

第1回予備試験論文本試験を終えて — 本試験の徹底分析と今後の総合戦略 —

平成23年司法試験予備試験論文本試験を受験された方は、大変お疲れ様でした。本年は受験されなかった方は、いよいよ明らかになった敵の正体をしっかり分析し、直ちに対策をスタートする必要があります。

辰巳法律研究所では、元司法研修所教官や専任講師・弁護士を交えての検討会を経て、また、実際に受験した受験生の声も参考にして論文本試験各科目の形式面と内容面について徹底分析をいたしました。その分析結果を改めてまとめたのが本冊子です。

また、徹底分析を経て司法試験予備試験論文本試験の全容がほぼ明らかとなりましたので、来年度の受験に備えて受験生としてはどのような学習をしていくべきなのかについての指針の提示と、この分析を踏まえて、辰巳法律研究所がこれからどのような論文問題を受験生の皆様に提供していくかについての方針も発表させていただきます。

本冊子が今後の学習の指針として皆様の参考になれば幸いです。

平成23年8月
辰巳法律研究所
教材編集グループ

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

<第1回司法試験予備試験論文本試験—出題全般について>

1 形式面について

試験時間が短いこともあり、形式は比較的シンプルなものが多かった印象です。問題文の量も事案の把握に手間取るほどのものではありませんでした。この点は、新司法試験よりも旧司法試験に近い形式といえるでしょう。そのほか、新司法試験のような複雑な誘導もなく、また事務处理的要素も少ない印象でした。

2 内容面について

どの科目も、中心論点が何かは比較的明白でした。いたずらに考え過ぎない限り論点抽出にはあまり苦労しないでしょう。ただ、だからといって問題が平易であったという訳ではありません。問われていることが何かは掴みやすいのですが、それに答えるのはなかなか難しいという印象でした。基本的知識、理解を前提としつつ応用力を問われる出題といえるでしょう。このような出題から、抽象的概念操作で結論を導くのではなく、問題文を良く読んで妥当な解決を示して欲しいという意図も感じられます。個々の事実の持つ意味に十分意を払って、事例に沿った説得的な議論を展開できたか否かで差がつくのではないのでしょうか。

3 来年度に向けて

受験生としては、まず各科目の基本を徹底的に勉強する必要があります。論点知識も大事ですが、まずは各科目の基本をしっかりと押さえ、事案から離れずに、どうすれば問題の解決ができるのかを自分の頭で徹底的に考えるという勉強をすべきでしょう。論点知識は必要に応じて必要な所で使えば武器になりますが、最初から「論点をどうやって書こうか」という頭で問題文に取り掛かると、問題の本質を見失ってしまいます。基本的理解（細かい論点知識は不要だが基本的論点の知識・理解は必要）は肌感覚で体に馴染んでいるというくらい確実に身につけ、分からないことを聞かれたら現場の応用力で対応するという割り切りが必要ではないでしょうか。

辰巳法律研究所でも、答案練習会の出題については、基本的理解、知識が十分あるか、それを前提とした応用力があるかを試すことができる問題作成を心がけてまいります。以下、各科目についての本試験の分析と辰巳の出題方針について具体的にご紹介してまいります。

目 次

<憲 法>.....	1
<行政法>.....	2
<刑 法>.....	3
<刑事訴訟法>.....	4
<民 法>.....	5
<商 法>.....	6
<民事訴訟法>.....	7
<民事実務基礎>.....	8
<刑事実務基礎>.....	9
<一般教養>.....	10
<平成23年司法試験予備試験論文本試験出題分析表>.....	12

表2

<憲 法>

〔論点〕

- 1 平等原則
- 2 積極的差別是正措置

1 形式面について

問題文は見開きで2ページ。問題文と資料がそれぞれ1ページでした。旧司法試験よりはやや長く、新司法試験よりはかなり短い分量で、設問1、設問2という二つの設問形式でした。設問1では、原告側の弁護士としての立場から訴訟選択をさせた上で、憲法上の主張を組み立てさせています。また、設問2では、被告側の反論を指摘させることで対立点を明らかにさせ、その上で私見を述べることを求めています。この形式は、新司法試験の設問形式(平成23年新司法試験本試験・公法系第1問参照)と非常に類似しているといえるでしょう。

この出題形式は、一つの事例について多角的に立場を入れ替えて検討する能力を試すためであると思われる。さらに、これに加え、対立点について相手方の主張と十分噛み合わせた形で議論をする能力も問われているといえるでしょう。自分に有利な主張だけ展開するという答案では不十分で、一見不利にみえる事情をどのような理論によって克服して相手方に反論していくかという能力が必要になると思われる。

2 内容面について

問題文の分量が少なく、憲法14条の問題であることもはっきりしているので、論点の抽出という意味では簡単といえます。憲法23条や、26条の議論をすべきかどうか迷ったという声も聞かれますが、14条がメインテーマであることには誰しもが気付くと思われる。

内容としては、平等権(憲法14条1項)が問題となりました。ポイントとなるのは、A大学の入学者選考方式で女性優遇措置を採用していることが、区別の合理性にどのような影響を与えるかにあります。原告としては、「性別」に基づく区別が憲法14条1項後段列举事由にあたり、歴史的に不合理な差別が行われてきた類型であることを指摘することが考えられるでしょう。これに対して、被告ないし私見においては、「性別」に基づく区別であっても、積極的差別是正措置にあたるため区別の不合理性を基礎付けないということを検討すべきこととなるでしょう。また、様々な事情が問題文中に散りばめられています。憲法については、審査基準の定立に終始し、その具体的なあてはめについては不十分な答案が散見されることが予想されますが、本問の解答としては不十分だと思われます。具体的な事実及び資料を法的に評価して使い切ることが必要でしょう。

3 来年度に向けて(学習の指針)

本問では、予備試験が新司法試験への橋渡しのための試験であるという点を意識して、新司法試験の出題と形式面での連続性が認められます。旧司法試験ではなく新司法試験の出題スタイルを貫いたという点に、①具体的事例を十分踏まえて、②原告や被告ないし裁判所などそれぞれの立場に応じた主張を展開できる能力、しかも③説得的に噛み合った形で議論を展開させる能力を測りたいという出題者側の意志が感じられます。

そのため、論点知識だけではなく、具体的事例を踏まえた議論を展開する能力や説得的に噛み合った形で議論を展開する能力を鍛えることが大切でしょう。

4 辰巳法律研究所の出題方針

辰巳法律研究所としても、解釈学などの抽象論で結論の出る問題ではなく、具体的事例を踏まえた議論を展開する能力や、説得的に噛み合った形で議論を展開する能力を鍛えることができるような問題を作成してまいります。

具体的に、形式面については、訴訟選択・主張・反論・私見を論じさせる設問形式は、答練問題においても基本的にこれを踏襲いたします。もっとも、訴訟選択については基本的に行政法の領域であり、今後も踏襲されるか微妙であることから全ての答練問題で問うのではなく、また今後の傾向変化の可能性や事案毎の解答時間を考慮し、旧司法試験のような私見のみを検討させる設問形式も適宜出題してまいります。また、内容面に関しては、新司法試験本体同様、事案や問題とされる人権類型等、近時の学界の動向や考査委員の関心分野を踏まえた出題がなされたことから、これらを十分に研究した上で事案や問題とされる人権類型等を設定するように心掛けてまいります。なお、今後は新司法試験本体の過去問の傾向から、統治機構論についても若干問われる可能性が高いと思われるので、立法の委任・司法権等、法曹実務上重要なテーマについては、適宜人権論と併せて出題してまいります。

<行政法>

〔論点〕

- 1 不同意決定と処分性
- 2 申請型義務付け訴訟

1 形式面について

問題文は見開きで2ページ。資料として条例が添付されていました。形式的には新司法試験的ですが、会話文などによる複雑な誘導はありませんでした。また、新司法試験本体と異なり、訴訟要件を検討させるだけで本案については問われませんでした。

論点としては不同意決定の処分性や、申請型義務付け訴訟の訴訟要件を問う出題がなされ、論点を掴むのは容易だったといえます。また、具体的事例とともに資料として条例の規定が添付されていたため、個別法解釈の能力や、訴訟要件について具体的にあてはめる能力が求められていたといえます。

2 内容面について

設問1では不同意決定の処分性が問われており、いわゆる個別法解釈が要求される問題といえます。この点については、事務処理量の違いはあるものの、新司法試験と同様に法律の仕組みを解釈しながら説得的に論述を進めていく必要があります。論点を把握すること自体は比較的容易ですが、求められる個別法解釈自体は必ずしもそれ程容易ではないと思われます。丁寧に資料の条文を読む必要がありますし、A（本間における相談者）の受けるおそれのある不利益の法的性格についての分析も必要でしょう。

設問2では、申請型義務付け訴訟について、事案に即しての説明及び訴訟類型の選択、訴訟要件への具体的あてはめが問われています。設問2については、基本的には条文を丁寧に追ってさえいけば迷わずに論述を進めていくことができるものであり、設問1と比べるとそれ程悩む部分もなく易しいでしょう。その意味で、申請型義務付け訴訟の基本的な構造及び条文知識を試すものといえ、新司法試験を受ける前段階として最低限必要とされる程度の抗告訴訟に対する理解を問うものであったと思われます。

問題文の量は新司法試験よりも少ないですが、個別法解釈や、訴訟要件についての具体的事実のあてはめが求められるという点では、新司法試験と類似しているといえます。

3 来年度に向けて

予備試験においても個別法解釈を問われたことから、行政法の対策としては、基本書等で基本的概念や論点知識を学ぶだけでは足りず、効率的・効果的な学習のためには初見の個別法を自分の頭で読み解くための問題演習が必須（演習の中で基本的知識や理解を確実なものにしていくのが効率的）でしょう。また、判例学習（個別法解釈を身につけるためには百選の判旨を読み込む程度では足りない）も重要となります。

4 辰巳法律研究所の出題方針（学習の指針）

新司法試験の予備試験であることに鑑みれば、将来的に本案における違法事由が問われる可能性は皆無ではないと考えられます。そこで、その基本的な内容のものについては、訴訟要件の検討に付加する形で適宜出題することといたしますが、今回の出題では、新司法試験本体と異なり本案における違法事由が問われていないため、訴訟要件のみを問うものを中心に出题してまいります。

また、個別法解釈を習得するためには、条文の読み方を身につけることが大切です。個別法は無数にありますが、解釈パターンはある程度決まっていますので、辰巳としては、そのパターンを習得させることができるような素材を探し出して出題してまいります。

なお、今年の本試験は、行政法が旧司法試験科目にないこと等を考慮した、本年のみの特例的な基礎的な出題であるとも考えられます。このため、来年以降はやや難化することも想定されるため、難易度としては今年の本試験と同等かそれ以上のものを出題するように心掛けたいと思っております。

<刑 法>

〔論点〕

- 1 嘱託殺人罪における「嘱託」の認定
- 2 行為者の行為が介入した場合の因果関係の有無
- 3 抽象的事実の錯誤

1 形式面について

問題文は1ページのみ。資料もなく、オーソドックスな出題形式でした。論点としては、因果関係論、錯誤論など主として総論分野からの出題でした。

本問は問題文も短く、事実関係に複雑な点があるわけでもなく、論点としても因果関係や錯誤論など基本的なものの組合せでしたので、難易度的には易しい部類に入ると思われます。また、今回易しいと感じられた一つの原因は、共犯論が問われなかったことにもあると思われます。ただ、共犯論は刑法の重要論点ですから、これについてもいずれは出題が予測される場所であり、その際には、やや難しい問題となることもありうるでしょう。

2 内容面について

(甲)乙に対する罪責については、嘱託殺人についての「嘱託」の有無や、既遂未遂(因果関係)、錯誤論などが問題となるでしょう。既遂未遂や、錯誤論を論じるに当たっては、乙の首を絞め付けた行為と、犯罪の痕跡を消すために家を燃やした行為の一体性をどのように考えるかも影響してくるため、この点をどう評価するかも一つのポイントとなるでしょう。また、放火罪について、甲は、乙が死亡していると思っていたが実際には生存していたことから、これについても錯誤論が問題となります。その際、甲宅には抵当権がついているため、刑法115条により、主観面では刑法109条2項ではなく1項の認識があることに注意しつつ論じることが必要でしょう。さらに、(甲)丙についての死体損壊罪や、乙が丙を殺した痕跡を消すために家に火をつけ燃やした点について証拠隠滅罪の成否等も問題となりうるでしょう。最後に、罪数処理も忘れずに行うことが要求されるでしょう。

全体として、事実の評価、あてはめが要求される箇所もあり、論点解釈や、あてはめ能力などバランス良く出題されたという印象です。

3 来年度に向けて(学習の指針)

今回の問題をみる限り、刑法についてはオーソドックスな出題であったため、試験対策としても基本的知識・理解を確実に身につけつつ、あてはめ能力を磨くために判決文を読むなどの勉強方法が考えられます。最新の学説や判例をいたずらに追究するのではなく、基本論点・概念をしっかりと習得し、多くの事例問題にあたって自分の頭でしっかりと考え抜くという学習が必要となるでしょう。その際、問題文の事実を評価して、構成要件への丁寧なあてはめを行うことはもちろん、矛盾なく丁寧に論じることができるかどうかもしっかりと練習する必要があります。

4 辰巳法律研究所の出題方針

「予備試験の実施方針について」(平成21年11月11日司法試験委員会)の中に「法律基本科目のほかに法律実務基礎科目があること、新司法試験において、さらに同様の法分野に関する能力判定がなされることを前提に、予備試験の法律基本科目においては、基本的な知識、理解等を問うものとする。」との記載があることから、新司法試験特有の詳細な刑事事実認定は法律実務基礎科目[刑事]の方に委ねたものと考えられます。このため、刑法学上の主要なテーマでかつ新旧司法試験の頻出分野から、基本的な知識、理解等を問う出題を、事実面を若干重視しつつも、基本的には旧司法試験的な形式を中心に出版してまいります。その際、基本論点・概念を矛盾なく丁寧に論じることができるかどうか、及び事実を評価して、構成要件への丁寧なあてはめを行う訓練となるようなバランスの良い出題を心掛けてまいります。また、本試験と同様に、刑法総論又は刑法各論のどちらかを中心にしつつも、他方の論点についても若干問う出題形式のものも適宜出版してまいります。

<刑事訴訟法>

〔論点〕

- 1 特別法違反における罰条の記載の有無
- 2 概括的記載
- 3 差押物と被疑事実の関連性

1 形式面について

刑法と同じで問題文は1ページのみ。資料もなく、オーソドックスな出題形式でした。刑事訴訟法は、旧司法試験が、捜査で1問、証拠で1問出題されていたところ、今回の予備試験では、捜査のみの出題となりました。

論点としては、令状の記載の適法性や、差押えの関連性についての出題であり、昭和時代か平成一桁時代の旧司法試験的な内容でした。もっとも、設問2は論点知識のみではなく、事実評価の側面が強いため新司法試験的とも思われます。

2 内容面について

設問1は、特別法違反における罰条の記載の有無と概括的記載という、旧司法試験に取り組んでこられた受験生にはなじみの論点からの出題となりました。ほとんどの受験生がある程度の内容を書くことができると思われますので、条文の趣旨等を正確に論述できるかが合否を分けることになると思われます。

設問2につきましては、差押物と被疑事実の関連性について問われています。ここでは、メモの内容を具体的に分析して、甲の被疑事実と関連するかを丁寧にあてはめる必要があります。具体的には、日付、金額及びグラム数等に注目することが望ましいでしょう。

全体として、法解釈とあてはめの能力が問われているものと判断でき、新司法試験を受験する資格を得るための試験として、新司法試験で要求されている能力を試していると結論づけることができるでしょう。

3 来年度に向けて（学習の指針）

他の科目と同様、基本を丁寧に押さえる勉強が大切ということだと思われます。関連性についての出題からすると、丁寧なあてはめ能力が求められているようですが、この部分については基本書学習だけでは補いきれませんので、地裁判例などにもよく目を通しておくことが試験対策として役立つと思われます。具体的には、判例があてはめで用いている各事実の重み付けや、論理構成をしっかりと分析してみてください。

4 辰巳法律研究所の出題方針

本試験では古典的な論点と新司法試験的な事実評価に関する部分とがバランスよく出題されており、答練問題においてもこれに倣って、旧司法試験的な出題を中心としつつも双方をバランスよく出題することを心掛けてまいります。もっとも、新司法試験本体の特に捜査法の分野に関しては、比較的近時の判例を素材とする等の出題傾向が見られることから、これら新司法試験本体の出題傾向をも考慮しつつ出題することといたします。

また、今年の本試験は捜査法の分野のみからの出題でしたが、新旧司法試験では証拠法（旧司法試験では訴因論も）の分野からも出題されておりますので、特定の分野のみに偏ることなく万遍なく出題してまいります。なお、新司法試験本体の本試験問題が捜査法と証拠法の融合問題であることから、予備試験でも融合問題の可能性も否定できませんので、これも必要に応じて出題してまいります。

<民法>

【論点】

- 1 94条2項の第三者
- 2 他人物賃貸借と相続

1. 形式面について

問題文の分量は、旧司法試験と同じか若干多いくらいで、事務処理を要求されるタイプの問題ではありませんでした。形式面について特筆するような点はなくオーソドックスといった印象で、通謀虚偽表示による土地の買受人から、当該土地を買い受けた者と、当該土地を賃借した者が存在するという事例をもとに、両者の優劣を問う出題でした。

2 内容面について

基本的知識を前提としつつも、応用力を問われる場面もあり、検討すべき事項を時間内に適切にピックアップする能力が求められると思われます。

また、今回のような出題の場合、答案を分かりやすく整理して論述する能力の有無によっても優劣に差がつくものと予想されます。例えば、Dの甲土地所有権の取得の問題と、対抗の可否の議論をはっきり分けて考えることが大切でしょう。ただ、分かりやすい答案を書けるか否かは、結局、問題の論理構造を明確に分析できたか否かに関わるので、そういった意味では事例の分析力が問われていたともいえるのではないのでしょうか。本問では、C名義の乙建物の所有権移転登記が借地借家法10条の対抗力を備える時期について、乙建物の所有権移転登記時と捉えるのか、それともAの死亡時であると考えることができるのかということがポイントとなるでしょう。

さらに、本問のような問題の場合、「論点を論じる」ということに意識を奪われがちですが、その前提として、例えば、AB間の売買が通謀虚偽表示にあたることの認定や、Dが94条2項の第三者にあたることの認定など、条文へのあてはめも当然のことながら大切であったと思われます。

全体として、知識や論点は基本的ですが、各論点の関係の整理が難しいため実際に論述するのは難しかったようです。また、他人物賃貸借と対抗力という債権・物権が交錯する話も問われており、債権・物権の概念を基本からきちんと押さえていないと混乱してしまいかねないような問題でした。

3 来年度に向けて（学習の指針）

民法においても他の科目と同様、基本的な知識、理解をもとに応用力を問うような出題をしようとする意図がみられますので、受験生としても、やみくもに勉強範囲を広げずに基本をじっくり確実に身につける勉強をすることが試験対策につながると考えられます。

4 辰巳法律研究所の出題方針

「予備試験の実施方針について」（平成21年11月11日司法試験委員会）の中に「法律基本科目のほかに法律実務基礎科目があること、新司法試験において、さらに同様の法分野に関する能力判定がなされることを前提に、予備試験の法律基本科目においては、基本的な知識、理解等を問うものとする。」との記載があることから、新司法試験特有の要件事実論・民事事実認定は法律実務基礎科目[民事]の方に委ねたものと考えられます。このため、民法学上の主要なテーマでかつ新旧司法試験の頻出分野から、基本的な知識、理解等を問う出題を、旧司法試験的な形式を中心に出题してまいります。

また、民法は条文・論点も多いため、一定の分野のみに偏ることなく、民法全体（親族・相続も含む）から万遍なく出題するように心掛けてまいります。

<商 法>

〔論点〕

- 1 取締役に対する招集通知が欠けた場合の取締役会決議の効力
- 2 取締役会決議に加わることのできない「特別利害関係を有する取締役」の意義
- 3 譲渡制限付株式の譲渡手続
- 4 株主名簿の名義書換の不当拒絶
- 5 譲渡制限付株式の二重譲渡の対抗要件

1 形式面について

旧司法試験と比べてわずか10分程度しか試験時間は延びていないにもかかわらず、問題文の分量は旧司法試験よりかなり多いことを考えると、どちらかという新司法試験スタイルに近いといった印象でした。論点の処理や、その前提となる条文操作についてテキパキとこなしていかなないと時間不足に陥ってしまうのではないかと思います（民法・民事訴訟法と3問で3時間30分ということを考えても）。

また、論点としては、取締役への招集通知を欠く場合の取締役会の効力、譲渡制限株式の承認手続、名義書換の不当拒絶、株式の二重譲渡の処理といった問題でした。

2 内容面について

設問1は、取締役への招集通知を欠いていることに気が付くと思いますが、Bが特別利害関係取締役ではないかに気付くかどうかの一つのポイントになるでしょう。

設問2は、譲渡制限株式の承認手続の条文操作をしなければなりません。この点について、予備試験から商法でも択一試験が実施されますが、論文試験対策においても事前に重要条文については、一通り見ておくべきでしょう。条文操作が正確なだけで印象はかなり変わると思います。また、名義書換の不当拒絶については基本論点なので、正確に論じなければ差をつけられる部分でした。

設問3は、株式の二重譲渡の場面であると認定することが重要と考えます。その後の処理については、現場思考の問題として信義則による修正などが問題となります。その際には、具体的事実に着目して論じることが大切でしょう。

全体として、平成23年新司法試験本体と同様に条文を正確に引かせる問題だったといえるでしょう。

3 来年度に向けて（学習の指針）

本問は、全体として難易度は受験生レベルからすれば難しいのではないかと思います。ただ、実務家によれば、「難しく感じるのは、基本的な条文（145条によるみなし承認の規定）をきちんと押さえていないからで、そこさえ押さえていればそんなに難しくはない」とのことです。会社法に関しては、択一的知識を論文まで維持しておく必要がありそうです。逆に言えば、択一对策でしっかりと条文を読み込んでおけば、論文対策にもなるでしょう。

それ以外の点は、基本的知識・理解をもとに、応用力を問う内容といえますので、他の科目と同様、やみくもに手を広げるのではなく、基本的知識、概念、論点について自由に使いこなせるまで理解を深めるという勉強を心掛け、後は現場勝負という割り切りが大切でしょう。

4 辰巳法律研究所の出題方針

商法に関しては、細かい条文知識を問う等、その出題傾向が新司法試験本体と比較的連動するため、新司法試験本体の過去問における形式・テーマ等の出題傾向を十分研究した上で、出題することを心掛けてまいります。もっとも、「予備試験の実施方針について」（平成21年11月11日司法試験委員会）の中に「法律基本科目のほかに法律実務基礎科目があること、新司法試験において、さらに同様の法分野に関する能力判定がなされることを前提に、予備試験の法律基本科目においては、基本的な知識、理解等を問うものとする。」とあることから、その難易度については、新司法試験本体よりも若干易しいものいたします。

<民事訴訟法>

〔論点〕

- 1 当事者の確定（死者名義訴訟の場合）
- 2 控訴による是正方法

1 形式面について

問題文は新司法試験よりは短いですが、旧司法試験と比較するとかなり長めという印象でした。会話などの誘導はなく、設問も一つだけであるため、新司法試験のような事務処理の慌ただしさもありませんでした。

もっとも、問われ方は単純ではなく、控訴審において、「どのような事項について検討し」、「誰と誰を当事者として」、「どのような内容の裁判をすべきか」ということが問われています。この問われ方に対して、形式的に問いに答える形で答案を作成するのは容易ではないと思われます。

2 内容面について

問題文においては、訴え提起段階から、控訴が提起されるまでの訴訟の流れが比較的詳細に挙げられており、事案に即した答案の作成が求められているといえるでしょう。具体的には、訴状の裁判所への提出後、被告への送達前に、訴状に被告として記載された者が死亡し、その相続人でありかつ後見人である者による訴訟進行によって第1審判決がなされたが、当初被告として訴状に記載された者が死亡していた事実が第1審判決後に発覚したという事案について、控訴審がどのような判断をすべきかという問題でした。

大まかな流れとしては、まず、当事者をいかなる基準で確定するかが問題となります。表示説からすると、当事者はYとなりますが、当事者がZとなる見解もありえます。いずれにせよ、自説から当事者を確定した上で、Zが第1審訴訟手続の全般に関与している事実関係に十分着目しつつ妥当な結論に至るよう、論理的整合性にも注意して、裁判所がいかなる手続を採るべきかを検討していくことになります。

論点自体は、誰もが知っているもので、具体的な事例を前提に自説からの論理的帰結を具体的に導く能力が求められているといえます。さらに、受験生の多数の方が採るとされる実質的表示説を貫くと結論の妥当性を維持できないような事例が出題されていたため、自ら導いた結論の妥当性を吟味し、論理的帰結に妥当性の点で問題があると感じるのであれば、それを筋道立てて修正していく応用力も問われていると思われます。

問題自体の難易度としては新司法試験よりは易しいと思われますが、だからといって簡単な問題であったというわけではありません。本問について試験委員の求めるレベルの解答を作成できる受験生は、新司法試験においても十分合格レベルの能力があるといえるのではないのでしょうか。

3 来年度に向けて（学習の指針）

対策としては、今回の試験問題を見る限り、まずは基本概念や論点についてしっかり理解し、自分の言葉で表現できるだけの能力を身につけておくことが大切です。答案の作成においても、抽象論を振り回した上で事案を一刀両断に処理してしまうのではなく、事実を十分に捉えた具体的な議論を展開させることができるような練習が必要でしょう。

4 辰巳法律研究所の出題方針

まず、本試験において旧司法試験的な論理力と新司法試験的な事案分析力の双方がバランスよく問われていることから、答練問題においても双方をバランスよく出題してまいります。もっとも、新司法試験本体においては、他の教科と比較して事実認定面よりも論理力や学説知識を重視した出題が多いことから、新司法試験の予備試験であることをも考慮して、答練問題としては民事訴訟法における著名な論点における論理力や学説知識を重点的に問うものも出題するようにいたします。また、本試験では見られませんでした、新司法試験本体の過去問では会話文等による誘導がなされることが多く、予備試験においてもこのような出題がなされる可能性も考えられることから、答練問題においても適宜出題してまいります。

なお、民事訴訟法においては、憲法と同様に考査委員の関心分野からの出題がなされているため、これを十分研究した上で出題することを心掛けてまいります。

<民事実務基礎>

【論点】

- 1 債権譲渡の要件事実
- 2 消費貸借契約の要件事実（貸借型理論）
- 3 消滅時効の抗弁の要件事実（援用の要否）
- 4 時効の中断
- 5 二段の推定
- 6 代理人の承諾を欠く相手方との直接交渉

1 形式面について

問題文は新司法試験本体並みに長く、サンプル問題と異なり言い分方式（もっとも問研レベルでそれ程難しくない。）での出題でした。また、資料として領収証や弁護士職務基本規程全文が添付されていました。

論点としては、消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を譲り受けたという事例をもとに、消費貸借契約、債権譲渡、消滅時効の抗弁、二段の推定などのテーマが問われました。さらに、本試験においては、法曹倫理からも出題がなされました。

2 内容面について

設問1では、消費貸借契約に基づく貸金債権を譲り受けた者が債務者に請求を行う事案を前提として、請求原因として主張すべき事実が問われています。また、設問2では、消滅時効の援用に関する2つの学説が提示され、各学説によって当事者の主張すべき事実の違いが生じるかが問われています。ともに、民法解釈が重視されています。

設問3では、設問に示された2つの事実を立証対象として、証拠調べの要否という点から各事実の法的意味や条文解釈が問われています。ここでも、民法解釈が重視されています。

設問4では、具体的な裁判手続の場面を前提として、民事事実認定の基本事項である「文書の真正」「二段の推定」に関する正確な理解が問われています。また、裁判官が行う釈明についての理解が試されているといえます。

設問5は、弁護士倫理に関する問題です。弁護士と相手方当事者との直接交渉を原則禁止する弁護士職務基本規程52条について問われました。同52条の「正当な理由」の意義や、本件事情のもとで「正当な理由」が存在するかについて検討すべきであるといえます。

3 来年度に向けて（学習の指針）

まず、民事実務基礎の中でも配点割合が最も高いと思われる要件事実論の知識については、今回の本試験問題を見る限り、司法研修所編『改訂 問題研究 要件事実』（法曹会、改訂版、2006）の範囲内に留まっておりますので、まずは同書をしっかりと押さえつつ、民法の解釈力も同時に充実させる必要があります。また、民事手続、民事事実認定、法曹倫理についても、司法研修所監修『4訂 民事訴訟第一審手続の解説』（法曹会、4訂版、2001）、解説『弁護士職務基本規程』自由と正義56巻6号（日本弁護士連合会）等の標準的なテキストをしっかり押さえた上で、答案練習会等で演習をしっかりする必要があります。

4 辰巳法律研究所の出題方針

要件事実論に関しては、本試験問題のように言い分方式を中心としつつも、サンプル問題の評価も比較的高いことからこの方式も若干出題することといたします。また、出題範囲については、司法研修所編『改訂 問題研究 要件事実』（法曹会、改訂版、2006）の範囲内を原則としつつも、必要に応じて他の要件事実論の主要テキストで取り扱われている分野からも出題することといたします。さらに、出題に際しては、実体法の正確な理解を問えるように心掛けてまいります。

また、民事手続・民事事実認定に関しては、本試験と同様に基本的な知識・理解を問うものを中心に出题することといたします。

さらに、法曹倫理については、「法律実務基礎科目のサンプル問題には、サンプルとして示すという趣旨から、民事・刑事のいずれにも法曹倫理の問題が含まれている。サンプル問題には法曹倫理も入れておくとともに、実際の試験では、年によって法曹倫理が出題されないこともあるということに構わないと考えている。」との司法試験委員会会議（第64回）議事要旨における司法試験委員会委員長発言に鑑み、適宜出題してまいります。

<刑事実務基礎>

〔論点〕

- 1 犯人性、近接所持
- 2 占有の有無
- 3 窃盗の故意

1 形式面について

問題文は新司法試験本体並みに長く、資料として見取図が2通添付されていました。

論点としては、犯人性や、占有の有無、窃盗の故意の有無を問う出題でした。これらについて、具体的事実を挙げて評価を加え、論理的説得的な論述を展開することが求められているといえます。さらに、その際には、事実認定にあたって裁判例で重視されている要素を意識した論述をすることが望ましいといえるでしょう。

ただ、犯人性については、近接所持や供述の信用性まで問われており、難易度は非常に高い（特に設問1）と思われます。また、設問形式がサンプル問題と大きく異なり、さらに、刑事手続が出題されない等、予想外の出題でした。

2 内容面について

本問では、サンプル問題と異なり、事実認定のみについて問う内容でした。

設問1では、甲が被害品を直接奪った人物であるかについて直接証拠がない本件において、間接事実（状況証拠）からいわゆる「犯人性」を認定できるか、近接所持の法理について問われていたものと考えられます。まず、被害物品の所持と盗難被害（犯行）との時間的・場所的近接性及び甲の弁解の不合理性を認定し、さらに、犯行前後の挙動、動機の有無、同種手口の前科の有無なども付加的に考慮することとなります。

設問2の占有の有無については、支配の事実と支配の意思から総合的に判断することを前提に、占有回復が可能な状況であったかにより評価します。乙は、バッグを置いたベンチから、約5分間、約20メートル離れていること、振り返るとバッグを置いていた場所を見通せる位置であったこと、乙は、一瞬バッグのことを忘れていたこと、本件ホームの状況等を考慮する必要があります。また、窃盗の故意については、犯行を否認している甲が、構成要件に該当する事実を認識していたことについて、客観的に認定できるか否かの問題で、甲は、バッグの近くにコートがあったことなどから、バッグが意図的に置かれているものと客観的に判断できる状況であり、他人の占有に属することを認識できたことなどを認定することが必要となるものと思われます。

3 来年度に向けて（学習の指針）

まず、刑事事実認定については、小林充・植村立郎『刑事事実認定重要判決50選（上）（下）』（立花書房、補訂版、2007）や『司法試験予備試験 法律実務基礎科目ハンドブック2刑事実務基礎』（辰巳法律研究所、2010）などのテキストを用いて、実際の刑事裁判において、争点となりやすい犯罪の成否に関する要素について、その考慮すべき事情をしっかりと押さえる必要があります。また、刑事手続、法曹倫理については、サンプル問題にあるにも拘わらず今回は出題されませんでした。特に刑事手続については、審査委員も軽視しているとは考えられませんので（司法試験予備試験のサンプル問題に関する有識者に対するヒアリングの概要（法律実務基礎科目（刑事））参照）、標準的なテキストで基本的な部分を押さえておく必要があるでしょう。

4 辰巳法律研究所の出題方針

刑事事実認定においては、そもそも出題形式については出題者側も苦心したようであり（司法試験予備試験のサンプル問題に関する有識者に対するヒアリングの概要（法律実務基礎科目（刑事）参照）、未だ流動的な要素も大きいことから、今年の本試験の出題形式を中心としつつも、サンプル問題の形式等を織り交ぜつつ、バリエーション豊かな出題になるように心掛けてまいります。

また、刑事手続については、今年の本試験では出題されなかったものの、前掲ヒアリングでは「刑事手続の流れを中心に問うような問題を作ることも可能」との有識者の発言もあり、出題者側もこれを軽視しているとは考えられず、適宜刑事事実認定と併せて出題することといたします。

さらに、法曹倫理については、本試験では出題されず、前掲ヒアリングでも「刑事の法曹倫理は、出題範囲としては非常に限られるので、必ずしも毎年出題しなければならないというものではないと考えている。」と有識者が発言していることから、基本的なものを必要に応じて適宜出題してまいります。

<一般教養>

1 形式面について

渡辺浩著『日本政治思想史－17～19世紀』（東京大学出版会，2010年）からの出題でした。

問題文字数は1512字で、問題形式は、部分要約（10行）と主張立論（20行）でした。

課題文として提示された文章の文字数・解答に対する行数指定ともにサンプル問題よりも多くなっています。それに加えて、本試験では、福沢諭吉の著作の引用（文語文）が含まれるなど、サンプル問題よりも処理量が多い問題といえます。

【参考：サンプル問題との比較】

出典：岡田暁生『音楽の聴き方 聴く型と趣味を語る言葉』（中公新書，2009年）

問題文字数：1362字

問題形式：全体要約（6行）＋当てはめ立論（10～20行）

2 内容面について

引用箇所は、渡辺浩著『日本政治思想史』21章「福沢諭吉の『誓願』」の一節であり、西洋に遅れを取らないようにせねばならぬ、という福沢の「誓願」の内容を構成する一つの要素です。引用箇所に紹介されている福沢の立場は“「文明の極致」状態を想定すると、現代はそれに到達していない状態だと考えられるが、未熟な状態の中で最善を尽くすべきである”というものです。

設問1は、「福沢が価値相対主義者ではない」ということと「福沢が人類史を相対化した」という、一見すると矛盾にも見える2箇所に下線を引き、ここから読み取れる「著者（渡辺）」の見解を説明するというものです。事実上、読解問題といえます。

設問2は、下線部に対して受験生がどう応答するか、という立論型の問いです。「一義的に計測する基準」があるか、ないか、を表明し、引用文を踏まえた上で理由付けすることが要求されていると考えられます。「価値」に絶対的な基準があるかどうか、が問いの中心となるため「多様性」を是とする現代的な価値観からは、「基準がある」立場での説得的な立論を行うことは難しいように思われます。

【サンプル問題との比較】

サンプル問題では、設問1（要約）では「1800年を境に、音楽の在り方はどのように変化したと筆者は述べているか」をまとめることが求められました。これを引用文に照らすと、端的な答えが明示されており、その部分を念頭に最後まで読み進み、全体の記述を踏まえて再構成すれば要約ができるようになっていました。本試験問題の方が読み取りが難しいため、難度が高いと思われれます。

次に、設問2（立論）では「相撲、剣道、柔道」などの伝統競技の国際化についての是非を論述することを求められていました。引用文とは全く違う分野について、引用文で用いられている分析を用いて考察するとどのように結論できるか、ということを論述することが求められており、受験生の多くにとっては目新しい内容であったと思われれます。この点で、「読解に基づいて立論」という本試験問題の方が易しいといえるでしょう。一方で、福沢諭吉の論に触れたことが全くない場合、読解に時間がかかり、本試験問題の方が難しいと感じる可能性が高いでしょう。

本試験・サンプル問題に共通して、読解に立脚した主張の立論が求められており、これが、一般教養科目論文の特徴であると考えられます。読解から答案構成にかけてをきちんと処理できているかどうかで、点差がつくと思われれます。

3 辰巳法律研究所の出題方針

1000から2000字程度の課題文を提示し、①著者の見解につき要約、②著者の主張と関連させて設定した論点に対する見解、の2点を問う形式を基本として出題してまいります。課題文の内容としては、出題範囲である「人文科学、社会科学、自然科学」の中から、偏りなく選定するよう心掛けてまいります。

的中問題ぞくぞく判明中！

予備試験対策答案練習会・的中情報一覧（平成 23 年 8 月 8 日現在）

科目	テーマ	出題	的中度
行政法	同意の処分性	予備試験プレスタ論行政法 3	☆☆☆
	申請型義務付け訴訟 の訴訟要件	予備論予行政法 1	☆☆☆
		予備スタ論第 1 クール第 2 回第 1 問	☆☆☆
刑事訴訟法	令状の記載	予備論予刑事訴訟法 1	☆☆☆
民事実務基礎	要件事実（消費貸借）	予備試験プレスタ論民事実務基礎 2	☆☆☆
	要件事実（債権譲渡）	予備試験プレスタ論民事実務基礎 4	☆☆☆
	時効	予備試験プレスタ論民事実務基礎 1	☆☆☆
		予備試験論文公開模試	☆☆
	二段の推定	予備試験プレスタ論民事実務基礎 4	☆☆
予備スタ論第 2 クール第 9 回第 2 問		☆☆	
法曹倫理（相手方本人との直接交渉）	予備スタ論第 2 クール第 8 回第 2 問	☆☆☆	
刑事実務基礎	占有の有無	予備試験論文公開模試	☆☆☆
		予備スタ論第 2 クール第 10 回第 2 問	☆☆☆

辰巳では、今後も本試験でのズバリの的中を目指した

教材作成を行って参ります。

平成23年司法試験予備試験論文本試験出題分析表

教科名	憲法	行政法	民法	商法	民事訴訟法
テーマ・論点	1 平等原則 2 積極的差別是正措置	1 不同意決定と処分性 2 申請型義務付け訴訟	1 94条2項の第三者 2 他人物賃貸借と相続	1 取締役に対する招集通知が欠けた場合の取締役会決議の効力 2 取締役会決議に加わることのできない「特別利害関係を有する取締役」の意義 3 譲渡制限付株式の譲渡手続 4 株主名簿の名義書換の不当拒絶 5 譲渡制限付株式の二重譲渡の対抗要件	1 当事者の確定(死者名義訴訟の場合) 2 控訴による是正方法
素材判例・論文等	・青柳幸一(平成23年審査委員)「国公立女子大学の憲法適合性」横浜経営研究V巻1号, 1984年6月(後に、『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社, 1996年5月)に収録) ・同「州立女子大学の違憲性」ジュリスト797号, 1983年9月(後に、『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社, 1996年5月)に収録) ・平成15年度旧司法試験論文本試験憲法第1問	・名古屋地判平17.5.26(判タ1275-144, 裁判所HP裁判例情報搭載) ・曾和俊文・金子正史編『事例研究行政法』(日本評論社, 第2版, 2011)P.58~72(北村和生執筆)			・中山幸二(平成23年審査委員)「民事訴訟における当事者確定論の役割と限界」法律論叢82巻2・3合併号(明治大学, 2010年2月)P.235 ・平成14年度旧司法試験論文本試験民事訴訟法第2問
素材判例の百選・重判の掲載		掲載なし			
予備試験サンプル問題と比較した難易度	サンプル問題公表なし	サンプル問題公表なし	サンプル問題公表なし	サンプル問題公表なし	サンプル問題公表なし
平成23年新司法試験と比較した難易度	易しい	易しい	易しい	やや易しい	難しい
平成22年度旧司法試験と比較した難易度	同程度	旧司法試験科目になし	やや易しい	同程度	難しい
形式面の特色	訴訟選択, 主張, 反論, 私見を論じさせる平成23年新司法試験本体と同形式。	新司法試験本体と異なり, 会話文による誘導なし。	問題文が短い。	問題文が比較的長く, 設問も3つと多い。	問題文が比較的長く, 設問文の文意が捉えにくい。
内容面の特色	人権選択に若干悩んだ受験生が多い模様。新司法試験本体と同様に, 憲法学界の動向や審査委員の関心分野を踏まえた出題であった。	新司法試験本体と異なり, 訴訟要件を検討させるだけで本案については問うていない。	旧司法試験的な内容。もともと, 論点はそれ程ない。	平成23年新司法試験本体と同様に条文を正確に引かせる問題。	当事者の確定の単発論点か。難問だった平成14年度旧司法試験民事訴訟法第2問を思い起こさせる。
的中情報	・形式的中(101024予備スタ論第1クール第3回第1問変形Case2)☆ ・形式的中(110109予備スタ論第2クール第1問第1回答練問題, 変形Case2)☆ ・形式的中(110116予備スタ論第2クール第2回第1問答練問題)☆	・住民票消除の処分性(101010予備スタ論第1クール第1回第1問)☆☆ ・申請型義務付け訴訟の要件(101017予備スタ論第1クール第2回第1問, 110530予備論予行政法1)☆☆☆ ・直前予想教材「危ない最新重要判例リスト No5, 6, 7, 11, 12」☆☆			

平成23年司法試験予備試験論文本試験出題分析表

教科名	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
テーマ・論点	1 嘱託殺人罪における「嘱託」の認定 2 行為者の行為が介入した場合の因果関係の有無 3 抽象的事実の錯誤	1 特別法違反における罰条の記載の有無 2 概括的記載 3 差押物と被疑事実の関連性	1 債権譲渡の要件事実 2 消費貸借契約の要件事実(貸借型理論) 3 消滅時効の抗弁の要件事実(援用の要否) 4 時効の中断 5 二段の推定 6 代理人の承諾を欠く相手方との直接交渉	1 犯人性, 近接所持 2 占有の有無 3 窃盗の故意	
素材判例・論文等	・大判大12. 4. 30(刑集2-378, 百選 I 16事件) ・最決昭61. 6. 9(刑集40-4-269, 百選 I 41事件)	・最判昭51. 11. 18(集刑202-379, 判時837-104, 百選24事件) ・最大決昭33. 7. 29(刑集12-12-2776, 百選A4事件)	・司法研修所編『改訂 問題研究 要件事実』(法曹会, 改訂版, 2006)P.21~31, 38~48, 166~174 ・最判昭61. 3. 17(民集40-2-420, 百選 I 39事件) ・最大判昭41. 4. 20(民集20-4-702, 百選 I 41事件) ・内田 貴『民法 I』(東京大学出版会, 第4版, 2008)P.309~340 ・裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案』(司法協会, 再訂補訂版, 2010)P.209~212 ・解説『弁護士職務基本規程』自由と正義56巻6号(日本弁護士連合会, 2005)P.89~90	・最判昭32. 11. 8(刑集11-12-3061, 百選 II 27事件) ・東京高判昭54. 4. 12(判時938-133) ・川上拓一「近接所持による窃盗犯人の認定」小林充・植村立郎『刑事事実認定重要判決50選(下)』(立花書房, 補訂版, 2007)P.3 ・金谷 暁「窃盗罪における占有」小林充・植村立郎『刑事事実認定重要判決50選(下)』(立花書房, 補訂版, 2007)P.16 ・『司法試験予備試験 法律実務基礎科目ハンドブック2 刑事実務基礎』(辰巳法律研究所, 2010)P.190~192	・渡辺浩『日本政治思想史—17~19世紀』(東京大学出版会, 2010)
素材判例の百選・重判の掲載	百選 I 16・41事件	百選24事件・A4事件	百選 I 39・41事件	百選 II 27事件	
予備試験サンプル問題と比較した難易度	サンプル問題公表なし	サンプル問題公表なし	易しい	難しい	やや難しい
平成23年新司法試験と比較した難易度	易しい	易しい	新司法試験科目になし	新司法試験科目になし	新司法試験科目になし
平成22年旧司法試験と比較した難易度	易しい	易しい	旧司法試験科目になし	旧司法試験科目になし	旧司法試験科目になし
形式面の特色	問題文は旧司法試験と同程度。	問題文は旧司法試験と同程度。	問題文は新司法試験本体並みに長い。サンプル問題と異なり言い分方式(もともと問研レベルでそれ程難しくない。)。領収書や弁護士職務基本規程全文が添付されている。	問題文は新司法試験本体並みに長く、見取り図が2通添付されている。	問題文の分量・解答の指定行数ともにサンプル問題よりもやや多い。福沢諭吉の著作の引用がなされており、サンプル問題よりも処理量が多い。
内容面の特色	刑法総論中心ではあるが各論の論点をも含んでいる。もともと、旧司法試験的な内容。	昭和時代か平成1桁時代の旧司法試験的な内容。もともと、設問2は論点知識のみではなく、事実評価の側面が強いため新司法試験的か。	要件事実論というよりも民法の基本的な知識を問うた模様。	近接所持や供述の信用性まで問うており、難易度は非常に高い(特に設問1)。また、設問形式がサンプル問題と大きく異なり、さらに、刑事手続が出題されない等、予想外の出題。	著者の見解を説明する問いと、問題文を踏まえた上で自分の主張を展開する問いの2問構成である点はサンプル問題と同様。
的中情報		・令状の記載(110605予備論予刑事訴訟法1)☆☆☆	・要件事実(消費貸借)(100904予備プレスタ論民事実務基礎2)☆☆☆ ・要件事実(債権譲渡)(100911予備プレスタ論民事実務基礎4)☆☆☆ ・消滅時効(100902予備プレスタ論民事実務基礎1)☆☆☆ ・消滅時効(100705予備試験 コア講義 民事実務基礎 稲村晃伸先生御作成講義用レジュメ1P. 24~26)☆☆☆ ・二段の推定(100911予備プレスタ論民事実務基礎4)☆☆☆ ・二段の推定(110306予備スタ論第2クール第9回第2問)☆☆☆ ・法曹倫理(相手方本人との直接交渉)(110227予備スタ論第2クール第8回第2問)☆☆☆	・窃盗の近接所持(100726予備試験 コア講義 刑事実務基礎 稲村晃伸先生御作成講義用レジュメ2P.36~38)☆☆☆ ・占有の有無(110626予備試験論文公開模試 法律実務基礎科目第2問(刑事))☆☆☆ ・占有の有無(110313予備スタ論第2クール第10回第2問)☆☆☆ ・占有の有無・窃盗の故意(直前配付教材「刑事事実認定の危ないテーマ」危ないテーマ2: 窃盗の被害者の占有)☆☆☆	

辰 巳 法 律 研 究 所

- 東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371 (代表) ☎ 0120-319059 (受講相談)
<http://www.tatsumi.co.jp/>
- 横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F
TEL045-410-0690 (代表)
- 大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400 (代表)
- 京都本校：〒604-8152 京都市中京区烏丸通錦小路上手洗水町670京都フクトクビル6F
TEL075-254-8066 (代表)
- 名古屋本校：〒450-0002 名古屋市中村区名駅4-26-22 名駅ビル3F TEL052-588-3941 (代表)
- 福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040 (代表)
- 宇都宮校：〒320-0811 宇都宮市大通り1-2-5 国際情報ビジネス専門学校内 (受付2階) TEL028-600-4877
- 岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館3階 穴吹カレッジキャリアアップスクール内
TEL086-236-0335
- 高松校：〒760-0021 高松市西の丸町14-10 穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL087-822-3313
- 鹿児島校：〒892-0842 鹿児島市東千石町19-32 鹿児島情報ビジネス専門学校内 TEL099-223-8400