

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（民法・民事訴訟法））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^{ひっす}大大問の見直し，論文式試験の^{ひっす}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^{ひっす}大大問の見直しについては，民事系科目において^{ひっす}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，^{ひっす}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。

□（民法） まず，お尋ねの1点目の^{ひっす}大大問の見直しについてであるが，民事系科目において^{ひっす}大大問の出題を引き続き毎年必須とすべきか否かという観点から申し上げますれば，毎年^{ひっす}の出題を^{ひっす}必須とする必要はないであろうと考える。では，^{ひっす}大大問の出題を毎年必須としない場合に，^{ひっす}大大問の出題の余地を残すべきか否かという点については，今後も^{ひっす}大大問の出題の余地を残すべきであると考えている。旧司法試験の出題の仕方と比較すると，新司法試験では，複数の法分野にまたがる問題を出題することで，出題の自由度が高まっていると思う。そして，このことによって，受験者の事例解析能力や法解釈・適用能力をより良く測ることができるようになったと考えられる。さらに，重要な点は，複数の法分野にまたがる問題の出題の可能性が残されていれば，法科大学院の学生は，それに応じて学習を進めることになるであろうということである。つまり，^{ひっす}大大問による出題の余地を残すことによって，複数の法領域にまたがる問題について積極的に取り組むという学習姿勢を促すことができるのではないかと思う。他方で，平成21年新司法試験の民法と商法の組合せによる^{ひっす}大大問の例がこれに当たるが，^{ひっす}大大問の方法によらなくとも，適切な出題が可能なのもある。したがって，^{ひっす}大大問には長所があるが，これを毎年出題し続けるということには，大きな意味はないと考える。しかしながら，これまでの出題や問題作成作業を振り返ると，今後もなお，民法・民事訴訟法の組合せにおいても，民法・商法の組合せにおいても，^{ひっす}大大問の特性を生かした出題を行うことは十分に可能であると考えている。要するに，お尋ねの1点目については，^{ひっす}大大問の出題を引き続き毎年必須とすべき必要はないが，^{ひっす}大大問の出題の余地は残すべきであると考えている。

お尋ねの2点目の試験時間の分割についてであるが，大問のみによる出題を行うこととし，4時間の試験時間で2問を出題するとした場合，受験者が誤って1問目と2問目とで答案用紙を取り違えて解答し，2問とも零点になってしまうということが起こり得ると聞いている。4時間の試験時間で2問を出題することの利点も様々あるかと思うが，受験者本人に責任があるとはいえ，答案の取り違いというオール・オア・ナッシングの大きな不利益が生じ得るということを考えると，大問のみの出題とする場合に，試験時間を大問ごとに分割することには，賛成である。これらの点については，私個人の意見であるが，本年の民法の他の考査委員と意見交換をしたところ，おおむね同様の意見であった。

お尋ねの3点目の予備試験の試験科目の範囲については、民法において法務省令により明確に除かれるべき部分はないと考える。

□（民事訴訟法） お尋ねの点については、あらかじめ、本年の民事訴訟法の考査委員全員に意見を聴いている。まず、お尋ねの1点目の大大問の見直しについては、大大問による出題は取りやめるべきであるという意見で、全員が一致した。以下、その理由を申し上げる。その一つは、民事訴訟法の特殊性とも言えるが、民法や商法と組むと、民事訴訟法の方が設問の順序が後になることが多いためか、実際の答案を見ると、明らかに民事訴訟法の設問に充てる時間が不足し、そのために十分に論じられていないと見られる答案が相当数認められた。民事訴訟法の実力の有無にかかわらず、時間配分を誤ったために論述が不十分な結果になったと思われる答案ということである。これは、受験者の実力を見る上で余り良くないのではないか。もちろん、4時間という試験時間の中で上手に時間配分をすればよいのだが、その場で初めて問題を見て時間配分をするということには、難しい面もあるだろう。語弊があるかもしれないが、時間配分という技術的なミスによって、実力が反映できないような場面があるのではないかと思われる。また、問題文の並び方によって、問題を解く順序がある程度拘束されることになるので、大大問では出題順序が後になる傾向のある民事訴訟法が得意な受験者は、実力が十分に反映できないということがあるのではないかと思う。もう一つの理由は、大大問での出題に当たっては、できる限り理想的な融合問題の作成に努めているが、そのような問題を作るのは、実際には非常に難しいということである。実務家の考査委員に意見を伺うと、実際には、一つの事案において、実体法と手続法とが融合して問題になるようなことは、余り無いということである。融合問題の出題にこだわりすぎると、出題の範囲が非常に限られるので、何年かで出題が枯渇することになりかねず、非常に出題が難しいという制約がある。したがって、大大問による出題は取りやめるべきであると考え。大大問の出題の余地を残すべきとの民法の考査委員の御意見もあるが、大大問の出題の余地を残す場合、どのように残すかということが非常に難しいと思う。例えば、民事系科目については2問ないし3問を出題するという形で決めておくことは可能であろうが、ある年に大大問を出題するかどうかを民事系科目の考査委員が決めるのは難しいのではないか。受験者の立場からしても、試験の当日になるまで大大問かどうか分からないというのでは、かなり不安感があるのではないかと思う。大大問による出題を取りやめるのであれば、出題の余地を残すのではなく、完全に取りやめる方が良いというのが、民事訴訟法の考査委員全体の意見である。

お尋ねの2点目の試験時間の分割については、2時間ごとに分割する方が良いのではないかというのが民事訴訟法の考査委員全体の意見である。先ほど民法の考査委員が触れた、答案の取り違えの問題もある。もう一つは、例えば、4時間で大問2題を出題する場合、受験者の側からすると時間配分が難しいということであろうし、出題する側からすると、2時間で解答することを想定した問題を出題しているのに、実際には、受験者の得意不得意や時間配分によって、1時間半、あるいは、極端に言えば1時間しか解答に費やせないというのでは、それぞれの法律分野の実力が十分に見られないという問題があると思う。是非、2時間ごとに分割していただきたいと思う。

お尋ねの3点目の予備試験の試験科目の範囲については、民事訴訟法において特段除くべき部分はないと考える。予備試験について若干意見を申し上げると、予備試験について学生の関心が強いと感じている。先日、法学部の学生と進路について話していた際に、法

科大学院に行くか、公務員試験を受験するか、あるいは、予備試験を受験する道があるということを言われ、確かにそういう選択もあり得ると思った。予備試験がどうなるかということは、できるだけ早く明らかにしていただくことが、これから法曹界に入っていくとする人たちの進路選択のために必要ではないかと思う。

- ◎ 大大問による出題の場合、民事訴訟法を先にして、民法あるいは商法を後にするということは、学問の体系からしてどうかという異論はあるかもしれないが、試験としては差し支えないのではないか。
- (民事訴訟法) 実際の問題作成では、最初に事例を組み立てていくのだが、その際には、やはり実体法的な事実関係の部分から組み立てて、そこに訴訟手続の部分を折り込むという形になる。その結果として、設問が民法から先になるという傾向があるのだと思う。
- ◎ 旧司法試験の口述試験では、民法と民事訴訟法を一緒に出題していたが、民事訴訟法を先に出題したこともある。その際、民法の考査委員から、手続法の後からでは難しいという意見は聴いていない。これまでの大大問では、民法の考査委員からすれば、民法の設問を後にするという事はやらなかったのであろうが、やってできないということはないのではないか。
- (民法) そのとおりだと思う。例えば、平成21年の民法と商法の組合せによる出題は、実質的には融合問題にはなっていないもので、批判もあったかもしれないが、そのような出題も大大問の形式の中でこれまで行っていた。民事訴訟法の設問を前半に出題し、「ところで」という形で当事者双方に共通する事実関係につなげ、後半で実体法の設問を出題するという方法であれば、作成は可能だと思うし、適切なテーマを選ぶなどの工夫によっても、手続法、実体法の順で試験時間4時間の問題を編成することはできると思う。
- (民事訴訟法) 問題の作成の仕方は年によっても異なるが、まずは、2つの法律分野が融合した理想的な問題の作成を目指している。民事訴訟法の問題を作成するときには、訴訟になるまでの道行きとしてある程度の実事を書き込むということが生じる。その段階でできれば民法と共通するような事実関係としたいと考える。そのようにせずに、訴訟法の問題を作成して、それと関係ない実体法の問題を作成するとすると、事実関係が非常に長くなってしまふ。そのため、舞台設定という意味での事実関係については、できる限り、ある程度まで共通にしたいという問題が生じることになる。次に、民法の問題は、民法の性質上、ある事実関係を確定した中で、当事者間の権利義務関係を論じるというものになる。それに対し、事実関係が確定してしまつては裁判にならないので、訴訟法の問題は、まさに事実関係を確定するための、途中の手続を問うというものになる。そこで、途中までは事実関係が共通でも、後はどうしても枝分かれが生じてくる。論理必然ではないが、経験上は、途中までの道行きの事実関係の中で実体法上の問題が出てきて、その余の部分について更にこういう経過があつて訴訟となつた、という流れの方が自然であり、作成しやすい。そのため、従来、問題作成の段階では、実体法の考査委員の問題作成状況を見ながら、訴訟法の問題を考えていくことになり、民法の問題が先になっていることが多かったように思う。
- ◎ 新司法試験の出題形式によって法科大学院生の学習態度が変わるということは、ある意味では本末転倒であるものの、民法の考査委員の御指摘は、大大問による出題を取りやめることで、融合問題的なものに法科大学院生の関心が向かなくなる危険があるというものである。民事訴訟法の先生は、どのような御意見か。

- （民事訴訟法） 恐らく、実体法の民法と商法との間では、実際の生活でも事例的に重なることがかなりあるのではないかと思われるが、民事訴訟法と民法とは、限られた部分でしか重なり合うことがなく、若干事情が異なるという感じがする。法科大学院生に融合的なものの学習を促すことについては、法科大学院の教育で十分カバーできると思うが、それ以上に大大問の出題を継続することに伴う問題が大きい、というのが民事訴訟法の審査委員全体の意見である。
- それぞれの法律分野についての能力を測るためには、別々に出題した方が分かりやすいということは理解できるのであるが。実際に実務を担当していると、民法の事件、商法の事件、訴訟法の事件といった区別はないわけで、日常的に我々が取り扱っている事件は、むしろ圧倒的多数が融合されているとも言える。したがって、率直なところ、それほど作題が難しいのだろうかという印象を持たざるを得ない感じがする。もう一つは、法的な思考力を問おうとする新司法試験の象徴の一つが、大大問による出題であったと思う。法科大学院の先生方も法的な思考力の養成を重視した指導を努力されているものと思うが、新司法試験で大大問による出題があるのとならないのでは、指導の場面でも違いが出てくるように思う。これらの点について、どのようにお考えか。
- （民事訴訟法） 御指摘のとおり、日常的には実体法の問題があり、裁判になれば訴訟法を使うということだと思うが、ある一つの事件において、民法の論点、商法の論点、訴訟法の論点が同時に問題になる事件があるかということになると、そのような事例には遭遇したことがないというのが、弁護士委員の多数の意見である。日常的に起こっているような事例では、なかなか民事訴訟法の問題にはならない、試験で実力を試すにはなじまないということである。民事訴訟法についての基本的な理解を試そうとすると、そこで取り上げる事象が日常的に起きている事象とは少し違ったものになるのは、やむを得ないのではないかと思う。実際に問題を作成してみると、なかなか理想的な融合というのは難しい。ある一つの会社を当事者としながら、実は全く別の事実関係を前提として別の法律分野を問うという問題を作成し、それに4時間の試験時間の中で解答させるということは可能であるが、それは大大問の本来の趣旨とは必ずしも合致しておらず、大問2問で出題するのと同じことになってしまう。大大問である以上、その趣旨に添った融合的な問題を作成しようとするればこそ、出題が困難になるということだと思う。
- （民法） 法科大学院教育あるいは法科大学院における指導については、二つのことを分けて考えるのが良いと思う。一つは、法科大学院の教員の側が、カリキュラムを作成し、教材を用意し、授業でどのようなテーマを中心に取り上げ、どのように扱うかという問題であり、もう一つは、法科大学院生が何に自分たちの関心を割き、勉強時間を費やすかという問題である。この二つは、同じ適切な方向に向いていれば良いが、教員が手を抜いたり、あるいは、法科大学院生が自分の考えをうまく伝えられなかったりすると、法科大学院生のニーズに合わない指導になってしまう。この二つをどのように同じ方向に向けていくかということが重要だと思う。大大問の出題の余地を無くすこととすると、学生は、例えば、民法と商法が競合するような問題は、将来の実務では重要であろうが、まず目の前にある新司法試験のためには、民法固有の問題、商法固有の問題が重要で、競合する部分は出題されにくいと考えがちなのではないかと思う。教員がある種の理想論を持って、司法試験は通過地点であって、今後10年20年の出発点として実務法曹としての力を養うのだということを強調しても、学生が2年や3年といった法科大学院での限られた時間で

何に集中しようとするかといえば、やはり司法試験が頭にある。出題についていろいろと制約があるのは事実であるので、毎年必ず大大問を出題することは、もはや必要ないとは思いますが、法科大学院生を適切な方向に向けるために、大大問の出題の余地を残し、複数の法律分野にまたがる問題も新司法試験で問われる可能性があるということを言うておくことが適切ではないかと考える。これは、私の考えであると同時に、民法の考査委員の意見交換でも強調されていた点である。大大問の出題の余地を残すと、受験する年によって当たり外れがあつて不公平だというような意見が出てくるかもしれないが、皆が同じ試験を受けるのであるから問題にならないと思う。

□（民事訴訟法） 先ほどの繰り返しになるが、民事訴訟法と実体法との組合せによる大大問では、かなり限られた範囲でしか融合問題を作成することができない。民事訴訟法の考査委員の意見を聴くと、実体法の出題と事実関係を融合させることを意識すると、民事訴訟法として出題したい問題が出題できないという意見が強い。実社会との関係ということを考えても、語弊を恐れずに言えば、民事訴訟法の問題、特に判例になるような事例は、かなりイレギュラーな事が起こらない限り出てこない。そのようなイレギュラーな事実関係を実体法の事例に反映して出題することは難しいと思われる。結局、民事訴訟法と実体法を大大問の中で真に融合させるのは、かなり難しいという気がする。

□（民法） 我々としては、大大問による出題の余地を残すべきだという意見に変わりはないが、仮に大大問による出題の余地を無くすとした場合には、本年の民法の考査委員からの希望があるので、お伝えしておきたい。それは、大大問による出題の余地を無くす場合には、大問3問を民法、商法、民事訴訟法と固定せず、民事系第1問、民事系第2問、民事系第3問という位置付けにさせていただきたいということである。そのような位置付けであっても、恐らく、1問は民法の考査委員が中心となつて、1問は商法の考査委員が中心となつて、1問は民事訴訟法の考査委員が中心となつて、作問し、採点することになると思うが、その意味は、次の点にある。例えば、民法で担保物権の問題を出題する際に、民事執行法上の問題がどうしてもかかわることがある。民事執行法上の問題にかかわらないように問題を作成することもできるが、そうすると出題の幅が制約されてくる。このときに、民事執行法の分野の問題にもかかわる出題ができる方が、受験者の実力を適切に測ることができるのではないかと考える。担保物権だけでなく、例えば、債権者代位権なども、実体法と密接に関連した問題だが、訴訟法的な側面も持っているので、これに及ぶ出題も可能となる余地を残していただきたいと思います。これらは例に過ぎず、このような問題はたくさんあるのだろうと思う。もし、大大問の出題の余地を残さないという御判断になったら、重複あるいは隣接する法律分野にも及ぶ出題ができるという余地を是非残していただきたいと思います。

○ 先ほど、大大問では民事訴訟法として問いたい問題が問えないという御発言があつたが、それはどういうことか。

□（民事訴訟法） 民事訴訟法を中心に出题するのであれば、問いたい事柄に応じて、自由に事例を設定することができるが、大大問では、実体法の出題との関係では、確定された事実関係の下で設問を作成しなければならず、事実関係が確定していないことを前提とする訴訟法の出題が難しいということである。

○ 現在は、民事系科目については、大大問が実体法と手続法なら大問は実体法、大大問が民法・商法なら大問は手続法となっている。大問3問による出題とした場合に、それぞれ

の大問の中で他の法律分野にわたる出題を可能とすべきという提案があったが、そうすると、例えば、民法を中心とする問題が手続法にも及び、他方でこれと別に手続法の出題がされるとすると、全体として、手続法の配点が多くなるということにならないか。

□（民法） 確かに、そのような出題の場合、手続法の問題の比重が300分の105、あるいは300分の110になることはあるだろうし、あって良いというのが私の考えである。そのことは、従来の大問という出題形式においても、実際にあったかどうかはともかくとして、あり得たことであると思う。

◎ 確認であるが、先ほど挙げられた、担保物権に関して民事執行法にかかわる問題を出題するという例だが、民事執行法プロパーの解釈論を聞くという趣旨ではないのであろう。

□（民法） そういうことをイメージしているわけではない。

○ 感想めいたことになるが、確かに実務では法律分野ごとに事件が起こるわけではない。また、新しい法曹養成制度を批判する人の中には、法科大学院の試験より予備試験は難しく、予備試験より新司法試験は難しい、と平行にとらえている人もいるが、新司法試験の科目が「民事系科目」ではなく「民法」「商法」「民事訴訟法」になると受け止められると、なおさらそのようなイメージになってしまうのではないか、それは困るという感じがする。大問は、新たな試験の理念を表すものとして、良いものだと思っていた。民法の考査委員の御発言にもあったように、大問による出題をしないとしても、「民事系科目」であるのだから、法律分野ごとに截然と分けるのではなく、多少なりとも複数の法律分野にまたがる問題が出るということによって、実務家になるためにはそのような観点がなければいけないということを示す必要があると思う。それから、民事訴訟法の理解を良く測るために民事訴訟法固有の論点を聞こうとしても、日常的な事例では難しいということだが、二回試験の口述試験を担当した経験からは、当たり前のテーマであっても、必ずしも全員がうまく答えるというわけではないので、実務家としての能力を判定するのに、あえて民事訴訟法固有の問題を聞く必要があるのだろうかという感じもする。

□（民事訴訟法） そこには、論文式試験という形式からの制約があると思う。例えば、この場合にあなただったらどうするか、こういう手続で相手方がこのようなことを主張してきた場合にあなただったらどうするかと質問し、それに受験者が答え、それに対して更に質問をする、というように、口頭で質疑応答を重ねる形式であれば、日常的に裁判実務の上で起きていることを端的に聞くということがしやすい。しかし、2時間で一定の分量の論述をさせ、その答案を基に能力を判定するということになる、その論述の中に思考力、分析力、論述力といった能力が表れるような問題を考えなければならない。そうすると、例えば、単発的な問題を20問出題するということは、適当でない。ある程度まとまった分量の論述を求めるとなると、なかなか日常的に起きている事例を問題にすることは難しく、あるイレギュラーな事例を基に、幾つかの問題を聞いていくということになる。また、一般に民事訴訟法を学ぶ上では、もちろん、法律の条文の文言どおりのことも知っておかなければならないが、条文の解釈にわたる問題やどの条文を当てはめるべきかという問題についても理解しておく必要がある。そのような問題は、裁判手続が順調に進んでいる日常的な事例の中では問題にしにくいという印象を持っている。

□（民法） 大問の出題の余地が残されることを希望しているが、仮に大問による出題が取りやめられることになるのであれば、少なくとも、複数の法律分野にまたがる問題が出題される余地を残していただきたいと思う。