

民事訴訟法 問題の趣旨

第1期

本問は、確認の利益の理解を問うものである。確認の利益は、方法選択の適切性、対象選択の適切性、即時確定の利益という3つの視点で判断するのが通説であるが、問題文中にそれらが摘示されているから、受験生にはこれに沿った説明が求められる。

解答に当たっては、いきなり3つの視点を論じ始めるのではなく、その前提として、確認の利益の意義やこの概念を必要とする理由を説明するべきである。その上で、前記の3つの視点を説明することになるが、設問で示された内容を繰り返すだけでは、自己の理解力を示したことになる。自分の言葉で、自ら理解するところを説明するよう心がけるべきである。その際、前述した確認の利益の意義やこの概念を必要とする理由と結びつけてある答案については、原理原則から考えようとするものとして、高く評価した。

なお、本問では、具体例を示すよう求められているから、視点毎に最低1つの具体例を示すべきである。これを欠く答案は、問いに答えたことにならないし、確認の利益の理解が十分であるとは評価できない。

第2期

本設問では、弁論主義（主張責任）を問うものである。論述に当たっては、弁論主義の根拠、主張責任の意義、主張の対象、主要事実の意義を明らかにした上で、民法の条文を示しつつ、X・Y間に売買が成立した場合とX・Y代理人間で売買が成立した場合の主要事実の異同を説明する必要がある。その後、主張責任に関する自己の見解を述べることになるが、この点では、当事者の主張がないにもかかわらず契約の締結が代理人によってされたものと認定した判決が弁論主義に反しないと判示した重要判例があるので（最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁。判例百選47番）、この判例の存在を踏まえた上で、この判例に対する批判が多いことを意識して論述するのが望ましい。

答案構成に当たっては、多数の論点に言及する必要がある、順を追って丁寧に論じたものを高く評価した。

第3期

本設問は、既判力の理解を問うものである。前訴の既判力が後訴におけるXの訴訟行為に及ぶか否かを問うものであるから、まず既判力の意義、根拠を論じた上で、法114条1項（「主文に包含するもの」）を指摘しつつ、既判力の客観的範囲を論じるべきである。

これを前提にして、本問における前訴のどの部分に既判力が生じるかを分析すべきであるが、多くの答案は、旧訴訟物理論を前提にして、小問1では、Xの所有権の不存在の判断に既判力が生じると論じていた。小問2は、前訴が債務不存在確認訴訟であるから、理由を付してその訴訟物を明らかにする必要がある（被告の原告に対する債権の存否と捉えるの

が一般的である。)

その上で、前訴の既判力が後訴に及ぶかを検討することになるが、小問1では、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決問題となっていること、問2では、前訴と後訴の訴訟物が同一であることを理由に、前訴判決の既判力が後訴に及ぶことを説明することになる。その結果、後訴裁判所は前訴で生じた判断を前提に判決をしなければならず(積極的作用)、Xがこの判断に反する取得時効の主張をしたり(小問1)、貸金債権の成立を争ったり(小問2)することは許されず、裁判所もこれを取り上げ得ないことを論じることになる(消極的作用)。

判決の既判力は、重要な論点ではあるが、以上の点を順序だてて正確に記載する答案は、意外にも少なかった。受験生には、基礎の重要性を再認識していただきたい。

第4期

本問は、未成年者を通じて、民法の行為能力並びに民事訴訟法上の訴訟能力及び証人能力の理解を問うものである。また、本問の解答を通じて、民事訴訟手続の特色の理解を尋ねている。

民事訴訟が、実体法上の権利又は法律関係の処分に類似する手続であるから、訴訟能力は実体法上の行為能力が基準とされるが(28条前段)、画一的処理の必要性から、未成年者は原則として、法定代理人によってしか訴訟行為ができない(31条本文)。したがって、小問(1)では、親権者の同意書を添えたとしても、未成年者が原告となって貸金返還の訴えを提起することはできず、親権者が法定代理人となって訴えを提起するほかない。

これに対して、独立して法律行為を許された場合には、訴訟能力が認められるから(画一性が損なわれない。同条ただし書)、小問(2)では、営業の許可(民法6条1項)を受けた未成年者が原告となって、その営業に関し動産引渡請求訴訟を提起することができる。

証人は、自己の経験を証言するものであり、実体法上の権利等を処分するものでないから、未成年者が自ら証言をすることは可能である(宣誓能力、証拠価値の問題は残る。)

設問には、未成年者が訴訟行為を行えない場合にどうすればよいか、民法の行為能力に関する規定、民事訴訟手続の特色に触れることが指示されているので、これらを充たす答案を作成する必要がある。

第5期

本問は、通常共同訴訟、固有必要的共同訴訟及び類似必要的共同訴訟の内容を及び異同の説明を通じて、複数当事者訴訟の基礎的理解を問うものである。

これらの共通点としては、多数人によって構成される紛争について、多数人を訴訟当事者として同一手続の審理を許容することで、審理の重複を避け、紛争の統一的解決を図ることが挙げられる。

相違点としては、合一確定の要請の有無によって、通常共同訴訟と必要的共同訴訟とが、訴訟共同の強制の有無によって、固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟とが分けられ

ることを説明すべきである。その上で、共同訴訟人独立の原則、証拠共通、主張共通、訴訟進行の統一等にも言及すべきである。

解答に当たり具体例の摘示が求められているから、抽象的に各手続の定義を記載するのでは足りず、前記の説明を敷衍する形で、それぞれの具体例を掲げることが必要である。

刑事訴訟法 論文

第1期 出題の趣旨

捜査における重要事項である所持品検査について、小問（１）で過去の最高裁判例を踏まえた適法性の判断基準の記述をした上で、小問（２）では具体例（適法な場合、違法な場合）をあげ、その違いの説明させる問題とした。

小問（１） 警職法２条４項は、逮捕された者について、身体に凶器を所持しているか調べてよい旨定めている。最判昭和５３・６・２０は、「所持品検査は、任意手段たる職務質問に付随して行えるに過ぎないので、所持人の承諾を得て、その限度で行うのが原則である。」、「捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡等を考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる場合には、承諾がなくても行える。」旨判示している。この最高裁判例などを参考に、所持品検査の適法性の判断基準を記述することが求められる。

小問（２） 所持品検査の具体例としては、①所持品を外部から観察し、その内容について質問すること、②任意の提示を求め、提示された所持品の内容を検査すること、③相手方の承諾なしに、着衣等の外部に手を触れて所持品を検査すること、④相手方の承諾なしに、実力を行使して所持品を取り出し、その内容を検査すること、などが考えられる。①は職務質問の範囲内と考えられ、②は相手方の任意の承諾があり、職務質問に付随すると考えられるから、適法である。③、④については、捜索には本来令状が必要であるので、捜索に至らない範囲において個別的に許容し得る範囲が検討されなければならない。その判断において、職務質問をできる要件が存在し、所持品検査の必要性・緊急性が存在し、その手段が相当なものでなければならない。薬物事犯等の容疑で凶器所持の疑いがない場合には、③の態様が許される余地はあるとしても、④の態様は手段の相当性を欠き違法とされる場合が多いと考えられる（最判昭和５３・９・７）。具定例をあげ、適法、違法の違いについて記述することが求められている。