

平成27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	・ 16
民事実務基礎	・ 21
刑事実務基礎	・ 26
民 法	・ 32
商 法	・ 37
民 事 訴 訟 法	・ 42

憲法

第1 設問1

1 国家権力相互の抑制均衡により権力の濫用を防止し、国民の人権を保
2 障するために三権分立が定められている。この現れの1つが違憲審査権
3 (憲法(以下省略)81条)である。

4 立法は国民代表機関たる国会(43条1項)の専権であり、「内閣」(第5
5 章)が主に行政を行う(65条)。これらに対し、非政治的・受動的な国家機
6 関たる「司法」権(第6章)による抑制を認め、少数者の人権保障の最後
7 のとりでとしての役割を果たすために認められたのが違憲審査権である。

8 このように、違憲審査権は三権分立の観点から明文により認められた
9 ものである。

10 2(1) 98条1項は、憲法の最高法規性を認め、これに反する一切の法
11 律等が無効であることを定めている。

12 ここから、憲法に反する法律等は、違憲審査権の有無とは関係な
13 く無効であることが導ける。

14 (2) 76条3項は、司法権主体たる裁判官が「その良心に従ひ独立し
15 てその職権を行ふ」としつつも、唯一「憲法及び法律」に拘束され
16 ることを示す擁護義務を規定した。

17 これらによると、裁判官はあくまでも憲法または憲法に反しない
18 法律にのみ拘束される以上、違憲な法律による処分等に対しては全
19 て違法という判断が下されることになるだろう。

20 3 しかし、このことは直接・具体的には裁判所の違憲審査権の存在を導
21 くものではない。

22 あくまでも憲法は憲法が最高法規であること、裁判官はこれに拘束さ
23 れることを示すにとどまり、国会や内閣の行為に対して違憲であること
24 を審査する権限まで付与しているとは抽象的には導けても、具体的とは
25 言い難い。

26 よって違憲審査権は三権分立の見地から81条という明文にによって
27 はじめて認められるものである以上、設問分見解の“十分に”抽出され
28 得る、との見解は妥当ではない。

第2 設問2

1 条約が違憲審査権の対象となるか

2 (1) Aは、「法律」の中に条約も含めて考えることができることを理由に、
3 条約も違憲審査の対象になると主張する。一方国は、違憲審査の対象
4 は「法律、命令、規則または処分」であり、文言上この中に条約は含
5 まれないため対象とならないと反論する。

6 (2) 条約につき、76条3号が事前又は事後に国会の承認を要求するの
7 は、条約が国内的効力を有し、国民の権利を制約し得るからに他なら
8 ない。そうすると、上記三権分立の観点から考えると、国民の人権保
9 障の趣旨から条約も「一切の法律」に含まれるとして、違憲審査の対
10 象となると考えるべきである。

11 2 本条約について憲法判断を行うべきか

12 (1) Aの主張

13 「司法権」とは具体的争訟につき法を適用し宣言することで、これ
14 を裁定する国家作用をいう。具体的争訟とは「一切の法律上の争訟」、

コメント[NS1]: やりおった。統治オンリーやん。中間
テスト終わってから司法試験論文過去問一周したおれ
の努力を返せ。と思いました。

コメント[NS2]: みんな三権分立でくだらうと判断。
3つの条文からは自分の頭では論理的に違憲審査権を
導けず。妥当でないとの結論に決める。

コメント[NS3]: できるだけいろんな条文を使うよう
に頑張った。

コメント[NS4]: 考えたことをとにかく書きまくった。
途中答案だけは避けたいと思ってはや考えずに書いて
いた。

コメント[NS5]: おそらく周りは司法権の意義と統治
行為論でくだらうと判断。短答で「明らかに違憲な
ら...」みたいな記載をみた覚えがあった。ような気が
した。

コメント[NS6]: 有名な論点だったらしいが、短答知識
で、違憲審査の対象になるという結論しか知らなかつ
た。理由付けはよくわからず。

コメント[NS7]: ブレている気もしたが、考え直す時間
は残ってなかった。

つまり①法の適用によって終局的に解決できる②当事者間の具体的な権利関係・法律関係の存否についての争いをいう。

本問においては81条の適用によって終局的に解決でき、またAの職業選択や生存権といった具体的権利が争いとなっている。

よって司法審査が及ぶ以上、憲法判断を行うべきである。

(2) 国の主張

本条約は日本経済のグローバル化を推進するためのもので、なによりもX国との間での貿易摩擦を解消することを目的としている。これは高度に政治的で、国民代表機関たる国会・内閣の意思を尊重しその判断に委ねるべきである。

(3) 私見

条約を違憲審査の対象と考える以上、国会・内閣の判断とは関係なく、違憲審査できる場面が認められるはずである。また、本問では国民の生命・職業といった重要な権利が侵害されている。国民主権(前文1段、1条)、基本的人権の尊重のためにも、憲法判断を行うべきである。

しかし、いなる場合に条約の違憲審査を行い、いなる場合に国会・内閣の意見を尊重すべきか、その基準が明らかでなく問題となる。

そこで、条約の内容が明らかに違憲であることが明白である場合に限り違憲審査できると考える。

本問においては、その内容が明らかに憲法に反するとは言えないため、憲法判断をすべきでない。

67

68

69

70 総合コメント

71

統治きたか、という第一印象でした。どちらの設問も意味不明でしたが、どうせみんな意味不明だろうと思い、中村先生の教えに従い周りが何を書くかという観点から書くことを決めました。あとは、自分の意見をちゃんと論理的に書くことを構成段階では気を付けてました。

設問を確認した後、行政の設問確認、憲法の構成、行政の構成をして、この段階で行政先に書き切ることを決めました。少し行政に時間をくったため、とにかく途中答案にならないよう気をつけました。

79

80 答案構成：25分

81 答案作成：40分

82

83 参考書：論文解法パターンテキスト、司法試験論文過去問講義、予備試験論文過去問講義

コメント [NS8]: 統治行為論の定義など、拠り所になるような知識は持ち合わせていなかった。

コメント [NS9]: 自信なし。

憲法

第一 設問1

1 98条

98条1項は「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部はその効力を有しない。」と規定する。違憲審査権が成立するためには当然の前提として、国の法規の中で憲法が最上位にあること、及び憲法に反する他の法規の効力が否定されることが必要である。本条項はそれらを示すものである。

よって、本条項は違憲審査権の根拠の一つとなるものである。

2 76条3項

76条3項は「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行い、この憲法及び法律にのみ拘束される。」と規定する。98条1項によって、憲法に反する法律等は無効なのであるから、憲法に拘束される裁判官もまた、憲法に反する法律等を無効と判断すべき法的義務を負うことになる。そして司法権は最高裁判所と及び下級裁判所に専属する（76条1項）のであるから、結局裁判所が憲法に反する法律等を無効と判断すべき義務を負い、権利を有する、すなわち違憲審査権をもつことになる。

よって、本条項も違憲審査権の根拠の一つとなるものである。

3 99条

99条は「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、憲法を尊重し擁護する義務を負う」と規定する。これは日本国憲法が、国家権力の濫用を防止し、国民の基本的人権の保障（第三章）を全うするためのものであることから、国民以外の国家権力の担い手たる行政、立法及び司法と明治憲法における主権者である天皇に対して憲法を尊重すべき義務を負わせたものである。このように憲法尊重擁護義務を負う裁判官が最高裁以下の裁判所を構成し、98条1項によって、憲法に反する法律等は無効なのであるから、結局裁判所が憲法に反する法律等を無効と判断すべき義務を負い、権利を有する、すなわち違憲審査権をもつことになる。

よって、本条項も違憲審査権の根拠の一つとなるものである。

4 以上より81条がなくても条規各条項から違憲審査権は十分に抽出されうとする設問見解は妥当である。

第二 設問2

1 Aの主張

条約が締結、承認されれば国内法としての効力を持ち人権侵害の問題を生じうる以上、条約も当然に違憲審査の対象となるべきである。本条約が、農業を営む自分自身の生存権や職業選択の自由を侵害するものであり、基本的人権の尊重を基本理念とする憲法の理念からも、当然に本条約は違憲無効であるとの憲法判断を行うべきである。

2 国の主張

憲法の最高法規性を定める98条1項は、条約を挙げていない。このことから「条約が憲法に違反したとしても有効である」「そもそも条約は違憲審査権の対象ではなく、憲法違反の問題は想定していない」と

コメント[U10]: 論文対策として、全く準備していなかった統治分野からの出題だが、他の受験生も準備不足だろうと聞き直った。その場で条文から考えて書いた。

45 解釈すべきである。

46 また、2項に条約が掲げられ、「日本国が締結した条約及び確立され
47 た国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定する。
48 これは条約が国家間の合意であって「高度に政治性」を有するものである
49 ことから、条約が憲法に違反するか否かは問題にならず、条約を違憲
50 審査の対象から除外する趣旨と解すべきである。

51 よって本条約は違憲審査の対象とはならないし、裁判所は本条約に
52 ついて憲法判断を差し控えるべきである。

53 3 私見

54 条約が98条1項に掲げられなかったのは、条約が単に日本国内の法
55 規であるにとどまらず国家間の合意としての性質、国際法規としての
56 側面も持つことから、同項に列举された他の純粋な国内法規と同列に
57 扱わなかったに過ぎない。条約が締結、批准されて成立すれば国内で
58 も法的効力を有するが、この条約の国内法としての側面は同項という
59 法律または国務に関するその他の行為に含まれる。よって条約が憲法
60 に違反する場合には無効であり、憲法に違反するか否かを判断する必
61 要がある以上、違憲審査権の対象となると解する。

62 また、98条2項に条約が掲げられ、「日本国が締結した条約及び確
63 立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規
64 定する。これは条約の国家間の合意としての性質、国際法規としての
65 側面について規定したものである。憲法に反する条約は国内法規とし
66 ての側面は無効でも、国際法規としての側面は有効に存続することを
67 注意的に規定したものに過ぎない。

68 したがって98条に関する条規国の解釈は誤りであり、条約による人
69 権侵害が問題になる以上、本条約は違憲審査の対象となり、裁判所は
70 憲法判断を行うべきである。

71 以上

72 〈総合コメント〉

73 統治が出るとは予想しておらず、準備不足であった。短答対策で勉強
74 していても、論文対策として実際に考え、書いて練習しておかなければ、
75 本番で時間内に十分に書くことはできない。初日の最初の科目から失敗
76 した。全体に基礎力が不足している。来年に向けて答練や過去問で問題
77 演習を繰り返し、基礎力を向上させたい。

78 〈時間配分〉

79 答案構成10分

80 答案作成60分

81 〈使用した参考書、問題集〉

82 スタンダード100憲法

83 逐条テキスト憲法

コメント [U11]: 判例の規範が思い出せず、短
答知識でかろうじて、この言葉を思い出して書
いた。明らかに違憲かどうかという規範は思い
出せなかった。表面的な知識は論文では使い物
にならないと改めて反省した。

コメント [U12]: 設問の具体的事情をどう使う
のか分からず、抽象的議論のみで終わってし
まった。出題の趣旨から外れている。

行政法

第1 設問1

1 抗告訴訟(行政訴訟法3条)の対象となる「処分」(同法2項～)とは、
2 ①公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、②直接国民の権利義
3 務を形成したまたはその範囲を画することが法律上認められているもの、
4 を指す。

5
6 2 河川法(以下「法」)6条1項3号に基づき行われた本件指定は、法律
7 上その主体が「河川管理者」となっており、本問では地方公共団体の機
8 関たるA県知事が河川管理者として本件指定を行っている以上、法律上
9 指定を行う主体は公権力の主体とされていると考えられる。

10 よって本件指定の主体は公権力の主体たる公共団体の行為といえる
11 (①を充足)。

12 3 (1) 法26条は指定された区域を含む河川区域において工作物の新築・
13 改築・除却しようとする者に、許可を受ける義務を負わせている。
14 これは財産権(憲法29条1項)たる所有権の自由な行使(民法206条)
15 を制約しており、権利の範囲を画しているといえる。

16 (2) また、河川法75条1項柱書は、法26条1項の違反者に対し、工
17 事の中止や工作物の改築や除却等を命じることができる旨定めている。
18

19 確かに、命ずることが「できる」以上、しないこともできると考
20 えられるため、一定の効果裁量は認められている。しかし、いかな
21 る者に対して命令を下すかについては要件が明確で、裁量判断の余
22 地がなく、指定が公益的見地から行われることも考えると、河川区
23 域内で規制された行為をすればほぼ確実に命令が下される状況だと
24 いえる。75条1項の命令に違反した場合には、1年以下50万円以下
25 の罰金という軽くない罰則が科されることからしても、その権利制
26 約の程度は強いといえる。

27 (3) 法6条4項は、指定が行われた場合には公示することを求め、ま
28 た法12条4項によりその公示が行われている台帳はいつでも閲覧請
29 求が可能となっている。台帳の縮尺が2500分の1以上(法施行令5
30 条2項)と比較的詳しいものであることに鑑みると、国民には十分な
31 手続保障が与えられているといえる。これは、法が指定につき強い
32 効力を認めていることを表すものといえる。

33 (4) 以上より、指定を起点とする一連の手続として命令や罰則が科さ
34 れるため、河川区域内の土地所有者の権利は指定により直接に制約
35 されるといえる。

36 よって本件指定は直接国民の権利の範囲を画するものといえる
37 (②を充足)。

38 4 以上より、本件指定は「処分」にあたる。

第2 設問2

40 1 Cは、本件コテージの立地についての問い合わせにつき、A県建築指導
41 課の職員Dが、本件コテージは河川区域外にあると考えている旨の回答し
42 たため、これを信じて改築を行った。それにも関わらず、Dの回答とは異
43 なり、本件コテージが河川区域内にあることを理由として本件命令を下す
44 のは、信義則違反になるのではないか。

コメント[NS13]: 「河川管理者」の定義規定も載せない
とダメだろ、と思いました。

コメント[NS14]: 処分は根拠条文を指摘マスト

コメント[NS15]: とにかく条文をいっぱい使おうと思
いました。

コメント[NS16]: ここは言い過ぎだな、と思う。いかな
る処分をするのかっていう点には割と広い効果裁量
があるのかもしれない、と後からは思う。

コメント[NS17]: ここはもう少しうまく表現したかつ
た。危険を避けるための河川管理だと思ったので、河川
区域内で許可なく新築等してるのに命令を下さないつ
ていう状況はかみかえにくいというのを書きたかった。

コメント[NS18]: これが地図の一般水準からみて詳し
いのかわからなかった。ただ、これが詳しいものでなか
ったときのリスクはそれほど大きくないと判断。思い切
って書いた。

コメント[NS19]: 途中で、指定という一般的抽象的な行
為の処分性を書くのか、本件指定の処分性を書くのかよ
くわからなくなってしまった。ただ、冷静に考えて一般
的抽象的な指定という行為の処分性でいいんだよね、と
確認して書いた。

コメント[NS20]: 手続的違法事由は書かなくていいと
の誘導有り。実質的違法事由一本。明らかに要件にあて
はまっている以上、裁量判断過程について争う余地はな
いと判断。信義則一本で攻める。裁量に点が振られてい
たら怖いので一応触れるべきだったかもしれないが、設
問1で少し触れているし思い切った。

45 2 法律による行政の原理(憲法30条、84条等)の下、国民の権利を制約
46 し又は義務を課す侵害行政は、法律上の根拠がなければ許されない。しか
47 し、本件命令は法75条1項1号に従った適法なものである。よって、本件
48 命令が信義則違反により違法となるのは、法律に従い平等な取扱いによる
49 法律による行政の原理を犠牲にしてでも、その信頼を保護しなければ著し
50 く正義の念に反するような特段の事情のある場合に限られる。そして特段
51 の事情ある場合とは、①行政庁による公的見解の表示、②これに対する信
52 頼、③損害、④信頼につき帰責性がないこと、の4つを充足する場合とい
53 える。

54 3 (1) 本件コテージの改築は、CがDの回答を受けて決断したもので、
55 CはDの回答を信頼していたといえる(②を充足)。また、本件コテ
56 ージの改築には多額の費用がかかっており、これを本件命令に従っ
57 て除去するとすると、改築のために投下した資本を回収できなくな
58 り、損害が生じる(③を充足)。

59 (2) しかし、Dは建築指導課の職員であり、河川区域について専門に
60 扱う者ではない。また、Dは、河川課の職員Eに本件コテージが河
61 川区域外にあるか否か確認したところ、Eが“正確なことは言えな
62 いが”“今のところ”河川区域外にあると判断している、と回答した
63 旨をCに伝えている。そうすると、これは暫定的かつ不確定の、ま
64 た一職員の見解ということができ、このやり取りが書面ではなく口
65 頭でなされていることから、とても公的見解の表示とは評価でき
66 ない(①を充足しない)。

67 (3) また、前記の通り、河川区域にあるか否かは、比較的詳しく作ら
68 れた台帳をもって確認することができるもので、自らそのような調
69 査をせず、一方的に一職員の回答を信頼したCには、帰責性が認め
70 られる(④を充足しない)。

71 (4) 以上より、本件命令は信義則違反とはいえない。

72 4 本件命令には違法事由は認められない。

73 総合コメント

74
75
76 行政法でしっかり書こうと思って行政法から書いた。処分性は平成23年予
77 備試験と同じだし、設問2はパタの1問目のホテルの話だと思った。書き
78 終わった後は、Aだな、と思っていた。しかし、よくよく考えると処分性
79 につき、個別的具体的ではなく一般的抽象的なものにとどまるんじゃない
80 か、とか、違法事由につき台帳の話や地形変化の話など、触れられていな
81 い点が多いと気づきました。

82
83 答案構成：20分

84 答案作成：55分

85

86 使用教材：論文解法パターンテキスト、予備試験過去問講義

コメント [NS21]: 信義則一本で行くからには原理から丁寧に書こうと思った。

コメント [NS22]: 地形が変わって判断できない、などの事情を思いそびれた。なぜかそこを使おうという発想にならなかった。

コメント [NS23]: 設問2は全体的にもう少しだらだらと評価とあてはめを書いていた覚えがある。

行政法

第一 設問1

1 抗告訴訟の対象となる処分（行政事件訴訟法3条2項）とは、①公
2 権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、②直接国民の権利義務
3 を形成しまたはその範囲を確定することが③法律上認められているも
4 のをいう。

5 本件指定は地方公共団体であるA県の首長である知事が公権力によ
6 り一方的に行う行為であるため①を充たす。また、河川法第6条1項
7 3号に基づく指定なので③も充たす。残る②を充たすといえるかが問
8 題である。

9 2 本件指定がなされたことにより、河川区域内の土地において工作物
10 を新築し、改築し、又は除却しようとする者は、河川管理者の許可を
11 受けなければならなくなる（河川法26条1項）のであり、許可がなさ
12 れるか否かは行政の裁量であって不明であることから、法的地位に変
13 動が生じたと考えられる。

14 また、河川法の規定に違反して許可を受けずに河川区域内の土地で
15 工作物の新築を行うと、工事の中止や、工作物の改築、除却等を命じ
16 られる可能性がある（河川法75条）。「命ずることができる」とされて
17 おり、実際に命令がされるかどうかは行政の裁量であって不明である
18 ことから、紛争の成熟性が認められず、実際に命令が出てから命令に
19 ついて抗告訴訟で争えば国民の権利救済手段として十分であるとも考
20 えられる。

21 しかし、工事に着手、あるいは工事が完了したあとで中止や除却等
22 を命じられると、新築工事代金が無駄になり解体撤去工事費や契約解
23 除による業者への違約金等の負担が生じるため指定の段階で紛争解決
24 を図る必要がある。

25 さらに河川法26条1項に違反して、工作物の新築等を行うと、1年
26 以下の懲役または50万円以下の罰金という刑罰が課される（河川法
27 102条2号）。この点についても実際に刑事訴訟となった段階で無罪を
28 争うことができるため紛争の成熟性が認められないとも考えられる。
29 しかし、刑事訴訟の被告人として裁判を受けることはそれ自体、大き
30 な苦痛を伴うものである。このような負担を、特に本件のように河川
31 区域外と判断して、故意なく工事を行った者に課することは妥当でな
32 いことから、指定の段階で紛争解決を図る必要がある。

33 以上より、本件指定は直接国民の権利義務を形成しその範囲を確定
34 するものといえるため、②をみたす。

35 3 よって本件指定は抗告訴訟の対象となる処分である。

第二 設問2

36 1 Cは2000年に本件コテージを建築したがそれから2014年7月に至
37 るまで14年の長期にわたってA県知事から河川法上の問題について
38 指摘を受けることはなかった。例え本件コテージが河川区域内にある
39 と仮定したとしても、今更河川区域内であることを理由に除却命令を
40 することは、信義則（民法1条2項）に反し、裁量権の逸脱濫用（行
41 政事件訴訟法30条）であって違法であるとの主張が考えられる。

42 しかし、河川法が河川区域の指定を公示（河川法6条4項）し、台

コメント[U24]: 去年はこの定義すら書けなかった。去年よりは成長したと思う。

コメント[U25]: 処分性を否定することに違和感を覚えたので、肯定する方向で書こうとしたが、なかなか考えがまとまらず時間を浪費した。

コメント[U26]: 刑事訴訟で争えば十分という主張は酷だと思う。

コメント[U27]: 信義則だけで終わらせるのは安易だと思い、裁量権逸脱濫用も記載した。

45 帳の調整保管を河川管理者に義務付け（河川法12条1項）、閲覧を求
46 められた場合は正当理由なき限り拒否できないこと（同4項）が定め
47 られている。また、台帳には河川区域の協会を示す図面が添付されて
48 いる（河川法施工令5条2項）。これらの規定は国民が自ら、工作物の
49 新築等を行うにあたって、台帳を調査して河川区域内にあるか否かを
50 調査させる趣旨であると解される。A県知事等の行政が自ら河川区域
51 内で許可を受けずに工事しているか否かを主体的に調査する義務はな
52 いと解すべきであり、14年間A県知事から河川法上の問題について指
53 摘を受けることはなかったとしても、事故発生を契機とする調査の結
54 果、本件コテージが河川区域内にあると判断して除却命令をすることは
55 は信義則違反とまでは言えず適法であるとする。

56 よってかかる違法事由の主張は認められない。

57 2 Cは2013年6月にA県知事から本件コテージにつき建築基準法違反
58 の是正指導を受けて改築を行った際に、A県の建築指導課の職員Dに
59 「本件コテージは河川区域外にあると理解しているが間違いないか」
60 と確認した。これに対しDは河川課の担当職員Eに照会のうえ「河川
61 区域外にあると判断している」との回答を受けた。多額の費用をかけ
62 て改築したにもかかわらず、今更上記判断を覆し、本件コテージの除
63 却を命ずることは信義則（民法1条2項）に反し、裁量権の逸脱濫用
64 （行政事件訴訟法30条）であって違法であるとの主張が考えられる。

65 しかし、Dは上記回答に際し、「測量をしないと正確なことは言えな
66 いが、今のところ」との留保をつけて回答したのであって、正式な回
67 答ではない。前述のとおり行政側には主体的に河川区域内にあるか否
68 かを調査する義務はないのであり、正式ではない回答を鵜呑みにして
69 改築を行ったCには調査義務懈怠の過失があると解すべきである。事
70 故発生を契機とする調査の結果、本件コテージが河川区域内にあると
71 判断してA県知事が除却命令をすることは信義則違反とまでは言えず
72 適法であるとする。

73 Cとしては、確認時に正確な回答をDやEに求めるか、自ら再調査
74 するべきだった。

75 よってかかる違法事由の主張も認められない。

76 以上

77 〈総合コメント〉

78 設問1で処分性を認めるか否かで迷って時間を浪費した。全体に基礎
79 力が不足している。来年に向けて答練や過去問で問題演習を繰り返し、
80 基礎力を向上させたい。

81 〈時間配分〉

82 答案構成10分

83 答案作成60分

84 〈使用した参考書、問題集〉

85 スタンダード100行政法

86 逐条テキスト行政法

コメント[U28]: この事情はこのように使うべきだろうと確信をもって記載した。

コメント[U29]: 信義則と裁量逸脱濫用。さっきと同じ。

コメント[U30]: この事情はこう使うべきだと、確信をもって記載した。

刑法

第1 甲の罪責

1 丁に50万円を交付した行為1につき、業務上横領罪(刑法(以下省略)
2 253条)が成立しないか。

3 (1) 253条が所有権と委託信任関係を保護法益とするのに対し、背任罪
4 (247条)は全体財産と委託信任関係を保護法益とする。両者は法条競合
5 の関係にあるところ、法益侵害は一つであるため、重い業務上横領罪が成
6 立する場合には背任罪は成立しないと考える。よってまず業務上横領罪の
7 成否を検討する。

8 (2) 甲は用度品購入用現金を手提げ金庫に入れて管理しており、用度品
9 を購入する場合には自己の権限においていつでも上記現金の支出が認め
10 られていた。そうすると、甲は上記現金を「占有」していたといえ
11 る。

12 (3) 民法上、現金の占有と所有は一致するが、刑法上はその保護法益と
13 の関係で独自に所有者を決する必要がある。

14 甲は、社会生活上のA社総務部長という地位に基づき、日々継続・
15 反復して上記現金の占有を行っているから、「業務上」の委託信任関係
16 (遺失物等横領(254条)との区別に必要)に基づき占有を行っている
17 る。この委託信任関係においては、あくまでも用度品を購入する場合
18 に限って、その権限で上記現金からの支出が認められている以上、あ
19 くまでもA社の現金を甲が占有していると考えべきである。

20 よって上記現金も「他人の物」と評価できる。以上より、甲は「業
21 務上」「他人の物」たる上記現金を「占有」している。

22 (4) 横領の本質は委託信任関係に背いた本権侵害にあるところ、「横領」
23 とは不法領得の意思、つまり①委託信任関係の趣旨に反して②その物
24 につき権限がないのに、本権者でなければできないような処分をする
25 意思、の一切の発現行為を指す。

26 ア 行為1は、用度品購入のための支出ではないため、A社との委託信
27 任関係の趣旨に反する(①を充足)。

28 イ 行為1は、現金を相手方に交付して「処分」(民法206条)するもの
29 で、本権者でなければできない行為であり、甲にはその権限がなかつ
30 たといえる(②を充足)。

31 ウ 以上より、行為1は「横領」にあたる。

32 (5) 行為態様から同「罪を犯す意思」(38条1項:故意)も認められる
33 ため、行為1につき業務上横領罪が成立する。

34 (2) 行為1に贈賄罪(198条)が成立しないか。

35 (1) 後述の通り、行為1により交付された50万円は「賄賂」にあたる。
36 これを丁を通して丙に交付したことは、その「供与」にあたる。

37 (2) 行為態様から故意も認められるため、行為1に贈賄罪が成立する。

38 3 両罪は後述の通り乙との共同正犯となり、また社会的見解上「一個の
39 行為」(54条1項前段)によるため、観念的競合となる。

第2 乙の罪責

40 1 甲に対し、用度品購入用現金から50万円を流用することで、丙に対し
41 A社と公共事業の契約をしてもらうよう頼んでほしいと言った行為2に
42 つき、業務上横領罪・贈賄罪の共同正犯(60条)が成立しないか。

コメント[NS31]: 悪いやつ多すぎ。

コメント[NS32]: 司法試験過去問の採点実感に、こち
ゃんと書けて記載があった気がした。

コメント[NS33]: 財産犯はまず占有から。成立犯罪間違
えないための初手。

コメント[NS34]: ここは司法試験過去問をやったか
ら書けた。ただ、「業務上」と一緒に書くことになって
少し書きづらさは感じた。先に業務上を書けばスッキリ
したし、過去問の講師作成答案例はそうになっていた覚え
がある。

コメント[NS35]: これを書きながら、自分はパタを繰り
返し解いたんだな、と少ししみじみとした。

コメント[NS36]: 論文で賄賂罪なんて解いたことない。
現場で条文読みながら頑張る。

- 45 2 共同正犯の本質は、行為を共同する旨の共謀を通じて結果に対して因
46 果性を与える点にある。共謀は、正犯意思（自己の犯罪として積極的主
47 体的に犯罪を実現する意思）と「共同～実行」の意思（相互意思連絡）
48 から成立する。
- 49 (1) 乙は、社長から降格の可能性を示されており、営業成績向上のため
50 に公共事業の契約を取得し、降格を免れるという自己の利益を欲する
51 動機がある。
- 52 甲は、恩義を感じている乙を助けたいという動機を有しているし、
53 実行行為者として積極的に犯罪を実現する意思が認められる。
- 54 以上より、甲・乙には正犯意思が認められる。
- 55 (2) 甲は乙の行為2を受けて行為1を行う意思を固めており、乙も甲が
56 自己に恩義を感じていることを十分に認識したうえで行為2をしてお
57 り、甲乙間には相互に意思連絡が認められる。
- 58 (3) 以上より甲乙間には両罪を犯す共謀が成立している。
- 59 3 (1) 甲は上記共謀に基づき行為1を行っている。
- 60 (2) 一方乙は犯罪を実行していないが、乙は甲の先輩としての地位を
61 利用して甲に計画を持ち掛けた張本人であり、その具体的内容も指
62 示しており重大な寄与が認められる。
- 63 (3) 以上より、両者には「共同～実行」の事実が認められる。
- 64 4 乙は、甲が用度品購入用資金を流用すること、丙が公務員であること
65 を認識している以上、両罪の故意も認められるため、両罪の共同正犯が
66 成立する。なお、身分を有しない者も身分者を通じて法益侵害が可能で
67 あり、また共同正犯も「共犯」（第11章）に含まれるため、非身分者た
68 る乙も「共犯」（65条1項）となることができる。
- 69 行為2は一個の行為と言えるので、両罪は観念的共同となる。
- 70 第3 丙の罪責について
- 71 1 甲の頼みを受け入れた行為3につき、受託収賄罪（197条1項）が成
72 立しないか。
- 73 (1) 丙はB市職員という「公務員」にあたる。また、丙は公共事業に関
74 して業者を選定し、B市として契約を締結する職務に従事している以
75 上、甲から依頼された、公共事業をA社と契約するという内容は丙の
76 一般的抽象的「職務に関」するものといえる。
- 77 (2) 「賄賂」とは、職務の対価として支払われる金銭を指すところ、甲
78 は、契約をとることができたならそのお礼として50万円を渡したい、
79 と申し向けており、公共事業をA社と契約するという丙の職務の対
80 価として支払われることが約されている。よって「賄賂」の「約束」
81 があったといえる。また、これは公共事業をA社と契約するという
82 「請託」を受けてなされたものである。
- 83 (3) 行為態様から故意も認められ、行為3につき受託収賄罪が成立する。
- 84 2 公共事業をA社と契約した行為4につき加重収賄罪（197条の3第1
85 項）が成立しないか。
- 86 (1) A社との契約は、その内容や締結手続に法令上も内規上も問題がな
87 かったため、「不正な行為」にはあたらないのではないかと、問題とな
88 る。

コメント [NS37]: なんで業務上横領の二重の身分の話を書き落としたのか、、、。これが今回の受験で一番悔やまれる。自分の血肉になっていなかったということですね。

コメント [NS38]: 賄賂が、約束と收受、約束と供与それぞれに成立し、それらが包括一罪になるなんていうことは露知らず。

コメント [NS39]: 7条1項の存在知らず。

コメント [NS40]: とりあえず文言にあてはめとけ、というノリだった。

コメント [NS41]: 自分なりの解釈をでっち上げた。賄賂なんてみんな準備してないからリスクはないだろう、と判断。

同条の趣旨が、公務員の職務の公平に対する公共の信頼であることに鑑みると、たとえ職務の内容が適切なものであったとしても、収賄罪と因果関係ある（「よって」）職務行為は「不正な行為」にあたると考えるべきである。

本間において、丙は甲の行為 1 を受けて公共事業を A 社と締結している以上、行為 3 と職務執行には因果関係が認められ、行為 4 は「不正な行為」にあたる。

(2) 故意も認められるため、同罪が成立する。

3 受託収賄罪は加重収賄罪に吸収され、加重収賄罪一罪が成立する。

第4 丁の行為について

1 甲から現金 50 万円を受け取った行為 5 につき、贈賄罪の幫助犯が成立しないか。

2 「幫助」（62 条 1 項）とは、犯罪を物理的・心理的に容易することを指す。本間において行為 5 は、丙が自宅におらず供与することのできなかった賄賂を代わりに受け取ることで供与を可能とし、贈賄罪を物理的に容易にしている。丁は 50 万円交付の経緯についても甲から説明を受けている以上、贈賄罪を幫助する故意も認められる。よって贈賄罪の幫助犯が成立する。

総合コメント

とにかく書くことが多い。刑法の構成が終わった後、刑訴の構成をして、これもまた書くことが多い。とにかく時間と紙幅には気を付けようと思い、最初から焦り気味にかなり小さめの文字で 88 行目までびっしり書きました。賄賂罪につき周囲の受験生も準備できていないことを祈ります。ただ、辰巳の直前模試で賄賂が出ていたようなので、少しなえます。

答案構成：15 分

答案作成：57 分

使用教材：論文解法パターンテキスト、司法試験過去問講座、予備試験過去問講座

コメント [NS42]: 丙の収受につき犯罪を成立させていないため、丁になにを成立させたらいいのかわからなかった。

刑法

第一 甲の罪責

1 贈賄罪（刑法198条）の成否

(1) 甲が6月3日に丙と会って「今度発注予定の公共工事についてA社と契約してほしい。もし契約をとることができたら、そのお礼として50万円を渡したい」と申し入れ、丙は甲の頼みを受け入れ「分かった。何とかしてあげよう」と答えている。

後述のとおり丙には受託収賄罪（197条1項後段）が成立するので、甲は197条に規定する賄賂の約束をしたものとして、6月3日の上記会話時点で贈賄罪が成立する。後述のとおり乙との共同正犯（60条）となる。

(2) 甲が6月27日に丙方を訪問し、応対に出た丁に経緯を話したうえで50万円を渡している。

後述のとおり丁には受託収賄罪（197条1項後段）が成立するので、甲は197条に規定する賄賂の供与をしたものとして、6月27日の丁に50万円を渡した時点で贈賄罪が成立する。ただし、27日の供与は3日の約束の履行に過ぎないため、3日の約束は27日の供与に吸収され、包括して贈賄罪一罪が成立する。

後述のとおり乙との共同正犯（60条）となる。

2 業務上横領罪（253条）の成否

乙が27日に手提げ金庫の用度品購入用現金の中から50万円を取り出した行為につき、業務上横領罪（253条）が成立するか、以下、検討する。

(1) 同条にいう「業務」とは、人が社会生活上の地位に基づいて反復継続する行為であって、他人の財産を保管、管理することを内容とするものをいう。

本件甲は、A社の総務部長として、用度品購入用現金を手提げ金庫に入れて管理することを任されており、用度品購入する場合に限り支出する権限を与えられていたのであるから、「業務」が認められる。

(2) 同条にいう「占有」とは濫用のおそれある支配力を言い、手提げ金庫を保管している甲には金庫内の現金に対して、このような支配力を有するといえるため甲に占有が認められる。

(3) 金庫内の現金は同条に言う「他人（A社）の物」である。

(4) 同条にいう「横領」とは、不法領得の意思の発現行為のことである。不法領得の意思とは、委託の任務に背いてそのものにつき権限がないのに所有者でなければならない処分をする意思をいう。

賄賂のために用度品購入用現金を支出することは、用度品購入用現金管理という委託の任務に背くものであり、権限がないのに所有者でなければならない処分（支出）をするものであるから、手提げ金庫から謝礼として丙に渡すために50万円を取り出す行為は不法領得の意思の発現行為と認められ、横領にあたる。後述のとおり乙との共同正犯（60条）となる。

(5) 以上より、甲が手提げ金庫から50万円を取り出した時点で業務上横領罪が成立する。

コメント[U43]: 誰から検討するか迷ったが、贈賄と横領の実行犯であり、記載すべき内容が多そうな甲からにした。「後述のとおり」が多くなるのはやむを得ない。書ききれず途中答案になることは絶対に避けなければならないと思った。

コメント[U44]: 甲は実行行為者なので、当然に正犯であると考えた。幫助犯ではないことに触れることも考えたが、時間やページ制限から余裕はないと判断した。

コメント[U45]: 横領と背任の区別の論点に触れることも考えたが、時間やページ制限から余裕はないと判断し、横領のみ検討した。

コメント[U46]: 業務の定義は新司法試験でも問われている。行為ではなく、事務とすべきだった。基礎知識があやふやである。

3 罪数

以上より、甲には丙及び丁に対する贈賄罪とA社に対する業務横領罪が成立し、併合罪（45条）となる。

第二 乙の罪責

1 贈賄罪（刑法198条）の成否

前述のとおり、甲には贈賄罪が成立するが、乙は共同正犯（60条）となるか。贈賄の約束や供与といった実行行為は甲が行い、乙は実行行為を分担していないことから、**共謀共同正犯**の成否が問題となる。

この点、共同正犯の処罰根拠は、共同実行の意思のもと共犯者が相互に相手の行為を利用補充し合うことにより、犯罪の結果に対して物理的、心理的因果性を及ぼすことにある。よって①正犯意思、②共謀、③②に基づく共犯者の実行行為があれば共謀共同正犯が成立すると解する。

本件において、乙はA社の営業部長として営業成績を向上させ、降格を免れるために、丙に贈賄して公共工事を受注しようとしたものであるから本件贈賄は乙が自己の利益のために行ったものであるといえる。また、丙の同級生である甲を通じて、甲が管理する用度品購入現金を流用して贈賄するという犯行計画も乙が甲に持ちかけたものであり、乙は本件贈賄の重要な役割を果たしている。よって乙には自己の犯罪を実行する意思、すなわち正犯意思が認められる（①充足）。

また、乙は甲に上記のとおり犯行計画を持ちかけ、乙は用度品購入現金から50万円を謝礼として丙に渡すことで、A社が公共工事を受注できるよう丙に頼もうと決心し、乙にその旨告げていることから共謀も認められる（②充足）。

そして、前述のとおり、上記共謀に基づき、甲が丙、丁に贈賄を約束、供与するという実行行為を行った（③充足）。

以上より、乙には丙、丁に対する贈賄罪の共謀共同正犯が成立する。

2 業務上横領罪の成否

前述のとおり、甲には業務上横領罪が成立するが、乙は共同正犯（60条）となるか。横領の実行行為は甲が行い、乙は実行行為を分担していないことから、**共謀共同正犯**の成否が問題となるが、業務上横領についても前述①～③を充たすので乙には業務上横領罪の共謀共同正犯が成立すると思われる。

もっとも、乙には業務上横領罪の占有者としての**身分**や、業務者としての身分がない。この点、業務上横領罪は非占有者との関係では真正身分犯であるから65条1項により、占有者の身分を欠く乙にも業務上横領罪の共謀共同正犯が成立すると解する。ただし、業務上横領罪は単純横領罪が業務者としての身分によって加重された不真正身分犯であるから、65条2項により、業務者たる身分を欠く乙には**単純横領罪**（252条1項）の刑が課される。

3 罪数

以上より、乙には丙及び丁に対する贈賄罪の共謀共同正犯とA社に対する業務上横領罪（科刑は単純横領罪）の共謀共同正犯が成立し、併合罪（45条）となる。

コメント[U47]: 共謀共同正犯については新司法試験でも過去に問われており、用意していた論証を記載した。

コメント[U48]: すでにかかなりの時間とページを費やしており、焦りながら書いた。
共謀共同正犯のあてはめは贈賄と同じなので省略しようと考えた。

コメント[U49]: 共犯と身分の論点も焦りながら短く書いた。本当はもう少し丁寧に書きたかった。

コメント[U50]: 判例の解釈が思い出せなかった。たしか判例は文理に忠実な解釈だったはずと考えて記載したが、このように科刑のみ横領とするのは団藤説だった。基礎知識があやふやである。

89 第三 丙の罪責

90 3日の約束について受託収賄罪（197条1項後段）が成立するか。
91 丙はB市職員であるから「公務員」である。公共工事の業者を選定
92 し、B市として契約を締結する職務に従事しているので「職務に関し」
93 にあたる。A社との公共工事契約を締結してほしいとの「請託」を受
94 け、お礼として50万円を渡したいとの甲の「賄賂」の申し入れに対し、
95 「分かった。何とかしてあげよう」と答えて「約束」している。
96 よって、上記6月3日の約束の時点で受託収賄罪が成立する。
97 また、27日の收受についても受託収賄罪が成立し、丁と共謀共同正
98 犯となる。しかし3日の約束は27日の收受に吸収され包括して受託収
99 賄罪一罪が成立する。

100 第四 丁の罪責

101 27日の收受は甲から事情を聞いたうえで、かつ丙と電話で相談し共
102 謀の上、自ら收受している。丁は公務員ではないが、受託収賄罪は真
103 正身分犯であるから、65条1項により受託収賄罪が成立（197条1項
104 後段）し、丙と共同正犯（60条）となる。

以上

106 〈総合コメント〉

107 新司法試験と予備試験の過去問で問われた基本的論点为中心で、理論
108 的にはそれほど難しくはないと思った。しかし、処理すべき分量が多く
109 記載事項の取捨選択や時間配分が難しい。時間切れでバランスが悪くな
110 ったのは演習不足が原因だと思う。実際はもっと乱れた文章だったと思
111 うが、細部が思い出せず再現できない。来年に向けて答練や過去問で問
112 題演習を繰り返したい。

113 〈時間配分〉

114 答案構成10分

115 答案作成60分

116 〈使用した参考書、問題集〉

117 スタンダード100刑法

118 逐条テキスト刑法

コメント[U51]: 丁との電話の内容に触れたかっ
たが、時間と余白不足により省略。

コメント[U52]: 幫助犯か、正犯かにも触れたか
ったが、時間と余白不足により省略。

第1 設問1

1 写真撮影①～③について

写真撮影①～③は「強制的処分」(刑事訴訟法(以下省略)197条1項但書)にあたらないか。

物理的実力によらない捜査からも人権を保障(1条)する一方、軽微な権利利益の制約にとどまるのであれば法定手続きを経ずに真実発見(1条)図るべきであるから、「強制的処分」とはa.個人の意思を制圧し、b.生命身体財産等の重大な権利利益を制約する処分を指す。

(1) 写真撮影は一方的に行われるため反対動機の形成可能性がなく、意思に反して行われる点で個人の意思の制圧があるといえる(aを充足)

(2) 写真撮影①～③は甲方内で行われている以上、プライバシー(憲法13条後段)という重大な権利利益の制約を伴うといえる(bを充足)。

(3) よって「強制的処分」にあたる。

(4) 写真撮影は、人・物・場所の性状を五官の作用で感知する「検証」の結果を記録する強制処分と言えるため、「検証」令状を必要とするのが原則である(刑事訴訟法218条)。

(5) ここで、令状主義の趣旨は、強制処分の理由と必要性を、公平中立な第三者的立場にある裁判官が事前に個別的に審査することで、強制処分の濫用を防止しもって国民の人権保障を図る点にある。そうすると、裁判官が事前に個別具体的にその理由と必要性を判断しているような行為であれば、強制処分に付随する処分として令状の効力により許容される。搜索差押においては、執行手続の適法性を担保するための写真撮影や、証拠価値保全のための写真撮影は事前の審査が及んでいるといえるため、令状の効力により許される。

2 写真撮影①(以下「①」)について

(1) 搜索差押手続においては「人の住居～で～執行をするときは、住居主若しくは～これらの者に代わるべき者をこれに立ち会わせなければならない」(222条1項、114条2項)。本問においては甲方における甲との同居人たる乙が「代わるべき者」にあたる。

(2) 搜索差押手続においては、手続の公正を担保し、被処分者に不服申立ての機会を保障するとともに、来意を告知し不要なプライバシー侵害を防止するため、事前の令状呈示が必要とされる(222条1項、110条)。

(3) ①は、これらの手続が適法になされていることを客観的に記録するもので、搜索差押手続の執行の適法性を担保するための写真撮影といえる。よって搜索差押許可状の効力としての付随処分として適法である。

3 写真撮影②(以下「②」)について

(1) サバイバルナイフは差押対象物件であり、サバイバルナイフによる切り付け行為によって犯罪に問われている本件においては重要な証拠といえる。これが甲方の机の引出し内で、甲名義の運転免許証等と一緒に保管されていることは、サバイバルナイフと甲との関連性を推認させるものである。犯行関連物品たるサバイバルナイフが甲の所有物であることから、甲の犯人性を推認させる一要素となる。

(2) そうすると、サバイバルナイフを甲の免許証等と一緒に写真撮影するのは、証拠物たるサバイバルナイフの証拠価値保全のための行為と言

コメント[NS53]: ①～③に共通するため、先出しで書く。

コメント[NS54]: 捜査パターン。令状出ているし、「捜査」に該当することは前提だと考えた。

コメント[NS55]: 強制処分に該当したら、強制処分のうちどれなのか特定する。

コメント[NS56]: ①②に共通するのでここで書いてしまおうと思った。

コメント[NS57]: 問題文が114Ⅱを書いてほしいそうだった。

45 える。よって②は証拠価値保全のための写真撮影として搜索差押許可
46 状の付随処分として適法である。

47 4 写真撮影③（以下「③」）について

48 (1) 差押対象物件ではない注射器・ビニール小袋の写真撮影の必要性を
49 裁判官が事前に審査しているとはいえないため、搜索差押許可状の効力と
50 しては認められない。

51 (2) では、「必要な処分」(222条1項、111条1項)として許容されない
52 か。

53 同条は、強制処分に対する妨害を、付随処分として排除できることを注
54 意的に規定したものに過ぎない。そうすると、搜索差押手続に対する妨害
55 が存在せず、そもそも差押対象でもない注射器やビニール小袋を撮影する
56 必要性が認められない。

57 よって必要な処分としても認められない。

58 (3) 以上より③は違法である。

59 第2 設問2

60 1 同書面は「公判記事における供述に代えて書面を証拠と」する場合で
61 あるため、「証拠とすることはできない」(320条1項)のではないか。

62 (1) 同条の趣旨は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程に含み得る誤りを、
63 反対尋問(憲法37条2項)等を経ずに証拠採用すると、類型的に誤判
64 のおそれがあるため、それを防止する点にある。そうすると、その対
65 象となるのは、公判廷外の供述(原供述)を含む供述証拠で、原供述
66 の内容の真実性を証明するための供述証拠に限られる。

67 本問では、搜索差押手続を執行したPが視覚を通して認識した、サ
68 バイバルナイフの横に甲名義の運転免許証等があり、サバイバルナイ
69 フと甲との関連性がうかがわれることを理由として、甲の犯人性を推
70 認するためのものであるため、内容の真実性を証明するための供述証
71 拠だといえる。

72 よって証拠能力が認められないのが原則である。

73 (2) しかし、真実発見(1条)の見地から、証拠としての必要性、信用性
74 の情勢的保障があれば例外的に証拠能力が認められる(321条～)。

75 2 (1) 本問において甲は、サバイバルナイフは乙の物だと供述しており、
76 サバイバルナイフが自分の物であることを否定している。

77 そうすると、サバイバルナイフが甲の物だと推認させる同書面の
78 証拠採用を「被告人」甲が「同意」(326条1項)するとは考えられ
79 ない。

80 (2) では、「検証」調書(321条3項)としては認められないか。

81 前述のとおり、同書面は「司法警察職員」Pの「検証」結果を記
82 録した検証調書である。これは意識的に観察したものを記録する点
83 で誤りが混入する恐れが小さいし、口頭で説明するよりも書面での
84 説明の方がわかりやすく証拠としての必要性が認められる。

85 よって、Pが自分で作成したという成立の「真正」だけでなく、
86 その内容に誤りがない旨の内容の「真正」についても「供述」すれ
87 ば、証拠能力が認められる。

88 ③では、写真部分はどうか。

コメント [NS58]: ここは授業で習ったことを使った。

コメント [NS59]: 公判期日における他人の供述の方の定義を書いてしまった。混同していた。

コメント [NS60]: 検証につなげるために意識。

コメント [NS61]: 甲のナイフについての発言は、おそらくこのように使ってほしいのだろうと思った。

コメント [NS62]: 321Ⅲは趣旨と文言から。

コメント [NS63]: あと1, 2分でとても焦った覚えあり。

写真は、機械的正確性をもって記録されるため、誤りを含みやすいとい
う前記伝聞法則の趣旨が及ばない。

よって非伝聞証拠として、証拠能力が認められる。

4 以上より、同書面には証拠能力が認められる。

総合コメント

予備前に司法試験過去問を一周解き直しておいて本当によかった。書くこ
とは明確になっていたが、とにかく文量が多く、焦りながら書き続けるこ
とになった。書けている人が多いと思うので、強制処分該当性から手順を
踏んでいるか、執行手続の適法性・証拠価値保全のあてはめなどで差が付
くかな、と思ったが、だからといって特になにか策を講じるような余裕は
なかった。とにかく刑事系が途中答案にならず書き切れてよかった。

答案構成：15分

答案作成：52分

使用教材：論文解法パターンテキスト、司法試験過去問講義、予備試験過
去問講義

刑事訴訟法

第一 設問1

1 ①～③の各写真撮影は強制処分であり、検証(218条1項)として、
2 捜索差押許可状とは別個に検証令状が必要ではないか。令状なく撮影
3 されたものとして、令状主義に違反して違法とならないかが問題とな
4 る。

コメント[U64]: 強制処分の定義を軽くでも書いて当てはめるべきだった。

5
6 この点、令状主義(憲法35条)の趣旨は、強制処分に対して裁判所に
7 事前に審査させることで、捜査機関による強制処分の濫用を防止し、
8 人権侵害を防止することにある。

9 そうすると、被疑事実との関連性と捜査の必要性があり、裁判官が
10 捜索差押令状の発行に際して想定していると解される場合については、
11 捜索差押に付随する処分として許容されるものとする。以下、個別
12 に検討する。

コメント[U65]: たしか新司法試験の過去問でスタンダード100はこのように当てはめていたはず、と思い出して記載。

2 ①について

13
14 捜索差押許可状は処分を受けるものに提示しなければならず(222
15 条、110条)、①の写真撮影は、捜査がかかる手続きを遵守したことの
16 記録として撮影したものと解される。

コメント[U66]: 条文を挙げたかどうか記憶が曖昧である。

17 このような写真撮影は被疑事実に関する捜索差押の適法性を確保す
18 るものであるから、被疑事実との関連性を有し、捜査の必要性も認め
19 られる。また、裁判官も令状審査にあたりかかる処分を当然に想定し
20 ていたものと解される。

21 よって捜索差押に付随する処分として適法と解する。

3 ②について

22
23 ②は抛物の発見された状況を撮影し、証拠価値を保全するために撮
24 影したと解される。

25 すなわち、血のついたサバイバルナイフは捜索差押許可状の差押対
26 象物であり、被疑事実たる傷害事件と関連性を有するところ、このナ
27 イフが甲方寢室の机の引き出しから発見され、その横に甲名義の運転
28 免許証と健康保険証が発見された。このことから、サバイバルナイフ
29 が甲の所有物であることが強く推認されるため、これらを1枚の写真
30 に収めることで証拠価値を保全する必要性が認められるのである。ま
31 た、裁判官も令状審査にあたりかかる処分を当然に想定していたもの
32 と解される。

33 よって捜索差押に付随する処分として適法と解する。

コメント[U67]: ここもたしかスタンダード100で同じように処理していたはず、と思い記載。

4 ③について

34
35 ③は覚せい剤の使用をうかがわせる証拠であり、被疑事実たる傷害
36 事件とは関連性がない。覚せい剤使用は重大犯罪であり、捜査の必要
37 性は認められるものの、裁判官は本件捜索差押令状発行に際してあく
38 まで被疑事実である傷害事件に関してのみ審査したのであり、覚せい
39 剤については想定していなかったと解される。

40 よって捜索差押に付随する処分とは認められず、本件写真撮影は違
41 法と解する。任意で提出を求めるか、別途捜索差押許可状を取得して
42 差し押さえるべきであったと解する。

コメント[U68]: 違法というだけで終わらせるのはどうかと思い記載。

第二 設問2

1 書面について

(1) 伝聞証拠か

本件書面は「公判期日における供述に代」わる供述であり伝聞法
則(320条1項)によって証拠能力が否定されないか。

伝聞法則とは伝聞証拠の証拠能力を原則として否定する法則であ
る。伝聞証拠とは公法廷外の供述で、供述内容の真実性を立証する
ためのものをいう。

すなわち、供述証拠は、知覚、記憶、表現、叙述の過程を経ると
ころ、各過程に誤りが混入するおそれがあるにもかかわらず、反対
尋問(憲法37条2項、刑訴304条)によるチェックがなされないこ
とから、原則として証拠能力が否定される。そして、伝聞証拠に当
たるか否かは要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるか
否かで相対的に判断される。

本件書面の記載内容「甲方の(中略)あった。」は司法警察員Pが
検証の結果を記載したものである。そして、検察官Rは本件書面に
よってサバイバルナイフと甲の結びつきを立証したいと考えている
ので、甲の運転免許証や保険証と一緒に発見されたことなど、記載
内容どおりの検証結果であったことを立証するためのものであるか
ら伝聞証拠にあたる。よって、原則として証拠能力が否定される。

(2) 伝聞例外か

もっとも伝聞証拠であっても、伝聞例外(321条～328条)に該当
する場合には例外的に証拠能力が認められる。本件、書面司法警察
員Pが検証の結果を記載した書面であるから、321条3項により供
述者Pが公判期日において証人尋問を受け、その真正に作成された
ものであることを供述したときには、伝聞例外として証拠能力が認
められる。

2 添付写真について

本件写真は、本件書面に記載された検証に際し、検証状況を機械的
に撮影したものである。よって、本件書面が伝聞例外として証拠能力
を認められる場合にはこれと一体をなすものとして、添付写真の証拠
能力も認められる。

以上

〈総合コメント〉

初めに強制処分であることをきちんと触れるべきであった。そういう
当たり前のところを落とすようでは、合格は困難だと思う。全体に基礎
力が不足している。来年に向けて答練や過去問で問題演習を繰り返し、
基礎力を向上させたい。

〈時間配分〉

答案構成10分

答案作成60分

〈使用した参考書、問題集〉

スタンダード100 刑事訴訟法

逐条テキスト刑事訴訟法

コメント[U69]: 伝聞法則は用意していた論証を記載。

コメント[U70]: 強制捜査なので実況見分調書ではなく、
直接適用で良いと考えて記載。

コメント[U71]: 非伝聞なのか、一体だから良いのか、ど
ちらの説もあったような気がして、迷いつつ記載。

民事実務基礎

1 第1 設問1

2 1 小問(1)

3 被告は、原告に対し、本件土地を引き渡せ。被告は、原告に対し、平成
4 26年9月1日付け売買契約を原因とする所有権移転登記手続をせよ。

5 2 小問(2)

6 (1) XのYに対する請求は、任意代理による売買契約を根拠としている
7 (民法555条、99条1項)。その法律効果を直接発生させるものとして法
8 律に定められている要件は、a.「意思表示」b.「本人のためにすることを
9 示して」(顕名)c.「権限内において」(先立つ代理権授与)の3つである。

10 (2) ア ①は売買契約の意思表示があることを示している。

11 売買契約の冒頭規定たる民法555条によると、その成立には「当事者の
12 一方がある財産権を相手方に移転することを約し」、「相手方がこれに対し
13 てその代金を支払うことを約する」ことが必要である。

14 本問では当事者Aは本件土地の所有権をXに移転することを約しており、
15 またXはその代金として250万円を支払うことを約している。よって売買
16 契約の要件を充足しており、aを充足する。

17 なお、①記載の売買の日時は売買契約の特定のためになされている。

18 イ ②は顕名があったことを示している(bを充足)。

19 ウ ③は先立つ代理権授与の存在を表している。

20 この代理権は、aの意思表示時に存在する必要がある。その時点で代理
21 権を有していなければ無権代理(民法113条1項)となるからである。ま
22 た、代理権の内容はaの意思表示を成す代理権でなければならない。

23 よってYがAに対し本権売買契約に“先立つて”、“本権売買契約締結に
24 係る”代理権を授与したことを示す③によってcを充足できる。

25 (3) これらの要件に該当する具体的事実として①～③が記載されている。

26 第2 設問2

27 1 小問(1)

28 (1) 抗弁とは、請求原因事実と両立し、請求原因事実によって生じた法
29 効果を妨げる効果を有する事実の主張を指す。

30 IにおいてYは、Aに対し280万円で本件土地を売却する代理権を授与
31 したに過ぎないことを主張している。これは請求原因事実③と両立しない、
32 積極否認(民事訴訟法規則79条3項)ということができる。

33 (2) よって裁判官は、Iの事実のみをもって抗弁と扱うべきでない。

34 2 小問(2)

35 (1) 契約が解除された場合、その契約は溯及的に無効となるため、IIの
36 事実の主張はX主張の事実と両立し、Xの請求を障害する抗弁といえる。

37 (2) Yは、Xが債務を履行しないことを理由とする履行遅滞解除(民法
38 541条)を主張していると考えられるが、債務不履行解除においては債務
39 不履行が違法であることが必要である。通常債務が履行されていなければ
40 違法と考えられるため、違法性阻却事由があることを相手方が主張立証す
41 ることになる。しかし、本問においては請求原因事実①によって「双務契
42 約」であることが現れているため、同時履行の抗弁(533条)の存在効果
43 により、不履行が違法でないのが通常となっている。そこで、解除を主張
44 する場合、同時履行の抗弁を先に消滅させるため、自らの「債務の履行」

コメント[NS72]: 去年書き落とした日付。今年
はちゃんと書く。

コメント[NS73]: やはり新聞研プラス過去問レ
ベルで必要十分。

コメント[NS74]: 14点という配点から、この
あてはめまで求めていると予想。

コメント[NS75]: 所有していることは不要(560)
などは思いつかず。

コメント[NS76]: 履行の提供以外の要件を全て
充足していたため、他の要件の説明も求められ
ているのかの判断にかなり迷った。催告や解除
の意思表示、相当期間経過など。しかし、10点
という事に鑑み、存在効果のみでいくことにし
た。

コメント[NS77]: 今思うと、493にもっていつて
もう少しちゃんと書いてもよかった。

の「提供」を主張する必要がある。

本件においてYは、本件土地をXに明け渡すこと、所有権移転登記手続をすることの2つの債務を負っている。しかしそれらは未だなされておらず、履行の提供もあったとはいえない。

(3) よって裁判官はⅡの事実のみをもって抗弁として扱うべきでない。

(4) なお、催告等その他の要件は全て充足している (民法540条等)。

コメント [NS78]: びびった証拠。

第3 設問3

1 小問1

(1) 本件売買契約書は「文書」であるため、「その成立が真正であることを証明しなければならない」(民事訴訟法(以下省略)228条1項)のが原則である。

Pが本件売買契約書をAの作成した文書として書証として提出したところ、Qは本件売買契約書の成立を認める旨陳述している。

コメント [NS79]: これはかなり迷った。かなり多くの人間が小問1で二重の推定を展開すると考えたから。でも、小問2で二重の推定以外書くことが思いつかなかったため、こちらは179だけで終わらせることにした。

そうすると、本件売買契約書がAの作成したものではないことにつき、当事者間に「自白」(179条)が成立しているため、「証明することは要しない」という不要証拠が生じる。

よって裁判所は、本件売買契約書をAが作成したと認めることができる。

(2) なお、書証の成立は補助事実であるため、この自白に裁判所拘束効、不可撤回効は生じない。

2 小問2

(1) 本件売買契約書にはYの実印が押印されているため、これはYの「代理人」Aがその意思に基づき「押印」したものと推定される。また、これによって本件売買契約書が「真正に成立したものと推定される」(228条4項)。これは法定された事実上の推定であるため、主張証明責任の転換は行われず、Yは実印の盗用・冒用や、押印後の加筆・修正を反証することで推定を覆すことができる。

コメント [NS80]: 228Ⅳの後のここは過去問通り。

(2) 本件においてYは、実印を自宅の鍵付きの金庫に保管していることを主張しており、実印盗用の可能性を否定している。一方、以前実印をAに預けた際の冒用を主張している。しかし、以前の別の取引についての契約書等、実際に実印を預けたことなどを証明するための証拠がなにも提出されていないため、冒用の事実による反証としても足りていない。

(3) よって本件売買契約書は形式的に成立の真正が推定され、Yの作成によるものであると推定される。

(4) 本件売買契約書は、意思表示という法律行為が記載された処分証書にあたるため、実際にそのような契約がなされたことを推認させる実質的証拠能力を有している。特段の事情がある場合にはその推認を妨げることができるが本件においてはどうか。

確かにYは、Aに対し280万以上であればXに売却してよいと依頼した旨主張している。しかし一方でYはAから、Xが代金250万円を希望しており、資金繰りの関係でそれ以上の増額は難しいという事を伝え聞いている。

そうすると推認を妨げる特段の事情があるとは認められず、本件売買契約書はYの意思を反映したものだと推定される。

(5) 以上より、本件売買契約書の存在から、YがAに対し、平成26年

コメント [NS81]: なにをどうすればこれを推認できるのか全然わからなかった。書面の説明をする以外なにも思いつかず。

89 9月1日までに本件土地を250万円で売却することを承諾していたと推
90 認できる。

91 第4 設問4

92 (1) Pは依頼人Xに相談することなく通知書をYに送付しており、これ
93 は事件処理につき依頼者の意思を尊重するために逐一「協議しながら事件
94 の処理を進めなければならない」とする弁護士職務基本規程(以下省略)
95 36条に反している。

96 (2) Pは、相手方の代理人Qを通さず、また承諾も得ずに直接Yと交渉
97 していることになるため、52条に違反する。

98 (3) 通知書の内容は、“不遜極まりない態度”“だまし取った”“虚偽の弁
99 解”など、Yの名誉感情を傷つけるものである。また、そのような文書を
100 直接勤務先であるZ社に対して送付することは、Yに対する名誉侵害の程
101 度が大きく、このような通知書を送付する必要性も相当性も認められない
102 以上、6条に反する。

103

104 総合コメント

105

106 一番自信をもって臨んだ科目だったが、何を書いたらいいのかいまいちは
107 っきりせず、少し消化不良な感じで終わってしまった。二重の推定は、出
108 ると分かっている、いざ出るとよくわからなくなった。代理人が押印し
109 た時、だれの作成の真正が推定されるんだ、と頭が混乱した。

110

111 答案構成: 37分

112 答案作成: 58分

113

114 使用教材: 新問題研究要件事実、超速実務基礎講義、予備試験過去問講義

コメント [NS82]: まだQが代理人になっていな
いなど冷静に考える余裕は全くなかった。

民事実務基礎

第一 設問1

1 小問(1)

①YはXに対し本件土地の所有権移転登記手続きをせよ。

②YはXに対し本件土地を引渡せ。

2 小問(2)

売買契約は、当事者の一方(本件A)がある財産権(本件土地)を相手方(本件X)に移転することを約し、相手方がこれに対して代金(250万円)を支払うことを約することによって、その効力を生ずる(民法555条)。①はXA間で本件土地を250万円で売却するという、売買契約が締結された事実を示すためである。

Xが、XA間の本件売買契約の効力をYに対して主張するためには、本件売買契約がY代理人Aの代理行為として有効に締結されたことが必要である。代理人がその権限の範囲内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる(民法99条1項)。②はこの代理の要件のうち、「本人(Y)のためにすることを示してした」(顕名)ことを示すためである。③は「代理人(A)がその権限(代理権)の範囲内において」「意思表示(本件売買契約)」をしたことを示すためである。

第二 設問2

1 小問(1)

抗弁として扱うべきではない。

抗弁とは請求原因事実と両立し、請求原因事実から生じる法律効果を妨げる主張である。Yは本件売買契約はAの無権代理によるものと主張している。すなわち、請求原因事実①～③のうち、XA間で本件売買契約が締結されたという①の事実、AがYのためにすることを示したという②の事実を認めている。

しかし、③の事実とYの主張は両立しない。なぜなら③にいう本件売買契約締結に係る代理権とは、本件土地を250万円で売却するという契約であり、Yは280万円以上で売却する代理権を与えたに過ぎず、代理権限外だからである。

よってIの事実の主張は理由つき否認と扱うべきであり、抗弁として扱うべきではない。

2 小問(2)

抗弁として扱うべきである。

YはXに対して本件売買契約の代金全額(250万円)を支払うように催促したと主張しており、これは、Aによる本件売買契約の効力が自己に帰属することすなわち請求原因事実①～③を認めるものである。そして、Yは債務不履行による契約解除(民法541条)を主張している。これは請求原因事実①～③と両立し、解除によって契約は遡及的に無効となる(民法545条1項)から、請求原因事実①～③から生じる法律効果を妨げる主張である。

よってIIの事実の主張は抗弁として扱うべきである。

第三 設問3

1 小問(1)

コメント[U83]: 登記原因や日付を書くべきだった。昨年と同じ間違いをしてしまった。

要反省。

コメント[U84]: 気付いたことは良かったと思うが、まとめて一文で記載すべきだったのだろうか。

コメント[U85]: 必要なことは書いていると思うが、時間をかけ過ぎ。基礎があやふやなので時間がかかってしまう。

コメント[U86]: 抗弁と否認の違いを問うていると思い、それほど悩まずに記載。

45 認めることはできない。

46 文書はその成立が真正であることを証明しなければならない(民訴
47 228条1項)。本件ではYの実印が押印されており、印鑑を重視するわ
48 が国の文化から、本人Yの押印が顕出されれば本人Yの意思に基づく
49 押印であると事実上推定され(一段目の推定)、本人又はその代理人の
50 署名又は押印があるときは、文書は真正に成立したものと事実上推定
51 される(同条4項。二段の推定)とも思われる。しかし、これらは事
52 実上の推定であって立証責任を転換するものではない。Yは、Aが印
53 鑑を勝手に押印したと主張しており、本人の意思に基づく押印であっ
54 たという1段目の推定が及ばず、文書の真正が真偽不明となっている。

55 よって契約書を本人Aが作成したと認めることはできない。

56 2 小問(2)

57 YはAから平成26年9月1日よりも前に金額空欄の売買契約書を見
58 せられていたのであるが、黙認している。このことから代金について、
59 YはAに委ねたものと解釈すべきであり、YはAに対し本件土地を
60 250万円で売却することを承諾したものである。

61 第四 設問4

62 Xは本件土地の所有権移転登記と引渡しを請求したいと考えていた
63 に過ぎず、民事提訴はともかく刑事告訴を行うことまでは考えていな
64 かったと思われる。しかし、PはXに相談することなく、通知書に所
65 有権移転登記手続訴訟の提起とともに刑事告訴を行う所存であること
66 まで記載し、内容証明郵便でYに送付している。

67 これは「委任の趣旨に関する依頼者の意思を尊重して職務を行うも
68 のとする」と定める規程22条や、「依頼者と協議しながら事件の処理
69 を進めなければならない」と定める規程36条に反するという問題があ
70 る。仮にPが本当に刑事告訴までするつもりはなく、単に交渉戦略と
71 して記載したに過ぎなかったのだとしても、内容証明を出すこと自体
72 や、その記載内容について十分に依頼者Xと協議し、意思を確認して
73 から記載、送付すべきであった。

74 以上

75 〈総合コメント〉

76 設問1のような基本的な部分に時間を使いすぎたため、設問3で焦っ
77 て問題を読み間違え、時間切れとなった。設問3ではほとんど点はつか
78 ないであろう。来年に向けて答練や過去問で問題演習を繰り返し、基礎力
79 を向上させたい。

80 〈時間配分〉

81 答案構成10分

82 答案作成80分

83 〈使用した参考書、問題集〉

84 スタンダード100 民事訴訟法

85 新問題研究要件事実

コメント [U87]: 問題を勘違いしていたことに、
ここまで書いて気付いた。印鑑が出てきたので
条件反射的に二段の推定と思い込んでしまった。
不注意であり反省している。修正する時間はな
く、やむを得ず次に進んだ。しかし、勘違いし
なかったとしても書けなかったと思う。

コメント [U88]: 設問4を先に検討しラスト2分
で記載した。時間不足のため、少しでも点数が
もらえればと思い要点のみ記載。

コメント [U89]: こういう交渉戦略はあって良い
と思うし、会社で実際にも目にする。しかし、
依頼者と相談せずにやったことは問題であると
考えた。

刑事実務基礎

第1 設問1

1 小問(1)

「公判前整理手続」(刑事訴訟法(以下省略)316条の2～)であるため、「弁護人は～検察官請求証拠について～意見を明らかにしなければならぬ」と(316条の16第1項)。

2 小問(2)

(1) 証拠は、犯罪との最小限の関連性(自然的関連性)を有することが必要である。

(2) ナイフは、匿名の通報があった約15分後に司法警察職員が現場に臨場した後、同場所から約10メートルの地点で発見されたものである。被害者Vは刺創を負っており、ナイフは犯罪に用いられた犯行関連物品である可能性がある。

(3) よってナイフには自然的関連性が認められ、証拠能力を有する。

3 小問(3)

(1) 直接証拠とは、その証拠自体から特定人の犯人性を証明できるものを指す。たとえば犯行現場目撃者の供述書などである。一方間接証拠とは、犯人性を推認させる証拠を指す。

(2) 甲5号証の捜査報告書には、領置されたナイフからAの指紋が検出されたことが示されている。仮に捜査報告書の内容が真実であったとしても、証明できるのは指紋の存在だけであり、そのそもそのナイフが犯罪に供されたの否か不明である。また、全く別の機会にAがナイフに触れた可能性もある。よってナイフに指紋が付着していることのみで、Aを犯人と証明できるものではない。

ただ、ナイフと犯罪の関連性が証明された場合には、Aの指紋が付着していることはAの犯人性を推認させる一つの材料にはなる。

(3) よって間接証拠である。

第2 設問2

1 Aの弁護人はAが89条各号に該当しないか検討する必要がある。

2 (1) Aは傷害罪(刑法204条)を理由に公訴提起されているところ、これは「死刑または無期若しくは短期一年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪」(89条1号)でも、「常習として～罪を犯したもの」(89条3号)でもない。

(2) Aには前科前歴がないため89条2号にも該当しない。

(3) Aという「氏名」は判明しているし、実家で母と同居していることから「住居」も判明している(89条6号)。

(4) B子は、K駐車場で試験現場を目撃しており、Vを刺したのがAであることや、Aがそのような行動に出た経緯、また事件の翌日にはAから電話があり、そこでAの犯人性をうかがわせるような発言をAがしていたことを捜査機関に話している。そうすると、B子は「事件の審判に必要な知識を有すると認められる者」(89条5号)にあたる。

また、AはかつてB子と交際していた際暴力をふるうなどしており強暴な性格である可能性があるため、B子を脅迫して自己に有利な証言等をするように働きかけるかもしれない。AがB子の家や電話番号を知っていることから、B子を「畏怖させる行為をすると疑うに足りる相当な理由」

コメント[NS90]: 民事で少し押していたので、最初から焦り気味。絶対に途中答案だけは避ける。

コメント[NS91]: 発見できてよかった。

コメント[NS92]: どこまで書けばいいのかわからなかった。問題文に争点は犯人性と書いてありながら、Aの犯人性を検討する場所が他になかったため、ここで犯人性を厚くいくのか?とも考えた。とりあえずこれで済ませて、時間があつたらもう少し頑張ろうと次に進む。

コメント[NS93]: 保釈、、、該当性を検討することくらいしか思いつかない。たぶんみんなそうだろう。

45 があるといえる。

46 よって89条5号に該当する。

47 (5)「罪証」には人証・物証があるところ、上記の通りB子は重要な人証
48 (89条4号)といえる。AはB子を「隠」避するなどして、これ以上B子
49 がAにとって不利な行為をするのを防止する可能性がある。よって「罪証
50 を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がある」
51 といえ、89条4号に該当する。

52 第3 設問3

53 1 小問(1)

54 (1)「証拠調べ」に「関」する「異議」(309条1項)であるため、「法令
55 の違反があること」のみを理由とすることができる(刑事訴訟法規則(以
56 下「刑訴規則」)205条1項)。

57 ①は「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」(320条1項)
58 に形式的には該当するため、「証拠とすることができない」のではない。

59 同条の趣旨は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程に誤りを含む恐れある
60 供述証拠を反対尋問等によってチェックすることで、典型的な誤判のおそ
61 れを排除する点にある。そうすると、その対象は、公判廷外の供述(原供
62 述)を含む供述証拠で、原供述の内容の真実性を証明するためのものに限
63 定されると解される。

64 本問において①は、その内容の真実性を証明するための伝聞証拠にはあ
65 たらない。仮に内容の真実性を証明するためのもののだとしても、①は知覚・
66 記憶の過程を経ない精神状態供述であるため、前記伝聞法則の趣旨が妥当
67 しない。

68 よって①は証拠能力が認められる。

69 (2)そうすると、弁護人の「異議の申立は理由がない」ため、「決定で棄
70 却」すべきだとの意見を述べる。

71 2 小問(2)

72 (1)②はその内容の真実性を証明するための伝聞証拠とも思える。

73 しかし、犯行が行われた翌日の2月2日に、B子に対し、ナイフでVを
74 刺した旨や、犯行関連物品と思われるナイフをを落とした旨の供述を行っ
75 たということそれ自体が、Aの犯人性を推認させる間接事実になるといえ
76 る。後足からの犯人性推認である。

77 そうすると、②は内容の真実性を証明するのではなく、その存在自体か
78 ら犯人性を推認する、非伝聞的使用であるため、証拠能力は否定されない。

79 (2)よって①と同様に、棄却すべきだとの意見を述べる。

80 第4 設問4

81 刑事弁護人は信義誠実義務を負っている(弁護士職務基本規程(以下省
82 略)5条、82条)。一方、最善努力義務も負っている(46条)。両者の
83 調和の見地から、弁護人は消極的真實義務を負うにとどまる。

84 そうすると、無罪である旨の主張はこれに反しないため問題がない。

85 むしろ自白を暴露すると、守秘義務に反することになる(23条、弁護
86 士法23条)。

87 弁護士は、真実を歪めたりしない

88

コメント[NS94]: ⑤と書くことがかぶる。どうやって差を出したらいいのかかわからず。

コメント[NS95]: 裁量保釈についてはなにを検討したらいいのかかわからず書きなかった。お祖母ちゃんの話はどこで使うんだ、とずっと悩んでいたのに、もったいない。

コメント[NS96]: 伝聞供述を求めるような証人尋問は法令違反なのか?! そんなの聞いたことないぞ? と思いながら、規則199条あたりをうろつく。なにも発見できず。精神状態供述と非伝聞使用だったので、320条の話にすればいいのかと考えた。

コメント[NS97]: 刑訴でも伝聞が出たし、こっちでここまで展開することを求められていたのか少し迷った。しかし、精神状態供述も、非伝聞使用も、趣旨が重要になってくるので書いた。なによりもみんな書くだろうと思って書いた。

コメント[NS98]: ここは時間があつたらもっと丁寧にいろいろ書きたかった。この時点で5分切ってた覚えあり。

コメント[NS99]: 途中答案です。最後は、最低限書くべきことから書いていったイメージです。

89 総合コメント

90

91 去年は去年で意味不明で難しかったが、今年は違った難しさを感じた。な
92 にをどこまでどれくらい書けばいいのか、ずっとふわふわ前に進むという
93 感じだった。配点割合が明記されれば大分状況は変わるのだろうが。

94

95 答案構成：35 分

96 答案作成：50 分

97

98 使用教材：超速実務基礎講義、予備試験過去問講義

刑事実務基礎

第一 設問1

1 小問(1)

義務はある(刑訴316条の16 第1項)。

2 小問(2)

被疑事実は傷害(刑法204条)であり、犯人はナイフをVの左脇腹に突刺し(甲2号証)、左腹部刺創(甲1号証)怪我を負わせたものであり、甲4号証で刺した可能性がある。

甲4号証は事件直後の平成27年2月1日にK駐車場出入口から北側約10メートル地点の歩道脇に落ちていたので犯人の遺留品の可能性がある(甲3号証)。

また、甲4号証の刃にはVのDNA型と一致する人血が付着していた(甲6号証)ことから、犯人がこのナイフでVを刺したことが強く推認される。さらに柄からAの指紋が採取された(甲5号証)ことから、Aが甲4号証に触れたことが示され、Aが犯人であることが強く推認される。

以上の内容は甲7号証のナイフに関するB子の供述におけるAからの電話の内容「Vをナイフで刺した。走って逃げているときにナイフを落としてしまった」とも一致する。

以上より、甲4号証は被疑事実との関連性を有するものであるため、弁護人の異議は認められない。

3 小問(3)

ナイフの柄からAの指紋が採取されたことは、Aが甲4号証に触れたという間接事実を示すものであるため、Aが甲4号証でVを刺したという犯罪事実を直接立証するものではなく、間接証拠である。

第二 設問2

1 必要的保釈(刑訴89条)

以下のとおり、89条各号のいずれにも当たらないことから必要的保釈が認められるべきである。

(1) 被疑事実は傷害(刑法204条)のため1号に当たらない。

(2) Aに前科前歴はない(乙1号証)ので2号、3号に当たらない。

(3) 公判前整理手続は終了しており証拠は揃っているので罪証隠滅を疑うに足る相当な理由は認められず、4号に当たらない。

(4) V及びB子とは接触しない旨のAの誓約書があること、Vの住所、電話番号をAに秘匿していることから、5号に当たらない。

(5) Aの氏名、住所(H県I市内)は分かっており(乙1号証)6号に当たらない。

2 裁量的保釈(刑訴90条)

仮に必要的保釈が認められないとしても以下の事情から裁量的保釈が認められるべきである。

(1) Aは母と2人で暮らしているが、母は左手と左足の麻痺により一人では日常生活に支障があり、Aの手助けが必要であること。Aの母親の身柄引受書があり、Aは保釈後母と同居して上記のとおり母の手助けをする必要があること。

(2) Aは現場で塗装工をしているCの下で働いており、Aを引き続き雇

コメント[U100]: 昨年出題された公判前整理手続については、今年は条文も読んで押さえていた。悩まずに記載できた。

コメント[U101]: 試験時間中には特に意識せず関連しそうなすべての証拠を検討した。しかし、弁護人不同意の証拠を使ったのは誤りだったのだろうか。検察官として主張する分には問題はないように思えるのだが。

コメント[U102]: 条文に沿って順番に検討。4号に言う罪証は物証という理解で良いのか、公判前整理手続は終了しており証拠は揃っているとして良いのか、少し悩んだが、人証は5号だろうと考え、4号非該当とした。Vの住所などを秘匿していることや誓約書があるだけで5号非該当になるのか分からなかったが、弁護人の立場で最大限記載。

コメント[U103]: 裁量的保釈が認められるさじ加減が分からないと思いつつも、弁護人の立場で最大限記載。

用する旨のCの上申書があること。Aが長期間不在であるにすると受注していた現場の仕事を工期内に終わらせることができなくなりCに迷惑がかかること。AもCに迷惑を掛けたくないとの意思を有していること。

第三 設問3

1 小問(1)

弁護人の異議は本件供述が伝聞供述であり、伝聞法則により証拠能力が認められない供述を求める質問だから許されないという趣旨であると解される。

伝聞法則とは伝聞証拠(公判廷外の供述で、供述内容の真实性を立証するためのもの)の証拠能力を否定する原則である(刑訴320条)。供述証拠は知覚、記憶、表現、叙述の各過程に誤りが混入しやすく、反対尋問(憲法37条2項)による誤りの是正がなされないため原則として証拠能力が否定される。

本件供述は犯人の精神状態の供述であって、知覚、記憶の過程を経ていない。また、本件供述をしたかこと自体が要証事実であって、供述内容の真实性(人の女に手を出したか否か)を立証するためのものではない。

よって本件供述は伝聞供述ではなく、伝聞法則は適用されないことから、弁護人の異議は認められない。

2 小問(2)

本件供述は、公判廷外の供述で、Vをナイフで刺したか否か、走って逃げるときに、そのナイフを落としたか否かという、供述内容の真实性を立証するためのものであるから、伝聞供述にあたり原則として証拠能力が認められない。

では伝聞例外に当たらないか。この点、被告人(A)以外の者(B子)の公判期日における供述で、被告人(A)の供述をその内容とするものに当たる(刑訴324条1項)ので322条1項が準用される。そして、「Vをナイフで刺した」との部分は犯罪事実そのものであり、「走って逃げている時に、そのナイフを落としてしまった」との部分も、間接事実であるから、いずれも被告人Aに不利な事実の承認を内容とするものである。交際相手B子に対する供述でありAが嘘をつく理由もないことから任意になされたものでない疑いも認められない。よって322条の要件を満たし、伝聞例外として証拠能力が認められる。

よって、本件供述は伝聞供述ではあるものの例外的に証拠能力が認められる供述であるから、弁護人の異議は認められない。

第四 設問4

「弁護士は、被疑者及び被告人の防御権が保障されていることにかんがみ、その権利及び利益を擁護するため、最善の弁護活動に努める。」とされている(規程46条)。ここにいう防御権とは黙秘権(憲法38条1項)を含む。

すなわち、被告人は自らが犯人であったとしても無罪であると主張することは適法な防御権の行使として許される。このことは弁護人も同じであり、被告人が犯人であることを知っていても無実であるとの

コメント[U104]: 伝聞法則の一般論を書くべきか迷ったが、検察官なので非伝聞の理由付けとしてやはり簡単にでも記載すべきと考えて短めに書いた。

コメント[U105]: 立証責任についても触れるべきだった。

コメント[U106]: 311条を拾えず、時間が無いので憲法のみ記載。

- 89 弁論を行うことは適法である。
- 90 また、本件弁護人はAから「私がVを刺した犯人です」と打ち明け
- 91 られている。これは「依頼者について職務上知りえた秘密」（規程23
- 92 条）であり、「正当な理由なく、他に漏らし、又は利用してはならない」（同条）。
- 93
- 94 以上より、本件弁護人が犯人はAであることを知りつつ無罪である
- 95 との弁論を行うことは、弁護士としての当然の職務であり問題はない。
- 96 以上
- 97 〈総合コメント〉
- 98 時間に余裕がないのは演習不足が原因である。来年に向けて答練や過
- 99 去問で問題演習を繰り返し、基礎力を向上させたい。
- 100 〈時間配分〉
- 101 答案構成10分
- 102 答案作成80分
- 103 〈使用した参考書、問題集〉
- 104 スタンダード100 刑法、刑事訴訟法
- 105 逐条テキスト刑法、刑事訴訟法

コメント[U107]: 偽証や証拠隠滅等とさすがに違法だろうと試験時間中に頭をよぎったが、設問の内容と直接関係しないと考え、また時間もなかったので書かなかった。
どの程度までが許されるかの問題意識を示すために、触れるべきであったと後悔している。

民法

第1 設問1

1 FのBに対する請求は、甲建物所有権に基づく返還請求権としての明渡請求権（民法（以下省略）202条1項、200条1項）と構成できる。その要件は①Fの甲建物所有と②Bの甲建物占有である。

(1) FはCDとの売買契約（555条）により甲建物の所有権を取得しているとも思える（176条）。

CDは甲建物を所有していたAの「死亡」（882条）により、その「子」（887条1項）としてAを包括「承継」している（896条）。しかし、CDEがそれぞれ3分の1の割合でAの権利義務を包括承継するため（900条4号）、CDは甲建物につき二人合わせて3分の2の持分権を有するとどまる。CDE間で遺産分割（906条）が成立していない以上、CDは甲建物につきEの有する3分の1の持分権を移転する権利を有しておらず、無権利である。

よってFはCDから甲建物の3分の2の持分権しか承継取得できない。

(2) 虚偽の外観作出につき帰責性ある本人よりも、それを信じた第三者を保護する外観法理の現れといえる94条2項を類推適用しても、Fは甲建物の所有権を取得できない。

確かにFは、CDから、CDEの間では甲建物をCDが取得することで協議が成立している旨の説明を受け、その旨を確認するE名義の書面の提示も受けている。

しかし、遺産分割協議が成立している旨の説明は虚偽で、書面もCDがEには知らせずに偽造されたものである。そうすると、権利者たるE自身の帰責性が認められないため、94条2項類推適用の基礎を欠いている。

よってやはりFは甲建物につき3分の2の持分権を取得するに過ぎない。

そのため、Fの請求は甲建物持分権に基づく返還請求権としての明渡請求権と構成できる。上記より、Fは甲建物につき3分の2の持分権を有する。

(3) Bは甲建物において伝統工芸品の製作を継続しており、甲建物を占有している。

2 しかし、Bは正当な占有権原を主張できない。

(1) Bは生前のAより「書面」（550条）によって甲建物の「贈与」（549条）を受けてその所有権を取得している。

しかし、3分の1の持分権登記しか備えていないため、甲建物所有権の取「得」を「第三者」に「対抗することができない」（177条）。では、Fは「第三者」にあたるか。本条の趣旨は、権利の所在・変動を公示することで不動産取引の安全を図る点にある。そうすると、「第三者」とはa. 当事者または包括承継人以外の者で、b. 登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者を指す。

アFは贈与契約の当事者でもその包括承継人でもない（aを充足）

イFは甲建物の3分の2の持分権につき適法にCDから取得しているため、登記欠缺の主張をする正当な利益が認められる。

ウよってBは甲建物につき3分の1の持分権しかFに対抗できない。

(2) 一方、Fは3分の2の持分権の登記具備により、「第三者」Bに対して3分の2の持分権を対抗できる。そうすると、FとBはそれぞれ3分の2、3分の1の割合で甲建物を「共有」（249条）していることになる。

コメント[NS108]: ん?かなりあっさりしてないか?なにかトラップでもあるのか?と不安になった。

コメント[NS109]: 相続の過程を条文適示により丁寧に示すことが大事だと知っていた。講師作成答案例もこんな感じだったと思う。

コメント[NS110]: このキーワードはとても大切だった。

コメント[NS111]: Fとしては当然これを言いたいはず。

コメント[NS112]: 外観法理や表見法理の趣旨にはポイントがある。

コメント[NS113]: わざわざ書面って書いてあるし、使ったとか、という感じだった。

45 「共有者は、共有物の全部について使用することができる」以上、B
46 には正当な占有権原が認められる。

47 3 では、Fは「過半数」たる3分の2の持分権によって、甲建物をF自
48 身が「管理」することを「決」した(252条本文)として、Bに対して明渡
49 請求できないか。

50 (1) このような請求を認めると、持分権が少しでも大きいものが小さい
51 ものを一方的に排除できることとなり、全体の使用を認めている249条に
52 反する。よってこのような主張は権利濫用(1条3項)によって排斥され
53 るのが原則である。

54 (2) しかし、本問においては、Fは話し合いによる紛争の解決を望み、
55 数回にわたりBに対して明渡猶予期間や立退料の支払等の条件を提示した
56 にも関わらず、Bは甲建物からの退去を前提とする交渉には応じられない
57 として一方的にこれらを拒絶している。

58 これはむしろ、持分の小さいBが一方的に甲建物を独占して利用すること
59 でFの持分権の利用を侵害している状態といえ、Bの甲建物独占の方が
60 権利濫用ともいえる状況である。

61 (3) よってFは管理方法の決定として、Bに対して明渡請求が可能であ
62 り、この請求は認められると考える。

63 第2 設問2

64 1 BはEに対し、甲建物所有権移転登記請求権の債務不履行を理由とし
65 て損害賠償請求することが考えられる(415条)。

66 (1) Eは、贈与契約の贈与者たるAの地位を包括承継している以上、不
67 可分債務(428)としての登記移転義務を負うと考えられる。しかし、相続
68 人CDEがそれぞれの持分に応じて登記を備えた以上、この債務はCDEの分
69 割債務(427条)であり、Eは3分の1の持分権移転登記をなす義務しか負
70 っていないとも考えられる。

71 (2) しかし、Aが死亡するまではAに請求できたものが、Aが死亡した
72 ことによって受贈者BはCDEそれぞれに移転登記請求をしなくてはならな
73 くなり、これはBに一方的に不利益を課すものといえる。Aの死亡という
74 偶然の事情によってBにこのような不利益を課すのは妥当ではなく、CDE
75 それぞれが贈与者を相続したとして甲建物の所有権移転登記をする義務を
76 負っていると考えべきである。

77 2 CDがFに対して甲建物の3分の2の持分権移転登記をしたことで、前
78 記Eの債務は社会通念上「履行することができなくなった」(415条後段)。
79 では、Eに「責めに帰すべき事由」が認められるか。

80 EはAの死亡後もAB間の贈与契約の存在を知らず、その存在を知るに至
81 ったのち平成27年2月12日に自己の持分については持分権移転登記を行
82 っている。CDのFに対する持分権移転はEの知らないところで行われてい
83 る以上、前記履行不能につきEに帰責性は認められない。

84 3 以上よりBはEに対して損害賠償請求をすることができない。

85
86
87
88

コメント[NS114]: 「変更」から書こうかとも思
ったが、設問2でも書くことが多そうだったのでやめた。

コメント[NS115]: なんとか交渉拒絶の事情を
使えないかと思いひねり出した。だからこそ設
問2の損害があるのだと善意解釈。

コメント[NS116]: ここは考えたことがなかつ
た。

コメント[NS117]: ひねり出した感じ。

コメント[NS118]: ちゃんと文言にあてはめる。

89	総合コメント
90	
91	問題文を読んで図を書いて、現場で論理をひねり出さなければわからない
92	ところもあったが、最低ラインを超えるのは簡単だと思った。パタに同じ
93	ような問題があるし、平成 23 年と近いと感じた。あとは、とにかく丁寧に
94	条文適示することと、文言へのあてはめを意識して、後は淡々と処理した
95	感じ。
96	
97	答案構成：20 分
98	答案作成：50 分
99	
100	使用教材：論文解法パターンテキスト、予備試験過去問講義

民法

1 第一 設問1

2 1 Bは本件売買契約の当事者ではないので、FはBに対して売買契約
3 に基づく甲建物の明け渡しを請求することはできない。では所有権に
4 基づく物権的請求権としての明け渡し請求は可能か。Fが甲建物の所
5 有権を取得するかが問題となる。

6 本件売買契約はC及びDとFの間で締結された。C及びDが甲建物
7 の所有権を有していれば、売買契約締結時（平成26年10月12日）に
8 Fは甲建物の所有権を取得する（民法555条）。しかし、甲建物をもと
9 所有していたAは生前に甲建物をBに譲渡しているから、相続人であ
10 るC及びDは甲建物の所有権を取得せず無権利者に過ぎない。

11 とすると、Fは他人物売買契約（560条）を締結したに過ぎず、C
12 及びDに対して甲建物の所有権を取得して自己に移転するよう請求し
13 得るにとどまり、Bに対して甲建物の明け渡しを請求できないと思
14 われる。

15 2 しかしFが本件売買契約を締結したのは、Bが甲建物の所有権移転
16 登記を具備せず、C、D及びEが共有の登記をしたことが一因と考え
17 られる。このことからFを保護し得ないか。

18 この点、登記は意思表示ではないが、虚偽の登記を作出するについ
19 て帰責性のある者は虚偽の登記を有効なものとして信頼して取引を行
20 った者に対して、94条2項類推適用により、登記の無効を対抗できな
21 いと解すべきである。

22 本件においてBは平成26年4月20日にAから甲建物の贈与（549
23 条）を受け、この時点で甲建物の所有権を取得した。所有権移転登
24 記は7月18日に行うこととされていたが、6月25日にAが死亡した
25 ため、所有権移転登記債務は相続人C、D及びEに承継された（896
26 条）。しかし、C及びDが、C、D及びE各3分の1の持分の共有登記
27 をした。C、D及びEは甲建物の所有権を有しないのであるから、こ
28 の共有登記は虚偽である。BはC、D及びEに対して所有権移転登記
29 を請求しえたのにしなかった結果として、C及びDが虚偽の登記をす
30 ることを許す結果となった点で帰責性がある。

31 よってBが94条2項類推適用によってFに対して共有登記の無効を
32 主張できない結果、FはC及びDから甲建物の所有権持分3分の2を
33 取得すると解する。

34 3 一方でBはEから甲建物の持分の3分の1の登記を取得した。この
35 登記は本来Bが甲建物全体の所有権を取得していたのであるから有効
36 である。この結果、甲建物はBが3分の1、Fが3分の2の持分で共
37 有することになる。

38 共有者であるB、Fはともに建物全体を使用する権利を有する（249
39 条）ので、FはBに対し甲建物の明け渡しを請求することはできない。

40 第二 設問2

41 前述のとおり、C、D及びEは、Bに対して甲建物の所有権移転登
42 記債務を負っている。しかしBは3分の1の登記しかされていないこ
43 とから、BはEに対して債務不履行による損害賠償請求をなしうると
44 も考えられる（415条）。

コメント [U119]: 177条を使わなくて良いの
か？との疑問を感じつつも、考え込む暇はなく
書き始める。

コメント [U120]: 全く自信が無いが、とりあえ
ず記載。

コメント [U121]: こういう判例があったはず
と、短答知識を思い出して記載。

しかしながらこのような結果を招いたのは、C及びDが虚偽の登記をしてFに甲建物を売却したからであって、Eは虚偽の登記やFへの甲建物売却に関与していない。

しかも、そもそもBはC、D及びEに対して所有権移転登記を請求しえたにもかかわらず、しなかった結果として、C及びDが虚偽の登記をすることを許す結果となったのである。

Eとしてはできる範囲で登記の移転債務を履行したのであって、Eには責めに帰すべき事由がない。よってBはEに損害賠償請求できない。

以上

〈総合コメント〉

民法は範囲が広いというマイナー分野からの出題が多く、勉強の成果が上がらないと考えあまり勉強しなかった。また、去年、他の科目がほとんどFだった中、唯一法律科目でBが取れたので油断していた。177条や94条2項といった典型論点からの出題であるにも関わらず、うまく書けなかった。誰もが書けることは当然に書けなければならない。基礎力が不足している。来年に向けて答練や過去問で問題演習を繰り返し、基礎力を向上させたい。

〈時間配分〉

答案構成10分

答案作成60分

〈使用した参考書、問題集〉

スタンダード100民法

逐条テキスト民法

コメント[U122]: Eは保護すべきだと思い、無理やりこじつける。

商法

1 第1 設問1 小問 (1)

2 1 Aに対する請求について

3 (1) EらのAに対する損害賠償請求は会社法(以下省略)429条に基づい
4 て構成できる。同条は、経済社会において重要な地位を占める株式会社の
5 業務執行が取締役に依存していることに鑑み、広く第三者を保護するため、
6 一般の不法行為責任(民法709条)とは別に、特に責任を課した加重責任
7 を役員等に負わせる法定責任を定めたものである。

8 よって「悪意又は重大な過失」は任務懈怠について存すれば足りる。

9 (2) Aは代表取締役(「役員等」(会社法423条1項))であり、善管注意
10 義務・忠実義務を負っている(330条・民法644条、会社法355条)。

11 ア Aは弁当事業部門本部長Cから、消費期限切れで回収された弁当の
12 食材の一部を再利用していることを確認した際、再利用する食材は新鮮な
13 もののみに限定しており、かつ衛生面には万全を期している、また再利用
14 により食材費をかなり節約できるとの説明をうのみにし、衛生面に十分気
15 を付けるよう指示するにとどまった。再利用の事実が知ればX社の信用
16 低下につながるし、再利用を理由とする健康被害による損害賠償請求によ
17 り、会社に多大な損害を生じさせる恐れもある。食品衛生法遵守の観点か
18 らも、Aには再利用を止めるよう指示する義務があったといえる。

19 イ 経営の専門家たる取締役の意思決定を尊重し、また事後責任を負わ
20 せることで取締役の意思決定が萎縮することを防止するため、意思決定の
21 過程と内容が合理的であれば任務懈怠とは認められない。経営判断原則が働
22 く。

23 しかし、AはCの発現をうのみにして特に調査等も行わず、また前記の
24 通り会社に損害をもたらし得る行為を続行する内容の意思決定をしており、
25 取締役の意思決定として、その過程も内容も合理性が認められない。

26 ウ よってAには「悪意」による任務懈怠が認められる。

27 (3) Eらは、再利用した食材に大腸菌が付着していたこと理由とする食
28 中毒になり通院費等の「損害」を被っているところ、Aが前記義務を果た
29 し再利用を止めていればこの事態は防げたといえ、任務懈怠と損害の間に
30 因果関係が認められる(「Iによって」)。

31 (4) 以上より、EらのAに対する損害賠償請求は認められる。

32 2 Cに対する請求について

33 (1) CはX社の取締役(「役員等」)であり、Aと同様に善管注意義務・忠
34 実義務を負っており、再利用しない義務を負っていたといえる。そうす
35 と、弁当事業部門本部長として、再利用を弁当製造工場の責任者Dに指示
36 したことは上記義務に違反している。

37 よってCには「悪意」による任務懈怠がある。

38 (2) では、因果関係が認められるか。

39 確かに、仮にAが義務を果たし、再利用を止めるよう指示を出してい
40 ればEらの損害は生じなかった。しかし、そもそもCがDに対し再利用の
41 指示をしていなければ再利用は行われておらず、またCはAに対し衛生面
42 には万全を期している旨述べて説得を行っており、再利用の継続を誘発し
43 ているといえる。

44 よってCの任務懈怠とEらの損害の間には因果関係が認められる。

コメント [NS123]: 429 一本でいくので、趣旨も
いつもより丁寧に書く。

コメント [NS124]: 「法令」に行政法規も含むか、
という論点があるらしいことを後から2ちゃん
ねるで知る。

コメント [NS125]: 423 でしか使ったことない気
がするが、、、どうなんだろう、、、でもまあみん
な書くよな、と思って書いたが、どうなんだろ
う。少し注意が足りなかったか。

コメント [NS126]: 423 と 429 で一番差がつきや
すいのは因果関係。書くだけでプラスになる。

(3) 以上より、E らの C に対する損害賠償請求は認められる。

第2 設問1 小問 (2)

1 B の AC に対する損害賠償請求も 429 条に基づくものとして請求できる。

株主は株主代表訴訟 (847 条) によって会社の損害を回復できる以上、「第三者」(429 条) には株主を含まないとも思える。しかし、株主代表訴訟には担保の提供等が必要であり手続きが複雑であるだけでなく (847 条の 4)、会社が倒産して解散 (471 条 5 号) した後は株主代表訴訟を提起することもできないため、株主保護が十分でない。

よって「第三者」には株主も含み、また「損害」には間接損害まで含まれると解される。

2 では、AC の任務懈怠と、X 社が倒産して X 社株式が無価値となったことによる B の間接「損害」との間に因果関係が認められるか。

甲荘の事業譲渡は適法な手続を経ており、前記任務懈怠以外に任務懈怠は見当たらない。そうすると、最終的に食中毒の被害者からの損害賠償請求額が多額に上ったことが倒産の原因になっていることから、AC の任務懈怠と B の間接損害の間には因果関係が認められる。

3 以上より、B は AC に対して損害賠償請求をすることができる。

第3 設問2

1 「事業～譲渡」(467 条 1 項 2 号) とは、①一定の事業目的のために組織化された有機的一体をなす財産の移転で、②譲受け会社が事業を承継し、③譲渡会社が法律上当然に競業避止義務を負うもの (21 条) を指す。

本問において X 社は Y 社に対し、ホテル事業に係る資産とともに従業員も移転しており、①を充足する。また、譲受け会社たる Y 社はホテル事業を承継しているため②を充足する。両者間には事業譲渡に際し競業を許す特約などなされておらず、当然に競業避止義務を負っているといえ、③を充足する。よって事業譲渡にあたる。

また、X 社は昭和 60 年の設立当時から経営していたホテル事業を Y 社に譲渡するもので、X 社の平成 26 年 3 月末現在の 5000 万円であるのに対し、ホテル事業譲渡の対価が 1 億円であることに鑑みると、ホテル事業は X 社にとって「重要な一部」といえる。

X 社においては適法に株主総会を経ている (309 条 2 項 11 号) ため手続に瑕疵はない。

2 では、Y 社は X 社の E らに対する損害賠償債務を弁済する責任を負うか。

(1) 事業譲渡は取引行為であり、X 社の債務が当然に Y 社に承継されるものではない。本問においては Y 社はホテル事業に係る取引上の債務を引き受けてはいるものの、E らに対する弁当事業部門の債務は引受けていない以上、Y 社は E らに対して弁済する責任を負わないのが原則である。

(2) 甲荘は X 社の商号ではない以上、Y 社が甲荘という名前のままホテル経営を行っていたとしても「商号を引き続き使用する場合」(22 条 1 項) には当たらないとも思える。しかし、「商号」は、事業の同一性を示して信賴の対象となる機能を有するところ、昭和 60 年から甲荘の名前で X 社がホテル事業を行っていたところ、同じ甲荘の名でホテル事業を行うことは甲荘という名前が信賴の対象となり「商号」と同じ働きをしていると評価で

コメント [NS127]: たぶん破産手続のところは使ってほしいんだろうと感じた。

コメント [NS128]: この因果関係で使える事情がいまいち思い当たらず。

コメント [NS129]: 丁寧に認定する。

コメント [NS130]: 原則論の摘示。組織行為との違いを意識。

コメント [NS131]: うまく説明できなかった。でも、現場で類推にまでたどりつけただけでもよしとしよう。合っているのかは知らんが。

- 89 きる。
- 90 (3) そうすると、「譲渡会社」X社の弁当「事業によって生じた債務を弁
- 91 済する責任を負う」といえる(22条1項類推適用)。
- 92 3 以上より、Y社はEらに対する損害賠償債務を弁済する責任を負う。
- 93
- 94 総合コメント
- 95
- 96 AとCの義務違反の内容、それぞれの任務懈怠と損害との間の因果関係、
- 97 事業譲渡該当性など、できるだけ丁寧に認定するように心がけた。機械的
- 98 にあてはめていける部分が少なく、常に評価を伴う認定だったので、書き
- 99 ながらふわふわして終始自信がもてなかった。
- 100
- 101 答案構成：20分
- 102 答案作成：55分
- 103
- 104 使用教材：論文解法パターンテキスト、予備試験過去問講義

商法

第一 設問1

1 小問(1)

A及びCはX社の取締役であるから、食中毒の被害者であるEらに対して429条1項の損害賠償責任を負うかを検討する。

同条項の責任は、株主の会社の経営が取締役の依存していることから、第三者を保護するために法が特別に定めた法定責任である。とすれば悪意又は重過失は職務執行について存在すれば足り、損害には間接損害も含まれると解する。以下、A、Cそれぞれにつき検討する。

(1) Cについて

本件食中毒は再利用した食材に大腸菌が付着していたことによるものである。そして消費期限が切れて百貨店から回収せざるを得ない弁当の食材の一部を再利用することを弁当工場の責任者Dに指示したのはCである。よって本件食中毒はCの指示によるものであるといえる。

Cは再利用する食材は新鮮なものに限定し、かつ、衛生面には万全を期していたというが、そもそも消費期限の切れた食材を再利用すること自体が不衛生で、食中毒発生の危険を有する行為であって許されるものではない。

よってかかる指示は取締役の善管注意義務(330条、民法644条)、忠実義務(355条)に違反するものであるから、職務執行について悪意又は重過失が認められ、食中毒の被害者であるEらに対して、Cは429条1項に基づく損害賠償責任を負う。

(2) Aについて

Aは食材の再利用についてDから相談を受けて、Cから事情を聞いた。しかし、Cによる「再利用する食材は新鮮なものに限定しており、かつ、衛生面には万全を期している。」等の説明を聞いたうえで、Aは「衛生面には十分に気をつけるように」と述べただけであり、食材の再利用を許している。

前述のとおり、消費期限の切れた食材を再利用すること自体が不衛生、危険で許されないことであり、衛生面に気をつけたとしても正当化されるものではない。

よってAが食材の再利用を認めたこともまた、取締役の善管注意義務(330条、民法644条)、忠実義務(355条)に違反するものであるから、職務執行について悪意又は重過失が認められ、食中毒の被害者であるEらに対して、Aは429条1項に基づく損害賠償責任を負う。

(3) 連帯責任

A及びCはEらに対して連帯して損害賠償責任を負う(430条)。

2 小問(2)

株主は会社の所有者であり、株主総会で取締役を選任して経営を委ねたものであるから429条1項の第三者にはあらず、A及びCは、株主Bに対し、同条項に基づく損害賠償責任を負わない。

また、取締役は会社に対して任務懈怠に基づく損害賠償責任を負う(423条1項)ものの、これはあくまで会社に対して負う損害賠償責任であって、株主に対して負うものではない。

よって、A及びCは株主Bに対し会社法上の損害賠償責任を負わない。

コメント[U132]: スタンダード100ではこのように論証していたと思うが、任務懈怠と書くのが一般的だろうか。

コメント[U133]: どう使うのか分からなかったが、とりあえず用意していた論証のまま記載。

コメント[U134]: 食品衛生法を使うべきと、書いた後で思ったが、修正する時間はなかった。

コメント[U135]: 素人的な表現だが、信念をもって記載した。

コメント[U136]: こういう指摘を去年はできなかった。去年よりは成長したと前向きにとらえたい。

コメント[U137]: 間接損害の賠償責任を認めるのが正解筋なのだろうか。否定するにしても、今思えばもう少し丁寧に記載すべきだった。

45 第二 設問2

46 1 X社はY社にホテル事業を譲渡したのであり、X社のEらに対する
47 損害賠償義務は弁当の製造販売事業に関する債務である。よって同債
48 務は事業譲渡の対象外であってY社には承継されずY社はEらに対し
49 て損害賠償債務を弁済する責任を負わないのが原則である。

50 2 X社はY社に「甲荘」の名称で営むホテル事業を譲渡した。このこ
51 とからY社は商号使用による弁済責任（22条1項）を負わないか。

52 この点、X社及びY社はいずれもその商号中に「甲荘」の文字を使
53 用していないことから同条項を直接適用することはできない。しかし、
54 同条項の趣旨は、商号は会社の名称であり、債権者は商号によって債
55 務者を識別するのが通常あって、事業譲渡がなされた場合であっても
56 譲受会社が譲渡会社の商号を引き続き使用する場合には債務者が変わ
57 ったことを認識するのが困難なため、譲受会社にも弁済の責任を負わ
58 せて債権者保護を図ることにある。

59 このような同条項の趣旨にかんがみれば、例えX社及びY社の商号
60 に「甲荘」の文字が含まれず、商号の続用がないとしても、X社及び
61 Y社が「甲荘」の名称でホテルを営んでいる以上、債権者としては「甲
62 荘」の名称でホテルを営むものが債務者であると認識することから、
63 かかる信頼を保護するべく同条項を類推適用すべきである。

64 よって、Y社は、22条1項類推適用により、X社のEらに対する損
65 害賠償債務を弁済する責任を負う。

66 以上

67 〈総合コメント〉

68 設問1（2）を間接損害の問題に触れず、あっさり終わらせたことを
69 後悔。基礎力が不足している。来年に向けて答練や過去問で問題演習を
70 繰り返し、基礎力を向上させたい。

71 〈時間配分〉

72 答案構成10分

73 答案作成60分

74 〈使用した参考書、問題集〉

75 スタンダード100商法

76 逐条テキスト商法

コメント[U138]: 準備していない論点であつたが、事業譲渡の意義の典型論点の記憶から、たしか20条付近に条文があったはずと思い、条文を探して記載。

コメント[U139]: この事情は類推適用だろうというのは分かった。直接適用はできないことはおさえる。こういう所でつまづかない。

コメント[U140]: 趣旨はその場で考えて記載。

民事訴訟法

第1 設問1

1 民事訴訟の審判対象たる訴訟物とは、基準の明確性と実体法との調和
2 の観点から、実体法上の権利義務の存否である。そうすると、民法709条
3 に基づく財産的損害の損害賠償請求と、710条に基づく精神的損害の損害
4 賠償請求は、異なる条文に基づく異なる権利とも思える。

5 この場合、両損害の賠償責任を追及する場合、二つの請求を併合提起す
6 ることになる。

7 ただし、両請求の認容を求める場合、一方の認容を他方の解除条件とする選
8 択的併合は妥当でない。また、両請求は法律上両立するため、予備的併合
9 もできない。そうすると原告としては両請求を単純併合して提起するしか
10 なくなる。

11 しかし、単純併合の場合、両請求は裁判所の裁量によって「分離」（民事
12 訴訟法（以下省略）152条）されてしまう可能性がある。

13 ② この場合、一方の請求では不法行為の成立が認められる一方、他方の
14 請求では不法行為の成立が認められないという、既判力（114条1項）の
15 抵触は起こらないが、事実上矛盾した判決が発生することになり妥当でな
16 い。

17 また、不法行為責任の要件は①故意又は過失②権利侵害③損害④①と③
18 の間の因果関係であるが、両請求は少なくとも①②の要件において完全に
19 一致する。そうすると、両請求が分離された場合、同じことを重複して審
20 理することになり訴訟経済に反するし、また被告は重複応訴を強いられる
21 ことになり妥当でない。

22 ③ また、精神的損害は、財産的損害や過失割合などを総合考慮したうえ
23 で、裁判官が当事者間の公平を図る見地から裁量を働かせて妥当な額を算
24 出する。

25 しかし、両請求が分離されてしまうと、このような裁量を働かせる余地
26 がなくなり、精神的損害額の認定が困難となるだけでなく、その存在趣旨
27 を失わせる。

28 ④ 他方、両請求はその要件が重なり合う社会通念上1つの紛争に関する
29 ものだといえる。そこで民法709条と710条に基づく損害賠償請求が一つ
30 の訴訟物を構成すると考えれば、上記2・3の不都合はすべて解消される。

31 本問においては、財産的損害と精神的損害についての請求が分離された
32 場合に、X側が①故意過失や②権利侵害の主張証明を二度にわたってする
33 必要がなくなることが利点といえる。

第2 設問2

34 ① 民事訴訟においては、民事訴訟の審判対象たる私法関係において私的
35 自治が妥当することの訴訟上の反映として、訴訟の開始・終了、審判対象
36 の画定を当事者の権能とする処分権主義が採られている。

37 そうすると、審判対象たる訴訟物を一部に限定することも当然認められ
38 るとも思える。しかし、原告の恣意的な分割提起を防止するため、被告が
39 残債務不存在確認の反訴（146条）を提起することで紛争の一回的解決を
40 図ることができるよう、明示的一部請求の場合に限って一部請求における
41 訴訟物が当該一部に限定される。

42 ② 過失相殺（民法722条2項）を行う場合には、まず債権全額を確定し

コメント[NS141]: 社会通念上一個の紛争だから訴訟物
は一個、ということしか知らない。みんなそうだよな、
と信じる。二個と思いきや一個なのはなぜ？という問い
だと思ったので、二個と考えることの不都合性から考
えることにした。

コメント[NS142]: 原則通り二個と考えるための基本事
項。

コメント[NS143]: ずばり弊害は裁判が分離された場合
に生じると考え、分離されない併合形態の可能性を考
えた。

コメント[NS144]: 結局142と同じようなことになると
考えた。

コメント[NS145]: 避けるべき事態であることは間違
いと思った。

コメント[NS146]: 柔軟な紛争解決を図る慰謝料の意義
が失われるというのは最初に思いついた。

コメント[NS147]: 事例に即して、というのがいまい
ちよくわからず。

コメント[NS148]: 明示的一部請求の可否ではなく、な
んで明示的一部請求をするのか、考えたことない。印
紙代節約しか思いつかない。これもたぶんみんなそう
だろう。

コメント[NS149]: こんな聞かれてるのか？と思うが、
周りが書いてそうだったから一応書いた。

コメント[NS150]: ここの、なんでこれ書くのか自分
でもわからないまま、とりあえずみんなが書きそう
だったから一応書いた。

45 たうえて、過失の割合に応じて全額から控除する形でまず残額を算出する。
46 その後、その残額が請求された一部よりも大きければ一部請求は認容され、
47 少なれば存在が認められる範囲での一部認容となる外側説が採用されて
48 いる。

49 ③ そうすると、明示的一部請求をなすことで訴訟物の額を小さくして、
50 訴額に応じて決定される印紙代を節約することができる。また、全部認容
51 されれば残部請求できる以上損がない一方、仮に大きく請求すると、全部
52 認容を受けられずその分印紙代を高く払うこととなり不利益が生じる。

53 ④ また、訴訟費用は「敗訴の当事者の負担」（民事訴訟法61条）とされ
54 ており、「一部敗訴の場合」には「裁判所」の「裁量」により両当事者が負
55 担することもあり得る（64条）。

56 5 そうすると、一定程度の過失割合の存在を予期している場合には、請
57 求を認容されるであろう一部に限定することで、訴訟費用の負担を回避し、
58 また仮に負担することになった場合であってもその額を小さくすることが
59 できる。

60 このような理由でAは明示的一部請求を行ったと考えられる。

61

62

63 総合コメント

64

65 民訴は司法試験も含めてこういう流れが定着するのでしょうか。かなり嫌
66 です。民法の設問→商法の設問→民訴の設問とチェックした段階で、民法・
67 商法の答案を書き切ってから民訴の構成・作成を行うことを決定。この判
68 断のおかげで民法・商法でちゃんと書き切って、かつ民訴もとりにあえず思
69 いついたことは全部書くことができた。とりあえず一回落ち着くために、
70 民法・商法を書き終わった時点でトイレに行ったのもよかったかも。

71

72 答案構成：25分

73 答案作成：35分

74

75 使用教材：論文解法パターンテキスト、予備試験過去問講義

コメント [NS151]: 実質的に自分で、こうかな、
と思って書いたのはここだけ。

コメント [NS152]: 目次から「訴訟費用」の文字
を発見してめくったら使えそうだったので使っ
といた。

民事訴訟法

第一 設問1

1 訴訟物とは、訴訟上の請求の内容である一定の権利又は法律関係の
2 ことである。判例は旧訴訟物理論により、請求の趣旨及び原因（民訴
3 133条2項2号）によって特定される個別具体的な実体法上の請求権
4 ごとに訴訟物を数えることになる。

5 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合、設問の事例で
6 言うと、請求の趣旨は被告は原告に金1,000万円を支払えである。こ
7 れに対し請求原因は財産的損害と精神的損害で区別せず一つと数える
8 のが判例である。

9
10 2 その理由はまず、実体法上の根拠がどちらも民法709条だからであ
11 る。すなわち、同条は「これによって生じた損害を賠償する責任を負
12 う」と定めており、財産的損害と精神的損害を区別せずに、一体の物
13 として扱う趣旨である。

14 また、710条は「財産以外の損害に対しても、その賠償をしなけれ
15 ばならない」と記載しているが、709条が損害を財産的損害に限定し
16 ていない以上、710条は当然のことを記載した注意規定に過ぎないと
17 解すべきである。

18 さらに、実質的に考えても財産的損害、精神的損害はいずれも、あ
19 る特定の故意又は過失による権利侵害から生じたものであって一体的
20 に解すべきだからである。

21 以上が判例の考え方の理論的理由である。

22 3 判例の考え方の利点は、精神的損害と財産的損害を1個の訴訟物と
23 して扱うことで、一回の訴訟でまとめて解決でき、当事者の意思にも
24 合致するということがあげられる。事例に即していうと意見の交通事
25 故で生じた損害は財産的損害も精神的損害も含めまとめて1回の訴訟
26 で解決できることが被害者の救済や被告の応訴の負担の観点から望ま
27 しい。

28 訴訟物を一つと解さなければ、財産的損害で提訴したあとにさらに
29 精神的損害に基づき別訴訟を提起しうることになり、被告に二重の応
30 訴の負担を強いるとともに、原告による紛争の蒸し返しを認めること
31 になって妥当でない。

32 以上が判例の考え方の利点である。

第二 設問2

33
34 1 判例理論によれば、本件で損害額全体1,000万円のうち一部請求で
35 あることを明示して700万円請求した場合には、明示された一部であ
36 る700万円のみが訴訟物となる。

37 判例は過失相殺について外側説をとる。すなわち、一部請求の場合
38 でも、まずは損害額全体を確定し、損害額全体に過失割合をかけて被
39 告が負担すべき全体額を算出する。その上で原告の一部請求額よりも
40 被告が負担すべき損害の全体額が多ければ一部請求が全額認容される
41 のである。例えば見込みどおり3割過失相殺される場合、700万円
42 ×70%の490万円が認容されるのではなく、1,000万円×70%の700
43 万円が認容される。過失相殺が見込みより多く例えば4割の場合は
44 1000万円×60%の600万円が認容される。過失相殺が見込みより少な

コメント[U153]: 判例は分からなかったが、開き直つて記載。

コメント[U154]: おぼろげながら判例100選を読んだような気がしてきた。しかし、はっきりと思い出せず、その場で条文を見て考えて記載。

コメント[U155]: ここをもっと記載すべきだったが、その場では考えが及ばなかった。

コメント[U156]: ここは常識だと思いつつ記載。

- 45 ければ例えば2割の場合100万円×80%の80万円ではなく70万
46 円が認容される。残り100万円については訴訟物が異なるので既判力
47 (114条1項)は及ばず、別訴を提起して請求することが可能である。
48 つまり、明示的に一部請求することで実質的には損害全体について裁
49 判をするのとはほぼ同じ効果が得られる。
- 50 2 そして、このように過失相殺を見込んで請求額を減額することで
51 1000万円全額を請求するよりも印紙代を節約できるという利点があ
52 る。
- 53 3 仮に一部であることを明示せず700万円請求すると損害全体1000
54 万円が訴訟物となり、過失相殺後の認容額は700万円に対して過失割
55 合をかけた額となってしまう。30%とすると490万円しか認容されな
56 い。また、残り300万円についても既判力が及び別訴を提起して争う
57 ことができなくなる。
- 58 このような不都合を避けられるという利点もある。
- 59 4 以上が弁護士がこのような選択をした理由である。

以上

〈総合コメント〉

設問1、設問2とも分からないまま、その場で考えて記載。全体に基
礎力が不足している。来年に向けて答練や過去問で問題演習を繰り返し、
基礎力を向上させたい。

〈時間配分〉

答案構成10分

答案作成60分

〈使用した参考書、問題集〉

スタンダード100民事訴訟法

逐条テキスト民事訴訟

コメント [U157]: 外側説の説明が長すぎる。しかもあまりメリットが感じられない。書くことが無いので仕方なく記載。

コメント [U158]: こんな2度手間を掛けるくらいなら1000万円全額請求で良いのではと思いつつ記載。

コメント [U159]: 「支障がない」と書いたかもしれない。

コメント [U160]: わずか300万円訴額を圧縮したところでどれほど節約できるのか分からない。

コメント [U161]: 明示せず700万円請求するのはデメリットだが、1000万円全額請求でも良いのでは？自分ならそうすると思いつつ記載。