

## 平成22年度 法科大学院入学者選抜試験問題

# 刑事訴訟法・民事訴訟法

1. 試験開始の合図があるまで、この問題用紙の中を見てはいけません。
2. 試験時間は、刑事訴訟法及び民事訴訟法の2科目で60分です。
3. 試験中に問題用紙の印刷不鮮明や解答用紙の汚れ等に気付いた場合は、手を挙げて監督者に知らせてください。
4. 解答にあたっては、六法の使用を認めません。
5. 解答にあたっては、必ず黒か青のペン（鉛筆は不可）またはボールペンを使用してください。
6. 解答用紙に記入するときには、下記の点に注意してください。
  - (1) 受験番号・氏名を所定欄に記入してください。
  - (2) 訂正する場合は、＝線で消すなどして、分かりやすく訂正してください。
  - (3) 解答用紙は、折り曲げたり汚したりしないでください。
7. 問題用紙の余白等は適宜利用してかまいません。
8. 試験終了後、問題用紙は持ち帰ってください。

【刑事訴訟法】

[配点各問4点]

第1問 現行刑事訴訟法が採用している考え方の組合わせで正しいものを1つ選べ。

- A. 起訴状一本主義
- B. 起訴法定主義
- C. 集中審理主義
- D. 非公開主義
- E. 口頭主義
- F. 自由心証主義
- G. 被害者訴追主義

- 1. A B C D
- 2. A C E F
- 3. C D E F
- 4. C D E G
- 5. D E F G

第2問 以下の文章のうち、AからEまでのかっこの中に当てはまる語句の組合わせで正しいものを1つ選べ。

「捜査において強制手段を用いることは、(A)がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、(B)を伴う手段を意味するものではなく、個人の(C)を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するのであって、右の程度に至らない(B)は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ(B)であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、(D)、(E)なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容され

るものと解すべきである。」(最決昭和51・3・16刑集30・2・187)

A	B	C	D	E
1. 法律の根拠規定	有形力の行使	反抗	嫌疑の程度	緊急性
2. 令状	威迫	意思	事案の重大性	補充性
3. 最高裁判所の判例	有形力の行使	意思	嫌疑の程度	補充性
4. 令状	威迫	反抗	嫌疑の程度	被害者の意思
5. 法律の根拠規定	有形力の行使	意思	必要性	緊急性

第3問 被疑者は某日、某所において詐欺(無銭飲食)で現行犯逮捕された。警察から所定時間内に送致を受けた検察官の処分のうち誤っているものを1つ選べ。

1. 被疑者は全面的に犯行を認めたが、住居不定でかつ逃亡のおそれがあったので、裁判官に対し勾留請求した。
2. 被疑者には前に在宅で送致されていた別の窃盗事件あったので、今回の詐欺(無銭飲食)に窃盗事実を付加して裁判官に勾留請求した。
3. 今回の逮捕期間中に、本日の前日にも別の詐欺(無銭飲食)を行っていた事実が判明し、被害金額もはるかに大きかったので、今回の詐欺(無銭飲食)については釈放し、裁判官に対し、前日の詐欺事実で勾留請求した。
4. 現行犯逮捕の要件を充たしていないが、詐欺事実の証拠関係は十分であり、罪証隠滅・逃亡のおそれがあったので、いったん釈放したうえ、あらためて緊急逮捕し、裁判官に逮捕状の請求をした。
5. 証拠関係からみて、被疑事実は優に認定できるが、被疑者の親が全額弁償し、被害者も処罰を望んでいないので釈放して、起訴猶予処分とした。

第4問 以下の文章のうち誤っているものを1つ選べ。

1. 告訴のないまま強姦未遂で起訴すると公訴棄却になる。
2. 被害者の申告があれば、処罰を望まなくても、告訴として取り扱える。

3. 告訴は、口頭でも書面でもできる。
4. 器物損壊罪の被害者が告訴をしなくても、その法定代理人は独立して告訴できる。
5. 告訴は、公訴を提起された後は、取り消しできない。

第5問 以下の文章のうち誤っているものを1つ選べ。

1. 公訴を提起できるのは、検察官のみである。
2. 一度不起訴になった事件でも、その後の事情を考慮し公訴を提起することができる。
3. 少年の犯した事件については、少年保護の見地から、家庭裁判所に公訴提起しなければならない。
4. 検察官は、共犯者の一人に対して公訴を提起し、他の共犯者を起訴猶予にすることができる。
5. 公訴を提起しても、その後の事情により公訴を取り消すことができる。

第6問 以下の文章のうち正しいものを1つ選べ。

1. 当事者主義の観点から、当事者による証拠調べ請求は自由であるから、裁判所が職権により証拠調をする場合を除いては、当事者には特定の証拠の取調べ請求をするように義務付けることはできない。
2. 当事者主義の観点から、証人尋問に当っては、まず証人の尋問を請求した当事者が主尋問を行い、その後、主尋問に現れた範囲内で、対立する当事者が反対尋問を行い、裁判所が補充的に尋問を行なうこととなる。
3. 被告人が外国人の場合には、裁判所が職権で被告人に通訳人を付さなければ、審理を行うことができない。
4. いわゆるビデオリンク方式による証人尋問は、犯罪被害者保護を図るために導入されたものであるから、犯罪被害者以外の者が証人尋問を受ける場合には、適用することができない。

5. 証拠能力があり適式な証拠調べを経なければならないとするいわゆる厳格な証明の対象になるものは、犯罪成立要件に係る事実に限られるから、刑の加重事由の有無は自由な証明で足りる。

第7問 以下の文章のうち正しいものを1つ選べ。

1. 最高裁判所は、伝聞証拠禁止の原則から補強証拠となりうる証拠には、伝聞証拠を含まないとしている。
2. 最高裁判所は、手錠をつけたままの取調べで得られた自白は、すべて任意性が欠けるとしている。
3. 最高裁判所は、共犯者の自白には責任転嫁の危険があることから、補強証拠を必要としている。
4. 最高裁判所は、被告人が公判廷で自白した場合には、憲法上は、その自白には補強証拠を必要としないとしている。
5. 最高裁判所は、合理的な疑いを超える程度の立証責任が検察官に課せられていることから、検察官は犯人と被告人の同一性までの補強証拠を必要とするとしている。

第8問 以下の文章のうち正しいものを1つ選べ。

1. 最高裁判所は、非現住建造物等放火事件において、消防士として15年間の勤務経験があり、通算約20年にわたって火災原因の調査、判定に携わってきた私人が作成した燃焼実験報告書には、321条4項の書面に準じて証拠能力を付与することができるとしている。
2. 最高裁判所は、黙秘権の保障があり偽証罪の制裁を受けることのない被告人の供述を録取した書面は、伝聞証拠として他の被告人の事実認定に用いることはできないとしている。
3. 最高裁判所は、医師が作成した診断書については、通常の業務の過程で作成されているものであることから、無条件に証拠能力を認めている。

4. 最高裁判所は、退去強制手続で本国に強制送還された参考人の供述調書は、伝聞証拠に該当するとして例外なく証拠能力を認めていない。
5. 最高裁判所は、事件との関連性と撮影者に写真の作成過程及び関連性を証言した場合のみに、犯行現場の写真には証拠能力が認められるとしている。

第9問 いわゆる違法収集証拠の排除法則につき正しいものを1つ選べ。

1. 最高裁判所は、学説の批判にもかかわらず、違法な捜査活動により得られた物的証拠は、その性質や形状に変化がないことから、刑事訴訟法1条に規定する実体的真実の発見に資するとして、その証拠を事実認定に用いることができるとしている。
2. 最高裁判所は、違法な捜査活動により得られた物的証拠の証拠能力が否定される場合を、令状主義に反する場合に限定していることから、違法収集証拠の排除法則を憲法に由来するものと位置付けている。
3. 最高裁判所は、違法な捜査活動により得られた物的証拠であったとしても、将来における違法な捜査を生じさせないようにするという見地から排除することが相当であると認められない場合には、当該違法捜査により得られた物的証拠の証拠能力が認められる場合もありうるとしている。
4. 最高裁判所は、捜索現場で、覚せい剤が差押えられた後に、警察官が被告人を殴打した場合には、捜査官の違法な捜査があったことを理由として、覚せい剤の証拠能力を否定している。
5. 最高裁判所は、令状（窃盗罪）の事前呈示がなく身柄拘束され、取調べで任意に採尿検査に応じた被告人の尿から覚せい剤成分が検出された場合には、同一目的・直接利用の観点から、尿鑑定書の証拠能力を否定している。

第10問 以下の文章のうち正しいものの組合せを1つ選べ。

- (A) 最高裁判所は、公訴の提起後に大赦があった場合には、実体審理を進めることは許されず、免訴判決を言い渡さなければならないとしている。

- (B) 最高裁判所は、刑事訴訟法429条1項に規定する準抗告によって、逮捕の違法を争うことができるとしている。
- (C) 最高裁判所は、無罪判決を言い渡された被告人の勾留状は失効とする刑事訴訟法345条の規定を根拠にして、第一審で無罪判決を言い渡された被告人を再勾留することを禁じている。
- (D) 最高裁判所は、公判期日において判決が言い渡された以上、当該公判期日が終了しない場合であっても、いったん宣告した内容を変更して新たな宣告をすることはできないとしている。
- (E) 最高裁判所は、再審請求に対する判断を行う場合にも、疑わしきは被告人の利益にという刑事裁判の鉄則が適用されるとしている。

	(A)	(B)	(C)	(D)	(E)
1.	正	誤	正	誤	正
2.	誤	正	誤	正	誤
3.	正	正	誤	誤	正
4.	誤	誤	正	正	誤
5.	正	誤	誤	誤	正

## 【民事訴訟法】

第1問 以下の文章の（ ）内に適切な言葉を入れなさい。〔配点各問2点〕

判決手続において当事者とは、その名に訴え又は訴えられて判決の名宛人になる者をいう。このような当事者の定義の仕方を（ ① ）というが、ここから分かるように、実体上の権利義務の主体が当事者であるとは限らない。

実体上の権利義務の主体以外の者が訴訟追行にあたる場合としては、権利義務の主体の名で行う場合と自己の名で行う場合とがある。前者の場合は代理であり、これには本人の意思によらない法定代理と本人の意思による任意代理の場合がある。任意代理人には（ ② ）と（ ③ ）とがある。商法や会社法上の（ ④ ）は後者の典型例である。代理の場合には、判決の効力は直接本人に生じ、代理人は判決の効力を受けない。

これに対し、実体上の権利義務の主体以外の者が自己の名で本人に代わって訴訟追行に当たり、その受けた判決の効力が本人にも及ぶ場合のうち、法律の規定に基づいて第三者が当然に訴訟追行に当たることができる場合を（ ⑤ ）と、本人の授權に基づく場合を（ ⑥ ）という。通説によれば、自己の債権を行使するために債務者の権利を行使する債権者が行う（ ⑦ ）訴訟は前者の一例である。

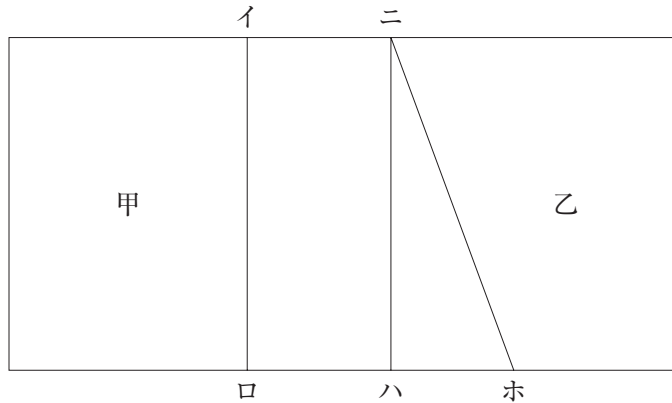
このように（ ① ）の下では実体上の権利義務の主体以外の者が当事者となりうるから、誰が正しい当事者であるかを自覚的に問う必要があり、これが（ ⑧ ）の問題である。当事者に関しては、そのほか、現に行われている訴訟の当事者が誰であるかを問う（ ⑨ ）の問題や、当事者として単独で有効に訴訟行為をなし又は受ける能力を問う（ ⑩ ）の問題など多数の問題がある。



第2問

[配点各問2点]

1. 判例の立場を前提とした場合に、境界確定訴訟に関する次の記述のうち誤っているものを1つ選びなさい。



- (1) 原告が甲地と乙地の境界がニハ線であるとして訴えを提起した場合、裁判所はニホ線を境界とする判決をすることができる。
- (2) ニハ線を境界とする第一審判決に対して原告からの控訴があった場合、被告からの控訴も付帯控訴もなくとも、控訴審の裁判所はイロ線を境界とする判決をすることができる。
- (3) 境界はイロ線であるとの被告の主張に対し、原告が境界はニハ線であり、たとえイロ線であったとしてもイロハニで囲まれた部分を時効取得したと主張している場合、原告の主張が正しければ境界イロの両側とも同一人である原告の所有に属することになるので、境界確定の訴えは当事者適格の欠缺を理由に却下されなければならない。
- (4) 裁判所は、当事者の主張・立証によって客観的に正しいと考えることができる境界を見出すことができない場合でも請求棄却の判決をすることはできない。
- (5) 境界をニハ線と定める境界確定訴訟における判決が確定した場合でも、被告が乙地の所有者でないことが判明すればその判決は無効である。
2. 判例を前提とした場合に、訴えの利益に関する次の記述のうち正しいものを1つ選びなさい。

- (1) 遺言者死亡後に提起された、遺言という過去に行われた法律行為の効力の確認の訴えには、訴えの利益が認められうる。
- (2) 遺言者生存中に提起された、遺言という過去に行われた法律行為の効力の確認の訴えには、訴えの利益が認められうる。
- (3) 取締役選任決議の取消訴訟の係属中に当該取締役が任期満了によって退任し、その後の総会決議で新たな取締役が選任されたときでも、訴えの利益が失われることはない。
- (4) 訴訟代理権を証する書面の真否の確認を求める訴えには、確認の利益が認められる。
- (5) 現在の給付の訴えは、被告が履行を拒絶していない場合には、訴えの利益が欠けるとして却下されるべきである。

3. 弁論準備手続の説明として誤っているものを1つ選びなさい。

- (1) 弁論準備手続は一般に公開することを要しない。
- (2) 当事者は、弁論準備手続が終結した後の口頭弁論において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない。
- (3) 裁判所が事件を弁論準備手続に付するには、準備的口頭弁論に付する場合とは異なって、当事者の同意を得なければならない。
- (4) 裁判所は、当事者双方の申立てがあるときは、弁論準備手続に付する裁判を取り消さなければならない。
- (5) 裁判所は、口頭弁論を経ないで、直ちに事件を弁論準備手続に付することができる。

4. 当事者に訴訟代理人が付いていても、訴訟手続が中断する場合を1つ選びなさい。

- (1) 当事者である自然人が死亡した場合
- (2) 当事者である自然人が後見開始の審判を受けた場合
- (3) 当事者である信託財産の受託者が辞任した場合
- (4) 当事者である破産管財人が辞任した場合

(5) 当事者である自然人が破産した場合

5. 金銭消費貸借契約に関する証明について誤っているものを1つ選びなさい。

- (1) 金銭の授受については権利者が証明責任を負う。
- (2) 返還約束については権利者が証明責任を負う。
- (3) 義務者が贈与を主張して返還義務を争うときは、贈与については義務者が証明責任を負う。
- (4) 義務者が既に弁済したことを主張して返還義務を争うときは、弁済については義務者が証明責任を負う。
- (5) 弁済の事実を義務者の当事者尋問の結果だけで認定することは違法ではない。

6. 以下の記述のうち正しいものを1つ選びなさい。

- (1) 手形訴訟が提起された被告は、原告に対して手形債権を有している場合、その支払いを求める反訴を提起することができる。
- (2) 売買代金請求と貸金返還請求は、請求相互に関連性がないので、併合をすることができない。
- (3) 売買契約が有効なら代金の支払いを求め、売買契約が無効なら引渡し済みの目的物の返還を求める場合、両請求について同時審判の申出をすることができる。
- (4) 土地所有権に基づく引渡請求訴訟を提起された被告は、その土地が自分の所有であることを主張して中間確認の訴えを提起することができる。
- (5) 2つの請求が客観的予備的併合の関係にある場合、主位請求について管轄のある裁判所には予備的請求の関連裁判籍が認められるが、予備的請求の管轄のある裁判所では主位請求の関連裁判籍は認められない。

7. 判決確定時期の説明として誤っているものを1つ選びなさい。ただし、いずれも飛躍上告の合意はなされていないものとする。

- (1) 第一審終局判決前に、当事者間に不控訴の合意が有効に成立している場合、判決は言渡しと同時に確定する。

- (2) 第一審終局判決に対して控訴が提起されない場合、控訴期間が経過したときに判決は確定する。
- (3) 第一審終局判決に対して適法な控訴が提起され控訴棄却となった場合、控訴棄却判決確定と同時に第一審判決も確定する。
- (4) 第一審終局判決に対して控訴が提起され、控訴期間が経過した後に控訴が取り下げられた場合、判決は控訴取下げ時に確定する。
- (5) 上告審判決は、言渡しと同時に確定する。

8. 甲の乙に対する所有権に基づく動産引渡請求認容判決の既判力が及ばない場合を1つ選びなさい。

- (1) 訴え提起前より、当該動産を乙から賃借している友人
- (2) 訴え提起前より、当該動産を好意で預かっている乙の隣人
- (3) 口頭弁論終結後に乙を相続した者
- (4) 口頭弁論終結直後に、引渡請求訴訟が継続していることを承知の上で、乙から当該動産の贈与を受けた乙の子
- (5) 判決言渡し後に、当該動産を乙から使用貸借した者

9. 必要的共同訴訟（合一確定訴訟）についての説明として適切なものを1つ選びなさい。

- (1) 判例によれば、入会権確認訴訟は入会住民全員が原告にならなければならない固有必要的共同訴訟であり、訴え提起に同調しない住民を被告に加えて訴えることはできない。
- (2) 判例によれば、入会権確認訴訟を住民の一部が提起した場合、残りの住民がこの訴訟に共同訴訟参加することによって当事者適格の瑕疵は治癒しうる。
- (3) 判例によれば、複数の株主が共同原告となって提起した株主代表訴訟は類似必要的共同訴訟であり、自ら上告しなかった共同訴訟人も他の共同訴訟人の上告により上告人の地位につく。
- (4) 必要的共同訴訟では、共同訴訟人の1人に対する相手方の訴訟行為は有利不利を問わず共同訴訟人全員について効力を生じるので、裁判所による期日の呼

出しも共同訴訟人の1人に対して行えば全員に対して効力を生じる。

- (5) 類似必要的共同訴訟では、共同訴訟人の1人が訴えの取下げをすることはできない。

10. XはYに対して売買契約に基づく代金1000万円の支払請求訴訟を提起したところ、Yは売買契約の成立を否定するとともに、仮に売買契約が成立していたとしても錯誤により無効であることを主張した。その一方で、予備的に、Xの請求が認容される場合には、YがXに対して有する1200万円の貸金債権との対当額での相殺を主張した。この事例について以下の説明のうち誤っているものを1つ選びなさい。ただし、判例の見解を前提とする。

- (1) 売買契約の成立を認め、錯誤無効を認めてXの請求を棄却した判決に対して、Yは売買契約の不成立を主張して控訴を提起することはできない。
- (2) 売買契約の成立を認め、錯誤無効は認めず、相殺の抗弁を認めXの請求を棄却した判決に対して、Yは売買契約の不成立及び錯誤無効を主張して控訴を提起したところ、控訴審は売買契約の成立は認められるが錯誤で無効であるとの心証を得た。この場合、原判決を取り消し、あらためて請求棄却判決をしなければならない。
- (3) 売買契約の成立を認め、錯誤無効は認めず、相殺の抗弁を認めXの請求を棄却した判決に対して、Xは相殺の抗弁を認めるべきではないと主張して控訴を提起したところ、控訴審は売買契約の成立は認められるが錯誤で無効であるとの心証を得た。この場合、原判決を取消し、あらためて請求棄却判決をしなければならない。
- (4) 売買契約の成立を認めたが、売買代金は700万円であるとし、錯誤無効も相殺も認めず、Yに対してXに700万円支払うことを命じた判決に対して、Xは控訴を提起せず控訴期間を徒過したが、Yは控訴期間内に控訴を提起した。この場合、Xは附帯控訴を提起することができる。