

予備試験論文式試験

H 2 8 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	12
講師作成答案例	16
民法	18
出題の趣旨・ポイント	20
講師作成答案例	22
商法	24
出題の趣旨・ポイント	26
講師作成答案例	30
民事訴訟法	32
出題の趣旨・ポイント	34
講師作成答案例	38
刑法	40
出題の趣旨・ポイント	42
講師作成答案例	44
刑事訴訟法	46
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（民事）	52
出題の趣旨・ポイント	56
講師作成答案例	60
法律実務基礎科目（刑事）	62
出題の趣旨・ポイント	66
講師作成答案例	68

《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 28 年の予備試験の問題については、平成 28 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 28 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]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

A市は、10年前に、少子化による人口減少に歯止めをかけるためA市少子化対策条例（以下「本件条例」という。）を制定し、それ以降、様々な施策を講じてきた。その一つに、結婚を希望する独身男女に出会いの場を提供したり、結婚相談に応じたりする事業（以下これらを「結婚支援事業」という。）を行うNPO法人等に対する助成があった。しかし、A市では、近年、他市町村に比べ少子化が急速に進行したため、本件条例の在り方が見直されることになった。その結果、本件条例は、未婚化・晩婚化の克服と、安心して家庭や子どもを持つことができる社会の実現を目指す内容に改正され、結婚支援事業を行うNPO法人等に対する助成についても、これまで十分な効果を上げてこなかったことを踏まえ、成婚数を上げることを重視する方向で改められた。これに伴い、助成の実施について定めるA市結婚支援事業推進補助金交付要綱も改正され、助成に際し、「申請者は、法律婚が、経済的安定をもたらし、子どもを生みやすく、育てやすい環境の形成に資することに鑑み、自らの活動を通じ、法律婚を積極的に推進し、成婚数を上げるよう力を尽くす。」という書面（以下「本件誓約書」という。）を提出することが新たに義務付けられた。

結婚支援事業を行っているNPO法人Xは、本件条例の制定当初から助成を受けており、助成は活動資金の大部分を占めていた。しかし、Xは、結婚に関する価値観は個人の自由な選択に委ねるべきであるから、結婚の形にはこだわらない活動方針を採用しており、法律婚だけでなく、事実婚を望む者に対しても、広く男女の出会いの場を提供し、相談に応じる事業を行っていた。このため、Xは、改正後の本件条例に基づく助成の申請に際し、本件誓約書を提出できず、申請を断念したので、A市からの助成は受けられなくなった。

そこで、Xは、A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、自らの方針に沿わない見解を表明させるものであり、また、助成が受けられなくなる結果を招き、Xの活動を著しく困難にさせるため、いずれも憲法上問題があるとして、訴訟を提起しようとしている。

〔設問〕

Xの立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。なお、条例と要綱の関係及び訴訟形態の問題については論じなくてよい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、消極的表現の自由（憲法第21条第1項）及び結社の活動の自由（同）に対する制約の合憲性に関する出題である。ただし、ここでは、私的団体の活動に対する政府による助成の条件付けが論点となっており、これを踏まえた検討が求められる。現代国家において、国や地方自治体は様々な給付活動を行うが、その際、一定の条件を付すことがあり、その条件付けが、私人の憲法上の権利への制約となる場合があることに注意する必要がある。

Xとしては、まず、①結婚に関する価値観は個人の自由な選択に委ねるべきであるとして、結婚という形にはこだわらない活動方針を採用しているところ、本件誓約書により法律婚の推進を積極的に支持するよう求められることについては、その法人・団体の基本方針に沿わない見解を表明させるものであって、Xの消極的表現の自由を侵害する、との意見主張が考えられる。他の議論も考えられないではないが、そうした主張が最も直裁であり、的を得たものとなろう。次に、②本件誓約書を提出することができず、その結果助成が受けられなかったことについては、Xの活動の自由を著しく困難にさせ、結社としての活動の自由を侵害する、との違憲主張が考えられる。

これに対し、解答者としては、A市の側から想定される反論を、助成の性質を踏まえつつ明確にした上で、基本的な判例・学説の知識を前提にしながら、説得力のある形で自身の見解を述べることが求められる。

基本ポイント

本問の答案の大枠は、以下の通りである。

Xの立場からは、まず、本件誓約書の提出義務付け（以下「本件義務付け」という。）がXのどのような権利・自由を制約するものであるかを検討することになる。この点については、本件義務付けが①「自らの方針に沿わない見解を表明させるもの」であること、また、②「助成が受けられなくなる結果を招き、Xの活動を著しく困難にさせる」ものであることに着目する必要がある。そして、①については、思想・良心の自由（憲法19条）ないし消極的表現の自由（同法21条1項）が制約されているとの主張が可能であり、また、②については、結社の自由（同法21条1項）ないし営業の自由（同法22条1項）が制約されているとの主張が可能である。そのため、①及び②のそれぞれについて、憲法上の権利を主張することが大切である。そして、いずれの権利に対する制約を問題とする場合でも、権利の重要性及び制約の強度を根拠に、厳格度・審査密度の高い違憲審査基準が採用されるべきことを主張し、本件義務付けが違憲であるという結論を導くことが必要である。

これに対し、A市の立場からは、まず、①については、本件義務付けは、結婚支援事業を行うNPO法人等に対する助成の条件であるから、本件誓約書の内容と異なる結婚支援

事業自体を禁止するものではないとの反論が想定される。また、②については、助成を受けられなくなることは、事実上の支障にすぎず、Xの結婚支援事業自体を法的に制約するものではないとの反論が想定される。

そして、A市の反論を踏まえると、本問では、①保護範囲、②制約、③正当化の三段階のうちの②制約の有無が主な争点となる。したがって、私見のパートでは、特に制約の有無及び程度について、掘り下げた検討をする必要がある。

応用ポイント

1	沈黙の自由と消極的表現の自由を区別していること →思想・良心の自由から導かれる沈黙の自由は、通常、人の内心の表白を強制されないことを意味する。他方、消極的表現の自由は、内心と異なる意思表示を強制されないことを意味する。なお、司法試験論文式試験平成18年公法系科目第1問（憲法）の出題趣旨には、「ここでいう消極的表現の自由とは、他者の意見を記載することを『強制されない自由』であり、本法律では警告文の『発信者』名が表示されず、記載内容が特定販売業者の意見であると思われる可能性があることから、その制約の是非が問題となる。消極的表現の自由が、単なる『言わない自由』や『沈黙の自由』ではないことを理解した上で論述することが期待される。」とある。そのため、本問では、沈黙の自由ではなく消極的表現の自由についての検討が期待されていたといえる。
2	本件義務付けが見解規制・主題規制に当たるかどうかについて検討していること →見解規制とは、特定の見解・観点を対象にして、これを禁止するものをいう。他方、主題規制とは、特定の主題に関する表現を禁止するものいう。見解規制は、主題規制と異なり、特定の見解を敵視・排除するものであり強く禁止されるが、両者の区別は困難な場合もある。

1 第1 Xの憲法上の主張

2 1(1) A市が本件誓約書の提出を義務付けること（以下「本件義務付け」）
3 は、Xに自らの方針に沿わない見解を表明させるから、消極的表現の
4 自由（憲法（以下略）21条1項）を侵害し、違憲である。

5 (2)ア 表現の自由は、自己の見解等を外部に表明することを保障するも
6 のであるから、自己の見解等と異なるものの外部への表明を強制さ
7 れないという消極的表現の自由をも保障する。そして、権利の性質
8 上、消極的表現の自由は、法人にも保障される。したがって、結婚
9 の形にこだわらない活動方針を採用するXは、方針と異なる見解の
10 外部への表明を強制されないという消極的表現の自由が保障される。

11 イ そして、本件義務付けは、Xに「自らの活動を通じ、法律婚を積
12 極的に推進」するという自己の見解と異なる見解の外部への表明を
13 強制するから、Xの消極的表現の自由を制約する。

14 ウ 表現の自由は、個人の自己実現・自己統治の価値を有する重要な
15 権利であるところ、自己の見解等と異なるものを外部に表明しない
16 ことも同様に重要である。他方、本件誓約書の内容は、法律婚の推
17 進にこだわらないXの見解を禁ずるものであり、その見解内容自体
18 を直接的に制約する。そこで、本件義務付けは、目的が必要不可欠
19 で、手段が必要最小限度でない限り、違憲になる。

20 本件義務付けの目的は、結婚支援事業を行うNPO法人等に法律
21 婚を積極的に推進させて成婚数を上げるよう尽力させる点にある。
22 しかし、法律婚をするかどうかの意思決定は、自己決定権（13条後
23 段）により保護されるから、法律婚の推進をXに強いることは不当
24 であり、目的は必要不可欠でない。また、本件義務付けをしなくて
25 も、結婚生活を支援する目的の補助金制度を整備することで、成婚
26 数の上昇が期待できるから、本件義務付けという手段は、過剰であ
27 り必要最小限度でない。したがって、本件義務付けは、違憲である。

28 2(1) 本件義務付けは、Xの活動を著しく困難にさせるから、結社の自由
29 （21条1項）を侵害し、違憲である。

30 (2)ア 結社の自由は、共通の目的を持つ者が、団体としての意思を形成
31 し、活動することを保障する。そして、権利の性質上、結社の自由
32 は、法人にも保障される。したがって、Xの結婚支援事業は、独身
33 男女に出会いの場を提供する等の目的を持つ者が集まり、これを実
34 現しようとする活動であるから、結社の自由により保障される。

35 イ そして、本件義務付けは、助成を受けられなくなる結果を招き、
36 Xの活動を著しく困難にさせるため、Xの結社の自由を制約する。

37 ウ 結社の自由は、共通の目的を持つ者が、継続的な精神的結合を行
38 って団体としての意思を形成し、その意思実現活動を行うことを保
39 障する重要な権利である。他方、本件誓約書の内容は、法律婚の推
40 進にこだわらないXの意思に反し、その活動を直接的に制約する。
41 そこで、消極的表現の自由と同様の審査基準により判断すべきであ
42 り、違憲となる。

43 第2 A市の反論

44 本件義務付けは、結婚支援事業を行うNPO法人等に対する助成の条

件であるから、本件誓約書の内容と異なる結婚支援事業自体を禁止するものではない。したがって、Xは、本件誓約書を提出しなくても、その活動方針に沿う結婚支援事業を行うことができるから、本件義務付けは、Xの消極的表現の自由を制約しないし、Xの見解内容を制約するものでもない。また、助成を受けられなくなることは、Xの結婚支援事業自体を法的に制約するものではないから、Xの結社の自由も制約しない。

第3 私見

1(1) 確かに、本件義務付けは、本件誓約書の内容と異なる結婚支援事業自体を禁止するものではない。したがって、Xは、本件誓約書を提出することなく、結婚の形にこだわらない活動方針の下、法律婚だけでなく、事実婚を望む者に対しても、広く男女の出会いの場を提供し、相談に応じる事業を継続することができる。そうすると、本件義務付けは、Xの見解と異なる見解の外部への表明を強制するものではなく、また、Xの見解内容自体を規制するものではないとも思える。

(2)ア (ア) しかし、Xは、本件条例の制定当初の10年前から、A市から助成を受けて結婚支援事業を行っており、その助成が活動資金の大部分を占めていた。そのため、Xは、助成を受けることなく活動を継続することが著しく困難な状況にあるから、事実上、助成を受けるために本件誓約書を提出する以外に方法がないといえる。そうすると、本件義務付けは、高い強制力をもって、Xに本件誓約書の提出を義務付けるものとなる。したがって、本件義務付けは、Xの消極的表現の自由を制約する。

(イ) もっとも、本件誓約書の内容は、「自らの活動を通じ、法律婚を積極的に推進」するというものであるところ、事実婚を積極的に排除するとの見解を含むものではない。したがって、本件誓約書は、事実婚を望む者に対する結婚支援事業をも行おうとする見解を規制するものではないから、本件義務付けは、Xの見解内容自体を制約するものではない。

イ また、本件義務付けを拒否することで助成を受けられなくなることは、確かに、Xの結婚支援事業自体を法的に制約するものではないが、Xは、助成を受けることなく活動を継続することが著しく困難な状況にあるから、Xの結社の自由も制約する。もっとも、その制約は、Xの活動における事実上の支障といえるから、Xの結社の自由を直接的に制約するものではなく、間接的なものとどまる。

2 そこで、本件義務付けは、目的が重要で、手段が実質的関連性を有する場合、合憲になると解する。

本件義務付けの目的は、A市における未婚化・晩婚化の克服と安心して家庭や子どもを持つことができる社会の実現のため、成婚数を上げる点にあり、その重要性は否定できない。また、法的サービスが整備された法律婚が、「経済的安定をもたらす、子どもを生みやすく、育てやすい環境の形成に資する」ことも否定できない。そうすると、Xのような結婚支援事業を行うNPO法人等に法律婚の推進活動を求めることには、上記目的の実現との関係で一定の効果が期待できるから、手段は実質的関連性を有する。したがって、本件義務付けは、合憲である。 以上

[行政法]

株式会社X（代表取締役はA）は、Y県で飲食店Bを経営しているところ、平成28年3月1日、B店において、Xの従業員Cが未成年者（20歳未満の者）であるDら4名（以下「Dら」という。）にビールやワイン等の酒類を提供するという事件が起きた。

Y県公安委員会は、Xに対し、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下「法」という。【資料1】参照。）第34条第2項に基づく営業停止処分をするに当たり、法第41条及び行政手続法所定の聴聞手続を実施した。聴聞手続においては、以下のとおりの事実が明らかになった。

- ① 未成年者の飲酒に起因する事故等が社会的な問題となり、飲食店業界においても、未成年者の飲酒防止のために積極的な取組が行われているところ、B店では、未成年者に酒類を提供しないよう、客に自動車運転免許証等を提示させて厳格に年齢確認を実施していた。
- ② 事件当日には、未成年者であるDらとその友人の成年者であるEら4名（以下「Eら」という。）が一緒に来店したために、Cは、Dらが未成年者であることを確認した上で、DらのグループとEらのグループを分けて、それぞれ別のテーブルに案内した。
- ③ Cは、Dらのテーブルには酒類を運ばないようにしたが、二つのテーブルが隣接していた上に、Cの監視が行き届かなかったこともあって、DらはEらから酒類を回してもらい、飲酒に及んだ。
- ④ その後、B店では、このような酒類の回し飲みを防ぐために、未成年者と成年者とでフロアを分けるといった対策を実施した。

聴聞手続に出頭したAも、これらの事実について、特に争うところはないと陳述した。その後、聴聞手続の結果を受けて、Y県公安委員会は、法第34条第2項に基づき、Xに対し、B店に係る飲食店営業の全部を3か月間停止することを命じる行政処分（以下「本件処分」という。）をした。

その際、本件処分に係る処分決定通知書には、「根拠法令等」として「法第32条第3項、第22条第6号違反により、法第34条第2項を適用」、「処分の内容」として「平成28年5月1日から同年7月31日までの間（3か月間）、B店に係る飲食店営業の全部の停止を命ずる。」、「処分の理由」として、「Xは、平成28年3月1日、B店において、同店従業員Cをして、Dらに対し、同人らが未成年者であることを知りながら、酒類であるビール及びワイン等を提供したものである。」と記されてあった。

Y県公安委員会は、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の基準」（以下「本件基準」という。【資料2】参照）を定めて公表しているところ、本件基準によれば、未成年者に対する酒類提供禁止違反（法第32条第3項、第22条第6号）の量定は「Bランク」であり、「40日以上6月以下の営業停止命令。基準期間は、3月。」と定められていた（本件基準1、別表「飲食店営業」（法（中略）の規定に違反する行為）（10））。

Aは、処分決定通知書を本件基準と照らし合わせてみても、どうしてこのように重い処分になるのか分からないとして、本件処分に強い不満を覚えるとともに、仮に、B店で再び未成年者に酒類が提供されて再度の営業停止処分を受ける事態になった場合には、本件基準2の定める加重規定である「最近3年間に営業停止命令を受けた者に対し営業停止命令を行う場合の量定は、（中略）当該営業停止命令の処分事由について1に定める量定の長期及び短期にそれぞれ最近3年間に営業停止命令を受けた回数²の2倍の数を乗じた期間を長期及び短期とする。」が適用され、Xの経営に深刻な影響が及ぶおそれがあるかもしれないことを危惧した。

そこで、Xは、直ちに、Y県を被告として本件処分の取消訴訟を提起するとともに、執行停止の

申立てをしたが、裁判所は「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」とは認められないとして、この申立てを却下した。

Xの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、法の抜粋を【資料1】，本件基準の抜粋を【資料2】として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件処分 of 取消訴訟の係属中に営業停止期間が満了した後には、いかなる訴訟要件が問題となり得るか。また、当該訴訟要件が満たされるためにXはどのような主張をすべきか、想定されるY県の反論を踏まえつつ検討しなさい。

〔設問2〕

本件処分 of 取消訴訟につき、本案の違法事由としてXはどのような主張をすべきか、手続上の違法性と実体上の違法性に分けて、想定されるY県の反論を踏まえつつ検討しなさい。なお、本件処分について行政手続法が適用されること、問題文中の①から④までの各事実については当事者間に争いがないことをそれぞれ前提にすること。

【資料 1】

○ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和 23 年法律第 122 号）
（抜粋）

（禁止行為）

第 22 条 風俗営業を営む者は、次に掲げる行為をしてはならない。

一～五 （略）

六 営業所で二十歳未満の者に酒類又はたばこを提供すること。

（深夜における飲食店営業の規制等）

第 32 条

1・2 （略）

3 第 22 条（第 3 号を除く。）の規定は、飲食店営業を営む者について準用する。（以下略）
（指示等）

第 34 条

1 （略）

2 公安委員会は、飲食店営業者〔（注）「飲食店営業者」とは、「飲食店営業を営む者」をいう。〕若しくはその代理人等が当該営業に関し法令（中略）の規定に違反した場合において、（中略）少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるとき（中略）は、当該飲食店営業者に対し、当該施設を用いて営む飲食店営業について、6 月を超えない範囲内で期間を定めて営業の全部又は一部の停止を命ずることができる。

（聴聞の特例）

第 41 条 公安委員会は、（中略）第 34 条第 2 項、（中略）の規定により営業の停止を（中略）命じようとするときは、行政手続法（平成 5 年法律第 88 号）第 13 条第 1 項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。

2～4 （略）

【資料 2】

○ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の基準（抜粋）
〔飲食店営業〕

（量定）

1 営業停止命令の量定の区分は、次のとおりとし、各処分事由に係る量定は、別表に定めるところによるものとする。

A ランク 6 月の営業停止命令。

B ランク 40 日以上 6 月以下の営業停止命令。基準期間は 3 月。

C ランク～H 3 ランク （略）

（常習違反加重）

2 最近 3 年間に営業停止命令を受けた者に対し営業停止命令を行う場合の量定は、その処分事由に係る量定が A ランクに相当するときを除き、当該営業停止命令の処分事由について 1 に定める量定の長期及び短期にそれぞれ最近 3 年間に営業停止命令を受けた回数の 2 倍の数を乗じた期間を長期及び短期とする。ただし、その長期は、法定の期間を超えることができない。

（営業停止命令に係る期間の決定）

3 営業停止命令により営業の停止を命ずる期間は、次のとおりとする。

（1）原則として、量定が A ランクに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合は、1 に定める基準期間（2 に規定する場合は当該処分事由について定められた基準期間の 2 倍の期

間を基準期間とする。)によることとする。

- (2) 量定がAランクに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合において次に掲げるような処分を加重し、又は軽減すべき事由があるときは、(1)にかかわらず、情状により、1に定める量定の範囲内において加重し、又は軽減するものとする。

ア 処分を加重すべき事由とは、例えば、次のようなものである。

- (ア) 最近3年間に同一の処分事由により行政処分に出せられたこと。
- (イ) 指示処分の期間中にその処分事由に係る法令違反行為と同種の法令違反行為を行ったこと。
- (ウ) 処分事由に係る行為の態様が著しく悪質であること。
- (エ) 従業者の大多数が法令違反行為に加担していること。
- (オ) 悔悛の情が見られないこと。
- (カ) 付近の住民からの苦情が多数あること。
- (キ) 結果が重大であり、社会的反響が著しく大きいこと。
- (ク) 16歳未満の者の福祉を害する法令違反行為であること。

イ 処分を軽減すべき事由とは、例えば、次のようなものである。

- (ア) 他人に強いられて法令違反行為を行ったこと。
- (イ) 営業者（法人にあっては役員）の関与がほとんどなく、かつ、処分事由に係る法令違反行為を防止できなかったことについて過失がないと認められること。
- (ウ) 最近3年間に処分事由に係る法令違反行為を行ったことがなく、悔悛の情が著しいこと。
- (エ) 具体的な営業の改善措置を自主的に行っていること。

- (3) 量定がAランクに相当するもの以外のものについて、処分を軽減すべき事由が複数あり、営業停止処分を行うことが著しく不合理であると認められるときは、(1)(2)にかかわらず、営業停止処分を行わないこととする。

別表（抜粋）

〔飲食店営業〕

＜法若しくは法に基づく命令又は法に基づく条例の規定に違反する行為＞

- (10) 未成年者に対する酒類・たばこ提供禁止違反（第32条第3項、第22条第6号）の量定 B
ランク

出題の趣旨

本問は、公安委員会が、未成年者に酒類を提供した飲食店に対して行った風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下「風営法」という。）に基づく営業停止処分に関する法的争点について検討させるものである。

設問１は、営業停止期間の経過により狭義の訴えの利益（行政事件訴訟法第９条第１項括弧書き）が消滅するか否かを問うものである。狭義の訴えの利益に関する一般論を展開した上で、過去の一定期間内に処分を受けたことを理由として処分を加重する旨の加重規定が法令ではなく、処分基準に定められている場合において、処分の直接的効果が営業停止期間の経過によりなくなった後においても、なお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものといえるかを検討することが求められている。

この論点に関する近時の重要判例として最高裁判所平成２７年３月３日第三小法廷判決・民集６９巻２号１４３頁がある。同判決は、本問と同様に、処分の加重規定が処分基準に定められている事案であり、行政手続法第１２条第１項により定められ公にされている処分基準に一種の拘束力を認めて、処分の直接的効果が期間の経過によりなくなった後においても、なお一定の期間、狭義の訴えの利益が存続することを明らかにしたものである。同判決の正しい理解を前提として、処分基準の内容及び性質を踏まえた検討を加えていることは加点事由となる。

設問２は、営業停止処分の適法性について問うものであるが、手続的瑕疵と実体的瑕疵の二つに分けて検討することが求められている。

手続的瑕疵については、不利益処分の理由提示に関する重要判例である最高裁判所平成２３年６月７日第三小法廷判決・民集６５巻４号２０８１頁を踏まえて、行政手続法第１４条第１項本文に基づき要求される理由提示の程度に関する一般論を展開した上で、営業停止処分につき処分基準の適用関係が示されていない本件の事情の下、理由提示の瑕疵が認められるか否かや、理由提示の瑕疵を肯定する場合にはこれが処分の取消事由となるかを検討することが求められている。上記平成２３年判決の事例との相違について検討を加えていることは加点事由となる。

また、実体的瑕疵については、公安委員会がした営業停止処分が処分基準に即しているか否かを検討した上で、処分基準からの逸脱が裁量の逸脱・濫用を導くか否かについて検討することが求められている。

処分基準は行政規則にすぎないとはいえ、合理的な理由なく処分基準から逸脱することは、信義則や平等原則の観点から処分の違法をもたらすとも考えられる。このような観点から、Xに有利となる事情とXに不利となる事情をそれぞれ踏まえた上で、処分基準に即して裁量権の逸脱・濫用の有無を検討することが求められている。

基本ポイント

- 1 設問1では、問題となり得る訴訟要件が狭義の訴えの利益（行訴法9条1項かつこ書）であることを的確に指摘しなければならない。その上で、以下の判例を踏まえて、Xがすべき主張を検討する必要がある。

判例（最判平27.3.3.）

「行政手続法の規定の文言や趣旨等に照らすと、同法12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。したがって、行政庁が同項の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになるものということができる。以上に鑑みると、行政手続法12条1項の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合には、上記先行の処分に当たる処分を受けた者は、将来において上記後行の処分に当たる処分の対象となり得るときは、上記先行の処分に当たる処分の効果が期間の経過によりなくなった後においても、当該処分基準の定めにより上記の不利益な取扱いを受けるべき期間内はなお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものと解するのが相当である。そうすると、本件において、上告人は、行政手続法12条1項の規定により定められ公にされている処分基準である本件規程の定めにより将来の営業停止命令における停止期間の量定が加重されるべき本件処分後3年の期間内は、なお本件処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものというべきである。」

- 2 設問2では、本件処分に関する「手続上の違法性と実体上の違法性」について、分けて検討することが求められている。行政活動・処分の違法事由を検討する際の基本的な着眼点は、以下の通りである。

(1) 実体的違法事由

ア 要件不充足（裁量判断でないことが前提）

要件に該当する事実がないのに、あるものとして処分がなされた場合

イ 裁量権の逸脱濫用（裁量判断であることが前提）

- ①重要な事実の基礎を欠く場合
- ②法の趣旨・目的とは異なる目的・動機に基づく場合
- ③信義則に違反する場合
- ④平等原則に違反する場合
- ⑤比例原則に違反する場合
- ⑥国民の権利・自由を不当に侵害する場合
- ⑦他事考慮・考慮不尽等がある場合

※ ①から⑥は裁量判断の結果に着目する場合であるのに対し、⑦は裁量判断の過程に着目する場合である。

ウ 一般原則違反（行政活動が個別の法令に違反していないことが前提）

行政活動が信義則、平等原則又は比例原則等に違反する場合

(2) 手続的違法事由

ア 重大な手続違反

告知・聴聞、理由提示、文書閲覧及び審査基準の設定・公表に関する違法の場合

※ 処分の取消事由になり得る。

イ その他の手続違反

上記の着眼点を踏まえて、問題文の事案と法律・規則等との往復を通じて違法事由を漏れなく抽出することになる。実体的違法事由の検討では、問題文に挙げられた個別法の条文と事実との関係を精査する。他方、手続的違法事由の検討では、本来採られるべきであった手続（及びその根拠条文）と行政側の実際の対応を押さえる。そして、手続的違法事由は、必ずしも処分取消しの訴えの取消事由とならないため、手続的違法事由が認められた場合、必ず、取消事由該当性も別途検討する。なお、試験対策上は、告知・聴聞、理由提示、文書閲覧及び審査基準の設定・公表に関する違法については、重大な手続違反として取消事由該当性を肯定し、その他の違法は個別に判断するのが良い。

本問では、手続上の違法性に関しては理由提示の不備を主張し、また、実体上の違法性に関しては信義則違反・平等原則違反・比例原則違反があるため裁量権の逸脱濫用になることを主張することになる。なお、理由提示の不備の主張については、以下の判例を想起する必要がある。

判例（最判平 23. 6. 7）

「行政手続法 14 条 1 項本文が、不利益処分をする場合に同時にその理由を名宛人に示さなければならないとしているのは、名宛人に直接に義務を課し又はその権利を制限するという不利益処分の性質に鑑み、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと解される。そして、同項本文に基づいてどの程度の理由を提示すべきかは、上記のような同項本文の趣旨に照らし、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実

関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべきである。この見地に立って建築士法 10 条 1 項 2 号又は 3 号による建築士に対する懲戒処分について見ると、同項 2 号及び 3 号の定める処分要件はいずれも抽象的である上、これらに該当する場合に同項所定の戒告、1 年以内の業務停止又は免許取消しのいずれの処分を選択するかも処分行政庁の裁量に委ねられている。そして、建築士に対する上記懲戒処分については、処分内容の決定に関し、本件処分基準が定められているところ、本件処分基準は、意見公募の手続を経るなど適正を担保すべき手厚い手続を経た上で定められて公にされており、しかも、その内容は、…多様な事例に対応すべくかなり複雑なものとなっている。そうすると、建築士に対する上記懲戒処分に際して同時に示されるべき理由としては、処分の原因となる事実及び処分の根拠法条に加えて、本件処分基準の適用関係が示されなければ、処分の名宛人において、上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は知り得るとしても、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることは困難であるのが通例であると考えられる。」

応用ポイント

1	(設問 1) 処分基準の内容及び性質を踏まえた検討をしていること →本件基準は公にされた処分基準であるところ、その定めと異なる取扱いをするときは、公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、その取扱いは、裁量権の逸脱濫用となり、違法である。
2	(設問 2) 本問の事案と平成 23 年判例の事案との相違について検討をしていること →平成 23 年判例の事案では、免許取消処分という一級建築士としての資格を直接に剥奪する重大な不利益処分が問題となっており、また、処分基準が複雑であったことを踏まえて、本問の事案における不利益処分の重大性及び処分基準の複雑性を論じている。

1 第1 設問1

2 1 問題となる訴訟要件

3 本件処分の取消訴訟（行訴法2条3項）の係属中に営業停止期間が満
4 了した場合、狭義の訴えの利益（同法9条1項かつこ書）の有無が問題
5 となる。なぜなら、営業停止期間が満了することにより、本件処分の効
6 果がなくなるため、Xは、営業を再開でき、本件処分の取消訴訟で勝訴
7 しても、Xの救済に役立たないとも思えるからである。

8 2 Xの主張

9 (1) 処分の効果がなくなった後においてもなお処分の取消しによって回
10 復すべき法律上の利益を有する者は、適法に取消訴訟を提起できる（同
11 法9条1項かつこ書）。そして、たとえ営業停止期間が満了したとして
12 も、営業停止処分を取り消しておかなければ、再度の営業停止処分を
13 受ける事態になった場合に、本件基準2により、加重された不利益処
14 分を受けるおそれがある。したがって、Xには、本件処分の取消しに
15 よって回復すべき法律上の利益があり、狭義の訴えの利益は消滅して
16 いない。

17 (2) この点について、Y県からは、本件基準は、行政内部の処分基準（行
18 手法12条1項）であり、法規性がなく、行政規則に当たるから、本件
19 基準から導かれる上記利益は回復すべき法律上の利益に該当しないと
20 の反論が想定される。

21 しかし、本件基準は公にされた処分基準であるところ、その定めと
22 異なる取扱いをするときは、公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内
23 容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異
24 なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そ
25 の取扱いは、裁量権の逸脱濫用となり、違法である。そうすると、本
26 件では、本件処分後3年間は、原則として、本件基準2の通りに加重
27 された処分がされることになるため、当該期間は、Xに本件処分の取
28 消しによって回復すべき法律上の利益が認められる。

29 第2 設問2

30 1 手続的違法事由

31 (1)ア 本件処分は、「不利益処分」（行手法2条4号）に当たる。したが
32 って、Y県は、本件処分をする場合、Xに対し、同時に、その理由
33 を示さなければならない（行手法14条1項本文）。そして、理由提
34 示の趣旨が行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制
35 するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服申立てに便宜を
36 与える点にあるから、理由提示の程度は、上記趣旨に照らし、処分
37 の根拠規定の内容等及び処分の内容等を総合考慮して決すべきであ
38 ると解する。

39 イ この点について、Y県からは、「根拠法令等」の他に「処分の理由」
40 も示されているので、本件処分は、行手法14条1項に違反しないと
41 の反論が想定される。

42 しかし、本件基準の内容は複雑であり、また、本件処分は飲食店
43 Bに係る飲食店営業の全部を停止させる重大な不利益処分である。
44 したがって、本件の理由提示は、いかなる事実関係に基づき、いか

なる法規を適用して本件処分がなされたかを処分の名あて人Xがその記載自体から了知できる程度に具体的なものである必要がある。そうすると、本件処分に際し、同時に示されるべき理由は、処分の根拠規定の内容等及び処分の内容等に加えて、本件基準の適用関係まで示されなければならないといえる。しかし、本件処分に係る処分決定通知書には本件基準の適用関係が記されていないから、Xは、いかなる理由に基づいて、どのように本件基準を適用して本件処分が選択されたのかを知ることができない。したがって、本件処分は、行手法14条1項に違反する。

- (2) そうであるとしても、Y県からは、行手法14条1項違反を理由に本件処分を取り消した場合でも、再び同じ内容の処分がなされ得るから、理由提示を欠いたことは、取消事由にはならないとの反論が想定される。

しかし、理由提示は、行手法で明確に行政庁の作為義務として定められた重要な手続であるから、これを怠ったことは重大な手続違反である。したがって、理由提示を欠いたことは取消事由となる。

2 実体的違法事由

- (1) 本件基準は、処分基準であり、行政規則であるが、前述の通り、原則として、本件基準の定めと異なる取扱いをすることは、裁量権の逸脱濫用として、違法である（行訴法30条）。そして、Xには、本件基準3(2)アの加重事由は認められず、他方、イ（イ）及び（エ）の軽減事由が認められるから、その処分内容は、基準期間3か月の営業停止処分よりも軽減されたものとなるはずである。したがって、本件処分は、本件基準の定めと異なる取扱いがなされたものであるから、裁量権の逸脱濫用として、違法である。

- (2)ア この点について、Y県からは、以下の通りの反論が想定される。

DらはEらと友人であるから、Cがテーブルの隣接していた（事実③）Eらに酒類を運べば、Dらが回し飲みを行うことは予測できたはずである。それにもかかわらず、Cは、Dらを十分監視していなかった。したがって、過失があったといえるから、本件基準3(2)イ（イ）の軽減事由は認められない。よって、本件処分は、本件基準の定めに従った処分である。

イ しかし、Cは、Dらが未成年であることを確認し（事実①）、DらとEらを別々のテーブルに案内した上（事実②）、Dらのテーブルに酒類を運ばないようにしている。そうすると、Cは、Dらが飲酒に及ぶことを防止する義務を果たしていたといえ、過失は認められない。したがって、本件基準3(2)イ（イ）の軽減事由が認められる。また、事実④は、本件基準3(2)イ（エ）に該当する事実であるから、この軽減事由も認められる。よって、本件では、基準期間3か月の営業停止処分よりも処分内容は軽減されるべきであり、また、複数の軽減事由が認められることから、営業停止処分を行うべきでないとさえいえる（本件基準3(3)）。

以上より、本件処分は本件基準の定めと異なる取扱いがされたものである。以上

[民 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは、自宅の一部を作業場として印刷業を営んでいたが、疾病により約3年間休業を余儀なくされ、平成27年1月11日に死亡した。Aには、自宅で同居している妻B及び商社に勤務して海外に赴任中の子Cがいた。Aの財産に関しては、遺贈により、Aの印刷機械一式（以下「甲機械」という。）は、学生の頃にAの作業をよく手伝っていたCが取得し、自宅及びその他の財産は、Bが取得することとなった。
2. その後、Bが甲機械の状況を確認したところ、休業中に数箇所の故障が発生していることが判明した。Bは、現在海外に赴任しているCとしても甲機械を使用するつもりはないだろうと考え、型落ち等による減価が生じないうちに処分をすることにした。
そこで、Bは、平成27年5月22日、近隣で印刷業を営む知人のDに対し、甲機械を500万円で売却した（以下では、この売買契約を「本件売買契約」という。）。この際、Bは、Dに対し、甲機械の故障箇所を示した上で、これを稼働させるためには修理が必要であることを説明したほか、甲機械の所有者はCであること、甲機械の売却について、Cの許諾はまだ得ていないものの、確実に許諾を得られるはずなので特に問題はないことを説明した。同日、本件売買契約に基づき、甲機械の引渡しと代金全額の支払がされた。
3. Dは、甲機械の引渡しを受けた後、30万円をかけて甲機械を修理し、Dが営む印刷工場内で甲機械を稼働させた。
4. Cは、平成27年8月に海外赴任を終えて帰国したが、同年9月22日、Bの住む実家に立ち寄った際に、甲機械がBによって無断でDに譲渡されていたことに気が付いた。そこで、Cは、Dに対し、甲機械を直ちに返還するように求めた。
Dは、甲機械を取得できる見込みはないと考え、同月30日、Cに甲機械を返還した上で、Bに対し、本件売買契約を解除すると伝えた。
その後、Dは、甲機械に代替する機械設備として、Eから、甲機械の同等品で稼働可能な中古の印刷機械一式（以下「乙機械」という。）を540万円で購入した。
5. Dは、Bに対し、支払済みの代金500万円について返還を請求するとともに、甲機械に代えて乙機械を購入するために要した増加代金分の費用（40万円）について支払を求めた。さらに、Dは、B及びCに対し、甲機械の修理をしたことに関し、修理による甲機械の価値増加分（50万円）について支払を求めた。

これに対し、Bは、本件売買契約の代金500万円の返還義務があることは認めるが、その余の請求は理由がないと主張し、Cは、Dの請求は理由がないと主張している。さらに、B及びCは、甲機械の使用期間に応じた使用料相当額（25万円）を支払うようDに求めることができるはずであるとして、Dに対し、仮にDの請求が認められるとしても、Dの請求が認められる額からこの分を控除すべきであると主張している。

〔設問〕

【事実】5におけるDのBに対する請求及びDのCに対する請求のそれぞれについて、その法的構成を明らかにした上で、それぞれの請求並びに【事実】5におけるB及びCの主張が認められるかどうかを検討しなさい。

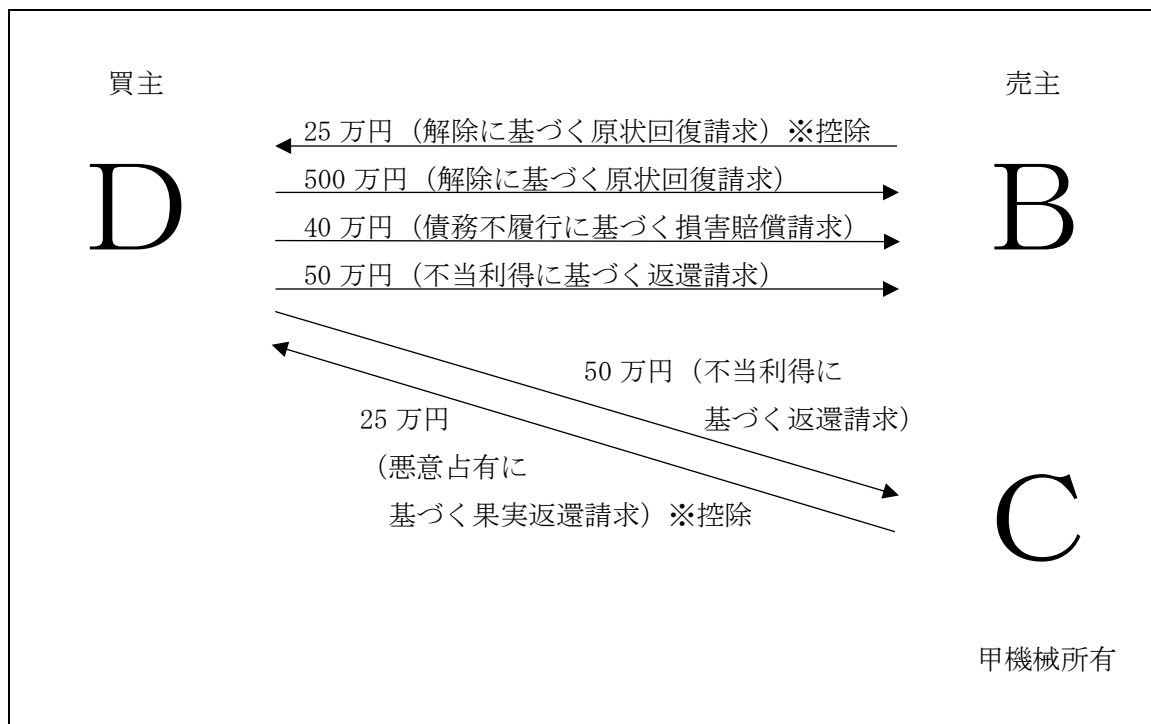
MEMO

出題の趣旨

本設問は、①他人物売買において売主が権利を買主に移転することができなかったことを理由に買主が契約を解除した場合に、買主は、売主に対してどのような請求をすることができるか（特に、他人物売買であることについて買主が悪意であるが、売主から確実に権利を移転することができる」と説明されていた点をどのように評価するか、）、②他人物売買が解除された場合に、買主と目的物の所有者との間では、どのような清算をするのが相当か、さらには、③これらの検討を通じて、他人物売買の売主、買主、目的物の所有者の三者間の利害調整をいかにして図るのが相当かを問うものであり、これにより、幅広い法的知識や、事案に即した分析能力、論理的な思考力があるかどうかを試すものである。

基本ポイント

本問では、当事者間の請求及び主張について、漏らすことなく、その法的根拠（法的構成）及びその肯否を検討することが必須となる。各請求及び各主張を法的根拠と共にまとめると以下の通りになる。



そして、解答に際しては、各請求及び各主張の成立要件を挙げつつ、その充足性を検討することになる。なお、解除に基づく原状回復請求に関し、履行不能解除の場合、履行遅滞解除と異なり、Dは、Bを履行遅滞に陥れる必要はないから、同時履行の抗弁権の存在効果を消滅するために弁済又は弁済の提供をすることなく解除権を行使できるが、解除の

効果としてD及びBが相互に負う原状回復義務は、同時履行の関係にある（民法 546 条・533 条）ところ、Dは、甲機械を返還しており、Cの同時履行の抗弁権も消滅しているから、請求①は、認められる。

応用ポイント

1	（DのB又はCに対する 50 万円の支払請求）B又はCの受益額（50 万円）とDの損失額（30 万円）に差異があることを踏まえて、Cの返還義務の範囲を検討していること →当事者間の実質的公平という不当利得制度の趣旨からは、損失以上に利得が生じている場合、その返還義務は、損失の限度になると解することができる。
2	（B及びCのDに対する 25 万円の支払請求（控除の主張））BのDに対する請求及びCのDに対する請求のいずれも認められ得ることを踏まえて、両者の調整を行っていること →判例（最判昭 51. 2. 13）によれば、他人物売主Bの買主Dに対する使用利益返還請求が解除に基づく原状回復請求として認められることになる。もっとも、同判例の事案は、買主が善意占有者（民法 189 条 1 項）であったため、所有者に対する果実の返還義務を負わないものであり、Dが悪意の占有者である本問とは事案が異なる。そこで、BのDに対する請求は否定し、CのDに対する請求を肯定すべきかどうかを検討する余地がある。

1 第1 DのB及びCに対する請求

2 1 Bに対する500万円の返還請求（以下「請求①」）

3 甲機械は、AからCに遺贈（民法（以下略）964条、985条1項）され
4 ており、その所有権はCにある。そのため、本件売買契約は、他人物売
5 買（561条）となる。そして、Cから甲機械の返還を求められた買主D
6 は、売主Bが甲機械の所有権を取得してDに移転させることができず、
7 履行不能（412条の2第1項）であるとして、本件売買契約を解除して
8 いる（564条・542条1項1号）。したがって、請求①は、解除に基づく
9 原状回復請求（545条1項本文）として法的構成することができる。そ
10 して、Dは、甲機械を返還しており、Cの同時履行の抗弁権（546条・
11 533条）も消滅しているから、請求①は、認められる。

12 2 Bに対する40万円の支払請求（以下「請求②」）

13 (1) 請求②は、履行不能に基づく損害賠償請求（415条1項）と構成し
14 た場合、認められるか。

15 (2) 履行不能に基づく損害賠償請求の実体法上の要件は、⑦履行不能、
16 ④債務者の帰責事由、⑦損害発生及び④⑦と⑦との間の因果関係であ
17 る。

18 (3)ア まず、前述の通り、⑦は認められる。また、④確かに、Dは、甲
19 機械の所有者がCであること及びCの許諾が得られていないことを
20 知っていた。しかし、Bは、確実にCの許諾が得られるはずである
21 とDに説明しているにもかかわらず、本件売買契約からCがBの住
22 む実家に立ち寄った平成27年9月22日までの4か月の間、Cの許
23 諾を得る行動をしていない。したがって、Bに帰責事由も認められ
24 る。そして、⑦DがBから500万円の返還を受けた場合、Dの損害
25 は、乙機械の購入代金540万円との差額である40万円となる。さら
26 に、④⑦と⑦との間の因果関係は、甲機械の代金に修理費を加える
27 と530万円であるから、乙機械の購入代金540万円は、社会通念上
28 相当なものといえ、40万円という金額も代替品取得との差額として
29 社会通念上相当なものとなる。したがって、因果関係も認められる。

30 イ そうすると、Dは、Bに対し、債務の履行に代わる損害賠償の請
31 求（415条2項3号）として、40万円の支払を請求することができ
32 る。

33 ウ よって、請求②は、履行不能に基づく損害賠償請求として法的構
34 成した場合、認められる。

35 3 B及びCに対する50万円の支払請求（以下「請求③」）

36 (1) Dが自己の負担の下で甲機械を修理したことにより甲機械の価値が
37 増加した場合、請求③は、不当利得返還請求（703条）として法的構成
38 することができる。

39 しかし、甲機械の所有者は、Cであり、Bではないから、Bは、甲
40 機械の価値が増加したことによって「利益を受ける」関係にない。し
41 たがって、Bに対する請求③は認められない。そこで、Cとの関係で、
42 請求③について検討する。

43 (2) ⑦Cの受益は、甲機械の価値増加分50万円であり、他方、④Dの損
44 失は、修理費30万円である。そして、⑦Cの受益の「ために」Dに損

失が生じているため、因果関係も認められる。また、㊦Cの受益に法律上の原因もない。

もっとも、不当利得制度の趣旨は、当事者間の実質的公平を図る点にあるから、損失以上に利得が生じている場合、その返還義務は、損失の限度になると解する。したがって、Cの返還義務は、30万円となる。よって、Cに対する請求③は、30万円の限度で認められる。

第2 B及びCの控除の主張

1(1) Dは、Bに対し甲機械の使用料相当額25万円の返還義務を負うか。

(2) 買主は、売買契約に基づき目的物の引渡しを受けていた場合において、売買契約を解除したときは、原状回復義務の内容として、解除までの間目的物を使用したことによる利益を売主に返還する義務を負うと解する。なぜなら、解除による原状回復の目的は、契約当事者双方を契約前の状態に復帰させる点にあるところ、買主に使用利益の返還義務を認めなければ、売主に利息の返還義務があること(545条2項)との均衡がとれず、上記目的に反するからである。

(3) 甲機械の買主Dは、本件売買契約に基づき甲機械の引渡しを受けていたから、本件売買契約を解除したことで、原状回復義務の内容として、解除までの間甲機械を使用したことによる利益を売主に返還する義務を負う。したがって、Dは、Bに対し、本件売買契約の解除に基づく原状回復義務として、甲機械の使用料相当額25万円の返還義務を負う。

2(1) Dは、Cに対し甲機械の使用料相当額25万円の返還義務を負うか。

(2) DC間には契約関係がないところ、甲機械の使用利益は「果実」(189条以下)に当たる。したがって、Dが返還義務を負うかどうかは、占有者の果実收取権に関する規定により、Dに果実收取権が認められるかどうかによることになる。

そして、Dは、本件売買契約の際、甲機械の所有権がCにあり、Bにないことを知っていたから、Cの許諾が得られるまで甲機械の所有権が自己に移転しないことを知っていたといえる。そうすると、Dは、甲機械につき「悪意の占有者」(190条1項)に当たるから、Cに対し、果実の返還義務を負う。したがって、Dは、Cに対し、果実の返還義務として、甲機械の使用料相当額25万円の返還義務を負う。

3 以上より、Dは、Bに対しても、Cに対しても、甲機械の使用料相当額25万円の返還義務を負うことになる。しかし、Dの両者に対する義務は、甲機械の使用利益という実質的に同一の利益を返還の対象とするものである。また、解除に基づく原状回復義務としての使用利益返還義務を肯定した判例の事案は、買主が善意占有者(189条1項)であったため、所有者に対する果実の返還義務を負わないものであり、本件とは事案が異なる。そのため、本件では、Dは、売主Bに対しては甲機械の使用料相当額25万円の返還義務を負わず、所有者Cに対してのみこれを負うとするべきである。したがって、Cの控除の主張が認められる。

第3 結論

Dは、Bに対し、540万円の支払請求をすることができ、Cに対し、5万円の支払請求をすることができる。 以上

〔商 法〕〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点の割合は、3 : 7)

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、平成18年9月に設立された株式会社であり、太陽光発電システムの販売・施工業を営んでいる。甲社の発行済株式の総数は1000株であり、そのうちAが800株、Bが200株を有している。甲社は、設立以来、AとBを取締役とし、Aを代表取締役としてきた。なお、甲社は、取締役会設置会社ではない。
2. Aは、前妻と死別していたが、平成20年末に、甲社の経理事務員であるCと再婚した。甲社は、ここ数年、乙株式会社（以下「乙社」という。）が新規に開発した太陽光パネルを主たる取扱商品とすることで、その業績を大きく伸ばしていた。ところが、平成27年12月20日、Aは、心筋梗塞の発作を起こし、意識不明のまま病院に救急搬送され、そのまま入院することとなったが、甲社は、Aの入院を取引先等に伏せていた。
3. 平成27年12月25日は、甲社が乙社から仕入れた太陽光パネルの代金2000万円の支払日であった。かねてより、Aの指示に従って、手形を作成して取引先に交付することもあったCは、当該代金の支払のため、日頃から保管していた手形用紙及び甲社の代表者印等を独断で用いて、手形金額欄に2000万円、振出日欄に平成27年12月25日、満期欄に平成28年4月25日、受取人欄に乙社と記載するなど必要な事項を記載し、振出人欄に「甲株式会社代表取締役A」の記名捺印をして、約束手形（以下「本件手形」という。）を作成し、集金に来た乙社の従業員に交付した。

乙社は、平成28年1月15日、自社の原材料の仕入先である丙株式会社（以下「丙社」という。）に、その代金支払のために本件手形を裏書して譲渡した。

4. Aは、意識を回復することのないまま、平成28年1月18日に死亡した。これにより、Bが適法に甲社の代表権を有することとなったが、甲社の業績は、Aの急死により、急速に悪化し始めた。

Bは、Cと相談の上、丁株式会社（以下「丁社」という。）に甲社を吸収合併してもらうことによって窮地を脱しようと考え、丁社と交渉したところ、平成28年4月下旬には、丁社を吸収合併存続会社、甲社を吸収合併消滅会社とし、合併対価を丁社株式、効力発生日を同年6月1日とする吸収合併契約（以下「本件吸収合併契約」という。）を締結するに至った。

5. Aには前妻との間に生まれたD及びEの2人の子がおり、Aの法定相続人は、C、D及びEの3人である。Aが遺言をせずに急死したため、Aの遺産分割協議は紛糾した。そして、平成28年4月下旬頃には、C、D及びEの3人は、何の合意にも達しないまま、互いに口もきかなくなっていた。
6. Bは、本件吸収合併契約について、C、D及びEの各人にそれぞれ詳しく説明し、賛否の意向を打診したところ、Cからは直ちに賛成の意向を示してもらったが、DとEからは賛成の意向を示してもらうことができなかった。
7. 甲社は、本件吸収合併契約の承認を得るために、平成28年5月15日に株主総会（以下「本件株主総会」という。）を開催した。Bは、甲社の代表者として、本件株主総会の招集通知をBとCのみに送付し、本件株主総会には、これを受領したBとCのみが出席した。A名義の株式について権利行使者の指定及び通知はされていなかったが、Cは、議決権行使に関する甲社の同意を得て、A名義の全株式につき賛成する旨の議決権行使をした。甲社は、B及びCの賛成の議決権行使により本件吸収合併契約の承認決議が成立したものとして、丁社との吸収合併の手続を進めている。なお、甲社の定款には、株主総会の定足数及び決議要件について、別段の定めはない。

〔設問 1〕

丙社が本件手形の満期に適法な支払呈示をした場合に、甲社は、本件手形に係る手形金支払請求を拒むことができるか。

〔設問 2〕

このような吸収合併が行われることに不服があるDが会社法に基づき採ることができる手段について、吸収合併の効力発生の前と後に分けて論じなさい。なお、これを論ずるに当たっては、本件株主総会の招集手続の瑕疵の有無についても、言及しなさい。

出題の趣旨

本問は、他人による手形振出の効力、株式の共有者に対する会社からの通知、株式が共有されている場合における株主権の行使方法、株主総会の決議の瑕疵を争う訴え、合併の差止請求、合併無効の訴え等についての基本的な知識・理解等を問うものである。

解答に際しては、設問1については、手形署名（記名捺印）の代行による手形行為の有効性及び有効でないとした場合における被偽造者の手形債務の負担の有無を、設問2については、株主総会の招集通知についての会社法第126条第4項の規定の適用及び株式の共有者のうちの一人による議決権の行使につき会社が同意した場合（会社法第106条ただし書）に当該議決権の行使が適法とされるための要件（最高裁平成27年2月19日判決・民集69巻1号25頁参照）を前提に、吸収合併の効力発生前においては株主総会の決議の取消しの訴え（会社法第831条第1項第1号）の可否及び合併の差止請求（会社法第784条の2）の可否等を、吸収合併の効力発生後においては合併無効の訴え（会社法第828条第1項第7号）の可否等を、それぞれ事案に即して整合的に論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1では、まず、本件手形の振出人欄になされた「甲株式会社代表取締役A」との記名捺印につき、この署名（手形法82条）自体は、「甲株式会社」を本人とする代理方式によるものとして認められることを確認する必要がある。もっとも、この署名はCが独断で行っているため、Cは、無権限で、直接に本人「甲株式会社」名義での手形行為を行ったこと（代行方式）になるから、Cの本件手形の振出は偽造に当たり、無効である。そこで、被偽造者甲社は、原則として、手形上の責任を負わないことを前提に、例外的に、その責任を負うかどうかにつき、事案に即して検討することになる。

そして、表見代理の類推適用又は権利外観法理により、乙社の下で手形上の権利が発生する場合、当該権利は裏書により丙社に移転する。そのため、検討の対象は、乙社が表見代理の類推適用又は権利外観法理により、手形上の権利を取得するかどうかということとなる。

- 2 設問2では、吸収合併の効力発生の前において、吸収合併の差止請求及び株主総会決議取消しの訴え、吸収合併の効力発生の後において、吸収合併無効の訴えを根拠条文とともに挙げた上で、各々、要件充足性を検討する必要がある。なお、吸収合併無効の訴えにおける無効事由の検討は必須である。

そして、株主総会決議取消しの訴えに関しては、A名義の株式800株がC、D及びEの共有に属するところ、その権利行使者の指定・通知（会社法106条本文）がないため、①Dに当該訴えの原告適格が認められるかという点及び②本件株主総会におけるCによ

る議決権行使が違法であるかという点が問題となる。

まず、①に関しては、本問の事案と類似する事案において合併無効の訴えの原告適格について判断した以下の判例を踏まえた検討が必要である。

判例（最判平 3. 2. 19）

「株式を相続により準共有するに至った共同相続人は、商法 203 条 2 項〔注：現行法では会社法 106 条本文が対応する。以下同様。〕の定めるところに従い、右株式につき「株主ノ権利ヲ行使スベキ者一人」（以下「権利行使者」という）を定めて会社に通知し、この権利行使者において株主権を行使することを要するところ…、右共同相続人が準共有株主としての地位に基づいて…合併無効の訴えを提起する場合も、右と理を異にするものではないから、権利用者としての指定を受けてその旨を会社に通知していないときは、特段の事情がない限り、原告適格を有しないものと解するのが相当である。しかしながら、合併当事会社の株式を準共有する共同相続人間において権利行使者の指定及び会社に対する通知を欠く場合であっても、共同相続人の準共有に係る株式が双方又は一方の会社の発行済株式総数の過半数を占めているのに合併契約書の承認決議がされたことを前提として合併の登記がされている本件のようなときは、前述の特段の事情が存在し、共同相続人は、右決議の不存在を原因とする合併無効の訴えにつき原告適格を有するものというべきである。けだし、商法 203 条 2 項は、会社と株主との関係において会社の事務処理の便宜を考慮した規定であるところ、本件に見られるような場合には、会社は、本来、右訴訟において、株式を準共有する共同相続人により権利行使者の指定及び会社に対する通知が履践されたことを前提として、合併契約書を承認するための…株主総会の開催及びその総会における…決議の成立を主張・立証すべき立場にあり、それにもかかわらず、他方、右手続の欠缺を主張して、訴えを提起した当該共同相続人の原告適格を争うということは、右株主総会の瑕疵を自認し、また、本案における自己の立場を否定するものにほかならず、同法 203 条 2 項の規定の趣旨を同一訴訟手続内で恣意的に使い分けるものとして、訴訟上の防御権を濫用し著しく信義則に反して許されないからである。」

この判例を前提とすると、本問でも特段の事情が認められるから、D に株主総会決議取消しの訴え（及び吸収合併無効の訴え）の原告適格が認められることになる。

また、②に関しては、以下の判例を踏まえた検討が必要である。

判例（最判平 27. 2. 19）

「会社法 106 条本文は、『株式が二以上の者の共有に属するときは、共有者は、当該株式についての権利を行使する者一人を定め、株式会社に対し、その者の氏名又は名称を通知しなければ、当該株式についての権利を行使することができない。』と規定しているところ、これは、共有に属する株式の権利の行使の方法について、民法の共有に関する規定に対する『特別の定め』（同法 264 条ただし書）を設けたものと解される。その上で、会社法 106 条ただし書は、『ただし、株式会社が当該権利を行使することに同意した場合は、この限りでない。』と規定しているのであって、これは、その文言に照らすと、株式会社

が当該同意をした場合には、共有に属する株式についての権利の行使の方法に関する特別の定めである同条本文の規定の適用が排除されることを定めたものと解される。そうすると、共有に属する株式について会社法 106 条本文の規定に基づく指定及び通知を欠いたまま当該株式についての権利が行使された場合において、当該権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法となるものではないと解するのが相当である。そして、共有に属する株式についての議決権の行使は、当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更することになるなど特段の事情のない限り、株式の管理に関する行為として、民法 252 条本文により、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるものと解するのが相当である。」

なお、本件株主総会の招集手続に関し、本件株主総会の招集通知が C のみに送付されたことは、適法である（会社法 126 条 4 項）。

応用ポイント

1	（設問 1）手形上の権利につき権利の発生と権利の移転を分けて検討していること
2	（設問 1）乙社の保護要件につき事案に即して具体的に検討していること
3	（設問 2）平成 3 年判例及び平成 27 年判例を踏まえた正確な論述をしていること
4	（設問 2）吸収合併の差止請求等の検討の際に仮の地位を定める仮処分（民保法 23 条 2 項）に言及していること

MEMO

1 第1 設問1

2 1 甲社は、本件手形に係る手形金支払請求を拒むことができない。

3 2(1) 本件手形の振出人欄には「甲株式会社代表取締役A」との記名捺印
4 があるが、この署名（手形法 82 条）自体は、「甲株式会社」を本人と
5 する代理方式によるものとして認められる。しかし、Cは、上記署名
6 を独断で行っているから、無権限で、直接に本人「甲株式会社」名義
7 での手形行為を行った（代行方式）といえる。したがって、Cの本件
8 手形の振出は偽造となる。そこで、被偽造者甲社の責任が問題となる。

9 (2) 被偽造者は、自ら手形に署名していないから、原則として、手形行
10 為の無効を主張して、手形上の責任を拒むことができる（手形法 7 条
11 参照）。もっとも、代行方式の場合でも、代理方式の場合と同様、無権
12 限者による手形行為について、手形取引の安全を確保する必要がある。
13 そこで、民法の表見代理の規定が類推適用される場合には、例外的に、
14 被偽造者は手形上の責任を負うと解する。

15 (3) Cは、Aの指示に従い、手形を作成して取引先に交付することがあ
16 ったから、基本「権限」（民法 110 条）を有していたといえる。他方、
17 受取人乙社は、Aが意識不明のまま入院していることを知らないところ
18 へ、取引先甲社から、「甲株式会社代表取締役A」との署名のある本件
19 手形を交付された場合、本件手形が無権限者により振り出されたもの
20 であるとの疑念を抱くのは困難である。したがって、乙社には、本件
21 手形が真正な手形であると信じるにつき「正当な理由」があるといえ
22 る。よって、同条の類推適用により、甲社は、手形上の責任を負う。

23 3 そして、乙社の取得した手形上の権利は、裏書により丙社に移転する
24 （手形法 77 条 1 項 1 号・14 条 1 項）。

25 第2 設問2

26 第1 吸収合併の効力の発生前

27 1(1) Dは、株主総会決議取消しの訴え（会社法（以下「法」）831 条 1 項）
28 を提起できる。

29 (2)ア まず、Dに原告適格が認められるかが問題となる。

30 Aの保有する甲社株式 800 株（以下「本件株式」）は、Aの死亡に
31 より、C、D及びEが相続し、遺産分割協議も成立していないから、
32 共有状態である（民法 896 条、898 条）。なお、その持分は、Cが2
33 分の1、D及びEが各4分の1である（同法 900 条 1 号、4 号）。そ
34 のため、C、D及びEは、本件株式についての権利行使者一人を定
35 め、甲社に対し、その者の氏名を通知しなければ、原則として、本
36 件株式についての権利を行使できない（法 106 条本文）。そして、決
37 議取消しの訴えの提起は、株式についての権利行使に当たるから、
38 Dは、権利行使者の指定・通知がなければ、原則として、原告適格
39 が認められない。もっとも、甲社による同意（同条ただし書）がな
40 い場合でも、甲社が権利行使者の指定・通知がないことを理由に権
41 利行使を拒否することが信義則（民法 1 条 2 項）に反するといえる
42 特段の事情があるときは、例外的に、Dは、原告適格が認められる
43 と解する。

44 Dは、決議取消しの訴えにおいて、本件株式の権利行使者の指定・

通知がないのに、Cが発行済株式総数の80%を占める本件株式の全部につき賛成する旨の議決権行使をしたことを決議取消事由（法831条1項1号）として主張する。そして、Cによる議決権行使が適法でない場合、本件承認決議は不成立となる（法783条1項、309条2項12号）。そのため、甲社は、本来、決議取消しの訴えにおいて、本件株式の権利行使者の指定・通知が適法にされていたことを主張立証すべき立場にある。そうすると、甲社が本件株式の権利行使者の指定・通知がないことを理由にDの原告適格の有無を争うのは、矛盾挙動であり、信義則に反するといえるから、特段の事情がある。したがって、例外的に、Dは、原告適格が認められる。

イ 次に、Cの議決権行使に関して甲社が同意しているが、決議取消事由（決議方法の法令違反（法831条1項1号））が認められるかが問題となる。

法106条本文は、共有に属する株式の権利行使の方法について、民法の共有に関する規定に対する「特別の定め」（民法264条ただし書）を設けたものと解する。その上で、法106条ただし書は、その文言から、株式会社が同意をした場合、共有に属する株式についての権利行使の方法に関する特別の定めである同条本文の規定の適用が排除されることを定めたものと解する。そうすると、共有に属する株式の権利行使者の指定・通知（法106条本文）を欠いたまま当該株式についての権利行使がされた場合において、その権利行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、その権利行使は適法とならないと解する。そして、共有に属する株式についての議決権の行使は、特段の事情のない限り、株式の管理行為（民法252条本文）として、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるものと解する。

本件株式の持分の過半数を有さないCの議決権行使は、甲社の同意によっても、適法とならない。したがって、決議取消事由が認められる。なお、本件株主総会の招集通知がCのみに送付されたことは、適法である（法126条4項）。

ウ そして、Dは、株主総会決議取消しの訴えを本案訴訟とする仮処分（民保法23条2項）の申立てをすることができる。

2(1) Dは、吸収合併の差止請求（法784条の2）ができる。

(2) まず、法令違反（同条1号）につき本件承認決議の取消事由が認められる。また、本件吸収合併契約により、Dは甲社の株主としての地位を失うから「不利益を受けるおそれ」（法784条の2柱書）がある。

そして、Dは、差止請求の訴えを本案訴訟とする仮処分（民保法23条2項）の申立てをすることができる。

第2 吸収合併の効力の発生後

1 Dは、吸収合併無効の訴え（法828条1項7号）を提起できる。

2(1) Dは、決議取消しの訴えと同様、原告適格を有する（同条2項7号）。

(2) 無効事由については、明文はないが、法的安定性を重視すべきであるから、重大な手続違反に限定されると解する。本件承認決議に取消事由があることは、重大な手続違反であり、無効事由に当たる。以上

〔民事訴訟法〕〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、３：２）

次の文章を読んで、後記の〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事例】

Xは、XからY₁、Y₁からY₂へと経由された甲土地の各所有権移転登記について、甲土地の所有権に基づき、Y₁及びY₂（以下「Y₁ら」という。）を被告として、各所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した（以下、当該訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。）。本件訴訟におけるX及びY₁らの主張は次のとおりであった。

Xの主張：甲土地は、Xの所有であるところ、Y₁らは根拠なく所有権移転登記を経た。

Y₁らが主張するとおり、XはY₁に対して１０００万円の貸金返還債務を負っていたことがあったが、当該債務は、XがY₂から借り受けた１０００万円の金員を支払うことによって完済している。

仮に、Y₁らが主張するように、甲土地について代物弁済によるY₁への所有権の移転が認められるとしても、Xは、その際、Y₁との間で、代金１０００万円でY₁から甲土地を買い戻す旨の合意をしており、その合意に基づき、上記の１０００万円の金員をY₁に支払うことによって、Y₁から甲土地を買い戻した。

Y₁らの主張：甲土地は、かつてXの所有であったが、XがY₁に対して負担していた１０００万円の貸金返還債務の代物弁済により、XからY₁に所有権が移転した。これにより、Y₁は所有権移転登記を経た。

その後、Y₂がY₁に対して甲土地の買受けを申し出たので、Y₁は甲土地を代金１０００万円でY₂に売り渡したが、その際、Y₂は、Xとの間で、Xが所定の期間内にY₂に代金１０００万円を支払うことにより甲土地をXに売り渡す旨の合意をした。しかし、Xは期間内に代金をY₂に対して支払わなかったため、Y₂は所有権移転登記を経た。

〔設問１〕

本件訴訟における証拠調べの結果、次のような事実が明らかになった。

「Y₁は、XがY₁に対して負担していた１０００万円の貸金返還債務の代物弁済により甲土地の所有権をXから取得した。その後、Xは、Y₂から借り受けた１０００万円の金員をY₁に対して支払うことによって甲土地をY₁から買い戻したが、その際、所定の期間内に借り受けた１０００万円をY₂に対して返済することで甲土地を取り戻し得るとの約定で甲土地をY₂のために譲渡担保に供した。しかし、Xは、当該約定の期間内に１０００万円を返済しなかったことから、甲土地の受戻権を失い、他方で、Y₂が甲土地の所有権を確定的に取得した。」

以下は、本件訴訟の口頭弁論終結前においてされた第一審裁判所の裁判官Aと司法修習生Bとの間の会話である。

修習生B：証拠調べの結果明らかになった事実からすれば、本件訴訟ではXの各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることができると考えます。

裁判官A：しかし、それでは、①当事者の主張していない事実を基礎とする判決をすることになり、弁論主義に違反することにはなりません。

修習生B：はい。弁論主義違反と考える立場もあります。しかし、本件訴訟では、判決の基礎と

なるべき事実は弁論に現れており、それについての法律構成が当事者と裁判所との間で異なっているに過ぎないと見るができると思います。

裁判官A：なるほど。そうだとすると、それで訴訟関係が明瞭になっていると言えるでしょうか。

②あなたが考えるように、本件訴訟において、弁論主義違反の問題は生じず、当事者と裁判所との間で法律構成に差異が生じているに過ぎないと見たとして、直ちに本件訴訟の口頭弁論を終結して判決をすることが適法であると言ってよいでしょうか。検討してみてください。

修習生B：分かりました。

- (1) 下線部①に関し、証拠調べの結果明らかになった事実に基づきXの各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることは弁論主義違反であるとの立場から、その理由を事案に即して説明しなさい。
- (2) 下線部②に関し、裁判官Aから与えられた課題について、事案に即して検討しなさい。

〔設問2〕（〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

第一審裁判所は、本件訴訟について審理した結果、Xの主張を全面的に認めてXの各請求をいずれも認容する旨の判決を言い渡し、当該判決は、控訴期間の満了により確定した。

このとき、本件訴訟の口頭弁論終結後に、Yが甲土地をZに売り渡し、Zが所有権移転登記を経た場合、本件訴訟の確定判決の既判力はZに対して及ぶか、検討しなさい。

出題の趣旨

設問1は、本件訴訟において裁判所が当事者の主張していない所有権の取得経過（X・Y₁間の譲渡担保に基づく所有権移転）を判決の基礎とすることの適否を問う問題である。(1)では、弁論主義の適用範囲や事実の分類等に関する基本的な理解を踏まえて、本件において問題となっている事実が弁論主義の適用を受ける事実であることを的確に論じる必要がある。また、(2)では、当事者の弁論権の保障や不意打ち防止の観点から、本件における釈明義務ないし法的観点指摘義務の有無について、事案に即した考察が求められている。

設問2は、口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張に関する問題である。本件におけるZは前訴の訴訟物たる権利義務自体の承継人ではないが、このような第三者であっても民訴法第115条第1項第3号の「承継人」に該当するか否かが問われている。承継人に既判力が拡張される根拠ないし趣旨を踏まえて、同号にいう「承継人」の範囲を明らかにした上で、Zの「承継人」該当性について論じることが求められている。

基本ポイント

- 1 設問1小問(1)は、設問中の判決が弁論主義第1テーゼに違反するという結論に固定された条件の下で、その違反の理由の説明を求めるものである。解答に際しては、まず、弁論主義第1テーゼが適用される「事実」が主要事実（試験対策上、「要件事実」と同義に捉えて良い。）に限られることにつき、理由を付して説明することが大切である。その上で、「証拠調べの結果明らかになった事実」のうち、当事者（双方）が主張していない主要事実を指摘することとなる。「証拠調べの結果明らかになった事実」と当事者の主張した事実をまとめると以下の通りになる。

証拠調べの結果明らかになった事実	Xの主張した事実	Y ₁ らの主張した事実
①X, 甲土地もと所有	○	○
②X Y ₁ 間金銭消費貸借契約（借主X, 1000万円）	○	○
③X, Y ₁ に対し、②の債務につき甲土地で代物弁済	—	○
④X Y ₁ 間売買契約（買主X, 甲土地, 1000万円）	○	—
⑤X Y ₂ 間金銭消費貸借契約（借主X, 1000万円）	○	—
⑥⑤の債権を担保するため、X Y ₂ 間譲渡担保権設定契約（甲土地）及び⑤の債務の弁済期経過	—	—

上記を前提とすると、当事者の主張しない事実は、⑥X Y₂間譲渡担保権設定契約に関する事実となる。そのため、この事実を判決の基礎とすることが弁論主義第1テーゼに

反すると説明することになる。

- 2 設問 1 小問(2)は、「判決の基礎となるべき事実は弁論に現れており、それについての法律構成が当事者と裁判所との間で異なっているに過ぎない」場合においても、裁判所は、「直ちに本件訴訟の口頭弁論を終結して判決をする」のではなく、事前に「訴訟関係」を「明瞭」にするための措置を採るべきかどうかの検討を求めるものである。

本問では、裁判所が採用する譲渡担保という法律構成を当事者が採用しておらず、他方、民訴法（以下「法」という。）149 条が「法律上の事項」を挙げていることを踏まえ、裁判所が釈明義務ないし法的観点指摘義務を負うかどうかを検討しなければならない。

- 3 設問 2 では、Z が「口頭弁論終結後の承継人」（法 115 条 1 項 3 号）に該当するかどうかにつき、「口頭弁論終結後の承継人」の意義を説明した上で、適切に当てはめることが必要である。そして、「承継」の対象については、①当事者適格であると解する立場、②紛争主体たる（訴訟法上の）地位とする立場及び③訴訟物に関連する実体法上の地位と解する立場等が対立しているところ、①の立場に対しては、前訴と後訴の訴訟物が異なる場合には当事者適格の承継を肯定することが困難であるとの有力な批判があるため、②又は③の立場を採用することになる。

応用ポイント

1	（設問 1 小問(1)）X Y₂間の譲渡担保権設定契約に関する事実の位置付けを的確に説明していること →X Y₂間の譲渡担保権設定契約に関する事実は、Y₂の主張すべき所有権喪失の（再々）抗弁の抗弁事実（主要事実・要件事実）に位置付けられるから、弁論主義第 1 テーゼが適用されることになる。
2	（設問 1 小問(2)）釈明権の機能についての分析をしていること →釈明権の機能は弁論主義を補完する点にあると解する場合、弁論主義と同様、釈明権の行使の対象も「事実」のみとなるから、法的観点に関する指摘義務は、厳密には、本来の釈明義務とは異なるものとなる（そのため、「法的観点指摘義務」という名称で区別される。）。もっとも、釈明権の機能は適正な裁判を確保するために当事者間の公平を維持する点にあると解する場合、法的観点指摘義務も釈明義務の一内容であるとの説明が容易となる（あえて「法的観点指摘義務」という名称で区別する必要性がなくなるともいえる。）。
3	（設問 1 小問(2)）裁判所が法的観点指摘義務ないし釈明義務を負う場合の考慮要素を挙げつつ、事案に即して検討をしていること
4	（設問 2）前訴と後訴の訴訟物の関係（同一、先決又は矛盾関係）についての言及 →訴訟物は、当事者（主体）と請求内容たる権利・法律関係（客体）で構成されているところ、その把握の仕方については、①主体を切り離れた客体のみとする立

	場と②主体と客体の両者を合わせたものとする立場があり得る。本問では、①の立場からは、訴訟物は同一であると説明することとなり、他方、②の立場からは、例えば、厳密には訴訟物は同一ではないが、共に甲土地に関する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権であり、ZはY ₂ から登記名義を承継しているから、訴訟物が同一であるとみなすことができる等と説明することになる。
5	(設問2) Zが固有の抗弁を有する可能性があることについての言及 →Zは、「第三者」(民法94条2項)に当たる可能性がある。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 小問(1)

3 (1) 弁論主義とは、訴訟資料の収集・提出を当事者の権能と責任とする
4 建前である。その根拠は、実体法上の私的自治を訴訟法に反映させる
5 点にあり、その機能は、裁判所の判断が当事者にとって不意打ちにな
6 ることを防止する点にある。そのため、裁判所は、当事者の主張しな
7 い事実を判決の基礎とすることができない（弁論主義第1テーゼ）。

8 (2) そして、同テーゼの「事実」は、主要事実に限られ、間接事実・補
9 助事実を含まないと解する。その理由は、以下の通りである。まず、
10 主要事実とは、実体法上の権利を発生・変更・消滅させる要件に該当
11 する具体的事実をいうところ、弁論主義の根拠及び機能から、当該事
12 実に弁論主義を適用すれば十分である。他方、間接事実とは、主要事
13 実の推認に役立つ事実をいい、補助事実とは、証拠の信用性に影響を
14 与える事実をいうところ、両者は共に証拠と同様の機能を果たす事実
15 であり、同原則を適用すると、裁判官に不自然な事実認定を強いるこ
16 とになり、自由心証主義（民訴法（以下「法」）247条）に反するおそ
17 れがある。

18 (3) 実体法上、譲渡担保権が設定された場合において、債務者が弁済期
19 に債務を弁済しないときは、設定者は譲渡担保権の目的物の所有権を
20 失うことになる。したがって、XがY₂に対する1000万円の貸金返還
21 債務を担保するため、甲土地に譲渡担保権を設定したという事実（以
22 下「本件事実」）は、実体法上、Xの甲土地の所有権を喪失させる要件
23 に該当する具体的事実といえるから、主要事実に当たる。

24 そして、本件事実については、X及びY₁らのいずれの当事者からの
25 主張もない。

26 したがって、本件事実に基づきXの各請求をいずれも棄却する判決
27 をすることは弁論主義違反となる。

28 2 小問(2)

29 (1) 裁判所が、当事者と裁判所との間で法律構成に差異が生じているに
30 過ぎない場合にも釈明義務（法149条1項）を負うとすると、直ちに
31 本件訴訟の口頭弁論を終結して判決をすることは違法となる。そこで、
32 本件訴訟で、裁判所が釈明義務を負うかが問題となる。

33 (2) 確かに、釈明権の機能が弁論主義の補完という点にあることを前提
34 とすると、弁論主義が事実に関する建前であることから、必要な事実
35 が当事者により主張されており弁論主義違反の問題が生じない場合、
36 釈明義務違反は生じないことになる。

37 しかし、法149条は、「法律上の事項」に関する釈明権を規定してい
38 る。そうすると、法律構成が裁判所の専権とされているとしても、釈
39 明権は、当事者間の公平を確保するため、法的観点についての不意打
40 ちを防止する機能をも有するものと解すべきである。したがって、裁
41 判所は、判決における勝敗転換の可能性、当事者の主張する法律構成
42 の当否及び当事者による適切な訴訟行為の期待可能性等を考慮し、訴
43 訟経過等に照らして、釈明義務の内容としての法的観点指摘義務を負
44 うと解する。

(3) Y₁らは、「Y₂は、Xとの間で、Xが所定の期間内にY₂に代金1000万円を支払うことにより甲土地をXに売り渡す旨の合意をした」という法律構成を選択して主張しているところ、裁判所は、これと異なる譲渡担保という法律構成を採用している。確かに、本件訴訟においては、いずれの法律構成を採用しても、Xは敗訴することになる。しかし、X及びY₁らのいずれの当事者も譲渡担保という法律構成を主張していない。したがって、裁判所は、適切に釈明権を行使して、Y₁らに対し、譲渡担保権の設定について主張するか否かを明らかにするように促し、他方、Xに対し、十分な反論等の機会を与える義務を負う。よって、裁判所は、法的観点指摘義務に反し、直ちに本件訴訟の口頭弁論を終結して判決をすることは違法となる。

第2 設問2

1 Zは、本件訴訟の口頭弁論終結後に、Y₂から甲土地を買い受け、所有権移転登記を経ているところ、「口頭弁論終結後の承継人」(法115条1項3号)に当たる場合、本件訴訟の確定判決の既判力(法114条1項)が拡張されることになる。そこで、口頭弁論終結後の「承継人」の意義が問題となる。

2 法115条1項3号の趣旨は、前訴の訴訟物たる権利関係に関する地位が前訴の当事者から第三者に譲渡された場合においても、紛争解決の実効性を確保する点にある。また、既判力拡張の正当化根拠は、当該第三者の手續保障が前訴の当事者により代替的に保障されている点にある。そこで、「承継人」とは、紛争の主体たる地位を承継した者をいうと解する。

なお、紛争主体たる地位を承継した者が固有の攻撃防御方法を有する場合においても、その提出は基準日後に生じた事由として許されるから、「承継人」に当たることは否定されないと解する。

3(1) 前訴では、XのY₂に対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権が訴訟物となっていたところ、Zは、当該訴訟物たる権利関係自体を承継する者ではない。しかし、Zは、Y₂から甲土地の所有権移転登記を経たことにより、Y₂がXとの関係で有していた紛争主体たる地位を承継したといえるから、「承継人」に当たる。

なお、前訴確定判決から、甲土地の所有権は、Xにあり、Y₂にないところ、Zは、Y₂の甲土地の所有権移転登記を信頼してY₂と取引をした「善意の第三者」(民法94条2項)に当たるという固有の防御方法を有するが、「承継人」に当たることは否定されない。

(2) そして、確かに、後訴の訴訟物は、XのZに対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権となるから、前訴と後訴の訴訟物は同一ではない。しかし、共に甲土地に関する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権であり、ZはY₂から登記名義を承継しているから、訴訟物が同一であるとみなすことができる。

(3) したがって、本件訴訟の確定判決の既判力は、Zに拡張される。

以上

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（40歳、男性）と乙（35歳、男性）は、数年来の遊び仲間で、働かずに遊んで暮らしていた。甲は、住宅街にある甲所有の2階建て木造一軒家（以下「甲宅」という。）で一人で暮らしており、乙も、甲がそのような甲宅に一人で住んでいることを承知していた。乙は、住宅街にある乙所有の2階建て木造一軒家（以下「乙宅」という。）で内妻Aと二人で暮らしており、甲も、乙がそのような乙宅にAと二人で住んでいることを承知していた。甲宅と乙宅は、直線距離で約2キロメートル離れていた。
- 2 甲と乙は、某年8月下旬頃、働かずに遊びに使う金を手に入れたと考え、その相談をした。そして、甲と乙は、同年9月1日に更に話し合いをし、設定した時間に発火し、その火を周囲の物に燃え移らせる装置（以下「発火装置」という。）を製作し、これを使って甲宅と乙宅に放火した後、正当な請求と見せ掛けて、甲宅と乙宅にそれぞれ掛けてある火災保険の保険金の支払を請求して保険会社から保険金をだまし取り、これを折半することにした。その後、甲と乙は、二人でその製作作業をして、同月5日、同じ性能の発火装置2台（以下、それぞれ「X発火装置」、「Y発火装置」という。）を完成させた上、甲宅と乙宅に放火する日を、Aが旅行に出掛けて乙宅を留守にしている同月8日の夜に決めた。
- 3 Aは、同日昼、旅行に出掛けて乙宅を留守にした。
- 4 甲と乙は、同日午後7時、二人で、甲宅内にX発火装置を運び込んで甲宅の1階の居間の木製の床板上に置き、同日午後9時に発火するように設定した。その時、甲宅の2階の部屋には、甲宅内に勝手に入り込んで寝ていた甲の知人Bがいたが、甲と乙は、Bが甲宅にいることには気付かなかった。
その後、甲と乙は、同日午後7時30分、二人で、乙宅の敷地内にあって普段から物置として使用している乙所有の木造の小屋（以下「乙物置」という。）内にY発火装置を運び込んで、乙物置内の床に置かれていた、洋服が入った段ボール箱（いずれも乙所有）上に置き、同日午後9時30分に発火するように設定した。なお、乙物置は、乙宅とは屋根付きの長さ約3メートルの木造の渡り廊下でつながっており、甲と乙は、そのような構造で乙宅と乙物置がつながっていることや、乙物置及び渡り廊下がいずれも木造であることを承知していた。
その後、甲と乙は、乙宅の敷地内から出て別れた。
- 5 甲宅の2階の部屋で寝ていたBは、同日午後8時50分に目を覚まし、甲宅の1階の居間に行ってテレビを見ていた。すると、X発火装置が、同日午後9時、設定したとおりに作動して発火した。Bは、その様子を見て驚き、すぐに甲宅から逃げ出した。その後、X発火装置から出た火は、同装置そばの木製の床板に燃え移り、同床板が燃え始めたものの、その燃え移った火は、同床板の表面の約10センチメートル四方まで燃え広がったところで自然に消えた。なお、甲と乙は、終始、Bが甲宅にいたことに気付かなかった。
- 6 Y発火装置は、同日午後9時30分、設定したとおりに作動して発火した。乙は、その時、乙宅の付近でうろついて様子をうかがっていたが、Y発火装置の発火時間となって、「このままだと自分の家が燃えてしまうが、やはりAには迷惑を掛けたくない。それに、その火が隣の家に燃え移ったら危ないし、近所にも迷惑を掛けたくない。こんなことはやめよう。」と考え、火を消すために乙物置内に入った。すると、Y発火装置から出た火が同装置が置いてある前記段ボール箱に燃え移っていたので、乙は、乙物置内にある消火器を使って消火活動をし、同日午後9時35分、その火を消し止めた。乙物置内で燃えたものは、Y発火装置のほか、同段ボール箱の一部と同箱内の洋服の一部のみで、乙物置には、床、壁、天井等を含め火は燃え移ら

ず、焦げた箇所もなかった。また、前記渡り廊下及び乙宅にも、火は燃え移らず、焦げた箇所もなかった。

- 7 その後、甲と乙は、甲宅と乙宅にそれぞれ掛けてある火災保険の保険金を手に入れることを諦め、保険会社に対する保険金の支払の請求をしなかった。

出題の趣旨

本問は、数年来の遊び仲間である甲と乙が共謀して、各々の自宅建物に掛けてある火災保険金をだまし取ろうと考え、甲が一人で暮らす甲宅内と、乙が内妻Aと二人で暮らす乙宅（Aは旅行のため留守）と木造の渡り廊下で繋がっている物置内にそれぞれ発火装置を設置したところ、甲宅内に設置した発火装置から出た火はその床板を燃やしたところで消え（なお、同発火装置の設置及び発火の際、甲宅には甲の知人Bがいたが、甲及び乙はBの存在に全く気付かなかった）、乙宅の物置内に設置した発火装置から出た火は、本件を後悔して物置に戻ってきた乙によって消し止められ、発火装置下の段ボール箱及び同箱内の衣服の一部を燃やしたにとどまったことから、甲と乙は火災保険金の請求を諦めたという事例を素材として、事実を的確に分析する能力を問うとともに、放火罪、抽象的事実の錯誤、中止犯の成否及びこれが成立する場合に共犯へ及ぼす影響等に関する基本的理解と事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

基本ポイント

- 1 甲と乙は、共同して、①甲宅内にX発火装置を設置して作動させ（以下「行為1」という。）、また、②乙物置内にY発火装置を設置して作動させている（以下「行為2」という。）ため、これらの行為について、放火罪の成否を検討することになる。もっとも、各行為については、放火の客体を正確に捉えた上で、適切な罪名・罰条を挙げて、その成否を検討する必要がある。
- 2 行為1の客体である甲宅は、甲が一人暮らしをしている甲所有の2階建て木造一軒家である。そして、刑法（以下略）108条の「人」は放火の犯人を含まないため、甲及び乙の計画・認識を前提とすると、甲及び乙には非現住建造物放火罪（109条）の故意が認められるにとどまるが、甲宅内にはBが存在したため、客観的には、甲宅は「現に人がいる建造物」（108条）に当たる。したがって、行為1については、現住建造物等放火罪の成否の検討から始めることになる。

同罪の成否の検討においては、各成立要件の充足性を確認することになるが、特に、行為である「放火」と結果である「焼損」を区別して論じることが大切である。なぜなら、「放火」が認められる場合に未遂罪が成立し、「焼損」まで認められる場合に既遂罪が成立するからである。なお、「放火」及び「焼損」の意義については、判例を踏まえる必要がある。

そして、同罪の客観的構成要件該当性が認められることを確認した上で、甲及び乙に同罪の故意はなく、非現住建造物放火罪の故意しかないことを指摘して、抽象的事実の錯誤の処理を行うことになる。この点については、両罪の保護法益及び行為態様の共通

性から、両罪の構成要件において実質的な重なり合いが認められることを説明し、軽い非現住建造物放火罪が成立するという結論を示すことになる。

- 3 行為2の客体については、乙所有の乙物置であるとも思えるが、乙物置と乙宅との間に建造物としての一体性が認められる場合、乙物置への放火行為は乙宅への放火行為となる。そして、乙宅は、乙だけでなく内妻Aも暮らしている2階建て木造一軒家であるため、「現に人が住居に使用し」ている建造物（108条）に当たる。したがって、行為2についても、現住建造物放火罪の成否の検討から始めることになる。

そして、建造物の一体性の有無については、物理的一体性と機能的一体性の双方の観点から、事案に即して判断することが必要であり、本問では、これを肯定することになる。もっとも、Y発火装置から出た火は、同装置の下段ボール箱の一部と同箱内の洋服の一部のみを燃やしたにすぎず、乙物置及び乙宅のいずれにも火は燃え移らず、焦げた箇所もない。そのため、「放火」は認められるが、「焼損」は認められないから、現住建造物放火未遂罪が成立する。

なお、行為2については、乙に中止犯（43条ただし書）の成立可能性があることから、その要件（任意性、中止行為、結果の不発生及び因果関係）の充足性を検討することも必須である。

応用ポイント

1	行為1及び行為2について、放火予備罪（113条）が成立し得ることについて言及していること
2	行為1について、甲及び乙が甲宅に火災保険金が付されている（115条）ことを認識していることを踏まえて、その故意を特定していること →甲及び乙は、自己所有非現住建造物放火罪（109条2項）の故意ではなく、他人所有非現住建造物放火罪（109条1項）の故意を有している。
3	乙に成立する中止犯の効果が甲に及ぶかどうかについて検討していること →共犯の成立に必要な要素従属性の程度に関し、制限従属性説（正犯の行為が構成要件に該当し、かつ、違法であることが必要であるとする考え方）の立場に立った上で、中止犯の刑の必要的減免の根拠に関し、違法減少説の立場に立つ場合、乙に成立する中止犯の効果が甲に及ぶことになり得るが、責任減少説の立場に立つ場合、及ばない。
4	甲及び乙は、保険金詐欺の実行行為に着手していないため、詐欺未遂罪も成立しないことに言及していること

1 第1 甲宅にX発火装置を設置して発火させた行為（以下「行為1」）
2 1 甲及び乙（以下「甲ら」）は、共同して行為1を行っているところ、行
3 為1に現住建造物等放火罪（刑法（以下略）108条）の共同正犯（60条）
4 が成立するか。

5 2(1) 行為1の当時、甲宅内にはBがいたため、甲宅は「現に人がいる建
6 造物」に当たる。また、甲らは、甲宅1階の木製の床板上でX発火装置
7 を作動・発火させているところ、これは、公衆の生命・身体・財産に対
8 する危険という放火罪の構成要件的结果発生の現実的危険性がある行
9 為といえるから、「放火」行為も認められる。

10 (2) そして、「焼損」とは、火が媒介物を離れ、目的物が独立燃焼を継続
11 するに至ることをいうと解する。X発火装置から出た火は、同装置そ
12 ばの木製の床板に燃え移り、同床板が燃え始めて、その表面の約10セ
13 ンチメートル四方まで燃え広がっている。したがって、この時点で、火
14 が媒介物たるX発火装置から離れ、目的物たる甲宅の床板が独立燃焼
15 を継続するに至ったといえるから、「焼損」も認められる。よって、現
16 住建造物等放火罪の客観的構成要件要素は満たされる。

17 3(1) しかし、行為1の当時、甲らは、甲宅内にBがいたことを認識して
18 いないから、甲宅を「人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建
19 造物」（109条1項）であると認識していた。なお、甲らは、甲宅に火
20 災保険が付されている（115条）ことを認識しているから、甲宅が「自
21 己の所有に係る」物（109条2項）とは認識していない。したがって、
22 甲らは、他人所有非現住建造物放火罪の故意を有していた。

23 (2) 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う
24 場合、その限度で両事実は同一の構成要件的评价を受けることになる
25 から、軽い罪の限度で故意犯が成立すると解する。そして、構成要件
26 は法益侵害行為の類型であるから、重なり合いの有無は、行為態様の
27 共通性及び保護法益の共通性から実質的に判断すべきであると解する。
28 両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
29 態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。
30 したがって、軽い他人所有非現住建造物放火罪が成立する。

31 4 以上より、甲らには、他人所有非現住建造物放火罪の共同正犯が成立
32 する（罪①）。なお、甲らは、X発火装置を甲宅に放火する目的で完成さ
33 せているため、この行為には放火予備罪（113条）が成立するが、罪①に
34 吸収される。

35 第2 乙物置にY発火装置を設置して発火させた行為（以下「行為2」）

36 1 甲らは、共同して行為2を行っているところ、行為2に現住建造物放
37 火罪の共同正犯が成立するか。

38 2(1) 乙宅は、乙だけでなく内妻Aも暮らしているため、「現に人が住居に
39 使用」している建物（108条）に当たる。もっとも、甲らは、乙宅の敷
40 地内にある乙物置に放火している。そこで、乙物置への放火行為が乙
41 宅への放火行為となるかどうかに関し、建造物の一体性の有無が問題
42 となる。

43 現住建造物等放火罪の重罰根拠は、建造物等の内部の人の生命・身
44 体に対する危険を発生させる点にある。そこで、①構造的一体性と延

焼可能性を要素とする物理的一体性又は②使用上の一体性としての機能的一体性がある場合、建造物の一体性が認められると解する。

乙物置は、乙宅とは屋根付きの長さ約3メートルの渡り廊下でつながっているから、構造的一体性があり、その渡り廊下は木造であるから、木造の乙宅への延焼可能性もある。したがって、①物理的一体性が認められる。また、乙物置は、乙宅の敷地内にあって普段から物置として使用されているから、②機能的一体性も認められる。よって、乙物置と乙宅には建造物の一体性がある。

そうすると、甲らは、乙物置内でY発火装置を作動・発火させているから、現住建造物に対する「放火」行為が認められる。

(2) しかし、Y発火装置から出た火は、同装置の下の段ボール箱に燃え移った時点で消し止められているから、目的物たる乙物置及び乙宅が独立燃焼を継続するに至ったといえない。したがって、「焼損」が認められない。

3 以上より、甲らには、現住建造物放火未遂罪（112条・108条）の共同正犯が成立する（罪②）。なお、甲らは、Y発火装置を乙宅に放火する目的で完成させているため、この行為には放火予備罪が成立するが、罪②に吸収される。

4(1) もっとも、Y発火装置から出た火は、乙が消火器を使って消し止めている。そこで、中止犯（43条ただし書）が成立するかが問題となる。

(2)ア まず、本件では、乙の消火活動という「中止」行為があり、これにより、既遂とならなかったから、中止行為、結果の不発生及び因果関係が認められる。

イ 次に、中止行為が「自己の意思により」なされたこと（任意性）が必要であるところ、行為者がやろうと思えばやれたと思ったのに中止した場合、任意性が認められると解する。

乙は、Y発火装置から出た火を放置すれば、乙宅が燃えてしまうと考えており、やろうと思えばやれたと思っている。しかし、乙は、Aに迷惑を掛けたくない等の動機から中止行為を行っている。したがって、任意性が認められる。

(3) よって、乙には中止犯が成立する。なお、中止犯については、責任減少を根拠とする一身専属的な刑の必要的減免事由であると解するから、乙に中止犯が成立することは、甲の罪責に影響しない。

第3 その他の行為

甲らは、行為1及び行為2に関し、その後、保険会社に対して保険金の支払請求をしていないから、欺く行為（246条1項）がない。したがって、実行の着手（43条本文）が認められないため、詐欺罪は成立しない。

第4 罪数

甲及び乙には、罪①及び②の共同正犯が成立し、乙には、罪②につき中止犯が成立する。そして、甲宅と乙宅は約2キロメートル離れており、発火時刻も午後9時と午後9時30分とで30分異なるから、行為1及び行為2は別個の公共の危険を発生させたといえる。したがって、両罪は、併合罪（45条前段）となる。

以上

[刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事 例】

平成28年3月1日、H県J市内のV方が放火される事件が発生した。その際、V方玄関内から火の手が上がるのを見た通行人Wは、その直前に男が慌てた様子でV方玄関から出てきて走り去るのを目撃した。

V方の実況見分により、放火にはウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶が使用されたこと、V方居間にあった美術品の彫刻1点が盗まれていることが判明した。

捜査の過程で、平成21年1月に住宅に侵入して美術品の彫刻を盗みウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用して同住宅に放火したとの事件により、同年4月に懲役6年の有罪判決を受けた前科（以下「本件前科」という。）を有する甲が、平成27年4月に服役を終え、J市に隣接するH県K市内に単身居住していることが判明した。そこで、警察官が、甲の写真を含む多数の人物写真をWに示したところ、Wは、甲の写真を指し示し、「私が目撃したのはこの男に間違いありません。」と述べた。

甲は、平成28年3月23日、V方に侵入して彫刻1点を盗みV方に放火した旨の被疑事実（以下「本件被疑事実」という。）により逮捕され、同月25日から同年4月13日まで勾留されたが、この間、一貫して本件被疑事実を否認し、他に甲が本件被疑事実の犯人であることを示す証拠が発見されなかったことから、同月13日、処分保留で釈放された。

警察官は、甲が釈放された後も捜査を続けていたところ、甲が、同年3月5日に、V方で盗まれた彫刻1点を、H県から離れたL県内の古美術店に売却していたことが判明した。

①甲は、同年5月9日、本件被疑事実により逮捕され、同月11日から勾留された。間もなく甲は、自白に転じ、V方に侵入して、居間にあった彫刻1点を盗み、ウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を玄関ホールの床板にたたきつけてV方に放火した旨供述した。検察官は、同月20日、甲を本件被疑事実と同旨の公訴事実により公判請求した。

公判前整理手続において、甲及びその弁護人は、「V方に侵入したことも放火したこともない。彫刻は、甲が盗んだものではなく、友人から依頼されて売却したものである。」旨主張した。

そこで、検察官は、甲が前記公訴事実の犯人であることを立証するため、②本件前科の内容が記載された判決書謄本の証拠調べを請求した。

〔設問1〕

①の逮捕及び勾留の適法性について論じなさい。

〔設問2〕

②の判決書謄本を甲が前記公訴事実の犯人であることを立証するために用いることが許されるかについて論じなさい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、犯人がV方に侵入し、彫刻1点を窃取し、手製の火炎瓶を用いて同方への放火に及んだ事件について、上記被疑事実で逮捕・勾留されるも処分保留で釈放された甲が、再逮捕・再勾留された後、同事実で公判請求され、検察官が同種前科の内容が記載された判決書謄本の証拠調べ請求を行ったとの事例において、同一被疑事実による再逮捕・再勾留の可否及び前科証拠による犯人性の立証の可否並びにこれらが認められる場合の要件を検討させることにより（なお、前科証拠による犯人性の立証の可否等に関し、最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁参照。）、被疑者に対する身柄拘束処分及び証拠の関連性に関する各問題点について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

基本ポイント

- 1 設問1では、まず、①の逮捕及び勾留が、先行する逮捕及び勾留との関係で、再逮捕及び再勾留に当たることを指摘した上で、再逮捕及び再勾留が原則として認められないことについて、理由を付して説明することが必要である。そして、再逮捕及び再勾留が例外的に認められるための要件を挙げて、本問の事案に即して当てはめを行うことになる。なお、逮捕・勾留に関する原則についての用語例を整理すると以下の通りになる。

上位ルール	逮捕・勾留1回性の原則（一罪一逮捕一勾留の原則）
時を同じくして行う身柄拘束に関するルール	重複逮捕・重複勾留禁止の原則 （一罪一逮捕一勾留の原則）
時を異にして行う身柄拘束に関するルール	再逮捕・再勾留禁止の原則

- 2 設問2では、②の判決書謄本の証拠能力の有無について論じることが求められている。証拠能力の有無を検討したことのない初見の証拠が出題された場合には、①自然的関連性、②法律的関連性、③証拠禁止該当性という順序で検討して、検討漏れを防ぐことが大切である。

判決書謄本は、本件前科の内容が記載された前科証拠であるから、最低限度の証明力を有するため、①自然的関連性はある。しかし、②法律的関連性に関し、判決書謄本は、「書面」であるから、伝聞証拠に当たり、原則として証拠能力は認められないことになる。もっとも、判決書謄本は、刑訴法323条1号又は3号の書面に当たるため、例外的に証拠能力が認められる。また、②法律的関連性に関し、判決書謄本は、前科証拠であるから、被告人の犯罪性向（犯罪傾向・悪性格）を立証することにより、甲の犯人性を立証しようとするものである場合、証拠能力は認められない。もっとも、以下の判例を踏まえて、証拠能力が認められるかどうかを本問の事案に即して検討する必要がある。

判例（最判平 24. 9. 7）
「前科も一つの事実であり，前科証拠は，一般的には犯罪事実について，様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している。反面，前科，特に同種前科については，被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく，そのために事実認定を誤らせるおそれがあり，また，これを回避し，同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため，当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど，その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。したがって，前科証拠は，単に証拠としての価値があるかどうか，言い換えれば自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決められるものではなく，前科証拠によって証明しようとする事実について，実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである。本件のように，<u>前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば，前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し，かつ，それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから，それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって，初めて証拠として採用できるものというべきである。</u>」

なお，本問では，③証拠禁止該当性は問題とならない。

応用ポイント

1	（設問 1）本件被疑事実が再犯加重の対象となることを考慮して甲の逃亡のおそれを検討していること →本件被疑事実は，甲が本件前科の服役が終わった平成 27 年 4 月から 5 年以内のものである。
2	（設問 1）先行する逮捕及び勾留の期間を考慮していること →先行逮捕・勾留の期間が，逮捕 3 日間（平成 28 年 3 月 23 日から同月 25 日）及び満期まで延長された勾留 20 日間（同月 25 日から 4 月 13 日）であり，甲の身体拘束による不利益は重大であったといえる。
3	（設問 2）前科証拠による犯人性の立証が認められない理由を説明していること →同種前科による被告人の犯人性の推認過程では，同種前科の存在からの被告人の犯罪傾向が推認された上で，公訴事実と前科事実の類似性から被告人がその犯罪傾向に基づき公訴事実の犯行に及んだと推認されるおそれがある。

1 第1 設問1

2 1 甲は、本件被疑事実により、平成28年3月23日に逮捕され、同月25
3 日から同年4月13日まで勾留された後、釈放されている。したがって、
4 その後になされた①の逮捕及び勾留は、再逮捕・再勾留となる。

5 2(1) 身柄拘束期間については厳格な定めがあり(刑訴法203条から208
6 条)、逮捕・勾留の不当な蒸し返しは許されない。そのため、同一の被
7 疑事実について、逮捕・勾留は、原則として、1回しか行うことがで
8 きない(逮捕・勾留1回性の原則)。そして、逮捕・勾留1回性の原則
9 には、時を異にして、同一の被疑事実について再び逮捕・勾留をする
10 ことができないという再逮捕・再勾留禁止の原則が含まれる。

11 (2) しかし、捜査は流動的なものであるから、再度の身柄拘束を一切許
12 さないとするのは現実的ではない。そして、刑訴法199条3項は再逮
13 捕が許される場合があることを前提とした規定といえることができるし、
14 逮捕と勾留は密接不可分の関係にあるところ、再勾留を禁止する規定
15 もない。

16 そこで、①重要な新証拠の発見又は逃亡・罪証隠滅のおそれの復活
17 等の新事情が出現し、かつ、②事案の重大性、事情変更による身柄拘
18 束の必要性、先行逮捕・勾留の期間とその間の捜査状況等を考慮し、
19 被疑者の利益と対比してもやむを得ない場合、例外的に、再逮捕・再
20 勾留は適法になると解する。

21 3 本件では、①甲が、Vが被害にあった平成28年3月1日の4日後であ
22 る同月5日に、V方で盗まれた彫刻1点をL県内の古美術店に売却して
23 いたこと(以下「売却事実」)が、甲の釈放後に新たに判明している。確
24 かに、L県とH県は離れているが、Vが被害にあった4日後という比較
25 的近接した日時にV方で盗まれた彫刻を甲が所持していたことは、本件
26 被疑事実についての甲の関与を示すものである。したがって、売却事実
27 は、甲の犯人性の立証において重要であり、新事情といえる。

28 そして、②本件被疑事実は、現住建造物放火罪(刑法108条)という
29 人の生命に対する重大な被害を生じさせるものを含む。また、本件被疑
30 事実は、甲が本件前科の服役が終わった平成27年4月から5年以内の
31 ものであり、再犯加重(同法56条1項)の対象となるから、売却事実の
32 判明により、甲の逃亡のおそれも一層高まるといえる。さらに、先行逮
33 捕・勾留の期間において、甲は一貫して本件被疑事実を否認し、Wの供
34 述の他に甲が本件被疑事実の犯人であることを示す証拠は発見されな
35 かった。そうすると、先行逮捕・勾留の期間が、逮捕3日間(平成28年3
36 月23日から同月25日)及び満期まで延長された勾留20日間(同月25
37 日から4月13日)であり(刑訴法208条2項)、甲の身体拘束による不
38 利益が重大であったことを考慮しても、再逮捕・再勾留はやむを得ない
39 といえる。したがって、①の逮捕及び勾留は、適法である。

40 第2 設問2

41 1 判決書謄本を公訴事実に関する甲の犯人性を立証するために用いるに
42 は、証拠能力が認められる必要がある。

43 2(1) 判決書謄本を公判での立証のために用いることは、「公判期日におけ
44 る供述に代えて書面を証拠」(刑訴法320条1項)とする場合に当た

る。そして、本件では、判決書謄本に記載された前科に係る事実の真実性が問題となる。したがって、判決書謄本は、伝聞証拠に当たり、原則として証拠能力が認められない。

(2) もっとも、判決書謄本は、「公務員…がその職務上証明することができる事実についてその公務員の作成した書面」(同法 323 条 1 号) に当たる。したがって、伝聞例外として証拠能力が認められる。

3(1) 検察官は、前科証拠である判決書謄本により、公訴事実に関する甲の犯人性を立証しようと考え、判決書謄本の証拠調べ請求をしている。そして、本件前科は住宅に対する放火罪、公訴事実も住宅に対する放火罪であるから、同種前科であり、自然的関連性は認められる。

(2) しかし、同種前科による被告人の犯人性の推認過程では、同種前科の存在からの被告人の犯罪傾向(悪性格)が推認された上で、公訴事実と前科事実の類似性から被告人がその犯罪傾向に基づき公訴事実の犯行に及んだと推認されるおそれがある。そして、この推認過程においては、被告人の犯罪傾向という実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じる等、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。そのため、前科証拠には、原則として、法律的関連性がなく、証拠能力は認められないと解する。

もっとも、同種前科による被告人の犯人性の推認過程が、被告人の犯罪傾向を介さない、前科に係る犯罪事実と公訴事実の類似性による直接の推認であれば、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないといえる。そこで、前科証拠を犯人性の立証に用いる場合、①前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、②それが公訴事実と相当程度類似しているため、前科証拠それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであるときに、法律的関連性があり、前科証拠に証拠能力が認められると解する。

(3) 本件前科に係る犯罪事実は、彫刻の窃盗とウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用した放火である。そして、①放火において手製の火炎瓶が使用されることは珍しくなく、また、ウィスキー瓶及びガソリンも入手が容易であるから使用されることは少なくないし、窃盗の被害品が彫刻であること、窃盗後に住宅に放火することも犯人の特定に結び付く程の顕著な特徴とまではいえない。

そうすると、②本件前科に係る犯罪事実と公訴事実は、共に、窃盗の被害品が美術品の彫刻であり、窃盗後にウィスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用した放火がなされており、相当程度類似しているといえるが、①が認められないため、法律的関連性がなく、証拠能力は認められない。

したがって、判決書謄本を公訴事実に関する甲の犯人性を立証するために用いることはできない。

以上

〔民 事〕

司法試験予備試験用法文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。

〔設問 1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

【Xの相談内容】

「私は、自宅を建築するために、平成27年6月1日、甲土地の所有者であったAから、売買代金1000万円で甲土地を買い受け（以下「本件第1売買契約」という。）、同月30日に売買代金を支払い、売買代金の支払と引換えに私宛てに所有権移転登記をすることを合意しました。

私は、平成27年6月30日、売買代金1000万円を持参してAと会い、Aに対して甲土地の所有権移転登記を求めましたが、Aから、登記識別情報通知書を紛失したので、もうしばらく所有権移転登記を待ってほしい、事業資金が必要で、必ず登記をするので先にお金を払ってほしいと懇願されました。Aは、大学時代の先輩で、私の結婚に際し仲人をしてくれるなど、長年お世話になっていたもので、Aの言うことを信じ、登記識別情報通知書が見つかり次第、所有権移転登記をすることを確約してもらい、代金を支払いました。しかし、その後、Aからの連絡はありませんでした。

ところが、平成27年8月上旬頃から、Yが私に無断で甲土地全体を占有し始め、現在も占有しています。

私は、平成27年9月1日、Yが甲土地を占有していることを確認した上で、Yに対してすぐに甲土地を明け渡すよう求めました。これに対して、Yは、Aが甲土地の所有者であったこと、自分が甲土地を占有していることは認めましたが、Aから甲土地を買い受けて所有権移転登記を経由したので、自分が甲土地の所有者であるとして、甲土地の明渡しを拒否し、私に対して甲土地の買取りを求めてきました。

甲土地の所有者は私ですので、Yに対し、甲土地について、所有権移転登記と明渡しを求めたいと考えています。」

弁護士Pは、【Xの相談内容】を受けて甲土地の登記事項証明書を取り寄せたところ、平成27年8月1日付け売買を原因とするAからYへの所有権移転登記（詳細省略）がされていることが判明した。弁護士Pは、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権及び所有権に基づく返還請求権としての土地明渡し請求権を訴訟物として、甲土地について所有権移転登記及び甲土地の明渡しを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することにした。

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pは、本件訴訟に先立って、Yに対し、甲土地の登記名義の変更、新たな権利の設定及び甲土地の占有移転などの行為に備え、事前に講じておくべき法的手段を検討することとした。弁護士Pが採るべき法的手段を2つ挙げ、そのように考えた理由について、それらの法的手段を講じない場合に生じる問題にも言及しながら説明しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において記載すべき請求の趣旨（民事訴訟法第133条第2項第2号）を記載しなさい（附帯請求及び付随的申立てを考慮する必要はない。）。
- (3) 弁護士Pは、本件訴状において、甲土地の明渡し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、次の各事実を主張した。

ア Aは、平成27年6月1日当時、甲土地を所有していた。

イ []

ウ []

上記イ及びウに入る具体的事実を、それぞれ答えなさい。

〔設問2〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

【Yの相談内容】

「Aは、私の知人です。Aは、平成27年7月上旬頃、事業資金が必要なので甲土地を500万円で買わないかと私に持ちかけてきました。私は、同年8月1日、Aから甲土地を代金500万円で買い受け（以下「本件第2売買契約」という。）、売買代金を支払って所有権移転登記を経由し、甲土地を資材置場として使用しています。したがって、甲土地の所有者は私です。」

上記【Yの相談内容】を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Qは、本件訴訟における答弁書（以下「本件答弁書」という。）を作成するに当たり、抗弁となり得る法的主張を検討した。弁護士QがYの訴訟代理人として主張すべき抗弁の内容（当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。）を述べるとともに、それが抗弁となる理由について説明しなさい。

〔設問3〕

本件答弁書を受け取った弁護士Pは、Xに事実関係を確認した。Xの相談内容は以下のとおりである。

【Xの相談内容】

「Yは、既に甲土地について所有権移転登記を経由しており、自分が甲土地の所有者であるとして、平成27年9月1日、甲土地を2000万円で買い取るよう求めてきました。Yは、事情を知らず、甲土地を私に高値で買い取らせる目的で、本件第2売買契約をして所有権移転登記をしたことに間違いありません。このようなYが甲土地の所有権を取得したことを認めることはできません。」

上記【Xの相談内容】を前提に、弁護士Pは、再抗弁として、以下の事実を記載した準備書面を作成して提出した。

エ []

オ Yは、本件第2売買契約の際、Xに対して甲土地を高値で買い取らせる目的を有していた。

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

上記エに入る具体的事実を答え、そのように考えた理由を説明しなさい。

〔設問4〕

第1回口頭弁論期日において、本件訴状と本件答弁書が陳述され、第1回弁論準備手続期日において、弁護士P及び弁護士Qがそれぞれ作成した準備書面が提出され、弁護士Qは、〔設問3〕のエ及びオの各事実を否認し、弁護士Pは、以下の念書（斜体部分は全て手書きである。以下「本件

念書」という。)を提出し、証拠として取り調べられた。なお、弁護士Qは、本件念書の成立の真正を認めた。

その後、2回の弁論準備手続期日を経た後、第2回口頭弁論期日において、本人尋問が実施され、Xは、下記【Xの供述内容】のとおり、Yは、下記【Yの供述内容】のとおり、それぞれ供述した(なお、Aの証人尋問は実施されていない)。

念書

A殿

今般、貴殿より甲土地を買い受けましたが、売却して利益が生じたときにはその3割を謝礼としてお渡しします。

平成27年8月1日

Y Y印

【Xの供述内容】

「Yは、建築業者で、今でも甲土地を占有し、資材置場として使用しているようですが、置かれている資材は大した分量ではなく、それ以外に運搬用のトラックが2台止まっているにすぎません。

不動産業者に確認したところ、平成27年7月当時の甲土地の時価は、1000万円程度とのことでした。

私は、平成27年9月1日、Y宅を訪れて、甲土地の明渡しを求めたところ、Yはこれを拒絶して、逆に私に2000万円で甲土地を買い取るよう求めてきましたが、私は納得できませんでしたので、その場でYの要求を拒絶しました。

その後、私は、Aに対し、Yとのやりとりを説明して、Aが本件第2売買契約をして、甲土地をYに引き渡したことについて苦情を述べました。すると、Aは、私に対して謝罪し、『事業資金が必要だったので、やむなくYに甲土地を売却してしまった。その際、既にXに甲土地を売却していることをYに対して説明したが、Yはそれでも構わないと言っていた。Yから、代金500万円は安い、甲土地を高く売却できたら謝礼をあげると言われたので、Yにその内容の書面を作成してもらった。』と事情を説明して、私に本件念書を渡してくれました。ただ、それ以降、Aとは連絡が取れなくなりました。」

【Yの供述内容】

「私は、建築業者で、現在、甲土地を資材置場として使用しています。本件第2売買契約に際して不動産業者に確認したところ、当時の甲土地の時価は、1000万円程度とのことでした。

私は、平成27年9月1日、Xが自宅を訪れた際、甲土地を2000万円で買い取るよう求めたことはありません。Xと話合って、Xが希望する価格で買い取ってもらえればと思って話をただけで、例えば2000万円くらいではどうかと話したことはありますが、最終的にXとの間で折り合いがつきませんでした。

Aは、本件第2売買契約をした時、甲土地を高く転売できたときには謝礼がほしいと言うので、本件念書を作成してAに渡しました。その際、AがXに甲土地を売却していたという話は聞いて

いません。」

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Pは、本件訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書を提出することを予定している。その準備書面において、弁護士Pは、前記【Xの供述内容】及び【Yの供述内容】と同内容のX・Yの本人尋問における供述並びに本件念書に基づいて、〔設問3〕の再抗弁について、次の事実（「Yは、本件第2売買契約の際、Xに対して甲土地を高値で買い取らせる目的を有していた。」）が認められること（Yに有利な事実に対する反論も含む。）を中心に、〔設問3〕の再抗弁についての主張を展開したいと考えている。弁護士Pにおいて、上記準備書面に記載すべき内容を答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。

出題の趣旨

設問1は、不動産に係る登記請求及び明渡請求が問題となる訴訟において、原告代理人があらかじめ講ずべき法的手段とともに、訴状における請求の趣旨及び請求を理由付ける事実について説明を求めるものであり、民事保全の基本的理解に加えて、所有権に基づく物権的請求権の法律要件に留意して説明することが求められる。

設問2は、不動産の二重譲渡事案における実体法上の権利関係に留意しつつ、被告本人の主張を適切に法律構成した上で、抗弁となる理由を説明することが求められる。

設問3は、再抗弁の事実について問うものである。判例で示された当該再抗弁に係る要件事実に即して、原告の主張内容から必要な事実を選択し、他の主張事実との関係にも留意することが求められる。

設問4は、上記の再抗弁の主張について、書証と人証の双方を検討し、必要な事実を抽出した上で、どの事実がいかなる理由から再抗弁に係る評価を根拠付ける際に重要であるかに留意して、準備書面に記載すべき事項を問うものである。

基本ポイント

- 1 設問1小問(1)では、Pが、本件訴訟に先立って、Yに対し、「甲土地の登記名義の変更、新たな権利の設定及び甲土地の占有移転などの行為に備え、事前に講じておくべき法的手段」の検討が求められているため、適切な民事保全の手段を挙げた上で、その理由を説明することが必要である。解答に際しては、民事保全法に関する以下の基本的知識を前提に、所有権移転登記請求権を保全するためには「不動産の登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分」の申立て、土地明渡請求権を保全するためには「占有移転禁止の仮処分」の申立てがそれぞれなされるべきであることを指摘しなければならない。

種類		被保全 債権	保全の必要性	具体例
仮差押え（20条）		金銭債権	「強制執行をすることができなくなるおそれがあるとき、又は強制執行をするのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」	不動産に対する仮差押え、動産に対する仮差押え、債権に対する仮差押え
仮処分	係争物に関する仮処分（23条1項）	非金銭債権	係争物の「現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」	占有移転禁止の仮処分、不動産の登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分、建物収去土地明渡請求権を保全するための処分禁止の仮処分

仮の地位を定める仮処分(23条2項)	「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」	出版禁止の仮処分, 賃金仮払いの仮処分, 従業員であることの地位保全の仮処分
--------------------	--	--

2 設問1小問(2), 小問(3), 設問2及び設問3では, 要件事実及び主張整理に関する理解が問われている。そして, 設問4では, 以上の理解を前提に, 原告Xの訴訟代理人Pの立場に立って, 作成すべき準備書面の内容を記載する必要がある(「答案用紙1頁程度の分量」という指定がされているため, これに従う必要もある。)。

本問の事実関係及び本件訴訟の攻撃防御の枠組みをまとめると以下の通りになる。

本件第2売買契約 (平成27年8月1日) ※代金500万円及び「本件念書」 本件第1売買契約 (平成27年6月1日) ※代金1000万円 甲土地 Y名義の登記 Yの占有 「本件訴訟」			
請求の趣旨：被告は, 原告に対し, 甲土地について, 真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をせよ。(設問1小問(2)) 被告は, 原告に対し, 甲土地を明け渡せ。(設問1小問(2)) 訴訟物：所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権 1個 所有権に基づく返還請求権としての土地明渡し請求権 1個 合計2個			
請求原因	抗弁	再抗弁	再々抗弁
所有権移転登記手続(所有権) ①A, H27.6.1当時, 所有 ②H27.6.1, AX間売買 ③Y名義登記	対抗要件具備による所有権喪失—売買(設問2) ⑥H27.8.1, AY間売買 ⑦③の登記は⑥に基づく	背信的悪意 ⑧Y, ⑥の当時, ②の売買を知っていた(設問3) ⑨背信性の評価根拠事実(設問4) ㉞Y, Xに対し高値で買い取らせる目的あり	⑩背信性の評価障害事実 ㉞Y, Xに対し2000万円で買い取るように求めたことなし
土地明渡し(所有権) ④①及び②と同じ ⑤Y占有(設問1小問(3))			

なお、請求原因①に関して、Xの所有権取得原因事実であるAX間売買は平成27年6月1日であるのに対し、Yの所有権取得原因事実であるAY間売買は同年8月1日であるところ、そのうちの早い時点である同年6月1日当時においてAが甲土地を所有していたことにつき、XY間で争いがないことになるから、その当時のAの所有について権利自白が成立している。

応用ポイント

1	(設問1小問(1)) 処分禁止の仮処分及び占有移転禁止の仮処分を講じない場合に生じる問題点について正確に言及していること
2	(設問2) 本件訴訟で対抗要件具備による所有権喪失の抗弁が抗弁となる理由につき、民法176条及び177条に関する理解を踏まえて説明していること
3	(設問4) 「Yに有利な事実」を意識して、これに対する反論を主張していること →Yが「Xに対して」高値で買い取らせる目的を有していたことは、転売先(売却先)の記載のない本件念書からは推認できない。そのため、Pとしては、AY間でXを転売先としていたことにつき、その他の事実を根拠に主張することになる。
4	(設問4) 主張書面(訴状、答弁書、準備書面等)において、間接事実を羅列するだけでなく、経験則等を踏まえて、間接事実の意味付けを行い、要証事実の推認過程又は要証事実の推認が妨げられる過程を説明していること

MEMO

1 第1 設問1小問(1)

2 1 Pは、甲土地の登記名義の変更等に備えて、①不動産の登記請求権を
3 保全するための処分禁止の仮処分（民保法 53 条）を採り、甲土地の占有
4 移転等に備えて、②占有移転禁止の仮処分（同法 62 条）を採る。

5 2(1) ①の執行は、処分禁止の登記をする方法で行われ(同法 53 条 1 項)、
6 その後になされたYから第三者への登記は、Xが勝訴確定判決を得た
7 場合、Xに対抗できず（同法 58 条 1 項）、Xは、単独で抹消登記申請
8 ができる（同条 2 項）。また、②の執行は、同法 25 条の 2 第 1 項 1 号
9 及び 2 号所定の方法で行われ、その後にYから第三者への譲渡がなさ
10 れたとしても、Xは、Yに対する勝訴確定判決を得た場合、当該判決
11 に基づいて第三者に対して強制執行できる（同法 62 条）。

12 (2) 仮に、①及び②を採らなかった場合において、事実審の口頭弁論終
13 結時前、Yが本件土地を第三者に売却し、所有権移転登記及び引渡し
14 をしたとき、その後にXが勝訴確定判決を得ても、その判決の効力は
15 第三者に及ばず（民訴法 115 条 1 項 1 号）、強制執行もできない（民執
16 法 23 条 1 項 1 号）。確かに、Xは、義務承継人の訴訟引受けの申立て
17 （民訴法 50 条 1 項）をして、第三者を本件訴訟に引き込み、第三者と
18 の関係でも勝訴判決を得ることができる。しかし、Xは上記申立てを
19 適時に行えるとは限らない。また、上記申立てを行えなかった場合、
20 Xは、改めて、第三者を被告として提訴し、勝訴確定判決を得る必要
21 がある。そこで、このような不都合を回避するため、係争物に関する
22 仮処分の効力（当事者恒定効）により、被告を固定する必要がある。

23 第2 設問1小問(2)

24 被告は、原告に対し、甲土地について、真正な登記名義の回復を原因
25 とする所有権移転登記手続をせよ。

26 被告は、原告に対し、甲土地を明け渡せ。

27 第3 設問1小問(3)

28 [イ] Aは、Xに対し、平成 27 年 6 月 1 日、甲土地を代金 1000 万円で売
29 った。

30 [ウ] Yは、甲土地を占有している。

31 第4 設問2

32 1 抗弁の内容

33 Aが甲土地をXとYに二重に譲渡し、Yが対抗要件としての登記を具
34 備したため、Yが確定的に所有権を取得し、Xが所有権を喪失するとい
35 う抗弁（対抗要件具備による所有権喪失の抗弁（売買））

36 2 抗弁となる理由

37 抗弁とは、請求原因と両立し、請求原因から発生する法律効果を障害・
38 消滅・阻止する事実をいう。本件第 1 売買契約（民法 555 条）の成立に
39 より、甲土地の所有権はXに移転する（同法 176 条）。もっとも、Xは、
40 登記を具備しなければ、甲土地の所有権の取得を第三者に対抗できない
41 （同法 177 条）。そのため、Xは、登記を具備するまでは、甲土地の所有
42 権を確定的に取得しておらず、本件第 2 売買契約の成立により、甲土地
43 の所有権はYにも移転する。そして、Yは、登記を具備したことにより、
44 甲土地の所有権を確定的に取得し、Xは、甲土地の所有権を喪失する。

したがって、本件第2売買契約及びYの登記具備は、請求原因である本件第1売買契約と両立し、本件第1売買契約から発生するXへの所有権移転という法律効果を消滅させるため、抗弁となる。

第5 設問3

1 [エ] Yは、本件第2売買契約の際、本件第1売買契約を知っていた。

2(1) 再抗弁とは、抗弁と両立し、抗弁から発生する法律効果を障害・消滅・阻止し、請求原因から発生する法律効果を復活させる事実をいう。

本件第2売買契約及びYの登記具備により、本件第1売買契約から発生するXへの所有権移転という請求原因の法律効果は消滅する。しかし、Yが「第三者」(民法177条)に当たらない場合、Xは、登記を具備せず、甲土地の所有権の取得をYに対抗できる。そして、同条の趣旨は、不動産取引の安全を図る点にあるから、「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外の者で、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうと解する。そうすると、自由競争の範囲から逸脱した背信的悪意者については取引の安全を図る必要がないため、「第三者」に当たらない。したがって、Yが背信的悪意者である場合、Xは、登記を具備しなくても、甲土地の所有権の取得をYに対抗でき、Xへの所有権移転という請求原因の法律効果が復活するため、再抗弁となる。

(2) そして、背信的悪意者の再抗弁の要件事実とは、①悪意と②背信性の評価根拠事実であるところ、オが②に当たるため、エには①に該当する具体的事実が入る。

第6 設問4

1 本件念書は、本件第2売買契約の際、A・Y間で交わされたものである。

したがって、その際に、Yが甲土地を「売却して利益が生じ」るように行動する意思を有していたことは明らかである。

2 また、Yは、甲土地を資材置場として使用しているが、置かれている資材の分量は少なく、それ以外に運搬用のトラックが2台止まっているにすぎない。そして、置かれている物の量が少なく、また、早期に撤収可能な物であることからすると、Yは、甲土地を必要としていたとはいえない。したがって、Yが転売目的を有していたことは明らかである。

3 さらに、Yは、Xに甲土地について「2000万円くらいでどうか」と買取りの提案をしているが、甲土地の時価が1000万円程度であることを把握していたから、提案価格が不当に高額であることを認識していた。そうすると、Yが甲土地を500万円という廉価で購入したことも踏まえれば、Yが高値での転売目的を有していたことは明らかである。

4 加えて、Aは、Xに対して債務不履行責任を負う危険があるのに、Yに甲土地の時価の半額の500万円で売却して登記を移転している。そして、通常、人は何らの利益もなく不利益な行為をしないから、Aは、Yが確実に甲土地を売却して利益を生じさせると認識していたはずである。そうすると、AとYが知人であることも踏まえれば、Aは、Yに対し、本件第2売買契約締結以前に、Xが甲土地を必要としていること及び本件第1売買契約の締結について話していたと考えるのが自然である。したがって、本件念書には甲土地の転売先が記載されていないが、Yが転売先をXと想定していたことは明らかである。 以上

[刑 事]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事 例】

- 1 A（男性，32歳，暴力団甲組組員）は，平成28年2月12日，V（男性，40歳，暴力団乙組幹部組員）を被害者とする殺人未遂罪の被疑事実で逮捕され，同月14日から勾留された後，同年3月4日にI地方裁判所に同罪で公判請求された。

上記公判請求に係る起訴状の公訴事実には「被告人は，平成27年11月1日午後2時頃，H県I市J町1丁目1番3号に所在する暴力団乙組事務所前路上において，同事務所玄関ドア前に立っていたVに対し，殺意をもって，持っていた回転弾倉式拳銃で弾丸3発を発射したが，いずれも命中しなかったため，同人を殺害するに至らなかった。」旨記載されている。

- 2 公判請求までに収集された主な証拠とその概要は次のとおりであった。

証拠① Vの検察官調書

「私は，平成27年11月1日午後2時頃，配下のWを連れて乙組事務所から出掛けることとした。Wが先に玄関ドアから外に出たので，私が少し遅れて玄関ドアから外に出て，歩き出そうとした瞬間，私の左側に立っていたWが私の上半身を両腕で抱え，Wの方に引っ張ったので，私は，W共々左側に倒れ込んだ。倒れ込むと同時に，拳銃の発射音が何発か聞こえた。玄関ドアの南側正面には道路に面した門扉があるが，私は，玄関ドアから出て倒れるまで，門扉の方を見ていなかったし，倒れた後には，門扉の向こう側には誰もいなかった。私の身長は180センチメートルである。」

証拠② W（男性，25歳，暴力団乙組組員）の検察官調書

「私は，平成27年11月1日午後2時頃，私が先に乙組事務所の玄関ドアから外に出て，左手の隅によけ，Vが出てくるのを待っていた。しばらくしてVが玄関ドアから出てきたが，ふと玄関ドアの南側正面にある門扉の方を見ると，門扉の向こう側の右側からマスクをした男が走り出てきて，門扉の正面で止まり，拳銃を両手で持って，玄関ドア前に立っていたVに銃口を向けて構えた。私は，Vが撃たれると思い，とっさにVの上半身に抱き付き，私の方に引き倒すように引っ張った。私とVが倒れるのと前後して，『死ぬ。』という男の声と同時に，拳銃の発射音が複数回した。倒れてから門扉の方を見たが，既に誰もいなかった。拳銃を撃った男が誰かは分からない。」

証拠③ 実況見分調書（平成27年11月1日付け，立会人W）

「本件現場は，H県I市J町1丁目1番3号に所在する暴力団乙組事務所（以下「事務所」という。）玄関ドア付近である。事務所は3階建てのビルであり，南側に玄関ドアがある。事務所の敷地の周囲には高さ約2.5メートルの塀があるが，南側には塀に設置された門扉があり，門扉の高さは約1.3メートルである。事務所敷地南側は道路に面しており，門扉の正面の路上に立つと，事務所玄関ドアが門扉越しに遮る物なく北方向正面に見える。門扉と玄関ドアとの距離は，約3メートルである。玄関ドアは防弾仕様であり，玄関ドアの中央（玄関ドア東端から西方へ約1メートルから約1.3メートル，玄関ドア下端から上方へ約1.3メートルから約1.4メートルの範囲）に，弾丸3個がめり込んでいた。Wは，㊦『私がVに抱き付く前に，Vはこの位置に立っており，私はこの位置に立っていた。』と言って，玄関ドア前にV役の警察官Y（身長180センチメートル）を立たせ，自らは玄関ドア前の脇に立ったので，それぞれの位置を計測したところ，V役Yの位置は，玄関ドアから南側に約50センチメートル，門扉から約2.5メートルの玄関ドア正面であり，門扉の南側路上から見ると，弾丸の玄関ド

ア着弾位置はYの胸部の後方となった。Wの位置は、玄関ドア東端から東方へ約30センチメートル、事務所建物壁から南方へ約1メートルの位置であった。Wは、④『犯人は、門扉の外の路上に立ち、拳銃を玄関ドア方向に向けて真っすぐ構えていた。』と言ったので、Wが犯人と同じくらいの身長の人として選んだ犯人役の警察官Z（身長175センチメートル）を、Wの説明どおりに門扉の南側路上に立たせ、模擬拳銃を玄関ドア方向に真っすぐ構えさせたところ、犯人役Zの立ち位置は、門扉の中央正面（門扉東端から西方へ約1メートル、門扉から南方へ約1メートルの位置）であり、銃口は門扉の上端から約10センチメートル上方であり、銃口から玄関ドアまでは約3メートルであった。」

証拠④ 弾丸3個

証拠⑤ 捜査報告書

「暴力団乙組事務所玄関ドア東側付近に設置されていた防犯カメラの平成27年11月1日午後2時頃の映像は、次のとおりである。午後1時57分頃、Wが事務所玄関ドアから出て、同ドアの東側脇に立つ。午後2時頃、Vが同ドアから出て、同ドア前に立った後、WがVを抱えるようにして東側に倒れ込み、その直後、高速度で物体が玄関ドアに当たり、玄関ドア表面から煙かほこりのようなものが立ち上るとともに、映像が激しく乱れた。なお、同カメラの映像は、玄関ドア周辺しか撮影されていない。」

証拠⑥ B（男性、20歳、青果店手伝い）の検察官調書

「私は、平成27年11月1日当時、甲組の組員見習として同組組員であるAの運転手をしてしたが、同日、私は、Aの指示で、AをH県I市J町まで車で送った。私がAの指示どおりJ町の路上に車を止めると、Aは、『すぐ戻ってくるから。』と言って車から降り、どこかに行った。その時間は午後2時頃だった。5分ほど経過して、少し遠くで『パン、パン』という音が聞こえ、間もなく、マスクをしたAが車に走って戻ってきて、後部座席に乗り込んだ。その際、Aは、右手に拳銃を持っていた。その後、私は、Aの指示どおりAをA方に送った。翌2日、Aの指示で、AをH県K市内のレンタルボックス店まで車で送った。」

証拠⑦ 捜査報告書

「Bの供述からH県K市内のレンタルボックス店を特定し、同店に照会した結果、平成27年11月2日に、A名義で同店のレンタルボックスを借りた者がいることが判明した。そこで、平成28年1月5日、搜索差押許可状に基づき、A名義で貸借中の上記レンタルボックスを搜索したところ、封筒に入れられた回転弾倉式拳銃1丁が発見された。」

証拠⑧ 回転弾倉式拳銃1丁

証拠⑨ 鑑定書

「証拠④の弾丸3個は、口径9mm△△型回転弾倉式拳銃用実包の弾丸であり、発射時に刻まれた擦過痕が一致しているため、同一の拳銃で発射されたものと認められる。証拠⑧の回転弾倉式拳銃1丁は、口径9mmの△△型回転弾倉式拳銃である。科学警察研究所の技官が、証拠⑧の拳銃で試射し、試射弾丸と証拠④の弾丸を対照した結果、試射弾丸と証拠④の弾丸の発射時の擦過痕が一致した。よって、証拠④の弾丸3個は、証拠⑧の拳銃から発射されたものと認められる。」

証拠⑩ 搜索差押調書

「平成28年2月12日、搜索差押許可状に基づきA方の搜索を実施したところ、メモ帳1冊が発見され、本件に関係すると思料される記載があったため、これを押収した。」

証拠⑪ メモ帳1冊（2頁目に『11/1 J町1-1-3』という手書きの記載があり、その下に乙組事務所周辺に似た手書きの地図が記載されている。その他の頁は白紙である

が、表紙の裏にAとCと一緒に写っている写真シールが貼付されている。)

証拠⑫ C(女性、25歳、飲食店従業員)の警察官調書

「私は、平成27年2月頃からAと交際しており、Aが私の家に泊まっていくこともある。Aといつ会ったかなど、いちいち覚えていない。」

証拠⑬ Aの上申書(平成28年2月26日付け)

(A4版のコピー用紙に証拠⑪のメモ帳の2頁目を複写した書面の余白に以下の記載がある。)

「これは私が書いた犯行計画のメモに間違いはない。実行予定日と乙組事務所の住所とその周辺の地図を記載した。」

証拠⑭ Aの検察官調書(平成28年3月1日付け)

「事件の1週間前、乙組の組員が甲組や私の悪口を言っていたという話を聞いたので、私は頭に来て、拳銃を撃って乙組の連中を脅そうと思った。そこで、私は、知人から拳銃を入手し、平成27年11月1日、Bに運転させて、乙組の事務所近くまで車で行き、午後2時頃、私だけ車から降りて乙組事務所に向かった。私は、乙組事務所の門扉に近づくと、ズボンのポケットに入れていた拳銃を取り出し、門扉前の路上から門扉の向こう側正面にある乙組事務所玄関付近を狙って拳銃を3発撃った。目を閉じて撃ったため人が事務所から出てきたことに気付かなかった。」

- 3 受訴裁判所は、平成28年3月7日、Aに対する殺人未遂被告事件を公判前整理手続に付する決定をした。検察官は、同月18日、証明予定事実記載書を同裁判所及びAの弁護人に提出・送付するとともに、同裁判所に⑩証拠①ないし⑨及び⑭の取調べを請求し、Aの弁護人に当該証拠を開示し、Aの弁護人は、同月23日、同証拠の閲覧・謄写をした。Aの弁護人は、同年4月6日、検察官に類型証拠の開示請求をし、検察官は、同月11日、同証拠を開示した。

Aの弁護人は、逮捕直後からAとの接見を繰り返していたが、当初からAが証拠⑭と同旨の供述をしていたため、同月20日の公判前整理手続期日において、⑯「Aが拳銃を撃った犯人であること(以下「犯人性」という。)は争わないが、殺意を争う。」旨の予定主張を裁判所及び検察官に明示するとともに、⑰検察官請求証拠に対する意見を述べた。

- 4 同月30日、Aの弁護人がAと接見したところ、Aは、これまでの供述を翻し、「本当は、自分はやっていない。名前は言えないが世話になった人から頼まれて身代わりになった。押収されたメモ帳もその人のもので、私はそのメモ帳には何も書いていない。自分にはアリバイがあり、犯行当日は、女友達のCと、C方にずっと一緒にいた。」旨述べた。Aの弁護人は、同年5月1日、Cから事情を聞いたところ、Cは、「平成27年11月1日は、Aと自宅にずっと一緒にいた。警察官から取調べを受け、その日のAの行動について尋ねられたが、覚えていないという話をしたかもしれない。」旨述べた。Aの弁護人は、Cの警察官調書の開示請求をしておらず、証拠⑫を閲覧していなかったが、上記の経過を受けて、⑱殺意は争わないが、犯人性を争う方針を固めた。

- 5 平成28年5月20日の公判前整理手続期日において、⑲検察官は、犯人性が争点となったため、証拠⑩、⑪及び⑬の取調べを追加請求したが、Aの弁護人は証拠⑩については同意し、証拠⑪については異議あり、証拠⑬については不同意である旨意見を述べた。

その後、数回の公判前整理手続期日を経て、同年6月15日に、裁判所は、証拠決定をし、争点はAの犯人性であること及び証拠⑥の採用を留保し、Bの証人尋問を実施すること等の証拠の整理結果を確認して審理計画を策定し、公判前整理手続を終結した。公判期日は、同年7月1日から同月6日までと定められた。

〔設問1〕

下線部⑯に関し、Aの弁護人は、証拠⑭と同旨のA供述を基に、Aの殺意について、どのような

出題の趣旨

本問は、犯人性及び殺意の有無が争点となる殺人未遂被告事件を題材に、殺人罪の構成要件、証拠法、公判前整理手続、刑事事実認定の基本構造、証人尋問を含む公判手続についての基本的知識を活用して、殺意の有無に関する当事者の主張（設問1）、実況見分調書の立会人の指示説明部分の証拠能力及びその立証方法（設問2）、公判前整理手続において当事者が主張を変更する場合に採るべき具体的手続（設問3）、証拠から犯人性を推認する場合の証拠構造（設問4）、証人尋問の方法及び異議に対する裁判所の対応（設問5）について、問題に指定してある法曹三者それぞれの立場から主張すべき事実や採るべき対応を検討して回答することを求めており、【事例】に現れた証拠や事実、手続の経過に応じた法曹三者の適切な対応を具体的に検討させることにより、基本的知識の正確な理解及び基礎的実務能力を試すものである。

基本ポイント

- 1 設問1では、まず、殺意とは、人の死という結果発生についての認識・認容をいうことに言及しなければならない。そして、殺意の認定は、その存在を推認させる積極的間接事実の総合評価により、その存在が合理的に推認できるとされた場合、さらに、その不存在を推認させる消極的間接事実を踏まえて、殺意の存在の推認が妨げられないかどうかを検討して行われる。そのため、Aの弁護人は、Aの殺意の不存在を推認させる消極的間接事実を主張することになるところ、証拠⑭中の「脅そうと思った」及び「目を閉じて撃った」という事実は、人の死という結果発生についての認識・認容を否定する方向のものであるから、必ず主張する必要がある。
- 2 まず、設問2小問(1)では、下線部㊦及び㊧が、現場供述である場合は実況見分調書とは別個の伝聞証拠となるが、現場指示である場合は実況見分調書と一体のものとして別個に証拠能力が問題とならないことを踏まえて、検察官は、「現場指示である」と述べるべきであると解答しなければならない。そして、その理由については、下線部㊦及び㊧は、実況見分の動機・契機を示しているにとどまり、Wの供述内容たる事実の真実性を立証するために用いられるものではないと説明することになる。
次に、設問2小問(2)では、実況見分と検証の共通性から、実況見分調書が「書面」（刑訴法 321 条3 項）に含まれることを論じた上で、同条項が規定する伝聞例外の要件を説明することになる。そして、当該要件を充足させるため、検察官は、証拠③の作成者たる警察官についての証人尋問を請求する（刑訴法 298 条1 項）べきであると解答しなければならない。
- 3 設問3では、公判前整理手続が継続中の段階で、Aの弁護人が、その主張について、犯人性は争わないが殺意を争うというものから、殺意は争わないが犯人性を争うというものに変更し、Aのアリバイに関する事実を立証したいと考えている。そこで、Aの弁護人が、刑訴法 316 条の 22 第1 項に基づき予定主張を変更し、かつ、同条2 項に基づきCの証人尋問を請求することになることを説明しなければならない。

4 設問4では、「Aが犯人である事実」の推認過程が問われている。この点について、小問(1)の場合、証拠①ないし⑨並びに証拠⑩及び⑪から認定できる間接事実は、Aが本件犯行の日時場所と符合する記載のあるメモを所持していたという事実（以下「事実①」という。）にとどまる。他方、小問(2)の場合、上記の証拠及び証拠⑬から認定できる間接事実は、Aが本件犯行の日時場所と一致する記載のある犯行計画メモを作成・所持していたという事実（以下「事実②」という。）になる。そのため、事実①に比べて、事実②の方が「Aが犯人である事実」を推認する力が強いことを踏まえて、推認過程を説明する必要がある。

5 まず、設問5小問(1)では、裁判所の対応が問われているところ、主尋問では、原則として誘導尋問が許されず（刑訴規則199条の3第3項本文）、また、本問では例外事由（同条項ただし書各号）もないため、裁判所は、異議を認め、検察官に質問の仕方を変更するよう命ずる決定をすべきである（刑訴規則205条の6第1項）。

次に、設問5小問(2)では、反対尋問において、検察官が調書の一部（Cの署名押印部分）を示す行為をすることの許容性が条文上の根拠とともに問われている。解答の前提として、以下の知識が必要である。

原則	書面等を示すことはできない ∵供述に対する不当な影響を排除する		
例外	刑訴規則199条の10	同一性確認	裁判長の許可不要 ∵証言が物を助ける
	刑訴規則199条の11	記憶喚起	裁判長の許可必要 ∵物が証言を助ける
	刑訴規則199条の12	供述明確化	

本問では、検察官の行為が刑訴規則199条の10又は11を根拠に認められ得ることを説明する必要がある。

応用ポイント

1	（設問3）Aの弁護人が、検察官に対し、変更後の予定主張に関連する証拠として、証拠⑫のCの警察官調書の開示請求（刑訴法316条の22第5項、316条の20）をすべきことを指摘していること →検察官は、証拠⑫については、取調べ請求（同法316条の13第2項）をしていないため、開示（同法316条の14第1項）もしていない。また、問題文にも「Aの弁護人は、Cの警察官調書の開示請求をしておらず、証拠⑫を閲覧していなかった」とある。
2	（設問4）小問(1)及び小問(2)のそれぞれの推認過程において、反対仮説の成り立つ現実的可能性を検討して、事実①及び事実②の推認力を説明していること
3	（設問5小問(1)）検察官の質問が誘導尋問の一種である誤導尋問に当たることを指摘していること
4	（設問5小問(2)）検察官が証拠⑫につきA側に閲覧の機会を与えなければならないことに言及していること →証拠⑫は証拠調べを終わったものでない（刑訴規則199条の10第2項）。

1 第1 設問1

2 1 殺意とは、人の死という結果発生についての認識・認容をいう。

3 2 Aは、乙組事務所玄関付近を狙って拳銃を3発撃ったが、目を閉じて
4 撃ったため、人が事務所から出てきたことに気付かなかった。また、A
5 は、事件の1週間前、乙組の組員が甲組やAの悪口を言っていたという
6 話を聞き、頭に来て、拳銃を撃って乙組の組員を脅かそうと考えたにす
7 ぎない。したがって、Aは、人が死ぬ危険性が高い行為をそのような行
8 為であると分かって犯行に及んだとはいえず、人の死という結果発生に
9 についての認識・認容がないから、殺意はない。

10 第2 設問2

11 1 小問(1)

12 (1) ㉑及び㉒は、Wの現場供述ではなく、現場指示であるとの意見を述
13 べるべきである。

14 (2) ㉑は、WとVが倒れ込む直前のWとVとの位置関係を実況見分で計
15 測した動機を示す意味があるにとどまり、WとVが実際にその位置に
16 立っていたことを証明するために用いられるものではない。また、㉒
17 も、犯人と門扉との位置関係及び銃口から玄関ドアまでの距離を実況
18 見分で計測した動機を示す意味があるにとどまり、実際に犯人がその
19 位置に立っていたこと及び犯人が拳銃を玄関ドアに向けて構えていた
20 ことを証明するために用いられるものではない。

21 2 小問(2)

22 (1) ㉑及び㉒は、Wの供述内容たる事実の真実性が問題とならないから、
23 実況見分と一体のものとして位置付けられる。したがって、㉑及び㉒
24 の証拠能力は、実況見分調書の証拠能力とは別個に問題とならない。

25 (2)ア 実況見分は、検証（刑法（以下「法」）218条）とは、任意処分
26 である点で異なるが、五官の作用により物の性状等を認識するとい
27 う処分の実質の点では異ならない。したがって、実況見分調書は、
28 「書面」（法321条3項）に含まれるため、その要件を満たす場合、
29 証拠能力が認められると解する。

30 イ 証拠③の実況見分調書は、作成者たる警察官が公判期日において
31 証人尋問を受け、証拠③が真正に作成されたものであることを供述
32 した場合、その証拠能力が認められる。なお、作成者は、作成名義
33 の真正だけでなく、記載内容及び見分内容の正確性についても供述
34 する必要があると解される。そこで、検察官は、証拠③の作成者た
35 る警察官についての証人尋問を請求する（法298条1項）。

36 第3 設問3

37 まず、Aの弁護人は、速やかに、裁判所及び検察官に対し、予定主張
38 につき、Aの殺意は争わないが、その犯人性を争うという内容に変更す
39 ることを明らかにする（法316条の22第1項）。次に、裁判所に対し、
40 Aのアリバイに関する事実を証明するため、Cの証人尋問を請求する（同
41 条2項）。そして、検察官に対し、上記の予定主張に関連する証拠として、
42 証拠⑫のCの警察官調書の開示請求をする（同条5項、316条の20）。

43 第4 設問4

44 1 小問(1)

(1) 証拠①ないし⑨から、本件犯行が平成27年11月1日、H県I市J町1丁目1番3号所在の乙組事務所前路上で発生していることが認められる。他方、証拠⑩から、メモ帳（以下「本件メモ帳」）がA方に存在したことが認められ、また、証拠⑪から、本件メモ帳の表紙の裏にAとCと一緒に写った写真が貼付され、2項目に「11/1 J町1-1-3」という手書きの文字と乙組事務所周辺に似た手書きの地図が記載されていることが認められる。

したがって、Aが本件犯行の日時場所と符合する記載のあるメモを所持していたという事実(事実①)が認定できる。

(2) 犯行関与者でなければ、通常、犯行の日時場所と符合する記載のあるメモを所持しないから、事実①は、「Aが犯人である事実」を推認させる。もっとも、記載された日時場所は本件犯行の日時場所を示すものでない可能性がある。また、確かに、本件メモ帳の表紙の裏にはAとCが一緒に写った写真が貼付されており、本件メモ帳の使用者がAである可能性は高いが、上記記載がAによるものでなく、Aがこの記載を認識していなかった可能性もある。したがって、事実①の推認力は限定的である。

2 小問(2)

(1) 証拠⑬から、Aが、本件メモ帳に、犯行計画メモとして実行予定日及び乙組事務所の住所・周辺地図を記載したことが認められる。

したがって、小間(1)と異なり、Aが本件犯行の日時場所と一致する記載のある犯行計画メモを作成・所持していたという事実(事実②)が認定できる。

(2) 犯行関与者でなければ、通常、犯行の日時場所と一致する犯行計画メモを作成・所持しないから、事実②は、「Aが犯人である事実」を推認させる。そして、犯行に無関係の者が濫りにこのようなメモを作成・所持する現実的可能性は低い。したがって、事実②の推認力は強い。

第5 設問5

1 小問(1)

(1) 裁判所は、異議を認め、検察官に質問の仕方を変更するよう命ずる決定をすべきである（刑訴規則（以下略）205条の6第1項）。

(2) 主尋問では、原則として誘導尋問が許されない(199 条の3 第3 項本文)。そして、本問の質問は、平成27 年11 月1 日にA がB の運転する車に乗っていたか否かという、争いのある事実を存在するものと前提して行われているから、誘導尋問の一種である誤導尋問に当たる。

2 小問(2)

(1) 本問の検察官の行為は、裁判長の許可を受けなければ、許されない(199条の11第1項)。

(2) Cは、警察官の取調べを受けた際に警察官調書が作成されたか否かを覚えていないと証言している。そこで、検察官は、Cの「記憶を喚起するため」(199条の11第1項)、本間の行為を行ったといえる。なお、証拠⑫は証拠調べを終わったものでないから、検察官は、あらかじめ、A側に閲覧の機会を与えなければならない(同条3項・199条の10第2項)。以上

MEMO