

平成30年度予備試験 論文式試験 再現答案集

※成績追加版

監修：中村 充 講師

<目次>

憲 法	2
行 政 法	7
刑 法	11
刑 事 訴 訟 法	18
法律実務基礎科目（民事）	24
法律実務基礎科目（刑事）	30
民 法	34
商 法	38
民 事 訴 訟 法	42

憲法① 評価B

1 設問前段

(1) 「司法権」（76条1項）とは、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）について、法を解釈適用し、これを宣言する国家作用をいう。

コメント [K1]: 条文からスタートさせることで、採点者に条文から考えられる人間であることをアピール

「法律上の争訟」とは、①当事者間の具体的な権利・法律関係の存否に関するもので、②法を解釈適用することで終局的に解決することができるものをいう。

本件では、Xは、処分2を取消すことで議員たる地位を回復することができるので、当事者間の具体的な権益に関する事項といえる。

また、それは憲法19条・21条を解釈適用することで解決することができるものである。

よって、Xの提起しようとしている訴えは、「法律上の争訟」といえる。

(2) もっとも、処分2について裁判所が審査することはA市議会の自律権を害し、司法権の限界との関係で許されないのではないかと。

コメント [K2]: これは問われているのだろうか。問題文を素直に読むと問われていないのかもしれないが、司法権の問題で、地方議会の懲罰権の事案で、司法権の限界を論ずる事情がたくさんあったので、やはり書くべきと判断。

この点、地方公共団体の議会は明文でわざわざ定められた重要な機関である（93条1項）。そこで、かかる機関の自律権を尊重するため、裁判所は議会の自律的判断については、原則審査できないと解する。

もっとも、常に審査できないとすると、少数派たる議員に対する議会の不当な処分がなされるおそれがあるし、議員の人権保障を図ることができない。

そこで、一般市民法秩序に関する事項については、裁判所は判断しうると解する。

コメント [K3]: このキーワードに配点があるのかなと思いつつも、あてはめ次第では理解のなさが露呈するかもと思った

ここで処分2はXの議員資格を消滅されるものであり、そのXに与える影響は極めて大きい。

よって、一般市民法秩序に関する事項といえる。

以上より、裁判所はXの提起しようとしている訴えについて、審査することができる。

2 設問後段

(1) 19条との関係

自己の意思に反して陳謝文を公開の議場で朗読させられない自由1は、19条で保障されるか。

X: 国民の人権保障の観点から、「思想及び良心」は広く解釈するべきであり、自由(1)もこれに含まれる。

反論・私見: 「思想及び良心」は内心にとどまる限り、絶対的保障が及ぶ以上狭く解すべきであり、宗教上の価値観に準ずる人生観・世界観・主義等に限定して解すべきである。

処分1はXの発言が誤っていたという事実を述べさせるものであり、Xの人生観などを述べさせるものではない。

よって、自由1は19条では保障されず、処分1は19条に反しない。

コメント [K4]: 判例も正当化に進む前にきっていたし、21条の場面であてはめは充実させられると思いつつも、比例原則云々や一般的行為自由説を使うまでもなく、保障レベルで憲法論終了させた。

(2) 21条との関係

ア 議会において本件発言をする自由2は、思想意見等の情報を外部に伝達する「その他一切の表現の自由」（21条1項）にあたる。

そして、Xは本件発言をした結果処分1を受け、それに従わなかったことから処分2を受けており、表現の自由に対する制約が認められる。

コメント [K5]: 普段は制約については、審査基準調整のところで書くが、本件では制約の有無も争点にないと思うので、制約があることを先に認定した。

イ もっとも、「公共の福祉」（12条後段、13条後段）に基づく最小限

45 度の制約として正当化されないか。

46 ここで、最小限度かを判断する基準が明文なく、問題になる。

47 表現の自由は、表現を通じて自己の人格を形成・発展される自己実現の価
48 値と、表現を通じて民主政の過程に資する自己統治の価値がある重要な人
49 権であるし、かかる精神的自由権は、一度侵されると民主政の過程で回復
50 することが困難である。

51 もっとも、X が除名処分を受けたのは本件発言をしたことを直接の原因
52 ではなく、処分1に従わなかったからである。よって、表現の自由に対す
53 る制約は間接的といえる。

54 また、「地方自治」（8章）を尊重する観点から、議会の自律権に関する
55 判断については、裁判所の介入は慎重であるべきである。

56 そこで、中間的な基準をもって判断すべきである。具体的には⑦目的
57 が重要であり、⑧手段が目的達成に充分資するものであり、⑨手段が相当
58 といえる場合には合憲といえる。

59 ウ 本件では処分の目的は議会の権威を維持することにあると考える。前
60 述（1(2)）のとおり、地方公共団体の議会は重要な機関であるので、その
61 権威を維持するという目的は重要である。

62 そして、仮に処分に反したからといってなんの制裁がないとすると、議
63 会の処分に従わない議員が続出するおそれがあり、そうすると議会の権威
64 は失墜する。

65 とすると、除名等の懲罰により処分に従わせることは、目的達成に充分
66 適合する
67 ものといえる。

68 では、処分の相当性があるといえるか。

69 反論：X が処分1に従わないことは議会に対する重大な侮辱であり、除
70 名処分が妥当である。

71 X：たしかに本件発言は内容が誤っていたが、Xはその発言について適切
72 な情報収集を行っていたので、悪質とはいえない。「戒告」（地方自治法1
73 35条1号）がだとうである。

74 私見：たしかにXが処分1に従わないことは議회를軽視したといえる。

75 しかし、Xは新聞記者という情報収集のプロであり、旧知であり信頼関
76 係もあるであろうCから情報を取得した。また、自らも市教委に対して資
77 料の提出を求め、関係者と面談するなどして独自の調査をおこなっており、
78 なすべきことを積極的に行っており、情報収集の過程においては特段問題
79 があるとはいえない。

80 とすると、Xなりに調査を尽くしたという気持ちから、処分1のような
81 内容の発言を拒みたくない気持ちもわからないわけではない。

82 本件のXにおいては、極めて悪質とまではいえないので、一定期間の出
83 席停止（3号）が妥当と考える。

84 とすると、除名処分は重すぎるので相当性を欠く・
85 よって、処分2は、21条1項に反し違憲である。

86
87
88

コメント[k6]: 事実の評価を意識

コメント[k7]: 問題文をとにかく書き写して事実に語らせる意識。

コメント[k8]: 評価を意識。

コメント[k9]: 処分1に従わなかったXにはこれが妥当か。（この理由付けも書けば良かったか）

89 <総合コメント>

90 サイクル上、統治はかなりの確率で出ると思っていたので、人権と同程
91 度くらい勉強していた。なので、統治の出題にも慌てずにいれた。

92 大きく分けても3つのことが問われているので、3者間で答案を書くこ
93 とはやはり私の筆力では不可能な出題といえる。Xの主張、反論は「しつ
94 つ」という問いになっているので、9割私見で書くスタイルにした。

憲法② 評価E

1 第1 法律上の争訟性について

2 1 まず、「司法権」(76条1項)とは、①当事者間の具体的な紛争を、②
3 法を適用して解決する作用だから、「法律上の争訟」(裁判所法3条2項)
4 とは、①当事者間の法律関係に関する具体的紛争であって、②法を適用
5 して終局的解決を図ることができるものだ。

6 しかし、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、法律でこれを
7 定める」(92条)から、Xの個人的権利に影響がない限り、議会の自律
8 的判断に任せるべきで、司法審査が及ばないと考える。

9 2 Xの提起しようとする訴えは、「当事者」XとA市議会間の、陳謝義務
10 や議員資格という「法律関係に関する具体的紛争」だ。(①の充足)

11 そして、これは、憲法19条、21条、地方自治法という「法」を適用
12 して終局的解決を図ることができる。(②の充足) 従って、Xの訴えは法
13 律上の争訟だ。

14 また、処分1、2は、Xの内心の自由や、議員資格といった、個人的
15 権利に及んでいるから、司法審査も及ぶ。

16 第2 主張①について

17 1 処分1は、Xの陳謝しない自由1を制約しているが、違憲ではないか。

18 2 自由1は思想・良心の自由(19条)として保障されるか。「思想及び
19 良心の自由」は、内心にとどまる限り絶対に保障され、強い効果を有
20 するから、信教(20条1項)に類するような人格形成の核心をなすも
21 のに限定すべきだとの反論が考えられ、私見としても反論の通りだ。

22 (1) そして、自由1は、本件発言が事実と反するという事実を述べる部分
23 は思想・良心ではないし、事実でないことを陳謝しないことも人格形成
24 の核心をなすとはいえない。

25 (2) よって、自由1は、憲法19条によっては保障されないから、主張①
26 は認められない。

27 第3 主張②について

28 1 処分2は、Xの議員としての活動の自由2を制約し、違憲ではないか。

29 2 自由2のうち、本件発言等の発言を議会ですることは、「言論…の自由」
30 (21条1項)として保障される。そして、処分2は、本件発言をした
31 ことに対して実質的に制裁を課すものであり、自由2を実質的に制約し
32 ている。

33 3 しかし、上記制約は、「公共の福祉」に基づく最小限の制約(13条後
34 段反対解釈)であるとの反論が考えられる。しかし、審査基準が明らか
35 でない。

36 (1) 自由1は、一旦侵害されると民主制の過程では正困難な精神的自由権
37 だ。そして、議会での発言の自由は、「地方自治の本旨」のうち、住民自
38 治(93条)の核心をなす重要な権利であり、自由2は自己統治の価値が
39 大きい。

40 (2) 一方、「地方公共団体の組織…に関する事項は…法律でこれを定める」
41 (92条)が、処分2は、この「法律」地方自治法に基づく。

42 (3) また、処分2は、除名という効果は重大だが、処分1を経由した段階
43 的なものだ。

44 (4) 以上から、やや厳格な基準、つまり、(i)重要な目的のため、(ii)他

コメント [zz10]: 行政法から初めて、既に10分
押していた。緊張していたが、論証を書いたら
落ち着いた。

コメント [zz11]: 51条(議員の免責特権)?と思
ったが、地方議会議員なので触れず。内部行為
かと思ったが、論証を忘れて、それっぽいこと
を書いた。

コメント [zz12]: 法律上の争訟性⇒司法審査が
及ぶか と分けた

コメント [zz13]: 主張、反論、私見とやっている
暇はない

コメント [zz14]: 残時間25分で、①19条保障外
という方針に。

コメント [zz15]: 本件発言を具体的に検討しよ
うと思ったが、時間がないため、ギリギリ伝わ
りそうな程度に。

コメント [zz16]: 消極的表現の自由もあり得る
ので、憲法上保障されないとは断言せず、

コメント [zz17]: ②で勝負しようと考えた。

コメント [zz18]: 国民主権の正当性の契機の核
心…だと違和感。

コメント [zz19]: これが、審査基準を緩めること
につながるとは、うまく説明できず。

コメント [zz20]: なんだか物足りない感じがし
たので、追加

に取りうるより制限的でない手段がない場合は、最小限の制約だ。

4 処分2の目的は、Dの名誉保護、及び議会の秩序維持であり、これは重要だ。(i)の充足

しかし、Dの名誉保護については、議会自ら本件発言が誤りであったことを公表すれば保護することができる。また、Xは、独自に調査を重ねて、真実だと信じて本件発言をしている。であれば、除名ではなく、一定期間の出席停止でも十分に示しはついた。とすると、ほかに取りうるより制限的でない方法があった。(ii)

5 よって、処分2は最小限の制約ではなく、違憲だ。

以上

<総合コメント>

やるが多すぎると感じて頭が真っ白になる。問題文を読みながら、19条は憲法上の保障段階で切って、21条はLRAでコンパクトにまとめようという方針を立てた。法律上の争訟の部分は、正直よく覚えていないので、不正確な論証になったことが悔やまれる。最後の法は手がブルブル震えていて読めないかもしれない。

<時間配分>

答案構成 20分

答案作成 40分

<使用教材>

4A論文解法パターンテキスト

4A条解テキスト

コメント [zz21]: 一定期間の出席停止という条文を見た瞬間から、LRAで行こうと決める。

コメント [zz22]: 目的はどっちだろうと思ったが、とりあえず両方書いた。

コメント [zz23]: 残り3分しかなく、伝われ!と思いながら殴り書き。また、名誉毀損と真実性の錯誤については、気づいていますよというアピールはしておこうと思い、とりあえず書いた。「示しはついた」というのが、議会の秩序維持のことを指しているというニュアンスが伝わることを祈る。

行政法① 評価B

1 第1 設問1について

2 1 まず、本件勧告及び本件公表が「行政庁の処分その他公権力の行使に当
3 たる行為」（行政事件訴訟法3条2項）に該当するか検討するにあたり、そ
4 の意義が問題となる。

5 (1) 「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、公権力の主
6 体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
7 の権利義務を形成し、その範囲を確定することが法律上認められたものを
8 指す。具体的には、①公権力性②直接・具体的な法効果の観点から判断さ
9 れる。

10 (2) 以下、上記規範に照らして、両行為の該当性を検討する。

11 2 最初に、本件公表の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」
12 該当性を検討する。

13 (1) 本件公表は、条例50条によって一方的に行われるので、公権力性は認
14 められる(①充足)。

15 (2) しかしながら、Y県としては、本件公表は消費者保護の観点から情報を
16 共有する手段に過ぎず、直接具体的にXの権利を侵害するものではないと
17 主張することが想定される。

18 確かに、Y県が主張するように、公表は情報公開の側面があるものの、
19 本件公表にあたっては、意見陳述の機会(条例49条)を前提に条例48条に
20 よる行政指導に従わない場合にのみ行われるものである。このように当事
21 者に意見陳述の機会を与えるという厚い手続を想定している点に鑑みれば、
22 本件公表には制裁的な側面があると解される。

23 そうだとすれば、実際にXが金融機関からの融資を受けられなくなる恐
24 れがあるように、公表によってXに対する信用が低下することは、事実上
25 の効果にとどまらず、制裁として法律上予定されたものであると言える。
26 よって、本件公表は、Xの社会的信用を低下させるという法律効果を直接
27 生じさせるものであると言える(②充足)。

28 (3) よって、本件公表は、「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」
29 に該当する。

30 3 続いて、本件勧告の「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」
31 該当性を検討する。

32 (1) まず、公表同様、知事によって一方的に行われるので、公権力性は認め
33 られる(①充足)。

34 (2) しかしながら、Y県としては、本件勧告は相手方の協力を前提とする行
35 政指導にすぎず、何ら義務を課すものではないとして、②は否定されると
36 主張することが考えられる。

37 この点、本件勧告自体は行政指導にすぎないものの、かかる勧告に従わ
38 ない場合、具体的な法効果を有する公表がなされることが予定されている。
39 そして、「ものとする」(条例50条)と定められており、かかる文言に鑑み
40 て、本件勧告に従わないときには相当の蓋然性をもって公表がなされるも
41 のと言える。

42 さらに、一度公表がなされれば、Xに対する社会的信用は低下してしま
43 い、事後的に回復することは困難と言える。そうだとすれば未だ対外的に
44 周知されていない本件勧告の段階で争わせることが、被処分者にとって便

コメント[k24]: 憲法が終了した時点で、残り時間が1時間を切っていたので、かなり急いで問題検討にあたった。

コメント[k25]: Xが実際に受けた不利益を以って、処分性ありにはできないので、かかる不利益を条例が意図したものであることを、表せるように、心がけた。

45 宜であると言える。

46 したがって、本件勧告は、それに自体によって、公表が行われる立場
47 に被処分者を置く効果が認められるから、具体的・直接的効果が認められ
48 る(②充足)。

49 (3) 以上より、本件勧告も「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行
50 為」に該当する。

51 第2 設問2について

52 1 Xは本件勧告が裁量権の濫用・逸脱(行政事件訴訟法30条)に該当し、本
53 件勧告が違法になるとの主張をすることが考えられる。

54 (1) まず、裁量権の濫用逸脱の判断の前提として、裁量の有無につき検討す
55 る。本件勧告の根拠条文である条例48条は「消費者の利益が害されるおそ
56 れがあると認めるとき」という抽象的な文言を用いており、同条による本
57 件勧告を行うにあたっては、被侵害利益や侵害態様など諸般の事情を考慮
58 した上でなされる政策的判断を要する。そうだとすれば、広範な要件裁量
59 が認められるといえる。

60 (2) その上で、本件判断が、裁量権の濫用逸脱に該当するかを検討する。

61 まず、本件において知事は、Xの従業員の勧誘は水道水が健康に有害で
62 ある点を示しつつノルマ達成に懇願する態様で行われたことを理由として、
63 本件勧告たる「不適正な取引行為しないこと」としている。しかし、意見
64 陳述でXが述べたように、本件勧誘は不適正とまでは言えず、従業員の一
65 部によるものに過ぎないと共に、すでに今後の不適切な勧誘の防止措置が
66 採られている。

67 そうだとすれば、仮に本件勧誘が不公正であり、一部の従業員によると
68 はいえ重大な事項であると行政庁が判断したとしても、すでに防止措置が
69 採られているのであるから、これ以上、「不適正な取引行為をしないこと」
70 を求めるのは困難と言わざるを得ない。つまり、本件勧告を行うにあつ
71 て、かかる防止措置の存在を十分に斟酌されておらず、考慮不尽が認めら
72 れるから、裁量権の濫用逸脱が認められる。

73 (3) よって、本件勧告は、違法である。

74 以上

75 〈総合コメント〉

76 とにかく、憲法に圧迫されて行政法を十分に検討する時間がなかった。
77 それが原因で処分性はまだしも、実体違法の検討が明らかに不十分。

78
79 〈時間配分〉

80 答案構成：10分

81 答案作成：45分

コメント[k26]: 病院開設設置事件の判例の論理の展開を参考にしながら、議論を構築していった。

コメント[k27]: ほとんど時間がなく、問題検討も早々に答案作成に入ったので、明らかに議論が荒い。

コメント[k28]: 今になって冷静に考えると、要件裁量に加えて効果裁量も問題になるはずなのに、これを完全に落としてしまっている。

コメント[k29]: 各事実に対する評価を付す余裕はなく、問題文の事実を書き写しただけになってしまった。

行政法② 評価C

第1 設問1

1 以下のよう、本件勧告及び本件公表は「処分」（行政事件訴訟法（以
2 下、法令名省略）3条2項）にあたると主張すべきである。

3 (1) 取消訴訟は、行政行為の公定力を排除するための訴訟類型であるこ
4 とに鑑みると、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行
5 う行為のうち(①公権力性)、その行為により直接国民の権利義務を形
6 成し、またはその範囲を確定することが法律上認められているもので
7 ある(②直接・具体的法効果性)のが原則である。

8 (2) もっとも、今日における国民と行政主体との関わりあいは従来想定
9 されていた単純なものにとどまらない。そこで、上記基準を基本とし
10 つつも、立法者意思、紛争の成熟性、国民の実効的権利救済等の事情
11 を考慮にいれて、処分性の有無を判断する。

12 2(1) まず、本件勧告は、知事が条例48条に基づき、一方的に行うもので
13 あり、公権力性が認められる(①充足)。

14 (2) では、直接・具体的法効果が認められるか。

15 ア この点について、本件勧告はあくまで行政指導たる性質を有する
16 ものにすぎず、また条例を根拠とするものであり法律を根拠とする
17 ものではないため、直接・具体的法効果性は認められないとの反論
18 が想定される。

19 イ しかし、Xは本件勧告により、社会的な信用が失墜するおそれ
20 あり、融資が停止されるなど経営に深刻な影響が及ぶ可能性がある。

21 ウ また、条例には、本件勧告に従わなかった場合に罰則等が科され
22 る規定は存在しないため、Xはその後の処分の際に争う事はできな
23 い。さらに、意見陳述の機会の付与(条例49条)が規定されているこ
24 とから不利益処分と同様の取り扱いがなされている。

25 そして、条例を根拠とするものであっても、法律を根拠にするも
26 のと同様の効果を有するため、変わるところはない。

27 以上を総合的に考慮すると、Xの実効的権利救済の観点から、直接・具
28 体的法効果が認められる(②充足)。

29 (3) よって、本件勧告には処分性が認められる。

30 3(1) 次に、本件公表についても、知事が条例50条に基づき一方的にな
31 されるものである(①充足)。

32 (2) では、直接・具体的法効果が認められるか。

33 ア Y県は、本件公表は事実上の行為にすぎず、Xに対して法効果を生
34 じるものではないと反論することが想定される。

35 イ 確かに、一般的に公表は事実上の行為であるため、法効果が認め
36 られないのが原則である。しかし、公表がなされると、対外的に周
37 知されるため、Xの社会的信用が一定程度失墜すると評価できる。

38 また、公表後にも不適正な取引行為を継続していると認定された
39 場合であっても、罰則等の制裁を科する規定は存在しないため、後
40 行処分を争って、事後的に争うことはできない。

41 ウ これらの事情を考慮に入れると、本件公表により、Xに対して直
42 接・具体的法効果が認められると評価できる(②充足)。

43 (4) よって、本件公表には処分性が認められる。

コメント[Wユ30]: 条例を根拠とした勧告及び
命令は法律を根拠とした処分と差異が生ずるの
か理解が及んでいなかったため、難しく感じた。

コメント[Wユ31]: 規範は正確に書くよう心掛
けた。
当たり前のようにここで不正確なら終わりだ
という意識で書いた。

コメント[Wユ32]: 勧告は行政指導であるとい
う観点から、いかに処分性を認めるのかとい
う観点で記載した。

コメント[Wユ33]: 公表は事実行為であり、法効
果が認められないのが原則であることから、条
例の仕組みを分析した。

第2 設問2

1 本件勧告は、「できる。」(条例48条)との文言及び、勧告をするか否かは、専門的、技術的判断を要するため、知事に効果裁量を与えられていると解することができる。そうすると、裁量権の逸脱濫用が認められる場合に取り消される(30条参照)。

本件では、不適正な勧誘を行ったのは一部の従業員にすぎないこと、今後は適正な勧誘をするように従業員に対する指導教育をした旨を主張している。そのため、既に改善の策をXは講じているのであり、そのうえ勧告を行う事は過剰であり、認められない。

したがって、本件処分は裁量権の逸脱濫用であり、違法である。

以上

<総合コメント>

条例を根拠としているところが、難しさを感じた。

また、設問2に関しては、そもそも何を書くことが求められているかわからなかった。

要件裁量についても書かなければいけないようだったので、設問2は点数がないと思う。

<時間配分>

答案構成；20分

答案作成；60分

<使用した参考書>

事例研究行政法

コメント[Wユ34]: 条例を根拠とする処分では、行政手続法は適用されないことから、理由提示の瑕疵や手続き上の瑕疵を書くことはしなかった。
ただ、実態法の違法がよくわからなかったため、裁量権の逸脱濫用にした。

刑法① 評価D

1 1 甲が、C に対し定期預金証書を紛失したと嘘を言い、定期預金の払戻
2 しをうけた行為1に詐欺罪（246条1項）が成立しないか。

3 同定期預金は甲名義であり、しかも甲は届出印をもっている。とすると、
4 行為1は、C に、甲に正当な払戻し権があるとの錯誤を起こさせ、払戻し
5 という処分行為を起こさせる現実的危険ある行為といえ、「人」Cを「欺い」
6 たといえる。

7 これにより、C は錯誤に陥り、500万円という「財物」を「交付」し
8 た。

9 よって、甲の行為1に詐欺罪が成立する。

10 2 甲が、かかる500万円を乙に直接手渡しして、自らの借入金の返済に
11 あてた行為2に業務上横領罪（253条）が成立しないか。

12 民法上は、動的安全を保護するため金銭については所有と占有が一致す
13 るが、静的安全を保護する刑法においてはこの限りでなく、本件の500
14 万円は「他人」Vの所有する財「物」といえる。

15 これを甲は、会社の設立事務をする者という地位でVとの委託信任関係
16 に基づいて甲名義の預金口座で管理していたので、「業務上自己が占有する」
17 といえる。

18 そして、本件500万円は、会社の投資のみにあてるためのものだけら、
19 甲の個人的な借金返済のために行われた行為2は、委託の趣旨に背いて権
20 限なく所有者でなければできないような処分をする意思の発現行為といえ、
21 「横領」したといえる。

22 よって、甲の行為2に業務上横領罪が成立する。

23 なお、乙が甲から返済された500万円を自己の事業資金や生活費等に
24 全部費消した点について、同罪の共同正犯（60条）は成立しない。

25 乙は、甲が返済に充てた500万円は甲の自己資金だと思っており、意
26 思の連絡（60条）、「罪を犯す意思」（38条1項：故意）に欠けるからであ
27 る。

28 3 乙が、Vの胸倉をつかんでVの喉元にサバイバルナイフの刃先を突き
29 立てて、甲の債務を免除する旨の念書を書かせた行為3に、甲乙に強盗利
30 得罪（236条2項）が成立しないか。

31 1項との均衡から、「財産上の利益」といえるためには、利益移転の具体
32 性確実性を要すると解する。もっとも相手方の処分行為は要しない。強盗
33 は相手方の反抗を抑圧することを手段とする犯罪だからである。

34 本件のような念書を書くと、Vは裁判による500万円の回収が困難に
35 なる。

36 よって、利益移転の具体性確実性がある。

37 ここで、サバイバルナイフという殺傷能力の高い武器を、喉元という人
38 体の急所に突きつける行為は命の危険を感じさせるものであり、相手方の
39 反抗を抑圧するにたり、これは具体性確実性を有する利益移転に向けられ
40 ているので、「暴行」したといえる。

41 甲が乙から債務免除を受けると、乙は甲から500万円の返還債務を免
42 れるという利益がある。また、乙はVをナイフで脅して念書を書かせると
43 という計画の発案者であり、重要な役割を果たしている。そして、甲もVに
44 念書を書かせることで500万円の返還債務を免れるというという利益が

コメント [k35]: 定款に記載された者という
事実がないから発起人とはいいきれないしど
うしたものかと悩んだ。うまくごまかせてい
るのか…。そもそも単純横領でよかったの
か？

コメント [k36]: 本条の「占有」には法律上の
占有も含むみたいなのを書くかと思った
が、先の引き出す際の詐欺罪と整合性どうな
るのかな～とか考えるととりあえずごまかし
て書いて、時間が余れば書くかと思った。結
局書かなかったが。

コメント [k37]: いちいち三段論法してい
られない

コメント [k38]: これ見よがしに事情があっ
たので一応検討。

コメント [k39]: 当初、念書という「財物」を
強取したという筋で書いていたが、問題文3
pL2の「手渡した」という記述で「強取」は
ないかな～と思い軌道修正。2項強盗は難し
い分色々加点とれるし注意深く書くと思っ
た。

コメント [k40]: 我ながら説得力に欠けるが、
肯定せざるを得なかった。

コメント [k41]: わかってるぞアピール。これ
がないとそもそも強盗は未遂すら成立しない。

ある。

よって、甲乙に正犯意思(60条)が認められる。

また、乙が甲にVをナイフで脅して念書を書かせることを提案し、甲は「わかった。～脅す」と言って了承しているので、意思の連絡が認められる。

以上より、行為3に、甲乙に強盗利得罪の共同正犯が成立する。

4 乙が、恐怖のあまり身動きができないVの目の前で、その場にあったV所有の財布から10万円を抜き取った行為4に強盗罪(236条1項)が成立しないか。

たしかに、行為4自体では反抗を抑圧するに足る暴行・脅迫とはいえない。

しかし、乙は既に行為3により、Vに「本当に刺し殺されてしまうかもしれない」との恐怖を感じさせ、その反抗を抑圧していた。

そんな行為をした乙が同じ部屋におり、近くで手を伸ばしてくるというその行為だけで反抗抑圧状態を継続させるには充分といえ、乙は「暴行」をしたといえる。

そして、10万円という「財物」を抜き取り、V方を立ち去った時点では遅くともVの意思に反して占有を移転させたといえ、「強取」したといえる。

よって、行為4に乙に強盗罪が成立する。

5 甲が、乙のVをナイフで脅し念書を書かせるという提案に了承したという形で行為4に関与したとして、強盗罪の共同正犯が成立しないか。

甲は、乙からの提案に対し、「ただし、あくまで脅すだけだ。絶対に手を出さないでくれ。」と言っている。また、乙がVから10万円を払わせようとしているところに「もうやめよう。手を出さないでくれと言ったはずだ」と言って、乙の手を引いてV方から外へ連れ出した上、乙からナイフを取り上げており、乙の犯行実現を妨げる積極的行為をしている。

とすると、行為4には、共同正犯の一部実行全部責任の根拠たる相互利用補充関係が甲乙間にあるとはいえない。

よって、甲は、行為4に関与したとはいえず、強盗罪の共同正犯は成立しない。

6 罪数

甲には、①詐欺罪、②業務上横領罪、③強盗利得罪の共同正犯が成立し、①～③は併合罪(45条)となる。

乙には、④強盗利得罪の共同正犯、⑤強盗罪が成立し、両者は異なる法益を侵害しているので併合罪となる。

以上

<総合コメント>

突き詰めればすごい問題点があるんだろうなと思いつつも、刑法はいつとも得点が伸びないのでとにかくC評価をとりとうと、淡々と書き切った。いわゆる共謀の射程の話なのかな～とか思ったがマジックワード「相互利用補充関係」でごまかした。

コメント [k42]: ほぼ事実を引用し、マジックワードで結論を出した。

本件では甲はかなり積極的な行為を行っているので、よくわからない理論を書いて爆死するよりは事実を豊富にそのまま引用したほうが説得力があるのではないかと考えた。

共犯からの離脱とも、共謀の射程の問題ともいえるなど。論点にこだわらず共同正犯の趣旨から論じれば、部分点くらいもらえるのではないかと思います、こんな感じに。

コメント [k43]: 住居侵入罪を書いてしまうと、問題文の注意を無視した点、ケン連犯としてしまう点で、2重の減点となってしまうのだろうか。注意しないといけないなと思った。

刑法② 評価F

1 第1 甲が定期預金を解約した行為について

2 1 甲はVから、投資の前渡金として500万円を預かり、投資以外には使わ
3 ないとの約定の下、甲名義の定期銀行口座に預け入れ、預金証書はVに渡
4 した。

5 2 しかし、甲はVに無断で定期預金を払い戻すために、銀行の窓口係員
6 のCに対し、「定期預金を解約したい」「肝心の証書を紛失してしまった」
7 とその話で欺もうし、よって、500万円を交付させており、詐欺罪(246
8 条1項)が成立する。当該欺もう行為がなければ、Cは500万円を交付する
9 ことはなかった。

10 第2 甲が500万円を自己の借入金の返済にあてた行為について

11 1 甲は上記約定の下に、Vから500万円を預かったにもかかわらず、所
12 有権者にしかなしえない、不法領得意思の発現行為たる返済にあてるとい
13 う行為をしており、「横領した」(252条1項)といえる。

14 なお、ここにいる「占有」とは、委託信任関係を破ることが可能な支
15 配が及んでいればたりるところ、本問では、預金は引き出すことが可能で
16 ある以上、甲に占有があったとすることができる。

17 2 甲は投資会社を立ち上げることを計画し、今後反復継続して行う投資
18 のための準備金として500万円を預かったのであり「業務上」占有してい
19 たといえ、業務上横領罪(253条)が成立する。

20 第3 Vの喉元にサバイバルナイフを付き付け、「甲とVの間には一切の債
21 権債務関係はない」という内容の念書を作成させた行為について

22 1 乙は甲に対し、2人で乙方に押しかけ、Vを刃物で脅して債権放棄を
23 させることを提案したところ、甲は了承している。

24 2 それに従い、甲と乙は、V方を訪れ、乙がVの喉元にサバイバルナイ
25 フを付き付けるという反抗抑圧するにたる「暴行又は脅迫を用いて」、「甲
26 とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書を作成させ、
27 「財産上不法の利益を得」(236条2項)たといえ、甲と乙に、強盗利得罪
28 の共同正犯(60条)が成立する。

29 3 なお、甲が「絶対に手は出さないでくれ」と言っていたのに対し乙は、
30 Vの胸倉をつかむという暴行を行っているが、現場にいた甲は特段異議を
31 述べていないことから、黙示の現場共謀があったものと考えられる。

32 第4 乙がV所有の財布から現金10万円を抜き取った行為

33 1 乙は、上記暴行・脅迫による恐怖から動けずにいるVの財布から現金
34 を抜き取っており、強盗罪(236条1項)として問擬すべきとも思える。

35 もっとも、上記暴行・脅迫の後、甲と乙はV方の外に出ており、行為
36 は一旦終了している。そして、乙は、現金10万円という財物の奪取に向け
37 た新たな暴行・脅迫をしているわけではない。

38 よって、単に財布から現金を抜き取っただけであり、Vの意思に反して
39 占有を移転させたとして窃盗罪(235条)が成立する。

40 2 では、甲は共同正犯として窃盗罪の罪責を負うか。

41 甲は乙から「迷惑料の10万円も払わせよう」と持ちかけたのに対して、
42 「もうやめよう。手は出さないでくれ。」と言って、乙の手を引いてV方か
43 ら連れ出している。

44 そして、甲が用意したサバイバルナイフも乙から取り上げている。

45 とすると、甲の影響は排除されたといえ、共犯関係は物理的にも解消
46 されたといえる。

47 よって、甲は罪責を負わない。

48 第5 まとめ

49 1 以上より、甲には①詐欺罪、②業務上横領罪、③強盗利得罪の共同正
50 犯が成立し、①は②の手段として行われていることから牽連犯(54 条 1 項)
51 として処断され③とは併合罪(45 条)の関係に立つ。

52 2 乙には、①強盗利得罪の共同正犯、②窃盗罪が成立し、併合罪として
53 処断される。

刑法③ 評価A

第1 甲が500万円を払戻した行為

1 本問の甲がA銀行の預金500万円を払戻した行為につき業務上横領罪
(253条)が成立しないか。

業務とは反復継続して行う事務であって、人の委託に基づいて占有
することを意味する。本問では、500万円は甲の立ち上げる投資会社
の事業資金としてVから預かっていることから業務上ということがで
きる。

2 (1) 横領罪における占有は法律上の占有があれば足りる。なぜなら、横
領罪は濫用のおそれのある支配力から所有権を保護する趣旨であるか
らかかる占有があれば濫用のおそれが認められるからである。

(2) 本問では、預かった500万円をA銀行に預けているが甲の口座名義
でありいつでも払い戻す等して処分することが可能であることからす
れば甲に法律上の占有が認められる。

3 (1) 現金の所有権の所在については占有とともに移転しVが甲に500
万円を預けた時点で甲に所有権が移転するため他人の物の要件を満
たさないと考える。しかし、用途を定めて預けた場合においては
所有権は留保され移転しないと解する。

(2) 本問では甲V間で甲の投資会社による投資のみにあてることが確
認されており甲名義の定期預金証書がVに交付されていることから
500万円について用途を定めたものといえる。従って、500万円の所
有権はVにあり他人のものといえる

4 そして、Vは投資のために甲に500万円を交付していることから委
託信任関係も認められる。

5 横領行為は不法領得の意思を発現する一切の行為を意味する。本件
では、500万円を払い戻すことで自由に処分可能な状態になることか
ら不法領得の意思の発現行為ということができ横領したということが
できる。

6 甲が乙に対して500万円を交付した行為については不可罰的事後行
為となると解する。

7 なお、本人名義かつ本人の計算以外では横領罪が成立し、それ以外
について背任罪(247条)が成立すると解するため、本件では背任罪
は成立しない。

以上より、甲に業務上横領罪が成立する。

第2 甲がCに払戻しを申し入れた行為について

1 本問の甲がCに対して500万円の払戻しを申し入れた行為に詐欺罪
(246条)が成立しないか。

2 (1) 欺罔行為は、相手方の錯誤に基づく財産的処分行為をさせる行
為をいう。

(2) 本件では、Cが500万円を投資のためVが甲に預けたものであ
り定期預金証書の紛失が虚偽であることを知っていれば500万円
の交付という財産的処分行為をしなかったといえるから、甲が定
期預金証書の紛失が虚偽であることを秘して払戻しを申し入れた
行為は欺罔行為にあたる。

(3) そして、Cは500万円の預金がVの投資目的の預金であり、甲の

コメント[SA44]: 書く順序について、後半の共
同正犯は行為ごとの方が書きやすいと思ったの
で、全体的に行為ごとに書くと思った。

コメント[SA45]: 払戻し行為にするか乙に500
万円を交付した行為にするか迷った。

コメント[SA46]: 業務上については落とすところ
だった。

コメント[SA47]: 業務上の定義の記憶が不確か
でその場で考えた。

コメント[SA48]: 500万円現金が客体なのか500
万円の預金債権が客体なのか自分の中では混乱
していた。

コメント[SA49]: この部分は客体を現金とした
場合に問題となるのではないかと、自分は客体を
預金債権としているのではないかと等混乱した。

コメント[SA50]: 委託に基づかない占有である
から占有離脱物横領罪が頭をよぎった。

コメント[SA51]: この直前あたりで、客体は債
権⇒横領罪は所有権侵害のみ⇒横領罪は成立し
ない⇒背任罪の検討だったのではないかとつい
頭を抱え汗だくになった。今さら書き直すと時
間的に終了するので考えるのをやめた。

コメント[SA52]: この点については、書く必要
があるのか迷ったが書くことに。

コメント[SA53]: 500万円の預金者が実質的にV
である点なのか、預金証書を紛失したという点
にCの錯誤があるのかあいまいなまま認定して
しまった。

定期預金証書の紛失が虚偽である点について錯誤に陥り500万円の払い戻しをしている。

コメント[SA54]: この点についても、錯誤の内容があいまいになった。

従って、本問の甲に詐欺罪が成立する。

3 なお、民事上Aは払い戻しについて免責されるが刑事上の当罰性については別途考えるべきであるから詐欺罪の成否には影響しないと解する。

第3 甲と乙がVに念書を書かせた行為

1 本問の甲と乙がVに念書を書かせた行為について強盗利得罪(236条2項)の共同正犯が成立しないか。

コメント[SA55]: 共謀の認定が必要なのか迷ったが、時間があまりなかったので省略した。

2 (1) 本件では、サバイバルナイフという殺傷能力の高い凶器を各々手にもってVの目の前に示していることは客観的にみて反抗を抑圧する程度の暴行脅迫とすることができるから「暴行脅迫」が認められる。

(2) 強盗利得罪においては、処罰範囲を明確にするため財産上の利益移転について厳格に判断する必要がある。従って、債務を事実上免れたといえる程度の利益移転が必要であると解する。

本問では、甲とV間には一切の債権債務関係がない旨の念書を書かせているが、かかる念書があったとしても、後日Vから甲に対する請求が可能であるから事実上債務を免れたということとはできない。従って、利益移転があったとはいえない。

よって、強盗利得罪の未遂(236条2項、243条)が成立するととどまる。

第4 乙がVの財布から現金10万円を抜き取った行為

コメント[SA56]: 念書を書かせた行為と別に検討するのならその理由を述べるべきだったのかなと思った。

1 本問の乙がVの財布から現金10万円を抜き取った行為について強盗罪が成立するか。

2 本件では、乙はVに対する新たな暴行脅迫をしていないが、反抗を抑圧された状態を利用して現金を抜き取っているから暴行脅迫があったと同視することができる。

従って、乙には強盗罪が成立する。

コメント[SA57]: 問題文の事実を使ってもっと丁寧にあてはめをしたかった。悔やまれる。

3 本問の甲については共犯からの離脱が認められるかが問題となる。

コメント[SA58]: 乙について念書と10万円について異なる犯罪を成立させるなら10万円について共犯からの離脱以前に共謀の射程について論じる必要があったのではないかと思う。

(1) 共同正犯は相互に利用補充しあって特定の犯罪を実行したことから一部実行全部责任の根拠がある。

とすれば、共犯からの離脱の可否は相互利用補充関係を解消したと評価できるかを基準とするべきである。

(2) 本問の甲は乙に対して手は出さないでくれといったはずだと言って、乙の手を引いてV方から外へ連れ出した上、乙からナイフを取り上げている。一連の犯行の重要な凶器となったナイフを取り上げたことや犯行現場から連れ出したことで相互利用補充関係が解消されたと評価することができる。

従って、Xには共犯からの離脱が認められ強盗罪は成立しない。

第5 以上より、甲には業務上横領罪、詐欺罪、強盗利得罪の未遂が成立しそれぞれ併合罪となる。乙には強盗利得罪の未遂、強盗罪が成立し併合罪になると解する。

コメント[SA59]: 共同正犯の指摘を忘れた。

- 89 以上
- 90
- 91 <総合コメント>
- 92 各論は特に横領罪、詐欺罪はあまり得意ではないのでドキドキしながら解
- 93 くことになった。横領罪については業務上の定義があやふやだったり、客
- 94 体が何なのかあやふやだったりとあまり自信がない。本問は、基礎的なこ
- 95 とをしっかりと理解して、覚えていれば易しい問題だと思う。
- 96
- 97 <時間配分>
- 98 ・答案構成：20 分
- 99 ・答案作成：60 分
- 100
- 101 <使用した参考書>
- 102 刑法総論講義案 司法協会
- 103 刑法各論講義 前田雅英
- 104 刑法総論 INDEX 井田良

刑事訴訟法① 評価D

第1 設問1

1 行為①について

(1) 「警察官」PとQが、午前3時という深夜に、凶器を使用した強盗等犯罪が多発していたH県I市J町を警らしていたところ、目が合うや急に慌てた様子で走り出した甲は、「何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者」に当たる。よって、同所において、甲に「停止」を求め、停止させ職務「質問」をしたことは適法である（警職法2条1項）。

また、これに付随して任意で行われる所持品検査も有効である。もっとも、ここから捜査に移行することはよくあるし、行政警察活動と捜査の境界は不明確であるから、「捜査」（刑訴法189条2項）と同様の処理をすべきである。

(2)ア では、行為①は「強制の処分」（197条1項但書）に当たるか。同条項が規定する強制処分法定主義の趣旨は、国民代表機関たる国会（憲法43条等）が人権を侵害し得る処分について法定することで、物理的実力にもよらない処分からも国民の「人権を保障」する点にある（刑訴法1条）。

もっとも、全ての処分について法定の手続を規定すると、「事案の真相を明らか」にすることが難しくなる（1条）。

そこで、「強制の処分」とは、重要な権利利益の制約を伴う処分と解すべきである。

イ 本問行為①は、甲のシャツの上という外見上可視化されている箇所についてへそ付近を右手で触ったにすぎないから、甲の重要なプライバシー権（憲法13条）の制約を伴う処分とはいえない。

よって、行為①は「強制の処分」に当たらない。

(3) もっとも、任意の捜査であっても、(a)「捜査…目的を達するため」(b)「必要」かつ(c)適正手続の見地から相当なものでなければならない（捜査比例の原則）。

行為①は、(a)凶器を使用した強盗等犯罪という凶悪事件の捜査目的があった。

また、(b)Pの右手に何か固い物が触れた感覚があったことから、甲が服の下に凶器等の危険物を隠している可能性があると考えたことから、危険性が強い必要性が大きい。

そして、(c)甲は自ら、Pの質問に何も答えずにPらを押しのけて歩き出したことで甲の腹部がPの右手に一瞬当たった。一度当たった箇所に再度上記2(2)のような態様で行った行為①は相当といえる。

(4) よって、任意の所持品検査として適法である。

2 行為②について

(1) まず、行為①と異なり、甲のシャツの中のズボンのウエスト部分という外見上可視化できないプライバシーの要保護性が高い箇所に手を差し入れ、しかもQが背後から羽交い絞めにして甲の両腕から引き離すことで挟まれていた甲の「所持品」（憲法35条）を取り出している。よって、甲の重要な「所持品」及びプライバシー権等の制約を伴う処分であるから、「強制の処分」に当たる。

コメント[SS60]: 所持品検査の前提として職務質問の条文に当てはめた

コメント[SS61]: 論パタのこの「同様の処理」という文言を答案で表すのにずっと違和感があったが、結局所持品検査の判例規範使いこなせるレベルにはなかった。この規範を使いつつも、「行政警察活動と捜査の境界は不明確」という思いの理由付けを追加した。

コメント[SS62]: 論パタの規範は両方とも覚えていたがロングとショートで意味が違うことに違和感があったためミックスしてみた。

コメント[SS63]: 行為①と②を比較してこの点が最大の相違点だと感じてこの点について論じた。

コメント[SS64]: 捜査ではないので「捜査…目的」という文言を使うことに抵抗があったため、この原則の名前を知っていたのでとりあえず付けた。

コメント[SS65]: この点も②と比較したり、問題文にあえて「強盗等犯罪が多発」と明示していることから、危険性が高いということを書く意識があった。

45 これは、物を発見しその占有を奪う搜索差押えというべきだから、その
46 令状(218条1項)に基づかない以上、違法である。

47 (2) また、仮に「強制の処分」に当たらないとしても、任意捜査として
48 も違法である。

49 まず、(a)行為①と異なり、行為②は規制薬物等犯罪という被害者のいな
50 い捜査目的を達するためである。

51 そうだとすると、(b)凶器等のような危険物ではなく薬物を所持している
52 ため、必要性は行為①と比べると小さい。

53 そして、(c)上記(1)のとおり、相当なものとはいえない。

54 (3) そして、逮捕に伴う搜索差押えとしても違法である。確かに甲は現
55 行犯人として逮捕されるが、行為②との間に検査を行っているため、時間
56 的に近接しているとはいえず、「逮捕する場合」(220条1項)にあた
57 らないためである。

58 (4) よって、行為②は違法である。

59 第2 設問2

60 1 明文はないが、将来の違法捜査抑制の見地から、本件覚せい剤は違
61 法収集証拠として排除されないか。

62 2(1) 将来の違法捜査抑制の見地から、①令状主義の精神を没却するよ
63 うな重大な違法があり、②これを排除することが将来の違法捜査抑制の見
64 地から相当であるときは、違法収集証拠にあたり禁止されると解する。

65 (2) 本問差押えは、①現行犯逮捕に伴う差押えであるから、重大な違法
66 はない。

67 3(1) もっとも、先行行為と本件覚せい剤に密接関連性があるなら、①
68 先行行為の重大な違法をそのまま承継し、②排除相当性が推定されると解
69 すべきである。

70 (2) 本問で、前記第1の2の通り、行為②には重大な違法がある。これ
71 によって、結晶様のものが入ったチャック付きポリ袋と注射器を取り出し
72 て検査し、結晶様のものが覚せい剤であると判断したから、先行行為②と
73 本件覚せい剤は密接関連性があるといえる。

74 よって、①重大な違法をそのまま帯びるから、②排除相当性が推定され、
75 違法収集証拠にあたる。

76 以上から、本件覚せい剤は、違法収集証拠として証拠能力が否定される。

77

以上

コメント[SS66]: この時点で違法になると思
ったが、前述のとおり、強盗と覚せい剤の違い
を書きたいと考えここで終わらせなかった。

コメント[SS67]: 上記のとおり。そして、これ
を書いた時点で220条1項2号に気付いた
ため終わらせず。

コメント[SS68]: しかし、さすがに逮捕前でも
できるとしても違法にすることは決めていた
ため、検査によって時間的に近接していな
ことを理由に使えないとした。また、おそらく多
くの受験生が気付かないのでは、と考え規範等
を使わず短く書いた。...

コメント[SS69]: 排除法則に根拠条文がない
ことから書き始めたかった。

コメント[SS70]: この規範をあえて書くか悩
んだが、覚えていたことと、令状主義がなん
となく関係ありそうと考えて書いた

コメント[SS71]: 「排除」ではなく「禁止」と
書いたのは、問が「証拠能力」であったため、
3パターンのうち「証拠禁止」であることをど
こかで明示したかったことから書いた

コメント[SS72]: 覚せい剤を直接得た行為は
差押えなので、この点から考えたが、現行犯逮
捕に伴う差押えで適法と気付いた。設問1で逮
捕に伴う搜索に気付いていたことから気付き
やすかったというもあるかもしれない。...

コメント[SS73]: 同一目的直接利用は普段か
ら規範として使っていなかったため、密接関連
を使用。

コメント[SS74]: これってもしかして逮捕も
違法では?と思ったがそこに触れると長くな
りそうなので行為②と覚せい剤の関連性に絞
って書いた

コメント[SS75]: 【総括】すごく簡単な問題だ
と感じ、伝聞も出なかったため差がつかなそう
と感じた。1は所持品検査については受験生の
多数派は判例規範で処理する印象があったた
め負けそうと思いながら書いた。2は書くこと
が少なすぎてこれでいいのかおそろおそろ書
き上げた。逮捕に伴う...はメインの論点ではな
いため、相対的に気付いてない受験生が多そう
...

刑事訴訟法② 評価C

第1 設問1

1、①の適法性

(1)本問では、甲は午前3時という深夜に強盗等犯罪が多発している所においてPと目が合うや急に慌てた様子で走り出しており、周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯したと疑われるから職務質問(警察官職務執行法2条1項)の要件を満たし、職務質問は適法である。

(2)ア、所持品検査は口頭の質問と関連し職務質問の効果を上げるうえで有用な行為であるから、職務質問に付随する行為として認められる。そして、所持品検査は任意処分である職務質問に付随して行われるものであるから相手方の承諾を得て行うことが原則であるが、**捜索にわたらない限り必要性、緊急性、相手方のプライバシーに対する制約の程度を衡量して相当と認められる場合には有形力の行使も認められると解する。**

コメント[SA76]: 規範の記憶があいまいだった。

イ、本問では、甲が服の下に凶器等の危険物を隠している可能性があったことから甲の承諾を得ずに検査する必要性、緊急性は高かったといえる。他方でPは甲のシャツの上からへそ付近を触ったにすぎず甲のプライバシーに対する制約の程度は低く相当な手段であったといえることができる。

従って、①は適法である。

2、②の適法性

本件では、**規制薬物等犯罪に関わる物を隠し持っている可能性があり所持品検査の必要性は認められる。**しかし、背後から甲を羽交い絞めにして甲の両腕を腹部から引き離して甲のシャツに手を差し入れて物を取り出す行為は**捜索に類するものであるといえるから甲のプライバシーに対する制約が大きい。**

コメント[SA77]: 嫌疑が濃厚⇒必要性が高い等必要性の程度についてもっと丁寧に論じられれば良かった。

コメント[SA78]: 説得的な理由付けではないなと思いながら書いた。

従って、②は所持品検査の限界を超え違法である。

第2 設問2

1、 本件覚せい剤は違法収集証拠として証拠能力が認められないのではないかが問題となる。

2、 (1)違法収集証拠排除法則は適正手続、司法の廉潔性、将来の違法捜査の抑止を根拠とする。そこで、**違法収集証拠にあたるかは令状主義の精神を没却する重大な違法があり、将来の違法捜査の抑止の観点から証拠とすることが相当でないことにより判断すべきである。**

コメント[SA79]: 考慮要素についても書きたかったが時間がないのと記憶があいまいなため断念した。

(2)本問では、覚せい剤所持という重大な犯罪であり事案は重大なものである。そして、覚せい剤という証拠の重要性も認められる。しかし、令状が必要である捜索に類する行為によって取得したものであるから令状主義の精神を没却する重大な違法があったといえる。また、**将来の違法捜査を抑止する観点からも証拠として採用することは相当でないといえる。**

コメント[SA80]: あてはめがすごく雑になってしまっただけだった。

従って、本件覚せい剤は違法収集証拠にあたり証拠能力が認められないと解する。

以上

45 <総合コメント>

46 パッと見た感じでは典型的な論点でしかも書くことがそんなになさそう
47 という印象をもった。刑法に時間がかかりそうだったのでそちらに多めに
48 時間を割り振ることにした。

49 本当にあまり書くことがないのか不安になった。また、典型論点なら書
50 き負けないように丁寧に書きたかったが記憶があいまいだったためそこも
51 うまくいかなかった。おそらくそんなに差はでない問題だと思うので点は
52 伸びないだろうなと思った。

53

54 <時間配分>

55 答案構成：15 分

56 答案作成：45 分

57

58 <使用した参考書>

59 事例演習 刑事訴訟法 法学教室ライブラリー

刑事訴訟法③ 評価A

第1 設問1

1 下線部①及び②の各行為は所持品検査にあたる場所、所持品検査
2 を行う事ができるか、明文なく問題となる。

3 2 所持品検査は、職務質問（警察官職務執行法（以下、「警職法」とす
4 る。）2条1項）に付随する行為であり、かつ職務質問の実効性を確保
5 するために必要不可欠な行為であるから、警職法2条1項により許容
6 されると解する。

7 そうすると、所持品検査は行政警察活動であるため、有形力の行使
8 は認められないのが原則である。もっとも、一切の有形力の行使を認
9 めないとなると、所持品検査については職務質問の実効性を確保するこ
10 とができない。

11 そこで、捜索に至らない行為で、強制にわたらないこと、必要性、
12 緊急性なども考慮に入れたうえで害される個人の利益と得られる公益
13 を比較衡量したうえで社会通念上相当と認められる限度において許容
14 される。

15 3 ①について

16 (1) Pは、甲のシャツの上からへその付近を右手で触ったのみであり、捜
17 索に至っていない。また、とっさに触れただけであるため、意思を制圧す
18 るような態様ではない。さらに、J町では、凶器を使用した強盗等犯罪
19 が多発しており、必要性が認められ、かつ甲が服の下に凶器等の危険物
20 を隠している可能性があると考えていることから、緊急性も認められる。
21 そうすると、強盗等犯罪の社会的悪性の高さも考慮に入れ、甲の害され
22 る利益より得られる公益の方が優越すると評価できる。

23 (2) 以上より、①の行為は適法である。

24 4 ②について

25 (1) Pは、甲のシャツの中に手を差し入れて、ズボンのウエスト部分に
26 挟まれていたものを取り出しているところ、これは捜索に至っている
27 と評価できる。

28 (2) また、強制にわたっていないか。

29 ア 「強制の処分」（197条1項但書）とは、令状主義と強制処分法定主
30 義の両面にわたり厳格な法的制約に服されるものに限定される。そこ
31 で、「強制の処分」とは個人の意思を制圧して身体、住居、財産等の重
32 要な権利利益に対する制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為
33 など特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない行為を指す。

34 イ 本件では、Pが甲を後ろから羽交い締めにしており、完全に甲の意
35 思を制圧している。さらに、甲の反対意思の形成機会を与えずにズボ
36 ンから物を取り出しており、意思を制圧しているものと評価できる。

37 ウ したがって、「強制の処分」にあたる。

38 (3) 以上より、②の行為は違法である。

39 第2 設問2

40 1 違法な捜査により収集された証拠の証拠能力が認められるか、明文な
41 く問題となる

42 2(1) この点について、違法に収集された証拠であっても証拠自体の価値、
43 性質には変わりがないため真実発見の見地（1条）から、直ちに証拠能
44

コメント[Wユ81]: ①と②を比較させていると読み取れたので、違いを意識しつつ書いた。所持品検査についての理解をできる限り示したかった。

コメント[Wユ82]: 規範は正確に書くことを意識した。

コメント[Wユ83]: 捜索に至っていたため、強制処分該当性は書く必要はないかとも思ったが、一応書いた。書く必要があるのかはわからない。

- 45 力を排除することはできない。
- 46 そこで、司法の廉潔性、将来の違法捜査の抑制と真実発見の調和の
- 47 見地から、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、将来
- 48 の違法捜査の抑止の観点から排除することが相当でない場合には証拠
- 49 能力が排除される。
- 50 (2) 本件では上述のように、甲を後ろから羽交い締めにしており、不法
- 51 な有形力の行使であると評価でき、重大な違法であると評価できる。
- 52 また、②の行為により収集した証拠であっても証拠能力が認められ
- 53 ると解すると、違法な捜査を助長する危険性さえあり、将来の違法捜
- 54 査の抑制の観点から排除するのが相当であると評価できる。
- 55 (3) 以上より、本件覚せい剤の証拠能力は認められない。

以上

58 <総合コメント>

- 59 周りがどの程度書けているのかわからないが、書き負けていたら評価が
- 60 下がるので、相対的な位置がわかりにくい。全体的には難しくはないので、
- 61 1つ1つ丁寧に書きあげなければ沈んでしまう。

62

63 <時間配分>

64 答案構成 ; 20 分

65 答案作成 ; 50 分

コメント [Wユ84]: 違法収集証拠排除法則の論証を正確に書くことを意識した。ここで書き負けると沈むことは明白であるので、しっかりと書くことを意識した。

法律実務基礎科目(民事)① 評価E

第1 設問1

1 小問(1)

債権に対する仮差押命令(民保法50条)の申立てをすべきである(20条1項、13条)。これには処分禁止効があり、これをしておかないと、YはAに対する80万円の売買代金債権以外にめぼしい資産はないため、本件訴訟で勝訴したとしてもXの希望を実現できなくなるためである。なお、仮差押えはこれを実現する限度でしか効力はない(手続相対効)。

2 小問(2)

消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 1個

履行遅滞に基づく損害賠償請求権 1個

合計2個 単純併合

3 小問(3)

被告は、原告に対し、100万円及びこれに対する年5分の割合による金員を支払え。

4 小問(4)

(1) 原告は、被告に対し、平成27年9月15日、100万円を貸し付けた。

(2) 原告と被告は、(1)の際、返還期日を平成28年9月30日と合意した。

(3) 平成28年9月30日は経過した。

(4) よって、原告は、被告に対し、貸金100万円及びこれに対する法定の年5分の割合による遅延損害金を支払うことを求める。

第2 設問2

1 小問(1)

訴状記載の請求原因事実(1)の返済として、100万円を支払った

2 小問(2)

(1) (i) について

貸金債務100万円に対し、対等額の限度で相殺する旨の意思表示をした

(2) (ii) について

必要である。本問相殺の自働債権は売買契約(555条)という「双務契約」に基づく債権であるため、同時履行の抗弁権(533条本文)が附着している。この抗弁権は存在するだけで効果があることから、この抗弁権を消滅させないと相殺の主張自体が失当になってしまうためである。

第3 設問3

「時効は、当事者が援用」する旨の意思表示をした時点で効果が発生する(民法145条)。Yはそれに先立って「裁判上で」相殺をすることで「請求」をした(147条1号)。よって、消滅時効(166条)は中断したため、Pは同時効を断念した。

第4 設問4

1 まず、本件通帳は銀行という金融の専門家で、XYと利害関係がない者が作成者であるから、信用性がかなり高い。そして、Yは平成29年9月28日に現金50万円、同月29日に現金50万円を引き出しておいたと供述している。よって、Yのこの供述と同旨の事実を認定することが

コメント[SS85]: 「金払え」+保全なので仮差押え、かつ債権以外ないとの事情から債権仮差押を選択。処分禁止効・手続相対効という文言だけ知っていたので書いてみた。

コメント[SS86]: 遅延損害金に気付かず設問2を負えてから訂正した。遅延損害金の訴訟物・請求の趣旨・請求原因事実はロースクールの授業でやっていたので書けた。合計2個単純併合もロースクールで教わった書き方。

コメント[SS87]: 「…から支払済みまで」は書き忘れた。

コメント[SS88]: これについても「到来」から「経過」に修正。そして、Kgを全て書かせる問題が始めてだったため、よって書も一応書いた。

コメント[SS89]: これもロースクールの授業の知識

コメント[SS90]: 上に同じだが、正確な文言は忘れていたので条文の文言+意思表示を書いた

コメント[SS91]: 上に同じ。「せり上がり」という文言は知っていたが書くのを忘れた。条文の文言を使用することを意識。

コメント[SS92]: かなり悩んだが思いつかず、配点は低いと考え苦肉の策で書いた。

コメント[SS93]: 事実認定はいくらでも書けると感じ、この時点で刑事に着手

45 できる。また、XとYが平成29年9月30日に対面してYが食事をおご
46 ったことも争いがない。

47 そうだとすると、Yが100万円という大金をあえて現金という形で所
48 持し、その翌日である貸金の返済期限にXと会ったのは、貸金100万円
49 を返済するためであり、実際に同100万円をXに渡したと考えることが
50 できる。

51 2 また、本件住民票は役所という公的機関が作成者であるから、信用
52 性かなり高い。そして、Yも同旨の供述をしていることから、平成29
53 年8月31日にYが現在の住所に引っ越したという事実が認定できる。

54 そうだとすると、返済から1年近くたっており、まだ争われてもいない
55 領収書を引っ越しの際に捨ててしまうことは十分に考えられるから、Yが
56 領収書を処分した合理的な理由がある。

57 3 そして、XとYの供述から、平成29年9月半ばころ、同窓会の経
58 理につき、他の幹部たちの前でYから指摘を受けた事実争いがない。

59 そうだとすると、Xが同窓会費を使い込んでいたというYの供述につい
60 ても、他の幹部たちを証人尋問することができるから、信用することがで
61 きる。

62 よって、XがYに対し恨みをもっているから本件訴訟をしたという動機
63 もあるし、このようにXとYがもめ始めたのはYの引っ越しの後であるか
64 ら、Yが領収書を処分する理由を補強することにもなる。

65 以上

コメント[SS94]: 昨年の出題趣旨から、まず事
実を認定した上で、それを依頼者に有利になる
ように評価をした。通帳の信用性の高さは過去
問から知っていた。

コメント[SS95]: 住民票の信用性の高さは通
帳の考え方を応用。領収書の処分は結構タイ
と考えたので、下記3でもさらに補強した。

コメント[SS96]: どこまで事実認定していい
のかわからなかったため、とりあえず争いのな
い事実を認定した上で、併せて幹部たちの事情
はこのように使いそうな気がしたので使った。

コメント[SS97]: 【総括】今年度は要件事実が
重視されている印象を受けた。要件事実はロー
スクールでかなりやったのでそれなりにでき
た。新聞研だけでは厳しそうな印象。28年、
29年と保全が問われ、仮差押えがまだ出てい
なかったことから、金銭支払請求もある程度予
測できていた。もともと、付随的申立てが問わ
れていないことから付帯請求もどうせ問われ
ないだろうと思って見落とした。今後は利息も
問われるかもしれない。事実認定もあまり迷う
ことなく書けた。

【時間配分】構成15分・作成55分

【使用教材】新聞問題研究・新版[完全講義]民事
裁判実務の基礎[入門編]

法律実務基礎科目(民事)② 評価D

第1 設問1

1、(1)について

本問のとしては勝訴判決を得た場合の強制執行を確実に行うために、YのAに対する売買代金債権の仮差押え(民事保全法20条1項、50条1項)をしておくべきである。

かかる手段を講じた場合、AがYに対して上記債権の弁済をしたとしてもXに対抗することができなくなるため(民事保全法50条1項、民法481条)、Xは改めてAに対して弁済を請求することができる。しかし、仮差押えをしなかった場合AのYに対する弁済をもってXに対抗できるからXは再度請求できなくなり、上記債権以外めぼしい資産のないYから債権回収ができなくなるという問題が生じる。

2、(2)について

消費貸借契約に基づく100万円の貸金返還請求権 一個及び履行遅滞に基づく損害賠償請求権 一個

3、(3)について

被告は原告に対して100万円支払え

4、(4)について

ア、XはYに対して、平成27年9月15日返還期平成28年9月30日との約定で100万円貸し付けた。

イ、平成28年9月30日は経過した。

第2 設問2

1、(1)について

本件貸金債権の弁済として100万円支払った。

2、(2)について

(i) 本件カメラの代金債権と本件貸金債権を相殺した。

(ii) 必要であると解する。本件売買代金債権は売買契約成立と同時に発生し行使することができることからカメラの引渡しの事実の主張は不要と思える。しかし、売買契約を主張することにより代金債権に同時履行の抗弁権が付着していることが明らかとなるから、かかる抗弁権を封じるためにカメラの引渡しの主張が必要となると解する。

第3 設問3

本件で消滅時効の再抗弁に対して、Yから民法508条を根拠に相殺の再再抗弁の主張があると考えられるからである。すなわち、本件売買代金債権の消滅する平成29年10月1日以前に相殺適状にあったといえるからYの相殺の主張が認められる可能性が高いからである。

第4 設問4

1、 本件のQとしては弁済を根拠づける間接事実の記載が必要となる。

平成29年9月30日にXとYが会っていたことに争いはない。また、平成29年9月28日、29日にYの預金口座から合計100万円引き出されたことについても争いはない。かかる事実からはXとYが会う直前にYは100万円を引き出したことが認められ、Yに弁済以外に100万円を利用する目的も認められないから本件100万円はXに対する弁済目的で引き出されたものと推認することができる。

2、 平成29年8月31日に引越したというYの主張は成立に争いのな

コメント[SA98]: 債権の仮差押えについて考えたことはなかったが、問題文からは明らかであったので悩むことはなかった。後は条文を落とさないように気を付けた。

コメント[SA99]: これが必要だったのか自信がなかったが、書かないよりはましかと思い、一応書いた。

コメント[SA100]: 要件事実の復習に手が回らなかったもので自信がなかったが、悩んで時間を消費するのはもったいないと思いあまり考えず書き進んだ。

コメント[SA101]: 問題文を一見した段階では全く分からず、飛ばそうと思っていたが、消滅時効と相殺あたりの条文を確認していたところ奇跡的に思い出した。

コメント[SA102]: 一番配点が高く、差がつく問いだと思うので出来るだけ丁寧に書こうと心掛けた。書き方はよくわからなかったが、争いのない事実、動かしたい事実を中心に書こうと思った。

コメント[SA103]: 必要なのかわからなかったが、供述の信用性に以外に住民票の証拠を利用することが考えられなかったため書くことにした。

い本件住民票から認められる。弁済期から約1年経過しているから既に決着済みとして領収書を処分してしまうこと、またこのような書類を引越しの際に処分してしまうことは不自然ではなくYの主張に信用性が認められる。

他方で、XがYから同窓会の他の幹事の前で経理について指摘されていることについて争いはない。かかる事実からはXがYに恨みを持ち虚偽の事実を述べるおそれが客観的に認められるから、Xの主張には信用性が認められない。

以上の事実を準備書面に記載すべきである。

以上

<総合コメント>

設問1の民事保全については例年とたいして変わりはないので落ち着いて考えられた。設問3のような問題は過去にも出ているが気付かなければ全く点が来なさそうなので緊張する。全体的にあまり失敗した感じはしない。刑事実務基礎に時間がかかるのが想定出来たのでどれだけ時間をかけずに民事実務基礎を終わらせられるかに力点を置いたが、解いてみると案外時間がかかり結局1時間半くらいかかってしまったと思う。

<時間配分>

答案構成：20分

答案作成：70分

<使用した参考書>

問題研究 要件事実

紛争類型別 要件事実

法律実務基礎科目(民事)③ 評価B ※法律実務基礎科目(刑事)②のB答案と同じ受験生の再現答案です。

第1 設問1

1 小問(1)

(1) 法的手段

債権に対する仮差押えの申立て(民事保全法20条1項50条1項)

(2) 生じる問題

仮差押えを行うと、第三債務者は債務者に対する弁済が禁じられる。一方、かかる手段を講じなかった場合、AがYに弁済を行った場合、勝訴判決を得た場合に強制執行を確実に行うことができなくなる可能性が生じるとの問題が生じる。

コメント[Wユ104]: 仮差押えにつき、生じる問題の記述が曖昧なものとなってしまった。出るとわかっていたのだから、もう少し詰めるべきだと反省している。

2 小問(2)

XのYに対する消費貸借に基づく貸金返還請求権 1個

XのYに対する債務不履行に基づく損害賠償請求権 1個

コメント[Wユ105]: 遅延損害金の訴訟物がわからなかった。
債務不履行で記載したが、合っているのか不安である。

3 小問(3)

被告は、原告に対し、100万円及びこれに対する遅延損害金を支払え。

4 小問(4)

i XはYに対し、平成27年9月15日、100万円を貸し付けた。

ii XとYはiに際し、返済期日を平成28年9月30日に定めた。

iii 平成28年9月30日は到来した。

iv よって、YはXに対し、100万円及び遅延損害金を支払え。

コメント[Wユ106]: 同様に遅延損害金がよくわからない。
100万円と遅延損害金をわけて書いた方がよいのかとも考えたが、一文で書くこととした。

第2 設問2

1 小問(1)

平成28年9月30日、平成27年9月15日に締結したXY間の消費貸借契約の履行として100万円を支払った。

2 小問(2)

(1) (i)について

相殺の意思表示をした。

(2) (ii)について

結論

必要である。

理由

相殺は、条件又は期限が付されている場合にはすることができない(民法505条ただし書)。そして、売買契約(同法555条)は双務契約であり、同時履行の抗弁権(533条本文)が付着している。そのため、同時履行の抗弁権を排除するためにせり上がりが起きるため、Yは自己の引渡しを主張する必要がある。

コメント[Wユ107]: 足りない気がする。

コメント[Wユ108]: せり上がりが生ずるかとても迷った。
生じるとの結論にはしたが、曖昧な知識の下では本番は使えないと改めて実感した。

第3 設問3

時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、債権者は相殺をすることができる(同法508条)。

本件では、本件カメラの売買代金債権がその消滅以前に、XY間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権と相殺適状にあったため、Yは相殺が認められるため、Pの主張は認められない可能性が高いと考え、断念した。

コメント[Wユ109]: はじめ、全く思い浮かばず焦った。
なんとかひねり出した。もう少し丁寧な認定をしたかったところ。

第4 設問4

1 以下のように、弁済の抗弁が認められる。

コメント[Wユ110]: 丁寧な認定を心掛けたが弱いと思う。
特に、動機の点はもう少し細かく事実を拾ったかった。
領収書についても認定が弱い。

45 2(1) まず、本件通帳から、Yが平成28年9月28日と翌29日に50万円
46 を引き出したことが認定できる。ここで、一般的に理由なく計100万
47 円という金額を引き出すことは考えられない。そして、引き出したの
48 は、弁済期日の二日前と前日であることから、かかる金銭を弁済に充
49 てたと考えるのが自然である。さらに、Yには緊急に100万円を引き
50 出さなければならぬ事情はない。

51 以上のことを総合的に考慮すると、YがXに対し弁済を行ったこと
52 が強く推認される。

53 (2) 次に、Xには弁済を受けていないと虚偽を述べる動機が認められる。
54 XはYに、他の幹事たちの前でYから指摘を受けた。確かに、Xが同
55 窓会の幹事を辞任した理由はこのこととは無関係であると主張してい
56 るが、無関係な理由について明らかにしておらず、信用性が低い。そ
57 のため、XはYに指摘されたことをきっかけに幹事を辞任したと評価
58 することができ、Xには弁済を受けていないと虚偽を述べる動機が認
59 められる。

60 (3) また、確かに領収書が存在しない。しかし、本件住民票から平成29
61 年8月31日にYが転入したことが認定できるところ、1年前に弁済を
62 行った領収書について引っ越しの際に他の不要な書類とともに整理処
63 分することは通常考えられるものであり、領収書の不存在はYの弁済
64 を否定することとはならない。

65 3 以上を総合的に考慮すると、Yによる弁済は認められる。

66
67 以上

68
69 <総合コメント>

70 全体的に難しい。訴訟物も複数であり、かつ要件事実を実際に書かせたり
71 するなど過去問よりもハードだと感じた。去年よりは書けた気もするが、
72 結果がでるまでは不安である。

73
74 <時間配分>

75 答案構成；20分

76 答案作成；70分

77
78 <使用した参考書>

79 新問題研究要件事実

法律実務基礎科目(刑事)① 評価D

第1 設問1

(1)「被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」(89条4号)の判断にあたっては、①国家刑罰権の存否及び範囲を画する事実に関する証拠について、②不当な働きかけを行う、③客観的可能性・実効性、④主観的可能性の有無に応じて判断すべきである。

(2)本件被告事件では、①器物損壊・窃盗被告事件という犯罪に関する国家刑罰権の存否及び範囲を画する証拠について、②窓ガラスを割る際に使用された凶器等の物証が発見されておらず、当該証拠の発見を妨げるような不当な行動を取る恐れがあること、また氏名不詳者との共謀の事案であることから、当該共犯者という人証に働きかけることにより客観的証拠を隠滅したり、自己に有利な証言をするなどの働きかけを行う③客観的可能性があり、また凶器・共犯者がこの時点では発見されていないため実効性も高い。④そして、これらの客観的可能性・実効性が高いうえに、Aは犯行を否認しているから主観的可能性もあり、それを否定する事情も存在しない。

(3)これらのことを勘案して、裁判官は被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があると判断したものと考える。

第2 設問2

(1)①について

a)第1項各号に定める証拠の類型：316条の15第1項3号に該当する旨

b)4月2日の午前4時という薄暗がりの時間帯であることから、実際にW2の目撃した場所から、窓ガラス越しに見た男の顔を見ることができののか、人物等の位置関係や現場の照明の状況・照度に照らし詳細を検討することは、W2の目撃証言の証明力を判断するにあたり重要であり、被告人の犯人性を否定するための検討として防御の準備のためにも開示が必要である旨

(2)②について

a)第1項各号に定める証拠の類型：316条の15第1項5号ロに該当する旨

b)他の捜査官たる警察官の面前におけるW2の供述調書を検討することは、同一の供述について、供述内容に矛盾がないか、一貫しているかといった、W2の目撃証言の供述の信用性を検討するために重要であり、また被告人の犯人性否定につながるため、被告の防御のためにも開示が必要である旨。

(3)③について

a)第1項各号に定める証拠の類型：316条の15第1項6号に該当する旨

b)犯行日時頃、現場付近に存在したW2以外の目撃者の供述とW2の供述を照らし合わせることで、W2の目撃証言に矛盾点や不合理な点がないかを検討することは、W2の目撃証言の信用性を検討するために重要であり、被告人の犯人性否定の手がかりとなる供述を含む可能性があり、被告人の防御のためにも開示が必要である旨。

第3 設問3

316条の21第1項、2項に基づき、証明予定事実を追加・変更するため、追加変更すべき証明予定事実を記載した書面を裁判所に提出し、被告人又は弁護人に送付する手続きを取ったうえで、速やかに追加すべき証拠の取り調べを請求する手続きを取ったと考える。

第4 設問4

コメント[A111]: 過去問や4A基礎講座でもやっていたのと、直前に出そうな気がして条解テキストで判断要素を見直していたので、判断要素は割とすらすら書けたが、あてはめが弱かったかと思った。ただ現場での時間配分上、これ以上は書けないと思い、この程度にとどめた。

コメント[A112]: 類型証拠については過去問でもやっていたので、証拠の類型、証明力判断にあたっての重要性和被告の防御での必要性を書くのだらうと思い、これらについて書いた。類型は外していないと思うものの、現場ではあまり自信がなかった。

コメント[A113]: 訴因変更も必要な手続きだと後から考えたが、現場ではまず316条関係の条文にヒントがあると必死に考え探索したので、これしか思い浮かばなかった。

45 (1) 小問 (1)

46 ア 間接証拠にあたる。

47 イ まず器物損壊について、W2 の目撃証言では、W2 は本件自動車の運転席
48 側のドアから男が出てきたことを目撃しているが、当該男が器物損壊行為
49 をしていることを何ら目撃していない。

50 ウ 次に窃盗についても、男が慌てた様子で、ティッシュペーパーの箱を
51 2 つ重ねたくらいの大きさの電化製品に見えるものをもって、本件自動車
52 の運転席側のドアから出てきたことを目撃しているにすぎず、それらが本
53 件の被害品である本件カーナビかどうかは不明であり、要証事実を直接証
54 明する直接証拠とは言えない。よって間接証拠にあたると考える。

55 (2) ア 刑事訴訟規則 208 条の釈明権に基づき、釈明を求めたものと考え
56 る。

57 イ 同条はできる限り訴訟関係を明瞭にして、事案の真相を明らかにし、
58 被告人の防御に配慮 (1 条) することを趣旨とすると解されるから、事案
59 の真相を明らかにし、被告人の防御に配慮するため必要な場合は、積極的
60 に裁判所は釈明権を行使すべきである。B の共謀状況及び共同犯行状況に
61 関する証言により、犯行状況の立証は可能と思われる中で、さらに W2 の証
62 言を求めることの意図について、検察官に釈明させることにより、検察官
63 の立証の方向性を確認するとともに、被告人の防御の方針に支障が生じな
64 いようにするため、釈明を求めたものと考える。

65 (3) W2 の証言は、A の犯人性認定にあたり、B の供述の信用性を補完する
66 ための現場での目撃供述であり、利害関係のない第三者が供述している点
67 で供述の信用力は高く、A の犯人性を相当程度推認させるため、立証にあ
68 たり重要である。よって W2 を尋問する必要性は高いという点につき釈明す
69 べきと考える。

70 第 5 設問 5

71 (1) 弁護士職務基本規定 72 条の弁護士は他の弁護士等が受任している事
72 件に不当に介入してはならないのに、他の弁護士が受任している B の事件
73 について、領収書を入手する等で介入したという問題。

以上

75 <総合コメント>

76 設問 4 の釈明、設問 5 は解答の糸口を見つけられずかなり焦った。特に設
77 問 5 はほぼ白紙。現場で何が問われているのか特定ができなかったのでや
78 むをえない。前半のそれ以外の部分でどの程度得点できているか次第か。
79 実務の刑事は所見の特殊な問題は、やはり難度は高い印象だったが、基本
80 的な部分は論文過去問分析講義と刑法・刑事法の範囲で十分戦えると思
81 った。

82 <時間配分>

83 答案構成 : 30 分 答案作成 : 60 分

84 <使用した参考書・問題集>

85 予備試験 4A 論文過去問分析講義レジュメ

86 4A 論文解法パターンテキスト

87 4A 条解テキスト

コメント [A114]: さすがにこれは一発で間接証拠だと思った。逆に直接証拠と見る余地が何かあるのか? と考え少し焦った。

コメント [A115]: 何が問われているのか現場では判断できず焦った。他の設問を終わらせて最後の方に、趣旨だけでも書こうと思い、こういった内容を書いた気がする。

コメント [A116]: 刑事の問題で、事実認定っぽい問題がなくて、どこかで書き忘れていないかわかり焦り気味だったが、ここで犯人性が問われているのだと、最後の方で気が付いて、間接事実型の犯人性認定のプロセスに応じて書いてみた。自信なし。

コメント [A117]: 設問 5 は刑事法上の問題、倫理規定上の問題とも完全に現場ではわからなかった。まさかの弁護士倫理問題で白紙かと思い焦りまくったが、他の設問が終わり、最後の最後で何か 1 行でも書こう、何も書かなければ点はないが、何か書けば 1 点位もぎ取れるかもしれないと思い、規定の中で何かないかと探して、無理やりこじつけて書いた。あとで流れている解答例とかを見て、初めて情状弁護にあたり、犯人性を否定している A との関係で倫理上の問題が出るのだと分かった。これはこの問題で勉強した感じで、現場では自分の力では導き出せなかったもので、しょうがないと思い受容。

法律実務基礎科目(刑事)② 評価B

第1 設問1

89条4号の判断要素は、①罪証隠滅の対象、②罪証隠滅の態様、③罪証隠滅の客観的可能性、④罪証隠滅の主観的可能性である。

本件では、本件自動車の運転席側窓ガラスを割るなどして、鞆一個及び本件カーナビを窃取したとの事実が罪証隠滅の対象である(①)。次に、AがVやW1、W2などに接触を図り、供述内容をAに有利に変更させるという態様が考えられる(②)。また、Vが釈放された場合には上述の者に接触を図る客観的可能性が認められ(③)、Aは否認していることから無罪となるために罪証隠滅を行う客観的可能性も認められる(④)。

以上の思考過程により、「被告人が罪証隠滅すると疑うに足りる相当の理由がある」と判断した。

第2 設問2

1 ①について

(1) 証拠の種類

316条の15第1項3号

(2) 「重要であること……必要である理由」

W2が説明する目撃時の人物等の位置関係、現場の照度などから、W2がAを目撃することが可能であったかを検討することは、Aの防御を行う上で重要であり、かつ必要であるといえるから。

2 ②について

(1) 証拠の種類

316条の15第1項6号

(2) 「重要であること……必要である理由」

W2の供述の変遷を調べることは、W2の供述内容の信用性判断に資するものであるため、調べることは重要であり、かつAの防御にとって必要であると評価できるから。

3 ③について

(1) 証拠の種類

316条の15第1項6号

(2) 「重要であること……必要である理由」

本件被告事件の犯行日時頃、犯行現場付近に存在した者の供述録取書とW2の供述の整合性を調べることにより、W2の供述内容の信用性を調べることは重要であり、かつAの防御にとって必要であるから。

第3 設問3

まず検察官は、追加すべき証明予定事実を記載した書面裁判所に提出し、被告人又は弁護人に送付する(316条の21第1項)。次に、甲9号証及び甲10号証の証拠調べ請求をする(同条2項)。

以上が、検察官の行った手続きである。

第4 設問4

1 (1)について

W2の供述は、Aの犯行を現認したものではないため、直接証明するものではなく直接証拠には該当しない。もっとも、犯行現場において、犯行時刻と近接した時点においてAを現認していること、Aの顔写真を指し示していることから、Aの犯行を推認することがで

コメント[Wユ118]: 去年と同じようなことを聞かされているが、あてはめが難しいので自信ない。なるべく判断要素に忠実に書くことを心掛けた。

コメント[Wユ119]: 重要であること……必要である理由の記載内容がすべて似通ってしまったので、自身がない。

コメント[Wユ120]: どの類型に当たるかわからず、本番は結構混乱した。

コメント[Wユ121]: 合っているかさっぱりわからない。そもそも、まだ公判前整理手続きが続いているのかもわからなかったため、決め打ちで書いた。

45 きる点で間接証拠に当たる。
46 2 (2)について
47 不必要な尋問により訴訟を遅延させることは訴訟経済に反すること
48 となるため、証拠の厳選(刑事訴訟規則(以下、「規則」とする。))189
49 条の2の観点から釈明(規則208条1項)を行った。

コメント[Wユ122]: 直接証拠か間接証拠か迷ったが、犯行自体を現認しているわけではないことから、間接証拠とした。

50 2 (3)について
51 犯行現場における目撃証人はW2しかいないため、Aの犯人性を認定
52 するうえで極めて重要な証拠となるため、W2を尋問する必要がある。

コメント[Wユ123]: 全くわからなかったため、証拠の厳選にした。他に思い浮かばない。

53 第5 設問5

54 本件領収書は写しであるところ、刑事訴訟法上、写しの証拠能力が問題
55 となる。

56 この点、原本を常に要求することは酷であるし、最良証拠法則ないし写
57 しの必要性の問題であり、証拠能力以前の問題である。そこで、①原本が
58 存在し、②写しが原本を忠実に再現したものであり、③写しによっては再
59 現し得ない事項が立証の対象となっていない場合には証拠能力が認められ
60 ると解する。

61 本件でも、①から③の要件を満たす場合には証拠能力が認められる。

62 次に、弁護士倫理上、信義誠実(弁護士職務基本規定5条)の観点から問
63 題となり得る。

64 以上

コメント[Wユ124]: さっぱりわからない。写しとの文言があることから、刑事訴訟上の写しの証拠能力の音大に引きつけたものの、あっているか。弁護士倫理に至っては、時間もなかりあえず書いた。

65 <総合コメント>

66 時間が足りない。特に、民事実務で90分書いた後で腕も脳も疲れており、
67 雑な記載になってしまった。なんとか守れていたらいいが、周りができて
68 いたら沈んでしまうので、怖い。

70

71 <時間配分>

72 答案構成; 20分

73 答案作成; 70分

74

75 <使用した参考書>

76 過去問

民法① 評価 A

第1 設問1

1、①について

(1) 本問のAのCに対する①の請求の根拠はCの安全配慮義務違反である。契約関係にない当事者間には債務不履行責任は認められないのが原則である。しかし、特別の社会的接触関係に入った当事者間においては互いに生命、身体、財産に損害を与えないという安全配慮義務が信義則上(1条2項)認められる。

(2) 本問では、確かにCとAには直接の雇用関係はない。しかし、CはA及びBに対し建物解体用の重機、器具等を提供しCの従業員に対するのと同様の作業場所、内容及び具体的方法について指示を与えていたことからすると実質的に雇用関係があるものと評価することができる。とすれば、AとCは特別の社会的接触関係に入った当事者といえ、Cには安全配慮義務が認められる。

(3) そして、本件では家屋の3階ベランダに設置された柵を撤去するよう指示しており、転落して生命身体に危害が及ぶことが容易に想定できる。このような場合、事故を防ぐために命綱や安全ネットを用意して作業を行わせる安全配慮義務があったのにこれを怠ったことが認められる。

従って、本問のAには上記安全配慮義務違反が認められるからCに対して債務不履行に基づき損害賠償義務を負うと解する。

2、②について

(1) 不法行為(709条)の成立には、故意、過失による権利侵害、損害の発生が必要となる。

(2) 本問では、Cは事故によって記憶をなくす等の身体に対する損害を負っている。そして、かかる損害はAの命綱や安全ネットの使用を怠ったという過失に基づくものであることからすると不法行為は成立する。従って、Cは不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる。

3、①・②の有利・不利について

(1) まず、①と②によって消滅時効について差異がある。すなわち、①では消滅時効は権利を行使できるときから10年である(167条)のに対して、②は損害及び加害者を知った時から3年である(724条)から、この点では①が有利である。

本問では、②を請求する場合損害及び加害者を知ったときは事故発生時であるとも思える。そうだとすると、平成26年2月1日が起算点となり、それから3年以降に請求しているため時効消滅していることとなる。しかし、不法行為は被害者の救済を趣旨とするから損害及び加害者を知ったとは損害賠償請求しうる程度に損害及び加害者を知ることが要すると解するべきである。本問のAは転落の際に頭を強く打ったため記憶を失っており事故について平成26年10月1日にDから聞いて知ることとなっている。従って、かかる時点に損害賠償請求しうる程度に損害及び加害者を知ったというべきである。よって、②によっても時効消滅していないといえる。

(2) ①については除斥期間がないのに対して、②については20年の

コメント[SA125]: 論点らしい論点は思いつかなかった
たので安全配慮義務について丁寧に書こうと思った。

コメント[SA126]: まず、安全配慮義務があることを認
定しようと思った。

コメント[SA127]: 刑法的不作為犯の作為義務や過失
犯の注意義務の発想で安全配慮義務の具体的内容につ
いても必要と思い書いた。

コメント[SA128]: 書くことがあまりなかったので要
件に淡々とあてはめた。

コメント[SA129]: 問題文に遅延損害金と書いてある
ので、遅滞に陥る時期について違いがあることも書か
なければならなかったが、問題文をよく読まなかった
のか書き忘れてしまった。

コメント[SA130]: やみくもに記憶喚起に賭けたが、問
題文をもっと参照すればよかった。

コメント[SA131]: 問題文に不自然にAが事故の記憶
をなくしたと書いてあったので時効の起算点について
聞いているのだと思った。

45 除斥期間がある。この点については①が有利である。

46 (3)立証責任についても差異がある。すなわち、①については債務者
47 の帰責事由については債務者が立証すべきであるのに対して、②につ
48 いては被害者がすべての事項について立証責任がある。この点につ
49 て①が有利である。

50 (4)なお、①については近親者に慰謝料請求ができないのに対して、
51 ②については近親者に慰謝料請求ができる。この点については②が有
52 利である。

53 第2 設問2

54 1、 アについては離婚の要件としての離婚意思は婚姻の場合と異なり形
55 式的離婚意思で足りると解する。従って、本問の離婚は有効であつ
56 て、アのような主張は認められない。

57 2、 (1)イについては財産分与について詐害行為取消権(424条)を行使す
58 ることができるか。

59 財産分与が詐害行為取消権の対象となるかが問題となる。

60 (2)財産分与については個人の意思を尊重すべき事項であるから原則
61 として財産権を目的としない法律行為(424条2項)であつて詐害行
62 為取消権の対象とはならないと解する。しかし、財産分与に仮託し
63 た実質贈与にあたるような場合には対象となると解する。

64 (3)本問では、Aからの強制執行を避け、引き続き本件建物で暮らし
65 たいとの意図で財産分与を行っていることからすると、本件建物に
66 ついては財産分与に仮託した贈与といえることができる。したがって、
67 詐害行為取消権の対象となる。

68 その他、めばしい財産を持っていないことから無資力要件も認め
69 られる。また、FもCの提案を承諾していることから債権者を害す
70 る意思があったといえることができる。

71 以上より、本件建物の財産分与は取り消すことができる。

72 (4)本件土地については婚姻前からAが所有しているから特有財産
73 (762条1項)にあたるから、財産分与の対象とならず単なる贈与と
74 なる。従って、詐害行為取消権の対象となり取り消すことができる。

75 以上

76

77 <総合コメント>

78 問題全体をみてあまり考えこむようなことはなかった。いつも、何か見
79 落としているんじゃないかと思ひ込んで時間をロスしてしまい、他の教科
80 が時間切れになってしまうことが多いので自分を信じて考えすぎないよ
81 うに心掛けた。結果として、落としたところもあるが他の教科の時間切れ
82 という事態は避けられた。

83

84 <時間配分>

85 答案構成：20分

86 答案作成：55分

87 <使用した参考書>

88 ローブラクティス民法

コメント[SA132]: 時計をいったん確認。少し、
時間がおおてきていたのでペースアップする
ことに。

コメント[SA133]: 重要判例があるから正確に
記憶できていねばよかった。

コメント[SA134]: 取消の対象が不動産である
ことから、取消の範囲についても論じる必要が
あったが、うっかり忘れてしまった。

コメント[SA135]: 土地と建物を分けて土地に
ついては特有財産にあたるという点について
は終盤に閃いて付け足した。

民法② 評価B

第1 設問1

1 ①は、債務不履行に基づく損害賠償請求と構成できる（415条前段）。

2 (1) しかし、何の「債務」に不履行があるのかが問題だ。

3 ア 確かに、Cは、Bに本件家屋の解体の一部を請負させた（632条）が、

4 AはBの従業員だが、AC間に直接の契約関係はない。

5 イ しかし、CはAにも直接具体的な指示を出していたし、CはBの上記
6 債務の履行を補助する立場にあった。

7 ウ とすると、CとAは、社会生活上特別の接触があったから、CはAに
8 対して、信義則上安全配慮義務を負う。（1条2項）

9 (2) 従って、Aは、Cの上記安全配慮義務という債務の不履行を根拠とで
10 きる。

11 2 ②は、不法行為に基づく損害賠償請求（709条）と構成できる。

12 (1) Aは、Cの指示・監督不足を「過失」として、これによってAの身体
13 という「権利」が「侵害」され、これによって治療費等の「損害」が生
14 じたことを根拠にできる。

15 (2) しかし、上記「損害」は、「請負人」Bが、「その仕事について第三者」
16 Cに加えたものだから、「注文者」Cは責任を負わないとの反論が考えら
17 れる。（716条本文）

18 (3) これに対しては、Cは、建物解体用の重機、器具等を提供しており、
19 Cの従業員に対するのと同様に、作業の場所、内容及び具体的指示を与
20 えており、そして、Cのこのような「指示」に「過失」があったと主張
21 できる。（同但書）

22 3 Aにとっての有利・不利

23 (1) 立証責任の面では、①の構成は、Aに「過失」の立証責任がないから、
24 ①が有利とも思える。しかし、結局①でも、安全配慮義務違反の立証で、
25 過失に類する証明が必要で、両者は近接する。

26 (2) 時効の面では、①の構成は、10年（167条1項）と有利だとも思える。
27 しかし、Aは記憶喪失になっていたから、「損害及び加害者を知った時か
28 ら3年」たる平成29年10月1日より前であるの平成29年6月1日時点
29 では、②の構成も可能だから、両者に差はない。

30 (3) そして、遅延損害金の面では、請求の時（412条3項）から発生する
31 ①よりも、不法行為の時から発生する②の方が有利だし、不法行為の時
32 からすでに3年以上たっているからそれなりの額だろう。

33 (4) よって、Aにとっては、②の構成が有利だ。

第2 設問2

34 1 ㉠については、認められない。

35 (1) まず、離婚（763条）には、届出（764条、739条）と離婚意思が必
36 要だ。

37 (2) CFは、届け出をしている。

38 (3) 離婚意思とは、明文ある婚姻意思（742条1号）と異なり、離婚理由
39 は様々だから、単純な届出意思で足りると解する。

40 CFは、届出意思はあるから、離婚意思もある。

41 (4) よってCFの離婚は有効だ。

42 2 ㉡については、本件財産分与（768条1項）の詐害行為取消（424条1

コメント [zz136]: 根拠は、どこまで書けいいんだ？と悩む。

コメント [zz137]: 短答知識

コメント [zz138]: BはCに雇用されてないから、監督責任はないだろうと思った。

コメント [zz139]: 指示・監督不足ってあるか…？と思いながらも書いた。問題文の、安全ネットの事情を見逃したのは痛い。

コメント [zz140]: 716条が目に入って、とりあえず当てはまりそうだったので検討した。

コメント [zz141]: その様な話を聞いた記憶があったため。

コメント [zz142]: これも、①ならゆったり提訴できるという意味では差がないと言い切れないとも思った。

コメント [zz143]: 条文の根拠を忘れてしまった。

コメント [zz144]: 短答知識

コメント [zz145]: 設問1が自信ないため、この辺りとにかく条文をしっかりと明示（みんなできなさそう）して、加点を稼ごうと思った。

45 項)として認められる。

46 (1) Cに対して、損害賠償「債権」をもっていたAは、CFが、「本件土
47 地及び本件建物を差し押さえられてしまうので離婚しよう。」等と言って、
48 Aを「害する」ことを知ってした「法律行為」たる本件財産分与を取り
49 消せる。

50 (2) なお、財産分与は、原則として「害する」行為に当たらないが、不相
51 当に過大なら、「害する」行為だ。

52 ア 本件土地は、もともとCの「特有財産」(762条1項)だから、これを
53 全部Fに分与するのは、不当に過大だ。

54 イ そして、Cは、「本来夫婦で平等に分けるべきもの」と認識しつつ本件
55 建物の全部をFに分与したから、これも不当に過大だ。

56 ウ とすると、本件分与は、財産分与の名を借りた財産隠しだ。

57 (3) なお、本件財産分与は、「財産権を目的としない法律行為」(424条2
58 項)ではない。

59 (4) また、本件建物については、その分与全体が不当に過大とは言えな
60 い。しかし、本件建物は不可分なものだし、本件建物と本件土地を合わ
61 せてもAのFに対する債権額には足りないから、本件分与の全部を取消
62 せる。

以上

64 <総合コメント>

65 とにかく条文を引くように心がけたが、やはり問題文をちゃんと読む
66 ことや、「なお書きには重要情報がある」というのは本当だということを、
67 身をもって体感した。監督責任を否定したり、過失に該当する事情を落
68 としたり、詐害行為取消の要件を落としたり、財産分与が原則詐害行為
69 とならない理由付けを忘れたり、得意科目だっただけに、この出来はシ
70 ョックが大きい。

71 <時間配分>

72 答案構成25分

73 答案作成50分

74 <使用教材>

75 4A論文解法パターンテキスト

76 4A条解テキスト

コメント[zz146]: いろいろと脳内がごちゃごちゃし始めた。

コメント[zz147]: 途中で思い出したため、なお書きにした。理由付けは忘れた。

コメント[zz148]: 短答知識

コメント[zz149]: Fという単語を書いたひいて、「F答案…」という謎の声が頭をよぎる。

コメント[zz150]: 全部の取り消しが可能か検討したほうがよさそうと気づき、急遽付け足した。なお、住居を追い出すのはやりすぎだから権利の濫用…と最後に書いてひっくり返そうかとも思ったが、詐害行為の方が悪いと思い直し、何も書かず。

商法① 評価E

設問1

1 Dの主張

Dから請求を受けた甲が、本件株主総会の招集通知に4の議題及び議案の要領を記載しなかったことは303条1項2項、305条1項に反し違法である。

甲は、会社法の公開会社であるので、取締役会設置会社である（327条1項1号、2条7号）。

Dは、平成24年から継続して甲社の株式を1万株保有しており、発行済株式総数は100万株であるので、「総株主の議決権の100分の1以上」を「六箇月」前から有している。

Dは、議題・議案の提案を平成29年4月10日にしており、本件株主総会は同年6月1日に行われているので、請求は適法である。

2 甲社の反論

平成29年6月1日に丙社に20万株の募集株式の発行（本件発行）をしたことで、Dは、「総株主の議決権の100分の1以上」の議決権を有する株主ではなくなった。

また、甲社にはその発行する株式について、100株をもって1単元の株式とする旨の定款の定めがあるので、Dの議決権は100個であり、300個以上の議決権を有する者にあたらない。

よって、Dは本件株主総会においては議題提案権・議案要領通知請求権がないので、甲がそれを記載しなかったことは違法でない。

3 Dの再反論

甲の定款には、毎年3月31日の最終の株主名簿に記載された議決権を有する株主をもってその事業年度に関する定時株主総会において議決権を行使することができる株主とすることが定められており、これは「基準日」（124条1項）の定めといえる。

基準日株主が行使することができる権利が株主総会における議決権である場合には、株式会社は、当該基準日後に株式を取得した者の権利行使を認めることができる（同条4項本文）ので、基準日後である6月1日に株式を取得した丙に議決権行使を認めた点は違法ではない。

もっとも、当該株式の基準日株主の権利を害することはできない（同但書）。

ここでの「権利」には株主の共益権たる議題提案権・議案要領通知請求権も含まれると解する。

とすると、甲は、丙に議決権行使を認めた場合であっても、Dの議題提案権・議案要領通知請求権を認めなければならない。

4 Dの再反論は妥当であるから、甲が商法に4の議題・議案要領を記載しなかったことは、違法である。

設問2

Bは、423条1項に基づく損害賠償責任を負わないか。

まず、本件賃貸借契約は、利益相反取引にあたりないか。

ここで、丁社はBが全部の持分を有する合同会社であり、Bと丁の利益は一致するといえる。もっともあくまでBと丁は別人格である。

とすると、本件賃貸借契約は、「取締役」Bが「第三者」丁のために、「株

コメント[k151]: とても論文で準備しているような話ではなかったのでひたすら条文を処理するだけ

コメント[k152]: 条文使えるアピール

コメント[k153]: 単元株はここで使った

コメント[k154]: キーとなる条文か。

コメント[k155]: 解釈論を把握しているわけではないので文理から当然含まれるのではないかと思った。否定する理由づけも特に思い付かなかったし

コメント[k156]: 「自己のために」にしたら428で責任限定できなくなるので「第三者」のためににした。425、427使う時間勇気が人でも最後まで解ける問題になっていた？「ために」は余裕がなかったので解釈しなかった

45 式会社」甲と「取引（356条1項2号）をしたといえる。
46 もっとも、本件賃貸借契約の締結に当たり、甲社は会社法上必要な手続
47 を経ていたので、356条1項、365条1項には反しない。
48 もっとも、Bは、周辺の相場の賃料の2倍というかなり高額な賃料を2
49 年間という長期間にわたって受け取っており、善管注意義務（330条、
50 民法644条）、忠実義務（355条）に違反したといえ、任務懈怠がある
51 といえる。
52 とすると、相場と賃料との差額分である3600万円について、賠償責任を
53 負うのが原則である。
54 もっとも、425条1項により責任が軽減されないか。
55 本件賃貸借契約は、甲が事業の都合上急遽土地が必要になったから結ば
56 れたものであり、その賃料が著しく高額なものEがBの意向を尊重してお
57 こなったことであり、Bは任務懈怠につき善意であり重大な過失がないと
58 いえる。
59 とすると、「賠償の責任負う額」たる3600万円から、Bの1年当たりの
60 報酬600万円に2を乗じた額（同条項1号ハ）1200万円を控除して得た額
61 2400万円を限度として、株主総会の決議によって免除することができる。
62 なお、Bは代表取締役でないし、社外取締役であるので、1号イロではなく
63 ハにあたるのである。
64
65 <総合コメント>
66 論点主義者を撲滅しようとする強い意志が感じられた問題だった。
67 柔軟性、冷静さをもって事件を処理していくスタンスでなんとか最
68 後まで書いた。監査等の事情は使えなかった。周りの出来が気になる問題
69 だった。

コメント [k157]: 427が正解？まあでも無理だった

コメント [k158]: なんか任務懈怠のあてはめと矛盾しそうだが、ここを肯定しないと次にいけないので無理矢理気味ウ

コメント [k159]: ひとつひとつ検討して一応結論を出した。代取りが一番責任重い⇒社外取は免責額多いはずと思い軽い検算をした。代取りだったのなら免除できる額は0円。業務執行取りなら1200万円。うんBなら2400万円maxで免除できるなら計算の方向性は合っていると判断。
もっとも全体的に攻めすぎたか。

商法② 評価B

第1 設問1

1 議題について

(1) Dの請求は、会社法303条2項の請求だ。

ア Dの請求は、本件株主総会の日たる平成29年6月29日から「8週間」以上前の同年4月10日にされている。

イ Dは、「6か月前」以上前の平成24年から、「取締役会設置会社」（327条1項3号）である甲の、1万の総議決権中100議決権（308条1項但書）という「100分の1」以上の議決権を有する「株主」だった。

ウ しかし、その後に甲は丙に20万株発行しており、Dの議決権比率は低下して、上記要件を満たさなくなったとも思える。

(ア) これに対して、Dは、丙は基準日（124条1項）後の株主だから、議決権を有しないと主張できるとも思える。

(イ) だが、甲は丙を本件「株主総会…における議決権を…行使できる者」と定めた（124条4項本文）。

(ウ) これに対して、Dは、「基準日株主」だから、その「権利」たる上記株主提案権を「害することはできない」と主張できる。（同但書）

(2) よって、甲が議題を記載しなかったことは許されない。

2 議案の要領については、305条1項に基づく請求と構成できるが、要件が上記1と共通し、同様の議論が妥当するから、甲が議案の要領を記載しなかったことも許されない。

第1 設問2

1 Bは、損害賠償責任（423条1項）を負うか。

(1) Bは、「任務を怠った」と言えるか。

ア Bは、自ら全部の持ち分を所有していた丁を代表していただろう。とすると、甲「取締役」Bは、丁を代表して丁「のために株式会社」甲と本件賃貸借契約という「取引」をした。（356条1項2号）

イ そして、甲は、会社法上必要な手続きを経ているから、取締役会の承認（365条1項、356条1項柱書）は経ていただろうが、会社法上必要とまではいえない「監査等委員会の承認」（423条4項）までは得ていなかった。

ウ とすると、Bは、これによって「損害」が生じていれば、「任務を怠ったと推定」される（423条3項）。

(2) そして、甲は、相場より2倍の値段で本件賃貸借契約をしており、支払った賃料と相場賃料の差額という「損害」が生じている。

(3) よって、Bは、損害賠償責任自体は負う。

2 Bの損害賠償責任は、最低責任限度額に限定されないか。（427条1項）

(1) まず、本件賃貸借契約は、Bが丁のためにしたものだから、「自己のためにした取引」（428条1項2つ目のカッコ書）ではない。

(2) しかし、Bは、甲が駐車用地の確保を急務としているが、適当な土地を見つけられないという事情を認識しつつ、相場より高額な賃料を自ら設定している。

(3) とすると、Bは、「善意でかつ重大な過失がない」（427条1項）とは言えないから。責任限定契約の適用はない。

(4) よって、Bは、上記「損害」全部について賠償責任を負う。

コメント [zz160]: 第一印象は、「株主提案権!? 監査当委員会設置会社!?」だった。

コメント [zz161]: どんな論点があるかは当然知らず、とにかく条文の文言に当てはめた。

コメント [zz162]: これが問いたいことだよな…?と半信半疑。

コメント [zz163]: 124条を目次から何とか見つけ出す。

コメント [zz164]: 細かく見てないが、多分大丈夫と思い省略。

コメント [zz165]: 持分会社の条文探しは諦めた。

コメント [zz166]: 名義説をとることを表現したつもり。

コメント [zz167]: 短答知識。多分こういう意図だろうと思った。

コメント [zz168]: 計算は、難しそうなのであきらめた。

コメント [zz169]: 条文が長すぎて気が滅入る。

コメント [zz170]: 会社の内部事情知りつつ、意図的に利用しているさうだから悪質と考えた。

- 45 以上
- 46
- 47 <総合コメント>
- 48 見たことない条文を問われた。周りの人も必死に六法をめくっている
- 49 音が聞こえてきたので、「みんな同じなんだな…」と安心した。全体的に、
- 50 題意がつかみづらい問題が多かったため、「これでいいのだろうか…?」、
- 51 「何が言いたいのかな…?」と迷う場面が多かった。
- 52 <時間配分>
- 53 答案構成 30 分
- 54 答案作成 45 分
- 55 <使用教材>
- 56 4A 論文解法パターンテキスト
- 57 4A 条解テキスト

民事訴訟法① 評価B

設問1

1. XのY及び株式会社Zに対する訴えは通常共同訴訟(38条)になるか。
訴訟の目的である本件絵画についての残債務支払い請求権（以下「本件請求権」）は、本件絵画の売買契約(民法555条)という「同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき」だから、主観的併合要件を満たす。

またY及びZに対する本件請求権はどちらも民事訴訟という「同種の訴訟手続」(民訴法136条)で処理できるし、38条前段に当たるときだから裁判所の管轄も問題ない(民訴法7条但書)。よって客観的併合要件も満たす。

よってXは通常共同訴訟を提起することができる。

2. では上記訴えは必要的共同訴訟(40条1項)となるか。

同条項の趣旨は共同訴訟人間の判決矛盾防止にあるから、「合一にのみ確定すべき場合」とは、共同訴訟人の1人に対する判決項が他の共同訴訟人に及ぶ場合と解すべきである。

Y及びZは115条1項1～4号のいずれにも当たらないから「合一にのみ確定すべき場合」にはあたらない。

よって必要的共同訴訟にはならない。

3. とするとXのY及びZに対して通常共同訴訟を提起することになるが、通常共同訴訟では共同訴訟人の一人について生じた事項は他の共同訴訟人に影響を及ぼさない(39条：共同訴訟人独立の原則)から、このままではXがY及びZに対する訴訟それぞれで敗訴するという両敗けのリスクがある。そこで…

(1)Y及びZに対する訴訟を予備的併合することが出来ないか。

確かにYに対する本件請求権とZに対する本件請求権は法律上両立しない関係にはある。

しかし予備的請求を受けたY又はZは主位的請求の結果によって既判力ある確定判決がされるか左右されるという法的に不安定な地位に置かれてしまうから、明文なき予備的主観的併合は認められない。

(2)同時審判の申出(41条)をすることが出来ないか。

前記(1)から「共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが法律上併存し得ない関係にある場合」と言えるから、同時審判の申出をすることができる。

これによって口頭弁論が分離されなくなるから、共同訴訟人間の証拠共通が認められ、両敗けが防止できる。

自由心証主義(247条)の下では、客観的に1つしかない歴史的事実は1つしかないから、共同訴訟人独立の原則の例外として証拠共通が認められる。

4. 以上より、XはY及びZに対して通常共同訴訟を提起することができ、同時審判の申出も行うべきである。

設問2

1. XはZに対して訴訟告知(53条1項)をしたがZは補助参加をしなかった。
ZがXYの訴訟に補助参加することができない事情は特に見当たらないから、ZはXYの訴訟に「参加したもの」(同条4項)とみなされ、Zに「効力」(46条)が生じる。

コメント [HT171]: 問題文を見て、複雑訴訟の形態を網羅的に問う問題だと思った。論パタの2-5-1や2-5-2みたいに通常共同訴訟から各自検討していった。

コメント [HT172]: 丁寧に客観的併合要件まで一応書いた。

コメント [HT173]: YはZを代表するから115条1項2号に当たるか悩んだが、法定訴訟担当の4つになかった気がしたのと、YとZの関係は論パタ2-5-6とそういえば同じだなと思い、2号に当たらないとした。

コメント [HT174]: 予備的主観的併合が否定される理由をぼんやりとしか覚えていなかったため、法律上不安定な地位に置かれるという点にしばって書いた。

コメント [HT175]: 証拠共通については触れたが、証拠共通についてどこまで触れたかあまり思い出せない…。さらっと触れただけだったかもしれない。

コメント [HT176]: 同一訴状でY、Zの別訴を提起できるかわからなかったので、別訴&口頭弁論の併合を促すという選択肢については触れなかった。

コメント [HT177]: これは論パタ2-5-5であった訴訟告知の効力の問題だなとすぐにわかった。

この趣旨は、被告知者が告知者の訴訟追行に協力し得たにも関わらず、告知者が敗訴した責任を、両者で分担するのが公平にかなう点にある。とすると「効力」とは、告知者敗訴の場合にのみ告知者と被告知者の間に生じる特殊な参加的効力と解すべきである。

また上記趣旨から、主要事実についての判決理由中の判断にも同効力が生じると解すべきである。

2. 本問では、XがZに対して訴訟告知をしてZが補助参加せず、買主はZであってXY間の売買契約は成立していないという理由で敗訴したから、Xは後訴で前訴の判決の効力を用いることができる。

これによってXは後訴でZに問題なく勝訴することができるだろう。

設問3

1. 代表取締役YはZを代表する（会社法349条1項）から、XのYに対する訴訟でもZに対する訴訟でも、結局Xの相手方として訴訟を追行するのはYである。

とすると、YはYに対する訴訟ではXZ間売買契約を主張し、Zに対する訴訟ではXY間売買契約を主張するという一見矛盾挙動にも見えるような行動をする可能性がある。

そしてYが上記行動を取れば設問1の3のようにXに対して両敗けのリスクが発生する。

2. 以上のように口頭弁論の分離にはデメリットしかないから、裁判所が口頭弁論を分離するのは、裁判所の範囲を逸脱して違法である。

以上

〈総合コメント〉

民訴法は民事系の科目の中で一番スラスラ書けそうだったので、民事系3科目の中で1番最初に解いた。複雑訴訟が民訴法の中で好きで論パタをたくさん解いていたのが良かった。民訴法で余った時間を他の科目に回せた点がよかった。

〈時間配分〉

答案構成：10分

答案作成：50分

〈使用した問題集等〉

4A 論文解法パターンテキスト

予備試験 4A 論文過去問分析講義

コメント [HT178]: 設問3は今まで見たことない問題なので現場思考問題だろうと判断。最初は浮かばなかったため設問2まで書いて民法、商法に移った。戻ってくると「これかな～」というのが思い浮かんだのでとりあえずそれを書いた。

コメント [HT179]: 商法の問題を解いている時にこれが目に入って使える！と考えた。

コメント [HT180]: 矛盾挙動とまで言えるか怪しかったのでこのようにぼかして書いた。

コメント [HT181]: これ設問間のリンクになるかもな、と書きながら思った。

民事訴訟法② 評価D

第1 設問1

1 まず、通常共同訴訟(38条前段)ないし固有必要的共同訴訟(40条1項)を提起するところ、いづれの訴訟形態を採ることができるか。

(1) 民事訴訟は実体法上の権利関係の存否を判断するためのものであるから、第一次的には実定法上の管理处分権が共同的に帰属するかという実体法上の観点に訴訟法的な観点を加味して判断する。

(2) 本件では、Xの残代金支払請求権を訴訟物としており、実体法上の管理处分権がYとZに共同的に帰属するものではない。また、訴訟法的な観点からも、合一確定の要請が働くものではない。

(3) したがって、L1は通常共同訴訟の手段を採ることができる一方、固有必要的共同訴訟を採ることはできない。

そして、通常共同訴訟においては、共同訴訟人独立の原則(39条1項)により、YとZは独立の関係に立つこととなる。

2 そこで、同時審判申出共同訴訟(41条1項)を提起することができないか。

(1) 「法律上併存し得ない関係」とは、請求減の一部が抗弁事実の一部となっているような場合、すなわち法的に択一な関係にある場合を指す。

(2) 本件では、有権代理(99条1項)と無権代理(113条1項)は法的に択一の関係にあり、両立し得ないものであるため、「法律上併存し得ない関係」にあると評価できる。

(3) そのため、Yに対する請求とZに対する請求は、弁論の分離及び一部判決が禁じられる関係に立つ。

第2 設問2

1 判決の効力とは、参加的効力(53条4項、46条各号)を指すところ、後訴において参加的効力が認められるか。

2 参加的効力の趣旨は、補助参加人と被参加人との間の敗訴責任の分担の点にあり、かつ参加的効力が生じない例外事由が複数定まっていることから、既判力とはことなる特殊な効力であると解する。

(1) そこでまず、参加的効力の客観的範囲は判決主文のみならず判決理由中の判断も含まれると解する。そして、判決理由中の判断とは、主文を導くために必要な主要事実に係る認定及び法律関係の判断を指すと解する。

本件では、買主はZであってXY間の売買契約は成立していないという理由で請求を棄却しており、これは有権代理認定するものであるから客観的範囲に含まれる。

(2) 次に、主観的範囲に含まれるか。

この点、主観的範囲は補助参加人と被参加人を指すが、公平な敗訴責任の分担という趣旨に鑑み、両者に利害関係の対立がある場合には参加的効力が生じないと解する。

本件では、有権代理が認められるか無権代理が認められるかにより、債務の帰属主体が異なる点で、YZ間には利害関係の対立があると評価できる。

したがって、Zには参加的効力が生じないため、Xは後訴において参加

コメント[Wユ182]: 何を書けばいいかわからなかった。

主観的予備的併合は思い浮かばなかった。

書くことが思い浮かばなかったため、通常共同訴訟か、固有必要的共同訴訟かという根本的な部分から書いたが点数が入るのか。

コメント[Wユ183]: 認定が雑になってしまった。

「法律上併存し得ない」という点について曖昧な理解にとどまっていることが原因である。

45 的効力を用いることができない。

46 第3 設問3

47 弁論の分離及び併合は裁判所の職権であり、原則として自由である(152
48 条1項)。もっとも、仮にXが同時審判の申出をした場合には、上述のよう
49 に認められるため、裁判所は弁論の分離が認められないため、このような
50 事情がある場合には裁量権の範囲を逸脱して違法となる。

51 以上

52

53 <総合コメント>

54 全体的に難しく何を書けばいいかさえない問題だった。基本的
55 な趣旨から考えようと心掛けた。民訴は難易度が上がった気がするものの、
56 沈まないでほしいと願う。

57

58 <時間配分>

59 答案構成；20分

60 答案作成；50分

コメント [Wユ184]: 主観的範囲で切るために、先に客観的範囲には含まれる旨を記載した。そもそも、補助参加が認められるという点を記載すべきであったと反省。

コメント [Wユ185]: わからなかったため、同時審判申出共同訴訟について再度書いた。