



## 司法試験講座

無料公開セミナー（11. 10. 30 実施）

# 平成 23 年予備試験 再現答案分析会

**TAC W**セミナー／新司法試験

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

# CONTENTS

|           |    |
|-----------|----|
| 憲法.....   | 1  |
| 行政法.....  | 9  |
| 民法.....   | 17 |
| 商法.....   | 25 |
| 民訴法.....  | 33 |
| 刑法.....   | 41 |
| 刑訴法.....  | 49 |
| 民事実務..... | 57 |
| 刑事実務..... | 71 |
| 一般教養..... | 83 |

**問 題**

**〔憲 法〕**

多くの法科大学院は2004年4月に創設されたが、A大学（国立大学法人）は、2005年4月に法科大学院を創設することとした。A大学法科大学院の特色は、女性を優遇する入学者選抜制度の採用であった。A大学法科大学院が女性を優遇する入学者選抜制度を採用する主たる理由は、法科大学院・新司法試験という新しい法曹養成制度の目的として多様性が挙げられているが、法曹人口における女性の占める比率が低い（参考資料参照）ことである。A大学法学部では、入学生における女子学生の比率は年々増え続けており、2004年度には女子学生が約40パーセントを占めていた。A大学法科大学院としては、法学部で学ぶ女子学生の増加という傾向を踏まえて、法科大学院に進学する女性を多く受け入れることによって、結果として法曹における女性の増加へ結び付けることができれば、法科大学院を創設する社会的意義もある、と考えた。

A大学法科大学院の入学者選抜制度によれば、入学定員200名のうち180名に関しては性別にかかわらず成績順に合格者が決定されるが、残りの20名に関しては成績順位181位以下の女性受験生のみを成績順に合格させることになっている（このことは、募集要項で公表している。）。

男性であるBは、2007年9月に実施されたA大学法科大学院2008年度入学試験を受験したが、成績順位181位で不合格となった。なお、A大学法科大学院の2008年度入学試験における受験生の男女比は、2対1であった。

**〔設問1〕**

あなたがA大学法科大学院で是非勉強したいというBの相談を受けた弁護士であった場合、どのような訴訟を提起し、どのような憲法上の主張をするか、述べなさい（なお、出訴期間について論ずる必要はない。）。

**〔設問2〕**

原告側の憲法上の主張とA大学法科大学院側の憲法上の主張との対立点を明確にした上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】法曹人口に占める女性の比率(2004年までの過去20年のデータ)

|       |       | 女性割合<br>(裁判官)<br>(%) | 女性割合<br>(検事)<br>(%) | 女性割合<br>(弁護士)<br>(%) |
|-------|-------|----------------------|---------------------|----------------------|
| 昭和60年 | 1985年 | 3.3                  | 2.1                 | 4.7                  |
| 昭和61年 | 1986年 | 3.5                  | 2.0                 | 4.8                  |
| 昭和62年 | 1987年 | 3.9                  | 2.1                 | 5.0                  |
| 昭和63年 | 1988年 | 4.1                  | 2.5                 | 5.2                  |
| 平成元年  | 1989年 | 4.5                  | 2.9                 | 5.3                  |
| 平成2年  | 1990年 | 5.0                  | 3.5                 | 5.6                  |
| 平成3年  | 1991年 | 5.5                  | 3.8                 | 5.8                  |
| 平成4年  | 1992年 | 6.0                  | 4.1                 | 6.1                  |
| 平成5年  | 1993年 | 6.7                  | 4.6                 | 6.3                  |
| 平成6年  | 1994年 | 7.2                  | 5.0                 | 6.5                  |
| 平成7年  | 1995年 | 8.2                  | 5.7                 | 6.6                  |
| 平成8年  | 1996年 | 8.9                  | 6.4                 | 7.3                  |
| 平成9年  | 1997年 | 9.7                  | 7.1                 | 7.8                  |
| 平成10年 | 1998年 | 10.2                 | 8.0                 | 8.3                  |
| 平成11年 | 1999年 | 10.4                 | 8.4                 | 8.9                  |
| 平成12年 | 2000年 | 10.9                 | 9.2                 | 8.9                  |
| 平成13年 | 2001年 | 11.3                 | 10.6                | 10.1                 |
| 平成14年 | 2002年 | 12.2                 | 11.6                | 10.9                 |
| 平成15年 | 2003年 | 12.6                 | 12.6                | 11.7                 |
| 平成16年 | 2004年 | 13.2                 | 12.8                | 12.1                 |

**Aさんの再現答案 評価B**

第1. 設問1

1 提起する訴え

Bとしては、A大学院にBを入学させる義務の存在確認を求める  
実質的当事者訴訟（行訴法4条前段）を提起する。

2 憲法上の主張

(1) Bは、男子であることを理由とする不合格が性別による差別と  
して、法の下での平等を定めた憲法14条1項に反し違憲無効であ  
ると主張する。

14条1項は、各人の能力・経済的格差による合理的区別を許容  
し、不合理な差別を禁止する「相対的平等」の規定である。14条  
1項の列举事由は、例示であるが民主主義のもとでは、これらを  
理由とする差別は不合理であるとの推定が働くため、厳格な基準  
で合憲性を判断する。具体的には、厳格な合理性の基準により、  
目的が重要で、手段と目的との間に実質的な合理的関連性がある  
かにより判断する。

(2) A大学院の入試制度の目的は、法曹人口に占める女性の割合を  
増やすため、女性の入学者を増やすことにある。しかし、過去20  
年のデータを見ると、法曹人口に占める女性の割合は着実に増加  
してきており、たとえA大学院が女性優遇の入試制度をとらずと  
も、女性の法曹を増やすことは可能である。とすると、これはB  
のような男子の入学の機会を奪ってまで実現すべき重要な目的  
ではない。

手段としても、定員の10分の1もの多数を、単に女性である  
ことを理由として入学させるのは不合理であり、必ずしも女性が  
男性より新司法試験に受かる可能性が高くないことからして、目  
的との間に実質的な合理的関連性を欠く。

以上から、男性であることを理由としてBを不合格とするA大  
学院の措置は、不合理な差別として憲法14条1項に反し、違憲  
無効である。

第2. 設問2

1 対立点

両者の対立点としては、①試験の可否の判定は専門・技術的判断  
を要するものとして法律上の争訟に当たらないのではないか、②法  
律上の争訟に当たるとしても部分社会の法理により司法審査が及  
ばないのではないか、③14条1項の列举事由に特別の意味があるか、  
④A大学院の入試制度は積極的差別是正措置（アファーマティブ・  
アクション）として広く認められるべきではないか、という点であ  
る。

2 自身の見解

(1) 法律上の争訟に当たらないとされるのは、専門・学術的判断を  
する能力を裁判所が持たないためである。しかし、本件では、既  
に学力上の順位の点は問題なく、単に性別による合否が争われて  
いるにすぎないから、裁判所は十分に判断可能であり、法律上の  
争訟に当たる。

(2) 本件は、大学院への入学資格という、一般市民法秩序にかかわりあるものであるから、部分社会の法理は妥当せず、裁判所の司法審査は及ぶ。

(3) 現代社会では、14条1項の列举事由以外の事由による差別であっても不合理なものがある。したがって、列举事由は単なる例示に過ぎない。また、列举事由とそれ以外を分ける必要はなく、列举事由には特別の意味を認めず、個々の事由において具体的に合憲性を判断すべきである。

(4) A大学院の入試制度は、性別を理由とする差別であるが、女性を優遇するアファーマティブ・アクションとして不合理であるとの推定は働かない。特に、現代においては女性の就労問題、セクハラ、性犯罪など、女性の法曹が必要とされる場面が増えており、女性の法曹人口を増やすという社会的意義は極めて大きいから、その合憲性は緩やかな基準で判断すべきである。具体的には、目的が正当で、手段として著しく不合理でない限り許されたとする、合理性の基準で判断する。

たしかに過去20年のデータを見ると、法曹人口に占める女性の割合は増加してきているものの、いまだ12.3パーセントにすぎず、しかもその増加も緩やかなものに過ぎないから、A大学院のような措置を取らず、自然と女性の法曹人口が増加するのを待っているのは、女性の法曹の社会的需要を満たせない。したがって、女性の法曹を増やす社会的意義が大きいことから、女性の入学者を増やすという目的は正当である。

手段としても、受験者数の男女比が2対1であるのに対し、10分の1程度ならば、それほど男性の受験者に不利益は大きくない。また、このような入試制度は募集要項に明示されており、Bは他の大学院という十分な選択肢が残されているのであるから、著しく不合理とは言えない。

(5) 以上から、A大学院のBに対する不合格は、不合理な差別ではなく、14条1項に反しない。

以 上

**Bさんの再現答案 評価B**

- 1 設問1について
- 2 1 提起する訴訟
- 3 A法科大学院でぜひとも勉強したいというBの要望に応えるため、
- 4 国家賠償請求ではなく、A法科大学院の入学選抜制度が憲法14条に
- 5 違反し無効であることを理由に、BがA法科大学院に入学できる地位
- 6 にあることの確認を求める訴訟（行政事件訴訟法4条）を提起する。
- 7 2 憲法上の主張
- 8 A法科大学院の入学選抜制度が憲法14条に違反し無効であるこ
- 9 と主張する。
- 10 設問2
- 11 1 原告側の主張
- 12 憲法は14条で性別によって差別されないことを保障している。
- 13 A法科大学院の入学選抜制度では、入学定員200名のうち20名
- 14 について女子のみを優先的に入学させる。このような取り扱いは、入
- 15 学希望者について性別を理由に差別するものである。
- 16 したがって、A法科大学院の入学選抜制度は憲法14条に違反す
- 17 る。
- 18 2 A法科大学院側の主張
- 19 大学には憲法23条により大学の自治が認められている。
- 20 A法科大学院は、大学の自治に基づいて、女子を優先的に入学させ
- 21 ることが、結果として法曹における女性の増加につながると判断して
- 22 入学選抜制度を定めた。
- 23 したがって、A法科大学院の入学選抜制度は憲法14条に違反し
- 24 ない。
- 25 3 主張の対立点
- 26 女子のみを優先的に入学させることを認めたA法科大学院の入学
- 27 者選抜制度が、大学の自治に基づく制度として合理性があるか。
- 28 4 私の意見
- 29 憲法14条は、性別についても合理的な区別的取り扱いを認めてい
- 30 る。合理的か否かは、区別的取り扱いの目的、内容・程度を考慮して、
- 31 その必要性・合理性があるかを基準に判断する。
- 32 A法科大学院の入学選抜制度の目的は、女子を優先的に入学させ
- 33 ることで法曹における女性の増加につなげることにある。法律的なト
- 34 ラブルの内容によっては、男性よりも女性の法律家に相談したいと考
- 35 えるものもあるので、法曹における女性の増加は、利用者にとって好
- 36 ましい。
- 37 したがって、女子を優先的に入学させる必要性は認められる。
- 38 A法科大学院の入学選抜制度では、女子のみを優先的に入学させ
- 39 ることを認めているが、優先枠は入学定員200名のうち20名であり、
- 40 定員の10%にすぎない。残りの90%、180名については純粋に成績順
- 41 に選抜されるのであるから、区別的取り扱いの程度は低い。
- 42 したがって、A法科大学院の入学選抜制度には合理性が認められ
- 43 る。
- 44 以上より、女子のみを優先的に入学させることを認めたA法科大学

45 院の入学者抜制度は、大学の自治に基づく制度として合理性があると  
46 いえる。

47 したがって、A法科大学院の入学者選抜制度は憲法14条に違反し  
48 ない。

49 以 上

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88



**Cさんの再現答案 評価B**

1 〔設問1〕について

2 1 Bは、A大学法科大学院で勉強するために、Aを被告として、Bが  
3 A大学法科大学院の学生としての地位を有する確認訴訟（行政事件訴  
4 訟法4条後段）を提起する。

5 2 本件訴訟において、Bは、A大学院の採用する女性を優遇する入学  
6 者選抜制度は、男性を不当に不利益に扱うものであって、男性の平等  
7 権（憲法14条1項）を侵害するものであるから違憲無効であると主張  
8 する。そして、入学定員200名にあって、Bの成績順位181位であっ  
9 たから、Bは、合格者として扱われるべきであり、A大学院の学生と  
10 しての地位を有すると主張する。

11 〔設問2〕について

12 1 対立点

13 (1) A大学院は、誰を合格者とすべきかはA大学院の学術的・教育的  
14 信念に基づく政策的判断であるから、本件訴訟は、形式的には法律  
15 上の地位を争うという形態をとっていても、実質的には、誰を合格  
16 者とすべきかという判定の当否を争っているので、当事者の具体的  
17 な権利義務又は法律関係についての「法律上の争訟」（裁判所法3  
18 条1項）に当たらない。したがって、本件訴えは却下されるべきで  
19 ある、と反論する。

20 (2) 仮に本件訴えが審判の対象となとしても、女性を優遇する入学  
21 者選抜制度は、法曹人口における女性の占める比率が格段に低い状  
22 況下において、憲法の要請する実質的平等の実現に沿うものである  
23 から、合理的な区別といえ、男性の平等権を侵害しない、と反論す  
24 る。

25 2 私の見解

26 (1) 法律上の争訟について

27 本件訴訟において問題としているのは、合否の判定内容や判定結  
28 果ではなく、判定基準の設定そのものであって、これについては憲  
29 法上の要請が及ぶし、また、裁判所の審判に適する事柄である。し  
30 たがって、本件訴えは、「法律上の争訟」に当たる。

31 (2) 平等権について

32 ア 「平等」（憲法14条1項）とは、相対的平等をいい、合理的な  
33 区別は認められる。また、「平等」は、結果の平等ではなく、機  
34 会の平等をいうものの、憲法は、実質的平等を指向していると解  
35 される（同25条、24条）。

36 本件では、14条1項後段列举事由である「性別」による不利益  
37 取扱いが問題となっているものの、女性を優遇する入学者選抜制  
38 度は、女性の法曹が少ない状況を改善するための、積極的差別是  
39 正措置であるから、実質的平等の実現に寄与する。

40 そこで、合理的な区別か否かは、厳格な合理性の基準（目的が  
41 重要で、規制手段と目的との間に実質的な関連性がある場合に限  
42 り、合理性があると認められる。）によって判断すべきと考える。

43 イ 目的は、法科大学院における多様性を実現するために、A大学  
44 院において女性の入学者を増加させて、これにより、法曹におけ

る女性の増加に結び付ける点にある。この目的は、男女共同参画社会を目指す社会的意義に照らして重要といえる。

手段は、入学定員の1割のみに限って女性を優遇するにすぎないので、男性が被る不利益は大きいとはいえない。また、被侵害利益は精神的自由権に属する男性の学問の自由(23条)という重要な人権であるものの、男性は、A大学院ではない他の法科大学院で法律を学ぶという途を選択しうるし、入学試験における成績順位が9割以内であれば、A大学院で勉強することが可能であるのだから、男性の学問の自由が侵害される程度は大きくない。参考資料によると、2004年当時でもいまだ法曹人口における女性の比率はかなり低い。このような状況下にあって、A大学法学部では女子学生が4割にも及び、彼女らがA法科大学院に進学することによって、法曹に入ることが見込まれるので、目的達成手段としての実際の効果が認められる。

これらの事情からすると、本件規制手段と目的との間には、実質的な関連性が認められる。

ウ したがって、本件制度は、合理的な区別といえ、男性の平等権を侵害しない。

(3) よって、本件訴えは認められない。

以 上

## 問 題

### [行政法]

Aは、甲県乙町において、建築基準法に基づく建築確認を受けて、客室数20室の旅館（以下「本件施設」という。）を新築しようとしていたところ、乙町の担当者から、本件施設は乙町モータル類似旅館規制条例（以下「本件条例」という。）にいうモータル類似旅館に当たるので、本件条例第3条による乙町長の同意を得る必要があると指摘された。Aは、2011年1月19日、モータル類似旅館の新築に対する同意を求める申請書を乙町長に提出したが、乙町長は、同年2月18日、本件施設の敷地の場所が児童生徒の通学路の付近にあることを理由にして、本件条例第5条に基づき、本件施設の新築に同意しないとの決定（以下「本件不同意決定」という。）をし、本件不同意決定は、同日、Aに通知された。

Aは、本件施設の敷地の場所は、通学路として利用されている道路から約80メートル離れているので、児童生徒の通学路の付近にあるとはいえず、本件不同意決定は違法であると考えており、乙町役場を数回にわたって訪れ、本件施設の新築について同意がなされるべきであると主張したが、乙町長は見解を改めず、本件不同意決定を維持している。

Aは、既に建築確認を受けているものの、乙町長の同意を得ないまま工事を開始した場合には、本件条例に基づいて不利益な措置を受けるのではないかという不安を有している。そこで、Aは、本件施設の新築に対する乙町長の同意を得るための訴訟の提起について、弁護士であるCに相談することにした。同年7月上旬に、当該訴訟の提起の可能性についてAから相談を受けたCの立場で、以下の設問に解答しなさい。

なお、本件条例の抜粋は資料として掲げてあるので、適宜参照しなさい。

#### [設問1]

本件不同意決定は、抗告訴訟の対象たる処分（以下「処分」という。）に当たるか。Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて、解答しなさい。

#### [設問2]

本件不同意決定が処分に当たるという立場を採った場合、Aは、乙町長の同意を得るために、誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか。本件不同意決定が違法であることを前提にして、提起すべき訴訟とその訴訟要件について、事案に即して説明しなさい。なお、仮の救済については検討しなくてよい。

#### 【資料】乙町モータル類似旅館規制条例（平成18年乙町条例第20号）（抜粋）

##### （目的）

第1条 この条例は、町の善良な風俗が損なわれないようにモータル類似旅館の新築又は改築（以下「新築等」という。）を規制することにより、清純な生活環境を維持することを目的とする。

(定義)

第2条 この条例において「モーテル類似旅館」とは、旅館業法(昭和23年法律第138号)第2条に規定するホテル営業又は旅館営業の用に供することを目的とする施設であって、その施設の一部又は全部が車庫、駐車場又は当該施設の敷地から、屋内の帳場又はこれに類する施設を通ることなく直接客室へ通ずることができるものと認められる構造を有するものをいう。

(同意)

第3条 モーテル類似旅館を経営する目的をもって、モーテル類似旅館の新築等(改築によりモーテル類似旅館に該当することとなる場合を含む。以下同じ。)をしようとする者(以下「建築主」という。)は、あらかじめ町長に申請書を提出し、同意を得なければならない。

(諮問)

第4条 町長は、前条の規定により建築主から同意を求められたときは、乙町モーテル類似旅館建築審査会に諮問し、同意するか否かを決定するものとする。

(規制)

第5条 町長は、第3条の申請書に係る施設の設置場所が、次の各号のいずれかに該当する場合には同意しないものとする。

- (1) 集落内又は集落の付近
- (2) 児童生徒の通学路の付近
- (3) 公園及び児童福祉施設の付近
- (4) 官公署、教育文化施設、病院又は診療所の付近
- (5) その他モーテル類似旅館の設置により、町長がその地域の清純な生活環境が害されたと認める場所

(通知)

第6条 町長は、第4条の規定により、同意するか否かを決定したときは、その旨を建築主に通知するものとする。

(命令等)

第7条 町長は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、モーテル類似旅館の新築等について中止の勧告又は命令をすることができる。

- (1) 第3条の同意を得ないでモーテル類似旅館の新築等をし、又は新築等しようとする建築主
- (2) 虚偽の同意申請によりモーテル類似旅館の新築等をし、又は新築等しようとする建築主

(公表)

第8条 町長は、前条に規定する命令に従わない建築主については、規則で定めるところにより、その旨を公表するものとする。ただし、所在の判明しない者は、この限りでない。

2 町長は、前項に規定する公表を行うときは、あらかじめ公表される建築主に対し、弁明の機会を与えなければならない。

(注) 本件条例においては、資料として掲げた条文のほかに、罰則等の制裁の定めはない。

**Aさんの再現答案 評価A**

1 第1. 設問1

2 1 本件不同意決定は、「処分」に当たるか。「処分」(行訴法(以下、  
3 略)3条2項)とは、国または公共団体の公権力の行使のうち、直  
4 接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定することが、法  
5 律上認められているものをいう。

6 その判断に際しては、国民の権利救済を広く図るため、根拠法令  
7 の文言や構造だけでなく、条例に基づいて受ける恐れがある措置及  
8 びその法的性格なども考慮して、原告の法的地位に変動があるかを  
9 検討する。

10 2 乙町規制条例(以下、「条例」とする)3条は「同意」という権力  
11 的でない文言を用いている。また、町長の同意は建築確認を得るた  
12 めの要件でないから、Aの本件施設の建築開始を制限する効果をも  
13 たない。とすると、処分性は否定されとも思える。

14 しかし、町長は同意を受けずに建築を開始したものに対し、中止  
15 の勧告や命令をすることができ(条例7条)、これは明らかに処分  
16 としての性格がある。また、命令に従わない場合は公表も可能であ  
17 るが(条例8条)、「弁明の機会」を与えるとしていることから、不  
18 利益処分としての法的性格を有する(行手法13条1項2号参照)。  
19 とすると、本件でAは乙町長の同意を得ていないから、たとえ本件  
20 施設の建築に着手しても、建築の中止の勧告や命令、公表といった  
21 措置を受ける恐れがある。これらは、罰則等の制裁はないからAに  
22 対して本件施設を事実上建設を中止させる効果は持たないものの、  
23 実質的にAの本件施設の建築を制限する効果を有する。そのため、  
24 本件決定によって、Aは建築確認を受けたにもかかわらず、本件施  
25 設を適法に建築できなくなるという法的地位に立たされる。したが  
26 って、乙町長の同意を得られないことは、Aの権利義務に直接形成  
27 するものとして、「処分」に当たる。

28 第2. 設問2

29 1 Aは乙町長に対して同意がなされるべきと主張しているにもか  
30 わらず、乙町長は頑なに本件不同意決定を維持している。そのため、  
31 たとえ取消訴訟(3条2項)によって本件決定が取り消されたとし  
32 ても、処分がなされなかった状態に戻るだけであるから、乙町長は  
33 条例5条(5)など別の理由により再び不同意決定をする可能性が高  
34 い。そこで、Aとしては本決定の取消訴訟だけでなく、乙町長の同  
35 意の義務付け訴訟(3条6項2号)も併せて提起すべきである。

36 その訴訟要件は、①処分が取り消されるべきであること(37条の  
37 3第1項2号)、②原告適格として法令に基づく申請をしたもので  
38 あること(同条2項)、③取消訴訟の併合提起があること(同条3  
39 項2号)である。

40 2 ①について

41 本件施設は、通学路から80メートルも離れているから、条例5  
42 条(2)に当たらず、乙町長の本件決定には理由がないから、取り消  
43 されるべきであり、①を満たす。

44 3 ②について

Aは条例3条に基づき、同意を得るべく申請書を提出しているから、原告適格を有し、②を満たす。

4 ③について

併合提起の要件を満たすには、取消訴訟の提起が適法でなくてはならない。取消訴訟の訴訟要件は、処分性、原告適格、狭義の訴えの利益、被告適格、管轄、出訴期間、である。

本件決定は「処分」(3条2項)に当たり、処分性は認められる。Aは本件決定の名宛人であるから、その取消しを求める「法律上の利益を有する者」に当たり、原告適格を有する(9条1項)。また、Aはいまだ本件施設の建築に着手していないから、取消しによる訴えの利益がある。

被告適格は、決定をした乙町長の所属する乙町に認められる(11条1項1号)。また、管轄は、被告乙町を基準として甲県地方裁判所に認められる(12条1項)。さらに、「処分があったことを知った日」とは処分があったことを現実知った日を指すが、本件ではAに乙町長の決定の通知がなされた2011年2月18日がこれに当たるとみられる。したがって、それから「六カ月以内」である同年7月上旬現在は、出訴期間ないといえる(14条1項)。

よって、取消訴訟の提起は適法であり、③を満たす。

5 以上から、①～③の訴訟要件を満たし、本件決定の取消訴訟及び同意の義務付け訴訟は適法に提起できる。

以 上

**Bさんの再現答案 評価C**

設問1

本件不同意決定は、抗告訴訟の対象である「処分」にあたるか。

抗告訴訟の対象である「処分」(行政事件訴訟法3条2項参照)とは、国または地方公共団体の行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し、その範囲を確定することが法律上認められているものをいう。

本件不同意決定の後に、Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に、本件条例に基づいて、工事の中止勧告・中止命令がなされ(本件条例7条1号)、これを無視すれば、その旨が公表される(同8条1項)。中止勧告は、国民の権利義務を形成・確定するものとはいえないが、中止命令・公表は、国民の権利義務を形成・確定するものといえる。

したがって、本件不同意決定は、抗告訴訟の対象である「処分」にあたる。

設問2

1 提起すべき訴訟

Aは旅館を建てて旅館業を行いたいと考えているのであろうから、本件不同意決定の取消しを求める取消訴訟ではなく、Aの意向に沿って、同意を行うべき旨を命じることを求める義務付け訴訟を、乙町長を被告として提起すべきである(行政事件訴訟法37条の3)。

2 訴訟要件

Aの同意申請に対し乙の不同意決定がなされているので、「行政庁に対し処分…を求める旨の法令に基づく申請…がされた場合」(行政事件訴訟法3条6項2号)にあたる。

そこで、義務付け訴訟の訴訟要件として、行政事件訴訟法37条の3を検討する。

まず、Aの旅館は通学路から80メートル離れており、「児童生徒の通学路の付近」(本件条例5条)にはないので、本来であれば乙町長は同意しなければならなかった。にもかかわらず、本件不同意決定を行っており、本件不同意決定は取り消されるべきまたは無効である。したがって、「法令に基づく申請…を棄却する旨の処分…がされた場合」において、当該処分…が取り消されるべきものであり、又は無効…であること(行政事件訴訟法37条の3第1項2号)にあたる。

次に、Aは建築同意の申請を行ったものであるから、「法令に基づく申請…をした者」に当たる(行政事件訴訟法37条の3第2項)。

したがって、行政事件訴訟法37条の3が定める義務付け訴訟の訴訟要件をみたす。

以 上

45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88



**Cさんの再現答案 評価B**

1 「設問1」について

2 1 抗告訴訟の対象となる「処分」とは、抗告訴訟は主観訴訟であるこ  
3 とから、国又は公共団体のすべての行為をいうのではなく、公権力の  
4 主体たる国又は公共団体の行為のうち、直接国民の権利義務を変動さ  
5 せ、又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう  
6 と解する。

7 2 本件不同意決定は、たしかに、同意を得ないでモーター類似旅館の  
8 新築をしようとする建築主に対して、その中止の勧告又は命令を下し  
9 たり（本件条例7条）、上記命令等に従わない建築主について、制裁と  
10 してその旨の公表をする（同8条）という建築主に対する事実上の不  
11 利益をもたらす措置が発動される可能性がある。特に、Aは、乙町役  
12 場を数回訪れて同意がなされるべきであると主張したにもかかわらず、  
13 乙町長は不同意決定を維持しているのであるから、Aが同意を得ない  
14 まま工事を開始した場合には、上記措置が発動される相当程度の蓋然  
15 性がある。

16 しかし、同意の法的性格は事実行為にすぎず、建築主は、建築確認  
17 が得られれば適法に工事をすることができるのであって、同意によっ  
18 て建築主に工事の許可が与えられるわけではない。

19 また、同意は、上記措置を発動するための前提となる要件の1つに  
20 すぎず、同意がないことによって直ちに、上記措置が発動されるとい  
21 う法律上の不利益が課されるわけでもない。

22 そうであれば、乙町長による不同意決定は、建築主の工事をする権  
23 利を付与することが条例上認められている行為とはいえない。

24 3 したがって、本件不同意決定は、「処分」に当たらない。

25 「設問2」について

26 1 Aは、乙町長の同意を得るために、本件条例3条に基づく同意処分  
27 をすべき旨を命ずることを求める義務付け訴訟を提起すべきである  
28 （行政事件訴訟法3条6項2号、37の3第1項2号）。

29 なぜなら、本件不同意決定の取消訴訟（同法3条2項）を提起して、  
30 勝訴判決を得たとしても、Aの数回の説得にもかかわらず不同意決定を  
31 維持したという乙町長の明確な態度からすると、別の理由でもって、  
32 再度の不同意決定がなされる可能性があり、迂遠だからである（同法  
33 33条2項参照）。

34 2 訴訟要件について、まず、Aは、本件不同意決定をした乙町長の所  
35 属する公共団体である乙町を被告とすべきである（同法38条、11条）。

36 Aは、本件条例3条に基づいて、同意を求める申請書を乙町長に提  
37 出して、本件不同意決定という棄却処分がされているので、「法令に基  
38 づく申請を棄却する旨の処分がされた場合」（同法37条の3第1項2  
39 号）に該当する。また、本件不同意決定は違法である（とされている）  
40 から、本案訴訟要件である同条5項を満たし、「当該処分が取り消され  
41 るべきものであること」（同条1項2項）にも該当する。

42 Aは、義務付け訴訟とともに、本件不同意処分の取消訴訟又は無効  
43 確認の訴えを併合提起しなければならない（同条3項2号）。Aは、本  
44 件不同意処分があったことを知った日である2011年2月18日から6

45 か月以内に当該取消訴訟を提起しなければならない(同法 14 条 1 項)。  
46 管轄は、被告である乙町の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所である  
47 (同法 38 条, 12 条 1 項)。

以上

**問 題**

**〔民 法〕**

Aは、平成20年3月5日、自己の所有する甲土地について税金の滞納による差押えを免れるため、息子Bの承諾を得て、AからBへの甲土地の売買契約を仮装し、売買を原因とするB名義の所有権移転登記をした。次いで、Bは、Aに無断で、甲土地の上に乙建物を建築し、同年11月7日、乙建物についてB名義の保存登記をし、同日から乙建物に居住するようになった。

Bは、自己の経営する会社の業績が悪化したため、その資金を調達するために、平成21年5月23日、乙建物を700万円でCに売却し、C名義の所有権移転登記をするとともに、同日、Cとの間で、甲土地について建物の所有を目的とする賃貸借契約（賃料月額12万円）を締結し、乙建物をCに引き渡した。この賃貸借契約の締結に際して、Cは、甲土地についてのAB間の売買が仮装によるものであることを知っていた。

その後、さらに資金を必要としたBは、同年10月9日、甲土地をDに代金1000万円で売却し、D名義の所有権移転登記をした。この売買契約の締結に際して、Dは、甲土地についてのAB間の売買が仮装によるものであることを知らず、それを知らないことについて過失もなかった。

同年12月16日、Aが急死し、その唯一の相続人であるBがAの一切の権利義務を相続した。この場合において、Dは、Cに対し、甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明渡しを求めることができるかを論ぜよ。

# MEMO

**Aさんの再現答案 評価D**

1 1 Dは所有権に基づく返還請求権により、Cに対して甲土地の明け渡  
2 しを請求できるか。そもそも、Dが甲土地の所有権を取得しているか  
3 が問題となる。

4 Aは売買契約を仮装してBに甲土地の所有権を移転したにすぎず、  
5 虚偽表示として無効である(94条1項)。したがって、Bは無権利者  
6 であるから、Dは甲土地の所有権を取得できないのが原則である。し  
7 かし、DはAB間の売買契約が仮装であることにつき善意であるから、  
8 94条2項により保護されないか。

9 94条2項の「第三者」とは、本規定が虚偽表示が有効であると信じ  
10 た者を保護するものであることから、虚偽表示を信頼して新たに独立  
11 の権利を有するに至った者をいう。本件でDは、AB間の売買契約を  
12 基礎に新たに甲土地の所有権という独立の権利を有するに至った者で  
13 あるから、「第三者」に当たる。

14 条文上は「善意」しか要求されていないし、自ら虚偽表示をした者  
15 は帰責性大きいことから、第三者は善意であれば足り、無過失までは  
16 必要ない。本件でDは善意であるから、94条2項で保護される。

17 よって、Dは甲土地の所有権を取得する。

18 2 CはBとの間で甲土地賃貸借契約を締結し、甲土地上に自己名義の  
19 登記ある乙建物を所有しているから、借地借家法10条1項より甲土地  
20 の賃借権をDに対抗でき、甲土地の明け渡請求を拒めないか。

21 AB間の売買契約が虚偽表示として無効であり、Bが甲土地につき  
22 無権利者であることから、BC間の賃貸借契約も無効であり、Cは甲  
23 土地の賃借権を取得しないのが原則である。

24 しかし、CはAB間の売買契約の有効性を基礎に、売買目的物につ  
25 き新たに賃借権という独立の権利を有するに至った者であるため、「第  
26 三者」(94条2項)に当たる。しかし、Cは売買契約が虚偽表示であ  
27 ることにつき悪意であるから、94条2項で保護されない。

28 したがって、Cの甲土地賃借権を取得できない。

29 3 Cの賃借権が無効だとしても、Dは直接無効の主張ができるか。

30 94条1項の趣旨は、虚偽表示をした表意者を保護する点にある。し  
31 たがって、同条2項に表れるように、取引の安全を保護する必要から、  
32 特段の事情なき限り、虚偽表示の無効を主張できるのは表意者に限ら  
33 れると解する。ここで、特段の事情とは、表意者が虚偽表示の無効を  
34 主張する意思を明確にしている場合などをいう。

35 本件では、表意者たるAは売買契約の無効を主張する意思を明確に  
36 しているなどの事情はないから、Dは直接にAB間の売買契約の無効  
37 を主張することはできず、Cの賃借権を否定できない。

38 4 Bは、虚偽表示の無効の主張権限も含めて、Aを相続している。そ  
39 こで、DはこのBの権利を代位行使(432条)できないか。

40 条文上は被保全債権は金銭債権に限定されていないし、転用を認め  
41 る社会的必要もある。したがって、売買契約に基づく土地明け渡請求権  
42 も被保全債権とできる。この場合、債務者の責任財産を保全する目的  
43 ではないから、債務者の無資力は要件でない。また、債権者の権利を  
44 保全するためには、もはや無効主張は債務者の意思に委ねられるべき

45 一身専属権ではない。よって、Dは売買契約に基づく甲土地明け渡し  
46 請求権を被保全債権として、Bの虚偽表示の無効主張権限を代位行使  
47 できるように思える。

48 しかし、本件ではそもそもBがCに対して虚偽表示の無効を主張す  
49 ることは許されないと考える。すなわち、自ら虚偽表示を有効である  
50 として取引した相手方は、無権代理人が本人を相続した場合とパラレ  
51 ルに考え、第三者に対して虚偽表示の無効を主張することは、信義則  
52 (1条2項)に反し許されない。したがって、Bの権利を行使するD  
53 も、第三者Cに対して、AB間の売買契約が無効であることを主張で  
54 きない。

55 以上から、DはCに対して、AB間の売買契約が虚偽表示として無  
56 効であることを主張できず、Cの甲土地賃借権を否定することもでき  
57 ないから、甲土地明け渡しを請求することはできない。

- 58 5 実質的にも、DがAB間の売買契約を虚偽表示として無効主張する  
59 のは、背理であると考え。すなわち、自己の権利を肯定すべく虚偽  
60 表示を有効性を主張すると同時に、他人の権利を否定するため同一の  
61 虚偽表示の無効性を主張するのは、許されない背理であり、権利濫用  
62 (1条3項)に当たると解する。このように考えても、DはBから甲  
63 土地を取得する際に、現地調査をしたり、乙建物の登記を調査したり  
64 すれば、甲土地にCの賃借権が設定されていることは容易に気づくこ  
65 とができたから、Dに酷な結論ではない。

66 以 上

**Bさんの再現答案 評価A**

- 1 1 本問でDがCに対し甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明け渡し
- 2 を求めるためには、Dが甲土地の所有権を有し、Cが甲土地を無権原
- 3 で占有していることが必要である。
- 4 2 AB間の甲土地譲渡は虚偽表示による仮装売買であり無効であるか
- 5 ら（民法94条1項）、Bは無権利者である。そうだとすると、無権利
- 6 者からの譲受人であるDは甲土地の所有権を取得できないのが原則で
- 7 ある。
- 8 しかし、DはAB間の仮装売買について善意無過失で甲土地を譲り
- 9 受けており、「善意の第三者」として保護される（民法94条2項）。し
- 10 たがって、Dは甲土地の所有権を有している。
- 11 3(1) Cは、Bと甲土地の賃貸借契約を結んでいるが、AB間の仮装売
- 12 買について悪意であるから、「善意の第三者」として保護されない。
- 13 したがって、BC間の甲土地賃貸借契約は他人物賃貸借ということ
- 14 になる。
- 15 そうすると、Aの承諾がない以上、甲土地の占有権原として正当
- 16 なものではなく、Cは甲土地を無権原で占有していることになるはず
- 17 である。
- 18 (2) もっとも、その後、Aが死亡しBが単独で相続している。
- 19 他人物賃貸借の本人が死亡し、その地位を他人物賃貸人が相続し
- 20 た場合、他人物賃貸借契約は有効になると考える。
- 21 そうすると、Aの死亡により、5月23日に遡ってBC間の賃貸
- 22 借契約は他人物ではなくB所有物について締結されたことになり、
- 23 Cは甲土地を権原に基づいて占有していることになるはずである。
- 24 (3) しかし、これでは善意無過失のDが保護されず、妥当でない。
- 25 他人物賃貸借の本人が死亡し、その地位を他人物賃貸人が相続し
- 26 た場合、無権代理行為の追認と類似するので、追認に関する116条
- 27 ただし書きが類推適用されると考える。
- 28 本問では、Dは10月9日に甲土地の所有権を取得しており、そ
- 29 の後Aが死亡した12月16日にBC間の賃貸借契約を有効とすると
- 30 Dが所有権をC対抗できなくなり、Dの権利が害される。よって、
- 31 116条ただし書き類推適用により、遡及効は否定される。
- 32 したがって、Dとの関係ではCは甲土地を無権原で占有している
- 33 ことになる。
- 34 4 以上より、DはCに対し甲土地の所有権に基づいて、甲土地の明け
- 35 渡しを求めることができる。

以 上

45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88



**Cさんの再現答案 評価E**

- 1 1 DのCに対する所有権に基づく甲土地明渡請求権が認められるため
- 2 には、①甲土地がDの所有に属すること、②甲土地をCが占有してい
- 3 ること、③Cが甲土地につき正当な占有権原を有していないこと、が
- 4 要件となる。
- 5 2 ②について
- 6 Cは、甲土地上の乙建物をBから賃借して、その引渡しを受けてい
- 7 るので、甲土地を占有しているといえる。
- 8 3 ①について
- 9 (1) Dは、Bから甲土地を買い受けているものの、AB間の甲土地売
- 10 買契約は、差押えを免れる目的で両者が通謀して売買を仮装した通
- 11 謀虚偽表示に当たるから、無効である(民法94条1項)。すなわち、
- 12 Dは無権利者Bからの譲受人にすぎないので、登記に公信力が認め
- 13 らない以上、甲土地の所有権を取得しないのが原則である。
- 14 (2) もっとも、Dは、AB間の上記売買が仮装によるものであること
- 15 を知らなかったので、「善意の第三者」(94条2項)として保護され
- 16 る。したがって、AはDに対して、売買の無効を対抗することがで
- 17 きない。その結果、ABDの三者間において、Dは、甲土地を所有
- 18 しているといえる。
- 19 4 ③について
- 20 (1) Cは、BD間の売買契約締結日である平成21年10月9日より以
- 21 前に、Bから甲土地を賃借しているので、この賃借権をもって正当
- 22 な占有権原であると、Dに主張しうるか。
- 23 (2) BD間の賃貸借契約当時、Bは甲土地について無権利であったが
- 24 (94条1項)、他人物賃貸借も有効である(559条、560条、601条)。
- 25 その後、BがAの唯一の相続人として、甲土地の売買契約の売主と
- 26 しての地位を相続したことによって、賃貸借契約日である平成21
- 27 年5月23日当時に遡って、当然に甲土地につき賃借権を取得する
- 28 とも思える。
- 29 しかし、Dの関与しない相続という偶然の事情によって、Dの法
- 30 的地位が左右されるのは、法的安定性を害し、不当である。
- 31 (3) そこで、遺産分割の遡求効を制限する民法909条ただし書の規定
- 32 の趣旨を類推して、Dを保護すべきである。すなわち、同条ただし
- 33 書の趣旨は、遺産分割の遡求効によってその権利を害される第三者
- 34 を保護する点にある。この趣旨を類推して、相続人は、相続前に相
- 35 続に係る権利につき法律上の利害関係を有するに至った「第三者」
- 36 に対しては、相続の効力を主張し得ないものと解する。
- 37 Dは、Bの相続開始前に、Bと甲土地の売買契約を締結している
- 38 ので、後に相続の対象とされた甲土地所有につき法律上の利害関係
- 39 を有するに至った「第三者」に当たる。
- 40 したがって、相続人Bは、Dに対して、甲土地所有権を包括承継
- 41 したという相続の効力を主張し得ず、その結果、Cは、甲土地の賃
- 42 借権を取得することができない。よって、Cは、Bの相続により有
- 43 効に賃借権を取得して、甲土地につき正当な占有権原を有している
- 44 と、Dに主張することができない。

45 (4) なお、Dは、甲土地上の乙建物の存在及びC名義の登記を認識し  
46 得たので、上記結論はDを不当に利する結果となると思える。

47 しかし、Cは、AB間の通謀虚偽表示につき悪意であって、仮に  
48 Bの相続がなければ、甲土地の賃借権を取得し得ないことを覚悟し  
49 ていたはずであるから、上記結論は不当とはいえない。

50 5 以上より、①②③の要件を満たすので、Dは、Cに対し、所有権に  
51 基づき甲土地の明渡しを求めることができる。

52 以 上  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88

**問 題**

**〔商 法〕**

次の文章を読んで、〔設問1〕から〔設問3〕までに答えよ。

1. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、取締役会及び監査役を置く会社法上の公開会社でない会社であり、かつ、株券発行会社でない会社である。

Y社は、昭和59年に設立された会社であり、その発行済株式総数は1000株で、A及びAの弟であるBがそれぞれ400株を、Aの長男C及びAの妻Dがそれぞれ100株を有していた。Y社の取締役にはA、B及びCの3人が、代表取締役にはAが、監査役にはDがそれぞれ就任している。

2. AとBは、平成16年頃から、Y社の経営方針についての考え方の違いが生じたため、互いに話をしなくなり、Bは、その頃から、Y社の取締役会に全く出席しないようになった。

3. Bは、平成23年1月頃、自らの有するY社の全ての株式を処分しようと考え、知人が経営するY社と同業のX株式会社（以下「X社」という。）に対してY社の株式の買取りを打診し、X社の承諾を得た。

そこで、Bは、X社に対し、「譲渡等承認請求に関する一切の件をX社に委任する」という内容の委任状（以下「譲渡等承認委任状」という。）及び「株主名簿の名義書換請求に関する一切の件をX社に委任する」という内容の委任状（以下「名義書換委任状」という。）を交付した。

4. X社は、同年3月15日、Y社に対し、譲渡等承認委任状を添付して、X社がBからY社の株式400株を取得した旨及び取得についての承認を求める旨の通知をした（以下この通知による請求を「本件譲渡等承認請求」という。）。

なお、本件譲渡等承認請求においては、Y社又は指定買取人による買取りについては、請求がされなかった。

5. Aは、同月25日、Y社の取締役会を開催した。この取締役会には、A及びCが出席したが、Aも、Cも、X社が株主となることを警戒し、取締役会は、X社の株式の取得を承認しない旨を決定する決議をした。

なお、この取締役会の招集通知は、Bに対し、発せられなかった。

6. X社は、Y社から本件譲渡等承認請求に対する取締役会の決定の内容についての通知を受けなかったため、同年4月30日、Bに対して株式の譲渡代金を支払うとともに、Y社に対し、名義書換委任状を添付して、株主名簿の名義をBからX社に書き換えるように通知して請求した。

7. 同年5月2日、Y社は、X社に対し、X社の株式の取得について取締役会で承認しない旨を決定したために名義書換請求に応ずることはできない旨を回答し、併せて、Aは、Bに対し、Bの有するY社の株式をAが買い取る旨を提案した。

そこで、Bは、X社に対して受領した譲渡代金の返還を申し出た上でAの提案に応じようと考えたが、X社から拒絶されたため、Aの提案に応ずることができなかった。

8. Y社は、同年6月、取締役会決議に基づき、A、B、C及びDに対して定時株主総会の招集通知を発送し、A、B、C及びDが出席した定時株主総会において、この定時株主総会の終結の時に任期が満了するA、B及びCを取締役に選任する旨の取締役選任議

案を決議した。

なお、Y社は、定時株主総会に関し、定款に基準日に係る規定を置いておらず、また、基準日に係る公告もしていない。

〔設問 1〕

平成23年3月25日に開催された本件譲渡等承認請求に係るY社の取締役会の決議の効力について論ぜよ。

〔設問 2〕

Y社の定時株主総会の決議に関し、X社は、その効力を争うことができるか。

〔設問 3〕

仮に、BがAからの提案（上記7の提案）に応じてY社の株式400株をAに譲渡し、代金を受領し、Y社がAの株式の取得を取締役会で承認するとともに、定時株主総会の招集通知の発送前までにA及びBの求めに応じてBからAに株主名簿の名義を書き換え、A、C及びDに対して定時株主総会の招集通知を発送していたとしたら、Y社の定時株主総会の決議に関し、X社は、その効力を争うことができるか。

**Aさんの再現答案 評価A**

第1. 設問1

本件取締役会決議は、取締役Bに対して招集通知（368条1項）がなされず、Bの出席しないまま行われている。この場合、決議は無効とならないか。

取締役は各自が株主から信任を受け、会社の経営に参加することが求められる。そのため、取締役会は全員が出席することが期待され、単純に頭数だけでは判断できない。したがって、取締役の一部に対して招集通知を欠く場合、当該取締役が出席しても決議に影響を及ぼさないとみられる特段の事情ない限り、決議は無効となる。その判断に際しては、当該取締役の従来出席状況や発言力を考慮する。

本件では、Bは代表取締役Aと対立し、すでに6年以上もY社の取締役会に出席していないから、Bに通知しても参加は期待できない。また、たとえ出席したとしても経営にほとんど関わっていないBに発言力はないと思われるし、本件取締役会はBの株式譲渡が議題であるから、そもそもBは特別利害関係人として決議に参加できないと考えられる（369条1項）。したがって、CはAの子であり、Aの意見に反してでもBに賛成するとは考えられないから、たとえBが出席してもAとCの賛成で決議は否決されたと思われるから、Bが参加しても決議に影響なかったとみられる特段の事情があり、本件取締役会決議は有効である。

第2. 設問2

1 本件株主総会では、招集通知がX社でなくBになされている。そのため、「招集手続」に「法令」（299条1項）「違反」があるとして決議の取消を主張する（831条1項1号）には、Y社との関係でX社が株主である必要がある。

X社はBからの株式譲渡につき、Y社に対して承認請求している（137条1項）。Y社は取締役会設置会社であるから、承認決定は取締役会決議によるが（139条1項かつこ書）、本件でY社の取締役会はX社の株式取得を承認しない旨の決議をしているから、X社は株主の地位を取得できないとも思える。しかし、Y社は当該取締役会の決定について、承認請求あった平成23年3月15日から「二週間以内」にX社に対して通知していないことから、145条1号よりY社はX社の株式取得を承認したものとみなされる。したがって、Y社との関係でも株主はBではなくX社である。

2 しかし、本件株主総会の招集通知を発したときに株主名簿に株主として記載されていたのはBであるから、Y社は126条1項により免責され、招集手続に瑕疵はないのでないか。

株主名簿の機能は、会社の関与しない株式譲渡によって、会社が債権者を確知できず、いつまでも債権者が定まらない不都合から、会社の事務処理の便宜を図ることにある。そのため、会社が正当な理由なく名義書換に応じないなど、会社の利益に配慮する必要ないときは、会社は名義書換の未了をもって真の株主に対抗できない。

本件では、Y社は譲渡を承認したとみなされるから、X社の名義書換請求を拒むことはできず、Y社は129条により免責されない。

3 以上から、Y社との関係でも株主はX社であり、X社に招集通知を欠いている本件株主総会には、招集手続の法令違反があり、平成23年6月から「三カ月以内」(831条1項)であれば、X社は決議の効力を争うことができる。

第3. 設問3

1 本件ではBの株式がX社とAに二重譲渡されている。この場合、Y社との関係でいずれが株主であるか。

すでにAが名簿書換を済ませていることから、X社はY社に対して株主であることを対抗できないように思えるが(126条1項)、これでは不当に名義書換を拒絶されたX社にとって酷である。

2 株主名簿の書換が対会社対抗要件であるのは、会社が株式譲渡に関与せず、株主の変動を確知できないからである。一方、譲渡制限株式では、会社の承認が会社との関係で効力要件になるから、会社は株主を確知できる。そこで、譲渡制限株主については、会社の譲渡承認の時期を基準に優劣を決するべきである。

3 本件では平成23年3月15日にX社はY社に対し譲渡承認請求をし、それから二週間後の同年3月29日に承認されている。Aはその後にBからの譲渡につき承認を受けた者であるから、Y社との関係でX社はAに優先する(126条1項、130条1項)。

以上から、Y社はX社に招集通知を発しなけばならず、「招集手続」に「法令」「違反」あるものとして、「三カ月以内」であれば、決議の効力を争うことができる。

以 上

**Bさんの再現答案 評価B**

1 設問1

2 1 本間取締役会には、取締役であるB・監査役であるDに対し招集通  
3 知が発せられていない。そこで、本間取締役会の決議は無効とならな  
4 いか。

5 取締役会には全取締役と監査役に対し招集通知が発すべきものと  
6 されているので、当該取締役会に参加できる取締役等に招集通知漏れ  
7 があれば、決議は無効となると考えるべきである。もっとも、法的安  
8 定性に配慮し、通知を受けなかった者が出席しても決議の効力に影響  
9 がないと考えられる場合には、無効としないを考える。

10 2 では、Bは当該取締役会に参加できるか。

11 当該取締役会の議題はBの所有にかかるX社の株式取得の可否で  
12 あるから、請求者であるBは、会社の利益を考え私心を払って忠実に  
13 議決権行使することはできない。したがって、会社と自己の利益が相  
14 反するので、特別利害関係取締役にあたる（会社法369条2項）。

15 この特別利害関係取締役は、決議に参加できないだけでなく、その  
16 影響力を排除するという会社法369条2項の趣旨から、当該取締役会  
17 に出席できないと考える。

18 本間でも、Bは出席できない。したがって、Bに招集通知を発する  
19 必要はなく、通知漏れも決議の無効原因にならない。

20 3 これに対し、Dは監査役なので当該取締役会に参加できる。したが  
21 って、Dへの招集通知漏れは無効原因になりうる。

22 もっとも、DはAの妻であり、Cの母親であるから、ACの決定に  
23 反対するとは考えられない。したがって、通知を受けなかったDが取  
24 締役に出席しても決議の効力に影響はないといえる。

25 4 以上より、本間取締役会の決議は無効としない。

26 設問2

27 1 本間において、X社が株式取得の承認を請求した（会社法137条1  
28 項）のは、3月15日である。その後、Y社は3月29日までに可否の  
29 通知をしていないので、Y社は承認をしたとみなされる（会社法145  
30 条1号）。

31 2 この擬制の結果、Y社との関係でも株主はX社になり、X社の株主  
32 名簿書換請求は正当な権利行使であるので、Y社がこれを拒んだこと  
33 は不当拒絶となる。株主名簿の名義書換えを不当に拒絶されたものは、  
34 会社との関係で自己が株主であることを主張できる。

35 本間でも、X社はY社に対し自己が株主であることを主張できるの  
36 で、本来であればY社はX社に対し、株主総会招集通知を行うべきで  
37 あった。

38 そうすると、X社に対する招集通知漏れは会社法299条1項に違反  
39 し、株主総会の招集手続の法令違反（会社法831条1項1号）にあた  
40 る。

41 3 以上より、X社は、株主総会の招集手続の法令違反を理由に株主総  
42 会決議取消の訴えを提起して、その効力を争うことができる。

43 設問3

44 本間で、BがAからの提案に応じて、その時点ではY社は承認をし

45 たとみなされているので、その後の名義書換等は無意味と考える。した  
46 がって、設問2と同様、X社は株主総会決議取消の訴えを提起して、決  
47 議の効力を争うことができると考える。

48 以 上

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88



**Cさんの再現答案 評価D**

1 [設問1]について

2 1 本件Y社取締役会決議には、取締役であるBに対する招集通知を欠  
3 くという瑕疵があるので(会社法368条1項)、本件決議は無効となる  
4 か。

5 2 同条項が招集通知を要求した趣旨は、取締役会の開催を知らせるこ  
6 とで、取締役が取締役会に参加する機会を確保し、同時に、取締役を  
7 して取締役会における審議の準備をする猶予を付与する点にある。

8 とすれば、招集通知を欠く瑕疵は重大であるから、取締役会決議は  
9 無効となるのが原則である。ただし、通知を欠いた取締役が取締役会  
10 に出席したとしても、決議の結果に影響を与えなかったであろう特段  
11 の事情がある場合には、例外的に有効となるものと解する。

12 3 本件Y取締役会決議は、譲渡制限株式に係る譲渡承認請求に対する  
13 決定であるから、たとえBが出席したとしても、当該株式の譲渡人で  
14 あるBは、会社の利益と衝突する個人的利害関係を有する「特別の利  
15 害関係を有する取締役」に当たり、本件議決に加わることができない  
16 (369条2項)。

17 たとえ議決前の審議にBが参加して、Yと同業のX社との資本提携  
18 のメリット等について説明したとしても、A・Cは、Xが株主となる  
19 ことを警戒して承認しない旨を決定しているので、A・Cの意見を覆  
20 すことは難しい。とりわけ、AとBは、7年来に渡って経営方針の違  
21 いから反目し合っているので、Bの提案に納得するとは考え難い。

22 したがって、Bが本件Y取締役会に出席したとしても、決議の結果  
23 に影響を与えなかったであろう特段の事情があると認められる。

24 4 したがって、本件Y社取締役会決議は、有効である。

25 [設問2]について

26 1 Xは、本件Y株主総会決議には、株主である自己に対して招集通知  
27 を発送していないという瑕疵があるとして(299条1項)、株主総会決  
28 議取消しの訴え(831条1項1号)又は株主総会決議不存在の訴え(830  
29 条1項)を提起して、本件決議の効力を争うことができるか。

30 2 Xは、Bから譲渡制限株式を有効に譲り受けたので、Yの株主であ  
31 ると主張することが考えられる。しかし、譲渡制限の譲渡による取得  
32 には取締役会の承認を要するところ(2条17号、136条、139条1項)、  
33 本件Y取締役会決議においては承認しない旨の決議がされた。そこで、  
34 Xが株主たる地位を取得しているか否かが問題となる。

35 3 Xは、Yが承認決定等の通知を怠っている間に(139条2項)、Bの  
36 委任状とともに名義書換請求をしているところ(121条以下)、上記通  
37 知を怠っても、当該譲渡制限株式の譲渡が有効になるとは解されない。  
38 なぜなら、143条の規定のように、承認決定等の通知を欠いた場合の  
39 譲渡の効力について定めた規定は存在しないし、また、会社にとって  
40 好ましくない者が株主となることを防止するという譲渡制限株式を認  
41 めた法の趣旨に照らすと、手続上の瑕疵という軽微なもので譲渡を有  
42 効とすることは不当であるからである。

43 4 したがって、YがXによる株主名簿の書替えを拒んだことは、不当  
44 拒絶とはならず、Yは、株主名簿上の株主であるBに対して招集通知

を発すれば足りる（126条1項）。

よって、本件Y株主総会決議には、株主に対する招集通知を欠くという瑕疵はなく、上記訴訟は認められないので、Xは、本件決議の効力を争うことができない。

〔設問3〕について

Aの提案に応じてBが譲渡制限株式を譲り受けたことにつき、事後的にY取締役会において承認決議をしているから、当該譲渡は有効である。したがって、Yは、株主名簿上の株主であるA・C・Dに対してのみ招集通知を発すれば足り、本件Y株主総会決議には、招集通知を欠くという瑕疵はないので、Xは、本件決議の効力を争うことができない。

以 上

## 問 題

### 〔民事訴訟法〕

次の事例について、後記の設問に答えよ。

#### 〔事 例〕

Xは、請求の趣旨として「被告は、原告に対し、150万円を支払え。」との判決を求める旨を記載するとともに「原告は、被告との間で、原告が被告に中古自動車1台を代金150万円で売り渡すという売買契約を平成21年1月15日に締結し、同日、当該自動車について、所有者の登録を被告名義に移転するとともに被告に引き渡した。よって、原告は、被告に対し、売買代金150万円の支払を求める。」との主張を記載した訴状を平成22年4月1日に地方裁判所に提出して訴えを提起した。その訴状には、被告として、甲市乙町5番地に住所のあるYの氏名が表示され、かつ、被告の法定代理人として、同所に住所のある成年後見人Zの氏名が表示されていた。

この訴えについて、裁判長は、平成22年4月5日、第1回口頭弁論期日を平成22年4月28日午前10時と指定し、裁判所書記官は、この訴状を送達するため、訴状副本を第1回口頭弁論期日の呼出状とともに、Z宛てに郵送した。

ところで、Yは、甲市乙町5番地の自宅に子であるZとともに居住していたが、平成21年3月に重病のため事理を弁識することができない状態となり、同年6月にYについて後見開始の審判がされて、それまでに成年に達していたZが成年後見人に選任された。そして、Yは、平成22年4月3日に死亡した。Zは、Yが死亡したことを同日に知ったが、その後3か月以内に相続放棄や限定承認の手続をしなかった。Yの配偶者はYより前に死亡しており、ZのほかにYの子はいなかった。

Zは、平成22年4月7日に、甲市乙町5番地の自宅で上記の訴状副本と口頭弁論期日呼出状を受け取った。Zは、Yが死亡したことを裁判所やXに知らせることなく、Yの法定代理人として第1回口頭弁論期日に出頭し、「Xが主張する売買契約を否認し、請求の棄却を求める。」旨を答弁した上、訴訟代理人を選任することなく訴訟を進行した。第一審では、Xが主張する売買契約があったかどうかが争点となり、証拠調べとしてXの尋問とZの尋問とが実施され、Zは、「Yは重病で動けない。私は、平成21年1月当時も現在もYと同居しているが、Yが自動車を買ったと聞いたことはないし、そのような自動車を見たこともない。」旨を述べた。

裁判所及びXがYの死亡を知らないまま、第一審の口頭弁論は平成22年9月に終結され、裁判所は、判決書の原本に基づいて判決を言い渡した。判決書には、原告X、被告Y、被告法定代理人成年後見人Zとの記載があり、主文は「被告は、原告に対し、150万円を支払え。」というものであって、その理由としてXが主張する売買契約が認められる旨の判断が示されていた。

Zは、第一審の判決書の正本の送達を受けた日の2日後に、控訴人をZと表示した控訴状を第一審裁判所に提出して控訴を提起した。その控訴状には、「Yは、平成22年4月3日に死亡していた。その他の主張は、第一審でしたとおりである。」との記載がある。第一審裁判所の裁判所書記官は、控訴裁判所の裁判所書記官に訴訟記録を送付した。

#### 〔設 問〕

Yが平成22年4月3日に死亡していたと認められる場合、控訴審では、どのような事項

<TAC>無断複写・複製を禁じます。

について検討し、誰と誰を当事者としてどのような内容の裁判をすべきか。

**Aさんの再現答案 評価A**

- 1 1 Zが第一審でした訴訟行為が有効であるかは、第一審の被告がYと
- 2 Zのいずれであるかにかかわる。
- 3 当事者は既判力の主観的範囲（115条1項1号）を確定するもので
- 4 あり、訴状をもって裁判所に示されるものであるから、訴状の記載から客観的に判断する。また、単なる被告人欄の誤記のみで、それまでの審理が無効となるのは妥当でないから、訴状全体の記載から合理的に判断すべきである。したがって、当事者は訴状全体の記載から客観的・合理的に判断される。
- 5 本件では、Xの提出した訴状の被告人欄の記載は「Y」とされているし、請求原因もXのYに対する請求であるから、訴状全体の記載から客観的・合理的に判断して、第一審における被告はYである。
- 6 2 本件では訴訟代理人は選任されていないから（124条2項）、Yの死亡によって訴訟手続は当然に中断する（124条1号）。とすると、Zが受継の申立てをしていない以上、Y死亡後のX及びZのした訴訟行為は無効となるのが原則である。しかし、これではYが生存していると信頼して訴訟追行し、勝訴判決を得たXに酷である。
- 7 思うに、当事者の死亡後に相続人が受継するまでの間の審理の結果が相続人に及ばないのは、相続人に対して手続保障がされていないことによる。したがって、相続人が被相続人の死亡を知りながら、これを通知することを怠り、かつ自ら訴訟行為する機会を与えられていた場合には相続人に対して手続保障はなされているといえ、相続人は被相続人の死亡をもって自己訴訟行為の無効を主張することは信義則上許されないと解する（2条）。
- 8 本件では、Yは平成22年4月3日に死亡しており、ZはYと同居しているから、その事実を知っている。にもかかわらず、Zは「Yは重病で動けない。」と述べ、Yが生存しているかのように振舞い、Yの死亡を裁判所やXに通知することを怠っている。また、ZはYの法定代理人として訴訟行為をなし、XY間の売買契約の成立を争うなど、十分な手続保障がされている。したがって、Zが控訴審において、Yの死亡を理由として第一審の訴訟行為の無効を主張する事は信義則に反して許されず、控訴審は控訴人を「Z」とする控訴状の提出をもって、Zの受継の申立てであったものとして、第一審の審理を有効として扱うべきである。
- 9 3 一方、本件では被告Yの法定代理人Zに訴状が送達された平成22年4月5日より前にYが死亡しているから、そもそも訴訟継続が生じていない。
- 10 しかし、被告の死亡がたまたま訴状の送達前であるか後であるかという原告の確知困難な偶然の事情により、訴訟の有効無効が左右されるのは原告にとって不都合が大きい。そのため、訴状送達前に被告が死亡している場合も訴訟手続が中断したのと同様に考え、やはりZは第一審の訴訟行為の無効を対抗できない。
- 11 4 以上から、控訴審はZがYの相続人であるかを検討し、控訴に理由がないと考える場合は、XとZを当事者として、控訴棄却の判決をすべきである。

45 一方、Zの控訴状には「その他の主張は、第一審でしたとおりであ  
46 る。」との記載があるが、これは不服申立ての範囲の確定として不十分  
47 である。したがって、Zの控訴に理由ないことが明らかで直ちに控訴  
48 棄却できるのでない限り、控訴審は不服申し立て事項につき具体的に  
49 明らかにするよう、Zに控訴状の補正を求めることになる。

50 以 上

**Bさんの再現答案 評価A**

- 1 1 本問で、Yは平成22年4月3日に死亡している。
- 2 紛争解決手続きである民事訴訟において、争いのある二当事者は不
- 3 可欠であり、対立する二当事者の存在は訴訟要件とされる。その判断
- 4 時期は、訴訟に二当事者が関与したとき、すなわち、訴訟係属が生じ
- 5 たとき、具体的には、原告が提出した訴状の副本が被告に到達したと
- 6 きを基準に判断すべきと考える。
- 7 本問では、訴状副本がY宅に到達した平成22年4月7日以前の、
- 8 同月3日に死亡しており、訴訟係属前に死亡している。したがって、
- 9 控訴審は、訴訟係属の時期とY死亡の時期の前後について検討し、X
- 10 とYを被告として、訴えを却下する判決（民事訴訟法140条）をすべ
- 11 きとも思える。
- 12 2 しかし、訴えを却下すれば、勝訴判決を得たXに酷である。
- 13 判決の効果は当事者にのみ及ぶのが原則である（民事訴訟法115条
- 14 1項1号）。
- 15 しかし、本問では被告Yの相続人であるZが訴訟に関与している。
- 16 そこで、Yに対する判決の効果をZに及ぼすことはできないか。
- 17 当事者が判決の効果に拘束されるのは、訴訟に関与する機会を与え
- 18 られ、十分な手続保障を受けていたことにある。そうだとすれば、終
- 19 始訴訟に関与し、十分な手続保障が与えられていた者には、判決の効
- 20 果を及ぼすことができると考えられる。
- 21 本問では、第1回口頭弁論期日から、Yの相続人であるZがYに代
- 22 わって訴訟行為を行っており、終始訴訟に関与している。そこで、Z
- 23 には十分な手続保障が与えられていたといえ、Yに対する判決の効果
- 24 を及ぼすことができる。
- 25 そうすると、実質的な当事者はYではなくZであるので、訴状及び
- 26 判決書の当事者欄をYからZに変更する必要がある。
- 27 3 以上より、控訴審では、Zに十分な手続保障が与えられていたか
- 28 について検討し、訴状及び判決書の当事者欄をYからZに変更した上で、
- 29 Zの控訴を棄却するという内容の判決をすべきである。

以 上

45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88



**Cさんの再現答案 評価D**

- 1 1 まず、本件訴訟における正当な当事者（被告）は誰であるか、確定  
2 する必要がある。
- 3 当事者の確定は、基準の明確性の観点から、訴状の記載を基準とし  
4 て決すべきものと解する。本件訴状には、Yの指名が表示されている  
5 ので、Yが正当な被告となる。
- 6 2 次に、訴訟係属の時期については、二当事者対立の原則の観点から、  
7 原告が訴状を提出した時期ではなく、被告が訴状を受け取った時期を  
8 基準とすべきものと解する。
- 9 本件では、Yは、訴状を受け取る前に死亡しているので、適法に訴  
10 訟係属していない。したがって、裁判長は、訴状却下命令をすべきで  
11 あった（民事訴訟法137条2項）。それにもかかわらず、第一審裁判所  
12 は、これを看過してYを被告としたまま審判をしており、死者を名宛  
13 人とする判決は無効となるのが原則である。
- 14 3 とすれば、控訴審は、Zによる控訴は、「控訴が不適法でその不備を  
15 訂正することができないとき」に該当するとして、判決で控訴を却下  
16 することができる（290条）。
- 17 4(1) しかし、紛争解決基準を示さないまま却下判決をすることは、第  
18 1 審裁判所における訴訟追行活動を無益なものとするので、訴訟経  
19 済に反する。また、再度、応訴しなければならない原告Xの負担を  
20 無視できない。
- 21 そこで、本件訴訟における被告をYからZへと変更するための、  
22 明文なき任意的当事者訴訟を認めることができるか。
- 23 本来当事者となるべき者の訴訟追行権を奪うことのないように、  
24 ①正当な当事者の手続保障を侵害することなく、かつ、②訴訟の完  
25 結を遅延させることのない場合に限り、これを認めてもよいものと  
26 解する。
- 27 (2) 本件では、Zが訴状を受け取り、訴訟代理人を選任することなく、  
28 Zが自ら第1審における口頭弁論に出席したうえで、訴訟追行を終  
29 始行っている。Zは、訴状を受け取った時点で、Yが死亡したこと  
30 を知っていたにもかかわらず、相続放棄等の手続をとることなく、  
31 Y死亡の事実を裁判所やXに知らせないまま、訴訟に参加している  
32 ので、この点につき、Zには責められるべき事由がある。そうであ  
33 れば、①本来、Yの被告たる地位を承継すべきYの唯一の相続人と  
34 して、本来当事者となるべき者であるZの手続保障を侵害したとは  
35 いえない。
- 36 また、Zは、Yの唯一の相続人としてYの訴訟上の地位をも承継  
37 すべき立場にある者であるし、Yと同居しており、Yの成年後見人  
38 であるから、Yの事情に詳しいと考えられる。そのZがYに代わっ  
39 て訴訟追行をしたのであるから、第1審において、X Z間では適切  
40 な攻撃防御活動が繰り広げられたものと認められる。とすれば、②  
41 第1審における審判を維持することは、訴訟の完結を遅延させると  
42 はいえない。
- 43 したがって、YからZへの任意的当事者変更は認められる。
- 44 (3) 以上より、控訴審では、YからZへ被告を変更すべきか否かにつ

45 . いて検討した上で、XとZを当事者として、Zの不服申し立てにつ  
46 いてさらに審判すべきである。

47 以 上

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

問 題

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい。

- 1 甲（35歳）は、無職の妻乙（30歳）及び長女丙（3歳）と、郊外の住宅街に建てられた甲所有の木造2階建て家屋（以下「甲宅」という。）で生活していた。甲宅の住宅ローンの返済は、会社員であった甲の給与収入によってなされていた。しかし、甲が勤務先を解雇されたことから、甲一家の収入が途絶え、ローンの返済ができず、住宅ローン会社から、甲宅に設定されていた抵当権の実行を通告された。甲は就職活動を行ったが、再就職先を見つけることができなかった。

このような状況に将来を悲観した乙は、甲に対して、「生きているのが嫌になった。みんなで一緒に死にましよう。」と繰り返し言うようになったが、甲は、一家3人で心中する決意をすることができず、乙に対して、その都度「もう少し頑張ってみよう。」と答えていた。

- 2 ある日の夜、甲と丙が就寝した後、乙は、「丙を道連れに先に死のう。」と思い、衣装ダンスの中から甲のネクタイを取り出し、眠っている丙の首に巻き付けた上、絞め付けた。乙は、丙が身動きをしなくなったことから、丙の首を絞め付けるのをやめ、台所に行って果物ナイフを持ち出し、布団の上で自己の腹部に果物ナイフを突き刺し、そのまま横たわった。

甲は、乙のうめき声で目を覚ましたところ、丙の首にネクタイが巻き付けられていて、乙の腹部に果物ナイフが突き刺さっていることに気が付いた。

甲が乙に「どうしたんだ。」と声を掛けると、乙は、甲に対し、「ごめんなさい。私にはもうこれ以上頑張ることはできなかった。早く楽にして。」と言った。甲は、「助けを呼べば、乙が丙を殺害したことが発覚してしまう。しかし、このままだと乙が苦しむだけだ。」と考え、乙殺害を決意し、乙の首を両手で絞め付けたところ、乙が動かなくなり、うめき声も出さなくなったことから、乙が死亡したと思い、両手の力を抜いた。

- 3 その後、甲は、「乙が丙を殺した痕跡や、自分が乙を殺した痕跡を消してしまいたい。家を燃やせば乙や丙の遺体も燃えるので焼死したように装うことができる。」と考え、乙と丙の周囲に灯油をまき、ライターで点火した上、甲宅を離れた。その結果、甲宅は全焼し、焼け跡から乙と丙の遺体が発見された。

- 4 乙と丙の遺体を司法解剖した結果、両名の遺体の表皮は、熱により損傷を受けていること、乙の腹部の刺創は、主要な臓器や大血管を損傷しておらず、致命傷とはなり得ないこと、乙の死因は、頸部圧迫による窒息死ではなく、頸部圧迫による意識消失状態で多量の一酸化炭素を吸引したことによる一酸化炭素中毒死であること、丙の死因は、頸部圧迫による窒息死であることが判明した。

## MEMO

**Aさんの再現答案 評価D**

- 1 1(1) 甲は乙の首を両手で絞めるという死の結果発生の実害危険ある  
 2 行為を、殺意をもって行っているから、殺人の実行行為（43条）が  
 3 ある。一方、乙は甲に対し、「早く楽にして。」と述べ、死に対して  
 4 「承諾」あると思われるから、同意殺人罪（202条後段）とならな  
 5 いか。  
 6 同意殺人罪は人の生命という重要な法益を奪うものであるから、  
 7 「承諾」は被害者の真摯なものでなくばならず、かつ行為者がこれ  
 8 を認識していなければならない。  
 9 本件では、乙は丙とともに心中を図り、丙を殺害するとともに、自  
 10 らの腹部にナイフを突き刺していることから、「早く楽にして。」と  
 11 の甲への申し向けは、死に対する真摯な同意といえる。そして、乙  
 12 はそれまでも甲に対して「みんなで一緒に死にましょう。」と繰り返し述べ、犯行当日も丙の首にネクタイが巻き付けられ、乙の腹部にナイフが突き刺さっていたことから、乙が心中を図ったことを認識し、その同意が真摯なものであることも認識していたといえる。  
 13 したがって、甲には乙に対する同意殺人罪が成立すると思える。  
 14 (2) しかし、本件で乙の死因は首締めによるものではなく、後の甲の  
 15 放火行為による一酸化炭素中毒であるから、甲の首締めによる実行  
 16 行為と乙の死との因果関係が否定されないか。  
 17 因果関係は当該行為の危険が結果に現実化した場合に認められる。具体的には、当該行為が結果発生に主に寄与した場合、または後の行為が結果に主に寄与したと認められるが、後の行為が当初の実行行為に誘発されるなど、両行為が密接に関連している場合に認められる。  
 18 本件では乙の死因は放火による一酸化炭素中毒であり、後の行為が結果に大きく寄与したといえるが、甲は絞首行為の罪証隠滅を図っており、当初の実行行為に誘発されたものといえ、両行為には密接な関連がある。したがって、甲の絞首行為の危険性が結果へと現実化したといえ、甲の絞首行為と乙の死の結果との間には因果関係が認められる。  
 19 (3) 乙の死との間に因果関係が認められるとしても、甲は絞首行為によって乙が死亡していると考えており、因果関係の錯誤があるものとして、故意が阻却されないか（38条1項）。  
 20 故意責任の本質は、規範に直面し反対動機が形成し得たにもかかわらず、あえて行為に出たことに対する非難である。そして、規範は構成要件の形で与えられているから、行為者の認識と発生した結果とが相当因果関係の範囲で同一構成要件内で符合している限り規範に直面しているといえ、故意を問いうる（法定的符合説）。  
 21 殺人犯人が証拠隠滅のために放火行為に及ぶことも相当因果関係内にあるといえるから、本件では甲の故意は阻却されない。  
 22 (4) 以上から、甲には乙に対する同意殺人罪が成立する。  
 23 2(1) 甲は甲宅に放火しているが、犯人以外の者が使用せず、現在しない建物であれば、非現住建築物放火罪（109条）が成立する。しかし、本件では未だ乙が死亡しておらず、客観的には現住建築物放火

罪（108 条）を犯している。そこで 108 条の故意として、現住・現在性の認識を要するかが問題となる。

108 条が 109 条に比べて嚴罰をもって臨んでいるのは、人の生命身体に対する抽象的危険があるからである。そして、108 条の故意を問いうるには少なくともこの抽象的危険の認識可能性なくばならないが、現住・現在性の認識なければ上記の認識可能性がなく、故意を問えない。

本件では、甲は乙も丙も死亡していると考えており、現住・現在性の認識ないから、108 条の故意を問えず、現住建造物放火罪は成立しない。

(2) 一方、甲は認識と結果との間にズレがあるから、109 条の故意も問えないか。

先の法定的符合説にしたがって判断すると、異なる構成要件にまたがる抽象的事実の錯誤では、規範に直面せず、原則として故意を問えない。しかし、行為者の認識にかかる構成要件と発生した結果の構成要件との間に実質的な重なり合いがある場合は、その限度で規範に直面しているといえ、故意を問いうる。そして、構成要件の実質的な重なり合いの有無は、法益の共通性及び行為態様の共通性をもって判断する。

非現住建造物放火罪と現住建造物放火罪の本質はいずれも財産犯であり、法益に共通性がある上、放火という行為態様にも共通性がある。したがって、両罪の構成要件には実質的な重なり合いがあり、軽い非現住建造物放火罪の限度で故意を問える。

(3) 以上から、甲には自己所有の非現住建造物放火罪（109 条 2 項）が成立するも、「公共の危険」が生じていないから、不可罰となる。

「公共の危険」とは、建物の外部に対する抽象的危険をいい、建物内部の乙への危険は含まないからである。

3 よって、甲は、乙に対する同意殺人罪のみ罪責を負う。

以 上

**Bさんの再現答案 評価A**

- 1 1 乙に対する同意殺人罪
- 2 (1) 甲は、自ら腹部にナイフを刺した乙に「楽にして」と言われて、
- 3 乙の首を絞め、乙は死亡している。そこで、乙に対する嘱託殺人罪
- 4 (刑法 202 条後段) が成立しないか検討する。
- 5 (2) 乙は、甲に殺害して欲しいと考えて「楽にして」と言ったと考え
- 6 られる。したがって、乙の発言を受けて、乙の首を絞めた甲は、「人
- 7 をその嘱託を受け…て殺」す行為を行ったといえ、嘱託殺人罪の実
- 8 行に着手したといえる。
- 9 (3) もっとも、乙は一酸化炭素中毒で死亡している。そこで、甲の行
- 10 為と乙の死亡との間に因果関係が認められるかが問題となる。
- 11 刑法の因果関係が認められるには、条件関係があることを前提に、
- 12 その行為からその結果が生じるのが社会通念上相当と認められる
- 13 ことが必要と考える。相当性は、行為者が特に認識・予見していた
- 14 事情、一般人が認識・予見できた事情を基礎事情として判断する。
- 15 本問では、甲が放火を行っている。殺人犯人が証拠隠滅のために
- 16 殺人の現場となった家屋に放火することはいかなる点でもあり得ないことではな
- 17 いので、一般人にとって予見可能である。そうすると、首を絞めら
- 18 れた者が気を失い、火災によって生じた一酸化炭素を大量に吸いこ
- 19 み、一酸化炭素中毒で死亡することは、相当といえる。
- 20 したがって、甲の行為と乙の死亡との間に因果関係が認められる。
- 21 (4) 以上より、乙に対する嘱託殺人罪 (刑法 202 条後段) が成立する。
- 22 2 他人所有非現住建築物放火罪 (109 条 1 項)
- 23 甲は、乙丙とも死亡したと思って、甲宅に放火し、全焼させている。
- 24 そこで、他人所有非現住建築物放火罪 (109 条 1 項) が成立しないか
- 25 検討する。
- 26 甲が甲宅に放火したとき、甲宅に住む乙は生きていた。そうだとす
- 27 ると、甲宅は「現に人が住居に使用し」ている「建築物」であり、現
- 28 住建築物 (108 条) に当たり、これを全焼させた甲の行為は、客観的
- 29 には現住建築物放火既遂罪の構成要件に該当する。
- 30 しかし、甲は乙が死亡したと考えているので、現住建築物であるこ
- 31 との認識がない。したがって、38 条 2 項より、甲を現住建築物放火既
- 32 遂罪によって処断できない。
- 33 ただ、軽い罪の故意で重い罪を犯した場合、両罪の構成要件が保護
- 34 法益・行為態様を基準に重なり合う場合には、軽い罪について故意犯
- 35 が成立すると考える。
- 36 本問では、甲宅には抵当権が設定されており、「物件を負担」して
- 37 おり (115 条)、甲はこのことを通告により知っているため、他人所有
- 38 非現住建築物放火罪の事実を認識している。
- 39 他人所有非現住建築物放火罪と現住建築物放火既遂罪は、ともに公
- 40 共の安全を保護法益とする。また、建築物に放火するという行為態様
- 41 は共通する。したがって、両罪の構成要件が保護法益・行為態様を基
- 42 準に重なり合うといえ、軽い他人所有非現住建築物放火罪について故
- 43 意犯が成立する。
- 44 以上より、他人所有非現住建築物放火罪が成立する。

3 証拠隠滅罪

甲は、乙が丙を殺した痕跡を消してしまいたいと考えて甲宅に放火して全焼させて、「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅」しているので、証拠隠滅罪（104 条）が成立する。ただ、「犯人…の親族が」犯人のために犯しているので、任意的に免除される（105 条）。

4 罪数

以上より、①甲に乙に対する嘱託殺人罪（刑法 202 条後段）、②他人所有非現住建造物放火罪、③証拠隠滅罪（104 条）が成立し、②③は一個の行為で行われているので観念的競合（54 条 1 項前段）となり、①と併合罪（45 条）となる。③については、任意的に免除される。

以 上



**Cさんの再現答案 評価C**

1 1 甲は、「早く楽にして。」という乙の言動に応じて、乙を殺害する意  
2 図で、乙の首を両手で絞めつけたところ、死亡するに至らなかったの  
3 で、上記行為につき、同意殺人未遂罪（刑法 203 条、202 条後段）が  
4 成立する。

5 なぜなら、乙は、ローンの返済ができない経済状況に将来を悲観し  
6 て「みんなで死にましょう。」と繰り返し言っており、上記行為当時  
7 においても、乙が丙を絞殺し、自らの腹部にナイフを突き刺している状  
8 況にあったのだから、「早く楽にして。」との乙の言葉は、乙の真意に  
9 基づく「囑託」に当たるといえるからである。

10 2 甲は、甲宅を燃やす意図で、甲宅内で灯油をまき、ライターで点火  
11 しており、その結果、甲宅は全焼しているので、非現住建造物放火罪  
12 （109 条 1 項）が成立するか。

13 甲宅は自己所有ではあるが、住宅ローン会社が当該家屋に抵当権を  
14 設定しているので、「物権を負担し」た建造物であるから、他人所有と  
15 して扱われる（115 条）。

16 放火当時、乙は生存していたので、客観的には甲宅は現住建造物  
17 （108 条）であるが、甲は、乙がすでに死亡したと誤信していたので、  
18 非現住建造物であるとの認識しかない。

19 そこで、現住建造物放火の故意は認められないのではないか（38 条  
20 2 項）。

21 故意責任の本質は、犯罪事実を認識して、規範に直面したにもかか  
22 わらず、あえて犯罪行為を行ったことに対する道義的非難にある。規  
23 範は構成要件ごとに付与されているので、本件のように異なる構成要  
24 件間の錯誤においては、故意は認められないのが原則である。もっと  
25 も、保護法益及び行為態様を基準として構成要件間に実質的な重なり  
26 合いがある場合には、軽い犯罪の限度で故意が認められるものと解す  
27 る。なぜなら、この限度で規範に直面しているといえるからである。

28 現住建造物放火罪と非現住建造物放火罪の保護法益は、ともに、人  
29 の生命・身体の安全及び社会公衆の安全であり、それらの行為態様は  
30 ともに放火行為であるから、共通している。したがって、実質的に重  
31 なり合いがあるといえるので、軽い非現住建造物放火罪の限度で故意  
32 が認められる。

33 したがって、上記行為につき、非現住建造物放火罪が成立する。

34 3 甲は、乙の遺体を燃やす意図で、上記放火行為をしており、その結  
35 果、乙は一酸化炭素中毒死しているので、乙に対する囑託殺人罪（202  
36 条）が成立するか。

37 主観的には死体損壊罪（190 条）の意図で、客観的には囑託殺人罪  
38 を実現しているので、異なる構成要件間の錯誤がある。そこで、上記  
39 と同様の規範で処理する。

40 死体損壊罪の保護法益は、遺体に対する畏敬の念等の健全な風俗で  
41 あり、人の生命・身体の安全とは大きく異なる。また、死体損壊罪の  
42 行為態様は、死体を通常の方法とは異なる方法で処分する行為であっ  
43 て、人の生命を断絶する行為とは、大きく異なる。したがって、両者  
44 間には実質的な重なり合いが認められないので、故意を認めることは



|     |
|-----|
| 問 題 |
|-----|

**〔刑事訴訟法〕**

次の記述を読んで、後記の設問に答えなさい。

警察官は、甲が、平成23年7月1日にH市内において、乙に対して覚せい剤10グラムを30万円で譲渡したとの覚せい剤取締法違反被疑事件につき、甲宅を搜索して現金の出納及び甲の行動等に関する証拠を収集するため、H地方裁判所裁判官に対し、搜索差押許可状の発付を請求した。これを受けてH地方裁判所裁判官は、罪名として「覚せい剤取締法違反」、差し押さえるべき物として「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモその他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」とそれぞれ記載した搜索差押許可状を発付した。

**〔設問1〕**

この搜索差押許可状の罪名及び差し押さえるべき物の記載は適法か。

**〔設問2〕**

仮に、搜索差押許可状の記載が適法であったとして、警察官が、この搜索差押許可状に基づき、甲宅を搜索した際に、「6/30 250万円 丙から覚せい剤100グラム購入」と書かれたメモを発見した場合、これを差し押さえることができるか。

**（参照条文）覚せい剤取締法**

第41条の2 第1項覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第42条第5号に該当する者を除く。）は、10年以下の懲役に処する。

## MEMO

**Aさんの再現答案 評価A**

1 第1. 設問1

2 1 本件令状の罪名の記載は、搜索差押令状の記載についての219条  
3 1項に反しないか。219条1項は「罪名」とのみ規定され、罰条の  
4 記載まで求めている。また、搜索差押令状は第三者に呈示される  
5 ことがあるから、被疑者のプライバシーを保護するため、罰条の記  
6 載をすべきでない。よって、罰条の記載なき、本件令状の罪名の記  
7 載は適法である。

8 2 本件令状の差し押さえるべき物として、「本件に関係ありと思料さ  
9 れる一切の文書及び物件」との概括的記載は219条1項に反しない  
10 か。

11 219条1項が「差し押さえるべき物」の記載を求める趣旨は、差押  
12 対象者に対して当該物が差押えの対象になるかを判断させ、不服申  
13 立ての機会を与えることにある。したがって、その記載としては差  
14 押えを受ける一般人の側において、当該物が差し押さえる対象にな  
15 るかを明確に判断し得る程度の記載がなされなければならない。と  
16 すると、「本件に関係あり・・・物件」との記載のみでは許されな  
17 いが、具体的な例示に付加されているなど、概括的記載も特定がな  
18 されていれば許される。

19 本件では「本件に関係あり・・・物件」との記載は、「金銭出納  
20 簿、預金通帳、日記、手帳、メモ」といった具体的例示に付加され、  
21 これらに準じる物であることが明らかであるから、特定はなされて  
22 おり、差し押さえるべき物の記載として適法である。

23 第2. 設問2

24 1 甲宅を搜索した際に発見された「6/30 250万円 丙から覚せい  
25 剤 100グラム購入」との記載あるメモ（以下、「本件メモ」とす  
26 る）を、本件差押令状により差し押さえることができるか。本件メ  
27 モは、その記載から6月30日における丙からの覚せい剤の譲り受  
28 けという別の犯罪の証拠と思われるから、本件差押令状の効力が及  
29 ぶか問題となる。

30 2 搜索差押はあくまで被疑事実の証拠収集の限度で認められるに過  
31 ぎないし、裁判所の令状発布の必要性も被疑事件との関連で審査さ  
32 れるから、他の犯罪の証拠を差押えることは令状主義（憲法33条、  
33 法218条1項）の潜脱として許されない。しかし、他の犯罪の証拠  
34 となり得る物であっても、本件被疑事実と密接に関連し、被疑者の  
35 処分を決定し量刑を判断するなど、本件犯罪の解明に役立つ物につ  
36 いては搜索差押令状の効力が及ぶと解すべきである。

37 3 本件メモは、6月30日における丙からの覚せい剤100グラム購入  
38 の被疑事実の証拠となりうるものであるが、この購入された覚せい  
39 剤は、平成23年7月1日における乙への覚せい剤譲り渡しという  
40 本件被疑事実において、乙へ転売された覚せい剤であると考えられ  
41 る。したがって、本件被疑事実の覚せい剤の購入経路を解明するた  
42 めの証拠として、密接に関連する。

43 乙への譲渡は丙からの購入の翌日であるとみられ、しかも100グ  
44 ラムの購入に対して、10グラムの譲渡であるから、覚せい剤事犯に

45 は常習性あることから、甲は残り 90 グラムについても、10 グラム  
46 あたり 30 万円で売買していることが窺われる。そのため、甲の余  
47 罪を捜査し、本件について甲の起訴・不起訴処分や量刑を決定する  
48 上で重要な証拠となり、本件犯罪の解明に役立つものといえる。

49 確かに本件メモには丙からの購入年の記載はないが、7月1日は  
50 6月30日の翌日と購入と譲渡の日時が近接しており、しかも250  
51 万円での購入に対し10グラムあたり30万円で転売していけば100  
52 万円の利益がでることから、本件被疑事実と無関係であるとは考え  
53 られない。

54 以上から、本件メモには本件令状の効力が及び、差し押さえるこ  
55 とができる。

56 以 上

**Bさんの再現答案 評価A**

1 設問 1

2 1 罪名の記載

3 本問では、搜索差押許可状には、罪名として覚せい剤取締法違反と  
4 記載されている。このような罪名の記載は適法か。

5 搜索差押許可状には罪名の記載が明文上要求されている（刑事訴訟  
6 法 219 条 1 項）。その趣旨は、被処分者及び捜査機関に受忍すべき範囲  
7 及び処分を行い得る範囲を明示するためである。そうだとすると、罪  
8 名の記載として罰条の記載まで必要とも思える。

9 しかし、捜査の初期の段階では罪名まで明らかになっていないケー  
10 スもありうる。また、捜査の秘密を保持すべき要請もある。

11 そこで、罪名の記載として罰条の記載までは不要と考えるべきであ  
12 る。

13 したがって、覚せい剤取締法違反との罪名の記載は適法である。

14 2 差し押さえるべき物の記載

15 本問の搜索差押許可状には、「その他本件に関係ありと思料される  
16 一切の文書及び物件」との概括的な記載がされている。このような概  
17 括的記載は適法か。

18 搜索差押許可状には差し押さえるべき物が明文上要求されている  
19 （刑事訴訟法 219 条 1 項）。その趣旨は、被処分者及び捜査機関に受忍  
20 すべき範囲及び処分を行い得る範囲を明示するためである。そうだと  
21 すると、差し押さえるべき物の記載として概括的記載は許されない  
22 とも思える。

23 しかし、捜査の初期の段階では罪名まで明らかになっていないケー  
24 スもありうる。また、捜査の秘密を保持すべき要請もある。

25 そこで、具体的な差押物件に続けてする概括的記載は許されると考  
26 えるべきである。

27 本問では、具体的な差押物件に続けて「その他本件に関係ありと思  
28 料される一切の文書及び物件」との概括的な記載がされている。

29 したがって、差し押さえるべき物の記載は適法である。

30 設問 2

31 1 警察官は、甲宅を搜索した際に発見したメモ（以下、本問メモとい  
32 う）を差し押さえることができるか。

33 この点、搜索差押令状の効力はその被疑事実に関連する範囲でのみ  
34 生じる。

35 本問の搜索差押許可状の被疑事実、甲が乙に平成 23 年 7 月 1 日  
36 に乙に対して覚せい剤を譲渡したという覚せい剤譲渡の事実である。

37 本件メモには丙から覚せい剤を購入した事実が記載されており、覚  
38 せい剤購入の事実に関するものであるから、本問メモは覚せい剤譲渡  
39 の事実とは無関係とも思える。

40 しかし、覚せい剤を譲渡するには入手しなければならない。そうだ  
41 とすると、覚せい剤購入の事実は覚せい剤譲渡の事実と関連しており、  
42 本問メモは覚せい剤譲渡の事実と関連するといえる。

43 したがって、警察官は、本問の搜索差押許可状によって、本問メモ  
44 を差し押さえることができる。 以 上

45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88



**Cさんの再現答案 評価B**

1 〔設問1〕について

2 1 本件搜索差押許可状は、罪名と差し押さえるべき物として、幅のあ  
3 る記載をしているので、刑事訴訟法 219 条 1 項の要求する特定性に欠  
4 け、違法となるか。

5 2 同条項は、憲法 35 条 1 項を具体化したもので、その趣旨は、搜索差  
6 押の範囲を明確にして、捜査機関の恣意を防ぎ、捜査の適性を確保す  
7 ると同時に、被処分者に知らしめることで(同法 222 条 1 項, 110 条)、  
8 防御の範囲を明示する点にある。この趣旨に照らすと、できるだけ具  
9 体的に特定することが望ましい。他方で、とりわけ捜査の初期段階で  
10 特定性を要求すると、搜索差押の実効性を確保し得ず、捜査の必要性・  
11 真実発見(同法 1 条参照)を害する。

12 そこで、被処分者の防御活動を阻害しない限度で、一定程度幅のあ  
13 る記載は許されるものと解する。

14 3(1) 罪名

15 本件は、甲の乙に対する覚せい剤譲渡という被疑事件であるところ、  
16 本件許可状には、罪名として「覚せい剤取締法違反」と記載され  
17 ているのみである。

18 搜索差押令状に記載すべき「罪名」と「犯罪事実の要旨」とは条文  
19 上明確に区別されている(刑事訴訟規則 155 条 1 項 4 号)ので、  
20 同一法条のいずれの事実にも該当するかまで特定を要求していると  
21 は解されない。

22 また、覚せい剤の所持・譲渡・譲受けは、それぞれ密接に関連し  
23 た一連の事態であるし、すべて法定刑は同一である。

24 したがって、被処分者の防御活動を阻害しない限度で特定されて  
25 いるといえるので、罪名の記載は適法である。

26 なお、本件許可状の罪名には、条文番号の記載もないが、その場  
27 合であっても、同様に解することができる。

28 (2) 差し押さえるべき物

29 「その他本件に関係ありと資料される一切の文書及び物件」とい  
30 う幅のある記載がなされているが、「その他」の前に、金銭出納簿、  
31 預金通帳、日記、手帳、メモという具体的な例示を挙げているので、  
32 被処分者は、搜索差押の対象となる物の範囲を判断することが可能  
33 である。

34 したがって、被処分者の防御活動を阻害しない限度で特定されて  
35 いるといえるので、差し押さえるべき物の記載は適法である。

36 4 したがって、本件許可状の記載は適法である。

37 〔設問2〕について

38 1 本件メモの記載は、甲が丙から覚せい剤を譲り受けた事実を推認さ  
39 せる内容であって、本件被疑事件である甲が乙へ覚せい剤を譲渡した  
40 事実とは関連がないとも思える。そこで、本件メモは本件許可状の「差  
41 し押さえるべき物」には当たらないのではないか。

42 2 強制処分である搜索差押えに令状を要求した令状主義の趣旨(司法  
43 によるチェック)に照らすと、関連性のない物が差押えの対象となら  
44 ないことがもちろんである。もっとも、被疑事実を立証する上で、重

要な間接証拠となる事実も、捜査の必要性の観点から、関連性があるものと解してよい。

3 本件メモの記載と本件被疑事実とを比較すると、甲が覚せい剤を譲り受けた日付と譲り渡した日付が近接していること、覚せい剤の購入価格と売却価格が近いことから、甲が、丙から購入した覚せい剤を、一定の利益を上乗せした代金で乙に転売した可能性がある。そうであれば、本件メモの記載内容は、本件被疑事実を推認する間接事実として、重要な間接証拠となるので、関連性が認められる。

4 したがって、本件メモは、本件許可状の差し押さえるべき物としての「メモ」に該当するので、別件差押にはならず、本件許可状に基づき差し押さえることができる。

以 上

## 問 題

### [民 事]

#### [設問 1]

別紙【Xの相談内容】は、弁護士PがXから受けた相談の内容の一部を記載したものである。これを前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Pは、Xの依頼により、Xの訴訟代理人として、A Y間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を訴訟物として、Yに対して100万円の支払を請求する訴え（以下「本件訴え」という。）を提起しようと考えている（なお、利息及び遅延損害金については請求しないものとする。以下の設問でも同じである。）。弁護士Pが、別紙【Xの相談内容】を前提に、本件訴えの訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として必要十分な最小限のものを主張する場合、次の各事実の主張が必要であり、かつ、これで足りるか。結論とともに理由を説明しなさい。

- ① 平成16年10月1日、Yは、平成17年9月30日に返済することを約して、Aから100万円の交付を受けたとの事実
- ② 平成22年4月1日、Aは、Xに対して、①の貸金債権を代金80万円で売ったとの事実
- ③ 平成17年9月30日は到来したとの事実

#### [設問 2]

弁護士Pは、訴状に本件の請求を理由づける事実を適切に記載した上で、本件訴えを平成23年2月15日に提起した（以下、この事件を「本件」という。）。数日後、裁判所から訴状の副本等の送達を受けたYが、弁護士Qに相談したところ、弁護士Qは、Yの訴訟代理人として本件を受任することとなった。別紙【Yの相談内容】は、弁護士QがYから受けた相談の内容の一部を記載したものである。これを前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Qは、別紙【Yの相談内容】を前提に、答弁書において抗弁として消滅時効の主張をしようと考えている。弁護士Qとして、答弁書において必要十分な最小限の抗弁事実を主張するに当たり、消滅時効の理解に関する下記の甲説に基づく場合と乙説に基づく場合とで、主張すべき事実の違いがあるか。結論とともに理由を説明しなさい。なお、本件の貸金返還請求権について商法第522条が適用されることは解答の前提としてよい。

- 甲説・・時効による債権消滅の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生じるものではなく、時効が援用されたときに初めて確定的に生じる。
- 乙説・・時効による債権消滅の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生じる。時効の援用は、「裁判所は、当事者の主張しない事実を裁判の資料として採用してはならない」という民事訴訟の一般原則に従い、時効の完成に係る事実を訴訟において主張する行為にすぎない。

### 〔設問 3〕

弁護士Qは、別紙【Yの相談内容】を前提に、答弁書に消滅時効の抗弁事実を適切に記載して裁判所に提出した。

本件については、平成23年3月14日に第1回口頭弁論期日が開かれた。同期日には、弁護士Pと弁護士Qが出頭し、弁護士Pは訴状のとおり陳述し、弁護士Qは答弁書のとおり陳述した。その上で、両弁護士は次のとおり陳述した。これを前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士P：Y側は消滅時効を主張しています。しかし、私がXから聴取しているところでは、Aは、平成22年4月1日にXに本件の貸金債権を譲渡し、同日にYにその事実を電話で通知した、そこで、Xは、5年の時効期間が経過する前の同年5月14日にYの店に行き、Yに対して本件の借金を返済するよう求めたが、そのときにYが確たる返事をしなかったことから、しばらく様子を見ていた、その後、Xが、同年12月15日に再びYの店に行ったところ、Yの方から返済を半年間待つてほしいと懇請された、とのことでした。このような経過を経て、私がXから依頼を受けて、平成23年2月15日に本件訴えを提起したものです。ですから、Y側の消滅時効の主張は通らないと思います。

弁護士Q：私も、Yから、A及びXとの間のやりとりについて詳しく確認してきましたが、Yは、平成22年中に、AともXとも話をしたことはないとのことでした。

訴状に記載された本件の請求を理由づける事実及び答弁書に記載された消滅時効の抗弁事実がいずれも認められるとした場合、裁判所は、本件の訴訟の結論を得るために、弁護士Pによる上記陳述のうちの次の各事実を立証対象として、証拠調べをする必要があるか。結論とともにその理由を説明しなさい。なお、各事実を間接事実として立証対象とすることは考慮しなくてよい。

- ① Xは、5年の時効期間が経過する前の平成22年5月14日に、Yに対して、本件の借金を返済するよう求めたとの事実
- ② 平成22年12月15日に、YがXに対して、本件の借金の返済を半年間待つてほしいと懇請したとの事実

### 〔設問 4〕

本件の第1回口頭弁論期日において、弁護士Pは、「平成22年4月1日、Aは、Xに対して、①の貸金債権を80万円で売った。」との事実（設問1における②の事実）を立証するための証拠として、A名義の署名押印のある別紙【資料】の領収証を、作成者はAであるとして提出した。これに対して弁護士Qは、この領収証につき、誰が作成したものか分からないし、A名義の署名押印もAがしたものかどうか分からないと陳述した。これを前提に、以下の問いに答えなさい。

上記弁護士Qの陳述の後、裁判官Jは、更に弁護士Qに対し、別紙【資料】の領収証にあるA名義の印影がAの印章によって顕出されたものであるか否かを尋ねた。裁判官Jがこのような質問をした理由を説明しなさい。

〔設問 5〕

本件の審理の過程において、弁護士P及びQは、裁判官Jからの和解の打診を受けて、1か月後の次回期日に和解案を提示することになった。和解条件についてあらかじめ被告側の感触を探りたいと考えた弁護士Pは、弁護士Qに電話をかけたが、弁護士Qは海外出張のため2週間不在とのことであった。この場合において、早期の紛争解決を望む弁護士Pが、被告であるYに電話をかけて和解の交渉をすることに弁護士倫理上の問題はあるか。結論と理由を示しなさい。なお、弁護士職務基本規程を資料として掲載してあるので、適宜参照しなさい。

## (別 紙)

### 【Xの相談内容】

私は甲商店街で文房具店を営んでおり、隣町の乙商店街で同じく文房具店を営んでいるAとは旧知の仲です。平成16年10月1日、Aと同じ乙商店街で布団店を営んでいるYは、資金繰りが苦しくなったことから、いとこのAから、平成17年9月30日に返済する約束で、100万円の交付を受けて借り入れました。ところが、Yは、返済期限が経過しても営業状況が改善せず、返済もしませんでした。Aもお人好しで、特に催促をすることもなく、Yの営業が持ち直すのを待っていたのですが、平成21年頃、今度はAの方が、資金繰りに窮することになってしまいました。そこで、Aは、Yに対して、上記貸金の返済を求めましたが、Yは返済をしようとしなかったそうです。そのため、私は、Aから窮状の相談を受けて、平成22年4月1日、Yに対する上記貸金債権を代金80万円で買い取ることにし、同日、Aに代金として80万円を支払い、その場でAはYに対して電話で債権譲渡の通知をしました。

このような次第ですので、Yにはきちんと100万円を支払ってもらいたいと思います。

### 【Yの相談内容】

私は、乙商店街で布団店を営んでいますが、営業が苦しくなったことから、平成16年10月1日に、いとこのAから、返済期限を平成17年9月30日として100万円を借りました。私は、この金を使って店の立て直しを図りましたが、うまくいかず、返済期限を過ぎても返済しないままになってしまいました。Aからは、平成21年頃に一度だけ、この借金を返済してほしいと言われたことがあります。返す金もなかったことから、ついあの金はもらったものなどと言ってしまいました。その後は、気まずかったので、Aとは会っていませんし、電話で話したこともありません。

そうしたところ、平成23年2月15日に、XがP弁護士を訴訟代理人として本件訴えを起こしてきました。そこで、私は、同月21日に、訴訟関係書類に記載されていたXの連絡先に電話をかけて、Xに対し、XがAから本件の貸金債権を譲り受けたという話は聞いていないし、そもそも今回の借金は、Aから借りた時から既に6年以上が経過しており、返済期限からでも5年以上が経過していて、時効にかかっているから支払うつもりはないと伝えました。

このような次第ですので、私にはXに100万円を支払う義務はないと思います。

### 【資料】

#### 領 収 証

X 様

本日、Yに対する百萬円の貸金債権の譲渡代金として、金八十萬円を領収致しました。

平成22年4月1日

A

A印

(業務を行わない事件)

第六十五条 弁護士法人は、次の各号のいずれかに該当する事件については、その業務を行ってはならない。ただし、第三号に規定する事件については受任している事件の依頼者の同意がある場合及び第五号に規定する事件についてはその職務を行っていない社員がその弁護士法人の社員の総数の半数未満であり、かつ、その弁護士法人に業務の公正を保ち得る事由がある場合は、この限りでない。

一 相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件

二 相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基づく認められるもの

三 受任している事件の相手方からの依頼による他の事件

四 社員等又は使用人である外国法事務弁護士が相手方から受任している事件

五 社員が第二十七条、第二十八条又は第六十三条第一号若しくは第二号のいずれかの規定により職務を行っていない事件

(同前)

第六十六条 弁護士法人は、前条に規定するもののほか、次の各号のいずれかに該当する事件については、その業務を行ってはならない。ただし、第一号に掲げる事件についてはその依頼者及び相手方が同意した場合、第二号に掲げる事件についてはその依頼者及び他の依頼者のいずれもが同意した場合並びに第三号に掲げる事件についてはその依頼者が同意した場合は、この限りでない。

一 受任している他の事件の依頼者又は継続的な法律事務の提供を約している者を相手方とする事件

二 依頼者の利益と他の依頼者の利益が相反する事件

三 依頼者の利益とその弁護士法人の経済的利益が相反する事件

(同前)受任後

第六十七条 社員等は、事件を受任した後に第六十三条第三号の規定に該当する事由があることを知ったときは、速やかに、依頼者にその事情を告げ、辞任その他の事案に応じた適切な措置をとらなければならない。

2 弁護士法人は、事件を受任した後に第六十五条第四号又は第五号の規定に該当する事由があることを知ったときは、速やかに、依頼者にその事情を告げ、辞任その他の事案に応じた適切な措置をとらなければならない。

五号の規定に該当する事由があることを知ったときは、速やかに、依頼者にその事情を告げ、辞任その他の事案に応じた適切な措置をとらなければならない。

(事件情報の記録等)

第六十八条 弁護士法人は、その業務が制限されている事件を受任すること及びその社員等若しくは使用人である外国法事務弁護士が職務を行っていない事件を受任することを防止するため、その弁護士法人、社員等及び使用人である外国法事務弁護士の取扱事件の依頼者、相手方及び事件名の記録その他の措置をとるよう努める。

(準用)

第六十九条 第一章から第三章まで(第十六条、第十九条、第二十三条及び第三章中第二節を除く。)、第六章及び第九章から第十二章までの規定は、弁護士法人に準用する。

第九章 他の弁護士との関係における規律

(名譽の尊重)

第七十条 弁護士は、他の弁護士、弁護士法人及び外国法事務弁護士(以下「弁護士等」という。)との関係において、相互に名譽と信義を重んじる。

(弁護士に対する不利益行為)

第七十一条 弁護士は、信義に反して他の弁護士等を不利益に陥れてはならない。

(他の事件への不当介入)

第七十二条 弁護士は、他の弁護士等が受任している事件に不当に介入してはならない。

(弁護士間の紛議)

第七十三条 弁護士は、他の弁護士等との間の紛議については、協議又は弁護士会の紛議調停による円満な解決に努める。

第十章 裁判の関係における規律

(裁判の公正と適正手続)

第七十四条 弁護士は、裁判の公正及び適正手続の実現に努める。

(偽証のそのほか)

第七十五条 弁護士は、偽証若しくは虚偽の陳述をそのほか、又は虚偽と知りながらその証拠を提出してはならない。

(裁判手続の遅延)

第七十六条 弁護士は、怠慢により又は不当な目的のため、裁判

手続を遅延させてはならない。

(裁判官等との私的関係の不当利用)

第七十七条 弁護士は、その職務を行うに当たり、裁判官、検察官その他裁判手続に関わる公職にある者との縁故その他の私的関係があることを不当に利用してはならない。

第十一章 弁護士会との関係における規律

(弁護士法等の遵守)

第七十八條 弁護士は、弁護士法並びに本会及び所属弁護士会の会則を遵守しなければならない。

(委嘱事項の不当拒絶)

第七十九條 弁護士は、正当な理由なく、会則の定めるところにより、本会、所属弁護士会及び所属弁護士会が弁護士法第四十四条の規定により設けた弁護士会連合会から委嘱された事項を行うことを拒絶してはならない。

第十二章 官公署との関係における規律

(委嘱事項の不当拒絶)

第八十条 弁護士は、正当な理由なく、法令により官公署から委嘱された事項を行うことを拒絶してはならない。

(受託の制限)

第八十一条 弁護士は、法令により官公署から委嘱された事項について、職務の公正を保ち得ない事由があるときは、その委嘱を受けてはならない。

第十三章 解任適用指針

(解任適用指針)

第八十二条 この規程は、弁護士の職務の多様性と個別性にかんがみ、その自由と独立を不当に侵すことのないよう、実質的に解任し適用しなければならない。第五條の解任適用に当たって、刑事弁護においては、被疑者及び被告人の防御権並びに弁護人の弁護権を侵害することのないよう留意しなければならない。

第一章並びに第二十条から第二十六条まで、第二十六条、第三十三条、第三十七條第二項、第四十六條から第四十八條まで、第五十条、第五十五條、第五十九條、第六十一条、第六十八條、第七十条、第七十三條及び第七十四條の規定は、弁護士の職務の行動指針又は努力目標を定めたものとして解釈し適用しなければならない。

附則

この規程は、平成十七年四月一日から施行する。

(刑事弁護の心構え)

第四十六條 弁護士は、被疑者及び被告人の防御権が保障されていることにかんがみ、その権利及び利益を擁護するため、最善の弁護活動に努める。

(接見の確保と身体拘束からの解放)

第四十七條 弁護士は、身体の拘束を受けている被疑者及び被告人について、必要な接見の機会の確保及び身体拘束からの解放に努める。

(防御権の説明等)

第四十八條 弁護士は、被疑者及び被告人に対し、黙秘権その他の防御権について適切な説明及び助言を行い、防御権及び弁護権に対する違法又は不当な制限に対し、必要な対抗措置をとるよう努める。

(国選弁護における対価受領等)

第四十九條 弁護士は、国選弁護人に選任された事件について、名目のいかんを問わず、被告人その他の関係者から報酬その他の対価を受領してはならない。

2 弁護士は、前項の事件について、被告人その他の関係者に対し、その事件の私選弁護人に選任するように働きかけてはならない。ただし、本会又は所属弁護士会の定める会則に別段の定めがある場合は、この限りでない。

第五章 組織内弁護士における規律

(自由と独立)

第五十條 官公署又は公私の団体（弁護士法人を除く。以下これを合わせて「組織」という。）において職員若しくは使用人となり、又は取締役、理事その他の役員となっている弁護士（以下「組織内弁護士」という。）は、弁護士の使命及び弁護士の本質である自由と独立を自覚し、良心に従って職務を行うように努める。

(違法行為に対する措置)

第五十一條 組織内弁護士は、その担当する職務に関し、その組織に属する者が業務上法令に違反する行為を行い、又は行おうとしていることを知ったときは、その者、自らが所属する部署の長又はその組織の長、取締役会若しくは理事会その他の上級機関に対する説明又は勧告その他のその組織内における適切な措置をとらなければならない。

第六章 事件の相手方との関係における規律

(相手方本人との直接交渉)

第五十二條 弁護士は、相手方に法令上の資格を有する代理人が選任されたときは、正当な理由なく、その代理人の承諾を得ないで直接相手方と交渉してはならない。

(相手方からの利益の供与)

第五十三條 弁護士は、受任している事件に関し、相手方から利益の供与若しくは供応を受け、又はこれを要求し、若しくは約束をしてはならない。

(相手方に対する利益の供与)

第五十四條 弁護士は、受任している事件に関し、相手方に対し、利益の供与若しくは供応をし、又は申込みをしてはならない。

第七章 共同事務所における規律

(遵守のための措置)

第五十五條 複数の弁護士が法律事務所（弁護士法人の法律事務所である場合を除く。）を共にする場合（以下この法律事務所を「共同事務所」という。）において、その共同事務所に所属する弁護士（以下「所属弁護士」という。）を監督する権限のある弁護士は、所属弁護士がこの規程を遵守するための必要な措置をとるよう努める。

(秘密の保持)

第五十六條 所属弁護士は、他の所属弁護士の依頼者について職務上知り得た秘密を正当な理由なく他に漏らし、又は利用してはならない。その共同事務所の所属弁護士でなくなった後も、同様とする。

(職務を行わない事件)

第五十七條 所属弁護士は、他の所属弁護士（所属弁護士であった場合を含む。）が第二十七條又は第二十八條の規定により職務を行ない得ない事件については、職務を行ってはならない。ただし、職務の公正を保ち得る事由があるときは、この限りでない。

(同前受任後)

第五十八條 所属弁護士は、事件を受任した後に前条に該当する事由があることを知ったときは、速やかに、依頼者にその事情を告げて、辞任その他の事案に応じた適切な措置をとらなければならない。

(事件情報の記録等)

第五十九條 所属弁護士は、職務を行ない得ない事件の受任を防止するため、他の所属弁護士と共同して、取扱い事件の依頼者、相手方及び事件名の記録その他の措置をとるよう努める。

(準用)

第六十條 この章の規定は、弁護士が外国法事務弁護士と事務所を共にする場合に準用する。この場合において、第五十五條中「複数の弁護士が」とあるのは「弁護士及び外国法事務弁護士が」と、「共同事務所に所属する弁護士（以下「所属弁護士」という。）」とあるのは「共同事務所に所属する外国法事務弁護士（以下「所属外国法事務弁護士」という。）」と、「所属弁護士が」とあるのは「所属外国法事務弁護士が」と、第五十六條から第

五十九條までの規定中「他の所属弁護士」とあるのは「所属外国法事務弁護士」と、第五十七條中「第二十七條又は第二十八條」とあるのは「外国特別会員基本規程第三十條の二において準用する第二十七條又は第二十八條」と読み替えるものとする。

第八章 弁護士法人における規律

(遵守のための措置)

第六十一條 弁護士法人の社員である弁護士は、その弁護士法人の社員又は使用人である弁護士（以下「社員等」という。）及び使用人である外国法事務弁護士がこの規程を遵守するための必要な措置をとるよう努める。

(秘密の保持)

第六十二條 社員等は、その弁護士法人、他の社員等又は使用人である外国法事務弁護士の依頼者について職務上知り得た秘密を正当な理由なく他に漏らし、又は利用してはならない。社員等でなくなった後も、同様とする。

(職務を行ない得ない事件)

第六十三條 社員等（第一号及び第二号の場合においては、社員等であった者を含む。）は、次に掲げる事件については、職務を行ってはならない。ただし、第四号に掲げる事件については、その弁護士法人が受任している事件の依頼者の同意がある場合は、この限りでない。

一 社員等であった期間内に、その弁護士法人が相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件であつて、自らこれに関与したもの

二 社員等であった期間内に、その弁護士法人が相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基づくと認められるものであつて、自らこれに関与したもの

三 その弁護士法人が相手方から受任している事件

四 その弁護士法人が受任している事件（当該社員等が自ら関与しているものに限る。）の相手方からの依頼による他の事件（他の社員等との関係で職務を行ない得ない事件）

第六十四條 社員等は、他の社員等が第二十七條、第二十八條又は第六十三條第一号若しくは第二号のいずれかの規定により職務を行ない得ない事件については、職務を行ってはならない。ただし、職務の公正を保ち得る事由があるときは、この限りでない。

2 社員等は、使用人である外国法事務弁護士が外国特別会員基本規程第三十條の二において準用する第二十七條、第二十八條又は第六十三條第一号若しくは第二号のいずれかの規定により職務を行ない得ない事件については、職務を行ってはならない。ただし、職務の公正を保ち得る事由があるときは、この限りでない。



第二十四条 弁護士は経済的利益事案の難易時間及び労力その他の事情に照らして、適正かつ妥当な弁護士報酬を提示しなければならない。

(依頼者との金銭貸借等)

第二十五条 弁護士は、特別の事情がない限り、依頼者と金銭の貸借をし、又は自己の債務について依頼者に保証を依頼し、若しくは依頼者の債務について保証をしてはならない。

(依頼者との紛議)

第二十六条 弁護士は、依頼者との信頼関係を保持し紛議が生じないように努め、紛議が生じたときは、所属弁護士会の紛議調停で解決するように努める。

第二節 職務を行い得ない事件の規律

(職務を行い得ない事件)

第二十七条 弁護士は、次の各号のいずれかに該当する事件については、その職務を行ってはならない。ただし、第3号に掲げる事件については、受任している事件の依頼者が同意した場合、この限りでない。

一 相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件

二 相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基づく認められるもの

三 受任している事件の相手方からの依頼による他の事件

四 公務員として職務上取り扱った事件

五 仲裁、調停、和解斡旋その他の裁判外紛争解決手続機関の手続実施者として取り扱った事件

(同前)

第二十八条 弁護士は、前条に規定するもののほか、次の各号のいずれかに該当する事件については、その職務を行ってはならない。ただし、第一号及び第四号に掲げる事件についてはその依頼者が同意した場合、第二号に掲げる事件についてはその依頼者及び相手方が同意した場合並びに第三号に掲げる事件についてはその依頼者及び他の依頼者のいずれもが同意した場合は、この限りでない。

一 相手方が配偶者、直系血族、兄弟姉妹又は同居の親族である事件

二 受任している他の事件の依頼者又は継続的な法律事務の提供を約している者を相手方とする事件

三 依頼者の利益と他の依頼者の利益が相反する事件

四 依頼者の利益と自己の経済的利益が相反する事件

第三節 事件の受任時における規律

(受任の際の説明等)

第二十九条 弁護士は、事件を受任するに当たり、依頼者から得

た情報に基づき、事件の見通し、処理の方法並びに弁護士報酬及び費用について、適切な説明をしなければならない。

2 弁護士は、事件について、依頼者に有利な結果となることを請け合い、又は保証してはならない。

3 弁護士は、依頼者の期待する結果が得られる見込みがないにもかかわらず、その見込みがあるように装って事件を受任してはならない。

(委任契約書の作成)

第三十条 弁護士は、事件を受任するに当たり、弁護士報酬に関する事項を含む委任契約書を作成しなければならない。ただし、委任契約書を作成することに困難な事由があるときは、その事由が止んだ後、これを作成する。

2 前項の規定にかかわらず、受任する事件が、法律相談、簡易な書面の作成又は顧問契約その他継続的な契約に基づくものであるときその他合理的な理由があるときは、委任契約書の作成を要しない。

(不当な事件の受任)

第三十一条 弁護士は、依頼の目的又は事件処理の方法が明らかに不当な事件を受任してはならない。

(不利益事項の説明)

第三十二条 弁護士は、同一の事件について複数の依頼者があってその相互間に利害の対立が生じるおそれがあるときは、事件を受任するに当たり、依頼者それぞれに対し、辞任の可能性その他の不利益を及ぼすおそれのあることを説明しなければならない。

(法律扶助制度等の説明)

第三十三条 弁護士は、依頼者に対し、事案に応じ、法律扶助制度、訴訟救助制度その他の資力の乏しい者の権利保護のための制度を説明し、裁判を受ける権利が保障されるように努める。

(受任の諾否の通知)

第三十四条 弁護士は、事件の依頼があったときは、速やかに、その諾否を依頼者に通知しなければならない。

第四節 事件の処理における規律

(事件の処理)

第三十五条 弁護士は、事件を受任したときは、速やかに着手し、遅滞なく処理しなければならない。

(事件処理の報告及び協議)

第三十六条 弁護士は、必要に応じ、依頼者に対し、事件の経過及び事件の帰趨に影響を及ぼす事項を報告し、依頼者と協議しながら事件の処理を進めなければならない。

(法令等の調査)

第三十七条 弁護士は、事件の処理に当たり、必要な法令の調査

を怠ってはならない。

2 弁護士は、事件の処理に当たり、必要かつ可能な事実関係の調査を行うように努める

(預り金の保管)

第三十八条 弁護士は、事件に関して依頼者、相手方その他利害関係人から金銭を預かったときは、自己の金員と区別し、預り金であることを明確にする方法で保管し、その状況を記録しなければならない。

(預り品の保管)

第三十九条 弁護士は、事件に関して依頼者、相手方その他利害関係人から書類その他の物品を預かったときは、善良な管理者の注意をもって保管しなければならない。

(他の弁護士の参加)

第四十条 弁護士は、受任している事件について、依頼者が他の弁護士又は弁護士法人に依頼をしようとするときは、正当な理由なく、これを妨げてはならない。

(受任弁護士の意見不一致)

第四十一条 弁護士は、同一の事件を受任している他の弁護士又は弁護士法人との間に事件の処理について意見が一致せず、これにより、依頼者に不利益を及ぼすおそれがあるときは、依頼者に対し、その事情を説明しなければならない。

(受任後の利害対立)

第四十二条 弁護士は、複数の依頼者があって、その相互間に利害の対立が生じるおそれのある事件を受任した後、依頼者相互間に現実の利害の対立が生じたときは、依頼者それぞれに対し、速やかに、その事情を告げて、辞任その他の事案に応じた適切な措置をとらなければならない。

(信頼関係の喪失)

第四十三条 弁護士は、受任した事件について、依頼者との間に信頼関係が失われ、かつ、その回復が困難なときは、その旨を説明し、辞任その他の事案に応じた適切な措置をとらなければならない。

第五節 事件の終了時における規律

(処理結果の説明)

第四十四条 弁護士は、委任の終了に当たり、事件処理の状況又はその結果に関し、必要に応じ法的助言を付して、依頼者に説明しなければならない。

(預り金等の返還)

第四十五条 弁護士は、委任の終了に当たり、委任契約に従い、金銭を清算したうえ、預り金及び預り品を遅滞なく返還しなければならない。

第四章 刑事弁護における規律

弁護士職務基本規程（平成十六年十一月十日会規第七十号）  
目次

|                                   |                                 |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| 第一章 基本倫理（第一条―第八条）                 | 第二章 一般規律（第九条―第十九条）              |
| 第三章 依頼者との関係における規律                 | 第一節 通則（第二十条―第二十六条）              |
| 第二節 職務を行ない得ない事件の規律（第二十七条―第二十八条）   | 第三節 事件の受任時における規律（第二十九条―第三十四条）   |
| 第四節 事件の処理における規律（第三十五条―第四十三条）      | 第五節 事件の終了時における規律（第四十四条―第四十五条）   |
| 第六章 刑事弁護における規律（第四十六条―第四十九条）       | 第七章 組織内弁護士における規律（第五十条―第五十一条）    |
| 第八章 事件の相手方との関係における規律（第五十二条―第五十四条） | 第九章 共同事務所における規律（第五十五条―第六十条）     |
| 第十章 弁護士法人における規律（第六十一条―第六十九条）      | 第十一章 他弁護士との関係における規律（第七十条―第七十一条） |
| 第十二章 裁判の関係における規律（第七十二条―第七十七条）     | 第十三章 弁護士会との関係における規律（第七十八―第七十九条） |
| 第十四章 官公署との関係における規律（第八十条―第八十一条）    | 第十五章 解任適用指針（第八十二条）              |
| 第十六章 附則                           |                                 |

第二章 弁護士は、職務の自由と独立を重んじる。  
（弁護士自治）  
第三条 弁護士は、弁護士自治の意義を自覚し、その維持発展に努める。  
（司法独立の擁護）  
第四条 弁護士は司法の独立を擁護し司法制度の健全な発展に寄与するように努める。  
（信義誠実）  
第五条 弁護士は、真実を尊重し、信義に従い、誠実かつ公正に職務を行うものとする。  
（名譽と信用）  
第六条 弁護士は、名譽を重んじ、信用を維持するとともに、廉潔を保持し、常に品位を高めるように努める。  
（研鑽）  
第七条 弁護士は、教養を深め、法令及び法律事務に精通するため、研鑽に努める。  
（公益活動の実践）  
第八条 弁護士は、その使命にふさわしい公益活動に参加し、実践するように努める。  
第二章 一般規律  
（広告及び宣伝）  
第九条 弁護士は、広告又は宣伝をするときは、虚偽又は誤謬にわたる情報を提供してはならない。  
2 弁護士は、品位を損なう広告又は宣伝をしてはならない。  
（依頼者の勧誘等）  
第十条 弁護士は、不当な目的のため、又は品位を損なう方法により、事件の依頼を勧誘し、又は事件を誘発してはならない。  
（非弁護士との提携）  
第十一条 弁護士は、弁護士法第七十二条から第七十四条までの規定に違反する者又はこれらの規定に違反すると疑うに足りる相当な理由のある者から依頼者の紹介を受け、これらの者を利用し、又はこれらの者に自己の名義を利用させてはならない。  
（報酬分配の制限）  
第十二条 弁護士は、その職務に関する報酬を弁護士又は弁護士法人でない者との間で分配してはならない。ただし、法令又は本会若しくは所属弁護士会の定める会則に別段の定めがある場合その他正当な理由がある場合は、この限りでない。  
（依頼者紹介の対価）  
第十三条 弁護士は、依頼者の紹介を受けたことに対する謝礼その他の対価を受け取ってはならない。  
2 弁護士は、依頼者の紹介をしたことに対する謝礼その他の対価を受け取ってはならない。

（違法行為の助長）  
第十四条 弁護士は、詐欺的取引、暴力その他違法若しくは不正な行為を助長し、又はこれらの行為を利用してはならない。  
（品位を損なう事業への参加）  
第十五条 弁護士は、公序良俗に反する事業その他品位を損なう事業を営み、若しくはこれに加わり、又はこれらの事業に自己の名義を利用してはならない。  
（営利業務従事における品位保持）  
第十六条 弁護士は、自ら営利を目的とする業務を営むとき、又は営利を目的とする業務を営む者の取締役、執行役その他業務を執行する役員若しくは使用人となったときは、営利を求めることにとらわれて、品位を損なう行為をしてはならない。  
（保身目的物の譲受け）  
第十七条 弁護士は、係争の目的物を譲り受けてはならない。  
（事件記録の保管等）  
第十八条 弁護士は、事件記録を保管又は廃棄するに際しては、秘密及びプライバシーに関する情報が漏れないように注意しなければならない。  
（事務職員等の指導監督）  
第十九条 弁護士は、事務職員、司法修習生その他の自らの職務に関与させた者が、その者の業務に関し違法若しくは不当な行為に及び、又はその法律事務所業務に関し知り得た秘密を漏らし、若しくは利用することのないように指導及び監督をしなければならない。  
第三章 依頼者との関係における規律  
第一節 通則  
（依頼者との関係における自由と独立）  
第二十条 弁護士は、事件の受任及び処理に当たり、自由かつ独立の立場を保持するように努める。  
（正当な利益の実現）  
第二十一条 弁護士は、良心に従い、依頼者の権利及び正当な利益を実現するように努める。  
（依頼者の意思の尊重）  
第二十二条 弁護士は、委任の趣旨に関する依頼者の意思を尊重して職務を行うものとする。  
2 弁護士は、依頼者が疾病その他の事情のためその意思を十分に表明できないときは、適切な方法を講じて依頼者の意思の確認に努める。  
（秘密の保持）  
第二十三条 弁護士は、正当な理由なく、依頼者について職務上知り得た秘密を他に漏らし、又は利用してはならない。  
（弁護士報酬）

**Aさんの再現答案 評価A**

1 第1. 設問1

2 1 Xが主張すべき事実は①～③で必要最小限である。

3 2(1) 債権譲渡に基づく譲受債権請求訴訟において主張すべき要件事実は、譲渡  
4 債権の発生原因事実および債権譲渡の事実である。

5 (2) 本件で譲渡債権は、AのYに対する消費貸借契約に基づく貸金返還請求権  
6 である。消費貸借契約の成立要件は、民法 597 条より返還合意と、要物契約  
7 であるから目的物（金銭）交付である。また、消費貸借契約のような貸借型  
8 の契約においては、貸借したと同時に返還を求めるのでは契約の意味がない  
9 から、弁済期の合意は単なる付款ではなく、契約の本質であるから、契約の  
10 成立を主張する者に主張責任がある。さらに、債権契約は契約日時および当  
11 事者をもって特定されるから、以上を併せて①の主張が必要になる。また、  
12 貸借型契約において弁済期の合意が本質であることから、その債権を請求す  
13 るには弁済期の到来の主張も必要であり、③の主張も要する。

14 (3) 債権譲渡は準物権契約であるから、売買など債権譲渡原因事実が主張すべ  
15 き事実となる。本件では、XはAから本件貸金債権を売却されているため、  
16 売買（民法 555 条）は諾成契約であり、売買の合意のみで目的物が移転する。  
17 物権行為の独自性は否定されているから、別に債権を譲渡するとの合意を要  
18 しない。また、債権譲渡における債務者対抗要件である通知・承諾（466 条  
19 1 項）は債務者の主張すべき抗弁であるから、Xの側で請求原因として主張  
20 すること要しない。以上から、②の主張が必要になる。

21 (4) よって、Xが主張すべき事実は①～③の事実で、これらが必要であり、か  
22 つこれで足りる。

23 第2. 設問2

24 1 甲説では、Qは期間の経過に加えて、時効援用の意思表示の主張が不可欠で  
25 ある。一方、乙説では、Qは必ずしも時効援用の意思表示の主張を要しない。

26 2 甲説は、時効の効果につき停止条件説のうちの不確定効果説であり、時効の  
27 効果は当事者が援用するまでは確定しない（民法 145 条）。したがって、Qは  
28 ①平成 22 年 9 月 30 日が経過したこと、に加え、②YはXに対し、平成 23 年  
29 2 月 15 日、上記時効を援用するとの意思表示をしたこと、の主張が不可欠で  
30 ある。

31 一方、乙説は、事項の効果につき停止条件説のうちの確定効果説であり、時  
32 効の効果は期間経過のみで確定的に生じる。時効援用の意思表示は、弁論主義  
33 の第一テーゼに基づき、当事者が主張しない限り裁判所が認定できないにすぎ  
34 ない。そのため、訴訟に現れればよく、いずれの当事者が主張してもかまわな  
35 い（主張共通の原則）。したがって、Qが抗弁として主張すべきは①の事実のみ  
36 で、②はXから主張してもよく、必ずしも抗弁として主張する必要はない。

37 第3. 設問3

38 1 ①及び②の事実はいずれも時効の中断事由たる催告（民法 153 条）及び承認  
39 （同 147 条 1 号）である。これらの事実証拠調べが必要であるか。

40 民訴法 179 条から、当事者間に争いある事実は証拠によって認定しなければ  
41 ならない。ここで「事実」とは、弁論主義の妥当する主要事実を指す。そして、  
42 主要事実とは実体法上の要件に該当する具体的事実をいう。とすると、①の催  
43 告と②の承認は、いずれも実体法上の要件に該当する具体的事実であり、主要  
44 事実である。また、①及び②はQの時効消滅の抗弁と両立し、かつ事項の効果

発生を妨げるものであるから、再抗弁である。したがって、Qが主張立証責任を負うものである。

Qは、Yは平成22年中はAともXとも話をしていない、と述べ、これらの事実を否認しているから、当事者間に争いある主要事実として、裁判所は①と②の事実を認定するには、証拠によって認定しなければならない。

2 しかし、①の催告については「六カ月以内」に「裁判上の請求」をしなければ、時効中断の効力を生じない。そうすると、XはYに借金の返済を求めた平成22年5月14日から六カ月以内に提訴したことを要するが、Xが提訴したのは平成23年2月15日であり、既に六カ月を経過している。したがって、①はそもそも時効中断事由としての効力を有さず、主張自体失当である。

以上から、裁判所が証拠調べによって認定しなければならないのは、②の事実のみである。

#### 第4. 設問4

民訴法228条4項より、本人の意思に基づく署名・押印があれば、文書の真正な成立が推定される。そして、我が国の印鑑の重要性から、実印を他人に無闇に貸し渡すことはないという経験則が働き、文書に本人の実印による印影があれば、本人の意思に基づく押印が事実上推定される（二段の推定）。

本件ではQが本件領収書がAにより作成されたものであることを争っているが、Qが本件領収書のA名義の印影がAの印章によるものであることを認めれば、民訴法179条により当事者に争いない事実として、一段目の推定である本人の意思に基づく押印が推定できる。なお、これは証拠の証明力に関する補助事実であるから、弁論主義の第二テーゼは働かず、228条4項は法定証拠法則の規定であるからPが文書の真正な成立について立証責任を負うことは変わらないものの、裁判所は本件領収書の真正な成立を認定することができる。

したがって、JはA名義の印影がAの印章であることを認めさせることで、一段目の推定を及ぼし、これによって本件領収書の真正な成立を認定するため、Qに対して質問した。

#### 第5. 設問5

1 Pは訴訟代理人Qを介さずに直接Yと交渉している。職務規程52条より、弁護士は、訴訟代理人あるときは「正当な理由なく」相手方と直接交渉してはならない。

規定52条の趣旨は、訴訟代理人が選任されている場合は相手方は紛争に巻き込まれないことを望み、弁護人が法律の素人である相手方と直接交渉すれば相手方に著しい不利益が生じるおそれあることによる。したがって、「正当な理由」とは厳格に解し、訴訟代理人との接触が著しく困難であり、直ちに相手方と直接交渉しなければ訴訟の目的を果たすことが困難である場合に限られる。

2 本件ではQは海外出張に出ており、PがQと接触するのは著しく困難といえる。しかし、Pの直接交渉の目的は、和解条件についての被告側の感触を探ることにあるが、これは1カ月後の次回期日のためである。そして、Qは二週間後には海外出張から戻ることから、Qの帰国を待っていても訴訟の目的を果たすことは十分に可能である。とすると、Pは直ちにYと直接交渉せずとも訴訟の目的を果たすことができ、「正当な理由」は認められない。

以上から、Qの承諾ない以上、PがYと直接交渉することは職務規程52条に反し、不当である。

以上

**Bさんの再現答案 評価C**

1 設問1

2 1 結論

3 ①②③の事実の主張が必要であり、かつこれで足りる。

4 2 理由

5 本件訴えはA Y間の消費貸借契約に基づく貸金請求請求権をAから譲り受けたXが、同債権を訴訟物として提起した給付請求である。6  
7 そこで、債権譲渡（民法 476 条 1 項）の要件事実にあたる事実の主張が必要である。②はかかる事実にあたるので、その主張が必要である。8  
9

10 本件訴えはA Y間の消費貸借契約に基づく貸金請求請求権を訴訟物とするものであるから、同請求権の根拠規定である民法 587 条の要件事実である返還の合意・金銭の交付にあたる事実の主張が必要である。①はかかる事実にあたるので、その主張が必要である。11  
12  
13

14 消費貸借では借主が借りたもの弁済期まで保持することが予定されているので、弁済期が到来していることを貸主が明らかにする必要がある。③はかかる事実にあたるので、その主張が必要である。15  
16

17 設問2

18 1 結論

19 甲説と乙説のいずれに基づくかで主張すべき事実の違いがある。

20 2 理由

21 甲説によれば、時効の効果が確定的に生じるには、時効期間の経過のほか、時効の援用（民法 145 条）が必要である。したがって、時効期間が経過した事実のほか、時効を援用した事実についても主張する必要がある。22  
23  
24

25 これに対し、乙説によれば、時効の効果は、時効期間の経過だけで確定的に生じ、時効の援用は、弁論主義から要求されるものにすぎない。したがって、時効期間が経過した事実だけを主張すれば足りる。26  
27

28 設問3

29 1 結論

30 ①については証拠調べをする必要はないが、②については必要がある。31

32 2 理由

33 ①の事実が認められると、Xは催告を行ったことになり、6ヶ月以内に裁判上の手続により請求を行えば時効中断の効果が生じる（民法 153 条）。もっとも、本問でXは催告後裁判上の手続により請求を行っていない。したがって、①の事実が認められても、Xの請求が認められることにはならないので、①については証拠調べをする必要はない。34  
35  
36  
37

38 ②の事実が認められると、承認（民法 147 条 3 号）としての効力は認められないが、信義則上時効の援用が認められなくなるという効果が生じる。②の事実が認められても、Xの請求が認められることになるので、②については証拠調べをする必要がある。39  
40  
41

42 設問4

43 本件領収書は私文書である。

44 私文書については、本人の押印がある場合、真正に成立したものと推

45 定される（民事訴訟法 228 条 4 項）。この「押印」は、本人の意思に基づ  
46 くものでなければならない。私文書上の印影が本人の印章によって顕出  
47 されたものである場合には、印章が本人の意思に基づくものであること  
48 が事実上推定される。

49 したがって、私文書については、その印章が本人の意思に基づくもの  
50 であることが事実上推定され、真正に成立したものと法律上推定される  
51 から、裁判官は本件質問をした。

## 52 設問 5

### 53 1 結論

54 弁護士の倫理上問題はある。

### 55 2 理由

56 弁護士職務基本規程 52 条によれば、代理人の承諾なく相手方と直  
57 接交渉してはならない。本問で、弁護士 P は相手方 Y と電話で直接和  
58 解交渉をしようとしている。原則的には弁護士職務基本規程 52 条に  
59 違反する。

60 P が Y と直接交渉しようとした理由は、Y の代理人弁護士 Q が海外  
61 に出張しているからであるが、Q の帰国予定日から和解期日まで約 1  
62 週間あるので、Q の帰国後に Q と和解交渉を行うことは十分可能であ  
63 るから「正当な理由」（同条）は求められない。

64 したがって、弁護士 P は Y と電話で直接和解交渉をすることは弁護  
65 士職務基本規程 52 条に違反するので、弁護士倫理上に問題がある。

66 以 上

**Cさんの再現答案 評価B**

1 「設問1」について

2 1 結論

3 ①②③の各事実は、請求を理由づける事実として、必要であり、か  
4 つ、これで足りる。

5 2 理由

6 (1) ①の事実は、譲受債権の発生原因事実として主張する必要がある。  
7 債権譲渡は、債権の同一性を維持しつつ移転するものであり、譲受  
8 債権自体が訴訟物となるからである。

9 そして、当該債権は消費貸借契約に基づく貸金返還請求権であっ  
10 て、その発生原因事実として、返還の合意と金銭等の交付の事実で  
11 ある（民法589条、要物契約）。さらに、消費貸借契約は、一定期  
12 間、金銭等を相手方に使用させるという性質をもつので、返済期日  
13 の合意の事実も主張しなければならない（貸借型理論）。上記契約  
14 を特定するために、契約日時も主張する必要がある。

15 また、貸金返還請求権を行使するためには、返済期日が到来して  
16 いなければならないので、③の事実を主張する必要がある。

17 (2) ②の事実は、債権譲渡を基礎づける事実として主張する必要がある。  
18 準物権契約である債権譲渡については、債権譲渡自体の合意の  
19 事実を主張する必要があるか問題となるところ、否定に解する。な  
20 ぜなら、物権行為と同様に、準物権行為は、意思表示のみによって  
21 効力を生じるので（民法176条参照）、準物権行為の独自性は否定  
22 されると考えるからである。

23 そこで、債権譲渡を基礎づけるAX間における売買契約の締結の  
24 事実として、①の貸金債権という財産権の移転と、80万円の代金支  
25 払約束の合意の事実を主張する必要がある。

26 「設問2」について

27 1 結論

28 甲説と乙説とでは、主張すべき事実の違いはない。

29 2 理由

30 (1) 甲説によると、時効消滅を援用（民法145条）する前提として、  
31 時効期間が経過していることを要するので、貸金債権を行使するこ  
32 とができる時（民法166条1項）である平成17年9月30日から5  
33 年後の①平成22年9月30日の経過の事実を主張する必要がある  
34 （商法522条）。

35 また、援用によって時効消滅の効果が生じるのであるから、②援  
36 用の事実も主張する必要がある。

37 (2) 乙説によると、時効期間の経過によって時効消滅の効果が生じる  
38 のであるから、上記①の事実を主張する必要がある。

39 また、訴訟上で援用なければ、時効消滅の事実は裁判資料として  
40 はならないのであるから、権利主張として時効援用の意思表示をす  
41 る必要がある。

42 「設問3」について

43 1 結論

44 裁判所は、①の事実を立証対象として証拠調べをする必要はなく、

45 ②の事実を立証対象として証拠調べをする必要はある。

46 2 理由

47 (1) 本件では、消滅時効の抗弁事実が認められるので、X(P)とし  
48 ては、抗弁事実を前提とした上で、時効中断の再抗弁を主張するこ  
49 とによって、消滅時効の効力を覆す必要がある。

50 (2) ①の事実は、「催告」(民法153条)に当たるところ、6か月以内  
51 に裁判上の請求等をしなければ、時効中断の効力を生じない(同条)。  
52 Xは、裁判上の請求等をしていないので、時効中断の再抗弁として  
53 主張自体失当であるから、裁判所は、証拠調べを刷る必要がない。

54 (3) ②の事実は、「承認」(民法147条3号)に当たる。なぜなら、借  
55 金返済の猶予の申込みは、債務の存在を承認していることが前提と  
56 なっているので、これは「承認」に含まれると解されるからである。

57 Y(Q)は、「Yは、平成22年中にXと話をしたことはない」と  
58 陳述しており、「承認」の事実を否認しているので、当事者間に争  
59 いのある事実として、裁判所は、この事実の有無を認定するために、  
60 証拠調べをする必要がある。

61 [設問4]について

62 1 X(P)が証拠として提出した本件領収書は、書証であるから、文  
63 書の成立の真正について、文書の提出者であるXが挙証責任を負担す  
64 るのが原則である(民事訴訟法228条1項)。

65 2 しかし、私文書である本件領収書には作成者Aの印影があるので、  
66 法律上の事実推定を定める規定によって、「本人」Aの意思に基づく  
67 「押印」があるとして、文書の成立の真正が推定される(同条4項)  
68 (2段目の推定)。また、「押印」が本人の印章による印影である場合  
69 には、本人の意思に基づく「押印」であると事実上推定されるものと  
70 解する(1段目の推定)。なぜなら、重要な印章を他人に預けること  
71 は通常ありえないという経験則が働くからである。この2段の推定に  
72 よって、本件領収書に本人Aの印影がある場合、領収書の成立の真正  
73 が推定される。

74 3 したがって、本件A名義の印影がAの印章によるものであれば1段  
75 目の推定により、Yは、「押印」Aの意思に基づかないとの反証をし  
76 なければならないので、裁判所は、この点を明確にしてその後の攻防  
77 方法を見極めるために、本件質問をしたものと考えられる。

78 [設問5]について

79 1 結論

80 PがYと交渉することは、弁護士職務基本規定52条に抵触するの  
81 で、弁護士倫理上の問題がある。

82 2 理由

83 同規定の趣旨は、法律の専門化である代理人を介することで、相手  
84 方当事者の利益を損なうことなく、弁護士の職務の公正を確保する点  
85 にある(弁護士法1条、2条参照)。

86 本件では、Pは、被告側の感触を探りたいとの自分都合の理由で、  
87 2週間という短期間を待つことなく、Yに直接交渉しているので、「正  
88 当な理由」があるとはいえない。 以 上



問 題

〔刑 事〕

次の記述を読んで、後記の設問に答えなさい。

1 【事案】

乙（男性，30歳，会社員）は，平成23年3月5日午後2時10分頃（以下，同日），会議出張のためA駅のホームのベンチに座って，午後2時45分発の特急電車の到着を待っていた。このとき乙は，会議に必要な書類などを入れた黒いキャリーバッグ（B社製，外側ポケット部分に金色の「B」のロゴが入っているもの）を持っており，キャリーバッグの外側ポケットに携帯電話を入れていた。そのうち，乙は，少し暑く感じたので，着ていたコート脱ぎ，ベンチの背もたれに掛けた（位置関係については，別紙「見取図1」のとおり）。

乙が電車を待っている間，一人の男が，時折乙の方をうかがうような目つきをしながらホームをうろついていた。その男は，白髪，身長約180センチメートルで紺色のスーツを着ており，手ぶらであったが，乙とその男の間は約3メートル離れていたため，乙の目から見て，男の着ている紺色のスーツの生地が無地か柄物かは分からなかった。乙はその男と何回か目が合ったものの，男が乙に話しかけてくる様子もなかった。午後2時10分以降，ホームには何本かの電車が到着したが，紺色のスーツを着た男はいずれの電車にも乗ろうとせず，ただホームをうろつくだけであった。

午後2時25分頃，乙は，新聞や飲み物を購入しようと思い立ち，キャリーバッグをホームのベンチに残したまま，ホームの中央部分にある売店まで歩いて行き，新聞等を購入した。乙のいたベンチから売店までは，約15メートルの距離であった。売店は客で混み合っていたため，乙は新聞等を買うのに順番待ちで約5分かかった。

乙は，買い物を終えた時，偶然そこにいた友人丙に声をかけられた。乙は，久しぶりに丙と出会ったことで丙との話に夢中になり，一瞬キャリーバッグのことを忘れて，丙と共に，キャリーバッグを置いたベンチとは反対方向に約5メートル歩いたところで，すぐにキャリーバッグのことを思い出してベンチの方向を振り返った。このとき，乙は，ベンチのそばに自分のキャリーバッグが見当たらないことに気づき，慌てて，丙に別れを告げてベンチに駆け戻ったが，ベンチの背もたれにコートだけが残っており，キャリーバッグはなくなっていた。

乙はベンチの周囲を探したり，ホームの端から端まで走ったりしてキャリーバッグを探したが，どこにもなかったことから，誰かがキャリーバッグを持ち去ったに違いないと思い，ホームの階段を下りて，改札口の方へ走って行ってみた。乙は，改札口に向かう途中で，何人かの乗客が黒いキャリーバッグを持っていたのを見たが，いずれも金色の「B」のロゴが入ったものではなかった。

そうしたところ，乙は，改札口の手前，乙の前方数メートルの地点に，金色の「B」のロゴが入った黒いキャリーバッグを引いている男を発見した。その男は，白髪で身長約180センチメートル，紺色の生地で細い縦じま模様のあるスーツを着ていた。乙は，走ってその男に追いつき，男の背後から，「おい，待て。」と声を掛けた。男は一瞬立ち止まり，振り返って乙を見たが，その途端に，それまで引いていたキャリーバッグを持ち上げ，走

り出そうとする仕草を見せた。そこで、乙が、男が持っているキャリーバッグに手を掛けて、「待て泥棒。そのキャリーバッグは俺のだぞ。」と言うと、男は、「何の証拠があつてそんなことを言うんだ。」と言い返してきた。このため乙は、「お前は、さっき、ホームで俺の様子を見てただろう。そのキャリーバッグの中身を開けてみる。俺の書類が入っているに違いない。」と言ったが、男は、「何の権限があつてキャリーバッグを開けるなどと言うのだ。俺は急いでいるから手を離せ。」と言って、乙にキャリーバッグを渡そうとしなかった。このように二人が口論していたところ、午後2時40分頃、A駅構内を主なパトロール場所としている警察官丁が通り掛かった。丁が、二人の大声を聞いて、「どうしたのですか。」と乙らに問いかけると、乙が、「この男が私のキャリーバッグを盗んで持ち去ろうとしていたのです。」と答え、これを聞いた男は怒った口調で、「何だと。これがあんたの物だという証拠もないのに、他人を泥棒呼ばわりするのか。」と乙に言った。丁は、「まあまあ、落ち着いて。」と二人をなだめながら、乙に、「このキャリーバッグがあなたの物だという証拠でもあるのですか。」と尋ねた。これに対し、乙が、「あ、そうでした。キャリーバッグの外側のポケットに私の携帯電話が入っているはずです。興奮していて携帯電話のことをすっかり忘れていました。」と言ったので、丁が、自分の携帯電話を取り出して、乙に対し、「では、あなたの携帯電話の番号を教えてください。」と言って、乙から聞いた携帯電話の番号に電話をかけてみたところ、男が持っていたキャリーバッグの外側ポケット内から携帯電話の着信音が鳴り始めた。これを聞いて乙が、「ほら、やっぱり俺のキャリーバッグじゃないか。」と男に言う、男は、「俺は、このキャリーバッグが誰かの忘れ物だと思ったから、駅の事務室まで届けに行こうとしていたところだ。あんたの物なら返すよ。」と言い出した。これに対して乙が、「おかしいぞ。さっきまでそんなことは言っていなかったじゃないか。」と言うと、丁が、乙と男に対し、「ここでは周りの人の迷惑になりますから、ちょっとそこの事務室でお話を聞かせてください。」と言って、二人をA駅の事務室まで連れて行った（改札口付近の位置関係については、別紙「見取図2」のとおり。）。

丁は、駅事務室において、男の事情聴取をした。このとき男は、「キャリーバッグは誰かの忘れ物だと思って、駅の事務室まで届けに行こうとしていただけだ。」などと話し、その際の男の話から、男の氏名が「甲」であること、住居不定、無職であることが分かった。また、丁が甲の前歴を照会したところ、甲には窃盗罪（置き引き）の前科が2犯あり、そのうち最近の前科については、現在、執行猶予期間中であることが分かった。

更に丁が、駅員の協力を得てホーム上に3台設置されている防犯カメラの画像を確認したところ、下記のとおり画像が映っていた（3台の防犯カメラが撮影した画像は1台のモニター画面に映されていて、5分間隔で切り替わるようになっていた。）。

そこで丁は、乙に被害届を出す意思があることを確認した上、午後3時30分、甲を窃盗の事実で緊急逮捕した。

## 2【各防犯カメラの画像】

〔平成23年3月5日午後1時5分からの防犯カメラ1の画像（以下、同日）〕

ホームに到着した電車から降りた十数名の乗客が一斉に改札口に向かってホームの階段を下りて行く中で、同じ電車から降りてきた乗客の一人がホームに残った。その乗客は紺色のスーツを着た白髪の男性であること、また、手荷物を一切持っていないことが画面から判別できたが、スーツの生地細かいしま模様があるか否かは画面から判別できず、顔つきも身長も判別できなかった。その男は、ホームをうろつき、特急を含む何本もの電車が発着を繰り返しているにもかかわらず、そのいずれにも乗ろうとしなかった。

[午後2時10分からの防犯カメラ2の画像]

乙と思われる男が、キャリーバッグを持ってホームにあるベンチに近づき、ベンチの前で着ていたコートを脱いでベンチの背もたれに掛け、キャリーバッグをベンチの傍らに置いた。紺色のスーツを着た別の男が、乙の前を何回か往復している。

[午後2時25分からの防犯カメラ3の画像]

ホームの売店に一人の男が近づいてきて、数分間順番待ちをして、新聞等を購入した後、別の男と話を始め、その男と共に売店から離れてベンチとは反対方向に数メートル歩いて行ったが、すぐに引き返して、ベンチの方向に走って行った。

なお、防犯カメラの時計は時報とほとんど誤差はないことが確認されている。キャリーバッグがいつの時点でベンチからなくなったのかは、モニターが切り替わって他のカメラの画像を映していたため、画面からは確認できなかった。

### 3【甲の逮捕後の捜査で判明した事実】

- ① 甲の所持品の中に、改札済みの「B駅→A駅」の乗車券が1枚あった（B駅はA駅の隣駅である。切符に印字されたB駅での購入時刻は、3月5日午後0時55分であった。）。
- ② AB両駅間の電車の所要時間は約3分である。

### 4【逮捕後の甲の弁解内容】

「午後2時過ぎ頃にA駅に着いて、すぐにベンチにキャリーバッグが置かれているのに気付く、忘れ物に違いないと思って、親切心から駅の事務室に持って行こうとしたのです。そうしたところ、知らない男からいきなり泥棒呼ばわりされ、キャリーバッグを奪われそうになったため腹が立ち、しかも、この男のキャリーバッグだという証拠もありませんでしたから、その男にキャリーバッグを渡しませんでした。しかし、駆けつけてきた警察官が、男の携帯電話の番号に電話をかけたところ、その男のキャリーバッグだと分かったので、素直にキャリーバッグを渡したのです。ですから、キャリーバッグは盗んでいませんし、盗む気もありませんでした。」

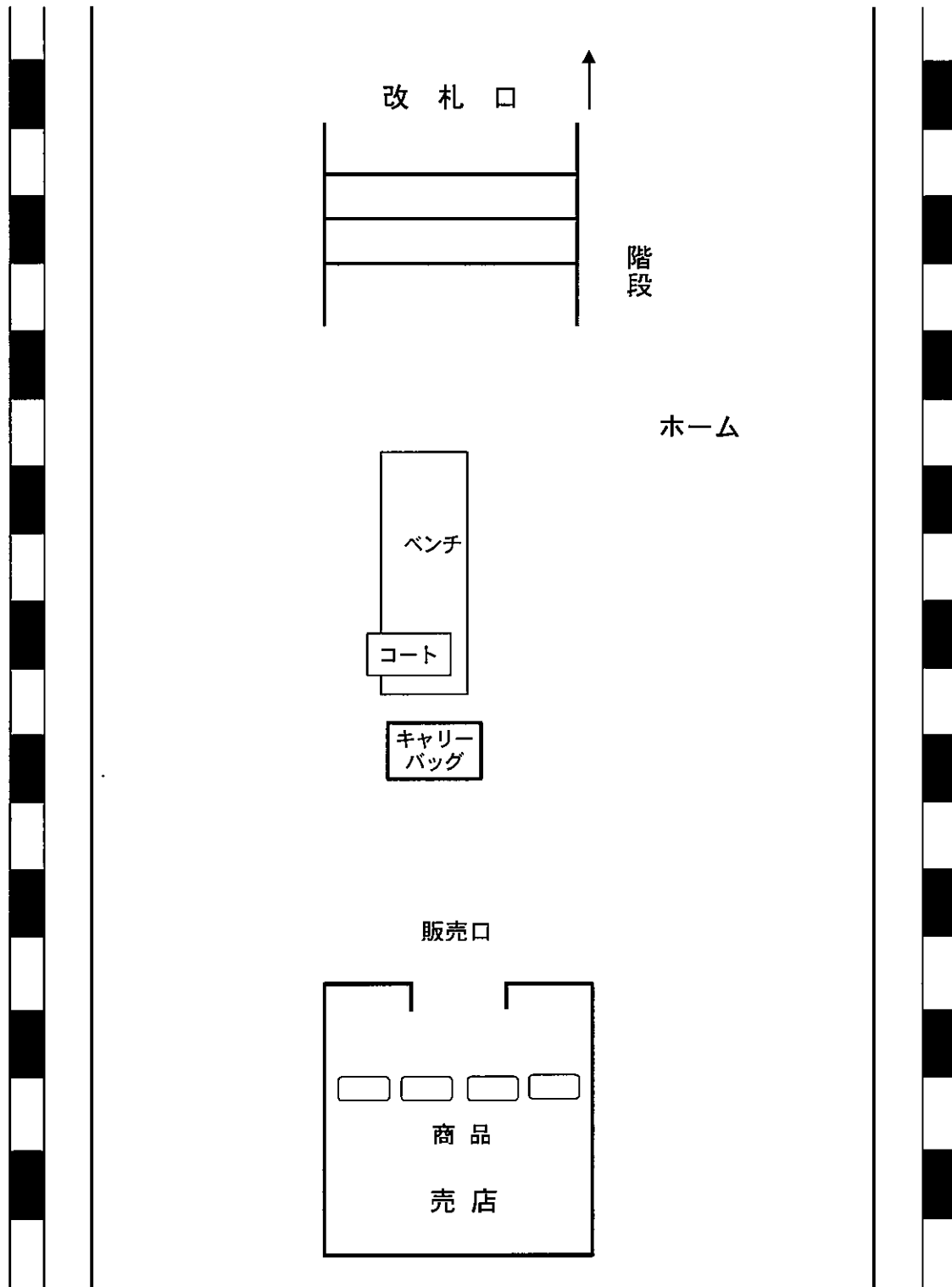
### 〔設問〕

上記の1ないし3の各事実が裁判所において証拠上認定できることを前提とし、上記4の弁解内容を考慮して、甲に対する窃盗罪の成否に関する以下の各設問に答えよ。

- 1 甲が、キャリーバッグをベンチから持ち去った人物であることを認定できるか否かについて、事実を摘示して説明せよ。
- 2 キャリーバッグに対する乙の占有の有無及び甲の窃盗の故意の有無について、判例の立場に立って、それぞれ事実を摘示して説明せよ。

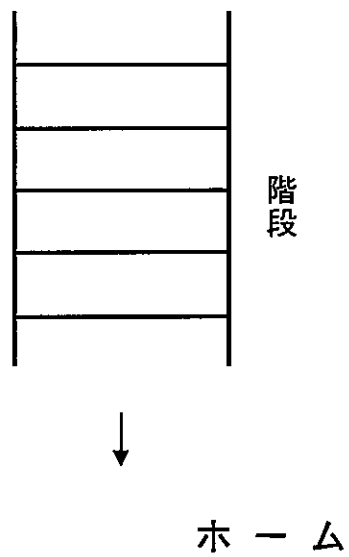
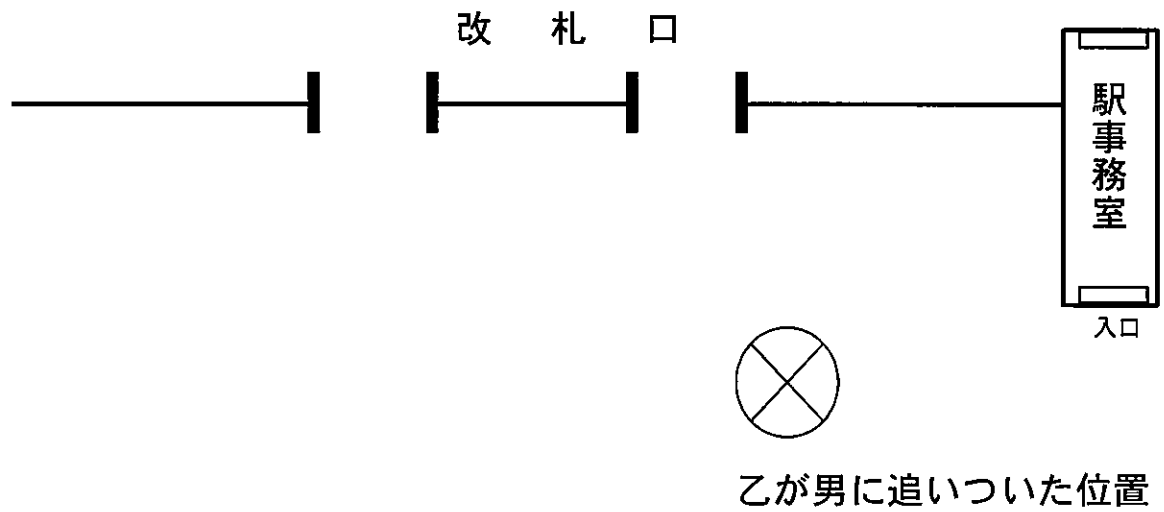
別紙

見取図1



別紙

見取図 2



＜T A C＞無断複写・複製を禁じます。

## MEMO

**Aさんの再現答案 評価A**

1 第1. 設問1

2 1 甲がキャリーバッグをベンチから持ち去った人物であることを認  
3 定するには、少なくとも、午後2時 25 分の時点で、甲がA駅のホ  
4 ームにいたことが認定できなければならない。

5 防犯カメラ1には、午後1時5分ごろに緋色のスーツを着た白髪  
6 の男性が映っているが、顔つきも身長もわからないものの、緋色の  
7 スーツを着て白髪であるという特徴の男性はそう多くなく、カメラ  
8 に映っていたのは甲であると思われる。さらに、2時 10 分ごろの  
9 防犯カメラ2の緋色のスーツを着た男性も、甲であると考えられる。  
10 また、甲も、少なくとも2時過ぎにはA駅のホームにいたことを認  
11 めているから、乙のバッグがなくなったと思われる、2時 25 分ご  
12 ろには、甲はホームにいたと認定できる。

13 2 さらに、乙がバッグを探し、2時40分前にバッグを見つけた時点  
14 で、バッグは甲が所持していた。乙がバッグを盗まれたと見られる  
15 2時25分からバッグを発見する2時40分ごろまではわずか15分  
16 程度しかなく、しかもベンチと発見地点にはさほど距離もないこと  
17 からして、ベンチからバッグを持ち去ったものが途中でバッグを捨て、  
18 それを甲が拾ったとは考えられず、ベンチから一貫して甲がバ  
19 ッグを所持していたと見られる。また、A駅には他にも黒いキャリ  
20 ーバッグを持った乗客がいたものの、乙のバッグには、金色の「B」  
21 のロゴが入った目立つものであるから、途中でバッグが入れ替わっ  
22 た可能性もない。

23 したがって、甲もベンチからバッグを持っていったこと自体は認  
24 めているからしても、甲がベンチから乙のバッグを持ち去った人物  
25 であることを認定できる。

26 第2. 設問2

27 1 乙の占有の有無

28 (1) 窃盗罪(刑法235条)における「占有」は必ずしも現実の握持  
29 を必要とするものでなく、当該物に所有者の「支配」が及んでい  
30 れば足りる。「支配」の有無を判断するに当たっては、財物との  
31 時間的・場所的接着、財物の性質、財物の置かれた場所的状況、  
32 排他的支配可能性、占有回復の可能性・容易性などを考慮する。

33 (2) 乙が買い物のためにベンチを離れ、売店で買い物をした後、丙  
34 に声をかけられて話し込んでからバッグを確認するために振り  
35 返った時点ではすでにバッグはなくなっていた。乙は売店での買  
36 い物に5分ほどかかっているから、バッグが持ち去られたのは、  
37 この5分の間であると考えられ、いまだ時間的接着は肯定できる。  
38 また、ベンチと売店とはわずか15メートルしか離れておらず、  
39 しかも同じA駅のホーム内にあるから、場所的接着性もある。

40 また、乙のバッグはある程度の大きさがあり、財布のように容  
41 易に占有の移転が可能な性質の物ではない。

42 確かに、バッグの置かれたベンチは、不特定多数のものの行き  
43 来がある駅のホームであり、排他的支配を及ぼしにくい。また、  
44 売店は込み合っていたため、売店からバッグの存在を確認するこ

とは難しく、加えて乙は丙との話に夢中でバッグの存在を一瞬忘れていたことから、バッグに対する「支配」は否定されると思われる。

しかし、上記のように乙とバッグとの間にはきわめて強い時間的・場所的接着があり、しかも乙はすぐにバッグの存在を思い出して、ベンチを確認しているから、占有回復は可能かつ容易である。

- (3) 以上から、バッグが盗まれたと見られる2時25分から2時30分の間、いまだバッグには乙の「支配」が及んでおり、バッグに対する乙の占有は認定できる。

## 2 甲の窃盗の故意の有無

- (1) 甲は弁解において、バッグを忘れ物として届け出ようとしたと述べていることから、窃盗の故意が認定できるかは、甲の弁解の信用性を検討する。

甲は午後2時過ぎごろにA駅に到着し、乙のバッグを発見したと述べている。しかし、防犯カメラには1時5分ごろに緋色のスーツを着た白髪の男性が映っている。さらに、甲はB駅からA駅への乗車券を有しており、その入場時刻は0時55分となっている。B駅からA駅への所要時間は約3分であり、1時5分には、十分にA駅に着くことができる。

とすると、上記のような特徴の人物はそう多くないことから、防犯カメラ1に映っていたのは甲であり、甲の「午後2時過ぎごろにA駅に着いた。」との証言は信用できない。

- (2) 甲は1時5分ごろに駅に着いてから、特急を含むいずれの電車にも乗らずに1時間以上ホームをうろついていることからして、置き引きなど何らかの違法な目的をもってホームをうろついていたことが推認できる。

甲は、乙に発見されたのに気付くと、それまで引いていたキャリーバッグを抱えて走りだそうとする仕草を見せている。忘れ物を届けようとしていたなら、「泥棒」と言われたわけでもないのに逃げ出そうとするのは異常であり、窃盗の故意が推認される。また、甲がかたくなにバッグを開けることを拒んでいるのも異常な事情と言える。

- (3) さらに乙がA駅のホームに着いたとき、白髪で身長180センチメートルの緋色のスーツを着た男が乙のことをうかがっていた。乙はこの男のスーツが無地か柄物であるかは分からず、甲の着ていたのと同じ細い縦じま模様は確認できていないものの、白髪でこれほど長身である人物は稀であることから、これは甲であると考えられる。とすると、甲はバッグが乙のものであることを認識していたと言える。

以上から、甲が本件と同様の置き引きの前科2犯があり、そのうち1犯は執行猶予中とそれほど昔の犯罪でもないことも併せると、甲はバッグが乙のものであることを認識しながらこれを持ち去っており、窃盗の故意が認定できる。

以上



**Bさんの再現答案 評価C**

設問1

1 甲は弁解の中で、甲自身がキャリーバッグをベンチから持ち去ったことを前提としており、自ら認めて自白している。

キャリーバッグをベンチから持ち去られた時刻は平成 23 年 3 月 5 日午後 2 時 25 分から同 40 分までの間である。この間に、甲がキャリーバッグをベンチから持ち去ったことを直接証明する証拠はない。

しかし、午後 2 時過ぎに A 駅についたとの甲の弁解や、甲に似た人物を目撃していること、防犯カメラにも甲らしき人物が写っているという状況証拠から、同時刻に甲犯行現場であるホームにいたと考えられる。

したがって、以上の状況証拠と甲の自白から、甲自身がキャリーバッグをベンチから持ち去った人物であることを認定できる。

設問2

1 乙の占有

窃盗罪における占有の有無は占有の事実と占有の意思によって判断する。

犯行当時、乙はキャリーバッグを所持してなかった。

しかし、キャリーバッグまでは約 20 メートルの位置、走れば数秒でキャリーバッグを回収できる場所おり、占有の事実が認められる。

乙は丙との会話に夢中になりキャリーバッグの存在を忘れている。

しかし、忘れていたのは数秒であり、すぐに思い出しており、占有の意思は失われていない。

したがって、キャリーバッグに対する甲の占有が認められる。

2 甲の窃盗の意思

窃盗罪における窃盗の故意の有無は客観的事実（状況証拠）から判断する。

甲は無職であり金銭に困っていたと考えられる。防犯カメラの映像の男と甲は髪型・服装から同一人物と考えられ、3月5日午後1時5分ころからA駅ホームで獲物を狙っていたと考えられる。

甲は盗む気はなかったとして窃盗の故意を否定している。しかし、一般的に置き引き犯人が盗む気はなかったと言い訳しがちであることに加え、甲は執行猶予中であり、犯行が発覚すれば執行猶予を取り消されることから、嘘をついている可能性が非常に高い。

したがって、甲の窃盗の故意は認められる。

以 上

45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88

**Cさんの再現答案 評価B**

- 1 第1 設問1について
- 2 1 甲に対する窃盗罪事件において、甲がバッグを持ち去った人物で
- 3 あるとの事実、犯人性を立証するものであるから、厳格な証明の
- 4 対象として、合理的な疑いを容れない程度に確実であるとの証明を
- 5 要する。
- 6 2 犯人性を否定する方向の事情
- 7 (1) 乙がホーム上で見た男は、紺色のスーツを着ていたが、その生
- 8 地が無地か柄物かはわからず、防犯カメラ1の画像に映っていた
- 9 ホーム上の男についても、着用していた紺色スーツの生地は細い
- 10 し模様があるか否か、その顔つき、身長も判別できなかったの
- 11 であるから、この男と甲とが同一人物であるとは断定できない。
- 12 多数人の集合する駅のホームには、白髪で身長約180cmで紺色の
- 13 スーツを着た男性は多数人存在するであろうから、上記の事実の
- 14 みから両者の同一性を認定することは困難である。
- 15 (2) 甲は、「バッグを忘れ物だと思って、駅の事務室に持って行こ
- 16 うとした」旨の弁解をしているところ、乙が男に追いついた位置
- 17 は、たしかに駅事務室の手前であるから、その供述内容は、客観
- 18 的な状況と合致している。また、甲は、乙に止められた時点から
- 19 一度も「バッグが自分のものである。」との発言はしていないの
- 20 で、後に矛盾供述をしたともいえない。この点からは、甲の弁解
- 21 の信用性が低いとはいえない。
- 22 3 犯人性を肯定する方向の事情
- 23 (1) 甲は、「バッグが忘れ物だと思った」と弁解するが、そうであ
- 24 れば、乙に、「そのバッグは俺の。バッグの中身を開けてみろ。
- 25 俺の書類が入っているにちがいない」と言われたとき、バッグの
- 26 持ち主か否か確認するために、乙の言葉に従ってバッグの中身を
- 27 開けてみるのが通常であるが、甲はこれを拒んだ。また、乙に「待
- 28 て。」と言われたとき、走り出そうとする仕草を見せた事実は、
- 29 甲がその場から逃走しようとしたことを推認させる。
- 30 さらに、乙が男に追いついた位置は、改札口の手前でもあるの
- 31 で、甲は、その弁解内容とは異なり、改札を抜けて、犯罪現場か
- 32 ら逃走しようとしたとも推認し得る。
- 33 バッグのポケット内から、乙の携帯電話の着信音が鳴って、バ
- 34 ッグが乙の物であることが確定的になった途端に、甲は、「忘れ
- 35 物」と言い始めたのであって、乙の供述には変遷がみられるし、
- 36 不自然な内容である。これらの事情からすると、甲の供述内容は、
- 37 信用性が低い。
- 38 (2) これに対して、ホーム上で見たという甲らしき男の挙動に関す
- 39 る乙の供述は、甲の所持品の中に「B駅→A駅」の切符があった
- 40 ことや、その購入時刻などの客観的事実、防犯カメラ1・2・3
- 41 に映った画像と合致しており、その内容も具体的・詳細で終始一
- 42 貫しているから、信用性が高い。
- 43 (3) ホーム上の男は、1時間以上もの長時間にわたって、電車の発
- 44 着をやり過ごしていたので、電車の利用客ではないと考えられ、

挙動不審である。その後、甲は、乙のバッグがなくなった直後に、被害物件である乙のバッグを実際に所持していたので、ホーム上の男が甲と同一人物であるとする、甲が犯人である蓋然性が高い。

上記事情を併せ見ると、ホーム上の男は甲であると認定し得るので、甲が犯人であることに合理的な疑いを容れない程度に確実であるとの証明がなされたといえる。

- 4 したがって、甲がバッグを持ち去った人物であることを認定できる。

## 第2 設問2について

### 1 占有の有無について

(1) 占有とは、占有の意思と占有の事実とから成る。

(2) 乙は、着ていたコートをベンチに置き、そのベンチの隣にバッグを置いたまま、ベンチから見通しの良いわずか15m離れた売店で、商品等を購入するために、10数分という短時分、バッグから離れたにすぎない。

占有とは、物を具体的に把持する必要はなく、上記のような時間的・場所的に近接した範囲内にあれば足りるので、乙にはバッグに対する占有の事実があるといえる。

また、乙は、丙との会話に夢中になり、一瞬バッグのことを忘れたものの、すぐに思い出してベンチに戻っている。乙は、バッグの置き場所を具体的に把握して、すぐに取りに戻る意図でベンチ隣にコートとともにバッグを残したにすぎないので、乙にはバッグに対する占有の意思も認められる。

(3) したがって、バッグに対する乙の占有はある。

### 2 故意の有無について

(1) 故意とは、犯罪事実を認識・認容していることをいうと解される。

(2) 甲は、ホーム上で乙の行動を観察した上で、乙がバッグを取りに戻ることを知りつつ、その間にバッグの占有を奪っているのだ、甲は、バッグが「遺失物」(刑法254条)ではなく、「乙の占有する物」であるとの認識があるといえる。また、乙に「待て。」と言われて逃走しようとしている事実からも、乙の占有物を乙の意思に反して自己の占有下に移すことについて、認識・認容していると推認し得る。内心等の主観は客観的事実から推認してよい。

(3) したがって、甲には窃盗の故意がある。

以 上

|     |
|-----|
| 問 題 |
|-----|

〔一般教養科目〕

次の文章は、渡辺浩著『日本政治思想史』の中の福沢諭吉の思想について述べた一節である。これを読んで、後記の各設問に答えなさい。

(省 略)

〔設問1〕

著者は、福沢の思想について「(省 略)」(下線部A)と述べる一方、「(省 略)」(下線部B)とも述べている。下線部A、Bから読み取れる内容を踏まえ、福沢の思想に関する著者の見解を10行程度で要約しなさい。

〔設問2〕

著者は、文中で、「(省 略)」(下線部α)という問題を提起している。この問題提起に対するあなたの見解を、他の見解に反論しつつ(例えば、あなたが一義的に計測する基準があるという意見なら、ないという意見に反論しつつ、あなたが一義的に計測する基準がないという意見なら、あるという意見に反論しつつ)、20行程度で記述しなさい。

# MEMO

**Aさんの再現答案 評価A**

1 設問1

2 福沢は文明の進歩を道徳性と知的能力の両面で、人々が「高尚」に  
3 なっていくこととして、「高尚」であることを物事を判断する絶対的な  
4 基準とする（下線部A）。

5 また福沢は、文明を現在に向かって一貫して進歩してきたものと捉  
6 えるのではなく、「高尚」という絶対的な基準により、人類史における  
7 文明の進歩を相対的に判断する（下線部B）。

8 しかし、福沢は「高尚」の立場から現在を語るのではなく、いまだ  
9 に文明が低い段階にあることを自覚した上で、現在においてなすべき  
10 ことを発信する。それは、「高尚」であるとの基準に縛られることなく、  
11 現在にふさわしいことをするという思想であり、現実主義にも理想主  
12 義にも見えた。

13 設問2

14 私は、「文明」が進歩しているかを一義的に計測する基準はないと  
15 考える。

16 「文明」の進歩を一義的に図る基準があると考える者は人権などの  
17 ようにいつの時代にも通用する普遍的な価値観があると主張するだろ  
18 う。これは、福沢の思想でいえば「高尚」にあたるものである。しか  
19 し、こうした人権の思想などは現代に生まれたものにすぎない。すな  
20 わち、かつての帝国主義の時代には植民地の人々を支配することが文  
21 明の進歩した国のあり方であると考えられていた。これは過去の価値  
22 観自体が間違っていたわけではなく、現代になって価値観が変化した  
23 に過ぎない。すなわち、「文明」が進歩しているかを計る基準とは、た  
24 またまたその時代・地域で人々によって信じられている価値観にすぎず、  
25 決して一義的なものではない。福沢の考える「高尚」も、たまたま福  
26 沢が信じていた価値観に過ぎない。

27 人々に信じられる価値観は時代および地域によって変化するもの  
28 であり、普遍ではあり得ない。過去は現代よりも文明が進歩していな  
29 かったのではなく、人々に信じられていた価値観が異なっただけであ  
30 る。価値観は時代・地域によって異なるものであり、文明の進歩がこ  
31 のような価値観をもって計られるものである以上、「文明」の進歩を計  
32 る一義的な基準は存在しない。

33 以 上

34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44

## MEMO



**Bさんの再現答案 評価B**

1 設問1

2 「福沢は、価値相対主義者ではない」という下線部Aからは、福沢が  
3 価値絶対主義に立ち、文明の進歩に関して絶対的な基準を持っていたこ  
4 と、下線部Bからは、人間を相対化したのと同じように、人類史につい  
5 ても相対化し、特定の時代の特定の国の文明を絶対視していなかったこ  
6 とが読み取れる。文明の進歩に関して絶対的な基準を持ちつつ、特定の  
7 時代の特定の国の文明を絶対視しないという思想から、福沢は具体的な  
8 時論を变幻自在に展開することができたと筆者は述べており、福沢の思  
9 想に関して、この思想こそが激動期にある日本のあるべき姿を提示し続  
10 けた福沢の根本思想であると考えている。

11 設問2

12 「文明」が進歩しているかどうかを一義的に測定する基準はないと考  
13 える。

14 本文中で「文明」の進歩とは、人々が道徳性と知的能力において高尚  
15 になることとされている。道徳性も、知的能力も抽象的で内容がはっき  
16 りしない概念である。また、高尚になるというのも、具体的に何を意味  
17 するのか不明である。このように、「文明」の進歩の内容自体が、不明確  
18 で抽象的である以上、「文明」が進歩しているかどうかを一義的に測定す  
19 る基準もないと考える。

20 これに対しては、「文明」が進歩しているかどうかを一義的に測定する  
21 基準があるとの見解も考えられる。一義的に測定する基準を設定するた  
22 めには、「文明」の進歩の内容である、人々が道徳性と知的能力において  
23 高尚になることの意味内容を明確にしなければならない。

24 しかし、前述のとおり、これらは抽象的な概念であるから、明確にす  
25 ることは困難であり、明確にしたとしても具体例を明示するにとどまる  
26 ことになりかねない。具体例を明らかにしても、それは「文明」が進歩  
27 していることの一例にすぎず、その一例を測定する基準があっても、「文  
28 明」が進歩しているかどうかを一義的に測定する基準とはなりえない。

29 以 上

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

<TAC>無断複写・複製を禁じます。

## MEMO

<掲載した再現答案の成績>

|      |     | 論文<br>点数 | 総合<br>順位 | 憲法 | 行政法 | 民法 | 商法 | 民訴 | 刑法 | 刑訴 | 一般<br>教養 | 実務<br>基礎 |
|------|-----|----------|----------|----|-----|----|----|----|----|----|----------|----------|
| 合格者  | Aさん | 269.14   | 39       | B  | A   | D  | A  | A  | D  | A  | A        | A        |
|      | Bさん | 276.19   | 18       | B  | C   | A  | B  | A  | A  | A  | B        | C        |
| 不合格者 | Cさん | 225.00   | 303      | B  | B   | E  | D  | D  | C  | B  | A        | B        |

※論文点数が、245 点以上が合格。

※Cさんの一般教養の再現答案は割愛いたしました。