

司法試験 予備試験

新・論文の森

法律実務基礎 第2版

全20問で民事・刑事実務及び法曹倫理の
重要テーマを集約

全40通（各問2通）の参考答案で、
合格答案のイメージを具体化

合格答案作成のすじ道（「思考のプロセス」・
「合格ライン」）の明示により答案の自己分析が可能



LEC 東京リーガルマインド 著

第2版 はしがき

本書初版が刊行されてから1年余りが経過いたしました。その間に第1回予備試験の最終結果が発表され、第2回予備試験の論文式試験が実施されました。これにより、予備試験特有の科目である法律実務基礎科目についても、サンプル問題、第1回、第2回の問題の合計3回分が法務省から示されたこととなります。

そこで、弊社は、皆様の学習の一助となるよう迅速な対応が必要と考え、近時の出題傾向を意識した第2版を急遽刊行することにいたしました。

第2版では、サンプル問題、第1回、第2回の問題の出題傾向を踏まえ、掲載問題の見直し、一部入れ替え、修正を行い、今後の予備試験で出題可能性の高い問題や学習効果の高い問題を中心に再編集いたしました。また、参考答案や各問題における解説部分も見直し、より一層予備試験対策として役立つものとなっております。

本書をご活用いただくことにより、読者の皆様が法律実務基礎科目に対する着実な理解を深められ、予備試験に合格することを祈念いたします。

2012年10月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC総合研究所 司法試験部

はしがき

平成23年7月17日（日）及び18日（月）の両日にわたり、第1回予備試験の論文式試験が実施されました。

予備試験は、法科大学院課程の修了者と同等の学識・応用能力等を有することを判定することを目的としています。論文式試験の出題は、多くの法科大学院で講義がされているであろう条文解釈上の基本的論点及び重要判例の理解を問うものであったといえましょう。

そこで、本書は、予備試験の論文式試験へ万全の対策をしていただくため、今後の予備試験論文式試験での出題が予想される、条文解釈上の基本的論点を多く含む論文式問題を厳選し、掲載いたしました。そして、それぞれの問題について、論点を指摘するとともに、参考答案をご提示し、より具体的に合格レベルの答案をイメージすることができるよう編集いたしました。

本書をご活用いただくことにより、論点に対する着実な理解と合格答案作成のノウハウを身に付けていただけるものと確信いたしております。

2011年9月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

1 売買契約

マスター問題

弁護士Lが依頼者Xから【Xの言い分】のような相談を受けたとする。【Xの言い分】及び【Yの言い分】を前提として、下記の各設問に答えなさい。

〔設問1〕 LがXの訴訟代理人としてYに対して訴え（以下「本件訴え」という。）を提起する場合について、以下の各小問に答えなさい。
その際、附帯請求についても考慮せよ。

小問1 本件訴えにおける訴訟物として何を主張することになるか。
訴訟物が実体法上の個別的・具体的な請求権を意味するものであるとの考え方を前提として答えなさい。

小問2 本件訴えにおける請求の趣旨（訴訟費用の負担の申立て及び仮執行宣言の申立ては除く。）はどのようになるかを記載しなさい。

小問3 原告は、訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）を主張しなければならない。本件訴えの訴状において、Lが必要十分な最小限のものとして主張しなければならない事実は何か。結論を、理由を付して述べなさい。なお、事実の記載に当たっては、事実ごとに適宜記号を付して記載しなさい。

小問4 【Yの言い分】を前提とした場合、Yから主張されることが予想される抗弁は何か。抗弁となるべき事実として必要十分な最小限のものを記載した上、その事実から生じる実体法上の効果を踏まえて、それが抗弁となる理由を説明しなさい。なお、事実の記載に当たっては、事実ごとに適宜記号を付して記載しなさい。

〔設問2〕 【Xの言い分】を前提とした場合、Xから主張されることが予想される再抗弁（再抗弁は1つとは限らないものとする）は何か。そのうち、再抗弁として成立しようとする主張については、再抗弁となるべき事実として必要十分な最小限のものを記載した上、その事実から生じる実体法上の効果を踏まえて、それが再抗弁となる理由を説明しなさい。

なお、事実の記載に当たっては、事実ごとに適宜記号を付して記載しなさい。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

設問1及び設問2は、「売買契約に基づく代金支払請求権」に関する問題につき、請求原因・抗弁・再抗弁を的確に論じることができるかどうかを問う問題です。本問では、附帯請求についても考える必要があります。「履行遅滞に基づく損害賠償請求権」が登場します。「売買契約に基づく代金支払請求権」は、必ず学習するテーマなので、これが出題されれば確実に解答する必要があります。知識として欠けている部分がないか確認していただきたいと思います。出題しました。

また、抗弁では、商事債権の消滅時効を出題しました。商事消滅時効は、民事消滅時効に比べ、手薄になりがちな論点です。しかし、民事消滅時効とパラレルに考えることにより抗弁事実を導き出すことができます。民法・商法で学習した知識を、応用させることにより、その要件事実を抽出する能力を試していただきたいと思った次第です。

設問3は、証人尋問に関する問題につき、同一期日に複数の証人を尋問する方法に関する問題です。法科大学院の予備校生には、「証拠法（人証・書証、その他）」

出題の意図を、
論点及び答案作成の両面から指摘

本書の効果的活用法

★ 論点一覧 ★

- 1 売買契約に基づく代金支払請求権等の要件事実
- 2 複数証人の尋問の方法
- 3 事務職員等の指導監督

本問の論点を見やすく表示

思考のプロセス

一 全体の注意点

売買契約に基づく代金支払請求権は、要件事実の学習としては最も基本的なもので、正確な知識が要求されます。十分な対策をしましょう。
民事訴訟手続では、証人尋問の手続を出題しました。証人尋問の方法については、原則的な方法として隔離尋問があり、例外的な方法として同時在廷もしくは対質があります。これらの方法を挙げ、論じることがポイントです。
法曹倫理に関しては、事務職員等の指導・監督を出題しました。弁護士職務基本規程等の条文を指摘できるよう読みこみましょう。

二 具体的な論述の流れ

1 設問 1

(1) 小問 1

Xの言い分の中に、「売買代金及び損害金の支払いをしてほしいです。」とあることから、訴訟物は「売買契約に基づく代金支払請求権」及び「履行遅滞に基づく損害賠償請求権」だと判断できます。これらはそれぞれ別個の訴訟物なので、訴訟物の個数は2個となります。

(2) 小問 2

Xは、金銭の支払いを求めているので、定型的に、「被告は、原告に対し、75万円及びこれに対する平成17年11月10日から支払済みまで年1割の割合による金員を支払え。」となります。

(3) 小問 3

売買契約に基づく代金支払請求のみを行う場合と、履行遅滞に基づく損害賠償請求を併せて行う場合とでは、請求原因事実において重なる部分がある一方で、多くの要件事実が加わります。例えば、代金支払請求を行う場合には、売買の目的物の引渡しがあった事実は、請求原因事実とならないのに、履行遅滞に基づく損害賠償請求を行う場合には、請求原因事実となります。どの請求を行うための要件事実なのかを考えつつ解答するようにしましょう。

(4) 小問 4

Yの言い分の中に、「私は、平成23年1月14日、内容証明郵便で、Xに対し、仮に売買契約が成立していたとしても、その代金債権について消滅

答案作成に必要な思考過程を紹介
論点間の軽重・関連性もチェック可能

分量の異なる2通の参考答案を掲載

参考答案1は、学習の便宜を最大限考慮し、制限枚数を越えた答案を作成

参考答案2

制限時間内に書ける分量でまとめた

第1 設問1

- 1 小問1
売買契約に基づく代金支払請求権及び損害賠償請求権、各1個計2個。
- 2 小問2
被告は、原告に対し、7.5万円及び17年11月10日から支払済みまで金員を支払え。
- 3 小問3
(1) 請求を理由づける事実
売買契約に基づく代金支払請求と損害賠償請求を併せて行う場合の請求契約の締結。②売買契約に基づく目金債務の履行期の経過。③損害の発生
(2) 請求原因事実として主張しなけれ
①は、代金および履行遅滞に基づ
るため、前提となる売買契約がな
された。要求される。②は、民法57
条の履行遅滞の要件を要するが、本
件には、債務者の履行遅滞

- るため、要求される。④につき、合
意を超える遅延損害金の支払を請求す
(3) 本件へのあてはめ
本件における請求原因事実は、(平
成17年11月2日、本件時計を
期日平成17年11月9日、遅延損
で売った。(イ) XはYに対し、同日
づき、本件時計を引き渡した。(ウ)
9日は経過した。である。

- 4 小問4
主張されることが予想される抗弁は
あり、抗弁事実は、(カ)平成22年11月9日は経過した、
(キ) YはXに対し、平成23年1月15日、消滅時効を
援用する旨の意思表示をした。(ク) Yは料金を経営して
いる。である。

前事債権は5年で時効消滅し(商法522条)、債権が
時効消滅すれば、請求原因に基づく請求が排除されるので、
抗弁となる。

第2 設問2

- 1 再抗弁として成立しうると考えられる主張
再抗弁として成立しうると考えられるXの主張は、時効
完成後の債務の承認による時効援用権の喪失の主張と附属

参考答案1

学習の便宜を図るため、分量の制限なく丁寧に論じた

第1 設問1

- 1 小問1
売買契約に基づく代金支払請求権及び履行遅滞に基づく損害賠償請求権、各1個計2個。
- 2 小問2
被告は、原告に対し、7.5万円及びこれに対する平成17年11月10日から支払済みまで年1割の割合による金員を支払え。
- 3 小問3
(1) 請求を理由づける事実
売買契約に基づく代金支払請求と履行遅滞に基づく損害賠償請求を併せて行う場合の請求原因事実は、①売買契約を締結したこと、②売買契約に基づき目的物を引き渡したこと、③代金債務の履行期が経過したこと、④損害の発生とその数額である。
(2) 請求原因事実として主張しなけれ
①は、売買契約に基づく代金支払請求権の請求原因として必要であるとともに、履行遅滞に基づく損害賠償請求(民法415条前段)をするには本来の債務が発生していることが前提となることから、損害賠償請求権の要件としても要求される。
②は、民法575条2項本文によって必要となる事実

←訴訟物

←請求の趣旨

←売買契約に基づく代金支払請求権等の要件事実

である。民法575条2項は、民法415条の履行遅滞の特則を定めたものであり、履行期の経過の他に目的物の引渡しが必要となる。なお、売買契約が双務契約であり、原則として、代金支払債務と目的物引渡債務は同時履行の関係にあるから(民法533条)、①の売買契約締結の事実によって代金支払債務には同時履行の抗弁が付着していることが明らかである。そして、代金の支払請求の場合と異なり、遅延損害金の支払請求の場合には、被告が遅滞に陥っていることが要件となること、同時履行の抗弁権の存在は、履行遅滞の違法性阻却事由に当たると解されているから、原告が遅延損害金の支払を求めようとするためには、請求原因において同時履行の抗弁権の存在効果を消滅させることが必要となる。もついで、本問では、②の引渡しを主張すれば、同時に履行の遅滞も主張したことになるので、あえてこれを主張立証する必要はない。

③は、履行遅滞の発生要件事実であり、遅延損害金は債務者の履行遅滞に基づくものであるから必要となる。
④については、損害賠償額の予定(民法420条1項)として遅延損害金の利率が合意されている場合はその旨を主張立証することにより、法定利率を超える遅延損害金の支払を請求することができる。

←いわゆる「せりあり」

←民419条1項ただし書

サイドコメントで
学習の便宜を図
る

合格ライン

- 1 設問1について
 - (1) 小問1について
 - 訴訟物を正確に挙げていること
 - (2) 小問2について
 - 請求の趣旨を正確に挙げていること
 - (3) 小問3について
 - 請求原因事実を指摘できていること
 - ① 売買契約を締結したこと
 - ② 売買契約に基づき目的物を引き渡したこと
 - ③ 代金債務の履行期が経過したこと
 - ④ 損害の発生とその数額
 - (4) 小問4について
 - (商事) 消滅時効の抗弁を指摘できていること
- 2 設問2について

時効援用権喪失の再抗弁事実として、Yは、Xに対し、平成23年1月8日、本件時計の代金債権に代えて、Y所有の桐草笥を引き渡す旨を申し入れた旨の事実を指摘していること
- 3 設問3について

複数の証人を同一期日に尋問する場合の原則的な方法及び例外的な方法について説明することができていること
- 4 設問4について

事務職員の指導監督の必要性について説明することができていること

合格レベルが
すぐわかる

★ 論点解説 ★

① 売買契約に基づく代金支払請求権等の要件事実

一 訴訟物

1 解説

売買契約に基づいて代金を請求する場合の訴訟物は、「売買契約に基づく代金支払請求権」である。そして、売買代金請求訴訟を提起する場合、附帯請求として、目的物引渡後の利息相当分の金銭の支払いを求めることが少なくない。この法的根拠は、民法575条2項の「買主は引渡しの日から、代金の利息を支払う義務を負う」との定めである。

この「代金の利息」の法的性質については、2つの説が対立している。遅延損害金であるとする説と法定利息であるとする説である。

遅延損害金であるとする説は、民法575条の趣旨が買主の遅延の責任を

論点ごとに、
詳しく解説
各論点の深い
理解につな
がる

参考文献

30講・173頁以下、新聞研・1頁以下、類型別・1頁以下

基本書へのス
ピードアクセ
スが可能

新・論文の森 法律実務基礎 第2版

目次

はしがき

本書の効果的活用法

民事実務基礎

1	売買契約	2
2	保証契約	22
3	所有権①	40
4	所有権②	62
5	所有権③	84
6	賃貸借①	102
7	賃貸借②	122
8	賃貸借③	144
9	即時取得	166
10	債権譲渡	186

刑事実務基礎

1	因果関係	206
2	正当防衛	226
3	故意①	246
4	故意②	282
5	共同正犯①	298
6	共同正犯②	316
7	窃盗罪	338
8	強盗罪等	356
9	盗品等罪①	376
10	盗品等罪②	394

弁護士職務基本規程

参考文献

[民事実務基礎]

- 村田渉・山野目章夫編著「要件事実論30講」[第3版] 弘文堂 …………… 30講
司法研修所編「新問題研究要件事実」法曹会 …………… 新問研
司法研修所編「紛争類型別の要件事実—民事訴訟における攻撃防御方法の構造」
[改訂版] 法曹会 …………… 類型別
大島眞一「完全講義 民事裁判実務の基礎」民事法研究会 …………… 民事裁判実務の基礎
伊藤眞「民事訴訟法」[第4版] 有斐閣 …………… 伊藤
裁判所職員総合研修所「民事訴訟法講義案」[再訂補訂版] 司法協会 …………… 講義案
中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編「民法判例百選Ⅰ・Ⅱ」[第6版] 有斐閣別冊ジュリスト
…………… 民法百選Ⅰ・Ⅱ
水野紀子・大村敦志・窪田充見編「家族法判例百選」[第7版] 有斐閣別冊ジュリスト
…………… 家族法百選
高橋宏志・高田裕成・畑瑞穂編「民事訴訟法判例百選」[第4版] 有斐閣別冊ジュリスト
…………… 民訴法百選

[刑事実務基礎]

- 前田雅英「刑法総論講義」[第5版] 東京大学出版会 …………… 前田・総論
前田雅英「刑法各論講義」[第5版] 東京大学出版会 …………… 前田・各論
山口厚「刑法総論」[第2版] 有斐閣 …………… 山口・総論
山口厚「刑法各論」[第2版] 有斐閣 …………… 山口・各論
西田典之 法律学講座双書「刑法各論」[第5版] 弘文堂 …………… 西田・各論
裁判所職員総合研修所「刑法総論講義案」[3訂補訂版] 司法協会 …………… 講義案
田口守一「刑事訴訟法」[第6版] 法律学講義シリーズ 弘文堂 …………… 田口
池田修・前田雅英「刑事訴訟法講義」[第4版] 東京大学出版会 …………… 池田=前田
小林充・植村立郎編「刑事事実認定重要判決50選(上)(下)」立花書房
…………… 刑事事実認定50選(上)・(下)
木谷明編著「刑事事実認定の基本問題」成文堂 …………… 刑事事実認定基本問題
司法研修所「刑事第一審公判手続の概要(平成21年版)」法曹会 …………… 第一審
司法研修所検察教官室編「検察講義案(平成21年版)」法曹会 …………… 検察講義案
西田典之・山口厚・佐伯仁志編「刑法判例百選」[第6版] Ⅰ・Ⅱ 有斐閣別冊ジュリスト
…………… 刑法百選Ⅰ・Ⅱ
井上正仁・大沢裕・川出敏裕編「刑事訴訟法判例百選」[第9版] 有斐閣別冊ジュリスト
…………… 刑訴法百選
石井一正「刑事事実認定入門」[第2版] …………… 刑事事実認定入門

[共通]

- 東京三会有志・弁護士倫理実務研究会編著「弁護士倫理の理論と実務」日本加除出版
…………… 弁護士倫理
「平成〇〇年度 重要判例解説」有斐閣ジュリスト臨時増刊 …………… H〇〇重判(番号)
日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著「解説 弁護士職務基本規程」[第2版] …… 解説・規程

司法試験 予備試験

新・論文の森

法律実務基礎 第2版

民事実務基礎

マスター問題

弁護士Lが依頼者Xから【Xの言い分】のような相談を受けたとする。【Xの言い分】及び【Yの言い分】を前提として、下記の各設問に答えなさい。

〔設問1〕 LがXの訴訟代理人としてYに対して訴え（以下「本件訴え」という。）を提起する場合について、以下の各小問に答えなさい。その際、附帯請求についても考慮せよ。

小問1 本件訴えにおける訴訟物として何を主張することになるか。訴訟物が実体法上の個別的・具体的な請求権を意味するものであるとの考え方を前提として答えなさい。

小問2 本件訴えにおける請求の趣旨（訴訟費用の負担の申立て及び仮執行宣言の申立ては除く。）はどのようになるかを記載しなさい。

小問3 原告は、訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）を主張しなければならない。本件訴えの訴状において、Lが必要十分な最小限のものとして主張しなければならない事実は何か。結論を、理由を付して述べなさい。なお、事実の記載に当たっては、事実ごとに適宜記号を付して記載しなさい。

小問4 【Yの言い分】を前提とした場合、Yから主張されることが予想される抗弁は何か。抗弁となるべき事実として必要十分な最小限のものを記載した上、その事実から生じる実体法上の効果を踏まえて、それが抗弁となる理由を説明しなさい。なお、事実の記載に当たっては、事実ごとに適宜記号を付して記載しなさい。

〔設問2〕 【Xの言い分】を前提とした場合、Xから主張されることが予想される再抗弁（再抗弁は1つとは限らないものとする）は何か。そのうち、再抗弁として成立しうると考える主張については、再抗弁となるべき事実として必要十分な最小限のものを記載した上、その事実から生じる実体法上の効果を踏まえて、それが再抗弁となる理由を説明しなさい。

なお、事実の記載に当たっては、事実ごとに適宜記号を付して記載しなさい。

【設問3】 Lは、Yが代物弁済を申し入れてきたことを証明したいと考えた。そこで、Lは、XとYが面会した際に、XおよびYの近くで話を聞いていたCおよびDに対し、証人尋問を行う申立てを行った。同一の期日に、CおよびDを尋問する場合、裁判長はどのような方法を用いて証人尋問することができるか。

【設問4】 弁護士Lは、事務職員Eを雇用している。ある日の昼休み、Lが近くの喫茶店に行ったところ、Eが、喫茶店のウェイトレスにXの事件の内容について詳しく話しているところを目撃した。ところが、Lは何の対処もしなかった。かかるLの行為に弁護士職務基本規程上、問題はないか。

※ なお、解答に際しては巻末に掲載した「弁護士職務基本規程」を適宜参照しなさい。

【Xの言い分】

- 1 私は都内で会社員をしています。私は時計が大好きで、特にスイス製の高級時計は、社会人に成りたての10年前から収集しております。平成17年10月頃に、時計愛好仲間のAから、Aの会社の同僚であるYが、私が所有しているB社の限定モデルである航空時計（以下「本件時計」という。）を是非売ってほしいと言っていると聞かされました。本件時計は私が社会人1年目に、学生時代にアルバイトして貯めたお金とボーナス2回分を併せて購入したもので、63万円もしたものです。Aを介してYからの申し出を受けたものの、思い出の大切な時計だったので、その場で申し出を断りました。しかし、その日以降も、Aから毎日のように「Yは、あの限定モデルを心から欲しがっている。」「YからXを説得してくれと頼まれた俺の気持ちも考えてくれ。」と言われ続け、私も買ったときより高い値段でなら売っても良いと考えるようになりました。
- 2 そして、平成17年11月2日、Yと、代金75万円、代金は同年11月9日に支払う、万一支払いが遅れたときには年1割の割合による損害金を支払うとの約束で売買契約を締結しました。本件時計はその場でYに引き渡しました。ところが、Yは同年11月9日を経過しても売買代金75万円を支払わないのです。Yがどうしてもと言うから売ってあげたのに、代金を払わないなんて信じられません。
- 3 私は、本件時計の売買契約を締結した後、仕事に追われる日々を送っており、最近までYと連絡をとらずにいました。しかし、平成23年1月8日に、Yと会って話をしたところ、Yは、売買契約はなかったはずだと

言っています。

- 4 また、Yは、時効を援用する旨の通知を、Yと面会した1週間後に私に送りつけてきました。面会の時には、Yが、「万に一つ、私が本件時計の売買代金を支払わなければならないにしても、本件時計の売買代金の支払いに代えて、私の料亭で使用していた桐箆箆を引き渡す。時効が完成している債務なのだから、桐箆箆でも納得できるだろう。」と言いました。どう考えても矛盾した行動を取っている気がします。さらに言えば、本件時計はYの自宅玄関を飾るために購入するものだと言われました。確かに、Yは京料理の料亭を営んでいます。B社の時計を料亭に飾るとは到底思えません。
- 5 私は、桐箆箆が欲しいのではありません。売買代金及び損害金の支払いをしてほしいのです。先生、そのための裁判をお願いできませんでしょうか。

【Yの言い分】

- 1 私は、平成17年夏頃から、私が経営している京料理の料亭を飾るのにちょうど良い時計はないか探していましたが、平成17年10月頃に、大学の先輩であるAから、X所有の本件時計の写真を見せられ、買う気があるならXを説得してみるよと言われました。私は、その写真を見て、本件時計を私の料亭に飾りたいと考えました。
- 2ところが、その直後、料亭で食中毒が発生し、経営の再建に、金がいくらかかるかわからなかったため、本件時計を購入することを諦めたのです。
- 3 それにもかかわらず、Xは売買契約を締結したなどと言っています。Xは売買契約があったと思い込んでいるに違いありません。妄想が甚だしい男です。私は売買代金を支払う必要はないと思います。また、仮に私が代金を支払わなければならないとしても、代金は時効によって消滅しているのではないのでしょうか。私は、平成23年1月14日、内容証明郵便で、Xに対し、仮に売買契約が成立していたとしても、その代金債権について消滅時効を援用する旨を通知しておきました。この通知は翌日には届いたようです。
- 4 私は、平成23年1月8日、Xと会って話しましたが、本件売買代金の支払に代えて、桐箆箆を渡すなどとは一切言っておりません。そもそも、私の料亭には桐箆箆などございません。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

設問1及び設問2は、「売買契約に基づく代金支払請求権」に関する問題につき、請求原因・抗弁・再抗弁を的確に論じることができるかどうかを問う問題です。本問では、附帯請求についても考える必要があり、「履行遅滞に基づく損害賠償請求権」が登場します。「売買契約に基づく代金支払請求権」は、必ず学習するテーマなので、これが出題されれば確実に解答する必要があります。知識として欠けている部分がないか確認していただきたいと思い、出題しました。

また、抗弁では、商事債権の消滅時効を出題しました。商事消滅時効は、民事消滅時効に比べ、手薄になりがちな論点です。しかし、民事消滅時効と平行に考えることにより抗弁事実を導き出すことができます。民法・商法で学習した知識を、応用させることにより、その要件事実を抽出する能力を試していただきたいと思った次第です。

設問3は、証人尋問に関する問題につき、同一期日に複数の証人を尋問する方法に関する問題です。法科大学院のコアカリキュラムには、「証拠方法（人証、書証、その他）の概念・機能・特徴と、証拠調べの方法を説明することができる」という項目があります。本問で、複数の証人を同一期日に尋問する方法について確認していただきたいと思えます。

設問4では、事務職員等の指導監督に関する問題を出題しました。弁護士には、高いモラルが要求されているため、弁護士職務基本規程が存在します。ところが、これは弁護士事務所で働く非弁護士には適用がありません。そこで、弁護士が、指導監督を行う必要があります。実務的にも、問題になりやすいテーマですので、十分に学習する必要があると思い、出題しました。

★ 論点一覧 ★

- 1 売買契約に基づく代金支払請求権等の要件事実
- 2 複数証人の尋問の方法
- 3 事務職員等の指導監督

思考のプロセス

一 全体の注意点

売買契約に基づく代金支払請求権は、要件事実の学習としては最も基本的なもので、正確な知識が要求されます。十分な対策をしましょう。

民事訴訟手続では、証人尋問の手続を出題しました。証人尋問の方法については、原則的な方法として隔離尋問があり、例外的な方法として同時在廷もしくは対質があります。これらの方法を挙げ、論じることがポイントです。

法曹倫理に関しては、事務職員の指導・監督を出題しました。弁護士職務基本規程等の条文を指摘できるよう読みこみましょう。

二 具体的な論述の流れ

1 設問 1

(1) 小問 1

Xの言い分の中に、「売買代金及び損害金の支払いをしてほしいのです。」とあることから、訴訟物は「売買契約に基づく代金支払請求権」及び「履行遅滞に基づく損害賠償請求権」だと判断できます。これらはそれぞれ別個の訴訟物なので、訴訟物の個数は2個となります。

(2) 小問 2

Xは、金銭の支払いを求めているので、定型的に、「被告は、原告に対し、75万円及びこれに対する平成17年11月10日から支払済みまで年1割の割合による金員を支払え。」となります。

(3) 小問 3

売買契約に基づく代金支払請求のみを行う場合と、履行遅滞に基づく損害賠償請求を併せて行う場合とでは、請求原因事実において重なる部分がある一方で、多くの要件事実が加わります。例えば、代金支払請求を行う場合には、売買の目的物の引渡しがあった事実は、請求原因事実とならないのに、履行遅滞に基づく損害賠償請求を行う場合には、請求原因事実となります。どの請求を行うための要件事実なのかを考えつつ解答するようにしましょう。

(4) 小問 4

Yの言い分の中に、「私は、平成23年1月14日、内容証明郵便で、Xに対し、仮に売買契約が成立していたとしても、その代金債権について消滅時効を援用する旨を通知しておきました。この通知は翌日には届いたようです。」とあることから、予想される抗弁は、消滅時効の抗弁です。ポイントは、この主張が商事債権の消滅時効の主張だという点です。

2 設問2

Xの言い分から判断して、主張されることが予想される再抗弁は、「時効完成後の債務の承認による時効援用権の喪失の主張」と「附属的商行為に当たらない旨の主張」です。「時効援用権喪失の主張」は判断しやすいと思われれます。しかし、「附属的商行為に当たらない旨の主張」が、再抗弁ではなく否認だと考える方も多いのではないのでしょうか。商法503条2項に推定規定が置かれていることがポイントです。

3 設問3

証人尋問の方法については、条文に明確な定めがあります。それらを論じれば十分です。

4 設問4

本問は、条文知識を問うものです。問題文の事情を的確に抽出し、あてはめることができれば十分です。

参考答案 1

学習の便宜を図るため、分量の制限なく丁寧に論じた

第1 設問1

1 小問1

売買契約に基づく代金支払請求権及び履行遅滞に基づく損害賠償請求権、各1個計2個。

←訴訟物

2 小問2

被告は、原告に対し、75万円及びこれに対する平成17年11月10日から支払済みまで年1割の割合による金員を支払え。

←請求の趣旨

3 小問3

(1) 請求を理由づける事実

売買契約に基づく代金支払請求と履行遅滞に基づく損害賠償請求を併せて行う場合の請求原因事実は、①売買契約を締結したこと、②売買契約に基づき目的物を引き渡したこと、③代金債務の履行期が経過したこと、④損害の発生とその数額である。

←売買契約に基づく代金支払請求権等の要件事実

(2) 請求原因事実として主張しなければならない理由

①は、売買契約に基づく代金支払請求権の請求原因として必要であるとともに、履行遅滞に基づく損害賠償請求(民法415条前段)をするには本来の債務が発生していることが前提となることから、損害賠償請求権の要件としても要求される。

②は、民法575条2項本文によって必要となる事実

である。民法575条2項は、民法415条の履行遅滞の特則を定めたものであり、履行期の経過の他に目的物の引渡しが必要となる。なお、売買契約が双務契約であり、原則として、代金支払債務と目的物引渡債務は同時履行の関係にあるから(民法533条)、①の売買契約締結の事実によって代金支払債務には同時履行の抗弁権が付着していることが明らかである。そして、代金の支払請求の場合と異なり、遅延損害金の支払請求の場合には、被告が遅滞に陥っていることが要件となること、同時履行の抗弁権の存在は、履行遅滞の違法性阻却事由に当たると解されているから、売主が遅延損害金の支払を求めるためには、請求原因において同時履行の抗弁権の存在効果を消滅させることが必要となる。もっとも、本問では、②の引渡しを主張すれば、同時に履行の提供も主張したことになるので、あえてこれを主張立証する必要はない。

←いわゆる「せりあがり」

③は、履行遅滞の発生要件事実であり、遅延損害金は債務者の履行遅滞に基づくものであるから必要となる。

④については、損害賠償額の予定(民法420条1項)として遅延損害金の利率が合意されている場合はその旨を主張立証することにより、法定利率を超える遅延損害金の支払を請求することができる。

←民419条1項ただし書

(3) 本件へのあてはめ

本件における請求原因事実は、(ア) XはYに対し、平成17年11月2日、本件時計を代金75万円、支払期日平成17年11月9日、遅延損害金年1割との約定で売った、(イ) XはYに対し、同日、(ア)の契約に基づき、本件時計を引き渡した、(ウ)平成17年11月9日は経過した、である。

←弁済期の経過を主張

4 小問4

(1) 予想される抗弁

Yから主張されることが予想される抗弁は、消滅時効の抗弁である。

(2) 消滅時効の抗弁

ア 抗弁となる事実

本件における抗弁事実は、(カ)平成22年11月9日は経過した、(キ)YはXに対し、平成23年1月15日、消滅時効を援用する旨の意思表示をした、(ク)Yは料亭を経営している、である。

イ 抗弁となる理由

商事債権は5年で時効消滅する(商法522条)。債権が時効により消滅すれば、請求原因に基づく請求が排除されるので、抗弁として機能する。

第2 設問2

1 再抗弁として成立しうると考えられる主張

再抗弁として成立しうると考えられるXの主張は、時効完成後の債務の承認による時効援用権の喪失の主張と附属的商行為にあたらぬ旨の主張である。

←時効完成後の債務の承認による時効援用権の喪失の再抗弁

2 時効完成後の債務の承認による時効援用権の喪失

(1) 再抗弁となる事実

本件における再抗弁事実は、(サ)Yは、Xに対し、平成23年1月8日、本件時計の代金債権に代えて、Y所有の桐箆箆を引き渡す旨を申し入れた、である。

(2) 再抗弁となる理由

時効完成後に、債務者が債権者に対し債務の承認をした場合、債務者は時効援用権を喪失する。本件では、Xは、Yから代物弁済契約を申込みを主張しているが、代物弁済契約の申込みは、債務の存在を前提にせよとされるため、債務の承認に該当する。

そして、時効完成後の債務の承認は、消滅時効による権利消滅という効果の発生障害事由となり、抗弁を覆し、請求原因を復活させるため、再抗弁として機能する。

3 附属的商行為にあたらぬ旨の主張

(1) 再抗弁となる事実

本件における再抗弁事実は、(シ)本件時計は、Yの自宅に飾られるものである、となる。

参考答案 1

学習の便宜を図るため、分量の制限なく丁寧に論じた

(2) 再抗弁となる理由

商法503条2項の定めから、商人の行為は、その営業のためにするものと推定される。したがって、商事債権が時効により消滅した旨を主張する者は、抗弁事実(ク)記載のとおり、商人性のみを主張すれば足りる。

この抗弁に対し、附属的商行為でない旨の主張は、503条2項の推定を覆し、請求原因を復活させるため、再抗弁として機能する。

第3 設問3

同一期日に尋問すべき証人が数名あるときは、原則として、各別に、かつ、後に尋問すべき証人が同席しないようにして尋問しなければならない。前に尋問される証人がけん制されるおそれや、後に尋問される証人が前の証言に影響を受けるおそれがあるからである。

しかし、全く関連性のない事実を尋問する場合や、他の証人の記憶を喚起させることを目的とする場合には、裁判長が必要と認めれば、後に尋問する証人の在廷を裁判長は認めることができる(民訴規則120条)。

また、裁判長は、必要があると認めるときは、証人と他の証人との対質を命じることができる(民訴規則118条)。数人の証人が同一の事実を経験しているながら、相反する供述をする場合に、記憶違いなのか、虚偽供述なのか

← 最判平 20.2.22 / 商法総則・商行為百選 [36]

← 複数証人の尋問の方法

を明確にし、真相を明らかにしやすくするために認められた方法である。

本件では、CおよびDの証言等を考慮した上で、裁判長の裁量により、隔離尋問、同時在廷もしくは対質の方法を用いて、証人尋問することができる。

第4 設問4

弁護士以外の者を業務に関与させた場合、これらの者は弁護士ではないので直接、基本規程の適用を及ぼすことはできない。しかし、それらの者の違法、不当な行為によって弁護士の品位・信用が毀損されてはならない。そこで、弁護士職務基本規程19条は弁護士の事務職員等の指導監督について規定している。すなわち、弁護士は「事務職員」が「その法律事務所の業務に関して知り得た秘密」を漏らさないように指導及び監督をしなければならないのである。

本件では、Eは「事務職員」であり、Lが受任した事件であるXの事件の詳しい内容という「その法律事務所の業務に関して知り得た秘密」を喫茶店というオープンスペースでウェイトレス相手にしゃべり、秘密を漏らしている。したがって、LはEに対して懲戒処分を下すなど、指導、監督をしなければならなかったところ、特に何の対処もしていないので、基本規程19条に反する。

以上

← 事務職員等の指導監督

参考答案2

制限時間内に書ける分量でまとめた

第1 設問1

1 小問1

売買契約に基づく代金支払請求権及び履行遅滞に基づく損害賠償請求権、各1個計2個。

←訴訟物

2 小問2

被告は、原告に対し、75万円及びこれに対する平成17年11月10日から支払済みまで年1割の割合による金員を支払え。

←請求の趣旨

3 小問3

(1) 請求を理由づける事実

売買契約に基づく代金支払請求と履行遅滞に基づく損害賠償請求を併せて行う場合の請求原因事実は、①売買契約の締結、②売買契約に基づく目的物の引渡し、③代金債務の履行期の経過、④損害の発生とその数額である。

←売買契約に基づく代金支払請求権等の要件事実

(2) 請求原因事実として主張しなければならない理由

①は、代金および履行遅滞に基づく損害賠償請求をするため、前提となる売買契約がなされたことを主張するため、要求される。②は、民法575条2項本文によって要求される。なお、同時履行の抗弁権が付着している、違法性を阻却し履行遅滞とならないため、反対債務の履行の提供の主張を要するが、本問では②で兼ねることになる。③は、債務者の履行遅滞の発生要件事実であ

るため、要求される。④につき、合意により、法定利率を超える遅延損害金の支払を請求するため、要求される。

(3) 本件へのあてはめ

本件における請求原因事実は、(ア) XはYに対し、平成17年11月2日、本件時計を代金75万円、支払期日平成17年11月9日、遅延損害金年1割との約定で売った、(イ) XはYに対し、同日、(ア)の契約に基づき、本件時計を引き渡した、(ウ) 平成17年11月9日は経過した、である。

4 小問4

主張されることが予想される抗弁は、消滅時効の抗弁であり、抗弁事実は、(カ) 平成22年11月9日は経過した、(キ) YはXに対し、平成23年1月15日、消滅時効を援用する旨の意思表示をした、(ク) Yは料亭を経営している、である。

←消滅時効の抗弁

商事債権は5年で時効消滅し(商法522条)、債権が時効消滅すれば、請求原因に基づく請求が排除されるので、抗弁となる。

第2 設問2

1 再抗弁として成立しうると考えられる主張

再抗弁として成立しうると考えられるXの主張は、時効完成後の債務の承認による時効援用権の喪失の主張と附属

的商行為にあたらぬ旨の主張である。

2 時効完成後の債務の承認による時効援用権の喪失

再抗弁事実は、(サ) Yは、Xに対し、平成23年1月8日、本件時計の代金債権に代えて、Y所有の桐箆箆を引き渡す旨を申し入れた、である。

時効完成後に、債務の承認をした場合、信義則上、債務者は時効援用権を喪失する。本件では、Xは、Yから代物弁済契約を申込みを主張しているが、代物弁済契約の申込みは、債務の存在を前提にしてなされるため、債務の承認に該当する。

そして、時効完成後の債務の承認は、抗弁の効果を覆し、請求原因を復活させるため、再抗弁となる。

3 附属的商行為にあたらぬ旨の主張

再抗弁事実は、(シ) 本件時計は、Yの自宅に飾られるものである、となる。

商人の行為は、その営業のためにするものと推定される(商法503条2項)。したがって、商事債権が時効消滅した旨を主張する者は、商人性のみ主張すれば足りるが、附属的商行為でない旨の主張は、推定を覆し、請求原因を復活させるため、再抗弁となる。

第3 設問3

同一期日に尋問すべき証人が数名あるときは、前に尋問さ

◀再抗弁

◀複数証人の尋問の方法

れる証人がけん制されるおそれや、後に尋問される証人が前の証言に影響を受けるおそれがあるため、各別に、かつ、後に尋問すべき証人が同席しないようにして尋問しなければならない。

しかし、関連性のない事実を尋問する場合や、他の証人の記憶を喚起させることを目的とする場合には、後に尋問する証人の在廷を裁判長は認めることができる(民訴規則120条)。

また、必要があるときは、証人と他の証人との対質を命じることができる(民訴規則118条)。

本件では、CおよびDの証言を考慮した上で、裁判長の裁量により、隔離尋問、同時在廷もしくは対質の方法を用いて、証人尋問することができる。

第4 設問4

弁護士は、「事務職員」が「その法律事務所の業務に関して知り得た秘密」を漏らさないように指導及び監督をしなければならない。本件では、「事務職員」であるEが、「その法律事務所の業務に関して知り得た秘密」であるLが受任した事件の詳しい内容を喫茶店というオープンスペースでウェイトレスに話している。したがって、LはEに対して指導、監督をしなければならなかったところ、何の対処もしていないので、弁護士職務基本規程19条に反する。以上

◀事務職員等の指導監督

合格ライン

1 設問1について

(1) 小問1について

訴訟物を正確に挙げていること

(2) 小問2について

請求の趣旨を正確に挙げていること

(3) 小問3について

請求原因事実を指摘できていること

① 売買契約を締結したこと

② 売買契約に基づき目的物を引き渡したこと

③ 代金債務の履行期が経過したこと

④ 損害の発生とその数額

(4) 小問4について

(商事) 消滅時効の抗弁を指摘できていること

2 設問2について

時効援用権喪失の再抗弁事実として、Yは、Xに対し、平成23年1月8日、本件時計の代金債権に代えて、Y所有の桐箆筒を引き渡す旨を申し入れた旨の事実を指摘していること

3 設問3について

複数の証人を同一期日に尋問する場合の原則的な方法と例外的な方法について説明することができていること

4 設問4について

事務職員の指導監督の必要性について説明することができていること

★ 論点解説 ★

① 売買契約に基づく代金支払請求権等の要件事実

一 訴訟物

1 解説

売買契約に基づいて代金を請求する場合の訴訟物は、「売買契約に基づく代金支払請求権」である。そして、売買代金請求訴訟を提起する場合、附帯請求として、目的物引渡後の利息相当分の金銭の支払いを求めることが少なくない。この法的根拠は、民法575条2項の「買主は引渡しの日から、代金の利息を支払う義務を負う」との定めである。

この「代金の利息」の法的性質については、2つの説が対立している。遅延損害金であるとする説と法定利息であるとする説である。

遅延損害金であるとする説は、民法575条の趣旨が買主の遅滞の責任を

引渡しの時まで発生させないことにあると考えるところから導かれる。一方、法定利息であるという説は、買主が目的物の引渡しによって果実取権を取得すること（民575 I）の反面として、買主が引渡しを受けた日から、履行遅滞の有無を問わず、法定の利息として代金の利息の支払いを認めたものと考えるところから導かれる。

遅延損害金であるとする説では、「履行遅滞に基づく損害賠償請求権」が訴訟物になり、法定利息であるとする説では、「民法575条2項本文に基づく法定利息請求権」が訴訟物になる。

なお、参考答案では、遅延損害金であるとする説の立場で記載している。

2 検討

本問では、Xが「売買代金及び損害金の支払い」を求めていますから、訴訟物は「売買契約に基づく代金支払請求権」及び「履行遅滞に基づく損害賠償請求権」です。

二 請求の趣旨

1 解説

金銭の支払いを請求する場合の請求の趣旨は、定型的に、「被告は、原告に対し、〇〇円及びこれに対する平成〇年〇月〇日から支払済みまで年〇割（分）の割合による金員を支払え。」となる。

2 検討

本問では、Xの言い分の中から具体的な数字を抽出し、売買代金は75万円、支払が遅れた場合には、年1割の割合による損害金を支払う旨の合意があった旨を主張しているため、「被告は、原告に対し、75万円及びこれに対する平成17年11月10日から支払済みまで年1割の割合による金員を支払え。」となります。

三 請求原因

1 解説

遅延損害金説によると、請求原因事実は、①売買契約が締結されたこと、②売買契約に基づき目的物を引き渡したこと、③履行が遅れたことを基礎づける事実（例えば、i 売買代金の支払いを求める催告をしたこと、ii 弁済期を経過したこと）、④損害の発生とその数額である。

④につき、金銭債務の不履行による損害の場合、「法定利率」か「約定利率」によって損害の額が定まるところ、特段の約定がなくとも、当然に「法定利率」である民法所定の年5分の割合による遅延損害金を請求することができる。つまり、法定利率による遅延損害金を請求する場合には、特段

の事実を摘示する必要はない。したがって、金銭債務の不履行による損害の場合に、「損害の発生及びその額」が請求原因になるのは、「利息につき法定利率を超える利率の約定」をしている場合、または「損害賠償額の予定」として遅延損害金の利率の合意がされている場合である。

一方、法定利息説によると、①売買契約が締結されたこと、②売買契約に基づき目的物が引き渡されたこと、③②の引渡しの時期およびその時期以降の期間の経過、が請求原因事実になる。

2 検討

本問では、(ア) XはYに対し、平成17年11月2日、本件時計を代金75万円、支払期日平成17年11月9日、遅延損害金年1割との約定で売った、(イ) XはYに対し、同日、(ア)の契約に基づき、本件時計を引き渡した、(ウ)平成17年11月9日は経過した、となります。

四 抗弁

1 解説

消滅時効の主張が認められれば、時効の起算日にさかのぼって権利は消滅し、請求原因における代金支払請求権を消滅することになる。

消滅時効の実体上の成立要件は、①権利行使可能な状態になったこと(民166)、②時効期間の経過(民167 I)、③援用権者が相手方に対し時効援用の意思表示をしたことである。

①につき、「権利行使可能」という要件は、本来、消滅時効の効果を主張する者が主張立証すべきことであるが、請求原因ですでに権利行使が可能であったことが現れている場合には、改めて主張立証することを要しない。②につき、消滅時効の期間計算は初日を算入せずに翌日からとするのが判例(最判昭57.10.19)である。弁済期の到来(午前0時)から権利行使が可能であることから、民法140条ただし書により初日を算入して期間計算をすべきでないかとの考え方もありうるが、判例は実際に権利行使が可能であるのは取引時間内であること考慮して、初日を算入していない。③につき、判例(最判昭61.3.17/民法百選I〔39〕)は、時効が援用された時に初めて確定的に生じると考える見解をとっている。この見解からすると、「時効の援用」は時効の効果を確定的に生じさせる実体上の意思表示の要件であるということになる。

そして、「商行為によって生じた債権」については、5年の消滅時効にかかる(商522)。よって、この消滅時効を主張する場合、「時効期間」については5年の経過を主張すれば足りるが、当該債権が「商行為によって生じた」ものであることを主張しなければならない。

そして、商人の行為は、営業のためにするものではないとの主張・立証がない限り、営業のためにするものと推定され（商 503 II）、その結果、商行為とされる（商 503 I）。そして、債権者又は債務者の一方にとって商行為であれば「商行為によって生じた債権」（商 522）にあたる。したがって、商事債権の消滅時効を主張する者は、当該債権を発生させる行為がされた当時、当事者のいずれかが商人であったことを主張・立証すれば足りる。

2 検討

本問では、Yが、本件売買契約は、附属的商行為であり、5年の消滅時効により消滅した旨を主張しているため、「商事債権の消滅時効の抗弁」を主張すると予想されます。そして、本件における抗弁事実は、(カ)平成22年11月9日は経過した、(キ)YはXに対し、平成23年1月15日、消滅時効を援用する旨の意思表示をした、(ク)Yは料亭を経営している、です。

(ク)につき、上記解説のとおり、商法503条2項の推定を受けるために、商人である旨（商人性）を主張すれば足りる。

五 再抗弁

1 時効援用権の喪失

(1) 解説

時効完成後に債務を承認した場合、時効の完成を知らずに承認した場合には、信義則に照らし、その後その時効を援用することは許されない(最大判昭41.4.20／民法百選I〔41〕)。

これに対し、時効の完成を知って承認した場合には、①時効の利益の放棄の場合、及び②信義則上時効援用権を喪失する場合（時効の完成を知らずに承認した場合と同様）、が考えられる。

①については、債務を承認したことにより時効の利益の放棄の意思表示をしたこと、及び時効完成の事実を知っていたこと、を主張するべきことになる。他方、②については、時効完成の知・不知に関わらないので、時効完成後に債務を承認した事情だけを主張すればよいことになる。

以上からすると、時効完成を知っていた場合については、上記2つの法律構成の関係をどのように捉えるべきかが問題となる。

この点、時効利益放棄の主張（上記①）は、時効援用権の喪失の主張（上記②）を内包する関係にあるとされ（いわゆる「a + b」の関係）、時効援用権の喪失の主張（上記②）のみで足り、時効利益放棄の主張（上記①）は過剰主張ということになる。

(2) 検討

本件では、Xは、Yから代物弁済契約を申し込まれた旨を主張しています。代物弁済契約の申込みは、債務の存在を前提にしてなされるため、債務の承認に該当します。

上記解説のとおり、時効完成を知って債務を承認した場合には、「時効完成後に債務を承認した事実」のみを主張すれば足り、本件における再抗弁事実は、(サ) Yは、Xに対し、平成23年1月8日、本件時計の代金債権に代えて、Y所有の桐箆箆を引き渡す旨を申し入れた、となります。

2 附屬的商行為でない旨の主張

(1) 解説

前述のとおり、商法503条2項の定めから、商人の行為は、その営業のためにするものと推定される。したがって、商事債権が時効により消滅した旨を主張する者は、抗弁事実の解説記載のとおり、商人性のみを主張すれば足りる。

この抗弁に対し、附屬的商行為でない旨の主張（具体的には、営業のためにする行為ではないことの主張）は、503条2項の推定を覆し、請求原因を復活させるため、再抗弁として機能する。

(2) 検討

本件における再抗弁事実は、(シ) 本件時計は、Yの自宅に飾られるものである、となるでしょう。

■参考文献

30講・173頁以下、新聞研・1頁以下、類型別・1頁以下

② 複数証人の尋問の方法

一 解説

同一期日に尋問すべき証人が数名あるときは、各別に、かつ、後に尋問すべき証人が同席しないようにして尋問しなければならない（民訴規120）。これは、尋問事項が関連しているのに、後に尋問すべき証人が同席しては、証人がけん制され、あるいは後の証人が口裏を合わせるおそれがあることなどが考慮されている。しかし、各別尋問が不能な場合、全く関連性のない事実を尋問する場合、他の証人の記憶を喚起させる機会をつかむためなど、裁判長が必要ありと認めるときは、後に尋問すべき証人の在廷を許すことできる（民訴規120）。

実務的には、隔離尋問による証人汚染を防止するメリットと同時在廷による真相を明らかにしやすいメリットを比べ、事案の性質、要証事実と証人と

の関係、証人相互間の関係等を斟酌し、柔軟な運用がなされている。

さらに、裁判長は、必要があると認めるときは、対質を命じることができる（民訴規 118）。対質とは、数人の証人又は当事者本人及び証人とを同時に尋問して、陳述の食い違う点について直接かつ相互に弁明させる尋問方法である。数人の証人が同一事実を経験しながら矛盾する供述をするときは、記憶違いなのか虚偽供述なのかが明確になれば事実認定が容易になり、そのためには証人を対峙させて尋問を行うことが真相の解明に役立つと考えられるため、認められる制度である。

二 検討

本問では、同一期日に尋問すべき証人が数人あるため、隔離尋問、在廷尋問もしくは対質によって、尋問を行うことになるでしょう。本問では、どのような方法があるかを問う問題であるため、以上の3つの方法がある点を論じることになります。

■参考文献

伊藤・381頁以下、講義案・192頁以下

3 事務職員等の指導監督

一 解説

弁護士職務基本規程 19 条は、「弁護士は、事務職員、司法修習生その他の自らの職務に関与させた者が、その者の業務に関し違法若しくは不当な行為に及び、又はその法律事務所の業務に関して知り得た秘密を漏らし、若しくは利用することのないように指導及び監督をしなければならない。」と定める。

弁護士職務基本規程は、弁護士以外の者には適用がない。しかし、それらの者が、違法・不当な行為に及び、弁護士の品位を傷つけるおそれがあることから、弁護士にその使用する事務職員や自己の法律事務所に配属された司法修習生などを指導及び監督する義務を課したものである。

二 検討

本件では、Eが、Lが受任した事件であるXの事件の詳しい内容を喫茶店というオープンスペースでウェイトレス相手にしゃべっています。

Eは、「事務職員」であり、事件の詳しい内容を喫茶店でウェイトレスに話す行為は「その法律事務所の業務に関して知り得た秘密を漏ら」す行為にあたります。したがって、LはEに対して懲戒処分を下すなど、指導、監督をしなければならなかったところ、特に何の対処もしていないので、基本規程

19条に反することになります。

■参考文献

解説・規程・37頁以下，弁護士倫理・43頁以下

司法試験 予備試験 新・論文の森 法律実務基礎 第2版

2011年10月20日 第1版 第1刷発行

2012年11月5日 第2版 第1刷発行

著者 ●株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

発行所 ●株式会社 東京リーガルマインド

〒164-0001 東京都中野区中野4-11-10

アーバンネット中野ビル

☎ 03(5913)5011 (代表)

☎ 03(5913)6336 (出版部)

☎ 048(999)7581 (書店様用受注センター)

振替 00160-8-86652

www.lec-jp.com/

印刷・製本 ●倉敷印刷株式会社

© 2012 TOKYO LEGAL MIND K. K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-7095-8

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-7095-8

C3332 ¥3400E



9784844970958



1923332034002

定価**3,570円** 本体**3,400円** +税5%
LD07095

司法試験 予備試験
新・論文の森
法律実務基礎 **第2版**

