

2011年新司法試験・本試験分析速報

平成 23 年 5 月 19 日

TAC 司法試験講師室 講師 羽廣 政男

林 香織

山本 祥子

受験生の皆さんへ

精神的にも肉体的にもハードな 4 日間を終え、様々な思いを抱いておられることと思います。しかし、まずはハードな 4 日間を乗りきったご自分をねぎらってあげてください。本試験に「絶対的な正解」はありません。今回、TAC 司法試験講師室で検討した速報第一弾（考え方のヒント）をお届けしますが、これはあくまで講師室として「考え方」の一例を示すものです。これに一喜一憂することなく、これからの日々を前向きに過ごしていただきたいと思います。

来年度受験される皆さんへ

今年度の本試験問題について、大きな関心を持たれていることでしょう。TAC 司法試験講師室では、現在、講師が一丸となって本試験の分析を進めているところです。

例年と同様、今回の本試験も、基本的な知識を前提として、大いに「考える」ことが求められる問題でした。「知識がないから怖い」と思うのではなく、「知識に頼らず、自分なりに考える」という姿勢が重要です。

本試験の現場では、「知らない」ことを怖がるのではなく、「考える」ことを楽しむことができれば「合格」が見えてきます。今回の速報第一弾に加え、6 月 4 日、5 日の分析会（渋谷校）、6 月 11 日の分析会（梅田校）では、本試験で「考える」ことの大切さをお伝えしたいと思っています。ぜひお越しください。

公法系第 1 問（憲法）

1 X の提起すべき訴訟について

まずは、X の立場から、(ア) どのような結果を実現したいのか、(イ) そのためにはどのような請求によるのが効果的かを考えるのが素直です。その上で、(ウ) その請求をなし得る要件を満たしているといえるのか、(エ) 問題文には当該主張を基礎づけるような事柄が挙げられているのか、という観点から解答を精査していく必要があります。

2 当事者の主張及び「あなた自身の見解」について

事案の検討に当たっては、

誰のどのような権利(本問で具体的に問題となっている権利)が
何によって制約されているのか

憲法何条に反するのか(〃の権利は憲法上の権利かどうか)

を考えることからスタートする必要があります。

本問では、Xの特定地図検索システムによる情報を提供する権利が、法律に基づく中止命令(処分)によって制約されていることがわかります。当該処分が行われた結果として、Yユーザーの特定地図検索システムを利用する権利が制約されています。Yのユーザーの権利については、憲法21条の表現の自由を受け手の側から再構築した「知る権利」として位置付けることができるでしょう。これに対して、Xの権利については、これがYに資するものであること等を理由に、憲法21条の表現の自由として位置付けることができるのかどうか等が問題となるでしょう。

さらに、XとYの関係について、これをどのように法的に構成すべきかが問題となります。論点的な視点からは、XとYの関係について、「第三者の主張適格」の問題として展開したくなるところですが、両者の関係をどのように構成するのかは、非常に悩ましいポイントです。なぜなら、YはXに資するものであるという点に特徴があり、本問のXもそのような形で自己の権利()の重要性を基礎づけるための主張として、当然にYの権利の重要性や、当該権利との関連性を主張することになると思われるからです。また、本問ではユーザーの権利侵害に関する具体的な事情が示されていないことも、気になります。

どのような法的構成を採るかについての「正解」はありませんが、「第三者の主張適格」を用いるのが適当な事案なのかどうかについては、「考え」「悩む」ことが求められているといえるでしょう。

公法系第2問(行政法)

- 1 設問1では、X1及びX2の原告適格について検討することが求められています。原告適格を判断する上では、行政事件訴訟法9条2項に挙げられた事項を考慮する必要があります。本問における「関連法規」としては、モーターボート競争法及びモーターボート競争法施行規則が挙げられますが、さらに第139号の通達を含めて解釈することができるかが問題となります。「通達」と法律、規則との相違点(通達は原則として法規としての性質をもつものではなく、行政組織委内部における命令にすぎないこと等)及び第139号通達と本問法律及び施行規則との共通点(第139号の通達が法令及び規則の合理的な解釈と一致する点)を踏まえて、これらの関係を考えていくことが必要です。
- 2 設問2では、Aが取消措置を受けるおそれを除去するためには、当該取消措置を未然に防ぐこと(行政事件訴訟法3条7項、37条の4による差止めの訴え)、そもそも取消措置を受けない法的地位にあることの確認を求めること(同法4条後段、39条、40条、41条による実質的当事者訴訟)が考えられます。さらに、適法とされる見込みの高さ(こ

れは法的要件充足の難易と読み替えられるでしょう)及び実効性(これは法的効果の差異と読み替えられるでしょう)について、具体的に比較検討することが必要です。

では、職員と弁護士との会話の中から、誘導となる発言を発見し、その法的意味を考えた上で、誘導となる発言相互の関係について考えることによって、問題の所在に気づくことができます。その際には、特に、通達の法的性格をどのように解するのがこれに基づいて行われる国土交通大臣の行為の法的性質に影響すること等、論理的整合性に留意して検討することも大切です。

- 3 設問3では、考えられる規定の骨子及び条例の問題点を検討することが求められています。T市としては、P市の事例を踏まえて条例を制定しようとしているのですから、設問1、設問2で検討したことを踏まえつつ考えると良いでしょう。また、「市長が調和しないと判断した場合には、設置をやめていただく制度をつくりたい」という職員の発言から、当該目的を達成するための条例のあり方を考えていくことも大切です。罰則の要否については、「論点となり得るから」と飛びつくのではなく、当該目的との関係で要否を検討する必要があるでしょう。

民事系第1問(民法)

- 1 設問1の小問 では、Cが不当利得返還請求(民法703条)の方法による場合の論拠及び請求額について、Bから予想される反論を踏まえて検討することが求められています。

法的構成が示されている以上、703条の要件を丁寧に検討していくのが素直です。本問については、転用物訴権という「論点」がすぐに思い浮かぶと思います。しかし、これに飛びつくのではなく、あくまでも条文の文言の要件(例えば、「法律上の原因」の要件など)を検討する中で論じる必要がある点には注意が必要です。

転用物訴権に関する理解を踏まえ、「対価関係」の有無を具体的に算定する必要があるでしょう。また、本問では甲建物が売却されており、典型的な転用物訴権の問題とは異なる面があります。Bの得た「利得」をどのように捉えるべきか、という点も問題となるでしょう。

小問 では、小問 とは異なり、法的構成が示されていないため、これを自分なりに考えていく必要があります。問題文には、Aが「無資力となった」という事情が記載されていますので、ここから債権者代位権(423条)や債権者取消権(424条)を想起することができるはずです。AがFに対して有している「債権」はないか、あるとすればそれは何か、Aの取り消し得る「法律行為」はないか、あるとすればそれは何かという点に着目して検討していくことになります。

- 2 設問2について

本問のGは、Fの「債務不履行」を理由とする債権売買契約の解除を主張したいと考えています。そこで、Fにはどのような「債務」の不履行があるのかを検討する必要が

あります。問題文において、「債権譲渡」ではなく、あえて「債権売買契約」と記載されていることもヒントとなっています。売買契約の売主たるFの負う債務とは何か、という「基本」から考えることが大切です。その際には、目的物が「債権」であるという特殊性も考慮する必要があります。債権の移転時期等に留意しつつ、検討する必要があるでしょう。出題者は、売主の「債務」と借主の「債務」とを混同し、「賃料を支払ってもらえないこと」＝「履行不能」と帰結するのではないか、という罠を仕掛けているものと思われます。

3 設問3について

小問 では、Hが損害賠償を請求すべき相手方とその論拠について、相手方から予想される反論を踏まえて論じることが求められています。Hの骨折の原因となったのは、甲建物に設置されたエレベーターであることから、これに関係ある者達、すなわち請負人D、甲建物の占有者A及び所有者Fに対して責任を追及していくことが考えられます。そこで、709条や717条の責任のどの文言との関係で何が問題となるのかを丁寧に検討していくことが必要となるでしょう。

小問 では、Hの「身体機能の低下」及び「疲労の蓄積」という物理的・身体的な要因が損害の拡大に寄与した場合について、賠償額が減額されるべきかについて検討することが求められています。あえて2つの要素が挙げられていることから、両者の異同を意識して検討する必要があります。その際、前者については、「特段の疾患はないと診断された」という問題文の事情から、身体的素因によって損害が拡大した場合に722条（過失相殺）の類推適用が認められるかどうかについての判例を思いつくと思いますが、いきなり論点に飛びつくのは危険です。ここでも、順を追って検討していく必要があるでしょう。

民事系第2問（会社法）

- 1つの設問の中で から の小問の検討が求められていることから明らかなように、今年も論理的思考力を試す問題が出されました。このような問題が出された場合には、自分の採る見解の趣旨・根拠という「基本」に立ち返り、相互に矛盾・抵触しないように論じていく必要があります。
- 小問 では、本件自己株式の取得の効力（有効／無効）及び甲社とBの関係について検討することが求められています。そこで、まずは、自己株式取得が無効になるのはどのような場合か、という点からスタートすることになるでしょう。

本問では、問題となり得る瑕疵として、会社法160条3項による株主総会決議に関する160条2項の通知義務違反、特別利害関係人による議決権行使（160条4項違反、831条1項3号の取消事由）等がありますが、株主総会決議の取消事由がある場合でも、取り消されるまでは有効である点に留意する必要があります。また、決議の効力（有効／無効）と株式取得の効力（有効／無効）を混同しないよう注意することも必要です。さ

らに，財源規制違反（462条）の場合における株式取得の効力をどのように考えるのが問題となります。

- 3 小問 では，本件自己株式処分の効力（有効／無効）について検討することが求められています。そこで，小問 の場合と同様，自己株式の処分が無効になるのはどのような場合か，という観点からスタートすることになるでしょう。

問題となり得る瑕疵として，「特に有利な金額」による処分（199条第3項，同201条1項及び309条2項5号）に関する株主総会決議につき，特別利害関係人による議決権行使という瑕疵（831条1項3号の取消事由）等がありますが， の場合と同様，決議の効力（有効／無効）と株式処分の効力（有効／無効）との混同に注意することも必要です。

- 4 小問 では，本件自己株式取得及び処分に関するCの甲会社に対する責任について検討することが求められています。

問題文から，財源規制違反の点，「欠損」が生じている点，取得の相手方であるCが「株主」である点，一連の取得及び処分に関するCの判断等が問題になることを読み取ることができれば，関連する条文を探し出し，その要件を検討することができるはずです。

民事系第3問（民事訴訟法）

- 1 設問1では，権利自白の撤回についての問題を通じて，弁論主義についての理解が問われています。「権利」自白と「事実」の自白との異同に留意しつつ，事実の自白が当事者間で撤回制限効を生ずる根拠に立ち返って検討していく必要があるでしょう。
- 2 設問2では，独立当事者参加（民事訴訟法47条）と共同訴訟参加（52条）が認められるかどうかについて検討することが求められています。

すぐに「当事者適格の有無」及び「二重起訴の禁止」という論点名が思い浮かぶかもしれませんが，ここでも条文の要件に即して検討していくことが必要です。本件が債権者代位訴訟であり，訴訟物が所有権に基づく妨害排除請求権としての移転登記請求権であることの特質，その他本問の具体的事情に即して論じる必要があるでしょう。

- 3 設問3では，本訴請求の「認諾」及び中間確認請求の「放棄」の陳述がなされているため，「処分権主義」が問題となります。他方，Kの死亡により，L及びMは，Nとの間の訴訟における共同訴訟人となっていることから，「合一確定の要請」との関係で処分権主義との抵触を生じる場合があり，そのような場合に両者の調整をどのように図るのが問題となります。そして，「合一確定の要請」の有無に関して，本訴請求及び中間確認請求が固有必要的共同訴訟であるかどうか問題となり，被告人が共同相続人である場合における建物収去土地明渡請求に関する判例（最判昭43.3.15）及び原告が共有者である場合に関する所有権確認，移転登記請求訴訟に関する判例（最判昭46.10.7等）を踏まえて検討する必要があります。

刑事系第1問（刑法）

- 1 刑法では、まずは犯罪の成立し得る「行為」を特定することが必要不可欠です。その上で、客観的構成要件、主観的構成要件（故意）、違法性阻却事由、責任阻却事由の順で検討していくのが一般的です。これに加え、共犯関係においては、共謀の成否や共謀に基づく実行行為（共謀の射程、離脱等）が問題となり得ます。
- 2 上記の手順で甲、乙、丙それぞれの罪責を検討していくと、甲については、車の運転行為によって乙を振り落として大怪我を負わせた点につき、どの時点におけるどの「行為」を実行行為と捉えるべきか、また、どの罪の実行行為に当たるのか、という点が問題となります。上記について、殺人罪（刑法 199 条）の実行行為性を認める場合には、甲の殺意を認定することができるかどうか問題となります。「故意」「殺意」とは何か、という基本に立ち返り、事実の持つ意味を考える必要があるでしょう。さらに、さらに、甲の上記行為は、乙のナイフによる侵害行為に対してなされていることから、正当防衛あるいは過剰防衛が成立し得ないかが問題となります。反撃行為が正当防衛として正当化される趣旨に立ち返って検討することが必要です。
- 3 乙及び丙については、及び を検討した後、甲に対する一連の暴行に正当防衛（36 条 1 項）の成立が認められるのかどうか、また、仮に成立が認められるとして、その後の乙のナイフによる侵害行為についても、これと一連一体の行為と捉え、正当防衛あるいは過剰防衛を成立させることができるのかどうか問題となります。ここでも、反撃行為が正当防衛として正当化される趣旨に立ち返って検討する必要があります。さらに、乙及び丙は意思を通じ合わせて上記一連の行為を行ったと評価し得るため、共謀の成否が問題となります。その際には、何についての共謀が成立したのか、乙の行為はこれに基づくものといえるのかどうかを検討する必要があり、仮にこれを肯定した場合には、丙に共犯関係の解消が認められないかどうか等を検討することになるでしょう。

刑事系第2問（刑事訴訟法）

- 1 設問 1 では、逮捕及び勾留の適法性が問われています。逮捕、及びその後の勾留に関しては、捜査官の意図に関する記述等から、別件逮捕・勾留が問題となるのがわかります。どのような場合に別件逮捕・勾留として身柄拘束が違法となるのかにつき、令状主義の基本に立ち返って検討することが必要です。その際には、考慮要素を挙げて検討すると良いでしょう。試験戦略的には（実際の裁判がどうあるべきかは別に）、問題文の事情から逆算することが有用です。ただし、その場合にも、事実の持つ法的意味を十分に「考える」ことが大切です。
- 2 設問 2 では、今年もやはり伝聞法則（刑事訴訟法 320 条 1 項）に関する問題が出題されました。伝聞法則を攻略するポイントは、「要証事実」を正確に特定することにあります。その際には、立証趣旨を考慮することが必要不可欠です（刑事訴訟法規則 189 条 1 項参照）。

資料１については、立証趣旨における「殺人の犯罪事実」と「死体遺棄の犯罪事実」を区別して考える必要があります。甲及び乙の認否状況、検察官の立証趣旨及び本件メールの内容から、本問メールの要証事実は、「甲及び乙がV女を殺害した事実」及び「甲及び乙がBとともにV女の死体を遺棄した事実」であると考えられます。これを踏まえて、本問資料２が伝聞証拠に当たるかどうか、当たる場合には伝聞例外の要件を満たすかどうかを検討していく必要があります。

資料２については、「死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」という立証趣旨及び本件メールの内容から、検察官は、終局的には「甲が死体遺棄の報酬としてBに100万円を支払う約束をしていたこと」という間接事実によって、甲がV女の死体遺棄をBに依頼したこと（甲の死体遺棄への関与）を推認させ、あるいはその犯情を立証しようとしている（注：これらは直ちに伝聞証拠における「要証事実」に当たるわけではない）ものと考えられます。このことを踏まえて、「要証事実」を特定し、資料２が伝聞証拠に当たるかどうかを検討する必要があります。なお、TACの新司法試験論文アプローチ答練（分析編第4回）において、資料２の捜査報告書に酷似する問題を出題しております（！）。

「2011年新司法試験本試験分析会」では、
より詳細な分析をお届けします