

平成28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	10
刑事訴訟法	15
法律実務基礎科目（民事）	19
法律実務基礎科目（刑事）	23
民 法	27
商 法	31
民事訴訟法	35

憲法①

第1 Xの主張

1 (1) A市の、改正された本件条例に基づき本件誓約書の提出を義務付ける行為は、自らの方針に沿わない見解を表明させるものであり、19条に反し違憲である。

2 (2) 「これを侵してはならない」ことから、「思想及び良心」とは、人格形成の核心をなすものと限定して解すべきであるが、Xは、結婚に関する価値観は個人の自由な選択に委ねるべきと考えており、同考えに基づき、結婚の形にはこだわらない活動方針を採用していることから、同考えはXの人格形成の核心をなすといえるため、「思想及び良心」といえる。

3 (3) また、結婚支援事業を活動内容とする社会の重要な構成要素である法人Xは、その性質上「国民」(第3章)といえる。

4 (4) よって、これを制約するA市の行為は19条に反し違憲である。

5 2 仮に、人格形成の核心をなすものにあたらないとしても、全ての自由と解される「幸福追求」(憲法13条後段)権として、憲法上保障される。これを侵害しており違憲である。

第2 反論及び私見

6 1 本件誓約書を提出せず、申請を断念したとしても、助成を受けられなくなるだけであり、「思想及び良心」(19条)、「幸福追求」(13条後段)権を侵害していないとの反論が想定される。

7 2 以下、私見を述べる。

8 (1) 反論の通り、助成を受けられなくなっても、Xが上記考えを保持することはできるため、19条、13条後段には反しない。

9 しかし、Xは本件条例の制定当初から助成を受けており、助成がその活動資金の大部分を占めていた。そうすると、Xは、助成がなければ、結婚支援事業を営むことが困難となる。

10 ここで、選択した職業を営めなければ「職業選択の自由」(22条1項)を保障した意味がないため、営業の自由も同条で保障されると解する。

11 したがって、Xの、助成を受ける自由が、営業の自由として22条1項で保障される。

12 (2) としても、同自由も「公共の福祉」に基づく最小限の制約に服する(13条後段、22条1項)。

13 ア まず、住民代表機関たる地方議会(93条2項)が制定した条例も、国政における法律に準ずる民主性があるため、人権を制約しうる。

14 イ そして、営業の自由は、一旦侵害されても民主政の過程では正が容易な経済的自由権である。また、改正された条例に基づく行為の目的は、少子化による人口減少に歯止めをかけるという積極的政策的なものであり、裁判所の判断が容易ではない。

15 ウ そこで、緩やかな基準、具体的には①正当目的と②合理的関連性ある③一応合理的な手段によるならば最小限と解する。

16 (3) ア A市は、10年前に、少子化による人口減少に歯止めをかけるため、本件条例を制定したが、十分な効果を上げることができ

コメント[01]: 憲法人権は、「私見のあてはめて勝負」と言い聞かせていたものの、毎回序盤で書き過ぎて失敗していた。本番では、いかに序盤で書かないかを意識していた。

コメント[02]: 消極的表現の自由を思いつきたかったが、全く思い付けず。

コメント[03]: 法人、未成年、条例、検閲、明確性の原則は忘れやすいため、試験が始まった瞬間、問題用紙に大きく書いた。

コメント[04]: 論文解法パターンテキスト掲載の、19条⇒13条後段に流す問題(釣りの話)を思い出し、付け加えた。

コメント[05]: 反論と私見の書き分けが良くわからず、時間が取られることが多かったため、反論は最小限にとどめよう意識した。

コメント[06]: どの目的をターゲットすればいいのかわからなかった。これは改正前の本件条例の目的だった。

コメント[07]: 緩やか基準にすることに不安があったが、厳格方向の事情が思い当たらなかった。

45 なかった。このような状況の下では、法律婚を積極的に推進し、
46 成婚数を上げることで、少子化防止に資するという目的は正当
47 を超えて重要とすらいえるため①を満たす。

48 イ また、本件誓約書を提出しなくても、事業ができなくなるな
49 どの罰則もなく、助成を受けることができなくなるにとどまる
50 ため、③も満たす。

51 ウ 手段イを採れば、事業者の推進により、成婚数が上がり、経
52 済的安定がもたらされることで、子供を産み育てやすい環境に
53 なることもあるだろう。これにより、少子化防止に繋がりを
54 ため、②も満たす。

55 (4) よって、最小限の制約といえるため、憲法22条1項に反しない。

56 以上

57

58 <総合コメント>

59 本件条例、改正された条例、条例に基づく義務付け行為など、ターゲット
60 にし得るものが複数出てきたが、その選定が中途半端な状態で書きだして
61 しまったため、書きながら、自分でも何が言いたいのか分からなくなって
62 しまった。

63 特に立場問題は、現場で書き方に迷いが生じるため、実際に書く訓練が必
64 要だと実感した。来年に向けて、予備試験、司法試験の過去問をしっかりと
65 「書いて」おこうと思った。

66

67 <時間配分>

68 答案構成：29分

69 答案作成：46分

70

71 <使用した参考書・問題集>

72 4A論文解法パターンテキスト

73 4A知識集中完成条解テキスト(現4A条解テキスト)

74 新問題研究要件事実

75 超速実務基礎講義オリジナルレジュメ(現予備試験 4A論文過去問分析

76 講義 実務基礎科目オリジナルレジュメ)

77 樋口裕一の小論文トレーニング

コメント[08]:「近年の問題点を踏まえる⇒その問題点を踏まえた上で目的を評価する」という流れで書く決めていた。どの目的を書くかについては、上記同様混乱した。

コメント[09]:「〜とどまる」という形で書く決めていた。

コメント[010]:刑法の条件関係のようなあてはめにしようと決めていた。

憲法②

1 第1 Xの主張

2 1 A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、Xが自
3 らの方針に沿わない見解を表明させるものであり、Xの「思想及び良心の
4 自由」(19条)を制約し、違憲である。

5 2 また、A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、X
6 が助成を受けられなくなる結果を招き、Xの結婚支援事業活動を著しく困
7 難にさせるため、Xの「職業選択の自由」(22条1項)に含まれる職業遂
8 行の自由を制約し、違憲である。

9 第2 想定される反論

10 1 A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、Xの「思
11 想及び良心の自由」(19条)を制約せず、合憲である。

12 2 また、A市が助成の要件として本件誓約書を提出させて、助成を受
13 けられなくなる結果を招いても、あくまで助成を受けられなくなるだけで
14 あって、結婚支援事業活動を行うことは出来るから、Xの職業遂行の自由
15 を制約せず、合憲である。

16 第3 私見

17 1 (1) A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、X
18 が自らの方針に沿わない見解を表明しない自由を制約し、違憲ではないか。

19 (2) XはNPO法人であるが、法人も社会の重要な構成要素であり、
20 結婚支援事業という活動実体があるので、性質上可能な限り人権が保障さ
21 れ、「思想及び良心の自由」(19条)「表現の自由」(21条)「職業選択の
22 自由」(22条1項)も認められると解する。

23 (3) Xの上記自由は、「思想及び良心の自由」(19条)として保護
24 されるか。「思想及び良心の自由」は、「これを侵してはならない。」という
25 非常に強力な効果を持つので、人格形成の核心をなすものに限ると解する。

26 ここで、本件誓約書を提出させても、「法律婚を積極的に推進」するよう
27 「力を尽くします」という見解を表明することにはなるものの、事実婚を
28 推進しないという見解を表明することまでにはならないので、Xの上記自
29 由は、Xの人格形成の核心をなすものとは言えない。

30 よって、Xの「思想及び良心の自由」を制約しない。

31 (4) Xの上記自由は、自らの方針に沿わない見解という思想・意見
32 等の情報を外部に伝達しない「その他一切の表現の自由」として保護され
33 る。

34 だとしても、「公共の福祉」(13条後段)による「最小限の制約」に
35 服する。ここで、「最小限の制約」の基準が問題となる。

36 (5) ア 表現の自由は、一旦侵害されると民主政の過程で是正が困難
37 な精神的自由である。

38 イ Xの上記自由は表現「しない」という消極的な自由である。

39 ウ A市には「条例」制定権があり(94条)、本件条例の実施要
40 綱たる助成の実施要綱についても定める裁量がある。

41 (6) よって、①正当な目的と②合理的関連性ある③一応合理的な手
42 段であるならば、「最小限の制約」と解する。

43 (7) A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、成婚
44 数を上げることを重視することで、少子化対策を十分に行うという①正当

コメント [k11]: 私見を書くだけでも時間が掛かりそうだったので、Xの主張とYの反論は簡単に書こうと思った。

コメント [k12]: 法人の人権享有主体性の書き方について悩んで時間を使ってしまった。時間をロスするぐらいなら、いっそのこと書かずに他の箇所を充実させたほうが良かったかもしれない。

コメント [k13]: 答案作成している途中で消極的表現の自由を思いついた。直前に論バタで、「～しない自由」の問題を見ていたからかもしれない。

コメント [k14]: 条例自体でなく、条例の実施要綱だったので、どう書くべきがよく分からなかった。問題文のお書きからすると、書かないほうが良かったかもしれない。

45 な目的を有する。また、③本件誓約書を提出させることはやり過ぎとは言
46 えず、一応合理的な手段と言える。そして、本件誓約書を提出させること
47 により、法律婚を積極的に推進し、成婚数が上がり、少子化対策に役立つ
48 という②合理的関連性もある。よって、最小限の制約であり、合憲である。

49 2(1) A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、X
50 が助成を受けられなくなる結果を招き、Xの結婚支援事業活動を行う自由
51 を制約し、違憲ではないか。

52 (2) Xの上記自由は、「職業選択の自由」(22条1項)に含まれる職
53 業遂行の自由として保護される。職業選択ができて職業遂行ができな
54 ければ無意味なので、「職業選択の自由」に職業遂行の自由も含まれると解す
55 る。

56 だとしても、「公共の福祉」による「最小限の制約」に服する。ここで、
57 「最小限の制約」の基準が問題となる。

58 (3) ア 職業遂行の自由は、一旦侵害されても是正が比較的容易な経
59 済的自由である。

60 イ A市が本件誓約書を提出させるのは、少子化対策という社会
61 経済政策・積極目的である。

62 (4) よって、著しく不合理であることが明白の場合に限り違憲と解す
63 る。

64 (5) 第3の1(7)の事情から、A市による制約は著しく不合理であ
65 ることが明白とはいえず、合憲である。

66 以上

67
68 <総合コメント>

69 答案作成の途中で、消極的表現の自由での構成もありうると思い、盛り込
70 んでいたら時間を使い過ぎました。内容的な不十分さももちろんありま
71 すが、主に時間の使い方という形式的な(?)ところでの力の不十分さを感じ
72 ました。

73
74 <時間配分>

75 答案構成30分

76 答案作成60分

77
78 <使用した参考書・問題集>

79 4A論文解法パターンテキスト

コメント [k15]: なぜ事実婚ではなく、法律婚を推進するのかの合理性について、もっと書きたいと思ったが、あまり適切な内容が思い付かなかった。法律婚推進の合理性は無いよね、といった話の筋のほうか、書きやすかったのかも。

コメント [k16]: 精神的自由の構成で合憲なのだから、経済的自由の構成でも合憲になるだろうし、もしかして大きな間違いをしているのか? と思ったが、時間も無いしそのまま書き続けた。

行政法①

第1 設問1

1 訴訟要件

営業停止期間の満了により、本件「処分～の効果」が、「期間の経過～によりなくなった後」であるので、訴えの利益（行訴9条1項かつこ書）が問題となる。

2 Xの主張

本件基準2の加重規定により、最近3年間に営業停止命令を受けた者が営業停止命令を受ける場合は、営業停止期間が加重される。そのため、本件「処分～の効果」が、営業停止「期間の経過～によりなくなった後」であっても、なお、本件「処分～の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者」にXは当たり、訴えの利益が認められると主張する。

第2 設問2

1 手続上の違法性

(1) 本件処分は「不利益処分」に当たる（行手2条4号）。そして、「行政庁Y県は、「不利益処分をする場合には、その名あて人X「に対し、当該不利益処分の理由を示さなければならない」（行手14条）。

(2) 本件処分に係る処分決定通知書には、「根拠法令等」として「法第32条第3項、第22条第6号違反により、法第34条2項を適用」という記載があり、「処分の理由」として、「Xは、～B店において、～Cをして、Dらに対し、同人らが未成年者であることを知りながら、酒類であるビール及びワイン等を提供したものである」との記載があった。

しかし、「処分の理由」に記載された事実が、根拠法令等の条項に具体的にどのように適用されたのかについては記載されておらず、不明確であった。これでは、行手14条の趣旨である、行政庁Y県の恣意抑制や不服申立て人Xの便宜になっていない。

そのため、本件処分には、行手14条違反という手続上の違法性がある。

2 実体上の違法性

(1) 本件処分の根拠法令である法34条2項の末尾の文言は「～できる。」となっており、Y県には裁量がある。

(2) しかし、本件処分において、Y県は、本件基準3(2)イや3(3)にあたる事由を考慮しておらず、考慮不尽という実体上の違法性がある。

3(2)イ(エ)：聴聞手続で明らかになった事実④のように、酒類の回し飲みを防ぐために、未成年者と成年者とでフロアを分ける対策を行った。

(ウ)：Xは最近3年間に処分事由に係る法令違反行為を行ったという事実はなく、また、悔悛していると考えられる。

(イ)：Xの代表取締役Aは本事件にほとんど関与しておらず、また、事実①から、過失も無かった。

以上

コメント [k17]: Yの反論を思い付かず。

コメント [k18]: 行手14条以外に、聴聞手続に関する違法性があるのではと思ったが、見つからず。

コメント [k19]: 本当は、あてはめを書くべきなのだろうが、時間の関係で、省略。

コメント [k20]: 時間の関係で、事実摘示が不十分に終わってしまった。Y県の反論も書けず。

コメント [k21]: 裁量の逸脱・濫用(30条)の記載が抜けてしまった。

- 45 <総合コメント>
46 憲法で時間を使い過ぎ、事実の摘示など不十分に終わってしまった。公法
47 系が最初の試験時間だったため、次からは気を付けようと思ったが、残り
48 の試験でも、最初に解く科目で時間を使いすぎる傾向をあまり是正できな
49 かった。
50
51 <時間配分>
52 答案構成25分
53 答案作成25分
54
55 <使用した参考書・問題集>
56 4A論文解法パターンテキスト

行政法②

第1 設問1

- 1 第1 設問1
2 1 本問では訴えの利益(行政事件訴訟法9条1項かつこ書:以下行訴法)
3 が問題となる。
4 2 Xとしては、B店で再び未成年者に酒類が提供されて再度の営業停止処
5 分を受ける事態になった場合には、本件基準2の定める加重規定である
6 「最近3年間に営業停止処分命令を受けた者に対し営業停止命令を行う
7 場合の量定は、当該営業停止命令の処分事由について1に定める量定の
8 長期及び短期にそれぞれ最近3年間に命令を受けた回数²の数を乗
9 じた期間を長期及び短期とする。」が適用されて経営に深刻な影響が及ぶ
10 おそれがあるかもしれないことを危惧していることを訴えの利益として
11 主張する。
12 3 他方、Y県としては本件基準2の定める加重規定は営業停止命令を行
13 う「場合」の規定であり、将来の発生しうる事実についての紛争である
14 から訴えの利益はないとの反論が想定される。
15 4 Xが主張する危惧はその重大な不利益を考慮すると、本件処分の取消
16 訴訟の係属中に営業停止期間が満了したとしても、なお法的保護に値す
17 る利益が認められる。

コメント [k22]: 行政法を先に書き出し、憲法は後にした。

コメント [k23]: 反論を現場思考で想定してみた。

第2 設問2

- 19 1 手続上の違法事由について
20 (1) Xとしては、本件基準の適用関係が示されていないことから、不利益
21 処分の理由の提示(行政手続法14条1項、3項:以下行手法)が充分
22 でないことを主張する。
23 これに対し、Y県としては、「根拠法令等」として、「法第32条第3
24 項、第22条第6号違反により、法第34条第2項を適用」と提示して
25 おり、また、本件基準は内規であるから適用関係まで提示することは
26 不要であるとの反論が考えられる。
27 そもそも、不利益処分の理由提示の趣旨は恣意を抑制し、不服申し
28 立ての便宜に資するためである。
29 とすれば、本件基準を定め公表までしている以上、本件基準に照ら
30 し、事実①ないし④がどのように適用されたか示さなければ恣意が抑
31 制されたものとは言えず、また、不服申し立ての便宜に資するもの
32 も言えない。
33 (2) そして、不利益処分の理由の提示の趣旨に反する違法は重大である
34 し、恣意を抑制してされた処分は異なるとも考えられることから本件
35 処分は取消されるべきである。
36 2 実体上の違法事由について
37 (1) 本件処分は法第34条第2項がされており、「認めるとき」「6月を
38 超えない範囲内」「全部又は一部の停止」「できる」(しないことも「で
39 きる」)とされていることから一定の裁量が認められている。(裁量
40 処分)
41 (2) であるから、「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、
42 裁判所は、その処分を取り消すことができる。」(行訴法30条)
43 (3) そこで、Xとしては本件処分が考慮不尽の違法事由があることを主
44 張して本件処分の取り消しを求める。

コメント [k24]: 反論を現場思考で想定してみた。

コメント [k25]: 事前に準備していた規範を書いた。

コメント [k26]: いつもなら、裁量が認められるとして、その広狭を論じるところだが、うまく書けそうになかったためカット

45 (4) これに対し、Y県としては、考慮不尽の違法事由はないとの反論が
46 考えられる。

47 (5) 聴聞手続きで明らかになった「B店では、未成年者に酒類を提供し
48 ないよう、客に自動車運転免許証等を提示させて厳格に年齢確認を実
49 施していた。」(事実①) また、「Cは、Dらが未成年者であることを確
50 認した上で、DらのグループとEらのグループを分けて、それぞれ別
51 のテーブルに案内した。」(事実②) これらの事実から、本件基準3(2)
52 イの「営業者(A)の関与がほとんどなく、かつ、処分事由に係る法令
53 違反行為を防止できなかったことについて過失がないと認められるこ
54 と。」(イ)にあたると考えられる。

55 「Cの監視が行き届かなかった」(事実③)ことから注意義務違反が
56 あり「過失」が認められるとも考えられるが、事実①②からB店とし
57 てはできる限りのことを行っており注意義務違反は認められない。

58 次に、「その後、B店では、このような酒類の回し飲みを防ぐために、
59 未成年者と成年者とでフロアを分けるといった対策を実施した。」(事
60 実④)から「具体的な営業の改善措置を自主的に行っていること。」(エ)
61 にあたると考えられる。

62 (イ)(エ)に該当する事実が認められるにも関わらず、その点に関
63 し考慮が尽くされていないので、裁量権の逸脱濫用が認められる。

64 なお、本件処分については、不利益処分(行手法2条4号)にあた
65 ることを前提としている。

66 以上

67
68 <総合コメント>

69 憲法を含め反論を踏まえつつという出題形式に苦手意識があるうえ、設問
70 1の訴えの利益の問題については、規範が全く浮かばなかったのので、問題
71 文の事情を拾い上げて処理した。設問2は手続的違法事由と実体的違法事
72 由という定番?に思われたので書き負けないようすることを意識した。

73
74 <時間配分>

75 答案構成：15分 答案作成：60分

76
77 <使用した参考書・問題集>

78 4A論文解法パターンテキスト

79 4A実践答練

80 予備試験 4A論文過去問分析講義オリジナルレジュメ

コメント [k27]: 無理やり反論を書いた感じ (Xの主張の裏返し)

コメント [k28]: 本件基準3(3)はあまり必要性を感じずカット

コメント [k29]: 最後に、不利益処分のあてはめも求められているのでは?と思い、なお書で書いた。

刑法①

第1 甲の罪責について

1 乙と共に発火装置2台を作成した行為には現住建造物放火罪の予備
2 罪の共同正犯(刑法(以下法名省略)60条、113条、108条)が成
3 立する。

4
5 2 乙と共に甲宅に発火装置を設定し、床板を燃焼させた行為に現住建
6 造物放火罪の共同正犯(60条、108条)が成立しないか。

7 (1) 「人」とは、犯人およびその共犯者以外の者を指すため、甲宅は
8 「現に人が住居に使用し」ているとは言えない。

9 もっとも、Bが甲宅にいたことから、甲宅は「現に人がいる建造
10 物」といえる。そうだとすると、かかる事実甲には気づいていな
11 い。したがって、現住建造物放火罪は成立しない(38条2項)。

12 (2) そうだとすると、甲らは非現住建造物放火罪の故意を有する。そ
13 して、身体・財産を保護法益とする現住建造物放火罪は財産を保護
14 法益とする非現住物放火罪と後者の限度で実質的に重なり合う。

15 (3) もっとも、床板は取り外しが可能であり、火が媒介物を離れて独
16 立して燃焼を継続する状態に至ったとはいえ、「焼損」にはあたら
17 ない。

18 (4) また、甲らは保険金詐取目的で上記行為に及んでいることから、
19 甲宅は他人物として扱われる(115条)。

20 (5) よって、上記行為には非現住物放火罪の未遂犯の共同正犯(60条、
21 109条1項、112条)が成立する。

22 3 乙と共に乙宅に発火を設定し、乙物置内の段ボール等を燃やした行
23 為に現住建造物放火罪の共同正犯が成立しないか。

24 (1) まず、Aは旅行に出かけているものの、それは一時的なものにす
25 ぎないため、乙宅の現住性は失われない。

26 (2) もっとも、乙物置は乙宅と一体の「建造物」といえるか。

27 ア 建造物の一体性の判断基準が問題となる。

28 この点、現住建造物放火罪が非現住建造物放火罪より重く処罰
29 される趣旨は、生命侵害の危険があることにある。そこで、建造
30 物の一体性は、現住部分との物理的・社会的一体性により判断す
31 るべきである。

32 イ これを本件について見ると、乙物置と乙建物は渡り廊下でつな
33 がっており、両者とも木造であることから、現住部分への延焼可
34 能性が認められる。したがって、両者は建造物としての一体性を
35 有するといえる。

36 (3) もっとも、本件では、段ボール等しか燃えておらず、「焼損」に至
37 っていない。

38 (4) よって、現住建造物放火罪の未遂犯の共同正犯(60条、112条、
39 108条)が成立する。

40 4 以上より、非現住建造物放火罪の未遂犯(①)、②現住建造物放火罪
41 の未遂犯、③同予備罪が成立し、③は①と②に吸収され、①と②は併
42 合罪(45条前段)となり、かかる罪責を負う。

第2 乙の罪責について

43 1 乙にも甲と同様に①、②、③が成立する。

コメント [fW30]: 錯誤に気づくのに時間がかかってしま
って、あてはめで行為態様の共通性まで指摘できな
かったのは痛かったです。

コメント [fW31]: 後から確認したところ、判例と逆の
結論で書いてしまいました。たしかに床板は目的物を
毀損せずに取り外せないなので、判例の結論が妥当だ
と思いました。

コメント [fW32]: 機能的一体性がどうしても思い出せ
なかったです。社会通念に照らして判断する、という
ところと混ざってしまいました。

コメント [fW33]: 必然的に普段から物置として使われ
ているという機能的一体性のあてはめもできませんで
した。

45 2 もっとも、②につき、乙は消火活動をしていることから中止犯が成
46 立し刑が必要的に減免されないか(43条但書)。

47 (1) まず、何ら外部的障害が発生していないのに上記行為に出ており、
48 「自己の意思により」といえる。

49 (2) また、消火器による消火活動は積極的な中止行為といえ、「中止し
50 た」といえる。

51 (3) よって、乙には②につき中止犯が成立する。

52 3 ①と②は併合罪となり甲と共同正犯となり、②については必要的に
53 減免され、かかる罪責を負う。

54 以上

55
56 <時間配分>

57 答案構成：10分

58 答案作成：70分

59

60 <総合コメント>

61 放火はあまり想定しておらず、ほとんど論点の確認もしていなかったので
62 きつかったです。完全に答案構成の不十分さと時間配分の失敗でした。恥
63 ずかしながら「機能的一体性」という言葉を思い出せないのが気持ち悪く、
64 そこでかなり時間を使ってしまいました。論証のキーワードは定期的なイ
65 ンプットが必要だと強く感じさせられました。

コメント [FW34]: 時間がなく、中止犯について
はかなり短めにしか書けなくなってしまいま
した。

刑法②

1 1、甲乙が甲宅に放火した行為

2 かかる行為に現在建造物放火罪（刑法（以下略）108条）の共
3 同正犯（60条）が成立しないか。

4 (1) 共同正犯が成立するには（i）共同実行の意思（ii）意思
5 連絡（iii）これに基づく実行行為が必要であるとする。

6 ア、甲乙は甲宅に放火することを話し合っているから（i）（ii）
7 は満たす。

8 イ、では、（iii）は満たすか。

9 （ア）甲宅にはBがいたのであるから「現に人がいる建造物」
10 にあたる。

11 (イ) 甲乙が、某年9月8日午後7時、二人で甲宅内にX発火
12 装置運び込んで甲宅の1階の居間の木製の床板上に置き、
13 同日午後9時に発火するように設定した時点で実行の着手
14 が認められる。なぜなら、X発火装置は設定した時間に発火
15 し、その火を周囲の物に燃え移らせる装置であるところ、甲
16 宅は木造一軒家であること、X発火装置を設置した場所は木
17 製の床板上であったこと、甲宅にはBがいたもの寝ていた
18 ことからすれば、発火時刻までにこれを止めるものが存在せ
19 ず、発火すれば木製の床板に火が燃え移るといえるため、こ
20 の行為の時点で、焼損結果発生の実害的危険が生じたといえ
21 るからである。

22 (ウ) その後、同日午後9時、X発火装置が発火し、木製の床
23 板に燃え移り、同床板が燃え始め、同床板の表面の約10セ
24 ンチメートル四方まで燃え広がっているところ、火がX発火
25 装置という媒介物を離れ、床板という甲宅の一部に燃え移り
26 独立燃焼するに至っているから「焼損」したといえる。

27 (エ) よって（iii）も満たす。

28 (2) しかし、甲乙は、Bが甲宅にいることに気付いていなかった
29 のであるから、主観的には非現在建造物放火罪（109条1
30 項。甲宅は火災保険に付されていたから、115条より「他人
31 の物を焼損した者の例による」ことになる。）の故意（38条1
32 項）しかなく、現在建造物放火罪で処断することはできない
33 （38条2項）ことになり、故意が阻却されるとも思える。こ
34 こで、主観的に認識していた事実と発生した事実が食い違う
35 ときには、構成要件が重なり合う限度で軽い犯罪の故意が成
36 立すると考えると、本件では、行為態様が放火であり、現在
37 性の有無しか差異がないため、重なり合う限度で軽い非現在
38 建造物放火罪の故意が認められることになる。

39 (3) よって、甲乙の上記行為には、非現在建造物放火罪の共同
40 正犯が成立する。

41 2、甲乙が乙宅に放火した行為

42 かかる行為に現住建造物放火罪（108条）の共同正犯（60条）
43 が成立しないか。

44 (1) 共同正犯の成立要件は前述の通りである。

コメント [135]: 実行共同正犯なのでおまけみたいなもの。

コメント [136]: 択一では、実行の着手時期の問題として頻出であったので、実行の着手というキーワードを出して、丁寧に認定。

コメント [137]: 放火罪の論点を総ざらいするのにいい問題がでたな、と思った。本試験前にも解き直したい。

コメント [138]: 平成23年度予備と同じ115条の適用あり。気づかない人も結構いそう。

45 ア、甲乙は乙宅の放火を話し合っているから (i) (ii) は満
46 たす。
47 イ、では (iii) を満たすか。
48 (ア) 乙宅はAが住んでいるから「現に人が住居に使用し」て
49 いる。
50 (イ) 乙物置は「住居」といえるか。ここで、「住居」にあた
51 るか否かは、物理的・機能的な一体性の有無から判断する。
52 乙物置は、乙宅とは屋根付きの長さ約3メートルの木造の渡
53 り廊下でつながっているため、物理的一体性が認められる。
54 また乙物置は、普段から物置として使用されているため、人
55 の行き来が観念でき、乙宅との機能的一体性も認められる。
56 よって、乙物置は乙宅と同一の「住居」にあたる。
57 (ウ) 甲乙が、某年9月8日午後7時30分、二人で乙物置に
58 Y発火装置を運び込み、乙物置の床に置かれていた段ボール
59 箱上に置き、同日午後9時30分に発火するように設定した
60 時点で実行の着手が認められる。なぜなら、乙の内妻Aは旅
61 行に出かけているためY発火装置を止められる者はおらず、
62 乙物置は木造であるところ、段ボール箱には洋服が入ってい
63 て、発火すれば洋服が燃え、そのまま乙物置にも火が燃え移
64 るといえるため、この行為の時点で、焼損結果発生の実地的
65 危険が生じたといえるからである。
66 (エ) その後、乙の行為により、火が消し止められ、「焼損」
67 結果は発生しなかった。
68 (オ) よって、(iii) は、現住建造物放火罪の未遂 (112条) に
69 とどまる。
70 (2) では、乙が消火活動をしたことにつき、中止犯 (43条但
71 書) が成立しないか。ここで、中止犯が刑の減免を認めるの
72 は、責任が減少するからであると考え。そうだとすれば「自
73 己の意思により」とは、自発的意思で、という意味であり、
74 「犯罪を中止した」とは、犯罪を既遂に至らしめないための
75 しんしな努力がなされたことをいうと考える。本件で、乙は、
76 Aや近所への迷惑に思い至り、自発的意思で中止行為に出た
77 といえるから、「自己の意思により」といえる。また、乙の消
78 火器を用いた消火活動により、乙物置には床、壁、天井等を
79 含め火は燃え移らず、焦げた箇所もなかったのであるから、
80 犯罪を既遂に至らしめないためのしんしな努力があったとい
81 え、「犯罪を中止した」にあたる。よって、乙には中止犯が成
82 立する。
83 (3) そして、責任は個別判断になじむものであり、共同正犯の
84 うち一人に中止犯が成立しても、他の者には連帯しないと考
85 えるべきだから、中止行為をしていない甲については刑の減
86 免はない。
87 (4) よって、甲乙の上記行為につき、現住建造物放火未遂罪の
88 共同正犯が成立し、乙については刑が必要的に減免される。

コメント [t39]: 正確には「建造物」の解釈か。しかしやっている事実認定は同じなので、点数付けてほしい。

コメント [t40]: サクッと規範を示す。重要なのは事実のあてはめ。

コメント [t41]: さっきの実行の着手とは異なり、今度は未遂を成立させるから、さらに丁寧に実行の着手の有無を検討。

コメント [t42]: 責任減少説に立つことを示す。

コメント [t43]: 漢字ど忘れした。

コメント [t44]: 制限従属性説に立つことをさらっと書く。

89 3、甲乙が保険会社に対して保険金の支払の請求をしなかったこ
90 とについて

91 この点については、詐欺罪（246条1項）の共同正犯は成立し
92 ない。なぜなら、同罪の実行の着手が認められるには、相手方
93 が錯誤に陥るに足る欺罔行為がなされる必要があるところ、
94 請求をしない限り相手方が錯誤に陥ることもないからである。

95 4、罪数

96 甲宅と乙宅は直線距離で約2キロメートル離れていたの
97 から、一つの危険が発生したと見るのは難しい。よって、甲
98 宅に対する放火と乙宅に対する放火は、併合罪（45条）となる。

99 なお、甲乙がY発火装置を作成した行為につき現住建造物放火
100 罪の予備罪（113条）が成立し、これは乙宅の放火に吸収され
101 ると考える。

102 以上

103

104 <総合コメント>

105 論点てんこ盛りではあるものの、典型論点ゆえにあまり差がつかないよう
106 に感じた。刑訴が知識一発勝負のような問題であったため、刑法で書き負
107 けると痛いと思った。刑訴を60分で終え、80分を投入した。個人的には
108 「実行の着手」という視点から答案がまとまっている人が高評価を得られ
109 るのではないかと予想している。C評価は守ったと思う。

110

111 <時間配分>

112 答案構成：25分

113 答案作成：55分

114

115 <使用した参考書・問題集>

116 4A論文解法パターンテキスト

117 ロースクールの教材

コメント [t45]: 答案構成段階で、『今年の裏テーマは「実行の着手」だなあ』と感じた。そのため、実行の着手に関係するところは特に丁寧に書いたつもり。

コメント [t46]: 合っているのか謎だが、多分ここで使うべき事実だろうと初読段階で直感していた。

コメント [t47]: 漢字がたくさんを罪名を書く時間が無かった。

コメント [t48]: 書く必要あったのか謎。

コメント [t49]: 総ページ3ページちょっと。75行くらい。

刑事訴訟法①

1 第1 設問1

2 1 (1) ①の逮捕は、通常逮捕(199条)と考えられる。「罪を犯し
3 たことを疑うに足りる相当な理由」があるか。

4 (2) 甲と利害関係等が無いと思われる目撃者Wは、多数の人物写真
5 の中から甲の写真を指し示し、「私が目撃したのはこの男に間違いありませ
6 ン」と述べており、信用性がある。

7 (3) また、甲が、本件被疑事実の犯行日のわずか4日後の平成28
8 年3月5日に、V方で盗まれた彫刻1点を古美術店に売却していたことが
9 判明した。そのため、甲以外の真犯人から甲が彫刻を入手したという可能
10 性は低く、甲自身が本件被疑事実の犯人である可能性が高い。

11 (4) よって、甲には、「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」
12 があり、①の逮捕は適法と考えられる。

13 2 だとしても、甲は①の逮捕・勾留の前の平成28年3月23日に本
14 件被疑事実により逮捕され3月25日から4月13日まで勾留されていた。
15 すると、①の逮捕・勾留は再逮捕・再勾留禁止の原則に反し、違法ではな
16 いか。

17 逮捕・勾留による身体拘束から人権を保障する点から、同一の被疑事実
18 について時を異にして再逮捕・再勾留することは原則として許されない。
19 しかし、新証拠の発見等の真実発見の要請が大きい場合は、例外的に許さ
20 れると解する。

21 ①の再逮捕・再勾留は、第1の1(3)の重要な新証拠が発見された場
22 合なので、真実発見の要請を重視し、例外的に再逮捕・再勾留は許され、
23 適法である。

24 第2 設問2

25 1 ②の判決書謄本を甲が前記公訴事実の犯人であることを立証するため
26 に用いることは、悪性格証拠排除法則により、許されないのではないか。

27 2 ②の判決書謄本には、本件前科の内容が記載されている。しかし、
28 この前科を甲の犯人性の立証に用いることは、偏見を助長するから、原則
29 として許されない。しかし、本件前科と本件被疑事実が、類似する特殊な
30 手口で行われている等の場合は、例外的に許されると解する。

31 3 本件前科と本件被疑事実とは、彫刻を盗み、さらに、ウィスキー
32 瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用して放火したという特殊な手口
33 が用いられているので、②の判決書を甲が前記公訴事実の犯人であること
34 を立証するために用いることも許される。

35 以上

36 <総合コメント>

37 再逮捕・再勾留禁止の原則、悪性格証拠排除法則を問われているのだから
38 とすぐに思ったが、それぞれの内容、趣旨、例外をよく分かっていなかっ
39 たので、これはまずいなと思った。おそらくたいしたことは書けないだろ
40 うから、刑法で多く時間を使おうと思った。もっと時間があつたとしても、
41 追加できる内容はそんなに多くはなかつただろう。

コメント [k50]: 再逮捕・再勾留禁止の原則が問
われているのだろうと思ったが、例外として許
される場面がよく分かっていなかったので、通
常逮捕の要件検討からした。

コメント [k51]: 刑事実務基礎で学んだ供述の
信用性の話を書いた。

コメント [k52]: 刑事実務基礎で学んだ近接所
持の話を書いた。

コメント [k53]: 逮捕・勾留は書き分けるべきな
のだろうが、どう書き分けるべきだったかは分
からず、まとめて書く。

コメント [k54]: 問題文の事実から逆算して例
外の場面を書いた。もっと一般化した規範があ
るのだろうなと思いつ。

コメント [k55]: 悪性格証拠排除法則なのだろ
うとすぐに思ったが、その内容、趣旨、例外に
ついてよく分かっていなかったなので、ほとんど
書けなかった。

- 45 <時間配分>
- 46 答案構成20分
- 47 答案作成30分
- 48
- 49 <使用した参考書・問題集>
- 50 4A論文解法パターンテキスト

刑事訴訟法②

第1 設問1

1 ①の逮捕及び拘留は先行する平成28年3月23日からの逮捕、同年
2 3月25日から4月13日の拘留と同じ本件被疑事実について行われた
3 ものである。このように同一の被疑事実について逮捕や拘留を再度行
4 うことは適法といえるか。一罪一逮捕一拘留の原則に反し許されない
5 のではないか。

コメント [k56]: 先行する逮捕、拘留については問題なさそうであり、聞かれてもいないので触れない。書いたら時間切れになると考えた。

6
7 2 この点、法は逮捕、拘留について厳格な期間制限を設け(203条～
8 208条)、被疑者の人権保障を図っているところ、上記のような逮捕拘
9 留が許されるならば、同一の被疑事実について逮捕拘留を繰り返し長
10 期間に渡り身柄拘束でき、厳格な期間制限を潜脱しうることになるの
11 で妥当でない。従って同一の被疑事実について逮捕や拘留を再度行う
12 ことは原則として許されないと解する。

コメント [k57]: 一罪一逮捕一拘留の原則は同時に複数の逮捕ができないという原則なので間違い。基本事項であるが記憶があやふやである。

13 もっとも常に上記のような逮捕拘留が許されないとすると捜査の必
14 要性が害され、実体的真実の発見(1条)を果たしえないので妥当で
15 ない。また、法も同一被疑事実について再度逮捕や拘留を再度行い
16 ることを前提とする規定を置いている(199条3項、規則142条1項8
17 号)。従って重要な新証拠を発見した等でやむを得ない場合には例外的
18 に再度逮捕や拘留をすることも許されると解する。但し208条2項が
19 やむを得ない事由があるときに限定して拘留期間の延長を認めた趣旨
20 から、前の逮捕拘留期間と合わせて208条の期間内である必要がある
21 と解する。

コメント [k58]: 再逮捕の条文は探せたものの、再拘留の条文をしばらく探して見つからなかった。試験後に調べて条文はないと気付いた。

コメント [k59]: 重要な犯罪等、ほかの要件は思い出せなかった。

22 3 本件においては、甲が同年3月5日にV方で盗まれた彫刻一点を売
23 却していたという、甲が犯人であることを強く推認させる、重要な証
24 拠が発見されていることから、上記やむを得ない場合に当たるといえ
25 る。

コメント [k60]: 書きながら逮捕と拘留の話をつけて論じるべきだと思った。しかし今更修正する余裕はないので先へ進んだ。

26 また、前の逮捕拘留はあわせて11日間であり208条の期間内である。
27 従って例外的に再度逮捕や拘留をすることも許される。

コメント [k61]: 逮捕と拘留の期間について書きながら混乱していた。時間不足でもあり、焦ったあげく日数も数え間違えた。速さや注意力も含めて実力不足である。

28 4 以上より①の逮捕及び拘留は適法である。

29 第2 設問2

30 1 ②の判決書謄本を甲が前記公訴事実の犯人であることを立証するた
31 めに用いることが許されるためには証拠能力が必要である(317条)。
32 証拠能力が認められるためには①自然的関連性、②法律的関連性があ
33 り、③証拠禁止にあたらないことが必要である。

コメント [k62]: 定義はよく覚えていないが、とりあえず書く。

34 2 まず、①自然的関連性があるか。

35 この点、被告人に前科があるからといって、被告人が公訴事実にか
36 かる犯罪を起こすとは限らない。

37 従って前科があることと公訴事実たる犯罪を犯すことは無関係であ
38 って①自然的関連性は原則としてないと考える。但し前科が公訴事実
39 と同種の犯罪で、犯行の対象や態様に顕著な特徴がある場合には例外
40 的に被告人が犯人だと推認することは合理的で不当な偏見とはいえない
41 ため、自然的関連性が認められると解する。

コメント [k63]: 自然的関連性は肯定して、法律的関連性の有無を論じるべきだったようである。区別が良く理解できていない。

42 本件においては、ウイスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を
43 用いて住宅に放火するという手段、態様、美術品の彫刻を盗むという
44 対象に顕著な特徴がある同種前科である。

- 45 従って①自然的関連性があると解する (①充足)。
46 3 次に②法律的関連性があるか。
47 この点、判決書謄本は公判期日外の供述であって、供述内容の真実
48 性の立証に用いるものであるから伝聞証拠 (320条1項) にあたり、
49 被告人の同意 (326条) がない限り証拠能力が認められないのが原則
50 である。もっとも、判決書等本は公務員が職務上証明することができる
51 事実についてその公務員の作成した書面にあたるので、伝聞例外
52 (323条1号) により証拠能力が認められる (②充足)。
53 4 その他特に証拠禁止にあたる事情も特に存在しない (③充足)。
54 5 以上より②の判決書謄本には証拠能力が認められ、甲が前記公訴事
55 実の犯人であることを立証するための証拠として用いることができる。
56 以上

コメント [k64]: 知覚記憶叙述等と書いている余裕はない。あっさり終わらせる。

57
58 <総合コメント>

59 ①一罪一逮捕一拘留と記載、②日数の数え間違い、③自然的関連性否定
60 で、それぞれの程度、減点されるか。問題点には気付いていながら、も
61 ったいなかった。再現をしていて②のミスが一番重かった。

62 前の逮捕、拘留の適法性に触れなかった為、人物写真の事情をまったく
63 使っていないが、時間との兼ね合いで正しい判断だったと思っている。

64
65 <時間配分>

66 答案構成10分

67 答案作成60分

68
69 <使用した参考書、問題集>

70 スタンダード100 刑事訴訟法

71 逐条テキスト 刑事訴訟法

法律実務基礎科目(民事)①

1 [設問1]

2 (2)被告は、原告に対し、甲土地について、所有権移転登記手続をせよ。
3 被告は、原告に対し、甲土地を明け渡せ。

4 (3)イ Aは、原告に対し、平成27年6月1日当時、甲土地を代金1000
5 万円で売った。

6 ウ 被告は甲土地を占有している。

7
8 [設問2]

9 主張すべき抗弁：対抗要件具備による所有権喪失の抗弁

10 理由 YがAから甲土地を買い、所有権移転登記を得ることで、完全な
11 所有者となるから、Xは甲土地所有権を失い、請求原因事実がなくなり、
12 2つの請求権が消滅する。

13 なお、Yは甲土地という「不動産」を取「得」し、「第三者」にも「対抗」
14 できるようになり、完全に物権を取得したといえる(民法177条)。

15
16 [設問3]

17 エ Yは本件第2売買の際、AがXに甲土地を売ったことを知っていた。

18 理由 Yは「第三者」(177条)に当たらないため、Xに甲土地所有権を
19 主張できない。自由競争原理の下、悪意者であっても、保護される。しか
20 し、Aを害する目的で甲土地を購入することは、自由競争原理を逸脱して
21 いると言え、信義則(1条2項)に反するから「第三者」に当たらない。

22 以上より、エに入る事実は上記のようになる。

23
24 [設問4]

25 記載すべき内容

26 ①Yは建築業者で、今でも甲土地を占有し、資材置き場として使用し
27 ているが、置かれている資材は大した分量ではなく、それ以外に運搬用の
28 トラックが2台止まっているにすぎない。これは、500万円という高い買
29 い物をしたにも関わらず、予定していた使用方法と違う方法により使用し
30 ており、資材置き場として使用するという目的以外の目的があったことを
31 うかがわせる。以上より、オの事実を推認させる。

32 ②XYともに不動産業者に確認したところ、平成27年当時の甲土地の
33 時価は、1000万円程度とのことであった。そして、AY間売買の500万円は
34 半額であり破格の値段である。これは、Yがもともと転売する目的で甲土
35 地を購入したこと、Aは謝礼という利益を得るために500万で妥協させた
36 ことがうかがわせる。以上より、オの事実を推認させる。

37 以上

コメント[k65]: 設問1(1)はわかりそうもな
いと思ったのですぐ飛ばした。再び戻ってきて
5分ほど考えたが、何も思いつかず、白紙
となってしまった。ただ、配点は少ないと思っ
ていた。

コメント[k66]: Yの相談内容で「登記」とあっ
たため、対抗要件の抗弁ではなく、こちらにし
た。ただ、設問3が背信的悪意の再抗弁だと思
うので、こちらでよかったのか疑問。

コメント[k67]: あと一行分何か書いた記憶が
あるがおもいだせない。

コメント[k68]: 「オ ~高値で買い取らせる
目的」から背信的悪意者の再抗弁だろうと思っ
たので、悪意にあたりそうな事実について書い
た。

コメント[k69]: Xの供述内容とYの供述内容で、
Yの甲土地使用方法について食い違いがあるため、
それについて書いた。

コメント[k70]: 「代金500万円」について何か
書けそうだと思い書き始めたが、どうまとめて
いかかわからなかった。

45 <総合コメント>

46 最初に解こうと決めていた弁護士倫理の出題がなかったので、多少面食ら
47 った。その他の問題内容は例年通りで大きな変化がなく、過去問対策を十
48 分にしていた受験生は対応できていたのではないかと思う。

49

50

51 <時間配分>

52 答案構成：40分

53 答案作成：50分

54

55 <使用した参考書、問題集>

56 予備試験 4A論文過去問分析講義オリジナルレジュメ

法律実務基礎科目(民事)②

1 1 設問1について

2 (1) 小問(1)について

3 ア 所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の要件事実と
4 しては被告が土地を占有していることが必要であり、原告が被告の占
5 有を主張立証する必要があるところ、被告から土地の占有が移転する
6 と原告の請求が認められなくなる。

7 そこで、被告が土地の占有を移転することを禁止する必要がある。

8 イ 所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権の
9 要件事実として被告に所有権移転登記が存在していることが必要で
10 あり、原告が被告の所有権移転登記の存在を主張立証する必要がある
11 ところ、被告から所有権移転登記が移転すると原告の請求が認められ
12 なくなる。

13 そこで、被告が所有権移転登記を移転することを禁止する必要があ
14 る。

15 また、被告が新たな権利を設定すると原告の所有権移転登記請求が
16 認められなくなるため、被告の新たな権利設定を禁止する必要がある。

17 ウ Pは、Yが甲土地について占有を移転することを禁止するため占有
18 移転禁止の仮処分(民事保全法23条1項)の申立の手段を採るべきで
19 ある。

20 また、Pは、Yが甲土地の登記名義の変更及び新たな権利の設定を行
21 うことを禁止するため処分禁止の仮処分の申立の手段を採るべきで
22 ある。

23 (2) 小問(2)について

24 被告は原告に対し甲土地について真正な登記名義の回復を原因と
25 する所有権移転登記手続きをせよ。

26 被告は原告に対し甲土地を明け渡せ。

27 (3) イ Aは、Xに平成27年6月1日に甲土地を1000万円で売った。

28 ウ Yは甲土地を占有し、Yに所有権移転登記が存在している。

29 2 設問2について

30 (1) 対抗要件の抗弁

31 Yは、Aから甲土地を買い受けており、登記の欠缺を主張する正当な
32 利益を有する者である。

33 したがって、登記のないXに対し対抗要件の抗弁を主張することが
34 できる。

35 (2) 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁

36 Yは、Aから甲土地を買い受け登記を具備したことから完全な所有権
37 を取得し、その結果Xは所有権を失ったといえる。

38 したがって、Yは登記を具備し、その結果所有権を失ったXに対し、
39 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を主張することができる。

40 3 設問3について

41 (1) Yは、Xに対し甲土地を2000万円で買い取るよう求めてきた。

42 (2) XはYが濫信的悪意者であることを基礎づけるためにYの背信性を
43 示す主観的事実と客観的事実を主張する必要があるところ、客観的事実
44 としてエの事実が必要である。

コメント [M71]: 理由は失敗した。勝訴しても占有の移欠くべきであった。転があれば強制執行ができなくなることを

コメント [M72]: 失敗。土地の明渡だけでなく移転登記請求についても聞かれてるとか勝手に考えてしまった。

コメント [M73]: L両抗弁を検討した結果、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を主張すべきとするのが正解だったと思う。

コメント [M74]: 明らかに間違い。何でこんなミスをしてしまったのだろう。

45 4 設問4について

46 (1) Yは、本件第2売買契約を締結した日の同日にYが成立の真正を認
47 める念書において、甲土地を転売することを前提にAに謝礼を渡すこと
48 を表示しており、このことはYが転売目的で甲土地を取得したことを示
49 すものである。

50 また、Yは甲土地を資材置き場として使用していることを主張してい
51 るが、資材置場にある資材は大した量ではなく運搬用のトラックが2台
52 止まっているに過ぎないもので、いつでも原状回復が可能な状態であり、
53 Yの転売目的を否定する者ではない。

54 (2) 甲土地は時価1000万円であるところ、AはYに500万円で売却して
55 おり、通常取引では考えられないことであり、本件念書によれば甲土
56 地をYが売却し利益が生じたときはAに3割の謝礼を支払うことが記載
57 されておりAとYは甲土地を高値で売却することを共謀していたと考え
58 られる。

59 また、AのXに対する説明によれば、AはYに甲土地をXに売却したこ
60 とを説明しており、Yは甲土地がXに売却されていたことを知っていた
61 といえる。

62 (3) 以上により、Yは、本件第2売買契約の際、Xに対し甲土地を高値で
63 買い取らせる目的を有していたといえる。

64 以上

コメント [M75]: 何を記載したかはっきりとは覚えてい
ないが、Yが高値で買い取りを求めてきたことを記載す
べまでであったのに、記載しなかったのは失敗である。

65
66
67 <総合コメント>

68 問題自体は難しいものではなかった。にもかかわらず、普通でないことを
69 記載してしまったり(設問(1)理由)、問題文をよく読まなかったり(設問
70 1(3))、明らかに間違っていることを記載したり(設問3)、ミスが目立った。
71 もっと、落ち着いて処理すればできる問題ばかりだったのに。とても残念
72 である。

73
74 <時間配分>

75 答案構成 30分

76 答案作成 60分

77
78 <使用した参考書・問題集>

79 民事裁判実務の基礎

法律実務基礎科目(刑事)①

1 [設問5]

2 (2)結論：許されない。

3 理由：「訴訟関係人」検察官は「証人」Bの記憶が明らかでない事項
4 について、記憶喚起に努めたが、証言内容に変更がなく、「必要があるとき」
5 と言える。「書面」を示すには「裁判長」の許可があるが、許可を求めるこ
6 とすらしていない（刑事訴訟規則199条の11第1項）

7
8 [設問1]

9 殺意とは、**生命侵害という結果発生の認識・認容をいう**。Aは乙組の連
10 中を脅かそうと思ったにすぎない。目を閉じて撃つため、人が事務所か
11 ら出てきたことは認識していない。また、乙組事務所玄関付近を狙って拳
12 銃を撃つ。以上より、上記認識・認容はないと言える。

コメント[k76]: 構成要件該当事実…ではなく、
こうかいてしまったと思う。

13
14 [設問5]

15 (1)決定：誘導尋問を許さない決定。

16 理由：被告人を乗せて車を運転したとの事実はAの犯人性を推認させ
17 る。弁護人は犯人性を争う方針を固めている。この事実は「争」のある事
18 実だから、許されない（刑事訴訟規則199条の3第3項3号）。

コメント[k77]: 誘導尋問の条文の場所は記憶
していたのですぐに見つけられたが、何号の問
題かまでは読み取れなかった。

19
20 [設問4]

21 (1)メモ帳に犯行日時、住居を記載することは犯人でなければできないから、
22 犯人性が推認される。

23 A方での捜索により、メモ帳1冊が発見されたため、メモ帳はAの所有物
24 であることが推認される。また、メモ帳の裏にAと交際しているCが一緒
25 に写っている写真シールが貼付されていることから、メモ帳はAの所有
26 物であることが推認される。他人のメモ帳に、本人以外が記載することは
27 考えにくいから、メモはAが書いたものだと推認させる。したがって、A
28 の犯人性を推認させる。

29
30 (2)証拠13により、Aがメモを書いた事実を立証しうから、メモ帳がA
31 の所有物であり、その事実からAがメモを書いたという事実を推認すると
32 という過程が省略される。

33
34 [設問3]

35 弁護人はAが犯人ではない旨主張し、Cの証言により、Aが犯行当時C
36 方にいた事実を立証したい。この事実を「証明予定事実」を「裁判所及び
37 検察官」に対して、主張する（刑事訴訟法316条の17第1項）。次に、こ
38 の事実を証明するために証人Cという「証拠の取り調べ」を請求する（316
39 条の17第2項）。また、「証人」Bの供述録取書等のうち、その者が公判期
40 日において供述すると思料する内容が明らかになるものを、閲覧・謄写す
41 る機会を与える（316条の18）。

コメント[k78]: 「公判前整理手続に関する条
文…」とあったので、必ず316条以下にあるは
ずだと思って条文を探した。

42
43 [設問2]

44 (2)弁護人は証拠③は伝聞証拠（刑事訴訟法320条1項）にあたり、証拠

コメント[k79]: 316条の18についても触れて
おいた。

コメント[k80]: (1)は後回しにした。時間が
なく解答できなかった。現場供述の問題は刑事
訴訟法でわりと典型だと思うが、対策が十分で
はなかったのも大きいと思う。

45 とする事が出来ず、不「同意」(326条1項)としたものと思われる。そ
46 こで、実況見分調書は「司法検察職員の検証の結果を記載した書面」とし
47 て、「供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その申請に作成さ
48 れたものであることを供述」させるという対応を取ることが考えられる
49 (321条3項)。

50 以上

51

52 <総合コメント>

53 なるべく解けそうな設問から書いたので解答順序がバラバラになり、書き
54 間違いのリスクがあると感じた。設問3、5などは現場で条文を探す問題
55 だと思うが、条文を見つけるまで10分以上かかってしまったかもしれない。
56 問題文の誘導に乗り切れなかったのが時間がかかった要因だと思う。

57

58 <時間配分>

59 答案構成：40分

60 答案作成：50分

61

62 <使用した参考書・問題集>

63 予備試験 4A論文過去問分析講義オリジナルレジュメ

法律実務基礎科目(刑事)②

1 1 設問1について

2 (1) 殺意とは、殺人罪(199条)における故意である。

3 4 そして、故意とは犯罪事実の認識認容をいうから、殺人罪における
5 故意は人を殺すことの認識認容である。

6 したがって、殺意とは、人を殺すことの認識認容である。

7 (2) 本問において、AはZ組の連中を脅すつもりで門扉前の路上から門
8 扉の向こう側正面にある乙組事務所玄関付近を狙って拳銃を3発撃つ
9 たのであり、その際に目を閉じていたので、そこに人がいることも事務
10 所から人が出てきたことも気づかなかった。

11 したがって、Aには人を殺すことの認識認容はないため殺人罪の故
12 意はなく殺意は認められない。

13 2 設問2について

14 (1) ア 下線部アは、実況見分を行うにあたって、本件現場での位置関係
15 を示し実況見分を行う動機となるものであり、指示説明である。

16 したがって、現場供述に当たらない。

17 イ 下線部イは、犯行現場を再現するため、犯行現場での客観的状
18 況を示すものであり、実況見分調書作成の動機となるものであり、
19 指示説明である。

20 したがって、現場供述に当たらない。

21 (2) 実況見分調書は検証(321条3項)に含まれる。

22 したがって、実況見分調書の作成者を証人申請し、証拠③の作成名
23 義の真正と正確性を証言させ、証拠能力を付与し証拠③の証拠調べを可
24 能とする対応を採るべきである。

25 3 設問3について

26 (1) 321条の22第1項に基づいて、犯人性の主張を変更することを裁判
27 所及び検察官に対して明らかにする手続きを行うべきである。

28 (2) 321条の22第2項に基づいて、証人Cの証人調べ請求をするという
29 手続きを行うべきである。

30 4 設問4について

31 (1) 小問(1)について

32 証拠⑩には、表紙の裏にAとCが写っている写真シールが貼付され
33 ているところ、他人の写真を自己の手帳に貼付することは通常考えられ
34 ないから証拠⑩のメモ帳はAの所有である考えられる。

35 したがって、証拠⑩に記載のある本件犯行のあった日付と乙組事務所
36 の住所と手書きの地図は、Aが記載したものと考えられる。

37 そして、Aが本件犯行のあった日付と乙組事務所の住所を記載してい
38 ることは、Aが犯行当日に乙組事務所に行ったことを示すものであり、
39 Aが犯人であることの間接事実となる。

40 したがって、証拠⑩は、Aが犯行当日に犯行現場に行ったことを推認
41 させ、Aが犯人であることを推認させるものである。

42 (2) 小問(2)について

43 ア 証拠⑬のAの供述は、証拠⑩のメモをAが記載したことを認めてお
44 り、証拠⑩の記載がAのものであるとの推認過程は不要となる。

45 イ 証拠⑬のAの供述により証拠⑩の記載はAの犯行計画であること

コメント [M81]: 他に316条の22第5項、322条
の20第1項に基づいてCの供述調書の開示請求
をすべきであったが、気づかなかった。

コメント [M82]: Aの犯行計画が示されていると
まで言えるのか疑問があったので、(2)と比較す
るためにも事務所に行ったことを推認するにと
どめた。

45 が明らかとなった。

46 そして、Aが記載した犯行計画と本件犯行が一致していることか
47 らAが犯人であることを推認することができる点において、Aが犯
48 行現場に行ったことから犯人性を推認するのは異なった推認過程
49 となる。

50 5 設問5について

51 (1) 小問(1)について

52 被告人は、犯行当日はCの自宅にいたと主張しており、Bの車に乗っ
53 たことを争っているにもかかわらず、AがBの車に乗ったことを前提と
54 する質問は誘導尋問(刑事訴訟規則199条の3第3項)にあたり許されな
55 い。

56 したがって、弁護人の申立に対し、裁判所としては検察官に対し質問
57 の変更を命じる決定をすべきである(刑事訴訟規則205条の6第1項)。

58 (2) 小問(2)について

59 検察官は、Cの記憶喚起のために証拠⑫の書面をCに示したものと考
60 えられる。

61 そして、記憶喚起のために書面を示すことは裁判長の許可を受けて行
62 うことができるのが原則である(刑事訴訟規則199条の11第1項)が、供
63 述録取書は供述者に不当な影響を与えるものであるから、裁判長の許可
64 を得ても許されない(刑事訴訟規則199条の11第1項(書))。

65 したがって、検察官が証拠⑫をCに示すことは許されない。

66 以上

67
68 <総合コメント>

69 民事実務と異なり、大きなミスはなかったと思う。設問4の(2)の推認過程
70 は予備校の解答とも異なっており、正解とまでは言えなくとも、全くの間
71 違いでもないような気がする。設問5(2)は、記憶喚起が強調されていたた
72 め、気づかなくても仕方ないかなと思う。

73
74 <時間配分>

75 答案構成 30分

76 答案作成 60分

77

78 <使用した参考書・問題集>

79 入門刑事手続法

80 民事裁判実務の基礎・刑事裁判実務の基礎

コメント [M83]: (1)との比較において推認過程の違いを示そうとしたけど正しいのか、自信がない。

コメント [M84]: 示したのは署名、押印部分であって、記憶喚起のためでなく、書面の同一性を示すためであったが、記憶喚起という言葉にひきずられてしまった。

民法①

- 1 第1 DはBに対し、担保責任として本件売買契約を解除(561条前段)し、
2 現状回復(545条1項本文)として、代金500万円を、不当利得(703)と
3 して返還請求しうる。
- 4 第2 次にDはBに対し、甲機械の代わりに乙機械を購入せざるを得なく
5 なったことにより生じた追加費用40万円について、担保責任としての
6 損害賠償請求(561条後段)をすることが考えられる。これに対してB
7 は、Bが甲機械について無権利者であったことをDは知っており、損害
8 賠償請求をすることはできない(561条後段)と反論しうる。
- 9 1 この点、561条後段の趣旨は、有償契約における等価的均衡を図ること
10 により、売主が無権利者であることについて悪意の者には適用され
11 ない。
- 12 もっとも、債務者たる売主が、確実な権利移転(560条)を保障した
13 場合は、569条1項を類推適用し、例外的に損害賠償請求をなしうる
14 というべきである。
- 15 2 本件において、BはDに対し、甲機械の売却について、確実にCの許
16 諾を得られるはずであると説明しており、確実な権利移転を保障した
17 といえる。よって、例外的に、Dは損害賠償請求をすることができる。
18 そして、追加費用40万円は、本件売買契約の有効性を信頼したこと
19 により生じた信頼利益についての損害といえ、40万円を請求することが
20 できる。
- 21 第3 DはB、Cに対し、修理による甲機械の価値増加分50万円を、費用償
22 還請求(196条1項)することが考えられる。
- 23 1 この点、Dは、「占有物」たる甲機械の「保存のために」修理費用50
24 万円を支出している。
- 25 2 よって、DはB、Cらにかかる請求をすることができる。
- 26 第4 B、CはDに対し、甲機械の使用利益25万円を不当利得(703条)とし
27 て返還請求することができるか。
- 28 1 まず、Bは甲機械について無権利者であり、Bには甲機械をDに使用
29 されることに対応する「損失」は無く、かかる請求をすることはでき
30 ない。
- 31 2(1) 次にCは、甲機械を使用されることにより「損失」を受けており、
32 Dは「利益」を得ている。また、両者には因果関係もある。
- 33 (2) そして、「法律上の原因なく」とは、公平の見地から、当事者間に
34 おける財産的価値の移転を正当化する実質的・相対的理由が無いこ
35 とをいう。
- 36 本件において、Dは甲機械について、自己に占有権限がないこと
37 について「悪意の占有者」(190条1項)であり、使用利益たる果実
38 の收受権は無い。よって、Dには使用利益保有の実質的・相対的理
39 由は無く、「法律上の原因」が無いといえる。
- 40 (3) よって、Cによる25万円の不当利得返還請求権が認められる。そ
41 してCは、かかる請求権と、BのCに対する、甲機械修理による増
42 加費用返還請求権との相殺(505条1項)を主張することができる。
- 43 以上
44

コメント [f85]: ここは自信を持って書けるので、条文をきちんと引用。

コメント [f86]: 原則論を、条文を根拠にきちんと

コメント [f87]: 少し無理があるようにも感じたが、現場思考で…。

コメント [f88]: 内容がいまいちな分、少なくとも条文の文言をきちんと引用しようと思った。

コメント [f89]: 簡単に片つけてしまったがこれで良いのか不安ではあった。

45 <総合コメント>

46 それほど複雑な出題ではなかったが、正確な条文操作を要求される、この
47 手の主題は非常に苦手意識がある。とにかく「おかしなこと」を書かない
48 ように、条文を根拠に、シンプルな答案にしようと心がけた。

49

50 <時間配分>

51 答案構成25分

52 答案作成45分

民法②

1 Bに対する代金500万円の返還請求

- (1) 本請求は、561条前段に基づく解除と構成することができる。
ア AはCに甲機械を遺贈(964条)し、Aは平成27年1月11日に死亡したので、B・D間の甲機械の売買契約は「他人の権利を売買の目的としたとき」にあたる(560条)。
イ そして、甲機械の所有者CがDに対し、甲機械の返還請求をしたことから、「売主」Bが「その売却した権利を取得して」「買主」Dに「移転することができないとき」といえる。
ウ したがって、Dは、本契約を解除することができる。
そして、545条本文に基づき500万円の返還請求をすることができる。

コメント [Mア90]: 請求が複数あるので見出しをつけて混乱しないようにした。

2 Bに対する増加代金分の費用40万円の支払請求

- (1) 561条後段に基づく損害賠償請求は認められるか。
この点、Dは、甲機械の所有者はCであることをBから説明を受けていた以上、「契約の時にその権利が売主に属しないことを知っていたとき」といえ、損害賠償を請求することはできない。

(2) としても、415条後段に基づく損害賠償請求はどうか。

- ア BはDに対し、甲機械の引渡「債務」(555条)を負っている。
しかし、CがDに返還請求したため、「履行をすることができなくなった」といえる。
また、Bは、Cの意向を確かめることなく、売却につき“確実に許諾を得られるはず”と安易に考え、売却していることから、「債務者の責めに帰すべき事由」も認められる。
イ そして、Dは近隣で印刷業を営んでおり甲機械を入手できない場合、他から調達する必要があるだろうから、乙機械を購入する費用は、「通常生ずべき損害」(416条1項)にあたる。

コメント [Mア91]: 561条後段との関係についてはおもいつかなかった。

- また、甲機械の価値は修理代を加えると、500万+30万=530万円であり、540万円の乙機械を購入することも「通常生ずべき損害」にあたる。

- ウ よって、415条後段に基づき、40万円の増加費用を損害賠償請求することができる。

コメント [Mア92]: 要は、+10万は「通常生ずべき損害」に含まれると言いたかったのだが・・・

3 B・Cに対する修理による甲機械の価値増加分50万円の支払請求

- (1) 本件修理費は「有益費」(196条2項)にあたるので、有益費償還請求と構成することができる。

- (2) ア これに対しB・Cからは、回復者の選択に従い、その支出した金額又は増加額のいずれかの内、前者の修理代30万円しか払わないと反論することができる。

- イ また、B・Cからは、必要費なら払う(196条1項)と反論することができる。

コメント [Mア93]: 「必要費」<「有益費」を念頭に置いて書いて意味が伝わらず、かつ、その理由も書いてないので間違いだと思う。

4 B・Cの主張

- (1) 甲機械の使用期間に応じた使用料相当額25万円の不当利得返還請求(703条)と構成することができる。

- ア Dは甲機械を使用することができたので「利得」があり、B・Cに「損失」が生じている。

コメント [Mア94]: 今から考えると、Bになぜこのおな請求が認められるのか・・・

- 45 イ また、Dは無権限で甲機械を使用していた以上、「法律上の原因」
46 はない。
- 47 ウ そして、Dの利得とB・Cの「損失」に因果関係がある（「によっ
48 て」）。
- 49 エ 以上より、B・Cの主張は認められる。
- 50 (2) その上で、B・Cは、1の請求に対し、相殺を主張することができる
51 か（505条1項本文）
- 52 ア 両債務は金銭債務であるから「互いに同種の目的を有する債務を負
53 担する場合」といえる。
- 54 イ また、「双方の債務が弁済期」にもある。
- 55 ウ ただ、両債務は原状回復義務（545条1項）として双務契約の巻
56 き戻しである以上、抗弁が付着しており「債務の性質がこれを許さない
57 とき」（505条1項ただし書）にあたるか。
- 58 考えるに、双方に現実に履行させるべき経済利益はない以上、あた
59 らないというべきである。
- 60 エ 以上より、B・Cは相殺を主張することができる。

以上

61
62
63 <総合コメント>

- 64 ・論点論点した問題ではなく、ふわふわした感じだった。
65 ・あくまでも、請求定立→条文の摘示→あてはめの順に、たんとと処
66 理した。もっとも、たんととしすぎたか？

67
68 <時間配分>

69 構成20分、作成45分

70
71 <使用した参考書・問題集>

72 4A論文解法パターンテキスト

73 4A条解テキスト

74 予備試験 4A論文過去問分析講義オリジナルレジュメ

75 4A実践答練

商法①

[設問2]

効力発生前にとることができる手段について

①株主総会決議の取消しの訴え（会社法831条）を提起することが考えられる。

甲社は「消滅株式会社」であるから、「株主総会の決議」による「承認」を要する（783条1項）。

Aは800株式を有していたが、相続（民法896条本文）により、相続人C、D、Eの「共有」（898条）となった。そして、遺産分割協議はできないままであるから、Dは「株主」である。

そして、「通知」（299条1項）はB及びCのみに送付され、「株主」であるDにされていない。Dは「持分に応じた使用」をできるから、Cに通知するだけでは足りず、DEにも通知を要する。これは議決権行使の機会を与えるという本条項の趣旨に反する。

したがって、「招集の手続」に「法令」違反があると言える（831条1項1号）。

また、上記決議は特別決議となる（309条2項11号）ため、BCでは60%しか株式を保有しておらず、「決議に影響を及ぼさない」とは言えず、裁量棄却できない（831条2項）。

②合併差止めを請求することが考えられる（784条の2）

上述の通り、決議が取り消されれば、783条1項という「法令」違反があるから、これにより「株主が不利益があるとき」はやめることを請求できる。

③株主買取請求（785条）をすることが考えられるが、株主総会決議の通知を受けてないDに、「株主総会に先立って」「反対する旨～を通知」することは難しいだろう。

④合併無効の訴え（828条1条7号）をすることが考えられる。

取引安全から、合併に重大な違法がある場合に無効となると解する。本件では、株主総会決議は特別決議を要する。これは株主保護という趣旨であるから、重大な違法があると言える。

したがって、無効を主張することができる。

[設問1]

丙社は甲社に対して「振出人」（78条1項・28条1項、以下準用元条文省略）のとして手形金支払請求をすることが考えられる。

かねてより、Aの指示に従って、Cは手形を作成して取引先に交付することもあった。したがって、民法109条を類推して、拒むことができない。

なお、商取引の安全にも資する。

以上

コメント [k95]: 設問1は振出人パターンであることはわかったが、それ以上のことが分かりそうになかったため、設問2から解いた。

コメント [k96]: Dは299条1項の「株主」にあたることは間違いないので、民法の条文を使って短く論じようとした。

コメント [k97]: ここはカットしても意味が通じたかも。

コメント [k98]: 用意していた手順通りに流れて2項にも触れた。

コメント [k99]: 事情がないと思ったので、仮定的にあてはめておいた。

コメント [k100]: 点数の稼ぎどころだとは思いますが、他に思いつかなかったのと時間不足。

コメント [k101]: このあたりは記憶が曖昧。ただ、実際に書いてきた内容もこのレベルの論述であると思う。

45 <総合コメント>

46 設問2はパターンテキストに類似の問題があったため、受験生が拾いにく
47 いであろう条文（差止め、買取請求）も網羅的に検討できた。なお書きで
48 「招集手続の瑕疵」に関する言及があったので、それを多めに書いた。答
49 案の分量は悪くないと思う。設問1は手形法の勉強不足。予備試験では手
50 形法が出る可能性が十分にあると思っていたが、手が回っていなかった。

51

52 <時間配分>

53 答案構成：20分

54 答案作成：50分

55

56 <使用した参考書・問題集>

57 予備試験 4A論文過去問分析講義オリジナルレジュメ

商法②

1 1 設問1について

(1) 本件手形はCが作成権限なく甲社名義の手形を作成したもので偽造手形であり、甲社は手形上の債務を負担しないのが原則である。

もともと、偽造手形の場合に常に名義人である本人が責任を負わないとすると手形取引の安全を害する。

そこで、権利外観法理により①真正な手形であるとの外観が存在し、②外観作出に対し本人に帰責事由があり、③真正な手形であると善意・無重過失で(10条参照)で信じたものは保護され、本人に対して手形上の責任を追及することができるかと解すべきである。

(2) 本問において、本件手形は手形用紙及び甲社の代表社印が用いられており、①真正な手形であるとの外観が存在し、甲社は経理事務員であるCに手形用紙及び代表社印を保管させており、②外観作出に対し甲社に帰責事由が認められ、甲社はAの入院を取引先等に伏せていたため乙社はAが入院していることを知らなかったといえ、乙者は③真正な手形であると善意・無重過失で信じたといえる。

よって、甲社は乙者に対して本件手形上の債務を負担する。

そして、丙社は乙社から本件手形の裏書譲渡を受けた者であるから、乙社の手形上の権利を承継取得したといえ、本件手形の権利者である。

(3) 甲社は本件手形に係る手形金支払い請求を拒むことはできない。

20 2 設問2について

(1) 吸収合併の効力発生前について

ア 本件株主総会は議決権行使に関する甲社の同意を得てCが議決権を行使している。

そこで、C、D、Eの準共有(民法264条)に属する株式について甲社の同意を得て議決権を行使することができるかが問題となる。

イ 株式の準共有についての権利行使を定める106条本文は、準共有に関する民法の規定(264条)の特別規定である。

そして、264条の但書で会社が同意した場合には本文の特別規定は適用しない旨を定めたものと解すべきである。

とすれば、会社の同意がある場合には民法の準共有に関する規定を適用すべきである。

そして、株主の権利行使は共有物の管理に関する事項(264条、252条)として持分の価格の過半数で決すべきこととなると解すべきである。

ウ 本問において、Aの法定相続人であるCはAの配偶者として甲社株式について2分の1の持分を有しており、過半数に達していない。

したがって、Cは単独では甲社株式の権利を行使することはできない。

そして、Cが単独で株式に関する権利を行使することができない以上、本件株主総会の招集通知は、D及びEに対しても権利行使をする機会を与えるため、D及びEに対してもなされるべきである。

したがって、D及びEに対して招集通知がなされていないのは、株主総会の招集手続きが法令に違反するものとして決議取消の対象(831条1項1号)になるものである。

コメント [M102]: 帰責事由について評価を加えるべきであった。

コメント [M103]: 合併の差し止め請求があったが、全く気付かなかった。

コメント [M104]: 最近の最高裁の判例をしているから、それに従って記載した。

コメント [M105]: 原告適格の問題があったが、全く気付かなかった。

コメント [M106]: 問題文にひきずられて招集手続きの瑕疵のみを問題としてしまった。決議方法の瑕疵を問題とすべきであった。

45 エ 招集通知を欠くという法令違反は重大であるから裁量棄却(831条2
46 項)は認められない。

47 オ Dは本件株主総会の決議取消訴訟を提起するという手段を採ること
48 ができる。

49 (2) 吸収合併の効力発生後について

50 ア Dは、吸収合併無効の訴え(828条1項7号)において本件決議取消
51 事由を主張することができるか、問題となる。

52 イ 吸収合併無効の訴えは、合併が効力を生じた後6月以内に提起する
53 必要があるところ(831条1項7号)、決議取消を待っていたのでは吸
54 収合併無効の訴えを提起することができなくなってしまい妥当でない。

55 そこで、決議取消の訴えの提起期間内(831条1項)に決議取消事由
56 を主張し、吸収合併無効の訴えを提起することができるかと解すべきで
57 ある。

58 ウ Dは、決議取消事由を主張し、吸収合併無効の訴えを提起するとい
59 う手段を採ることができる。

60 以上

61

62 <総合コメント>

63 手形は旧司法試験受験の時にやっていたので、苦手意識はない。準共有に
64 ついて判例知識はあったが、招集手続きの瑕疵ばかりが頭にあり、議決権
65 がない者が決議に参加したという重大な瑕疵を見落としてしまったという
66 重大なミスをしてしまった。その他にもいくつかの論点を落としてしまっ
67 た。すべてを拾うことはできないにしてももう少し論点を拾いたかった。

68

69 <時間配分>

70 答案構成 20分

71 答案作成 50分

72

73 <使用した参考書・問題集>

74 リーガルクエスト会社法

コメント [M107]: 決議の不存在が無効事由になること
を記載すべきであった。

民事訴訟法①

1 第1 設問1について

2 1 小問(1)

3 (1) まず、弁論主義の適用される事実の範囲が問題となる。
4 この点、証拠と共通の働きをする間接事実や補助事実まで弁論
5 主義を及ぼすと自由心証主義(247条)を害する。また、当事者意
6 思の尊重と被告への不意打ち防止という弁論主義の趣旨及び根拠か
7 らしても、主要事実には弁論主義を及ぼせば十分である。

8 そこで、弁論主義は主要事実だけに適用されると解する。

9 (2) これを本件についてみるに、Y2の所有権取得原因につきYと裁
10 判所の法的構成が異なっている。そして、Xの所有権の存否は所有
11 権に基づき所有権移転登記抹消登記を求める本件訴訟の主要事実で
12 ある。

13 したがって弁論主義が及び、これについて当事者が主張していな
14 い事実を認定することは弁論主義第一テーゼに反する。

15 2 小問(2)

16 (1) 弁論主義違反がないとしても、裁判所は釈明権(149条)を行使
17 すべきでないか。裁判所に対する信頼確保の見地から、積極的釈明
18 義務は限定的に解すべきである。

19 (2) 本件についてみるに、Yが主張しているのは買い戻し特約のみで、
20 譲渡担保については弁論に全く表れていない。そうだとすれば、積
21 極的釈明義務を課すべきである。

22 (3) よって、裁判所は譲渡担保という法的構成について釈明をすべ
23 である。

24 第2 設問2について

25 (1) 既判力(114条1項)の主観的範囲が問題となる。

26 この点、既判力の正当化根拠は手続保障の充足に基づく自己責任
27 にあるところ、既判力はかかる手続保障の及んでいる当事者にのみ
28 及ぶのが原則である(115条1項1号)。

29 (2) もっとも、Zは甲土地を譲り受けていることから「承継人」(11
30 5条1項3号)にあたり、例外的に既判力が及ばないか。

31 ア この点、紛争解決の実効性確保の見地から、「承継人」とは、前
32 主から紛争主体たる地位を譲り受けたものを言うとして解する。

33 イ 本件において、Zは口頭弁論終了後に係争物たる甲土地を譲り
34 受けている。また、固有の抗弁を有していても、その主張は妨げ
35 られないため、固有の抗弁を有する者も「承継人」にあたりうる。

36 (3) よって、Zは「承継人」にあたり、本件訴訟の確定判決の既判力
37 が及ぶ。

38 以上

39 <総合コメント>

40 時間がない中、事案が複雑で焦りました。設問1は何を聞きたいのかわか
41 らず、むりやりスタートしました。設問1については「事案に即して」解
42 答することが求められていたので、そこを意識しようとしたものの、実
43 体の理解不足もたまたまうまくいかなかったという感じです。

コメント [FW108]: 主要事実説しか知らなかつたのでこれで押し切りました。

コメント [FW109]: あてはめが全然わからなかつた。

コメント [FW110]: 釈明義務の存否について、考慮要素を覚えていなかったこと、法的観点指摘義務について言及できなかったことが反省点です。

コメント [FW111]: 時間がなくコンパクトな論証を心がけました。

コメント [FW112]: Zが固有の抗弁を持つてののかよくわからなかつたのでこのように書きました。ちゃんと固有の抗弁の内容を書けたらなあと思ひながら。

- 45 <時間配分>
- 46 答案構成：10分
- 47 答案作成：45分

民事訴訟法②

1 設問2

2 第一審裁判所は、Xの主張を全面的に認めてXの各請求をいずれも認容
3 する旨の判決を言い渡し、その判決は確定した。

4 ここで、**確定判決**は「主文に包含するもの」(114条1項)に及ぶとされ
5 ているが、「主文に包含するもの」とは訴訟物をいうと考える。なぜなら、
6 訴訟物の有無が分かれば紛争解決として十分だし、当事者として訴訟を追
7 行できて手続保障もなされているからである。

8 ゆえに、XのY1・Y2に対する**所有権に基づく所有権移転登記抹消登
9 記請求権**が存在することにつき既判力が及ぶ。

10 次に、権利は時と共に変動するため基準時が問題になるが、基準時は事
11 実審の口頭弁論終結時と考える。というのも、事実審の口頭弁論終結時ま
12 でに証拠を提出できたのでありその時点を基準時とすれば紛争解決と手続
13 保障がなされていたからである。

14 そして、既判力は相対効が原則である。

15 しかし、一定の場合には、他者にも拡張される。

16 本件訴訟の口頭弁論終結後に、Y2が甲をZに売り渡し、Zが所有権移
17 転登記を経ているので「承継人」(115条1項3号)といえるか。

18 この点、承継人に既判力を及ぼすのは、紛争解決のため既判力を及ぼす
19 必要性があり、かつ前主によって訴訟が進行された結果、代替的手続き保
20 障があることによる。

21 ゆえに「承継人」とは、当事者適格を伝来的に取得した者も含まれる。

22 なお、「承継人」といっても固有の抗弁がある場合は、それについて代替
23 的手続き保障がなされたといえないので例外的に既判力は及ばないと考える。

24 本問にて、**甲は不動産で物件であり、所有権は一つしかありえないし、
25 登記もどちらか一つしかありえない。**ゆえに甲の登記についてZは当事者
26 適格を伝来的に取得したといえる。よって、Zは「承継人」にあたる。

27 一方、ZはY2から甲を売り渡されたが、94条2項類推適用により保護
28 される余地がある。したがって、Zに**固有の抗弁**がある場合は、既判力は
29 及ばない。

30 設問1

31 小問(1)

32 **民事訴訟において、それが扱う私法関係に私的自治が適用されることの
33 訴訟法的反映として、証拠の提出・収集の権能を当事者の責任とする弁論
34 主義がとられている。そして弁論主義第1テーゼでは、裁判所は、当事者
35 の主張しない事実は判決の基礎にしてはならないとしている。ここで事実
36 とは、主要事実をいうものとする。なぜなら、訴訟の結果にかかわる主
37 要事実のみ弁論主義を及ぼせば紛争解決に十分であるし、証拠と同様の
38 機能を果たす間接事実と補助事実にまで及ぼすと自由心証主義(247条)
39 に反する恐れがある。からである。**

40 小問(2)

41 たとえ、判決の基礎となる事実がすでに弁論で表れており、裁判所と当
42 事者で法律構成が異なっているにすぎないとしても、裁判所としては釈明
43 権(149条1項)を適切に行行使することで「**訴訟関係を明瞭**」にし、形式
44 的な弁論主義の適用を是正するべきである。

コメント [k113]: 既判力の客観的範囲と自的限
界、主観的範囲を処理手順通りに処理する。

コメント [k114]: “妨害排除請求としての”を入
れ忘れる。

コメント [k115]: こんな簡略な当てはめでいい
のかとすごく不安になる。

コメント [k116]: 固有の抗弁がもしかしたら177
条の対抗要件のことなんじゃないかと迷う。し
かし問題にはX→Y1→Y2と登記を経由したこと
しか書かれておらず、事情がよくわからなかつ
たので仮定的に当てはめる。下手にXとYらの
理由に惑わされて理由中の判断に既判力を認め
ているように取られたらまずいと思った。

コメント [k117]: 事案に即してこんなもの説明
できるわけない。誘導らしい誘導もなく、変な
理屈をこねくり回すことにより大減点のおそれ
があると思い、基本的なことを書いて終わる。
しかしこの後、余計なことを書いてしまって、
やはり書くのをやめようと思って×で消したが、
その際にここ的一部分も誤って消したのではな
いか不安になる。

コメント [k118]: このようなことが問題文中に
あり、相変わらずよくわからないし、時間もも
うなかったから釈明権を指摘して終わろうと思
って書く。

- 45 以上
- 46
- 47 <総合コメント>
- 48 とにかく意味不明、これにつきる。民法と商法もやたら考えさせるし、時
- 49 間にまともに解ける人がいるのかと思うくらい難しく感じた。
- 50
- 51 <時間配分>
- 52 答案構成時間：35分
- 53 答案作成時間：35分