

予備試験スタンダード短答オープンガイダンス

得点率60%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

古海 健一 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. 問題検討 .....	10
行政法 .....	10
民法 .....	16
商法 .....	24
刑法 .....	32

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

# 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

## 短答合格を確実にする短答強者の定石

☆ 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%	<b>31%</b>
				No.2	90%	73%	17%
				No.3	94%	86%	8%
	2	法の下の平等	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%	<b>26%</b>
	8	選 挙	26%	No.17	92%	88%	4%
				No.18	55%	41%	14%
				No.19	66%	38%	<b>28%</b>
	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	<b>57%</b>	No.27	76%	38%	<b>38%</b>
	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%	<b>32%</b>
				No.38	87%	77%	10%
				No.39	81%	53%	<b>28%</b>
				No.40	99%	91%	8%
	19	情報公開法	38%	No.41	45%	32%	13%
	20	処分性	<b>66%</b>	No.42	79%	54%	<b>25%</b>
	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%	<b>25%</b>
				No.46	77%	48%	<b>29%</b>
				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	<b>73%</b>	No.4	77%	69%	8%
	5	担保物権	46%	No.5	57%	35%	22%
	6	法定地上権	<b>52%</b>	No.6	66%	39%	<b>27%</b>
	7	詐害行為取消権	<b>70%</b>	No.7	78%	63%	15%
	8	保証	<b>84%</b>	No.8	92%	75%	17%
	9	弁済	48%	No.9	58%	37%	21%
	10	金銭消費貸借	<b>50%</b>	No.10	67%	33%	<b>34%</b>
	11	不動産の賃貸借	<b>80%</b>	No.11	93%	68%	<b>25%</b>
	12	事務管理	49%	No.12	54%	43%	11%
	13	嫡出でない子	<b>85%</b>	No.13	93%	78%	15%
	14	相続人	<b>62%</b>	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	<b>87%</b>	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	<b>62%</b>	No.28	74%	49%	<b>25%</b>
	27	営業・事業の譲受人の責任	<b>56%</b>	No.29	64%	48%	16%
	28	商人及び商行為	<b>62%</b>	No.30	76%	49%	<b>27%</b>
	29	小切手	<b>50%</b>	No.31	64%	36%	<b>28%</b>
	30	手形債務の発生	<b>77%</b>	No.32	87%	68%	19%
民訴	31	管轄	<b>65%</b>	No.33	71%	58%	13%
	32	当事者	<b>56%</b>	No.34	85%	68%	17%
				No.35	77%	58%	19%
	33	固有必要的共同訴訟の成否	<b>73%</b>	No.36	87%	58%	<b>29%</b>
	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%	<b>28%</b>
	37	新たな訴訟行為の可否	<b>63%</b>	No.42	81%	46%	<b>35%</b>
	38	抗弁	<b>73%</b>	No.43	87%	59%	<b>28%</b>
	39	文書・検証物	38%	No.44	47%	31%	16%
				No.45	63%	52%	11%
	40	私文書の成立	<b>66%</b>	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	<b>61%</b>	No.49	69%	53%	16%	
43	不服申立て	34%	No.50	45%	22%	23%	
44	控訴	<b>57%</b>	No.51	74%	41%	<b>33%</b>	
45	少額訴訟	<b>55%</b>	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	<b>76%</b>	No.2	88%	64%	24%
	3	信用及び業務に対する罪	<b>74%</b>	No.3	81%	68%	13%
	4	故意	<b>79%</b>	No.4	91%	67%	24%
	5	窃盗罪	<b>62%</b>	No.5	74%	50%	24%
	6	共犯の従属性	<b>73%</b>	No.6	90%	66%	24%
	No.7			88%	62%	<b>26%</b>	
	7	犯罪の成否①	<b>65%</b>	No.8	80%	50%	<b>30%</b>
	8	不能犯と未遂犯の区別	<b>64%</b>	No.9	85%	60%	<b>25%</b>
	No.10			94%	79%	15%	
	9	同意傷害	<b>85%</b>	No.11	92%	79%	13%
	10	賄賂罪	<b>93%</b>	No.12	97%	89%	8%
	11	責任能力	<b>55%</b>	No.13	72%	39%	<b>33%</b>
12	偽造罪	<b>63%</b>	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	<b>61%</b>	No.20	67%	55%	12%
	15	緊急逮捕	<b>38%</b>	No.21	54%	21%	<b>33%</b>
	16	勾留理由開示	<b>73%</b>	No.22	86%	59%	<b>27%</b>
	17	逮捕に伴う搜索差押え	<b>88%</b>	No.23	96%	80%	16%
	18	弁護人等の権能	<b>88%</b>	No.24	97%	79%	18%
	19	供述に関する規律	<b>61%</b>	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	<b>79%</b>	No.35	91%	67%	24%
	22	被告人勾留	<b>56%</b>	No.36	72%	40%	<b>32%</b>
	23	裁判員裁判	<b>71%</b>	No.37	82%	60%	22%
	24	証人尋問	<b>73%</b>	No.38	87%	60%	<b>27%</b>
	25	伝聞例外	<b>63%</b>	No.39	75%	51%	24%
	26	控訴	<b>84%</b>	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

## 2. 本試験問題及び的中問題

平成30年予備試験短答式試験本試験問題

【行政法】

〔第20問〕（配点：2）

処分性に関する次のアからウまでの各記述について、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。（解答欄は、【No.42】）

ア. 告示により一定の条件に合致する道を一括して道路に指定する方法でされた建築基準法第42条第2項所定のいわゆるみなし道路の指定は、特定の土地について個別具体的にこれを指定するものではなく、不特定多数の者に対して一般的抽象的な基準を定立するものにすぎないのであって、これによって直ちに建築制限等の私権制限が生じるものでないから、抗告訴訟の対象となる行政処分当たらない。

（参照条文）建築基準法

（道路の定義）

第42条（略）

2 この章の規定が適用されるに至った際に現に建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものは、前項の規定にかかわらず、同項の道路とみなし、その中心線からの水平距離2メートル（中略）の線をその道路の境界線とみなす。（以下略）

3～6（略）

イ. 労災就学援護費について、労働者災害補償保険法及び同法施行規則は、その支給の実体的及び手続的な要件や金額について何ら定めていないから、労災就学援護費を支給しない旨の決定は、行政庁が公権力の行使として一方的に決定し、取消訴訟によらなければその判断を覆すことができないとの効力が法律上与えられたものとはいえず、抗告訴訟の対象となる行政処分当たらない。

ウ. 病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているものの、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものであり、その結果、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになるから、上記勧告は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる。

- |             |             |            |
|-------------|-------------|------------|
| 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20問	処分性	H30予備試験
----------	-----	---------

## 正解 【No.42】 7

**ア誤り。**本記述は、特定の土地について個別具体的にこれを指定するものではなく、不特定多数の者に対して一般的抽象的な基準を定立するものにすぎないのであって、これによって直ちに建築制限等の私権制限が生じるものでないから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらないとしている点で、誤っている。

最判平14. 1. 17（百選Ⅱ154事件、建築基準法42条2項の道路指定）。本記述では、2項道路の指定は、本来、具体的に町名地番を定めて、個々の道路について行うべきではあるが、2項道路とすべき道路が多数あったことから、告示や規則によって一定の要件を定め一括して指定する方式が採られているため、このような一括指定に処分性は認められるか問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、「特定行政庁による2項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものということができる」とし、「本件告示のような一括指定の方法による2項道路の指定も、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」としている。

**イ誤り。**本記述は、労災就学援護費を支給しない旨の決定は行政処分に当たらないとしている点で、誤っている。

最判平15. 9. 4（百選Ⅱ157事件、労災就学援護費の支給に関する決定）。本記述では、労災就学援護費については、労働者災害補償保険法及び同施行規則には処分性認定の手がかりとなるような具体的仕組みは何ら定められておらず、支給決定の仕組みを直接定めているのは通達であるから、支給拒否決定に処分性は認められないのではないか問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、「労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合に、政府が、法第三章の規定に基づいて行う保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援護費を支給することができる旨を規定している」としている。また、「労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」としている。

**ウ正しい。**最判平17. 7. 15（百選Ⅱ160事件、病院開設中止勧告）により、本記述は正しい。

本記述では、勧告という文言からは行政指導にあたること、勧告に従わないことを理由に病院開設不許可等の処分がなされることはないことから、本件勧告に処分性は認められるか問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、「医療法30条の7〔注：現30条の11〕の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意

にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものといえることができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、**實際上病院の開設自体を断念せざるを得ない**ことになる。このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。後に保健医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない」としている。

以上により、正しい組み合わせは「ア× イ× ウ○」であり、したがって、正解は肢7となる。

行政法	処分性②	日付	/	/	/	問題整理番号	正答率
第25問		チェック欄				6-2-(2)-③	%
〈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1クール 第2回 (行政法))

〔第25問〕 (配点：3)

処分性に関する次のアからエまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らし、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.55〕から〔No.58〕)

- ア. 消防法に基づき消防長が知事に対してする同意は、建築物の新築・改築について許認可権をもつ行政庁の求めに基づいて、その行政庁に与えられる意思表示であって、行政機関相互間の行為であるといえることから、当該同意には処分性が認められない。〔No.55〕
- イ. 普通地方公共団体が営む水道事業に係る条例所定の水道料金を改定する条例の制定行為は、それが水道料金を一般的に改定するものであって、限られた特定の者に対してのみ適用されるものでない場合には、処分性が認められない。〔No.56〕
- ウ. 現に建物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものを道路とみなすという建築基準法第42条第2項に基づくいわゆる2項道路の指定が一括指定の方法でなされた場合、2項道路の敷地所有者は、道路内の建築ができなくなる等の事実上の制約は課されるが、何ら法的な制限を受けるわけではないから、一括指定の方法による2項道路の指定には、処分性が認められない。〔No.57〕
- エ. 土地区画整理事業の事業計画については、いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることとなるから、処分性が認められる。〔No.58〕

行政法 第25問	処分性②	過去問	予備27-19, 24-18 新司24-31, 22-30, 21-31
正解 [No.55] 1, [No.56] 1, [No.57] 2, [No.58] 1			

(予備試験スタンダード短答オープン 第1クール 第2回 行政法)

**【合格へのアプローチ】**

本問は、処分性に係る判例の結論とその理由付けを問うものである。処分性は、短答式試験・論文式試験を問わず、本試験における最重要分野の一つであり、判例の結論だけでなく理由付けまで正確に押さえることが要求される。本問で出題した判例についても、結論を押さえるだけでなく、その結論に至るまでの論理を正確に理解して欲しい。

**ア正しい。**最判昭34. 1. 29 (百選I 24事件) により、本記述は正しい。

判例は、A会社が県知事に対し建築許可を申請したが、その許可に当たっては消防法7条により所轄の消防長Bの同意を要するので、AはBにその旨を申し出たところ、Bが同意書に記名押印したにもかかわらずその翌日に同意を取り消したため、Aが同意取消処分の取消し及び無効確認を求めた事案において、消防法に基づき知事に対してなされる「消防長の同意は、…訴訟の対象となる行政処分ということはできない」としている。

その理由として、判例は、「抗告訴訟の対象となるべき行政庁の行為は、対国民との直接の関係において、その権利義務に関係あるものたることを必要とし、行政機関相互間における行為は、その行為が、国民に対する直接の関係において、その権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うものでない限りは、抗告訴訟の対象となら」ず、「このことは、行政事件訴訟特例法により行政庁の行為の無効確認を求める場合においても同様である」とした上で、「本件消防長の同意は、知事に対する行政機関相互間の行為であつて、これにより対国民との直接の関係においてその権利義務を形成し又はその範囲を確定する行為とは認められない」ということを挙げている。

このように、判例は、**消防長の同意が建築物の新築・改築等について許認可権をもつ行政庁の求めに基づいて、その行政庁に与えられる意思表示であつて、許可申請者に与えられるものではないから、行政機関の内部に留まる行為であり行政処分としての性格を持たない**としている。(櫻井・橋本P.275. 宇賀II P.160. 条文・判例スタンダード(2)P.281)

**イ正しい。**最判平18. 7. 14 (百選II 162事件) により、本記述は正しい。

判例は、T町簡易水道事業給水条例の改正により、別荘の給水契約者とそれ以外の給水契約者との間に基本料金の大きな格差が生じるようになったため、別荘に係る給水契約者が、改正条例による水道料金の定めは憲法14条1項等に違反するとして、水道料金を定めた条例別表等の無効の確認等を求めた事案において、「本件改正条例は、…町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであつて、**そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たら**



ないというべきである」としている。(櫻井・橋本P.274。宇賀II P.174。条文・判例スタンダード(2)P.287)

**ウ誤り。**本記述は、敷地所有者は、何らの法的な制限を受けるわけではなく、処分性が認められないとしている点で、誤っている。

最判平14. 1. 17 (百選II 161事件)。

判例は、建築基準法42条2項のいわゆるみなし道路に指定する旨の行政処分が存在しないことの確認等が求められた事案において、「一括指定の方法による2項道路の指定も、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」としている。

その理由として、判例は、本件告示は、「幅員4m未満1.8m以上の道を一括して2項道路として指定するものであるが、これによって、法〔注：建築基準法〕第3章の規定が適用されるに至った時点において現に建築物が立ち並んでいる幅員4m未満の道のうち、本件告示の定める幅員1.8m以上の条件に合致するものすべてについて2項道路としての指定がされたこととなり、当該道につき指定の効果が生じるものと解される。…本件告示によって2項道路の指定の効果が生じるものと解する以上、このような指定の効果が及ぶ個々の道は2項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され(法44条)、私道の変更又は廃止が制限される(法45条)等の具体的な私権の制限を受けることになるのである。そうすると、特定行政庁による2項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来の効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものといえることができる」ということを挙げている。(櫻井・橋本P.275。宇賀II P.176。条文・判例スタンダード(2)P.286)

**エ正しい。**最大判平20. 9. 10 (百選II 159事件)により、本記述は正しい。

判例は、H市が、駅の高架化と併せて周辺の公共施設の整備等を図るため、土地区画整理事業を計画し、土地区画整理法の規定に基づき、知事から事業計画において定める設計の概要について認可を受けた上、当該事業の事業計画の決定をし、その公告をしたのに対し、当該事業の施行地区内に土地を有している者が、当該事業は公共施設の整備改善及び宅地の利用増進という法所定の事業目的を欠くものであるなどと主張し、当該事業計画の決定の取消しを求めて訴訟を提起したという事案において、「事業計画の決定は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たる」としている。

その理由として、判例は、「施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものといえることができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものといえるべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないといえるべきでない」とした上で、「土地区画整理事業の事業計画については、いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる」ということを挙げている。(櫻井・橋本P.276。宇賀II P.178。条文・判例スタンダード(2)P.102)

平成30年予備試験短答式試験本試験問題

[民法]

[第11問] (配点: 2)

不動産の賃貸借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.11])

- ア. 所有者の承諾を得ずにされた他人物賃貸借の賃借人は、後日、所有者からその明渡しの請求を受けたときは、それ以後、賃貸人に対して賃料の支払を拒むことができる。
- イ. 対抗力のある賃借権を有する賃借人は、賃貸人の承諾を得ずに賃借権を第三者に譲渡し、又は賃借物を第三者に転貸することができる。
- ウ. 対抗力のある賃借権が設定された不動産の譲渡がされた場合において、新所有者が旧所有者の賃貸人としての地位を承継するには、賃借人に対して承継の通知をしなければならない。
- エ. 賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為をしようとする場合において、そのために賃借人が賃借をした目的を達することができなくなるときは、賃借人は、契約の解除をすることができる。
- オ. 賃貸借は、賃貸人の死亡又は賃借人の死亡のいずれの場合であっても、当然には終了しない。

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

民法 第11問	不動産の賃貸借	H30予備試験
---------	---------	---------

正解 [No.11] 3

ア正しい。最判昭50. 4. 25により、本記述は正しい。

判例は、「所有権ないし賃貸権限を有しない者から不動産を賃借した者は、その不動産につき権利を有する者から右権利を主張され不動産の明渡を求められた場合には、賃借不動産を使用収益する権原を主張することができなくなるおそれが生じたものとして、民法559条で準用する同法576条により、右明渡請求を受けた以後は、賃貸人に対する賃料の支払を拒絶することができる」としている。

イ誤り。本記述は、賃貸人の承諾を得ずに賃借権を第三者に譲渡し、又は賃借物を第三者に転貸することができるとしている点で、誤っている。

民法612条1項。賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない。

その趣旨は、賃貸借は、賃貸人と賃借人との間の信頼関係を前提としているので、賃貸人の意思を無視した賃借権の無断譲渡と賃借物の無断転貸は許されない点にある。

よって、賃貸人の承諾を得なければ、対抗力のある賃借権を有する賃借人は、賃借権を第三者に譲渡し、又は賃借物を第三者に転貸することができない。

ウ誤り。本記述は、新所有者が旧所有者の賃貸人としての地位を承継するには、賃借人に対して通知をしなければならないとしている点で、誤っている。

最判昭33. 9. 18。判例は、対抗力のある賃借権が設定された賃貸建物が譲渡された場合において、譲受人は、「建物の所有権取得と同時に当然賃貸借を承継するものであつて、その承継の通知を要しない」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、不動産賃貸人の義務は賃貸人が誰であるかによって履行方法が特に異なるわけではなく、不動産所有権の移転があったときに新所有者にその義務の承継を認める方が賃借人にとっても有利であるというものを挙げている。

よって、新所有者が旧所有者の賃貸人としての地位を承継するにあたり、賃借人に対して通知をすることは不要である。

エ正しい。民法607条により、本記述は正しい。

賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為をしようとする場合において、そのために賃借人が賃借をした目的を達することができなくなるときは、賃借人は、契約の解除をすることができる。

その趣旨は、賃借人は修繕受忍義務（民法606条2項）を負うため、それによって不利益を受ける賃借人に解除権を認めた点にある。

オ正しい。民法616条により、本記述は正しい。

民法594条1項、597条1項及び598条の規定は、賃貸借について準用する。同条は、借主の死亡による使用貸借の終了（民法599条）を準用していないため、賃借人が死亡した場合は、賃借権が当然に消滅することはなく、相続人がいれば、

## 短答合格を確実にする短答強者の定石

その相続が認められる。

その趣旨は、賃貸借契約は人的信頼関係を基礎として成り立っているが、賃借権が財産的価値を有する点にある。

また、賃貸人が死亡した場合も、当然に終了原因となる規定はない。

以上により、誤っている記述はイとウであり、したがって、正解は肢3となる。

民法	不動産賃貸借	日付	/	/	/	問題整理番号	正答率
第30問		チェック欄				6-6	%
〔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 (民法))

〔第30問〕 (配点：2)

建物賃貸借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.30])

- ア. 家屋の賃貸人である所有者がその家屋を他人に譲渡し、これとともに賃貸人たる地位も譲受人に移転したものの、譲受人がいまだその所有権移転登記を経由していない場合、賃借人がこの事実を認め、譲受人に対して賃貸人たる地位の承継後の賃料を支払ったとしても、その賃料の支払は、無効である。
- イ. 適法な建物の転貸借契約が存在する場合には、賃貸借契約が転貸人の債務不履行により解除され、賃貸人が転借人に対して賃貸建物の返還請求を行ったとしても、転借人が現実の利用を続ける限り、転貸借契約はさらにその解除の意思表示をしなければ消滅しない。
- ウ. 建物の賃借人が賃貸人の承諾を得ないで第三者に建物の賃借権を譲渡したときは、賃貸人は賃借人との間の賃貸借契約を解除しなくとも、その第三者に対して建物の明渡しを請求することができる。
- エ. 建物の他人物賃貸借において、賃借物の所有者から明渡しを求められた賃借人は、賃貸人に対し明渡請求を受けた以後の賃料の支払を拒絶することができる。
- オ. 賃料債権の差押えの効力が発生した後に、賃貸人が賃借人に賃貸借契約の目的である建物を譲渡したことにより賃貸借契約が終了した場合、特段の事情がない限り、その賃料債権を差し押さえた債権者は、第三債務者である賃借人から、その譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができる。

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

民法 第30問	不動産賃貸借	過去問	予備26-11, 24-10 新司28-25, 27-25, 26-26
正解 [No.30] 4			

(予備試験スタンダード短答オープン 第1クール 第3回 (行政法))

**【合格へのアプローチ】**

本問は、建物賃貸借に関する判例知識を問うものである。肢アについては、判例が、賃貸人の地位を承継した譲受人がその地位に基づき賃借人に権利行使することについて所有権移転登記の具備を要求している点（最判昭49. 3. 19, 百選Ⅱ62事件）、賃借人の承諾を不要としている点（最判昭46. 4. 23, 百選Ⅱ34事件）も併せて確認して欲しい。債権総論等、他分野の知識も踏まえた上で、賃貸借の特殊性を意識しつつ各肢について復習して欲しい。

**ア誤り。**本記述は、賃借人がこの事実を認め、譲受人に対して賃貸人たる地位の承継後の賃料を支払ったとしても、その賃料の支払は、無効であるとしている点で、誤っている。

最判昭46. 12. 3。

判例は、「一般に、家屋の賃貸人である所有者が右家屋を他人に譲渡し、所有権が譲受人に移転した場合には、これとともに賃貸人たる地位も譲受人に移転し、譲受人は、以後、賃借人に対し、賃料請求権を取得するものと解すべきである。この場合、譲受人がいまだその所有権移転登記を経由していないときは、同人は、賃借人に対して自己が所有権を取得し、したがって、賃貸人たる地位を承継したことを主張しえないものと解すべきであるが、逆に、賃借人がこの事実を認め、譲受人に対して右承継後の賃料を支払う場合には、右賃料の支払は、かりに右承認前に遡って賃料を支払う場合においても、なお債権者に対する弁済として有効であり、譲渡人は、賃借人に対し、右賃料の支払を妨げることができないものといわなければならない。」としている。

その理由として、判例は、「右譲渡後賃借人がその事実を認める以上、譲渡人は、もはや賃貸人の地位を有せず、したがって、賃料債権を有しないものであつて、自らこれを取得しうべきいわれはない」ということを挙げている。

**イ誤り。**本記述は、賃貸人が転借人に対して賃貸建物の返還請求を行ったとしても、転借人が現実の利用を続ける限り、転貸借契約はさらにその解除の意思表示をしなければ消滅しないとしている点で、誤っている。

最判平9. 2. 25 (百選Ⅱ65事件)。

判例は、「賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、原則として、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸人の転借人に対する債務の履行不能により終了する」としている。

まず、返還請求時に履行不能となる理由として、判例は、①転借人が目的物の使用収益につき賃貸人に対抗し得る権原（転借権）を有することが重要であり、賃貸人が、自らの債務不履行により賃貸借契約を解除され、転借人が転借権を賃貸人に対

抗し得ない事態を招くことは、債務の履行を怠るものにほかならないこと、②貸借人が転借人に直接目的物の返還を請求するに至った以上、転借人が貸借人に転借権を対抗し得る状態を回復することは、もはや期待し得ないことから、転借人の転借人に対する債務は、社会通念及び取引観念に照らして履行不能であることを挙げている。

次に、履行不能により、解除をまたずに当然に転貸借契約が終了する理由として、判例の立場に賛成する学説は、①継続的契約関係における後発的不能は将来に対する関係では原始的不能ととらえられること、②賃料債務と損害賠償債務を対立させることは徒に法律関係を複雑にするだけであることを挙げている。(潮見 I.P. 166. 条文・判例スタンダード(3)P. 544)

**ウ正しい。**最判昭26. 5. 31により、本記述は正しい。

判例は、賃借権の譲渡又は転貸を承諾しない貸借人は、賃借借契約を解除しなくても譲受人又は転借人に対して明渡し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、民法612条2項の「法意は賃借人が貸借人の承諾なくして賃借権を譲渡し又は賃借物を転貸し、よつて第三者をして賃借物の使用又は収益を為さしめた場合には貸借人は賃借人に対して基本である賃借借契約までも解除することを得るものとしたに過ぎないのであつて、…貸借人が同条項により賃借借契約を解除するまでは貸借人の承諾を得ずしてなされた賃借権の譲渡又は転貸を有効とする旨を規定したものでない」ということを挙げている。

**エ正しい。**最判昭50. 4. 25により、本記述は正しい。

他人物賃借において、賃借物の所有者から明渡しを求められた賃借人が、賃料の支払を拒絶することができるかが問題となった事案において、判例は、「明渡し請求を受けた以後は、貸借人に対する賃料の支払を拒絶することができる」としている。その理由として、判例は、明渡しを求められた場合には、「賃借不動産を使用収益する権原を主張することができなくなるおそれが生じたものとして、民法559条〔注：売買契約の有償契約への準用〕で準用する同法576条〔注：権利を失うおそれがある場合の買主による代金の支払の拒絶〕が適用されるということ」を挙げている。

**オ誤り。**本記述は、特段の事情がない限り、その賃料債権を差し押さえた債権者は、第三債務者である賃借人から、その譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができるとしている点で、誤っている。

最判平24. 9. 4。

判例は、「貸借人が賃借人に賃借借契約の目的である建物を譲渡したことにより賃借借契約が終了した以上は、その終了が賃料債権の差押えの効力発生後であっても、賃借人と賃借人との人的関係、当該建物を譲渡するに至った経緯及び態様その他の諸般の事情に照らして、賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則上許されないなどの特段の事情がない限り、差押債権者は、第三債務者である賃借人から、当該譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができない」としている。

その理由として、判例は、「賃料債権の差押えを受けた債務者は、当該賃料債権の処分を禁止されるが、その発生の基礎となる賃借借契約が終了したときは、差押え

## 短答合格を確実にする短答強者の定石

の対象となる賃料債権は以後発生しないこととなる」ということを挙げている。

(条文・判例スタンダード(3)P.547)

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。



【MEMO】

平成30年予備試験短答式試験本試験問題

[商法]

[第28問] (配点：2)

商人及び商行為に関する次の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.30])

1. 利益を得て譲渡する意思をもって動産を有償取得する行為は、商人が行う場合に限り、商行為となる。
2. 支配人の代理権は、当該支配人を選任した商人の死亡によっては、消滅しない。
3. 商人が平常取引をする者からその営業の部類に属する契約の申込みを受けたときは、遅滞なく、契約の申込みに対する諾否の通知を発しなけばならず、これを怠ったときは、その商人は、当該契約の申込みを承諾したものとみなされる。
4. 委託を受けた商人がその営業の範囲内において委託者のために行為をした場合には、委託者との間で報酬についての合意がないときであっても、その委託者に対し、相当な報酬を請求することができる。
5. 問屋は、取引所の相場がある物品の販売の委託を受けたときは、自ら買主となることができる。

商 法 第28問	商人及び商行為	H30予備試験
----------	---------	---------

正解 【No.30】 1

- 1 誤り。本記述は、商人が行う場合に限り、商行為となるとしている点で、誤っている。  
 商法501条1号。商法501条柱書は、「次に掲げる行為は商行為とする。」と規定し、同条1号は、「利益を得て譲渡する意思をもってする動産、不動産若しくは有価証券の有償取得又はその取得したものの譲渡を目的とする行為」と規定している。  
 その趣旨は、行為の客観的性質から営利性が強いものを絶対的商行為とし、商人でなくとも、また営業として行わなくても商行為となるとした点にある。  
 そのため、利益を得て譲渡する意思をもって動産を有償取得する行為は、商人以外の者が行っても商行為となる。
- 2 正しい。商法506条により、本記述は正しい。  
 商行為の委任による代理権は、本人の死亡によっては、消滅しない。  
 その趣旨は、商人が代理人を選任し営業行為を行わせているときには、その支配人は営業主である商人の代理人というよりも営業自体の代理人と考えられるため、商人が死亡しても企業の営業活動を中断させるべきではなく、むしろそのまま営業活動を継続させるのが適切とする点にある。
- 3 正しい。商法509条1項、2項により、本記述は正しい。  
 商法509条1項は、「商人が平常取引をする者からその営業の部類に属する契約の申込みを受けたときは、遅滞なく、契約の申込みに対する諾否の通知を発しなければならない。」と規定し、同条2項は、「商人が前項の通知を発することを怠ったときは、その商人は、同項の契約の申込みを承諾したものとみなす。」と規定している。  
 その趣旨は、商人の継続的取引関係、商行為の迅速性から取引の相手方を保護し、商人に義務を課した点にある。この場合には、申込みが承諾される可能性が高く、申込みを受けた商人の沈黙は承諾されるであろうという申込者の期待を生じさせるため、申込者のそのような期待を保護すべき点、商人間の取引の迅速性を促進する点にある。
- 4 正しい。商法512条により、本記述は正しい。  
 商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる。  
 その趣旨は、営利を目的として継続的組織的に行動するという商人の営利的性格に基づいて、委任・寄託などに関する民法の無償性の原則の特則を定めた点にある。  
 そのため、委託を受けた商人がその営業の範囲内において委託者のために行為をした場合には、委託者との間で報酬についての合意がないときであっても、その委託者に対し、相当な報酬を請求することができる。
- 5 正しい。商法555条1項前段により、本記述は正しい。  
 問屋が取引所の相場ある物品の販売又は買入の委託を受けたときは自ら買主又は

**売主と為ることを得。**

その趣旨は、本来このような契約は委託者と問屋との間の利益相反を招き、委託者の利益が犠牲にされるおそれがあるところ、当該物品に取引所の相場のような客観的な基準があるときには、このような弊害を防止することができ、このような形でも契約を成立させた方が当事者の利益となることからこれを認める点にある。

商 法	商行為	日 付	/	/	/	問題整理番号	正答率
第27問		チェック欄				9-8	%
〔出題ポイント〕 条文知識：4 判例知識：4 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27問〕 (配点：2)

商行為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。なお、各記述に係る事項について、当事者間に別段の合意はないものとする。(解答欄は、[No.29])

- ア. 保証が商人である主債務者の委託に基づいて成立した場合、商人でない保証人がした弁済によって生じた求償権は、商法の短期消滅時効の適用を受ける。
- イ. 商人が継続的な取引関係がない他の商人からその営業の部類に属する契約の申込みを受けたときは、遅滞なく、契約の申込みに対する許否の通知を発しなければならない、商人が許否の通知を発することを怠ったときは、その商人は、当該契約の申込みを承諾したものとみなされる。
- ウ. 商行為によって生じた債務の履行をすべき場所がその行為の性質又は当事者の意思表示によって定まらないときは、特定物の引渡しはその債権発生当時にその物が存在した場所においてしなければならない。
- エ. 商行為の代理人が、本人のためにすることを示さないで行為した場合であっても、その行為は、本人に対して効力を生じるが、相手方が代理人との法律関係を主張した場合でも、本人は相手方に対して、本人と相手方との間の法律関係を主張することができる。
- オ. 商行為である貸付けに係る債務の弁済金のうち利息の制限額を超えて利息として支払われた部分を元本に充当することにより発生する過払金を不当利得として返還する場合において、悪意の受益者が付すべき民法第704条前段所定の利息の利率は、民法所定の年5分である。

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

商法 第27問	商行為	過去問	予備29-28, 28-28, 27-28 新司26-54, 25-52, 20-51
正解 [No.31] 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】**

本問は、商行為に関する条文・判例知識を問うものである。企業が多数の集团的・反復的取引を円滑確実に行えるように、商法（商行為法）は定型性・迅速性・取引の安全を図った規定を設けると同時に、企業金融の円滑化を図っている。商行為は、手薄になりがちな分野であるが、以上のような視点を踏まえた上で、各肢の条文・判例を確認して欲しい。

**ア正しい。**最判昭42.10.6（総則商行為百選48事件）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、「**商人でないXのした弁済行為自体は商行為にあたらぬとしても、本件求償権は、結局、商法522条のいわゆる商事債権として短期消滅時効の適用を受けるものと解するのが相当**」としている。

その理由として、判例は、「Xは商人の性質を有しないが、本件保証は商人である主債務者Aの委託に基づくものであるから、保証人自身は商人でなくても、その保証委託行為が主債務者の営業のためにするものと推定される結果、保証委託契約の当事者双方に商法の規定が適用される」ということを指摘した上で、「本件求償権がXにおいて前記保証契約の履行として、保証人である立場において、主債務者等にかわつて弁済したことによつて発生するものであることおよび商法522条の『商行為ニヨリテ生シタル債権』とは迅速結了を尊重する商取引の要請によつて設けられたこと」を挙げている。（近藤P.134. 弥永P.92. 条文・判例スタンダード(4)P.737）

**イ誤り。**本記述は、商人が継続的な取引関係がない他の商人からその営業の部類に属する契約の申込みを受けたときは、としている点で、誤っている。

商法509条。

民法の一般原則によれば、契約の申込みを受けた者は、この者に対して承諾あるいは拒否の意思を表示する義務はなく、その者が承諾しない限り、契約は成立しない（民法526条）。これに対して、商法は、商人が、「平常取引をする者」からその営業の部類に属する契約の申込みを受けたときには、当該商人に申込みに関する許否を申込者に対して通知する義務が生じ（商法509条1項）、これを怠ったときには申込みを承諾したものとみなすと規定している（商法509条2項）。**同条が適用されるのは、申込者と被申込者の関係が、「平常取引をする者」に該当する場合であるところ、この「平常取引をする者」とは、従来から継続的取引関係があり、今後も取引の継続が予定されている者を指すとされている。**

本記述においては、申込者である商人と被申込者である商人は、継続的な取引関係になかったのであるから、「平常取引をする者」に該当せず、商法509条1項の申込みに関する許否の通知義務が生じず、商法509条2項によつて承諾したものとみなされることもない。（近藤P.125. 弥永P.100. 条文・判例スタンダード(4)P.730）

ウ誤り。本記述は、その行為の時とすべきところを、その債権発生当時としている点で、誤っている。

商法516条。

商行為によって生じた債務の履行をすべき場所がその行為の性質又は当事者の意思表示によって定まらないときは、特定物の引渡しはその行為の時にその物が存在した場所において、その他の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がない場合にあっては、その住所）において、それぞれしなければならない。

債務の履行の場所について、民法484条によれば、特定物の引渡しにおいては、債権発生当時その物が存在していた場所であり、その他の債務においては、持参債務の原則がとられている。これに対して、商行為によって生じた債務についての履行場所も、持参債務を原則としており、ほぼ民法と同じであるが、特定物の引渡しについては、行為時その物が存在していた場所で行うとされている。そのため、債務が停止条件付、始期付の場合、民法と商法で異なる結果となる。（近藤P.132。弥永P.91。条文・判例スタンダード(4)P.735）

エ誤り。本記述は、相手方が代理人との法律関係を主張した場合でも、本人は相手方に対して、本人と相手方との間の法律関係を主張することができるとしている点で、誤っている。

最大判昭43.4.24（総則商行為百選37事件）。

商法504条本文は、商行為の代理人が、本人のためにすることを示さないで行為した場合であっても、その行為は、本人に対してその効力を生ずると規定し、民法の代理における顕名主義（民法99条）の例外を定めている。そして、商法504条ただし書において、相手方が、代理人が本人のためにすることを知らなかったときには、代理人に対して履行を請求することを妨げないとし、顕名主義を修正することによって生じる相手方の不利益を防止し、保護を図っている。

そして、判例は、商法504条ただし書について、「代理人に対して履行の請求をすることを妨げないとしている趣旨は、本人と相手方との間には、すでに同条本文の規定によつて、代理に基づく法律関係が生じているのであるが、相手方において、代理人が本人のためにすることを知らなかったとき（過失により知らなかったときを除く）は、相手方保護のため、相手方と代理人の間にも右と同一の法律関係が生ずるものとし、相手方は、その選択に従い、本人との法律関係を否定し、代理人との法律関係を主張することを許容したものと解するのが相当であり、相手方が代理人との法律関係を主張したときは、本人は、もはや相手方に対し、右本人相手方間の法律関係の存在を主張することはできないものと解すべきである。」としている。（近藤P.139。弥永P.87。条文・判例スタンダード(4)P.729）

オ正しい。最判平19.2.13（総則商行為百選43事件）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、「商行為である貸付けに係る債務の弁済金のうち利息の制限額を超えて利息として支払われた部分を元本に充当することにより発生する過払金を不当利得として返還する場合において、悪意の受益者が付すべき民法704条前段所定の利息の利率は、民法所定の年5分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、「商法514条の適用又は類推適用されるべき債権は、

## 短答合格を確実にする短答強者の定石

商行為によって生じたもの又はこれに準ずるものでなければならぬところ、上記過払金についての不当利得返還請求権は、高利を制限して借主を保護する目的で設けられた利息制限法の規定によって発生する債権であって、営利性を考慮すべき債権ではないので、商行為によって生じたもの又はこれに準ずるものと解することはできない」ということを挙げている。(近藤P.144)

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。



【MEMO】

平成30年予備試験短答式試験本試験問題

[刑法]

[第11問] (配点：2)

責任能力に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の立場に従って検討した場合、正しいものはどれか。(解答欄は、[No.13])

1. 裁判所は、責任能力の有無・程度について、専門家たる精神医学者の意見を十分に尊重して判定すべきであるから、精神鑑定の意見の一部だけを採用することは許されない。
2. 行為者が犯行時に心神耗弱状態にあった場合でも、その刑を減輕しないことができる。
3. 犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力が著しく減退していても、行動を制御する能力が十分に保たれていれば、完全責任能力が認められることがある。
4. 精神の障害がなければ、心神喪失又は心神耗弱と認められる余地はない。
5. 14歳の者は、事物の是非善悪を弁識し、その弁識に従って行動する能力が十分に認められる場合であっても、処罰されない。

刑法 第11問	責任能力	H30予備試験
---------	------	---------

## 正解 [No.13] 4

1 誤り。本記述は、精神鑑定の意見の一部だけを採用することは許されないとしている点で誤っている。

最決平21. 12. 8 (百選I35事件, 責任能力の認定)。判例は、「裁判所は、特定の精神鑑定の意見の一部を採用した場合においても、責任能力の有無・程度について、当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく、上記事情等を総合して判定することができる」としている。

その理由として、判例は、「責任能力の有無・程度の判断は、法律判断であって、専ら裁判所にゆだねられるべき問題であり、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、上記法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題である。

したがって、専門家たる精神医学者の精神鑑定等が証拠となっている場合においても、鑑定の前提条件に問題があるなど、合理的な事情が認められれば、裁判所は、その意見を採用せずに、責任能力の有無・程度について、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定することができる」ということを挙げている。

2 誤り。本記述は、行為者が犯行時に心神耗弱状態にあった場合でも、その刑を減軽しないことができるとしている点で、誤っている。

刑法39条2項。心神耗弱者の行為は、その刑を減軽する。

**心神耗弱者の行為については、刑が必要的に減軽される。**

その趣旨は、心神耗弱の場合は、責任能力が著しく限定されている点にある。

3 誤り。本記述は、犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力が著しく減退していても、完全責任能力が認められることがあるとしている点で、誤っている。

大判昭6. 12. 3。判例は、心神喪失とは精神障害によって事物の理非善悪を弁識する能力又はこの弁識に従って行動する能力を欠如する場合であり、心神耗弱とは精神障害によってこの弁識能力又は制御能力が著しく減退した状態であるとしている。

したがって、犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力が著しく減退している場合、行動を制御する能力が十分に保たれていても、心神耗弱であると認められる。

4 正しい。大判昭6. 12. 3により、本記述は正しい。

判例は、心神喪失とは**精神障害によって事物の理非善悪を弁識する能力又はこの弁識に従って行動する能力を欠如する場合**であり、心神耗弱とは**精神障害によってこの弁識能力又は制御能力が著しく減退した状態**であるとしている。

したがって、精神の障害がなければ、心神喪失又は心神耗弱と認められる余地はない。

5 誤り。本記述は、14歳に満たない者とすべきところ、14歳の者としている点で、誤っている。

## 短答合格を確実にする短答強者の定石

刑法41条。14歳に満たない者の行為は、罰しない。

同条は、14歳未満の者について、事物の是非善悪を弁識し、その弁識に従って行動する能力が一般的に未熟であることを考慮し、個別に責任能力を決するのではなく、政策的に一律に責任無能力者として不処罰としたものである。

したがって、14歳の者には同条の適用がなく、事物の是非善悪を弁識し、その弁識に従って行動する能力が十分に認められる場合には、処罰され得る。

刑 法	責任能力	日 付	/	/	/	問題整理番号	正答率
第4問		チェック欄				2-4-(2)	%
〈出題ポイント〉 条文知識：2 判例知識：4 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 刑法・刑訴 (第2回))

〔第4問〕 (配点：2)

責任能力に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、正しいものはどれか。(解答欄は、[No.5])

1. 犯行時に知能程度が11歳程度であったとしても、犯行時に成年者であった場合には、「14歳に満たない者の行為は、罰しない」とする刑法の規定が準用されることはない。
2. 心神耗弱とは、精神の障害により、事物の是非善悪を弁識する能力及びこの弁識に従って行動する能力が著しく減退している状態をいう。
3. 心神耗弱の者は、責任能力が著しく減退しているから、必要的にその刑が減輕され、又は免除される。
4. 精神鑑定書に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載がなされている場合には、裁判所がそれと異なる判断を行うことはできない。
5. 犯行時に、被告人が統合失調症に罹患していた場合には、直ちに心神喪失とされる。

刑法 第4問	責任能力	過去問	予備27-11, 25-11, 24-10 新司29-13, 27-11, 26-3
正解 【No.5】 1			

(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】**

本問は、責任能力に関する定義や判断方法についての知識を問うものである。短答式試験では、肢2のように、心神喪失、心神耗弱については「又は」なのか「及び」なのかで引っ掛けるものがよく出題されているので、この部分について注意して正確に覚えて欲しい。また、肢3に関連して、刑の減免についても出題されているので、確実に押さえて欲しい。特に、中止犯については必要的減免(刑法43条ただし書)、未遂犯については任意的減軽(同条本文)となり、同じ条文の中でも、「必要的」か「任意的」か、「減免」か「減軽」か、両者は異なっているので、この機会に押さえておいて欲しい。

1 正しい。刑法41条により、本記述は正しい。

14歳に満たない者の行為は、罰しない。

その趣旨は、14歳に満たなければ是非善悪を弁別しこれに従って行動する能力がないとしているわけではなく、この能力が一般的に未熟であることを考慮し、その心身発育途上にある年少者に特有の精神状況とその可塑性に鑑み、政策的に不処罰とする点にある。

そうすると、刑法41条は14歳未満の者を心神喪失とみなして責任能力を否定するものではないことから、たとえ犯行時に知能程度が11歳程度であり、心神喪失者に当たる可能性があったとしても、犯行時に成年者である以上、14歳未満の者に該当しないので、刑法41条が準用されることはない。(山口P.134。基本刑法I P.220。条文・判例スタンダード(6)P.134)

2 誤り。本記述は、「又は」とすべきところ、「及び」としている点で、誤っている。

大判昭6.12.3。

判例は、心神耗弱とは、精神の障害により、事物の是非善悪を弁別する能力又はこれに従って行動する能力の著しく減退した状態をいうとしている。

なお、心神喪失とは、精神の障害により、事物の是非善悪を弁別する能力又はこれに従って行動する能力を欠く状態をいうとされている。(山口P.134。基本刑法I P.221。条文・判例スタンダード(6)P.133)

3 誤り。本記述は、心神耗弱の者は、責任能力が著しく減退しているから、必要的にその刑が減軽され、又は免除されるとしている点で、誤っている。

刑法39条2項。

心神耗弱者の行為は、その刑を減軽する。

心神耗弱の場合は責任能力があるから犯罪は成立し、その能力が著しく低いことを根拠として責任減軽事由となり、刑が必要的に減軽されている。もっとも、免除までは認められていない。(山口P.134。基本刑法I P.220。条文・判例スタンダード(6)P.134)

4 誤り。本記述は、精神鑑定書に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載がなさ

れている場合には、裁判所がそれと異なる判断を行うことはできないとしている点で、誤っている。

最決昭59. 7. 3。

判例は、「**原判決が、所論精神鑑定書…の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあつた旨の記載があるのにその部分を採用せず、…心神耗弱の状態にあつたと認定したのは、正当として是認することができる**」としている。

その理由として、判例は、「被告人の精神状態が刑法39条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら裁判所の判断に委ねられている」ということを挙げている。

よって、精神鑑定書に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあつた旨の記載がなされている場合であっても、裁判所がそれと異なる判断を行うことはできる。(山口P.134。基本刑法I P.221。条文・判例スタンダード(6)P.134)

**5 誤り。**本記述は、犯行時に、被告人が統合失調症にり患していた場合には、直ちに心神喪失とされるところとしている点で、誤っている。

被告人の責任能力の有無・程度は、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定すべきであつて、**被告人が犯行当時統合失調症にり患していても、そのことだけで直ちに心神喪失が認定されるわけではない**とされている(最決昭59. 7. 3)。

よって、犯行時に、被告人が統合失調症にり患していた場合であっても、直ちに心神喪失とはされない。(山口P.134。基本刑法I P.221)

## 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