



2011 年合格目標 予備試験

無料公開セミナー (11. 10. 16 実施)

口述対策セミナー

TAC Wセミナー／予備試験

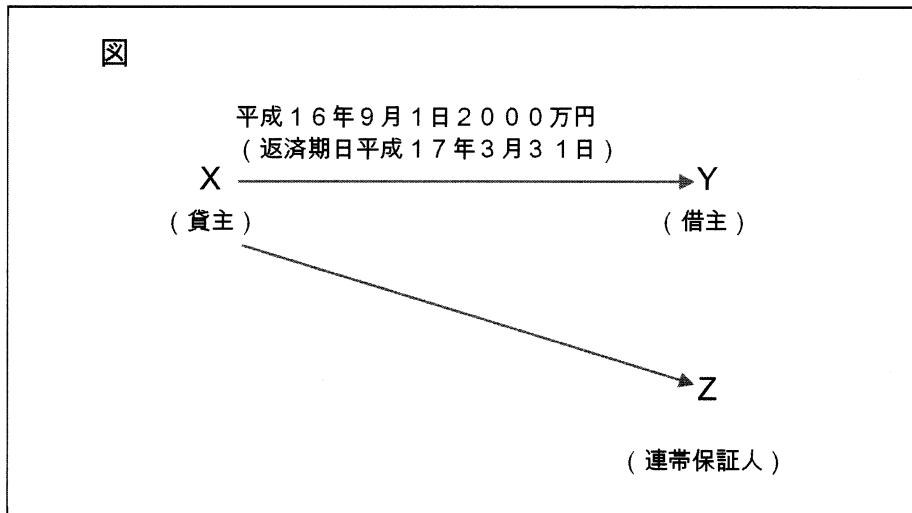
無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

＜民事＞

〔口述試験のイメージ〕（法務省HPより）

【設例】

Xは、個人で建築業を営んでいるYから事業資金の融資を頼まれたため、平成16年9月1日、返済期日を平成17年3月31日と定め、Zを連帯保証人として、2000万円をYに貸し付けたが、YもZも、Xに貸金を返済しようとしな



司法試験予備試験のサンプル問題に関する有識者に対するヒアリングの概要 （法律実務基礎科目（民事））～口述試験関連を抜粋～

- 口述試験のイメージについては、私から報告する。口述試験については、いろいろなイメージがあり得るところである。平成20年11月12日の司法試験委員会に当時の検討メンバーが報告した、実務基礎科目の出題の在り方についての検討結果に、「試験の実施方法として、受験生にあらかじめ（考査委員との面接の前に）事例を示して分析をさせる方法は検討に値するのではないか。」と記載されており、この方法については、なお十分検討に値すると考えている。しかし、受験者の人数その他の関係でその方法を採用するかは、現時点では分からないので、今回のイメージは、事前に事例を読ませるという前提ではなく、受験者にその場で図を示しながら設例を読み聞かせ、その設例に基づいて質問するという方法を前提とした。言うまでもないことだが、口述試験であるので、受験者の解答の内容や解答からう

かがえる理解度等に応じて、適宜、質問する事項を取捨選択し、質問の仕方を工夫し、あるいはほかの問題を織り交ぜるなどすることが当然に想定される。今から申し上げることは、そのような想定に基づくものであるので、その前提でお聞きいただきたい。

この設例を基にした質問の例としては、第1に、民事保全について問うことが考えられる。すなわち、受験者がXから相談を受けた弁護士という立場にあるとして、YとZに対して2000万円の支払を求める訴えを提起しようとする場合、貸金の回収のために訴えの提起に先立って検討しておくべき手続としてどのようなものがあるかを問うことが考えられる。

第2に、訴えの提起について問うことが考えられる。すなわち、受験者がXの訴訟代理人として訴えを提起するという立場にあるとして考えさせるということである。例えば、訴訟代理人として訴えを提起する場合にまず考えなければならないことは何かを問うことで、訴訟物を意識しているかどうかを確認するとともに、訴状には何を記載しなければならないか、訴状に記載すべき請求原因とは何かを問うことで、請求の趣旨や請求原因についての基礎的な理解を確かめることが考えられる。その上で、XのYあるいはZに対する請求原因事実として具体的に何を記載することになるかを問うことが考えられ、併せて、受験生の理解度に応じて、例えば、Xが死亡し、Xの相続人AがYに対して訴えを提起する場合や、Xが、AのYに対する貸金債権をAから譲り受けたと主張して、Yに対し、その貸金の返還を求める訴えを提起する場合など、設例を変えて請求原因事実を質問したり、あるいは、例えば、主債務者Yと保証人ZがXに対する債務を連帯して負担することがZに対する請求において攻撃防御方法としてはどのように位置付けられるかについて質問したりしながら、更に理解度を確かめることも考えられる。また、どのような証拠を訴状に添付して提出することになるかを問うことも考えられ、関連して、証拠となるべき文書の写しで重要なものを訴状に添付しなければならないとされている趣旨について質問することも考えられる。

第3に、請求原因等に対する認否について問うことが考えられる。すなわち、受験生が被告であるYから相談を受けた弁護士という立場にあるとして考えさせるということである。例えば、Yから訴訟の追行を委任された場合にYの訴訟代理人としてまず何をすべきかを問うことで、Yから事情聴取をして事実に対する認否を明らかにする、あるいは抗弁として提出できるものを考えるということを答えさせると同時に、請求原因に対する認否が必要とされるのはなぜかを問うことで、民事訴訟は、争いのない事実と争いのある事実を明らかにし、争点を明らかにした上で進めるものであるという基本的な理解を確認することが考えられるだろう。さらに、認否の態様にはどのようなものがあるか、裁判所は、認否の態様に依拠して、認否された事実をそれぞれどのように扱うことになるかを問うことも考えられ、あるいは、Yが事情聴取で「借りた覚えがない。」、「受け取ったのは事実だが、選挙資金としてもらったものである。」、又は、「確かに借りたが、既に弁済した。」と述べた場合に、それが訴訟での陳述であったとしたら、それぞれの陳述がどのような意味を有し、何が争点となるかを問うことで、Yの訴訟代理人としてどのような認否をし、どのような抗弁を提出することになるのかといったことを具体的に尋ねることが考えられる。また、例えば、Xから本件消費貸借契約書について証拠の申出がされていたところ、Yが「受け取ったのは事実だが、選挙資金としてもらったものである。」との陳述をした場合、裁判所は、当該契約書の証拠調べを行うに際して、何をすることが必要か、それはどのような理由によるものかを問うことにより、文書の形式的証拠力についての理解を試

すことも考えられる。

第4に、消滅時効の抗弁について問うことが考えられる。例えば、Xが平成22年4月1日に訴えを提起した場合に、Yの訴訟代理人として、抗弁としてどのような主張をすることが考えられるかを問うことで、5年の商事時効期間が経過しており、これが抗弁になることに気付くことができるかどうかを試すことが考えられるし、その場合の抗弁となるべき具体的事実は何かを問うことも考えられる。また、Yだけが消滅時効の抗弁を主張した場合、このYの主張は、XZ間の訴訟に影響を及ぼすかを問うとともに、これに関連して、保証人の時効援用権の有無等や、このような場合に裁判所としてはどのように対処すべきかについて質問することも考えられる。

第5に、相殺の抗弁について問うことが考えられる。例えば、Xが訴えを提起し、受験者がYの訴訟代理人となった後、Yから、Xに対して平成17年5月1日付けで行われた土地の売買契約についての2500万円の売買代金請求権を有しているという話を聞いた場合に、抗弁として、どのような主張をすることが考えられるかを問うことで、反対債権を有しているのであれば相殺の抗弁を主張できるということに気付くことができるかどうかを試すことが考えられる。また、この場合、反対債権である売買代金請求権は、双務契約に基づく債権で、同時履行の抗弁権が付着しているケースであるので、自らの債務のうち移転登記手続を履行してその抗弁権の存在効果を消滅させていることが相殺の要件となる。そこで、相殺の主張をするために、Yの訴訟代理人として、あらかじめY本人に確認しておくべき事実としてはどのようなものがあるか、と問うことで、そのことに気付くかどうかという実体法上の知識を試すことも考えられる。

第6に、民事執行について問うことが考えられる。例えば、XがYに対する勝訴判決を取得したものの、Yが貸金の返還義務を任意に履行しない場合、貸金を回収するために、Xはどのような手続を採ることが考えられるか、ということを知ることが考えられる。

- さらに、この口述試験のイメージを基に、法曹倫理について問うことも考えられる。例えば、複数の訴訟当事者から依頼を受けた場合の利益相反の可能性について問うことが考えられる。具体的には、受験者がYとZから訴訟追行の委任を受けることになった場合、弁護士倫理上、どのような点に留意すべきかを問う、すなわち受任に当たっての留意事項について問うことが考えられる。あるいは、受験者がYとZの訴訟代理人となった訴訟で、XのYとZに対する請求を認容する判決が確定した後、Zから、Xに全額を弁済したのでYに対して求償したいとの依頼があった場合、受験者がこの事件を受任することに弁護士倫理上の問題はあるかを問う、すなわち、敗訴判決を受けた以降に被告の一方から他方に求償する訴訟の訴訟代理人を受任していいのかを問うことも考えられる。

◎ 今、説明いただいた口述試験のイメージは、受験者一人当たり何分程度で実施することを想定したものなのか。

- 受験者数が分からなければ試験時間は想定し難いが、御説明申し上げたイメージは、現在行われている旧司法試験の口述試験と同程度、受験者一人当たり15分から20分程度をイメージして考えたものである。

○ 今説明いただいた内容を仮に全部質問するとなると、15分から20分では収まらないのではないか。

- その点は冒頭に申し上げたとおり、まさに、受験者の理解度に応じて適宜質問することになるのだと思う。論文式試験のサンプル問題には、民事保全や民事執行を入れなかったが、これも出題範囲には含まれることとなる。そのことを伝える意味もあって、口述試験でこれ

らを聞くことが考えられるというイメージをお示しした。また、口述試験の大きな流れとしては、訴訟が進行していく状況の中で、受験者が原告側に立ったかどうか、被告側に立ったかどうか、というような形で聞いていくことにより実務の基礎的素養の有無を試すのが適当ではないか、というのが検討メンバーの意見である。

- 新司法試験には口述試験がないが、それは、法科大学院で双方向的な教育をしているということが前提になっていると思う。ところが、予備試験を経由して新司法試験を受験する者については、人の意見を聞き、理解し、それに対応できるという能力があるかどうかということは、予備試験の口述試験で確かめるしかない。そうだとすると、受験者一人にどのくらいの時間を掛けることができるかという問題もあるだろうが、個人的には、口述試験はできる限り丁寧にやる必要があるのではないかと思う。ただ、先ほどからの議論のとおり、余りにも多くのことを質問しようとする、内容を深めないままに次々に質問を重ねることになってしまい、時間を掛けたからといって必ずしも丁寧になるわけではない。一つの事例を基として最小限質問する内容というのは受験生全員に共通すると思うが、丁寧にやるとすれば、例えば、ある受験者の理解が怪しかったら、そこを掘り下げて更に尋ねてみる、あるいは、ある受験者の理解が非常にスムーズで問答の流れが良ければ、追加の事項について質問をし、それに応じた得点を付けていくというような形になるのではないかと思う。お願いとしては、法科大学院を経由しない者については、予備試験の口述試験でしか対話能力を見ることができないので、どれだけ時間を費やすかは別として、丁寧にやっていただきたいと思う。
- 御説明では、民事保全を冒頭で聞くようなイメージだったが、訴えの提起から聞き始めて、最後に、この事案で民事保全を行うとすればどのような手続が考えられるかという形で、民事保全なり民事執行について聞くということも考えられるであろう。
- ◎ そのあたりは、考査委員がどのような出題方針で実際の試験に臨むかということではないか。

〔参考 旧司法試験口述試験問題〕 当事者の欠席

1(1) 第 1 回口頭弁論期日に被告が答弁書を提出したものの欠席した。裁判所はどうするか。

被告が答弁書に記載した事項につき、陳述が擬制される(158条)。

(2) 被告が答弁書を提出しなかったときはどうか。

擬制自白(159条3項)が成立し裁判をなすに熟すると認められるときは弁論を終結して判決する。

(3) 続行期日でも同じ取扱いがなされるのか。

陳述擬制はなされない。これを認めると口頭主義を完全に否定することになるからである。

(4) では、第1回口頭弁論期日が延期され、その後に開かれた口頭弁論に被告が欠席した。被告が答弁書を提出していた場合、陳述擬制は認められるか。

第1回口頭弁論期日であることに変わりはないので、陳述擬制は認められる(受験生の答え)。

(5) 欠席した被告が提出した答弁書に「請求を認諾する」との記載があった場合、認諾は認められるか。

裁判所は、請求の認諾の陳述をしたものとみなすことができる(266条2項)。

2(1) 当事者双方が欠席した場合、裁判所はどうするか。

当該期日は終了する。ただし、判決言渡(251条2項)、証拠調べ(183条)はできる。

(2) 裁判所が期日指定をしないでいたところ、当事者も期日指定の申立てをしなかった場合は。

1月以内に期日指定の申立てをしないと訴え取下げが擬制される(263条前段)。

(3) 当事者双方が出席せず、期日指定の申立てと欠席とをくり返していた場合は。

旧法下の下級審決定に期日指定申立権の濫用を認めたものがある(名古屋地

決昭 40. 9. 30) 。1 月以内に期目指定申立てをしても， 連続して 2 回期日に欠席した場合にも， 訴え取下げが擬制されるとしている(263 条後段) 。

＜刑事＞

〔口述試験のイメージ〕（法務省HPより）

（前提事実1）

警察官Pは、暴力団員Aの知人Bから、Aが覚せい剤の売人をしているらしいとの情報を入手した。

（前提事実2）

警察官Pは、A方を捜索した結果、微量の覚せい剤を発見し、Aを、その場で、覚せい剤取締法違反（所持）で現行犯逮捕した。

（前提事実3）

弁護人Qは、Aの内妻から、Aが逮捕されたことで相談を受けた。そこで、弁護人Qは、Aが逮捕された警察署を訪れ、接見を申し入れたところ、警察官Pは、「取調中なので、接見できない。」と言った。

（前提事実4）

Aは、警察官Pに対し、自宅から発見された覚せい剤について、「覚せい剤ではなく、コカインであると思っていた。」と供述した。

（前提事実5）

Aの逮捕勾留中、Aの尿から覚せい剤が検出されたが、Aは、覚せい剤を使用した事実はないと供述した。検察官Rは、所要の捜査を遂げた結果、Aの覚せい剤使用の嫌疑は十分であると判断した。

（前提事実6）

S裁判所は、Aの覚せい剤使用事件の公判審理を行うこととなった。第1回公判期日において、A及び弁護人Qは、覚せい剤使用事実を否認した。また、弁護人Qは、検察官が証拠請求したAの知人Bの「Aが覚せい剤を使用しているのを見たことがある。」旨の検察官面前調書を不同意とした。

司法試験予備試験のサンプル問題に関する有識者に対するヒアリングの概要 (法律実務基礎科目(刑事))～口述試験関連を抜粋～

□ ～ 略 ～ 次に、口述試験については、前提事実を列挙したイメージをお示ししているが、これについて御説明申し上げる。口述試験については、受験者数が未定であり、現時点では一人に掛けられる時間が想定できないので、事前に書面を読ませる形式を前提としない形でイメージをお示しすることとした。ただし、口述試験の時間が十分確保できるのであれば、平成20年11月12日の司法試験委員会に当時の検討メンバーが報告した、実務基礎科目の出題の在り方についての検討結果にあるとおり、事例問題をあらかじめ検討させた上で、口述試験を実施するという方式も十分考えられる。

この事例のイメージは、捜査から判決に至る具体的な刑事手続の流れを念頭に置きながら、各段階における手続上の問題点や各機関の役割・手続の意味等を具体的に把握しているか、かつ、それを口頭で的確に説明できるかどうかを試すような内容とすることを考え、刑事事件としては典型的な覚せい剤取締法違反事件を題材とした問題をイメージすることとした。ただし、事前に書面を読ませることができる場合には、A4用紙1枚から2枚程度の具体的な事例を事前に読ませて、事実認定に関する意見を述べさせる内容のものや、事例問題以外にも、例えば、裁判例を読ませた上で、事例分析や法的な推論、分析等について意見を述べさせるといった内容も考えられる。

このイメージでは六つの前提事実を並べているが、これは、一つの事例について、捜査から公判、判決に至る過程の場面を切り取ったもので、この前提事実を順次示しながら、それに関して質問を重ねていくということを想定している。これは、試験時間との関係があるので、六つの前提事実について必ずしもすべて質問するという趣旨ではなく、必要なものを適宜拾いながら発問することを想定している。

前提事実1に関しては、例えば、令状による搜索差押えについて質問することが考えられる。質問事項としては、搜索差押許可状の発付要件に関連して、差し押さえるべき物の特定、被疑事実の記載など、あるいは、搜索差押許可状の執行に関連して、令状の提示・立会い、搜索に必要な処分、搜索場所、搜索場所にいる人の搜索などが考えられる。

前提事実2に関しては、例えば、逮捕・勾留手続について質問することが考えられる。質問事項としては、逮捕・勾留の意義と「事件単位の原則」、逮捕後の手続・時間制限、勾留手続・勾留期間などが考えられる。

前提事実3に関しては、例えば、起訴前弁護について質問することが考えられる。質問事項としては、弁護人の選任に関連して、弁護人選任権者、弁護人選任届、被疑者国選弁護など、あるいは、弁護人の任務に関連して、弁護人の誠実義務と真実義務など、あるいは、接見交通権に関連して、接見交通権の意義、接見交通権の制限と準抗告などが考えられる。

前提事実4については、例えば、抽象的事実の錯誤について質問することが考えられる。前提事実5については、例えば、公訴の提起について質問することが考えられる。質問事項としては、公訴提起に関連して、公訴提起の方式、公訴事実、起訴状一本主義など、あるいは、訴因の特定に関して、訴因の意義、訴因の特定、否認事件における覚せい剤使用の罪の訴因などが考えられる。

前提事実6については、公判手続について質問することが考えられる。質問事項としては、例えば、第1回公判期日における公判手続に関連して、冒頭手続、罪状認否、第1回

公判期日の意味など、あるいは、証拠調手続の進行に関連して、検察官による証拠調請求、立証趣旨の明示、証拠調請求に対する意見、書証不同意の場合の訴訟指揮、あるいは、証人尋問に関連して、遮へいやビデオリンクといった証人の保護、主尋問、誘導尋問の禁止といった証人尋問の方法などが考えられる。

これらは飽くまでも考えられる論点の一部にすぎないが、刑事訴訟法の解釈上の問題もあれば、実務を理解する上で押さえておくべき実務的な事項も含まれている。手続に関して補足すると、刑事手続について単に条文を知っているということではなく、手続の流れの中で、警察官や検察官、弁護士、裁判官がどのように活動するのかを理解しておく必要があるので、質問の仕方についても、例えば、「あなたが弁護士であれば、どのような手続を採るか」というように、自分がまさにその立場にあるとしたら、どのように活動するのかを考えさせるような発問をすることが適当であろうと考えている。

～中略～

- 参考までに、口述試験であらかじめ事例を検討させる方式を採用する場合、事例の検討にかかる時間として、どの程度の時間をイメージしているのか。
- このサンプル問題の検討に当たっては、その点は余り詳しく議論していない。平成20年11月に当時の検討メンバーが報告した検討結果では、試験時間を1時間程度とし、そのうち面接時間を一人20分から30分程度とすることを想定した。

〔参考 旧司法試験口述試験問題〕 勾留

1 (1) 被疑者勾留は、いつから何日間することができるか。

勾留請求の日から、原則として10日間（208条1項）

(2) 被疑者勾留は延長することができるか。

できる。10日間（208条2項）。さらに一定の犯罪は更に5日間延長できる（208条の2）。

(3) 延長の要件は。

「やむを得ない理由」のある場合（208条2項）。

判例によれば、①事件の複雑性、②証拠の収集の遅延等により、延長してさらに取り調べるのでなければ、起訴・不起訴の決定をすることが困難とされる場合（最判昭和37.7.3）。

2 被疑者勾留時に被疑者を取り調べることができるか。

取り調べることができる（198条1項本文）。しかし、この場合、①黙秘権の告知がなされ（198条2項）、②黙秘権の放棄が任意になされ、③取調べそのものも任意になされる必要がある、④さらに取り調べの事後的点検が可能であることが必要であるとされる（取調べ受認義務否定説に立たれる田口先生の見解）。

3 次に、勾留の必要がなくなったら、直ちに釈放することができるか。

できる。被疑者の利益になるから（受験生の答え）。

4 (1) では次に、勾留延長について、例えば、10日間延長請求された場合、そのうち5日間だけ延長請求を認めることはできるか。

できる。

(2) 条文上の根拠はあるか。

条文上の根拠はない。法は「通じて10日を超えることができない」（208条2項）として、期間を勾留状に記載することを予定していない。しかし、勾留の不要な場合にまで画一的に10日間とするのは硬直すぎる。そこで、裁判官に勾留取消権（87条1項）があることを根拠に、積極的に解しうる。

5 次に被疑者勾留から被告人勾留に移るときに勾留質問は必要か。

不要。勾留中の被疑者について公訴が提起されたときには、公訴提起の日から何らの手続を経ることなく当然に被告人勾留が開始される（208条1項・60条2項）。

6 逮捕状が出された場合、例えば、もう少ししてから逮捕すべきかどうか見極めてから実行するというように、すぐに執行しないことはできるか。

被疑者勾留と被告人勾留とは、その処分の性質は基本的に同一であるから。

犯人が逃走している場合など、すぐに執行できない場合もあり、すぐに執行しなくともよい（主査の誘導）。

7 それでは、勾留状が出された場合に、すぐに執行しないということはあるか。

逮捕状と同様に考えれば、すぐに執行しなくともよい（受験生の答え）。