

平成27年度司法試験 論文式試験 再現答案集

監修：中村 充 講師

<目次>

公法系第1問	2
公法系第2問	9
民事系第1問	15
民事系第2問	25
民事系第3問	33
刑事系第1問	42
刑事系第2問	51

1 公法系第 1 問(憲法)

3 第 1 設問 1(1)

4 1 A 市が、Y 対策課の採用に当たり、B と C を同一に扱ったことは、
5 平等原則（憲法 14 条 1 項）に違反し、違憲「違法」（国家賠償法 1
6 条 1 項）である。

7 憲法 14 条 1 項は、合理的差別を許容するにとどまらず、公権力に
8 対し国民を合理的に差別して取り扱うことを要請する規定と解すべ
9 きである。国民は、差異ある「個人として尊重」（13 条前段）される
10 べきだからである。

11 本件で、A 市は、Y 対策課の採用に当たり、以下の通り B と C を区
12 別して取り扱うのが合理的であったのに、両名とも不採用として同一
13 に取り扱っているので、14 条 1 項に反する。

14 (1) 確かに、B と C は、A 市における Y 採掘事業に関して公の場で反
15 対意見を表明したことがある。

16 しかし、そもそも、B は、Y 採掘事業に対して、Y が有力な代替
17 エネルギーであると考えているが、その採掘には危険性があり、こ
18 の点に関する安全確保の徹底が不可欠であると考えており、同事業
19 を全面的に否定しているわけではない。

20 一方、C は、同事業の危険性を完全に回避する技術の開発は困難
21 であり、安全性確保の技術が向上したとしてもリスクが大きいと確
22 信しており、Y 採掘事業は絶対に許されないと考えている。

23 (2) また、B は、上記持論の表明方法として、行使シンポジウムに
24 参加し、意見を述べるという方法をとっているのに対して、C は、
25 甲市シンポジウムの開催自体を中止させようと思い、Y の採掘へ
26 の絶対的な全面反対及び甲市シンポジウムの即刻中止を拡声器で
27 連呼しながらその会場に入場しようとし、そのうえ、これを制止
28 しようとした甲市の職員ともみあいになり、その職員を殴って怪
29 我を負わせ、傷害罪（刑法 204 条）で罰金刑に処せられた。

30 (3) さらに、B は、Y 対策課の応募に当たり、Y 採掘事業には、安全
31 確保の徹底が不可欠であるところ、A 市における Y 採掘事業には
32 安全性に未だ問題が残っているので、現段階では反対せざるを得
33 ないが、少しでもその安全性を高めるために働きたいとの考えを
34 持って応募し、A 市の職員採用担当者にもその旨述べた。

35 一方 C は、以前同様に Y 採掘事業は絶対に許されないと考えの
36 下、Y 対策課の職員になれば、Y 採掘事業の現状をより詳細に知る
37 ことができるので、これを Y 採掘事業反対運動に役立てようと思い、
38 Y 対策課の職員募集への応募書類を提出した。

39 (4) このように、B と C は、Y 採掘事業に対しての考えの具体的内容
40 および、その意見表明にあたって取った手法・行動、さらには Y
41 対策課への応募動機にも大きな違いがある。そのため、A 市は、
42 採用に当たっては両名を区別して取り扱わなければならなかった
43 というべきである。

コメント [K1]: ついに憲法でも配点割合明示。一瞬ビビった。X
の言い分①と③はよくわからん。まともに書けそうなのは②だけ
なので、これをしっかり書こう。

コメント [K2]: 本当なら X の全言い分を私見で大展開したかった
が、言い分①は私見を大展開する自信がなかったので、これに振
られている配点は党派的主張を書けよ！設問 1 で取ろうと思
った。

コメント [K3]: 差別って言うてるから法的構成は（私の人も）
これを書くだろ。

コメント [K4]: X の言い分を①「C と差別しろ」②「D と差別す
るな」と書いたら思いついた。

コメント [K5]: 14 条のテンプレを応用。

コメント [K6]: 以下、全 2 頁の問題文から、B と C が並んで書か
れている箇所を(1)～(3)に整理して書き写す。

コメント [K7]: 問題文最後から 2 番目の段落から。問題文をピッ
クアップする際の基準にした。

コメント [K8]: これは自分で付け足した。

44 にもかかわらず、BとCを共に不採用として同一に取り扱ったこと
45 とは、公権力に対して合理的差別を要請する14条1項に反する。

46 2 A市が、Y対策課の採用に当たり、Bを不採用にしてDらを採用し
47 たことは、合理的差別とはいえないから、平等原則に反し違憲「違
48 法」である。

49 Bの不採用は、Bが甲市シンポジウムでY採掘事業に関して反対意
50 見を表明したという「表現」(憲法21条1項)活動に関わるので、差
51 別の合理性は厳格に判断すべきである。

52 (1) Bは、6ヶ月間の判定機関における勤務実績はDらと比較してほ
53 ぼ同程度ないし上回るものであったから、Bは能力的にはY対策
54 課の職員として問題がなかったといえる。

55 (2) また、Y対策課は、Y採掘事業に関し、情報収集等による安全性
56 監視なども行うことから、Bのように、Y採掘事業の安全性に疑問
57 を持っている者も、その職員としてふさわしいといえる。

58 (3) にもかかわらず、Bを、甲市シンポジウムでのY採掘事業に反
59 対する内容の発言があることを理由に不採用にし、Bよりも勤務
60 実績の下回る者も含まれるDらを採用することは、合理的ではな
61 い。

62 よって、BとDらとの別異取扱い、合理的差別とはいえないの
63 で、平等原則に反し違憲である。

64 3 A市が、BがY採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自
65 分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことを正式採用しない
66 理由としたことは、Bの、Y対策課の採用に当たって自己のY採掘事
67 業に関する過去の意見表明を考慮されない自由を侵害し、違憲「違
68 法」である。

69 上記自由は、「一切の表現の自由」(憲法21条1項)として、憲法
70 上保障される。

71 第2 設問1(2)

72 1 Bの主張1について、憲法14条1項は、公権力に対して国民を合
73 理的に差別して取り扱うことまでも要請する規定ではないから、B
74 とCを共に不採用にしたことは平等原則に反しない。

75 2 主張2について、BとDらを別異に取り扱ったことは、合理的差別
76 だから平等原則に反しない。

77 3 主張3について、Aの主張する自由は、憲法上保障されない。

78 第3 設問2

79 1 憲法14条1項は、歴史的にも、公権力に対して不合理な差別をす
80 ることを禁止する性格の規定であり、国民を合理的に差別すること
81 を要請する規定とまではいえない。よって、この点については、A
82 市の反論の通りである。

83 2 14条1項にいう「平等」とは、合理的差別を許容する相対的平等
84 と解する。

85 (1) ここで、差別の合理性の基準が明らかでなく問題となる。

コメント[k9]: 本来なら設問1で書くのはここまでにするところだが、配点が40もあるので不安になりこの先も少し書いた。が、ここで書いた事情も結局は設問3でガッツリ書くことになったので得点効率悪かったかも。

コメント[k10]: これが一番よくわからない。斟酌する、という点でマクレーン事件っぽいなと思ったが、あの判例もほとんど行政裁量の話だし。ま、いつか、みんなできないだろう。

コメント[k11]: 言い分はこんな感じでお茶を濁す。

コメント[k12]: 一見して表現の自由に飛びついてしまったが、他の構成もあったようだ。

コメント[k13]: ここは本当にミニマムを書いた。ナンバリングだけ対応させることに気を付けた。

コメント[k14]: 設問1(1)で大展開した言い分①を、私見で一瞬で切り捨てることに後ろめたさを感じたが、これに関する問題文の事情は設問1(1)でまとめたので、やむを得ない。

コメント[k15]: この14条1項の憲法解釈論を、私見で維持する自信がなかった。

コメント[k16]: パターンに乗せてしっかり書く。ここでする。

ア BとDらの別異取扱いは、B主張の通り、精神的自由権たるBの表現の自由に関わる。

イ 一方、Y対策課はYという天然資源を扱う部署なので、その職員採用には専門技術的な考慮が必要であり、また、その募集要項にも、採用に当たって、Y対策課の設置目的や業務内容に照らして、当該人物がY対策課の職員としてふさわしい能力・資質等を有しているか否かを確認するために6か月の判定期間を設けるとしていることから、A市側には職員の採用について一定の裁量が認められる。

ウ そこで、中間的な基準、具体的には①重要目的と②実質的関連性ある充分合理的な手段による差別なら、合理的と解する。

(2)ア 本件で、①Bを不採用とし、Dらを採用した目的は、Y対策課の職員としてふさわしい能力・資質等を有する者をY対策課の職員として採用する点にある。

Y採掘事業には極めて高い経済効果が見込まれ、A市の税収や市民の雇用の増加も期待できるものである一方、危険性も指摘されている。それは、採掘直後のYには人体に悪影響を及ぼす有害成分が含まれており、採掘の際にその有害成分が流出・拡散した場合、採掘にあたる作業員のみならず、周辺住民重大な健康被害を与える危険性である。実際、外国の採掘現場において、健康被害までは生じなかったが、小規模の有害成分の流出事故が起きたこともあった。

その後、Yの採掘の際に上記の有害成分を無害化する技術の改善が進んだものの、完全な安全性が確保されたわけではない。

このような危険性のあるYを専門に扱うY対策課の職員に、能力・資質がふさわしくない者が採用されれば、A市民の「生命」(13条後段)「健康」(25条)が脅かされるから、上記目的は、重要といえる。

イ ②ではBを不採用とし、Dらを採用するという手段はどうか。

もともとBは、天然資源開発に関する研究を行っていた大学院生であった。また、Bは、Yの安全性にはまだ問題が残っているので、現段階でもY採掘事業には反対であるが、少しでもその安全性を高めるために、新設されるY対策課で自分の専門知識を生かし、市民の安全な生活や安心を確保するために働きたいと考えている。

Y対策課は、Yについて不安を訴える市民の意見を受け、将来実施されることとなるY採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確保するために設置され、その業務内容は、Y採掘授業に関し、情報収集等による安全性監視や、事業者に対する安全性に関する指導・助言などを行う部署である。

とすると、直接Y採掘事業を行うというよりも、行政としてその安全性を監視する側のY対策課の職員としては、Bのように専門的知見を有しながら、なおYの安全性に疑問を持っている者が、

コメント[k17]: 行政法の裁量を発見する方法の応用。

コメント[k18]: 本問で唯一の個別法っぽい位置づけなので使ってみた。

コメント[k19]: 審査基準のうち、②手段だけでなく①目的についても、あてはめるべき問題文の事情が沢山あることは、過去問演習を通じて学んだ。

コメント[k20]: 問題文冒頭の事情をまだ使っていなかったで、やや要約しながら書き写す。

コメント[k21]: これは、問題文に明確に書かれていなかったが、まあそうなのだろうと思い書いた

コメント[k22]: 重要目的へのあてはめでは、できるだけ憲法の条文を使いたい。この二つの条文は中でも個人的に使いやすい準レギュラー級。今回も登場してもらった。

コメント[k23]: この段落はできれば全部書き写したかったが、時間がなかったので短くまとめた。

129 求められているといえる。
130 また、Bの判定期間における勤務実績は、Dらと比較してもほ
131 ぼ同程度ないし上回るものであった。
132 にもかかわらず、Bについて、甲市シンポジウムでY採掘事業
133 に反対する内容の発言を行ったことや、Y採掘事業に関する考え
134 を重視して、Bよりも勤務実績の下回る者も含まれるDらを正式
135 採用し、Bを不採用とすることは上記目的①と実質的関連性ある
136 充分合理的な手段とはいえない。
137 したがって、合理的差別とはいえないから、BとDらを区別し
138 て取り扱ったことは平等原則に反し14条1項に反する。
139 3 Bは、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
140 見・評価という思想意見等を、すでに甲市シンポジウムで述べて外
141 部に表明している。
142 とすると、上記表現行為については、Bはすでに一応目的を達成し
143 ているといえる。
144 よって、Bの主張する自由は憲法21条1項で保障されるとはいえ
145 ないので、Bの主張3については、A市側の反論の通りである。
146 以上

147
148 〈総合コメント〉

149 設問1と設問2で大展開した言い分が違ふこと、私見では結局、言い分
150 ②しかきちんと書けなかったことが不安。しかし、今思い返してみても、
151 現場でそれらしいことが書けるのは言い分②だけだったと思うので、仕方
152 がないと思う。

153
154 〈時間配分〉

155 答案構成：40分

156 答案書き：80分

157

158 〈使用教材〉

159 デバイス・ネオ 憲法

160 4A 論文過去問分析講義

コメント[k24]: 設問文丸写しスタイルの中、ここ
だけは自分なりの考えが思いつけた。

コメント[k25]: ②手段へのあてはめをうまく総括で
きなかったので、「にもかかわらず」でグチャッとま
とめた。

コメント[k26]: 精神的自由だし、本来もっと書くべき
なのかもしれない。しかし、ここまで来ても何を書け
ばいいのかわからない。時間ももないし、2を違憲
にしたし、Xも言い分③は最後にぽつと付け足した
感じだったから、早々に撤退しよう。

コメント[k27]: サンプル問題、平成25年公法系第1
問でも似たようなことが書けたような。どちらも平等
原則がメイン論点だったし、と、書いているときぼん
やり思った。

1 公法系第 1 問（憲法）

第 1 設問 1

1 C と同一に扱ったことについて

Y 採掘事業について反対意見を表明した点では同じであるが、具体的な内容や意見表明手法・手段に大きな違いがあるにもかかわらず、B と C を同一に扱ったことが平等権を保障する 14 条 1 項に反し違憲・違法であり、不法行為を構成しないか。

B と C の差異は、反対意見を表明した点では同じであるが、その内容と表明手段に差異がある。このような差異は 14 条 1 項後段の列举事由には該当しない。そして、14 条 1 項は絶対的平等を保障するものではなく、相対的平等を保障するものであるから、不合理な区別のみが違憲となる。

本問では、甲市シンポジウムにおいて、天然資源の研究生として Y の安全性が十分に確保されていないことを理由に Y 採掘に反対した B と、そもそも甲市シンポジウムの開催を阻止を目指し、拡声器で連呼しながら入場した他甲市の職員に傷害を負わせるような不当な意見表明に出た C では、反対意見の表明の程度に大きな差異があり、両者を同一に扱う合理的な理由はない。

それにもかかわらず、両者を同一に扱った A 市は 14 条に反し違憲・違法な不法行為をしたといえる。

2 D との差別について

D は、B と同程度かそれを下回る勤務実績であったのに、A 市は D を正式採用し、B を正式採用しなかった。

判定期間中に、あわよくば B よりも勤務実績が下回る D を B より優遇し、正式採用することに合理的な理由はない。

したがって、甲市に不法行為が成立する。

3 差別以外について

19 条は、思想・良心の自由を保障する。Y 採掘に反対することも「思想」であるから、19 条の保障の対象である。思想・良心は内心にとどまる限り絶対的に保障されるが、外部に表現された場合においても、目的が必要不可欠で、目的と手段の関係が必要最小限度においてのみその制約が許されるにすぎない。

本問において、A 市は、将来実施されることとなる Y 採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確保しようと、Y 対策課を設置するのであるから、そのためには、Y 採掘に賛成する者のみによるのではなく、反対派の意見も取り入れて十分な協議をすることが、目的に資すると言える。

それにもかかわらず、B が Y 採掘に反対という「思想」を持っていることを理由に正式採用しないことは、Y 対策課設置の目的を達成する必要最小限度の制約とはおよそ言えないから、19 条に反し違憲な取扱いであり、これが不法行為を構成する。

第 2 設問 2

C との差別は、反対意見を持つ者を採用することが、Y 対策課設置の目的達成を害す

という理由によるもので、表現態様に差異があっても同一に扱うことに合理性が認められる。

コメント [s28]: 同一に取り扱ったことが、14 条違反になるのかどうかという、前提となりかつ根幹となる疑問について、当然に 14 条違反になるという前提で書いてしまった。かなり悔んでいる。

コメント [s29]: 14 条の問題は誰と誰の間の差別を具体化することが前提であると強く意識していたが、そのせいか、上記コメントの通り、同一に取り扱うことまで 14 条の問題となるかについての記載を逃げるような答案になってしまった。

コメント [s30]: 14 条の規範をより具体的にすべきか悩んだが、とりあえず原告では合理的か否かだけ検討することにした。

コメント [s31]: この問題は、反対意見の有無が区別の理由であったのに、問題文を読み間違い、反対意見の問題は 3 で書けばよいと勘違いしてしまった。途中で気がついたが、直す余裕はなかった。

コメント [s32]: 事案を読んで思い浮かんだ判例は麹町中学事件であったので、それとの比較を意識して書いた。しかし、表現の自由の問題であるのか疑問を持ちながらの起案となった。

コメント [s33]: 19 条の規範は、判例で出ていないと思ったので、原告としては厳格基準で行くことにした。

コメント [s34]: 目的のみで違憲としたが、本来は手段についても触れるべきだと思う。時間に追われ始めたので、目的のみで切った。

コメント [s35]: 同一に取り扱うことの違憲性について全く突っ込めなかった。

Dとの関係では、反対意見を持つ者を採用することが、Y対策課設置の目的達成への弊害を防止するという内容中立的・付随的な区別にすぎないので、区別に合理性があり 14 条 1 項に反しない。

Bのシンポジウムでの発言は、Bの思想を察知させるものではないし、そもそもA市はBの思想を理由に区別をしたものではない。

第3 設問3

1 Cとの差別について

本件は、同じく反対意見を持ちながら、意見表明の方法が異なる者を同一に扱うというものである。これについて、Bはシンポジウムという意見交換の場で、天然資源の一研究生として言論により反対意見を表明したものである。他方、Cは、本来自由な言論の下で多様な意見を参照して、合理的な意見を形成すべき場の開催を阻止しようとした者である。Yが周辺住民に重大な健康被害を与えるを有する一方で、A市の税収や市民の雇用増加に期待できるというのであれば、多様な意見を参照して、できる限り合理的な意見を形成すべきである。

そうすると、そのような合理的な意見を形成する場自体を阻止し、職員に負傷まで負わせたCと、言論で意見を表明したBを同一に扱うことは合理性がない。これは 14 条 1 項に反する行為であり、不法行為を構成する。

2 Dとの区別について

判定期間の勤務成績に差異があるBとDの区別の合理性の有無は、区別の目的に合理性があり、目的と区別の間に必要性・相当性が認められるか否かで決すべきと考える。

本件では、Y対策課を設置し、Y採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確保しようとするのであるから、これに賛成する者のみで構成するよりも、反対派も採用し、多様な意見の交換を通じて合理的な意思決定を目指すべきである。

そうすると、反対意見を有するBとDを正式採用において区別する合理性がそもそもない。

したがって、本件区別は 14 条 1 項に反し意見であり、不法行為を形成する。

3 差別以外について

BがY採掘事業について反対意見を有することも 19 条の「思想」ないし「良心」である。事業についてYが意思を有していることに違いはないからである。

19 条は、A市をはじめ公権力から思想・良心を理由に不当な不利益を受けないことを保障している。そうでなければ、思想・良心の自由を保障することはできないからである。

これについて、Bの意見表明からはBの思想を知ることはいえない。人の思想は、外部的行為から察知されるものだからである。そして、A市が、Bがシンポジウムで意見を述べたことを理由に正式採用を見送った以上、Bの思想によりBに不利益を課したと言える。

しかし、問題は、A市が税・雇用の面も含めて、行政目的達成のために採用について裁量を有し、本件不利益がその範囲に収まり不当とは言えないのではないか、という点である。

コメント [s36]: このとき、1 では失念した反対意見をもつことによる差別であることに気づいたので、無理やり、反対意見をもつことによる差別の合理性を書いた。

コメント [s37]: 麹町中学事件の判決要旨を書いたつもり。

コメント [s38]: 規範を書くべきであった。合理性の有無といっても、一応規範であるが、三段論法を意識すると、より具体化した規範を定立するべきだったと思う。

コメント [s39]: 1 で設問を読み違えたため、あやふやな記述になってしまった。

コメント [s40]: この認定は、あっさり過ぎたと思う。

コメント [s41]: 麹町中学事件に対する、蟻川教授の論文を真似たつもり。

コメント [s42]: ここが、今年の問題で最大の論点だと思った。ただ、行政法チェックがあるので、どうなのだろうか・・・

これについて、Yが周辺住民に重大な健康被害を与える危険がある一方で、Y採掘によりA市の税収、雇用の面で利益が認められるというのであるから、やはり、多様な意見を持つ者を採用し、市民に事業の安全性及びこれに対する信頼を確保すべきと考える。それなのに、反対意見をもつとの理由でBを正式採用しないのは、裁量権の逸脱濫用にあたる不当な不利益であると考ええる。

したがって、本件ではA市は19条に反する違憲・違法な不法行為を形成する。

以上

総合コメント

難問と感じた。今までにない、実質3個ずつの論点について記述を求められる問題で、時間がかかるなど感じ焦ってしまった。そして、そもそも、14条をこのような形で問われるのは想定外で、何を書いてよいかわからなかった。法令違憲でも適用違憲でもない、処分違憲でいかなる規範をたてるべきかも準備しておらず、痛いところを突かれたと思った。憲法は、個人的には得点を稼ぎたいと思っていただけに、厳しい結果となると思う。

構成 40 分（見切り発車）

作成 80 分

基本書等 判例百選は熟読した

芦部憲法

青柳憲法

蟻川「プロトディシプリンとしての読むこと」

蟻川「起案講義憲法」

蟻川他「憲法判例を読み直す」

蟻川他「ローアングル憲法」

公法系第 2 問 (行政法)

第 1 設問 1

X は、Y 市を被告として (行政事件訴訟法 38 条 1 項, 11 条 1 項 1 号), 本件命令の差止めの訴え (同法 3 条 7 項) を提起できないか。

1 本件命令は、公権力の主体たる Y 市の行為であり、X に対し、本件取扱所を本件葬儀場から 30 メートル以上離れたところに移転すべき義務を課し、その財産権 (憲法 29 条 1 項) の範囲を画するので、処分性が認められる。

2 では、本件命令という「一定の処分・・・がされることにより重大な損害を生ずる恐れがある場合」 (行訴法 37 条の 4 第 1 項本文) か。

(1) 本件命令により、X は本件取扱所を他所に移転せざるを得ず、巨額な費用を要することになる。そして、この費用は、後記第 3 の通り損失補償請求の可否について問題があるため必ずしも補填されるとは限らない (同 2 項参照)。

(2) また、Y 市では、消防法 12 条 2 項による移転命令を発した場合、直ちにウェブサイトで公表する運用をとっており、X はそれによって顧客の信用を失う恐れがある。そして、顧客の信用は、一度失うと取り戻すのが非常に困難だから、本件取扱所で 10 年ほど営業を続けてきた X にとって、顧客の信用の喪失は「重大な損害」といえる。

(3) よって、本件命令によって重大な損害が生じる場合といえる。

3 上記 Y 市の運用から、顧客の信用の喪失という損害との関係では、本件命令が発せられた後に、これに対する取消訴訟 (3 条 2 項) を提起し、執行停止 (25 条 2 項) の申立てをすることは、争訟手段として不適切である。よって、「その損害を避けるために他に適当な方法があるとき」 (37 条の 4 第 1 項但書) ではない。

4 X は本件命令の相手方だから、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」 (同 3 項)。

したがって、X は、本件命令の差止の訴えを提起することができる。

第 2 設問 2

1 消防法及び危険物政令の関係する規定の趣旨及び内容

消防法 12 条 2 項は、同法 1 条の「国民の生命、身体及び財産を火災から保護する」という目的の下、「取扱所の位置、構造及び設備が第 10 条第 4 項の技術上の基準に適合していないと認めるときは、・・・同行の基準に適合するように、

コメント [k43]: 設問 1 と 3 でしっかり得点すべき問題だと思ったが、設問 3 の誘導がいまいちよくわからなかったから、設問 1 はしっかり書いて設問 2 は形式的に誘導に乗ることを最優先し、設問 3 は要件に当てはめるふりをしてなんとかごまかそうという基本方針を立てる。

コメント [k44]: 具体的に挙げるというのはこういうことをいうのだろうか。

コメント [k45]: 処分性は、解釈論から書く必要はないだろうと思った。配点 20 だし。

コメント [k46]: 設問 3 への布石のつもり。

コメント [k47]: はじめはここを書いた後すぐに下記 3 を書きだしたが、途中で話がかみ合っていないことに気が付き 8 行ほど削除。構成で時間をとられていたので大量削除したときは「もう今年は終わった。。。」と一瞬思い本気で焦った。

コメント [k48]: ここも削除するか迷ったが、本命損害の (2) もちゃんと書いてあるから残した。

コメント [k49]: 泣く泣く削除した次の行からここを書きだす。

コメント [k50]: 損害を二つ挙げたので、度の損害と対応するのか明示した。

コメント [k51]: 本案パターンに乗せていけば楽勝に思えたが、誘導がよくわからなかったのと、根拠条文からの委任・準用の構造が複雑すぎて混乱した。

コメント [k52]: とにかく問題文の指示 or 弁護士の指示をタイトルにして、一問一答で答えていく。

33 これらを修理し、改造し、又は移転すべきことを」市町村長等が「命ずること
34 ができる」としている。

35 そして、同法 10 条 4 項は、技術上の基準について危険物政令に委任し、危険
36 物政令は、製造所の基準について 9 条 1 項で定め、この規定が一般取扱所に準
37 用される（19 条 1 項）。

38 9 条 1 項 1 号は、本文で距離制限の原則について定めるとともに、但書で、「市
39 町村長等が定めた距離」まで、距離制限を緩和できることが認められている。

40 危険物政令 9 条 1 項 1 号但書の趣旨は、製造所そのものに変更がなくても、
41 製造所の設置後、製造所の周辺に新たに保安物権が設置された場合に、消防法
42 12 条により、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
43 点にあり、設備の距離制限について、具体的事例における市町村長の柔軟な判
44 断を認めるものといえる。

2 本件基準の法的性質及び内容

46 (1) 上記危険物政令 9 条 1 項 1 号但書の趣旨や、「市町村長等が安全であると認
47 めた」との文言、および、同規定が一定の専門的知見を必要とする技術上の
48 基準であることから、同規定の適用には市町村長の裁量が認められる。

49 そして、本件基準は、同規定を適用する場合の基準を定めたものだから、
50 内部基準としての裁量基準である。

51 (2) ア しかし、まず、本件基準①は短縮条件たる倍数を、準工業地域または工
52 業地域に所在する一般取扱所について 50 と定めているが、そもそも工業地
53 域においては、倍数の制限なく一般取扱所を建築できることとされている
54 のだから、本件基準①は不合理である。

55 イ また、本件基準②は、短縮限界距離として、危険度が C ランクである場
56 合には、倍数 10 を基準として 18 メートルと 20 メートルで差を設けている
57 が、危険度が最小ランクである場合に、倍数が 10 未満である場合と倍数が
58 10 以上である場合とで、2 メートル程度の差を設けたところで、安全性に
59 違いがあるとはいえないから、本件基準②も不合理である。

60 ウ とすると、このような不合理な本件基準を用いて、危険物政令 9 条 1 項
61 1 号但書の適用を判断することは、裁量権の逸脱・濫用である。

62 (3) むしろ、本件で X は、本件基準③の定める高さより高い防火塀等を設置す
63 ることができるのだから、これによって、「不燃材料で造った防火上有効な塀
64 を設けること等により・・・安全であると認め」られ、Y 市長は本件取扱所
65 と本件葬祭場との現在の距離を「当該距離とする」べきだった。

66 よって、本件基準を用い、保安距離に違反するとしてなされた本件命令は、
67 違法である。

3 危険物政令 23 条について

69 同規定は、第 9 条から 23 条までの章の特例として設けられたものであるから、
70 危険物政令 9 条 1 項 1 号但書とは別に、さらに 23 条の適用について検討できる

コメント [k53]: 根拠法令から委任・準用の過程をただ書いていだけ。意味があるのかわからないがこれしか書くことが無かった。

コメント [k54]: これも指示されたから書いたが、よくわからなかったし、そもそもこの趣旨で正しいのかも不明。

コメント [k55]: 「基準」ときたら裁量基準ということで、それにつながるように書くことしか考えられなかった。飛びつきは良くないと思う。

コメント [k56]: これは処分ではないとわざわざ書いてあったが、行政裁量は行政活動の広い領域で存在するみたいなことが物の本に書いてあったので、ここで裁量と言っても大丈夫だろう。

コメント [k57]: これは構成の早い段階で気が付いたので、使いたかった。

コメント [k58]: 基準②にも何とかいちゃもんをつけたいので、無理やりひねり出した。

コメント [k59]: これは被告に対するすさまじい要求だが、ここまで書かなければ原則的な距離制限が適用されるので書いた。

と解する。

本件で、X は、防火塀を設置すること、及び、危険物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は、技術上も可能であり、実施する用意があるとしている。

とすると、「この章の規定による製造所等の位置、構造及び設備の基準による場合と同等以上の効力があると認めるとき」として、同章は「適用しない」とされる。

よって、この場合本件取扱所は、危険物政令 19 条が準用する 9 条の保安距離に違反しないことになるので、これに違反するとしてなされた本件命令は、違法である。

第 3 設問 3

1 前記第 1 の 1 の通り、X の「私有財産」(憲法 29 条 3 項)が制約されている。

2 「公共のために」とは、財産権保障の見地から、広く社会公共のために、と解する。

本件命令は、本件葬祭場の安全を確保するためであり、「公共のために」されたといえる。

3 また、「用ひる」とは、①特定人の②財産権の本質を制約する、と解する。

本件では、①X という特定人の財産権が制約されている。

しかし、②消防法 12 条は、取扱所の所有者等に対して、10 条 4 項の技術上の基準に適合するように維持すべき義務を課しているが、12 条の定める義務は、取扱所周辺の安全を確保するという消極目的のため、取扱所の所有者等が当然遵守しなければならない義務を定めたものである。

とすると、12 条による制約は、財産権の本質を制約するものとはいえない。

この結論は、X の移転義務が、本件取扱所設置後にされた本件都市計画決定によって、本件葬祭場の建築が可能となったことによってもたらされたものであっても、変わるものではない。

4 したがって、X は、損失補償請求をすることができない。

以 上

〈総合コメント〉

平成 26 年の問題をもっと繰り返し解いて時間配分の訓練をするべきだったと思う。設問 3 でもっとネチネチ書きたかったが、何を書けばよいのか悩んでしまったので仕方がない。とはいえ結果的に、今の自分に書けることはしっかり出し切れたと思う。

〈時間配分〉

答案構成：45 分

答案書き：75 分

〈使用教材〉

リーガルクエスト行政法

デバイス・ネオ行政法

行政法 事案解析の作法

4A 論文過去問分析講義

コメント [k60]: 弁護士の指示に答えたつもり。

コメント [k61]: 上記 2(3)とかぶったが、これしか書くことが無かった。

コメント [k62]: 内容がよくわからなかったもので、こういった小さい解釈論で 1 点でもとりたい。

コメント [k63]: 「とも思える。しかし～」と反論を書きだしたら話が面倒になるので書かなかった。時間もなかったし、うまく書く自信もなかった。

コメント [k64]: どう使えばいいのかわからなかった。

1 公法系第 2 問（行政法）

第 1 設問 1

1 本件命令の差止めの訴え（行政事件訴訟法（以下「法」という）3 条 7 項を提起すべきである。

2 その訴訟要件は、「一定の処分」がされることにより「重大な損害を生ずるそれ」があり（法 37 条の 4 第 1 項本文）、損害を避けるために他に適当な方法がないこと（同項但書）である。

3 「一定の処分」とは、裁判所にとっていかなる処分か認識できることをいうが、本問では、本件命令がなされようとしているのであり、この要件をみたす。なお、本件命令は、公権力の主体たる Y 市が X に法律上の義務を直接に課すものであるから、処分性の要件もみたす。また、X は処分の相手方であるから、「法律上の利益」（同条 3 項）も有すると言え、原告適格も有する。

「重大な損害」とは、処分がなされた後に執行停止によるものでは回復が困難な損害をいう。本問では、本件取扱所を移転するとすれば巨額な費用がかかることが明らかである他、Y 市では消防法 12 条 2 項による移転命令を発した場合、直ちにウェブサイトで公表する運用をとっているというのであり、これにより X の信用が一度失われてしまつては、性質上執行停止によるので回復が困難である。したがって、「重大な損害」が生じるおそれがある。

本問では、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が確実というのであり、他に適当な方法があるとはいえない。

4 以上より、差止めの訴えの訴訟要件をみたす。

第 2 設問 2

1 本件命令について Y 市長に裁量があるのであれば、違法事由は裁量権の逸脱・濫用に限られる（法 30 条）ので、まず裁量の有無について検討する。

まず本件命令の根拠法令たる消防法 12 条 2 項は、移転を「命じることができる」との文言から、一定の裁量が認められると推察される。また、本件命令は「10 条第 4 項の技術上の基準に適合しないと認めるとき」に出すことができるのであるが、消防法 10 条 4 項はその基準を政令に委任し、委任を受けた危険物政令はその 9 条で具体的な基準を定めるものの、同条 1 項但書において、「市町村長等が安全であると認めた場合」は市町村長等が定めた距離を当該ことができるとあり、結局命令するか否かについて Y 市長に広範な裁量を与えていると言える。さらに、同政令 23 条は、危険物の位置、構造、設備等の状況から判断して「火災の発生及び延焼のおそれが著しく少なく、かつ、火災等の災害による被害を最小限度に止めることができると認めるとき」等で同規則の基準による場合と同等以上の効力があると認めるときは「適用しない」とある点からも、Y 市長は本件命令を出すか否かに広範な裁量を有しているといえる。

2 では、本件命令に裁量権の逸脱・濫用が認められるか。

Y 市長は本件基準①②の要件を充たさないため、本件命令を出すとしている。ところで、本件基準は法令の委任を受けていないから、その性質はいわゆる行政規則であり、内部的拘束力を有するに過ぎない。ただ、本件基準は 1 で認められ

コメント [s65]: とても簡単な問題だと思ったが、行訴法 3 条 7 項の「おそれ」についての論述一切を落としてしまった。

コメント [s66]: 重大な損害の認定は、考慮要素を挙げて、もっと詳述すべきだったと思う。本番では、配点が 20 点と少なかったため、できるだけあっさり書いたが、今思うと、もっと厚く書くべきだったと思う。

コメント [s67]: この問題は、殆ど平成 26 年の問題と同じだと感じたが、果たしてその間隔は正しかったのだろうか・・・

コメント [s68]: はたして、この問題提起で良かったか疑問である。自分としては、論理を明確にするために、裁量の逸脱濫用の有無に論述を絞るつもりであったが、逸脱濫用に絞ったのは間違いだったかもしれない。

コメント [s69]: 裁量の有無、程度については、一定の記述ができたと思っている。

た裁量権行使の基準、すなわち裁量基準としての性質を有するので、内容が合理的である限り、これに基づく処分も原則として適法である。そして、本件基準は、短縮条件や短縮限界距離について具体的に定めており、合理性があるといえる。

しかし、本件基準に合理性が認められるとしても、本件命令を下すことは、裁量権の逸脱・が認められるのではないか。

これについて、危険物政令 9 条 1 項但書の立法経緯が、製造所そのものに変更が無くとも製造所の設置後周辺に新たに保安物件が設置された場合に、消防法 12 条により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にしたというのであるから、移動命令はなるべくなすにすむ運用をなすべき義務をY市長は負っているといえる。また、危険物政令 23 条の立法経緯は、科学技術の進歩に伴って一般基準において予想もしない施設が出現する可能性があるため、こうした事態に市町村長等の判断と責任において対応し、政令の趣旨を損なうことなく事態に即した運用を可能にする点にあったという。そうすると、やはりY市長としては、できる限り移転命令を出すことを避けるべき義務を負っていたと言える。

かかる事情の下で、Xは、基準③の高さより高い防火壁を設置すること、及び危険物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が、技術的にも経営上も可能であるというのである。Xが本件基準②を充たせないのは、20 メートルのうちわずか 2 メートルなのであり、この差は上記の設備設置で回避できると考えられる。

そうすると、本件命令は、Xに可能な他の容易な措置で危険を回避できるのに、委任の趣旨を逸脱して安易に出された移動の命令と言える。

3 以上より、本件命令に裁量権の逸脱濫用が認められ、本件命令は違法である。

第 3 設問 3

1 憲法 29 条 3 項に基づく損失補償は、特別の犠牲が生じた場合、すなわち、特定人に、財産権の本質的内容に受忍限度を超える制約を加えた場合に補償の請求が可能である。

2 これについて、本件命令はX個人に対してなされるのであるから、Xという特定人に加えられた財産的制約と言える。

問題は、財産権の本質的内容に受忍限度を超える制約を加えたと言えるかである。

これについて、道路拡張の際にガソリントankを法令に基づいて移転させた事例において、判例はガソリントankに内在する危険性が現実化したものとして、補償を否定した。本件も、灯油を取り扱うという危険が内在しているため、判例同様に補償が認められないとも思える。

しかし、判例の場合と比較すると、道路という極めて公共性の高いものの拡張のために生じた移転義務に対して、本件は設置当初建築基準法上適法な施設であったものが、設置後の都市計画決定によって不適法になったというものである。本件では葬祭場のためであり、道路に比して公共性が低い他、都市計画決定によるという点で、判例の場合に比してXに予見可能性も低いと言える。

コメント [s70]: 裁量基準と平成 26 年同様の認定をし、原則適法、例外逸脱・濫用で違法としたが、この論理が正しいかは疑問あり。

コメント [s71]: 配点が 50 点と異常に高かったため、あてはめも分厚くしたつもりである。ただ、関連条文が多く、説得力のある形にできたかどうかは疑問。

コメント [s72]: 今日でも特別犠牲説で良いか疑問はあったが、他の規範は思いつかなかった。

コメント [s73]: ガソリントankの判例が思い浮かんだので、その事例との差を知っている範囲で意識して書いた。

したがって、Xに対して、財産権の本質的内容に受忍限度を超える制約が生じたといえ、損失補償が認められる。

以上

総合コメント

今年の行政法は、容易だったのではないかと。現時点で、行政法は良く書けたと思っているが、皆も良く書けていると思っている。そうすると、思ったより点が伸びないのではないかと考えている。ただ、条文の関係が複雑かつ、条文が長く、これをどう組み立てて論じるかで差がつくと考えている。これについて、自分は上手く出来たかという点、少量の関連条文しか論述の対象としていない点が気になる。しかし、時間的に、これ以上の条文について論じる余裕はなかった。

構成 40 分（見切り発車）

作成 80 分

基本書等

桜井・橋本「行政法」

事例研究行政法 2 版

判例百選

民事系第 1 問（民法）

第 1 設問 1

1 小問(1)

(1) A の主張

A の C に対する請求は、A の材木①の所有権に基づく返還請求としての材木①返還請求（民法 202 条 1 項、200 条 1 項）と構成できる。

ア A は、材木①の元となった、A 所有の山林から切り出した丸太 20 本を B に売却（民法 555 条）する際、A の代金債権を担保するため、丸太の所有権移転の時期は、代金の支払い時とする合意をした。当事者 AB が、あえてこのような合意内容にした以上、その意思を尊重すべきだから、上記合意により、丸太 20 本の所有権は、B が代金を A に支払うまでは、A の下にとどまると解するべきである。

よって、A は、その丸太をもとにした材木①の所有権を有する。

イ C は、材木①を占有している。

よって、A の主張は、認められうる。

(2) C の反論

ア 材木①の所有権は、B が丸太を製材し「加工」したことによって、B に帰属することになるのではないか（246 条 1 項但書）。

たしかに、B は、上記の通り所有権が A に留保されている丸太を製材しているの、「他人」A「の動産に工作を加えた者があるとき」といえる（同項本文）。

しかし、B の加工によって、相場価格 1 本当たり 15 万円だった丸太が、相場価格 1 本当たり 20 万円になったに過ぎないから、「工作によって生じた価格が材料の価格を著しく超えるとき」とはいえない。

よって、「加工者」B が「その加工物」たる材木①「の所有権を取得することにはならないので、この C の反論は認められない。

イ A は上記の通り、丸太の所有権を自己に留保する旨 B と合意したが、その際、代金の支払いがされるまで B は丸太の処分や製材をしないことも合意されたので、これにより、「代理人」B「が自己の占有物を以後本人」A「のために占有する意思を表示したとき」（183 条）といえるから、A は自己に留保された所有権を「第三者」C に対抗することができる（178 条）。

ウ C は、材木①を即時取得した（192 条）との反論ができないか。

（ア） C は、平成 23 年 4 月 18 日、B との間で、B が、20 本の丸太を製材して 20 本の材木に仕上げ、これを C に売却する契約を締結した。

そして、B は、上記 20 本の丸太を製材したうえ、同月 25 日、材木①を含む 20 本の材木を C の倉庫に搬入した。この時点で、C は、上記契約という「取引行為によって・・・動産」材木①「の占有を始めた」といえる。

（イ）「平穩・・・公然・・・善意」は、186 条 1 項によって推定される。また、無過失も、188 条によって推定される。

コメント [k74]: A の主張が認められるかどうか検討したうえで・・・C の反論が認められるか検討する、とはどういう意味なのかよくわからなかった。形式より内容重視でいいと思った。

コメント [k75]: 自己物権・相手方占有だけ書いた。所有権留保は、本来なら所有権喪失の抗弁に対する再抗弁なのかも知れないがややこしくなりそうだったのでここで書いた。

コメント [k76]: 材木①と丸太が書き分けられていることが気になったが、みんなここは濁して書いてくるだろうと思ったので、あまり深入りせず。

コメント [k77]: 所有権の構成。

コメント [k78]: 添付の条文はあまり使ったことが無かったので、条文に書いてある以上のことは書かなかった。

コメント [k79]: これは完全な間違い。無権利者 C は「第三者」ではない。基礎的理解を疑わせる、かなりまずい記述だと思う。緊張と焦りで気が付かなかった。占有改定へのあてはめもおかしいと思う。

コメント [k80]: ここが書けることが設問 1 の最低ラインか。

(ウ) しかし、C は、上記 B との契約の際、それまでの取引経験から、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い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たから、丸太の所有権の所在について調査確認する義務があったといえる。ところが、C は、20 本の丸太については AB 間で代金の支払いが既にされているものと即断し、特に A 及び B に対する照会はしなかったのだから、C は上記調査確認義務を怠った。

よって、無過失の推定は覆り、C には過失があるといえるので、C は材木①を即時取得しない。

したがって、C の反論はいずれも認められず、A の主張が認められる。

2 小問(2)

(1) A の主張

A の請求は、付合に伴う償金返還請求権（248 条）と構成できる。

A 所有の材木②は、CD 間の請負契約（632 条）に基づいて、D 所有の乙建物の柱などに使用された。これによって、乙建物「の所有者」D は、「その不動産に従として付合した物」たる材木②「の所有権を取得」した（242 条本文）。

とすると、A は、「第 242 条・・・の規定によって損失を受けた者」であるから、「第 703 条及び第 704 条の規定に従い、その償金を請求することができる」。

よって、A の請求は認められる。

第 2 設問 2

1 小問(1)

(1) G の主張は、F が、明認方法のされていない立木の所有権取得について対抗要件を取得し、これを「第三者」E に対抗できる結果、E が、丸太③の所有権を喪失したというものである。

(2) G は、①F と A が、平成 24 年 1 月 17 日、甲土地及び甲土地上の本件立木について売買契約を締結したこと、②A から F に①の売買契約に基づいて、甲土地について所有権移転登記がされたことを主張立証する必要がある。

2 小問(2)

G の主張は、留置権（295 条 1 項本文）に基づいて、E の請求を拒絶するものである。

E は、平成 23 年 12 月 28 日、本件立木を A から買い受け、甲土地の東半分に生育する立木につき、明認方法を施したので、これによって、E は、甲土地の東半分は生育する立木の所有権取得を、「第三者」F に対抗することができる。

とすると、たしかに、G は、「他人の物の占有者」と言えそうである。

しかし、G は、E が所有権取得を対抗できる結果、丸太④の所有者ではない F との間で、丸太④について有償寄託契約（657 条）を締結し、同契約に基づいて丸太④を占有し、F に対して保管料請求権を有するに過ぎない。

とすると、丸太④と同請求権との間には、牽連性がないといえる。

したがって、G の主張は認められない。

第 3 設問 3

コメント [k81]: 不審事由→調査確認義務
→同義務の懈怠→「過失」あり、というおなじみの流れ。

コメント [k82]: これが正しいあてはめなのかはわからない。CD 間での乙建物の鍵のやり取りも使い方がわからなかった。

コメント [k83]: ②D の反論は思いっけず書かなかった。

コメント [k84]: 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁。もっと詳しく、具体的に書くべきだった。

コメント [k85]: 明認方法の条文は探せなかった。もしかして、明認方法が対抗要件になるところから解釈論を展開しなければならなかったのか。

コメント [k86]: 本当に牽連性の問題なのかはよくわからなかったが、考えても答えは出せなかったのでこのようにした。

1 小問(1)

(1)ア Hは、Cの自宅前を通行するものを驚かせようとして、Cの倉庫から、本件角材を持ち出し、Cの自宅前の道路の一部を横切るように置いた。Hが本件角材を置いた付近は、街路灯から離れていたために、夜間になると、歩行者でもかなりの程度の注意を払っていなければ、本件角材に気付かない程度の暗さになるから、Hには、本件角材を道路に置かない注意義務があり、Hの上記行為はこれに違反しているから、Hには少なくとも「過失」(709条)がある。

イ Kの運転する自転車が本件角材に乗り上げ、Kはハンドルを取られて横転し、荷台に設置した幼児用シートに乗っていたLは右腕を骨折したので、Hは上記過失「によって」Lの身体という「法律上保護される利益を侵害した」。

ウ 「これによって」、Lには、右腕の骨折の治療費等として30万円相当の「損害」が生じた。

(2) とすると、「未成年者」Hが「他人に損害を加えた場合」(712条)であるが、Hは、満15歳の中学3年生であり、上記行為の危険性も認識していたことから、「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったとき」とはいえない。

よって、Lは、Cに対して714条に基づいて損害賠償請求をすることはできない。

(3) では、Lは、Cに対して709条に基づいて損害賠償請求をすることができないか。

ア Hは、中学2年生の終わりごろから急に言動が粗暴になり、喧嘩で同級生にけがをさせたり、同級生の自転車のブレーキワイヤーを切るといった悪質ないたづらをしたりしたことなどから、Cが学校から呼び出しを受けるという事態が何度も生じていた。

建築業を営むCの自宅近くには、角材などが多く存在したであろうから、Hの親であるCとしては、このような粗暴なふるまいをするHに対して、角材の危険性と、それを使っていたいづらをしないように十分注意する義務があった。

しかし、CはHに対し、他人に迷惑をかけてはいけないといった一般的な注意をするものの、反抗的なHにどのような対応をしてよいのかわからず、それ以上の対策を講ずることはなかったのだから、上記義務に違反したと評価でき、Cには「過失」がある。

イ この過失「によって」、上記(1)のHのLに対する不法行為がもたらされたといえ、以下の要件は、(1)と同じである。

ウ よって、LはCに対して709条に基づいて損害賠償請求をすることができる。

2 小問(2)

Lの親であり、Lと社会生活上一体と評価できるKについて、携帯電話で話しながら自転車を走行させる、ライトをつけていなかったという「過失」(722条

コメント [k87]: ここは相対的にみんな書いてくるだろうから、わりと丁寧に書いた。

コメント [k88]: 故意ありでもよかったかもしれない。

コメント [k89]: ここが肝だと思ったので厚く書いた。

コメント [k90]: 時間が足りなかった。被害者自身の過失ではないことに、書く直前になって気づく。危なかった。

124 2 項) がある。
125 よって、損害の公平な分担という同項の趣旨から、本件で裁判所は過失相殺
126 をすべきである。

127 以 上

128
129 〈総合コメント〉

130 物権メインの問題で、正直言ってもうまく書けたとはいえない。ただ、書くことが
131 意外と多く、すべてに十分な論述を加えることは無理だったと思うので、書けると
132 ころを厚く書くというスタイルで取り組めた点は良かった。悔やまれるのは設問 1
133 (1)C の反論で対抗要件の抗弁を書いたこと。緊張状態にあったとはいえ誤りに気が付
134 くべきだった。

135
136 〈時間配分〉

137 答案構成：45 分

138 答案書き：75 分

139 〈使用教材〉

140 ・デバイス・ネオ民法 I・II

141 ・新問題研究 要件事実

142 ・4A 論文過去問分析講義

民事系第 1 問（民法）

[第 1 問]

第 1 小問(1)

1 A は C に対して、所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求として、材木①の引渡しを請求することが考えられる。かかる主張は認められるか。

(1) 標記請求をなすためには、A は、(i)材木①の A の所有、および(ii)材木①の C 占有の各事実を主張立証することを要する。

(2) 本件において、上記(i)の事実は認められるか。所有権留保の法的性質に関連して問題となる。

ア 売買契約締結に際して所有権留保特約が設定された場合、当該売買の目的物の完全な所有権が所有権移転時期まで売主に留保されることとなり、かかる時期まで売主は当該目的物の所有権を有する。

イ 本件において、AB 間において、平成 23 年 4 月 1 日に、A が甲から切り出した 20 本の丸太(以下、「本件丸太」という)を 15 万円で売却する旨の売買契約(民法(以下、法令名は省略する)555 条。以下、「AB 間売買」という)が締結され、この際、代金の支払時期は同年 8 月 1 日とされ、A の代金債権を担保するため、本件丸太の所有権移転時期を代金支払時とし、それまで B は本件丸太の処分や製材をしない旨の所有権留保特約が締結されている。そして、AB 間売買の代金支払時期たる同年 8 月 1 日が到来したことから、A は B に対し代金請求をしたところ、B は代金支払拒絶し、いまだかかる代金の支払はなされていない。また、材木①は、本件丸太を製材したものであるから、本件丸太との同一性を有する。

ウ 以上の事情に鑑みれば、材木①の所有権は A に帰属しているものと認められる。

よって、(i)の事実の存在が認められる。

(3) また、本件において、C は材木①を自身の所有する倉庫に保管することによりこれを占有しているものと認められる。したがって、上記(ii)の事実の存在が認められる。

(4) 以上より、A は標記請求をなしうる。

2 A の標記主張に対して、C は、材木①を即時取得(192 条)したとして、材木①の所有権は A に認められない旨反論する。では、かかる反論は認められるか。

(1) 即時取得が成立するための実体法上の要件は、(i)取引行為による動産の占有開始、(ii)平穩、(iii)公然、(iv)善意、(v)無過失の各要件であるところ、186 条 1 項により(ii)、(iii)および(iv)の充足が法律上推定される。したがって、C の上記反論が認められるためには、上記(i)および(v)の各事実を主張立証することを要する。

(2) では、本件において上記(i)および(v)の各事実は認められるか。

ア 本件において、BC 間において平成 23 年 4 月 18 日に、本件丸太を製材した動産たる材木①②を代金計 400 万円で B が C に売り渡す旨の売買契約(555 条)

コメント [K91]: 丸太→材木については加工(246 条)の適用により、所有者が材料を提供した者に帰属することを論じなければならなかった。

コメント [K92]: A の所有を基礎付けるために所有権留保の法的性質をきちんと論じるべきだと考え、独立の問題設定をして論じた。

コメント [K93]: 材木の所有権が A に帰属することを論じるために 246 条に言及すべきであったと考えられるが、現場ではわからなかった。

コメント [K94]: 取得時効の反論を出す前に、所有権喪失の抗弁を書くべきとも考えたが、即時取得に飛びついてしまった。

が締結され、同月 25 日に B から C へ材木①が引き渡されている。したがって、C は取引行為により材木①の占有を取得したものと認められる。

イ しかし、本件では C は無過失とは認められない。以下、詳述する。

192 条にいう無過失とは取引行為の相手方が目的物たる動産の所有権を有しないことを知らないことにつき過失がないことをいう。本件において、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ることをしていたものの、本件丸太につき AB 間で代金の支払が既にされているものと即断している。C がかかる事情を知っていた本件において、C は A ないし B に対して AB 間売買につき代金支払が行われているかにつき調査する義務を負い、A 及び B に対して照会を行うなどなんらの調査をしていないことはかかる義務に反する過失と認められる。

したがって、C には B が本件丸太の所有権を有しないことを知らないことにつき過失が認められる。よって C は無過失と認められない。

(3) 以上より、本件において C に材木①についての取得時効の成立は認められず、C の反論は認められない。

3 以上より、A の標記請求は認められる。

第 2 小問(2)

1 本件において、A は D に対して、いかなる根拠に基づき材木②の価額の償還を請求することができるか。

(1) 本件において、CD 間において、平成 23 年 5 月 2 日に乙建物のリフォーム工事についての請負契約(632 条)が締結され、材木②を用いて乙の柱を取り替えるなどして、同年 7 月 25 日にリフォーム工事が完成されている。したがって、かかるリフォーム工事により、建物である不動産たる乙に材木②は従として付合したと認められる(242 条)。他方、材木②は本件丸太を製材したものである以上、材木①と同様に A に所有権が認められる。したがって、A は 242 条の適用により損失を受けたといいうことから、C に対して 248 条の準用する 703 条に基づき、償金請求をすることが考えられる。

(2) かかる請求をなすためには、(i)法律上の原因がないこと、(ii)受益、(iii)損失、(iv)(ii)と(iii)との間の因果関係の各事実を A が主張立証することを要する。

本件において、上記の通り、A の所有する材木②により D の所有する乙のリフォーム工事が行われている以上、D の受益、A の損失、両者の間の因果関係が認められる。また、D は上記の通り C との間で請負契約を締結しているものの、A との間において法律上の関係がない。したがって、法律上の原因がないと認められる。

(3) 以上より、A はかかる請求をなしうる。

コメント [K95]: C に過失があると認められる事情が多く落ちていたので、C の過失を認定すべきと思った。

コメント [K96]: 問題文を一読して、何を根拠に償還請求を行うのかわからなかった。

2 A のかかる請求に対し、703 条に基づき D は自らが善意の受益者であることから、現存利益が認められない以上、かかる請求は認められない旨反論することが考えられる。

(1) では、かかる反論は認められるか。本件において、D は、上記請負契約の締結時に C から乙の柱を初めとする主要部分については、甲から切りだされ、製材した材木を使用し、既に 10 本の在庫がある旨の説明を受けていたことから、D は材木②の所有権が C にあると信じていたと考えられ、かかる所有権が A にあることにつき善意であったといえる。また、本件において現存利益は認められない。

(2) 以上より、D の反論は認められる。

3 以上より、A の標記請求は認められない。

[第 2 問]

第 1 小問(1)

1 G の主張の根拠を検討する前提として、E の G に対する請求の根拠を確認する。

(1) E は、G に対して所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求として、丸太③の返還を求めている。かかる請求を E がなすためには、E は、(i) 丸太③の所有、及び(ii)丸太③の G 占有の各事実につき主張立証をすることを要する。

(2) 本件において、AE 間において、平成 23 年 12 月 28 日に、本件立木を A が E に対し売り渡す旨の売買契約(以下、「AE 売買」という)が締結されたことにより、E は本件立木の所有権を取得したといえ、かつ丸太③は本件立木を切り出したものであることから、E に丸太③の所有権が認められる。また、G は現在丸太③を G が所有する丙に保管していることから、G が丸太③を占有していると認められる。

(3) 以上の通り本件において上記(i)、(ii)の事実の存在を理由として、E は標記請求を G に対してなしているものと考えられる。

2 そこで、E の標記請求に対して、G は丸太③を E が所有することを争うことによって E の請求を拒否する旨主張しているところ、かかる主張は、対抗要件の抗弁を根拠とするものと考えられる。そこで、G は以下の事実を主張立証すべきことになる。

(1) 本件において、本件立木は、上記の通り、AE 売買により A から E に売却され、他方、平成 24 年 1 月 17 日に、AF 間において、A が甲及び甲上の本件立木を F に対して売り渡す旨の売買契約が締結されていることから、本件立木は二重譲渡されている。立木が二重譲渡された場合、各譲受人は 177 条に基づき対抗関係に立ち、先に対抗要件を備えた者が確定的に立木の所有権を取得することになり、他方の譲受人は 177 条にいう「第三者」に対し、所有権を対抗できない。そして、立木の対抗要件は、立木のみ譲受人は明認方法を施すことを要し、他方、土地と土地上の立木の双方の譲受人は土地の所有権移転登記を経由することを要する。

コメント [K97]: 反論として何を書けばよいのかわからなかった。現存利益でなんとか戦わせようと思ったが、現存利益があるかないかもよくわからないかった。

コメント [K98]: 「G は、丸太③を E が所有することを争うことによって…」との問題文の記述からすれば、G の主張は、対抗要件具備に基づく所有権喪失の抗弁であったと考えられる。
しかし、本番では対抗要件の抗弁として書いてしまった=趣旨にそぐわない回答である(∵対抗要件の抗弁の場合、あくまで所有権については争わず、その所有権を対抗できないことを争うにすぎないから)。
以上の点で悔やまれる。

コメント [K99]: E の請求を確認することは不可欠だと思ったが、問題文中に一定の記述があったので、ここまで厚く書く必要はなかったと思う。

コメント [K100]: 本件立木の二重譲渡および対抗関係が問題となると思ったがいまいち整理して書くことができなかった。

(2) 本件において、平成 24 年 1 月 17 日に A から F への甲についての所有権移転登記がなされており、他方、丸太③には E の墨書がないことから、E による丸太③への明認方法は施されていない。したがって、F は丸太③について先立つ対抗要件を具備したものと認められる。

そして、177 条にいう「第三者」とは、当事者および包括承継人以外の者で、対抗要件の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者をいうところ、G は、平成 24 年 2 月 2 日に F との間で、保管料を 30 万円として丸太③④を預かる旨の有償寄託契約(657 条)が締結され、同日 G は丸太③④の引渡を受けていることから、丸太③につき利害関係を有するといえる。したがって、G は当事者及び包括承継人以外の者で丸太③の対抗要件の欠缺を主張するにつき正当な利益を有するといえ、「第三者」にあたる。

(3) 以上より、F は G に対して丸太③の所有権を対抗できない結果、F の標記請求は認められない。

第 2 小問(2)

1 G の主張を検討する前提として、F の G に対する請求を確認すると、上記第 1 におけるのと同様に丸太④の所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求を主張するものと考えられ、丸太③と同様に丸太④の F 所有および G 占有の各事実の存在を理由としてかかる主張を行っているものと考えられる。

2 そこで、G としては、留置権(295 条 1 項)の成立を主張して、丸太の保管料のうち丸太④の保管料に相当する金額の支払を受けるまでは、E の上記請求を拒否する旨主張するものと考えられる。

3 では、本件において丸太④につき留置権の成立は認められるか。

(1) 留置権の成立が認められるためには、(i)「他人の物の占有者」であること、及び(ii)「その物に関して生じた債権を有する」こと、の各要件を充たすことを要する。

(2) 本件において、丸太④を E が所有しかつ G がこれを占有していると認められることから、(i)の要件を充たす。また、本件において、上記の通り FG 間において有償寄託契約が締結され、丸太④が G に引き渡されていることから、G は F に対し丸太④の保管料として 30 万円の報酬債権を有している。したがって、G は丸太④に関して生じた債権を有しており(ii)の要件を充たす。

(3) 以上より、丸太④につき G に留置権の成立が認められる。

4 以上より、G の主張は認められる。

[第 3 問]

第 1 小問(1)

1 L が C に対する不法行為に基づく損害賠償請求をするため、714 条ないし 709 条を根拠とすることが考えられる。

2 では、714 条を根拠とする標記請求を L はなしうるか。

(1) 714 条に基づく請求が認められるためには、712 条ないし 713 条により加害者が不法行為責任を負わないことを要する。

コメント [K101]: 問題を一読して 714 条についても言及するのが出題者の意図だと感じ、同条によって請求ができないことについて論じた。

(2) 本件では 713 条は問題とならず、もっぱら 712 条の適用が認められるか否か問題となるところ、「自己の行為の責任を弁識するに足る能力」(712 条)とは事理弁識能力をいい、判例上 11, 12 歳の者には通常認められるとされる。したがって、H は未成年者であるものの、満 15 歳であることから、事理弁識能力が認められる。したがって、本件では H につき 712 条の適用は認められず、H は不法行為責任を負う。よって、本件では 714 条を根拠とする標記請求を L はなし得ない。

3 では、709 条を根拠とする標記請求を L はなしうるか。

(1) 709 条を根拠とする不法行為に基づく損害賠償請求権をなすためには、(i) 故意または過失、(ii) 権利侵害、(iii) 損害の発生、(iv) (ii) と (iii) との間の因果関係の各事実を主張立証することを要する。

(2) 本件において、H が本件角材を C の自宅前の道路の一部を横切るように置いた結果、K 及び L が同乗する自転車の車輪が本件角材に乗り上げ、ハンドルを取られて転倒し、L が右腕を骨折したことから L の身体に対する侵害が認められる。そしてこの治療費等として 30 万円相当の損害が発生しており、かかる損害は上記骨折の結果生じたものであるから、両者の間の因果関係は明らかに認められる。

(3) では、C の故意または過失は認められるか。本件における直接の加害者は H であるから、C は不法行為責任を負わないとも思える。しかし、加害者の保護者について保護者独自の不法行為についての故意又は過失が認められる場合、その保護者に対する不法行為責任が認められる。

本件において、C は H の親であり、H と同居している者であるところ、H の言動が粗暴になり、同級生に怪我をさせたことなどから、C が学校から呼び出しを受けるという自体が何度も生じていたにもかかわらず、C は H に対し他人に迷惑をかけてはいけないといった一般的に注意をするにとどまり、それ以上の対策を講じていない。このような事情に鑑みれば、C には H が L に対し上記損害を与えたことにつき過失が認められる。

(4) 以上より、L は 709 条を根拠とする上記損害賠償請求をなしうる

第 2 小問(2)

- 1 C は 722 条 2 項に基づく過失相殺により、賠償額が減じられるべき旨反論することが考えられる。
- 2 上記反論が認められるためには、L 側に過失が認められることを要する。過失とは注意義務違反をいうところ、本件において、事実 16 の自己の際、K は携帯電話で通話をしていたため、片手で自転車を運転しており、また、自転車の前照灯が故障しており、これらが事故の原因となっている。したがって、L と同乗していた K に自転車運転上の注意義務違反が認められ、C の過失が認められる。
- 3 以上より、C に過失が認められることから、任意的に賠償額が減じられることになる。したがって、C の反論は認められる。

以上

コメント [K102]: C はただ自転車に同乗していたのみであり、過失があるのはその親である K だから、被害者側の過失として構成しなければならない。
現場では時間がなく焦っていたことからそのことに気づくことができなかった。

- 204 <総合コメント>
205 加工や明認方法など普段手薄になっている箇所からの出題であったので大変焦っ
206 た。
207 設問 1 であまりに時間を使ってしまったため、設問 3 の記述が薄くなってしまっ
208 た。問題の難易度から考えれば、設問 3 にもっと時間を割くべきであった。
209
210 <時間配分>
211 答案構成：35 分
212 答案作成：85 分
213
214 <使用した参考書>
215 佐久間毅『民法の基礎 1』
216 佐久間毅『民法の基礎 2』
217 潮見佳男『債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得 [第 2 版]』
218 潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法』
219 窪田充見『家族法 [第 2 版]』
220 民法判例百選 1[第 7 版]
221 民法判例百選 2[第 7 版]
222 民法判例百選 3
223 民法総合事例演習教材[第 2 版]
224 Law Practice 民法 1・2
225 民法演習ノート 3・家族法

民事系第 2 問（商法）

第 1 設問 1

1 (1) 甲社は、洋菓子の製造販売業を営んでおり、洋菓子工場で製造した洋菓子
2 を首都圏のデパートに販売している。

3 また、平成 22 年 1 月、甲社は、関西地方への進出を企図して、マーケティ
4 ング調査会社に市場調査を委託し、委託料として 500 万円を支払っていた。

5 とすると、甲社の「取締役」である B が、甲社と同様に洋菓子の製造販売
6 業を関西地方で営む乙社の発行済み株式の 90 パーセントを取得し、乙社の洋
7 菓子事業の陣頭指揮を執ることは、「取締役」B が「第三者」乙社「のために」
8 つまり乙社の計算で、甲社「の事業の部類に属する取引をしようとするとき」
9 （会社法 356 条 1 項 1 号）といえる。

10 (2) そうすると、甲社は取締役会設置会社（2 条 7 号）なので、B は、「取締
11 役会において、当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けなければ
12 ならない」（365 条 1 項、356 条 1 項柱書）。

13 たしかに、B は、乙社株式取得に際して、甲社の他の取締役である A 及び C
14 に対し、「乙社の発行済み株式の 90 パーセントを取得するので、今後は乙社
15 の事業にも携わる」と述べ、これに対し A 及び C は、特段の異議を述べなかつ
16 ったため、これをもって取締役会の承認があったようにも思える。

17 しかし、甲社は上記の通り関西地方への進出を企図していたので、Q 商標の
18 独占使用権の設定や、関西地方へのデパートへの販路拡大など乙社の今後の
19 事業展開によっては、A と C が B の競業取引を承認しなかった可能性がある
20 ところ、B は、自身が参加した後、乙社がどういった事業展開をしていくかにつ
21 いて、A 及び C に何ら説明していない。

22 そのため、本件で B は、自己の競業取引について「重要な事実を開示し」
23 て取締役会の承認を受けたとはいえず、同開示義務を「怠ったとき」（423 条
24 1 項）といえる。

25 (3) そして、「取締役」B が「第 356 条第 1 項の規定に違反して第 356 条第 1 項
26 第 1 号の取引をしたとき」（同 2 項）であり、平成 21 事業年度に 200 万円
27 であった乙社の営業利益は、B が参加した翌事業年度には 1000 万円に達した
28 ので、B の競業取引「によって」乙社は 800 万円の利益を得たといえ、この額
29 が、甲社について、上記 B の任務懈怠「によって生じた損害」と推定される。

30 これを覆す特段の事情もないので、B は、甲社に対し、同額の損害賠償義務
31 を負う。

32 2 洋菓子事業部門の業務の執行を担当していた「取締役」B は、販売するための
33 洋菓子を製造する洋菓子工場の工場長という重要人物を引き抜いて他社に転職
34 させない義務を負っていた（330 条、民法 644 条）ところ、洋菓子工場の工場長
35 を務める E を甲社から引き抜き乙社に転職させた行為は、同義務に違反する。

36 B による引き抜きのため E が突然退職したことにより、甲社の洋菓子工場は操
37 業停止を余儀なくされ、3 日間受注ができず、甲社は、その間、1 日当たり 100
38 39 40

コメント [k103]: 競業禁止義務はあまり書いていかなかったが、あてはめるべき条文は一つ（356 条 1 項 1 号）なので、問題文の事情を多く使って切り抜ければよいと考えた。

コメント [k104]: 無理やり競業取引に当てはめる。

コメント [k105]: 計算説。理由づけはよくわからなかったのでカット。

コメント [k106]: AC の承認は覆せないと考えたが、粘って少し考えたら、この筋で任務懈怠を導けた。

コメント [k107]: ここは、もっと緻密に分析できるのかもしれないが、考えてもわからないと思ったのでそのまま使った。

コメント [k108]: ここは競業禁止義務違反とは別個の任務懈怠にした。

万円相当の売上げを失ったから、B の同義務違反「によって」甲社には同額の「損害」が「生じた」(423 条 1 項)。

よって、B は、甲社に対し、同額の損害賠償義務も負う。

第 2 設問 2

1 第 1 取引と第 2 取引は、一連一体の取引とみることはできないか。

(1) そもそも、両取引は、甲社が、洋菓子事業部門の売却に向けた検討を始め、丙社との交渉の結果、同部門を代金 2 億 5000 万円で丙社に売却することとなったことを発端とする。

(2) また、両取引によって甲社から丙社へ譲渡される財産は、資料②によれば甲社の洋菓子事業部門の資産のすべてである。そして、第 2 取引では P 商標に係る商標権が丙社に売却されるが、同商標は、甲社が世界的に著名な P 社ブランドの日本における商標権として同社から取得したもので、P 商標を付したチョコレートが甲社の洋菓子事業部門の主力商品となっていることから、同商標は同事業部門に不可欠の存在といえる。

(3) さらに、第 1 取引と第 2 取引との間は、わずか 10 日しかない。

とすると、第 1 取引と第 2 取引（以下「本件取引」）は、上記(1)の目的に向けた、一連一体の取引と評価できる。

2 本件取引は、「事業の・・・譲渡」（467 条 1 項 2 号）に当たらないか。

(1) 取引の安全の見地から、「事業の・・・譲渡」とは、①一定の事業目的のために組織され、有機的一体として機能する財産（取引先関係を含む）の譲渡であって、②それにより譲受会社が当該事業を承継するものと解する。ここで、③譲渡会社が競業禁止義務を負うことを要件とすべきではない。なぜなら、同項の趣旨は株主の保護にあるところ、③を要件とすると、当事会社が特約で競業禁止義務を排除することで、同項の規律を潜脱することが可能となってしまう、上記趣旨に反するからである。

(2) ア 本件で、①本件取引は、上記 1 (2) の通り、甲社の洋菓子事業部門の資産のすべてを、丙社に売却するものである。また、甲社の洋菓子事業部門の従業員については、いったん甲社との間の雇用関係を終了させるものの、その上で、その全員につき新たに丙社が採用し、甲社の取引先については、いったん甲社との間の債権債務関係を清算したうえで、その全部につき新たに丙社との間で取引を開始することとされた。

とすると、本件取引は、甲社の洋菓子事業という一定の事業目的のために組織され、有機的一体として機能する財産の譲渡といえる。

イ また、②本件取引により、当然、丙社は同事業を承継する。

ウ よって、本件取引は、「事業の・・・譲渡」にあたる。

(3) そして、甲社の洋菓子事業部門は、B の退任後売上げが低迷したとはいえ、甲社の二つの事業部門のうちのひとつであり、甲社が依頼した専門家の評価によれば、その時価は 3 億円と、甲社の純資産（資料①参照）5 億円に比しても高いといえるから、本件取引は甲社にとって、事業の「重要な」一部の譲渡である。

コメント [k109]: 明らかに事業譲渡の問題だと思ったが、競業禁止義務の特約による排除、取引が 2 つある点が引っ掛かった。しかし、個々に「重要な財産の処分」を検討するのもおかしいと感じたので、何とか事業譲渡にしようと考えた。

コメント [k110]: 事業譲渡は、個々の財産を譲渡する契約の集合というような話を聞いたことがあったので、思いついた。刑法で、一連の実行行為を認定する手法（主観＋客観、時間的接着性）を使った。

コメント [k111]: 資料はできるだけ使いたかった。

コメント [k112]: ここからは平成 18 年民事系第 1 問と同じ流れで書いた。

コメント [k113]: これは、学説でもかなり強力に主張されているから、書くことに躊躇はなかった。というよりこの期に及んで事業譲渡性を否定する方が怖かった。

コメント [k114]: 問題文の書き写し。

コメント [k115]: 重要性は質的な面を検討すべきだった。ただ、一応資料①を使う姿勢を見せているから、それほど問題ではないだろう。

3 以上から、本件で、甲社は本件取引に当たり株主総会の特別決議による承認（467 条 1 項柱書，309 条 2 項 11 号）を得なければならなかったが、これが無い。

上記 2 (1) のとおり、事業譲渡の定義を明確に定めたから、取引の安全より株主の保護という同項の趣旨を重視すべきであり、同項に違反してされた事業譲渡は無効と解する。

したがって、第 1 取引と第 2 取引は、無効である。

第 3 設問 3

株式取引の安全の見地から、重大な法令・定款違反によって発行された株式のみ無効と解する。

1 まず、募集新株予約権のその他の行使条件を取締役に一任した点は、本件では、①G に対して払込みをさせないで募集新株予約権 1000 個を割り当てること等の事項が定められ、甲社の株主総会において、G に特に有利な条件で本件新株予約権を発行することを必要とする理由が説明されているので、問題ない（239 条 1 項，2 項）。

2 もっとも、募集事項の決定の委任について規定した 239 条の趣旨から、取締役会は、いったん定めた行使条件を、再度の株主総会による委任なく、変更することはできないと解する。

よって、甲社取締役会による上場条件廃止の決議は無効であり、そうすると G は、上場条件に反して本件新株予約権を行使し、甲社株式 1000 株を取得したことになる。

3 非公開会社である甲社においては、株式取引の安全よりも既存株主の利益保護を重視すべきだから、上記行使条件に違反した瑕疵は、重大な法令違反と評価できる。

したがって、G に発行された甲社株式は、無効である。

以 上

〈総合コメント〉

問題文読み→答案構成→答案書きと、つまづかずにスムーズに解き進めることができた。時間配分・答案の分量も、概ね配点に沿っており良いと思う。

〈時間配分〉

答案構成：35 分

答案書き：85 分

〈使用教材〉

デバイス・ネオ商法

リーガルクエスト会社法

弘文堂ケースブック会社法

4A 論文過去問分析講義

コメント [k116]: もしかして判例とほぼ同じ事案？

コメント [k117]: 使ったことのない条文だから、よくわからなかった。

コメント [k118]: 特に理由づけは書かなかったが、みんなあまり書けるとは思わなかった。

コメント [k119]: これが殺し文句。

民事系第 2 問（商法）

〔設問 1〕

1 B が甲社に対して任務懈怠に基づく損害賠償責任(会社法 423 条 1 項。以下、法令名略す)を負うかにつき、検討する。

(1) 会社と取締役との関係は委任に関する規定に従う(330 条)ので、任務懈怠とは、善管注意義務(民法 644 条)ないし忠実義務(355 条)の違反をいう。

(2) 本件では、まず、競業避止義務(365 条 1 項、356 条 1 項 1 号)違反という法令違反の任務懈怠が認められないかが問題となる。

ア 「株式会社の事業の部類に属する取引」とは、会社が実際に行っている取引と地域や商品が競合する取引をいう。

乙社は関西地方において洋菓子の製造販売業を営んでいる。甲社は首都圏において洋菓子の製造販売事業を営んでいるが、未だ関西地方においてはこれを営んでおらず、乙社と甲社の取引は競合しないとも思える。しかし、甲社は関西地方への進出を企図して、マーケティング調査会社に市場調査を委託して、委託料として 500 万円を支払っている状況であり、将来関西地方へ洋菓子事業が進出することが現実的に企図されている。そのため、乙社の洋菓子事業に係る取引は「株式会社の事業の部類に属する取引」に当たる。

イ 競業取引の承認を得ることの主要な効果は、取締役又は第三者が得た利益を会社の損害額と推定させること(423 条 3 項)にあることから、会社の計算で行われない行為について規制を及ぼすことに意義がある。そのため、「自己又は第三者のために」とは、自己又は第三者の計算において、という意味をいう。

B は甲社の「取締役」であるが、乙社の取締役ではない。もっとも、B は辞任したとはいえ最近まで同社の監査役であったうえ、現在では同社の 90%もの株式を所有する大株主である。そして、B は乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執っている。そのため、B は乙社の事実上の主宰者として同事業に係る取引を行っているといえる。

そして、上述の通り、B は乙社の 90%もの株式を有することから、配当等を通じて、乙社の利益は実質的には B の利益であるともいえる。そのため、B は「自己のために」上記取引を行っているといえる。

ウ よって、B が乙社において洋菓子事業部門の陣頭指揮を執るには甲社取締役会において重要な事実を開示したうえで承認を得る必要がある(365 条 1 項、356 条 1 項 1 号柱書、2 条 7 号)。

そして、重要な事実とは、当該取引が競業取引にあたるか否かを判断するために必要な事実であるから、本件では重要な事実として乙社の事業内容や地域等を開示すべきであった。それにもかかわらず、B は乙社の発行済み株式の 90%を取得したことを述べるのみであったというのであるから、重要な事実がなされたとはいえない。

コメント [K120]: 全体的に問題文中の事
情を拾いきって丁寧に論じることを意識
した。

そのため、365 条 1 項・356 条 1 項 1 号柱書違反があり、法令違反の任務懈怠が認められる。

エ B は上記取引により顧問料として月 100 万円の利益を得ているので、かかる利益の額が甲社の損害額と推定される(423 条 3 項)。また、B の照会が無ければ乙社は Q 商標の独占利子要件の設定を受けることはなかったのであり、また、甲社が関西地方への進出を断念することもなかったのであるから、委託料として支払った 500 万円は授記任務懈怠と因果関係のある損害といえる。

オ したがって、B は任務懈怠責任により損害賠償責任を負う。

(3) ア 次に、B が甲社から洋菓子工場の工場長 E を引き抜いたことが、忠実義務違反に当たり、任務懈怠が認められないかが問題となる。

E には職業選択自由(憲法 22 条 1 項)が保障されているし、また、従業員の引き抜きが常に忠実義務違反となると解するのは、従業員を会社の財産としか見ていないことになり妥当ではない。そのため、従業員の引き抜きは不当な態様による場合のみ忠実義務違反となると解すべきである。

本件のように、工場長が突然退職すれば、工場の操業は混乱し、停止せざるを得なくなる。そのため、事前の通告なしに、突然工場長を引き抜く行為は不当な態様による引き抜き行為といえるから、B に忠実義務違反が認められる。

イ 甲社は、E の退職により工場が操業停止して 3 日間受注できないことにより、売上相当額計 300 万円の損害を被っている。かかる損害は B による引き抜き行為が無ければ発生しなかったのであるから、任務懈怠との間に因果関係が認められる。

ウ したがって、引き抜き行為についても B は任務懈怠に基づき 300 万円の損害賠償責任を負う。

[設問 2]

1 第 1 取引および第 2 取引が、株主総会の特別決議を要する事業譲渡(467 条 1 項 1 号 2 号)にあたるのか、それとも取締役会の決議のみで足りる「重要な財産の処分」(362 条 4 項 1 号)にすぎないのかが問題となる。

(1) 法律関係の明確性および取引の安全の見地から、21 条以下にいう事業譲渡と同義とすべきであるとすれば、株主総会の特別決議を要する事業譲渡とは、①譲渡財産の有機的一体性、②譲受会社が譲渡会社の事業を承継すること、及び③譲受会社が法律上当然に競業避止義務(21 条 1 項)を負うこと、という要件を満たすものをいうことになる。

しかし、467 条 1 項 1 号 2 号の趣旨は、事業譲渡は株主の重大な利害にかかわることから、株主に慎重な意思決定の機会を与える点にある。

そうだとすれば、譲受会社が事業活動を承継するか否かは譲渡会社の株主の利益にほとんど影響を与えるものではないのであるから、②に要件は不要である。

- また、競業避止義務は任意規定であり、特約により排除することが可能であるところ、株主の重大な利害にかかわるにもかかわらず特別決議が不要となってしまうのは妥当ではないことからすれば、③も要件とすべきではない。
- (2) では、第 1 取引及び第 2 取引は①を充たすか。

有機的一体性が認められるためには、事業用財産に譲渡会社の製造・販売等に係るノウハウが付随して移転されれば足り、従業員・得意先等の移転は必ずしも要しない。

本件では、第 1 取引及び第 2 取引を別個に見れば、それぞれ不動産や商標権の譲渡に過ぎず、有機的一体性は認められない。しかし、株主の利益保護という事業譲渡規制の趣旨からすれば、取引を別個にすることで規制の潜脱を認めるべきではない。そのため、両取引は一体のものとして考えるべきである。

そうすると、事業用財産たる洋菓子工場に係る土地・建物の譲渡に付随して、商標権という洋菓子の製造販売に係るノウハウが移転しているといえる。したがって、①を充たす。

- (3) そして、本件では、洋菓子事業部門の売却の際、同部門の従業員の雇用関係はいったん甲社との関係で終了し、新たに丙社との間で締結することになる。また、取引先との債権債務関係についても、いったん甲社との関係で清算した上で、新たに丙社との間で取引を開始することとなっている。そのため、②の要件充足が認められないが、上述の通り、同要件は不要である。

また、上述の通り、③の要件も不要であるから、甲社が丙社との間で、競業を禁止しない旨の特約をしたことは、事業譲渡該当性に影響しない。

よって、両取引は株主総会の特別決議を要する事業譲渡に当たる。

- 2 甲社の「事業」は乳製品事業部門と洋菓子事業部門であるから、洋菓子事業部門の譲渡は「事業の…一部の譲渡」に当たる。

- (1) そして、「重要な一部」か否かは、株主の重大な利害に関わる事業再編か否かの観点から、量的及び質的双方の側面から判断される。

- (2) 両取引では、譲渡された建物等は譲渡時において甲社の総資産額の 5 分の 1 を超えていたものであるから、量的基準を満たす。また、甲社の洋菓子事業部門は、世界的に著名な P 社から取得した P 商標を付したチョコレートを主力商品としていたことから、甲社のブランドイメージの観点から質的にも重要なものであったといえる。

- (3) したがって、「事業の重要な一部の譲渡」(467 条 1 項 2 号)といえる。

- 3 そうすると、本件契約は株主総会の特別決議によりその契約の承認を受けなければならなかった(309 条 2 項 11 号)。このように、決議の承認を欠く事業譲渡の効力が問題となる。

467 条 1 項の趣旨は株主の利益保護にあるから、取引の安全を重視すべきではない。また、買収対象会社に対し実地調査を行うことが多くなった今日では、相手方にとって要件該当性の判定が困難ともいえなくなっている。

したがって、株主総会決議の承認を欠く事業譲渡は、無効と解すべきである。

以上より、第 1 取引及び第 2 取引は無効である。

[設問 3]

1 事例 16 で発行された甲社株式(以下、「本件株式」という)の無効は、訴えをもつてのみ主張することができる(828 条 1 項柱書・同項 2 号)。そのため、本件株式発行の無効の訴えが提起されたとして、無効事由の存在が認められるかが問題となる。

(1) 無効事由については、明文は無く、解釈に委ねられているが、株式取引の安全の観点からは、株式発行の重大な違反に限られると解すべきである。

本件では、上場条件が満たされていないのに G の新株予約権の行使を認めて本件発行に至っている。これが重大な違反に当たり、無効事由とならないか。

(2) まず、上場条件を取締役会により廃止することができるかが問題となる。

本件では、株主総会において募集新株予約権のその他の行使条件については甲社の取締役会に一任する旨決議がなされている。しかし、これは事後にその条件を変更することまで委任する趣旨を含むとはいえない。

そのため、当該条件が細目的な事項でない限り、事後に行使条件を変更する取締役会決議は無効である。

(3) そうすると、本件株式の発行は、いまだ上場条件が廃止されていないにもかかわらず、同条件を満たさないでなされたこととなる。

甲社のような非公開会社においては、株式発行には株主総会の特別決議を要するものとされ(199 条 2 項、309 条 2 項 5 号)、また、新株発行無効の訴えの提訴期間が 1 年に拡張されている(828 条 1 項 2 号かつこ書き)。このように、法は非公開会社の持ち株比率維持に対する関心を保護していることからすれば、既存株主の意思に反する株式の発行は重大な違反といえるから、無効事由となる。

本件では、上場条件に反した株式の発行がなされているところ、同条件は、アドバイザー契約を締結した経営コンサルタント G が甲社の業績向上に対して尽力するようインセンティブ報酬として設定されたものである。そのため、上場条件は株式発行において重要な内容を構成しているといえ、かかる条件に反した株式の発行は、既存株主の意思に反するものといえる。

したがって、上場条件に反する新株の発行には無効事由が認められる。

2 以上より、本件株式の発行は無効となり得る。

以上

〈総合コメント〉

設問の問い方が従来の問題から変わったので、どのように書いていくべきか迷った。

書くべき論点はあきらかであったので、論点で悩むことはなかった。

答案構成で悩んだことから、時間が足りず、後半の記述が薄くなってしまった。

〈時間配分〉

- 163 答案構成：35 分
- 164 答案作成：75 分
- 165 〈使用した参考書〉
- 166 江頭『株式会社法 [第 4 版]』
- 167 リーガルクエスト会社法
- 168 会社法判例百選 [第 2 版]
- 169 ロースクール演習会社法 [第 3 版]

民事系第 3 問（民事訴訟法）

第 1 設問 1

1 平成 3 年判決と抵触しない理由

(1)ア 本件におい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提出した場合に、平成 18 年判決によれば、いったん提起された本件反訴は予備的反訴として扱われる。この予備的反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としないことを内容とする。

イ 相殺の抗弁に供された反訴請求債権について、裁判所が、同債権は存在する、あるいは不存在であると判断した場合、そのいずれについても、「相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断」として、「相殺をもって対抗した額」つまり受働債権たる本訴請求債権と対当額で、自働債権たる反訴請求債権が基準時において不存在であることについて「既判力を有する」。

ウ とすると、反訴が上記のような予備的反訴として扱われる結果、まず、相殺の抗弁について審理判断され、その結果自働債権につき存否どちらと判断されても、「相殺をもって対抗した」部分については、その不存在について既判力が生じるので、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示されたとして、その部分については反訴請求としないことになるから、同部分については、反訴請求として改めて審理判断されず、既判力の矛盾抵触が生じることもない。

エ よって、本件におい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、反訴を予備的反訴として扱えば、相殺の自働債権と反訴請求債権について既判力の矛盾抵触が生じないから、平成 3 年判決の強調する、審理の重複を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するという、142 条の趣旨にも反しない。

(2)ア 仮に、相殺の抗弁に供された反訴請求債権が存在すると裁判所が判断し同抗弁が認められた場合、同債権と受働債権たる本訴請求債権とは対当額で相殺されるので、これにより、反訴原告は相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待を満足することができる。

イ 一方、自働債権たる反訴請求債権についてのこの判断は、上記の通り、「相殺のために主張した請求の成立・・・の判断」として、反訴請求債権が相殺によって消滅したことによりその基準時における不存在について「既判力を有する」。これにより、反訴請求債権のうち既判力を有する部分は、反訴請求としないので、反訴原告は同部分について反訴請求で改めて債務名義たる請求認容の確定判決（民事執行法 22 条 1 号）を得ることはできない。

ウ よって、反訴原告は相殺による簡易、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

コメント [k121]: はじめは「予備的反訴」の内容を、相殺の抗弁が「認容されること」を解除条件として・・・としていたが、問題文を読み直して誤りに気付く。

コメント [k122]: 114 条 2 項の使い方を知っていることをアピールして印象をよくする狙い。

コメント [k123]: 少しきどくなった。

コメント [k124]: とにかく課題に答えることを意識。

受することにはならないので、これを許さないとする平成 3 年判決の趣旨に反しない。

2 平成 18 年判決の理解

(1)ア 民事訴訟においては、私的自治の原則の訴訟法的反映として、処分権主義が妥当し、どのような内容の訴訟を提起するかは、原告となる者が決定できる。

コメント [k125]: ここはあまり自信なし。

平成 18 年判決によれば、本件で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本訴において提出した場合、訴えの変更（143 条）の手続きを要することなく、反訴が予備的反訴として扱われることになるが、これは、処分権主義に反しないか。

イ 上記処分権主義は、原告の意思尊重を趣旨とするから、反訴が予備的反訴とされることが反訴原告の意思に反しなければ、処分権主義に反しないと解する。

コメント [k126]: 一般的な処分権主義の問題では、被告の不利益も考慮するが、それは(2)で検討するから不要と考えた。

ウ 反訴が予備的反訴として扱われても、相殺の抗弁が認められれば、上記 1 (2)のとおり反訴原告は反訴請求債権について、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収を図ることができる。むしろ、反訴を予備的反訴として扱わなければ、平成 3 年判決によると相殺の抗弁が二重起訴禁止の法理に抵触することになり、原告の意思に反する結果となる。

エ よって、反訴について訴え変更の手続きを要することなく、反訴が予備的反訴とされても、反訴原告の意思に反しないから、処分権主義に反しない。

(2)ア 確かに、訴え変更の手続きを要せずに予備的反訴とされると、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としないので、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る。

イ しかし、反訴請求につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合、反訴請求債権については上記 1 (1)イの通り、「相殺をもって対抗した額」につきその基準時における不存在に「既判力を有する」。

ウ とすると、反訴請求債権につき相殺の自働債権として既判力ある判断が示された部分については、反訴請求について本案判決が得られなくても、後訴で反訴原告から改めて請求されることはないから、反訴被告の利益を害さない。

第 2 設問 2

コメント [k127]: 上訴だからみんなあまりできないだろうと思い、淡々と処理した。

1 第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場合、訴訟物たる X の Y に対する損害賠償請求権の基準時における不存在について、既判力が生じる（114 条 1 項）。

この場合、裁判所はそもそも X の本訴請求債権である損害賠償請求債権がないとの心証を得ているので、相殺の抗弁として主張された反対債権の存否については判断されず、反対債権の存否について既判力は生じない（同 2 項参照）。

2 他方、相殺の抗弁が認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却によりそのまま確定した場合、まず、訴訟物たる損害賠償請求権が、相殺によって消滅し

たことにより、第一審基準時において不存在であることについて既判力が生じる。

そして、反対債権たる Y の X に対する請負代金請求権についても、「相殺のために主張した請求の成立…の判断」として、「相殺について対抗した額」つまり本件では両債権が同額であるとされたのでその額につき、同請求権が相殺により消滅し、基準時におけるその不存在について、既判力を生じる。

3 とすると、第一審判決取消・請求棄却判決の方が、反対債権の不存在に既判力が生じない分、控訴した X に不利益となる。

したがって、不利益変更禁止の原則（304 条）から、控訴審は控訴棄却の判決をすべきである。

第 3 設問 3

1 Y の言い分を不当利得返還請求権（民法 703 条）の要件に当てはめて整理すると、以下のようになる。

(1) ⑤X は、「他人」Y「の財産」たる Y の X に対する請負代金請求権を受けないこと「によって利益を受け」、他方で Y は、請負代金を請求できないことにより「損失」を被っている。

(2) (1)は、④Y としては X に対し請負代金請求をしたいが、それが既判力によって制限されていることを理由とするので、上記利得と損失との間には、社会通念上因果関係（「そのために」）がある。

(3) しかし、前訴判決は、①X の Y に対する損害賠償請求権が、工事に瑕疵がないのでそもそも存在していなかったため、③相殺の要件（民法 505 条 1 項）を欠いているにもかかわらず、②同請求権を認め、Y の X に対する請負代金請求権と相殺したのだから不当である。

とすると、X の上記利得には「法律上の原因がない」というべきである。

2 Y の不当利得返還請求は、以下の通り認められない。

(1) まず、Y の相殺の抗弁を認めた前訴判決の「相殺のために主張した請求の成立・・・の判断」により、Y の自働債権たる請負代金請求権が相殺によって消滅し、前訴基準時において不存在であることについて「既判力を有する」。後訴で、これに反する当事者の主張は排斥される。これは、紛争の蒸し返しを防止するためであり、当事者に対する手続保障により正当化される。

しかるに、Y の請求は、X に対する請負代金請求権が現在も存在し、ただそれが既判力によって制限されているに過ぎないことを前提とするので、上記既判力に矛盾する。

とすると、上記前提のもと、本件で X の利得には「法律上の原因」がないとする Y の主張は、失当である。

(2) また、Y は、X の Y に対する損害賠償請求権は、そもそも存在していなかったと主張し、不当利得返還請求をしているが、これは、手続保障が与えられた前訴の紛争を蒸し返すものであり、この点でも前訴既判力に抵触する。

以 上

〈総合コメント〉

コメント [k128]: このあてはめは上でも何度も書いているが、うまく省略できなかった。

コメント [k129]: 不利益変更禁止原則は控訴棄却に直結する。

コメント [k130]: ここをきちんとあてはめて、得点を確保したい。

コメント [k131]: 難しかったが、何とか二つひねり出した。

- 124 相殺は一度まとめて勉強したことがあったので、落ち着いて処理できてラッキー
125 だった。自信がない部分もあるが、書くべきことはきちんと書けたと思う。
126
127 〈時間配分〉
128 答案構成：35 分
129 答案書き：85 分
130
131 〈使用教材〉
132 デバイス・ネオ民訴
133 伊藤眞「民事訴訟法」
134 4A 論文過去問分析講義

民事系第 3 問（民事訴訟法）

〔設問 1〕

1 平成 3 年判決の趣旨に照らし、本件において反訴請求債権を自働債権として本
2 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 年判決と抵触せず、
3 かつ、処分権主義に抵触する違法もない。以下、その理由を述べる。

4 2 第一に、本件におい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
5 旨の抗弁を適法と解しても、二重起訴の禁止（民事訴訟法（以下、法令名は省略
6 する）142 条）の趣旨に反しない。以下、詳述する。

7 (1) 二重起訴の禁止の趣旨は、同一の事件が二重に審理判断されることによる
8 ①既判力抵触のおそれ、②被告の応訴負担の煩、及び③裁判所の訴訟経済の
9 悪化をそれぞれ防止することにあり、平成 3 年判決は上記の①の点が既に継
10 続中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権と
11 して相殺の抗弁を提出する場合にも当てはまるとして、係属中の別訴におい
12 て訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権として相殺の抗弁を
13 提出することは許されないとしている。

14 (2) しかし、本件においてかかる趣旨はあてはまらない。以下、その理由を述
15 べる。ア 本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺
16 する旨の抗弁が提出された場合、平成 18 年判決に従えば、反訴請求債権につ
17 き、訴えの変更の手続きを要することなく、本訴において相殺の自働債権と
18 して既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としな
19 い解除条件付き反訴とする趣旨の予備的反訴として扱われることになる。し
20 たがって、本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場
21 合には反訴請求は取下げられたこととなり審理判断されず既判力ある判断は
22 示されない。

23 イ 他方、相殺の抗弁は本訴における訴求債権が存在することを条件として
24 審理判断される停止条件付の主張であるから、本訴訴求債権の不存在を認
25 定し、裁判所が本訴を棄却ないし訴訟要件を欠くとして却下する場合に限り、
26 相殺の抗弁は審理されず、反訴請求が審理判断され、既判力ある判断
27 が示されることになる。

28 ウ したがって、相殺の抗弁と予備的反訴とは、一方のみ審理判断され既判
29 力ある判断が示されるという択一的関係にあることから、既判力ある判断
30 の矛盾抵触が生じるおそれはない。

31 (3) 以上より、本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相
32 殺する旨の抗弁を適法と解しても、二重起訴の禁止の趣旨に反しない。

33 3 第二に、平成 3 年判決の相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待と、
34 相殺に供した債権について債務名義を得るという 2 つの利益を自働債権の債権
35 者である被告が享受することは許されないとする趣旨はあてはまらない。

36 (1) 上記のように本件において平成 18 年判決に従って、反訴請求は予備的反
37 訴として扱われる結果、本訴における相殺の抗弁と、予備的反訴とは一方の
38 みが審理判断され既判力判断が下されるという択一的関係にある。

コメント [K132]: 問題文中の誘導に触れ
きって書き切ることを意識した。

コメント [K133]: 問題文の対話の中でこ
の趣旨が書かれていたので、きちんと触れ
た。

(2) このように扱われる結果、相殺の抗弁について審理判断され既判力ある判断が下される場合に限り、本訴被告としては、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待という利益を得ることができ、この場合、反訴請求の取下げにより、相殺に供した債権について債務名義を得るという利益を得ることはできない。他方、相殺の抗弁について審理判断が行われない本訴棄却ないし却下の場合に限り、反訴請求が審理判断され既判力ある判断が示されることとなり、この場合、相殺に供した債権について債務名義を得るという利益を得ることができ、相殺の抗弁につき審理判断が行われない以上、総裁による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待という利益を得ることはできない。

(3) 以上のとおり、本訴被告としては、上記の一方の利益のみを享受することになるから、本件において、平成 3 年判決の上記趣旨はあてはまらない。

4 以上より、本件におい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。

5 もっとも、上記のように反訴請求を訴えの変更(143 条 1 項)を要することなく予備的反訴と扱うことは処分権主義に反し 246 条に反し違法とならないか。

(1) 処分権主義(246 条)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うところ、処分権主義は、利益主張の限度を画する機能、そして請求が全部棄却された場合の不利益の限度を画する機能を原告に認めると同時に、請求が全部認容された場合の不利益の上限を被告に示すという機能を有する。したがって、処分権主義に違反するか否かを判断するにあたっては、原告の合理的意思に反しないかどうか、および被告にとって不意打ちとならないかどうかという観点から検討することを要する。

(2) ア 本件についてこれをみるに、反訴原告としては、相殺の抗弁が不適法とされた場合には、反訴原告と反訴被告がそれぞれ債務名義を取得することになり、両者が執行を経て満足を受けるという迂遠な方法を取らなければならない。これに対して、反訴が予備的反訴と扱われ、相殺の抗弁が適法とされた場合、本訴請求債権が存在すると判断された場合、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待という利益を享受でき、他方、本訴請求債権が不存在による本訴請求棄却ないし訴訟要件を欠くことによる本訴請求却下の判断がされた場合には、反訴により相殺に供した債権について債務名義を得るという利益を享受でき、反訴原告の利益となる以上、原告の合理的意思に反するものではない。

イ 反訴被告としては、相殺の抗弁が不適法とされた場合には、反訴原告と同様に双方が債務名義を取得することによる、両者が執行を経て満足を受けるという迂遠な方法を取ることを余儀なくされ、他方、予備的反訴と扱われることにより相殺の抗弁が適法と扱われる場合、上記の迂遠さによる弊害を回避することができる。

また、反訴被告としては、予備的反訴として扱われる結果、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るものの、その場合、反訴請求債権と同一の債権が供された相殺の抗弁について既判力ある判断が示

コメント [K134]: 処分権主義違反の点についてどのような形で触れるか迷ったがこのような形で書いた。

されることになるから(114条2項)、後訴において同一の債権を訴求することは既判力により遮断されることになる結果、そのことにより反訴被告の利益を害することにはならない。よって、被告にとっても不意打ちとはならない。

(3) 以上より、訴えの変更の手続きを要することなく予備的反訴と扱うことは処分権主義に反しない。

6 以上より、本件におい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年判決と抵触せず、かつ、処分権主義に抵触する違法もない。

〔設問2〕

1 仮に、控訴審が審理の結果、そもそもXが主張するような瑕疵はなく、Xの本訴請求債権である損害賠償請求権がないとの心証を得た場合、控訴審はどのような判決をすべきか。

2 まず、第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場合を検討する。

(1) 第一審判決においては、XのYに対する損害賠償請求権の存在、及びYのXに対する請負代金請求権の存在が認められ、本訴におけるYの相殺の抗弁を認めた上で、受働債権と自働債権の額が同額であったことから本訴請求を棄却するという判決がなされている。この場合、第一審判決の既判力は114条2項により相殺に供したYのXに対する請負代金請求権全額の不成立について生じ、Yは別訴において同請求権を行使することは既判力により遮断されることとなる。

(2) しかし、控訴審において第一審判決取消・請求棄却との判断が下された場合、305条に基づき第一審判決が取消される結果、第一審判決により生じた既判力は払拭されることとなる。他方で、控訴審は請求棄却の理由は、そもそもXが主張するような瑕疵はなく、Xの本訴請求債権である損害賠償請求権がないとするものであるから、〔設問1〕で述べたように相殺の抗弁が本訴における訴求債権が存在することを条件として審理判断される停止条件付の主張であるから、本訴訴求債権の不存在を認定し、裁判所が本訴を棄却される場合、相殺の抗弁についての審理判断は行われず、既判力ある判断は示されないこととなる。

(3) したがって、上記のような判断が示された場合、Yは別訴において相殺の抗弁に供した債権をXに対し行使しうることとなる。

3 他方、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によりそのまま確定した場合、第一審判決がそのまま維持されることとなるから、第一審判決で生じた既判力は払拭されることなく維持される。したがって、このような判断を控訴審がなした場合、Yが別訴において相殺の抗弁に供した債権をXに対し行使することは既判力に抵触し許されないこととなる。

4 以上より、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によりそのまま確定した場合には、Yは別訴において相殺の抗弁に供した債権を行使する

コメント [K135]: 問題を読んで「控訴」とあり、控訴については勉強が手薄であったことから焦った。

コメント [K136]: 条文を挙げ既判力が問題となることを示した。

ことを既判力により妨げられるという不利益を受ける。したがって、控訴審が審理の結果、Xの本訴請求債権である損害賠償請求権がないとの心証を得ている以上、Yが上記のような不利益を甘受することは妥当ではないから、第一審判決により生じた既判力は払拭されるべきである。よって、控訴審は、第一審判決取消し・請求棄却という結論を下すべきである。

[設問 3]

- 1 結論として、Yの主張は、本訴の確定判決の既判力によって認められない。以下、理由を述べる。
- 2 まず、Yの主張は、不当利得(民法 703 条)に基づく利得返還請求であるところ、かかる請求が認められるためには、(i)法律上の原因がないこと、(ii)受益、(iii)損失、(iv)(ii)と(iii)との間の因果関係の各事実を主張立証しなければならない。
- 3 本件において、Yの言い分がどの要件に当てまるか検討するに、Yの言い分⑤の「Xは、請負代金請求を受けないことによって利益を受けており、一方、Yは、請負代金を請求できないことにより損失を被っている」との主張は、Yの受益、Xの損失、および両者の間の因果関係についてのものであり、上記(ii)から(iv)の要件に当てはまる。そして、Yの言い分①の「XのYに対する損害賠償請求権は、工事に瑕疵がないのでそもそも存在していなかった」との主張は、法律上の原因がないことを主張するものと考えられる。
- 4 しかし、Yが法律上の原因がないことを主張立証するため工事に瑕疵がないことを争うことは許されない。すなわち、本訴においてXの損害賠償請求権が認められているところ、かかる損害賠償請求権が成立するには仕事の目的物に瑕疵がなければならぬ(民法 634 条 1 項・2 項)。したがって、本訴においてXの損害賠償債権の存在が認められている以上、仕事の目的物についての瑕疵の存在についても既判力が生じていると認められる。
- 5 したがって、Yの仕事の目的物に瑕疵がないとの主張は、本訴により生じる既判力により遮断される。
- 6 よって、Yの主張は、上記(i)の要件を欠くものである以上、主張立証すべき要件を欠くから、かかる主張は認められない。

以上

〈総合コメント〉

問題を一読して、設問 1 しか見たことのあるような問題がなかったので、答案構成に時間がかかってしまった。また、設問 1 で問題文中に誘導が多く書かれていたので、それに触れきるためにはどのように書くべきか大変悩んだ。

設問 3 に割く時間を確保することができず薄い記述になってしまった点が悔やまれる。

〈時間配分〉

答案構成：40 分

コメント [K137]: よくわからなかったが、誘導に沿ってなんとか粘ることを意識した。結論として争点効みたいものになってしまった。

- 165 答案作成：80 分
166
167 〈使用した参考書〉
168 藤田広美『講義民事訴訟法 [第 3 版]』
169 藤田広美『解析民事訴訟法 [第 2 版]』
170 民事訴訟法判例百選 [第 2 版]

刑事系第 1 問（刑法）

第 1 甲が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 1 について

1 甲に、窃盗罪（235 条）が成立しないか。

(1) A 社には、新薬開発部、財務部をはじめとする部があり、各部にいてその
業務上の情報等を管理している。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。そして、事例 2 から、新薬の
書類は、新薬開発部の部長関の後方にある、暗証番号によって開閉する金庫
に入れて保管され、同部長により管理されていた。

とすると、新薬の書類は、新薬開発部の部長が占有しているとえる。

甲は、12 月 3 日までは、同部の部長職にあったが、同日付で財務部管理課
に所属が変わり、同日、新薬開発部の後任の部長に引き継ぎを行って部長関
の後方にある金庫の暗証番号を伝えたので、この時点で、新薬の書類は後任
の部長の管理占有下に置かれたといえる。

よって、行為 1 の時点で、新薬の書類は、「他人」である後任の部長の占有
する「財物」である。

(2) 行為 1 により、新薬の書類が甲のかばんに入れられた時点で、同書類が、
後任の部長の意思に反して甲の占有下に置かれたといえるから、甲は、同書
類を「窃取した」。

(3) 甲には、同罪の故意（38 条 1 項本文）、不法領得の意思も認められる。

よって、甲に窃盗罪が成立する。

2 乙に、窃盗罪の共同正犯（60 条）が成立しないか。

(1)ア 上記 1 (1)のとおりに、新薬の書類は新薬開発部の部長が管理占有している
ので、甲が後任の部長に引き継ぎを行うまでは、同書類は甲にとって「自
己の占有する他人」A 社「の物」といえる。

そして、甲は、部長として、新薬開発部が使用する部屋に設置された部
長席において執務し、同部の業務全般を統括し、新薬の書類を管理するな
どの業務に従事していたのだから、甲の上記占有は、「業務上」の委託信
任関係に基づく。

イ 以上を前提に、甲は、12 月 1 日、乙に対し、「これはまだ秘密の話だが、
最近、A 社は新薬の開発に成功した。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」と言った。すると、乙は、甲に、
「是非、その書類を持ち出して私に下さい。私は、その書類をわが社の商
品開発に活用したい、私は、その書類をわが社の商品開発に活用したい。
成功すれば、私は将来、わが社の経営陣に加わることができる。」と、自己
の出世を目的として甲に対し新薬の書類を持ち出すことを持ちかけた。そ
の際、乙は「その書類と交換に、私のポケットマネーから 300 万円を甲先
輩に払いますし、甲先輩を海外の支社長としてわが社に迎え入れます」と、
甲の利益も約束した。

コメント [k138]: 場面ごとにメインの行為
者が異なるので、行為ごとに論じていくこ
とにした。

コメント [k139]: 建造物侵入罪も書くべき
だったかもしれないが、どこに立ち入った
時点で成立するのかわからなかったし、乙
との共謀の内容にも絡むので、あえてスル
ーした。

コメント [k140]: 誰が占有しているか、と
いう問題点はかなり頻出で、みんな書いて
くと思った。事情を拾って比較的厚く書
いた。

コメント [k141]: 問題文を書き写す。

コメント [k142]: 特に評価を加えなくても、
伝わらと思う。

コメント [k143]: ここはほぼ問題文の書き
写し。

コメント [k144]: 乙の正犯意思を肯定する
事情として書いた。

これに対して、甲は、できることならば 300 万円を手に入れるとともに乙の勤務する会社に転職もしたいと思い、「分かった、具体的な日には言えないが、新薬の書類を年内に渡そう」と言ったので、この時点で、甲と乙に、自己の業務上横領罪として積極的主体的に犯罪を行う正犯意思、及び相互利用補充の意思つまり「共同・・・実行」の意思（合せて「共謀」）が形成された。

コメント [k145]: 共同実行の意思を肯定する事情として書いた。

ウ なお、乙は、新薬の書類について「占有」していないが、業務上横領罪は「占有」者という点で構成的身分犯としての性格を有しているので、「身分のない者」たる乙が、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したとき」（65 条 1 項）として、業務上横領罪の共同正犯が成立し得る。

コメント [k146]: 結論として窃盗罪にしても、この部分の配点はあると思ったので書いた。

この場合、同罪は「業務上」の占有者という点で、加減的身分犯でもあるので、65 条 2 項により単純横領罪の限度で刑が科されると解する。

(2) しかし、実際には甲が行ったのは上記 1 の通り窃盗罪であった。

コメント [k147]: ここが少し難しかったが、小難しい講学上の用語（「共謀の射程」とか）は使わずに、淡々と処理することを心掛けた。

ア たしかに、甲は、もし自己の所属が変わったことを乙に告げれば、乙は 1 日の話をなかったことにするというかもしれない、そうなれば 300 万円が手に入らず転職もできないと思い、自己の所属が変わったことを乙に告げなかった。

コメント [k148]: 問題文でたびたび出てきた言い回しだったので使った。

しかし、甲にとっても乙にとっても、新薬の書類を社外に持ち出すことが重要なのであり、社外に持ち出すという点では窃取行為も横領行為も変わらない。

とすると、甲の行為 1 は、上記共謀に基づいて行われたといえる。
イ また、故意責任の本質は規範に直面したのに敢えて犯罪を行ったことに対する非難にあり、規範は構成要件として与えられているから、主観と客観が構成要件の範囲内で重なり合う限度で、軽い犯罪の故意が認められると解する。

本件で、窃盗罪と業務上横領罪は、領得罪という点で重なり合いが認められる。そして、罰金刑が選択できる点で、窃盗罪の方が軽いといえるから、乙には窃盗罪の故意が認められる。

コメント [k149]: 法定刑同じじゃないか〜どうしようと思って法文をめくったら気づいた。こういう軽重の判断の仕方もあるのかはわからない。

(3) したがって、乙に、窃盗罪の共同正犯が成立する。

第 2 丙が、ベンチに置かれた甲のかばんを持って待合室を出た行為 2 に、窃盗罪が成立しないか。

1 (1) たしかに、B 駅は、通勤・通学客を中心に多数の乗客が利用する駅で、待合室は B 駅の始発時刻から終電時刻までの間は開放されてだれでも利用できる。また、自動券売機に向かって立つと待合室は見えないが、行為 2 の時、甲は自動券売機に向かって立ち、切符を買おうとしていたので、甲から待合室は見えなかった。

コメント [k150]: ここも占有の所在。比較的事実を拾いやすかった。

(2) しかし、自動券売機と待合室はともに同じ B 駅構内にあり、券売機と待合室の出入り口とは直線距離でわずか 20 メートル離れているだけである。また、甲が、甲のかばんをベンチに置いたまま待合室を出てから、切符の購入を済ませて待合室に戻ろうとするまでの時間も、2 分程度と短い。さらに、甲が、

B駅の待合室に入ってから丙が甲のかばんを持って待合室を出るまでの間、待合室を利用した者は、甲と丙のみであった。

(3) とすると、行為2の時点で、甲のかばん及びその中に入っていた新薬の書類について、甲の占有の意思および甲の占有の事実が認められるから、甲のかばんは、丙にとって「他人」甲の占有する「財物」と評価できる。

なお、新薬の書類は、前記第1の1の通り、甲が窃取してきた物だが、丙との関係では、窃盗犯人である甲の占有も保護に値すると解する。

2 行為2は、甲の意思に反して甲のかばんを丙の占有下に移すものだから、丙は行為2によってこれを「窃取した」といえ、同罪の故意も認められる。

3 不可罰的な使用窃盗や毀棄隠匿罪と窃盗罪との区別のため、同罪の主観的構成要件要素として、不法領得の意思（①権利者を排除して②その物の経済的用法に従って利用処分する意思）が必要であると解するが、丙に不法領得の意思が認められるか。

(1) 本件で、丙は、甲のかばんを持って交番へ行き、他人のかばんを勝手に持ってきた旨警察官に申し出れば、逮捕されて留置施設で寒さをしのぐことができるだろうと考え、行為2に及んだ。

①実際に、丙は、待合室出入り口から50メートルの距離にある交番に行き、警察官に甲のかばんを渡しているが、窃盗犯人である甲が警察に被害届を出すとは限らないから、権利者排除意思は認められる。

(2) ②また、逮捕されて留置施設で寒さをしのぐとする目的も、窃取してきた物の経済的価値に応じた処罰を受ける意思として、利用処分意思が認められる。

よって、丙には、不法領得の意思が認められる。

4 したがって、行為2に、窃盗罪が成立する。

第3 甲が、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について。

1 行為3は、窃盗罪の構成要件に該当する。

2 また、Cは自己の所有するかばんを持っていただけであり、「急迫不正の侵害」（36条1項）はなかったのだから、違法性阻却事由もない。

3 もっとも、甲は、Cが甲のかばんを盗んだものと思い込み、「急迫不正の侵害」があるとして行為3に及んでいるので、いわゆる誤想防衛として、責任故意が阻却されると解する。

4 したがって、行為3に犯罪は成立しない。

以上

〈総合コメント〉

割と解きやすい問題だったと思う。第3は時間が足りず薄い記述にとどまってしまったが、うまく書く自信がなかったので、他の部分を厚く書いて正解だったと思う。

〈時間配分〉

答案構成：20分

コメント [k151]: ここにも若干点が振られているのではないかと思います。

コメント [k152]: 久しぶりに不法領得の意思を論じたので、短くまとめるのに少し戸惑った。

コメント [k153]: 行為後の事情なので行為時の不法領得の意思の有無を判断する際に使ったのはよくなかったと思う。ただ、直前に交番云々については行為時の主観でもあることが書いてあるから、ギリギリセーフになってほしい。

コメント [k154]: 悩んだが、ここで否定するのは個人的におかしいと思い、何とか認める方向でまとめた。

コメント [k155]: 時間不足ゆえこの書き方に。

コメント [k156]: これは前捌きとしてしっかり書く。

コメント [k157]: 自救行為論はよくわからないので、誤想防衛とした。

コメント [k158]: 時間がなく、Cが怪我をしたこと、甲とCの体格等のデータを使えなかった。

コメント [k159]: まとめの項を作れなかった。が、この答案では各人それぞれ一犯罪となったので、罪数について書く必要がないからまとめなくてもいいか。

- 122 答案書き：100 分
- 123
- 124 〈使用教材〉
- 125 デバイス・ネオ刑法Ⅰ・Ⅱ
- 126 4A 論文過去問分析講義

1 刑事系第 1 問 (刑法)

第 1 甲の罪責(乙との共犯関係は後述)

1 A 社の本社ビルに入った行為

甲は、窃盗目的で A 社の本社ビルに入っている。A 社の本社ビルの管理者は、甲が窃盗目的であることを知っていれば当該本社ビルに入れなかったといえる。したがって、甲の本社ビルへの立入りは、本社ビルの管理権者の意思に反して本社ビルという「建造物」に「侵入」したといえるため、建造物侵入罪(130 条前段)が成立する。

2 新薬開発部の部屋に入った行為

甲は、上記本社ビルの立入りと同様に、窃盗目的をもって新薬開発部の部屋に入っているため、新薬開発部の部長という管理者の意思に反して、新薬開発部という「邸宅」に「侵入」しているといえるため、邸宅侵入罪(130 条前段)が成立する。

3 新薬の書類を持ち出した行為

(1) 業務上横領罪(253 条)の成否

ア 「占有」とは、濫用のおそれのある支配力をいい、事実上の占有だけではなく法律上の占有も含む。

A 社では、新薬の書類の管理は、新薬開発部の部長の業務であり、新薬の書類は、部長席の後方にある、暗証番号によって開閉する金庫に入れて保管されていた。

したがって、新薬の書類の占有は、事実上も法律上も新薬開発部の部長にあるといえる。

ところが、甲は、某年 12 月 3 日付で財務部経理課に所属が変わっており、新薬開発部の部長でない。

そうすると、新薬の書類の事実上もしくは法律上の占有は甲に認められず、「占有」の要件を充足しない。

イ したがって、業務上横領罪は成立しない。

(2) 窃盗罪(235 条)の成否

ア 「他人の物」とは、他人の占有する他人の物をいう。ここでの占有は、窃盗罪は奪取罪であることから、事実上の占有をいう。

本件では、前述の通り、新薬の書類は、新薬開発部の部長が事実上占有する A 社の物であるから、「他人の物」にあたる。

イ 「窃取」とは、他人の占有する他人の物を、占有者の意思に反して、自己または第三者の占有下に移転させることをいう。

本件では、甲は、新薬開発部の部長が占有する A 社の新薬の書類を、新薬開発部の部長の意思に反して、A 社の本社ビルから持ち出して自己の占有下に移転させたといえ、「窃取」が認められる。

ウ 故意または不法領得の意思も問題なく認められる。

エ 以上より、窃盗罪が成立する。

(3) 背任罪(247 条)の成否

コメント [T160]: 管理者が異なるので一応書いた。

コメント [T161]: 流れよく書けたと思う。

新薬の書類を管理するという「事務」は、新薬開発部の部長が担当する「事務」であり、甲が担当する「事務」ではないため、甲は、「他人のためにその事務を処理する者」といえない。

以上より、背任罪は成立しない。

3 C 所有のかばんを取り上げた行為

- (1) 甲には、強盗罪(236 条 1 項)もしくは恐喝罪(249 条 1 項)成立する可能性があるが、上記犯罪の故意がなく成立しない。

もっとも、甲は、C が所有し事実上占有する C のカバンという「他人の財物」を、C の意思に反して甲の占有下に移転させ「窃取」している。また、故意及び不法領得の意思も認められる。

したがって、窃盗罪の構成要件には該当する。

- (2) また、甲が取り上げたかばんは、C が所有占有するカバンであり甲のカバンではないため、甲の財産に対する侵害が現に存在するとはいえず、「急迫不正の侵害」が認められないため、正当防衛(36 条 1 項)が成立しない。

- (3) ア もっとも、「急迫不正の侵害」とは、自己または第三者の法益侵害が現に存在するか間近に押し迫っていることをいう。

ここで、甲の認識上、C が甲のカバンを持ち去ろうとしており、甲のカバンという財産に対する侵害が現に存在するといえ、「急迫不正の侵害」を誤認している。

したがって、「やむを得ずした」といえる場合は誤想防衛を、いえない場合は誤想過剰防衛を検討することになる。

- イ 「やむを得ずした」とは、防衛手段としての必要最小限度性が認められること、すなわち、防衛行為の相当性があることをいう。

本件で甲は 53 歳の通常の判断能力を備えた大人であるから、C からカバンを取り上げるのではなく、C に事情を説明して自分の物でないか確認してもらうという方法や C が取り入ってくれない場合は警察に連絡するという方法が容易に採りえた。それにもかかわらず、C からカバンを力づくで取り上げるといった方法は、防衛手段としての必要最小限度性、すなわち防衛手段としての相当性が認められず「やむを得ずした」の要件を充足しない。

したがって、以下誤想過剰防衛を検討する。

- ウ 誤想過剰防衛において責任故意が認められるのかが問題となる。

故意責任の本質は反対動機の形成可能性にあるところ、違法性阻却事由の事実について錯誤があった場合も、反対動機の形成可能性は認められないことから、責任故意は認められない。

誤想過剰防衛の場合は、過剰性の事実についての認識もない場合は、責任故意が否定される。

本件では、C に事情を説明して自分の物でないか確認してもらうという方法や C が取り入ってくれない場合は警察に連絡するという方法は容易に思いつくにもかかわらず、そのような方法をとらずあえて力づくでカバンを取り上げるといった方法をとっていることから、過剰性の認識が認められる。

以上より、甲には責任故意も認められる。したがって、窃盗罪が成立する。

コメント [T162]: 「暴行」の認定で強盗を否定したかった。これは明らかに減点されると思う。

コメント [T163]: 処理の仕方をかなり迷った。丙の記載で十分勝負できると思ったので、迷って時間を使うようなことはせず、242 条経由でなく誤想過剰防衛でいった。

- (4) もっとも、過剰防衛(36条2項)の本質は、緊急状態においては多少の行き過ぎがあってもやむを得ず、責任が減少される点にあるところ、これは誤想過剰防衛の場合にも妥当する。
したがって、36条2項の準用を認めるべきである。

第2 乙の罪責

- 1 甲が新薬の書類を持ち出した行為についての共犯関係
窃盗罪の共同正犯(60条)は成立しないか。

- (1) 共謀共同正犯の成立要件は、①共謀、②実行行為者に準ずる重要な役割、③①に基づく実行行為である。

- (2) ア 甲と乙は、甲が事実上法律上占有していた新薬の書類を持ち出すことについて意を通じており、業務上横領についての意思連絡が認められる(①)。

イ 新薬の書類の持ち出しを持ちかけたのは乙であり、乙に犯行の端緒が認められる。また、新薬の書類は、乙が勤務する会社の商品開発に使うために持ち出されるのであり、乙に利益が帰属する。したがって、乙に、実行行為者に準じる重要な役割(②)が認められる。

ウ もっとも、実行行為者である甲は、結局業務上横領でなく窃盗を行っている。甲の窃盗は共謀に基づく実行行為(③)といえるのか。共謀の射程が問題となる。

共謀の射程の有無は、共謀との因果性の有無で判断する。

本件では、新薬の書類を金庫から持ち出すという客観的態様は同一である。また、新薬の書類の所有者であるA社が被害者になる点も同一である。さらに、甲の、新薬の書類を持ち出すという犯行意思にも変化は見られない。

以上より、甲の窃盗と共謀との因果性は認められる(③)。

エ もっとも、業務上横領罪の共謀で窃盗を行っていることから、共同正犯と錯誤が問題となる。

共同正犯は特定の犯罪を共同することにその本質があるが、共謀と実際に行われた犯罪に実質的な重なり合いが認められれば、その範囲で共同正犯が成立する。

業務上横領と窃盗では、財産権という保護法益が共通し、物を領得するという行為態様も同一であることから、窃盗の範囲で実質的な重なり合いが認められる。

オ 以上より、窃盗罪の範囲で共同正犯が成立する。

2 A社の本社ビル及び新薬開発部の部屋への立入り

新薬の書類を持ち出す上で必ず必要な行為であるから、これらの行為についても共謀共同正犯が成立する。したがって、乙には、建造物侵入罪及び邸宅侵入罪の共同正犯が成立する。

第3 丙の罪責

- 甲のカバンを持ち去った行為
窃盗罪(235条)が成立しないか。

1 (1) 「他人の物」とは、前述の通り、他人の事実上占有する他他人の物をいう。
事実上の占有の有無は、窃取行為時点の占有の客観的状況を中心に占有者の占有意思を加味して判断する。

(2) 確かに、甲のカバンが置いてあった待合室は、誰でも利用できるし、また、自動券売機に向かって立つと待合室は見えない。そうすると、丙の窃取行為時自動券売機で切符を買っていた甲によるカバンに対する排他的支配が客観的にあったとはいいにくいとも思える。

しかし、丙の窃取行為時点、甲は甲のカバンとわずか 20 メートルの位置にあり、甲のカバンについての異変に気がつけばすぐに待合室に戻れる位置にいた。また、待合室はガラス張りであり、自動券売機で切符を買おうとしていた甲が振り返れば簡単にカバンの状況を確認することができた。さらに、出入口は一つしかなく、待合室の人の出入りを簡単に確認することができた。また、丙の窃取行為時まで待合室を利用したのは、甲と丙だけであり、甲は甲のカバンに対する監視を容易に行える状況にあった。甲が甲のカバンの下を離れてからわずか 1 分しかたっておらず、

これらのことからすると、甲のカバンには、甲の排他的支配が認められるといえる。しかも、待合室にカバンを置き忘れたのではなく、あえて待合室に置いていたことから強い占有の意思も認められる。

(3) 以上より、甲のカバンは甲の占有する甲の財物であり、「他人の財物」であるといえる。

2 丙は、上記「他人の物」である甲のカバンを、甲の意思に反して待合室から持ち去り自己の占有下に移転させていることから、「窃取」が認められる。

3 (1) 不法領得の意思が認められるためには、不可罰の利益窃盗と区別するために、
⑦権利者排除意思が必要となる。また、毀棄罪との区別を利欲犯的性格の有無で行うために、④経済的用法に従って利用処分する意思も必要となる。

④については、物のから何らかの効用を直接享受する意思が認められれば足りる。

(2) ⑦について

確かに、丙は、甲のカバンを警察に届ける意思で上記行為を行っているところ、警察に遺失物として届けられれば所有者の下に返還されるのが通常であることから、権利者排除意思が認められないとも思える。

しかし、警察に遺失物として届けられた場合、数日間返還されないこともある。また、甲のカバンには、丙に今から届けなければならない新薬の書類が入っており、甲には、甲のカバンの強い利用意思が認められる。しかも、甲のカバンはそれ自体も、時価約 2 万円相当の高価なものである。

以上からすると、警察に遺失物として届ける意思であったとしても、⑦権利者排除意思は認められる。

(2) ④について

丙は、甲のカバン自体から直接何らかの効用を受けよとしたのではなく、逮捕されて留置施設で寒さをしのぐために上記行為を行っていることから、④が認められない。

コメント [T164]: 占有の認定はかなり細かくできたと思う。

コメント [T165]: 事前にやった学校の演習問題で同じような事例を取り扱っていたため、しっかり書けた。

(3) 以上より、不法領得の意思は認められない。
したがって、窃盗罪は認められない。甲のカバンを持ち去ったこと で甲の
カバンの効用を喪失させたとして器物損壊罪(261条)が成立する。

第4 補足

甲がCからカバンを取り上げた際、Cを故意なく怪我させた行為については、過失傷害罪(210条)が成立する。

第5 罪数

1 甲

建造物侵入罪、邸宅侵入罪、新薬持ち出しについての窃盗罪は乙との共同正犯となる。これらは、牽連犯(54条1項後段)となる。Cのカバンについての窃盗罪と過失傷害罪とは併合罪(45条後段)となる。

2 乙

建造物侵入罪、邸宅侵入罪、新薬持ち出しについての窃盗罪は乙との共同正犯となる。これらは、牽連犯(54条1項後段)となる。

3 丙

器物損壊罪1罪が成立する。

以上

<総合コメント>

警察にかばんを持っていく事例を事前にやっていたので、丙についてはかなりしっかりと書けたと思う。問題は甲のかばんを取り返した行為。これをもう少しうまく書きたかった。

<時間配分>

答案構成 25分

答案作成 95分

<使用した参考書等>

刑事事例演習教材

1 刑事系第 2 問（刑事訴訟法）

第 1 設問 1

1 捜査①

(1) 捜査①は「強制の処分」(197 条 1 項但書)か。

物理的強制を伴わない捜査からも国民の権利・利益を保護する必要がある一方、軽微な権利・利益を制約するにとどまる捜査についても法定手続を経なければならないとすると、機動的な捜査による「事案の真相」(1 条)の解明を妨げることになる。

そこで、「強制の処分」とは、重大な権利・利益を制約する処分と解する。

ア 捜査①は、電話における乙の会話を I C レコーダーに録音するので、乙のプライバシー権（憲法 13 条後段）を制約するようにも思える。

イ しかし、捜査①において録音した会話は、乙方ベランダという室外における会話であり、仕切り板を隔てた P にも聞こえる声をそのまま録音したに過ぎない。録音時間も、約 3 分間と短時間である。乙は、隣室が空室になっていることから、ベランダでの会話を立ち聞きされることはないと期待していたのかもしれないが、賃貸物件の空室が急に埋まることはよくあることであり、また、乙方は F マンションの 5 階にあるので、ベランダでの会話は階下の住人に聞かれる可能性もあり、このような乙のプライバシーに対する期待は、要保護性が低い。

よって、捜査①は、重大な権利・利益を制約する処分とはいえないから、「強制の処分」に当たらない。

[2] では、任意捜査として①「その目的を達するため」②「必要」(197 条 1 項本文)かつ③適正手続（憲法 31 条）の見地から相当な手段といえるか。

ア ① P らは、V に対する詐欺未遂事件として捜査を開始し、甲を、現行犯人として逮捕したところ、甲が所持していた同人名義の携帯電話の通話記録から、捜査線上に乙が浮上し、乙が共犯者ではないかと考え、同人について捜査する目的があった。

イ ②乙について捜査した結果、乙が、L 県 N 市内の F マンション 5 階 501 号室に一人で居住し、仕事はしておらず、最近は外出を控え、周囲を警戒していることが判明した。このように警戒している乙から、上記事件について何らかの関与をしているかどうかを聞き出したり、証拠を発見したりすることは難しいといえるので、捜査①の手法を採る必要があった。

ウ ③その手段も、上記(1)から相当なものといえる。

したがって、捜査①は、適法である。

2 捜査②

(1) 捜査②は、捜査①と異なり、P らが壁に耳を当てても聞こえなかった乙方の居室内の音声を、本件機器を使用して鮮明に聞き取れるようになるまで増幅させたうえで、約 10 時間という長時間、本件機器に接続した I C レコーダーに継続して録音するものである。自室内における、会話などの音声についてのプライバシーは、室外における会話等と異なり、高度に保護する必要がある。

コメント [k166]: この規範が一番使いやすいと思い、ずっと使っている。

コメント [k167]: ここは、問題文の事情を要約して書き写した。

コメント [k168]: 直後の結論につなげるため、自分なりに考えた。

コメント [k169]: 任意処分しないとその後の比例原則へのあてはめができないし、捜査②との比較もできないと思った。

コメント [k170]: ここは、問題文前半でまだ使っていない事情を拾って、各要件に適当に割り振った。

コメント [k171]: 録音という点で同じだが、捜査①との違いを明示することを意識した。

コメント [k172]: ここが、強制処分性を強く根拠づけると考えた。

ある。捜査②は、その乙のプライバシー権を強く制約するものであり、重大な権利・利益を制約する処分といえる。

よって、捜査②は「強制的処分」に当たる。

② 捜査②は、増幅された乙方の居室内の音声を、Pらが聴覚という五官の作用を用いて認識するものだから、「検証」(218 条 1 項)にあたり、Pらは、捜査②の際にあらかじめ裁判官に対し令状を請求し、これを発布してもらわなければならないが、していない。

よって、捜査②は、違法である。

第 2 設問 2

1 証拠収集上の問題点

物的証拠収集の手段に問題があっても、その証拠価値は変わらないはずだが、違法な捜査から国民の権利を保護する必要がある、また、違法な手段によって獲得された証拠を用いて事実を認定することは、司法の廉潔性を害する。

そこで、①令状主義の精神を没却するほどの重大な違法性を帯びる捜査によって得られた証拠物で、②将来の違法捜査抑止の見地からこれを証拠とすることが相当でない場合は、当該証拠は違法収集証拠として証拠能力が認められないと解する。

(1) 甲は、4 月 26 日の取調べにおいて、「それなら本当のことを話します・・・」と自白した。

ア この甲の自白は、甲が、否認を続けていた中で、Qが、検察官Rと今後の捜査方針を打ち合わせた際、Rから、「甲が見え透いた虚偽の弁解をやめ、素直に共犯者についても洗いざらいしゃべって自供し、改悛の情を示せば、本件は未遂に終わっていることから、起訴猶予処分にしてやってよい」と言われたことを受けて、Qから甲に対し、「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ので、共犯者が誰かも含めて正直に話した方がよい」と自白を促した結果、なされたものである。

裁量訴追主義(247 条)の下、訴追権限を有する検察官が起訴猶予にするとやっていると言われれば、身柄拘束下にある被疑者としては、嘘をついてでも自白して解放されようと考えがちになるから、このような約束の下なされた上記甲の自白は、「任意にされたものでない疑のある自白」(319 条 1 項)として、訴訟上証拠能力が否定される。

イ とすると、そのような自白を引き出す取調べも、違法な取調べと評価されるべきであるから、16 日のQの甲に対する取調べは、違法である。

(2) 違法なQの取調べによって獲得された甲の自白に基づいて、乙が通常逮捕され、その乙の供述に基づいて、PはVに対する詐欺未遂の被疑事実でHマンション 705 号室を捜索場所とする搜索差押許可状の発付を受け、この搜索によって本件文書と本件メモが発見された。

ア そのため、本件文書と本件メモは、上記違法な取調べによって得られた証拠とも思える。

イ しかし、甲の自白だけでは、結局証拠物を押収することはできなかった。

そして、逮捕された乙は、甲の供述の内容を知らされなかったものの、甲

コメント [k173]: 「重大な」権利利益制約の中に、制約態様も取り込めると思う。

コメント [k174]: 法定された各種強制処分へのあてはめ。

コメント [k175]: 違法収集証拠排除法則のテンプレは、最初に頭出した方が書きやすいと感じた。

コメント [k176]: 捜査パターンに乗せることも考えたが、多くの受験生は、約束自白の任意性を書いてくると思ったので、自白の任意性から取り調べの違法性になんともくつなげる書き方を採用した。

コメント [k177]: 問題文に「自白」と書いてあるので、自白の定義へのあてはめは不要と考えた。

コメント [k178]: 適示する条文を間違えた。これは国家訴追主義の条文で、裁量訴追主義は隣の 248 条でした。

コメント [k179]: ここはやや唐突な感じがするが、なんとか取り調べの適法性につなげた。

コメント [k180]: 違法取調べと証拠発見がつながっていることを示した。

コメント [k181]: 希釈法理っぽいことを書いたつもり。

が自白したと察して、自発的に供述し、その供述に基づいて本件文書と本件メモが発見されたのであるから、乙の供述を介することで、本件メモと本件文書の押収について、上記違法な取調べの影響は、相当程度希釈化されたと考えるべきである。

ウ よって、本件文書と本件メモは、違法なQの取調べによって収集された証拠とはいえず、①令状主義の精神を没却するほどの重大な違法性を帯びる捜査によって得られた証拠物ではないから、違法収集証拠として排除されない。

2 伝聞証拠として、証拠能力が認められないのではないか。

(1) 本件文書

ア 本件文書は、オレオレ詐欺のマニュアルであり、そこから丙の指紋が検出され、乙の筆跡による本件被害者のV方の電話番号が記載されており、さらに※以下の内容は甲が逮捕時に供述した内容と一致するから、その存在自体から、甲乙丙が本件文書を用いてVに対するオレオレ詐欺に関与したことひいては丙の犯人性が推認される。

イ そのため、要証事実を丙の犯人性とすると、本件文書はその内容の真実性を証明するための証拠ではないから「供述」証拠にあたらない。

よって、供述証拠ではない本件文書は伝聞証拠ではないから、証拠能力が認められる。

(2) 本件メモ

ア 本件メモは、乙が書いたものであり、「1/5 丙から tel」との記載から、同日丙からかかってきた電話での内容をメモしたものと考えられるので、その内容の真実性が証明されれば、乙丙間での共謀の存在と内容を推認させる。

イ そのため、要証事実を乙丙間の共謀の存在と内容とすると、本件メモは、供述内容の真実性を証明するための「供述」証拠にあたる。

この供述証拠は、知覚→記憶→表現・叙述の各過程に入りこむ可能性のある反真実を、公判廷においてチェックしなければ、典型的に誤判を導く危険がある。

しかし、本件メモは、乙の「公判期日における供述」に代わる「書面」であるから、公判廷で上記チェックができず、証拠能力が認められないのが原則である（320条1項：伝聞法則）。

ウ もっとも、反対尋問に代わる特信性の情況的保障と、証拠としての必要性が認められれば、伝聞例外として証拠能力が認められる。

本件メモは「被告人以外の者」乙「が作成した供述書」（321条1項柱書）にあたり、同項3号によって証拠能力が認められる。

以 上

〈総合コメント〉

刑事系第1問に続いてオーソドックスな出題だと感じた。書くべきことはもっとあったのかもしれないが、自分の答案を書くスピードとの兼ね合いで、うまく時間配分できたと思う。やはり、最良の試験対策は過去問演習に限ると、再認識した。

コメント [k182]: 取調べにより（直接）収集されたわけではない、ということ。

コメント [k183]: 電話の内容が一致することも書きたかったが、時間がなかったので後回しにした。甲・乙・丙それぞれが本件文書とつながりがあること、およびそこからの推認過程を示した。

コメント [k184]: 要証事実丙の犯人性を推認させる一つ手前の事実かもしれない。

コメント [k185]: 本件メモによって証明することができる事実を、具体的に示した。

コメント [k186]: 伝聞法則のテンプレ。

コメント [k187]: 伝聞例外について、しっかりあてはめたかったが、時間切れ。メモから直ちに伝聞法則の趣旨が妥当しないとする筋を書いた人もそれなりにいるだろうから、その人たちとは差がつかないことを祈る。

- 124
- 125 〈時間配分〉
- 126 答案構成：25 分
- 127 答案書き：85 分
- 128
- 129 〈使用教材〉
- 130 デバイス・ネオ刑事訴訟法
- 131 4A 論文過去問分析講義

1 刑事系第 2 問 (刑事訴訟法)

2
3 第 1 設問 1

4 1 捜査①及び捜査②は、令状なき検証(218 条 1 項)にあたり、令状主義(憲法 35 条)
5 に反し違法とならないか。捜査①及び捜査②の「強制的処分」(197 条 1 項但書)
6 該当性と任意捜査(197 条 1 項本文)としての適法性が問題となる。

7 2 (1) 相手方の意思に反しない場合は強制であるといえない。また、法定されてい
8 る強制処分はいずれも重要な対象者の重要な法益を典型的に侵害する性質を
9 有することから令状による事前審査と法律の定めを要求されている。

10 そうすると、「強制的処分」とは、相手方の明示又は黙示の意思に反し対象
11 者の重要な法益を実質的に侵害するものをいう。

12 本件のような秘密録音の場合、通常他者に会話を傍受されないことが期待で
13 きる場所での秘密録音は「強制的処分」にあたる。なぜならば、通常会話を傍
14 受されることがない場所での秘密録音は、相手方の黙示の意思に反するし、住
15 居権(憲法 35 条)といったプライバシー権の核心的利益を実質的に侵害するから
16 である。

17 一方、通常他者に会話を傍受されないことが期待できない場所での秘密録音
18 は「強制的処分」にあたらない。なぜならば、相手方の黙示の意思には反する
19 もの、侵害される利益が居住権といったプライバシー権の核心的利益ではなく、
20 他者にみだりに会話を録音されない権利といったプライバシー権の核心的
21 利益ではない利益の侵害しかなく、重要な利益の実質的侵害が認められないから
22 である。

23 (2) また、「強制的処分」にあたらないとしても、他者にみだりに会話を録音され
24 ない利益の侵害はあることから、「目的を達するために必要な」(197 条 1 項
25 本文)任意捜査のみ適法となる。

26 具体的には、捜査の必要性和被侵害法益の内容・程度を比較衡量して具体的に
27 に相当であるといえる場合のみ任意捜査として適法となる。

28 3 捜査①

29 (1) ア 捜査①は、乙がマンションのベランダにおいて携帯電話で通話しているところ
30 を録音したものである。マンションのベランダでの会話は、ベランダに出
31 ている他のマンションの居住者に聞かれる余地のある場所での会話であり、
32 通常他者に会話を傍受されないことが期待できない場所での会話であるとい
33 える。

34 したがって、捜査①は「強制的処分」にあたらない。

35 イ では任意捜査として適法か。

36 本件捜査の対象事件は振り込め詐欺未遂である。振り込め詐欺はその性質上被害者が多数いることも想定されるし、また本件犯人による振り込め
37 詐欺によって新たな被害者が生じることも十分想定される。このことから
38 すると、本件対象被疑事実の嫌疑の重大性は大きいといえる。

コメント [T188]: このでの捜査は平成 19
年で訓練済みであったのですんなり書け
た。わかっていない人が多そうなので、法
解釈からしっかり書いた。

コメント [T189]: 先に法解釈でこのように
しっかり記載することがポイントである
と思う。

コメント [T190]: 考慮事情ごとに順番に事
実を拾い、書いていく。事実と評価はしっ
かり分ける。

振り込め詐欺はその性質上密行性が高く証拠が残りにくい犯罪であることから、本件捜査①のような秘密録音によって乙の会話から直接決定的な証拠をつかむ必要性があった。

また、逮捕された甲の所持していた携帯電話の通話記録から、甲は乙と頻繁に会話をしていたことが判明した。そして、乙はFマンション5階501号室に一人で居住し、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ていた。これらのことからすると、乙が甲と本件詐欺未遂事件の共犯であるとの疑いが強いといえ、特に乙を捜査する必要性は高かったといえる。

さらに、本件犯人による振り込め詐欺の新たな被害者を生じさせないためにも一刻も早く犯人を検挙する必要がある、捜査①を行う緊急性も認められる。

そして、捜査①は、乙がベランダで会話をしていた3分間という短い時間、電話の相手方の声が聞こえない態様で行われており、必要最小限度の手段がとられているといえる。

一方、乙の被害利益の内容・程度は、みだりに他者に会話を録音されない自由といったプライバシー権の核心的利益でないものが、3分間という極めて限定的な時間侵害されたにすぎない。

ウ 以上のことからすると、捜査①は、任意捜査として具体的に相当であるといえ、適法であるといえる。

(2) 捜査②

ア 捜査②は、乙の居住するFマンション502号室内の会話を10時間に渡って録音したものである。502号室は、乙の住居であり、通常他者に会話を傍受されないことが期待できる場所であるといえる。

それにもかかわらず、502号室内の会話を10時間に渡って録音した行為は、乙の黙示の意思に反して典型的に住居権といったプライバシー権の核心的利益実質的に侵害するものといえ、「強制的処分」にあたる。

イ したがって、捜査②は令状なき「強制的処分」にあたり、令状主義に反するため違法である。

第2 設問2

1 甲の自白の証拠能力との関係

(1) 甲の自白は319条1項により証拠能力が否定されないか。甲の自白の証拠能力が、本件文書及び本件メモの証拠能力に影響を与えることも考えられるため問題となる。

(2) 319条1項の趣旨は、虚偽のおそれのある自白を公判廷から排除して事実認定の正確性を担保し誤判を防止する点と、供述の自由を中心とする人権侵害を防止し黙秘権を実質的に保障する点にある。

そうすると、「任意にされたものでない疑のある自白」とは、①典型的にみて被疑者の心理に影響を与え虚偽の自白を誘発するおそれのある客観的状況下による自白、もしくは、②供述の自由を初めとする人権侵害が認められる客観的状況下による自白、をいうと解する。

コメント [T191]: 強制処分にあたることは明白であり、迷わなかった。

コメント [T192]: 明らかに自白との関係では証拠能力が否定されない事例であるが、約束自白のことは書いてほしそうな事情があったので、「違法」と言いにくいという約束自白の問題点を意識しつつ大澤説にも軽く言及しながら伝聞に入ろうと思った。

81 本件のような約束自白の場合、被疑者が供述するか否かの動機に影響を与え
82 るのみで供述の自由の侵害は認められない(②)から、①にあたるか否かが問題
83 となる。①にあたるか否かを判断するにあたっては、利益享受者の地位、利益
84 の内容、被疑者の利益の受取り方等を考慮して判断する。

- 85 (3) 本件では、まず、Qが提供を約束した利益は起訴猶予処分であり、被疑者に
86 とってはもっとも魅力的な利益の一つである。また、Qは起訴猶予処分権限の
87 ない司法警察員であるが、Qは、検察官Rから伝え聞いたまま甲に伝えており、
88 また、甲に「検察官が言っていた」という形で伝えていることから、Qの起訴
89 猶予処分権限がないことは、甲の本件利益提示の受け止め方を左右しないとい
90 える。

91 以上からすると、本件約束自白は、甲の心理に影響を与え、うそでもいいか
92 ら供述して早く身柄を解放されようと甲に思わせているとえる。このような客
93 観的状况下でなされた甲の自白は、①にあたり、「任意にされたものでない疑
94 のある自白」といえる。

- 95 (4) 以上より、甲の自白は319条1項により証拠能力が否定される。
96 (5) もっとも、甲の自白に任意性が認められず319条1項により証拠能力がない
97 ことと本件メモ及び本件文書の証拠能力は直接関係しない。また、甲の自白は、
98 警察官Qが検察官Rのいう通りに乙に伝えただけであり、社会通念上相当でな
99 いとはいえず甲の自白の採取過程は198条1項に違反しない。したがって、違
100 法性の承継等によって本件メモ及び本件文書の証拠能力が否定されることは
101 ない。

102 ただし、319条1項の趣旨は、将来虚偽のおそれのある自白がなされること
103 を防止する趣旨も含むことから、当該自白と派生証拠との関連性の程度、虚偽
104 のおそれの程度等を考慮して、派生証拠の証拠能力が否定されることもあると
105 解する。

- 106 (6) 本件についてみると、乙は甲が自白したと察して本件メモ及び本件文書のあ
107 る場所を自白している。もっとも、乙は、甲の供述内容を知らされておらず、
108 甲が自白したと察して自ら自主的に自白しただけであり、甲の約束自白との関
109 連性は薄い。そうすると、甲の自白と本件メモ及び本件文書との関連性はほと
110 んど認められない。

111 したがって、本件メモ及び本件文書が甲の約束自白の派生証拠として証拠能
112 力が否定されることはない。

113 2 伝聞法則(320条1項)との関係

- 114 (1) 本件文書及び本件メモは、伝聞証拠(320条1項)にあたり、証拠能力が否定
115 されないか。
116 (2) 伝聞法則(320条1項)の趣旨は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程において
117 誤りが混入する危険のある供述証拠のうち、反対尋問等によって信用性を吟味
118 できない公判廷外供述について、その類型的な信用性の乏しさから証拠能力を
119 認めないことにより、正確な事実認定を確保し、誤判を防止することにある。

コメント [T193]: 大澤説。

コメント [T194]: 犯行計画メモはかなり準備していたのでそれなりに対処できた。

そうすると、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠のうち、内容の真実性が問題となるものをいう。伝聞証拠にあたるかどうかは、要証事実が何であるかによって相対的に決せられる。

(3) 本件文書及び本件メモに共通すること

本件文書及び本件メモの要証事実を共謀の内容として共謀を立証しようとする、本件文書及び本件メモの内容の真実性が問題となり、伝聞証拠となる。

また、本件文書及び本件メモは検面調書(321条1項2号)であるところ、本件文書及び本件メモは乙と丙との共謀を立証するうえで決定的な証拠になりうることから、事実認定に差異を生じさせるものとして「実質的に異なった供述」といえる。もっとも、相殺的特信情況はみあたらない。

したがって、伝聞例外が認められず、本件文書及び本件メモの要証事実を共謀の内容とすると、本件文書及び本件メモの証拠能力は認められないことになる。

(4) 本件文書について

本件文書の存在を要証事実として乙と丙の共謀の立証に役立てることは可能である。理由は以下の通りである。

本件文書の電話番号部分は乙によって書かれたことが筆跡によって判明している。そして、本件文書には丙の指紋が検出されている。さらに、乙は「このマニュアルは私が作成したものではなく、他の人から渡されたものです」と供述している。

これらのことからすると、本件文書は丙が作成し乙に渡されることで、乙と丙によって回覧されたといえる。そうすると、本件文書は謀議形成のために利用された道具であるといえる。したがって、本件文書の存在によって、謀議自体が立証できる。共謀は共犯間の主観的合意であるが、謀議自体も重要な間接事実となる。

以上より、本件文書は、要証事実を本件文書の存在として、非供述的用法によっても証拠価値が認められる。したがって、本件メモは、伝聞証拠として証拠能力が否定されない。

(5) 本件メモについて

ア 乙との関係

本件メモの存在自体を要証事実として乙の本件犯行への関与を推認することは可能である。

なぜならば、本件メモの作成者は乙であり、また、本件メモは乙の供述通り乙の支配領域内から発見されている。しかも、本件犯行は本件メモの内容通り行われている。そうすると、本件メモの存在自体から乙が本件犯行に関与していることを推認することは合理的な経験則上可能であるからである。

以上からすると、本件メモは、要証事実を本件メモ自体とする非供述的用法によって、乙の本件犯行への関与を推認させる証拠としての証拠価値が認められる。したがって、伝聞証拠として証拠能力が否定されない。

イ 丙との関係

コメント [T195]: 要証事実を共謀の内容とした場合、両方伝聞証拠になる。

コメント [T196]: この伝聞例外の処理は間違いか。

コメント [T197]: 要証事実が存在自体&回覧パターン。

コメント [T198]: 完全な余事記載。丙の公判であることを見落としていた。

コメント [T199]: 作成者でない+詳細な計画メモ+役割分担の記載パターン。

丙との関係でも、本件メモの要証事実をメモの存在自体として丙の本件犯行への関与を推認し、乙と丙との共謀の立証に役立てることは可能である。以下、理由を述べる。

まず、本件メモには、「チカンの示談金はもうからないのでやめる」「先物取引で会社の金を使い込んだことにする」「金額は 500 万円」といった詳細な犯行計画が記載されている。そして、本件犯行は、上記犯行計画メモ通り行われている。しかも、「1 / 5 丙から tel」とあり、「マニュアルは用意する」とある。これは丙が本件犯行のマニュアルを用意するという役割分担の記載といえる。そして、前述の通り、本件犯行のマニュアルが記載された本件文書は丙から乙に渡されている。

以上からすると、合理的な経験則によれば丙は本件犯行に関与しているといえる。しかも、丙は、本件犯行の実行行為者でないところ、丙の本件犯行への関与の立証は、乙と丙の共謀があったことへの立証につながる。

したがって、本件メモは、要証事実を本件メモ自体とする非供述的用法によって、丙の本件犯行への関与を推認し乙と丙との共謀を立証することができる。したがって、本件メモは、伝聞証拠として証拠能力が否定されない。

<総合コメント>

反省点は、設問 2 の余事記載のみ。それ以外はしっかり実力を出せたと思う。特に犯行計画メモは、予備校速報を見る限り、予備校さえもわかっていないところなので、かなり差が付けられると思う。捜査も法解釈の記載が甘い人が多いので、差が付けられたと思う。

<時間配分>

答案構成 20 分

答案作成 100 分

<使用した参考書等>

過去問

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

<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，差別して取り扱え”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思われます。

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っ”ていること、また、A市ではないものの、甲市ではY採掘事業をめぐり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になります。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になります。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になります。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、論述を進めていく必要があります。

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るでしょう。

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、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

項に列挙されていませんが、「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」であるということを、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のです。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となります。

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件文書及び本件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