

# 平成29年度司法試験 論文式試験 再現答案集

監修：中村 充 講師

## <目次>

公法系第1問	2
公法系第2問	8
民事系第1問	14
民事系第2問	19
民事系第3問	24
刑事系第1問	30
刑事系第2問	37

公法系第1問 ①

設問1

1、憲法13条後段に基づく主張

(1) 法15条8号は、Bの外国人が日本滞在中に妊娠・出産をする自由を制約しているから、憲法13条後段に反し違憲であり、国家賠償法上「違法」であると主張することが考えられる。

(2) まず、憲法(以下法名略)13条後段の「幸福追求に対する国民の権利」の中には自己決定権が含まれる。この自己決定権が憲法上保障されているのは、個人の自律のために自己決定が必要不可欠であるからである。本件で、妊娠・出産は人間の営みの根本であって、いつどこで妊娠・出産をするかは、女性の自己決定のために必要不可欠といえる。また、外国人についても、人権の性質上可能な限り憲法上の保障が及ぶ。したがって、Bの上記自由も自己決定権として13条後段により保障される。

(3) このような自由は、上記のように個人の自律に不可欠であるから、重要な権利である。

これに対し、法15条8号は、滞在中の妊娠・出産を禁止行為とし、これに該当すれば法18条1項に基づき収容され、法19条3項に基づき強制出国されることになるから、上記自由への強度の制約があるといえる。そのため、重要な目的達成のため、必要かつ合理的な手段でなければ違憲であると考えられる。

(4) 本件で、目的について、法1条は日本の文化や秩序の維持や、国民生活の安定を挙げている。これらは極めて主観的なものであるから、重要な目的とまではいえない。

また、手段について、滞在期間は3年となっており、妊娠・出産には約1年程度しかかからないから、妊娠・出産後にまた働くことも可能である。他方で、妊娠時に収容や強制出国をさせると、移動を伴うので、母体に危険が生ずるおそれがある。そのため、必要かつ合理的な手段とはいえない。

したがって、法15条8号は違憲である。

2、憲法31条に基づく主張

(1) 法18条1項は、警備官限りの判断で身柄拘束をすることを許しており、これは31条の手続保障に反するから、違憲である。

(2) まず、31条の「手続」には、刑事手続だけでなく、行政手続も含むと考える。なぜなら、憲法が三権分立制度を採用し、行政に対するコントロールを及ぼそうとしているため、行政手続についても手続保障を求めたと考えるのが自然だからである。

そして、身柄拘束は移動の自由を制約するものである。そのため、移動の自由を保障した憲法33条と同等の手続保障が必要であると考えられる。

(3) 本件で、まず、憲法33条が令状を要すると定めたのは、公正中立な立場にある裁判官が事前判断を行うことで、捜査における恣意的な処分を防止しようとしたことにある。他方で、法18条1項は、身柄拘束者とは別の立場の者が強制処分のために発する書面を要しないで、嫌疑者を収容することができるように定めている。これでは、憲法33条と同等の手続保障があったとはいえない。したがって、法18条1項は違憲である。

設問2

1、憲法13条後段についての国の反論

(1) 法15条8号は、自国において妊娠・出産をすることまで禁止する

コメント[k1]: 明らかに誘導っぽいのがあったので、自己決定権と手続保障の2つの主張を行うことにした。わかりやすいようにナンバリングした。

コメント[k2]: なるべく条文を特定することを意識。

コメント[k3]: いつもざっくりとした生の自由になりがちだったので、なるべく事案に即した自由にするよう意識した。

コメント[k4]: 違憲即国家賠償上違法としたのはまずかったかもしれないが、当時はあまり深く考えなかった。

コメント[k5]: 自己決定権が含まれるのは明らかだと思ったので、人格的利益説の論議は書かなかった。

コメント[k6]: 本件自由がなぜ外国人に及ぶか書けていない。自分の中でなぜか当然に及ぶと思ってしまっていた。

コメント[k7]: 最も厳格な基準は13条後段では無理かと思い、中間にした。

コメント[k8]: このあたりは現場で考えた。

コメント[k9]: 行政手続も含むかという論点があるのは覚えていたが、理由はわからなかったので現場で考えた。

コメント[k10]: 手続保障を憲法で考えるのは初めてだったので、刑罰的に考えた。

コメント[k11]: 趣旨と、問題文の事情をつかみ、原告はコンパクトに議論するよう心掛けた。

コメント[k12]: 表現規制の場所に関する議論を応用して考えた。

47 ものではないから、女性の自己決定権を制約するものではない。そのため、  
48 間接的な制約にとどまるから、正当な目的達成のため、合理的な手段とい  
49 えれば合憲と考える。

50 (2) 目的について、日本文化や秩序維持、国民生活の安定に関しては、  
51 欧米諸国で移民を大規模に受け入れた結果として社会的・政治的な問題が  
52 実際に生じているから、主観的ではなく、客観的な問題である。そして、  
53 国の社会保障等には財政的制約があるから、社会保障等を維持する点で重  
54 要な目的といえる。

55 また、手段について、本件で対象になっている業種は農業と製造業であ  
56 るところ、ここでは肉体労働を主に想定しているから、約1年程度で復帰  
57 して再度仕事をすることは困難である。また、出産直後の移動は母体に危  
58 険ではあるが、だからこそその前の妊娠初期に自国に帰すことで、慣れ親  
59 しんだ土地で出産でき、むしろ母体には安全である。したがって、必要か  
60 つ合理的な手段といえる。

## 61 2、私見

62 (1) まず、国の反論にあるように、自国において妊娠・出産をすること  
63 まで禁止するものではないし、どうしても日本で妊娠・出産したければ、  
64 入管法上の在留資格をとることも許容されている。また、甲の主張のよう  
65 に、妊娠・出産は人間の営みの根本ではあるが、法は労働力確保のため例  
66 外的に滞在要件を緩めているのであり、このような例外のもとで滞在を許  
67 された場合は、いっどこで妊娠・出産するか自己決定を重視するべきで  
68 はない。したがって、間接的な制約にすぎないといえ、正当な目的達成の  
69 ため、合理的な手段といえれば合憲と考える。

70 (2) 次に、目的について、国の反論にあるように、客観的な問題である  
71 といえる。そして、現代では実際に都市部で保育所が足りなくなるとい  
72 った事態が起きている等、社会保障制度や保育等のサービスには限界がある  
73 から、これらを維持するために法を制定した目的は正当といえる。

74 また、手段について、甲が主張する約1年という期間は、一般的に育休  
75 が1年と考えられていることから合理性はある。しかし、普通、子ども  
76 ができれば、その子の世話のために時間を短縮した勤務を望むようになる  
77 ことが多い。これ自体はむしろ推進されるべきではあるが、労働力不足解  
78 消のため、例外的に滞在要件を緩めた本件での特定労務外国人について、  
79 このような扱いをすることは合理的ではない。また、法4条4項但書は更  
80 新を定めているから、仮に熟練労働者であれば、妊娠・出産をさせてもそ  
81 の後の労働力確保のため有益であるといえる。しかし、本件では非熟練勞  
82 働者が対象となっているから、妊娠・出産を認める合理性がない。さらに、  
83 外国人については、収容し強制出国させるしか目的達成のための手段がな  
84 い。そのため、合理的な手段といえる。

85 以上により、法15条8号は合憲である。

86

## 87 3、憲法31条についての国の反論

88 法は、19条1項により審査官による事後審査を定めている。そのため、  
89 身体拘束者とは別の立場の者の審査がある。

90 また、法は15条で収容要件を限定し、収容後にも弁解を録取し、時間  
91 制限も定めるなど一定の手続保障を与えている。

92 さらに、外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属するから、

コメント [K13]: なるべくかみあうように意識した。

コメント [K14]: 議論をかみ合わせるために書いた。厳密には問題文にないなと思ったが、まあたぶん肉体労働だろうと思った。

コメント [K15]: こちらもかみ合っている感を出すためにひねりだした。

コメント [K16]: わざわざ入管法より緩くしている問題文にあったので、入管法は使おうと思った。

コメント [K17]: 制約のところでした話と被るかなと思ったが、まあいいかと思って書いた。

コメント [K18]: これも、わざわざ非熟練と書いてあったので、触れようと思って書いた。

コメント [K19]: 代替手段の有無を考えた。

コメント [K20]: 審査官と警備官がいるので、それは書こうと思った。

コメント [K21]: 誘導そのまま

コメント [K22]: これは意味がよくわからなかったが一応書いた。

93 このような措置も認められる。

94 4、私見

95 まず、国の反論にあるように、審査官による事後審査はあるが、審査官  
96 も行政官であるから、裁判官のような公正中立な立場にある者の審査では  
97 ない。もっとも、審査官は、外国人の出入国等の業務に10年以上従事し  
98 た経歴があり、一定の試験に合格した者から任用するとされており、一定  
99 の能力が担保されている。そして、このような出入国等の業務は国家の主  
100 権的判断に属し、専門技術的判断が求められるから、裁判官による判断よ  
101 りもむしろ実質的な判断が期待できる。また、法5条5号では禁止事項を  
102 行わないとの誓約書の提出を求めており、禁止事項を行えば収容されるこ  
103 とを特定労務外国人は認識していると考えられる。さらに、外国人は戸籍  
104 等を有していないから、逃亡すると発見が困難であるため、事前審査では  
105 なく事後審査によることにも合理性がある。したがって、憲法33条と同  
106 等の手続保障があったといえ、合憲である。

107

108 <総合コメント>

109 当初は私見に45分当てようと思っていたが、ずれ込んだ。

110 新制度の概要を読んだ時点では、どう構成すればいいか見当もつかなか  
111 ったが、次のページに明らかな誘導があったので、それを法的に構成して  
112 書いた。法令違憲では、条文を読み込んで条文に基づいて意見を組み立て  
113 ると説得力が増すので、それを意識して書いた。

114

115 <時間配分>

116 構成35分 設問1 45分 設問2 40分

117

118 <使用した参考書・問題集>

119 TAC 条解テキスト

120 憲法ガール

コメント [k23]: わざわざ行政官と問題文にあるので、触れた。

コメント [k24]: 行政法の裁量論をイメージして書いた。行政法では、こういう国境系は裁量をかなり広く認めており審査密度低いというざっくりした知識を活用した。

コメント [k25]: 法に書いてあったので触れた

コメント [k26]: 刑訴の捜査分野をイメージして考えた。

公法系第1問 ②

1 第1 設問1

2 1 特定労務外国人女性（以下「外人女性」とする）が日本に滞在中に妊  
3 娠する自由を有しており、法が15条8号に該当する外人女性を、収容（法  
4 18条、19条）強制出国（23条）することは、上記自由を侵害し、13条後  
5 段に反し違憲となると主張する。

6 2（1） 憲法13条後段は個人の人格形成に不可欠な権利を保障し、それ  
7 に資する自己決定権も、同条で保障されている。

8 **本問**では外人女性は、生物学上女性である以上、いつどこで子どもを妊  
9 娠し、出産する決定権有している。そして、子供を妊娠出産することは、  
10 女性としての人生に関わる事柄なので、女性としての人格形成に資するも  
11 ののである。これは外人女性であっても、その者が女性である以上、当然有  
12 する自由である。したがって、上記自由は13条後段で保障される。

13 （2）そして、特定外人が日本で妊娠出産すると、法15号8号に該当し、  
14 法18条で収容され、法19条で審査され、23条で強制出国執行されるので、  
15 上記自由に対する制約が認められる。

16 **3**（1）女性とは本来、男性と異なり子供を妊娠出産することが可能であり、  
17 子ども育てることが女性人生の一つの重要な事項である。そのため、女性  
18 たる外人女性が妊娠することは、自己の人格形成に大きく関わるものであ  
19 り、妊娠出産する自由は、特定外人の自己決定権として重要な権利である。

20 （2）法15条8号に該当すると、法18条で収容され、法19条1項2項で  
21 審査官による審査がある。もっとも、19条2項は警備官の判断で収容され  
22 た外人女性への放免の例外事由なく、強制執行することになる。そのため、  
23 特定外人の妊娠が発覚すると、例外なく強制出国されるため、自己決定権  
24 に対する規制強度は強いといえる。

25 （3）したがって、厳格審査基準、すなわち、（i）目的が必要不可欠であ  
26 り、（ii）目的に対する規制手段が必要最小限度である場合、法は合憲であ  
27 ると考える。

28 4（1）本問では、目的は外国人の日本における長期滞在を防止し、外国  
29 人被扶養者の増加による社会保障制度を困ることで、日本の国民生活の安  
30 定及び社会経済の発展を図ることを目的とする（法1条）。この目的は、欧  
31 米諸国で移民を多く受け入れた結果、社会的・政治的な軋轢が生じたこと  
32 もあり、わが国でも同様のことが起こり得る以上、日本の発展をはかるた  
33 めに、必要不可欠な目的といえる。

34 （2）妊娠出産した者が、日本に長期滞在するか否かは、その人の意思で  
35 決定される事項であるので、妊娠出産が直ちに外人女性の長期滞在に繋が  
36 らない。また、妊娠出産し、長期滞在することが直ちに日本の生活の安心  
37 を乱す根拠がない。そのため目的に対して手段との関連性がない。また、  
38 妊娠した者の滞在期間の意思を確認して、出産後にその期間経過後に出国  
39 させることで、長期滞在防止という目的を達成できる。この手段は、法に  
40 よる手段よりも外人女性の自由を尊重した手段であり、目的に対してより  
41 制限的でない他の採り得る手段といえる。そのため、法は手段としての必  
42 要性に欠ける。

43 さらに、社会保障制度の影響について、特定外人に社会サービスを提供  
44 しないなどの手段を採ることで、社会保障の財源の減少を防止できる。当  
45 該手段は、法的手段よりも外人女性の意思を尊重するものであり、より制  
46 限的でない他の採り得る手段といえる。そのため、法的手段の必要性に欠

**コメント [N27]:** 二年連続で13条の問題であり、少し悩んだ。

**コメント [N28]:** 終わったあと、外国人の人権保障のことを一言書くべきであったと思った。まあそんな点数はないだろうと考えた。

**コメント [N29]:** 作戦として、憲法は原告をしつかり書くことを意識していたため厚く書いた。

47 ける。

48 したがって、規制手段が法の目的に対して必要最小限度といえない。

49 5 よって、法は憲法13条後段に反し、違憲である。

## 50 第2 設問2

51 1 (1) 規制強度に対する国の反論

52 妊娠し、その後出産することは、日本から強制出国した後に行うことが  
53 できる。そして、法が入管法に比して緩やかな要件で入国を認めている以  
54 上、出国後に日本に入国し、再び外人女性として労働できる。そのため、  
55 上記自由に対する規制強度は強いとはいえない。

56 (2) 私見

57 女性にとって、妊娠相手の男性の立会いのもと出産をし、子育てするこ  
58 とが女性としての人生で多くない貴重な行為である。そのため、日本国で  
59 妊娠出産し、その後子育てすることも外人女性の重要な自己決定権であり、  
60 この権利を一切認めない規制する法は規制強度が大きいといえる。

61 また、法4条1項5号該当性により、一度15条1項8号で強制出国させ  
62 られた外人女性は、法の仕組み上、再び日本国に入国することが困難なの  
63 で、上記反論の根拠は合理的でない。そのため、法は規制強度が大きいと  
64 いう。

65 したがって、私見では原告と同様の基準を採用する。

66 2 (1) ア反論

67 外人女性の意思次第で日本に長期滞在すると主張するも、子どもを生ん  
68 だ女性は妊娠相手と共同生活を希望するのが一般的に考えられ、長期滞在  
69 の意思は確認後に変化する恐れがある。

70 イ 私見

71 しかし、女性の妊娠から出産まで約10か月ほどであり、法4条4項から  
72 外人女性は3年で認証の効力を失う。そのため、外人女性は3年を超えて  
73 滞在するという長期滞在が考えられない。したがって、反論の根拠は妥当  
74 しない。

75 (2) ア反論

76 外人女性の長期滞在を確認し、期間決定すべきとの原告の主張に対して、  
77 法の規定で一定の試験を合格した審査官(法19条1項2項)による審査が  
78 ある以上、強制出国の手續保障があり、外人女性の意思の確認はある程度  
79 担保されていると反論しうる。

80 イ 私見

81 これに対して、法は司法に属する裁判官の令状なく、強制執行され、手續  
82 保障の点で外人女性への意思の配慮に欠ける。そして、審査官とは言え、  
83 警備官と同じ行政府という立場の人間であり、国家の恣意的な判断により  
84 強制出国されうるといえるので、外人女性の意思に対して手續保障がある  
85 とはいいがたい。

86 したがって、法的手段は手段の必要として過剰であり、原告の他の採り  
87 得る手段が存在する以上、手段の必要性に書ける。

88 (3) ア 反論

89 社会保障制度について、特定外人の妊娠相手が日本人だと、国籍法上、  
90 その子は日本国籍を有し、子どもに対して社会サービスを提供することにな  
91 る。そのため、原告の他の採り得る手段によって目的を達成できない。

92 イ 私見

コメント [N30]: 本問では、気づいた反論が多かった。ただ、反論を多く上げると、確実に時間切れになり書ききれないと感じたため、取捨選択した。

コメント [N31]: 目的審査ではあえて争わなかった。

93 日本人が夫である以上、夫が社会保障費を負担しているといえ、子ども  
94 に社会サービスをするのはやむを得ない。財源支出防止には、原告の手段  
95 によってある程度額の減少を防ぐことができる。

96 3 よって、違憲である。

97 以上

98

99

100 <時間配分>

101 構成45分

102 起案75分

103 5.2枚

104

105 <総合コメント>

106 考えたことない問題だったからなるべく事情を拾うこと、法令の条文を使  
107 うことを意識したが、問題文1頁の令状の有無とかあんまりうまく使えな  
108 かった。権利設定と権利の重要性の書き方がいまいちわからなかった。原  
109 告と被告の議論かみあってないかも。解き終わった後も憲法は良くわから  
110 ないなと考えていた。

111

112 <使用した参考書・問題集>

113 芦部憲法

114 過去問

公法系第2問 ①

設問1

(1) について

1、Xらが、Y市を被告として、本件フェンスを撤去させるための抗告訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」とする）3条1項）として最も適切と考えられる訴えとしては、直接型義務付けの訴え（行訴法3条6項1号）が考えられる。

2、では、訴訟要件を満たすか。以下検討する。

(1) まず、本件フェンスを撤去させることは、「道路に存する…物件」の「除却」にあたり、道路管理者の監督処分（法71条1項柱書）として裁判所が特定することが可能といえるから、「一定の処分」（行訴法3条6項1号）にあたる。

(2) 次に、原告適格が認められるか。

ア、まず、「法律上の利益を有する者」（行訴法37条の2第3項）とは、自己の権利または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おそれのある者をいう。そして、当該処分を定めた根拠法規が、不特定多数の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護する趣旨を含むと解される場合には、ここにいう利益も法律上保護された利益にあたると思われる。この判断は行訴法9条2項に沿って行う（行訴法37条の2第4項）。

イ、本件で、まず、Xらが主張する利益は、交通に支障を及ぼす虞のある物件の除却を求める利益である。

そして、処分の根拠法規たる法71条1項柱書は、道路に存する工作物その他の物件の除却を命ずることができると定め、法43条2項は、何人も交通に支障を及ぼす虞のある行為をしてはならないと定めている。そのため、法は、上記利益を一般的公益として保護していると解される。

そのうえで、法9条は路線認定の場合に必要な事項の公示義務を定め、法18条1項は道路の区域の決定時に公示義務を定め、同2項は道路の供用開始時に公示義務を定めている。そして、公示によって内容を知ることになるのはその地域の住民である。したがって、その地域の住民であって、道路の使用時にその物件によって交通に支障を及ぼす虞が具体的に認められる者については、法は、上記利益を個別的利益としても保護しているといえる。

では、Xらはその範囲にふくまれるか。

本件で、Xらは本件土地上の住宅に居住している。そして、本件土地は本件市道と東側で接している。また、C小学校は、災害時の避難場所として指定されており、Xらとしては、災害時にC小学校に行くための緊急避難路として、本件市道を利用する予定である。本件市道を通ると、C小学校までの距離は約400メートル短くなるどころ、災害時においては一分一秒の差で生命・身体に重大な影響を及ぼす。それにもかかわらず、本件フェンスが存在すると、一般通行者が本件市道に立ち入れなくなり、本件市道を通ることが不可能になるから、Xらの生命・身体に重大な影響を及ぼす。そのため、交通に支障を及ぼす虞が具体的に認められるといえる。したがって、Xらは上記範囲に含まれるといえる。

ウ、以上により、Xらは「法律上の利益を有する者」といえ、原告適格が認められる。

(3) では、「重大な損害を生ずるおそれ」はあるか（行訴法37条の2第

コメント [k32]: 過去問の指示通り。

コメント [k33]: 原告適格の書き方は、事前に短くすることも考えたが、そこまで時間短縮にもならないのでいつもフルで書いている。

コメント [k34]: このあたりは正しいか不明。典型的な原告適格の問題とは規定ぶりが異なり明確な規定がなく、解答に自信が持てなくてわりと時間を使ってしまった。

コメント [k35]: X1とX2を分けることも考えたが、通学では緊急性がなく生命身体につなげられないと思ったのと（交通事故の事情は見落とす）、時間がなかったため、まとめて緊急避難路だけにした。



47 1項、2項。

48 本件で、上述のとおり、本件フェンスによって災害時にXらの生命・身  
49 体に損害を生ずるおそれがあるといえる。また、生命・身体は金銭賠償に  
50 よって回復できる性質のものではない。これに対し、本件フェンスを撤去  
51 することは容易である。また、金銭賠償によって回復できる性質のもので  
52 ある。さらに、原動機付自転車を本件市道に入れさせないためには、反射  
53 パネルのついたカラーコーンを設置する等の手段によることもできる。以  
54 上より、「重大な損害を生ずるおそれ」があるといえる。

55 (4)「他に適当な方法がない」といえるか(行訴法37条の2第1項)。

56 本件では、本件フェンスを撤去するため、設置者Aに対する民事訴訟の  
57 提起も考えられる。そして、判例上、排除請求を認めたものがあり、その  
58 事案としては、村道を利用している者が村道上に建物を建築するなどして  
59 いる者に対して通行妨害の排除を求めたものであるから、本件事案も同様  
60 に請求が認められると考えられる。また、行訴法38条1項は第三者効を  
61 定めた同32条1項を準用していないから、民事訴訟との差異は要件や主  
62 張立証責任の問題だけと考えられる。そのため、「他に適当な方法がない」  
63 とはいえない。

64 (5)以上により、補充性を満たさないから、訴訟要件を満たさない。

65 (2)について

66 1、法43条2号違反の判断について

67 まず、法43条柱書は「何人も…してはならない」と定めているから、  
68 市町村長に要件該当性判断の裁量を認めない趣旨であると考えられる。そ  
69 して、本件フェンスが「物件」にあたることは明らかである。したがって、  
70 Y市長が本件フェンスの設置が法43条2号に違反していないとの判断は、  
71 裁量がないのに裁量に基づく行為をしたといえ、違法である。

72 2、監督処分 of 措置を執らないことについて

73 まず、法71条1項柱書は、「できる」との定めをしているし、処分にあ  
74 たっては専門技術的判断が必要になるから、市長の裁量を認めざるをえな  
75 い。そこで、その内容が社会通念上著しく不合理と認められる場合、裁量  
76 の逸脱・濫用(行訴法30条参照)として違法となると考える。

77 本件で、Y市長が監督処分 of 措置を執らなかった理由は、①本件市道上  
78 で園児と原動機付自転車との接触事故が発生しており、それを予防する必  
79 要があること、②本件市道の利用が乏しいこと、③いずれ路線の廃止が見  
80 込まれることにある。しかし、上述のとおり、原動機付自転車を本件市道  
81 に入れさせないためには、反射パネルのついたカラーコーンを設置する等  
82 の手段によることもできる。また、上述のとおり、本件市道はXらが災害  
83 時の緊急避難路として利用する予定である。そのため、監督処分 of 措置を  
84 執るべきであった。したがって、その内容が社会通念上著しく不合理と認  
85 められるといえ、裁量の逸脱・濫用(行訴法30条参照)として違法であ  
86 る。

87 設問2

88 (1)について

89 1、取消訴訟の対象となる「処分」(行訴法3条2項)とは、公権力の主体  
90 たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接国民の権  
91 利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているも  
92 のをいう。

コメント [k36]: 代替手段をひねり出した。

コメント [k37]: ここは余計だったかもし  
れない。

コメント [k38]: これはよくわかっていない。

コメント [k39]: 正しいか不明

コメント [k40]: なぜか①と②を逆に書いた。  
そのまま(ア)とか写せばよかった

93 2、本件で、市町村道は路線の認定(法9条)、そして道路の区域の決定(法  
94 18条1項)という過程を経て、供用が開始(同条2項)される。また、  
95 路線の廃止は、道路自体の消滅を意味するものであって、これにより、当  
96 該路線について定められていた道路の区域や、当該道路についてされてい  
97 た供用行為も自動的に消滅することになると理解されている。さらに、法  
98 は、私人が所有する敷地が道路の区域とされる場合がありうることを前提  
99 とした規定を置いている(法91条1項、2項)。そのため、道路の区域の  
100 決定及び供用の開始は、道路敷地の所有者たるY市を、道路の所有権を失  
101 わせるという法的地位に立たせることになる。加えて、道路の通行者を、  
102 他人所有の土地を通行できなくなるという法的地位に立たせることになる。  
103 したがって、「直接国民の権利義務を形成」といえる。

コメント [k41]: このあたりは誘導に条文をくっつけただけ。

104 また、路線の廃止は、法10条1項に基づいて、市長により一方的に行  
105 われるものだから、「公権力の主体たる…公共団体が行う行為」であって、  
106 「法律上認められている」といえる。

コメント [k42]: よくわからずに書いている

107 以上により、「処分」にあたる。

108 (2)について

コメント [k43]: 5分しかなかったもので、少しでも加点されるよう、構成段階で思いついていたことを書いた。

109 1、本件では、上述のとおりXらの個別的利益が法によって保護されてい  
110 る。そして、X2が本件市道を通学路に利用しておりその機能が失われてい  
111 ない以上、路線の廃止は許されないから、違法である。

112 2、本件では、Y市長は利害関係のあるAに対してのみ行った聞き取り調  
113 査に専ら依拠してA以外の利用は乏しいとしている。しかし、実際にXら  
114 は緊急避難路として本件市道を利用する予定であるから、この調査は十分  
115 ではない。したがって違法である。

116 3、本件では、行政規則に過ぎない内部基準によってすべての土地の所有  
117 者の同意を要するとしているが、これは裁量基準となる。そして、Xらの  
118 同意なく違法。

コメント [k44]: 時間がなさ過ぎて辛かった。

119 <総合コメント>

120 傾向としては、H28に近いと思った。H28は学者不在の年における異常な  
121 問題だと感じていただけに、今年も同じくらいの量が出て面食らった。原  
122 告適格も処分性もあるので、それらをあっさりかいて、当初は設問2の(2)  
123 に20分は残したいと思っていた。しかし、結局設問1が終わった時点で  
124 20分しか残っておらず、設問2の(2)は5分しか残せなかった。あっ  
125 さり処理する方法をあまり意識していなかったことが敗因だと思う。

126

127 <時間配分>

128 構成 35分 設問1 65分 設問2 20分

129

130 <使用した参考書・問題集>

131 TAC 条解テキスト

132 基本行政法

133 行政法ガール

134 事例研究行政法

135 演習行政法(原田)

公法系第2問 ②

1 第1 設問1(1)

2 1 Xらは、Y市を被告として、YがAに対して本件フェンスの撤去を命  
3 じることの義務付けを求める直接型義務付け訴訟(行訴法3条6項1号)  
4 を提起することが最も適切であると考えられる。そこで、以下、その訴  
5 訟要件を満たすか否かにつき要件を規定する 37 条の2に照らして検討  
6 する。

7 2(1) 「一定の処分」(1項)

8 一定の処分といえるためには、裁判所が判断することが可能な程度  
9 に特定されている必要があると解される。

10 本件訴訟では、YがAに対して本件フェンスの撤去を命じることの  
11 義務付けを求めるものであるところ、その根拠は、道路法(以下、「法」  
12 という)71条1項であり、「工作物その他の物件」の「除却」を求め  
13 るものであることは、裁判所に判断可能である。したがって、一定の  
14 処分に当たる。

15 (2) 「重大な損害」(1項・2項)

16 重大な損害の判断においては、2項に挙げられた事由を考慮して、  
17 損害につき金銭賠償が可能かどうか、可能であるとしてもそれが社会  
18 通念上相当であるかどうかにより判断すべきであると解する。

19 本件で、本件フェンスが存在することにより、X2は、C小学校へ  
20 の通学路としてB通りを利用せざるを得ない状況となっている。B通  
21 りは、本件市道に比べて、C小学校までの距離が400メートル遠回り  
22 であり、かつ、自動車の交通量も多いため、X2が交通事故にあう危  
23 険性が本件市道を通学路とする場合に比べて相当程度高まるといえる。  
24 そして、一度交通事故にあえば、その生命・身体に回復不可能な損害  
25 が生じる可能性があるから、その損害は、金銭賠償が社会通念上相当  
26 でないものといえることができる。したがって、重大な損害も認められ  
27 ると考える。

28 (3) 「損害を避けるため他に適当な方法がない」(1項・補充性)

29 補充性は、義務付け訴訟の他に法が特に適当な方法を規定している  
30 場合に限り、否定されると解する。

31 昭和39年判決によれば、XはAに対して民法上不法行為を理由とし  
32 て直接妨害の排除を請求することができるため、補充性が否定される  
33 とも思える。

34 しかし、これは、判例の解釈上認められた方法であり、法が特に規  
35 定した方法ではない。したがって、補充性は認められると考える。

36 (4) 原告適格(3項・4項)

37 法律上の利益を有する者とは、当該処分がなされないことにより、  
38 自己の権利又は法律上保護された利益が侵害され又は必然的に侵害さ  
39 れるおそれがある者をいうと解する。そして、法律上保護された利益  
40 には、当該処分の根拠法令が、国民の具体的利益を一般公益として吸  
41 収解消させるとどめず、個々人の個別的利益としてもこれを保障す  
42 る趣旨である場合の当該利益をいうと解する。この判断では、9条2  
43 項に挙げられた事由を考慮する(4項)。

44 除却処分の根拠規定は71条1項であるところ、この処分は、道路上  
45 の「物件により生ずべき損害を予防する」ことが予定されていること  
46 から、国民の生命・身体を保護する趣旨が認められるといえる。そし

コメント[A245]: ときどきしながら訴訟選択  
をして、配点が大きいからできるだけきちんと  
書こうと思った。

コメント[A246]: 原告適格が書きづらかった。  
でも、肯定したかった。

47 て、適切に除却処分がなされなければ、当該道路の付近に居住する特  
48 定範囲の住民の生命・身体に危険が生じることになるため、これらの  
49 者の利益を個々人の個別的利益としても保護する趣旨であるとする。  
50 したがって、Xらに原告適格が認められる。

51 3 以上より、Xが提起する本件訴訟は、訴訟要件を満たすと考える。

## 52 第2 設問1(2)

53 1 Xとしては、本件市道に本件フェンスを置くことは、「その他道路の…  
54 交通に支障を及ぼす虞のある行為」(43条2号)にあたり、これは同法  
55 で禁止される行為である(同条柱書)から、71条1項1号の要件を満た  
56 すと主張することが考えられる。

57 そして、「道路」とは、「一般交通の用に供する道」(2条1項)である  
58 ところ、本件フェンスの設置により、Xらは、本件市道を通行できなく  
59 なっている。したがって、本件フェンスの設置は、「その他道路の…交通  
60 に支障を及ぼす虞のある行為」にあたるべきである。

61 2 もっとも、71条1項は、「できる」と規定していることから、除却処  
62 分をするか否かは、道路管理者であるY市(16条1項)の裁量行為であ  
63 り、当該処分をしなくても必ずしも違法とならないとも考えられる。

64 しかし、当該処分は、道路の交通における国民の生命・身体の安全を  
65 保護するという消極目的のものである。したがって、Yの裁量の幅は極  
66 めて小さいと解するべきであり、「できる」という文言も、処分をしても  
67 しなくてもよいという意味での裁量を認める趣旨ではなく、権限の行使  
68 を認める趣旨と捉えるべきであると解する。

69 したがって、Yが本件処分をしないことは違法であるとする。

## 70 第3 設問2(1)

71 1 「処分」(行訴法3条2項)とは、公権力の主体たる国または公共団体  
72 の行為のうち、これにより、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲  
73 を確定することが法律上認められているものをいうと解する。

74 2(1) 本件市道の路線の廃止は、道路法10条1項を根拠とするものであり、  
75 法の優位に基づき一方的に行うものであるから、公権力性は認められ  
76 る。

77 (2) もっとも、本件市道の道路敷地の所有者はY市自身であるから、本  
78 件廃止は、直接国民の権利義務に影響を与えるものではないとも考え  
79 られる。

80 しかし、道路法は、私人が所有する敷地が道路の区域とされる場合  
81 があることを前提とした規定を置いている。そうすると、本件のよう  
82 に偶然、敷地所有者が市であることがあっても、処分の一般的性  
83 質としては、国民の権利義務に直接影響を与えるものと考えらるべき  
84 ある。

85 また、本件市道の付近の住民は、日々継続的に本件市道を通行して  
86 いるのであるから、路線廃止により、このような特定範囲の住民の通  
87 行に支障が生じるため、直接具体的法効果性も認められるといえる。

88 3 したがって、本件路線の廃止は、処分にあたるものとする。

## 89 第4 設問2(2)

90 1 まず、路線の廃止は、「一般交通の用に供する必要がなくなった」(10  
91 条1項)場合に認められるものである。しかし、現在までもX2らが本  
92 件市道を通学路として利用しているものであるから、本件市道の機能は失

コメント [A247]: 自信がないが、これくらいしか思い  
浮かばなかった。

コメント [A248]: 正直よくわからなかった。定義しか  
自信持てかけていない。

コメント [A249]: 設問1(2)と設問2(1)で悩んだしわ寄  
せがこちらにかなり来てしまった。比較的書きやすい  
ところだと思うのでみんな書いてくるはずで、痛い。

93 われておらず、「必要がなくなつた」とはいえないないと考えるべきであ  
94 る。

95 2 また、Yは、Aに対してのみ聞き取り調査をしており、Xらの意見を  
96 聴いていない。そうすると、路線廃止が技術的総合的判断に基づく裁量  
97 行為であり、サイト上の内部基準が裁量基準であるとしても、Yは、本  
98 件市道の利用者という道路の利用に最も利害関係を有するXの意見とい  
99 う考慮すべき事情を考慮することなく、本件廃止を行っている。

100 したがって、本件廃止は、裁量権の逸脱・濫用として違法(30条)と  
101 なる。

102 以上

103 <総合コメント>

104 設問1(1)を慎重に書きすぎた。ただ、どう評価されるか分からない以上、  
105 もう少しバランスよく書かなければならなかった。

106 去年よりも、問題文が短かったため、すこし取り組みやすかった。

107

108 <使用した参考書・問題集>

109 ・中原茂樹「基本行政法」

民事系第1問 ①

設問1

1 Cは、甲1部分につき、賃借権を時効取得(民法(以下略)163条、162条2項)したとして、正当な占有権原を有すると反論する。

2 賃借権の時効取得が認められるためには、①「所有権以外の財産権」、  
3 ②「自己のためにする意思をもって」、③「平穩に、かつ、公然と」、④「善意であり、かつ、過失がないこと」、⑤「10年間」「占有」することが必要となる。このうち、②は、188条により推定され、③と④の善意は、186  
4 条1項により推定され、⑤は、同条2項により、占有の開始時と現時点での占有を証明すれば、その間も占有が継続していたことが推定される。そ  
5 ことで、①、④の無過失及び⑤の前後の占有にしぼって以下検討する。

6 (1) 賃借権が「所有権以外の財産権」にあたるか。

7 ア 時効制度の趣旨は、継続的事実状態の承認にあるが、土地所有者  
8 の時効中断の機会を保障する必要もある。

9 そこで、土地の継続的用益という外形的事実と賃借意思の客観的  
10 表明が認められる場合、賃借権も「所有権以外の財産権」にあたる。

11 イ 本件では、平成17年6月1日から工事を開始し、平成18年2月  
12 15日に工事が終了したことで、乙土地と甲1部分の上に建築された  
13 建物を所有し、甲2部分を当該建物のための駐車場として利用して  
14 いることから、土地の継続的用益という外形的事実が認められる。  
15 また、CはAとの間で本件土地賃貸借契約を締結し、かかる契約に  
16 基づきAが指定する銀行口座に毎月賃料を支払っていることから、  
17 賃借意思の客観的表明が認められる。

18 ウ したがって、本件における賃借権も「所有権以外の財産権」にあ  
19 たる。

20 (2) Cは、本件土地の測量を行い、その面積が乙土地の登記簿に記載さ  
21 れている地積とほぼ合致することを確認していることから、甲1部分  
22 が乙土地の一部であることを気付くことは困難であったといえ、甲1  
23 部分が乙土地に含まれていないことについて無過失である事が認めら  
24 れる。

25 (3) Cは、甲1部分を10年間占有しているといえるか。Bから明渡請求  
26 を受けた平成27年4月20日から10年間を計算すると、本件工事が始  
27 まっておらず、また、工事が完了した平成18年2月15日を起算点と  
28 すると、10年経過していないことになるため、甲1部分を10年間占  
29 有したとはいえないように思えるため問題となる。

30 ア 時効制度の趣旨は、継続的事実状態の承認にあるが、土地所有者  
31 の時効中断の機会を保障する必要もある。

32 そこで、占有者が占有意思に基づいて占有を開始した時点で、土  
33 地所有者において時効中断の機会が客観的に可能であった場合は、  
34 かかる時点を時効取得の起算点とする。

35 イ 本件では、確かに、平成17年4月19日以前は、本件土地は全く  
36 利用されていないことから、Bにおいて、時効中断の機会が保障さ  
37 れていたとはいえず、Cはこの時点では、占有を開始したとはいえ  
38 ないとも思える。

39 しかし、Aが本件土地の外周に柵を立てたのは平成14年4月1日  
40 のことである。この時点で、Bにおいては、甲土地をAに侵害され  
41 ていることが客観的に明らかとなったといえ、この時点で時効中断

コメント[Wユ50]: 5月30日着手 同日脱稿

コメント[Wユ51]: 2,5枚

問題文に甲1部分を所有することを認めた上でであったので、賃借権の時効取得以外の構成が切れた。

コメント[Wユ52]: 細かく日時が書かれており、起算点によっては10年経過していないと気付いたので、どの時点が起算点なのかの検討は必須だと思った。

47 も機会は保障されていたといえる。そして、本件賃貸借契約は、平  
48 成16年9月25日に締結されている。かかる契約は、Cが建物所有  
49 目的で契約されていることから、Cに本件土地を占有する意思があ  
50 ることが窺える。同月25日、Cは建築業者との間で建物を建築する  
51 ことを目的とした請負契約を締結し、後は工事が始まるのを待つだ  
52 けの状態となったことから、少なくともこの時点で、占有意思に基  
53 づく占有を開始したといえる。工事が大幅に遅れたことは建築業者  
54 の都合であり、Cの賃借意思を否定する要素とはならない。

55 ウ したがって、平成16年9月25日が時効取得の起算点となり、平  
56 成16年9月25日を経過したことで10年間の占有が認められる。

57 3 よって、Cは本件土地につき賃借権を時効取得したことが認められる  
58 ため、Cの反論は認められる。

### 59 設問2

60 1 Aは、①Cが丙土地をDに転貸したこと及び②CがDに甲2土地を駐車  
61 場として使用させていること が無断転貸にあたるとして、612条2項に基  
62 づき、本件土地賃貸借契約を解除することが考えられる。

63 2 ①について

64 ①は、借地上の建物が賃貸された場合である。この場合「転貸」(612  
65 条1項)にあたるか。

66 (1) 612条の趣旨は、継続的契約関係が基本となる賃貸借契約では、信  
67 頼関係が重要であるから、賃借人が転貸した場合、かかる信頼関係を  
68 破壊された賃貸人を保護する点にある。

69 建物所有目的で土地の賃貸借契約を締結する場合、賃借人が借地上  
70 の建物を賃貸することは、取引通念上、通常のことであり、賃貸人も  
71 借地上の建物の賃貸があり得ることを想定して賃貸借契約を締結する  
72 のが通常である。そのため、信頼関係が破壊されたとはいえない。

73 そこで、借地上の建物の賃貸は、「転貸」にはあたらない。

74 (2) 本件でも、本件賃貸借契約に基づき建築された丙建物を賃貸するこ  
75 とは、「転貸」にはあたらない。

76 (3) したがって、Aは612条2項に基づく解除をすることができない。

77 ①事実は、法律上の意義を有しない。

78 3 ②について

79 (1) ②は、借地の賃貸であるから、「転貸」にあたる。そのため、原則と  
80 して、Aは612条2項に基づき本件賃貸借契約を解除することができ  
81 る。

82 (2) ア しかし、賃貸借契約は、生活の基盤となることが多いことから、  
83 あらゆる転貸が認められた場合、解除することができるとなると、賃  
84 借人の地位を不当に害しかねない。

85 612条の趣旨は、継続的契約関係が基本となる賃貸借契約では、信  
86 頼関係が重要であるから、賃借人が転貸した場合、かかる信頼関係を  
87 破壊された賃貸人を保護する点にある。

88 そこで、背信行為と認めるに足りない特段の事情がある場合は、例  
89 外的に、賃貸人は、契約を解除することができない。

90 イ 本件では、Cは丙建物を診療所として利用し、診療所の患者用駐  
91 車場として甲2部分を利用して利用していた。他方、Dも丙建物を診療所とし  
92 て利用し、診療所の患者用駐車上として甲2土地を使用している。そ

コメント [Wユ53]: 2, 0枚

コメント [Wユ54]: ①と②の違いがわかっていることが伝わることを意識した。

93 のため、利用態様は何ら変わらない。  
94 また、丙賃貸借契約締結の際、CとDは専らCの診療所の患者用駐  
95 車場として利用されてきた甲2土地について、以後は専らDの診療所  
96 の患者用駐車場として利用することを確認していることから、CにA  
97 を困らせようとする意図は窺えず、本件賃貸借契約の本旨を害するこ  
98 とのないよう図る意思が窺える。これらの事情を踏まえれば、背信行  
99 為と認めるに足りない特段の事情があるといえる。②の事実、特段  
100 の事情を基礎付ける評価根拠事実として法律上の意義を有する。  
101 ウ したがって、Aは、本件賃貸借契約を解除することができない。

### 設問3

103 1 Cは、丙建物につき適法な賃借権を有することから、占有権原が認め  
104 られるとの反論が考えられる。

105 2 対抗力ある不動産賃借権は、第三者に対して対抗することができる  
106 (605条)。

107 本件では、本件賃貸借契約の本件土地の賃借権登記は存在しない。

108 しかし、Cは丙土地の登記をしていることから、借地権を第三者に対  
109 抗することができる(借地借家法10条1項)。

110 したがって、Cには適法な占有権原が認められ、反論が認められる。

111 甲2部分に関しては転賃借がなされており、これにEが承諾しない場  
112 合であっても、裁判所による代諾を得ることで、Dの保護が図られる(借  
113 地借家法19条1項)。

114 以上

115

116 <総合コメント>

117 民法には苦手意識があったが、去年よりも解答筋が読みやすい問題でほっ  
118 とした。実力的に、中身で差をつけることが難しいので、問いに応えるこ  
119 とだけは遵守した。

120

121 <時間配分>

122 答案構成：40分

123 答案作成：80分

124

125 <使用した参考書・問題集>

126 旧司法試験過去問

127 事例で学ぶ民法演習

コメント[Wユ55]: 一度問題文を読んだときはどう使う  
か分からなかった事実だが、構成段階で意味がわかった。

コメント[Wユ56]: 1,3枚←後半は字が大きかったので  
枚数の割に書いている分量は多くない。  
和解の確定効の第三者への反映とかよくわからないこ  
とも考えたが、考えたこともないので筋書きだと思った。



民事系第1問 ②

1 第1 設問1について

2 1 Cは、Bの請求の棄却を求めるため、自己の甲1部分の賃借権の時効取  
3 得（民法（以下略）163条）を反論することが考えられる。

4 2(1) まず、賃借権が「所有権以外の財産権」（163条）といえるか。

5 (2) 確かに、債権は通常永続した事実状態を観念できない。しかし、賃  
6 借権は占有を不可欠の要素とし、永続した事実状態を観念できるし、  
7 地上権と同様に解することができる。

8 そこで、賃借権は「所有権以外の財産権」に当たる。

9 もっとも、相手方の時効中断の機会を確保すべく、①継続的用益と  
10 いう外形的事実が存在し、②賃借の意思が客観的に表現されているこ  
11 とが必要である。

12 (3) 本問では、確かに、本件工事が終了したのは、平成18年2月15日  
13 であるため、この時点から10年間経過していないため、①を充足しな  
14 いとも思える。

15 しかし、Aのフェンス設置していたことにより、AとBの賃貸契約が  
16 成立した平成16年10月1日の時点で引渡しを受けたことにより、時  
17 効中断の機会は確保できていたといえ、①をみताす。

18 また、Cは平成16年10月1日より、Aの銀行講座に賃料を振り込ん  
19 でいるから②をみताす。

20 したがって、賃借権は「所有権以外の財産権」に当たり、時効取得し  
21 得る。

22 3(1) 次に、Cは「所有の意思」をもって、「平穩」「公然」と他人の物を  
23 平成16年10月1日より甲1部分を10年間占有している。では、  
24 甲1部分がAの所有であるということに対し善意・無過失であったと  
25 いえるか。

26 (2) 本問では、Cは、本件土地がA所有のものであると思っているため  
27 善意といえる。

28 また、Cは、賃貸人として、本件土地がAに属するのかわ確認する義  
29 務を負っていた。その上で、Cは、乙土地の登記簿を閲覧した上で、A  
30 と共に本件土地の実地に調査をし、本件土地の東側・北側・西側の外  
31 周に柵があることを確認している。また、Cは本件土地の測量を行い、  
32 その面積が乙土地の登記簿に記載されている地積とほぼ合致すること  
33 を確認している。そのため、確認義務を果たしたといえる。

34 したがって、Cは善意・無過失といえる。

35 4 よって、Cの上記賃借権の時効取得の反論は認められる。

36 第2 設問2について

37 1 Aは本件土地の賃貸借契約を解除（620条）することができるか。

38 2 前提として、丙建物（乙土地及び甲1土地）と患者用駐車場（甲2土  
39 地）を別個に解すべきか、一体と解すべきかが問題となる。

40 この点について、解除制度の趣旨は、債務者を契約の拘束力から解放  
41 することにある。

42 そうだとすれば、一方を解除したときのみでは、契約の目的を達成で  
43 きないときには一体と考えるべきであると解する。

44 本問では、丙建物は診療所であり、甲2上の患者用駐車場は診療所と  
45 一体となっている。そうだとすれば、片方のみを解除しても契約目的を  
46 達することができないため、一体と解すべきである。

コメント [Wユ57]: 最初、時効の主張をすると気づいたが、日付を計算し間違え、時間があつた。

コメント [Wユ58]: ①を否定しようと考えていたが、主観的事情が問題文にあったため、①を肯定の方向で書いた。

コメント [Wユ59]: 主観事情を丁寧に拾った。

コメント [Wユ60]: 途中まで書いて、別々に書いた方が上手くいくことに気づいた。

47 3 そうだとして、Cは、Dに無断で本件土地を転貸(612条)している。  
48 そこで、上記解除が認められないか。  
49 (1) この点について、同2項で、解除ができるとされている趣旨は、賃貸  
50 借契約が継続的契約であるところ、通常無断転貸があった場合には、通  
51 常賃借人間の信頼関係が破壊されることにある。そうだとすれば、賃借  
52 人が信頼関係を破壊するに足りない特段の事情を証明すれば賃貸借契約  
53 は解除されないと解する。  
54 本問では、①Cが丙建物をDに賃貸し、診療所を営ませている。かか  
55 る事実は、賃貸借において建物を建ててそれを賃貸することは、予定さ  
56 れている。また、本問では、②Cが甲2土地を診療所の患者駐車場とし  
57 てDに使用させているが、土地に建物を建て、それを賃貸し一部を駐車  
58 場として利用することも予定されているといえることから、信頼関係を  
59 破壊するに足りない特段の事情がある。  
60 したがって、①、②の事情は、信頼関係を破壊するに足る特段の事情  
61 があるといえるが、そもそも、612条に該当しない場面であるから法  
62 律上の意義を有しない。

### 63 第3 設問3について

64 1 CはEの請求に対して、和解(695条)により、AC間の本件土地の  
65 賃貸借契約は解除されていないから、賃借権を対抗できる(借地借家法  
66 10条)と反論することが考えられる。  
67 2 和解の効力(696条)は原則として、当事者間に及ぶ。そのため、  
68 第三者であるEには当然に対抗できない。  
69 3 次に、EはAから本件売買契約により本件土地を買って、登記してい  
70 る。しかし、Cは、建物について登記しており駐車場も建物と一体であ  
71 ることから、借地借家法10条により対抗要件を備えている。  
72 したがって、賃借人の地位は移転していると考えられる。  
73 4 したがって、Cの上記反論は認められる。

74 以上

### 76 <総合コメント>

77 事案を冷静に分析することができなかった。賃貸借の勉強が不十分だった  
78 ので、猛省した。

### 80 <時間配分>

81 答案構成：35分

82 答案作成：85分

### 84 <使用した参考書・問題集>

- 85 ・民法の基礎2 物権 佐久間毅 有斐閣
- 86 ・新問題研究 要件事実 法曹界
- 87 ・改訂 紛争類型別の要件事実 法曹会
- 88 ・債権各論ⅠⅡ 第2版 潮見佳男著 新世社

コメント[Wユ61]: ①を端的に612条との要件との関係でみたくない。とすればよかった。

コメント[Wユ62]: 信頼関係の破壊かどうかで書いていたが、答案構成の位置づけが甘かったため、おかしな文章になってしまった。

コメント[Wユ63]: 時間がなくて、最後は短くなった。

民事系第2問 ①

1 第1、設問1

2 1、小問(1)

3 (1) AがDから事務所用建物を賃貸したこと、AがEとの間で  
4 雇用契約を締結したことは、いずれも甲社の設立に必要な  
5 から、これらに基づく費用は「設立に関する費用」(会社法(以  
6 下略)28条4号)にあたる。かかる費用については、28条柱  
7 書より、定款に記載した限度で成立後の会社がこれを支払う債  
8 務を負担する。本件で、公証人の認証を受けた甲社の定款には  
9 「設立費用については80万円以内とする。」との記載のみがな  
10 されているから、甲社は80万円を限度として、DEに対し債  
11 務を負担することになる。

12 (2) ここで、Dは60万円、Eは40万円の債権を有するから、  
13 合計額は100万円であり、これを甲社に請求する場合、80万円  
14 では支払いが不足する。この場合の甲社とDEの関係はどのよ  
15 うに調整されるか問題となる。

16 ア、ここで、DとE、いずれか先に請求した方に甲社は全額の  
17 支払いをし、後に請求した方は残債務額の中でのみ支払いを  
18 受けることができるとする考え方がある。しかし、これでは  
19 早い者勝ちを許すことになり、債権者間であまりにも不公平  
20 となる。

21 イ、そこで、会社は、会社が負担する債務額を限度として、債  
22 権者の債権額で按分した額についてのみ、各債権者に支払い  
23 義務を負うと考えるのが相当である。

24 ウ、本件では、Dは60万円、Eは40万円の債権を有している  
25 から、甲社としては、Dに対しては48万円、Eに対しては  
26 32万円の支払い義務を負うことになる。

27 (3) 以上より、甲社は、Dに対しては12万円、Eに対しては  
28 8万円を限度として、支払いを拒むことができると考える。

29 2、小問(2)

30 (1) AF間の本件購入契約の目的物たる本件機械は、甲社の成  
31 立を条件としてその引渡しを受けるものであるから、「株式会  
32 社の成立後に譲り受けることを約した財産」(28条2号)にあ  
33 たる。そして、本件購入契約の効力に関しては、28条柱書より、  
34 定款に記載されなければ無効となるところ、本件で、甲社の定  
35 款には、甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けること  
36 を約する契約については記載が無かったのであるから、無効と  
37 なる。また、これについては、会社財産の保護の観点から、成  
38 立後の会社が追認(民法116条1項本文類推適用)することは  
39 できないとするのが判例の立場である。

40 (2) 以上を踏まえて、甲社代表取締役Cとしては、以下の2  
41 つの方法が採り得るといえる。

42 ア、まず、本件機械を購入しても会社財産を損なうおそれがない  
43 ことを強調し、上記判例が及ばないとして、本件では甲社  
44 による追認を認めることができると主張する。

45 イ、また、本件機械は甲社の事業活動に不可欠である以上、50  
46 万円を支払うのはやむを得ないと考え、改めて、甲社とFと

コメント [t64]: 設立はみんな絶対にできないし、判例の立場もみんなあやふやのはず、との判断から、最後に回した。

コメント [t65]: これが判例だったか、立法者の立場だったか忘れたので、判例かどうか断言することは避けた。

コメント [t66]: こんなような論点が問題になった事案があったような気がする。もしかしたら判例かもしれないから、「考え方」という風にぼかし、仮に判例だった時にはその当否を論じている風を作出できる、というラッキーを狙った。

コメント [t67]: 弁護士の立場に立つから、判例もアピールしようと思った。この部分は択一で何度も問われた問題なので、自信を持って判例と断言できた(ただ設問上判例の見解を述べよとは問われていないけど(笑))。

47 の間で、本件機械の売買契約を締結する。

48 第2、設問2

49 1、本件決議取消しの訴え（831条1項）は認められるか。

50 （1）まず、Gは乙社株式を2000株有する「株主」であり、  
51 また、本件決議が平成28年6月20日になされたところ、現  
52 時点は同年7月20日だから「決議の日から三箇月以内」とい  
53 え、出訴期間も満たす。

54 （2）では、本件決議にはいかなる瑕疵があるか。

55 ア、KがHの代理人として本件総会に出席したことについて  
56 （ア）まず、乙社定款16条は、議決行使の代理人資格を乙社  
57 株主と限定しているところ、このような代理人資格の制限は  
58 310条本文に反しないか。

59 ここで、310条本文の趣旨は株主の権利行使の機会を保障  
60 するところにある。他方で、総会屋等から株主総会を守ると  
61 いう会社の利益保護を図る必要もある。そこで、代理人資格  
62 の制限は、合理的な理由に基づく相当程度の制限ならば許さ  
63 れると考える。

64 本件で、代理人資格を乙社の株主に限ったとしても、同じ  
65 乙社の株主である以上、株主総会を無用に荒らすことは考え  
66 にくいから、合理的な理由に基づく相当程度の制限にあたる。

67 （イ）次に、そうだとすると、本件では株主ではないKが株  
68 主総会に出席しているから、この点が上記定款違反とならな  
69 いか。

70 ここで、上述のように、乙社株主に代理人資格を制限した  
71 のは、乙社株主ならば株主総会の利益を損なう行為を行わな  
72 いと考えられたからである。そうだとすれば、仮に株主でな  
73 くても、株主総会の利益を損なわないだろうと認められる者  
74 による議決権行使は、議決権行使の機会保障の観点からも認  
75 めてしかるべきであると考ええる。

76 本件で、Kは株主ではないが、本件持株会の発足以来の会  
77 員であり、そうだとすれば、本件持株会所有の1200株につ  
78 き、積立口数に応じた持分を有するものである。そうだとす  
79 れば、乙社の株主総会の利益を損なうような行動をするとは  
80 考えにくい。よって、Kによる議決権行使は、上記定款にも  
81 反しない。

82 イ、本件株主総会にLの入場が認められなかったことにつ  
83 いて

84 （ア）乙社定款11条は基準日を毎年3月31日としていると  
85 ころ、LはIの死亡後も名義書換の請求を行わず、平成28  
86 年3月31日の時点では、乙社株主名簿に記載された株主は  
87 Iであった。そうだとすれば、Lは株主として扱われないと  
88 も思える。

89 （イ）しかし、Lは本件株主総会招集通知を受け取った翌日  
90 の平成28年6月3日に株主名簿の名義書換の請求をし、乙  
91 社は同日に株主名簿の書換えを行っている。また、株主総会  
92 における株主の議決権行使は、105条1項3号より、株主の

コメント [t68]: 配点は35点。分量としては1.8ページほど書いた。

コメント [t69]: 一番配点が大きく40点であること、831条の検討であり条文選択自体は典型的だから、まずはこの問題から書くことにした。2.2枚くらいを予定していた。

コメント [t70]: 初日、二日目と受けてきて、初めてここにきて、事前に用意していた論証を書くシーンが出てきたことに驚く。

コメント [t71]: 310条は二段階の検討が必要。ちゃんと書く。絶対みんなここは書くと思ったから。

コメント [t72]: 何条違反にするか迷った。結果、良くわからないまま、まとまりのない文章を書くことになった。

93 基本権として極めて重要であるから、その行使はできる限り  
94 認めなければならないと考える。そうだとすれば、基準日後  
95 だとしても乙社が名義書換えに応じている以上、Lを株主と  
96 して扱う必要があったと考えることができる。  
97 (ウ) よって、Lの入場を拒否したことは、株主の議決権行  
98 使の機会を奪うものであり、105条1項3号に反する法令違  
99 反がある。

100 ウ、Jが乙社を甲社の完全子会社にする本当の目的を説明し  
101 なかったことについて

102 ここで、代表「取締役」Jに「必要な説明」(314条本文)  
103 をする義務があったか検討するに、これは無かったといえる。  
104 なぜなら、314条本文は、その文言上、株主からの質問があ  
105 って初めて、必要な説明の義務が生じるのであって、株主か  
106 らの質問が無かった以上、かかる義務は生じないからである。

107 エ、以上より、上記イの点に法令違反の瑕疵がある。

108 (3) また、GがLに対する瑕疵を主張することはできると考え  
109 る。株主総会決議の瑕疵は株主共通の不利益となるからである。

110 2、以上より、本件決議の取消訴訟は認められる。なお、株主の  
111 議決権行使が認められなかったのは重大な瑕疵であるから、裁  
112 量棄却(831条2項)の余地はないと考える。

### 113 第3、設問3

114 1、まず、本件で、Lは、本件決議に先立ち、株式の併合に反対  
115 する旨を乙社に通知しているから、182条の4第2項1号の「反  
116 対株主」として、同条1項に基づき、乙社に対し、株式買取請  
117 求をすることになる。

118 2、その後、Lと乙社との間で協議が整ったとき(182条の5第1  
119 項)はその価格で、協議が整わなかったとき(182条の5第2  
120 項)は裁判所に価格決定の申立てをして決定された価格で、そ  
121 れぞれ、乙社がLの株式を買い取ることになる。

122 3、以上のようにして、Lの経済的利益が保護されることになる。

123

### 124 <総合コメント>

125 設問1が設立であること、設問2も831でありながら瑕疵が難しいこと、  
126 設問3に至っては株式の併合という一度も問われたことのない条文の運用  
127 が問われていることからして、去年のあまりにも簡単な商法とは打って変  
128 わって、阿鼻叫喚の戦いが繰り広げられることが容易に想定できた。そこ  
129 で、心を落ち着かせ、分かる範囲で簡潔に書くことに決め、淡々と処理し  
130 た。2日目のこの辺で、H28との傾向の大きすぎる変化(というか出題論  
131 点のマイナー度)に若干あきれてしまった。これが良い具合に緊張をほぐ  
132 してくれたのかもしれない。

### 133 <時間配分>

134 答案構成: 60分

135 答案作成: 59分(1分余り)

### 136 <使用した参考書・問題集>

137 法科大学院の授業

コメント [773]: 2.2ページくらい書いた。

コメント [774]: 二番目に書いたが、答案構成の  
時点で書くべきことがほんの少ししか思い浮  
かばなかったから、それだけ書いてさっさと終  
わらせようと考えていた。なので、5分くらい  
で書いた記憶。

コメント [775]: 再現していて気付いた。この条  
文、「かつ」以下で、株主総会で反対したこと  
まで要件にしている…完全に読み落としてい  
た。この部分の配点はゼロ点だ…。

コメント [776]: これ以外に何を書くのだろう  
か…?0.5枚くらい書いた。

コメント [777]: 2875文字。合計で4.5枚くらい  
でまとめた。

以上

民事系第2問 ②

1 第1 設問1

2 1 小問(1)

3 (1) まず、設立中の会社と成立後の会社は実質的には同一であるから、  
4 設立中の会社の実質的権利能力の範囲内かつ発起人の権限の  
5 範囲内で、設立中の会社の取得した権利義務は成立後の会社に当  
6 然に承継される。

7 ア そこで、設立中の会社の実質的権利能力及び発起人の権限の  
8 範囲が問題となる。

9 この点、会社成立後直ちに事業を開始することが望ましいので、  
10 設立中の会社の実質的権利能力の範囲には設立に必要な行為のみならず  
11 開業準備行為まで含まれる。

12 そして、発起人は設立中の会社の執行機関であるから、その  
13 権限の範囲も同様に解すべきである。もっとも、発起人はその  
14 権限濫用により会社財産を流出させるおそれがあることから、  
15 定款に記載・記録していることを要する(会社法(以下、法名  
16 略)28条4号)。

17 イ Dに対する賃料60万円及びEに対する報酬40万円は設立費  
18 用(28条4号)にあたることから、相対的記載事項であることから、  
19 定款に記載がない80万円を超える部分については、効力を生じ  
20 ないのが原則である。

21 (2) では、未払いの設立費用について、会社はその支払いを拒む  
22 ことができるか。

23 ア この点、判例は、定款記載の有効な範囲内でのみ会社に帰  
24 属し、その他は発起人個人に請求し得るにとどまるとして分  
25 属説を採っている。もっとも、このように解すると、かかる  
26 内部的事項を知り得ない取引の相手方に不測の損害を与え、  
27 取引の安全を害することになる。

28 したがって、定款の記載にかかわらず全額につき会社に請  
29 求可能で、無効な部分については事後的に会社が発起人に求  
30 償可能であると考ええる。

31 イ 本件について、会社はD及びEの総額100万円の請求を拒  
32 むことはできず、20万円の限度で発起人に求償できるとど  
33 まる。

34 2 小問(2)

35 甲社は、設立中に締結した本件購入契約が有効であると主張し  
36 て追加代金50万円を支払うことなくかかる従来の契約に基づき  
37 本件機械の引き渡しを請求することが考えられる。

38 (1) 本件購入契約は、財産引受け(28条2号)にあたることから、定  
39 款にはかかる記載がないため、かかる契約は無効となるのが原  
40 則である。

41 ア もっとも、かかる財産引受けを追認できないか。

42 この点、判例は、「効力は生じない」という文言から無効行  
43 為の追認を否定している。しかし、会社にとって有利な場合  
44 もあるし、無権代理類似といえる。

45 したがって、追認は認められる。

46 イ よって、追認によりかかる方法を採用することができる。

コメント [FW78]: このあたりの論議はあやふやで、書くのに時間がかかってしまいました。

47 (2) なお、かかる方法を採用するためには会社法所定の手続である定款  
48 への記載等が必要となる。

49 第2 設問2

50 Gとしては、831条1項に基づく総会決議取消の訴えを提起して、い  
51 かなる主張をすると考えられるか。

52 1 甲社が議決権行使した点

53 (1) 甲社は、本件決議により完全親会社になる者であるところ、他  
54 の株主とは異なる特殊な利益を得、又は不利益を免れる株主とい  
55 え、「特別の利害関係を有する者」(831条1項3号)にあたる。また、  
56 その結果、かかる決議が成立していることから、「著しく不当  
57 な決議がされた」といえる。

58 (2) よって、かかる瑕疵が認められる。

59 2 Lの入場を認めなかった点

60 (1) Lは、名義書き換え請求をしておらず、基準日株主にあたらな  
61 いため、株主であることを会社に対抗できないため、かかる取り  
62 扱ひも許される。

63 (2) したがって、この点は瑕疵に当たらない。

64 3 持株会員にすぎないKが議決権を代理行使した点

65 (1) 株主総会のかく乱のおそれから議決権を合理的に制約したもの  
66 として310条1項に反さず有効な定款16条に反するとも思える。

67 (2) しかし、理事は議決権行使権限を有し、その理事から代理権を  
68 授与されたKは総会ごとに議決権行使の意思を表明することがで  
69 き、実質的な株主といえる以上、同条に反しない。

70 第3 設問3

71 Lとしては、「反対株主」(182条の4第2項2号)にあたるとして、株式  
72 買取請求(同1項)をなしうるのではないか。

73 1 Lは、基準部株主に当たらず、株主であることを会社に対抗でき  
74 なかった以上、「議決権を行使することができない株主」にあたる。

75 2 したがって、かかる手段によりLは投下資本の回収を図ることが  
76 できる。

77 以上

78 <総合コメント>

79 論証や手続などの基本があやふやで、焦る部分が多かったです。その中で  
80 も、条文はできる限り拾って書くことを意識しました。

81

82 <時間配分>

83 答案構成：20分

84 答案作成：100分

コメント [FW79]: 事後設立の条文(467条1項5号)を挙げられなかったのはとても反省しています。

コメント [FW80]: 130条1項「譲渡」にのみ名義書換を要求しているところ、相続人は名義書換なくして株主たる地位を対抗できるとする見解もあるようです。

民事系第3問 ①

1 第1、設問1

2 1、本件訴訟において、裁判所は、『Yの代理人AとXとの間で契  
3 約が締結された』との事実（以下「本件事実」）を判決の基礎  
4 とできるか。

5 (1) 民事訴訟においては、判決に必要な事実や証拠の収集を当  
6 事者の責任とする建前である弁論主義が採用されており、その  
7 第1テーゼによると、裁判所は当事者の主張しない事実を判決  
8 の基礎としてはならない。ここでいう事実とは、当事者意思の  
9 尊重の観点から、法律効果の発生に必要な法律要件に該当する  
10 具体的事実たる主要事実に限るとする。

11 (2) 本件で、本件事実とは、民法99条1項の有権代理の法律  
12 要件に該当する主要事実であるが、かかる事実は両当事者が問  
13 題にしておらず、弁論に表れていない。そうだとすれば、当事  
14 者の主張しない事実にあたるから、これを裁判所がそのまま判  
15 決の基礎とすることは、弁論主義第1テーゼに反することにな  
16 る。

17 2、よって、裁判所は、本件事実を判決の基礎とすることはでき  
18 ない。

19 第2、設問2

20 1、小問(1)

21 (1) 本件の訴訟物について

22 まず、訴訟物とは、実体法上の権利と捉える。そうすると、本  
23 件の訴訟物は、『贈与契約に基づく目的物引渡請求権としての  
24 本件絵画引渡請求権 1個』となる。

25 (2) 処分権主義違反について

26 ア、処分権主義(246条)の下では、原告が訴訟物を特定し、  
27 裁判所はこれに拘束される。そうすると、本件の訴訟物であ  
28 る贈与契約に基づく請求に対し、売買契約に基づく請求を認  
29 めることは、訴訟物が異なるため、処分権主義に反すること  
30 になる。

31 イ、ところで、本件訴訟において、Xは『仮にこの取引が売買  
32 であり、本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても、そ  
33 の額は200万円にすぎない。』と主張している。これはすなわ  
34 ち、Xが、本件絵画について、売買契約が成立している可能  
35 性も考慮していることを示す。そうだとすれば、処分権主義  
36 違反を避けるためには、売買契約に基づく請求も本件訴訟の  
37 訴訟物として加える必要がある。

38 ウ、そこで、Xとしては、『売買契約に基づく目的物引渡請求  
39 権としての本件絵画引渡請求権 1個』を新たに提起し(133  
40 条)、これを上記の贈与に基づく請求と併合する旨裁判所に申  
41 立てる必要がある(136条1項、請求の客観的複数)。なお、  
42 Xは『仮に』と主張していることからすれば、併合形態は予  
43 備的併合とすべきである。

44 (3) 引換給付判決をするためにYが主張しなければならない事  
45 実について

46 ア、他方、Yの『本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額

コメント [t81]: 軽く書く。

コメント [t82]: 配点15点なのでこんなもので良いだろ  
う。0.7ページくらい。

コメント [t83]: なんとなく個数も書いた。このあとに  
併合なども書くつもりだったから。

コメント [t84]: このフレーズは、ローに民事実務を教  
えに来ていた、現役の東京地裁の裁判官の先生の口癖  
だった。

コメント [t85]: 問題文J1の『それぞれどのような申立  
てや主張が』という発言がヒントになっているな、と感  
じた。申立ては裁判所に対して何かをいうことをさす、  
ということの中野貞一郎先生の『民事裁判入門』でよ  
んでいたので、訴訟物の追加することにピンときた。

コメント [t86]: 訴えの追加的変更の方がよりの確だっ  
た。完全に失念していた。



47 は300万円である。』との事実の主張は、Xの贈与契約に基づ  
48 く請求に対しては、これと両立しない事実の主張であるから、  
49 理由付け否認となる。また、Xの売買契約に基づく請求に対  
50 しては、時価総額で売却した旨陳述していることからして、  
51 かかる請求と両立し、Xが主張立証責任を負うべき事実を認  
52 める旨の陳述といえるため、裁判上の「自白」(179条)とな  
53 る。

54 イ、ここで、引換給付判決は給付請求に対する一部認容判決で  
55 あり、本件でこれが認められるには、Yが同時履行の抗弁権  
56 (民法533条本文)を主張していることを要する。そして、  
57 この抗弁は権利抗弁であるから、弁論において、Yが『Xが  
58 本件絵画を引き渡すまで、代金額の支払いを拒絶する』旨の  
59 事実の主張をしなければならないと考える。

60 ウ、よって、Yは、かかる事実を主張しなければならない。

61 (4) 以上より、Xの上記申立てと、Yの上記主張があれば、裁  
62 判所は『Yは、Xから200万円の支払を受けるのと引換えに、  
63 Xに対し、本件絵画を引き渡せ。』との、引換給付判決をする  
64 ことが可能となる。

## 65 2、小問(2)

66 (1) 処分権主義の趣旨は、原告の意思を尊重し、被告の不意打  
67 ちを防ぐところにある。そうだとすれば、引換給付判決を認め  
68 るに際しても、かかる趣旨に反しない限度で、引換給付の代金  
69 額を認めて良いと考える。

70 (2) まず、時価相当額が220万円であると評価される場合につ  
71 いて考えるに、Xとしては、請求が棄却されるよりは、220万  
72 円を支払って本件絵画を手に入れる方がその合理的意思に合  
73 致するといえる。また、Yとしても、200万円から300万円  
74 の間で代金額を防御していたのだから、220万円はその範囲内  
75 であって、不意打ちにはならない。よって、支払代金額を220  
76 万円とする引換給付判決をすべきである。

77 (3) 次に、時価相当額が180万円であると評価される場合につ  
78 いて考えるに、Xの合理的意思については上述の通りであるが、  
79 Yは200万円から300万円の範囲で防御していたところ、その範  
80 囲外の額を認定されることになるから、不意打ちにあたる。そ  
81 うすると、請求棄却判決がなされるべきである。

## 82 第3、設問3

83 1、本件で、前訴判決において、代金支払義務の存在についても  
84 既判力が及ぶとすると、かかる義務の存在が後訴での基準とな  
85 るから、後訴におけるYの『XY間には本件絵画の贈与契約が  
86 成立した』との主張(以下「Y主張①」)は既判力に抵触し許  
87 されないことになる。また、前訴判決において、代金額にも既  
88 判力が及ぶとすると、これが後訴の基準となるから、後訴にお  
89 けるYの『代金額は150万円である』との主張(以下「Y主張  
90 ②」)も既判力に抵触し許されないことになる。そこで、引換  
91 給付判決の引換給付部分に、いかなる効力が生じるか問題とな  
92 る。

**コメント [87]:** この時点で残り30分になって  
いた。少々のんびり書きすぎたと思い、ここか  
らはスピードをあげて書いた。

**コメント [88]:** 設問2で1471文字。

**コメント [89]:** 最後の最後で当事者を書き違  
えるというミス。しかし、XとYを書き間違え  
ただけであり、内容に影響はないミスなので、  
誤記の範囲と大目に見てもらいたい…。

**コメント [90]:** ここも間違えている。

93 2、ここで既判力は「主文に包含するもの」に生じる（114条1  
94 項）ところ、これは訴訟物をいうと考える。なぜなら、当事者  
95 は訴訟物を焦点にして攻防をおこなうため、これに既判力を及  
96 ぼせば紛争解決に資するし、訴訟物について事実や証拠を提出  
97 するため、手続保障としても十分といえるからである。

98 そうすると、引換給付部分については、訴訟物ではないから、  
99 既判力は生じないことになる。

100 しかし、引換給付部分も判決の「主文」にあらわれる。また、  
101 引換給付部分について、その義務の存在や代金額については、  
102 前訴で十分に争われている。そうだとすれば、既判力に準ずる  
103 効力が生じるものと考えらるべきである。

104 3、本件で、前訴において、売買代金支払義務の有無については、  
105 XYは十分これを争い、その上で引換給付判決が出ているので  
106 あるから、後訴でY主張①をすることは明らかな蒸し返しであ  
107 り、既判力に準ずる効力により、認められない。他方、代金額  
108 が150万円であったとする主張については、前訴では代金額は  
109 200万円から300万円の間でしか争われていなかったのである  
110 から、150万円という額については手続保障が十分になされた  
111 とはいえない。そうすると、Y主張②は、既判力に準ずる効力  
112 によっては妨げられないことになる。

113 4、以上より、代金額に関しては、裁判所は改めて審判すること  
114 ができると考える。

115 以上

116 <総合コメント>

117 民訴は初めから何も期待していなかった。自分は、民訴でいい評価を得  
118 ることはできないことは予備論文で分かっていたからである。そこで、な  
119 んとかD評価くらいになるにはどうすればいいかを考えた結果、できるだ  
120 け具体例を頭に入れ、基礎知識を立体的に理解することを最優先しようと  
121 考えた。そのため、直前期は中野貞一郎先生の『民事裁判入門』を3周く  
122 らい読み、民事訴訟の基礎知識を具体的にイメージできるようにしただけ  
123 で対策は終わった。

124 <時間配分>

125 答案構成：50分

126 答案作成：70分

127 <使用した参考書・問題集>

128 中野貞一郎『民事裁判入門』

コメント [191]: 過去問でも似たような出題があったよ  
うな記憶。

コメント [192]: ここから下は、現場でふとおもったこ  
とをそのまま書いた。

コメント [193]: 2987文字。合計5枚。

コメント [194]: この本は、本当に基礎的なことを、口  
語体でしっかりと分かりやすく述べていて、本当に素  
晴らしいと思った。民訴が苦手な人は絶対に読むべき  
であると思った。初学者が読む本らしいが、知識があ  
る程度入った段階で読むと、無機質な知識に色がつい  
ていくような感覚を味わえる。

民事系第3問 ②

1 第1 設問1

2 1 裁判所は、Yの代理人AとXとの間で契約が締結されたとの心証を得  
3 ている。そこで、かかる事実を判決の基礎とできるか。

4 2 この点について、弁論主義とは、判決資料の収集・提出を当事者の権  
5 能かつ責任とする建前をいう。そして、弁論主義の第1テーゼとは、裁  
6 判所は当事者が主張していない事実を判決の基礎とはできないことをい  
7 う。そのため、弁論主義の第1テーゼに反しないか。弁論主義の適用範  
8 囲が問題となる。

9 (1) 弁論主義の趣旨は、実体法上私的自治が妥当するためこれを訴訟でも  
10 反映し、原告の意思を尊重することであり、機能としては、被告の不意  
11 打ち防止にある。そのため、主要事実において弁論主義を適用すれば紛  
12 争を解決でき足りる。また、間接事実・補助事実は証拠と同様の機能を  
13 営むため、弁論主義を適用すれば、自由心証主義（民事訴訟法（以下法  
14 名略）247条）を害するおそれがある。

15 したがって、弁論主義の適用範囲は主要事実である。

16 (2) 本問では、Yの代理人AとXとの間で契約が締結されたとの事実（民  
17 法99条）は、主要事実である。また、これを当事者の主張なしに認定  
18 することは、被告に不意打ちを与えるため、例外的にも許されない。そ  
19 して、Aの証人尋問で、Aがかかると代理についての主張をしているが、  
20 当事者尋問で当事者が主張したわけではないため、判決の基礎とすること  
21 ができない。

22 (3) よって、裁判所は、上記事実の心証を判決の基礎とすることはできな  
23 い。

24 第2 設問2について

25 1 課題①について

26 (1) まず、Xの主張している訴訟物は贈与契約に基づく本件絵画の引渡請  
27 求権である。そして、Xの「仮にこの取引が売買であり、本件絵画の時  
28 価相当額が代金額であるとしても、その額は200万円にすぎない。」と  
29 の主張は本件絵画の贈与契約が認められなかった場合の予備的請求であ  
30 ると考える。かかる予備的請求の訴訟物はXのYに対する売買契約に基  
31 づく本件絵画の引渡請求権である。

32 Xとしては、Yと本件絵画の売買契約をしたとの主張・申立てをすれ  
33 ばよく、日時等は訴訟物とはならず、誤認・混同の範囲で主張すべきも  
34 のとなる。

35 (2) また、Yの「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万  
36 円である。」という主張は、同時履行の抗弁権たる権利抗弁の主張である。  
37 そのためYはかかる主張を、引き換え給付判決を得るために、必要であ  
38 る。

39 (3) したがって、XとYは上記主張をすれば「Yは、Xから200万円の  
40 支払いを受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引き渡せ」との判  
41 決をすることができる。

42 2 課題②について

43 (1)ア 本件絵画の時価相当額が220万円と評価される場合、裁判所は、  
44 Yは、Xから220万円の支払いを受けるのと引き換えに、Xに対し、  
45 本件絵画を引き渡せという判決をすることができるか。処分権主義（2  
46 46条参照）に反しないか問題となる。

コメント [Wユ95]: 基本論点だが、配点が少ないため、コンパクトに書こうとしたが、時間がなかった。

コメント [Wユ96]: 原理、原則を丁寧に示した。

コメント [Wユ97]: 形式的に書いてしまった。

コメント [Wユ98]: 最初は、訴えの変更を書いていたが、違和感があったので、予備的請求とした。旧訴訟物理論からは、訴えの変更が正しいと考える。

47 イ 処分権主義とは、訴訟の開始、訴訟物の特定、訴訟の終了を当事者  
48 の責任かつ権能とする建前をいう。その趣旨は、原告の合理的意思の  
49 尊重にあり、機能は、被告の不意打ち防止にある。そうだとすれば、  
50 ①原告の合理的意思の範囲内であり、②被告の不意打ちとならなけ  
51 れば、処分権主義に反しないと解する。

52 ウ 本問では、原告は、本件絵画が自己の主張する200万円よりも高  
53 くても、本件絵画を引き渡してほしいと考えるのが①原告の合理的意  
54 思である。また、被告としては、本件絵画の額は300万円であると  
55 して争っており、それが、220万円であったとしても十分争えたとい  
56 え②不意打ちとはならない。

57 エ したがって、処分権主義に反せず、上記判決をすることができる。

58 (2)ア 本件絵画の時価相当額が180万円と評価される場合、裁判所は、  
59 Yは、Xから180万円の支払いを受けるのと引き換えに、Xに対し、  
60 本件絵画を引き渡せという判決をすることができるか。処分権主義に  
61 反しないか問題となり、同様の基準で判断する。

62 イ 本問では、原告は、本件絵画は時価200万円であり、それ以下と  
63 は考えておらず、これを認定することは①原告の合理的意思に反する。

64 また、被告も、被告の主張する本件絵画の時価300万円と原告の  
65 主張する200万円とで争っていたのであり、180万円を認定する  
66 ことは②被告の不意打ちになる。

67 ウ したがって、処分権主義に反するため、裁判所は、Yは、Xから2  
68 00万円の支払いを受けるのと引き換えに、Xに対し、本件絵画を引  
69 き渡せという判決をすることになる。

### 70 第3 設問3

71 1 裁判所は、前訴判決に沿って、直ちに請求認容判決をすべきか。前訴  
72 判決の確定内容の後訴での通用力又は基準性たる既判力(114条1項)  
73 が問題となる。

74 2(1) この点について、既判力が判決主文において効力が及ぶ趣旨は、主  
75 文において認めれば紛争解決において十分であること、手続保障が与  
76 えられたことによる自己責任が問い得ること、審理の簡易化・弾力化  
77 にある。

78 そして、前訴判決の主文において引換給付の旨が掲げられているこ  
79 との趣旨は、執行方法を明示することにある。もっとも、同時履行の  
80 抗弁権の主張部分においても手続保障が及んでいれば、例外的に、既  
81 判力が及ぶと解する。

82 (2) 本問では、前訴判決において、Xの代金支払い義務に関する判断に  
83 ついてもX・Yに手続保障が及んでいる。

84 (3) したがって、既判力が及ぶ。

85 3 よって、裁判所は、前訴判決に沿って、請求認容判決をすべきである。

86 以上  
87  
88  
89  
90  
91  
92

コメント[Wユ99]: 同時履行の部分に既判力が及ばないとすると、処分権主義の話になるか疑問であるため、設問3では既判力を肯定した。

コメント[Wユ100]: 220万円との違いを意識した。

コメント[Wユ101]: ここについて、知識があやふやだったため、上手く論じられなかった。既判力が及ばないとし、信義則(2条)に流せばよかった。

- 93 <総合コメント>  
94 民事訴訟法は、同時履行の部分に既判力が及ばないことを確認していたに  
95 もかかわらず、失念して、限定承認の判例に引き付けて記載した。時間は  
96 余裕があったが、内容的に難しかった。  
97  
98 <時間配分>  
99 答案構成：30分  
100 答案作成：90分  
101  
102 <使用した参考書・問題集>  
103 ・基礎からわかる民事訴訟法 和田吉弘 商事法務  
104 ・基礎演習民事訴訟法 [第2版] [編集者]長谷部由紀子 山本弘 笠  
105 井正俊 弘文堂

刑事系第1問 ①

1 第1 甲がCに対しA本人であると装って腕時計XY（以下、単にXY）の購  
2 入を申し込んだ行為につき詐欺罪（刑法（以下、法令名略）246条1項）  
3 が成立する。

4 1 「欺いて」「財物を交付した」

5 (1) 本罪の構成要件は①欺罔行為②錯誤③処分行為④財産的損害の発生  
6 という因果経過を予定しているから、①は②③④に向けたものでなければ  
7 ならない。ここで、本件のようないわゆるクレジットカード詐欺において  
8 は、加盟店はカード会社から立替払いを受けられるため、購入者の人格を  
9 偽っても財産的損害は発生せず、「欺いて」といえないのではないか。

10 この点、財物の交付の判断に必要な重要な事項につき偽った場合、「欺い  
11 て」といえると解する。なぜなら、そうであれば実質的な財産的損害が発  
12 生したといえるからである。

13 本件では、本件クレジットカードは、B信販会社が所有するものであり、  
14 B信販会社の規約には、会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、  
15 貸与等が禁じられている上、加盟店は、利用者が会員本人であることを善  
16 管注意義務をもって確認することが定められており、Cは甲がA本人では  
17 ないことを知っていれば、XYを交付することはなかったにもかかわらず、  
18 甲はA本人であることを装い、Cに甲がA本人であると誤信させている。  
19 よって、財物の交付の判断に必要な重要な事項につき偽ったといえる。A  
20 本人の承諾があるからといって、結論は変わらない。

21 その結果、Cは甲がA本人であると錯誤に陥っており、それによってXY  
22 を交付しているから処分行為も認められる。そして、XYを失ったという財  
23 产的損害もある。XYは財産的価値があるから、当然「財物」である。

24 (2) 行為態様より、故意もある（38条1項）。

25 第2 甲が売上票用紙の「ご署名（自署）」欄にAの名前をボールペンで記  
26 入した行為につき有印私文書偽造罪（159条1項）が成立する。

27 1 「行使の目的」とは、文書を真正なものとして相手方が認識可能な状  
28 態に置く目的をいう。本件で甲は売上票用紙をA本人が作成したものとし  
29 てCに手渡すつもりであったのだから、認められる。

30 2 甲はAの名前を記入しているのだから、「他人の……署名を使用」し  
31 ている。

32 3 売上票用紙はクレジットカードを用いた取引において本人であるこ  
33 とを証明するものであり、これがなければCはXYを交付しなかったと考え  
34 られる。よって、**実社会生活上交渉を有する事項を証明する文書である「事  
35 実証明に関する文書」**に当たる。

36 4 **本条の保護法益は文書に対する社会的信用であるから、偽造とは作成  
37 者と作成名義人の人格の同一性を偽ることをいう。**本件の売上票用紙の作  
38 成者は甲、作成名義人はAである。よって、人格の同一性が偽られている  
39 といえる。なお、甲はAからクレジットカード使用の承諾を得ているが、  
40 これは結論に影響しない。なぜなら、名義人本人が署名することが性質上  
41 予定されているからである。

42 5 故意もある。

43 第3 甲が売上票用紙をCに手渡した行為につき偽造私文書行使罪（161  
44 条1項）が成立する。

45 第4 第1、第2、第3の罪はそれぞれ牽連犯（54条1項後段）の関係とな  
46 る。

コメント [T102]: クレカ詐欺は某受験指導校の模試で出たばかりであったので、論証は準備済み。

コメント [T103]: カード会社から立替払いを受けられなくなるおそれが生じることこそが「実質的な財産損害」の中身であると書きたかったのだが、そこまでの記述が求められているのなら、問題文の規約の説明の箇所にその旨の記載もなされるはず……なのに記載がないということは、書かなくてよいということだと判断（労働法でも、基本書ではよく理由付けの一つとして挙げられているが、問題文には書かれていないという事情を、理由付けに用いた答案が多数現れたことを叩く採点実感があった）

コメント [T104]: A本人の承諾があるという事情は、文書偽造のところで使うものだと思っていたので、この部分は最初書いていなかった。文書偽造のあてはめを書いている最中に、こちらでも使えるなどふと気付いて、とりあえず書き足しておいた。

コメント [T105]: 過去問で、有印か無印かはちゃんと特定しろといったお叱りがあったように記憶していたので、とりあえず書く。

コメント [T106]: こんな絶対加減事由だろうなと思いつつ、せっかく覚えたので、書きたかった。

コメント [T107]: 厳密にはここは論理が飛んでいるとは思ったのだが、時間もなし、どうせ皆そんなこと気にしないし、そこまで深く論じることが求められているとも思えないので、無視。

コメント [T108]: とりあえず牽連犯の関係が複数生じるということは知っていたのだが、書き方がよく分からなかった。

罪数論については最後にまとめて書くのがセオリーではあるが、どうせ時間がなくなることは目に見えており、それで罪数について何も書けなくなるのは悔しいので、特殊な罪数処理をするこの部分だけ先出しする方が効率的だと判断した。どうせこの部分以外は併合罪なのだから、最後に書くとしたら「第1~3の部分は牽連犯となり、それとそれ以外とが併合罪の関係となる」ぐらいなのに、いざ書くとなったら「あれ、牽連犯になる部分って第1~4だけ？」などと忘れてしまっていて、ページをパラパラめくり、時間を浪費することになると考えたのである。

47 第5 甲の一連の行為につき、Aに対する財産犯は成立しない。なぜなら、  
48 甲がAからクレジットカードの交付を受ける際は、まだYを購入するつも  
49 りではなかったから詐欺罪(246条1項)は成立しないし、クレジットカード  
50 の交付を受けただけでは預金の占有は認められないので、横領罪(252  
51 条1項)は成立しないからである。

52 第6 甲と乙がAに対し二度体当たりした行為につき暴行罪(208条)の共  
53 同正犯(60条)の構成要件に該当するが、これはAが甲の顔面を殴ろうと  
54 して、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出し、甲がAから殴られるのを  
55 防ぐために行ったもので、正当防衛(36条1項)が成立する。なお、Aが  
56 上記行為に至ったのは、甲が飲食店で飲食していたところ、Aの言動に嫌  
57 気がさした甲がAに気付かれないようにして乙と同店を出たことにAが怒  
58 ったのが原因ではあるが、甲はAに対し借金の返済について迷惑をかけて  
59 いたにすぎず、甲が暴力行為に至ったわけではないから、自招侵害は成立  
60 しない。

61 第7 甲がAの上半身を押さえ、乙がAの下半身を押さえたい行為につ  
62 き暴行罪の共同正犯が成立しないか。

63 1 共同正犯の本質は相互利用補充関係にあるから、共謀すなわち①正犯  
64 意思②意思連絡、③共謀に基づく実行行為が認められれば、共同正犯の成  
65 立を認める。

66 本件では甲は乙に対して、「一緒にAを押さえよう。」と言い、乙は甲が  
67 Aから殴られるのを防ごうと考え、甲に対して、「分かった。」と言ってい  
68 ることから、暴行罪の共謀が成立している。そして、押さえつける行為は、  
69 「暴行」に当たる。

70 2 正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

71 (1)「急迫」とは侵害が現に存在しているか、間近に迫っていること  
72 をいう。Aは上記二度の体当たりにより路上に仰向けに倒れているものの、  
73 すぐに立ち上がり再び甲に殴りかかろうとしていることから、甲の身体に  
74 対する侵害が間近に迫っているといえる。

75 (2)「不正」とは違法なことである。Aがしようとしている行為は暴  
76 行罪に該当する違法な行為である。

77 (3)「侵害」とは危険も含む。Aの行為により甲の身体の危険が発生  
78 している。

79 (4)「防衛するため」

80 違法性の本質は社会的相当性を逸脱する法益侵害であるので、主観的要  
81 素である防衛の意思が必要である。そして防衛の意思とは、急迫不正の侵  
82 害を認識しつつ、それを避けようとする単純な心理状態である。甲乙は、  
83 甲がAから殴られるのを防ごうと考えていたことから、認められる。

84 (5)「自己又は他人の権利」

85 甲の身体は、甲にとっては自己の権利、乙にとっては他人の権利である。

86 (6)「やむを得ずにした行為」とは、違法性の本質から、必要最小限  
87 度の行為であることを意味する。本件では、Aの身長は170cm、体重は65kg  
88 なのに対し、甲は身長165cm、体重70kg、乙は身長175cm、体重75kgと、A  
89 と体格的にはほぼ同じかそれより大きく、しかも二人掛かりでAを取り押さ  
90 えるというのは、必要最小限度といえないようにも思える。しかし、Aは、  
91 上記二度の体当たりを受けても甲を殴ろうとする態度を変えず、立ち上が  
92 ってきたわけだから、Aの戦意を喪失させるためにはこれぐらいの行為を

**コメント [T109]:** クレカ詐欺におけるクレカの名義人に対して成立する財産犯についての議論はどこかで見たことがあったように思ったが、あまり思い出せなかった。そもそも名義人に対する財産犯は完全に落とす(できないor忘れる)人もある程度いるだろうから、加点事由として敢えて全く書かないという戦略を採ることも考えたが、流石に怖かった。そういう迷いが答案構成の時間を膨張させてしまったのだが……

**コメント [T110]:** 本問で、暴行・傷害罪が問題となる部分については、犯罪が成立しそう(だが結局正当防衛が成立しそう)な行為が大量にあったが、これら全てについて構成要件逐一検討→正当防衛の要件全て検討、ということをやっている時間は、筆量の少ない自分にはとてもじゃないが考えられない。とすると、明らかに問題なさそうな行為については、当然に正当防衛成立として軽く流すはかない。しかし、「明らかに問題なさそう」といえるかどうかの判断は最早ギャンブルである。「体当たりは明らかに問題ないといえるか?」「押さえ付けも明らかに問題ないといえるのではないか?」などと迷っていたら、やはり答案構成の時間が膨張。

**コメント [T111]:** 問題文のうち、甲とAとの間の借金トラブルの経緯について長々と書かれていた部分の使い方が全く分からなかった。自招侵害の成立の余地は正直ゼロと考えていたが、こうでも書かないとその部分が全く使えない。それは怖かった。

93 するのやむを得ない。よって、必要最小限度といえる。  
94 第8 乙が石でAの顔面を殴った行為につき、傷害罪の共同正犯が成立し  
95 ないか。

96 1 まず、Aは第7の行為にもかかわらず、力を込めて身体をよじらせる  
97 などし、急迫不正の侵害は継続している上、乙が上記の行為に至ったのは  
98 甲がAからは殴られるのを防ぐためというものであったから、前記の共謀  
99 の射程が及ぶ。

100 2 これによって、Aは鼻骨骨折の「傷害」を負っている。

101 3 正当防衛が成立しないか。違法性の本質より、客観的要素については  
102 連帯するが、主観的要素については個別に判断する。

103 (1) 乙はAの様子を見て、甲がAから殴られるのを防ぐために上記行  
104 為に至ったので、防衛の意思がある。甲も、引き続き防衛の意思を有して  
105 いる。

106 (2) 乙が使った石は直径10cmの丸形、重さ800gと軽くはない。これ  
107 に対しAは素手である。よって相当性を欠く。

108 (3) したがって、乙については過剰防衛が成立する。

109 4 甲は、乙が石を捨てたことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付  
110 けたことを全く認識していなかったということで、過剰性の認識を欠く。

111 よって、いわゆる誤想防衛として、責任故意が阻却される。また、本問の  
112 事情の下では、過失犯も成立しない。よって、この点に関しては、甲は不  
113 可罰である。

114 第9 甲が財布を上着ポケットにしまった行為について、甲乙に財布及び  
115 現金につき器物損壊罪(261条前段)の共同正犯が成立し、現金につき甲  
116 に窃盗罪(235条)が成立する。

117 1 乙は甲に対し、「Aの財布を探して捨ててしまおう。」と言い、甲は、  
118 乙に対して「そうしよう。」と答えており、器物損壊罪についての共謀が成  
119 立している。なぜなら、窃盗罪には毀棄隠匿罪との区別のために①権利者  
120 を排除して、他人の物を自己の所有物として②経済的に利用処分する意思  
121 である不法領得の意思が必要であるところ、本件の乙はそれを欠いている  
122 からである。

123 2 「損壊」とは、同条の保護法益から、物の効用を害する行為一切をい  
124 う。本件のように財布を隠すだけでも、物の効用は害されるから、「損壊」  
125 にあたる。そして、このような行為態様の場合、「窃取」と「損壊」は一致  
126 するし、両罪の保護法益は共に財産権である。よって重なり合いが認めら  
127 れ、乙には財布及び現金につき器物損壊罪が成立する。

128 3 一方、甲は現金については不法領得の意思を有していた。

129 しかし、その前提となる故意が認められないのではないか。

130 (1) この点、死者の占有は認められないが、死者が生前有していた財物  
131 の所持は、死者を死亡させたものとの関係では、時間的場所的接近性が認  
132 められる限り、なお保護に値する。甲の認識の中では、Aが死亡している  
133 もの、時間はそう経っていないし、場所はそのままであるから、甲の認  
134 識の中でも占有は認められる。

135 (2) 故意責任の本質は、規範に直面し反対動機形成が可能であったにも  
136 かかわらず、それを越えたことへの道義的避難である。そして、規範は構  
137 成要件の形で与えられている。よって、構成要件の中での不一致により故  
138 意は阻却されない。

**コメント [T112]:** 暴行罪の共同正犯につき正当防衛が成立する行為の後の共同正犯であるから、いわゆるデニーズ事件判決の話かなと考えた。そして、その判決が追撃行為については共謀の射程が及ぶかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきとしたのは、追撃行為が行われた際には急迫不正の侵害が止んでいた上、追撃者に防衛の意思がなかったからだという話を聞いたことがあったので、本問で石殴り行為の際急迫不正の侵害が止んでいるか、防衛の意思の下石殴り行為が行われたのかを検討した。

こういう思考過程もちゃんと書くべきだったか。でも時間ないし、判例の射程とか書くの怖いし……。

**コメント [T113]:** なぜ誤想防衛の場合故意が阻却されるのか、ちゃんと論証を書くべきだったのだろうか時間が不足のためやむなし。

**コメント [T114]:** 問題文は現金と財布を一々分けて書くから、分けて書くことが求められているのかなと考えたが、あまり一般的ではなかったか。

**コメント [T115]:** ①は使用窃盗との区別のために必要となるということをちゃんと書いたか記憶ナシ。もしかしたらちゃんと書いたかも。



139 本件では甲の主観でも占有は認められるため、故意は阻却されない。

140 第10 第4とすべて併合罪（45条前段）の関係。

141

以上

142 <時間配分>

143 答案構成時間 35分

144 答案作成時間 85分

145

146 <使用した参考書・問題集>

147 井田良ほか『刑法事例演習教材』

**コメント [T116]:** 案の定時間がなくなった。自分としては当然、「甲・乙それぞれに成立する犯罪同士が」という意味で書いたのだが、採点者に「甲に成立する犯罪と乙に成立する犯罪との間にも併合罪関係が生じると考えているのか?」と思われるのが怖い。

刑事系第1問 ②

第1 甲がCからX及びYを購入した行為について

1(1) 甲は、A自身でないにもかかわらずA名義の本件クレジットカードを利用してCからX・Yを購入しているが、この行為に詐欺罪（246条1項）が成立するか。

(2) 欺罔行為とは、相手方に財産的処分行為を促すような錯誤に陥れる危険性を有する行為をいう。そして、**具体的に**、その行為が欺罔行為としての性質を有するか否かは、取引の実態等に照らして、偽った事実が相手方において当該取引に应ずるか否かの判断をするに当たって重要な事実であるか否かにより判断すべきであると解する。

本件クレジットカードは、B信販会社が所有するものであり、B社の規約には、会員である名義人Aのみが利用でき、他人への譲渡、貸与等が禁じられていることや、加盟店Cは、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている。このような取引の実態に鑑みれば、Cは、カード利用者がA自身でない場合、Bから立替払いを受けられない危険があることから、甲がA自身でなければ、取引に応じなかったといえる。そうすると、カード利用者甲がA自身であるか否かという事実は、Cが本件取引に应ずるか否かの判断に当たって重要な事実であったと考えられる。したがって、この事実を偽っているため、欺罔行為が認められる。

この欺罔行為により、Cは、甲をAと誤信し、これにより、XとYを甲に交付している。

そして、Cには、前述のように、Bから60万円分の立替払いを受けることができないという危険が生じているため、この交付自体から実質的な財産的損害も生じている。

(3) よって、甲には、X及びYのそれぞれについて詐欺罪が成立する（罪①及び②）。

2(1) 甲は、本件売上票用紙の「ご署名」欄にAの名前をペンで記入しているが、この甲に有印私文書偽造罪（159条1項）が成立するか。

(2)ア まず、文書偽造罪の保護法益は文書に対する社会の信用であるから、「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうと解する。

もっとも、本件で、甲はXの代金10万円部分についてはAからカードの利用許諾を受けているため、Aの名前を記入しても、偽造とまらないのではないかが問題となる。

この点については、文書の性質・内容等から、名義人自身が作成する必要がある場合、当該許諾は、無効となると解する。

クレジット契約は、カード名義人の資力を担保として締結されたものであり、カードを利用した購入に関する本件売上票は、カード名義人自身が作成することが文書の性質上必要であるといえる。したがって、Aによる許諾は無効であるから、名義人はA、作成者は甲となり、人格が不一致であるため、偽造にあたる。

イ そして、本件売上票は、Cとの取引の存在を証する書面であり、実社会生活と交渉を有する事実を証明するに足りる文書といえるから、「事実証明に関する文書」にあたる。

ウ また、甲は、本件売上票をCに手渡しているから、作成時に、「行使の目的」があったといえる。

**コメント [A2117]:** 普段、人ごとに検討していたが、本問の後半部分はどう考えても行為ごとに検討した方がびったりすると思い、行為ごとに書いた。どちらで書くか多少迷って時間をロスしたのがもったいなかった。

**コメント [A2118]:** 準備していたので、比較的スムーズに書くことができた。

47 エ さらに、ご署名欄にAの名前を記入しているから、Aの署名もあ  
48 る。

49 (3) よって、X及びYの代金の記載に関して一つの有印私文書偽造罪が  
50 成立する(罪③)。

51 3 そして、甲は、本件売上票を真正な文書としてCに手渡しているため、  
52 同行使罪(161条1項)も成立する(罪④)。

53 4(1) 甲は、本件カードを、Aから許諾されたXの代金10万円を超えて、  
54 代金50万円のYの購入についても利用している。この行為に、横領罪  
55 (252条)が成立するか。

56 (2) 本件カードは、甲の所有物でなく、これをAから受け取っているか  
57 ら、「自己の占有する他人の物」に当たる。

58 としても、その占有は、占有離脱物横領罪(245条)との区別から、  
59 委託信任関係に基づくものである必要がある。

60 そして、横領罪の保護法益は物に対する所有権であるため、委託信  
61 任関係は、物の所有者との間に認められる必要があると解する。

62 本件カードの所有者は、B信販会社であり、Aではない。そうす  
63 ると、Aの許諾に反したとしても、甲とBとの間に委託信任関係が認め  
64 られないと考えられる以上、横領罪は成立しないと考える。

65 第2 甲及び乙がAに行った暴行、傷害行為について

66 1(1) 甲と乙は、2度にわたり、甲が「Aを止めよう」といい、乙が「分  
67 かった」と答えた共謀に基づき、共同してAに体当たりをしてAを路  
68 上に倒れさせているところ、この行為は、Aの身体に対する不法な有  
69 形力の行使であるから、暴行罪の共同正犯(208条・60条)の構成要  
70 件に該当する。

71 (2) もっとも、この行為には、Aの攻撃から甲の身体を守るためになさ  
72 れたものとして、正当防衛(36条1項)が成立するか。

73 まず、甲は、以前からAに顔を合わせるたびに「これで済んだと思  
74 うなよ。」などと嫌みをいわれていたが、当日は、いきなり、Aが、店  
75 を先に出た甲を追いかけてきて、「この野郎。」といいながら甲の顔に  
76 殴りかかっている。したがって、急迫不正の侵害は認められると考  
77 える。

78 そして、甲と乙は、Aの攻撃から甲の身体を守るために、上記行為  
79 を行っているため、防衛の意思も認められる。

80 では、「やむを得ずにした行為」といえるか。

81 「やむを得ずにした行為」か否かは、武器対等原則を踏まえて、手  
82 段の相当性を有するかという観点から判断すべきと解する。

83 たしかに、甲、乙、Aの3人の体格に大きな違いがないことからす  
84 れば、甲と乙が二人がかりで、Aに体当たりすることは、それ自体、  
85 武器対等の原則に反するとも思える。

86 しかし、Aは、甲の顔にいきなり殴りかかってくるおり、これに急  
87 きょ対応するために、甲がその場にいた友人乙と協力することは、社  
88 会通念上不相当とはいえない。また、甲と乙は武器などを使用してい  
89 るわけでもない。

90 したがって、手段の相当性が認められるため、「やむを得ずにした行  
91 為」にあたると考える。

92 (3) よって、正当防衛が成立するため、暴行罪の共同正犯は成立しない。

コメント [A2119]: おそらく背任罪の検討をすべ  
きところだったが、思い浮かばなかった。

93 2(1) 次に、乙は、石で、Aの顔面を力を込めて一発殴り、これにより、  
94 Aは傷害を負っているため、甲及び乙に傷害罪（204条）の共同正犯  
95 が成立するか。

96 (2) たしかに、甲と乙は、攻撃を続けようとするAにつき、「一緒にAを  
97 押さえよう。」と話しているにすぎず、Aに対して攻撃を加えることを  
98 内容とした共謀は成立していないとも思える。

99 しかし、甲乙間で、Aに対する攻撃を排除する合意は特になされて  
100 おらず、また、その共謀は、Aの甲に対する攻撃を止めるために必要  
101 な行為を行うことにつきなされたものであるといえることができる。

102 したがって、乙による殴打行為は、甲乙間の共謀に基づくものであ  
103 ると考える。

104 よって、傷害罪の共同正犯の構成要件に該当する。

105 (3) もっとも、正当防衛が成立しないかが問題となる。

106 乙は、体をよじらせているとはいえ、押さえつけられたままのAの  
107 顔面を石で力を込めて殴っているため、武器対等原則に反する。

108 したがって、手段の相当性が認められないため、正当防衛は成立し  
109 ない。

110 (4) よって、傷害罪の共同正犯が成立し、過剰防衛（36条2項）となる  
111 （罪⑤）。

112 3 Aの財布を奪った行為について

113 (1) 甲は、Aが既に死んでしまったと考えているところ、死者には占有  
114 の意思も事実もないため、窃盗罪（235条）の故意が認められないか  
115 が問題となる。しかし、人を殺した者との関係では、死亡直後は、死  
116 者の生前の占有が保護されるため、甲の錯誤は問題とならない。

117 したがって、窃盗罪が成立する（罪⑥）。

118 (2) 他方、乙は、財布につき捨てる意思であり、利用処分意思が認めら  
119 れないから、器物損壊罪（261条）が成立するととどまる（罪⑦）。

120 第3 罪数

121 甲には、罪①、②、③、④、⑤、⑥が成立し、①と②は観念的競合（54  
122 条1項前段）となり、これと③と④が牽連犯（54条1項後段）となり、他  
123 と併合罪（45条前段）となる。他方、乙には、罪⑤と⑦が成立して併合罪  
124 となる。

以上

125 <総合コメント>

126 後半の総論部分を書き辛くて論述ペースが落ちてしまった。もう少しが  
127 っちり書きたかった。落としてしまった論点が即死レベルの影響をもつ  
128 ていないことを祈るのみ。

129

130 <使用した参考書・問題集>

131 井田良等「刑法事例演習教材」

コメント[A2120]: これ以降、時間に押されて、十分に書  
けなかった。

錯誤の問題などに触れられていないのが痛い。

罪数にまでたどり着けてよかった。

コメント[A2121]: ここのもつとちゃんと書いている人  
がたくさんいると思うのでまずいと思う。

刑事系第2問 ①

1 設問1

2 1、捜査①について

3 (1) 本件では、捜索すべき場所を「甲方」とする捜索差押許可状（刑事  
4 訴訟法（以下法名略）218条1項）が発付されている。そして、「甲方」  
5 にはベランダも含まれるといえるから、Qらがベランダの柵を乗り越えた  
6 ことについては適法である。

7 (2) では、掃き出し窓のガラスを割って開錠したことは適法か。

8 ここで考えると、令状の実効性を確保するため、「錠をはずすなどの「必  
9 要な処分」（222条1項本文、111条1項前段）が認められている。そ  
10 のため、実効性確保の必要性と、被侵害利益の制約の程度を比較考量し、  
11 相当といえれば適法と考える。

12 本件で、まず、甲の被疑事実は覚せい剤取締法違反（Aに対する営利目  
13 的の譲渡）であり、覚せい剤取締法41条の2第2項によれば、原則とし  
14 て一年以上の有期懲役という重大な犯罪である。また、甲は覚せい剤取締  
15 法違反の前科3犯を有する者であり、甲が、甲方のあるKマンション近辺  
16 の路上で、複数の氏名不詳者に茶封筒を交付し、これと引き換えに現金を  
17 受領するという行為を繰り返していることが判明している。そのため、甲  
18 の覚せい剤取締法違反についての嫌疑の程度は高い。さらに、Pは、Qから、  
19 甲が玄関のドアチェーンをかけたまま郵便配達員に應對していたとの報告  
20 を受け、甲方の捜索の際、呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができ  
21 たとしても、ドアチェーンがかかったままの可能性が高く、その場合、玄  
22 関から室内に入るのに時間がかかり、甲らが証拠隠滅を図るおそれが高い  
23 と考えている。この想定は、たとえクリッパーによってドアチェーンを切  
24 断できるとしても、ドアを押し引きしたりすることで時間がかかると考  
25 えられること、覚せい剤やメモはトイレに流すなどして証拠隠滅が容易で  
26 あることを考えると、合理的な想定といえる。加えて、甲方は101号室  
27 であるところ、これはマンションの1階であると考えられる。そうすると、  
28 ベランダから覚せい剤等の証拠物を持って外に逃走することも容易である。  
29 そのため、ベランダ側から甲らを挟むような形で逃亡や罪証隠滅を防止す  
30 る必要性もある。これに加え、覚せい剤使用は密行性が高く、組織的に売  
31 買が行われることもある犯罪であるところ、関係者の氏名等を示す手帳等  
32 が発見されれば、組織的にいもづる式に捜査を進めることも可能である。  
33 以上より、実効性確保の必要性は極めて高い。

34 他方で、本件で行ったのは掃き出し窓のガラスを割っただけである。ガ  
35 ラスは回復が容易であるし、金銭的回復ができる。また、開錠するのに必  
36 要な限度で割ったにとどまると考えられる。そのため、被侵害利益の制約  
37 の程度は低い。

38 以上を比較考量すると、Qらの行為は相当といえ、捜査①は適法である。

39 2、捜査②について

40 (1) 本件で、捜索差押許可状は捜索すべき場所を「甲方」としている。  
41 そのため、甲方に存在していると合理的に認められる者の所有物に対する  
42 捜索は、裁判官によって既に審査されていると考えられる。また、甲方に  
43 ある物を隠滅させようとしたと認められるような場合は、妨害排除・原状  
44 回復措置として、所持している者に対し必要最小限度の有形力を行使す  
45 ることも「必要な処分」として許されると考える。

46 (2) 本件で、事前の捜査により、甲方には乙が居住していることが判明

コメント [k122]: 一応分けて書いた。

コメント [k123]: 参照条文がわざわざあった  
ので併せて書いた。

コメント [k124]: 想定が合理的かという書き  
方はしたことがなかったが、問題文の書き方  
に合わせて書いた。

コメント [k125]: 過去問でも2階の話がでて  
いたし、わざわざ101号室とあるので、こ  
う書いた。

コメント [k126]: 乙のハンドバック内にあっ  
た手帳から逆算して書いた。若干日本語がお  
かしいと思ったが、時間がないのでこのまま  
にした。

コメント [k127]: 「掃き出し窓」というのが  
うまくイメージできなかったが、そのまま書  
いた。

コメント [k128]: 同居人なら審査済みだろう  
と思って、規範をでっちあげた。

47 していた。そのため、乙が甲方に存在していると合理的に認められるから、  
48 乙の所有物に対する捜索は許される。したがって、P がハンドバッグの中  
49 身を捜索したことは適法である。

50 また、P らによる捜索中、居間に立っていた乙が、ハンドバッグを右手  
51 に持ったまま玄関に向かって歩き出している。それを見たP が、乙に対し、  
52 「待ちなさい。持っているバッグの中を見せなさい。」と言ったところ、乙  
53 は、「嫌です。」と述べてこれを拒否している。これは、乙がハンドバッグ  
54 の中にP に見られると不利益となるものを所持していると推認できるし、  
55 玄関から外に出て逃亡することで所持物を隠滅させようとしているとも推  
56 認できる。そのため、当初は甲方内にあったハンドバッグ内の物を隠滅さ  
57 せようとしたと認められるから、P が乙の持っていたハンドバッグをつか  
58 んで取り上げたことも適法である。

59 以上により、捜査②は適法である。

60 3、捜査③について

61 まず、ポケットへの捜索は人の身体に対する捜索と同視できるから、「場  
62 所」に対する捜索差押許可状によって、第三者の「身体」に対する捜索が  
63 できるか問題となる。

64 (1) この点について、刑事訴訟法は「場所」と「身体」を明確に書き分  
65 けているから(219条1項)、原則として「場所」に対する捜索差押許可  
66 状によって第三者の「身体」に対する捜索を行うことはできない。

67 しかし、第三者がその「場所」にあったものを「身体」に隠匿したと認  
68 められる場合には、妨害排除・原状回復として、身体に対する捜索を行う  
69 ことも許されると考える。

70 (2) 本件で、Q らが甲方に入った時点では、丙がズボンの右ポケットに  
71 右手を入れた状態で立っていた。そして、その後、丙はその右手を抜いた  
72 が、右ポケットが膨らんだままであったほか、時折、ズボンの上から右ポ  
73 ケットに触れるなど、右ポケットを気にする素振りや、落ち着きなく室内  
74 を歩き回るなどの様子が見られた。そこで、Q は、丙に、「ズボンの右ポケ  
75 ットに何が入っているんだ。」と尋ねたが、丙は答えず、トイレに向かって  
76 歩き出した。これは、丙が、右ポケットに、Q に見られると不利益になる  
77 ものを入れていることを推認させるし、トイレは覚せい剤やメモ等を流し  
78 て隠滅することもできる場所だから、証拠隠滅のおそれも認められる。ま  
79 た、丙は、甲方に頻繁に出入りしていたから、甲方にあったものを右ポケ  
80 ットに隠匿したと認められる。したがって、証拠隠滅を防止するため、Q  
81 が丙の右腕をつかんで右ポケットから引き抜いたことや、右ポケットに手  
82 を差し入れたことは、身体に対する捜索として例外的に許される。以上に  
83 より、捜査③は適法である。(次頁へ)

## 84 設問2

### 85 1について

86 1、本件で、S は、甲証言の証明力を争うため、各証拠の各取調べを請求  
87 している。裁判所がこれらを証拠として取り調べる旨の決定をすることが  
88 できるためには、328条の「証拠」にあたり、証拠能力が認められる必  
89 要がある。

90 2、この点について、328条の趣旨を、証明力を争うためなら広く自己  
91 矛盾供述以外にも証拠能力を認める規定と捉えると、328条にいう「証  
92

コメント [k129]: 内妻という関係にはふれられな  
かった。

コメント [k130]: なるべく事実をきちんと拾うよう  
にした。そのうえで、事実と評価を明確に分ける書き  
方を意識した。

コメント [k131]: 典型かなと思った。

コメント [k132]: 当時はあんまり考えなかったが、立  
ち入りの時点でポケット内にあるという部分が少し  
ひねられているのかもしれない。

コメント [k133]: ここをもう少し厚くかけるとよか  
ったが、典型論点だと思っていたし、設問2から書い  
ており時間も2分くらいしかなかったので、あんまり  
意識して書いてなかった。

コメント [k134]: 古江事例演習で、すぐに328条の  
話に移ってよいとのことだったので、端的に328条  
の話 시작했다。

93 拠」とは広く証明力を争うために用いる証拠と考えることになる。しかし、  
94 このように考えると、たとえば被告人が否認をしているような場合に、提  
95 出された証拠がすべて証拠能力を認められることになってしまい、伝聞法  
96 則の趣旨が骨抜きになり妥当でない。

97 そのため、328条の趣旨を、そもそも非伝聞である自己矛盾供述に証  
98 拠能力が認められることを注意的に規定したものと捉え、328条にいう  
99 「証拠」とは、自己矛盾供述に  
100 限られると考える。

101 3、では、各証拠は上記にいう「証拠」にあたるか。上記基準に沿って検  
102 討する。

103 (1) まず、証拠1は、甲の供述を録取したものである。そして、「丁は私  
104 の知り合いだが、覚せい剤の密売には関与していない。」と供述している。  
105 この部分は、甲の証人尋問における、「丁から、『覚せい剤を仕入れてやる  
106 から、自分たちで売ってこい。…』と言われた。」という部分と矛盾するから、  
107 自己矛盾供述にあたる。

108 もっとも、証拠1には甲の署名・押印がない。そのため、Pが甲の供述  
109 を録取する過程における、知覚・記憶・表現・叙述の各過程に混入しうる  
110 誤りを、反対尋問(憲法37条2項前段)等でチェックできないから、こ  
111 の録取過程における伝聞性を排除できない。したがって、証拠1について、  
112 裁判所は証拠として取り調べる旨の決定をすることができない。

113 (2) 次に、証拠2は、供述者は甲である。そして、「その知り合いの組員  
114 は丁ではない。」「丁名義の預金口座に現金を送金したのは…覚せい剤の密  
115 売による売上金を分配したものではない。」と供述している。この部分は、  
116 甲の証人尋問における、「丁から、『覚せい剤を仕入れてやるから、自分た  
117 ちで売ってこい。…』と言われた。」という部分や、「毎週、売上金の5割  
118 を丁名義の口座に振り込」んでいたという部分と矛盾するから、自己矛盾  
119 供述に当たる。そして、証拠2には甲の署名・押印があるから、録取過程  
120 における伝聞性は問題にならない。

121 したがって、証拠2について、裁判所は証拠として取り調べる旨の決定  
122 をすることができる。

123 (3) 最後に、証拠3の供述者は乙である。そのため、甲にとって自己矛  
124 盾供述ではない。したがって、証拠1について、裁判所は証拠として取り  
125 調べる旨の決定をすることができない。

126 2について

127 本件で、Rは「甲証言の証明力を回復するためである。」として取調べ請  
128 求をしているが、これはいわゆる回復証拠としての請求であると考えられ  
129 る。

130 ここで考えると、自己矛盾供述が328条の証拠として証拠能力を認め  
131 られる趣旨は、自己矛盾供述は前の供述と後の供述に不一致があること自  
132 体をもって、証明力の減殺をすることができるのであり、不一致自体を問  
133 題とする点で非伝聞であるという点にある。しかし、前の供述と後の供述  
134 が一致していたからといって、証明力が上昇するわけではない。むしろ、

135 一致により証拠能力が付与されるとすると、伝聞法則の潜脱になる。その  
136 ため、回復証拠は328条の「証拠」に含まれないと考えるべきである。

137 以上により、裁判所は、証拠3を証拠として取り調べる旨の決定をする  
138 ことができない。

**コメント [k135]:** 構成段階で328条の問題  
しかないことが分かったので、反対説も書いて  
おいた。

**コメント [k136]:** 当時は気づかなかったが、  
丁の発言部分を抜き出すと、発言部分の伝聞  
性が問題になってしまうから、丁から受け取  
っていた旨の最後の文章を書いておくべきだ  
ったかもしれない。

**コメント [k137]:** 伝聞法則の趣旨的なものを  
基本事項として示そうと意識した。ただ、こ  
の前提として、厳格な証明が必要という話は  
気づけず。

**コメント [k138]:** どう矛盾するかは丁寧に問  
題文の事情を使おうと思って書いた。

**コメント [k139]:** 以下の規範は事前に覚えて  
いなかったため、現場で考えた。そのため、  
内容としては不正確。

**コメント [k140]:** これはまずいかもしれない。  
というか、証明力と証拠能力の話が少し混在  
しているようにも読める。

**コメント [k141]:** ただ、当時は、供述書1枚  
では認められないのに、似たような供述書を  
10枚出したら証拠能力認められるというの  
はおかしいと思って、こう書いた。

**コメント [k142]:** 今考えると、証拠3の前半  
と後半で分けて考えたほうがよかったかもし  
れない。回復証拠の扱いの法律構成しか頭こ  
なく、まったく検討しなかった。

139 <総合コメント>

140 刑法の時間配分ミスを活かして、設問2から書いた。設問2は「証明力を  
141 争うため」とあったので328条の話とすぐ気づけた。設問1もわりとわ  
142 かりやすく、特に捜査①は過去問の焼き直しに近いかなと思った。こうい  
143 う誰でもかける事項こそ、あてはめで差がつくので、問題文の事情を全部  
144 拾ってその都度評価する意識で書いた。

145

146 <時間配分>

147 全体 15分 設問2 40分 設問1 65分

148

149 <使用した参考書・問題集>

150 基本書等

151 TAC 条解テキスト

152 事例演習刑事訴訟法(古江)

153 事例研究刑事法



刑事系第2問 ②

1 第1、設問1

2 1、①について

3 ①の捜査は、本件令状の執行に際しての「必要な処分」(刑事  
4 訴訟法(以下略)218条1項、222条1項、111条1項準用)と  
5 して適法か。

6 (1)「必要な処分」は令状執行の実効性を担保するべくなされ  
7 る行為であるが、捜査比例の原則(197条1項本文参照)の  
8 要請もあるから、これを行う必要性・緊急性に照らして相当  
9 な方法で行うことを要する。

10 (2)本件で、甲には覚せい剤取締法違反の被疑事実があった。  
11 また、甲は郵便配達員に対応するに際し、玄関のドアチェー  
12 ンを掛けたままにしていたという事実がある。そうだとすれ  
13 ば、甲方捜索の際、呼び鈴を鳴らしドアを開けさせることが  
14 できたとしても、ドアチェーンが掛かったままの可能性が高  
15 く、玄関から室内に入るのに時間がかかり、そのうちに、覚  
16 せい剤をトイレに流す等して証拠隠滅を図られてしまう可能  
17 性が十分に予想できた。そうすると、玄関からではなく、窓  
18 ガラスを割って甲方に入るという方法を採る必要性があるとい  
19 える。また、覚せい剤事案の証拠隠滅は速やかに行われる  
20 ことが予想されるから、①の捜査を行う緊急性もあったとい  
21 える。ここで、玄関のドアチェーンが掛かっていた場合に、  
22 それを切ってから甲方へ踏み込むという手段が考えられなく  
23 もないが、ドアチェーンを切るのにはやはり時間がかかり、  
24 そのうちに証拠隠滅を許すことになるから、この手段は採り  
25 得ない。そうすると、上記必要性・緊急性に照らして考えて  
26 も、①の捜査は相当な方法であるといえる。

27 (3)よって、①は「必要な処分」として適法である。

28 2、②について

29 (1)まず、甲方という「場所」に対する本件令状の効力が、乙  
30 のハンドバッグという「物」に及んでいるといえるか。

31 ア、令状主義(憲法35条)の趣旨は、公平中立な第三者的立  
32 場にある裁判官の令状審査において、個別の捜索等に「正  
33 当な理由」があるかどうかをチェックし、捜査機関の権限  
34 濫用を防止するとともに、個々人の人権保障を全うするこ  
35 ころにある。そして、裁判官は、「場所」に対する令状の  
36 審査を行う際には、その場所にある「物」についても、当  
37 然に権利制約の有無を審査しているものとする。

38 本件で、「場所」は甲方であるが、乙のハンドバッグは甲  
39 以外の者である乙の「物」であるため、裁判官の令状審査  
40 は及んでないようにも思える。

41 イ、しかし、本件で、乙は甲の内妻であるから、甲乙は一体  
42 の生活関係を営んでいたといえる。そうすると、裁判官も、  
43 令状審査をするにあたり、甲方には当然乙の物も存在する  
44 ことを前提としていたと考えることができる。

45 ウ、よって、本件令状の効力は、乙のハンドバッグに及んで  
46 いるといえる。

コメント[t143]: あてはめを丁寧に、ちゃんと  
評価でつないで書けば、事実を大量に羅列しな  
くても高得点になることを知っていたので、網  
羅性よりも丁寧さで押して行った。

コメント[t144]: H24年の本試験で令状の問題  
が出た時、受験生はボロボロだった。そうす  
ると、②③の出来は相当悪くなるだろうと予想  
できた。なので、明快な論理を簡潔に書き、短  
く終わらせるのが得策と考えた。

47 (2) その上で、乙のハンドバッグ内に証拠物の存在する蓋然性  
48 がなければ、捜索をなしえない(218条1項、222条1項、102  
49 条2項準用)。

50 本件で、捜索時、居間に立っていた乙は、ハンドバッグを右  
51 手に持ったまま、玄関に向かって歩き出し、Pが中身を見せ  
52 るよう求めたところこれを拒否し、かまわず玄関に向かって  
53 いる。この行動は、乙としてはバッグの中身を見せられない  
54 事情があるということ推測させる。また、本件は覚せい剤  
55 事案であり、ハンドバッグ内には覚せい剤のパケ程度の大き  
56 さの物なら容易に隠すことができる。そうすると、乙のハン  
57 ドバッグ内には、証拠物の存在する蓋然性があったといえる  
58 から、これを捜索することができる。

59 (3) よって、②は適法である。

60 3、③について

61 (1) まず、甲方という「場所」に対する本件令状の効力が、丙  
62 の右ポケット内という「身体」に及んでいるといえるか。

63 ア、上述のように、裁判官の事前の令状審査が及んでいるか  
64 否かという観点から考えると、確かに、丙は甲方に頻繁に  
65 出入りしているが、乙のように内妻として一体の生活関係  
66 を営んでいるわけではなく、また、一般に、「場所」と「身  
67 体」は保護法益が異なるから同時に審査するものではなく、  
68 そうすると、甲方に対する本件令状の効力は、丙の右ポケ  
69 ット内に及ばないことになる。

70 イ、しかし、客観的に判断して、「場所」にあった「物」を「身  
71 体」に隠したといえる事情が認められるときは、なお令状  
72 の効力として捜索ができると考える。なぜなら、甲方とい  
73 う「場所」にあった「物」には令状の効力が及ぶ以上、そ  
74 れを「身体」に隠したならば、元あった「場所」にその「物」  
75 を戻す行為が認められても良いからである。

76 ウ、本件で、丙は、右ポケットに入れていた右手を引き抜い  
77 たが、右ポケットが膨らんだままであったし、時折、ズボ  
78 ンの上から右ポケットに触れるなど、右ポケットを気にす  
79 る素振りや落ち着きなく室内を歩き回るなどの様子が見  
80 られ、右ポケット内に何が入っているのか問われてもこれ  
81 に答えなかった。その後、丙はトイレに向かって歩き出し  
82 ている。この一連の行動は、右ポケットにある物が見せら  
83 れないものであり、しかも、トイレに向かっていることか  
84 らすれば、その場所で証拠隠滅できるものであることを示  
85 すといえる。そうすると、本件が覚せい剤事案であることを  
86 考えれば、覚せい剤やメモ等をとっさに右ポケットに隠  
87 したと判断できる。

88 エ、よって、丙の右ポケットについて、本件令状の効力で捜  
89 索ができることになる。

90 (2) そして、以上の客観的事実からすれば、証拠物存在の蓋然  
91 性があることは明らかであるから、捜索自体も認められ、③  
92 は適法である。

コメント [145]: ちゃんと (i) 令状の効力が及ぶか (ii) 及んだとして、捜索できるのか、の二段階に分けた。この枠組みすら構築できない受験生が続出する気がしたため、ここは丁寧に書いた。

コメント [146]: ③は「場所」→「身体」。よく練られた良問だな、など勝手に考えながら解いていた。

コメント [147]: 言葉遣いは怪しいかもしれないが、理屈はリークエで読んでいたので、それを再現した。

コメント [148]: ここまでで丁度3ページ。

93 第2、設問2

94 1、小問1

95 裁判所は、証拠1、2、4を、丁に対する公判における「証人」  
96 甲の甲証言「の証明力を争うため」の弾劾「証拠」(328条)と  
97 して取り調べる旨の決定をすることができるか。

98 (1) 弾劾証拠とは、同一人が別の機会に異なる供述をしていた  
99 ことを持って、他の供述の証明力を減殺する証拠である。こ  
100 の場合、別の機会に異なる供述をしたこと自体が要証事実と  
101 なるから、非伝聞として扱われる。そして、ここでいう「証  
102 拠」とは、自己矛盾供述を内容とする証拠をいうと考える。

103 (2) 証拠1

104 証拠1には甲の署名・押印がなされていない。ここで、署名・  
105 押印は、供述をした者が、自らのした供述を録取された後、  
106 これに誤りがないことを確認し、誤りがないとして行うもの  
107 である。そうだとすれば、署名・押印がない文書については、  
108 その供述自体が本当になされたかどうか定かではないこと  
109 になる。そうすると、署名・押印を欠く文書をもって「証拠」  
110 とすることはできないと考える。

111 (3) 証拠2

112 まず、証拠2は、甲の供述録取書であるところ、甲の署名・  
113 押印がある。そして、その内容として、覚せい剤の仕入れ先  
114 を丁ではない知り合いの暴力団員としている点、丁の口座へ  
115 の送金目的を借金の返済としている点で、甲証言と矛盾する。  
116 そうすると、証拠2は、甲の自己矛盾供述を内容とする証拠  
117 といえるから、「証拠」にあたる。

118 (4) 証拠4

119 確かに、証拠4には署名・押印があるが、証拠4は乙の供述  
120 録取書であるから、甲の自己矛盾供述を内容としておらず、  
121 「証拠」にあたらない。

122 (5) 以上より、裁判所は、証拠2のみ、弾劾証拠として取り調  
123 べる旨の決定をなす。

124 2、小問2

125 裁判所は、証拠3を弾劾「証拠」として取り調べる旨の決定を  
126 することができるか。

127 (1) 弾劾証拠の趣旨を上記のものと考え、甲証言の証明力  
128 を回復させるための証拠として証拠3を用いることは、証明  
129 力の減殺とは異なるし、「証明力を争うため」という文言にも  
130 そぐわない。そうすると、証明力の回復を目的として「証拠」  
131 として取り調べることはできないように思える。

132 (2) しかし、甲証言が証拠2によりその証明力を減殺された後、  
133 その証拠2自体の証明力を、今度は証拠3によって減殺する  
134 ことになれば、客観的に見れば、甲証言の証明力が回復され  
135 たのと同じ効果が生じることになる。

136 (3) そうだとすれば、裁判所としては、証拠3を、実際のところ  
137 は証拠2の証明力を減殺する弾劾「証拠」として、これを  
138 取り調べる旨の決定をすることができると思える。

コメント [t149]: 設問2から先に書いた。捜査は詳しく書こうと思えばいくらでもかけるからである。

コメント [t150]: まさかの弾劾証拠。初めての出題なので、受験生の出来は悪いと予想。論理矛盾にならないように、慎重に書く。

コメント [t151]: これだけは書きたかった。

コメント [t152]: 日本語が怪しいが、的確な表現が浮かばず、ダラダラと書いてしまった。

コメント [t153]: その場で考えた。

コメント [t154]: 証拠3が証拠2とどの点で矛盾するかあてはめればもう少し加点が稼げたかもしれない。

139

以上

コメント [155]: 3226 文字。合計 5 枚いっぱい。

140 <総合コメント>

141 刑法で時間配分を失敗し、今回の受験初の形式的途中答案を出してしま  
142 ったことを大いに反省していたので、絶対に時間内に余裕を持って書きき  
143 ることを誓って臨んだ。結果、15分前に終了するという奇跡の余裕さを披  
144 露。終わった後はゆっくりと誤字脱字をチェックしたり、あてはめを挿入  
145 したりして、点を稼ごうと微調整を行い、答案を整えた。

146

147 <時間配分>

148 答案構成：45分

149 答案作成：60分（15分余り）

150

151 <使用した参考書・問題集>

152 法科大学院の授業、リーガルクエスト