

# 『司法試験全体・科目ごとで何がどう問われているのか!』

## 第1. プロフィール

加藤 喬 (かとう たかし) / 昭和 60 年生まれ (現在 29 歳)  
平成 26 年司法試験合格 (第 68 期司法修習生)  
地元の公立高校 (H16 卒) / 青学法 (H20 卒) / 慶應既修 (H23 卒)

## 第2. 司法試験の成績

平成 23 年 短答 221 点  
論文 350 点 (約 2600 位) / 公法 66 / 民事 156 / 刑事 76 / 労働 51  
平成 24 年 短答 270 点  
論文 346 点 (約 3000 位) / 公法 74 / 民事 120 / 刑事 103 / 労働 48  
平成 26 年 短答 270 点  
論文 523 点 (36 位) / 公法 133 (約 100 位) / 民事 186 (約 200 位) / 刑事  
126 (約 160 位) / 労働 76. 6 (1 位)

## 第3. 司法試験全体で何が問われているか

現行司法試験では、大枠としては、論点を拾えているかどうか自体が問われているのではありません。論点についての論述を通じて、事案と法理論 (判例・学説・基本原理・制度・条文など) についての理解を示すことができるかが問われています。

したがって、あるメイン論点を落としても、他のメイン論点の論述を通じて、事案と法理論についての理解を示すことができているならば、十分合格点がつきます。

## 第4. 科目ごとに何が問われているか

出題の趣旨や採点実感の細かい内容を表面的に網羅するのではなく、まず、科目ごとで、大枠として何が問われているのかについて把握する必要があります。そうでないと、出題の趣旨や採点実感における年度ごとの記載内容について、優先順位を付けることができず、およそ実現不可能な理想の答案像が一人歩きすることになってしまいます。

## 第5. 完璧を求めない

司法試験は、限られた時間の中で問われていることに対して解答しなければなりません。

例えば、「事実の引用」や「三段論法」といった理想論を「ただ振りかざす」ことは誰にでもできます。しかし、理想論を振りかざして 100 点を夢見るよりも、限られた時間の中で答案を書きこなさなければならないという現実と向き合って、適切な妥協ラインを探求したほうが確実に上位合格に近づけます。

また、答案の書き方のみならず、判例・学説の理解についても同様のことがいえます。ある判例・論点について、「学問的に」理解することと、「実践的なものとして」理解することとは、全く別とまではいいませんが、食い違ってくる場合もあります。この場合、許される範囲で、「実践的な観点」から「学問的に正しい理解」を犠牲にせざるを得ないこともあります。どんなに正しい理解も、答案上で表現できれば意味がないからです。

# 憲 法

## はじめに

憲法では、「出題の趣旨・採点実感を水準とした完璧な答案」を求めないことが賢明です。憲法で大枠として何が問われているのかを理解した上で、自分なりの妥協ラインを敷けることが重要です。基本7科目のうちで最も、現実離れた理想の答案像が一人歩きしやすい科目です。

憲法で大枠として問われていることは、①判例・学説を軸にして各パートの言い分を組立てること、②問題文の事実について多角的に評価することです。複数のメイン論点のうち、いくつかの論点で①及び②を実現できれば、それだけで上位答案になります。

## 第1. 原告の主張の役割

原告パートは、フルスケールで書くべきです。これは、平成19年のヒアリングで指摘されているからという形式的な理由だけによるものではなく、争点を明確化し、反論・私見を展開しやすくするという答案政策上の理由によるものでもあります。

⇒「今年は、教団の訴訟代理人の主張についてはフルスケールで述べさせることを前提にして、教団と反対側になる市側の主張については、自分の見解を展開する前提として踏まえればよいという形・・・にした」（平成19年ヒアリング）。

つまり、設問1の原告パートでは、争点であるかどうかを問わず、違憲の結論を導くために必要な事項はひと通り主張させ、設問2・3では、争点についてのみ反論・私見を展開することになります。争点にならない事項については、私見で言及する必要はなく、原告の主張が私見に代替するというイメージです。

このように、争点にならない事項については、原告の主張が私見に代替するのだから、原告パートですべて主張しなければなりません。

これに対し、争点になる事項については、原告パートと反論・私見との重複を避けるために、実践的な観点から、原告パートで主張する内容をセーブする必要があります。

### [民法の言い分方式でイメージ]

不法行為責任の請求原因は、①権利・利益、②権利・利益の侵害、③故意・過失行為、④②・③の相当因果関係、⑤損害の発生・金額、⑥②・⑤の相当因果関係です。

原告には、①ないし⑥のすべてについて主張させ、被告では、争点となるものについてのみ反論させます（例えば、③・④・⑥）。

私見では、反論により争点化された③・④・⑥についてのみ検討すれば足ります。①・②・⑤については、争点になっていないため、原告の主張がそのまま私見に代替しますので、私見で検討する必要はありません。

## 第2. 判例・学説を軸にした論述のメリット

最たる理由は、各パートでの論述の振り分けがやりやすくなるということにあります。反対に、原告又は被告パートで判例・学説に依拠しない主張をすると、反論・私見で検討すべき対象がはっきりとせず、水掛け論や、論述の重複といった事態に陥りやすいです。

### 第3. 原告で判例に言及する方法

#### 1. 有利な判例を引用する場合 ex よど号ハイジャック記事抹消事件判決

**原告)** 判例は、知る権利について、①個人の思想・人格の形成・発展にとって必要不可欠であるとともに、②思想・情報の自由な伝達・交渉の確保という民主主義社会の基本的原理を真に実行あらしめるためにも必要であるとの理由から、表現の自由を保障した憲法21条1項の規定の趣旨・目的から、その派生原理として当然に導かれるとして、憲法21条1項による保障を肯定している。

**反論)** ～という情報の性質からして、～を知る権利については、①が当てはまらないから、憲法21条1項の保障が及ばない。

**私見)** ②だけで判例の結論を導けるか、②を補うことができる特別の事情はあるか、判例とは異なる理由から判例と同じ結論を導けないかなどについて検討。

#### 2. 判例に依拠するにとどまる場合 ex 泉佐野市民会館事件判決

**原告)** 保護領域の段階で集会の自由の一般的な重要性について言及した上で、違憲審査基準を導く段階で、①本件集会が～という政治的思想・意見の表明を目的としたものであり、集会の自由の保障の中核部分に位置づけられるものであること、②デモ行進の場所が公道という表現行為に対して開かれた公共の場所であることを指摘したうえで、明らかに差し迫った危険の基準を主張します。

⇒ 泉佐野市民会館事件判決は、(1)関西新空港の建設反対を目的としたコアな集会のための(2)市民会館の使用を不許可としたことの合憲性が争われた事案において、集会の自由の一般的な重要性について述べたうえで、明らかに差し迫った危険の基準を採用しています。

そして、例えば、政治的意見の表明を目的とした公道上のデモ行進（又は集会）の事案（平成25年公法系第1問）については、(1)は妥当するが、(2)がそのまま妥当するわけではないので、原告パートで(1)及び(2)について明示的に言及する形で泉佐野市民会館事件判決を主張すると、原告パートの段階で判例と本問の事案の違い（②市民会館と②公道の違い）が現れることとなり、かかる事案の違いについて原告パートでカバーしなければならなくなります。しかし、これでは、反論・私見でなすべき論述の先取りとなってしまいます。

このように、原告パートで判例を引用する（又は、判例について明示的に言及する）と反論・私見の先取りになってしまう場合には、原告パートでは判例に依拠した論述をするにとどまるべきです。

**反論)** 原告による明らかに差し迫った危険の基準についての主張は、泉佐野市民会館事件判決に依拠するものであるが、同判決で問題となった集会の場所は市民会館であり、公道ではないから、同判決の射程は本件には及ばない。

**私見)** 確かに、市民会館と異なり、公道でのデモ行進の場合には、交通渋滞による交通事故の危険や、近隣飲食店の売上減少の危険なども生じ得るため、市民会館での集会に比べて他者の権利を侵害する危険が大きい。

しかし、同判決は、集会の自由が精神的自由であることに着目して明らかに差し迫った危険の基準を導いているところ、公道も市民会館と同様に表現のために開かれた公共の場所であり、そこでのデモ行進の自由の精神的自由としての重要性は市民会館での集

会の自由と異なるものではない。

したがって、公道におけるデモ行進の自由に対する制約についても明らかに差し迫った危険の基準を適用することができ、デモ行進の場所が公道であり、市民会館での集会に比べて他者の権利を侵害する危険が高いという点は、同基準への当てはめで考慮されるべきであると解する。

⇒ 泉佐野市民会館事件の事実関係(1)・(2)のうち、(1)だけでは「明らかに差し迫った危険の基準」を導くことは困難ですから、公道と市民会館の違いを意識しつつ、本件において、(2)についての事案の違いを補うことができるような特別の事情が認められるかどうかを検討することになります。この特別の事情の一つとして考えられるのが、パブリック・フォーラムの理論です。

### 3. 不利な判例がある場合 ex 堀木訴訟判決

**原告)** 学説に依拠した主張。

⇒ 原告に不利な判例がある場合であっても、原告パートで判例理論の批判又はその射程の限定について言及した上で、原告に有利な学説を主張するのがベストです。しかし、そこまでやると、反論・私見の展開が極めて困難になります。

**反論)** 堀木訴訟判決を引用、又は同判決に依拠した主張。

**私見)** 判例理論の当否又はその射程について、学説と問題文の事案の特殊性を踏まえた上で検討します。

### 第4. 判例を使う際には完璧を求めない

判例の使い方で問われているのは、判例の事案・理由・結論についての正確な知識と、その知識を問題文の事案との関係でどう応用するか、というところ です。

なので、判例の事案・理由・結論 (=知識) さえ間違えなければ、これらの使い方 (=応用) で多少ずれた論述をしても、十分に評価されます。

### 第5. 採点の相場

#### 1. 最低合格ライン

- ① 言い分方式を守る / ② 途中答案是ダメ / ③ 審査基準の相場を大きく外さない
- ④ 法令違憲と適用違憲で取り上げるべき事実の区別 (完璧でなくてもよい。)
- ⑤ 事実の引用と評価 / ⑥ 誘導から大きく逸脱しない

#### 2. 即死ではないミス

- ① 権利の選択 / ② 判例を軸にした論述ができていない / ③ 判例の射程の誤り

#### 3. 上位答案 (100~300 番以内) の要素

- ① 元ネタになっている判例に気がつき、そのうえで、判例を軸にした争点形成を行い、原告・反論・私見を組み立てる
- ② どの事実をどのように使ってほしいのかという出題者の意図に気がつく
- ③ 原告・反論・私見での論述の振り分けがうまい
- ④ 書くべき原則論を厚く論じている
- ⑤ それなりの文量が必要 (事実の引用・評価そのものにも点があるから)

# 行政法

## 第1. 誘導を落とさないための答案構成の工夫

手順1) 問題文・会議録を読みながら、設問・誘導を答案構成用紙に書いていきます。これにより、「答案構成のための骨組み」を作ります。問題文を読み終わってからまとめてやろうとすると、誘導の書き写し洩れが生じがちだからです。

手順2) 手順1で作った答案の骨格に、肉付けをしていきます。この過程で、手順1で構成用紙に書いた誘導を、「答案構成」に反映するごとに線で消していきます。

<p>① Aの反論</p> <p>○要綱は内部基準→外部的効果なし→許可基準そのものとはならない ⇒ 要綱と採石法の関係から (委任なし)</p> <p>○Aの不服</p> <p>①保証の要求自体ダメ</p> <p>②A社の特殊事情</p> <p>1 要綱は採石法の委任なし⇒内部基準たる行政規則 ⇒外部的効果なし⇒許可基準そのものにならない。</p> <p>2 要件裁量あれば考慮し得る⇒法33条の4不確定概念 +専門判断=要件裁量</p> <p>3 反論① 保証の要求は、採石法の趣旨・目的を逸脱し、他事考慮にあたる。</p> <p>(1) 要綱は裁量基準⇒裁量権の範囲内の適法なものではないと他事考慮</p> <p>(2) 1条「災害防止目的」⇒33条の2②/規則8条の15② 10が添付要求。防災措置の確実な履行のため⇒保証もその一環⇒目的の範囲内</p> <p>4 反論② 個別事情考慮義務</p> <p>(1) 個別事情考慮義務論</p> <p>(2) 確かに、Aは資金豊富 しかし、B県職員発言「B県では履行されない例が多い」⇒C組合のほうが資金豊富⇒C保証あったほうが確実⇒適法</p>	<p>②岩石採取をやめさせる</p> <p>※1 直ちにやめさせる必要なし</p> <p>※2 保証は採取計画に記載されない。 しかし、一体とならないか?</p> <p>①採石法の関係規定から ⇒ 職権撤回に引きずられない 個々の規定を綿密に読む</p> <p>②職権撤回 ⇒ 採石法に明文規定ない</p>
---	---

## 第2. 判例を実践的な観点から理解する

1. 行政法では、新司法試験の論文試験で使える実践的な観点から、講学上の理論・判断枠組みとの関係で判例を理解することが重要です。

行政法の判例の学習で大切なことは、『判例を知る』ということではなく、『判例を参考にして、そこで問題となっている処分性や原告適格といった講学上の理論・判断枠組みの理解を深める』ことにあります。したがって、ある特定の判例を、その判例の理解に絞った視点で学習することは、有益性に乏しく、『判例の真の理解』にも繋がりません。

したがって、『判例を追うこと』よりも、まずは『講学上の理論・判断枠組みを理解すること』が重要であり、これが不十分であると、『判例を講学上の理論・判断枠組みとの関係で的確に位置づけて理解する』こともできず、それゆえに判例を理解することもできません。

『判例の真の理解』のためには、その判例が前提としている『講学上の理論・判断枠組みの正確な理解』が必要不可欠なのであり、まずは『講学上の理論・判断枠組みの正確な理解』が先にあり、そのうえで、『判例を参考』にすることで、講学上の理論・判断枠組みの使い方のバリエーションを増やすことにより、『講学上の理論・判断枠組みの理解を深めていく』のです。このように、『判例の真の理解』と『講学上の理論・判断枠組みの真の理解』とは、不即不離に結びついています。

2. 例えば、行政法の講学上、処分性の要件として、公権力性と直接・具体的な法的効果が挙げられています。近時の判例は、国民の権利救済の実効性という観点を、処分性を肯定する際の補強的な理由づけとして用いることがあります。ここで、国民の権利救済の実効性という観点を法的効果の直接性・具体性とは独立したものとして捉えると、講学上の処分性の判断枠組みや、「公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、これによって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」という昭和39年判決が示した判断枠組みとの整合性の説明に窮することとなります。これらの判断枠組みとの整合性を保つために、国民の権利救済の実効性を法的効果の直接性・具体性と結びつけて理解するという方法がありますが、そのためには、なぜそのような結びつけが可能なのかを説明できなければなりません。
3. また、医療法30条7項の規定に基づく病院開設中止勧告の処分性を肯定した最判H17.7.15・百167は、勧告に従わない場合に相当程度の確実さをもって病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなり、国民皆保険制度の下では実際上病院の開設自体を断念せざるを得なくなるということを理由としています。このような勧告不服従に伴う不利益は、勧告の法的効果とまではいえず、事実上の不利益にすぎないが、不利益を伴う後続処分の蓋然性の高さとその不利益性の大きさに着目して、処分性が肯定されています。だからこそ本判決は、「このような勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果および病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併わせ考えると」と述べるにとどまり、法的効果が認められるとは述べていないのです。ここまでが、『判例の判旨の理解』です。『判例の真の理解』とは、勧告がもたらす蓋然性のある不利益が、勧告の事実上の効果にすぎないにもかかわらず、処分性が肯定されたということを、直接・具体的な法的効果を処分性の要件としてきた従来からの講学上ないし昭和39年判決の判断枠組みとの関係で、的確に説明できることです。



なので、抗弁事項（例えば、債務不履行責任における帰責事由）についても、原告パートの段階で主張する必要があります。

## 2. 争いのない法律要件

争いのない法律要件については、反論・私見を展開する必要がないので、原告の主張がそのまま私見に代替することとなります。だからこそ、争いのない法律要件については、原告で主張させる必要があります。

### [論述例]

債務不履行責任に基づく損害賠償請求権の発生要件は、①債務の発生原因事実・内容②債務の不履行、③損害の発生・金額、④相当因果関係、⑤債務者の帰責事由です。

原告には、①ないし⑤のすべてについて主張させ、被告では、争点となるものについてのみ反論させます（例えば、④・⑤）。

私見では、反論により争点化された④・⑤についてのみ検討すれば足够了。①・②・③については、争点になっていないため、原告の主張がそのまま私見に代替しますので、私見で検討する必要はありません。

## 第3. 請求原因摘示の問題

要件事実の問題では、書き方で迷うことがあると思います。

例えば、平成25年設問1では、主債務者Bが保証人とされるCを無権代理して債権者Aとの間で書面により保証契約を締結した後に、保証人とされるCが口頭で追認したという事案において、(1)保証債務履行請求の請求原因を摘示しつつ、(2)Cが口頭で追認したという事実関係の下で書面性がみだされるのかという実体法上の論点に言及する必要もあります。(3)さらに、無権代理後の追認という事案なので、追認による有権代理を主張することになりますが、その前提として、まずは、先立つ代理権授与による有権代理の請求原因を摘示した上で、先立つ代理権授与に対する否認を前提として、追認による有権代理の請求原因を摘示するのか、それとも、はじめから追認による有権代理の請求原因を摘示すべきなのかという悩みも生じるかと思います。

平成25年設問1は、問われていること自体は難しいことではありません。しかし、(1)(2)(3)を踏まえて「どのように書くべきか」、ここで大きな差がついてきます。

### [論述例]

保証債務の履行請求をする者は、保証契約（民法446条1項）の成立要件として、①「主たる債務」の発生原因事実、②保証の合意、③「書面」性を主張する必要があります。

①としては、A・B間における甲土地を代金6000万円で売る旨の売買契約の締結。

②としては、追認による有権代理として、(1)A・B間での①の代金債務についてCが保証する旨の契約の締結、(2)保証契約締結の際に、BがCの代理人であることを示したこと、(3)その後、CがAに電話をして連帯保証人になることに異存がない旨を告げたことを主張すべきである。なぜならば、BはCからの代理権授与がないのにCの代理人として保証契約を締結しており、これは原則として無権代理となりCに効果が帰属しない（113条1項）が、事後にCが追認したことにより保証契約の効果がCに帰属することになるからである。

③としては、何を主張すべきか、無権代理人が作成した書面でも本人の追認により書面性をみだすかが問題となる。・・・略・・・。



#### 第4. 先回り主張

司法研修所の民事裁判起案とは異なり、請求原因・抗弁・再抗弁等に従って主張を整理することまで求められているわけではないので、要件事実に依拠しつつ、争点となる事項についてのみ主張・反論を展開すれば足ります。

したがって、原告パートでは、請求原因だけ主張させるのではなく、原告が争っていない限度で、被告の抗弁を想定した再抗弁まで先回り主張させたいうえで、争点となる事項についてのみ被告に反論させるべきです。

##### 【平成 27 年設問 1(1)】

[事案] Aは、Bとの間で、丸太について、所有権留保特約付きの売買契約を締結したところ、Bが代金支払時期に残代金を支払わなかったため、転得者Cに対し、丸太の所有権が自分に帰属すると主張し、その引渡しを求めている。

[設問] Aの主張の根拠を説明し、そのAの主張が認められるかどうかを検討した上で、これに対して考えられるCの反論を挙げ、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。

[論述のポイント]

ブロックダイアグラムに従えば、

kg) Aもと所有+C現占有

E1) 所有権喪失の抗弁 (A B売買)

R1) 所有権留保特約

E2) 即時取得 (B C売買+引渡し) / 留置権・権利濫用も?

R2) 悪意・過失

となりますが、争点となるのはCの悪意・過失 (R2) です。ここで、E1・R1・E1・R2について反論・再反論・再々反論・再々々反論という形で展開すると、無駄な論述が増えるとともに、争点がぼやけてしまいます。

A主張のパートでは、「A・B間で所有権特約付きの丸太の売買契約を締結したが、代金未払いであるから、丸太の所有権はAに帰属する、したがって、丸太を現在占有しているCに対して所有権に基づき引渡しを求める」という要旨の主張をします。これは、所有権喪失の抗弁を想定して所有権留保特約 (R1) 及び代金未払い (Dの否認) についてまで先回り主張するというものです。

⇒①A所有 (Aもと所有+所有権留保特約付き売買+代金未払い)

②C現占有

これに対して、C反論のパートでは、B・C売買時点でのA所有 (所有権留保特約の効果ゆえ) を前提として、所有権喪失の抗弁として、即時取得を主張します。

私見パートでは、即時取得の要件事実は取引行為+引渡しであり、善意・過失については主張・立証責任が転換されていますが、要件事実に従った主張・反論・検討そのものが求められているわけではないので、悪意・過失を検討するのではなく、善意・無過失について検討することになります。

#### 第5. 法律要件の全部検討

例えば、平成23年設問1(2)では、詐害行為取消権が出題され、一部の債権者に対する偏頗弁済の詐害行為該当性が争点となっていました。被保全権利・無資力要件など他の要件につ

いても言及する必要がありますが、争点ではないので、これら争点となっていない要件については、詐害行為の論点の論述に入る前にすべて冒頭で端的に認定し、その後で、詐害行為について論述するというのがバランスがよいです。

**[論述例]**

Aの「債権者」Cは、A F間の敷金返還請求権の放棄合意の時点でAが無資力であったことから、それ以前に成立した請負代金債権を被保全「債権」として、「財産権を目的」とする「法律行為」（民法424条2項）に当たる敷金返還請求権の放棄合意を詐害行為として取り消すことを裁判所に請求（424条1項）することが考えられる。

では、かかる放棄合意は「債権者を害する法律行為」に当たるか。

・・・略・・・。

# 会 社 法

## はじめに

会社法で大枠として問われていることは、以下の①～④です。

### ①論理的一貫性

設問ごとの論理的一貫性のみならず、設問間での論理的一貫性も大事です。ただし、設問間での論理的一貫性について必要以上に意識すると、平成24年設問1で多くの受験生が陥ったように、設問の題意を見誤ることになります。

### ②問題文の事案の解決に必要な条文を摘示できる

択一レベルの条文も出題されるので、択答試験が3科目になった平成27年以降でも、会社法については、論文対策として、条文の素読をするとともに、条文の理解を深めるために択答試験の過去問をやることもお勧めです。

### ③条文の要件に該当する具体的事実の認定

特に、「任務」（423条1項）・「職務」（429条1項）の内容、「損害」の認定はラフになりがちなので、丁寧に認定する必要があります。特に、「損害」については、先行する論述との論理的一貫性に注意して認定しなければなりません（例えば、取引行為・合併等の有効無効）。

### ④基本判例・論点の理解

条文知識と異なり、判例・論点については、細かい知識は問われない傾向にあります。

## 第1．絶対に書ききる

近年の会社法では、途中答案が続出しているため、最後まで書ききるだけで相対的に浮くことができます。なので、絶対に書ききってください。それだけで合格圏内に滑り込めます。

## 第2．条文の引用

条文番号の正確な指摘は必須です。条文の文言を「」で引用し、これに問題文の事実を当てはめるということも大事ではありますが、条文の文言の引用がくどくなる（例えば、文言の引用が、事実の摘示・評価よりも長くなる場合など）のであれば、やらないというのもありだと考えています。

大事なことは、①時間内に書ききることと、②論述の中身です。一部の予備校講師・合格者が文言引用を強調しますが、論述の「丁寧さ」は、①・②があつてはじめて評価されるものです。まずは、①・②を優先してください。

## 第3．「損害」認定はとても重要

例えば、会社財産の廉価売却の実行・意思決定が任務懈怠に当たるとしても、適正時価と実際の売却価格との差額が「損害」となるかどうかは、廉価売却の有効性に関係してきます。無効であれば、会社財産を不当利得として取り戻すことができるので、差額そのものは「損害」となりません。

また、違法な有利発行により、会社に損害が生じるのか、それとも株主に直接損害が生じるのかについても、議論のあるところです。

# 民事訴訟法

## はじめに

民事訴訟法で大枠として問われていることは以下の①～④です。

- ①基本概念（定義・趣旨・機能・原理原則）について応用できるレベルにまで理解している
- ②基本判例について、判例が前提としているであろう民事訴訟法上の原理・原則と結びつけた上で理解している（①にも関連する）
- ③要件事実の理解
- ④要件事実・主要事実・間接事実・補助事実の正確な区別

## 第1. 基本概念についてどこまで押さえるべきか

民事訴訟法において把握すべき基本概念は、当事者適格・訴えの利益・二重起訴禁止・訴訟物・処分権主義・弁論主義・裁判上の自白・自由心証主義・既判力といった、基本的なものでかまいません。

なぜかという、旧司法試験と違って、現行司法試験では、基本概念を書くこと自体にあまり点がないので、設問の解答に必要な限度で基本概念に言及すれば足りるからです。

⇒「過去の法律関係の存否の確認を求める訴えが許されないという原則の根拠に関し、設問に対する解答を超えて確認の利益の一般論（対象選択の適否、手段としての適否等）を論じても、特に評価の対象とはしない」、「設問に対する解答を超えて「そもそも当事者適格とは・・・」といった当事者適格の一般論を論じても特に評価の対象とはしない」（平成25年出題の趣旨）

そして、基本概念を把握する目的は「基本概念を設問の解答に必要な限度で応用する」ことにありますから、基本概念を押さえる際には、どういった表現なら答案で使いやすいかということに常に意識する必要があります。

ただ、あまり自分なりの表現に偏りすぎるとまずいので、基本書等の記載を自分なりに修正する際には、知識の正確性を担保するために、ある程度は裏をとる必要があります。

その裏をとる際に私が使っていたのが重点講義です。

ある基本概念について、定義・趣旨・機能・原理原則のどこまで押さえればいいのかは、どこまで押さえれば当該基本概念を応用できるかによって決まります。

### [訴えの利益]

訴えの利益とは、本案判決をすることの必要性和実効性を個々の請求内容ごとに吟味する訴訟要件です。

この定義から分かることは、①訴えの利益は、本判決による紛争解決の必要性・実効性を内容とする、②必要性和実効性は、両者を区別したうえで、個々の請求ごとに吟味する、③これをみださない場合には訴えが却下される、ということが分かります。

そして、「必要性」＝本案判決による紛争解決を望む原告の利益、「実効性」＝裁判所・被告の負担を考慮してでも本案判決を下すべき具体的実益というイメージです。

そうすると、訴えの利益が訴訟要件とされている趣旨は、本案判決による紛争解決を望む原告の利益と、裁判所の負担・被告の応訴の負担を調整するために、無益な訴えを排斥することにあるということが分かります。

ここまで分かれば、もう十分に応用できます。将来給付の訴えの利益も、原告・被告の利益調整が問題となるものですし。

## [弁論主義]

### 1. 定義は正確に

弁論主義とは、事実と証拠の提出を当事者の責任及び権能とする建前である（私が用意していた定義）。

ここでいう「事実と証拠」について、裁判資料や訴訟資料と表現してもいいのかと疑問に感じる場合にも、重点講義で定義を確認します。重点講義では、「判決の基礎をなす事実の確定のために必要な資料」と表現されており、訴訟資料・裁判資料という表現は使われていません。また、講義案では、「訴訟資料」という表現が使われていますが、「訴訟資料」には広義の意味と狭義の意味があって、狭義の意味だと証拠資料を除いた事実のみを指すものとして使われているので、使わないほうが無難です。なので、無難な表現として、「事実と証拠」という表現を使いことになります。ここまで調べた上で、「事実と証拠」という表現を使っているのです。

細かつ！と思う人もいらっしゃるかもしれませんが、仮に「訴訟資料」が事実のみを指し証拠を含まないものである場合に、これを弁論主義の定義に使うと、弁論主義は事実プロパーの概念になってしまい、弁論主義から職権証拠調べの禁止を導くことができなくなってしまうので、重要なことなんです。

### 2. 弁論主義の定義だけからは根拠・趣旨・機能・内容を導ききれない

なので、弁論主義では、根拠・趣旨、機能、内容も押さえる必要があります。

例えば、弁論主義の根拠を私的自治の訴訟法的反映、その機能を不意打ち防止と捉えた場合（通説的理解）、両者が衝突する場合があります。その典型が、公序良俗違反を基礎付ける事実についての主張の要否の問題です。

弁論主義の根拠を私的自治に求める本質説によると、実体法上当事者の自由な処分が認められていない公序良俗違反を基礎付ける事実については、訴訟法上においても当事者に処分権限を認めることができないから、弁論主義が適用されないということになりそうです。

他方で、不意打ち防止という機能からは、弁論主義の適用を認めるべきことになります。

このように、実体法上当事者の自由な処分が認められていない事項については、弁論主義の根拠と機能のどちらを重視するべきかが問題となります。

この問題意識は、「根拠」と「機能」を区別したうえで、「根拠」が私的自治、「機能」が不意打ち防止にあるという正確な理解があってはじめて到達するものですから、弁論主義の機能・根拠について正確に理解していることは、現場思考のためにもものすごく必要なんです。⇒ 純理論的に考えれば、弁論主義を支えているのは「機能」ではなく「根拠」です。つまり、私的自治の訴訟法的反映「機能」→弁論主義→不意打ち防止「機能」なのだから、私的自治の及ばない領域においては、弁論主義の適用はなく、弁論主義がない以上、「弁論主義の機能としての不意打ち防止」を理由に弁論主義の適用を認めることはできないこととなります。だからこそ、弁論主義の根拠についての、本質説、手段説、不意打ち防止説、多元説という学説の対立が大事なんです。

本質説からは、不意打ち防止というのは、弁論主義の機能にすぎず、実体法上当事者の自由な処分に委ねられている事項にかかる紛争領域において、紛争解決の内容についても当事者の意思を尊重するために、判決の基礎となる事実について当事者の処分権限を認めたことの結果としてその限りにおいて保障されるものにすぎないのですから、不意打ち防止の要請

を私的自治に優先させることはできません。

それでは、不意打ち判決でもいいのでしょうか。ここで、釈明権の定義が重要となります。

ここで、不意打ち防止のために、裁判所の釈明義務が認められるのではないかと、思うかもしれませんが、釈明権は、弁論主義の形式的な『適用』による不合理の修正を目的としているものです。

ですので、厳密に言えば、釈明権の行使場面として想定されているのは、弁論主義が「適用」される事実が当事者により主張されていない場合に、弁論主義の建前を貫徹し、当事者の責任・権能に委ねて裁判所が放置しておくことがあまりにも不合理であると考えられる場合に、裁判所が当事者の弁論に後見的に介入する、というものです。

したがって、弁論主義が適用されない領域においては、釈明義務を認めることはできないのではないかと、という問題意識まで到達することができます。

## 第2．重点講義の使い方

重点講義を読む目的は、知識の「量」を増やすことにあるわけではありません。司法試験の過去問を分析したうえで、「知識を問われ方」、例えば平成23年設問1における、自白の撤回禁止効の根拠としてどのようにして弁論主義にまで遡るのかという問題意識などを踏まえて、過去問における「知識が問われる角度」を意識しながら、この「角度」に対応できるようになるために基本事項の理解を深めるために重点講義を読むことが重要なのであって、かつ、それで足りません。

重点講義は、高橋先生の独自説みたいなことだけを書いている箇所はほぼ皆無で、論点について複数の主要学説を取り上げて、丁寧に説明して下さっているのです。主要学説についての記述を中心として読み込んで、論点についての理解を深めるということに最も意味があるのだと思います。

## 第3．判例評釈

判例評釈の問題では、いきなり掲載判例の判旨を表面的に引用して判旨をそのまま規範にするのではなく、掲載判例に関係する講学上の原理・原則を論じたうえで、当該原理・原則との関係で掲載判例を的確に位置付け、掲載判例と本件事案との事実関係の違いを軸にして論じるという出題傾向が多いです。

掲載判例の判旨から判例理論を抽出したうえで、本件の事実関係に照らして当該判例理論の射程を論じるという出題傾向もありますが（平成20年設問3）、極めて稀です。

### 【平成25年設問1】

Aは、甲1及び甲2の二筆の土地を所有していたところ、平成24年9月30日、土地甲1をBに遺贈する旨の遺言（遺言①）をし、同年10月31日、土地甲2をCに遺贈し、遺言執行者としてDを指定する旨の遺言（遺言②）をした。Aの夫は、既に亡くなっており、子EがいるもののAとは疎遠となっており、B及びCはいずれもAの友人である。Aは、同年12月1日、死亡した。

遺言①の存在を知ったEは、平成25年1月10日、遺言①はAが意思能力を欠いた状態でされたものであり無効であると主張し、Bを被告として、遺言①が無効であることの確認を求める訴えを提起した（訴訟I）。

以下は、Bの訴訟代理人である弁護士L1と司法修習生P1との間でされた会話である。

L 1 : 遺言無効確認の訴えは、遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えですが、確認の利益は認められるでしょうか。判例はありますか。

P 1 : はい。最高裁判所昭和47年2月15日第三小法廷判決(民集26巻1号30頁)は、三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈する内容の遺言の効力が争われた事案において、次のように判示しています。

「本件記録によれば、Xら(原告・控訴人・上告人)は、訴外某が昭和35年9月30日自筆証書によつてなした遺言は無効であることを確認する旨の判決を求め、その請求原因として述べるところは、右某は昭和37年2月21日死亡し、Xら及びY1からY5まで(被告・被控訴人・被上告人)が同人を共同相続したものであるところ、右某は昭和35年9月30日第一審判決別紙のとおり遺言書を自筆により作成し、昭和37年4月2日大分家庭裁判所の検認をえたものであるが、右遺言は、右某がその全財産を共同相続人の一人にのみ与えようとするものであつて、家族制度、家督相続制を廃止した憲法24条に違背し、かつ、その一人が誰であるかは明らかでなく、権利関係が不明確であるから無効である、というものである。これに対し、Y1を除くその余の被上告人らは、本訴の確認の利益を争うとともに、本件遺言により右某の全財産の遺贈を受けた者はY2であることが明らかであるから、本件遺言は有効である旨抗争したものである。第一審は、遺言は過去の法律行為であるから、その有効無効の確認を求める訴は確認の利益を欠くとして、本訴を却下し、右第一審判決に対してXらより控訴したが、原審も、右第一審判決とほぼ同様の見解のもとに、本訴を不合法として却下すべき旨判断し、Xらの控訴を棄却したものである。

よつて按ずるに、いわゆる遺言無効確認の訴は、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとに提起されるから、形式上過去の法律行為の確認を求めることとなるが、請求の趣旨がかかる形式をとっていても、遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めるものと解される場合で、原告がかかる確認を求めるにつき法律上の利益を有するときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。けだし、右の如き場合には、請求の趣旨を、あえて遺言から生ずべき現在の個別的な法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の無効の可否を判示することによつて、確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らかだからである。

以上説示したところによれば、前示のような事実関係のもとにおける本件訴訟は適法というべきである。それゆえ、これと異なる見解のもとに、本訴を不合法として却下した原審ならびに第一審の判断は、民訴法の解釈を誤るものであり、この点に関する論旨は理由がある。したがって、原判決は破棄を免れず、第一審判決を取り消し、さらに本案について審理させるため、本件を第一審に差し戻すのが相当である。」

L 1 : ありがとう。ただ、訴訟Iの事案には昭和47年判決の事案とは異なるところがあるように思います。昭和47年判決を前提としながら、事案の違いを踏まえ、Eが提起した遺言①の無効確認を求める訴えが確認の利益を欠き不合法であると立論してみてください。

〔設問1〕

あなたが司法修習生P1であるとして、弁護士L1から与えられた課題に答えなさい。

〔論述のポイント〕

この設問では、遺言無効確認の訴えについて確認の利益を肯定した最高裁判所昭和47年2月15日第三小法廷判決が掲載されています。そして、昭和47年判決は、遺言無効確認の訴え

について確認の利益を肯定するにあたって、「①遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めるものと解される場合で、②原告がかかる確認を求めるにつき法律上の利益を有するときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。」と判示しています。ここでは、いきなり判例の判旨①②を表面的に引用して判旨①②をそのまま規範にしたうえで、本件事案を判旨①②に当てはめるといふ論述スタイルは、まったく求められていません。

ここで求められているのは、確認対象の適否についての講学上の原則・例外を論じたうえで、なぜ昭和 47 年判決が当該例外に該当したのかについて同判決の事実関係に照らして論じた後に、同判決の事実関係と本件の事実関係を比較して本件が例外に該当するかどうかを論じることです。

[答 案 例]

1. 過去の法律関係の効力を対象とする確認の訴えは、原則として確認の利益を欠く。なぜならば、過去の法律関係は現在までの間に変動している可能性があるため、これを判決で確認することは、現に存する紛争の直接たる抜本的な解決につながるとは限らないからである。

しかし、過去の法律関係から生ずべき現在の法律関係を個別に確認することが紛争の解決にとって迂遠である場合もあるから、この場合には、確認の訴えの紛争解決機能にかんがみ、例外的に確認の利益が認められると解する。

2. 昭和 47 年判決は、遺贈の対象が三十筆余りの土地及び数棟の建物であり、これら個々の財産についての法律関係を個別に判決で確認することは、当該遺贈に係る紛争の解決としてあまりにも迂遠であったため、これら個々の財産についての現在の法律関係の基礎となっている基本的な法律関係である遺贈の効力を判決により確認するほうが確認の訴えの紛争解決機能が果たされると考えて、確認の利益を肯定したのである。

これに対して、本件では、遺言①の対象となっている財産は土地甲 1 だけであるから、土地甲 1 についての現在の個別的な法律関係を判決により確認したほうが、遺言に係る紛争の解決にとって有効かつ適切といえる。したがって、確認の利益は認められない。



# 刑 法

## はじめに

刑法で大枠として問われていることは、①事案の実体に沿った罪名を的確に選択した上で、②判例・学説の判断枠組み・構成要件の定義を正確に示し、③問題文の事案を的確に評価して当てはめを行う、ということです。

判例・学説の理由付けについての深い言及は、基本的に求められていません。

## 第1. 検察起案との違い

たまに、検察起案＝刑法の答案という認識の下で、構成要件要素については、特に問題なく認められるものについても定義→事実評価→条文というスタイルで論述し、故意・不法領得の意思も認定し、さらには違法性・責任阻却事由についても検討するべきであると説明されることがありますが、それは誤りです。

検察起案では、送致事件についての検察の終局処分に至る思考過程として、事実認定上の争いがあるかどうかにかかわらず、すべての構成要件要素について、定義→事実評価→条文というスタイルで論述しなければなりません。

他方で、司法試験は、実務家登用試験ではありますが、実務そのものではありません。例えば、司法試験では「証拠による事実の認定」は問われておらず、「事実の評価」が問われているにすぎません（平成18年ヒアリング）。また、司法試験は、「検察官」登用試験でもありません。ですので、実務家登用試験であることを強調したとしても、完全に検察起案に沿って答案を書く必要はないのです。

もちろん、問題なく認められる構成要件要素についても論じる必要がありますが、あくまでも簡潔に論じれば足りますので、定義→事実評価→条文というスタイルで論じる必要はありません。

さらに答案戦略上の観点から言えば、争いのない主観的構成要件要素については、取り上げるべき事情が問題文で現れていないことが多く、論じようとするものすごい手間になることがありますので、そういった場合には論述を省略するのもあります。例えば、「甲は手拳で乙の顔面を2, 3回殴打した」という事情しかない場合、甲の暴行・傷害の故意を基礎付ける主要事実が問題文に現れていないので、暴行の態様や経緯といった間接事実から暴行・傷害の故意を推認することになるのですが、これはものすごい手間です。なので、このような場合には、なんの断りもなく、「故意をもって」と論じます。あとは、他の箇所を稼げばいいわけです。

## 第2. 事実の引用

「事実の摘示」は、必ずしも「事実の引用」を意味するものではありません。もちろん、中には、傷害結果や主観的事情など、問題文の事案をそのまま引用することが望ましいものもあります。

とはいえ、司法試験では、いかなる事実に「着目」してどのように「評価」したのかが大きな評価対象であって、事実の「引用」は、それ自体に大きな点があるとは考え難く、「問題文中のどの事実に着目したのかを採点者に伝わりやすくする」という意味が大きいのだと考えられます。なので、問題文中のどの事実に着目したのかが一義的に伝わるのであれば、問題

文の事案を要約しても問題ありません。むしろ、事実の「引用」に時間と分量を割いたために事実の「評価」が不十分になるくらいであれば、事実の「引用」はするべきではないです。

事実の「引用」を強調する説明は、司法修習を経た方に顕著です。司法修習の起案では、検察起案に限らず、検察・刑裁・刑弁・民裁・刑弁のすべてにおいて、記録の正確な引用がシビアに求められ、記録中の事実・供述・証言を要約して示すと低い評価を受けますので、事実の引用が癖になっているのだと考えられます。

### 第3．理由付けはどこまで書くか

刑法の論証では、理由付けの際に、解釈は1段目でセーブし、2段、3段と解釈を遡らせる必要はありません。これをやると、永遠に解釈論を展開しなければならないこととなり、きりがいいからです。

2段目まで解釈を遡らせても、3段目以降の解釈が残るので、いずれにせよ論理が飛んでいることとなるのです。

例えば、被害者の承諾の論証において、「違法性の実質は、社会的相当性を逸脱した法益の侵害又はその危険であるから、・・・と解する」というように、論証の理由付けとして社会的相当性説を用いる場合、「社会的相当性説に立つ理由」についてまで遡る必要はなく、社会的相当性説の内容を示すことで足ります。

### 第4．判例・学説の判断枠組みを使いこなす

判例・学説の判断枠組みをただ書いただけでは、ほとんど点が入りません。判例・学説の判断枠組みを使いこなせることが重要です。

ex 不真正不作為犯 / 危険の現実化 / 故意 / 過失 / 現場共謀 / 共謀共同正犯 / 正当防衛 / 窃盗の機会など

⇒ 使い方を意識した上で、判断枠組みについて、判例を踏まえて、準備・整理しておく必要があります。

# 刑事訴訟法

## 第1. 捜査

①現行犯逮捕・準現行犯逮捕の要件について正確な理解を示した上で、問題文の事案を正確に当てはめることができるか

⇒ 平成23年には勾留要件も出題されているので、そろそろ保釈（権利保釈・裁量保釈）が出題されてもおかしくありません。

②二つの同種捜査の比較検討（H19、H22、H26、H27）

⇒ 特に、H19・H22・H27では、共通して、プライバシーの要保護性を軸とした比較検討が求められています。

③判例と本問の事案の違いを意識した上で、判例の判断枠組みを応用する（H19、H25㊦）

④基本判例・学説の判断枠組み

⑤必要性・相当性を常に意識する

⑥強制処分該当性と任意捜査の限界で取り上げる事実の違い

⇒ 刑事訴訟法の強制処分該当性の判断は事前の予測判断なので、事前の予測判断ができなくなる個別事情は考慮されません。例えば、X線検査についての最決平成21年9月28日は、『内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能である』と述べるにとどまり、当該事案における内容物の性質等に着目して品目等をどこまで具体的に特定できたのかというところにまで踏み込んだ事後的判断はしていません。

このように、強制処分該当性の判断においては、事前の予測判断が可能となる程度にまで捜査行為を抽象化一般化し類型的に把握する必要があります（重判平成21年・1事件解説参）。平成27年設問1では、これを意識して捜査①②を比較しながら論述を展開する必要があります。

## 第2. 伝聞

①おさまりの論証はできるだけコンパクトに

### 【伝聞法則】

伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない（320条1項）。この伝聞法則の趣旨は、公判廷外の供述は知覚・記憶・叙述の過程の誤りを反対尋問等により吟味できないことにある。そして、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で相対的に決せられる。

### 【相対的特信状況】

321条1項2号後段の「特別の状況」とは、公判廷供述よりも検面供述を信用すべき状況をいい、その判断においては、供述に付随する外部的な状況を主たる考慮要素としつつ、これを推認する資料として副次的に供述内容も考慮できると解する。

### 【捜査報告書全体の性質】

捜査報告書全体は、司法警察職員Pの公判廷供述に代わる書面であるから、伝聞証拠に当たるが、これは「司法警察職員」Pが視覚・聴覚・嗅覚・味覚・触覚により事物の存在・状態を観察して認識した結果を記載した書面だから、「検証の結果を記載した書面」（321条3項）に当たり、Pの真正作成証言があれば証拠能力が認められる。

## ②立証趣旨と要証事実の関係

⇒ 立証趣旨は多義的な概念であり、当該書証によって直接証明しようとする事実（＝要証事実）を意味している場合もあれば、最終的な立証命題（＝犯人性・主要事実など）を意味している場合もあります。

後者の場合には、立証趣旨と要証事実との間にズレが生じるので、立証趣旨（ここでは、最終的な立証命題）に従って、要証事実（検察官が、最終的な立証命題を立証するために、当該書証によって直接証明しようとしている事実）を認定することとなります。

## ③要証事実の設定の問題類型

⇒ 今のところ、①メモ等の物的利用の限界（H18、27）、②立証趣旨の拘束力（H21、25）、③立証趣旨から端的に設定（H20、22、23）に分類できます。

①では、メモ等の物的利用を許容しても不確かな・弱い推認とまらないだけの条件・事情（犯行状況との符合の程度等）の有無について論じますが、あくまでも、立証趣旨の範囲内でいかなる要証事実を設定するかの問題ですから、立証趣旨の拘束力が問題となった最決H17・9・27は援用しません。

②では、平成17年最決（「当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合には、実質的な要証事実を考慮する必要がある」（調査官解説））を援用します。犯行状況等の再現結果を記録した実況見分調書の要証事実を、再現結果どおりの犯行という過去の犯罪事実の存在と設定するのか、それとも再現どおりの犯行の物理的可能性と設定するのかという形で問題になることが多いです。なお、②も、不確かな・弱い推認の禁止という問題に関するものですが、①では、立証趣旨が物的利用以外を含意しないというものではないから、平成17年最決は援用しません。

③では、不確かな・弱い推認や、証拠としての意味について検討することを要せず、立証趣旨に従って、要証事実を端的に認定します。

## 第3. 『検察官としてはいかなる措置を講じるべきか』

平成26年設問2では、起訴後の捜査過程で当初の訴因と検察官の立証方針との間にずれが生じた場合に、『検察官としてはどのような措置を講じるべきか』が問われました。この設問について、訴因変更の要否を論じる必要があるか・訴因変更の要否と可否の論述の順序について様々なところで議論されました。

### 1. 訴因変更の要否の論述は必要か

純粋に検察官の視点のみで考えれば、訴因変更の要否にかかわらず、訴因変更ができるのであれば、審理対象の明確化のために（行為規範として）訴因変更請求をするべきなので、訴因変更の可否のみの論述で終わります。

しかし、検察官が新たな犯行日時の主張・立証を行えば、将来（判決段階において）、訴因事実と裁判所の心証との間にもずれが生じ得ることになります（判決段階を待たずとも、判決段階で顕在化する訴因事実と裁判所の心証との間のずれという問題が、現時点で潜在的に存在しているというイメージ）。

したがって、将来的に生じ得る訴因事実と裁判所の心証との間のずれという判決段階での問題（⇒訴因変更の要否）も意識したうえで、現段階で検察官がどのような措置を講じるべ

きかを論じることは、理論的におかしなことではなく、訴因変更の要否に関する事情がある本問では、むしろそうすべきです。

## 2. 訴因変更の要否と可否の論述の順序

これについては、両説ありますが、平成26年採点実感では、訴因変更の要否についての解説がなされたうえで、「次に」として、訴因変更の可否についての解説がなされています。

ですので、まずは、訴因変更の要否を論じた上で、仮に訴因変更が不要である場合であっても、『訴因変更が不要であるとしても、審判対象の明確化及び被告人の防御権保障という観点からは、訴因変更がなされることが望ましい。したがって、検察官は、訴因変更請求が認められるのであれば、訴因変更請求をするべきである』として、訴因変更請求の可否の論述につなげます。

検察官のとるべき措置というのは、純粋に検察官側の都合だけで決められるものではありません。

例えば、刑事訴訟法256条3項前段が定める訴因の特定は、審判対象の識別・被告人に対する防御の範囲の告知という観点から要求されるものです。

したがって、検察官がどのような措置を講じるべきかを考えるに当たっては、純粋に検察官の都合で考えるのではなく、裁判所・被告人の都合も考えて判断することになります。