

予備試験 [合格戦略] セミナー (第2部)
短答&論文&口述
その真の姿を徹底検証する70分セミナー

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

辰巳法律研究所

予備試験 [合格戦略] セミナー (第2部)

短答&論文&口述

その真の姿を徹底検証する70分セミナー

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

目 次

短 答

- 令和元年予備試験 (短答) の分析 1
- 令和元年 (短答) 【民法】 5

論 文

- 令和元年 (論文) 【憲法】 15

口 述

- 平成29年 (口述再現) 【実務基礎科目 (民事)】 22

・令和元年 予備試験 短答式試験【分析】

令和元年5月19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（令和元年の短答式試験）

令和元年5月19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、行政法・民法・刑法・刑訴には変化なく、商法・民訴が増加し、憲法が減りました。〕

憲法・行政法	54（憲法：24（1～24） （行政法：30（25～54））
民法・商法・民事訴訟法	55（民法：15（1～15） （商法：19（16～34） （民訴：21（35～55））
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

☆ 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、刑法・刑訴が増加し、民・商・民訴が減りました。〕

憲法・行政法	16 頁〔注：昨年 15 頁〕
民法・商法・民事訴訟法	20 頁〔注：昨年 22 頁〕
刑法・刑事訴訟法	16 頁〔注：昨年 15 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

	R1	H30	H29	H28	H27	H26	H25	H24	H23
出願者	14,494	13,746	13,178	12,767	12,543	12,622	11,255	9,118	8,971
欠席者	2,714	2,610	2,435	2,325	2,209	2,275	2,031	1,935	2,494
受験者	11,780	11,136	10,743	10,442	10,334	10,347	9,224	7,183	6,477
(うち途中欠席)	98	81	78	63	88	52	41	48	67
受験率	81.3%	81.0%	81.5%	81.8%	82.4%	82.0%	82.0%	78.8%	72.2%
採対象者	11,682	11,055	10,665	10,379	10,246	10,295	9,183	7,135	6,410
合格点	162	160	160	165	170	170	170	165	165
合格者数	2,696	2,661	2,299	2,426	2,294	2,018	2,017	1,711	1,339
合格者の平均点	177.0	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	22.9%	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	R1	H30	H29	H28	H27	H26	H25	H24	H23
短答合格点	270	162.0	160.0	160.0	165.0	170.0	170.0	170.0	165.0	165.0
全体平均点	270	133.8	131.1	130.0	134.6	138.7	137.3	139.5	134.7	130.7
憲法	30	14.7	16.8	16.7	17.6	17.3	17.8	16.5	15.1	15.8
行政法	30	12.1	12.4	12.4	14.8	15.6	12.7	14.2	12.5	12.2
民法	30	20.3	14.7	16.3	16.3	16.9	17.7	19.7	16.3	19.2
商法	30	14.2	12.8	14.3	12.0	13.7	15.0	12.1	14.7	12.9
民訴	30	17.8	14.7	13.1	15.6	14.7	16.2	17.0	16.9	14.7
刑法	30	14.5	15.7	17.3	17.5	16.9	14.1	17.0	16.6	18.6
刑訴	30	15.6	16.1	15.3	16.5	15.5	12.4	17.9	15.6	14.0
一般教養	60	24.7	27.9	24.5	24.3	28.1	31.5	25.2	27.2	23.2

☆ 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 問が司法試験の問題〔注：昨年度と同じ〕

民法：予備試験 15 問中 12 問が司法試験の問題〔注：昨年度と同じ〕

刑法：予備試験 13 問中 10 問が司法試験の問題〔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〕が司法試験の問題と重複

☆ 法務省発表による予備試験短答式試験の結果（令和元年6月6日）法務省HPより

1 受験者数等

- (1) 出願者 14,494人
- (2) 欠席者 2,714人
- (3) 受験者 11,780人
(うち途中欠席98人)
- (4) 受験率 81.3%
- (注) 受験率とは、出願者に占める受験者の割合である。
- (5) 採点対象者 11,682人

2 短答式試験の合格者

- (1) 合格点
各科目の合計得点162点以上（270点満点）
- (2) 合格者数
2,696人
- (3) 合格者の平均点
177.0点

3 短答式試験の得点

得点		最高点	最低点	平均点
合計得点 (270点満点)		233	0	133.8
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	14.7
	行政法 (30点満点)	28	0	12.1
	民法 (30点満点)	30	0	20.3
	商法 (30点満点)	29	0	14.2
	民事訴訟法 (30点満点)	30	0	17.8
	刑法 (30点満点)	30	0	14.5
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	15.6
	一般教養科目 (60点満点)	60	0	24.7

【MEMO】

民法 第9問	金銭債務	R1 予備試験
--------	------	---------

〔第9問〕（配点：2）

債務者Aが債権者Bに対して負う金銭債務（以下「本件債務」という。）に関する次のアからオまでの各記述のうち、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.9〕）

- ア． Bは， Aの意思に反しては， 本件債務を免除することができない。
- イ． 第三者は， Aの意思に反しても， 本件債務を主たる債務とする保証をすることができる。
- ウ． 本件債務の物上保証人は， Aの意思に反しては， 本件債務を弁済することができない。
- エ． Bと第三者Cとは， Aの意思に反しては， Cに債務者を交替する更改をすることができない。
- オ． Bは， Aの意思に反しては， Bが第三者に対して負う金銭債務について， 本件債務に係る債権をもって代物弁済をすることができない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ エ 4. ウ エ 5. ウ オ

民法 第9問	金銭債務	R1 予備試験
--------	------	---------

正解 3

ア誤り。本記述は、Aの意思に反しては、本件債務を免除することができないとしている点で、誤っている。

民法519条。債権者が債務者に対して債務を免除する意思表示したときは、その債権は、消滅する。

免除は一方的意思表示によりなす単独行為であり、債務者の意思に反してなすこともできる(民法474条2項, 514条参照)。

よって、債権者たるBは、債務者たるAの意思に反しても、本件債務を免除することができる。

イ正しい。民法462条2項前段参照により、本記述は正しい。

主たる債務者の意思に反して保証をした者は、主たる債務者が現に利益を受けている限度においてのみ求償権を有する。

保証契約の当事者は、保証人になろうとする第三者と債権者である。そして、第三者は、主たる債務者の意思に反しても、保証人になることができ、民法462条2項前段は、そのことを前提としている。

ウ誤り。本記述は、物上保証人が、Aの意思に反しては、本件債務を弁済することができないとしている点で、誤っている。

民法474条2項, 最判昭39. 4. 21。利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができない。

その趣旨は、他人の弁済によって恩義を受けることを欲しない債務者の感情の尊重と、弁済者による過酷な求償権の行使からの債務者保護という点にある。

そして、判例は、「民法第474条第2項にいう『利害ノ関係』を有する者とは、物上保証人、担保不動産の第三取得者などのように弁済することに法律上の利害関係を有する第三者をいうものと解するのが相当である」としている。

エ正しい。民法514条ただし書により、本記述は正しい。

債務者の交替による更改は、債権者と更改後に債務者となる者との契約によってすることができる。ただし、更改前の債務者の意思に反するときは、この限りでない。

その趣旨は、債務者の意思を尊重する点にある。

オ誤り。本記述は、Aの意思に反しては、本件債務に係る債権をもって代物弁済をすることができないとしている点で、誤っている。

民法482条。債務者が、債権者の承諾を得て、その負担した給付に代えて他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する。

債務者の有する債権をもって代物弁済をする場合、債務者から債権者に対し、債権の譲渡が行われることとなる。そして、債権の譲渡は、譲渡人による債務者への通知又は債務者の承諾があれば、債務者に対抗することができる(民法467条1項参照)。

よって、本記述においては、Aの意思に反していても、BはAに対して債権譲渡の

通知をすれば、本件債務に係る債権をもって代物弁済をすることができる。
以上により、正しい記述はイとエであり、したがって、正解は肢3となる。

【MEMO】

民法 第10問	契約	R1 予備試験
---------	----	---------

〔第10問〕（配点：2）

契約に関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものはどれか。（解答欄は，[No.10]）

1. 死因贈与は，負担付ですることができない。
2. 準消費貸借は，目的物の引渡しが無ければ成立しない。
3. 使用貸借は，書面でなければ成立しない。
4. 寄託は，報酬を定めなければ成立しない。
5. 民法上の組合契約の出資は，金銭を目的とするものに限られない。

民法 第10問	契約	R1 予備試験
---------	----	---------

正解 5

- 1 誤り。本記述は、負担付であることができないとしている点で、誤っている。
民法554条, 1002条1項。民法554条は、「贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与については、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する。」と規定し、民法1002条1項は、「負担付遺贈を受けた者は、遺贈の目的の価額を超えない限度においてのみ、負担した義務を履行する責任を負う。」と規定している。死因贈与には遺贈の規定が適用されるから、負担付死因贈与もすることができる。
- 2 誤り。本記述は、目的物の引渡しが必要とされている点で、誤っている。
民法588条。消費貸借によらないで金銭その他の物を給付する義務を負う者がいる場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなす。
民法は、金銭その他の代替物を給付する債務があるときに、これを消費貸借契約上の債務とする合意をすることによって消費貸借契約が成立したものとみなす。
- 3 誤り。本記述は、書面でなければ成立しないとしている点で、誤っている。
民法593条参照。使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還をすることを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。
書面ですることは使用貸借の要件とはされていない。
- 4 誤り。本記述は、報酬を定めなければ成立しないとしている点で、誤っている。
民法657条。寄託は、当事者の一方が相手方のために保管をすることを約してある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。
寄託契約は無償・片務契約が原則であるため報酬を定めなくても成立する。
なお、民法665条は委任における報酬請求権に関する民法648条を準用しているため、特約によって報酬を定めることはできる。
- 5 正しい。民法667条により、本記述は正しい。
民法667条1項は、「組合契約は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる。」と規定し、同条2項は、「出資は、労務をその目的とすることができる。」と規定している。
出資の種類には、何らの制限もないから、金銭に限られない。

民法 第11問	請負人の担保責任	R1 予備試験
---------	----------	---------

〔第11問〕（配点：2）

請負人の担保責任に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っている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.11】）

- ア. 仕事の目的物に重要でない瑕疵がある場合において、その修補に過分の費用を要するときは、注文者は、請負人に対し、瑕疵の修補を請求することができない。
- イ. 仕事の目的物に瑕疵があり、その修補を請求することができる場合であっても、注文者は、請負人に対し、瑕疵の修補に代わる損害賠償を請求することができる。
- ウ. 仕事の目的物の瑕疵が注文者の与えた指図によって生じたときは、請負人は、その指図が不適當であることを知りながら注文者に告げなかったときであっても、瑕疵担保責任を負わない。
- エ. 建物の建築の請負において、注文者による瑕疵修補の請求は、建物が完成した時から1年以内にしなければならない。
- オ. 請負人は、瑕疵担保責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実については、その責任を免れない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

民法 第11問	請負人の担保責任	R1 予備試験
---------	----------	---------

正解 4

ア正しい。民法634条1項ただし書により、本記述は正しい。

仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。

請負人は、仕事を完成すべき立場にあるから、仕事に瑕疵があったときに、その瑕疵を修正し得る能力があるはずである。そこで、民法634条は特則を設け、瑕疵の修補を瑕疵担保責任の主たる内容とした。ただし、瑕疵が重要でない場合に、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。

なお、民法634条1項ただし書の場合には、注文者は同2項による損害賠償の請求で満足するほかはない。

イ正しい。民法634条2項前段により、本記述は正しい。

注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。

注文者は選択権を有する。したがって、瑕疵の修補が可能なときでも、瑕疵の修補を請求しないで直ちに修補に代わる損害賠償を請求できる。

ウ誤り。本記述は、瑕疵担保責任を負わないとしている点で、誤っている。

民法636条。前2条の規定は、仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない。ただし、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない。

同条ただし書が置かれたのは、請負人の注文者に対する通知によって瑕疵が生じることを防ぐことができたのに、このような措置を講じなかった場合には、請負人の責任を認めるのが相当だからである。

エ誤り。本記述は、建物が完成したときから1年以内にしなければならないとしている点で、誤っている。

民法638条1項。建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後5年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、10年とする。

民法638条1項本文は前条の例外を定めるものである。一般的には担保責任の存続期間は1年とされるが、土地の工作物の場合はそれが長期のものとされる。

さらに、同項ただし書は、一定の堅固な建物については瑕疵が容易に発見できないし、瑕疵が重大な結果を生じることを考慮して、長期の担保責任を定める。

いずれにしても、注文者による瑕疵修補の請求は、建物が完成したときから1年以内にしなければならないわけではない。

オ正しい。民法640条により、本記述は正しい。

請負人は、第634条又は第635条の規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実については、その責任を免れることができない。

担保責任に関する諸規定も、強行法規ではないため、売主がこの責任を負わない旨の特約も有効である。しかし、その場合にも、売主が知っていて相手方に告げなかった場合には、信義則上かかる瑕疵についての責任を免れることはできないとされる。

以上により、誤っている記述はウとエであり、したがって、正解は肢4となる。

【MEMO】

令和元年予備試験論文式試験問題
[憲 法]

論文試験	憲法	R1予備試験
------	----	--------

次の文章を読んで、後記の【設問】に答えなさい。

甲市は、農業や農産物の加工を主産業とする小さな町である。近年、同市ではこれらの産業に従事する外国人が急増しているが、そのほとんどはA国出身の者である。甲市立乙中学校は、A国民の集住地区を学区としており、小規模校であることもあって生徒の4分の1がA国民となっている。A国民のほとんどはB教という宗教の信者である。

XはA国民の女性であり、乙中学校を卒業し、甲市内の農産物加工工場で働いている。Xの親もA国民であり、Xと同じ工場に勤務している。この兩名（以下「Xら」という。）は熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない。B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきり分かるような服装をしてはならない。これはB教における重要な戒律であるとされている。

ところで、Xが工場に勤務するようになった経緯として、次のようなことがあった。Xらは、Xの中学校入学当初より毎年、保健体育科目のうち水泳については、戒律との関係で水着（学校指定のものはもちろん、肌の露出を最小限にしたものも含む。）を着用することができず参加できないので、プールサイドでの見学及びレポートの提出という代替措置をとるように要望していた。なお、Xは、水泳以外の保健体育の授業及びその他の学校生活については、服装に関して特例が認められた上で他の生徒と同様に参加している。

しかし、乙中学校の校長は、検討の上、水泳の授業については、代替措置を一切とらないこととした。その理由として、まず、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあり、また、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であるとした。さらに、上記のように、乙中学校の生徒にはB教徒も相当割合含まれているところ、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もおり、校長は、Xらの要望に応えることはその意味でも公平性を欠くし、仮にXらの要望に応えるとすると、他のB教徒の女子生徒も次々に同様の要望を行う可能性が高く、それにも応えるとすれば、見学者が増える一方で水泳実技への参加者が減少して水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるおそれがあるとも述べた。

Xは、3年間の中学校在籍中に行われた水泳の授業には参加しなかったが、自主的に見学をしてレポートを提出していた。担当教員はこれを受領したものの、成績評価の際には考慮しなかった。調査書（一般に「内申書」と呼ばれるもの）における3年間の保健体育の評定はいずれも、5段階評価で低い方から2段階目の「2」であった。Xは運動を比較的得意としているため、こうした低評価には上記の不参加が影響していることは明らかであり、学校側もそのような説明を行っている。Xは近隣の県立高校への進学を希望していたが、入学試験において調査書の低評価により合格最低点に僅かに及ばず不合格となり、経済的な事情もあって私立高校に進学することもできず、冒頭に述べたとおり就労の道を選んだ。客観的に見て、保健体育科目で上記の要望が受け入れられていれば、Xは志望の県立高校に合格することができたと考えられる。

Xは、戒律に従っただけであるのに中学校からこのような評価を受けたことに不満を持ってお

り、法的措置をとろうと考えている。

〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。
なお、Xらに永住資格はないが、適法に滞在しているものとする。また、学習指導要領上、水泳実技は中学校の各学年につき必修とされているものとする。

【論 点】

- 1 司法権の限界（部分社会の法理）
- 2 外国人の人権
- 3 政教分離原則
- 4 信教の自由と請求分離原則の衝突

【コメント】

今年度の憲法は、人権及び司法権の限界からの出題でした。

形式面については、昨年度の予備試験は、従来の主張・反論・私見型でしたが、今年度の予備試験は、対立する見解を明らかにしつつ、憲法上の問題点を指摘する旧司法試験型の出題形式に変更されました。

内容面では、昨年度は、問題となる人権が問題文中で指定され、法律上の争訟についても設問で論じるように指定されていました。しかし、今年度では、問題文中にこのような指定がないため、受験生が自分で考える形式となりました。

まず、司法権の限界については、部分社会の法理をもとに、最判昭52. 3. 15（民集31-2-234, 憲法百選Ⅱ（第6版）188事件, 富山大学事件,）を踏まえて論じていく必要があります。

次に、XがA国民であるため、外国人の人権について、最判昭53. 10. 4（民集32-7-1223, 憲法百選Ⅰ（第6版）1事件, マクリーン事件）を踏まえて論じていく必要があります。

そして、信教の自由については、保障範囲、制約や審査基準を明確に述べた判例はないので、自身のよって立つ学説などに依拠して説得的に論じる必要があります。対立する問題点として、信教の自由と政教分離原則との衝突が主に問題となります。まず、政教分離原則では、津地鎮祭事件などが採用した「目的効果基準」や、空知太事件判決が採用した総合判断の基準などがあることから、これらの基準を定立した上で、本問で政教分離原則違反が生じるかを論じることになります。また、宗教上の理由に基づく授業の不受講については、リーディングケースとして最判平8. 3. 8（民集50-3-469, 憲法百選Ⅰ（第6版）45事件, 神戸高専事件）がありますが、本問では判例と相違する事実が多く存在するため、そのことに言及していく必要があります。この事件において裁判所は、剣道の履修の義務付けがエホバの証人の信教の自由に対する直接的制約ではないとしている点に注意が必要です。

なお、本問の分析には、平成31年予備試験考査委員の野坂泰司教授の論文である「公教育の宗教的中立性と信教の自由—神戸高専事件に即して—」立教法学37巻P.1~33が非常に有益です。本問の解答速報作成に際しては、可能な限り同論文における野坂教授の問題意識を反映させて頂きました。

令和元年予備試験	憲法	作成：辰巳法律研究所
----------	----	------------

【答案の形で読む速報解説】

※ 現時点での速報を解答例の形式にしたものです。より実戦的な受験生・合格者の再現答案は、今後適宜収集・公開してまいります。

- 1 第1 法律上の争訟性
2 1 本件では、Xは乙中学校において保健体育評定が5段階中2であったことに不満をもっているところ、低評価を受
3 けたことを争うことが「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に当たるかが問題となる。
4 2 一般市民法秩序と直接の関係を有しない限り、当該問題に対しては、裁判所の審判権は及ばず、「法律上の争訟」に
5 当たらないものと解する。
6 3 本件では、XはB教の戒律に従ったために水泳授業を受講しない結果、乙中学校による保健体育の評定で2という
7 低い評価を受けたものに過ぎず、乙中学校を退学といった対外的な問題ではないともいえる。
8 しかし、乙中学校の評定はXが高校に入学するにあたり、入学試験による合否を分ける一資料になるのであって、
9 乙中学校という内部的な問題にとどまらない。そうすると、本件乙中学校によるXの保健体育の評定は一般市民法秩
10 序と直接関係するものといえる。
11 したがって、「法律上の争訟」に当たる。
- 12 第2 Xに対する保健体育の低評定について
13 1 本件ではXは自己の信仰するB教の戒律に従って水泳の授業に参加しなかった結果、これを理由に乙中学校から、
14 保健体育につき2という評定を受けることとなった。そこで、乙中学校による上記行為はXの信教の自由(20条1項
15 前段)を侵害し、違憲ではないか。
16 2 保護範囲
17 (1) 人権の前国家的性格に鑑み、外国人であっても権利の性質上日本国民にのみを対象としているものを除き保障さ
18 れるところ、本件ではXはA国民ではあるものの、信教の自由は日本国民にのみ保障しているとは解されないため、
19 保障されうる。
20 (2) 20条1項前段が保障する信教の自由には宗教上の行為を行う自由が含まれる。
21 本件ではXが信仰するB教は戒律によると、女性は家庭内以外においては一部を除いて肌や髪の一部を露出、あるいは
22 体型がはっきり分かるような服装をしてはならないとしている。そうすると、Xが信仰に基づき肌の露出を伴う水
23 泳の授業を受講しないという行為は20条1項前段により保障されている。
- 24 3 制約
25 水泳は学習指導要綱上、中学校の各学年につき必修科目とされ、Xが水泳授業を受講しないとなると保健体育科目
26 において低い評定となることとなる。そして、Xは熱心なB教徒であり、戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない者で
27 ある。そうすると、上記戒律はB教を信仰する上で重要なものであり、これに反し水泳授業を受けない限り、低い評
28 定を受けるという不利益を受けるのであるからXの上記自由に対する制約が認められる。
- 29 4 違憲審査基準
30 B教を信仰する自由が20条1項前段で保障されるとしても、本件処分は、あくまで水泳の授業に不参加であった
31 Xの評定を2にしたものにすぎず、また、Xの信教の自由への制約は間接的・付随的なものにすぎないから、乙中学
32 校の広い裁量を前提とした緩やかな審査で足りるとの反論が想定される。
33 確かに、授業の評価認定に関しては、乙中学校に裁量が認められる。しかし、本件で問題となる肌を露出しないと
34 するB教の信仰は、上述のとおり、B教の戒律において重要なものであり、信仰の中核的部分と密接不可分に結び付
35 くものとして、極めて重要な権利である。
36 また、本件処分の内容は、評定を2とするにとどまるものの、Xは運動を比較的得意としており、評定が2となっ
37 たのは不参加が原因となっていることは学校側も説明しているところである。そして、Xは入学試験において合格点
38 にわずかに及ばず不合格となり、経済的事情もあり進学ができなくなっていることから、本件処分はXの高校進学を
39 不可能にした重大な不利益をとまう処分といえる。これを避けるためには、Xの肌を露出するという、自己の信仰
40 に反する行動をとることを余儀なくさせられ、間接的な制約といえども強力なものであるといえる。
41 以上からすると、本件処分の正当性の審査は、厳格な審査基準に行うのが相当である。具体的には、本件処分の
42 目的及び内容並びに本件処分により生じる制約の態様等を総合的に考慮して、本件処分に当該制約を許容し得る程度
43 の必要性及び合理性が認められない限り違憲となる。
- 44 5 個別具体的検討

45 (1) 必要性

46 ア 政教分離との関係

47 本件では乙中学校の校長は代替措置を一切とらないこととしている。そこで、本件において代替措置をとること
48 が政教分離原則(20条3項)に反するか問題となる。

49 イ 政教分離原則とは、国家の非宗教性又は宗教的中立性を確保しようとするものである。しかし、この原則は、
50 国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす
51 行為の目的及び効果に照らし、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし、相当とされる限度
52 を超えるものと認められる場合に、これを許さないとする原則である。

53 そして、政教分離原則に反するか否かは①その行為の目的が宗教的意義を持ち、②その効果が宗教に対する援助
54 助長、促進、又は圧迫、干渉となるかにより判断すべきであると解する。

55 ウ 本件では、Xが要望していたように、水泳授業に代わる代替措置としてプールサイドでの見学及びレポートの
56 提出が考えられる。かかる代替措置はXのように水泳を宗教の信仰を理由として受講できない者に対し、保健体
57 育科目における水泳という必修授業について別のことを行わせることによって成績評価を行おうとするものであ
58 る。そうだとすれば、本件において代替措置を講ずることは宗教的意義を有するものではない(①)。

59 そして、確かにB教を信仰するXのような者に水泳に代わる代替措置を認めることは、水泳を行っていないに
60 もかかわらず、これを行ったかの如く成績評価を行うのであるから、一般人から見ると特定の宗教を援助してい
61 るようにも思える。

62 しかし、乙中学校は宗教上の信仰を理由に必修科目である水泳を受講できないものに代替措置を認め、成績評
63 価のため、別の行為をXに要求するのみであり、Xの宗教上の理由に配慮した適正な成績評価を図ろうというも
64 のであり、これによりB教という宗教を援助、助長、促進するものとはいえない(②)。

65 また、一般人からしても乙中学校がXのような者に代替措置を認めるのは公立中学校として色々な思想・信仰
66 をする者がある中で臨機応変に対応して対処しているものとして捉えるのが通常といえる。そうだとすると、そ
67 の効果が宗教に対する援助、助長、促進、又は圧迫、干渉となるとはいえない(②)。

68 さらに、前述のようにXは熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守って礼拝も欠かさないほどに真摯にB教
69 を信仰しているものである。かかるXの信仰態様及び一貫して水泳授業を受けず、上記のような代替措置を乙中
70 学校に要望していたことからすると、客観的・外形的にXの要望は真に信仰を理由とすることは明らかである。
71 そうだとすると、判断が困難とはいえない。

72 エ したがって、本件において代替措置を採ること政教分離に反せず、代替措置を取らないことについて必要性は
73 認められない。

74 (2) 合理性

75 ア 確かに代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であり、代替措置をとらないこ
76 とは手段としての合理性があったとの反論が想定される。

77 しかし、代替措置を行うかの判断は教育者としての十分な経験を有する教員であれば、生徒の代替措置の申立
78 が怠学のための口実であるか、真摯な信仰上の理由に基づくものであるかの判断は、生徒の説明する宗教上の信
79 条と代替措置をとることの必要性との関連性について合理的な理由があるかを調査すれば足りるといえる。

80 よって、本件処分について手段の合理性はないといえる。

81 イ 次にXにだけ代替措置を認めることは、葛藤の中、水泳を受講する他の生徒との間で不公平であるようにも思
82 える。

83 しかし、B教を信仰する他の生徒についても、レポートの提出を申告制にすることに特段の支障はない。その
84 ため、Xだけを特別扱いしない形をとることが可能であるから、代替措置をとることが公平に反するとはいえない。
85

86 ウ 次に、要望に応えることによる水泳授業の実施や成績評価に支障については、乙中学校においてB教の信者は
87 4分の1にすぎず、水泳授業の実施が不可能になる程度のものとはいえない。

88 また、成績評価についても教育者としての十分な資格にある教員にあっては、代替措置をとったとしても適切
89 な成績評価を行うことは十分に可能である。

90 したがって、要望に応えることによる水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるとの反論は認められない。

91 エ したがって、平等原則及び代替措置を認めた場合の支障の観点より、代替措置をとらないことについての合理
92 性が認められない。

93 6 よって、本件乙中学校によるXに対する行為は信教の自由を侵害し違憲である。

以上

【MEMO】

口述試験	実務基礎科目（民事）	H29予備試験
------	------------	---------

■法務省公表のテーマ

賃貸借関係を含む事案での不動産明渡請求訴訟における攻撃防御方法、規範的要件の当てはめ、証拠収集方法に関する諸問題、訴訟手続、民事保全をめぐる諸問題

■口述試験再現

あなた 失礼致します。●室●番です。

主 査 お座りください。

あなた よろしくお願ひいたします。(主査の雰囲気は学者っぽい、副査は厳格そうな人。どうみてもハズレ部屋)

主 査 では始めます。パネルの図を見てください。これから事案を説明しますので聞いてください。

【パネルの図】

X → (土地賃貸借) → Y 建物建築, Y 名義の登記

↓ 本件建物から Y は出ていった

Z 現在居住

〔Xは、Yが賃料を不払いであるとして、賃貸借契約の解除による明渡しを求めている。〕

主 査 Xは、本件土地をYに賃貸し、Yはその土地の上に本件建物を建築し、その登記を得ました。本件建物からYは出ていき、現在はZが居住しています。XはYが賃料を不払いしているとして、土地の明渡しを求めています。事案はわかりましたか？

あなた …はい。(時間短い！理解しきれん。)

主 査 では、YとZそれぞれに対する請求の趣旨を教えてください。

あなた Yに対しては、「被告は、原告に対し、本件建物を取去して、本件土地を明け渡せ。」となります。Zに対しては、「被告は、原告に対し、本件建物から退去して、本件土地を明け渡せ。」となります。

主 査 はい(主査副査ともに小さく頷く)。では、訴訟物はそれぞれ何ですか？

あなた (Yはどっちもいけそうだな??とりあえず早く答えないと。)はい。Yに対しての訴訟物は、所有権にもとづく返還請求権としての土地明渡請求権です。また、Zに対しての訴訟物も、所有権にもとづく返還請求権としての土地明渡請求権です。

主 査 はい(主査副査ともに小さく頷く)。Yに対してはなにか契約にもとづく請求ができませんかね？

あなた はい。賃貸借契約終了にもとづく返還請求権としての土地明渡請求権も訴訟物とすることができます。

主 査 土地明渡請求権…？

あなた 失礼しました。賃貸借契約終了にもとづく目的物返還請求権としての建物取去土地明渡

請求権です。(なんでこんなところでミスってんだ!緊張してるな…)

主 査 はい、そうですね。では、Zに対しての請求原因事実は何ですか?

あなた はい。Xは現在本件土地を所有している。本件土地上に本件建物が存在する。本件建物にZが現在居住している。となります。

主 査 はい(主査副査ともに小さく頷く。しかしここを機に、主査副査ともに無反応になりだす)。先ほどYに対しては賃貸借契約にもとづく請求をすると答えてもらいましたが、Zに対してはこれはできないのですか?

あなた できません。

主 査 なぜですか?

あなた ZとXは契約関係にないからです。Zに対しては物権的請求のみ可能と考えます。

主 査 はい。では、Zに対する請求の趣旨で、建物退去が出てきましたが、これはなぜ必要なのですか?

あなた (やばい…掘らないでくれ…) 建物退去を入れないと執行官が強制できないので…

主 査 訴訟物はなんでしたっけ。

あなた 所有権にもとづく返還請求権としての土地明渡請求権です。

主 査 土地明渡請求権なんですよ?なのになんで建物退去が必要になるのですか?

あなた えーっと…

主 査 つまりですね、あなたの見解によれば建物退去を入れる理由は何になりますか?

あなた (落ち着け自分!) はい。執行方法を請求の趣旨で明示しなければ強制できないという執行法上の制約があるため入れたに過ぎず、実体法上の請求権としてはあくまで土地明渡請求権であると考えます。

主 査 はい(副査がめっちゃメモをとる。これ間違っても誘導してくれない部屋なのか…?)。続いて、本件訴訟の審理中に、本件建物にAが居住するようになったことが分かったとします。Xの訴訟代理人Pとしては、どのような方法を取ることが考えられますか?

あなた はい。Aに対して、引受承継の申立てを行います。

主 査 はい。では、このような事態を防ぐために、Pとして事前に講じておくべき手段は何ですか?

あなた はい。本件建物の占有が転々と移っては困りますので、占有移転禁止の仮処分をとっておくべきでした。

主 査 はい。その占有移転禁止の仮処分は、どの範囲に効力が及ぶのですか?

あなた (…は?) えーっと、本件建物…うーん、本件土地に及ぶと思います。

主 査 うん、なぜですか?

あなた 転々と占有が移ったら困るのは建物ですが、建物の占有が移ることで究極的には土地の占有が移るのが困るので…土地だと考えます。

主 査 うーん、でもさ、それだと本件土地がすごく広くて、その中にポツーンと建物があるような場合にも、土地全体に効力が及ぶことになるのかな?

あなた あー…、いえ、やはりそのような不都合が生じると思っていますので、あくまで建物の範囲で効力が及ぶと考えます。

主 査 うん。では、Aのことは忘れてもらって、本件建物にはZと共にその家族が住んでいたとします。このような場合に、Z以外の家族にも訴訟を提起する必要がありますか?

あなた いえ、ありません。

主 査 なぜですか?

あなた えー…、同居人というか近親者ですので…

主 査 このZの家族のような者たちを講学上何というか知ってますか?

あなた (講学上…!?) えー…近親者といいますか…身分関係上一体…

主 査 もし、Zと一緒に住んでるのが、Zと全く関係ない人たちだったときは、その人たちにも訴訟提起必要?

あなた えー…その場合には必要だと思うのですが…

主 査 なんでかな?

あなた そのような者達は、単なる不法占有者ですので…必要だと考えます。

主 査 うん、ではなんでZの家族なら必要無いのかな?

あなた えー…近親者というか…

(ぶつぶつ答えながら15秒くらい経過)

主 査 うん、まあZの家族のようなZと一体の者に対しては訴訟提起の必要はないと考えられていますよね。これに関する講学上の概念がありますので、勉強しておいてくださいね。

あなた はい、すみません(やべえ…答えられないとは…。*「占有補助者」が回答のようです)。

主 査 では、パネルをひっくり返してください。

X→Y (代理人Q)

〔Yの言い分〕賃料を支払っていなかったことは認める。支払っていない期間は3カ月である。しかし、Xに相談したところ、6カ月まで賃料の支払いを待ってもらえるということだった。

また、Xに賃料を支払おうとしたところ、受け取りを拒否されたので、これを供託した。

主 査 では、一応読みます。Yは、(事案の説明)。

それでは、Yの代理人Qとしては、Yの言い分をもとにどのような抗弁を主張しますか?

あなた (また早い!というか供託とか…) はい。えー…信頼関係を破壊していない旨の抗弁と、供託の…抗弁を主張します。

主 査 はい。うーんと、もう一つないですか?

あなた もう一つですか…。

主 査 1段落目のところに。

あなた えー…賃料支払時期が6カ月延期された…と主張します。

主 査 そういっのを講学上なんと言いますかね?

あなた (また講学上!) えーっと…

主 査 新たな合意がなされているんですよね?

あなた はい。…えっと、賃料支払時期の新たな合意…。(15秒ほど経過)

主 査 支払猶予、といいますかね?

あなた (なるほど。てか講学上、ってわかりづらいよ…) あ! はい!すみません、出てきました。(副査めっちゃメモをとる)

主 査 はい。まあ支払猶予が抗弁になると。それで、先ほど信頼関係不破壊の話を出してくれましたが、その抗弁事実としては何が挙げられますか?

あなた はい。賃料不払いが3カ月であり短期間に過ぎないこと、また、Xは6カ月の支払猶予を認めていることから少なくとも半年の間は賃料不払いによって信頼関係が破壊されないこと、を主張します。

主 査 はい。では、供託に関してですが、Yは賃料を支払いに行く際、不動産業者とともにタクシーを使って、X宅に訪れ、賃料を提供していました。このような場合に、供託は抗弁になりますか？

あなた えっ…（今突如事案付け加わったよな？）すみません、もう一度よろしいでしょうか。

主 査 （再度事案説明）

あなた はい。その場合は抗弁にはならな…い？（自信なさげ）

主 査 うん。供託するとどうなるんですっけ？

あなた 債権者がそれを受領すれば、債務が消滅します…。

主 査 ということは、Yが供託をすれば、それだけでXは解除が主張できなくなっちゃうんですかね？

あなた いえ、供託ただけの段階では、Xは解除を主張できます。受領すれば解除は主張できなくなるとは思います…。

主 査 うん。ということは解除の主張に対して、供託は独立の抗弁になるわけではないということでしょうか？

あなた はい！（わかったようなわからんような。）

主 査 それでは、Yの抗弁事実を証明するために、弁護士Qとしては、どのような証拠を集めようと考えますか？

あなた はい。タクシーを使ったとのことですので、その領収書。それとX方で支払猶予に関する書面や供託された賃料に関する書面のような、なにか書面を作成したのであれば、通常2通あるかと思しますので、それを集めます。それと…

主 査 不動産業者と行ったとのことですか？

あなた あ、それでしたら、不動産業者の人を証人とすることや、そのとき書面を作成したなら不動産業者が持っている可能性がありますので、それを収集します。

主 査 うん。さっきタクシーの領収書と言ってくれたけど、普通領収書って金額とか時間とかしか書いてないですよ。YのところからXのところに行ったという事実を証明するための証拠として何かありませんか？

あなた えー…、うーん、運行の記録みたいなものがあれば…

主 査 それは誰が作っているものかな？

あなた タクシー会社が有しているものです。

主 査 まあ、タクシー会社の乗務記録、を収集しますかね？

あなた はい！

主 査 はい。副査なにか？

副 査 （首を横に振る）

主 査 それでは終わります。あ、パネルをひっくり返して元に戻しておいてもらえますかね。

あなた はい。ありがとうございました。

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/>