

予備試験本試験論文過去問答練ガイド

先取り！

H30上位順位合格者のA答案を検証！！

ガイドスレジューメ

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

— Contents —

● 講師作成レジュメ	2
● 平成30年憲法	4
● 平成30年民法	12
● 平成30年刑事訴訟法	20

先取り！H30上位順位合格者のA答案を検証！！

【MEMO】

【講師作成レジュメ】

1 予備試験論文合格法

(1) この試験で求められる能力は何か？（筆者の実感：実は司法試験と同じ）

司法試験法5条1項によれば、以下のようにあるが、論文について具体化するとどうなるか？

（司法試験予備試験）

第五条第一項 司法試験予備試験（以下「予備試験」という。）は、司法試験を受けようとする者が**前条第一項第一号に掲げる者と同等の学識及びその応用能力並びに法律に関する実務の基礎的素養を有するかどうかを判定することを目的とし**、短答式及び論文式による筆記並びに口述の方法により行う。

【把握するツール】

- ・予備試験論文過去問
- ・出題趣旨
- ・新司法試験の出題趣旨等（示唆に富む）
- ・旧司法試験の問題・出題趣旨

(2) 合格に必要なレベルはどのくらいか？

【把握するツール】

- ・合格者再現答案
- ・比較対象としての不合格者答案（中位レベルのもの）
 - ★ 制限時間内でやれること、やれないこと
 - ★ 合格答案の鉄則
 - ★ 合格答案の通有性（⇔不合格答案にしばしば具現化する特徴）
 - ★ 科目ごとの特性

(3) (1)(2)から逆算した効率的なインプット法とはどんなものか？

何を使い、どのようにインプットをするのか？本講義では効果的学習法についても豊富に言及する。

※以上の(1)～(3)を徹底分析するのが、予備試験本試験過去問答練の解説講義。

(4) 現状の自分の実力との乖離をいかに埋めるのか？

ア 予備試験本試験過去問答練の毎回の起案で習得してほしいこと

- ・制限時間内で書くことの重要性
- ・答案添削を受けることの重要性
- ・制限時間内でやれること、やれないことの体感
- ・自分の答案作成行動における悪癖の炙り出し
- ・虚心坦懐になれるかが勝負（これができるかが大切）

イ 合格者思考の獲得（多数派合格者のように考えよう！）

- ・ 割り切りの重要性
- ・ インプットの網羅性
- ・ 記憶に逃げ込もうとせず、現場で考える力

(5) 徹底した問題演習の勧め（予備スタ論で徹底演習しよう）

- ・ 机上の空論は意味がない（過去問研究から得た方法論を実践できているのか：検証）
- ・ 弱点発見→修正の地道な繰り返しこそが大切（同じ論点は二度と落さないと言い切れるか？）
- ・ 問題のせいにならない
- ・ 時間配分ミスは本番では致命的（本番で奇跡は起きない）
- ・ 真摯な反省と弱点補強がなければ合格しない非情な試験（学習期間は関係ない）

(6) 情報集約化の勧め

2 予備試験本試験過去問答練解説講義のテーマ

（=合格のためのリアリズムの徹底探求）

(1) 本試験で合格レベルの答案をコンスタントに書くための方法論（アウトプット及びインプット）の提示

(2) 各問1時間の解説講義では、

- (1)の目的達成のため、問題文の読み方と答案分析（模範答案および再現答案3通：合格答案2通＋不合格答案1通）に特化（本答練のコンセプトや時間的制約から、学説の詳細な解説等は他の講義に譲る。）
- 書画カメラの使用により、問題文の読み方や答案分析等の講師思考をビジュアル化
- 効果的勉強法や受験テクニックも満載

(3) 毎回の配布資料

- ・ 問題文
- ・ 法務省発表の出題趣旨・コメント
- ・ 採点基準表
- ・ 参考資料（論点に関するもの）
- ・ 辰巳法律研究所作成解答例（模範答案）
- ・ 合格者再現答案（2通）（場合によりA答案のことがあります）
- ・ 不合格者再現答案（1通）
- ・ 旧司法試験問題
- ・ 司法試験出題趣旨、採点実感からの抜粋

以上

1 [予備試験平成30年憲法]

2
3 次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

4
5 A市教育委員会（以下「市教委」という。）は、同市立中学校で使用する社会科教科書の採択に
6 ついて、B社が発行する教科書を採択することを決定した。A市議会議員のXは、A市議会の文教
7 委員会の委員を務めていたところ、市教委がB社の教科書を採択する過程で、ある市議会議員が関
8 与していた疑いがあるとの情報を、旧知の新聞記者Cから入手した。そこで、Xは、市教委に対し
9 て資料の提出や説明を求め、関係者と面談するなどして、独自の調査を行った。

10 Xの調査とCの取材活動により、教科書採択の過程で、A市議会議員のDが、B社の発行する教
11 科書が採択されるよう、市教委の委員に対して強く圧力を掛けていた疑いが強まった。Cの所属す
12 る新聞社は、このDに関する疑いを報道し、他方で、Xは、A市議会で本格的にこの疑いを追及す
13 べきであると考え、A市議会の文教委員会において、「Dは、市教委の教科書採択に関し、特定の
14 教科書を採択させるため、市教委の委員に不当に圧力をかけた。」との発言（以下「本件発言」と
15 いう。）をした。

16 これに対し、Dは、自身が教科書採択の過程で市教委の委員に圧力をかけた事実はなく、Xの本
17 件発言は、Dを侮辱するものであるとして、A市議会に対し、Xの処分を求めた（地方自治法第1
18 33条参照）。

19 その後、Dが教科書採択の過程で市教委の委員に圧力をかけたという疑いが誤りであったことが
20 判明し、Cの所属する新聞社は訂正報道を行った。A市議会においても、所定の手続を経た上で、
21 本会議において、Xに対し、「私は、Dについて、事実と反する発言を行い、もってDを侮辱しま
22 した。ここに深く陳謝いたします。」との内容の陳謝文を公開の議場において朗読させる陳謝の懲
23 罰（地方自治法第135条第1項第2号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした
24 （この陳謝の懲罰を以下「処分1」という。）。

25 しかし、Xが陳謝文の朗読を拒否したため、D及びDが所属する会派のA市議会議員らは、Xが
26 処分1に従わないことは議会に対する重大な侮辱であるとの理由で、A市議会に対し、懲罰の動議
27 を提出した。A市議会は、所定の手続を経た上で、本会議において、Xに対し、除名の懲罰（地方
28 自治法第135条第1項第4号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした（この除
29 名の懲罰を以下「処分2」という。）。

30 Xは、Dに関する疑いは誤りであったものの、本件発言は、文教委員会の委員の活動として、当
31 時一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なものであるから、①自己の意に反して陳謝
32 文を公開の議場で朗読させる処分1は、憲法第19条で保障されるべき思想・良心の自由を侵害す
33 るものであること、②議会における本件発言を理由に処分1を科し、それに従わないことを理由に
34 処分2の懲罰を科すことは、憲法第21条で保障されるべき議員としての活動の自由を侵害するも
35 のであることを理由として、処分2の取消しを求める訴えを提起しようとしている。

36
37 [設問]

38 Xの提起しようとしている訴えの法律上の争訟性について言及した上で、Xの憲法上の主張とこ
39 れに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

1 【資料】地方自治法（昭和22年法律第67号）（抄録）

2 第133条 普通地方公共団体の議会の会議又は委員会において、侮辱を受けた議員は、これを議
3 会に訴えて処分を求めることができる。

4 第134条 普通地方公共団体の議会は、この法律並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反
5 した議員に対し、議決により懲罰を科することができる。

6 ② （略）

7 第135条 懲罰は、左の通りとする。

8 一 公開の議場における戒告

9 二 公開の議場における陳謝

10 三 一定期間の出席停止

11 四 除名

12 ②・③（略）

【法務省発表の出題趣旨】

本問は、地方議会の内部における紛争について、①その法律上の争訟性を論じた上で、②陳謝の懲罰（処分1）を科すことがXの良心の自由を侵害し、憲法第19条に反しないか、③処分1に従わなかったことを理由とする除名の懲罰（処分2）を科すことが、Xの議員としての活動の自由を侵害し、憲法第21条に反しないかを論ずることを求める問題である。①については、地方議会における除名処分が司法審査の対象となることを示した最高裁判例（最高裁昭和35年10月19日大法廷判決、民集第14巻第12号2633頁等）を踏まえて検討することが求められる。②は、最高裁判例（謝罪広告事件・最高裁昭和31年7月4日大法廷判決、民集第10巻7号785頁）を参照しながら、本問における事情の下で、Xの良心の自由を侵害するものであるかを論ずる必要がある。③は、地方議会の議員としての活動の自由が憲法第21条で保障されるかを論じた上で、議会における発言を理由として科された処分1に従わなかったことを理由として、議員としての身分を剥奪する処分2が科されたことについて、その合憲性を検討することが求められる。②・③については、いずれも、地方議会に自律権として認められている懲罰権を意識しながら論ずることが重要である。

【コメント】

今年度の憲法は、人権及び司法権の限界からの出題でした。

形式面については、今年の司法試験が従来の主張・反論・私見型から変更されましたが、予備試験は、原告の立場から憲法上の主張とこれに対して想定される反論を指摘しつつ、私見を述べさせるものであり、従来と変わらない出題形式でした。

内容面では、問題となる人権は、思想・良心の自由（憲法19条）と議員活動の自由（憲法21条）であることが問題文中で指定されていました。また、法律上の争訟についても、設問で論じるように指定されていました。具体的には、A市議会により陳謝文の朗読の懲罰（処分1）と除名の懲罰（処分2）を科されたXの思想・良心の自由と議員活動の自由を問題とするものです。

まず、司法権の限界については、部分社会の法理をもとに論じていく必要があります（この点、処分2については最大判昭35.10.19（民集14-12-2633）、最大判昭35.3.9（民集14-3-355）を参照）。

次に、処分1については思想良心の自由の保障範囲が対立点です。思想・良心の定義、または判例の射程で争うことが考えられます。参考判例は謝罪広告事件（最大判昭31.7.4（民集10-7-785））、君が代事件（最判平23.5.30（民集65-4-1780））です。

最後に、処分2については、まずXの憲法上保障されるべき権利を本件事案に応じて特定する必要があります。この点、①Xが議会等で自由に発言する権利等、広義の意味でのXの議会活動の自由、若しくは、②Xが侮辱的発言を行ったことに対して科された陳謝文の朗読の懲罰に従わない自由という意味での消極的な議員活動の自由の2パターンの権利を想定することができます。どちらのパターンの答案もありうると思われませんが、この点、参考となる判例としては、最判平26.5.27（集民247-1）、名古屋高判平25.7.4（判時2210-36）があります。

先取り！H30上位順位合格者のA答案を検証！！

【MEMO】

平成30年論文式試験・憲法〔上位順位合格者答案〕

Memo

P.1 第1 法律上の争訟性について

- 2 1 「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)とは、当事者間の具体的権
3 利義務ないし法律関係に関する紛争で、法の適用によって終局的に解
4 決できるものをいう。しかし、団体内部に独自の法規範を持つ場合に
5 には、内部的事項に関してはその自律権を尊重すべきである。したがっ
6 て、一般市民法秩序と関係を有しない内部的事項については、「法律
7 上の争訟」にあたらぬ。
- 8 2 本件では、地方議会は憲法93条1項に根拠をもち、地方自治法で
9 も内部の自律権が認められているため、一般市民法秩序と関係を有し
10 ない内部的事項については、「法律上の争訟」にあたらぬ。
11 (1) 処分1は、一般市民法秩序と関係を有しない事項であるため、単
12 独では「法律上の争訟」にあたらぬ。
13 (2) 処分2は、除名処分であり、議員という身分を奪うものであるか
14 ら、一般市民法秩序との関係を有し、「法律上の争訟」にあたる。
15 (3) そして、処分2は、処分1に従わなかったことを理由としてなさ
16 れているところ、処分1は処分2の前提問題として、一般市民法秩
17 序との関連を有する。
18 (4) 従って、処分1及び処分2は「法律上の争訟」にあたる。

19 第2 Xの憲法上の主張

- 20 1 処分1について
21 憲法19条は、思想・良心の自由を保障している。これは、内面的
22 精神活動の一切を保障するとともに、自己の内心に反する外部的行為
23 を強制されない自由を保障している。

P.2

- 2 Xは、本件発言は文教委員会の委員の活動として、当時一定の調査
3 による相応の根拠に基づいて行った正当なものであり、謝罪は不要で
4 あると考えている。よって、謝罪を強制する処分1は、Xの内心と異
5 なる外部的行為を強制されない自由を制約するものであって、違憲無
6 効である。
- 7 2 処分2について
8 憲法21条1項は、表現の自由を保障している。これは、自己の表
9 現を理由とした不利益な取り扱いを受けない自由を保障している。な
10 ぜなら、表現を理由とした不利益な取り扱いがなされた場合には、萎
11 縮効果により、思想の自由市場がゆがみ、思想・情報の自由な流通と
12 いう民主主義社会の基本的原理が害されるからである。
13 本件では、処分2は、本件発言を理由になされた処分1に従わなか
14 ったことを理由としてなされたものであり、本件発言に起因するもの
15 である。したがって、本件処分2は、Xの自己の表現を理由とした不
16 利益取り扱いを受けない自由を制約するものとして、違憲無効である。

17 第3 想定される反論と自己の見解

- 18 1 処分1について
19 (1) 想定される反論
20 ア 単に事実の真相を告白し、陳謝の意を表明する程度のもの
21 思想・良心の自由を制約するものではない。
22 イ 処分1にしたがって、陳謝文を朗読することは、議員に通常期
23 待されるものであり、外部からもそのように認識されるため、思
2 想・良心の自由を制約するものではない。
- 3 (2) 自己の見解

P.3

4 ア 反論アについて

5 確かに、事実の真相を告白し、陳謝の意を表明する程度のもの
6 は思想・良心の自由を制約するものではない。しかし、本件の陳
7 謝文には、「もってDを侮辱しました」との文言が含まれている。
8 これは、単にXが事実と異なる発言をしたのみならず、悪意をも
9 って発言したという評価を含むものである。そのため、反論アは
10 認められず、思想・良心の自由に対する制約となりうる。

11 イ 反論イについて

12 (ア) 確かに、処分に従い行動することは、議員に通常期待される
13 行動であり、外部からも認識されるものである。しかし、自己
14 の内心と密接に関連を有する外部的行為については、外部的行
15 為を通じた内心の自由に対する制限となるため、必要かつ合理
16 的なものでなければ、憲法19条に反し無効であるというべき
17 である。

18 (イ) 本件では、Xが悪意をもって本件発言を行ったものではなく、
19 当時一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なもので
20 であると考えている。そのため、「もって侮辱した」という陳
21 謝文を朗読させることは、この内心の自由と密接に関連する外
22 部的行為を強制させるものといえ、必要かつ合理的なものとい

P.4

2 えなければ、19条に反する。
3 そして、相応な根拠に基づいて行った発言については、これ
4 に制裁を加える必要はないため、必要かつ合理的なものといえ
5 ず、19条に反し無効である。

6 2 処分2について

7 (1) 想定される反論

8 ア 議会には独自の法規範が存在することから、裁判所の審査は、
9 手続の違反にしか及ばず、本件では手続が履踐されており、違憲
10 と判断されない。

11 イ Dの名誉権の保護のために処分2は必要かつ合理的な措置であ
12 る。

13 (2) 自己の見解

14 ア 確かに議会には、独自の法規範が存在する。しかし、地方議会
15 は、憲法上に根拠を持つ機関（憲法93条1項）であるから、憲
16 法上の権利が侵害される場合には、その審査は実体面にも及ぶと
17 いうべきである。

18 イ 名誉権の保護と表現の自由の調和は、刑法230条の2によっ
19 て図られている。本件では、公共の利害に関する事項を公益目的
20 で発言しており、真実と信じるにつき相応の根拠があったのであ
21 るから、規制の必要がなく、処分2は、21条1項に反し違憲無
22 効である。

以 上

平成30年論文式試験・憲法〔不合格者再現答案〕

憲法・評価D (901位～1200位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 Xの主張

2 1 Xは、処分1が、Xの陳謝文を朗読しない自由(憲法(以下、省略)19条)を
3 侵害し、違憲無効であり、処分2が、Xの政治活動の自由(21条1項)を侵害す
4 るものであるとし、違憲無効であると主張する。前提として、Xの提起する処分
5 1・処分2の取消訴訟は、地方議会の内部問題であって、「法律上の争訟」にあ
6 たるものであると主張する。

7 2 法律上の争訟について

8 (1) 司法権(76条)とは、具体的な争訟につき、法を適用し、宣言することによ
9 って、これを裁定する国家作用のことをいう。そして、「具体的な争訟」とは、
10 「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)と同義であり、①当事者間の個人の権利
11 義務や、具体的な法律関係をめぐる紛争であって、②法を適用し、最終的に解決
12 できるものをいう。

13 (2) 本件において、Xは、処分2の除名処分により、議員の地位をはく奪され、議
14 員として活動ができなくなるのであり、権利をめぐる紛争である(①)。また、
15 除名処分が有効であるかどうかは、裁判所は、判断することが可能であり、法を
16 適用し、最終的に解決もできる(②)。

17 (3) したがって、法律上の争訟にあたる。

18 3 処分1について

19 (1) Xの陳謝文を朗読しない自由は、Xの世界観にかかわるものであり、Xの思
20 想・良心の自由に含まれるものであり、19条により保障される。

21 (2) 一方、処分1は、かかる自由を直接侵害しており、違憲である。

22 また、仮に、直ちに違憲とならなくても、厳格に審査され、正当化される余地
P.2 はなく、違憲である。

2 4 処分2について

3 (1) Xの政治活動の自由は、Xの人格を形成発展させることに資するものであり、
4 政治活動は民主主義社会にとって必要不可欠のものであるから、表現の自由に含
5 まれ、21条1項により、保障される。そして、かかる自由は、重要なものであ
6 る。

7 一方、除名処分により、Xは、議員の地位をはく奪されており、かかる自由が
8 侵害されている。除名処分は、議会で、政治活動をすることを不可能にするもの
9 であり、政治活動の自由を直接に侵害するものである。また、Xが、陳謝文を朗
10 読しなかったのは、本件発言は、真実であると思っていたのであり、これは、X
11 の発言「内容」に着目した規制といえる。

12 (2) 以上より、本件発言が、真実であると誤信したことが相当であり、除名処分
13 によるものが、やむにやまれぬほど重要と言えない限り、違憲である。

14 (3) 本件において、本件発言は、事実ではないものの、新聞記者であるCからの情
15 報によるものであり、新聞社でも報道がされているように、Xが、Dの市教委の
16 委員への行為が、真実であると誤信したことは相当であった。そして、そのよう
17 なXに対し、除名処分によるのではなく、一時的に、出席停止として、懲罰を科
18 すのも十分であり、除名処分によることはやむにやまれぬほど重要とはいえない。
19

20 5 以上より、処分2は、違憲無効である。

21 第2 反論および私見

22 1 反論

P.3 (1) 除名処分は、出席停止(地方自治法135条3号)と同様に、議会の内部問題
2 にとどまり、裁判所が審査することが適していないものであり、Xのいう②をみ

3 たなさいため、「法律上の争訟」にあたらぬ。

4 (2) 処分1は、陳謝文を朗読することを要求するものである。これは、謝罪の意思
5 を表明するにすぎず、Xの陳謝文を朗読しない自由を直接、侵害するものではない。
6 また、Xの人格を蹂躪するものでもなく、19条に反しない。

7 (3) 処分2について、Xの思想内容に着目したものではなく、陳謝の意を表明しな
8 かったという行為に着目したものであって、制約の態様は、強力といえない。
9 したがって、除名処分の他に選ぶ手段がないかどうかにより、審査する。
10 本件において、確かに、Xの本件発言は、真実であることを誤信したことは相
11 当であるものの、Dは侮辱されているのであり、出席停止では足りず、手続を経
12 て、除名処分がされている以上、他に選ぶ手段がないといえる。そのため、
13 処分2は合憲である。

14 2 私見

15 (1) 法律上の争訟にあたるかどうかは、Xと同様に、判断する。①については同様
16 であり、②について、除名処分が有効かどうかは、裁判所は審理することが可能
17 であって、法を適用し、最終的に解決できるものである。そのため、「法律上の
18 争訟」にあたる。
19 もっとも、議会は、自律権を有しているものであり、処分2について裁判所が審
20 理することは、司法権の限界を超えるのではないか。これについて、出席停止は、
21 一定期間を経れば、議員として活動できるのに対し、除名処分は、議員の地位を
22 はく奪されるのであり、一般市民法秩序に関わる問題であるから、議会が自律権
P.4 を有しているとしても、裁判所は、なお審査することができる。

2 (2) 処分1について、確かに、陳謝文を朗読させることで、Xの内心を推知するこ
3 とはできるように思える。しかしながら、陳謝文を朗読させることは、陳謝の意
4 を表明しているにとどまる。また、不当に人格を蹂躪するものでもない。そうす
5 ると、Xの内心を侵害しているとは言えないので、19条に反しない。

6 (3) 政治活動の自由が、重要であることは、Xと同様である。除名処分は、Xの本
7 件発言の「内容」に着目したものであり、強力な制限である。

8 以上より、本件発言が、真実であると誤信したことが相当であり、除名処分によ
9 ることがやむを得ないのであり、除名処分が相当であるといえない限り、処分
10 2は違憲である。

11 本件において、本件発言は、確かに、真実なものではない。しかしながら、X
12 は、Cから聞いた情報であり、Cの所属する新聞社も報道している。これは、D
13 が、市教委の委員に圧力をかけた疑いがあったのであるといえる。そうすると、
14 Xが、真実であると誤信したとしても、仕方がないものであるから、誤信したこ
15 とが相当である。

16 次に、Xは、真実であると誤信したことが相当であり、正当なものであるから、
17 陳謝文を朗読しなかったものであり、Xに対し、懲罰を科す必要があるとしても、
18 一時的に議員としての活動を停止させる出席停止によることで、十分である。そ
19 のため、除名処分によることはやむを得ないとはいえない。また、出席停止で十
20 分なのであるから、相当であるといえない。

21 (4) したがって、処分2は、違憲無効である。

22 以 上

1 [予備試験平成30年民法]

2
3 次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

4
5 【事実】

6 1. Aは、個人で建築業を営むBに雇用された従業員である。同じく個人で建築業を営むCは、3
7 階建の家屋（以下「本件家屋」という。）の解体を請け負ったが、Bは、その作業の一部をCから
8 請け負い、Cが雇用する従業員及びAと共に、解体作業に従事していた。Cは、A及びBに対
9 して、建物解体用の重機、器具等を提供し、Cの従業員に対するのと同様に、作業の場所、内容及
10 び具体的方法について指示を与えていた。

11 2. Cは、平成26年2月1日、Aに対し、本件家屋の3階ベランダ（地上7メートル）に設置さ
12 れた柵を撤去するよう指示し、Bに対し、Aの撤去作業が終了したことを確認した上で上記ベラ
13 ンダの直下に位置する1階壁面を重機で破壊するよう指示した。

14 Aは、同日、Cの指示に従って、本件家屋の3階ベランダに設置された柵の撤去作業を開始し
15 た。ところが、Bは、Aの撤去作業が終了しないうちに、本件家屋の1階壁面を重機で破壊し始
16 めた。これにより強い振動が生じたため、Aは、バランスを崩して地上に転落し、重傷を負った
17 （以下「本件事故」という。）。なお、Cは、このような事故を防ぐための命綱や安全ネットを用
18 意していなかった。

19 3. Aは、転落の際に頭を強く打ったため、本件家屋の解体作業に従事していたことに関する記憶
20 を全て失った。しかし、Aは、平成26年10月1日、仕事仲間のDから聞いて、本件事故は
21 【事実】2の経緯によるものであることを知った。

22 4. その後、Bは、Aに対して本件事故についての損害を賠償することなく、行方不明となった。
23 そこで、Aは、平成29年5月1日、Cに対し、損害賠償を求めたが、Cは、AもBもCの従業
24 員ではないのだから責任はないし、そもそも今頃になって責任を迫られてもCには応じる義務
25 がないとして拒絶した。

26 5. Aは、平成29年6月1日、弁護士Eに対し、弁護士費用（事案の難易等に照らし、妥当な額
27 であった。）の支払を約して訴訟提起を委任した。Eは、Aを代理して、同月30日、Cに対し、
28 ①債務不履行又は②不法行為に基づき、損害賠償金及びこれに対する遅延損害金の支払を請求す
29 る訴訟を提起した。

30
31 【設問1】

32 AのCに対する請求の根拠はどのようなものか、【事実】5に記した①と②のそれぞれについて、
33 具体的に説明せよ。また、【事実】5に記した①と②とで、Aにとっての有利・不利があるかどう
34 かについて検討せよ。なお、労災保険給付による損害填補について考慮する必要はない。

35
36 【事実（続き）】

37 6. Cは、本件事故の前から、妻Fと共に、自己所有の土地（以下「本件土地」という。）の上に
38 建てられた自己所有の家屋（以下「本件建物」という。）において、円満に暮らしていた。本件
39 土地はCがFとの婚姻前から所有していたものであり、本件建物は、CがFと婚姻して約10年
40 後にFの協力の下に建築したものである。

41 7. Cは、Aからの損害賠償請求を受け、平成29年7月10日、Fに対し、【事実】1及び2を

1 説明するとともに、「このままでは本件土地及び本件建物を差し押さえられてしまうので、離婚
2 しよう。本件建物は本来夫婦で平等に分けるべきものだが、Fに本件土地及び本件建物の全部を
3 財産分与し、確定的にFのものとした上で、引き続き本件建物で家族として生活したい。」と申
4 し出たところ、Fは、これを承諾した。

5 8. Cは、平成29年7月31日、Fと共に適式な離婚届を提出した上で、Fに対し、財産分与を
6 原因として本件土地及び本件建物の所有権移転登記手続をした。Cは、上記離婚届提出時には、
7 本件土地及び本件建物の他にめぼしい財産を持っていなかった。

8 CとFとは、その後も、本件建物において、以前と同様の共同生活を続けている。
9

9

10 **〔設問2〕**

11 Eは、平成30年5月1日、Aから、㊦CとFとは実質的な婚姻生活を続けていて離婚が認めら
12 れないから、CからFへの財産分与は無効ではないか、㊧仮に財産分与が有効であるとしても、本
13 件土地及び本件建物の財産分与のいずれについても、Aが全部取り消すことができるのではないか、
14 と質問された。

15 本件事故についてAがCに対して損害賠償請求権を有し、その額が本件土地及び本件建物の価格
16 の総額を上回っているとした場合、Eは、弁護士として、㊦と㊧のそれぞれにつき、どのように回
17 答するのが適切かを説明せよ。

【法務省発表の出題趣旨】

設問1は、労働災害の事案を題材として、安全配慮義務違反を理由とする債務不履行責任や不法行為責任に関する基本的な知識・理解を問うとともに、債務不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償とでどのような具体的規律の相違があるかについて、事案に応じた分析を行う能力を試すものである。

請求の根拠に関する解答に当たっては、債務不履行については直接の契約関係にない当事者間における安全配慮義務の成否等に関し、不法行為については注文者・請負人間の使用者責任の成否等に関し、自説を論理的に展開し、事案に応じた当てはめを行うことが求められる。また、有利・不利に関する解答に当たっては、消滅時効、帰責事由や過失の主張立証責任、遅延損害金の起算点等につき、事案に即した評価を行うことが求められる。

設問2は、仮装離婚及びこれに伴う財産分与による責任財産の隠匿について、協議離婚及び財産分与の有効性に関する基本的な知識・理解を問うとともに、財産分与の詐害行為該当性及び取消しの範囲について、事案に応じた分析を行う能力を試すものである。

離婚及び財産分与の有効性に関する解答に当たっては、離婚をする意思の意義・内容に関する解釈を展開した上で、離婚の有効性と財産分与の有効性とを論ずることが求められる。また、詐害行為に関する解答に当たっては、財産分与制度の趣旨を踏まえつつ、最高裁昭和58年12月19日判決・民集37巻10号1532頁も意識して、事案に応じた当てはめを行うことが求められる。

【コメント】

本問の設問1の事案は、家屋の解体作業に従事した者が、解体作業の下請人であるその雇用者に対して損害賠償請求できない場合に、請負人に対して損害賠償請求するというものである。その法律構成については、①債務不履行に基づく請求と②不法行為に基づく請求とが考えられるところ、そのそれぞれについて、まず具体的に説明することが求められている。①については、信義則上、安全配慮義務が発生することについて、本問の具体的事実を的確に指摘しながら論ずることが求められ、さらに履行代行者の過失を債務者の安全配慮義務違反ないし帰責事由と認めることができるかについても論じることが求められていたと考えられる。②については、一般不法行為を指摘しつつ、使用者責任の成否を検討することが求められた。その上で、①と②におけるAの有利・不利について、債務不履行責任と不法行為責任の差異に着目して指摘することが必要となる。

設問2では、上記の損害賠償請求を受けた者が、差押えを回避する目的で、適式な離婚届を提出した上で、夫婦で暮らしていた土地・建物をその妻に財産分与したという事案をベースに、離婚の無効および財産分与の詐害行為取消しについて論じる問題である。まず、⑦離婚の無効およびこれによる財産分与の無効については、離婚の意思に関する形式的意思説もしくは実質的意思説を指摘し、本問の具体的事実を的確に用いて、離婚の成否について論じる必要がある。次に、⑧財産分与の詐害行為取消しについては、判例を指摘しつつ、婚姻前に夫婦の一方が所有していた財産が財産分与の対象とされていた場合に取消しの対象となるか、及び取消しが認められる場合において、その取消しの範囲が全部となるか一部となるかについて論じることが求められている。取消の対象が不可分な不動産であることからすれば、全部取消しを認めてよいと思われるが、財産分与の詐害行為取消しが不相当に過大な部分に限られることを重視すれば、一部取消しに限られると結論付けることも可能であろう。

先取り！H30上位順位合格者のA答案を検証!!

【MEMO】

平成30年論文式試験・民法〔上位順位合格者答案〕

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 請求の根拠

3 ①債務不履行に基づく場合は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権（民法（以下
4 法令名省略）415条）が請求の根拠となる。②不法行為に基づく場合は使用者責任に基
5 づく損害賠償請求（715条1項）が請求の根拠となる。

6 2 要件について

7 (1) 債務不履行に基づく損害賠償請求の要件は、(1)債務不履行(2)損害の発生(3)因果関係で
8 ある。(4)帰責事由については、不存在が相手方の抗弁となる。そのため、主張立証責任
9 において、債務不履行のほうが有利に思える。しかし、ある法律関係に基づき特別な社
10 会的接触関係に入った当事者間において信義則上認められる付随義務としての安全配慮
11 義務違反を主張する場合には、安全配慮義務の内容を特定しなければならず、使用者責
12 任との違いは実際上はない。

13 本件では、BC間の請負関係とBA間の請負関係を通して、Cは、Aに建物解体用の
14 重機等を提供し、指示を与えるという特別な社会的接触関係に入っている。そして、C
15 は、Aに対し、その生命・身体を害しないように物的・人的設備を整える安全配慮義務
16 を負う。

17 本件においては、生命・身体を害しないように落下事故を防止するための命綱や安全
18 ネットを用意する義務をCは負担しており、これに違反したために、Aは重傷を負い、
19 治療費及び弁護士費用について損害が生じている。また、Aは本件事故が原因で働けな
20 かった間の逸失利益も損害として生じている。また、精神的損害も生じている。

21 以上より、債務不履行に基づく損害賠償が認められる。

22 (2) 使用者責任に基づく損害賠償請求の要件は、(i)被用者の709条責任(ii)「使用」
P.2 関係(iii)「事業の執行について」生じたことである。このうち、Bの709条責任は、
2 Bが、Aの撤去作業が終了しないうちに、本件家屋の1階壁面を重機で破壊するという
3 注意義務違反により、Aに重傷を負わせ、法律上保護に値する利益を侵害し、前述と同
4 様の損害を発生させているので、認められる。ただし、Bは行方不明になっており、立
5 証が困難なことも考えられる。

6 (ii)の「使用」関係については、指揮監督関係があれば足りる。本件では、Cは、
7 建物解体についてBに具体的な指示を出しており、指揮監督関係があるため、「使用」し
8 たといえる。

9 (iii)の「事業の執行について」とは、事業の執行との関連を有することをいう。本
10 件では、建築業を営むCの建築作業中の発生した事故であり、事業の執行との関連性を
11 有し、「事業の執行について」といえる。

12 以上より、使用者責任に基づく損害賠償が認められる。

13 3 消滅時効について

14 債務不履行に基づく損害賠償の消滅時効は10年である（167条1項）。これに対し、
15 不法行為の時効の起算点は「損害及び加害者を知った時」から3年である（724条前段）。

16 本件では、平成26年2月1日に事故が発生し、平成29年6月1日に訴えを提起して
17 いるから、不法行為については時効が消滅するおそれがある。

18 しかし、本件事故についてAは記憶を失っており、本件事故を知ったのは平成26年1
19 0月1日であるから、この時点において「損害及び加害者を知った時」というべきであ
20 って、消滅時効はいまだ完成していない。

21 よって、時効についても有利不利に違いはない。

22 4 遅滞の時期について

P.3 債務不履行の場合は、期限の定めのない債務であるから、請求時から遅延損害金が発生
2 する（412条3項）。

3 本件では、AはCに、平成29年5月1日に損害賠償を求めており、同日経過時から起

4 算される。

5 不法行為の場合は、損害発生時から起算される。よって、平成26年2月1日経過時より起算される。

6 よって、遅延損害金の点からは不法行為による請求のほうが有利である。

8 第2 設問2

9 1 アの質問について

10 離婚の要件は離婚意思（763条参照）と届出（765条1項）で足りる。離婚意思については、婚姻が実質的意思（742条1号）を要求するのとは異なり、形式的なもので足りる。これは、婚姻が継続的な関係を設定する場面であるのに対し、離婚はこれを終了させる場面であることによる。

14 本件では、CとFは協議による離婚をしており、離婚意思はある。また、適度な離婚届も提出されており、離婚は有効である。

16 2 イの質問について

17 イの質問の趣旨は、財産分与（768条1項）を詐害行為として取り消す（424条1項）ことができないかというものである。

19 まず、詐害行為取消の要件は、(ア) 被保全債権が詐害行為前に存在したこと (イ) 詐害行為の存在 (ウ) 債務者の無資力（424条1項本文）(エ) 受益者の詐害行為時の悪意（424条1項但書）(オ) 財産権を目的とする行為であること（424条2項）である。

22 このうち、被保全債権は、平成26年2月1日に成立し、これは、財産分与がされた平成
P.4 29年7月10日より前であり、(ア)を充たす。財産分与は差押を免れるためであり、Cは離婚届提出時において本件土地及び本件建物のほかにめぼしい財産を持っていなかった
3 のであるから、詐害行為といえ、Cは無資力である。さらに、FはCと相談しており、詐
4 害行為時に悪意であったといえる。

5 問題は、財産分与が財産権を目的とする行為であるといえるかである。

6 この点、財産分与は、夫婦財産の清算、慰謝料、扶養の要素を持つものであり、原則として、財産権を目的とする行為に当たらない。しかし、財産分与の趣旨に照らし不相当に
8 過大な部分については、財産分与に仮託した一種の財産処分であるから、財産権を目的とする行為として詐害行為取消の対象となると解すべきである。

10 本件では、CとFは円満な婚姻生活を営んでおり、FがCに慰謝料を有するとはいえない。
11 また、離婚後もCとFは婚姻時と同様の共同生活を営んでおり、扶養の要素もなく、
12 財産分与の要素は専ら清算である。

13 そして、本件土地については、元々Cの所有でありCの特有財産（762条1項）であるから、Fに対する分与は全体として不相当に過大として、詐害行為取消の対象となる。
14 AはFに対し、Cへ本件土地の登記を戻すように請求できる。

16 本件建物については、婚姻後にFの協力の下に建築したものであるから、CとFの共有となる（762条2項）。そして、夫婦の財産は原則として、2分の1の持分により共有される（250条参照）。そのため、本件建物はCとFで2分の1ずつ共有されていたものである。

20 したがって、2分の1を超える部分については、不相当に過大であり、詐害行為取消の対象となる。もっとも、本件建物は不可分であるから、Fに対し金銭賠償を求めることができるにとどまる。
21
22 以上

平成30年論文式試験・民法〔不合格者再現答案〕

民法・評価C (601位～900位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 ①の請求の根拠

3 (1) Aは本件家屋の撤去作業をしていたところ、BがAの作業が終了しないう
4 ちに本件家屋の1階を重機で破壊したことから、Aはバランスを崩して本件
5 事故が発生し、AはCに対し損害賠償を請求している。これはいかなる根拠
6 に基づくか。

7 (2) AはCに対し、民法(以下法令名省略)415条に基づきCが本件事故を
8 防ぐために命綱や安全ネットを用意する等の安全配慮義務に違反したことを
9 根拠として損害賠償を請求していると考えられる。もっとも、AはBの従業員
10 であり、BCはともに個人で建築業を営むものであって独立しているから、
11 CにはAに対する契約上の安全配慮義務はないように思える。しかし、Cは、
12 Bに対し本件家屋の解体の一部を下請けするとともに、A及びBに対してC
13 の従業員同様、作業の場所、内容及び具体的方法について指示を与えていた
14 ことからすれば、Aに対しても契約関係に基づく使用者同様の安全配慮義務
15 があるというべきである。

16 (3) このようにAはCに対し、民法415条の債務不履行に基づく損害賠償を
17 請求していると考えられる。

18 2 ②の請求の根拠

19 (1) AはCに対し、本件事故の不法行為に基づく損害賠償を請求しているが、
20 これは、いかなる根拠に基づくか。

21 (2) Aは、Cが「ある事業のために」「他人」たるBを「使用」する者であり、
22 「事業の執行について」「第三者」であるAに対して「損害」を加えたとし

P.2

2 して、使用者責任類似の不法行為責任(715条、709条)に基づく損害賠
3 償請求をしていると考えられる。もっとも、BとCは独立した事業主である
4 のもの、民法715条が報償責任を定めた規定であることからすれば、具体
5 的な指示や材料提供等がある場合には、715条の類推を認めるべきである。

6 (3) 本件では、CはBに下請負をするとともに、建物解体作業用の重機・器具
7 等の提供や、Cの従業員に対する具体的な指示があったと認められる。した
8 がって、CはBの使用者同様の立場にあると評価できる。

9 (4) 加えて、BにはAの撤去作業が終了したことを確認しなければならなかつ
10 たところ、これを怠った「過失」(709条)があり、これと本件事故との
11 間に因果関係がある。

12 (5) このように、AはCに対し、Bの使用者同様の不法行為責任に基づく損害
13 賠償請求をしていると考えられる。

14 3 Aにとっての有利・不利

15 (1) ①の請求及び②の請求はいずれもCがBまたはAの使用者類似の関係にた
16 つことを主張・立証する必要があるから、この点についてAにとって有利・
17 不利は生じないと考えられる。

18 (2) 一般に不法行為責任は相手方の故意・過失・損害の発生と数額・行為との
19 間の因果関係の主張立証が必要である一方、債務不履行に基づく①の請求は、
20 Aが安全配慮義務違反の内容について特定する必要があるものの、履行した
21 ことの主張立証責任は、債務者たるCにあるから、この点は①の方がAにと
22 って有利に思える。しかし、他方、②の請求については、Cに使用者類似の
23 立場であることが認められれば、Cが「被用者の選任」及び「事業の監督」

P.3

2 について「相当の注意をしたとき」または「相当の注意をしても損害が生ず
べきであった場合」以外は免責されえず、この点の主張・立証責任もCが負

- 3 うことになるから、CがAの損害自体は認めている以上、Aにとって不法行
 4 為構成は不利にならないと考えられる。
- 5 (3) 加えて、Aは本件事故の転落によって解体作業に従事していたことに関す
 6 る記憶を失っていて、事故当時の主張立証が困難であることがうかがわれる
 7 から、AをCと契約関係にある者として位置付けるよりは、第三者であるこ
 8 とを前提に主張立証を行う方が相対的に容易であると考えられる。
- 9 (4) したがって、②の請求の方がAにとって有利であると考ええる。

10 第2 設問2

11 1 ㉞について

12 夫婦は協議によって離婚することができ（763条）、婚姻が実質的に婚姻
 13 生活を継続していく意思を有する必要があるところ、離婚については離婚をす
 14 る意思があれば足り、財産分与等を目的とする場合であっても離婚の意思は併
 15 存しうるものである。加えて適法に離婚届が提出されている以上（765条参
 16 照）、離婚が有効でないとはいえないから、CからFへの財産分与自体が必
 17 ずしも無効であるとはいえないと回答するのが適切である。

18 2 ㉟について

19 (1) 財産分与が有効であるとしても、AはCに対する損害賠償請求権を有し、
 20 Cがほかにめばしい財産を持っていないことからすると、当該損害賠償請求
 21 権を被保全債権として424条の詐害行為取消権に基づき、本件土地及び本
 22 件建物の財産分与を取り消すことができないか。財産分与が「財産を目的と
P.4 しない法律行為」（424条2項）か否かが問題となる。

2 (2) 財産分与（768条1項）は、夫婦の共有財産を離婚にあたり分けるもの
 3 であり、原則として「財産を目的としない法律行為」に該当する。もっとも、
 4 財産分与に仮託して不相当に高額な財産の受け渡しが行われたといえるときは、
 5 当該部分について「財産を目的」とすると評価すべきである。この判断は、
 6 財産分与の清算・扶養・慰謝的要素にかんがみて不相当といえるか否かによ
 7 り行う。

8 (3) CF間の財産分与において、本件土地はCがFとの婚姻前から所有してい
 9 た固有の財産であり、本件建物がCF婚姻後の共有財産であることからすれ
 10 ば、本件建物の2分の1が清算的要素に該当する。そして、CとFは離婚後
 11 も共同生活を続けていることからすれば、扶養的要素はなく、また、差し押
 12 さえを免れるという離婚の理由からすれば、慰謝的要素もないといえる。し
 13 たがって、本件建物の2分の1を除き、CF間の財産分与は財産分与に仮託
 14 して不相当に高額な財産の受け渡しがあったと認められ、詐害行為取消権の
 15 行使対象となる。そして、財産の差し押さえを免れる目的であることをCF
 16 ともに合意しているから、「債務者」であるCは、「債権者」であるAを「害
 17 することを知ってした法律行為」であり、「転得者」であるFも「債権者を
 18 害すべき事実」を知っていたといえるから、Aによる詐害行為取消権は認め
 19 られる。

20 (4) よって、Eは、上記のとおり説明し、本件建物の2分の1部分を除き、C
 21 F間の財産分与を取り消しうると説明するのが適切である。

22 以上

1 [予備試験平成30年刑事訴訟法]

2
3 次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

4
5 【事例】

6 警察官PとQが、平成30年5月10日午前3時頃、凶器を使用した強盗等犯罪が多発している
7 H県I市J町を警らしていたところ、路地にたたずんでいた甲が、Pと目が合うや、急に慌てた様
8 子で走り出した。そこで、Pが、甲に、「ちょっと待ってください。」と声をかけて停止を求めた
9 ところ、甲が同町1丁目2番3号先路上で停止したため、同所において、職務質問を開始した。

10 Pは、甲のシャツのへそ付近が不自然に膨らんでいることに気付き、甲に対し、「服の下に何か
11 持っていますか。」と質問した。これに対し、甲は、何も答えずにPらを押しのけて歩き出した
12 ため、甲の腹部がPの右手に一瞬当たった。このとき、Pは、右手に何か固い物が触れた感覚があ
13 ったことから、甲が服の下に凶器等の危険物を隠している可能性があると考え、甲に対し、「お腹
14 の辺りに何か持ってますね。服の上から触らせてもらうよ。」と言って、①そのまま立ち去ろうと
15 した甲のシャツの上からへそ付近を右手で触ったところ、ペンケースくらいの大きさの物が入って
16 いる感触があった。

17 Pは、その感触から、凶器の可能性は低いと考えたが、他方、規制薬物等犯罪に関わる物を隠し
18 持っている可能性があると考え、甲の前に立ち塞がり、「服の下に隠している物を出しなさい。」と
19 言った。すると、甲は、「嫌だ。」と言って、腹部を両手で押さえたことから、②Qが、背後から甲
20 を羽交い締めにして甲の両腕を腹部から引き離すとともに、Pが、甲のシャツの中に手を差し入れ
21 て、ズボンのウエスト部分に挟まれていた物を取り出した。

22 Pが取り出した物は、結晶様のものが入ったチャック付きポリ袋1袋と注射器1本在中のプラス
23 チックケースであり、検査の結果、結晶様のものは覚せい剤であることが判明した（以下「本件覚
24 せい剤」という。）。そこで、Pは、甲を覚せい剤取締法違反（所持）の現行犯人として逮捕すると
25 ともに、本件覚せい剤等を差し押さえた。

26 その後、検察官は、所要の捜査を遂げた上、本件覚せい剤を所持したとの事実で、甲を起訴した。

27 第1回公判期日において、甲及び弁護人は無罪を主張し、検察官の本件覚せい剤の取調べ請求に
28 対し、取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。

29
30 【設問1】

31 下線部①及び②の各行為の適法性について論じなさい。

32
33 【設問2】

34 本件覚せい剤の証拠能力について論じなさい。

35
36 （参照条文） 覚せい剤取締法

37 第41条の2第1項 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（略）は、1
38 0年以下の懲役に処する。

先取り！H30上位順位合格者のA答案を検証!!

【MEMO】

【法務省発表の出題趣旨】

本問は、深夜、強盗等犯罪の多発する地域を警ら中の警察官が、甲に停止を求めて職務質問した際、①立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ付近に触れるとの方法、及び②背後から甲を羽交い締めにした上、甲のシャツの中に手を差し入れ、ズボンのウエスト部分に挟まれていたプラスチックケースを取り出すとの方法により所持品検査を実施したところ、同ケース中に覚せい剤を発見したことから、甲を覚せい剤取締法違反（所持）の現行犯人として逮捕するとともに、上記覚せい剤を差し押さえ、その後、甲を同所持の事実により起訴したとの事例において、上記各所持品検査の適法性及び上記覚せい剤の証拠能力について検討させることにより、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

設問1においては、最高裁判所の判例（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁等）に留意しつつ、対象者の承諾のない所持品検査が許容されることがあるか否かについて、その根拠も含めて検討した上、これが肯定されるとして、いかなる態様の行為がいかなる状況において許容されるのか、その基準を提示し、本問における各所持品検査の適法性について論述することが求められる。

設問2においては、本件覚せい剤の発見をもたらした上記②の方法による所持品検査が違法であることを前提に、最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁等）に留意しつつ、違法に収集された証拠物の証拠能力が否定される場合があるか否か、否定される場合があるとしていかなる基準により判断されるべきかを提示した上、本件覚せい剤の証拠能力について論述することが求められる。

【コメント】

設問1下線部①は、職務質問（警察官職務執行法2条1項）、所持品検査の成否を問う問題でした。職務質問においては、「何らかの犯罪を犯していると疑うに足る相当な理由」が認められることを、本問の事実関係に照らして当てはめることが求められます。所持品検査においては、最判昭53.6.20（刑集32-4-670、米子銀行強盗事件）の規範を意識した上で、本問の事実関係で適法といえるかを当てはめることが期待されます。その際、所持品検査の必要性、緊急性、相当性については、問題文に多くの事実が含まれているので、過不足なく拾い、適切に評価することが求められます。判例の立場からすれば、下線部①の行為は適法であるとの結論が導かれるでしょう。

設問1下線部②は、職務質問、所持品検査の成否を問う問題でした。職務質問においては、当初の犯罪の疑いが低くなっている事情があるため、「何らかの犯罪を犯していると疑うに足る相当な理由」が未だ存在することを論じる必要があります。Qが、背後から甲を羽交い絞めにした行為について、職務質問に伴う有形力の行使の限界の問題として捉えることもできるでしょう。所持品検査については、下線部①と同様に、多くの事実を評価して論述することが求められます。判例の立場からすれば、下線部②は違法であるとの結論が導かれるでしょう。

設問2は、違法収集証拠排除法則を問う問題でした。判例の立場からすれば、下線部②の行為は違法になりますので、違法な捜査に基づき取得された本件覚せい剤を違法収集証拠として排除すべきかどうかを検討する必要があります。その際は、違法収集証拠排除法則について、自らの考えを明らかにしたうえで、違法の重大性、排除の相当性について、具体的事実を適切に評価しつつ、論じることが求められます。

先取り！H30上位順位合格者のA答案を検証！！

【MEMO】

平成30年論文式試験・刑事訴訟法〔上位順位合格者答案〕

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 下線部①の適法性について

3 (1) まず、Pは甲に職務質問(警察官職務執行法(以下警職法)2条1項)を
4 しているところ適法か。

5 ア 「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪
6 を犯し、もしくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由」があ
7 るかが問題となる。

8 イ 本件では、甲はPと目が合うや急に慌てた様子で走り出している。
9 通常人と目があって急に走り出すことは考えられず、かかる行動をす
10 るときはそのものから逃げたい時である。そして、Pは警察官である
11 からそのものから逃げたい時は何らかの犯罪を犯しているからである
12 可能性が高い。そのため、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的
13 に判断して何らかの犯罪を犯し、もしくは犯そうとしていると疑うに
14 足りる相当な理由」があり、職務質問自体は適法である。

15 (2) 次に、Pの下線部①は所持品検査であるところ明文がないため適法か
16 問題となる。

17 ア この点、所持品検査は職務質問と密接に関連し、職務質問の実効
18 性・有効性をあげるために必要であるから職務質問に付随するものと
19 して許容される。もっとも、任意処分である職務質問に付随するもの
20 であるから、所持品検査も任意処分であり、原則として同意が必要で
21 ある。もっとも、行政警察活動であるところ、諸般の事情は流動的で
22 あるからいかなる場合にも同意が必要とするのは適切ではない。そこ
P.2 2 ①捜索にいたらない程度の行為は、強制に渡らない限り、②当該
3 処分の必要性、緊急性、法益権衡を考慮した上、具体的事情のもとで
4 相当と言えれば適法である。

5 イ まず、本件Pの行為は甲のシャツの上から触っているに過ぎないか
6 ら捜索ではない。では、「強制」に当たるか。この点、警職法2条3
7 項から、強制とは刑事訴訟法(以下省略)197条1項但書きの「強制
8 の処分」と同義である。そして、「強制の処分」とは197条1項但
9 書きの趣旨が民主的正当性をあたえ、自由保障機能を与える点にある
10 一方で、法定の強制処分と同程度の権利侵害であることを要する。そ
11 こで、「強制の処分」とは⑦相手方の意思を制圧し⑧憲法の保障する
12 重要な権利利益を侵害する行為を言う。そして、⑦は合理的に推認さ
13 れる相手方の意思に反していれば足りる。

14 本件では、通常腹部を触られることを許さないから、合理的に推認
15 される甲の意思に反し、⑦相手方の意思を制圧すると言える。

16 そして、被侵害利益は腹部のプライバシーであるところ、かかるプ
17 ライバシーは私的領域とまでは言えず要保護性は低いから、憲法35
18 条の保障するプライバシーとまでは言えない。そのため⑧を満たさな
19 い。したがって、①には当たらない。

20 ウ では、「目的のために最小の限度」(警職法1条2項)と言えるか、
21 ②を検討する。

22 本件では、凶器等の危険物を所持しているおそれがある一方で、被
P.3 2 制約利益は腹部のプライバシーに過ぎず、甲はなんら明確な拒絶の意
3 思表示をしているわけではない。また、Pは強制力を用いているわけ
4 ではない。

したがって、②具体的事情のもとで相当といえ、適法である。

4 2 下線部②の適法性について

- 5 (1) 下線部②のP、Qの行為は適法か。かかる行為は、所持品検査として
6 行っているため、上述の①②から考える。そして、①を満たさなければ
7 逮捕状ないし捜索令状を経ないため、令状主義に反する。
8 (2) まず、Pが甲のシャツの中に手を差し入れてズボンのウエスト部分か
9 ら物を取り出したに過ぎないから捜索にいたらない程度の行為である。
10 (3) では、強制に当たるか。㊦㊧から判断する。
11 ア まず、甲は、「嫌だ」と言っているから、甲の意思に反し㊦相手方
12 の意思を制圧している。
13 イ 次に、Qが背後から甲を羽交い締めをしている。これは、甲の身体
14 の自由を制約しており、これは逮捕に類する行為である。そうであれ
15 ば、憲法33条に保障する身体を自由を制約する行為であり、㊧憲法
16 の保障する重要な権利利益を制約する。
17 ウ 以上より、下線部②の行為は強制に渡るため、令状主義に反し違法
18 である。

19 第2 設問2

20 本件覚せい剤の証拠能力が認められるか。

- 21 1 その前提として、本件覚せい剤の収集手続きに違法事由があるか。本件
22 覚せい剤の差し押さえは逮捕に基づく差押え(220条1項2号)としてな
P.4 されているところ、「逮捕する場合」に「逮捕の現場」で差し押えされて
2 いるから、形式的には適法である。しかし、本件逮捕は違法な所持品検査
3 で出てきた覚せい剤を理由とするものである。そうであれば、かかる違法
4 な所持品検査を直接利用してなされた本件逮捕及び逮捕に基づく差押えは、
5 違法性が承継されて違法となる。
6 2 では、違法な逮捕に基づき差押えられた本件覚せい剤の証拠能力は認め
7 られるか。
8 この点、司法の無瑕性、適正手続、将来の違法捜査抑止の観点から、①
9 違法が重大であり、②将来の違法捜査抑止の観点から証拠を排除すること
10 が相当と認められるときは、証拠能力が否定される。
11 3 本件では、差押えは通常、差押令状(218条)が必要なところ無令状で
12 おこなっており、令状主義違反がある。したがって、①違法が重大と言え
13 る。さらに、逮捕、及び逮捕に基づく差押えでは、司法審査を経おらず、
14 違法な所持品検査と本件覚せい剤に密接な関連性が認められる。したがっ
15 て、②将来の違法捜査抑止の観点からも本件覚せい剤を排除するのが相当
16 と言える。
17 4 よって、本件覚せい剤の証拠能力が認められない。

18 以上

平成30年論文式試験・刑事訴訟法〔不合格者再現答案〕

刑事訴訟法・評価D (901位～1200位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 下線部①の適法性

3 (1) Pは、甲に対し、警察官職務執行法2条1項に基づいて職務
4 質問を行い、甲がPらを押しのけた際、Pの手が甲の腹部にあ
5 たり、甲が服の下に凶器等の危険物を隠している可能性がある
6 ことから、そのまま立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ
7 付近を右手で触るといふ有形力を行使している。職務質問に伴
8 う所持品検査は、相手方の任意の承諾によって行われることが
9 原則であるところ、このような有形力の行使が許されるか問題
10 となる。

11 (2) 憲法35条は「何人も」「所持品について」「搜索及び押収を
12 受けることのない権利」は、「正当な理由に基」づいて発せら
13 れた「令状」のない限り「侵されない」として令状主義を定め
14 ている。これは、裁判官による事前審査にかからしめることに
15 よって、人権を保障する趣旨であるから、令状のない限り所持
16 品検査が認められないように思われる。しかし、同時に憲法3
17 7条1項は、「公開裁判」を受ける権利を有していることを定め
18 め、捜査活動がこの実現に不可欠であることからすれば、一切
19 有形力の行使を認めないと捜査の実効性を欠くため妥当でない。
20 したがって、必要性、緊急性等を考慮し、搜索に至らない程度
21 の有形力の行使は許容されると解する。

22 (3) Pは凶器を使用した強盗等の犯罪捜査にあたっていたところ、

P.2 下線部①の行動に至っている。加えて、甲のシャツのへそ付近
2 が不自然に膨らんでいること、甲がPと目が合って逃げようと
3 した態度の不審な点も踏まえると、甲が凶器を所持している可
4 能性が高いといえ、捜査の必要性が認められる。また、強盗は
5 重大な犯罪であり、その場で検査を行わなければ隠滅をされる
6 恐れが高く、緊急性も認められる。加えて、Pは、「お腹の辺
7 りに何か持っていますね。服の上から触らせてもらうよ」と甲
8 に許諾を求めつつ、シャツの上から触れるにとどまってお
9 り、(明示的に拒否をしているわけではないから)甲のプライバシー
10 侵害も最小限と評価できる。以上を総合すれば、下線部①の
11 行為は搜索に至らない程度の有形力の行使といえる。

12 (4) よって、下線部①の捜査は適法である。

13 2 下線部②の捜査の適法性

14 (1) P及びQは、甲が規制薬物等犯罪に関わる物を隠し持つてい
15 る可能性があると考え、下線部②の行為に至っている。この捜
16 査は適法か。設問1と同様の基準で判断する。

17 (2) 規制薬物等犯罪の代表である覚せい剤所持の罰則は、10年
18 以下の懲役という重いものであるから(覚せい剤取締法41条
19 の2第1項)、捜査の必要性が認められ、かつ、覚せい剤は隠
20 滅が容易であり、その場で検査を行う緊急性も認められる。し
21 かし、甲は、Pが立ちふさがって「服の下に隠している物を出
22 しなさい」という言動に対し、「嫌だ」と明確に意思を表示し
P.3 ていることからすれば、甲に任意性は認められない。加えて、

2 Qは、甲を背後から羽交い絞めにして両腕を腹部から引き離す

3 という強度の有形力を行使した上、Pは甲のシャツに手を差し
4 入れて物を取り出していることからすれば、甲のプライバシー
5 を著しく害し、捜索を行っているものと評価できる。したがっ
6 て、下線部②の行為は捜索に至らない程度の有形力の行使とは
7 認められない。

8 (3) したがって、下線部②の捜査は違法である。

9 第2 設問2

10 1 本件覚せい剤は、物であり、証拠能力が認められれば高い証明
11 力を有する。もっとも設問1のとおり、本件覚せい剤は違法な手
12 続によって入手されたものであるから、違法収集証拠として排除
13 されるか問題となる。

14 2 前述のとおり、憲法35条の令状主義は、裁判官の事前審査に
15 かからしめることにより人権を保障することにある。一方、物の
16 証明力は入手経路にかかわらず高い証明力を有し、公開裁判の実
17 現及び真実発見（刑事訴訟法1条）に資するものである。そうで
18 あれば、令状主義を没却するような重大な違法があり、かつ、将
19 来の違法捜査抑制の見地からこれを違法とすることが相当である
20 と認められる場合に、違法収集証拠として排除されると解する。

21 3 Pは下線部②の捜査によって覚せい剤取締法違反（所持）の現
22 行犯人として逮捕されるとともに、本件覚せい剤等が差し押さえ
P.4 られ（刑事訴訟法220条1項2号）、その後起訴されている。

2 このように無令状で本件覚せい剤を入手した上、事後何らかの司
3 法審査もなされないままに証拠とされていることからすれば、本
4 件覚せい剤の違法取得と甲の逮捕・起訴は密接に関連して甲の人
5 権を侵害しているといえ、令状主義を没却するような重大な違法
6 があるというべきである。また、下線部②のような捜査で取得し
7 た証拠が証拠能力を有するとすれば、無令状の捜査によって将来
8 にわたり同様の人権侵害を誘発するものと評価しうる。したがっ
9 て、将来の違法捜査抑制の見地からも違法とすることが相当であ
10 るといえる。

11 4 したがって、本件覚せい剤は違法収集証拠として排除され、証
12 拠能力がない。

13 以上