

平成29年度予備試験 論文式試験 再現答案集

監修：中村 充 講師

<目次>

憲 法	2
行 政 法	6
刑 法	11
刑事訴訟法	16
法律実務基礎科目（民事）	21
法律実務基礎科目（刑事）	25
民 法	30
商 法	35
民事訴訟法	39

憲法①

1 第1 甲の主張

2 1 本件条例は最大許容生産量の超過分の割合と同じ割合でXの廃棄を
3 命じ、それを担保すべく代執行についても規定されており、X生産者
4 の財産権(29条1項)を侵害し違憲無効である。

5 仮に「公共のために用ひる」のだとすると正当な補償が必要とされ
6 る(同3項)ところ本件条例は破棄に起因する損失については補償しな
7 い旨定められており、違憲無効である。

8 2 仮に、条例自体が合憲であるとしても、甲に適用される限度におい
9 て違憲である。

10 第2 反論及び私見

11 1 (1)ア 財産権は、「公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定め
12 る」(同2項)とされ、権利として保障されておらず、制度として
13 保障されているにすぎない。

14 以下私見。

15 イ 財産「権」とされている以上憲法上の権利であることを否定で
16 きない。もっとも生存権等の社会権規定との関係で、財産権を絶
17 対無制約と解することはできず、「公共の福祉」による制約は受け
18 るが、他方私有財産制が侵害されるような財産権の核心部分が侵
19 害されることを防ぐべく制度的保障としての側面も併有している
20 と解する。

21 では、違憲となる制約はどのような基準で審査すべきか。

22 財産権は精神的自由に比して、政治部門の審査能力が高く、ま
23 た、金銭等による事後的な救済も可能である。とすると、裁判所
24 の審査としては緩やかにすべきであり具体的には、制約の目的が
25 正当で手段が合理的であり、目的と手段との関連性が合理的であ
26 れば制約は許されると解する。

27 ウ 本件条例はXの流通量を調整し、一定以上の価格で安定して流
28 通させ、A県産のXのブランド価値を維持し、もってX生産者を
29 保護するという積極的な規制目的であり、正当といえる。

30 そして最大許容生産量の超過分の割合と同じ割合でXの廃棄を
31 命じるという手段は合理的であり、需給バランスを調整すること
32 により価格の安定を図ることができることから、合理的な関連性
33 があるといえる。

34 よって、合憲である。

35 (2)ア 「公共のために用ひる」とは、平等原則(14条1項)があるに
36 もかかわらず、特定の個人が社会全体で負担すべき特別の犠牲を
37 被り、財産権の本質が侵害されている状況をいう。

38 イ 条例の措置によりXの価格が安定することにより、Xのブラン
39 ド価値が維持され、生産者の利益となるのであり、A県全体の農
40 業振興につながるものであり、特別の犠牲を被っているとはいえな
41 い。

42 よって、損失については補償しないとしても違憲ではない。

43 2 (1)甲もX生産者である以上、本件条例を適用することに問題はない。

44 (2)以下私見

- 45 ア 甲は、より高品質なXを安定して生産するため、特別の栽培法
46 を開発し、天候に左右されない高品質のXを生産しており、実際
47 天候状況が大きく異なり、Xの生産量が著しく増大した20XX年
48 においても生産量は平年並みだった。また、甲には独自の顧客が
49 おり、20XX年も例年同様の価格で販売できる見込みであった。
- 50 イ それにもかかわらず、1/3の割合での廃棄を行えば、甲は顧客
51 に販売することができなくなり、かえってXのブランド価値を毀
52 損してしまう。
- 53 とすると、甲との関係においては、目的を達成するための手段
54 とはいえずかえって目的を阻害するものであり、違憲である。

憲法②

第1 甲の主張

1、憲法29条1項違反について

憲法29条1項は、私有財産制のみならず、個人の個別的財産権も保障している。そして、財産権は個人の社会的経済的な活動の基盤をなすものとして重要である。

そして、本件条例は、Xという財産について廃棄を命じ、これに従わない場合には、代執行によりこれを強制するというものである。これは財産権に対する強度の制約といえるから、財産権の性質上調整が必要なことを考慮に入れても、本件条例は重要な目的に基づき、他により制限的でない手段がない場合に限り、許容されると解すべきである。

まず、本件条例の目的は、Xのブランドを保全し、A県の農業を振興することにある。これは、一応、重要といえよう。

しかし、Xの価格の下落を防止し、ブランドを保全するためなら、例えば、任意的な生産枠を定め、これを超えた時には農協や自治体がいり上げるなどの手段が考えられ、実際に他の自治体では行われている。それでは、価格の安定に十分でないといえるかもしれないが、そもそも、ブランド保全のために厳密に価格を一定に止める必要までではないのだから、この程度でも十分であり、本件条例は29条1項に反する不当な規制で違憲である。

2、29条3項違反について

本件条例によるXの廃棄は一義的にはA県のX農家が受益者かもしれないが、農業振興という社会一般の「公共の」利益のためのものといえる。また、強制的に廃棄させられているのだからXという財産が「用ひ」られている。そして、A県のX農家という特定人が、財産の強制廃棄という受忍限度を超える特別の犠牲をはらっているのだから、29条3項から補償は必要である。

よって、補償をしないと定める本件条例は29条3項に反し違憲である。

第2 A県の反論

1、29条1項違反について

確かに、本件条例は財産権への制約はある。しかし、そもそも財産権は、福祉国家の理念や権利行使の仕方によっては社会全体に大きな影響を与えることから、制約の必要性は高い。29条2項の「公共の福祉」は、このような理を表すものである。また、本件条例は、Xのブランドを保全し、農業の振興を図るという積極目的のものである。かかる場合、裁判所は十分な判断能力を持たないのでA県の判断を尊重すべきである。

以上から、本件条例の合憲性は緩やかに判断すべきで、29条1項に違反しない。

2、29条3項違反について

強制的に廃棄させられる点をとらえると、重大な侵害があるかに思えるが、本件では、生産者が負担を負うと同時に、価格維持によって利益も得るという事情がある。かかる点を踏まえると、受忍限度を超えた特別の犠牲ではなく、補償は不要であり、29条3項違反はない。

第3 私見

1、29条1項違反について

まず、本件条例が、Xについての財産権を制約するものであることは認

コメント[Wユ1]: 必ずしも、原告、被告、私見と分けなくても良いという指定ではあったが、かえって混乱すると思い、三分した。

コメント[Wユ2]: 「法律」(憲法29条2項)でなく条例でいいのかという点は気になったが、「条例と法律の関係」を論じなくてよいとのことなので無視した。

コメント[Wユ3]: 当たり前かもしれないが、一応書いておいた。

コメント[Wユ4]: 甲の特殊事情は、私見で使いたかった。

コメント[Wユ5]: キャベツの生産調整が頭にあった。

コメント[Wユ6]: 田中二郎説でさりとて当てはめた。

コメント[Wユ7]: 29条3項による直接請求も一瞬浮かんだが、条例で「補償しない」と書いてあることが違憲なので、関係ないと思った。

コメント[Wユ8]: 予備26年の「目的二分論の有効性」について検討せよが念頭にあった。もっと素直に書けばよかったかもしれない。

コメント[Wユ9]: 条例の制定過程から、この点を指摘。

められる。そして、強制的に廃棄するというのだから、制約は強度である。

他方、A 県の主張するように、一般に財産権について規制の必要性が高いことは否定できない。ただし、本件条例が積極目的であることをとらえて、直ちに緩やかな審査をすることは妥当ではない。まず、規制の態様などを考慮せず、目的のみを重視するのは不当である。また、裁判所の判断能力についても、判断過程審査の方法を用いて、考慮すべきことを考慮せず、考慮すべきでないことを考慮していないか判断するなど、十分審査はできる。

よって、目的が重要で、手段が実質的関連性を有するかで判断すべきである。まず、X のブランド保全と農業振興の重要性は認められる。次に、そのために、一律に強制廃棄という手法を用いることについては、条例の制定過程において、X の特性や調整の必要性に照らして、やむを得ないと判断されており、一般にこのようなA 県の判断は尊重すべきなので、この点はクリアされる。

他方で、本件の甲は、特別の栽培法をとっており、独自の顧客もっているから、特に廃棄によって価格維持をする必要はない。このような者との間では、本件条例は一方的な不利益を課すものとなっており、しかも、この点について立法過程では全く考慮されていないと考えられる。

よって、この点において、本件条例は目的と実質的関連性を欠き、29条1項に反する。

なお、甲のようなものについて本件条例の適用を除外するいわゆる合憲限定解釈による適用違憲も考えられないではないが、法の文言上、そのような区別は読み取れず、許されないので、法令の全部違憲を導くこととなる。

1、29条3項違反について

A 県のX 農家という特定人に対する、強制廃棄は受忍限度を超え特別の犠牲として補償は必要であるので、本件条例は違憲である。しかし、A 県のいうように、対象者にも利益もあるし、もし完全賠償として、市価による賠償がされれば、生産調整の趣旨にも反する。そこで、補償の額は、仮に全量が市場に出た場合の価格を基準とすべきである。

以上。

<総合コメント>

憲法という科目自体には、さほど苦手意識はなかったが財産権は、結局どう書いていいのかわからず嫌だった。

目的二分論云々の話に引きずられ過ぎたかもしれない。もっと素直に、問題文の事情を割り振って審査基準立ててという方が無難だったかもしれない。

あと、条例の制度が複雑でいま一つ正確に理解できないままの論述になってしまった。

<時間配分>

答案構成はしていない。

答案作成に75分程度。

<使用教材>

予備試験 4A論文過去問分析講義

コメント [Wユ10]: 前述の通り、目的二分論の当否が気になってこういう論述になった。

コメント [Wユ11]: 条例の制定過程が、示されていることは、判断過程審査をしてほしいのではと思った。

コメント [Wユ12]: ここで初めて甲の事情を使った。

コメント [Wユ13]: 条文が載っていない以上、これは求められていないのだろう。

コメント [Wユ14]: 補償は不要というのは無理があると思った。
甲のようなものにだけ、補償があると考えると条例は合憲になる。そこで、補償額で落しどころをさぐった。

行政法①

第1設問1

1 1 まず、民法715条1項によると公権力が免責される余地があるので、
2 国賠法1条1項の被害国民救済という趣旨から、「公権力の行使」とは、
3 広く、純粋な私経済作用と同法2条の作用を除くすべての作用と解すべ
4 きである。

5
6 よって、本件申請に対して許可を留保した行為は純粋な私経済作用や
7 同法2条の作用ではないから「公権力の行使」にあたりと解すべきであ
8 る。

9 そして甲県知事Bはこのような公権力の行使に当たる地方「公共団体」
10 の「公務員」で、本件留保は「その職務を行うについて」のものである
11 と主張すべきである。

12 2 ここで、国賠制度の目的は、被害者の事後的救済にあり、違法な行政
13 活動の抑止も目的とする行政訴訟とは異なる。とすると、国賠法1条1
14 項の「違法」は、行政訴訟の違法と同一視できず、独自の観点から考え
15 べきである。

16 そして、損害賠償においては、違法に他人に損害を加えることを法が
17 許容するかという行為規範が問題とされるから、同条項の「違法」とは
18 公務員が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したと解
19 すべきである。

20 本件においてはAが内容証明郵便を送付し、これがBに到着した段階
21 でBが以降の行政処分に従うつもりがないという意味が明らかになった。
22 とするとBは本件申請が15条の2第1項の所定の要件をすべて満たし
23 ている以上、許可を直ちに出す義務があったと思われる。そうするとB
24 は内容証明郵便を受理してから10カ月も過ぎてから許可を出したことは
25 は上記義務に違反し違法とも思える。

26 3 しかし、行政の柔軟性確保のため、直ちに許可しないで応答を留保す
27 ることが法の趣旨的に照らして社会通念上合理的と認められるときは、
28 確認処分の留保は違法ではないと考えるべきである。

29 本件では付近住民から本件申請を不許可とするように求める法第15
30 条第6項の意見書を提出されたことを受けてBから住民と十分に協議し、
31 紛争を円満に解決するようとの行政指導されたxは、この行政指導に
32 協力し、付近住民に対して本件提案を行った。しかし、このような交渉
33 が決裂し円満な解決に至らなかった。そして本件内容証明郵便を郵送し
34 た。確かに本件交渉が決裂した背景には住民のように装ったA社従業員
35 を説明会に参加させ、本件処分場の安全性に問題がないとする方向の説
36 明を求めさせたり、あえて手狭な説明会場を準備させて反対派住民の入
37 室を抑える形でおこなわれたとの事情がある。しかし、たとえそのよう
38 な事情があったとしても、Aは「任意の協力」として行政指導（行政手
39 続法32条）に従い、説明会等の開催という企業としては経済利潤のない
40 イベントを開催しており、相当程度に誠実な対応をしたと言え、許可を
41 留保するのが社会通念上合理的とまでは言えない。

42 そして、Aは建設資材の価格が上昇しAの経営状況を圧迫する恐れが
43 生じていたことから、本件内容証明を送付した。ここで廃棄物の処理及
44 び清掃に関する法律の目的は生活環境を清潔にすることにより、生活環

コメント[Wユ15]: 国賠法のテンプレをその場で導き
つつ、できる限り多めに書こうと思った。

コメント[Wユ16]: 思い出すのに5分かかった。今思
えば空欄にしておいて先に進めるべきだった。

コメント[Wユ17]: この辺りについて、挿入、訂正を
繰り返し過ぎて採点していただけるのか心配。

コメント[Wユ18]: イベント、、、なんと表現したらよい
のか分からなかった。常識不足。

コメント[Wユ19]: 誠実と言い切っているのか。相当
にという言葉でごまかしてみた。

45 境の保全及び公衆衛生の向上を図ることにある。(同法1条)そして同目
46 的は法第15条の2第一項所定の要件を満たしていることにより相当程
47 度に担保されている。とするとAが本件留保で受ける不利益は許可を留
48 保することで得られる利益に比べて大きいといえため、本件留保は違法
49 であり、国賠法の対象となる。
50 4 上記の通り主張すべきである。

51 第2 設問2

52 1 取消訴訟は処分を取り消しを求めるにつき「法律上の利益」を有する
53 者に限って提起することができる(行政事件訴訟法9条1項)。そして「法
54 律上の利益を有する者」とは当該処分により自己の権利若しくは法律上
55 保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者と
56 解すべきである。

57 本件ではQ1、Q2は共に「処分の相手方以外の者」(9条2項)であ
58 るから9条2項の考慮要素に従い以下検討する。

59 (1) 根拠、関係法令の文言、趣旨目的

60 本件許可の根拠法規は法15条及び法15条の2及び施行規則
61 11条の2である。同法は生活環境の保全及び公衆衛生の向上を
62 図ることを目的としている。とすると周辺地域の環境悪化による
63 影響を未然に防ぐことも趣旨に含まれていると考えられる。

64 (2) 利益の内容、性質

65 本件許可が違法な場合には周辺住民の生命、身体、不動産とい
66 った非常に重要な利益に被害に及ぶ恐れがある。

67 (3) そうすると、同法は本件許可が違法であった場合に姓名、身体、不
68 動産等の被害を受けることが想定される者も保護する趣旨を含むと
69 解すべきである。

70 ア Q1について

71 Q1は環境省が法第15条第3項の調査に関する調査(本件調
72 査)において対象地域に含まれていない。しかし仮に有害物質が
73 地下水に浸透した場合、それが下流側のQ1の居住地に到達する
74 恐れは認められるし、本件予定地からわずか2キロメートルの離
75 れた場所に居住しており新種の高級ぶどうを栽培している。

76 とすると本件許可が違法であった場合、重大な被害を受けるこ
77 とが十分に想定されるためQ1は原告適格を有する。

78 イ Q2について

79 Q2は本件処分場の有害物質が地下水に浸透した場合、Qの
80 居住地に到達する恐れはない。しかし調査において対象地域に
81 含まれている。そして本件予定地からわずか500メートル離
82 れた場所に居住しており、本件処分場の有害物質が風等で飛散
83 した場合、それがQ2の居住地に到達する恐れは「明らかでは
84 ない」、すなわち完全に否定されているわけではない。むしろ、
85 わずか500メートルしか離れていないのならば到達する可能
86 性は十分にある。

87 とすると本件許可が違法であった場合、重大な被害を受ける
88 とが十分に想定されるためQ2は原告適格を有する。

コメント[Wユ20]: 残り15分。どうしよう。原告適格は書けまいだけなのに。書く時間がない。

コメント[Wユ21]: 文言の指摘できなかった。

コメント[Wユ22]: とにかく事情を全部書ききろう。マイナスの事情を先に書いてプラスの事情を後に書こう。

コメント[Wユ23]: 終了2分前。ほとんど無意識に書いていました。

コメント[Wユ24]: 直感的にQ1と比較して原告適格を否定する直感的理由がないな、と無意識に判断してこのように評価した。アニメのセリフかもしれません。

89

以上

90 <総合コメント>

91 問題を見た瞬間、条文が探しやすいものだけであり、法律論はあまり書か
92 なくて済む。問題文の事情だけで9割埋められる。よかった。と思いまし
93 た。しかし、予想外に設問1で時間をとってしまい、設問2は雑になって
94 しまいました。

95

96 <時間配分>

97 答案構成10分

98 答案作成50分

99

100 <使用教材>

101 4A論文解法パターンテキスト/4A条解テキストのみ。

行政法②

〔設問1〕

1 Aは、まず、許可の留保について当初から違法であったと主張すること
2 が考えられるが、これは認められないであろう。許可を留保して、行政指
3 導をするためには、その処分に裁量が認められなければならないが、法1
4 5条の2は「許可をしてはならない」となっており、不許可方向への裁量
5 は認めていると解されるし、「適正な配慮」「技術上の基準に適合」「的確に、
6 かつ、継続」などと行政の政治的専門技術的な裁量が求められているから
7 である。

9 そこで、Aは内容証明郵便を出して明確に、許可を留保したままの指導
10 には応じられないとの意思を示して以降の留保付きの行政指導は、違法だ
11 と主張することが考えられる。すでに、これを拒否する意思を、経済的な
12 不利益も生じかねない中で、真摯かつ明確に表明しているので、もはや「任
13 意」（行手法32条1項）でもないし、（取下げ又は内容の変更を求めるも
14 のではないが）「申請者の権利の行使を妨げる」ものとして33条の趣旨に
15 反するからである。

16 これに対しては、B県は、本件では、(ア)(イ)のようなA側の著しく
17 不当な行為があり、こうした状況の下では、Aが市地域住民の理解を得る
18 ように求める指導を拒否することが信義則上許されない特段の事情があり、
19 留保も適法になると反論するであろう。

20 そこで、Aとしては(ア)(イ)は正当ではなかったことは認めつつも、
21 既に客観的にみて必要な説明を尽くしていること、許可がでないことでA
22 に現実的な経済的損害が生じるおそれのあることを踏まえ、改めて(ア)
23 (イ)のようなことのないようにして数度の説明会をした時点で、信義則
24 違反は解消され、それらの後、10か月後に至るまでの留保については違
25 法になると主張することができるであろう。

26 なお、B県は、Aが拒否後も、説明会の開催に応じていることをとらえ、
27 任意に従っていると主張することも考えられるが、これは認められない。
28 行政の権威と地位の格差に基づくもので、事実上の強制といえるからであ
29 る。

〔設問2〕

31 取消訴訟の原告適格は、当該処分の「取消しを求めるのにつき法律上の
32 利益を有する者」（行訴法9条1項）に認められる。そして、取消訴訟は主
33 観訴訟なので、「法律上の利益を有する者」とは、当該処分によって自己の
34 権利ないし法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害される恐
35 れのあるものをいう。

36 1、C1について

37 C1は本件許可がされれば、地下水に有害物質が入り込むおそれがあるこ
38 とを主張したい。そこでまず、本件の法律が、地域の生活環境を保護して
39 いるかが問題となるが、「生活環境の保全」（法1条ほか）という言葉から、
40 これを保護していることは明らかである。また、規則11条の2第1号か
41 ら、地下水についても保障の範囲内だとわかる。

42 そして、「周辺地域の生活環境」（15条3項ほか）というように特に、
43 周辺地域に住む住民の利益について、一般的公益に吸収させることなく、
44 個人々の個別利益として保護しているといえる。そのことは、法15条6

コメント [Wユ25]: 品川マンション事件だとすぐに思った。ただ、全体として留保の違法性と留保したままでの行政指導の違法性がごちゃごちゃになってしまった。

「国賠請求訴訟において」と書いているので、職務行為基準説を書くか迷ったが、本件の留保の違法性が問われており、一般論は必要ないのでと思った。

コメント [Wユ26]: 「いつの時点から」とあるので、これは一応言っておく必要があるだろう。

コメント [Wユ27]: 一応、明確性を表す事情として示したつもりであった。

コメント [Wユ28]: 違法なのはいいが、何条に反するのか分からず、とにかく国賠法上違法なのかと思ったのは試験の終わってからだった。

コメント [Wユ29]: 規範はよく覚えていなかったが、とにかく許されない特段の事情があれば、留保できるのだと書く。

コメント [Wユ30]: この2点は問題文でAに有利な事情として拾った。

コメント [Wユ31]: 10か月と問題文に明示してあることを踏まえ、改めて違法となる時期を設定した。

コメント [Wユ32]: 一応、書いておいた。

コメント [Wユ33]: いつも書くことを、とりあえずいつも通り書いておく。

45 項で、「生活環境の保全上の」「利害関係を有する者」に特に意見書提出の
46 機会が与えられていることから明らかである。

47 ただし、C1は地下水を飲用してはいないので、自身の健康についての権
48 利を主張できるわけではない。C1の、ブドウ栽培農家としての農業の活動
49 を法が保護しているかが問題となる。この点、規則の11条の2第3号は、
50 「土地利用」の状況をも、生活環境への影響の大きさを判断するときに考
51 慮することを前提としている。とすれば、農業活動という土地利用の方法
52 も法は保護しているといえる。

53 そして、かかる保護の及ぶ範囲は、地下水の流れていく範囲と考えられ、
54 これにC1は含まれる。よって、C1の原告適格は認められる。

55 2、C2について

56 次に、C2は地下水を飲用しているから、これに基づいて、自己の健康と
57 いう身体上の権利を主張することも考えられるが、そもそも、有害物質が
58 C2のところまで地下水では届かないのだから、これは認められない。

59 そこで、C2は風によって有害物質が飛散する点を主張することになる。
60 まず、法が「生活環境」(法1条ほか)を保護しており、この中に健康が含
61 まれるのは問題ない。また、周辺地域の住民の健康が個別的利益として保
62 護されているともいえる(法15条6項)。

63 しかし、風による飛散の場合、C1にもC2にも本当に飛んでくるおそれ
64 があるのかはわからない。つまり、どの範囲で保障されているのか切り出
65 すことができないのである。よって、C2については、原告適格は認めら
66 れない。

以上。

67
68
69 <総合コメント>

70 [設問1]は何の問題かは、すぐに思い付いたがいざ書こうとすると苦し
71 んだ。条文と判例の知識が十分紐づいていなかった。

72 [設問2]は、一通り処理はしたが、これで良いのか自信はなかった。た
73 だ、この原告適格の当てはめは、必ずしも一義的な正解があるものではな
74 いと思い、結論の是非よりも処理しきることを重視した。

75
76 <時間配分>

77 答案構成はしていない。

78 答案作成に65分程度。

79
80 <使用教材>

81 予備試験 4A論文過去問分析講義

コメント[Wユ34]: 周辺住民が保護の対象にはなっていると、ここから分かったと考えた。

コメント[Wユ35]: 苦しい説明という気もした。そもそもC1が主張するのが農業というのが適切だったのか?

コメント[Wユ36]: C1とC2の違いは示した方がいいのだろうと思った。

コメント[Wユ37]: 時間も少なくなり、よく理解もできていなかったで、かなり適当な当てはめになっている。

刑法①

1 1. 甲がV宛に劇薬Xを注入し、ワイン瓶を宅配便で送った行為1に殺人
2 未遂罪(199条、203条)が成立しないか。

3 (1) 実行行為の認定にあたっては、全事情を考慮し法益侵害の現実的
4 危険があったかどうかを判断すべきである。

5 甲は致死量を4ミリリットルと勘違いし、8ミリリットルのXを
6 注入した。

7 これは一般人にとっては、致死量の10ミリリットルに達しない
8 量ではあるが、心臓に疾患を抱えるVにとっては死亡に至る量であ
9 り、行為1は生命侵害の現実的危険ある行為といえる。

10 (2) しかし、実際にはVは宅配便を受け取ることはなく、結果発生は
11 なかった。

12 (3) 甲は、Vに別れ話を持ちかけVから拒否されたため行為1に及
13 んでおり、「罪を犯す意思」(38条1項本文)もあった。

14 (4) よって、行為1には殺人未遂罪(199条、203条)が成立する。

15 2. 乙が容器の中身を確認せず、Vに注射した行為2に業務上過失致死罪
16 (211条)が成立しないか。

17 (1) 乙はA病院に勤務する医師であり、社会生活上の地位に基づい
18 て、日頃反復継続し、「業務」を行っており、A病院を訪れたVにも
19 注射しているので、「業務上」といえる。

20 (2) 乙は本来、容器の中身を確認し注射するという注意義務があった
21 にもかかわらず、甲の指示に従い注射を行っており、「必要な注意を
22 怠り」といえる。

23 (3) 「よって」Vを死亡させており、行為2に業務上過失致死罪が成
24 立する。

25 3. 甲が乙に対して、劇薬YをB薬と偽って渡し、Vに注射を指示した
26 行為3に殺人罪(199条)の間接正犯が成立しないか。

27 (1) 乙は甲の指示に忠実にしたがっただけであり、Vに注射すること
28 に対して、規範的障害はなかった。

29 また、乙は就職の際、甲に世話になっており、一方的な支配・利
30 用関係とまではいかないが、甲の指示には忠実にしたがう関係であ
31 った。

32 (2) またVに対する注射は、心臓疾患を抱えたVにとっては、生命侵
33 害の現実的危険ある行為にあたる。

34 (3) 更に甲には、前記1(3)と同様、「罪を犯す意思」もあった。

35 (4) よって、行為3には殺人罪の間接正犯が成立する。

36 4. 乙が虚偽の死因を記載し、死亡診断書を作成した行為4に虚偽診断書
37 作成罪(160条)が成立しないか。

38 (1) 「医師」である乙が「公務所」であるC市役所に提出するための
39 診断書に「虚偽」の記載をした。

40 (2) これは世話になった甲に刑事責任が及ばないようにするためであ
41 り、「罪を犯す意思」もあった。

42 (3) よって、行為4には虚偽診断書作成罪が成立する。

43 (4) また、行為4には、証拠隠滅罪(104条)も成立する。

44 「他人」である甲に刑事責任が及ばないよう、虚偽の記載をする

コメント[u38]: 不能犯を問う問題だと思っ
たが、もう少し、理由をしっかりと書くべき
だと、後になって思った。

コメント[u39]: 乙の実行行為が過失致死罪
で、背後の甲に殺人罪の間接正犯を成立さ
せてしまったよいか、わからなかった。

コメント[u40]: 上記2とダブるので、あっ
さり書いたが、不能犯の問題や因果関係を
もっとしっかりと書かなくてはダメかなと思
った。

- 45 ことで証拠を「変造」したといえるから
46 である。
47 また、甲のために「罪を犯す」意志もあった。
48 5. 乙が死亡診断書をC市役所に提出した行為5に偽造私文書等行使罪
49 (161条1項)が成立する。
50 6. 罪数
51 (1) 甲の殺人未遂罪と殺人罪の間接正犯は併合罪(45条)となる。
52 (2) 乙の虚偽診断書作成罪と証拠隠滅罪は「一個の行為」(54条1項
53 前段)なので、観念的競合になる。
54 また偽造私文書等行使罪とは、罪質上、通例手段・結果の関係に
55 なるので、牽連犯(54条1項後段)になる。
56 その他は併合罪(45条)となる。
57
58 <総合コメント>
59 不能犯の記述の仕方あまり自信がなかった。
60 また、甲の間接正犯と乙の過失致死との関係も自信をもった記述ができな
61 かった。
62
63 <時間配分>
64 答案構成: 15分
65 答案作成: 50分
66
67 <使用した参考書・問題集等>
68 4A基礎講座(4A論文解法パターンテキスト等)
69 予備試験 4A論文 過去問分析講義

コメント[u41]: 行為と結果がほぼ共通しているので、吸収とした方が良かったかも。

刑法②

第1 甲の罪責

1 第1 甲がワインの入った瓶に劇薬Xを注入した上で、Vが住む
2 1 甲がワインの入った瓶に劇薬Xを注入した上で、Vが住む
3 V宅宛てに宅配便で送った行為1につき、殺人未遂罪（刑法203
4 条、199条）が成立する。

5 (1) まず、甲の行為1が「人を殺す」という殺人罪の実行行
6 為、すなわち生命侵害の現実的危険ある行為といえるかについて
7 検討する。この検討に際しては、構成要件が社会通念上の犯罪類
8 型の客観的要素であることから、行為時に存在していた客観的事
9 情を基礎に判断する。

10 本件についてこれを見ると、ワイン好きで2時間から3時間で
11 ワイン一本を一人で飲みきるVに対して、致死量10ミリリット
12 ルの劇薬Xという極めて危険な薬物を8ミリリットルも注入し
13 た上で、宅配便で送っている。Vとしては、交際相手である甲か
14 ら、前から飲みたいと思っていたワインが送られれば、それを飲
15 むと思うのが自然であり、上述のようにワイン好きのVに本件
16 ワインを送れば、同ワインをいつものペースで飲みきるだろう。
17 そうすると、劇薬Xを8ミリリットル摂取してしまうことになり、
18 心臓の特異な疾患を持つVであれば、致死量10ミリリットルに
19 は満たなくとも、命を落とす可能性は十分高い。

20 また宅配便で送れば、通常そのままV宅に到着し、Vの手元に着
21 くだらう。

22 したがって、甲の行為1は、生命侵害の現実的危険ある行為と
23 いえ、「人を殺す」殺人罪の実行行為である。

24 (2) もっとも実際には、Vは留守で本件ワインは受け取って
25 いないため、死の結果は生じなかったため、殺人罪の「実行に着
26 手してこれを遂げなかった」（43条本文）。

27 (3) 甲は殺害を計画した上で、行為1をしており、行為態様
28 から見ても故意（38条1項本文）が認められる。

29 (4) 以上より、甲の行為1につき、殺人未遂罪が成立する。

30 2 甲が乙に対し「VにB薬を6ミリリットル注射して下さい」
31 と指示しながら、6ミリリットルの劇薬を渡した行為2につき、
32 殺人罪（199条）が成立する。

33 (1) まず、甲の行為2は乙の行為を利用する形で殺人罪の実
34 行行為を行っているところ、甲が間接正犯とならないか問題とな
35 る。

36 間接正犯となるかどうかについては、①被利用者に規範的障害
37 があつたか、②利用者と被利用者との間に一方的な支配利用関係
38 があつたといえるか等を総合考慮して、道具として利用している
39 と評価できる場合に、間接正犯とすべきである。

40 本件についてこれを見ると、まず乙は甲がV殺害を計画してい
41 ることについて、全く知らず、甲からVに注射するよう頼まれ、
42 その容器に劇薬Yが入っていることも知らないまま下記行為3
43 をしている。そうすると、乙は殺人罪の規範に直面しているとは
44 いえず、乙が行為3をすることについて、乙には①規範的障害が

コメント[u42]: これも行為2と同じく間接正犯
だよなとは思った。しかし、間接正犯でうまく
書くことに自信がなかったのと、実行行為の部
分を丁寧に検討すれば、一応の点は入ると思い、
間接正犯としては処理しなかった。

コメント[u43]: 規範的障害と一方的支配利用関
係については、条解テキストで押さえており、
また間接正犯が実行行為の部分の問題であるこ
とも分かってはいたが、実際にどう書くのかの
検討をできなかったため、全体的にうまく書け
なかった。

45 なかった。

46 また、前述の通り乙は甲の殺害の計画は知らず、両者には情報
47 の格差がある。更に甲は乙の就職の世話をしており、乙としては
48 甲の依頼は断りにくい関係にある。したがって、②利用者と被利
49 用者との間に一方的な支配利用関係があったといえる。

50 以上を総合考慮すると、乙は甲の道具として評価することがで
51 き、乙の行為3は甲の行為2に延長して、乙の行為3の危険を甲
52 の行為の危険として評価できる。

53 そうすると、乙の行為3は致死量6ミリリットルの劇薬Yを6
54 ミリリットル駐車しようとする行為であり、生命侵害の現実的危
55 険ある行為と言える以上、甲の行為も殺人罪の実行行為といえる。

56 (3) Vは、急性心不全により死亡した。

57 (4) 甲の行為2がなければ、乙の行為3はなく、V死亡結果
58 も生じなかった。

59 また、Vの死亡は、上記実行行為の危険が現実化したものであ
60 る。

61 (5) 甲の行為態様から故意も認められる。

62 (6) 以上より、甲の行為2には、殺人罪が成立する。

63 3 甲の行為1に成立した殺人未遂罪は、甲の行為2に成立し
64 た殺人罪に吸収される。どちらもVの生命という法益に対し、成
65 立した犯罪だからである。

66 第2 乙の罪責

67 1 乙がVの左腕に劇薬Yを注射した行為3につき、業務上過
68 失致死罪(211条)が成立する。

69 (1) 乙は、A病院の医師として行為3をしているため、社会
70 生活上の地位に基づき反復継続しているので「業務上」行ってい
71 るといえる。

72 (2) 乙の行為3につき、Vの死亡結果には刑事上の過失があ
73 ったので、「必要な注意を怠り」にも当たる。

74 (3) 乙の行為3には、死亡結果につき刑事上の過失がある以
75 上、乙の行為3に「よって」Vが「死」亡したといえる。

76 (4) 以上より、乙の行為3につき業務上過失致死罪が成立す
77 る。

78 2 乙がVの死亡診断書にVが熱中症に基づく多臓器不全によ
79 り死亡した旨の虚偽の死因を記載した行為4につき、虚偽診断書
80 等作成罪(160条)が成立する。

81 (1) Vの死亡診断書は、Vの親族らがVの死亡届に添付してC
82 市役所に提出する必要があるものであるため、「医師が公務所に
83 提出すべき診断書」に当たる。

84 (2) 乙は、本来の死因はVに対し劇薬Yの注射をしたこと
85 による急性心不全にも関わらず、行為4のようにVが熱中症に基
86 づく多臓器不全により死亡したと記載しているため、「虚偽の記載
87 をしたとき」にも当たる。

88 (3) 乙は自ら虚偽の死因を記載しようと思って行為4をして

コメント[u44]: 業務上過失致死罪の規範には直面して
いるとも思えて非常に悩んだ。しかし、過失の規範に直
面するというのはどういうことなのか…などを考える
とよくわからなくなってしまって、業務上過失致死罪に
ついて、ここでは触れなかった。

コメント[u45]: 甲の罪責は書くのが難しく、結局差がつ
かないと思い、むしろ乙について、条文に即して一言一
句当てはめることで一定程度得点できると思い答案を
書いた。

89 いるため、同罪の故意も認められる。
90 (4) 以上より、行為4につき、虚偽診断書等作成罪が成立す
91 る。

92 3 上記行為4につき、犯人隠避罪(103条)が成立する。

93 (1) 甲は行為2により殺人罪を犯している者であるため「罰
94 金以上の刑に当たる罪を犯した者」にあたる。

95 (2) 乙は、行為4によって、劇薬Yの注射行為が本来の死因
96 であることを隠そうとしており、「蔵匿」以外の方法で官憲の発
97 見・逮捕を免れる行為であり「隠避させた」といえる。

98 (3) 乙は行為4につき、専ら甲のために、甲に刑事責任が及
99 ばないようにするために行っている以上、故意も認められる。

100 (4) 以上より、行為4につき犯人隠避罪が成立する。

101 4 乙の行為4に成立した虚偽診断書等作成罪と犯人隠避罪
102 は、行為4という「一個の行為」によるものなので、観念的競合

103 (54条1項前段)となる。これと行為3に成立した業務上過失
104 致死罪は併合罪(45条前段)となる。

105

106

107 <総合コメント>

108 刑法はきっちり良い答案を書きたいと思っていたが、間接正犯
109 の部分を始め、丁寧に検討することができなかった。処理手順を
110 事前に明確化しておくことの重要性を改めて強く感じた。

111

112 <時間配分>

113 答案構成：20分程度

114 答案作成：50分程度

115

116 <使用教材等>

117 4A論文解法パターンテキスト

118 4A条解テキスト

コメント[u46]: 証拠隠滅等罪(104条)も成立
するかと思ったが、答案上書きできないのと、
犯人隠避罪について検討すれば、刑事司法作用
に対する罪は検討でき、かつ両罪が成立しても
観念的競合になること、更に「隠滅」「偽造」の
語感にあまり合わないと思ったので、犯人隠避
罪だけにした。

以上

刑事訴訟法①

第1 設問1

1 1 令状なき逮捕は違法となるのが原則である(刑事訴訟法199条1項本
2 文)が、①の逮捕は現行犯逮捕(212条1項、213条)として例外的に適
3 法となるか。甲は「現に罪を行い終わった者」といえるか。

4 (1) 無令状逮捕が許容される趣旨は、犯罪と犯人とが明白である限り
5 誤認逮捕のおそれがない点にある。そこで、「現に罪に行い終わった者」
6 かどうかは、①時間的場所的接着性②犯罪と犯人の明白性から判断す
7 る。そして、明白性の判断資料については、逮捕者自身が直接覚知し
8 た事情に限られると解する。

9 (2) 本件では、逮捕者である警察官は犯人を直接覚知していないため、
10 犯罪と犯人とが明白とはいえず②を満たさない。

11 (3) したがって、「罪を行い終わった者」とはいえない。

12 2 そうだとしても、準現行犯逮捕(212条2項)として適法とならない
13 か。

14 (1) まず「罪を行い終わってから間がない」といえるか。

15 ア 準現行犯逮捕においては、各号の存在自体が逮捕者の直接覚知し
16 た資料以外を判断の基礎とすることを予定しているため、逮捕者以
17 外が覚知した事情も判断資料に加えてよいと解する。

18 イ まず、①警察官は甲を犯行から約30分後、犯行現場から約2キロ
19 メートルの地点で逮捕しているため、時間的場所的接着性が認めら
20 れる。次に、②犯行を現認したWは、犯人の特徴を証言している
21 ところ、約1分にわたり犯人を追跡していたWの供述は信用できる。
22 そして、その犯人の特徴と甲の特徴が一致しているのであるから、
23 Wの供述を判断資料として犯人と犯罪とが明白であるといえる。

24 ウ したがって、「罪を行い終わってから間がない」といえる。

25 (2) しかし、Wは追跡中に犯人を見失っているため、「犯人として追呼
26 されている」(1号)とはいえず、凶器であるナイフはVに刺さったま
27 まであるから2号にもあたらず、甲に「犯罪の顕著な証跡」(3号)が
28 あったとの事情もなく、甲は素直に自供しているから「逃走しようと」
29 (4号)もしていない。

30 (3) したがって、準現行犯逮捕としても適法とならない。

31 3 よって、①の現行犯逮捕は違法である。

第2 設問2

1 小問(1)

2 ②の公訴事実、共謀の日時、場所等の記載がないため、訴因が特定
3 (256条3項)されていないのではないか。

4 (1) 訴因とは検察官の主張する犯罪構成要件に該当する具体的事実を
5 いい、その機能は裁判所に審判対象を画定するとともに、被告に防御範
6 囲を示す点にあるため、具体的に明示すべきなのが原則である。もっ
7 とも、共謀等の詳細な記載は困難である。そこで、他の犯罪事実と識
8 別できる程度に特定されていれば足りる。

9 (2) 公訴事実②によれば、平成29年5月21日のVに対する殺人罪の
10 共謀共同正犯であることが分かるため、他の犯罪事実と識別できる程
11 度に特定されているといえる。

コメント [047]: 平成25年過去問をもっとしっかりや
っておくべきだった…

コメント [048]: 規範だけ覚えていたため、なんとかで
っちあげた。

45 (3) したがって、特定されているといえる。

46 **2 小問(2)**

47 (1) たしかに、③の釈明事項は、共謀の日時等を明らかにするもので
48 あるが、上述のように訴因は特定されているのであるから、訴因の内
49 容とならないとも考え得る。

50 (2) しかし、上述のように訴因には防御範囲を明示する機能もあると
51 ころ、共謀の日時等が明らかにすることは、被告の防御に資する。

52 (3) したがって、訴因の内容になると考える。

53 **3 小問(3)**

54 上述の理由から、訴因における共謀日時が平成29年5月18日となっ
55 ているにもかかわらず、同月11日と認定することは訴因逸脱認定(378
56 条3号)となり、許されないのではないか。

57 (1) 当事者主義(256条6項、298条1項、312条1項)の下、審判対象
58 は訴因であるから、訴因記載の重要な事実に変化があった場合には訴
59 因変更を要する。そして、上述の訴因の機能から、まず、審判対象の
60 特定に必要な事実であれば重要な事実にあたり、次に、一般的に被告
61 人の防御のため重要な事実もこれにあたるが、具体的な審理状況から
62 不意打ちにならず不利な認定にならない場合には例外的にあたら
63 と解する。

64 (2) まず、共謀の日時がなくとも犯罪事実の識別は可能であるから、
65 審判対象の特定に必要な事実ではない。

66 もっとも、共謀の日時は、同日のアリバイを主張するなど一般的に
67 被告人の防御にとって重要である。そして、乙は共謀の事実を否認し、
68 本件の争点5月18日の謀議の存否であったことから、乙は同日のアリ
69 バイを主張するなどしていたと考えられる。そうだとすれば、同月11
70 日の謀議の存在を認定することは、乙に不意打ちとなり、不利な認定
71 になるといえる。

72 したがって、訴因変更なくかかる事実を認定することは、訴因逸脱
73 認定となる。

74 (3) よって、上記事実を認定し有罪の判決をすることは許されない。

75 以上

76 <総合コメント>

77 捜査と証拠はかなり準備してきたものの、まさかの訴因に面食らった。今
78 思うと、小問(1)で「訴因は特定されている」としたにもかかわらず、小問
79 (2)で「訴因の内容となる」としたのは矛盾しているように思える…。争点
80 逸脱認定の議論を知らなかったため、苦渋の選択であったが、失敗してし
81 まったか…。平成25年の過去問を中途半端にってしまったことが悔やま
82 れる…。

83

84 <時間配分>

85 答案構成：19分

86 答案作成：49分

コメント [O49]: 「訴因の内容にならないだろ
う」と思ったが、ここで訴因の内容にしなけれ
ば小問(3)で争点逸脱認定を書かなければなら
なそう。自信がない。そこで、無理矢理、訴因
の内容になるとした。

コメント [O50]: 訴因逸脱認定(訴因変更の要
否)の書き方は押さえていた。

刑事訴訟法②

1 設問1

2 **1** 本件において、警察官は甲を殺人罪の容疑で現行犯逮捕(213条)して
3 いるところ、これが要件を満たすのか、現行犯人(212条1項)の意義が問
4 題となる。

5 思うに現行犯逮捕が無令状で可能となる(213条、憲法33条)趣旨は、犯
6 罪と犯人が逮捕者にとって明確なことにより、誤認逮捕のおそれが少ない
7 一方、犯人の逃走・罪証隠滅を防止すべく身柄確保の必要性が大きいこと
8 にある。

9 よって現行犯人といえるためには、(i)犯罪と犯人の明確性(ii)犯行現
10 場との時間的場所的近接性の二つが要件となると解する。

11 そして上の趣旨から、(i)が認められるためには逮捕者が犯行を現認し
12 たか、またはそれに準ずる状況が必要であると解する。

13 本件において、警察官は犯行現場を自ら現認しているといえない。また
14 Wからの通報を受けて犯人を捜しており、犯人の特徴も通報を通じて知っ
15 ていたのみなので、現認に準ずるということもできない。

16 よって(i)の要件を満たさず、警察官は甲を現行犯逮捕することはでき
17 ない。

18 **2** としても、甲による現行犯逮捕は準現行犯逮捕(212条2項)として適
19 法とにならないか。これが認められるためには、まず212条2項各号のどれ
20 かに該当する必要がある。

21 本件において、Wが見失った時点で追呼は途絶えており、甲は「犯人と
22 して追呼されているとき」(1号)とはいえない。また、甲は犯行に用いた
23 サバイバルナイフを所持しておらず、「贓物又は明らかに犯罪の用に供した
24 と思われる兇器その他の物を所持しているとき」(2号)ともいえない。そ
25 して、甲は振り返り血などを浴びておらず「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡
26 があるとき」(3号)ともいえない。最後に、幸は警察官の問いかけに素直
27 に応じており、「誰何されて逃走しようとするとき」(4号)にも当たらない。

28 よって212条2項各号に該当しないため、準現行犯逮捕としても適法と
29 はならない

30 **3** 以上より本件現行犯逮捕は適法とはいえない。

31 設問2

32 **1** 本件において、訴因には「甲と共謀の上」とのみ記されており、その
33 具体的な日時、場所、様態等が記されていないところ、これについて訴因
34 が十分に特定しているといえるのか。

35 思うに、当事者主義的訴訟構造(256条6項、298条1項、312条1項)を
36 とる刑事訴訟において、審判対象は検察官が提示する具体的事実たる訴因
37 (256条3項)である。そして訴因には、裁判所に対して審判対象を明確に
38 する機能(審判対象画定機能)、及び、被告人に対して防御の範囲を明示す
39 る機能(防御対象識別機能)の二つの機能がある。

40 ここにおいて、訴因の第一義的機能は前者であることから、訴因が特定
41 したといえるためには、審判対象画定の見地からこれを判断すべきである。
42 すなわち、i 他の犯罪事実との識別が可能な程度に特定されており、ii 訴
43 因のみにおいて構成要件該当性を判断することが可能な場合、訴因が特定
44 したものといえると解する。

コメント [F51]: 要件を指摘して端的に当てはめよう
と心掛けた。

コメント [F52]: 一応準現行犯逮捕についても触れて
おいた方がいいと考えた。
緊急逮捕については触れなかった。

コメント [F53]: この設問は過去問に誘導を付けたも
のであると理解した。

コメント [F54]: オーソドックスなので早めに処理し
た。

45 本件において、共謀とのみ記されその具体的内容が記されていないとこ
46 ろ、共同正犯の場合、訴因における実行行為が識別可能な程度に特定され
47 ていれば、それに関連付けられる形で共謀の存在についても特定されてい
48 るといえる。とすると本件訴因は実行行為については十分特定されている
49 ので、共謀についてもそれと結びつく形で特定されているといえるのでi
50 をみます。そして、iiについても、共謀の存在自体が明らかであれば実行
51 行為により構成要件該当性を判断しうるので問題ない。

52 よって、本件訴因は特定したものといえる。

53 **2** 本件において、検察官が共謀の日時などについて釈明をしているとこ
54 ろ、これ以外の手続きを経ることなくこれが訴因の内容を形成するか。

55 この点、たしかに、釈明の内容が訴因を形成するとした方が訴因の2機
56 能の観点から好ましいようにも思える。

57 しかし、訴因変更については原則として検察官の専権とされており(312
58 条1項)、例外的に裁判所が命令できるとされている(同条2項)。とすると、
59 法は訴因変更については厳格な要式行為としているといえる。

60 よって検察官の釈明のみによってそれが訴因の内容とならない。

61 本件において、検察官の釈明は訴因の内容とはならない。

62 **3** 本件において、共謀の日時については検察官の釈明があったのみで訴
63 因の内容とはなっていないから、訴因変更の要否の問題とはならない。

64 そこで、法に明文がないものの、この場合は争点逸脱認定の可否が問題
65 となる。

66 思うに、法的評価や事実認定については裁判所の専権であるから、訴因を
67 逸脱しない限り裁量が広く認められる。また不告不理の原則(378条3号)
68 の問題を生じない。よって争点逸脱認定も許されるのが原則である。

69 しかし、争点逸脱認定は被告人への不意打ちとなりうるし、かような場
70 合には裁判所には争点明確化義務があるといえる。

71 そこで、審理において重要な争点であり、具体的な審理状況から被告人
72 にとって不意打ちとなり且つ不利益となる場合、争点逸脱認定はできない
73 と解する。

74 本件において、共謀の日時は本件における重要な争点となっていたとい
75 える。また乙は共謀共同正犯であり、共謀の存否について争点逸脱認定が
76 あると不意打ち且つ不利益といえる。

77 よって、本件において、争点明確化の手続きを取らずに共謀の日時につい
78 て争点逸脱認定をすることは許されない。

以上

80 <総合コメント>

81 設問1で捜査の問題、設問2で公判の問題というオーソドックスなパタ
82 ーンであると判断した。特に設問2については誘導がしっかりしていたの
83 でそれに乗せようと努力した。

85 <時間配分>

86 答案構成 10分

87 答案作成 55分

88

コメント [F55]: 条文を特に意識した。

コメント [F56]: 原則→修正パターンを意識した。

- 89 <使用教材等>
- 90 刑事訴訟法判例百選
- 91 事例研究刑事法Ⅱ刑事訴訟法 等

法律実務基礎科目(民事)①

第1 設問1

(1) 仮処分命令(民法23条1項、24条)の申し立て、具体的には本件壺の占有移転禁止の仮処分命令の申し立てを講じるべきである。

コメント[u57]: 24条も必要なのかもと不安になり書いた。

口頭弁論終結前にYが本件壺の占有を移転した場合、本件訴訟の判決効は新占有者には及ばず(民訴法115条1項)、Xが本件訴訟で勝訴していたとしても、再び新占有者を被告として訴訟を提起しなければならなくなるおそれがある。

コメント[u58]: 問いに答えようとして、言い回しが変になった。

(2) 所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求権 1個

コメント[u59]: 新占有者が任意に引き渡すことも考えられたので、このような書き方をした。

(3) ①平成27年3月5日当時、本件壺を所有していた。

②Bは、平成28年5月1日、Xに対し、本件壺を代金150万円で売った。

③Yは現在、本件壺を占有している。

(4) 主張の内容: 即時取得(民法192条)による本件壺の所有権の取得。

コメント[u60]: 新問研にはなかった気がするが、受験新報編集部編『司法試験 予備試験 論文式問題と解説(平成28年度)』にはあった気がしたので一応書いた。

理由: 占有改定(183条)は、外形的客観的な占有状態に変化がなく、占有改定での即時取得を認めると所有者が知らないところで、所有権を喪失することとなり不公平であるとして、占有改定では「動産の占有を始めた」と認められない可能性が高いから。

コメント[u61]: あまり見たことがない問題形式なので面食らった。

第2 設問3

(1) まず、本件領収書は押印以外、すべてプリンターで打ち出されたものであるから、Bの記名は「署名」(民訴法228条4項)ではない。

コメント[u62]: 設問2が思い浮かばなかったので後回し。

次に、Bの弁護士Rは押印についてもBの印章によるものではないと主張している。仮に本件領収書の印影とBの印章が一致すれば、その押印がBの意思に基づくことが事実上推定される。そして、「押印」がBの意思に基づくことが推定されると、その文書(本件領収書)全体がBの意思に基づいて成立したという成立の真正が法定証拠法則(228条4項)により事実上推定される。

コメント[u63]: 争いとなっていることを示した方がいいかと思った。

(2) ア BがXに対して本件壺を売ったことと、BX間の売買契約に基づいてXからBに対し150万円が支払われた。

コメント[u64]: 三文判の処理がわからなかったので二段の推定だけ書いた。

イ(ア) 弁護士Rも認める通りX名義の預金通帳には平成28年5月1日に150万円を引き出したことが記載されており、そのような大金を何の目的も引き出すことは考えにくいので、Xが上記売買契約に基づいて150万円を現金でBに交付したことを示している。Bは150万円という大金を現金で受け取るはずがないと言っているが、親友の紹介とはいえ初対面であるBX間では信頼の手段として現金で支払うことも当然あることである。また、電車で来ていたXが占有改定という手段で引き渡しを受けることも当然である。

コメント[u65]: 冒頭で示してはいるが一応もう一度示した。

(イ) そして、Bは三文判ではあるものの本件領収書に押印までしている。

コメント[u66]: 「形式的証拠力」という指定があったので、実質的証拠力は書かない方がいいだろうと判断。

(ウ) BX間で売買契約が行われた平成28年5月1日の翌日、2日にBはAから借りた200万円を返済している。Bは自分

コメント[u67]: やはり三文判がどうなるかわからなかった。言い逃れのために三文判を使ったというのは言いすぎかと思って書かなかった。

45 の父親からお金を借りて返済した、自宅にあった現金を
46 私に貸してくれたと主張している。しかし、150万円と
47 いう大金を現金で受け取るはずがないと言いながら、そ
48 れよりも多い現金200万円が自宅にあり、しかもそのよ
49 うな大金の貸し借りにあたって親子間とはいえ書面も作
50 らなかったということは考えにくい。

51 とすると、Aに返済された200万円にXから交付され
52 た150万が含まれていることは明らかである。

53 ウ 以上より、BがXに対して本件壺を売ったことと、BX間の売買契
54 約に基づいてXからBに対し150万円が支払われたことは明らかで
55 ある。

56 第3 設問2

57 (1) 即時取得による所有権喪失の抗弁、**対抗要件の抗弁**

58 (2) 対抗要件の抗弁

59 Xは占有改定(183条)により本件壺の「引き渡し」(176条)を
60 受けているという再抗弁。

61 条文の位置(「引き渡し」たる182条と184条の間)と取引の便の
62 見地から、占有改定も「引き渡し」に当たると解される可能性が高
63 いからである。

64

65 <総合コメント>

66 一読して小問が多いことがわかり、コンパクトに処理していなくてほと
67 思った。三文判の処理が全く分からなかったのでもいつも通り処理したこと
68 がどう出るか。

69

70 <時間配分>

71 答案構成: 22分

72 作成: 68分

73

74 <使用した参考書・問題集>

75 4A論文パターンテキスト・4A条解テキスト(民法、民訴法)

76 予備試験 4A論文過去問分析講義のテキスト

77 司法研修所編『新問題研究要件事実』

78 受験新報編集部編『司法試験 予備試験 論文式問題と解説(平成28年度)』

コメント[u68]: 頭の中で自宅=B宅だと勝手に処理していた。

コメント[u69]: 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁にしていたが、なぜか再抗弁が思いつかない!と思って消してしまった。

法律実務基礎科目(民事)②

1 [設問1]

2 (1) 係争物に関する仮処分(民事保全法23条1項)としての本件壺の
3 占有移転禁止の仮処分(62条)をなすべきである。 そうしないと、口頭
4 弁論終結前に、他の者に本件壺の占有が移った場合、判決の効力が及ばず
5 (民訴法115条1項3号参照)強制執行などを行うことができない。も
6 ちろん、訴訟告知(53条)等も考えられるが、占有の取得者を確知でき
7 ない場合もあるし、また、かかる手続きが負担な場合もあるので、占有移
8 転禁止の仮処分で当事者恒定効を得ておくべきである。

9 (2) 所有権に基づく、返還請求権としての本件壺引き渡し請求権。

10 (3) ①平成27年3月5日当時、本件壺を所有していた。

11 ②Bは、平成28年5月1日、Xに対し、本件壺を代金150万円で売った。

12 ③Yは、本件壺を占有している。

13 (4) XがBとの取引行為によって、本件壺を即時取得したとして、所有
14 権に基づく返還請求をすとの主張が考えられる。しかし、本件のような
15 占有改定による取得の場合、判例は即時取得を認めない。この場合、前占
16 有者を通じて、未だ本来の所有者の支配が及んでいると考えられるからで
17 ある。よって、かかる主張は認められないと思われる。

18 [設問2]

19 (1) 対抗要件の抗弁。

20 即時取得の抗弁。

21 (2) 対抗要件の抗弁は主張しないであろう。

22 YX間は二重譲渡類似の関係にあるので、対抗要件の抗弁を主張すること
23 はできる。しかし、「引き渡し」(民法178条)は占有改定でも足りると
24 解されているので、Xの対抗要件具備の再抗弁が認められると思われるか
25 らである。

26 なお、Yも5月15日に現実の引き渡しを受けているが、これは、3月
27 5日のBへの引き渡しはおろか、5月1日のXの占有改定にも遅れるので、
28 結局、Xに対抗できず、特段の意味はない。

29 [設問3]

30 (1) 本件領収書の「成立の真正」(民訴法228条1項)は、それによっ
31 て利益を受けるXが証明しなければならないのが原則である。

32 そして、本件ではB名義の記名があるが、これはパソコンなどで誰でも
33 容易に作れるものなので意味は薄い。他方、B名の押印については、印影
34 の対照(229条1項)や鑑定(212条以下)によって、領収書の印影
35 とBの印鑑の印影が一致すれば、印鑑が盗まれたなどの反証のない限り、B
36 の意思に基づく「押印」(228条4項)が推定される。そして、228条
37 4項が適用され、本件領収書の成立の真正(=形式的証拠力)が推定され
38 ることとなる。

39 (2) 5月1日に、BX間で本件壺の売買契約が結ばれたことは明らかであ
40 る。

41 まず、平成28年5月1日にXがB宅に行き、本件壺をみたことはBも
42 認めている。また、その日にXが150万円を口座から引き出しているこ
43 とは、Xの通帳から明らかである。そして、その150万円は、本件壺の
44 売買契約に用いられたのである。このことは、Bの記名押印ある領収書か

コメント[u70]: 28年予備でみんな出来なかつただろうから今年出る可能性は高いと思っていました。

コメント[u71]: 訴訟告知しても仕方ないのでは、と試験が終わってから気付く。

コメント[u72]: 問題文のア、イをコピペした。

コメント[u73]: ここで、判例の実質的な理由を長々説明するのは得策でないと思い、抽象的な説明でやむなしとした。

コメント[u74]: 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁だと思ったが、(2)での論述に迷い、こちらに逃げてしまった。

コメント[u75]: XとYで二重譲渡とみてよいのか、それともYB間で決着がついて、それをXが承継するのか、分からなくなった。結果、対抗要件の抗弁に逃げる。

コメント[u76]: 最低限、Yの引き渡しにも触れてはおかないと思い書いた。

コメント[u77]: 二段の推定の問題。いつも書くことを書いておけば大きく外すことはないと考えた。

45 にも裏付けられる。

46 この点、B側は、契約書がその場でパソコンで作成されたものであり、
47 印鑑も三文判であるなどと主張する。しかし、そもそも本件の売買は、初
48 対面のXとBがその場で急いで契約したものであり、事前に準備のできる
49 はずはないのだから、かかる点は不自然ではない。また、150万円もの
50 多額の金を現金で支払ったのもおかしいとBはいうが、一方でBは200
51 万円を父親から現金で受け取ったともいっており、矛盾しているという他
52 ない。

53 そのBの200万円の借金返済は、売買の翌日の5月2日のことであり、
54 しかもその金の出所を示す契約書も口座の記録もない。これは、売買代金
55 150万円を使って、返済をしたとみるのが自然である。そして、その返
56 済期限が迫っていたからこそ、Bが契約を急いでいたとすれば、領収書な
57 ども含めてすべて理屈が通る。

58 よって、BX間で壺の売買がされ、Bが150万円を受け取ったのは明らか
59 である。

60 以上。

61 <総合コメント>

62 過去問で問われているような知識が問われていた。それなのに、〔設問2〕
63 など、本当は問題でないようなところで勝手に悩んでしまった印象がある。
64 そのあたりで悩まず余裕があれば、〔設問3〕(2)をもう少し丁寧に書き
65 たかった。

67 <時間配分>

68 答案構成はしていない。
69 答案作成に70分程度。

71 <使用教材>

72 予備試験 4A論文過去問分析講義
73 新問題研究 要件事実

コメント[u78]: まず、確実に言えることから。

コメント[u79]: 借金の返済のために、Bは急いで契約をしたかったのだと自分の中では納得。

法律実務基礎科目(刑事)①

第1 設問1

1 Vに対して、暴行脅迫などを用いて自己に有利な証言をさせる可能性
2 がある。

3 (1) まず、AはH県I市J町2丁目5番Lマンション202号室に居
4 住しており、Vは同町4丁目2番に暮らしている。Vは毎朝甲通
5 りをジョギングしており、Aの被疑事件も4月2日の早朝、Vが
6 甲通りをジョギング中のことであった。そして、ジョギングは毎
7 日同じコースを継続的に同じ時間帯に行う人も少なくないし、そ
8 のことをAも認識しているだろう。

9 とすると、Vは集中治療室での入院治療が必要であり、少なく
10 とも1週間は取り調べを受けることができない状態にあり、Aも
11 Vがどこの病院に運ばれたかは知らないだろうからこの時点では
12 客観的可能性は小さいといえるが、Vが退院した後は毎朝のジョ
13 ギングを再開する可能性があり、AもVと口論になった甲通り沿
14 いのKビル前付近で待ち伏せし、ジョギング中のVを暴行脅迫し
15 て自己に有利な証言をさせる客観的可能性がある。

16 (2) AはVの胸を押したことはなく、それ以外にもVの転倒原因に
17 なるような行為をしていないと主張しているから、主観的可能性
18 もあるといえる。

19 2 Bを説得して自己に有利な証言をさせる可能性はある。

20 (1) AとBは交際中であり、半年前からLマンションにおいて一緒
21 に暮らしているから、AがBを説得することも容易であり、Bも
22 Aに有利な証言をするだろう。また、Bは証拠③でAが2度Vの
23 胸を両手で押し、それによってVが後方に勢いよく倒れたと述べ
24 ているから、Aはこの証言を変更させて自己に有利な証言をする
25 ように説得する客観的可能性があるといえる。

26 (2) また、Aも自分と交際中がかつ同居しているBを説得すれば、
27 自己に有利な証言をしてくれると考えるだろうから主観的可能性
28 もある。

第2 設問2

29 直接証拠とは、直接犯罪構成要件に該当する具体的事実を証明する証拠
30 のことをいい、間接証拠とはその事実を推認するための間接事実を証明す
31 るための証拠をいう。

32 ⑥の供述は、公訴事実の「AがVに対し、その胸部を両手で2回押す暴
33 行を加え、同人をその場に転倒させてその後頭部を同歩道上に強打させ」
34 たという犯罪構成要件に該当する具体的事実を証明する証拠というよりは
35 むしろ、その後のAの態度・行動(後足)という間接事実を供述したもの
36 であるから、検察官は間接証拠と考えている。

第3 設問4

37 1 甲4号証はI警察署において、Vが甲3号証と同視のAのVに対す
38 る暴行状況を説明し、Vの説明にも続いた再現状況が撮影された写真
39 が添付されたものであるから、現場供述が含まれている可能性がある。

40 このような供述証拠は知覚、記憶、表現、叙述の各過程において介
41 入するおそれのある真実に反する内容を公判廷における反対尋問(憲
42

コメント[u80]: 対象、態様、客観的可能性、主観的可能性を意識した論述を心がけた。

コメント[u81]: 初めはばったり会う可能性もあることを示そうと思ったが、ジョギングの性質から甲通りで待ち伏せする可能性もあるのではと思い、そっちを書くことにした。

コメント[u82]: 主観的可能性について何を書いたかあまり覚えていない。勾留中の事情を使っていないか心配。

コメント[u83]: 結構あやふやだったのに、なぜか調子に乗って定義を書いてしまった。反省。

コメント[u84]: 「具体的理由を付して」というのが、検察官の推認過程に立ち入れという意味なのかよくわからなかったが、間接証拠にあたるから間接証拠と考えるだろうと思い、そのように書いた。

コメント[u85]: 設問3はわからなかったので後回し。

コメント[u86]: よくわからず全体的に弱気。

コメント[u87]: 写真撮影報告書が、写真だけなのか供述も含まれているのかよくわからなかったので濁した。今考えるとI警察署での再現は現場供述ではないのでは…?

コメント[u88]: 内容が不明なので一般論に終始。

45 法37条2項)等でチェックしなければ典型的に誤判のおそれがあるの
46 で、原則として証拠能力を有しない(刑訴法320条1項:伝聞法則)
47 が、「迅速」に「事案の真相を明らかにする」(1条)のため、公判廷
48 における反対尋問に匹敵する信用性の情況的保障と証拠としての必要
49 性が認められる場合には伝聞例外(321条～)が認められる。

50 弁護人は326条1項の「同意をしたとみなされない」ために、「不同意」
51 との意見を述べたと思われる。

52 2 他方、甲5号証は5官の作用で知覚したものを機械的作用により残
53 した写真であり、伝聞法則の趣旨が妥当しないから、供述証拠ではな
54 い。

55 よって、「証拠能力は問題がないので」、「不同意」ではなく「異議あ
56 り」(309条1項)との意見を述べたと思われる。

57 第4 設問5

58 (1) 裁判長は、検察官が甲4号証添付の写真をVに示す許可を求めた
59 のは、Vという「証人の供述を明確にするため」、「写真～を利用し
60 て尋問」しようとした(規則199条の12第1項)からであると考え、
61 その「必要」性も認められるとして許可をしたと思われる。

62 (2) 国家刑罰権の存否・範囲を画する「事実の認定は」適式な証拠調
63 べ手続を経た証拠能力ある「証拠」によらなければならない(317
64 条)。

65 甲4号証添付の写真は、Vの証言を明確にするために用いられた
66 にすぎず、検察官は甲4号証の証拠調べ請求を撤回しており、それ
67 自体に対する証拠調べ手続を経ていないから、裁判所は、同写真を
68 事実認定の用に供することができない。

69 第5 設問6

70 (1) ア 相対的特信情況(321条1項2号後段)は証拠能力の要件で
71 あるから、その有無は外部的付随事情から判断しなければならないが、「実質的に異なった」とある以上は既に供述内容に立ち
72 入っているし、外部的付随事情が供述内容に反映されているこ
73 ともありうるから、供述内容を外部的付随事情を推認するた
74 めに考慮することも許される。

75 イ そこで検察官としては以下のように主張すべきである

76 (ア) Bは検察官の面前で、Aが両手でVの胸を2回突き飛ば
77 すように押し、それによって、Vが後方に勢いよく転んだ
78 と供述していたのに、証人尋問においてはAがVの胸を押し
79 した事実はない、と供述している。また、Bは警察官の面
80 前では、Aがあおむけに寝た状態になったVの腹の上に馬
81 乗りになり、『この野郎』と怒鳴りながら、右腕を振り上
82 げて殴ろうとしたと供述したのに、証人尋問においては、
83 AがVで介抱しようとした。AがVに馬乗りになって、『こ
84 の野郎』と言って殴りかかろうとした事実はない、と供述
85 している。

86 よって、「公判期日において前の供述と相反するか若しく
87 は実質的に異なった供述をしたとき」といえる。
88

コメント[u89]: 黙っていたら同意をしたと扱われてしま
うのでは、と思いこのように書いた。

コメント[u90]: 取り調べが必要なことを書き忘れたと
思われる。

コメント[u91]: 多分できないだろうなあと思い、検討し
たときに317条の存在を思い出した。上記第3の2との
整合性が微妙な気がする。

コメント[u92]: 後段の要件を踏まえてと合ったことや
下線部①から、記憶喪失=国外にいるのと同様の証拠と
しての必要性がある、といった記述は不要と判断した。

コメント[u93]: とりあえず相対的特信情況の解釈。供述
が異なる→犯行に時間的に近接した時点で採られた証
言は相対的特信情況あり、とつなげるために必要だと思
った。

コメント[u94]: 証拠調べが未だ行われていない甲7号証
の内容を使っているのかわからなかったが、多分使って
よかったはずと思い、使った。

コメント[u95]: この評価は書かない方がよかったかも
しれない。

89 (イ) Bは本件事件後の5月に入ってAの子を妊娠しているこ
90 とがわかったから、Aを庇う気持ちが生まれた可能性があ
91 る。また、公判期日における供述は、事件から時間が経過
92 した後のものであるため、事件に時間的に近接した段階で
93 採られた検察官面前調書の方がより正確であるといえる。
94 よって、相対的特信情况もある。

95 (2) 上記(1)の通り、Bは「公判期日において前の供述と相反する
96 か若しくは実質的に異った供述を」する一方で、捜査段階での検察
97 官に対する供述情况について、「何を話したのか覚えていないが、嘘
98 を話した覚えはない。録取された内容を確認した上、署名・押印し
99 た者が、甲7号証の供述録取書である。」と述べている。

100 このような状況では、甲7号証の証拠調べを行い、公判廷におけ
101 る供述と比較対照する必要があるから、やはり取調べの必要性があ
102 る。

103 第6 設問3

104 類型：5号口に当たる書面

105

106 <総合コメント>

107 小問多すぎる…よくわからない問題も何とか解こうとしたが、あまり自信
108 はない。また、書き方がよくわからない問題が多かった印象。

109

110 <時間配分>

111 答案構成：30分

112 作成：60分

113

114 <使用した参考書・問題集>

115 4A論文パターンテキスト・4A条解テキスト

116 予備試験 4A論文過去問分析講義のテキスト

117 三井誠・酒巻匡『入門刑事手続法 第6版』

コメント[u96]: どういえばいいのかさっぱり。
何か書いとけと言った感じで書いた。

コメント[u97]: 最後までわからなかった。

法律実務基礎科目(刑事)②

〔設問1〕

本問では、特に隠滅の恐れのある証拠物はない。Wが撮影した画像データはすでに捜査側に渡っている。

犯行の一部始終を見ていたB子は、Aと同居しており、Aから働きかけを受けて、Aをかばう虚偽の証言をするおそれは否定できない。

また、目撃者であるWとAは面識はないが、A宅の近くを通勤で通っており、Aが傷害の嫌疑がかかっている粗暴犯であることも考慮すると、脅して、虚偽の証言を引き出そうとする可能性はある。

よって、「相当な理由」はある。

〔設問2〕

検察官は、間接証拠と考えているであろう。Wのこの供述は、Vが転倒した後のことについてのものだからである。つまり、転倒したVにAが馬乗りになり、さらなる暴行をしようとしていたという事実から、その前の胸を押して転倒させたという公訴事実を推認しようというものである。

〔設問3〕

イ、Vは、検察官が請求した甲3号証の供述者であり、不同意の場合には証人請求が予定される者であり、その供述調書は、316条の15第1項5号イに当たる。なお、実際に後に証人請求されているので、この要件は満たされるだろう。

ロ、本件は、AがVの胸を押し、転倒させたかが争点になっている。そこで、被害者たるVの供述として甲3号証は、重要である。もし、Vの別の供述録取書に、胸を押されてはいないとか、よく覚えていないなどの供述があれば、それは甲3号証と矛盾し、その信用性を大きく妨げる。そこで、「防御の準備のため当該開示が必要」である。

〔設問4〕

甲4号証は、全体としてVが挙動により供述をしたものであり、その通りの事実があったことが前提となっているので、伝聞証拠(320条1項)として、原則証拠能力を欠く。なお、写真部分については機械的な過程による記録で伝聞ではないが、その内容がやはりVの供述なので全体として伝聞となる。

そこで、326条1項から「同意」により証拠能力を付与できるが、「不同意」は、これを拒否する意思表示である。

これに対し、甲5号証は機械的プロセスで記録され、知覚記憶表現叙述の過程の誤りの可能性がなく、非伝聞で証拠能力はあり、そもそも326条の問題にならない。そこで、309条1項から「異議」を申し立てたわけである。

なお、甲4号証にも異議はできるが、これは「不同意」の中に含まれているとみることができる。

〔設問5〕

(1) どのように押されたとか、詰め寄られたというのは、言葉で説明するのは難しい。そこで、検察官は写真を示して、このような感じでしたかと確認しようとしているのだと考えられ、これは「供述を明確にするため必要がある」といえ、写真を利用できる。(刑訴規則199条の12第1項)ただし、その際、写真の証拠調べは終わっ

コメント[u98]: 書いている途中で、勾留してもB子は会いに来るよなと思い、Wについても肯定しておいた方が良かった。

コメント[u99]: 住所はこう使うのだと思った。

コメント[u100]: 「公訴事実記載の暴行」とは時間的に違うということだと思った。

コメント[u101]: 過去問のように、その場で条文を探す問題だとして、落ち着いて引いた。

コメント[u102]: 条文の「事案の内容」というところから、そもそも争点になっていることも指摘しておくべきと考えた。

コメント[u103]: 厳密には、二重の伝聞過程があるということなのだろうが、時間も迫ってきており、Vの供述とだけいっても誤りでないと考えた。

コメント[u104]: この辺りも、論述が雑になってきている。

コメント[u105]: 初めて聞く話だったので28年予備の過去問でもあったように、規則を引けば解ける問題だろうと判断。

45 ていないので被告側に「閲覧の機会」を与えなければいけない。(1
46 99条の12第2項、199条の10第2項)しかし、本件では、
47 すでに開示を受けているのでその必要はなく、直ちに許可できる。

48 (2) 同写真を事実認定に用いることができるかについては、その写真
49 の用いられ方による。

50 例えば、Vがこのような位置関係で立っていたと写真を引用しな
51 がら、証言した際に、写真をみて、これにより位置関係を認定する
52 ことは許される。あくまで、写真はVの供述を説明するものにすぎ
53 ないからである。

54 これに対し、Vの証言を離れて、写真自体から写っているような
55 事実を認定することは当然できない。写真における挙動による供述
56 を、まさに供述証拠として、事実認定に用いることになり、伝聞法
57 則(320条)に反するからである。

58 [設問6]

59 (1) まず、B子の証言は甲7号証とAがVの胸を押して転倒させたか
60 という重要な点について食い違っており、相反しているといえる。

61 また、B子はその証言においても、甲7号証について嘘はいって
62 ないし、内容を確認したうえで、署名押印をしていると認めている。
63 つまり、甲7号証の信用性は高い。

64 これに対し、新証言の方は、B子がAの子を妊娠していることが発
65 覚したという特殊の事情がある。B子としては、生まれてくる子ども
66 が犯罪者の子供とならないように、また、父親と一緒に暮らせるよう
67 にAをかばって虚偽の証言をすることが十分考えられる。

68 よって、「前の供述を信用すべき特別の情況」がある。

69 (2) 本件の訴訟において、AがVの胸を押して転倒させたかは、重要
70 な争点になっている。そして、それを目撃していたのは、Aを除けばB
71 子だけである。しかし、B子の法廷での証言は、甲7号証と食い違っ
72 ているし、信用性も低い。そこで、甲7号証を取り調べてその点を明
73 らかにする必要がある。

74 以上。

75
76 <総合コメント>

77 刑事訴訟法の問題とってよい設問が多かった。伝聞を問うているのだろ
78 う設問がいくつもあり、どこまで丁寧に書くか悩ましかった。
79 知らない問題は、とにかく条文を引くというのは、過去問を解いていて痛
80 感していた。その点では、落ち着いてできた。

81
82 <時間配分>

83 答案構成はしていない。
84 答案作成に70分程度。

85
86 <使用教材>

87 予備試験 4A論文過去問分析講義

コメント[u106]: 尋問終了後に、証拠調べ請求を撤回したと問題文にあるのは、ここの検討をして欲しいのだろうと思った。

コメント[u107]: 要証事実という言葉は、混乱しそうだったのであえて避けた。

コメント[u108]: もう少し、丁寧に書きたかったが、時間的に無理だった。

コメント[u109]: 321条1項2号後段の要件を踏まえてなので、まず相反性。

コメント[u110]: 甲7号証が信用できる。

コメント[u111]: 証言は信用できない。

コメント[u112]: 必要性と言われてやや戸惑った。ごく当たり前のことを書いた。

民法①

第1 設問1

Cは、Aに対し、甲建物の所有権(206条)に基づく妨害排除請求として本件登記抹消登記手続を請求していると考えられる。

1 Cは、平成23年12月13日、Bから甲建物を購入している。そして、
2 弁済供託による第三者弁済(474条1項、494条)で、付従性によりA
3 の譲渡担保権が消滅したとして上記請求が認められるとも思える。

4 2 しかし、Aは、平成23年7月14日、Bから甲建物を購入し、所有権
5 移転登記を備えているから、甲建物の所有権を確定的に取得している。
6 そのため、BC間の売買は他人物売買(560条)であり、物権的に無効と
7 なるのが原則である。

8 3 もっとも、譲渡担保という登記原因を信頼したCを保護することが
9 できないか。

(1) まず、AB間に通謀がないため、94条2項の直接適用はできない。

10 しかし、同条項の趣旨は①虚偽の外観を作出した②帰責性ある真の権
11 利者より③外観を信頼した第三者を保護することで取引の安全を図る
12 点にある。そこで、かかる趣旨が妥当する場合には、類推適用が認め
13 られる。そして、真の権利者の帰責性が大きくない場合、第三者は善
14 意無過失まで必要であると解する。

15 (2) まず、①甲建物につき、譲渡担保を登記原因とした虚偽の登記と
16 いう外観があった。次に、②法律知識に乏しいAは、Bに利用され欺
17 かれて虚偽の登記を備えるに至ったところ、Aがこれを知りながら放
18 置したとの事情もない本件では、Aの帰責性は大きいとはいえない。
19 そして、③Cは、Aが譲渡担保権者でないことを知らなかったことにつ
20 き過失があった。

21 (3) したがって、上記趣旨が妥当せず、類推適用できないため、Cは
22 保護されない。

23 4 よって、上記請求は認められない。

第2 設問2

1 Cの請求について

2 (1) Cは、Eに対し、CD間の合意解除による、賃貸借契約(601条)終了
3 (620条)に基づく目的物返還請求として、甲建物の明渡しを請求す
4 ることが考えられる。

5 しかし、Dは、Cの「承諾」を得て、Eに対して「適法」に転貸(612
6 条1項、613条)している。そのため、398条の法意から、合意解除
7 により転借人の権利を害することは許されず、CD間の合意解除は信
8 義則上(1条2項)Eに対抗できない。

9 したがって、上記請求は認められない。

10 (2) 次に、Cは、Eに対し、賃料(601条)として25万円の請求をする
11 ことが考えられる。

12 ア まず、Dが賃貸借関係から離脱したことの反射的效果として、CE
13 間に新たに賃貸借関係が成立すると解する。そのため、これに基づ
14 き賃料を請求することができる。

15 イ では、賃料として25万円の請求が認められるか。

16 この点、甲建物の賃料相場は25万円であったのに対し、CD間で

コメント [O113]: 何を書かせたいのか一瞬迷った。

コメント [O114]: 譲渡担保の法的性質など、色々書け
そうだった。しかし、時間が押していたため、94条2
項類推による修正をメインに据え、後は原則論として
瞬殺しようと考えた。

コメント [O115]: 110条類推を出すべきだったか…。
時間がなくて無視した。

コメント [O116]: とにかくこの事情を使いかけた。

コメント [O117]: 昨年同様、「公平にできれば結論は
何でもいいたいタイプ」の問題だと判断。

コメント [O118]: テキトーにでっちあげた。

45 は修繕費用をDが負担する代わりに賃料20万円と設定されていた。
46 しかし、DE間の転貸借契約に際して、修繕に関する条項は定められ
47 ていなかったのであるから、Eはこのことを知らなかったはずであ
48 るし、DE間で賃料が15万円とされていたのはDEの従前の関係を考
49 慮したものでありCとは無関係である。そこで、CE間の賃料は相場
50 通り25万円となると解する。

51 ウ したがって、上記請求が認められる。

52 2 Eの請求について

53 Eは、Cに対し、608条1項に基づく費用償還請求として30万円の支
54 払いを求めることが考えられる。

55 (1) まず、上述の理由から、CD間の修繕費用に関する特約はEには効
56 力を及ぼさない。

57 (2) そして、Eは、賃貸人Cの負担に属する(606条1項)修繕費用30
58 万円を支出しているから、直ちに償還を請求できる(608条1項)。

59 (3) したがって、上記請求が認められる。

以上

60
61
62 <総合コメント>

63 民法の時点で残り時間62分しかなかった(去年は民法を最初にかき10分以
64 上オーバーしてしまったため、今年は民訴⇒商法⇒民法の順で書いた)ため、
65 焦った。

66 しかし、「民法は4Aをそのまま答案に置いてくればよい」と思っていたた
67 め、比較的素直に書けたと思う。去年同様、4Aが最も生きる科目だと感
68 じた。

69
70 <時間配分>

71 答案構成：25分

72 答案作成：37分

73

74 <使用した参考書・問題集>

75 4A基礎講座(4A論文解法パターンテキスト、4A条解テキスト)

コメント [O119]: 「ここを25万にしたから
には、修繕費用を負担させることになるな…
ここさえ間違えなければ最低ライン確保だろ
う」と考えた。

コメント [O120]: これさえ出せれば最低ラ
イン確保かなと思った。

民法②

1 設問1

2 1 CのAに対する請求は、所有権（206条）に基づく妨害排除請求権
3 （202条1項、198条）としての本件登記の抹消登記手続請求と構成
4 できる。

5 かかる請求を理由付けるためには、①Cに所有権があること、②Aの本件
6 登記の存在が必要であるところ、②については争いがない。

7 2 ここで、Cとしては、甲建物は平成23年12月13日当時Bが所有
8 しており、かかるBから同日、甲建物を買い受けたCが所有者であると主
9 張する。

10 これに対し、Aは、BC売買当時Bはすでに所有権を喪失しており、BC売
11 買は他人物売買（560条）にすぎず、物権的効力は生じないので、Cは
12 所有権を取得しえないと反論する。

13 もっとも、これに対して、Cは、94条2項類推適用により保護される
14 と主張する。（以下検討）

15 3 本件では、実際には設定されていない譲渡担保権の登記が存在するが、
16 その点につきAB間に通謀（94条1項）がなく、94条2項を直接適用す
17 ることはできない。

18 もっとも、94条2項は、虚偽の外観を作出した帰責性ある者の犠牲の
19 下、その外観を信頼した者を保護することを目的とした規定である。

20 そうだとすれば、通謀がなくとも、⑦虚偽の外観が存在し、⑧権利者に
21 外観作出に帰責性があり⑨第三者の外観に対する信頼が存在する場合には、
22 94条2項を類推してかかる第三者は保護されると解する。ここで、公平
23 の観点から110条の法意に照らし、⑧の帰責性が小さい場合には、⑨の
24 信頼は無過失であることまで要する。

25 4(1) 本件では、登記簿上Aは所有者として登記されており、虚偽の外観
26 は存在しないとも思える。

27 もっとも、登記原因は「売買」ではなく「譲渡担保」となっている。こ
28 こで、譲渡担保権の設定は所有権移転の側面もあるが、その本質は担保権
29 の設定であり、**弁済期前においてはなおさらその要素が強い**。BC売買当時
30 は譲渡担保権の弁済期は到来しておらず、登記簿上は、なお、設定者たる
31 Bが実質的所有者たる外観が存するといえる。

32 (2) AはBが作成した、登記申請書という極めて重要な書面に、中身を確
33 認することなくBの言葉を鵜呑みにし、漫然と署名押印をしており、外観
34 作出に帰責性がある。

35 もっとも、Aはかかる外観作出を積極的に意欲したわけではなく、法律
36 の知識の乏しさからかかる行為をしてしまったにすぎず、帰責性は大きく
37 ない。

38 (3) Cは、Aが実際には甲建物の譲渡担保権者でないことを知らなかったが、
39 知らなかったことに過失があったので、善意無過失とはいえない。

40 5 よって、Cは94条2項類推適用により、保護されないので、Aに対し、
41 本件登記の抹消登記手続請求をすることができない。

42 設問2

43 1 CはまずEに対し、所有権に基づく返還請求（202条1項、200
44 条1項）（請求1）をするが、認められるか。

コメント [k121]: 初め問題を読んだときは、うまく構成
できず、商法・民訴法を先に解いた。

コメント [k122]: ここは特殊性だと思った。登記簿上A
は所有者として登記されているので、B所有という外
観はないのではないかと問題意識。

コメント [k123]: わざわざ弁済期が書いていたので使
ってみた。

コメント [k124]: 所有権構成でいくか、賃借権終了構成
でいくか、少し迷った。大は小を兼ねると思ひ所有権
構成に。

45 これに対してEはCD間の賃貸借契約（601条）、そして、DE間のCの
46 承諾ある転貸借契約に基づく占有権原を主張する。

47 これに対してCは平成27年4月30日、CD間で賃貸借契約を合意解除
48 し、それを基礎とする転貸借は消滅したと主張する。

49 さらにこれに対してEは、合意解除は、適法な転借人たるEに対抗でき
50 ない（179条1項但書、520条但書参照）と主張する。

51 かかるEの主張は正当であり、Cは転貸に承諾した以上、転貸借契約の
52 契約期間の満了日たる平成28年7月31日が経過するまでは明渡し請求
53 が認められないとするのが妥当である。そしてこの間はCE間に賃貸借契約
54 が成立すると考える。

コメント [k125]: 一応計算したが、冒険しすぎたか。

55 2 ではEのCに対する甲建物の修繕費用30万円の支払請求（請求2）
56 は認められるか。

コメント [k126]: なぜそうなるのか自分もわからないが、とりあえずそういうことにしたほうが後が書きやすいと思っそうした。

57 (1) かかる請求の法的根拠は、608条1項である。

58 「賃借人」Eは、「賃借物」たる甲建物について、雨漏りの修理という生
59 活に不可欠な「必要費」を支出している。よって請求2は認めれそうであ
60 る。

61 (2) これに対して、Cは、CD間には賃料を近隣より安くする代わりに通常
62 の必要費は賃借人の負担とする特約が結ばれており、それがCE間の賃貸借
63 契約にも及ぶと主張する。

コメント [k127]: 以降すべて現場のでっち上げ。旧司法試験過去問で似たような問題意識があったような。

64 ここで、DE間の契約の際、甲建物の修繕に関しては明文条項は定められ
65 ておらず、CD間の特約はEに及ばないと思える。

66 しかし、Eの転借料は相場よりかなり安く、何らかの負担があると推知
67 することは十分可能であるので通常の必要費を負担させても酷ではないし、
68 相当の負担があるとするこほうが公平である。

69 したがって、EにもCD間の特約の効果が及び、EはCに対する請求2を
70 することができない。

71 (3) そして、Eが通常の必要費を負担する以上、CはEに対して、甲建物に
72 ついて相場賃料たる月額25万円を請求することができない。

コメント [k128]: 2を書くこの話が書きやすかったのでこういう順番で書いた。

73 ここで、CD間の合意解除という、Eの関与しえない事情によってCを利
74 すること、Eを害することは不当である。

75 よって、平成28年7月31日まで、Cは、甲建物につき、Eに対し、月
76 額15万円を請求できるとどまる。

77 以上

78 <総合コメント>

79 譲渡担保権を絡ませており、事案が複雑で答案構成に戸惑った。周りもど
80 こか集中力に欠け、諦めムードの人もいるようで、普通に書けば十分浮か
81 び上がると思った。

82 何を虚偽の外観と設定するかが鍵に思えた。

83 設問2は現場思考的な問題であり、全体を通して重大な論理矛盾は起こさ
84 ないように気をつけた。

85

86 <時間配分>

87 答案構成：20分 答案作成：50分

88

- 89 <使用した参考書・問題集>
- 90 予備試験 4A論文過去問分析講義
- 91 逐条テキスト（早稲田経営出版）
- 92 旧司法試験過去問

商法①

第1 設問1

1 X社は、A社がX社に対して有する5億円の金銭債権を「金銭以外の
2 財産」(会社法199条1項3号)として募集株式1万株を発行するとい
3 う手段を採ることが考えられる。

4 かかる手段を採るにあたって、X社は、債権額を「調査させるため、
5 裁判所に対し、検査役の選任の申立てしなければならない」のが原則
6 である(207条1項)。そして、上記債権は「弁済期が到来して」(同条
7 9項5号かつこ書)いないため、同項による適用例外にあたらぬ。

8 したがって、原則通り検査役の選任申立てが必要である。

第2 設問2

1 小問(1)

11 (1) まず、「株主」であるCは、「取締役」Yに対して、所定の手続き
12 を履践した上で、213条の3第1項の責任を追及する株主代表訴訟
13 (847条1項、3項)を提起することが考えられる。

14 ア まず、Z社による払込みは、見せ金にあたり「払込みを仮装した」
15 (213条の3第1項、213条の2第1項1号)にあたらぬか。

16 (ア) この点、見せ金は、一連のからくり過ぎないため「払込みを
17 仮装した」にあたる。もっとも、内心の問題であるため、客観的
18 事情から判断する。

19 (イ) 本件では、Z社は、平成29年2月1日、X社の連帯保証を受け
20 金融機関から金銭を借り入れた上、払込みをしているが、その翌
21 日たる2日には当該払込み金額が引き出されており、X社がかか
22 る金銭を会社の資金として利用したとの事情もない。かかる客観
23 的事情からすると、見せ金といえる。

24 (ウ) したがって、「払込みを仮装した」にあたる。

25 イ そして、Yは代表取締役として払込みを「仮装することに関与し
26 た取締役」であるから、全額の支払いをなす義務を負う。

27 ウ よって、上記手段が認められる。

28 (2) 次に、Cは、「募集株式の引受人」であるZ社に対して、(1)と同
29 様に213条の2第1項の責任を追及することができる。

2 小問(2)

30 (1) B社は、X社の基準日(124条1項)たる5月31日より前である平
31 成29年5月29日に、Z社から代物弁済によりX社株式を譲り受け、
32 名義書換え(130条)を備えているため、当該株式について議決権行
33 使ができるのが原則である。

34 (2) もっとも、Z社による払込みは、上述のように見せ金であるところ、
35 かかる場合に株式が有効に成立しないのであれば、B社はこれを
36 譲り受けることができず、議決権行使もできないこととなる。そ
37 こで、見せ金による払込みの場合、株式は有効に成立するか。

38 ア この点、213条の2、3の規定は株式の有効な成立を前提としてい
39 ると考えられるし、取引の安全を図る必要もある。そこで、見せ金
40 の場合にも株式は有効に成立していると解する。

41 イ したがって、上記株式は有効に成立しており、B社は議決権を行
42 使することができる。以上

コメント [O129]: 「199条1項3号と、207条1項、9項5号を出せば最低ライン確保」と思った。

コメント [O130]: 構成段階では、新株発行無効の訴えを書かせたいものと勘違いしていた。設問を読み直して847条に変更した。

コメント [O131]: 423条+間接取引も書くべきだったか…。時間が足りなそうだったため書かなかった。

コメント [O132]: 使ってみたかった。

コメント [O133]: 善意無重過失なら議決権行使できるという条文があることは知っていたが、209条3項を見つけないことができなかった。そこで、部分点を狙い、一応の修正を試みた。

コメント [O134]: 間違ったことは書いてないだろうと思い、テキストにでっちあげた。

45 <総合コメント>

46 去年同様、改正法の条文を出せたかどうかで勝負が決まる問題だと思った
47 (去年は合併差止め)。209条3項が出せなかったことが悔やまれる。

48 ただ、暗記に頼ることなく、「誰が誰に対してどんな手段を採ることができるのか」を自分の頭で考えることができた点で、去年よりは成長したと思
49 う。
50

51

52 <時間配分>

53 答案構成：25分

54 答案作成：48分

55

56 <使用した参考書・問題集>

57 4A基礎講座(4A論文解法パターンテキスト、4A条解テキスト)

商法②

設問1

1 X社は、A社のX社に対する5億円の金銭債権を出資の目的（会社法
2 (以下法名省略) 199条1項3号)として、A社に対し募集株式1万株
3 を発行することが考えられる。

4 2 以下、必用となる手続きにつき論じる。

5 (1) 公開会社であるX社においては、「特に有利な金額」(同条3項)の払
6 込金額でもない株式発行の決定は、取締役会の決議で足りる(201条1
7 項・199条2項)。

8 (2) また、現物出資財産であるX社に対する金銭債権に係る負債の帳簿価
9 格を、株式発行にあたり払込金額として定められた価額は超えないか
10 ら、検査役の選任手続も不要である(207条9項5号)。

11 なお、同号に規定されたデット・エクイティ・スワップは、会社の
12 側から出資の履行に係る債権を相殺に供するものだから、208条3項
13 の規制にも抵触しない。

設問2(1)

14 1 前提として、Z社のX社に対する3億円の払込みは、仮装にすぎない
15 として無効にならないか。

16 (1) 会社の資本充実原則から、仮装の払込みは無効である。ただし、預合
17 い(965条)とは異なって、見せ金のような仮装払込みは当事者間の
18 内心の問題であり、客観的事情から仮装の意図を認定する必要がある。
19 そこで、払込金額、払い戻されるまでの期間の長短、その間の会社資
20 産としての運用の事実の有無を総合的に考慮し、仮装の意図が認定で
21 きる場合に、当該払込みは無効となると解する。

22 (2) 本件では、払込金額は3億円と巨額である。そして、X社はZ社か
23 らの払込みの翌日には、3億円をX社の預金口座から引き出してZ社
24 の借入金債務の弁済にあてており、実質的にZ社に払い戻している。
25 その間に、X社が会社資産として運用した事実も見られない。

26 (3) 以上を総合的に考慮すると、X社・Z社の仮装の意図が認定でき、
27 Z社の払込みは無効である。

28 2 したがって、「出資の履行を仮装することに関与した取締役」(213条
29 の3第1項、施行規則46条の2第1号)にあたるY、及び「引受人」(213
30 条の2第1項1号)のZ社は、それぞれ213条の3、213条の2に規定す
31 る責任を負う。

32 3 そして、X社の株主であるCは、X社に対し上記責任を追及する訴え
33 の提起を請求し(847条1項)、60日経過後に自ら株主代表訴訟を提起し
34 て(同条3項)、上記責任を追及することができる。

設問2(2)

1 募集株式の発行の効力

2 上述のようにZ社の出資は無効となること、これにより株式発行自
3 体も無効とならないか。

4 この点、改正前の引受担保責任の規定が廃止されたことから、株式発
5 行自体も無効とする考え方もある。しかし、209条2項が「株主の権利
6 を行使することができない」と規定していることは、むしろ株式発行自
7 体は有効であり、ただその権利行使が制限されるにすぎないとの考え方

コメント[u135]: 全く何を書いたら良いのか検討がつかなかったが、時間をロスしてもしようがないと考え、思いつくことだけを書いた。

コメント[u136]: かつこ書きを完全に見落した。

コメント[u137]: ついでのつもりで書いたが、どうやらこの部分がメイン論点だったらしく、結果的には何も書かないよりはマシということに。

コメント[u138]: 本来は「会社の資金関係に及ぼす影響の有無」という要素だが、ド忘れしたのででっち上げた。

45 と整合する。そして、株式発行が有効と解したとしても、会社その他の
46 利害関係人は213条の2や213条の3の責任追及が可能であるから、特
47 段の不利益もない。

48 そこで、株式発行自体は有効であると解するから、Z社に対する6000
49 株の発行も有効である。

50 2 議決権行使の可否

51 (1) では、Z社からX社株式による代物弁済を受けたB社は、その議決権
52 の行使を制限されるか。

53 ア 出資の仮装があった株式発行も有効であり、ただ出資の履行がある
54 まで株主の権利行使が制限される(209条2項)という瑕疵が付着し
55 ている。そして、株式の譲渡があった場合も、当該瑕疵は同時に移転
56 する(民法468条2項参照)。それゆえ、新株主であっても、出資の履
57 行があるまでは権利行使が制限されるのが原則である。

58 ただし、会社の側から株式の譲渡に伴う名義書換請求に応じた場合
59 は、「債務者の異議をとどめない承諾」(同条1項)があったのと同視
60 できるから、会社は権利行使の制限を対抗できないと解する。

61 イ 本件では、X社株式による代物弁済という形でZ社からB社に株式
62 譲渡があるところ、X社はB社からの名義書換請求に応じている。

63 ウ したがって、X社はB社の議決権行使の制限を対抗できず、B社は
64 その議決権の行使を制限されない。

65 (2) そして、B社はX社の定時株主総会の基準日(124条1項)までに名
66 義書換を受けているから、B社はX社株式につき議決権を行使できる。

67 以上

68 <総合コメント>

70 民事系は商法から説き始めたが、最初に読んだ時点で、出題趣旨がつかめ
71 ず全体を通して何を書けばよいのか分からなかった。そこで、商法は後回
72 しにして民法と民訴法から説くことにした。これにより多少余裕をもって
73 取り組めたので、方法論としては良かったと思う。

74

75 <時間配分>

76 答案構成15分、答案作成45分

77

78 <基本書・問題集>

79 『事例で考える会社法』

コメント[u139]: 全く分からなかったので作文した。209条2項までは引けたのだから隣の3項に気付きたかった。

民事訴訟法①

第1 設問1

1 訴え提起時点では未発生の利得分は、口頭弁論終了後に履行期が到
2 来する将来給付であり、判決を求める必要性ないし実効性がないとし
3 て訴えの利益が認められず不適法となるのが原則である。もっとも、
4 「あらかじめその請求をする必要がある場合」(135条)にあたり、例
5 外的に訴えの利益が認められないか。

6 (1) 同条の趣旨は紛争の抜本的解決を図る点にある。そこで、給付の
7 性質、相手方の態度から紛争の抜本的解決につながる場合には「あら
8 かにじめその請求をする必要がある場合」にあたりと解する。

9 (2) XのYに対する不当利得返還請求権は現に発生しており、今後も
10 発生することが見込まれる。また、LがYと裁判外で交渉したものの、
11 Yは支払いに応じなかった。そのため、現在において判決することが
12 紛争の抜本的解決につながるといえる。

13 (3) したがって、「あらかじめその請求をする必要がある場合」にあ
14 たりする。

15 2 そうだとしても、未だ利息分の債権が未発生であるが、請求適格が
16 認められるか。

17 (1) 債権が発生する度の提訴しなければならない債権者の負担と、請
18 求異議の訴えを提起しなければならない債務者の負担との調和から、
19 ①請求の基礎となる事実関係及び法律関係が既に発生しその継続が予
20 想され、②被告に有利な法律関係の変動をもたらす行為が明確に予想
21 され、被告に請求異議の訴えの負担を課しても酷でないといえる場合
22 には、請求適格が認められると解する。

23 (2) まず、YA間で甲土地について期間を20年とする賃貸借契約が締
24 結され、Aが甲土地を利用しており、AがYに賃料を払うたびに不当利
25 得返還請求権が発生するのであるから、①を満たす。次に、Aが甲土
26 地上で運営するゴルフ所の経営は極めて順調であり、これまでAによ
27 る賃料未払いもなかったのであるから、Aが今後もYに賃料を支払う
28 ことは、相当程度確実といえ、上記債権の発生がAの意思に委ねられ
29 ているとはいえない。また、Xとしては、直接Aから賃料を回収する
30 という方法を採用することもできる。したがって、②も満たす。

31 (3) よって、請求適格が認められる。

32 3 以上により、本問訴訟を提起することは適法である。

第2 設問2

33 1 まず、前訴判決が確定しているため、「相殺をもって対抗した額」に
34 つき確定判決の判断内容の後訴における拘束力たる「既判力」が生じ
35 (114条2項)、これに反する主張は紛争蒸し返し防止の為、手続保障
36 を根拠に排斥される。

37 本件で、Yは、Xの300万円の請求に対し、本件貸金債権による相殺
38 を主張しているため、対抗した額300万円の不存在について既判力が
39 生じる。そのため、200万円については既判力が及ばず、排斥されな
40 いのが原則である。

41 2 もっとも、本件貸金債権の存否は前訴で既に審理されているため、X
42 の期待保護や訴訟経済の見地から、その存否に関する主張を排斥すべ

コメント[0140]: ②と③のあてはめ分けが分
からず、合体させた。「中村先生が直前にカー
ドで覚えたやつだな…今年出やがったか」な
どと思いながら書いた。

コメント[0141]: 「Aの意思に委ねられてい
たかどうかが重要みたいな判例があったよう
な…」と思いつつも、あてはめ方が分から
ずテキトーに誤魔化す。我ながら全く当ては
まっていないと思う…。善意解釈してくれる
ことを祈る。

コメント[0142]: 何が問われているのか分か
りにくかった。「全く見当違いのことを書いて
いるかも?」という不安を感じつつ最後まで
書いた。手ごたえがなかった…。

コメント[0143]: 一応、定義。

コメント[0144]: 「本当にそうなのか?大丈
夫か?」と不安になりながらも、時間がない
ため、とりあえず原則⇒修正の流れで書いた。

- 45 きではないか。
- 46 (1) この点、争点効は明文なく要件も不明確であるから認められない。
- 47 もっとも、相手方の期待を裏切り、紛争の蒸し返しとなる主張は、
- 48 信義則(2条)に反し許されないと解する。
- 49 (2) 前訴において、本件貸金債権500万円のうち450万円は弁済され
- 50 ていると判断され、これに従い50万円の範囲で相殺がなされている。
- 51 そのため、Xには450万円が弁済により消滅しているとの期待が生
- 52 じており、いまだ弁済されていないとの主張は、かかる期待を裏切
- 53 るものである。また、Yは前訴において450万円の存在を主張して
- 54 争ったはずであり、手続保障もあったといえるから、これを再度主
- 55 張することは紛争の蒸し返しといえる。
- 56 (3) したがって、信義則に反し許されない。
- 57 3 よって、Yの主張は排斥され、受訴裁判所は貸金債権の存否につき
- 58 改めて審理判断することができない。

59 以上

60

61 <総合コメント>

62 設問1は典型問題として皆が押さえてくるものだと思うので、書き負けな

63 いようあてはめを充実させたかった。しかし、あてはめ方が分からず、た

64 だ事情を書き連ねただけになってしまった感がある。

65 設問2は何を書いたらいいのか分からず、構成段階で「外側説」や「一部

66 請求」など色々と書き連ねたが、どれもシックリこなかったため、シンプ

67 ルに114条⇒2条の流れでいくことにした。

68

69 <時間配分>

70 答案構成：25分

71 答案作成：50分

72

73 <使用した参考書・問題集>

74 4A基礎講座(4A論文解法パターンテキスト、4A条解テキスト)

民事訴訟法②

1 第1 設問1

2 1 口頭弁論終結時に弁済期にない利得分についての訴え提起は将来給
3 付の訴えとなる。

4 それゆえ、将来給付の訴えとして、「あらかじめその請求をする必要が
5 ある場合」という要件を満たす場合に限り訴え提起が認められる。具体
6 的には、義務者の態度や請求債権の性質などを考慮して判断する。

7 2 本問では、請求債権は持分に応じた賃料相当分の不当利得請求権であり
8 養育費請求債権とは異なり緊急の必要性があるとまではみとめられない。

9 しかし、Xから委任を受けた弁護士LがYと裁判外で交渉をしたもの
10 の、Yは支払に応じなかったことから、拒絶の意思は強く今後も支払い
11 がなされない状況が継続することが十分に予想される。また、Aが運営
12 するゴルフ場の経営は極めて順調であり、これまで未払はなかったの
13 であるからYがXに支払いをすることは可能と考えられる。

14 このようなことから「あらかじめその請求をする必要がある場合」と
15 認められる。

16 よって、口頭弁論終結時に弁済期にない利得分について、将来給付の
17 訴えとして請求は適法である。

18 2 訴え提起から口頭弁論終結時に弁済期にある利得分については、現在
19 給付の訴え（133条）として適法である。

20 第2 設問2

21 1 前訴判決の既判力はXのYに対する不当利得返還請求権である25
22 0万円の存在とYのXに対する本件貸金債権である50万円の不存在に
23 生じている。（114条）

24 2 そして、既判力とは後訴に対する拘束力をいうところ、Yの前訴判決
25 において相殺が認められた50万円を除く残額450万円についてのX
26 に対する支払を求める請求の後訴は前訴の訴訟物と同一関係、先決関係、
27 矛盾関係にない。

28 このため、前訴の既判力が作用せず、裁判所は貸金債権の存否につい
29 て改めて審理・判断することができると思われる。

30 3 しかし、第1訴訟の受訴裁判所は、審理の結果、Yの本件貸金債権
31 は500万円のうち450万円が弁済されているため50万円の範囲で
32 のみ認められると判断している以上、実質的に紛争の蒸し返しであり、
33 攻防を尽くしたうえで250万円の範囲で一部認容判決が認められたX
34 の本件貸金債権の450万円部分についてはもはや請求してこないであ
35 るろうという期待に反するものである。

36 このため、Xの上記の地位を不当に害するものとして信義則（2条）
37 により裁判所は貸金債権の存否について改めて審理・判断することがで
38 きない。

以上

コメント [u145]: 条文があるから適法というイ
メージで書いた。

45 <総合コメント>

46 民訴法は会話形式の出題で、論点を誘導してくるので、その誘導に乗るよ
47 う努めた。

48 実際はもう少し長く書いており、既判力の機能なども書いたような気がす
49 る。もっとも、書いた内容の大筋は外していないと確信している。

50

51 <時間配分>

52 答案構成：20分 答案作成：50分

53

54 <使用した参考書・問題集>

55 民法 4A論文解法パターンテキスト

56 4A実践答練

57 予備試験 4A論文過去問分析講義