

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（公法系科目・刑事系科目）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における試験時間の分割と予備試験の試験科目の範囲の2点について，御意見を伺いたい。具体的には，1点目の試験時間の分割については，問ごと，つまり2時間ご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。2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。

□（刑法） まず，試験時間の分割については，基本的に結構なのではないかと考えている。現在は，刑事系科目は，刑法の問題と刑事訴訟法の問題を同一の時間帯に解答させているが，一方の問題に過度に集中して解答したために，他方の問題の解答がおろそかになるという事例が見られるように思う。刑事訴訟法の考査委員によれば，刑法の問題に時間と労力をそそぎすぎたために，刑事訴訟法の問題まで十分に届かなかったという事例が多いとのことである。受験者に十分な実力があるかどうかを両方の法律分野において適切に判定するという意味では，試験時間を分けた方が良いのではないかと考える。また，問題と問題との間に休憩時間を挟めば，受験者がリフレッシュして新たな気持ちで次の問題に進むことができることから，望ましいのではないかと考えている。

次に，予備試験の試験科目の範囲については，刑法については，特に除外すべき点はないと考えている。

□（刑事訴訟法） ただ今の刑法の考査委員の御発言とほぼ同意見である。付け加えるとすれば，問題ごとに試験時間を分割すると，これまでにそのような出題をしたことはないが，共通の事例に基づいて，第1問と第2問に解答させるというような出題はできなくなる。しかし，試験時間を分割したとしても，やろうと思えば，例えば，ある事例について主として刑事訴訟法の問題を聞きつつ，実体法上の問題にも触れるような問題，つまり複数の法律分野にまたがる問題を出題することは可能であるので，そのような意味でも，試験時間を分割しても問題はないと考えている。

予備試験の試験科目の範囲については，新司法試験と同様で，刑事訴訟法で特段除外すべき点はないと考える。

□（憲法） 従来は，憲法の問題に先に取りかかって時間を費やす答案が多かったと聞いているが，最近では，行政法の問題に先に取りかかる受験者もいるようで，憲法の答案にも，時間不足のゆえに非常に論述が薄くなっていると思われるものが散見されるようになってきている。受験者にとっても，試験時間を分割した方が良いのではないかと。タイムマネジメントを考えながら答案を作成する能力を過度に要求する必要はないと思うので，試験時間は，問題ごとに分けた方が良いと思う。

予備試験の試験科目の範囲から除外すべき点については，憲法では，無いと考えている。

□（行政法） 私も同意見である。憲法の問題で力を使い果たしたのか，後に行くにしたがって時間切れとなっているような答案が相当数見受けられるので，試験時間の分割によって時間配分を誘導し，受験者の実力を把握する方が良いのではないかと考える。

予備試験の試験科目については、行政法の範囲から一部を除外する必要は感じていない。

- ◎ 「新司法試験実施に係る研究調査会報告書」によると、「同一科目内の複数の法分野にまたがる問題については、…必ず出題するとはしないものの、それぞれの科目の特性に応じて、適切な問題を考案するよう努めるものとする。」とある。例えば、一つの事例で刑法と刑事訴訟法との融合問題を出題することは、出題に努めれば不可能ではないのかもしれないが、実際には難しいのか。
- （刑事訴訟法） 一つの事例において実体法と訴訟法のそれぞれの法律上の問題を本当に理解しているかどうかを問うという観点で問題を作成することを考えると、設定すべき事例が極めて限定されることになるのではないかとということが、新司法試験の制度設計の段階から想定されていた。ある法律分野について、深く理解し、かつ、それを使いこなせる解釈能力があるかを測るのが基本だと思うが、そうすると、やはりどうしても、取り上げる問題は、刑事訴訟法の固有の重要な問題であるが、実体法の問題と関係付けるのは難しいという問題が多くなる。逆も同じだと思われる。融合問題の出題を試みようとしたことは、無いわけではないが、本来問うべき手続法上の基本的な問題を聞けなくなるという限界を感じる。
- ◎ 法科大学院の授業では、例えば、刑事法総合という科目の中であれば、刑法と刑事訴訟法を同じ割合で聞く必要はないわけであるから、特に教員が複数なら、刑事訴訟法の問題の中に刑法の問題を交えて聞くということもできるのではないかと。出題でそのような試みをするについては、どのようにお考えか。
- （刑事訴訟法） 私は、刑事訴訟法の基幹科目を担当しているが、その中では、当然、判例を分析することになる。判例の基になっている事案には、刑法上の問題があることもあるので、刑法の基本的な事項を理解しているかどうかを質問し、確認するというのもしている。そのような質疑応答を授業中に繰り返すことによって、刑法と刑事訴訟法の実際の働き、相互関係を理解させるようにしている。しかし、最も基本となる、当該法律分野固有の重要な問題について、解釈を修得させるということになると、授業のすべてをそのような方法で進めるわけにはいかない。また、恐らく、司法修習では、一つの事例で実体法の問題と手続法の問題の両方を聞いているのではないかとと思うが、それは、各法律分野の基本をきちんと修得していることを前提として、最終段階でのチェックを行っていると感じている。プロセスによる法曹養成という観点からも、司法試験の段階で、毎回の試験で融合的な問題を出題することは、難しいと思う。
- 例えば、刑法の考査委員が、刑法を主として、派生的に刑事訴訟法の問題を問うという出題をすることは可能なのか。
- （刑法） 一つの問題に刑法の要素と刑事訴訟法の要素を入れることは、論理的には可能だが、大大問として融合問題を作成する場合と同じ問題点が含まれてくるように思う。つまり、本当に融合するのか、接合するにすぎないのかという問題である。現実には、いろいろな問題のバリエーションを考えると、接合程度にしかならないのが実態で、非常に限られた範囲でしか融合にならない。刑事系科目について見ると、出題が容易に予測され得るという点に、基本的な困難さがあると感じている。
- 接合というのは、取って付けたような問題と言い換えて良いのかもしれないが、実務家として必要な学識を問う試験としては、仮にそれほど融合していない問題であったとしても、習熟度や理解度を測る上で有益なような気もするのだが、いかがお考えか。

- （刑法） 刑事訴訟法の中で、捜査上の問題と公判上の問題というように聞く場合と恐らく変わりがないのではないかと思う。接合ということは、まさにそういう形になるのではないかと。
- 設問の数が増えるだけということか。
- （刑法） そうである。実体法と訴訟法はいわば車の両輪であるから、法適用を取り扱う実務家の能力を試すために融合問題を出題すべきだということは、理念としてはそのとおりかと思うが、これまでいろいろ検討したものの、受験者の能力を十分に試すために良い問題を出題するという観点からは、現実的には難しいと感じる。
- ◎ 試験時間の分割についての質問だが、現行どおり試験時間を分けずに、問の順序を逆にすること、例えば、行政法が先で憲法が後、あるいは、刑事訴訟法が先で刑法が後、ということでは駄目なのか。
- （刑事訴訟法） 試験時間を分けた方が望ましいと考える主たる理由は、問の順序が変わっても、同じ時間帯で行われると、やはり時間配分の問題が発生するからである。この問題はこの時間で処理するのだという枠組みの方が、受験者にとっては、やはり良いのではないかと思う。時間配分は本人の責任とはいえ、我々としても、受験者の到達度を測るために、この程度の問題をこの程度の深さで聞くというように設計している。受験者の出来が良くないときに、それが問題が難しかったためなのか、解答にかける時間が足りなかったのかが分からないのでは、解析して今後の問題作成にいかすことができない。試験時間を問ごとに分けることは、そういう面からも利点があると考えている。
- 憲法と行政法の先生方にお尋ねするが、例えば、実際の行政訴訟では、裁量権の範囲など行政法上の問題を争うのと同時に、憲法上の問題を争うこともあると思う。そのような意味で憲法上の論点と行政法上の論点を融合させた問題を出題することは、難しいのか。
- （憲法） 融合問題については、かつて、行政法の考査委員とともに出題を検討したが、当時の結論は、難しいということだった。憲法では、単に最高裁判決を知っているかどうかを問うのではなく、基本的な判例や学説を踏まえて考える問題を出題している。憲法問題としてアクチュアルな問題をバーチャルな面も含む事案で考えることを求めている。そこから行政法の問題につなげていくのは、そう簡単ではないと思われた。ただし、憲法では、平成18年の試験の際には、公法系科目で融合させるという理念を踏まえ、憲法よりも行政法で議論されることの多い損失補償を出題し、かつ、行政法的な観点から、経過措置を法律で設けなかったことに関する検討を求めた。しかしながら、実際の答案を見ると、十分な論述はされておらず、まだそのような問題に対応できるだけの力が十分でないと思われた。そのようなこともあり、憲法と行政法の真に融合した問題を出題することには、やや難しい面があると考えている。
- （行政法） 確かに、融合問題を作成する上で、まさに適した分野というのはあると思う。財産権、損失補償、適正手続など幾つかあるが、他方で、融合問題を作成しにくい分野の方が多い。できるだけ融合問題を出題するということになると、受験者や受験業界からは、出題される分野が固定的にとらえられることになり、非常に好ましくないと思う。行政法の考査委員としては、行政事件訴訟法をきちんと理解しているということと、実定の行政法規をしっかりと解釈できるということと、必ず確認したいと考えている。憲法上の問題点を盛り込むということになると、大大問という大きな屋根を作っても、その下で憲法と行政法とを分析的に分けるようなことにならないか。刑法の考査委員が述べていたこ

とと同じ問題が起こるのではないかという危ぐがある。法科大学院で修得した成果を把握するという点では、憲法と行政法とは、基本的には区別して出題する方が有効なのではないかと考えている。