

## 新司法試験審査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要

（ 委員長 ， 委員 ， 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、採点の実感等について、率直な感想を聞かせていただきたい。司法試験委員会では、平成20年以降の新旧司法試験合格者数の一定の目安を示すための議論を行うことになっているが、その際にも先生方の御意見を参考とさせていただくつもりでいる。それでは、憲法担当の先生からお願いしたい。

まず、短答式の試験結果についてである。昨年のプレテストの短答式は、公法系は全体の平均点は約40パーセント台であった。憲法は50点満点の60パーセント台、行政法は50点満点の20パーセント台という成績であった。しかし、たまたまよかったという可能性もあることを考慮して、憲法の審査委員としては本試験の短答式の問題作成に当たっては、出来るだけやさしくすることを心がけつつ作成した。実際、本試験が終わった後、いくつかの法科大学院の先生からは、「憲法の短答式問題はやさしかったですね。」と言われていた。しかし、第1回新司法試験の短答式では、全体の平均点が58パーセントだったが、行政法よりも憲法の方が悪かった。

この結果を受けて、出題内容・方式等について検討した。判例を正確に読んでいるかなどを問う問題が中心であり、法科大学院において教育されているべき内容に沿った問題といえるので、出題の方向性や出題内容という点では間違っていなかったと思っている。平均点が思ったよりも悪かった原因は、例えば、出題形式にあったと思われる。正しいものに1、誤っているものに2を付けなさいという形式の出題が、全20問のうち9問あった。この出題形式の場合、枝間は4つあり、4つ全部出来て3点、3つ出来て部分点1点を与えている。しかし、4つの枝間すべてを正解するのがなかなか難しかったのではないかと、また、3つ以上正解しないと点数に結びつかない形式なので、この出題形式が点数が伸びなかったひとつの原因ではないかと考えている。このような形式で出題する場合の枝間の作り方等、来年に向けて検討したいと思っている。

次に、論文に関してであるが、これからお話しする印象は憲法の審査委員全体で話し合った共通の見解ではなく、私の個人的な印象であることをお断りしておきたい。私は、全体答案の約4分の1に当たる420通を採点した。憲法の論文問題で問うている最も核心的問題をきちんととらえ、論じている答案が1通もなかった。今回の論文問題の基礎には、「自由とは何か」という極めて根本的な事柄に関する問いがある。それをとらえた上で、個別・具体的に検討する答案が、私が採点したものの中にはなかった。出題側としては、極めて残念であった。ただ、執筆するのに十分時間があり、執筆するのに参考文献も読むことができる法科大学院の教員が法律雑誌に解説を書いている中にも、不適切、不十分な解説がある。そのことを考慮すると、限られた時間の中で、考え、資料を読み、書かなければならない受験生が出来なかったとしても、責めることはできないようにも思われる。出題した問題に直接かわる判例はないが、受験生が問題を自ら発見し、その問題にどのようなアプローチがあり得るのか、何を論じなければならないのかを自ら考えることを求めた問題である。そして、資料を読んで、事実に関わるところも踏まえて、机上の空論だけではない憲法論を考え抜いてほしいという「おもしろい」で作った問題である。本年の論文問題におけるそのような基本的姿勢は、間違っていなかったと思っている。ただ、受験生が問題を解く時間との関係で資料の分量が多かったのではないかとはいっており、この点は来年に向けた反省点である。

最終合格者の決定を終えた今、旧司法試験考査委員でもあったが、そのときと同じ危惧を抱いている。つまり、予備校や受験にかかわる雑誌では、採点者からすると優秀答案（模範答案）とはいえない、合格者が書いた再現答案が「優秀答案」として扱われる。受験生は、それを「模範答案」として暗記する。こうして、優秀とはいえない答案が、しかもパターン化して蔓延することになる。今回も、採点して、実際の答案は、出題者の意図からずれてしまっていたことから、そのような答案が蔓延することになるのではないかと危惧している。旧司法試験と同様の現象が起これば、法科大学院教育の「崩壊」を、ひいては新しい法曹養成制度自体への疑問を呼び起こすことになるのではないかと懸念する。法科大学院教育の「崩壊」を防止するためには、なお一層、教える側に広く、深い研究に裏付けられた教育を行うことが求められる。そのような教育とは、私見を押し付けるのではなく、豊かな感受性でもって問題を発見し、深い理性と温かい心をもって多面的に問題を検討し、そして筋の通った結論を導き出す能力を養成する教育であると思われる。

私の方から、出席していない行政法の各委員の意見について報告する。まず、出題趣旨について簡単に申し上げる。行政法としては、時間内に問題文と資料から具体的事実関係及び法令の趣旨を的確に読み取って把握する能力が備わっているか否かということを試すというのを主眼に置いた。その上で設問1は、主として訴訟方法の選択の問題であるが、行政法総論及び行政訴訟に関する知識を踏まえて、具体の事案に含まれた法的问题の所在を把握した上で、適切な訴訟方法を選択し、それと結び付いた本案の主張を整合的に展開できるかということを試している。それから設問2は、国賠法の問題であり、国家賠償法上の基礎的な知識を踏まえ、具体の事案において的確な主張を組み立てる力があるかということを試そうとしたものである。

以上を前提にして、採点実感のうち、設問1と2の出題意図に即した答案の存否、多寡、それから出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準の差異について説明する。各委員の共通の認識として、設問1については、答案の多くは出題者が想定していた基本的な枠組みに沿って解答を組み立てることが出来ていたということである。それから設問2については、設問1に比べると記述の厚みに欠ける答案が多かったものの、答案の多くは基本的には的確な理解を示す記述をしていたということである。各個別の委員の感想について、いくつか紹介すると、「高得点を得た答案がかなりの割合で存在し、白紙に近い答案や適切な記載がわずかしかない答案も少ない割合ながら見られた。」、「全体としてまああの出来、しかし、明らかに時間切れと思われる答案も多い。」、「ほぼ例外なく一般論、抽象論に終始することなく具体的事案に当てはめて、答えようとする答案であったためよい印象を受けた。その前提としてどの答案も資料をよく読み込んでいた。」、「予定した解答水準であったと言ってよい。」、「実務にこれから出ようとする時点で行政法について最低限知っておくべきこと、あるいは、当てはめ能力としては多くの答案が十分な資格を有している。」などとかなり肯定的な意見であった。他方、「一部白紙に近い答案や適切な記載がわずかしかない答案もあった。」とか、「第2問の国賠法の方が若干記述の厚みに欠ける。」という指摘がある。この辺の原因についての各委員の見解についてであるが、出題の意図と実際の解答に差異がある場合の原因については、「憲法と行政法との間の時間配分に失敗し、行政法に十分な時間を割くことが出来なかったのではないか。」、「行政法の中でも設問2の方、国賠法の方は、出来、不出来がかなりはっきり出ていた。不出来な答案というのは明らかに時間不足の答案が多かった。結局これは第1問の憲法とそれから第

2問の行政法の方でも資料を読み込んでいたうちに時間が不足してしまったのではないか。」という指摘もある。それから、厳しい指摘としては、「与えられた資料、法文から重要な事実を読み取り、それらに法令、判例理論を適切に当てはめることによって適切な結論を導き出す能力、基礎的知識を養成するという法科大学院の教育理念が一部の法科大学院においては、十分に学生に徹底されていなかったことが考えられる。」という指摘がある。設問2の出来がよくなかった点については、「国賠法の問題について正面から、注意義務、すなわちこれは過失要件、あるいは国賠法の違法要件ということであるが、注意義務について論じている答案が少ないとの認識を持った。これは、事例に則して、そこまで言及、検討する教育が行われていないということではないかと推測される。」という指摘もある。このような点を踏まえて、法科大学院に求めるものとして、厳しい指摘をされた委員の方は、「与えられた資料、法文から重要な事実を読み取り、これらに法令、判例理論を適切に当てはめることにより適切な結論を導き出すという能力、基礎的知識を養成するという点を各法科大学院の責任において検討されることを望む。」という意見がある。

それから、国賠法の要件についての検討が十分にされていないという指摘をされた先生は、「各要件に即して考える癖を付けることは重要であり、また、過失認定という研究者教員にとっては少々教えづらい問題についても少なくともどういうふうにアプローチするのかという程度の教育は意識的に行う必要がある。」という指摘をしている。他の意見を紹介すると、例えば、「いたずらに細かい知識を追うのではなく、基礎的、基本的な知識を与えられた事案に的確に当てはめ、応用できる能力を身に付けさせる教育に力を入れてほしい。」という意見がある。それから、実務家の委員からは、「今回の出題では、訴訟形態のことを訊いているので、出来るだけオーソドックスな訴訟で最大限の効果を上げるといって極めて実務的な能力が不可欠である。そのためには行政事件訴訟法の条文をしっかりと理解すること、それから判例百選等の基本的な判例をきちんと読み込むことなどに重点を置いてほしい。さらに、余裕があれば判例雑誌や裁判所のホームページで行政事件の最新の裁判例を読み、具体的に生起する事象に対する行政訴訟による対応を考察してほしい。」という指摘をされた委員がいる。以上が法科大学院に求めるものである。

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については、資料の減量を指摘された委員がいた。ただし、実際には行政法の特質から、資料の減量はかなり困難ではないかという意見も一緒に述べている。

行政法に関して、委員の意見を客観的にまとめたものは、今、説明があったとおりである。個人的な感想を付け加える。短答式試験の関係であるが、行政法については次のようなきさつをたどっている。プレテスト問題は非常に難しかったという感想を受け、今回は行政法の出題に関しては、プレテストのときよりも一層やさしくすることに努めた。その結果が今回のような結果になっていると思われる。短答式試験は、行政法は初めての経験であるので、初回はやさしいものであっても、今後は、様子を見つつ、少しずつ、長期的には難しくしていけばいいのではないかと考えている。それから、論文式試験については、先ほども説明があったように、十分な資料を与え、そこから正しい答えを引き出すということを中心において出題をしたので、一応の答えは比較的容易に出来るはずである。ただその先の解釈論上の論点に気が付いて検討することは、実務家、あるいは研究者の間でも議論になるような高度な論点も含まれている。色んなレベルの能力を評価できる問題のつもりで出した。結果的には上の方のレベルの答えはほとんどなかった。下の

方に関して言えば、一応は書けているというのがかなりあるという印象である。もちろん、そのくらいのレベルで果たしてよいのかというのはまた別個の問題である。御承知のとおり、日本の行政訴訟の実務というのは事件の件数もまだ少なく、行政訴訟の実務のレベルが平均的にはまだまだであると私は認識している。中には大変優れた判決、優れた訴訟活動の事例もあるが、一般的な法曹のレベルはまだまだであるので、差し当たり先ほどのようなレベルで法曹養成の目標を定めるとしても、それは現状を改善していくことにそれなりに役に立つのではないかと思われる。それから、法科大学院との関係、あるいは、学生の勉強との関係で言うと、実務行政法というか、法曹になるための行政法の勉強の仕方というのは、まだ確立されていない。各法科大学院も手探りでやっているところであるので、そのための教科書なり教材なりというものもこれから開発しなければならないという段階である。最初に言ったように、プレテスト後、学生諸君はかなり行政法を勉強してくれたという印象を持っている。それが今後教材の開発や教育方法の改善も加わって、だんだん全体としてレベルが上がっていく、それに応じて、出題採点のレベルも次第に上げていければと、私としてはそのような見通しを持っている。

他の憲法の考査委員の意見の概要を紹介する。既に説明のあった内容と共通する点も多いと思われるが、かなりよかったのではないかという印象を述べた委員と、逆に、かなり期待はずれであったという印象を述べた委員が、それぞれおられた。ただ、その具体的な内容を比較すると、共通点も少なくないように思われた。具体的に申し上げると、予想よりはよかったとか、法科大学院の教育の成果が現れているといった肯定的な印象を述べた委員からも、問題点を把握してきちんと書いている答えはほんの一握りに過ぎない、出来のいい答えはそれほど多くはないとの指摘がなされており、きちんと出題者の意図をとらえて問題点を分析、把握して記述している答えは少ないという印象であったように思われる。また、悲観的になったとか、残念であったという印象を述べた委員のコメントを見ると、問題点を事実を照らしてきちんと把握できていない、例えば、本問におけるたばこに対する警告表示がどういう自由権を制約するのかきちんと分析しないまま非常に表面的な記載で終わっているものが多いとか、大きな論点である消極的表現の自由には触れているものの、その内容をきちんと把握しないまま記述しているものが多いといった指摘がなされている。こういった意見をまとめてみると、今回の出題は、豊富な資料を提供して事実の分析を求め、憲法規範の的確な理解のもとに、何が問題となるのかを把握し、その問題に関係する事実を資料から抽出した上で、複眼的な立場から憲法規範を当てはめることが出来るかどうかを問う問題であったが、こういった事実の分析や抽出が十分出来ておらず、表現の自由の問題のようだとということから、すぐ合憲性判断の基準といった解釈についての記述に飛んでしまう答案が多く、採点者から見ると、法律実務に重要な事実の分析や抽出が抜けているという印象を受けたのではないかと思われる。消極的表現の自由が問題なのであれば、たばこに対する警告表示を義務付けることがどういう意味で消極的表現の自由の問題になるのかをきちんと説明した上でない次のステップに本当は移れないはずなのに、そこを飛ばしてしまう答案が多かったということであろう。その反面、一応の問題点の把握は出来ており、そういう意味でそれなりの記述がされている答案は少なくなかった。旧試験の答案に多く見られたような紋切り型の答案からは脱却傾向にあるのではないかという肯定的な評価をすることも可能であり、委員の期待値によって評価が変わったのではないかと思われる。

行政法の出題では、どのようなところが重要な問題となり、受験生や法科大学院生には、どのような勉強を求めるというメッセージを伝えたことになるのか。

最初に出題意図ということで、説明したことであるが、行政法は、いわば、種々雑多な法令の中でどうやって筋を通してものを考えるかということもある。種々雑多な制度の仕組み全部を暗記せよということでは決してない。事実に関する資料も、それから制度に関する資料も問題に付けているので、与えられた条文や説明などから制度の趣旨あるいはポイントをきちんととらえることが行政法にとって基本的なスキルであり、それをまず訊きたいと考えていた。私の印象では、半分以上の受験生は、資料は正確に読み取ってそこに書いてあることは理解していた。しかし、その先に、実は隠された論点があるわけであるがそこまではなかなか気付いてもらえなかったということである。

もう一つお聞きしたかったのは、従来の試験では、いわゆる画一的で、論点主義、記憶に頼った答案というのがよく見られるというのはしばしば指摘されてきたところであるが、今年の行政法の答案では、そのような印象を受けるものがあったのかどうか、また、数字で表すのは難しいかもしれないが、あったとすればどれぐらいの割合で見られたかを教えていただきたい。

画一的と言われると、確かにそういう印象を受ける点はある。しかし、どういう意味で画一的かということもあるが、非常に平板な、つまり、概念とその定義を機械的に暗記していて、それをただ書き並べるということであるとすれば、今回の答案はそういう感じでは必ずしもなかった。生の資料から書かせるので、手持ちの概念から書き始めるのは、そもそも難しいところがある。ただ、別の意味では画一的とみ得る点もある。この問題は行政の一連の活動についての争い方を問うているわけであるが、今の行政事件訴訟法でいうと、行政処分というものをとらえて、取消訴訟なり、無効確認訴訟を起こすというのがオーソドックスなやり方であるので、そのオーソドックスなやり方にとらわれて何とかして処分を見つけてそれを取消訴訟に結びつけるという、ただその一つの解法しか頭にない。

そこで、なんとしても処分を見つけたいという発想で、ある事実に行くわけであるが、それはいまの判例から見ればそんなものに処分性は到底認められないような事実なわけである。にもかかわらず、そこへ非常にたくさんの学生が、いわば魚が網に誘い込まれるように行ってそこで長々と書いている。そういう意味では、与えられた事実の中からバランスよく問題の所在をまずつかんでバランスよく議論を組み立てていくという能力がまだ足りないという印象を持っている。

よく他の科目で聞くような、各論点に対する記述のパターン化というような指摘が、行政法の委員の先生からはあまり出ていないように思われる。今回の行政法の問題は、そのようなことではなかなか対応しきれなかったのではないかと個人的には思う。

法科大学院での行政法の指導方法が良かったということになるのではないか。

そういうことではないと思われる。今回の問題は、およそ論点の丸暗記では答案の一行

の書き出しもできない。ただ、法科大学院で教えてほしいバランスのよい状況のとらまえ方は、まだだと思われる。

資料を読んで組み立てるということで、丸暗記型の勉強では対応できない非常によい出題だと思われるが、今の法科大学院の行政法の教え方は、このような形の題材を使って、細かくトレーニングするやり方が多いのか。もちろん大学によって、違うと思われるが、今の法科大学院における行政法の教え方はどのようになっているのか。

私が認識している限りのことであるが、一昔前の行政法の教科書は概念を体系的に説明したものであった。今でも教科書は基本的には同じである。それに対して、新しく始まった法科大学院での教育は、判例教材を使って行われているところが多い。判例を読ませて論点について考えさせるのが主流だと思われる。教材と教え方との間にギャップがまだあることが問題だと思われる。今回の問題は、実は判例があるが、行訴法の改正もあり、行政訴訟についての考え方もちょっと流動的になっているので、このような状況では他にも色んな可能性があるのではないかということをもう一度考えてもらいたいところであった。判例を踏まえつつ、しかし、判例から距離をおいて自分でものを考えてみるという能力を養うための教材というのは、いったいどういうものだろうかと、私自身、この問題の作成に関わり、採点しながら、それが今後の行政法教育における課題だと思った。

判例の結論の部分だけを憶えるだけだと、あまり進歩がなく、具体的な事例を前提に判例で展開されたロジックであるとか、考え方を勉強することによって、いわば汎用性が出てくるようになるのだと思われる。私はこの問題を拝見して、そういう意味で実務にもつながるよい問題だという印象を受けた。

採点結果を踏まえて、憲法の論文問題について、前述した全体的感想よりもやや踏み込んで述べておきたい。今年の問題では、それぞれ異なる3つの立場から論じることを求めた。それは、多元的・多面的思考能力を問うものでもある。第1問の1では、依頼者の希望に応じてどういう訴訟を提起するか、を尋ねた。サンプル問題のときには、どういう問題があるかを「簡潔に述べなさい」という尋ね方であった。「簡潔」ってどう書けばよいのか、どこまで書けばよいのか分からないという声が寄せられた。また、プレテストでは「箇条書きにしなさい」という尋ね方をしたら、箇条書きってどう書くのか分からないという声が寄せられた。そこで、今年の問題では、損失を回復したいし、損害賠償を求めたいという依頼者の希望に応じた訴訟という、かなり絞った形で尋ねた。それゆえか、この問いに関してはかなりの人が書けていた。しかし、第1問の2の部分、つまり憲法論としての核心的問題にかかわるところであるが、前述したように、十分にとらえられていなかった。教科書・概説書では、一般に、表現の自由の中で消極的自由という概念は説明がされていない。しかし、それは、自由論そのものの中で論じられる。強制からの自由と選択の自由である。今年の問題では、自分の意見でない他者の意見を自分のパッケージに記載することを義務付けられることの問題性であるから、強制からの自由を巡る問題である。受験生は、この基本的問題に気付いてくれなかった。その点で、出題側の期待との間にズレがあった。また、パターンの答案も目だった。とりわけ、それは、営業の自由の問題だと論じている答案が目立った。問題となった法律の立法目的は複合的目的であることを依頼者も認めているにもかかわらず、また、目的の問題性は問わないと述べているにもかかわらず、単純に消極目的・積極目

的二分論で書く傾向が見られた。具体的判断に関しても、手段の合憲性を論じる際に関係する資料を出しておいたが、それらが十分に活かされていない印象がある。出題側としては、特定の答えを想定しているわけではなく、受験生が資料等を用いてどのような結論を導き出すのか、楽しみにしていた。例えば、タバコの値段を上げることの方が有効な手段である、といったような主張をする答案も出てくるのではと楽しみにしていたが、残念ながら、そのような答案はなかった。

行政処分については普通は取消訴訟で争うが、その出訴期間が切れていることは問題文に書いてある。そうすると、次に、無効確認訴訟の可能性があると想起されるはずである。

しかし、無効確認訴訟は、出訴期間が無い代わりに特別の無効事由を主張しないといけない。大体この程度まで理解できている人が半分以上いるという印象であった。プレテストのときにはその程度のこと書けていない答案が多かったが、今回はその程度のこと理解出来ていると思われた。

前半部分で比較的こちらの想定していた基本的な論点について、解答を満たしているところで印象がよくなったので、後半部分の国賠法の要件の当てはめのところが、十分出来ていなかったのは時間切れのせいではないかと受け止めた考査委員が比較的多かったようである。おおむね全答案の約60パーセントが合格という点については、他の行政法委員の先生も異論はないのではないかと思われる。