

平成28年予備試験論文本試験・出題分析表【平成29年5月27日(土)現在】

教科名	憲法	行政法	民法	商法	民事訴訟法	刑法	刑事訴訟法	法律実務基礎科目[民事]	法律実務基礎科目[刑事]	一般教養科目	
法務省発表の出題趣旨	<p>本問は、消極的表現の自由(憲法第21条第1項)及び結社の活動の自由(同)に対する制約の合憲性に関する出題である。ただし、ここでは、私的団体の活動に対する政府による助成の条件付けが論点となっており、これを踏まえた検討が求められる。現代国家において、国や地方自治体は様々な給付活動を行うが、その際、一定の条件を付すことがあり、その条件付けが、私人の憲法上の権利への制約となる場合があることに注意する必要がある。</p> <p>Xとしては、まず、①結婚に関する価値観は個人の自由な選択に委ねるべきであるとして、結婚という形にはこだわらない活動方針を採用しているところ、本件誓約書により法律婚の推進を積極的に支持するよう求められることについては、その法人・団体の基本方針に沿わない見解を表明させるものであって、Xの見解を表明させるものであって、Xの消極的表現の自由を侵害する、との意見主張が考えられる。他の議論も最も直載ではないが、そうした主張が最も直載であり、的を得たものとなる。次に、②本件誓約書を提出することができず、その結果助成が受けられなかったことについては、Xの活動の自由を著しく困難にさせ、結社としての活動の自由を侵害する、との意見主張が考えられる。</p> <p>これに対し、解答者としては、A市の側から想定される反論を、助成の性質を踏まえつつ明確にした上で、基本的な判例・学説の知識を前提にしながら、説得力のある形で自身の見解を述べることを求められる。</p>	<p>本問は、公安委員会が、未成年者に酒類を提供した飲食店に対して行った風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(以下「風営法」という。)に基づく営業停止処分に関する法的争点について検討させるものである。</p> <p>設問1は、営業停止期間の経過により狭義の訴えの利益(行政事件訴訟法第9条第1項括弧書き)が消滅するか否かを問うものである。狭義の訴えの利益に関する一般論を展開した上で、過去の一定期間内に処分を受けたことを理由として処分を加重する旨の加重規定が法令ではなく、処分基準に定められている場合において、処分の直接的効果が営業停止期間の経過によりなくなった後においても、なお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものといえるかを検討することが求められる。</p> <p>この論点に関する近時の重要判例として最高裁判所平成27年3月3日第三小法廷判決・民集69巻2号143頁がある。同判決は、本問と同様に、処分の加重規定が処分基準に定められている事案であり、行政手続法第12条第1項により定められ公にされている処分基準に一種の拘束力を認めて、処分の直接的効果が期間の経過によりなくなった後においても、なお一定の期間、狭義の訴えの利益が存続することを明らかにしたものである。同判決の正しい理解を前提として、処分基準の内容及び性質を踏まえた検討を加えることは加減事由となる。</p> <p>設問2は、営業停止処分の適法性について問うものであるが、手続的瑕疵と実体的瑕疵の二つに分けて検討することが求められる。</p> <p>手続的瑕疵については、不利益処分の理由提示に関する重要判例である最高裁判所平成23年6月7日第三小法廷判決・民集65巻4号2081頁を踏まえて、行政手続法第14条第1項本文に基づき要求される理由提示の程度に関する一般論を展開した上で、営業停止処分につき処分基準の適用関係が示されていない本件の事情の下、理由提示の瑕疵が認められるか否かや、理由提示の瑕疵を肯定する場合にはこれが処分の取消事由となるかを検討することが求められる。上記平成23年判決の事例との相違について検討を加えていることは加減事由となる。</p> <p>また、実体的瑕疵については、公安委員会がした営業停止処分が処分基準に即しているか否かを検討した上で、処分基準からの逸脱が裁量の逸脱・濫用を導くか否かについて検討することが求められる。</p>	<p>本設問は、①他人物売買において売主が権利を買主に移転することができなかったことを理由に買主が契約を解除した場合に、買主は、売主に対してどのような請求をすることができるか(特に、他人物売買であることについて買主が悪意であることができると説明されていた点をどのように評価するか。)、②他人物売買が解除された場合に、買主と目的物の所有者との間では、どのような清算をするのが相当か、さらには、③これらの検討を通じて、他人物売買の売主、買主、目的物の所有者の三者間の利害調整をいかにして図るのが相当かを問うものである。これにより、幅広い法的知識や、事案に即した分析能力、論理的な思考力があるかどうかを試すものである。</p>	<p>本問は、他人による手形振出の効力、株式の共有者に対する会社からの通知、株式が共有されている場合における株主権の行使方法、株主総会の決議の瑕疵を争うことができる(特に、合併無効の訴え等)についての基本的な知識・理解等を問うものである。</p> <p>解答に際しては、設問1については、手形署名(記名捺印)の代行による手形行為の有効性及び有効でない場合における被偽造者の手形債務の負担の有無を、設問2については、株主総会の招集通知についての会社法第126条第4項の規定の適用及び株式の共有者のうちの一人による議決権の行使につき会社が同意した場合(会社法第106条ただし書)に当該議決権の行使が適法とされるための要件(最高裁判平成27年2月19日判決・民集69巻1号25頁参照)を前提に、吸収合併の効力発生前においては株主総会の決議の取消しの訴え(会社法第831条第1項第1号)の可否及び合併の差止請求(会社法第784条の2)の可否等を、吸収合併の効力発生後においては合併無効の訴え(会社法第828条第1項第7号)の可否等を、それぞれ事案に即して整合的に論述することが求められる。</p>	<p>設問1は、本件訴訟において裁判所が当事者の主張していない所有権の取得経過(X・Y間の譲渡担保に基づく所有権移転)を判決の基礎とすることの適否を問う問題である。(1)では、弁論主義の適用範囲や事実の分類等に関する基本的な理解を踏まえて、本件において問題となっている事実が弁論主義の適用を受ける事実であることを的確に論じる必要がある。また、(2)では、当事者の弁論から出た火はその床板を燃やしたところを消火(なお、同発火装置の設置及び発火の際、甲乙は甲の知人Bがいたが、甲及び乙はBの存在に全く気付かなかった)が、乙宅の物置内に設置された発火装置から出た火は、本件を後述して物置に戻ってきた乙によって消止められ、発火装置下の段ボール箱及び同箱内の衣服の一部を燃やしたことから、甲乙は火災保険金の請求を諦めたという事象を素材として、事実を的確に分析する能力を問うとともに、放火罪、抽象的事実の錯誤、中止犯の成否及びこれが成立する場合に共犯へ及びばす影響等に関して論じて論じることが求められている。</p>	<p>本問は、数年来の遊び仲間である甲乙と共謀して、各々の自宅建物に掛けてある火災保険金をたまたま取り出すと、甲が一人で暮らす甲宅内、乙が内妻Aと二人で暮らす乙宅(Aは旅行のため留守)と木造の渡り廊下で繋がっている物置内にそれぞれ発火装置を設置したところ、甲宅内に設置した発火装置から出た火はその床板を燃やしたところを消火(なお、同発火装置の設置及び発火の際、甲乙は甲の知人Bがいたが、甲及び乙はBの存在に全く気付かなかった)が、乙宅の物置内に設置された発火装置から出た火は、本件を後述して物置に戻ってきた乙によって消止められ、発火装置下の段ボール箱及び同箱内の衣服の一部を燃やしたことから、甲乙は火災保険金の請求を諦めたという事象を素材として、事実を的確に分析する能力を問うとともに、放火罪、抽象的事実の錯誤、中止犯の成否及びこれが成立する場合に共犯へ及びばす影響等に関して論じて論じることが求められている。</p>	<p>本問は、犯人がY方に侵入し、彫刻1点を窃取し、手製の火炎瓶を用いて同方への放火に及んだ事件について、上記被疑事実で逮捕・勾留された甲も処分保留で釈放された甲が、再逮捕・再勾留された後、同事実で公判請求され、検察官が同種前科の内容が記載された判決書謄本の証拠調べ請求を行ったとの事象について、同一被疑事実による再逮捕・再勾留の可否及び前科証拠による犯人性の立証の可否並びにこれらが認められる場合の証拠構造(設問4)について、問題に指定してある法曹三者それぞれの立場から主張すべき事実や採るべき対応を検討して回答することを通じて、適切な見解を述べることが求められる。</p> <p>設問4は、上記の再抗弁の主張について、書証と人証の双方を検討し、必要な事実を抽出した上で、どの事実がいかなる理由から再抗弁に係る評価を根拠付ける際に重要であるかに留意して、準備書面に記載すべき事項を問うものである。</p>	<p>設問1は、不動産に係る各記請求及び明渡請求が問題となる訴訟において、原告代理人があらかじめ講ずべき法的手段とともに、訴状における請求の趣旨及び請求を理由付ける事実について説明を求めるものであり、民事保全の基本的理解に即して説明を求められる。設問2は、不動産の二重譲渡事案における実体法上の権利関係に留意しつつ、被告人の主張を適切に法律構成した上で、抗弁となる理由を説明することが求められる。</p> <p>設問3は、再抗弁の事実について問うものである。判例で示された当該再抗弁に係る要件事実(即して、原告の主張内容から必要な事実を選択し、他の主張事実との関係にも留意して、基本的な論議の有無及び具体的な事案における応用力を試すものである。</p>	<p>本問は、犯人性及び殺意の有無が争点となる殺人未遂被告事件を題材に、殺人罪の構成要件、証拠法、公判前整理手続、刑事事実認定の基本構造、証人尋問を含む公判手続についての基本的知識を活用して、殺意の有無に関する当事者の主張(設問1)、実況見分調査の立会人の指示説明部分の証拠能力及びその立証方法(設問2)、公判前整理手続において当事者が主張を変更する場合に採るべき具体的手続(設問3)、証拠から犯人性を推認する場合の証拠構造(設問4)、証人尋問の方法及び異議に対する裁判所の対応(設問5)について、問題に指定してある法曹三者それぞれの立場から主張すべき事実や採るべき対応を検討して回答することを通じて、適切な見解を述べることが求められる。</p> <p>設問4は、上記の再抗弁の主張について、書証と人証の双方を検討し、必要な事実を抽出した上で、どの事実がいかなる理由から再抗弁に係る評価を根拠付ける際に重要であるかに留意して、準備書面に記載すべき事項を問うものである。</p>	<p>設問1及び2は、共に、インターネットを始めとする情報技術の発展による今日の社会の様相の変化を題材とするものである。設問1は、情報技術の発展により専門的知識と情報一般の区別が曖昧になりつつある中、学問領域を例にとり、専門的知識と情報一般がどのように区分されるかについての一般的な理解を問うている。学問的知識の存立要件のみならず、それが専門家集団によってどのように説明することが求められる。設問2では、グローバル社会においては、国家そのものが中間的な集団として位置付けられることを前提に、グローバル化(個人化)が、国家的な結合を弱める側面と強化する側面を併せ持つことにつき、適切な具体例を挙げつつ説明することが求められる。</p> <p>いずれの設問においても、全体として指定の分量内で簡明に記述する能力も求められる。</p>	
素材判例・論文等(出題当時のもの)	<ul style="list-style-type: none"> ・声部信喜『憲法』(岩波書店、第6版・高橋和之補訂、2015)P.219～221 ・菅我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健輔『憲法論点教室』(日本評論社、2012)P. 94～101 ・平成18年司法試験論文式試験問題及び出題趣旨(消極的表現の自由＝強制からの自由) 	<p>出題趣旨の引用判例の他、</p> <ul style="list-style-type: none"> ・中元茂樹『基本行政法』(日本評論社、第2版、2015)P. 118～124 ・曾和俊文・野呂充・北村和生編『事例研究行政法』(日本評論社、第3版、2016)P. 68～82、83～104 	<ul style="list-style-type: none"> ・最判昭41. 9. 8(民集20-7-1325) ・最判昭51. 2. 13(民集30-1-1、百選II 50事件) ・千葉恵美子他編『Law Practice民法』(商事法務、第3版、2017)P. 65～70。 	<p>出題趣旨の引用判例の他、</p> <ul style="list-style-type: none"> ・伊藤靖史・大杉健一・田中亘・松井秀征『会社法』(有斐閣リールグエスト、第3版、2015)P. 122～3、413～5、427～432 ・伊藤靖史他著『事例で考える会社法』(有斐閣、第2版、2015)P. 116～140 ・黒沼悦郎編著『Law Practice商法』(商事法務、第3版、2017)P. 36～40 ・小林美・北村雅史編著『事例研究会会社法』(日本評論社、2016)P. 188～198 	<ul style="list-style-type: none"> ・和田吉弘『基礎からわかる民事訴訟法』(商事法務、2012)P. 267～8、458～467 ・山本和彦編著『Law Practice民事訴訟法』(商事法務、第2版、2014)P. 137～142、148～153、268～272 ・長谷部由紀子他編著『基礎演習民事訴訟法』(弘文堂、第2版、2013)P. 73～85、174～183 	<ul style="list-style-type: none"> ・前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第6版、2015)P. 116～126、195～201 ・同『刑法各論講義』(東京大学出版会、第6版、2015)P. 318～331 ・山口 厚『刑法』(有斐閣、第3版、2015)P. 119～122、144～8、368～375 ・井田 良他著『刑法事例演習教材』(有斐閣、第2版、2014)95～98 ・只木誠編著『刑法演習ノート刑法を楽しむ21問』(弘文堂、第2版、2017)P. 46～66 	<ul style="list-style-type: none"> ・池田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第6版、2015)P. 116～126、195～201 ・同『刑法各論講義』(東京大学出版会、第6版、2015)P. 318～331 ・山口 厚『刑法』(有斐閣、第3版、2015)P. 119～122、144～8、368～375 ・井田 良他著『刑法事例演習教材』(有斐閣、第2版、2014)95～98 ・只木誠編著『刑法演習ノート刑法を楽しむ21問』(弘文堂、第2版、2017)P. 46～66 	<p>出題趣旨の引用判例の他、</p> <ul style="list-style-type: none"> ・東京地決昭47. 4. 4(刑月4-4-8991、百選(10版)15事件) ・酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015)P. 75～78、489～492 ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣)P. 54～71 	<ul style="list-style-type: none"> ・和田吉弘『基礎からわかる民事執行法民事保全法』(弘文堂、第2版、2010)P. 207～210、236～241 ・和田吉弘『民事訴訟法から考える要件事実』(商事法務、第2版、2013)P. 64～70 ・村田渉・山野目章夫編著『要件事実論30講』(弘文堂、第3版、2012)P. 360～370 ・大島眞一『新版完全講義民事裁判実務の基礎[入門編]』(民事法研究会、2015)P. 187～192、198～201、203～206 	<ul style="list-style-type: none"> ・司法研修所監修『刑事第一審公判手続の概要－参考記録に基づいて－平成12年版』(法曹会、2009)P. 28～29、69～71 ・田野尻猛『判例・刑事訴訟法判例百選(第10版)』P. 190～191 ・下津健司・江口和伸他著『要件事実論30講』(弘文堂、第3版、2012)P. 360～370 ・大島眞一『新版完全講義民事裁判実務の基礎[入門編]』(民事法研究会、2015)P. 187～192、198～201、203～206 	<ul style="list-style-type: none"> ・菅原克也 東京大学大学院総合文化研究科教授
辰巳答練・対策講座の的中情報【☆☆☆】	<ul style="list-style-type: none"> ・理由提示(151029予備スタ論(第1クール)第4回第2問)☆☆☆ ・理由提示(160618予備試験論文公開模試 行政法)☆ ・裁量論(効果裁量)(160121予備スタ論(第2クール)第4回第2問)☆ 				<ul style="list-style-type: none"> ・弁論主義の第1テーゼ(151115予備スタ論(第1クール)第9回第2問)☆☆ ・口頭弁論終了後の承継人(151119予備スタ論(第1クール)第10回第1問)☆☆ 	<ul style="list-style-type: none"> ・建造物の一体性(160218予備スタ論(第2クール)第12回第1問)☆☆ ・焼損の意義(160218予備スタ論(第2クール)第12回第1問)☆ ・抽象的事実の錯誤(151126予備スタ論(第1クール)第12回第1問)☆ 	<ul style="list-style-type: none"> ・再逮捕(151129予備スタ論(第1クール)第13回第2問)☆ 	<ul style="list-style-type: none"> ・対抗要件具備による所有権喪失の抗弁(160802予備試験論文予想答案練習会法律実務基礎科目1)☆☆☆ 	<ul style="list-style-type: none"> ・実況見分調査(160619予備試験論文公開模試法律実務基礎科目(刑事)☆☆☆ ・誘導尋問(151213予備スタ論(第1クール)第17回第1問)☆☆ ・誘導尋問(160228予備スタ論(第2クール)第15回)☆☆ ・書面を用いた証人尋問(151217予備スタ論(第1クール)第18回第1問)☆☆ 		
平成29年主な審査委員(平成29年司法試験予備試験審査委員名簿(平成29年2月27日現在)より)	<ul style="list-style-type: none"> ・尾形 健 同志社大学法学部教授 ・曾我部真裕 京都大学大学院法学研究科教授 ・西原博史 早稲田大学社会科学総合学院教授 	<ul style="list-style-type: none"> ・角松生史 神戸大学大学院法学研究科教授 ・高橋信行 國學院大学法学部教授 ・中原茂樹 東北大学大学院法学研究科教授 	<ul style="list-style-type: none"> ・大久保邦彦 大阪大学大学院国際公共政策研究科教授 ・佐久間 毅 京都大学大学院公共政策連携研究部教授 ・中原太郎 東北大学大学院法学研究科准教授 ・野村豊弘 元学習院大学法学部教授・弁護士 ・松本恒雄 元一橋大学大学院法学研究科教授 	<ul style="list-style-type: none"> ・川村正幸 元駿河台大学大学院法学研究科教授 ・元一橋大学大学院法学研究科教授 ・北村雅史 京都大学大学院法学研究科教授 ・高橋陽一 京都大学大学院法学部准教授 ・松津浩司 同志社大学法学部教授 ・松井秀征 立教大学法学部教授 ・森本 滋 京都大学名誉教授・元同志社大学大学院司法研究科教授・弁護士 	<ul style="list-style-type: none"> ・川嶋隆憲 熊本大学法学部准教授 ・河野正憲 元福岡大学大学院法曹実務研究科教授・元名古屋大学大学院法学研究科教授 ・工藤敏隆 慶應義塾大学法学部准教授 ・杉本純子 日本大学法学部准教授 ・高見 進 元北海道大学大学院法学研究科教授 ・八田卓也 神戸大学大学院法学研究科教授 	<ul style="list-style-type: none"> ・塩見 淳 京都大学大学院法学研究科教授 ・高橋則夫 早稲田大学法学部准教授 ・堀内捷三 元中央大学大学院法学研究科教授 ・杉本純子 日本大学法学部准教授 ・高見 進 元北海道大学大学院法学研究科教授 ・八田卓也 神戸大学大学院法学研究科教授 	<ul style="list-style-type: none"> ・池田公博 神戸大学大学院法学研究科教授 ・三井 誠 元同志社大学大学院司法研究科教授・元神戸大学大学院法学研究科教授 	<ul style="list-style-type: none"> ・島崎邦彦 司法研修所教官 ・出組正人 弁護士(第一東京弁護士会) ・永野剛志 弁護士(第二東京弁護士会) 	<ul style="list-style-type: none"> ・井戸俊一 司法研修所教官 ・二瓶 茂 弁護士(東京弁護士会) ・吉野太人 一橋大学大学院法学研究科特任教授・立教大学大学院法学研究科特任教授 		
平成29年司法試験論文式試験のテーマ	<p>・政府が、「農業及び製造業に従事する特定労働外国人の受け入れに関する法律(特労法)を制定して外国人非熟練労働者のみに適用される本邦滞在制度(新制度)を創設したという状況のもとで、新制度に基づいて来日した外国人労働者である女性Bが、妊娠したことを理由として強制出国させられたため、特労法の規定が憲法違反であるとして、国家賠償請求訴訟を提起しようと考えたという事例です。</p> <p>・「女性の自己決定権」「手続的保障の観点」</p>	<p>道路法10条1項、43条2号等に関する事例のもと、設問1(1)として抗告訴訟の訴訟選択、設問1(2)として本案における主張、設問2(1)として処分性、設問2(2)として本案上の違法事由を検討させています。</p>	<p>不動産質借権の時効取得(短期時効取得)(設問1)、借地上的建物の質貸と民法612条など(設問2)、借地権の時効取得後の第三者に対する対抗力(設問3)などを検討させています。</p>	<p>設立費用の帰属(設問1(1))、定款に記載のない財産引受け(設問1(2))、株主総会決議の瑕疵(設問2)、株式併合における株主の保護(設問2(2))、引換給付判決と既判力の範囲(設問3)</p>	<p>代理人による契約締結と弁論主義第1テーゼ(設問1)、訴訟物・引換給付判決の許容性(設問2(1))、引換給付判決と処分権主義(設問2(2))、引換給付判決と既判力の範囲(設問3)</p>	<p>詐欺罪の欺罔行為(名義人の承諾)、私文書偽造罪の「偽造」(名義人の承諾)、背任罪、正当防衛(行為の一体性)、窃盗罪(不法領得の意思、死者の占有と錯誤)などを検討させています。</p>	<p>捜索差押えの際の「必要な処分」、令状呈示前の令状執行、捜索場所にいる人の身体・所持品の捜索、刑事訴訟法328条により許容される証拠の範囲、刑事訴訟法328条(供述の証明力を争うため)などを検討させています。</p>	—	—	—	
平成29年予備試験論文式試験の出題可能性が高いテーマ	<ul style="list-style-type: none"> ・新しい人権 ・信教の自由 ・表現の自由(「人種等を理由とする差別の撤廃のための施策の推進に関する法律」) ・海外渡航の自由 ・司法権の意味と範囲 	<ul style="list-style-type: none"> ・行政裁量 ・行政手続 ・処分性 ・原告適格 ・義務付け訴訟 	<ul style="list-style-type: none"> ・錯誤論 ・時効 ・債務不履行論 ・契約の解除 ・不当利得 ・相続法 	<ul style="list-style-type: none"> ・株主総会 ・利益相反取引、手形行為と利益相反取引 ・名板質責任 	<ul style="list-style-type: none"> ・弁論主義 ・自白 ・既判力 ・複雑訴訟 	<ul style="list-style-type: none"> ・不真正不作为犯 ・原因において自由な行為 ・過失論 ・共犯論 ・詐欺罪 ・強盗罪 	<ul style="list-style-type: none"> ・宅配便荷物のエックス線検査 ・規範的要件 ・動産引渡請求 ・2段の推定 ・利益相反 	<ul style="list-style-type: none"> ・公判前整理手続 ・伝聞法則 ・犯人性の認定 	—		
予備試験論文速まくり特訓講義2017のテーマ・講師	<p>論文憲法・設問形式を意識！ 出たら危ない判例攻略 速まくり 城戸直樹先生</p>	<p>答案における表現方法を意識！ 『事例研究行政法(第3版)』速まくり 西口竜司先生</p>	<p>民法改正など 『事例研究会会社法』速まくり 稲村晃伸先生</p>	<p>改正会社法に対応 『事例研究会会社法』速まくり 福田俊彦先生</p>	<p>論文民訴の 問題期から見る重要論点 速まくり 金沢幸彦先生</p>	<p>今年もやります！ 【実務基礎ハンドブック】刑法速まくり 村上貴洋先生</p>	<p>論文刑訴の苦手分野克服！ 書けるよう書けない論点速まくり 柏谷周希先生</p>	<p>要件事実&法曹倫理 『新版 大島眞一・入門編』速まくり 山本和敏先生</p>	<p>事実認定&刑事手続 刑事実務基礎の頻出論点 速まくり 新庄健二先生</p>	<p>教養小論文はこれで攻略。 【出題形式別】解き方・書き方速まくり 小柴大輔先生</p>	