

『REVIBLE』 補遺（平成27年11月）

この度、REVIBLE（リバイブル）を改訂することになりました。今回の改訂では初版の内容に大きな変更は加えることなく、初版発刊後の内容に現在の情報等を追加する形で行いました。そこで初版を既に持っている方に変更箇所が明確になるよう、補遺を作成しました。

受験生はREVIBLE（初版）、及び本補遺を積極的に利用し、是非司法試験の合格を勝ち取ってください。

執筆者一同

続・関大再生物語（第2版はしがき）

関大法曹会 幹事長
弁護士 山田 庸男

勉強方法に悩む司法試験受験生のための「バイブル」としての本書は、多くの受験生にご支持をいただき、発刊後3年が経ちました。

この間、法科大学院の統廃合が進められる等、法科大学院を取り巻く状況はさらに厳しいものになったといえます。

関西大学法科大学院の実受験者に対する合格率も、平成25年度は14.07%（合格者19名）、平成26年は10.3%（合格者19名）、平成27年は13.8%（合格者22名）と推移しています。本年度の合格率は上昇しているものの、関西大学法科大学院の司法試験合格率は依然として低いものと言わざるをえません。

このような結果を受けて、関大法曹会としては、本年度以上に合格率を上昇させるべく、リバイブルを改訂することにしました。

本改訂では、基本的な内容に変更は加えず、当初の内容に初版発刊後の内容を追加、修正する形で行いました。具体的には第1編第1章、第2編第5章、第4編第3章、第7編第2章、その他細部に至るまで現在の状況に沿うものにしました。また第8編合格体験記を充実、別冊化することで、以前にも増して本書が受験生の支えとなりうるものにしました。

本年度の司法試験合格者の増加は、関大再生物語の序章に過ぎません。読者の皆様が関大再生の主役として、関大を盛り上げ、関大法曹会の一員となることを心よりお待ちしております。

ご承知の方も多くいらっしゃるかと思いますが、関西大学法科大学院の特別顧問教授で、元最高裁判所判事の滝井繁男先生が、平成27年2月28日にご逝去されました。

滝井先生には、平成19年度から特別顧問教授として、元最高裁判所判事および弁護士としての豊富なご経験に基づき、関西大学法科大学院生に法曹としての心構えをご教授くださいました。また、平成27年度入学生のため、ご講演の依頼を受けておられた先生は、お亡くなりになる直前まで、講演原稿にご推敲を重ねられていたとお聞きしております。このように、関西大学法科大学院を常に気にかけてくださっていた先生のためにも、しっかり、勉学や人格の涵養に励み、関西大学法科大学院から多数の法曹を輩出し続けることを願ってやみません。



第1編司法試験紹介 第1章制度概要

第1節実施日程 第2節科目別配点 第3節合格率の推移

P.11～ 第1編司法試験紹介 第1章制度概要 第1節実施日程, 第2節科目別配点, 第3節合格率の推移を以下の内容に変更

※法務省HP (http://www.moj.go.jp/shikaku_saiyo_index1.html) を参照しています。

●全体の流れ【例：平成28年司法試験】

願書〆切	試験本番	短答式試験成績発表	最終合格発表
平成27年 12月4日(金)	平成28年 5月11日(水) ～5月15日(日)	平成28年 6月2日(木)16時 正解・足きり点を 法務省HPにて発表	平成28年 9月6日(火)16時 合格者の受験番号を HP及び掲示板で発表

●司法試験本番の日程【平成28年】

試験期日	集合時刻	着席時刻	試験時間	試験科目
5月11日(水) 【1日目】	8:30	9:00	9:30~12:30 (3時間)	論文式試験(選択科目)
		13:30	13:45~15:45 (2時間)	論文式試験(憲法)
		16:15	16:30~18:30 (2時間)	論文式試験(行政法)
5月12日(木) 【2日目】	9:00	9:30	10:00~12:00 (2時間)	論文式試験(民法)
		13:00	13:15~15:15 (2時間)	論文式試験(商法)
		15:45	16:00~18:00 (2時間)	論文式試験(民事訴訟法)
5月13日(金)	休み			
5月14日(土) 【3日目】	8:30	9:00	9:30~11:30 (2時間)	論文式試験(刑法)
		12:30	12:45~14:45 (2時間)	論文式試験(刑事訴訟法)
5月15日(日) 【4日目】	9:00	9:30	10:00~11:15 (1時間15分)	短答式試験(民法)
		11:45	12:00~12:50 (50分)	短答式試験(憲法)
		14:00	14:15~15:50 (50分)	短答式試験(刑法)

チェック!
集合時刻になると、試験会場に入室できます。

チェック!
着席時刻になると、試験監督の説明が始まり、問題・答案用紙・答案構成用紙が配布されます。

チェック!
試験開始後も手を挙げればトイレに行けます。なお、試験開始前でも、問題配布後は試験開始までトイレには行けません。

第1編司法試験紹介 第1章制度概要

第1節実施日程 第2節科目別配点 第3節合格率の推移

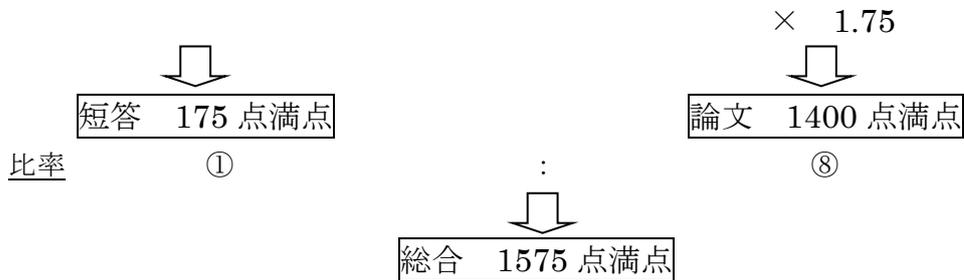
第2節 科目別配点

チェック!
満点の40%を下回る科目が1科目でもあれば、それだけで不合格となります。

チェック!
①満点の25%を下回る科目が1科目でもあれば、それだけで不合格となります。
②短答式試験で、不合格(足り)となった場合、論文式試験の採点はなされません。

短答式試験 175点満点		
憲法 (50点)	民法 (75点)	刑法 (50点)

論文式試験 800点満点			
公法系科目 (200点)	民事系科目 (300点)	刑事系科目 (200点)	選択科目 (100点)



チェック!
平成18年～平成27年までの段階では、765点～785点くらい(受験者上位25%～22%程度)が合格点に設定されています。※平成27年度は835点が合格最低点になっている。もっとも受験者上位23%程度が合格しているので、合格者層に変動はない。

第3節 合格率の推移

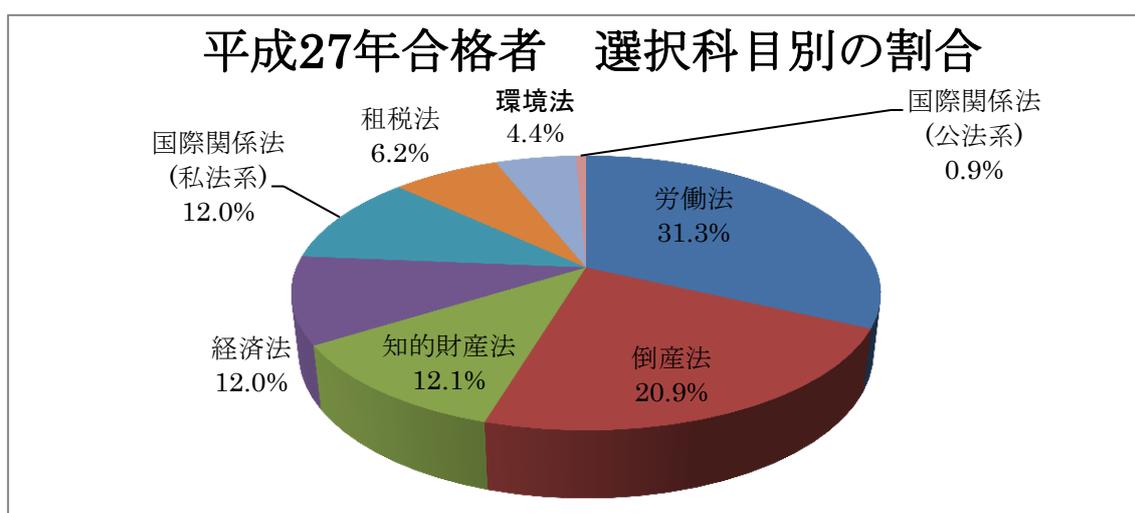
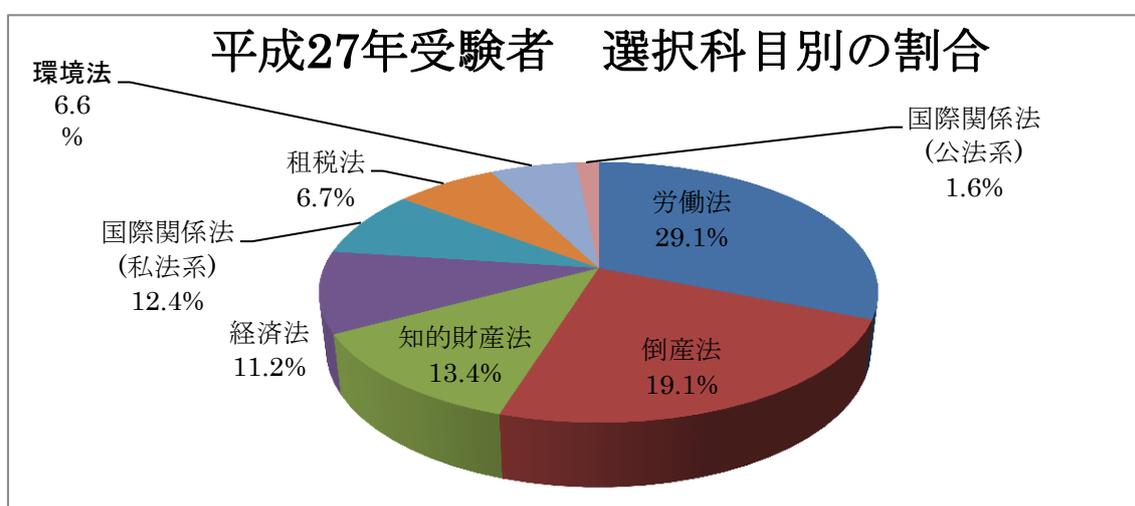
	受験者数	短答合格者	短答合格率	最終合格者	最終合格率
平成18年	2,091	1,684	80.54%	1,009	48.25%
平成19年	4,607	3,479	75.52%	1,851	40.18%
平成20年	6,261	4,654	74.33%	2,065	32.98%
平成21年	7,392	5,055	68.38%	2,043	27.64%
平成22年	8,163	5,773	70.72%	2,074	25.41%
平成23年	8,765	5,654	64.51%	2,063	23.54%
平成24年	8,387	5,339	63.66%	2,102	25.06%
平成25年	7,653	5,259	74.21%	2,049	26.77%
平成26年	8,015	5,080	63.38%	1,810	22.58%
平成27年	8,016	5,308	66.21%	1,850	23.07%

第1編司法試験紹介 第1章制度概要

第1節実施日程 第2節科目別配点 第3節合格率の推移

●平成27年 司法試験

	倒産法	租税法	経済法	知的財産法	労働法	環境法	国際関係法 (公法系)	国際関係法 (私法系)
出願者	1,707人 (19.0%)	623人 (6.9%)	996人 (11.1%)	1,193人 (13.3%)	2,614人 (29.1%)	584人 (6.5%)	137人 (1.5%)	1,103人 (12.3%)
受験者	1,519人 (19.1%)	531人 (6.7%)	887人 (11.2%)	1,060人 (13.4%)	2,309人 (29.1%)	552人 (6.6%)	124人 (1.6%)	985人 (12.4%)
合格者	388人 (20.9%)	115人 (6.2%)	222人 (12.0%)	225人 (12.1%)	579人 (31.3%)	82人 (4.4%)	17人 (0.9%)	222人 (12.0%)
合格率	25.1%	23.1%	21.9%	21.1%	23.4%	20.1%	11.2%	21.1%



P. 34～ 第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法について、平成24年度以降の司法試験の情報を追加し、適宜
内容を変更

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、問題に即した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、事案に対する個別的・具体的検討がなされているか、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くかに重点を置いた。

(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、憲法上の基本的な理論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く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。憲法の場合、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)を論じている答えは、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ください)。

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为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。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、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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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、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。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、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と検討するよ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。憲法との関係を論じないと、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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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・パターンの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)

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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21条1項に含まれるということをし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のものが、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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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、ということを実案に沿って具体的に摘示する必要があります。

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となります。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)

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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ふ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・パターンの「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ふ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が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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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なイメージ

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前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。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く、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

「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らうか。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「ペーパーを書くこと」にも力を注ぐ必要があるように思われる。

(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、答案の具体的な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。基本書に書いてあ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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

憲法	論文式過去問 出題一覧表
平成18年	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟形式 <ul style="list-style-type: none"> ・ 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 <ul style="list-style-type: none"> ・ 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
平成19年	<ul style="list-style-type: none"> ○条例の合憲性 <ul style="list-style-type: none"> ・ 法律と条令の関係（憲法94条2項「法律の範囲内」の意味） ・ 信教の自由，財産権，居住移転の自由 （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
平成20年	<ul style="list-style-type: none"> ○法律の合憲性 <ul style="list-style-type: none"> ・ 明確性の原則 ・ 表現の自由 ・ 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
平成21年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・ 指針と「規則」の違い ・ 先端科学技術の研究をする自由 ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・ 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	<ul style="list-style-type: none"> ○生活保護申請却下処分の合憲性 <ul style="list-style-type: none"> ・ 生存権 ・ 平等原則違反 ○選挙権（投票権）

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

	<ul style="list-style-type: none"> ・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
平成23年	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟形式 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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）
平成24年	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟形式 <ul style="list-style-type: none"> ・住民訴訟（地方自治法242条の2） ○憲法上の主張 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成25年	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟形式 <ul style="list-style-type: none"> ・国家賠償請求訴訟（国家賠償法1条1項） ○憲法上の主張 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成26年	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟形式 <ul style="list-style-type: none"> ・不許可処分取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項） ○憲法上の主張 <ul style="list-style-type: none"> ・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	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟形式 <ul style="list-style-type: none"> ・国家賠償訴訟 ○憲法上の主張 <ul style="list-style-type: none"> ・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、問題文中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析検討し、問いに対して的確に答えることができているか、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、事案を解決するに当たっての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

訴訟要件 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がちなようです。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、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：よろしくお願ひします。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。この点も教えていただければと思います。

弁護士：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。ただ、許可の取消しという措置まで執ることがで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、実はこの誘導こそが真の設問なのです。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。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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論

第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法 第7節刑事訴訟法

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・号までの確に挙げているか、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、法的三段論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、条文を解釈するという姿勢に欠けている。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〇〇条の「●●」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、〇〇条の趣旨を書き、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～～ですと当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下さい。

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が、

「仮」に過ぎないのだから検討は簡潔で良いとは思いますが、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**出題の趣旨を理解して実力を発揮**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か。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できます。

<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、個別法の解釈以外にも出題されるので準備しておこう

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

行政法	論文式過去問 出題一覧表 ※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	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟選択 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成19年	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟選択 <ul style="list-style-type: none"> ・取消訴訟 <ul style="list-style-type: none"> 処分性の有無 ・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
平成20年	<ul style="list-style-type: none"> ○訴訟選択 <ul style="list-style-type: none"> ・取消訴訟 <ul style="list-style-type: none"> 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 ・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
平成21年	<ul style="list-style-type: none"> ○取消訴訟の訴訟要件 <ul style="list-style-type: none"> ・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） ○仮の救済 <ul style="list-style-type: none"> ・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	<ul style="list-style-type: none"> ○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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

平成23年	<ul style="list-style-type: none"> ○取消訴訟の訴訟要件 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・差止訴訟 ・公法上の実質的当事者訴訟 ○本案の検討 <ul style="list-style-type: none"> ・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）
平成24年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・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	<ul style="list-style-type: none"> ○処分性 ○認可の適法性
平成26年	<ul style="list-style-type: none"> ○裁量基準の合理性の検討 ○撤回 ○非申請型義務付け訴訟の訴訟要件
平成27年	<ul style="list-style-type: none"> ○差止訴訟の訴訟要件 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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。

(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えます。

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、民法の解釈には「一般的確実性と具体的妥当性の調和」が求められているのです（有斐閣双書民法（1）P17）。

「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が調査しようとし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のうち携帯電話が繋がらないことは、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。要件事実論という、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」みたいな答え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となります。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が、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、

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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たりするので、最後まであきらめず全部書ききることが大切です。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、答案を全体として評価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	<ul style="list-style-type: none"> ○将来債権譲渡担保の要件事実 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成19年	<ul style="list-style-type: none"> ○代金返還を主張する法的構成 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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） ○信託利益と履行利益の関係 ○債権者の損害軽減義務違反
平成20年	<ul style="list-style-type: none"> ○所有権に基づく返還請求 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・解除と賃貸人たる地位の移転の関係 ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

平成21年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・即時取得の要件事実 ・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） <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成22年	<ul style="list-style-type: none"> ○主張の法的構成と（掲げられた）事実の性質の把握 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・抵当権侵害における損害の発生 ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成23年	<ul style="list-style-type: none"> ○請負残代金に相当する額の回収方法 <ul style="list-style-type: none"> ・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424条） ○将来債権売買契約の解除 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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	<ul style="list-style-type: none"> ○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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

	<ul style="list-style-type: none"> ○混合寄託契約における添付契約書の解釈 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・債務不履行の成否 ・民法416条2項の特別損害 ・因果関係
平成25年	<ul style="list-style-type: none"> ○保証債務履行請求 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・債務不履行に基づく損害賠償請求の要件 ・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） <ul style="list-style-type: none"> ・必要費償還請求の要件 ○抵当権物上代位と相殺の優劣 <ul style="list-style-type: none"> ・判例の射程 ・判例の妥当性
平成26年	<ul style="list-style-type: none"> ○賃貸借契約の債務不履行解除 ○主張の法律上の意義 <ul style="list-style-type: none"> ・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 ○使用者責任（民法715条） <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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

平成27年	<ul style="list-style-type: none">○所有権の所在をめぐる法律関係<ul style="list-style-type: none">・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<ul style="list-style-type: none">・付合の意義、及びあてはめ・不当利得の成立要件の検討・即時取得の要件の検討○対抗要件具備による所有権喪失の抗弁○留置権<ul style="list-style-type: none">・「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<ul style="list-style-type: none">・被害者側の過失
-------	---

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る。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・趣旨をしっかりとインプットすべきでしょう。

㊦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、㊦、㊧、㊨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、㊦の瑕疵について有効説を採った上で、これに加えて㊦又は㊧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、

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

商法	論文式過去問 出題一覧表
平成18年	<ul style="list-style-type: none"> ○会社法上の手続の進め方についての説明 <ul style="list-style-type: none"> ・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 （・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）
平成19年	<ul style="list-style-type: none"> ○新株発行無効の訴え（会社法828条1項2号） <ul style="list-style-type: none"> ・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 ・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） <ul style="list-style-type: none"> ・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）
平成20年	<ul style="list-style-type: none"> ○保証債務履行請求の可否 <ul style="list-style-type: none"> ・「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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 ・株式交換無効の訴えの原告適格 ○会社の責任財産の回復 <ul style="list-style-type: none"> ・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 ・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，463条2項）

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

<p>平成21年</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・株主による取締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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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
<p>平成22年</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○現物出資に関する発起人および設立時取締役の責任 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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） <ul style="list-style-type: none"> ・「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
<p>平成23年</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○自己株式取得の効力 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・剰余金の配当等に関する責任（会社法462条）

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

	<ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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）
平成24年	<ul style="list-style-type: none"> ○取締役選任の当否 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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） ○役員に対する損害賠償請求 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・「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
平成25年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・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）

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

	<ul style="list-style-type: none"> ○取締役の報酬の増額決議の効力 <ul style="list-style-type: none"> ・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還請求の可否 ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成26年	<ul style="list-style-type: none"> ○新株発行不存在確認の訴え（会社法829条1号） <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・「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 ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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、423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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

平成27年	<ul style="list-style-type: none"> ○競業避止義務違反 <ul style="list-style-type: none"> ・「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 <ul style="list-style-type: none"> ・「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 ○「重要な財産の処分」(362条4項1号)の認定 <ul style="list-style-type: none"> ※事業譲渡該当性を否定した場合 ○新株発行の効力 <ul style="list-style-type: none"> ・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民事訴訟法の基本的な原理・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、③抽象論に終始せず、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そのまま問われているものと思ひ込み、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、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くて、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、かつ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。司法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、今年の場合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るだろう。

(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

第2編 司法試験に合格する方法 第5章 論文対策各論
第1節 憲法 第2節 行政法 第3節 民法 第4節 商法 第5節 民事訴訟法 第6節 刑法
第7節 刑事訴訟法

実感では応用力と言っているのかもしれませんが、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。

<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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

民訴	論文式過去問 出題一覧表
平成18年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・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）
平成19年	<ul style="list-style-type: none"> ○陳述の訴訟法上の効果 <ul style="list-style-type: none"> ・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 ・自白の撤回の可否 ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・訴えの取下げの合意 ・請求の放棄 ・訴訟法上の和解
平成20年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・民訴法224条3項の効果に関する諸説の比較検討 ・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224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
平成21年	<ul style="list-style-type: none"> ○自己に不利益な事実の陳述 <ul style="list-style-type: none"> ・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 ○与えられた主張の論拠とそれに対する反論の説明 <ul style="list-style-type: none"> ・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）

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

平成22年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・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54条1項本文） ○債務不存在確認訴訟の確定判決の既判力 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・処分権主義（民訴法246条）との関係での質の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
平成23年	<ul style="list-style-type: none"> ○権利自白の撤回の可否 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成24年	<ul style="list-style-type: none"> ○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 <ul style="list-style-type: none"> ・処分証書の意義 ・いわゆる二段の推定 ○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
平成25年	<ul style="list-style-type: none"> ○確認の利益（遺言無効確認訴訟の判例の理解） ○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 ○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	<ul style="list-style-type: none"> ○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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

	<ul style="list-style-type: none"> ・既判力の縮小 ・訴訟上の和解における合意内容の限定
平成27年	<ul style="list-style-type: none"> ○相殺の抗弁と二重起訴 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> ・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、本問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、本問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)

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

試験後に刑法（あるいは刑事系）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、どのような事実が当該要件の充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）

問題文に示された具体的事実が持つ意味や重さを的確に評価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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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)

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

刑事系の答え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一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（e x. 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しまうと思います。

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
- ④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

刑法	論文式過去問 出題一覧表 *構成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	<ul style="list-style-type: none"> ○甲の罪責 <ul style="list-style-type: none"> ・傷害罪（丁に対して） <ul style="list-style-type: none"> 正当防衛 ・傷害致死罪（丙に対して） <ul style="list-style-type: none"> 殺人の故意（殺意）の有無 共謀の成否 正当防衛（過剰防衛） ○乙の罪責 <ul style="list-style-type: none"> ・傷害致死罪（丙に対して） <ul style="list-style-type: none"> 承継的共同正犯 同時傷害の特例（刑法207条）
平成19年	<ul style="list-style-type: none"> ○甲の罪責 <ul style="list-style-type: none"> ・詐欺罪 ・恐喝罪 <ul style="list-style-type: none"> 権利行使と恐喝（違法性阻却の有無） ・詐欺罪と恐喝罪の関係 ・単純横領罪 <ul style="list-style-type: none"> 恐喝によって得た物の横領 ○乙の罪責 <ul style="list-style-type: none"> ・恐喝罪 <ul style="list-style-type: none"> 共犯関係の解消
平成20年	<ul style="list-style-type: none"> ○甲の罪責 <ul style="list-style-type: none"> ・住居侵入罪 ・窃盗罪 ・強盗致傷罪 <ul style="list-style-type: none"> 強盗罪における暴行・脅迫の判断基準 強盗の機会性 因果関係 ・強盗致死罪の成否（共謀の範囲） ○乙の罪責 <ul style="list-style-type: none"> ・住居侵入罪，窃盗罪 <ul style="list-style-type: none"> 共同正犯と幫助犯の区別 共謀共同正犯 ・強盗致傷罪

	<p>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</p> <ul style="list-style-type: none"> ・事後強盗致死罪 <p>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</p>
平成21年	<p>○甲の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・業務上横領罪 <ul style="list-style-type: none"> 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 <ul style="list-style-type: none"> 被害者の同意 ・偽計業務妨害罪 ・犯人隠避罪 ・虚偽告訴罪 ・証拠隠滅罪 <p>○乙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・(業務上)横領罪 <ul style="list-style-type: none"> 故意ある幫助道具 刑法65条の解釈(身分と共犯)と業務上横領罪 ・単純横領罪
平成22年	<p>○甲の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> 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 殺人の故意(殺意)(殺人罪を成立させる場合) <p>○乙・丙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・業務上過失致死罪 <ul style="list-style-type: none"> 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)
平成23年	<p>○甲の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・傷害罪 ・殺人未遂罪

	<p>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</p> <p>○乙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 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 <p>○丙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 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）
平成24年	<p>○甲の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 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） ・ 背任罪（Dに対する関係） <p>○乙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ （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，幫助犯の区別 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
平成25年	<p>○乙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 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

	<p>「自己の所有に係るとき」の該当性 公共の危険性</p> <p>○甲の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・殺人罪 <ul style="list-style-type: none"> 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 <ul style="list-style-type: none"> 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 <ul style="list-style-type: none"> 共謀共同正犯 公共の危険発生の認識
<p>平成26年</p>	<p>○甲の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・殺人罪 <ul style="list-style-type: none"> 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 <p>○丙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・殺人罪 <ul style="list-style-type: none"> 単独正犯 片面的共同正犯 幫助犯 <p>○乙の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・住居侵入 <ul style="list-style-type: none"> 違法性阻却事由 ・未成年者略取罪 <ul style="list-style-type: none"> 違法性阻却事由
<p>平成27年</p>	<p>○甲の罪責</p> <ul style="list-style-type: none"> ・建造物侵入罪 ・窃盗罪又は業務上横領罪 <ul style="list-style-type: none"> 占有の有無の認定 ・傷害罪

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

	<ul style="list-style-type: none">・ 誤想過剰防衛ないし誤想過剰自救行為○ 乙の罪責<ul style="list-style-type: none">・ 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<ul style="list-style-type: none">・ 窃盗罪<ul style="list-style-type: none">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**事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えます。

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できます。

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ので、あてはめも場当たりのになりがちです。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。自分の論証を見直す際には、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が、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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

うな具体的事実を挙げて、それに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。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と処理してもそれほど高得点にはなりません。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思われる答案であるが、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、要証事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年には出題されませんでした。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

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
第7節刑事訴訟法

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、訴因変更の要否の一般的な基準を定立する必要がある。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しまってい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	<ul style="list-style-type: none"> ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・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 <ul style="list-style-type: none"> 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 <ul style="list-style-type: none"> 「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) <ul style="list-style-type: none"> ・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)
平成19年	<ul style="list-style-type: none"> ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・ビデオ撮影・録画の適法性 <ul style="list-style-type: none"> 強制処分と任意処分の区別 任意処分の適法性判断基準 ○証拠法 <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成20年	<ul style="list-style-type: none"> ○証拠法(ノート)の証拠能力 <ul style="list-style-type: none"> ・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) ・再伝聞 ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・「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	<ul style="list-style-type: none"> ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・捜索差押時に行われる写真撮影の適法性 <ul style="list-style-type: none"> 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) <ul style="list-style-type: none"> ・伝聞法則の意義 ・伝聞・非伝聞の区別

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

	<ul style="list-style-type: none"> ・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	<ul style="list-style-type: none"> ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・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) <ul style="list-style-type: none"> ・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)
平成23年	<ul style="list-style-type: none"> ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・逮捕及びこれに引き続く身体拘束の適法性 <ul style="list-style-type: none"> 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) <ul style="list-style-type: none"> ・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
平成24年	<ul style="list-style-type: none"> ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・搜索差押許可状に基づく搜索 (刑訴法218条1項) <ul style="list-style-type: none"> 搜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搜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 従業員ロッカーを搜索することと会社の管理権の関係 ・現行犯逮捕に伴う搜索・差押えの適法性 <ul style="list-style-type: none"> 「逮捕の現場」(刑訴法220条1項2号)の意義 ○公判 <ul style="list-style-type: none"> ・「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	<ul style="list-style-type: none"> ○捜査法 <ul style="list-style-type: none"> ・準現行犯逮捕の適法性 (刑訴法212条2項)

第2編司法試験に合格する方法 第5章論文対策各論
 第1節憲法 第2節行政法 第3節民法 第4節商法 第5節民事訴訟法 第6節刑法
 第7節刑事訴訟法

	<p>「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</p> <ul style="list-style-type: none"> ・令状によらない差押え（刑訴法220条） <p>「逮捕の現場」の意義</p> <p>○証拠法</p> <ul style="list-style-type: none"> ・伝聞法則の意義 ・伝聞と非伝聞との区別
平成26年	<p>○捜査法</p> <ul style="list-style-type: none"> ・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 <p>○公判</p> <ul style="list-style-type: none"> ・訴因変更の要否 ・訴因変更の可否
平成27年	<p>○捜査法</p> <ul style="list-style-type: none"> ・秘密録音 <ul style="list-style-type: none"> 強制処分該当性 任意処分の限界 <p>○証拠法</p> <ul style="list-style-type: none"> ・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

P.124～ 第3編勉強方法 第4章基本書 第5節基本書・演習書ランキングを平成24年度以降の合格者アンケートを集計したものに變更

以下では、平成24年～27年司法試験合格者（関西大学法科大学院修了生）を対象に行ったアンケートを分析した結果を掲載しています。

基本書		
憲 法	1位 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』岩波書店 ∴定番。受験生の多くが使用	
	2位 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』有斐閣 ∴新しい議論も載っており、かつコンパクト	
	3位 小山剛『「憲法上の権利」の作法』尚学社 ∴三段階審査の理解のため有用	
	演習書	
	1位 木下智史・渡辺康行・村田尚紀編著『事例研究憲法』日本評論社 ∴受験生の多くが使用しているため	
	2位 大島義則『憲法ガール』法律文化社、小山他『判例から考える憲法』法学書院 ∴過去問の勉強に有用	

基本書		
行 政 法	1位 櫻井敬子・橋本博之『行政法』弘文堂 ∴コンパクトで人気がある	
	2位 芝池義一『行政法読本』有斐閣 ∴授業で指定された。わかりやすい	
	3位 宇賀克也『行政法概説1・2』有斐閣 ∴分厚いが内容は充実している	
	演習書	
	1位 曾和俊文・金子正史編『事例研究行政法』日本評論社 ∴多くの受験生が使用	
	2位 稲葉馨他『ケースブック行政法』弘文堂 ∴判旨が長めに引用されている	

基本書	
-----	--

<p>総則</p> <p>1位 佐久間毅『民法の基礎1』有斐閣 ∴定番。読みやすい。</p> <p>2位 川合健『民法概論I』有斐閣 ∴定番</p> <p>3位 内田貴『民法I』東京大学出版会 ∴読みやすい。</p> <p>物権</p> <p>1位 佐久間毅『民法の基礎2』有斐閣 ∴定番。読みやすい。</p> <p>2位 川井健『民法概論II』有斐閣 ∴定番。</p> <p>3位 道垣内弘人『担保物権法』有斐閣 ∴参考書として使える。</p> <p>債権総論</p> <p>1位 中田裕康『債権総論』 岩波書店 ∴辞書として使える。</p> <p>2位 内田貴『民法III』東京大学出版会 ∴参考程度に用いた。</p> <p>3位 川井健『民法概論3』有斐閣 ∴定番。</p> <p>債権各論</p> <p>1位 潮見佳男『債権各論1, 2』新世社 ∴圧倒的人気。コンパクトだが要件事実にも配慮。</p> <p>2位 内田貴『民法II』東京大学出版会 ∴記述がコンパクトであるため</p> <p>親族・相続法</p> <p>1位 川井健「民法概論V」有斐閣 ∴定番</p> <p>2位 二宮周平「家族法」、内田貴「民法IV」、有斐閣双書</p>	
	演習書

	<p>1位 千葉恵美子他『Law practice 民法』有斐閣 ∴論点を網羅している</p> <p>2位 『試験対策問題集』伊藤塾 ∴参考答案が付いている</p> <p>3位 『スタンダード100』早稲田経営出版 ∴旧司の問題を解くことができる</p>
--	--

基本書		
商 法	<p>会社法</p> <p>1位 伊藤靖史・大杉謙一・田中亘・松井秀征『リーガルクエスト会社法』 ∴コンパクトだが高度な議論にも配慮</p> <p>2位 江頭憲治郎『株式会社法』有斐閣 ∴辞書として利用できる。ただし索引の使い勝手が悪い</p> <p>3位 神田秀樹『会社法』弘文堂 ∴とにかくコンパクト</p> <p>商法総則・商行為法</p> <p>1位 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法』有斐閣 ∴薄い基本書がよかったため</p> <p>2位 近藤光男「商法総則・商行為法」、藤田勝利「プライマリー商法総則・商行為法」、有斐閣s「商法I」 ∴いずれも薄い十分</p> <p>手形法小切手法</p> <p>1位 早川徹『基本講義手形・小切手法』新世社 ∴他を大きく離しての1位。定番で読みやすい</p> <p>2位 丸山秀平『基礎コース商法I総則・商行為法／手形・小切手法』新世社 ∴コンパクト</p>	
	演習書	
	<p>1位 中村信男・受川環大著『ロースクール演習 会社法』法学書院 ∴有名。定番</p> <p>2位 伊藤・大杉・齊藤・田中・松井『事例で考える会社法』有斐閣 ∴司法試験と同様の長文問題。解説も充実</p> <p>3位 前田雅弘・北村雅史・洲崎博史『会社法事例演習教材』有斐閣、『Law practice 商法』 ∴前者は定番。ただし解説なし。後者は解説あり、難易度低め。</p>	

基本書	
民事 訴訟 法	民事訴訟法 <hr/> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">1位 和田吉弘『基礎からわかる民事訴訟法』商事法務</div> <p>∴百選の事案・判旨がシャープにまとまっていて読みやすい</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">2位 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上下』有斐閣</div> <p>∴基本事項から応用へ丁寧にわかりやすく記載されている</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">3位 裁判所職員総合研修所（監修）『民事訴訟法講義案』司法協会</div> <p>∴記載がシンプルで比較的、人を選ばない</p>
	演習書
	<div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">1位 長谷部・山本弘・笠井著『基礎演習民事訴訟法』弘文堂</div> <p>∴基礎知識を確認しつつ、本試験に出るような問題意識にも触れられる</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">2位 三木・山本和彦著『ロースクール民事訴訟法』有斐閣</div> <p>∴民事訴訟法発展講義の指定教材になっている 基礎的な理解がある人が、ネクストステージを目指すのにオススメ</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">3位 藤田広美著「解析民事訴訟法」東京大学出版会</div> <p>∴知識的な事項の確認がなされた後に、旧司法試験の問題の解説がなされているので、インプット時に具体的な問題を意識しやすい</p>

基本書	
刑 法 法	刑法総論 <hr/> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">1位 裁判所職員総合研修所（監修）『刑法総論講義案』司法協会</div> <p>∴学説の対立について記載が少なく、通説判例ベースで分かりやすく書かれているため</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">2位 呉明植著『刑法総論』成文堂</div> <p>∴初学者でも分かりやすく、必要かつ十分な情報が詰まっている</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">3位 山口厚著『刑法』有斐閣</div> <p>∴薄い本に情報を一元化できる</p>
	刑法各論 <hr/> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">1位 西田典之著『刑法各論』弘文堂</div> <p>∴受験生の多くが利用している</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">2位 呉明植著『刑法各論』成文堂</div> <p>∴初学者でも分かりやすく、必要かつ十分な情報が詰まっている</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px;">3位 前田雅英『刑法各論講義案』東京大学出版会</div> <p>∴判例の分析、検討が充実している</p>
	演習書

第3編勉強方法 第4章基本書
第5節基本書・演習書ランキング

	<p>1位 井田・佐伯・橋爪・安田著『刑法事例演習教材』有斐閣 ∴重要論点を網羅している</p> <p>2位 井田・田口・植村・河村著『事例研究刑事法1』日本評論社 ∴問題数は少なめだが、実務家によるあてはめの解説が役立つ</p> <p>3位 大塚裕史『ロースクール演習刑法』法学書院 ∴理論・書き方ともに解説がしっかり書いてあるため</p>
--	--

基本書	
刑事 訴訟 法	刑事訴訟法
	<p>1位 池田・前田著『刑事訴訟法講義』東京大学出版社 ∴実務の視点で記載されている</p> <p>2位 宇藤・松田・堀江著『リーガルクエスト刑事訴訟法』有斐閣 ∴コンパクトで読みやすい</p> <p>3位 裁判所職員総合研修所（監修）『刑事訴訟法講義案』司法協会 ∴手続きの説明が詳しく想像しながら学習できる</p>
	演習書
	<p>1位 古江著『事例演習刑事訴訟法』有斐閣 ∴多くの受験生が使用している</p> <p>2位 井田・田口・植村・河村『事例研究刑事法2』日本評論社 ∴問題数は少なめだが、実務家によるあてはめの解説が役立つため</p> <p>3位 佐々木・猪俣著『捜査法演習』立花書房 ∴痒いところに手が届く感覚を得られる</p>

第3編勉強方法 第5章予備校の活用法
第6節答練比較

P.135～ 第3編勉強方法 第5章予備校の活用法 第6節答練比較について平成27年現在のものに変更

※修了生 TA が平成 26 年度の受講経験をもとに分析したものですので、あくまでも参考資料の一つとしてお考え下さい。

	辰巳	伊藤塾	LEC	TAC
価格 *平成24年9月現在のパンフレット参照	スタ論本コース (選択科目付) 17回 約20万円	ペースメーカー論 文答練(後期) 12回 約18万円	論文パーフェクト 答練(一括) 18回 約16万円	論文合格答練 (1月から) 9回 約12万円
	上記の価格は各種割引の有無(グループ割, 特待生割等), 解説講義の有無でかなり変動するので, あくまで参考程度にして下さい。			
割引等	正確には, 各予備校のパンフレット等を参照してください。グループ割や他の講座とセットにすることで割引になる制度等があります。期間が決まっている場合もあるので注意して下さい。			
内容	基本的問題 考えさせる問題というより、典型論点の寄せ集め問題が多い。	難しい 現場思考重視。 法律の勉強が好き な人にはオススメ。 学者の論文を元ネタにしているらしい。	基本的問題 考えさせる問題というより、典型論点の寄せ集め問題が多い。	基本的問題
採点者の質	論点表が詳細なのでバラツキは少ない。 たまに, 甘い採点者もいます。	採点表がおおまかなのでブレが多い。 論証重視でやれば, 高得点になる可能性が高い。	論点表が詳細なのでバラツキは少ない。 採点者の質のムラが激しい気がする。	論点表が詳細なのでバラツキは少ない。

第3編勉強方法 第5章予備校の活用法
第6節答練比較

メイン 講師	西口竜司 賛否両論。 とりあえず熱血さは一番。 答案戦略面については非常に参考になる	岡崎敬 予備校答案とは別に、岡崎講師作成の実務的な答案を提示してくれるので、ありがたい。	武山茂樹ほか 予備試験ルートでの司法試験合格者。 講義については無料公開講義がLECのホームページ上にあるので、相性を確認できる。	羽広政男 条文操作が秀逸。 ストリーミング等で体感できる。
	辰巳	伊藤塾	LEC	TAC
メリット	受験生が多いので自分の相対的な位置を知るのに有益。 答練で約1000人 模試で約3200人	解説が詳しい。 基本的な論点を習得した人にとっては、現場思考を鍛えることができる。 26穴が最初から空いているのでファイリングしやすい。	値段が安い (特に模試) 基本的問題で質にブレがないので、インプットをしながらアウトプットをしたい人におすすめです。	値段が安い (特に模試) 基本的問題で質にブレがないので、インプットをしながらアウトプットをしたい人におすすめです。
デメリット	出題者によっては意味不明な問題の場合がある。	本試験の問題をあまり分析していない人なら、細かい知識が必要だと勘違いして勉強の方向性を間違える可能性がある。	母集団がすくないので、高得点をとっても、他の受験生との位置関係がわからない。 もっとも、最近は若干ながら受験者が増えてきている模様。	母集団がすくないので、高得点をとっても、他の受験生との位置関係がわからない。 値段が安いのは回数が少ないからであって、本当はそれほど安くない。

**P.170～第4編ミニ講義 第3章伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方について、
掲載資料を改訂版（平成27年2月）に変更**

第3章 伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方

（改訂版、平成27年2月、石井一正）

1 新司法試験に出題された伝聞証拠の問題

(1) メモの証拠能力(平成18年度)

強盗を計画した甲、乙共同作成のメモ
立証趣旨は、共謀

(2) ノートの証拠能力(平成20年度)

被告人と交際していた女性作成のノート(被告人宅で覚せい剤を見つけた状況、その際の被告人の発言が記載)
立証趣旨は、覚せい剤を発見して被告人と会話した状況、本件覚せい剤を被告人が乙から入手した状況、組が過去に覚せい剤を密売した際の価格

(3) 実況見分調書の証拠能力(平成21年度)

被告人の犯行再現写真及び説明文が添付
立証趣旨は、被告人がそのような犯行をすることができたこと

(4) 捜査報告書の証拠能力(平成22年度)

犯行に関する被告人との会話及び会話の相手方がその状況を述べた録音を警察官が反訳したもの添付
立証趣旨は、会話の存在と内容

(5) 捜査報告書の証拠能力(平成23年度)

- ①死体遺棄の犯人が婚約者にあてたメール(パソコン内)を印刷した用紙を添付したもので、メールは殺人の犯人二名の自白及び三人で死体を遺棄した状況を内容とするもの
②殺人・死体遺棄の犯人と死体遺棄の犯人との間に交わされたメール(前者の携帯電話内)を印刷した用紙を添付したもので、メールは両者間の死体遺棄についての報酬に関するやりとりを内容とするもの
立証趣旨は、①につき、死体遺棄及び殺人に関する犯罪事実の存在
②につき、死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容

(6) 実況見分調書の証拠能力(平成25年度)

- ① 目撃者の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、目撃者の犯行状況についての説明文が添付されたもの
 - ② 目撃者の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、目撃者が立っていたと指示した場所から撮影したもの。目撃者の立っていた位置及びそこから犯行状況の見通しの説明文並びに警察官のその位置からの見通しの説明文を添付
- 立証趣旨は、犯行状況及び目撃者が犯行を目撃することが可能であったこと

[問題の特徴]

- (1) ある書面の中にその書面の作成者以外の者の供述が含まれている伝聞証拠の証拠能力が問題とされている。
- (2) 伝聞法則の例外及び伝聞法則の適用外(伝聞性=伝聞・非伝聞)双方の問題が含まれていることがある。

伝聞法則の適用外(伝聞性=伝聞・非伝聞)か否かは、その証拠の要証事実いかんによって結論が分かれる。したがって、要証事実のとらえ方の理解が前提として必要である。問題文に立証趣旨が明示されているのはその故である。

2 この種の問題の解き方

(1) 書面の証拠能力(外側の検討)

- ① その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述内容にとらわれることなく、まず、その書面の証拠能力について検討する。この検討は、伝聞例外の問題であることが多いので、その書面が刑訴法 321 条以下のどの条文により、その証拠能力を判断すべきかを考える。
- ② この書面が検面調書とか自白調書とか検証調書、鑑定書とかの条文に出ている書面であれば、刑訴法 321 条あるいは刑訴法 322 条に列挙されているので、どの条文によって証拠能力を判断すべきかは容易に答えが出る。
- ③ この書面が条文に出ていないが、定型的な捜査書類で、その証拠能力に判例・実務上争いがないもの(実況見分調書、診断書、捜査報告書など)は、どの条文によって証拠能力を判断するかをしっかりと理解・記憶しておく必要がある(実況見分調書は刑訴法 321 条 3 項、診断書は刑訴法 321 条 4 項、捜査報告書は刑訴法 321 条 1 項 3 号などと)。

ただし、捜査報告書は、名前は同じであるがその内容はさまざまであり、内容によっては、刑訴法 321 条 1 項 3 号によるのではなく、他の考え方をしなければならない場合があ

る点に留意してほしい(後述参照)。

④ 定型的な書面でない場合(メモ、ノート、手紙、手帳、日記など)は、そうはいかないが、まず、刑訴法 323 条書面に該当しないかを検討することが重要である。同条の書面に該当して証拠能力が肯定されるならば、刑訴法 321 条あるいは刑訴法 322 条に規定されている要件の存否を判断する必要がないからである。

この際、同条 1 号は公務員の証明文書だから、これに該当することはまずないし、2 号は業務文書であるから、文書の実質によりこれに該当することがありうるものの、ごく稀である。したがって、主として 3 号書面(特信性のある文書)に該当するか否かを検討する必要がある。この検討に当たっては、判例では、3 号書面は定型的に特信性がある文書に限らず、具体的に当該文書に特信性があれば、3 号書面に当たると解していることに留意(個別説あるいは実質説)。

④ その書面が刑訴法 323 条書面に当たらないと判断される時は、刑訴法 321 条あるいは刑訴法 322 条に戻ってその証拠能力を判断する。

どちらの条文で判断するかは、その書面の作成者が被告人以外の者(共犯者あるいは共同被告人を含む)である場合と被告人の場合とで異なる。

被告人以外の者の場合→刑訴法 321 条 1 項 3 号

被告人の場合→刑訴法 322 条 1 項

⑤ 刑訴法 321 条 1 項 3 号はその書面の作成者が「死亡、所在不明、国外にいる」など供述不能を要件としている。この要件が満たされなければ、同号の他の要件の有無にかかわらず、その書面の証拠能力は否定され、したがって、その書面に含まれている他の者の供述の証拠能力も否定されることになる。そこで、設題では、書面の作成者が死亡していることになっている例がおおい(前掲試験問題(2)、(5)、なお(4)も同号の要件が問題になるが、供述者は死亡していることになっている)。死亡など供述不能の要件が満たされておれば、同号の他の要件(「不可欠性」、「特信性」)を検討する。

⑥ 刑訴法 322 条 1 項は、被告人に不利益な供述を内容とする限り(設題ではほとんどがそうである)、任意性さえあればその書面の証拠能力が肯定される。そして、被告人がみずから書いたメモ、ノート、手紙、手帳、日記などのような書面に任意性がないなどという場合は通常想定しにくい。そうすると、被告人作成のこの種書面は、証拠能力が肯定される場合が多いと考えてよい。

(2) その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述の証拠能力(内側の検討)

① 書面の証拠能力が肯定された場合は、次に、その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述の証拠能力を検討する(この書面が伝聞証拠であってしかも伝聞例外に当たらず、したがってその証拠能力が否定されるという結論を出した者も、仮定的にこの点の検討をして記述しておいたほうがよい)。

② 検討は、以下の二点

(ア) 要証事実との関係でその供述が伝聞証拠に当たるか否か(伝聞法則適用の有無、伝聞性=伝聞・非伝聞)

(イ) 伝聞証拠に当たるとすれば、伝聞例外により証拠能力が肯定されるか否か

③ 伝聞法則適用の有無(伝聞性=伝聞・非伝聞)検討の枠組み

伝聞・非伝聞はその供述の要証事実によって決まる。そこで、その供述の要証事実はなにかをまず考えなければならない。要証事実の決め方については、後掲の別紙参照

(ア) 要証事実がとらえられ、その要証事実であれば、その供述の証拠としての用い方あるいは証拠としての意味が「その供述の存在自体」にあるとき(ことばの情況的使用)→非伝聞

(イ) 要証事実がとらえられ、その要証事実であれば、その供述の証拠としての用い方あるいは証拠としての意味が「その供述の中味に沿う事実が過去に存在したこと」にあるとき→伝聞(その供述者への反対尋問などにより、その体験事実の真偽を確かめなければならないから)

(ウ) 現在の心の状態を表すことば(感情、犯行計画・犯行の決意など)については、上記のどちらに入るか争いがあるが、非伝聞説が有力であり、判例の傾向でもあるので、非伝聞説によったほうがよい。

非伝聞説によれば、

A 甲が自己の現在の心の状態を書いた書面(例えば、犯行計画メモ)あるいは甲の現在の心の状態を聞いた乙の法廷供述は非伝聞

しかし、

B 甲の現在の心の状態を聞いた乙が書面にした場合(例えば、甲の犯行計画を聞いた乙が作成したメモ)は伝聞証拠である。

C 甲・乙双方の現在の心の状態を甲又は乙が一通の書面にした場合(上記 A、B のいわばミックス型、たとえば、甲、乙が犯行計画を相談して互いに内容を了解して甲が作成したメモ=試験問題(1)参照)は、判例では非伝聞と解されている。

④ 上記の検討により、その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述が非伝聞であるとすれば、問題はなく、その供述の証拠能力は肯定される(再伝聞=二重伝聞ではないから)。

⑤ その書面に含まれているその書面の作成者以外の者の供述が伝聞であるとすれば、再伝聞(二重伝聞)の証拠能力の問題を検討しなければならない。

⑥ 再伝聞(二重伝聞)の証拠能力

再伝聞(二重伝聞)が伝聞例外として証拠能力が肯定されるか否かは、一重伝聞が解消された場合には(この場合でいえば、書面の証拠能力が肯定される場合には)、書面が公判廷における供述に代置されるものとして、刑訴法 324 条によりその証拠能力を判断するというのが、判例(最判昭 32・1・22 刑集 11 卷 1 号 103 頁など。この判例では、甲の検察官調書中に共同被告人乙の供述が含まれている場合)の考え方である。

したがって、

第4編 ミニ講義 第3章 伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方

その供述が被告人の供述を内容とする場合→刑訴法 322 条 1 項の準用(刑訴法 324 条 1 項)→被告人に不利益な供述であれば(設題では多くは不利益供述)、任意性さえあれば(通常は任意性あり)証拠能力がある。

その供述が被告人以外の者の供述を内容とする場合→刑訴法 321 条 1 項 3 号の準用(刑訴法 324 条 2 項)→供述者が死亡など供述不能の要件を満たさない限り、証拠能力は肯定されない。この要件を満たせば、他の要件(「不可欠性」、「特信性」)の検討に進む。この際、「不可欠性」は、争点の判断にはその証拠が唯一であることまでを要しないこと、「特信性」は、刑訴法 323 条 3 号にいう特信性より低い程度で足りることに留意。

いずれも、原供述者の署名押印は不要。

3 具体的説明

以上の検討方法を平成 20 年度、平成 22 年度及び平成 25 年度の司法試験問題(前掲(2)、(4)及び(6))によって具体的に説明する。

[平成 20 年度の試験問題]

(1) 平成 20 年度の試験問題は、被告人が営利目的による覚せい剤所持で起訴され、所持及び営利目的を否認しているところ、検察官は被告人の交際相手である W 方から押収した W 作成のノートの取調べ請求をしたという設題である。

そして、そのノートは、W が日記帳がわりにつけていたもので、その最終日付には被告人宅で覚せい剤を見つけた状況、その際の被告人の発言が記載されており、検察官の立証趣旨は、覚せい剤を発見して被告人と会話した状況、本件覚せい剤を被告人が組関係者乙から入手した状況、被告人の組が過去に覚せい剤を密売した際の価格である。

(2) 外側の検討その一=ノートの伝聞性(伝聞・非伝聞)

ノートの記載内容の真実性(ノートに書かれていることが過去にあったこと)を問題にする限り(検察官の立証趣旨)、非伝聞証拠とみる余地はない。このノートに「証拠物たる書面」としての側面があっても、伝聞法則の適用は排除されない。

(3) 外側の検討その二=ノートの伝聞例外

伝聞例外として刑訴法のどの条文によって証拠能力の有無を判断するか。ノートは非定形的書面であるから、前述のとおり、まず、刑訴法 323 条によりその証拠能力を判断する。

① 同条 2 号←ノートは W が日記帳がわりにつけていたもので、連続性はあるが、業務性はないので不該当。

② 同条 3 号←定期的に高度の信用性の情況的保障がある文書に限るとの説によれば、該当しない。個別的に高度の特信性が立証されたときは定型性がなくても 3 号該当ありとする説(判例)によっても、設問のノートはそこまで高度の特信性はあるか疑問(W 死亡につき、特信性の個別立証なし)。

(4) そうすると、このノートは、被告人以外の者の作成した供述書ということになるから、

第4編 ミニ講義 第3章 伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方

刑訴法 321 条 1 項 3 号によってその証拠能力を判断する。

W は死亡しているから、供述不能の要件は満たされており、かつ、設題からすると、「不可欠性」の要件もあり、設題にいうこのノートの性質、体裁、記載内容からすると「特信性」も肯定できる。

(5) 内側の検討=本件ノートに証拠能力ありとした場合、これに含まれている被告人の供述部分の証拠能力

① 被告人の供述部分の伝聞性(伝聞・非伝聞)

伝聞性(伝聞・非伝聞)は、前述のとおり、要証事実によって決まる。すなわち、W と被告人の会話状況という立証趣旨を要証事実とすれば、被告人の供述の存在自体が証拠となるから、非伝聞

その余の立証趣旨を要証事実とすれば、被告人が述べるような事実が過去に存在したことが証拠となるから、被告人の供述は、再伝聞(二重伝聞)になる。

② 被告人の供述部分の伝聞例外

このノートの証拠能力が肯定されると、これが公判廷における供述に代置されるから、ノートに含まれている被告人の供述部分の証拠能力については、刑訴法 324 条 1 項により、刑訴法 322 条 1 項が準用され(判例)、任意性があれば、証拠能力がある(被告人がW に話したことにつき、任意性がないとは考えられない)。

[平成 22 年度試験問題]

(1) 警察官が、拳銃を密売しているという嫌疑がある被告人甲におとりの乙を接触させ、拳銃密売に関する甲、乙との会話(電話及び面談)及び乙がその状況を述べた録音を警察官が反訳した捜査報告書の証拠能力が問題となっており(他にも、丙との電話の録音が問題になっているが、ここでは省略)、検察官の立証趣旨は、会話の存在と内容。

(2) 外側の検討その一=捜査報告書の伝聞性(伝聞・非伝聞)

捜査報告書は、捜査官(警察官 K)が体験したこと(設題では、録音を聞いてその内容を反訳したこと)ことを記載して上司あてに報告した書面(K の供述書)であり、伝聞証拠である。

(3) 外側の検討その二=捜査報告書の伝聞例外

①捜査報告書の証拠能力は、証拠とすることの同意がない限り、通常は、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たすか否かによって判断する。

刑訴法 321 条 1 項 3 号は、供述者が「死亡、国外にいる」など供述不能を証拠能力の要件としているから、設題の K が証人として公判に出頭して供述をする限り、捜査報告書が同条により証拠能力を取得することはできない。

②しかし、この捜査報告書は、客観的に存在する録音を聴覚によってその内容を認識しこれを文字によって表現(反訳)したものである。あたかも、道路状況を視覚で認識した警察官がこれを文字で説明した検証調書(実況見分調書)に似通っている。この点に着目して、この捜査報告書を実況見分調書として考える見解がありえる。

第4編 ミニ講義 第3章 伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方

録音内容が人の供述である場合それを聴覚で認識した場合は、これを検証の概念に含めることには疑問があるものの、通信傍受法制定前は、電話による会話の傍受及び録音は、検証令状によっていたことを考えると、この見解が妥当かも知れない。

この見解によれば、K が公判廷において「作成の真正」証言すれば、この捜査報告書の証拠能力が認められることになる。

(4) 内側の検討=捜査報告書中の甲、乙の供述部分の証拠能力

捜査報告書に証拠能力が認められるとしても、この書面の中に含まれている甲、乙の供述部分の証拠能力はさらに検討を要する。

甲、乙の供述部分は、両者間の電話による会話部分及び対面した際の会話部分並びに乙が体験したことをまとめて供述した部分がある。

① 乙が体験したことをまとめて供述した部分(設題の捜査報告書 1、2 の各(2)の部分)はその供述内容に沿う事実が要証事実になると解されるから、捜査報告書のこの部分は再伝聞(二重伝聞)である。したがって、捜査報告書が証拠能力を取得した場合は、刑訴法 324 条 2 項の準用により(判例)、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たしたときに、証拠能力が認められる。乙は死亡しているうえ、同号の他の要件(「不可欠性」、「特信性」)も肯定されようから、結局乙のこの供述部分は証拠能力が認められる。

② 捜査報告書中の甲、乙の会話部分(捜査報告書 1、2 の各(1)及び 3 の部分)は、そのような会話の存在(拳銃売買の合意、その代金支払いの合意)が要証事実であると解されるから、これらの部分は非伝聞である(再伝聞ではない)。したがって、捜査報告書が証拠能力を取得する場合には、この会話部分も証拠能力が認められる。

先に触れたように、捜査報告書は、通常は、その作成者である警察官の供述書として刑訴法 321 条 1 項 3 号によってその証拠能力を判断するのであるが、その内容によっては、この設問のように、実況見分調書の実質を持つものとして、刑訴法 321 条 3 項により、その証拠能力を判断してよい場合もあるし、ときには、他の文書を添付して、捜査報告としては、その文書の由来・作成経過を述べたにすぎないものもある。この種の捜査報告書は、むしろ、写真の奥書と同様、その文書の関連性を明らかにするものであって、厳格な証明を要しない事実に関する証拠であるから、証拠能力の制限を受けない(自由な証明であるから伝聞法則が適用されない)と考えてよいと思われる(平成 23 年度の司法試験問題における捜査報告書参照)。

[平成 25 年度試験問題]

(1) 平成 25 年度試験問題は、実況見分調書の証拠能力である。すなわち、殺人事件の目撃者 W を立ち合わせて、警察官 P が犯行現場である公園内において実施した実況見分の結果である実況見分調書を作成し、その実況見分調書に下記のような犯行再現写真 や説明文を

添付し、検察官が、下記のような立証趣旨でこの実況見分調書の証拠調べ請求をしたところ、弁護人はこれに対し、証拠とすることの同意をしなかったという設題になっている。

- ①目撃者 W の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、目撃者の犯行状況についての説明文が付記されたもの(資料 1)
- ②目撃者 W の犯行現場における指示説明に基づき、警察官が犯行状況を再現した写真で、目撃者が立っていたと指示した場所から撮影したもの。目撃者の立っていた位置及びそこから犯行状況の見通しの説明文並びに警察官のその位置からの見通しの説明文が付記されたもの(同 2)。

立証趣旨は、犯行状況及び目撃者が犯行を目撃することが可能であったこと

- (2) この種の実況見分調書の証拠能力については、すでに平成 21 年度にも出題されており(被告人の犯行再現写真及び説明文添付の実況見分調書の証拠能力)、また、参考判例として著名で重要な最高裁判例(後述)が存在し、また、この判例の解説等を含め多くの文献が存する分野である。
- (3) そして、この問題は、伝聞証拠についての司法試験問題の特徴(前記参照)を兼ね備えた典型的な問題ともいえる。すなわち、実況見分調書という伝聞証拠の中に他人(W)の供述が含まれており、解答としては、二段の検討(外側と内側)をしなければならないし、後者の検討に当たっては、要証事実を頭に置かなければならない。
- (4) 検討の順序は、先に述べたように、いきなり内側の問題(犯行再現写真や説明文の証拠能力)からはじめないで、外側の問題(実況見分調書の証拠能力)から検討したほうが分かりやすい。
- (5) 外側の検討=実況見分調書の証拠能力

実況見分調書は、犯行現場などの状況を警察官などが五感の作用で認識した結果を法廷で直接供述しないで、書面化して報告したものである。したがって、実況見分者(かつ調書の作成者)P の供述書であって、伝聞証拠であることは明らかである。

伝聞証拠である実況見分調書の証拠能力を刑訴法 321 条以下のどの条文によって判断するかについては、判例・実務上、刑訴法 321 条 3 項により判断すべきであることが確立されているといってよい。もとより、証拠とすることの同意(刑訴法 326 条)があればこの条文によって証拠能力を取得するが、司法試験の設題ではすべてこの同意がないことになっている(同意があれば実況見分調書は、「その中に含まれる再伝聞を含め」、証拠能力を取得するので問題が消滅する)。

したがって、設題では、作成者 P が法廷で「作成の真正」を証言すれば実況見分調書は、証拠能力がある(「作成の真正」とはなにかを理解しておく必要があることに留意—「作成の真正」=名義の真正+記載の真正。なお、この証言が得られない場合は実務上ほとんどない)。

ちなみに、実況見分調書の証拠能力を刑訴法 321 条 3 項で判断する(任意の検証)ということとは、判例・実務上だけではなく、学説上も一異説がないわけではないが一確立した見解

とってよいから、この点は詳述しなくてもよい。

(6)内側の検討その一=分類の必要性

内側の検討に当たっては、内側の部分(設題では別紙1及び2に記載されている部分)を分類して検討することが不可欠であることをまず認識しなければならない。なぜなら、同じ内側の部分であっても、その証拠能力の検討や検討結果が異なることが多いからである(同じ検討過程と同じ結論になる試験問題であれば、単調で簡単すぎ、試験問題としては好ましくない。試験問題としては、この部分は証拠能力がないが、この部分は証拠能力があるということになるか、あるいは、同じ結論でもその根拠が異なる—この部分は非伝聞だから証拠能力があるが、この部分は伝聞例外として証拠能力がある、という具合に)。

設題の内側の部分を大きく分類すると、

- ①立会人(目撃者 W)の犯行再現写真(資料1)
- ②写真に付記された W の説明文(資料1及び2)
- ③立会人が立っていたとする位置から犯行再現状況を写した写真及びこの写真に付記された実況見分者(実況見分調書の作成者)Pの見通し状況についての説明文(資料2)

(7)内側の検討その二=前提となる知識

① 実況見分調書は「作成の真正」の立証があれば、伝聞証拠であっても証拠能力がある。問題は、これにより証拠能力がある部分は、実況見分調書のどの部分なのかということにある。実況見分調書は、通常、立会人の指示説明や写真、図面その他いくつかの部分で構成されていることが多いので、このことが常に問題になり、また、従前から議論されてきた。最高裁判例や多くの文献があり、旧司法試験に出題された問題でもある。

実況見分調書中の実況見分者が五感の作用により感得したものを記載した部分—たとえば、建物・道路の状況、距離関係、現場に残された痕跡の有無・状態、車の往来の多少、ある地点からの見通しなど—は、それが文章として書かれた場合はもちろん写真や図面で代用あるいはこれらを補助として用いた場合も含め、この「作成の真正」の立証により証拠能力がある。

しかし、立会人の指示説明は、その供述内容に沿った事実の有無を要証事実とするときには、再伝聞であるから、「作成の真正」の立証によっては、いまだ証拠能力を取得しないと解されている。それは、実況見分者がその指示説明によってある場所や物を見分した契機あるいは動機としてしか用いることができないと解されている(動機説)。その用い方であれば、立会人の指示説明を非供述証拠として用いていることになるから、再伝聞に当たらず、「作成の真正」の立証によって十分まかなえるのである。

② 犯行再現写真の証拠能力については、著名な最高裁判例があり(最決平17・9・27刑集59巻7号753頁、刑事訴訟法判例百選第9版180頁)、これを知っておくことがこの問題を解く前提として不可欠である。

この判例は、被害者あるいは被疑者の犯行再現写真を添付した実況見分調書ないしその実質を持つ写真撮影報告書で、写真には被害者あるいは被疑者の説明文が付記されている

第4編 ミニ講義 第3章 伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方

ものについての証拠能力に関し、

ア 犯行再現写真は、刑訴法 321 条 3 項の要件が満たされるほか、

● 再現者が被害者など被告人以外の者の場合は、刑訴法 321 条 1 項 2 号(実況見分者が検察官の場合を想定していると思われる)ないし 3 号(警察官の場合)の要件が必要

● 再現者が被告人の場合は、刑訴法 322 条 1 項の要件(任意性)が必要

(ただし、いずれも署名押印は不要)

イ 説明文も、同様であるが、こちらは署名押印が必要。それがなければ、他の要件を検討するまでもなく、証拠能力なし

と判断している。

この判例は、犯行再現写真ないしこれに付記された被害者等の説明文は、警察官に対する被害者等の供述を録取した書面と解しており、刑訴法 321 条 1 項 3 号ないし刑訴法 322 条がもろに(刑訴法 324 条を媒介としないで)適用されると解し、ただ、写真だけはその作成過程の機械性のゆえに署名押印は不要と考えているようである。

(8) 設問へのあてはめ

上記の内側の部分のそれぞれにつき、以上の前提知識により、その証拠能力を検討すれば

① 立会人(目撃者 W)の犯行再現写真(資料 1)

要証事実は立証趣旨のとおり、犯行状況であるから、前記判例のいうように、これが証拠能力を取得するためには、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たす必要がある(署名押印は不要)。同号は、前に述べたように、供述者が「死亡、国外にいる」など供述不能の要件を定めているから、W が証人として公判に出頭して供述をする限り、犯行再現写真が同号により証拠能力を取得することはできないことになる。設題では、W は生きており、供述不能の要件は満たされていないようである。

ちなみに、そのような場合、実務では、検察官は、証人 W の尋問の際、この犯行再現写真を示しながら尋問し、証人尋問終了後この犯行再現写真を公判調書の末尾に添付する扱いが多い。この場合の手續及び犯行再現写真の証拠としての扱い方については、最高裁判例が出ており、これも非常に重要な判例であるから、一本問とは無関係ながら一ぜひ習得しておいてほしい(最決平 23・9・14 刑集 65 卷 6 号 949 頁、平成 23 年度重要判例解説 192 頁)。

② 写真に付記された W の説明部分(資料 1 及び 2)

前記判例によれば、この部分は、警察官が被告人以外の者の供述を録取した書面という理解になるから、証拠能力を取得するには、刑訴法 321 条 1 項 3 号の要件を満たす必要がある、かつ、この場合は、署名押印が必要であるところ、設題の資料には、W の署名押印がないから、この部分は、同号の要件の有無を検討するまでもなく、証拠能力がない。

③ W が立っていたとする位置から犯行再現状況を写した写真及びこの写真に付記された実況見分者(実況見分調書の作成者)P の見通し状況についての説明部分(資料 2)

第4編 ミニ講義 第3章 伝聞証拠の証拠能力に関する問題の解き方

要証事実、立証趣旨のとおり、W が立っていたという位置から犯行までの見通しであるから、P の実況見分の結果を記載したものと考えられ、したがって、再伝聞の問題は起こらず、実況見分調書が「作成の真正」の立証により証拠能力を取得すれば、この部分も証拠能力があることになる。

(実際に W がこの位置から犯行状況を目撃したという別途の立証がなければ、この証拠の価値はないが、それは、③部分の証拠能力の問題ではない)

別紙 要証事実の決め方

- 1 伝聞・非伝聞の区別が要証事実によって決まることについては、判例・学説上争いがないが、要証事実が何かということは、それほど明確ではない。そのことは、ある供述が伝聞か非伝聞であるかについて下記の最高裁判例と下級審の結論が異なったのは、伝聞概念の相違ではなく、その証拠の要証事実の把握の差異によることから知れる。
- 2 伝聞・非伝聞の区別としての要証事実とは、その証拠によって証明しようとする事実と考えてよい。そして、この要証事実が、当事者の述べた立証趣旨を基準にして定めるが、明示的にその立証趣旨に限定して証拠を採用していない限り、必ずしも立証趣旨に限定しないで、事件の争点やその証拠が争点との関係で果たす立証機能を考慮して定めるものと解されている(下記文献②参照)。
- 3 要証事実を決める基準についての文献は乏しいが、
 - ①石丸ほか・刑事訴訟の実務(新版下)84頁
 - ②三好「伝聞法則の適用」大阪刑事実務研究会「刑事証拠法の諸問題上」65頁
などが参考になる。
- 4 判例でこの点が参考になるのは、
 - ①最判昭30・12・9刑集9巻13号2699頁(強姦致死事件)
 - ②最判昭44・6・25刑集23巻7号975頁(夕刊和歌山事件)
 - ③最決平17・9・27刑集59巻7号753頁(犯行再現写真)である。

5 判例の具体的検討

(1) 判例①(強姦致死事件)の検討

判例①では、被害者(美人おかみ)の愛人が法廷で「被害者は生前『被告人は好かんわ、いやらしいことばかりする』とっていた」という供述の伝聞性が問題となった。

原判決は、この供述の要証事実が、被害者が被告人に嫌悪の感情を持っていたことであり、被害者の当時の心の状態を表す供述であるから、伝聞ではないと解した。

これに対し最高裁は、この事件の争点は強姦か和姦ではなく、被告人と犯人の同一性であるから、この供述の要証事実が、被告人が被害者に対し姦淫の動機を有していた事実であるとして伝聞性を肯定した。

すなわち、被害者の嫌悪の感情は、強姦か和姦かという点が争点であればそれを立証する意味(機能)があるが、被告人と犯人の同一性が争点であれば、被告人の被害者に対する感情(たとえば、敵意、殺意、憎悪、姦淫の意図・動機など)を立証することに意味はあるが、被害者の被告人に対する感情を立証することは意味がないのである。

被告人の姦淫の動機は、「被告人がそれまでに被害者にいやらしいことばかりしていた」という事実から推認されるが、それ自体はまさに被害者の体験であり、これを伝え聞いた

た証人の体験ではないから、その伝聞性は明らかである。

(2) 判例②（夕刊和歌山事件）の検討

判例②では、名誉毀損で起訴されている被告人の部下で被告人に記事の情報を提供した証人が法廷で「市役所の職員から『被害者の部下の記者が市役所で公訴事実(2)記載のようすごんだ』という話を聞いた」と供述した部分の伝聞性が問題となった。被告人側申請のこの証人の立証趣旨としては単に「公訴事実(2)の事実について」とのみ記載されていた。

第一審及び控訴審は、この供述の要証事実、名誉毀損の内容である公訴事実(2)の事実(被害者の部下の言動)が真実存在した点にある(真実性の証明)から、それを体験しているのは、この証人ではなく市役所の職員であって、この供述は伝聞であるとした。

これに対し最高裁は、この事件の争点は、名誉毀損の内容である公訴事実(2)の事実(被害者の部下の言動)が真実存在した点にある(真実性の証明)だけではなく、真実性の誤信の相当性も含まれており、この関係では証人である被告人の部下が公訴事実(2)に沿う被害者の部下の記者の言動を聞いたことが要証事実であり、したがって、この関係では非伝聞であると判断した。

(3) 判例③(犯行再現写真)の検討

判例③は、模擬現場で、被告人又は被害者に犯行状況を再現させた写真(実況見分調書ないしその実質を持つ捜査報告書に添付)の証拠能力に関するものである。

検察官の立証趣旨は「犯行再現状況」又は「被害再現状況」であった。一審及び控訴審は、刑法 321 条 3 項により実況見分調書の証拠能力が認められた際、特段の要件を考慮しないで、これらの写真の証拠能力をも肯定した。

これに対し最高裁は、立証趣旨が上記のように記載されていても、この写真の実質は再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものであるから、伝聞であると判断した。

被告人又は被害者が模擬現場でこういう動作をしたということを要証事実とするならば、非伝聞であるが(あたかも実況見分調書に添付されている建物や道路の状況を写した写真と同様)、この事件ではちかんの故意の有無が争点になっているから、それを立証しても意味がない。この事件では、こういう状況で犯行に及んだあるいは被害を受けたということが立証されてはじめて意味があるから、写真による報告過程そのものは、非供述過程(カメラという機械による認識・報告)であると解しても、伝聞なのである。

現場写真の場合は、犯行がまさに行われたと認められる際に、被告人あるいは被害者がこういう動作をしていたということを立証することに意味があつて(たとえば、被告人が被害者の腰に手をまわしていた)、逆に動作に供述的な意味合いがないから、写真による報告過程を非供述過程(カメラという機械による認識・報告)と解する限り、非伝聞なのである。

[参考]

- 被告人が犯行現場で犯行を再現した写真について、検察官が「被告人はこのようにして犯行を行うことができた」ことを立証趣旨として、取調べ請求をし、弁護人は「被告人の犯行状況」が立証趣旨であると考えてこの写真につき不同意とした場合(平成21年の司法試験問題)の要証事実について

検察官のいう立証趣旨であれば、再現写真は非伝聞の場合に当たり、しかもこの立証趣旨であっても証拠としての意味・機能があり、これに限定することに合理性がないとはいえない場合の要証事実をどう考えるかという問題である。たとえば、被告人や被害者が供述するような犯行の態様が現場の客観的状況との関係であるいは被告人や被害者の行為自体において物理的に可能であるか否かを吟味・検討するために犯行を再現させたということを立証趣旨とする場合である(芹沢・最高裁判例解説平成17年度345頁以下参照)。

このような場合の要証事実のとらえ方については、下記の両説があると思われる。

甲説＝検察官のいう立証趣旨を要証事実と解してよいとする説

この試験問題の設題でいえば、被告人は、犯人でないことを争っているから、被告人が犯行を現場で再現してみせて、被告人に犯行を行う能力があることを立証することは意味がある。すなわち、犯行能力は犯人性の一つの状況証拠なのである。

したがって、検察官のいう立証趣旨であっても証拠としての意味・機能があり、これに限定することに合理性がないとはいえないから、これを要証事実と解して、この再現写真の伝聞性を考えればよい(非伝聞になる)。

乙説＝検察官のいう立証趣旨に限定して裁判所がその証拠を採用していない限り、要証事実は、より証拠としての意味・機能の高い「再現されたとおりの犯罪事実の存在」と解すべきであるとする説

これを要証事実とする限り、上記判例③と同様、再現写真は伝聞証拠である(刑訴法322条1項によりその証拠能力を判断、ただし、署名押印は不要)。

P.176～ 第5編プランニングのすすめ 第2章ロースクールの過ごし方 第1節未修1年目 第2節未修2年目・既習1年目 第3節未修3年目・既習2年目 第4節修了後について以下のように変更

第1節 未修1年目

この第1節の筆者は、1年目択一不合格、2年目最終合格（800位）の未修コース出身者である。自己の経験や反省を踏まえ、自分が考える理想の未修1年目の過ごし方について記載した。

しかし、この過ごし方もあくまで参考である。司法試験に合格するためには、試験委員が求める能力と、現在の自分の能力の差を埋めることが必要であるが、各々の能力に応じて勉強方法も色々である。この記述を一つのきっかけとして、自己の勉強スタイルを確立していつてもらえたら幸いである。

入学前

1 法律の勉強をしよう

法律の入門書等を読むべきであると考えている。入学前に一通り読んでおかないと、ローの授業についていけない。その結果、授業についていくのが精一杯、もしくは消化不良となり、司法試験の過去問対策に手を付けるのが遅れ、合格が遅れる。

純粹未修者には、伊藤塾の試験対策講座がおすすめ。全く法律的な知識がなくても、スラスラ読めるし、分かりやすい（ただし、授業には持っていかないこと）。

入学までに、目次を見て、どこに何が書いてあったか、大まかにどのような制度があったか、などがすぐに思い出せるくらいはなっておきたい。

なお、関大は入学予定者向けの事前指導も行われており、これを利用するのも良い。

2 予備校入門講座の勧め

金銭的な余裕があるのならば、予備校の入門講座を受けておくことを強く勧める（修習に行って初めて知ったが、合格率の良いローの現役（上位）合格者は、そのほとんどが予備校の入門講座や論文答練を受講していた）。私も、ロー入学前に一通りの入門講座を受講していた一人である。

関大の未修者は、妙に予備校嫌が多い印象がある。しかし、司法試験を確実に合格するという観点からすれば、予備校の入門講座を受けて、入学後の勉強の方向性を間違わないようにすること（関大の未修者の合格率を参照）がとても重要であると考えている。

前期

1 授業についていこう

まず、ローに入学したら、予習復習の量にびっくりすると思う。1科目の予習をするのに3時間以上かかることもあるだろう。めげずになんとか食らいついていこう。単位を落とすことは、2年次の負担が増大し、結果として司法試験の勉強が遅れることにつながる。

単位を落とすことだけはないようにしよう。

2 六法をこまめにひこう

すべては条文から始まる。未修者は、六法をこまめにひく癖があまりついてないように思う。どの条文のどの文言が問題となっているのか、その文言をどのよう解釈し、どのように事実にあてはめているのかを意識して、判例も参考にしつつ、六法をこまめにひいて勉強するようにしよう。

3 特別演習を受講しよう

合格者の授業をタダで受講できるのであるから、受けない手はない。司法試験に合格するためには、試験委員が求める能力と現在の自分の能力の差を埋めることが必要である。そのためには、合格者の話を聴くのが一番手っ取り早い。未修者の中には、ある程度の知識を習得してから、受講しようとする人がいる。しかし、司法試験に合格するためにはほどの程度の知識を習得すべきか、日々の勉強の方向性を見定めるためにも、早い段階で特別演習を受講することを勧める。また、自分の答案を人に見られたくない、恥ずかしいという変なプライドから、特別演習を避ける人がいる。しかし、我々の目標は、司法試験に合格することのはず。今現在カス答案しか書けなくても、司法試験当日に合格答案が書けるようになっていたら良いのである。変なプライドはどうか捨ててほしい。

4 択一を解こう

この時期から、択一の過去問を解くべきである。わが校の未修者の現役択一合格率は低い。現に、筆者の私も1年目択一不合格という情けない結果に終わった。原因は択一の勉強開始時期が非常に遅れたことにあると思う。だから、「過去問を解くのはまだ早い」なんて思わず、なんとかして時間を確保して、択一の勉強をしてほしい。

そして、択一を解く際は、ただ漫然と解くのではなく、その肢をきっかけとして条文の文言や、関連判例、その他周辺知識をさらい、その肢を「真に理解する」という勉強をしてほしい。この勉強は大変時間がかかる。一日数問しかこなせないこともあるだろう。しかし、それでいいのである。勉強の目的は、あくまで試験当日、初見である択一問題の正解の肢を選ぶことができるようになること。ただ漫然と過去問を1問1問解き、数をこなしても、到底択一合格はできない。自分が、試験当日、初見の問題を正解できるようになるためには、どう勉強すればよいかを常に意識してほしい。

5 周りに惑わされないようにしよう

授業中の「〇〇先生の基本書にはこう書いてある」などという発言に惑わされてはいけない。また、授業中やたらと発言する生徒が基本書を大量に収集していたとしても、惑わされてはいけない。それらに引きずられて学問的研鑽に走ると、司法試験合格のルートから外れていくことになる。

夏休み

1 司法試験の論文過去問を見てみよう

試験委員が求める能力と、現在の自分の能力の差を埋めるためには、まず試験委員が求

める能力を把握することが重要である。試験委員が求める能力を把握するためには、過去問・出題趣旨・採点実感を読むことが近道である。この段階で、答案を書く必要はないと考えるが、過去問・出題趣旨・採点実感を読んで、審査委員がどんな能力を求めているか、ざっくりでもいいので把握するよう努めよう。

2 学問的研鑽をしない

法律の勉強は面白いし奥が深い。夏休みということで、時間的余裕ができたと感じて、細かな学説の研究をしたくなったり、1科目につき基本書を何冊も通読したくなったりするかもしれない。しかし、司法試験は実務家登用試験である。実務は判例通説で動いている。そのことを意識して、知的好奇心をどうか抑えてほしい。我々に与えられた時間は、とても少ない。判例通説を身につけるだけでも、大変である。学問的研鑽は合格後にすることとして、判例通説の知識の習得に励むようにしよう。

3 択一の勉強を継続しよう

前期に引き続き択一の勉強を継続しよう。特に夏休みは怠惰になりがち。択一にあてる時間を決めて、毎日択一の勉強をしてほしい。前述したが、その勉強の際には、ただ漫然と解くのではなく、その肢をきっかけとして条文の文言や、関連判例、その他周辺知識をさらい、その肢を「真に理解する」という勉強をするように（しつこいようだが、できていない人が多い。私もその一人だった）。

後期

1 授業を「こなす」

この頃になると、だいぶペースもつかめて授業に追われることはなくなると思う。また、前期、夏休みを通して、択一・論文で要求されている能力を、ざっくりとでも把握できている状況であると思う。授業で習得した知識を、司法試験を意識した形で教科書に書き込むなり、一元化ノートに挟みこむなりしていこう。ロースクールの授業と司法試験の勉強をまったく切り離してしまうのはもったいない（私は完全に切り離してしまっていた。後悔している）。司法試験合格を常に意識して、授業を利用しよう。特に、制度の原理原則を学ぶのは、ロースクールの授業が一番適切と考える。

2 合格者報告会に参加しよう

10月頃になると、わが校の合格者報告会が開催される。多数の合格者の話を聴くことのできる格好の機会である。ここで注意してほしいのは、合格者は勉強方法について、色々なことを話すということである。司法試験に合格するためには、試験委員が求める能力と、現在の自分の能力の差を埋めることが必要であるが、各々の能力に応じて勉強方法も色々である。したがって、1人の合格者の勉強方法が自分に合っているとは限らない。そのことは十分注意してほしい。しかし、合格者全員が共通して述べていることが必ずある。その最大公約数的な勉強方法や、思考は吸収するようにしてほしい。

春休み

1 択一過去問を時間を計って解いてみよう

当然であるが、試験は時間との勝負である。特に択一試験の試験時間はかなりシビアである。そのシビアさを、身をもって体験しておくことによって、自己の知識の定着の甘さや、時間管理の甘さを思い知ることができる。また、時間内に試験問題を解くことができるためには、どうすればよいかを考えるきっかけとなる。この時期までには必ず時間を計って解くようにしよう。

2 司法試験過去問の再現答案を読んで相場観をつかもう

試験委員が求める能力と、現在の自分の能力の差を埋めることが出来れば、司法試験に合格できる。しかし、試験委員の求める能力を100%身に着けなくとも、試験には合格できる（そもそも試験委員の求める能力を100%身に着けることは不可能に近い）。ただ、試験委員が、「これだけは書いてほしい」と考えている水準が必ずある。それを把握するために、1000番から1500番の答案と、不合格答案を比べて、何が合否を分けたのか、研究することが重要である。その上で、「これだけ書けていれば1000番くらいで合格できる」という相場観を身に着けてほしい。相場観を身に着けたら、現在の自分の能力でこのような答案が書けるのかを検討し、足りない能力を補うような勉強をしよう。

第2節 未修2年目・既習1年目

既修入学者の入学前の過ごし方

法科大学院入試は11月頃には終わると思います。その後から法科大学院入学までは、色々忙しい時期だとは思いますが、合間を見つけて法科大学院進学後に向けた勉強をおきましょう。

まず、基本知識の確認をおきましょう。既修者コースは法律知識があることを前提にしていますので、いきなり演習科目から始まります。また、講義がある科目についてもロースクールでの授業のコマ数は多くないため、万遍なく触れることはできません。そのため、入学前から一定の法律知識を備えておく必要があります。基本知識の確認としては、基本書の通読等がよいと思います。多くの合格者は、司法試験直前期に復習しやすいように情報を一元化するツールを持っていますので、情報一元化という視点を持って基本書等を絞っていきましょう。

また、できれば司法試験の短答・論文の過去問を1年分でも見ておくのが良いと思います。司法試験の問題を知らなければ勉強対策が立てられないからです。司法試験の問題は難しいので、入学前に見てもよく分からないかもしれませんが、よく分からないということも発見の一つです。2年後にはその問題に対して一定の解答ができなければならないのですから、よく分からないと感じた人は精一杯勉強するようにしてください。

その他には、裁判傍聴や法律家の書いた本を読む等して、モチベーションを高めておくというのも良いかもしれません。法律家になりたいという気持ちが強くあれば、落ち込んだときでも頑張れると思います。

前期

授業の数はそれほど多くありませんが、予習復習すべきことが多いため、とても忙しいように感じるとと思います。あまりの忙しさに落ち込むこともあるかもしれませんが、徐々に慣れていきますので、あきらめずに頑張りましょう。

まず、授業の予習復習を大切にしましょう。授業でやったことをしっかり身に付け、基本知識を定着させることが大切です。授業について批判をする人もいますが、授業を上手く活かせるか活かさないかは個々人の問題です。司法試験に合格している人の多くは授業を上手く活かしているという印象です。法科大学院の生活は、授業が中心となるので、授業を上手く活かすことが合格に結び付くと思います。なお、予習と復習のどちらに重きを置くかは好みの問題だと思うので、自分に合う方を選んでください。

また、授業を大切にしつつも司法試験に向けた勉強もしっかりしておきましょう。具体的には過去問の検討等です。私は、この時期は主に短答の勉強をしていました。授業にあわせて該当範囲の基本書を読み、短答過去問を解く等すれば授業の予習復習と司法試験対

策を同時にすることができます。効率のよい方法で試験対策も行っていきましょう。

GWは、法科大学院で最初の長期休暇ですので、論文の過去問を見る等して有意義に過ごしてください。私は、GWに過去問を見たおかげでその後の勉強計画を立てることができました。また、特別演習にも積極的に参加して論述の練習をするようにしましょう。

この時期に大切なことは、基本知識をしっかり定着させることです。司法試験の出題趣旨や採点実感等を見ても基本知識が強く要求されており、応用的な問題も基本知識から考えることが求められています。細かい学説や学術的な理論は求められていませんし、それらを追い求めてもきりがないので、むやみに学術的な勉強に走ることなく、基本をしっかりさせることを心掛けましょう。

夏休み

定期試験が終わり、怠けてしまいがちですが、気を引き締めてしっかり頑張りましょう。夏を制する者が司法試験を制すると言いますが、法科大学院の2・3年という短い期間では自分の勉強時間をとれる長期休暇が非常に重要になってきます。また、夏休みに勉強を頑張れば、後期を安心して迎えられます。

基本的には司法試験対策を行いましょう。司法試験の過去問を解くことでゴールが明確になります。まず、短答対策をする必要があります。関西大学法科大学院では、毎年、修了生TAによる短答体感模試なるものが開催されます。本番の時間で短答を解く貴重な機会ですので積極的に参加しましょう。多くの方はここで自分の実力に衝撃を受けるのではないのでしょうか。私もこの時期に短答足切り点にすら達しておらず落ち込んだのを覚えています。ただ自分の実力を知ることができ、危機感を持てたことは良かったと思います。現実から逃げても意味はありませんので、時間を計って短答過去問を解く機会を設けるようにしてください。そして、過去問を解いた後はしっかり復習し、短答知識を身につけるようにしてください。また、私は、前期の授業でやらなかった範囲の基本書を読み、短答の過去問を解く等していました。これは試験対策になるだけでなく、後期の授業にも生きてくるものでした。

できれば論文の過去問もやりましょう。新司法試験となってから何年も経つため過去問は蓄積されています。多くの過去問を解くことによって司法試験の傾向を知ることができ、それにより対策を考えることができるので、できるだけ多くの過去問を見るのが良いと思います。もっとも、直近の過去問の方が参考になることが多いので、新しい問題からやっていくことをお勧めします。一人では過去問を解く気が起きないという人は、ゼミを組む等して強制的に過去問を解く機会を作るのも良いかもしれません。

また、近年は、AAの先生方による夏期特別演習等も多く開催されています。自分に合う良い講座を見つけて、積極的に参加し、勉強をする機会にしましょう。

後期

再び予習復習に追われる忙しい日々が訪れます。前期をうまく過ごせなかったという人は、切り替えて後期からは効率よく過ごすようにしましょう。

基本的には前期と同様、授業が中心になります。そのため、授業をしっかりこなすことが求められます。授業の予習復習をペースメーカーにして基本知識の定着を図りましょう。演習等では課題を試験問題に見立てて、答案に書くとしたらどのように書くかということ意識していれば、インプットをしながらアウトプットの練習をすることができます。授業を大切に、そこからしっかり学んでいきましょう。また、授業の予習復習だけで終わることの無いよう、できる限り自分の時間を作るようにして、司法試験の対策もするようにしましょう。

春休み

春の暖かな陽気に誘われて遊びに行きたくなるかもしれませんが、ぐっところえて勉強するようにしましょう。勉強の内容としては自分に足りないものをしましょう。

まだこの時期は、多くの人が短答対策も十分ではないと思います。基本書を読み、過去問を何度も解いて基本知識を身につけていきましょう。私は、この時期にTKCの短答模試を受けました。自分の実力を知ることができたので良かったと思います。模試や過去問等を解いてみて、すでに短答の実力十分なら安心して論文対策をしていきましょう。

短答合格間違いない人も短答不安な人も論文対策を始めましょう。優先すべきは論文試験の過去問です。この時期は多くの人が論文の過去問検討も不十分だと思うので、過去問をしっかりやっていきましょう。過去問を解く際は、ただ解いて終わりにするだけでなく、出題趣旨や採点実感、合格者答案等を見て合格に必要な力を知るようにしてください。また、自分の書いた答案等も自分でしっかり検討し、自分に足りないものを明らかにしましょう。余裕がある人は演習書にも取り組みましょう。多くの方は演習量が不足していると思います。時間を見つけて事例問題を解く機会を作り、アウトプットの力を身につけていきましょう。基本書や判例集を読む際にも、漫然と読むことなく、アウトプットを意識することが重要です。たとえば、基本書のケースや小見出し、判例の事案を問題に見立てて、自分の頭で考えるようにすれば、基本書や判例集を読みながら、アウトプットの練習をすることができます。効率よく勉強するために、アウトプットを意識したインプットを心がけましょう。

また、選択科目を決めておくのも良いと思います。この時期はまだ選択科目を決めていない人もいます。私も既修1年目は選択科目を履修しておらず、この時期になって選択科目を決めました。選択科目の深い勉強は授業が始まってからでもよいと思いますが、薄めの入門書等でその科目の概要を知っておけば授業を受けて得ることは多くなるので、入門書等を読んでおくことはお勧めです。ちなみに私は労働法を選択しましたが入門書としてはプレップ労働法がお勧めです。

第2節 未修2年目・既習1年目

前期

この時期も授業の予習復習に追われることになると思います。授業のコマ数は、未修2年目・既習1年目より多くなるので、さらに忙しくなるかもしれません。ただ、必修科目は減り、司法試験科目以外の授業が多くなるので、授業間でもメリハリをつけることが必要になると思います。法科大学院生の目標は、司法試験に合格することですので、司法試験的に見て必須でない科目の授業の予習復習は最低限のものにするなどして、自分の時間を確保していくことが必要かと思います。与えられたことだけに追われることなく、自分でしっかり考えて司法試験合格に必要なことをしていきましょう。

単位を落とすのが怖いかもかもしれませんが、司法試験科目の発展科目等は履修するのが良いと思います。授業でしっかり学べば正確な法律知識が身についていくと思います。

また、予習復習の合間や休日等を利用して、過去問検討・演習書等の司法試験対策もしっかりしていきましょう。特別演習に参加する等して答案を書く機会も作り、論述の練習もやるべきです。司法試験まで1年ほどになり、残された時間は多くありません。怠けることなく一日一日を大切にしましょう。

夏休み

司法試験までの間で最後の夏休みですので無駄にしないように過ごしましょう。この夏休みにやるべきことは、苦手科目の克服等、自分に足りていないことをすることです。

短答がまだ合格ラインに届いていない人は、特に危機感を強く持って勉強するようにしましょう。短答の勉強としては、引き続き過去問をしっかりやることで良いと思います。過去問は何度もやったという人がいるかもしれませんが、過去問を本当に身につくまでしていれば短答合格ラインを大きく上回ることができると思います。単に正誤を確認するだけでなく、正誤の理由をしっかり考え、論文で聞かれたらどう書くか等を考えて勉強をしていけばより伸びていくと思います。司法試験では論文の配点割合が大きく、短答では細かい知識も問われるため、司法試験直前期に短答の勉強ばかりをするのは、精神的にも、合格という観点からもよろしくありません。この時期に合格点は取れるようにしておきましょう。

また、論文の勉強もしっかりしていきましょう。司法試験では、論文試験の配点割合が大きいため、司法試験に合格するポイントは論文試験にあります。まず、過去問をしっかりこなしましょう。過去問をすることで、司法試験の傾向をつかみ対策を立てやすくなります。また、司法試験の問題には解き方があるように思います。そのため、過去問をしっかりこなして、司法試験の問題に慣れるようにしましょう。過去問は特別演習で解いたという人もいますが、過去問は何度解いても良いと思います。出題趣旨・採点実感・合格答案等でしっかり検討すればその度に新しい発見があるからです。また、演習書

もやるべきだと思います。基本書・判例集等を読む際にも論文で書くとしたらどう書くかということ意識して、アウトプットを意識したインプットをしていきましょう。論文の勉強量が不足している人は多いと思うので、夏休みという時間のある時にできる限り勉強し、演習量を確保しましょう。

夏休み等自分の時間が取れるときには自分の好きな科目ばかりしてしまいがちです。もちろん、得意科目を伸ばすというのも良いことですが、司法試験は穴がなければ合格できる試験です。論文試験では50%取れば十分合格することができるのです。そのため、不得意科目を作らないよう万遍なく勉強しましょう。

後期

法科大学院での生活も終盤に差し掛かり、だいぶ余裕が出てくると思います。授業をしっかりこなしつつ、司法試験に向けた勉強もしていきましょう。

短答が不安な人は、短答の勉強を続けましょう。短答試験で不合格となれば、論文が採点されず、次の年に向けた対策を立てにくいので、絶対に短答は合格できるというレベルにまで持っていきましょう。

論文の勉強は、引き続き過去問や演習書等をこなしていきましょう。司法試験では正確な法律知識が求められるため、何度も同じ基本書・演習書を繰り返し、当該基本書・演習書の知識を定着させるのが良いと思います。むやみに多くの基本書・演習書に手を出すことはやめましょう。参考程度に他の教科書を見たり、不得意科目をなくすために新たな基本書を読むのは良いかもしれませんが、手を広げすぎて発展的な知識を追い求め、基本がおろそかになれば合格は難しくなります。どの程度、他の基本書・演習書をするかは各人の判断に任せますが、基本を大切にすることは心がけてください。

また、答案を書く練習もしましょう。授業で答案を書く機会があれば積極的に利用しましょう。また、特別演習にも参加して、答案を書く機会を設けましょう。司法試験と同じ時間で自分はどのくらい書けるのかということ把握し、力が足りていないと感じた人は、その後もしっかり答案を書く練習をしましょう。予備校の答案練習会を活用するのも良いと思います。私は、辰巳法律研究所のスタンダード論文答練に参加していました。予備校の答案練習会は質が悪いという人もいますが、基本的な論点を聞いてくれることが多いので勉強になると思います。注意すべきことは、答案を書くことは重要ですが、ただ書いていれば合格に必要な知識・能力・答案の型が身に付くというものではありません。答案を書いて人に添削してもらった場合、指摘を真摯に受けとめ改善していくように努めましょう。また、答案を書く度に課題を設けたり、答案を読み返して自己反省する等して、答案を一通書くごとに成長できるように工夫しましょう。しっかり、自分で考えて、反省することが必要です。

直前期

この時期は全科目の復習を中心にしていきましょう。司法試験の試験時間は短いため、基本知識がぱっと出てくることが重要になります。今までやってきたことを総復習して、基本知識をしっかり固めるようにしましょう。本番にピークを持ってくるということを心がけてください。直前期に新しいことをやっても消化することは難しいため、あまり手を広げないようにしましょう。

過去問もやっておくのも良いと思います。司法試験には解き方・傾向があるので、過去問を解き、カンを忘れないようにしておきましょう。過去問で司法試験の解き方を身に付けておけば、本番で新しい問題を見ても焦らずに解くことができると思います。

また、答案を書く機会を作っておくのも良いと思います。直前期に書くことを怠ると本番で筆がとまると聞いたことがあります。そんなことにならないよう答案を書く機会も作り、腕が鈍らないようにしておきましょう。

普段から本番を意識しておくのも良いと思います。夜型の人には朝型に切り替えたり、普段より体調管理に気を配ったりする必要があります。多くの人には本番で緊張するので対処法を考えておくというのも良いと思います。本番で凡ミスをしないようにするためにはどうすればよいか、対処法を考えておきましょう。また、必須ではありませんが予備校主催の全国模試は、本番と同じ環境・時間帯で行われることが多いので、本番慣れするために受けるのも良いと思います。

直前に出る重要判例解説や予備校の出すやま当て記事に目を通すかは人それぞれだと思います。私はこれらはやりませんでした。司法試験では基本知識から考えて論証するというのが求められており、最新判例等を知っていることが求められているのではないので、基本知識を固めるために基本書等を読むことを重視したからです。逆に、基本はもう十分だから穴をなくすという意味で重判等を読むというのも有りだと思います。各人の勉強の進み具合を見て判断してください。重要なのはまず基本を固めるということです。

この時期は不安になることも多いと思います。しかし、司法試験は、運によるところは少なく、自分の実力が如実に表れる試験です。これまで精一杯努力してきた人は合格できる試験です。自信を持って試験に臨んでください。

第4節 修了後

修了後については置かれる状況により過ごし方が変わるだろう。以下は2パターン（短答不合格者・論文不合格者）に分けて説明する。

短答不合格者

- 1 短答の結果が発表されるのは6月初旬である。この時点で足切となった者はおそらく気持ちが沈み、9月の最終発表まで再度挑戦に向けてのやる気がいま一つ湧かず、ダラダラと無駄な時間を過ごしてしまうことが考えられる。

しかし、論文で不合格になった場合も、択一で不合格になった場合も、来年の合格を目指すことに変わりはない。「論文不合格者は9月の発表まで、本腰を入れて勉強に取り掛かれない者が多い。自分は早めに結果が分かり、すぐに勉強再開ができるのだから良かった」というくらいの気持ちを持つことが大切である。

- 2 しかし、択一不合格になった者は論文不合格者より不利なこともある。もっとも大きい不利益は、論文の採点結果が分からないことである。これにより、自分の論文作成の感覚と採点委員との距離がつかみにくい。

そこで、再現答案を作成し、弁護士や修習生T A等に添削してもらおう必要がある。なるべく多くの人に添削を依頼することをすすめる。合格者は採点委員とは違うのだから、人によって、指摘するポイントが違ってくこともあるからだ。詳しくは論文不合格の項目で述べる。

- 3 短答不合格者がまず取り組むべきことは、なんといっても短答の勉強である。

短答の勉強法としては、多数ある。私自身、短答が苦手かつ嫌いだったため、苦手かつ嫌いだという方の参考になればと以下の方法を掲載する。

(1) 肢別本をまわす

まず、辰巳法律研究所が出版している**肢別本を解く**ことである。私は、肢別本を解く時間は、休憩時間的な感覚で行っていた。肢別本を解くときは休めるという怠けた考えのもと、机以外のところで、休みながらクイズを解く様な感じで行っていた。

しかし、そこで**間違えた問題、分からなかった問題をチェックしておき、勉強モードで条文、基本書等を調べ、ノートにまとめる**という方法をとった。

勉強モードでまとめを作ることはなるべく避けたかったため、1回間違えた問題は、もう間違えないという気持ちで、解いていた。

そこで作ったまとめノートは、答練、模試、**本番の前に見る**という形で使えるため、利用価値が高い。

肢別本については、3回以上はまわしたと思う。どんどんチェックする箇所が減っていき、勉強モードでノートにまとめる時間が減ることに喜びを覚えるという感じで、楽しみながら行うことで、**択一嫌いを克服**していった。

短答が嫌いという感覚がなくなってくると、肢別本を解きながら、この条文の趣旨は

何だったかな、この定義は覚えるやつだなという感じで、論文の勉強も意識しながら行くと効率がよいと思う。

(2) 過去問を解く

短答の合格において、様々な方法があると述べたが、最も多くの合格者が行っていることは、やはり**過去問を解く**ことであるといえる。

時間を計って過去問を解くということは最もやるべきことといえる。

私は、時間がいつも足りなくて、最後まで解けないことが頻繁にあった。分からない問題に時間をかけすぎていたためである。そこで、分からない問題に出くわしたら、飛ばして解く、または、直感で答えて次に行くという方法を徹底して行った。そして、解く時間に負荷をかけた。また、短答が得意な友達が短答を解く時に一緒に解いた。

(3) 基本書を読む

私自身、基本的な知識が足りないと感じたため、空いた時間に基本書を読んだ。基本書を読むことは、もちろん論文に向けての対策でもある。

9月の論文合格発表後においては、問題演習や答練等、実践的な勉強を行うため、基本書を読める時間は9月までしかないと考えていたからである。

4 以上が、私自身行った勉強法であり、この方法による本番での得点率は7割程度であったため、決して、短答で得点を稼げたという得点ではない。

したがって、短答が嫌いかつ苦手であり、7割程度の得点率を狙っている方に前記の方法を参考にしてもらえればと思う。

短答不合格者は、9月までは短答の勉強に比重を置き、後半の論文の勉強に集中できる態勢を整えるように心がけてほしい。

論文不合格者

1 論文の合格発表は9月の初旬にある。不合格となった場合は、落ち込んで、しばらく勉強が手に付かないという状態に陥るだろう。

しかし、不合格になった9月から年が明けまでの体感速度は非常に早く、あっという間に、全国模試がやってくる。

そこで、気持ちを奮い立たせ、以下の方法を参考に、一日でも早く勉強を始めるように心がけてほしい。

2 (1) 再現答案の作成・その添削依頼

まず、再現答案を作成することをすすめる(再現答案を作れなかった場合は、改めて解いた過去問でもよい)。

その理由としては、自己の作成した答案に対して、採点委員が何点付けたかを、つまり自己の答案作成能力・感覚と採点委員との距離を把握するためである。

この距離を把握し、合格答案を書くためには、何が足りず、どこを治すべきかという自己分析を行う必要がある。

そして、自己分析を行うにおいては、合格者に添削を依頼することも必要となる。

合格者は、この答案にだいたい何点くらいつくかということが、感覚的に分かる者が多い。自分の書いた答案を客観的に分析してもらい、癖や欠点を指摘してもらうことが重要であるといえる。

もともと、合格者は一定レベルの答案が書けるというだけであり、採点委員と同じ感覚を持っているとは限らないので、自分の好みで指摘する箇所もある。そこで、多くの合格者に添削を依頼し、より多くの意見を集めることをすすめる。

多くの人が指摘する箇所は、修正した方がいい箇所であるという感じで、修正箇所を見極め、自分に足りないことは何かを分析していくことがよいといえる。

(2) 自己分析・勉強計画

自己分析を行うと、合格に向けて自分に足りないことが把握できる。

前述した、添削に加え、**出題趣旨・採点実感**をしっかりと読み、自分に何が足りないかを分析してほしい。

そして、全国模試(3月)までに、合格点に達するためには、どのように勉強をすすめればよいかの計画表を作成することが重要である。

ここで、私が個人的に行った自己分析と勉強計画をあげる。

(3) 自己分析の具体例

① 得意な箇所と不得意な箇所があり、問題によって得点にバラつきが生じる。

② 書くべき程度が把握できず(この論点ではどの程度論じる必要があり、ここはさらっとまとめるべきか)、配点の高いところで点を稼げず得点がのびない、また、点のないところで書きすぎ時間切れで途中答案になる。

③ 受験生が書く平均的な答案のレベルが分からない。

以上の自己分析の結果、以下の計画をたて、実行した。

(4) 勉強計画の具体例

ア 以下計画とその実行により、本番では5割程度の得点率となった。決して高得点ではないが、まもれる答案が書けるようになるものと理解してほしい。

イ ①に対して

予備校等で出されている論証、また問題集(問題集に関しては、予備校物は使用していない)をまわした。

論証は何回もまわし、問題集に関しては、少なくとも2回以上はまわした。

ウ ②に対して

出題趣旨・採点実感をファイルにして、それを読み込んだ。

それらは、採点委員の意見の集約であるので、司法試験において、何が求められているかを理解することができる。

エ ②, ③に対して

(ア) 過去問のゼミ

週に一回、過去問を4～6人で解き、それをみんなが共有して、一人ひとり答案添削を行うというゼミである。過去問は初見ではないため、答案作成時間に負荷をかけ、1時間40分とした。

このゼミのメリットとしては、自分の答案の悪いところを指摘してもらえるとすることはもちろんだが、受験生が書く平均的な答案のレベルが把握できること、また、人のミスに気付くことにより、点のつく答案、そうでない答案を把握できる能力が身に付くことである。

厳しいことをいうが、合格点に満たない答案は、欠点や癖があるし、論理が矛盾しているもの、点にならないことを書いているもの等、何らかのミスがある。

他人の答案を分析することによって、自分の答案を客観的に見ることができ、「変なこだわりできれいに書こうとしていたが、点のないところを書いていたんだな。たしかに、このような書き方だと読みにくいな。このように書いた方が点はつくんだな。」等、改めて、自分の欠点に気付かされる。

(イ) 予備校の答練

答練を受け、配点表を分析した。配点が高いところ、低いところをしっかりと把握し、配点バランスの感覚を身に付けた。

また、同じ受験生が書いた平均的な答案を見せてもらい、受験生の平均を分析した。

そして、①にも関係するが、どのような問題がでても、5割の得点率は切らないように心がけた。

3. おわりに

私は試験を乗り越えることに、長い年月がかかった。終わってみて思うことは、司法試験は、たしかに法律の理解度を示すものであることは否定できないが、理解できていなかったとしても、テクニックで乗り切れる面があるといえることである。

合格できなかった年は、自分が正しいと思うことを自分のこだわりのもと、自分が思うように書いていた。

しかし、前述した対策により、みんなが書くところは落とさないこと、点がつく箇所は点をできるだけ拾うことに徹底した。

試験である限り、答案用紙に現れた文章で点をつけるしかない。どれだけ法律を理解していたとしても、用紙にそれが表せないと点が付けられないのである。また、逆を言えば、法律を理解していないとしても、得点になることを書いていたとしたら、点がつくのである。

試験に失敗した者の多くは、同じようなミスをしているケースが多いと感じる。

私の経験が、少しでも役立つことを願い、関大のみなさんのご検討を心よりお祈りする。

**P.197～ 第6編主な講義の紹介と活用法 第2章公法系科目 第3章民事系科目
第4章刑事系科目について、現在のカリキュラムに応じて内容を変更**

第2章 公法系科目

※カリキュラムは変更する可能性がありますので、ご注意ください。

第1節 憲法Ⅰ(統治)

初めて憲法を学ぶので、特に総論部分などがとても難解で分かりにくいかと思います。やるべきことは、しっかり考えた上で講義に臨み、授業中の村田先生の説明をしっかり聞くことです。初めて長い判例を読むことになるかと思いますが、「今何について述べているのか」という点を意識して読んでください。読んでいるうちに始めの方を忘れてしまっただけは時間だけが無駄になるだけです。

また、この講義で文言解釈の基礎を学べるとと思います。どの科目を勉強するについても基本ですので意識して習得してください。

第2節 憲法Ⅱ(人権)

いわば憲法判例百選掲載の重要判例すべてが課題です。事前配布の教材の量に目を疑うかと思います。「え？これで15回分全部じゃないの？」と(おそらく1回目と2回目だけでしょう)。

残念ですが、これをやらねばなりません。この講義の予習復習を真面目にこなすかこなさないかが、司法試験の択一の判例題材問題の出来を左右することになります。百選だけ読んでいてもなかなか対応できない問い方がされますし、試験直前期に百選判例をすべて読み直すのは非現実的ですので、この履修で百選判例を本気で潰してしまいましょう。そうすれば、あとは百選をさっと見直すだけで択一对策になるはずですので。

また、憲法Ⅰに引き続き、一歩進んで判例のもう一つの読み方を教えていただけます。つまり判例の射程の読み方であり、それは「判例法理」の「使い方」です。論文試験に必須の能力ですので、膨大ですが乗り越えましょう。

第3節 行政法総論

芝池先生の読本の記述はわかりやすく丁寧です。執筆御本人によって講義を受けられるので、疑問はすべてぶつけて解消すべきです。予習・復習を怠らないでください。

第4節 行政法演習

自分がレポートの担当になっていない回についてまで、逐一答案を作成することまでは必要ありません(費用対効果が悪い)。

第6編 主な講義の紹介と活用法

第2章 公法系科目 第3章 民事系科目 第4章 刑事系科目

しかし、扱う判例は短答式・論文式に試験において重要なものばかりです。レポートを作成しなくても、試験本番で出題されたら答案を書けるように、しっかり理解しましょう。

第5節 憲法演習 (旧:公法総合演習 I)

司法試験の憲法の出題傾向は全科目の中でもっとも安定しています。原告の主張→相手方の反論→私見を順に論じるわけですから、憲法演習で扱う判例を勉強する際も立場の違いからどのような主張が可能かを意識して講義に臨むべきです。

また憲法の答案を作成する際は①権利保障の範囲に含まれるか→②その人権が制約されているか→③権利と制約の調整(違憲審査基準)→あてはめという流れを踏むことが多いため、判例を勉強する際もこれらを意識しましょう。答案でどのように表現すべきかを強く意識してください。

さらにこれらは下級審判例で丁寧に論証されていることも多いため、最高裁判例だけ読めば良いわけではなく、講義に際しては下級審判例にも目を通すことにより憲法の思考の理解することが出来るようになります。

第6節 公法総合演習

現行カリキュラムでは、前半、行政法演習と同じくレポート担当者の発表と議論、後半は、元氏先生の作成した演習問題を行います。

この講義では重要判例や演習問題の学習をすることができます。行政法は短答で判例の詳細な論理構造を問う問題が出題されます。そのため、重要な判例を丁寧に学習する良い機会と考えましょう。

演習問題については訴訟要件の問題(処分性や原告適格など)と、本案要件の問題(個別法の解釈問題が中心)の両方を学習することができます。処分性や原告適格は毎年のように司法試験で問われる重要論点のため、しっかりと予習復習をしましょう。また、個別法の解釈は一朝一夕でできるようになるものではありません。初見の個別法の仕組みや趣旨などを素早く読み取り要件を検討することが出来るようになる必要があるため、その訓練として大変有意義な授業でもあります。元氏先生の解説は実践的で論文の勉強に直結するので大いに活用すべきです。

第7節 憲法訴訟

憲法訴訟の授業は必修科目ではありませんが、司法試験に生かせる要素が満載です。この講義の前半では主に統治機構や憲法訴訟特有の問題点について学びます。憲法の問題では憲法訴訟に関する論点も出題されるため(例えば第三者の主張適格)、どのような場合にこれらを論じる必要があるのかを習得する必要があります。また、後半では、司

第6編 主な講義の紹介と活用法

第2章 公法系科目 第3章 民事系科目 第4章 刑事系科目

法試験の問題を題材に実際どのように問題にアプローチして、どのように思考し、答案に表現するのかを学ぶことができます。この講義で重要な判例の整理・理解を深め、答案の作成方法を学びましょう。

第3章 民事系科目

※カリキュラムは変更する可能性がありますので、ご注意ください。

第1節 民法

この時期に膨大な財産法のすべてを理解するのはとても難しいことです。しかし、やるしかありません。細部にとらわれず、およそ民法とはこのような法律で、このような制度があり、…という大枠の理解に努めてください。大枠の理解のあと細かな論点を、しかるべき引出しに収めていく、という学習が望ましいです。各教材、各課題の消化にとらわれすぎずに全体を何度も見るような学習を心掛けてください。

民法がわからないというのはすなわち法律がわからないのと同じであるとよく聞きます。民法上の理論はさまざまな科目や分野に応用、借用されるからだと思います。刑法の財産犯も、民事実体上の権利義務関係がはっきりしなければ理解できません（今年のH24年度司法試験の刑法はまさに、民事上の財産の権利関係を前提に考える必要がある問題でした。）。基本事項の正確な理解を積み重ねてください。

第2節 会社法

会社法のレジюмеは、必ず役立ちますのでデータごと保存しておくべきです。予めデータで配布されるレジюмеに沿った解説を中心としながら、たまに設問もあり回答を用意してくるというスタイルです。この予習・復習時に勉強の軌跡をレジюмеに残していけば質の高いサブノートにできます。会社法は商事实体法以外に法人の組織に関する手続きも規定されていて複雑ですが、なぜ民事一般原則を修正するのかや、当該会社を取り巻く株主や第三者(会社債権者)の利害関係を意識しながら組織上の制度の説明などをしてもらえますので、講義はしっかり集中しましょう。

第3節 民事訴訟法

およそ民訴を勉強するときは民法を意識して勉強してください。この講義では基本的な制度など民訴の仕組みを学びますが、実体法上の権利義務または法律関係の存否を判断するための手続法であることを念頭に置きながら学習してください。民訴特有の問題も当然大切ですが、実体法上の理解（ほぼ民法）を前提に司法試験の出題がなされますので、そのことを意識しなければなりません。概念や原理等について丁寧な説明があるかとおもいますので、これらの定義等はこの時期にしっかり頭に叩き込んで下さい。後に控える民事訴訟法演習の履修に重大な影響を与えることとなります。

第6編 主な講義の紹介と活用法

第2章 公法系科目 第3章 民事系科目 第4章 刑事系科目

第4節 民法演習

刑法演習同様、ほとんどが、著名な重要判例を基に作成された事例が毎回の課題となります。履修にあたっては、関連する部分の基本書の確認はもちろん必要です。

大切なのは、単なる判例読破に陥らないことです。どうしても講義の予習・復習に追われてしまい、いわば解答探しのようになり、基となった判例を探して調査官解説や百選解説などを読み漁って何とか授業中の発言のネタを探するという作業をしてしまいがちですが、勉強に近道はありません。問題の事例から、どの条文の問題なのか、なぜ論点となるのかという基礎から取組み、どのような理由でどのような結論を出す、という本番に必要な思考の訓練として受講してください。基となった判例を読めば自然と短答対策にもなりますが、自分のみで予習を終えてからの方が良いでしょう。

第5節 商法演習

市販の有斐閣「会社法事例演習」を利用した演習です。この問題集はとてもよくできしており、できれば受験までにすべて通して解いてみるべきだと思います。特徴は、大きな問があり、その間に解答するならばおのずと書くべき点の小問として設定されているところです。「なぜこのような小問があるのか」という点にも注意しながら取り組むことで、答案構成力を付けるのにも役立ち、論文対策として有用だと思われます。ですので、新司の論文だ、という意識で、本番ならこのように書くという姿勢で予習してください。

第6節 会社法演習

司法試験でも比較的良好に問われる重要論点について、掘り下げた演習を行います。授業で配布されるレジュメは分かりやすく、論文対策として十分に活用できます。

その場合も、論文で出題されたらどのように答案に表現するかを強く意識してください。

第7節 民事訴訟法演習

市販の有斐閣「事例演習民事訴訟法」を利用した演習です。例年、司法試験の民訴はひねくり回した問題のように感じますが、結局は弁論主義、処分権主義など、基本原理の正確な理解から出発すると事案の特殊性や論点に気づくことができる問題であると思います。事例演習民事訴訟法の問いに基本原理から立ち返って解答する姿勢で予習して臨んでください。

第8節 民法総合演習

民法演習同様、重要判例を基にしたオリジナルの事例課題です。民法演習と同様の注意、意識が必要です。判例読破に陥ることなく、民法と民事訴訟法を連動させる勉強をしてください。

第6編 主な講義の紹介と活用法

第2章 公法系科目 第3章 民事系科目 第4章 刑事系科目

第9節 民事訴訟実務の基礎

民法と民訴の基礎知識を前提に、要件事実の主張整理や事実認定の入門的なことを行います。これらは合格後修習すべきことに直結することなので、真剣に取り組むことは当然です。平成25・26年の民法・民事訴訟法の本試験問題では、要件事実をそのまま答えさせる問題が出題されています。今後も出題される可能性が高いので、しっかり対策しましょう。ただし、あまり細かな要件事実にまで踏み込むのは試験との兼ね合いでは必須ではありませんので、この点は注意してください。

第10節 会社法発展講義

3年次配当の選択科目です。会社法演習で学んだところをより深く、また、会社法演習では触れることのできなかつた分野を学ぶことができます。会社法の本試験問題は、事案が複雑で、論点も多いです。ここで基礎知識を固め、応用問題をどのように考えるかを学ぶことで、本試験でも安定した点数を取ることができます。必修科目ではありませんが、是非活用していただきたい授業です。

第11節 民事訴訟法発展講義

3年次配当の授業で、民事訴訟法の発展的な分野を学ぶことができます。有斐閣「ロースクール民事訴訟法」を用いて授業は進められます。この演習書を学習するときは、判例の事案や要旨をしっかり押さえてください。平成25・26年の本試験問題では、判例の理解・射程が問われています。判例をしっかり理解することで、本試験問題の事案の特殊性に気づくことができると思います。必修科目ではありませんが、本授業を是非活用してください。

第4章 刑事系科目

※カリキュラムは変更する可能性がありますので、ご注意ください。

第1節 刑法 I

刑法総論に関する講義です。旧カリキュラムでは4単位科目であったのが2単位科目となっています。学説が乱立し、難解に感じるでしょうが、各箇所では判例の立場を抑えることが必須です。

第2節 刑法 II

刑法各論の基幹講義です。先に学習した刑法総論とのリンクを意識しながら学習してください。

第3節 刑法演習 I・II

この演習では刑法の中でも論文式・短答式の両方で出題可能性の高い分野を扱います。いずれのテーマも受験生の多くがマスターしてくるものであり、司法試験で問われた際には書き負けないように気を付けなければならないものばかりです。

司法試験が実務家登用試験である以上、判例の考え方を正確に理解しなければなりません。刑事系は特に判例と学説の対立が激しく、この演習でも学説の理解を細かく問われることがあると思います。しかし、本試験では特に設問に指示がない限り学説に触れている時間はありません。判例を中心とした勉強を行ってください。短答式では学説の対立から帰結がどうなるかを問われる設問があるので、それに出題されそうな分野（予備校本で図表にされていることが多い）について学説を整理・補充しておけば十分です。

刑法演習では、アカデミックな「学説オタク」のような方向へ走ってしまう学生が時々いますが、そのような者は過去問や合格者答案の分析を十分にしていないと自白しているに等しいといえます。最新の学説に振り回されて、判例の理解を疎かにすることのないようにして下さい。

第4節 刑事訴訟法演習

この演習では論文式・短答式の両方で出題可能性の高い分野を扱います。

過去問分析を行えば、刑事訴訟法では論文で出題されうるテーマは限られています。そのため本演習で扱うテーマについては重点的に学習して下さい。

刑事訴訟法も判例と学説の対立が激しいです。ただ、司法試験が実務家登用試験である以上、判例の理解が不十分であることは望ましくありません。出題趣旨でも判例に基づく議論が要求されています。判例を踏まえた論述ができれば点数を稼げるということです。優先的に学習すべきは判例であり、その理解を助ける材料として学説を学ぶという姿勢にとどめて下さい。

第6編 主な講義の紹介と活用法

第2章 公法系科目 第3章 民事系科目 第4章 刑事系科目

伝聞については毎年出題される超重要分野です。合格者であってもその理解は不十分といえます。採点実感でも伝聞の基本的な理解が出来ていないことが毎年指摘されています。今後も頻出であると考えられるため、過去問をよく分析し、本演習を通して伝聞の理解を深めて下さい。

第5節 刑事法総合演習

この演習ではやや長めの事案を用いて、司法試験に出題可能性の高い分野を学習します。

事案はいずれも重要な判例を参考にして作成されたものであり、一度は見たことがあると思います。司法試験でも重要判例を参考に行っている事案が出題されますが、必ず事案のどこかを変えています。判例の事案を暗記して判旨を覚えるという勉強に終始していると、少し事案を変えられると対応できなくなる可能性があります。

本演習では事案を少し変えたら結論がどうなるか、ということがしばしば質問されます。これは頭の訓練にちょうど良く、本試験に直結するため、指名されていないときも真剣に考えましょう。

このように判例の射程を意識した勉強は全科目共通で重要であり、「参考判例」として挙げられている判例の中でも特に重要なものについては、自分で「どの事実を変えたら結論が変わるだろうか」と予習や復習のときに考えるようにしましょう。判例を漫然と読んで満足するのではなく、自分オリジナルの問題集として向き合えば、アウトプットの訓練にもなりオススメです。

なお、刑事系は実務家の視点が不可欠であるため、実務家教員の方の授業をよく聞きましょう。特に捜査については捜査機関が行う行為を細かく分析し、それに対して個々に法的評価を加えていくという姿勢が大変勉強になります。

P.208 第7編 学習支援 第1章 学習施設紹介 第3節 尚文館（しょうぶんかん）に女性専用自習室についての記載を追加

第3節 尚文館（しょうぶんかん）

●施設説明



尚文館には、主に1年次生、2年次生の自習室があります。また、講義が実施される以文館とは隣接しており、いつでも、行き来できます。

●内部施設の紹介

自習室 2階



1・2年次生が使用します。利用方法・利用時間等は、以文館の自習室（前ページ参照）と同様です。

尚文館には、女性専用自習室もあります。女性専用自習室は尚文館に設けており、安全面に配慮し、入室を許可された女子学生のみが入れるようICカードリーダーを設置しています。

資料室 3階



資料室には、カラーコピー機のほか、製本機、裁断機など、特殊な事務用機器が設置してあります。

また、好きなだけ製本をすることができるため、自分で印刷した資料も、製本することで、より使いやすくなります。

ワークステーション教室 2階



パソコンルームです。レポート作成の時に、よく使います。

休憩スペース 2階

自習室のすぐ横にあり、自習で疲れた時などに一休みできます。



第7編学習支援

第2章特別演習 第1節在学生向け 第2節その他

P.227～ 第7編学習支援 第2章特別演習 第1節在学生向け 第2節その他について、現在の体制に内容を変更。これに応じて「合格者の声」も現体制の特別演習の受講者の声に変更

第2章 特別演習

関西大学法科大学院では、正規授業とは別に、授業の補完や論文式試験対策を目的として、特別演習を開講しています。特別演習では、関大法曹会会員である若手弁護士を中心としたアカデミック・アドバイザー（AA）が受講生一人ひとりの個性に着目したきめ細かい指導をしています。

以下の表のように、司法試験合格者の特別演習受講率は、非常に高いものとなっています。関西大学法科大学院から、司法試験合格を目指すなら、**特別演習の受講は必須**といえます。

●司法試験合格者の特別演習受講率（年度別）

年度	平成25年度		平成26年度		平成27年度	
	既修	未修	既修	未修	既修	未修
合格者の受講率	81%	100%	91%	83%	84%	100%

第1節 在学生向け

●指導内容

1年次	正規授業(講義科目が中心)を補完し、憲法・民法・刑法の3科目を中心に、基礎的知識を確実にするとともに、初歩的な応用力を養う。
2年次	正規授業(演習科目が中心)を補完し、憲法・民法・刑法・民事訴訟法・刑事訴訟法・商法・行政法について事実整理能力と論点抽出能力を習得する。
3年次	司法試験の過去問を利用した論文作成を通じて、司法試験において要求されるアウトプット能力を養う。

●スケジュール（1回120分）

1クラス 2週間に1回

第7編 学習支援

第2章 特別演習 第1節 在学生向け 第2節 その他

第2節 その他

● 指導内容

司法試験論文過去問解説クラス	担当 AA が事前に指定した司法試験論文式試験の過去問について解説をします。添削を希望する者は事前に答案を提出します。提出された答案については2名の AA が同じ答案を添削し、本クラス時に返却します。
科目別クラス	憲法、民法、刑法について判例百選の解説を行います。判例の重要度の判断がつかない1年次生から、基本的事項を確認したい修了生まで、幅広く利用しています。
民事系クラス	答えがなく難解であるとされる松岡久和他『民事法総合・事例演習』（有斐閣）について担当 AA が解説します。国立ロースクール生が授業で使用されている問題集の解説を受けることができます。
特別クラス	受講生が講座案を作成し、受講生のニーズに合わせた形で演習が進められます。 事例研究行政法クラス、会社法事例演習教材クラスなどが実施されました。 なお、平成27年度は修習の準備のための合格者クラスも実施されました。
その他	以上の他にも、長期休暇には受験生のニーズに応じた短期集中クラスが設けられています。

● スケジュール

司法試験論文過去問解説クラス	選択科目以外の計7科目 毎週日曜日 2時間
科目別クラス	計3クラス（憲法・民法・刑法） 2週間に1回
民事系クラス	2週間に1回 2時間
特別クラス	受講生と AA が予定を調整して決定

＜合格者の声＞ 平成27年司法試験合格者 中村洋輔（総合成績90位）

私は基本的には、毎回答案を書いて添削をお願いしていました。答案添削で指摘された点は、素直に受け止めて、どうすれば改善できるのか考えました。自分の答案のどこが良くて、どこが悪いのか、改善すべきところはハッキリするので、効率よく勉強することができました。

また、特別演習では過去問が題材になることが多いですが、AAの先生方がどのような事実に着目して、問題文をどのように分析するのかという考え方を学ぶことができました。解説を聞いているだけでも、合格者の思考過程を追えるので、勉強の方向性の修正にも役立ちました。

特別演習は司法試験に合格したAAの先生方に答案を見てもらえる貴重な機会なので、合格に近づきたいのなら、積極的に利用するほかありません。特別演習は、答案を見てもらう絶好の機会なので、是非利用してください。特別演習を活用して答案の添削を受けている人は、合格率が高いのも事実です。

第7編学習支援

第3章 TA(Teaching assistant) 第1節 TAの説明 第2節 TAの活動 第3節 TA執務室の様子

P.230～ 第7編学習支援 第3章 TA(Teaching assistant)について平成25年度以降の情報を追加。これに応じて合格者の声も更新。

第3章 TA (Teaching Assistant)

関西大学法科大学院には、授業補助（資料収集、教材準備等）や法科大学院生の学習サポートを行うTA制度があり、（研究者）TAと修了生TAの2種類があります。

（研究者）TA

大学講師および大学院博士課程後期課程在籍者が中心となって、1年間を通じて、担当科目ごとの相談・質問に対応します。

修了生TA

本法科大学院を一定基準以上の成績で修了した者で構成され、主に法科大学院生からの質問・相談への対応を行っています。具体的には、以下の表の通りです。

修了生 TA	<第1期>	<第2期>	<第3期>
執務 期間	毎年6月中旬（短答試験合格発表直後） ～9月中旬（最終合格発表）まで	第1期終了後 ～11月下旬（司法修習開始）まで	第2期終了後 ～11月下旬頃（司法修習終了）まで
構成 員	本法科大学院を一定基準以上の成績で修了した、司法試験短答式試験合格者	本法科大学院を一定基準以上の成績で修了し、司法試験に最終合格した者	本法科大学院を一定基準以上の成績で修了し、司法試験に最終合格した者

第2節 TAの活動

1 法科大学院の指示に基づく業務【相談業務】

以文館3階にあるTA執務室に待機して、関西大学法科大学院生や同法学部生からの質問・相談を受け付けます。

授業の予習・復習に関する質問はもちろん、自主学習についての質問もできます。また、科目にかかわらず、法科大学院での勉強方法やレポート・論文の書き方に関するアドバイスを受けることもできます。

2 TAによる自主的な取組み ※年度により取組みは異なります

短答解説の作成

第1期の修了生TAが、その年の司法試験短答式試験の解説を作成し、配布しました。また、過去のTAが作成したプレテスト～平成27年までの短答式試験の解説・問題・

第7編 学習支援

第3章 TA (Teaching assistant) 第1節 TAの説明 第2節 TAの活動 第3節 TA執務室の様子

マークシートもTA執務室にて1年中配布しています。

答案添削

平成27年は主に第2期修了生TAが司法試験の過去問の添削を行いました。

短答過去問総まくりゼミ

内容 平成18年～平成26年までの短答過去問を毎日1科目ずつ演習してもらい（時間は本番と同じ）、演習後、解説をしました。

早起き勉強会

内容 毎朝、短答式試験の過去問を5問解いてもらい、TAが解説を行います。

日程 毎週月曜～金曜

8:10～8:30 問題を解く

8:30～8:50 解説

その他の勉強会

その他にも、「短答式試験の解答のコツを教える勉強会」「答案の書き方の基礎（法的三段論法）を教える勉強会」「選択科目紹介」なども実施しました。

再チャレンジゼミ

内容 論文過去問を1時間40分で書き、限られた時間内で1点でも多く点数を取っていく方法を話し合う。

日程 毎週火曜 13:00～17:00

<合格者の声> 平成27年度司法試験合格者 羽藤央貴（総合成績230位）

司法試験に合格する1つの近道は、多くの先輩合格者に話を聞くことです。

その点、関大法科大学院では、司法試験の合格発表から、司法修習の始まる11月下旬までの間、その年の司法試験合格者がTA執務室に常時1～3人程度勤務しており、いつでも話を聞くことができます。私も、この時に先輩から聞いた話を参考に勉強方法を確立し、最終合格を果たすことができました。

執筆該当箇所

第1編 司法試験紹介		第4編 ミニ講座	
第1章 制度概要	横枕 森田	第1章 論文の書き方ポイント『十戒』	小松弁護士
第2章 選択科目紹介	豊川・星野 柳澤・横枕		星野・横枕
第2編 司法試験に合格する方法		第2章 法的三段論法の基礎	星野・横枕
第1章 はじめに	森若	第3章 伝聞証拠	石井元裁判官
第2章 必要な能力		第5編 プランニングのすすめ	
第3章 合格と不合格の分水嶺	柳澤	第1章 計画の重要性	豊川・柳澤
第4章 論文対策総論	森若	第2章 ロースクールの過ごし方	豊川・柳澤 森田・高尾 摸利・濱
第5章 論文対策各論	豊川 森若・柳澤 高尾 摸利・西河 坂本・濱 山本	第6編 主な講義の紹介と活用法	
		第1章 講義の重要性	柳澤
第6章 現場での作法	豊川・横枕	第2章 公法系科目	豊川・柳澤
第3編 勉強方法		第3章 民事系科目	豊川
第1章 司法試験全般	星野 西河 坂本 山本	第4章 刑事系科目	豊川・柳澤
第2章 論文		第7編 学習支援	
第3章 短答		第1章 学習施設紹介	横枕
第4章 基本書		第2章 特別演習	森田
第5章 予備校の活用法		第3章 TA	山本
第6章 その他		第4章 その他の取組み	柳澤・横枕
第7章 よくある質問			
第8章 グッズ紹介	横枕		

改訂担当者

●坂本 啓順(さかもと ひろゆき)

第68期司法修習生

< 経歴 >

平成26年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成26年 司法試験合格

●高尾 奈々(たかお なな)

第68期司法修習生

< 経歴 >

平成25年 関西大学法科大学院(未修者コース) 修了

平成26年 司法試験合格

●西河 英士(にしかわ えいじ)

第68期司法修習生

< 経歴 >

平成26年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成26年 司法試験合格

●濱 有紀子(はま ゆきこ)

第68期司法修習生

< 経歴 >

平成23年 関西大学法科大学院(未修者コース) 修了

平成26年 司法試験合格

●摸利 純史(もうり よしふみ)

第68期司法修習生

< 経歴 >

平成26年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成26年 司法試験合格

● **森田 拓士**(もりた たかし)

第68期司法修習生

< 経歴 >

平成23年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成26年 司法試験合格

● **伊藤 大樹**(いとう ひろき)

第69期司法修習生

< 経歴 >

平成26年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成27年 司法試験合格

● **植田 かおり**(うえだ かおり)

第69期司法修習生

< 経歴 >

平成26年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成27年 司法試験合格

● **宇都 文子**(うと あやこ)

第69期司法修習生

< 経歴 >

平成25年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成27年 司法試験合格

● **中村 洋輔**(なかむら ようすけ)

第69期司法修習生

< 経歴 >

平成27年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成27年 司法試験合格

● **藤原 杯花**(ふじわら はいけ)

第69期司法修習生

< 経歴 >

平成25年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成27年 司法試験合格

● **三嶋 隆子**(みしま たかこ)

第69期司法修習生

< 経歴 >

平成26年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成27年 司法試験合格

● **山本 知広**(やまもと ともひろ)

第69期司法修習生

< 経歴 >

平成27年 関西大学法科大学院(既修者コース) 修了

平成27年 司法試験合格