

## 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）

◎ 採点実感等についての御意見は，従前から公表しており，法科大学院の教員や学生から，重要な情報として受け止められている。今回は，あらかじめ御意見を書面の形で頂いているので，それを補充する形で御意見を頂ければ幸いである。まず，憲法の先生から伺いたい。

□ 憲法の出題の意図としては，仮想的な事案を設定し，その中で具体的に問題点を発見し，それを広く多面的・多元的に検討して，筋道の通った理由付けをして結論をどう導き出せるかということが法科大学院で学ぶべき根本ではないかと考え，その趣旨で出題した。

今年は，表現の自由をテーマとして出題した。法科大学院では多く，必ず学習しているテーマで，学生にもなじみがあるはず，ということで出題した。しかし，それが，かえって逆の方向で出た部分もあり，パターン化された答案が目につき，型にはまった論述がかなり見られた。また，答案を見ていると，例えば，「当てはめ」という言葉がよく出てくるが，この言葉が本来の意味とは違った形で使われていることが多いように思われる。暗記している抽象的理論の方を絶対視してしまい，事案を形式的にそのまま当てはめれば，自動的に答えが出るというようなイメージで「当てはめ」という言葉が使われているきらいがある。仮に，判断枠組みが定立できたとしても，個別具体的な事案の内容に即した検討をしなければ答えが出ないはずであり，そこをどれだけ考えてくれるか，ということ期待しているが，その期待にこたえる答案が数多くあるわけではない。

もとより，実務と理論の架橋という視点で言えば，実務，判例がこうなっているからこうだ，ということ求めているわけではなく，その架橋の中でどう検討するかということ求めているわけである。例えば，最初に弁護人としてどのような主張をするか，という問いに対し，判例やどの主要な学説によっても全く筋の通らない主張や，認められる可能性がほとんどない主張にウエイトを置いて書くというのは，やはりいかがなものかと思う。実務と理論の架橋という視点からは，思い付いたことを何でも言えばよいというわけではないと考えている。そういう意味では，今年の問題でも，検閲に当たるかどうかということ（既存の概念の下では検閲に当たるということにはならないのであるが）をとにかく最初に主張するという答案が多く見られ，この点は，首をひねらざるを得ない部分であった。今回の事例について，表現の自由を規制するからといって，いわば条件反射的に「検閲」だという主張を提起するとすれば誤りであり，問題文をよく読み，「検閲」に関する判例，そして主要な学説を思い起こし，冷静に考えてみる必要がある。

また、最終的に検閲性を否定している場合でも、実際の答案に記載された理由を見ても、その概念の不正確な理解が目についた。例えば、「インターネットのみの規制であって印刷物での発表はできるから検閲ではない。」という理由や、「法律に基づいているから、行政権による事前抑制にはならない。」という理由を書いているものがあつた。既存の概念の下で検討をする際には、おかしなことを書いていないか注意すべきであると思う。

ただ、他方で、きちんと出題の趣旨、意図や出題者側が想定しているような問題点を的確にとらえ、資料も的確に分析して、筋道を通して考えているという答案もあつた（例えば、先に述べた「検閲」に関してであるが、少数であるが、現在の判例学説の検閲概念には当たらないとした上で、今回の事例を分析し、新たな検閲概念を模索する必要がある、と論述を進めるものもあつた。）。その意味では、法科大学院における実務を見据えた理論教育が効果を現していると考えられるが、残念ながら、そのような答案は1割程度にとどまつた。

したがって、全体的な印象として、憲法に関しては、法科大学院における教育成果というのは、まだ生みの苦しみの段階にあるのではないかと考えている。善き法曹の育成という目標を実現するためには、法科大学院における教育の質の向上が必要不可欠であるが、法科大学院で身に付けておくべきことは何か、新司法試験の試験科目の再検討など、全体的に考える必要があると思われる。さらには、学生に問題を発見し、広く深く考え、そして筋の通つた理由を付して結論を導き出す力を養成するためには、日本における学校教育の根本にまでかかわり得る問題でもあり、法科大学院での2年間ないし3年間の授業で「考える」ことを求めても、それまで詰め込み教育を受けてきている中では、2年間あるいは3年間では「考える」力を十分に身に付けるのはそれほど容易ではないように思われる。憲法の問題を作題するに当たっては、どのような問題を出題すれば法曹家にふさわしい能力を的確に評価できるのかということについて、不断の工夫をし、知恵を絞っていきたいと思う。

答案の書き方について、採点に当たつた委員から問題が指摘されているので、受験生に注意を促す意味で、若干述べておきたい。答案用紙の左側、行頭を4分の1ほど空けて記載している答案がある。多くの字数分を空ける書き方は、場合によっては奇異な印象を与え、特定答案とみなされる可能性もあるということに留意すべきである。また、誤字、脱字、判読不能な文字、意味の分からない文章などが多く見られた。法的な能力以前の問題として、他人に読まれる文章であることを意識して、客観的な立場で自分の文章を見て修正する習慣を身に付ける必要があると思う。

- 答案を採点して気が付いたのは、第一に、法的三段論法が身に付いていないと言わざるを得ない答案が余りにも多かつたことである。こういう事案であるから、この規範が問題になり、この規範はこのような理由でこんな内容になっている。そして、この規範を事案に当てはめてみると、この事実があるからこの規範が適用できてこの効

果が出てくるという形が整っていない、というか、意識していないような答案が多い。思い付いた規範から書きなぐったり、重要な事実の検討・当てはめを飛ばしたまま、全体として何の論理も理由もなく、あるいは淡白な理由で結論を導いている答案が多かった。もしかすると、時間がなくて省略したのかもしれないが、それが非常に気になった点である。

この点は、法律家・実務家として命の部分であり、そこがなぜできていないのか、ということを考えさせられた。こういった能力のかん養を限られた法科大学院の憲法の講義の時間だけでやるべきだということはできない。しかし、何らかの方法でこれを強化しないと、なかなか法的に物事を考えるということ、法律家に求められる切り口で物を分析するということができないままになってしまうのではないかと思う。そこに危惧の念を抱いた。したがって、そこが法科大学院に望むことの一つにもなる。

第二に、先ほども指摘があったが、基準、あるいは規範というものを、余りにも硬直的にとらえているということがある。事案がある規範に合わないような場合に、それでもその規範を形式的に当てはめていいのかどうか、修正がきくか、修正をすることでどういう修正が妥当かを考えなくてはならないはずである。今年の出題でいえば、「残虐性」という要素がある点で普通の言論とは異なるのではないかとか、子供などをどう守るかなどという要素を盛り込んで、表現の自由を制約する場合の原則的な規範について、修正がきくかというのを問うているのに、自分の覚えている規範と合っていないときに、事実の方を切り捨てたり、無視してしまっている。これでは、事案に対応する能力という面では難があると言わざるを得ない。

第三に、今回の憲法の問題は適用違憲、法令違憲が問題となってくるが、法令違憲と適用違憲のそれぞれの概念の理解ができていないという答案が多かった。これはかなり基本的な概念であるにもかかわらず、例えば、問題に挙がっている個別的な事情、事実だけを取り上げて法令違憲だという形の論述をするということは、本当に基本的な概念を理解できているのか疑問に思わざるを得ない。何となく知っている「法令違憲」「適用違憲」といった言葉を振り回しているだけではないかと受け取られても仕方ないのではなかろうか。

そういう面で、まだまだ、法科大学院の教育を改善・向上していただく必要があるのではないかと感じた。

実務家になれば、もともとある規範では解決できない事案にも出会っていくわけで、そこで安易に事実の方を切り捨てて規範を適用するのではなく、もう一度原点から柔軟に考えていく思考力を身に付けておく必要があり、是非そのようにしていただきたい。こういった思考力を育てることこそ、新たな法曹養成制度において法科大学院を中核的機関として置いた理念を実現するものであろうし、そのような柔軟な思考力を展開する前提として、少なくとも適用違憲と法令違憲のような基本的な法的概念はきちんとマスターしていただかねば困る。

法科大学院の授業の単位数等に制約がある中で、なかなか一朝一夕には解決できないと思うが、だからといって、これを放置・放棄していい、現状であきらめてしまっていていいとなってしまえば、憲法学という研究分野の問題からしても、あるいは法曹の活動という面からしても将来的にどうだろうかという気がするのと、やはり、法科大学院の設立の理念ということからすれば、安易な妥協をしてはならないのではないかと思う。

なお、今回の憲法の問題について書かれたものをいろいろ拝見したが、中には、論点が多すぎるという指摘もあった。しかし、理論的に考えられる論点全部を拾わないと答案の評価が低くなるものとは、毛頭考えていない。自分の視点に基づいて、幾つかの重要なものを取り上げて、自分なりに論じてあればよいのであって、あらゆる論点全部について均等に少しずつ触れてほしいなどとは全く考えていない。論点を考えられる限りたくさん挙げれば良い評価になると思っているのか、重要でないものも含めて思い付く限りのあらゆる論点を挙げて、その結果、どれもこれも希薄に書いてしまっている答案も相当な数あった。もっとも、幾つかの些末な問題点を挙げるだけで、重要な問題点を指摘していないものもあった。この事案で何を議論の中心に持っていかかの判断も、実務家として重要なセンスの一つであると思う。

◎ 続けて行政法からもお願いしたい。

□ まず、採点実感については、昨年度に比べて全体として、基本的知識の理解度が上がってきているという印象を持った。昨年度の場合、著しく得点の低い答案が相当数見られたが、今年度はそれほどでもなかったと感じている。飛び抜けて良い答案と悪い答案が少ないということで、全体としてはまずまずの出来であった。

それから、提出した書面の「3 採点実感」の中で、●印は問題点ということで記載させていただいているが、上から3つ目の●に記載している当事者訴訟に関する仮の救済について、相当数の答案に誤解が見られた。ここに記載したように「仮の救済がない」とか、あるいは「行政事件訴訟法第44条によって仮処分が排除されている」という理解をしている答案が相当数見られた。この行政事件訴訟法第44条は「公権力の行使」に関する排除についての規定であり、一般的に排除されているわけではない。我々考査委員からすると、そのような答案がかなりの数見られたので、なぜこういう誤解が生まれたのかが不思議でならない。

ただ、法科大学院の授業を通して見た場合、当事者訴訟の活用ということは、2004年の行政事件訴訟法の改正があり、学習すべき対象となっているが、仮の救済にまでは言及されていなかったのではないかと、ある意味ではそこが抜け落ちていたのかもしれないと思う。今回出題・採点して改めてそう感じており、今後の法科大学院での教育に生かしていただきたいと思う。

それから、訴訟形式の選択について、上から7つ目の●に、「比較の視点が希薄であり、実質的な検討が適切になされている答案は多くなかった。」と書いた点につい

て、今回の問題に即して申し上げると、勧告の取消訴訟＋執行停止と公表の差止め、仮の差止めを可能性として挙げた上で、例えば、公表の方は処分性を否定し、前者の勧告の取消訴訟＋執行停止が最も適切であるとする解答、あるいは、公表に対する当事者訴訟を候補として挙げた上で、仮の救済がないから駄目ということで、勧告の取消訴訟を選択するという解答などが多かった。もっと両者につき、可能性を詰めて比較した上で、果たしてどちらが適切なのか、という十分な検討をしてほしかったところであるが、それがなされていない。

それから、上から5つ目の●で、「調査の違法が勧告に及ぼす影響について、専ら『違法性の承継』の問題として解答をしているという答案が少なくなかった。」と書いているが、これは、調査と勧告の関係について、先行処分と後行処分の関係として論じて、原則として違法性の承継は認められないから違法性は及ばない、と結論付けた答案のことを指摘している。つまり、形式的に、先行処分と後行処分との関係における違法性の承継の問題として論じているようなものを指しているのである。中には、調査と勧告の密接な関係を具体的に検討・指摘した上で、調査の重大な違法が勧告の違法を帰結するという判断の結論部分で、「だから違法性は承継される。」という表現を用いている答案もあったが、そのようなタイプの答案については、実質的な分析はされているので、必ずしもマイナスの評価をしているわけではない。

それから、法科大学院に求めるものとして、「個別法・個別事案を素材として、行政活動の適法・違法を具体的かつ的確に判断する力を養うことが求められ、その意味でより実践的・実務的な教育が行われることが期待される。」と記載しているが、これは、個別法についての知識の習得そのものを求めるものではなく、実体法と手続法の両面における違法性判断の、いわばセンスを磨くための学習を期待しているという趣旨である。

なお、補充的に申し上げると、憲法でも指摘されたところであるが、法律文書の書き方が分かっていない、と思われる答案も散見されたところである。例えば、根拠を挙げないで結論だけ述べるものとか、条項を挙げるだけで実際にその要件の該当性について十分に検討していないもの、あるいは結論として自分の意見を明確に述べるのではなく、「可能性が高い」といったように評論家風のまとめ方をしているものが目に付いた。

最後に、今まで述べたこととは異なったことになるが、今回問題文や添付資料等を簡潔にしたが、設問が2つある中で2番目の設問を中心に時間配分に失敗したのではないか、と思う答案が相当あった。第1回目、第2回目、第3回目と回を重ねるにしたがって減ってきてはいるが、依然としてそのような答案が見られた。

□ 採点をしていて一番残念だと思ったのは、既に御指摘があったことであるが、訴訟形式の選択についての比較の視点がほとんど出ていないということであった。今回の行政法の問題の特徴というのは、複数の法的手段をまず考えた上で、それらを比較し

て、その中で最も適切な法的手段を選び出す、というところにあった。これは、通常の実務で行われる思考の方法、つまり、法的に幾つか考えられる手段について、それぞれのメリットやデメリットを考えて、適切な手段を選び出すというもので、まさに実務家の基本的な能力を試す、良い問題ではないかと思って見ていた。しかし、実際の答えは、そのような視点が出ているものは、ごく少数であり、多くの答えでは、攻撃対象となる2つの公表と勧告というものがあるが、勧告には処分性がある、公表には処分性がない、だから勧告の取消訴訟だという、その程度のことしか書けていなかった。出題のねらいとしていた、理論的に考えられるものを選び出して、その中からメリット・デメリットを考えて、適切なものを選択していくという思想とは全く異なる答えがかなりの部分を占めており、その点が一番残念だった。やはり、まだ、個別事案を素材にして、そこに含まれる問題点を検討していくという実務的なあるいは実践的な教育というものが必ずしも十分にされていないということではないか、との感想を持った。

◎ それでは質疑応答に入りたい。

○ 筋をしっかりと見極めて、自分で取捨選択する必要があるということや、全部の論点を網羅する必要はなく、何が重要なところかを考えるというセンスを見たい、というのは大事な指摘だと思う。確かに学生らは、論点すべてをピックアップしなければいけないと思ったり、些細な技術的な書き方を気にする人が多い傾向にある。そうではなく、法曹としての解決の在り方をしっかりと自分なりに考えて提示してくればよいというメッセージは、今後学生たちの迷いを断ち切るためにも大変大事な指摘だと思う。教育の現場でも、的確にその点をとらえた教育をする教員もいるとは思いますが、多くの学生はまだ怖がっている、あるいは迷っている状態にあるのではないか。

□ まさに御指摘のように、何が今回の問題で何が議論の中核になるのか、ということを考えて、それをピックアップして、しっかり書ける力がなければ、やはり実務家になるための資質としては問題だと思う。例えば、検閲については、既存の概念には当てはまらず、本人もそれが分かっているから、最後には、検閲に当たらないと書いている。それだけというか、そういうものを幾ら並べても、事案の解決という視点から見ると、何のために問題提起して筆を進めているのかということになるし、答案の焦点がぼやけるばかりである。書くのであれば、今回の事案が、従来の検閲概念には当たらないが、それでは事案の適切な解決に不都合があるので、新しい検閲概念を探求しなければならない、というところまで行くのでなければと思う。

ふだんから、何が本当に相手を説得するときの勝負どころになるのか、ということを考えながら学習していないと、いきなり本番で何とかしようというのでは難しいと思う。

○ 今回の出題は、法科大学院の教員レベルでは、よくできた問題であると評価が高いが、採点実感として、出題の趣旨が分かっているものは、どの程度あるのか。

- 本当によく書けているというものは、やはり少数にとどまる。
- 少数にとどまるという点については、考査委員の実感はおおむね共通している。
- 認証評価で法科大学院を見た感想を率直に申し上げると、憲法訴訟でこういう事例が出たときに対応できるような講義には到達していないという印象を受けた。法科大学院において、こういう問題に対して適切に考え、答えを出せるような教育のシステムがまだできていないと感じている。
- 法科大学院の第三者評価のために実地調査に行ってみることは、システムの問題と同時に、個々の教員の側の問題である。今回の問題も、素材はインターネットという新しい問題だが、そこで問われている問題を考えるに当たっては、基本的な先例はあり、学説でも議論されている。重要な問題点を発見し、それを考えるための材料は存在するわけである。それを勉強していれば、全くお手上げということではなく、まさにそれを理解した上での応用力が試されている。法科大学院において、判例と主要な学説との相違、主要な学説の間の相違等について、どこが対立し、なぜ対立するのか、それぞれの見解で結論がどのように異なるのかを正確に説明でき、学生に考える筋道を提示する授業がどれだけ行われているか、認証評価を行われた実感として指摘されたように、そのような授業になっていないものもあるように思われる。
- 御指摘の趣旨は非常によく分かる。考える作業ができていないというのはあると思う。ただ、今回、検閲の問題を論ずることの当否については、出題の工夫によって、そういう問題を取り上げる必要はないと気付かせることができたのではないか。例えば、「弁論要旨を書きなさい。」という問題ならば、検閲のような実際に主張しないことは書かないということになったのではないか。
- 旧司法試験の場合だと、長くはない行数の問題文で、「ここに含まれる憲法上の問題について論じなさい」という形式なので、それこそ想定されるものをすべて書くという方策が採られている。これが、「悪しき論点主義」にもつながる。新司法試験は、先ほども申し上げたように、実務における訴訟という形で問題提起をするということが前提であるので、およそ考えられること、机上で予想されるようなことを全部書けということはそもそもないと思って問題を作っている。何が重要で決定的な問題であるのかを発見する能力のかん養も、新司法試験では問うている。どのような憲法上の主張をするのかという問いかけが、もし誤解を与えたのなら、そのような誤解を生じさせない問いかけにしていきたい。
- もちろん、それは問題の出し方のテクニカルな問題だけではないと思う。
- 出題の趣旨はできるだけ問題文自体で明らかになるようにした上で、本来の土俵の中で勝負させる工夫が必要であると思う。ところで、与えられた事実を自分の見解に都合の良いようにだけ取り上げるとか、あるいは自分の見解と合致するような事実だけを取り上げて、それ以外の事実には言及せず、切り捨ててしまうというような答案でも合格ラインに達しており、また、直近の先輩受験生がそのような答案でも合格し

たとなると、法科大学院の学生の勉強方法がそのような方向に流れてしまうのは避けられないという懸念も考えられるがどうか。

- その点は、初年度から申し上げてきた危惧である。受験雑誌などで、実は「優秀答案」とも「模範答案」とも言えない答案が、「優秀答案」・「模範答案」として流布し、後輩がそれを覚えるという形になってしまうことに、大きな問題を感じている。
- 問題のある答案における具体的な問題点ということであるが、目に付いたのは、表現の自由の制約基準について、いきなり緩和した基準を持ち出す点である。原則がどうで、どのように緩和するのか、あるいは緩和できるのか、という説明がない。また、何か問題があると気付きながら、どう緩和していいか分からない人は、事実にあまり触れずにそのまま逃げる、といった印象である。

それから、受験雑誌を見ると、余り評価できないような答案も高い評価の答案として掲載されていた。

- よく書けているという評価を受けられるものが少数にとどまるとしても、大事なものはベクトルで、これを成長の証と見ることができるとかどうかが大事ではないか。採点実感として、このようなベクトルとして見た場合はどうか。
- 1回目、2回目、3回目という中で見ると、言われたベクトルということと言うならば、少しずつは良くなっている。こちらの希望としては、もう少し上がってほしい。少なくとも全答案の半数程度がそういう水準に達してくれれば、と思う。その「願い」からするとまだ低いという印象ではあるが、上がってはきている。
- 行政法の論文式試験の問題は、かなり良い問題であると思う。恐らく、当事者訴訟はやっと活用されてきたところであり、いわば生成過程であるという感じがしており、そういう意味での限界はあったのかもしれないと思う。法科大学院の教育では、仮処分について、当事者訴訟ではどうかということは、多分授業で直接は教えない。仮に出題されるとしても、短答式試験のレベルの問題として当然自分で勉強するもので、法科大学院においては、先生が教えるというよりも、自習領域になるのではないだろうか。ただ、学生の自習領域であると考えても、当事者訴訟のような新しいものについては、各自の取組が不十分だったのではないかという印象も聞いているが、いかがか。
- そのとおりではないかと思う。ただ、仮の救済がないということ自体は、おかしいと考えてほしい。それを、当然のように当事者訴訟だから仮の救済はないから機能しないという書き方をされるのはどうかと感じている。行政事件訴訟法第44条の仮処分の排除についても、確かにそこまで十分に教えられていないという実情ではあるが、法文を見れば該当条文が存在しており、44条を読めば、公権力の行使と書いてある。処分性を否定した上で当事者訴訟を選んでいるにもかかわらず、なぜまた公権力の行使でひっかかるのか、やはり我々考査委員としてはショックであった。

行政法については、全体としてみると、3回目で大分慣れてきたのではないか。逆

に言う、1回目が余りにもできていないという評価であり、出発点が憲法と比べて行政法は低かったということがあるのではないかと思う。これから本格的に教育の真価が問われるということになるのではないかと思う。

以 上