

# 予備試験スタンダード短答オープンガイドンス

得点率62%の壁は高い？低い？

## 短答合格を確実にする短答強者の定石

---

辰巳専任講師・弁護士

金沢 幸彦 先生

### 辰巳法律研究所

---

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# 目 次

1. 平成28年度予備試験短答式試験の分析 .....	1
2. 本試験問題及び的中問題 .....	10
(1). 行政法 .....	10
(2). 民法 .....	14
(3). 刑法 .....	20
(4). 刑事訴訟法 .....	28

※予備試験スタンダード短答オープンの問題と解説は、原則として実施当時のものを掲載しております。

## ■ 平成28年 予備試験 短答式試験【分析】

### ☆ 試験日程（平成28年の短答式試験）

平成28年5月15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：昨年度と変動ありませんでした。〕

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	53（民法：15（1～15） （商法：17（16～32）） （民訴：21（33～53））
刑法・刑事訴訟法	44（刑法：19（1～19） （刑訴：25（20～44））
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

## 短答合格を確実にする短答強者の定石

### ☆ 頁数〔注：大きな変化はありません。〕

憲法・行政法	13頁〔注：昨年13頁〕
民法・商法・民事訴訟法	20頁〔注：昨年21頁〕
刑法・刑事訴訟法	16頁〔注：昨年14頁〕
一般教養科目	22頁〔注：昨年22頁〕

### ☆ 法務省発表による短答式試験の出願者等の推移

	H28	H27	H26	H25	H24	H23
出願者	12,767	12,543	12,622	11,255	9,118	8,971
欠席者	2,325	2,209	2,275	2,031	1,935	2,494
受験者	10,442	10,334	10,347	9,224	7,183	6,477
(うち途中欠席)	63	88	52	41	48	67
受験率	81.8%	82.4%	82.0%	82.0%	78.8%	72.2%
採点対象者	10,379	10,246	10,295	9,183	7,135	6,410
合格点	165	170	170	170	165	165
合格者数	2,426	2,294	2,018	2,017	1,711	1,339
合格者の平均点	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	23.2%	22.2%	19.5%	21.9%	23.8%	20.7%
---------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

### ☆ 法務省発表による短答式試験の平均点等の推移

	満点	H28	H27	H26	H25	H24	H23
短答合格点	270	165.0	170.0	170.0	170.0	165.0	165.0
全体平均点	270	134.6	138.7	137.3	139.5	134.7	130.7
憲法	30	17.6	17.3	17.8	16.5	15.1	15.8
行政法	30	14.8	15.6	12.7	14.2	12.5	12.2
民法	30	16.3	16.9	17.7	19.7	16.3	19.2
商法	30	12.0	13.7	15.0	12.1	14.7	12.9
民訴	30	15.6	14.7	16.2	17.0	16.9	14.7
刑法	30	17.5	16.9	14.1	17.0	16.6	18.6
刑訴	30	16.5	15.5	12.4	17.9	15.6	14.0
一般教養	60	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)		230	8	134.6
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	17.6
	行政法 (30点満点)	28	0	14.8
	民法 (30点満点)	30	0	16.3
	商法 (30点満点)	30	0	12.0
	民事訴訟法 (30点満点)	30	0	15.6
	刑法 (30点満点)	30	0	17.5
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	16.5
	一般教養科目 (60点満点)	54	0	24.3

## ☆ 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：昨年度より 1 問重複が増えました]

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：昨年度は約 72.5%] が司法試験の問題と重複

## 正答率一覧（平成28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	私人間における人権保障	25%	No.1	92%	74%	18%
				No.2	97%	90%	7%
				No.3	37%	30%	7%
	2	法の下での平等	<b>69%</b>	No.4	76%	63%	13%
	3	取材の自由	<b>78%</b>	No.5	86%	69%	17%
	4	海外渡航の自由	<b>53%</b>	No.6	92%	87%	5%
				No.7	75%	60%	15%
				No.8	92%	87%	5%
	5	学問の自由	<b>84%</b>	No.9	90%	79%	11%
	6	労働基本権	<b>63%</b>	No.10	84%	66%	18%
				No.11	97%	86%	11%
				No.12	94%	82%	12%
	7	天皇の「おことば」	<b>67%</b>	No.13	76%	58%	18%
	8	政 党	<b>81%</b>	No.14	85%	77%	8%
	9	在外邦人選挙権制限訴訟	37%	No.15	99%	94%	5%
				No.16	80%	68%	12%
				No.17	63%	37%	<b>26%</b>
	10	内閣及び内閣総理大臣	<b>75%</b>	No.18	83%	67%	16%
	11	違憲審査	<b>62%</b>	No.19	97%	80%	17%
				No.20	91%	83%	8%
				No.21	83%	73%	10%
	12	憲法改正の限界	<b>51%</b>	No.22	66%	43%	23%
				No.23	98%	91%	7%
				No.24	97%	82%	15%

行政法	13	インターネット医薬品販売	22%	No.25	90%	82%	8%
				No.26	61%	43%	18%
				No.27	95%	90%	5%
				No.28	58%	51%	7%
	14	聴聞手続	21%	No.29	29%	12%	17%
	15	行政裁量	<b>79%</b>	No.30	99%	95%	4%
				No.31	99%	92%	7%
				No.32	93%	83%	10%
				No.33	96%	92%	4%
	16	行政指導	18%	No.34	60%	49%	11%
				No.35	47%	28%	19%
				No.36	99%	90%	9%
				No.37	78%	70%	8%
	17	執行罰	<b>73%</b>	No.38	85%	62%	23%
	18	情報公開法	15%	No.39	16%	14%	2%
	19	訴えの利益	<b>72%</b>	No.40	88%	56%	<b>32%</b>
	20	行政処分取消訴訟	10%	No.41	13%	8%	5%
	21	各種判決の効力	42%	No.42	93%	82%	11%
				No.43	92%	81%	11%
				No.44	89%	75%	14%
				No.45	68%	62%	6%
	22	義務付け及び差止めの訴え	<b>86%</b>	No.46	94%	77%	17%
	23	執行停止申立手続	47%	No.47	95%	71%	24%
				No.48	96%	91%	5%
No.49				71%	58%	13%	
No.50				95%	82%	13%	
24	内閣の組織・権限等	49%	No.51	86%	79%	7%	
			No.52	99%	95%	4%	
			No.53	93%	80%	13%	
			No.54	66%	60%	6%	

※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28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	意思表示	<b>56%</b>	No.1	65%	46%	19%
	2	代 理	<b>62%</b>	No.2	73%	49%	24%
	3	時効の援用	<b>75%</b>	No.3	87%	62%	<b>25%</b>
	4	物権的請求権	<b>77%</b>	No.4	82%	71%	11%
	5	即時取得	<b>57%</b>	No.5	68%	45%	23%
	6	担保物権	<b>60%</b>	No.6	71%	47%	24%
	7	抵当権	<b>80%</b>	No.7	88%	72%	16%
	8	債権の目的	<b>58%</b>	No.8	72%	42%	<b>30%</b>
	9	債権者代位権	<b>89%</b>	No.9	96%	82%	14%
	10	保 証	46%	No.10	53%	40%	13%
	11	各種契約	<b>78%</b>	No.11	87%	67%	20%
	12	委任契約	<b>79%</b>	No.12	92%	65%	<b>27%</b>
	13	年齢と身分行為	<b>63%</b>	No.13	74%	50%	24%
	14	親 権	<b>50%</b>	No.14	59%	39%	20%
	15	共同相続	<b>59%</b>	No.15	72%	46%	<b>26%</b>
商法	16	株式会社の設立	<b>62%</b>	No.16	78%	44%	<b>34%</b>
	17	現物出資	30%	No.17	38%	22%	16%
	18	募集株式の発行	<b>68%</b>	No.18	81%	53%	<b>28%</b>
	19	新株予約権	24%	No.19	25%	23%	2%
	20	株主総会	45%	No.20	61%	37%	24%
				No.21	70%	53%	17%
	21	取締役会設置会社	<b>76%</b>	No.22	83%	68%	15%
	22	監査役会と監査等委員会	11%	No.23	15%	7%	8%
23	自己株式の取得	29%	No.24	90%	70%	20%	
			No.25	35%	22%	13%	

商法	24	持分会社	<b>52%</b>	No.26	61%	42%	19%
	25	吸収合併等	45%	No.27	51%	39%	12%
	26	会社関係訴訟	22%	No.28	27%	17%	10%
	27	個人商人の商業使用人	43%	No.29	51%	35%	16%
	28	商行為	<b>78%</b>	No.30	89%	66%	23%
	29	手形の善意取得	<b>61%</b>	No.31	73%	47%	<b>26%</b>
	30	約束手形の遡求	29%	No.32	33%	24%	9%
民訴	31	補助参加	33%	No.33	43%	23%	20%
	32	訴訟代理人	<b>68%</b>	No.34	78%	58%	20%
	33	異議権（質問権）	<b>77%</b>	No.35	90%	63%	<b>27%</b>
	34	裁 判	<b>58%</b>	No.36	72%	43%	<b>29%</b>
	35	訴 え	<b>57%</b>	No.37	74%	38%	<b>36%</b>
	36	確定判決の拘束力	<b>77%</b>	No.38	93%	67%	<b>26%</b>
				No.39	94%	71%	23%
	37	重複起訴の禁止	<b>61%</b>	No.40	74%	46%	<b>28%</b>
	38	訴えの変更	30%	No.41	41%	21%	20%
				No.42	46%	31%	15%
	39	釈 明	<b>62%</b>	No.43	76%	58%	18%
				No.44	78%	67%	11%
	40	証 拠	<b>86%</b>	No.45	96%	74%	22%
	41	証言拒絶権	19%	No.46	37%	36%	17%
				No.47	28%	29%	-1%
	42	請求の放棄・認諾	46%	No.48	48%	44%	4%
	43	訴訟上の合意	45%	No.49	56%	33%	23%
44	略式の手続	<b>50%</b>	No.50	74%	52%	22%	
			No.51	75%	50%	<b>25%</b>	
45	上 訴	<b>51%</b>	No.52	71%	49%	22%	
			No.53	75%	57%	18%	

※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28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	正当防衛及び緊急避難	<b>91%</b>	No.1	98%	83%	15%
	2	放火の罪等	35%	No.2	66%	37%	<b>29%</b>
				No.3	71%	58%	13%
	3	不真正不作為犯	<b>87%</b>	No.4	96%	78%	18%
	4	住居を侵す罪	35%	No.5	99%	92%	7%
				No.6	100%	92%	8%
				No.7	84%	57%	<b>27%</b>
				No.8	98%	91%	7%
				No.9	59%	39%	20%
	5	第三者に対する防衛行為	<b>87%</b>	No.10	95%	78%	17%
	6	文書偽造の罪	<b>52%</b>	No.11	66%	36%	<b>30%</b>
	7	因果関係	72%	No.12	90%	71%	19%
				No.13	89%	59%	<b>30%</b>
8	わいせつの罪	<b>82%</b>	No.14	91%	73%	18%	
9	間接従犯	<b>90%</b>	No.15	96%	83%	13%	
10	財産罪の成否①	<b>76%</b>	No.16	86%	66%	20%	
11	事実の錯誤	<b>72%</b>	No.17	85%	59%	<b>26%</b>	
12	共謀共同正犯	<b>92%</b>	No.18	97%	88%	9%	
13	財産罪の成否②	<b>76%</b>	No.19	83%	68%	15%	
刑訴	14	告 訴	<b>87%</b>	No.20	96%	77%	19%
	15	逮 捕	43%	No.21	49%	36%	13%
	16	令状の種類	<b>58%</b>	No.22	69%	46%	23%
	17	弁護人の選任	<b>68%</b>	No.23	79%	57%	22%
	18	刑事手続の期間	47%	No.24	92%	73%	19%
				No.25	81%	64%	17%
No.26				92%	79%	13%	
No.27				91%	68%	23%	
			No.28	96%	85%	11%	

刑訴	19	公訴時効	<b>59%</b>	No.29	72%	45%	<b>27%</b>
	20	公判前整理手続	<b>79%</b>	No.30	83%	75%	8%
	21	訴因変更の要否	<b>84%</b>	No.31	93%	75%	18%
	22	各種書面の証拠能力	40%	No.32	99%	90%	9%
				No.33	86%	69%	17%
				No.34	81%	65%	16%
				No.35	89%	69%	20%
				No.36	85%	72%	13%
	23	共犯者の自白	<b>84%</b>	No.37	93%	73%	20%
	24	直接証拠	48%	No.38	95%	81%	14%
				No.39	96%	80%	16%
				No.40	95%	86%	9%
				No.41	72%	38%	<b>34%</b>
No.42				99%	93%	6%	
25	被害者参加制度	<b>70%</b>	No.43	82%	57%	<b>25%</b>	
26	再 審	<b>74%</b>	No.44	83%	64%	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

平成28年予備試験短答式試験本試験問題

[行政法]

〔第23問〕（配点：3）（全体正答率47％）

行政処分の執行停止申立手続に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に〔No.47〕から〔No.50〕）

- ア. 自己が受けた行政処分に不服があるものは、当該処分の執行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、当該処分の取消訴訟を提起することなく、裁判所に対し、当該処分の執行停止決定をするよう申し立てることができる。〔No.47〕
- イ. 執行停止決定がされるための要件の一つとして、当該処分、処分の執行又は手続の続行により重大な損害を生ずるおそれがあることが必要であるが、その有無を判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに当該処分内容及び性質をも勘案するものとされている。〔No.48〕
- ウ. 執行停止決定は、原則として口頭弁論を経る必要があり、緊急の必要がある場合に限り、口頭弁論を経ないですることができる。〔No.49〕
- エ. 執行停止決定が確定した後に、事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、当該決定を取り消すことができる。〔No.50〕

行政法	執行停止	日付	/	問題整理番号	正答率
第12問		チェック欄		6-2-(5)	78%
〈出題ポイント〉 条文知識：5 判例知識：0 学説理解：1 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第3回)

〔第12問〕 (配点：3)

行政事件訴訟法における執行停止に関する次のアからエまでの各記述について、法令に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからエの順に [No.33] から [No.36])

ア. 執行停止が認められるためには、本案訴訟として取消訴訟等が提起され係属していることが前提要件となるから、原則として、執行停止の申立ては、本案訴訟が係属していなければ不適法である。[No.33]

イ. 執行停止に関して、内閣総理大臣の異議があると、裁判所は、執行停止ができなくなるが、すでになされた執行停止決定については、これを取り消すことまでは要しない。[No.34]

ウ. 行政事件訴訟法第32条第1項は、執行停止の決定に準用されているから、執行停止の申立てを認容する決定は、第三者に対しても効力を有する。[No.35]

エ. 執行停止の申立てを認容する決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更した場合であっても、裁判所は、職権により執行停止の決定を取り消すことはできない。[No.36]

行政法 第23問	執行停止申立手続	H28予備試験本試験
----------	----------	------------

正解 [No.47] 2, [No.48] 1, [No.49] 2, [No.50] 1

ア誤り。行政事件訴訟法25条2項。執行停止の決定は、「**処分の取消しの訴えの提起があつた場合において**」申立てによりされるものと規定されている。執行停止の決定に係る手続は、本案の付随手続であって、執行停止の申立てをするためには、本案の提起がされていることが要件となる。これは、適法な本案の係属する裁判所が本案とのならみ合わせの上で執行停止をすべきか否かを決めるのが適当だからである。したがって、本記述は誤っている。

イ正しい。行政事件訴訟法25条3項。裁判所は、行政事件訴訟法25条2項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、**損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする**。これは、執行停止の判断に際し、損害の回復の困難な程度のみに着目するだけではなく、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも考慮事項とすることにより、個々の事案の事情に即した適切な判断を確保しようとするものである。したがって、本記述は正しい。

ウ誤り。行政事件訴訟法25条6項。2項〔注：執行停止〕の決定は、**口頭弁論を経ないですることができる**。ただし、あらかじめ、当事者の意見をきかなければならない。行政事件訴訟法25条6項本文は、執行停止の決定につき緊急の判断を要する場合があることから規定されている。したがって、本記述は誤っている。

エ正しい。行政事件訴訟法26条1項。**執行停止の決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもつて、執行停止の決定を取り消すことができる**。これは、本案訴訟の取下げによる手続要件の不充足、積極要件の消滅、消極要件の発生等で執行停止の効力を維持する必要がなくなる場合にそなえ、取消しの制度が置かれたものである。したがって、本記述は正しい。

以上全体につき、櫻井・橋本P.315～9。宇賀ⅡP.289～307。

行政法 第12問	執行停止	過去問	予備27-23, 25-22, 24-22 新司25-36, 24-36, 23-35
正解 [No.33] 1, [No.34] 2, [No.35] 1, [No.36] 1			

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第3回)

【合格へのアプローチ】

本問は、執行停止に関する問題であり、確実に押さえて欲しい。特に、肢エでは、行政事件訴訟法においては職権による執行停止決定の取消しを認めていない点を確認して欲しい。

ア正しい。行政事件訴訟法25条2項は、「処分の取消しの訴えの提起があつた場合において」と規定していることから、執行停止が認められるためには、本案訴訟として取消訴訟等が提起され係属していることが前提要件となる。よって、原則として、執行停止の申立ては本案訴訟が係属していなければ不適法であり、本案訴訟係属前の執行停止の申立ては認められないことになる。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(2)P.396~401)

なお、申立て当時に本案訴訟が提起されていなくても、執行停止の決定時まで本案訴訟が係属していれば、当該申立ては適法になると考えられている。

イ誤り。行政事件訴訟法27条4項。執行停止に関する内閣総理大臣の異議があると、裁判所は、執行停止ができず、また、すでになされた執行停止決定についてはこれを取り消さねばならない。

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(2)P.401~2)

ウ正しい。処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する(行政事件訴訟法32条1項)ところ、この規定は執行停止の決定及び執行停止の決定を取り消す決定に準用されている(同条2項)ため、執行停止の決定の効力は、第三者にも及ぶことになる。行政事件訴訟法32条1項の趣旨は、行政上の法律関係は画一的に規制されることが望ましく、取消しの効果が訴訟当事者と第三者との間で区々となることは適当でないことから第三者効を認める点にある。そして、執行停止決定やこれを取り消す決定においても、取消判決と同じく第三者効を認める必要があることから、行政事件訴訟法32条2項により同条1項が準用されるとされる。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(2)P.407)

エ正しい。行政事件訴訟法26条1項。執行停止の決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもって、執行停止の決定を取り消すことができる。その趣旨は、執行停止決定の確定後、執行停止の理由の消滅その他の事情の変更が生じた場合には、当該執行停止決定の効力を維持し続ける必要性が失われるから、こうした事態に対処するため、行政庁の申立てに基づき執行停止決定を取り消す制度を置いた点にある。

そして、行政事件訴訟法において職権による執行停止決定の取消しを認めていないのは、公益判断の責めに任ずる行政の申立てに基づかずして、その職にない裁判官が、第1次的にその判断権を行使することの当否が問題となるからである。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(2)P.401)

以上全体につき、塩野ⅡP.202~212。櫻井・橋本P.330~336。宇賀ⅡP.289~303。

平成28年予備試験短答式試験本試験問題

[民法]

〔第15問〕（配点：2）（全体正答率59%）

共同相続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.15]）

ア. 共同相続人であるAとBの間で遺産分割協議が成立した場合において、Aがその協議において負担した債務を履行しないときであっても、BはAの債務不履行を理由に遺産分割協議を解除することはできない。

イ. 共同相続人は、既に成立している遺産分割協議の全部を共同相続人全員の合意により解除した上で、改めて遺産分割協議を成立させることはできない。

ウ. 共同相続が生じた場合、相続人の一人であるAは、遺産の分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人Bに対して、自己の相続分に相当する金銭の支払を求めることはできない。

エ. A及びBがCに対して400万円の連帯債務を負担していたところ、Aが死亡し、その妻D及び子Eが相続した場合、Cは、Eに対して、Aの負担していた400万円の債務全額の支払を請求することができる。

オ. A、B及びCが共同相続した甲土地の共有持分権をCから譲り受けたDが、A及びBとの共有関係の解消のためにとるべき裁判手続は、遺産分割審判である。

1. ア ウ      2. ア オ      3. イ エ      4. イ オ      5. ウ エ

民法	共同相続	日付	/	問題整理番号	正答率
第43問		チェック欄		9-3	52%
〈出題ポイント〉 条文知識：0 判例知識：5 学説理解：0 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 第1クール 第3回)

〔第43問〕(配点：2)

共同相続財産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.46])

- ア. 共同相続人の1人が、相続財産中の可分債権につき、その相続分を超えて債権を行使した場合には、他の相続人の財産に対する侵害となるから、侵害を受けた相続人は、不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を求めることができる。
- イ. 相続開始から遺産分割までの間に共同相続に係る不動産から生ずる賃料債権は、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得し、その帰属は後にされた遺産分割の影響を受けない。
- ウ. 連帯債務者の1人が死亡し、その相続人が数人ある場合に、相続人らは被相続人の債権全額について連帯債務を承継し、各自債務全額につき他の連帯債務者と共に連帯債務者となる。
- エ. 相続人は、遺産分割までの間、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払を求めることができる。
- オ. 相続人が数人ある場合において、相続財産中に可分債権があるときは、その債権は法律上当然に分割されて、各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継する。

1. ア エ      2. ア オ      3. イ ウ      4. イ オ      5. ウ エ

民法 第15問	共同相続	H28 予備試験本試験
---------	------	-------------

正解 [No.15] 1

**ア正しい。**最判平元. 2. 9 (百選Ⅲ69事件, 遺産分割後の負担不履行を理由とする解除)。判例は、本記述と類似の事案において、「**共同相続人間において遺産分割協議が成立した場合に、相続人の一人が他の相続人に対して右協議において負担した債務を履行しないときであっても、他の相続人は民法541条によって右遺産分割協議を解除することができない**」としている。

その理由として、判例は、「遺産分割はその性質上協議の成立とともに終了し、その後は右協議において右債務を負担した相続人とその債権を取得した相続人間の債権債務関係が残るだけと解すべきであり、しかも、このように解さなければ民法909条本文により遡及効を有する遺産の再分割を余儀なくされ、法的安定性が著しく害されることになる」ということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。

**イ誤り。**最判平2. 9. 27。判例は、「**共同相続人の全員が、既に成立している遺産分割協議の全部又は一部を合意により解除した上、改めて遺産分割協議をすることは、法律上、当然には妨げられるものではない**」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、共同相続人全員が合意している以上、分割協議のやり直しを認めない理由は存在しないということ挙げている。

したがって、本記述は誤っている。

**ウ正しい。**最判平4. 4. 10 (百選Ⅲ63事件, 遺産たる金銭と遺産分割前の相続人の権利)。判例は、本記述と同様の事案において、「**相続人は、遺産の分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払を求めることはできない**」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、金銭が当然に分割されてしまうと、その後の遺産分割で金銭を調整に使うことができなくなり不便であるということ挙げている。

したがって、本記述は正しい。

**エ誤り。**最判昭34. 6. 19 (百選Ⅲ62事件, 連帯債務の相続)。判例は、本記述と類似の事案において、「**連帯債務は、数人の債務者が同一内容の給付につき各独立に全部の給付をなすべき債務を負担しているものであり、各債務は債権の確保及び満足という共同の目的を達する手段として相互に関連結合しているが、なお、可分なること通常の金銭債務と同様である。ところで、債務者が死亡し、相続人が数人ある場合に、被相続人の金銭債務その他の可分債務は、法律上当然分割され、各共同相続人がその相続分に応じてこれを承継するものと解すべきであるから…、連帯債務者の一人が死亡した場合においても、その相続人らは、被相続人の債務の分割されたものを承継し、各自その承継した範囲において、本来の債務者とともに連帯債務者となる**」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、共同相続人に当然に連帯債務を負

担させるのは債権者の保護に傾きすぎるものであり、共同相続人の利益との調和を図るべきであるということを挙げている。

したがって、本記述は誤っている。

**オ誤り。**最判昭50. 11. 7。判例は、本記述と類似の事案において、「**第三者が右共同所有関係の解消を求める方法として裁判上とるべき手続は、民法907条に基づく遺産分割審判ではなく、民法258条に基づく共有物分割訴訟である**」としている。その理由として、判例は、「共同相続人の一人が特定不動産について有する共有持分権を第三者に譲渡した場合、当該譲渡部分は遺産分割の対象から逸出するものと解すべきであるから、**第三者がその譲り受けた持分権に基づいてする分割手続を遺産分割審判としなければならないものではない**」ということを挙げている。

したがって、本記述は誤っている。

以上により、正しい記述はアとウであり、したがって、正解は肢1となる。

以上全体につき、内田IVP. 393～433。川井(5)P. 161～185。

民法 第43問	共同相続	過去問	予備23-15 新司23-34, 19-34
正解 [No.46] 5			

(予備試験スタンダード短答オープン 第1クール 第3回)

【合格へのアプローチ】

本問は、共同相続の効力についての判例を横断的に問うものである。特に、遺産分割に関係する判例は、出題可能性が高い。本問では、当然に分割される場合（肢オ）と当然には分割されない場合（肢エ）との区別は混乱しやすいので注意が必要である。また、肢イの判例（最判平17.9.8）は、結論だけではなく、理論構成も重要である。

ア正しい。最判平16.4.20。判例は、「共同相続人の1人が相続財産中の可分債権につき、法律上の権限なく自己の債権となった分以外の債権を行使した場合には、当該権利行使は、当該債権を取得した他の共同相続人の財産に対する侵害となるから、その侵害を受けた共同相続人は、その侵害をした共同相続人に対して不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を求めることができる」としている。

その理由として、判例は、「相続財産中に可分債権があるときは、その債権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されて各共同相続人の分割単独債権となり、共有関係に立つものではない」ということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(3)P.745～6)

イ正しい。最判平17.9.8（百選Ⅲ64事件）。判例は、「相続開始から本件遺産分割決定が確定するまでの間に本件各不動産から生じた賃料債権は、被上告人及び上告人ら〔注：いずれも共同相続人〕がその相続分に応じて分割単独債権として取得したものであり、本件口座〔注：賃料を管理するための銀行口座〕の残金は、これを前提として清算されるべきである」としている。

その理由として、判例は、「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は、遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得する」。そして、「遺産分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものであるが、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した上記賃料債権の帰属は、後にされた遺産分割の影響を受けないものというべきである」ということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(3)P.745)

ウ誤り。最判昭34.6.19（百選Ⅲ62事件）。判例は、「連帯債務者の1人が死亡した場合においても、その相続人らは、被相続人の債務の分割されたものを承継し、各自その承継した範囲において、本来の債務者とともに、連帯債務者となる」としている。

その理由として、判例は、連帯債務は債権の確保及び満足という点で相互に関連結合しているものの、なお、通常金銭債務と同じように可分であり、金銭債務その

他の可分債務が相続により複数の相続人に承継される場合には、法律上当然に分割され、各相続人は相続分に応じてこれを承継するというを挙げている。

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(3)P.374)

**エ誤り。**最判平4. 4. 10 (百選Ⅲ63事件)。判例は、「相続人は、遺産の分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払を求めることはできない」としている。

判例に賛成する学説は、その理由として、①金銭債権のような可分債権は当然に共同相続人間に分割されると解され(最判昭29. 4. 8)、金銭も考え方によっては一種の債権ともいえるが、所有権の移転に関しては特殊な動産として扱われ、占有のあるところに所有があるという形で動的安全が極限まで保護されているから(最判昭39. 1. 24)、当然に債権扱いしなければならないわけではないということ、及び②金銭が当然に分割帰属するのでは、遺産分割で金銭を調整に使うことができなくなり不便であるということを挙げている。

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(3)P.745)

**オ正しい。**最判昭29. 4. 8。判例は、「相続人数人ある場合において、その相続財産中に金銭その他の可分債権あるときは、その債権は法律上当然分割され各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するものと解するを相当とする」としている。

判例に賛成する学説は、その理由として、判例は相続財産の共同所有関係(民法898条)を共有と理解しており、かつ民法427条は、多数当事者の債権関係につき分割債権債務関係を原則としているので、可分債権は相続開始とともに当然共同相続人間で分割されるということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(3)P.745)

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5となる。

以上全体につき、内田IVP.393~433。川井(5)P.147~178。

平成28年予備試験短答式試験本試験問題

[刑法]

〔第7問〕(配点：3)(全体正答率72%)

因果関係に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。(解答欄は、[No.12]、[No.13] 順不同)

1. 甲が、殺害目的でVの首を両手で絞め、失神してぐったりとしたVを死んだものと誤解し、死体を隠すつもりでVを雪山に運んで放置したところ、Vは意識を回復しないまま凍死した。甲がVの首を両手で絞めた行為とVの死亡との間には、因果関係がない。
2. 甲が、心臓発作を起こしやすい持病を持ったVを突き飛ばして尻餅をつくように路上に転倒させたところ、Vはその転倒のショックで心臓発作を起こして死亡した。Vにその持病があることを甲が知り得なかった場合でも、甲がVを突き飛ばして路上に転倒させた行為とVの死亡との間には、因果関係がある。
3. 甲は、Vの頸部を包丁で刺し、Vは、同刺創に基づく血液循環障害による脳機能障害により死亡した。その死亡するまでの経過は、Vは、受傷後、病院で緊急手術を受けて一命をとりとめ、引き続き安静な状態で治療を継続すれば数週間で退院することが可能であったものの、安静にすることなく病室内を歩き回ったため治療の効果が上がらず、同脳機能障害により死亡したというものであった。この場合でも、甲がVの頸部を包丁で刺した行為とVの死亡との間には、因果関係がある。
4. 甲は、深夜、市街地にある道幅の狭い車道上に無灯火のまま駐車していた普通乗用自動車の後部トランクにVを閉じ込めて監禁したが、数分後、たまたま普通乗用自動車を通り掛かった乙が居眠り運転をして同車を甲の普通乗用自動車の後部トランクに衝突させ、Vは全身打撲の傷害を負い死亡した。甲がVをトランクに監禁した行為とVの死亡との間には、因果関係がない。
5. 甲は、ホテルの一室で未成年者Vに求められてその腕に覚せい剤を注射したところ、その場でVが錯乱状態に陥った。甲は、覚せい剤を注射した事実の発覚を恐れ、そのままVを放置して逃走し、Vは覚せい剤中毒により死亡した。Vが錯乱状態に陥った時点で甲がVに適切な治療を受けさせることによりVを救命できた可能性が僅かでもあれば、甲がVを放置した行為とVの死亡との間には、因果関係がある。

刑 法	因果関係	日 付	/	問題整理番号	正答率
第2問		チェック欄		2-2-(3)	98%
〈出題ポイント〉 条文知識：0 判例知識：5 学説理解：0 事務処理：1 論理その他：2					

(予備試験スタンダード短答オープン 第2クール 刑法・刑訴第2回)

〔第2問〕(配点：3)

因果関係に関する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.2])

- ア. 甲は、乙に対し頭部を多数回殴打するなどの暴行を加え、脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせ、その後、乙を資材置き場に運搬の上、放置したところ、乙は死亡した。乙は、生存中、資材置き場において何者かに角材でその頭頂部を数回殴打されているが、その暴行は当初の脳出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えるものであった。この場合、第三者の殴打が乙の死亡に影響を与えた以上、甲の暴行と乙の死亡との間には因果関係は認められないので、甲に傷害致死罪は成立しない。
- イ. 甲が、乙を乗用車のトランクに監禁したまま、午前4時ころ、その乗用車を片側1車線の道路に無灯火で停車させていたところ、後続車の運転者Aが前方不注意により追突してトランク内の乙が死亡した。この場合、乙の死亡原因が直接的にはAの甚だしい過失行為にあるとしても、本件監禁行為と乙の死亡との間の因果関係を肯定することができる。
- ウ. 甲が、乙に布団で鼻腔部を圧迫するなどの暴行を加えたところ、乙の心臓等に高度の病的素因があり、そのために心臓死した。この場合、乙の心臓等に高度の病的素因が存在することを甲が知らなければ、暴行と心臓死との間に因果関係を認める余地はない。
- エ. スキューバダイビングの潜水指導者である甲が、夜間潜水の指導中不用意に移動して受講生らのそばから離れ、受講生らを見失ったため、指導補助者が甲を捜し求めて沖に向かって水中移動を指示し、受講生らがこれに追従したところ、まだスキューバダイビングの初心者であった受講生乙は、水中移動中に空気を使い果たして恐慌状態に陥り、自ら適切な措置を採ることができないまま死亡した。この場合、指導補助者が甲を捜し求めて沖に向かって水中移動を指示するという、著しく不自然、不相当な行為があるので、甲の行為と乙の死亡との間に因果関係を肯定することはできない。
- オ. 甲ら数名が乙に対し、甲らの組織の所有するビルの一室で長時間にわたり、断続的に激しい暴行を加えたところ、乙は隙を見て逃走したが、いつ甲らに追いつかれるかという極度の恐怖感を抱き、追跡から逃れるため、遮断機が下りてきているにもかかわらず、裏手にあった線路に面した窓から飛び降り、線路に無理やり入り込んだところ、急行電車にひかれ、死亡した。この場合、乙の線路に入り込む行為がそれ自体危険な行為であっても、甲らの暴行と乙の死亡との間に因果関係を肯定することができる。

1. ア イ      2. ア エ      3. イ オ      4. ウ エ      5. ウ オ

刑 法 第 7 問	因果関係	H 2 8 予備試験本試験
-----------	------	---------------

正解 [No.12] [No.13] 2, 3 (順不同)

1 誤り。大判大12. 4. 30 (百選I15事件, 因果関係の錯誤)。判例は, 行為者が殺害目的で被害者の頸部を締めた後, 死んだものと誤信し, 犯行の発覚を防ぐ目的で海岸砂上に運び, 放置したところ, 頸部絞扼と砂末吸引により死亡した事案において, 行為者の死体遺棄行為は因果関係を遮断するものではないとする。

判例の結論に賛成する学説は, その理由として, 頸部絞扼だけによって被害者の死亡が生じたとはいえず, 海岸砂上への放置行為が死亡の重要な原因となっているが, **殺人行為後に行行為者が死体遺棄行為にできることはありうることである以上, 行為者の第1行為の危険性は, 第2行為を経由して, 結果へと現実化したものといえる**ということを挙げている。

したがって, 本記述は誤っている。

2 正しい。最判昭46. 6. 17 (百選I8事件, 結果的加重犯と因果関係)。本記述では, 被害者に特殊な事情が存在したために死亡結果が発生した場合に, 実行行為と死亡結果との間に因果関係を認めることができるかが問題となる。判例は, 本記述と類似の事案において, 「致死の原因たる暴行は, 必ずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するのではなく, **たまたま被害者の身体に高度の病変があったため, これとあいまって死亡の結果を生じた場合であっても, 右暴行による致死の罪を妨げない**」としている。さらに, このことは, 「被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず, また, 致死の結果を予見することもできなかったものとしても」妥当するとしている。

判例の結論に賛成する学説は, その理由として, 被害者の特殊事情について一般人や行為者の認識・予見可能性を問うことなく, その特殊事情の存在を前提に行為の危険性を客観的に判断すれば, 行為の危険性が結果に現実化したといえるということ

を挙げている。  
したがって, 本記述は正しい。

3 正しい。最決平16. 2. 17。本記述では, 被害者の不適切な行為が介在した場合に, 実行行為と死亡結果との間に因果関係を認めることができるかが問題となる。判例は, 本記述と同様の事案において, 「**傷害は, それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって, 仮に被害者の死亡の結果発生までの間に, …被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても, 被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係がある**」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, 行為者が惹起した重大な傷害がそのまま悪化して死亡したとの判断が可能であり, 行為者の行為の危険性が現実化した結果といえるということ

を挙げている。  
したがって, 本記述は正しい。

4 誤り。最決平18. 3. 27 (百選I11事件, 第三者の行為の介在と因果関係(3))。判

例は、本記述と同様の事案において、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」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、直接の死因が自動車の追突による傷害であるとしても、追突事故はめずらしいことではなく、トランク内という逃げ場のない場所に監禁する行為自体の危険性が現実化した結果といえるということを挙げている。

したがって、本記述は誤っている。

- 5 誤り。最決平元・12・15（百選I4事件，不作為の因果関係）。判例は、本記述と同様の事案において、「被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ころの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、…十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められる」として、因果関係を肯定した。このように、**結果回避が合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められる場合に因果関係を肯定できる**のであるから、結果回避可能性が僅かしかない場合には、因果関係を肯定することができない。

したがって、本記述は誤っている。

以上により、正しい記述は2と3であり、したがって、正解は肢2と肢3（順不同）となる。以上全体につき、山口P.30～44，46～7。前田（総）P.127～148。

刑法 第2問	因果関係	過去問	予備26-9, 24-6 新司27-3, 26-5, 24-18
正解 [No.2] 3			

(予備試験スタンダード短答オープン 第2クール 刑法・刑訴第2回)

【合格へのアプローチ】

因果関係は、刑法総論の中でも重要な論点の一つである。本問の各記述は、いずれも百選判例をベースにしたものである。この分野は、判例の事案をベースにした出題がなされることがあるので（平成24年予備試験短答式試験第6問参照）、単に判例の結論だけを覚えるのではなく、判例がどの事実をどのように評価して結論を導いているのかという点についても注意して押さえておいて欲しい。

**ア誤り。**最決平2. 11. 20（百選I10事件）。判例は、本記述と同様の事案において、「このように、犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」としている。

よって、本記述では、甲の暴行と乙の死亡との間に因果関係が認められ、甲に傷害致死罪が成立する。

したがって、本記述は、甲の暴行と乙の死亡との間に因果関係は認められないので傷害致死罪は成立しないとしている点で、誤っている。（条文・判例本(6)P.51）

**イ正しい。**最決平18. 3. 27（百選I11事件）。判例は、本記述と同様の事案において、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる。」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、トランク内への監禁は、監禁致死罪の基本犯として強い禁止の対象となる行為であり、被害者がトランク内にいたからこそ追突事故により死亡したといえる得る本件のケースにおいては、禁止の根拠となっている行為の持つ危険性が結果発生により確証されたという関係を肯定することができるということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。（条文・判例本(6)P.51）

**ウ誤り。**最判昭46. 6. 17（百選I8事件）。判例は、本記述と同様の事案において、「致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があつたため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であつても、右暴行による致死の罪の成立を妨げないと解すべき」とした上、「被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまって致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地がある」として、因果関係を否定した原審を破棄し、差し戻した。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、行為の危険性を客観的に判断すれば、行為の危険性は肯定され、それに基づいて死の結果が発生した以上、危険の実現も肯定されることになることを挙げている。

したがって、本記述は、因果関係が認められる余地があるとすべきところ、認める余地はないとしている点で、誤っている。

- エ誤り。**最決平4. 12. 17 (夜間潜水事件, 百選I 12事件)。判例は、本記述と同様の事案において、「被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者からの適切な指示、誘導がなければ事態に適応した措置を講ずることができないおそれがあった被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであり、被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであって、被告人の行為と被害者の死亡との間に因果関係を肯定するに妨げない」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、直接結果をもたらす原因となった被害者の行為に不適切さが認められる場合であっても、それが当初の行為によりもたらされたものであれば、当初の行為者の行為には、被害者の不適切な行為を生じさせる危険性があり、その危険性が結果へと実現したと解することが可能となるということを挙げている。

したがって、本記述は、著しく不自然、不相当な行為があったとしても、因果関係を肯定することができるべきところ、肯定することはできないとしている点で、誤っている。(条文・判例本(6)P. 51~2)

- オ正しい。**最決平15. 7. 16 (高速道路進入事件, 百選I 13事件)。判例は、被告人ら数名が被害者に対し、公園において深夜約2時間、引き続きマンション居室において約45分間、断続的に激しい暴行を加えたところ、被害者がマンション居室から靴下履きのまま逃走したが、約10分後、極度の恐怖感を抱き、追跡から逃れるためマンションから約800メートル離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続の自動車に轢過されて死亡したという事案において、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができる」として、暴行と被害者が高速道路に進入して生じた死亡との間の因果関係を肯定し、傷害致死罪の成立を認めている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、高速道路に進入してしまうという介在行為は、被告人らの強度の暴行に強く影響・支配されて発生したと評価したものとみられ、被告人らの強度の暴行が被害者に極度の恐怖心を与えて、その後の心理に影響し続けた以上、傷害致死罪の成立を認めることが妥当であるということ

挙げている。

本記述においては、遮断機の下りてきている線路に進入する行為はそれ自体としてはかなり危険な行為であるが、甲らの組織の所有するビルの内部という閉鎖された場所で、複数人から暴行を受けた被害者の精神的な圧迫状況を考慮すると、極度の恐怖から線路に入り込むことも、甲らの暴行から逃れる方法として著しく不自然、不相当な行為であるとまではいえず、因果関係が認められる。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(6)P.52)

以上により、正しい記述はイとオであり、したがって、正解は肢3となる。

以上全体につき、山口P.30～39。前田(総)P.127～148。

【MEMO】

平成28年予備試験短答式試験本試験問題

[刑事訴訟法]

〔第20問〕（配点：2）（全体正答率79%）

公判前整理手続に関する次のアからオまでの各記述のうち、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.30]）

- ア. 裁判所は、裁判員裁判の対象事件ではない事件についても、必要があると認めるときは、公判前整理手続に付することができる。
- イ. 裁判所は、公判前整理手続において、弁護人から、被告人の自白調書につきその自白の任意性を争う旨の意見が述べられた場合には、公判前整理手続の終結までに当該自白調書の証拠能力を判断しなければならない。
- ウ. 検察官は、公判前整理手続における証拠開示に関する裁判所の決定に対して、不服申立てをすることができない。
- エ. 裁判所は、公判前整理手続に付された事件の公判において、検察官、被告人及び弁護人が公判前整理手続において取調べを請求しなかった証拠について、やむを得ない事由によって請求できなかった場合でなくても、必要と認めるときは、職権で証拠調べをすることができる。
- オ. 裁判所は、事件を公判前整理手続に付した場合、同手続を終結させて公判を開始した後には、期日間整理手続に付することができない。

1. ア イ      2. ア エ      3. イ ウ      4. ウ オ      5. エ オ

刑事訴訟法	公判前整理手続	日付	/	問題整理番号	正答率
第26問		チェック欄		4-3-(3)	85%
〈出題ポイント〉 条文知識：5 判例知識：0 学説理解：0 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 第1クール 第7回)

〔第26問〕 (配点：2)

公判前整理手続に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちのどれか。(解答欄は、[No.33])

- ア. 裁判員裁判の対象となる事件を除き、裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人に異議がある場合には、公判前整理手続を行うことはできない。
- イ. 公判前整理手続は、被告人が出頭しない場合には開くことができない。
- ウ. 公判前整理手続においては、被告人に弁護人がなくともその手続を行うことができる場合はない。
- エ. 公判前整理手続は、公開の法廷で行うことを要しない。
- オ. 公判前整理手続が行われると、公判前整理手続が終わった後に、新たな証拠調べの請求をすることができる場合はない。

1. ア イ      2. ア オ      3. イ エ      4. ウ エ      5. ウ オ

刑事訴訟法 第20問	公判前整理手続	H 2 8 予備試験本試験
------------	---------	---------------

正解 [No.30] 2

ア正しい。刑事訴訟法316条の2第1項。裁判所は、充実した公判の整理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要があると認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いて、第1回公判期日前に、決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備として、事件を公判前整理手続に付することができる。

その趣旨は、刑事裁判の充実、迅速化を図る点にある。そのため、裁判員裁判の対象事件については、裁判員にとって分かりやすく、迅速な裁判の実現を図るために審理計画を立てることを要するので、必要的に公判前整理手続が行われる（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律49条）。また、裁判員裁判の対象ではない事件であっても、裁判所は、「充実した公判の整理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要があると認めるとき」は、公判前整理手続に付することができる。

したがって、本記述は正しい。

なお、裁判員裁判の対象でない事件であっても争点の多い事件や証拠関係の複雑な事件など、審理の長期化が予想される事件においては、公判前整理手続を行うことが相当とされている。

また、平成28年刑事訴訟法改正により、刑事訴訟法316条の2第1項は、「裁判所は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要があると認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、第一回公判期日前に、決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備として、事件を公判前整理手続に付することができる。」となり、同項の次に、「前項の決定又は同項の請求を却下する決定をするには、裁判所の規則の定めるところにより、あらかじめ、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない。」の一項が加えられる（下線は辰巳法律研究所）。

イ誤り。裁判所は、証拠の採否を決定するために、事実の取調べ（刑事訴訟法43条3項）をすることができ、証拠能力に関する事実の取調べもできる。しかし、公判前整理手続において、被告人から、被告人の自白調書につきその自白の任意性を争う旨の意見が述べられた場合には、公判前整理手続の終結までに当該自白調書の証拠能力を判断しなければならないと定める規定はない。

したがって、本記述は誤っている。

なお、この点についての学説は、証拠能力に関する事実の取調べについては、公判で行うべき実体に関する証拠調べと区別した事実の取調べが可能で、それが円滑な訴訟運営にも資する場合に限られるとする。そして、自白の任意性の判断については、任意性の判断と信用性の判断が密接に関連するため、公判前整理手続で任意性に関して取調官を尋問したとしても、公判廷であらためて証人尋問を行わざるを得ない場合が多く、その点が公訴事実の立証の帰趨を左右する性質のものであるから、公判前整理手続でそのような尋問を行うのは相当性を欠くことが多いであろうとする。

**ウ誤り。**刑事訴訟法316条の25第3項、316条の26第3項。刑事訴訟法316条の25第1項及び316条の26第1項の請求についてした決定に対しては、即時抗告をすることができる（刑事訴訟法316条の25第3項、316条の26第3項）。これらの規定は、**不服申立ての主体を特に限定していない。**

よって、検察官は、公判前整理手続における証拠開示に関する裁判所の決定に対して、不服申立てをすることができる。

したがって、本記述は誤っている。

**エ正しい。**刑事訴訟法316条の32。公判前整理手続又は期日間整理手続に付された事件については、検察官及び被告人又は弁護人は、刑事訴訟法298条1項の規定にかかわらず、やむを得ない事由によって公判前整理手続又は期日間整理手続において請求することができなかつたものを除き、当該公判前整理手続又は期日間整理手続が終わった後には、証拠調べを請求することができない（刑事訴訟法316条の32第1項）。前項の規定は、裁判所が、必要と認めるときに、職権で証拠調べをすることを妨げるものではない（刑事訴訟法316条の32第2項）。このように、**公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限は検察官及び被告人又は弁護人に対するものであって、裁判所が必要と認めるときに、職権で証拠調べをすること妨げるものではない。**

したがって、本記述は正しい。

**オ誤り。**期日間整理手続とは、審理の経過にかんがみ必要と認められたときに、第1回公判期日後に、裁判所の決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備をする制度である（刑事訴訟法316条の28第1項）。

その趣旨は、充実した審理を集中的・計画的に行うためには、公判前整理手続を行うことができるが、審理経過によっては、第1回公判期日後に、事件の争点及び証拠を整理する必要が生じることもあるため、このような制度を設け、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備を可能とする点にある。そして、刑事訴訟法316条の28第1項は、「審理の経過にかんがみ必要と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いて」と規定しており、**事件を公判前整理手続に付した場合であっても、同手続を終結させて公判を開始した後に期日間整理手続に付することを禁じていない。**

したがって、本記述は誤っている。

なお、平成28年刑事訴訟法改正により、刑事訴訟法316条の28第1項は、「裁判所は、審理の経過に鑑み必要と認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、第一回公判期日前に、決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備として、事件を期日間整理手続に付することができる。」となる（下線は辰巳法律研究所）。

以上により、正しい記述はアとエであり、したがって、正解は肢2となる。

以上全体につき、池田・前田P.263～9, 326。リーガルクエストP.290～297, 299。

刑事訴訟法 第26問	公判前整理手続	過去問	予備27-22, 26-23, 25-25 新司26-37, 25-37, 24-29
正解 [No.33] 4			

(予備試験スタンダード短答オープン 第1クール 第7回)

【合格へのアプローチ】

本問は、公判前整理手続に関する基本的な条文知識を問うものである。公判前整理手続は、司法試験において毎年のように問われていた分野であり、今後も予備試験において出題が続く可能性が高い。また、本問では、直接には問うていないが、公判前整理手続における証拠開示についての手続についても押さえて欲しい。

**ア誤り。** 刑事訴訟法316条の2第1項。裁判所は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要があると認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いて、第1回公判期日前に、決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備として、事件を公判前整理手続に付することができる。すなわち、**裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴くことを必要とするにとどまっている。**よって、裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人に異議がある場合にも、公判前整理手続を行うことができる。

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(7)P.318)

なお、裁判員裁判の対象となる事件については、第1回公判期日前に、必ず公判前整理手続に付さなければならない(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律49条)。

**イ誤り。** 刑事訴訟法316条の9第1項。**被告人は、公判前整理手続期日に出頭することができる。**すなわち、**被告人の出頭は必要とはされていない。**

その趣旨は、公判前整理手続においては弁護人の出頭が必要であるから(刑事訴訟法316条の7)、争点や証拠の整理は弁護人が行えば足りるという点にある。

よって、公判前整理手続は、被告人が出頭しない場合にも開くことができる。

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(7)P.320)

**ウ正しい。** 刑事訴訟法316条の4第1項。**公判前整理手続においては、被告人に弁護人がなければその手続を行うことができない。**すなわち、**弁護人は必要とされる。**

その趣旨は、公判前整理手続に付される事件は複雑な事件であるのが通常であるし、被告人側としては、検察官の主張、証拠関係、被告人側の証拠、被告人の言い分などを法的な観点から検討し、法的に整理された形で主張立証しなければ、検察官の主張立証とかみ合った争点・証拠の整理が望めない点にある。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(7)P.319)

なお、公判前整理手続においては弁護人の出頭も必要である(刑事訴訟法316条の7)。

**エ正しい。** 公判前整理手続の性質は公判準備であり、公開の法廷で行うことを要しない。非公開の法廷はもとより、裁判官室や準備室など法廷以外の場所で行うこともできる。刑罰権の存否・範囲を審理する公判手続ではなく、憲法82条1項の「対審」には当たらないから、非公開とすることは憲法に抵触しない。

よって、公判前整理手続は、公開の法廷で行うことを要しない。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(7)P.320)

**オ誤り。**刑事訴訟法316条の32第1項。公判前整理手続又は期日間整理手続に付された事件については、検察官及び被告人又は弁護人は、第298条第1項の規定にかかわらず、やむを得ない事由によつて公判前整理手続又は期日間整理手続において請求することができなかつたものを除き、当該公判前整理手続又は期日間整理手続が終わつた後には、証拠調べを請求することができない。すなわち、**やむを得ない事由があつた場合には、公判前整理手続が終わつた後でも、新たな証拠調べの請求をすることができる余地を残している。**

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(7)P.334)

以上により、正しい記述はウとエであり、したがって、正解は肢4となる。

以上全体につき、田口P.270～283。池田・前田P.263～9。アルマP.205～213。

## 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1-10-17 西日本ビル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