

平成27年度司法試験 論文式試験 出題趣旨分析セミナー 成績付再現答案集

監修：中村 充 講師

<目次>

公法系第1問	2
公法系第2問	9
民事系第1問	14
民事系第2問	22
民事系第3問	29
刑事系第1問	36
刑事系第2問	44

第1 設問1(1)

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

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

本件で、A市は、Y対策課の採用に当たり、以下の通りBとCを区別して取り扱うのが合理的であったのに、両名とも不採用として同一に取り扱っているので、14条1項に反する。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

コメント[K5]: 14条のテンプレを応用。

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

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

コメント[K8]: これは自分で付け足した。

コメント[K9]: 本来なら設問1で書くのはここまでにするところだが、配点が40もあるので不安になりこの先も少し書いた。が、ここで書いた事情も結局は設問3でガッツリ書くことになったので得点効率悪かったかも。

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

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

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

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

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

61 3 A市が、BがY採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分
62 の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことを正式採用しない理由
63 としたことは、Bの、Y対策課の採用に当たって自己のY採掘事業に関
64 する過去の意見表明を考慮されない自由を侵害し、違憲「違法」であ
65 る。

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

68 第2 設問1(2)

69 1 Bの主張1について、憲法14条1項は、公権力に対して国民を合理
70 的に差別して取り扱うことまでも要請する規定ではないから、BとC
71 を共に不採用にしたことは平等原則に反しない。

72 2 主張2について、BとDらを別異に取り扱ったことは、合理的差別
73 だから平等原則に反しない。

74 3 主張3について、Aの主張する自由は、憲法上保障されない。

75 第3 設問2

76 1 憲法14条1項は、歴史的にも、公権力に対して不合理な差別をする
77 ことを禁止する性格の規定であり、国民を合理的に差別することを要
78 請する規定とまではいえない。よって、この点については、A市の反
79 論の通りである。

80 2 14条1項という「平等」とは、合理的差別を許容する相対的平等と
81 解する。

82 (1) ここで、差別の合理性の基準が明らかでなく問題となる。

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

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

92 ウ そこで、中間的な基準、具体的には①重要目的と②実質的関連

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

コメント[k11]: 言い分はこんな感じでお茶を濁す。

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

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

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

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

コメント[k16]: パターンに乗せてしっかり書く。ここを守る。

コメント[k17]: 行政法の裁量を発見する方法の応用。

コメント[k18]: 本問で唯一の個別法っぽい位置づけなので使ってみた。

性ある充分合理的な手段による差別なら、合理的と解する。
(2)ア 本件で、①Bを不採用とし、Dらを採用した目的は、Y対策課の職員としてふさわしい能力・資質等を有する者をY対策課の職員として採用する点にある。

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

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

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

イ ②では、Bを不採用とし、Dらを採用するという手段はどうか。

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

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

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

また、Bの判定期間における勤務実績は、Dらと比較してもほぼ同程度ないし上回るものであった。

にもかかわらず、Bについて、甲市シンポジウムでY採掘事業に反対する内容の発言を行ったことや、Y採掘事業に関する考えを重視して、Bよりも勤務実績の下回る者も含まれるDらを正式採用し、Bを不採用とすることは上記目的①と実質的関連性ある充分合理的な手段とはいえない。

したがって、合理的差別とはいえないから、BとDらを区別して取り扱ったことは平等原則に反し14条1項に反する。

3 Bは、Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価という思想意見等を、すでに甲市シンポジウムで述べて外部に表明している。

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

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

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

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

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

コメント[k24]: ほぼ問題文丸写しスタイルの中、ここだけは自分なりの考えが思いついた。

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

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

139 とすると、上記表現行為については、B はすでに一応目的を達成し
140 ているといえる。
141 よって、B の主張する自由は憲法 21 条 1 項で保障されるとはいえ
142 ないので、B の主張 3 については、A 市側の反論の通りである。
143 以上

コメント [K27]: サンプル問題、平成 25 年公法系第 1 問でも似たようなことが書けたような。どちらも平等原則がメイン論点だったし。と、書いているときぼんやり思った。

コメント [K28]:

〈総合コメント〉

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

〈時間配分〉

答案構成：40 分

答案書き：80 分

〈使用教材〉

デバイス・ネオ 憲法

4 A 論文過去問分析講義

第1 設問1

1 Cと同一に扱ったことについて

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

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

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

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

2 Dとの差別について

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

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

したがって、甲市に不法行為が成立する。

3 差別以外について

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

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

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

第2 設問2

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

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

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

コメント[s29]: 同一に取り扱ったことが、14条違反になるのかどうかという、前提となりかつ根幹となる疑問について、当然に14条違反になるという前提で書いてしまった。かなり悔んでいる。

コメント[s30]: 14条の問題は誰と誰の間の差別を具体化することが前提であると強く意識していたが、そのせいか、上記コメントの通り、同一に取り扱うことまで14条の問題となるかについての記載を逃げるような答案になってしまった。

コメント[s31]: 14条の規範をより具体的にすべきか悩んだが、とりあえず原告では合理的か否かだけ検討することにした。

コメント[s32]: この問題は、反対意見の有無が区別の理由であったのに、問題文を読み間違い、反対意見の問題は3で書けばよいと勘違いしてしまった。途中で気がついたが、直す余裕はなかった。

コメント[s33]: 事案を読んで思い浮かんだ判例は越前中学事件であったので、それとの比較を意識して書いた。しかし、表現の自由の問題であるのか疑問を持ちながらの起案となった。

コメント[s34]: 19条の規範は、判例で出ていないと思ったので、原告としては厳格基準で行くことにした。

コメント[s35]: 目的のみで違憲としたが、本来は手段についても触れるべきだと思う。時間に追われ始めたので、目的のみで切った。

コメント[s36]: 同一に取り扱うことの違憲性について全く突っ込みなかった。

コメント[s37]: このとき、1では失念した反対意見をもつことによる差別であることに気づいたので、無理やり、反対意見をもつことによる差別の合理性を書いた。

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

50 第3 設問3

51 1 Cとの差別について

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

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

63 2 Dとの区別について

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

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

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

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

75 3 差別以外について

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

79 19条は、A市をはじめ公権力から思想・良心を理由に不当な不利益を受
80 けないことを保障している。そうでなければ、思想・良心の自由を保障す
81 ることはできないからである。

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

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

89 これについて、Yが周辺住民に重大な健康被害を与える危険がある一方
90 で、Y採掘によりA市の税金、雇用の面で利益が認められるというのであ
91 るから、やはり、多様な意見を持つ者を採用し、市民に事業の安全性及び
92 これに対する信頼を確保すべきと考える。それなのに、反対意見をもつと

コメント[s38]: 越町中学事件の判決要旨を書いたつもり。

コメント[s39]: 規範を書くべきであった。合理性の有無といっても、一応規範であるが、三段論法を意識すると、より具体化した規範を定立するべきだったと思う。

コメント[s40]: 1で設問を読み違えたため、あやふやな記述になってしまった。

コメント[s41]: この認定は、あっさり過ぎたと思う。

コメント[s42]: 越町中学事件に対する、蟻川教授の論文を真似たつもり。

コメント[s43]: ここが、今年の問題で最大の論点だと思った。ただ、行政法チェックであるので、どうなのだろうか・・・

- 93 の理由でBを正式採用しないのは、裁量権の逸脱濫用にあたる不当な不利
94 益であるとする。
95 したがって、本件ではA市は 19 条に反する違憲・違法な不法行為を形成
96 する。以上

コメント[S44]:

総合コメント

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

構成 40 分（見切り発車）

作成 80 分

基本書等 判例百選は熟読した

芦部憲法

青柳憲法

蟻川「プロトディシプリンとしての読むこと」

蟻川「起案講義憲法」

蟻川他「憲法判例を読み直す」

蟻川他「ローアングル憲法」

第1 設問1

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

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

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

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

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

(3) よって、本件命令によって重大な損害が生じる場合といえる。

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

4 X は本件命令の相手方だから、Y 市が本件命令「をしてはならない旨
を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する」(同 3 項)。
したがって、X は、本件命令の差止の訴えを提起することができる。

第2 設問2

1 消防法及び危険物政令の関係する規定の趣旨及び内容

消防法 12 条 2 項は、同法 1 条の「国民の生命、身体及び財産を火災
から保護する」という目的の下、「取扱所の位置、構造及び設備が第
10 条第 4 項の技術上の基準に適合していないと認めるときは、・・・
同行の基準に適合するように、これらを修理し、改造し、又は移転す
べきことを」市町村長等が「命ずることができる」としている。

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

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

危険物政令 9 条 1 項 1 号但書の趣旨は、製造所そのものに変更がな
くても、製造所の設置後、製造所の周辺に新たに保安物権が設置され
た場合に、消防法 12 条により、製造所の移転等の措置を講じなければ
ならなくなる事態を避ける点にあり、設備の距離制限について、具体
的事例における市町村長の柔軟な判断を認めるものといえる。

2 本件基準の法的性質及び内容

コメント[k45]: 設問 1 と 3 でしっかり得点すべ
き問題だと思ったが、設問 3 の誘導がいまいち
よくわからなかったから、設問 1 はしっかり書
いて設問 2 は形式的に誘導に乗ることを最優先
し、設問 3 は要件に当てはめるふりをしてなん
とかごまかそうという基本方針を立てる。

コメント[k46]: 具体的に挙げるというのはこう
いうことをいうのだろうか。

コメント[k47]: 処分性は、解釈論から書く必要
はないだろうと思った。配点 20 だし。

コメント[k48]: 設問 3 への布石のつもり。

コメント[k49]: はじめはここを書いた後すぐに
下記 3 を書きだしたが、途中で話が噛み合っ
ていないことに気が付き 8 行ほど削除。構成で時間
をとられていたので大量削除したときは「もう
今年は終わった。。。」と一瞬思い本気で焦った。

コメント[k50]: ここも削除するか迷ったが、本
命損害の(2)もちゃんと書いてあるから残した。

コメント[k51]: 泣く泣く削除した次の行からこ
こを書きだす。

コメント[k52]: 損害を二つ挙げたので、度の損
害と対応するのか明示した。

コメント[k53]: 本案パターンに乗せていけば楽
勝に思えたが、誘導がよくわからなかったのと、
根拠条文からの委任・準用の構造が複雑すぎて
混乱した。

コメント[k54]: とにかく問題文の指示 or 弁護士
の指示をタイトルにして、一問一答で答えてい
く。

コメント[k55]: 根拠法令から委任・準用の過程
をただ書いていくだけ。意味があるのかわから
ないがこれしか書くことが無かった。

コメント[k56]: これも指示されたから書いたが、
よくわからなかったし、そもそもこの趣旨で正
しいのかも不明。

コメント[k57]: 「基準」ときたら裁量基準とい
うことで、それにつながるように書くことしか
考えられなかった。飛びつきは良くないと思う。

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

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

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

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

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

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

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

3 危険物政令 23 条について

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

本件で、X は、防火塀を設置すること、及び、危険物政令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設することは、技術上も可能であり、実施する用意があるとしている。

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

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

第 3 設問 3

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

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

本件命令は、本件葬祭場の安全を確保するためであり、「公共のため

コメント [k58]: これは処分ではないとわざわざ書いてあったが、行政裁量は行政活動の広い領域で存在するみたいなことが物の本に書いてあったので、ここで裁量と言っても大丈夫だろう。

コメント [k59]: これは構成の早い段階で気が付いたので、使いたかった。

コメント [k60]: 基準②にも何とかいちゃもんをつけたので、無理やりひねり出した。

コメント [k61]: これは被告に対するすさまじい要求だが、ここまで書かなければ原則的な距離制限が適用されるので書いた。

コメント [k62]: 弁護士の指示に答えたつもり。

コメント [k63]: 上記 2(3)とかぶったが、これしか書くことが無かった。

コメント [k64]: 内容がよくわからなかったもので、こういった小さい解釈論で 1 点でもとりたい。

93 に」されたといえる。
94 3 また、「用ひる」とは、①特定人の②財産権の本質を制約する、と解
95 する。
96 本件では、①X という特定人の財産権が制約されている。
97 しかし、②消防法 12 条は、取扱所の所有者等に対して、10 条 4 項
98 の技術上の基準に適合するように維持すべき義務を課しているが、12
99 条の定める義務は、取扱所周辺の安全を確保するという消極目的のため、
100 取扱所の所有者等が当然遵守しなければならない義務を定めたも
101 のである。
102 とすると、12 条による制約は、財産権の本質を制約するものとはい
103 えない。
104 この結論は、X の移転義務が、本件取扱所設置後にされた本件都市
105 計画決定によって、本件葬祭場の建築が可能となったことによっても
106 たらされたものであっても、変わるものではない。
107 4 したがって、X は、損失補償請求をすることができない。
108

以 上

コメント [k65]: 「とも思える。しかし～」と反論を書きだしたら話が面倒になるので書かなかった。時間もなかったし、うまく書く自信もなかった。

コメント [k66]: どう使えばいいのかよくわからなかった。

コメント [k67]:
〈総合コメント〉
平成 26 年の問題をもっと繰り返し解いて時間配分の訓練をするべきだったと思う。設問 3 でもっとネチネチ書きたかったが、何を書けばいいのか悩んでしまったので仕方がない。とはいえ結果的に、今の自分に書けることはしっかり出し切れたと思う。
〈時間配分〉
答案構成 : 45 分
答案書き : 75 分
〈使用教材〉
リーガルクエスト行政法
デバイス・ネオ行政法
行政法 事案解析の作法
4 A論文過去問分析講義

第 1 設問 1

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

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

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

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

本問では、本件葬祭場の営業が開始されれば、Y 市長が本件命令を発することが確実というのであり、他に適当な方法があるとはいえない。

4 以上より、差止めの訴えの訴訟要件をみたらす。

第 2 設問 2

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

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

2 では、本件命令に裁量権の逸脱・濫用が認められるか。

Y 市長は本件基準①②の要件を充たさないため、本件命令を出している。ところで、本件基準は法令の委任を受けていないから、その性質はいわゆる行政規則であり、内部的拘束力を有するに過ぎない。ただ、本件基準は 1 で認められた裁量権行使の基準、すなわち裁量基準としての性質を有するので、内容が合理的である限り、これに基づく処分も原則として適法である。そして、本件基準は、短縮条件や短縮限界距離に

コメント [s68]: とても簡単な問題だと思ったが、行訴法 3 条 7 項の「おそれ」についての論述一切を落としてしまった。

コメント [s69]: 重大な損害の認定は、考慮要素を挙げて、もっと詳述すべきだったと思う。本番では、配点が 20 点と少なかつたため、できるだけあっさり書いたが、今思うと、もっと厚く書くべきだったと思う。

コメント [s70]: この問題は、殆ど平成 26 年の問題と同じだと感じたが、果たしてその感覚は正しかったのだろうか・・・

コメント [s71]: はたして、この問題提起で良かったか疑問である。自分としては、論理を明確にするために、裁量の逸脱濫用の有無に論述を絞るつもりであつたが、逸脱濫用に絞つたのは間違いだったかもしれない。

コメント [s72]: 裁量の有無、程度については、一定の記述ができたと思っている。

47 ついて具体的に定めており、合理性があるといえる。
48 しかし、本件基準に合理性が認められるとしても、本件命令を下すこ
49 とは、裁量権の逸脱・が認められるのではないか。
50 これについて、危険物政令9条1項但書の立法経緯が、製造所そのも
51 のに変更が無くとも製造所の設置後周辺に新たに保安物件が設置された
52 場合に、消防法12条により製造所の移転等の措置を講じなければならな
53 くなる事態を避けることを主な目的にしたというのであるから、移動命
54 令はなるべくなすにすむ運用をなすべき義務をY市長は負っているとい
55 える。また、危険物政令23条の立法経緯は、科学技術の進歩に伴って
56 一般基準において予想もしない施設が出現する可能性があるため、こう
57 した事態に市町村長等の判断と責任において対応し、政令の趣旨を損な
58 うことなく実態に即した運用を可能にする点にあったという。そうする
59 と、やはりY市長としては、できる限り移転命令を出すことを避けるべ
60 き責務を負っていたと言える。

61 かかる事情の下で、Xは、基準③の高さより高い防火壁を設置するこ
62 と、及び危険物政令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設するこ
63 とが、技術的にも経営上も可能であるというのである。Xが本件基準②
64 を充たせないのは、20メートルのうちわずか2メートルなのであり、こ
65 の差は上記の設備設置で回避できると考えられる。

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

68 3 以上より、本件命令に裁量権の逸脱濫用が認められ、本件命令は違法
69 である。

第3 設問3

71 1 憲法29条3項に基づく損失補償は、特別の犠牲が生じた場合、すなわ
72 ち、特定人に、財産権の本質的内容に受忍限度を超える制約を加えた場
73 合に補償の請求が可能である。

74 2 これについて、本件命令はX個人に対してなされるのであるから、X
75 という特定人に加えられた財産的制約と言える。

76 問題は、財産権の本質的内容に受忍限度を超える制約を加えたと言え
77 るかである。

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

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

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

以上

コメント[s73]: 裁量基準と平成26年同様の認定をし、原則適法、例外逸脱・濫用で違法としたが、この論理が正しいかは疑問あり。

コメント[s74]: 配点が50点と異常に高かったの
で、あてはめも分厚くしたつもりである。ただ、
関連条文が多く、説得力のある形にできたかど
うかは疑問。

コメント[s75]: 今日でも特別犠牲説で良いか疑
問はあったが、他の規範は思いつかなかった。

コメント[s76]: ガソリントankの判例が思い浮
かんだったので、その事例との差を知っている範囲
で意識して書いた。

コメント[s77]:

総合コメント

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

構成 40分(見切り発車)

作成 80分

基本書等

桜井・橋本「行政法」

事例研究行政法2版

判例百選

第 1 設問 1

1 小問(1)

(1) A の主張

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

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

よって、A は、その丸太をもとにした材木①の所有権を有する。

イ C は、材木①を占有している。

よって、A の主張は、認められうる。

(2) C の反論

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

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

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

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

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

ウ C は、材木①を即時取得した(192 条)との反論ができないか。

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

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

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

(ウ) しかし、C は、上記 B との契約の際、それまでの取引経験から、A が丸太を売却するときにはその所有権移転の時期を代金の支払い時とするのが通常であり、最近も AB 間でトラブ

コメント[k78]: A の主張が認められるかどうか検討したうえで・・・C の反論が認められるか検討する、とはどういう意味なのかよくわからなかった。形式より内容重視でいこうと思った。

コメント[k79]: 自己物権・相手方占有だけ書いた。所有権留保は、本来なら所有権喪失の抗弁に対する再抗弁なのかも知らないがややこしくなりそうだったのでここで書いた。

コメント[k80]: 材木①と丸太が書き分けられていることが気になったが、みんなこは濁して書いてくるだろうと思ったので、あまり深入りせず。

コメント[k81]: 所有権的構成。

コメント[k82]: 添付の条文はあまり使ったことが無かったので、条文に書いてある以上のことは書かなかった。

コメント[k83]: これは完全な間違い。無権利者 C は「第三者」ではない。基礎的理解を疑わせる、かなりまずい記述だと思う。緊張と焦りで気が付かなかった。占有改定へのあてはめもおかしいと思う。

コメント[k84]: ここが書けることが設問 1 の最低ラインか。

コメント[k85]: 不審事由→調査確認義務→同義務の懈怠→「過失」あり、というおなじみの流れ。

47 ルが生じていたことを知っていたから、丸太の所有権の所在
48 について調査確認する義務があったといえる。ところが、C
49 は、20 本の丸太については AB 間で代金の支払いが既にされ
50 ているものと即断し、特に A 及び B に対する照会はしなかつ
51 たのだから、C は上記調査確認義務を怠った。

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

54 したがって、C の反論はいずれも認められず、A の主張が認
55 められる。

56 2 小問(2)

57 (1) A の主張

58 A の請求は、付合に伴う償金返還請求権 (248 条) と構成できる。

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

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

66 よって、A の請求は認められる。

67 第 2 設問 2

68 1 小問(1)

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

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

76 2 小問(2)

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

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

83 とすると、たしかに、G は、「他人の物の占有者」と言えそうである。

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

88 とすると、丸太④と同請求権の間には、牽連性がないといえる。

89 したがって、G の主張は認められない。

90 第 3 設問 3

91 1 小問(1)

92 (1)ア H は、C の自宅前を通行するものを驚かせようとして、C の倉庫

コメント [k86]: これが正しいあてはめなのかはわからない。CD 間での乙建物の鍵のやり取りも使い方がわからなかった。

コメント [k87]: (2D の反論は思いいつけず書かなかった。

コメント [k88]: 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁。もっと詳しく、具体的に書くべきだった。

コメント [k89]: 明認方法の条文は探せなかった。もしかして、明認方法が対抗要件になるところから解釈論を展開しなければならなかったのか。

コメント [k90]: 本当に牽連性の問題なのかはよくわからなかったが、考えても答えは出せなかったのこのようにした。

コメント [k91]: ここは相対的にみんな書いてくたさるだろうから、わりと丁寧に書いた。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 小問2

Lの親であり、Lと社会生活上一体と評価できるKについて、携帯電話で話しながら自転車を走行させる、ライトをつけていなかったという「過失」(722条2項)がある。

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

以上

コメント[k92]: 故意ありでもよかったかもしれない。

コメント[k93]: ここが肝だと思ったので厚く書いた。

コメント[k94]: 時間が足りなかった。被害者自身の過失ではないことに、書く直前になって気づく。危なかった。

コメント[k95]:

〈総合コメント〉

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

〈時間配分〉

答案構成: 45分

答案書き: 75分

〈使用教材〉

- ・デバイス・ネオ民法Ⅰ・Ⅱ
- ・新問題研究 要件事実
- ・4A論文過去問分析講義

第 1 小問(1)

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

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

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

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

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

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

よって、(i)の事実の存在が認められる。

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

(4) 以上より、A は標記請求をなしうる。

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

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

(2) では、本件において上記(i)および(v)の各事実は認められるか。

ア 本件において、BC 間において平成 23 年 4 月 18 日に、本件丸太を製材した動産たる材木①②を代金計 400 万円で B が C に売り渡す旨の売買契約(555 条)が締結され、同月 25 日に B から C へ材木①が引き渡されている。したがって、C は取引行為により材木①の占有を取得したものと認められる。

イ しかし、本件では C は無過失とは認められない。以下、詳述する。192 条にいう無過失とは取引行為の相手方が目的物たる動産の所有権を有しないことを知らないことにつき過失がないことをいう。本

コメント [K96]: 丸太→材木については加工(246 条)の適用により、所有者が材料を提供した者に帰属することを論じなければならなかった。

コメント [K97]: A の所有を基礎付けるために所有権留保の法的性質をきちんと論じるべきだと考え、独立の問題設定をして論じた。

コメント [K98]: 材木の所有権が A に帰属することを論じるために 246 条に言及すべきであったと考えられるが、現場ではわからなかった。

コメント [K99]: 取得時効の反論を出す前に、所有権喪失の抗弁を書くべきとも考えたが、即時取得に飛びついてしまった。

コメント [K100]: C に過失があると認められる事情が多く落ちていたので、C の過失を認定すべきと思った。

件において、C は、それまでの取引の経験から、A が丸太を売却する
ときにはその所有権移転の時期を代金支払時とするのが通常であり、
最近も AB 間でトラブルが生じていることをしていたものの、本件丸
太につき AB 間で代金の支払が既にされているものと即断している。
C がかかる事情を知っていた本件において、C は A ないし B に対して
AB 間売買につき代金支払が行われているかにつき調査する義務を
負い、A 及び B に対して照会を行うなどなんらの調査をしていない
ことはかかる義務に反する過失と認められる。

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

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

3 以上より、A の標記請求は認められる。

第 2 小問(2)

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

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

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

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

したがって、法律上の原因がないと認められる。

(3) 以上より、A はかかる請求をなしうる。

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

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

(2) 以上より、D の反論は認められる。

3 以上より、A の標記請求は認められない。

コメント [K101]: 問題文を一読して、何を根拠に償還請
求を行うのかわからなかった。

コメント [K102]: 反論として何を書けばよいのかわから
なかった。現存利益でなんとか戦わせようと思ったが、
現存利益があるかないかもよくわからないかった。

[第 2 問]

第 1 小問(1)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

第 2 小問(2)

コメント [K103]: 「G は、丸太③を E が所有することを争うことによって…」との問題文の記述からすれば、G の主張は、対抗要件具備に基づく所有権喪失の抗弁であったと考えられる。しかし、本番では対抗要件の抗弁として書いてしまった＝趣旨にそぐわない回答である(∵対抗要件の抗弁の場合、あくまで所有権については争わず、その所有権を対抗できないことを争うにすぎないから)。以上の点で悔やまれる。

コメント [K104]: E の請求を確認することは不可欠だと思ったが、問題文中に一定の記述があったので、ここまで厚く書く必要はなかったと思う。

コメント [K105]: 本件立木の二重譲渡および対抗関係が問題となると思ったがいまいち整理して書くことができなかった。

- 139 1 Gの主張を検討する前提として、FのGに対する請求を確認すると、
140 上記第1におけるのと同様に丸太④の所有権に基づく返還請求権とし
141 ての動産引渡請求を主張するものと考えられ、丸太③と同様に丸太④
142 のF所有およびG占有の各事実の存在を理由としてかかる主張を行っ
143 ているものと考えられる。
- 144 2 そこで、Gとしては、留置権(295条1項)の成立を主張して、丸太の
145 保管料のうち丸太④の保管料に相当する金額の支払を受けるまでは、E
146 の上記請求を拒否する旨主張するものと考えられる。
- 147 3 では、本件において丸太④につき留置権の成立は認められるか。
- 148 (1) 留置権の成立が認められるためには、(i)「他人の物の占有者」
149 であること、及び(ii)「その物に関して生じた債権を有する」こと、
150 の各要件を充たすことを要する。
- 151 (2) 本件において、丸太④をEが所有しかつGがこれを占有している
152 と認められることから、(i)の要件を充たす。また、本件において、
153 上記の通りFG間において有償寄託契約が締結され、丸太④がGに引
154 き渡されていることから、GはFに対し丸太④の保管料として30万
155 円の報酬債権を有している。したがって、Gは丸太④に関して生じ
156 た債権を有しており(ii)の要件を充たす。
- 157 (3) 以上より、丸太④につきGに留置権の成立が認められる。
- 158 4 以上より、Gの主張は認められる。

159 [第3問]

160 第1 小問(1)

- 161 1 LがCに対する不法行為に基づく損害賠償請求をするため、714条な
162 いし709条を根拠とすることが考えられる。
- 163 2 では、714条を根拠とする標記請求をLはなしうるか。
- 164 (1) 714条に基づく請求が認められるためには、712条ないし713条に
165 より加害者が不法行為責任を負わないことを要する。
- 166 (2) 本件では713条は問題とならず、もっぱら712条の適用が認められ
167 るか否か問題となるところ、「自己の行為の責任を弁識するに足り
168 る能力」(712条)とは事理弁識能力をいい、判例上11、12歳の者には
169 は通常認められるとされる。したがって、Hは未成年者であるもの
170 の、満15歳であることから、事理弁識能力が認められる。したがっ
171 て、本件ではHにつき712条の適用は認められず、Hは不法行為責
172 任を負う。よって、本件では714条を根拠とする標記請求をLはな
173 し得ない。
- 174 3 では、709条を根拠とする標記請求をLはなしうるか。
- 175 (1) 709条を根拠とする不法行為に基づく損害賠償請求権をなすた
176 めには、(i)故意または過失、(ii)権利侵害、(iii)損害の発生、
177 (iv)(ii)と(iii)との間の因果関係の各事実を主張立証することを要
178 する。
- 179 (2) 本件において、Hが本件角材をCの自宅前の道路の一部を横切る
180 ように置いた結果、K及びLが同乗する自転車の車輪が本件角材に
181 乗り上げ、ハンドルを取られて転倒し、Lが右腕を骨折したことから
182 Lの身体に対する侵害が認められる。そしてこの治療費等として
183 30万円相当の損害が発生しており、かかる損害は上記骨折の結果生
184 じたものであるから、両者の間の因果関係は明らかに認められる。

コメント[K106]: 問題を一読して714条についても言及
するのが出題者の意図だと感じ、同条によって請求がで
きないことについて論じた。

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

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

197 (4) 以上より、L は 709 条を根拠とする上記損害賠償請求をなしうる

198 第 2 小問(2)

199 1 C は 722 条 2 項に基づく過失相殺により、賠償額が減じられるべき旨
200 反論することが考えられる。

201 2 上記反論が認められるためには、L 側に過失が認められることを要す
202 る。過失とは注意義務違反をいうところ、本件において、事実 16 の自
203 己の際、K は携帯電話で通話をしていたため、片手で自転車を運転し
204 ており、また、自転車の前照灯が故障しており、これらが事故の原因
205 となっている。したがって、L と同乗していた K に自転車運転上の注
206 意義務違反が認められ、C の過失が認められる。

207 3 以上より、C に過失が認められることから、任意的に賠償額が減じら
208 れることになる。したがって、C の反論は認められる。

以上

コメント [K107]: C はただ自転車に同乗してい
たのみであり、過失があるのはその親である K
だから、被害者側の過失として構成しなければ
ならない。

現場では時間がなく焦っていたことからそのこ
とに気づくことができなかった。

コメント [K108]: <総合コメント>

加工や明認方法など普段手薄になっている箇
所からの出題であったので大変焦った。

設問 1 であまりに時間を使ってしまったため、
設問 3 の記述が薄くなってしまった。問題の難
易度から考えれば、設問 3 にもっと時間を割く
べきであった。

<時間配分>

答案構成 : 35 分

答案作成 : 85 分

<使用した参考書>

佐久間毅『民法の基礎 1』

佐久間毅『民法の基礎 2』

潮見佳男『債権各論 I 契約法・事務管理・不
当利得 [第 2 版]』

潮見佳男『債権各論 II 不法行為法』

窪田充見『家族法 [第 2 版]』

民法判例百選 1 [第 7 版]

民法判例百選 2 [第 7 版]

民法判例百選 3

民法総合事例演習教材 [第 2 版]

Law Practice 民法 1・2

民法演習ノート 3・家族法

第1 設問1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

37 2 洋菓子事業部門の業務の執行を担当していた「取締役」Bは、販売
38 するための洋菓子を製造する洋菓子工場の工場長という重要人物を引
39 き抜いて他社に転職させない義務を負っていた(330条、民法644条)
40 ところ、洋菓子工場の工場長を務めるEを甲社から引き抜き乙社に転
41 職させた行為は、同義務に違反する。

42 Bによる引き抜きのためEが突然退職したことにより、甲社の洋菓
43 子工場は操業停止を余儀なくされ、3日間受注ができず、甲社は、そ
44 の間、1日当たり100万円相当の売上げを失ったから、Bの同義務違反
45 「によって」甲社には同額の「損害」が「生じた」(423条1項)。
46

コメント[k109]: 競業禁止義務はあまり書いたことが無
かったが、あてはめるべき条文は一つ(356条1項1号)
なので、問題文の事情を多く使って切り抜ければよいと
考えた。

コメント[k110]: 無理やり競業取引に当てはめる。

コメント[k111]: 計算説。理由づけはよくわからなかつ
たのでカット。

コメント[k112]: ACの承認は覆せないと思ったが、粘っ
て少し考えたら、この筋で任務懈怠を導けた。

コメント[k113]: ここは、もっと緻密に分析できるのか
もしれないが、考えてもわからないと思ったのでそのま
ま使った。

コメント[k114]: ここは競業禁止義務違反とは別個の任
務懈怠にした。

47 よって、B は、甲社に対し、同額の損害賠償義務を負う。

48 第 2 設問 2

49 1 第 1 取引と第 2 取引は、一連一体の取引とみることはできないか。

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

53 (2) また、両取引によって甲社から丙社へ譲渡される財産は、資料②
54 によれば甲社の洋菓子事業部門の資産のすべてである。そして、第
55 2 取引では P 商標に係る商標権が丙社に売却されるが、同商標は、
56 甲社が世界的に著名な P 社ブランドの日本における商標権として同
57 社から取得したもので、P 商標を付したチョコレートが甲社の洋菓
58 子事業部門の主力商品となっていることから、同商標は同事業部門
59 に不可欠の存在といえる。

60 (3) さらに、第 1 取引と第 2 取引との間は、わずか 10 日しかない。
61 とすると、第 1 取引と第 2 取引 (以下「本件取引」) は、上記(1)の
62 目的に向けた、一連一体の取引と評価できる。

63 2 本件取引は、「事業の・・・譲渡」(467 条 1 項 2 号) に当たらない
64 か。

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

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

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

83 イ また、②本件取引により、当然、丙社は同事業を承継する。

84 ウ よって、本件取引は、「事業の・・・譲渡」にあたる。

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

90 3 以上から、本件で、甲社は本件取引に当たり株主総会の特別決議に
91 よる承認 (467 条 1 項柱書、309 条 2 項 11 号) を得なければならな
92 かったが、これがない。

コメント [k115]: 明らかに事業譲渡の問題だと思っ
たが、競業禁止義務の特約による排除、取引が 2 つある
点が引っ掛かった。しかし、個々に「重要な財産の処分」
を検討するのもおかしいと感じたので、何とか事業譲渡
にしようと考えた。

コメント [k116]: 事業譲渡は、個々の財産を譲渡する
契約の集合というような話を聞いたことがあったので、
思いついた。刑法で、一連の実行行為を認定する手法
(主観+客観、時間的接着性) を使った。

コメント [k117]: 資料はできるだけ使いたかった。

コメント [k118]: ここからは平成 18 年民事系第 1 問と
同じ流れで書いた。

コメント [k119]: これは、学説でもかなり強力に主張
されているから、書くことに躊躇はなかった。というより
この期に及んで事業譲渡性を否定する方が怖かった。

コメント [k120]: 問題文の書き写し。

コメント [k121]: 重要性は質的な面を検討するべきだ
った。ただ、一応資料①を使う姿勢を見せているから、
それほど問題ではないだろう。

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

したがって、第 1 取引と第 2 取引は、無効である。

第 3 設問 3

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

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

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

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

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

したがって、G に発行された甲社株式は、無効である。

以上

コメント [k122]: もしかして判例とほぼ同じ事案?

コメント [k123]: 使ったことのない条文だから、よくわからなかった。

コメント [k124]: 特に理由づけは書かなかったが、みんなあまり書けるとは思わなかった。

コメント [k125]: これが殺し文句。

コメント [k126]:

〈総合コメント〉

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

〈時間配分〉

答案構成 : 35 分

答案書き : 85 分

〈使用教材〉

デバイス・ネオ商法

リーガルクエスト会社法

弘文堂ケースブック会社法

4A論文過去問分析講義

〔設問 1〕

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

エ B は上記取引により顧問料として月 100 万円の利益を得ている

コメント [K127]: 全体的に問題文中の事情を拾いきって丁寧に論じることを意識した。

ので、かかる利益の額が甲社の損害額と推定される(423条3項)。

また、Bの照会が無ければ乙社はQ商標の独占利子要件の設定を受けることはなかったものであり、また、甲社が関西地方への進出を断念することもなかったのであるから、委託料として支払った500万円は授記任務懈怠と因果関係のある損害といえる。

オ したがって、Bは任務懈怠責任により損害賠償責任を負う。

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

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

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

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

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

[設問2]

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

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

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

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

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

(2) では、第1取引及び第2取引は①を充たすか。

有機的一体性が認められるためには、事業用財産に譲渡会社の製

造・販売等に係るノウハウが付随して移転されれば足り、従業員・得意先等の移転は必ずしも要しない。

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

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

したがって、①を充たす。

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

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

よって、両取引は株主総会の特別決議を要する事業譲渡に当たる。

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

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

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

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

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

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

したがって、株主総会決議の承認を欠く事業譲渡は、無効と解すべきである。

以上より、第 1 取引及び第 2 取引は無効である。

[設問 3]

1 事例 16 で発行された甲社株式(以下、「本件株式」という)の無効は、訴えをもってのみ主張することができる(828 条 1 項柱書・同項 2 号)。

そのため、本件株式発行の無効の訴えが提起されたとして、無効事由

の存在が認められるかが問題となる。

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

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

(2) まず、上場条件を取締役会により廃止することができるかが問題となる。

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

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

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

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

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

したがって、上場条件に反する新株の発行には無効事由が認められる。

2 以上より、本件株式の発行は無効となり得る。

以上

コメント [k128]:

〈総合コメント〉

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

書くべき論点はあきらかであったので、論点で悩むことはなかった。

答案構成で悩んだことから、時間が足りず、後半の記述が薄くなってしまった。

〈時間配分〉

答案構成 : 35 分

答案作成 : 75 分

〈使用した参考書〉

江頭『株式会社法 [第 4 版]』

リーガルクエスト会社法

会社法判例百選 [第 2 版]

ロースクール演習会社法 [第 3 版]

1 第 1 設問 1

2 1 平成 3 年判決と抵触しない理由

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

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

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

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

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

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

41 ウ よって、反訴原告は相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収
42 への期待と、相殺に供した自働債権について債務名義を得るとい
43 う 2 つの利益を享受することにはならないので、これを許さない
44 とする平成 3 年判決の趣旨に反しない。

45 2 平成 18 年判決の理解

46 (1)ア 民事訴訟においては、私的自治の原則の訴訟法的反映として、

コメント [k129]: はじめは「予備的反訴」の内容を、相殺の抗弁が「認容されること」を解除条件として・・・としていたが、問題文を読み直して誤りに気付く。

コメント [k130]: 114 条 2 項の使い方を知っていることをアピールして印象をよくする狙い。

コメント [k131]: 少しくどくなった。

コメント [k132]: とにかく課題に応えることを意識。

47 処分権主義が妥当し、どのような内容の訴訟を提起するかは、原
48 告となる者が決定できる。

コメント [k133]: ここはあまり自信なし。

49 平成 18 年判決によれば、本件で反訴原告が反訴請求債権を自働
50 債権とする相殺の抗弁を本訴において提出した場合、訴えの変更
51 (143 条) の手続きを要することなく、反訴が予備的反訴として
52 扱われることになるが、これは、処分権主義に反しないか。

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

コメント [k134]: 一般的な処分権主義の問題では、被告の不利益も考慮するが、それは(2)で検討するから不要と考えた。

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

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

65 (2)ア 確かに、訴え変更の手続きを要せずに予備的反訴とされると、
66 反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力あ
67 る判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない
68 ので、反訴請求について本案判決を得られなくなる可能性がある。

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

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

77 第 2 設問 2

コメント [k135]: 上訴だからみんなあまりできないだろうと思い、淡々と処理した。

78 1 第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場
79 合、訴訟物たる X の Y に対する損害賠償請求権の基準時における不存
80 在について、既判力が生じる (114 条 1 項)。

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

85 2 他方、相殺の抗弁が認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却に
86 よりそのまま確定した場合、まず、訴訟物たる損害賠償請求権が、相
87 殺によって消滅したことにより、第一審基準時において不存在である
88 ことについて既判力が生じる。

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

93 ついて、既判力を生じる。

94 3 とすると、第一審判決取消・請求棄却判決の方が、反対債権の不存
95 在に既判力が生じない分、控訴した X に不利益となる。

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

98 第 3 設問 3

99 1 Y の言い分を不当利得返還請求権(民法 703 条)の要件に当てはめ
100 て整理すると、以下のようになる。

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

104 (2) (1)は、④Y としては X に対し請負代金請求をしたいが、それが既
105 判力によって制限されていることを理由とするので、上記利得と損
106 失との間には、社会通念上因果関係(「そのために」)がある。

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

112 とすると、X の上記利得には「法律上の原因がない」というべき
113 である。

114 2 Y の不当利得返還請求は、以下の通り認められない。

115 (1) まず、Y の相殺の抗弁を認めた前訴判決の「相殺のために主張し
116 た請求の成立・・・の判断」により、Y の自働債権たる請負代金請
117 求権が相殺によって消滅し、前訴基準時において不存在であること
118 について「既判力を有する」。

119 後訴で、これに反する当事者の主張は排斥される。これは、紛争
120 の蒸し返しを防止するためであり、当事者に対する手続保障により
121 正当化される。

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

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

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

131 以上

コメント [k136]: このあてはめは上でも何度も
書いているが、うまく省略できなかった。

コメント [k137]: 不利益変更禁止原則は控訴棄
却に直結する。

コメント [k138]: ここをきちんとあてはめて、得
点を確保したい。

コメント [k139]: 難しかったが、何とか二つひね
り出した。

コメント [k140]:

〈総合コメント〉

相殺は一度まとめて勉強したことがあったの
で、落ち着いて処理できてラッキーだった。自
信がない部分もあるが、書くべきことはきちん
と書けたと思う。

〈時間配分〉

答案構成: 35 分

答案書き: 85 分

〈使用教材〉

デバイス・ネオ民訴

伊藤真「民事訴訟法」

4 A 論文過去問分析講義

1 **〔設問1〕**

2 1 平成3年判決の趣旨に照らし、本件において反訴請求債権を自働債権
3 として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成3年
4 判決と抵触せず、かつ、処分権主義に抵触する違法もない。以下、そ
5 の理由を述べる。

6 2 第一に、本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と
7 相殺する旨の抗弁を適法と解しても、二重起訴の禁止(民事訴訟法(以
8 下、法令名は省略する)142条)の趣旨に反しない。以下、詳述する。

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

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

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

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

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

38 3 第二に、平成3年判決の相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収へ
39 の期待と、相殺に供した債権について債務名義を得るという2つの利
40 益を自働債権の債権者である被告が享受することは許されないとする
41 趣旨はあてはまらない。

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

46 (2) このように扱われる結果、相殺の抗弁について審理判断され既判

コメント [K141]: 問題文中の誘導に触れきって書き切ることを意識した。

コメント [K142]: 問題文の対話の中でこの趣旨が書かれていたので、きちんと触れた。

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

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

4 以上より、本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成 3 年判決と抵触しない。

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

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

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

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

また、反诉被告としては、予備的反訴として扱われる結果、反訴請求について本案判決を得られなくなる可能性があるものの、その場合、反訴請求債権と同一の債権が供された相殺の抗弁について既判力ある判断が示されることになるから(114 条 2 項)、後

コメント [K143]: 処分権主義違反の点についてどのような形で触れるか迷ったがこのような形で書いた。

- 訴において同一の債権を訴求することは既判力により遮断されることになる結果、そのことにより反訴被告の利益を害することにはならない。よって、被告にとっても不意打ちとはならない。
- (3) 以上より、訴えの変更の手続きを要することなく予備的反訴と扱うことは処分権主義に反しない。
- 6 以上より、本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成3年判決と抵触せず、かつ、処分権主義に抵触する違法もない。

【設問2】

- 1 仮に、控訴審が審理の結果、そもそもXが主張するような瑕疵はなく、Xの本訴請求債権である損害賠償請求権がないとの心証を得た場合、控訴審はどのような判決をすべきか。
- 2 まず、第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場合を検討する。
- (1) 第一審判決においては、XのYに対する損害賠償請求権の存在、及びYのXに対する請負代金請求権の存在が認められ、本訴におけるYの相殺の抗弁を認めた上で、受働債権と自働債権の額が同額であったことから本訴請求を棄却するという判決がなされている。この場合、第一審判決の既判力は114条2項により相殺に供したYのXに対する請負代金請求権全額の不成立について生じ、Yは別訴において同請求権を行使することは既判力により遮断されることとなる。
- (2) しかし、控訴審において第一審判決取消・請求棄却との判断が下された場合、305条に基づき第一審判決が取消される結果、第一審判決により生じた既判力は払拭されることとなる。他方で、控訴審は請求棄却の理由は、そもそもXが主張するような瑕疵はなく、Xの本訴請求債権である損害賠償請求権がないとするものであるから、[設問1]で述べたように相殺の抗弁が本訴における訴求債権が存在することを条件として審理判断される停止条件付の主張であるから、本訴訴求債権の不存在を認定し、裁判所が本訴を棄却される場合、相殺の抗弁についての審理判断は行われず、既判力ある判断は示されないこととなる。
- (3) したがって、上記のような判断が示された場合、Yは別訴において相殺の抗弁に供した債権をXに対し行使しうることとなる。
- 3 他方、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却によりそのまま確定した場合、第一審判決がそのまま維持されることから、第一審判決で生じた既判力は払拭されることなく維持される。したがって、このような判断を控訴審がなした場合、Yが別訴において相殺の抗弁に供した債権をXに対し行使することは既判力に抵触し許されないこととなる。
- 4 以上より、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却によりそのまま確定した場合には、Yは別訴において相殺の抗弁に供した債権を行使することを既判力により妨げられるという不利益を受ける。したがって、控訴審が審理の結果、Xの本訴請求債権である損害賠償請求権がないとの心証を得ている以上、Yが上記のような不利益を甘受することは妥当ではないから、第一審判決により生じた既判力は払拭されるべきである。よって、控訴審は、第一審判決取消し・

コメント[K144]: 問題を読んで「控訴」とあり、控訴については勉強が手薄であったことから焦った。

コメント[K145]: 条文を挙げ既判力が問題となることを示した。

139 請求棄却という結論を下すべきである。

140 **〔設問 3〕**

- 141 1 結論として、Y の主張は、本訴の確定判決の既判力によって認められ
142 ない。以下、理由を述べる。
- 143 2 まず、Y の主張は、不当利得(民法 703 条)に基づく利得返還請求であ
144 るところ、かかる請求が認められるためには、(i) 法律上の原因がな
145 いこと、(ii) 受益、(iii) 損失、(iv) (ii) と (iii) との間の因果関係の各
146 事実を主張立証しなければならない。
- 147 3 本件において、Y の言い分がどの要件に当てまるか検討するに、Y の
148 言い分⑤の「X は、請負代金請求を受けないことによって利益を受け
149 ており、一方、Y は、請負代金を請求できないことにより損失を被っ
150 ている」との主張は、Y の受益、X の損失、および両者の間の因果関係
151 についてのものであり、上記(ii)から(iv)の要件に当てはまる。そし
152 て、Y の言い分①の「X の Y に対する損害賠償請求権は、工事に瑕疵が
153 ないのでそもそも存在していなかった」との主張は、法律上の原因が
154 ないことを主張するものと考えられる。
- 155 4 しかし、Y が法律上の原因がないことを主張立証するため工事に瑕疵
156 がないことを争うことは許されない。すなわち、本訴において X の損
157 害賠償請求権が認められているところ、かかる損害賠償請求権が成立
158 するには仕事の目的物に瑕疵がなければならない(民法 634 条 1 項・2
159 項)。したがって、本訴において X の損害賠償債権の存在が認められて
160 いる以上、仕事の目的物についての瑕疵の存在についても既判力が生
161 じていると認められる。
- 162 5 したがって、Y の仕事の目的物に瑕疵がないとの主張は、本訴により
163 生じる既判力により遮断される。
- 164 6 よって、Y の主張は、上記(i)の要件を欠くものである以上、主張立
165 証すべき要件を欠くから、かかる主張は認められない。

以上

コメント [K146]: よくわからなかったが、誘導に沿ってなんとか粘ることを意識した。結論として争点効みたいなものになってしまった。

コメント [K147]:

〈総合コメント〉

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

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

〈時間配分〉

答案構成 : 40 分

答案作成 : 80 分

〈使用した参考書〉

藤田広美『講義民事訴訟法 [第 3 版]』

藤田広美『解析民事訴訟法 [第 2 版]』

民事訴訟法判例百選 [第 2 版]

第 1 甲が新薬開発部の部長席の後方にある金庫に暗証番号を入力して金庫を開け、新薬の書類 10 枚を取り出して甲のかばんに入れた行為 1 について

1 甲に、窃盗罪(235 条)が成立しないか。

(1) A 社には、新薬開発部、財務部をはじめとする部があり、各部においてその業務上の情報等を管理している。各部は、A 社の本社ビルにおいて、互いに他の部から独立した部屋で業務を行っている。そして、事例 2 から、新薬の書類は、新薬開発部の部長関の後方にある、暗証番号によって開閉する金庫に入れて保管され、同部長により管理されていた。

とすると、新薬の書類は、新薬開発部の部長が占有していると言える。

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

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

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

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

よって、甲に窃盗罪が成立する。

2 乙に、窃盗罪の共同正犯(60 条)が成立しないか。

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

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

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

これに対して、甲は、できることならば 300 万円を手に入れるとともに乙の勤務する会社に転職もしたいと思い、「分かった、具体的な日にちは言えないが、新薬の書類を年内に渡そう」と言っ

コメント [k148]: 場面ごとにメインの行為者が異なるので、行為ごとに論じていくことにした。

コメント [k149]: 建造物侵入罪も書くべきだったかもしれないが、どこに立ち入った時点で成立するのかわからなかったし、乙との共謀の内容にも絡むので、あえてスルーした。

コメント [k150]: 誰が占有しているか、という問題点はかなり頻出で、みんな書いてくるといった。事情を拾って比較的厚く書いた。

コメント [k151]: 問題文を書き写す。

コメント [k152]: 特に評価を加えなくても、伝わらと思う。

コメント [k153]: ここはほぼ問題文の書き写し。

コメント [k154]: 乙の正犯意思を肯定する事情として書いた。

コメント [k155]: 共同実行の意思を肯定する事情として書いた。

たので、この時点で、甲と乙に、自己の業務上横領罪として積極
的主体的に犯罪を行う正犯意思、及び相互利用補充の意思つまり
「共同・・・実行」の意思（合せて「共謀」）が形成された。

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

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

(2) しかし、実際には甲が行ったのは上記 1 の通り窃盗罪であった。

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

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

とすると、甲の行為 1 は、上記共謀に基づいて行われたといえ
る。

イ また、故意責任の本質は規範に直面したのに敢えて犯罪を行っ
たことに対する非難にあり、規範は構成要件として与えられてい
るから、主観と客観が構成要件の範囲内で重なり合う限度で、軽
い犯罪の故意が認められると解する。

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

(3) したがって、乙に、窃盗罪の共同正犯が成立する。

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

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

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

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

コメント [k156]: 結論として窃盗罪にしても、こ
の部分の配点はあると思ったので書いた。

コメント [k157]: ここが少し難しかったが、小難
しい講学上の用語（「共謀の射程」とか）は使わ
ずに、淡々と処理することを心掛けた。

コメント [k158]: 問題文でたびたび出てきた言
い回しだったので使った。

コメント [k159]: 法定刑同じじゃないか〜どう
しようと思って法文をめくったら気づいた。こ
ういう軽重の判断の仕方もあるのかはわからな
い。

コメント [k160]: ここの占有の所在。比較的事情
を拾いやすかった。

物」と評価できる。

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

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

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

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

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

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

よって、丙には、不法領得の意思が認められる。

4 したがって、行為 2 に、窃盗罪が成立する。

第 3 甲が、C が持っていた C 所有のかばんの持ち手を手でつかんで引っ張ってそのかばんを取り上げた行為 3 について。

1 行為 3 は、窃盗罪の構成要件に該当する。

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

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

4 したがって、行為 3 に犯罪は成立しない。

以上

コメント [k161]: ここにも若干点が振られているのではないかと思い書いた。

コメント [k162]: 久しぶりに不法領得の意思を論じたので、短くまとめるのに少し戸惑った。

コメント [k163]: 行為後の事情なので行為時の不法領得の意思の有無を判断する際に使ったのはよくなかったと思う。ただ、直前に交番云々については行為時の主観でもあることが書いてあるから、ギリギリセーフになってほしい。

コメント [k164]: 悩んだが、ここで否定するのは個人的におかしいと思い、何とか認める方向でまとめた。

コメント [k165]: 時間不足ゆえこの書き方に。

コメント [k166]: これは前捌きとしてしっかり書く。

コメント [k167]: 自救行為論はよくわからないので、誤想防衛とした。

コメント [k168]: 時間がなく、C が怪我をしたこと、甲と C の体格等のデータを使えなかった。

コメント [k169]: まとめの項を作れなかった。が、この答案では各人それぞれ一犯罪となったので、罪数について書く必要がないからまとめなくてもいいか。

〈総合コメント〉

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

〈時間配分〉

答案構成 : 20 分

答案書き : 100 分

〈使用教材〉

デバイス・ネオ刑法 I・II

4A 論文過去問分析講義

1 第 1 甲の罪責(乙との共犯関係は後述)

2 1 A社の本社ビルに入った行為

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

8 2 新薬開発部の部屋に入った行為

9 甲は、上記本社ビルの立入りと同様に、窃盗目的をもって新薬開発部の
10 部屋に入っているため、新薬開発部の部長という管理者の意思に反して、
11 新薬開発部という「邸宅」に「侵入」しているといえるため、邸宅侵入罪
12 (130 条前段)が成立する。

13 3 新薬の書類を持ち出した行為

14 (1) 業務上横領罪(253 条)の成否

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

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

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

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

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

26 イ したがって、業務上横領罪は成立しない。

27 (2) 窃盗罪(235 条)の成否

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

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

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

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

37 ウ 故意または不法領得の意思も問題なく認められる。

38 エ 以上より、窃盗罪が成立する。

39 (3) 背任罪(247 条)の成否

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

43 以上より、背任罪は成立しない。

44 3 C所有のかばんを取り上げた行為

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

コメント [T170]: 管理者が異なるので一応書いた。

コメント [T171]: 流れよく書けたと思う。

コメント [T172]: 「暴行」の認定で強盗を否定したかった。これは明らかに減点されると思う。

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

したがって、窃盗罪の構成要件には該当する。

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

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

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

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

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

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

したがって、以下誤想過剰防衛を検討する。

- ウ 誤想過剰防衛において責任故意が認められるのかが問題となる。

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

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

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

以上より、甲には責任故意も認められる。したがって、窃盗罪が成立する。

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

したがって、36条2項の準用を認めるべきである。

第2 乙の罪責

- 1 甲が新薬の書類を持ち出した行為についての共犯関係

窃盗罪の共同正犯(60条)は成立しないか。

- (1) 共謀共同正犯の成立要件は、①共謀、②実行行為者に準ずる重要な

コメント [T173]: 処理の仕方をかなり迷った。丙の記載で十分勝負できると思ったので、迷って時間を使うようなことはせず、242条経由でなく誤想過剰防衛でいった。

- 93 役割、③①に基づく実行行為である。
- 94 (2)ア 甲と乙は、甲が事実上法律上占有していた新薬の書類を持ち出す
- 95 ことについて意を通じており、業務上横領についての意思連絡が
- 96 認められる(①)。
- 97 イ 新薬の書類の持ち出しを持ちかけたのは乙であり、乙に犯行の端
- 98 緒が認められる。また、新薬の書類は、乙が勤務する会社の商品
- 99 開発に使うために持ち出されるのであり、乙に利益が帰属する。
- 100 したがって、乙に、実行行為者に準じる重要な役割(②)が認めら
- 101 れる。
- 102 ウ もっとも、実行行為者である甲は、結局業務上横領でなく窃盗を
- 103 行っている。甲の窃盗は共謀に基づく実行行為(③)といえるのか。
- 104 共謀の射程が問題となる。
- 105 共謀の射程の有無は、共謀との因果性の有無で判断する。
- 106 本件では、新薬の書類を金庫から持ち出すという客観的態様は同
- 107 一である。また、新薬の書類の所有者であるA社が被害者になる
- 108 点も同一である。さらに、甲の、新薬の書類を持ち出すという犯
- 109 行意思にも変化は見られない。
- 110 以上より、甲の窃盗と共謀との因果性は認められる(③)。
- 111 エ もっとも、業務上横領罪の共謀で窃盗を行っていることから、共
- 112 同正犯と錯誤が問題となる。
- 113 共同正犯は特定の犯罪を共同することにその本質があるが、共謀
- 114 と実際に行われた犯罪に実質的な重なり合いが認められれば、そ
- 115 の範囲で共同正犯が成立する。
- 116 業務上横領と窃盗では、財産権という保護法益が共通し、物を領
- 117 得するという行為態様も同一であることから、窃盗の範囲で実質
- 118 的重なり合いが認められる。
- 119 オ 以上より、窃盗罪の範囲で共同正犯が成立する。
- 120 2 A社の本社ビル及び新薬開発部の部屋への立入り
- 121 新薬の書類を持ち出す上で必ず必要な行為であるから、これらの行為に
- 122 ついても共謀共同正犯が成立する。したがって、乙には、建造物侵入罪及
- 123 び邸宅侵入罪の共同正犯が成立する。
- 124 第3 丙の罪責
- 125 甲のカバンを持ち去った行為
- 126 窃盗罪(235 条)が成立しないか。
- 127 1 (1) 「他人の物」とは、前述の通り、他人の事実上占有する他他人の物
- 128 をいう。事実上の占有の有無は、窃取行為時点の占有の客観的状況を
- 129 中心に占有者の占有意思を加味して判断する。
- 130 (2) 確かに、甲のカバンが置いてあった待合室は、誰でも利用できるし、
- 131 また、自動券売機に向かって立つと待合室は見えない。そうすると、
- 132 丙の窃取行為時自動券売機で切符を買っていた甲によるカバンに対
- 133 する排他的支配が客観的にあったとはいにくいとも思える。
- 134 しかし、丙の窃取行為時点、甲は甲のカバンとわずか20 メートル
- 135 の位置におり、甲のカバンについての異変に気がつけばすぐに待合室
- 136 に戻れる位置にいた。また、待合室はガラス張りであり、自動券売機
- 137 で切符を買おうとしていた甲が振り返れば簡単にカバンの状況を確認
- 138 することができた。さらに、出入口は一つしかなく、待合室の人の

コメント [T174]: 占有の認定はかなり細かくできたと思う。

出入りを簡単に確認することができた。また、丙の窃取行為時までには待合室を利用したのは、甲と丙だけであり、甲は甲のカバンに対する監視を容易に行える状況にあった。甲が甲のカバンの下を離れてからわずか1分しかたっておらず、

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

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

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

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

④については、物のから何らかの効用を直接享受する意思が認められれば足りる。

(2) ⑦について

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

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

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

(2) ④について

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

(3) 以上より、不法領得の意思は認められない。

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

第4 補足

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

第5 罪数

1 甲

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

2 乙

建造物侵入罪、邸宅侵入罪、新薬持ち出しについての窃盗罪は乙との共

コメント[T175]: 事前にやった学校の演習問題で同じような事例を取り扱っていたため、しっかり書けた。

- 185 同正犯となる。これらは、牽連犯(54 条 1 項後段)となる。
186 3 丙
187 器物損壊罪 1 罪が成立する。

以上

コメント [T176]:

＜総合コメント＞

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

＜時間配分＞

答案構成 25 分

答案作成 95 分

＜使用した参考書等＞

刑法事例演習教材

第 1 設問 1

1 捜査①

(1) 捜査①は「強制の処分」(197 条 1 項但書)か。

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

そこで、「強制の処分」とは、重大な権利・利益を制約する処分と解する。

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

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

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

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

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

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

ウ ③ その手段も、上記(1)から相当なものといえる。

したがって、捜査①は、適法である。

2 捜査②

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

コメント [k177]: この規範が一番使いやすいと思い、ずっと使っている。

コメント [k178]: ここは、問題文の事情を要約して書き写した。

コメント [k179]: 直後の結論につなげるため、自分なりに考えた。

コメント [k180]: 任意処分にしなないとその後の比例原則へのあてはめができないし、捜査②との比較もできないと思った。

コメント [k181]: ここは、問題文前半でまだ使っていない事情を拾って、各要件に適当に割り振った。

コメント [k182]: 録音という点で同じだが、捜査①との違いを明示することを意識した。

コメント [k183]: ここが、強制処分性を強く根拠づけると思った。

コメント [k184]: 「重大な」権利利益制約の中に、制約態様も取り込めると思う。

47 を制約する処分といえる。

48 よって、捜査②は「強制の処分」に当たる。

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

53 よって、捜査②は、違法である。

54 第2 設問2

55 1 証拠収集上の問題点

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

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

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

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

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

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

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

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

90 イ しかし、甲の自白だけでは、結局証拠物を押収することはでき
91 なかった。そして、逮捕された乙は、甲の供述の内容を知らされ
92 なかったものの、甲が自白したと察して、自発的に供述し、その

コメント [k185]: 法定された各種強制処分への
あてはめ。

コメント [k186]: 違法収集証拠排除法則のテン
プレートは、最初に頭出しした方が書きやすいと感
じた。

コメント [k187]: 捜査パターンに乗せることも
考えたが、多くの受験生は、約束自白の任意性
を書いてくると思ったので、自白の任意性から
取り調べの違法性になんとなくつなげる書き方
を採用した。

コメント [k188]: 問題文に「自白」と書いてある
ので、自白の定義へのあてはめは不要と考えた。

コメント [k189]: 適示する条文を間違えた。これ
は国家訴追主義の条文で、裁量訴追主義は隣の
248 条でした。

コメント [k190]: ここはやや唐突な感じがする
が、なんとか取り調べの適法性につなげた。

コメント [k191]: 違法取調べと証拠発見がっ
がついていることを示した。

コメント [k192]: 希釈法理っぽいことを書いた
つもり。

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

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

2 伝聞証拠として、証拠能力が認められないのではないか。

(1) 本件文書

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

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

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

(2) 本件メモ

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

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

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

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

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

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

以上

コメント [K193]: 取調べにより (直接) 収集されたわけ
ではない、ということ。

コメント [K194]: 電話の内容が一致することも書きたか
ったが、時間がなかったので後回しにした。甲・乙・丙
それぞれが本件文書とつながりがあること、およびそ
からの推認過程を示した。

コメント [K195]: 要証事実を丙の犯人性を推認させる一
つ手前の事実かもしれない。

コメント [K196]: 本件メモによって証明することができ
る事実を、具体的に示した。

コメント [K197]: 伝聞法則のテンプレ。

コメント [K198]: 伝聞例外について、しっかりあてはめ
たかったが、時間切れ。メモから直ちに伝聞法則の趣旨
が妥当しないとする筋を書いた人もそれなりにいるだ
ろうから、その人たちとは差がつかないことを祈る。

コメント [K199]:

〈総合コメント〉

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

〈時間配分〉

答案構成 : 25 分

答案書き : 85 分

〈使用教材〉

デバイス・ネオ刑事訴訟法

4 A 論文過去問分析講義

第 1 設問 1

1 1 捜査①及び捜査②は、令状なき検証(218条1項)にあたり、令状主義(憲
2 法 35 条)に反し違法とならないか。捜査①及び捜査②の「強制的処分」
3 (197 条 1 項但書)該当性と任意捜査(197 条 1 項本文)としての適法性が問
4 題となる。

5 2 (1) 相手方の意思に反しない場合は強制であるといえない。また、法定
6 されている強制処分はいずれも重要な対象者の重要な法益を典型的
7 に侵害する性質を有することから令状による事前審査と法律の定め
8 を要求されている。

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

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

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

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

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

3 捜査①

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

32 したがって、捜査①は「強制的処分」にあたらない。

33 イ では任意捜査として適法か。

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

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

42 また、逮捕された甲の所持していた携帯電話の通話記録から、
43 甲は乙と頻繁に会話をしていたことが判明した。そして、乙は F
44 マンション 5 階 501 号室に一人で居住し、仕事はしておらず、最
45 46

コメント [T200]: このての捜査は平成 19 年で訓
練済みであつたのですんなり書けた。わかって
いない人が多そうなので、法解釈からしっかり
書いた。

コメント [T201]: 先に法解釈でこのようにしっ
かり記載することがポイントであると思う。

コメント [T202]: 考慮事情ごとに順番に事実を
拾い、書いていく。事実と評価はしっかり分け
る。

近は外出を控え、周囲を警戒していることが判明していた。これらのことからすると、乙が甲と本件詐欺未遂事件の共犯であるとの疑いが強いといえ、特に乙を捜査する必要性は高かったといえる。

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

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

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

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

(2) 捜査②

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

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

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

第 2 設問 2

1 甲の自白の証拠能力との関係

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

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

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

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

(3) 本件では、まず、Q が提供を約束した利益は起訴猶予処分であり、被疑者にとってはもっとも魅力的な利益の一つである。また、Q は起訴猶予処分権限のない司法警察員であるが、Q は、検察官 R から伝え

コメント [T203]: 強制処分にあたることは明白であり、迷わなかった。

コメント [T204]: 明らかに自白との関係では証拠能力が否定されない事例であるが、約束自白のことは書いてほしそうな事情があったので、「違法」と言いにくいという約束自白の問題点を意識しつつ大澤説にも軽く言及しながら伝聞に入ろうと思った。

聞いたまま甲に伝えており、また、甲に「検察官が言っていた」という形で伝えていることから、Qの起訴猶予処分権限がないことは、甲の本件利益提示の受け止め方を左右しないといえる。

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

(4) 以上より、甲の自白は319条1項により証拠能力が否定される。

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

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

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

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

2 伝聞法則(320条1項)との関係

(1) 本件文書及び本件メモは、伝聞証拠(320条1項)にあたり、証拠能力が否定されないか。

(2) 伝聞法則(320条1項)の趣旨は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程において誤りが混入する危険のある供述証拠のうち、反対尋問等によって信用性を吟味できない公判廷外供述について、その類型的な信用性の乏しさから証拠能力を認めないことにより、正確な事実認定を確保し、誤判を防止することにある。

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

(3) 本件文書及び本件メモに共通すること

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

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

したがって、伝聞例外が認められず、本件文書及び本件メモの要証

コメント [T205]: 大澤説。

コメント [T206]: 犯行計画メモはかなり準備していたのでそれなりに対処できた。

コメント [T207]: 要証事実を共謀の内容とした場合、両方伝聞証拠になる。

事実を共謀の内容とすると、本件文書及び本件メモの証拠能力は認められないことになる。

(4) 本件文書について

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

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

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

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

(5) 本件メモについて

ア 乙との関係

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

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

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

イ 丙との関係

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

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

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

コメント [T208]: この伝聞例外の処理は間違いない。

コメント [T209]: 要証事実が存在自体&回覧パターン。

コメント [T210]: 完全な余事記載。丙の公判であることを見落としていた。

コメント [T211]: 作成者でない+詳細な計画メモ+役割分担の記載パターン。

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

コメント [T212]:

＜総合コメント＞

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

＜時間配分＞

答案構成 20 分

答案作成 100 分

＜使用した参考書等＞

過去問