

司法試験

令和5年司法試験 採点実感分析会
問題文レジュメ
【矢島純一LEC専任講師】

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 249339

LU24933

論文式試験問題集 [公法系科目第 1 問]

R5 憲法

[公法系科目]

[第1問] (配点: 100)

我が国では、全ての国民が加入する国民年金と被用者が加入する厚生年金との二本立ての年金制度となっており、両年金の統合が課題となっている。もっとも、一気に統合を図ることは解決すべき問題が多いため、20XX年、年金制度を所管するA省は遺族年金について新遺族年金として統合を図ることを検討し、「新遺族年金法案骨子」(以下「新制度案」という。)をまとめた。

遺族年金とは、被保険者が死亡した場合に、当該被保険者によって生計を維持していた遺族が受けることができる年金であり、被保険者の収入の喪失による所得の減少に対応した金銭給付を行うことによって、遺族の生活の安定が損なわれないようにすることを目的とするものである。新遺族年金は、我が国に住所を有する20歳以上65歳未満の全ての者を被保険者とし、被保険者の遺族に対して、65歳で老齢年金が支給されるまでの間給付される。新遺族年金の財源は、国民年金の保険料、厚生年金の保険料及び国庫負担金によって賄われ、新遺族年金の保険料は独自には徴収しない。受給資格を有する遺族は、死亡した被保険者によって生計を維持していた夫、妻、子又は父母であるが、それぞれ年齢制限がある。現行制度(20XX年時点の制度)の下で遺族年金を受給してきた者も、新遺族年金の受給資格要件を満たさない限り、新遺族年金を受給することはできないが、経過措置が採られることとなっている。

新制度案の作成担当者^Bは、同案の憲法適合性について、A省の任期付公務員(法曹資格者)である甲に相談した。【資料1】は、甲と若手の任期付公務員(法曹資格者)Xとの会話であり、【資料2】は、新制度案である。

立場上、判例や学説を熟知している。

[資料1] 甲とXの会話

甲: Bさんから頂いた資料は読んでもらったと思います。詳細についてはなお検討中とのことですが、こうした遺族年金の統合については、憲法の視点からどう評価しますか。

X: 現在、厚生年金に加入していた人の遺族は、国民年金による遺族基礎年金に加え、遺族厚生年金を受給でき、国民年金にのみ加入していた人の遺族より手厚い保障を受けており、遺族間で遺族年金の受給額に格差が生じています。新制度案では、遺族基礎年金と遺族厚生年金が統合されて、遺族が、定額部分と、被保険者の所得に応じての所得比例部分からなる年金を受給できるようになります。ですから、新制度案は、全体としては、公平であるとともに、実効的な遺族の生活保障につながるものであり、憲法第25条に照らして評価できると思います。

甲: ということは、やはり、憲法との関係で検討を要する部分もあるということですね。だからこそ、Bさんから、新制度発足後に訴訟でその合憲性が争われることを視野に入れて意見を述べるよう求められています。

X: しかし、生存権を具体化する法律の合憲性については、裁判所は国会に広い立法裁量を認めているので、新遺族年金制度が訴訟で争われても簡単に合憲判決が下されることになるのではないですか。

甲: いや、生活保護基準の改定に関する諸判決を見ると、裁判所も変わりつつあるようにも思えます。それに訴訟で争われても大丈夫だと自信を持って言えるような制度を作ることによって、制度に対して高い信頼を得ることができます。そこで、判例だけでなく学説も踏まえて、新制度案に憲法上の問題がないのか検討していきましょう。どういった点が問題となりますか。

X: まず、死亡した被保険者によって生計を維持してきた配偶者が、被保険者死亡時に、一定の年齢以上でなければ遺族として新遺族年金を受給できないとされていることが、憲法上問題となります。妻の場合、現行制度では年齢に関係なく遺族年金を受給できますが、新制度案では、被保険者死亡時に40歳以上でないと受給が認められなくなります。例えば、妻が39歳の時に夫が死亡した場合には、妻は40歳になっても受給資格は得られません。夫の場合には、被保険者死

↓
議論の全体像

亡時に55歳以上でなければ受給できません。それから、現行制度の下で遺族年金の給付を受けている人が、新遺族年金の受給資格要件を満たさない場合、経過措置はあるものの、受給資格を喪失するとしている点も、憲法違反でないかが問題となります。

1の1 ↓ 年齢要件と25条

甲：なるほど、では、遺族の範囲から検討していきましょう。まず、配偶者について一定の年齢以上でないと受給者として認めていないことですが、Bさんの説明では、被保険者の死亡後の遺族の生活を守るという遺族年金の趣旨を踏まえつつも、遺族が就労によって自ら収入を確保することを促進することを目的とするものだとのことです。これまで被保険者の収入によって生活してきた人について、就労して収入を得るようになってもらいたいが、年齢が高くなると職を得ることが難しくなるので、遺族年金を支給する、という考え方ですね。特に、女性の就労促進が期待されているように思います。

X：そうした考え方も分からないではありません。しかし、家計を支えていた配偶者を亡くした夫や妻に子がいる場合、子育ての負担があるので、年齢が比較的若くても十分な収入のある職を得ることはなかなか難しいでしょう。いわゆるシングル・ファザー、シングル・マザーは、年齢を理由に遺族年金が支給されないと、健康で文化的な生活を営めなくなるのではないのでしょうか。

甲：でも、保育園や学童保育の充実化などが進んでおり、子を養育しているシングル・ファザー、シングル・マザーが就労するための障壁が取り除かれてきています。それに、若いシングル・ファザー、シングル・マザーの金銭的不利益はそれほど大きくはありません。新制度案では、子がいる配偶者が遺族年金を受給する場合、子一人当たり月2万円が配偶者の受給する遺族年金に加算されるという仕組みになっています。そこで、子が一人いる夫又は妻が遺族年金を受給できたとしたら、その年金額のうち定額部分は子の加算額2万円を加えた11万円となるはずですが。それに対して、配偶者が新遺族年金を受給できない場合、子が定額部分として月9万円を受給できるので、家庭全体でみれば1か月当たり2万円の差にすぎません。他方、子を養育する親に支給される児童手当、ひとり親家庭の親に支給される児童扶養手当による経済的支援がなされています。困窮した場合には生活保護を受けることもできます。

X：生活保護は、利用し得る全ての資産を活用した上でないと受けられないし、生活保護受給者は、資産を有していないか常にチェックされます。ですから、いよいよとなったら生活保護を受けることができるのだから、生活保護以外の社会保障制度の憲法適合性をしっかり検討しなくてもよい、という考え方には賛成できません。それに、この年齢制限は、一定の年齢に達していない配偶者について、年齢を理由にして異なる取扱いをするものと言えます。

1の2 ↓ 年齢要件と14条

甲：年齢による区別について合理性を厳密に検討すべきだが、ポイントになるでしょうね。
X：それから、男性と女性とで受給資格が認められる年齢について区別をしていることも問題となります。（夫は妻の場合よりも15歳も年齢が高くなくては遺族年金を受給できないというのは、男性は十分な収入を得ることができる職に就いて働くものだが、女性はそうでない、という男女の役割についてのステレオ・タイプの発想に基づいている疑いがあります。

2 ↓ 受給資格の男女差別(14条)

甲：Bさんによると、夫と妻で遺族年金の受給資格が認められる年齢が異なるのは、男女の就労状況、収入の実情に大きな格差があるからとのことです。

X：Bさんから頂いた資料によると、昨年の給与所得者の年収では、男性の平均が約600万円、女性の平均が約300万円と2倍の格差があり、40歳代、50歳代でも1.5倍強の格差があります。これは、女性の場合、非正規雇用の職員・従業員が多いからです。例えば、正規雇用の職員・従業員数は、45歳から54歳で男性約680万人に対して、女性約340万人です。女性がとりわけ40歳以上で新たに正規雇用の職を得ることが困難であることも、統計上示されています。確かにこうした男女の就労状況、収入の実情があるのですが、男女共同参画の動きが進む中で、状況は変わってきています。現状を踏まえて受給資格において男女で年齢差を設けると、女性の就労促進にもつながらず、現状を固定化することになるのではないかと危惧されます。

甲：では、新遺族年金の受給資格要件が現行制度の下で遺族年金を受給してきた人にも適用され、

受給資格の喪失と生存権侵害(25条)

新遺族年金の受給資格要件を満たしていないと、受給資格を喪失するとしている点はどうでしょう。 Bさんによれば、この仕組みは、新旧遺族年金制度の下での公平性を担保するためだとのことですが。

X: 現在受給している遺族年金が受給できなくなるというのは、場合によっては月十数万円の収入がなくなるわけですから、受給者の生活への影響が大きいですね。もともと、子がいる妻が遺族年金の受給資格を欠くことになっても、子が遺族年金を受給できるので、母と子一人の家庭では月2万円程度の減収にとどまりますが、子の養育にはいろいろとお金が掛かるので、生活への悪影響は軽視できません。 遺族年金の受給者の受給資格を喪失させることは受給者の生存権を侵害するものではないでしょうか。

甲: 生存権を具体化する法律について広い立法裁量が認められるのであれば、新旧制度の下での公平性の担保という理由で受給資格要件を旧遺族年金受給者に適用する法律を定めることも憲法第25条に違反しない、ということになるでしょう。そこで、憲法第25条違反だとするのには、この場合には立法裁量が狭いのだという理屈が必要ですね。

X: 既に生じている遺族年金受給権を消滅させてしまうのですから、それには、新制度の下では受給できないのに、旧制度の下では同じ事情でも受給できている人がいるという不公平感をなくす、ということ以上の理由が必要ではないでしょうか。

甲: さすがに新制度案でも、現行制度の下で遺族年金を受給している人の期待的利益を考慮して、新制度案の受給資格要件の適用の結果、遺族年金の受給資格を喪失する場合、経過措置として5年間、従前の遺族年金の受給を認めるとしていますね。

X: それは当然だと思いますが、それでも5年間で自活できるようになるのか疑問です。それに、5年間ずっと同額の年金を受給できるわけではなく、3年目からは支給額が半減されることになっているのは問題です。

甲: では、ひとまず、今日の議論を踏まえて、新制度案の憲法適合性について批判的な見地から意見をまとめてください。その上で再度議論しましょう。

【資料2】新遺族年金法案骨子（新制度案）

第1 被保険者

日本国内に住所を有する20歳以上65歳未満の者とする。

第2 支給要件

遺族年金は、被保険者が死亡したとき、その者の遺族に支給する。

第3 遺族の範囲

遺族年金を受けることができる遺族の範囲は、被保険者の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）、子又は父母であつて、被保険者の死亡の当時その者によって生計を維持していたものとする。ただし、次に掲げる要件に該当した場合に限る。

1 妻については、被保険者の死亡のとき40歳以上であること。

2 夫又は父母については、被保険者の死亡のとき55歳以上であること。

3 子については、18歳に達する日以後の最初の3月31日までの間にあり、かつ、現に婚姻をしていないこと。

第4 受給順位

子は配偶者が、父母は配偶者又は子が遺族年金の受給権を取得したときには、遺族年金を受給できない。

第5 旧遺族年金受給者に対する受給資格要件の適用

国民年金法による遺族基礎年金及び厚生年金保険法による遺族厚生年金（以下「旧遺族年金」という。）は廃止する。旧遺族年金を受給していた者については、本法の定める遺族に該

当する場合に限り本法による遺族年金を支給する。

第6 経過措置

旧遺族年金を受給していた者で、本法の定める遺族に該当しないものについては、引き続き5年間に限り従前の遺族年金の受給を認める。ただし、3年目以降は支給額をそれまでの半額とする。

第7 年金額

年金額は、定額部分と被保険者の所得に応じて決まる所得比例部分とからなる。定額部分は年108万円とする。ただし、受給者たる配偶者に、遺族に該当する子がいる場合には、子一人につき年24万円を加算する。子が受給者となる場合には、二人目以降の子一人につき年24万円を加算し、受給額は、加算された定額部分を子の数で割った額とする。

1月9万円

2月2万円

【設問1】

あなたがXであるとして、甲とXの会話で触れられた論点をめぐり、新制度案の憲法適合性について、判例や学説を踏まえてどのような意見をまとめるべきか論じなさい。

批判的な見地から

【設問2】

【設問1】で述べられたXの意見について、それへの反論も想定しつつ、あなたの立場からその適否を論じなさい。

なお、本問において現行制度とされているものは20XX年のものであるので、2023年現在の制度を考慮に入れる必要はない。

〔調整余白〕

論文式試験問題集 [公法系科目第2問]

【公法系科目】

【第2問】（配点：100〔設問1〕(1)、〔設問1〕(2)、〔設問2〕(1)、〔設問2〕(2)の配点割合は、35：25：20：20）

①は、B県において、特別養護老人ホーム及び老人デイサービスセンター等の複数の社会福祉事業を営み、B県における社会福祉事業の中核を担ってきた社会福祉法人であり、Cがその理事長を務めている。Aの所轄庁であるB県知事は、社会福祉法（以下「法」という。）第56条第1項及びB県社会福祉法人指導監査実施要綱（以下「本件要綱」という。）に基づき、Aに対し、定期的に実施している一般監査を実施したところ、Aから、Aの業務執行理事（法第45条の16第2項第2号）であるDに対し、無利子・無担保でAの総流動資産の2分の1に当たる1億円もの金員（以下「本件貸付金」という。）が貸し付けられ、Aが法第27条（特別の利益供与の禁止）に違反している状況にあることが判明した。そこで、B県知事は、Aに対し、本件要綱第7条第1項及び第2項に基づき、期限を定めて、上記貸付けに至った経緯及び責任の所在について調査（以下「本件調査」という。）をした上、その結果を踏まえた改善状況報告書を提出するよう指示した。

②は、理事会において、本件調査に協力するよう各理事に働きかけたが、Cと対立するDの非協力的な態度により本件調査が滞ったため、Aは、やむを得ず、B県知事に対し、本件調査が終わればその結果を報告する旨を記載した改善状況報告書を提出した。しかし、B県知事は、社会福祉法人として高い公益性の確保が求められるAの運営を適正化する必要があると判断し、法第56条第4項に基づき、Aに対し、期限を定めて、本件調査を速やかに終えた上で、早急に本件貸付金の回収と理事会の機能強化を図る旨の改善措置を採るよう勧告した（以下「本件改善勧告」という。）。これに対し、Aが上記期限内に本件調査を終えることができなかったため、B県知事は、同条第5項に基づき、本件改善勧告に関するAの不遵守を公表したが、Aがこの公表後にも具体的な改善措置を講じなかったことから、同条第6項に基づき、Aに対し、令和4年9月1日、期限を定めて、本件改善勧告と同じ内容の改善措置を採ることを命じた（以下「本件改善命令」という。）。

本件改善命令後、Cは、ようやく事実経緯の一部をDから聴取することができたが、なおその詳細は不明であり、また、Dから本件貸付金の返済は直ちには困難であるとの説明を受けた。そこで、Aは、B県知事に対し、本件改善命令を上記期限内に履行することは困難であると申し出たところ、B県知事は、CをAの役員（「役員」とは、法所定の理事及び監事をいう。以下同じ。）から退任させるため、法第56条第7項に基づき、Aに対し、Cの役員解職勧告を行うことにした。Aの代表者として同条第9項に基づく弁明手続に赴いたCは、同手続において、本件調査は徐々に進んでいることや、本件貸付金を回収した上で理事会の機能強化を図る意欲を有しているため、CをAの役員から解職する理由はないことを弁明したが、B県知事は、令和5年3月1日、Aに対し、本件改善命令により課された義務の不履行を理由として、Cをその対象とする役員解職勧告を行った（以下「本件解職勧告」という。）。これに対し、Aは、当該勧告に従うつもりがない旨をB県知事に表明したところ、B県知事は、Aに対し、行政手続法に基づく聴聞手続を履践した上で、同年4月20日、Aが法第27条及び本件改善命令に違反し、他の方法により監督の目的を達することができない旨を理由として、法第56条第8項に基づき、解散を命じた（以下「本件解散命令」という。）。

③は、本件解職勧告及び本件解散命令の取消訴訟を提起できないかを弁護士Eに相談したところ、Eからは、Aによる本件解散命令の取消訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）の提起と執行停止の申立て（以下「本件申立て」という。）が提案される一方、Aが本件解職勧告の取消訴訟を適法に提起できるかどうかについては、引き続き、Eにおいて検討するとの回答を得た。そこで、Cは、理事会において、Eからの上記提案について説明したところ、Dは、自らも原告となり、本件解散命令の取消訴訟を提起することを検討したいと発言した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を踏まえて、弁護士Eの指示に応じる弁護士Fの立場に

本件解職勧告(法56条7項) → 本件解散命令(法56条8項)

行政指導(行手法26)

立って、設問に答えなさい。

なお、法の抜粋を【資料1 社会福祉法(昭和26年法律第45号)(抜粋)】に、本件要綱の抜粋を【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱(抜粋)】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

- (1) 本件解職勧告が取消訴訟の対象となる処分^①に該当するか否かについて、想定される反対の見解の論拠を踏まえて、検討しなさい。
- (2) Dが本件解散命令の取消訴訟を提起した場合を想定し、Dに当該取消訴訟の原告適格が認められるか、法の規定を踏まえて検討しなさい。ただし、行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)第9条第2項による検討を行う必要はない。

〔設問2〕

- Aが適法に本件取消訴訟を提起したことを前提^②に、以下の点を検討しなさい。
- (1) 本件申立てにおいて、Aは、行訴法第25条第2項の「重大な損害」について、どのような主張をすべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい。
- (2) 本件取消訴訟において、Aはどのような違法事由^③を主張すべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい。解答に当たっては、本件改善勧告及び本件改善命令が適法であること、並びに本件解散命令に手続的違法はないことを前提^④にしなさい。

本件解職勧告(法56条7項) → 本件解散命令(法56条8項)

勧告の法的性質は行政指導

「直接国民の権利義務を形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」とはいえないので、基本的には、「処分」ではない。

行政指導である病院開設中止勧告に処分性を認め、平成17年判決の根拠が本件解職勧告にも妥当するか？

【法律事務所の会議録】

設問1(1)

弁護士E: 本日は、Aの案件について検討します。Aに対しては、本件取消訴訟の提起と本件申立てを提案したところですが、本件解職勧告についても取消訴訟を適法に提起できるかについては我々の宿題事項となりました。Fさんには、医療法上の病院開設中止の勧告について処分性を認めた最高裁判決〔最高裁判所平成17年7月15日第二小法廷判決・民集59巻6号1661頁〕も参考にしながら、本件解職勧告が処分に当たるかどうかの検討をお願いしていましたが、この点はいかがですか。

弁護士F: はい。本件では、処分性を肯定できる根拠もあるかもしれませんが、当該最高裁判決の事案との違いや勧告の不遵守に対する罰則規定がないことなどもあり、悩ましいところです。

弁護士E: そうですか。ただ、本件解職勧告に関しては、法第56条第9項により、「弁明の機会」が設けられています。弁明手続は、処分に関して設けられることが多いようにも思うのですが。

弁護士F: しかし、行政手続法第13条第1項第1号の聴聞手続の対象を見ると、本件解職勧告が処分として法定されているとは一概には言えないかもしれません。

弁護士E: 確かにそうですね。それでは、本件解職勧告の処分性の有無については、否定・肯定いずれの見解もあり得るかもしれませんので、当該最高裁判決を参考にしつつ、想定される反対の見解の論拠も踏まえて、引き続き検討をお願いします。

例) 法人の役員解任を命じる不利益処分

「勧告」は行手には明示されていない

↑ ↓

弁護士F: 承知しました。

弁護士E: では、次に本件解散命令の取消訴訟について検討しましょう。Cによれば、Dは自らも原告となって本件解散命令の取消訴訟を提起することを検討したいと発言していたようです。Dも本件解散命令の取消訴訟を提起するのであれば、私たちの訴訟戦略に影響があるかもしれませんから、念のため、まずはDの原告適格についても検討しておきましょう。本件解散命令はAを相手方とする処分ですから、Dは処分の相手方以外の第三者に当たります。Dの原告適格については、行訴法第9条第2項によって検討することになりそうですね。

設問1(2)

弁護士F: しかし、行訴法第9条第2項による検討を経ることなく、Dの原告適格を認める余地がないのが気になります。事案を異にするとは思いますが、例えば、形式的には処分の相手方以外の第三者に当たるけれども、処分の相手方に準ずる者として不服申立適格又は原告適格を認めた複数の最高裁判決（第二次納税義務者に不服申立適格を認めた〔最高裁判所平成18年1月19日第一小法廷判決・民集60巻1号65頁、滞納者の財産が差し押さえられた場合の当該財産の共有者に原告適格を認めた〔最高裁判所平成25年7月12日第二小法廷判決・裁判集民事244号43頁〕）もあるところですから、本件でも、Dを本件解散命令の相手方に準ずる者として捉えられるかどうかを検討しておく必要があるように思います。

弁護士E: そうですね。では、行訴法第9条第2項による検討を行うことなく、法の規定を踏まえて、Dに本件解散命令の取消訴訟の原告適格が認められることになるのか、検討してください。

↑ ↓

弁護士F: 承知しました。

弁護士E: 次に、Aによる本件申立てについて、今日は、行訴法第25条第2項の「重大な損害」の要件を満たすかどうかに絞って検討しましょう。「重大な損害」の有無を判断する上での必要な情報は収集しましたか。

設問2(1)

弁護士F: はい。本件解散命令によりAは経営している社会福祉事業を継続することができなくなるという不利益を被ることになります。特に、Aは複数の社会福祉事業を経営している法人ですから、それらの事業を継続できなくなると、Aだけではなく、多数のAの福祉サービス利用者やAの従業員にも不利益が生ずることになります。もつとも、B県としては、本件改善勧告、本件改善命令を経ても、Aから依然として具体的な改善策が示されていない現状では、Aの経営基盤は不安定であると言わざるを得ず、これを放置すれば、Aの福祉サービス利用者の待遇が悪化し、B県におけるAの多数の利用者にも福祉サービス利用上の被害が及ぶこ

とを問題視しているようなのです。

弁護士E：分かりました。そういえば、「重大な損害」については、弁護士に対する業務停止3か月の懲戒処分について執行停止を認めた最高裁決定（最高裁判所平成19年12月18日第三小法廷決定）裁判集民事226号603頁）がありましたね。この決定と今回のAの案件とでは、損害の回復の困難の程度、損害の性質や程度等は異なるかもしれませんが、この決定も参考にしながら、「重大な損害」の有無について検討してください。

弁護士F：承知しました。

弁護士E：次に、本件取消訴訟の本案部分を検討しましょう。B県は、本件解散命令に関して法第56条第8項が定める解散命令の要件を満たす旨の理由を提示しています。Aは、AのDへの貸付けが法第27条で禁止されている行為に該当することを認めており、また、本件改善勧告及び本件改善命令の適法性を争うつもりもありません。以上を踏まえて、Aとしては、本件解散命令の違法事由として何を主張することになりますか。

弁護士F：はい。本件解散命令は、法第27条違反及び本件改善命令違反を理由とするものですが、Cが退任しないならばAには適正な法人運営が期待できず、「他の方法により監督の目的を達することができない」として、直ちに本件解散命令を選択したB県知事の判断には問題がある(主張)することができると考えます。C自身はAの運営改善に向けて努力はしており、今回の貸付けの事実経緯も一部判明してきたようです。また、B県知事は、今回の不正がDに起因することを認識しているにもかかわらず、本件解職勧告の拒否を本件解散命令において重視しているようなので、Cがこれに反発するのは無理もありません。

弁護士E：御指摘の点は、本件解散命令を選択したB県知事の判断が正しかったのかどうかに影響そうですね。ところで、法第56条の監督措置に関して処分基準はあるのでしょうか。

弁護士F：処分基準に当たるものはありません。B県では、法第56条に基づく監督措置に関し、個別事案ごとに判断しているようです。ただ、B県が公表している実績資料を基に本件に類似すると考えられる事案を確認してみると、Aと同等の資産規模の法人が理事に対して無利子・無担保で1億5000万円を貸し付けたことを理由として改善命令が出されたが、当該貸付金が回収されるなど、改善措置が採られた事案では、解散までは命じられていませんでした。他方で、Aよりもはるかに資産規模の小さい法人において、1億円が使途不明金として理事長個人に流出した結果、破産の危機にまで陥り、改善命令が出された後も、理事長自身が事案の解明にも全く協力せず、当該使途不明金の回収の見込みも立たずに、当該改善命令に係る措置が採られなかった事案では、解散が命じられていました。これに対して、Aは今回の貸付けにより、そこまで経営が破綻している状況にあるわけでもありません。

弁護士E：分かりました。では、これらの実績資料で挙げられている事例をも参考にしながら、本件解散命令を選択したB県知事の判断が正しかったのかについて検討してください。

弁護士F：承知しました。

設問
2
(2)

【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】

（目的）

第1条 この法律は、社会福祉を目的とする事業の全分野における共通的基本事項を定め、社会福祉を目的とする他の法律と相まって、福祉サービスの利用者の利益の保護及び地域における社会福祉（中略）の推進を図るとともに、社会福祉事業の公明かつ適正な実施の確保及び社会福祉を目的とする事業の健全な発達を図り、もつて社会福祉の増進に資することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律において「社会福祉法人」とは、社会福祉事業を行うことを目的として、この法律の定めるところにより設立された法人をいう。

（経営の原則等）

第24条 社会福祉法人は、社会福祉事業の主たる担い手としてふさわしい事業を確実、効果的かつ適正に行うため、自主的にその経営基盤の強化を図るとともに、その提供する福祉サービスの質の向上及び事業経営の透明性の確保を図らなければならない。

2 （略）

（要件）

第25条 社会福祉法人は、社会福祉事業を行うに必要な資産を備えなければならない。

（特別の利益供与の禁止）

- 第27条 社会福祉法人は、その事業を行うに当たり、その評議員、理事、監事、職員その他の政令で定める社会福祉法人の関係者に対し特別の利益を与えてはならない。

（機関の設置）

第36条 社会福祉法人は、評議員、評議員会、理事、理事会及び監事を置かなければならない。

2 （略）

（評議員の資格等）

第40条 次に掲げる者は、評議員となることができない。

一～四 （略）

五 第56条第8項の規定による所轄庁の解散命令により解散を命ぜられた社会福祉法人の解散当時の役員

六 （略）

2～5 （略）

（役員等の選任）

第43条 役員及び会計監査人は、評議員会の決議によつて選任する。

2、3 （略）

（役員等の資格等）

第44条 第40条第1項の規定は、役員について準用する。

2～7 （略）

（理事会の権限等）

第45条の13 理事会は、全ての理事で組織する。

2 理事会は、次に掲げる職務を行う。

- 一 社会福祉法人の業務執行の決定
- 二 理事の職務の執行の監督
- 三 理事長の選定及び解職

3 理事会は、理事の中から理事長一人を選定しなければならない。

4、5 （略）

（理事の職務及び権限等）

第45条の16 理事は、法令及び定款を遵守し、社会福祉法人のため忠実にその職務を行わなければ

ばならない。

2 次に掲げる理事は、社会福祉法人の業務を執行する。

一 理事長

○ 二 理事長以外の理事であつて、理事会の決議によつて社会福祉法人の業務を執行する理事として選定されたもの

3 前項各号に掲げる理事は、3月に1回以上、自己の職務の執行の状況を理事会に報告しなければならない。(以下略)

4 (略)

(解散事由)

第46条 社会福祉法人は、次の事由によつて解散する。

一～五 (略)

六 所轄庁の解散命令

2、3 (略)

(監督)

○ 第56条 所轄庁は、この法律の施行に必要な限度において、社会福祉法人に対し、その業務若しくは財産の状況に関し報告をさせ、又は当該職員に、社会福祉法人の事務所その他の施設に立ち入り、その業務若しくは財産の状況若しくは帳簿、書類その他の物件を検査させることができる。

2、3 (略)

○ 4 所轄庁は、社会福祉法人が、法令、法令に基づいてする行政庁の処分若しくは定款に違反し、又はその運営が著しく適正を欠くと認めるときは、当該社会福祉法人に対し、期限を定めて、その改善のために必要な措置(役員解職を除く。)をとるべき旨を勧告することができる。

○ 5 所轄庁は、前項の規定による勧告をした場合において、当該勧告を受けた社会福祉法人が同項の期限内にこれに従わなかつたときは、その旨を公表することができる。

○ 6 所轄庁は、第4項の規定による勧告を受けた社会福祉法人が、正当な理由がないのに当該勧告に係る措置をとらなかつたときは、当該社会福祉法人に対し、期限を定めて、当該勧告に係る措置をとるべき旨を命ずることができる。

○ 7 社会福祉法人が前項の命令に従わないときは、所轄庁は、当該社会福祉法人に対し、期間を定めて業務の全部若しくは一部の停止を命じ、又は役員解職を勧告することができる。

○ 8 所轄庁は、社会福祉法人が、(法令) 法令に基づいてする行政庁の(処分)若しくは定款に違反した場合であつて他の方法により監督の目的を達することができないとき、又は正当の事由がないのに1年以上にわたつてその目的とする事業を行わないときは、解散を命ずることができる。

○ 9 所轄庁は、第7項の規定により役員解職を勧告しようとする場合には、当該社会福祉法人に、所轄庁の指定した職員に対して弁明する機会を与えなければならない。この場合においては、当該社会福祉法人に対し、あらかじめ、書面をもつて、弁明をなすべき日時、場所及びその勧告をなすべき理由を通知しなければならない。

10、11 (略)

(事業経営の準則)

第61条 国、地方公共団体、社会福祉法人その他社会福祉事業を経営する者は、次に掲げるところに従い、それぞれの責任を明確にしなければならない。

一 (略)

二 国及び地方公共団体は、他の社会福祉事業を経営する者に対し、その自主性を重んじ、不当な関与を行わないこと。

三 (略)

2 (略)

行政法においては、弁明手続は書面審理主義が採用されている(行政2)

しかし、法56条9項は、あらかじめ弁明をなすべき日時、場所を通知することと要求しており、口頭審理主義の聴聞手続(行政2)に類似する手続を予定しているように思える。

【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】

（趣旨）

第1条 この要綱は、B県知事が社会福祉法第56条第1項の規定に基づき同法第22条に規定する社会福祉法人（以下「法人」という。）に対して実施する法人指導監査（以下「指導監査」という。）に関し、基本事項を定めるものとする。

（類型）

第3条 指導監査は、一般監査及び特別監査とし、いずれも実地において行う。（以下略）

（実施後の措置）

第7条 県は、指導監査を実施後、法令又は通知等の違反が認められる事項を文書指摘事項に、違反の程度が軽微又は改善が見込まれる事項を口頭指摘事項に、また、違反が認められない場合で法人運営に資するものと考えられる事項を助言事項として整理し、文書により通知を行うものとする。

2 前項の規定による文書により通知した事項のうち、文書指摘事項については、期限を付して改善状況報告書の提出を求め、必要に応じて、確認のための再調査を行うものとする。（以下略）

論文式試験問題集 [民事系科目第 1 問]

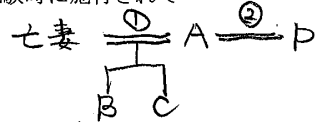
R5 民法

【民事系科目】

【第1問】（配点：100〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕の配点は、30：40：30）

次の各文章を読んで、後記の【設問1】、【設問2】及び【設問3】に答えなさい。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。



【事実I】

1. Aは、自らの所有する2階建ての居住用建物（以下「甲建物」という。）に、亡妻との間の子であるB及びCと居住していた。B及びCは、いずれも、成人後に他県で居住するようになった。その後、Aは、Dと再婚し、Dと甲建物に同居していた。Dは、甲建物に無償で居住し、また、Aに子B及びCがいることを知っていた。

2. 令和5年4月1日、Aが遺言を残さずに死亡し、B、C及びDがAの財産を相続した。B、C及びDの間での遺産分割は未了である。

同年5月1日、Dは、甲建物を改築してその1階部分を店舗として利用することを計画し、B及びCの同意を得ないで、甲建物の改築工事を行った。同年8月1日、Dは、甲建物の2階部分に居住を続けながら、1階部分で惣菜店を始めた。

3. 甲建物の改築及び1階部分での開店の事実を知ったBは、令和5年8月10日、Dに対し、

「あなたには甲建物に住む権利はない。直ちに出て行くように。」と述べた。

4. 令和5年8月31日、Bは、Dに対し、共有持分権に基づいて甲建物の明渡しを請求し（以下「請求1」という。）、併せて、同年4月2日以降明渡しまで1か月当たり5万円（甲建物の賃料相当額である月額20万円の4分の1）の支払を請求した（以下「請求2」という。）。Dは、Bの請求に対し、「私は、Aの妻として甲建物に居住していたのだから、Aの死亡後も無償で甲建物に住み続ける権利があり、仮にそのような権利が認められないとしても、甲建物を共同で相続したのだから、いずれにせよ請求1及び請求2を拒むことができる。」と反論した。

1038 I →
に違反

1038 IIIの消滅
請求の行使か？

【設問1】

【事実I】を前提として、次の(1)及び(2)の問いに答えなさい。なお、【事実I】4の「月額20万円」は賃料相当額として適正な額であるものとする。

(1) Dは、下線部⑦の反論に基づいて、請求1及び請求2を拒むことができるかどうかを論じなさい。

(2) Dは、下線部⑧の反論に基づいて、請求1及び請求2を拒むことができるかどうかを論じなさい。

【事実II】

1. 個人で養鯉業を営むEは、乙池で1等級の錦鯉を養殖している。（売主）

2. 令和4年8月1日、錦鯉の輸出事業を新規に計画しているFが、Eの養殖池を見て回り、Eとの間で、乙池で育成中の100匹の錦鯉全部（以下「本件コイ」という。）を買う契約（以下「契約①」という。）を結んだ。契約①において、本件コイの引渡しは、同年10月1日にEの事務所で行うこととされ、また、代金は、100万円（1匹当たり1万円）とし、引渡しから2か月以内に支払うこととされた。←本件コイの引渡しは、Fの代金支払債務は履行遅滞にならない。

3. 令和4年9月1日、Eは、同年11月1日から同月7日まで開催される地域の秋祭りに際し、空になるはずの乙池に5等級の錦鯉を放って釣堀を営業する計画を立てた。

4. 令和4年10月1日の早朝、Eは、本件コイを出荷用容器に入れて事務所に運び込んだ。E

↑
約定の引渡日

↑
釣堀の準備

Fの代金支払債務は履行遅滞にならない。

本件コイの引渡義務のような確定期限のある取立債務については、
 ↓ 債権者は、引渡しの準備として債権者が取りに来るのを待って
 は、終日、事務所でFを待っていたが、Fが来訪することはなかった。 いけば、取立債務を現実

- 同月2日の朝、Eは、Fに対し、引渡日が過ぎたので早急に本件コイを受け取りに来てもらいたいこと、その際は前日までに連絡が欲しいことを伝えた。←催告
- その後、Fからは特に連絡がないまま、2週間が過ぎた。Eは、この間も毎日、乙池に戻した本件コイの世話を続けていた。
 - 令和4年10月16日、Eは、Fに対し、同月30日までに本件コイを受け取りに来なければ同月31日付けで契約①を解除する旨を告げた。その際、Eは、乙池は同年11月上旬に釣堀営業のために使用する予定があり、同年10月末までにいったん空にしなければならないことも説明した。
 - Fは、令和4年9月以降に錦鯉の相場が下落したため錦鯉の輸出事業計画を中止し、同年10月30日を過ぎても、本件コイを受け取りに行かなかった。そのため、Eは、釣堀の営業を断念せざるを得なかった。
 - 1等級の錦鯉の相場は、令和4年8月初めには1匹当たり1万円であったが、同年10月初めには8000円、同年10月末には7000円、同年11月末には6000円となった。
 - 令和4年11月30日、Eは、⑦契約①が同年10月31日に解除されたと主張し、これを前提に、Fに対し、④本件コイの代金相当額100万円及び釣堀の営業利益10万円についての損害賠償を請求した。同年11月30日まで、Eが本件コイを他に売却する等の処分をした事実はない。

弁済の提供が認めらるるに提供したそのとして

8月初め	10月初め	10月末	11月末
1万円	8000円	7000円	6000円

契約① 10/1 引渡日 10/31 解除

←下線⑦
←下線④

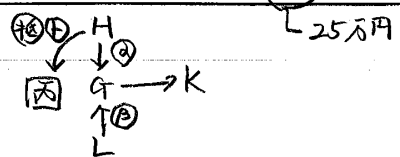
【設問2】

- 【事実Ⅱ】を前提として、次の(1)及び(2)の問いに答えなさい。
- 下線部⑦におけるEの主張の根拠とその当否を検討しなさい。
 - 仮に下線部⑦におけるEの主張が正当であるとした場合、Eは、Fに対し、下線部④の損害の全部について賠償を請求することができるかどうかを検討しなさい。なお、Eが釣堀を営業すれば、10万円の利益を得ることができたものとする。

【事実Ⅲ】

- 令和4年2月1日、賃貸用建物（以下「丙建物」という。）を所有するGは、Hから200万円を借り入れた。この借入金に係る債権（以下「α債権」という。）については、令和5年5月31日までに弁済することとされた。令和4年2月1日、Gは、α債権を担保するため、Hに対し、丙建物について抵当権を設定し、その旨の登記がされた。
- 令和4年5月9日、GとKとの間で、GがKに対して丙建物を賃貸する契約（以下「契約②」という。）がされ、これに基づき、丙建物はKに引き渡された。契約②で定められた賃料は月額25万円であり、当月末日払とされた。
- 令和5年1月、Gの経営する事業の資金繰りが悪化した。同月16日、Gは、弟のLから200万円を借り入れた。この借入金に係る債権（以下「β債権」という。）については、同年5月1日までに弁済することとされた。
- β債権は、令和5年5月1日を過ぎても、弁済されなかった。そこで、LがG及びKに働き掛けた結果、次のことが行われた。
 まず、同月2日、GとKとの間で、契約②が合意により解除された。その上で、同日、GとLとの間で、GがLに対して丙建物を賃貸する契約（以下「契約③」という。）がされ、また、LとKとの間で、LがKに対して丙建物を転貸する契約（以下「契約④」という。）がされた。実際には、Kが丙建物の使用を継続していた。

契約③で定められた賃料は月額3万円であり、契約④で定められた賃料は月額25万円であり、それぞれ当月末日払とされた。また、Lは、Kから、契約④で定められた賃料の支払を受



けるものの、Gに対し、契約③で定められた賃料は実際には支払わないこととされた。(K)と(L)との間では、同年5月分の賃料は、同年6月分の賃料と合わせて同年6月30日に支払うこととされた。

5. α債権は、令和5年5月31日を過ぎても、弁済されなかった。

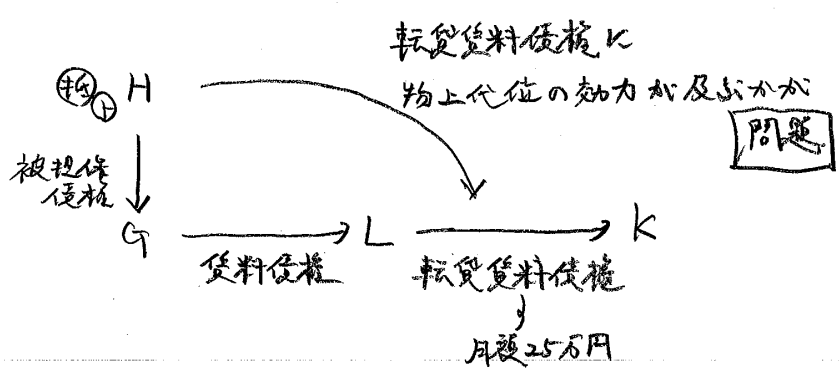
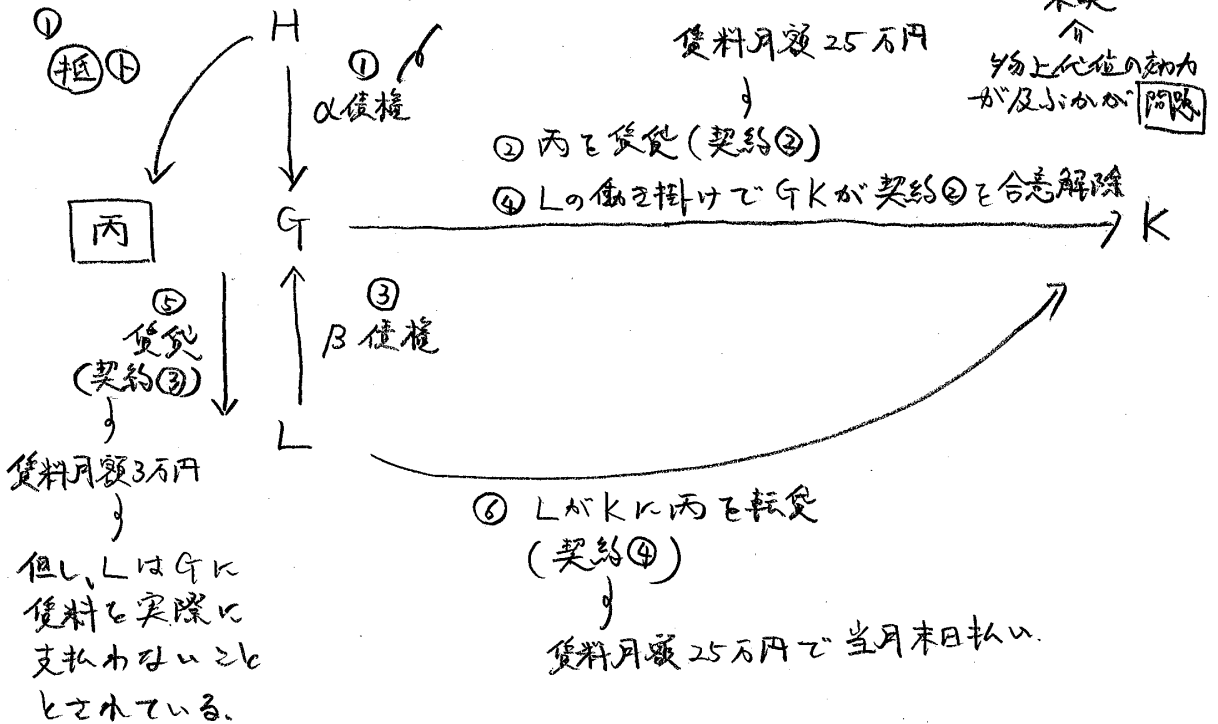
〔設問3〕

【事実Ⅲ】を前提として、次の問いに答えなさい。なお、利息や遅延損害金、敷金については考慮しないものとする。

令和5年6月20日、(H)は、契約④に基づいてLがKに対して有する同年5月分以降の賃料債権について、抵当権に基づく物上代位権の行使としての差押えを申し立てた。この物上代位権の行使が認められるかどうか、同年5月分の賃料債権と同年6月分以降の賃料債権とで結論が異なるかを含めて論じなさい。

問題
は
な
い

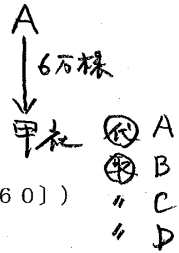
被担保債権の弁済期(R5.5.31)が経過して債権不履行になる前の相当不動産の果実



論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

R5 商法

【民事系科目】



【第2問】（配点：100〔【設問1】及び【設問2】の配点の割合は、40：60〕）

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

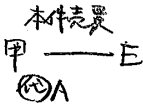
設問2に
関係する

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、Aが個人事業として始めた工務店が昭和60年頃に法人成りしたものであって、会社法上の公開会社ではなく、取締役会及び監査役を置いている。甲社の定款には、①取締役の任期を選任後2年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする旨の定め及び②譲渡による甲社の株式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがあり、役員を選任する株主総会の決議の定足数に関する定めはない。甲社は、種類株式発行会社ではなく、設立以来、Aがその発行済株式6万株の全部を保有していた。甲社の取締役は、Aのほか、いずれも甲社の従業員であったB、C及びDの合計4名であり、代表取締役は、Aであった。

2. 甲社は、平成29年春頃、創業以来取引関係にあった乙株式会社（以下「乙社」という。）に対して3000万円の買掛金債務（以下「本件債務」という。）を負った。本件債務の履行期は、平成30年5月31日であった。



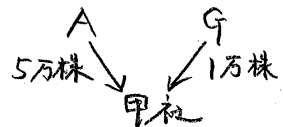
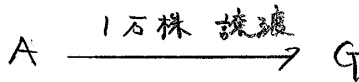
3. Aは、平成29年夏頃、Aの住居に隣接する土地（以下「本件土地」という。）を所有するEとの間でトラブルとなり、それを解決するため、Eから本件土地を買い取るよう要求されるようになった。Aは、そのような要求に応じる義務はないと考えたが、今後平穩に暮らしていくためにはEとの関係を断つのがよいと考え、Eの要求に応じることにした。Aは、自身で本件土地を買い取るための資金を調達することは難しいと考え、甲社に本件土地を買い取らせることにした。



4. Eは、本件土地の代金として5000万円を提示してきたので、Aは、その金額で本件土地を買い取ることにした。もともと、近隣の不動産の相場に照らせば、当時の本件土地の評価額は高く見積もっても1000万円程度であり、Aもそのことを知っていた。Aは、平成29年10月2日、甲社を代表して、Eとの間で、本件土地を5000万円で購入する契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、本件土地の所有権移転登記手続を受けるのと引換えに代金5000万円を支払った。なお、甲社においては、本件売買契約の締結に先立ち、取締役会の決議等の会社法所定の手続が行われた。

本件売買契約の代金5000万円は、甲社の定期預金（以下「本件定期預金」という。）を取り崩すことで賄われた。また、本件土地は、本件売買契約後も甲社で利用されることなく放置されていた。

5. Aの妹であるFは、外国に居住していたが、平成29年末頃、その配偶者であるGと共に帰国した。Gのことが気に入ったAは、今後Gと共に甲社を経営していくことを見据え、平成30年1月中旬頃、甲社の取締役会の承認を得て、Gに甲社の株式1万株を譲渡し、その旨の株主名簿の名義書換が行われた。その後、Gは、本件土地が甲社の名義であるにもかかわらず活用されていないことに疑問を持ち、甲社の従業員にそれとなく尋ねてみたところ、上記3及び4の事実を知った。



【設問1】

下記の小問に答えなさい。

【小問1】

Gは、平成30年末頃、Aに対し、本件売買契約を締結したことにより甲社に4000万円の損害が生じたと主張して、会社法第423条第1項に基づく損害賠償を請求する責任追及等

の訴えを適法に提起した。この請求が認められるか否かについて、Aの立場において考えられる反論及びその当否を検討した上で、論じなさい。

なお、本小問においては、甲社の経営は順調であり、本件売買契約の締結後も、その運転資金が枯渇することではなく、近い将来に甲社が資金繰りに困ることが予想される状態ではなかったものとする。

小問1に限定した前提事実

【小問2】

乙社は、甲社が本件債務を履行しなかったことから、平成30年末頃、Aに対し、本件債務の額に相当する3000万円を損害として会社法第429条第1項に基づく損害賠償を請求する訴えを適法に提起した。この請求が認められるか否かについて、論じなさい。

なお、本小問においては、次のような事実があったものとする。

↓ 甲社が乙社に3000万円の債務を負った時点

- ① 甲社は、平成27年頃からその営業利益が減少し始めたものの、平成29年春頃の時点で運転資金が枯渇するような状態ではなかった。
- ② Aは、本件債務の発生当時、本件債務を含む甲社の債務の履行のための運転資金が足りなくなれば、本件定期預金を取り崩すか担保に入れることにより対応することを予定していた。
- ③ 甲社は、本件売買契約に基づく代金の支払により実質的な債務超過に陥り、また、本件土地には担保的価値がないために短期の融資を受けることもできず、平成30年5月頃には事業活動を継続することができなくなった。

下記6以下においては、上記2から5までの事実は存在しないことを前提として、【設問2】に答えなさい。

6. Aは、令和元年秋頃、高齢を理由に甲社の代表取締役を辞任し、甲社の創業以来従業員としてAを支えたBにその地位を譲ることとした。AがBにそのことを相談したところ、Bは、Aに対し、甲社の代表取締役に就任することを引き受ける条件として甲社の株式の一部を譲り受けたいと述べた。Aは、その申出に応じることとし、Bと共に甲社を支えてきたC及びDにも甲社の株式の一部を譲り渡すこととした。Bは、同年12月16日に開催された取締役会において、後任の代表取締役として選定され、Aは、同日、甲社の取締役会の承認を得て、Bに甲社の株式1万株を、C及びDに甲社の株式各5000株を譲渡し、その旨の株主名簿の名義書換が行われた。その結果、甲社の株主及びその保有株式数は、Aが4万株、Bが1万株、C及びDが各5000株となった。

甲社
代 B
任 C
/ D

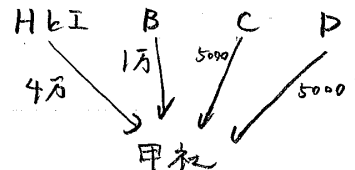
7. 令和2年12月13日、Aが死亡した。Aの相続人は、HとI（いずれもAの子である。）であり、Aの保有する甲社の株式4万株は、H及びIが法定相続分である2分の1ずつの割合で準共有することとなった（以下この株式を「本件準共有株式」という。）。HとIは、遺産分割協議をしたが、対立点が多く、本件準共有株式についての権利を行使する者の指定も含めて、何一つ合意することができないでいた。

8. Bは、令和3年6月25日に開催する甲社の定時株主総会（以下「本件株主総会1」という。）を招集するに当たり、B、C及びDのほか、取りあえずH及びIの両名にも、会社法所定の日までにその招集通知を発した。

令和3年6月25日、本件株主総会1が開催され、任期満了となる取締役B、C及びDの後任となる取締役の選任が議題とされた。本件株主総会1の会場には、B、C、D及びHは来場したが、Iは姿を現さなかった。議長を務めるBは、本件株主総会1においてHが本件準共有株式の全部について議決権を行使することについて、甲社を代表して同意した。B、C、D及びHの賛成により、取締役としてB、H及びJを選任する旨の決議（以下「本件決議1」という。）がされた。

そして、その後の取締役会において、Jが代表取締役に選定された。

甲社 — 代 J
任 B
/ H



9. (I)は、令和3年9月15日、本件決議1の取消しの訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。
10. (J)は、令和5年6月23日に開催する甲社の定時株主総会（以下「本件株主総会2」という。）を招集するに当たり、依然として、HとIが本件準共有株式について何一つ合意することができないでいたため、B、C及びDのほか、取りあえずH及びIの両名にも、会社法所定の日までにその招集通知を發した。← 本件決議1で (K)に選任された後、その決議で選任された (I)で構成された取次で招集
11. 本件訴えに係る訴訟係属中の令和5年6月23日、本件株主総会2が開催され、取締役の選任が議題とされた。本件株主総会2の会場には、B及び(H)は來場したが、C、D及び(I)は姿を現さなかった。議長を務める(J)は、本件株主総会2において(H)が本件準共有株式の全部について議決権を行使することについて、甲社を代表して同意した。B及びHの賛成により、取締役として(B、H)及び(J)を選任する旨の決議（以下「本件決議2」という。）がされた。

【設問2】

下記の小問に答えなさい。

【小問1】

本件訴えに係る(I)の原告適格及び訴えの利益の有無並びに本件訴えに係る請求が認められるか否かについて、論じなさい。

【小問2】

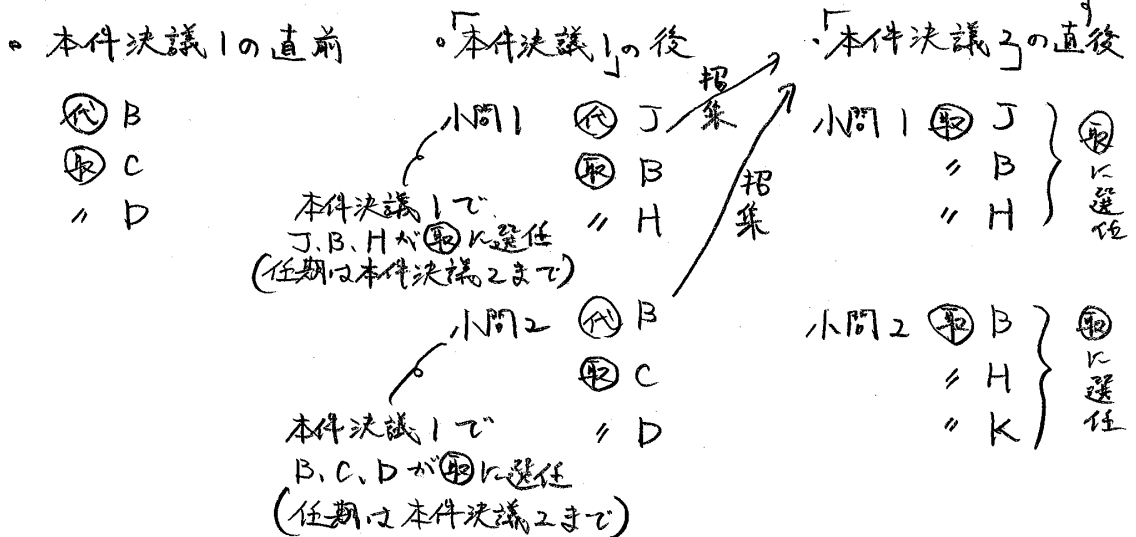
本小問においては、上記8、10及び11の事実がいずれも次のような事実であったものとする。

この場合における本件訴えに係る訴えの利益の有無について、論じなさい。

- ① 上記8の事実について、本件決議1は、(B)、(C)及び(D)を取締役に再任するものであり、Bがその後の取締役会において代表取締役に選定されたものであった。
- ② 上記10の事実について、(B)が、甲社の代表取締役として本件株主総会2を招集したものであった。
- ③ 上記11の事実について、本件株主総会2の会場には、B、(H)及び(I)は來場したが、C及びDは姿を現さず、議長を務めるBが甲社を代表して行った同意に基づき、H及びIが本件準共有株式の全部について議決権を共同で行使し、B、H及びIの賛成により、取締役として(B、H)及び(K) (Kは、Iの配偶者である。)を選任する旨の本件決議2がされたものであった。

選定された取次で構成された取次が招集

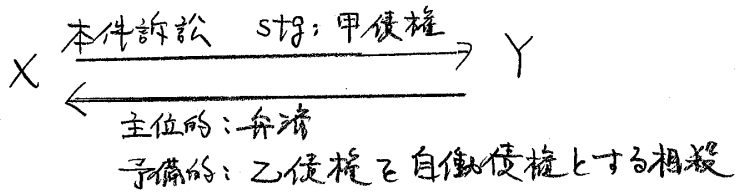
小問2の前提



論文式試験問題集 [民事系科目第3問]

R5 民法

[民事系科目]



[第3問] (配点: 100 [設問1] から [設問3] までの配点の割合は、25 : 35 : 40)

次の文章を読んで、後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

[事例]

Xは、Yに対して令和3年5月20日に、弁済期を同年11月末日として200万円を貸し渡し、既に弁済期は到来している旨を主張して、令和4年5月9日、Yを被告として200万円の支払を求める訴えを提起した(以下、この訴えの訴訟物の内容をなす貸金債権を「甲債権」といい、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」という。)

Yは、第1回口頭弁論期日において、Xの主張を認めた上で、主位的に、甲債権に対しては既に弁済をした旨を主張し、予備的に、Xに対する200万円の売買代金債権(以下「乙債権」という。)により相殺する旨の訴訟上の相殺の抗弁を提出した。Yは、乙債権の発生原因事実として、令和3年8月4日にXに対して代金200万円で美術品(以下「本件動産」という。)を売却し、同日引き渡した旨を主張し、この売買契約の締結を証明するため、Xがその配偶者Aに対して送った電子メール(以下「本件メール」という。)の内容をプリントアウトしたもの(以下「本件文書」という。)を証拠として提出した。本件メールは、同月5日付けでXから送信されたものであり、Xの健康状態やXA間の子の学業成績に関する相談とともに、念願の本件動産をYから200万円で購入し、引渡しを受けた旨が記載されていた。

Yが、本件文書を入手した経緯は、以下のようなものであった。甲債権及び乙債権に関する紛争(以下「本件紛争」という。)が顕在化した後、その解決のため、Xは、令和4年3月、X宅にYを呼び寄せ、Xの自室において話し合いをした。話し合いが難航する中、Xは「一旦休憩しよう、コーヒーでも買ってくる。」と述べ、最寄りのコンビニエンスストアまで一人で赴いた。残されたYは、本件紛争は訴訟に発展する可能性も高いと考え、自己に有利な証拠を探す趣旨で、Xの机の上に閉じた状態で置いてあったノートパソコンを開いたところ、Xがプライベートで利用しているアカウントのメールが閲覧可能な状態になっていることに気付いた。そこで、Yは、自身のUSBメモリにXが送受信した電子メールの全てを保存することとした。保存作業は、Xの帰宅前に終了したため、XがYの行為を認識することはなかった。話し合いが終了した後、Yは、自宅において、保存したメールの内容を全て確認し、その結果、自己に有利な本件メールを発見した。本件動産についてのやりとりは全て口頭でなされ、引渡しもYがXに直接交付することによりなされた結果、本件動産の売買の証明に役立つ証拠がなかったことから、Yは、本件紛争が訴訟にまで発展した場合に備えて、本件メールをプリントアウトした。

X及びYは、いずれも弁護士に対して訴訟委任をしていなかったが、第1回口頭弁論期日において、Yが本件文書を提出したことに動揺したXは、本件動産の売買契約締結の事実を否認するにとどめ、同期日終了後に、弁護士L1に訴訟委任をした。

以下は、弁護士L1と司法修習生Pとの間の会話である。

L1: Xは、Yが自分と配偶者との間の電子メールを無断で閲覧した上で、本件文書を証拠として提出するのはひどいと憤っています。本件文書の証拠としての利用を阻止することはできるでしょうか。

P: 不当な方法で収集された証拠(いわゆる違法収集証拠)については、民事訴訟でも証拠能力が否定されることがあるということは承知していますが、不勉強で、その根拠も判断基準もあやふやです。

L1：そうですか。しかし、情報技術の発達により、本文書のような証拠が提出される訴訟事件は増えている一方で、技術上の利便性を不当に利用した証拠収集も容易となっています。そのような方法で入手された証拠を事実認定の資料にすることが許されるかどうかは重要な論点となりますから、少し頑張ってもらおうと思います。本文書の証明力はそれなりにあると考えられるので、ここでは専ら証拠能力の問題を検討してください。具体的には、(a)民事訴訟において、不当な方法で収集された証拠方法の証拠能力が制限される場合があり得ることを前提として、そのような証拠方法の証拠能力が否定される法的根拠を挙げた上、証拠能力の有無を判断する基準を示し、(b)上記(a)の基準に照らして本文書の証拠能力を判断するとどのような結論に至るかを明らかにすることを「課題」とします。なお、Yの行為は犯罪行為に該当しないことを前提としてください。

【設問1】

Q あなたが司法修習生Pであるとして、L1から与えられた課題について答えなさい。なお、以下に掲げる【事例(続き)】に記載されている事実関係は考慮しなくてよい。

【事例(続き)】

Xは、Yによる電子メールの無断閲覧は許し難いものの、本件動産の売買契約締結の事実自体は争い難いと考えた。そこで、第2回口頭弁論期日において、本件動産の売買契約締結の事実を認め、乙債権は既に弁済したとの主張をするとともに、仮に弁済が認められなくても、Yは、Xの亡父Bからかつて200万円を借りており、Xは令和3年9月に死亡したBの唯一の相続人として、BのYに対する貸金債権(以下「丙債権」という。)を相続により取得し、同年10月末日に弁済期が到来した旨、丙債権を自働債権、乙債権を受働債権として相殺するとの意思表示を(訴訟外)でした旨、及び、丙債権と乙債権の相殺適状は、甲債権と乙債権の相殺適状よりも先に生じており、民法第512条の趣旨からも前者の相殺が優先されるべきである旨の主張を追加した。なお、甲債権についてはYの兄Zが保証しており、Zは、第3回口頭弁論期日から、X → Y
Yを補助するために補助参加をしている。

(受訴裁判所)は、Xによる丙債権を自働債権とする相殺の意思表示は、訴訟外で既に確定的になされているため、訴訟上許容されると判断した。その上で、受訴裁判所は、証拠調べを実施し、その結果、①甲債権及び乙債権の発生はいずれも争いがなく、丙債権の存在も認められるところ、甲債権及び乙債権の弁済の事実はいずれも認められない、②Yによる相殺の意思表示は、本件訴訟において裁判所により相殺の判断がされることを条件として実体法上の相殺の効果が生ずるものである一方、Xによる相殺の意思表示は、訴訟外で確定的になされていることから、Xによる相殺の意思表示が優先する、③丙債権と乙債権の相殺適状は、甲債権と乙債権の相殺適状よりも先に生じており、XY間に相殺の充当について別段の合意も認められないことから、Xによる相殺の意思表示により、乙債権と丙債権が消滅したとの心証に至り、Xの請求を認容する旨の判決をした。

以下は、弁護士L1と司法修習生Pとの間の会話である。

L1：原判決は、相殺の再抗弁を認めてXの請求を認容していますが、Xは、そもそも乙債権についての弁済の事実が認められなかったことに不満があるようです。Xが強く希望しているところですので、控訴を提起します。

P：この場合、控訴審では、審理の範囲は、乙債権の存否に限定されるのでしょうか。仮に、甲債権や丙債権も審理の範囲に含まれるとすれば、かえってXに不利益な結果になる可能性もあるように思います。

L1：良い質問ですね。Xの控訴が適法であり、かつ、Y及びZが控訴も附帯控訴もしていないと



いう仮定の下でも、控訴審の審理の範囲は限定されるものではなく、甲債権や丙債権が審理の範囲に含まれると考えていいでしょう。

そこで、上記仮定の下、甲債権と丙債権が審理の範囲に含まれること、並びに原判決が示した相殺の再抗弁の許容性、相殺の優先順位及び相殺の充当に関する判断には変更がないことを前提として、控訴裁判所が、(ア)甲債権は弁済により消滅した、(イ)甲債権と乙債権はいずれも弁済による消滅はしていないが、丙債権の存在は認められない、(ウ)甲債権は弁済による消滅はしていないが、乙債権は弁済により消滅した、という判断に至った場合のそれぞれについて、どのような判決をすべきことになるか、検討してください。これを「課題」とします。なお、利息又は損害金及び費用についてはないものとし、控訴の利益について検討する必要もありません。

【設問2】

あなたが司法修習生Pであるとして、L1から与えられた課題について答えなさい。なお、以下に掲げる【事例(続き)】に記載されている事実関係は考慮しなくてよい。

【事例(続き)】

Xのみが控訴を提起し、Y及びZが控訴も附帯控訴もしなかったところ、控訴裁判所は、原判決は正当であるとの判断に基づき、Xの控訴を棄却する旨の判決をした。誰も上告又は上告受理の申立てをしなかったことから、Xの控訴を棄却する旨の判決が確定したため、Xの請求を認容する第一審判決も確定した(以下、本件訴訟に係る確定判決を「前訴確定判決」という。)

ところで、Zは、XのYに対する請求が認容されることを阻止するため、第一審において、甲債権を保証している旨を主張して、Yを補助するために参加の申出をした。Zの補助参加にはXもYも異議を述べなかったことから、Zは適法に補助参加人として訴訟追行し得ることとなった。

Zは、第一審の第3回口頭弁論期日において、甲債権については、Yからの要請により、Xが債務を免除した事実(以下「免除の事実」という。)を、丙債権については、ZがYに代わってBに対して弁済した事実(以下「弁済の事実」という。)を主張した上で、免除の事実を証明するためにZ自身の証人尋問の申出をした。しかし、Yは、Yが主張する甲債権の弁済時期よりも免除の事実の時期の方が遅かったことから、同期日において、免除の事実はない旨を主張するとともに、Zの証人尋問の申出を撤回した。なお、弁済の事実は、Xにより争われ、証拠調べが実施されたが、第一審、控訴審のいずれにおいても認められなかった。

本件訴訟終了後、Zは、Xから保証債務の履行を迫られたことから、かねて付き合いのある弁護士L2に電話で連絡をとった。L2は、「大変な状況ですね。少し込み入った事件ですので、関連する書類を持って一度事務所においでください。お待ちしております。」と述べ、通話を終了した。

以下は、弁護士L2と司法修習生Qとの間の会話である。

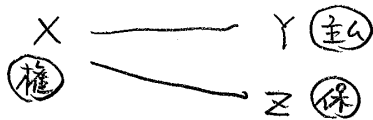
L2: Zの説明によると、XがZに対して保証債務の履行を求めて訴えを提起する可能性があります。その場合、Zとしては甲債権の存在を争うことになると思いますので、XのZに対する上記訴えに係る訴訟手続において、甲債権の存在を認めた前訴確定判決に基づく何らかの拘束力が作用するか否かが問題になります。そこで、この点を検討してください。これを「課題1」とします。

X → Z

Q: 承知しました。もつとも、Zとしては、Xに対して任意に保証債務を履行した上で、Yに対して求償することも考えられますね。

L2: そのとおりです。しかし、Yが求償に応じない場合には、ZはYに対して求償の訴えを提起する必要があります。そして、この場合、Yは、求償債務を否定するために甲債権の存在を争

Z → Y



うことを考えるでしょう。

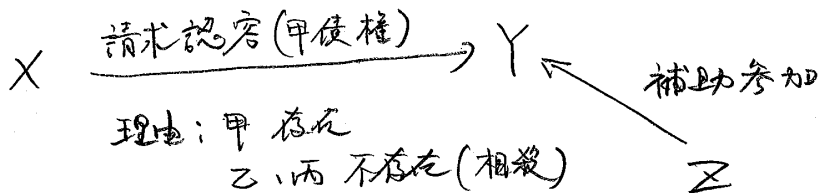
Q: そうすると、ここでも、甲債権の存在を認めた前訴確定判決の効力が問題になりますね。

L2: そうです。ただ、この場合は、前訴である本件訴訟の補助参加人が被参加人に対して前訴確定判決を援用するという珍しい構図になっており、このような援用が許されるか、という問題も含んでいそうです。そこで、このような問題があることに留意しつつ、ZのYに対する上記訴えに係る訴訟手続において、前訴確定判決の効力が作用するか否かについて(検討)してください。これを「課題2」とします。なお、「課題2」については、民事訴訟法第46条の効力以外の効力を検討する必要はありません。

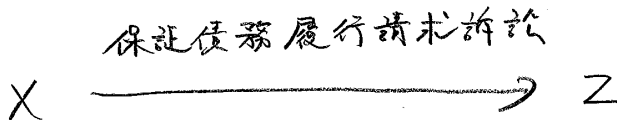
【設問3】

あなたが司法修習生Qであるとして、L2から与えられた課題1及び課題2について答えなさい。

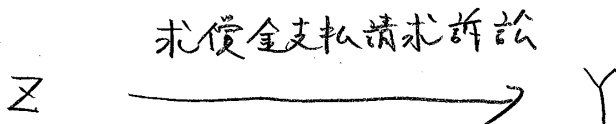
※ 前訴確定判決



※ 課題1



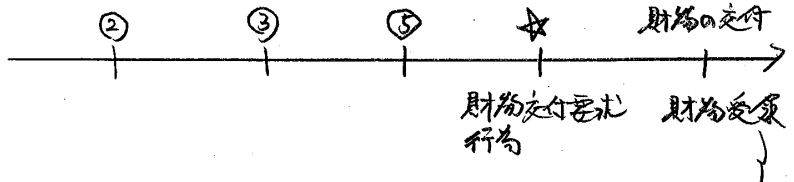
※ 課題2



[調整余白]

論文式試験問題集 [刑事系科目第 1 問]

R5 刑法



【刑事系科目】

【第1問】（配点：100）

以下の【事例1】から【事例3】までを読んで、後記【設問1】から【設問3】までについて、答えなさい。

これにより
財物の占有
が移転する
と、既遂。

【事例1】

1 ① 甲は、乙及び丙と共に、後記計画に基づき、常習的に高齢者から現金をだまし取っていた。その計画は、

- ・ 甲が資産家の名簿を見て、現金をだまし取る対象者を選定する。
- ② 甲が警察官に成りすまして相手方に電話をかけ、「X警察署の〇〇です。この度、この地域を担当することになりました。今後、当署からの連絡はこの番号からかけますので、御登録をお願いします。」などとうそを言って、名前と電話番号を告げる（以下、この内容の電話を「1回目の電話」という。）。
- ③ その翌日、甲が相手方に電話をかけ、「昨日電話した〇〇です。あなたの預金口座が、不正に利用されている疑いがあります。捜査のために必要なので、お持ちの預金口座に100万円を超える残高があるようでしたら、速やかに全額を引き出して自宅に持ち帰った後、こちらに電話をください。」などとうそを言う（以下、この内容の電話を「2回目の電話」という。）。

- ・ 相手方に預金口座から現金を引き出させて、自宅にその現金を持ち帰らせる。
- ⑤ その後、相手方からかかってきた電話で、甲が、相手方の現金引出しを確認した上、「これから警察官がそちらに向かいます。」とうそを言う。
- ・ その約1時間後、乙及び丙が警察官を装って相手方の家を訪ねる。
- ☆ 乙及び丙が、捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言い、その交付を受けて現金をだまし取る。

「これは」とはいくくい

というものであった。

現金の交付を求める文言を述べること
(財物交付要求行為)

2 甲らは、上記計画に従い、以下の行為に及んだ。

- ① 甲は、某月1日、名簿から現金をだまし取る対象者として高齢の男性Aを選んだ。
- ② 甲は、同日午前10時、Aに1回目の電話をかけた。
- ③ 甲は、同月2日午前10時、Aに2回目の電話をかけた。
- ④ 甲のうそを信用したAは、預金口座から200万円を引き出して自宅に持ち帰った。
- ⑤ 甲は、同日正午、Aからかかってきた電話に出て、Aが200万円を引き出したことを確認した上、Aに対し、「これから警察官がそちらに向かいます。」とうそを言った。
- ⑥ 乙及び丙は、甲の指示に基づき、同日午後1時、警察官を装ってA宅を訪ねた。

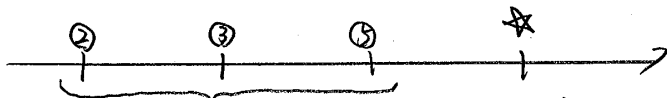
しかし、乙らの姿を見て不審に思ったAが玄関ドアを開けなかったため、乙及び丙は、捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言うことができないまま、Aから現金をだまし取ることを断念した。

【設問1】 【事例1】におけるAに対する甲の罪責に関し、以下の(1)及び(2)について、答えなさい。なお、(1)及び(2)のいずれについても、自らの見解を問うものではない。

- (1) 甲に詐欺未遂罪の成立を認める立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるか。詐欺罪が「人を欺いて財物を交付させ」という手段・態様を限定した犯罪であるのに、その実行の着手に「現金の交付を求める文言を述べること」を要しないと考える理由に触れつつ論じなさい。
- (2) (1)の説明に基づくと、上記①～⑥のうちどの時点で実行の着手を認めることになるのか。具体

(1)で規範定立してあつたよ。

この点も前提に、財物交付要求行為をする前の段階で詐欺未遂罪が成立しうる理由を立論(規範定立)する。



どこまでの行為が、実行行為に密接な行為であって、かつ、結果発生の
 的事実に即して、それより前の時点との実質的相違を明らかにしつつ論じなさい。 客観的危険性が認められる行為といえるか？

【事例2】（【事例1】の1の事実が続けて、以下の事実があったものとする。）

- 3 ①甲は、上記計画に従い、某月5日午前10時、名簿から現金をだまし取る対象者として高齢で一人暮らしの男性Bを選んだ上、Bに1回目の電話をかけ、さらに、同月6日午前10時、2回目の電話をかけた。Bは、甲のうそを信用し、同日午前10時30分、預金口座から300万円を引き出して自宅に持ち帰った。甲は、同日正午、Bからかかってきた電話で、Bが300万円を引き出して自宅に持ち帰った旨を聞いたことから、「これから警察官がそちらに向かいます。」とうそを言い、Bは「分かりました。待っています。」と答えた。②甲は、③乙及び丙に対し、高齢で一人暮らしの男性Bがうそを信用し、300万円を自宅に用意している旨を告げ、計画どおり、捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言って、300万円をだまし取ってくるように指示し、乙及び丙はこれを了承した。
- 4 ④乙は、甲の上記指示を受け、丙と共にB宅に向かうことにしたが、その道中で、Bを縛り上げてしまえば、より確実に現金を手に入れることができると考え、丙に対し、「ジジイをだますより、縛った方が確実に金を奪える。縛って、金を奪ってしまおうぜ。奪った300万円を3人で分ければ問題ないだろう。」などと言い、丙はこれを了承した。そして、乙及び丙は、Bの手足を縛るためのロープと口を塞ぐための粘着テープを準備した上、同日午後1時、B宅へ赴き、インターホンを鳴らして警察官であることを告げ、Bに玄関ドアを開けさせた。⑤乙及び丙は、直ちにB宅内に押し入り、Bの手足をそれぞれロープで縛り、口を粘着テープで塞ぎ、Bを床の上に倒した。そして、リビングルームに移動した乙及び丙は、Bが預金口座から引き出してテーブル上に置いていた上記300万円を見付け、同日午後1時10分、同300万円を持ってB宅を出た。その後、乙及び丙は、甲に対し、いつもどおりのやり方でBから300万円をだまし取ってきたと虚偽の報告をし、それぞれ100万円ずつ山分けした。← 行為後の事情

- 5 同日午後3時、Bの娘CがB宅を訪れ、緊縛されたBを発見した。Cから上記ロープ及び粘着テープを取り外してもらったBは、立ち上がろうとしたものの、長時間の緊縛による足のしびれでふらついて倒れそうになった。そのため、Cは、Bを座らせ、そのままのように言った。Bは、それにもかかわらず、その1分後、Cがその場を離れた隙に、奪われた物の有無を確認するために立ち上がろうとした。その際、Bは、まだ上記足のしびれが残っていたために、転倒して床に頭を打ち付け、全治2週間を要する頭部打撲の傷害を負った。

車倒しの罪責は
問われていない

【設問2】 【事例2】における①甲、②乙及び③丙の罪責について、論じなさい（住居等侵入罪（刑法第130条）及び特別法違反の点は除く。）

【事例3】（【事例2】の事実が続けて、以下の事実があったものとする。）

- 6 Y警察署の警察官Dは、【事例2】に係る事件につき、乙に対する逮捕状を取得し、乙の逮捕に向かったところ、乙が細い路地を丁と共に歩いているのを発見した。Dは、逮捕のため、乙に接近しようとしたが、それに気付いた乙が走って逃げ出したため、急いで乙を追おうとした。①丁は、乙が警察官に逮捕されそうになっていることを察し、乙を逃がそうと考え、怒号しながら両手を広げて立ちほだかり、道を塞いだ。そのため、Dは、直ちに乙を追い掛けることができず、乙を逮捕することができなかった。

- 7 その後、②Dは、Y警察署の警察官5名に乙を追跡して逮捕するよう応援を要請した。③丁は、警察官による乙の逮捕を妨害しようと考え、Y警察署に電話をかけ、「Y署近くの路上で、通り魔に刺されました。すぐに来てください。」などとうそを言った。そのため、上記警察官5名は、更なる通り魔事件発生への警戒等を行わざるを得なくなった結果、乙を追跡できず、乙を逮捕することができなかった。

丁の行為による妨害の対象となった公務員によるものか？

論じてよ
特定して
あるか
このもので
公務員による

【設問3】 【事例3】における前記6の事実につき、丁に業務妨害罪の成立を否定しつつ（丁による怒号などは、公務執行妨害罪における暴行・脅迫には当たらないが、業務妨害罪における威力には当たることを前提とする。）、前記7の事実につき、丁に上記警察官5名に対する業務妨害罪の成立を肯定する立場からは、その結論を導くために、どのような説明が考えられるか、論じなさい。なお、自らの見解を問うものではない。

論文式試験問題集 [刑事系科目第2問]

R5 刑訴法

【刑事系科目】

【第2問】（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

1 (V)は、令和4年10月25日午前2時頃、H県I市内のV方2階寝室で就寝中、物音に気付いたため、1階リビングルームに行き、照明をつけた。すると、黒のニット帽、黒のマスク、黒のジャンパー、黒の手袋、緑の作業ズボン、黒のスニーカー姿の身長165センチメートルくらいで、小太りの男性（以下「犯人」という。）がタンスを物色していた。犯人がVにつかみかかってきたため、Vが無我夢中で腕を振ったところ、その拳が犯人の鼻の辺りに強く当たった。これに対し、(犯人)は、その場にあったゴルフクラブを手に取り、Vの左側頭部を1回殴打して、逃走した。(V)は、犯人から殴打された左側頭部から出血して、その場に倒れて失神した。その後、覚醒したVは、同日午前2時12分頃、110番通報し、強盗の被害に遭って犯人にゴルフクラブで頭を殴られたこと、犯人はゴルフクラブを持って逃走したと思われること、犯人の着衣や背格好などを伝えた。

H県警察I警察署の司法警察員(P)は、同日午前2時18分頃、現場であるV方に臨場し、玄関から1階リビングルームにつながる廊下に足跡があるのを発見した。このとき、Pは、Vがすぐに病院に救急搬送されたため、Vから詳細な被害状況を聞くことができなかった。Pらは、住居侵入・強盗殺人未遂事件（以下「本件事件」という。）として、捜査を開始したが、同現場からは、足跡以外に、犯人の特定につながる証拠を発見することができなかった。

2 その後、Pは、V方付近にあるコンビニエンスストアに設置された防犯カメラの映像に、同日午前2時7分頃、Vが110番通報した際に告げた犯人の着衣や背格好などに酷似した男性が、長い棒状の物を手に持ち北西方向に走っている様子が記録されているのを発見した。また、Pは、同コンビニエンスストアから北西に約1キロメートル離れた場所にあるガソリンスタンドに設置された防犯カメラの映像に、同日午前2時22分頃、マスクは着けておらず、長い棒状の物も持っていないかつ、前記コンビニエンスストアの防犯カメラの映像に記録されていた男性と酷似した男性が、同ガソリンスタンドの向かいにあるアパートの建物の中に入っていく様子が記録されているのを発見した。Pは、この男性（以下「甲」という。）が本件事件の犯人である可能性が高いと考え、甲の動向を確認するため、同日午前4時頃から同アパート周辺の公道上での張り込みを開始した。

すると、同日午前6時頃、(甲)が同アパートの建物から出てきて、同アパートの敷地内にあるごみ置場にごみ袋1袋を投棄した。そこで、(P)は、同ごみ袋の外観の特徴を公道上から目視して確認した上で、同アパートの敷地と隣接する大家方に赴いた。このとき、(P)は、同アパートの所有者である大家から、同アパートでは、居住者に対して、ごみを同ごみ置場に捨てるように指示しており、大家が同ごみ置場のごみの分別を確認し、公道上にある地域のごみ集積所に、ごみ回収日の午前8時頃に搬出することにつき、あらかじめ居住者から了解を得ていることを聞いた。(P)は、この日が同ごみ集積所のごみ回収日であったことから、大家と一緒にアパートの敷地内の同ごみ置場に向かい、そこに投棄されていた複数のごみ袋の中から、先ほど特徴を確認しておいたごみ袋1袋だけを選び、大家から任意提出を受けて(領置)した【捜査①】。

(P)は、同ごみ袋をI警察署に持ち帰り、同ごみ袋を開けて内容を確認したところ、黒のスニーカー1足が入っているのを発見した。捜査の結果、同スニーカーの靴底の紋様が、V方廊下に付着していた足跡と矛盾しないものであることが判明した。しかし、同スニーカーは大手ディスプレイショップで大量に販売されていたものであった上、同スニーカーから、犯人の特定につながる証拠を得ることもできなかった。そのため、Pは、この段階では甲の逮捕状を請求することは難しいと考えた。

下線部
①

3 一方で、I警察署の司法警察員らは、犯人の逃走経路と考えられる場所の捜索をしていたところ、同月26日、植え込みの中からゴルフクラブと黒のマスクを発見した。同ゴルフクラブには血液が付着しており、DNA型鑑定により、その血液のDNA型とVのDNA型が一致することが判明した。また、同マスクの内側及び外側にも血液が付着しており、DNA型鑑定により、外側に付着した血液のDNA型とVのDNA型が一致することが判明した。一方、内側に付着した血液については、同マスクが本件事件の凶器であると考えられる同ゴルフクラブと同じ場所に投棄されていたこと、犯人が犯行当日に黒のマスクを着けており、Vの拳が犯人の鼻付近に強く当たったことなどから、犯人の血液である可能性が極めて高いと認められた。もつとも、DNA型鑑定により、そのDNA型は判明したものの、同DNA型は、警察が把握していたDNA型のデータベースには登録されていなかった。

I警察署の司法警察員らは、甲と犯人との同一性を判断するために、甲のDNA型を特定するための証拠を入手したいと考えた。しかし、行動確認の結果、甲方に複数人が出入りしていることが判明していたことから、ごみの中から甲のDNA型を特定するための証拠を入手することが難しい状況であった。そうしたところ、Pは、ボランティアがI市内の公園で開催し、多数の人に食事の提供をしている炊き出しで、甲が食事の提供を受けていることを把握した。Pは、公園内のごみ箱に甲が投棄した炊き出し用の使い捨て容器を回収することを考えたが、炊き出しの参加者が多く、甲が使用した容器だけを選別することは困難であると思われた。そこで、①は、同月30日、ボランティアの一員として炊き出しに参加し、容器の裏側にマークを付けて、同容器に豚汁を入れて甲に手渡した。すると、②は、数人と連れ立って公園を出て公道上に座り込み、当該容器の豚汁を食べ終えると、空の容器を公道上に投棄して、その場を去った。③は、ボランティアが炊き出しを終えて公園から去った後、④公道上に投棄されていた複数の容器の中から前記マークの付いた容器を回収して、これを⑤領置した【捜査②】。

その後、DNA型鑑定により、同容器に付着した唾液から判明した甲のDNA型が、犯人のものである可能性が極めて高い前記DNA型と一致することが判明した。そこで、Pは、甲の逮捕状及び甲方の捜索差押許可状を取得し、同年11月1日、甲を逮捕するとともに、甲方の捜索を実施し、鍵を開けるための特殊な道具（以下「ピッキング用具」という。）を差し押さえた。甲は、逮捕後、本件事件について自白し、同月2日にH地方検察庁の検察官に送致され、同日中に勾留された。

4 I警察署の司法警察員⑥は、同月4日、同署において、Vから被害状況を聴取した。Vは、Qに対し、「犯人が、右手でゴルフクラブのグリップを握り、すごい速さでゴルフクラブを斜め上から振り下ろして、私の左側頭部を殴った。」旨供述し、その旨の警察官面前調書が作成された。

5 Qは、同月5日、I警察署において、甲の取調べを行った。甲は、Qに対し、窃盗目的で、施錠されていたV方玄関ドアの特殊な錠をピッキング用具で解錠して室内に侵入し、タンスを物色するなどしたが、Vに発見されたため、逮捕を免れる目的でVの頭部をゴルフクラブで殴打した旨供述し、その旨の警察官面前調書が作成された。そこで、⑦は、甲方から押収されたピッキング用具と同種のもの及び本件犯行時にV方に設置されていた錠と同種の特殊な錠を準備し、同日、同署において、甲に対し、「この道具を使って、この錠を開けられますか。」と尋ねた。⑧は、随時説明しながらピッキング用具を使って解錠した。後日、⑨は、その解錠の状況につき、【実況見分調書①】を作成した。同調書には、甲が解錠している前記状況を連続して撮影した写真が複数枚添付されており、これらの写真の下に、それぞれ「被疑者は、『このように、ピッキング用具を錠穴に入れてこうして動かしていくと解錠できます。』と説明した。」との記載があった。また、甲が解錠された後の錠を指さしている場面の写真1枚が添付されており、その下に「被疑者は、『このように解錠できました。』と説明した。」との記載があった。ところが、その後、⑩は、取調べにおいて、⑪に転じた。

下線部
②

6 H地方検察庁の検察官Rは、同月8日、同検察庁において、Vから被害状況を聴取したところ、Qに対して供述した内容と同様の説明をしたため、その旨の検察官面前調書を作成するとともに、同日、同検察庁において、Vを立会人とした実況見分を実施した。その際、Rは、前記ゴルフクラブと同種のを準備し、検察事務官Sを犯人に見立て、Vに対し、被害状況について説明を求めつつ再現させた上、その再現状況を写真撮影した。後日、Rは、この結果につき、【実況見分調書②】を作成した。同調書には、Sが右手でゴルフクラブのグリップを握り、Vの左側頭部を目掛けて振り下ろしている場面の写真1枚が添付されており、その下に「このようにして、犯人は、右手に持っていたゴルフクラブで私の左側頭部を殴りました。」との記載があった。

7 同月20日、甲は、住居侵入・強盗殺人未遂罪によりH地方裁判所に起訴された。

同被告事件は、裁判所の決定により、公判前整理手続に付された。同手続の中で、公判立会検察官Tは、前記【実況見分調書①】につき、立証趣旨を「甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」として、証拠調べの請求をした。また、Tは、前記Vの検察官面前調書につき、立証趣旨を「被害状況」とし、前記【実況見分調書②】につき、立証趣旨を「被害再現状況」として、それぞれ証拠調べの請求をした。

これに対し、甲の弁護士は、「犯人性を争う。」と主張し、いずれの証拠についても不同意とした。

その後、Vは、公判前整理手続が終了する前に交通事故により死亡した。

【設問1】

下線部の【捜査①】及び【捜査②】の~~設置~~の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【設問2】

【実況見分調書①】及び【実況見分調書②】の~~証拠能力~~について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、【捜査①】及び【捜査②】の適否が与える影響については論じなくてよい。

- ※ 実況見分調書①
- ・司法警察員Qが作成
 - ・写真被数枚が添付
 - ・各写真の下にQが甲から聴き取った説明が記載

- ※ 実況見分調書②
- ・検察官Rが作成
 - ・写真1枚が添付
 - ・写真の下にRの言葉が記載

〔調整余白〕

【2024年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～⑧】

～ここでは講師紹介の一環として私矢島が担当している主な講座を紹介しています～

*最新の法改正や判例に対応

ここに掲載した講座は2024年合格目標のもので、2024年度の司法試験や予備試験で出題される改正法や判例に対応済みです。ここに掲載した講座は、毎年、テキストを改訂しており、法改正に関わらない箇所も理解しやすいように改良しています。

*合格に必要な能力を身に付けるための4つの講座（概要）

どの講座を受講すれば良いかを迷っている方は、次の4つの講座を受講すれば合格に必要な知識や法的思考能力を修得できます。①と②が核となる講座です。③と④は短時間で実施する試験直前期の直前対策講座です。全て通学クラス・通信クラスが選べます。

① 矢島の速修インプット講座（2023年7月25日～11月25日に新規収録）

論文試験と短答試験に共通する重要知識を本質的に理解して修得するための講座です。直近の試験も含めた最近の試験傾向に対応できるように、毎年、講義の内容を工夫しています。基本知識というのは、ただ知っているというのでは本試験に太刀打ちできません。直近の試験の質を踏まえて、本試験に対応できる質の理解をしていきます。

② 矢島の論文完成講座（2023年12月5日～翌年3月26日に新規収録）

試験考査委員が受験生に求める答案の書き方を徹底的に理解して修得するための講座です。この講座では、これから答案の書き方を学ぶ受験生だけでなく、答案の書き方をある程度知っている受験生が本試験で初見の問題に対応できるだけの法的思考能力を修得できます。

③ 矢島のスピードチェック講座（2024年3月30日～4月20日に新規収録）

直前対策用の講座です。前年度の出題傾向を踏まえて、直前期にここだけはおさえおきたいという重要度の高い基本知識を短時間で復習して、試験当日までに重要知識を記憶に残せるようにします。

④ 矢島の最新過去問&ヤマ当て講座（2024年4月25日～6月6日に新規収録）

直前対策用の講座です。直近の司法試験の論文過去問を題材にして、現在の試験考査委員が受験生に求める法的思考能力の質を理解します。また、ヤマ当てという形で、論文試験の題材になりそうな論点を深く考察できる講義をします。

・以下は各講座の詳細

なお、より詳細な情報は、LECのウェブページかパンフレットをご覧ください。

① 矢島の速修インプット講座（司法試験・予備試験の対策）

[必修7科目合計188時間・1回の講義は4時間・全47回] 注：前年度は144時間
本講座は、必修7科目（憲法、民法、刑法、商法の分野のうち会社法、民事訴訟法、刑事訴訟法、行政法）について、**合格に必要な基本知識や重要判例を体系的に確実に修得して、どのような問題にも対応できるだけの正確な理解に基づく真の学力**を身につけるための講座です。講義の際は、試験対策上、**理解しておけば足りるところと、理解した上で記憶までしておかなければならないところを明確に指摘**するので、講義を受講し終えたときに、**何をどの程度まで復習すべきかが明確に把握**できます。これからインプット学習を始める受験生はもちろん、これまでどこかでインプット学習をした経験があるけれどインプットに不安を抱えている受験生でも、この講座の**講義を聴いて復習すれば確実に前に進む**ことができます。

★コメント★ ～テキストと講義について

論文試験と短答試験の情報を一元化して受験対策を効率よく行えるようにするために、本講座で使用するテキストには、**論文試験の合格に必要な情報**に加えて、論文試験と比べて若干細かい知識が問われることがある**短答試験**においても**合格点を十分超える点数を獲得できる程度の情報**を掲載しています。テキストの分量が多いと安心感があって喜ぶ受験生がいるのに対して、分量が多いと学習しきれないということで嫌がる受験生もいるかもしれません。受験生の中にもいろいろな方がいることを考慮して、テキストに掲載した情報については、情報ごとに重要度を表す記号を付しています。**講義中**は、テキストに掲載した情報のうち論文試験と短答試験に共通する**重要度が高い情報に絞り込んで、将来の試験に対応**できるだけの**深い解説**をしています。テキストの分量が多くて心配だという受験生でも、最低限、**講義中に解説**した箇所だけをしっかりと**復習**することで、**最近の試験の傾向を踏まえた合格に必要な学力を習得**することができるので、テキストの分量が多いということは心配する必要はありません。

★コメント★ ～通学クラスのWebフォロー制度（欠席フォロー制度）

通学クラスに参加したいけれど、仕事や家庭の事情で毎回時間どおりに参加するのが難しいという方は、**通学クラスに申し込み**をしておいて、**参加できる回だけ教室**で講義を聴くことをお勧めしています。**遅刻、早退**しても何の問題はありません。**矢島の速修インプット講座の通学クラス**の受講生に対しては、**講義実施の翌々日から Web で配信**するので、教室で聴けなかった講義をいつでも聴くことができます。

② 矢島の論文完成講座（司法試験・予備試験の対策）

[必修7科目合計120時間・1回の講義は4時間・全30回]
インプットした基本知識を、論文試験の事例処理を通じて**答案の形**にするのに必要な**法的思考能力**を修得するための講座です。**矢島作成の解答例**を使用します。講義では、**試験考査委員**に高い評価を得られる**答案の作成方法**を徹底的に指導します。取り扱う問題は、**司法試験の過去問がメイン**となりますが、**法的思考能力を磨くのに有益な予備試験の過去問**や、必要に応じて**オリジナル問題**を取り扱うことがあります。

★コメント★

解答例を丸暗記する学習をしても、試験本番で初めて見る問題に対応できません。講義中は、初見の問題にも対応できるだけの事案分析能力、法律構成能力、結論の妥当性を意識した事案検討能力(妥当な当てはめの能力)を習得できるだけの解説をしています。今度の論文試験で何としてでも合格点を獲得したいという本気の受験生にぴったりの講座です。

★コメント★ ～通学クラスのWebフォロー制度（欠席フォロー制度）

前掲の矢島の速修インプット講座と同様、**矢島の論文完成講座の通学クラス**の受講生はWebフォロー制度（**欠席フォロー制度**）を利用することができます。

なお、この制度による講義の配信は、パンフレット記載の通信クラスの配信開始日までなのですが、その日以降は、通学クラスの受講生でも、通信クラスの受講生と同じように、引き続き、Web上で講義を視聴することができます。講義中に講義を自分で録音する必要はありません。

③ 【直前対策講座】**矢島のスピードチェック講座**（司法試験・予備試験の対策）

〔必修7科目合計72時間・1回の講義の時間は科目ごとに異なる〕

〔民法16h、刑法16h、憲法・会社法・民訴法・刑訴法・行政法は各8h〕

注：前年度は51時間

合格に必要な重要論点や重要判例を試験直前期に短時間で効率よく復習するための直前対策講座です。試験直前期になってインプットが間に合わないのではないかと心配している受験生でも、自信をもって試験に臨めるようになります。また、矢島の速修インプット講座で取り扱った事項のうち特に重要度が高いものを中心に効率よく復習して理解と記憶を深めることができるので、合格に必須の最重要事項について、**試験直前期の最終チェック**をするのに最適の講座です。

★コメント★

試験本番まで比較的余裕がある時期に**矢島の速修インプット講座**で各科目の重要事項の深い理解をしておいて、試験直前期の**矢島のスピードチェック講座**で重要事項を短時間で記憶喚起したり、以前よりも理解を深めたりして、試験本番に臨むというのが**理想的な学習計画**となります。**短時間**で重要事項を**総復習**して**合格**に近づくのに有益な講座です。

④ 【直前対策講座】**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**

〔必修7科目×4時間＝合計28時間・全7回〕

司法試験の最新の論文過去問の分析と直近の論文試験のヤマ当てをするための講座です。最新の論文過去問は、**最近の試験考査委員**が受験生に対して**どのような答案を求めているかを理解**するのに役立つ最良の道具となります。最新の過去問と**矢島作成の解答例**を用いて、**本番の試験**で求められている**法的思考能力の「質」**をしっかりと理解して、**本試験**で**高評価**を得られる答案がどのようなものかをイメージできるように、しっかりと講義していきます。**各科目の講義の後半**では、**今回実施予定の司法試験の論文試験で出題されそうな論点や重要判例等のヤマ当て講義**を実施します。

本講座は司法試験を題材としていますが、試験考査委員が求める答案がどのようなものかを理解して、**司法試験で出題される論点**の題材にして**法的思考能力を磨く**ことは、予備試験の受験にも役立つため、予備試験の受験生にもお勧めの講座です。また、**ヤマ当て講座の講義の質が高いので、ヤマに関係なく学力向上に役立ちます。**

ヤマ当てに関して、司法試験と予備試験で近年出題されていない重要論点は近いうちに司法試験か予備試験あるいはその両方で出題される期待が高まり、直近の予備試験で出題され論点は、その重要度にもよりますが、基本的には司法試験でも予備試験でも出題されにくくなります。**司法試験のヤマ当てには、司法試験はもちろん予備試験の出題傾向を分析**することも**含まれる**ため、**本講座は予備試験の受験生にも役立ちます。**

⑤ 短答試験対策のための講座「**矢島の短答対策シリーズ**」の一覧

[以下の全科目を新規収録して2024年1月29日に配信開始] [通信クラスのみ]

- ・商法総則・商行為・手形法 [6時間] (予備試験の対策・**論文に必要な知識も修得**)
- ・民事訴訟法 [5時間] (予備試験の対策)
- ・刑事訴訟法 [5時間] (予備試験の対策)

注：矢島の短答対策シリーズとして以前まで実施していた「憲法統治」、「家族法」、「会社法」、「行政法」については、テキストの情報を整理して「**矢島の速修インプット講座**」のテキストに掲載しました。

⑥ 司法試験・予備試験の**選択科目**の対策 ～**労働法**のインプット&論文対策

(1) **矢島の労働法** [選択科目総整理講座] [4時間×8回=合計32時間]

(毎年新規収録して2023年7月24日に配信開始) [通信クラスのみ]

本講座は、**まず**、矢島の体系整理テキスト労働法(毎年改訂)を使用して、合格に必要な基本知識や重要判例をインプットするための講義を1コマ4時間で5コマ実施します。**次に**、司法試験の**論文過去問と矢島作成の解答例**を題材に労働法の合格答案の書き方を修得するための講座を1コマ4時間で3コマ実施します。

この講座は、イメージでいうと、矢島の速修インプット講座と矢島の論文完成講座がセットになったようなものです。

(2) **【直前対策講座】矢島の直前対策スピードチェック労働法** [合計8時間]

～**今期の試験直前期に特に深い理解しておきたい事項の最終チェック**

(2024年6月13日 13~22時(中間に1時間休憩) 通学は水道橋・通信あり)

(パンフレットに未掲載、詳細はWEBでのみ告知)

労働法の学習は一通りしたもの、試験直前期に不安が残るという受験生が自信をもって試験本番に臨めるように、労働法の事例処理の核となる重要論点に的を絞って総復習をします。「**矢島の労働法**」の受講生にとっても**試験直前期に特に意識を集中すべき事項に的を絞って確実に復習**できるため、安心して試験に臨めます。

⑦ 【直前対策講座】矢島の法律実務基礎科目〔民事・刑事〕〔24時間〕

(予備試験の対策) (新規収録して2024年8月上旬に配信開始) [通信クラスのみ]
[4時間×6回=合計24時間]

本講座は予備試験の法律実務基礎科目の近年の試験傾向を十分に考慮した上で、合格に必要な基本重要知識のインプットや、論文答案の書き方を修得することを目的とした直前対策用の講座です。本講座を利用することで、短答式試験が終了した後も、短時間で法律実務基礎科目の試験対策をすることができます。なお、講義の内容は司法研修所が採用する見解に準拠しているため、司法修習の事前準備や、司法修習の修了試験の対策としても有益です。講義での主な取扱い事項は次のとおりです。(1)は過去問編として実施し、(2)、(3)、(4)は知識編として実施します。

- (1) 民事・刑事ともに合格に必要な能力を修得するのに最適な論文過去問を題材に将来の試験に役立つように思考方法を矢島作成の解答例で徹底解説
- (2) 民事のインプット講義として、民事事実認定の基本的なルール、要件事実、民事保全法、民事執行法
- (3) 刑事のインプット講義として、刑事事実認定の基本的なルール、刑事実務に関する試験で問われやすい基本知識 (勾留、接見禁止、保釈、準抗告、公判前整理手続、証拠調べ手続の実務基礎、その他)
- (4) 民事・刑事ともに論文試験、口述試験で出題頻度が高い弁護士倫理

★コメント★ 矢島の法律実務基礎科目を効率よく受講するための事前準備

本講座は予備試験の論文試験の【直前対策講座】という位置づけで、論文試験の直前に開講するものですが、本講座を受講するまでに矢島の速修インプット講座、矢島の論文完成講座で民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法の基本知識を修得し、さらに余裕があれば、矢島の短答対策シリーズで、民事訴訟法、刑事訴訟法の短答知識を修得しておけば、論文試験の直前期に短期間で法律実務基礎科目において合格点を獲得できるだけの能力を修得することができます。

例えば、法律実務基礎科目の民事の分野で出題される要件事実に関する問題についていえば、矢島の速修インプット講座の「民法」の科目で民法の実体法の基本知識を修得し、「民事訴訟法」の科目で主要事実の客観的証明責任を振り分ける基本的なルールを修得すれば、短期間で要件事実の摘示ができるようになります。

一番よくないと思われるのは、民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法の基本事項を十分に修得しないまま、法律実務基礎科目の学習を開始することです。法律実務基礎科目において試験本番で初見の問題に対応する真の応用力を修得するには、民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法の基本事項の学習を事前にしっかりと行っておくことが必須になります。

⑧ 矢島の勉強会（～矢島講師と一緒に答案を手書きする集い）

〔1回8時間×7回（必修7科目各1回）＝合計56時間〕

〔通学クラスのみ・水道橋本校〕

本講座は、主に司法試験の論文過去問の一部を題材にして、一定の時間内に合格可能な実践的な手書き答案を作成するコツを学ぶための講座です。必要に応じて予備試験の論文過去問の一部又はオリジナル問題を併用することがあります。毎回2通の答案を作成します。本講座では、受講生は講師と一緒に教室内で答案を手書きした上で、講師の答案構成用紙や答案用紙を資料の1つとして、答案構成の仕方を含めて、実践的な答案を作成するのに必要な思考方法を学ぶことができます。矢島の論文完成講座などの論文対策用の講座を受講して頭の中で答案の作成方法を分かったという段階から、実際に一定の時間内で合格可能な答案を手書きできる段階にステップアップしたいという受講生にお勧めの講座です。

答案作成とは別に、重要論点を含む基本知識のキーワードを穴埋め形式にした講師作成のオリジナル教材を使用して、基本知識を記憶するコツを学ぶことができます。基本知識をインプットするための講座を受講したけれど、記憶すべきことを記憶することができないという方が記憶のコツを学ぶことができます。

本講座では、講義時間中、答案を手書きしている時間を除いて、受講生は自由に質問をすることができます。本講座は収録をせずに教室内だけで実施するものなので、質問したいことがあれば講義中に遠慮なく質問をしてください。

注：講義は、水道橋本校において、2024年5月11日（土）から同年6月22日（土）までの毎週土曜日に実施します。時間帯は12時から20時までの8時間です。

注：2026年度以降のCBT試験が初受験となる方は個人でノートパソコン等を持ち込んで答案作成をしてもかまいません。バッテリーは各自準備してください。

***再受講割引のお知らせ ～合格するまでのペースメーカーとして活用**

前掲の講座は**再受講割引**で申し込むことができます。ほぼ毎年のように法改正が行われ、新たな重要判例が登場する今日において、法律家として仕事をするには、司法試験に合格した後も法律の学習を継続していく必要があります。法律の世界で活動していく限り、法律の学習をやりすぎて損をすることはありません。予備試験や司法試験に合格するまでのペースメーカーとして、また、司法試験合格後の司法修習の準備や司法修習の修了試験の対策のために、さらには、実務家に必要な法知識面での素養を維持・向上するために再受講割引制度を活用してください。

①②の講座のセット（矢島の速修パック）

①②③④の講座のセット（矢島のスタンダードコース） ←このセットが**標準**です。

①②③④⑤及び⑦の講座のセット（矢島の予備試験パック）

上記の各セットについては、割引の条件に適合すれば、**一般価格から40%割引いた割引価格**で受講することができます。パンフレット又はLECのウェブページを参照するか、LECの受付に直接お問い合わせください。

割引の条件：年度を問わず、過去に「矢島の速修インプット講座」、又は、「矢島の論文完成講座」のどちらか1つを7科目セットで受講していること。前記各講座は、その前身の講座である「重要事項完成講座」の「知識編」又は「論文過去問徹底分析編」でも代替できます。また、単価受講で結果的に7科目受講した場合でも割引を受けられます。

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2024 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU24933