

## 1 全体的印象

- (1) 答案の中には、①出題趣旨に沿って問題点を正確にとらえ、的確に資料を分析し、法論理的思考力を発揮しているもの、②岐阜県青少年保護育成条例事件判決伊藤補足意見に示された判断枠組みを正確に理解した上で解答しているもの、③情報の受け手が自由に当該情報を閲覧できない状況がA自身の表現の自由とどのようにかわるかという基本的な問題について問題意識を持ち、知る自由や違憲主張適格などの問題を意識的に論じているもの、④積極的な表現行為に対する表現内容規制の合憲性という基本的な問題について、資料を相応に分析し、反対説を踏まえながら、自らの見解をしっかりと展開し、多少荒削りなところもあるが、考え方の筋道に法的思考のセンスを感じさせるものもあった。そのような答案は、受験生が法科大学院での実務を見据えた理論教育において「学び、そして問う」作業をしっかりと行ってきた成果と評価し得る。しかし、そのような答案は、少数にとどまった。
- (2) 憲法学という視点からは、基礎的理解が不十分で、設問の具体的事情を離れて表現の自由に関する論証を記憶に従って並べただけの答案が多く、事案の内容に即した個別的・具体的検討の不十分さや応用力という点で課題を残すものであった。また、いわゆる論点主義の解答に陥っている答案が多く見られた。それらは、残念ながら、憲法の基礎理論を生きた知識として身に付けていない、また、法的思考力ないし論証力が十分に定着していない、と評価せざるを得ないものであった。
- (3) 第1回、第2回に比べると、受験生が新しい試験のスタイルに慣れてきていることがうかがえた。しかし、逆に、「弁護人の主張」「検察官の主張」として、とにかく対立する主張を書けばよいと考えているようなものが多く、設問の事案の問題点をそれぞれの角度から掘り下げていくという姿勢で書かれている答案は少なかった。
- (4) 受験生にとっては論じやすい積極的「表現の自由」がテーマであったためか、逆に、パターン化された答案が目につき、「型にはまった論述」が少なからず見られた。
- (5) 関連する先例がきちんと挙げられて、検討されていない（本問では、岐阜県青少年保護育成条例事件判決、第三者所有物没収事件判決等）。このことは、それぞれの領域の重要判例を当該事案との関係でただ覚えているだけで、問題を本質的に理解していないことの現れであるように思われる。
- (6) 前記のような答案の全般的状況からすると、法科大学における教育成果は、なお産みの苦しみの段階にあるといえよう。

以下、今年度の答案に見られた具体的な問題点から、【注意してほしいこと】、【改めて学んでほしいこと】という項目立てにより、今後に向けた建設的なメッセージを送るという観点から、採点を担当した各委員から寄せられた採点感想をまとめることにしたい。

## 2 注意してほしいこと

### (1) 論述の形式

ア 問題の形式に応じて答える必要がある。問われているのは、弁護人、それに対して想定される検察官の主張と自説であり、まずは、弁護人の立場にたった論述が必要である。設問2で、検察官の主張又は自説の一方しか書いていないのは不十分であり、誰の見解を述べているのか判然としないものは不適切である。設問1で挙げた論点に

ついて設問2で全く触れていないものも、不適切である。

イ 訴訟の両当事者の主張を書かせている意味を理解することが必要である（立場の使い分けができてほしい）。また、弁護人の主張として、「Aの行為を規制することは憲法〇条に違反する。」、検察官の主張として、「制約のない人権はなく、事案では合憲な制約をしている。」などと抽象的な記載をするにとどまる答えは、主張の根拠に関する内容が乏しく、不十分である。

## (2) 内容面

ア 内容にかかわる問題として指摘せざるを得ないのが、「当てはめ」についてである。本来、「当てはめ」とは、具体的事例に合わせて抽象的な法理論を柔軟に具体化する作業を指す。しかし、答案で「当てはめ」として書かれていることを見ると、暗記している抽象的理論を絶対視していて、具体的事例にそのまま「当てはめ」れば自動的に解答が出てくるかのように誤解しているのではないかと思われる。その結果、具体的事例の個性が暗記してきた抽象的理論に収まらないときは、それ以上の思考を巡らせることなく、具体的事例の個性の方を切り捨ててしまうことになる。

新司法試験で測りたいと思っている重要な要素である個別的・具体的思考力は、そのような極めて形式的な「当てはめ」とは矛盾対立するものである。必要なのは、事案の内容に即した個別的・具体的な検討である。基礎的理解の確立と具体的な問題への対応の必要性について、受験生が再認識するよう求めたい。

事案の個別的・具体的分析は、新司法試験の眼目の一つであり、事案の分析の薄い、紋切り型の答案を脱するために、事案の内容に即した個別的・具体的検討は必要不可欠である。

イ 弁護人として裁判上どのような主張を行うのかが問われている。本来主張してしかるべき点について十分な論述をしない一方で、その主張が判例及び主要な学説からして全く筋の通らない主張を展開する姿勢は、問題があるように思われる。やはり、弁護人として、依頼者である被告人のために最も有効な主張をどのようにして組み立てるのかという視点が必要不可欠である。

## (3) 資料の活用

ア 与えられた資料を精読せず、具体的な事案に即したきめ細かい対応がなされていない。例えば、資料で示された本問に特有の具体的な事情について全く触れていない答案が目立った。解答する上で、資料の活用は必須である。

イ 資料の活用とは、資料に書かれていることを「書き写す」ことではない。ただ漫然と「書き写す」だけの答案は、不適切であり、不十分である。資料のどこの部分をどのように評価したのか、あるいは評価しなかったのか、きちんと説明されていなければならない。

## 3 改めて学んでほしいこと

### (1) 法令違憲，適用（処分）違憲

ア 被告（当事者）としては法令違憲の主張をまず行い、それが認められない場合でも本事件に関して適用違憲（処分違憲）が成り立つことを主張する方法が、まず検討されるべきである。

今回の設問も、法令違憲と適用違憲（処分違憲）とを区別して論ずるべきであるが、法令違憲と適用違憲（処分違憲）の違いを意識して論じている答案は少なかった。一

応区別しているが内容的に適切でないものなど、違憲判断の方法に関する学習が不十分と思われるものが多かった。

イ 法令違憲では、ウェブサイト全体をフィルタリング対象にするという広汎さが明らかに問題になるのに、この点の検討を省いている答案がかなりあった。同様に、Aが自己のサイトで注意喚起していることも適用審査において明らかに問題とすべきであるが、書いていない答案が目立った。

ウ Aが注意を促す文章を掲げていたという点を、適用違憲（処分違憲）を念頭に置いて適切に拾い上げて論述している答案は少なかった。触れていても、問題文でヒントを出しているにもかかわらず、これを法令違憲の根拠として用いるものが多かった。

(2) 明確性の原則、そして内閣府令への委任

ア 明確性については、多くの答案が取り上げていたが、それらは、必ずしも十分ではなかった。本問の場合、明確性の要求は、表現の自由に関係すると同時に憲法第31条にも関係する。この両者における明確性の原則の関係を認識し、論ずる必要がある。

イ 明確性の厳格度を巡る問題、すなわち、青少年保護を目的とする場合には厳格度が緩和されるのか否か、という問題もある。

ウ 本問における明確性の問題については、内閣府令が法律の委任を受けて規定している場合、法律だけでは明確とはいえないが、下位規範による「補完」を認めるか否か、という問題もある。

エ 内閣府令への委任自体も問題になる。本問では、法律が残虐性の定義に関する本質的事項（あるいは重要事項）を定めているか否かが問題となる。

(3) 青少年保護と内容規制

ア 「インターネット規制だから手段規制である」とする答案があった。もしそのような考え方をすれば、印刷メディアにかかわる規制も手段規制になってしまう。そのような把握が誤りであることは、明らかである。伝達手段としてのインターネットの特質と印刷や放送の特質との相違をどのように考えるか、という問題は別途あるが、残虐性に着目した本問の規制は内容規制である。

イ 本問の中心的問題の一つは、青少年保護という見地からの表現内容の規制である。したがって、青少年保護の問題自体について、その立法事実を巡る問題も含めて検討する必要がある。

ウ 18歳未満の者の保護という立法目的によって、表現の自由の保障の程度や範囲が成人の場合と異なってどの程度緩和されるのかという検討が必要である。単に表現の自由の保障の一般論を展開するだけでは不十分であり、「有害情報」に関する憲法上の保障の程度や、「知る自由」、さらには「青少年（18歳未満者）の保護」を踏まえた検討が必要である。

(4) 違憲を主張する適格性

ア 違憲主張をする場合、まず誰の人権が侵害されるのかを明らかにする必要がある、主張者本人の人権侵害を主張するものでなく、A以外の知る権利など、第三者の人権侵害を取り上げるのならば、なぜ第三者の人権侵害を主張できるのかを検討しなければならない。

イ 本問では、第三者の権利主張の可否は一つの重要な論点である。しかし、これに触れていない答案の方が多かった。

ウ 「Aの表現の自由」の制約の違憲性が、実際には、Aの発信情報を受ける者の知る

自由の制約であるという意識が明確化されないままに混同して記述しており、そこでは第三者の人権侵害を主張する際の問題点が欠落している答案が多かった。触れている答案でも、本来の訴訟要件の問題と混同して、訴えの利益を論ずるなど、的外れな論述が少なからず見られた。

エ 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。法令自体の問題点を論ずべき法令違憲（当該処分の違憲性から過度の広汎性等の理由で法令自体の違憲性へと進むアプローチもある）、当該処分（適用）の問題点を論ずる適用違憲（処分違憲）の基本的相違を正確に理解する必要がある。

(5) 審査基準について

ア 審査基準の内容を正確に理解することが、必要不可欠である。中間審査基準における目的審査で「正当な目的」とするのは誤りである。中間審査基準では、「重要な目的」であることが求められる。合理性の基準で求められる「正当な目的」の意味・内容を正確に理解してほしい。

イ 本問は、表現の自由の制約に関する一般的な審査基準を修正する必要があるのかどうかを問うものである。一般的審査基準を明らかにすることなくアプリアリに修正が必要であるとしていきなり修正基準を記述したり、修正の必要性に触れずに一般的審査基準を既に修正基準の内容で記述しているものが相当数見られた。しかし、本件の事案分析を踏まえてもなお、厳格審査の基準であるのか、それとも審査基準が緩和されるのか等について、論ずる必要がある。

ウ 審査基準論を展開するが、なぜその審査基準を採用するのか、また、本件の事案に適用した場合にどうなるのか、について丁寧に論ずる必要がある。

エ 「厳格な審査が求められる」と一般的な言い回しをしながら、直ちに「厳格審査の基準」あるいは「中間審査の基準」と書くことには、問題がある。合理性の基準よりも審査の厳格度が高められるものには、「厳格審査の基準」と「中間審査の基準」とがあるので、なぜ、どちらの基準を選択するのかについて、説明が必要である。

オ 審査基準が定められたとしても、それで答えが決まるわけではない。必要不可欠の（重要な、あるいは正当な）目的といえるのか、厳密に定められた手段といえるか、目的と手段の実質的（あるいは合理的）関連性の有無、規制手段の相当性、規制手段の実効性等はどうなのかについて、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが必要である。

## 平成20年新司法試験の採点実感等に関する意見（行政法）

### 1 出題の趣旨等（公表版の補足）

- ・ 問題文，添付資料ともに，できるだけ簡潔にすることを心掛けた。これは，従来，時間不足により中途半端な解答に終わっている答案が少なからず見られたことにも配慮したものである。
- ・ 単に「考えられる法的手段」を解答させるにとどめず，「複数の法的手段を比較検討した上で，最も適切と考える法的手段について自己の見解を明らかにする」ことを求めることにより，解答者の訴訟制度（仮の救済手段を含む。）に関する理解力と応用力を，一歩踏み込んで探ろうとした。

### 2 採点方針

- ・ 救済手段の選択については，評論家風な解答ではなく，「自己の見解」が示されているか否かを採点に当たって重視することとした。
- ・ 答案の構成が優れていたり，文章表現が優れ論理性の高い答案など，特に優れている答案には，とりわけ高い評価を与えることとした。
- ・ 条文の引用が正確にされているか否かも採点に当たって考慮することとした。

### 3 採点実感

以下は，採点委員から寄せられた感想のうち主要なものをまとめたものである。

- 基礎的知識はそれなりに身に付いてきていると感じた。
- 飛び抜けて良い答案・悪い答案は少なく，全体としてまずまずの出来だった。
- 処分性の定義が不正確なものが少なくなかった。
- 処分性の定義の形式的当てはめに終始し，問題事案における行政活動の性質の分析と必ずしもかみ合っていない答案が目についた。
- 当事者訴訟に仮の救済なしとするもの，または，行政事件訴訟法第44条によって仮処分が排除されているとするものが少なからず見られた。
- 調査における強制・押収の違法について指摘する答案が極めて少なかった。
- 調査の違法が勧告に及ぼす影響について，専ら「違法性の承継」の問題として解答をしている答案が少なくなかった。
- 問題文・設問・資料で明記・誘導されているにもかかわらず，記述の及んでいない事項（仮の救済・強制調査の問題点など）がある答案も少なからず見られた。問題文や設問等を十分に読んでいないと思わざるを得ない。
- 訴訟形式の選択について，比較の視点が希薄であり，実質的な検討が適切になされている答案は多くなかった。
- 差止め訴訟について，取消訴訟が可能であれば駄目とするなど，補充性の理解が不正確であった。
- 行政手続法と行政手続条例との適用区分について，正確な理解ができていない答案が少なからずあった。
- 勧告の違法について，安易に行政裁量の問題として論じているものが目立った。
- 取消訴訟の訴訟要件について，処分性の問題のみにしか触れていないものが少なくなかった。

#### 4 今後の出題の在り方

これまでのような基本的・全体的知識を試す方向と、一定の重要論点について深く論じさせたり、証拠の評価・事実認定をさせることによって、より高度な思考能力・文章表現力を試す方向との両者の要請を満たすような問題を工夫・検討すべき、との意見があった。

#### 5 法科大学院に求めるもの

- ・ 全体として見ると、行政法の理解度は着実に上がっており、法科大学院における教育の成果と見ることができる。ただし、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。個別法・個別事案を素材として、行政活動の適法・違法を具体的かつ的確に判断する力を養うことが求められ、その意味で、より実践的・実務的教育が行われることが期待される。
- ・ 法令の条文を適切に理解して当てはめることができず、論点を見つけると憲法や行政手続法（条例）を安易に援用して論ずる例が目立った。論点主義ではなく、基本的な法制度の仕組みを条文と照らし合わせながら理解する地道な学習が求められる。
- ・ 結論のみを述べることに急な答案が目についた。結論を導く思考過程や論理過程を重視して、これを適切に表現する能力を磨く訓練を行うことを一層重視すべきである。

1 出題の趣旨、ねらい等

本問は、不動産の売買・賃貸借・相続等に関し、財産法と家族法にわたる民法上の様々な問題について、基本的な理解の有無を確認するものである。

設問1は、マンションの1戸の売買をしたが、買主の代金不払により売主が契約を解除したところ、解除前に、買主が目的物を賃貸し、さらに賃借人が無断転貸をしていたという事案で、売主が賃借人及び転借人に明渡しを求める場面の問題である。

小問(1)は、賃借人に対する所有権に基づく返還請求に対し、賃借人の反論（賃借人は売買契約解除前の第三者である。）の当否を問うものである。民法第545条ただし書の趣旨及び「第三者」の意義、第三者の対抗要件の要否とその意味、賃借人の対抗要件（借地借家法第31条第1項）、第三者の善意・悪意など、基本的な理解を確認する。なお、「解除と第三者」に関しては、第三者は目的物の譲受人として論じられることが多いが、ここでは目的物の賃借人であるという特色がある。

小問(2)は、賃借人に対する賃貸借契約終了に基づく返還請求について、賃借人の2つの反論の成否を問うものである。第1の反論は、賃借人は買主から賃借したのだから、売主が賃貸借契約を解除することはできないというものである。ここでは、売買契約の解除に伴い賃貸人の地位が買主から売主に移転すること、それに伴い売主が賃貸人として賃貸借契約を解除できるに至ったこと、その前提として売主に目的物の所有権の登記が求められることなど、基本的な理解を確認する。契約解除の場面における「賃貸人たる地位の移転」についての考察や賃貸借契約解除原因の発生時期と賃貸人（売主）による解除権の行使時期との関係についての考察があれば、それも評価する。第2の反論は、目的物は現在、転借人が使用しており、賃借人は占有していないので、売主の請求には理由がないというものである。ここでは、所有権に基づく返還請求ではなく、賃貸借契約終了に基づく返還請求では、相手方の占有の有無は問題とならないという基本的理解を確認する。なお、これは「不動産の間接占有者に対する引渡ししないし明渡しの請求」という、より高度な問題にも関わるが、そこまでの叙述を不可欠とするものではない。

小問(3)は、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」となるべき具体的事実の指摘とその理由の説明を求めるものである。賃貸借と転貸借との利用形態がほぼ同様で賃貸人の許諾した範囲内にあるといえること、両者の契約内容が同じであること（特に転貸人に差額による利益を取得する意図がないこと）、転貸人の主観的悪性が低いことなどを示す事実を挙げ、整理して理由付けることが求められる。背信行為論の抽象的説明のみをするのではなく、具体的事実との関係で説得的な論述ができるかどうかを問うている。

設問2は、マンションの1戸の賃貸人が死亡し、その9か月後に遺産分割がされた場合について、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を問うものである。関連する近時の最高裁判決の判旨を問題中で示した上、その評価も求めている。賃料債権が相続財産（遺産）の範囲に含まれるかどうか（民法第896条）、及び、遺産分割の遡及効との関係（同第909条）を明確にした上、判例の見解に対する評価を述べ、自らの見解に基づく具体的結論とその法的構成を示すことが求められる。本問の賃料の性質（法定果実であること、相続開始後に発生した分であること、金銭債権であることなど）のどこを重視するかなどにより、複数の考え方があり得るが、それぞれの問題点について

の基本的な説明と説得的な理由付けのほか、論述全体としての論理的整合性が求められる。

## 2 採点方針

今回の論文式試験においては、新司法試験開始以来、初めて民法の単独での出題となったことから、受験者の能力を多面的に測ることを目指した。すなわち、第1に、民法上の基本的な問題についての理解が着実にできているかどうかを確かめることにした。第2に、単に知識の確認をするだけでなく、掘り下げた考察をしそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した叙述をする能力、及び、具体的事実について法的観点から評価し構成する能力を確かめることにした。第3に、基本的な問題の奥に存在する、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にした。

採点の基本方針としては、新司法試験の制度理念が遺憾なく発揮されるようにするという観点から、総花式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や創意工夫に富む答案には高い評価を与えるようにする反面、論理的に矛盾した構成やあり得ない法的解釈をするなど積極的な誤りが著しい答案には低い評価を与えるようにし、しかも全体として適切な得点分布が実現されるようにした。

## 3 採点実感等

採点実感等については、各委員の感想を総合すると以下のとおりとなる。

### (1) 概観

出題の意図に即した答案の存否及び多寡については、設問1については、出題の意図に即した答案が比較的多かったが、設問2については、出題の意図に対応できていない答案が相当数あった。

出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準についても、設問1においては、おおむね予想されたとおり、一応の水準に達するものが比較的多かったが、設問2においては、ある程度は予想されたことではあるが、水準に達しない答案がかなりあった。なお、答案の水準の絶対的評価については、特に設問1については、おおむね良好な出来具合であったと評価するものが少なくなかったが、そのような評価をする委員においても、下位の答案には非常に低い質のものがあることを指摘する意見もあり、また、全体としての出来具合について、厳しい評価をする意見も相当数あった。

### (2) 設問1について

設問1の小問(1)と小問(2)は、一応の水準に達している答案が多かったが、次のような不適切な答案もあった。第1に、小問(1)では、「解除と第三者」という基本的な問題について、理解ができていない答案が散見された。第2に、小問(2)の前半で、題意を無視して債権者代位権の転用を持ち出すものが若干あり、(2)の後半で、賃貸借契約終了による返還請求であるにもかかわらず、賃借人には間接占有があるから請求が認められないと答えるものが相当数あった。第3に、小問(1)で、問われていることに答えず、要件事実論を長々と記述する答案が目についた。それらの答案は、概して要件事実論としても不正確であり、しかも、要件事実的思考が発揮され得るはずの小問(2)の後半で誤っているものが目立った。実体法の理解が不十分なまま、中途半端な要件事実論を振り回そうとする答案であり、少数とはいえ、懸念される。第4に、小問(1)と(2)とで、論理的一貫性を欠いている答案も、少数ではあるが、見られた。それは、いわゆる「論点」についての定型的な叙述をするものにおいて、特に目に

付いた。これらに対し、水準以上に優れた答案も一定数あった。もっとも、小問（１）（２）には、それぞれ発展的な問題が含まれているところ、それに気づき、取り組んだ答案は、ごく少数にとどまった。

設問２の小問（３）も、一応の水準に達している答案が多かったが、その割合は、小問（１）（２）よりも幾分か少な目であった。本問では、具体的事実を拾い出し、それを整序して、「背信行為と認めるに足りない特段の事情」を構成するものとするという作業が求められるが、事実の評価が不適切なものが少なくなく、特に、「正当事由」と混同しているものが目立った。また、背信行為論ないし信頼関係破壊理論について、基本的理解を欠くものも散見された。

(3) 設問２について

設問２は、設問１に比べると、余り出来が良くなかった。本問では、判例の見解を示した上、検討すべき点をあらかじめ示しているのので、それに対応すれば、おのずと問題の所在が理解できるはずであり、それについての論理的一貫性のある論述がなされることが期待されている。具体的には、賃料債権を賃貸不動産の果実と考えた上、民法第８９６条・同第９０９条を単純に適用すると、示された判例の見解との間に齟齬が生じるように見えるが、それをどう考えるかである。この「齟齬」に気付かないもの、判例の結論を正当化できないまま、しかしこれを支持するもの、論理的な整合性がとれていないもの、結論を示していないものなど、論理的一貫性の有無を判定する以前の段階にとどまっている答案が少なくなかった。その原因として、相続法についての理解が不足しているために自信を持った論述ができないこと、判例の結論を所与のものとして絶対視し、論理的一貫性や、問題点についての理由付けに顧慮することなく、ともかくも判例の結論にたどり着こうとする傾向を持つ者がいることが挙げられよう。もっとも、上位の答案には、よく考えた上、一貫した論述をするものも多くあった。なお、当然のことながら、本問において、判例の見解に対する賛否それ自体によって答案の評価が左右されるものではない。

(4) 全体を通じて

設問（１）と（２）の前半で、いわゆる「論点」についての画一的な解答をするにとどまる答案の中に、論理的不整合に気付かないもの、その他の問題で実力が十分でないことを露呈したものが目に付いた。逆に、ある部分では独創的な考察をしつつも、基本的な理解が不足していると見られる答案もあった。他方で、基本的な理解を基盤として、自らの考察を展開している優れた答案も見られた。法律家として求められる能力を多面的に測るという観点からは、今回の出題は、一定の成果があったように思われる。

4 今後の出題について

民法としては、今回初めて、単独の大問方式の出題となったが、受験生の能力を多面的に測るという面で、おおむね成果を挙げられたと考える。旧司法試験において指摘された問題点を克服するという意味において、プレテスト以来の大大問方式の意義が大きいことは明らかであるが、民法については、そのことは大問方式であっても実現することが可能であるように思われた。

民事系科目として、大大問という出題形式を今後も維持すべきであるかどうかについては、委員の間でも多様な意見があるが、新司法試験の理念を実現し、旧司法試験におい

て指摘された問題を再現させないよう努めるべきであるという点では、一致している。

#### 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

前記「2 採点方針」に記載した諸点，すなわち，民法上の基本的な問題についての着実な理解，掘り下げた考察をしそれを明確に表現する能力，論理的に一貫した叙述をする能力，具体的事実について法的観点から評価し構成する能力，より高度な問題にも取り組もうとする姿勢は，いずれも法律家になろうとする者に今後とも求められるものであると考える。なお，前述のとおり，下位の答案に非常に質の低いものも見られるとの指摘などもあったことから，とりわけそのような者については，まずは基本的な理解を着実に習得することが必要とされよう。

1 出題の趣旨，ねらい等

既に「平成20年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」（以下「出題趣旨」という。）において説明しているとおりであり，特に補足すべき点はない。

2 採点方針，採点実感等

民事系科目第2問の設問1及び設問2が商法からの出題であるが，これらは，いずれも，長文の事実経過に関する文章を読み，そこに含まれる商法上の問題点について，各設問に即して洗い出した上，当該事実関係への適用又は当てはめを行いつつ，論ずるということを求めるものである。

設問1については，設問自体に「保証債務履行請求の可否」及び「株式交換の問題点」という受験生が検討すべき問題点に関するヒントが明示されていたため，問題点を丸ごと外したという答えはほとんどなかった。もっとも，「保証債務履行請求の可否」に関しては，複数ある法的な問題点のうちの一つだけを論じているというものが多く，また，「株式交換の問題点」に関しても，複数の問題点を論じてはいるものの，当該問題点を論ずることの意味や実益が何かということについては，何ら明らかにされておらず，単に設問自体に検討の対象が明示されているからとにかく論じただけであると考えざるを得ないような答案が多かった。

設問2については，設問1のようにヒントが設問自体には明示されていなかったためか，出題趣旨で説明しているような複数の法的な問題点について幅広く論ずるという答えは極めて少なく，単一の問題点についてだけ論じているという答案が多かった（取り分け，最も気付きやすい取締役の第三者に対する責任の問題だけを論じるものが多かった。）ため，採点が難しいものとなった。

また，いずれの設問に対する答案においても，問題点を論ずるに当たって，判例があるような問題点であるにもかかわらず，判例に言及するものも少なく，丁寧さが十分とは言い難いと感じた。さらに，記述が期待された法的な問題点の洗い出しとその当てはめの論述に当たっても，掘り下げが十分であったかといえば，そうであったとはなかなか言い難い単線的な答案が多かった。例えば，設問1に関しては，乙社の保証が間接取引に当たるものとして利益相反取引の規制を受けるものかどうかという問題点について，間接取引に該当するか否かの判断基準をどのように考えるのか，また，設問1及び設問2の双方に関しては，利益相反取引に形式的に該当するとした場合であっても，すべての株主の同意があるということになると，判例によれば取引は有効ということになりそうである（出題趣旨参照）が，本件事案のように債権者の保護が問題となる局面においても，そのような考えで本当によいのかといったような，実務家が事案の解決に当たる場合には当然に疑問が湧いてくるであろう問題点について，気を回して悩むといったような答案が極めて少なかった。法律の規定の解釈に関する学説や判例については，短答式のための勉強などでそれ自体は知識としては有しているのであろうが，さらに，それが実務上どのような意味を有することになるのかという問題意識を持っているかが，このような設問に遭遇した場合に問われることになる。

加えて，平成19年の試験までは，商法の採点後の感想として，事実関係への当てはめの力が弱いのではないかという意見が多く委員から寄せられていたが，平成20年の試

験については、やはりそのような傾向が続いているという意見と、事実関係への当てはめについて力を入れて論ずるよう努めている答案が増えているのではないかという意見があった。本年の採点結果として後者のような意見があった背景には、審査委員に対するヒアリングの結果が公表され、受験生の側にもこの事実関係への当てはめが重要だという認識が少しずつ持たれてきているということがあるのではないかと考えられる。ただ、この後者の意見においても、適切な論じ方がされているかといえば、まだまだそうではないという印象であったようである。また、法的な問題点の適切な洗い出しは、この事案への当てはめの前提として重要なのであって、両面での能力の涵養が重要であるということをも改めて強調しておきたい。

### 3 今後の出題

平成20年の試験について受験者に同情すべき事情があるとすれば、第2問全体の問題文が長文となった結果、大大問で4時間の時間はあるものの、4つの設問について万遍なく解答することは相当大きな負担であったとみられることであり、このことは、答案の最後の方の設問に対する解答において力が尽きているようなものも少なからず見られたことに現れていたと考えられる。

また、前記2の「採点実感等」のとおり、我々が期待するような掘り下げをある設問について深く行うことにより、他の設問の解答時間が不足してしまうというような傾向も見られた。

これらのことは、大大問の出題の在り方について、なお検討の余地があることを示唆するものかもしれない。しかし、普段から、判例について事実審の判決から読みこなすという訓練をしておくことが重要であるということも改めて指摘しておきたい。

### 4 今後の法科大学院教育に求めるもの

前記2の「採点実感」でも明らかにされているように、受験者の水準については、依然として、出題及び採点に当たった審査委員の期待するようなレベルの水準にあるとは言いがたい。短答式試験問題についても、商法は特に難解な問題を出題しているということはないものの、やはり出来が良いとはいえない。商法は、広範であり、かつ、基本法としては技術的な側面を有する法分野であるが、基本が重要であるということは他の科目と何ら変わらないのであり、基本的な知識の一層の充実とともに、複雑な事実関係から法律問題を適切に見いだして適切な解決策を考える能力を高める教育の充実を商法の分野でも図っていく必要がある。

## 1 出題趣旨・ねらい等

基本的には、「出題趣旨」に記載したとおりである。

敷衍すると、今年の民訴法の問題は、持っている知識を事案に当てはめ、整理して記載するということを求めるものではなく、受験生にとってはさほどなじみのない問題について、これまでの学習で培った民訴法についての基礎的知識や理解をベースにして、試験時間の中で考え、具体的事例に即して適切な結論に導くことをねらったものである。

例えば、よく知られた判旨を正面から事案に当てはめるのではなく、逆に具体的事案に判旨が当てはまらない理由を検討させたり、必要的共同訴訟と文書提出命令不遵守の効果等基本書に取り上げられていない問題について出題したのも、このようなねらいに基づいている。

なお、受験生が知っているべき事項の範囲については、出題に当たって十分配慮している。例えば、文書提出命令不遵守の効果に関する四説の内容については、立証責任の転換、真実擬制、自由心証といった基本的な用語の理解があれば分かるように誘導しており、これらの説に関して、学説上論じられていることの詳細については知らないという前提に立っている。

## 2 採点方針・採点実感等

- (1) 虚心坦懐に問題文を読み、問われていることに真正面から向き合い、その場で思考し、解決策を導こうとする姿勢が重要である。

既にこの姿勢の点で、不十分な答案が相当あった。未知の問題に出会った場合には、基本的な概念に掘り下げてそこから考えていくほかないのであるが、問題が、自分の知っている論点のうちのいずれかが問われているはずだという思い込みが強いせいか、問題文の方を無理に一般化してしまったり、問題の趣旨に沿っていない答案（例えば、設問3について、問題文に記載した時間の流れにまったく注目していない答案、設問4において、裁判官と修習生の会話の存在を無視して、どのような観点から検討するかという誘導に従っていない答案）が散見された。

他方で、基本的な概念に掘り下げて検討するといっても、本問では、民事訴訟の基本理念（自由心証主義や弁論主義）の説明そのものを求めているわけではないことは問題文から明らかである。このような概念の定義や内容そのものを長々と論じている答案もあったが、無用な記載であって、問われたことに答えたことにならない。

- (2) 次に、考えるための前提となる基本的な事項をきちんと理解し、身に付いていることが必要であるが、答案を見てみると、この点でも甚だ不十分と思われる答案が目立った。例えば、固有必要的共同訴訟、類似必要的共同訴訟、通常共同訴訟、合一確定、真実擬制、立証責任の転換というような概念が分かっていないと認められるもの、転換説の方が、擬制説よりも、相手方の反論の余地が小さいとする答案などはその例である。
- (3) 各設問で求められている内容を十分に理解する必要がある。例えば、設問4（1）では、「四つの説を比較検討した上」という指示があるため、それぞれの長所短所を挙げて比較検討することが求められているのであり、他の3説の短所のみ記載し、消去法で残る説を採用するような答案は、出題趣旨に合致してはいえない。

また、事例問題である場合には、事案に沿った検討が求められている。設問4（1）

において裁判官が「一般論としての報告」を求めているのを除き、今年の問題は、いずれも事例問題である。

例えば、設問3についていえば、定時株主総会や役員Aの解任を求める訴えの提起の日時、甲社を被告として加える旨の申立書が送達された日、甲社からの答弁書を原告Jが受領した日が問題文に記載されていることの意味を想起すべきである。言うまでもなく、会社法第854条の提訴要件の関係や、問題とされている甲社を被告として加える申立てが訴訟の極めて初期段階でされていることに着目してもらうための時系列の記載であるが、それにもかかわらず、そのような時系列の記載があってもなくても答案が変わらないようでは、問われたことに答えたことにならない。

さらに、設問3は、原告Jの代理人としての立場からの主張が求められているのであるから、認められやすい主張かどうかや一刀両断的な主張のみでよいかという観点も重要である。このような視点から考えれば、訴状の副本がすでにAに送達されている本件設問3の事案において、主観的追加的併合ではなく、訴状の補正（訂正）と解されるから最高裁判決の射程外であるという主張のみに終始するとすれば、原告代理人Jの態度として得策かどうか、想起されるべきである。

- (4) 論理の一貫性（各質問にまたがる答案を通じた一貫性を含む。）も重要である。設問3では固有必要的共同訴訟としながら、設問4（3）で民事訴訟法第224条第3項が甲社に適用になっても、他方被告Bには適用にならないとしたまま疑問が示されていない答案、設問4（1）で、転換説の問題点として、相手方の反証の余地があることを挙げながら、心証説を採用することにまったくちゅうちょのない答案が相当あったが、論理の一貫性の観点から問題があろう。

### 3 法科大学院教育に求めるもの

基本的な概念の理解をきちんとすることの重要性が改めて認識されるべきであろう。今回のように多少違った角度から問われると、理解できないことを露呈してしまうようでは、心もとない。

設問4で民事訴訟法第224条第1項と第3項の要件の違い等に気付かない答案が多く、条文を慎重に読む習慣が身に付いているか疑問に思われる。また、法科大学院では、事例を使った授業が行われているものと承知しているが、当然事例を読む場合には、時系列表を作って時間の流れを意識しなければならないはずである。しかし、設問3の答案を見ると、丹念に時系列表を作って事案を理解するという基本的なトレーニングが不足しているように思われた。

また、設問3のように、判例が当該事例に当てはまらないことを主張させるという問題に対しては、全く対応できない答案も散見された。判例は、無批判に受け入れ、要旨部分を覚えればよいものと考えている受験生がいるのではないかと疑われ、法科大学院での判例の学び方にも問題があるのではないかと懸念された。

条文、学説、判例を、事例に即して考えながら検討し、かつ、使いこなしていく学習方法を身に付けさせることが、肝要であろう。

### 4 その他

内容以前の問題であるが、答案を作成する際に、人に読んでもらうための文章であるという認識が欲しい。余りに小さい字や、極端なくせ字や略字等、読み手がいることを想定

できていないと思われる答案が少なからずあったことを指摘しておきたい。

## 1 採点方針

本年の刑事系第1問（刑法）は、出題の趣旨において既に明らかにしたように、具体的事例に基づいて、刑事実体法の理解、具体的事実には法規範を適用する能力、論理的思考力を試すものである。採点に当たっては、こうした出題の趣旨に従い、甲乙の罪責に関する結論部分だけではなく、その結論に至る思考過程の論述を重視するものとし、事例に基づいて、甲乙の共犯関係（共謀ないし共同実行の意思の有無・内容）を的確に把握することを前提に、甲乙の罪責について、成立し得る犯罪の構成要件要素の解釈を踏まえ、具体的事実を示して当てはめ判断を行う論述が的確になされているかに留意した。

## 2 採点実感

以下、採点終了後に考査委員間で行った意見交換の結果を踏まえ、大論点ごとに、採点実感の概要を示すこととしたい。

まず、甲乙の共犯関係については、ほぼすべての答案が共謀共同正犯の成否ないし共同正犯と幫助犯の区別という視点に立って検討を行っていた。ただ、理論的な根拠や検討すべき要素を具体的に示しつつ、必要かつ十分な事実を抽出して当てはめるという論述をバランス良くかつ的確に行っている答案は必ずしも多くはなかった。例えば、法律論をほとんど示すことなく、単に問題文に記載された事実を羅列しただけで、事実の持つ意味やその評価に触れることなく、「以上の事実からすれば、共謀共同正犯が成立する。」等の結論を示す答案、逆に、法律論の論述のみに終始して、問題文に示された乙の関与に関する具体的事実の検討が不十分な答案が散見され、こうした答案は高い評価をするには至らなかった。その他、甲が現実にはA方において強盗に及んでいる点をとらえて甲乙間には強盗の事前共謀があったと認定するなど、事実関係のとらえ方が強引な答案、（共謀）共同正犯を認定する積極的な事情を多く取り上げて論述しながら、乙の分け前が少ない点のみを論拠として乙は幫助犯にとどまるとの結論を導き出すなど、説得力を欠く論述の答案も見られたが、こうした答案は低い評価とならざるを得なかった。

次に、甲の罪責については、成立する犯罪の構成要件要素への当てはめ以前の問題として、甲の行為を余りに分断的で細切れにとらえ、刑法的評価の前提となる甲の行為を的確に把握できていない答案が散見された。例えば、甲のA方内での行動について、甲がカッターナイフの刃をBの目の前に突き出した行為は脅迫罪、甲がBに「静かにしろ。」等と言った行為は強要罪、甲がリビングボードに近づいた行為は、新たな別個の強盗（未遂）罪のように、事実のとらえ方が不適切な答案が目についた。また、甲のBに対する強盗の成否については、多くの答案が強盗罪の成立要件に問題文の事実関係を示して当てはめるという論述を行っていたが、ここでも問題文に記載された事実を書き写しただけで、「以上からすれば、強盗罪が成立する。」等と結論を示し、構成要件要素の法的な説明や挙示した事実の評価が抜け落ちているため、結論に至る筋道ないし思考過程が十分に読み取れず、高い評価を与えられない答案が相当数あった。その一方、「反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫」に関して、甲のBに対する犯行が行われた状況のうち、A方の屋内でBが容易に助けを求められる状況にないこと等にも触れるなど、幅広い事情について目配りして結論を導いた答案があった。その他、屋外に逃げたBを乙が死亡させたことに関する甲の罪責については大半の答案が触れていたものの、甲乙間の共謀内容及び甲に成立す

る強盗罪の枠組み（強盗の機会性ないし因果関係等）の両方の観点で問題となり得ることを論じたものは少数であった。この点については、甲乙の事前共謀の内容は窃盗であるとしても、結論的には、甲にも乙にも強盗罪ないし事後強盗罪が成立するのであるから、Bの死の責任を甲に負わせられないのは不当ではないかという問題意識を示しながら、甲乙間には強盗の共謀がない以上、強盗罪の共犯として責任を負わせることはできず、また、甲に成立する強盗罪との関係でも因果関係等を認定できない旨事実を示しつつ検討した秀逸な答案があった。

さらに、乙の罪責については、まず、甲との共犯関係の内容を前提に、A方内での甲の強盗行為に関する乙の罪責を論ずることになるが、大半の答案は、「乙に強盗（致傷）罪は成立しない。」あるいは「乙には窃盗罪の限度で共同正犯が成立する。」と論ずるのみであった。前者のように、錯誤論を前提とした場合における乙の具体的な罪責を示さない答案が不十分であることはもとより、後者のように、「窃盗罪の限度」と抽象的に示したのみではこの事例における乙の罪責を的確に示したことはならず、そこでいう「窃盗罪」とは300万円の窃盗であり、2万円に関しては責任を負わないという趣旨なのか、それとも、302万円の窃盗の限度では責任を負うという趣旨なのかを明らかにしなければ乙の罪責を正確に認定したとはいえない。この点については、多くの受験生が罪名を決めただけで安心してしまったものと思われた。また、乙に事後強盗（致死）罪が成立し得ることについては多数の答案が指摘していたものの、反抗抑圧に足りる程度の暴行といえるか、財物奪取と暴行との関連性は認められるかという点にまで目を行き渡らせて具体的に論じている答案は多くはなかった。その他、乙のBに対する殺意を無理に認定していると思われる答案が散見されたほか、乙の罪責を認定するに当たって、理解不十分なまま、承継的共犯や片面的共犯等の概念を用いている答案もあったが、これらは的確な事実認定・法律適用を誤ったものとして低い評価とならざるを得なかった。

### 3 法科大学院教育に求めるもの

新司法試験・刑法に関しては、本年はもとより過去の出題においても、比較的長文の事例を前提として、法解釈、法の適用に必要な事実関係の抽出と当てはめを行って説得的な論述を求める出題がなされているが、抽象的な法概念の理解にとどまらず、事実関係を踏まえて考えることの重要性を十分に理解することが大切である。法科大学院教育においても、これまでに引き続き、刑法の解釈論の正確な理解はもとより、具体的な事実関係を前提とした法の適用能力の涵養に努めていただきたいと考えている。

## 1 採点方針等

本年の問題も、過去2回の試験と同様、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・適用に必要な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規範の当てはめを行い、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。

出題に当たっては、刑事訴訟法の中でも重要であり、法律家になるために理解しておかなければならない伝聞法則と犯罪捜査に関する基本的な問題を選定した上、設問において、答案で論じてほしい事項を画定明示することにより、受験生が、一定の時間内に、法解釈と事実の分析等の双方について、必要十分な論述を行うことができるように配慮した。

具体的な出題の趣旨については、公表されているとおり、設問1では、自己の体験した事実や被告人との会話内容が記載されたノートにつき、要証事実との関係での証拠能力を問うことにより、要証事実の分析を前提として、適用可能性のある伝聞例外規定に係る要件等の法解釈を必要かつ十分に行った上、事例への法適用の部分では事実が持つ意味を的確に位置付けて論じることを求めている。設問2では、被疑者宅の「搜索の適法性」、すなわち、警察官が搜索差押許可状の呈示に先立って搜索場所に入室した際の措置の適否と令状呈示の時期の適否について、関連規定の趣旨・目的を踏まえて、具体的事実を指摘しつつ論じることを求めている。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。いずれの設問も、法科大学院で刑事訴訟法を真面目に学習した者であれば、何を論じなければならないかは明白であり、その素材となる判例や学説等も容易に思い浮かぶような事例である。

## 2 採点実感

次に、採点実感についてであるが、合格判定会議後に各考査委員から様々な意見を聞いているので、そのような意見をも踏まえた感想を述べる。全般的・総括的には、新司法試験が志向している法解釈とこれに則して具体的な事実関係を分析した論述がなされている答案が大半であった。これは法科大学院における刑事実務を意識した理論教育が定着の方向にある成果と感じられる。設問1については、要証事実を的確に理解した上で、伝聞及び再伝聞の法解釈等も的確になされている答案が少なからずあり、また、設問2については、「必要な処分」等の法解釈を的確に論述し、事実関係を的確に分析・検討した上で当てはめることができている答案が多数見受けられた。他方、不正確な抽象的法解釈を機械的に暗記し、これを断片的に記述しているかのような答案も見受けられたほか、前回のヒアリングでも指摘したところであるが、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、法律試験の答案の体をなしていないものもあった。

以下、法科大学院における教育と学習の指針に資するため、あえて一部に理解が不十分と思われた点を具体的に述べる。

設問1については、自己の知覚・記憶した事柄を記載したもので、その記載内容の真実性がかかわる要証事実との関係で「伝聞証拠」以外の何物でもない本件ノートを「非伝聞」とする不可解な答案があった。最も基本的な事項である伝聞法則の具体的理解の定着が望

まれるところである。また、本件ノートが刑事訴訟法（以下「法」という。）第321条第1項第3号の書面に該当するのか、それとも法第323条第3号の書面に該当するのかに関する検討は比較的良くできていたものの、それぞれの要件要素である「特に信用すべき情況」に関する法解釈がなされていない答案が少なからずあり、法解釈の出来不出来に差があるという印象を受けた。これもまた前回のヒアリングで指摘したところであるが、何らかの誤解により法科大学院の教育で法解釈論の部分が軽視されているのではないかという印象は、未だに今回の試験でも受けているところである。また、前記のとおり要証事実との関係では「伝聞証拠」である本件ノートに記載された被告人の発言内容の真実性を要証事実とする場合には、「再伝聞」が問題になるので、そのような法律問題であることを的確に記載する必要がある。しかし、検察官の立証趣旨を考慮することなく独自の要証事実を前提にして論述をしたり、要証事実を前提にすることなく本件ノートについての伝聞法則の適用の有無を検討している答案も散見された。

法適用に関しては、事例に含まれている供述に付随する外部的な状況にかかわる具体的事実を抽出・分析することが肝要であり、相当数の答案が問題文にある必要かつ十分な具体的事実を抽出できていた。これは法科大学院教育の良い成果と思われる。ただ、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味、例えば、その日にあった出来事とその都度記載しているとか本件ノートを他人に見せることを予定しておらずそれを記載する理由がないことなどについても検討している答案は少数であり、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する能力の体得が望まれるところである。

なお、日記を「供述書」に当たらないとする答案や、明文規定があるにもかかわらずその意味の理解が不十分であるために法第321条第1項の「供述書」にも供述者の署名押印が必要であるとする答案が散見された。基本的事項の正確・着実な理解が望まれるところである。

設問2については、前記のとおり、最高裁判所の判例法理等の理解を踏まえた的確な論述ができている答案、事例への法適用の部分についても、必要かつ十分な事実を抽出した上で、その意味を論じることができている答案が多数見受けられ、比較的良好な結果であった。

### 3 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえて、今後の法科大学院教育においては、次のようなことが強く要請されていると思われる。手続を構成する制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し、これを具体的事例について適用できる能力を身に付けること、筋道立った論理的文章を書く能力を身に付けること、以上に尽きる。