

# 【平成29年度司法試験論文分析】

平成29年5月27日 大阪本校

平成29年5月28日 名古屋本校

担当；辰巳専任講師・弁護士 西口竜司

## （憲法）

### <分析>

- ・ 出題形式に変化なし
- ・ 問題文のヒントが増加している  
→見るべきポイントの確認
- ・ 対立利益の明確化

### <答案構成>

#### 第1 設問1について

##### 1 国家賠償法第1条の「違法」の要件充足の問題

- ① 権利の違法に侵害するものであることが明白な場合
- ② 立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合

##### 2 法15条8号は妊娠の自由に対する制約

- 1) 憲法13条後段による保障  
中核的な自己決定権に属する
- 2) 制約の可否について  
法15条8号, 18条, 19条, 23条→強制出国
- 3) 審査基準について  
権利の重要性, 規制態様  
厳格な審査基準の定立
  - ①目的  
国民生活の安定及び社会経済の発展  
→人権を制約する程重要な目的とはいえない
  - ②規制手段  
一律禁止は行き過ぎ, 強制退去は行き過ぎ

- 3 33条違反  
18条は、警備官限りの判断での身柄拘束を許容している  
令状主義違反
- 4 帰結  
特労法は憲法13条後段、33条に反し違憲・違法である

## 第2 設問2について

- 1 13条後段違反  
立法裁量の存在→国家の主権的判断  
欧米諸国での問題  
合理性を有する  
↓  
裁量の存在は否定できない  
特に入国を緩やかに認めている以上裁量は広くならざるを得ない  
他方、妊娠の自由の重要性  
↓  
やむを得ないといえるかどうかで判断  
↓  
確かに、一律禁止、強制出国は厳しい規制  
しかし、国民の安心を守ることの重要性→日本人の減少という背景  
また、収容の要件が限定され、入管法よりは厳格  
したがって、「やむを得ない」といえる
- 2 33条違反について  
刑事事件に直結しない以上、33条に反しない  
↓  
行政目的を達成するために行われ、刑事事件に直結しない  
33条に反しない
- 3 帰結  
甲の主張は認められない

以上

## (行政法)

### <分析>

- ・問題文の分量は少なくなった
- ・書くべき分量が非常に多い
- ・個別法は難しくない
- ・問題文の読み方に変化

### <答案構成>

#### 第1 設問1について

##### 1 (1) について

ア 本件フェンスの撤去という行政権に対する規制権限の発動を求めるものであり、1号義務付け訴訟(3条6項1号)を提起する



イ 訴訟要件について(37条の2第1項)

##### ① 「一定の処分」

裁判所における判断が可能な程度に特定されていること  
道路法71条の妨害を排除する手段を講じるという意味

##### ② 「重大な損害」(第2項)

通学路、緊急避難通路としての利用が困難になる

##### ③ 補充性

法律上別の手段が用意されていない場合  
判例はあるものの別の手段は用意されていない

##### ③ 原告適格(第4項, 9条2項)

第18条;縦覧, 公示が要求されている  
「法律上の利益」有り

##### 2 (2) について

Y市長の判断の誤り

道路法43条2号に該当しない

裁量権の存在→専門的性格

市道の利用は乏しい, 同種事故の発生, 路線の廃止

↓しかし,

道路法1条の趣旨→「交通の発達」

条文の判断にあたって考慮すべき事情

↓

本件では考慮すべきではない事情を考慮し裁量権の逸脱・濫用（30条）がある

↓そして

道路法43条2号に該当する→道路法71条の監督処分を行使すべき

## 第2 設問2について

### 1 (1) について

「処分」（3条2項）の意義

公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうちで、その行為により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

↓

道路区域の決定（18条1項）が道路敷地の所有者の法的地位への影響

→91条で許可，4条の私権制限

→敷地の所有者の財産権への影響

↓

通行者への影響

→道路法上通行が可能になる

↓

廃止については，財産権の制限が解除，通行ができなくなるという意味で直接法効果性あり

### 2 (2) について

路線の廃止の適法性

裁量権の存在

通行困難，市道の利用が乏しい，B通りの存在

→道路法10条1項に基づく廃止もOK

↓

一般交通の用に供する必要がなくなった場合

第1条，通学路としての利用，事故の調査

要考慮事項不考慮

↓

内部基準は裁量基準

平等原則違反（憲法 14 条 1 項）を理由に違法を導くことになる



本件では合理性を有し，基準にあてはめた場合違法となる



所有者からの同意を得ておらず，裁量権の逸脱・濫用あり

以上

## (民法)

### <分析>

- ・一見難しくない。いざ考えると難しい。
- ・時系列表の重要性
- ・土地と建物の峻別
- ・基本的なことを書くべき
- ・設問3では差がつかない

### <時系列表>

H14・3・31以前	更地
H14・4・1	柵を立てる
H16・9・15	AC賃貸借契約
H16・9・25	本件工事の請負契約
H16・10・1	AC引き渡し
H17・6・1	本件工事
H18・2・15	丙建物保存登記
H18・4・1	診療所開設
平成27・4・20	BC明渡請求
平成27・11・10	BA甲1・甲2売買, 登記
平成28・5・1	CD丙建物賃貸借契約
平成28・9・3	A事実を把握
平成28・9・20	AC和解
平成28・12・10	AE売買
平成28・12・16	登記
平成29・2・20	EC訴訟提起

### <答案構成>

第1 設問1について

占有正権原（賃貸借契約）の抗弁（601条）

「甲1部分」は他人物賃貸借に該当する（559条・560条）。対抗不可。

↓しかし

賃借権の時効取得（163条）の問題になる  
債権は一過性の権利（166条1項）  
賃借権の物権化の観点から時効取得可  
↓ただし  
所有権者の利益との調整の観点  
↓そこで  
土地の継続的な用益という外形的事実、賃借の意思が客観的に表現されている  
↓本問では  
平成17年6月1日から10年を経過していない  
※いつの時点を基準にするのか非常に難しい  
↓したがって  
賃借権を時効取得することはできない。

第2 設問2について

無断転貸を理由とする解除（612条2項）  
↓  
転貸借契約の締結，基づく引き渡し  
↓他方  
被告の側としては背信行為と認めるに足りない特段の事情の存在を基礎づける事実を抗弁として主張する  
↓本件では

①について

丙建物は無断転貸されたものではない，請求原因とは無関係である。  
従前と使用形態に変更はなく，背信行為と認めるに足りない特段の事情の存在を基礎づける事実ともいえる

↓

②について

「甲2」は無関係？建物と一体をなすものといえる。多少の建増の判例と類似か？

他方，背信行為と認めるに足りない特段の事情の存在を基礎づける事実ともいえる

第3 設問3について

Cとしては，賃貸借契約の対抗要件を具備しており（借地借家法10条1項）認められないと反論する

↓

和解契約は有効（695条）

貸貸人たる地位の移転によりこの効力も移転するのか  
本件では事案の特殊性から貸貸人たる地位は移転しない

↓したがって

対抗要件を具備しているといえるか。

↓もつとも

背信的悪意者の問題

→金額を低く設定している，現状確認の容易性

以上



## (商法)

### <分析>

- ・ 論点自体は基本  
学習していないと厳しい
- ・ 予備校答練の重要性
- ・ 設問3は条文に気づくこと (今後の出題)

### <答案構成>

#### 第1 設問1について

##### 1 (1) について

設立費用について (28条1項4号)

判例は、定款に記載した範囲で成立後の会社に帰属する

↓しかしながら

取引の相手方の信頼が害される

↓そこで

全額成立後の会社に帰属し、後は求償の問題と理解すべきである

↓

甲社は支払いを拒否することができない

##### 2 (2) について

定款に記載なき財産引受 (28条1項2号)

↓

発起人の権限の範囲の問題

相手方の取引の安全を図るという観点から広く開業準備行為に及ぶ

↓

追認 (民法116条) も認めることができる

↓ただし

事後設立 (467条1項5号) に該当するので手続が必要

#### 第2 設問2について

##### 1 株主総会決議取消訴訟 (831条1項1号, 3号)

①Kが持株会理事長Hの代理人として出席したこと

定款16条違反の問題

株主でない者に議決権を行使させている

②Lの入場を拒否した行為

平成28年6月3日名義書換請求を行っており「株主」

③説明を怠ったこと（314条）

④少数株主の排除→特別利害関係の検討（3号）

↓

2 当否について

①定款規定自体は、310条1項に反せず有効である。ただし、本件では影響がない。したがって、代理人を出席させても問題がなく、会社の行為は違法がある。

②基準日後の株主については認めない（124条，定款11条）。違法ではない。

③説明義務は、質問が前提であり，説明義務違反はない

④特別利害関係の認定。

第3 設問3について

株式買取請求の可否（182条の4第1項，2項1号）

要件の検討（現場思考）

「公正な価格」→なかりせば価格

以上

## (民事訴訟法)

### <分析>

- ・例年よりは易くなっている
- ・基本原理を問う問題
- ・旧司法試験の組み合わせ

### <答案構成>

#### 第1 設問1について

弁論主義第1テーゼに違反しないか

「事実」とは主要事実を意味する

代理の場合→民法99条

↓したがって

原則として主張しなければならない

↓もっとも

本件の特殊性

#### 第2 設問2について

##### 1 課題①について

訴訟物について実体法上の権利関係より確定する

贈与契約に基づく目的物引渡請求権（民法555条）

↓

訴えの追加的変更で売買契約に基づく請求権が追加される→同意

同時履行の抗弁権（民法533条）は権利抗弁

→権利行使の意思表示

↓

請求原因に対する理由付き否認に該当する

贈与と売買の事実は両立しない

##### 2 課題②について

246条違反の問題

処分権主義の観点

私的自治の原則の訴訟法的反映，不意打ちの防止

↓

- ① 原告の意思に反しないか
- ② 被告にとって不意打ちとならないか

↓

220万円OK

180万円×

### 第3 設問3について

#### 1 売買契約の成否

既判力の客観的範囲（114条1項）

「判決主文中の判断」→訴訟物

別個の訴訟物

↓しかし

紛争の蒸し返しになっている。前訴で予備的請求原因として主張されている。

↓そこで

既判力に準じた効力の有無

引換給付判決の位置づけ（限定承認との違い）

↓

争点効，信義則による遮断の問題

#### 2 代金額について

同一の訴訟物ではなく既判力に抵触しない

↓しかしながら

不当な蒸し返しではないか

↓そこで

争点効の問題として検討できないか

→主要な争点として争われていた

以上

## (刑法)

### <分析>

- ・多論点型の問題
- ・処理はし易い
- ・事実認定で差がつく
- ・スタ論の的中
- ・旧司の過去問の重要性
- ・答案構成の悩み

### <答案構成>

#### 第1 甲のAに対する行為

横領罪否定(252条1項)

背任罪成立(247条)

任務違背行為の認定

10万円を予定していたのに60万円

#### 第2 甲の店に対する行為

1項詐欺罪(246条1項)

正当な利用権限がないのにあるかのように装っているという欺罔行為

規約違反の指摘

有印私文書偽造罪(159条1項)

偽造の認定→自署性

同行使罪(161条)

#### 第3 甲乙のAに対する暴力行為について

①一連の行為の認定→事実認定

8時10分～15分の間, 路上

乙が石で殴る行為を認識していなかったとしても一連の行動といえる

②「共謀」の認定

・一緒にAを止めよう→分かった

・一緒にAを押さえよう→分かった

↓

一連の行為が傷害罪の共同正犯の構成要件該当性(60条, 204条)

↓  
正当防衛の成否（36条1項）  
急迫性の認定→絶対許さない  
防衛の意思の認定  
防衛行為の相当性の検討（問題文に多数の事情）  
①年齢等→甲（28歳，男性，165cm，70キロ）  
          乙（25歳，男性，175cm，75キロ）  
          A（28歳，男性，170cm，65キロ）  
②人数→2人  
③凶器→石（10cm，丸形）で顔面，右手，力を込めて  
④発生した結果  
↓  
過剰防衛となる（36条2項）

#### 第4 財布を奪う行為

##### 1 甲について

窃盗罪の構成要件該当性（235条）

客観的に窃盗罪の構成要件に該当する

「窃取」の認定

↓他方

主観的に窃盗罪の意思を有しているのか

→死者の占有の有無

殺人犯人との関係で，時間的・場所的に近接した範囲で財物を奪取したような場合，被害者の生前の占有を全体的にむて保護する

↓本件では

生前の占有を犯す意思があるといえる

↓したがって

錯誤はない。窃盗罪の構成要件の故意を認めることができる。

↓したがって

窃盗罪が成立する

##### 2 乙について

抽象的事実の錯誤の問題（38条2項）

→器物損壊罪（261条）

異なった構成要件間の共同正犯の成否

## 第5 罪数

### (刑事訴訟法)

#### <分析>

- ・予備校的な問題
- ・捜査についてはあてはめ勝負の問題
- ・証拠についても予想論点  
→旧司法試験の過去問と同様の思考

#### <答案構成>

##### 第1 設問1について

###### 1 捜査①について

法222条1項・111条1項「必要な処分」

令状の執行する目的を達成するために必要であり、かつ、その方法も社会的に相当なものでなければならない

↓

覚せい剤事件→証拠隠滅の可能性  
相当性→掃き出し窓のガラス

###### 2 捜査②について

場所に対する令状で乙の所持品の搜索。法219条1項の解釈。

令状主義の観点→内妻乙が居住

場所にあるものを手に取ったにすぎず令状の効力が及んでいる

###### 3 捜査③について

「場所」に対する令状で丙の「身体」の搜索の可否

原則；不可

例外；現状回復措置として認定するのは難しい

別途搜索差押許可状を發布する（新たな人権侵害）

##### 第2 設問2について

###### 1 1について

###### ア 証拠1について

「署名・押印」なし→Pの供述を記載した書面

自己矛盾に該当しない

イ 証拠 2 について  
甲の署名・押印あり  
自己矛盾供述に該当する

ウ 証拠 4 について  
自己矛盾供述ではない

2 2 について  
回復証拠として利用することも伝聞法則の趣旨を没却しない  
前半部分回復証拠として利用  
後半部分は不可→伝聞法則の趣旨を没却する

以上