

予備試験スタンダード短答オープンガイドンス

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

目 次

1. 平成30年 予備試験短答式試験【分析】	1
2. 平成30年 予備試験短答問題から	11
行政法〔第14問〕 行政処分の効力	11
民法〔第6問〕 法定地上権	13
商法〔第26問〕 株主代表訴訟	17
民事訴訟法〔第44問〕 控 訴	21
刑法〔第7問〕 犯罪の成否①	25

1. 平成30年 予備試験 短答式試験【分析】

平成30年5月20日に司法試験予備試験の短答式試験が行われました。
その概要をまとめましたので、ご参考ください。

☆ 試験日程（平成30年の短答式試験）

平成30年5月20日（日） 9:45～11:15（1時間30分） 民法・商法・民事訴訟法
12:00～13:00（1時間） 憲法・行政法
14:15～15:15（1時間） 刑法・刑事訴訟法
16:00～17:30（1時間30分） 一般教養科目

☆ 問題数〔注：昨年度と変動ありませんでした。〕

憲法・行政法	24問（憲法：12問（第1問～第12問） （行政法：12問（第13問～第24問））
民法・商法・民事訴訟法	45問（民法：15問（第1問～第15問） （商法：15問（第16問～第30問）） （民訴：15問（第31問～第45問））
刑法・刑事訴訟法	26問（刑法：13問（第1問～第13問） （刑訴：13問（第14問～第26問））
一般教養科目	42問（このうち20問選択）

☆ 解答欄番号の数〔注：昨年と比較して、憲法・行政法・民法・民訴・刑法には変化なく、商法が増加し、刑訴が減りました。〕

憲法・行政法	55（憲法：25（1～25） （行政法：30（26～55））
民法・商法・民事訴訟法	52（民法：15（1～15） （商法：17（16～32）） （民訴：20（33～52））
刑法・刑事訴訟法	40（刑法：19（1～19） （刑訴：21（20～40））
一般教養科目	42

☆ 満点と配点〔注：昨年度と変動ありませんでした。〕

憲法・行政法	60点満点（憲法，行政法，それぞれ30点満点）
民法・商法・民事訴訟法	90点満点（民法，商法，民訴，それぞれ30点満点）
刑法・刑事訴訟法	60点満点（刑法，刑訴，それぞれ30点満点）
一般教養科目	60点満点

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

☆ 頁数〔注：昨年と比較して、一般教養科目には変化なく、憲法・行政法が増加し、民・商・民訴、刑法・刑訴が減りました。〕

憲法・行政法	15 頁〔注：昨年 13 頁〕
民法・商法・民事訴訟法	22 頁〔注：昨年 23 頁〕
刑法・刑事訴訟法	15 頁〔注：昨年 16 頁〕
一般教養科目	23 頁〔注：昨年 23 頁〕

☆ 法務省発表による短答式試験の出願者等の推移

	H30	H29	H28	H27	H26	H25	H24	H23
出願者	13,746	13,178	12,767	12,543	12,622	11,255	9,118	8,971
欠席者	2,610	2,435	2,325	2,209	2,275	2,031	1,935	2,494
受験者	11,136	10,743	10,442	10,334	10,347	9,224	7,183	6,477
(うち途中欠席)	81	78	63	88	52	41	48	67
受験率	81.0%	81.5%	81.8%	82.4%	82.0%	82.0%	78.8%	72.2%
採点対象者	11,055	10,665	10,379	10,246	10,295	9,183	7,135	6,410
合格点	160	160	165	170	170	170	165	165
合格者数	2,661	2,299	2,426	2,294	2,018	2,017	1,711	1,339
合格者の平均点	177.7	174.9	181.5	187.5	185.7	185.3	184.1	184.7

(注) 受験率とは、出願者に占める受験者の割合である。

対受験者合格率	23.9%	21.4%	23.2%	22.2%	19.5%	21.9%	23.8%	20.7%
---------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

☆ (参考) 法務省発表による短答式試験の平均点等の推移

	満点	H30	H29	H28	H27	H26	H25	H24	H23
短答合格点	270	160.0	160.0	165.0	170.0	170.0	170.0	165.0	165.0
全体平均点	270	131.1	130.0	134.6	138.7	137.3	139.5	134.7	130.7
憲法	30	16.8	16.7	17.6	17.3	17.8	16.5	15.1	15.8
行政法	30	12.4	12.4	14.8	15.6	12.7	14.2	12.5	12.2
民法	30	14.7	16.3	16.3	16.9	17.7	19.7	16.3	19.2
商法	30	12.8	14.3	12.0	13.7	15.0	12.1	14.7	12.9
民訴	30	14.7	13.1	15.6	14.7	16.2	17.0	16.9	14.7
刑法	30	15.7	17.3	17.5	16.9	14.1	17.0	16.6	18.6
刑訴	30	16.1	15.3	16.5	15.5	12.4	17.9	15.6	14.0
一般教養	60	27.9	24.5	24.3	28.1	31.5	25.2	27.2	23.2

☆ 短答式試験の得点（法務省発表）

得点		最高点	最低点	平均点
合計得点 (270点満点)		233	0	131.1
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	16.8
	行政法 (30点満点)	30	0	12.4
	民法 (30点満点)	30	0	14.7
	商法 (30点満点)	30	0	12.8
	民事訴訟法 (30点満点)	30	0	14.7
	刑法 (30点満点)	30	0	15.7
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	16.1
	一般教養科目 (60点満点)	60	0	27.9

☆ 司法試験の短答との重なりについて

司法試験の短答式試験が、予備試験の短答式試験と同日に行われました。そこで、司法試験との重複を調査したところ、憲法・民法・刑法の全40問中30問（75%）の問題が司法試験と重複していることが判明いたしました。

憲法：予備試験 12 問中 8 問が新司の問題〔注：昨年度と同じ〕

民法：予備試験 15 問中 12 問が新司の問題〔注：昨年度と同じ〕

刑法：予備試験 13 問中 10 問が新司の問題〔注：昨年度と同じ〕

合計：憲民刑の全40問中30問(75%)〔注：昨年度と同じ〕が新司の問題と重複

正答率一覧（平成30年）

●憲法・行政法

	問題 番号	テーマ	全体 正答率	解答欄	合格者 正答率	不合格者 正答率	正答率 格差
憲法	1	公務員の人権	57%	No.1	83%	52%	31%
				No.2	90%	73%	17%
				No.3	94%	86%	8%
	2	法の下での平等	84%	No.4	90%	78%	12%
	3	インターネットと名誉毀損	86%	No.5	98%	94%	4%
				No.6	98%	93%	5%
				No.7	97%	94%	3%
				No.8	98%	90%	8%
	4	取材の自由	51%	No.9	92%	86%	6%
				No.10	81%	67%	14%
				No.11	75%	64%	11%
	5	学問の自由及び教育の自由	81%	No.12	90%	72%	18%
	6	居住・移転の自由	81%	No.13	89%	73%	16%
	7	人身の自由	41%	No.14	98%	85%	13%
				No.15	86%	69%	17%
				No.16	66%	40%	26%
	8	選挙	26%	No.17	92%	88%	4%
				No.18	55%	41%	14%
				No.19	66%	38%	28%
	9	政党に対する寄付	66%	No.20	71%	60%	11%
	10	衆議院の優越	60%	No.21	79%	74%	5%
				No.22	98%	92%	6%
				No.23	83%	72%	11%
	11	地方公共団体の意義	68%	No.24	75%	60%	15%
	12	条約	35%	No.25	42%	28%	14%

行政法	13	信義則の法理	34%	No.26	39%	28%	11%
	14	行政処分の効力	57%	No.27	76%	38%	38%
	15	行政手続上の不利益処分	22%	No.28	70%	55%	15%
				No.29	77%	62%	15%
				No.30	62%	62%	0%
				No.31	75%	64%	11%
	16	行政裁量	36%	No.32	40%	31%	9%
	17	行政指導	28%	No.33	67%	45%	22%
				No.34	77%	77%	0%
				No.35	93%	77%	16%
				No.36	76%	69%	7%
	18	行政契約	43%	No.37	85%	53%	32%
				No.38	87%	77%	10%
				No.39	81%	53%	28%
				No.40	99%	91%	8%
	19	情報公開法	38%	No.41	45%	32%	13%
	20	処分性	66%	No.42	79%	54%	25%
	21	原告適格	25%	No.43	27%	22%	5%
	22	仮の救済	23%	No.44	97%	91%	6%
				No.45	57%	32%	25%
				No.46	77%	48%	29%
				No.47	59%	42%	17%
	23	国家賠償法	47%	No.48	97%	86%	11%
				No.49	96%	89%	7%
No.50				99%	95%	4%	
No.51				64%	45%	19%	
24	行政不服審査法	31%	No.52	75%	54%	21%	
			No.53	71%	61%	10%	
			No.54	79%	69%	10%	
			No.55	91%	78%	13%	

※太枠部分は、全体正答率 50%以上のものと正答率格差 25%以上のもの

正答率一覧（平成30年）

●民法・商法・民訴

	問題 番号	テーマ	全体 正答率	解答欄	合格者 正答率	不合格者 正答率	正答率 格差
民法	1	法人	49%	No.1	54%	44%	10%
	2	任意代理	43%	No.2	52%	34%	18%
	3	占有権	23%	No.3	29%	18%	11%
	4	所有権の取得	73%	No.4	77%	69%	8%
	5	担保物権	46%	No.5	57%	35%	22%
	6	法定地上権	52%	No.6	66%	39%	27%
	7	詐害行為取消権	70%	No.7	78%	63%	15%
	8	保証	84%	No.8	92%	75%	17%
	9	弁済	48%	No.9	58%	37%	21%
	10	金銭消費貸借	50%	No.10	67%	33%	34%
	11	不動産の賃貸借	80%	No.11	93%	68%	25%
	12	事務管理	49%	No.12	54%	43%	11%
	13	嫡出でない子	85%	No.13	93%	78%	15%
	14	相続人	62%	No.14	68%	57%	11%
	15	遺言の方式	38%	No.15	43%	34%	9%
商法	16	株主総会の設立	41%	No.16	50%	32%	18%
	17	株主の権利	46%	No.17	53%	39%	14%
	18	新株予約権	45%	No.18	57%	34%	23%
	19	株主総会	49%	No.19	58%	42%	16%
				No.20	95%	77%	18%
	20	取締役会	87%	No.21	95%	79%	16%
	21	監査役及び監査役会	46%	No.22	52%	39%	13%
	22	役員等の損害賠償責任	31%	No.23	42%	19%	23%
	23	持分会社	11%	No.24	30%	18%	12%
				No.25	67%	45%	22%
24	剰余金の配当	19%	No.26	13%	25%	-12%	
25	債権者異議手続	37%	No.27	38%	36%	2%	

商法	26	株主代表訴訟	62%	No.28	74%	49%	25%
	27	営業・事業の譲受人の責任	56%	No.29	64%	48%	16%
	28	商人及び商行為	62%	No.30	76%	49%	27%
	29	小切手	50%	No.31	64%	36%	28%
	30	手形債務の発生	77%	No.32	87%	68%	19%
民訴	31	管轄	65%	No.33	71%	58%	13%
	32	当事者	56%	No.34	85%	68%	17%
				No.35	77%	58%	19%
	33	固有必要的共同訴訟の成否	73%	No.36	87%	58%	29%
	34	多数当事者訴訟	21%	No.37	24%	18%	6%
	35	訴えの利益	24%	No.38	81%	68%	13%
				No.39	39%	30%	9%
	36	裁判所・裁判長の行為	42%	No.40	57%	48%	9%
				No.41	80%	52%	28%
	37	新たな訴訟行為の可否	63%	No.42	81%	46%	35%
	38	抗弁	73%	No.43	87%	59%	28%
	39	文書・検証物	38%	No.44	47%	31%	16%
				No.45	63%	52%	11%
	40	私文書の成立	66%	No.46	76%	56%	20%
	41	判決の確定	39%	No.47	75%	55%	20%
				No.48	70%	52%	18%
	42	訴えの取下げ	61%	No.49	69%	53%	16%
43	不服申立て	34%	No.50	45%	22%	23%	
44	控訴	57%	No.51	74%	41%	33%	
45	少額訴訟	55%	No.52	65%	46%	19%	

※太枠部分は、全体正答率 50%以上のものと正答率格差 25%以上のもの

正答率一覧（平成30年）

●刑法・刑訴

	問題 番号	テーマ	全体 正答率	解答欄	合格者 正答率	不合格者 正答率	正答率 格差
刑法	1	凶器準備集合罪	33%	No.1	35%	30%	5%
	2	共同正犯・間接正犯	76%	No.2	88%	64%	24%
	3	信用及び業務に対する罪	74%	No.3	81%	68%	13%
	4	故意	79%	No.4	91%	67%	24%
	5	窃盗罪	62%	No.5	74%	50%	24%
	6	共犯の従属性	73%	No.6	90%	66%	24%
				No.7	88%	62%	26%
	7	犯罪の成否①	65%	No.8	80%	50%	30%
	8	不能犯と未遂犯の区別	64%	No.9	85%	60%	25%
				No.10	94%	79%	15%
	9	同意傷害	85%	No.11	92%	79%	13%
	10	賄賂罪	93%	No.12	97%	89%	8%
	11	責任能力	55%	No.13	72%	39%	33%
12	偽造罪	63%	No.14	70%	56%	14%	
13	犯罪の成否②	16%	No.15	41%	36%	5%	
			No.16	98%	87%	11%	
			No.17	86%	72%	14%	
			No.18	83%	65%	18%	
			No.19	77%	55%	22%	
刑訴	14	捜査の端緒	61%	No.20	67%	55%	12%
	15	緊急逮捕	38%	No.21	54%	21%	33%
	16	勾留理由開示	73%	No.22	86%	59%	27%
	17	逮捕に伴う搜索差押え	88%	No.23	96%	80%	16%
	18	弁護人等の権能	88%	No.24	97%	79%	18%
	19	供述に関する規律	61%	No.25	75%	67%	8%
				No.26	96%	84%	12%
				No.27	100%	95%	5%
				No.28	98%	90%	8%
No.29				99%	96%	3%	

刑訴	20	起訴状一本主義	11%	No.30	98%	91%	7%
				No.31	73%	56%	17%
				No.32	89%	76%	13%
				No.33	64%	40%	24%
				No.34	36%	38%	-2%
	21	訴 因	79%	No.35	91%	67%	24%
	22	被告人勾留	56%	No.36	72%	40%	32%
	23	裁判員裁判	71%	No.37	82%	60%	22%
	24	証人尋問	73%	No.38	87%	60%	27%
	25	伝聞例外	63%	No.39	75%	51%	24%
	26	控訴	84%	No.40	93%	74%	19%

※太枠部分は、全体正答率 50%以上のものと正答率格差 25%以上のもの

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

【MEMO】

2. 平成30年 予備試験短答問題から

[行政法]

[第14問] (配点：2)

行政処分の効力に関する教員と学生の対話中の次のアからウまでの【 】内の各記述について、最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。なお、解答に当たっては、行政庁が以下の農地買収計画を定めることが、いずれも旧自作農創設特別措置法（昭和21年法律第43号。昭和27年廃止）に基づく行政処分であること、同法に基づく農地買収計画に対する争訟の手続は、買収対象となる農地の所有者が異議申立てや訴願（以下、これらを併せて「不服申立て」という。）を前置する制度であったこと、同法に基づく農地買収計画に係る最高裁判所の判例で示された行政処分の効力に係る行政法の理論が現行法においても通用することを前提としなさい。（解答欄は、[No.27]）

教員：行政庁が、ある農地買収計画を定めた後に、その農地買収計画の内容が違法又は不当であると判断した場合の行政処分の効力について考えてみましょう。当該行政庁は、当該農地買収計画に係る法定の不服申立て期間が徒過した後において、法律上の定めがなくても、当該農地買収計画を自ら取り消すことはできるでしょうか。

学生：(ア)【農地買収計画を定めた行政庁は、当該農地買収計画に係る法定の不服申立て期間の徒過により争訟手続によってその効力を争い得なくなった後は、当然無効と認められる場合を除き、当該農地買収計画を自ら取り消すことができないものと解されま

す。】
教員：では、農地買収計画が違法であるが、権限ある機関により取り消されていない場合に、その行政処分の効力がない場合とはどのような場合ですか。

学生：(イ)【農地買収計画の違法が重大かつ明白で当然無効ならしめるものと認められる場合には、権限ある機関による取消しを待たずに、その効力を有しないものと解されま

す。】
教員：では、行政庁がある農地について農地買収計画を定めたが、裁決庁が当該農地の所有者からの不服申立てにより当該農地買収計画から当該農地を除外する旨の裁決を行い確定したという事例で、行政処分の効力について考えてみましょう。当該裁決庁は、その裁決が違法であると判断する場合に、特別の規定がなくてもその裁決を自ら職権で取り消すことができるでしょうか。当該裁決では、一定の争訟手続に従い、当事者を手続に関与させて、紛争の終局的解決を図ることを目的として、実質的には法律上の争訟を裁判していたものと認められることを前提として、考えてください。

学生：(ウ)【当該裁決は、実質的には法律上の争訟を裁判するものであることから、特別の規定がない限り、裁決庁が自ら取り消すことはできないものと解されます。】

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× | |

行政法 第14問	行政処分の効力	H30予備試験
----------	---------	---------

正解 【No.27】 5

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5	6	7	8
全体	10	9	3	1	57	16	2	1
合格者全体	8	4	1	0	76	11	1	0
不合格者全体	13	13	6	3	38	22	3	1

(全体正答率 57%)

ア誤り。本記述は、当該農地計画を自ら取り消すことができないとしている点で、誤っている。

一定期間を経過すると、私人の側から行政行為の効力を争うことができなくなる効力を不可争力という。不可争力は、あくまでも私人の側から争うことができない場合を想定しており、出訴期間経過後に行政庁の側から職権により取り消すことは可能である。

イ正しい。最判昭30. 12. 26 (百選I67)により、本記述は正しい。

判例は、本記述と類似の事案において、「行政処分は、たとえ違法であつても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有する」としている。

よって、違法が重大かつ明白で当然無効ならしめるものと認められる場合には、その処分は効力を有しない。

ウ正しい。最判昭29. 1. 21 (百選I69)により、本記述は正しい。

判例は、本記述と同様の事案において「この裁決が行政処分であることは言うまでもないが、実質的に見ればその本質は法律上の争訟を裁判するものである」とした上で、「本件裁決のごときは、行政機関である上告人が実質的には裁判を行つているのであるが、行政機関がするのであるから…特別の規定がない限り…裁決庁自らにおいて取消すことはできない」としている。

すなわち、審査請求に対する裁決等の争訟裁断的性質を持つ行政行為には不可変更力が生じ、処分庁自ら変更することはできない。

以上により、正しい組合せは「ア× イ○ ウ○」であり、したがって、正解は肢5となる。

[民法]

[第6問] (配点：2)

法定地上権に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.6])

ア. Aが所有する甲土地及びその上の乙建物にBのために共同抵当権が設定された後、乙建物が取り壊され、甲土地上に新たにAが所有する丙建物が建築されて、丙建物につきCのために抵当権が設定された場合において、甲土地に対するBの抵当権の実行によりDが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

イ. Aが所有する更地の甲土地に第一順位の抵当権が設定された後、甲土地上にAが所有する乙建物が建築され、甲土地に第二順位の抵当権が設定された場合において、第二順位の抵当権の実行によりBが甲土地を取得したときは、法定地上権は成立しない。

ウ. Aが所有する甲土地上にBが所有する乙建物があるところ、甲土地にCのために第一順位の抵当権が設定された後、Bが甲土地の所有権を取得し、甲土地にDのために第二順位の抵当権を設定した場合において、Cの抵当権が弁済により消滅し、その後、Dの抵当権の実行によりEが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

エ. Aが甲土地及びその上の乙建物を所有しているが、甲土地の所有権移転登記をしていなかったところ、乙建物に抵当権が設定され、抵当権の実行によりBが乙建物を取得したときは、法定地上権は成立しない。

オ. AとBが共有する甲土地上にAが所有する乙建物があるところ、Aが甲土地の共有持分について抵当権を設定した場合において、抵当権の実行によりCがその共有持分を取得したときは、法定地上権が成立する。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

民法 第6問	法定地上権	H30予備試験
--------	-------	---------

正解 [No.6] 3

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5
全体	17	6	52	19	5
合格者全体	12	3	66	16	3
不合格者全体	22	9	39	21	8

(全体正答率 52%)

ア誤り。本記述は、丙建物が建築された時点での甲土地の抵当権者ではないCが丙建物について抵当権の設定を受けた場合にもかかわらず、法定地上権が成立している点で、誤っている。

最判平9. 2. 14(百選I92事件)。判例は、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、**新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない**」としている。

その理由として、判例は、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であ」ということを挙げている。

本記述において、Cは丙建物が建築された時点での甲土地の抵当権者ではなく、特段の事情は認められないため、原則通り、法定地上権は成立しない。

イ正しい。最判昭47. 11. 2により、本記述は正しい。

判例は、「**土地に対する先順位抵当権の設定当時、その地上に建物がなく、後順位抵当権設定当時には建物が建築されていた場合に、後順位抵当権者の申立により土地の競売がなされるときであっても、右土地は先順位抵当権設定当時の状態において競売されるべきものであるから、右建物のため法定地上権が成立するものではない**」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、先順位抵当権者は土地の担保価値を更地として高く評価しているので、法定地上権の成立が認められれば土地の売却価額が下がり先順位抵当権者が損害を受けるということを挙げている。

ウ正しい。最判平19. 7. 6(百選I91事件)により、本記述は正しい。

判例は、「**土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地**

上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立する」としている。

その理由として、判例は、「抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、先順位「抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから」、後順位「抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったというべきであ」り、先順位「抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても」、後順位「抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない」ということを挙げている。

エ誤 り。本記述は、法定地上権は成立しないとしている点で、誤っている。

最判昭53.9.29。判例は、本記述と同様の事案において、「**抵当権の実行により本件建物を競落した被上告人が法定地上権を取得するものとした原審の判断は、正当として是認することができる**」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、建物抵当権を取得しようとする者は、土地の所有関係や利用関係を調べ、これによって真実の権利関係を知り、法定地上権の成立を期待又は予測しているのが通常である一方で、設定者自身が法定地上権の成立を否定することを認めるのは妥当でないということ を挙げている。

オ誤 り。本記述は、抵当権の実行によりCがその共有持分を取得したときは、法定地上権が成立するとしている点で、誤っている。

最判昭29.12.23。判例は、本記述と同様の事案において、**民法388「条により地上権を設定したものと看做すべき事由が単に土地共有者の1人だけについて発生したとしても、これがため他の共有者の意思如何に拘わらずそのものの持分までが無視さるべきいわれはないのであつて、当該共有土地については地上権を設定したと看做すべきでない**」とし、法定地上権は発生しないとしている。

その理由として、判例は、「元来共有者は、各自、共有物について所有権と性質を同じくする独立の持分を有しているものであり、しかも共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となるのであるから、共有地全体に対する地上権の設定には共有者全員の同意を必要と」し、「共有者中一部の者だけがその共有地につき地上権設定行為をしたとしても、これに同意しなかつた他の共有者の持分は、これによりその処分に服すべきいわれはない」こと、また、民法388条は「建物の存在を全うさせようとする国民経済上の必要を多分に顧慮した規定である」ものの、「同条により地上権を設定したと看做される者は、もともと当該土地について所有者として完全な処分権を有する者に外ならないのであつて、他人の共有持分につきなんら処分権を有しない共有者に他人の共有持分につき本人の同意なくして地上権設定等の処分をなし得ることまでも認めた趣旨でない」ということを挙げている。

以上により、正しい記述はイとウであり、したがって、正解は肢3となる。

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

【MEMO】

[商法]

[第26問] (配点：2)

株主代表訴訟に係る会社法上の制度に関する次のアからオまでの各記述のうち、当該制度の趣旨がなれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.28])

ア. 会社法上の公開会社においては、6か月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間）前から引き続き株式を有する株主でなければ、株主代表訴訟を提起することができない。

イ. 株主が株主代表訴訟を提起したときは、裁判所は、被告の申立てにより、当該株主に対し、相当の担保を立てるべきことを命ずることができる。

ウ. 会社法上の公開会社は、株主代表訴訟を提起した株主から訴訟告知を受けたときは、遅滞なく、その旨を公告し、又は株主に通知しなければならない。

エ. 株主代表訴訟を提起した株主が勝訴した場合において、当該株主代表訴訟に関し、必要な費用を支出したときは、当該株式会社に対し、その費用の額の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる。

オ. 一定の場合には、株主は、株主代表訴訟に係る確定した終局判決に対し、再審の訴えをもって、不服を申し立てることができる。

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ エ 4. ウ オ 5. エ オ

商 法 第26問	株主代表訴訟	H30予備試験
----------	--------	---------

正解 [No.28] 4

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5
全体	8	7	15	62	8
合格者全体	5	3	10	74	8
不合格者全体	11	11	19	49	9

(全体正答率 62%)

アなれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしくない。

会社法847条1項本文。6か月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間）前から引き続き株式を有する株主…は、株式会社に対し、書面その他の法務省令で定める方法により、発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等（第423条第1項に規定する役員等をいう。）若しくは清算人…の責任を追及する訴え、第102条の2第1項、第212条第1項若しくは第285条第1項の規定による支払を求める訴え、第120条第3項の利益の返還を求める訴え又は第213条の2第1項若しくは第286条の2第1項の規定による支払若しくは給付を求める訴え（以下この節において「責任追及等の訴え」という。）の提起を請求することができる。

その趣旨は、訴権の濫用を防止する観点から、継続的な利害関係を有していることを要件とする点にある。

したがって、本記述は、なれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしくない。

イなれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしくない。

会社法847条の4第2項。株主等…が責任追及等の訴えを提起したときは、裁判所は、被告の申立てにより、当該株主等に対し、相当の担保を立てるべきことを命ずることができる。その趣旨は、代表訴訟は嫌がらせの目的で提訴されるおそれが大きいことから、株主や第三者の不正な利益を図り、又は、会社に損害を加えることを目的とする代表訴訟の提起を防止する点にある。

したがって、本記述は、なれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしくない。

ウなれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしい。

会社法849条5項。株式会社等は、責任追及等の訴えを提起したとき、又は前項の訴訟告知を受けたときは、遅滞なく、その旨を公告し、又は株主に通知しなければならない。

その趣旨は、会社または株主に訴訟参加の機会を与えて、なれ合いの訴訟を防止すると同時に和解が適切に行われることを担保する点にある。

したがって、本記述は、なれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしい。

エなれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしくない。

会社法852条1項。責任追及等の訴えを提起した株主等が勝訴…した場合において、当該責任追及等の訴えに係る訴訟に関し、必要な費用…を支出したとき…は、当該株式会社等に対し、その費用の額の範囲内又はその報酬額の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる。

その趣旨は、提訴株主は様々な費用を負担して責任追及等の訴えを進行するところ、その訴えの勝訴判決の効力が及び、利益を受けるのは株式会社及びその全株主であるから、右提訴株主の支出した費用は当該株式会社が負担すべきとする点にある。

したがって、本記述は、なれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしくない。

オなれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしい。

会社法853条1項柱書。責任追及等の訴えが提起された場合において、原告及び被告が共謀して責任追及等の訴えに係る訴訟の目的である株式会社等の権利を害する目的をもって判決をさせたときは、次の各号に掲げる者は、当該各号に定める訴えに係る確定した終局判決に対し、再審の訴えをもって、不服を申し立てることができる。

その趣旨は、なれ合い訴訟に対する事後的救済として、これを再審事由として認めた点にある。

したがって、本記述は、なれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしい。

以上により、なれ合いの訴訟による弊害の防止を目的とするものとしてふさわしい記述はウとオであり、したがって、正解は肢4となる。

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

【MEMO】

[民事訴訟法]

[第44問] (配点：2)

控訴に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。(解答欄は、[No.51])

1. 控訴の提起は、判決書の送達を受けた日から2週間の不変期間内に、控訴状を第一審裁判所に提出することによって行う。
2. 控訴状には、第一審判決の取消し又は変更を求める事由を記載する必要はない。
3. 請求の客観的予備的併合がされている場合において、主位的請求を認容し、予備的請求に対する判断をしなかった第一審判決に対し、被告が控訴したときは、控訴裁判所は、主位的請求を棄却するとの判断をした上、予備的請求について判断をすることができる。
4. 請求の客観的予備的併合がされている場合において、主位的請求を棄却し、予備的請求を認容した第一審判決に対し、被告が控訴し、原告が控訴及び附帯控訴のいずれもしないときは、控訴裁判所は、主位的請求に対する第一審裁判所の判断の当否の判断をすることはできない。
5. 金銭の給付訴訟において、被告の相殺の抗弁が認められて原告の請求が棄却され、原告が控訴し、被告が控訴及び附帯控訴のいずれもしない場合に、控訴裁判所が請求原因事実が認められないとの判断をしたときは、第一審判決を取り消して、請求を棄却するとの判決をすることができる。

民事訴訟法 第44問	控 訴	H30予備試験
------------	-----	---------

正解 【No.51】 5

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5
全体	4	16	9	13	57
合格者全体	1	10	5	9	74
不合格者全体	7	22	13	18	41

(全体正答率 57%)

1 正しい。民事訴訟法285条本文，286条1項により，本記述は正しい。

民事訴訟法285条本文は，「控訴は，判決書又は第254条第2項の調書の送達を受けた日から2週間の不変期間内に提起しなければならない。」と規定し，民事訴訟法286条1項は，「控訴の提起は，控訴状を第一審裁判所に提出してしなければならない。」と規定している。

よって，控訴の提起は，判決書の送達を受けた日から2週間の不変期間内に，控訴状を第一審裁判所に提出することによって行うことになる。

2 正しい。民事訴訟法286条2項により，本記述は正しい。

民事訴訟法286条2項柱書は，「控訴状には，次に掲げる事項を記載しなければならない。」と規定し，同項2号は，「第一審判決の表示及びその判決に対して控訴をする旨」と規定している。

よって，控訴状には，第一審判決の取消し又は変更を求める事由を記載する必要はない。

なお，民事訴訟規則179条により，訴状の記載事項に関する民事訴訟規則53条が準用されるから，不服申立ての範囲や不服の理由を記載することができ，また，記載することが望ましいと解されている。

3 正しい。最判昭33.10.14により，本記述は正しい。

判例は，本記述と類似の事案において，「いわゆる請求の予備的併合の場合，第一審裁判所が主たる請求を認容したるのみにて，予備的請求に対する判断をしなかつたときといえども，第二審裁判所において，主たる請求を排斥した上予備的請求につき判断をなし得るものと解すべきである」としている。

判例の結論に賛成する学説は，その理由として，事件の全部が控訴審に移審すること，及び，控訴審において，予備的併合の形態が維持されるため，主位的請求認容という解除条件の不成就により，予備的請求の審理・判断が必要とされることを挙げている。

4 正しい。最判昭58.3.22（百選111事件）により，本記述は正しい。

判例は，本記述と類似の事案において，「主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し，第一審被告のみが控訴し，第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には，主位的請求に対する第一審の判断の当否は控訴審の審判の対象とな

るものではないと解するのが相当である」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、相手方の控訴か附帯控訴がない限り、不利益変更禁止の原則（民事訴訟法304条）が妥当するところ、原告からの控訴や附帯控訴がない以上控訴をした被告に有利な主位的請求棄却の判断は不利に変更されないと解するということを挙げている。

5 誤り。本記述は、第一審判決を取り消して、請求を棄却するとの判決をすることができるとしている点で、誤っている。

最判昭61.9.4。判例は、本記述と類似の事案において、「訴求債権が有効に成立したことを認めながら、被告の相殺の抗弁を採用して原告の請求を棄却した第一審判決に対し、原告のみが控訴し被告が控訴も附帯控訴もしなかった場合において、控訴審が訴求債権の有効な成立を否定したときに、第一審判決を取り消して改めて請求棄却の判決をすることは、民訴法199条2項〔注：現民事訴訟法114条2項〕に徴すると、控訴した原告に不利益であることが明らかであるから、不利益変更禁止の原則に違反して許されないものというべきであり、控訴審としては、被告の主張した相殺の抗弁を採用した第一審判決を維持し、原告の控訴を棄却することとどめなければならない」としている。

判例の結論に賛同する学説は、その理由として、原判決を取り消して、訴求債権の不存在を理由に原告の請求を棄却すると、反対債権不存在の既判力が生じないので、控訴した原告に不利に判決を変更することになるということを挙げている。

短答合格するための基本論点の押さえ方と解き方

【MEMO】

[刑法]

[第7問] (配点：2)

次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討した場合、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.8])

ア. 甲は、同僚Aを会社の備品倉庫内に閉じ込めて困らせようと考え、午後7時頃、Aが一人で作業をしていた同倉庫の全ての出入口扉に外側から鍵を掛けた。Aはそのことに気付かず、もともと同倉庫で深夜遅くまで仕事をするつもりであったので、そのまま作業を続けていたところ、午後10時頃、たまたま同倉庫にやって来た他の従業員が出入口扉の鍵を開けた。この場合、甲には監禁罪は成立し得ない。

イ. 甲は、別居中の元妻Aが単独で親権を有する生後数日のBを連れ去ろうと考え、A方を訪問した上、Aがトイレに行っている隙に、ベビーベッドで寝ていたBを連れ去った。この場合、Bには移動の自由が全くないから、甲には未成年者略取罪は成立し得ない。

ウ. 甲は、捜査車両をのぞき見て同車両のナンバーを把握するため、警察署の建物及び敷地への外部からの立入りを制限するとともに内部をのぞき見ることができない構造として作用し、建物の利用のために供されている高さ約2.5メートルのコンクリート塀を正当な理由なくよじ登り、その上部に立って同警察署の敷地内の捜査車両を見て立ち去った。この場合、甲には建造物侵入罪は成立し得ない。

エ. 甲は、Aに恨みを抱き、「ふざけるな。おまえの妻Bを酷い目に遭わせてやる。」という電子メールをA宛てに送り付けた。BがAの内縁の妻であった場合、甲には脅迫罪は成立し得ない。

オ. 甲は、深夜、A方に侵入し、泥酔して熟睡中のAにわいせつ行為をして、Aに全く気付かれないままA方を出た後、A方から約100メートル離れた路上で、警ら中の警察官Bから職務質問を受けたため、逮捕を免れる目的で、Bを拳骨で殴打してBに傷害を負わせた。この場合、甲には準強制わいせつ致傷罪は成立し得ない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

刑法 第7問	犯罪の成否①	H30予備試験
--------	--------	---------

正解 【No.8】 5

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5
全体	2	30	2	1	65
合格者全体	0	18	0	1	80
不合格者全体	3	42	3	2	50

(全体正答率 65%)

- ア誤り。**本記述は、甲には監禁罪が成立し得ないとしている点で、誤っている。
 本記述では、被害者Aが監禁されていることに気付いていなかったとしても、「監禁」(刑法220条後段)に当たるかが問題となる。
 最決昭33. 3. 19。判例は、「刑法220条1項〔注：現220条後段〕にいう『監禁』とは、人を一定の区域場所から脱出できないようにしてその自由を拘束することをいい、その方法は、必ずしも…暴行又は脅迫による場合のみに限らず、偽計によつて被害者の錯誤を利用する場合をも含む」としている。
 判例の結論に賛成する学説は、その理由として、被害者が自由を奪われていることを意識していなくても、客観的に行動の自由が侵害されている状況に置かれているならば、監禁罪の成立を認めることができるということを挙げている。
 よって、甲には監禁罪が成立し得る。
- イ誤り。**本記述は、甲には未成年者略取罪が成立し得ないとしている点で、誤っている。
 本記述では、生後数日の嬰兒で、移動の自由を有しない被害者Bを連れ去ったとしても未成年者略取罪(刑法224条)が成立し得るかが問題となる。
 大判明43. 9. 30。判例は、**被拐取者の移動の自由と保護監督者の監護権の双方を未成年者略取罪の保護法益としている。**
 よって、被拐取者Bの移動の自由が害されていなくても、Bの親権者であるAの監護権(民法820条)は害されており、甲には未成年者略取罪が成立し得る。
- ウ誤り。**本記述は、甲には建造物侵入罪が成立し得ないとしている点で、誤っている。
 最決平21. 7. 13。判例は、本記述と同様の事案において、「本件塙は、本件庁舎建物とその敷地を他から明確に画するとともに、外部からの干渉を排除する作用を果たしており、正に本件庁舎建物の利用のために供されている工作物であつて、**刑法130条にいう『建造物』の一部を構成するものとして、建造物侵入罪の客体に当たる**」としている。
 本記述では、甲は、捜査車両のナンバーを把握するため、警察署の利用のために供されている高さ約2.5メートルのコンクリート塙という「建造物」に、管理権者たる警察署長の許可なくよじ登っているため「侵入」したといえる。
 よって、甲には、建造物侵入罪が成立し得る。
- エ正しい。**刑法222条2項により、本記述は正しい。

親族の生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して人を脅迫した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

「親族」とは、民法上の親族（民法725条）を指し、内縁の妻はこれに含まれない。

よって、甲が、「おまえの妻Bを酷い目に遭わせてやる」という電子メールをA宛てに送り付けても、BはAの内縁の妻である以上、刑法222条2項の「親族」に当たらず、脅迫罪は成立し得ない。

オ正しい。 最決平20. 1. 22（百選II15事件、強制わいせつ致傷罪の成否）により、本記述は正しい。

判例は、熟睡のため心神喪失状態であったV女に対してわいせつな行為を行ったところ、これに気付いて憤慨したV女に衣服を両手でつかまれたので、その場から逃走するため、V女に暴行を加えて加療2週間の怪我を負わせたという事案において、「被告人は、被害者が覚せいし…わいせつな行為を行う意思を喪失した後に、その場から逃走するため、被害者に対して暴行を加えたものであるが、被告人のこのような暴行は、上記準強制わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた上記被害者の傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、事後の暴行であっても、時間的及び場所的關係において、それに先立つわいせつ目的の暴行・脅迫等と接着して行われ、逃走のための行為として、通常随伴する行為の關係にあると認められるものは、これを一体として当該強制わいせつの犯罪行為と解すべきであるということを挙げている。

本記述では、甲の警察官Bに対する暴行は、被害者A方から約100メートル離れた路上でBに対して行われており、わいせつ目的の暴行・脅迫とは場所的關係において接着しているとはいえない。また、甲は職務質問をしたBに対して暴行を加えており、この暴行は逮捕を免れる目的であっても通常随伴する行為とはいえない。

よって、甲には準強制わいせつ致傷罪は成立し得ない。

以上により、正しい記述はエとオであり、したがって、正解は肢5となる。

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335