

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法）

1 出題の趣旨の補足

論ずべき具体的事項等については、既に出題の趣旨において説明したとおりである。

憲法では、従前から新しい領域の素材を提示する出題がされているが、これは必ずしも全く新しい議論をさせようとするものではない。法科大学院の授業や基本書の記述から身に付けることが可能な基本的事項を正確に理解し、これを基に、具体的問題に即して思考する力、応用力を試すものである。その際、教科書的知識をただ答案用紙に転記するのではなく、個別・具体の事案に応じて、憲法上の問題点を発見し、説得力のある理由を付して、自らの結論を導くことが求められている。

2 採点方針及び採点実感

各考査委員から寄せられた意見・感想をまとめると、以下のとおりとなる。

(1) 全般的な印象について

ア 今回の出題でも、憲法上の争点を見抜く力が問われているところ、出題趣旨を的確に把握し、重要な論点をほぼ提起した上で、法論理的思考力を発揮しつつ十分な検討を行っている答案もあった。しかし、全体的には、答案における考察の程度、個別具体的な検討という点で、まだ不十分さが残った。受験者の能力差は非常に大きく、自分で考える力を看取することができる答案が自然と高得点になり、基本的な知識や理解を欠く者が低得点にとどまるという具合に、答案の水準には大きな開きがあり、それが点数差となって現れていた。優秀な答案は期待したよりも少なく、下位の答案には、記述内容が稚拙で、法律問題の答案の記述とは言い難いもの、記載内容が乏しく、法的な論理力、思考力を判断する前提を欠くものがあったことも指摘された。

イ 昨年と比べて資料の量が少なかったためか、問題文等を漫然と「書き写す」型の答案は減った。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。

ウ 設問1、2の双方バランスよく解答できている答案は少なかった。設問1と設問2では、総じて、設問1の方がよくできていた。設問1の解答は、多くの答案でおおむね出題意図に沿った論述となっており、設問2で差が付いたように思われる。

エ 出題では、X側の「主張」を述べた上で、Y側の「大学の処分を正当化する主張」を想定しながら、「あなた自身の結論及び理由」を記載することが求められている。この点について、X側の主張、Y側の反論、自分の見解のそれぞれを独立して書き分ける必要があると思いついておられる答案や、最初にXの主張において、Y側の反論を先取りした主張や理由も含めて記載し、Y側の主張として同様のことを書き、更に「見解」も同じように3回同内容を繰り返すものがあった。想定されるY側の主張は、必ずしもそれを独立に詳論する必要はなく、「自身の結論及び理由」の中で、一体として議論に組み込んで示せば足りる。

また、Xの「主張」に対しておよそ通らないようなY側の主張を持ち出し、そ

れを「見解」の部分であっさり否定するといったものも見られた。

なお、Xの弁護士としては、Xの立場に立ってどれだけの確な主張を行うことができるかが問われるが、この点に関する論述の優劣がそのまま答案全体の出来を左右しているようにも思われた。

オ 提供された素材を読みこなし、事案に即して考える力が求められているが、いわば定型的に「問題となるのは、違憲審査基準である。」という趣旨を記載する答案が多く、旧司法試験の場合とはまた別の意味で、答案がパターン化しつつあるのではないかとの懸念がある。例えば、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った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は、事実上即した法的分析や法的議論として不十分である。

カ 問題文や資料をきちんと読んで事実関係を把握することは、適切な論述をするための前提であるが、問題文の誤解、曲解などが目に付いた。例えば、①Y県立大学を国立大学と取り違えたり、県立大学の公権力性に気付かずY県立大学を私人ととらえ、私人間効力の問題を論じているもの、②本研究中止の処分の根拠を遺伝子情報保護規則に違反し情報開示した点にあるととらえて論じたもの、③Cが死亡した、Cの家族が遺伝子の開示を承諾したなどの事実を前提に論じたもの、④「定められた手続に従って・・・審査した」とあるのに、憲法第31条違反を中心的に問題として指摘するもの、⑤遺伝子情報保護規則においては、疾病原因となる遺伝子情報のみが本人に開示されることとされているという点を正しくとらえていないものなどが少なからずあった。

(2) 設問1について

ア ほとんどの答案は、本研究に対する中止処分を学問研究の自由の制約ととらえてその合憲性を検討し、その中の比較的多数の答案が、事例に即して、先端科学研究や医療研究の特殊性に着目してその合憲性を検討するなど、出題意図に沿う論述をしており、好印象が持たれた。また、Cが研究に同意している点については、危険治療であっても受けたいというCの意思を尊重すべきとする意見がある一方、幾ら同意しているとはいえ、専門家ではないCの同意を過度に重要視すべきではないとする意見もあるなど、具体性を持った論述も少なくなかった。

なお、指針の位置付けとY県立大学医学部の規則による規制の可否については、これを検討している答案が1割程度と少数にとどまったが、両者の相違の理由、規則制定の背景・経緯を踏まえて説得力のある論述を行っている答案もあり、そのような答案は、総じて全体的にも高水準の内容となっていた。

イ 答案からうかがわれた課題としては、以下のようなものが挙げられる。

- ① 多くの受験者によって、憲法第23条の自由と規制に関する問題だということが理解され、その制約の限度については、それなりに記述されていた。しかし、同条が規定する学問の自由の中に学問研究の自由が含まれることの解釈を欠くもの、あるいは、学問の自由の精神的自由における位置付けについて、同条の独自の意義を説明できずに、単に、思想良心の自由を具体化したものだとしたり、表現の自由の一態様と解釈するなどの記述をするものも散見された。
- ② 事案に即して考えるのではなく、単純に違憲審査基準を立場によって使い分

け、自分は中間の基準をとるという、パターンとして答案を記載しようとする姿勢のものも目に付いた。例えば、X側の主張として厳格審査基準、Y側として合理性の基準、自分としては中間審査の基準を採るとというのが典型である。その論述過程で、具体的な事案の検討や論理の展開をほとんどすることなく、単に抽象的に、X側として、「精神的自由権だから」、「民主政の過程に影響を与えるから」学問研究の自由は重要だと記載し、Y側として、「本件のような先端医療分野では被験者の生命身体を保護する必要があるから」とし、自説における違憲審査基準については、「原告と大学側の中間を採る」というスタンスしか示されていない答案も見られた。このような内容では事案に即した検討ができていないとは言えない。

- ③ 「明白かつ現在の危険」の基準をその本来的な意味・内容を正確に理解しないまま本件に用いる不適切な論述が散見された。
- ④ 憲法第23条は一方で原告（個々の研究者）の研究の自由を保障するが、他方で研究者の所属する大学の自治をも保障する。大学の自治は通常、学問の自由を保障するための制度的保障であると理解されているが、本問では、両者は対立関係にあるため、これをどう調整するのかという問題を避けて通ることはできない。この点を十分検討している答案は、余り見られなかった。
- ⑤ 処分の要件である「重大な事態」に本件が当てはまるかどうかの検討に終始し、憲法上の問題を論じられていない答案が少数ながらあった。

(3) 設問2について

ア Xは、Cには憲法第13条の自己情報コントロール権があり、Cへの情報の開示はこれにこたえるものであり、インフォームドコンセントの観点からも不可欠の行為であるところ、本件規則はかかるCの権利を侵害すると主張し、これに対してYは、CによるC自身の情報取得がCの自己加害につながるとしてパターンナリスティックな規制を、Cの家族については同条のプライバシー権を保護する規制の必要を主張するという構造を把握できた答案があった。

イ 答案からうかがわれた課題としては、以下のようなものが挙げられる。

- ① 本問で問題となる人権が、被験者Cの知る権利及びその家族のプライバシー権であることに気付いていない答案が予想していた以上にあった。そのため、本件停職処分により侵害される人権に触れることなく、単に停職処分の軽重について違憲性を論じている答案や、侵害される人権を、営業の自由、職業選択の自由や表現の自由、学問成果の発表の自由ととらえる答案も見られた。

知る権利に気付いても、表現の自由との関係における一般論に終始するだけとなってしまいうものもあり、「自律としての自由」と「他律であるパターンリズム」との対立構図において被験者らの知る権利を論ずるものは少なかった。また、パターンリズムの問題に一応触れても、遺伝子情報の保護という特殊性に立ち入ることなく、単に、未成年でないから規制は正当化できないといったことだけで結論付けてしまう論述になっているものもあった。また、家族の遺伝子情報をCに開示したことの規則違反を指摘していても、それがプライバシー権の問題であることを意識していない答案も少なくなかった。

- ② 本件処分の理由は、規則に違反する情報開示であるため、直接的には、被験者であるCの遺伝子情報を知る権利の侵害が問題になる。知る権利は自己の情

報に関する限り、憲法第21条ではなくプライバシー権の発展型としての情報プライバシー権（自己情報コントロール権）として位置付けることも可能である。Cが家族の遺伝子情報を知ることは、家族の情報プライバシー権との間での衝突を生む。それをどう解釈し、どちらを優先させるかが重要な論点となるが、この点を適切に論じたものは多くはなかった。

- ③ 輸血拒否事件判決を理解していれば、Cに対するXの説明責任が問題になることに気付くことができたはずである。
- ④ 第三者の憲法上の権利侵害を理由としてXが違憲主張する適格が問題となるが、この問題に触れていない答案や、触れていても論述に適切さを欠くものも見られた。
- ⑤ 部分社会の法理を展開し、停職処分は大学内部の問題であって、一般市民法秩序と直接かかわらないから司法審査が及ばないと書くものがあつた。富山大学判決の判断枠組みを、本件のような場合にもそのまま用いることの妥当性や部分社会論自体の問題性を論じる必要がある。
- ⑥ Cが何のために自己及び家族の遺伝子情報を知りたかつたのかが分からなかつたためか、「専門的知識に欠けるCが遺伝子情報を知っても無意味なのでCは保護に値しない」と断ずるものがあつたが、このような見方を示すだけで結論とするのでは説得力のある検討とは言えない。

また、関係者の利益状況の分析をするに当たり、Cに開示された第三者の情報家族の情報であることに着目することはともかく、単に、「家族だから本人と同視できる」、「家族であるのでプライバシー権保護の必要性が低い」とするものも、必ずしも十分な検討とは言えない。

3 答案から見て今後の法科大学院教育に求めるもの

前記2(1)アで指摘したように、憲法に関する基本的理解が十分身に付いていないと思われる答案がそれなりにあつた。法科大学院における教育を通じて、具体的事案に対応可能となるための不可欠の前提である、基本的な理解を着実にさせることが求められるであろう。

また、与えられた事実のごく一部を適当に拾って審査基準に形式的に「当てはめ」ているだけで結論が出たと考えるのではなく、様々な事実を法的観点から分析・評価し、一つの筋道立った結論を導こうとする姿勢を身に付けさせるよう促す必要があると思われる。

平成21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

別途公表している「出題の趣旨」も合わせて、参照いただきたい。

- ・ 設問1は、建築確認の取消訴訟の原告適格、狭義の訴えの利益、建築確認の執行停止について問うものである。取り分け原告適格について、Fらの個別事情を踏まえた丁寧な論述をすることが求められている。
- ・ 設問2は、実体上の違法事由（接道義務違反、地下駐車場と児童室の距離制限違反）、手続上の違法事由（紛争予防条例に定める説明会の開催義務違反、行政手続法上の公聴会開催義務違反）の主張が認められ得るかを検討させ、特にFについて、行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限について問うものである。

2 採点方針

- ・ Fらに原告適格が認められるか、個別の違法事由の主張が認められるかといった個々の結論よりも、結論に至る過程でどれだけ説得力のある論述をしているかを重要視した。したがって、結論それ自体の記載では解答したことにはならず、結論に至る思考過程を説得的に論証することが求められる。
- ・ 建築確認の根拠法令である建築基準法及び関連条例の抜粋から、その目的と各種規制の内容を理解し、根拠法令が建築確認を通してどのような利益を保護しようとしているのかをよく考え、趣旨に基づいた論述をした答案が高く評価された。
- ・ 基本的理解が現れている答案が高い評価を受けた一方で、一知半解の知識のみに基づいて書いた答案は低い評価に止まった。
- ・ 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。

3 採点実感

以下は、採点委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。内容の重複する部分も存在するが、受験者等に対する重要な示唆となり得るものとして、紹介する。

- ・ 論ずべき事項が、問題文によってかなり具体的に示されていたことから、全く筋違いの方向で論じる答案は少なく、大部分の答案は、取消訴訟を提起し執行停止を申し立てるべきことを前提に、取消訴訟の原告適格や執行停止の要件について論じていた。
- ・ 全体として、基本的な問題であり、実力がよく測定されてそのまま評価の差に反映した印象である。よく理解できている受験者と勉強が不足している受験者の間で、得点差が明確に出ており、学習の到達度を明確に判定できたと考えている。
- ・ 問題が素直なものであったため、受験者の出来具合は比較的高い感があったが、非常に優れた答案は少なかった。
- ・ 全体として、暗記である程度対応できる一般論については比較的書けているのに対し、具体的な事案の分析、法の解釈・適用、基本的な論述といった場面では、能力の不足が顕著である。
- ・ 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。

- ・ 原告適格に関する一般的な判断の枠組みは、言葉として暗記して答案に再現してはいるものの、内容を理解せずに適用されている例、事案に即した具体的な当てはめが弱い例が、かなり多く見られる。ここには、丸暗記に頼った従来型学習の弊害がなお払拭されていない状況がうかがわれる。多くの受験者は、建築確認の根拠条文を丁寧に検討することなく、建築基準法第1条の目的規定とB県中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例の「近隣関係住民」の規定を挙げるにとどめている。建築確認の要件が全く検討されていない答案や建築紛争条例が関連法令に該当するのかといった議論を省いた答案が、相当数見られた。つまり、何が個別的に法令で保護されていると解釈できるのかについて、法令を注意深く、丁寧に分析した答案は極めて少ない。
- ・ 行政事件訴訟法第9条第2項は、法令に違反してなされた場合に害されることとなる利益の内容・性質を勘案することを求めている。しかし、利益の内容及び性質に関して原告適格を論じた答案は少なく、火災からの安全と児童室利用の際の交通安全を区別していない答案も多く見られた。同法第9条第2項の列举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。
- ・ 個別の論点について触れてはいるが、論述の流れや説得力において物足りないタイプの答案が目立つ。
- ・ 工事の完了に伴う取消訴訟の帰趨に関して、議論を落としている答案や、触れてはいるものの、訴えの利益が消滅する理由が全く述べられていない（ないしは不十分な）答案が多かった。
- ・ 執行停止に関して、行政事件訴訟法の要件を解釈した上で、本件を適切に当てはめて利益衡量を行った答案は、極めて少数であった。多くの答案は、侵害される利益や訴えの利益の消滅のおそれにかんがみて執行停止が認められるといった程度の記述にとどまっていた。重大な損害の解釈について論じないまま、結論のみを述べる答案も見られた。効力停止の必要性について論じているものは少ない。
- ・ 法科大学院の教育において、条例制定権に関する問題が憲法と行政法の間の谷間に入り込んでしまっているのか、条例制定権に関しての理解不足が目立つ。
- ・ 資料に挙げられた二つの条例について、法律に基づいて制定された条例なのか、地方公共団体が自主的に制定した条例なのかといった区別や、その性質の違いを意識した答案は少数であった。
- ・ 会議録に出ている事実関係をそのまま転記し、又は要約するだけで結論に持ち込む答案が少なくない。例えば、接道義務及び児童室にかかわる法令違反に関して、そのような答案が見られた。問題文中の情報を切り貼りするだけの答案では、解答したことには全くなならない。
- ・ 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。

- ・ 説明会開催義務違反に関しては、手続的違法による処分の取消し可能性についてのみ論じる答案がかなり多かった。建築基準法と自主条例の関係に関して、この点を論じる必要性に関して意識されていないものも少なくない。
- ・ 公聴会に関しては、多くの答案が行政手続法第10条に基づいて適切に論じていた。しかし、紛争予防条例に基づく説明会と区別ができていない答案や、行政手続法に言及できていない答案も見られた。
- ・ 主張制限については、一通り書き込まれている答案が多かった。しかし、そのような答案のほとんどは、行政事件訴訟法第10条第1項については原告適格と同様に考えればよいといった説明に終わっていた。
- ・ 読みやすい文章、流れのある文章が見られる反面、論点を追うだけで文章が続いていない答案が見られた。
- ・ 対象外の論述を展開している答案、余事記載をしている答案も見られたが、当然ながら、その部分には点数は与えられない。

4 今後の出題の在り方

- ・ 何について論じるのかという点について、一層明確にすべきであるといった意見が見られる一方で、問題文における指示が懇切丁寧すぎるといった意見も見られた。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- ・ 行政法の基礎は、難しい理論の分析以前に、法令の規定を正確に読み解くことであり、そうした技術の訓練が必要である。日ごろから、多くの法令に触れて学習することが、重要な意味を持つ。
- ・ 与えられた事実と法令を基に、自分の頭を使って考えたことを分かりやすく表現するという訓練が不可欠である。判例を始めとする法律知識は重要ではあるが、これも考える素材として重要であるという意識を持って勉強を進めることが望まれる。
- ・ 問題点を発見し、これについてじっくり論理的に考え、その結果を達意の文章にできる能力を身に付けさせることが要請される。知識は基礎的なもので構わず、むしろ、それを掘り下げることができるように、上記能力を磨くことが重要である。
- ・ 実際の行政訴訟の場では、文献や立法資料が乏しい中で行政実体法を手掛かりに、その趣旨を考え、説得力のある論理を検討することが多い。法科大学院では、具体的な事案を素材に、個別の行政実体法の趣旨に基づいた検討ができる能力を学生に身に付けさせる指導を期待する。
- ・ 事案を分析し、法を具体的に解釈、適用する場面において能力の不足が顕著である。マニュアル志向、正解志向に陥ることなく、具体的な事案に基づいて、柔軟かつバランスのとれた実務的な法的思考力を身に付けさせる教育を望みたい。

- ・ 基礎的な理解に乏しい受験者も見られ、修了認定の厳格化が必要である。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（民法）

1 出題の趣旨、ねらい等

民事系科目第2問は、機械の製造販売事業を営む株式会社の取引及び合併をめぐる事例に関し、様々な角度から、民法上及び会社法上の問題点等についての基礎的な理解の有無を問う総合問題である。単に知識の有無の確認をするだけでなく、具体的な事実関係に即して基本的問題を掘り下げて考察する能力、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力、法律上の権利を具体的場面で活用する能力、論理的に一貫した論述をする能力の有無などを試すものである。

民事系科目第2問の前半（設問1から設問3まで）は民法からの出題であり、会社間の売買契約に関する問題である。X社がA社に金属加工機械1台を所有権留保特約付きで売却し、A社がこれをY社に転売し、X社からY社に直接納品されたが、A社のX社に対する代金債務が履行されなかったため、X社がA社との売買契約を解除した上、Y社に対し目的物の返還を求めて提訴したという事案について、多面的な検討を求めることにより、種々の能力の程度を測るものである。

設問1は、X社とA社との間の売買契約について、注文書及び注文請書に誤記があり、両当事者が一致して意図していた目的物の型番とは異なる型番がこれらの書面に記載されたという場合において、売買契約の目的物、誤記が契約の効力に与える影響、錯誤の成否について問うものである。契約当事者の真意は合致しているものの、物理的な表示がそれとは異なっている場合の処理という基礎的な問題ではあるが、結論に至る理由付けを具体的事案に即して述べるためには、理論的考察と事実の評価との両面にわたる能力が求められる。錯誤の成否にも言及することを求めたのは、そうしない場合には、錯誤とはならないと理解しそのように書く答案、錯誤とはならないと理解したためにあえて言及しない答案、錯誤の成否についてはよく分からない（又は問題点に気付かない）ために言及しない答案が出現することが予想されるので、第2類型と第3類型とを識別する必要があると考えたためである。なお、本件では、種類物売買であるという特徴もある。

設問2は、Y社による上記機械の即時取得の要件に関する問題である。（1）①は、「A社とY社との間の売買契約に基づく引渡しが行われたこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問うものである。取引行為に基づく占有取得の要件について、その意義（占有取得の意義、それが取引行為に「基づく」ものであることの意味）を問っている。なお、この事実は、種類物の特定にもかかわるものである。

（1）②は、「Y社が引渡しを受ける際、A社がX社に代金全額を弁済していない事実を知らなかったこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問うものである。ここでは、即時取得の要件である「善意」又は「無過失」に関する一般的な論述よりも、上記事実が即時取得の要件である「善意」とは異なるものであることを正確に指摘した上、その評価をすることが求められる。（2）③及び④は、即時取得における過失の評価に関する問題であるが、それぞれの性格は異なる。（2）③は、具体的事実が過失の認定判断に働くかどうか、その理由は何かの説明を求めるものであり、事実の分析及び評価に係るものである。他方、（2）④は、過失の有無の判断が占有取得時にされるべきであるという理論的性格を持つものである。以上のように、設問2は、要件事実の基本的知識を確認するだけでなく、実体法上の理論的

問題の検討及び具体的事実の慎重な分析と評価を求めるといふ、多面的な性格を持つ問題である。

設問3は、X社がY社に対し、引き渡された機械の返還とともに、その使用料相当額をも請求しようとする場合について、その法的根拠を1つ示した上、いつから請求することができるかの説明を求めらるるものである。法的根拠（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が考えられる。）といつから請求することができるか（引渡時、解除時、返還請求時、返還請求訴訟提起時が考えられる。）との組合せと理由付けが整合的なものとして示されていること、その前提として所有権留保売買の法的構成及びそこでの買主又は転得者の使用権限に関する分析がされていることが求められる。この問題は、他人の物を権原なく使用する場合の清算関係及び所有権留保売買における売主と転得者との関係という民法上の重要問題に関する基本的理解と、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力を問うものである。

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、初めて民法と商法との大大問形式での出題がなされることになったが、民法の領域については、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。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、具体的事実を注意深く分析した上、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。

なお、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、一方では、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し、他方では、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、各考査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、次のとおりである。設問1については、出題の意図におおむね即した答案が多数であった。設問2については、小問によってばらつきがあり、特に小問(2)①では、出題の意図におおむね即した答案が大多数であったのに対し、同④では、出題の意図を把握できなかった答案が大多数であった。設問3については、出題の意図に即した答案は、少なかった。

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は、次のとおりである。設問1においては、予想されたとおり、一応の水準に達するものが過半数あったが、期待した水準に達するものは多くなかった。設問2においては、小問によってばら

つきがあり、そのばらつきは、予想よりやや大きかった。小問（１）①は、期待した水準に達しているものが大多数であり、これは予想を上回った。（１）②及び（２）③は、期待した水準には達していないが、一応の解答をするものが多かった。（２）④は、題意を正確に理解し、一応の水準に達したものは少数であり、これは予想を下回った。設問３については、一応の水準に達していないものが予想以上に多くあった。

答案の水準についての絶対的評価については、全体として、傑出した答案が少なく平板なものが多いことを指摘する意見があった。また、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った。

(2) 設問１について

本問は、契約の成立に関する基本的問題であるが、多くの答案は、当事者の合致した真意による型番の機械についての売買契約が成立し、錯誤は成立しないという構成をとっていて、その点においては一応の水準に達している。しかし、なぜ錯誤が成立しないのかについて、明確に説明できているものは多くない。錯誤が成立するとした上、妥当な結論に至ろうとして、錯誤の要件を操作したり（錯誤となるが重過失がないというそれ自体は正しいもののほか、「共通錯誤」だから錯誤にならないという奇異なものもあった。）、契約の成立時期を操作したりする（権限のない担当者の協議段階で契約が成立する、履行過程における新契約が成立するなど。）などの苦勞をしているものも相当数あった。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。

なお、本件売買が不特定物（種類物）売買であることを正しく指摘したものはごく少数であった。また、特定された後の具体的な機械が目的物であるとする誤答が散見された。

(3) 設問２について

本問は、一見すると要件事実のみにかかわる問題のようであるが、その内容は、提示された「事実」の注意深い分析とその評価、及び、その前提としての実体法の理解を問うものである。力のある者は、「事実」を正確に分析した上、要件事実の理解と実体法の理解をバランスよく論述するが、力のないものは、「事実」の分析を怠り、要件事実の平板な叙述にとどまっていた。

小問（１）①については、おおむね良好な解答状況であった。更に進んで、いわゆる「基づく引渡し」について論じているものも相当数あったが、不特定物の特定に言及しているものはほとんどなかった。

小問（１）②については、「事実②」を単純に即時取得の「善意」を意味するものであると即断し、民法第１８６条第１項の推定の問題として、平板な論述をするものが多かった。提示された事実の慎重な分析をする力の弱さが現れたと指摘する意見が多く出された。

小問（２）③については、規範的要件である「過失」の性質、位置付けについては、おおよその理解ができているものが多かったが、これらについて正確に述べることなく、事実の社会的な評価に係る自らの見解を述べる答案も少なからずあった。

小問(2)④については、基準時の問題に気付かないものが大多数であった。これは、即時取得の要件の判断の基準時についての知識がないのではなく、具体的事実についてその知識を正しく用いて判断するという力が弱いことを示していると思われる。事実を時系列に即して整理することができていないという指摘もあった。

(4) 設問3について

所有権留保の問題に言及していないものが大半であり、そもそも担保物権法の問題だということにさえ気付かないものも多数あり、題意に対応できていない答案が多かった。これは、担保物権法の基礎的理解が極めて不十分であることを示していると考えられる。

また、選択した法律構成と使用料相当額請求の始期との論理的整合性のないものも相当あった。これは、当該法律構成についての基礎的な理解が不十分であるとともに、論理的な思考能力の不足も表していると思われる。

(5) 全体を通じて

設問1と設問3は、多くの受験者にとって、その場で考える必要がある問題であったと思われる。習得した基本的知識に基づいて、自ら考え、妥当な結論に至り、論理的に整合性のある論述をする必要がある。設問2は、一見すると要件事実の知識のみを問うているかのように見えるが、その内容は、事実の分析能力と実体法の理解をも確かめるものである。いずれの問題においても、提示された事実を正確に理解する必要があるが、それが不十分な答案が少なくなかった。

このように、第2問前半は、民法の問題について、基本的知識の有無だけでなく、具体的事実との関係での知識的確な活用、未知の問題についての考察、論理的な叙述といった、法律家として求められる能力を多面的に測ることを目指したところ、各問題についての出来不出来はあったものの、全体を通して見ると、上記の能力のある者を選別できたのではないかと考える。この意味で、今回の出題は、一定の成果があったように思われる。

もっとも、第2問後半(商法)の問題との関係からか、第2問の前半全体としての解答の分量が少ないという指摘があった。

4 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、具体的事実を注意深く分析しこれを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、取り分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。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（商法）

1 出題の趣旨，ねらい等

既に「平成21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4から設問6までが商法からの出題であるが，これらは，いずれも，問題文に示された比較的詳細な事実や議決権行使書面及び委任状といった法的文書を読み解き，分析して，商法上の論点を的確に抽出した上，民事訴訟や民事保全の手続をも活用しつつ，事案に即した有効な法的対応を行うことができるかという，法曹に求められる基本的な知識と能力を試すものである。

設問4については，ほとんどの答案が会社法第360条の差止請求権の問題として検討することができていた。同条の適用に当たっては，X社の取締役の行為が法令違反の行為になるかという問題と，同社に回復することができない損害が生ずるおそれがあるかという問題を検討することとなるが，これらの双方の論点につき，多くの答案が取り上げていたものの，「法令」違反の意義をきちんと論じていた答案は，多くはなかった。例えば，かなりの割合の答案は，独占禁止法違反の行為が当然に会社法第360条に規定する法令に違反する行為に当たると単純に記述していたが，裁判例・学説上重要な問題として論じられている会社法第423条における任務懈怠としての「法令」違反（善管注意義務違反，忠実義務違反）と同様の議論が会社法第360条についても問題になり得ることを意識した答案は少なかったし，合併比率の不公正の点を論じた答案も少なく，応用力が十分でないことがうかがわれた。また，問題文においては，Z社との基本合意をX社が白紙撤回し，それに対し，Z社がX社に対する損害賠償請求の提訴を準備していることを詳しく記述している。この損害賠償が認められれば，X社に損害が発生することから，基本合意を破棄してD社との合併を行うとしているX社の取締役の行為は，取締役の善管注意義務違反という違法性の問題としても，「当該株式会社に回復することができない損害が生ずるおそれがあるとき」の問題としても，論じられるべきものであることが分かるはずであるが，これを指摘して論じている答案は極めて少なかった。問題文をよく読んでそこに書かれている事実の法的意義を読み解くという姿勢ないし能力の欠如を示すものであろう。

設問5については，出題趣旨で説明しているように，議決権行使書面と委任状，それぞれに関する法制の違いをどこまで理解しているかを試す問題であったが，ほとんどの答案は，これをきちんと理解していなかった。このことは，委任状の受任者であるZ社が会社提案議案に反対の議決権行使をしているにもかかわらず，同議案に賛成との記載のある委任状を特段の根拠を示すことなく同議案への賛成票に算入してしまっている答案がほとんどであったことに端的に示されている。また，賛否の記載のない議決権行使書面の効力については，会社法施行規則第66条第1項第2号という明文の規定があるのに，これに言及する答案はほとんどなく，かえって同号の規定に反する内容を漫然と記述している答案も相当数あったところであり，規則のレベルまで学習が及んでいないことがうかがわれた。

設問6については，出題趣旨で説明しているように，設問5における検討結果を踏

まえ、合併承認の総会決議が成立していないことを論じて、そこから当該総会決議の取消しの訴えを提起するとともに、それを本案とする実効的な仮の地位を定める仮処分命令の申立ての検討を論じることが期待された。しかし、設問5に対するほとんどの答案の内容が上記のようなものとなっていたため、合併承認の総会決議が当然に成立したということを前提とする答案が多く、そもそも、このような期待される論点に入らない答案が多かった。多くの答案は、独占禁止法違反や議長の議事運営の不正さ（答案によっては、これらに加えて合併比率の不正さ）による株主総会決議の無効や取消しの問題のみを論じるにとどまっていたが、このような答案も、設問4における検討と同様、独占禁止法違反や合併比率の不正さが決議無効原因になるかという問題点をきちんと論じているものは、ほとんどなかった。これらの瑕疵につき、合併の効力発生後は合併無効の訴えによらなければ争うことができないことは、多くの答案で触れられていたが、株主総会の決議の無効の確認又は取消しの訴えと合併の無効の訴えとの関係まで論じたものは、少なかったし、独占禁止法違反や合併比率の不正さが合併無効の原因となるかという問題点についても、検討を行っていない答案が多かった。

一般的に言うことができるのは、例年指摘されていることではあるが、問題文に記載されている事実関係の法的意義を読み解くこと（事実関係への当てはめ）が不十分であり、その結果、法的論点についての理解に基づく踏み込んだ議論ができず、また、その前提として、当該論点に関する法令の規定や裁判例への言及もほとんどされていないということである。条文や裁判例を出発点として議論をするという法律実務家に最も必要な姿勢に欠けていると言わざるを得ないであろう。上述したように、議決権行使書面と委任状の違いといった実務的にも重要な基本的制度の理解が不十分であるし、実務的には極めて重要となる仮処分命令について触れている答案も、極めて少なかった。加えて、票数の数え間違い等、法律実務家としての能力以前の初歩的なミスも目立った。

3 今後の出題

本年の出題における試みとして、裁判例・学説等が余りなく、一義的な答えを知識として有していないであろう問題（設問5の②）を出題し、受験者がそのような問題についても自分なりに考え、解答を導く能力を有しているかどうかを問うこととした。各自で考えたそれなりの解答が得られ、有益な試みであったと考えられるが、採点方法が難しくなったことは事実であり、出題形式等における更なる工夫を考えることも必要であろう。なお、独占禁止法違反が取締役の行為の差止め、株主総会の決議の無効、合併の無効等の原因になるかという問題は、会社法の問題であるとともに、独占禁止法の解釈問題としての面も有しているため、他法との境界領域にかかわる出題をする際の課題も感じられた。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

受験生には、議決権行使書面と委任状の問題、民事保全の手続による救済等のように、基本的であり、かつ、実務的にも非常に重要な制度に関する理解ができていない傾向が見られる。これは、法科大学院における商法教育の重点の置き方にも、問題が存在する可能性があるのではなかろうか。また、事実関係を正確に読み解き、そこに

含まれている法的問題を抽出する能力，理論を深く理解して，それを応用する能力等も，不十分である。今後とも，これらの法曹に求められる基本的能力を涵養する教育が求められるであろう。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（民事訴訟法）

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。

今年の民事訴訟法の出題は、大大問ではなく、大問形式であったことから、訴訟物の問題など、大大問では出題が比較的難しい分野について受験者の理解力・思考力を試す問題を出題した。第1問、第2問共に、基本的な知識を基礎としつつも、応用力を試す問題を出題することにより、これまでの学習で培った基礎的知識に基づき、具体的事例に即して論理的に分析かつ思考して、妥当な結論を導き出すことができるかどうかを試すものである。

設問1は、いわゆる「相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述」という周知の論点に関するものである。ここでは、弁論主義の第1及び第2テーゼや、自白の意義に関する基本的な理解が前提となる。その上で、設問1では、建物収去土地明渡請求訴訟において建物買取請求権の行使が問題となる設例に基づき、証拠調べの要否という観点から検討させることにより、その応用力を問うことを意図している。取り分け、小問(3)は、擬制自白に関する民事訴訟法第159条第1項が、主張責任を負う相手方の主張する事実について争うかどうかを明らかにしない場合を想定した規定であることを踏まえつつ、主張責任を負う当事者が相手方の主張する事実について争うことを明らかにしない場合にどのように考えるかという新たな論点を提示して、受験者の思考力・分析力を試すものである。

設問2は、訴訟物、訴えの利益、既判力等の民事訴訟法に関する基本的な概念についての理解を前提とするものであり、まずは、これらの概念について正確に理解していることが必要となる。その上で、設問2では、具体的な事案の訴訟経過に即して、訴えの利益の有無、訴訟物及び既判力の内容を、当事者の立場から複眼的に検討・分析することが求められる。取り分け、小問(2)では、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であることを前提としながら、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであるとの被告の主張の論拠について考えさせる問題であり、受験者は、既判力についての基本的な理解を踏まえ、一部認容判決の敗訴部分の既判力や留保付判決の留保部分に生じる効力など、被告の主張の論拠について考えることが求められる。

2 採点実感等

答案を採点した委員から寄せられた意見をまとめると、次のとおりである。

- (1) 解答に当たっては、基礎的な概念について正確に理解することが必要となる。もとより、基礎的な概念や内容そのものを不必要に長々と論じることは求められていないが、条文の趣旨や基本的な理念の理解が不十分なまま論理を展開する答案も少なくなかった。採点に当たっては、基本的な概念の理解が正確であれば一定の評価を与えるようにしたが、例えば、第1問について、弁論主義の第1及び第2テーゼの意義について正確に理解していない答案や、第3テーゼを証拠調べの要否に関するものと誤解しているものが目立った。第2問について、既判力の問題と二重起訴の問題とを混同しているものなどが見られた。応用力を試す問題であっても、飽くまで土台となるのは民事訴訟法の理念についての基礎的な理解力であり、この基礎

がせい弱な場合には説得的な答案を書くのは困難となることに留意すべきである。

- (2) 解答に当たっては、問題の所在を正確に把握した上で、基本的な理念に照らして考えていくことが必要となるが、答案の中には、問題の所在を注意深く検討することなく、既知の論点についての論述から結論を導き出しているものも多かった。例えば、設問1の小問(3)は、前記のとおり、擬制自白に関する民事訴訟法第159条第1項がそのまま適用される場面ではないことから、同項の適用される場面かどうかを考えた上で、同項の趣旨に照らして、証拠調べを要することなく判決の基礎とすることができるかを考察することが必要となるが、そもそも問題の所在に気が付いていない答案も少なくなかった。また、設問2の小問(2)では、「少なくとも建物収去を求める部分については」との出題趣旨について注意深く検討することなく、既判力の一般論から結論を導き出している答案がほとんどであった。
- (3) 採点に当たっては、論理的な一貫性も考慮したが、小問ごとに望ましいと考えられる結論を追求する余り、論理的な一貫性を欠く答案も散見された。例えば、設問1において、建物買取請求権を権利抗弁であるとしながら、小問によっては、事実の主張であるとの立場に立って自白の成否を論じているものが少なくなかった。これは、権利抗弁についての基本的な理解が不十分であることにもよろうが、自説から説明することが困難な問題に直面した場合にどのような議論を展開するかによりその応用力が明らかになるのであり、結論の妥当性を追及する余り、問題に応じて立場を変更し、論理的な一貫性を欠くことがないように注意すべきである。
- (4) 設問では、裁判長又は弁護士と司法修習生との会話の中で解答するに当たり前提とすべき事項、検討する必要がない事項が明示され、その会話を踏まえて、設問に答えるよう指示されている。しかしながら、答案の中には、設問2の弁護士と修習生との会話において、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であるとされているにもかかわらず、その訴訟物が異なることを前提に解答しているものもあった。また、設問1は、証拠調べをすることなく判決の基礎とすることができるかどうか問われているが、結論として自白の成否のみを解答しているものなども散見された。解答に当たっては、問題文全体を注意深く読み、問われていることに正面から答えることが基本である。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

法科大学院の教育においては、民事訴訟法の基本的な概念を正確に理解するように指導をしているところであるが、設問2において既判力が問題となる場面と二重起訴が問題になる場面が異なることが理解できていない答案も散見されたように、基本的な概念を正確に理解することの重要性が改めて認識されるべきであろう。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（刑法）

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点の基本方針等

出題の趣旨にのっとり、具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事実に法規範を適用する能力並びに論理的思考力を総合的に評価することが基本方針である。

その際、基本的な刑法総論・各論の諸論点に対する理解の有無・程度、事実の評価や最終的な結論の具体的妥当性などに加えて、結論に至るまでの法的思考過程の論理性を重視して評価した。

その結果、結論の妥当性と論理的一貫性の両者の調和を意識して問題に迫り、あるいは迫ろうとした答案は高い評価に、論理的整合性さえあれば良しとして結論の妥当性を軽視したり、逆に、結論の妥当性に偏って論理的整合性を軽視したりする答案は低い評価にならざるを得なかった。

また、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。

結局、無理のない自然な事実の評価をした上で、刑法の基本的解釈論を踏まえ、論理的整合性に留意しつつ適切な結論を導き出すことを心掛けることが肝要であって、このような姿勢で本問に臨めば、おのずと一定（「一つ」ではない。）の結論に到達し得るものと思われる。現に、多くの答案の結論は、おおむね一定の範囲に収まっていた。

3 採点実感等

(1) 全体

ほとんどの答案が、Aに生じた合計200万円分の財産的損害に関する甲乙の罪責を中心に論じており、これは出題意図に沿うものである。

後半の狂言行為については、監禁罪や偽計業務妨害罪の成否を論じた答案が多く、犯人隠避ないし証拠隠滅罪の成否に触れた答案も相当数あったが、狂言行為に関する甲乙の罪責に全く触れていない答案も少なくなかった。

(2) 具体例

考査委員による意見交換の結果を踏まえ、答案に見られた代表的な問題点を列挙する。

ア 甲乙の関係について

- ① 甲が、乙の行為及びその結果に対し刑事責任を負うためには、甲乙の関係につき、間接正犯か何らかの共犯の成立が必要であるのに、これらの点に関する言及がないまま、Aに生じた財産的損害について甲に財産犯の成立を肯定する答案。

② 本件では、甲乙間に犯罪を共同実行する意思連絡は一切ないにもかかわらず、積極的に片面的共同正犯を肯定する立場であることを論述することもないまま、甲が事後的に乙の行為やAの損害を承認していることを根拠に共同正犯の成立を肯定したり、犯罪既遂後の乙の関与をもって従犯の成立を肯定したりするなど、犯罪が既遂に達した後の関与等を根拠に共犯関係を肯定する答案。

③ 甲乙に成立するとする犯罪が食い違うのに、それに関する説明が全くなされていらない答案。

例えば、80万円の損害について、甲に業務上横領罪の教唆犯を、乙に電子計算機使用詐欺罪の正犯を認めるもの。

④ 甲の乙に対する200万円に関する指示行為が犯罪に該当するとしながら、そのうちの120万円が甲の利益に帰属しなかったことのみを理由とし、甲の指示行為と乙による120万円の払戻行為との間の因果関係や錯誤の検討もないまま甲の責任を否定する答案。

なお、考査委員からは、②のような答案の背景の一つに、問題文において主要事実が確定しているにもかかわらず間接事実の積み重ねによる事実認定を行うという誤りを犯している場合があるのではないかと、④の点は、刑法の因果関係論や錯誤論によれば、一定限度で「具体的に予見しなかった結果や因果経過」についても因果関係や故意責任を肯定し得るのであるから、この点の検討を欠くのは、刑法の基本的な理解が不十分であるか断片的にしか身に付いていないものと言わざるを得ないのではないかなどの指摘がなされた。ちなみに、④の点について、明確に因果関係の有無を検討し、あるいは、甲の認識と実現結果との食い違いについて、これが（抽象的）事実の錯誤の問題なのか、法的評価の違いにすぎないのか、などの問題意識を有する秀逸な答案もごく少数ながらあった。

イ 財産犯の理解について

① 横領未遂罪の成立を認める答案や80万円をAの口座からBの口座に直接振り込んだ行為を窃盗罪とする答案。

② 同一の被害について、特段の問題意識を持たないまま複数の財産犯の成立を認める答案。

例えば、80万円の送金行為につき、背任罪、横領罪、電子計算機使用詐欺罪のすべてが成立するとするもの。

③ キャッシュカードや通帳等の横領罪の成立を認めるのみで、Aに生じた合計200万円の財産的被害に関する犯罪の成否を検討していない答案。

④ 横領罪と背任罪の関係について、そのいずれを検討すべきか、両罪の区別に関する一般論を長々と論じる答案。

このような点を論じても、結局は、個別の犯罪構成要件の充足を論証しない限り甲乙に成立する犯罪を確定することはできないのであるから、詳細に論述することに余り意味はない。

⑤ 甲の乙に対する指示時点で預金の横領が既遂に達するとする答案。

この結論には、理論的にも実質的にも無視し得ない様々な問題（例えば、乙の行為前にAが預金を払い戻したり、第三者が預金を差し押さえたりした場合に、横領の被害をどう考えるのかなど。）があるのに、この点の検討がないま

まこの結論を採ることには疑問がある。

ウ その他

- ① 狂言行為それ自体がAに対する背任罪を構成するとした答案。

本問で示された具体的事実関係において、果たして背任罪の構成要件の充足を判断できるか疑問と言わざるを得ない。

- ② 具体的事実を構成要件に当てはめる際、抽象的に要件を充足することを指摘するのみで、具体的にどのような法的構成なのか分からない答案。

例えば、「自己の占有する他人の物、の要件を満たす」旨の結論だけを示し、具体的に、占有の対象が「Aの口座に預金として預け入れられた現金」たる物であることや、その所有者・占有者がだれであるかが明示されていないもの。

- ③ 場当たりの筋道が通っていない論述や、読み手の存在を意識しているとは考えにくい論述、基本的な法律用語に関する誤字・当て字などが多数目に付く答案。

エ まとめ

上記各例は、刑法総論や刑法所定の財産犯の構成要件の理解が不十分であるもの、それにとどまらず刑罰法規の解釈・適用に関する根本的な理解が欠如していると言わざるを得ないもの、断片的な知識や典型論点に関する一般論は一応身に付いているものの、問題解決のためにそれを活用・応用することができていないものなどであって、いずれも、低い評価とならざるを得なかった代表例である。

もっとも、全体を見れば、問題文で示された具体的事実を抽出し、これを法的に当てはめるといふ姿勢は定着しつつあり、また、比較的難易度が高い問題を前に、基礎的な知識を応用して論理的な解決を目指そうとする答案も多いことが指摘でき、これらは望ましい傾向である。

4 今後の出題について

出題の在り方について様々な意見があると承知しているが、新司法試験に求められる目的を十分に考慮しつつ、受験者の能力の適正な評価が可能な問題となるべく、今後も工夫を重ねていきたい。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

前述のとおり、事実を抽出して法的に当てはめるといふ問題解決の姿勢は定着しつつあるものの、刑法の基礎的な理解が不十分な答案もなお散見された。その中には、刑法の基本的な原理原則ないし解釈態度がなお十分に身に付いていないと思われるものや、具体的な事実関係から離れた典型論点に関する判例・学説の結論を機械的に当てはめているにすぎないと思われるものも含まれている。

法科大学院においては、引き続き、具体的事案に即して基本的な刑法解釈論を理解させるとともに、修得した知識を具体的事案の解決のためバランス良く総合的に使いこなす能力の涵養になお一層努めていただきたいと考えている。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（刑事訴訟法）

1 採点方針等

本年の問題も、過去3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犯罪捜査に関する基本的な問題と証拠法に関する伝聞法則を選定した上、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、受験者が、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である。設問1では、殺人及び死体遺棄事件を素材として、被疑者の共犯者が経営する会社を適法に発付された搜索差押許可状に基づいて搜索した際に行われた様々な写真撮影について、その適法性を問い、搜索差押えという強制処分の過程における写真撮影についての考え方を示した上、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、被疑者による犯行再現実験の結果を記載した実況見分調書について、その要証事実との関係で証拠能力を問い、本件の具体的事実関係を的確に把握・分析した上で、適用可能性のある伝聞例外規定に係る要件等の法解釈とその要件への当てはめについて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。設問1は、法科大学院の授業で直接扱う事例ではないかもしれないが、令状に基づく強制処分の制度趣旨という基本に立ち帰って考える能力を体得していれば、筋道だった論述ができるはずである。また、設問2は、法科大学院で刑事訴訟法をまじめ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聴いているので、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少なからず見られ、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た。設問1については、強制処分の過程における写真撮影の法的性質についての的確に論じた上で、各写真撮影ごとに個々の事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じられた答案が見受けられ、また、設問2については、本件での要証事実を的確に理解した上で、最高裁判所の判例法理等の理解をも踏まえて的確な論述ができていた答案も見られた。他方、昨年までと同様に、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られた。

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、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、適法に発付された捜索差押許可状に基づいて、憲法第35条の保障が及ぶ屋内を捜索する際に行われた対象者の意に反する様々な写真撮影についてその適法性を問うているにもかかわらず、これを単に任意捜査として許されるか否かという観点からのみ論じている答案や、各写真撮影を刑事訴訟法第111条にいう「必要な処分」として当然のように許されるとのみ論じている答案が見受けられた。また、各写真撮影については、個々の具体的な事実関係（特に撮影対象と被疑事実との関連性を検討する素材になる事実）が被疑者の供述調書など問題文中に現れているにもかかわらず、これを的確に抽出、分析できていない答案もあった。

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。しかし、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を深く考えることが望まれる。例えば、通帳に手書きで記載されていた「→T. K」の意味について、被疑者甲野太郎への殺害報酬の原資となっている可能性があるとの通帳の本件との関連性については論じている答案が少なからずあったものの、さらに、鉛筆での書き込みであって、捜査機関が後に書き込んだものではなく、捜索差押え時からこの書き込みが存在したことを明らかにする必要があるなどとの写真撮影の必要性についても検討している答案は少数であった。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。

設問2については、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、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は比較的少数にとどまった。本件では正に検察官が設定した立証趣旨が意味を持つ場合であるのに、何らの説明もなく検察官の立証趣旨に拘束される必要がない、あるいは検察官の立証趣旨には意味がないとだけ断じ、最高裁判所の判例の見解が前提としていた事案とは異なるにもかかわらず、刑事訴訟法第321条第3項所定の要件を満たすだけでなく、同法第322条第1項所定の要件をも満たす必要があるとした答案が多数あった。法律家は常に結論に至る理由を示し説明しなければならない。このような答案について、あえて厳しい評価をすれば、事案分析能力・思考能力の不備・欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

3 今後の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、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、重要な判例法理を正確に理解し、具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確にとらえることなどが要請される。特に、実務教育の更なる充実の観点から基本に立ち返り、通常の刑事手続、すなわち当たり前の手続の流れを正確に理解しておくことが、当然の前提として求められよう。