

〔司法試験予備試験サンプル問題（法律実務基礎科目（民事））〕

〔論文式試験問題〕

〔問〕 弁護士Lが依頼者Xから別紙【Xの相談内容】のような相談を受けたことを前提に、下記の各設問に答えなさい。

〔設問1〕 弁護士LがXの訴訟代理人としてYに対して訴え（以下「本件訴え」という。）を提起する場合について、以下の各小問に答えなさい。

小問1 本件訴えにおける明渡請求の訴訟物として何を主張することになるか。訴訟物が実体法上の個別的・具体的な請求権を意味するものであるとの考え方を前提として答えなさい。

小問2 本件訴えにおける明渡請求の請求の趣旨（訴訟費用の負担の申立て及び仮執行宣言の申立ては除く。）はどのようなことになるかを記載しなさい。

小問3 【Xの相談内容】第3項中のYの言い分を前提とした場合、本件訴えの訴状において、明渡請求についての請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として、弁護士Lは次の各事実等を必要十分な最小限のものとして主張しなければならないと考えられる。

ア Cは、平成21年8月3日当時、甲土地を所有していた。

イ Aは、Xに対し、平成21年8月3日、甲土地を代金1500万円で売った。

ウ Aは、イの際、Cのためにすることを示した。

エ Cは、Aに対し、イに先立って、イの代理権を授与した。

オ Yは、現在、甲土地を占有している。

請求を理由づける事実として、以上のような各事実等の主張が必要であり、かつ、これで足りると考えられる理由を説明しなさい。ただし、ウ及びエの事実については説明をしなくてよい。

小問4 【Xの相談内容】第3項中のYの言い分を前提とした場合、Yから主張されることが予想される抗弁は何か。抗弁となるべき事実として必要十分な最小限のものを記載した上、その事実から生じる実体法上の効果を踏まえて、それが抗弁となる理由を説明しなさい。

なお、事実の記載に当たっては、小問3のアからオまでの記載のように、事実ごとに適宜記号を付して記載しなさい。

〔設問2〕 本件訴えが裁判所に提起され、各当事者から【Xの相談内容】第1項から第3項までに記載された各事実が口頭弁論あるいは争点及び証拠の整理手続の中で陳述された場合、裁判所は、当事者双方に対し、それぞれどのような事項についての釈明を求める必要があると考えられるか。結論とともに、その理由を説明しなさい。

〔設問3〕 弁護士Lは、Xから、「Aに対し、甲土地の売買契約に関する一切の代理権を授与します。」との記載のある委任状の提出を受けた。この委任状には、C名義の署名押印がされていた。Xの話では、Aは、Cからこの委任状を受け取ったと述べているようであるが、平成21年9月14日にXがYと会った際に、Yは、「この委任状のC名義の印影は私がCとの間で作成した売買契約書のC名義の印影と同一であることは認めるが、Cが私と売買契約を締結しておきながらAに代理権を与えることはあり得ないので、この委任状は何者かに偽造されたものに間違いない。」と言っていたとのことであった。

本件訴えが裁判所に提起され、Xの訴訟代理人である弁護士Lが、CのAに対する代理権授与の事実を証明するための証拠として、この委任状を提出した場合、いずれの当事者がどのような立証活動をすることになるかを説明しなさい。

〔設問4〕 弁護士でないAは、これまでも自分の取引の中で事件が起きるとそれを弁護士に紹介して謝礼金を受け取っていたが、今回もこれまでと同様に謝礼金をもらおうと、【Xの相談内容】に係る事件について、Xを弁護士Lに紹介した。弁護士Lが、Xから事件を受任し、そ

の対価としてAに謝礼金を支払うことに弁護士倫理上の問題はあるか。結論とともに、その理由を説明しなさい。

【出題趣旨】

本問は、具体的な事例を前提として、訴訟代理人として訴えを提起する場合の訴訟物の把握、実体法の理解を踏まえた攻撃防御方法の把握、訴訟において裁判所の果たすべき役割についての理解、事実認定についての基本的な知識及び法曹倫理に関する基本的な理解等を問う問題である。主に、法科大学院における法律実務基礎科目（民事訴訟実務の基礎）の教育目的や内容を踏まえて、民事訴訟実務に関する基礎的な素養が身につけているかどうかを試すものであるが、これと併せて、検討した内容を文章としての確に表現する能力をも求めている。また、法曹倫理についても、法科大学院における法律実務基礎科目の内容とされていることから、典型的な事例を通じて、その基礎的な素養を身につけているかを問うものである。

設問1は、主に、当事者から相談を受けた弁護士が、訴えを提起する場面における問題である。

小問1及び2は、訴訟において審判を求める対象となる訴訟物及び請求の趣旨についての基本的な理解を問うものである。

小問3は、訴訟物たる権利の発生原因である請求原因事実について、実体法の要件を踏まえた説明を求めるとともに、所有という法的評価について権利自白を認める理由やその機能についての説明を求めるものである。

小問4は、当事者の主張の中から抗弁となるべき具体的事実を抽出させるとともに、実体法の効果を踏まえて、なぜ当該主張が抗弁と位置づけられるのかの説明を求めるものである。

小問3及び4は、実体法の要件や効果についての理解をいかして、具体的な事例を攻撃防御の観点からの確に分析し、かつ、その理由を実体法の理解を踏まえて説明することができる能力が備わっているかを試すことを目的とするものである。

設問2は、訴えが提起された後における裁判所の役割を問う問題である。

裁判所は、当事者の行った主張を攻撃防御の観点からの確に分析するとともに、必要に応じて、当事者に対し、主張に不十分な点があればこれを補充するよう促し、また、争いのある事実についてはその立証を促すなどしながら、争点及び証拠の整理をすることになる。このような裁判所の訴訟運営や争点等の整理に係る当事者の訴訟活動が実体法の要件や効果を踏まえて行われるものであることを理解し、具体的な事例の中で争点等を整理するために必要となる事項を指摘することができる能力が備わっているかを試すことを目的とするものである。

設問3は、事実認定に関する基礎知識の一つである文書の成立の推定（いわゆる二段の推定）に関する理解を問う問題である。ここでは、訴訟において、文書を証拠として裁判所に提出する場合、提出者がその真正を立証する必要があることを前提として、成立の真正が推定される場合に、立証責任の転換が生じるのか否かや、それを踏まえて、いずれの当事者がどの程度の立証活動を行うべきことになるのかについて、具体的事例に即して論じることが求められる。

設問4は、弁護士倫理に関する基本的な理解を、非弁護士との提携の禁止等を含む典型的な事例に即しつつ、問う問題である。法曹倫理の中でも弁護士倫理については、弁護士法のほか、弁護士職務基本規程にも様々な規律が定められているので、設問で問われている弁護士倫理の条項を正確に示して説明することが求められる。

なお、本問における配点の比率は、例えば、設問1から4までで、10 : 4 : 3 : 3とすることが考えられる。また、その場合の設問1における配点の比率は、例えば、小問1から4までで、1 : 1 : 4 : 4とすることが考えられる。

別 紙

【Xの相談内容】

- 1 私は、平成21年5月ころ、新しい事業を立ち上げるために必要な土地を探していたところ、かねてからの友人であるAから、甲土地の紹介を受けました。Aによると、甲土地は、もともとBの所有地だったそうですが、Cが同年3月1日にBから贈与を受けて取得したものであり、Cは遠方に居住していることから、Aが売却の依頼を受けたとのことでした。私は、現地を見てみたところ、甲土地が気に入ったことから、甲土地を購入することにし、同年8月3日、Cの代理人であるAとの間で甲土地を代金1500万円で買う旨の契約を締結して、その日に内金500万円をAに支払いました。残金1000万円は、用意するのにしばらく時間がかかる見込みであり、また、Aによると、登記についても、登記関係書類をCから取り寄せる必要があり、手続には1か月程度かかるということでしたので、残金1000万円の支払は、同年9月30日に、甲土地の所有権移転登記及び引渡しと引換えに行うことにしました。
- 2 ところが、平成21年9月10日に甲土地を通り掛かったところ、甲土地の周囲に仮囲いがされており、「Yビル建設予定地」との看板が立っていました。驚いて、甲土地の登記記録を調べてみると、同年8月8日付けでY名義の所有権移転登記がされていました。
- 3 私は、直ちにその看板に書かれていたYの連絡先に電話したところ、Yは「私は、CがBから贈与を受けて取得した甲土地を、平成21年8月8日、Cから代金2000万円で買い、所有権移転登記をしてその引渡しも受けたのだから、甲土地は私のものだ。そもそも、Aが本当にあなた（X）との間で甲土地の売買契約を締結したかはよく分からないが、Cは私に甲土地を売ったのだから、Aに甲土地の売買についての代理権を授与していたはずはない。だから、あなたにとにかく言われる筋合いはない。」などとまくしたて、電話を切られてしまいました。そこで、私は、Aに連絡してみたところ、Aは、Cから、「確かに、私（C）は、Yとの間で、Yの言うとおりの売買契約を締結し、所有権移転登記と引渡しを済ませた。Yは、売買契約の際に代金のうち1000万円を支払ったが、残金1000万円については、数日後に入金が予定されている資金を充てたいということだったので、期限を特に定めないことにした。本当は代金完済まで登記をしたくなかったが、Yの強い求めがあり、この売買契約は代金が市価より高くして私にとってもメリットのあるものであったことから、Yを信じて登記に応じてしまった。ところが、Yは、数日待っても残金を支払わず、Yに問い合わせたところ、『もう少しばかり待ってほしい。』と言うだけで、いつになったら支払うつもりかすら答えなかった。私は、もはやこのまま待つわけにはいかないと思い、同年9月10日、Yに対し、甲土地の売買契約を解除する旨の内容証明郵便を発送し、同郵便は同月11日にYに到達している。この解除によってYとの売買契約は既に無くなっているのだから、Yの言っていることはおかしい。」と聞いたとのことでした。

CとYとの間で甲土地の売買契約の残金が支払われたのかどうかの確認はしていませんが、CがYとの売買契約を解除するとの内容証明郵便を出している以上、YがCに対して残金を支払っているはずはありません。
- 4 私は、既に甲土地の利用を前提とした事業計画を立ててしまっており、甲土地にYのビルを建てられると困りますので、Yに対し、甲土地の明渡しと登記手続を求めたいのですが、その裁判をお願いできませんでしょうか。

民事訴訟実務 Q & A

1-001 訴訟物(どしゅう・ぶつ)って何？

①*物とは、「物体」をいいます。

②**物とは、民法第85条の規定により、「有体物」をいいます。

*①とは、小学1年生用の辞書における説明をいいます。

**②とは、法律用語（忍者用語）をいいます。

訴訟物とは、訴訟上の請求の内容である一定の権利又は法律関係をいいます。

1-002 訴訟物はどうに特定されるの？

訴訟物は、請求の趣旨及び請求の原因によって、特定されます（民事訴訟法第133条第2項第2号）。

1-003 旧訴訟物理論って何？

訴訟物のサイズを、実体法上の個別的・具体的な権利又は法律関係と捉える見解です。条文が異なれば、訴訟物も異なるというイメージです。正確には、実体法の解釈により、訴訟物のサイズが決まるという考え方です。

1-004 訴訟物の個数は、どのようにして決まるの？

訴訟物の個数は、旧訴訟物理論（実務の基本的スタンス）によると、実体法上の請求権の個数により決まります。

例えば、損害賠償請求権を行使する場合、民法第415条及び同法第709条を根拠とするとときは、条文が異なるので、2個となります。

1-005 請求の原因って何？

請求の原因（民事訴訟法第113条第2項第2号）とは、「請求を特定するのに必要な事実」（民事訴訟規則第53条第1項）をいいます。これは、処分権主義の問題です。

1-006 請求を理由づける事実って何？

「請求を理由づける事実」（民事訴訟規則第53条第1項）とは、請求原因事実（原告がはじめに主張立証しなければならない事実）をいいます。これは、弁論主義の問題です。

1-007 請求の趣旨って何？

請求の趣旨とは、原告が裁判所に対して求める判決の内容をいいます。たとえば、「被告は、原告に対し、300万円を支払え。との判決を求める。」となります。しかし、「との判決を求める。」の部分は、答案に記載する必要はありません。

1-008 要件事実の種類は？

要件事実には、権利根拠事実、権利障害事実、権利消滅事実、権利阻止事実の4種類があります。

権利根拠事実は、権利の発生要件に該当する具体的事実です。例えば、売買契約に基づく代金支払請求権の権利根拠事実、民法第555条の規定により、売買契約締結の事実です。

権利障害事実は、権利根拠事実の存在を前提に、権利発生の障害となる具体的事実です。例えば、売買契約に基づく代金支払請求権の権利障害事実は、民法第95条本文の規定により、(法律行為の要素の) 錯誤の事実です。

権利消滅事実は、権利根拠事実の存在を前提に、発生した権利を消滅させる具体的事実です。例えば、売買契約に基づく代金支払請求権の権利消滅事実は、民法第474条以下の規定により、弁済の事実です。

権利阻止事実は、権利根拠事実の存在を前提に、権利の行使を阻止する具体的事実です。例えば、売買契約に基づく代金支払請求権の権利阻止事実は、民法第533条の規定により、同時履行の抗弁権の権利主張です。これは、権利抗弁の主張であって、事実の主張ではありません。

1-009 請求原因(せいじゅう・げんいん)って何？

請求原因とは、民事訴訟規則第53条第1項の規定により、「請求を理由づける事実」をいいます。これは、弁論主義の問題であり、事実の主張が不十分な場合、原告がすべき主張自体失当であるとして、請求は棄却されます。

1-010 抗弁(こうべん)って何？

①抗弁とは、「逆らう(抗)」「じゃべる(弁)」をいいます。

②抗弁とは、被告の主張のうち、請求拒絶事由である点で否認と同じであるが、請求原因と両立(請求原因事実と抗弁事実は両立する)し、被告が立証責任を負う点で否認と異なるものをいいます。

1-011 請求原因、抗弁、再抗弁の具体例は？

売主による売買契約に基づく代金支払請求の場合、請求原因は、売買契約締結の事実の主張で、原告が主張立証責任を負います(売買契約締結の事実の主張立証責任)。

抗弁は、同時履行の抗弁権を行使するとの権利主張で、被告が主張立証責任を負います。

再抗弁は、目的物を引き渡した事実の主張で、原告が主張立証責任を負います。

1-012 売買契約締結の事実の主張立証責任は、必ず売主が負うの？

主張立証責任を負う者は、自己に有利な法律効果を主張する者です。

したがって、売主による売買契約に基づく代金支払請求の場合、「売買契約締結の事実」の主張については、売主が主張立証責任を負います。買主による売買契約に基づく目的物引渡請求の場合、「売買契約締結の事実」の主張については、買主が主張立証責任を負います。

1-013 「現」と「もと」って何？

「現」とは、事実審口頭弁論終結時点 現在という意味です。

既判力の時的限界は、民事訴訟法第297条の規定により準用される同法第156条の規定により口頭弁論終結時まで攻撃防御方法を提出できるので、事実審口頭弁論終結時点となります。この結果、口頭弁論終結時以前に存在していた事実は、既判力ある判断(権利義務の存否あるいは法律関係の存否)を争うために主張することはできなくなります(遮断効)。したがって、事実については、事実審口頭弁論終結時点 現在の主張でなければなりません。

「もと」とは、事実審口頭弁論終結時点 現在よりも前の時点という意味です。「も

と所有」を主張することが認められるのは、それが事実概念ではなく評価概念だからです。

1-014 「もと所有」が認められるのは何故？

「所有」は、事実ではなく法的な評価です。したがって、過去のある時点における所有権取得原因事実（売買）による法的効果（その時点での所有権の発生又は移転）が、所有権消滅事由が発生しない限り、現在も存続していると扱うことができます。

これが「もと所有」が認められる理由です。

1-015 「もと所有」を認める時点はどの時点でもよいの？

認否の目的は争いの範囲を明確にすることにあるので、なるべく現在に近い時点での権利自白及びそこから権利移転を問題とするのが合理的です。したがって、まず、「現所有」につき権利自白が認められるかを検討し、これが認められない場合であっても直近の時点（現在に最も近い時点）での「もと所有」を検討することになります。

1-016 権利自白って何？

法律上の主張を相手方が認める旨の陳述です。例えば、「目的物についての所有権取得」「弁済に基づく債権消滅」という主張です。具体的事実を対象としないので、本来の自白と異なります。

1-017 法律上の主張って何？

要件事実に対する法規の適用の効果の主張つまり権利関係の発生・消滅・変更の主張のことです。相手方がその主張を認める旨の陳述をすると、権利自白として扱われます。

1-018 権利自白は認められるの？

この点、法規の存否・内容・解釈・適用は、裁判所の責任なので、当事者の主張は、参考に過ぎず、裁判所を拘束しないと説明されることがあります。しかし、所有権についての権利自白は、実務上、認められています。

2 所有権に基づく動産引渡請求

2-001 どんな事例？

Yは、Xの所有する宝石甲（時価100万円）を占有しているので、XはYに対し、甲の引渡しを求める、という事例です。

2-002 訴訟物は？

所有権に基づく返還請求権としての宝石引渡請求権です。

2-003 なぜ、返還請求権なの？

原告の所有権という物権が被告の占有により侵害されているので、返還請求権となります。

2-004 請求の趣旨は？

「被告は、原告に対し、宝石甲を引き渡せ。」です。

2-005 請求原因は？

事例によります。

2-006 被告が原告のもと所有を認めている(原告のもと所有につき権利自白が成立する)事例の請求原因は？

「原告 もと所有」及び「被告 現占有」です。

2-007 被告が原告のもと所有を認めている(原告のもと所有につき権利自白が成立する)事例において、被告は、どのような抗弁を提出することが考えられるの？

所有権喪失の抗弁、対抗要件の抗弁、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を提出することが考えられます。

2-008 所有権に基づく土地明渡請求に対して、被告は、どのような主張をすることが考えられるの？

被告は、民法第177条の規定により、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を主張することが考えられます。

すなわち、被告は、「原告と対抗関係にある被告が対抗要件を具備したことによって(「被告→前主 売買契約締結」「基づく登記手続」)、原告の所有者としての地位が失われ、被告が確定的に所有権を取得した。」と主張することが考えられます。

2-009 所有権に基づく土地明渡請求に対し、対抗要件具備による所有権喪失の主張が抗弁となるのはなぜ？

被告による対抗要件具備による所有権喪失の主張は、原告の主張する請求原因事実を認めた上で、原告所有という法律効果の発生を消滅させると考えますから、抗弁となります。被告は登記の具備によって被告・前主の売買に基づく土地所有権を確定的に取得することとなり、この反射的效果として原告の土地所有権は消滅するからです。

この点、被告が登記を備えることにより、所有権は前主から直接被告が取得したことになるから、原告が所有者であった時期がなかったことになります。とすれば、「消滅」の抗弁ではなく「障害」の抗弁とも考えられます。

2-010 所有権に基づく土地明渡請求に対して、被告は、どのような主張をすることが考えられるの？

被告は、民法第555条及び第176条(物権行為の独自性の否定)の各規定により、所有権喪失の抗弁を主張することが考えられます。

すなわち、被告は、過去にXが甲土地を所有していたことを前提として、「原告は、第三者に対し、○年○月○日、甲土地を代金○○万円で売った。(X以外の者の所有権取得原因事実)」と主張することが考えられます。X以外の者が所有権を取得することにより、Xが不動産の所有権を喪失するという実体法的効果が発生するからです。

2-011 所有権喪失の抗弁が、障害の抗弁ではなく、消滅の抗弁となるのはなぜ？

障害の抗弁とは、過去の一時点において、権利の発生原因事実があっても、権利の発生の障害となる事実があれば、権利が発生しないことになって、現在も権利はないものと扱われる場合に主張されるものです。

消滅の抗弁とは、いったん権利が発生しても、後にこれを消滅させる事実が生ずれば、その段階で権利は消滅し、現在も存在しないものと扱われる場合に主張されるものです。

所有権喪失の抗弁は、被告が、過去の一定時点において原告が甲土地を所有していたことを前提として、原告以外の者の所有権取得原因事実を主張する場合です。原告以外の者が所有権を取得することによって、原告の所有権が後に（過去の一定時点に）消滅するという実体法的効果が発生するので（一物一権主義）、消滅の抗弁となると考えられます。

2-012 一物一権主義って何？

一物一権主義とは、所有権などの物権は、物を直接に支配する排他的な権利ですから、特定の物の上には、同一内容の物権は1つしか存在し得ないとする原則をいいます。

2-013 所有権喪失の抗弁に対して、原告は、どのような主張をすることが考えられるの？

原告は、民法第541条の規定により、「履行遅滞解除」の再抗弁を主張することが考えられます。

すなわち、原告は、「原告と第三者との間の売買契約を履行遅滞解除したので、所有権は原告にある。」と主張することが考えられます。

2-014 所有権喪失の抗弁に対し、履行遅滞解除の主張が再抗弁となるのはなぜ？

原告による履行遅滞解除の主張は、被告の主張する抗弁事実を認めた上で、その抗弁の効果を覆すものなので、再抗弁となります。

〔司法試験予備試験サンプル問題（法律実務基礎科目（刑事））〕

〔論文式試験問題〕

〔問〕 下記【事案の概要】を読んで、後記の各設問に答えなさい。

【事案の概要】

- 1 A（男性）とC（女性）は、同じ県立〇〇高校の同級生同士として交際しており、平成18年3月に高校卒業後、Aは東京の大学に、Cは地元の大学にそれぞれ進学した後も交際を続けていた。他方、AとCの高校の同級生であるV（男性）は、以前からCに好意を抱いていたところ、平成21年5月に開かれた高校の同窓会で再会したCに対し、しつこく交際を迫るようになった。困ったCは、同年8月上旬にそのことをAに相談し、AがVに話をつけることにした。Aは、Vに電話で「Cが困っているから、彼女に付きまとうのをやめろよ。」と言ったところ、逆にVから「お前何様のつもりだ。お前には関係ないだろ。」と一方的に言われたため、その言動に立腹し、「何だ、その言い方は。覚えておけよ。」と言って電話を切った。
- 2 Aは、平成21年8月13日に夏休みで地元に戻った際、Vに対する腹立ちが収まらなかったため、高校の先輩であったB（男性）にVのことを相談することにした。Bは、他の高校の生徒や暴走族などとすぐにけんかをする有名な暴れん坊であったが、同じ中学出身であった後輩のAのことはかわいがり、Aにとっては頼りになる兄貴分のような存在であった。そこで、Aは、高校時代から名うての暴れん坊であったBが出てくれば、さすがのVも、Bを怖がって言うことをきくだろうと考えた。Bは高校卒業後、地元の会社に就職したが、まじめに働けなかったためクビになり、そのうち覚せい剤を使用するようになった。そのため、Bは、平成19年7月に、覚せい剤を自己使用した覚せい剤取締法違反の罪により、懲役1年6月、執行猶予3年の有罪判決を受けた（なお、判決は確定済み）。その後、Bは、日雇いのアルバイトで生計を立てながら、アパートで一人暮らしをしていた。
Aは、前同日、自宅で、Bに「CがVから付きまといわれて嫌がっているんです。俺も直接Vに付きまとうのをやめようVに言ったのですが、逆にVから言い返されてしまいました。BさんからCに付きまとうのをやめようVに言ってくれませんか。Bさんから言われればVもすぐにやめると思いますから。」と言ったところ、Bは、「わかった。おれが話をつけてやる。それでも聞き入れなければ痛い目に合わせてやる。お前は見張りだけでいい。」と言った。その後、AとBで相談し、AからCに、詳しいことを知らせずに、Vを夜間、人気のない港町公園に呼び出すよう依頼すること、Aがレンタカーを借りてBを乗せて港町公園まで運転すること、BとVが公園にいる間、Aは車の中で待機しながら見張りをする事などを決めた。
- 3 8月23日夜、AとBは、Aが借りて運転するレンタカーで港町公園まで行き、午後9時前ころから、公園入口の近くにとめた車両内で待機していた。午後9時ころ、Cからの呼び出しに応じてやって来たVが公園に入って行ったのを見て、Bが車から降り、Vの方に近づいていった。Aは、車の運転席から、公園に入ってくる人がいないかを見張っていた。Vは、公園内をきょろきょろしながら、Cの姿を捜していたが、Bが近づいて来たのを見て、一瞬ぎょっとした様子をしたものの、すぐに平静を装い「あれ、Bさんお久しぶりです。お元気でしたか。こんな時間にどうしたのですか。」と言って、わざと親しげに話しかけてきた。Bは、「お前、Cに付きまとうのをやめろよ。」と言ったところ、Vは、平然とした様子で「何を言い出すかと思えばそんなことですか。恋愛ざたに口を出すとBさんの株が下がりますよ。」と言い返してきた。それを聞いたBは、Vに対し「お前、だれに向かって口をきいてるんだ。」と言いながら、いきなりVの顔面を平手で2回殴った。Vは、Bが高校のときから有名な暴れん坊であることを知っていたので、これ以上逆らうと何をされるかわからないと思い、「わかりました。もうCには連絡しません。」と言った。Bはそれを聞いて「二度と連絡するなよ。」と念を押して、Vに背を向け公園の出口に向かおうとした。Vは、Bが立ち去ろうとしたので一安心し、小声で「格好つけやがって。前科持ちの癖に。」とつぶやくように言った。それを聞いたBは憤激し、「お前、今何て言った。」と怒鳴りながら、腰に隠し持っていた三段伸縮式の特殊警棒を取り出し、Vの頭部、両上腕部、腹部等を多数回にわたり殴打した。

4 公園の入口近くにとめた車の中で見張りをしていたAは、公園の中でのBとVのやり取りは見えなかったものの、犬を連れて散歩する男が公園に入ろうとするのを見て、車から降りて、Bに向かって「人が行ったから。」と伝えた。Bは、公園から駆け足で戻って車の助手席に乗り込み、すぐにAが車両を発進させてその場から離れた。特殊警棒を手に持って車に戻ったBは、Aに「あいつ、ふざけたことを言うから、やきを入れてやった。」と言ったところ、Aは「あれ、そんなの持っていたのですか。Vは本当に生意気なやつだったでしょう。」と返答した。公園を散歩していたWは、うずくまりけがをしているVを発見し、警察と救急隊に連絡した。Vは、救急車で病院に搬送され、入院加療約3か月を要するろっ骨骨折、左上腕部複雑骨折、頭部打撲と診断された。

5 警察官は、Vの事情聴取から犯人がBであることが判明したため、8月27日、Vの供述などを疎明資料として、傷害の被疑事実でBの逮捕状を請求し、同日その発付を受けた。しかし、Bは、事件後、友人宅を転々と泊まり歩く生活を送るようになっており、Bのアパートに赴いた警察官は、Bの身柄を確保することができなかった。Bの所在捜査を続けていたところ、9月1日、Bの友人宅の近くのパチンコ店でBを発見し、Bを逮捕したが、犯行に使用した特殊警棒については押収することができなかった。その後、V・B・Cの各供述からAの関与も判明したため、同月4日、Aも逮捕され、所要の捜査を遂げた後、A及びBは、以下の【公訴事実】で公判請求された。

第1回公判期日において、被告人Aは、公訴事実記載の「共謀」を争い、被告人Bは公訴事実を認めたため、裁判所は、AとBの審理を分離した。

【公訴事実】

被告人両名は、共謀の上、平成21年8月23日午後9時ころ、〇〇県〇〇市〇〇町1丁目2番3号港町公園において、V(当時21歳)に対し、平手でその顔面を殴打し、特殊警棒で頭部、両上腕部、腹部等を多数回殴打するなどの暴行を加え、よって、同人に入院加療約3か月を要するろっ骨骨折、左上腕部複雑骨折、頭部打撲の傷害を負わせたものである。

【設問1】 検察官は、逮捕されたBの送致を受け、Bを勾留請求するかどうかを検討することとした。そこで、その検討に際し、勾留請求の実体的要件が認められるかどうかにつき、それぞれ具体的事実を指摘しつつ論じなさい。ただし、勾留の理由(罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由)と必要性については論じる必要はない。

【設問2】 上記【事案の概要】の4までの事実が、裁判所において証拠上認定できることを前提に、Aが本件傷害の共同正犯の罪責を負うかどうかを検討するに当たり、「共謀」を肯定する方向に働く事実と否定する方向に働く事実を挙げて、それぞれの事実がなぜ共謀を肯定し、又は否定する方向に働くかの理由とともに示しなさい。

【設問3】 仮に、以下の【手続】がなされたとした場合、弁護人はどのような対応を取ることができるか、条文上の根拠とともに論じなさい。

【手続】

Bは、捜査段階において、「私が港町公園に行くとき、特殊警棒を隠し持っていたことをAは知っていました。というのも、Aの自宅でAから相談されたとき、『そんな生意気なやつはこれでボコボコにしてやる。』と言って、Aにこの特殊警棒を見せたということがあったからです。」という供述をし、その旨の検察官面前調書が作成された。他方、Aは「Bが特殊警棒を持っていることは知りませんでした。」と供述したため、Aの弁護人は、検察官が証拠請求したBの上記供述が記載された検察官面前調書を不同意にした。Aの公判期日において、Bの証人尋問を実施したところ、Bは、上記の点について、「よく考えてみるとAは知らなかったと思います。」と証言した。そこで、検察官はその証言と相反する記載のあるBの検察官面前調書を、前の供述と相反し、前の供述を信用すべき特別の状況があるとして、刑事訴訟法第321条第1項第2号により証拠請求した。裁判所は、その調書の証拠採用を決定したが、弁護人は、検察官面前調書中の供述には信用すべき特別の状況が欠けていると考えた。

【設問４】ＡＢの高校時代の教師が、ＡＢ両名が逮捕勾留されたことを知り、ＡＢ両名に対し、知人の弁護士Ｄを紹介した。弁護士Ｄが、ＡＢ両名の弁護人として事件を受任することの問題点を論じなさい。

【出題趣旨】

本問は、具体的な事例を前提として、捜査から判決に至る刑事手続及び事実認定についての基本的理解並びに法曹倫理（刑事）に関する基礎的素養が身についているかどうかを試すとともに、それらを適切に表現する能力をも問う問題である。

設問１は、捜査段階における勾留について、その実体的要件（ただし、勾留の理由と必要性を除く）の理解及びその検討に当たって考慮すべき具体的事実を問題文から指摘できるかどうかを試す問題である。

設問２は、本件事例の争点である「共謀」の事実認定について、問題文の中から、共謀を認定する積極的事実と消極的事実とを抽出するとともに、各事実の評価の理由をも問う問題である。

答案としては、共謀共同正犯の実体法上の解釈に関する論述が求められているのではなく、共謀共同正犯の成否が問題となった最高裁判例の判決文において摘示されている事情等を参考に、間接事実による事実認定の基本的枠組みを理解した上で、事案に即して重要な具体的事実を分析・評価することが求められる。

設問３は、公判中の証拠調べ手続における弁護人の対応について、条文上の根拠に基づいた理解ができているかどうかを問う問題である。証拠調べ手続については、刑事訴訟法上の規定のみならず、刑事訴訟規則において詳細なルールが定められていることから、このような規則についての理解も必要とされるところである。

設問４は、刑事弁護の受任に関する弁護士倫理を問う問題である。刑事弁護倫理については、刑事訴訟法、刑事訴訟規則はもとより、弁護士法、弁護士職務基本規程上の関連する規定の理解も求められる。

【問題数について】

試験時間が１時間３０分程度とした場合、上記４つの設問すべての解答を求めることは分量的に多すぎると思われる。仮に、設問２を含めるとすると、他には、設問１のみ、あるいは設問３、４のみとすることが考えられる。

また、配点比率については、設問１、２を問う場合であれば、設問１：設問２＝１：２程度、設問２から４を問う場合であれば、設問２：設問３：設問４＝４：１：１程度とすることが考えられる。