

予備試験

口述試験直前期の過ごし方

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 151146

LL15114

2015予備試験 口述試験直前期の過ごし方

2015年10月10日
LEC専任講師 武山茂樹

第1 心構え

1 事前準備～万が一の事態を想定する

- ・試験日程を間違えない
- ・会場の確認, ルートの確認
～似たような名前の会場がある場合も
- ・遠方から来る人は, 前日入り (もしくは前々日入りする)
- ・お金は二箇所に分けて持つ
- ・いざとなったらタクシーを呼べるようにする
- ・体調管理は万全に
～前日, 当日の食べ物に注意

2 当日

- ・絶対に遅れない
- ・何があっても (何を忘れても) とにかく試験会場に行く
- ・着いたらリラックス

3 試験の時

- ・一礼をする, 試験官も人間
- ・名前は絶対に言わない (特定になる。但し, 受験案内等の指示が異なる場合はそちらを優先する)
- ・前の科目を気にしない
- ・他の人を気にしない
- ・時間が長いかわりかは関係ない
(私は民事系30分, 刑事系5分くらいだったと思う)
- ・緊張は絶対する。緊張の中でも何とか条文等を思い出して答える
- ・即答はしなくてよい。但し沈黙はしない。
「えーっと確か民法467条あたりにあったような...」とかつぶやいていると助け舟を出してくれることもある。

第2 過去の出題テーマ

1 民事系

- (1) 2011 年度
 - ・消費貸借, 保証契約の要件事実, 実体法の知識
 - ・管轄
 - ・保全, 保全執行
- (2) 2012 年度
 - ・不法行為の訴訟物, 要件事実, 実体法の知識
 - ・相殺
 - ・弁論の併合
 - ・和解と執行方法
 - ・利益相反 (弁護士倫理)
- (3) 2013 年度
 - ・請負契約の訴訟物, 要件事実論, 実体法の知識
 - ・弁護士倫理
- (4) 2014 年度
 - ・代償請求
 - ・即時取得の要件事実論
 - ・代物弁済の要件事実論
 - ・書証の真正
 - ・民事保全

2 刑事実務

- (1) 2011 年度
 - ・勾留
 - ・保釈
- (2) 2012 年度
 - ・放火
 - ・詐欺
 - ・伝聞法則
 - ・証拠採用
 - ・公判前整理手続
- (3) 2013 年度
 - ・住居侵入強盗を中心とする実体法の知識
 - ・差押えを中心とする手続法の知識
 - ・違法性の承継等
- (4) 2014 年度
 - ・預金の占有と詐欺・横領、誤振込み
 - ・差し押さえと令状の記載
 - ・場所に対する令状で人を捜索できるか
 - ・誠実義務と真実義務との衝突

第3 過去問の出題例

1 2012年度民事実務

＜パネルを見せられて＞

①では、事案の説明をします。よく聞いてください。会社員のAさんが、大学生で18歳のBとCに暴行を加えられ、怪我をして会社を休み、休業損害を含めて100万円の損害が発生しました。AさんがBさんに訴えを提起するとして、訴訟物は何になるでしょうか？

②では、Aさんは、その訴えを、どこに提起すべきでしょうか？

③では、次に行きます。本問の事案で、AさんはBやCに訴えるだけで十分でしょうか？

④では、BやCを相手として判決を得る意味はありますか？

⑤では、BやC以外に請求するとすれば、どうすればいいですか？

⑥本件で親の監督義務違反があると思いますか？

⑦平成18年にこれに関する判例があるのは知っている？

⑧次に行きます。この訴訟について、A勝訴の判決を下す場合、どのような主文になりますか？

⑨では、次ですが、BがAに対して、別の出来事によって、不法行為に基づく損害賠償請求権を持っていたとします。その場合、Aの請求に対してBは相殺の主張をできますか？

⑩では、両方の債権が不法行為債権である必要がありますか。

<次のパネルを見せられる>

⑪（BとCの言い分が挙がっている）Bは「(Aが先に手を出してきたから、自分の身を守るために、Aに暴行を加えた)」と言っています。Cは「(Bと同じです)」と言っています。よろしいですか。

⑫これは、何が問題になりますか。

⑬これは、不法行為に基づく損害賠償請求に対して、どういう関係になりますか。

⑭では、次に行きます。BがAに対して不法行為に基づく損害賠償請求をした場合は、どうすればよいですか？

⑮次に行きます。本件訴訟が進み、AとBCとが和解し、Aは請求を取り下げることになりました。Aは、裁判外の和解に基づいて、どうすることになりますか。

⑩では、次に行きます。本件訴訟において、BとCの訴訟代理人として、弁護士Qが事件を受任したとします。弁護士倫理上、何か問題になることはありますか？

⑪では、その場合に、弁護士Qはどのような対応をとるべきですか？

2 2012年度刑事実務

①まず、事案をよく聞いてください。Aが自己所有建物に放火し、保険金を詐取しようとしていました。あなたなら、何罪で起訴する？1つだけ答えてください。

②じゃあ、Aの家族が旅行中に放火した場合は？

③そうだね。じゃあ、Aが一人で住んでいた場合に現住建造物放火にならないのはなぜ？条文の文言にしたがって答えてね。

④訴訟で、退職した元消防官で今私人のBが、本件放火について燃焼実験をして作成した火災原因報告書を、検察官が証拠調べ請求しました。その書面はどう扱われる？

⑤では、この書面を公判定で取り調べる証拠決定を裁判所がしました。これに対して、弁護人はどうやって争うの？

⑥じゃあ、書類の取調方法については、どうするの？

⑦証拠物の場合は？

⑧では、次に行くよ。よく聞いてください。訴訟は公判前整理手続に付されました。検察官は、Bの火災原因報告書や写真を閉じこんで、捜査報告書を作成しました。検察官が、これを証拠請求する場合は、どうするの？

⑨類型証拠として認められるための要件は？

⑩本件では要件がある？

⑪じゃあ、弁護人は、検察官の捜査報告書の証拠開示請求をする必要はあるのかな？

⑫そうだね。じゃあ、弁護人は、その書面を類型証拠開示請求する他に、どういう方法があるかな？

第5 出題傾向と対策

1 民事実務

- ・おそらく今年も，要件事実と手続民訴がメインだろう
- ・ただ，民法の実体法知識を問う側面が増える可能性がある
- ・要件事実 が最優先
問題研究レベルは最低限，できれば類型別レベルまで
- ・民法の実体法の知識の確認
- ・民訴の手続の確認，特に条文
- ・証拠関係も民訴は押さえない
～二段の推定等
- ・できれば，民訴の論点もやっておきたい
- ・親族相続もやっておく！（民訴の論点と絡みやすい）

2 刑事実務

- ・刑法各論と刑事訴訟手続がメインだろう
- ・刑事訴訟手続は，捜査と公判及び証拠，どれが出てもおかしくない
- ・刑法・刑訴の論点のようなことも聞かれる
- ・刑法各論の知識の確認
- ・刑訴の手続の確認
これがツートップ
- ・公判前整理手続の確認
- ・捜査，証拠法の論点
- ・刑事事実認定は聞きにくい，聞かれたら現場で思考する！

※客観→主観の流れを大切に

例) 殺人罪でAが起訴された。Aは被害者の死体の側で，包丁を持って立っていた。Aは，被害者を殺したと自白している。
→自白よりも，Aが被害者の死体の側で包丁を持って立っていたことの推認力をまず考える

第6 補充問題

1 民事系

事例) Aは賃貸人, Bは借借人である。A B間の賃貸借契約は賃料が一月30万円, 敷金300万円であり, 引渡しが行われている。AからCへ家屋が譲渡された。

①AC間で所有権移転の合意のみしかない場合に, 賃貸人たる地位が移転するか。

②Bの合意は必要か。

③CがBへ賃料請求するにあたって登記は必要か?

④その理由は

⑤賃料請求する際の訴訟物は何か

⑥では, CB間の賃貸借契約が終了したとして, Bが退去する際, ACいずれに敷金返還請求すればよいか

⑦Bは退去前に敷金返還請求ができるか

⑧では, 先ほどの事案で, Bが賃料不払いを半年ほどして, Cが賃貸借契約を解除したいと思っている。解除の要件は何か

⑨信頼関係不破壊の主張立証責任はどちらにあるか

⑩その理由は何か

2 刑事系

甲は銀行に行き客のバッグを盗もうとしたが警備員に発見され、盗むことはできなかった。甲は逃げ出したが警備員が「泥棒だ」と叫びながら追いかけて、追いつかれた。そこで甲は逃げるために警備員を素手で殴った。

- ①警備員は甲を逮捕できるか

- ②その根拠は

- ③警備員が警察官を呼んできたなら警察官は逮捕できるか

第7 問題の解答

1 2012年民事系

①では、事案の説明をします。よく聞いてください。会社員のAさんが、大学生で18歳のBとCに暴行を加えられ、怪我をして会社を休み、休業損害を含めて100万円の損害が発生しました。AさんがBさんに訴えを提起するとして、訴訟物は何になるでしょうか？

→不法行為に基づく損害賠償請求権。根拠は709条，719条1項
※不真正連帯債務だということも聞かれるかも

②では、Aさんは、その訴えを、どこに提起すべきでしょうか？
被告の住所地又は不法行為地を管轄する簡易裁判所
※地方裁判所でもできる（民訴16条2項）

③では、次に行きます。本問の事案で、AさんはBやCに訴えるだけで十分でしょうか？
資力がない可能性があり十分でない。

④では、BやCを相手として判決を得る意味はありますか？
確定判決を得ておいて、資力を得た時点で執行する
また、不法行為の短期消滅時効を10年にする意味もある

⑤では、BやC以外に請求するとすれば、どうすればいいですか？
BやCの親に対して請求する

※根拠が聞かれるので、714ではなく709を挙げる

⑥本件で親の監督義務違反があると思いますか？
BCが普段から素行が悪く、本件でも「誰かに暴行を加えてくる」と言ったのに止めなかった等の事情がなければ、監督義務違反はないと思う

⑦平成18年にこれに関する判例があるのは知っている？
最判平18.2.24 親権者は犯罪を予測できなかったとして、監督義務違反を否定

⑧次に行きます。この訴訟について、A勝訴の判決を下す場合、どのような主文になりますか？
「BとCはAに対し連帯して100万円を支払え」

⑨では、次ですが、BがAに対して、別の出来事によって、不法行為に基づく損害賠償請求権を持っていたとします。その場合、Aの請求に対してBは相殺の主張をできますか？
できない。
※根拠は民法509条

⑩では、両方の債権が不法行為債権である必要がありますか。
受動債権が不法行為債権である場合のみ相殺できない。不法行為者の被害者には現実に金銭給付をさせる必要性から

<次のパネルを見せられる>

⑪ (BとCの言い分が拳がっている) Bは「(Aが先に手を出してきたから、自分の身を守るために、Aに暴行を加えた)」と言っています。Cは「(Bと同じです)」と言っています。よろしいですか。

⑫これは、何が問題になりますか。

正当防衛が問題になる

※民法720条1項

⑬これは、不法行為に基づく損害賠償請求に対して、どういう関係になりますか。

抗弁となる。認められれば違法性が阻却され、請求棄却になる。

⑭では、次に行きます。BがAに対して不法行為に基づく損害賠償請求をしたい場合は、どうすればよいですか？

反訴を提起する

※別訴提起で弁論の併合を求めるでも可

※弁論の併合は裁判所主導なことも聞かれる可能性

⑮次に行きます。本件訴訟が進み、AとBCとが和解し、Aは請求を取り下げることになりました。Aは、裁判外の和解に基づいて、どうすることになりますか。

裁判外の和解は執行力がないので、執行証書を作成します(民執22条5号)

⑯では、次に行きます。本件訴訟において、BとCの訴訟代理人として、弁護士Qが事件を受任したとします。弁護士倫理上、何か問題になることはありますか？

BCの主張が異なった場合に、利益相反となる可能性がある。

※弁護士職務基本規定28条3号

⑰では、その場合に、弁護士Qはどのような対応をとるべきですか？

説明の上、辞任

※どちらかを辞任すればよいのか、両方辞任すべきなのかは争いあり

2. 2012年刑事系

①まず、事案をよく聞いてください。Aが自己所有建物に放火し、保険金を詐取しようとしてしました。あなたなら、何罪で起訴する？1つだけ答えてください。

A以外が住んでいないなら、他人所有の非現住建造物放火罪(刑法109条1項, 115条)

②じゃあ、Aの家族が旅行中に放火した場合は？

現住建造物放火

※最決平9. 10. 21 参照

③そうだね。じゃあ、Aが一人で住んでいた場合に現住建造物放火にならないのはなぜ？条文の文言にしたがって答えてね。

放火した犯人は108条にいう「人」にあたらなから

④訴訟で、退職した元消防官で今私人のBが、本件放火について燃焼実験をして作成した火災原因報告書を、検察官が証拠調べ請求しました。その書面はどう扱われる？

同意あれば、証拠能力が認められる（刑訴326Ⅰ）

同意なくとも、321条4項で認められる

⑤では、この書面を公判定で取り調べる証拠決定を裁判所がしました。これに対して、弁護人はどうやって争うの？

309条2項で異議を申し立てる。

⑥じゃあ、書類の取調方法については、どうするの？

朗読

※305条1項

⑦証拠物の場合は？

展示

※306条1項

⑧では、次に行くよ。よく聞いてください。訴訟は公判前整理手続に付されました。検察官は、Bの火災原因報告書や写真を閉じこんで、捜査報告書を作成しました。検察官が、これを証拠請求する場合は、どうするの？

証明予定事実記載書面を提出して証拠請求する（316の13ⅠⅡ）

⑨類型証拠として認められるための要件は？

一定の類型証拠に該当すること、重要性、相当性（316の15Ⅰ）

⑩本件では要件がある？

はい（自分なりにあてはめをする）

⑪じゃあ、弁護人は、検察官の捜査報告書の証拠開示請求をする必要はあるのかな？

検察官がまとめた内容の書面が火災原因報告書と合致するか調査する必要がある。

⑫そうだね。じゃあ、弁護人は、その書面を類型証拠開示請求する他に、どういう方法があるかな？

主張関連証拠の開示請求（316の20Ⅰ）

3 民事系補充問題

①AC間で所有権移転の合意のみしかない場合に、賃貸人たる地位が移転するか。

移転する。当事者の合理的意思に合致するから。

※理由付けは聞かれたら、自分なりに端的に答える

- ②Bの合意は必要か。
不要。賃貸人の義務は賃貸人が何人であるかによって異なるから。
- ③CがBへ賃料請求するにあたって登記は必要か？
必要。
- ④その理由は
賃借人が、誰に賃料を支払えばいいか明確にするため。
- ⑤賃料請求する際の訴訟物は何か
賃貸借契約に基づく賃料請求権
- ⑥では、CB間の賃貸借契約が終了したとして、Bが退去する際、ACいずれに敷金返還請求すればよいか
C。敷金は賃貸借契約を担保するものであり、担保の随伴性から認められる。
- ※未払賃料は差し引かれた上承継されることに注意
- ⑦Bは退去前に敷金返還請求ができるか
できない。明渡しが先履行
- ⑧では、先ほどの事案で、Bが賃料不払いを半年ほどして、Cが賃貸借契約を解除したいと思っている。解除の要件は何か
賃貸借契約の成立、賃貸借契約に基づく建物の引渡、賃料不払期間の経過、民法614所定の賃料支払期限の経過、催告、催告から相当期間の経過、解除の意思表示
- ⑨信頼関係不破壊の主張立証責任はどちらにあるか
抗弁に回る
※無催告解除の場合は、請求原因事実になる
- ⑩その理由は何か
民法541条の要件を具備すれば、原則として背信性はあるといえるから

4 刑事系補充問題

- ①警備員は甲を逮捕できるか
できる。
- ②その根拠は
213条に「何人でも」と規定されている。
- ③警備員が警察官を呼んできたなら警察官は逮捕できるか
準現行犯逮捕あるいは緊急逮捕が考えられる
※場合によるので、場合わけして答える、あるいは「～という状況があればできると答える」

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) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL15114