第2編 司法試験に合格する方法

第1章 はじめに

司法試験に合格するためにはどうしたらいいのでしょうか。1回目の受験の方はもちろん,1回でも不合格を経験した方は不安でたまらないのではないでしょうか。一生懸命勉強すれば合格するのでしょうか。もちろん,そういう場合もあります。しかし,司法試験が「試験」である以上は客観的な合格基準があり,求められている資質があるはずです。一生懸命勉強していれば,試験委員が想定している基準に合致する可能性は十分にあると思います。現にロースクールではそれを目指し勉強しているはずです。しかし,法律学の難しさや将来への不安からいつの間にか合格基準から離れた方向へ向かって勉強してしまいがちです。違う方向へ向かってどれだけ進んでもゴールへたどり着くことはありません。関西大学の合格者の中でも未修で1回目の受験で上位合格という方は,ゴールが何かを研究した上で,相当量の勉強をしています。また,いわゆる上位ローといわれる大学の学生は中高の受験時代からそういった分析をした上で「試験」を「試験」と割り切って受験して合格してきます。約2000人が合格できる試験といえば聞こえはいいですが、実際のところ,ロースクール入試段階では自分より実力が上だった人間を何人も抜かなければ合格はできません。そうであるならば、ただ基本書や百選を通読するとか、過去間をゼミで書いてみるとか漫然と勉強している場合ではありません。

まず、<u>ゴールを分析して、そのゴールが何かがわかったならば、死に物狂いで勉強して</u>いただきたいと思います。

なお本編には法務省発表の出題の趣旨、採点実感からの抜粋が多数引用されています。 これは出題の趣旨等の当該個所さえ読めば足りるという趣旨で引用したものではありません。本来であれば自分自身で全文を読み込む必要のあるものですが、我々合格者が特に重要であると感じ、受験生の皆さんに強調しておきたい部分を抜粋したものです。本編の抜粋部分のみを読んで満足するという間違えた使い方をしないように注意を促しておきます。

第2章 必要な能力

1 司法試験は法律実務家になれるか否かを選別する試験です。したがって、それに見合う能力が必要です。例えば、体力、精神力、事務処理能力、地頭の良さ、知識、勉強時間、戦略ないし方向性です。この点、体力、精神力、事務処理能力、地頭の良さというものは一朝一夕では変えることはできません。しかし、戦略や方向性は、司法試験を分析することで十分に対策が可能です。体力、精神力、事務処理能力、頭の良さで上位の学生に負けていると感じているならば、戦略ないし方向性を間違わないという点を強化するしかありません。本稿はその戦略や方向性を間違わないために、司法試験でいかにして点数をもぎ取り合格するかを分析するためのものです。

2 そうは言っても、知識、勉強時間が絶対的に不足していれば、いくら戦略を練っても それを使うだけの材料が足りません。本稿を読んでおられる方の中には、答案の書き方 が駄目なので評価されないと思っている方もおられるかもしれません。しかし、そうで はなく基本的知識が不足しているので書けないという可能性も十分あります。まず、答 案を書いて添削してもらい、基本的知識が足りないレベルなのかを分析してもらうこと が重要だと思います。<u>基本的知識</u>が何かは語る人によって様々ですが、ここでは<u>条文(と</u> その要件・効果)、定義、趣旨、判例百選レベルの重要判例の理解(事案、判断枠組み) であるとして下さい。この辺りが不十分であると、いくら戦略を練っても合格答案にな るのは困難かと思われます。答案を書いた本人は論点を書いて、あてはめたつもりが、 採点者には答案作成者の理解が全く伝わらないのです。

そのような方は、まずは基本的知識のインプットを正確にすることを目指して下さい。 インプットの方法は、常に具体例を意識してすることが重要であると思います。

3 したがって、以下では、基本的知識があるにもかかわらず、合格点が取れない方を対象に議論を進めますが、そうでない方も、インプットをする際にゴールが分かっていることは有益であると思うので参考にしていただけたらと思います。

また、司法試験の分析、合格答案の書き方等の書籍や予備校の合格者講義等はたくさんあります。しかし、そのような方法論を知っているというレベルでは何の役にも立ちません。方法論はそれを知った上で、反復継続して実践することで初めて自分のものになり使いこなせるようになります。中途半端なマニュアル思考では逆にそれにとらわれ不合格答案になってしまうおそれがあります。そのことを十分に留意し答練等で実践し自分の方法論といえるまで昇華していただきたいと思います。

第3章 合格と不合格の分水嶺 ~関大ロー生に足りないもの~

1 勉強量

関大ローの学生は<u>勉強量が圧倒的に不足</u>していると思います。ロースクール全体に蔓延しているのんびりとした雰囲気が問題でしょう。多くの学生に「司法試験受験生」であるという意識が足りません。私はロースクール入学前に東京の複数のロースクールの自習室を友人に連れられて見学しましたが、どのロースクールも席は埋まっており、ピリピリとした雰囲気だったのがとても印象的でした。そのため関大ローに入学した直後は拍子抜けしたのを覚えています。

「一日何時間くらい勉強したらいいのですか?」という質問をよく聞きますが、合格者の多くが<u>8~10時間</u>と答えています。もちろんこれは休憩を除いた実勉強時間です。 一度ストップウォッチで講義の時間を除いた自分の勉強時間を測ってみて下さい。驚くほど少ないことに気が付くはずだと思います。

2 過去問分析

(1) 「<u>司法試験の答案はラブレターを書くように書け!</u>」と実務家の先生に言われたことがあります。相手方にOKをもらうためには、自分の考えを的確に伝え、心に響くようでなければなりません。そのためには当然読み手がどういう内容の「ラブレター」になら心を動かされるかという研究をするものでしょう。司法試験の答案が「ラブレター」ならば、過去問や出題の趣旨、採点実感(ヒアリングを含む、以下省略)は想いを伝えようとする「相手方」なのです。

多くの合格者が<u>過去間の分析を早期に行う</u>ように提言しています。これは過去問, 出題の趣旨,採点実感の中に<u>合格のヒントが散りばめられている</u>からです。出題者が どういう答案の書き方を求めているのか,受験生に足りないものは何かといったこと が随所に記載されています。私は毎日出題の趣旨や採点実感を見るようにしていまし たし,重要だと思う記述については別途小さなノートに書きだして,本試験の会場で も直前に見ることが出来るようにしていました。このようにすることで出題者の求め ている合格者像というものがだんだんと見えてくるようになるのです。

(2) 過去問分析で重要なのは「相手方」の研究だけではありません。「ラブレター」を出してOKをもらった方や、残念ながら振られてしまった方の分析も必要となります。

上位合格者の分析は法律構成の丁寧さや事実の指摘・評価のうまさを見習うために必要なことだと思います。しかし、それと同じくらい大切なことは1000番くらいの平均的な合格者、2000番くらいの合格ライン上の合格者、そして不合格者の分析なのです。これらの答案と上位合格者の答案を比較すれば、点数の差がどういうところから生じているのかがわかってくるでしょう。合格者でも間違った記述が結構あるということに気が付けるだけでも収穫です。

3 法律文書の書き方

関大ローの特に未修者の合格率が芳しくありません。私は既修だったためあくまで想像ですが、未修の方は答案を書くことに慣れていないのではないかと思います。講義中は未修の方も積極的に発言していたし、私の知らない学説などにも詳しかったので、短答を突破する力があるのなら知識面に一応は問題ないのでしょう。不合格答案を分析して感じたことは書き方の問題、つまり法的三段論法を踏めていない、具体的事実を挙げることだけがあてはめだと思い込んでいるという点です。

(1) 新司法試験が始まったころは「論点主義は終わった」とか「あてはめを充実させれば受かる」というような風潮があったように思います。そこで規範も書かずにあてはめに走ってしまう人が増えたのかもしれません。具体例を出して話を進めると、たとえば平成24年の刑法で「偽造」を検討する場面がありました

『「偽造」にあたるか。本件では……や……という事情があり「偽造」にあたる。』

これが法的三段論法の出来ていない書き方です。なぜ「偽造」に当たるのか、書い

ている本人は頭の中で分かっていても、読み手はさっぱり分かりません。<u>司法試験が</u> <u>書面審査である以上、そこに書いてあることが全てであって、行間を読んでくれると</u> 甘く考えてはいけないのです。

「偽造」にあたるか。「偽造」とは名義人と作成者の人格の同一性を偽ることである。「名義人」とは当該文書から理解される意思や観念の表示主体をいう。「作成人」とは文書に意思や観念を表示した者又は表示させた者をいう。本件でXは……であり当該文書から理解される意思の表示主体であり「名義人」にあたる。またYは……であり文書に意思を表示した者であり「作成人」といえる。このように名義人と作成人の人格が異なり、これを偽っているといえるため「偽造」に当たる。

というのが法的三段論法の一例です。このように規範をしっかりとあげてそこに事実をあてはめていく。これは散々採点実感などで指摘されていることですので、もしも出来ていない方は意識して下さい。

もっとも、全ての要件をこのように検討するのはナンセンスです。『「有印」とは』、 と厚く論じる人はいないでしょう。 **あくまで問題となっている部分で事案の解決に必 要な範囲で論じる**のです。

2(1) 次にあてはめについての注意点を指摘します。具体的事実をたくさんあげることこ そが司法試験合格のポイントと当初は私も考えていました。しかし、合格者の答案を 分析すると**評価のうまさに気がつく**と思います。私もロースクール入学当初は「評価 って何?」というレベルでしたのでこの点についても少し説明をしておきましょう。

例えば、刑事訴訟法で捜査機関が外部から室内を勝手に望遠カメラで撮影した行為 が強制捜査に当たるかが問題になっているとしましょう。

強制処分とは、相手方の意思に反してその重要な権利・利益を制約する処分をいう。 本件では室内を住人に黙って望遠カメラで撮影しており、相手方の意思に反しプライバシーという重要な権利を制約する処分であるため強制処分にあたる。

今回は法規範もちゃんとあげたしメデタシメデタシ、と思ってはいけません。ここからはなぜ相手方の意思に反しているのかイマイチよく分かりません。室内は秘匿性が高い生活空間だから外部に公開することを前提としていないとか、それを望まないのが通常であるとか、何らかの評価を加えてやる必要があります。たぶん、頭の中ではこのような評価をしているはずです。だからこそ、強制処分に当たると判断したわけでしょうし。でも、これを書面にしっかりと書かなければ採点する人には伝わりません。

- (2) 私はあてはめの戦略として、<u>事実を大量にあげるよりも、重要な事実のみを絞って</u> **あげ、それに評価を丁寧にしていく**ことに決めていました。大量の事実が散りばめられている論文試験で全ての事情に触れることはできないし、事実の重要度をメリハリつけて把握していることを試験委員にアピールすることも狙いでした。
- 3 このような答案作成上の注意点はソクラテスメソッドだけでは身につかないように思

第2編 司法試験に合格する方法 第3章 合格と不合格の分水嶺

います。実際に答案を書いてみることの中で、何度も失敗し、悩み試行錯誤する中で身に付くものでしょう。したがって、**週に1通でも良いので答案を書く、または答案構成をする**ようにしてみましょう。

第4章 論文対策総論

第1節 論文試験では何を見られているか

問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、都市計画法及び同法施行規則の趣旨を読み解いた上で、都市計画に関する行政訴訟の訴訟要件、本案における違法事由、及び損失補償の要件を論じる力を試すものである。

(平成24年行政法出題の趣旨)

民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である。具体的な事実を踏まえ、実体的な法律関係を理解して論述する能力、当事者間に成立した契約の内容を理解して妥当と認められる法律的帰結を導く能力及び具体的な事実を法的な観点から分析して評価する能力などを試すものである。

(平成24年民法出題の趣旨)

刑事実体法及びその解釈論の知識と理解,具体的な事案を分析してそれに法規範を適用する能力及び論理的な思考力・論述力を試すものである。

(平成24年刑法出題の趣旨)

ここから読み取れることは、①具体的な事案から、書くべきことを書いているか(机上の理論ではなく、具体的事実を見て問題点を発見できているか)。②書くべきことが分かった上で、書くべき条文、判例、論点を書けているかどうか(法律の解釈、適用能力)を審査されているということです。

当たり前のことと思われるかもしれませんが、問題文を見て書くべきことを判別できる人はなかなかいません。ともすれば、自分が理解している論点を書きたいばかりに自分勝手に問題文を読んで、的外れな答案を書いてしまうことも稀ではありません。そもそも、何を書くべきかという論点抽出レベルで大きなミスをしていると点数は伸びません。それは採点基準がある試験である以上は仕方のないことです。

第2節 配点を意識する

1 司法試験は、ある程度の客観的採点基準をもとに相対評価で合否を決する試験です。 決して、受験生が地頭の良さをアピールして、それが認められれば合格できるという試験ではありません。また、実務家登用試験であり、単なる資格試験とも異なるので、司法試験委員が欲しい能力をもった人材を採用する、就職試験と類似した性質があります。

したがって、どんなに正しいことを書いたとしても、出題者側が点をくれなければ(採用したい能力を備えた人材であると評価されなければ)合格できないことは当たり前のことです。それにもかかわらず、独りよがりな答案を書く人が多いのが現状です。

したがって、出題者がどのような部分に点数を振っているのかを意識しつつ、その部

分を厚く書くことで、それを意識しない人に勝つことが可能になるのです。

2 では、どのような部分に配点があるのでしょうか。あるいは、どのような点に注意すれば点数がとれるのでしょうか。

3 採点実感等

採点実感として、新司法試験考査委員会議申合せ事項にいう<u>「優秀」、「良好」、「一応</u> <u>の水準」、「不良」の4つの区分</u>に照らすと、例えば、どのような答案がそれぞれの区分 に該当するかについて、各設問ごとに示すとすると、以下のとおりとなる。

(平成22年民法採点実感)

2 採点方針

採点に当たっては、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目指した。第1に、 民法上の基本的な問題についての理解が確実に行われているかどうかを確かめることとした。第2に、単に知識を確認するだけでなく、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力及び具体的事実を注意深く分析した上で法的観点から評価する能力を確かめることとした。第3に、基本的な問題の背後にあるより高度な問題に気が付いて、それに取り組む答案があれば、これを積極的に評価することとした。これらに加えて、総花的に諸論点に浅く言及する答案よりも、ある論点についての考察の要所において周到堅実であるものや創意工夫に富むものの方が、法的思考能力が優れていることを示していると考えられるため、高い評価を与え、反対に、論理的に矛盾する構成をするなど積極的なミスが著しいものについては、低く評価し、さらに、あわせて全体として適切な得点分布が実現することを心掛けた。

そのため、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点数を与えることとともに、答案を全体として評価し、論述の緻密さ周到さの程度や構成の明快さの程度に応じても点数を与え、そのことにより、ある設問につき考察力や法的思考力の高さが示されている答案については、別の設問についての論点の幾つかを落としていたり、知識不足や理解不足を露呈していたとしても、各設問につき知識のみを浅く書いている答案よりも、高い評価を与えることができるようにした。

(平成22年民法採点実感)

2 採点方針

採点に当たっては、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目指した。<u>第1に、</u> 民法上の基本的な問題についての理解が確実に行われているかどうかを確かめることとした。<u>第2に、単に知識を確認するだけでなく、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び、具体的事実を注意深く分析した上で法</u>的観点から評価する能力を確かめることとした。第3に、基本的な問題の背後にあるより 高度な問題に気が付いて、それに取り組む答案があれば、そのことを積極的に評価することとした。これらを実現するために、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点数を与えることとした。さらに、複数の論点について表面的に言及する答案よりも、一つの論点について考察の重要箇所において周到確実な答案や創意工夫に富む答案が、法的思考能力の優れていることを示していると考えられることがある。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さ周到さの程度や構成の明快さの程度に応じても点数を与えることとした。これらにより、ある設問について考察力や法的思考力の高さが示されている答案には、別の設問について必要なものの一部の検討がなく、そのことにより知識や理解の不足を露呈していたとしても、高い評価を与えることができるようにした。また反対に、論理的に矛盾する構成をするなど積極的なミスが著しい答案については、低く評価することとした。なお、全体として適切な得点分布が実現することを心掛けた。

(平成23年民事系第1問採点実感)

- (1) 出題趣旨に記載がある論点は点数が高い論点です。これを落とすと、点数がつきに くいです(上記では民法の採点実感を挙げていますが、他の科目でも出題の趣旨で挙 げられている論点について書けているかが議論になっているので同様です)。
- (2) しかし、そのような論点に触れられているものの、その論点についての考察が不正確ならば、自分は書いていると思っていても、採点者には、低い評価(論点を書いていない人と同程度の評価)をされる危険があります。また、法律論の部分のみではなく、あてはめを見て、およそ規範の意味が分かっていないと判断されたならば、それは、論証パターンの書き写しと評価されて、遡及して規範の部分の点をつけないといった採点の仕方もありうると思います。法律論の解釈とあてはめは車の両輪であり、2つができて初めて理解しているといえるからです。そういった意味では、予備校が規範とあてはめを完全に別々にして採点表を作っているのは正確には正しいとは言えないと思われます(もっとも、予備校の採点者でも上記の点を考慮して添削されている方もおられます)。
- (3) 司法試験が相対評価の試験である以上は、出題の趣旨に記載がある論点で平均的な 受験生が触れられなかった論点は、触れているだけでかなり点がつくと思われます(素 点のレベルでは 5~6 点の差しかなくとも、その 5~6 点をとれたのが数十人しかいな いならば、点数調整した後の点数にはかなりの差がでてきます)。
- (4) 答案の書き方としては、単に知識を平面的に吐き出すのではなく、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現し、論理的に一貫した考察を行い、具体的事実を注意深く分析した上で法的観点から評価するようにして下さい。

このような答案を書くことができたならば、<u>論点を一つ二つ落としたとしても</u>超高 得点にはならないとしても、**十分に合格点はつきます**。それは、司法試験が単に知識

第2編 司法試験に合格する方法 第4章 論文対策総論

の有無を問う試験ではなく、実務家登用試験だからです。 以下では、各科目ごとの特性から、どのように点数をとるべきかを述べていきたい と思います。

第5章 論文対策各論

第1節 憲法

1 求められている能力

「暗記」に基づく抽象的、観念的、定型的記述ではなく、<u>問題に即した</u>憲法上の理論的考察力、そして**事案に即した**個別的・具体的考察力を見ることを主眼としている。

(平成23年出題の趣旨)

採点においては、条文及び判例についての正確な理解がなされ、<u>事案に対する個別的・具体的検討</u>がなされているか、そして実務家として必要とされる法的思考及び法的論述ができているかに重点を置いた。

(平成25年採点実感)

本年の問題においても、**事案を正確に読んでいるか**,憲法上の問題を的確に発見しているか,その上で、関係する条文、判例、<u>憲法上の基本的な理論</u>を的確に発見しているか、さらに、実務家として必要とされる法的思考及び法的論述ができているかということに重点を置いて採点した。

(平成26年採点実感)

2 出題者の怒りにふれないこと

憲法の出題の趣旨、採点実感では出題者が怒っています。

したがって、まず採点者の怒りに触れた答案から低い評価になっていきます。<u>憲法の</u> 場合、周りが沈むのを待っていればボーダーの点数は守れます。

憲法は難しいです。既修者であっても多くの方が壁にぶつかるでしょう。自分の思ったことが正しいと突っ込んで書いたら評価される場合もあれば、そうでない場合もあります。旧司の時代から水物といわれる科目です。無理をせず、基本的知識をもとに怒りに触れない答案を書けば低い評価にはなりません。

3 事案を丁寧に読むことから始まる

まず何よりも、答案作成は、問題文をよく読むことから始まる。問題文を素直に読まない 答案、問題文にあるヒントに気付かない答案、問題と関係のないことを長々と論じる答案 が多い。

(平成23年採点実感)

問題文の内容を正確に読み取ることは、まずもって、解答者にとって必須の能力というべきであろう。

(平成25年採点実感)

本年の問題では、C社は「条例自体が・・・違憲であると主張して」訴訟を提起しており、

内容的にも,適用違憲(処分違憲)を論じるべき事案ではないにもかかわらず,適用違憲 (処分違憲)を論じている答案は,当該記載について積極的評価ができないのみならず, 解答の前提を誤るなどとしている点においても厳しい評価となった。

(平成26年採点実感)

問題文はよく読むこと。

問題文の通りに主張,反論というように色分けすれば,意外に答案構成そのものになることが多いです(平成23年の問題を分析してみて下さい)。

4 法令違憲と適用違憲を区別すること

法令違憲を論じているはずなのに、その理由として、Aの目的や注意書き添付といった 個別的行為を理由に違憲の判断を導くものが圧倒的に多く、実際には適用違憲(処分違 憲)の論述をしていた。

(平成20年採点実感)

昨年と比べて・・・内容面でも、例えば、まず法令違憲の主張を行い、それが認められない場合でも適用違憲(処分違憲)を論じるというように、両者の関係の理解が適切と思われるものが増えるなど、違憲判断の方法に関する理解ができてきているように思われた。

(平成21年採点実感)

法令違憲と適用違憲(処分違憲)の区別は、今日では当然の前提となっていますので、 ここで躓くと大減点のおそれがあります。

ここでまず注意をしなければならないのは法令違憲の中で個別具体的な事情を出すのは間違いということです(平成20年採点実感引用部分)。

立法事実とは、その法令が作られた基盤となっている事実です。

法令違憲では法律自体の合憲性を判断するわけですから、その判断材料も当該法律が根拠としている事実ということになります。「Xさんが生活保護を支給されなかった」というような個別具体的な事実に基づいて法律が作られているわけではないですよね。ですから、こういう具体的事情を法令違憲で論じることは間違いなのです。

先ほど具体例に出したような事実は司法事実といって当該具体的事件に関する事実のことです。司法試験の問題には司法事実がたくさん散りばめられていることが多いです。このような事実は適用違憲で論じます。適用違憲は法令を当該具体的事件に適用したことの合憲違憲を判断するのですから、司法事実を取り上げて論じることになるのです。まずは法令違憲・適用違憲、立法事実・司法事実の区別をしっかりとつけることが出来るようにしましょう。勉強の格好の材料は判例です。

判例を学習する際には原告は法令違憲・適用違憲をどのように区別して主張しているのか,裁判所はどのような立法事実・司法事実に着目して判断を下しているのかを明確に意識することをオススメします。憲法の思考方法は一朝一夕では身に付きません。判

例をこのような視点で学習することを繰り返すことにより憲法の思考方法がわかってくると思います。

また、平成26年の問題であったように、法令違憲を書くべきか、適用違憲(処分違憲)を書くべきかのヒントが問題文に表れていることもあります。この点を見落とすと、厳しい評価になります。気を付けましょう。

法令違憲と適用(処分)違憲の区別を意識した答案が、ここ3年間で着実に増加してきたことは、評価できる。しかし、<u>当該問題において、必ず法令違憲と適用(処分)違憲の問題が両方存在するとは限らない。</u>今年の問題の場合、生活保護法の法令違憲性を検討したものなど、不適切な答案が目立った。当該事案において、<u>いかなる点の憲法違反を検討すべきかをよく考えること</u>が重要である。

(平成22年採点実感)

皆さんの中には常に法令違憲と適用違憲の両方を論じなければならないと思っている人もいるかもしれません。しかし、司法試験の問題には個別具体的な事情がたくさん散りばめられています。法令違憲を論じる場合にはこのような事情は用いることができないのですから、どうしても書きにくくなるでしょう。また、当事者の立場に立って考えてみてください。あなたがもし生活保護を打ち切られた場合、憲法25条を持ち出して生活保護法の違憲性を主張しますか。生活保護法が違憲となれば、再度支給されるための根拠となる法律がなくなってしまい当事者の救済にはつながりません。それよりも自分に対してなされた打ち切りという処分が憲法25条に反していると主張する方が直接的な当事者の救済となります。

法令違憲と適用違憲のどちらをメインで論じるべきかは問題によります。あくまで一つの例を挙げると、仮想法令が資料として添付されており、その仮想法令が制定されるにいたった過程の事情が詳細に書かれている場合には法令違憲をしっかりと検討してくれというメッセージです。これに対して、個別具体的な事情が多数散りばめられている場合には適用違憲をしっかり検討するようにとのメッセージです。

処分違憲の審査で、法律適用の合法性、妥当性のみを論じる答案が今年も多かった。<u>憲法</u> <u>との関係</u>を論じないと、合憲性審査を行ったことにならない。

(平成23年採点実感)

答案を作成する際に気を付けなければならないのは、あくまでも「憲法論」を織り込まなければならないということです。例えば、行政機関が何らかの処分を行ったことに不満を持つ者がその処分を取り消すために「憲法〇〇条に反し違憲であり、取消事由となる」と主張するとしましょう。これはどこかで見覚えがありませんか。そう、行政法の主張と同じなのです。憲法も行政法も「公法」ですから同様の主張をすることは何ら問題ありません。しかし、憲法論を織り込まなければ行政法の答案になってしまいます。

憲法の試験であるということを忘れないようにしましょう。

5 法令違憲の論じ方

- (1) 司法試験受験生の間では「『憲法上の権利』の作法」が大ヒットしています。ここでは、この本を参考に「**三段階審査**」という論じ方について簡単に説明したいと思います。三段階審査とは、法令審査を、
 - ①国家行為が基本権の保障する領域に関わるか(保護領域の画定)
 - ②その国家行為が基本権の制限となっているか(制限)
 - ③その基本権の制限が憲法上正当化できるか(**制限の正当化**) という順序で思考することです。
- (2) 保護領域の画定について

ここでは、事実から具体的な自由を抽出し、当該自由が憲法上保障されているか を検討します。

そもそも憲法の保障する領域に含まれていない権利が制限されたのならば、憲法 違反していることにはなりません。「憲法の保障があるにもかかわらず、これが制約 されているんだ」と主張したいのですから、保護領域を検討する必要があります。 もちろん争いなく保護領域に含まれるであろうものについては、簡単に認定しても 構いません。

本問で問題となる研究は実験を伴うものであり、思索中心の研究の自由とは異なる

(平成21年出題趣旨)

被験者の遺伝子情報を知る権利・・・の憲法上の位置付けが問題となる。

(平成21年出題趣旨)

問題となる権利について十分な検討がなく、観念的・パターン的な論述に終始しているため、違憲性判断の論述の説得力も弱く、論証が不十分になっているとの印象を受けた。受験者には、問題文を読み込み、想像力を働かせて、少し条件を変えてみた場合はどうかなど思考上の工夫をしながら、事案の特殊性をつかみ、何を重点に論じるかを考えてもらいたいと感じた。

(平成23年採点実感)

A らの行為が憲法上の権利として保障されることについて、条文の文言との関係に留意しないまま論じている答案が一定数見られた。

(平成25年採点実感)

ここで注意をしなければならないのが個別具体的な権利に着目する必要があるということです。平成23年の問題では原告が制約されているのは表現の自由一般なのでしょうか。違いますよね。制約されているのは「会社がインターネットで地図画像を提供するという利益」です。この利益がどのような性質のものかを論じて2

1条1項に含まれるということをしっかり論証しましょう。

イ 制限について

ここでは、法律等の条文の仕組みに着目して、第1段階で認めた憲法上の権利が 本当に制限されているかを見ます。

法令や処分の合憲性を検討するに当たっては、まず、問題になっている法令や処分が、どのような権利を、どのように制約しているのかを確定することが必要である。次に、制約されている権利は憲法上保障されているのか否かを、確定する必要がある。この二つが確定されて初めて、人権(憲法)問題が存在することになるのであり、ここから、当該制約の合憲性の検討が始まる。

(平成22年採点実感)

この第2段階で否定される問題はそう多くはありません。なぜならば、引用した 採点実感にもあるように、制限されている権利に着目して第1段階の時点で保護領域を画定しているわけですから、第2段階ではその権利が制限されていると認定で きる場合が多いからです。ただ、制限の有無が被告の反論となる場合もあります。

ウ 制限の正当化について

ここでは、権利の制限が正当化されるのかということを検討します。

判例を勉強していると、憲法上の権利は絶対無制約に保障されるわけではないことに気が付くと思います。第1段階で認めた憲法上の権利に対して第2段階の制限があるとしても、それが正当化されるならば、その法令は合憲となるのです。

答案構成としては、「自由ないし権利は憲法上保障されている、しかしそれも絶対無制限のものではなく、公共の福祉による制限がある、そこで問題はその制約の違憲審査基準だ。」式のステレオタイプ的なものが、依然として目に付く。このような観念的でパターン化した答案は、考えることを放棄しているに等しく、「有害」である。

(平成23年採点実感)

ここでまず注意をしておきたいのは「公共の福祉」の使い方です。百選に掲載されている古い判例を見ると、権利の制限は「公共の福祉」さえあれば何でも出来てしまうかのような書きぶりです。条文上も「公共の福祉」という文言が出てきます。「公共の福祉」とは、「人権相互の調整の原理」(内在制約説)と理解している人が多いと思います。しかし、これだけでは人権が対立しているときのみ「公共の福祉」による制約がなされることになってしまいます。平成21年の問題のように研究のもたらす社会への危険性というのが正当化要素として認められる場合もあるでしょう。

このように「公共の福祉」という一言で制約を正当化することはできないのです。 試験委員が個別具体的な事情を使ってほしいと思っているのは、第1段階の保護領 域画定の部分や違憲審査基準のあてはめ部分だけではありません。一体どういう対立利益があって憲法上の権利が制限されているのか、ということを事案に沿って具体的に摘示する必要があるのです。

正当性を検討する際に着目すべきは「権利の重要性」と「制約の重大性」の2点です。これらは当該事案に即して検討しなければなりません。当該事案で表現の自由一般が規制されているわけではない以上、「表現の自由には、自己実現の価値・自己統治の価値があるので……」と論じても意味がないです。どのような権利が問題となり、その権利が保障されるものにとってその権利がどれほど重要なものかを丁寧に論じるのです。また、「届出制は許可制よりも規制態様は弱く……」と一般論を述べても説得的ではありません。設問に添付されている仮想法令の中ではもしかしたら届出制という名であっても、実質的には許可制と何ら変わらないくらいの強度を持った規制態様かもしれません。そのため仮想法令の仕組みをしっかりと把握・引用しながら制約の重大性を認定していくのです。

「原告側の主張」と「被告側の反論」において極論を論じ、「あなた自身の見解」で真ん中を論じるという「パターン」に当てはめた答案構成によるものが多かった。そのため、論述の大部分が、後に否定されることを前提とした、言わば「ためにする議論」の記載となっていた。このような答案は、全く求められていない。

(平成23年採点実感)

なお、原告の主張、被告の反論とも、およそあり得ないような極端な見解を述べ、「あな た自身の見解」では中間の立場を採るといった、技巧に走る答案は求められていない。

(平成24年出題趣旨)

原告は厳格審査基準,被告は合理性の基準,私見は中間基準というのは確かに書きやすいですが、問題となっている事例でそれが想定されているのかは慎重に判断しないと怒りにふれることになります。原告と私見が同じ基準になったとしても,事実の評価次第で結論は変わりえます。

求められているのは、「事案の内容に即した個別的・具体的検討」である。あしき答案の 象徴となってしまっている「当てはめ」という言葉を使うこと自体をやめて、平素から、 事案の特性に配慮して権利自由の制約の程度や根拠を綿密に検討することを心掛けてほし い。

(平成23年採点実感)

ここから先は皆さんもよく知っている違憲審査基準の定立です。あてはめの部分で間違っても司法事実を挙げないように気を付けましょう。ここで一言付け加えるならば、再現答案を見ていると目的はとりあえず簡単に認めて、手段審査の方で頑張るというものが多い気がします。しかし、原告の立場から考えると目的さえも認められないものも

あるはずであり、手段審査は「仮に目的が必要不可欠だとしても……」というようにして 書いていけば問題はありません。もしも目的は争わないものと勘違いしている人がいると 困るので、注意を促しておきます。

エ あてはめの注意点

観念的・抽象的・パターン的「当てはめ」という解答姿勢を取る受験者の心理は、一種守りの姿勢で、受験生心理としては分からなくはないものの、「事例に迫る」意気込みを感じないものであって、司法試験で事例を基に憲法問題を問うという出題の根本理念を失わせるものであり、極めて不適切であり、「有害」である。

(平成23年採点実感)

事案の分析をほとんどせずに、直ちに違憲審査基準の議論に移行し、一般論から導いた審査基準に「当てはめ」て、そのまま結論に至るという答案が相当数見られた。このように、審査基準を具体的事案に即して検討せずに、審査基準の一般論だけで規則の合憲性を判断するのでは、事実に即した法的分析や法的議論として不十分である。

(平成21年採点実感)

憲法もあてはめが勝負と思って、違憲審査基準は三者間で変えずに、あてはめで挙げる事情と評価を変えて書き分けたつもりになっていることはありませんか。そのような答案はたいてい評価が恣意的になってしまい、自分ではうまく書き分けたつもりでも、読み手には説得力のある論述にはなっていないことがあります。

6 適用違憲の論じ方

適用違憲は、権利の性質、法の趣旨・目的から、原告の権利制限が正当化されるかということを検討します。

適用違憲においても検討する思考過程は法令違憲と同じです。第1段階,第2段階を 丁寧に認定するところから始まります。しかし,第3段階で法令審査と異なるのが違憲 審査基準を用いることはないということです。違憲審査基準はあくまで立法目的や立法 目的達成手段を裁判所が審査する基準に過ぎません。司法事実が問題となる適用審査で は立法目的も立法目的手段も出てきませんよね。

適用違憲の第3段階の論じ方の一例を示すと、まず憲法上の権利の重要性や制約の重大性から法令の文言を解釈します(合憲限定解釈など)。制限される憲法上の権利が重要だったり、制限の程度が重大であれば、原告としては文言を厳格に解釈した上で、「その要件に私は含まれません。だから処分をするのは憲法〇〇条に違反しますよ」と主張していくのです。少し刑法各論や行政法の思考に似ていますね。ただ、先ほども注意をしたようにあくまでも「憲法」の答案であることを忘れずに憲法に根差して要件を解釈するようにしてください。

7 出題の趣旨・採点実感等に基づく答案の具体的イメージ

具体的な答案の書き方について悩んでいる方もいると思いますので具体的なイメージ を摘示します。合格者の再現答案を分析すると主に2つの論述方法があります。

1つは、原告の主張を見出しの紹介程度にとどめ、私見ですべてを論じるというものです(少数派)。原告の部分を労力なく論じることができ、書きたいことの詳細は私見で大展開すればよいのですから一見簡単に思います。しかし、試験委員が求めている答案はこういうものなのでしょうか。被告側の反論とは異なりわざわざ設問の1つを使って原告の主張を構成せよと問うているのですから、充実した論述を求めています。

設問1では、原告側は一定の筋の通った主張を、十分に行う必要がある。

(平成22年出題の趣旨)

設問2では、「被告側の反論を想定しつつ」検討することが求められている。想定される被告側の反論を書く部分では、結論として憲法上のポイントだけを記せばよい。……被告側の反論の詳細な内容や論拠は、「あなた自身の見解」で書くことが求められている。

(平成23年出題の趣旨)

原告側が一定の筋の通った主張をしようとすると前述のような書き方は求められていないということが分かります。<u>平成27年度の問題で原告の主張:被告の反論:私見の配点割合が、4:1:5とされていることからしても、原告の主張はある程度の記述が</u>求められているといえます。

原告側の主張,被告側の反論,あなた自身の見解がかみ合っていない答案,現実離れした答案が多いと感じた。問題点を的確に把握し,それを主張・反論,検討という訴訟的な形式で整理する実力が求められるので簡単ではないが,議論がかみ合っているかどうか,例えば,主張に対して反論が有効か,自身の見解がその対立点を押さえた論述になっているかなどは,答案構成の時点できちんと意識的に検討してほしいと感じた。

(平成23年採点実感)

被告の反論を長々と書いてはいけないし、被告だけが独立した意味のない主張になってはいけません。法律の答案は、主張、反論が意識されている必要がありますが、憲法だけあえてそれが明示されている趣旨は、そのことを十分に留意して各主張が噛み合うような答案を書きなさいということだと思われます。

「あなた自身」の結論や理由を「原告と同じ」あるいは「被告と同じ」と書くだけでは、 全く不十分である。X社側あるいは被告側のいずれかと同じ立場に立つにしても、それら とは別の見解を採るにしても、求められているのは、X社側及び被告側それぞれの見解を 検討した上で「あなた自身」の結論及びその理由を述べることである。問われるのは、理 由の説得力である。

(平成23年出題の趣旨)

出題側としては、「被告の反論」の要点を簡潔に記述した上で、「あなた自身の見解」を手厚く論じることを期待して、その旨を採点実感等に関する意見においても指摘してきたが、依然として「被告の反論」を必要以上に長く論述する答案が多く、そのことが本来であれば手厚く論じてもらいたい「あなた自身の見解」の論述が不十分なものとなる一つの原因になっているのではないかと考えたからである。そこで、本年は、「原告の主張」と「被告の反論」の両者を設問1の小問として論じさせることとし、かつ、配点を明記することによって、「被告の反論」について簡にして要を得た記述を促し、ひいては「あなた自身の見解」の論述が充実したものとなることを期待した。

(平成27年出題の趣旨)

私見においては、その被告の反論に応える形で、指摘した憲法的問題点に対する見解を示します。出題の趣旨からもわかるように、求められているのは説得力のある理由づけであって、違憲審査基準を無理矢理に三者間で書き分けることは要求していません。

8 論述力不足を嘆いている

そもそも、問題点に即応した法律の小論文を書くことの訓練が不足しているのではないであろうか。法科大学院としても、ドグマから脱却し、法律実務家として必須である<u>「ペープーを書くこと」にも力を注ぐ必要がある</u>ように思われる。

(平成23年採点実感)

憲法は出題の傾向が最も安定しています。そのため対策は立てやすいはずですが、憲法を苦手とする方が多いように思います。そのような方は基本書の抽象的な憲法の勉強に陥っていませんか。憲法は実際の判例に触れて、原告・被告・裁判所がそれぞれの立場からどのような主張・判断を行っているかを勉強しなければ、答案の具体的イメージを持つことが出来ません。さまざまな事例にあたって自分なりに三者の立場を整理したり、あてはめでどの事情を合憲・違憲の判断要素としているのか、合憲・違憲を分けた決め手となる事実は何かなどを考えたりすると憲法の勉強が楽しくなると思います。これを答案の形で書くことが出来れば理想ですが、答案構成や図表の形で整理・検討するだけでも論述の勉強にはなりますので、ぜひ試してみてください。

9 点を稼ぐというより、点をいただくという姿勢で

以上のことに注意しながら答案を書くだけで印象が良くなります。おそらくその段階で3000番以降になることはないと思われます。

誤解をおそれずに言うのならば、憲法の基本書に書いてあることを使わずに、憲法的

な発想や思考で具体的な事実に着目して紛争を解決している答案が良い答案であると思います。基本書に書いていることを振り回しても理解しているとは評価されないし、逆に、憲法を理解している人の答案は難しいことを書いていなくても評価されるのです。

そして、究極的には、問題となる人権を制約することが違憲か否かが聞かれているのですから、その人権制約を正当化するほどの対立利益が何かを意識した上で、両者のバランスをいかにしてとるのかという悩みが見えるように三者の主張を展開するようにすると良い答案になると思います。

<ポイント整理>

- ①法令違憲と適用違憲,立法事実と司法事実をしっかりと分けよう (形式面での注意)
- ②三者の主張が噛み合うように、争点や主張を整理しよう
- ③憲法の抽象論を振り回すのではなく、当該事案の具体的事情から憲法論を展開しよう

憲法	論文式過去問 出題一覧表
平成18年	○訴訟形式
	・国家賠償法に基づく国家賠償請求
	・憲法29条3項に基づく損失補償請求
	○憲法上の主張
	・消極的表現の自由
	・営業の自由
	・財産権
	・損失補償の要否(特別の犠牲といえるか)
	・憲法29条3項に基づく直接請求の可否
	・立法行為と国家賠償法上の違法の関係
	○条例の合憲性
	・法律と条令の関係 (憲法94条2項「法律の範囲内」の意味)
₩ . 410 <i>E</i>	・信教の自由,財産権,居住移転の自由
平成19年	(ただし,どの人権で構成するか,法令違憲・適用違憲のどちらで主張す
	るかは、議論の余地があるので要注意)
	○不許可処分の合憲性
	○法律の合憲性
	・明確性の原則
亚比瓦瓦东	・表現の自由
平成20年	・知る自由(未成年と成年の両者の知る自由の制約)
	・第三者の違憲主張適格
	○処罰の合憲性
	○部分社会の法理
	○県立大学医学部「審査委員会規則」の合憲性
	・指針と「規則」の違い
	・先端科学技術の研究をする自由
平成21年	○研究の中止命令の合憲性
	○県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」の合憲性
	・遺伝子情報を知る権利の憲法上の位置付け(自己情報コントロール権)
	・第三者の違憲主張適格
	○停職処分の合憲性
平成22年	○生活保護申請却下処分の合憲性
	・生存権
	・平等原則違反

	○選挙権(投票権)
	・立法不作為の違憲性
	・立法不作為と国家賠償法上の違法の関係
	○訴訟形式
平成23年	・中止命令の取消訴訟 (行政事件訴訟法3条2項)
	○憲法上の主張
	・インターネット上の情報提供の自由の憲法上の位置付け
	(・明確性の原則)
	・表現の自由
	・プライバシー権
	・営業の自由(被告の反論あるいは経済的損失に関わる主張で使う程度)
	○訴訟形式
	・住民訴訟(地方自治法242条の2)
	○憲法上の主張
平成24年	・政教分離原則
	・「宗教上の組織若しくは団体」(憲法89条前段)の意義
	・「宗教的活動」(憲法20条3項)の意義
	○訴訟形式
	- ・国家賠償請求訴訟 (国家賠償法1条1項)
平成25年	
一半成25年	○憲法上の主張
	・デモ行進の自由
	・学生がゼミで教室を利用する権利の憲法上の位置づけ
	○訴訟形式
	・不許可処分の取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)
平成26年	○憲法上の主張
	・職業の自由
	・規制目的が複合的な場合の経済的自由権に対する制限の判断基準
平成27年	○訴訟形式
	• 国家賠償訴訟
	○憲法上の主張
	• 平等原則違反
	・表現の自由

第2節 行政法

1 求められている能力

採点に当たり重視していることは、<u>問題文中の指示に従って</u>基本的な<u>事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析検討</u>し、問いに対して的確に答えることができているか、基本的な<u>判例や概念等の正確な理解</u>に基づいて、<u>相応の言及をすることのできる応用能力</u>を有しているか、事案を解決するに当たっての<u>論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開</u>することができているか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

(平成26年採点実感)

2 行政法の判断枠組みを整理しよう

<u>訴訟要件</u> ①処分性 ②原告適格 ③訴えの利益 ④被告適格 ⑤管轄 ⑥不服申立前置 ⑦出訴期間

本案要件 実体法→資料として添付されている個別法の要件検討など 手続法→書き忘れる人が結構いるので要注意

行政法は上記のように必ず自分が何を検討しようとしているのか整理しなければなりません。時々不合格者答案を見ていると、訴訟要件の検討を本案要件の中でしていたり、その逆を見かけたりします。また、実体法の検討は多くの方が検討しているのですが、手続的瑕疵については見落としてしまいがちです。問題を解くときは上記のように思考を整理して検討しましょう。

3 誘導に素直に従った答案を書く

問題文及び会議録等を分析して、<u>質問のポイントを押さえて素直に答えていく姿勢であれば、自ずから比較的高得点が得られるものである</u>が、知識の量はうかがわれるのに、会議録等を十分に考慮せずに自分の書きたいことを書いているため、相対的に低い得点にとどまっている答案が少なくなかった。

(平成23年採点実感)

問題文及び会議録には、どのような視点で何を書くべきが具体的に掲げられているにもか かわらず、問題文等の指示を無視するかのような答案がかなり見られた。

(平成26年採点実感)

【平成23年行政法設問2】

(2) Aが国土交通大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを表明したため、国土交通大臣がAに対し取消措置を執った場合、当該取消措置は適法か。解答に当たっては、関

係する法令の定め、自治会の同意を要求する通達、及び国土交通大臣がAに対し執り得る 措置の範囲ないし限界を丁寧に検討しなさい。

職員:よろしくお願いします。付け加えますと、地元の同意と定めているのは、国土交通 省の通達の方であり、これもそもそもの話になるのですが、このような通達に定め られたことを理由にして、許可を拒否してよいのですか。<u>この点も教えていただけ</u> ればと思います。

弁護士: <u>問題となっている通達の法的な性格をはっきりと説明するように、文書にまとめ</u>てみます。

職員:通達の中身について言いますと、地元の同意を重視している点は、自治体の職員と してはとてもよく理解できます。<u>ただ、許可の取消しという措置まで執ることがで</u> きるのかと問われると、自信を持って答えられないのです。

弁護士: 法律家から見ますと、地元の同意を重視する行政手法には、問題点もありますね。 国土交通大臣が本件許可の申請に際して地元自治会の同意を得ておくように求め る行政手法の意義と問題点を、まとめておきましょう。 その上で、疑惑が事実で あると仮定して、国土交通大臣は、Aに対してどこまでの指導、処分といった措 置を執ることができるのか、執り得る措置の範囲ないし限界についても綿密に検 討しておきます。

行政法の問題には誘導がたくさんあります。誘導といえばヒントと思いがちですが, 実は<u>この誘導こそが真の設問</u>なのです。行政法の設問は訴訟要件の有無や適法性が2行 くらいで聞かれるというシンプルなものです。そうすると,訴訟要件があるか,適法か 違法かを応えれば解答としては正しいと思えます。しかし,仮に論理的に正しく解答を 導いても高得点とはなりません。それは,誘導に従っていないからです。誘導文にある 「~を検討して下さい」とか「~しておきます」といった誘導はヒントではなく,その ポイントに答えなさいという指示なのです(平成23年の問題で下線を引いた部分は答 えるべき部分です)。したがって,その指示を無視すると必然的にその部分の点数がなく なります。行政法で書けたと思っている人で点数が伸びない人はもう一度このような視 点で誘導文を読んで見て下さい。

4 訴訟要件論は判例の研究を

同法第9条第2項の列挙する要素を羅列するだけの答案や、小田急訴訟大法廷判決についての知識はあっても、その理解が表面的であり、原告適格判断の基礎が身に付いていない答案が多く見られた。つまり、原告適格の有無が具体的にどのように検討されるべきなのかという基本問題について、理解がなお十分ではない。

(平成21年採点実感)

原告適格について、一般論はそれなりに記載できているものの、一般論を本事案に適用す

るに当たり、関係法令の条文を羅列しているだけの答案や、逆に採石法第1条の目的規定 にしか言及しない答案・・・が多かった。

(平成26年採点実感)

例年,訴訟要件を満たすかが聞かれています。特に平成23年,平成24年では原告 適格,処分性に絞って検討が求められています。これは,過去に同じ論点が聞かれてい たことから,再度の出題の場合はより深い理解が要求された反面,一つの議論に集中で きるように論点が少なくなったということだと思います。

対策としては,訴訟要件に関する基本的な判例が,どのような事実に着目しているか を意識・理解し,実際に時間内に答案に書くことができるよう整理しておきましょう。

5 個別法を使い倒そう

関係法令の趣旨を記述したものが余り多くなかった。また、記述されている場合でも、記述量が乏しく、さらに、趣旨の記述を条文解釈に関連付けた答案はごく少数であった。問題文で示されている諸事実が、条文解釈を通じた主張として用いられていない答案も目立った。

(平成22年採点実感)

【資料1】及び【資料2】において、検討すべき法令が具体的に示されており、法令解釈の検討対象が明らかであるにもかかわらず、当該各法令につきその立法趣旨にさかのぼった骨太な立論が展開された答案は少なかった。総じて、一定の視点から事案を分析・整理した上で、法令の解釈・適用を行うという法実務家に求められる基本的素養が欠如していると言わざるを得ない答案が多かったのは、残念である。

(平成22年採点実感)

行政法に個別法の資料が大量に添付されているのは、それを使いこなして本件をどう 処理しますか、ということを問うているからです。そのため個別法をどこまで丁寧に引 用・解釈したかが点数に反映されることになります。

試験委員は出題可能性のある個別法を全て事前に勉強しておくことを要求しているわけではありません。初見の法律を読み解いて事案をあてはめていく力は今までの基本7法の学習と共通しています。ロースクールの演習や著名な演習書を用いて個別法を読み解く練習を積んでおくと、初見の法律が出題されても法律の仕組みや優先的に読むべき条項などが分かるようになります。そういう意味では個別法の読解も事前準備ができるのです。

6 引用条文を大切に。条文解釈は三段論法で。

条文の解釈、当てはめが欠けている答案について

・添付資料として関係法令が付されているのに、何号によって随意契約が許されるかとい

う当てはめをせず、生の事実だけを書いている例もある程度あり、条文を重視する姿勢 が欠けていると思われた。

- ・法的三段論法を習得していない答案が多い。
- ・関係法令の趣旨を記述したものが余り多くなかった。また、記述されている場合でも、 記述量が乏しく、さらに、趣旨の記述を条文解釈に関連付けた答案はごく少数であった。 問題文で示されている諸事実が、条文解釈を通じた主張として用いられていない答案も 目立った。

(平成22年採点実感)

条文を条・項・号まで的確に挙げているか, すなわち法文を踏まえているか否かも, 評価 に当たって考慮した。

(平成21年採点実感)

接道義務違反,距離制限違反について多くの答案は言及していたが,法律条文の趣旨を踏まえて,その解釈を示し,具体的な事実関係を当てはめて結論を出すという,<u>法的三段論</u> 法に沿った論述は少なかった。 答案の中には,法律の条文のみを引用して,直ちに結論を示すものが見られ,法律解釈の基本が理解できていない。例えば,児童室が「児童公園,・・これらに類するもの」(B県建築安全条例第27条第4号)に該当するかについて,条文の趣旨解釈から説明しているものは少なく,<u>条文を解釈するという姿勢に欠けている。</u>本件児童室は児童が利用しやすい施設だから児童公園に類するなど,法文に続けて,単純に事実関係を論じるだけで,法令への当てはめの議論になっていない答案,当てはめが見られない答案が少なくない。

(平成21年採点実感)

資料で上がっている条文もヒントではなく、それを使って論述しなさいというポイントです。条文をたくさんあげるようにして下さい。そして、条文があげられるようになったら、条文をどういう順番で引用すれば論理的になるかを考えながら答案構成をして下さい。

本案の検討では個別法の文言解釈がよく出題されています。この時、「~という事実からすると○○条の「●●」に該当する」というようにラフに書いてはいけません。

個別法の解釈では、法の趣旨を読み取り規範を定立できる能力の有無をみようとして います。

したがって、法の仕組み解釈をして、○○条の趣旨を書き、その趣旨からすれば「● 」という文言は△△と解すると書き、本件では~~ですとあてはめをすべきです。

本案の主張の場合、この法の仕組み解釈や趣旨の解釈について誘導で指定がある場合が多いので点を逃さないようにしてください。

7 訴訟要件,個別法の解釈以外からも出題されるので注意

これまでも言われてきたところではあるが、総じて、訴訟法に関する設問1と比べ、主に 行政実体法の解釈に関する設問2の評価が低い傾向にあった。結論部分のみを示している 答案が相当数見られ、自分の頭で考えて答えを導く答案は、多くはなかった。行政実体法 に接する学習が足りていないのか、議論の進め方が雑であるという印象が強い。

(平成21年採点実感)

過去問では、訴訟要件や仮の救済を設問1で聞き、設問2で条文解釈からのあてはめが主流でした。しかし、最近では行政規則の理解や裁量論、損失補償、立法論等広く行政法の知識が聞かれています。そうすると、近時の問題では広く知識を押さえておく必要があります。

もっとも、これらの問題は誘導にのれば得点できます。また、設問3で問われた場合、 時間不足で書けない受験生が多いことから、少しでも書ければ相対的に上に位置するこ とができる得点ポイントでもあるので、無駄にしないようにして下さい。

8 行政法総論も忘れずに

行政救済法と行政作用法(総論)とに分けた場合,後者の分野での理解になお不足が感じられる。

(平成20年採点実感)

行政法総論は抽象的な議論が多く、勉強を始めたころは「これはいったい何の役に立つのだろう」と感じてしまうかもしれません。総論部分は基本書を読んだだけでは論文で使えるような知識にはならないと思います。実際に判例を読んだり、演習書でどのような場合に総論部分の知識が問題になるのかを勉強しておく必要があるでしょう。

9 仮の救済の重要性

「仮の救済は、考慮しなくてよい。」と問題文に付記したにもかかわらず、仮の差止めができるかどうか等を選択の根拠に挙げている例もあった。

(平成23年採点実感)

仮の救済の重要性に一言触れておきます。問題文で明示的に検討不要とされている場合にはもちろん検討をする必要はありません。しかし、そうではない場合には答案に書くかは別にしても、常に仮の救済の可能性については頭で考えるようにしておきましょう。

取消訴訟や義務付け・差止訴訟はいずれも審理に時間がかかるため、判決が出たころには当事者救済の意味をなさないということがありえます。そこで、当事者としては執行停止や仮の義務付け・差止めをすることで、当面の救済を図りたいと考えるのが自然でしょう。設問によっては仮の救済の検討を厚くする必要があるものもあるはずです。「仮」に過ぎないのだから検討は簡潔で良いとは思いこまずに、事案に応じて丁寧に論

じてください。

10 配点比率を利用しろ

受験者が<u>出題の趣旨を理解して実力を発揮</u>できるように、本年も各設問の配点割合を明示することとした。

(平成24年出題の趣旨)

特定の設問に力を入れすぎて、時間不足になったと思われる答案や、各設問の分量バランスが悪い答案が見受けられた。設問 1、同 2 (1) はよく書けているが、設問 2 (2)、同 3 の順に記述の分量及び質が落ちていく傾向が見られた。

(平成23年採点実感)

採点実感でも嘆いているように、最初の方の設問を丁寧に書いているあまり、時間不 足となって後半は乱雑な文章になってしまう受験生が多いのでしょう。そのような事態 に陥らないように、配点比率を利用しましょう。

「出題の趣旨を理解して実力を発揮」してほしいということは、出題者は配点比率の高い部分を厚く書いてほしく、低いところは簡潔で良いとしているのです。こんな重要なヒントを利用しない手はありません。そこで答案構成段階で設問ごとに配点比率に合わせて書く分量を決めてしまいましょう。そうすることにより、設問の最初の方だけ頑張るというバランスの悪い答案を避けることが出来ます。



<ポイント整理>

- ①行政法の判断枠組みを間違えない
- ②添付資料の個別法を使い倒す
- ③誘導が設問になっている意識で、それに沿った解答を論じる
- ④訴訟要件, 個別法の解釈以外も出題されるので準備しておこう

2→ →t N.L.	論文式過去問 出題一覧表
行政法	※訴訟選択の結果によっては論点にならないものもあるので注意
平成18年	○訴訟選択
	•無効等確認訴訟
	・取消事由と無効事由の関係
	・公法上の実質的当事者訴訟
	○国家賠償法1条
	○訴訟選択
	• 取消訴訟
平成19年	処分性の有無
平成19年	・執行停止(行政事件訴訟法25条2項)
	○原処分主義と裁決主義(行政事件訴訟法10条2項)
	○個別法(出入国管理及び難民認定法)の解釈とあてはめ
	○訴訟選択
	• 取消訴訟
	処分性の有無
	・執行停止(行政事件訴訟法25条2項)
	• 差止訴訟
平成20年	・仮の差止め
	・公法上の実質的当事者訴訟
	・民事仮処分
	○調査の違法性が勧告に及ぼす影響
	○勧告に要請される行政手続
	○個別法(介護保険法)の解釈とあてはめ
	○取消訴訟の訴訟要件
	・原告適格(行政事件訴訟法9条2項)
	・狭義の訴えの利益(行政事件訴訟法9条2項)
平成21年	○仮の救済
	・執行停止の要件(行政事件訴訟法25条2項)
	○個別法(建築基準法)の解釈とあてはめ
	○主張制限(行政事件訴訟法10条1項)
平成22年	○住民訴訟の訴訟要件(特に4号請求の基本的理解)
	○個別法(地方自治法)の解釈とあてはめ
	○損害賠償請求権を放棄する旨の議決の効力をめぐる裁判例の理解と自己の
	見解

	○取消訴訟の訴訟要件
平成23年	・原告適格(行政事件訴訟法9条2項)
	○考えられる訴訟を2つ比較検討
	・差止訴訟
	・公法上の実質的当事者訴訟
	○本案の検討
	・通達の法的効果
	・個別法(モーターボート競争法)の解釈とあてはめ
	・職権取消しの可否
	・行政行為と裁量
	○立法論(条例の実効性確保措置の必要性とその適法性)
	○都市計画決定の処分性(最高裁判所平成20年9月10日大法廷判決を踏
	まえた検討)
	○都市計画存続の適法性
平成24年	・都市計画変更決定に関する行政裁量の有無とその幅の検討
	・裁量権の行使が違法となる基準と個別法(都市計画法)の解釈
	・裁量基準
	○損失補償
平成25年	○処分性
	○認可の適法性
	○裁量基準の合理性の検討
平成26年	○撤回
	○非申請型義務付け訴訟の訴訟要件
	○差止訴訟の訴訟要件
平成27年	・特に「重大な損害」について、最高裁平成24年2月9日第一小法廷
	判決(民集66巻2号183頁)を踏まえた検討
	○裁量基準の合理性の検討
	・本件規則が裁量基準にあたることの認定
	・裁量基準の合理性の検討
	・個別的審査義務違反の検討
	○損失補償
	・最高裁昭和58年2月18日第二小法廷判決(民集37巻1号59頁)
	の趣旨を踏まえた検討

第3節 民法

1 求められている能力

具体的な事実を踏まえ、実体的な法律関係を理解して論述する能力、当事者間に成立した 契約の内容を理解して妥当と認められる法律的帰結を導く能力及び具体的な事実を法的な 観点から分析して評価する能力などを試すものである。

(平成24年出題の趣旨)

第1に、民法上の<u>基本的</u>な問題についての理解が<u>確実に</u>行われているかどうかを確かめることとした。第2に、単に知識を確認するだけでなく、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び、具体的事実を注意深く分析した上で法的観点から評価する能力を確かめることとした。第3に、<u>基本的な問題の背後にあるより高度な問題に気が付いて、それに取り組む答案があれば、そのことを積極的に評価する</u>こととした。

(平成23年採点実感)

2 論点に飛びつかず、順序立てて考える

民法の問題は一見して何が問われているかわからないことが多いです。しかし、当事者の言い分をもとに順序立てて答案構成すると意外に書くべきことが見えてきます。そして、その過程で解釈の余地がある部分が論点です。

例えば、次のように考えることができます(というよりも、法律家ならそのように考えています)。

①原告Xの生の主張をまず考える。※自分が法律相談を受けたと仮定

Xさんが当該事例でやりたいことは何なのか。お金を払って欲しいのか、土地を明け渡 して欲しいのか等をまず考えます。

ここまでは、法律家でなくとも人の気持ちがわかる人ならできます。もっとも、意外な ことにこの段階ができていない人が散見されます。

②原告の主張することを実現する法的な構成を考える。

Xのやりたいことがわかったなら、その請求を導く法律構成を考えます。契約があるからこれに基づいて請求するのか、契約違反だから損害賠償請求するのか、契約はないから不法行為で請求するのか、所有権に基づいて請求するのか等です。

ここまでは、法律を勉強した人ならできます。もっとも、この段階ができない人がいることは前述と同じです。

③効果を発生させる要件を考える。

まず、条文から出発して要件を検討します。そして、その要件に解釈の余地があれば検 討します。また、そもそも条文にない要件で必要とされるものは解釈で導き出します。

この段階の条文解釈等が論点です。最初から、この段階に飛びつくと何を書いているか わからない答案になるばかりか、思考過程すら採点者に伝わりません。難しい問題ほど自 分の考えを示し、事案における問題点には気付いたということをアピールして下さい。

④あてはめと結論

ここまでくれば、あとは要件に事実をあてはめるだけです。後述しますが、民法では、 その要件との関係でその事実が持つ意味は何かという問いがなされます。したがって、問 題文の事実を違う要件の検討で挙げてしまうと印象がよくありません。あたりまえのよう ですが、意外に難しいのです。

3 原則論を明示すること

民法に限ったことではないですが、特に民法では原則と例外を分かるように書くことが大切です。原則は無効、例外で有効なのか、その逆なのか。これがごちゃごちゃしている答案は良くありません。基本書に書いてある、原則、例外という記述を意識して書くようにしてください。

4 結論の妥当性

また、少数ではあるが、本件売買契約の目的物は誤記された型番の機械(当事者の意図していないもの。)であるとした上、この契約は錯誤により無効であると述べて済ませているものもあったが、これについては、それではどこかおかしいと考え直すことができないのは、法曹となるための資質が疑われるという意見があった。

(平成21年採点実感)

最終的な結論が一般常識に照らして妥当なものなのかについては注意しましょう。形式的に条文や判例通りにあてはめただけの結論が求められているわけではありません。 「この結論では何かおかしい。納得できない。」という生の思考は大切かと思います。

他方で、(行為) 規範としての予測可能性を維持するため、一般的に法解釈には確実性が求められます。

すなわち, <u>民法の解釈には「一般的確実性と具体的妥当性の調和」が求められている</u>のです(有斐閣双書民法(1) P 1 7)。

「条文に形式的にあてはめると原則論としてこのようになりそうだが、条文の趣旨に 戻ると到底納得できない結論となる。そこで妥当な結論を得るべく『判例や学説』など の理論を借り、一見条文に反するが趣旨に照らし理屈の通る理由づけのもと、このよう な結論にする」という姿勢で問題に対処する能力が問われているのです(前記1参照)。

5 要件事実の問題は主張整理だけが聞かれているわけではない

事実①は2000万円の融資についてCに代理権があるものと信ずる正当な理由があるとする評価を根拠付ける事実である意義を有し、それとともに、事実①はAがCに1500万円の限度における代理権を授与したことを推認させる間接事実である意義を有するとも考えられる。また、事実②はCに2000万円の借入れの権限があるかどうかをFが調査しようと試みたことを意味するものであるから、他の事情とあいまって、正当理由を根拠付ける一つの事実である意義を有するものとも考えられる。反対に、事実②のうち携帯電話がつながらないことは、Cの不審な挙動を示唆するものとみることができないものではないから、それにもかかわらずA本人との接触に成功しないまま融資を敢行したこととあいまって、正当理由の評価障害事実になるとする性質把握も一定の説得力を持つ。そこで、適切な理由が付されて解答されているかが問われることになる。

(平成22年採点実感)

新司特有の設問として、要件事実論が出題されているといわれることがあります。要件事実というと、請求原因、抗弁、再抗弁というように主張を整理することが正解だと思う受験生が多いです。しかし、その設問で問われているのは、その事実の持つ意味です。したがって、要件事実論はその前提として機能するにすぎない前提問題であって最終的な解答ではありません。長々と要件事実論を書いて「したがって、抗弁に該当する事実としての意義を有する」みたいな答案は求められていません。求められているのは、あくまで実体法としての民法の理解ですので、要件事実的な出題であっても、まず前述の「2 論点に飛びつかず、順序立てて考える」と同じ視点で答案構成をしてみてください。

その中の③の検討の際に、原告が主張すべきことか、被告が主張すべきことかを民法の理解をもとに分けます。そして、あてはめをするという普通の答案をまずイメージします。そうすると、あてはめをする際に問題文で問われている事実をどう評価しようかと悩むことになります。例えば、普通、間接事実なのであれば、その推認過程を書いてあてはめているはずです。その推認過程を書いてあげれば解答になります。「過失」という規範的要件ならば、その評価根拠事実をあげて、普通のあてはめと同じく評価できれば解答になります。

結局、**要件事実的な設問は、普通の民法の問題を逆から聞いている**にすぎません。すなわち、事実から出発して、問題となる要件との関係でその事実がどういう意味を持つかを聞いているのです。それにもかかわらず、**主張整理で終わってしまう答案は点数を捨てている**に等しいといえます。

6 原則として論点ごとに配点がある

2 採点方針

採点に当たっては、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目指した。第1に、

民法上の基本的な問題についての理解が確実に行われているかどうかを確かめることとした。第2に,単に知識を確認するだけでなく,掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力,論理的に一貫した考察を行う能力及び具体的事実を注意深く分析した上で法的観点から評価する能力を確かめることとした。第3に,<u>基本的な問題の背後にあるより高度な問題に気が付いて,それに取り組む答案があれば,これを積極的に評価</u>することとした。

これらに加えて、総花的に諸論点に浅く言及する答案よりも、ある論点についての考察の要所において周到堅実であるものや創意工夫に富むものの方が、法的思考能力が優れていることを示していると考えられるため、高い評価を与え、反対に、論理的に矛盾する構成をするなど積極的なミスが著しいものについては、低く評価し、さらに、あわせて全体として適切な得点分布が実現することを心掛けた。

そのため、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点数を与えることとともに、**答案を全体として評価**し、論述の緻密さ周到さの程度や構成の明快さの程度に応じても点数を与え、そのことにより、**ある設問につき考察力や法的思考力の高さが示されている答案については、別の設問についての論点の幾つかを落としていたり、知識不足や理解不足を露呈していたとしても、各設問につき知識のみを浅く書いている答案よりも、高い評価を与えることができるようにした。**

(平成22年採点実感)

民法に限らず細かく分けて採点されているようです。したがって、論述すべきポイントを落とせばその分の配点はなくなります。逆に言えば、難しい問題ができなくとも、簡単な問題に解答できれば全体として点をとることができます。簡単な問題が設問3のように後の方にあったりするので、最後まであきらめず全部書ききるということが大切です。そのため、問題文にある配点を参考にして時間配分を必ずしてください。

7 もっとも答案全体の構成やバランスも採点対象である

しかし、上記採点実感にあるように、<u>答案を全体として評価</u>することを採点者は明示しています。「各設問につき知識のみを浅く書いている答案よりも、高い評価を与えることができるようにした。」と暴露しているのですから、この点を無視した答案は駄目でしょう。「ある設問につき考察力や法的思考力の高さが示されている答案」であれば、とにかく論点を書きまくるよりも評価すると言っているのですから、事案の特殊性に気付いたならば、踏みとどまって論じるべきでしょう。「基本的な問題の背後にあるより高度な問題に気が付いて、それに取り組む答案があれば、これを積極的に評価する」とまで言ってくれており、よく見る論点で構成されていても、「本番のひねり」が加わっているというような問題が毎年出題されているのですから、これを意識した答案が良いはずです。

平成23年の採点実感P.11にいたっては、冒頭で

「採点に当たっては、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目指した。第1に、 民法上の基本的な問題についての理解が確実に行われているかどうかを確かめることとした。第2に、単に知識を確認するだけでなく、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び、具体的事実を注意深く分析した上で法的観点から評価する能力を確かめることとした。第3に、基本的な問題の背後にあるより高度な問題に気が付いて、それに取り組む答案があれば、そのことを積極的に評価することとした。これらを実現するために、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点数を与えることとした。

さらに、複数の論点について表面的に言及する答案よりも、一つの論点について考察の 重要箇所において周到確実な答案や創意工夫に富む答案が、法的思考能力の優れているこ とを示していると考えられることがある。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案 を全体として評価し、論述の緻密さ周到さの程度や構成の明快さの程度に応じても点数を 与えることとした。これらにより、ある設問について考察力や法的思考力の高さが示され ている答案には、別の設問について必要なものの一部の検討がなく、そのことにより知識 や理解の不足を露呈していたとしても、高い評価を与えることができるようにした。また 反対に、論理的に矛盾する構成をするなど積極的なミスが著しい答案については、低く評 価することとした。」

と同じことを述べており、毎年採点する度に「論点を浅く広く拾う(披露)だけではね…」と感じていることが強く伺われます。

8 民事系は実力勝負

長々と書いてきましたが、民法に限らず民事系は当該設問に対して答えるか否かで勝 負が決まります。刑事系のように、「罪責を述べよ。」「捜査の適法性を論じなさい。」 という大まかな設問の中で、事実と評価で点を取りまくるという書き方で点が変わる科 目ではありません。日頃のインプット段階で勝負が決まっており、勉強量と点数が比例 しやすい科目といえます。したがって、まず基本的知識のインプットが本当にできてい るかを確認していただきたいと思います。

<ポイント整理>

- ①論点主義にならず、条文から順序立てて考える
- ②原則論を明示する
- ③結論の妥当性を意識する
- ④要件事実は民法の実体法の理解に基づくべき

民法	論文式過去問 出題一覧表
平成18年	○将来債権譲渡担保の要件事実
	・将来債権譲渡担保の法的構成
	・将来債権譲渡担保の請求原因事実
	○動産・債権譲渡特例法および商法の基本的知識の確認と論理的思考力
	・将来債権譲渡担保の有効性(将来債権、集合債権という点について)
	・いわゆる動産・債権譲渡特例法4条1項,2項(債権譲渡の対抗要件に
	ついて)
	・契約解除の有効性
	・商法526条2項(買主による目的物の瑕疵の通知)
	・いわゆる動産・債権譲渡特例法4条3項後段
	・異議をとどめない承諾と解除原因の関係
	• 不当利得返還請求
	○代金返還を主張する法的構成
	・履行遅滞を理由とする解除に基づく原状回復請求(民法541条)
	・定期行為の履行遅滞による解除(民法542条)
	・瑕疵担保を理由とする解除(民法570条)
	○損害賠償請求の法的構成
平成19年	・債務不履行に基づく損害賠償請求(民法415条)
	・瑕疵担保を理由とする損害賠償請求(民法570条)
	○履行補助者の意義
	○特別事情(民法416条2項)
	○信頼利益と履行利益の関係
	○債権者の損害軽減義務違反
	○所有権に基づく返還請求
	・解除前の「第三者」(民法545条1項但書)の意義
	・「第三者」の対抗要件の要否
	・「第三者」の善意・悪意の対象とその要否
	○賃貸借契約終了に基づく返還請求
平成20年	・解除と賃貸人たる地位の移転の関係
1 7,74 = 3 1	・賃貸借契約終了に基づく返還請求の要件事実
	○無断転貸を理由とする解除における「背信行為と認めるに足りない特段の
	事情」
	○相続開始時から遺産分割時までの間に支払われた賃料の帰属
	・相続財産(遺産)の範囲
	・遺産分割の効力と賃料債権についての判例の評価と自己の見解

	○契約において当事者の真意は合致しているが表示が異なる場合の処理
	・売買契約の目的物の確定
	・誤記が契約の効力に与える影響
	・錯誤の成否
	○即時取得
平成21年	・即時取得の要件事実
T 15, 2 1 T	・即時取得における過失の評価根拠事実
	○使用料相当額の請求 (法的根拠及びいつから請求できるか)
	• 不当利得返還請求権
	・悪意占有者の果実返還義務
	・不法行為に基づく損害賠償請求権
	・ 所有権留保特約付売買の法的性質
	○主張の法的構成と (掲げられた) 事実の性質の把握
	・有権代理の要件事実
	・権限外の行為の表見代理の要件事実
	○抵当権侵害による不法行為に基づく損害賠償の成否
	・抵当権侵害における損害の発生
平成22年	・抵当権侵害における損害の確定時期
	・「第三者」(民法177条)の意義と不法行為の成立要件との関係
	○貸金債権に係る元本支払義務の有無
	・認知届の提出がない場合の認知の効力
	・自筆証書遺言の解釈
	・割合的包括遺贈における金銭債務の承継
	○請負残代金に相当する額の回収方法
	・不当利得返還請求 (民法703条)
	・転用物訴権
	・ 詐害行為取消権 (民法 4 2 4 条)
	○将来債権売買契約の解除
平成23年	・将来債権の売主の義務
	・将来債権売買契約を解除するための法的根拠
	○身体侵害の不法行為における損害賠償請求の相手方および論拠
	・土地工作物責任(民法717条1項)
	· 一般不法行為責任(民法709条)
	・被害者の素因と過失相殺(民法722条2項)の類推適用
平成24年	○土地所有権を売買契約により取得したと主張する場合における要件事実
	○民法162条1項の取得時効の要件事実

	○混合寄託契約における添付契約書の解釈
	・物権と債権の関係
	・共有者間の権利関係
	○債務不履行に基づく損害賠償請求
	・債務不履行の成否
	・民法416条2項の特別損害
	• 因果関係
	○保証債務履行請求
	・保証債務履行請求の要件
	・民法446条2項の書面要件
	○債務不履行に基づく損害賠償請求
	・債務不履行に基づく損害賠償請求の要件
平成25年	・帰責事由の有無-履行補助者責任
	○必要費償還請求(民法608条1項)
	・必要費償還請求の要件
	○抵当権物上代位と相殺の優劣
	・判例の射程
	・判例の妥当性
	○賃貸借契約の債務不履行解除
	○主張の法律上の意義
	• 不当利得返還請求権
	(賃貸借契約における一般法理、危険負担法理、民法611条1項類推、
	契約解釈、錯誤無効等)
	・損害賠償請求権
	(債務不履行、説明義務違反、瑕疵担保責任の準用)
	・相殺
T-A-0.0 F	○使用者責任(民法715条)
平成26年	・被相続人の損害賠償請求権の相続・胎児の死産による影響
	○和解契約の効力・不当利得返還請求
	・胎児の相続に関する法的地位
	・和解契約の効力の有無・効力を失う範囲
	• 錯誤無効
	 ○所有権に基づく返還請求権・下線事実の法律上の意義
	・訴訟物・要件事実
	・共有持分権に基づく明渡請求
	・民法177条の「第三者」—土地の不法占拠者

・被害者側の過失

	○所有権の所在をめぐる法律関係
	・契約の解釈と当該事案での所有権の所在の確定
	・加工
	・ 即時取得の要件の認定
	○民法248条に基づく償金請求
	・付合の意義、及びあてはめ
	・不当利得の成立要件の検討
T-A 0 7 F	・即時取得の要件の検討
平成27年	○対抗要件具備による所有権喪失の抗弁
	○留置権
	・「その物に関して生じた債権」(295条1項)
	・295条1項ただし書
	○714条と709条の関係
	○709条の要件の検討
	○過失相殺

第4節 商法

1 求められている能力

全体として、会社法の条文を的確に理解し、これを摘示することも求められている。

(平成24年出題の趣旨)

会社法の基本的な知識の確実な習得とともに、論理的思考力を養う教育が求められる。

(平成25年採点実感)

2 難しい論点ではなく、まずは条文や制度の正確な理解

譲渡制限株式の譲渡の効力と名義書換未了の場合の取扱い、株主総会における取締役の報酬に関する決議の効力、株主割当てによる新株発行の差止めの可否及び新株発行の効力についての記述は、会社法の基本的な規律であると考えられるが、これらについての理解に不十分な面が見られる。

(平成25年採点実感)

会社法は条文が読みづらいためなのか、そもそも条文の理解が怪しい受験生が多いと 思われます。しかしながら、趣旨や採点実感では、基本となる条文の理解の重要性が繰 り返し強調されています。したがって、難解な論点にとらわれることなく、まずは条文 の定義・趣旨をしっかりインプットすべきでしょう。

⑦の瑕疵と本件自己株式取得の効力との関係については、無効説と有効説とがあるが、採点では、**どちらの見解を採っても、その理由等が適切に述べられていれば、同等に評価した**。さらに、⑦、⑦、⑦のそれぞれの瑕疵と本件自己株式取得の効力について検討した結果、その結論が有効と無効とに分かれることがあり得るが、全体として本件自己株式取得の効力をどのように考えるかにつき論理的整合性を意識しながら記述した答案には、高い評価を与えた。これに対し、⑦の瑕疵について有効説を採った上で、これに加えて⑦又は②の瑕疵があったとしても本件自己株式取得は有効であると特に理由を述べないで誤った解答をした答案が若干見られた。

(平成23年採点実感)

会社法では発展的な論点が聞かれていることもありますが、ここで述べられている通り、重視されているのは結論そのものではなく、結論に至るための道筋です。もう少し 具体的にいうと、論理的に整合しているかどうか(矛盾はないか)という点です。

したがって、「難解な論点も聞かれている!学者先生の論文読まなきゃ!」という発想は誤りです。むしろ、基本の理解を前提にして自分なりに考えられているかどうかが合否を分けるのだと思います。

3 条文の趣旨を大切に

会社法の条文は、「定義→あてはめ」だけで決着がつく場合が多いです。もっとも、

条文の文言だけでは必ずしも結論にたどり着けない、あるいはまったく条文がない(ex. 平成24年度設問1)という場合もあります。このような場合は、条文の趣旨から自分なりの規範を導くことが有用です。

4 判例への言及

新株発行により形成された法律関係の安定性や新株発行が会社の業務執行に準ずるものであることを重視する見解(最判平成6年7月14日民集172号771頁参照)に言及した答案…は、少なかった。

(平成25年採点実感)

設問2において、まず、見せ金による払込みの効力が問題となる。しかし、「見せ金」の概念及び問題の所在を示した上で、本件事案が見せ金に該当するか否かを論じている答案は、少なかった。最高裁昭和38年12月6日第2小法廷判決(民集17巻12号1633頁)は、払込み後、当該借入金を返済するまでの期間の長短、払込金が会社資金として運用された事実の有無、当該借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響という三要件により、見せ金に該当するか否かを判断し、見せ金による払込みは効力を有しない旨を判示しており、この判例を引用して解答すべきであるが、この判例に言及している答案はほとんどなかった。

(平成22年採点実感)

条文と並んで重要なのが判例です。判例に賛成するにせよ反対するにせよ、判例に言及したうえで回答することが求められています。少なくとも百選に掲載されているレベルの判例は押さえておきましょう。

5 その他

問題文を丁寧に読めば,会社提案に係る4名の取締役候補者数や定款所定の取締役の員数を超えて,決議要件を満たす候補者がいることに気付くものと思われるが,定款所定の員数にさえ触れない答案や,特段の理由を示さないまま,4名の取締役が得票順で選任されるべきであったなどと結論のみを示す答案も多く,複数の考え方を意識して自らの考え方を論ずるという出題趣旨に沿う答案は僅かであった。

(平成24年採点実感)

結局、**問題文を丁寧に読み**、問題の所在を掴み、条文の趣旨や判例を踏まえて自分なりの論述をするという、ほかの科目と同じ能力が問われているということになります。

まずは条文の理解を確かなものにするようにしてください。

<ポイント整理>

- ①条文を正確に理解し、適示する(条文の趣旨も)
- ②難しい議論にとらわれすぎない
- ③判例への言及

商法	論文式過去問 出題一覧表
	○会社法上の手続の進め方についての説明
	・事業譲渡(会社法467条1項2号)の意義
	・「重要な一部」(同条項)の意義
	・「重要な財産の処分」(会社法362条4項1号)の意義
平成18年	(・吸収分割)
	○株主総会決議の取消原因(会社法831条1項3号)
	○株主総会決議を欠く事業譲渡契約の効力
	○取締役の対会社責任(会社法423条1項)
	○利益相反取引(会社法356条1項2号,365条)
	○新株発行無効の訴え(会社法828条1項2号)
	・募集株式の有利発行(「特に有利な金額」の意義)
	・招集通知を欠く取締役会決議の効力
	・不公正発行
平成19年	・上記募集株式発行の瑕疵が無効原因となるか
	○株式引受人に対する不足額支払請求(会社法212条1項)
	○取締役の任務懈怠責任(会社法423条)
	・任務懈怠責任と善管注意義務の関係
	・注意義務違反の判断基準(経営判断の原則)
	○保証債務履行請求の可否
	・「多額の借財」(会社法362条4項2号)の意義
	・取締役会決議を欠いた代表取締役の行為の効力
	・利益相反取引(間接取引)(会社法356条1項3号,365条)
	・取締役会決議を欠いた利益相反取引の効力
	○株式交換の問題点
	・株式交換の手続
	・株式交換無効の訴え(会社法828条1項11号)の無効原因
平成20年	・株式交換無効の訴えの原告適格
	○会社の責任財産の回復
	·利益相反取引(直接取引)(会社法356条1項2号,365条)
	・取締役の対第三者責任(会社法429条1項)
	・法人格否認の法理
	事実上の取締役はいるはない。(2.15)とは、(2.15)
	・株主の権利の行使に関する利益供与(会社法120条)
	・剰余金配当として分配可能額を超える部分の返還(会社法462条,4
	6 3 条 2 項)

○株主総会の招集を阻止するための手段となる株主の権利 ・株主による販籍役の違法行為の差止め (会社法360条) ○株主総会における議決権行使数の検討 ・賛否の記載のない議決権行使書面について賛成又は反対とみなす旨の記載の有効性 ・白紙委任状の許容性 ・代理人が株主の意思に反する議決権行使をした場合の効果 ・代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者の優劣 ○合併阻止のための手段 ・株主総会決議無効確認の訴え (会社法831条1項) ・株主総会決議無効確認の訴え (会社法830条2項) ・仮処分命令の中立で ・合併無効の訴え (会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任 (不足額填補責任) (会社法52条) ・発起人、設立時取締役の任務懈怠責任 (会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金によるり発行された株式の効力 ○見を経り経済を責任 (会社法423条1項) ・取締役の任務懈怠責任 (会社法423条1項) ・収締役の対第三者責任 (会社法429条) ・「職務し(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的関姫(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制・は受し、対策規制・は関係の法律関係 ・刺灸金の配当等に関する責任 (会社法462条)		
 ○株主総会における議決権行使数の検討 ・ 賛否の記載のない議決権行使書面について賛成又は反対とみなす旨の記載の有効性 ・ 白紙委任状の許容性 ・ 代理人が株主の意思に反する議決権行使をした場合の効果 ・ 代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者の優劣 (合併阻止のための手段 ・ 株主総会決議無効確認の訴え (会社法831条1項) ・ 株主総会決議無効確認の訴え (会社法830条2項) ・ 仮処分命令の申立て ・ 合併無効原因 ・ 総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 (現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・ 現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・ 現納役の経済解診責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ・ 取締役の対会社責任 ・ 取締役の任務解診責任(会社法423条1項) ・ 取締役の対会社責任 ・ 取締役の任務解診責任(会社法423条1項) ・ 取締役の対第三者責任(会社法423条1項) の 製権適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条1項)の具体的内容 ・ 4 2 9 条1項と 2 項の責任の関係 ・ 「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・ 手続的瑕疵(会社法160条2項、4項違反)と自己株式取得の効力 ・ 財源規制・定とは法式取得の効力 ・ 財源規制・資との自己株式取得の効力 ・ 財源規制・資とは法式取得のの法律関係 		○株主総会の招集を阻止するための手段となる株主の権利
・養否の記載のない識決権行使書面について賛成又は反対とみなす旨の記載の有効性 ・白紙委任状の許容性 ・代理人が株主の意思に反する議決権行使をした場合の効果 ・代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者の優劣 ・合併阻止のための手段 ・株主総会決議販別浦しの訴え(会社法831条1項) ・株主総会決議無別確認の訴え(会社法830条2項)・仮処分命令の申立で ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号)・合併無効の訴え(会社法828条1項7号)・合併無効の訴え(会社法828条1項7号)・合併無効の訴え(会社法828条1項7号)・合併無効の関しの訴えと合併無効の訴えの関係 ・現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・取締役の大きで、表記して、不足額填補責任)(会社法52条)・発起人、設立時取締役の任務解怠責任(会社法53条) ○見せ金による私込みの効力 ・取締役の任務解怠責任(会社法423条1項) ・取締役の社務値包責任(会社法423条1項) ・取締役の経済に責責任(会社法429条)・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的限症(会社法160条2項、4項違反)と自己株式取得の効力 ・野源規制・定の自己株式取得後の法律関係		・株主による取締役の違法行為の差止め(会社法360条)
 職の有効性 ・自紙委任状の許容性 ・代理人が株主の意思に反する議決権行使をした場合の効果 ・代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者の優劣 ○合併阻止のための手段 ・株主総会決議販消しの訴え(会社法831条1項) ・株主総会決議無効確認の訴え(会社法830条2項) ・仮処分命令の申立て ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人、設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による私込みの効力 ○見せ金による私込みの効力 ○見世爺により発行された株式の効力 ○取締役の好会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条)・「職務」(会社法429条1項) の具体的内容 ・429条1項と 2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項) の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的根疵(会社法160条2項、4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制。位会社法160条2項、4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制。定の自己株式取得の効力 ・財源規制。位会社法160条2項、4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制。位会社法161条1項3号)違反と自己株式取得の効力 		○株主総会における議決権行使数の検討
・ 白紙委任状の許容性 ・ 代理人が株主の意思に反する議決権行使をした場合の効果 ・ 代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者の優劣		・賛否の記載のない議決権行使書面について賛成又は反対とみなす旨の記
 ・代理人が株主の意思に反する議決権行使をした場合の効果 ・代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者の優劣 ○合併阻止のための手段 ・株主総会決議取消しの訴え(会社法831条1項) ・株主総会決議無効確認の訴え(会社法830条2項) ・仮処分命令の中立て ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人、設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条)		載の有効性
 ・代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者の優劣 ○合併阻止のための手段 ・株主総会決議無効確認の訴え(会社法831条1項) ・株主総会決議無効確認の訴え(会社法830条2項) ・仮処分命令の申立て ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の好会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の経済宣音任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務し(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法460条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 		・白紙委任状の許容性
 平成21年 の優劣 ○合併阻止のための手段 ・株主総会決議取消しの訴え (会社法831条1項) ・株主総会決議無効確認の訴え (会社法830条2項) ・仮処分命令の申立て ・合併無効の訴え (会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資財産の価額が不足する場合の責任 (不足額填補責任) (会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務解怠責任 (会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の監督 (監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項 (不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任 (会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵 (会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		・代理人が株主の意思に反する議決権行使をした場合の効果
の優劣 ○合併阻止のための手段 ・株主総会決議取消しの訴え(会社法831条1項) ・株主総会決議無効確認の訴え(会社法830条2項) ・仮処分命令の申立て ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係	W-4-0.1 /F	・代理人による議決権行使と書面による議決権行使が矛盾する場合の両者
・株主総会決議取消しの訴え(会社法831条1項) ・株主総会決議無効確認の訴え(会社法830条2項) ・仮処分命令の申立て ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ②現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人、設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項)の具体的内容 ・429条1項)の具体的内容 ・5歳的瑕疵(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項、4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係	平成21年 	の優劣
・株主総会決議無効確認の訴え(会社法830条2項) ・仮処分命令の申立て ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○即締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		○合併阻止のための手段
・仮処分命令の申立て ・合併無効の訴え(会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制 (会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		・株主総会決議取消しの訴え(会社法831条1項)
・合併無効の訴え (会社法828条1項7号) ・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任 (不足額填補責任) (会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任 (会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任 (会社法423条1項) ・取締役の監督 (監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項 (不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任 (会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制 (会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制 (会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力		・株主総会決議無効確認の訴え(会社法830条2項)
・合併無効原因 ・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		・仮処分命令の申立て
・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係 ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条)・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条)○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項)・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条)・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容・429条1項と2項の責任の関係・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		・合併無効の訴え(会社法828条1項7号)
□現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 ・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法429条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		• 合併無効原因
・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法52条) ・発起人,設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		・総会決議取消しの訴えと合併無効の訴えの関係
2条) ・発起人、設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ・見せ金による払込みの効力 ・見せ金により発行された株式の効力 ・取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ・会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ・取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任
 ・発起人、設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条) ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		・現物出資財産の価額が不足する場合の責任(不足額填補責任)(会社法5
 ○見せ金による払込みの効力 ○見せ金により発行された株式の効力 ○取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		2条)
□見せ金により発行された株式の効力 □取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 □会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 □取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 □自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ・財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		・発起人, 設立時取締役の任務懈怠責任(会社法53条)
 平成22年 ・取締役の対会社責任 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		○見せ金による払込みの効力
 ・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項) ・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		○見せ金により発行された株式の効力
・取締役の監督(監視)義務違反 ○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		○取締役の対会社責任
○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係	平成22年	・取締役の任務懈怠責任(会社法423条1項)
金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		・取締役の監督(監視)義務違反
 ○取締役の対第三者責任(会社法429条) ・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		○会社法208条5項による失権の有無および212条1項(不公正な払込
・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 〇自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 〇財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		金額で株式を引き受けた者等の責任)の類推適用の可否
 ・429条1項と2項の責任の関係 ・「取締役」(会社法429条2項)の意義 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		○取締役の対第三者責任(会社法429条)
		・「職務」(会社法429条1項)の具体的内容
 ○自己株式取得の効力 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		・429条1項と2項の責任の関係
 ・手続的瑕疵(会社法160条2項,4項違反)と自己株式取得の効力 ・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力 ○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係 		・「取締役」(会社法429条2項)の意義
平成23年・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係		○自己株式取得の効力
○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係	平成23年	・手続的瑕疵(会社法160条2項、4項違反)と自己株式取得の効力
		・財源規制(会社法461条1項3号)違反と自己株式取得の効力
・剰余金の配当等に関する責任(会社法462条)		○財源規制違反の自己株式取得後の法律関係
		・剰余金の配当等に関する責任(会社法462条)

	・自己株式取得の無効と支払済み金銭および株式の帰属
	○自己株式処分の効力
	・取締役の説明義務(会社法314条)違反
	・特別利害関係人の議決権行使(会社法831条1項3号)
	・自己株式処分無効の訴え(会社法828条1項3号)の無効原因
	○取締役の対会社責任
	・取締役の剰余金配当等に関する責任(会社法462条1項柱書又は1項
	2 号)
	・欠損填補責任(会社法465条1項3号)
	・取締役の任務懈怠責任(会社法423条)
	○取締役選任の当否
	・4名を候補者とする取締役選任の会社提案と取締役の員数を6名とする
	定款の関係を踏まえた,選任されうる取締役の数の検討
	・選任されうる取締役の数を超えて会社法の決議要件を満たす候補者がい
	る場合の決定方法(採決順か得票順かなど)
	○取締役の貸付行為の差止め
	・株主による取締役の違法行為の差止め(会社法360条1項, 3項)
	・監査役による取締役の違法行為の差止め(会社法385条1項)
	・仮処分(会社法385条2項参照)
平成24年	○役員に対する損害賠償請求
T 10, 2 4 4	・利益相反取引(直接取引)(会社法365条1項,356条1項2号)
	・利益相反取引における任務懈怠の推定(423条3項各号)
	・株主による責任追及の提訴権限(会社法847条)
	・監査役による責任追及の提訴権限(会社法386条1項)
	・監査役の独任制(会社法390条2項但書)
	・監査役の調査権限(会社法381条2項)
	○株主総会決議取消しの訴え(会社法831条)の当否
	・「否決の決議」が総会決議取消しの訴えの対象となるか
	・監査役の意見陳述(会社法345条4項、1項)の機会が奪われたとい
	う手続上の瑕疵を株主が主張することの可否
	○譲渡制限株式の譲渡の効力と名義書換未了の株式の取扱い
平成25年	・株券の交付による株式譲渡の効力の発生(会社法128条1項本文)
	・みなし承認(会社法145条)
	・145条本来の制度目的とは異なる目的でみなし承認が利用された場合
	の承認の効力に与える影響
	・会社が名義書換未了の者を株主として扱うことの可否(会社法130条)

- ○取締役の報酬の増額決議の効力
 - ・招集通知に記載された株主総会の目的事項以外の事項について決議したことが決議方法の法令違反になること(会社法309条5項本文、298条1項2号、831条1項1号)
 - ・共有株式の権利行使者の指定方法(会社法106条本文)、権利行使者として定められた者の議決権行使を無効として扱うことは決議の瑕疵になるか
 - ・著しく不当な決議(会社法831条1項3号)
 - ・報酬増額決議が取消された場合の遡及効と各取締役に対する不当利得返 環請求の可否
- ○株主割当てによる新株発行の阻止のために考えられる法的手段
 - ・不公正発行を理由とする差止め請求(会社法210条2号)
- ○新株発行の効力の否定のために考えられる法的手段
 - ・新株発行無効の訴え(828条1項2号)
 - ・非公開会社における新株発行無効事由
- ○新株発行不存在確認の訴え(会社法829条1号)
 - ・新株発行無効の訴えの出訴期間の経過(会社法828条1項2号カッコ書)
 - ・いかなる場合に新株発行が不存在になるか
 - ・新株発行が不存在と認められた(あるいは認められなかった)場合の法律 関係(民法703条、会社法429条1項など)
- ○代表権のない者が会社を代表して行った借入れの効力
 - ・「副社長」という肩書と表見代表取締役(会社法354条)
 - ・代表取締役として登記されていること(会社法908条2項)
 - ・代表権の濫用

平成26年

- ・多額の借財(362条4項2号)にあたるか、あたるとした場合の借入れの効力
- ○株主代表訴訟
 - ・適法に選任されていない者に対する責任追及の可否(事実上の取締役、4 23条1項類推など)
 - ・所有権移転登記義務も株主代表訴訟による追及の対象となるか(847条 1項本文の「責任」の解釈)
 - ・退任した取締役に対する責任追及と取締役の欠員(会社法331条4項、 346条1項)
 - ・監視義務違反の有無

○競業避止義務違反

- ・「事業の部類に属する取引」(356条1項1号)の認定
- ・「自己又は第三者のために」(356条1項1号)の認定
- ・「重要な事実の開示」(356条1項柱書)の認定
- ○忠実義務違反
- ○事業譲渡
 - ・「事業の重要な一部の譲渡」(467条1項2号)の解釈、あてはめ
- ○特別決議を欠く事業譲渡の効力

平成27年

- ○「重要な財産の処分」(362条4項1号)の認定 ※事業譲渡該当性を否定した場合
- ○新株発行の効力
 - ・株主総会の決議により新株予約権の行使条件の決定を取締役会委任することの可否
 - ・当該行使条件を取締役会決議により廃止することの可否
 - ・瑕疵ある手続により発行された新株予約権の行使により発行された株 式の効力、又は講師条件に反した新株予約権講師により発行された株 式の効力

第5節 民事訴訟法

1 求められている能力

①民事訴訟法の<u>基本的</u>な原理・原則や概念を正しく理解するとともに,基礎的な知識を習得しているか,②<u>それらを前提として,問題文をよく読み,設問で問われていることが何かを的確に把握した上で,それに正面から答えているか</u>,③抽象論に終始せずに,事例に即して具体的に,かつ掘り下げた考察をしているか,といった点を重視して採点をしている。

(平成23・24・25年採点実感)

2 問いに対して素直に答える

問われていることに正面から答えていなければ、たとえ設問に関連する論点を縷々記載していても、点数は付与していない。自分の知っている論点がそのまま問われているものと思い込み、題意から離れてその論点について長々と記述する答案や、結論に関係しないにもかかわらず自分の知っている諸論点を広く浅く書き連ねる答案に対しては、問われていることに何ら答えていないと評価するなど、厳しい姿勢で採点に臨んでいる。

問われていることに正面から答えるためには、論点ごとにあらかじめ丸暗記した画一的な表現(予備校の模範解答の類)をそのまま答案用紙に書き出すのではなく、<u>設問の検討の結果をきちんと順序立てて自分の言葉で表現する姿勢が極めて大切</u>である。採点に当たっては、そのような意識を持っているかどうかにも留意している。

. . .

簡単に結論が出るような問題でないことは容易に分かるはずである。それにもかかわらず そのような悩みが全く感じられない答案が大多数であったことは、誠に残念である。

(平成23·24·25年採点実感)

法律実務家を目指す者の答案として不適切なものがある。繰り返しをいとわずに不適切な 答案の例を挙げると、次のとおりである。

- ・論ずべき点が問題文で丁寧に示唆されている(設問1の「事実の自白の撤回制限効の根拠にまで遡った検討が必要」、設問3の「判例がある場合にはそれを踏まえる必要があります」など)にもかかわらず、これに注意を払わないもの。
- ・問われていることに正面から答えずに、結論に関係しない一般論を長々と論ずるもの、 何か書けば点数をもらえると誤解していると思われるもの。
- ・ 論理を積み上げて丁寧に説明しようとしないで、抽象的な用語(禁反言、相手方の信頼 保護など)のみから説明したり、直ちに結論を導いたりするもの。
- ・当該事案における結論の妥当性のみを追求し、論理的な一貫性を欠いていたり、理論的 な検討が不十分であったりするもの。
- …なお、採点実感からすると、合格者の答案であっても「一応の水準」にとどまるものが

多いのではないかと考えられる。当然のことであるが、合格したからといってよくでき たと早合点することなく、**学習を継続する必要**がある。

(平成23年採点実感)

民事訴訟法の設問は難しいものばかりですが、設問1では基本的な制度から出題がされることが多いです。この基本的な問題こそしっかりと答えて下さい。

何よりも、弁論主義とか手続保障等のワードをあげただけで他の説明がないといった、知ったかぶりで中身がない答案を書かないように注意して下さい。また、民事訴訟法の問題では例年会話文が記載されており、回答の方向性を誘導してくれています。この誘導にしっかり乗るようにしましょう。誘導で示されている方向性から外れてしまうと、安定した得点が期待できません。誘導に乗るという意識を強く持ってください。難しいようですが、基礎的事項から思考し、誘導に乗ることができ、自分の言葉で答案に表現することができれば、合格点がつきます。

3 4段階構造,手続きの流れを意識する

旧司の頃から言われていることですが、民事訴訟法の答案では4段階構造や手続きの流れを意識して、設問で問われているのはどの部分に当たるのかを考えた上で、その部分を支える基本原理に遡って思考するといいと思います。

●4段階構造

①訴訟物 (処分権主義)

②法律に関する主張

③事実に関する主張

(弁論主義第1・第2原則)

④立証の段階

(弁論主義第3原則,自由心証主義,証明責任)

●手続きの流れ

I 訴訟の開始(処分権主義)→Ⅱ審理内容(弁論主義)→Ⅲ手続きの進行(職権進行主義)

また、実体法上の権利義務または法律関係、つまり訴訟物についての理解は設問に解答するにあたって重要です。平成24年の設問2では参加的効力が問われましたが、係属する訴訟の当事者双方に補助参加する利益を有する者が、双方から訴訟告知を受けて板挟みになるという事案でした。問題文から当事者双方への参加の利益があることを読み取れるか=実体関係の理解を前提とできているかも重要と考えられます。どのような事実が主要

事実にあたるかの理解も重要です。

4 既判力の理解

平成24年では参加的効力でしたが、新司では判決効の理解が聞かれています。特に既判力は民事訴訟法の最重要概念であり今後も出題される可能性が十分にあります。平成25・26年は既判力の理解を前提として、既判力の範囲の縮減を論じさせる問題が出題されました。

ここでは、論点の内容には踏み込みませんが、客観的範囲、時的限界、遮断効、主観的 範囲等の言葉が何を表しているのか、各原理のつながりはどうなっているのかを理解でき るように勉強してください。既判力の一般的な事項を理解することで、本試験の問題で問 われている事案の特殊性に気づくことができるようになります。そのために一人で基本書 を読むだけでなく、授業で質問するなどして深い理解ができるようにすることが重要だと 思います。

5 基本概念の正確な理解と応用力

法科大学院教育に求めるもの

採点実感に照らすと、基礎的な知識を習得すること、すなわち基本的な概念を正確に、かっその趣旨から理解することの重要性を、繰り返し強調する必要があると思われる。<u>司法</u> 試験では受験者が初めて考えるような問題も出題されるが、そこで求められる能力は基礎 的な知識とそれを使いこなして考える能力であり、もとより法科大学院において特殊な論 点や事例にまで手を広げて学習することを期待するものではないからである。事例の分析能力や事例に即して考える能力を涵養することももちろん重要であるが、これらの能力は 基礎的な知識と能力の上に初めて成り立つものである。土台をおろそかにしたまま複雑な事例を分析させることは、今年の答案にも見られたように、論理的に突き詰めて考えることをしないで結論の妥当性のみを安易に追求する姿勢を助長するおそれがある。

(平成23年採点実感)

民事訴訟法の論文式試験では、判例に関する記憶の量を試すような出題はしていない。 むしろ、**当該判例の位置付けを民事訴訟法全体との関係において体系的に把握し、判例 の基礎となった事案の特殊性を理解しておくことが肝要である。**試験会場において、出 題された内容に応じて考察し、その判例の射程を論じたり(設問1)、その判例の示し た法理に基づいて立論したり(設問4)できる能力を養うことを目標にして日々の教育 を行う必要があろう。

(平成25年採点実感)

上記1とも関連しますが、基本概念の理解とそれを応用する力が問われています。採点

実感では応用力と言ってのけますが、毎年難しい問題が出題されます。知っている細かな 知識の披露を求められていないことは分かりきったことですので、基本の理解を前提にし た応用問題が出題されることを意識し、問題演習を行う必要があります。

A

<ポイント整理>

- ①基本的な原理・原則を正確に理解する
- ②抽象的な言葉のみで説明しようとせず、その具体的内容を書くこと
- ③ピラミッド構造・手続きの流れを意識する
- ④応用問題も基本的な知識からの積み上げであることを忘れずに

民訴	論文式過去問 出題一覧表
	○共同訴訟人独立の原則と共同訴訟人間の証拠共通の原則の基本的理解
	○弁論併合と共同訴訟人間の証拠共通の原則
	○強制執行を免れるための主張の検討
平成18年	・反射効肯定説と否定説
	・既判力の時的限界(口頭弁論終結前に生じた解除事由に基づく口頭弁論
	終結後の解除権の行使に関して)
	○陳述の訴訟法上の効果
	・書証の成立に関する事実(補助事実)についての擬制自白の成否
	・書証の成立の真正の証明
	・自白ないし擬制自白の成否
平成19年	・自白の撤回の可否
一 平成 1 9 平	・時機に後れた攻撃防御方法
	○訴訟を終了させる当事者の行為の比較検討
	・訴えの取下げの合意
	・請求の放棄
	・訴訟法上の和解
	○主観的追加的併合(原告による被告の追加)の許容性
	○文書提出命令に違反した場合の効果
平成20年	・民訴法224条3項の効果に関する諸説の比較検討
一个成20年	・真実と認めることができる「事実に関する相手方の主張」(民訴法22
	4条3項)の意義
	・固有必要的共同訴訟における民訴法224条3項の効果
	○自己に不利益な事実の陳述
	・建物買取請求権の行使の訴訟法的な意義
	・弁論主義(第1テーゼおよび主張共通の原則)
	・自白された事実について証明を要しないとする民訴法179条の趣旨
	自白(先行自白)
	・擬制自白(民訴法159条1項)の成否
平成21年	○与えられた主張の論拠とそれに対する反論の説明
	・訴えの利益
	・既判力の意義(客観的範囲)
	・既判力の積極的作用・消極的作用
	一部認容判決の敗訴部分の既判力
	・既判力の時的限界(基準時前の事由を前訴において主張することの期待
	可能性)

	○当事者として訴状に記載された者に対する、別人の行った行為の効力
	・当事者確定の基準論
	・弁護士資格のない訴訟代理人による訴訟行為の効力
	弁護士代理の原則(民訴法 5 4 条 1 項本文)
	○債務不存在確認訴訟の確定判決の既判力
平成22年	・判例の理解及び設問における2つの見解の理解
	○条件付給付判決の可否
	・処分権主義(民訴法246条)との関係での質的一部認容判決の許容性
	・将来給付判決の許容性(民訴法135条)
	・条件付給付判決と全部棄却判決のそれぞれの既判力の客観的範囲の比較
	検討
	○権利自白の撤回の可否
	・事実の自白の撤回制限効の根拠
	・事実の自白の撤回制限効の根拠論の権利自白への類推の可否
	○当事者としての訴訟参加の方法
	・債権者代位訴訟における他の債権者による独立当事者参加(民訴法47
平成23年	条1項後段)の可否
	・債権者代位訴訟における他の債権者による共同訴訟参加(民訴法52条)
	の可否
	○本訴請求と中間確認請求が矛盾する場合の処理
	・必要的共同訴訟と通常共同訴訟の区別の基準
	・共同訴訟の場合の請求の認諾,放棄の効果
	○契約書中に本人の印章による印影が顕出されていることが持つ意味
	・処分証書の意義
平成24年	・いわゆる二段の推定
1 7 2 1 1	〇弁論主義第1テーゼ
	○訴訟告知(参加的効力の根拠及び客観的範囲)
	○同時審判の申出がある共同訴訟による審判の統一の程度
	○確認の利益(遺言無効確認訴訟の判例の理解)
平成25年	○当事者適格 (遺言執行者の判例の理解)
	○相続に関する特定財産の取得についての請求原因
	〇弁論主義第1テーゼ、主張共通の原則
	○既判力の遮断効の範囲の縮小(判例と関連させて)
平成26年	○訴訟上の和解に対する表見法理の適用の可否(判例の射程)
	○訴訟上の和解についての訴訟代理人の代理権限の範囲
	○予測できない後遺障害の主張と訴訟上の和解における既判力との関係

	・既判力の縮小
	・訴訟上の和解における合意内容の限定
	○相殺の抗弁と二重起訴
	・平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁と
平成27年	平
	成18年4月14日第二小法廷・民集60巻4号1497頁の理解
	○相殺の抗弁と不利益変更禁止の原則
	・最高裁判所昭和61年9月4日第一小法廷判決・判例時報1215号
	47頁
	○相殺の抗弁と既判力

第6節 刑法

1 求められている能力

具体的事例について…事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示しつつ法規範への当てはめを行って妥当な結論を導くこと、さらには、甲乙丙それぞれの罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保ったものであることが求められる。

(平成26年採点実感)

2 刑法の採点基準(書けましたは嘘の可能性が…)

答案の水準

以上の採点実感を前提に,「優秀」「良好」「一定の水準」「不良」という四つの答案の 水準を示すと,以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や 上記採点の基本方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪 の構成要件要素等について正確に理解するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、事 実を具体的に摘示して当てはめを行い、甲乙丙の刑事責任について妥当な結論を導いてい る答案である。特に、摘示した具体的事実の持つ意味を論じつつ当てはめを行っている答 案は高い評価を受けた。

「良好」な水準に達している答案とは、本間の出題の趣旨及び上記採点の基本方針に示された主要な問題点は理解できており、甲乙丙の刑事責任について妥当な結論を導くことができているものの、一部の問題点についての論述を欠くもの、主要な問題点の検討において、構成要件要素の理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められたもの等である。

「一応の水準」に達している答案とは、事案の分析が不十分であったり、複数の主要な問題点についての論述を欠くなどの問題はあるものの、刑法の基本的事柄については一応の理解を示しているような答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本的概念の理解が不十分であるために、本間の出題の趣旨及び上記採点の基本方針に示された主要な問題点を理解していないもの、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの等である。

(平成26年採点実感)

試験後に刑法(あるい刑事系)はできたという人が多いです。しかし、そういう人の中で合格点をとれている人はあまり聞きません。答練でも同様です。

主観的な評価と客観的な評価の差が一番大きいのが刑法であると思います。刑法の答案は思考過程の形が分かりやすいので一番最初に書けるようになる科目であると言われています。しかし、それは周りの受験生も同じです。司法試験が相対評価の試験である以上、他の科目よりは書けるというレベルでは他の受験生と差をつけることはできません。他の受験生も,他の科目よりは書けるのですから。主観的な評価としての「書けた」というのは最低限の答案のレベルであるという可能性は十分にありうることは留意していただきたいです。

3 点取りゲームという意識で

事案を離れた抽象的な解釈論ばかりを論ずるのではなく、<u>どのような事実が当該要件の充</u> **足の判断においてどういう意味を持つのか**(具体例を挙げれば、乙がナイフを甲の運転する車内に落としたことは「急迫性」判断ではどう評価され、同じ事実が「相当性」判断ではいかなる意味を持つのか)についても明らかにすることが肝要である。

(平成23年採点実感)

問題文に示された<u>具体的事実が持つ意味や重さを的確に評価</u>することが求められているが、事実の持つ意味や重さを考慮せず、漫然と問題文中の事実を書き写すことで「事実を摘示し」たものと誤解している答案や、事実の持つ意味や重さについて不適切な評価をし、あるいは、自己の見解に沿うように事実の評価をねじ曲げる答案もあり、これらは低い評価となった。

(平成21年採点実感)

刑事責任が余り問題とならないような点について延々と論述する一方で、主要な論点については不十分な記述にとどまっているなどバランスを欠いた答案(があった)。

(平成25年,平成26年採点実感)

(1) 刑法的な理解が示されているのに点数が伸びないという場合は、事実の適示とその評価が弱いことが多いです。自分の頭の中では、構成要件にあてはめて犯罪を成立させたつもりでも、問題文に使っていない重要な事実が残っている場合があります。自分ではそこまで事実をあてはめなくてもいいのではないかと思っても、問題文にある以上は、残りの事実に点数があります。また、その事実を使わないであてはめをしているということは、どこかで論理が飛躍している可能性があり抽象的な理解すらも疑われる可能性があります。もっとも、全ての事実に重要な意味があるとは限りません。全部の事実を使おうとすることは、事実の重要度を区別できていないとも捉えられますし、ありえない事実認定をしてしまうこともあります。事実の重要度の高低を答案構成段階で判断す

ることが出来るように、普段の学習からどの事実が結論に大きく影響を与えているのか を意識して勉強する必要があります。

事実を摘示しても、それを評価しなければあてはめをしたことにはなりません。評価 というのは法律要件と事実をつなぐ架け橋であるので、それが抜けているということは 論理が飛躍しているということと同じですので注意してください。

このように、構成要件に事実の摘示と評価であてはめて点数を稼ぐという意識を常に持って下さい。

(2) また、本件事案において結論を導くうえで重要となる箇所については厚く書き、本件事案の結論にさほど影響しないといえる箇所はさらっと書くというようにメリハリをつけて下さい。自分の知っている論点が出た場合に、その論点が結論に影響するか否かに関わらず、じっくり書いてしまって、他の部分で点が拾えないという事態は避けましょう。

4 基本的な理解を示す

刑法総論の理論体系に従い,まず構成要件該当性,次に違法性(違法性阻却事由の有無) という順序で検討し,問題となる構成要件要素や正当防衛等の成立要件を一つ一つ吟味す べきである。

(平成23年採点実感)

刑法の学習においては、総論の理論体系、例えば、構成要件要素である実行行為、結果、因果関係、故意等の体系上の位置付けや相互の関係を理解した上、これらを意識しつつ、各論に関する知識を修正することが必要であり、答案を書く際には、常に、論じようとしている問題点が体系上どこに位置付けられるかを意識しつつ、検討の順序にも十分に注意して論理的に論述することが必要である

(平成25年,平成26年採点実感)

そこで、まず問題となっている「行為」を特定し犯罪の成立を検討するという基本的な答案の形や構成要件要素、違法性、責任という体系的な形がぶれないように最低限の答案の形を守ることを意識してください。そして、要件の解釈ですが、基本的な論点については現場で考えている時間はありませんので、事前に論証を自分で用意しておく必要があります。その際には、その論点の理解が伝わる最低限の理由を書けるように基本書や論証集を圧縮して置く必要があります。

5 時間が足りないという言い訳はしない

事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で,必ずしも重要といえない事項については,簡潔な論述で済ませるなど答案全体のバランスを考えた構成を工夫することが必要である。

(平成25年,平成26年採点実感)

刑事系の答案は時間との勝負ですので時間が足りないのは受験生全員の悩みです。しかし時間が足りないと言っている人に限って,無駄な記述が多いです。

例えば、構成要件の全部を①・・・②・・・と列挙する人がいます。確かに、罪刑法 定主義である以上、全ての要件を検討する必要があります。しかし、列挙した要件の中 には、争点にならないものが多く入っています。時間がないというならば、まず争点に なっている要件を検討し余力があるならば、他を検討すればいいのです(実際、8枚目 まで書いてその余力があるという人はめったにいないですが)。どうしても、検討する というのならば、先に列挙するという形にしないで、適宜、事実と要件をあげてあては めるという形にして少しでも時間を省略して下さい。

6 罪数まで書く

たとえ時間がなくとも、罪数は必ず書いて下さい。そこにも点数があります。

また、採点者はまず罪数から見て、成立する犯罪が出題者の想定したものと同じかを 最初にチェックしているといわれています(噂ですが)。そうであれば、そのチェック 部分がないという意味でも印象は悪くなってしまいます。

さらに罪数まで書くということは論文を書く自分自身の思考も整理することができます。

罪数の書き方は行為者ごとにまとめてもいいですし、一番最後に「罪数」という見出しをつけてまとめても構いません。時間管理は徹底すべきですが、仮に時間不足に陥った場合でも罪数の部分点を取ることが出来るという点で、行為者ごとにまとめるほうが安全策かもしれません。

なお、罪数処理は一人に複数の犯罪が成立した場合や、複数人が犯罪に関与した場合に全体としてみるとどういう処理をすべきかということなので、ある一人の者が一つの 罪責しか負わない場合、わざわざ罪数のところで改めて書く必要はありません。

7 行為者ごとか行為ごとか

刑法の答案を書く際に犯罪の成立しそうな特定の行為ごとにまとめて書いていくべきか,または行為者ごとに成立する犯罪を検討していくべきか,迷う方もいると思います。 結論から言えば「書きやすいほうでよい」と思います。

共犯関係がメインで出題されている場合には行為ごとのほうが特定の行為について誰が正犯で誰が共犯なのかを整理して処理することが出来るので書きやすいというメリットがあります。他方で、行為ごとに書くデメリットは行為をあまりに細かく分断してしまう恐れがあるということです。例えば簡単な例を挙げれば「『金を出せ』と脅して、金銭を奪った。」という事例で全体を強盗罪とすべきところを、「『金を出せ』と脅した行為について」と見出しをつけて脅迫罪の検討をしてしまうということです。行為を丁寧に分析するという姿勢は評価できますが、全体として見たときに不自然さはないかを常に

意識しなければなりません。

共犯関係の処理よりも、一人に成立する罪責をじっくりと検討する問題(ex. 平成22年,26年等)の場合には行為者ごとにまとめたほうが書きやすいです。デメリットとしては、行為者ごとに分断して考えすぎて、全体として見たときに共犯関係になっているものがあるにもかかわらず、それを見落としてしまう恐れがあることです。

いずれの書き方にせよ,一朝一夕で出来るようにはなりませんし,答案を書く中で自 分の書きやすいスタイルが固まっていくと思います。

8 総論と各論を意識する

刑法総論の場合は共犯論を含め、あてはめ勝負が多いので、自分では書けたと思っても相対的に点数がつかないということが多いです。一方で、各論主体の問題の場合は、あてはめ勝負というより、淡々と要件にあてはめていくことが重要です。また各論の場合は、何罪が成立するのかという段階で失敗する人がいるため、成立する犯罪さえあっていれば相対的に助かる可能性があります。

その年の問題が総論型なのか各論型なのかは、問題文を見て早い段階で判断した方がいいと思います。もっとも、平成24年のように各論型と共犯の認定という総論型が混ざっている場合もあるので、配点がどこにあるのかを見失わないように注意して下さい。



<ポイント整理>

- ①刑法総論は独特の理論体系を守る
- ②刑法各論は淡々と要件の検討をすること
- ③問題文の事実をしっかり使うこと
- ③争点になっているところを見極めて、そこを厚く書くようにすること
- ④罪数処理も忘れずに

TH >4-	論文式過去問 出題一覧表
刑法	*構成によっては論点にならないものもあるので注意
	○甲の罪責
	・傷害罪(丁に対して)
	正当防衛
	・傷害致死罪(丙に対して)
	殺人の故意(殺意)の有無
平成18年	共謀の成否
	正当防衛(過剰防衛)
	○乙の罪責
	・傷害致死罪(丙に対して)
	承継的共同正犯
	同時傷害の特例(刑法207条)
	○甲の罪責
	・詐欺罪
	・恐喝罪
	権利行使と恐喝(違法性阻却の有無)
 平成19年	・詐欺罪と恐喝罪の関係
1 70 1	・単純横領罪
	恐喝によって得た物の横領
	○乙の罪責
	・恐喝罪
	共犯関係の解消
	○甲の罪責
	・住居侵入罪
	・窃盗罪
	・強盗致傷罪
	強盗罪における暴行・脅迫の判断基準
	強盗の機会性
平成20年	因果関係
	・強盗致死罪の成否(共謀の範囲)
	○乙の罪責
	・住居侵入罪,窃盗罪
	共同正犯と幇助犯の区別
	共謀共同正犯
	・強盗致傷罪

	異なる構成要件間の共犯の錯誤
	異なる犯罪についての共同正犯の成否
	• 事後強盗致死罪
	 強盗罪における暴行・脅迫の判断基準
	 窃盗の機会
	因果関係
	○甲の罪責
	・業務上横領罪
	横領罪における「占有」の意義と「預金の占有」
	間接正犯
	間接正犯と教唆犯との間の錯誤
	• 監禁罪
	被害者の同意
	 ・偽計業務妨害罪
平成21年	 ・犯人隠避罪
	- ・虚偽告訴罪
	- ・
	○乙の罪責
	- · (業務上) 横領罪
	故意ある幇助道具
	刑法65条の解釈(身分と共犯)と業務上横領罪
	 単純横領罪
	○甲の罪責
	・殺人罪(不作為)と保護責任者遺棄致死罪の区別
	・殺人罪または保護責任者遺棄致死罪
	作為義務ないし保証人的地位の発生根拠
	不作為犯における因果関係
平成22年	殺人の故意(殺意)(殺人罪を成立させる場合)
	○乙・丙の罪責
	・業務上過失致死罪
	過失犯の理論
	介在行為がある場合の因果関係
	(信頼の原則)
	○甲の罪責
平成23年	・傷害罪
	・殺人未遂罪

	殺人罪の実行行為性
	殺人の故意(殺意)
	正当防衛(過剰防衛)
	自招侵害
	○乙の罪責
	・傷害罪(2つ)
	(現場) 共謀の成否 (乙・丙間について)
	正当防衛
	(量的) 過剰防衛
	○丙の罪責
	・傷害罪
	(現場) 共謀の成否 (乙・丙間について)
	共謀の範囲
	新たな共謀の成否(共犯関係からの離脱)
	○甲の罪責
	・横領罪と背任罪の区別
	・業務上横領罪または背任罪(抵当権設定行為について)
	・(有印又は無印)私文書偽造罪及び同行使罪
	・業務上横領罪または背任罪(売却行為について)
	横領後の横領(抵当権設定行為について業務上横領罪を成立させた場
	合)
平成24年	・背任罪(D に対する関係)
	○乙の罪責
	・(業務上)横領罪または背任罪(売却行為について)
	共同正犯と教唆犯、幇助犯の区別
	共謀共同正犯
	正犯性
	刑法65条の解釈(身分と共犯)と業務上横領罪,背任罪
	○乙の罪責
平成25年	・殺人罪
	早すぎた構成要件の実現
	因果関係
	故意
	・監禁罪・監禁致死罪
	殺人既遂罪との関係
	• 建造物等以外放火罪

	「自己の所有に係るとき」の該当性
	公共の危険性
	○甲の罪責
	・殺人罪
	間接正犯(故意ある道具・間接正犯の実行の着手時期)
	片面的共同正犯
	教唆犯(間接正犯の故意のもと教唆の結果発生)
	因果関係
	故意
	・監禁罪等・監禁致死罪
	監禁罪の保護法益
	殺人既遂罪と監禁罪等との関係
	(生命身体加害目的誘拐罪)
	• 建造物等以外放火罪
	共謀共同正犯
	公共の危険発生の認識
	○甲の罪責
	・殺人罪
	不作為の実行行為性,実行行為の着手時期
	第三者の行為が介在した場合の因果関係
	中止犯
	○丙の罪責
	・殺人罪
平成26年	単独正犯
	片面的共同正犯
	幇助犯
	○乙の罪責
	• 住居侵入
	違法性阻却事由
	• 未成年者略取罪
	違法性阻却事由
	○甲の罪責
	• 建造物侵入罪
平成27年	・窃盗罪又は業務上横領罪
	占有の有無の認定
	• 傷害罪

- ・誤想過剰防衛ないし誤想過剰自救行為
- ○乙の罪責
 - ・窃盗罪又は業務上横領罪について共謀共同正犯と教唆犯の区別 錯誤
- ○丙の罪責
 - 窃盗罪

占有の有無

不法領得の意思

自首

第7節 刑事訴訟法

1 求められている能力

比較的長文の事実関係を記載した事例を設定し、そこに生起している刑事訴訟法上の問題 点につき、問題解決に必要な法解釈をした上で、法解釈・適用に不可欠な具体的事実を抽 出・分析し、これに法解釈により導かれた準則を適用し、一定の結論を筋道立てて説得的 に論述することを求めており、法律実務家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思 考力・論述能力等を試すものである。

(平成23年採点実感)

いずれの設問についても,正確な法的知識を当然の前提としながら,法解釈論や要件を抽象的に論じるだけでなく,事例中に現れた具体的事実関係を前提に,法的に意味のある<u>事</u> **実の的確な把握と要件への当てはめを行うことが要請**されており,採点に当たっては,このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

(平成23年採点実感)

2 捜査は強制処分法定主義と令状主義の理解を示す

強制処分性と任意処分としての相当性とが問題となることには、一応理解が及んでいるものの、それぞれの内実に関する理解が浅く、強制処分性についても任意処分としての相当性についても、判断構造や判断要素が十分に意識されないまま、事例中の具体的事実を漫然と羅列して結論を導くような答案、両者の関係の理解が不十分で、強制手段を用いるものでないことを前提に任意処分としての相当性を問題としたはずなのに、相当性を逸脱していることを理由に強制処分に該当するとの結論を導くような答案も見られた。

(平成26年出題の趣旨)

刑事訴訟法では毎年、捜査法から出題がされます。刑事訴訟法も刑法と同じくあてはめ勝負の科目です。強制処分の定義・任意処分の限界についての規範を暗記していても、説得的なあてはめができていなければ、点数は伸びません。問題文に挙っている事実を羅列するだけでなく、判断要素ごとに適示し、評価を加えることで、説得的なあてはめになるかと思います。

不正確な抽象的法解釈や判例の表現の意味を真に理解することなく機械的に暗記して,これを断片的に記述しているかのような答案も相当数見受けられたほか,関連条文から解釈論を論述・展開することなく,問題文中の事実をただ書き写しているかのような解答もあり,法律試験答案の体をなしていないものも見受けられた。

(平成22年採点実感)

なぜ「逮捕する場合において」令状なくして捜索を行うことができるのかという制度の趣 旨に立ち返り、「逮捕の現場で」の解釈を明確にした上で、各自の見解とは異なる立場を 意識して事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論ずるべき。

(平成24年出題の趣旨)

どの科目にも共通してことですが、特に刑事訴訟法は基本原理や条文から思考をスタートさせることが大切です。逮捕に基づく捜索・差押えの場合、いきなり論点として飛びつくのは思考過程が見えず分かりにくいです。「令状主義の観点からすると原則として違法となる。しかし、220条1項の趣旨は……。したがって、『逮捕の現場』とは~をいう。」とすれば、基本原理や条文の理解を示すことが出来ます。

3 あてはめの考慮要素を用意しておく

刑事訴訟法の要件は、必要性、相当性、蓋然性等の抽象的なものが多いですので、あてはめも場当たり的になりがちです。しかし、判例で問題となった事案において重要な事実とそうでない事実、適法方向、違法方向に傾く事実に類似した事実が問題文に散りばめられているので、判例を意識したあてはめをしなければ高い評価を受けることはできません。そのためには、事前準備として判例を読んで、規範を覚えるとかではなく、どの事実をどう評価して、結論を導いているのかを分析しておく必要があります。あてはめは現場勝負だと思っている人がいるかもしれませんが、実は自分の論証を準備するように事前にある程度用意しておくものなのです。

また、あてはめは、規範に対する理解を示す場所でもあります。自分の論証を見直し する際には、自分が当該規範に具体的事実を説得的にあてはめることができるかどうか を意識すれば、あてはめの訓練になると同時に、論証に対する理解も深まります。

4 事実の評価を忘れない

法適用に関しては、事例に含まれている具体的事実を抽出・分析することが肝要であるところ、様々な具体的事実を考慮要素として挙げながら、どの事実をどのように評価したのか全く言及がないまま結論を導き出すなど、**結論に至る思考過程が不明確な答案**が目立っており、学習に際しては、具体的事実の抽出能力に加えて、その事実が持つ法的意味を意識して分析し、これを表現する能力の体得が望まれるところである。

(平成23年採点実感)

行政法の「求められている能力」でも強調しましたが、試験委員が求めているのは答案作成者の思考過程を追うことの出来る答案です。具体的事実を摘示せよと言われると、本当に事実のみを羅列してしまいがちですが、法的評価も加えなければ採点者にはなぜその事実が規範に当てはまるのか、伝わりません。あてはめをするときに皆さんは頭の中では法的評価を加えているはずです。それを書面にもしっかりと示しましょう。

法的評価は事前に準備することが出来ます。例えば覚せい剤を捜索差押えをする場合には、「覚せい剤はトイレに流すなど証拠隠滅をしやすい」や「被害者なき犯罪で他から証拠を集めて立証するのが難しい」などです。**判例を学習する際**にも裁判所がどのよ

うな具体的事実を挙げて、それに<u>どういう法的評価を加えているのかを意識して読むことで、法的評価のストックがどんどんと溜まっていきます</u>。前述しましたが、あてはめは完全に現場思考というわけではなく、事前準備で対応できるところなので、サブノートなどにまとめておくといいでしょう。

5 その他の要件のあてはめを忘れない

刑事訴訟法の定める逮捕及び勾留の各要件(刑事訴訟法第199条,第212条,第207条第1項により準用される第60条等)について,事例に含まれている具体的事実を抽出・分析して,各要件へ当てはめを行う必要がある。問題文に,各要件の検討に必要な具体的事実関係が与えられているにもかかわらず,これらについて全く触れないまま,別件逮捕・勾留に関する抽象論を記述するだけで終わっているような答案が相当数見受けられた。

(平成23年採点実感)

例えば、平成23年では別件逮捕の論点がでましたが、この論点だけをしっかり処理 してもそれほど高得点にはなりませんでした。逮捕の必要性や、勾留の要件等、あては めるだけの要件の認定を忘れないように注意して下さい。

前述の刑法の場合と矛盾するようですが、刑事訴訟法の場合は要件の認定を怠らない 方が点数が伸びる印象があります。もっとも、前述の通り時間との兼ね合いから配点が 大きい論点の部分を重視すべきことは言うまでもありません。

6 伝聞証拠の理解を正確に

真に伝聞法則を理解していると見られる答案であるが、このように、出題の趣旨を踏まえた十分な論述がなされている答案は、**本年は極めて僅かであった**。

(平成23年採点実感)

「一応の水準」に達していると認められる答案・・・・・伝聞法則等の知識があり、一応 これを踏まえた論述ができてはいるものの、本件での具体的な事実関係を前提に、<u>要証事</u> **実を的確にとらえることができていないような答案**である。

(平成22年採点実感)

「不良」の水準にとどまるものと認められる答案とは、伝聞法則等の刑事訴訟法の基本的な原則の意味を真に理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述しているような答案である。

(平成23年採点実感)

平成24年・26年では出題されませんでしたが、証拠法の分野からは伝聞法則が毎年出題されていました。そして、受験生の理解が不十分であると毎年批判されていまし

た。伝聞法則は難しいので、事前の理解が不十分であれば本番で対応することは不可能 です。「伝聞法則の趣旨は・・・」と書いて、適当にあてはめて終わる答案がほとんど です。

授業や自習で理解が定着するまで勉強する必要があります。また、一般的な基本書や解説書の理解でもいいのですが、まずは問題を検討し、出題の趣旨のような結論をだせるロジックを身に着けるほうが点数をとるという観点からは重要であると思います。ここでは深入りはしませんが、例えば伝聞か非伝聞のメルクマールになる要証事実が何かを検討する際には、前述の民法の要件事実で述べたように推認過程を意識することが大切です。

7 判例との異同を強く意識すべき

最高裁判例(最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁)が存在するから、同判例の内容を踏まえた上で各自の見解を展開することが望ましい。

(平成24年出題の趣旨)

「相当」性については、…との立場や、…との立場等、その判断方法に関する理解が分かれ得るが、いずれの立場に立脚するにせよ、検討の前提として、上記最高裁判例を踏まえつつ、…その適法性判断の枠組みを明確化しておくことが求められる。

(平成26年出題の趣旨)

最高裁判例(最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁)が現れるに至っているのであるから,同判例の内容を踏まえた上で説得的に各自の基本的な立場を明らかにし, <u>訴因変更の要否の一般的な基準を定立する必要</u>がある。そして,本事例の具体的状況下における当てはめを行うことになるが,本事例が,同判例の事案と様々な点で異なるもので あることは明らかであるから,本事例における具体的事実の分析,評価に関しては特に留意を要する。

(平成24年出題の趣旨)

刑事訴訟法の論文試験では最近の重要判例を元ネタとしていることが多いです。最新版の重判も刑訴の部分は潰していましたという合格者も聞きます。ただ、司法試験では判例の事案をそのまま問うようなことはありません。どこかの事情が変更されており、判例の射程が本件にも及ぶかを問うものがほとんどです。判例と類似の事案が出たと舞い上がってしまい、判例と異なる部分を見落として判例と同じようなあてはめをしてしまうと、判例を正確に理解していないことが露呈してしまいます。重要な判例は正確に理解すること、普段の判例学習のときからどの事情を変えたら結論に影響があるかを考えるようにすること、問題文を勝手に判例の事案に引き付けてしまわないことに気を付けてください。

8 捜査, 伝聞以外にも注意する必要がある

平成24年では訴因変更の要否,択一的認定の可否が,平成26年では,訴因変更の要否,訴因変更の可否が問われました。いずれも重要基本論点に関する出題であるにもかかわらず,きちんと押さえている受験生はそう多くありませんでした。もっとも,2度も訴因からの出題があったことから、今後は皆、きちんと押さえてくると思われます。

来年以降も、何が出題されるかわからないので、伝聞法則は押さえながらも、他の分野についてもある程度書けるようにしておく必要があります。特に違法収集証拠排除法則、自白の任意性については、前述のあてはめの考慮要素も含めて十分に準備する必要があると思います。

<ポイント整理>

- ①判例の射程を意識した勉強をすること
- ②基本的な原則論から論じること
- ③法規範や事実の評価など、事前に準備できるものはまとめておくこと



刑訴	論文式過去問 出題一覧表
平成18年	○捜査法
	・職務質問の適法性
	・所持品検査の適法性
	・職務質問に伴う有形力行使の適法性
	・現行犯逮捕の適法性
	現行犯逮捕の要件
	・逮捕に伴う無令状捜索・差押えの適法性
	「逮捕の現場」(刑訴法220条1項2号)の意義
	無令状捜索・差押えの物的限界
	○証拠法(メモの証拠能力)
	・伝聞法則の意義
	・伝聞・非伝聞の区別
	(・違法収集証拠排除法則)
	○捜査法
	・ビデオ撮影・録画の適法性
平成19年	強制処分と任意処分の区別
1,00,10 +	任意処分の適法性判断基準
	○証拠法
	・同種前科に関する事実を犯人性の認定に用いることの許容性
	○証拠法(ノートの証拠能力)
	・伝聞法則の意義
	・伝聞・非伝聞の区別
平成20年	・伝聞例外(刑訴法321条1項3号)
	・再伝聞
	○捜査法
	・「必要な処分」(刑訴法222条1項,111条1項)の意義
	・令状呈示の時期の適否
平成21年	○捜査法 地帯 芝畑味に行われて写真相似の海池県
	・捜索差押時に行われる写真撮影の適法性
	写真撮影の法的性質
	写真撮影の適法性の判断基準
	写真撮影の対象物が差押対象物に該当するか
	○証拠法(犯行再現実況見分調書の証拠能力) ・
	・伝聞法則の意義
	・伝聞・非伝聞の区別

	・現場供述の証拠能力
	・写真の証拠能力
	(・伝聞例外(321条3項, 322条1項))
平成22年	○捜査法
	・遺留物の領置(刑訴法221条)
	・消去されたデータの復元・分析の適法性
	・おとり捜査の適法性
	・秘密録音の適法性
	○証拠法(捜査報告書の証拠能力)
	・伝聞法則の意義
	・伝聞・非伝聞の区別
	· 伝聞例外 (刑訴法321条1項3号)
	○捜査法
平成23年	・逮捕及びこれに引き続く身体拘束の適法性
	通常逮捕の要件
	勾留の要件
	現行犯逮捕又は準現行犯逮捕の要件
	別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性
	○証拠法(捜査報告書の証拠能力)
	・伝聞法則の意義
	・伝聞と非伝聞の区別
	・伝聞例外(刑訴法321条1項3号)
	・再伝聞
	○捜査法
平成24年	・捜索差押許可状に基づく捜索(刑訴法218条1項)
	捜索実行中に届いた荷物を開封することの適法性
	被疑者以外の者に宛てられた荷物を捜索することと管理権の関係
	被疑事実と関連する物が存在する蓋然性の有無
	従業員のロッカーを捜索することと会社の管理権の関係
	 ・現行犯逮捕に伴う捜索・差押えの適法性
	「逮捕の現場」(刑訴法220条1項2号)の意義
	・「疑わしきは被告人の利益に」の原則と択一的認定
	・訴因変更の要否
平成25年	○捜査法
	・準現行犯逮捕の適法性(刑訴法212条2項)
	1 27 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2

	「罪を行い終わってから間がない」の認定
	「被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」の認定
	・令状によらない差押え(刑訴法220条)
	「逮捕の現場」の意義
	○証拠法
	・伝聞法則の意義
	・伝聞と非伝聞との区別
平成26年	○捜査法
	・宿泊を伴う取調べの適法性
	・起訴後の被告人取調べの適法性
	○公判
	・訴因変更の要否
	・訴因変更の可否
平成27年	○捜査法
	• 秘密録音
	強制処分該当性
	任意処分の限界
	○証拠法
	・自白法則
	・派生証拠の証拠法則
	・違法性の承継
	・伝聞法則の意義
	・伝聞と非伝聞との区別
	・伝聞例外

第6章 現場での作法

第1節 論文試験でのルーティーンワーク

①問題の枚数をチェック(必須)

まず、問題が何ページまであるのかを確認します。これを初めにしておかないと、問題 の最後に付いている資料に気付かず、見落としてしまうおそれがあります。

②配点チェック⇒枚数(あるいは時間配分)を設問の横に書込み(必須)

自分が書ける枚数 (or 試験時間) に配点をかけ合わせたものを, 各設問の横に書き込む。 例えば、行政法において、自分が5枚書けるとして、配点が【設問1:設問2:設問3

=2:5:3】となっている場合

| 設問 1 | ⇒ 5 枚(1 2 0 分)×2 / 1 0 = 1 枚(2 4 分)

| 設問 2 | ⇒ 5枚(120分)×5/10=2.5枚(60分)

| 設問3| \Rightarrow 5枚(120分)×3/10=1.5枚(36分) | 分を決める必要があります。

憲法・刑事系以外の科目では、

配点が明示されており、配点

に応じて答案の分量・時間配

となり、この枚数(時間配分)を設問の横(および答案構成用紙)に書き込んでおきます。 ※枚数を決める場合、自分の書ける答案の枚数をあらかじめ把握しておくことが前提です。

③設問を読む【できればマーカーを使用】(必須)

まず、設問から読み、何が問われているのかを把握します。これをせずに問題文(事案) を読んでしまうと、どこが重要か分からず、無駄に時間がかかってしまいます。

その際、問われているところにマーカーを引くと後で見やすいです。

※具体的な引き方は、次ページ以降参照。

④参照法令がある科目(特に公法系)では、法令名および条文の見出しにマーク(任意)

参照法令を使いこなせるかどうかは、合否に関わります。したがって、参照法令をしっ かりと把握することは極めて重要です。具体的な引き方は、次ページ以降参照。

⑤問題(事案)を読み進める【できればマーカーを使用し、人物関係図・時系列表も描く】

次に、問題(事案)を読んでいきます。その際、マーカーや色ペンを使うと、より問題 文を把握しやすくなります。詳細は、次ページ以降を参照してください。

また、答案構成用紙に人物関係図(簡単な事案の場合でも)や時系列表(複雑な事案の 場合のみ)を描くこともおすすめです。これにより、事案を把握しやすくなります。

⑥時間配分を常に意識する

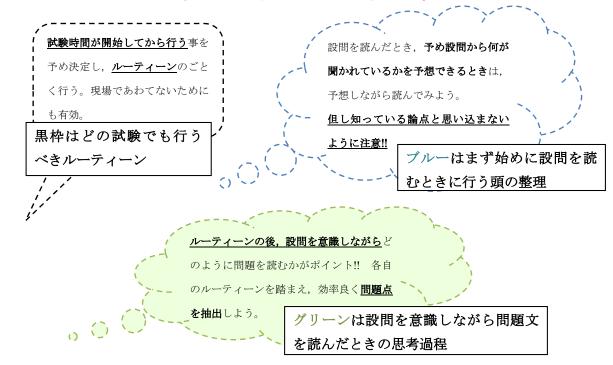
何分までに答案構成を終わらせ、書き始めるのかを、あらかじめ決めておき、それを実 践する必要があります。これにより、深入りしすぎ、書きすぎを防止します。

第2節 合格者の現場でのルーティーンワークの例

ルーティーンワークの具体例 【例:平成24年民事系科目第3問】

前ページで示した「*第1節 論文試験でのルーティーンワーク*」の具体例を平成24年合格者の民事訴訟法・倒産法の問題用紙と答案構成用紙の原本を用いて示していきます。

※なお,「*第1節 論文試験でのルーティーンワーク*」の執筆者と「*第2節 合格者の現場でのルーティーンワークの例*」の執筆者が異なるため、内容に若干の違いがあります。しかし、合格者にはそれぞれのやり方があり、両方を参考にして下されば幸いです。



司法試験本番の現場では、当然緊張するものです。論文問題を解くにあたってのルーティーンが決まっていると、気持ちを落ち着かせて問題に臨めると思います。

参考例では、①問題に書いてある配点をチェックし、②各設問ごとの配点を大きく書き込み、さらにその設問にかけられる大まかな時間まで配分して書き込んでしまいます。そして、③先に設問を読み、長めの設問の時はマーカーを引いて要点を絞ります。この③でおおよその設問のイメージを掴んだ後、ようやく④問題文全体を読み始めます。

参考例で先に設問を読んでいる理由は、時間短縮のためです。特に問題中に会話文の出てくる行政法や民事訴訟法では、設問に「会話を参考にしながら…」などと書かれていることが多いです。先に設問の方を読んでおき、イメージを掴んだ後に会話文を読むと、時間短縮になることが多かったので、この順番にしています。

マーカーは設問の要点を絞るため、そして設問を読んだあとに読む問題文の中から、あてはめなどに使えそうな事実や問題点を導くと思われる記述をチェックするために使用しました。

みなさんの論文ルーティーンの確立にあたって、参考になれば幸いです。

ルーティーンワークの具体例

[民事系科目]

[第3問](配点:100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は,3.5:4:2.5]) 次の文章を読んで,後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。 ①まずは設問ごとの配 点をチェック!!そして時 間配分をおおまかに決 める。

【事例】

Xは、Aに対し、300万円を貸し渡したが、返済がされないまま、Aについて破産手続が開始された。Xは、BがAの上記貸金返還債務を連帯保証したとして、Bに対し、連帯保証債務の履行を求める訴えを提起した(以下、この訴訟を「訴訟1」という。)。

第1回口頭弁論期日において、被告Bは、保証契約の締結の事実を否認した。

原告Xは、書証として、連帯保証人欄にBの記名及び印影のある金銭消費貸借契約書兼連帯保証契約書(資料参照。以下「本件連帯保証契約書」という。なお、その作成者は証拠説明書において、A及びBとされている。)を提出した。

Bは、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の印影は自分の印章により顕出されたものであるがこの印章は、目頃から自分の所有するアパートの賃貸借契約の締結等その管理全般を任せている 破婿C、預けているものであり、押印の経緯は分からないと述べた。 Xが主張の補充を検討したいと述べたことから、裁判所は、口頭弁論の続行の期日を指定した。

以下は,第1回口頭弁論期日の後にXの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされた会話である。

弁護士L: 証拠として本件連帯保証契約書がありますから、立証が比較的容易な事件だと考えていましたが、予想していなかった主張が被告から出てきました。被告の主張は、現在のところ裏付けもなく、そのまま鵜呑みにすることはできませんから、当初の請求原因を維持し、本件連帯保証契約書を立証の柱としていく方針には変わりはありません。もっとも、Xによれば、本件連帯保証契約書の作成の経緯は「主債務者AがCとともにX方を訪れた上、連帯保証人欄にあらかじめBの記名がされ、Bの押印のみがない状態の契約書を一旦持ち帰り、後日、AとCがBの押印のある本件連帯保証契約書を持参した」ということのようですから、こちら側から本件連帯保証契約書の作成状況を明らかにしていくことはなかなか難しいと思います。

修習生 P: 二段の推定を使えば、本件連帯保証契約書の成立の真正を立証できますから、それで十分ではないでしょうか。

弁護士L:確かに、保証契約を締結した者がB本人であるとの前提に立てば、二段の推定を考えていけば足りるでしょう。他方で、仮にCがBから印章を預かっていたとすると、 CがBの代理人として本件連帯保証契約書を作成したということも十分考えられます。

修習生P:しかし、本件連帯保証契約書には「B代理人C」と表示されていないので、代理人 Cが作成した文書には見えないのですが。

弁護士L:代理人が本人に代わって文書を作成する場合に、代理人自身の署名や押印をせず、 直接本人のようを記載したり、本人の印章で押印したりする場合があり、このような 場合を署名代理と呼んでいます。その法律構成については、考え方が分かれるところ ですが、こでは取りあえず通常の代理と同じであると考え、かつ、代理人の作成し た文書の場合、その文書に現れているのは代理人の意思であると考えると、本件連帯 保証契約書の作成者は代理人Cとなります。

そこで、私は、念のため、第2の請求原因として、Bではなくその代理人Cが署名

(4)

①から③を終えたら、先に読んだ設問を意識しつつ問題文本文を読み始める。

このとき,解答にあたって重要と思われる部分(後で役立たないこともあるが…)にマーカーを引くと,答書いているとなない。

特に刑法や刑訴ではあてはめに使う事実のチェックのためにはかなり効果的。

明せよ」と書いてあったなぁ…

例年通り今年も

設問1の(1)に「会

話を踏まえて説

代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加し、<u>敗訴したとき</u>に は無権代理人Cに対し民法第117条の責任を追及する訴えを提起することを想定し て、Cに対し、訴訟告知をしようと考えています。

(修習生P): 訴訟告知ですか。余り勉強しない分野ですのでよく調べておきます。

しかし、本件連帯保証契約書を誰が作成したかが明らかでないからといって、第2 の請求原因を追加する必要までありますか。裁判所が審理の結果を踏まえてCがBの 代理人として保証契約を締結したと認定すれば足りるのではないでしょうか。最高裁 判所の判決にも、傍論ながら、契約の締結が当事者本人によってされたか、代理人に よってされたかは、その法律効果に変わりがないからとして、当事者の主張がないに もかかわらず契約の締結が代理人によってされたものと認定した原判決が弁論主義に 反しないと判示したもの(最高裁判所昭和33年7月8日第三小法廷判決・民集12 巻11号1740頁) があるようですが。

弁護士L:その判例の読み方にはやや難しいところがありますから、もう少し慎重に考えてく ださい。先にも言ったとおり、本件連帯保証契約書の作成者が代理人Cであるという 前提に立つと、本件連帯保証契約書において保証意思を表示したのは代理人Cである と考えられ、その効果がBに帰属するためには、BからCに対し代理権が長与されて いたことが必要となります。そうだとすると、第2の請求原因との関係では、Bから Cへの代理権授与の有無が主要な争点になるものと予想され、本件連帯保証契約書が ← 証拠として持つ意味も当初の請求原因とは違ってきますね。なぜだか分かりますか。

修習生P:二段の推定が使えるかどうかといったことでしょうか。

弁護士L:良い機会ですから、当初の請求原因 (請求を基礎付ける事実) が、①XA間におけ る貸金返還債務の発生原因事実, ②XB間における保証契約の締結, ③②の保証契約 が書面によること及び④①の貸金返還債務の弁済期の到来であり,第2の請求原因(請 求を基礎付ける事実)が、①XA間における貸金返還債務の発生原因事実、②代理人 Cが本人Bのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと(顕名及び 法律行為), ③②の保証契約の締結に先立って、BがCに対し、同契約の締結につい ての代理権を授与したこと (代理権の発生原因事実), ④②の保証契約が書面によ ること及び⑤①の貸金返還債務の弁済期の到来であるとして、如分記書とは何か、そ 图~树成园设建面 れによって何がどのように証明できるかといった基本に立ち返っ で考えてみましょう

弁護士が修習生に問いか けた後に丁寧な説明をし てるなぁ…。

「処分証書とは何か,これ によりどのように証明で きるか、に立ち返って考え る」か…。

処分証書の定義を書くと ヒントになりそうやなぁ。

[設問1]

三月至祖四月八多题。 (1) Xが当初の請求原因②の事実を立証する場合と第2の請求原因③の事実を立証する場合と で、本件連帯保証契約書が持つ意味や、同契約書中にBの印章による印影が顕出されているこ とが持つ意味にどのような違いがあるか。弁護士しと司法修習生Pの会話を踏まえて説明せよ。 (2) Xが第2の請求原因を追加しない場合においても、裁判所がCはBの代理人として本件連帯 保証契約書を作成したとの心証を持つに至ったときは、裁判所は、審理の結果を踏まえて、C がBの代理人として保証契約を締結したと認定して判決の基礎とすることができるというPの 見解の問題点を説明せよ。

第2回口頭弁論期日において、原告Xは、第2の請求原因として、被告Bではなくその代理人 Cが署名代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加した。Bは、第2の請したけど法律構成によって本件書面 求原因に係る請求原因事実のうち、保証契約の締結に先立ちBがCに対し同契約の締結について の代理権を授与したこと (代理権の発生原因事実) を否認し、代理人Cが本人Bのためにするこ が処分証書として直接証拠やったり とを示してXとの間で保証契約を締結したこと(顕名及び法律行為)は知らないと述べた。

出たよ判例(P)の批判(問題点の指摘)

…。んーそうか。上の小問(1)で検討

間接証拠でしかなかったりしたよ

な。

同じ証拠でもその証拠価値は当事者 の主張が異なれば変わってくる…… んやったら弁論主義の不意打ち防止 機能に照らすとやっぱりあかんがな

設問1から事例は続くか…

設問2では訴訟告知の後で新たな訴訟で

事実を否認できるかって書いてあったな

ぁ…。参加できた時に参加したとみなさ

れるんだったなぁ…

③先に問を読んで しまい, 設問が短 くないときは,必 ず要点にマーカー

を引く。

②各設問に配

点を大きく書

き込んで配点

を参考にした

締切時間も書

き込む。

ルーティーンワークの具体例

あれ?CってXにもBにも参加する利益あり そうやけど両方から告知されてるやん。 双方に挟まれてるのに…敗訴責任なんか分担 せなあかんのかね。……ここやなヒントは…

第3回口頭弁論期日において、Xは、第3の請求原因として、Xは、Cには保証契約を締結することについての代理権があるものと信じ、そのように信じたことについて正当な理由があるから、民法第110条の表見代理が成立する旨の主張を追加した。Bは、表見代理の成立の要件となる事実のうち、基本代理権の授与として主張されている事実は認め、その余の事実を否認した。同期日の後、Xは、Cに対し、訴訟告知をし、その後、BもCに対して訴訟告知をしたが、Cは、X及びBのいずれの側にも参加しなかった。

裁判所は、審理の結果、長見代理が成立することを理由として、<u>XのBに対する請求を認容する判決を</u>言い渡し、<u>同判決は確定した</u>。

Bは、CがBから代理権を与えられていないにもかかわらず、Xとの間で保証契約を締結したことによって訴訟1の確定判決において支払を命じられた金<u>員を支払い</u> 損害を被ったとして、Cに対し、<u>不法行為に基づき捐害賠償を求める訴えを提起した(</u>以下、この訴訟を「訴訟2」という。)。

[設問2]

訴訟2においてBが、①CがBのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと、②①の保証契約の締結に先立って、Cが同契約の締結についての代理権をBから授与されたことはなかったこと、を主張した場合において、Cは、上記①又は②の各事実を否認することができるか。Bが訴訟1においてした訴訟告知に基づく判決の効力を援用した場合において、Cの立場から考えられる医律上の主張とその当合す検討せよ。

【事例(続き)】

以下は、訴訟 1 の判決が確定した後に原告 X の訴訟代理人弁護士 L と司法修習 E P との間でされた会話である。

弁護士L:今回は幸いにして勝訴することができましたが、私たちの依頼者Xとしては、仮にBに敗訴することがあったとしても、少なくともCの責任は問いたいところでした。そこで、B及びCに対する各請求がいずれも棄却されるといういわゆる「両負け」を避けるため、今回は訴訟告知をしましたが、民事訴訟法にはほかにも「両負け」を避けるための制度があることを知っていますか。

修習生P:同時審判の申出がある共同訴訟でしょうか。

弁護士L:そうですね。良い機会ですから、<mark>今回の事件の事実関係の下で同時審判の申出</mark>がある 共同訴訟によったとすれば、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告 が「両負け」を避けることができたのか、整理してみてください。例えば、以下の事案 ではどうなるでしょうか。

(事案) XがB及びCを共同被告として訴えを提起し、Bに対しては有権代理を前提として保証債務の履行を求め、Cに対しては民法第117条に基づく責任を追及する請求をし、同時審判の申出をした。第一審においては、Cに対する代理権授与が認められないという理由で、Bに対する請求を棄却し、Cに対する請求を認容する判決がされた。

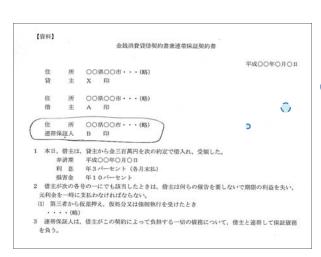
〔設問3〕

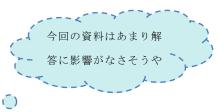
同時審判の申出がある共同訴訟において、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告の「両負け」を避けることができるか。上記 (事案) の第一審の判決に対し、①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範囲との関係で論じなさい。

「どの程度まで」…?…ん~配点 25 点ね。おそらく配点からすると設問 1 と 2 にみんな時間取られるやろうし…割合的には 30 分で書いたけど設問 2 の「告知を受けた者による参加的効力回避」の理屈の方がメインやろうなぁ…やっぱりこの問いは 20 分かなぁ

訴訟告知…参加 的効力やな。 ん?それを否認 する主張か。参 加的効力の根地 は敗訴責任の分 担やったな…分 担する理由がないっち いっち問題文にあ







参考例では、先に紹介したルーティーンに基づき、以上のような現場対応でした。その結果、先に設問を読んだあとに問題文を読んだとき、その出題の趣旨から外れずに論述できるに至ったと思います。設問 1 の小問(1)については、会話中の弁護士 L によるヒントの「処分証書とは何か」について、処分証書の定義を書くことで、ある証拠の証拠価値が要証事実との関係で変わることに気づき、そのあとの小問(2)につながりました。

次に設問 3 のところは読めばそのままの問題でしたので、配点との割合、時間配分との 兼ね合いから割り当て時間を減らし、メインと思われる設問 2 の解答時間を増やすという 修正を行いました。最後の設問ですからおそらくほとんどの受験生が時間に追われてじっ くり書けないと思われますので、書くポイントのみ決めて時間を絞って解答しても相対評 価による採点ゆえにあまりダメージがないだろうという理由からです。そのため、ルーティーンだといいながら、かなりのイレギュラーですが、設問 3 の答案構成はこの時点で殴 り書きでさっと済ませました(後に掲載する答案構成用紙の右半分の部分)。

平成 24 年度の出題の趣旨に照らしてみますと、P.8 の 28 行目から、「参加的効力を制限する論拠として」…「被告知者と告知者との利害対立の可能性に着目すること」…「が考えられる」と述べられていますので、設問を読むときに予め問題点を予想したこと、それを意識しながら問題文を読んだことにより、出題者の意図する問題点に気が付くことができたと参考例の答案者個人は考えています。

もちろん,すべての科目で同じようにはできませんし,問われ方によって現場対応も臨機応変さが必要でしょう。初見の問題で自分の能力をすべて出しきる工夫,ともいえると思いますのでぜひ皆さんも各自の論文ルーティーンを確立して本番に臨んでください。

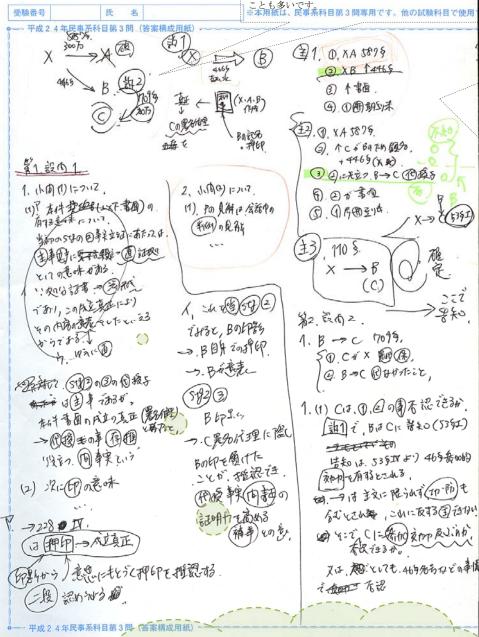
答案者は設問を読んだ後に問題文を読みながら答案構成するのが通常です。

答案構成用紙も以下に掲載しておきますので、参考にしてください。

ルーティーンワークの具体例

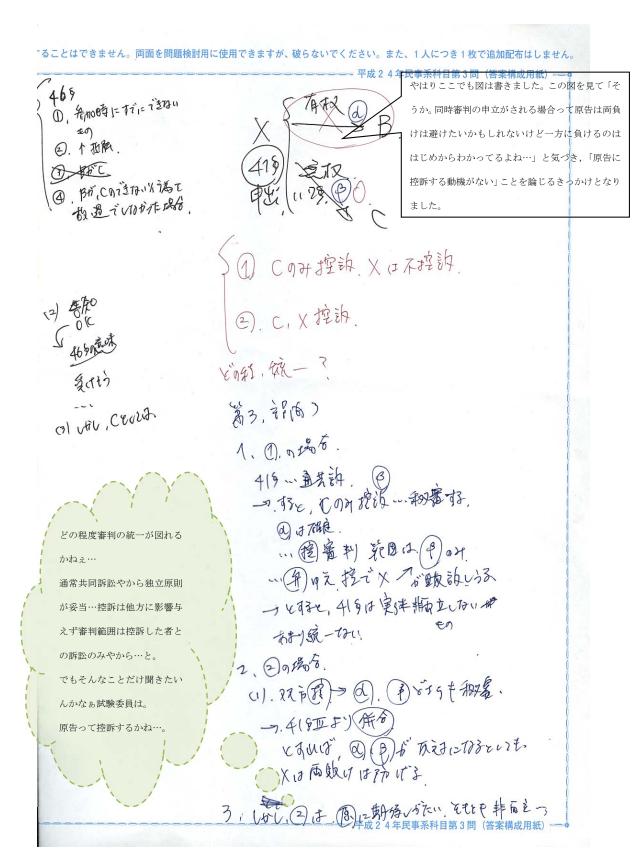
答案構成用紙

登場人物図は頭の整理に必須です。今回の問題は人物が少なかったですが、図を書き、相互の関係を意識すると問題点が見えてくる



問題のがおれての情報である。を表している。を表している。というです。

処分証書について定義してみたものの、本件書面の証拠価値の変化に関して気づくまでは少し時間がかかりましたが、このように定義や要証事実との関係を整理しながら答案構成のようなものを整理していくうちに考えも整理できました。小問(2)については、問題点に気付けたのであまり構成を書き残していません。



時系列表の具体例 【例:H24年選択科目(倒産法)第1問】

次に倒産法について、民事訴訟法とは異なり時系列の整理を要する問題であったので、 合格者の問題用紙の原本、および小松陽一郎弁護士の答案構成メモを掲載し、時系列表の 具体例を示します。両者を比較しつつ、時系列表作成の参考にしてください。

合格者の問題用紙原本

[倒 産 法]

①まずは設問ごとの配点をチェック!!そして時間配分をおおまかに決める。大問2

つで3時間の選択法は大問1つあたり1時間30分が基本。

[第1問](配点:50)

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

【事 例】

A株式会社(以下「A社」という。)は、コンピュータ・ソフトウェアの製造及び販売を業とする会社であり、平成20年頃には、年間で50億円を超える売上げを計上するなど、順調な業績を維持していたが、平成22年末頃以降は、徐々にその経営が悪化し、平成23年9月5日には、破産手続開始の申立てをするに至り、同月15日、破産手続開始の決定を受け、弁護士Xが破産管財人に選任された。

[設 問] 以下の1及び2については、それぞれ独立したものとして解答しなさい。

1. A社は、平成22年12月頃、売上げの半分以上を占めていた取引先が破綻し、当該取引先からの支払が突然途絶えたため、以後は、その資金繰りが悪化した。

そこで、A社は、メインバンクを含む金融機関に新規の融資を求めたものの、十分な額の融資を得ることができそうになかったため、取引先からの紹介を受け、いわゆる事業再生ファンドであるBアセット株式会社(以下 B社 という。)と変形した結果、将来の他社とのMをAを念頭に置いてB社から最大で20億円をめどに融資を受けられることとなり、まず、平成23年2月1日に5億円の融資を受ける旨の契約をB社との間で締結し、その融資は、同日、実行された(以下においては、利息については考慮せず、当該契約に基づくA社の債務額は、5億円とする。)。この契約においては、A社は、同年8月1日をもって、借入金を返済する旨の条項が含まれていた。

A社によるスポンサー企業等の開拓は、その後も精力的に続けられたが、業界の景気の更なる悪化などのため、適当なスポンサー企業等を獲得するには至らなかった。その結果、A社の経営状況は、同年6月頃から深刻さを増したものの、B社からの上記の5億円の融資金の残りを利用することができたため、一部の金融機関に対する債務の返済計画を相手方の同意を得て変更した以外は、全ての債務を約定どおり弁済していた。

一方、B社は、同年6月頃には、A社への上記の融資は失敗であり、その回収に向けた準備が必要であるとの判断に至ったことから、当該融資の段階でその担保のために抵当権の設定を受けていたA社所有の不動産の評価を進めたところ、「億円しか満足を受けられる見込みがないことが明らかになった。そこで、「同年7月25日、B社の代表取締役らがA社を訪れ、5億円の融資の返済期日を同年9月1日に変更するとともに、その夏返りとして、A社の有する複数の売掛金債権(全てが優良債権であり、その評価額は、「億円であった。)を追加担保)(譲渡担保)としてB社に差し入れることを求めた。A社の代表取締役であるCは、同年7月25日、やむを得ず、これに応じて、当該売掛金債権について債権譲渡担保を設定し(以下「本件債権譲渡担保設定行為」という。)、A社とB社は、同月28日に債権譲渡登記を経由した。 本社は、この当時、同年1月中旬までに弁済期が到来する債務を幾かの負担し(この他には、同年8月中旬までに弁済期が到来する債務を変かな負担し(この他には、同年8月中年済期が到来する債務の支払の猶予を受けたことで余裕ができたため、何とか、これらの債務を全額決済することができた。ただし、CらA社の経営陣は、同年7月末時点で、本社の余裕資金はぎりぎり1億円であり、他方が、同年8月中に新たな弁済資金の調達の見込みがなかったため、同年8月中旬には発済資金が枯渇するものと予想していた。そして、実際にも、その予想とおりに資金状況は推移し、返済期日が同年9月1日に変更されたB社に対する上記の債務の支払をすることができなかった。

以上の場合において、A社の破産手続開始後、A社がB社のためにした本件債権譲渡担保設

4

①から③を終え たら、先に読んだ 設問を意識しつつ 問題文本文を読み 始める。

設問中、独立した間として解答するよう指示されていることもあるので、見逃さない!!

…債務額と日付と…数字多いがな気つけて時系列書かんとミスしたら支払不能時期やら弁済期やら間違うてもうたら否認権の類型多いから選択ミスした ら致命的やで問1は否認だけしか問われてへんのに!! ②各設問ごとの配点が分からない場合もある。 その場合は**設問の文章量などから答案用紙の配分をお** おまかに決定する。

今回設問2の 事例は短い が、わざわざ ①~③の決議 取消訴訟の提 起とあるの で, 書くべき ことが多いと

T

省2、我面2

2. 01= 70-7

44 9 18 18 (1995)

RIO 835

主向自己 明明 一角形形形

邓山林ピ

定行為をXが否認することができるかどうかについて、予想されるX及びB社の主張を踏まえ て、論じなさい。

.2. A社は、平成23年5月2月日、株主総会を開催し、①取締役としてDらを選任すること、 ②定款を変更して、本店を移転すること、②1株当たり5000円の配当をすることをそれぞ れ決議した。ところが、A社の株主Eは、同年7月29日、当該株主総会の決議の取消しの訴 えを提起した。 一台油品

なお、この訴訟においては、

A社を代表して訴訟追行をしていた。

以上の場合において、当該訴訟 , A社に対する破産手続開始の決定によってどのような影

65383.

新、設力生

(X, Bni捷)

響を受けるかについて、論じなさい。

图注36.

本間の問い方自体 は簡単だが, もちろ んこれを意識して 問題文を読むため, マーカーを引く。

③先に設問を読む。

4. · 1629 I @##apply } 1125 H23, 事件 使不有 300前 9/5 1. (x 13 76 2331) (2) 123 2/ 功本件最時一級?(场)? 11) 627 48 1、不能的2多型 15% 外南地水3モハにっき. 唐山、大梅江小四 棉色色 137-1 18位 力势

いつから支払不能かな…そうか B 社

の主張としては支払不能時期の判断

基準についてそもそも争うかも知れ

へんね。そこらも踏まえて論じると得

点できるんやろかぁ…

設問1は否認権ね…。

どの否認類型にあたる

か、支払停止やら支払

不能やらの時系列を丁

寧に書きながら問題文

読まなあかんなぁ…

設問 2 は…短いね事

例。ん一決議が3つに

分かれてるから…書く

こと多いな相互の異

同とその理由とかも

書いて欲しいんやろな

(1) 本的和· 1937 1933EN X 的初期 我可不明 的 0 41 OK.

まずは条文やな…中断と受継は 44 条や…「財団 に関する訴訟手続」かどうかの問題やな。

株主総会決議の取消訴訟は法人の組織上の問題

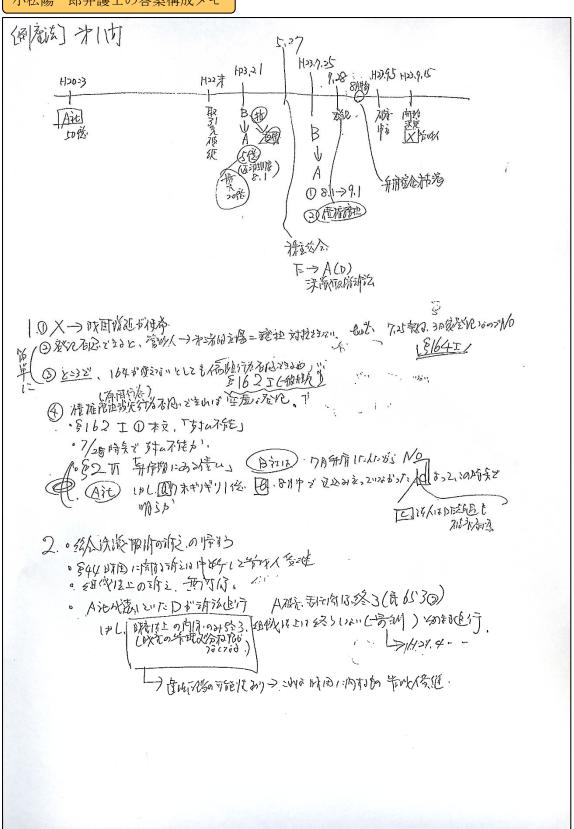
やけど…①は委任終了事由うんぬんかんぬんの

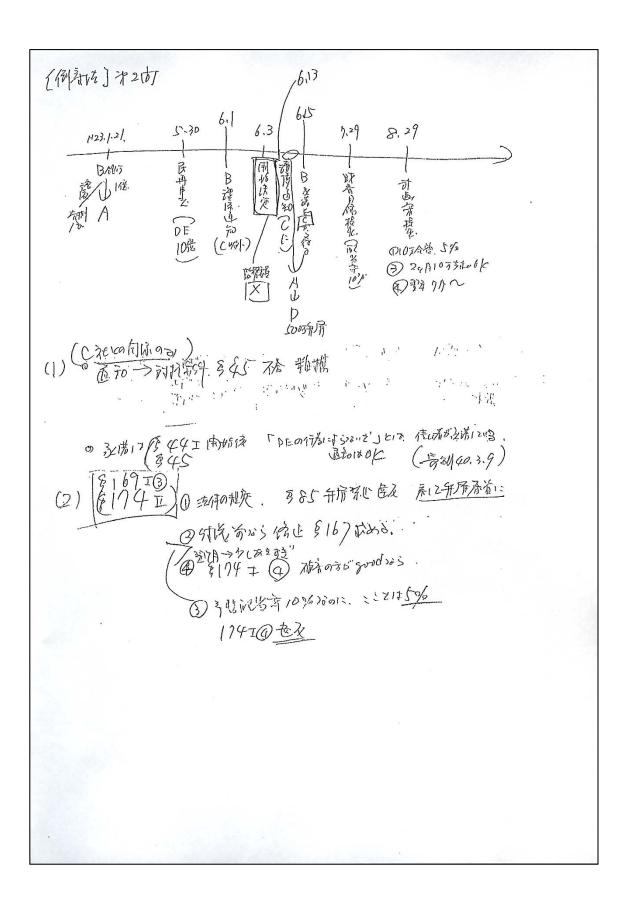
重要判例出とったな。②本店の移転は組織上の行

為でいいと思うけど……

時系列表・答案構成の具体例

小松陽一郎弁護士の答案構成メモ





第3節 問題文へのマーカー・ペンの引き方

ここでは、マーカーやペンを使った問題文の読み方のテクニックを紹介します。

あくまで、テクニックの1つであり、これを参考にしつつ、みなさんが実際にやりやすい方法を生み出していってください。

なお、便宜上、一定の色のマーカーを使っていますが、**どの色を使うのかは各自の好み**に合わせて下さい。ただし、「これはこの色」(例:「主語」は「ピンク」のマーカー)と自分の中であらかじめ決めておくこと。

全科目共通の引き方

①設問で<mark>問われていること</mark>にマーク

【例:平成24年 公法系科目第1問P3】

なるべく要点を絞って, コンパクトにマーカーを引くこと。

[設問1]

Dは、今回のB村によるA寺への助成は憲法に違反するのではないかと思い、あなたが在籍する法律事務所に相談に来た。

あなたがその相談を受けた弁護士である場合、<mark>どのような訴訟</mark>を提起するか(なお、当該訴訟 を提起するために法律上求められている手続は尽くした上でのこととする。)。そして、その訴訟 において、あなたが訴訟代理人として行う憲法上の主張を述べなさい。

[設問2]

設問1における憲法上の主張に関する<mark>あなた自身の見解を、被告側の反論を想定</mark>しつつ、述べなさい。

②固有名詞(【○○○(以下「○○」という。)】と書かれているところ)をマーク

固有名詞につき, あとから検索しやすくするため

【例:平成24年 民事系科目第2問P2】

4. 乙株式会社(以下「乙社」という。)は、設立以来、株主も取締役もPだけの会社であるが、実際の事業活動は、ほとんど行っていない。

乙社は、平成21年7月に入り、金融業者から融資を受けて市場において甲社の株式を買い集め、平成22年1月に、甲社の株式33万株を有するに至った。

5. 平成22年6月に開催された甲社の定時株主総会(以下「22年総会」という。)では、その終結の時をもって、取締役5名のうちHを除くA、B、C及びDの4名について取締役の任期が満了するため、A、B、C及びDの4名を候補者とする取締役選任議案が会社提案として提出された。

③登場人物・場所とその説明部分に、その人物や場所が初めに登場した時に下線を引く

人や場所の意味をあとから検索しやすくするため

【例:平成24年 民事系科目第2問P2】

甲社の取締役は、平成20年6月に選任されたA、B、C及びDの4名であり、Aが代表取締役社長である。なお、Aは、甲社の株式1万株を有している。

甲社の監査役は、平成19年6月に選任されたE、F及びGの3名であり、Eが<u>常勤監査役</u>、 F及びGが非常勤の社外監査役である。

④あてはめで使えそうな事実に波線を引く ※番号(①, ②等)を振ること

番号を答案構成段階で使うことで、時間を節約できます。

【例:平成24年 民事系科目第2問P2】

3. 甲社は、平成20年秋頃の経営環境の著しい悪化を受け、その業績及び株価は、共に下落の一途をたどった。それにもかかわらず、Aは、効果的な経営立て直し策を実施できないままでいたため、3甲社内外のAに対する評価は、日増しに厳しくなる一方であった。

マーカーで塗ると強調されすぎてしまい、あとからやっぱり重要でないと思った時につぶしがきかなくなるため、波線を引くことをおすすめします。

科目別の引き方(全科目共通の引き方に加えて)

●憲法

①参照法令の法令名および条文の見出しにマーク

法令および条文の意味を意識しやすくなります。

【例:平成23年 公法系科目第1問P4】

【参考資料】特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律

第1章 総則

(目的)

第1条 この法律は、特定地図検索システムによる情報の提供が、インターネットの普及その他社会 経済情勢の変化に伴うコンテンツに対する需要の高度化及び多様化に対応した利用者の利便の増進 に寄与するものであることに留意しつつ、当該情報の提供に伴い個人に関する情報が公にされるこ とによる被害から適確に国民を保護することの緊要性に鑑み、当該被害の防止及び回復に関し、基 本理念を定め、国及びシステム提供者の責務を明らかにするとともに、システム提供者の遵守事 項、被害回復のための措置、被害回復委員会の設置その他必要な事項を定めることにより、国民生 活の安全と平穏の確保に資することを目的とする。

(定義)

- 第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。
 - 一 特定地図検索システム インターネットを通じて不特定又は多数の者に提供される地図に関する情報の検索システムであって、文字、記号その他の符号又は航空写真を用いて表現される情報 提供の機能を補完するための機能として、画像の情報を提供する Z 機能を有するものをいう。

②条文の (主体) | 客体・〔要件〕・<効果(行為)>に記号をつける。

条文が言いたいことをシンプルに理解できます。

※全ての条文ではなく、重要な条文についてだけすれば足ります。

【例:平成23年 公法系科目第1問P5】

(被害回復措置)

- 第8条 A大臣は、特定地図検索システムによる情報の提供により被害を受けた者から申立てがあったときは、措置を講じる必要が明らかにないと認める場合を除き、当該申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するために必要な措置について、被害回復委員会に諮問しなければならない。
- 2 A大臣は、前項の規定による諮問に対する答申があった場合において、同項の申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するため必要があると認めるときは、システム提供者に対し、画像の修正その他の提供に係る情報の改善のために必要な措置をとるべき旨を勧告することができる。
- 3 A大臣は、前項の規定による勧告を受けた者が、正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかった場合において、第1項の申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するため特に必要があると認めるときは、その者に対し、その勧告に係る措置の実施又はインターネットによる特定地図検索システムの提供の中止を命ずることができる。
- 4 A大臣は、前項の規定による命令をしたときは、その旨を公表しなければならない。

③原告に有利な事実(違憲方向の事実)と被告に有利な事実(合憲方向の事実)に波線を

引く ※番号(①, ②等)を振ること

【例:平成23年 公法系科目第1問P2】

インターネット上で提供される Z機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰もが見ることのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。特に X社は、以下のように、より積極的に Z機能画像が提供する情報の価値を主張している。まず、その情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つ。また、それは、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有する。

ところで、Z機能画像をめぐっては、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z機能画像には、公道上であっても、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設など、公開されては困る施設も映されている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、誘拐等の誘因になるのではないかと案ずる親もいる。さらに、インターネット上に公開されたZ機能画像の第三者による二次的利用が、頻繁に見られるようになっている。

④立法事実と司法事実の間に線を引く

あてはめで使う事実を混同しないようにするため

【例:平成23年 公法系科目第1問P2】

こういう中、Z機能画像をインターネット上に提供することの中止を求める声が高まってきた。 20**年に、国会は、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回 復に関する法律」(以下「法」という。)を制定した【参考資料】。法は、システム提供者に対し、Z 機能画像をインターネット上に掲載する前に、A大臣に届け出ることを求めている(法第6条参 照)。また、法は、システム提供者が遵守すべき事項を規定している(法第7条参照)。A大臣は、 Z機能画像の提供によって被害を受けた者からの申立てがあったときは、法に定める手続に従って 被害の回復のための措置を講じることとされている(法第8条参照)。

法が制定されてから、多くの会社は、法の定める遵守事項を守り、また個別の苦情に応じて必要な修正を施している。X社も、人の顔や表札など特定個人を識別することのできる情報と車のナンバープレートについてはマスキングを施し、車載カメラの高さも法が定める高さに改めた。しかし、X社は、家の中の様子など生活ぶりがうかがえるような画像については、法で具体的に明記されていないとして、修正しなかった。数件の申立てに応じて、X社に対して、そのような画像に必要な修正をすることを求める改善勧告がなされた。しかし、X社は、それらの修正を行わなかっ

●行政法

①参照法令の法令名および条文の見出しにマーク

※やり方は、憲法のところを参照

②条文の 主体・客体・[要件]・<効果>に記号をつける。

※やり方は、憲法のところを参照

③会議録等の誘導文の重要部分にマーク

行政法では、会議録の誘導文が真の問いであり、こちらにもマークする必要があります。

④会議録等の誘導文の設問の切れ目に線を引く

誘導文はかなり長いため、設問の区切りを明確にして、頭を整理する必要があります。

③④につき⇒【例:平成24年 公法系科目第2問P4】

弁護士S:では、現時点において本件計画を変更せずに存続させていること、ここでは単に計画の存続ということにしますが、このことが違法といえるかどうかを検討してください。本件計画決定が1970年において違法であったという主張は、検討の対象から外してください。それでも、都市計画の存続を違法とした先例はなかなか見当たりませんので、計画の存続を適法とする法律論と違法とする法律論の双方を示して、都市計画法の関係規定を挙げながら、本件の具体的な事情に即して綿密に検討するようにお願いします。

弁護士T: 承知しました。それから、計画の存続の違法性を主張するために、どのような訴えを提起するべきかという問題もあります。

弁護士S:そのとおりです。最高裁判所は、大法廷判決で、土地区画整理事業の事業計画の決定に 処分性を認める判例変更をしましたね(最高裁判所平成20年9月10日大法廷判決、民 集62巻8号2029頁)。ただし、都市計画施設として道路を整備する事業は、都市計画 決定とそれに基づく都市計画事業認可との2段階を経て実施されるのですが、土地区画整 理事業の事業計画の決定は、道路に係る都市計画でいえば、事業認可の段階に相当します。

弁護士T:そのためか、Q県の職員は、道路に係る都市計画決定は、この大法廷判決の射程の外に あり、事業の「青写真」の決定にすぎず、処分性はない、と解釈しているようなのです。

弁護士S:私たちとしては、この大法廷判決の射程をよく考えながら、道路に係る都市計画決定の 法的効果を分析して、本件計画決定に処分性が認められるかどうか、判断する必要があり ます。都市計画決定の法的効果を分析する際には、その次の段階に位置付けられる都市計

22

21

●民法

①日付にマーク

時系列を把握しやすくなります。

【例:平成24年 民事系科目第1問P2】

【事実】

1. Aは、店舗を建設して料亭を開業するのに適した土地を探していたところ、平成2年(19 90年)8月頃、希望する条件に沿う甲土地を見つけた。

甲土地は、その当時、Bが管理していたが、登記上は、Bの祖父Cが所有権登記名義人となっている。Cは、妻に先立たれた後、昭和60年(1985年)4月に死亡した。Cには子としてD及びEがいたが、Dは、昭和63年(1988年)7月に死亡した。Dの妻は、Dより先に死亡しており、また、Bは、Dの唯一の子である。

②契約の当事者と契約内容にマークと下線

民法において契約は重要なので、目に付くようにするため

【例:平成24年 民事系科目第1問P2】

3. AとBは、平成2年(1990年) 11月15日、甲土地を代金3600万円でBがAに売 却することで合意した。 そして、その日のうちに、Aは、Bに代金の全額を支払った。また、

●商法

①日付をマーク

※やり方は、民法のところを参照

●民事訴訟法

①日付や口頭弁論等の期日にマーク

時系列を把握しやすくなります。

【例:平成24年 民事系科目第3問P2】

第1回口頭弁論期日において,被告Bは、保証契約の締結の事実を否認した。

②訴訟の当事者および訴訟内容にマーク

民事訴訟法において訴訟は重要なので、目に付くようにするため

【例:平成24年 民事系科目第3問P2】

【事例】

Xは、Aに対し、300万円を貸し渡したが、返済がされないまま、Aについて破産手続が開始された。Xは、BがAの上記貸金返還債務を連帯保証したとして、Bに対し、連帯保証債務の履行を求める訴えを提起した(以下、この訴訟を「訴訟1」という。)。

●刑法

①設問冒頭の<mark>甲・乙・丙</mark>にそれぞれ別の色でマーク

下記②で使う色を、この段階で人物ごとに決めてしまいます。

【例:平成23年 刑事系科目第1問P2】

[第1問] (配点:100)

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい(特別法違反の点を除く。)。

②行為者+犯罪が成立する行為+法益侵害結果にマークと下線

これをすることで、マーカーを引いた問題文自体が簡単な答案構成用紙の機能を果たすことになります。※①の色と同じ色で、行為者ごとに色を塗り分けるようにします。

【例:平成23年 刑事系科目第1問P2】

甲と乙は、歩道上に向かい合って立ちながら、「謝れ。」、「そっちこそ謝れ。」などと言い合いをしていたが、そのうち、甲は、興奮のあまり、乙の腹部を右手の拳で1回殴打し、さらに、腹部の痛みでしゃがみ込んだ乙の髪の毛をつかんだ上、その顔面を右膝で3回、立て続けに蹴った。これにより、乙は、前歯を2本折るとともに口の中から出血し、加療約1か月間を要する上顎左側中切歯・側切歯歯牙破折及び顔面打撲等の怪我をした。

③甲・乙・丙が主語になるところに全てマーク

どの人物がどの辺で登場しているのかが一目瞭然となり、事案の全体像を把握しやすく なる

【例:平成23年 刑事系科目第1問P2】

その頃、乙(23歳, 男)と丙(22歳, 男)は、二人で酒を飲むため、同繁華街で適当な居酒屋を探しながら歩いていた。乙と丙は、かつて同じ暴走族に所属しており、丙は、暴走族をやめた後、会社員として働いていたが、乙は、少年時代から凶暴な性格で知られ、何度か傷害事件を起こして少年院への入退院を繰り返しており、この当時は、地元の暴力団の事務所に出入りしていた。丙は、乙の先を歩きながら居酒屋を探しており、乙は、少し遅れて丙の後方を歩いていた。

その日は週末であったため、繁華街に出ている人も多く、歩道上を多くの人が行き交っていたところ、甲は、歩道を対向して歩いてきた乙と肩が接触した。しかし、乙は、謝りもせず、振り返ることもなく歩いていった。甲は、一旦はやり過ごしたものの、乙の態度に腹が立ったので、一言謝らせようと思い、4、5メートル先まで進んでいた乙を追い掛けた上、後ろから乙の肩に手を掛け、「おい。人にぶつかっておいて何も言わないのか。謝れ。」と強い口調で言った。乙は、振り向いて甲の顔をにらみつけながら、「お前、俺を誰だと思ってんだ。」などと言ってすごんだ。甲は、もともと短気な性格であった上、普段から体を鍛えていて腕力に自信もあり、乙の態度にひるむこともなかったので、甲と乙はにらみ合いになった。

●刑事訴訟法

①設問で適法性を問われている捜査官の行為と<mark>捜査官に下線とマーク</mark>

論じる対象を明確に意識するため

【例:平成24年 刑事系科目第2問P3】

そこで、司法警察員Kは、同日午後3時45分、乙宛ての荷物を開封した [捜査①]。その結

②<mark>日付</mark>が出てきたときはマーク

民事系ほど日付を把握することの重要性はないが, あてはめで使えるので, マークしておくのもありです。

※やり方は、民法のところを参照