

2011 年予備試験
特別企画 無料公開セミナー

「旧司法試験論文1位答案から
予備試験で評価される答案が見えてくる！」

※ 本テキストに掲載した再現答案の成績は以下の通りです。

平成 22 年度旧司法試験
第二次試験論文式試験

成 績 通 知 書

氏名	〇〇〇〇〇		
試験地	〇〇〇		
受験番号	〇〇〇〇〇		
受験科目	成績区分	受験科目	成績区分
憲法	A	刑法	A
民法	A	民事訴訟法	A
商法	B	刑事訴訟法	C
総合	A		
得点	1 4 1 . 5 3	順位	1

憲 法 第 1 問

理容師法は、「理容師の資格を定めるとともに、理容の業務が適正に行われるように規律し、もって公衆衛生の向上に資することを目的」（同法第1条）として制定された法律である。同法第12条第4号は、理容所（理髪店）の開設者に「都道府県が条例で定める衛生上必要な措置」を講ずるよう義務付け、同法第14条は、都道府県知事は、理容所の開設者が上記第12条の規定に違反したときには、期間を定めて理容所の閉鎖を命ずることができる旨を規定している。

A県では、公共交通機関の拠点となる駅の周辺を中心に、簡易な設備（洗髪設備なし）で安価・迅速に散髪を行うことのできる理容所が多く開設され、そこでの利用者が増加した結果、従来から存在していた理容所の利用者が激減していた。そのような事情を背景に、上記の理容師法の目的を達成し、理容師が洗髪を必要と認めた場合や利用者が洗髪を要望した場合等に適切な施術ができるようにすることで理容業務が適正に行われるようにするとともに、理容所における一層の衛生確保により、公衆衛生の向上を図る目的で、A県は、同法第12条第4号に基づき、衛生上必要な措置として、洗髪するための給湯可能な設備を設けることを義務付ける内容の条例を制定した。このA県の条例に含まれる憲法上の問題について論ぜよ。

なお、法律と条例の関係については論じる必要はない。

【参照条文】理容師法

第1条 この法律は、理容師の資格を定めるとともに、理容の業務が適正に行われるように規律し、もって公衆衛生の向上に資することを目的とする。

第1条の2 この法律で理容とは、頭髮の刈込、顔そり等の方法により、容姿を整えることをいう。

② この法律で理容師とは、理容を業とする者をいう。

③ この法律で、理容所とは、理容の業を行うために設けられた施設をいう。

第12条 理容所の開設者は、理容所につき左に掲げる措置を講じなければならない。

- 一 常に清潔に保つこと。
- 二 消毒設備を設けること。
- 三 採光、照明及び換気を充分にすること。
- 四 その他都道府県が条例で定める衛生上必要な措置

（出題趣旨）

条例による理容所の規制につき、一見すると公衆衛生上の観点からの営業態様に関する規制について、その実態が競争制限的で既存業者保護となる効果を持ち、かつ、違反者に対しては理容所の閉鎖という法律上の効果を伴う点で、単なる営業態様規制ではなく、開業規制とも考え得る点を、憲法第22条第1項の職業選択の自由との関係でどのように考えることができるのかを問うことを意図したものである。

憲法第1問 論文1位合格者の再現答案

A評価

1. A県条例に含まれる憲法上の問題点について

A県条例は、洗髪設備のない理容所を開設・経営する自由を制限し違憲ではないかという問題点を含む。また、A県においてのみ、給湯設備設置を義務づけることが許されるのかも問題となる。

2. 安価で迅速な理容所を開設・営業する自由を制限する点について

(1) 安価迅速な理容所を開設・営業する自由の保障の有無

まず、洗髪設備のない理容所を開設・営業する自由は憲法(以下省略する)22条1項により保障されるものというべきである。

すなわち、同条項は、職業選択の自由を保障しているところ、遂行する権利の保障を伴わない職業選択の自由は無意味であるから、同条項は営業の自由を保障していると解される。そして、洗髪設備のない理容所を営営するという態様も、営業活動の一形態である以上、同条項により保障されると解される。

(2) A県条例の権利侵害性

次に、A県条例が洗髪設備のない理容所を営営する自由を制限するかを検討する。

A県条例は洗髪のために必要な給湯設備の設置を義務づけるものである。そして、理容師法(以下、法とする)14条が条例違反の場合に閉鎖を命ずることができるとしている点をも加味すると、洗髪設備のない理容所の営営を希望している者は、これを断念せざるを得ない。また、洗髪設備を備える資力のないものは、理容師営業自体を断念せざるを得ないとも言える。よって、A県条例は法14条とあいまって、洗髪設備のない理容所を開設・営営する自由を制限しているといえる。

(3) しかし、営業の自由(22条1項)といえども、憲法上の他の利益との関係で一定の譲歩をまねかれず、内在的制約および社会・経済的制約に服することとなる。13条、22条1項の「公共の福祉」はこのことを表すものというべきである。

このような制約として正当化されるか否かは憲法上の利益衡量によるほかない。この際、経済的自由であって、政策的判断になじむこと、地域の経済情勢を尊重すべきこと、精神的自由と異なり立法過程で是正が可能であることからして、地方議会の立法判断に一定の裁量が認められるべきである。したがって、精神的自由の場合と異なり違憲性の推定は働かず、もっぱら合理性の有無が審査されるべきことになる。

そして、合理性判断のための利益衡量基準は、経済的自由の規制目的が消極的なものから積極的なものまで多様であることから、規制目的、侵害の態様、侵害の重大性などを総合考慮して定立すべきである。この際、安全・健康・秩序維持という消極的目的については司法判断になじみやすいことからより厳格に合理性が審査され、社会・経済的目的である積極目的の場合は、政策的判断を尊重して、より緩やかに合理性が審査されるべきである。

本件において、規制目的は第一に究極的には「一層の衛生確保により、公衆衛生の向上を図る」ものであることから、健康・社会秩序維持に関する消極目的であると考えられる。また、第二に、隠れた目的として従来から存在していた理容所を保護するという、積極的な政治目的が考えられる。

次に、侵害の態様であるが、給湯設備の設置を義務づけ、かつ、閉鎖

コメント【a1】: 問題点を明示し、読み手に配慮する。

コメント【a2】: 1.で示した問題点に従いナンバリングする。

コメント【a3】: ナンバリングは一定の基準に従い行う。人権の問題では、(1)権利の保障の有無、(2)その制限、(3)正当化。この三段階に従い丁寧に処理するよう心がけた。

コメント【a4】: 前提論点の規範はコンパクトに。営業の自由の保障の範囲内であることをきちんと論証するよう心がけた。

コメント【a5】: 権利侵害を具体的に考えることを心がけ、説得力を高める。ただ、「また」以下はややずれていたかもしれない。

コメント【a6】: 前提は短く。

コメント【a7】: ここからが力の見せ所。「憲法上の利益衡量」が違憲審査基準の本質である、との自分なりの理解を示す。また、二重の基準論は大展開しない方針。

コメント【a8】: 問題文の特殊性を拾う。

コメント【a9】: 判例意識。

コメント【a10】: この特殊性が、本問の一番の出題意図であろうと考えた。

を命じることができる(法 14 条)ことからして、洗髪設備のない理容所を営営する自由そのものを侵害しているといえるし、また、その侵害は重大である。

以上を総合するに、確かに隠れた目的が、従来からの理容所保護という積極的な政策的目的であることからして、地方議会の政策判断を尊重し、より緩やかに合理性を判断すべきとも思える。しかし、A 県条例は前面に公衆衛生確保という消極目的を掲げている。また、侵害の態様は営業の自由そのものの制約であり、侵害の重大性は大きいことを重視すべきである。

従って、合理性は厳格に判断されるべきであり、立法目的の重要性及び規制手段がこれと実質的な関連性を有することが必要というべきである。この際、より侵害性の低い手段の有無が問われる。

これに本件の事情を当てはめる。まず、立法目的を第一の公衆衛生の維持と設定した場合、その重要性は肯定される。しかし、散髪は身体の外表にかかわるにすぎず、洗髪をなさずとも健康に影響はない。また、適切な消毒・清掃、自ら自宅で洗髪するなどの手段が可能であり、洗髪をなさずともそれほど公衆衛生を害するとは考えられない。したがって、洗髪設備設置を義務づけ、また、閉鎖命令まで認めることは目的達成手段として実質的関連性を欠くというほかない。

そこで、次に立法目的を従来からの理容所保護との積極目的と設定した上で検討する必要がある。しかし、この立法目的については、私的自治の原則(29 条)のもと公正な自由競争が重視される現代社会において、洗髪設備のない理容所を開設する自由を制限するほどの重要性は見出すことができない。

以上より、憲法上の利益衡量の結果、A 県条例は洗髪設備のない理容所を開設する自由を制限するに足る憲法上の正当性を有しない。よって、A 県条例は 22 条 1 項に反し違憲である。

3. 地域的取扱の差異について

憲法は、地域情勢に応じた別異取扱を認容しており(94 条)、この点は 14 条に反しない。

コメント [a 11]: 思考過程を示す。

コメント [a 12]: 厳格な合理性の基準を用いる根拠。

コメント [a 13]: 目的達成手段として、非合理であることを、説得的に示すよう頭を絞る。

コメント [a 14]: 積極目的としながら厳格な合理性の基準に当てはめたのはミスだと思う。コメント [12] で消極目的を重視したと矛盾している。

コメント [a 15]: 社会情勢に照らして分析する。

コメント [a 16]: コメント [2] に同じ。

コメント [a 17]: 時間がないので必要最小限の範囲で。

憲 法 第 2 問

選挙区選出の参議院議員である甲は、参議院本会議での居眠りや野次がひどく、議長や所属政党から口頭での注意をたびたび受けていた。甲の態度はその後も改善されず、平成22年2月某日、甲は酔った状態で本会議に出席し、野次を飛ばすのみならず、対立政党の議員に対し暴力を振るった。

このような甲の問題行動を受けて、参議院は出席議員の3分の2以上の多数による議決で甲を除名処分とした。甲はこの処分を不服として、議員の地位の確認を求めて裁判所に訴えを提起した。

この事例に含まれる憲法上の問題点を、甲が地方議会議員であり、上記と同様の理由で地方議会から除名処分を受けた場合及び甲が参議院議員であり、所属政党から除名処分を受けた場合と比較しつつ論ぜよ。

(出題趣旨)

本問は、憲法第76条の定める司法権について、その趣旨を踏まえた上で、裁判所による司法権の行使に対する制約につき、その根拠の違い及び関連判例に留意し、当該事案への適用を論理的に記述することができるかどうかを問うものである。

憲法第2問 論文1位合格者の再現答案

A評価

1. 参議院による除名処分について

(1) 本件の除名処分は憲法(以下省略する)58条2項によるものと解されるが、出席議員の3分の2以上の多数による議決を経ており、同条項の形式的要件は充足している。従って、この点については憲法上の問題点は存しない。

(2) しかし、甲が裁判所に訴えを提起している点につき、参議院の除名処分の当否につき司法審査が可能かが問題となる。

ここで、司法権(76条以下)とは、具体的争訟事件につき法を適用し宣言することでこれを裁定する作用を言う。そして具体的争訟性とは、法令を適用することにより解決可能な権利義務ないし法律関係に関する当事者の具体的紛争をいい、実体法上は「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)として定められている。

本件では、甲は議員としての地位の確認を求めている。議員としての地位は法律関係であり、かつ58条2項の要件を満たすか否かを裁判所が判断することにより終局的に確定可能であるから、具体的争訟性は肯定される。よって、司法権の範囲内であるといえる。

けれども、具体的争訟性が肯定され司法権の範囲内であったとしても、司法審査が否定されるべき場合はありうる。

この点について、自立的法規範を有する特殊な部分社会については、市民法秩序と直接関係のない内部の問題にとどまる限り、司法審査が及ばないとする考え方(以下、部分社会論とする)がある。しかし、このように一律に司法審査を排除するのは妥当ではなく、団体の性質に応じて個別に司法審査を及ぼすべきかを判断するべきである。この際には、自律性を尊重すべき度合いや、権力分立の観点から司法審査を控えるべきかなどが加味されるべきである。

これを本件に見てみるに、権力分立の観点から、参議院には憲法上明文で高度の自律性が認められている(50条、58条など)。そして、58条2項の定める議員の懲罰は内部事項であって、議院の自律性を確保するためには、その自律的判断を尊重する必要性が高い。したがって、憲法は参議院議員の除名については、参議院の自律的判断にゆだね、その後の司法審査は予定していないものと解される。

したがって、本件において甲が「院内の秩序を乱した」か否かにつき、たとえ裁判所の判断が可能でも、司法審査は一切及ばない。

2. 地方議会から除名処分を受けた場合について

(1) 本件処分は、地方自治法135条1項4号、135条3項に基づくものと考えられる。

(2) この場合も、1.と同様、司法審査が及ぶかが問題となる。

まず、議員たる地位の有無が争われていることから、具体的争訟性が肯定され、司法権の範囲に含まれるのは1.と同様である。

次に、司法審査を及ぼすべきか否かについて検討する。

ここでも、地方議会が自立した法規範を有する点に着目して特殊な部分社会であるとした上で、除名処分は議員たる地位を失わせる点において、一般市民法秩序と抵触するとして、司法審査を及ぼす考え方がありえる。しかし、部分社会論は先述の通り採用できない。やはり、憲法が自立性をどの程度肯定し、裁量判断を尊重するべきとしているかが問われる必要がある。

コメント[a1]: 一応触れてみる

コメント[a2]: 直前に覚えて定義をそのまま書く。

コメント[a3]: 司法権の範囲内を前提とした上で、更なる限界がないか、という流れで書くことにする。

コメント[a4]: 部分社会論は参議院では使えない。この段階で否定することにする。

コメント[a5]: 自説の規範である。

コメント[a6]: この点を強調することにする。

コメント[a7]: 一応、条文探して書いてみたが、不要であったかもしれない。

コメント[a8]: 時間・紙面節約。

コメント[a9]: 規範。

本件の地方議会は、憲法上は団体自治の保障(92条、94条)のため、ある程度の自律性が要求されていると解することができる。しかし、三権分立の観点から高度の自律性の要求される参議院と異なり、憲法は明文では地方議会の自律性を規定してはいない。したがって、地方議会では、参議院のような高度の自律性は要求されておらず、処分の重大性・司法的救済の必要性をも考慮して、その裁量の範囲を確定するのが憲法の趣旨と解される。

確かに所属議員の懲罰は内部事項であり議会の自律性維持のため、ある程度の裁量判断が尊重されるべきではある。しかし、本件で問題となる除名処分は議院としての地位を喪失させ、実生活に影響を与えるような重大な処分である。従って、司法的救済の必要は高く議会の裁量判断の尊重も一定の譲歩をまねかれず、司法審査は排除されない。よって、司法審査および裁判所は除名処分の可否を事実関係に照らして判断すべきである。

3. 所属政党から除名処分を受けた場合について

政党の除名処分についても、司法審査が可能かが問題となる。

まず、党员たる地位も法律関係であり、除名処分の有効無効を確定することで終局的に紛争は解決可能であるので、具体的争訟性は肯定され、司法権の範囲内ではある。

ここで、政党を自律的法規範を有する特殊な部分社会であるとしたうえ、除名処分は一般市民法秩序と関係のない純内部事項であるゆえ司法審査は及ばない、とする考え方もありうる。しかし、部分社会論を採用できないことは先述の通りである。

もともと、政党は結社の自由(21条1項)の保障を受けることにくわえて、議会制民主主義を支える上で不可欠の構成要素であって、その自律性を保障することが議会制民主主義の健全な発展に資することになるものというべきである。ゆえに、政党には一定程度の自律性が保障される必要がある。したがって、ここでも政党の自律性をどの程度尊重すべきかという観点から司法審査の可否を判断する必要がある。ただし、憲法が明文でその自律性を要求しているわけではなく、処分の重大性を加味して司法審査の可否は決定されるというべきである。

本件の政党には健全な民主主義の発展という観点からできる限りの自律性が保障されるべきである。そして除名処分が、実体法上の地位に影響を与えたという事情も見受けられないことから、内部事項にとどまり、処分の重大性は大きくないといえ、司法的救済の必要性は低いものといえる。したがって、政党の自律性を優先するべきであって、司法審査は及ばないというべきである。

4. 比較

以上、司法審査の可否は、憲法が保障する自律性の強度及び処分の重大性の相関関係により決まるというべきである。

すなわち、参議院に対しては憲法は明文で自律権を保障するなど極めて高度の自律性を保障しており、内部事項に関しては一切の司法審査を排除する趣旨と解される。そのため、同じ除名処分であって、参議院議員たる地位の喪失という実体法上の効果を伴ったとしても司法審査はおよばない。

これに対して、地方議会は明文で自律権が保障されているわけではなく、参議院と異なり、処分の重大性との相関判断により司法審査の可否が判断される。そして、議員の除名は議員たる地位という実体法上の身分を喪失させる重大な処分であることから、司法的救済の必要が高く司法審査が及

コメント [a 10]: 参議院との違い意識。

コメント [a 11]: 規範。

コメント [a 12]: 後の政党の除名処分との差別化のために重要。

コメント [a 13]: 判例に結論をあわせてゆくよう心がける。

コメント [a 14]: 前提には触れる。

コメント [a 15]: 判例意識。

コメント [a 16]: 参議院との違い意識。

コメント [a 17]: 政党の除名により参議院議員たる身分を喪失したであるとか、党员たる地位に基づき政党から住居を賃借していたといった事情がないことから、このように述べてよいものと考えられる。当てはめの際にも判例は意識する。

コメント [a 18]: 地方議会との差別化。

コメント [a 19]: 最後に整理する。

コメント [a 20]: 処分の重大性を考慮しないということ。

コメント [a 21]: 比較の視点を出すよう心がける。

ぶのである。

また、政党も自律性につき明文で規定されているわけではなく、その程度は地方議会と同等といえる。しかし、政党の除名処分は実体法上の地位に直接的な影響を与えるわけではなく、司法的救済の必要性は低い。この点から、地方議会と異なり、司法審査は及ばない。

コメント【a 22】: やはり比較の視点が重要。

民法 第 1 問

現在 90 歳の A は、80 歳を超えた辺りから病が急に進行して、判断能力が衰え始め、2 年前からしばしば事理弁識能力を欠く状態になった。絵画の好きな A は、事理弁識能力を欠いている時に、画商 B の言うままに、B の所有する甲絵画を 500 万円で売買する契約を B と締結し、直ちに履行がされた。

この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問 1 と小問 2 は、独立した問いである。

- 1 (1) A は、甲絵画を B に戻して 500 万円の返還を請求することができるか。また、B に甲絵画を 800 万円で購入したいという顧客が現れた場合に、B の方から A に対して甲絵画の返還を請求することはできるか。
- (2) A が B に 500 万円の返還を請求する前に、A の責めに帰することができない事由によって甲絵画が滅失していた場合に、A の B に対するこの返還請求は認められるか。B から予想される反論を考慮しつつ論ぜよ。
- 2 AB 間の売買契約が履行された後、A を被後見人とし、C を後見人とする後見開始の審判がされた。AB 間の甲絵画の売買契約に関する C による取消し、無効の主張、追認の可否について論ぜよ。

(出題趣旨)

小問 1 は、意思能力を欠く者がした法律行為の効果と無効の性質についての理解を問うものである。さらに、意思無能力者の保護の観点から、無効の際の事後処理について検討させ、不当利得及びそれに関連する問題についての基礎的な理解を問うている。小問 2 は、後見開始の審判の前後における後見人の権限の相違に留意しつつ、後見人による取消し、無効の主張、追認の可否の分析を求めるものである。

民法第1問 論文1位合格者の再現答案

A評価

第1 小問1について

1.問(1)

(1)前段について

Aは民法(以下省略する)703条、704条に基づき不当利得返還請求として500万円の返還を請求するものと考えられる。

不当利得返還請求の要件は、①利得、②損失、③因果関係、④法律上の原因の不存在である。

本件においては、Bは500万円を得ており利得は認められ①を充足する。次に、Aは500万円を失っており、②損失は認められる。また、両者の間に因果関係は認められ③も満たす。

最後に、④については、A・B間の売買契約(555条)が有効であれば充足されない。これに関して、意思無能力下でなされた意思表示は無効であるというべきである。なぜなら、意思能力が欠如する場合、意思表示の効果に拘束させるだけの帰責根拠を欠くからである。そして、意思能力とは、その者に意思表示の効果を帰責し得ない場合、すなわち、自己の意思表示の法律効果を判断できない場合をいう。本件のAは契約時に、事理弁識能力を欠く状態にあったというのであるから、自己の意思表示の効果を判断する能力を欠いていたといえ、契約時に意思無能力状態にあったといえる。従って、A・B間の売買契約は無効である。ゆえに、本件では④も充足する。

よって、AはBに対して不当利得返還請求権に基づき500万円の返還請求をなしえる。これに対してBは、双務契約の巻き戻しの場面であることから、絵画の返還を主張して同時履行の抗弁権を主張する(533条)ことも考えられるが、Aは甲絵画の返還を申し出ており、このBの主張は認められない。

以上より、Aは500万円の返還請求をできる。

(2)後段について

Bも同じく不当利得返還請求権(703条)に基づき、甲絵画の返還請求をするものと考えられる。その要件は、(1)と同様である。

本件では、①Aの利得、②Bの損失、③両者の因果関係は充足する。④の法律上の原因の不存在については、確かに、無効の主張権者に限定はないとの原則からすると、契約時にAが意思無能力であった以上充足されるとも思える。しかし、意思無能力に基づく無効に関しては、意思無能力である場合に意思表示が無効とされる根拠が、表意者の帰責根拠の不存在という表意者保護の点にあることに照らし、無効主張権者を表意者に限定するべきである。従って、本件では、Aのみ無効主張が可能であって、Bは無効を主張することができない。よって、④は充足しない。

以上より、要件を満たさずBの請求は認められない。

2.問(2)

AのBに対する不当利得返還請求に対して、本問の事実関係の下では、BはAに対して危険負担に関する債務者主義(536条1項)により、Bの500万円の返還債務は消滅したと反論するこ

コメント[a1]: 民法は要件から入る。

コメント[a2]: 意思無能力無効は完全に想定外だったが、他に、論点も見当たらないので半信半疑のまま意思無能力無効の筋で行くことにする。

コメント[a3]: 意思無能力の意義は完全に忘れていたが、趣旨からでっち上げる。また、問題文の事情も参考にする。

コメント[a4]: 加点を狙って、一応言及する。

コメント[a5]: 主張権者以外の論点を思いつかない。仕方ないので丁寧に議論する。

コメント[a6]: 錯誤無効の主張権者の論点の応用。

コメント[a7]: 同時履行の抗弁権に言及した方がよかったかもしれない。以下、答案の流れに腐心する。

とが考えられる。

これに対して、Aは甲絵画は特定物であり、Aの甲返還債務は「特定物に関する物権の…移転」を目的とする場合であって、債権者主義に関する534条1項が適用されるのであって、536条1項は適用されないと主張することが考えられる。

この問題に関しては、確かに不当利得に基づく返還請求は契約の無効を原因とする場合は、双務契約の巻き戻しとも言え危険負担の問題とする余地はある。そして、その際には536条1項が適用されるべきである。なぜなら、534条1項は支配者危険負担という観点から適用を限定するべきであるし、また、形式的にも不当利得返還請求は原状回復を目的とするものであって、物権の移転を目的とする契約ではないからである。

しかし、Aの534条1項の主張が否定されたとしても、Aとしてはなお、536条1項は適用されないと主張し得る。すなわち、危険負担は契約の履行場面における主観的対価関係を基礎としているが、その巻き戻しの場面ではこれを欠くと考えられるのである。従って、危険負担は適用できず、価格賠償の問題として処理するべきである。よって、Aの返還請求権は依然消滅しておらず、Aとしてはこのことを主張し、500万円の返還請求をなすうる。

これに対して、Bは、甲絵画については価格賠償を請求しえる。Bはこの甲絵画の価値相当額の返還請求権と500万円の返還債務との相殺(505条1項)を主張し、Aの請求に対する反論となしえる。

第2 小問2について

(1) 取消しの可否について

前提として、Aの行為は意思能力を欠き無効であるが、取消しえる場合には取消しを主張することも認められる。確かに、無効の行為の取り消しは背理とも思えるが、いずれも表意者保護の制度である以上、表意者に選択的主張を認めるべきだからである。

では、取消し事由はあるか。確かに、Aは成年被後見人である。しかし、9条が成年被後見人の行為は取消することができる、としているのは後見開始の審判以後の行為能力の制限を受けた後の行為についてである。

また、たとえ事理弁識能力を欠く常況にあり、実質的には7条の後見開始の審判の要件を充足した状況下でなされた法律行為であろうとも、9条によって取消することはできない。いかなる場合に取消しうる法律行為となるのかが不明確となり、法律関係を極めて不安定にするからである。

よって、本問のAの法律行為は取消しうる法律行為ではなく、取消しはできない。

(2) 無効主張の可否について

まず、Aの法律行為は意思無能力ゆえ実体上無効である。

次に無効主張権者は、確かに、表意者に限られると先述した。

しかし、成年後見人は法定代理人として包括的代理権を有する(859条)以上、本人に代わって無効主張をなすうるというべきである。成年後見人は本人の利益のために包括的代理権を与

コメント[a8]: 積極的理由を書いたほうがよかったと思う。

コメント[a9]: 忘れないで書く。

コメント[a10]: 前提は忘れない。

コメント[a11]: あまり書くことがないので、問題となりそうな点を現場思考で拾っていく。

コメント[a12]: 同様に問題となりそうな点を現場思考で拾う。

コメント[a13]: 結論は無難に。

コメント[a14]: 前提。

コメント[a15]: 頑張って条文を探す。

えられている者であるから、無効主張権者を限定する根拠である表意者保護との趣旨にも合致する。

したがって、Aの成年後見人に選任されたCは無効主張が可能である。このとき、A B間契約がCの選任前に行われていたとしても問題はない。実体上無効である点に変わりはないからである。

(3) 追認の可否について

確かに、A B間契約は無効である以上、追認の余地はないとも考えられる(119条1項参照)。

しかし、表意者が追認を求める場合にこれを否定するべき理由はない。そこで、116条を準用して無効行為の追認を認めるべきである。

このように解しても、意思無能力無効の根拠が表意者保護にある以上、問題はない。

そして、CはAの成年後見人として包括的代理権を有する以上追認可能というべきである(123条、120条1項準用)。

コメント [a 16]: 問題になり
そうな点はやはりフォロー
する。

コメント [a 17]: 他に書くこ
とが思いつかない。

民法第2問

Bは、Aから300万円で購入した鋼材(以下「本件鋼材」という。)を自分の工場で筒状に成形し、それに自己所有のバルブを溶接して暖房設備用のパイプ(以下「本件パイプ」という。)を製造した。その後、Bは、Cから本件パイプの取付工事を依頼され、Cとの間で代金を600万円(その内訳は、本件パイプの価格が500万円、工事費用が100万円である。)とする請負契約を締結した。工事は完成し、本件パイプは壁に埋め込まれて建物と一体化したが、CからBへの代金の支払はまだされていない。

この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問1と小問2は、独立した問いである。

1 Bは、Aに代金を支払う際、Dから300万円の融資を受けたので、本件パイプにDのために譲渡担保権を設定し、占有改定による引渡しも済ませたが、BD間の約定では、Bの請け負った工事について本件パイプの使用が認められていた。

(1) CD間の法律関係について論ぜよ。

(2) BC間で請負契約が締結された直後、BはCに対する請負代金債権をEに譲渡し、確定日付のある証書によってCに通知していたという事実が加わったとする。この場合における、請負代金債権に関するDE間の優劣について論ぜよ。

2 AがBに売却した本件鋼材の所有者は、実はFであり、Aは、Fの工場から本件鋼材を盗み、その翌日、このことを知らないBに本件鋼材を売却した。本件鋼材の時価は400万円であるにもかかわらず、Aは、Bに300万円で慌てて売却しており、このようなAの態度からしてBには盗難の事実を疑うべき事情があった。他方、Cは、Bが専門の建築業者であったことから、盗難の事実を知らず、また知ることができなかった。この場合における、BF間及びCF間の法律関係について論ぜよ。

(出題趣旨)

小問1(1)は、譲渡担保に関する基礎的理解のもと、物上代位の成否とその対象について検討させるものである。小問1(2)は、物上代位における差押えの意義と債権譲渡との関係を譲渡担保に即して展開させるものである。小問2は、即時取得、回復請求、代価弁償に関する基礎的理解に基づきつつ、添付(加工及び付合)における所有権帰属ないし償金請求について論じさせ、論理的思考力と法的推理力を試すものである。

民法第2問 論文1位合格者の再現答案

A評価

第1 小問1について

1. 問(1)について

ア.譲渡担保権の実行

まず、DはCに対して譲渡担保権の実行を主張する可能性がある。すなわち、DはBのパイプに対して譲渡担保権を有していたところ、パイプがCの建物に取り付けられた後も、その効力が及んでいると主張して、Cのもとにあるパイプにつき譲渡担保権を実行することが考えられる。

けれども、B・D間の譲渡担保権契約においては本件パイプの使用が認められていたというのであるから、Bは譲渡担保権設定契約の趣旨に沿ってCに対して本件パイプを処分したといえる。

従って、Bの本件パイプの取り付けは適法な処分権限の範囲内であるから、もはや譲渡担保権の効力は本件パイプには及ばず、DはCに対して譲渡担保権の実行を主張することはできない。

イ.譲渡担保権に基づく物上代位権の行使

次に、DはCに対してBが取得した請負代金債権に対して物上代位権を行使し、300万円の請求を主張することが考えられる。

ここで、譲渡担保権の法的構成については、譲渡担保権者に一応所有権が移転するが、設定者にも設定者留保権という物権が留保されると考えるべきである。なぜなら、当事者が所有権移転という形式を採用したことを尊重しつつも担保目的である点を考慮するべきであるからである。

そして、このような立場から、所有権移転という形式ではあるものの担保目的であることからして、372条・304条を準用して譲渡担保権に基づく物上代位も可能であるというべきである。

したがって、本件でも弁済前に差し押さえればDはCに対して物上代位権に基づき300万円を請求しえることになりそうである。

ただ、BがCに対して有する600万円の債権は請負代金債権であり、譲渡担保目的物である本件パイプの直接の「売却代金」(304条)ではない。この点から、物上代位はなしえないのが原則である。けれども、請負代金債権のうち譲渡担保目的物の価値に対応する額が客観的に識別可能であるといった事情があれば、その額については「売却代金」に準じて例外的に物上代位を認めても良いというべきである。

本件では、600万円の請負代金債権のうち500万円がパイプの対価であるということが客観的に明らかとなっている。従って、この点から、「売却代金」に準じて考えることが可能であり、物上代位権を行使可能であるというべきである。

以上より、DはCに対して物上代位権に基づき300万円を請求できる。

ウ. また、Bが無資力であれば、DはCに対して債権者代位権

コメント[a1]: 問題文の事情を使って端的に結論を導く。当事者の合意は規範として用いてよいと思う。

コメント[a2]: 表現が不十分な気がしたが、仕方がない。

コメント[a3]: 近時の多数説といわれる立場に立った。前提論点として短く論じるとどめる。

コメント[a4]: 設定者留保権説からは、少し無理があったかもしれない。けれども物上代位を認めなければ次に話が進まないため、押し切った。

コメント[a5]: 請負代金債権に対する先取特権の行使に関する判例を参照して応用する。

- 47 (423条)に基づき 300 万円の請求をなしえる。
- 48 2. 問(2)について
- 49 ア. Dは請負代金債権につき物上代権を行使するものと考え
- 50 られる。そこで、DEの優劣は、そもそもDが物上代位権を
- 51 行使できるのか、行使できるとしてその場合いずれが優先す
- 52 るのか、といった2点から検討できる。
- 53 イ. まず、Bが請負代金債権をEに譲渡していたのであるから、
- 54 そもそもDが物上代位をなしえるかが問題となる。
- 55 ここで、債権譲渡が「払渡し又は引き渡し」(304条)に該
- 56 当するのであれば、債権譲渡後に物上代位権を行使すること
- 57 になるDは、304条の要件を充足せずもはや物上代位権を行
- 58 行使することすらできない。304条が払い渡し又は引き渡し前
- 59 の差押えを要求した趣旨は、公示性に弱い譲渡担保にあって
- 60 は差し押さえによって第三者に対し物上代位権の行使を示
- 61 しもって第三者を保護する点に求められる。そうすると、「払
- 62 渡し又は引渡し」とは第三者が確定的に物上代位対象債権に
- 63 利害関係を取得した場合をも含むと解釈すべきことになる。
- 64 従って、債権譲渡は「払渡しまたは引渡し」に該当する。
- 65 よって、本件では既にEが債権譲渡を受けているのである
- 66 から、Dが「払渡し又は引渡しの前」に差し押さえることは
- 67 不可能であり、Dはそもそも物上代位権を行使することがで
- 68 きない。
- 69 ウ. 従って、物上代位と債権譲渡の優劣を論じるまでもなく、
- 70 本件においてはEが優先する。
- 71 第2 小問2について
- 72 1. BF間の法律関係について
- 73 ア. まず、FはBに対して所有権に基づく返還請求をなすこと
- 74 が考えられる。
- 75 確かに、Bは鋼材がAの所有であることを疑うべき事情が
- 76 あり、過失が認められるので、鋼材を即時取得(192条)する
- 77 ことはできない。また、パイプに加工されてはいるものの、
- 78 パイプ価格が500万円で鋼材の価格が300万円であることから
- 79 仕事の価格を鋼材の価格が上回りその所有権はBとの関
- 80 係ではなおFに存する(246条1項)。
- 81 しかし、既に鋼材はパイプとして転売されており、Bの元
- 82 にはない。従って、所有権に基づく返還請求の要件である「現
- 83 占有」を充足せず、この請求は認められない。
- 84 イ. そこで、FとしてはBに対して不当利得返還請求(703条)
- 85 をなすことが考えられる。Bは本来400万円の鋼材を300万
- 86 円で取得していることから、総体として、100万円の利得が
- 87 認められる。さらに、Bは鋼材を即時取得することはできな
- 88 いのであるから、法律上の原因は不存在である。よって、703
- 89 条の要件を充足し、Fのこの請求は肯定される。
- 90 ウ. また、Bに過失があることからFは不法行為に基づく損害
- 91 賠償請求をなすことも考えられる。
- 92 2. CF間の法律関係について
- 93 ア. まず、FはCに対して本件パイプの所有権に基づく返還請
- 94 求をなすことが考えられる。

コメント[a6]: 減点されな
いように一応軽く触れてお
く。

コメント[a7]: 動産譲渡担
保権は、先取特権にひきつ
けて考えることに決めてい
た。

コメント[a8]: 優劣も論じ
たかったが、理論的にこう
なる以上やむをえない。

コメント[a9]: 先にきちん
と要件を書くべきだったが、
時間がなくなせっていたた
め飛ばしてしまった。

コメント[a10]: 書いてる段
階で気づき、あわてて修正す
る。

コメント[a11]: これも気づ
けてよかった。

コメント[a12]: 総体差額説
である。

コメント[a13]: 駆け足なの
で結論だけ。

95 確かに、Cはパイプの原料である鋼材が盗品であることに
96 つき善意無過失であった。しかし、193条は即時取得(192条)
97 の例外として、所有権を盗難の被害者に留保する趣旨である。
98 したがって、即時取得との関係ではなおFがパイプの所有者
99 であるといえる。

100 しかし、パイプはBの工事によりCの建物に埋め込まれ一
101 体化している。したがって、これにより建物に付合したもの
102 と認められ、その所有権は建物所有者であるCに帰属する
103 (242条)。よって、Fはパイプに対してもはや所有権を有す
104 ることはなく、請求は認められない。

105 ウ. そこで、Fとしては248条に基づき、償金請求をなしうる。
106 確かに、即時取得によりCがパイプの所有権を取得している
107 のであればFは242条によって損失をこうむったとはいえな
108 いとも考えられる。しかし、193条により、所有権はなおF
109 に留保されるのであるから、248条の本来的場面として、F
110 は償金請求なしえる。
111

コメント [a 14]: 盗品ときたら、193条、というのが頭にあったので、とりあえず書く。ただ、鋼材はパイプに加工されており、盗品としての同一性が問題となることまで論じるべきであった。

コメント [a 15]: 工事していた場合は付合、加工に注意を払うべき。

コメント [a 16]: このあたりが、出題趣旨かなと思いつながら書いた。すなわち、192条、193条と242条、248条を理論的に整合させつつ処理できるかが問われているのだろうと考えた。ただ、時間がなく、議論がやや雑になってしまった。

商 法 第 1 問

Y株式会社は、①取締役会設置会社であるが、委員会設置会社ではなく、②株券発行会社ではなく、種類株式発行会社でもない会社であり、また、「社債、株式等の振替に関する法律」の規定による株式の振替制度も採用しておらず、③定款で、定時株主総会における議決権行使及び定時株主総会における剰余金の配当決議に基づく剰余金の配当受領の基準日を毎年3月31日と定めている。

Xは、Y社の株式を保有する株主名簿上の株主であったが、その株式すべて（以下「本件株式」という。）をAに譲渡した（以下「本件譲渡」という。）。Y社は、平成22年6月に行われた定時株主総会における剰余金配当決議に基づき、本件株式について配当すべき剰余金（以下「本件剰余金」という。）をAに支払った。

以上の事実を前提として、次の1から3までの各場合において、XがY社に対して本件剰余金の支払を求めることができるかどうかを検討せよ。なお、1から3までの各場合は、独立したものとする。

- 1 Y社は、その発行する全部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について会社の承認を要すること（以下「譲渡制限の定め」という。）を定めており、本件譲渡が平成22年3月10日に行われたとする。この場合において、Xも、Aも、Aによる取得の承認の請求をせず、本件株式に係る株主名簿の名義書換請求もされなかったが、本件譲渡の事実をAから聞いたY社の代表取締役Bが本件剰余金をAに支払ったとき。
- 2 Y社は、譲渡制限の定めを定めておらず、本件譲渡が平成22年4月1日に行われたとする。この場合において、本件株式に係る株主名簿の名義書換請求はされなかったが、本件譲渡の事実をAから聞いたY社の代表取締役Bが本件剰余金をAに支払ったとき。
- 3 Y社は、譲渡制限の定めを定めておらず、本件譲渡が平成22年3月10日に行われたとする。この場合において、同月15日にXとAが共同でY社に対して株主名簿の名義書換えを請求し、Y社はこれに応じたが、AがY社から本件剰余金の支払を受けた後、Xが成年被後見人であったことを理由として本件譲渡が取り消されたとき。

（出題趣旨）

本問は、株券発行会社ではなく、かつ、株式の振替制度も採用していない株式会社において、株式の譲渡がされた場合に関し、①譲渡制限株式の譲渡承認がなく、株主名簿の名義書換えがされていない事案、②基準日後に当該譲渡がされ、名義書換えがされていない事案及び③名義書換えがされた後に当該譲渡が取り消された事案のそれぞれについて、当該株式会社が当該株式の譲受人を株主として取り扱うことができるかどうかを問うものである。解答に際しては、譲渡承認機関による承認がない場合の法的状態、基準日制度の趣旨、譲受人の権利推定効なくしてされた株主名簿の名義書換えの効力について、整合的な論述をすることが求められる。

商法第1問 論文1位合格者の再現答案

B評価

第1 小問1について

(1) XがY社に対して剰余金を請求なしえるためには、Xが剰余金請求権を有することが必要である。そして剰余金請求権は基準日株主に対して与えられる(124条1項)から、Xが基準日株主であることを確定する必要がある。

(2) まず、Y社の株式には譲渡制限が付されているが、XA間の株式譲渡は当事者間で有効である。譲渡制限は会社の閉鎖性保護のためであり、会社との関係で無効とすれば足りるからである。137条1項が「取得した」とするものもこの趣旨に基づくものである。

したがって、原則としてXA間の株式譲渡は当事者間では有効であるが、Y社との関係では無効である。

(3) もっとも、本件ではY社はAに対して剰余金を支払っている。そこで、Y社の側で平成22年3月10日の株式譲渡の有効性を主張し、基準日株主がAである以上、Xに剰余金請求権はないと主張することは可能であろうか。

確かに、譲渡制限は閉鎖性を維持したい会社の保護のための制度である。このことからすると、会社の側から、株式譲渡の有効性を認めて、譲受人を株主と扱うことは許されとも思われる。しかし、会社法136条、137条は130条と異なり、「対抗できない」とはしておらず、会社との関係では絶対的に無効とする趣旨だというべきである。

そして、その無効主張権者は原則通り会社に限定するべきではない。

(4) したがって、AX間の株式譲渡はY社との関係では無効であり、かつXはこのことを主張可能であるから、自己が基準日株主であると主張して剰余金配当請求をなしえる。

第2 小問2について

(1) Xの請求が認められるためには、会社に対して自己が株主であることを主張することが必要である。

(2) まず、本件株式にかかる株主名簿の書換請求がなされていないが、譲渡自体は当事者間で有効である。株主名簿制度は会社の事務処理の便宜のための制度であるから、会社に対抗できないとすることで十分だからである。130条の「対抗できない」という文言はこのことを意味する。

したがって、AX間の譲渡は当事者間で有効であるがこのことを会社に対して対抗できない(130条1項)。とすると、会社はXを株主と扱いXの請求に応じなければならないと思える。

(3) しかし、ひるがえって株主名簿制度は会社の事務処理上の便宜のための制度であるから、会社の側から譲渡の有効性を認めて、譲受人を株主として扱うことは許されてよいというべきである。130条が「対抗できない」とするのはこの趣旨である。

ただこの際には、会社の恣意的取り扱いを防止するため実質株主は全て権利行使を認める、との統一的処理を行うことを条件とするべきである。

そうすると、Y社の側からAを実質株主と認めた以上はXを

コメント【a1】: 最初に要件を書くことで答案を引き締めるよう工夫する。

コメント【a2】: 論点が少ないので、原則から丁寧に拾っていく。

コメント【a3】: 判例である。ただ、この理由付けは少し弱かった気がする。

コメント【a4】: キチンと理由を書くべきところだが、思い浮かばず仕方なく結論だけ書いた。

コメント【a5】: 以下、答案の流れに腐心する。

47 株主と認める必要はなく、Xの権利行使は認められないとも考
48 えられる。

49 (4) けれども、本件株式譲渡は4月1日に行われている。そして、
50 Y社は剰余金配当の受領の基準日を毎年3月31日と定めてい
51 るのであるから、基準日株主はXであり、Xに権利が与えられ
52 べきである。

53 確かに、124条1項は、「できる」としており、また、基準日
54 制度が会社の事務処理の便宜の制度であることからすると会
55 社の側に基準日株主に権利行使を認めるか否かについて裁量
56 を認めているようにも見える。しかし、124条4項本文があえ
57 て議決権についてのみ基準日後の株式取得者について権利行
58 使を認めるとしたことからして、剰余金配当請求権につき基
59 準日後の取得者に権利行使を認めることは許されず、基準日株
60 主に権利行使を認める必要があるものというべきである。

61 従って、本件ではY社は基準日後に株式を取得したAに権利
62 行使を認めることは許されず、Xの権利行使を認めねばならな
63 い。

64 (5) よって、Xの請求は認められる。

65 第3 小問3について

66 (1) 本件譲渡の取消しにより、株式譲渡は遡及的に無効となる
67 (民法121条)のが原則である。したがって、Xは遡及的に株主
68 であったこととなり、Y社に対して剰余金配当請求権を有する
69 といえそうである。

70 (2) しかし、一方で、Y社の株主名簿はAXの共同申請により書
71 き換えられており、Y社はこれに従いAに対して剰余金を配当
72 している。にもかかわらず、制限行為能力取消し(民法9条)に
73 より、剰余金配当の効力も否定されるとなると、株主名簿制度
74 により会社の事務処理の便宜を図るという趣旨が没却される
75 ともいえる。

76 そこで、制限行為能力者の保護と株主名簿による統一的処理
77 の調整が必要となる。

78 (3) まず、株主名簿による統一的処理の要請、また意思表示の取
79 消しにより表意者を保護するという要請のいずれもが重要で
80 あることは否定できない。したがって、いずれか一方を優先す
81 ることは出来ず、適切な利益衡量が必要である。

82 この際、民法の取消し原因について定めた規定を参照し、そ
83 の規定に第三者保護規定がある場合には、会社を第三者に準じ
84 て扱い会社に取り消しの効果を対抗できないものとして処理す
85 るべきである。確かに、株式譲渡および株主名簿の書き換えに
86 ついて会社は、意思表示を前提として利害関係を有するにいた
87 ったわけではなく「第三者」とはいえない。しかし、株式の譲
88 渡が株主名簿に記載された場合には、名簿株主に権利行使を認
89 めねばならないという点で利害関係を有するのであるから、
90 「第三者」に準じて保護されてよいと考える。これに対して、
91 取消しの根拠規定に、第三者保護規定が存在しない場合には制
92 限行為能力者保護を優先する趣旨であるから、会社に対しても
93 株式譲渡及び株主名簿の書き換えの無効を主張しえるものとい
94 うべきである。

コメント[a6]: 日付には要
注意である。

コメント[a7]: このあたり
は、現場思考である。

コメント[a8]: 初見の論点
は、原則から丁寧に論じて
いけば、あまり減点はされ
ないと思う。

コメント[a9]: 全く初見の
論点。自分なりに理論的に
考えれば結論はどちらでも
よいと考え、頭を絞る。

コメント[a10]: 自分なりの
規範をでっち上げる。すこ
し大胆すぎたかな、という
気もする。

95 本件では、制限行為能力取消しが問題となっているが、この
96 根拠規定である民法 9 条は、第三者保護規定をおいておらず、
97 制限行為能力者の保護を貫徹する趣旨である。

98 よって、本件では X は Y 社に対しても、株式譲渡および株主
99 名簿の記載の無効を主張可能であり、基準日株主であることを
100 主張できる。従って、X の剰余金請求は認められる。
101

商 法 第 2 問

A株式会社は、平成16年12月20日、貸金業者であるXから、事業資金として3000万円を借り受けた。その際、A社とXとの間では、①A社は、Xに対し、毎月1パーセントの利息を支払うこと、②Xは、A社に対し、約定どおり利息の支払がされる限り、元金の返済を猶予するが、利息の支払を怠ったときは、A社は、Xに対し、直ちに元金全額を返済しなければならないこと、③貸付金の返済を確保するため、A社は、手形金額を3000万円とし、振出日と満期を白地とした約束手形（以下「本件手形」という。）を振り出すことが合意された。また、A社の代表取締役Bは、Xから、A社の取締役Yが手形の支払を保証するよう求められたため、受取人をYとする本件手形を振り出し、Yが拒絶証書の作成を免除して白地式裏書をした本件手形をXに交付した。なお、事業資金の借入れについては、A社の取締役会の決定がされていたが、本件手形の振出しについては、A社の取締役会の承認は受けていなかった。

その後、A社は、利息を合意に従ってXに支払ってきたが、平成19年5月ごろから資金繰りが悪化してきて、同年8月以降、利息を支払うことができなくなった。

Xは、平成22年4月9日に至り、本件手形の振出日を同月1日、満期を同年5月10日と補充して、当該満期に支払のため提示したが、支払を拒絶されたので、Yに対して手形金の支払を請求した。Yは、Xの請求を拒むことができるか。

（出題趣旨）

本問は、利息の支払がされる限り元金の返済を猶予する旨の合意が付された貸付金の返済を確保するため、取締役会の承認なく、いわゆる隠れた手形保証のための裏書を行わせるために取締役を受取人として、かつ、振出日及び満期を白地にして株式会社が振り出した約束手形について、利息の支払が遅滞したためにされた手形金の支払請求を当該取締役が拒むことができるかどうかを問うものである。解答に際しては、株式会社が隠れた手形保証のために取締役を受取人とする約束手形を振り出すことが、会社と取締役間の取引として取締役会の承認を要するかどうか、及び振出日と満期を白地にして振り出された当該約束手形の補充権の消滅時効とその起算点をどのように考えるべきかについて、整合的な論述をすることが求められる。

商法第2問 論文1位合格者の再現答案

B評価

1. Xの手形金請求が認められるためには、①手形が形式的に有効であり、かつ、②Yが有効に手形上の債務を負担していることが必要である。

2. ①手形の形式的有効性について

(1) Aの振り出した手形は、振出日および満期が白地式であり有効な白地補充がなされなければ有効な完成手形とはいえない。そして、Xの補充が無効であれば、手形が有効な完成手形ではない以上、YはXの請求を拒める。

従って、Xのなした白地補充の有効性が問題となる。

(2) 白地補充が有効であるためには、有効な白地補充権に基づき補充されていることが必要である。

ここで、満期白地の白地手形においては、手形上の権利自体の消滅時効とは独立に白地補充権の消滅時効を議論する意義が認められる。そして、その際白地補充権の時効消滅を認めなければ、手形上の権利を永久に行使できることとなり不合理であるから、白地補充権も時効消滅するものというべきである。その期間は、「商行為によって生じた債権」に準じて振出日から5年(商法522条準用)というべきである。

本件では、満期が白地式であり、白地補充権の時効消滅が問題となる。そして、Xが白地を補充したのは、平成22年4月9日であり、手形の振出日である平成16年12月20日から5年以上が経過している。よって、白地補充権は時効消滅(商法522条準用)しているといえそうである。

(3) しかし、A社は平成19年8月まで、原因債権の利息を支払ってきた。このことをもって、白地補充権の消滅時効の中断(民法147条3号)が認められないか。

まず、利息の支払いは原因債権の「承認」に該当する。

そして、確かに、原因債権と手形上の権利は別個の権利である。しかし、原因債権の承認があれば、債権者としては安心し、支払いを受けるとの信頼を抱くことが通常と考えられる。そのため、手形上の権利の時効中断手段を採らないものと考えられる。

従って、そのような債権者の信頼を保護するため、原因債権の承認により、手形上の権利の消滅時効も中断するものというべきである。

よって、本件でも原因債権の利息の支払いにより、白地補充権の消滅時効は中断しており、未だ白地補充権は時効消滅していないものというべきである。

ゆえに、Xの白地補充は有効であり、これによりXの所持する手形は形式的に有効な完成手形となったといえる。

2. ②Yが有効に手形債務を負担していることについて

(1) まず、A社の手形行為が有効であれば、Yも問題なく手形債務を負担しているといえる。

ここで、A社の手形行為が有効であるためには原因債務の負担に加えて、手形の振出しに付いても取締役会の承認を経ることが必要(会社法362条4項2号)というべきである。

コメント[a1]: 全体像を示して、読み手に伝わりやすいよう工夫する。

コメント[a2]: 手形の形式的有効性から論じたほうがよいと考えた。

コメント[a3]: これは、やや不十分であったと思う。手形上の権利と白地補充権をごっちゃに議論してしまった。

すなわち、手形債務の負担は原因債務とは別個独立のより強力な義務を負担する行為であり、「借財」に当たるところ、その額が「多額」であれば362条4項2号より取締役会の承認を要するのである。そして、額の多額性は会社の事業規模、財産状況などとの相関関係により決定される。そして本件では、事業規模などは不明であるが、3000万円の手形の振出であり、多額と評価してよいと解される。

従って、本件では、別途手形の振出しに付き取締役会の承認が必要となる。しかし、A社では原因債務の負担については取締役会の承認を経ているものの、手形の振出しに付いては承認を経していない。ゆえに、A社の手形の振出し行為には瑕疵がある。

- (2) もっとも、常に手形の振出しを無効としては手形への信頼を害する。取締役会の承認を欠く場合とは、内部的意思決定を欠く点で心裡留保(民法93条)に類似する。そこで、手形行為は原則的に有効としたうえで、民法93条但書を手形の所持人との関係で類推し、手形の所持人が取締役会の承認を欠くことに付き、悪意または有過失であれば手形行為は無効となるものというべきである。

本件では事情は不明であるが、Xが取締役会の承認を経ないことにつき善意無過失であれば、A社の手形の振出しは有効である。この場合、Xは、Yから拒絶証書作成の免除を受けている点からして、A社から支払拒絶された以上はYに対して問題なく手形金の請求を出来る。

- (3) さらに、Xが悪意又は有過失であったため、A社の手形の振出しが無効であったとしても、手形行為独立の原則(77条2項・7条、77条3項・32条2項)によりYの債務負担行為は影響を受けず、Xは請求をなしえるのではないか。

ここで、本件のYはA社の手形債務を保証する意図で白地式裏書をしている。これを隠れた手形保証という。確かに、手形面上は保証の趣旨は明らかではない。しかし、保証の趣旨で裏書をしているという当事者の意図を重視して、隠れた手形保証にも手形保障に関する規定を適用するべきである。

したがって、本件の隠れた手形保証にも手形保証に関する77条3項、32条2項が適用される。よって、被担保債務たるA社の手形債務が無効であったとしても、Yの保証は影響を受けず有効である。ゆえに、Yは有効に手形上の債務を負担しているといえる。

これより、XはA社の支払拒絶により、Yへと手形金の請求をなしえる(77条1項4号・43条1号)。

コメント【a4】: これもあまり良くなかったと思う。

「所持人」との関係で93条但書を類推して良いのかは自信がない。通常は「受取人」のはず…。

コメント【a5】: 自信なく半信半疑のまま問題提起。

コメント【a6】: これも、自信がなかった。でも、書くしかない、と心を決めて…。

刑 法 第 1 問

甲は、かつて働いていたA社に忍び込んで金品を盗もうと考え、親友であるA社の従業員乙にこの計画を打ち明けて、その援助を依頼した。乙は、甲からその依頼を受けて、甲のために協力したいと思い、甲に「社員が退社した後に、A社の通用口の鍵を開けておくよ。」と伝えたところ、甲は、「助かるよ。」と乙に礼を言った。

乙は、甲からあらかじめ告げられていた犯行の当日、乙以外のA社の社員全員が退社した後、甲に伝えていたとおり同社通用口の施錠を外して帰宅した。甲は、パールを持ってA社の前まで来たが、A社の中に人がいるような気配がしたので、急きょ計画を変更してA社の隣にあるB社に忍び込むことにした。そこで、甲は、B社に行き、たまたま開いていたB社の建物の玄関ドアから誰もいない建物内に入った。甲は、その事務室に入り込み、パールで金庫をこじ開け、その中から現金を盗み、更に金目の物がないかと室内を物色していたところ、机の上に積まれていた書類の束に甲の手が触れたため、その書類の束がB社の従業員丙が退社の際に消し忘れていた石油ストーブの上に落ち、これに石油ストーブの火が燃え移った。甲は、その書類の束から小さな炎が上がり、更にストーブの上から燃え落ちた火が床にも燃え移りそうになっているのを見て、今なら近くにあった消火器で容易に消せるが、このまま放置すればその火が建物全体に燃え広がるだろうと思いながらも、消火のためにここにとどまれば自分の盗みが発覚するのではないかとおそれて、その場からそのまま立ち去った。

他方、帰宅途中であった丙は、石油ストーブを消し忘れていたことを思い出し、B社に戻り、その事務室に入ろうとしたところ、事務室の床が燃えているのを発見した。この時点でも、まだ容易にその火を消すことができる状況にあったことから、丙は、その火をそのまま放置すれば建物全体が燃えてしまうと思いつつ、今ならまだ近くにあった消火器で十分消せると考えた。しかし、丙は、その床が燃えているのは自分の石油ストーブの消し忘れが原因であると思い、自分の火の不始末が発覚するのを恐れて、その場からそのまま立ち去った。その結果、B社の建物は全焼した。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

（出題趣旨）

本問は、窃盗犯人が知人の協力を得て事務所に侵入して窃盗をしようとしたが、計画を変更して隣の事務所に侵入して金品を窃取した際、過失により出火させながら消火せずに逃走したところ、その後、同事務所に戻ってきた従業員も消火せずに立ち去り、同事務所が全焼したという事例を素材として、事案を的確に把握し、分析する能力を問うとともに、幫助犯及び不作為による放火罪の成立要件に対する理解と事例への当てはめを問うものである。

刑法第1問 論文1位合格者の再現答案

A評価

第1 丙の罪責について

丙の、事務室の床が燃えているにもかかわらずその場から立ち去った行為につき、非現住建築物放火罪(109条)の成否を検討する。

まず、B社建物には誰もおらず、かつB社は建造物であるので、「現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物」に該当する。そして、「焼損」とは、本罪が抽象的公共危険犯であることから、危険性を基礎付けるものとして、炎が媒介物を離れて独立燃焼可能な状況にいたることが必要というべきである。本件では、立ち去ったことにより、B社建造物は全焼しており「焼損」は問題なく認められる。

しかし同罪の構成要件に該当するためには、丙の行為が「放火」行為に該当する必要がある。ここで、丙の行為は消化をせずに立ち去るというものであり、期待された作為をしないという不作为である。不作为による放火犯を処罰することは、同罪の構成要件が作為に限定していないことから罪刑法定主義には反しない。しかし、不作为は無限定に拡大しうるので、作為と同価値性を有する不作为に限定するべきである。よって、不作为が構成要件該当行為と評価されるには、保証人的地位に基づく作為義務の存在が必要であるというべきである。そして、保証人的地位は、作為と同視するための要件であるから、因果経過の排他的支配およびその自己の責めに基づく設定を要件に肯定されると解するべきである。本件では、丙のほかには消化しうる人はいなかったのであるから因果経過の排他的支配は認められる。また、石油ストーブの火は丙が消し忘れていたのであり、たとえ甲の過失に一因があるとしても丙の先行行為が原因となっており、帰責性は肯定される。したがって、丙には保証人的地位に基づき消火するべき作為義務が認められることになりそうである。

けれども、丙がB社に戻った時点では、すでに床が燃えている段階であり独立燃焼にいたっているといえる。すなわち既遂に達しているのである。このように、既に既遂に達しているにもかかわらず保証人的地位に基づく作為義務を肯定して良いのかは問題である。確かに、一般的には既遂に至った以上別途犯罪は成立しないと思われる。しかし、放火罪においては、順次独立燃焼の範囲が拡大していくという特殊性を有する。したがって、既遂に至った後でもその範囲を最小限に食い止めるべく作為義務を課す必要性が高い。理論的には、燃え広がりを個々の結果と捉えて、それとの間に結果回避可能性が認められれば作為義務を肯定してよいと考えるべきである。本件では、消火器で消火可能であったのだから、結果回避可能性が肯定され、やはり作為義務は認められる。また、作為可能性も肯定される。従って、丙の立ち去り行為は「放火」行為に該当する。

以上より、丙の行為は、非現住建築物放火罪の構成要件に該当する。

また、丙は消火可能であること、建物全体が燃えることを認

コメント[a1]: 答案構成の詰めの甘さが出た。甲の罪責から検討するべきだった。

コメント[a2]: 刑法は行為を捕らえる。

コメント[a3]: 問題なく充足される構成要件要素は必要十分な範囲で。

コメント[a4]: いらないかなと思いつつも一応書く。

コメント[a5]: 普段なら、「意思に基づく設定または継続的身分関係」をあげるところだが、問題文にあわせて修正した。

コメント[a6]: このあたりまでは何も考えずに、とても順調だった。けれど、ここで丙登場時点では既に独立燃焼に至っているという不自然さに気づく。

コメント[a7]: 仕方なく、ゴマかして、次につなげる。

コメント[a8]: 完全に初見の問題。これを問題点として大展開してよいのかも分からなかったが、もうどうしようもない。

コメント[a9]: 完全なる創作。頭をひねり、実質論と形式論で補強して体裁を整える。

コメント[a10]: 普段なら条件関係に位置づけるところだが、やむなく作為義務で論じることにする。

識しており、故意も肯定できる。

よって、丙には、非現住建造物放火罪が成立する。

第2 甲の罪責について

1. B社内に立ち入った行為について

甲のこの行為は、管理権者の意思に反する立ち入りであり「侵入」に該当するゆえ、建造物侵入罪(130条)が成立する。

2. 金庫をこじ開けた行為について

この行為は、「他人の物」の効用を害する行為であり、「損壊」に該当するゆえ、器物損壊罪(261条)が成立する。

3. 現金を盗んだ行為について

この行為は、他人の財物を窃取するものであり、窃盗罪(235条)が成立する。

4. 消火のために留まることなく立ち去った行為について

この行為につき、非現住罪建造物放火罪(109条1項)の成否を検討する。

まず、B社が非現住建造物に当たるのは丙で述べたとおりである。次に焼損であるが、甲が立ち去ったのち、丙がB社に戻った段階では床が燃えていたのであるから既に独立燃焼に至っており、焼損といえる。

次に、「放火」行為であるが、消火しないという不作為である場合には、保証人的地位に基づく作為義務の存在が必要である。その発生根拠は排他的支配および帰責性である。本件では、消火しうる立場にあるのは甲のみであり、排他的支配は認められる。そして、甲は、丙のストーブの消し忘れという過失が競合してはいるものの書類を石油ストーブの上に落とすという過失が認められる。したがって帰責性も肯定可能である。また、結果回避可能性も肯定される。よって、保証人的地位に基づく作為義務は認められる。そして作為可能性もみとめられるから、甲の立ち去り行為は「放火」行為といえる。

後に丙が現れている点で、因果関係が問題となるとも思えるが、丙がB社に戻った時点ですでに既遂に達している以上、因果関係は問題なく認められる。

以上より、甲の行為は非現住建造物放火罪の構成要件に該当する。

そして、甲は以上につき認識していたのであり、故意も認められる。

よって、甲には非現住建造物放火罪が成立する。

5. 罪数

住居侵入罪と窃盗罪は牽連犯(54条1項後段)となり、器物損壊罪、非現住建造物放火罪と併合罪(45条前段)の関係に立つ。

第3 乙の罪責について

乙の鍵を開けておいた行為につき、窃盗罪の幫助(62条1項、235条)の成立が問題となるが、甲はB社に侵入したのであり心理的にも物理的にも因果性は認められず成立しない。

コメント [a 11]: ほとんど単
純な事務処理でおわる。

コメント [a 12]: 構成の段階
では大展開する予定だったが、
方針転換。

刑 法 第 2 問

甲は、紳士服の専門店であるA社の営業担当者として高級紳士服の販売を担当していた。甲は、遊ぶ金に困ったことから、顧客から金銭を入手してこれに充てようと考え、A社を訪れたBに対し、Bのためにオーダースーツを製作する意思などないのに、「お客さん、良いオーダースーツをお作りいたしますよ。20万円で一着ご用意できます。」と持ち掛けた。日ごろから既製品のスーツに物足りなさを感じていたBは、甲の話を聞いて、オーダースーツなら注文してもよいと考え、「では、ひとつスーツを作ってもらおうか。」と言ってオーダースーツを注文することとした。そこで、甲は、Bに好みの生地を選ばせたり、Bの身体の寸法を測るなど、あたかもオーダースーツを製作するように装いつつ、「この生地ですと代金は20万円ですが、7万円を内金として預かせてください。スーツの出来上がりは今日から4週間後になります。」と言った。Bは、甲の言葉を信じて、その20万円のオーダースーツを注文し、内金として、現金7万円を甲に預けて帰って行った。しかし、甲は、直ちにその7万円全額をパチンコに費消した。

その4週間後、甲は、Bに電話して、「スーツが出来上がりましたので、ご来店ください。」と告げ、BをA社の店舗に呼び出した。来店したBを出迎えた甲は、Bを店舗内に待たせたまま、その店舗から徒歩数分の場所にある既製服を保管している同社の倉庫に行き、同社の既製服部門の責任者であり、かつ、同倉庫における商品の出入庫を統括管理しているCに対し、「チラシの写真撮影用にスーツを1着借りていくよ。」と言った。Cは、甲のその言葉を信じ、「わかりました。でも、すぐ返してくださいよ。」と答えて甲が倉庫から既製品のスーツを持ち出すことを認めたため、甲は、Bが選んだ生地 に似ていて、Bの体格に合ったサイズの既製品のスーツ1着（販売価格20万円）を選んで同倉庫から持ち出した。そして、甲は、店舗に戻り、待っていたBに対し、「ご注文のスーツでございます。」と言って、その既製品のスーツがあたかもBが注文したオーダースーツであるかのように見せ掛けてBに手渡した。Bは、その場でそれを試着したところ、自分の身体にぴったりだったので、そのスーツが既製品であるとは気付かずに、「これでいい。さすが注文しただけあって、着心地もなかなかだ。」などと満足して、その場で13万円を現金で支払い、そのスーツを持ち帰った。その後、甲は、この13万円全額を自分個人の飲食代として費消した。

甲の罪責を論ぜよ。

(出題趣旨)

本問は、紳士服販売店の営業担当者が顧客にオーダースーツを販売する旨虚偽の事実を述べてスーツを販売する契約を締結し、その代金名目で相当対価の金銭を受領するとともに、同販売店の倉庫管理者にはチラシの写真撮影用である旨虚偽の事実を述べて同倉庫内に保管されていた既製品のスーツを持ち出し、これを顧客に交付したという事例を素材として、事案を的確に把握し、分析する能力を問うとともに、詐欺罪等の財産犯の成立要件に関する理解と事例への当てはめを問うものである。

刑法第2問 論文1位合格者の再現答案

A評価

1. Bにオーダースーツと装い併せて20万円を交付させた行為について

このBの行為につき、詐欺罪(246条1項)の成否を検討する。
まず、詐欺罪の構成要件要素は、①欺もう行為、②錯誤、③交付行為、④財産上の損害、⑤以上につき因果関係が認められることである。

本件では、オーダースーツならば注文しても良いと考えているBに対して、オーダースーツであると偽ることは欺もう行為といえる(①充足)。また、Bはオーダースーツを購入したとの錯誤に陥っている(②充足)。さらに、Bは自己の意思に基づく20万円を交付しており、交付行為は認められる(③充足)。④財産上の損害については、Bの受け取った既製品のスーツが20万円の価値を有することから問題となる。ここで、財産上の損害を単なる個別財産の損害と解釈すると本要件を要求した意義が薄れ妥当ではない。むしろ実質的に解釈し、交付行為者が達成しようとした経済目的が充足されたか否かを基準とするべきである。本件で、Bはオーダースーツである点に経済目的を見出しているといえるから、既製品に20万円の支出を強いられた点で経済目的は達成されておらず、財産上の損害は認められる(④充足)。また、以上は因果関係に包摂されているといえ、⑤も充足する。よって、甲の行為は詐欺罪の構成要件に該当する。

また、甲には以上の認識があり、故意も認められる。
以上より、甲には、Bに対する詐欺罪が成立する。

2. Cに対して写真用と偽りスーツを持ち出した行為について
(1) 詐欺罪(246条)の成否

詐欺罪の構成要件要素は先述の通りである。まず、甲の行為は人を欺くに足る欺もう行為といえる(①充足)。次に、Cは写真用であり返してもらえるものと錯誤に陥っている(②充足)。ただ、③の交付行為については問題がある。ここで、甲交付行為とは意思に基づく占有移転行為をいう。そして、この意思の内容としては、終局的に所有権を移転する意思を言うものと理解するべきである。ところが、本件のCは貸す意思にとどまり、また、甲がA社内の人物であることからいつでも返還請求をなしうると認識していると考えられる。したがって、Cには甲に終局的に所有権を移転する意思はなく、詐欺罪の交付行為とは認められない。よって、③を充足せず、甲にCに対する詐欺罪は成立しない。

(2) また、一応意思に基づいて渡している以上、窃取とは言えずCに対する窃盗罪(235条)も成立しない。

(3) よって、この甲のスーツ持ち出し行為について犯罪は成立しない。

3. スーツをAに売り渡した行為について

この行為について、A社に対する委託物横領罪(252条)の成否を検討する。

まず、甲は、Cからの委託に基づいてスーツを占有していた。

コメント[a1]: 直感的にまとめて検討することにする。

コメント[a2]: 通説には立たず、有力説で書いた。通説でもよかったかもしれない。

コメント[a3]: まず、行為を取り出した上で、成立しうる罪を重たい順に順次検討してゆく方針。

コメント[a4]: このあたりから混乱してくる。交付行為を否定し横領の流れでいく、と決めてしまったのがまずかった。

コメント[a5]: これは失敗。交付行為を否定するのは無理がある。交付行為は認めておくべきだった。

コメント[a6]: 先に交付行為を否定する以上この流れとなる。

よって、スーツは「自己の占有する…物」といえる。そして、スーツはA社の所有物であるから、「他人の」物である。

また、横領行為とは、権限を逸脱した不法領得の意思の発現行為をいい、不法領得の意思とは、委託の趣旨に反して所有者でなければできないような処分をする意思をいう。本件では、甲は代金を着服する意図でスーツを売却しているが、これは返還を条件に占有を移転したCの委託の趣旨に反する。そして、売却処分は所有者でなければできない処分といえる。さらに、甲は営業担当者で販売を担当してはいるものの、Cから借りたスーツについて販売権限はなかったものと解される。よって、甲の行為は権限を逸脱した不法領得の意思の発現行為であり、横領行為に該当する。

以上より、甲の行為は横領罪の構成要件に該当し、かつ、甲にはその旨認識があるので故意も認められる。よって、甲の行為につき、委託物横領罪が成立する。

4. 現金を着服した行為について

甲のこの行為について、A社に対する業務上横領罪(253条)の成否を検討する。

まず、「業務」とは社会生活上の地位に基づきに継続反復される事務であって、財物の占有を内容とするものをいう。本件の甲は営業担当者であり、売買代金を管理する地位にあるから、財物を占有する事務を社会生活上の地位に基づき反復継続している。よって、その職務内容は「業務」といえる。そして、甲はこの業務に基づき、売買代金を管理しており、売買代金20万円は「自己の占有する」物である。

さらに、確かに、甲の詐欺によりAが契約を締結しており、かつ甲が販売した物が写真用のスーツであったとしても、スーツの売買代金の所有権はA社に帰属するものというべきである。甲の行為が権限の範囲外であるとしても、スーツの所有権がA社に帰属していた以上その価値変形物の所有権もA社に帰属するからである。また、確かに民法上金銭の所有権は占有者に帰属するとされるが、取引安全の考慮の働かない刑法上は委託の趣旨を考慮しその帰属を決定するべきであるところ、A社の委託の趣旨には所有権をA社に留保する趣旨が認められると解される。そして、その代金を着服する行為は、委託の趣旨に反して所有者でなければできない行為であるから、権限を逸脱した不法領得の意思の発現行為といえ、横領行為に該当する。

以上より、甲は業務上占有する他人の物を横領したといえ、業務上横領罪が成立する。

5. 罪数

以上はすべて併合罪(45条1項前段)となる。

コメント[a7]: 判例の規範をそのまま書く。理由は知らないので書かない。

コメント[a8]: あまり上手く表現できなかった。

コメント[a9]: 現金ときたらこれである。

民事訴訟法 第 1 問

Aは、Bに対し、平成21年11月2日、返済期日を平成22年3月31日とする約定で200万円を貸し渡した。このような消費貸借契約（以下「本件契約」という。）が成立したことについてはAとBとの間で争いがなかったが、Bがその返済期日にAに本件契約上の債務を弁済したかどうか争いとなった。

そこで、Bは、同年4月30日、Aを被告として、本件契約に基づくBのAに対する債務が存在しないことを確認するとの判決を求める訴えを提起した。

この事例について、以下の問いに答えよ。なお、各問いは、独立した問いである。

- 1 Bの訴えに係る訴状の送達を受けたAは、同年5月20日、Bの訴えとは別の裁判所に、別訴として、Bを被告として、本件契約に基づいて200万円の支払を請求する訴えを提起した。この場合のBの訴えとAの訴えのそれぞれの適法性について論ぜよ。
- 2 Bの訴えに係る訴状の送達を受けたAは、同年5月20日、Bの訴えに対する反訴として、Bを反訴被告として、本件契約に基づいて200万円の支払を請求する訴えを提起した。
 - (1) この場合のBの訴えとAの反訴のそれぞれの適法性について論ぜよ。
 - (2) 同年6月1日の第1回口頭弁論期日において、Bは、Aの請求に対して、BはAに本件契約上の債務を全額弁済したのでAの請求を棄却するとの判決を求めると述べるとともに、Bの訴えを取り下げる旨述べ、これに対し、Aは、Bの訴えの取下げに同意すると述べた。その後の同年7月15日の第2回口頭弁論期日において、Aは、反訴を取り下げる旨述べたが、Bは、Aの反訴の取下げに異議を述べた。この場合のAの反訴の取下げの効力について論ぜよ。

（出題趣旨）

1と2（1）は、債務不存在確認の訴えの係属中に同一の債務に係る給付の訴えが提起された場合に、訴えの利益や重複起訴の禁止との関係で、それぞれの訴えの適法性をどのように考えるべきかを、別訴の場合と反訴の場合とについて問う問題である。2（1）では、反訴の適法性についても触れる必要がある。また、2（2）においては、債務不存在確認の本訴に対して同一の債務に係る給付を求める反訴が係属している場合に、民事訴訟法第261条第2項ただし書の規定を文言どおりに適用してよいかどうかを検討する必要がある。

民事訴訟法第1問 論文1位合格者の再現答案 A評価

第1 小問1について

(1) Bの訴えについて

ア. Bの確認の訴えが適法であるためには確認の訴えの利益が認められる必要がある。

イ. 確認の訴えの利益は、確認の訴えがその性質上対象が無限定であり、かつ、執行力がないことから紛争解決方法としては迂遠であるため、その対象を限定するために必要とされる訴訟要件である。

この趣旨から、確認の訴えの利益は、①確認対象が紛争解決に適切であること(確認対象の適否)、②確認の訴えという方法が紛争解決に有効適切であること(確認の訴えによることの適否)、③確認対象たる権利法律関係につき即時に確定しておくべき現実的必要性があること(即時確定の利益)という観点から決定される。

ウ. Bの訴えは200万円の債務不存在確認の訴えであるが、自己の現在の権利関係の確認であるので、①は充足する。また、AとBの間で弁済の有無が争われていることからして、AはBに対して200万円の返還を要求しているといえ、即時に200万円の債務の存否を確定し権利関係を安定させる必要性は高い。よって、③も充足する。

また、200万円の債務の不存在を既判力でもって確定しておくことで後の紛争を予防可能であるため②も充足するといえそうである。ただ一方で、AがBに対して200万円の給付訴訟を別訴で提起しているため、200万円の債務の存否はその別訴で確定すればよく、確認の訴えによる必要はないとも考えられる。そうすると、②の要件は不充足、ということになりそうである。しかし、(2)で述べる様にAの別訴は二重起訴の禁止(142条)に触れ、不適法却下されるのが原則であるから、なおBの確認の訴えを維持する実益はあり、②も充足される。

エ. よって、Bの確認訴訟は確認の訴えの利益を満たし、適法である。

(2) Aの訴えについて

ア. Aの給付訴訟が適法であるためには、訴えの利益を有すること、及び、二重起訴の禁止にふれないこと(142条)が必要である。

イ. まず、Aの給付訴訟は、現在の給付の訴えであり、訴えの利益は認められる。

ウ. 次に、二重起訴の禁止についてであるが、これは事件の同一性を基準に判断される。事件の同一性は、当事者および審判対象の同一性をいう。そして、142条の趣旨である判決効の矛盾抵触の防止という観点から、当事者の同一性とは原告被告が入れ替わっている場合も含み、審判対象の同一性とは訴訟物及びその基礎たる権利関係の同一性をも含む。

本件では、Bの訴えとAの給付の訴えは原告被告が入れ替わってはいるものの当事者は同一である。そして、審判対象

コメント[a1]: 最初に全体像を示す。

コメント[a2]: 淡々と書く。

コメント[a3]: 問題なく認められる要件はあっさり書くよう心がけた。

コメント[a4]: このように書いてよいのかわからなかったが、仕方ない。

コメント[a5]: 最初に全体像を示す。

コメント[a6]: 有力説にたつことにする。

も 200 万円の債権の存否であって、同一である。

よって、B の訴えと A の訴えは「同一の事件」といえ、後に訴えを提起した A の訴えは二重起訴の禁止に触れ不適法である。

エ. したがって、原則として A の訴えは不適法却下されることとなるのであるが、移送(17 条)し、併合審理(152 条)される場合には例外的に矛盾判断の防止という 142 条の趣旨があらわれないから、適法となる。

第2 小問2について

1. 問(1)について

(1) B の訴えについて

ア. B の訴えが適法であるためには同じく、確認の訴えの利益を有することが必要である。

イ. 本件において、①確認対象が適切であることは小問1と同様である。

また、③についても、即時確定の現実的必要性は小問1と同様肯定される。

ただ、②の確認の訴えによることの適否に関しては、小問1と異なり、A の反訴が二重基礎の禁止に触れず適法であるので、反訴請求のなかで 200 万円の債務の存否を確定すればよく、充足されないとも思われる。しかし、債務者にとって、主体的に自己の権利を主張する訴訟手段は確認の訴えに限定される。したがって、反訴提起により確認の訴えの利益が失われるとすれば債務者の唯一の防衛手段を奪うことになり妥当でない。債務者にとっては確認の訴えが紛争解決に有効な唯一の手段である点を重視して、確認訴訟によることも適切であるというべきである。よって、②も充足する。

したがって、B の訴えは確認の訴えの利益を有し、適法である。

(2) A の反訴について

ア. A の反訴が適法であるためには、反訴提起の要件を満たし、かつ、二重起訴の禁止に触れないことが必要である。

イ. まず、反訴(146 条)の要件は①反訴請求が本訴請求または防御方法と関連性を有すること、②口頭弁論の終結前であること、③反訴の提起により訴訟手続を著しく遅延させることにならないこと、④訴訟要件を具備すること、である。そして、①の関連性は、請求・抗弁事由と内容又は発生原因事実において、法律上又は事実上共通すること、をいう。

本件において、まず、反訴請求は 200 万円の支払請求であるが、これは、本訴請求である 200 万円の債務の不存在確認訴訟と発生原因事実である消費貸借契約において共通であり、①を充足する。次に、口頭弁論の終結前であり、②を充足する。また、訴訟を遅延させるような事情はなく③も充足する。そして、現在の給付の訴えであり、訴えの利益も認められるので、④も充足する。

よって、反訴提起の要件は満たす。

ウ. 次に、二重起訴の禁止(142 条)に触れないことが必要である。二重起訴の禁止の趣旨は判決効の矛盾抵触の防止に求め

コメント [a7]: 一応、書いておく。

コメント [a8]: 素直に考えた場合の帰結は必ず書くことを心がける。

コメント [a9]: 普段あまり考えたことのないことだが、思いつくままに書いた。

コメント [a10]: 本問ではあまり問題とならないはずだが、やはり要件ははずせない。

95 られる。ところが、反訴請求は本訴請求と同一の裁判所で同
96 時に審理されるので、判断の矛盾抵触は生じず、判決効の矛
97 盾抵触という問題は生じない。よって、事件の同一性があつ
98 たとしても、二重起訴の禁止の趣旨には触れず、142 条には
99 反しないというべきである。

100 従って、本件の反訴提起も二重起訴の禁止には触れない。

101 エ. 以上より、A の反訴提起も適法である。

102 2. 問(2)について

103 本訴の取下げがあった場合における反訴の取下げは、口頭
104 弁論の後であっても相手方の同意を要しないのが原則であ
105 る(261 条 2 項ただし書)。従って、本件でも A の反訴の取下
106 げは、B の異議に関わらず有効であるとも考えられる。

107 しかし、これでは、反訴請求において 200 万円の債務の存
108 否を確定すればよいと考え本訴を取り下げた B の期待を害す
109 ことになり不当である。そこで、261 条 2 項ただし書きの
110 趣旨が、本訴の取下げがあったにもかかわらず防御方法とし
111 ての反訴の維持を強いることは不公平であるという点にあ
112 ることに照らして、反訴原告が債務名義を得る手段として積
113 極的に反訴を提起し、かつ反訴被告が反訴において紛争を解
114 決すれば足りると期待して本訴を取下げた場合には、反訴の
115 維持を求めても不公平とはいえないため、例外的に反訴の取
116 下げに反訴被告の同意を要するものというべきである(261
117 条 2 項本文準用)。

118 本件では、A は、200 万円の支払いを求めていることから
119 債務名義を得るために積極的に反訴を提起しているといえ
120 るし、また、B も反訴内における紛争の終局的解決を期待し
121 ていたといえる。よって、例外的に反訴取下げに B の同意を
122 要するものというべきであって、B の同意を得ない A の反訴
123 取下げは無効である。
124

コメント [a 11]: 趣旨からあ
っさりと結論を導き、時間
短縮。

コメント [a 12]: 条文上の原
則には必ず触れることを心が
ける。

コメント [a 13]: 原則どおり
では、不当な結果となる、と
の出題趣旨を拾う。

コメント [a 14]: 初見の論点
のため、趣旨から自分なり
の規範を定立する。

民事訴訟法 第 2 問

Xは、Yに対し、ある名画を代金100万円で売却して引き渡したが、Yは、約束の期限が過ぎても代金を支払わない。この事例について、以下の問いに答えよ。なお、各問いは、独立した問いである。

- 1 Xは、Yを被告として、売買代金100万円の支払を求める訴えを提起し、第一審で請求の全部を認容する判決を得たが、代金支払期限後の遅延損害金の請求を追加するため、この判決に対して控訴を提起した。この控訴は適法か。
- 2 Yが、Xから買い受けた絵画は贋作であり、売買契約は錯誤によって無効であると主張して、代金の支払を拒否したため、Xは、Yを被告として、売買代金100万円の支払請求を主位的請求、絵画の返還請求を予備的請求とする訴えを提起した。
 - (1) 第一審でXの主位的請求の全部を認容する判決がされ、この判決に対してYが控訴を提起したところ、控訴裁判所は、XY間の売買契約は無効で、XのYに対する売買代金債権は認められないとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。
 - (2) 第一審で主位的請求を全部棄却し、予備的請求を全部認容する判決がされ、この判決に対してYのみが控訴を提起したところ、控訴裁判所は、XY間の売買契約は有効で、XのYに対する100万円の売買代金債権が認められるとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。

(出題趣旨)

控訴と予備的併合に関する問題である。1では、控訴の利益の必要性と判断基準について論じた上、代金請求と遅延損害金請求が別個の訴訟物を構成することを踏まえつつ判断基準への当てはめを行うべきである。2では、予備的併合の意義と予備的請求部分も移審していることを踏まえた上で、(1)では、当該部分が控訴審での審判対象となる理由、審級の利益を論ずべきである。(2)では、控訴審の審判対象が不服の限度に限られることや不利益変更禁止の原則との関係でどのような判決をすべきか、これらの原則を形式的に適用して差し支えないかを論ずべきである。

民事訴訟法第2問 論文1位合格者の再現答案 A評価

第1 小問1について

控訴が適法であるためには、不服の利益が必要である。そして、不服の利益は、その基準としての明確性から、形式的に判断されるべきである。すなわち、原審の当事者の申立てと判決とを比較し後者が前者より小さい場合に肯定される。

すると、本件では、Xは原審において100万円の請求を申立て、その全部の認容判決を得ている以上形式的不服は認められないことになるはずである。

もっとも、これに対して、遅延損害金請求権をも併せて一個の訴訟物であったと見れば形式的不服も肯定され得る。すなわち、このように考えれば原審における100万円の請求は一部請求となると、別訴で残額を請求できないとの不利益回避のために、黙示の一部請求の場合における形式的不服は全部を基礎として判断されることからして、形式的不服は肯定されるのである。

しかし、そもそも遅延損害金請求権は、民法412条・415条を根拠に別途発生する別個独立の請求権であり訴訟物は別である。訴訟物とは実体法上の請求権をいうと解するべきところ、売買代金請求権と遅延損害金請求権は実体法上別個独立の請求権であるからである。したがって、上記のような構成は採用できない。

よって、Xの請求は問題なく全部認容されており、不服の利益は認められず、Xの提起した控訴は不適法である。

第2 小問2について

1. 問(1)について

ア. まず、主位的請求の認容判決により敗訴しているYには形式的に不服の利益が肯定される。よって、控訴は適法であり、控訴却下はなされない。

イ. 次に、控訴審の審判対象は当事者の申し立てる不服の限度に限られる(304条)。これを不利益変更禁止の原則という。

本件では、Yのみが不服を申し立てており、不利益変更禁止の原則からすると、審判対象は100万円の支払請求権の存否に限られることとなるはずである。そうすると、控訴裁判所としては、原判決を不当として取消し(305条)、請求棄却の判決を下すべきこととなる。

けれども、Xは予備的に絵画の返還請求を併合している。このように予備的請求が併合されている場合には、付帯控訴(293条)なくして、控訴審においても予備的請求につき審判できるものというべきである。なぜなら、すでに審判対象が定立されている点で、不利益変更禁止の原則の趣旨である処分権主義に反しないし、また、主位的請求が棄却される場合にはたとえ控訴審であっても予備的請求に付き審判を求める、というのが当事者の合理的意思であるからである。

よって、本件でも、主位的請求棄却の判断にいたった以上は、裁判所としては予備的請求につき審判する必要がある、そのうえで、原判決を取消し(305条)たうえで、予備的請求

コメント[a1]: これしか思いつかなかった。もっと良い理由付けが必要だったと思う。

コメント[a2]: 直前に友人が教えてくれた論点を、ラッキーと思いながらそのまま書く。

コメント[a3]: 知識があつて助かった。

コメント[a4]: この前に控訴の客観的不可分の原則に触れておくべきだった。完全に忘れてた。

コメント[a5]: 記憶をたどりながら論証する。控訴は完全に想定していなかったため、直前期勉強がおろそかになっていた。

47 認容の判決を下すべきである。

48 2. 問(2)について

49 ア. まず、予備的請求の認容判決に対して、被告である Y は形
50 式的に見て不服の利益を有する。したがって、控訴却下はな
51 されない。

52 イ. そして、控訴審の審判対象が不服の範囲内に限定される
53 (304 条)のは先述の通りである。

54 本件では、不服を申し立てたのは Y のみである。そしてそ
55 の不服は予備的請求認容判決に対するものであるから、控訴
56 審の審判対象は予備的請求認容判決の当否に限定されるこ
57 ことになる。

58 従って、裁判所としてはたとえ売買代金債権が認められる
59 との結論に達していたとしてもその点については判断をな
60 しえず、絵画の返還請求権が存在しないとの結論に至った以
61 上は原判決を取消し(305 条)、X の予備的請求棄却の判決を
62 下すべきである。

63 ゆえに、X としては全面敗訴を回避するためには、付帯控
64 訴(293 条)を提起しておく必要があるということになる。

65 このように、主位的請求が認容された問(1)と異なり、予備
66 的請求が認容された場合には不利益変更禁止の原則から付
67 帯控訴が必要となる。確かに、このような違いが出るのは不
68 合理であるとも思える。しかし、訴えの客観的予備的併合に
69 おいては、予備的請求は主位的請求の認容を解除条件として
70 申し立てられるゆえ、主位的請求が認容された場合には予備
71 的請求は審判されないのに対し、主位的請求が棄却された場
72 合には予備的請求は審判されるとの違いがある。そして、主
73 位的請求が認容された場合には予備的請求の審判を経てい
74 ないため予備的請求につき依然審判要求が継続していると
75 評価可能であり不利益変更禁止の原則に抵触しないのに対
76 し、主位的請求が棄却された場合には予備的請求につきす
77 でに審判されているためもはや審判要求が継続しているとは
78 評価できず不利益変更禁止の原則に抵触するのである。

79 よって、このような違いが生じたとしても不合理とはいえ
80 ない。また、主位的請求認容の場合と異なり予備的請求棄却
81 の場合には X に付帯控訴を期待することは容易であり、不当
82 ともいえない。

83 ウ. 以上より、裁判所としては原判決を取消し予備的請求を棄
84 却することとなる。

コメント [a6]: この違いが
小問 2 の出題趣旨だろうと
考えた。ぐだぐだと論じて
しまったが、もう少し端的
に議論できればよかったと
思う。

刑事訴訟法 第 1 問

甲及び乙は、繁華街の路上において、警察官から職務質問を受け、所持品検査に応じた。その結果、両名の着衣からそれぞれ覚せい剤が発見されたため、警察官が両名に対し、覚せい剤所持の現行犯人として逮捕する旨を告げたところ、甲は、警察官の制止を振り切って、たまたまドアが開いていた近くの不動産業者Xの事務所に逃げ込んだ。そこで、警察官は、これを追って同事務所に立ち入り、机の下に隠れていた甲を逮捕したが、甲は、同事務所に逃げ込んだ際手に持っていた携帯電話機を所持しておらず、机の周辺にも携帯電話機は見当たらなかった。そのため、警察官は、Xの抗議にもかかわらず、甲が隠れていた机の引出しを開けて中を搜索した。一方、乙は、所持品検査を受けた路上で逮捕されたが、大声でわめき暴れるなどしたことから、周囲に野次馬が集まってきた。そこで、警察官は、乙を警察車両に乗せて1キロメートルほど離れた警察署に連行し、到着直後に同警察署内で乙の身体を搜索した。

以上の警察官の行為は適法か。

(出題趣旨)

本問は、覚せい剤所持の現行犯人を逮捕する場面における警察官の行為の適法性を問うことにより、逮捕に伴う無令状での被疑者やその所持品の搜索、被疑者を逮捕の現場から警察署に連行した上での身体の搜索について、基本的知識の有無と具体的事案における応用力を試すものである。

刑事訴訟法第1問 論文1位合格者の再現答案 C評価

1. 職務質問及び所持品検査について

職務質問は警察官職務執行法2条1項より認められる。また、所持品検査も、職務質問の実効性確保のため有効かつ必要な範囲で、職務質問に付随するものとして同法2条1項より認められる。

よって、この行為については警察官の行為は適法である。

2. 甲及び乙を現行犯逮捕した行為について

現行犯逮捕の要件として、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終った者」であることが必要である(212条1項)が、これは犯罪及び犯人が逮捕者にとって明白であり、かつ、犯行と時間的場所的に接着していることをいう。また、逮捕の必要性も要件となる。

本件では、甲および乙は覚せい剤を所持していたのであるから、覚せい剤所持の罪を現に犯していることが明白であり、逮捕者である警察官にとって犯罪及び犯人の明白性は肯定される。次に乙については所持品検査を受けた路上で逮捕していることから、時間的場所的接着性も問題なく認められる。甲については、確かに近くの事務所に逃げ込んだ後に逮捕されたが、警察官は甲の追跡を継続しており、このことを加味するに時間的場所的接着性はやはり肯定される。また、覚せい剤は証拠隠滅が容易であるから、逮捕の必要性も肯定できる。

よって、甲乙を現行犯逮捕する要件は充足されており、警察官のこの行為は適法である。

3. 事務所に立ち入った行為について

この警察官の行為は220条1項1号により適法であるというべきである。220条1項1号により、無令状で人の看取する建造物に立ち入るためには「被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要がある」ことが必要である。本件では、警察官は被疑者甲を現行犯逮捕するためにXの事務所に立ち入っているし、甲が同事務所に逃げ込んだのであるから逮捕するために必要であったといえる。したがって、この警察官の行為は適法である。

確かに、Xは全く無関係ではある。しかし、220条1項は「人の」としており、被疑者の住居、建造物などに限定しているわけではない。むしろ、220条1項は逮捕に必要不可欠な立ち入りの受忍を一般人に要求しているものと解されるのである。したがって、この点から警察官の行為を違法であるとするのはできない。

4. 机の引き出しの中を搜索した行為について

警察官は無令状で、Xの事務所の搜索をしているものと解される。

無令状搜索が適法であるためには220条1項2号の要件を充足する必要がある。ここで、220条1項2号が無令状の搜索を認める趣旨は逮捕の現場には証拠物存在の蓋然性が高く、それゆえ証拠隠滅の恐れが高く、緊急に証拠物を保全する必要があるからである。これに対して証拠物存在の蓋然性が高いことか

コメント[a1]: 問題文の事情が明らかでないので、あっさりとして適法にすることにした。

コメント[a2]: 現行犯逮捕の要件はこのように書く決めていた。

コメント[a3]: もう少しきちんと書くべきだったと思う。

コメント[a4]: 文章の流れが自然になるように心がける。時には、結論から書いても良いと思う。三段論法がきちんと展開されていれば、書き方はあまり問題にならないと思う。

コメント[a5]: この処理は、自信はなかったが、書いてみた。

47 ら令状審査が不要されたとする見解もあるが、抽象的な証拠物
48 存在の蓋然性をもって、令状審査に代替するのは不当であり賛
49 成できない。

50 そして、このように緊急に証拠物を保全する必要性という趣
51 旨から、「逮捕する場合」とは証拠隠滅の危険の高い逮捕に近
52 接した時点をいい、証拠隠滅の危険のない逮捕後は含まない。
53 また、「逮捕の現場」とは証拠隠滅の危険のある被疑者の身边
54 を言う。もちろん、いずれの立場からも、捜索対象物が被疑事
55 実関連性を有することは必要である。被疑事実に関連する証拠
56 物存在の蓋然性が根拠となっているからである。

57 本件では、携帯電話が捜索対象物であるが、携帯電話には覚
58 せい剤取引の記録などが残っている可能性があり、被疑事実関
59 連性は肯定される。しかし、逮捕後に捜索しており「逮捕する
60 場合」とはもはや言えないし、すでに甲は机から離れていると
61 考えられるので、「逮捕の現場」ともいえない。

62 よって、220 条 1 項 2 号の要件を充足せず、警察官の捜索は
63 不適法である。

- 64 5. 警察官が乙を連行し、警察署内で身体の捜索をした行為につ
65 いて

66 この場合も、無令状で捜索しており、220 条 1 項 2 号の要件
67 を充足することが必要となる。

68 確かに、警察署は逮捕の現場そのものではなく、220 条 1 項
69 2 号の要件を充足しないと思われる。しかし、公道上などで
70 交通の妨げとなる場合や、その場所で捜索したのでは被疑者の
71 名誉を害する場合などにおいて被疑者を連行した上で身体を
72 捜索する必要性が認められる。

73 そこで、被疑者の名誉の保護や、他の人への迷惑防止のため
74 に必要がある場合に、逮捕直後に相応しい最寄りの場所に連行
75 した上で被疑者の身体の捜索をすることも、逮捕の現場におけ
76 る捜索と同視して 220 条 1 項 2 号により許されるものというべ
77 きである。

78 本件では、路上で乙がわめいていることからして乙の名誉の
79 ために場所を移す必要性は認められる。また、野次馬が集まっ
80 てきていることから、通行人の迷惑とならないためにも移動は
81 必要といえる。そして、逮捕直後に移動しかつ移動直後に取り
82 調べている。さらに、移動先が 1 キロ離れた警察署であり、相
83 応しい最寄りの場所であるといえる。したがって、逮捕の現場
84 と同視可能であり 220 条 1 項 2 号の要件を充足する。

85 よって、この警察官の行為は適法である。

コメント【a6】: ミス。5 の
身体の捜索のところで矛盾
が生じている。

コメント【a7】: 捜索の話を
する前に、連行の適法性を
論じるべきであった。すっ
かり見落としていた。簡単
そうに見える問題こそ要注
意である。

コメント【a8】: 本当は、
「逮捕する場合」の要件
も検討するべきだった。
4.と矛盾が生じている。

刑事訴訟法 第 2 問

警察官は、Aを被害者とする殺人被疑事件につき、搜索差押許可状を得て、被疑者甲の居宅を搜索したところ、「①Aにレンタカーを借りさせる、②Aに睡眠薬を飲ませる、③Aを絞め殺す、④車で死体を運び、X橋の下に穴を掘って埋める、⑤明日、決行」と記載された甲の手書きのメモを発見したので、これを差し押さえた。その後の捜査の結果、X橋の下の土中からAの絞殺死体が発見され、その死体から睡眠薬の成分が検出された。また、行方不明になる直前にAがレンタカーを借りたことも判明した。

甲が殺人罪及び死体遺棄罪で起訴された場合、上記メモを証拠として用いることができるか。

(出題趣旨)

本問は、殺人、死体遺棄事件の被告人宅で押収された、いわゆる犯行計画メモを題材として、当該メモの証拠としての許容性を問うことにより、伝聞法則の趣旨、伝聞証拠と非伝聞証拠の区別、要証事実の捉え方などについて、基本的知識の有無と具体的事案における応用力を試すものである。

刑事訴訟法第2問 論文1位合格者の再現答案 C評価

1. 本件メモを証拠として用いるためには、証拠能力が備わっていることが必要である(317条)。以下、検討する。

2. まず、本件メモが書面であることから「公判期日における供述に代えて書面を証拠と」する場合、すなわち伝聞証拠として証拠能力が原則として否定される可能性がある。

ここで、供述証拠であるか否かは、要証事実との関係で決せられ、要証事実との関係で内容の真実性が問題となる場合には供述証拠だと評価される。なぜなら、供述証拠につき伝聞法則が妥当する根拠が、供述証拠においては知覚、記憶、叙述との過程を経るためその各過程において誤りが混入しやすく原則として、反対尋問や宣誓によって担保される公判廷における供述に限定する必要性が高い点にあるところ、内容の真実性が問題となる場合にこの趣旨が妥当するからである。

本件のメモについても、要証事実が甲の殺意や、甲が犯罪を実行したという事実であって、これらを立証趣旨とする場合にはメモの記載内容の真実性が問題とならざるを得ず、供述証拠であるといえる。この場合には伝聞法則の適用があり321条以下の伝聞例外を充足せねば、証拠能力は否定される(320条)。

これに対して、メモの存在自体が証拠とされる場合にはメモの記載内容の真実性は問題とならず、伝聞証拠とはいえないため、自然的関連性が認められる限りで証拠能力は肯定される。この、メモの存在自体が証拠となる場合としては、甲の犯人性を要証事実としてAに関する記載のある甲の筆跡のメモが存在すること自体によりこれを証明する場合や甲の心理状況を要証事実とする場合などが考えられる。この場合は、自然的関連性が問題となるが、最低限度の証明力は有するといえ、肯定される。よって、このような場合には証拠能力は肯定される。

3. 次に、本件メモが供述証拠とされた場合、本件メモを証拠とすることは「公判期日における供述に代えて書面を証拠と」する場合に該当するので、原則として証拠能力が否定され証拠とすることができない(320条1項)。

そこで、321条以下の伝聞例外に該当するか否かを検討する必要がある。

まず、被告人甲が本件メモを証拠とすることに同意した場合には証拠とすることができる(326条1項)。この場合、本件メモが作成された状況を考慮して相当と認められることが必要であるが(同条項)、任意に作成されていると考えられ肯定される。従って、この場合には本件メモの証拠能力は肯定される。

次に、322条1項の被告人の供述書として、証拠能力が肯定される可能性もある。同条項の要件は、被告人の作成した供述書であること、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであること特に信用すべき状況のもとに作成されたものであること、被告人に不利益な事実の承認を内容とする場合は「任意」性が認められること、である。被告人の署名押印は、二重の供述証拠となる被告人の供述録取書についてのみ必要とされるのであって、被告人甲自身の手によるメモである

コメント[a1]: あまり書くことがなさそうだったので、当たり前すぎて普段書かないことを書いてみる。

コメント[a2]: 論証をきちんと用意していなかったため、明快さに欠ける議論になってしまった。

コメント[a3]: あまり自信がないままぐだぐだ書いてゆく。本問は全体的に、出題趣旨を捉え切れなかった気がする。

コメント[a4]: この具体例もまずかった。正解は「犯罪事実と同内容のメモの存在自体から甲による犯行を立証する場合」だった、と後で思った。減点されていたそう。

コメント[a5]: これはミス。並列的に並べたのは間違い。かなり減点されていたそう。

47 本件では問題とならない。

48 本件メモは、被告人甲自身の手によるものであり、かつ供述
49 証拠として用いる場合であるから「被告人の作成した供述書」
50 といえる。また、確かに犯行計画であり犯罪以前のメモではあ
51 るが、本件メモはAを殺害した具体的内容が記載されており、
52 犯人性の自白に匹敵するといえ被告人に不利益な事実の承認
53 を内容とするものである。さらに、甲は捜査開始以前の完全に
54 自由な状況下で本件メモを作成していると考えられるので、特
55 に信用すべき状況のもとで作成されたといえる。

56 次に、「任意」性とは、319条1項を参照して解釈するべきで
57 ある。すなわち、自白に任意性が要求される趣旨は、不任意の
58 自白は虚偽の恐れが高いゆえ排除される必要がある点、任意に
59 されるのでない自白は黙秘権の保証(憲法38条1項)を侵害する
60 ような態様で得られた可能性が高く黙秘権保障の観点から排
61 除する必要がある点に求められるところ、322条の「任意」性
62 の内容もこの観点から決せられるべきである。従って、「任意」
63 性とは、虚偽の恐れがなくかつ、黙秘権を侵害するような状況
64 下での供述でないことを意味するものというべきである。

65 本件では、甲は捜査開始以前にメモを書いたのであって、虚
66 偽の可能性は低い。また、黙秘権を侵害するような状況下で作
67 成されたとの事情も認められない。よって、本件メモに「任意」
68 性は肯定される。

69 以上より、本件メモが供述証拠であるとしても、322条1項
70 の要件を充足し、伝聞例外として証拠能力は肯定される。よっ
71 て、本件メモは証拠として用いることができる。

コメント【a6】: 322条の
任意性について解釈した
ことはなかったので、自
分なりに考える。書いて
いるときは結構いい感じ
だと思っていたけど…。

コメント【a7】: なんかひっ
かかりながらも、このよう
に書く他は思いつかない。
仕方ないから観念して書く。

コメント【a8】: 全体的にば
っとしないな、と思いなが
らもまとめの一文を入れる。