

2022 年 7 月 18 日（月）午後 1 時

2022 年度前期 再チャレンジプログラム（1/5）

作成：中野知美

1 答案を書く上で注意することチェックリスト

- ☐ 質問に合った問題提起をする。
- ☐ 問題提起に対応する結論を意識する。
- ☐ 主語と述語の噛み合わせに注意する。
- ☐ 法律の言い換えをする。
- ☐ 答案の構成は、
 - ① 問題提起
 - ② 規範定立
 - ③ 当てはめ
 - ④ 結論の骨子を意識する。
- ☐ 条文を、条数まで正しく引用する。
- ☐ 指示語は何を指しているか明確にする。
- ☐ 「以上」を書く。
- ☐ 書いていないことは「考慮していない」と思われることに注意。
- ☐ 「しかしながら」は 1 つの段落に 1 つになるよう心がける。
- ☐ 問題の中で「判例の立場に立って」「判例の内容を説明した上」などの特別な指示がない限りは、「裁判例によれば」で誤魔化さず、判例の中で言及される理由づけや結論を記載するようにする。

コメントの追加 [A1]: できる限り読み手が引っかかりからない答案を書く。読み手が引っかかり始めると、見逃される粗がばれることもあっていいことがない。

コメントの追加 [A2]: 行政法のよくわからない用語とかが出てきた場合は、先に言い換えておくと楽。見やすい答案を意識せよ。

コメントの追加 [A3]: 途中答案と思われないようにする。

コメントの追加 [A4]: 自分の結論と相反する事情をも答案に拾って結論を書く。

☐ 争いのある点と争いのない点を見極める。

☐ 綺麗な字ではなくてもいいので、「丁寧な字」を心がける。

☐ ナンパリングを適切に利用する。

☐ できる限り条文上の文言を利用するようにする。

☐ 問題文には基本的に無駄はない。なぜその事情が書かれているかをしっかり考える。

☐ 注釈を見落とさない。

コメントの追加 [A5]: 教科書の記載内容は、どの文言（どの体系）との関係で問題になるかを意識して読む。

コメントの追加 [A6]: (例) 住居侵入罪について触れる必要のないときに触れない

2 刑法

☐ 刑法は条文からスタートする。

☐ まずは「通説・判例」が何かをしっかり理解する。

☐ 自分とは異なる立場にも気を配る。

コメントの追加 [A7]: 刑事系はこの傾向がある。授業を聴いて授業の範囲で復習する程度でOK。

☐ メリハリをつける。

コメントの追加 [A8]: 書きすぎると、答案の修正もできなくなるので注意。

☐ 時間配分に注意する。

☐ 事実と評価を分けることを意識する。

☐ 書き方のイメージ

① 人ごとに論じるアプローチ

<例>

第1 甲の罪責

1 ~の行為について

(1) 問題提起

(2) 構成要件該当性

(3) 違法性阻却事由の有無

(4) 責任阻却事由の有無

(5) 結論

2 ~の行為について

*
3 罪数
第2 乙の罪責
*

② 行為ごとに論じるアプローチ

<例>

第1 ～の行為について

1 甲の罪責

(1) 問題提起

(2) 構成要件該当性

(3) 違法性阻却事由の有無

(4) 責任阻却事由の有無

(5) 結論

2 乙の罪責

*

第2 ～の行為について

1 甲の罪責

*

2 乙の罪責

*

第3 罪数

コメントの追加 [A9]: 共犯の場合はこちらの方が書きやすい。

コメントの追加 [A10]: 違法性阻却事由や責任阻却事由がないということも一言触れておくこと見落としを防止できる。

<平成30年度刑法>

(1) 問題の把握

- ・ 甲及び乙の罪責を論じる
- ・ 「住居侵入罪及び特別法違反の点を除く」
- ・ 背格好や年齢が出てくるのは、殺意の認定か正当防衛が問題となる場面

(2) 甲の罪責

* 甲が乙の自宅の周りに灯油をまいた行為

→ Bへの殺人罪（刑法199条）及び乙への殺人未遂罪に当たるか。

→ 現在建造物放火罪（刑法108条）に当たるか。

<殺人罪>

あ 構成要件該当性

(殺人)

第199条 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。

殺人罪の構成要件

- ① 人を
- ② 殺したこと
- ③ 故意 (→本件では未必の故意あり)

本件での問題点

・灯油を本件住宅の周りに撒いた後(第一行為)、新聞紙の束を用いて灯油に点火して(第二行為)、有毒ガスを発生させて乙を殺そうと思っていたけど、第一行為の時点で火が点いてしまい、Bが死亡している。

→早すぎる構成要件の実現の問題

*考え方

第一行為の段階で、甲の計画した一連の実行行為の着手が肯定され、結果との因果関係の問題が解決できるかどうか。

【クロロホルム事件】

- ① 第一行為が第二行為を確実かつ容易にするものであったか
- ② 第一行為成功後に、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような事情がなかったか
- ③ 第一行為と第二行為の時間的場所的近接性

→②の要件の該当性をどう考えるか。

*灯油の揮発性等の問題

<肯定した場合>

い 違法性阻却事由→なし

う 責任阻却事由→なし

<否定した場合>

殺人予備罪(刑法201条) / (重) 過失致死罪(刑法210条、211条)

* どの行為を実行行為とするかによって、罪数が異なる。

コメントの追加 [A11]: 灯油とガソリンの危険性の違い。灯油は揮発性がないので危険性を認定するときに一工夫を要する。灯油をまくだけでは放火罪の実行の着手が認められない判例も存在するくらいなので、実行の着手を認定するのは慎重に。

コメントの追加 [A12]: 重過失致死罪の実行行為は、煙草を吸ったことと灯油をまいた行為どちらの認定もありうる。

<現在建造物放火罪>

あ 構成要件該当性

(現住建造物等放火)

第108条 放火して、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、汽車、電車、艦船又は鉱坑を焼損した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。

- ① 放火して
- ② 現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、汽車、電車、艦船又は鉱坑を
- ③ 焼損した者

*「焼損」の考え方

- ・独立燃焼説
- ・それ以外

※今回は「独立燃焼しないこと」の認識がある点に注意

<焼損を認める場合>

*実行の着手があるか否かを検討

ある場合↓

- い 違法性阻却事由なし
- う 責任阻却事由なし

<焼損を認めない場合>

*不可罰

*実行の着手はあったと考えた場合には、建造物等以外放火罪(刑法110条1項)の可能性

<罪数>

成立させた犯罪によって罪数が異なってくることに注意

- ・殺人罪
- ・殺人未遂罪
- ・殺人予備罪
- ・重過失致死罪
- ・現在建造物放火罪
- ・建造物等以外放火罪

(3) 乙の罪責

* 乙が金属バットを甲の体に目掛けて繰り返し振り下ろした行為。

→殺人未遂罪か、傷害罪か

* 殺意の有無について検討

* 重い方から検討するのは1つの方法

<傷害罪>

あ 構成要件該当性

(傷害)

第204条 人の身体を傷害した者は、十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

① 人の身体を

② 傷害した者

い 違法性阻却事由

* 正当防衛

(正当防衛)

第36条 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

① 急迫不正の侵害に対して

→侵害が現存するか差し迫っていること

* 侵害の予期との関係

② 自己又は他人の権利を防衛するため

* 追いかけてまで追撃したことの評価

③ やむを得ずにした行為

→自己又は他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものかどうか

<違法性阻却事由あり>

→なんらの犯罪も成立しない

<過剰防衛>

う 責任阻却事由なし

ただし減刑される

3 民事訴訟法

- ☐ 手続法はイメージが大事→手続のイメージを湧かせてみましょう。
- ☐ 民事訴訟法は特に基礎が重要→基礎さえ身につけていれば解ける問題がほとんど。
- ☐ 条文がないところも多い。
- ☐ 要件事実を意識する。
- ☐ 定期試験については、とにかく授業の復習をする。

<令和2年度前期民事訴訟法>

<問題1>

*まずは問題の整理

<本訴>

訴訟物：XのYに対する、売買契約に基づく商品代金請求権

【請求原因】

あ X→Y 商品を700万円で売却する旨の売買契約締結

【抗弁】

カ 反訴請求権の存在

キ 反訴の請求権を自働債権、本訴の請求権を受働債権として対当額で相殺する旨の意思表示をしたこと

<反訴>

訴訟物：YのXに対する不法行為に基づく損害賠償請求権

【請求原因】

あ XがY納品した商品の不良があったこと

- い あが原因で機材が故障したこと
- う Yが1000万円の損害を被ったこと
- え あとうの間に因果関係があること

【設問1】

<問われていること>

P地方裁判所が、Yの相殺の抗弁をどのように扱うべきかについて、Yが他の裁判所に別訴を提起していた場合と比較しつつ検討すること

(1) 問題の所在

既に反訴の訴訟物として提起されている損害賠償請求権を、本訴において相殺の抗弁の自働債権として主張することが、民訴法142条の二重起訴の禁止に反しないか。

(重複する訴えの提起の禁止)

第142条 裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴えを提起することができない。

(2) 民訴法142条の趣旨

- ・既判力の抵触のおそれ
- ・被告の二重応訴の負担
- ・裁判所の二重審理の無駄の回避

(3) 本件に民訴法142条の適用があるか

*まずは、相殺の抗弁が「訴えの提起」ではないことを指摘

*もっとも、相殺の抗弁に既判力が認められることから、(2)の趣旨を適用すべき場面であることを指摘

(既判力の範囲)

第114条 確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する。

2 相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断は、相殺をもって対抗した額について既判力を有する。

*類推適用することを明示する

(4) 本件の検討

参考にすべき判例：最判平成3年12月17日、最判平成18年4月14日

*判例の結論にそのまま飛びつくのではなく、思考の流れを意識する。

前提：別訴において請求されている債権を、本訴において相殺の抗弁に供する場合

コメントの追加 [A13]: 直接適用はできないと一言触れる。

→まさに既判力の抵触が起こり得る場面
→相殺の抗弁は却下される

↓

もし、この別訴と本訴が併合審理されていたら？
→裁判所の裁量で分離は可能。
→既判力の抵触のおそれは消えていない
→相殺の抗弁は却下される

↓

反訴の場合

→併合審理される2つの裁判であることは変わらないものの、審理の方法としては、まずは本訴が審理されるなど、特殊性がある
→相殺の抗弁を提出した本訴被告兼反訴原告の合理的意思を解釈し、相殺の抗弁の自働債権と同一の債権を訴求する反訴は、相殺の自働債権について既判力ある判断が示された場合には、その部分について反訴請求しない旨の予備的反訴に変更されるものと扱うべき。
→相殺の抗弁は採用される

(5) 結論

Pは相殺の抗弁を採用すべき

【設問2】

<先行訴訟>

訴訟物：YのXに対する不法行為に基づく1000万円の損害賠償債権のうち200万円を超える部分の損害賠償請求権

<後行訴訟>

訴訟物：YのXに対する不法行為に基づく1000万円の損害賠償請求権

【問われていること】

Qが後行訴訟を却下する際にはどのような理由を付すべきか。

→「却下する」ことを前提としていることに注意

(1) 問題の所在

コメントの追加 [A14]: 【前提】

分離されることは原則想定されていない。

→したがって、既判力の矛盾抵触のおそれがない。

Qとしては、民訴法142条に基づいて却下することが考えられる

(2) 民訴法142条の趣旨から導かれる審判対象の同一性

(3) 本件についての当てはめ

- ・ 先行訴訟と後行訴訟の訴訟物の同一性

→先行訴訟の上限が実質的に「1000万円」であることを指摘

*請求棄却を求める答弁をしているため

- ・ 既判力の抵触の範囲で重なっているのは「800万円」の範囲であることを指摘
- ・ 二重応訴や二重審理の負担はいずれも同じであること指摘

↓

民訴法142条の趣旨から、後行訴訟は民訴法142条が適用され、却下すべき

(4) 結論

民訴法142条に基づいて却下すべき

【設問3】

【問われていること】

XYの訴訟を後行訴訟において審判すべきと考えた場合の先行訴訟と後行訴訟の処理

(1) 問題の所在

少なくとも、142条が禁止する二重起訴の状態にあることを指摘

→却下しないまま二重起訴の弊害をカバーするための方法として、先行訴訟と後行訴訟を併合審理することを検討

→後行訴訟において行う以上、併合するためには先行訴訟の移送が必要

→17条移送が可能か

(2) 17条移送の条件

(遅滞を避ける等のための移送)

第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。

- ・ 訴訟遅延の回避
- ・ 当事者間の衡平

コメントの追加 [A15]: どの部分に既判力が及ぶのか厳密に記述することは忘れないようにする。

コメントの追加 [A16]: 【イメージ】

債務不存在確認訴訟は乱暴な訴訟

債権者が準備できていない段階で訴訟に巻き込む機能がある(訴訟の強制提起機能)

コメントの追加 [A17]: 【問題の所在】

本来はYに管轄選択の利益があるのだから、Yの権利を害さないような言及が必要である。

(3) 本件への当てはめ

*YがQを選択しているという管轄選択の利益

*Yが債務名義を得る方法

*現在の訴訟の状況

・Qに先行訴訟の管轄がある→5条9項

→移送可能

(4) 結論

・先行訴訟をQ地裁に移送する

↓

・移送後は先行訴訟と後行訴訟を併合する

(移送の裁判の拘束力等)

第22条 確定した移送の裁判は、移送を受けた裁判所を拘束する。

2 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。

3 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。

(口頭弁論の併合等)

第152条 裁判所は、口頭弁論の制限、分離若しくは併合を命じ、又はその命令を取り消すことができる。

2 裁判所は、当事者を異にする事件について口頭弁論の併合を命じた場合において、その前に尋問をした証人について、尋問の機会がなかった当事者が尋問の申出をしたときは、その尋問をしなければならない。

↓

・併合後、先行訴訟が不適法却下とする。

<問題2>

【本件の整理】

訴訟物：乙建物3階部分の所有権に基づく物権的返還請求権としての建物明渡請求権

【請求原因】

あ Xは乙建物3階を所有している。○

い Yは乙建物3階を、輸入雑貨店を経営して占有している。○

コメントの追加 [A18]: 【評価方法】

他の訴訟がだいたい進んでいる状況だと、当事者間の衡平の見地からよくない。

【抗弁】

カ XY間で乙建物3階の使用貸借契約を締結した。○

↓

賃貸借契約締結の主張に変更

【設問1】

問われていること：

裁判所は、Xの自白を理由に建物乙の使用貸借契約を認めることを前提とした判決をしなければならないのか。

(1) 問題提起

裁判所は、Xの自白を理由に建物乙の使用貸借契約を認めることを前提とした判決をしなければならないのか。

→裁判上の自白が成立しているか

→裁判上の自白が成立すると、撤回禁止効が発生する

(2) 裁判上の自白とは

相手方の主張する自己に不利益な事実を認めて争わない陳述

* 事実は「主要事実」に限られることにも注意

(3) 本件への当てはめ

* XとYのそれぞれに対して自白の成立を判断する必要

使用貸借契約の存在→Yが主張する抗弁事実

→Xにとって不利益な事実

X：自己に不利益な事実を認めている→Xにとっては自白成立

Y：自己に有利な事実→Yに自白は成立しない

(4) 結論

Yが使用貸借契約の存在を撤回している以上、裁判所はXの自白を理由に建物乙の使用貸借契約を認めることを前提とした判決をする必要はない。

【設問2】

問われていること：Yの主張の変更の可否をめぐって対立する2つの見解を紹介した上、裁

判所がXの請求を棄却する際に必要な理由づけを検討する

→Xの請求を棄却する理由づけをしなければならないことに注意

(1) 2つの見解

Yの主張の変更が認められる見解：証明責任説

Yの主張の変更が認められない見解：敗訴可能性説

(2) Xの請求が棄却される理由づけ

証明責任説：Yの主張の変更は認められる前提で、裁判所が審理した結果、賃貸借契約が認められた場合

敗訴可能性説：自白が成立し、使用賃貸借契約が認められた場合

以上