度成立の背景事情に対する的確な理解をすることは，実務的にみても重要である。

## 3 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

第1問については，単に制度を理解するだけでなく，法政策の展開の中で把握するという学習がされているかどうか，点数の差に反映している。昨年度の採点実感においても指摘したが，そうした視点を持ちながら環境法テキストを読み込み，授業担当者とも議論することが必要であろう。

## 4 今後について

現行法制度は，過去からの法政策の発展過程上に位置するものであるから，そうした歴史的な流れも意識しつつ講義がされることが望ましい。

第1問においては，資料を添付したが，これは解答に当たって，かなりの手掛かりになったように思われる。今後は，これほど直接的ではない資料の分析を通じて解答をさせる

ことも考えられる。

## 【第2問について】

### 1 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第2問設問1は，設問に記載された事実関係から，カドミウム及び鉛が水質汚濁防止法（以下「水濁法」という。）及び土壤汚染対策法（以下「土対法」という。）の規制対象となる有害物質に当たることに気付き，A県知事としては，水濁法及び土対法に基づく対応を行うことができることを事例に即して説明する必要があった。多くの受験者がこれらの点に気付き，答案を構成していたが，中には，水濁法又は土対法のいずれかのみ触れたにすぎないものも散見された。内容的には，少なくとも，水濁法の関係では，第13条の2第1項の改善命令等，第14条の3の地下水の水質の浄化に係る措置命令等を，土対法の関係では，第4条の調査命令，第5条の指定地域の指定，第7条の汚染の除去等の措置命令を指摘することが求められていたが，すべてについて丁寧な論述をした答案は，それほど多くはなかった。各制度の概要を，条文の内容に照らして正確にまとめ，本件に当てはめる必要があった。

第2問設問2は，BのC及びDに対する訴訟について問うものである。Cに対する関係では，不法行為に基づく損害賠償請求が考えられることを指摘し，受忍限度論，因果関係論，損害論（人身損害，物的損害），水濁法第19条第1項に基づく無過失責任などを，本問の解決に当たって必要な限度でまとめることが求められていたが，これらすべてについてまんべんなく触れた答案は，それほど多くなく，一つの論点に集中する傾向が見られた。Dに対する関係では，工場の稼働差止め請求等が考えられることを指摘し，その法的根拠や差止め請求の相手方は誰かについての的確に説明することなどが求められていたが，これらについて丁寧に論じた答案は少なかった。

しかし，全体として見れば，総じてよく論じた答案が多く，環境法の設問が受験生の間にも定着してきているという印象を受けた。

### 2 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

上記のように，第2問については，全体的には良い答案が多く，出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準とに大きな差異はなかった。

### 3 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

実際に起こり得る事象には，複数の法律が重疊的に関係することが多いことを常に考えながら学ぶ必要があった。それぞれの法律が予定している各制度の概要についてもより深く学ぶ必要があったと思われる。

### 4 今後について

第2問のように，一つの環境現象を多角的に把握する出題は，実務的観点からも重要であると思われる。環境法の授業においては，各分野の法制度について，個別法律を中心として縦割りの講義がされる傾向があると思われるが，実務では，ある環境現象を中心として，その解決に係る法制度が動員される。法科大学院には，日ごろから具体的事例に即した問題点についても検討できるよう御指導をお願いしたい。また，日ごろから基本となる法律の条文に親しむようにも御指導いただきたい。今後も，更に適切な出題を探求することを考えている。

## 平成19年新司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（公法系））

## 1 出題の趣旨について

出題趣旨の内容は現在程度のものが適当であると考える。

## 2 採点実感について

## (1) 出題意図に即した答案の存否，多寡

## 【第1問について】

答案はおおむね出題意図を十分理解していた。

## 【第2問について】

問題文に出題意図を繰り返し明示したため，多くの受験生は，出題意図に即した答案を作成していた。ただし，本問の出題意図は紛争解決の「方法」について問うものであったにもかかわらず，「裁判手続においてどのような主張をするか」といった観点から論じている答案が相当数あった。問題文を素直に読めば出題意図は明らかであり，文章を正確に読んで理解することができないということは，法曹というより，そもそも社会人としての基本的な素養に欠けていると言わざるを得ない。

## (2) 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

## 【第1問について】

答案の解答水準は予想よりやや良かった。枝問も勉強の程度を反映していたと思う。

新司法試験での国際関係法（公法系）の出題水準がはっきりしたように思う。

## 【第2問について】

答案で触れるべき論点を問題文に明示したため，出題意図を理解した受験生について見れば，おおむね予定していた解答水準に達していた。他方で，ずばぬけてよくできている答案もなく，わずかに，非常に評価の低い答案があった。

出題時には，国際法の知識が十分ではなくても，受験者の法感覚で考えてもらうこと，特にそれにより，問題・論点を発見し，自己の見解を論証する能力をみることを期待したが，その点については，期待したほどの解答は，あまりなかった。他方，予定していたよりも，国際法の基本的知識をもって，それを踏まえた解答が多い印象である。

## 3 今後について

## (1) 今回の結果を受けて法科大学院に求めるもの

法科大学院に対しては，国際法の基本的な内容を，単なる知識としてではなく，具体的な事例に応用可能になるように教えることを期待したい。

## (2) 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

国際法の基本的な内容を問うという方針は今後も貫きたいと考える。

## 平成 19 年新司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（私法系））

## 1 出題の趣旨について

第 1 問は、法の適用に関する通則法第 6 条の失踪宣告の国際裁判管轄、準拠法及び失踪宣告の効果についての理解を、第 2 問は、生産物責任訴訟の国際裁判管轄及び通則法第 18 条の生産物責任の準拠法の理解を問うものである。いずれも平成 19 年 1 月 1 日に施行された法例を全面改正した法の適用に関する通則法の重要な改正部分であり、受験生の理解が当然に期待される部分である。なお、国際関係法（私法系）においては、本年も、事例式の出題方式ではあるが、長文の契約書や生の事実を分析させる出題方式は採っていない。これは、そのような分析能力はむしろ合格後又は修習後の OJT によって培われるべき能力であり、司法試験の段階ではむしろ基本的な法的知識及び与えられた事例に基づいた基本的な法的当てはめ・法的推論の能力を評価するべきであると考えられるからである。

## 2 採点実感について

1 に記載したとおり、国際関係法（私法系）においては、受験生にとって出題趣旨は明確であって、出題趣旨に即さない答案はさほど多くなく、答案のレベルについては後述するが、ほとんどの答案が出題趣旨に即したものであった。

答案の水準について、第 1 問は期待した水準に達していない答案が多数を占めた。原因は、設問 1 の関係で通則法第 6 条についての理解不足、設問 2（1）の関係で反致制度についての基本的な理解不足ということであろう。については、まず、通則法第 6 条が国際裁判管轄について規定していることを理解していない答案が少なからずあった。通則法第 6 条によって改正された法例第 6 条においてもその規定の解釈については争いがあったものの、国際裁判管轄が規定されていること自体はどの教科書にも書かれていることであり、この点を理解していない答案が少なからずあったことは驚きであった。また、失踪宣告の効力の及ぶ射程（直接効果か間接効果か）については、法例の下でも争いがあり、通則法の立法においても一定の整理を行ったところであるが、この点の理解を示す答案はごく少数にとどまった。については、いわゆる「一行問題」に近い問題であり、戸惑った受験生もいたと思われるが、過半数の答案が満足のいく内容ではなかった。反致制度の趣旨・目的や反致制度が機能する場面（準拠法として指定された国の国際私法の内容）については、どの教科書にも書かれている主要論点であり、この点が理解できていない答案が多かったことも驚きである。このような出題形式については異論もあるが、反致制度の基本的な理解ができていれば十分対応は可能であったはずである。

第 2 問は、不法行為訴訟の国際裁判管轄及び生産物責任に関する通則法第 18 条の解釈を問うものであるが、前者の点は典型論点であり、期待していた水準に達していた答案が多かった。後者の点も第 1 問の失踪宣告に比較すれば、出題が予想されていたためか、期待していた水準に近い答案が多かった。しかし、条文の規律内容の事案への当てはめが不十分な答案が目についた。これは、例えば、国際裁判管轄の基準となる「不法行為地」、生産物責任の連結点である「引渡地」の概念の理解が不十分であるため、与えられた事案から論ずべき点（例えば、生産物が転々流通した場合の「引渡地」は、生産業者が生産物を流通に置いた地なのか被害者が生産物を取得した地なのか等）を十分に把握できていないことが原因であると思われる。

なお、付言すると、規定や制度の趣旨を十分に理解することなく、条文を設例に当てはめれば何とか解答らしきものが得られる、と考えているような答案が少なからずみられた。これらの答案は、一行問題すなわち解釈の問題、設例問題すなわち適用（当てはめ）の問題という前提にたっているようにみられる。しかし一行問題では性質上「当てはめ」に関する能力が問い得ず、そのため、設例問題が採用されているにすぎない。解釈に関する能力は旧司法試験と同様に必須であることを何らかの形で知らしめる必要があると思われる。

### 3 今後について

1, 2で述べたように、国際関係法（私法系）においては、法科大学院における特殊な教育（契約書の分析等）を必要とする出題は行っておらず、国際民事訴訟法、国際私法の体系と基本的な概念の正確な理解に加え、法的な推論能力、論述能力が身に付いていれば、合格水準に容易に達し得る出題を行っている。法科大学院においては、このような「ごく当然のこと」を地道に確実に身に付けさせる指導を求める。