

2012年合格目標 司法試験予備試験

**平成 23 年度司法試験予備試験
口述式試験再現集**

& 旧司法試験口述式試験 重要過去問再現集

TAC  セミナー司法試験講座

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

は し が き

本書は、司法試験予備試験の口述式試験を無事突破していただくために、平成 23 年司法試験予備試験の口述式試験で行われた問答の再現、及び過去に旧司法試験の口述式試験で問われていた内容の再現（抜粋版）を収録したものです。

口述式試験は試験官との会話のやり取りが重要ですから、緊張して頭が働かないということがないように、事前にトレーニングしておくことが不可欠です。そこで、この再現集を読むことで、現場のイメージを把握し、本番のシミュレーションに役立てていただければと思います。

なお、昨年の口述式試験における予備試験受験生 4 名の問答については、各人の再現を忠実に反映させるため、それぞれ形式が若干異なることをお断りしておきます。受験生によって聞かれる論点が大きく変わるということはありませんが、試験委員との会話のやり取りによっては問答のルートが変わることもあるため、各受験生のリアルな再現をそのまま収録させていただきました。しかも不合格者の再現も掲載しますので、どこがどう悪かったのかについて考え、また同じ轍を踏まないよう参考にしてください。

また、旧司法試験の口述式試験の問答についても、なるべく当時の問答を忠実に掲載するため、記述内容が法改正等に対応していない部分があることをご了承下さい。

本書を活用した皆様が、司法試験予備試験の合格を無事に果たされますよう、心よりお祈り申し上げます。

T A C 司法試験講座

目 次

【第1部 平成23年司法試験予備試験口述式試験の問答の再現】

法律実務基礎科目（民事）

Aさん	1
Bさん	4
Cさん	9
Dさん	12

法律実務基礎科目（刑事）

Aさん	17
Bさん	19
Cさん	22
Dさん	23

【第2部 過去に旧司法試験口述式試験で問われていた内容の再現（抜粋版）】

＜民事系＞	26
＜刑事系＞	71

<平成23年司法試験予備試験口述式試験・法律実務基礎科目(民事)>

**消費貸借契約に基づく貸金返還請求訴訟及び保証契約に基づく保証債務履行請求訴訟における攻撃防御の構造, 並びに民事訴訟手続の基礎
(管轄, 保証契約の要件事実, 当事者欠席の審理方法, 否認と抗弁, 民事保全)**

1 Aさん(合格者)の問答

図.

A: 東京在住

B: 行方不明(最後の住居地は横浜市)

C: 大阪在住

貸金額: 200万円

(1) あなたがAから依頼を受けた弁護士であるとした場合, 誰に対してどのような訴えを提起しますか?

— Bに対しては貸金返還請求訴訟, Cに対しては保証債務履行請求訴訟を提起します。

(2) Bは行方不明だね。なんでBにも訴え提起するの?

— 勝訴判決を得て, Bの財産に強制執行をするためです。

(3) じゃあ, 君が言った訴訟を提起するとして, どの裁判所が管轄権を有するの? 簡易裁判所か地方裁判所か?

— 地方裁判所です。

(4) なんで?

— 請求金額が200万円であり, 140万円を超えるからです。

(5) だね。じゃあ, どの地方裁判所?

— 東京と横浜と大阪です。

(6) なんで東京地裁なの?

— 義務履行地だからです。

(7) 横浜は？

—被告の最後の居住地だからです。

(8) 大阪は？

—被告の居住地だからです。

(9) うん。じゃあ君がAの代理人ならどこにする？

—東京にします。

(10) なんで？

—原告の居住地なので、自分も原告もともに負担が少なくて済むからです。

(11) それを前提に質問するね。君がBに対し訴えを提起する場合、訴状の送達はどうする？

—裁判所書記官に公示送達の申立てをします。

(12) はい。じゃあ、君がCに対して訴えを提起する場合の訴訟物は？

—保証契約に基づく保証債務履行請求権です。

(13) 請求原因は？

—①AがBに200万円貸し付けたこと、②A・C間でCがBの右債務を保証するとの合意をしたこと、③その合意が書面によること、④主債務の弁済期が到来したことです。

(14) すらすら言えたね。じゃあ、なんでそれらの事実が必要か言える？

—①は保証債務の付従性から、②は保証契約が諾成契約であることから、③は民法446条2項から、④は消費貸借がいわゆる貸借型の契約であることから必要です。

(15) なるほど。君はCが自己の財産を隠して強制執行を免れようとしているという話を聞いたとき、あらかじめ何かやっておくべきことってある。

—仮差押えの申立てを行います。

(16) それには何か必要？

—被保全債権と保全の必要性が必要です。

(17) 他には？

—えーと。……。

(18) まあいいや。担保って聞いたことある？

— あっ，そうでした。申し訳ありません。

(19) いやいや。今度は君がCから依頼を受けた代理人だとするね。大阪で訴訟をやりたいときにどうしたらいいの？

— 遅滞を避けるための移送の申立てを行います。

(20) それなんていうの？

— ……民事訴訟法 17 条の……。

(21) まあいいや。裁量移送ね。C側の証人として大阪に住んでいるDがいるんだけど、裁判所はDの負担を軽減するために何をしたらいい？

— 裁判所外での証人尋問やテレビモニターを使った証人尋問が可能です。

(22) まあそれもあるんだけど……。

— 弁論準備手続における電話会談とか書面による準備手続があります。

(23) うん。電話会議ね。電話会談って（爆笑）。じゃあ，CはBがAから100万円しか借りていないと思っていたとき，その旨の主張はさっきの請求原因との関係でどうなるの？

— ①ないし③に対する否認となります。

(24) それは一部否認？全部否認？

— 一部否認です。

(25) うん。じゃあ，保証契約書の金額欄を空白にしていたら，誰かが100万円と書き足した場合，君としては文書の真正を争うべき？認めるべき？

— 争うべきだと考えます。

(26) どうして？

— 2段の推定の2段目の推定が覆されるからです。

(27) そう思う？

— う～ん。保証契約においては金額は重要な部分ですので，2段の推定にかかわらず，文書の真正は否定されるのではないかと考えます。

(28) だよね。私はそう思います。以上です。お疲れさまでした。

— ありがとうございます。

2 Bさん（合格者）の問答

A：貸主（東京都在住）

B：借主（行方不明、最後の住所地は横浜市）

C：保証人（大阪市在住）

貸付額は 200 万円

机上には、上のような紙と六法が置かれていました。

（弁護士職務倫理規定はありませんでした。）

所要時間 15 分程度

(1) 事例を読み上げますので、机の上にある紙を見ながらよく聞いてください。

—はい。

<訴訟物、請求原因>

(2) AはBに対して 200 万円を貸し付け、これをCが保証しました。Aはどのような請求を提起ができますか？

—Bに対しては消費貸借契約に基づく貸金返還請求を、Cに対しては保証契約に基づく保証債務履行請求を行えます。

(3) それらは個別に提起するの？

—いえ、併せて提起します。

(4) 併合提起ですね。では、Cに対しては保証契約の履行請求といましたが、その請求原因は？

—まず、AB間で 200 万円の消費貸借契約が成立したこと。加えて、AC間で本件消費貸借契約を保証すると合意したこと、です。

(5) それだけ？AB間では消費貸借契約だけれど・・・

—あっ、本件消費貸借契約の弁済期が経過したことも必要です。

(6) そうですね。ちなみに、今「経過」と言ったけれど・・・

—いえ、「到来」でした。

(7) うん。それだけ？

—・・・（他にあったか？） それだけだと思います・・・

(8) ん～、じゃあCに対して保証債務を請求する根拠条文は分かる？六法を見て。

ーはい。(六法をめくる) えー、民法446条です。

(9) うん、そこに何か書いてない。

ーあっ！(2項に気づく) 保証契約が書面でなされたことも必要です。

(10) (納得した表情で) そうですね。

<管轄>

(11) では、次にあなたがAの訴訟代理人となったとして考えてください。どこの裁判所に訴えを提起できますか？

ー大阪地方裁判所です。

(12) あとは？Aは東京に住んでいるのに、大阪まで行かなきゃいけないの？

ーえー、東京地方裁判所にも提起できます。

(13) うん。あとは？

ーあとは・・・(思いつかない) ちょっと分かりません。

(14) では、大阪地方裁判所に管轄がある根拠条文は？六法見て。

ー(六法をめくる) 民事訴訟法4条1項です。あっ！(2項に気づく)

(15) その隣に何かない？

ーはい、2項から横浜地方裁判所にも訴え提起できます。

(16) (うなづく) じゃあ、Bに対する請求で管轄ある裁判所に訴えを提起した場合に、大阪に管轄のあるCに対する請求も同時に提起できる根拠は？

ーえー、(六法をめくる) 民事訴訟法の7条です。

(17) では、次にCの訴訟代理人になったと考えてください。Cは、保証契約の締結に関する重要な証人が大阪市にいます。この場合、訴訟代理人としてはどんな措置をとりますか？

ー移送の申し立てをします。

(18) その根拠は？

—（六法をめくる） 民事訴訟法 17 条です。

(19) では、残念ながら裁量移送は認められませんでした。この場合、東京地裁で訴訟をしなければならないCの負担を軽減する方法は？

—えー・・・（しばらく悩む） 電話会議による方法があります。

(20) その根拠は？

—（六法をめくる） 弁論準備手続の民事訴訟法 170 条 3 項です。

(21) 他にその方法を使えるものはない？

—（六法をめくる） えー、書面による準備手続の 176 条 3 項でも可能です。

(22) （うなづく）

<公示送達>

(23) では、Aが訴訟を提起して、訴状を提出しましたが、裁判所はBに対してどのように訴状を送達すべきですか？

—公示送達によるべきです。

(24) その後、第一回口頭弁論期日にCは出頭しましたが、Bは出頭せず、答弁書も提出しませんでした。裁判所はBに対する請求について、どう扱うべき？

—請求認容判決をすべきです。

(25) ん？ いきなり認容できるの？

—えっと・・・（六法をめくる）

(26) 公示送達じゃない場合と違うところはない？

—はい、公示送達では擬制自白が認められませんから・・・

(27) その根拠は？

—159 条 3 項です。

(28) そうだね。とすると・・・

—撤回して、裁判所が心証を形成しなければ認容判決はできませんから、期日を続行します。

(29) 心証を形成するっていうのは、証拠調べをするってことね。

<否認と抗弁、書証の形式的証拠力>

(30) では、次に行くので、事例をよく聞いてください。

あなたが訴訟代理人としてCから事情を聞いたところ、CはA B間の契約は100万円であると認識しており、Bからも100万円しか借りていないと告げられた、と述べた。このようなCの供述の意味は？

—A B間の消費貸借契約成立の否認です。

(31) Cの保証契約には関係ないの？

—あっ、A C間の保証契約の否認にもなります。

(32) (うなづく) それは、100万円を超える部分の一部否認ってこと？

—・・・はい、100万円を超える一部の否認だと思います。

(33) 一部否認ということですか。(微妙な表情をしていた気がしたが、それ以上追及されず)

では、本件訴訟で、Aの代理人が、A C間の保証契約書を提出してきました。これには、Cの署名・押印とA B間の貸金と保証金額がいずれも200万円との記載があります。しかし、Cは200万円との金額の記載は、署名・押印した時には白紙であったと主張しています。Cの訴訟代理人としては、この書面の真正な成立を認めるべきですか？

—否認すべきだと思います。

(34) 文書の真正な成立とはなんですか？

—文書が作成者の意思に基づいて作成されたことです。

(35) そうだね。とすると、Cの署名と押印がこの書証にされていることの意味は？

—Cの署名・押印がありますから、二段の推定が働きます。えーと・・・(六法をめくる) 民事訴訟法228条4項で、裁判所に書証の成立の真正を認められてしまいます。

<民事保全, 民事執行>

(36) しばらく遡って、Aが訴訟を提起する際に、AはCが所有する不動産を第三者に処分しようとしていると聞きました。Aの訴訟代理人はどうすべきですか？

—不動産の仮差押をします。

(37) その仮差押をするための要件は？条文見ていいから。

—（六法で、民事保全法 20 条 1 項を見て） 強制執行をすることができなくなるおそれがあるか、強制執行をするのに著しい困難が生ずるおそれがあることです。

(38) なぜ、仮差押をするの？

—Cが 200 万円の債務をカバーするだけの資力がないときに、本件不動産を仮装譲渡などしてしまうと、強制執行できなくなるおそれがあるからです。

(39) そう。処分で金銭を得るだろうけど、それは不動産に比べれば逸失しやすいからね。
では、仮差押によって、どんな効果が生じますか？

—たとえばCが不動産を処分して、第三者に移転してしまったとしても、その不動産に対して強制執行ができます。

(40) うん、まあそもそもCの処分が禁止されていますよね。

では、その執行はどうするの？条文見て。

—（六法をめくり、民事保全法を探してしまう） えー、民事保全法の・・・

(41) ん？執行の場面ですよ。

—すいません、民事執行法の・・・（慌てて民事執行法を探す） 43 条 1 項です・・・

(42) いや、それは不動産の執行だからね。57 条（？ 慌てていたの、具体的に何条かまではよく覚えていません）ですね。

—あつ、はい、すいません・・・

(43) 勉強しておいてくださいね。

—はい、すいません。

(44) 私からは以上です。（副査の先生も特になし）

3 Cさん（合格者）の問答

<図>

- A 東京
 - B 行方不明（最終の住所地は横浜）
 - C 大阪
- 貸金 200 万円

(1) 図を見てください。AはBに事業資金として 200 万円を貸しました。その債務についてCが保証しました。BCともにAに返済しようとしません。あなたがAから依頼を受けた弁護士になった場合、誰に対してどのような訴訟を提起しますか？

—Bに対して貸金返還請求訴訟、Cに対して保証債務履行請求訴訟を提起します。

(2) どの裁判所に訴えを提起できますか？

—横浜地方裁判所か、大阪地方裁判所、それから東京地方裁判所です。

(3) では、Aから依頼を受けた弁護士としては、どの裁判所に訴訟を提起しますか？

—東京地方裁判所です。

(4) Cに対する訴訟の請求原因は何ですか？

—主たる債務の発生原因事実と保証契約です。

(5) それだけですか？

—保証の意思表示が書面によってなされたことも必要です。

(6) 主たる債務の発生原因事実とは、具体的に何ですか？

—AのBに対する貸金返還請求権の発生原因事実です。

(7) 具体的には？

—AがBに対して、一定の日時を返済期限として 200 万円を貸し付けたこと、及び、その期限が到来したことです。

(8) Bに対して訴状はどのように届けますか？

—公示送達の方法によって届けます。

(9) Bは行方不明だから、口頭弁論期日に出頭してくることはありません。この場合、訴訟はどのように進められますか？

—Aが訴状・準備書面に記載した事項について陳述し、Bの陳述が擬制されて、判決をするのに熟したらA勝訴の判決が下されます。

(10) 公示送達によった事案だよ。

—失礼しました。陳述は擬制されないで、証拠調べを行います。

(11) その結果、Aに勝訴判決が下されたとします。Bが行方不明の場合、Aが勝訴判決を得る意味はありますか？

—勝訴判決を得て、確定後、それを債務名義として強制執行を行うことができるという意味があると思います。

(12) 次に、あなたがCから依頼を受けた弁護士であるとします。Aの住む東京地方裁判所に訴えが提起された場合、Cの仕事の都合、及び重要な証人が大阪にいることを理由に、大阪地方裁判所で審理を行いたいと考えた場合、あなたならどのような手段を取りますか？

—移送の申立てを行います。

(13) 裁判所が移送を認めなかった場合、重要な証人が大阪にいることを理由に、大阪地方裁判所で審理を行いたいと考えた場合、裁判所はどのような手段をとりますか？

—裁判所外での証人尋問を行います。

(14) 大阪と東京、離れたところで弁論の準備をするにはどのような方法がありますか？

—弁論準備手続で、電話会議システムを使う方法があります。

(15) 他には。

—書面による準備手続があります。

(16) その場合、電話会議システムは使えますか？

—使えます。

(17) Cが保証契約書に200万円とあるのは間違いで、当初の予定では100万円について保証したにすぎないと主張した場合、この主張は要件事実の観点からどのような性質の主張になりますか。

―否認です。

(18) そう、否認ね。Cが保証契約書には200万円とあるが、当初、金額欄は空欄だったと主張していたとします。この保証証書にはCの署名押印があった場合、Cは何を争いますか？

―保証契約書の成立の真正です。

(19) なぜですか？

―署名押印があることで文書の成立が推定されてしまうからです。

(20) Aの勝訴の見込みが濃厚になってきたので、Cは自己の所有する甲建物を他に処分しようとしているとの情報を、Aから依頼を受けた弁護士であるあなたが得たとします。この場合、あなたはどのような手段をとりますか？

―仮差押命令を申し立てます。

(21) 裁判所が仮差押命令を発する要件は何ですか？

―被保全債権が金銭債権で、保全の必要性があることです。

(22) 私からは以上です？副査から何かありますか？…ないようなので、終わります。

―ありがとうございました。

4 Dさん（不合格者）の問答

(1) そこにあるクリアファイルをひっくり返して、事案を確認してください。

＜事案＞

A（200 万円の貸主，東京在住）

B（借主，失踪中。失踪直前には横浜在住）

C（保証人，大阪在住）

(2) AがB及びCに対して訴えを提起する場合，どこの裁判所で行うことになるか？

— 横浜又は大阪です。

※ これ自体は誤り。後述参照

(3) ああ，土地管轄の方にいったか，事物管轄のことね。

— 地方裁判所です。

(4) 理由は？

— 訴額が 200 万円だからです。

(5) そうすると，簡易裁判所はいくらの場合？

— 120 万円です。

(6) 120 万円？

— きゅ，90 万円？

※ 誤り。正しくは 140 万円（裁判所法 § 33）。しかし，その後この点について質問されることはなかった。

(7) では，どの場所の裁判所に訴えを提起することになるのか？

— 横浜及び大阪です。

(8) なぜですか？

— 債務者の居住地が管轄になるからです。

(9) ほんとに？

— …（沈黙）

(10) Aに対して負っている2人の債務はなんなの？

— (あ…) 持参債務なので、履行地である東京の裁判所に対して訴えを提起します。

(11) そうだね (笑)。では、事案を加えます。Cは大阪からあまり動けないし (下線部再現性自信なし)、証人も大阪にたくさんいる。この場合、Cとしては何かいえませんか？

— 移送の申立てをします。

(12) 具体的には？

— … (考え込む)

(13) 何条あたり？

— …14条あたりかと…。

(14) 六法見ていいよ。

— はい。17条の遅滞を避けるための移送です。

(15) このような移送を、講学上なんというのか？

— … (沈黙)

(16) 裁量的移送ね。聞いたことない？

— あ、はい、あります。

(17) 思い出した？それでは話を変えて、失踪中のBに対して訴訟係属状態にするためには何が必要か？

— 公示送達です。

(18) では、公示送達を経てAのB及びCに対する審理が始まりました。Bとの関係ではどのように審理が展開されますか？

— 出席していないので、擬制自白が認められると思います？

(19) 本当に？Bは何も主張できないんだよ？

— … (沈黙)

(20) 主張が認められるの？

※ このような質問だったか記憶不鮮明。しかし、解答のきっかけになった質問であるのはたしか。

— 証拠調べを行います。

(21) そうだね。では、その後は？

— 証拠調べにより事実が認められれば、判決をすることになります。

(22) 本当に？

— … (考え込むが答えは出ず)

(23) まあいいでしょう。

※ この送達及びB抜きの審理に関する質問が実際にどの時点でなされたのか覚えていません。他の質問と前後している可能性があります。

(24) それでは質問を変えます。AのCに対する訴訟物はなんですか？

— 保証契約に基づく保証債務履行請求権です。

(25) では、その請求原因は？

— 主債務の存在…

(26) そこをもう少し詳しく言うと？

— Aは、Bに対して、200万円を…

(27) そこまで言わなくていいよ。

— では、返還の合意、金銭の交付、保証に関する合意、その合意が書面によることです。

(28) 何か抜けていない？

— … (考え込む)

(29) 期限は？

— あ、はい、主債務の弁済期の到来です。

(30) では、保証債務に関する請求原因で、書面の存在を必要とするのは？

— 民法の改正により、保証に関する合意の存在を明確にする必要があるからです。

(31) では、主債務の存在が必要なのは？

— 保証債務の附従性からです。

(32) では、主債務の弁済期が必要なのは？

— …やはり保証債務の附従性からです。

※ ここはもう少し突っ込まれると思っていたが、これ以上突っ込まれることはなかった。

(33) では、質問を変えます。Cは、法廷で「Bからは、主債務は100万円と聞いている」と主張しました。この主張の意味は？

— 錯誤の抗弁だと思います。

(34) ん？理由は？

— Cは主債務が100万円であることを前提に保証契約を締結しており、動機の錯誤といえるからです。

(35) ん？抗弁とは？

— 請求原因事実と両立する事実で、かつその効果を否定するものです。

(36) そうだね。そうすると、本件では両立する？

— 主債務の存在と保証契約の不成立は両立しますので…。

(37) Cは主債務が200万円であることを認めているの？

— あ、失礼しました。主債務が200万円であることについて理由を付して否定しており、請求原因事実と両立しないので、一部積極否認になります。

(38) そうだね。では、質問を変えます。Cの審理について、Cが大阪にいるままで行うには何か方法はあるかな？

— …（考え込むが思い浮かばず）。

(39) 電話会議システムって知らない？

— 知りませんでした。

(40) では覚えておいてね。ちなみにそれはどの段階で行うことができるのかな？

— 弁論準備手続（？）です。

(41) 理由は？

— 口頭弁論における公開主義の下では、口頭弁論の段階ではできないからです。

※ 実際にここまでうまく話は進んでいない。ただ、主査の誘導なくしてこの答えは出すことができた。

(42) はい、では最後に、Cは自己の所有する建物を第三者に売却しようとしている。Aはこれに対して何かいえますか？

— 保証債務履行請求権を被保全権利とする不動産仮差押えの申立てをします。

(43) そうだね。では、その要件は？

— …（考え込むが、不勉強のため思い出せず）

(44) 保全のために申立てをするんだよね。そうすると、保全しないとイケない権利があるよね。

— …はい、要件は被保全権利の存在と、保全の必要性になります。

(45) そうだね。では、本件では保全の必要性は認められる？

— Cが建物を売却してしまうと責任財産が減少し、保証債務の履行が滞ってしまうおそれがあるので認められます。

(46) 以上です。

<平成23年司法試験予備試験口述式試験・法律実務基礎科目(刑事)>

被疑者勾留段階の刑事弁護、及び共同被告人間で利害対立が生じた 場合の弁護人のとるべき措置 (勾留・接見交通権・弁護人の義務)

I Aさんの問答

前提事実：甲及び乙は共謀のうえ、Vに暴行を加え、同人に加療約2週間の傷害を負わせた罪で逮捕された。あなたは甲及び乙の弁護人に選任された。

(1) あなたは、両名が勾留されたと聞いたらどんな手段で不服申立てを行いますか？

—準抗告の申立てを行います。

(2) じゃあ、甲・乙について接見禁止の決定がなされた場合、あなたはどうする？

—弁護人は接見禁止にかかわらず、接見交通権が認められています。

(3) うん。甲の母親が接見に行きたいとやってきた場合には？

—接見禁止の一部解除を求めます。

(4) それは法律上請求権があるの？

—ありません。

(5) そういうのなんていうか知ってますか？

—職権発動を促すといいます。

(6) うん。次に、勾留の要件ってなんですか？

—勾留の理由と必要性です。

(7) 根拠条文は？

—60条1項と87条です。

(8) 60 条には「被告人」と書いてあるよね。

—207 条 1 項が 60 条 1 項を準用しているので、その場合には「被疑者」と読み替えます。

(9) 次に、甲・乙が傷害罪で起訴されました。甲は「乙がやった」と言っており、乙は「俺はやってない」と言っている場合、あなたはどのようにしますか？

—両名の利害対立が避けられなくなっているので、辞任すべきだと考えます。

(10) 両方とも辞任するの？片方だけ続けるとかは？

—一方だけ自認すると弁護士職務基本規定の利益相反禁止の規定に反するおそれがあるので、両方とも辞任すべきであると考えます。

(11) 以上です。お疲れさまでした。

—ありがとうございました。

図. なし

2 Bさんの問答

机上には六法のみ置かれていました。

所要時間7分程度

<起訴前における弁護人の活動>

(1) これから事案を読み上げますが、少し長いので、聞き取れなかったり、分からなかったりしたら、聞き返してください。

—はい。

(2) 甲と乙は共謀の上、Aに対して暴行を加え、加療約二週間を要する傷害を負わせた、との被疑事実により逮捕勾留された。甲乙らの知人Bから依頼を受けた弁護士は、警察署に赴き、甲乙らに接見したところ、甲と乙から弁護人に選任する旨を聞き、裁判所に弁護人選任届を提出した。ここまでよろしいですか？

—はい。

(3) では、これをもとに質問します。弁護人が勾留された甲と乙に接見したところ、甲と乙は早期に釈放を求める旨を告げた。この場合、弁護人としてはどうすべきですか？

—勾留の裁判に対して準抗告をすべきです。

(4) うん、それは何条分かかりますか？

—六法を見てもよろしいですか。

(5) どうぞ。

—（六法をめくる） 刑事訴訟法の429条の2号です

(6) 429条「1項」2号ですね。では、次に行きます。

裁判官は甲と乙につき接見禁止の裁判をしました。この場合、弁護人としては、甲と乙と連絡を取るにはどうしますか？

—接見禁止がなされていますので、そのままでは接見できないので・・・

(7) ?? 接見禁止とは、何か分かりますか？

—（まずい、接見禁止は弁護人には関係なかった！） 接見禁止とは、弁護人以外の者と被疑者との接見を禁止するものですから、すいません、弁護人は普通に接見が可能です。

(8) (うなづく) では、甲の母親がどうしても甲と連絡を取りたい場合、弁護人としては、どうすればよいですか？

—えーと・・・、弁護人が母親の代わりに甲と接見して、伝えればよいと思います・・・

(9) うん、それもありますけど、どうしても母親が直接面会したい場合は、どうしますか？

—・・・ やはり準抗告によって、接見禁止を解除してもらいます。

(10) その根拠は？

—やはり429条1項2号です。

(11) (うなづく) そこには「接見禁止に関する裁判」とは書いてありませんが、どの部分を根拠としますか？

—2号の「勾留…に関する裁判」という部分です。

(12) そうですね。他に方法は？

—・・・ ちょっと分かりません・・・

(13) うん、実務では裁判所に対して接見禁止の一部解除を求めるという方法がありますから、勉強しておいてください。

—はい。(一部解除なんて聞いたことないぞ・・・)

(14) では、甲は「自分は暴行にほとんど関与しておらず、傷害は乙が負わせた。」と供述しています。一方、乙は「暴行は全て甲が行った。」と供述しています。しかし、甲と乙はいずれも傷害罪の公訴事実で起訴されてしまいました。この場合、弁護人としてはどうすべきですか？

—・・・ (甲と乙の供述の矛盾を解消する方法を聞いているのか??) 公判に向けて、証拠の収集を行います。被害者のAに話を聞いたりとか、甲と乙に詳しく話を聞いたりとか・・・

(15) (うなづく) うん、そうして甲と乙から詳しく聞いても、さっきのような発言をしたときは？

—・・・ (あれ、求めていた答えと違う?) すいません、分かりません・・・

(16) んー、甲と乙の発言を覚えていますか？甲は「自分は暴行にほとんど関与しておらず、傷害は乙が負わせた。」と供述している一方、乙は「暴行は全て甲が行った。」と供述しています。

—・・・ 甲と乙の利益が相反する場合ですから、弁護人は甲か乙いずれかの弁護人を辞任しな

ければならないと思います。 (この答えでいいのか, 半信半疑)

(17) (うなづきながら, 聞いていた。) うん, あるいは甲乙の両方の弁護人を辞任するという
ことも考えられますね。

ーはい。

(18) 私からは以上です。(副査の先生も特になし)

3 Cさんの問答

- (1) これから事例を読み上げます。わからないところがあれば聞き返してもらってもかまいません。よく聞いてください。甲と乙は窃盗の被疑事実で逮捕された。甲の親類の依頼を受けたあなたは甲乙の弁護人となった。後に甲乙は勾留された。この勾留について不服がある場合、弁護人はどのような手段をとるべきか？

—勾留理由開示請求、勾留取消請求を行います。

- (2) 他には？

—準抗告を行います。

- (3) 3つの方法のうち、どれが最適か？

—準抗告です。

- (4) なぜか？

—勾留について不服があるにすぎない場合だからです。

- (5) 甲について裁判所が接見禁止決定を行ったところ、弁護人として甲と連絡を取る必要が生じた。この場合、弁護人はどのような手段をとるべきか？

—接見を行います。

- (6) 甲の母親が甲と緊急に連絡を取りたいと言っている。この場合、弁護人はどのような手段をとるべきか？

—準抗告を申し立てます。

- (7) そう。では、次に、甲は「盗んだのは乙であって自分は何にも知らない」と言い、乙も「実際に盗んだのは甲で自分はその場にはいたが見ていただけだ」と言い出した。その後、甲乙は窃盗の共同正犯として公訴提起された。この場合、弁護人はいかなる手段をとるべきか？

—弁論の分離を申し立てるべきです。

- (8) 甲乙は窃盗の共同正犯として公訴提起された場合、弁護人としてはいかなる態度決定をすべきか？

—辞任すべきだと思います。

- (9) 終わります。

—…ありがとうございました。

4 Dさんの問答

- (1) 事案を今から言うので、よく聞いてください。甲及び乙が、傷害被疑事件で勾留されている。その知人Aから聞いた（下線部再現自信なし）弁護士Pが甲及び乙の弁護人となった。あなたがPの立場に立ったとして、甲及び乙の勾留について何か主張できるものはありますか。

—勾留取消です。

- (2) 他には？

—準抗告、勾留理由開示があります。

※ 実際には、1つ制度挙げるごとに、「他には？」と聞かれた。

- (3) Pが勾留の不服申立てとして行う場合はどれが適切ですか。

—準抗告です。

- (4) 勾留取消は不服申立てにならないの？

—勾留取消は勾留された後に生じた事由に基づいて認められるものであり、そこにいう不服申立てが「勾留されたこと」に対するものであるとすれば、勾留請求時の瑕疵を争うための不服申立てには含まれないと考えます。

- (5) それでは勾留理由開示は不服申立てにならないの？

—勾留理由開示の場合は、理由が開示されることで準抗告等をするきっかけにはなりますが、それ自体によって勾留の効力が失われるわけではないので、直接的には不服申立てにはならないと思います。

- (6) それでは準抗告では何を争うことになるの？

—勾留の理由及び必要性です。

- (7) では、話を変えます。

Pが甲に接見するために向かったところ、検察官は接見禁止の措置を講じた。この場合、Pは甲に対して、どのように接触することができるか。

—糧食等の差し入れの際に…

- (8) 条文にどのように書かれているか知ってる？

—失礼しました。その場合でも 39 条 1 項に記載された者による接見は可能ですので、弁護人

Pは甲と接見することができます…。

(9) 何条に書いてあるか知ってる？

— 81条です。

※ 実際には「80条です」と答え、主査に「六法を引いてごらん」といわれ、「失礼しました。81条です」と言い直したところ、「そう、隣の条文ね」と指摘されました。

(10) それでは、甲の母親が甲に会いたいとしている場合はどのような手続が考えられますか？

— 弁護士Pに伝えたい内容を…

(11) 甲の母親は直接甲に会いたいんだよ？

— … (沈黙)

(12) 接見禁止解除の手続って知っている？

— …知りませんでした。

(13) まあ、いいでしょう。それでは、次の質問に移ります。(記憶不鮮明)の際に、甲は「被害者を殴ったのは乙だけだ」といい、他方で乙は「自分は殴っていない」とPに言った。この場合に、Pが公訴提起後に弁護人を行うことに何か問題はある？

— 原則として、被疑者段階で弁護人となった者は第1審でそのまま弁護人になることができますが、本件の場合は甲と乙の利益が相反するため、甲又は乙のいずれかについて弁護人になることはできません。

(14) それについてはなにか根拠がある？

— 弁護人は正当な保護者であることに求められると思います。

(15) なるほど。あなたは今弁護人になることはできないと言ったけど、正確に言うとういうこと？

— 解任…

(16) それはやめさせられる場合だね。自分から辞める場合は？なる場合は選任だから？

— 辞任です。

(17) そうだね。では、いずれか一方の弁護人を辞めるだけでいいのかな？被疑者の段階では甲・乙の弁護人として活動したんだよね？

— その場合はいずれか一方の被疑者段階での弁護活動と他方の公判段階での弁護活動とに相反性が生じる可能性があるため、甲乙いずれの弁護人にもなれないと思われます。

(18) そうなの？では、その場合、Pとしてはどうするの？

— … (沈黙)

(19) 何もできない？

— その場合は、他の弁護士に弁護人ををお願いするしかないかと…。

(20) なるほど、あなたの見解としては、Pは甲乙いずれの弁護人にもなれないということだね？

— …はい。

(21) 終わります。

<旧司法試験口述式試験・民事系>

取得時効・相続による占有承継

1 (1) 取得時効の成立要件は。

162条1項…①20年間の占有、②所有の意思をもって占有すること、③平穩かつ公然の占有、
④他人の物の占有

2項…①10年間の占有+②③④+⑤占有開始時の善意・無過失

(2) 時効主張者が立証しなければならない事実。

①について、前後2つの時点で占有が行われたこと(186条2項)。

⑤について、無過失であること。

(3) 自主占有とは。

「所有の意思」をもってする占有である。なお、所有の意思の有無は、占有取得の原因たる事実によって客観的に定められる(最判昭45.10.29, 最判昭58.8.24)。

(4) 他主占有が自主占有に変更されるのはどういう場合か。

占有者が自己に占有をさせた者に対し所有の意思があることを表示した場合、新権原により更に所有の意思をもって占有を始めた場合(185条)。

(5) 新権原に該当するといえるための要件は。

① 目的物を現実に支配すること

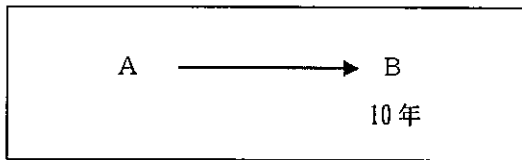
② 所有の意思が客観的に明らかであること

とするのが、判例・通説である。

(6) ②の要件の具体例は。

公租公課の支払い等を行うこと。

2 (1)



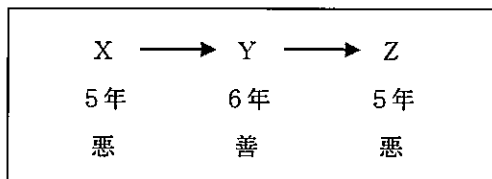
(図を示して) Aが土地所有者より無償で土地を貸与されて土地上に建物を築造して居住していた。Aが死亡してBがAを相続し、10年が経過した。BがAの死後10年間当該建物の占有を継続していた場合、Bは土地の所有権を主張できるか。

Bが、善意かつ所有の意思を客観的に表示して占有を継続していれば、相続を「新権原」として(185条)、自主占有となり、時効取得するので、所有権を主張できる(最判昭46.11.30傍論)。

(2) Bの占有はAの占有を相続したのであってBの占有もまた他主占有ではないのか。

占有も相続により法律上当然に承継取得されるが、相続人が現実には相続財産の所持を取得した場合、その事実により新たに自己固有の占有も取得するとみることができ、相続人にも187条でいう占有の二面性を認めることができるとされている(通説)。このように、相続人の現実の占有を独立して評価できれば、被相続人の占有が他主占有であっても、相続人の占有は自主占有とみることが可能である。

3 (1)



(図を示して) Xが他人の土地を5年間悪意で占有した後、善意のYに売却しYが6年間占有を継続した。Yは時効取得するか。

時効取得しない。

占有の承継人は、その選択に従い、自己の占有のみを主張しても、自己の占有に前主の占有を併せて主張してもよい(187条1項)が、前主の占有を併せて主張する場合には、その瑕疵すなわち悪意又は有過失なども承継しなければならないとされている(187条2項)。

そうだとすると、Yは、自己のみの占有は善意であるから、10年で時効取得しうが(162条2項)、6年なので期間が足りず、Xの占有を併せると、悪意もまた承継するので、20年の占有が必要(162条1項)となるが、11年で期間が足りないからである。

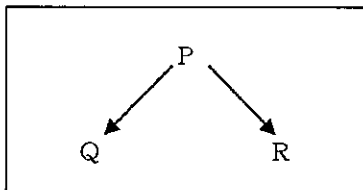
- (2) Yが更に悪意のZに土地を売却してZが更に5年間占有を継続した場合、Zは時効取得を主張できるか。

できる。ZはYの占有を自己の占有と併せて主張することができるので、Yが善意で占有を開始している以上、10年で時効取得することができ(162条2項)、11年を経過しているから要件を満たしている。

- (3) Zが時効取得しえないという見解があるが、その説の根拠は。

「その瑕疵をも承継する」(187条2項)という規定は、瑕疵のないことは承継しないということの意味すると解釈すれば、要件を満たさない。実質的には、10年という短期で所有権の取得を認めるのは自らが善意で占有を開始したからだと考えれば、悪意の承継者には認めるべきでないということになる。

4



(図を示して) PがQに土地を売買し、引渡し先履行で代金未払のまま、10年が経過した。

- (1) Qは土地の時効取得を主張できるか。

取得時効の対象は「他人」の物とされているが(162条)、時効は何人の所有であるかを問わずに、事実状態を権利関係に高めようとする制度であることから、他人に属することは必要でないといわれている。しかし、本問のように売買契約の有効な存在が認められれば、時効による所有権取得の主張を許すことは無意味であるか、そうでなければ、双務契約当事者間の公平を害することになって不当であり(時効取得を認めることにより、相手方に代金との引換給付の抗弁を認めないことになるから)、かかる主張を認めることはできないと解される。

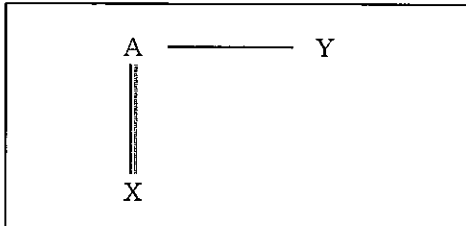
なお、最判昭44.12.18参照。

- (2) PがRにも売ってRが登記を備えた場合に、QはRに対して時効取得を主張できるか。判例は。

二重譲渡事例において、継続の利益を保護する必要はこの場合にも存するし、取得時効を認めることは対抗力の不備を補うことになるという意味では、Qの占有が「他人の物」の占有としての要素を含み、登記なくして取得時効の成立を認めることができる。判例(最判昭42.7.21)も、所有権と抵当権の対抗関係が問題とされた事案につき、時効取得の主張を認めている。

契約責任と不法行為責任

1 (1)



AはY会社で働いていたが退職してしばらくして、死亡した。Aの唯一の相続人であるXが、後で調べてみるとAの死因はY会社の労働環境に関連していることがわかった。XがY会社の責任を追及する方法としては債務不履行責任と不法行為責任が考えられるが、両者の違いは。

①立証責任、②時効、③履行補助者の故意・過失（不法行為については715条で使用者に免責があるが、履行補助者の故意・過失については信義則上債務者の過失と同視される）、④履行遅滞の時期（不法行為は事故の時、債務不履行は請求を受けた時）、⑤遺族固有の慰謝料請求（判例（最判昭55.12.18）は、債務不履行の場合（安全配慮義務違反）に認めていない）、⑥過失相殺、⑦相殺（不法行為には509条がある）、⑧弁護士費用。

(2) ①の違いを具体的にいうと。

不法行為責任の過失は債権者が証明しなければならないのに対し、債務不履行責任では債務者に帰責事由がないことの証明責任は債務者にあるとするのが通説である。

(3) 債務不履行責任を問う場合でも、義務違反に該当する事実を立証する責任は債権者にあるわけだが、本問Yの義務の内容は何か。

雇用契約のある使用者に対して課される、労務場所、労務管理等について被用者の生命・身体に対する危険から被用者を保護すべき義務。

(4) 不法行為の過失とは。

結果発生の見込みがあるのにこれを回避する結果回避義務を怠ったこと。

(5) そうすると、原告の立証の負担はほとんど変わらないのではないか。

不法行為における過失の立証と全く同じとはいえないが、立証の難易度はほとんど変わらない。

<コメント>

違うことにこだわった人にも、主査はほとんど変わらないとの結論に誘導している。

(6) 結果債務と手段債務とで立証の難易度に差はあるか。

結果債務の方が債務の内容がはっきりしているので、債務不履行を立証し易い(受験生の答え)。

<コメント>

一般に、いわゆる結果債務においては給付内容は確定しているが、手段債務においては、債務者の裁量に委ねられるところが大きいとされる。

そして、とくに手段債務である病院・医師の診療契約上の債務不履行が争われる医療過誤訴訟の場合には、これを契約責任(不完全履行)と構成しても、不法行為責任と構成しても、患者の証明の負担の点では大差ないとされている。

(7) 時効の点について具体的に言ってみよ。また、それぞれの起算点はいつか。

不法行為——3年(724条)、起算点は「損害及び加害者を知った時」。

契約責任——10年(167条1項)、起算点は「権利を行使することができる時」(166条1項)。

(8) 不法行為責任については20年という期間制限もあるが、これの性質は。

除斥期間とするのが通説・判例(内田ⅡP435)。

2(1) 消滅時効と除斥期間の違いは。

除斥期間は、消滅時効と違って、①中断はなく、②援用も不要で、③遡及効がない。

また、④消滅時効は権利を行使することができる時から起算されるが、除斥期間は権利の発生時から起算される(内田ⅠP327)。

(2) 不法行為から19年後に加害者等を知って訴えたところ、訴訟が5年かかった。この場合に原告の不法行為請求は認められるか。

法律関係の安定という除斥期間の趣旨から、原則として認められないと考える。ただこのような場合には原告に酷なので、具体的事情に応じて裁判所は中断・停止を認めて救済すべきと考える(受験生の答え)。

<コメント>

ここでも、除斥期間の原則論を貫いた場合の問題点が問われている。救済方法としては、他に、除斥期間の原則論は維持しつつ、一般条項(例えば信義則)によるという方法も考えられよう。

(3) 時効中断の根拠は。

時効の中断を認める根拠は、時効制度の存在理由をどのように理解するかによって異なる。すなわち、時効制度の存在理由を、権利の上に眠る者の保護を拒否し社会の永続的事実状態を安定させることに求める立場（実体法説）は、時効の中断は、権利者が眠りから醒めて権利を行使し事実状態の永続を阻止することであり、権利者の保護を復活することが時効の中断の根拠となる（権利行使説）。これに対して、時効制度の基礎を裁判上の法定証拠の創出に求める立場からは、時効の中断は、権利が存在することの有力な証拠がある時点に存在したという事実によって法定証拠の形成が阻害されることであり、したがって、権利存在の有力な証拠によって裁判上の争いを解決することが時効の中断の根拠となる（権利確定説）。

(4) 一部請求の中断の範囲は。

一部請求であることを明示して訴えを提起した場合は、中断効は残部に及ばないが、明示しない場合は債権全部につき中断効があるとするのが判例である（最判昭45.7.24）。

<コメント>

- ① これは、民事訴訟法の論点で、処分権主義と相手方の保護との調和の帰結である。
- ② 主査としては、時効中断の趣旨から考えること、すなわち、例えば、一部でも請求すれば、権利の上に眠る者とはいえないから、全部につき中断することになるのではないかという答えを期待していたようである（主査は、このような答えをした者に対しては、うなずきつつも正しいかどうかは別だけどねとコメントされている）。

解除

1 AはBに骨とう品を売ることを約束した。このような売買を何というか。

特定物売買。

2 (1) 契約成立前に骨とう品が壊れてしまった場合、契約はどうなるか。

売主の債務は原始的不能であり、成立し得ないし、牽連関係により代金債務も成立し得ない。

(2) Bがすでに代金をAに支払っていたらどうか。

BはAに不当利得返還請求をする（703条）。

(3) Bは他に何か言えないか。

Aに過失があれば、Bは契約締結上の過失の理論に基づく損害賠償請求ができる。

3 骨とう品が2つあり、どちらか一方を選択できる場合で、契約成立前に片方が滅失した場合、どうなるか。

Bの債権は選択債権なので、410条1項により残存物が給付の目的物となる。

4 (1) 骨とう品がXの物であったとき、AB間の契約は有効か。

有効である。560条はこのことを前提していると解釈し得る。

(2) Xが絶対に売らないと言っている場合、どうなるか。

契約は有効で、Aの債務が履行不能となる（最判昭25.10.26）。

5 (1) Bが代金を払わない場合、Aは何がいええるか。

損害賠償請求，解除。

(2) 解除の要件は。

- ① 債務不履行があること。
- ② 不履行が債務者の責に帰すべき事由によること。
- ③ 解除が541条の手続に従ってなされたこと。

(3) 履行の提供とはどんなことをするのか。

ふつう、債務者が目的物を持参し、呈示することによってなされる。

(4) 口頭の提供で足りる場合はないか。

あらかじめ受領を拒んだ場合と履行について債権者の行為を要する場合（493条ただし書）。

(5) 債権者が明白に受領拒絶している場合も口頭の提供が必要か。

不要である（最判昭62.6.5）。

(6) 相当期間を定めなかった催告は有効か。

有効である。客観的にみて催告後相当な期間が経過すれば解除権は発生する（大判昭2.2.2）。

6 (1) 契約後、Aの過失で骨とう品が消滅した場合は。

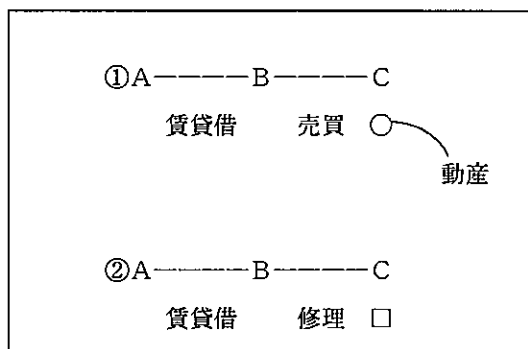
Aが債務不履行の責任を負う。

(2) Bの過失で消滅した場合は。

危険負担の問題となり、536条2項本文により、Bの代金債務は消滅しない。

即時取得、転用物訴権

(机の上に図が置いてある)



1 まず、①について。

(1) AがBに賃貸した印刷用機械をBはCに売ってしまった。AはCに対して何が言えるか。

所有権にもとづく物権的返還請求。

(2) CはAに対して何が主張できるか。

即時取得、時効取得、Aは所有者でない旨の主張。

(3) 即時取得は。

①動産であること、②取引による取得、③相手方の無権利、④占有、⑤平穩・公然・善意無過失。

(4) Cの善意・無過失は推定されるか。

まず、善意については186条1項で推定される。

また、無過失も占有者の占有は適法なものと推定されるという規定(188条)があるので、前者の占有を信じたものは無過失と推定されることになる(最判昭41.6.9ほか)。

(5) BC間の売買に錯誤があった場合に、Cは192条で保護されるか。

されない。

なぜなら、即時取得は、占有に公信力を与えて前主を所有者と信じた者を保護する制度なので、無権利以外の瑕疵(錯誤無効)等を治癒しないからである(双書(2)P109など)。

<コメント>

この答えに対して、主査は「そもそも取引による取得という要件を満たしていないのではな

いか」と指摘されている。

(6) では、取引の目的物が自動車の場合どうか。

自動車が無登録の場合には即時取得できるが、登録されている場合には即時取得できない（登録が抹消された自動車につき最判昭 45. 12. 4、登録ある自動車につき最判昭 62. 4. 24）。

(7) 登録自動車を即時取得できないのはなぜか。

即時取得が認められるのは、占有によって権利が公示される物権についてその占有を信じた者を保護することにあるところ、登録自動車はその物権の所在が登録によって公示されるので、即時取得の対象にならないから。

<コメント>

この点につき「しかし、それでは、登録上の名義も、占有もBが有していた場合、Bが所有者と信じて自動車を取得したCが保護されないことになってしまうのか」と、つっこまれた受験生もいる。

そして、この場合に、即時取得を肯定する下級審判例（東京地判昭 31. 4. 28、東京高判昭 31. 1. 24）、及び学説もある。

2 次に、②について。

- (1) Aから機械を賃借したBが、機械をCに修理に出した。Bが無資力になりAがCに返還請求した場合、Cは何を主張できるか。

留置権、不当利得返還請求権。BのAに対する修理費用返還請求権を債権者代位する。

(2) 留置権の要件にあてはめよ。

留置権の成立には、①債権と物との牽連性、②債権が弁済期にあること、③目的物の占有、④占有が不法行為によって始まったものではないこと、が必要である。

本問では、修理代金なので牽連性①はある。また、占有③もあり、その占有が不法行為によって始まったものとはいえない④ので、債権が弁済期にあれば②よいと考える。

(3) Cは留置権をAに対しても主張できるか。

留置権は物権であるので、対世的効力を有し、すべての者に対して行使できるから、Aに対しても主張し得る。

(4) 不当利得返還請求の要件は。

①受益、②損失、③因果関係、④法律上の原因がないこと。

(5) 本問で、CはAに不当利得返還請求ができるか。

AとBとの賃貸借契約を全体としてみても、Aが対価関係なしに利益を受けたときのみ請求できる。

<コメント>

この点につき、近時の判例がある（最判平7.9.19）。

「甲が建物賃借人乙との間の請負契約に基づき右建物の修繕工事をしたところ、その後乙が無資力になったため、甲の乙に対する請負代金債権の全部又は一部が無価値である場合において、右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も、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のが相当である。ただし、丙が乙との間の賃貸借契約において何らかの形で右利益に相応する出捐ないし負担をしたときは、丙の受けた右利益は法律上の原因に基づくものというべきであり、甲が丙に対して右利益につき不当利得としてその返還を請求することができるとするのは、丙に二重の負担を強いる結果となるからである。」

(6) 留置権と不当利得返還請求権以外に何かないか。

BのAB間の賃貸借契約に基づく必要費償還請求権（608条1項）を債権者代位（423条）する。

(7) 本問において、BがAに対して債権を有しており、かつその債権をCが代位できるのだから、Aに「利得」はなく、不当利得返還請求はできないのではないか。423条と703条の関係は。

423条は一般債権者保護のための制度であり、Cの金銭債権を保全するためには無資力要件が必要と解する。この点で703条と異なる。

無資力要件を欠く場合、Cは代位できず、また（行方不明になっている等であれば）Bが債権を行使する可能性が低いから、Aは、不当に「利得」しているといえるのではないか（受験生の答え）。

当事者の欠席

- 1 (1) 第1回口頭弁論期日に被告が答弁書を提出したものの欠席した。裁判所はどうするか。

被告が答弁書に記載した事項につき、陳述したものとみなし（陳述擬制、158条）、出頭した相手方に弁論をさせることができる。

- (2) 被告が答弁書を提出しなかったときはどうか。

擬制自白（159条3項）が成立し、裁判をなすに熟すると認められるときは弁論を終結して判決する（上田P262）。

- (3) 続行期日でも同じ取扱いがなされるのか。

陳述擬制はなされない。これを認めると口頭主義を完全に否定することになるからである。

- (4) では、第1回口頭弁論期日が延期され、その後に開かれた口頭弁論に被告が欠席した。被告が答弁書を提出していた場合、陳述擬制は認められるか。

第1回口頭弁論期日であることに変わりはないので、陳述擬制は認められる（受験生の答え）。

- (5) 欠席した被告が提出した答弁書に「請求を認諾する」との記載があった場合、認諾は認められるか。

裁判所は、請求の認諾の陳述をしたものとみなすことができる（266条2項）。

- 2 (1) 当事者双方が欠席した場合、裁判所はどうするか。

当該期日は終了する。ただし、判決言渡し（251条2項）、証拠調べ（183条）はできる。

- (2) 裁判所が期日指定をしないうちで、当事者も期日指定の申立てをしなかった場合は。

1月以内に期日指定の申立てをしないうちで訴え取下げが擬制される（263条前段）。

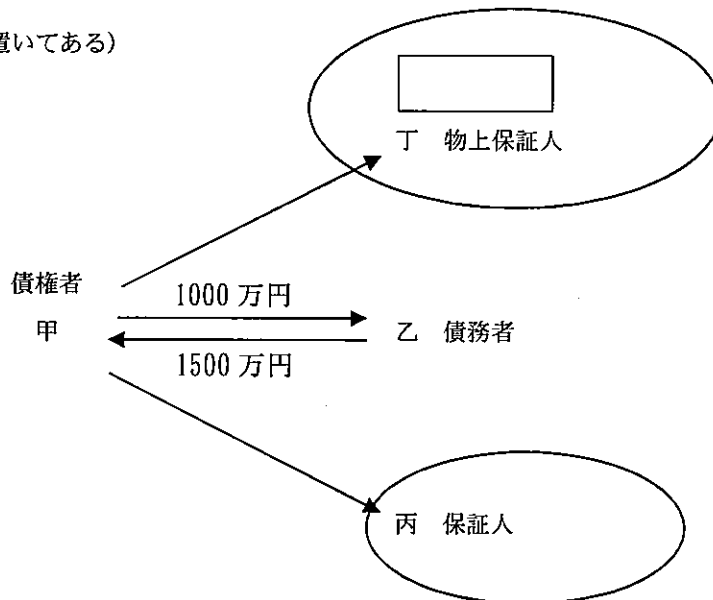
- (3) 当事者双方が出席せず、期日指定の申立てと欠席とをくり返していた場合は。

旧法下の下級審決定に期日指定申立権の濫用を認めたものがある（名古屋地決昭和40.9.30）。

1月以内に期日指定申立てをしても、連続して2回期日に欠席した場合にも、訴え取下げが擬制されるとしている（263条後段）。

弁論主義・権利抗弁

(机の上に図が置いてある)



事例 1

乙の主張「甲が私に 1,000 万円の債権があったとしても、私は甲に 1,500 万円の反対債権を持っている。」

事例 2

控訴審での乙の主張「甲の有する債権と私の有する債権とを相殺する。」

事例 3

第一審での甲の主張「私と乙が会ったとき、乙は私に対して反対債権を有しており、相殺すると言った。しかし、私が乙に対して債権を有していないではないかと問い詰めると、乙は黙り込んでしまった。」

1 事例 1 について

甲は乙に対して 1,000 万円の支払いを求める訴えを提起した。乙は「甲が私に 1,000 万円の債権を持っている」と主張した。裁判所は甲の乙に対する債権も乙の甲に対する債権も存在するとの心証を得た。

(1) 裁判所は相殺の抗弁を認めてもよいか。

認めてはいけない。

(2) なぜか。

弁論主義に反するから。つまり、相殺の抗弁は権利抗弁であるから、要件事実とともに相殺の行使の事実の主張がないかぎり認定してはならない（最判昭27.11.27・百選99事件）。

(3) 乙は反対債権の主張をしているのに相殺を認めないのは乙に酷ではないか。どうすべきか。

裁判所は釈明権（149条）を行使すべきである（伊藤P257は「基礎たる事実が弁論に現れているときには裁判所は権利抗弁について釈明権を行使すべきである」とする）。

(4) この場合の釈明は消極的釈明か積極的釈明か。

「あなたはなぜ反対債権の存在を主張しているのですか」と聞けば消極的釈明になり、「反対債権で相殺しますか」と聞けば積極的釈明になる（受験生の答え）。

「消極的釈明」とは当事者の主張や申立てが矛盾していたり不明瞭である場合に、その不明を問い正す釈明である。「積極的釈明」とは当事者が事案の適切な解明に必要な申立てや主張・立証をしていない場合に、裁判所がこれを示唆し、指摘する釈明である。

本問で、反対債権を主張しておきながら相殺の行使を主張していない乙の行為を、「矛盾」ないし「不明瞭」な行為と考えるのならば、それを問い正す釈明は弁論主義の自己責任原理の消極面を取り除くことを意味する。とすると、そのような釈明は消極的釈明といえる。この場合は乙の行動の真意を問い正す内容の釈明になるであろう。反対に、乙は請求棄却のためには一言「相殺します」と述べればよいのであって、その旨を指摘する釈明は、勝訴するために必要な主張をしていないことを示唆する釈明であり、積極的釈明となるであろう（ただし、大学双書P179は消極的釈明を「当事者が事案にとって『必要な申立てや主張をしてはいるが』それらに不明瞭、前後矛盾などが見られるときにこれを問い正す釈明」と定義し、積極的釈明を「当事者が事案の内容上『必要な申立てや主張をしていない場合に』これを示唆し、指摘する釈明」と定義する。これによると、乙は事案の解明に必要な主張をしていないと考えられるので、積極的釈明になるであろう）。

このような実際の釈明権の行使方法や、分類について明らかにする文献は見当たらなかった。受験生の多くは「積極的釈明です」と答えて解放されているが、中には「消極的釈明にするには何て言えばいい？」と聞かれて、「どうしてあなたは反対債権を主張するのですか、と言えよ」と答えて解放される者もいた。また、「消極的釈明です」と答えた受験生を積極的釈明でもあると誘導している組もあった。

(5) この場合の釈明権は義務か。

消極的釈明にあたるとすると義務と考えられる。積極的釈明にあたるとすると、義務を肯定しにくくなる（受験生の答え）。

<コメント>

実際には受験生の多くは「積極的釈明です」と答えているので、「義務ではありません」と答えている。この答えに対しては「反対債権を主張している乙に酷ではないか」と聞き、適切な訴訟指揮権のありかたを問い、義務を肯定する方向に誘導している。また、積極的釈明が義務となる場合を抽象的に聞かれている組もあった。

なお、権利抗弁と釈明権については伊藤P265や、重点講義P378が取り上げており、問題意識があるようである。

2 事例2について

第一審において乙は相殺の意思表示をしなかったために、裁判所は「乙は甲に1,000万円支払え」との請求認容判決を下した。そこで、乙は控訴し、控訴審で「甲の有する債権と私の有する債権とを相殺する」と主張した。

- (1) 控訴裁判所は甲の乙に対する債権の存在と乙の甲に対する債権の存在も認定できたとする。どのような判決をすべきか。

第一審判決を取り消し、請求を棄却する判決を下すべきである。

- (2) なぜ、控訴審になって初めて提出された新たな抗弁を斟酌することができるのか。

控訴審は続審であり、口頭弁論には一体性があるから。

- (3) では、乙が相殺の行使の事実を主張していないにもかかわらず、第一審は請求を棄却してしまった。控訴審において乙が相殺の行使の事実を主張した。両債権の存在が認定できるとして、控訴審裁判所はいかなる判決を下すべきか。

控訴を棄却すべきである(302条2項)。

- (4) 第一審判決には弁論主義違反という訴訟手続の法令違反があるが取り消す必要はないのか。

ない。判決理由中の判断には既判力が生じないから、訴訟物についての判断が同一であれば控訴棄却しても当事者に不利益はないからである。

<コメント>

主査はこの答えで解放している。しかし、302条2項は既判力が理由中の判断には生じないことに根拠がある。とすれば、相殺の抗弁を容れる場合には相殺の抗弁に既判力が生じる以上(114条2項)、同条は適用することはできないはずである。この点について明記する文献は見当たらなかった。ただし、第一審で相殺の抗弁が容れられた被告が控訴した場合に、控訴審が他の事由で勝訴させる場合には、相殺の抗弁を容れた理由中の判断を取り消す必要がある。したがって、同条は適用できず、第一審を取り消した上で請求棄却をすべきとするのが通説で

ある（新堂P 899, 上田P 604, 基本法コンメンタール3 P 37 など）。

3 事例3について

第一審で甲が次のような主張をした。「私と乙が会ったとき、乙は私に対して反対債権を有しており、相殺すると言った。しかし、私が乙は私に対して債権を有していないではないかと問い詰めると、乙は黙り込んでしまった。」

- (1) 裁判所は両債権の存在を認定できたとする。いかなる判決をすべきか。

請求認容判決を下すべきである。

- (2) 甲は「乙は私に対する反対債権で相殺すると言った。」と主張しているので、主張共通の原則からは相殺の行使の事実につき判決の基礎として斟酌してもよいのではないか。

主張共通の原則からすると判決の基準として斟酌してもいいように思える。

しかし、権利抗弁は権利者の権利行使に対する意思を尊重する趣旨から認められる抗弁である。とすると、権利抗弁における権利行使の事実、必ず、権利帰属主体によって主張されなくてはならない。つまり、その意味で権利抗弁は主張共通原則の例外をなすといえる（伊藤P 257, 上田P 307 など）。したがって、乙が裁判上、権利行使の事実を主張しなければ判決の基礎として斟酌してはならない。

<コメント>

受験生のほとんどが、(1)で、「請求棄却判決を下すべきである」と答え、「なぜか」という問いに対し「主張共通の原則があるから、裁判所は乙の相殺の行使の事実について斟酌できるからです」と答えている。それで解放されている者も多くいたが、主査が「しかし、勝手に相殺されてしまうと、乙に酷なのではないか」と聞き、なにか手段がないか問われていた受験生もいた。

この点に関して「主張共通原則は裁判所に対して義務的にはたらくのか許容的にはたらくのか」と聞かれ、結論的には斟酌しないこともできるという方向に誘導されている受験生もいた。解説のような結論に至った受験生は少数であり、解説のような結論を述べた場合には「当事者が主張共通の原則によって、相殺の行使の事実が斟酌されると考えている場合、裁判所はどうすべきか」と聞き、「釈明すべきである」と答えて解放されている。

なお、この問題の後に、「甲の請求に対し乙が弁済と相殺の抗弁を主張した。裁判所はまず相殺の抗弁を認定できるか。消滅時効の抗弁の場合はどうか。」と聞かれ、相殺の抗弁の特殊性について網羅的に聞かれている組もあった。

釈明権

1 訴状の請求の趣旨欄には10万円とあるが、請求の原因欄からは100万円を請求するように読み取れる。何が問題か。あなたが裁判官ならどうするか。

- 1 まず、①請求の趣旨と原因がずれている、あるいは矛盾していることが問題である。
また、②一部請求（100万円のうちの10万円のみを請求する）の可能性がある。
- 2 そこで、
①請求の趣旨または原因を変更・訂正するか否か、
②一部請求として明示するのか否か（判例によれば明示の有無で残部請求の可否が異なる）、
について、原告の真意を確かめるため釈明権を行使する。

<コメント>

かなりの受験生が、「釈明権の行使をする」という答えが簡単にはできず、苦勞している。

2 釈明権とは何か。

事件の内容をなす事実関係や法律関係を明らかにするため、当事者に対し事実上や法律上の事項について質問を発し、又は立証を促す裁判所の権能のことをいう。

3 根拠条文は。

149条。

4 釈明の対象・内容は何か。

申立て、事実上及び法律上の主張、立証である（149条1項）。

5 期日外で釈明できるか。

新法でできるようになった（149条1項・4項。なお、3項参照）。

6 釈明権が認められている趣旨は（弁論主義との関係は）。

当事者の申立て・主張・立証が、不明瞭、前後矛盾、あるいは不十分、不適切である場合にまで、弁論主義を徹底して当事者の責任としてしまうと、かえって当事者間に不公平が生じたり、裁判所への信頼がゆるぎかねない。そこで、弁論主義を補充あるいは修正するものである（大学双書P177、上田P326～328）。

7 釈明権は、誰が、誰に対して行うのか。

裁判長（149条1項）が、各当事者に対して（本問では原告に対して）行う。

なお、陪席裁判官も裁判長に告げて、釈明権を行うことができる（149条2項）。

<コメント>

規則 63 条 1 項では、期日外釈明については、裁判長又は陪席裁判官は、裁判所書記官に命じて、釈明のための措置を行わせることができるとされている。

8 当事者からはできないのか。

できない。しかし、当事者、裁判長に対し必要な発問を求めることはできる（求問権）。

9 新法で直接相手方に何か聞くことができる制度ができたが知っているか。

当事者照会という制度が認められた（163条、規則 84 条・47 条 1 項）。

当事者照会制度とは、当事者が訴訟の係属中、相手方当事者に対して、主張又は立証を準備するため、必要な事項について照会書を送付し、相当の期間内に書面（回答書）で回答するよう照会することができる制度である。

10 売買代金債権が請求されていて、審理の結果、消滅時効が成立していることが判明したが、被告が主張していなかった。裁判所は釈明権を行使することができるか。

新たな抗弁を主張させる積極的釈明になるので、慎重に行うべきだが、訴訟経過・裁判資料の構成・当事者の訴訟追行能力等を考慮すれば、本人訴訟の場合などには、消滅時効の抗弁をなすよう釈明権を行使することができる。

11 同じ事例で、同時履行の抗弁権があると判明したときはどうか。

設問 10 と同じく、積極的釈明ではあるが、釈明権を行使することができる場合がありうる。

<コメント>

① 場合によっては釈明権を行使するとかえって不公平になることもあると答えた受験生もいた。

② 設問 10、11 を通して、積極的釈明がどのような場合にできるのかを明らかにさせる出題意図と思われる。受験生も、釈明できると答えた者、できないと答えた者の両方がいる。

12 積極的釈明とは何か。

「積極的釈明」とは、当事者が事案の適正な解明に必要な申立てや主張をしていない場合に、裁判所がこれを示唆し、指摘する釈明をいう。

13 消極的釈明とは何か。

「消極的釈明」とは、当事者の主張や申立てが矛盾していたり不明瞭である場合にその不明を問い正す釈明である。

14 釈明権の過度の行使に対して相手方は何かいえるか。上訴で争えるか。

すでになされた釈明に基づく当事者の訴訟行為の効力を否定することはできないとするのが通説である。したがって、相手方は何もいえず上訴でも争えない。

15 当事者が釈明に応じない場合、どうなるか。条文は。

まず、釈明に応じる義務はないが、主張責任、証明責任による不利益が生ずる。次に、裁判所はその攻撃防御方法を却下することができる（157条2項）。

16 AB間では売買契約の当事者がABであることに争いはないが、裁判所はAの代理人XがBとの間でAのために売買契約を締結したとの心証を得た。

裁判所は心証通りの事実を認定してよいのか。

心証通りの事実を認定することはできない。代理人による契約締結の事実、主要事実（民法99条の任意代理行為についての要件事実）であることから、必ず当事者の主張を要し（弁論主義の第一テーゼ）、主張なくしてそのまま事実を認定することは、弁論主義に違反する。したがって裁判所は、釈明権を行使して代理人により締結されたとの主張を促すべきである（通説とされている）。

<コメント>

判例は、この事案につき、弁論主義に反しないとする（最判昭33.7.8・百選47事件）。また逆に、当事者が代理人から買い受けたと主張しているときに本人から買い受けたと認定しても弁論主義に反しないとしている（最判昭42.6.16）。

判例の立場で答えた受験生もいるが、通説に誘導されているケースが多いようである。

17 釈明権は必ず行使しなければならないのか。釈明は義務なのか。また、その義務に反したらどうなるか。

①消極的釈明については義務と考える。もし釈明権の行使がなければ上告理由となる。

②積極的釈明についても消極的釈明より狭いながらも一定の場合には義務を認めうる。しかし、上田P345は「積極的釈明を行わなかったにとどまる場合すべてを一律に上告理由の問題と解するような形で、釈明義務による弁論主義の修正が徹底して考えられているわけではない（積極的釈明義務の過度の強調は、かえって事実関係の真相を曲げ、弁論主義の争訟内容の自主的形成機能はもとより真実発見機能を損い、また、公平な裁判であるとの信頼確保の機能を害することと

なるおそれがあるからである。また、法律審による事実認定への過度の介入を結果し、上告事件の増大により上告審の機能麻痺を結集するおそれもある)。そこで、積極的釈明をしなかったことが上告理由の問題となる範囲は、およそ次のような場合に限られねばならない」とし、要件を挙げる。

「①原審でのすべての裁判資料からみて、勝訴すべきものが勝訴しておらず、②もし釈明権が行使せられていれば、結果を異にしたと判断される場合であり、③当事者の能力や事件の困難さなどを考慮した場合に釈明権の行使なしに適切な申立てや主張・立証が当事者に期待できないと判断される場合」また、「一方当事者に積極的釈明をしなかったことが不公平となる場合」にも上告理由となるとする。

<コメント>

釈明義務（とくに積極的釈明の場合）がいかなる場合に生ずるか、見解の対立が激しく難しい問題である。この点、判例・多数説は、一定の場合に釈明義務が裁判所にあり、その義務違反は上訴理由となるとする。

もっとも、「第一審の釈明義務違背に対して控訴された場合には、控訴審が事実審でありかつ第一審の続審であるところから、控訴裁判所は自ら釈明権を行使して審理判決すればよく、一審判決を取り消して差し戻すまでもない」とされることから、実際に要件が明確になりうるのは、上告理由として、釈明義務違反となる場合だけである。

18 釈明処分とは何か。条文は。

口頭弁論（および準備手続）における釈明権の行使のほかに、その準備又は補充として、訴訟関係の解明のために裁判所のなす処分である（151条）。

19 何ができるか。

- ①当事者本人や法定代理人、その他の関係者に対し出頭・陳述を求めたり、
 - ②文書、物件などを提出させ、裁判所に留め置いたり、
 - ③検証や鑑定を命じたり、調査の囑託ができる
- （以上、151条1項各号）。

証拠の収集

1 (1) 弁論主義とは。

弁論主義とは、裁判の基礎となる事実と証拠の収集・提出を当事者側の責任とする建前をいう。

(2) その内容は。

第1 テーゼ：裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の資料として採用してはならない。

第2 テーゼ：裁判所は、当事者間の争いのない事実（自白された事実）は、そのまま判決の資料として採用しなければならない（自白された事実の真偽を確かめるために、証拠調べをしてはならない）。

第3 テーゼ：当事者間に争いのある事実を証拠によって認定する際には、必ず当事者の申し出た証拠によらなければならない（大学双書P166）。

2 当事者が証拠として文書を提出したいが、自分は所持していない。相手方の下にある書面を証拠とする方法はあるか。

①文書提出命令の申立て（221条）。

②文書送付嘱託の申立て（226条）。

なお、これと異なるレベルではあるが、③証拠保全手続（234条以下）や④当事者照会（163条）という制度も利用できる。

3 (1) 文書の送付嘱託とは。

文書提出義務の有無にかかわらず、文書の所持者に任意の提出を求める書証の申出方式。主として官公庁を対象とする場合が多い。

(2) 送付嘱託は強制できるのか。

強制はできない。嘱託するだけである。任意の提出が見込める場合にのみ有用性がある（文書提出義務の有無にかかわらずできる。この点に文書提出命令との違いがある）。

4 (1) 文書提出命令はどのような場合にできるか。

文書提出義務がある場合（220条各号）。なお、その他の要件については、221条・222条・223条参照。

(2) 証人の義務には何があるか。

①出頭義務, ②宣誓義務, ③証言義務 (190条以下)

(3) 文書提出義務と証人義務の違いは何か。

旧法下では、証人義務は「一般的義務」であるが、文書提出義務は限定的で「要件を具備する場合に限り提出命令により具体化する」個人的義務と解された。

文書の記載内容に対する文書所持者の処分の自由を尊重しなければならないし、文書の記載内容は通常不可分であり、要証事実と無関係な部分まで公開させられるおそれがあるゆえ証人義務より所持者のこうむる不利益が大きいからである（基本法コンメンタール2）。

しかし、220条4号は、同号に掲げるイ・ロ・ハの例外を除き、文書提出義務を（制限的）一般義務化するに至った。この背景には、証拠の構造的偏在現象がある。

(4) 一般的義務とは何か。

一定の除外事由がない限り、すべての場合に証言ないし提出の義務を負うという一般的な公法的義務。

(5) 文書提出義務が免除される場合であるか否かを判断する手続はどのようなものか知っているか。

インカメラ手続という。裁判官室内での非公開審理である。

(6) 当事者は文書を見ることができるか。

何人も見るできない（223条3項）。

(7) この手続はすべての文書について必要か。

220条4号のみである。1号から3号の文書については適用されない（223条3項）。この手続が提出義務の除外事由（4号イロハ）にあたるかどうかの審理のためのものであるからである。

(8) インカメラ手続で、営業上の秘密が認められるので、文書提出義務はないと裁判所が判断した場合、その理由を明らかにする必要があるか。

その必要はない。明らかにすると、守ろうとした営業上の秘密が害されるから。なお、相手方は即時抗告の余地がある（223条6項）。しかし、その場合には抗告理由は抽象的にしか記載できないことになる（主査の誘導）。

(9) 文書提出命令がなされたにもかかわらず、その提出を拒んだ場合の制裁は。

当事者の場合は、①当該文書の記載の成立と内容に関する相手方の主張を真実であると擬制でき（224条1項・2項）、さらに②当該文書の記載内容を具体的に主張すること、及び当該文書以外の代替証拠によって要証事実を証明することの双方が困難なときには、要証事実に関する相手方の主張自体を真実と擬制することができるようになった（同条3項）。

第三者の場合は、過料が科される（225条1項）。

(10) 文書提出命令の裁判としての法的性質は。

決定である（223条1項・4項）。

(11) テレビ局は取材源について証言拒否できるか。民事事件で判例はどう言っているか。

刑事事件と異なり、197条1項3号の「職業の秘密」にあたり拒否できるとされている（札幌高決昭54.8.31・百選Ⅱ127事件）。

（刑事事件との比較で判例を検討することをおすすめする。石井記者事件、日本テレビ事件、TBS事件など。）

5 XはYに交通事故で片足切断の傷害を負わされたので、XがYが訴えようとしている。Xは交通事故の現場のブレーキ痕や状況などを証拠として提出したい。

(1) 現場の状況が刻々と変化してしまう場合、Xがとりうる手段は。

証拠保全（234条）を申し立てる。

(2) 証拠保全とは何か。

将来の証拠調べが不能あるいは困難となる事情（保全の必要性）があるとき、訴え提起前あるいは訴訟係属中証拠調べ期日前に、事前に証拠調べをしてその結果を確保しておくための証拠調べをいう（上田P416）。

(3) 証拠保全の要件は。

あらかじめ証拠調べをしておかなければその証拠を使用することが困難となる事情があると認められること。この事情を証拠保全の必要性・事由（上田）ないし、保全事由（伊藤）という。

(4) 具体的にはどのような場合があるか。

伊藤教授は保全事由を次の2つに分類している。

1. 証拠方法の客観的性格から将来における証拠調べが困難となる事情がある場合。例えば、証人の予想される死期、検証物の変質などである。

2. 証拠方法の支配者の行為という主観的事情によって、得られるべき証拠資料の取得が不可能になる場合。例えば、文書の改ざんのおそれなど。

(5) 訴え提起後も証拠保全はできるか。

できる。235条1項は「訴えの提起後における証拠保全の申立ては、その証拠を使用すべき審級の裁判所にしなければならない。」とし、訴え提起後であっても、証拠調べ手続前であれば証拠保全をなし得ることを規定している。

(6) 証拠保全は裁判官がやらなくてはならないのか、裁判所書記官がやってもよいのか。

裁判所ないし、受命裁判官がやらなくてはならず、裁判所書記官がやることは許されない。証拠保全も証拠調べ手続だからである（234条は「裁判所は…証拠調べをすることができる。」と規定し、239条は「第235条第1項ただし書の場合には、裁判所は受命裁判官に証拠調べをさせることができる。」と規定している。）。

(7) 職権でできるのか。

できる。237条は「裁判所は、必要があると認めるときは、訴訟の係属中、職権で、証拠保全の決定をすることができる。」と規定する。

(8) 訴訟係属前にも職権でできるのか。

この場合には、できない。訴え提起をして初めて、裁判所と当事者の関わりができるからである。訴訟係属前には、当事者の申立てによるほかない。

(9) 相手方に立会権はあるか。

ある。240条本文は、「証拠調べの期日には、申立人及び相手方を呼び出さなければならない。」と規定している。

<コメント>

条文を見ないで「ありません」と答えた受験生に対し、「証拠調べ手続はどのように行うのか。例えば、証人尋問のやりかたは？」と聞き、「主尋問、反対尋問と交互に行う」と答えさせ、「ならば相手方の手続的利益を保護すべく、立会権を認めるべきではないのか」と誘導している。

(10) 本問が嫌き逃げ事件だったとする。Yが逃げてしまっても呼び出すことができないようなときはどうするのか。

特別代理人の選任をする（236条後段）。証拠保全の手続に関与できない者の利益を保護する

ためである。ただし、条文上、選任は必要的ではない。

- 6 (1) 今度はXの治療ミスをしたZを訴えるとする。Zの保管しているカルテを証拠として使用したいが、カルテの改ざんのおそれがある。そこで、裁判所がカルテを写真に撮った。どのような証拠調べ手続によるべきか。

検証によるべきである（232条以下）。

<コメント>

証拠保全における文書の証拠調べ手続は、本来、書証として行うべきことになる。証拠調べの先取りの実施だからである。しかし、証拠保全の段階では文書の内容を閲覧して心証を得ることはなく、また、証拠保全の目的は本訴訟で証拠調べが実施できるような状態を保存すれば十分である。このような点から、実務では文書についての証拠保全は検証として実施されている。

- (2) ではZはこれに応じる義務があるか。

ある。通説は検証物提示義務を含めた検証協力義務を一般的義務と解している。検証申出者の相手方または第三者が検証物を所持する場合に、その検証物を裁判所に提出すべき義務を検証物提示義務という。その提出が不能または困難な場合にその所在地で検証物を検証するのを忍容すべき義務を検証受忍義務といい、両者をあわせて検証協力義務という。

- (3) 検証を妨害するようなとき、裁判所は直接に強制することができるか。

できない（通説、判例）。

- (4) では、検証協力義務に違反した場合はどのような制裁があるか。

当事者が違反した場合は、真実擬制（232条が224条を準用）され、第三者が違反した場合には過料の制裁がある（232条2項）。

- (5) 真実と擬制されるのは何か。

検証申出者の検証物に関する主張（232条1項、224条1項）。検証物に関する具体的な主張することが著しく困難で、かつその検証により証明しようとする事実を他の証拠によって証明することが著しく困難であるときは、その検証によって証明すべき事実に関する検証申出者の主張を真実と認めることができる（224条3項）。

<コメント>

真実擬制を具体的にあてはめさせられている受験生もいた。また、本問の原告Xは大工であり、医療過誤訴訟に関して素人であると考えられる。カルテを題材にした事案でこの点を問題

にし、「カルテに何が記載されているのかや、過失の内容となる事実がわからない場合はどうするの」と聞き、真実擬制の限界を指摘している。

(6) では、真実擬制後にZがカルテを提出した。このカルテに証拠能力は認められるか。

認められる。自由心証主義（247条）の下では証拠方法は無制限だから。

(7) それでは証拠保全の意味を失わせ、不都合ではないか。

カルテを改ざんしているような場合、自由心証主義によりカルテの証拠としての価値を否定して真実擬制の通りに認定すればよく、不都合はない。カルテに信用性が認められれば、真実擬制は自由心証の範囲内での証拠評価の問題であるから（上田P372）、カルテの証拠価値を認めればよく、不都合は生じない。

7 (1) Zがどうしてもカルテを提出しないのでXが病院に深夜忍び込んでカルテを盗んできた。このカルテに証拠能力は認められるか。

認められない（受験生の答え）。

(2) 理由は。

自由心証主義の下では証拠方法は無制限である。しかし、違法に収集された証拠能力を認めると手続の適正の要請に反し、司法に対する信頼を害してしまう。そこで、人格権を破壊し、反社会的な手段で収集された場合には証拠能力を否定すべきである。本問では、犯罪行為によってカルテを収集したものであり、手段の反社会性は強い。したがって、証拠能力は否定される。

なお、夫の不倫相手に対する妻の慰謝料請求訴訟で、妻が別居中の夫のマンションの郵便受けから親書が無断で持ち出したことの違法性は証拠能力には影響しないとする下級審判例がある（名古屋地判平3.4.8）。

8 (1) 当事者が裁判所を介さないで相手方の下の証拠を確保する方法があるか。

当事者照会制度（163条）。既に係属した訴訟において、（事実・証拠の偏在の場合の証拠収集をはじめ）ひろく当事者が主張立証を準備するために必要な事項につき、照会書を送付し、一定期間内に文書で回答するよう求めることができるという制度。

(2) 制度の趣旨は。

当事者のやりとりの中で、資料を検討して主張・立証を準備し、弁論の集中に寄与することを期待するものである。

基本法コンメンタール2 P93 は、相手方の支配領域にある情報を裁判所の関与しない手続に

よって反対当事者に開示させ、争点整理の充実に資するようにしようとするものとする。

(3) 当事者照会は訴訟係属前にできるか。

できない。法文上「訴訟の係属中」とされている。(163条)。

(4) 照会を受けた相手方は応じる義務があるか。

回答義務はある(大学双書は「適法な照会である以上は回答する義務がある。」とする。上田教授は「信義則上の回答義務がある。」とする。)

(5) 当事者照会に応じなかった場合の効果は。

回答拒絶事由がないにもかかわらず回答しない場合の直接制裁規定はない。しかし、照会したにもかかわらず相手方が照会に応じない事実を、照会した当事者は、照会書の控えを書証として提出し、これによって、その事実を弁論に顕出させ、弁論の全趣旨として不利益に斟酌させることができる。あるいは、回答しない結果、訴訟が遅延した場合には、それに伴って増加した訴訟費用の負担を命じられるなどの不利益を相手方は被ることになる(基本法コンメンタール2 P 96。上田 P 257 は「弁論の全趣旨として自由心証の対象になる」とする)。

(6) 「過失を認めるか」との照会はできるか。

できない(受験生の答え)。

<コメント>

この点について明記している文献は見当たらなかった。しかし、「不法行為における過失の有無のごとく、具体的な事実の評価に関して自白するか否かを問うことは4号により制限されない」とする立場があるようである(基本法コンメンタール2 P 95 参照)。

受験生は「具体的又は個別的でない照会」(163条1号)、あるいは、「意見を求める照会」(163条4号)にあたり許されないと誘導されていた。また、「弁護士がうまく周辺事実を照会して結果的に過失を認めさせるような回答を得た場合はどうか」と尋ね、どこまでが事実でどこまでが法的評価かの区別が困難であることに当事者照会の問題点があることを示唆した主査もいたようである。

秘密の保護と文書提出命令・検証

- 1 XがY社に対し自社の技術を盗んだとしてその技術を使用した製品の販売差止めと損害賠償を求めて訴えを提起した。しかし、Y社はこれは独自で開発したものであると主張している。どうい
う問題点があるか。

裁判は公開されている（憲法 32 条・82 条）ので、そのまま訴訟になれば、そのノウハウは営業上の秘密であるのに、傍聴という形で外部に漏れてしまうおそれがある。

- 2 訴訟記録は誰でも見ることができるのか。

何人も、裁判所書記官に対して、訴訟記録の閲覧を請求できる（91 条 1 項、なお、謄写などについて同条 3 項など）。したがって、訴訟記録という形でも外部に漏れていく可能性がある。

- 3 では、閲覧の制限はできるのか。

当事者の請求により、当事者にのみ限定することができる（92 条）。

- 4 XはY社の従業員を呼んで証言させたいと考えている。その従業員は証言拒絶できるか。

できる（197 条 1 項 3 号）。

- 5 証言拒絶のためにはどのようにすればよいのか。

「技術又は職業の秘密」（197 条 1 項 3 号）に当たることを裁判所に対し疎明する必要がある（198 条）。

- 6 XはY社の文書を証拠として提出したい。どうすればよいのか。

文書提出命令の申立て（221 条）、又は、送付嘱託の申立て（226 条）をする。

- 7 Y社は提出しないことが予想される。裁判所は提出命令を出すことができるか。

営業上の秘密に当たる文書であれば、提出命令は出せない。提出義務はない（220 条 4 号口に当たる）からである。なお、この除外事由に当たるかどうかの判断にあたり、インカメラ手続（223 条 3 項）が利用できる。

- 8 文書提出義務はどのような場合にあるか。

①当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するとき（引用文書・220 条 1 号）、②挙証

者が文書の所持者に対しその引渡し又は閲覧を求めることができるとき（引渡し・閲覧請求権のある文書・同2号）（民法262条4項・487条，会社法31条2項・496条2項・618条1項など），及び③文書が挙証者の利益のために作成され，又は挙証者と文書の所持者との間の法律関係について作成されたとき（利益文書・法律関係文書・同3号），それら以外の場合についても，明示された例外（同号イないしハに掲げる文書）を除いて，原則として提出義務を認める（一般的義務・同4号）。

9 裁判所は，Y社の営業の秘密についてY社の工場に行って製造過程を調べたい。この場合，どのような証拠調べ手続を行うか。

検証（232条以下）を行う（主査の誘導）。

10 この場合，Y社は検証を拒むことができるか。

できない。検証協力義務は，検証物を所持する相手方又は第三者が，①これを裁判所に提出すべき「検証物提示義務」と，②裁判所に提出できない検証物について，その所在場所において検証することを容認すべき「検証受忍義務」との2つに区別することができる。いずれの義務も明文を欠くけれども，通説は一般的義務であると解している。

<コメント>

さらに，この検証受忍義務について，証言拒否に関する197条などを類推する可能性について質問がなされている。

11 ではこの場合，Xは工場内での検証に立ち会うことができるか。

本来，証拠調べ（口頭弁論）においては，双方審尋主義によりすべて当事者が立ち会う（出席する）ことが原則である（条文上もそれが前提となって，例外的場合について183条が規定されている）。これは，当事者権の一つともいえる。

そして，本問のように業務上の秘密との関係で検証に相手方当事者が立ち会うことについて，これを制限するような明文はない。しかし，Xに秘密が明らかになってしまうことの不都合性，他の証拠調べ手続（証人尋問，書証など）とのバランスから，立会を拒絶できるとの解釈が有力である（主査の誘導）。

書証①

1 書証とは。

文書に記載されている、作成者の意思や認識を裁判所が閲読して、その内容を係争事実の認定のための資料とする証拠調べ。

<コメント>

検証の定義（裁判官がその五官の作用によって事物の性状や現象を直接に知覚・認識し、その結果を証拠資料とする証拠調べ）、検証との違い（文書の内容を調べるか、その性状や筆跡などを調べるか）等について質問された者もいる。定義や基本的な概念を事前にチェックしておくことは口述では極めて重要である。直前にあわてないように、夏の間準備しておきたい。

2 文書とは。

作成者の意思や認識を文字その他の記号により表現したもの。

3 図面、写真、ビデオテープや映画フィルムは文書か。

文書そのものではない。しかし、文書に準ずるもの（準文書）として文書に関する規定が準用される（231条）。その内容を証拠資料とする点で類似するからである。

4 ある文書を証拠とする方法にはどのようなものがあるか。

- ①証拠調べを請求する当事者自らが申し出、自分で提出する（挙証者が所持する場合。219条）。
- ②文書提出命令の申立てをする（相手方・第三者が所持する場合。219条・211条）。
- ③文書送付嘱託の申立てをする（相手方・第三者が所持する場合。226条）。

5 書証はどのような期日で取り調べるか。

口頭弁論期日。ただし、争点整理、証拠整理との関係で、弁論準備手続においても許されている（170条2項、なお、173条。）。

6 どのように取り調べるのか。

文書に裁判所の分、及び相手方の分のコピーを添付し、さらに同数の証拠説明書を添付して裁判所に提出し、裁判所が取り調べる（閲読する）。文書を読み上げるわけではない。

なお、相手方の分は直送もできる（規則137条）。

7 証拠調べの対象となる文書はどのような文書か。

原本、正本、謄本、抄本（なお規則143条）。

8 甲が乙から借金をする際、甲は、自分の父親丙が保証人となる保証契約を乙丙間で締結した旨の契約書を偽造した。甲が返済をしなかったため、乙が保証人丙に対し保証債務の履行請求をしたところ、丙は自分は署名していない、と争った。こういう場合、丙は何を争うか。

文書の成立を争う。

9 文書の真正とは。

当該文書が、挙証者が作成者であると主張する特定人（作成名義人）により作成されたものと認められること（形式的証拠力）。

10 本事例では、この文書は偽造文書だが、このような偽造文書も真正な文書として認められる場合があるか。

偽造者作成の文書、すなわち甲作成の文書として丙から証拠の申出がなされた場合など。

11 文書の署名が甲の偽造ではなく、丙自身が行ったが、丙は自分の名前以外は読み書きできず、甲にだまされて署名しているとした場合、文書は真正に成立したといえるか。

確かに、228条4項により、本人の署名があるから、真正に成立したと推定される。しかし、書証は文書の記載から、特定人の意思や認識などの意味内容を収集する証拠調べであるから、文書の成立の真正とは、「特定人の意思に基づいて作成」されたことを要する。そして、その意思とは真意に基づくものである必要がある。

したがって、本事例では丙は自分が署名した文書の意味が分からないのであるから、真意に基づくものではなく、真正文書とはいえない（そのような事情を反証すれば、推定が覆ることになる）。

<コメント>

判例（最判昭39.5.12・百選133事件）は、文書に印影がある場合について、文書中の印影が本人（代理人）の印章によるものであれば、他人の手による押印であることの反証がない限り、その印影は本人（代理人）の「意思に基づいて」真正に成立したものと事実上の推定が働くとする。

12 文書の真正はどのように判断するのか。

争いがあれば、人証をはじめ筆跡、印影の対照などにより行う（229条）。なお、推定規定（228条2項・4項）がある。

13 では、印影（はんこ）がある場合、どうなるのか。

私文書で「本人又はその代理人の署名又は押印がある」場合は、文書の真正が推定される（法律上の推定、228条4項）。この場合には、署名押印が本人又は代理人の意思に基づくことが必要である。

14 しかし、印影が本人の意思に基づいて押されたのかどうかは、立証が難しいが。

そこで、文書中の印影が本人の印章によるものならば、他人の手による押印であることの反証がない限り、その印影は本人又は代理人の意思に基づくとの事実上の推定がなされる、とするのが判例（最判昭39.5.12・百選71事件）である。

15 結局、文書の真正に関して、推定はどのような構造になっているのか。

①本人の印章による→本人の意思に基づく印影（事実上の推定）、②本人の意思に基づく印影→文書の真正（法律上の推定）という二段の推定が働くことになる。

16 本人の印章によるものか（本物の本人の印鑑による印影か）どうか分からないことが多いと思うが、その場合どうするか。

はんこを提出して、印影を対照することもあるが、229条2項による提出命令の申立て、送付嘱託の申立てで、銀行通帳など既に印影が顕出されているもの（「対照の用に供すべき筆跡又は印影を備える文書その他の物件」）を提出してもらう。

17 法律上の推定の場合の相手方の防禦活動はどうなるか。

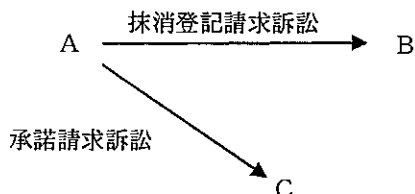
前提事実の反証をするほか、推定事実については存在しないことの証明（本証）をすることになる。

<コメント>

本問は、実務家にとっては極めて重要な事項であり、実務家試験委員の興味は高いものと思われる。条文・規則について、夏の間に一度は目を通しておきたい。

書証②

机の上に次のような図が置いてある。



- 1 (1) AがBに対し、買戻特約付売買契約の買戻権を行使して、土地の明渡請求訴訟を提起した。この訴訟でAが当該売買契約の契約書を提出してきたがBは当該契約書について否認している。この場合、裁判所はまず何をするか。

売買契約書の形式的証拠力の有無を調べる（228条1項）。

(2) 形式的証拠力とは。

当該文書が挙証者の主張する特定人により作成されたものであるかどうか。

<コメント>

ここで、文書の形式的証拠力について説明する。

まず、証拠力とは、証拠方法について証拠調べがなされた結果得られた証拠資料が、どの程度要証事実の認定に役立つかをいい、証拠価値とも呼ばれる。

そして、書証は文書の作成者の意思や認識などの意味内容を証拠資料に用いる証拠調べでもある。したがって、挙証者が作成者と主張する作成名義人の意思に基づいてその文書が作成されたということを最初に確定する必要がある。すなわち、ある文書が挙証者の主張する特定人の思想表明として作成されたことが確定されたとき、初めて当該文書を係争事実の真否の判断に利用することができるようになるのである。これを文書の形式的証拠力といい、文書の成立の真正ともいう（228条1項）。

したがって、文書の記載内容を証拠資料とする場合ではなく、文書の存在自体を証拠とする場合には当該文書の形式的証拠力を判断する必要はない。また、偽造文書であっても、挙証者の主張にかかる偽造者が作成したという限りでは文書の成立の真正は認められることになる。

(3) 形式的証拠力と証拠能力（証拠適格）とは異なるか。

異なる。

(4) どのような点が異なるのか。

証拠能力(証拠適格)とは、ある有形物が証拠方法として取調べの対象とされ得る資格をいう。一方、形式的証拠力は、証拠能力が認められ証拠方法につき証拠調べがなされた結果、要証事実の認定にどの程度役立つかの問題である。

したがって、証拠能力の判断は形式的証拠力の前段階で働くものであり、証拠能力が認められない場合にはおよそ形式的証拠力は問題にならず、また反対に証拠能力が認められても形式的証拠力が認められないことがあるという点で異なる(受験生の答え)。

<コメント>

証拠能力は全ての証拠方法で問題となりうるのに対し、形式的証拠力は書証でのみ問題となる点でも異なる。

(5) 民事訴訟法上、証拠能力が否定される場合は。

違法収集証拠。

(6) 何が問題となるか。

実質的証拠力。

(7) 実質的証拠力とは。

特定人の意思や認識などの意味内容を表現する真正の文書の記載内容が、要証事実の証明にどれだけ役立つか。

真正に成立した文書が、その内容により係争事実の真否について、裁判官の心証形成に影響を与える効果。

(8) なぜ、形式的証拠力が先に問題となり、その後に実質的証拠力が問題となるのか。

作成者とされる者が作成した文書でなければ、そもそも証拠としての価値がないので、文書の記載内容を検討するまでもないから(受験生の答え)。

2 (1) 先の事例でBは当該契約書の印章を自らの意思で顕出したものと認めたとする。この場合、裁判所は、当該文書がBにより作成されたものと認定することはできるか。

できる。

(2) それはなぜか。

228条4項によって、文書の成立の真正が推定されるから。

- (3) Bが、契約書の印影は自己の印章によって顕出されたものである点についてのみ認めただけの場合でも、裁判所は当該文書がBにより作成されたものと認定することができるか。

できる。

- (4) それはなぜか。

印影が本人の印章によって顕出されたものであるときは、反証のない限り、本人の意思に基づいて顕出されたものと事実上推定され（最判昭39.5.12・百選133事件）、228条4項とあいまって文書の成立の真正が推定されるから。

- (5) そのような推定の構造を講学上、何と呼んでいるか。

二段の推定。

<コメント>

文書の成立の真正（形式的証拠力）に関する「二段の推定」の意味について解説する。

まず、228条4項は「私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する。」と規定する。ここに、「本人又はその代理人の署名又は押印があるとき」とは、「本人の署名又は押印が『本人又は代理人の意思に基づいてなされたこと』」を意味する。すなわち、『本人の意思に基づいて印章が顕出されている場合』に、228条4項は私文書の成立の真正（当該文書が挙証者の主張する特定人＝本人により作成されたということ）を推定する。次に、判例は『文書中の印影が本人・代理人の印章によるもの（＝本人の印鑑による印影であること。つまり、本物の印影）』であれば、他人の手による押印であることの反証なきかぎり、『本人の意思に基づいてされた』と事実上、推定する（最判昭39.5.12・百選133事件）。したがって、文書の成立の真正は、まず『本人の印鑑による印章であること』を証明すれば、『本人の意思に基づいて印章が顕出されたこと』が事実上推定され（一段目の推定）、次に『本人の意思に基づいて印章が顕出されたこと』が証明されれば、228条4項が適用されて当該文書が『本人により作成されたこと（すなわち、文書が真正に成立したこと）』が推定される（二段目の推定）」という構造になっている。文書の成立の真正の証明は以上のような構造をとることから、議学上「二段の推定」と呼ばれているのである。

- (6) 当該契約書の印影がBの印章によるものであることが判明した場合、Bは、当該印影の顕出が自己の意思に基づくものではないことを基礎付ける「特段の事情」を証明することで、この推定を妨げることができるか。

出来る。

(7) それはなぜか。

本人の印章による印影が存在するという事実から、それが意思に基づく印影の顕出であると推定するのは単なる事実上の推定だから。

(8) その推定を覆すためには、どの程度の証明が必要か。

反証の程度でよい。すなわち、真偽不明にすれば足りる。

<コメント>

この立証活動は「間接反証」といわれることがあるが、ここでの事実上の推定は補助事実に関する推定であって、本来、証明責任を観念し得ないものである。したがって、これらの立証活動を本証・反証と呼ぶのは正確ではない。単に、裁判官に確信を抱かせないようするための立証活動という意味での反証活動である。

(9) Bの意思に基づく印章が顕出されているという事実から、当該契約書がBによって作成されたものであると推定することは、通常法律上の推定か。

通常法律上の事実推定ではない。

(10) では、228 条 4 項の法的性格は。

法定証拠法則である。

<コメント>

228 条 4 項の推定は、いわゆる「法律上の事実推定」とは異なるものと理解されている。

すなわち、法律上の事実推定は、ある要件事実に対してこれとは異なる他の事実を証明の対象とするものである（証明主題の選択）。しかし、228 条 4 項の推定は他の法規とは直接には関係しない事実についての推定規定である。したがって、事実認定に際しての裁判官の自由心証に対する一応の拘束としての「法定証拠法則」と考えられている。

もっとも、228 条 4 項の法的性格については学説上、争いがあるようである。

(11) AがBの意思に基づいて印章が顕出されていると証明できた場合、Bは、当該売買の契約書の買戻特約部分については、文書作成後に変造されたものと主張して、この推定を覆すことができるか。

できる。

(12) それはなぜか。

228 条 4 項は法定証拠法則ではあるが、常にその認定を強要しているわけではなく、自由心証を排除するものではないから。

- (13) Bが228条4項の推定を覆そうとする場合、文書の成立の真正について裁判官に疑いを持たせれば足りるのか、それとも、文書の不真正について証明しなくてはならないのか。

成立の真正について裁判官に疑いを持たせれば足りる。

- (14) それはなぜか。

228条4項は法定証拠法則であって、法律上の事実推定ではないから。

<コメント>

228条4項を法定証拠法則であると解すると、相手方は文書の成立の真正について真偽不明にすれば足りることになる。しかし、法律上の事実推定であると解すると、証明責任が転換されることになるため、相手方は文書の成立の不真正について証明しなくてはならなくなる。

- (15) Bは、売買契約を証する部分については文書の成立の真正を認めるが、買戻特約の部分については真正ではないと主張して、文書の一部についての成立の真正を争うことができるか。

できない（主査の誘導）。

<コメント>

この点に関して明示する文献は見当たらなかった。

受験生が「できる」と答えた場合には、主査は実質的な不都合性を指摘して「できない」との方に誘導しており、反対に「できない」との答えに対して、主査は「文書の成立の真正は文書全体に及んでいるので、一部のみを否認することはできませんよね。」といって解放している。

- 3 (1) 今度はAがCに対して承諾請求の訴えを提起したとする。裁判所が、この訴訟の弁論とBに対する訴訟の弁論とを併合した場合、Aが提出したBとの売買契約書を、併合後のCとの訴訟でも援用なしに証拠として利用できるか。

できる（最判昭41.4.12）。

- (2) それはなぜか。

弁論の併合は、訴訟の簡易・迅速化のためにあるので、証拠とする必要性が高く、また、弁論の併合によって当初から同一手続で審理していたと構成することができるから。

<コメント>

ここで、主査は「共同訴訟の審判原則との関係で、理由付けられない？」と聞き、「証拠共通の原則があるので利用できます。」との答えに誘導している場面もあった。

(3) 証人尋問の場合も無条件に証拠とすることができるのか。

当事者を異にする事件について口頭弁論の併合がなされた場合、「裁判所は、…その前に尋問をした証人について、尋問の機会がなかった当事者が尋問の申出をしたときは、その尋問をしなくてはならない。」とされている(152条2項)。

(4) それはなぜか。

相手方の防御権(手続保障)を確保すべきだから。

(5) 相手方の防御権の保障という観点からは、書証の場合と証人尋問の場合とで異なる取扱いをすることが許されないのではないか。

許されない(受験生の答え)。

<コメント>

基本法コンメンタール2 P70は、152条2項の解説の中で「問題の中心となる証人尋問については、立ち会わなかった当事者の防御権は明文で保障された。そうすると、今後は、援用不要説に立ちながら、裁判所が、従前の書証などについて併合後の弁論において右当事者に反論など防御の機会を与えることで十分といえよう。」としている。

反対に、ある主張は、書証と証人尋問とで異なった取扱いをすることが許されるのを前提に、「文書の場合と証人尋問の場合とで取扱いが異なるのは、手続保障というよりも、文書には形式的証拠力の問題があるということが大きいのではないか」とおっしゃっている。

以上の質問を「弁論を併合する場合に、当該契約書の成立の真正に関して、あらためてCの認否を確認する必要があるか?」という形で聞いている組もあった。この点に関し、証人尋問との整合性を図るという観点から「Cの認否を確認する必要がある」との答えに誘導している組もあれば、「書証には証人尋問と違って形式的証拠力の問題があり、これに通常共同訴訟における証拠共通の原則を適用すると、あらためてCの認否をとる必要はないのでは?」と誘導している組もあった。

(6) 弁論の併合がされる前にBは当該契約書の成立の真正を認めていたとする。しかし、弁論の併合をした後、Cが当該文書の成立の真正を争った結果、偽造の文書であることが判明した。あらためてBは文書の成立の真正を争うことができるか。

できる。

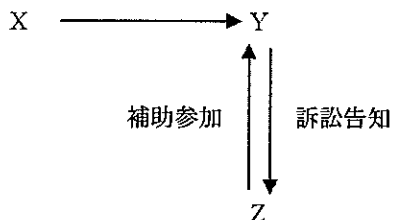
(7) それはなぜか。

文書の成立の真正は補助事実であって、これを認めたとしても自白は成立しない(最判昭52.4.15)。したがって、Bは一度認めた文書の成立の真正についての主張を撤回することができるから。

訴訟告知・補助参加

1 事例 1

1 使用者責任訴訟



XがYの従業員Zの不法行為によって被った損害をYの使用責任を理由に賠償請求する訴訟を提起し、YがZに訴訟告知をした。

(1) 訴訟告知とは。

訴訟係属中に、当事者が、当該訴訟につき利害関係を有し、参加し得る第三者に対して、法定の方式により訴訟係属の事実を通知することをいう（53条）。

(2) 訴訟告知の方法は。

告知の事由（被告告知者が当該訴訟に参加する利害関係をもつ事由及び訴訟の結果、告知者・被告告知者に生じうる紛争）と訴訟の程度（訴訟係属後現在の進行状況。例えば争点整理手続中、証拠調べ手続中など）を記載した書面（告知書という）を受訴裁判所に提出する（53条3項）。

(3) 告知書が方式を欠く場合はどうすべきか。

告知書の記載が明らかに不適式であれば、受訴裁判所は告知者に必要な補正をさせようで送達すべきであり、補正に応じなければ却下決定をする。

(4) 訴訟告知をする意義は。

訴訟告知をすることによって、被告告知者は訴訟に参加して自己の利益を守る機会を与えられ（被告告知者のための告知）、告知者も被告告知者の訴訟関与による有利な訴訟展開を期待できる。しかし、現行訴訟告知制度の主要なねらいは、被告告知者に敗訴の場合の参加的効力を及ぼすことで、被告告知者に後日文句を言わせないようにすることである（告知者のための告知）（大学双書P469。なお、P525は、①告知者の利益のため②被告告知者の手続保障のための他に③関係者間

の実体関係に即した統一的処理の可能性を生じる点も訴訟告知制度の目的である、とする。))。

(5) 本問では参加効力がどのように生じるか。

Yが敗訴し、後日Zに求償した場合に、Zは「使用者責任が成立していること（Zの一般的不法行為の成立を含めた使用者責任の成立要件が存すること）」を争えなくなり、求償を拒めなくなる。

2 (1) 第三者が係属中の訴訟に参加する形態としてどのようなものがあるか。当事者として参加する場合とそれ以外の場合に分けて答えよ。

当事者として参加する場合として、独立当事者参加・準独立当事者参加（47条）、共同訴訟参加（52条）、参加承継（49条）が、それ以外の場合としては、補助参加（42条）、共同訴訟的補助参加がある。

(2) 共同訴訟的補助参加とは。

訴訟物につき当事者適格を欠くところから共同訴訟参加はできないが、当事者間の既判力や執行力・形成力の及ぶ第三者が補助参加する場合をいう（上田P564）。

(3) 補助参加人は鑑定人になれるか。

補助参加人は当事者ではなく第三者にとどまるので、鑑定人になることができる。

(4) 補助参加人について忌避事由がある場合、当事者は忌避の申立てができるか。

かかる場合も、裁判の公正に対する信頼が害されるおそれがあるので、当事者は忌避の申立てができると考える（受験生の答え）。

(5) 補助参加人の参加の方式は。

参加の趣旨及び理由を明らかにして、書面又は口頭で行う（43条）。

(6) 当事者が異議を申し立てた場合、参加申出人は参加の理由を証明する必要があるか。

疎明で足りる（44条1項）。

(7) 参加人になしえない行為はあるか。

補助参加人は原則として一切の訴訟行為をなしうるが（45条1項本文）、以下の行為はなしえない。

①参加の時点での訴訟状態を基準として「被参加人がすでになしえなくなった行為」は参加人も

なしえない (45 条 1 項ただし書)。

②補助参加人の訴訟行為が被参加人の行った訴訟行為と明確に「矛盾・抵触するとき」は参加人の行為は効力を生じない (45 条 2 項)。

③訴訟そのものの設定, 変更, 消滅行為 (処分行為), 被参加人に不利益な訴訟行為 (従属的地位に基づく)。

3 (1) Zが補助参加した。YがZの過失について自白した場合、Zはこの自白の効力を争うことができるか。それはなぜか。

できない (被参加人の行為と矛盾・抵触する行為。45 条 2 項。上田 P 561, 伊藤 P 637)。参加人は被参加人との関係では従属的地位に立つからである。

<コメント>

ここで、「Yの自白に撤回要件が備わっていてもできないのか」と質問を受けた受験生もいた。この点について明らかにする文献は見当たらなかった。主査は「できる」との答えに誘導したかったようである。すなわち、受験生の「参加人の従属的地位からはできません」との答えに主査は「うーん、できませんか」と応えているのに対し、「補助参加制度は参加人が被参加人を勝訴させ、もって自己の利益を守る制度ですから、参加人は自己の利益保護のため、本人の自白を撤回できると考えます」との答えにはそれ以上の追及をしていなかった。

(2) Zは和解しうるか。理由は。

できない。被参加人に不利な行為だからである。すなわち、補助参加人は他人間の訴訟を前提にして、そこに付随して被参加人勝訴のために訴訟行為を行うから、性質上被参加人に不利益な行為はできないのである。

<コメント>

この問題で、「訴訟を処分することだからです」との答えに誘導されている受験生もいた。

(3) Zは自白できるか。理由は。

通説はできないとする。前述のように補助参加人は被参加人に不利益な行為はできない。そして、相互に同格な必要的共同訴訟人でも自白は不利益なものとしてできない以上 (40 条 1 項), 主従の関係で訴訟追行する参加人は当然できないとする (上田 P 561, 兼子 P 403 など。これに対し、自白は単に事実の報告にすぎず、参加人は自由になしうるとする立場もある (伊藤 P 637 など))。

(4) Yが自白した場合に参加的効力はZに及ぶか。

及ばない (46 条 2 号)。

(5) ZはYの有する債権で相殺できるか。

争いがある。参加人の地位の強化をはかる必要があり、被参加人は撤回できることを根拠に肯定する見解と、参加人の従属的地位を重視し、参加人には実体法上の権限がないことから否定する見解がある。折衷説は被参加人が訴訟上遅滞なく形成権行使の意思がないことを表示しなければ無権代理行為が黙示的に追認されたと評価する。

(6) 参加人について独立した上訴期間が認められるか。条文上はどうなっているか。

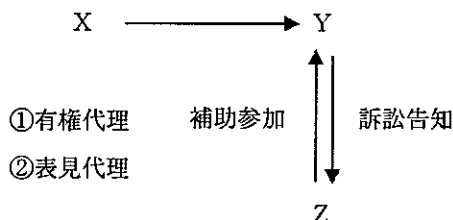
認められない（通説・最判昭 37. 1. 19 等）。参加人による上訴の提起自体は 45 条 1 項により認められている。しかし、参加人の従属的地位を表現する同項ただし書によって参加人固有の上訴期間は認められないと解される。

<コメント>

これに対して、参加人独自の利益を重視して、独立の上訴期間を認める肯定説も有力であり、主査がこの立場へ誘導するケースも多かったようである。肯定説の理由としては、被参加人の保護は上訴の取下げによればよいこと、45 条 1 項ただし書は「補助参加した時点」での問題にすぎず、その後の上訴期間とは関係ないこと等が挙げられる。

4 事例 2

2-①貸金返還請求訴訟



XはY代理人Zと契約を結んだとして、Yに貸金返還請求訴訟を提起し、主位請求として有権代理を、副位請求として表見代理を主張した。この訴訟でYがZに訴訟告知をしZはY側に補助参加をした。本問のYが訴訟告知した意味は。

副位請求が認容された場合、後のYのZに対する不法行為に基づく損害賠償請求訴訟で、Zが無権代理行為を行ったことにつき参加的効力が生ずる。したがって、ZはYとの間で代理権があったことを争えなくなる点に意味がある。

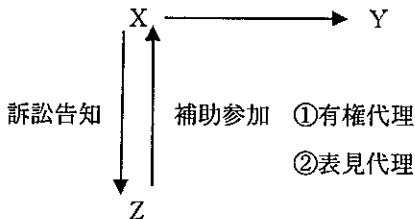
<コメント>

ここで、「ZはX側に参加することはできるのか」との質問を受けた受験生もいたが、その理由を聞かれただけで（無権代理が認められるとZはXから無権代理人の責任を追及されるこ

とが考えられる。したがって、Zは自己の利益を守るために参加することができる。)

5 事例3

2-② 貸金返還請求訴訟



XはY代理人Zと契約を結んだとして、XがYに貸金返還請求訴訟を提起した。Xは主位請求として有権代理を主張し、副位請求として表見代理を主張した。XがZに訴訟告知をし、Zは補助参加した。

(1) XがZに訴訟告知する意味は。

主位請求が棄却された場合に、XはZに対し、無権代理人の責任を追及する。このとき、前訴でのZには代理権がなかったという判断に参加的効力が生じ、XZ間ではこの事実を争うことができなくなることにある。

また、副位請求が棄却された後に、XがZに無権代理人の責任を追及する場合にもZは代理権がなかったことを争えなくなる。さらに自己の責任を免れるためのZの表見代理の主張を排斥できることにも意味がある（主査の誘導）。また、XがZに不法行為責任を追及する場合、Zのなす表見代理が成立することでXの損害は発生しない、との主張を排斥できる点に意味がある。

(2) 表見代理の成立が認められてXの請求が認容されたとする。その後YがZの無権代理を理由にZに対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。この訴訟でZは代理権の存在を主張できるか。

できる。参加的効力は参加人被参加人間に生じるものであり、参加人相手方間には生じないからである。

(3) ZはXY間の訴訟では「無権代理ではあるが表見代理が成立する」と主張し、YZ間の訴訟では「代理権がある」と主張することになるがよいのか。

原則として許される。ただし、例外的に信義則の適用により許されない場合がある（受験生の答え）。

<コメント>

この点については学説の争いがある。

通説・判例（最判昭 45. 10. 22）である参加的効力説では、参加的効力は参加人被参加人間でのみ生じ、参加人相手方間には及ばないとする（東京地裁昭 63. 12. 20 参照）。参加的効力は参加人被参加人間の敗訴責任の分担を根拠とするからである。これに対し、「補助参加訴訟の判決の基礎は相手方・参加人・被参加人の三者によって形成されることを根拠として、あるいは参加人が相手方との間で主張・立証を尽くすための手続権が十分に保障されたことを根拠と」する見解（新既判力説）によれば、参加人と相手方との間でも一定の場合には拘束力が及ぶ場合があるとする。

ほとんどの受験生が参加的効力説に立って答えており、不都合性を指摘した後、信義則の適用による修正を認める考え方に誘導していた。

(4) 既判力と参加的効力の違いは。

参加的効力は、既判力と異なり、

- ①被参加人敗訴の場合にのみ問題となり、かつ被参加人、参加人間の後訴において作用する（主観的範囲）。
- ②判決主文における判断のみならず、判決理由中の判断についても効力を生じる（客観的範囲）。
- ③46 条に除外例があるように具体的事情によって効力が左右される。
- ④職権調査事項ではなく、当事者の援用を待って考慮されれば足りる。

動機の錯誤

- 1 (1) Xが自己所有の二束三文の土地について近くに温泉がわき、リゾートができると偽り、その旨のパンフレットまで作成して、Yにその土地を本来の価格の10倍で売却した。この場合に、成立するか否かは別にして、民法上何が問題になるか。

錯誤(95条)、詐欺(96条)、不法行為(709条)。

- (2) 錯誤について、本問では何が問題となるか。

動機の錯誤。

- (3) 動機の錯誤については、どんな学説があるか。

〔A説〕 動機が表示され、法律行為の内容となったときに限り、95条の「錯誤」になる(大判大3.12.15)。

〔B説〕 動機の錯誤も95条の「錯誤」にあたる。

- (4) 2つの説はそれぞれ錯誤をどのように理解しているか。

A説は、内面的効果意思と表示上のその不一致とする。

B説は、表示に対応する真意(錯誤なかりせば有すべき意思)の欠缺と捉える。

- (5) B説は錯誤があれば直ちに無効とするか。

相手方が悪意又は有過失でなければ無効主張できないとしている。

- (6) 錯誤の成立要件は。

- ① 法律行為の要素の錯誤(95条本文)。
- ② 表意者の重過失の存しないこと(95条ただし書)。

- (7) ②は成立要件ではなくて、成立を妨げる要件ではないか。

表意者に重過失があると、誰も無効を主張し得なくなるので、成立要件と考えてもよいと思う(受験生の答え)。

<コメント>

この質問は、錯誤の要件事実についての証明責任を念頭においたものであろう。

<旧司法試験口述式試験・刑事系>

占有

- 1 (1) Aが図書館の机の上に席取りのためにカバンを置いたが、トイレに行ったすきにカバンをとられてしまった。何罪が成立するか。

窃盗罪（235条）。

- (2) 誰に対してか。

Aに対して。

- (3) 国会図書館のような広い図書館でもそうか。

トイレとの距離が遠ければ、もはやAの占有は失われているといえるから、Aに対する窃盗罪は成立しないを考える。

- (4) そのようなとき、窃盗罪は成立するか。

図書館の管理者に対する窃盗罪が成立し得る。

- (5) なぜか。

図書館内であり、管理者の事実上の占有が及んでいるといえるから。

- 2 (1) お花見の席取りのために桜の木の根元に置かれていたカバンをとったら何罪か。

窃盗罪（235条）。

- (2) では、単にカバンを木の根元に置き忘れて、それをとられた場合はどうか。

占有離脱物横領罪（254条）。

- (3) 結論が違うのはなぜか。

財物に対する支配の意思の有無が違い、これが占有の有無に影響するから。

<コメント>

再現はこのような単純明快な応答になっているが、(1)でも、遠く離れてしまえば占有は失われるし、(2)でも、置き忘れてから短時間のうちに引き返したようなときは占有ありといえ

る（東京高判昭 54. 4. 12 参照）。

(4) 占有の有無についてどのように判断するか。

事実的支配、占有の意思という2つの要素の有無から判断する。

(5) 占有の意思の有無を知らない犯人にとって酷ではないか。

物の事実状態から占有の意思の有無を判断できる場合がある。例えば花見の時期に桜の木の根元に敷物を敷いた上にカバンがあれば、犯人にとって酷ではない。

また、そうした事実状態がなく犯人が知り得ないときは、抽象的事実の錯誤として占有離脱物横領罪にとどまるため、犯人にとって酷ではない。

3 (1) 山手線の網棚にバッグを忘れた。これをとった者の罪責は。

占有離脱物横領罪（254条）。

(2) 車掌に占有はないのか。なぜか。

ない。山手線には不特定多数の人が出入りするため、車掌の事実的支配が及んでいるとはいえないから。

(3) では、タクシーにバッグを置き忘れて、次に乗った人がそれを持っていった場合は。

窃盗罪。

(4) なぜか。

タクシーは電車ほど不特定多数の人が出入りするものではない。かつ、入口は1つで車内は狭く、運転手の事実的支配が及んでいるといえるから。

(5) では、乗降口が1つのワンマンバスだったらどうか。なぜか。

窃盗罪。タクシーよりは人の出入りが多いが、乗降口が1つであり、降りるとき運転手の前を通ることも考えると事実的支配が及んでいると認められるから。

<コメント>

この点、出入りする人数の多さからタクシーよりもむしろ電車に似ているとして占有離脱物横領罪を成立させた者も「限界事例だね」と言われて終わっている。

(6) 墓から貴金属を掘り出した者の罪責は。

争いがある。①埋葬物領得罪（190条）のみが成立し、財産犯を構成しないとする見解（平野、

西田, 大谷), 埋葬物領得罪のほかに財産犯として②通常は占有離脱物横領罪が成立し, 両者が観念的競合の關係に立つとする見解(前田), ③窃盜罪との観念的競合とする見解(小野, 団藤)がある。

(7) (6)で①説に立った者に対して)なぜ財産犯を成立させないのか。

埋葬物は財産的価値を失った, ないし所有權が放棄されたものとみるべきであり, 単にそれに対する宗教的感情を保護すれば足りるから。

(8) (6)で②説に立った者に対して)なぜ窃盜罪にならないのか。

埋葬された物は, 管理がされていたとしても, 被害者の意思支配が弱いため, 通常の状態であれば占有がないと認められるから。

また, 墓から貴金属を掘り出す行為も埋葬物領得罪の構成要件として予定されていると解釈されるところ, 窃盜罪との観念的競合としたのでは 10 年以下の懲役となってしまう, 190 条が低い法定刑を定めた趣旨が没却されるから。

(9) (6)で③説に立った者に対して)190 条の趣旨が没却されるのではないか。

たしかにそういう面はあるが, 保護法益が違う以上, 両罪の成立を認めるべきである。

告訴

1 捜査の端緒には何があるか。

①犯人や被害者の申告・告知によるものとして、告訴、被害届、自首、私人による現行犯逮捕、
②第三者の申告・告知によるものとして、告発、請求、第三者の届け出、匿名の申告、質屋・古物商の確認・申告等、③警察官の活動によるものとして、聞き込み、風説、新聞その他の出版物の記事、質屋・古物商への立ち入り、変死体の検視、職務質問、自動車検問、他事件の捜査での認知、警察官による現行犯逮捕等がある。

2 告訴とは何か。

告訴とは、犯罪の被害者その他の一定の者が、捜査機関に対して、犯罪事実を申告し、その訴追を求める意思表示をいう。

3 告訴不可分の原則とは何か。

親告罪の告訴に関し、一個の犯罪事実ないし共犯関係について告訴の効力が全体に及ぶという原則。

4 告訴と被害届の違いを簡潔に述べよ。

被害届とは、犯罪による被害の事実を申告するだけであるから、訴追を求める意思表示を欠くという点で、告訴と異なる。また被害届には告訴に伴う法律上の諸効果（例えば183条、260条以下等）が生じないという違いもある（田宮P54）。

<コメント>

もっとも、いずれも捜査の端緒という点では同じである（等しく虚偽告訴罪の適用もあり、書面にとられた場合の証拠能力も同じである（田宮P54））。

5 それでは、申告罪における告訴は公判ではどういう位置にあるか。

訴訟条件。

<コメント>

これを欠くと、公訴棄却の判決をすることになる（338条4号）。

6 訴訟条件とは何か。

訴訟が適法に遂行されるための要件（前提条件）。訴訟手続を有効に成立させ、これを継続さ

せるための条件。

7 告訴はいつからいつまでできるのか。

始期については特に制限されておらず、犯罪による被害を受けた日からなし得る。終期は犯人を知った日から6か月（235条）。

8 再告訴はできるか。

できない（237条2項）。

9 冒頭手続までに告訴の追完はできるか。

できる（受験生の答え）。

<コメント>

この点、訴訟経済の観点から、告訴の追完は当然に認められるとする見解がある（団藤）。

しかし、告訴が訴訟条件であるにもかかわらず、これを看過して公訴提起したという訴追側の瑕疵は大きいこと等を理由に告訴の追完は認められず、公訴棄却の判決をすべきと解する見解もある。

さらに、この見解においても、冒頭手続までに追完された場合や、被告人の同意があった場合には例外的に追完を認めてよいとする折衷説もある。

10 検察官がそこら辺にある紙に適当なことを書いて、被害者の告訴にあてた場合にも追完することができるか。

できない。それを認めると、冒頭手続までに告訴の追完が認められることとあいまって、容易に告訴期間の制限を潜脱することが可能となり、告訴期間を認めた法の趣旨が没却されるから。

<コメント>

受験生がこのように答えると、副査の先生が、「よく考えているね」と言って解放していた。

11 (I) なぜ告訴期間の制限をしているのか。

申告罪以外の告訴は単に捜査の端緒となるにすぎないから、期間の制限はないが、申告罪の告訴は訴訟条件とされており、刑事司法権の発動を私人の意思にかからしめていつまでも不安定な状態におくことは好ましくないため、特にこのような期間を定め、その経過により告訴権を消滅させることとした。

- (2) それでは、告訴期間を「犯人を知った日から6カ月」と言ったが、犯人を知ったかどうかはどのような基準で判断するのか。例えば氏名とか住所まで知らなければならないのか。

犯人が誰であるかを知ることがいい、告訴権者が犯人の住所・氏名等の詳細を知る必要はないが、少なくとも犯人の何人であるかを特定し得る程度に認識することを要する(最決昭39.11.10)。

- (3) それでは、ある強姦の被害者が犯人の顔を見たのだが、知り合いかもしれないと思って1年間告訴しなかった。ところがその犯人は知り合いではないことがわかったので告訴した。告訴は有効か。

無効。

刑事司法権の発動を私人の意思にかからしめていつまでも不安定な状態におくことは好ましくないで、特にこのような期間を定め、その経過により告訴権を消滅させることとしたという235条の趣旨からすると、犯人の顔を見た時点から告訴をし得たにもかかわらず、これをしなかった場合は無効である(主査の誘導)。

<コメント>

この点について、注釈刑事訴訟法第3巻(新版)P287によると、「犯人を知った」とは、「告訴権者が、通常人ならば告訴するか否かが決せられる程度に犯人について知識をもったとき」と解釈すべきであるとする。通常告訴するか否かを決するについては、犯人と自己との関係(身近かどうか)、告訴をしたことにより将来の社会生活に不都合が生じないか否か等が判断の基準となる、としている。そこで上述のような犯人と自己との関連性の有無を判断し得る程度に特定の犯人像を認識した場合には、「犯人を知った」といえるとする。

- (4) それでは、強姦犯人が「俺はやくざだ」と脅したので、怖くて告訴をしなかったところ、1年が経ち、実は犯人がやくざではなかったことを知った。告訴することができるか。

告訴することができる(受験生の答え)。なお、11(6)のコメント参照のこと。

- (5) では、被害者が勝手にやくざだと誤解して告訴しなかった場合はどうか。

告訴することはできない(受験生の答え)。なお、11(6)のコメント参照のこと。

- (6) (4)の事例とどう違うのか。

犯人からの働きかけの有無によって異なる(受験生の答え)。

<コメント>

この点についての文献は見当たらなかった。しかし、上述の235条の趣旨から考えれば受験生の答えが妥当ではなからうか(私見)。主査の先生もこれ以上深く突っ込むことはなかった。要は235条の趣旨から柔軟に考える姿勢が要求されたのではなからうか。

12 (1) Xは物を盗まれたので告訴した。後日、その犯人は共犯であることが判明し、そのうち1人はXの親族であることがわかった。Xとしては、その親族については告訴の意思がない。この場合、何が問題となるか。

告訴の主観的不可分の原則により、Xの告訴の効力は、他の共犯者に対してもその効力を生ずる(238条)のが原則であるが、親族間の犯罪における特例(刑法244条、235条)のような、申告罪か否かが犯人との人的な関係で決まる、相対的申告罪において、非身分者に対する告訴が身分関係のある共犯者にも及ぶかが問題となる。

(2) どう考えるのか。理由は。

相対的申告罪において、非身分者に対する告訴は、身分関係のある共犯者には及ばない。

相対的申告罪においては、身分関係が重要な意味を有する。したがって、告訴の内容として、犯人について、全く指示をしない、あるいは身分関係のない者だけを犯人として指示している場合には、身分関係のある共犯者に対して、告訴をする意思が被害者に認められない限り、この告訴は身分関係のない者のみに効力が及ぶと考えられるから。

また、申告罪の設けられた趣旨を損なうものであってはならないことも理由となる。

<コメント>

申告罪の趣旨を尊重すべきと答えた受験生に対して、既に共犯者全員を起訴してしまった場合にはどうするか、という追及がされている。

更に、捜査機関は、被害者に対して、告訴を限定する意思を確認する義務までも負うのか、という質問がなされている。

前述した文献の文脈からすると、相対的申告罪については、身分関係のある者に対しても告訴をする意思が明確である場合にのみ、告訴の効力が及ぶと考えるべきではなかろうか(私見)。

13 (1) 次に、中学生のAが強姦された。Aが犯人を知った時から6か月経過後、Aの母親は、Aが強姦された事実を知った。なお、Aとしては、強姦された事実があらさまになるのを恐れ、そっとしておいてもらいたい気持ちでいる。この場合、告訴についての法律関係はどうなるか。

被害者であるAは、犯人を知った時から6か月経過しているのに、告訴をすることができない(235条1項本文)。

しかし、Aは中学生であるから、法定代理人(民法818条)である母親も告訴権者であり(231条1項)、しかも、母親は犯人を知ってから6か月を経過していないので告訴をすることができる。

- (2) Aに告訴をする意思がないとしても、Aの母親は告訴をなし得るということか。それでは被害者の意思を尊重するという親告罪の趣旨を没却しないか。

なし得る。法定代理人の告訴権は、必ずしも適切な判断をなし得ない未成年者等である本人を監督・保護し、その利益を図るべき義務（民法 820 条・858 条・869 条・644 条）に基づいて法定代理人自身の適正な判断において行使されるべきものであること、並びに文言上も 231 条 2 項ただし書のような限定が付されていないから、本人の意思に反してもなしうる。

- (3) それでは、Aの母親が告訴をした後、Aが告訴を取り消すことができるか。

できない。前述のように、法定代理人の独立の告訴権は、未成年者保護のために認められたものであるから。

- (4) 判例はどのような立場に立っているか。

前述 (2) で述べたように、法定代理人の告訴権は、法定代理人固有の権利であるとしている（固有権説、最決昭 28. 5. 29）。

- 14 (1) では、被害者は甲について告訴したが、犯人は乙であった。告訴は有効か。

有効。告訴とは犯罪事実を申告し、その訴追を求めるものであるから、特定の犯罪事実を告げてその訴追を求めている以上、有効。

- (2) では、甲乙が共犯であつたら、乙に効力が及ぶか。それを何というか。条文はあるか。

及ぶ。主観的不可分という。告訴は犯罪事実の訴追を求める制限であって、特定の犯人を選別するものではないから（238 条）。

- 15 (1) 一罪の一部について告訴したとして、その効力が一罪の全体に及ぶことは何というか。

告訴の客観的不可分の原則。

- (2) では、わいせつ目的略取について告訴した場合、その後に行われた強制わいせつについて効力が及ぶか。

及ぶ（東京高判昭 45. 12. 3）。

<コメント>

客観的不可分の原則が単純一罪のみならず、科刑上一罪についてまで、適用されるか否かは争いがある。通説は原則として及ぶとする。

16 (1) 告訴の取消しはできるか。

公訴の提起があるまでならばできる (237 条 1 項)。

(2) その取消後、再び告訴できるか。理由は。

できない (237 条 2 項)。自己が一旦告訴の取消しをしておきながら、再び告訴を認めることは、私人の恣意により国家の刑罰権の行使を左右し、告訴権の濫用を招くおそれがあり、被疑者の地位を著しく不安定にすることにもつながる。

(3) 強姦の被害者が示談を得て告訴を取り消した。しかし、検察官が起訴した。どうするか。

公訴棄却の判決をする (338 条 4 号)。

<コメント>

公訴棄却をすると答えると、「決定」か「判決」かと聞かれていた。

(4) 暴行罪に訴因変更できないか。

できない。強姦罪が親告罪とされているのは被害者のプライバシー保護の趣旨に基づくが、暴行罪で起訴することを認めると、訴訟の過程で、強姦の事実が明らかになるおそれがあり、被害者のプライバシー保護が守られなくなるから。

17. 告訴のないうちから捜査ができるか。

訴訟条件を具備する可能性がまったくなければ公訴提起の余地はなく、捜査の必要性もないから、捜査できない。もっとも、将来具備する余地があるときは、被疑者及び証拠を保全しておく必要を否定できず、捜査ができる。なお、その場合でも、強姦などは、親告罪とされる趣旨に照らし、被害者の名誉やプライバシーを害さないように配慮することが必要である。

<コメント>

犯罪被害者保護のために、平成 12 年 5 月 9 日に「刑事訴訟法及び検察審査会の一部を改正する法律」と「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」が公布された。

これに伴い、性犯罪の告訴期間が撤廃された (刑訴 235 条 1 項ただし書改正)。

そこで、これからの口述でも性犯罪の事例でなく、過失傷害 (刑法 209 条) 等が用いられることとなろう。ただ、本問は平成 11 年までの口述をまとめたものであり、口述の臨場感を再現するため、あえて事例を変えていない。このことを念頭に置いて読まれたい。

勾留

1 (1) 被疑者勾留は、いつから何日間することができるか。

勾留請求の日から、原則として 10 日間（208 条 1 項）。

(2) 被疑者勾留は延長することができるか。

できる。10 日間（208 条 2 項）。さらに一定の犯罪は更に 5 日間延長できる（208 条の 2）。

(3) 延長の要件は。

「やむを得ない理由」のある場合（208 条 2 項）。

判例（最判昭和 37. 7. 3）によれば、①事件の複雑性、②証拠の収集の遅延等により、延長してさらに取り調べるのであれば、起訴・不起訴の決定をすることが困難とされる場合。

<コメント>

条解刑訴法（P 340）によると、

- ①捜査を継続しなければ、検察官が事件を処分できないこと
- ②10 日間の勾留期間内に捜査を尽くせなかったと認められること
- ③勾留の延長をすれば、捜査の障害が取り除かれる見込みがあることの要件が揃っていること、とされる。

2 被疑者勾留時に被疑者を取り調べることができるか。

取り調べることができる（198 条 1 項本文）。しかし、この場合、①黙秘権の告知がなされ（198 条 2 項）、②黙秘権の放棄が任意になされ、③取調べそのものも任意になされる必要がある、④さらに取り調べの事後的点検が可能であることが必要であるとされる（取調べ受忍義務否定説に立たれる田口先生の見解）。

<コメント>

取調べができると答えた受験生に対しては、「取調べ目的の勾留を認めることになるのか」という質問がなされている。確かに勾留の目的は、逃亡や罪証隠滅の防止であって、取調べのためのものではないが、198 条 1 項本文は捜査官の取調べ権を規定している以上、取調べは認めることができるであろう。

この点、取調べ禁止説もあるが、今日の段階では結論が過激にすぎるとされている。

3 次に、勾留の必要がなくなったら、直ちに釈放することができるか。

できる。被疑者の利益になるから（受験生の答え）。

<コメント>

受験生の答えに対して、「検察官が独断で決めていいのか」という質問がなされている。この点について、実務では肯定的に解されているが、学説上は、この実務の運用に批判があるそ

うである。否定説は、勾留の裁判が裁判官の権限に属すると理解することから、この批判をする。

しかし、勾留の請求権者が不必要と判断する以上、208条1項の検察官の釈放権を類推適用して、これを是認すべきである。

なお、受験生は、勾留は被疑者の身柄を拘束する裁判及び執行なので、釈放するには裁判所の判断が必要と答えて、次の質問に移っている。

4 (1) では次に、勾留延長について、例えば、10日間延長請求された場合、そのうち5日間だけ延長請求を認めることはできるか。

できる。

(2) 条文上の根拠はあるか。

条文上の根拠はない。法は「通じて10日を超えることができない」(208条2項)として、期間を勾留状に記載することを予定していない。しかし、勾留の不要な場合にまで画一的に10日間とするのは硬直すぎる。そこで、裁判官に勾留取消権(87条1項)があることを根拠に、積極的に解し得る。

<コメント>

実務では、条文上予定していないとして、消極に解しているようである。

5 次に、被疑者勾留から被告人勾留に移るときに勾留質問は必要か。

不要。勾留中の被疑者について公訴が提起されたときには、公訴提起の日から何らの手続を経ることなく、当然に被告人勾留が開始される(208条1項・60条2項)。

被疑者勾留と被告人勾留とは、その処分の性質は基本的に同一であるから。

6 逮捕状が出された場合、例えば、もう少ししてから逮捕すべきかどうか見極めてから実行するということに、すぐに執行しないことはできるか。

犯人が逃走している場合など、すぐに執行できない場合もあり、すぐに執行しなくともよい(主査の誘導)。

7 それでは、勾留状が出された場合に、すぐに執行しないということはあるか。

逮捕状と同様に考えれば、すぐに執行しなくともよい(受験生の答え)。

<コメント>

6・7について述べている文献は見当たらなかったが、逮捕と勾留とを一般的にパラレルに考えられるかどうかは疑問である。

確かに、逮捕では未だ被疑者の身柄が拘束されておらず、被告人の身柄が必ずしも拘束されていない状態を前提とする被告人勾留と同様に考えることはできそうである。しかし、逮捕前置主義から被疑者の身柄が逮捕で拘束されている状態を前提とする被疑者勾留については、逮捕と同様に考えることはできないのではないかと(私見)。

逮捕

- 1 窃盗の被害を受けたとき、被害者は捜査機関に対して何をするか。

被害届を出す、又は告訴（230条）を行う。

- 2 捜査機関はまず何をするか。

被害者から調書をとる。すなわち、参考人の取調べ（223条1項）である。

- 3 警察官が犯行現場に行ってみると、窓ガラスが破られて大きな穴が開いていた。どのようにして現場を保存するか。

実況見分によって現場を保存する。

被害者の承諾を得て任意処分として、五官の作用で場所、物の形状を感知するのだから、実況見分を行うことになる。

- 4 (1) 実況見分中に、被害者宅で犯人が落としたと思われる財布を発見した。どうするか。

任意提出を受け、領置する（221条）。

- (2) この財布は被害者の所有物ではないが、所有者の承諾を得なくてよいのか。

所有者の承諾は不要である。

領置は占有を取得する処分であって所有権を侵害するものではないので、占有者の承諾があればよい。財布は被害者宅に落ちていたのだから、被害者に占有があるといえる。よって、財布を領置するためには被害者の承諾があればよい。

- 5 捜査の結果、犯人はAであることが判明した。警察官はどうするか。

逮捕状を請求する。

- 6 (1) 逮捕状の請求権者は誰か。

検察官と司法警察員（国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者）である（199条2項）。

- (2) 逮捕状の請求先はどこか。

逮捕状を請求する者の所属の官公署の所在地を管轄する地方裁判所または簡易裁判所の裁判

官に対して逮捕状の請求をする（規則 299 条 1 項）。ただし、やむを得ない事情があるときは最寄りの下級裁判所の裁判官に対して請求できる（同条但書）。

(3) 逮捕状を請求するとき、何を提出するか。

逮捕状の請求書、その謄本（規則 139 条 2 項）、逮捕の理由及び必要性を疎明する資料（規則 143 条）。

(4) 疎明資料とは具体的にどのようなものか。

被害届、実況見分調書、領置した証拠物など。

7 捜査機関は何度でも逮捕状の請求をすることができるか。

できる。

逮捕状が請求されただけでは被疑者に不利益は生じない。また、199 条 3 項、規則 142 条 1 項 8 号は、逮捕状の請求書に、同一の犯罪事実について前に逮捕状を請求した場合はその旨の記載を要求している。

<コメント>

本質問を再逮捕と勘違いした受験生が多かったようである。条文は、以前に逮捕状の発付があったときだけでなく、逮捕状の請求があったときも、その旨の記載を要求していることに注意を要する。

8 (1) 逮捕状の有効期間は。

原則、令状発付の日から 7 日間である（規則 300 条）。

(2) では、逮捕状が発付されてから 7 日が経過する前に逮捕手続に着手したが、逮捕状を呈示したのが 7 日経過後のとき、逮捕手続は適法か。

逮捕状の呈示は、被疑者への告知として重要な意義を有し、それが 7 日を経過後に行われたという手続の瑕疵は重大であるから違法であると考え（受験生の答え）。

<コメント>

適法とするのが多数説と実務家の主査から指摘があったが、「まあ、いいでしょう」と言われ、次の質問に移っている。なお、期間経過後の逮捕状による逮捕は無効な逮捕状による逮捕であるから違法とされている。

9 逮捕による身柄拘束期間は。

司法警察員が逮捕状により被疑者を逮捕したとき、又は逮捕状により逮捕された被疑者を受け取ったときは最大 72 時間である（205 条 2 項）。検察官が逮捕状により被疑者を逮捕したとき、又は逮捕状により逮捕された被疑者（203 条により送致された被疑者を除く）を受け取ったときは最大 48 時間である（204 条）。

10 (1) 警察官が逮捕状を持って、被疑者を逮捕しようとしたところ、被疑者は第三者の家に逃げ込んだ。警察官は第三者の家の中まで被疑者を追いかけることができるか。

逮捕に伴う搜索としてできる（220 条 1 項 1 号）。

(2) この場合、家主である第三者に対して逮捕状を呈示しなければならないか。

逮捕状を第三者に呈示する必要はない。

第三者のプライバシーの保護という観点からは、第三者に対して逮捕状を呈示することが必要のようにも思われる。しかし、220 条 1 項 1 号・3 項は無令状で人の住居等に入り被疑者の搜索をすることを認めている。これはとりもなおさず住居等の管理権者に令状を呈示することなく、被疑者の搜索をすることを正当化しているものと思われる。

<コメント>

222 条 1 項で、220 条の搜索をする場合に 110 条を準用していることから、処分を受ける者に対して逮捕状を示さなければならないようにも思えるが、110 条は搜索状を示すことを要求していることに注意を払う必要がある。220 条で無令状の搜索を認めているのだから、処分を受ける者に対して示すべき搜索状がそもそも存在しないというべきである。よって、逮捕状を搜索の処分を受ける者に対して呈示する必要はないといえよう。主査の先生もこの程度の処分は受忍することが市民に求められていると言われている。

(3) 事案を変えて、捜査機関の内偵捜査の結果、被疑者が第三者の家に住んでいることが判明した。第三者の家に被疑者を逮捕しに行く場合、第三者に逮捕状を示す必要があるか。

ない。

前問と同様に解してよい。

<コメント>

本問は緊急性がなくても、逮捕状を示す必要がないことを受験生に確認させる質問と思われる。

逮捕・勾留の身柄解放手続

- 1 今、ここに逮捕されたばかりの人がいる。あなたはその弁護人である。その人は「何日くらい捕まっているのですか」と聞いてきた。あなたなら何と答えるか。

逮捕の場合、最長 72 時間拘束されると答える (205 条 2 項)。

- 2 では、その後勾留されたら。

最長で 25 日間拘束されると答える (208 条・208 条の 2)。

- 3 しかし、被疑者はすぐに出たいと言っている。どうすればよいか。

逮捕の要件を充足しないおそれがあれば、捜査機関に釈放を申し入れ、送検後は勾留請求回避のための活動を行う。

<コメント>

勾留質問の時に争うことができると答えた受験生に対して、勾留請求まで待つしかないのか、という突っ込みがなされていた。

これに対して、検察官に釈放するか、勾留請求をするか、早く選択するように申し出ると答えて、次の質問がなされている。

- 4 次に、勾留された場合、弁護士として身柄の拘束を解く方法は。

勾留の取消し (87 条・207 条)、勾留の執行停止 (95 条)、準抗告 (429 条 1 項 2 号)。

- 5 準抗告は、なぜ逮捕の時に認められないのか。

まず、429 条が「勾留」と規定している。また、逮捕は最大 72 時間しか拘束されないもので、認める必要がない。

<コメント>

逮捕も勾留の前手続という性質をもっているので、429 条 1 項 2 号を準用して「勾留に関する裁判」に逮捕を含め、逮捕状発付に対する準抗告を認める見解もある。

- 6 では、勾留取消しと準抗告との差異は。

勾留取消しは、勾留の理由や必要がなくなったときに請求するもの。準抗告は、裁判官がした裁判 (命令) に対して取消・変更を求めるもの。

したがって、準抗告は勾留請求時に勾留の理由と必要がなかったことを争うが、勾留取消しは、

勾留請求後に勾留の理由又は必要性がなくなったときに請求する。

7 勾留取消しは、どのような場合に認められるか。

勾留の理由がなくなった場合、即ち、60 条 1 項の要件がなくなった場合（犯罪の嫌疑がなくなった、同項各号の事由が全くなかった）。

勾留の必要がなくなった場合、例えば、住居不定の被告人に身柄引受人が現れた場合等。

8 では、執行停止はどのような場合に認められるか。

保釈以外の方法で勾留の執行を仮に解く方法。病気を治療するために入院する場合や、両親等の死亡、入学試験等などの場合に認められる。

9 保釈とはどういうものか。

勾留を観念的には維持しながら、保証金を納付させて、不出頭の場合には没収するという条件で威嚇し、被告人を暫定的に釈放する制度（88 条以下）。

10 勾留の効力はどうなるのか。

勾留の効力は継続される。

11 現行法上、保釈は被疑者には認められていないが、立法論として認めた方がいいか。

認めるべきと思う（受験生の答え）。

<コメント>

被疑者の勾留について保釈が認められないことに対して、田宮先生は「この限度では現行法は『自由が原則』という近代法の原理に反する」とされている。

起訴状の記載, 訳文添付, 公訴時効の停止

1 (1) 起訴状には何を記載するか。

256 条 2 項。

被告人の氏名, その他被告人を特定するに足りる事項 (1 号)。

公訴事実 (2 号)。

罪名 (3 号)。

(2) 誰が作成するものか。

検察官 (256 条 1 項)。

(3) 択一的記載・予備的記載とは何か。

例えば, 人を死なせた場合に, 故意の有無によって殺人罪と傷害致死罪の 2 つの訴因が構成され得る場合に両者をともに認定はできず, どちらか一方の認定でよいとする訴追意思を示すもの。

(4) 両者の違いは何か。

順位をつけるか (予備的記載), つけないか (択一的記載) の違いがある。

2 (1) 傷害罪の被告事件につき, 起訴状に前に傷害をしたと記載してもよいか。

できない。予断を招く事項として, 起訴状一本主義に反するから。

(2) 累犯の場合はどうか。

できない。やはり予断を招く事項として, 起訴状一本主義に反するから。

(3) どうすべきか。

証拠調べ段階で明らかにすれば足りる。

3 (1) 「暴力団たる甲は同組員乙と共謀し」との記載はどうか。

違法。予断を招く事項として, 起訴状一本主義に反するから (田宮 P 182~)。

(2) 判例は, その理由は。

適法 (大阪高判昭 57. 9. 27・百選 43 事件)。共犯関係を明らかにするためと解されている。

4 (1) 被告人はどうやって起訴のあったことを知るか。

起訴状謄本の送達 (271 条 1 項)。

(2) 送達するのは誰か。

裁判所 (271 条 1 項)。

(3) 被告人が日本語を読めない外国人の場合、訳をつける必要があるか。

ある。「告知」としての重要性に鑑みると、できるだけ訳、少なくとも解説文書の添付の措置をとるのが望ましい。

(4) 判例は。

必要ないとした (東京高判平 2. 11. 29)。

(5) 訳をつけなければ違法として、その責任を負うのは裁判所か検察官か。

検察官 (受験生の答え)。

<コメント>

その理由として、起訴状を書くのは検察官であること、また、裁判所が訳を書くと誤りの生ずるおそれがあるからとしている (受験生の答え)。また、裁判所と答えた受験生も特に追及を受けていないようである。

(6) 違法無効として、公訴時効は停止するか。

する。

通説・判例とも、254 条 1 項は起訴状謄本の不送達による公訴棄却の場合にも適用されるとする (最決昭 55. 5. 12・百選 A 10)。

(7) その後 3 か月たったらどうなるか。

公訴の提起があった日から 2 か月以内に起訴状の謄本が送達されないときは、公訴の提起はさかのぼって、その効力を失う (271 条 2 項)。

(8) 271 条 2 項によって、はじめから無効となるが、時効が停止するというのはおかしくないか。

時効が停止するためには、単なる事実として公訴の提起があれば足り、起訴が法律上有効であるという必要はないと考えればよい。形式上起訴があった以上、検察官の意思を尊重すべきだから (主査の誘導)。

公判手続の進行

1 公判ではまず最初に何をするのか。

冒頭手続。

2 具体的には何をするのか。

人定質問（規則 196 条）、起訴状朗読（291 条 1 項）、黙秘権等の告知、罪状認否（291 条 3 項）。

3 実際の公判廷では、他に何か行われている。それは何か。

公訴事実が不明確な場合には、起訴状朗読に対し求釈明を行う（規則 208 条）。

土地管轄が違う場合には、管轄違いの申立てを行う（331 条）。

4 公訴事実が不明確なので、起訴状の釈明を求めたが、検察官はこれを拒否した。この場合どうするか。

公訴棄却の申立てを行う。

5 起訴状朗読は何のためにに行っているのか。

裁判所に対しては、審判対象を明示するために、被告人に対しては防御権の範囲を設定するために行われている。

6 起訴状の送達と提出で足りているのではないか。特に朗読するのはなぜか。

公判中心主義の要請。

7 起訴状朗読は要旨の告知で足りるか。

要旨の告知は認められない。公判中心主義の要請から全文を朗読する。

8 冒頭手続で黙秘権を告知するが、被告人の黙秘権の根拠条文は。

311 条。

9 被告人の黙秘権の内容は。

被告人にとって利益、不利益にかかわらず一切の供述を拒める権利（包括的黙秘権）である。

10 被疑者にも黙秘権はあるか。

ある（198条2項）。

11 被告人の黙秘権と被疑者の黙秘権は同じものか。

同じものである。

198条2項は「自己の意思に反して供述をする必要がない」と規定しているが、憲法38条が「自己に不利益な供述を強要されない」と規定していることと比較すれば、被疑者も利益・不利益を問わず一切の供述を拒否できると解する。

なお、かつて、①人は裁判所に対しては一般的供述義務を負うが、被告人は法律上供述を強制されない特権として黙秘権を有する、②被疑者はそもそも捜査機関に対して供述義務を負わない、として、被告人の黙秘権と被疑者のそれとは異なるということを強調する見解があった（平野）。しかし、これは今日では否定されている。

12 証人にも黙秘権もしくはそれに類する権利があるか。

証言拒否権（146条、147条、149条）がある。

13 被告人又は被疑者の黙秘権と証人の証言拒否権は同じものか。

違う。

黙秘権は供述義務のないことを前提としているが、証言拒否権は一般的供述義務の下、自己負罪拒否の特権として存在するものである。これは、311条1項が終始沈黙することを許すのに対して、146条、規則122条1項が証言拒否事由を示すことを要求している点に現れている。

14 証言拒否権の保障範囲が黙秘権のそれよりも狭いのはなぜか。

証人は、証言したからといって直ちに当該手続においてそれを証拠として刑事責任を問われるわけではないから。

15 罪状認否は何のために行うのか。

簡易公判手続に移行するかの判断のため（291条の3、規則197条の2）と、被告人に公訴事実に対する態度を決定させ、裁判官や検察官が訴訟の方針を立てるために行われる。

伝聞法則

- 1 (1) (銀行の支店長甲が、友人乙に返済の資力がないことを知りながら無担保で、しかも銀行内の内規に違反して貸付を行ったという事案で、甲が罪責を免れるために、部下丙に「乙には弁済の資力がある」という偽造書類を作らせた。という刑法の事案を前提に) 先程の証拠偽造の事例で裁判が始まったとする。この偽造書類に証拠能力は認められるか。

認められない。偽造書類は伝聞証拠にあたり、320条が適用されるから(受験生の答え)。

(2) 伝聞証拠とは何か。

反対尋問を経ない供述証拠のこと(受験生の答え)。

<コメント>

上記のような伝聞証拠の定義を述べた受験生に対しては、「320条にそう書いてあるのか」といった質問がなされていた。

因みに、田口先生は「裁判所の面前での反対尋問を経ない供述証拠」と定義される。

条文に則した定義をするとすれば、「公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真实性を立証するためのもの」ということになる。

(3) 伝聞法則の趣旨は。

伝聞法則とは、伝聞証拠については原則として証拠能力を認めないとする法則である。伝聞証拠は、公判廷において宣誓、供述態度の観察・反対尋問によりその供述過程(知覚・記憶・叙述)を吟味・確認できないので、原則として証拠能力が排斥される。

田口先生によれば、「供述証拠」はある事実を知覚し、記憶しそれを叙述するという過程を経て証拠化されたものであるが、その過程には誤りが介入しうるので、反対尋問によって各過程の誤りをチェックすべきところ、かかる反対尋問権を行使しえない伝聞証拠については証拠能力が認められないとされる。

(4) この場合の立証趣旨は何か。

証拠偽造罪の罪体は、偽造証拠の存在それ自体であるから、本問書類は非伝聞証拠であり、320条の適用は認められない。よって、証拠能力は認められる(主査の誘導)。

<コメント>

この最初の問題で、「伝聞証拠」と答えた受験生には、あの手この手で「非伝聞証拠」となるように誘導がなされていた。

- (5) 事案を変える。証拠偽造罪はまだ発覚しておらず、背任罪だけで起訴された場合に、「乙に弁済能力がある」という書類は甲にとっては有利な書類であるので、この偽造書類を証拠申請したいが、証拠能力は認められるか。

認められる（受験生の答え）。

- (6) この場合の立証趣旨は何か。

この場合は証拠偽造と異なり、乙に貸付をなしたことが妥当であったか否かが要証事実となるから、本件書類に書かれている内容が真実か否かが立証趣旨となると考えられる。とすると、先程とは異なり、本問書類は伝聞証拠となるから、320条により原則として証拠能力は認められない。

<コメント>

この質問も主査が誘導してなされたものと思われる。結局、これらの質問を通して伝聞証拠と非伝聞証拠の区別を理解しているかを問いたかったようである。しかし、受験生の多くは混乱しており、この点を整理するための質問（供述証拠の意味、伝聞法則の趣旨、本問の立証趣旨は何か等）が多くなされていた。

- (7) では、仮に本問文書が伝聞証拠であるとして証拠能力を認める適用条文は。

326条の同意があった場合。また、銀行員丙が作った偽造書類であるから、321条1項3号も考えられる。他に銀行の貸付業務にあたって作成される類の書類であれば、323条3号の適用もありうる。

<コメント>

主査の促されるまま、以上の条文を挙げさせられていた。それ以上の追及はなかったようである。

なお、323条3号について、通説は、同号の「特に信用すべき情況」とは、321条1項3号と対比して、前2号に準じるような高度の信用性を保障する類型的な外部的情況をいうと解している（条解刑事訴訟法P692）。これによると、信用ある金融機関の職員の作成した預金者との取引情況に関する回答書等は同号にあたるとされているが、本問において該当すると言い切れるかは不明である。

- 2 (1) 証人の証言が伝聞証拠に該当すると考えた場合、当事者はどうすべきか。

証拠調べに対する異議を申し立てる（309条）。

- (2) 異議はいつまでになすべきか。

個々の行為ごとに直ちにしなければならない。直ちに異議の申立てをしない場合は時機に遅れ

たものとして不適法となる（規則 205 条の 4、但し、例外あり、同条参照）。

(3) 検察官が伝聞内容を含む検面調書を証拠として提出しようとする場合、弁護人はどうするか。

不同意にする（326 条）。

(4) 被告人が同意していた場合、弁護人は不同意とできるか。

できない。弁護人は被告人の明示の意思には反しえない。

(5) 伝聞証拠が提出されたにもかかわらず、被告人・弁護人とも証拠能力を争わなかった。

その場合、裁判所はこの証言を証拠とすることができるか。

黙示の同意があったものとして証拠とできる。

<コメント>

高輪グリーンマンション事件判決（最判昭 59. 2. 29・百選 7 事件）は、「いわゆる伝聞ないし再伝聞証言について、異議の申立てがされことなく当該証人に対する尋問が終了した場合には、直ちに異議の申立てができないなどの特段の事情がない限り、黙示の同意があったものとしてその証拠能力を認めるのが相当である」と判示している。受験生がこの判示を知らないと答えると、主査の先生は「勉強しておいてください」とおっしゃっていた。

学説上は、伝聞証拠について、積極的な同意の意思が示されない限り、単に異議を申し立てなかったというだけでは同意があったものと認めないとする見解もあるが、伝聞供述の場合、いちいち伝聞部分について同意の有無を確かめることが実務上困難であることをも考慮して、異議の申立てのないときは黙示の同意があったものとし、特に同意を求めることまでは要しないとする見解が有力である（最高裁判例解説刑事篇昭和 59 年度 P 187）。

(6) 326 条の同意の法的意味は。

証拠に証拠能力を付与するという訴訟行為である。

(7) それでは、同意後に反対尋問をすることができるか。

できることになる。

<コメント>

以上のような考え方は実務のとり考え方とされる。

(8) 反対説を知っているか。

326 条の同意は反対尋問権の放棄と考える見解。

(9) その帰結は。

その見解からすると、一旦放棄した反対尋問権を行使することはできないから、丙を証人尋問することはできないことになる。

<コメント>

通説的見解とされる。この見解では理論的には、当該供述者に対して反対尋問をすることはできないことになるが、反対尋問を認める見解もある。この見解は、仮に被告人に利益な供述を引き出すことができたとしても、その後に被告人に不利益な内容の検察官面前調書が採用されることから、弁護技術として、まず調書に同意してその証拠調べを先に行い、その後に供述者の反対尋問を行って被告人に有利な供述を引き出す方が優れていることを理由とするのである。

(10) (証拠能力付与説に立つものに対して) 326条は伝聞証拠に関する規定ではないということか。

いいえ。326条の置かれた位置や、同条に規定される「321条乃至前条」という文言も伝聞証拠に関するものであるから、伝聞証拠に関する規定である(受験生の答え)。

(11) 伝聞証拠に関する規定というのであれば、それと326条との整合性はどうか。

伝聞証拠は証拠能力の問題であるから、326条は、証拠能力が認められない証拠のうち、特に伝聞証拠であることによって証拠能力が認められない証拠に「同意を通じて証拠能力を認めることにした規定である」というように考えれば、整合性はとれるのではないかと(受験生の答え)。

(12) それでは、同意さえあれば、証拠能力が認められるということか。326条はどのように規定されているのか。

同意以外の要件として「状況を考慮して相当と認めるときに限り」とあるので、同意さえあれば証拠能力が認められるわけではない(受験生の答え)。

<コメント>

前記(10)～(12)での主査の質問は、326条の同意をもって証拠能力の付与と考える見解に対する批判としてなされたものであろう。すなわち、326条は同意があっても「状況を考慮して相当と認める場合」でなければ証拠能力は認められないのである。条解刑事訴訟法P705以下によると、同意の性質について、証拠能力を付与する当事者の訴訟行為と考えつつ、この要件は、「当事者の同意によっても除去できないような重大な瑕疵ないし違法がその証拠に付着しているときは、同意があっても証拠能力を取得しえないのは当然と考えられる。即ち、相当性とはその意味で証拠能力の要件と解するのが正しいと思われる」としている。

なお田口先生も、証拠能力付与説に立たれ、違法収集証拠に対する同意も原則として有効と

されておられるが、その限界について「権利侵害が重大な場合は相当でない（326 条）」として同意の効果を認めるべきではなかろう」とされておられるが、これと同旨であると考えられる。

もっとも、主査の (10)、(11) の質問からこれらの答えを導くのは少々困難ではないかと思われる。

(13) 本問ではどうか。

本問では、背任罪が問題となるような事例であり、甲が自己の刑事責任を免れるためにわざわざ丙に内容虚偽の証拠を作らせたのであるから、今言った「相当性」を欠き、結局同意があっても証拠能力を認めることはできないと考える（受験生の答え）。

3 (1) 証拠能力が認められたとして、この場合どういう方法で証拠調べをするのか。

書証であるから、公判廷で朗読する（305 条）。

(2) 誰が朗読するのか。

当事者の請求による場合には、原則としてその取調べを請求した者がする（305 条）。

(3) なぜ朗読するのか。

証拠を法廷に顕出するため。弁護側は検察官が法廷に顕出するまでは、当事者主義から、その証拠には事実上触れ得ないのが原則だから、逐一文書の内容を示すためと考える（受験生の答え）。

<コメント>

証拠書類において証拠としての価値を有するのは、その内容であるが、これを感じ得る確かな心証を形成するについては朗読が最も適切な方法であるから、本条が規定された（注釈刑事訴訟法（新版）第4巻P294）。

(4) それならば、文書を提出すればよく、朗読までは必要ないのではないか。

しかし、通常、文書はその存在そのものだけでなく、その上に化体された情報が重要である。それに一人被告人・弁護人のみならず裁判の公開、公正な裁判の原則から傍聴人にも公正な証拠調べだということを示す必要があると考えるので、朗読が必要と考える（受験生の答え）。

<コメント>

この答えに主査は納得して次の質問に移っているが、本条は直接傍聴人にまで示すことまでは予定していないようである。

(5) それでは、「物」の場合にはどうすればよいのか。

「物」のときは、その物を物理的に提示できるので、そのまま示せばよいと考える（306 条）。

<コメント>

証拠物において証拠としての価値を有するのはその存在又は状態であり、本条はこれを公判廷に顕出する証拠調べの方式は展示であることを明らかにしたものである（注釈刑事訴訟法（新版）第4巻P305～306）。

4 (1) それでは、317条の「事実」と「証拠」というのはどういう意味か。

317条にいう「証拠」とは、証拠能力があり適式な証拠調べを経た証拠をいい、「事実」とは、公訴犯罪事実をいう。

(2) 証拠能力ある証拠による適式な証明のことを何というか。

厳格な証明。

<コメント>

317条は証拠裁判主義の規定であり、証拠能力があり適式な証拠調べを経た証拠による証明方式のことを厳格な証明という。

なお田口先生は、犯罪事実を中核とする一定の事実については（一般には刑罰権の存否及び範囲を定める事実のことで推測される）、証拠能力のある証拠によって適式な証拠調べを経た証明による認定でなければならないと、317条を解釈されておられる。

(3) 厳格な証明でない証明方式のことは何というか。

自由な証明。

<コメント>

厳格な証明を要しない証明を自由な証明という。自由な証明に関しては、このように消極的な定義しかなされないのが通常である。厳格な証明とは異なり「何らかの証拠により、何らかの事由によった証明」のことをいう。

(4) 自由な証明でよいとされる事実には何があるか。

厳格な証明の対象とされる事実以外であるが、訴訟法的事実（訴訟条件たる事実、訴訟行為の要件事実、証拠能力・証明力を証明する事実やその他の訴訟法的事実）等が挙げられる。

(5) 先程の偽造書類については、どのような証明方法が必要か。

貸し出した相手方に資力があるということは、背任罪の成否にとって中核的な事実であるから、厳格な証明が必要と考える（受験生の答え）。