

予備試験 ガイダンス

170617TOKYO

2018 予備試験 スタートアップセミナー  
**これで短答合格！短答突破の必勝法**

---

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一 先生

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# 目 次

1. 平成 29 年司法試験予備試験(短答)の分析…………… 1
2. 問題検討…………… 3

※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29年 予備試験 短答式試験【分析】

### ☆ 試験日程（平成29年の短答式試験）

平成29年5月21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、行政法・民法・刑法・刑訴には変化なく、憲法が増加し、商法・民訴が減りました。〕

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	51（民法：15（1～15） （商法：16（16～31） （民訴：20（32～51））
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

### ☆ 頁数〔注：民・商・民訴，一般教養が昨年度から増えました。〕

憲法・行政法	13頁〔注：昨年13頁〕
民法・商法・民事訴訟法	23頁〔注：昨年20頁〕
刑法・刑事訴訟法	16頁〔注：昨年16頁〕
一般教養科目	23頁〔注：昨年22頁〕

☆ 法務省発表による出願者数・受験者数

- 1 出願者数 13,178人 (昨年 12,767人 +411人)
- 2 受験者数 10,743人 (昨年 10,442人 +301人)  
(うち途中欠席78人) (前年, うち途中欠席63人)
- 3 受験率 81.5% (昨年 81.8% 0.3%減)
- 4 採点対象者 10,665人 (昨年 10,379人 +286人)
- 5 合格者数 2,299人 (昨年 2,426人 -127人)

☆ 司法試験の短答との重なりについて

司法試験の短答式試験が、予備試験の短答式試験と同日に行われました。そこで、司法試験との重複を調査したところ、憲法・民法・刑法の全40問中30問(75%)の問題が司法試験と重複していることが判明いたしました。

憲法：予備試験12問中8問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

民法：予備試験15問中12問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

刑法：予備試験13問中10問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

合計：憲民刑の全40問中30問(75%) [注：昨年度と同じ] が司法試験の問題と重複

☆ 短答式試験の得点

◎合格点 各科目の合計得点160点以上(270点満点)

◎合格者の平均点 174.9点

得点		最高点	最低点	平均点
合計得点 (270点満点)		225	5	130.0
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	16.7
	行政法 (30点満点)	28	0	12.4
	民法 (30点満点)	30	0	16.3
	商法 (30点満点)	30	0	14.3
	民事訴訟法 (30点満点)	29	0	13.1
	刑法 (30点満点)	30	0	17.3
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	15.3
	一般教養 (60点満点)	54	0	24.5

## 2. 問題検討

平成29年予備試験短答式試験本試験問題

〔憲法〕

〔第5問〕（配点：2）

外国人の人権に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、正しいものには○、誤っているものには×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.11〕）

ア. 地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするものについては、原則として日本国籍を有する者が就任することが想定され、外国人が就任することは想定されていない。

イ. 我が国に在留する外国人のうち、永住者等でその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められる者についてであっても、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されている。

ウ. 基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみを対象としていると解されるものを除き、外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきで、政治活動の自由についても、政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位に鑑み相当でないとは解されるものを除き、その保障が及ぶ。

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 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× |             |

憲法 第5問	外国人の人権	H29予備試験
--------	--------	---------

正解 【No.11】 3

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	3	1	80	9	0	0	5	1

(全体正答率 80%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性あります。

ア正しい。最大判平17. 1. 26 (百選I5事件, 外国人の公務就任権)により, 本記述は正しい。

判例は、「地方公務員のうち, 住民の権利義務を直接形成し, その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い, 若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い, 又はこれらに参画することを職務とするもの(以下「公権力行使等地方公務員」という。)」については, 「原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり, 我が国以外の国家に帰属し, その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは, 本来我が国の法体系の想定するところではないものというべきである」としている。

その理由として, 判例は, 「公権力行使等地方公務員の職務の遂行は, 住民の権利義務や法的地位の内容を定め, あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど, 住民の生活に直接間接に重大なかかわりを有するもの」であり, 「それゆえ, 国民主権の原理に基づき, 国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものである…(憲法1条, 15条1項参照)」ということを挙げている。

イ誤り。本記述は, 永住外国人に法律で地方参政権を付与することは, 憲法上禁止されているとしている点で, 誤っている。

最判平7. 2. 28 (百選I4事件, 外国人の地方参政権)。

判例は, 「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて, その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく, 法律をもって, 地方公共団体の長, その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは, 憲法上禁止されているものではない」としている。

その理由として, 判例は, 「憲法93条2項にいう『住民』とは, 地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり, 右規定は, 我が国に在留する外国人に対して, 地方公共団体の長, その議会の議員等の選挙の権利を保障したものである」としても, 「憲法第八章の地方自治に関する規定は, 民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み, 住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は, その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に

出たものと解される」ということを挙げている。

ウ正しい。最大判昭53.10.4（百選I1事件，外国人の政治活動の自由—マクリーン事件）により，本記述は正しい。

判例は，「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は，権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き，わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり，政治活動の自由についても，わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き，その保障が及ぶ」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，人権の前国家・前憲法的性格，憲法が国際法規の遵守を定めていること（憲法98条），及び人権の国際化の観点から，外国人にも権利の性質上適用可能な人権規定はすべて及ぶと考えた上で，自由権は性質上外国人にも保障されるものの，外国人には国政レベルの選挙権など一定の参政権が否定されていることから，参政権的な機能を果たす政治活動の自由については日本国民よりも大きな制約を受けるべきであり，少なくとも日本の政治に直接介入するような政治結社の組織，政府打倒の運動などは禁止し得るということを挙げている。

憲法	外国人の人権	日付	/	問題整理番号	正答率
第2問		チェック欄		2-1-4-(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2クール 法律科目総合 第1回 第2問)

〔第2問〕(配点：3)

外国人の人権に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No.2] から [No.4])

- ア. 外国人には、政治活動の自由が保障されるため、法務大臣はデモ行進などの政治活動をしたことを理由に在留期間更新の不許可処分をすることはできない。[No.2]
- イ. 住民の日常生活に密接な関連を有する公共の事務に住民意思を反映させるという憲法第8章の趣旨にかんがみ、その居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至った永住外国人には、憲法上、地方参政権が保障されている。[No.3]
- ウ. 地方公務員の管理職には、国民主権原理に照らして外国人の任用が許される管理職と許されない管理職とがあり、永住外国人には、憲法第22条第1項により、前者の管理職に任用される権利が保障されている。[No.4]



憲法 第2問	外国人の人権	過去問	予備26-1 新司26-2, 25-1, 23-1
正解 [No.2] 2, [No.3] 2, [No.4] 2			

肢別解答率(%)	1	2
ア	5	<b>93</b>
イ	10	<b>88</b>
ウ	9	<b>89</b>

(全体正答率 75%)

※ 上記は、実施当時の解答率を示しています。

### 【合格へのアプローチ】

外国人の人権享有主体性について、最大判昭53.10.4(肢ア参照)は、いわゆる性質説を採り、日本国民のみを対象としている憲法上の権利を除いて、権利の性質上適用可能な人権は外国人にも保障されるとしている。性質説に立って検討する際、問題となる権利・自由が、個人的・社会的関係においてどの程度憲法上保護されるべきかを具体的に検討することが重要である。例えば、特別永住者(あるいは定住外国人)については、実質的には日本国籍をもつ者と変わらないことから、日本国民に準ずる者として憲法上の権利を認めるべきであるとする考え方もある。他方、最判平7.2.28(肢イ参照)は、立法により地方参政権を付与することは禁じられないと述べるにとどまり、また、最大判平17.1.26(肢ウ参照)は、「日本国民である職員に限って管理職に昇任することができることとする措置を執ることは…労働基準法3条にも、憲法14条1項にも違反するものではなく、「この理は…特別永住者についても」妥当するとし、特別永住者に対する特別の配慮をしているとは必ずしもいえない。このように判例は、少なくとも参政権ないし参政権的な側面を有する権利については、特別永住者であることを理由にその憲法上の権利を保護するという枠組みを採用しているとはいえない点に注意する必要がある。

**ア誤り。**本記述は、外国人には、法務大臣はデモ行進などの政治活動をしたことを理由に在留期間更新の不許可処分をすることはできないとしている点で、誤っている。

最大判昭53.10.4(マククリーン事件、百選I1事件)。判例は、在留期間を1年とする上陸許可を受けて本邦に入学し、政治活動をしていた米国人が、法務大臣により在留期間の更新不許可処分を受けたという事案において、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解されるものを除き、その保障が及ぶ」としている。

このように、同判例は、外国人の政治活動に留保を付しているものの、政治活動の自由の保障が及ぶとしている。

しかし、同判例は、外国人には「わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利」は保障されておらず、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、…外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」から、「在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」としている。(芦部(憲法) P.96～7。有斐閣憲法 I P.223～4。条文・判例スタンダード(1) P.40～41)

**イ誤り。**本記述は、その居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至った永住外国人には、憲法上、地方参政権が保障されているとしている点で、誤っている。最判平7. 2. 28(百選I 4事件)。判例は、外国籍を有する者が、居住地である大阪市の地方選挙において選挙権を行使できなかったという事案において、「国民主権の原理及びこれに基づく憲法15条1項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考えると、**憲法93条2項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味する**」としている。すなわち、判例は、永住外国人に地方参政権が保障されるとは述べていない。

なお、同判例は、民主主義社会における地方自治の重要性にかんがみ、「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない」とし、法律により永住外国人に地方参政権を付与することを許容する立場に立っている。(芦部(憲法) P.92。有斐閣憲法 I P.225～6。条文・判例スタンダード(1) P.44～5)

**ウ誤り。**本記述は、地方公務員の管理職には、国民主権原理に照らして外国人の任用が許される管理職と許されない管理職とがあり、永住外国人には、憲法第22条第1項により、前者の管理職に任用される権利が保障されているとしている点で、誤っている。

最大判平17. 1. 26(百選I 5事件)。判例は、東京都人事委員会の実施した管理職選考を受験することが認められなかった外国籍の特別永住者が、東京都に対し受験資格の確認等を求めた事案において、「公権力行使等地方公務員の職務の遂行は…住民の生活に直接間接に重大なかわりを有するものである」から、「国民主権の原理に基づき…原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されている」とし、そのため、「普通地方公共団体が…公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができ」、「日本国民である職員に限って管理職に昇任することができることとする措置を執ることは…憲法14条1項に…違反するものではない」く、この理は特別永住者についても妥当するとしている。

しかし、同判例は、**そもそも外国人の公務就任権が憲法22条1項により保障されるか否かについては判断しておらず、憲法14条1項違反を問題としているにすぎ**

ない。

なお、本記述のような判断をしているのは、同判例の原審（東京高判平9. 11. 26）である。（芦部（憲法）P.93～4。有斐閣憲法I P.227～8。条文・判例スタンダード（1）P.46～7）

## ■ワンポイントレッスン

外国人の人権に関して、平成元年以降に言い渡された主要な判決の要旨をまとめたので、参考にして欲しい。

### □ 最判平元. 3. 2（塩見訴訟，百選 I 6事件）

- ①憲法25条の生存権の法的性格に関し、食管法事件（最大判昭23. 9. 29）及び堀木訴訟（最大判昭57. 7. 7，百選Ⅱ137事件）の判旨を引用し、同条の具体化における立法府の広範な裁量を認めるとともに、外国人の滞在形態等の違いにかかわらず、自国民を在留外国人より優先的に扱うことを含め、その処遇を「特別の条約の存しない限り」立法府の裁量の範囲内に含めた。
- ②憲法14条との関係では、本判決は、憲法25条の保障が立法裁量に委ねられていることのみを根拠に差別的な取扱いの「合理性」を認めた。

### □ 最判平4. 11. 16（森川キャサリン事件，百選 I 2事件）

- ①本判決は、法務大臣の裁量権の幅について、外国人の在留期間の延長許可に関するマクリーン事件判決（最大判昭53. 10. 4，百選 I 1事件）を引用し、「我が国に在留する外国人は、憲法上、外国へ一時旅行する自由を保障されているものでない」とした。
- ②人権B規約12条4項の「自国」という文言を、「国籍国」と解釈した原審の判断を是認した。

### □ 最判平7. 2. 28（地方参政権一選挙人名簿不登録処分に対する異議の申出却下決定取消請求事件，百選 I 4事件）

- ①公務員を選定罷免する権利を保障した憲法15条1項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、我が国に在留する外国人にはその保障は及ばないとした。
- ②憲法93条2項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民であるとした。
- ③本判決は、永住者等について、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないが、そのような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策の問題であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生じるものではないとした。

### □ 最判平7. 12. 15（指紋押なつ拒否事件，百選 I 3事件）

- ①本判決は、京都府学連事件（最大判昭44. 12. 24，百選 I 18事件）、マクリーン事件判決（最大判昭53. 10. 4，百選 I 1事件）の判旨を引用して、個人の私生活上の自由の1つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するとした。
- ②指紋押なつを強制されない自由は、無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のために必要がある場合には相当の制限を受けるとして、指紋押なつ制度の内容を検討の上、立

法目的の合理性と必要性を肯定し、強制の内容・方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるとした。

- ③在留外国人を対象とする指紋押なつ制度は、その目的の合理性、必要性、方法の相当性が認められ、戸籍制度のない外国人について日本人と社会事実関係上差異があることを根拠に、憲法14条に違反しないとした。

□ 最大判平17.1.26（公務就任権—管理職選考受験資格確認等請求事件，百選 I 5事件）

- ①本判決は、原審、上告理由及び答弁書のいずれにおいても憲法22条1項の解釈を重要な争点としたにもかかわらず、憲法22条1項の判断を回避している。
- ②地方公務員のうちに、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは、普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とする「公権力行使等地方公務員」という概念を用いた。
- ③本判決は、我が国以外の国家に帰属する外国人が、公権力行使等地方公務員に就任することは、我が国の法体系の想定するところではないとした。
- ④本判決は、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職任用制度を構築することについて、地方公共団体の裁量の範囲内にあるとし、職員任命権行使につき外国人を別異に扱うことの合理性を認めた。

平成29年予備試験短答式試験本試験問題

[民法]

[第2問] (配点：2)

失踪宣告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.2])

- ア. 沈没した船舶の中に在ったAについて失踪宣告がされた場合には、Aはその沈没事故の後1年が経過した時に死亡したものとみなされる。
- イ. Aの生死が7年間明らかでなかったことから、Aについて失踪宣告がされた場合には、Aは、7年間の期間が満了した時に死亡したものとみなされる。
- ウ. Aの生死が7年間明らかでなかったことから、Aについて失踪宣告がされ、Aが死亡したものとみなされた後にAの生存が判明した場合でも、失踪宣告がされた後にAがした売買契約は、失踪宣告が取り消されなければ有効とはならない。
- エ. Aの生死が7年間明らかでなかったことから、Aについて失踪宣告がされ、Aが死亡したものとみなされた後に、Aの子であるBがA所有の甲土地を遺産分割により取得した。その後、Bは、Cに甲土地を売却したが、その売却後にAの生存が判明し、Aの失踪宣告は取り消された。その売買契約の時点で、Aの生存についてBが善意であっても、Cが悪意であるときは、Cは、甲土地の所有権を取得することができない。
- オ. Aの生死が7年間明らかでなかったことから、Aについて失踪宣告がされ、Aが死亡したものとみなされた後に、Aの生存が判明したが、失踪宣告が取り消されずにAが死亡した場合には、もはやその失踪宣告を取り消すことができない。

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

民法 第2問	失踪宣告	H29予備試験
--------	------	---------

正解 【No.2】 3

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	10	7	<b>73</b>	6	3

(全体正答率73%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性があります。

**ア誤り。**本記述は、沈没事故の後1年が経過した時に死亡したものとみなされるとしている点で、誤っている。

民法31条後段。民法30条1項の規定により失踪の宣告を受けた者は同項の期間が満了した時に、**同条2項の規定により失踪の宣告を受けた者はその危難が去った時に、死亡したものとみなす。**

危難失踪の場合に1年の失踪期間を設けたのは、誤った宣告を防ぐためであり、死の蓋然性が増すわけではないことから、死亡の確率の高い危難が去った時に死亡したものとされている。(条文・判例スタンダード(3)P.27)

**イ正しい。**本記述は、民法31条前段により、本記述は正しい。

民法30条1項の規定により失踪の宣告を受けた者は同項の期間が満了した時に、同条2項の規定により失踪の宣告を受けた者はその危難が去った時に、**死亡したものとみなす。**

死亡時期について、宣告時とすると失踪の前後・遅速により死亡時が異なるという欠点があり、最後の音信時とすると法律関係をあまりに以前へ遡らせ複雑にするという欠点がある。そこで、その中間をとり失踪期間満了時として両者の欠点を解決したとされている。(条文・判例スタンダード(3)P.27)

**ウ誤り。**本記述は、Aがした売買契約は失踪宣告が取り消されなければ有効とはならないとしている点で、誤っている。

民法31条参照。民法30条1項の規定により失踪の宣告を受けた者は同項の期間が満了した時に、同条2項の規定により失踪の宣告を受けた者はその危難が去った時に、死亡したものとみなす。

「死亡したものとみなす」とは、失踪者の従来の住所を中心とする法律関係において失踪者が死亡したのと同様な法律関係を発生させるというだけのことであり、失踪者の権利能力を消滅させるものではない。失踪者は生存していれば権利能力を有し、新しい居住地において新しく形成された身分上・財産上の法律関係に影響はない。また、住所地に残した財産権の処分に関する契約についても、失踪宣告の取消しを停止条件とする契約として、その限度で効力を認めるべきであるとされている。よって、失踪宣告後にAの生存が判明した場合でも、Aがした売買契約は有効となる。(条文・判例スタンダード(3)P.27)

**エ正しい。**本記述は、大判昭13. 2. 7により正しい。

失踪宣告後その取消し前の契約の効力が問題となった事案において、判例は、民法

32条1項後段が失踪宣告後その取消前に善意をもって為したる行為の効力を認めたのは、その行為が契約である場合には当事者双方が善意であるときに限りその効力を認める趣旨であるとしている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、民法32条1項後段が適用されると、本来の権利者が権利を失うことになるところ、その原因が契約である場合に、その契約が本来の権利者から権利を奪っても保護に値すると認められるのは、契約の両当事者が善意である場合だけであるということを挙げている。

よって、本記述においては、売買契約時にCが悪意であることから、Cは甲土地の所有権を取得できない。(条文・判例スタンダード(3)P.28)

**才誤り。**本記述は、失踪宣告を取り消すことができないとしている点で、誤っている。民法31条、32条1項前段。民法31条は、「失踪の宣告を受けた者は…死亡したものとみなす。」としているところ、「みなす」とは事実を擬制するものであり、この効果を否定するためには、宣告の取消しを請求し、家庭裁判所の審判による失踪宣告の取消しを得る必要がある。

また、民法32条1項前段は、「失踪者が生存すること又は前条に規定する時と異なる時に死亡したことの証明があったときは、家庭裁判所は、本人又は利害関係人の請求により、失踪の宣告を取り消さなければならない。」とし、宣告の取消しには、①失踪者が生存していること、②宣告によって死亡とみなされる時と異なる時に死亡したこと(異時死亡)、③失踪期間の起算点以後のある時点で生存していたこと、のいずれかが証明されることを要するとされている。

本記述において、失踪宣告が取り消されていないことから、Aは失踪期間7年の満了時に死亡したとみなされている。しかし、実際は失踪期間の満了後に死亡しているため、死亡時期が異なることになる。よって、異時死亡に当たり、Aの失踪宣告を取り消すことができる。(条文・判例スタンダード(3)P.27~8)

以上により、正しい記述はイとエであり、したがって、正解は肢3となる。

民法	失踪宣告	日付	/	問題整理番号	正答率
第4問		チェック欄		1-3-(9)	%
〈出題ポイント〉 条文知識：4 判例知識：2 学説理解：2 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 第1クール 第3回 第4問)

〔第4問〕(配点：2)

Aが家庭裁判所による失踪宣告を受け、Aの妻BがAの財産を相続したことを前提として、次の1から4までの各記述のうち、誤っているものを2個選びなさい。(解答欄は、[No.4]、[No.5] 順不同)

1. Aの受けた失踪宣告が、乗っていた航空機が事故に遭ったことを原因とする特別失踪の宣告である場合には、Aは事故から1年が経過した時に死亡したものとみなされる。
2. Aが失踪宣告を受けた後、生きて帰ってきた場合でも、家庭裁判所により失踪宣告が取り消されない限り、失踪宣告の効力は失われない。
3. Aが失踪宣告を受けた後、それが取り消される前に、Bが相続した土地をAの生存を知らずながら第三者Cに売り渡した行為は、その後、Aの失踪宣告が取り消された場合であっても、CがAの生存を知らなかったときには、無効とはならない。
4. Aが失踪宣告を受けた後、Aの生存が判明し、失踪宣告が取り消された場合でも、BがAから相続した土地について取得時効の要件を満たす場合には、Bはその土地を取得することができる。



民法 第26問	失踪宣告	過去問	予備なし 新司なし
正解 [No.4] [No.5] 1, 3 (順不同)			

全体正答率 47% (順不同の問題なので、肢別解答率 (%) はありません。)

※ 上記は、実施当時の解答率を示しています。

【合格へのアプローチ】

本問は、失踪宣告の基本知識を問うものである。失踪宣告については、その要件について規定する民法30条、効果発生時期について規定する民法31条は確実に押さえておいて欲しい。この点について、本問では、肢1において特別失踪を出題したが、不在者の生死が7年間明らかでない場合の普通失踪は、7年間の期間が満了した時に死亡したものとみなされることも併せて確認しておいて欲しい。

1 誤り。本記述は、事故から1年が経過した時に死亡したものとみなされるとしている点で、誤っている。

民法30条2項、31条後段。戦地に臨んだ者、沈没した船舶の中に在った者その他死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が、それぞれ、戦争が止んだ後、船舶が沈没した後又はその他の危難が去った後1年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる(特別失踪)。そして、この特別失踪により失踪宣告を受けた者は、その危難が去った時に、死亡したものとみなされる。

これは、普通失踪と異なり、特別失踪の場合は、現実にも最死亡の蓋然性が高い時期は危難終止時であることから、危難の去った時に死亡したものとするのが常識的であると考えられたためである。(内田IP.95。川井(1)P.58。条文・判例スタンダード(3)P.26~7。)

2 正しい。本記述は、民法31条により正しい。

民法31条。失踪の宣告を受けた者は、死亡したものとみなされる。

民法が「推定する」ではなく、本条のように「みなす」としたのは、人の生死をめぐる法律関係については画一的処理をすべきことを重視したことによる。

よって、失踪宣告がされた場合、死亡の事実が推定されるのではなく、死亡の事実が擬制されることになるため、失踪宣告の取消しを請求し、家庭裁判所が失踪宣告を取り消さない限り、失踪宣告の効力は失われない。(内田IP.95。川井(1)P.59。条文・判例スタンダード(3)P.27。)

3 誤り。本記述は、Aの失踪宣告が取り消された場合であっても、CがAの生存を知らなかったときには、無効とはならないとしている点で、誤っている。

大判昭13.2.7。失踪宣告の取消しは、失踪の宣告後その取消し前に善意でした行為の効力に影響を及ぼさない(民法32条1項後段)ところ、判例は、ここにいう「善意」とは、契約の場合には当事者双方が善意の場合をいうとしている。

その理由として、判例は、民法32条1項後段は善意の行為者の保護を目的として

失踪宣告後取消し前の善意者の行為を有効と認めているところ、その結果として失踪者は本来の権利状態を回復できなくなるという不利益を受けるのであるから、当事者の一方のみが善意であるだけでは足りず、双方が善意であることを必要と解するのが妥当であるということを挙げている。

本記述では、取引の一方当事者であるBがAの生存を知らずながらCと取引をした以上、CがAの生存を知らなかったとしても民法32条1項後段は適用されず、**失踪宣告の取消しによって、BがCに対して土地を売り渡した行為は無効となる。**(内田IP.98～100。川井(1)P.62～6。条文・判例スタンダード(3)P.28～9。)

- 4 正しい。失踪宣告と時効については、長年にわたり形成された物権的法秩序を覆さないという時効制度の趣旨から、失踪宣告によって直接又は間接に財産権を取得した者が、**財産を長期占有して取得時効の要件を備えた場合には、失踪宣告の取消しによる影響を受けず、財産を時効取得することができる。**

したがって、本記述は正しい。(内田IP.98～9。川井(1)P.62～3。)

以上により、誤っている記述は1と3であり、したがって、正解は肢1と肢3(順不同)となる。

平成29年予備試験短答式試験本試験問題

[刑法]

[第2問] (配点：2)

略取，誘拐及び人身売買の罪に関する次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討した場合，誤っているものの組合せは，後記1から5までのうちどれか。(解答欄は，[No. 3])

- ア. 営利の目的で未成年者を買収した場合，未成年者買収罪のみが成立する。
- イ. 身の代金目的誘拐罪は，近親者その他誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的を主観的要素とする目的犯である。
- ウ. 身の代金目的で成年者を略取し，公訴が提起される前に同成年者を安全な場所に解放すれば，身の代金目的略取罪の刑が必要的に減輕される。
- エ. 未成年者誘拐罪は親告罪である。
- オ. 親権者は，未成年者誘拐罪の主体とはならない。

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

刑法 第2問	略取、誘拐及び人身売買	H29予備試験
--------	-------------	---------

正解 [No.3] 2

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	6	43	3	3	44

(全体正答率43%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性があります。

- ア誤り。**本記述は、未成年者買受け罪のみが成立するとしている点で、誤っている。  
刑法226条の2が定める人身売買罪は、人を買ひ受けることにより成立し、未成年者を買ひ受けた者（同条2項）、営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で、人を買ひ受けた者（同条3項）について、それぞれ法定刑が加重されている。  
未成年者を営利目的で買ひ受けた場合のように、本条の複数の要件（同条2項、3項）を満たす場合には、法条競合となり、最も法定刑の重い営利目的等買ひ受け罪が成立する（同条3項）。
- イ正しい。**刑法225条の2第1項により、本記述は正しい。  
刑法225条の2第1項が定める身代金目的拐取罪は、「近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的」を主観的要素とする目的犯である。
- ウ正しい。**刑法228条の2により、本記述は正しい。  
刑法228条の2は、身代金目的拐取罪等においては、被拐取者の生命や身体の危険が大きいことから、その安全を図るために、被拐取者を開放した場合には刑の必要的減軽を認める政策的な規定である。  
身代金目的で成年者を略取した者が、公訴が提起される前に同成年者を安全な場所に解放すれば、刑法228条の2により、身代金目的略取罪（刑法225条の2）の刑が必要的に減軽される。
- エ正しい。**刑法229条により、本記述は正しい。  
刑法は、被害者の利益の保護の観点から、一定の犯罪を親告罪とすることによって、処罰の利益との調整を図っている。そして、未成年者誘拐罪（刑法224条）は、刑法229条により親告罪とされる罪の範囲に含まれる。
- オ誤り。**本記述は、親権者は未成年者誘拐罪の主体とはならないとしている点で、誤っている。  
最決平17.12.6（百選II12事件、親権者による未成年者略取）。  
判例は、C（2歳児）の父親であり、共同親権者の1人である被告人が、Cの共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穏に生活していたCを、祖母のDに伴われて保育園から帰宅する途中に有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたという事案において、「その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、

被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される」とした上で、「本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められないのであり、未成年者略取罪の成立を認めた原判断は、正当である」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、**未成年者略取罪の保護法益は、被拐取者の自由と保護・監護権の両方であるため、親権者であっても同罪の構成要件には該当し、親権者であるという点は違法性のレベルで考慮されるべきである**ということを挙げている。

以上により、誤っている記述はアとオであり、したがって、正解は肢2となる。

刑 法	略取・誘拐の罪	日 付	/	問題整理番号	正答率
第7問		チェック欄		4-2-(3)	%
〈出題ポイント〉 条文知識：3 判例知識：4 学説理解：2 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第15回 第7問)

〔第7問〕(配点：2)

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、誤っているものはどれか。  
(解答欄は、[No.13])

1. 甲は、別居中の妻乙の監護下にある2歳の子丙の共同親権者であるが、監護養育上必要とされる特段の事情がないのに、有形力を行使して丙を強引に連れ去った。甲には未成年者略取罪が成立し得る。
2. 甲は、身の代金目的で乙銀行の頭取丙を略取し、乙銀行の幹部の憂慮に乗じて乙銀行の幹部に対し身の代金を要求した。甲には身の代金要求罪が成立する。
3. 甲は、19歳の女子大生乙をわいせつ目的で誘拐した。甲には未成年者誘拐罪のみが成立する。
4. 甲は、身の代金目的で乙を略取したが、公訴提起前に、乙を安全な場所に解放した。甲には身の代金目的略取罪が成立するが、その刑は必要的に減輕される。
5. 甲は、営利目的で乙を略取した後に、更に乙の父親丙に身の代金を要求した。甲には営利目的略取罪と身の代金要求罪が成立し、両罪は併合罪となる。

刑法 第7問	略取・誘拐の罪	過去問	新司なし 予備22-13, 19-1
正解 [No.13] 3			

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	0	4	63	8	21

(全体正答率 63%)

※ 上記は、実施当時の解答率を示しています。

### 【合格へのアプローチ】

本問は、略取・誘拐の罪について、条文及び判例の理解を問うものである。略取・誘拐の罪は、比較的マイナーな分野であり、勉強が手薄になりがちである。しかし、少なくとも百選判例については押さえておく必要があるため、本問の解説を参考に復習しておいて欲しい。さらに、略取・誘拐の罪は条文の知識についてストレートに聞く出題が多いので、本問の復習の際に、条文を一読して欲しい。

1 正しい。最決平17. 12. 6 (百選II 12事件)。判例は、本記述と同様の事案において、親権者の1人である被告人の行為が未成年者略取罪(刑法224条)の構成要件に該当するかについて、「被告人は、丙の共同親権者の1人である乙の実家において乙及びその両親に監護養育されて平穩に生活していた丙を、祖母のDに伴われて保育園から帰宅する途中に…有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当する」としている。

そして、判例は、被告人が親権者の1人であることは、「その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情である」とした上で、「本件において、被告人は、離婚係争中の他方親権者である乙の下から丙を奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、丙の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということとはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、丙が自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められない」とし、違法性阻却を認めず、未成年者略取罪の成立を認めている。

よって、本記述では、甲には未成年者略取罪が成立し得る。

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(6)P.426・スタンダードP.424)

2 正しい。最決昭62. 3. 24 (百選II 13事件)。判例は、本記述と同様の事案において、「刑法225条の2にいう『近親其他被拐取者の安否を憂慮する者』〔注：当時〕には、単なる同情から被拐取者の安否を気づかうにすぎないとみられる第三者は含

まれないが、被拐取者の近親でなくとも、被拐取者の安否を親身になつて憂慮するのが社会通念上当然とみられる特別な関係にある者はこれに含まれる」とした上で、「銀行の代表取締役社長が拐取された場合における同銀行幹部らは、被拐取者の安否を親身になつて憂慮するのが社会通念上当然とみられる特別な関係にある者に当たるといふべきであるから、本件銀行の幹部らが同条にいう『近親其他被拐取者の安否を憂慮する者』に当たるといふべきである」としている。

よって、本記述では、**甲には身の代金要求罪が成立する。**

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(6)P.429～430・スタンダードP.427～8)

- 3 誤り。** わいせつ目的で未成年者を誘拐した場合には、わいせつ目的誘拐罪(刑法225条)が成立し、未成年者誘拐罪はそれに吸収されると解されている。

よって、本記述では、**甲にはわいせつ目的誘拐罪が成立する。**

したがって、本記述は誤っている。(条文・判例本(6)P.427・スタンダードP.425)

なお、営利の目的で未成年者を誘拐したという事案につき、営利目的等誘拐罪は被拐取者が成年者及び未成年者である場合を包括し、営利目的等を有する場合には厳格に処罰するという規定であり、営利目的等をもって人を誘拐した以上は、被拐取者が未成年者であるとしても、刑法225条の営利目的等誘拐罪が成立するにとどまり、別に未成年者誘拐罪は適用されるものではないとして、営利目的誘拐罪のみが成立し未成年者誘拐罪は成立しないとする判例がある(大判明44.12.8)。

- 4 正しい。** 刑法228条の2。刑法225条の2(身の代金目的拐取罪、拐取者身の代金取得等罪)又は227条2項(身の代金目的拐取幫助罪)若しくは4項(身の代金目的被拐取者收受罪、收受者身の代金取得等罪)を犯した者が、公訴が提起される前に、略取され又は誘拐された者を安全な場所に解放したときは、その刑を減輕する。その趣旨は、身の代金目的拐取等の罪は、被拐取者の生命が危険にさらされる極めて危険な犯罪であり、被拐取者が殺害される事例も少なくないことから、犯人が自発的、積極的に被拐取者を解放した場合にその刑を必要的に減輕することにより、被拐取者の一刻も早い解放を促す点にある。

よって、本記述では、**甲には身の代金目的略取罪が成立し、その刑は必要的に減輕される。**

したがって、本記述は正しい。(条文・判例本(6)P.432・スタンダードP.430)

- 5 正しい。** 最決昭57.11.29。判例は、「営利の目的で人を略取した者がみのしろ金要求罪を犯した場合には、右両罪は、併合罪の関係にある」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、両罪の保護法益の価値関係は、一方が他方を包含し尽くすような大小関係に立たないため、吸収一罪とはならないこと、及び、営利拐取行為が原因となって身の代金取得罪等を犯すという結果が生じることが刑事学的類型的であるとは思われないので、通常相互に手段結果の関係にあるものとはいえず、両罪は牽連犯にはならないことから、結局、両罪は併合罪であると解するのが一番自然で無理がないということを挙げている。

よって、本記述では、**甲には営利目的略取罪と身の代金要求罪が成立し、両罪は併合罪となる。**

したがって、本記述は正しい。

以上全体につき、山口P.235～243。前田(各)P.81～92。



■ワンポイントレッスン

略取，誘拐罪の各類型における未遂規定，予備規定及び解放減輕の有無，親告罪か否かに関して表にまとめたので，条文を確認する際の参考にして欲しい。

(表中，刑法省略)

	未遂 (228条)	予備 (228条の3)	解放減輕 (228条の2)	親告罪 (229条)
未成年者略取・誘拐罪(224条) 営利目的等略取・誘拐罪(225条) 被拐取者引渡し等罪(227条1項) 営利・わいせつ等目的引渡し等罪(227条3項)	○	×	×	○ (営利・生命 身体加害目 的は除く)
身の代金目的略取・誘拐罪 (225条の2第1項)	○	○	○	×
身の代金目的被拐取者收受罪 (227条4項前段)	○	×	○	×
略取・誘拐者身の代金要求罪 (225条の2第2項)	×	×	○	×
被拐取者收受者の身の代金要求罪 (227条4項後段)	×	×	○	×
所在国外移送目的略取及び誘拐罪(226条) 人身売買罪(226条の2) 被略取者等所在国外移送罪(226条の3)	○	×	×	×
身の代金目的略取・誘拐幫助目的收受罪 (227条2項)	○	×	○	×

【MEMO】

平成29年予備試験短答式試験本試験問題

〔民事訴訟法〕

〔第31問〕（配点：2）

移送に関する次の1から5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はどれか。（解答欄は、〔No.32〕）

1. 大阪簡易裁判所が、事件が複雑であることから相当と認めてその管轄に属する訴訟の全部を大阪地方裁判所に移送した場合であっても、大阪地方裁判所は、証拠の偏在等の事情を考慮し当事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは、当該訴訟の全部を更に他の管轄裁判所に移送することができる。
2. 貸主である原告が、東京地方裁判所の管轄区域内に住所を有する複数の借主を共同被告として、各被告との間の同種の消費貸借取引に基づく貸金請求訴訟を、各被告に対する請求額を合算すると140万円を超えとして、東京地方裁判所に併合して提起した場合には、東京地方裁判所は、各被告に対する請求額が140万円を超えず簡易裁判所の事物管轄に属するとして、被告ごとに弁論を分離した上で、訴訟を各被告の住所地を管轄する簡易裁判所に移送することはできない。
3. 消滅時効の期間の満了前に訴えが提起されて時効の中断の効力が生じた場合には、その後移送の申立てがされ、当該期間の経過後に移送の裁判が確定したとしても、その効力は影響を受けない。
4. 簡易裁判所は、その管轄に属する不動産に関する訴訟につき被告の申立てがあるときは、その申立ての前に被告が本案について弁論をしていない限り、当該訴訟の全部又は一部をその所在地を管轄する地方裁判所に移送しなければならない。
5. 移送の決定に対しては、即時抗告をすることができるが、移送の申立てを却下した決定に対しては、即時抗告をすることができない。

民事訴訟法 第31問	移 送	H 2 9 予備試験
------------	-----	------------

正解 [No.32] 5

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	16	22	3	14	<b>44</b>

(全体正答率44%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性があります。

1 正しい。民事訴訟法 17 条、18 条より、本記述は正しい。

民事訴訟法 17 条。第一審裁判所は、訴訟がその管轄に属する場合においても、当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地その他の事情を考慮して、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、訴訟の全部又は一部を他の管轄裁判所に移送することができる。

民事訴訟法 18 条。簡易裁判所は、訴訟がその管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、訴訟の全部又は一部をその所在地を管轄する地方裁判所に移送することができる。

本件は、訴訟の全部を大阪簡易裁判所から大阪地方裁判所に移送した後、さらに別の管轄裁判所に移送している。民事訴訟法 22 条 1 項、2 項は、通常の手続では争えなくなった確定した移送の裁判は、移送を受けた裁判所を拘束し、移送を受けた裁判所は、さらに他の裁判所に移送することができないとしている点からこれに反するとも思える。しかし、**移送を受けた裁判所が、別の移送の理由で再度移送することは認められている**、と考えられており、上記の各移送は、それぞれ民事訴訟法 18 条、17 条に基づく別の移送の理由によるものであるため、許される。(和田P. 23)

2 正しい。民事訴訟法 15 条より、本記述は正しい。

**裁判所の管轄は、訴えの提起の時を標準として定める。**

そのため、訴え提起後に弁論の分離によって、裁判所の事物管轄や土地管轄は影響を受けないものとされている。

本件では、訴えの提起時に、合算した請求額が 140 万円を超えてとして東京地方裁判所に提訴しているので、各被告に対する請求額が 140 万円を超えず簡易裁判所の事物管轄に属するとしても(裁判所法 33 条 1 項 1 号)、弁論の分離によって事物管轄の影響は受けないので、移送はできない。

3 正しい。民事訴訟法 22 条 3 項より、本記述は正しい。

**移送の裁判が確定したときは、訴訟は、初めから移送を受けた裁判所に係属していたものとみなす。**

よって、訴え提起の効果である時効中断の効力がそのまま維持される。(和田P. 23。伊藤P. 101)

4 正しい。民事訴訟法 19 条 2 項より、本記述は正しい。

民事訴訟法 19 条 2 項。簡易裁判所は、その管轄に属する不動産に関する訴訟につき被告の申立てがあるときは、訴訟の全部又は一部をその所在地を管轄する地方裁判所に移送しなければならない。ただし、その申立ての前に被告が本案について弁論をし

た場合は、この限りでない。

その趣旨は、不動産に関する訴訟は、一般に複雑なものであり、地方裁判所での審理に適することを考慮して、被告の事物管轄選択権を認めたものである。(和田P. 21～2。伊藤P. 98)

5 誤り。本記述は、移送の申立てを却下した決定に対しては、即時抗告をすることができないとしている点で、誤っている。

民事訴訟法21条。移送の決定及び移送の申立てを却下した決定に対しては、即時抗告をすることができる。(和田P. 22～3。伊藤P. 99)

民事訴訟法	移 送	日 付	/	問題整理番号	正答率
第31問		チェック欄		2-3	%
〈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1回 第31問)

〔第31問〕(配点：2)

移送に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものを2個選びなさい。(解答欄は、[No.31]，[No.32] 順不同)

1. 簡易裁判所は、その管轄に属する不動産に関する訴訟につき被告の申立てがあるときは、原則として、訴訟の全部又は一部をその所在地を管轄する地方裁判所に移送しなければならない。
2. 訴訟提起後、移送の申立てがあった場合、訴訟提起による時効中断の効力は、移送の裁判が確定した時点で失われる。
3. 訴訟がその係属する第一審裁判所の専属管轄に属する場合、その専属管轄が当事者の合意で定められたとき、及び特許権等に関する訴えに係る訴訟であるときを除いて、当該裁判所は遅滞を避けるため等の移送をすることはできない。
4. 移送を受けた第一審裁判所は、移送後新たに生じた事由に基づき、訴訟の著しい遅滞を避けるために更に他裁判所への移送が必要であると判断した場合であっても、移送をすることはできない。
5. 第一審裁判所は、訴訟がその管轄に属する場合において、原告の別裁判所への移送の申立て及び、被告の移送への合意があるときであっても、移送により訴訟手続が著しく遅滞することを理由として、移送を行わないことができる。

行政法 第16問	移 送	過去問	予備25-31 新司25-56, 21-57
正解 [No.31] [No.32] 2, 4 (順不同)			

全体正答率47% (順不同の問題なので、肢別解答率 (%) はありません。)

※ 上記は、実施当時の解答率を示しています。

### 【合格へのアプローチ】

本問題は、移送についての条文知識を問うものである。移送には、大きく分けて管轄違い（民事訴訟法16条）、裁判所の裁量（民事訴訟法17条、18条、20条の2）、当事者の合意（民事訴訟法19条）によるものがあり、その移送決定に対しては即時抗告をすることができる（民事訴訟法21条）。そして、移送の裁判は裁判所を拘束する（民事訴訟法22条）。この辺りの条文知識と、本問で問われている知識を押さえておけば、対応できるであろう。また、肢3の民事訴訟法20条1項・2項の条文操作については、一度確認しておいて欲しい。

1 正しい。本記述は、民事訴訟法19条2項本文により正しい。

民事訴訟法19条2項本文は、「簡易裁判所は、その管轄に属する不動産に関する訴訟につき被告の申立てがあるときは、訴訟の全部又は一部をその所在地を管轄する地方裁判所に移送しなければならない」と規定している。

その趣旨は、不動産に関する訴訟は、訴額が140万円以下のものであっても、当事者の利害関係が大きく、権利関係も複雑で、審理が複雑困難になる事件が多いことから、簡易裁判所と地方裁判所の競合管轄であるとされているところ（裁判所法24条1号、33条1項1号）、原告が訴え提起時に裁判所を選択できることから、被告の申立てによる一方的な必要的移送を定め、当事者間の公平と、地方裁判所による審理の可及的な優先を実現しようとした点にある。（伊藤[4版補訂版]P.95～6、[5版]P.98～9。民事訴訟法講義案P.37。和田P.21～2。条文・判例スタンダード(5)P.27～8）

2 誤り。本記述では、訴訟提起後、移送の裁判が確定した場合であっても訴訟提起の効果である時効中断の効力は失われないとすべきところ、移送の裁判が確定した時点で失われるとしている点で、誤っている。

民事訴訟法22条3項。民事訴訟法22条3項は、「移送の裁判が確定したときは、訴訟は、初めから移送を受けた裁判所に係属していたものとみなす」と規定している。

その趣旨は、移送によっても有効な訴訟係属は妨げられないことを明らかにして、時効中断や期間遵守等に関する当事者の利益を保護しようとする点にある。（伊藤[4版補訂版]P.98～9、[5版]P.101～2。民事訴訟法講義案P.38。和田P.23。条文・判例スタンダード(5)P.29）

3 正しい。本記述は、民事訴訟法20条1項、17条、20条2項により正しい。

民事訴訟法20条1項は、訴訟がその係属する裁判所の専属管轄（当事者が第11条の規定により合意で定めたものを除く。）に属する場合には、民事訴訟法17条（「遅滞を避ける等のための移送」）は適用されない旨規定している。

もっとも、民事訴訟法20条2項によれば、特許権等に関する訴えに係る訴訟については、民事訴訟法17条が適用される場合がある。

まず、民事訴訟法20条1項の趣旨は、公益上の理由から、その地での審理が必要とされるとして定められる専属管轄を、裁判所の裁量（民事訴訟法17条、18条）や当事者の合意（民事訴訟法19条）によって覆すことは妥当でないという点にある。

そして、民事訴訟法20条2項の趣旨は、知的財産関係の専属管轄の特殊性、すなわち、同訴訟の専門技術的な要素とそれに対応した東京・大阪両地方裁判所の人的体制に着目したものに過ぎないという特殊性に鑑み、民事訴訟法17条または民事訴訟法19条1項による移送について、東京地方裁判所と大阪地方裁判所の間ではそれを認めた点にある。

よって、民事訴訟法20条1項・2項によれば、訴訟がその係属する第一審裁判所の専属管轄に属する場合、その専属管轄が当事者の合意で定められたとき、及び特許権等に関する訴えに係る訴訟であるときを除けば、当該裁判所は遅滞を避ける等のための移送をすることはできないといえる。（伊藤[4版補訂版]P.93～5、[5版]P.96～8。民事訴訟法講義案P.35～6。和田P.20, 22。条文・判例スタンダード(5)P.26～8）

4 誤り。本記述は、移送を受けた第一審裁判所は、移送後新たに生じた事由に基づき、訴訟の著しい遅滞を避けるために更に他裁判所への移送が必要であると判断した場合には移送を行うことができるとすべきところ、これをできないとしている点で、誤っている。

民事訴訟法22条2項、17条。移送を受けた裁判所は、更に事件を他の裁判所に移送することができない（民事訴訟法22条2項）。

その趣旨は、移送決定により受移送裁判所を拘束し、再移送が禁止されるとすることで、裁判所の消極的な権限争いにより当事者に著しい不利益を課す結果となることを防止する点にある。

もっとも、民事訴訟法22条2項は、移送決定後の新事由を理由とする再移送や、移送された事由とは別の事由による再移送を禁止するものではなく、**受移送裁判所は、移送後の新事由に基づき民事訴訟法17条による裁量移送をすることもできる。**

（伊藤[4版補訂版]P.93～5, 98, [5版]P.96～8, 101。民事訴訟法講義案P.35～6, 38。和田P.23。条文・判例スタンダード(5)P.26～7, 29）

5 正しい。本記述は、民事訴訟法19条1項により正しい。

民事訴訟法19条1項は、「第一審裁判所は、訴訟がその管轄に属する場合においても、当事者の申立て及び相手方の同意があるときは、訴訟の全部又は一部を申立てに係る地方裁判所又は簡易裁判所に移送しなければならない。ただし、移送により著しく訴訟手続を遅滞させることとなるとき、又はその申立てが、簡易裁判所からその所在地を管轄する地方裁判所への移送の申立て以外のものであって、被告が本案について弁論をし、若しくは弁論準備手続において申述をした後にされたもの



であるときは、この限りでない」と定める。

その趣旨は、管轄について当事者意思の反映を認める民事訴訟法11条、12条と並んで、管轄裁判所への提訴後も、当事者の意思を尊重しようとした点にあり、ただし書において、移送により著しく訴訟手続を遅滞させることとなるときは、移送をしなくてもよいとされる趣旨は、本条の移送制度の濫用を防止する点にある。

(伊藤[4版補訂版]P.96, [5版]P.99。民事訴訟法講義案P.36～7。和田P.21～2。条文・判例スタンダード(5)P.27～8)

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。





## 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