

# 予備試験スタンダード短答オープンガイドンス

得点率63%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27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 .....	18
(3). 民事訴訟法 .....	24
(4). 刑法 .....	30

※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27年 予備試験 短答式試験【分析】

### ☆ 試験日程（平成27年の短答式試験）

平成27年5月17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：一般教養科目は1問減りましたが、それ以外の変動はありませんでした。〕

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：民・商・刑・教養で1つずつ減り，刑訴で4つ増えました。〕

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	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：全体的に昨年度からは減っています。〕

憲法・行政法	13頁〔注：昨年15頁〕
民法・商法・民事訴訟法	21頁〔注：昨年21頁〕
刑法・刑事訴訟法	14頁〔注：昨年17頁〕
一般教養科目	22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

	H27	H26	H25	H24	H23
出願者	12,543	12,622	11,255	9,118	8,971
欠席者	2,209	2,275	2,031	1,935	2,494
受験者	10,334	10,347	9,224	7,183	6,477
(うち途中欠席)	88	52	41	48	67
受験率	82.4%	82.0%	82.0%	78.8%	72.2%
採点対象者	10,246	10,295	9,183	7,135	6,410
合格点	170	170	170	165	165
合格者数	2,294	2,018	2,017	1,711	1,339
合格者の平均点	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	22.2%	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	H27	H26	H25	H24	H23
短答合格点	270	170.0	170.0	170.0	165.0	165.0
全体平均点	270	138.7	137.3	139.5	134.7	130.7
憲法	30	17.3	17.8	16.5	15.1	15.8
行政法	30	15.6	12.7	14.2	12.5	12.2
民法	30	16.9	17.7	19.7	16.3	19.2
商法	30	13.7	15.0	12.1	14.7	12.9
民訴	30	14.7	16.2	17.0	16.9	14.7
刑法	30	16.9	14.1	17.0	16.6	18.6
刑訴	30	15.5	12.4	17.9	15.6	14.0
一般教養	60	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)		244	9	138.7
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	17.3
	行政法 (30点満点)	30	0	15.6
	民法 (30点満点)	30	0	16.9
	商法 (30点満点)	30	0	13.7
	民事訴訟法 (30点満点)	30	0	14.7
	刑法 (30点満点)	30	0	16.9
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	15.5
	一般教養科目 (60点満点)	60	0	28.1

## ☆ 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29問（72.5%）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 7 問が新司の問題〔注：昨年度より 1 問重複が減りました〕

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 29 問(72.5%)〔注：昨年度は約 78%〕が新司の問題と重複

## 正答率一覧（平成27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	公務員の政治的行為	<b>70%</b>	No.1	76%	64%	12%
	2	法の下での平等	<b>62%</b>	No.2	81%	72%	9%
				No.3	94%	87%	7%
				No.4	86%	84%	2%
	3	政教分離原則	<b>54%</b>	No.5	61%	48%	13%
	4	生存権	<b>54%</b>	No.6	98%	95%	3%
				No.7	73%	61%	12%
				No.8	88%	82%	6%
	5	財産権	36%	No.9	97%	88%	9%
				No.10	98%	92%	6%
				No.11	42%	40%	2%
	6	国家賠償及び損失補償	<b>56%</b>	No.12	72%	43%	<b>29%</b>
7	人権の国際的保障	37%	No.13	42%	44%	-2%	
			No.14	89%	84%	5%	
			No.15	95%	92%	3%	
8	党籍変更と全国民の代表	<b>88%</b>	No.16	98%	94%	4%	
			No.17	95%	93%	2%	
			No.18	98%	94%	4%	
9	内閣及び内閣総理大臣	<b>71%</b>	No.19	84%	59%	<b>25%</b>	
10	裁判の公開	49%	No.20	59%	42%	17%	
11	合憲限定解釈	<b>69%</b>	No.21	78%	61%	17%	
12	地方自治	45%	No.22	81%	67%	14%	
			No.23	79%	64%	15%	
			No.24	83%	73%	10%	

行政法	13	行政活動に係る立法・基準	39%	No.25	57%	57%	0%
				No.26	94%	81%	13%
				No.27	90%	66%	24%
				No.28	98%	86%	12%
	14	土地収用	42%	No.29	95%	90%	5%
				No.30	96%	91%	5%
				No.31	92%	85%	7%
				No.32	68%	39%	<b>29%</b>
	15	不利益処分の理由の提示	49%	No.33	79%	72%	7%
				No.34	99%	95%	4%
				No.35	85%	76%	9%
				No.36	94%	70%	24%
	16	行政裁量	<b>81%</b>	No.37	95%	69%	<b>26%</b>
	17	行政の諸活動	<b>56%</b>	No.38	63%	50%	13%
	18	情報公開法	20%	No.39	84%	70%	14%
				No.40	85%	69%	16%
				No.41	70%	49%	21%
				No.42	55%	37%	18%
	19	処分性	<b>68%</b>	No.43	81%	56%	<b>25%</b>
	20	義務付け訴訟	<b>51%</b>	No.44	61%	42%	19%
	21	行政訴訟類型	45%	No.45	90%	71%	19%
				No.46	97%	82%	15%
				No.47	93%	72%	21%
				No.48	76%	46%	<b>30%</b>
22	住民訴訟	49%	No.49	63%	36%	<b>27%</b>	
23	仮の救済	37%	No.50	77%	69%	8%	
			No.51	98%	82%	16%	
			No.52	79%	57%	22%	
			No.53	89%	67%	22%	
24	国家賠償法	<b>80%</b>	No.54	83%	76%	7%	

※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27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>80%</b>	No.1	90%	71%	19%
	2	代理	<b>87%</b>	No.2	93%	82%	11%
	3	消滅時効の中断	38%	No.3	45%	31%	14%
	4	不動産登記	<b>77%</b>	No.4	89%	66%	23%
	5	共有	<b>65%</b>	No.5	71%	60%	11%
	6	先取特権	31%	No.6	34%	27%	7%
	7	主張・立証責任	<b>79%</b>	No.7	89%	70%	19%
	8	債務不履行による損害賠償	48%	No.8	56%	42%	14%
	9	詐害行為取消権	<b>58%</b>	No.9	64%	53%	11%
	10	相殺	<b>82%</b>	No.10	95%	71%	24%
	11	双務契約の債権・債務関係	<b>67%</b>	No.11	77%	58%	19%
	12	賃貸借契約及び使用貸借契約	<b>54%</b>	No.12	69%	42%	<b>27%</b>
	13	請負人の瑕疵担保責任	<b>77%</b>	No.13	88%	68%	20%
	14	婚姻の解消	<b>79%</b>	No.14	90%	68%	22%
	15	遺贈	<b>70%</b>	No.15	82%	59%	23%
商法	16	株式会社の発起人の責任	<b>50%</b>	No.16	59%	42%	17%
	17	株主平等原則	27%	No.17	32%	22%	10%
	18	株式の共有	<b>74%</b>	No.18	83%	67%	16%
	19	株主総会の招集	17%	No.19	22%	13%	9%
	20	取締役会	<b>69%</b>	No.20	82%	57%	<b>25%</b>
	21	取締役	31%	No.21	45%	20%	<b>25%</b>
	22	監査役会設置会社の監査役	47%	No.22	67%	30%	<b>37%</b>
	23	株式会社の資本金	<b>69%</b>	No.23	82%	57%	<b>25%</b>
	24	持分会社	<b>65%</b>	No.24	75%	56%	19%



	25	合併の無効原因	<b>69%</b>	No.25	77%	61%	16%
	26	会社関係訴訟	<b>77%</b>	No.26	91%	71%	20%
				No.27	98%	86%	12%
	27	個人商人	<b>67%</b>	No.28	73%	62%	11%
	28	個人商人及び商行為	48%	No.29	62%	35%	<b>27%</b>
	29	約束手形の流通	<b>50%</b>	No.30	61%	40%	21%
30	約束手形の支払	17%	No.31	33%	27%	6%	
			No.32	75%	58%	17%	
民訴	31	送達	<b>66%</b>	No.33	77%	57%	20%
	32	訴訟能力等	46%	No.34	79%	70%	9%
				No.35	56%	48%	8%
	33	法人でない社団	26%	No.36	30%	23%	7%
	34	訴訟費用	42%	No.37	60%	45%	15%
				No.38	66%	53%	13%
	35	所有権確認の訴え	23%	No.39	30%	18%	12%
	36	訴えの利益	<b>54%</b>	No.40	70%	41%	<b>29%</b>
	37	賃借物件に対する明渡請求	<b>70%</b>	No.41	87%	56%	<b>31%</b>
	38	抗弁	<b>52%</b>	No.42	67%	38%	<b>29%</b>
	39	裁判上の自白	<b>50%</b>	No.43	74%	31%	<b>43%</b>
				No.44	80%	47%	<b>33%</b>
	40	争点及び証拠の整理手続	<b>75%</b>	No.45	89%	62%	<b>27%</b>
	41	直接主義	26%	No.46	45%	33%	12%
				No.47	83%	67%	16%
42	文書提出命令	<b>64%</b>	No.48	71%	58%	13%	
43	補助参加	42%	No.49	75%	45%	<b>30%</b>	
			No.50	72%	50%	22%	
44	共同訴訟	<b>62%</b>	No.51	84%	44%	<b>40%</b>	
45	裁判に対する不服申立て	47%	No.52	70%	48%	22%	
			No.53	71%	50%	21%	

※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27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	実行の着手	<b>63%</b>	No.1	77%	51%	<b>26%</b>
	2	名誉毀損罪と侮辱罪	<b>62%</b>	No.2	72%	54%	18%
	3	緊急避難	<b>64%</b>	No.3	71%	59%	12%
	4	国家的法益に対する罪	<b>73%</b>	No.4	85%	63%	22%
	5	防衛の意思	<b>67%</b>	No.5	76%	59%	17%
	6	強制わいせつ・強姦罪	<b>64%</b>	No.6	72%	58%	14%
	7	中止犯	<b>78%</b>	No.7	90%	68%	22%
	8	奪取罪と交付罪	<b>97%</b>	No.8	98%	95%	3%
	9	結果的加重犯の共同正犯	<b>64%</b>	No.9	83%	59%	24%
				No.10	94%	81%	13%
	10	事後強盗罪	<b>59%</b>	No.11	76%	51%	<b>25%</b>
				No.12	80%	55%	<b>25%</b>
	11	責任能力	<b>68%</b>	No.13	84%	54%	<b>30%</b>
	12	罪数論	<b>68%</b>	No.14	87%	52%	<b>35%</b>
13	犯罪の成否	<b>52%</b>	No.15	95%	82%	13%	
			No.16	99%	94%	5%	
			No.17	79%	54%	<b>25%</b>	
			No.18	99%	96%	3%	
			No.19	94%	79%	15%	
刑訴	14	検察官と司法警察員の権限	<b>76%</b>	No.20	83%	69%	14%
	15	告訴	<b>65%</b>	No.21	82%	50%	<b>32%</b>
	16	勾留	<b>56%</b>	No.22	69%	46%	23%
	17	捜査機関による搜索差押え	25%	No.23	99%	89%	10%
				No.24	99%	93%	6%
				No.25	99%	90%	9%
				No.26	80%	70%	10%
				No.27	50%	30%	20%
18	公訴の提起	45%	No.28	62%	30%	<b>32%</b>	

刑訴	19	公判手続	16%	No.29	96%	87%	9%
				No.30	75%	65%	10%
				No.31	90%	80%	10%
				No.32	49%	30%	19%
				No.33	70%	52%	18%
	20	実況見分調書	38%	No.34	79%	75%	4%
				No.35	95%	82%	13%
				No.36	98%	92%	6%
				No.37	80%	58%	22%
				No.38	85%	68%	17%
	21	裁判所の決定	<b>56%</b>	No.39	69%	44%	<b>25%</b>
	22	公判前整理手続	<b>71%</b>	No.40	77%	67%	10%
	23	裁判員裁判	<b>93%</b>	No.41	96%	90%	6%
	24	犯罪被害者	<b>75%</b>	No.42	84%	69%	15%
25	保釈	<b>64%</b>	No.43	81%	50%	<b>31%</b>	
26	控訴申立ての理由の審査	<b>80%</b>	No.44	87%	73%	14%	

※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27年予備試験短答式試験本試験問題

[行政法]

〔第16問〕(配点：2)(全体正答率81%)

行政裁量に関する次のアからウまでの各記述について、法令又は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。(解答欄は、[No.37])

- ア. 公立学校の校長が行った学生に対する退学処分は適否を裁判所が審査するに当たっては、裁判所が校長と同一の立場に立ってした判断と校長がした判断との間に食い違いがあれば、当該処分は違法とされる。
- イ. 国家公務員に対する懲戒処分について規定する国家公務員法第82条第1項は、懲戒権者に要件裁量を認める趣旨の規定であり、効果裁量を認める趣旨の規定ではない。

(参照条文) 国家公務員法

第82条 職員が、次の各号のいずれかに該当する場合には、これに対し懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。

- 一 この法律若しくは国家公務員倫理法又はこれらの法律に基づく命令(中略)に違反した場合
- 二 職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合
- 三 国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

2 (略)

ウ. 都市施設に係る都市計画決定に当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であり、このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量に委ねられている。したがって、裁判所は、行政庁が判断の過程において考慮すべき事項を考慮せずに都市計画決定を行ったことを理由に挙げて、当該決定を違法とすることはできない。

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 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	行政行為と裁量	日付	/	問題整理番号	正答率
第14問		チェック欄		2-2-(4)	32%
〈出題ポイント〉 条文知識：1 判例知識：5 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 第2クール 法律科目総合第2回)

〔第14問〕(配点：3)(各肢の正答率は55%以上)

行政裁量に関する次のアからエまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、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.26〕から〔No.29〕)

ア. 高等専門学校の子生に対して退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量に委ねられるところ、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではない。〔No.26〕

イ. 旧清掃法は、汚物の処理を市町村の責務としており、汚物取扱業の許可を受けた汚物取扱業者をして市町村の事務を代行させることにより、自ら処理したのと同様の効果を確保しようとしたものではあるが、旧清掃法による汚物取扱業の許可は市町村長の自由裁量に委ねられるものではない。〔No.27〕

ウ. 国家公務員法第82条第1項は、職員が懲戒要件に該当する場合、必ず懲戒処分をしなければならないとしているわけではなく、懲戒処分をすることができる」と規定しているにとどまるが、懲戒処分をするか否か、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかについて、懲戒権者に行政裁量が認められるわけではない。〔No.28〕

(参照条文) 国家公務員法

第82条 職員が、次の各号のいずれかに該当する場合においては、これに対し懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。

- 一 この法律若しくは国家公務員倫理法又はこれらの法律に基づく命令(国家公務員倫理法第5条第3項の規定に基づく訓令及び同条第4項の規定に基づく規則を含む。)に違反した場合
- 二 職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合
- 三 国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

2 (略)

エ. 学校施設の目的外使用の許否の判断についての管理者の裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かについては、当該判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、当該判断が重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、当該判断は裁量権の逸脱又は濫用として違法となる。〔No.29〕

行政法 第16問	行政裁量	H27予備試験本試験
----------	------	------------

正解 [No.37] 8

**ア誤り。**最判平8. 3. 8 (百選I 84事件)。判例は、「高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、**裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである**」としている。

したがって、本記述は、裁判所が校長と同一の立場にたつてした判断と校長がした判断との間に食い違いがあれば、当該処分は違法とされるとしている点で、誤っている。

**イ誤り。**国家公務員に対する懲戒処分の根拠となる国家公務員法82条1項は、4種類の処分を定めて、**処分をなすか否かを含めその選択についての効果裁量を認めたものである**。判例(最判昭52. 12. 20, 百選I 83事件)も、「公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである」としている。

したがって、本記述は、懲戒権者に要件裁量を認める趣旨の規定であり、効果裁量を認める趣旨ではないとしている点で、誤っている。

**ウ誤り。**最判平18. 11. 2 (百選I 79事件)。判例は、「都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であるといわざるを得ない。そうすると、このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられている」としている。

よって、本記述前段は正しい。

しかし、判例は、「裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、**判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したのものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である**」としている。

よって、本記述後段は誤っている。

したがって、本記述は、行政庁が判断の過程において考慮すべき事項を考慮せずに都市計画決定を行ったことを理由に挙げて、当該決定を違法とすること

はできないとしている点で、誤っている。

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8となる。

以上全体につき、塩野 I P. 123～138。櫻井・橋本P. 109～128。宇賀 I P. 317～330。リーガルクエストP. 107～116。

行政法 第14問	行政行為と裁量	過去問	予備26-15, 25-15, 24-15 新司26-24, 25-26, 24-25
正解 [No.26] 1, [No.27] 2, [No.28] 2, [No.29] 1			

(予備試験スタンダード短答オープン 第2クール 法律科目総合第2回)

【合格へのアプローチ】

本問は、行政裁量に関する判例知識を問うものである。この分野は短答式試験本試験で頻出であり、特に百選・重判掲載の判例からの出題が多い。そこで、今後も判例知識が出題される可能性が高いことから、百選掲載の判例の知識を固めることが重要であると考えられるため、本問でも百選に掲載されている判例の中から出題を行った。

**ア正しい。**最判平8. 3. 8 (百選I 84事件)。まず、高等専門学校<sup>1</sup>の学生に対して退学処分を行うかどうかの判断に校長の裁量が認められるかについて、判例は、高等専門学校の学生に対する退学処分等の取消しが求められた事案において、「高等専門学校の校長が学生に対し…退学処分を行うかどうかの判断は、**校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであ**」<sup>2</sup>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、校長が学生に対して退学処分を發動するかどうかを決定するについては、本人の性格及び平素の行状、他の学生に与える影響等諸般の要素を考慮する必要がある、これらの点の判断は、学内の事情に通曉し、直接教育の現場に携わる者の裁量に任せるのでなければ適切な結果を期待することができないということを挙げている。

次に、裁判所の審理、判断がどのような観点から行われるべきかについて、同判例は、「**裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立つて当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである**」<sup>3</sup>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、退学処分は広範な事情を総合的に考慮してされる処分であって、事情に通曉し、直接その担当をしている者の合理的裁量に任せるべきものであり、裁判所は退学処分の裁量判断の当否については、いわゆる全面審査型ないし実体的判断代置型の判断をすべきではなく、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限りこれを違法と判断するという濫用統制型の判断をす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(2)P. 51~2)

**イ誤り。**最判昭47. 10. 12 (百選I 78事件)。本記述では、旧清掃法による汚物取扱業の許可が市町村長の自由裁量に委ねられるかが問題となる。

判例は、Xは浄化槽清掃業を営んでいたが、浄化槽内汚物の取扱業について旧清掃法15条1項に基づく許可が必要になったため、Y市長に対し許可申請を行ったところ、Yが不許可処分としたため、Xが当該不許可処分の取消しを求めたという事案において、「市町村長が…許可を与えるかどうかは、…**市町村長の自由裁量に委**



ねられているものと解するのが相当である」としている。

その理由として、判例は、旧「清掃法15条1項が、特別清掃地域内においては、その地域の市町村長の許可を受けなければ、汚物の収集、運搬または処分を業として行なつてはならないものと規定したのは、特別清掃地域内において汚物を一定の計画に従つて収集、処分することは市町村の責務であるが（同法6条、地方自治法2条3項7号〔注：当時〕、同法別表第2の11参照）、これをすべて市町村がみずから処理することは實際上できないため、前記許可を与えた汚物取扱業者をして…市町村の事務を代行させることにより、みずから処理したのと同様の効果を確保しようとしたものであると解せられる。かかる趣旨にかんがみれば、市町村長が前記許可を与えるかどうかは、清掃法の目的と当該市町村の清掃計画とに照らし、市町村がその責務である汚物処理の事務を円滑完全に遂行するのに必要適切であるかどうかという観点から、これを決すべきものである」ということを挙げている。

したがって、本記述は、市町村長の自由裁量に委ねられるものではないとしている点で、誤っている。（条文・判例本(2)P.34～5）

**ウ誤り。**最判昭52. 12. 20（神戸税関事件、百選I83事件）。本記述では、国家公務員法82条1項に定める懲戒要件に該当する場合、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかについて行政裁量が認められるかが問題となる。

判例は、法律で禁止された争議行為をしたことを理由に懲戒免職処分に付された国家公務員が当該処分の取消し等を求めて争った事案において、「公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである」としている。

その理由として、判例は、「懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の…行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきか、を決定することができるものと考えられるのであるが、その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができないものといわなければならない」ということを挙げている。

したがって、本記述は、懲戒権者に行政裁量が認められるわけではないとしている点で、誤っている。（条文・判例本(2)P.41～2）

**エ正しい。**最判平18. 2. 7（呉市中学校施設使用不許可事件、百選I77事件）。本記述では、学校施設の目的外使用拒否処分の適否の判断に際して、裁判所はいかなる基準を採用しているかが問題となる。

判例は、公立小中学校等の教職員の職員団体が、教育研究会の会場として市立中学校の体育館等の学校施設の使用を申し出たところ、いったんは口頭でこれを了承する返事を当該中学校の校長から得たのに、その後市教育委員会がその使用を拒否したため、国家賠償法に基づく損害賠償請求を求めたという事案において、管理者の

「裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」としている。その理由として、判例は、「地方自治法238条の4第4項〔注：現7項〕、学校教育法85条〔注：現137条〕の…文言に加えて、学校施設は、一般公衆の共同使用に供することを主たる目的とする道路や公民館等の施設とは異なり、本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されている（学校施設令1条、3条）ことからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられて」おり、「管理者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであ」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(2)P.53～5)

以上全体につき、塩野 I P.123～138。櫻井・橋本P.109～128。宇賀 I P.317～330。

【MEMO】

平成27年予備試験短答式試験本試験問題

[民法]

〔第14問〕（配点：2）（全体正答率79%）

婚姻が解消した場合の法律関係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.14]）

- ア. 婚姻によって氏を改めた者は、婚姻が夫婦の一方の死亡によって解消した場合であるか離婚によって解消した場合であることを問わず、婚姻前の氏に戻るが、法定の期間内に届出をすれば、婚姻が解消した際に称していた氏を称することができる。
- イ. 婚姻が離婚により終了した場合には、姻族関係は当然に終了するが、婚姻が夫婦の一方の死亡により終了した場合には、姻族関係は生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したときに限り終了する。
- ウ. 婚姻中の夫婦の間に生まれた子が未成年であるときは、協議上の離婚の際に、父母の一方を親権者と定めなければならず、この定めについては、家庭裁判所の許可を要しない。
- エ. 婚姻が離婚により終了した場合には、配偶者の財産分与請求権が認められ、また、婚姻が夫婦の一方の死亡により終了した場合には、生存配偶者の相続権が認められるが、判例によれば、配偶者について認められるこれらの権利は、内縁関係にある者についても類推して認められる。
- オ. 判例によれば、協議上の離婚をした夫婦の一方は、相手方に対し財産の分与を請求した場合には、相手方に対し慰謝料を請求することはできない。

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

民法	親族	日付	/	問題整理番号	正答率
第14問		チェック欄		8-2	72%
〈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2クール 民法・商法・民訴第2回)

〔第14問〕 (配点：2)

親族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.15])

- ア. 養子縁組により養子と養親との間に法定血族関係として親族関係が生じ、また、婚姻により配偶者と他方配偶者の3親等内の血族との間に姻族関係として親族関係が生じる。
- イ. 夫婦の一方が死亡した場合、生存配偶者の姻族関係は当然に終了する。
- ウ. 直系血族又は4親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない。
- エ. 夫は、妻が前婚でもうけた子と養子縁組をしていなくとも、その子を扶養する義務を法律上当然に負う。
- オ. Xの兄弟姉妹の子Yは、Xの3親等内の親族であり、Xに対し扶養義務を負うことがある。

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

民法 第14問	婚姻解消時の法律関係	H27予備試験本試験
---------	------------	------------

正解 [No.14] 3

**ア誤り。**民法751条1項は、夫婦の一方が死亡したときは、生存配偶者は、婚姻前の氏に復することができる」と規定しており、一方の死亡の場合に復氏するか否かは当事者の選択に委ねられている。他方で、民法767条1項は、婚姻によって氏を改めた夫又は妻は、協議上の離婚によって婚姻前の氏に復すると規定し、離婚の場合には当然に復氏する。なお、離婚の場合であっても、離婚の日から3か月以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、離婚の際に称していた氏を称することができる（民法767条2項）。これは、離婚の際に当然に氏が婚姻前に戻るのでは、婚姻中の氏で社会活動をしている女性にとって不便であるため、昭和51年の改正で追加されたものである。

したがって、本記述は、婚姻が夫婦の一方の死亡によって解消した場合にも婚姻前の氏に戻るとしている点で、誤っている。

**イ正しい。**民法728条。民法728条1項は、親族関係は、離婚によって終了すると規定する。同条2項は、夫婦の一方が死亡した場合において、生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したときも、前項と同様とすると規定する。

したがって、本記述は正しい。

**ウ正しい。**民法819条1項。民法819条1項は、父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならないと規定する。まずは当事者に自主的かつ円滑な解決を図らせようとする趣旨である。この定めについて、家庭裁判所の許可を要する旨の規定はない。

したがって、本記述は正しい。

**エ誤り。**最決平12. 3. 10（百選Ⅲ24事件）、最判昭42. 2. 21。民法768条1項は、協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる」と規定している。これは裁判上の離婚についても同様である（民法771条）。そして、内縁の配偶者に関しても、判例（最決平12. 3. 10）は、「離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得る」としている。

したがって、本記述のうち、財産分与請求権が内縁関係にある者についても類推して認められるとする点については正しい。

民法890条は、被相続人の配偶者は、常に相続人となると規定している。同条の「配偶者」とは法律上の配偶者を意味し、内縁の配偶者は含まれない。相続による財産の帰属は取引秩序と関連するため、相続に関する法律関係の画一的処理の観点から、戸籍上明確な基準によって区別する必要があるからである。判例（最判昭42. 2. 21）も内縁の配偶者が相続人にあたらないことを前提としている。また、判例（最決平12. 3. 10）は、「内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法768条の規定を類推適用することはできないと解するのが相当である。」とする。

その理由として、判例は「死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないところである。」という点を挙げている。

よって、本記述は、内縁の配偶者が死亡した場合でも、配偶者について認められる権利が内縁関係にある者についても類推して認められるとしている点で、誤っている。

したがって、本記述は、相続権が内縁関係にある者についても類推して認められるとしている点で、誤っている。

**オ誤り。**最判昭46. 7. 23。判例は、「すでに財産分与がなされたからといって、その後不法行為を理由として別途慰藉料の請求をすることは妨げられないというべきである。」としている。

その理由として、判例は、「離婚における財産分与の制度は、夫婦が婚姻中に有していた実質上共同の財産を清算分配し、かつ、離婚後における一方の当事者の生計の維持をはかることを目的とするものであつて、分与を請求するにあたりその相手方たる当事者が離婚につき有責の者であることを必要とはしないから、財産分与の請求権は、相手方の有責な行為によつて離婚をやむなくされ精神的苦痛を被つたことに対する慰藉料の請求権とは、その性質を必ずしも同じくするものではない。」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、正しい記述はイとウであり、したがって、正解は肢3となる。

以上全体につき、内田IVP. 106, 128～9, 139, 140, 147～8,。川井(5)P. 22～54。

民法 第14問	親 族	過去問	予備なし 新司22-31, 18-6
正解 [No.15] 2			

(予備試験スタンダード短答オープン 第2クール 民法・商法・民訴第2回)

【合格へのアプローチ】

本問は、親族に関する一般的な理解を問うものである。短答式試験では家族法に関し毎年かなりの問題数が割かれている。内容的にはバリエーションが多いわけではないので、復習をしておいて欲しい。

**ア正しい。**民法725条、727条。親族とは6親等内の血族、配偶者、3親等内の姻族をいい(民法725条)、この範囲の者は当然に親族関係に入るものとされている。法定血族とは、本来血縁関係のない者の間に、法律によって血縁関係を擬制するものをいう。養子は縁組の日から養親の嫡出子となり(民法809条)、養親の血族との間に法定血族関係として親族関係が発生する(民法727条)。他方、姻族とは配偶者の一方と他方配偶者の血族との関係をいい、姻族関係は婚姻によって発生する。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(3)P.655)

**イ誤り。**民法728条2項。民法728条2項は、「夫婦の一方が死亡した場合において、生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したときも、前項〔注：離婚による姻族関係の終了〕と同様とする。」と規定する。

その趣旨は、姻族関係の重要な効果である扶養義務発生の可能性(民法877条2項参照)を、婚姻の死亡解消により直ちに消滅させることが、少なくとも現在の国民感情に適さないと判断されたため、姻族関係を終了させるか否かを生存配偶者の自由な意思によることとする点にある。

よって、夫婦の一方が死亡した場合、生存配偶者の姻族関係は、当然には終了しない。

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(3)P.657)

**ウ誤り。**民法734条1項本文。民法734条1項本文は、「直系血族又は3親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない。」と規定している。

その趣旨は、優生学的な配慮又は社会倫理的な配慮に基づくという点にある。

したがって、本記述は、近親婚として婚姻が禁止される親族の範囲を直系血族又は3親等内の傍系血族とすべきところ、4親等内の傍系血族としている点で、誤っている。(条文・判例本(3)P.662~3)

**エ誤り。**民法877条2項。まず、夫と、妻が前婚でもうけた子とは、養子縁組をしていない限り血縁関係がないため、夫はその子に対して民法877条1項による法律上当然の扶養義務を負わない。

したがって、本記述は扶養する義務を法律上当然に負うとしている点で、誤っている。(条文・判例本(3)P.726)

なお、妻が前婚でもうけた子は妻の直系血族であるから、夫と、妻が前婚でもうけ



た子とは直系姻族である。そして、直系親族の親等は、姻族については配偶者を基準として、その間の世数を数えて定めるから（民法726条1項）、夫と、妻が前婚でもうけた子とは姻族1親等の関係であり、「3親等内の親族」（民法877条2項）に当たる。よって、民法877条2項により、家庭裁判所は、特別の事情があれば、夫に、妻が前婚でもうけた子に対する扶養義務を負わせることはできる。

オ正しい。民法726条2項、877条2項。本記述前段について、兄弟姉妹の子である甥や姪は、3親等の親族である（民法725条1号、726条参照）。

よって、本記述前段は正しい。

本記述後段について、民法877条2項は、「家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項〔注：民法877条1項、直系血族及び兄弟姉妹間の扶養義務〕に規定する場合のほか、3親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる。」と規定している。

民法877条の趣旨は、近親者の間には、自然の愛情、共同生活の連帯感、慣行等によって、自発的に扶養することが期待できることから、高齢、疾病、心身障害、失業、未成熟等を理由として、経済的に自立した生活を営むことができない人々を扶養すべき一定範囲の近親者を定めるという点にある。

そして、3親等内の親族（直系血族及び兄弟姉妹を除く。）は、法律上当然に扶養義務を負うものではなく、特別の事情のあるときに家庭裁判所の審判によって扶養義務が課せられる。

よって、本記述後段は正しい。

したがって、本記述は正しい。（条文・判例本(3)P.655）

以上により、正しい記述はアとオであり、したがって、正解は肢2となる。

以上全体につき、内田IVP.53, 55, 282, 291~302。川井(5)P.4~7。

平成27年予備試験短答式試験本試験問題

[民事訴訟法]

〔第40問〕（配点：2）（全体正答率75%）

争点及び証拠の整理手続に関する次の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.45]）

1. 当事者は，口頭弁論において，準備的口頭弁論の結果を陳述しなければならない。
2. 裁判所は，事件を書面による弁論準備手続に付するに当たり，当事者の意見を聴かななければならない。
3. 弁論準備手続期日において，証人の採否の決定及び証人尋問をすることができる。
4. 裁判所は，弁論準備手続の期日を公開しなければならない。
5. 書面による準備手続においては，いわゆる電話会議システムを利用することができない。

民事訴訟法	争点及び証拠の整理手続	日付	/	問題整理番号	正答率
第37問		チェック欄		5-8	71%
〈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2クール 法律科目総合第2回)

〔第37問〕(配点：2)

争点及び証拠の整理手続に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものはどれか。(解答欄は、[No.43])

1. 弁論準備手続及び書面による準備手続を開始するためには、いずれの手続でも当事者の意見聴取が必要である。
2. 準備的口頭弁論では、争点整理に関係がある限り、通常的口頭弁論と同様の証拠調べを実施することが可能であるが、弁論準備手続においては証拠調べを行うことは認められていない。
3. 準備的口頭弁論は公開法廷で行われる。これに対して、弁論準備手続は公開で行われることを要せず、書面による準備手続はそもそも公開の対象となる期日を予定していない。
4. 弁論準備手続後の口頭弁論において、当事者は、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない。
5. 書面による準備手続は、裁判長が行う。ただし、高等裁判所においては、受命裁判官にこれを行わせることができる。

民事訴訟法 第40問	争点及び証拠の整理手続	H 2 7 予備試験本試験
------------	-------------	---------------

正解 [No.45] 2

1 誤り。準備的口頭弁論は口頭弁論であるから、他の争点整理手続における場合とは異なり、準備的口頭弁論において収集獲得された資料は、特段の手続を要せず当然に訴訟資料となる。

よって、当事者は、口頭弁論において、準備的口頭弁論の結果を陳述する必要はない。

したがって、本記述は誤っている。

2 正しい。民事訴訟法175条。裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、事件を書面による準備手続（当事者の出頭なしに準備書面の提出等により争点及び証拠の整理をする手続をいう。）に付することができる。

この趣旨は、書面による準備手続が期日を開かないで行うものであることから、他の争点整理手続を選択する場合に比べて、当事者の意向をより重視する必要がある点にある。

したがって、本記述は正しい。

3 誤り。民事訴訟法170条2項。同項は、「裁判所は、弁論準備手続の期日において、証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判…をすることができる」と規定する。

同項の趣旨は、争点整理を円滑・効率的に進めるためにこれらの裁判が必要な場面が多く、また、受訴裁判所自身が弁論準備手続を行うのであれば、口頭弁論期日外にできる裁判を弁論準備手続で行うことに何ら問題はないという点にあり、裁判所は、弁論準備手続において、証拠の申出に関する裁判をすることができ、この証拠の申出に関する裁判には、証人・当事者本人尋問の採用決定も含まれる。

よって、本記述のうち、弁論準備手続期日において、証人の採否の決定をすることができるとする点は正しい。

しかし、弁論準備手続の証拠調べについては、「文書」の「証拠調べをすることができる」（同項）と規定されているのみで、人証の証拠調べができるとの規定はない。弁論準備手続において例外的に証拠調べを行うことができるとされた趣旨は、客観的な存在である文書の証拠調べは、人証の証拠調べに比して、公開法廷で実施する必要が乏しいことなどが考慮された点にある。

よって、弁論準備手続期日において、証人尋問をすることはできない。

したがって、本記述は誤っている。

4 誤り。民事訴訟法169条2項本文は、「裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる。」と規定している。同項は、弁論準備手続が原則として非公開であることを前提としている。弁論準備手続を非公開とする趣旨は、当事者間の率直かつ十分なやりとりを可能にする点にある。これは準備的口頭弁論との対比において弁論準備手続の特色の一つである。

よって、裁判所は、弁論準備手続の期日を公開しなければならないわけではない。なお、傍聴の可否は原則として裁判所の裁量事項である（同条2項本文）が、当事者が求めた傍聴人については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがある場合を除き、裁判所は傍聴を許さなければならない（同項ただし書）。

したがって、本記述は誤っている。

- 5 誤り。民事訴訟法176条3項。同項は、「裁判長等は、必要があると認めるときは、最高裁判所規則で定めるところにより、裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話することができる方法によって、争点及び証拠の整理に関する事項その他口頭弁論の準備のため必要な事項について、当事者双方と協議をすることができる」と規定している。同項の趣旨は、離れた場所にいる三以上の者が同じ部屋で対話するような形で意見交換をすることのできるいわゆる電話会議システムを活用し、書面による準備手続を実施できるようにする点にある。

よって、書面による準備手続においては、裁判長等が必要があると認めるときは、裁判所と当事者双方の三者間で通話することのできる電話会議システムを利用して協議をすることができる。

したがって、本記述は誤っている。

以上全体につき、伊藤P. 268～280。民事訴訟法講義案P. 158～169。和田P. 221～230。

民事訴訟法 第37問	争点及び証拠の整理手続	過去問	予備24-36 新司26-66, 24-62, 22-61
正解 [No.43] 2			

(予備試験スタンダード短答オープン 第2クール 法律科目総合第2回)

【合格へのアプローチ】

口頭弁論期日に当事者がいきなり攻撃防御方法を提出したのでは、反対当事者や裁判所が適切に対応できず、充実した審理、訴訟の迅速な進行が図れない。そこで、口頭弁論の準備としての争点整理手続が要請されるのである。この制度を理解しているかを問うには、準備的口頭弁論、弁論準備手続、書面による準備手続の比較した設問が有効である。本問においても、手続の公開について(肢3)、手続の開始決定について当事者の意見聴取の要・不要(肢1)、証拠調べの範囲(肢2)について比較問題が出されているのは、この有効性に鑑みてのものである。また、当事者は、弁論準備手続の結果を口頭弁論において陳述しなければならない(肢4)。これは、弁論準備手続は口頭弁論の期日外で行われるので、必要的口頭弁論の原則を前提として、口頭主義・公開主義・直接主義の要請を満たすためである。

- 1 正しい。民事訴訟法168条、175条。弁論準備手続及び書面による準備手続はいずれも争点及び証拠の整理手続である。  
そして、**弁論準備手続及び書面による準備手続を開始するためには、当事者の意見を聴くことが必要である(民事訴訟法168条、175条)。**  
これは、手続内でなし得る行為には限定があるため、当事者の利害に密接に関係するし、当事者の意向を無視してこれらの手続を選択しても争点整理の実効性を確保することが困難であると考えられるため、事前に意見を聴取することを要するという趣旨である。  
したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(5)P.248～252)
- 2 誤り。民事訴訟法170条2項、171条2項。準備的口頭弁論も口頭弁論であって、一般の口頭弁論や準備書面に関する規定がすべて適用される。  
よって、**準備的口頭弁論においては、争点整理に関係がある限り、証拠調べを含めあらゆる行為をすることができる。**  
これに対して、弁論準備手続は、本来は証拠調べの手続ではないが、争点整理には証拠の整理が不可欠であること、文書の取調べは公開法廷で行わなければならない意味が少ないことなどを考慮して、**裁判所が証拠の申出に関する裁判及び文書の証拠調べをすることができる**とされている(民事訴訟法170条2項、171条2項)。  
したがって、本記述は、弁論準備手続においては証拠調べを行うことは認められていないとしている点で、誤っている。(条文・判例本(5)P.248～252)
- 3 正しい。民事訴訟法169条1項。同条2項ただし書。**準備的口頭弁論は、口頭弁論を争点及び証拠の整理の目的のために利用する場合であるから、公開法廷で行われる。**  
これに対して、**弁論準備手続は口頭弁論ではないので、公開法廷で行われる必要はない。**  
もっとも、攻撃防御の機会を実質的に確保するため、当事者双方の期日立会権が保

障されている（民事訴訟法169条1項）。

また、当事者が求めた傍聴人については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがある場合を除き、裁判所は傍聴を許さなければならない（民事訴訟法169条2項ただし書）。

さらに、**書面による準備手続は**、当事者の期日出頭が経済的・精神的に相当な負担となる場合に、出頭しなくとも争点整理が可能な事件について、準備書面や文書の写しのやり取りと、これを補充する手段として電話会議の方法で意見交換を行うことによって争点及び証拠を整理しようとする手続であり、**そもそも公開の対象となる期日を予定していない**。

したがって、本記述は正しい。（条文・判例本(5)P.248～252）

- 4 正しい。民事訴訟法173条。「**当事者は、口頭弁論において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない**」。これは、弁論準備手続は、争点整理を目的にし、口頭弁論を円滑・迅速に行うために実施するものであるから、口頭弁論は弁論準備手続の結果に基づき行われることになるが、弁論準備手続の結果は、当事者が口頭弁論において陳述しない限り口頭弁論に現れない以上（民事訴訟法87条参照）、口頭主義、公開主義、直接主義の要請を充たす必要から、弁論準備手続で獲得された資料を口頭弁論に上程して訴訟資料化し、後の集中証拠調べへの連携を適切なものとするために規定されたものである。

したがって、本記述は正しい。（条文・判例本(5)P.248～252）

- 5 正しい。本記述前段について、**民事訴訟法176条1項本文は、「書面による準備手続は、裁判長が行う。」と規定している**。その趣旨は、書面による準備手続は、当事者の出頭なしに、準備書面や文書の写しのやり取りと、これを補充する手段として電話会議の方法で意見交換を行うことによって争点及び証拠を整理しようという点に特色を有する手続であることから、これを適切に運用するためには、豊かな実務経験のある裁判官が担当するのが望ましいという点にある。

よって、本記述前段は正しい。

本記述後段について、**民事訴訟法176条1項ただし書は、「高等裁判所においては、受命裁判官にこれを行わせることができる。」と規定している**。その趣旨は、高等裁判所では、陪席裁判官も一般に相当の実務経験を有しているので、裁判長だけでなく、陪席裁判官を受命裁判官として書面による準備手続を担当させるという点にある。

よって、本記述後段は正しい。

したがって、本記述は正しい。（条文・判例本(5)P.248～252）

以上全体につき、伊藤P.268～280。民事訴訟法講義案P.158～169。和田P.221～230。

平成27年予備試験短答式試験本試験問題

[刑法]

〔第2問〕(配点：2)(全体正答率62%)

名誉毀損罪(刑法第230条)と侮辱罪(刑法第231条)の保護法益に関する次の各【見解】についての後記アからオまでの各【記述】を検討した場合、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])

【見 解】

A説：名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益は、いずれも人の外部的名誉(社会的評価、社会的名誉)であり、名誉毀損罪と侮辱罪の違いは、事実の摘示の有無である。

B説：名誉毀損罪の保護法益は人の外部的名誉(社会的評価、社会的名誉)であり、侮辱罪の保護法益は人の主観的名誉(名誉感情)である。

【記 述】

ア. A説によれば、刑法第231条で侮辱が被害者の面前において行われることを要件としていないのは、公然たる侮辱の言葉はやがて本人に伝わるので面前性は不要だからであると考えられる。

イ. A説に対しては、刑法第231条の「事実を摘示しなくても」との文言は文字どおりに解すべきであって「事実を摘示しないで」という意味にはならないはずであるとの批判がある。

ウ. B説によれば、刑法第231条で公然性が要件とされているのは、侮辱行為が公然となされるかどうかでその当罰性に差異が生ずるからであると考えられる。

エ. B説に対しては、幼児・重度の精神障害者・法人に対する侮辱罪が成立しないのは妥当でないとの批判がある。

オ. B説に対しては、名誉毀損罪と侮辱罪の法定刑の差を説明できないという批判がある。

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



刑 法	名誉に関する罪の保護法益	日 付	/	問題整理番号	正答率
第20問		チェック欄		4-3-(1)	70%
〈出題ポイント〉 条文知識：1 判例知識：0 学説理解：4 事務処理：3 論理その他：3					

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第10回)

〔第20問〕 (配点：3)

名誉に対する罪に関する次の【見解】に従って後記1から5までの【記述】を検討し、誤っているものを2個選びなさい。(解答欄は, [No.32], [No.33] 順不同)

【見 解】

A説：名誉毀損罪及び侮辱罪の保護法益は、双方とも、人に対して社会が与える評価としての外部的名誉である。

B説：名誉毀損罪の保護法益は、人に対して社会が与える評価としての外部的名誉である。  
他方、侮辱罪の保護法益は、本人がもっている自己に対する価値意識・感情としての名誉感情である。

【記 述】

1. 事実を摘示することなく、法人の社会的な評価を下げるような行為を公然とした場合、A説によれば、法人に対する侮辱罪が成立する。
2. 上記1の場合、B説によれば、法人に対する侮辱罪が成立する。
3. 真実に合致する事実を摘示して、死亡した自然人の社会的な評価を下げるような行為を公然とした場合、A説によっても、B説によっても、死亡した自然人に対する名誉毀損罪は成立しない。
4. 事実を摘示することなく、公然性を欠いた状態で、自然人を侮辱する行為を行った場合、B説によれば、自然人に対する侮辱罪が成立する。
5. 事実を摘示することなく、自然人の社会的な評価を下げるような行為を公然とした場合、A説によっても、B説によっても、自然人に対する名誉毀損罪は成立しない。

刑 法 第 2 問	名誉毀損罪と侮辱罪	H 2 7 予備試験本試験
-----------	-----------	---------------

正解 [No.2] 3

ア誤り。本記述は、「公然たる」侮辱の言葉はやがて本人（被害者）に伝わるので「面前性」の要件は不要であるとしている。

B説に対しては、侮辱罪の法益が主観的名誉であれば、その当罰性は、行為が「公然と」行われる場合以上に、被害者に面と向かって行われる場合の方が高いはずなのに、刑法は、侮辱罪について「公然性」を要求しながらも「面前性」を要求していない、との批判がある。本記述はこれに対する反論となっている。

よって、本記述はB説からの記述である。

したがって、本記述は誤っている。

なお、侮辱罪の保護法益を人の外部的名誉（社会的評価、社会的名誉）とするA説は、侮辱行為は、社会的評価を害する現実的危険を持ったもの、社会に向かって行われる「公然」のものでなければならないとするものであるが、主観的名誉を保護法益としないため、そもそも侮辱が本人に伝わるか否か或いは「面前性」を問題としていない。

イ正しい。本記述は、刑法231条の「事実を摘示しなくても」を「事実を摘示しないで」と読むべきではないと、A説を批判する。

A説は、名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益を統一的に理解する。そのため、**両者の区別を「事実の摘示」の有無にもとめ、「事実を摘示しなくても」を「事実を摘示しないで」と読む。**

したがって、本記述は正しい。

なお、B説では、「事実を摘示しなくとも」を、「事実を摘示した場合はもちろん、事実を摘示しない場合であっても」と読む。

ウ正しい。本記述は、刑法231条で公然性が要求されているのは、侮辱行為が公然となされるかどうかによりその当罰性に差異が生ずるとしている。

侮辱罪の保護法益を人の主観的名誉（名誉感情）とするB説に対しては、「公然性」の要件は必要ではなく、むしろ被害者の覚知したことが重要となるはずであるとの批判がある。この批判に対し、B説からは、公然の侮辱は名誉感情の侵害においてより大きく、また、公然と行われた侮辱はやがて被害者に覚知されるとの反論がなされている。

したがって、本記述は正しい。

エ正しい。本記述は、B説では幼児・重度の精神障害者・法人に対し侮辱罪が成立しないとす

る。B説は侮辱罪の保護法益を人の主観的名誉とするところ、同説からは、**名誉感情・意識を持ち得ない幼児や重度の精神障害者、法人に侮辱罪の成立はあり得ず、人の外部的名誉を保護する名誉毀損罪によってのみ保護されることになる。**

したがって、本記述は正しい。

なお、A説からは、社会からの外部的評価の対象となり得る以上、幼児や重度の精

神障害者、法人についても、侮辱罪の成立を認め得る。

**才誤り。**本記述は、B説では、名誉毀損罪と侮辱罪の法定刑の差を説明できないとする。B説は両罪の保護法益は異なるとする見解であり、両罪の法定刑の差を保護法益の差に求めることが可能である。すなわち、同説からは、客観的評価としての外部的名誉が主観的評価としての名誉感情・意識に優越し、より厚く保護されるべきは当然であるとして、両罪の法定刑の著しい差を合理的に説明し得るとされている。したがって、本記述は誤っている。

なお、A説は両罪の保護法益を同じと考えるため、その区別を「事実の摘示」の有無という行為態様の相違に求めている。

以上により、正しい記述はイ、ウ、エであり、したがって、正解は肢3となる。

以上全体につき、山口P.258～266。前田（各）P.122～132。

刑法 第20問	名誉に関する罪の保護法益	過去問	予備なし 新司26-10, 24-8, 21-13
正解 [No.32] [No.33] 2, 4 (順不同)			

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第10回)

【合格へのアプローチ】

本問は、名誉に対する罪の保護法益に関する見解の対立を踏まえて、各見解から事例への当てはめを問うものである。もっとも、名誉毀損罪の成立には「事実を摘示」することが必要である(刑法230条1項)という点、及び、「死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない」(刑法230条2項)点は、条文上明らかであり、見解の対立によって結論が分かれるところではないことは注意が必要である。

- 1 正しい。A説は、侮辱罪の保護法益を、「人に対して社会が与える評価としての外部的名誉」と考えると、法人も自然人と同様に一定の社会的評価の対象となる。そうだとすれば、**法人の社会的評価を下げる行為がなされた場合、A説によれば保護法益の侵害が認められる。**  
 よって、事実を摘示することなく法人の社会的評価を下げる行為を公然とした場合、A説によれば、侮辱罪が成立する。  
 したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(6)P.446)  
 なお、判例は、法人に対する侮辱罪の成否が問題となった事案において、「刑法231条にいう『人』には法人も含まれる」として、法人に対する侮辱罪の成立を肯定している(最決昭58.11.1・百選Ⅱ6版21事件・7版22事件)。
- 2 誤り。B説は、侮辱罪の保護法益を、「本人がもっている自己に対する価値意識・感情としての名誉感情」と考えると、名誉感情とは、人の心裡に生ずる情動ないし意識という主観的な存在であるから、法人は名誉感情を持ち得ない。  
 そうだとすれば、**社会的評価を下げる行為がなされた場合、かかる行為が名誉感情を侵害するものであったとしても、B説によれば、保護法益の侵害が認められない。**  
 よって、事実を摘示することなく法人の社会的評価を下げる行為を公然とした場合、B説によれば侮辱罪は成立しない。  
 したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(6)P.446)
- 3 正しい。刑法230条2項。死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。  
 その趣旨は、**死者の規範的名誉を保護すると同時に歴史上の人物についての報道や歴史的研究発表を阻害しない点にある。**  
 よって、真実に合致する事実を摘示して、死亡した自然人の社会的な評価を下げるような行為を公然とした場合、A説によっても、B説によっても、死亡した自然人に対する名誉毀損罪は成立しない。  
 したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(6)P.441~2)
- 4 誤り。刑法231条。**侮辱罪が成立するためには、人を侮辱する行為が「公然と」行われることが必要である。**  
 よって、事実を摘示することなく、公然性を欠いた状態で、自然人を侮辱する行為

を行った場合、B説によっても、自然人に対する侮辱罪は成立しない。

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(6)P. 446)

**5 正しい。**刑法230条1項。名誉毀損罪が成立するためには、「事実を摘示」することが必要である。

よって、事実を摘示することなく、自然人の社会的な評価を下げるような行為を公然とした場合、A説によっても、B説によっても、自然人に対する名誉毀損罪は成立しない。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(6)P. 439～441)

以上により、誤っている記述は2と4であり、したがって、正解は肢2と肢4（順不同）となる。

以上全体につき、山口P. 258～266。前田（各）P. 122～132。