



2012 年合格目標 新司法試験

全 国 公 開 模 試

受験生参考答案集 (C日程)

CONTENTS

1. 憲法 2. 民事訴訟法

★「憲法及び民事訴訟法」以外については、参考答案に相応するものはございません。

★各ポイント講義をTAC動画チャンネルで配信します。

「採点実感ポイント」を視聴するには、パスワードが必要です。

パスワードは、「1234」となります。

TAC Wセミナー／司法試験講座

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

2012 年合格目標 新司法試験 全国公開模試 論文式試験 公法系科目 第1問 採点シート

受験番号

点数

69

点

答案作成者

添削者名

配点項目	基礎点	加点事由
第1 設問1 (30点)		
1 法令違反		
A又はBのルートいずれか一方で配点する (配点の上限は異なります)		
A 法令違反について、営業の自由の問題として論じた場合 (上限16点)		
※ 2つの人権を挙げつつ営業の自由を主要な人権として論じた場合、複合的人権とした上で営業の自由を主要な人権として論じた場合を含む		
● Xの利益を制約する法令の根拠は、受動喫煙防止法 24 条の2及び119条であることを指摘している	1/1	-
※ 法 24 条の2のみを指摘している場合でも配点する		
※ 法 9 条2項及び3項を指摘している場合には、法 24 条の2との不可分性を説明している場合にのみ、配点する		
● Xの制約されている自由・利益 (喫煙中止・退出要求を行うかどうかを決定する自由等) を具体的に指摘している	1/1	-
● 上記Xの自由・利益が、どのような意味で憲法上の権利 (§ 22-1・職業選択の自由を遂行する自由として保障される営業の自由) といえるのかを的確に論じている	-	1/1
● 上記Xの自由 (利益) の内容、性質 (その重要性) や制約の目的、制約態様等を具体的かつ適切に指摘した上、Xにとって有利な結論を導くための (厳格に審査すべき方向に働く) 規範を定立している	-	2/3
※ 厳格な基準を示している場合であっても、合理的な理由が示されていない場合は、配点しない		
● 具体的な法令違反の主張 (規範へのあてはめ)		
⇒ 本問の具体的事実を摘示し、的確に意味付け・評価している (上限10点)		
※ Xにとって有利な主張のみに配点し、譲歩を示す主張には配点しない		
<目的>		
・受動喫煙による健康への悪影響から国民の健康を守るという法の目的を摘示している (目安1点)	1	
・上記目的について、Xの側から、必要性や合理性に欠ける旨の主張及びこれを根拠づけるための主張を展開している (ex. 健康への悪影響の程度は抽象的であるにとどまる、来店者や店主の自主的判断に委ねるべき、等) (目安3点)		
<手段>		
・法 24 条の2は施設管理者に対して喫煙禁止区域における喫煙中止要求、退出要求を義務付けていることを指摘している		

(法 9 条2項及び3項の不可分性を主張して、その違憲性を主張する場合には、禁煙又は分煙の設備を設けるよう義務付けていることの指摘)

・小規模店舗や喫煙者のみが来店する店舗等に対する規制を除外せず、一律の規制を施していることを摘示している (目安1点)

・上記手段が過度であること、強度の制約であること等、Xの側に有利な評価を示している (目安1点)

・上記の評価を根拠づけるための説得的な根拠が示されている
ex. 小規模な店舗は、その売上高に応じて従業員数も少ないのが通常であり、従業員が本来の業務に集中しながら喫煙者の行動に注意を払うのは困難であること (目安2点)

ex. 喫煙者しか来店しない店舗では、来店者が受動喫煙の被害を受忍していると考えられること (目安2点)

ex. (9条2項及び3項の不可分性を説明しつつ、その違憲性を主張する旨明示している場合にのみ配点) 小規模な店舗に対して、分煙又は喫煙の設備を設けるための費用負担を強い

ることは過剰な負担を強いることになること (目安2点)

・(119条の違憲を主張する場合について) 50万円以下の罰金という刑罰を科すものである点を指摘し、過度である旨の主張をしている (目安1点)

・受動喫煙を防止するために採り得るための他のより緩やかな手段 (分煙措置がなされていない旨の注意喚起を促す看板、貼り紙の掲示等) 等を具体的に示している (目安2点)

・その他、Xの側から法令の違憲性を基礎づけるための的確な主張がなされている (目安各2点)

※ 違憲性を主張する条文及び制約されている憲法上の権利と論理的に関連付けられていない場合には、配点しない

B 法令違反について、信教の自由の問題として論じた場合 (上限12点)

※ 2つの人権を挙げつつ信教の自由を主要な人権として論じた場合、複合的人権とした上で信教の自由を主要な人権として論じた場合を含む

● Xの利益を制約する法令の根拠は、受動喫煙防止法 24 条の2及び119条であることを指摘している

※ 法 24 条の2のみを指摘している場合でも配点する

※ 法 9 条2項及び3項を指摘している場合には、法 24 条の2との不可分性を説明している場合にのみ、配点する

● Xの制約されている自由・利益 (喫煙中止・退出要求を行うことは許されないとの宗教的信念、喫煙中止・退出要求を行わない自由 (宗教的行為の自由) 等) を具体的に指摘している

● 上記Xの自由・利益が、どのような意味で憲法上の権利 (§ 20-1・信教の自由) に含まれるのかを的確に論じている (ex. P教の教義の具体的な指摘等)

● 上記Xの自由 (利益) の内容、性質 (その重要性) や制約の目的、制約態様等を具体的かつ適切に指摘した上、Xにとって有利な結論を導くための (厳格に審査すべき方向に働く) 規範を定立している

※ 厳格な基準を示している場合であっても、合理的な理由が示されていない場合は、配点しない

● 具体的な法令違憲の主張（規範へのあてはめ） ⇒ 本問の具体的事実を摘示し、的確に意味付け・評価している（上限7点） ※ Xにとって有利な主張のみに配点し、譲歩を示す主張には配点しない		
<目的> ・受動喫煙による健康への悪影響から国民の健康を守るという法の目的を摘示している（目安1点） ・上記目的について、Xの側から、必要性や合理性に欠ける旨の主張及びこれを根拠づけるための主張を展開している（ex.健康への悪影響の程度は抽象的であるととどまる、来店者や店主の自主的判断に委ねるべき、等）（目安3点）		
<手段> ・法24条の2は施設管理者に対して喫煙禁止区域における喫煙中止要求、退出要求を義務付けていることを指摘している（9条2項及び3項の不可分性を主張して、その違憲性を主張する場合に、禁煙又は分煙の設備を設けるよう義務付けていることの指摘） ・手段が強度であること、過度であることについて、Xの信教の自由に対する制約の程度と関連付けた主張をしている（目安各2点） ※ 信教の自由に対する制約を主張しながら、営業の自由に対する制約として過度である旨の意味付け・評価がなされている場合には、配点しない ・受動喫煙を防止するために採り得るための他のより緩やかな手段（分煙措置がなされていない旨の注意喚起を促す看板、貼り紙の掲示等）等を具体的に示している（目安2点） ・（119条の違憲を主張する場合について）50万円以下の罰金という刑罰を科すものである点を指摘し、過度である旨の主張をしている（目安1点） ・その他、Xの側から法令の違憲性を基礎づけるための的確な主張がなされている（目安各2点） ※ 違憲性を主張する条文及びXの信教の自由に対する制約と論理的に関連付けられていない場合には、配点しない ※ 信教の自由に対する制約を主張しながら、営業の自由に対する制約としての意味付け・評価がなされている場合には、配点しない		
B	-	/上限7
2 適用違憲 ※ 営業の自由に関する適用違憲の主張を示している場合において、説得的な論述がなされている場合には、「3 裁量点」のところで配点する		
信教の自由 ● どのような意味でXの信教の自由（憲法第20条1項）を侵害しているのかを具体的に指摘している（内心における信仰の自由又は宗教的行為の自由につき、P教の教義と関連付けて具体的に指摘していることが必要） ※ 法令違憲のところでブルーートを採用し、そこで既に言及しているときは、簡単に書けばよい		
● 適用違憲の主張をするための判断枠組みが示されている（比例原則、正当業務行為、合憲限定解釈等）		
● 本問の事実を評価し、自分で定立した規範にあてはめて、Xにとって有利な主張をしている（上限7点）		
・本問におけるXの宗教的信念の重要性（目安2点） ・Xの憲法上の権利を内心における信仰の自由ととらえる場合には、絶対無制約に保障される旨の主張（目安2点） ・喫煙禁止区域を利用する客が存在した事実への配慮（Xの側から適切なフォローがなされている場合にのみ配点）（目安2点） ・法119条は50万円以下の罰金を科すものである点について、これを本件に適用することの妥当性を具体的事案に即して主張している（目安1点）		
	-	6/上限7

・その他、Xの側から適用違憲を基礎づけるための具体的かつ適切な主張をしている（目安各2点）		
3 裁量点 ● 上記各項目について、特筆すべき論述がなされている ● 上記各項目以外について、特筆すべき論述がなされている 小計 1 （ブルーートの場合の加点上限は23点）		
	-	5/5
	3/3	24/29
第2 設問2（70点）		
1 法令違憲 A又はBのルートのいずれか一方で配点する（配点の上限は異なります） A 法令違憲について、営業の自由の問題として論じた場合（上限25点） ※ 2つの人権を挙げつつ営業の自由を主要な人権として論じた場合、複合的人権とした上で営業の自由を主要な人権として論じた場合を含む		
(1) 検察官の主張 ● 検察官の立場から、法令の合憲性を導くための適切な事実を摘示して意味付け・評価している（上限6点） <審査基準について> ・経済的自由に対する制約であること、営業態様の一部に対する制約であること等、基準を緩和することを基礎づけるための合理的な主張を示している（目安2点） <目的> ・受動喫煙による健康への悪影響から国民の健康を守る目的の重要性の主張及びこれを根拠付ける事実の摘示と意味付け（目安各2点） ex. 国が行った調査の具体的内容、受動喫煙による被害の重大性等 <手段> ・受動喫煙防止法24条の2及び119条の規定と施設内における受動喫煙防止という目的達成との関連性についての主張（目安2点） ・規制手段の必要性についての主張及びこれを基礎づける事実の摘示と意味付け（目安各2点） ex. 国が行った調査の具体的内容、飲食業者の自主性に任せることなく法律を制定し義務化する必要性等 ・除外事由を設けずに一律の規制を施す必要性についての主張及びこれを根拠付ける具体的な事実の摘示と意味付け（目安2点） ・その他、検察官の主張を根拠付ける説得的な事実の摘示・評価（目安各2点）		
A	-	0/上限6
(2) あなた自身の見解 ● 審査基準 ・Xの主張及び検察官の主張を踏まえ、適切な基準を定立している ・上記基準を導くための説得的な理由付けがなされている ex. 権利の性質・権利の制約の態様・反対利益の重要性等について、本問事案に即した具体的かつ適切な検討がなされている ● 適切な事実を摘示し、自己の定立した規範と対応させた意味付け・評価がなされている（上限14点） ※ X及び検察官の主張と同様の結論を採る場合には、その理由が示されていない場合は配点しない		
	1/1	-
	-	3/4

A	<目的> - 受動喫煙による健康への悪影響から国民の健康を守るといふ法の目的について、その必要性の有無や重要性の程度等につき、適切な検討がなされている (目安3点) - ex. 受動喫煙による健康への影響の程度、国が行った調査の具体的内容、受動喫煙による被害の重大性等についての分析と評価	2	
	<手段> - 目的と手段との関連性 (法24条の2及び119条による規制が上記目的の達成に役立つ程度等) (目安2点) - 小規模店舗や喫煙者のみが来店する店舗等に対する規制を除外せず、一律の規制を施していることについての適切な分析・評価がなされている - ex. 小規模な店舗は、その売上高に応じて従業員数も少ないのが通常であり、従業員が本来の業務に集中しながら喫煙者の行動に注意を払うのは困難であることについて (来店者に対する規制や貼り紙等による解決策があるかどうか等の考察など) (目安3点) - ex. (9条2項及び3項の不可分性を説明しつつ、その違憲性を主張する旨明示している場合にのみ配点) 小規模な店舗に対して、分煙又は喫煙の設備を設けるための費用負担を強いることについて (過剰な負担を強いることになるのか否かについての考察など) (目安3点) - ex. 国が行った調査の具体的内容、飲食業者の自主性に任せることなく法律を制定し義務化する必要性の有無についての考察など (目安2点) ・ (119条の違憲を主張する場合について) 50万円以下の罰金という刑罰を科すものであることについて、適切な分析・評価がなされている (目安2点) ・ その他、手段に関する適切な分析と考察がなされている (目安各2点) ※ 自己の選択した違憲性を問題とする法令の条項と対応していない分析・考察には配点しない	2	3 上限 14
	B 法令違憲について、信教の自由の問題として論じた場合 (上限21点) ※ 2つの人権を挙げつつ信教の自由を主要な人権として論じた場合、複合的人権とした上で信教の自由を主要な人権として論じた場合を含む		
	(1) 検察官の主張 ● 検察官の立場から、信教の自由に対する制約に当たらない旨を主張している ● 検察官の側から、信教の自由に対する制約であるとしつつも、その合憲性を基礎付けるための合理的な主張を示している <審査基準について> ・ 信教の自由に対する関係では間接的・付随的制約であることを示して基準を緩和すべきである旨を主張している (目安2点)	1	-
B	<目的> - 受動喫煙による健康への悪影響から国民の健康を守る目的の重要性の主張及びこれを根拠付ける事実の提示と意味付け (目安各2点) - ex. 国が行った調査の具体的内容、受動喫煙による被害の重大性等 <手段> - 受動喫煙防止法24条の2及び119条の規定と施設内における受動喫煙防止という目的達成との関連性についての主張 (目安2点) - 規制手段の必要性についての主張及びこれを基礎づける事実の提示と意味付け (目安各2点)		上限 6

B	・ 除外事由を設けずに一律の規制を施す必要性についての主張及びこれを根拠づける具体的な事実の提示と意味付け (目安2点) ・ その他、検察官の主張を根拠付ける説得的な主張及び適切な事実の提示・評価 (目安各2点)		
	(2) あなた自身の見解 ● 信教の自由に対する制約があるか否かについて、適切な分析・評価がなされている (間接的・付随的制約に当たるかどうかなどの検討) ● 審査基準 ・ Xの主張及び検察官の主張を踏まえ、適切な基準を定立している ・ 上記基準を導くための説得的な理由付けがなされている - ex. 権利の性質・権利の制約の態様・反対利益の重要性等について、本問事案に即した具体的かつ適切な検討がなされている ● 適切な事実を提示し、自己の定立した規範と対応させた意味付け・評価がなされている (上限10点) ※ X及び検察官の主張と同様の結論を採る場合には、その理由が示されていない場合は配点しない	-	2
	<目的> - 受動喫煙による健康への悪影響から国民の健康を守るといふ法の目的について、その必要性の有無や重要性の程度等につき、適切な検討がなされている (目安3点) - ex. 受動喫煙による健康への影響の程度、国が行った調査の具体的内容、受動喫煙による被害の重大性等についての分析と評価		
	<手段> - 目的と手段との関連性 (法24条の2及び119条による規制が上記目的の達成に役立つ程度等) (目安2点) - 法24条の2は施設管理者に対して喫煙禁止区域における喫煙中止要求、退出要求を義務付けていること (9条2項及び3項の不可分性を主張して、その違憲性を主張する場合には、禁煙又は分煙の設備を設けるよう義務付けていること) について、信教の自由 (信仰の自由又は宗教的行為の自由) にもたらす影響を具体的に分析・評価している (目安2点) - 手段が過度であるか、他に採り得る手段があるかどうか等について、Xの信教の自由に対する制約の程度と関連付けた分析・評価がなされている (目安各2点) ※ 信教の自由に対する制約を検討しながら、営業の自由との関係において制約の態様を分析・評価している場合には、配点しない ・ (119条の違憲性を検討する場合について) 50万円以下の罰金という刑罰を科すものである点を指摘し、信教の自由に対する過度の制約になるか否かという観点から分析・評価がなされている (目安2点) ・ その他、手段に関する適切な分析・考察がなされている (目安各2点) ※ 違憲性を主張する条文及びXの信教の自由に対する制約と論理的に関連付けられていない場合には、配点しない ※ 信教の自由に対する制約を主張しながら、営業の自由に対する制約としての意味付け・評価がなされている場合には、配点しない 小計 2 (Bルートの場合の加点上限は20点)	-	10
		1/1	15/24

2 適用憲意		
※ 営業上の自由に関する適用憲意の検討をしている場合において、説得的な論述がなされている場合には、「3 裁量点」のところで配点する		
(1) 検察官の主張 (上限 6 点)		
※ 検察官の立場から、合憲性を基礎づけるための主張を示している		
● 受動喫煙防止法 24 条の 2 により喫煙中止・退出要求をする義務は、信教の自由 (憲法 20-1・信仰の自由又は宗教的行為の自由) を制約するものではないことを主張している (目安 3 点)	-	2/上限 6
● 店内には実際に喫煙禁止区域内を利用する客がいたことを指摘し、退出要求により客の受動喫煙を防止する必要があることを指摘している (目安 2 点)	-	2/
● 検察官が起訴をしない場合、政教分離の原則に反する結果になることを指摘している (目安 2 点)	2/	
(2) 私自身の見解		
ア 信仰の自由又は宗教的行為の自由に対する直接的な制約となるか否かについての検討		
● 内心における信仰の自由又は宗教的行為の自由に対する直接的な制約にあたるかどうかについて、合理的な基準を定立している	-	0/1
● (信仰の自由の問題として検討する場合には特に) 規範定立にあたって、ピアノ伴奏事件最高裁判決 (最判平 19.2.27) の理解が示されている (ex. ①その制約の性質の点から、一般的に信仰の核心を直接否定することと不可分に結びつくかどうか、②外部的・客観的に特定の信仰を持つことの強制・禁止に当たるかどうか、又は特定の信仰についての告白の強要となるかどうか、等の観点からの検討)	-	0/2
● 本問事案についての検討 (規範へのあてはめ) (上限 6 点)		
● 喫煙禁止区域内で喫煙する者に対する退出要求義務を課することが、特定の信仰に結びつくものかどうか、信仰の核心部分を直接否定することと不可分に結びつくものかどうか、等の観点から、説得的な論拠を示しつつ、適切な検討がなされている (目安 3 点)	-	0/上限 6
● 喫煙禁止区域内で喫煙する者に対する退出要求義務を課することが、外部的・客観的に特定の信仰を持つことの強制・禁止に当たるかどうかという観点から、説得的な理由を示しつつ、適切な検討がなされている (目安 3 点)	1/	
● 喫煙禁止区域内で喫煙する者に対する退出要求義務を課することが、特定の信仰についての告白の強要となるか否かという観点から、説得的な理由を示しつつ、適切な検討がなされている (目安 3 点)	-	
イ 信仰が法 24 条の 2 の定める退出要求義務の不履行という外部的行為と結び付いていることを踏まえた検討		
● 制約が許容される場合があるか否かについての適切な検討がなされている (制約が許される場合があるときは、適切な規範を示している)	1/1	-
● 本問の事案についての具体的な検討 (規範へのあてはめ) (上限 10 点)		
<合意方向の事情>		
● 本件当時、X の店舗内には喫煙禁止区域を利用する客が存在していたこと・受動喫煙を防止する必要性があったこと (目安 2 点)	2	3/上限 10
● X は、儀式の開始前に、喫煙禁止区域での喫煙がなされないように、あらかじめ対策を採ることが可能であったこと (目安 3 点)	3	
● 退出要求は信仰の自由を直接的に制約するものではないこと (目安 2 点)	1	
<違憲方向の事情>		
● X に退出要求義務を課することは、その信仰に反する行為を命ずることになること (目安 3 点)	2	0/上限 10
● 受動喫煙の健康に対する悪影響の程度 (それほど大きくない旨の意味付け・評価等) (目安 2 点)	2	
● X の違反行為は宗教的儀式という特殊な場面においてのみであること (目安 2 点)	2	

● その他、適切な事実の摘示と意味付け・評価 (目安各 1 点)			
ウ 政教分離原則との関係についての検討			
● X に法 119 条及び法 24 条の 2 を適用して起訴すること又は起訴しないことが政教分離原則に反するか否かに関し、適切な基準を示している	0 / 1	-	
● 本問事案についての検討 (規範へのあてはめ)			
※ 以下に示す<考慮すべき事実>等を摘示しつつ、適格に意味付け、評価している			
<目的>			
● X に法 119 条及び法 24 条の 2 を適用して起訴すること又は起訴しないことが宗教的意義を有するか否かについて、説得的な理由を示しつつ、適切な検討がなされている	f	5 上限 8	
<効果>			
● X に法 119 条及び法 24 条の 2 を適用して起訴すること又は起訴しないことが P 教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等の影響となるかどうかについて、説得的な理由を示しつつ、適切な検討がなされている	f		
<考慮すべき事実>			
● 起訴・不起訴の判断が刑事訴訟という不利益を与え、又は免れさせるものであること	f -		
● 検察官は X の行為が P 教の儀式に際してなされたものであることを認識していたこと	f		
● X の行為は、外部的に認識し得る状況であったこと (店舗がガラス張りであったこと等)			
● 起訴又は不起訴の判断は受動喫煙の防止を目的とする観点からなされるものであること			
● 法 24 条の 2 の定める義務を課することは X の宗教的信念に反する行為を強いる結果になること			
● その他適切な事実の摘示と意味付け・評価			
3 裁量点			
● 上記各項目において、特筆すべき論述がなされている	-		8 上限 10
● 上記各項目以外に、特筆すべき論述がなされている			
小 計 3			
1/2 25/43			

基礎点合計	5 / 6	-
加点事由合計	-	68 / 94
減点 (10点を上限とする)		
(減点理由)		
□ 文字が乱雑で読みにくい。		0 / -10
□ 論理矛盾がある。		
□ 答案全体のバランスがよくない。		
□ その他 ()		
合 計		
(B ルートの場合は、減点がなくても 92 点が上限)		
69 / 100		

※ 基礎点は受験生が確実に取らなければならないものであり、この部分で十分な得点ができていない場合は出題者の意図を理解し切れなかったことを意味します。加点事由は、問題文の事情をどれだけ的確に捉えられているかを示すものです。単に問題文に載っている事実をそのまま答案に書いても得点にはならず、その事実を的確に評価しなければなりません。

様

<答案について>

・当事者の立場を強く意識した論述を心がけてください。原告、検察官はそれぞれ自身が望む結論に向けた主張を展開するはずで、原告のところでは、本法の目的の正当性も争うことも考えられます。また、基準を緩やかにするような主張はしないはずです。

・規範もある程度は具体的に定立しましょう。「過度のかかわり合い」といった抽象的なものではあてはめがしにくいです。何をもって「過度」と判断するのかを具体化したいところです。

・検察官の反論をよりていねいに論じてください。検察官の反論が薄い答案がとて多いので、ここはチャンスであるとも考えられます。結論のみが示されているにとどまっており、ここで大きく失点してしまっています。「検察官の主張を想定しつつ」と指示されている以上、私見を論じる上でも、検察官の反論の位置づけは重要です。原告の主張と私見よりは、論述が軽くなることはもちろんですが、それでも結論以外のポイントを示す必要はあります。

・あてはめがとても良好です。本問における具体的事実を拾うことができている点が好印象です。

<本試験に向けて>

・非常にレベルが高い答案です。本試験をしっかりと分析されており、合格答案を体現できています。本試験においても同様の姿勢で臨むことで、憲法は大きな得点源となることでしょう。

・せっかくの実力なので、時間切れには気をつけてください。最後まで書ききってこそ、高得点に結びつきます。

第1. 法令違憲

06

2. 飲食店は、営業をしようとして、いかなる設備を設置するか、いかなる店内の雰囲気作りを近めていくか、田というように経営戦略上判断する自由を有しており、これは営業の自由の一内容であり、自由の内容が、(22年浪)

3. 法は、飲食店に、禁煙設備の設置義務、これには、禁煙区域での喫煙者への追い出し義務を店の管理者に課している(法9条、同24条の2第4項)。これは経営方針の判断に付する国の介入であり、営業の自由に対する制約である。

又、市場経済の核心をなすものではない。経済的自由であることは踏まえて、法24条の2第1項は、4項 ~~法24条第2項~~ が合憲と存在には、目的が重要であり、かつ、より制限的ではない、他の手段がない場合に限られる。 現象の

1

第2. 適用違反

流水 219

- ① 講ずべき措置を行わなかった点については、以下の理由から憲法性が阻却されるため、提起した検査官は適用上違憲となる。

社会的相当性の有無は、行為目的、行為態様、教義と行為の関連は

の観点から検討すべきである 規範的

(2) これを本件についてみると、Xはたしかに信者のうち25人から喫煙禁止区域内で喫煙を開始したことを認識していた。

しかし、P教はたしかにこの火を信仰の対象としており、この火こそ用いた儀式はP教の火に対する信仰に直結したものであり、その信仰における極めて重要な意義を有する。この火の儀式の重要性に加え、かかる儀式を^{具体的}を開始した後は、儀式の終了で他者に對して喫煙を妨害することはなく、固く禁じられている。とすれば、Xが、施設管理者として講ずべき措置を^{核心}取らなかつたのは、自己の信仰するP教の教義を守るためにやむを得ないものであった。

可なりい。また、本件の年間喫煙の儀式はXの店舗の通常の営業時間中に行われるものであるため、近隣住民の迷惑がかかるものとはなく、また、客の少ない時間帯を利用して行われることから、他の客に迷惑がかかることはない。現に本件の儀式の際も、信者以外の客が入れなかった。このように、儀式自体^{迷惑}が誰にも迷惑をかけないで行っており、しかも、10年ほど前から行われており通例化していることから、儀式の際にXが禁煙区域で喫煙する信者も追いつななかったとしても、社会的に是認されべき態様^{態様}といふべきである。しかも、X自身は喫煙区域で儀式を行っており、^{事実上}違反行為を行っていたわけではなから、^{行為}行為態様としても反社会性は低い。

(3) 以上を総合すると、Xが管理者として措置を講じたことは、社会的に相当といえ、違法性は阻却される。

設問2. 違法であるという結論を示さない

第1. 法令違反の主張について

1. 検察官は、法24条の2第4項の規制は、原告の主張よりも緩やかで適正基準を妥当し、合憲であると主張する。もう一つは、

2. (1) 以下私見を述べる。

憲法基準決定の際には、被侵害利益、規制目的の他、規制態様を^{多角的}多角的に觀察すべきである。

本件では、原告の主張する通り、被侵害利益は経済的自由たる営業の自由、規制目的は消極目的である。そして、原告は規制態様として、一律規制^{罰則}を制で^{罰則}ありと主張する。それに加えて、事後規制として罰則という重い規制^{罰則}に^{罰則}課せられているが、50万円以下の罰金刑であることに鑑みれば、規制の程度はそれほど重大でない。また、あくまで、営業を行う上で設置すべき施設^{設備}や管理者がとるべき行為の内容を干渉するにすぎず、出店そのものを制約するものではない。具体的で!

以上より、規制の程度が軽いことと照らし、法24条の2第4項は、目的が重要であり、かつ、目的達成のために手段が関連性を有していれば足りる。

(2) 本件で、目的は原告も認める通り重要である。

そして、手段について、国民の受動喫煙による健康への悪影響を防止するため、一定以上の飲食店について禁煙設備を設置されており、タバコを嫌う客がこれらの店を自由に選べる状況である必要がある。

的確で! しかし、国の費用面を見ると、飲食店のうち約6割しかが受動喫煙防止対策を実施しておらず、そのうち7割が今後対策を進める予定がないことが明らかとなり、対策済の店を採択することが困難な状況であった。結果、他の調査で国民の過半数が飲食店で受動喫煙にあたる^{懸念}こと

があると答えている。

論争がこのようにタバコを吸いやすい環境である。禁煙設備の整った飲食店が、国
策として対策を講じない限り、増加していき、状況にあり、受動喫煙を
受忍せざるを得ない立場に置かれた。

上記の状況を打開し、国民の健康を守るために一律的な規制を
罰金と併せて実効性のあるものとする必要がある。これを実効的なもの
とするために罰金を課することは効果的である。

(3) したがって、目的と手段の間に関連性があるから、合憲である。

第2. 適用違憲の主張について。

1. 検察官は、本件では、政教分離原則(20条3項)を徹底する必要
があることから、信教の自由を理由とする違法性阻却は認められないと
主張すると考えられる。これももう少し詳しく述べよう。

2. (1) 以下私見を述べる。論争の心とこうだ。

(2) Xの主張する通り、社会的相当性を有する行為は違法性が阻却
されるが、~~信教の自由~~信仰活動が社会的相当性を有する場合は慎重
に判断されなければならない。なぜなら、検察官の主張する通り、Xの

信仰を理由として不起訴とすることは、国家がP教を特別扱いする
結果となる。政教分離に反することとなる可能性があるからである。

(3) そこで、たとえば、Xの措置をとらなければ、教団側が教義に関わる重
要なものであったとしても、これを不起訴とすることは、国家と宗教の過度の
のかかり合いに結びつくと考えられる場合には、社会的相当性を
違法性は阻却されないと考える。

これを本問についてみると、本件の儀式当時、喫煙禁止区域を利

用する者が1名おり、それにむかひから信者は自己の教義に従い喫煙
し、Xはそれを止めようとしたが、た。

たとえばP教の信者が集まるのに都合がよいとしても、Xの店舗は面
積40平方メートル、客席数20と、50人の信者が儀式を行うには
無理があったことから、他の場所で儀式を行うべきであった。また、

禁煙設備利用者的一切迷惑をかけるようにするため、店を閉
鎖し、臨時休業にもできなかったとあり、それをせずに他の客1名に迷
惑をかけたまま行なった儀式を尊重し、不起訴とすれば、国家がP
教を過度に特別扱いしたとも思える。

また、P教の儀式は客観的にタバコを吸うだけであり、
健康を害するとの一般大衆からの認識はあれば、それが宗教的志
義を持つものであるとや、かかる儀式に対してXが適切な措置
を怠った点と不問としても、その点に~~特定~~特定の宗教を助長するとの
社会通念は存在しないといえる。行為

Xの主張にある通り、Xの行為に~~この重要性~~の重要性、手段としての相当
性も考慮すれば、検察官の不起訴とすることは、国家と特定の宗
教の結びつきがかわるおそれなく、~~その行為は~~違法性が阻却さ
れるべきである。

よって、~~不起訴~~不起訴は20条1項に反する。

以上

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23

2012年合格目標 新司法試験 全国公開模試 論文式試験 民事系科目 第3問 採点シート

受験番号

点数

68 点

答案作成者

添削者名

配点項目	基礎点	加点事由
第1 設問1 (30点)		
1 見解1からの検討		
● 見解1からは、控訴裁判所が心証どおりの請求棄却判決をすることができると指摘している ※ 異なる結論を示している場合には、見解1を前提としつつ、説得的な根拠が示されている場合にのみ配点する	3 / 3	-
● 控訴裁判所が請求棄却判決をなし得るとの結論について、適切な根拠を示している ※ 異なる結論を示している場合には、見解1を前提としつつ、説得的な根拠が示されている場合にのみ配点する	-	3 / 4
2 見解2からの検討		
● 請求棄却判決は既判力の遮断効により再訴ができなくなる（再訴しても請求棄却となる）点で、訴え却下判決よりもXに不利益であることを指摘している	-	4 / 4
● 訴訟経済との関係についての分析 ・再訴を認める場合、訴訟経済に反する可能性があることを指摘している（目安2点） ・本件では第一審において本案についての審理がなされ、その判決理由中にも、本案についての具体的な判断が示されていることを指摘して、訴訟経済の観点から適切な検討がなされている（目安4点） ・その他適切な検討がなされている（目安各2点）	-	0 / 上限7
3 控訴裁判所の自判の可否		
● 第一審判決が訴えを不適法として却下した場合において、控訴裁判所が、これを取り消す場合、原則として差戻しをすべきこと（民事訴訟法 307 本文）を指摘している	2 / 2	-
● 民事訴訟法 307 条ただし書の趣旨は、第一審において実体的審理が尽くされていた場合の例外を規定した点にあることを指摘している	3 / 3	-
● 「事件につき更に弁論をする必要」（同ただし書）があるか否かにつき、適切な判断基準（実体的審理が尽くされていたかどうか等）を示している	-	2 / 2
● あてはめ ※ 以下の事実を指摘して、適切に評価している ・第一審では本案について（特にコピー機が新品であったかどうかについて）の審理がなされたこと（目安1点） ・第一審の判決理由中には本案に関する具体的な判断が示されていること（目安1点）	-	2 / 上限2
4 裁量点		
● 上記各配点項目に関し、特筆すべき論述がなされている	-	2 / 上限3
● 上記各配点項目以外に、特筆すべき論述がなされている	-	-
小 計 1	8/8	13/22

第2 設問2 (45点)

1 課題① [重複訴訟の禁止（民事訴訟法 142）に触れるか否かについての検討] (11点)		
● 重複訴訟の禁止の趣旨を指摘している	1 / 1	-
● 重複訴訟の禁止に触れるか否かについての判断基準を定立している	1 / 1	-
● 方法①及び方法②のいずれについても、訴訟物及び当事者が同一であることを指摘している	1 / 1	-
● 方法①についての検討 ・方法①が反訴であり、同一手続内で審理されることを踏まえた適切な検討がなされている（目安2点） ・先行する訴訟3が確認訴訟であり、既判力が生ずるのみで執行力を生ずるものではないことを踏まえ、後訴を許容する必要性を指摘している（目安3点） ・その他適切な検討がなされている（目安各1点）	-	3 / 上限4
● 方法②についての検討 ・方法②が別訴であることを踏まえた適切な検討がなされている（既判力の矛盾・抵触の可能性等）（目安1点） ・先行する訴訟3が確認訴訟であり、既判力が生ずるのみで執行力を生ずるものではないことを踏まえ、後訴を許容する必要性を指摘している（目安1点） ・方法①との比較の観点から、適切な検討がなされている（目安2点） ・その他適切な検討がなされている（目安各1点）	-	2 / 上限4
2 課題② (12点)		
● 法律の誤解が「錯誤」に当たるかについての検討 ※ 信義則・禁反言について言及していない場合は、8点を上限とする ・自白に撤回禁止効が認められる根拠を踏まえ、適切な検討がなされている（目安3点） ・自白の撤回要件として「反実実かつ錯誤」要件が要求される根拠を踏まえ、適切な検討がなされている（目安3点） ・上記自白の撤回禁止効又は自白の撤回要件として「錯誤」が要求される根拠を踏まえつつ、法律の誤解が「錯誤」に該当することを肯定する方向で適切な検討がなされている（目安3点） ・上記自白の撤回禁止効又は自白の撤回要件として「錯誤」が要求される根拠を踏まえつつ、法律の誤解が「錯誤」に該当することを否定する方向で適切な検討がなされている（目安3点） ・その他適切な検討がなされている（目安各2点）	-	7 / 上限12
3 課題③ (16点)		
● 事情2につき、自白の撤回を認めるための適切な法律構成を示している（ex. ①信義則（禁反言）構成、②弁論の併合がなされた場合の特殊な撤回構成、③法律上の錯誤構成など）	2 / 2	-
● 上記の結論につき、適切な根拠が示されている ・自白に撤回禁止効が認められる根拠を踏まえ、適切な検討がなされている（目安1点） ・自白の撤回要件として「反実実かつ錯誤」要件が要求される根拠を踏まえ、適切な検討がなされている（目安1点） ・その他適切な検討がなされている（目安各1点）	-	1 / 上限2

● あてはめ		
※ 自己の採用した構成に即して、以下の事実等を指摘して、適切に評価している ※ 法律の錯誤構成 (③) の場合、上限 5 点		
・本件自白は、弁論の併合前、方法①の反訴元本請求との関係では裁判外の自白であり、その効力は及ばなかったこと (目安 3 点)	3 / 上限 12	-
・訴訟 2 と訴訟 3 につき弁論の併合がなされた趣旨 (紛争の統一性解決の要請等についての指摘) (目安 2 点)		
・弁論の併合は裁判所の裁量によってなされるものであり、当事者の申立てに応じて必ずなされるものではないこと (目安 2 点)		
・利息請求の額が 160 万円であるのに対して、元本請求の額が 500 万円であること (訴訟進行の前提としていた事実が異なることの指摘、意味付け) (目安 3 点)		
・本件契約締結の事実、利息請求及び元本請求のいずれとの関係においても、請求原因となること (目安 2 点)		
・その他適切な検討がなされている (目安各 2 点)		
4 課題④ (6 点)		
● 事情 1 についての検討		
・L が事情 1 により自白を撤回し得る場合、元本債権と利息債権のいずれとの関係で、本件自白の拘束力を免れることができるかにつき、説得的な根拠を示しつつ、適切な検討がなされている	-	0 / 2
● 事情 2 についての検討		
・L が事情 2 により自白を撤回し得る場合、元本債権と利息債権のいずれとの関係で、本件自白の拘束力を免れることができるかにつき、説得的な根拠を示しつつ、適切な検討がなされている	-	0 / 2
● いずれが有利かにつき、説得的な根拠を示しつつ、適切な検討がなされている	-	2 / 2
小 計 2		5/5 20/40
第 3 設問 3 (25 点)		
1 本問の○が「口頭弁論終結後」の承継人に当たると解するのが困難である理由		
● 既判力制度の目的 (紛争解決) 及び正当化根拠 (手続保障) を示している	3 / 3	-
● 口頭弁論終結後の承継人に既判力を拡張する目的 (紛争解決の実効性確保) 及びその正当化根拠 (代替的手続保障) を示している	3 / 4	-
● 口頭弁論終結後の承継人の意義に関する自説を示している	2 / 2	-
● ○が「口頭弁論終結後の承継人」に当たるとどうかの検討		
・○が譲り受けたβ債権は前訴の訴訟物ではないことを指摘して (目安 2 点)	-	2 / 上限 4
・既判力の生ずるα債権とβ債権には何らの関連性もないことを指摘している (目安 2 点)		
・その他の適切な検討がなされている (目安各 2 点)		
2 ○に前訴既判力を及ぼす必要性 (民事訴訟法 §115-1 ③を類推適用する必要性)		
● 必要性 (紛争解決の実効性) の観点からの検討		
・前訴のα債権をめぐる紛争が後訴において蒸し返される結果となることにつき、説得的な理由を示しつつ、具体的な指摘を行っている	-	4 / 5
● 手続保障の観点からの検討		
・○に対する手続保障につき、前訴既判力が及ぶのは○にとって有利な結論であることを踏まえつつ、適切な検討がなされている	-	2 / 2
・Nに対する手続保障につき、Nは前訴において自らα債権に関する訴訟を進行したことを踏まえつつ、適切な検討がなされている	-	2 / 2

3 裁量点		
● 上記各配点項目に関し、特筆すべき論述がなされている	-	3
● 上記各配点項目以外に、特筆すべき論述がなされている	8/9	10/16
小 計 3		
基礎点合計		
	21 / 22	-
加点事由合計		
	-	43 / 78
減点 (10点を上限とする) (減点理由)		
□文字が乱雑で読みにくい。		
□論理矛盾がある。		
□答案全体のバランスがよい。		
□その他 ()		
合 計	64	100

※ 基礎点は受験生が確実に取らなければならないものであり、この部分で十分な得点ができていない場合は出題者の意図を理解し切れなかったことを意味します。加点事由は、問題文の事情をどれだけの確に捉えられているかを示すものです。単に問題文に載っている事実をそのまま答案に書いても得点にはならず、その事実を的確に評価しなければなりません。

講評

【全国公開模試 論文式試験民事系科目第3問】

まず問題文記載の見解の考え方を正確に把握することが出発点です。この点、見解1の考え方を素直に考えると、Xの申立事項が「原判決である訴え却下判決を取り消し、Xの訴えである売買代金返還請求に対応する判決をすること」を内容とするものであるため、控訴裁判所が同請求の可否という本案判断することは不利益変更に反しないことになります。また、見解2については、既判力の存在を前提に訴訟経済の観点から修正していくという総合的な能力が問われています。

設問2については、重複訴訟の問題及び自白の不可撤回効に関する具体的検討が問われており、やや普段解いたことのない応用的な問題となっており、現場での対応能力が問われています。もともと、難しく考える必要はなく、応用のときにこそ基本に立ち戻り、条文の趣旨から自分なりに考えられることが重要です。

設問3は、既判力の主観的範囲という典型論点について、そのまま解釈するのでは既判力が及ばないという理解を前提に、趣旨が妥当することから類推適用することは考えられないかという民事系特有の原則修正パターンという思考が問われています。

紛争解決の実効性及び手続保障という既判力の趣旨から、本間の事情にくらいつけているかで論証の説得性が変わってきますので、ここでも重要な点は基本である条文の趣旨です。

この点、設問2につき、142条の趣旨を論じた上で規範を明確に定立することが出来ておりました。力自体は十分に合格水準にありますので、後はひとつひとつのあてはめの分量をもう少し厚く論じられるとより良くなると思います。

もう少しで司法試験という辛い時期ですが、もうひと踏ん張り応援しています！

第1.設問1

1.見解1からの帰結

(1) 不利益変更禁止の原則との関係

ア. 見解1は、民事訴訟法(以下略す)304条と、^{6.15分}控訴審における処分権主義又は中立拘束原則の表れを示すものである。

かかる見解に立てば、控訴人の申立てに表れていれば実質的に不利益な判決~~は~~304条に抵触しないといえる。

イ. ここで検討するに、訴訟判決に對する控訴は本案判決を求め申立てであり、本案における認容・棄却はいずれも申立てに表れていると見ることができる。^{5.15分}

そうすると、見解1によれば本件で心証に従い、原判決取消し、請求棄却判決を下すことは304条には抵触しない。

(2) 自判の可否

ア. それでは自判は可能か。審級の利益を保護する見地から、却下判決を取消する場合に³⁰⁷差戻しが原則とされ、更に弁論をすることがない場合には^{308条}の自判が許されることから、³⁰⁷本件で「更に弁論をすることがない」といえるか問題となる。^{答は「否」}

イ. 本案判決は本案について「訴訟が裁判をするのに熟したとき、(243条1項)より両当事者が攻撃防御を尽くしたときにするものであるから、³⁰⁷「更に弁論をすることがない」とは、両当事者が攻撃防御を尽くしたことをいうと解する。^{大抵はそうと見て}

として、控訴審は第1審の続審であることから(298条)、攻撃防御を尽くしたか否かは、第1審及び控訴審での手続を統合して

判断する。

ウ. これを本件についてみると、第1審において本案の争点として争い、^{114条}機が新品か否かが争われており、両当事者は攻撃防御を尽くしたと考えられる。

として、原判決において^{114条}好書として、本案判決を為す場合にも請求が棄却されるべき旨が示されている以上、^{114条}控訴審での^{114条}本案敗訴の可能性を^{114条}予見できた。それにもかかわらず、裁判所の釈明に、^{114条}追加主張がないと陳述したから、^{114条}控訴審においても主張立証が尽くされたといえる。^{5.15分}

そうすると本件では両当事者が攻撃防御を尽くしたといえ、更に弁論をすることがないとき^{114条}にあたるから、自判できる。

(3) よって、^{114条}控訴裁判所は心証により、^{114条}原判決取消し、^{114条}請求棄却判決をすることができる。

2.見解2からの帰結

(1) 見解2は、見解1の観点に加え、^{114条}上訴人保護という政策的観点をも304条の目的と考えるものである。

かかる見解からは、^{114条}不利益変更にあたるか否かは個々の事案ごとに上訴人の保護の必要性を検討することになる。

(2) ここで訴訟判決の既判力は訴訟要件の存在に、^{114条}本案判決の既判力は訴訟物たる権利の存在について生ずる(114条)。

^{114条}本件訴訟1についてみれば、^{114条}第1審判決においては、^{114条}Xの全頁が原告となつて再度、^{114条}代金返還請求訴訟を提起すれば、これが認められる余地がある。^{114条}

これに対し請求棄却判決の場合、再度請求する余地はない。

そうすると判決の変更は ~~X~~ ~~すなわち~~ によって不利 ^差 といえる。

(3) よって、心証どおりの判決は許されず、控訴棄却判決を言明せざる限り、
原告の経済にも影響を及ぼす。

第2. 設問2

1. 課題①

(1) 方法①について

A. 方法①は重複訴訟の禁止(142条)に抵触するか。

I. 訴訟3の訴訟物と反訴の訴訟物は同一の趣旨であるから、142条
に抵触することも思える。

II. しかし、142条の趣旨は、差理の重複を防止し、判決の矛盾を防止
する防壁、被告の応酬の煩を防止することにある。

そして、反訴は同一訴訟手続で行われるから(146条)、上記の問題
は生じないため、同一訴訟物の反訴を認めても142条の趣旨に反し
ない。
二つの争点の争点に属するから

II. したがって反訴は142条に抵触せず、方法①は適法である。

(2) 方法②について

A. 方法②についても142条が問題となるところ、同一訴訟物について別の
裁判所に係属するため142条の趣旨は必ずしも適用されることも思える。

I. しかし、別訴への請求の追加であれば、被告の応酬の煩は生じ
ない。

また、本件では利息請求に元金請求を追加するから、その訴訟
資料の多くは共通すると考えられ、訴訟経費は高くない。

さらに、訴訟2に訴訟3が係属したことを以て訴訟3の訴訟
請求は訴えの利益が喪失^{する}と考えられ、訴訟3は却下判決
となるから、判決の矛盾も生じない。

I. したがって、~~方法①~~ 方法②も142条に抵触せず、適法である。

2. 課題②

1つ1つ案件に紐づける

(1) 事情1は錯誤にあたるが、
偏見が原因

(2) この点、判例は錯誤につき、自白事実と真実であるを誤信したこと
という解釈している。

事情1は時効の要件・効果という法解釈についての錯誤である
から、判例の理解からは錯誤にあたらない。

(3) しかし、反事実かつ錯誤の場合に自白の撤回が許されるのは、自
白の不可撤回性の根拠の一つに禁反言の原則があるところ、錯誤につ
いても禁反言を求めるのは酷いからである。*法解釈の誤り*

そうであれば、事実の錯誤でない場合であっても、錯誤の性質上、
禁反言の撤回が酷いことは、錯誤にあたるといってよい。

(4) これを本件についてみると、自白にかかる事実の時効中斷事由として
の「承認」(民法147条3号)である。承認は、行使権の存否に無
けられたものである点で、もともと法解釈と私人が行うのに近い行
為といえる。

そうであれば、事情1の錯誤は承認の事実の有無と類似するも
のであるといえ、これについて禁反言を撤回するのはいずれである。

(5) よって、事情1は「錯誤」にあたり、上は本件自白を撤回できる。

3. 課題③

(1) 事実の重要性が訴訟の経過によって変化したこと(事情2)をもって自白を撤回できるか。

(2) 自白の不可撤回性の根拠は、自白による~~証明力~~不要証拠(174)に対する相手方の信頼保護にある。

そうであれば、訴訟の経過に照らして、証拠が散逸するおそれがなく、不要証拠への信頼の要件性が低いときは、事実の重要性の変化を理由に自白を撤回できると考える。別金規程附則。

(3) 本件では、もともと本件元本債務について別個の訴訟で争われていたため、本件元本債務に関する証拠が散逸するおそれはない。

したがって、不要証拠への信頼の要件性は低いから、事情2を理由に自白を撤回できる。おほかは済む。

4. 課題④

本件自白にかかる本件元本債務、本件契約締結の事実、本来はNが立証責任を負う事実である。

しかし、事情1を根拠に自白を撤回するには、反実定する限り本件契約締結の事実が明らかになったこととLにおいて立証する必要があり、立証責任が転換している。

これに対し事情2を根拠とするときは、かかる立証は不要である。

したがって、証明責任の点で、事情2を理由とする主張の方がLにとってより有利である。反在るべし。

第3. 設問3

議論の中心

1. 115条1項3号直接適用の困難性

(1) 同条にいう「承継人」とは、訴訟物についての当事者適格を法的に承継した者をいうと解される。

(2) 前訴の訴訟物はA債権であって、Oはこれを法的に承継したわけではない。

したがって同条の直接適用は認められない。×(174) 対して

2. 類推適用の可否

(1) もともと既判力制度の正当化根拠は、手続保障を受けたことによる自己責任の原理にある。

そして、115条1項2号以下が当事者以外の既判力の根拠を認めるのは、そこに挙げられた者が当事者を通じて手続保障を受けたといえるためである。

そうであれば、当事者を通じて手続保障を受けたといえる場合には、類推適用が可能といえる。

(2) これを本件についてみると、NはA債権の存否についてLとの間で攻撃防御を尽くした。

また、Lの有していたB債権は前訴係属前からLが有し、Lは前訴において相殺に供し得たのであって、この点から、B債権につきLによる手続保障があったといえる。

そうすると、B債権を法的に取得したOは前訴についてLを通じて手続保障を受けたといえる。

(3) よて、Oは115条1項3号の類推適用が可能である。

非常の誤解の恐れ以上

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23