

平成27年度司法試験 論文式試験 分析レポート

監修：中村 充講師

渋谷校にて実施した「H27 年度司法試験
本試験分析セミナー」の様子は、TAC 動
画チャンネルにて 8/3(月)より配信予
定！さらに中村講師監修の再現答案集
もご覧いただけます！

<目次>

公法系第 1 問	2
公法系第 2 問	8
民事系第 1 問	10
民事系第 2 問	15
民事系第 3 問	19
刑事系第 1 問	22
刑事系第 2 問	29

※本レポート自体は、4 Aに基づいて作成しているものではありません。

公 法 系 第 1 問

総 論

平成27年度の公法系科目第1問は、例年通り憲法分野からの出題でした。本問の特徴は、以下のようによまとめることができます。

1 形式面

- (1) 原告・被告・あなたの考えをそれぞれ書かせる形式は例年通りでしたが、今年は各設問に配点が明示されました。もっとも、設問ごと（≒立場ごと）に論述内容を上手に振り分けて答案を作成することができる受験生は、毎年ほとんどいないのが現状ですから、現場でいきなり配点割合が明示されたからといって、いきなりこれができる受験生が増えるわけでもありません。そのため、試験現場では、昨年までの過去問演習を通じてご自身で確立させた論述スタイルをそのまま貫かれた方が、結果的に得点効率が良くなったのではないかと思います。
- (2) 問題用紙に参照法令が掲示されておらず、全2頁すべてが司法事実で成り立っていると言っても過言ではありません。このスタイルに最も似ている過去問は、平成24年度公法系第1問です。もっとも、下記のとおり、本問は平成24年度公法系第1問とは戦い方が若干異なるといえます。

2 内容面

A市の採用活動に関するBの主張を憲法的に構成し、それに対するA市の反論を挙げて争点を形成し、形成された争点について私見を示すことが求められています。なお、(新)司法試験において、初めて平等原則（14条1項）が正面から問われました。

解答の当初は、参照法令がなく、問題文のほぼすべての事情が司法事実という点で、平成24年度が想起され、それと似たようなスタンスで解答すればよいと感じたかもしれません。しかし、同問題は、政教分離原則を問うていることが明らかであったため、（具体的に憲法のどの条文で構成するかは議論があるものの）基準へのあてはめに至るまでの憲法論についてはそれほど悩む必要がなかったのに比べ、本問ではBの言い分が3つあり、特に一つ目と三つ目の言い分については、どのような憲法論を展開するか、どの条文で構成するかといった、あてはめに至るまでの過程が難しく、その意味で、精力のほぼ全てをあてはめに注げばよかった平成24年度とは、答案構成の段階から戦い方に違いが出たといえます。

各 論

設問 1 を見た段階で、同(1)の“なお”書きが目に入ります。“市職員の採用に係る関係法規との関係について”は論じないこととされたので、この段階で、参照法令のない本問では日本国憲法と国家賠償法以外の条文を使用しなくてよいことがほぼ確定しました。また、“職業選択の自由について”も論じないこととされたので、これを正面から論じることはもちろん、「職業選択の自由」というワードを出すことも、できればしない方が無難だったでしょう。

また、本問はいわゆる法令違憲を検討する問題ではありません。法令違憲以外の違憲審査において、審査基準を立てるかどうかについては争いのあるところではありますが、少なくとも本問においては、問題となった公権力の具体的な行為（＝Bを不採用とした行為）の根拠となる法令すら明らかではないため、何らかの形で基準を定立せざるを得なかったのではないのでしょうか。

1 Bの主張（設問 1(1)）

問題文最後から 2 番目の段落に、A市の採用活動に対するBの考えが 3 つ挙げられています。これが、本問における“Bの主張”です。設問 1(1)では、このBの主張に“できる限り沿った訴訟活動を行う”という観点から、国賠法 1 条 1 項の「違法」性判断の中で、A市の行為の違憲性を論じていくことになります。設問 1(1)に割く答案の分量ですが、これまで、公法系第 1 問対策で原告の主張をコンパクトにまとめて私見で大量論述するスタイルを確立された方の中には、配点が 40 点振られていることから、いつもより原告の主張の論述量を増やそうと考えた方もいたと思われます。しかし、設問ごとに巧く論述を振り分ける自信がない場合には、普段通りのスタイルを貫かれた方が良いことは、前記総論 2 のとおりです。むしろ、Bの主張が 3 つありそれぞれに被告の反論を書くとなれば、単純計算で設問 1 では 6 つの主張・反論を書くことになるので、設問 1 ではできるだけコンパクトな論述を心がけた方が良かったかもしれません。

(1) Cと同一に扱ったことが差別である、との主張（主張①）

CとBを“不採用”という点で同一に扱ったことが、違憲違法であるとの主張です。

Bが「差別」という言葉を使っていることから、これにできる限り沿った憲法の条文を見つけると、14条 1 項になり、A市のBに対する取扱いが平等原則に違反すると主張することになります。もっとも、BとCは“同一”に取り扱われているのに、なぜそれが「差別」として平等原則違反になるのかという点をクリアしなければ、主張①を 14 条 1 項で構成することはできなくなります。

そこで、同項の文言を起点に考えると、「平等」とは、合理的差別を許容する相対的「平等」をいうと解されています。そして、そこから論を少し進めると、ここでいう相対的「平等」とは、単に合理的差別を許容することだけを意味するのではなく、もし差別して取り扱うことが合理的である複数の対象がある場合には、公権力はそれらを合理的に差別して取り扱わなければならない、つまり等しくない者を等しくなく取り扱うことを公権力に対して要請することも意味すると考えることができます（青柳幸一『憲法』尚学社 P132）。なぜなら、平等原則は、個々人を差異ある存在として「尊重」（13条前段）することを当然の前提としているからです。差異を含めて個人を尊重すべきならば、これを前提とする平等原則から、差異に応じた差別的取り扱いをしなければならないという準則が導かれるはずだという論法です。

上記解釈論をかませることで、主張①を 14 条 1 項で構成することができるようになります。この解釈論によれば 14 条 1 項の効果として「差別されない」に加え、“差別しろ”が導かれるからです。

この効果（“差別しろ”）を生じさせるため、Bは、どのような主張をしなければならないで

しょうか。上記解釈論によれば，“等しくない者がいる場合で，かつ差別して取り扱うことが合理的である場合には，差別して取り扱い”というルールが導かれるので，Bとしては，(i) Y対策課の採用において，BとCは単なる“応募者”として“同じ”存在ではなく，“異なった”（等しくない）存在であること，(ii) BとCを差別して取り扱うことが，合理的であること，を主張することになります。あるいは，青柳前掲書で引用されている欧州人権裁判所の2001年の判決から，BとCが著しく異なった状況にあること及びY市が客観的で合理的な正当化理由なくBとCを異なって扱わなかったことを主張することもできるでしょう。

(i)については，Bは問題文最後から2番目の段落において，“Cと自分とでは…その具体的な内容やその意見表明に当たって取った手法・行動に大きな違いがある”と主張しているので，ここをヒントに，問題文からBとCが比較されている箇所を引用すればよいでしょう。

(ii)については，(i)で挙げたBとCの差異を自分なりに評価して，あるいはY対策課の設置目的等を援用して，BとCを同一に扱うことが不合理であることを主張すればよいでしょう。

(2) Dらを採用して，Bを不採用とすることが差別である，との主張（主張②）

これは，BとDらとを差別するな，という主張であり，一般的な平等原則の問題といえます。

「法の下に」「平等」の解釈論を展開するかどうかはともかく，平等原則の審査基準として，合理性の基準の中で審査の厳格度を調整するという伝統的な立場に基づくなら，Bの代理人としては，本件差別が後段列举事由に関する差別にあたるとして差別の合理性を厳格に審査すべきと主張することになります。本件で，Bは，甲市シンポジウムでのY採掘事業に反対する内容の発言等があることや，Y採掘事業に関するBの考えを踏まえて，正式採用されませんでした。そのため，BのA市におけるY採掘事業に反対意見を持っていることが「信条」に該当すれば，本件差別は「信条」に基づく差別といえるので，審査の厳格度を高めることができます。

設問1(1)としてどこまで書くかは，時間・事情の分配いかんですが，Bとしては，差別の目的・手段を意識して，差別が不合理であることを主張することになります。ここは，主張①で使った事情以外のほぼ全ての事情を使えるので，（設問1ではあてはめをほとんど行わないという戦略も含めて）設問1と設問2でうまく割り振る必要があります。

(3) Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることには，憲法上の問題がある，との主張（主張③）

Bが，“差別以外にも”と言っているので，Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことを理由に正式採用を拒絶するなという言い分を，14条1項以外の条文を使って憲法的に構成しなければなりません。

候補としては，“自分の意見・評価”といった部分から19条，また“シンポジウムで述べたこと”という部分から21条1項が考えられます。

まず，主張③を19条で構成した場合，Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関するBの意見・評価が，「思想及び良心」に該当するとすれば，思想及び良心の自由の内容として，“不利益取扱いの禁止”（個人が特定の思想を有し，または有しないことを理由に，公権力が不利益な取扱いをすることは許されない）がありますので，YによるBの上記意見・評価を理由とした不採用は，不利益取扱いとして思想及び良心の自由に対する制約に当たります。

また，21条1項で構成した場合には，BがY採掘事業に関してシンポジウムで発言することは「表現」にあたり，Bの言い分は同項によって憲法上保障されるため，Yによる不採用は表現の自由に対する制約であると主張することになります。

これらの制約は、いずれも精神的自由権に対する制約ですから、Bの代理人としては、厳格審査基準を意識して、制約の違憲性を主張していくことになります。もっとも、ここで使う問題文の事情は、主張②とほとんど同じになるでしょうから、設問1(1)で制約の違憲性を具体的に論じる場合には、主張②および設問2と、使う事情がかぶらないようにうまく振り分ける必要があります。

2 A市の反論（設問1(2)）

争点を形成し、設問2で主張反論がかみ合った議論が展開できるようにうまく橋渡しをすることが求められます。配点がわずかに10点しかないこと、本問では原告の主張が3つもあることから、争点はできるだけ絞り込み、長々と論述しないことが極めて重要です。これは、ポイントを簡潔に“述べなさい”とされるにとどまり、“論じる”ことが求められていないことから読み取れます。

(1) まず、主張①に対しては、相対的「平等」の内容に関わるBの憲法論の妥当性を攻撃することが考えられます。14条1項はあくまで不合理な「差別」を禁止する規定であり、等しくない者を等しくなく取り扱うことまでを公権力に対して要請するものではない、ということです。さらに、仮にBの憲法論が妥当だとしても、BとCを同一に取り扱ったことには合理的理由があるとの反論も考えられます。もっとも、後者の反論については、設問2でBの憲法論を維持した場合に、取扱いの合理性の判断の中で被告の利益も考慮するという形で論じれば十分ともいえます。

(2) つぎに、主張②に対しては、本件差別は合理的差別だから憲法上許容されとの反論が考えられます。その理由として、職員の採用に当たってA市には広い裁量があること等が挙げられます。反論の実質的な中身については、設問2で触れれば十分と思われます。

(3) そして、主張③に対してですが、設問1(2)で19条構成をとった場合には、本件でBの意見・評価は「思想及び良心」にはあたらない、との反論が考えられます。

また、21条1項構成に対しては、Bは既にシンポジウムで意見を述べて表現を達成しており、その表現の自由は制約されていないとか、これを公務就任にあたって拒否の理由とされない自由までも21条1項は保障していないといった反論が考えられます。

どちらの構成をとっても、続けて、“仮にB主張の自由が憲法上保障され(制約されてい)るとしても、「公共の福祉」（13条後段）に基づく最小限の制約に服する”と反論することができます。ただ、その先の審査基準調整や基準へのあてはめは、反論で書いたとしても配点が10点しかないなので、大きな加点は望めません。主張③を私見でどのように展開していくかにもよりますが、審査基準調整以下の反論は、無理して設問1(2)に盛り込まない方が、得点効率が良いと思われます。

3 私見（設問2）

設問1(1)と同(2)で形成された争点について、私見を展開することが求められています。立場にとらわれずに論述ができ、また、配点も全設問中最大かつ満点の半分である50点を与えられているので、公法系第1問全体の中で最も充実した論述が期待されます。

(1) 主張①

まずは、相対的「平等」に関するBの憲法論について、賛否どちらに与するか、立場決定が求められます。

ア Bの憲法論を肯定する場合には、設問1(1)で書いたこととは別の理由づけをして、Bの主張に賛成することを示さなければうまく得点できません。そのため、得点効率を考えると、設問1(1)では理由づけを書かないか軽く書くにとどめ、設問2で初めて理由づけを(十分に)示し、

A市の反論は認められないとするのがシンプルでしょう。議論が深まっていない箇所ですし、相対的にもこの程度で十分でした。

その上で、同一取扱いの合理性の検討に移ることになりますが、設問 1(1)でこれを具体的に検討した方は、得点効率の観点からは、その論述と内容が重ならないように配慮して私見を展開することが必要です。もっとも、主張①の内容についてうまく私見を大展開できていた再現答案は、ほとんどありませんでした。

イ Bの憲法論を否定する場合には、やはり前記 2 で示した理由づけを設問 2 で初めて持ち出し、主張①に関する議論から早々に撤退することが考えられます。

(2) 主張②

構成自体は基本的なので、多くの受験生がしっかり書いてくる部分だと思われます。

争点は、大きくとらえれば、差別の合理性です。そして、合理的差別か否かの審査基準を定立する中で、Dらとの差別が後段列举事由による差別か、差別によってどのような利益が制限されているか、また、正式採用を拒否するに当たり、A市に裁量が認められるか、認められるとしてその広狭はどの程度かという点で、原告・被告双方に目配せをした説得的な論述が展開できると加点が期待できると考えられます。

ア 合理的差別か否かの審査基準調整

(ア) まず、後段列举事由該当性、具体的にはDらとの差別が「信条」による差別といえるかという点についてですが、「信条」とは、宗教や信仰のみならず、広く思想・世界観・人生や政治に関する信念を含むと解するのが通説的な見解です。“A市においては、Y採掘事業に関して市民の間でも賛否が大きく分かれ、各々の立場から活発な議論や激しい住民運動が行われることとなつ”ていること、また、A市ではないものの、甲市ではY採掘事業をめぐる地方公共団体が主催するものとしては日本で初めてのシンポジウムである甲市シンポジウムが開催されることとなったこと、Y採掘事業の不安を訴える市民の意見により、A市がY対策課を設置する事態となったことをふまえると、Bの“A市におけるY採掘事業には安全性にまだ問題が残っているので、現段階では反対せざるを得ない”という意見は、安全性に問題のある危険な採掘事業は行うべきではないという信念として、「信条」に当たるといえることができます。

(イ) 次に、Bは、Dらと差別されることにより、Y対策課の職員になれないという不利益を被っています。Y対策課の職員になる自由は、公務就任権と構成できそうです。

公務就任権については、少なくとも一般職の場合にはこれを職業選択の自由(22条1項)の問題と解するのが多数説です(百選 I P12)。本件で問題となっているY対策課職員は、選挙職でもなく(したがってY対策課の職員になる自由は選挙権(15条1項)と表裏一体の関係にありません)、またその職務内容から、A市“住民の権利義務を直接形成し、その範囲を画するなどの公権力の行使にあたる行為を行い、若しくは普通公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とする…公権力行使等地方公務員”(最大判平17.1.26・百選 I 5事件)にも当たらないといえるので、一般職の地方公務員といえます。

とすると、Y対策課の職員になる自由は職業選択の自由の問題になりますが、各論冒頭で書いたとおり、“職業選択の自由について”論じないよう指定されているので、差別の合理性の基準調整の場面で、差別によって制約されている利益については論じない方が無難でした。

(ウ) そして、A市の裁量の有無およびその広狭が問題となりますが、職員採用の場面であることから、A市という「地方公共団体…の…事務を処理…する権能を有」するA市側（94条）に一定の裁量を認めざるを得ないでしょう。

裁量の広狭ですが、「企業者は、労働者の雇入れそのものについては、広い範囲の自由を有するけれども、いつたん労働者を雇い入れ、その者に雇傭関係上の一定の地位を与えた後においては、その地位を一方的に奪うことにつき…広い範囲の自由を有するものではない」（最判昭48.12.12：三菱樹脂事件・百選 I 10事件）といった捉え方は、地方公共団体職員の採用についても応用できるでしょう。そうすると、本件では一旦Y対策課の職員として採用された後の正式採用拒否であるため、雇入れ後の免職として、雇入れの段階の不採用と比べて裁量が制限されと考えられます（これを設問1(1)で書くことも考えられますが、その場合、得点効率の観点からは、設問2でこれ以外の論述を用意しなければなりません）。

これに対し、Y対策課の設置目的及び業務内容が専門技術的であり、そのことを踏まえて募集要項に6か月間の判定期間を設けているのだから、正式採用の判断に当たっては通常の職員採用の場面と同様に、A市側に広い裁量が認められるとも考えられます（これを設問1(2)で書くことも考えられます…上記かつこ書と同様）。

イ このように審査基準を自分なりに調整して、最終的に設定した基準に、問題文の事情をあてはめていくこととなります。その際には、Bがどういった人物か、Y採掘事業の危険性、Y対策課の設置目的、Bの勤務成績、A市がBのY採掘事業に関する考えを採用に当たって考慮したことなどの事情を拾って、自分なりに評価ができれば、加点が期待できます。なお、審査基準調整の段階で使った問題文の事情を重ねて使わない方が、得点効率が良いでしょう。

(3) 主張③

まず、19条構成をとった場合には、Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関するBの意見・評価が「思想及び良心」に該当するか否かを判断しなければなりません。仮に、「思想及び良心」に当たると判断した場合には、その制約が「公共の福祉」（13条後段）に基づく最小限の制約かをさらに判断することとなります。審査基準の定立及び審査基準へのあてはめで問題文の事情が使えますが、得点効率の観点からは、主張②と内容が重ならないようにすることが必要です。

つぎに、21条1項構成をとった場合には、Bの表現行為が既に終わっていることを踏まえて、B主張の自由が憲法上保障され(制約されてい)るかを検討することとなります。ここでも、憲法上保障されると判断した場合は、これまで使った問題文の事情や評価と重ねて書かないよう注意して、論述を進めていくことが必要です。

4 以上のように、本問は主張反論の振り分け、及び問題文の事情の振り分けが非常に難しく、さらに主張①に関しては14条1項の解釈の段階で争点が形成されるため、2時間で全問題点をまとめあげることは至難の業です。

解答にあたっては、設問間の論述のバランスと時間配分を適切にコントロールする力が求められたといえますが、配点割合が明示されたことに戸惑い、構成に時間をかけすぎてしまった方もいると思われます。時間制限がある中、原告の主張×3、被告の反論×3、私見×3合計9つの論述をうまく書き分けるためには、自分の書ける部分から書いていくという姿勢が大切だったと思われます（それらの少なくともいくつかをまとめて書くことも許容されるかもしれません）。

以上

公 法 系 第 2 問

総 論

平成 27 年度司法試験公法系科目第 2 問（行政法）は、X が灯油販売業を営んでいたところ、付近に葬祭場が建築されたことにより、取扱所が消防法の基準を満たさない可能性が生じたという事案を題材に、取扱所の移転命令が発せられる前、発せられた後の法律関係を問うものです。前者については、移転命令を事前に阻止する手段（設問 1）、後者については、移転命令の適法性（設問 2）、適法を前提とした損失補償請求の可否（設問 3）の検討が求められています。

設問 1 はプレテストの設問(B)、設問 2 は平成 26 年度の設問 1、設問 3 は平成 24 年度の設問 3 等と類似し、過去問の重要性を再認識させる出題でした。

各 論

1 設問 1

本問は、①行訴法（以下省略）3 条 2 項以下の抗告訴訟として考えられる訴えを具体的に挙げ、②その訴えが訴訟要件を満たすか否かを検討せよというものでした。

(1) ①について

本件命令がまだ発せられていないことにさえ注意すれば、差止めの訴え（3 条 7 項）を想起することは容易でしょう。X としては、Y 市を被告として（38 条 1 項、11 条 1 項 1 号）、Y 市を管轄する裁判所へ（12 条 1 項）、本件命令の差止めの訴えを提起することになります。

(2) ②について

設問 1 は配点が低いため、メリハリをつけた論述が要求されます。

ア 「一定の処分」（3 条 7 項）

本件命令は、X に対し一方的に、取扱所の移転義務を直接負担させるものであり、「処分」に当たります。またこれは、消防法 12 条 2 項に基づく「移転」命令として裁判所に特定可能であるため、「一定の」処分といえます。

イ 一定の処分が「されようとしている場合」（3 条 7 項）

Y 市の消防行政担当課に確認した結果、本件葬祭場の営業が開始されれば、Y 市長が本件命令を発することは確実であるとされていますから、本件命令がなされる蓋然性が認められます（最判平 24. 2. 9）。

ウ 「重大な損害を生ずるおそれ」（37 条の 4 第 1 項本文、2 項）

判例（最判平 24. 2. 9）は、この要件について、国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、「処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なもの」としています。

2 項に挙げられた考慮すべき事項、勘案すべき事項に触れながら、この判例に従って論述するのがベストでしょう。

例えば、本件命令によって生じるおそれのある損害は、移転命令がウェブサイトで公表されることにより、顧客の信用を失うことと考えられます。信用の喪失は、噂が伝播することにより拡大しやすく、金銭で償うことができません。回復するのが非常に困難な損害といえます。他方、本件命令は具体的な危険が生じていることを理由になされるものではなく、緊急性のあるものではありません。このように考え、上記判例に照らせば、X には「重大な損害を生ずる

おそれ」があるといえるでしょう。

エ 「他に適当な方法」がないこと（37条の4第1項但書）

本件命令には前提となる処分が見当たらず、その前提処分の取消訴訟によることができないこと等から、「他に適当な方法」がないといえます。

オ 原告適格（37条の4第3項）

Xは本件命令の名宛人となる者で、Y市が本件命令をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有するため、原告適格があります。

2 設問2

本件命令は、消防法10条4項、政令9条1項1号口違反を理由に、消防法12条2項を根拠としてなされています。本問では、かかる本件命令の適法性について、違法とするXの法律論として考えられるもの（本件命令に手続的違法がないことを前提にするよう指定されているので、実体的違法事由に限られます）を挙げた上、詳細に論じることが求められています。“消防法及び危険物政令の関係する規定の趣旨および内容に照らして、また、本件基準の法的性質および内容を検討しながら”という指定もされています。

(1) 政令9条1項1号但書について

ア 違法とする法律論

本件命令は、Xが政令9条1項1号但書に当たらないとの判断が前提とされており、Xはこの判断の違法性を主張することが考えられます。

(ア) 裁量の有無

政令9条1項1号但書では、「市町村長等が安全であると認めた場合」とされ、これについて諸般の事情を考慮した専門技術的判断を要しますから、但書該当性判断について、市町村長等に裁量を認めることができます。

(イ) 裁量の逸脱濫用

Y市長は、本件基準に従って、Xが政令9条1項1号但書に当たらないと判断をしています。

本件基準は、「Y市長が」政令9条1項1号但書を適用する場合の基準であり国民の権利義務を規律する法規性がないといえますし、法令の委任を受けて規定されたものでもありませんから、法規命令ではなく行政規則です。そのうち、裁量権行使の内部基準である裁量基準に当たります。

裁量基準に従った判断が適法といえるためには、裁量基準が裁量の範囲内で定められた合理的なものであることを要します。そこで、Xとしては、本件基準が消防法及び政令の規定の趣旨および内容に照らし、不合理なものであると主張することになるでしょう。

イ 適法性

誘導（【法律事務所の会議録】）に従い、本件基準①及び②の合理性を検討することになります。誘導にある政令9条1項1号但書の趣旨、工業地域においては倍数に関する制限がないことへの言及は必要でしょう。

例えば、政令9条1項1号但書は製造所の移転等の措置を講じなければならなくなる事態を避けることを主な目的としているところ、本件基準①②は厳格に過ぎ、同目的を損なわないか／基準①は建築基準法上倍数の制限のない取扱所にも倍数要件を課すものであるが、消防法及び政令はこれを許容するものといえるか等について論じることができでしょう。

その際、消防法及び政令の規定を適切に使うことができれば、加点が期待できます。

(2) 政令23条について

ア 違法とする法律論

Xは、本件基準③の定める高さより高い防火塀を設置すること、及び政令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設することについて、技術的にも経営上も可能であり、実施する用意があります。

そこでXとしては、政令23条に該当するため政令9条の規定は適用されず、政令9条1項1号口の違反を理由とする本件命令は違法であると主張することが考えられます。

イ 適法性

政令9条1項1号但書の定めがあるのに、上記アのようにさらに23条を適用する余地があるか、政令9条1項1号但書と23条の関係を整理することが求められます。誘導にある政令23条の、一般基準に適合しない施設や一般基準が予想しない施設に対応するという趣旨に照らせば、政令9条と23条は一般／特別の関係にあると考えることができます。

3 設問3

本問は、XのY市に対する損失補償請求の可否を問うもので、同請求は憲法29条3項を根拠とすることが誘導されています。

本問での補償の要否については、①消防法12条の趣旨、②平成26年の都市計画決定で葬祭場の建築が可能となったこととの関係を検討せよという誘導があるため、これらに重点を置いて論述する必要があります。

(1) ①について

消防法12条の趣旨は、技術上の基準への適合を要求することで、火災から国民の生命、身体および財産を火災から保護することと考えることができます（1条参照）。とすると、Xの財産権の制限が消防法12条によるものだと考えた場合、それは警察規制であるため、補償は不要と考えることができるでしょう。警察規制は、財産取得時に予測可能であるため、補償は不要であると一般に解されています。

(2) ②について

平成26年の都市計画決定がなければ、葬祭場の建築はできず、Xは本件取扱所を移転する必要はありませんでした。そのため、Xの財産権の制限は、消防法ではなく、都市計画決定によるものとする余地があります。

これに関連して、判例（最判昭58.2.18）は、「警察法規が一定の危険物の保管場所等につき保安物件との間に一定の離隔距離を保持すべきことなどを内容とする技術上の基準を定めている場合において、道路工事の施行の結果、警察違反の状態を生じ、危険物保有者が右技術上の基準に適合するように工作物の移転等を余儀なくされ、これによつて損失を被つたとしても、それは道路工事の施行によつて警察規制に基づく損失がたまたま現実化するに至つたものにすぎず、このような損失は、道路法70条1項の定める補償の対象には属しないものというべきである。」としています。本件でも、都市計画決定によって消防法の警察規制に基づく損失がたまたま現実化するに至つたに過ぎないと考えれば、補償は不要ということになるでしょう。

以 上

民 事 系 第 1 問

総 論

平成27年度司法試験民事系科目第1問（民法）は、甲土地上の山林を巡って発展する事案を題材に、物権法による処理を広く問うとともに（設問1及び設問2）、Lが事故により右腕を骨折した事案を題材に、不法行為による処理を問うものでした（設問3）。

前者では、事案に複雑さがあるため、まず事案を正確に把握・整理することが重要だったといえます。後者では、事案にそこまでの複雑さはない一方、配点割合が3/10と高く、うまく時間を確保できたかでも点差がついたでしょう。

内容面については、設問1は、即時取得と不当利得の組み合わせという点では平成21年度設問2・3が、設問1小問(2)で問題となりうる転用物訴権という点では平成23年度設問1小問(1)が、類似するといえます。また、設問3・小問(2)で問題となる過失相殺は、平成23年度の設問3小問(2)でも出題されました。

各 論

1 設問1・小問(1)

(1) Aの主張の根拠

Aは、材木①の所有権がAに帰属する＝材木①たる丸太の所有権がAに帰属すると主張しています。Aは丸太をBに売却している（555条、176条）ため、Aの主張の根拠としては、所有権留保の特約が考えられるでしょう。

具体的には、所有権留保の法的性質について、所有権の構成に立ち、丸太の所有権を有することを根拠付けることが考えられます。所有権の構成とは、所有権留保という法形式に照らし、目的物の所有権は従前どおり売主が有し、買主は、代金完済という停止条件成就により所有権を取得する債権的な期待権及び目的物の使用権を有するにすぎないとする考え方です。

(2) Cの反論

ア 加工による所有権喪失（246条1項但書）

Cとしては、Bが丸太を製材したことで、Aは所有権を失った旨を反論することが考えられます。

(ア) 「加工物」とは、他人の動産に工作を加えて新たに製作された物を意味します。そして、新たな物かどうかは、社会経済上の観点から決せられます。

本件で、材木①は、製材という工作が加えられています。また、製材された材木は、原木たる丸太と社会経済上別異に扱われるため、新たな物と評価できます。とすると、材木①は、「加工物」に当たるといえるでしょう。

他方、木材の製材搬出等では、新たな物件を製作したとはいえず、同条の「加工」に当たらない旨の刑事事件の判例（大判大13.1.30）もあります。

(イ) 材木①が「加工物」に当たるとしても、「材料」たる丸太の相場価格は15万円、製材後の材木①の相場価格は20万円なので、「工作によって生じた価格」は5万円です。これでは「材料の価格を著しく超える」とはいえません。

(ウ) よって、材木①の所有権は、「加工者」Bではなく、「材料の所有者」Aに帰属するため、Cの反論アは認められないでしょう。

イ 即時取得（192条）

とするとCは、「動産」たる材木①を、その所有権を有しないBから買い受けたことになるため、同所有権を即時取得した旨を反論することが考えられます。

即時取得の要件では、Cの材木①の占有取得時の無過失（「過失がない」）が特に問題となります。まず、材木①の前「占有者」Bが「占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定」される（188条）ので、Cは、Bに同所有権があると信じたことにつき過失がなかったと推定されます（最判昭41.6.9等）。

しかし、Cは、それまでの取引の経験から、Aが丸太を売却するときには、その所有権移転の時期を代金の支払時とするのが通常であり、最近もAB間でトラブルが生じていたことを知っていました。またCは、建築業者という専門家です。このことから、CにBが丸太の所有権を取得したかを調査確認する義務があったと評価すると、Cの無過失推定は覆されるでしょう。AB間で代金の支払が既にされているものと即断し、A及びBに照会しておらず、Cは同義務を怠ったからです。

2 設問1・小問(2)

(1) Aの請求の根拠及び内容

Cは、材木②（小問(1)参照）を用いて乙建物の柱を取り替えるなどして、リフォームを行っています。材木①は乙建物と結合し一体化しているため、乙建物に付合したといえます（242条本文：強い付合）。そのため、Aの請求の根拠は、248条であることがわかるでしょう。問題文に“償還を請求”とあることもヒントになります。

(2) Aの主張

Aは、「第703条及び第704条の規定に従い」（248条）、不当利得の要件充足を主張することになります。

ア 「損失」、「利益」、因果関係（「によって」）

AB間の所有権留保の法的性質について所有権的構成を採った場合、242条により、Aは材木②の所有権喪失という「損失」を被ったこととなります。他方、Dは、乙建物のリフォーム分の「利益」を受けています。そして、乙建物のリフォームには材木②が用いられているため、両者には因果関係も認められます。

イ 「法律上の原因なく」

248条は、付合等が「法律上の原因」に当たらないことを明らかにする趣旨で規定されたものですから、Dが付合により材木②の所有権を取得したとしても、「法律上の原因なく」といえます。

(3) Dの反論

Dとしては、請負代金600万円をCに支払っており、前記受益には「法律上の原因」が存すると反論することが考えられます。

本件では、受益者（D）と損失者（A）の間に、中間者（C）が存在するところ、中間者がいる場合の不当利得返還請求に関し、判例（最判平7.9.19）は、「建物の所有者丙が法律上の原因なくして右修繕工事に要した財産及び労務の提供に相当する利益を受けたということが出来るのは、丙と乙との間の賃貸借契約を全体としてみて、丙が対価関係なしに右利益を受けたときに限られるものと解する。」としています。この判例を参考に、Dの反論が認められるか論述することが可能でしょう（新版注釈民法(7)P425～）。BC間の請負契約締結の際の説明によると、請負報酬額に材木②の価格が含まれており、Dは対価関係なくリフォームによる利益を受けたといえません。Dの反論が認められると考えることができます。

3 設問 2・小問(1)

(1) 主張の根拠

丸太③となった立木は、A から E と F に二重譲渡されているところ、不動産が二重譲渡された場合、先に対抗要件を備えた者が確定的に所有権を取得し、それにより他方は所有者でなかったことが確定します（177 条）。

立木の対抗要件は、独立して譲渡される場合には明認方法、土地と共に譲渡される場合には土地の所有権移転登記です。E は丸太③となった立木に墨書を施しておらず、F は甲土地の所有権移転登記を備えています。したがって、E は丸太③となった立木を所有しておらず、丸太③も所有していません。

(2) 主張・立証すべき事実

G は、上記主張の根拠に照らし、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁として、以下の事実を主張・立証すべきことになります。

ア A は、F に対し、平成 24 年 1 月 17 日、丸太③となった立木を売った。

イ A は、F に対し、同日、上記売買契約に基づき、甲土地につき所有権移転登記手続きをした。

4 設問 2・小問(2)

(1) 主張の根拠

G は、丸太④の保管料に相当する金額の支払を受けるまで、E の請求を拒否する旨主張しています。これは、F に対する報酬債権の弁済を受けるまで、丸太④を留置するというものです。G の主張の根拠は、留置権（295 条 1 項）であることが分かります。

(2) 主張が認められるか

ア 295 条 1 項の要件では、牽連性（「物に関して生じた債権」）が特に問題となります。牽連性は、債権が目的物自体により生じた場合／債権が物の返還請求権と同一の法律関係または同一の生活関係から生じた場合に認められると一般に解されています。

F の G に対する丸太④の返還請求権は、所有権に基づく物権的請求権と寄託契約に基づく債権的請求権の側面があります。牽連性が認められるかは、いずれを強調するかで判断が分かれ得るものと考えられます。例えば後者を強調すれば、牽連性は認められるといえるでしょう。報酬債権と返還請求権は、寄託契約という同一の法律関係から生じたといえるからです。

イ 「占有が不法行為によって始まった」（295 条 2 項）場合には、留置権が認められません。占有取得行為が債務者との関係で不法行為とならなくても、誰かとの関係で不法行為として評価されれば、「不法行為によって始まった」ことになります（道垣内「担保物権法」P26）。

G の占有は、F との関係では寄託契約に基づくものであり不法行為となりませんが、所有者 E との関係では、占有権原のない不法行為と評価しうるでしょう。

ウ 以上からすると、留置権は成立せず、G の主張は認められないことになります。

5 設問 3・小問(1)

(1) 請求の根拠

H は満 15 歳の中学 3 年生であり、責任能力を有するため、L は 714 条 1 項を請求の根拠とすることはできません。

もともと、判例（最判昭 49. 3. 22）は、「未成年者が責任能力を有する場合であっても監督義務者の義務違反と当該未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうると

きは、監督義務者につき民法 709 条に基づく不法行為が成立する」としています。そこで、L の請求の根拠は、709 条と考えることができます。

(2) L の主張（民法判例百選Ⅱ P 181 参照）

L としては、上記判例を参考に 709 条の要件該当性を主張することになるでしょう。問題文に多くの事情が挙がっているため、これらをできる限り使いたいところです。

まず C は、H の悪質ないたづらを理由に学校から何度も呼び出しを受けているにもかかわらず、H に一般的な注意をするにとどまり、具体的な指導をしていません（監護義務違反）。

また、H は未だ義務教育の課程を終了しない中学生であり、C と同居して養育監護を受けていましたから、C の H に対する影響力は、責任無能力者の場合と同様の強いものだったとみることができます。とすると、C が具体的な指導を行えば、本件事故を防ぐことができたといえます（事実的因果関係＝条件関係）し、上記監督義務違反から本件事故が生じることが社会通念上相当といえます（相当因果関係）。

6 設問 3・小問(2)

(1) 反論の根拠

C の反論は、請求額についてのものです。本件では、事故の際に K が携帯電話で通話していたなどの事情もあります。そのため、反論の根拠は、過失相殺（722 条 2 項）であることがわかります。

(2) 反論が認められるか

ア K の過失

K は、携帯電話で通話しながら片手で、暗い道であるにもかかわらず前照灯が故障したまま自転車を運転しています。これは、自転車の運転者に課される安全な運転をすべき義務を怠ったものといえるので、K には過失が認められるでしょう。

イ 被害者側の過失

K に過失が認められても、右腕を骨折した被害者は L であるため、K の過失が「被害者に過失」に当たるかが問題となります。

722 条 2 項の趣旨は、不法行為によって発生した損害を加害者と被害者の間において公平に分担させる点にあります。とすると、「被害者に過失」には、被害者本人と身分・生活関係上一体をなす者の過失も含まれると解することができます。

本件では、K は被害者 L の母親であり、L は 3 歳の幼児であるため、両者は身分・生活関係上一体をなすといえますから、K の過失も、「被害者に過失」に当たることになります。

以 上

民 事 系 第 2 問

総 論

平成27年度司法試験民事系科目第2問（会社法）は、非公開会社である甲社において、適法な手続を経ずに競業、従業員の引抜きを行った取締役の責任（設問1）、株主総会の特別決議を経ることなく行われた事業譲渡の一部に当たる取引行為の効力（設問2）、株主総会決議の委任を受けて取締役会が定めた行使条件に反して発行された株式の効力（設問3）について、事案に即して検討することを求めるものでした。

事案は昨年度よりも把握しやすく、出題形式は例年どおり責任・効力を論じさせるもので、とっつきにくい問題ではなかったように思われます。内容は、多くの受験生が考えたことのない点も含まれるため、それに拘らないバランスのとれた論述が要求されます。なお、事業譲渡における競業禁止義務免除特約については、平成18年度民事系第1問でも問われたものでした。

各 論

1 設問1

本問では、Bの甲社に対する会社法上の損害賠償責任を論じることが求められています。Bは甲社の「取締役」であり、423条の責任を検討することになります。

(1) 乙社の顧問に就任し、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執った行為について

ア 「任務を怠った」（任務懈怠）

Bの行為は、356条1項1号の競業取引に当たれば、重要な事実の開示・取締役会の承認を欠く（BがACに対し、「乙社の発行済株式の90%を取得するので、今後は乙社の事業にも携わる。」と述べたが、ACが特段の異議を述べなただけでは足りないことは、ほぼ明らかといえてよいでしょう）点で、法令違反があることとなります（356条1項柱書）。Bのどの行為を採り上げるかですが、356条1項1号の規定上、承認の対象となるのは取締役が行う個々の取引行為です。そこで以下では、顧問の就任ではなく、洋菓子事業の陣頭指揮を執った行為について検討することにします。

(ア) 「自己又は第三者のために」

「ために」の意義については、“名義で”と解する形式説と、“計算で”と解する実質説に分かれています。

形式説によると、Bの行為は、乙社名義でされたといえる以上、乙という「第三者のため」のものといえるでしょう。

他方、実質説によると、Bの行為は、経済的効果が乙社に帰属するため、乙という「第三者のため」のものと考えてのが素直でしょう。もっとも、Bは顧問料を乙社から得ているため、これをBの行為の経済的効果と捉えれば、「自己…のため」と評価することも可能といえます。

(イ) 「株式会社の事業の部類に属する取引」（競業取引）

356条1項1号の趣旨から、競業取引とは、会社が実際に事業において行っている取引と、目的物・市場が競合する取引を意味すると解することができます。

甲社と乙社は、ともに洋菓子の製造販売業を営んでいます。甲社は、乙社が事業を行っている関西地方で事業を行っていませんが、進出を企図して市場調査を委託しています。

356条1項1号の趣旨に照らせば、Bの行為は競業取引に当たると評価することができます（東京地判昭56.3.26参照）。

イ 「損害」、因果関係（「によって」）

（ア） 関西地方での事業で得られるべき利益

甲社の損害については、423 条 2 項に推定規定があります。B の顧問料（月 100 万円）、乙社の平成 21 事業年度の営業利益の増加分（ $1000 - 200 = 800$ 万円）について、甲社の損害と推定されるかを検討することになります。その際には、「自己又は第三者のために」に関する論述との論理的整合性に注意しなければなりません。

（イ） 市場調査の委託料 500 万円

甲社の損害に当たるかは、423 条 2 項の意義に照らして検討することが可能でしょう。同条項は競業がなかった状態を回復するもの、500 万円は競業があったことにより無駄となった支出です。両者をともに主張することは背理と考えれば、500 万円は甲社の損害に当たらないと考えることができます。

(2) E を甲社から引き抜いた行為について

ア 任務懈怠

B が甲社に対して負う善管注意義務（忠実義務）の懈怠を検討することになります。甲社が洋菓子の製造を主要な事業としていること、E が洋菓子工場の工場長であることに照らせば、B の任務懈怠を肯定することができます。

裁判例（東京高判平元. 10. 26）も、「プログラマーあるいはシステムエンジニア等の人材を派遣することを目的とする会社においては、この種の人材は会社の重要な資産ともいうべきものであり、その確保、教育訓練等は、会社の主たる課題であることは明らかである。したがって、この種の業を目的とする株式会社の取締役が、右のような人材を自己の利益のためにその会社から離脱させるいわゆる引き抜き行為をすることは、会社に対する重大な忠実義務違反」とし、会社の事業の性質・従業員の地位に触れながら、取締役の忠実義務違反を導いています。

イ 「損害」、因果関係

E の退職により、甲社の洋菓子工場は操業停止を余儀なくされ、3 日間受注ができず、甲社は 1 日当たり 100 万円相当の売上げを失っています。甲社にはこれに伴う「損害」があり、因果関係も認められます。

2 設問 2

本問では、第 1 取引及び第 2 取引の効力に関する会社法上の問題点が問われています。甲社は、乳製品事業と洋菓子事業のうち、洋菓子事業の売却を決めています。そして、第 1 取引及び第 2 取引は、その一環としてなされたものです。そのため、「事業の重要な一部の譲渡」の場合に当たり、株主総会の特別決議を欠くため、第 1 取引及び第 2 取引は無効ではないかが問題となります（467 条 1 項 2 号）。

(1) 「事業の重要な一部の譲渡」

ア 判断対象とすべき取引

甲社は、第 1 取引及び第 2 取引につき、「重要な財産の処分」として、取締役会決議に基づき行っているものと考えられます（362 条 4 項 1 号）。しかし、第 1 取引／第 2 取引と切り分けてしまえば事業譲渡に当たらないとすると、事業譲渡に関する会社法の規制の潜脱を認めることになります。事業譲渡の場合に当たるかは、取引全体から判断すべきといえるでしょう。事案における“（株主）S 社の反対が予想された”、“S 社に知らせないまま”との記述が大きなヒントになります。

イ 事業譲渡の意義

判例は、事業譲渡について、①「一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部または重要な一部を譲渡し」、②「これによって、譲渡会社はその財産によって営んでいた営業活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ」、③「譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に…競業避止業務を負う結果を伴うものをいう」としています。

本件で、①洋菓子事業部門に係る土地及び建物（第 1 取引）、P 商標に係る商標権（第 2 取引）が丙社に売却されるとともに、従業員や取引先が丙社に承継されています。また、②洋菓子事業部門に係る事業活動は、丙社に受け継がれています。

ただ、甲丙社間で、甲社の競業が禁止されない旨の特約が結ばれているため、③は充足しません。しかし、③は、明示の契約がなくても条文上競業避止義務を負う結果になることを示したにとどまり、事業譲渡の要件ではないと解するのが一般的になってきています。競業避止義務を負担しただけ株主の利益に決定的な違いが生じるとは考えることは難しいといえるからです。

ウ 467 条 1 項 2 号かつこ書該当性

甲社の譲渡資産の帳簿額は少なくとも 2 億 5000 万円であるところ、総資産額 7 億円の 5 分の 1 を超えるため、467 条 1 項 2 号かつこ書には当たりません（会社法施行規則 134 条 1 項、資料 ①②）。

(2) 第 1 取引及び第 2 取引の効力

第 1 取引及び第 2 取引は、以上のように「事業の重要な一部の譲渡」の場合に当たると考えられますが、株主総会の特別決議がありません。

そうすると、第 1 取引及び第 2 取引は、瑕疵の重大性、法的安定性の観点から、絶対的に無効と解することができるでしょう。判例（最判昭 61.9.11）も、「営業譲渡が譲渡会社の株主総会による承認の手続をしないことによって無効である場合、譲渡会社、譲渡会社の株主・債権者等の会社の利害関係人のほか、譲受会社もまた右の無効を主張することができるものと解するのが相当である。けだし、譲渡会社ないしその利害関係人のみが右の無効を主張することができ、譲受会社がこれを主張することができないとすると、譲受会社は、譲渡会社ないしその利害関係人が無効を主張するまで営業譲渡を有効なものと扱うことを余儀なくされるなど著しく不安定な立場におかれることになるからである。」としています。

3 設問 3

本問では、発行された株式の効力に関する会社法上の問題点が問われています。株式の発行は、新株予約権の行使によるものであるため、新株予約権の発行の瑕疵を検討した上、株式の効力について論述することになります。

(1) 新株予約権発行の瑕疵

新株予約権の発行は、行使条件を取締役に一任してなされています。B が主張しているとおり、このような委任が許されるのかが問題となります。

株式会社は、募集新株予約権を発行する場合、特別決議により募集事項を決定しなければなりません（238 条 1 項・2 項、309 条 2 項 6 号）。そして、募集事項の決定を取締役に委任する場合であっても、「募集新株予約権の内容」（239 条 1 項 1 号）等については、特別決議により決定しなければならないものとされています（239 条 1 項、309 条 2 項 6 号）。行使条件は、236 条 1

項に列举されていませんが、「募集新株予約権の内容」に当たると一般に解されています（会社法判例百選 P 65）。そのため、甲社はこれを取締役会に一任することはできず、新株予約権の発行については株式の発行に瑕疵があると考えるのがシンプルです。

仮に、行使条件が「募集新株予約権の内容」に当たらず、取締役会に一任することができるとしても、株式の発行には瑕疵があるといえるでしょう。株式の発行は、行使条件（上場条件）を廃止してなされたものであるところ、判例（最判平 24. 4. 24）は、「取締役会が旧商法 280 条ノ 21 第 1 項に基づく株主総会決議による委任を受けて新株予約権の行使条件を定めた場合に、新株予約権の発行後に上記行使条件を変更することができる旨の明示の委任がされているのであれば格別、そのような委任がないときは、当該新株予約権の発行後に上記行使条件を取締役会決議によって変更することは原則として許されず、これを変更する取締役会決議は、上記株主総会決議による委任に基づき定められた新株予約権の行使条件の細目的な変更をするにとどまるものであるときを除き、無効と解するのが相当である。」としています。

(2) 株式の効力

甲社は非公開会社であり、株式の発行には株主総会の特別決議が必要です（199 条 2 項，309 条 1 項 5 号）。株式の発行に前記瑕疵がある場合、甲社は必要な株主総会の特別決議を経ないまま、株式を発行したことになります。既存株主の持株比率に与える影響の大きさに鑑みると、このような株式の発行は無効と考えることができます（最判平 24. 4. 24 参照）。

以 上

民 事 系 第 3 問

総 論

平成27年度司法試験民事系科目第3問（民事訴訟法）は、X（注文者）がY（請負人）に対し、工事に瑕疵があったとして、瑕疵修補に代わる損害賠償を請求する訴えを提起し、それに対してYが、未払いの請負代金の支払を請求する反訴を提起したという事案を題材に、重複起訴の禁止等（設問1）、不利益変更の禁止（設問2）、既判力（設問3）について出題されました。

全ての設問を通じて、論じるべき点／論じなくてもよい点が誘導に挙がっているため、それを適切に把握することが出発点となります。その上で、自分の考え方を一方的に示すのではなく、誘導に従って論述を組み立てることが求められます。

なお、設問3は、既判力の作用を問う予備試験平成24年度論文式と似ているといえます。

各 論

1 設問 1

L1の課題は、大きく2つに整理することができます。第1に、反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成3年判決と抵触しない理由をまとめることです。その際、予備的反訴と扱うことが、①既判力（114条）の矛盾抵触が生じないこと、②反訴原告が2つの利益を享受することにならないことを論じることが求められています。第2に、平成18年判決についての疑問に答えることです。具体的には、訴え変更の手続きを要せずに予備的反訴と扱うことが、③処分権主義に反しない理由、④反訴被告の利益を害することにならないのはなぜかを論じることが求められています。

(1) 平成3年判決と抵触しない理由

ア 平成3年判決

平成3年判決は、「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは許されない。…両事件が併合審理された場合についても同様である。」としています。併合審理された場合についても同様とされているのは、分離の可能性があるためと考えられます。分離されてしまえば、既判力の矛盾抵触が生じる可能性があります。また、審判対象の重複により、別訴原告が、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待と、相殺に供した自働債権について債務名義を得るという2つの利益を享受することになります。

イ 平成3年判決の射程

反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁が提出された場合、本訴・反訴であっても分離の可能性があります、平成3年判決の趣旨に反するようにも思われます。しかし、反訴が予備的反訴として扱われれば、平成3年判決の趣旨に反しません。本件の予備的反訴は、相殺の自働債権の存否について既判力ある判断が示されることを解除条件とする反訴です。

予備的反訴の場合は弁論を分離することができないため、既判力の抵触は生じないといえます（①）。

また、相殺の自働債権（抗弁）について既判力ある判断がされれば、解除条件の成就により反訴における審理の対象とならないことから、審判対象の重複は生じません。反訴原告が、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待と、相殺に供した自働債権について債務名義を得るという2つの利益を享受することにならないといえます（②）。

したがって、反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解し

ても、平成 3 年判決と抵触しないと説明できます。

(2) 平成18年判決についての疑問

ア ③について

訴えの変更手続きを要せずに予備的反訴として扱われることは、原告の明示の意思を伴わず、処分権主義に反するのではないかが問題となります。

処分権主義とは、訴訟の開始、訴訟物の特定、訴訟の終了を当事者の権能とする建前をいいます。これは訴訟の対象たる私法上の権利関係についての私的自治に対応するものです。そのため、処分権主義に反しないかは、当事者の合理的意思の観点から考察することができます。

そこで、反訴原告の意思を考えてみると、本訴で反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁について既判力ある判断が示されれば、それについて反訴で審判を求めることは無益です。他方、無条件の反訴を維持したままでその請求債権を同時に相殺に供することは、平成 3 年判決に反することになります。そうだとすると、反訴原告が反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出する場合、予備的反訴に変更する意思表示も含むものと合理的に解釈することができます。よって、訴えの変更手続きを要せずに予備的反訴として扱われたとしても、処分権主義に反しないといえます。

イ ④について

訴えの変更手続きを要せずに予備的反訴として扱われると、反訴請求について本案判決を得られなくなる可能性があり、反诉被告（本訴原告）の利益を害しないか問題となります。

本件の予備的反訴は、反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁につき既判力がある判断がされることを解除条件とするものです。そのため、反訴請求について本案判決がなされない場合、反訴請求債権の存否は相殺の自働債権の存否として判断されていることとなります。そして相殺の自働債権の存否の判断は、反訴請求についての本案判決と同様、既判力を有します。そうだとすると、反訴請求について本案判決が得られなくても、反訴請求債権について既判力ある判断を受けることができるため、反诉被告の利益は害されないといえます。

2 設問 2

J の課題は、控訴審はどのような判決をすべきかについて、①第一審取消し・請求棄却判決（305 条）という結論の控訴審判決が確定した場合と、②相殺の抗弁を認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却（302 条 1 項）によりそのまま確定した場合とを比較して検討することです。

(1) 控訴審は、不服申立ての限度を超えて、控訴人に不利益な判決をすることはできません（304 条）。

控訴審のすべき判決は、第一審判決が確定した場合に比べ、控訴人 X にとって不利とならないものでなければなりません。

(2) 第一審判決が確定した場合、既判力は本訴請求債権の不存在（114 条 1 項）のほか、反対債権の不存在についても生じます（114 条 2 項）。

①の場合、既判力は本訴請求債権の不存在についてのみ生じます。X にとってみると、反対債権の不存在について既判力ある判断を得られない点で、第一審判決が確定した場合よりも不利といえます。したがって、控訴審は、第一審取消し・請求棄却判決をすることはできません。

②の場合、第一審判決が確定した場合のとおりに既判力が生じます。X にとって不利とはなりません。したがって、控訴審は、控訴棄却判決をすべきこととなります（最判昭61.9.4参照）。

3 設問 3

Y は、X に対し、不当利得返還請求（民法703条）する旨主張しています。L 2 の課題は、“Y の

言い分を不当利得返還請求権の要件に当てはめて整理した上で、それに対する既判力の作用を検討”し、Yの不当利得返還請求（後訴）が認められないという反論を立論することです。

- (1) まず、既判力が後訴に作用するのは、(a)前訴と後訴の訴訟物が同一である場合、(b)前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決問題となっている場合（先決関係）、(c)前訴と後訴の訴訟物が実質的に矛盾する場合（矛盾関係）と整理されるのが一般的です。

しかし、本件のような相殺の抗弁の既判力の場合、反対債権は訴訟物ではありません。(a)～(c)に無理に従うと混乱を招きやすいため、「既判力論の基本に戻り、一度決められたことの蒸し返しは許されないという本来の形で考える」（高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』有斐閣 P 597）ことにします。

そうすると、請負代金請求権の不存在が、既判力が生じて「一度決められたこと」です。

- (2) これを踏まえ、“Yの言い分を不当利得返還請求権の要件に当てはめて整理”します。

ア 「損失」、「利益」、因果関係

(ア) Yの言い分⑤だけからすると、「損失」はYが請負代金を請求できないこと、「利益」はXが請負代金の請求を受けないことと考えられます。そして因果関係は、社会通念上Yが同請求できない「ために」Xが同請求を受けないことと考えられます。

これらは、請負代金請求権の不存在を前提としているだけと見ると、これを蒸し返すものとはいえないと考えられます。

(イ) 他方、①～④も含め全体的に見ると、Yの言い分は、“請負代金請求権が存在する”はずなのに、Yが請負代金を請求できないことが「損失」、Xが請負代金の請求を受けないことが「利益」という主張とも考えられます。

これは、「一度決められたこと」である請負代金請求権の不存在の「蒸し返し」であり「許されない」（消極的作用ないし遮断効）ということになるでしょう。

イ 「法律上の原因なく」

Yの言い分は、YのXに対する請負代金請求権が存在するにもかかわらず、請負代金の請求を受けないため、Xが「法律上の原因なく」利益を受けているとの主張とも考えられます。

これは、「一度決められたこと」である請負代金請求権の不存在の「蒸し返し」であり「許されない」（消極的作用ないし遮断効）ということになるでしょう。

- (3) よって、いずれにせよ不当利得返還請求権の要件を満たさないで、Yによる後訴は認められないと説明することができます。

以 上

刑 事 系 第 1 問

総 論

本年度の刑事系第1問も、例年どおり、複数犯かつ刑法総論・各論両方にまたがる問題でした。問題の構造自体はそれほど複雑ではありませんが、論述すべき内容が盛りだくさんでしたので、最後まで処理し切ることを最優先として、これに加点を積み重ねていく姿勢が非常に大切でした。なお、窃盗罪において占有の有無を検討させる問題は、予備試験平成23年度法律実務基礎科目（刑事）設問2で出題されたことがあります。

各 論

犯罪らしき行為をピックアップして、構成要件該当性→違法阻却事由の有無→責任阻却事由の有無の順に検討していきます。

第 1 甲の罪責

1 12月15日、甲がA社新薬開発部の部屋に入った行為 1

- (1) 部屋に入るという行為態様から、建造物侵入罪（130条前段）の成否を検討します。

A社の各部は、A社の本社ビルにおいて、互いに他の部から独立した部屋で業務を行っているため、各部の部屋は、それぞれ独立した管理権が認められる「建造物」と評価できます。

甲は、A社の従業員ではありますが、行為1の時点では新薬開発部に所属しておらず、また、行為の目的も同部の部屋に誰もいなくなった隙に、金庫に保管されている新薬の書類を手に入れることにあります。そのため、行為1は、同部の部屋の管理権者であるA社、具体的にはA社新薬開発部長の意思に反して同部の部屋に立ち入る行為として「侵入し」といえ、同罪の故意（38条1項本文）も、問題なく認められます。

- (2) 甲の侵入目的から、甲には行為1をする「正当な理由」があるとはいえません。
(3) よって、行為1に建造物侵入罪が成立します。

2 新薬開発部の部長席の後方にある金庫に暗証番号を入力して金庫を開け、新薬の書類10枚を取り出して甲のかばんに入れた行為 2

窃盗罪（235条）の成否を検討します。問題文を読んだ段階で、具体的にどの罪名を検討するのかが分からなかった（委託物横領罪（252、253条）あるいは背任罪（247条）などが頭をよぎった）人も、なんらかの財産犯が成立しそうだと思ったならば、まずは窃盗罪の成否を検討すると、論じ落としのリスクが小さくなります。

- (1) 「他人の物」ないし「窃取」につき、客体たる物を“誰”が“占有しているのか”を検討しなければなりません。

A社では、各部においてその業務上の情報等を管理しており、また各部の部屋は、互いに他の部から独立しています。また、新薬の書類は、新薬開発部長席の後方にある、暗証番号で開閉する金庫に入れて保管されています。さらに、事例2からは、新薬の書類を管理する業務は、そのときそのときの新薬開発部長が行っていることが読み取れます。そのため、新薬の書類は、新薬開発部長が占有する物といえます。

行為2の時点で、新薬開発部長は、甲の後任の人物でしたので、新薬の書類は甲の後任という「他人」が占有していたといえます。

- (2) 甲の持ち出した新薬の書類は、A3サイズの書類10枚ですので、これらが「財物」に当たることが一応問題となりますが、新薬の製造方法という企業秘密が化体された書類として、財産的

価値を有する「財物」に当たるといえます。

- (3) 行為 2 は、甲の他に誰もいない新薬開発部の部屋で行われていますので、甲が、新薬の書類を甲のかばんに入れた時点で、新薬の書類は甲の後任から甲の支配下に移ったといえます。この占有移転は、当然、占有者たる甲の後任の意思に反するものですので、甲は行為 2 により、新薬の書類を「窃取した」といえます。

- (4) 故意、及び不法領得の意思も問題なく認められます。

- (5) なお、行為 2 について、業務上横領罪や背任罪の成否の検討も考えられます。

業務上横領罪を成立させる場合には、行為 2 の時点で、新薬の書類が、甲にとって「自己の占有する他人の物」であるということ、同時点では甲はすでに新薬開発部長の職にないことを踏まえて、丁寧にあてはめなければならないでしょう。

また、背任罪の成立を認める場合には、甲が、行為 2 の時点で既に新薬開発部長の職になく、したがって、A 社では“各部においてその業務上の情報等を管理している”ことから、甲は、同時点では“新薬の書類…を管理する…業務に従事して”いなかったと考えられるのに、それでもなお甲が「他人」A 社「のためにその事務を処理する者」に当たるかを、検討しなければならないでしょう。

業務上横領罪や背任罪を検討する場合は、他罪との関係について、整合性のある結論を維持する必要があります。たとえば、特段の説明なく、行為 2 に窃盗罪と業務上横領罪が成立するとして、同じく業務上横領罪と背任罪が成立するなどすることは、論述の整合性に難ありといえます。

3 C が持っていた C 所有のかばんの持ち手を手でつかんで引っ張ってそのかばんを取り上げた行為 3

- (1) C が自分で手に持っているかばんという“財産”に関して、“持ち手を手でつかんで引っ張って”、かばんを“取り上げる”という有形力の行使とみられる行為がなされており、また、C は、甲からかばんを引っ張られた弾みで通路に手を付き、手の平を擦りむいて、加療 1 週間を要する傷害を負っているため、まずは強盗致傷罪（240 条前段）の成否を検討すべきです。

強盗罪にいう「暴行」（236 条 1 項）とは、相手方の反抗を抑圧するに足る有形力の行使をいいますが、甲と C の年齢、体格差を考慮しても、行為 3 程度では、これに当たらないでしょう。そのため、甲は「強盗」（240 条前段）ではなく、行為 3 は、強盗致傷罪の構成要件に当たりません。

- (2) 次に、C のかばんを取り上げたという行為態様から窃盗罪、C が傷害を負っているという点から、傷害罪（204 条）の成否を検討します。

ア まず、窃盗罪の構成要件該当性は、問題なく認められるでしょう。なお、甲は、C の持っているかばんを甲のかばんだと思い込んでいますが、甲がこのような思い違いをしていても、具体的事実の錯誤の問題とはなりません（242 条参照）。

また、傷害罪の構成要件該当性についても、本問では甲はかばんを取り返そうとただけであり、傷害罪の故意を認めることは難しいといえますが、行為 3 は C が手で持っているかばんを引っ張る行為ですので、人の身体に対する有形力の行使に当たり、暴行罪（208 条）の結果的加重犯としての傷害罪の構成要件には該当するといえます。

イ 違法性阻却事由の有無ですが、C は自分のかばんを持っているにすぎないため、正当防衛（36 条 1 項）や、明文なき違法性阻却事由である自救行為が成立する余地はありません。い

ずれも、「不正の侵害」（違法な侵害）を要件とするからです。

ウ そこで責任阻却事由ですが、甲は、Cが甲のかばんを盗んだものと思い込んで、行為3に及んでいるため、違法性阻却事由に関する事実の錯誤として、責任故意（38条1項本文）が阻却されないか検討する必要があります。

（ア）誤想防衛

a 甲の主観では、Cは甲のかばんを盗んで甲の目の前で所持しているので、「不正の侵害」があるといえそうです。

ただ、甲の主観によっても、Cはすでに甲のかばんを手を持っているので、それでもなお侵害に「急迫」性が認められるのかを意識して論述することが必要と思われます。ここで「急迫」性を否定した場合には、明文なき違法性阻却事由に関する事実の錯誤として、後記(イ)誤想自救行為の検討に移ります。

もっとも、自救行為について論じる自信がなく、ここで「急迫」性を否定してしまうと、その先の検討ができなくなってしまう場合、試験対策的には、甲が待合室を出てから行為3に及ぶまでの時間や行為3がB駅構内で行われていることから、甲の主観によっても、行為3の時点で甲のかばんは完全には甲の支配を離れておらず、したがって行為3の時点では未だ侵害の急迫性は失われていないといった理由で、「急迫」性を認めうるでしょう。

なお、行為1では、甲のかばんに新薬の書類を入れた時点で占有移転を認めているので、甲の主観におけるCの窃取行為についても、Cは甲のかばんを手をしている以上、既に既遂に達している（つまり行為3の時点ではもはや侵害の「急迫」性は認められない）と評価する方が、一見整合的な論述のようにも思えますが、行為1が行われた場所が、甲の他には誰もいない、独立した管理権が認められる新薬開発部の部屋だった一方、Cが甲のかばんを手にした（と甲が思い込んでいる）場所は、独立した管理権が認められるとはいえないB駅待合室だったと考えられるので、行為1とCの行為とで、窃盗の既遂時期が違っても、論述の整合性は保たれていると考えられます。また、そうすると結果的に、甲の主観において行為3の時点で甲のかばんは、甲とCの共同占有下にあったとも評価しうることとなりますが、共同占有の場合に共同占有者の占有を奪って自己単独の占有に移す行為は「窃取」行為とする判例（最判昭25. 6. 6 刑集第4巻第6号928頁）があります。

b 甲は、自己のかばんを取り返そうとして行為3に及んでいるため、防衛の意思が認められ「自己…の権利を防衛するため」といえます。

c 「やむを得ずにした行為」というためには、防衛行為に①必要性和②相当性が求められます。

本件では、行為3の結果Cが傷害を負っているため、防衛行為としての②相当性が認められるかを主として検討する必要があります。甲とCについては、年齢と身長データが出ているので、ここでうまく使いたいところです。行為態様などの事情も使って自分なりに相当性へのあてはめができれば、加点が期待できます。

（a）相当性を肯定した場合には、甲は行為3を行うに当たって規範に直面していないので、いわゆる誤想防衛として責任故意が阻却され、行為3に故意犯は成立しないことになります。傷害罪については、別途過失傷害罪（209条1項）の検討が可能です。

(b) 一方、相当性を否定した場合には、甲の防衛行為は「やむを得ずにした行為」とはいえず、「防衛の程度を超えた行為」(36条2項)としていわゆる誤想過剰防衛となり、甲に、過剰性の認識があったかをさらに検討することになります。

過剰性の認識がなかったとすると、甲はやはり規範に直面したといえず責任故意が阻却されますが、ここでも、理論上は別途過失犯の成否について検討することができます。

過剰性の認識があったとすると、甲は規範に直面しているので責任故意が阻却されることはなく、結局犯罪成立阻却事由がないこととなるので、行為3に窃盗罪及び傷害罪が成立します。もっとも、過剰性の認識ある誤想过剰防衛については、主観的には「急迫」状態であることから責任減少が認められ、刑の減輕の余地がある(36条2項準用)との見解があります。

(イ) 誤想自救行為

この場合も、責任故意を阻却するためには、甲の主観において自救行為の要件を満たしていることを要します。

自救行為の要件については多義的ですが、仮に行為の補充性を要件とした場合でも、本問では、甲はCに対して、“私のかばんを盗んだな。返してくれ”、“待て”などと言っていますが、Cは“全く取り合わなかった”ため、かばんを取り返すためには行為4をするほかなかったといえそうですので、補充性は認められると思われます。また、手段の相当性については、前記(ア)cと同様に判断すればよいでしょう。

もっとも、行為3をやむを得ずにした行為と評価できても、本問でCは加療1週間を要する傷害を負っています。かばんの占有侵害という甲が受けた害を、人の身体という行為3によって生じた害を超える場合ですので、法益権衡は認められないでしょう。

誤想自救行為が認められない場合、誤想过剰防衛と同様に誤想过剰自救行為の概念を認めるならば、誤想过剰防衛と同様、甲に過剰性の認識があったか否かを判断します。

4 罪数

建造物侵入罪と窃盗罪は、後述のとおり乙との共同正犯となる可能性があり、また、牽連犯(54条1項後段)となります。

さらに、行為3で甲に窃盗罪及び傷害罪が成立するとした場合には、これらは「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」るとき(54条1項前段)として、観念的競合になりますので、結局、二つの科刑上一罪が併合罪となります(45条)。

第2 乙の罪責

甲の行為1と行為2について、乙は、それより前の12月1日に甲に対して「是非、その書類を持ち出して私に下さい…」などと言って関与しているので、乙が、行為1と行為2に成立する建造物侵入罪と窃盗罪の間接正犯あるいは共犯(60～62条)とならないか検討します。

1 行為1(建造物侵入罪)について

- (1) まず、行為1を実際に行った甲に、規範的障害がなかったとはいえず、乙が、甲を一方的に支配利用していたと評価することもできないので、乙を間接正犯とすることはできません。
- (2) つぎに、共同正犯ですが、乙の関与の時点で甲は新薬開発部長でしたので、甲については、

少なくとも業務上は、同部の部屋に自由に出入りできたといえます。この点を強調すると、乙には建造物侵入罪の正犯意思・共同実行の意思・故意が認められないと評価でき、乙は甲の行為 1 について、罪責を問われないこととなります。

あるいは、たとえ新薬開発部長でも、犯罪目的で部屋に入るのは、A社の管理権侵害であるという点を強調すると、乙は後述する行為 2 と同様、建造物侵入罪の共同正犯となる、という結論をとりやすいでしょう。

2 行為 2（窃盗罪）について

(1) 上記 1 同様、乙を間接正犯とすることはできないでしょう。

(2) 共同正犯の成否

ア 正犯意思・「共同…実行」の意思（合せて共謀）

事例 3 中の具体的事実を適示して、甲乙間の共謀を検討することになります。なお、前記第 1 の 2 (1) のとおり、本問で新薬の書類は新薬開発部長が占有していると評価でき、事例 3 の時点では甲が同部長でしたので、この時新薬の書類は、甲がA社との「業務上」の委託信任関係に基づいて「占有する他人の物」（253条）ということになります。そして、甲は乙に対して“私は、新薬開発部の部長だから、新薬の書類を自分で保管しているのだよ”と伝えているので、乙も、甲が新薬の書類を「業務上…占有」していることを認識していました。そのため、甲乙間に共謀が成立するとした場合、業務上横領罪について共謀が成立したとするのが素直です。

イ 「共同…実行」の事実

前記第 1 の 2 のとおり、甲が実際に行った行為 2 に窃盗罪が成立するとした場合には、共謀の内容とズレが生じているように見えます。このズレは、甲が新薬開発部の部長から異動し、甲の占有を基礎付ける事実が失われたことが理由に生じています。実際に、甲は、事例 4 の第 2 段落で“自己の所属が変わったことを乙に告げず…新薬の書類を手に入れ、これを乙に渡すことと”しており、乙は事例 5 の第 2 段落で甲から聞かされるまで、甲の所属が変わったことを知りませんでした。そのため、本問で甲乙に窃盗罪の「共同…実行」の事実があるか（具体的には、行為 2 が上記共謀に基づいて行われたか）が問題となります。

乙の、甲の新薬の書類に対する占有の認識を重視すると、本問で行為 2 はいわば“甲が勝手に行ったこと”として、行為 2 が上記共謀に基づいて行われたとはいえず、「共同…実行」の事実を否定することになります。

他方、甲乙間の共謀で重視すべきは、乙が、“是非、その書類を持ち出して私に下さい”と言っていることから、甲が新薬の書類をA社から“持ち出し”て、乙に渡す点にある、と評価すると、甲は、まさに新薬の書類を、乙に渡すためにA社から“持ち出し”ているわけですから、行為 2 は上記共謀に基づいて行われたものであるとして「共同…実行」の事実を認めることになります。

ウ 乙の故意

乙の故意は、上記共謀時に形成されたと評価する以外ありませんので、乙には業務上横領罪の故意が認められます。しかし、行為 2 に窃盗罪が成立するとした場合には、乙の主観（業務上横領罪の故意）と客観（窃盗罪）との間にずれが生じているため、いわゆる抽象的事実の錯誤が問題となります。

業務上横領罪と窃盗罪とで、法定刑の軽い窃盗罪の限度で重なり合いを認める場合には、

乙にも窃盗罪の故意が認められることとなります。

行為 2 に業務上横領罪が成立するとした場合には、乙の主観と客観とでずれが生じていないため、錯誤の問題は生じません。

エ 共犯と身分 (65条)

行為 2 に業務上横領罪が成立するとした場合には、乙は新薬の書類について「業務上」の「占有」者ではないため、いわゆる非身分者 (乙) が身分者 (甲) に加功した場合として、65条を適用することとなります。その際は、業務上横領罪が二重の身分犯である点を意識しながら、65条の解釈論を踏まえて同条を適用する必要があります。

また、行為 2 に窃盗罪が成立するとした場合も、65条の解釈論に点が振られている可能性がありますから、共謀の検討の際などに書いておくベターでした。

3 罪数

乙に建造物侵入罪の共同正犯が成立するとした場合は、罪数処理を落とさないようにしましょう。

第 3 丙の罪責

丙が、ベンチに置かれた甲のかばんを抱え、待合室を出た行為 4 が財産犯だということは明らかなので、まずは、窃盗罪の成否を検討すべきでした。

- 1 はじめに、行為 4 の時に甲のかばんについて甲の占有が認められるかを検討します。事例 6 及び事例 7 中の具体的事実を摘示して、甲の占有の有無を検討することとなります。B 駅の構造や、甲と丙との位置関係、時間経過など使える事情がたくさんあるので、これらの事情を使えば使うほど加点を積み重ねることが期待できます。

なお、かばんを窃取した事例においては、一般にかばんの中の在中物も窃取の客体と評価されるため、本問で行為 4 に窃盗罪を認めた場合、在中物である新薬の書類も窃取の客体となります。この新薬の書類は、甲が A 社から無断で持ち出したものであるため、財産犯甲の占有が C との関係で保護に値するかが問題となりますが、窃盗罪の保護法益について占有説の立場に立ったうえで、財産犯の占有も別の窃盗犯人との間では保護に値すると考えれば、丙は、甲のかばんの在中物である新薬の書類も窃取したことになります。

- 2 甲の占有を認めた場合には、そのまま窃盗罪の構成要件該当性を検討していきますが、本問では、特に不法領得の意思 ((i) 権利者を排除して、(ii) 物の経済的用法に従って利用・処分する意思) の有無、特に (ii) 物の経済的用法に従って利用処分する意思 (以下、「利用処分意思」) が認められるかが問題となります。丙は、逮捕されて留置施設で寒さをしのぐ目的で行為 4 に及んでいるからです。
 - (1) 利用処分意思について、その財物から生じる何らかの利益や効用を享受する意思ととらえると (東京地判昭 62. 10. 6 判時 1259 号 137 頁)、逮捕・留置されることは、甲のかばん自体から生じる利益や効用と評価することは難しいでしょうから、本問で丙に利用処分意思は認められないこととなります。なお、最初から自首するつもりで財物を奪取した事例について、広島地判昭 50. 6. 24 刑月 7 巻 6 号 692 頁は利用処分意思を否定しています (西田典之「刑法各論 [第 6 版]」158～159 頁)。

- (2) 他方，利用処分意思が毀棄・隠匿罪との区別（犯罪個別化機能）の観点から要求されることを重視して，同意思は単に毀棄・隠匿以外の意思があれば認められるととらえると，本問で丙には逮捕・留置されるという毀棄・隠匿以外の意思が認められるので，利用処分意思を認めることになるでしょう。事案は異なるものの，「単に物を廃棄したり隠匿したりする意思」から犯行を行ったわけではないとして，不法領得の意思を肯定した裁判例として東京高判平12. 5. 15判時1741号157頁があります。

以 上

刑 事 系 第 2 問

総 論

設問 1 は捜査，設問 2 は証拠能力の問題でした。一見オーソドックスな出題で，淡々とあらかじめ確立しておいた処理手順に従って処理していけばいい問題のように思えます（実際，そのように最後まで処理し切ることが，試験現場での最優先事項であったと思われます）。ただ，設問 1・2 を通じて 3 つの捜査の適法性について検討しなければならなかったことや，設問 2 のうち伝聞法則の検討に当たっては，2 つの資料について要証事実を自分で具体的に特定しなければならなかったことなどから，やや検討事項の多い問題だったといえます。最後まで処理し切ることを前提に，難しいと感じた部分に時間をとられることなく，点の取りやすいところから加点を積み上げていく姿勢が大切でした。また，証拠能力に関する設問で証拠採取過程の違法性を論じる問題が，平成 22 年以来，久しぶりに出題されました。

各 論

第 1 設問 1

問題文に“捜査”の適法性と書いてあるので，まずは捜査①と②が「強制的処分」（197条1項但書）に当たるかどうかを検討しなければなりません。当該捜査が「強制的処分」に当たれば「法…定」された各種強制処分の規定に基づいて適法性を検討し，また任意捜査に当たる場合には捜査比例の原則（197条1項本文）へのあてはめにより適法性を検討することになるので，強制処分か任意捜査かで，その後の処理手順が異なるためです。そうすると，設問 1 ではまさに，「強制的処分」に該当するかどうかの検討が中心に問われている問題であることが分かります。

1 捜査①

(1) まず，「強制的処分」該当性の判断基準についていかなる立場を採ろうとも，冒頭で自身の立場を明らかにした方が好ましいでしょう。あとは，その判断基準に問題文の事情を自分なりにあてはめていくだけです。

捜査①に関しては，携帯電話における乙の会話を IC レコーダに録音しているので，乙のプライバシー権（憲法 13 条後段）の制約が観念できることを指摘したうえで，録音した場所がマンションのベランダであること，録音は仕切り板を隔てた P にも聞こえてきた乙の声についてされ，電話の相手の声は P には聞こえず，IC レコーダにも録音されていないこと，録音は 3 分間にわたって行われたことなどの事情を指摘し，自分なりの評価を加えられると，加点を積み重ねることができるでしょう。

なお，ほとんどの再現答案が，捜査①は「強制的処分」に当たらず，任意捜査であるとしていました。

(2) 任意捜査であるとした場合には，続けて，捜査比例の原則の観点から適法性を判断します。具体的には，捜査①が，(i)「捜査…の目的を達成するため」，(ii)「必要」（緊急性含む）かつ(iii)適正手続（法 1 条，憲法 31 条）の見地から相当な捜査といえるかを，問題文の事情を自分なりに摘示・評価して検討していきます。

その際，特に(iii)相当性の検討で，前記「強制的処分」該当性の際に摘示・評価した事情を重ねて摘示・評価しても，重ねて点が入るとは考えられないので，使う事情が重ならないようにすると効率良く加点を積み上げることができます。

ここでは，捜査①が V に対する詐欺未遂事件に関する証拠を収集することを目的としていること，逮捕した甲名義の携帯電話の通話記録から，逮捕前に甲が乙と頻繁に通話をし，逮捕後も乙から頻繁に着信があったことが判明し，乙が捜査線上に浮上したこと，乙について捜査し

た結果、乙が、マンションに一人で居住し、仕事はしておらず、最近では外出を控え、周囲を警戒していることが判明したことなどの事情を使うことができると思われます。

- (3) 捜査の適法性に関しては、このように問題文の事情を使えば使うほど加点が期待できますが、設問 2 との分量の兼ね合いも含め、はじめに制限時間ありきでその時間の許す限りで加点を積み上げていく、あるいは設問 2 の方から先に論述し、余った時間で設問 1 を書けるだけ書くといった論述スタンスが、効率的な得点につながると考えられます。

結論として、捜査①については適法であるとした再現答案がほとんどでした。

2 捜査②

- (1) 捜査①と同様の基準で「強制の処分」に該当するか検討します。

捜査②では、採られている捜査手法はICレコーダを用いた“録音”という点で共通しますので、やはり乙のプライバシー権制約が問題となります。

もっとも、捜査①とは異なり、捜査②で録音されているのは乙の居室内の音声であること、その音声はPらが隣室の壁に耳を当てても聞き取れなかったものを、本件機器を介することで鮮明に聞き取れるようになるまで増幅させたものであること、録音時間がおおよそ10時間であることなどの事情から、単純にこれを捜査①と同一に論じることはできないように考えられます。実際、再現答案のほとんどは、捜査②については「強制の処分」に当たるとしていました。捜査②は、捜査機関による私人に対する盗聴といえそうですので、これを任意捜査とする場合には、よほど丁寧に論じることが必要でしょう。

- (2) 捜査②が強制処分に当たるとすると、「強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ…できない」（197条1項但書）ので、捜査②が、「法…定」された各種強制処分の定義に当たるかを検討します。ここで、刑事訴訟法上法定された強制処分のいずれにも当たらないとなった場合には、法定されていない強制処分を捜査機関が行ったことになるので、強制処分法定主義違反として直ちに違法となります。

捜査②は、乙居室内の音声を“聴取”・録音するという点で、対象の性状を五官（本問では聴覚）の作用で感知する「検証」（218条1項）に該当すると考えられます。とすると、捜査機関が「検証」を行うためには、「裁判官の発する令状によらなければならない（手続要件）」ところ、本問でPらが捜査②にあたって事前に検証令状を取得していたとの事情はありません。

したがって、捜査②は、218条1項の規定する手続要件に違反する無令状検証として、違法となります。

- (3) 前記(1)のとおり、捜査①と②は、録音という点で共通するので、その点を軸に両者を比較できると、加点が期待できるでしょう。

第2 設問2

問いの核心は“③で証拠調べ請求された本文書及び本文メモのそれぞれの証拠能力について…論じ”る点にあります。本件では、“証拠収集上の問題点”や“想定される具体的な要証事実”という設問2の言葉から、違法“収集”証拠排除法則と、伝聞法則（320条1項）について検討すべきであることが分かります。

1 証拠収集上の問題点

- (1) 下線部③のすぐ下で、丙の弁護人が“取調べに異議あり”と言っており、また、【事例】5には甲の取調べに関して明らかに甲の自白の任意性に影響がありそうな事情があるため、この

甲に対する取調べの適法性についてどこかで論じなければならないことは読み取れるものと思われます。ただ、少なくとも答案構成の段階では、すぐに甲の取調べの検討に入るのではなく、設問 2 は“本件文書及び本件メモ”の証拠能力を論じる問題ですから、両証拠の直接の収集過程から遡って問題点を検討していった方が、場当たりの論述を防止しやすいでしょう。

ア 本件文書と本件メモ（以下「本件証拠」）は、【事例】6 中の搜索差押え（218 条 1 項）によって発見されましたが、その適法性について問題点はありません。

イ 次に、それより以前の捜査に目を向けると、やはり甲の取調べが目を引きます。甲の取調べが違法だとすると、本問では甲の取調べ→甲の自白→乙の逮捕→乙の供述→搜索・差押え→本件証拠の発見という一本の流れがありますから、その流れの中で、先行手続たる甲の取調べの違法性が、後行手続たる搜索・差押えの適法性ないし本件証拠の証拠能力に、何らかの影響を及ぼすのではないかという筋が見えてきます。

(2)ア 甲はすでに逮捕・勾留されているので、甲に対する「取調べ」は、実務的には、甲に出頭滞留義務（198 条 1 項但書反対解釈）を課す「強制的処分」と解されます。

強制処分たる取調べは、少なくとも被疑者の黙秘権（憲法 38 条 1 項、法 198 条 2 項）を侵害した場合や、弁護人依頼権（憲法 34 条前段、法 30 条 1 項）ないし接見交通権（法 39 条 1 項）を侵害した場合には、違法となります。また、許容されない余罪取調べを行った場合にも、違法と評価されます。

(ア) そこで、甲に対する取調べにおいてこれらの違法事由がないか検討すると、本問では、Q が甲に対して“検察官は…改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると言っている”と言って、自白を促しています。

これは、自白を促しているのが訴追権限を有する検察官（247 条）でこそないものの、不起訴合意に基づく、いわゆる約束自白と同じ状況といえそうです。一般に取調べにおいて不起訴合意等の利益誘導をすることは、類型的に虚偽自白を誘発する状況を作出し、そのような状況の下なされた自白は、「任意にされたものでない疑のある自白」（319 条 1 項）として、証拠能力が否定されると解されています（最判昭 41. 7. 1・百選 74 事件参照）。

(イ) さらに、本問で甲は逮捕後一貫して被疑事実を否認していることから、そのような甲に対して不起訴を約束して自白を引き出す取調べは、甲の黙秘権を侵害する違法な取り調べともいえそうです。

そうすると、Q の甲に対する取調べは違法であり、その結果得られた甲の自白は、違法収集証拠となります。

なお、東京高判平 25. 7. 23 判時 2201 号 141 頁は、取調べにあたった警察官が利益誘導的かつ虚偽の約束をして被疑者から供述を引き出した事案において、当該取調べは「被告人の黙秘権を侵害する違法なものといわざるを得ず、…供述が任意性を欠いていることは明らかである」として、取調べが違法であるとしています。本問では、結果的に甲は不起訴となっているため虚偽の約束ではありませんが、利益誘導的な約束をしたこと自体を重視すれば、本問取調べを違法にすることは充分可能でしょう。

イ 甲に対する取調べを違法と評価出来なかった場合、さらに捜査活動を遡って、甲をおびき出すという逮捕の手法、つまりおとり捜査的な手法の適法性を検討することもできなくはありませんが、いかにせん本件証拠とは距離が遠すぎて、またこれを違法とするのはますます難しいと思われます。

- (3) さて、本件証拠収集の発端となった甲に対する取調べを違法とすることができたので、あとは、上記甲の取調べから本件証拠発見に至る一連の流れを指摘した上で、いわゆる違法性の承継（先行手続たる甲に対する取調べの違法性が、後行手続である捜索・差押えに承継されるか）ないし、毒樹の果実理論（違法に収集された第一次証拠＝甲の自白に加え、これによって発見できた派生証拠＝本件証拠にも排除法則が及ぶか）を論じていけばいいでしょう。

ここで前掲東京高判は、違法な取調べにより直接得られた第一次的証拠である被疑者供述と第二次的証拠が、“密接不可分の関連性”を有するかを検討しています。もっとも本問では、甲の自白に基づいて乙が逮捕されたものの、その後の乙に対する取調べで、乙は、甲が自白したと自ら“察して”自発的に本件証拠のありかを供述しているため、先行手続と後行手続との間に少なくとも密接な関連性は失われた、あるいは第一次証拠＝甲の自白と派生証拠＝本件証拠とのつながりが十分に希釈されたとして、本件証拠の収集過程には、違法収集証拠排除法則の要件である（令状主義の精神を没却するような）重大な違法があるとはいえないと評価できそうです。

とすると、本件文書と本件メモは、排除法則によっては証拠能力が否定されないこととなります。

2 伝聞法則

(1) 本件文書

ア 想定される具体的な要証事実（本件文書の存在）

要証事実の捉え方は多義的ですが、本問で検察官 R は“丙と乙との共謀を立証するため”本件文書および本件メモの証拠調べを請求しているので、本件文書と本件メモのそれぞれを用いて、どのような推認過程をたどれば、丙と乙との共謀という事実を認定できるかという観点から検討すると、要証事実そのものの検討で筆が止まって先に進めなくなるという事態を回避できたのではないのでしょうか。

(ア) 本件文書には、V に対する本件詐欺未遂事件において犯人側が電話口でしゃべったセリフ、および受取人甲が警察官に逮捕された際に供述したのと同じセリフが印刷されています。

また、本件文書にはその他にも、乙による手書きの電話番号の記載があり、その電話番号はV方の電話番号と一致するものでした。

そして、乙によれば、本件文書は“だます方法のマニュアル”で、乙は“このマニュアルに沿って電話で話して相手方をだまし”ており、電話番号の記載は乙が“Vに電話をかけた際に、その電話番号を記載したもの”です。

そのため、本件文書は、Vに対して本件詐欺未遂事件を行った際に犯人が実際に用いたマニュアルということができます。

(イ) このマニュアルに丙の指紋が付いていたということは、丙も、過去のある時点で本件文書に触れたことがあることを意味します。

丙が本件文書に触ったのが本件詐欺未遂事件の後であれば、丙の指紋が付いている本件文書は、丙と乙の共謀の認定にほとんど役に立ちませんが、丙が本件文書に触ったのが事件前であれば、丙と乙の共謀の認定に意味がある証拠といえそうです。

特に本問では、乙は本件文書について“他の人から渡されたものです”と供述し、また甲が逮捕された時点（事件当日）で乙は詐欺の拠点から撤退し、“詐欺で使った道具は、…隠してあります”と供述しているので、“詐欺で使った道具”である本件文書から乙以

外の指紋が検出されたならば、それは事件前に乙に対し本件マニュアルを渡した者の指紋である可能性がきわめて高く、本問では丙の指紋が検出されています。

そうすると、本問では乙の証人尋問も請求されており、乙は少なくとも丙の公判においては捜査段階と同様の供述をするでしょうから、本件文書は、この証人乙の供述と相まって、その存在それ自体から、丙が事件前に本件文書を乙に渡したことを推認させ、また、本件文書が明らかに詐欺のマニュアルであることから、本件文書が乙に渡された際に乙と丙との間で詐欺を行うことについての共謀が存在したことを推認させます。

(ウ) よって、本件文書はその存在それ自体から丙と乙との共謀を推認させるので、要証事実とは“本件文書の存在”となりそうです。

イ 証拠能力の検討

前記アの結論のとおり、本件文書はその存在が要証事実であり、供述内容の真実性を証明するための「供述」証拠ではないため、伝聞証拠には当たりません。

したがって、本件文書の証拠能力は認められることになります。

(2) 本件メモ

ア 想定される具体的な要証事実（共謀の存在と内容）

(ア) 全ての文字が手書きの本件メモは、筆跡鑑定の結果、乙の筆跡であることが判明しており、乙も“私が書いたもの”と言っています。

そして、本件メモの記載内容から、本件メモは、“1 / 5 丙からtel”の内容を、乙がメモしたものであることができます。具体的には、詐欺のマニュアルである本件文書と符合する内容が記載されているので、詐欺に関する丙と乙との電話によるやり取りを乙がメモした共謀メモといえそうです。

(イ) もっとも、本件メモの存在から、直ちに丙と乙との共謀が推認できるわけではありません。なぜなら、実際に本件メモに記載されたような内容の共謀が存在したことを証明するためには、本件メモの記載内容が真実であることが前提となるからです。

とすると、本件メモの存在を証明しても丙と乙との共謀の認定にはほとんど意味がないため、本件メモの要証事実とは、メモに記載されたとおりの内容の共謀が存在したこと（共謀の存在と内容）となりそうです。

イ 証拠能力の検討

(ア) 伝聞法則の適用（320条1項）

共謀の存在と内容という要証事実との関係では、乙の記載部分はその真実性を証明するための「供述」証拠ということになり、本件メモは「公判期日における供述」に代わる「書面」としていわゆる伝聞証拠に当たることになります。

なお、共謀メモに関して、伝聞法則の適用を否定した裁判例（東京高判昭58. 1. 27・百選83事件）がありますが、本問ではこの裁判例と異なり、電話による丙との会話（おそらく丙から一方的に受けた指示）を、乙が受話器越しに知覚・記憶し、これを本件メモに表現・叙述するという過程が存在しており、各過程に介入するおそれのある反真実をチェックしなければ類型的に誤判の危険があるといえますから、伝聞証拠に該当すると考えられます。

(イ) 伝聞例外（321条以下）

本件メモは、乙の手書きのメモですから、「被告人」丙「以外の者」乙「が作成した供述書」（321条1項柱書）に当たります。

また、本件メモは裁面調書（同項 1 号）でも検面調書（同項 2 号）でもありませんから「前二号に掲げる書面以外の書面」として、同項 3 号の要件を検討していくことになるでしょう。

乙が捜査段階から丙の関与について一切供述を拒否していること、本件メモの他にも共謀の証明に用いることができる証拠として本件文書が存在すること、本件メモが電話による会話内容をメモしたものであることなどの事情を摘示して、自分なりの評価を加えつつ同項の要件に該当するかを検討できると、内容に応じて加点が期待できるでしょう。

もっとも、伝聞例外の検討までした再現答案の多くは、問題文の事情を特に評価なく同項の要件にあてはめるだけで精一杯という状況でした。

以 上