

## 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に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解答が多かった、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ると、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のだろうか、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っているので、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、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。