

予備試験論文式試験

H 2 3 年

過去問レジュメ

TACw セミナー 司法試験講座

※無断複製・無断転載禁止

目次

受講に関するお願い・注意点	1
憲法	2
出題の趣旨・ポイント	4
講師作成答案例	6
行政法	8
出題の趣旨・ポイント	10
講師作成答案例	12
民法	14
出題の趣旨・ポイント	16
講師作成答案例	18
商法	20
出題の趣旨・ポイント	22
講師作成答案例	24
民事訴訟法	26
出題の趣旨・ポイント	28
講師作成答案例	30
刑法	32
出題の趣旨・ポイント	34
講師作成答案例	36
刑事訴訟法	38
出題の趣旨・ポイント	40
講師作成答案例	42
法律実務基礎科目（民事）	44
出題の趣旨・ポイント	48
講師作成答案例	50
法律実務基礎科目（刑事）	52
出題の趣旨・ポイント	58
講師作成答案例	60

《受講に関するお願い・注意点》

- 1 受講に際しては、事前に問題文を読んだ上で、簡単な答案構成メモ等を作成することをおすすめします。
- 2 平成 23 年の予備試験の問題については、平成 23 年 7 月を解答の基準時にして下さい。もっとも、解答の際に適用する法令は、現在において施行されているものとします。そのため、例えば、平成 23 年当時に締結された売買契約に関して買主に錯誤がある事案では、本来であれば、民法旧 95 条の錯誤無効を検討するのですが、そうではなくて、改正後の民法 95 条の錯誤取消しを検討することになります。
- 3 近年の法改正により、条文や法概念が消滅したために、現行法との関係で維持することが困難な表現や内容が問題文に含まれている場合があります。そのような問題については、該当箇所付近に「※」を付した上、問題文余白において、変更点等に関する注釈を掲載していますから、それにしたがって解答してください。

[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 （裁判官） （％）	女性割合 （検事） （％）	女性割合 （弁護士） （％）
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

出題の趣旨

本年の問題は、いわゆる積極的差別是正措置を含む法科大学院の入学者選抜制度の合憲性（憲法第14条違反か否か）を問う問題である。憲法第14条の「平等」は、いわゆる結果の平等ではなく、形式的平等（機会の平等）を意味すると解されてきたところ、性中立的な「結果」（実質的な平等）を目指す積極的な差別是正措置がどのような場合に許容されるのか、そのような差別是正措置がもたらす「逆差別」の問題をどう考えるのか、というのが本問の核心であり、これを、問題文や資料に示されている具体的事情を踏まえて検討することが求められている。なお、本問で求めているのは、観念的・抽象的な「暗記」からパターンで答えを導くような「学力」ではなく、正確に判例・学説を理解した上で判断枠組みを構築し、事案の内容に即した個別的・具体的検討を踏まえて一定の理にかなった答えを導き出す「学力」である。

基本ポイント

- 1 本問では、男性であることを理由にBがA大学法科大学院の入学試験に不合格となっていることを捉えて、同大学院の入学者選抜制度の採用ないし同制度に基づくBに対する措置（以下「本件措置」という。）が憲法14条1項に違反するかどうかを検討することが求められている。この点については、Bの学問の自由（憲法23条）の侵害という観点から検討することも考えられるが、選抜試験が課されている状況であるから、Bには当然に同大学院で勉強をする権利・自由が保障されており、それが侵害されていると捉えることが困難であること、同制度が性別を理由とした区別・差別を含んでいることが明白であること等から、本問では、平等権侵害の有無を正面から論ずべきである。もっとも、その場合でも、原告の立場から、区別の対象となっている権利が学問の自由という重要な権利であることを根拠に厳格な審査基準が採用されるべきであると主張することはあり得る。
- 2 設問1では、まず、「A大学法科大学院で是非勉強したい」というBのニーズに対応した訴訟を選択する必要がある。この点については、行政法の試験ではないため、詳細に論じる必要はないが、地位確認の訴え（実質的当事者訴訟・行訴法4条後段）が適切である。ただし、本件措置の処分性を肯定することを前提に、申請型義務付け訴訟（行訴法3条6項2号）及び処分取消訴訟（同法3条2項）を併合提起することも可能である。

原告の立場から、平等権侵害という憲法上の主張を行う際には、①誰と誰との間の区別が問題となっているかという点を明確にすることと②可能な限り、判例・学説を踏まえつつ、違憲判断というゴールに到達するためのルートをイメージすることが大切である。①については、成績順位181位以下の男性受験生と女性受験生との間の区別が問題となっていることを意識することになる。また、②については、例えば、判断枠組みに

関し、厳格な審査基準が採用された場合、違憲判断が導かれる可能性が高まることから、厳格な審査基準が採用されるために、原告の立場からは、どのような主張をすべきかを検討することになる。この点について、判例は、「性別」を含む憲法 14 条 1 項後段列举事由につき特別な意味はないとするが、これらの事由について特別な意味を認め、その事由を理由とした区別については厳格な審査基準を採用すべきと主張する学説もあるため、原告の立場からは、学説に沿った主張を展開することになる。そして、区別の目的及び区別（という手段）と目的との間の関連性を厳格に審査する基準を定立した上で、事案に即した具体的な当てはめを行う。

- 3 設問 2 では、A 大学法科大学院側からの想定される反論を検討した上で、原告側との対立点を示す必要がある。そして、同大学院からは、基本的に、①厳格な審査基準は適用されない、②区別の目的及び区別という手段に合理性があるとの主張が想定されるため、これらが対立点となる。なお、例えば、①に関し、なぜ、厳格な審査基準が適用されないのか、その理由についてまで対立点の箇所において論述する場合、私見の箇所の論述が薄いものとなるおそれがあるため、厳格な審査基準を適用すべきでない根拠は、私見のパートで検討すべきである。

そして、①については、判例が「性別」という憲法 14 条 1 項後段列举事由に特別な意味を認めていない点や本件措置が積極的差別是正措置である点等をも考慮して、改めて、どのような審査基準を採用すべきかを検討することになる。また、②については、区別の目的及び区別と目的との間の関連性につき、原告が指摘しなかった事実も含めて再検討することになる。

応用ポイント

1	本件措置の区別の目的を明確化すること →本件措置の区別の目的としては、女性法曹の増加を通じた法曹の多様性確保やA 大学院進学者の男女比が均衡する程度までに女性進学者を増加させること等が考えられる。いずれの目的を設定した場合でも、論理的に、区別（という手段）と目的との間の関連性を検討するためには、定めた目的がぶれないように注意する。
2	問題文の事実及び参考資料のデータを可能な限り利用すること
3	「法律上の争訟」の意義の論点に触れていること
4	選抜方法に関する大学院の裁量の有無及びその逸脱濫用について言及していること
5	積極的差別是正措置の特質を踏まえた検討 →①機会の平等ではなく、結果の平等を目指すものであること、②通常の「性別」に基づく差別と異なり、典型的に不合理な差別とはいえないこと、③逆差別の疑いを生じさせる可能性があること、④差別を固定化する危険性があること等を踏まえている。

第1 設問1

1 提起すべき訴訟

BがA法科大学院（以下「A大学院」）の学生としての地位を有することの確認を求めるため、国立大学法人A大学を被告として、上記地位の確認の訴え（実質的当事者訴訟・行訴法4条後段）を提起する（以下「本件訴訟」）。なぜなら、A大学院がBを不合格とした行為に処分性（同法3条2項）が認められないと解されるため処分取消し・義務付け訴訟（同条6項）は提起できず、また、国家賠償請求訴訟（国賠法1条1項）では、A大学院で勉強したいBの要望は実現できないからである。

2 憲法上の主張

(1) A大学院が、入学定員200名のうち180名に関しては成績順に合格者を決定する一方で、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を定めた措置（以下「本件措置」）は、憲法14条1項に違反し、無効である。

(2)ア 本件措置は、成績順位181位以下の受験生について女性受験生のみを合格させるものであるから、合否判定上、受験生を「性別」（憲法14条1項後段）に基づいて区別するものである。そして「性別」のような後段列举事由に基づく区別は、不合理な差別であるとの推定が働くものであるから、その合理性は厳格に審査されなければならない。そこで、①区別の目的の重要性及び②区別と目的との間の実質的関連性が認められない限り、本件措置は、不合理な差別として、同条項に違反すると解すべきである。

イ（ア）本件措置の究極の目的は女性法曹の増加を通じた法曹の多様性確保にあるが、直接的な区別の目的は、A大学院進学者の男女比が均衡する程度までに女性進学者を増加させることにある。しかし、2004年時点でA大学法学部の入学生の約40%を女性が占めていたから、女性は、法学部において、大学院進学に必要な法的素養を得る機会を男性とほぼ同等に有していたといえる。そうすると、2008年度のA大学院入試の受験生の男女比が2対1で女性の割合が約33%と少ないとしても、男性の自由意思に基づく努力を否定してまで、女性に大学院進学場面で機会の平等を回復する必要はない。したがって、①は認められない。

（イ）仮に、①が認められるとしても、女性の法曹志望者自体が増加しなければ、女性の大学院進学希望者・大学院受験生も増加しないから、例えば女性受験生が減少傾向にある中で女性受験生を合否判定で優遇したとしても、必ずしも、A大学院に合格・進学する女性が増加するとはいえない。したがって、区別と目的との間の関連性は不明であるから、②も認められない。

（ウ）よって、本件措置は、同条項に違反する。

第2 設問2

1 対立点

想定されるA大学院側の主張を踏まえると、対立点となるのは、①裁判所は、本件措置につき司法権を行使できるか、②厳格な審査基準が適用されるべきか、③目的及び手段に合理性があるかである。

45 2 私見

46 (1) 対立点①

47 ア 「司法権」(憲法 76 条 1 項)とは、具体的な争訟につき、法を適
48 用し、宣言することで、これを裁定する国家作用をいう。具体的な
49 争訟とは、「法律上の争訟」(裁判所法 3 条 1 項)と同義であり、①
50 当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争で、
51 ②法令の適用により終局的に解決できるものをいう。確かに、学問
52 上の能力の優劣による合否判定は、①と②を満たさないとも思える。
53 しかし、本件訴訟は、①Bの学生たる地位という法律関係の存否に
54 関する紛争で、②憲法 14 条 1 項の適用により終局的に解決できるも
55 のである。したがって、本件訴訟は、「法律上の争訟」に当たる。

56 イ もっとも、A大学には大学の自治が認められるから、一般市民法
57 秩序と直接関係のない内部的な問題にとどまる限り、司法権は及ば
58 ない。しかし、不合格判定は、一般市民BのA大学の利用を拒否す
59 るものであり、一般市民法秩序と関わりがあるから、司法権が及ぶ。

60 ウ したがって、裁判所は、本件措置につき司法権を行使できる。

61 (2) 対立点②

62 「平等」(憲法 14 条 1 項)とは、合理的区別を許容する相対的平等
63 であると解する。このように解することで、機会の平等を原則としつ
64 つ、その不合理さを緩和して結果の平等を企図することができる。

65 確かに、本件措置のような積極的差別是正措置は、逆差別の疑いを
66 生じさせる上、能力重視の法曹界において女性であることを理由に優
67 遇することはかえって差別を固定化する危険性もある。しかし、同措
68 置は、機会の不平等を回復し結果の平等を実現しようとするものであ
69 り、通常の「性別」に基づく差別と異なり、類型的に不合理な差別と
70 はいえない。加えて、A大学院には入学者選抜方法の決定につき裁量
71 が認められる。したがって、原告側主張と異なり、審査の厳格度を緩
72 めて、④区別の目的の正当性及び⑤区別と目的との間の合理的関連性
73 が認められれば、本件措置は、同条項に違反しないと解する。

74 (3) 対立点③

75 ア 1985 年から 20 年間、女性の法曹人口は漸次増加しているものの、
76 2004 年の女性法曹の割合は約 12~13% (資料) にすぎないから、女
77 性法曹を増加させるという意味で結果の平等を確保する必要がある。
78 そして、2006 年度以降は、法科大学院卒業が司法試験の受験資格と
79 なるから、女性法曹を増加させる前提として、女性の大学院進学者
80 の増加が必要不可欠となる。しかし、2008 年度のA大学院入試の女
81 性受験生の割合は約 33%と依然少ないから、大学院進学場面でも
82 結果の平等を確保する必要がある。したがって、④が認められる。

83 イ また、女性を合否判定で優遇すれば、観念上は、女性のA大学院
84 進学者が増加するはずである。他方、優遇枠 20 名は入学定員の 10%
85 であり、20 名全員が女性となっても男性合格者数を上回る可能性は
86 低いから、必ずしも逆差別といえず、目的達成を阻害しない。した
87 がって、区別は、目的達成に役立つといえるから、⑤が認められる。

88 ウ よって、本件措置は、同条項に違反しない。 以上

[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ー類似旅館規制条例（以下「本件条例」という。）にいうモーター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、モーター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】乙町モーター類似旅館規制条例（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ー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「モーター類似旅館」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ると認める場所

(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、又は新築等を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、又は新築等を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。

出題の趣旨

行政訴訟の基本的な知識，理解及びそれを事案に即して運用する基本的な能力を試すことを目的として，旅館の建設につき条例に基づく町長の不同意決定を受けた者が，訴訟を提起して争おうとする場合の行政事件訴訟法上の問題について問うものである。不同意決定の処分性を条例の仕組みに基づいて検討した上で，処分性が認められる場合に選択すべき訴訟類型及び処分性以外の訴訟要件について，事案に即して説明することが求められる。

基本ポイント

設問1では，本件不同意決定の処分性の検討が求められているため，まず，「処分」の定義（最判昭39.10.29等）を正確に挙げる必要がある。次に，本件不同意決定が，公権力性，外部性（直接性ともいう），個別具体性（直接性ともいう），法効果性という4要素のうち，どの要素との関係で処分性が問題となるかを意識することが重要である。本件不同意決定については，法効果性との関係で処分性が問題となる。そして，その検討においては，設問の「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」という指示に従うことが求められるから，本件条例から，Aが中止勧告，中止命令（本件条例7条）及び公表（同8条）という措置を受けるおそれがあることを指摘することになる。また，中止勧告，中止命令及び公表のそれぞれの法的性格（事実行為か，または，処分性のある行為か）を検討することも必要である。

設問2では，まず，乙町長の同意を得たいというAのニーズに対応した訴訟を選択しなければならない。この点について，申請型義務付け訴訟（行訴法3条6項2号，37条の3第1項2号）を指摘することは必須である。その上で，処分取消訴訟の併合提起を含む各訴訟要件を挙げつつ，事案に即して充足性を検討していくことになるが，問題文において，特に本件不同意決定及びその通知の日付とAがCに相談した時期が記載されているため，併合提起する処分取消訴訟の出訴期間の充足性について事案に即して説明する必要がある。

応用ポイント

1	（設問1）中止勧告，中止命令及び公表という各措置の法的性格を踏まえつつ，本件条例の法的仕組みに照らして，本件不同意決定の処分性の肯否を判断していること →本件不同意決定の後続の措置が事実行為であることは，本件不同意決定の処分性を否定する方向の事情となり得るが，他方，後続の措置が処分性のある行為であ
---	---

	ることも、後続の措置を対象とした取消訴訟を認めることで足りることになるため、本件不同意決定の処分性を否定する方向の事情となり得る。このような本件不同意決定と各措置との相互関係を踏まえつつ、本件条例上、本件不同意決定が各措置の要件として法的に仕組まれていることも考慮して、本件不同意決定の法効果性ないし処分性を検討する。
2	（設問1）処分性の有無の判断において、紛争の成熟性ないし実効的な権利救済の観点からの検討を加えていること
3	（設問2）Aのニーズに対応するためには、処分取消訴訟では不十分であり、申請型義務付け訴訟が適切であることを事案に即して説明すること
4	（設問2）申請型義務付け訴訟の訴訟要件をバランスよく網羅的に検討すること →申請型義務付け訴訟の各訴訟要件を検討した上、その訴訟要件の1つである処分取消訴訟の併合提起（行訴法37条の3第3項2号）に関連して、処分取消訴訟の各訴訟要件をも検討する。なお、本件の申請型義務付け訴訟においては、処分取消訴訟の本案勝訴要件（「取り消されるべきもの」（同法37条の3第1項2号））が充足されていることも、訴訟要件となる。

講師作成答案例

第1 設問1

1 「処分」(行訴法(以下「法」)3条2項)とは、公権力の主体たる国
2 又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義
3 務を形成し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
4 いうと解する。

5 2(1) 本件不同意決定(以下「本決定」)は、乙町長が本件条例(以下、条
6 項のみ示す)5条に基づいて優越的立場から一方的に行うものであり、
7 公権力性が認められる。

8 (2)ア 他方、本件条例は、清純な生活環境維持の目的(1条)で、モー
9 テル類似旅館(以下「モーテル」)の新築を一般に禁止している(3
10 条)といえるから、元々Aは本件施設を新築できる法的地位にない。
11 そうすると、本決定は、Aが本件施設を新築できる法的地位にない
12 ことを確認する事実行為にすぎず、Aの権利義務に影響を及ぼさな
13 いから、法効果性が認められないとも思える。

14 イ(ア)しかし、本件条例によれば、町長の同意を得ないでモーテル
15 の新築をしようとする建築主は、①中止勧告又は②中止命令を
16 受ける可能性があり(7条1号)、さらに、②に従わなかった建
17 築主は、③その旨が公表される(8条1項)。したがって、Aが
18 乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合、上記①②③の不
19 利益な措置を受けるおそれがある。

20 (イ)まず、①は、勧告という文言及び勧告違反者に対する罰則等
21 の制裁の定めがないことから、事実行為としての行政指導(行
22 手法2条6号参照)であり、処分性を有さない。他方、②は、
23 相手方に中止義務を生じさせるから、Aの権利義務に影響を及
24 ぼすものであり、処分性を有する。また、公表は、一般に、相
25 手方に権利義務を生じさせないから事実行為であるが、③は、
26 不利益処分の際に執られる弁明の機会の付与(同法13条1項2
27 号参照)を事前手続として備えており(8条2項)、この点を重
28 視すれば、処分性を有するといえる。

29 (ウ)確かに、②及び③が処分であるとする、本決定は、その前
30 段階で行われる中間的性格の行為であり、事前に建築計画の見
31 直しを求める事実行為としての行政指導ともいえる。しかし、
32 本件条例は、②の要件として町長の「同意を得ない」ことを規
33 定し(7条1号)、③の要件として中止「命令に従わない」こと
34 を規定している(8条1項本文)から、不同意決定は、②及び
35 ③という処分の要件として法的に仕組まれている。そうすると、
36 Aは、本件施設の新築を強行した場合、相当程度の確実さをも
37 って②及び③を受けるから、本決定により②及び③を受けるべ
38 き法的地位に立つといえる。したがって、本決定は、Aの権利
39 義務に影響を及ぼすから、法効果性が認められる。

40 なお、7条柱書は、町長は「中止の勧告又は命令をすること
41 ができる」として効果裁量を認めるが、Aが乙町役場を数回に
42 わたって訪れて同意決定がなされるべきであると主張したのに、
43 乙町長は見解を改めず、本決定を維持しているから、Aが本件
44

45 施設の新築を強行すれば、中止勧告を超えて中止命令がされる
46 可能性が高い。さらに、中止命令の違反者は「公表するものと
47 する」（8条1項本文）とされており、裁量行為ではないから、
48 公表もされる。そうすると、現時点で、紛争は成熟していると
49 いえ、Aの権利救済の観点からも法効果性を認めるべきである。

50 3 したがって、本決定は、処分に当たる。

51 第2 設問2

52 1 提起すべき訴訟

53 (1) 本決定が処分取消訴訟（法3条2項）で取り消されても、乙町長は、
54 その判決の拘束力により、再び5条2号該当性（本件施設が児童生徒
55 の通学路の付近にあること）を理由に不同意決定ができないにすぎず
56 （法33条1項、2項）、5条5号該当性など他の理由で不同意決定を
57 することはできる。そのため、Aは、処分取消訴訟のみでは乙町長の
58 同意を得られるとは限らない。

59 (2) そこで、Aは、乙町長の同意を得るため、乙町を被告として（法38
60 条1項、11条1項1号）、①乙町長に対して本件施設の新築につき同
61 意することを義務付ける申請型義務付け訴訟（法3条6項2号、37条
62 の3第1項2号）と②本決定の処分取消訴訟を併合提起すべきである
63 （法37条の3第3項2号）。

64 2 ①義務付け訴訟の訴訟要件

65 (1) 本決定が処分に当たるとすると、その表裏の関係にある同意も処分
66 に当たる。そして、同意の対象は、本件施設の新築であり、裁判所に
67 判断可能な程度に特定されているから、「一定の処分」（法3条6項2
68 号）は満たす。また、3条は建築主の申請を前提としているところ、
69 Aは申請書を提出しているから、「法令に基づく申請」（法37条の3第
70 1項2号）も満たす。この申請に対し、本決定という「棄却する旨の処
71 分」がされているが、本件施設の場所は通学路から約80メートル離れ
72 ており5条2号該当性がないから、本決定は違法であり、「取り消され
73 るべきもの」である（法37条の3第1項2号）。

74 (2) そして、Aは、「法令に基づく申請…をした者」であるから、原告適
75 格が認められる（同条2項）。他方、被告適格を有するのは、処分庁で
76 ある乙町長が所属する乙町である（法38条1項、11条1項1号）。

77 なお、本件の義務付け訴訟については、訴訟要件を満たす取消訴訟
78 を併合提起することも訴訟要件となる（法37条の3第3項2号）。

79 3 ②取消訴訟の訴訟要件

80 (1) 本決定は処分に当たり、Aはその相手方であるから、「法律上の利益
81 を有する者」として、原告適格を有する（法9条1項）。また、本決定
82 の法効果が既になくなった（同条項かつこ書）との事情もないから、
83 訴えの利益も否定されない。被告適格は、①と同様、乙町にある。

84 (2) そして、Aは、2011年2月18日の通知により本決定があったこと
85 を知っていたとしても、同年7月上旬の時点では、「処分…があったこ
86 とを知った日から6箇月を経過」しておらず、取消訴訟を提起できる
87 （法14条1項）。なお、審査請求を前置すべきとする旨の法律の定め
88 がないから、Aは、取消訴訟を直ちに提起できる（法8条1項）。以上

[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

出題の趣旨

不動産の仮装売買（民法第94条第1項）を前提に、仮装名義人が不動産を一方に賃貸し、他方に売買した事案における、賃借人と買主との法律関係についての理解を問うものである。民法第94条第2項の善意の第三者に関する基本的理解を前提に、他人物売買及び他人物賃貸借をめぐる法律関係を検討し、さらに、他人物の売主及び賃貸人が所有者を相続した場合の法律関係を問うことで、正確な法的知識とそれに基づく事案分析能力、論理的思考能力及び応用力を試すものである。

基本ポイント

- 1 DのCに対する甲土地（以下「甲」という。）の明渡請求は、甲の所有権に基づく返還請求であるところ、所有権に基づく返還請求権の発生要件は、①請求者の物の所有と②相手方の物の占有である。この点が本問の検討の出発点となる。

まず、①については、Dの所有権取得原因を検討することになるところ、甲の所有権は、BD間の売買契約当時、売主Bに帰属していなかったから、DがBから甲の所有権を承継取得しないことを確認することになる。もっとも、Dは、AB間の売買が仮装によるものであることを知らなかったから、民法94条2項の「善意の第三者」として保護されるため、甲の所有権を取得することを指摘することになる。なお、順次取得説からは、甲の所有権はAからB、BからDと移転することになるが、法定承継取得説からは、甲の所有権はAからDに移転することになる。

次に、②については、Cが甲の上にある乙建物（以下「乙」という。）を所有することにより甲を占有している点を簡潔に指摘するべきである。

- 2 以上を前提に、Cからの予想される反論を検討することになるところ、Cからは、甲の占有が正当な占有権原に基づくものであるとの主張が予想される。本問では、Cの主張する占有権原は甲の借地権（建物所有目的の土地賃貸借権（借地借家法2条1号））であり、その発生原因はBC間の甲の賃貸借契約となる。また、DC間には対抗関係であるから、Cは自己の借地権をDに主張するためには対抗要件を具備する必要がある。なお、Cは甲の上にある乙の所有名義人であるため、対抗要件を具備している（借地借家法10条1項）とも思えるが、Cが借地権を有していない場合、対抗要件の有無は問題とならないから、借地権の有無を先行して検討する。

Cの借地権の発生原因は、BC間の甲の賃貸借契約であるが、甲の所有権は、当該契約当時、貸主Bに帰属していなかったから、Cの借地権は、BC間でのみ認められるものであり、所有者Aとの関係では認められないものである。そして、Cは、Dと異なり、AB間の売買が仮装によるものであることを知っていたから、民法94条2項の「善意の第三者」として保護されることもない。したがって、Cは借地権を取得しないから、D

の明渡請求は認められる。

応用ポイント

1	Cの占有権原の発生原因に関する他人物賃貸人Bが本人Aを相続したことの検討 →Aが有していた追認権・追認拒絶権を相続したBが追認拒絶権を行使することは信義則に反して許されない結果、Bが追認したのと同様の状況が生じるため、Cは、借地権及びその対抗力を取得する（民法116条本文類推適用）。もっとも、Dは「第三者」（同条ただし書）に当たるため、Cの借地権及びその対抗力の遡及は制限されるから、Dの取得した甲の所有権は、Cの借地権という負担のないものとなる。したがって、Dの明渡請求は認められる。
2	Dの所有権取得原因に関する他人物売主Bが本人Aを相続したことの検討 →Aが有していた追認権・追認拒絶権を相続したBが追認拒絶権を行使することは信義則に反して許されない結果、Bが追認したのと同様の状況が生じるため、Dは、甲の所有権を取得する（民法116条本文類推適用）。もっとも、CもDも民法116条本文の類推適用によりそれぞれの権利を取得する場合、Dが民法94条2項により甲の所有権を取得する場合と異なり、Dのみが「第三者」（民法116条ただし書）に当たると解することはできないことから、追認の遡及効が制限されない結果、先に設定されたCの借地権及びその対抗力が優先することになる。そのため、Dの取得した甲の所有権は、Cの借地権という負担のあるものとなる。したがって、Dの明渡請求は認められない。このように、Dの所有権取得の法律構成について、民法94条2項の適用を選択するか、他人物売主の本人相続を選択するかにより、本問の結論が異なり得るから、この点に関する比較検討をしている。

1 1(1) DのCに対する甲土地（以下「甲」）の明渡請求は、甲の所有権に基
2 づく返還請求であるところ、所有権に基づく返還請求権の発生要件は、
3 ①請求者の物の所有と②相手方の物の占有である。

4 (2) ①について

5 Dは、平成21年10月9日、Bから代金1000万円で甲を買い受けた。
6 しかし、甲の所有者AからBへの甲の売買契約は、Bの承諾を得てな
7 された仮装のものであり、「相手方と通じてした虚偽の意思表示」に当
8 たり無効である（民法（以下略）94条1項）。そうすると、甲所有権
9 は、AからBに移転していないから、BからDへも移転しない。

10 もっとも、Dは「善意の第三者」（同条2項）として保護される。す
11 なわち、まず、Dは、虚偽表示の当事者AB及びその包括承継人以外
12 の者であり、虚偽表示の目的である甲をBから代金1000万円で買い受
13 けているため新たに独立した法律上の利害関係を有するに至った者と
14 いえるから、「第三者」に当たる。そして、Dは、BD間の売買契約締
15 結の際、AB間売買が仮装によるものであることを知らなかったから、
16 「善意」であり、それを知らないことにつき過失もなかった。したが
17 って、AB間の売買契約の無効は、「善意の第三者」Dに対抗すること
18 ができない。よって、Dは、平成21年10月9日、Aから、甲所有権
19 を取得することになる（法定承継取得）。

20 (3) ②について

21 Cは、甲の上に建築された乙建物（以下「乙」）を、その所有者Bか
22 ら代金700万円で買い受けている（555条）から、甲の上の乙を所有
23 することにより甲を現に占有している。したがって、②が認められる。

24 (4) 以上より、所有権に基づく返還請求権の発生要件は満たす。

25 2(1) これに対し、③相手方がその物に対する正当な占有権原を有してい
26 ることが発生障害要件となる。想定されるCの主張は、Cは、平成21
27 年5月23日、Bと建物所有目的で甲の賃貸借契約を締結し（借地権取
28 得・借地借家法1条、2条1号）、これに基づいて甲の引渡しを受けて
29 おり、かつ、同日、Bから甲の上の乙を買い受けてC名義の所有権移
30 転登記を具備したから、この借地権は、第三者Dに対抗できる（対抗
31 要件具備・同法10条1項）というものである。

32 (2)ア 94条2項の善意の第三者

33 BC間の賃貸借契約締結時、甲所有権はAに帰属していたから、
34 BC間の賃貸借は、他人物賃貸借となる（559条・561条・601条）。
35 この他人物賃貸借はBC間では有効に成立しているが、所有権のな
36 いBには甲をCに「使用、収益」（206条）させる権限がなかったた
37 め、Cは、所有者Aとの関係では、甲の借地権を取得していない。
38 そこで、CがAとの関係でも借地権を取得するため、94条2項が適
39 用されるかが問題となる。しかし、Cは、AB間の売買が仮装によ
40 ることを知っており「善意」の第三者に当たらないから、同条項は
41 適用されない。したがって、Cは、Aとの関係で甲の借地権を取得
42 しない。よって、③は認められない。

43 イ 他人物賃貸人の本人相続

44 平成21年12月16日、Aが急死し、唯一の相続人BがAの一切の

権利義務を相続した (896 条本文)。そして、BC間賃貸借に対するAの追認権は、同年5月23日に発生していたため、上記権利義務に含まれる。したがって、Bは、Aの追認権・追認拒絶権を相続する。この場合、Bにおいて他人物賃貸人としての地位と本人Aの地位が併存すると解するが、自ら当事者としてCと賃貸借契約を締結したBは、Aの地位で、この賃貸借の追認を拒絶することは信義則 (1 条2項) に反して許されない。そうすると、Bが追認したのと同様の状況が生じるため、116 条本文の類推適用により、Cは、同年5月23日に遡って、甲の借地権及びその対抗力を有していたことになると思える。

しかし、前述の通り、Dは、94 条2項の適用により同年10月9日に甲所有権を取得しているが、追認に遡及効を認めると、Cに借地権を対抗される結果、借地権の負担付きの甲所有権を取得することになる。したがって、Dは、追認の遡及効により権利を害される「第三者」(116 条ただし書) に当たる。そこで、本件では、116 条ただし書の類推適用により、追認の遡及効を制限すべきであると解する。そうすると、BC間賃貸借の上記効力が生ずる前の同年10月9日、Dは、D名義の所有権移転登記を具備することで確定的に甲所有権を取得しているから、同年12月16日、BC間賃貸借の上記効力は、生じないことになる。したがって、③は認められない。

- (3) よって、DのCに対する所有権に基づく返還請求権が発生するから、Dは、Cに対し、甲の明渡しを求めることができる。

- 3(1) なお、Dの甲所有権の取得原因としては、94 条2項の善意の第三者ではなく、他人物売主の本人相続も考えられる。すなわち、BD間の売買契約締結時、甲所有権はAにあり、BD間売買は、他人物売買となり (561 条)、この時点ではDは甲所有権を取得していない。しかし、Aが急死し、唯一の相続人BがAの一切の権利義務を相続することで甲所有権を取得したことになるところ、Bは、Aの地位で、他人物売買の追認を拒絶することは信義則に反して許されない。そうすると、Bが追認したのと同様の状況が生じるため、Dは、BD間の売買契約締結時である同年10月9日に遡って、Bから甲所有権を取得することになる。したがって、①が認められる。なお、②も認められる。

- (2) しかし、Cも、BC間賃貸借が追認されたのと同様の状況が生ずるため、同年5月23日に遡って、甲の借地権及びその対抗力を取得していたことになる。他方、Dは、この状況が生じる前には甲所有権を有していなかったから、追認の遡及効により権利を害される「第三者」に当たらない。したがって、116 条ただし書の類推適用はなく、追認の遡及効が認められる。そうすると、CD間是对抗関係 (177 条) になるところ、Cの借地権及びその対抗力の取得が同年5月23日であるのに対し、Dの甲所有権及びその対抗力の取得が同年10月9日であるから、Cの借地権が優先する。したがって、③が認められる。

- (3) よって、Dの甲所有権の取得原因を他人物売主の本人相続とすると、DのCに対する所有権に基づく返還請求権が発生しないから、Dは、Cに対し、甲の明渡しを求めることはできない。 以上

[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送付し、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 4 0 0 株をAに譲渡して代金を受領し、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。

出題の趣旨

本問は、公開会社ではなく、かつ、株券発行会社ではない取締役会設置会社において、株式の譲渡がされた場合に関し、①譲渡人である取締役に対する招集通知を欠いてされた譲渡等承認請求に係る取締役会の決議の効力、②株主名簿の名義書換えが拒絶された株式取得者の取扱いについて、問うものである。解答に際しては、取締役会の決議について特別の利害関係を有する取締役の意義、会社が譲渡等承認請求をしたとみなされる場合に関する規律の存在、株主名簿の名義書換えの不当拒絶の意義及び効果、名義書換え未了の間にされた株主総会決議の効力、株式の二重譲渡において対抗要件を具備した第二譲受人との優劣等について、整合的に論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 各設問の解答においては、解答の幹となる条文を摘示して検討・論述することが必要である。具体的には、設問1では、取締役会決議に関する139条、招集通知に関する368条1項及び特別利害関係取締役に関する369条2項を摘示する必要がある。また、設問2及び3では、株主総会決議取消しの訴えを規定する831条、招集通知に関する299条1項、株式取得者からの株式譲渡承認請求に関する137条及び名義書換請求に関する133条、株式譲渡の対抗要件を規定する130条を摘示する必要がある。確かに、これら以外の条文を摘示して検討することも、解答の正確性を増加させ、また、論述も緻密なものにさせるため、重要ではあるが、それらは解答の枝となる条文といえる。したがって、少なくとも、上記の解答の幹となる条文を試験時間内で検索・発見し、合格答案の大枠から外れない答案を作成することが大切である。
- 2 設問1では、取締役Bに対する取締役会招集通知が発せられていないことを理由に、取締役会決議の効力について検討することになる。この点については、原則としては無効と解することを前提に、一部の取締役に対する招集通知を欠いた場合、その取締役が出席しても決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、決議は有効と解するという規範を定立した上で、本問の事案に即して当てはめることになる。その際には、Bが「特別の利害関係を有する取締役」（369条2項）に当たるとすると、「議決に加わることができない」ため、この点を考慮して、取締役会決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるのではないかについても検討することになる。
- 3 設問2では、X社が株主総会決議の効力を争う方法として、株主総会決議取消しの訴えを挙げた上で、その取消事由として、X社への招集通知の不発送等を指摘することになる。そして、これを前提に、①B・X社間でなされた株式譲渡はY社との関係でも有効であるか、②当該譲渡はY社に対抗できるものか、という点について論じることになる。なお、①は、Y社が公開会社でない会社であり、当事者間（B・X社間）の有効な

株式譲渡がY社との関係でも有効なものとなるためには、Y社の承認が必要であるという譲渡の有効性に関するものであるのに対し、②は、名義書換という対抗要件具備に関するものであるから、区別して論じる必要がある。

- 4 設問3では、設問2における事情が変更されているため、その事情の違いを踏まえ、設問2の検討結果と異なる結論を採るべきかどうかについて検討することになる。検討を求められている内容自体は、応用的なものであり、具体的な事前準備が困難なものであるが、設問2の事情との違いを意識して、解答すること自体は基本である。解答に際しては、少なくとも、設問2と設問3とで結論が異なると考えた場合は、結論に差異を生じさせた理由（事情）を指摘すべきであり、他方、両方で結論が異ならないと考えた場合は、結論に差異を生じさせ得る理由（事情）を指摘した上で、それにもかかわらず結論が異ならないと考えた理由（事情）を説明すべきである。

応用ポイント

1	（設問1）特別利害関係取締役に対する招集通知の要否の検討 →小さな論点であり、必要説を前提に解答していくことになるが、仮に、不要と解すると取締役会決議に瑕疵がなかったことになるため、端的に言及するのが良い。
2	（設問1）決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情の有無について本問の事情に即して具体的に検討すること
3	（設問2）本問の時系列に即して、株式譲渡につきみなし承認（145条1号）が成立していること及び名義書換の不当拒絶に当たることを説明していること
4	（設問2）X社に株主総会決議取消しの訴えの原告適格が認められるかどうかの検討をしていること
5	（設問2）Bが交付した譲渡等承認請求及び名義書換請求に関する委任状についての検討 →各請求は、原則として、X社と「共同」（137条2項、133条2項）して行う必要があることとの関係で検討している。
6	（設問3）株式がBからX社、BからAに譲渡されており、先にAが対抗要件を具備していることを踏まえた検討をしていること →基本的にはAがX社に優先することを前提に、AはY社の代表取締役であること等からAが優先するのは不当ではないかとの問題意識から、結論の修正の可能性・理論を検討する。例えば、背信的悪意者排除論が挙げられる。

第1 設問1

1 本件譲渡等承認請求（会社法（以下略）137 条1項・2項）に係るY
2 社の取締役会決議（139 条1項本文かつこ書、以下「本件決議」）は、取
3 締役Bに対する招集通知（368 条1項）が発されずにされている。その
4 ため、これが手続的瑕疵となり、本件決議が無効となるかが問題となる。

2(1) まず、後述の通り、Bは「特別の利害関係を有する取締役」（369 条
2項）に当たるが、同取締役に対しても招集通知を発する必要がある
と解する。なぜなら、取締役は、特別利害関係のある議題・議案以外
の議題等（動議も含む）については審議・議決に参加することができ
るからである。したがって、Bへの通知不発送は手続的瑕疵となる。

(2)ア そして、内容・手続に瑕疵のある取締役会決議は、法の一般原則
に従い、当然に無効となる。もっとも、一部の取締役に対する招集
通知を欠いた場合、その取締役が出席しても決議の結果に影響がな
いと認めるべき特段の事情があるときは、決議は有効と解する。

イ（ア）369 条2項の趣旨は、取締役の会社に対する忠実義務（355
条）違反を事前に防止し、取締役会決議の公正を期する点にあ
る。そこで、特別利害関係取締役とは、決議につき会社の利益
と衝突する個人的な利害関係を有する取締役をいうと解する。
Bは、本件決議の承認対象の株式譲渡（以下「本件譲渡」）の当
事者であり、Y社の利益と衝突するとしても承認を求める立場
にあるといえるから、特別利害関係取締役に当たる。したがっ
て、Bは、本件決議の「議決に加わることができない」。

（イ）ただし、特別利害関係取締役は、369 条2項の文言上、審議
への参加はできると解され、意見を述べることもできる。そう
すると、BがA及びCにX社の情報を提供して意見を述べるこ
とで、A及びCが賛成に転じ、過半数（369 条1項）を得る可
能性があると思える。しかし、X社がBの株式を取得するとY
社と同業であるのに40 パーセントの大株主となるから、Aらの
有するY社の経営権等に危険が生じ得る。また、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から互
いに話をせず、Bは、その頃からY社の取締役会に全く出席し
ていないから、AのBの対するY社の経営に関する信頼は喪失
していたといえる。そうすると、突如Bが取締役会に出席して
意見を述べても、X社が株主になることを警戒しているA及び
CがBの意見を受け入れて賛成する見込みは認められない。

（ウ）したがって、Bが出席しても本件決議の結果に影響がないと
認めるべき特段の事情があるから、本件決議は有効である。

第2 設問2

1 X社は、定時株主総会（以下「本件総会」）の効力を争うため、本件総
会の決議取消しの訴え（831 条1項）を提起する。そして、想定される
取消事由は、X社に対する本件総会招集通知（299 条1項）の不発送（招
集手続の法令違反・831 条1項1号）及び株主でないB（308 条1項）が
本件総会に出席して取締役選任決議（329 条1項）を行ったこと（決議
方法の法令違反・831 条1項1号）である。したがって、①X社がY社

45 の「株主」であり原告適格を有すること（同条項柱書）及び②平成 23
46 年6月時点で「株主」はX社でありBではないことが必要となる。

47 2 X社が平成23年3月15日にY社に対して本件譲渡等承認請求をした
48 ところ、Y社取締役会は、同月25日、不承認の決定をした（139条1項）
49 が、Y社が決定内容をX社に通知した（同条2項）のは同年5月2日で
50 あり、承認請求日から「2週間以内」ではない。したがって、Y社は本
51 件譲渡の承認決定をしたものとみなされる（145条1号）。よって、本件
52 譲渡は、当事者間だけでなく、Y社に対する関係でも有効となる。

53 3(1) そこで、株式取得者X社は、株主であることをY社その他の第三者
54 に対抗するため（130条1項）、Y社に対し、Bの名義書換委任状を添
55 付して（133条2項）、株主名簿の名義をBからX社に書き換えるよう
56 に請求した（133条1項、134条2号）。他方、Y社は、X社に対し、
57 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
58 名義書換請求に応ずることはできない旨を回答したが、Y社にはみな
59 し承認が成立しているから、この回答は名義書換の不当拒絶に当たる。

60 (2) そして、会社が、自らの義務である名義書換を怠りながら、名義書
61 換がないことを理由に株主として認めないのは、信義則（民法1条2
62 項）に反する。よって、名義書換の不当拒絶の場合、会社は、名義書
63 換がなくとも株式取得者を株主として取り扱うことを要し、名簿上の
64 株主である株式譲渡人を株主として取り扱ってはならないと解する。

65 本件で、Y社は、定時株主総会に関し、定款に基準日に係る規定を
66 置いておらず、また、基準日に係る公告もしていないから、②平成23
67 年6月時点でY社の「株主」はX社でありBではなかった。また、①
68 X社は「株主」であり、原告適格を有する。よって、X社は、本件総
69 会の決議取消しの訴えを提起し、本件総会の効力を争うことができる。

70 第3 設問3

71 1 X社は、設問2と同様、本件総会の効力を争うことができる。

72 2(1) 確かに、Y社は株券発行会社でない会社であるから、X社は、Y社
73 株式の取得を「第三者」に対抗するには名義書換が必要である（130
74 条1項）。そして、名義書換の不当拒絶の効果により、X社は、名義書
75 換なしにY社に対して株式取得を対抗できるが、その根拠は信義則で
76 あるから、その効果はX社・Y社間で相対的に発生するととどまる。
77 したがって、X社は、名義書換がない限り、第三者Aに対しては株式
78 取得を対抗できないと解する。そうすると、AがBから有効に株式を
79 取得した上、X社より先に名義書換を経ているため、Aが株式を確定
80 的に取得し、他方、X社が株式を喪失していると思える。

81 (2) しかし、Aが背信的悪意者であれば自由競争の範囲を逸脱し保護に
82 値しないため、X社は、名義書換なしにAに株式取得を対抗できると
83 解する。そして、Aは、本件譲渡を知っており、かつ、Y社の代表取
84 締役としてX社のために名義書換を行うべき立場にありながら不当拒
85 絶をした上で、自ら譲受人となり名義書換をしているから、背信的悪
86 意者に当たる。したがって、X社は、名義書換なくしてAに株式の取
87 得を対抗できる。そうすると、Y社は、X社を株主として取り扱うこ
88 とを要し、Aを株主として取り扱ってはならない。 以上

[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迫行した。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。

MEMO

出題の趣旨

訴状において被告と表示された者が訴え提起後第1回口頭弁論期日の指定や訴状副本の送達が行われる前に死亡していたところ、その者の生前の法定代理人であり、唯一の相続人である者が、その死亡の事実を明らかにせずに訴訟を進行した結果、死亡した者を被告と表示して請求を認容する第一審の終局判決がされ、その終局判決に対して第一審の訴訟追行者が自らの名で控訴した場合に、控訴審での当事者や裁判の内容を問う問題である。訴えの適法性や第一審判決の効力、第一審判決で表示された当事者と異なる者が控訴した場合の取扱い、控訴の適法性等について、当事者の確定の問題、訴訟追行者の信義誠実の原則等を踏まえて事案に即して検討した上、控訴審で判断の対象となる事項を考慮し、控訴審がすべき適切な裁判を示す必要がある。

基本ポイント

- 1 本問では、「控訴審では、どのような事項について検討し、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。」という点が問われている。この問いに対して正面から解答するためには、控訴審が行う裁判（判決）の種類に関する知識が必要である。

	判決の種類	控訴要件	第一審判決	詳細状況
1	控訴却下判決（290条）	充足しない		—
2	控訴棄却判決（302条）	充足する	維持する	第一審判決の結論が相当である場合
3	第一審判決取消し・自判（305条、306条）		維持しない	第一審判決の結論が不当である場合（305条）、訴訟手続に（重大な）法律違反がある場合（305条、308条2項）、判決手続に法令違反がある場合（306条）
4	第一審判決取消し・差戻判決（307条本文、308条1項）			第一審が訴え却下判決の場合（307条本文）、第一審で改めて審理するのが望ましい場合（308条1項）
5	第一審判決取消し・移送判決（309条）			管轄違いを理由に第一審判決を取り消す場合

この基本的知識を前提とすると、控訴審における主な検討対象は、控訴の適法性と第一審判決の取消可能性となる。もっとも、本問の事案では、第一審において、Zが、被告Yが死亡している事実を裁判所及び原告Xに知らせることなく、法定代理人として訴

訟行為を行っているため、第一審の訴訟手続の違法性を指摘して、第一審判決の取消可能性を検討することがメインとなる。

- 2 まず、訴訟係属の有無は、訴えの適法性や当事者死亡の場合の当然承継の規定（124条1項1号）の適用関係に影響を及ぼすため、その有無を検討することになる。しかし、訴訟係属は訴状が被告に送達された時に発生すると解されているから、訴訟係属の有無の検討に先行して、Xが提起した訴え（以下「本件訴訟」という。）の「被告」が誰であるかを確定しておく必要がある。そして、この当事者の確定基準については、実質的表示説が通説であるところ、この説からは、本件訴訟の「被告」はYとなる。そうすると、Yは訴状の送達を受ける前に死亡しているため、訴訟係属はなかったことになる。

次に、訴訟係属がなかったことを前提とすると、本件訴訟は不適法となり、また、X及びZの行為や裁判所の行為、手続及び判決も無効なものとなるはずであるが、当事者間の公平や訴訟経済等を背景として、本件訴訟の第一審におけるX及びZの行為や裁判所の行為、手続及び判決を有効なものにするための法的根拠を検討することになる。この点については、当然承継の規定（124条1項1号）の類推適用ないしZが自らの行為の無効を主張することの信義則（2条）違反（最判昭41.7.14参照）が考えられるところ、いずれかについて検討することが必要である。

その結果、本件訴訟が適法であり、第一審判決もZを被告とするものとして有効であると判断できれば、第一審判決は、訴訟手続の法律違反を理由としては取り消されない。

- 3 控訴の適法性については、第一審の判決書において当事者として記載されていないZが控訴を提起することができるかという点が問題となる。もっとも、第一審判決につき、Zを被告とするものとして有効であるという判断を前提とすれば、控訴は適法となる。したがって、控訴却下判決もなされない。
- 4 控訴審は、以上の事項を検討した上、XとZを当事者として、第一審判決の結論が相当である場合、控訴棄却判決をし、他方、第一審判決の結論が不当である場合、第一審判決を取り消して自判することになる。そして、本問では、第一審判決が請求認容判決であるから、控訴審の自判は、請求認容判決以外の判決（請求棄却判決等）になる。

応用ポイント

1	基本概念の連鎖を意識すること →例えば、①訴状の相手方への送達、②二当事者対立、③訴訟係属、④当然承継という連鎖を意識する。本問では、①が否定されるため、②から④も否定されることを思考の出発点とすることになる。
2	当然承継の肯否と信義則違反の有無を区別して検討していること
3	Zの主張が信義則に違反するかどうかの検討を具体的事実に基づいて行うこと
4	控訴審が行う裁判（判決）の種類に関連付けて検討事項を整理すること

1 第1 第一審判決の取消可能性

2 1 本件訴訟の第一審の被告がYであるとする、Yは平成22年(以下略)
3 4月3日の死亡により当事者能力(民法(以下略)28条前段)を喪失
4 しているため、訴訟の一方当事者が不存在であったことになる。そして、
5 訴訟は二当事者対立構造を基本とするから、当事者双方の存在が訴訟要
6 件であり、これを欠く訴えは不適法なものとして却下されることになる。
7 また、その後の訴訟行為及びこれを前提とした死者を被告とする第一審
8 判決も無効となるはずである。そうすると、控訴審は、本件訴訟につい
9 て、訴訟手続の法律違反(308条2項)を理由に第一審判決を取り消す
10 (305条)すべきか。

11 2 まず本件訴訟の被告を誰とすべきか、当事者の確定基準が問題となる。
12 当事者が確定されなければ、訴状の送達、訴訟の開始等ができないか
13 ら、当事者の確定は、訴え提起の時点で迅速に行う必要がある。そこで、
14 基準の明確性から、訴状の記載を基準に確定すべきであると解する。そ
15 して、その判断は、当事者欄の記載に限らず、訴状の記載全体から行う。

16 本件訴訟の訴状には、被告としてYの氏名が表示されているから、被
17 告はYである。なお、Zの氏名も記載されているが、それはZを被告の
18 法定代理人と表示するものであり、Zを被告であるとは解釈できない。

19 3 そして、二当事者対立構造が生じるのは、訴え提起時ではなく被告へ
20 の訴状送達時であるから、訴訟係属は、訴状送達時に発生すると解する。

21 本件では、Yが訴訟無能力者である成年被後見人(28条前段)とされ
22 ていたため、Yの法定代理人であったZが4月7日に訴状の送達を受け
23 ている(138条1項、102条1項)。しかし、その時点で既にYが死亡し
24 ていたから、訴訟係属は発生していない。

25 4(1) そうすると、その後の訴訟行為及びこれを前提とした死者Yを被告
26 とする第一審判決も無効となるはずである。しかし、第一審で判決が
27 されたにもかかわらず、改めて、XがZを被告として訴えを提起し、
28 裁判所が審理・判断するのは訴訟経済に反する。また、第一審で請求
29 認容判決を受けたXが、ZがYの死亡の事実を申告しなかったことを
30 理由に、訴訟上の既得の地位を失うのは当事者間の公平にも反する。

31 そこで、Yの子Zを第一審の当事者として取り扱うことができるか、
32 当然承継の規定(124条1項1号)が適用されるかが問題となる。

33 まず、同条項は、訴訟係属の発生を前提とした「訴訟手続」(124条
34 1項柱書)の中断・受継を規定するものである。しかし、本件では、
35 XY間に訴訟係属が発生していないため、同条項を直接適用すること
36 はできない。

37 もっとも、同条項の趣旨は、承継人の手続関与の機会及び相手方の
38 訴訟上の既得の地位を保障する点にある。そして、訴えの提起がある
39 など潜在的な訴訟係属状態がある場合にも、上記保障は必要であるか
40 ら、その趣旨が妥当する。したがって、潜在的な訴訟係属状態がある
41 場合には、同条項が類推適用されると解する。

42 本件では、Xによる訴えの提起がY生存中の4月1日にされており、
43 XY間の潜在的な訴訟係属状態があるから、同条項が類推適用される。
44 そして、Zは、Yの子であり、「相続人」に当たるところ、Yには訴訟

45 代理人（124 条 2 項）がおらず、Z による受継があるまで訴訟手続は
46 中断しているはずであるが、Z は、訴状副本と呼出状を受け取った以
47 後、Y に代わって訴訟行為を行っているから、黙示の受継がなされて
48 いたものとみなすことができる。したがって、124 条 1 項 1 号の類推
49 適用により、Z は、本件訴訟の被告としての地位を Y から承継する。
50 よって、Z を第一審の当事者として取り扱うことができる。

51 (2) なお、Z が、控訴審において Y 死亡の事実を理由に自らの訴訟行為
52 の無効を主張することは、信義則（2 条）に反する。理由は以下の通
53 りである。Z は、4 月 7 日に訴状副本と呼出状を受け取った時点以降、
54 Y が死亡したことを裁判所や X に知らせることができたのに、これを
55 知らせることなく、Y の法定代理人として 4 月 28 日の第 1 回口頭弁論
56 期日に出頭した上、Y の不存在を主張せず、「X が主張する売買契約
57 を否認し、請求の棄却を求める。」旨の答弁をした。また、Z は、訴訟
58 代理人を選任することなく Y の法定代理人として自ら訴訟を進行して
59 いた。さらに、Z は、その尋問において「Y は重病で動けない。」旨を
60 述べており、ことさらに Y の死亡を隠蔽しようとしていた。そうす
61 と、Z が、控訴審において、Y 死亡の事実を理由に自らの訴訟行為の
62 無効を主張することは、矛盾挙動といえるからである。したがって、
63 この点からも、Z を第一審の当事者として取り扱うべきである。

64 5 よって、本件訴訟は適法であり、第一審判決は Z を被告とするものと
65 して有効であるから、控訴審は、訴訟手続の法律違反を理由としては第
66 一審判決を取り消さない。

67 第 2 控訴の適法性

68 1 Z が、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
69 提起している（286 条 1 項）。しかし、控訴人になることができる者は、
70 原則として、第一審の当事者と参加人であり、それ以外の者が提起した
71 控訴は、不適法なものとして、控訴却下判決（290 条）がなされる。そ
72 して、第一審の判決書における記載を基準にすると、「原告 X、被告 Y、
73 被告法定代理人成年後見人 Z」との表示から、当事者は X と Y となる。

74 2 もっとも、前述の通り、Z は、本件訴訟の被告としての地位を Y から
75 承継して、第一審の当事者となっているから、控訴人になることができ
76 る。したがって、Z による控訴は適法である。なお、第一審の判決書の
77 「被告 Y」との記載については、控訴審が、「誤記」（257 条 1 項）であ
78 るとして、被告を Y から Z に更正することができる（257 条）。

79 第 3 控訴審の裁判内容

80 以上より、控訴は適法であるから、控訴審は、X と Z を当事者として、
81 本案判決をすべきことになる。そして、本件では、第一審判決につき、
82 その訴訟手続の法律違反を理由に取り消す必要は認められない。

83 したがって、控訴審は、Z が Y 死亡の事実以外に新たな主張をしてい
84 ないため、提出された第一審の訴訟資料（296 条 2 項）を基礎に、第一
85 審判決の相当性を審理・判断することになる。そして、控訴審は、第一
86 審判決を相当とするときは、控訴棄却判決（302 条 1 項）をすべきであ
87 り、他方、第一審判決を不当とするときは、第一審判決を取り消して（305
88 条）請求棄却判決をすべきである。以上

[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

出題の趣旨

本問は、甲が、無理心中を図って子丙を殺害した妻乙から乙殺害の囑託を受け、殺意をもって乙の首を絞め、乙が死亡したものと誤信し、乙及び丙それぞれの殺害に関する証拠を隠滅する目的で犯行現場である甲宅に放火し、甲宅を全焼させるとともに、乙と丙の遺体を焼損させたが、乙の死因は放火による一酸化炭素中毒であったという事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、行為者の行為の介在と因果関係、事実の錯誤、証拠隠滅罪等に関する理解とその事例への当てはめの適切さを問うものである。

基本ポイント

本問では、甲が乙の首を両手で締め付けた行為（以下「行為1」という。）と甲が乙及び丙もろとも甲宅を全焼させた行為（以下「行為2」という。）が検討の対象となる。

行為1については、乙からの「囑託」（202条後段）の有無を確認した上で、囑託殺人罪の成否を検討する（被害者からの依頼を前提とする「囑託殺人罪」と行為者の申込みに対する被害者の承諾を前提とする「承諾殺人罪」を併せて同意殺人罪という。）。囑託殺人罪の検討においてメインとなるのは、実行行為と結果との間の因果関係の肯否である。行為2が行為後の介在事情であることを踏まえて、判断枠組み・判断基準を立てた上で、事案に即した検討・論述をすることになる。判断枠組みについては、いわゆる危険の現実化説がお勧めであるが、折衷的相当因果関係説等でも良い。なお、本問では、因果関係を肯定することが期待されていたため、特段の検討もせずにこれを否定する答えは、合格ラインを確保することが困難になる。因果関係を肯定した場合、乙は一酸化炭素中毒により死亡している（客観）のに、甲は乙が首を絞められたことにより死亡したものと認識している（主観）ため、因果関係の錯誤（事実の錯誤）の処理が問題となることを指摘し、検討する必要がある。因果関係の錯誤を検討しなくても、合格ラインに達している答案もあるが、客観的構成要件要素から主観的構成要件要素という通常の検討の流れの中で自然に気付くことができる問題点である上、事実の錯誤は他の年の試験でも複数回出題されている頻出事項であるから、この点の検討を落とした場合は、危機感を持つべきである。また、因果関係の有無を論じることなく因果関係の錯誤について検討した場合も、厳しい評価になることが予想される。

行為2については、証拠隠滅罪及び放火罪の成否を検討する。ただし、証拠隠滅罪については、「他人の刑事事件」（104条）に関してのみ成立する犯罪であることは基本事項であるから、検討の対象は、あくまで「乙の丙に対する殺人事件」に関する証拠の隠滅行為であり、「甲の乙に対する殺人事件」に関する証拠の隠滅行為としての検討をしてはならない。放火罪については、放火当時、乙が生存していた点を見落とさないことが重要である。な

ぜなら、「人」(108条)は、行為者である甲以外の者をいうため、乙が生存していれば、「他人」の現住性ないし現在性が肯定されるからである。したがって、この点を見落とさなければ、現住建造物放火罪の客観的構成要件該当性の肯否から検討を始めることになる。もっとも、これを肯定した場合でも、甲は、放火当時、乙が既に死亡していたものと認識していたから、非現住建造物放火罪(109条)の故意しかなく、現住建造物放火罪の故意はないことになる。そのため、抽象的事実の錯誤の処理が問題となることを指摘し、両罪の保護法益及び行為態様の観点から構成要件の重なり合いの有無を検討する必要がある。

応用ポイント

1	嘱託殺人罪の「嘱託を受け」という文言に対する丁寧な当てはめ →乙は、甲に対して「私を殺して」等と明示的に殺人の依頼をしていないため、行為前及び行為時の甲及び乙の言動・事情等を摘示して認定する。
2	行為1の因果関係の有無の検討を自説から丁寧に行うこと →危険の現実化説からであれば、行為2の結果に対する寄与度の大きさを考慮しつつ、行為1自体がもつ危険が結果に現実化したと評価すべき理由を経験則等を踏まえて説明する。
3	証拠隠滅罪の検討で刑の任意的免除(105条)に触れること
4	放火罪に関する甲の主観を正確に指摘すること →甲は、甲宅が甲の所有に属するため、自己所有非現住建造物放火罪(109条2項)の故意を有するといえるが、甲宅に設定されていた抵当権(「物権を負担」(115条))の実行を通告されていたため、他人所有非現住建造物放火罪(109条1項)の故意を有することになる。
5	行為2の丙に対する死体損壊罪(190条)の成否の検討
6	行為2の乙に対する死体損壊罪の成否の検討 →行為2は、殺人行為である(客観)が、死体損壊の認識でなされている(主観)ため、軽い死体損壊罪の成否が問題となる。しかし、構成要件の重なり合いが認められないため、故意犯である死体損壊罪は成立せず、過失犯である重過失致死罪(211条後段)又は過失致死罪(210条)が成立するにとどまる。
7	乙の死亡に関する罪数の検討 →行為1につき嘱託殺人罪の成立を肯定し、行為2につき(重)過失致死罪の成立を肯定した場合、死の二重評価を避けるため、後者は前者に吸収される。
8	本問全体を貫く視点・事情を意識すること →甲の計画・認識と異なり、客観的には首を絞められた乙が甲宅が放火されるまで生存していたことが、答案全体に影響し、行為1の因果関係、その因果関係の錯誤、行為2の抽象的事実の錯誤(放火罪と死体損壊罪)の検討が必要となる。

第1 甲が乙の首を両手で絞め付けた行為（以下「行為1」）

1 嘱託殺人罪（刑法（以下略）202条後段）が成立する（罪①）。

2(1) 将来を悲観した乙は、以前から、夫甲に対して、「生きているのが嫌
になった。みんなで一緒に死にましょう。」と繰り返し言っていたところ、
本件当日、3歳の長女丙を殺した上で、自らの腹部に果物ナイフを突き刺した
状況で、甲に対し、「早く楽にして。」等と言っている。したがって、真意に
基づく「嘱託」があったといえる。他方、甲は、「このままだと乙が苦しむだけだ。」
と考え、乙の殺害を決意して行為1をしており、乙の嘱託を「受け」たといえる。

(2) 行為1は、乙が動かなくなり、うめき声も出さなくなった時点まで
継続されており、人を窒息死させる客観的危険性があるから、殺人罪の
実行行為性が認められる。また、乙の死亡という結果も認められる。

(3) しかし、乙の死因は、その後に介在した甲の放火行為に起因する一
酸化炭素中毒死であり、頸部圧迫による窒息死ではない。そこで、行為1
と結果との間に因果関係が認められるかが問題となる。

この点について、因果関係は、条件関係の存在を前提に、当該行為
がもつ危険が結果において現実化した場合に認められると解する。な
ぜなら、因果関係は、当該行為が結果を引き起こしたことを理由に、
その行為についてより重い法的評価を下すことが可能かどうかを判断
するための構成要件要素だからである。

まず、行為1がなければ、乙が頸部圧迫による意識消失状態となら
ず、甲も、乙が死亡したと誤認して、甲宅で乙と丙の周囲に灯油をま
き、ライターで点火する行為（以下「行為2」）をせず、乙が多量の一
酸化炭素を吸引し中毒死することもなかった。したがって、行為1が
なければ結果が発生しなかったといえるから、条件関係がある。そし
て、確かに、行為2は乙死亡の直接の原因行為であり介在事情の結果
に対する寄与度は大きい。しかし、殺害行為をした者が証拠隠滅のた
めに被害者をその存在する建物ごと焼失させようとすることはあり得
る。そうすると、行為1の中には行為2により乙が一酸化炭素中毒死
する危険も含まれており、行為1の危険が結果に現実化したといえる。

よって、行為1と結果との間に因果関係が認められる。

(4) もっとも、甲が認識していた因果経過は頸部圧迫による死亡であり、
一酸化炭素中毒による死亡という現実の因果経過とは一致しない。そ
こで、この場合、故意が阻却されるかが問題となる。

まず、因果関係は構成要件要素であり、構成要件該当事実としての
因果経過も故意における認識の対象となるから、行為者の認識内容と
現実の因果経過が異なる場合、錯誤の問題が生じる。そして、故意は、
行為者に構成要件該当事実の認識・認容がある場合に認められる。そ
うすると、行為者の認識していた因果経過と現実の因果経過のそれぞ
れに因果関係が認められる場合、これらは構成要件的评价において符
合するから、故意は阻却されないと解する。

本件では、前述の通り、現実の因果経過に因果関係が認められる。
他方、行為1自体にも人を死亡させる客観的危険性があるから、甲の
認識していた因果経過を前提としても因果関係が認められる。したが

45 　　って、構成要件の範囲内で両者が符合しており、故意は阻却されない。

46 第2 行為2

47 1(1) 他人所有非現住建築物放火罪(109条1項)が成立する(罪②)。

48 (2)ア 行為2の時点で、乙は生存していたから、甲宅には、犯人甲以外
49 に、そこを生活の本拠とする乙がいたことになる。したがって、甲
50 宅は、「現に人が住居に使用し又は現に人がいる建築物」(108条)
51 に当たる。そして、行為2により甲宅は全焼しているから、「放火し
52 て」上記建築物を「焼損した」に当たる。したがって、現住建築物
53 放火罪の客観的構成要件要素は満たされる。

54 イ しかし、行為2の時点で、甲は、乙が丙を殺し、乙も死亡したと
55 思っていたから、甲宅を「人が住居に使用せず、かつ、現に人がい
56 ない建築物」(109条1項)であると認識していた。なお、甲は、甲
57 宅に抵当権を設定し(115条)、その実行通告を受けているから、甲
58 宅が「自己の所有に係る」物(109条2項)とは認識していない。し
59 たがって、甲は、他人所有非現住建築物放火罪の故意を有していた。

60 ウ もっとも、認識事実の構成要件と実現事実の構成要件が重なり合
61 う場合、その限度で両事実は同一の構成要件的評価を受けることに
62 なるから、軽い罪の限度で故意犯が成立すると解する。そして、両
63 罪の保護法益は共に公衆の生命・身体・財産であり、かつ、行為態
64 様も共に放火であるから、構成要件が実質的に重なり合うといえる。
65 したがって、軽い他人所有非現住建築物放火罪が成立する。

66 2(1) 丙の「死体」の表皮が熱で損傷を受けるという「損壊」が認められ
67 るから、死体損壊罪(190条)が成立する(罪③)。

68 (2) 乙は、行為2当時、甲の認識と異なり生存していたため、甲は、殺
69 人罪の客観的構成要件該当行為を死体損壊罪の故意で行った。この場
70 合も、構成要件の重なり合う限度で、故意犯が成立すると解する。死
71 体損壊罪の保護法益は公衆の死者に対する畏敬の感情であるのに対し、
72 殺人罪の保護法益は人の生命であるから異なる。したがって、構成要
73 件が重なり合うとはいえず、軽い死体損壊罪は成立しない。よって、
74 重過失致死罪(211条後段)が成立するにとどまる(罪④)。

75 3(1) 乙の丙への殺人行為に関し証拠隠滅罪(104条)が成立する(罪⑤)。

76 (2) 乙が丙を絞殺したことは、甲乙間に意思連絡もなく甲の関与しない
77 ものであるから、「他人の刑事事件」に当たる。そして、甲は、丙の遺
78 体という「証拠」の表皮の状態を改変し、乙が丙の首をネクタイで絞
79 め付けた跡の識別等を困難にさせているから、「隠滅」に当たる。また、
80 故意も認められる。もっとも、甲は、「犯人」乙の夫で「親族」に当た
81 り、乙による丙殺害の発覚をおそれて行為2を行っているから、乙の
82 「利益のために犯した」といえ、その刑は免除され得る(105条)。な
83 お、甲が乙の首を絞めた事件は、甲にとって自己の刑事事件であるか
84 ら、「他人の刑事事件」に当たらず、同罪は成立しない。

85 第3 罪数

86 罪①から⑤が成立するが、乙死亡の二重評価を防ぐため④は①に吸収
87 され、②③⑤は行為2という「一個の行為」によるから観念的競合(54
88 条1項前段)となり、前者と後者が併合罪(45条前段)となる。以上

[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

出題の趣旨

本問は、覚せい剤取締法違反被疑事件の捜査における搜索差押えを題材として、特別法違反事件に関する搜索差押許可状の「罪名」及び「差し押さえるべき物」の各記載の適法性を問うとともに、搜索の過程で発見された具体的な物件が当該搜索差押許可状記載の「差し押さえるべき物」に該当するか否かを検討させることにより、令状主義の趣旨と搜索差押えについての基本的な知識の有無及び具体的事案に対する応用力を試すものである。

基本ポイント

設問1では、「罪名」の記載と「差し押さえるべき物」の記載のそれぞれについて、適法性の検討をする必要がある。まず、「罪名」の記載については、刑法犯事件の場合、「殺人」、「死体遺棄」等とされるが、覚せい剤取締法違反等の特別法犯事件の場合、単に「〇〇法違反」とされるため、特別法犯事件における「罪名」の記載が刑訴法 219 条 1 項との関係で問題となる。この点について、判例（最大決昭 33. 7. 29）が、このような記載を適法としていることは基本的知識であるから、それを踏まえた論述をすることになる。次に、「差し押さえるべき物」の記載については、「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」との記載がいわゆる概括的記載であることを指摘した上で、被処分者のプライバシー・財産権等に対する強度の侵害を生じさせる危険があることを踏まえて、このような記載が刑訴法 219 条 1 項との関係で適法となるかを検討することになる。その際、上記判例が、被疑事件に関係があり、かつ、物件についての具体的例示がされている場合は適法である旨判示していることも念頭に置く必要がある。なお、いずれの解答においても、刑訴法 219 条 1 項の解釈問題として、検討・論述することが大切である。

設問2では、発見された具体的な物件である「メモ」が「差し押さえるべき物」に当たるとして、適法に差し押さえることができるかを検討することになる。形式的に「メモ」に当たれば、全てのメモを適法に差し押さえることができるわけではなく、①被疑事実との関連性及び②差押えの必要性が認められるメモが「差し押さえるべき物」に当たり、捜査機関は、これを適法に差し押さえることができる。なお、①被疑事実との関連性が認められる場合、通常、②差押えの必要性も認められるため、試験においては、まずは、①被疑事実との関連性の有無の検討を意識すると良い。

応用ポイント

1	（設問1）搜索差押許可状の記載の適法性の検討において、憲法 35 条の文言・趣旨を踏まえていること
---	---

	→刑訴法 219 条は，憲法 35 条を受けた規定であるため，刑訴法 219 条の解釈において，憲法 35 条の文言・趣旨にさかのぼることは，論述の説得力を増加させる。
2	(設問 2) メモと被疑事実との関連性の有無の検討を事案に即して行うこと →まず，本件被疑事実が「甲が平成 23 年 7 月 1 日，乙に対して覚せい剤 10 グラムを 30 万円で譲渡した」ことであるのに対し，メモから証明し得る事実「甲が平成 23 年 6 月 30 日，丙から覚せい剤 100 グラムを 250 万円で購入した」ことであり，一致しないことを正確に把握する。その上で，メモから証明し得る事実と本件被疑事実が 1 つのストーリーとして繋がりを持つかを検討し，繋がりを持つと判断した場合には，その理由について，経験則を用いて説明する。その際，行為の日付，覚せい剤の価格及び量に着目する。

第1 設問1

1 罪名の記載

(1) 本件の搜索差押許可状（以下「本件許可状」）では、「罪名」（刑訴法219条1項）として「覚せい剤取締法違反」と記載されるにとどまっているところ、この記載は適法か。特別法犯の場合、何条違反の罪であるかを知り得る程度に適用法条をも示す必要があるかが問題となる。

(2) 刑訴法219条1項は憲法35条1項を受けた規定である。憲法35条1項は、令状に「搜索する場所及び押収する物を明示する」ことを要求するにとどまり、憲法33条のように「犯罪を明示する」ことまで要求していない。また、令状において適用法条が示されていれば、令状が正当な理由に基づいて発せられたことの明示になるとしても、憲法35条1項は、令状が正当な理由に基づいて発せられたものであることを要求するにとどまり、その明示まで要求していない。そうすると、刑訴法219条1項の解釈上、特別法犯の「罪名」の記載に当たって、適用法条をも示す必要はないと解する。

(3) 本件では、覚せい剤の「譲り渡し」について規定する覚せい剤取締法41条の2第1項の適用が考えられるが、同条項が示されていないことも「罪名」の記載は適法である。

2 差し押さえるべき物の記載

(1) 本件許可状では、「差し押さえるべき物」として「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」との記載がされているが、この記載は適法か。このような概括的記載は刑訴法219条1項に反しないかが問題となる。

(2) 憲法35条1項が「押収する物を明示する令状」を求めた趣旨は、一般令状を禁止し、被処分者のプライバシー・財産権等を保障するとともに、被処分者に受忍範囲を示して不服申立ての便宜を図る点にある。そうすると、刑訴法219条1項の「差し押さえるべき物」は、特定して記載されるべきである。もっとも、捜査の初期段階では、捜査機関が差押対象物件を具体的に把握できないことも多く、厳格な特定を要求すると真実発見が困難となる。

そこで、被疑事件に関係があり、かつ、具体的に例示された物件に準ずる物件を指すことが明らかである場合、概括的記載も刑訴法219条1項に反しないと解する。

(3) 本件許可状では、「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」というように具体的な物件が例示されている。また、「本件」が覚せい剤取締法違反被疑事件であることも明示されている。そうすると、「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」という記載からでも、差押えの対象物が覚せい剤取締法違反被疑事件に関係があり、かつ、上記の例示物件に準ずる文書及び物件を指すことが明らかであるといえる。したがって、本件許可状の概括的記載は、刑訴法219条1項に反せず、適法である。

第2 設問2

1 甲宅から発見された「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（以下「本件メモ」）は、本件許可状で差し

45 押さえるべき物として記載された「メモ」に含まれるとも思える。もっ
46 とも、差押えの対象物は、「証拠物」(刑訴法 222 条 1 項本文・99 条 1 項)
47 であるから、被疑事実との関連性がなければならない。したがって、本
48 件メモは、被疑事実との関連性がなければ、本件許可状記載の「メモ」
49 に当たらず、差し押さえることができない。そこで、本件メモに被疑事
50 実との関連性が認められるかが問題となる。

51 2(1) 確かに、本件メモは、甲が丙から覚せい剤を購入して譲り受けた事
52 実を証明し得るものであり、平成 23 年 7 月 1 日に甲が乙に覚せい剤
53 10 グラムを 30 万円で譲渡したという被疑事実との関連性はないとも
54 思える。

55 (2)ア しかし、覚せい剤を譲渡する者は、通常、既に所持していない限
56 り、その譲渡の前に覚せい剤を仕入れるはずであるから、仕入れの
57 事実は譲渡の事実を推認させる間接事実となる。したがって、本件
58 メモが仕入れの事実を証明し得るもの(間接証拠)であれば、上記
59 被疑事実との関連性があることになる。

60 イ まず、一般に 1 年以上前のメモが残っている可能性は高くはないか
61 ら、本件メモの「6/30」との記載は、平成 23 年 6 月 30 日を示し
62 ている可能性が高い。そして、甲の乙への譲渡の日は平成 23 年 7 月
63 1 日とされているから、メモの日付は、譲渡の前日となり、仕入れ
64 の日として矛盾しない。

65 次に、本件メモの記載通り、甲が丙から購入した覚せい剤が 100
66 グラムであるとする、そのうちの 10 グラムを乙に譲渡することは
67 可能である。また、1 回の通常使用量は 0.03 グラム程度であるから、
68 自己使用目的で 100 グラムも購入するのは不自然である。したがっ
69 て、100 グラムの購入は、仕入れの事実をうかがわせる。

70 さらに、本件メモの記載通り、甲が覚せい剤 100 グラムを 250 万
71 円で購入していたとすると、価格は 10 グラム当たり 25 万円となる。
72 そして、覚せい剤を譲渡する者は、通常、相当程度の利益を上乗せ
73 するはずであるところ、甲が乙に 10 グラム当たり 30 万円で譲渡し
74 ていたとすれば、5 万円の利益を得たことになる。したがって、100
75 グラム当たり 250 万円での購入は、仕入れの事実として矛盾しない。

76 ウ よって、本件メモは、甲による覚せい剤の仕入れの事実を証明し
77 得るものであるから、被疑事実との関連性がある。

78 3 以上より、本件メモは、本件許可状で差し押さえるべき物として記載
79 された「メモ」に当たるから、警察官は、これを差し押さえることがで
80 きる。

81 以上

〔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とし、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だ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 AFP

※ 商法第522条は削除されたため、本間においては、民法第166条第1項第1号が適用されることを解答の前提とする。

MEMO

出題の趣旨

設問1は、貸金債権を譲り受けて請求する場合の請求を理由付ける事実の説明を求めるものである。訴訟物である権利の発生、取得及び行使を基礎付ける事実について、条文を基礎とする実体法上の要件の観点から説明することが求められる。

設問2は、時効の援用に関する考え方の相違が消滅時効の抗弁事実に及ぼす影響を問うものであり、実体法上の効果発生のための要件という観点から検討することが求められる。

設問3は、要件事実が民事訴訟の動態において果たす機能の理解を問うものである。時効完成前の催告（小問1）と時効完成後の債務承認（小問2）について、実体法上の効果、攻撃防御方法としての意味、相手方の認否といった観点から検討することが求められる。

設問4は、私文書の成立の真正に関するいわゆる二段の推定の理解を問うものである。

設問5は、弁護士倫理の問題であり、弁護士職務基本規程第52条に留意して検討することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1及び設問2では、要件事実に関する基本的知識が問われている。ただし、解答の際には、記憶にある要件事実をそのまま吐き出すのではなく、①条文の文言及びその解釈から、要件を挙げた上、②主張立証責任を踏まえて、③要件に該当する具体的事実の内容等を説明することが大切である。

そして、設問1では、①の「条文」を特定するためには、訴訟物を特定する必要があるところ、本件訴えの訴訟物はA Y間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権であるから、民法587条を「条文」として特定することになる。その上で、その要件を挙げて、これに該当する具体的事実を検討することになる。もっとも、Xは、Aから、A Y間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を買取ったということであるから、売買契約を規定する民法555条の要件事実についても検討する必要がある。

他方、設問2では、実体法上の解釈に関する甲説及び乙説が挙げられているため、これらを踏まえて、消滅時効の抗弁における要件事実に違いが生じるかについて検討することになる。各説からは、時効の援用に関する考え方の違いを読み取ることができるため、この点に留意する必要がある。

- 2 設問3では、①及び②の各事実について、裁判所が証拠調べをする必要があるかどうかを問われている。当事者が主張した事実が法的な意味がない場合、その事実を立証対象とする証拠を取り調べることは無意味であるから、裁判所は証拠調べをする必要がない。そのため、①及び②が法的に意味のある事実かどうかを検討することになる。そし

て、各事実の検討は、①が時効完成前の催告（裁判外の請求・民法 150 条 1 項）、②が時効完成後の債務承認として法的に位置付けられ得るものであることを前提に行うことが必要である。

- 3 設問 4 では、私文書である「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」が問題となっているため、民訴法 228 条 4 項に関する二段の推定の理解が問われている。同条項は、「私文書は、本人…の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する。」と規定する。もっとも、「本人…の…押印があるとき」という要件に関しては、本人の意思に基づく押印が必要であることを前提に、本人の印章による印影が文書に顕出されている場合には、本人の意思に基づく押印が事実上推定されると解釈されている（一段目の推定）。そのため、署名と異なり押印に関しては、同条項の規定する推定は二段目の推定という位置付けになる。本問の解答においては、この基本的知識・理解が必要不可欠である。
- 4 設問 5 では、基本規程 52 条との関係で問題が生じ得ることを指摘した上で、その文言・要件と関連付けながら、事案に即して検討することになる。

応用ポイント

1	（設問 1）債権譲渡の通知の位置付けの検討 →債権譲渡の通知が請求原因事実ではなく、再抗弁事実位置付けられるものであることを端的に指摘する。
2	（設問 3）事実①につき主張自体失当であることを指摘していること →催告から 6 か月以内の提訴がないことから、時効の完成猶予の効果は消滅して、時効が完成している。
3	（設問 3）事実②につき時効完成前の債務承認（民法 152 条 1 項）と区別して検討していること
4	（設問 4）二段の推定に関する基本的知識・理解を前提に、J の Q に対する質問の理由・意図を説明していること → J は、一段目の推定の対象となる事実の認否を確認することにより、X 側及び Y 側の立証活動の在り方を検討することができる。
5	（設問 5）基本規程 52 条の「正当な理由」に関する解釈をした上で、事案に即した検討をしていること

第1 設問1

①②③の主張が必要であり、かつ、これで足りる。

2(1) Xは、AのYに対する貸金債権を買い受けたとして、これを行使しようと考えている。したがって、本件訴えの訴訟物は、AY間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権となる。この場合、Xは、「請求を理由づける事実」として、譲受債権の発生原因事実及び同債権の取得原因事実を主張する必要がある。

(2) 発生原因事実

ア 契約成立の要件

民法587条（消費貸借契約の冒頭規定）によると、⑦金銭の返還合意と⑧金銭交付が同契約の成立要件となる。そして、①「返済することを約して」及び「Aから100万円の交付を受けた」は、それぞれ要件⑦及び⑧に該当する具体的事実である。したがって、①の主張が必要である。

イ 返還請求の要件

消費貸借契約は、貸主が交付した「金銭」等を一定期間借主に利用させることに意義がある。そこで、契約成立時に返還請求権自体は発生するが、返還請求は、契約関係の終了時にできると解する。そして、返還時期の合意がある場合、合意された時期の到来により契約は終了するから、⑨返還時期の合意と⑩返還時期の到来が返還請求の要件となる。本件で、①「平成17年9月30日に返済することを約して」及び③「平成17年9月30日は到来した」は、それぞれ要件⑨及び⑩に該当する具体的事実である。したがって、①及び③の主張が必要である。

(3) 取得原因事実

債権は、当該債権を目的とした売買契約の成立を原因として移転するところ、民法555条（売買契約の冒頭規定）によると、⑪財産権移転の合意と⑫代金支払の合意が同契約の成立要件となる。本件で、②「Aは、Xに対して、①の貸金債権を代金80万円で売った」は、目的（物）と代金額という売買契約の本質的要素を含む、要件⑪及び⑫に該当する具体的事実である。したがって、②の主張が必要である。

(4) 債権譲渡の通知

なお、Xは、請求を理由づける事実として、AがYに対して債権譲渡の通知をした事実を主張する必要はない。同通知は、債務者対抗要件であり（民法467条1項）、債権譲渡の効果発生要件ではないからである。この主張は、Yの債務者対抗要件の抗弁に対するXの再抗弁として位置付けられるものである。

第2 設問2

1 答弁書における抗弁事実として、甲説からは、①平成22年9月30日が経過した事実と②Yが、平成23年2月21日、Xに対し、訴状の①の貸金債権の消滅時効を援用する旨の意思表示をした事実を主張すべきだが、乙説からは、①のみで足り、②は要しないという違いがある。

2 甲説は、「援用」（民法145条）を債権の消滅という実体法上の効果の発生要件と解するため、その要件事実として時効援用の意思表示を主張

45 することを求める。他方、乙説は、「援用」をその発生要件と解さないため、その要件事実として時効援用の意思表示を主張することを求めず、
46 当事者が攻撃防御方法として時効を提出していることが弁論の全趣旨から明らかであれば足りるとする。
47
48

49 第3 設問3

50 1(1) ①を立証対象とする証拠調べは不要である。

51 (2) ①は、時効完成前の催告（民法150条1項）であり、時効の完成猶
52 予の再抗弁になり得る。しかし、X側が本件訴えを提起したのは平成
53 23年2月15日であり、催告から6か月以内に裁判上の請求がないた
54 め、時効は完成している。したがって、主張自体失当となる。

55 2(1) ②を立証対象とする証拠調べは必要である。

56 (2) ②は、時効完成後の債務承認である。これにより、Xは以後Yが消
57 滅時効を援用しないと考えるのが通常であるから、信義則上（民法1
58 条2項）、Yは消滅時効の援用権を喪失する。そうすると、②は、消滅
59 時効の抗弁と両立し、この抗弁の効果を障害し、請求原因の効果を復
60 活させる事実であるから、時効援用権の喪失の再抗弁となる。他方、
61 Yは、平成22年中にXと話をしていないとして、②を否認している。

62 第4 設問4

63 1 Qの陳述によれば、Qは領収証の成立を否認しているため、X側が領
64 収証の成立の真正を証明する必要がある（民訴法228条1項）。

65 2 もっとも、「私文書」である領収証にあるA名義の印影がAの印章によ
66 って顕出されていれば（Jの質問事項）、本人Aの意思に基づく押印が事
67 実上推定され、その結果、領収証全体の成立の真正が事実上推定される
68 （法定証拠法則・民訴法228条4項）。これを二段の推定というが、Qが
69 Jの質問事項を認めた場合、まず一段目の推定が働き、その結果、二段
70 目の推定も働くから、これらの推定に対してY側が積極的に反証活動を行
71 うことになる。他方、QがJの質問事項を認めない場合、X側は同法
72 228条4項の推定規定の存在を踏まえた立証活動を行うことになる。こ
73 のように当事者の立証活動のあり方に関わることから、Jは、一段目の
74 推定が働く事案か否かを確認するための質問をした。

75 第5 設問5

76 1 本件で、弁護士Pが被告Yに電話をかけて和解交渉をすることは、基
77 本規程52条に反するから、弁護士倫理上問題がある。

78 2(1) 「相手方」Yには「法令上の資格を有する代理人」である弁護士Q
79 が「選任」されている。そして、「交渉」方法に制限はなく、電話交渉
80 も含まれるところ、これについてのQの承諾はない。そこで、「正当な
81 理由」があるかが問題となる。

82 (2) 同条の趣旨は、相手方本人の代理人依頼権の確保にある。そこで、
83 「正当な理由」とは、直接交渉する緊急性・必要性があり、相手方本
84 人にことさら不利益を与えるおそれもないことをいうと解する。

85 (3) 確かに、Pが和解条件につきあらかじめY側の感触を探ることは職
86 務の遂行上正当である。しかし、和解案提示は1か月後であるから、
87 2週間後にQが海外出張から帰国した後でも交渉は可能であり、直接
88 交渉の緊急性・必要性がない。よって、「正当な理由」はない。以上

[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ろなどと言うのだ。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言ってください。」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。」と男に言うのと、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、スーツの生地に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 5 5 分であった。）。
- ② A B 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き、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。」

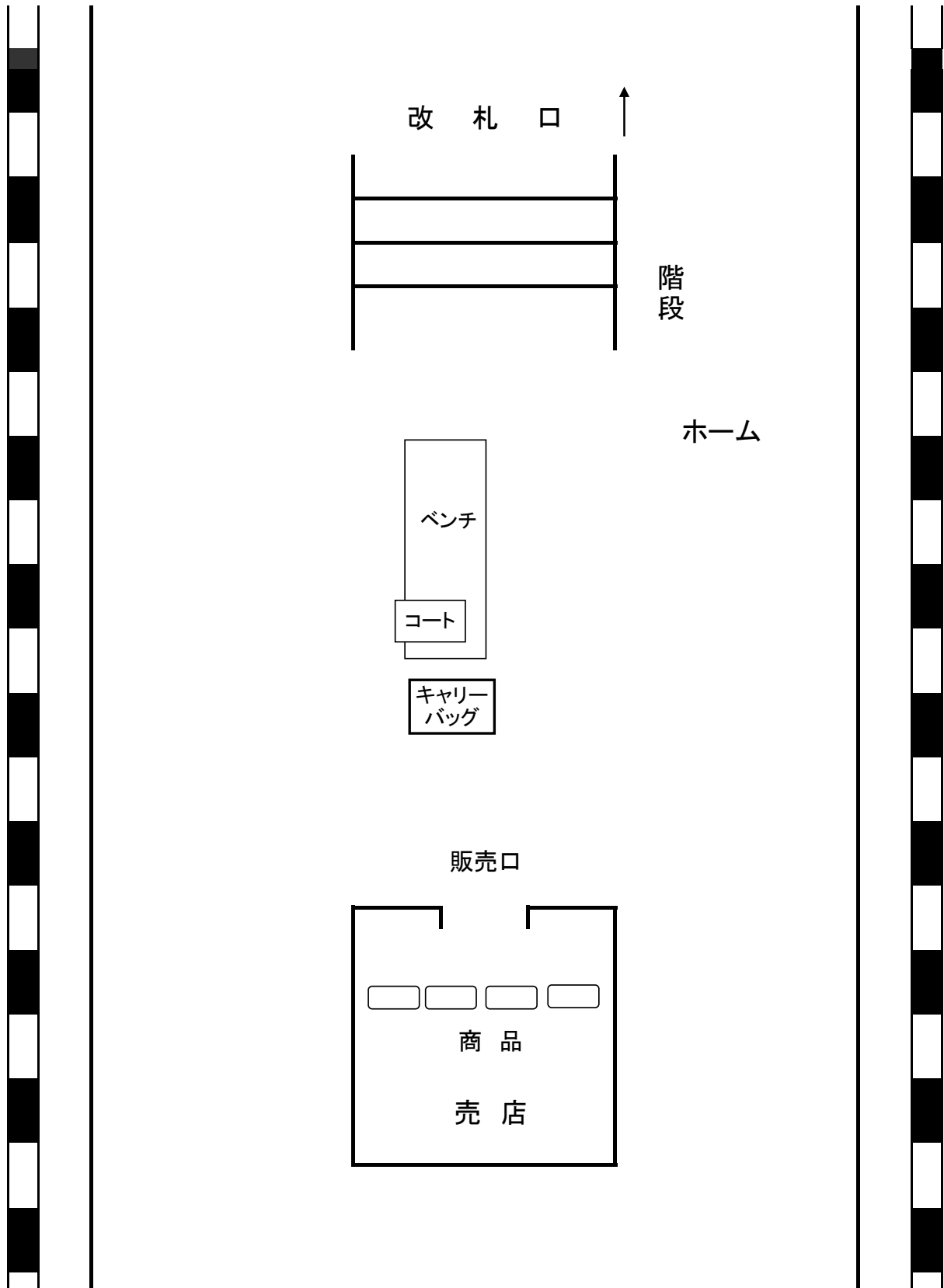
【設問】

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。

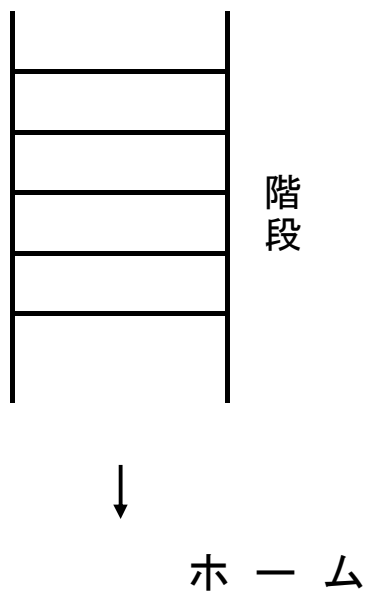
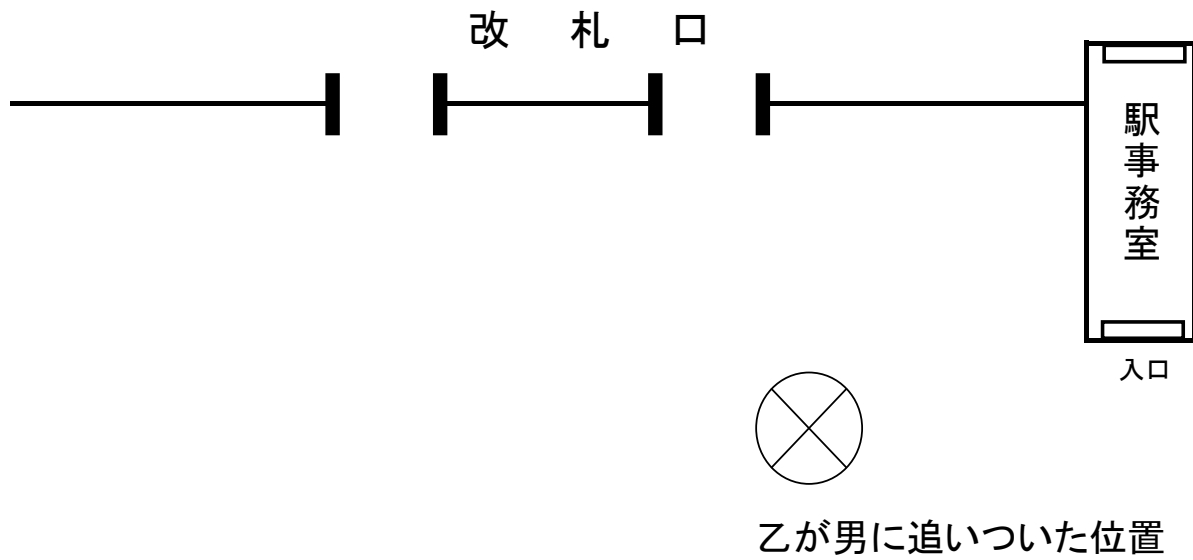
- 1 甲が、キャリーバッグをベンチから持ち去った人物であることを認定できるか否かについて、事実を摘示して説明せよ。
- 2 キャリーバッグに対する乙の占有の有無及び甲の窃盗の故意の有無について、判例の立場に立って、それぞれ事実を摘示して説明せよ。

別紙

見取図1



見取図2



MEMO

出題の趣旨

本問は、駅のホームで起こったキャリーバッグの置き引き事案について、具体的な事実に即して、窃盗罪の構成要件該当性と混同することなく甲の犯人性を検討できるか、被害者乙のキャリーバッグに関する占有の事実及び占有の意思の有無を検討できるか、甲の弁解に沿う事実に留意しつつ、甲の窃盗の故意の有無を検討して妥当な結論を導くことができるか、という基本的な実務能力を問うものである。

基本ポイント

- 1 本問では、設問1で甲の犯人性を検討し、設問2で甲の行為の構成要件該当性を検討することになる。なお、犯人性の検討の対象は、本問では、甲が駅のホームから乙のキャリーバッグ（以下「本件バッグ」という。）を持ち去ったかどうかという点に尽きるから、その行為が窃盗罪に当たるのか、占有離脱物横領罪に当たるのか等という点は犯人性の検討対象とはならない。
- 2 設問1では、①以下の着眼点を参考にして、甲の犯人性を推認させる間接事実（なお、供述の信用性を支える事実として位置付ける場合は「補助事実」と呼ばれる。）を認定し、②当該事実がなぜ甲の犯人性を推認させるのか（推認過程）について、経験則等を用いて説明することになる。

	着眼点	間接事実の具体例
1	事件現場等における遺留物・遺留痕跡（指掌紋、足跡、血痕、体液等）とAとの結び付きを示す事実	犯行現場であるV宅の玄関ドアノブに付着していた指紋がAの指紋と一致したこと
2	事件に関係する物品等（犯行供用物件、被害金品等）とAとの結び付きを示す事実	犯人は○年○月○日午前2時頃、V宅から宝石を窃取したところ、Aが同日午前2時15分頃、V宅から200メートル離れた路上で被害品である宝石を所持していたこと
3	犯人の特徴（容姿、体格、年齢、服装、所持品その他の特徴）が犯行当日のAの特徴に合致ないし酷似する事実	犯人は身長が約190センチメートルある紫色の短髪の男であるところ、Aも身長が約190センチメートルある紫色の短髪の男であること
4	Aに事件を実現する機会があった事実（Aが犯行時に犯行現場にいた事実、犯行前後に犯行現場又はその付近にいた事実）	犯行日時は○年○月○日午後4時頃、犯行場所は△△であるところ、Aが同日午後3時50分頃、△△にいたこと

5	Aが事件を実現することが可能であった事実（犯行遂行能力、技能、土地鑑、金品の管理等の立場、VとAとの関係等）	犯人はVを車ごと崖から海に突き落としているところ、Aが現役の力士であること
6	犯行前後におけるAの事件に関する言動	犯行前（犯行準備、犯行計画、罪証隠滅のための布石、逃亡準備、犯行の事前打ち明け等） 犯行後（犯行による利益の享受、罪証隠滅、アリバイ工作、逃亡等、犯行の打ち明け等）
		犯人が放火行為をする1時間前、Aが犯行現場近くのガソリンスタンドで、ガソリン30リットルを購入したこと 犯行日時は○年○月○日午後1時頃であるところ、Aが妻Bに対し、「○年○月○日午後1時には自宅にいたことにしてほしい。」と依頼したこと
7	Aに事件の動機・目的となり得る事情があった事実	Aの彼女であったVが、Aを振ってBと付き合い始めたこと

（着眼点につき「検察 終局処分起案の考え方（平成28年版）」P10を参考にした。なお、便宜上、被疑者及び被告人をA、被害者をVと表記した。）

- 3 設問2では、まず、本件バッグに対する乙の占有の有無を事案に即して検討することになる。乙に占有がある場合、甲には窃盗罪（刑法235条）が成立し得るが、これがない場合、甲には占有離脱物横領罪（同法254条）が成立し得るにとどまる。被害者に被害物件に対する占有があるかの判断においては、財物の性質、時間的・場所的近接性、財物の置かれた場所の状況、置き忘れた場所の見通し状況及び被害者の認識・行動等が考慮される（大塚他『基本刑法Ⅱ』（第2版）P136参照）。

次に、甲の窃盗の故意の有無を事案に即して検討することになる。故意の認定においては、客観的事実から推認する方法が採られる。その際は、①実行に至るまでの経緯、動機に関する事実、②実行の着手前の被疑者・被告人の意図、③犯行態様・結果等に関する事実、④犯行後の言動等に関する事実（「検察 終局処分起案の考え方（平成28年版）」P23参考）等に着目することになる。

応用ポイント

1	（設問1）事実認定の前提として証拠構造を意識していること →証拠構造が直接証拠型であるか間接事実型であるかを検討している。
2	反対仮説の成り立つ現実的可能性や消極方向に働く事実の検討
3	問題文の事実及び見取図の情報を可能な限り多く利用すること

第1 設問1

1 甲は、「ベンチにキャリーバッグが置かれているのに気づき,」「駅の事
2 務室に持って行こうとした」と供述する。この供述は, 甲がキャリーバ
3 ッグをベンチから持ち去った人物であること(以下「甲の犯人性」)自体
4 については認めるものであり, 甲の犯人性の直接証拠に当たる。そこで,
5 この供述の信用性を支える間接事実の有無を検討する。

6
7 2(1)ア 犯人は乙所有のキャリーバッグ(以下「本件バッグ」)を平成 23
8 年3月5日午後2時25分から30分までの間にA駅ホームのベンチ
9 から持ち去ったところ, 甲は午後2時40分頃, A駅改札内で本件バ
10 ッグを所持していたこと(間接事実①)

11 イ まず, 防カメ画像3(午後2時25分から5分間)には, 男(V)
12 がホームの売店で新聞等を購入した後, 別の男と話を始め, ベンチ
13 と反対方向に歩いて行き, すぐに引き返してベンチの方向に走って
14 行く様子が映っている。Vの行動は乙の行動と一致するから, Vは
15 乙である。そして, 犯行は乙がベンチを離れた後に行われているか
16 ら, 犯人は, 午後2時25分から30分までの間に本件バッグをベン
17 チから持ち去ったと認められる。他方, 甲は, 午後2時40分頃, A
18 駅改札内でキャリーバッグを所持していた。このバッグは, 本件バ
19 ッグと同様, 金色の「B」のロゴが入った黒い物であり, 丁が乙の
20 携帯電話番号に架電すると, その中から携帯電話の着信音が鳴った
21 から, 乙の携帯電話が入っていたことが認められる。したがって,
22 甲の所持するバッグは本件バッグである。よって, ①が認定できる。

23 ウ 犯行関与者でなければ, 通常, 犯行の時刻・現場と近接する日時・
24 場所で被害品を所持しないと経験則があるから, ①は, 甲の犯人
25 性を推認させる。もっとも, 甲が第三者から本件バッグを譲り受け
26 た可能性もあるが, 犯行時刻と所持の時刻が最大で約15分と短く,
27 犯行現場と所持の場所は同じA駅構内であること, キャリーバッグ
28 の流通性は高くないこと, 甲は第三者から譲り受けていれば容易に
29 その旨を説明できるはずなのにしていないことから, 上記の現実的
30 可能性はほぼない。よって, ①の推認力は強い。

31 (2)ア 甲が午後2時10分以降, A駅のホームにいたこと(間接事実②)

32 イ 乙は, 甲に「ホームで俺の様子を見ていただろう。」と発言してい
33 るところ, ホーム上の男を3メートルという人の顔を十分識別でき
34 る距離で目撃し, かつ, 何回か目が合っており視認時間も十分なの
35 で, 視認状況が良好である。そして, 防カメ画像2(午後2時10
36 分から5分間)には, 紺色のスーツを着た男が乙の前を何回か往復
37 する様子が映っており, 乙の発言は客観的事実と整合する。また,
38 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いた
39 が, これらの点で甲と人着も類似する。したがって, 乙の発言は信
40 用できるから, ②が認定できる。

41 ウ 犯行発生直前に犯行現場にいた者には, 犯行の機会があるから,
42 ②は, 甲の犯人性を推認させる。もっとも, 犯行の日時場所には,
43 甲以外の者もあり, 犯行の機会があるから, ②の推認力は弱い。

44 (3) 以上より, ②単体の推認力は弱い, ①と合わさると甲以外の者に

よる犯行の可能性がほぼなくなるから、①及び②には強い推認力が認められる。よって、甲の供述は信用性でき、甲の犯人性が認定できる。

第2 設問2

1 乙の占有（甲が本件バッグを持ち去った時点の乙の占有の有無）

財物の性質、時間的・場所的近接性、財物の置かれた場所の状況、置き忘れた場所の見通し状況及び被害者の認識・行動等により判断する。

確かに、本件バッグが置かれたA駅ホームは、不特定多数の利用者が出入りする場所である。しかし、乙がベンチから離れた時から甲が持ち去る時までの時間は約5分、離れた距離も最大20メートルにすぎない上、乙は、その5分間の大半を15メートル離れた売店で順番待ちしており、振り返れば本件バッグを視認でき、また、本件バッグを意図的にベンチに置いていた。そして、本件バッグは、キャリーバッグであり、持ち運びは容易でない。そうすると、乙が丙との話に夢中で、一瞬本件バッグのことを忘れてベンチと反対方向に歩いたことを考慮しても、乙は、この時点でも、本件バッグの現実的支配を直ちに、かつ、容易に回復可能であったといえる。したがって、乙の占有は認められる。

2 甲の窃盗の故意（他人の占有する財物を窃取することの認識・認容）

(1) 甲は、本件バッグを「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」と弁解し、窃盗の故意を否認している。

(2) しかし、甲は、乙に追いつかれて声を掛けられた際、走り出す仕草を見せた（事実①）。窃盗犯は、声を掛けられれば逃走を試みる傾向にあるから、①は積極方向に働く。また、甲は、コートベンチの背もたれに掛けて座っていた乙の前を何回か往復していた（事実②）のであり、その際、当然、コートの存在を認識していたはずである。そうすると、甲が本件バッグだけを忘れ物と考えるのは不自然であるから、②も積極方向に働く。さらに、防カメ画像1（午後1時5分から5分間）には、紺色のスーツを着た白髪の男が、到着電車から降りて一人ホームに残り、電車に乗ろうとせずうろつく様子が映っており、この男と甲の人着は矛盾せず、また、男と午後2時10分以降の甲の行動は類似する。そして、ホームは電車に乗るための場所であり、電車に乗ろうとせずうろつく者は少ないから、男と甲は同一人物の可能性が高い。加えて、甲は、購入時刻午後0時55分の「B駅→A駅」（所要時間約3分）の乗車券を所持し、乗車券購入直後にB駅から乗車すると、午後1時5分頃にA駅に到着できた。そうすると、画像1の男と甲は同一人物であるといえ、甲が午後1時5分から2時10分以降までA駅をうろついたこと（事実③）が認められる。そして、置き引き犯は、通常、窃取対象物を探してうろつくから、③は積極方向に働く。

よって、①②③から、甲の窃盗の故意が認められる。

なお、乙が甲に追いついた位置は、2つの改札口のうち甲が降りた階段から遠い方で、駅事務所に近かった（事実④）。窃盗犯は、通常、最短距離で現場を立ち去ろうとするはずだから、④は消極方向に働き、また、甲の弁解内容とも整合する。しかし、窃盗犯も犯行直後の興奮等から合理的に行動できないこともあるし、弁解も駅事務室付近に偶然いたからされた可能性もあるから、④は上記結論を覆さない。以上

MEMO