

スクエア free セミナー 第124回 ジャックインザボックス・トーク



東京ブライト法律事務所

弁護士 伊藤 献

◆ 司法試験の勉強

よくある質問①

弁護士は六法全書を全部覚えているの？

回答：英単語を全部覚えてなくても英会話ができます。

あまり使わない条文は覚えていない。

どんな法律があったか、どこを見ればわかるかは知っている。

よく使う条文は、判例まで知っている。



◆ 司法試験の勉強

よくある質問②

司法試験って、暗記科目なの？

回答：身に付けているのは法的センスです。

司法試験の論文試験では、六法を参照できる。

知識だけではなく、センスで答える。

法的センスこそ、法律家のアイデンティティ。

【第23問】（配点：2）

契約に関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものはどれか。（解答欄は、[No.23]）

1. 死因贈与は、負担付でできない。
2. 準消費貸借は、目的物の引渡しが必要で成立しない。
3. 使用貸借は、書面でなければ成立しない。
4. 寄託は、報酬を定めなければ成立しない。
5. 民法上の組合契約の出資は、金銭を目的とするものに限られない。

【第24問】（配点：2）

AとBは、平成31年4月1日、A所有の中古自転車（以下「甲」という。）を、同月10日引渡し、同月20日代金支払の約定でBに売却する旨の売買契約を締結した。この事例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誤っている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.24]）

- ア. 甲は、平成31年4月8日、Bの責めに帰すべき事由により滅失した。この場合において、AがBに対して同月20日に代金の支払を請求したときは、Bは、この請求を拒むことができない。
- イ. Aは、Bに対し、平成31年4月10日、甲を引き渡したが、甲には売買契約の締結前から隠れた瑕疵があった。この場合において、その瑕疵の存在により契約をした目的を達することができないときは、Bは、売買契約を解除することができる。
- ウ. Aは、Bに対し、平成31年4月10日、甲を引き渡したが、Bは、同月20日を経過しても代金を支払わず、同月21日、事情を知らないCに甲を売却し、引き渡した。この場合において、Aが相当の期間を定めて催告してもBが代金を支払わないときは、Aは、Bとの間の売買契約を解除し、Cに対し、甲の返還を求めることができる。
- エ. AがBに約定どおり甲を引き渡さなかったことから、Bは、Aに対し、平成31年4月21日、代金につき弁済の提供をしないまま、甲の引渡しを求めた。この場合、Aは、Bに対し、同時履行の抗弁権を主張して、Bからの引渡請求を拒むことができる。
- オ. Aは、Bに対し、平成31年4月25日、甲を引き渡したが、Bは、Aに対し、その後も代金を支払っていない。この場合、Aは、Bに対し、甲の代金及び同月21日からの利息の支払を求めることができる。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ エ 4. イ オ 5. ウ オ

【事例1】

甲（男性、25歳）は、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手した上、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考え、某日、金融庁職員に成りすまして、見ず知らずのA（女性、80歳）方に電話をかけ、応対したAに対し、「あなたの預金口座が不正引き出しの被害に遭っています。うちの職員がお宅に行くのでキャッシュカードを確認させてください。」と告げ、Aの住所及びA名義の預金口座の開設先を聞き出した。

同日、甲は、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒（以下「ダミー封筒」という。）と、それと同種の空の封筒をあらかじめ用意してA方を訪問し、その玄関先で、Aに対し、「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう必要があります。後日、お預かりする可能性があるため、念のため、暗証番号を書いたメモも同封してください。」と言った。Aは、それを信用し、B銀行に開設されたA名義の普通預金口座のキャッシュカード及び同口座の暗証番号を記載したメモ紙（以下「本件キャッシュカード等」という。）を甲に手渡し、甲は、本件キャッシュカード等をAが見ている前で空の封筒内に入れた。その際、甲は、Aに対し、「この封筒に封印をするために印鑑を持ってきてください。」と申し向け、Aが玄関近くの居間に印鑑を取りに行っている隙に、本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替え、本件キャッシュカード等が入った封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた。Aが印鑑を持って玄関先に戻って来ると、甲は、ダミー封筒をAに示し、その口を閉じて封印をさせた上でAに手渡し、「後日、こちらから連絡があるまで絶対に開封せずに保管しておいてください。」と言い残して、本件キャッシュカード等が入った封筒をそのままA方から持ち去った。

その数時間後、甲の一連の行動を不審に感じたAが前記事情を警察に相談したことから、甲の犯行が発覚し、警察から要請を受けたB銀行は、同日中に前記口座を凍結（取引停止措置）することに応じた。

翌日、甲は、自宅近くのコンビニエンスストアに行き、同店内に設置されていた現金自動預払機（以下「ATM」という。）に前記キャッシュカードを挿入して現金を引き出そうとしたが、既に前記口座が凍結されていたため、引き出しができなかった。

【設問1】 【事例1】における甲のAに対する罪責について、論じなさい（住居侵入罪及び特別法違反の点は除く。）。

◆ 司法試験の勉強

よくある質問③

弁護士とか裁判官って社会経験が足りませんかよね？

回答：極限状態（離婚、倒産等）について、知識としては知っています。

離婚で問題になる点、破産で気を付けるべき点は知っている。

知識として知っていても、体験していない。

知っている知識を提供する。

常に知識と感覚をアップデートする。

◆ 法律家の考え方

- ① 事実を整理する
= 事実と評価を切り分ける

パワハラ、セクハラ、誹謗中傷、差別 などは評価事実。
いつどこで何があったか、5W1Hを確認する。
パワハラにあたるか、ではなく、
不法行為としてどのくらい慰謝料が請求できるか。

◆ 法律家の考え方

- ② ルール（法律、契約、判例）を解釈する
= 限定解釈と拡大解釈

システム開発の故意または重過失：契約文言を限定解釈

民法416条を不法行為にまで類推適用：趣旨から拡大解釈

合理的意思解釈と、法の趣旨。

広げたり、狭めたりする。

東京地裁平成26年1月23日判決

(2) 賠償額上限条項の適用

「原告は、被告に重過失がある場合には、本件基本契約29条2項は適用されないと主張するので検討する。

本件基本契約29条2項は、ソフトウェア開発に関連して生じる損害額は多額に上るおそれがあることから、被告が原告に対して負うべき損害賠償金額を個別契約に定める契約金額の範囲内に制限したものと解され、被告はそれを前提として個別契約の金額を低額に設定することができ、原告が支払うべき料金を低額にするという機能があり、特に原告が顧客の個人情報の管理について被告に注意を求める場合には、本件基本契約17条所定の「対象情報」とすることで厳格な責任を負わせることができるのであるから、一定の合理性があるといえる。しかしながら、上記のような本件基本契約29条2項の趣旨等に鑑みても、被告（略）が、権利・法益侵害の結果について故意を有する場合や重過失がある場合（その結果についての予見が可能かつ容易であり、その結果の回避も可能かつ容易であるといった故意に準ずる場合）にまで同条項によって被告の損害賠償義務の範囲が制限されるとすることは、著しく衡平を害するものであって、当事者の通常の意味に合致しないといふべきである（売買契約又は請負契約において担保責任の免除特約を定めても、売主又は請負人が悪意の場合には担保責任を免れることができない旨を定めた民法572条、640条参照。）。

したがって、本件基本契約29条2項は、被告に故意又は重過失がある場合には適用されないと解するのが相当である。」

民法

(債務不履行による損害賠償)

第四百十五条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

2 前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

- 一 債務の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 三 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

(損害賠償の範囲)

第四百十六条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

(損害賠償の方法)

第四百十七条 損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。



第五章 不法行為

(不法行為による損害賠償)

第七百九条 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

(財産以外の損害の賠償)

第七百十条 他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合又は他人の財産権を侵害した場合のいずれであるかを問わず、前条の規定により損害賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしなければならない。

(近親者に対する損害の賠償)

第七百十一条 他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても、損害の賠償をしなければならない。

(責任能力)

第七百十二条 未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない。



◆ 法律家の考え方

- ③ 事実をルールにあてはめて、解決に導く
= ゴール（結論）から考える

事実：あたりそうな事実をピックアップする。証拠を集める。

解釈：あてたかったら的を広くするし、外したかったら的を狭くする。

事実と解釈の両面からアプローチ。