

第3章 司法試験予備試験と法科大学院 —エリート選抜制度としての予備試験—

田中 正弘
(筑波大学)

1. はじめに

司法試験予備試験とは、「法科大学院を経由しない者にも法曹資格を取得する途を開くために設けられた試験で、これに合格した者は、法科大学院修了者と同等の資格で司法試験を受験することが」(法務省 HP)できる。このようなバイパスルートが設けられた理由は、法科大学院に進学することが時間的・財政的に困難な学生を救済するためである。ところが、この趣旨と現実とは異なり、予備試験はトップエリートを選抜する制度として機能している。

本稿は、予備試験がエリート選抜制度として機能している現状と課題を描写することで、予備試験と法科大学院のいびつな関係を明らかにする。そして、予備試験がエリートの選抜制度として機能することが法曹養成の機能不全を越す原因となっていることを論じる。

本稿は、右記の4節で構成される。第1節で、予備試験の現状と課題を描写する。次に、第2節で、予備試験合格者が大手の弁護士事務所に好んで採用されている現状を記述する。そして、第3節で、予備試験がエリート選抜制度として機能してしまうことが、法曹養成の機能不全を起こす原因となる構図を論じる。これらの議論のまとめは、第4節で行う。

2. 予備試験の現状と課題

平成29年度司法試験予備試験の出願者数は、過去最高の13,178人(前年度12,767人)となった。対照的に、同年度の法科大学院の志願者数は、過去最低の8,159人(前年度8,278人)であった。志願者数の減少に伴い、法科大学院の合格者・入学者数も減り続けており、平成29年度には、それぞれ3,698人、1,704人となった。よって、法科大学院の志願者数が予備試験の出願者数を下回る状態となっている。なお、この状態は、平成26年度から継続して見られる。

予備試験は、①短答式試験：法律基本科目(憲法、行政法、民法、商法、民事訴訟法、刑法及び刑事訴訟法)、および一般教養科目、②論文式試験：法律基本科目(憲法、行政法、民法、商法、民事訴訟法、刑法及び刑事訴訟法)、一般教養科目、および法律実務基礎科目(民事・刑事)、③口述試験：法律実務基礎科目(民事・刑事)で構成される。試験日は、短答式試験が5月、論文式試験が7月、口述試験が10月に設定されていて、受験者は試験ごとに厳しいふるいにかけることになる。平成28年度の場合、予備試験の出願者数12,767人、受験者数10,442人に対して、短答式試験に合格できたのは2,426人で、さらに、彼らの中から論文式試験に合格できたのは429人、そしてその429人中、口述試験の合格者数は405人なので、短答式試験

受験者の最終的な合格率を算出すると、僅か3.8%という狭き門になる。

予備試験の合格者が法律関係の受験エリートであることは間違いない。このことは、司法試験の合格率（表1）を見ても明らかである。

表1 平成29年度司法試験合格率トップ10（法科大学院など別）

順位	法科大学院など	出願者	受験者	最終合格者数	司法試験合格率 (合格者数/ 受験者数)
1	予備試験合格者	408	400	290	72.50%
2	京都大学法科大学院	242	222	111	50.00%
3	一橋大学法科大学院	131	121	60	49.60%
4	東京大学法科大学院	296	271	134	49.40%
5	慶応義塾大学法科大学院	349	317	144	45.40%
6	大阪大学法科大学院	180	162	66	40.70%
7	神戸大学法科大学院	153	142	55	38.70%
8	愛知大学法科大学院	16	13	4	30.80%
9	早稲田大学法科大学院	388	347	102	29.40%
10	首都大学東京法科大学院	136	115	31	27.00%

出典：法務省（2017a）「平成29年司法試験法科大学院等別合格者数等」を基に作成

予備試験合格者の司法試験合格率は、予備試験制度の発足（平成23年度に制度開始、その合格者は平成24年度司法試験から受験可能）以来、全ての法科大学院の合格率を圧倒的に凌駕しつづけている。とはいえ、予備試験の内容が司法試験の内容と酷似していることを鑑みれば、高い合格率になること自体は問題ではない。予備試験で問題とすべきことは、合格者の属性（表2）にある。

表2に示したように、予備試験を経て司法試験に合格した者の属性で最も多いのは、法科大学院生である。このことは、法科大学院の学生の中でも特に司法試験に強い集団が、勉学の途中で予備試験・司法試験を受験していることを意味する。なお、平成28年度予備試験を受験した法科大学院生の人数は1,611人であった。これでは、予備試験の実施期間中に法科大学院の教室が空になるのも当然である。

法科大学院生の次に多いのは、大学生である。仮に予備試験がなかったとしたら、彼らの多くは法科大学院に進学していたことであろう。つまり、法科大学院は未来の進学予定者の多くを失っていることになる。この現実を踏まえて、法科大学院協会（2014: 3）は、以下のような苦言を呈している。

現在の予備試験は、制度本来の目的と異なり、法科大学院で学ぶ者、あるいはこれから法科大学院において学ぶことのできる者が、その過程を省略して早期に司法試験を受験するため

の便法として使われている。また、予備試験の出題形式が基本的に司法試験に類似することから、法科大学院生が司法試験のための模擬試験として利用しているという側面もある。予備試験の受験資格を旧司法試験の場合と同様に全く制限しないという現在の制度の下では、制度本来の趣旨や理念と現実の利用方法との間にこのような大きな乖離が生じるのは不可避免的であり、現在の予備試験制度は根本的な矛盾を抱えている。

表2 司法試験に合格した予備試験合格者の属性¹⁾ (平成29年度)

職種別	出願者	受験者	最終合格者	司法試験合格率 (合格者数/ 受験者数)
法科大学院生	101	102	97	95.10%
大学生	93	92	88	95.70%
無職	100	98	50	51.00%
会社員	46	45	23	51.10%
公務員	34	29	17	58.60%
塾教師	8	8	4	50.00%
自営業	6	6	3	50.00%
法律事務所事務員	7	7	2	28.60%
その他	13	13	6	46.20%

出典：法務省（2017b）「平成29年司法試験受験状況（予備試験合格者）」を基に作成

3. 予備試験合格者の就職状況

予備試験合格者の特徴として、先節で述べたように、法科大学院生や大学生が多いことを挙げられる。つまり、彼らの年齢は、法科大学院を修了して、司法試験に合格した者よりも若いことが予想される。事実、予備試験を経て平成29年度司法試験に合格した者は合計で290人いたが、彼らの中で年齢が20～24才であった者は155人（53.4%）と、他の年齢層と比べて最も多くなっている。さらに、予備試験合格者の司法試験合格率が他の法科大学院と比べて高いことを先に述べたが、予備試験合格者の中でも法科大学院生や大学生の合格率（平成29年度の場合、95.1%と95.7%）は飛び抜けて高くなっている。

予備試験に合格した学生（法科大学院生や大学生）は若い上に、ほぼ全員が司法試験に合格できるほど優秀であることから、大手の弁護士事務所間で奪い合いの状態になっている。事実、これらの事務所は、予備試験の合否が判明する11月から予備試験合格者向けの就職説明会を開催しているのである。換言すれば、予備試験合格者は、法科大学院修了後に司法試験に臨む者よりも先に、大手の弁護士事務所への就職活動を行えるのである。このことは、予備試験合格者の就職活動における大きなアドバンテージとなっている。

大手の弁護士事務所が予備試験合格者を好む傾向は、実際の採用実績に色濃く反映されている。5大弁護士事務所の第69期司法修習終了者の採用人数は、表3の通りである。

表3 5 大事務所新人（69期）弁護士採用人数

事務所名	69期採用人数	69期採用人数に 対する女性の割合	69期採用者の予備 試験合格者数	69期採用人数に 対する予備試験 合格者数の割合
	() 内は女性		() 内は女性	
西村あさひ	43(7)	16.30%	15(0)	34.90%
アンダーソン・毛利・友常	34(5)	14.70%	9(0)	26.50%
森・濱田松本	29(6)	20.70%	12(1)	41.40%
長島・大野・常松	35(4)	11.40%	15(1)	42.90%
TMI総合	15(1)	6.70%	3(0)	20.00%
総計	156(23)	14.70%	54(2)	34.60%

出典：ジュリナビ（2017）「69期司法修習終了者の就職状況調査」

5 大事務所における第 69 期司法修習終了者の採用人数に対する予備試験合格者数の割合が、平均 34.6%になっている。この 34.6%という割合は、平成 27 年司法試験合格者 1,850 人中、予備試験合格者が 186 人（10.1%）だったことを鑑みると、大きな数字といえる。同様に、5 大事務所が採用した女性の割合が平均 14.7%であったことは、平成 27 年司法試験合格者 1,850 人中、女性が 399 人（21.6%）いたことを踏まえると、少ない数字といえる。特に、採用された予備試験合格者における女性の割合は、平均 3.7%（54 人中 2 人）と極端に少なくなっている。

従って、5 大事務所が予備試験合格者を好んで採用していることは、若くて優秀な男性を好んで採用していることと同義語といえる。なお、予備試験合格者を好んで採用した結果、若くて優秀な男性が多くなったのか、あるいは、若くて優秀な男性を好んで採用した結果、予備試験合格者が多くなったのかは、判断がつかない。とはいえ、予備試験合格者に男性が多いことは事実である。例えば、平成 27 年度の場合、予備試験合格者の男女別の人数は、男性 354 人（89.85%）、女性 40 人（10.15%）であった。

予備試験の内容は司法試験の内容と類似性が高いにもかかわらず、司法試験と比べても、予備試験のほうが男性の合格率が高くなっている。男性の合格率が高い理由は不明である。しかし、意図せざる結果として、予備試験にはジェンダーギャップを拡大する効果がある。ちなみに、弁護士事務所を規模別に分けて分析してみると、事務所の規模が小さくなるほど女性の割合が高くなる傾向（表 4）が見られる。

女性の法曹を積極的に採用しているのは、弁護士事務所よりも、一般企業である。第 69 期司法修習終了者で、企業や官公庁に就職した組織内弁護士は 63 名であったが、そのうちの女性は 26 名（41.3%）であった。企業や官公庁は、女性の法曹にとって働きやすい職場だといわれる。というのも、産休育休などの福利厚生制度が整備されており、かつ残業も少なく、ワークライフバランスを保ちやすいためである（田中 2018）。

以上のように、予備試験を経て司法試験に合格した者は、法科大学院修了後に司法試験に合格した者よりも、新任の時から年収 1,000 万円を保証されるような大手の弁護士事務所の就職で有利な立場にいる。このため、予備試験にはエリート選抜機能があると指摘できる。なお、予備試験合格者の中には高齢者（50 才以上で、平成 29 年度司法試験に合格した者は 13 名いる）、

表4 事務所新人（69期）弁護士採用人数（規模別）

事務所人数	事務所数		69期採用人数		
	事務所数	構成比	人数	構成比	女性の割合
			()内は女性		
50名以上	19	2.10%	315(52)	22.40%	16.50%
10～49名	191	21.00%	333(61)	23.60%	18.30%
3～9名	561	61.60%	613(117)	43.50%	19.10%
2名以下	139	15.30%	148(29)	10.50%	19.60%
総計	910	100.00%	1,409(259)	100.00%	18.40%

出典：ジュリナビ（2017）「69期司法修習終了者の就職状況調査」

有職者（平成29年度司法試験合格者は49名いる）、無職者（平成29年度司法試験合格者は50名いる）が相当数含まれていることから、法科大学院に時間的・金銭的な理由で進学できない者にも司法試験の受験資格を与えるという予備試験の趣旨そのものは否定されるべきではない。ただし、エリートは法科大学院の修了よりも、予備試験の合格を目指すべきという誤った理解が広まってしまえば、法曹養成に悪影響を与える恐れがある。次節で、この点について論じてみたい。

4. 予備試験による法曹養成の機能不全

法曹界のエリートを志す者にとって、予備試験合格がメインルート、法科大学院の修了がサブルートという構図が確立してしまうと、法科大学院に進学することや、そこに修了まで留まることは、本意では無くなる可能性がある。法科大学院への進学は本意であるという認識が浸透してしまうことには、法科大学院にとって、二つの大きな弊害がある。一つは、進学希望者の絶対数の減少である。もう一つの弊害は、本意進学者の学修への気力減退（特に、司法試験と直接関係のない内容を教える科目の履修を無駄と考えること）である。

一つ目の弊害として、法科大学院への進学希望者の人数が減り続けていることは、周知の事実である。平成29年度の法科大学院入試では、志願者数（8,159人、ピーク時の11.2%）だけでなく、募集校数（43校、ピーク時の58.1%）、入学定員（2,566人、ピーク時の44.1%）、受験者数（7,450人、ピーク時の18.3%）、合格者数（3,698人、ピーク時の37.0%）、および入学者数（1,704人、ピーク時の29.5%）の全ての数字で過去最低を更新した。入学定員充足率は66.4%で、充足率が100%に達したのは、一橋大学法科大学院と専修大学法科大学院の2校のみである。その一方、充足率が50%を下回った法科大学院は13校（30.2%）も存在する。

ピーク時に法科大学院は計74校に膨れ上がり、入学定員の総数は5,825名に達している。これらの数が過大であったことは、旧司法試験の合格実績がほとんどなかった大学や、実力以上の定員を設定した大学が散見されたことから、否定できないだろう。よって、ある程度の閉校や定員削減は仕方のないことかもしれない。ただし、閉校や削減の結果、都市部への過度な集

中が生じたことを指摘しておきたい。平成 30 年度に学生を募集する法科大学院は計 39 校の予定（2018 年 1 月 15 日現在）であるが、東京だけで 15 校もある一方、地方は、北海道 1 校、東北 1 校、中国・四国 2 校、九州・沖縄 4 校しかないのである。

二つ目の弊害として、法科大学院の学生が司法試験に役立つ科目の履修を無駄だと考えてしまうことは、法科大学院制度そのものの土台を揺るがす危険性がある。この点について、法科大学院協会（2014： 4）は、以下のように警鐘を鳴らしている。

予備試験という短縮路が大きな存在感を持つために、法科大学院生の関心も予備試験そして司法試験に早く合格することに集中しがちである。そのため、司法試験科目以外の学修や臨床系科目などへの熱意が失われる傾向がある。甚だしい場合には、法科大学院在学者が、予備試験の受験準備のために本来の授業のための予習、復習をおろそかにするという本末転倒の事態も生じている。このような弊害は、修了者の司法試験合格率が高い法科大学院で顕著になりがちである。

法科大学院制度を発足させた目的は、「司法制度改革審議会意見書」（2001 年 6 月 12 日）で高らかに唱えられたように、司法試験で計れる能力だけでなく、計れない能力の涵養こそ、法曹志望者に不可欠である、という発想の大転換にあったはずである。言い換えれば、法科大学院の教育が期待通りに正しく機能しているという仮定の下では、予備試験－司法試験というバイパスルートで法曹資格を得た者の能力は、法科大学院－司法試験という正規のルートで法曹資格を得た者の能力と、果たして同等なのかという疑問が生じることになる。

法科大学院協会（2014： 5）は、予備試験合格者は法科大学院修了者と「同等の学識及びその応用能力並びに法律に関する実務の基礎的素養」（司法試験法 5 条 1 項）を有している、という前提に下記のような疑義を提示している。

予備試験において必要とされるのは、法律基本科目の 7 分野と法律実務基礎科目のほか、一般教養科目であるにすぎず、これらは、一般教養科目を除けば、法科大学院において必修科目として履修する科目の一部にすぎない。また、修了要件を充たすために必要な基礎法学・隣接科目や、展開・先端科目についての学修はまったく必要とされず、法律実務基礎科目についても、エクスターンシップ、リーガル・クリニックなどの臨床系科目等の学修経験等はまったく問われていない。

このため、予備試験－司法試験のルートはあくまでも例外的なルートであるべきで、メインルートとして誤用されるようならば、廃止もやむなしという意見が出てきても不思議ではない。事実、筆者が法科大学院を対象に独自に実施した質問紙調査「法科大学院の就職支援制度に関する現状調査」（2014 年 4～5 月実施、対象 59 校、回答 29 校、回収率 49.2%）で、質問「予備試験は廃止すべき」に対して、24 校（85.7%）が「あてはまる」、特にその 24 校中 16 校が「とてもあてはまる」と回答している（田中 2015）。

法科大学院関係者の間で予備試験廃止論が根強いものに対して、弁護士の中には擁護論が強く見られる。例えば、弁護士である和田（2013： 75）は、予備試験制度を擁護する理由を以下の

ように述べている。

法科大学院における教育の現状は、一般的に、司法制度改革審議会の意見書が謳ったような理念からかけ離れたものであるから、法科大学院を経由しないで1年でも早く実務の世界に出て実務を学ぼうとする選択は、十分合理的なものである。

なお、和田（2013：40-41）は、法科大学院が司法制度改革審議会で想定されたような法曹養成制度として機能していないと考えた理由として、「教員の多くを占める学者（研究者）教員のほとんどが、司法試験に合格しておらず、司法修習も経験していないからである」と述べている。実務を知らない教員に実務は教えられないという考え方である。

法科大学院の教育が本当に実務に役に立たないとすれば、法科大学院への進学は無駄なコストでしかない。ただし、役に立たないことが実証されているわけではない（小山 2014）。法科大学院の教育効果（特に司法試験で計れない能力を修得し、その能力を実務に活かしているか）を定量的に示すことは容易ではないためである。個別の体験談という形であれば、効果を感じられたという報告は多い。例えば、一橋大学法科大学院を経て東京地方裁判所の判事補となった竹内（2012：37）は、基本法の演習科目の「日々の予習は、文献等を調査し、その要素と考える部分を自分なりに考えてまとめるというトレーニングでもあり、このような作業を通じて培ったものは、裁判所での職務においても大いに役立っていると感じる」と報告している。

上智大学法科大学院を経て東京地方検察庁立川支部の検事となった奥村（2012：39）も、授業の予習の重要性に触れ、「法科大学院での学習を通じ、自分の頭で考える訓練を積んだ経験が執務に活かされている」と述べている。同様に、中央大学法科大学院を経て弁護士となった山本（2012：46）は、ローヤリングの講義において、「自分がロールプレイングをしている間は、その場でしっかりと答えられる範囲まで会話を誘導しながら、スムーズに会話を進め、依頼者に信頼してもらえるような会話の運び方について訓練し、他の受講生がロールプレイングをしている間は、自分と異なるヒアリング方法について研究し、盗むことができた」ことに言及し、現場における法律相談に役立ったと主張している。

5. まとめ

東京地方裁判所で、ある刑事裁判を傍聴したことがある。その裁判における弁護人の証拠調べに関する意見陳述はとてもお粗末であった。というのも、弁護人は調べてきたことをA4の用紙で4枚ほどに書き連ねたようで、その用紙を手を、下を向いたまま、ぼそぼそと聞き取れないような音量で、ひたすら音読していたからである。もしかしたら重要なことを話していたのかもしれないが、迫力はまるでなく、あのような説明で説得されるような人はきっといないだろうと心配になったほどであった。眠くなるような弁護で有罪が決まってしまうとしたら、被告人が気の毒である。法曹に必要な能力は司法試験だけでは測れない、そのように強く感じる傍聴の体験であった。

優れた法曹に必要な能力の全てを司法試験で計れるわけではない。このため、司法試験を最上位の成績（1,100点以上）で合格した者が最下位の成績（800点代）で合格した者より、常に優秀な法曹になるとは限らないだろう。ところが、法曹の世界では、司法試験の成績が就職活動（および、その後の出世競争）においてかなり重視されている。その一方で、法科大学院の成績が考慮されることはあまりない。そもそも、予備試験合格組は、法科大学院を修了していない。しかし、彼らには就職活動において多大にアドバンテージがある。

法曹界における司法試験重視の姿勢は、法科大学院の教育が彼らに信頼されないかぎり、変わることはないかもしれない。しかし、法科大学院を経て法曹となった人たちが活躍するような時代が来れば、司法試験重視の姿勢がやがては見直されるかもしれない。そのような時代が到来することを切に願って、本稿の末尾としたい。

【注】

1) 本データは出願者の自己申告によるものであるため、出願者よりも受験者の方が多いという、通常あり得ない現象が見られる。

【参考文献】

奥村寿行（2012）「自分の頭で考える」『ロースクール研究』No. 20、pp. 39-41。

小山治（2014）「法科大学院の教育効果—新旧司法試験合格者である弁護士の能力アイデンティティの比較—」『法社会学』80号、pp. 226-242。

ジュリナビ（2017）「69期司法修習終了者の就職状況調査」

竹内幸伸（2012）「裁判官になった修了生からみた法科大学院の成果」『ロースクール研究』No. 20、pp. 36-39。

田中正弘（2015）「法科大学院の人材養成機能と就職支援—組織廃止を強要する政策提言への反論—」『21世紀教育フォーラム』10号、pp. 11-22。

田中正弘（2018）「組織内弁護士の活躍と法曹養成の未来」、吉田文（編）『文系大学院をめぐるトリレンマ：日中米の比較研究』東信堂（印刷中）。

法科大学院協会（2014）「予備試験のあり方に関する意見書」

法務省（2017a）「平成29年司法試験法科大学院等別合格者数等」

法務省（2017b）「平成29年司法試験受験状況（予備試験合格者）」

和田吉弘（2013）『法曹養成制度の問題点と解決策』花伝社

山本雅子（2012）「法科大学院は私の弁護士人生の基礎」『ロースクール研究』No. 20、pp. 44-47。