

予備試験論文式試験

H 2 9 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	8
行政法	10
出題の趣旨・ポイント	14
講師作成答案例	18
民法	20
出題の趣旨・ポイント	22
講師作成答案例	26
商法	28
出題の趣旨・ポイント	30
講師作成答案例	32
民事訴訟法	34
出題の趣旨・ポイント	36
講師作成答案例	40
刑法	42
出題の趣旨・ポイント	44
講師作成答案例	46
刑事訴訟法	48
出題の趣旨・ポイント	50
講師作成答案例	54
法律実務基礎科目（民事）	56
出題の趣旨・ポイント	60
講師作成答案例	64
法律実務基礎科目（刑事）	66
出題の趣旨・ポイント	72
講師作成答案例	76

《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 29 年の予備試験の問題については、平成 29 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 29 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県の特定地域で産出される農産物Xは、1年のうち限られた時期にのみ産出され、同地域の気候・土壌に適応した特産品として著名な農産物であった。Xが特別に豊作になる等の事情があると、価格が下落し、そのブランド価値が下がることが懸念されたことから、A県は、同県で産出されるXの流通量を調整し、一定以上の価格で安定して流通させ、A県産のXのブランド価値を維持し、もってXの生産者を保護するための条例を制定した（以下「本件条例」という。）。

本件条例では、①Xの生産の総量が増大し、あらかじめ定められたXの価格を適正に維持できる最大許容生産量を超えるときは、A県知事は、全ての生産者に対し、全生産量に占める最大許容生産量の超過分の割合と同じ割合で、収穫されたXの廃棄を命ずる、②A県知事は、生産者が廃棄命令に従わない場合には、法律上の手続に従い、県においてXの廃棄を代執行する、③Xの廃棄に起因する損失については補償しない、旨定められた。

条例の制定過程では、Xについて一定割合を一律に廃棄することを命ずる必要があるのか、との意見もあったが、Xの特性から、事前の生産調整、備蓄、加工等は困難であり、迅速な出荷調整の要請にかなう一律廃棄もやむを得ず、また、価格を安定させ、Xのブランド価値を維持するためには、総流通量を一律に規制する必要がある、と説明された。この他、廃棄を命ずるのであれば、一定の補償が必要ではないか等の議論もあったが、価格が著しく下落したときに出荷を制限することはやむを得ないものであり、また、本件条例上の措置によってXの価格が安定することにより、Xのブランド価値が維持され、生産者の利益となり、ひいてはA県全体の農業振興にもつながる等と説明された。

20××年、作付け状況は例年と同じであったものの、天候状況が大きく異なったことから、Xの生産量は著しく増大し、最大許容生産量の1.5倍であった。このため、A県知事は、本件条例に基づき、Xの生産者全てに対し、全生産量に占める最大許容生産量の超過分の割合に相当する3分の1の割合でのXの廃棄を命じた（以下「本件命令」という。）。

甲は、より高品質なXを安定して生産するため、本件条例が制定される前から、特別の栽培法を開発し、天候に左右されない高品質のXを一定量生産しており、20××年も生産量は平年並みであった。また、甲は、独自の顧客を持っていたことから、自らは例年同様の価格で販売できると考えていた。このため、甲は、本件命令にもかかわらず、自らの生産したXを廃棄しないでいたところ、A県知事により、甲が生産したXの3分の1が廃棄された。納得できない甲は、本件条例によってXの廃棄が命じられ、補償もなされないことは、憲法上の財産権の侵害であるとして、訴えを提起しようと考えている。

〔設問〕

甲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、法律と条例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、架空の条例を素材に、憲法上の財産権保障（憲法第29条）についての理解を問うものである。

本件条例は、Xのブランド価値を維持し、Xの生産者を保護する目的で、生産量が増大し、Xの価格を適正に維持できる最大許容生産量を超えるとときに、A県知事は、全ての生産者に対し、全生産量に占める最大許容生産量の超過分の割合と同じ割合で、収穫されたXの廃棄を命じることとしている。まず、このような措置を定める本件条例が、憲法第29条第1項で保障される財産権を侵害する違憲なものであるかを論じる必要がある。その際、本件条例の趣旨・目的と、それを達成するための手段の双方について、森林法違憲判決（最高裁昭和62年4月22日大法廷判決，民集41巻3号408頁）及び証券取引法判決（最高裁平成14年2月13日大法廷判決，民集56巻2号331頁）などを参照しながら、検討する必要がある。特に、規制手段については、甲のように、平年並みの生産高となった者や、天候状況に左右されず一定量を生産することが可能な者が存在することを念頭に置きつつ、その合理性・必要性について考察することが求められるであろう。

次に、本件条例では、Xの廃棄に起因する損失については補償をしないとされているが、それが、憲法上の損失補償請求権（憲法第29条第3項）を侵害する違憲なものであるかを論じる必要がある。この場合、①本件条例が一般的に損失補償規定を置いていないことの合憲性と、②仮に一般的に損失補償規定を置いていないことが合憲であるとしても、甲の事情が、損失補償が認められるべき「特別の犠牲」に該当し、損失補償請求権を侵害すると主張しうるか、という二つの論点がある。これらについて、河川附近地制限令事件（最高裁昭和43年11月27日大法廷判決，刑集22巻12号1402頁）などを参照しながら、検討することが求められる。

基本ポイント

- 1 本問で、甲は、「本件条例によってXの廃棄が命じられ、補償もなされないことは、憲法上の財産権の侵害である」と考えているところ、①「Xを廃棄させられたこと」と②「そのことから生じた損失に対する補償がないこと」は、それぞれ、憲法29条1項ないし2項に関する問題と憲法29条3項に関する問題に対応し、区別されるものである。そのため、甲の主張は、両者を区別して行う必要があり、他方、想定される反論及びあなた自身の見解もこれに対応する形で行うことになる。

なお、①については、甲が、自己の有するXについて本件条例を適用し、これを廃棄の対象とした本件処分が違憲である旨の適用違憲（処分違憲）の主張をすることも考えられるが、本件条例は、適用要件を充足する事態が生じた場合、全ての生産者の有する

Xが廃棄の対象となるように規定しているため、本件処分の根拠である本件条例自体の法令違憲を主張するのが適切である。

- 2 ①については、甲のパートで、甲が侵害された財産権が憲法 29 条の保障する「財産権」であることを主張する必要がある。なぜなら、同法 29 条 2 項は、「財産権の内容は、…法律でこれを定める。」と規定するため、法律（条例も含む。）の規定により、憲法の保障する財産権の内容が確定されるように読めることから、甲の財産権が憲法の次元で保障されているものであることを主張し、これに対する不当な制約が本件条例によりなされているという議論の前提を形成する必要があるからである。

その上で、以下の判例が提示した財産権の制約に関する判断枠組みを踏まえて、甲の主張すべき判断枠組みを検討することになる。

判例（最大判昭 62. 4. 22）
「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法 29 条 2 項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によつて制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、 <u>立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法 29 条 2 項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である…。</u> 」

同判例は、結論として、法令違憲判決を下したが、判断枠組みとしては、一般的に、広い立法裁量を前提とした審査密度の低いものともいえる。そのため、甲のパートでは、例えば、同判例の判断枠組みの中の「明らか」を除去した基準や厳格な合理性の基準等の厳格度を高めた判断枠組みが採用されるべきであると主張することになる。

他方、A県からは、同判例を根拠とした反論が想定されるため、私見のパートでは、自己の採用する判断枠組みを提示した上で、本件条例の制定過程の議論の内容に言及しつつ、甲のような特別の栽培法を有する生産者を除外しない一律規制が本件条例の目的実現との関係で必要性・合理性を有するかどうかについて検討することになる。

- 3 ②については、まず、甲は、憲法 29 条 3 項を直接の根拠として損失補償請求をすることができるため、本件条例に損失補償規定がないことは、同条項に反しないことに言及

する必要がある。その上で、判例（最大判 43. 11. 27）が、「補償」（憲法 29 条 3 項）の要件として、財産権の制約が「特定の人に対し、特別に財産上の犠牲を強いるもの」であることを必要としていることを踏まえて、まず、甲のパートでは、Xを廃棄したことから生じた甲の損失が特別の犠牲に当たることを主張する必要がある（なお、対象が特定の人かどうかは、重視されない傾向にある。）。他方、A県からは、特別の犠牲に該当しないと主張が想定されるため、私見のパートでは、以下の着眼点を参考にして、特別の犠牲の有無を検討することになる。なお、検討事項の（ ）内は補償の要否の方向性を示している。

	着眼点	検討事項
1	制約の対象者	一般人か（不要）、特定の個人・集団か（必要）
2	制約の目的	消極目的・警察目的か（不要）、積極目的か（必要）
3	制約の態様	現状凍結か（不要）、現状変更か（必要）、期間が短い（不要）、長い（必要）
4	制約の程度（強度）	内在的制約の範囲内か（不要）、財産権の本質的内容を侵すか（必要） ※ 当該財産権の従前の利用形態等も考慮する。
5	制約される権利の性質	権利自体に制約が内在していたか（不要）、していなかったか（必要）

応用ポイント

1	本間の事例が既得権侵害（事後法）の事例（最大判昭 53. 7. 12 参照）かどうかの検討をしていること →既得権侵害（個人が現に有する財産権の侵害）の事例と捉える場合、昭和 62 年判例の判断枠組みよりも厳格なものを採用すべきであるとの主張が容易になる。この点について、本問では、甲は、本件条例が制定される前から、特別の栽培法を開発してXを生産・出荷していたことから、甲のXを出荷する権利は、本件条例により事後的に侵害されたものと捉えることができる。他方、本問では、本件命令が出されたのが「20××年」であるところ、その年以前に本件条例が制定されていたと読むのが自然であるため、本件条例制定時には、本件命令の対象となったXの所有権を甲は現に有していなかったことになるから、甲のXに対する所有権は、本件条例により事後的に侵害されたものと捉えることができないことになる。そして、既得権侵害の事例と捉えない場合、昭和 62 年判例等を踏まえて、議論を組み立てることになる。
2	本件条例では、損失補償規定が存在しないにとどまらず、「③Xの廃棄に起因する損失については補償しない、旨定められた。」とあることを踏まえて検討していること

→甲の立場からは，特別の犠牲が存在することを主張するだけでなく，本件条例③が損失補償請求権を侵害することも主張することになる。

1 第1 甲の憲法上の主張

2 1(1) 甲は、本件条例制定後の20××年に生産したXの3分の1（以下
3 「本件X」）について、本件条例①に基づく本件命令を受けた上、本件
4 条例②に基づき、本件Xを廃棄されている（以下「本件措置」）。そこ
5 で、本件条例①及び②は、憲法29条1項及び2項に反する。

6 (2)ア 憲法29条1項は、私有財産制度だけでなく、国民の個々の財産権
7 をも保障するものである。そして、所有権は、近代市民社会におい
8 て財産の私的所有の法的根拠として機能してきた重要な権利であり、
9 「財産権」に含まれる。したがって、甲の本件Xの所有権は、憲法
10 29条1項により保障される。

11 イ 他方、本件条例①及び②は、本件Xの廃棄命令及び廃棄の代執行
12 を規定するものであるから、甲の本件Xの所有権を奪うものであり、
13 財産権を制約する（憲法29条2項）。

14 ウ そして、本件条例①及び②に基づく制約は、財産権の核心部分で
15 ある所有権という重要な権利を対象とするものである。また、その
16 態様もXの廃棄を義務付けるにとどまらず、廃棄の代執行まで許容
17 するものであるから、実効性も高く、Xの所有権を強制的に剥奪す
18 るものである。したがって、本件条例①及び②に基づく制約は重要
19 な権利に対する強度の制約というべきである。そこで、本件条例①
20 及び②は、目的が重要で、手段が必要最小限度でない限り、違憲に
21 なる。

22 本件条例①及び②の目的は、Xのブランド価値を維持してXの生
23 産者を保護する点にある。しかし、本来、農作物の品質・ブランド
24 価値は、個々の農家の自助努力により支えられるべきものであり、
25 甲のように、特別の栽培法の開発により、高品質のXを生産できる
26 者も存在する。したがって、立法により保護すべき性質のものでは
27 ないから、目的は重要でない。また、甲のように、Xの特性にもか
28 かわらず、天候に左右されることなくXを一定量生産できる者も存
29 在するところ、事前の生産調整ができる者まで総流通量の規制下
30 におき、最大許容生産量を超えた場合に一律に廃棄義務を課すことは
31 過剰であり、手段は必要最小限度でない。

32 よって、本件条例①及び②は、憲法29条1項及び2項に反する。

33 2(1) 本件条例③は、Xの廃棄に起因する損失を補償しない旨規定する
34 から、甲の損失補償請求権を侵害し、憲法29条3項に反する。

35 (2)ア 憲法29条3項は、損失補償請求権を保障するところ、同条項を直
36 接の根拠とした損失補償請求権をも認めるものである。

37 イ まず、本件措置は、Xのブランド価値を維持して生産者を保護す
38 るという広く社会公共のために、本件Xの所有権を剥奪するもので
39 あるから、「公共のために用ひる」に当たる。そして、本件措置は、
40 Xの所有権を剥奪するものであり、財産権の本質的内容を侵す強度
41 の高いものである。したがって、甲は、特別の犠牲を被ったといえ
42 るから、同条項に基づく損失補償請求権を有する。

43 第2 私見

44 1(1) まず、A県からは、以下の反論が想定される。すなわち、財産権に

45 対する規制は、財産権の種類・性質等多種多様であり、また、規制
46 目的も種々様々となるから、これについては広範な立法裁量（憲法 29
47 条 2 項）がある。したがって、本件条例①及び②は、目的が公共の福
48 祉に合致しないことが明らかであるか、手段が目的を達成するための
49 手段として必要性又は合理性に欠けることが明らかである場合に限り、
50 違憲となる。そして、本件条例①及び②の目的は、A 県産の X のブラ
51 ンド価値を維持し、A 県の X 生産者全体を保護する点にあるから、公
52 共の福祉に合致しないことが明らかではない。そして、X の特性から
53 迅速な出荷調整の要請が必要であるため一律廃棄はやむを得ず、また、
54 A 県産の X 全体のブランド価値の維持のためには総流通量の一律規制
55 も必要であるから、手段が必要性又は合理性に欠けることが明らかで
56 はない。したがって、本件条例①及び②は、憲法 29 条 1 項及び 2 項に
57 反しない。

58 (2) しかし、甲の主張する通り、本件条例①及び②に基づく制約の対象
59 は、財産権の核心部分である所有権という重要な権利であり、その態
60 様も、X の廃棄義務付けと代執行という実効性が高く X の所有権を強
61 制的に剥奪するものである。したがって、立法裁量を限定すべきであ
62 るから、本件条例①及び②は、目的が公共の福祉に合致しないか、手
63 段が目的を達成するための手段として必要性又は合理性に欠ける場合
64 に限り、違憲となると解する。

65 確かに、本件条例①及び②の目的は、A 県産の X のブランド価値を
66 維持し、A 県の X 生産者全体を保護する点にあるといえる。したがっ
67 て、社会全体の利益を図るための規制として正当であるから、公共の
68 福祉に合致しないとはいえない。しかし、甲のように、X の生産量を
69 調整することができ、かつ、独自の顧客を有する者は、X の全生産量
70 を不用意に増加させることがなく、また、一般市場での総流通量も増
71 加させない。したがって、A 県が主張する X の一律廃棄及び総流通量
72 の一律規制の必要性及び合理性は、甲のような生産者との関係では、
73 認められないから、手段は必要性又は合理性に欠ける。よって、本件
74 条例①及び②は、憲法 29 条 1 項及び 2 項に反する。

75 2(1) 次に、A 県からは、本件措置により個々の生産者の廃棄すべき量は、
76 最大許容生産量の超過部分の割合と同じであるから、公平であり、甲
77 に特別の犠牲はなく、憲法 29 条 3 項に反しないとの反論が想定される。

78 (2) ア 前提として、本件条例は損失補償規定を欠くが、憲法 29 条 3 項を
79 直接の根拠とした損失補償請求権が認められるから、違憲ではない。

80 イ そして、同条項の趣旨は、一部の国民に生じた特別の負担を国民
81 全体の負担に転嫁することで公平を確保する点にあるから、損失補
82 償請求権の要件として特別の犠牲が必要であると解する。確かに、
83 本件措置により、X のブランド価値が維持されると X の生産者全体
84 の利益になるから、甲に特別の犠牲はないとも思える。しかし、A
85 県全体の農業振興につながるのであれば、X の生産者のみが負担を
86 受忍すべき理由はないから、甲に特別の犠牲があるといえる。した
87 がって、甲は、同条項に基づく損失補償請求権を有するから、これ
88 を侵害する本件条例③は、憲法 29 条 3 項に反する。 以上

[行政法]

産業廃棄物の処分等を業とする株式会社Aは、甲県の山中に産業廃棄物の最終処分場（以下「本件処分場」という。）を設置することを計画し、甲県知事Bに対し、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「法」という。）第15条第1項に基づく産業廃棄物処理施設の設置許可の申請（以下「本件申請」という。）をした。

Bは、同条第4項に基づき、本件申請に係る必要事項を告示し、申請書類及び本件処分場の設置が周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類（Aが同条第3項に基づき申請書に添付したもの。以下「本件調査書」という。）を公衆の縦覧に供するとともに、これらの書類を踏まえて許可要件に関する審査を行い、本件申請が法第15条の2第1項所定の要件を全て満たしていると判断するに至った。

しかし、本件処分場の設置予定地（以下「本件予定地」という。）の周辺では新種の高級ぶどうの栽培が盛んであったため、周辺の住民及びぶどう栽培農家（以下、併せて「住民」という。）の一部は、本件処分場が設置されると、地下水の汚染や有害物質の飛散により、住民の健康が脅かされるだけでなく、ぶどうの栽培にも影響が及ぶのではないかと懸念を抱き、Bに対して本件申請を不許可とするように求める法第15条第6項の意見書を提出し、本件処分場の設置に反対する運動を行った。

そこで、Bは、本件申請に対する許可を一旦留保した上で、Aに対し、住民と十分に協議し、紛争を円満に解決するように求める行政指導を行った。これを受けて、Aは、住民に対する説明会を開催し、本件調査書に基づき本件処分場の安全性を説明するとともに、住民に対し、本件処分場の安全性を直接確認してもらうため、工事又は業務に支障のない限り、住民が工事現場及び完成後の本件処分場の施設を見学することを認める旨の提案（以下「本件提案」という。）をした。

本件提案を受けて、反対派住民の一部は態度を軟化させたが、その後、上記の説明会に際してAが、(ア)住民のように装ったA社従業員を説明会に参加させ、本件処分場の安全性に問題がないとする方向の質問をさせたり意見を述べさせたりした、(イ)あえて手狭な説明会場を準備し、賛成派住民を早めに会場に到着させて、反対派住民が十分に参加できないような形で説明会を運営した、という行為に及んでいたことが判明した。

その結果、反対派住民は本件処分場の設置に強く反発し、Aが本件処分場の安全性に関する説明を尽くしても、円満な解決には至らなかった。他方で、建設資材の価格が上昇しAの経営状況を圧迫するおそれが生じていたことから、Aは、本件提案を撤回し、説明会の継続を断念することとし、Bに対し、前記の行政指導にはこれ以上応じられないので直ちに本件申請に対して許可をするように求める旨の内容証明郵便を送付した。

これを受けて、Bは、Aに対し、説明会の運営方法を改善するとともに再度本件提案をすることにより住民との紛争を円満に解決するように求める行政指導を行って許可の留保を継続し、Aも、これに従い、月1回程度の説明会を開催して再度本件提案をするなどして住民の説得を試みたものの、結局、事態が改善する見通しは得られなかった。そこで、Bは、上記の内容証明郵便の送付を受けてから10か月経過後、本件申請に対する許可（以下「本件許可」という。）をした。

Aは、この間も建設資材の価格が上昇したため、本件許可の遅延により生じた損害の賠償を求めて、国家賠償法に基づき、甲県を被告とする国家賠償請求訴訟を提起した。

他方、本件予定地の周辺に居住するC1及びC2は、本件許可の取消しを求めて甲県を被告とする取消訴訟を提起した。原告両名の置かれている状況は、次のとおりである。C1は、本件予定地から下流側に約2キロメートル離れた場所に居住しており、居住地内の果樹園で地下水を利用して新種の高級ぶどうを栽培しているが、地下水は飲用していない。C2は、本件予定地から上流側に約500メートル離れた場所に居住しており、地下水を飲用している。なお、環境省が法第15条

第3項の調査に関する技術的な事項を取りまとめた公表している指針において、同調査は、施設の種類及び規模、自然的条件並びに社会的条件を踏まえて、当該施設の設置が生活環境に影響を及ぼすおそれがある地域を対象地域として行うものとされているところ、本件調査書において、C2の居住地は上記の対象地域に含まれているが、C1の居住地はこれに含まれていない。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、関係法令の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

Aは、上記の国家賠償請求訴訟において、本件申請に対する許可の留保の違法性に関し、どのような主張をすべきか。解答に当たっては、上記の許可の留保がいつの時点から違法になるかを示すとともに、想定される甲県の反論を踏まえつつ検討しなさい。

〔設問2〕

上記の取消訴訟において、C1及びC2に原告適格は認められるか。解答に当たっては、①仮に本件処分場の有害物質が地下水に浸透した場合、それが、下流側のC1の居住地に到達するおそれは認められるが、上流側のC2の居住地に到達するおそれはないこと、②仮に本件処分場の有害物質が風等の影響で飛散した場合、それがC1及びC2の居住地に到達するおそれの有無については明らかでないことの2点を前提にすること。

【資料】

○ 廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和45年法律第137号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、廃棄物の排出を抑制し、及び廃棄物の適正な分別、保管、収集、運搬、再生、処分等の処理をし、並びに生活環境を清潔にすることにより、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図ることを目的とする。

（産業廃棄物処理施設）

第15条 産業廃棄物処理施設（廃プラスチック類処理施設、産業廃棄物の最終処分場その他の産業廃棄物の処理施設で政令で定めるものをいう。以下同じ。）を設置しようとする者は、当該産業廃棄物処理施設を設置しようとする地を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 前項の許可を受けようとする者は、環境省令で定めるところにより、次に掲げる事項を記載した申請書を提出しなければならない。

一～九 （略）

3 前項の申請書には、環境省令で定めるところにより、当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類を添付しなければならない。（以下略）

4 都道府県知事は、産業廃棄物処理施設（中略）について第1項の許可の申請があつた場合には、遅滞なく、第2項（中略）に掲げる事項、申請年月日及び縦覧場所を告示するとともに、同項の申請書及び前項の書類（中略）を当該告示の日から1月間公衆の縦覧に供しなければならない。

5 （略）

6 第4項の規定による告示があつたときは、当該産業廃棄物処理施設の設置に関し利害関係を有する者は、同項の縦覧期間満了の日の翌日から起算して2週間を経過する日までに、当該都道府県知事に生活環境の保全上の見地からの意見書を提出することができる。

（許可の基準等）

第15条の2 都道府県知事は、前条第1項の許可の申請が次の各号のいずれにも適合していると認めるときでなければ、同項の許可をしてはならない。

一 その産業廃棄物処理施設の設置に関する計画が環境省令で定める技術上の基準に適合していること。

二 その産業廃棄物処理施設の設置に関する計画及び維持管理に関する計画が当該産業廃棄物処理施設に係る周辺地域の生活環境の保全及び環境省令で定める周辺の施設について適正な配慮がなされたものであること。

三 申請者の能力がその産業廃棄物処理施設の設置に関する計画及び維持管理に関する計画に従つて当該産業廃棄物処理施設の設置及び維持管理を的確に、かつ、継続して行うに足りるものとして環境省令で定める基準に適合するものであること。

四 （略）

2～5 （略）

○ 廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行規則（昭和46年厚生省令第35号）（抜粋）

（生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類）

第11条の2 法第15条第3項の書類には、次に掲げる事項を記載しなければならない。

一 設置しようとする産業廃棄物処理施設の種類及び規模並びに処理する産業廃棄物の種類を勘案し、当該産業廃棄物処理施設を設置することに伴い生ずる大気質、騒音、振動、悪臭、水質又は地下水に係る事項のうち、周辺地域の生活環境に影響を及ぼすおそれがあるものとして調

- 査を行つたもの（以下この条において「産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目」という。）
- 二 産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目の現況及びその把握の方法
 - 三 当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響の程度を予測するために把握した水象，気象その他自然的条件及び人口，土地利用その他社会的条件の現況並びにその把握の方法
 - 四 当該産業廃棄物処理施設を設置することにより予測される産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目に係る変化の程度及び当該変化の及ぶ範囲並びにその予測の方法
 - 五 当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響の程度を分析した結果
 - 六 大気質，騒音，振動，悪臭，水質又は地下水のうち，これらに係る事項を産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目に含めなかつたもの及びその理由
 - 七 その他当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査に関して参考となる事項

出題の趣旨

設問1は、産業廃棄物処理施設の設置許可の申請に対し、知事が許可を留保した上で、周辺住民との紛争を調整する行政指導を行った事例について、国家賠償法上の違法性の検討を求めるものである。

マンションの建築確認を留保して周辺住民との紛争を調整する行政指導を行った事案である最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁を踏まえ、行政指導が継続されている状況の下で許可の留保が違法になる要件として、申請者において許可を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明したこと、及び、申請者が受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、申請者の行政指導への不協力が社会通念上正義の観念に反するといえるような特段の事情がないことの二つを適切に示すことが求められる。

その上で、問題文中に示された事実を適切に上記の要件に当てはめて、許可の留保の違法性を主張することが求められる。具体的には、真摯かつ明確な意思の表明に関する事情として、内容証明郵便の送付が挙げられる。次に、特段の事情の有無に関わる事情として、①Aの受ける不利益（建設費用の高騰による経営の圧迫）、②行政指導の目的とする公益（周辺住民との十分な協議による紛争の円満解決）、③社会通念上正義の観念に反する事情（説明会におけるAの不誠実な対応やAが示した譲歩策の撤回）が挙げられる。これらの事実を示した上で説得力ある主張を展開することが求められる。なお、上記①及び③の事情については、意思表示の真摯性と関係付けて論じることが考えられる。

設問2は、付近住民が産業廃棄物処理施設の設置許可に対する取消訴訟を提起した場合に、原告適格が認められるか否かを問うものである。「法律上の利益」の解釈を踏まえ、行政事件訴訟法第9条第2項の考慮要素に即して、関係する法令の規定や原告らの置かれている利益状況を適切に考慮して、その有無を判断することが求められる。

まず、法令の趣旨・目的の検討については、廃棄物の処理及び清掃に関する法律第1条の目的規定に定める「生活環境の保全及び公衆衛生の向上」や第15条第6項の定める利害関係者の意見提出権、第15条の2第1項第2号の許可基準の定める「周辺地域の生活環境の保全」等が原告適格を基礎付ける要素に当たるか、また、同法施行規則第11条の2が「周辺地域の生活環境に及ぼす影響」の調査を求めていることが原告適格を基礎付ける要素に当たるかを検討することが求められる。

次に、設置許可において考慮されるべきC1及びC2それぞれの利益の内容・性質について検討することが求められる。本件処分場がもたらす環境影響として、有害物質の飛散と地下水の汚染がもたらす健康被害や生業上の損害（農作物への被害）が考えられるが、これらの利益の内容及び性質（重要性や回復可能性等）や侵害の可能性を踏まえて判断することが求められる。

さらに、原告適格が認められる者の具体的範囲について、本件調査書における「対象地域」をどのように考慮し得るかが問題となる。近時の判例（最判平成26年7月29

日民集68巻6号620頁)では、本問と類似の事案において、具体的な権利侵害の証明がされない場合でも、対象地域内に居住すること等を考慮して原告適格が認められており、この判断を踏まえた検討がされることが望ましい。

基本ポイント

- 1 設問1では、短答式試験で頻出の下記の判例を踏まえて、Aの主張を検討する必要がある。

判例 (最判昭 60. 7. 16)

「関係地方公共団体において、当該建築確認申請に係る建築物が建築計画どおりに建築されると付近住民に対し少なからぬ日照障害、風害等の被害を及ぼし、良好な居住環境あるいは市街環境を損なうことになるものと考えて、当該地域の生活環境の維持、向上を図るために、建築主に対し、当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては、社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確認処分を留保し、行政指導の結果に期待することがあつたとしても、これをもつて直ちに違法な措置であるとまではいえないというべきである。もつとも、右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものであるから、建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確に表明している場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない筋合のものであるといわなければならない、建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法であると解するのが相当である。したがって、いったん行政指導に応じて建築主と付近住民との間に話し合いによる紛争解決をめざして協議が始められた場合でも、右協議の進行状況及び四囲の客観的状况により、建築主において建築主事に対し、確認処分を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、他に前記特段の事情が存在するものと認められない限り、当該行政指導を理由に建築主に対し確認処分の留保の措置を受忍せしめることの許されないことは前述のとおりであるから、それ以後の右行政指導を理由とする確認処分の留保は、違法となるものといわなければならない。」

同判例を踏まえて、許可の留保が違法となる時点はAが送付した内容証明郵便がBに

到達した時点であることを指摘し、また、想定される甲県の反論に言及することになる。

- 2 設問2では、C1とC2の相違点（本件予定地と居住地の距離・位置関係、地下水の飲用・利用の有無等）を意識しつつ、その原告適格の有無を検討しなければならない。そして、その検討に際しては、まず、以下の判例を踏まえた判断枠組みを示す必要がある。

判例（最大判平17.12.7）

「行政事件訴訟法9条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条1項にいう当該処分の取消しを求めるにつき『法律上の利益を有する者』とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである。そして、処分の相手方以外の者について上記の法律上保護された利益の有無を判断するに当たっては、当該処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮し、この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌し、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案すべきものである（同条2項参照）。」

その上で、下記の認定手順をベースにして、原告適格の有無を判断することになる。

①保護範囲要件の認定

→原告の利益が当該処分に関する個別行政法令により保護される利益に含まれるか
（⑦処分の根拠規定を確認し、①処分の根拠法令の趣旨・目的を（目的を共通にする関係法令の趣旨・目的も参酌して）考慮する）

②個別保護要件の認定

→①で保護されると認定した利益が一般的公益にとどまらず個々人の個別的利益としても保護されているか（一般的公益の中に吸収解消されない個別的利益を切り出すために、被侵害利益の内容・性質を（侵害の態様・程度も勘案して）考慮する）

③保護範囲の画定

→原告適格が認められる者とそうでない者との間の線をどこに引くか（被侵害利益の内容・性質を（侵害の態様・程度も勘案して）考慮する）

（中原茂樹『基本行政法』（第3版）P327以下を参考にした。）

応用ポイント

1	（設問 1）甲県の反論において，昭和 60 年判例が示した「特段の事情」に該当する事実を摘示していること →住民説明会における A の（ア）及び（イ）の行為は「特段の事情」に該当し得る。
2	（設問 2）保護範囲の画定において，関連判例（最判平 26. 7. 29）を踏まえた検討をしていること →平成 26 年判例は，本問と類似の事案において，「本件処分場の種類や規模等を踏まえ，その位置と…居住地との距離関係などに加えて，環境影響調査報告書において調査の対象とされる地域が，…一般に当該最終処分場の設置により生活環境に影響が及ぶおそれのある地域として選定されるものであることを考慮すれば，…上告人らについては，本件処分場から有害な物質が排出された場合にこれに起因する大気や土壌の汚染，水質の汚濁，悪臭等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるものと想定される地域に居住するものといえることができ，…著しい被害を直接的に受けるおそれのある者に当たると認められるから，…処分の取消しを求める原告適格を有するものと解するのが相当である。」と判示している。そのため，本件調査書において，C 2 の居住地は調査対象地域に含まれているが，C 1 の居住地はこれに含まれていない点を考慮することになる。

講師作成答案例

1 第1 設問1

2 1 行政指導に応じていた申請者が、①許可権者に対し、許可を留保され
3 たままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に
4 表明し、その申請に対して直ちに応答すべきことを求めている場合、②
5 申請者が受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較
6 衡量して、行政指導に対する申請者の不協力が社会通念上正義の観念に
7 反するといえる特段の事情がない限り、①の時点以後の行政指導を理由
8 とする許可の留保は、「違法」(国賠法1条1項)となる。

9 2(1) これを前提に、まず、Aは、行政指導にはこれ以上応じられないの
10 で直ちに本件申請に対して許可をするように求める旨の内容証明郵便
11 により、Bに対し、Aの意思が真摯かつ明確に表明されたから、当該
12 郵便がBに到達した時以後、許可の留保は違法となる、と主張する。

13 (2) 他方、甲県からは、①Aは、内容証明郵便送付後も、行政指導に従
14 い、月1回程度の説明会を開催して再度本件提案をする等の住民説得
15 を試みているから、不協力の意思が真摯かつ明確に表明されていると
16 はいえない、との反論が想定される。また、②Aは建設資材の価格の
17 上昇により財産上の不利益を被っているとしても、最終処分場の設置
18 許可が問題となっているのであるから、申請者が周辺住民の健康及び
19 生活環境に関する利益に配慮し、住民と十分に協議して紛争を円満に
20 解決するという公益上の必要性の方が高く認められる。しかし、Aは、
21 説明会に際して(ア)及び(イ)という不適切な行為に及んでいる。
22 そうすると、行政指導に対するAの不協力は社会通念上正義の観念に
23 反するといえる特段の事情がある、との反論も想定される。

24 (3) そこで、Aは、上記(1)の主張に加えて、以下のように主張する。す
25 なわち、①Aが内容証明郵便送付後も行政指導に従ったのは、許可の
26 留保が継続されていたからにすぎない。また、②Aは、説明会で、本
27 件処分場の安全性の説明だけでなく、その安全性を直接確認してもら
28 うための施設見学の提案もした。そうすると、Aは、住民と協議して
29 紛争を円満に解決するという公益上の必要性に応える形で行政指導に
30 従っていたのであり、他方、経営状況を圧迫するおそれがある程の財
31 産上の不利益を負っていることからすると、行政指導に対するAの不
32 協力は社会通念上正義の観念に反するといえる特段の事情はない。

33 第2 設問2

34 1 処分の取消訴訟(行訴法3条2項)の原告適格が認められる「法律上
35 の利益を有する者」(同法9条1項)とは、当該処分により自己の権利若
36 しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれ
37 のある者をいうと解する。そして、当該処分を定めた行政法規が、不特
38 定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめ
39 ず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきもの
40 とする趣旨を含むと解される場合、この利益は法律上保護された利益に
41 当たると解する。なお、処分の相手方以外の者について、法律上の利益
42 の有無を判断するに当たっては、同法9条2項所定の事項を考慮する。

43 2 本件で、C1及びC2の主張する利益は、周辺住民の健康ないしぶど
44 う栽培農家に係る利益である。一方、法は、生活環境の保全及び公衆衛

生の向上を図ることを目的とし（法1条）、施設設置の許可（法15条1項）の実体的要件も、産廃施設の設置及び維持管理に関する計画が周辺地域の生活環境の保全について適正な配慮がなされたものであることである（法15条の2第1項2号）。また、手続的要件も、申請者が産廃施設の設置が周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査結果を記載した書類（以下「調査書」）を申請書に添付することである（法15条3項）。そして、調査書には、産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目及びその現況等（法施行規則11条の2第1号、2号）や当該施設の設置が周辺地域の生活環境に及ぼす影響の程度を分析した結果（同条5号）等が記載されており、申請書及び調査書が公衆の縦覧に供される（法15条4項）結果、当該施設の設置に関する利害関係者は、生活環境の保全上の見地からの意見書を提出できる（同条6項）。そうすると、法の目的規定その他の各規定からも、本件許可の根拠規定である法15条1項は、当該施設の周辺地域の生活環境を保護する趣旨を含むと解される。

さらに、当該施設からの有害物質の排出に起因する大気・土壌汚染、水質汚濁及び悪臭等により周辺地域の住民が直接的に受ける健康又は生活環境上の被害の程度は、居住地と当該施設との近接度合いによっては、著しいものとなり得る。そうすると、当該施設の周辺地域の生活環境の保護を趣旨とする法15条1項は、当該施設からの有害物質の排出に起因する健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解される。

したがって、周辺住民のうち、当該施設から有害物質が排出された場合に健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者には、「法律上の利益」が認められるから、当該施設の設置許可の取消訴訟における原告適格がある。

- 3(1) C1は、本件処分場の有害物質が地下水に浸透した場合、その居住地に到達されるおそれがあるため、ぶどう栽培で被害を受けるおそれがあるが、農業に係る利益は、法律上保護された利益に含まれない。また、C1は、地下水を飲用しておらず、これによる直接的な健康被害も受けない。そして、C1の居住地は、本件処分場から有害物質が飛散した場合に到達されるおそれの有無が明らかでなく、本件調査書の対象地域にも含まれていない。したがって、C1は、本件処分場から有害物質が排出された場合に健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者とはいえないから、原告適格がない。
- (2) C2は、本件処分場の有害物質が地下水に浸透した場合でも、その居住地に到達されるおそれはなく、地下水の飲用による直接的な健康被害を受けない。しかし、C2の居住地は、本件予定地との距離が500メートルしかない上、本件調査書の対象地域に含まれているから、本件処分場の設置が生活環境に影響が及ぼすおそれが認められる。そうすると、本件処分場から有害物質が飛散した場合にその居住地に到達するおそれの有無が明らかでないとしても、C2は、本件処分場から有害な物質が排出された場合に健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者といえるから、原告適格がある。以上

【民 法】

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。

【事実】

1. Aは、年来の友人であるBから、B所有の甲建物の購入を持ち掛けられた。Aは、甲建物を気に入り、平成23年7月14日、Bとの間で、甲建物を1000万円で購入する旨の契約を締結し、同日、Bに対して代金全額を支払った。この際、法律の知識に乏しいAは、甲建物を管理するために必要であるというBの言葉を信じ、Aが甲建物の使用を開始するまでは甲建物の登記名義を引き続きBが保有することを承諾した。
2. Bは、自身が営む事業の資金繰りに窮していたため、Aに甲建物を売却した当時から、甲建物の登記名義を自分の下にとどめ、折を見て甲建物を他の者に売却して金銭を得ようと企てていた。もっとも、平成23年9月に入り、親戚から「不動産を買ったのならば登記名義を移してもらった方がよい。」という助言を受けたAが、甲建物の登記を求めてきたため、Bは、法律に疎いAが自分を信じ切っていることを利用して、何らかの方法でAを欺く必要があると考えた。そこで、Bは、実際にはAからの借金は一切存在しないにもかかわらず、AのBに対する300万円の架空の貸金債権（貸付日平成23年9月21日、弁済期平成24年9月21日）を担保するためにBがAに甲建物を譲渡する旨の譲渡担保設定契約書と、譲渡担保を登記原因とする甲建物についての所有権移転登記の登記申請書を作成した上で、平成23年9月21日、Aを呼び出し、これらの書面を提示した。Aは、これらの書面の意味を理解できなかったが、これで甲建物の登記名義の移転は万全であるというBの言葉を鵜呑みにし、書面を持ち帰って検討したりすることなく、その場でそれらの書面に署名・押印した。同日、Bは、これらの書面を用いて、甲建物について譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記（以下「本件登記」という。）を行った。
3. 平成23年12月13日、Bは、不動産業者Cとの間で、甲建物をCに500万円で売却する旨の契約を締結し、同日、Cから代金全額を受領するとともに、甲建物をCに引き渡した。この契約の締結に際して、Bは、【事実】2の譲渡担保設定契約書と甲建物の登記事項証明書をCに提示した上で、甲建物にはAのために譲渡担保が設定されているが、弁済期にCがAに対し【事実】2の貸金債権を弁済することにより、Aの譲渡担保権を消滅させることができる旨を説明し、このことを考慮して甲建物の代金が低く設定された。Cは、Aが実際には甲建物の譲渡担保権者でないことを知らなかったが、知らなかったことについて過失があった。
4. 平成24年9月21日、Cは、A宅に出向き、自分がBに代わって【事実】2の貸金債権を弁済する旨を伝え、300万円及びこれに対する平成23年9月21日から平成24年9月21日までの利息に相当する金額を現金でAに支払おうとしたが、Aは、Bに金銭を貸した覚えはないとして、その受領を拒んだ。そのため、Cは、同日、債権者による受領拒否を理由として、弁済供託を行った。

〔設問 1〕

Cは、Aに対し、甲建物の所有権に基づき、本件登記の抹消登記手続を請求することができかどうかを検討しなさい。

【事実（続き）】

5. 平成25年3月1日、AとCとの間で、甲建物の所有権がCに帰属する旨の裁判上の和解が成立した。それに従って、Cを甲建物の所有者とする登記が行われた。

6. 平成25年4月1日、Cは甲建物をDに賃貸した。その賃貸借契約では、契約期間は5年、賃料は近隣の賃料相場25万円よりも少し低い月額20万円とし、通常の使用により必要となる修繕については、その費用をDが負担することが合意された。その後、Dは、甲建物を趣味の油絵を描くアトリエとして使用していたが、本業の事業が忙しくなったことから甲建物をあまり使用しなくなった。そこで、Dは、Cの承諾を得て、平成26年8月1日、甲建物をEに転貸した。その転貸借契約では、契約期間は2年、賃料は従前のD E間の取引関係を考慮して、月額15万円とすることが合意されたが、甲建物の修繕に関して明文の条項は定められなかった。
7. その後、Eは甲建物を使用していたが、平成27年2月15日、甲建物に雨漏りが生じた。Eは、借主である自分が甲建物の修繕費用を負担する義務はないと考えたが、同月20日、修理業者Fに甲建物の修理を依頼し、その費用30万円を支払った。
8. 平成27年3月10日、Cは、Dとの間で甲建物の賃貸借契約を同年4月30日限り解除する旨合意した。そして、Cは、同年3月15日、Eに対し、C D間の甲建物の賃貸借契約は合意解除されるので、同年4月30日までに甲建物を明け渡すか、もし明け渡さないのであれば、同年5月以降の甲建物の使用について相場賃料である月額25万円の賃料を支払うよう求めたが、Eはこれを拒絶した。
9. 平成27年5月18日、Eは、Cに対し、【事実】7の甲建物の修繕費用30万円を支払うよう求めた。

〔設問2〕

C D間の賃貸借契約が合意解除された場合にそれ以後のC E間の法律関係はどのようなになるかを踏まえて、【事実】8に記したCのEに対する請求及び【事実】9に記したEのCに対する請求が認められるかどうかを検討しなさい。

出題の趣旨

本設問は、①不動産の第1譲受人が備えた登記が実体的権利関係に合致しないために第2譲受人の登場を招いたという事案を題材として、第1譲受人が備えた登記の有効性に絡める形で、実体的権利関係に合致しない不動産登記を信頼して取引関係に入った第三者の保護の在り方を問う（設問1）とともに、②不動産の転貸借がされた後、原賃貸借が合意解除された場合に、転貸借がどのように取り扱われるかを踏まえて、その際の実質貸借人と転借人との法的関係を問う（設問2）ものであり、民法の基本的な知識や、事案に即した分析能力、論理的な思考力があるかを試すものである。

基本ポイント

- 1 設問1では、CのAに対する所有権に基づく妨害排除請求としての所有権移転登記抹消登記手続請求の可否が問われているところ、その請求原因は、①Cが甲建物を所有すること及び②甲建物につきA名義の所有権移転登記があることである。

そして、①の検討においては、Cの前主Bが甲建物に関する権利（法的地位）を有しない限り、Cは、その権利を（承継）取得しないため、BC間売買よりも前になされていたAB間売買により、甲建物に関する権利の帰属がどのようなになっているのかについて判断する必要がある。この点については、その前提として、二重譲渡に関する以下の知識・理解が必要である。

対抗関係である例	Bは、自己所有の甲土地をAに売却したが、その旨の移転登記がなされる前に、甲土地をCに売却した
対抗関係でない例	Bは、自己所有の甲土地をAに売却し、その旨の移転登記がなされたが、その後、甲土地をCに売却した

本問で、仮にAが具備した本件登記が所有権移転を公示するものとして無効である場合、Aは甲土地の所有権を確定的には取得していないため、AC間は対抗関係になる。この場合、Cは、所有権を有することになるが、Aからは対抗要件の抗弁（①AB間売買及び②Cが対抗要件を具備するまではCの所有権取得を認めないとの権利主張）が主張されることが予想され、AB間で締結された契約が売買契約又は譲渡担保権設定契約のいずれであるかが争点となり、売買契約であると認定されると、対抗要件を具備しないCの請求は認められないと考えられる。

他方、本問で、仮にAが具備した本件登記が所有権移転を公示するものとして有効である場合、Aは甲土地の所有権を確定的に取得するため、AC間は対抗関係にならない。この場合、Bが無権利者であるから、原則として、Cは、甲建物に関する権利を有しないことになるため、民法（以下略）94条2項の適用により保護されないかが問題となる。

したがって、本件登記の有効性についての判断は、その後の論理展開に影響を与える

ため、その判断を示す必要がある（なお、Cにおいて、本件登記の有効・無効にかかわらず、請求原因として94条2項類推適用による所有権の取得を主張することはあり得る。）。)

そして、本件登記を有効であると考えた場合、登記原因である譲渡担保の記載については虚偽であるため、94条2項の適用可能性を検討することになる。ただし、AB間に通謀虚偽表示がなく、直接適用ができないため、類推適用の肯否が問題となる点について注意する必要がある。解答に際しては、権利外観法理ないし94条2項の趣旨を説明し、①虚偽の外観、②権利者の帰責性及び③第三者の信頼という要件を挙げた上で、事案に即して当てはめることになる。

- 2 設問2では、まず、検討対象となるCのEに対する請求が、①平成27年4月30日を期限とする甲建物明渡請求と②同年5月以降の月額25万円の賃料支払請求であることを確認する必要がある。その上で、CD間の賃貸借の合意解除は、原則として、転借人Eに対抗できない(613条3項本文)ことを指摘して、CE間の法律関係を説明することになる。この点について、仮に、⑦CD間の賃貸借が存続し、これがCE間に承継されると解した場合、Cは、CD間の賃貸借の契約内容を決定し、また、DE間の転貸借を承諾していたのに対し、Eは、CD間の賃貸借に関知し得なかったのに、EがCD間の賃貸借の契約内容に拘束されるのは妥当でないといえる。そこで、例えば、④CD間では、CD間の賃貸借が終了するが、合意解除をEに対抗できない結果、Eとの関係では、CD間の賃貸借が存続し、承諾転貸関係が存続すると解するか、また、⑦DE間の転貸借が存続し、これがCE間に承継されると解することになる。

そして、DE間の転貸借（の内容）が存続することを前提とすると、その終了期日は平成26年8月1日から2年後の平成28年7月31日となるため、①は認められないことになる。また、賃料月額15万円が維持されるため、②も認められないことになる。

次に、EのCに対する修繕費用30万円の支払請求については、まず、根拠条文である608条1項を摘示し、DE間において要件充足性を確認する必要がある。その上で、DがEに対して負う必要費償還義務をCが承継するかどうかを検討することになる。

応用ポイント

1	（設問1）本件登記の有効性について、権利変動の過程・態様に合致しないが現在の権利関係に合致するともいえることを踏まえて検討していること →例えば、真実は売買による権利変動であるのに、登記原因は贈与とされていても、現在の権利関係に合致している登記は有効と解されている。そして、譲渡担保の法的構成に関して所有権的構成を採用する場合、（担保的構成を採用する場合よりも）AB間売買によりBからAに甲建物の所有権が移転したという現在の権利関係に合致するとの説明が容易であり、本件登記は有効となる。
---	---

2	(設問1) 94条2項の類推適用により、Cの信託の対象(Cの取得し得る権利・法的地位の内容)を意識した論述をしていること →譲渡担保の法的構成に関して担保的構成を採用する場合、Cは、Bに所有権があることを前提に、譲渡担保権付きの甲建物の所有権をBから取得したと信託していたことになる。他方、所有権的構成を採用する場合、Cは、Bに所有権がないことを前提に、被担保債権の弁済により甲建物の所有権を取得できる地位をBから取得したと信託していたことになる。
3	(設問1) 本問の事案が意思外形非対応型の事案であることを踏まえて検討していること →94条2項に加えて110条も類推適用し、その成立要件につき、第三者は善意無過失であることが必要であると解した上で、事案に即して当てはめている。
4	(設問2) EのCに対する請求の検討において、CD間でなされたDが通常の使用のために必要な修繕費用の負担をする旨の合意の存在を考慮していること →Cは当該合意をEに対抗できるかどうか、CD間の賃貸借の賃料が賃料相場よりも安いのは当該合意が存在することとのバランスが理由であるから、DE間の賃料が安いのも当該合意の影響といえるのではないかと、DE間の転貸借の賃料は従前のDE間の取引関係を考慮して合意されているから、DE間の賃料が安いのは当該合意の影響とはいえないのではないかと、等の検討をすることになる。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 Cは、Aに対し、甲建物の所有権に基づき、本件登記の抹消登記手続
3 を請求することはできない。

4 2(1) Cは、甲建物の所有権を取得できない。

5 (2)ア Cは、平成23年12月13日に甲建物をBから買い受けている(民
6 法(以下略)555条)が、Bは、同年7月14日に甲建物をAに売却
7 していた。そして、仮にAがBC間の売買より前に所有権移転登記
8 (177条)を具備していた場合、Aが甲建物の所有権を確定的に取
9 得する。そうすると、Bは無権利者となるから、原則として、Cは、
10 甲建物の所有権を取得できない。

11 イ しかし、AがBC間の売買より前に具備した本件登記は、譲渡担
12 保を原因とするものであり、売買を原因とするものではない。そこ
13 で、本件登記の有効性が問題となる。

14 177条の趣旨は、登記により不動産物権変動の過程・態様を公示
15 させて不動産取引の安全を図る点にある。もっとも、変動過程等の
16 厳密な反映を要求し、これを満たさない登記を無効とすることは、
17 かえって不動産取引の安全を害するおそれがある。そこで、現在の
18 権利関係に合致している登記は、原則として、有効であると解する。

19 ウ 実体上、Aは、Bとの売買契約により甲建物の所有権を取得して
20 いる。他方、譲渡担保権設定契約は、その実質は担保であるが、目
21 的物の所有権を移転するという形式で行うため、これにより所有権
22 は、担保権者に移転すると解されるから、登記上も、現在、Aが甲
23 建物の所有権を有することが公示されていることになる。したがっ
24 て、本件登記は、Aが甲建物の所有権を有するという現在の権利関
25 係に合致するものであるから、有効である。よって、Aが甲建物の
26 所有権を確定的に取得する。

27 (3)ア そうすると、前述の通り、Bは無権利者となるから、原則として、
28 Cは、BC間の売買により甲建物の所有権を取得できない。もっと
29 も、Cは、Bの説明及び本件登記等から、AB間の譲渡担保権設定
30 契約の存在を認識し、被担保債権の弁済によりAの譲渡担保権を消
31 滅させて甲建物の所有権を取得できると信託し、Bとの取引関係に
32 入った者である。ただし、AB間には通謀虚偽表示(94条1項)が
33 ないため、Cは、94条2項の直接適用によっては、被担保債権の弁
34 済により甲建物の所有権を取得できる地位を取得しない。そこで、
35 同条項の類推適用が認められるかが問題となる。

36 イ 94条2項の趣旨は、表意者の意思表示により作出された虚偽の外
37 形を信託して取引関係に入った第三者を保護する点にある。そして、
38 この趣旨は、権利者により作出された不実の登記という虚偽の外形
39 を信託して取引関係に入った第三者にも妥当する。そこで、①不実
40 の登記、②①の作出についての権利者の帰責性及び③①に対する第
41 三者の信託がある場合、94条2項の類推適用が認められると解する。
42 なお、③について、不実の登記が権利者の意思に対応しないもので
43 ある場合等は、権利者の利益を保護するため、110条をも類推適用
44 し、第三者は善意無過失であることが必要であると解する。

ウ 本件では、①本件登記という不実の登記がある。そして、②Aは、Bから譲渡担保設定契約書と譲渡担保を原因とする登記申請書の提示を受けた際、書面の意味を理解できていないのにBの説明を鵜呑みにし、同書面を持ち帰って検討することなく、その場で署名・押印している。そうすると、Aの不注意は著しいものであるから、その帰責性は、自ら不実の登記の作出に積極的に関与した場合等と同視し得る程度に重いものといえる。他方、③Aには不実登記の作出意思がないため、110条の類推適用により第三者は善意無過失であることが必要になるが、Cには過失があった。したがって、94条2項・110条の類推適用は認められない。よって、Cは、上記の地位を取得しないため、弁済供託をしても甲建物の所有権を取得しない。

第2 設問2

1 CのEに対する請求

(1)ア CのEに対する甲建物の明渡請求は認められない。

イ 承諾転貸の場合において、賃貸人が賃借人の債務不履行による解除権を有さないときに賃借人との間で賃貸借契約を合意解除しても、当該解除は、転借人に対抗できない(613条3項)。そして、賃借人を契約関係から解放し、他方、転借人の既得の地位を確保するため、転貸借契約が存続し、これが賃貸人・転借人間に承継されて、賃借人が有した賃貸人(転貸人)の地位が賃貸人に移転すると解する。

本問では、Dに債務不履行がなく、Cは、合意解除をEに対抗できない。そのため、DE間の賃貸借が存続し、Dの賃貸人の地位がCに移転する。したがって、Eは、甲建物の占有権原を有している。

(2)ア CのEに対する月額25万円の賃料支払請求は認められない。

イ 前述の通り、DE間の賃貸借はCE間に承継される。そうすると、DE間でなされた賃料月額15万円という合意もCE間に承継されるから、CがEに対して請求できる賃料は月額15万円にとどまる。

2 EのCに対する請求

(1) EのCに対する修繕費用30万円の支払請求は認められる。

(2)ア Eは、甲建物の雨漏りの修繕費用として30万円を支出しているところ、雨漏りの修繕は、賃借物である甲建物を使用収益するために必要であるから、その費用は、「必要費」(608条1項)に当たる。そして、DE間では、甲建物の修繕に関しては明文の条項は定められていない。したがって、Eは、Dに対し、608条1項に基づく30万円の必要費償還請求権を取得する。

イ 他方、賃貸人の地位の移転に伴って、Dの必要費償還義務はCに移転する(605条の2第4項参照)。もっとも、CD間では、通常の使用により必要となる修繕費用はDが負担することが合意されている。そこで、Cからは、当該合意により支払を拒絶する旨の反論が予想される。しかし、当該合意は、CD間の合意であり、Eの関知し得ないものであるから、Cは、賃貸人の地位の移転の際、Eに対してDの必要費償還義務を負わない旨の意思を表示する等の特段の事情のない限り、Eに対抗できないと解する。本件では、特段の事情がないから、Cは、当該合意をもってEに対抗できない。以上

[商 法]

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. X株式会社（以下「X社」という。）は、会社法上の公開会社であり、株券発行会社ではない。
X社は、種類株式発行会社ではなく、その発行可能株式総数は10万株であり、発行済株式の総数は4万株（議決権の総数も4万個）である。X社の事業年度は6月1日から翌年5月31日までであり、定時株主総会の議決権の基準日は5月31日である。
2. X社は、主たる事業である電子機器の製造・販売業は堅調であったが、業績拡大の目的で多額の投資を行って開始した電力事業の不振により多額の負債を抱え、このままでは債務超過に陥るおそれがあった。
そこで、X社は、この状況から脱却するため、電力事業を売却し、同事業から撤退するとともに、募集株式を発行し、債権者に当該募集株式を引き受けてもらうことにより負債を減少させる計画を立てた。
3. X社は、同社に対して5億円の金銭債権（弁済期平成28年7月1日）を有するA株式会社（以下「A社」という。）に対し、A社のX社に対する同債権を利用して、募集株式1万株を発行することとして（払込金額は5万円、出資の履行の期日は平成28年5月27日）、A社にその旨の申入れをしたところ、A社の了解を得ることができた。
なお、当該募集株式の払込金額5万円は、A社に特に有利な金額ではない。また、A社は、当該募集株式の発行を受けるまで、X社の株式を有していなかった。

〔設問 1〕

X社がA社に対してX社の募集株式1万株を発行するに当たって、上記3のA社のX社に対する5億円の金銭債権を利用するには、どのような方法が考えられるか、論じなさい。なお、これを論ずるに当たっては、その方法を採用場合に会社法上必要となる手続についても、言及しなさい。

4. X社は、電力事業の売却及び上記3の募集株式の発行により負債額を減少し、債権者に対する月々の弁済額を減額することができたが、電力事業によって生じた負債が完全に解消されたわけではなかった。また、主たる事業においても、大口の取引先が倒産したことなどによって事業計画に狂いが生じ、新たに資金調達をする必要が生じた。そこで、X社代表取締役Yは、Yの親族が経営し、X社と取引関係のないZ株式会社（以下「Z社」という。）に3億円を出資してもらってX社の募集株式を発行することとした（払込金額は5万円、出資の履行の期日は平成29年2月1日）。ところが、X社において当該募集株式についての募集事項の決定をした後、Yは、Z社から、同社が行っている事業が急激に悪化したことにより、3億円を払い込むことができない旨を告げられた。Z社の払込みがされずに、当該募集株式の発行ができないこととなると、X社の財務状態に対する信用が更に悪化するだけでなく、払込みをすることができなかったZ社の信用も悪化することが懸念された。そこで、YとZ社は、協議した上で、Z社がX社の連帯保証を受けて金融機関から3億円を借り入れ、これを当該募集株式の払込金額の払込みに充てるとともに、当該払込金をもって直ちに当該借入金を弁済することとした。
5. Z社は、平成29年2月1日、X社の連帯保証を受けて、金融機関（X社が定めた払込取扱機関とは異なる。）から3億円を借り入れ、同日、当該3億円をもって当該募集株式の払込金額の払込みに充て、X社は、Z社に対して、当該募集株式6000株を発行した。

なお、当該募集株式の払込金額5万円は、Z社に特に有利な金額ではない。また、Z社は、当

該募集株式の発行を受けるまで、X社の株式を有していなかった。

6. X社は、平成29年2月2日、当該払込金をX社の預金口座から引き出して、上記5のZ社の借入金債務を弁済した。
7. その後も、Z社の事業の状態は、悪化の一途をたどった。Z社の債権者であるB株式会社（以下「B社」という。）は、このままではZ社から弁済を受けることができなくなることを危惧し、Z社の保有する上記5のX社の株式をもって、Z社のB社に対する債務を代物弁済するよう求め、Z社もこれに応ずることとした。

そこで、平成29年5月29日、Z社は、B社に当該株式の全部をもって代物弁済し、また、B社は、当該株式について、X社から株主名簿の名義書換えを受けた。

〔設問2〕

- (1) 上記5の募集株式の発行に関して、X社の株主であるCが、Y及びZ社に対して、会社法上どのような責任を追及することができるか、その手段を含めて論じなさい。
- (2) 上記7の代物弁済を受けたB社は、X社の定時株主総会において、当該株式につき議決権を行使することができるか、論じなさい。なお、これを論ずるに当たっては、上記5の募集株式の発行の効力についても、言及しなさい。

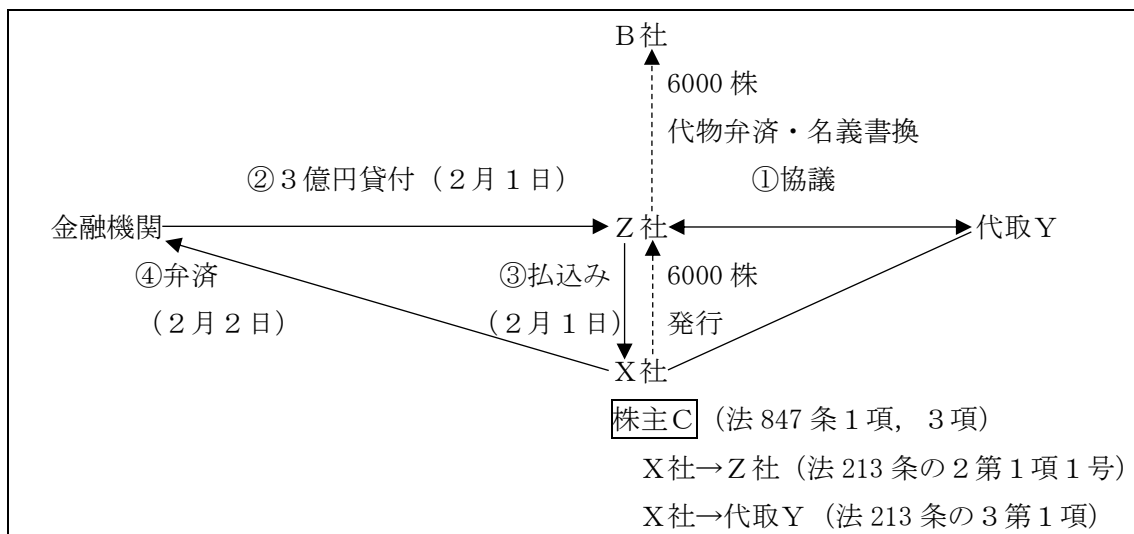
出題の趣旨

本問は、募集株式の発行に当たって、募集株式を発行する株式会社に対する金銭債権を利用する方法、払込みが仮装された場合の取締役等の責任及び責任追及の方法、払込みが仮装された株式の譲受人が当該株式について議決権を行使することの可否を問うものである。

解答に際して、設問1については、現物出資の手続（取締役会決議による募集事項の決定、検査役の選任の要否（会社法第207条第9項第5号参照）等）や募集株式を発行する株式会社からする相殺の可否（同法第208条第3項参照）及びその要件・手続について、論ずることが求められる。設問2(1)については、Z社の払込みが仮装払込みに該当するかどうかを検討した上で、その場合の取締役及び株式を引き受けた者の責任（同法第213条の2、第213条の3等）について、いずれも株主代表訴訟の対象となることを含めて、論ずることが求められる。また、設問2(2)については、B社が払込みが仮装された株式の譲受人に該当することを前提に、当該株式につき議決権を行使することができるかについて、同法第209条第3項の規定を踏まえて、当該株式の発行の効力（払込みが仮装されたことが当該株式の発行の無効事由になるか）についても言及しながら、整合的に論ずることが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1では、A社のX社に対する5億円の金銭債権（以下「本件債権」という。）を利用する方法として、本件債権を出資の目的とする現物出資（会社法（以下「法」という。）199条1項3号）を挙げることが大切である。その上で、X社が、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをしなければならない（法207条1項）ことを説明する必要がある。
- 2 設問2の解答に際しては、まず、以下の事実関係及び法律関係を押さえる必要がある。



そして、小問(1)では、Z社のX社に対する責任及びYのX社に対する責任の成立要件として、Z社が「出資の履行を仮装」したかどうかが問題となるところ、この点については、以下の判例を踏まえた検討が必要である。

判例（最判昭 38. 12. 6）

「会社成立後…借入金を返済するまでの期間の長短、右払戻金が会社資金として運用された事実の有無、或は右借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等、その如何によつては本件株式の払込が実質的には会社の資金とするの意図なく単に払込の外形を装つたに過ぎないものであり、従つて株式の払込としての効力を有しない」

また、小問(2)では、払込みの効力と株式発行の効力が区別されることを前提に、払込みの効力を無効であると解した場合でも、法 209 条 2 項及び 3 項を踏まえて、無効な払込みに係る株式の発行は有効であるから、名義書換（法 130 条 1 項）を受けたB社は、X社の定時株主総会において、議決権を行使できる（法 209 条 3 項本文）ことを説明することになる。

応用ポイント

1	（設問 1）本件債権を出資の目的とする現物出資の方法に際し、検査役の調査が免除されないことについて言及していること →本件債権の弁済期は平成 28 年 7 月 1 日であり、未だ弁済期が到来しておらず、法 207 条 9 項 5 号該当性が認められない。
2	（設問 1）本件債権を利用する方法として、X社のA社に対する出資履行請求権と本件債権との相殺（民法 505 条）を挙げて検討していること →法 208 条 3 項の文言及び趣旨から、会社を相殺権者とする相殺が許されることを論じている。
3	（設問 2 小問(1)）Z社からX社への 3 億円の払込みが「出資の履行を仮装」したものかどうかについて、事案に即して具体的に検討していること

1 第1 設問1

2 1 A社のX社に対する5億円の金銭債権（以下「本件債権」）を利用する
3 方法としては、①本件債権を出資の目的とする現物出資（会社法（以下
4 「法」）199条1項3号）及び②X社のA社に対する出資履行請求権（以
5 下「出資履行請求権」）と本件債権との相殺（民法505条）が考えられる。

6 2 ①現物出資

7 (1) 公開会社（法2条5号）は、取締役会決議によって「金銭以外の財
8 産を出資の目的とするときは、その旨並びに当該財産の内容及び価額」
9 を決定しなければならない（法201条1項・199条1項3号）。

10 したがって、X社は、取締役会決議によって、本件債権を出資の目
11 的とすること並びに本件債権がA社のX社に対する金銭債権であるこ
12 と及び債権額が5億円であることを決定する。なお、払込金額5億円
13 は、A社に「特に有利な金額」（法199条3項）でないため、X社の株
14 主総会特別決議（法199条2項・309条2項5号）は不要である。

15 (2) この場合、会社は、募集事項の決定の後遅滞なく、現物出資財産の
16 価額を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをしな
17 なければならない（法207条1項）。その趣旨は、出資額に相当する財産
18 が会社に確実に拠出されることを確保する点にある。

19 したがって、X社は、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをしな
20 なければならない。なお、本件債権の弁済期は平成28年7月1日であり、
21 未だ弁済期が到来しておらず、法207条9項5号該当性が認められな
22 いから、検査役の調査は免除されない。

23 3 ②相殺

24 (1) 確かに、引受人は、会社に対する債権を自働債権、出資履行請求権
25 を受働債権とする相殺をすることができない（法208条3項）。しかし、
26 同条項の趣旨は、出資額に相当する財産が会社に現実に拠出されるこ
27 とを確保する点にあるところ、引受人が無資力の場合等には、会社に
28 相殺を認める必要がある。また、同条項は、文言上、これを否定して
29 いない。そこで、会社は、出資履行請求権を自働債権、会社に対する
30 債権を受働債権とする相殺をすることができ、また、引受人との間の
31 合意による相殺をすることもできると解する。

32 (2) A社は、本件債権を自働債権、出資履行請求権を受働債権とする相
33 殺をすることはできない。しかし、X社は、本件債権についての期限
34 の利益を放棄して、出資履行請求権を自働債権、本件債権を受働債権
35 とする相殺をすることができ、また、A社との間の合意による相殺を
36 することもできる。

37 4 以上より、X社は、①現物出資の方法又は②相殺の方法で、A社に対
38 して募集株式を発行することができる。

39 第2 設問2小問(1)

40 1(1) 取締役Yは、「募集株式の引受人が出資の履行を仮装することに関与
41 した取締役」（法213条の3第1項）に当たる場合、X社に対し、「払
42 込みを仮装した払込金額の全額の支払」（法213条の2第1項1号）を
43 する義務を負う。この場合、株主Cは、YのX社に対する当該責任に
44 ついて、責任追及等の訴えを提起できる（法847条1項、3項）。

(2) そこで、「募集株式の引受人」であるZ社が「出資の履行を仮装」したかが問題となる。

法213条の2及び3の趣旨は、出資額に相当する財産が会社に現実に拠出されることを確保する点にある。そうすると、形式的には出資行為がなされていても、実質的には会社資金が確保されていない場合には、出資の履行が仮装されたものと解すべきである。そして、その判断においては、①借入金を返済するまでの期間の長短、②会社資金としての運用の事実の有無及び③借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等を考慮する。

Z社は、平成29年2月1日、X社が定めた払込取扱機関とは異なる金融機関から3億円を借り入れ、同日、当該3億円をもって募集株式の払込金額の払込みに充てているところ、この払込みは、形式的には出資行為といえる。しかし、Yは、その翌日、払込金3億円をX社の預金口座から引き出して、Z社の借入金債務につき弁済しているから、①返済期間は極めて短く、②X社における会社資金としての運用の事実もない。また、③借入金の返済により、X社はZ社に対して求償権を取得する（民法459条等）が、Z社の財務状態が悪化しており回収可能性は低いから、X社から3億円の資金が流出したことになる。したがって、実質的にはX社の会社資金が確保されていないといえるから、Z社の払込みは、出資の履行の仮装である。

(3) そうすると、Yは、「募集株式の引受人が出資の履行を仮装することに関与した取締役」に当たる。そして、Yは、Z社の払込みに関して事前にZ社と協議しており、「当該出資の履行を仮装したもの」（法213条の3第1項ただし書かつこ書）に当たるから、無過失責任を負う。したがって、Cは、上記の責任追及等の訴えを提起できる。

2 Z社は、「募集株式の引受人」であるところ、前述の通り、「払込みを仮装した場合」に当たるから、X社に対し、「払込みを仮装した払込金額の全額の支払」（法213条の2第1項第1号）をする義務を負う。この場合、株主Cは、Z社のX社に対する当該責任について、責任追及等の訴えを提起できる（法847条1項、3項）。

3 以上より、YとZ社は、X社に対して3億円の支払義務を負うところ、その義務は、連帯債務となる（法213条の3第2項）。

第3 設問2小問(2)

1 出資の履行が仮装された場合、その払込みは無効と解する。

2 しかし、株式取引の安全を趣旨とする法209条2項及び3項は、無効な払込みに係る株式の発行が有効であることを前提とするから、当該株式の発行は有効であると解する。そのため、出資の履行が仮装されたことは、新株発行無効の訴え（法828条1項2号）の無効事由とならない。

B社は、出資の履行が仮装された株式を譲り受けているが、基準日（法124条1項）である5月31日より前の5月29日に名義書換を受けている（法130条1項）から、X社の定時株主総会において、議決権を行使できる（法209条3項本文）。なお、B社は、Z社の事業状態の悪化を把握していたが、Z社の3億円の出資の原資について疑念を抱くことができたとはいえず、悪意重過失（同条項ただし書）は認められない。以上

〔民事訴訟法〕〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、１：１）

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】

Yは、甲土地の所有者であったが、甲土地については、Aとの間で、賃貸期間を20年とし、その期間中は定額の賃料を支払う旨の賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結しており、Aはその土地をゴルフ場用地として利用していた。その後、甲土地は、XとYとの共有となった。しかし、甲土地の管理は引き続きYが行っており、YA間の本件賃貸借契約も従前どおり維持されていた。そして、Aからの賃料については、Yが回収を行い、Xに対してはその持分割合に応じた額が回収した賃料から交付されていた。

ところが、ある時点からYはXに対してこれを交付しなくなったので、Xから委任を受けた弁護士LがYと裁判外で交渉をしたものの、Yは支払に応じなかった。そこで、弁護士Lは、回収した賃料のうちYの持分割合を超える部分についてはYが不当に利得しているとして、Yに対して不当利得返還請求訴訟を提起することとした。

なお、弁護士Lが確認したところによると、Aが運営するゴルフ場の経営は極めて順調であり、本件賃貸借契約が締結されてからこの10年間本件賃貸借契約の約定どおりに賃料の支払を続けていて、これまで未払はないとのことであった。

〔設問１〕

下記の弁護士Lと司法修習生Pとの会話を読んだ上で、訴え提起の時点では未発生である利得分も含めて不当利得返還請求訴訟を提起することの適法性の有無について論じなさい。

弁護士L：今回の不当利得返還請求訴訟において、Xは、何度も訴訟を提起したくないということで、この際、残りの賃貸期間に係る利得分についても請求をしたいと希望しています。そうすると、訴え提起の時点では未発生である利得分についても請求することになりますが、何か問題はありそうですか。

修習生P：そのような請求を認めると、相手方であるYに不利益が生じてしまうかもしれません。特に口頭弁論終結後に発生する利得分をどう考えるかが難しそうです。

弁護士L：そうですね。その点にも配慮しつつ、今回の不当利得返還請求訴訟において未発生の利得分まで請求をすることが許されないか、検討してみてください。

【事例（続き）】

弁護士Lは、Xと相談した結果、差し当たり、訴え提起の時点までに既に発生した利得分の合計300万円のみを不当利得返還請求権に基づいて請求することとした。

これに対し、Yは、この訴訟（以下「第1訴訟」という。）の口頭弁論期日において、Xに対して有する500万円の貸金債権（以下「本件貸金債権」という。）とXの有する上記の不当利得返還請求権に係る債権とを対当額で相殺する旨の意思表示をした。

第1訴訟の受訴裁判所は、審理の結果、Xの不当利得返還請求権に係る債権については300万円全額が認められる一方、Yの本件貸金債権は500万円のうち450万円が弁済されているため50万円の範囲でのみ認められるとの心証を得て、その心証に従った判決（以下「前訴判決」という。）をし、前訴判決は確定した。

ところが、その後、Yは、本件貸金債権のうち前訴判決において相殺が認められた50万円を除く残額450万円はいまだ弁済されていないとして、Xに対し、その支払を求めて貸金返還請

求訴訟（以下「第2訴訟」という。）を提起した。

〔設問2〕

第2訴訟において，受訴裁判所は，貸金債権の存否について改めて審理・判断をすることができるか，検討しなさい。

出題の趣旨

設問 1 は、将来にわたり継続的に発生する不当利得の返還を求める訴えに関して、将来の給付の訴えと現在の給付の訴えとの区別の基準及び将来の給付の訴えの利益の判断要件等について問うものである。特に、将来の給付の訴えについての民事訴訟法第 135 条の趣旨に触れつつ、将来の給付の訴えの利益の判断要件について関連する最高裁昭和 56 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 35 巻 10 号 1369 頁等にも言及しながら自説を展開した上で、本件事案における具体的な事実関係を踏まえた当てはめが求められている。

設問 2 は、不当利得返還請求訴訟において、被告から相殺の抗弁が提出された場合において、その自働債権の一部の存在が認められて受働債権の一部と相殺され、一部認容判決がされたときに、自働債権に関してどの範囲で既判力が生ずるのか等について問うものである。既判力の根拠規定である民事訴訟法第 114 条の趣旨を踏まえつつ、例外的に相殺に既判力を認めた同条第 2 項の「相殺をもって対抗した額」についての解釈論を展開することが求められている。また、既判力が自働債権の全体には生じないとの見解を採用した場合にも、そのような結論が後訴における不当な蒸し返しを招かないかについて検討をし、自説を展開することが求められている。

基本ポイント

- 1 設問 1 では、まず、口頭弁論終結時までに発生する利得分かどうか、現在の給付の訴えと将来の給付の訴え（民訴法（以下略）135 条）とを区別する基準となることを指摘する必要がある。その上で、将来の給付の訴えの提起が適法となるためには、将来の給付の訴えの利益（「あらかじめその請求をする必要がある」）が必要となるから、以下の判例を踏まえて、これが認められるための要件を提示し、事案に即して当てはめることになる。なお、将来の給付の訴えの利益には、①事前請求の必要性（現時点での判決の必要性）及び②請求適格（請求権の内容が現実化する可能性）が含まれるとされるが、現在、両者の区別は重視されていない。したがって、下記の判例は、特に請求適格について論じるものであるが、試験対策上は、請求適格については、「将来の給付の訴えの利益」と同義又はこれに包摂されるものとして理解するのが良い。

判例（最大判昭 56.12.16）

「民訴法 226 条〔注：現行法では 135 条が対応する。〕はあらかじめ請求する必要があることを条件として将来の給付の訴えを許容しているが、同条は、およそ将来に生ずる可能性のある給付請求権のすべてについて前記の要件のもとに将来の給付の訴えを認めたものではなく、主として、いわゆる期限付請求権や条件付請求権のように、既に権利発生の基礎をなす事実上及び法律上の関係が存在し、ただ、これに基づく具体的な給付義務の

成立が将来における一定の時期の到来や債権者において立証を必要としないか又は容易に立証しうる別の一定の事実の発生にかかっているにすぎず、将来具体的な給付義務が成立したときに改めて訴訟により右請求権成立のすべての要件の存在を立証することを必要としないと考えられるようなものについて、例外として将来の給付の訴えによる請求を可能ならしめたにすぎないものと解される。このような規定の趣旨に照らすと、継続的不法行為に基づき将来発生すべき損害賠償請求権についても、例えば不動産の不法占有者に対して明渡義務の履行完了までの賃料相当額の損害金の支払を訴求する場合のように、右請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されるときにも、右請求権の成否及びその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動としては、債務者による占有の廃止、新たな占有権原の取得等のあらかじめ明確に予測しうる事由に限られ、しかもこれについては請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止しうるという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない点において前記の期限付債権等と同視しうるような場合には、これにつき将来の給付の訴えを許しても格別支障があるとはいえない。

この判例を前提に、将来の給付の訴えの利益が認められるための要件を整理すると、事前請求の必要性がある場合において、①請求の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測され、②請求権の成否・内容につき債務者に有利な将来における変動事由があらかじめ明確に予測でき、③当該変動事由について請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ強制執行を阻止できるという負担を債務者に課しても、当事者間の公平を害さず、不当とはいえない場合、となる。そして、当てはめにおいて、借主Aが甲土地で運営するゴルフ場の経営は極めて順調であり、本件賃貸借契約が締結されてから、この10年間、本件賃貸借契約の約定通りに賃料は支払われており、未払もないことの摘示は必須となる。

- 2 設問2では、前訴確定判決に生じる既判力（114条）の内容を正確に把握する必要がある。そして、本問では、XのYに対する不当利得返還請求権に係る債権（以下「本件債権」という。）についての判断には114条1項により、他方、相殺の自働債権（反対債権）である本件貸金債権についての判断には同条2項により、既判力が生じるところ、同条2項の解釈・適用が適切に行われなければならない。同条項の解釈及び同条1項及び2項を本問の事案に適用した結果は以下の通りになる。

条文	相殺のために主張した請求の <u>成立又は不成立</u> ①の判断は、 <u>相殺をもって対抗した額</u> ②について既判力を有する。	
解釈①	「成立又は不成立」のうち「成立」は問題とならないから、「不成立」のみとなり、「不成立」を「不存在」と読み替える（当初からの不存在、弁済や相殺による消滅の結果の不存在を含まれる。）。	
解釈②	訴求債権額（通説） ※さらに認定額と主張額で分かれる。	反対債権全額（有力説）

既判力	本件債権 250 万円の存在（同条 1 項）， 本件貸金債権 300 万円の不存在（同条 2 項，弁済 250 万円と相殺 50 万円）に 既判力が生じる。	本件債権 250 万円の存在（同条 1 項）， 本件貸金債権 500 万円の不存在（同条 2 項，弁済 450 万円と相殺 50 万円）に既 判力が生じる。
信義則 等	本件貸金債権 450 万円のうちの 200 万 円については既判力が生じないため， 第 2 訴訟の受訴裁判所は信義則又は争 点効で対応する。	—

応用ポイント

1	（設問 1）135 条の趣旨に言及しつつ，将来給付の訴えの利益の要件を説明している こと
2	（設問 2）「相殺をもって対抗した額」を訴求債権額と解した場合，本件貸金債権の うち既判力が生じない部分が残るため，その対応策を検討していること →信義則又は争点効を踏まえた検討をすることになる。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 まず、訴え提起の時点で未発生の利得分であっても、口頭弁論終結時
3 までに発生するものについては、現在の給付の訴えにおいて、訴えの利
4 益が認められる。したがって、これを求める訴えの提起は適法である。

5 2(1) 他方、口頭弁論終結後に発生する利得分は、将来の給付の訴え（民
6 訴法（以下略）135 条）の対象となる。そして、将来の給付の訴えの
7 提起が適法となるためには、将来の給付の訴えの利益（「あらかじめそ
8 の請求をする必要がある」）が必要となる。そこで、将来の給付の訴え
9 の利益が認められるかが問題となる。

10 (2) 135 条の趣旨は、既に権利の発生の基礎となる事実上及び法律上の
11 関係が存在している場合において、これに基づく具体的な給付義務の
12 成立が将来における一定の時期の到来等にかかっているにすぎず、将
13 来具体的な給付義務が成立したときに改めて訴訟において請求権の成
14 立要件全ての存在を立証することを必要としないものについて、例外
15 的に、将来の給付の訴えによる請求を認めた点にある。

16 そこで、事前請求の必要性がある場合において、①請求の基礎とな
17 るべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測され、②
18 請求権の成否・内容につき債務者に有利な将来における変動事由があ
19 らかじめ明確に予測でき、③当該変動事由について請求異議の訴えに
20 よりその発生を証明してのみ強制執行を阻止できるという負担を債務
21 者に課しても、当事者間の公平を害さず、不当とはいえない場合、将
22 来の給付の訴えの利益が認められると解する。

23 (3) まず、Yは、Xの持分割合に相当する賃料分について、Xから委任
24 を受けた弁護士Lが裁判外で交渉を試みたが、その支払を拒絶してい
25 る。したがって、XのYに対する不当利得返還請求（以下「本件請求」）
26 に対する任意の履行は期待できないから、事前請求の必要性がある。

27 そして、①本件賃貸借契約の賃貸期間は20 年であるところ、借主A
28 が甲土地で運営するゴルフ場の経営は極めて順調であり、本件賃貸借
29 契約が締結されてから、この10 年間、本件賃貸借契約の約定通りに賃
30 料は支払われており、未払もない。したがって、今後10 年間も同様の
31 状態が継続するといえるから、本件請求の基礎となるべき事実関係及
32 び法律関係が既に存在し、その継続が予測されることが認められる。

33 しかし、②本件賃貸借契約が解除等により終了した場合や契約自体
34 は終了しなくても、賃借人Aが賃料の支払を怠っているような場合に
35 は、本件請求は、その基礎を欠くことになる。そして、本件賃貸借契
36 約の解除が、賃貸人Yの意思に関わりなく、専ら賃借人Aの意思に基
37 づいてされる場合もあり得るし、また、賃料の支払は賃借人Aの事情
38 に左右される面が強く、必ずしも約定通りに支払われるとは限らず、
39 賃貸人Yはこれを左右し得ない。そうすると、請求権の成否・内容に
40 つき債務者Yに有利な将来における変動事由があらかじめ明確に予測
41 できるとはいえない。また、③将来賃料収入が得られなかった場合、
42 その都度、請求異議の訴えによって強制執行を阻止しなければならない
43 という負担を債務者Yに課すことは酷であり、相当でないというべ
44 きである。したがって、将来の給付の訴えの利益は認められないから、

将来の給付の訴えは不適法である。

第2 設問2

1(1) 前訴判決の確定により、本件貸金債権全額の不存在という判断について既判力（114 条2 項）が生じる場合、第2 訴訟の受訴裁判所は、本件貸金債権の存否について改めて審理・判断をすることはできない。そして、第1 訴訟において、Yは、本件貸金債権とXの有する不当利得返還請求権に係る債権（以下「本件債権」とを対当額で相殺する旨の意思表示をしたところ、本件債権は300 万円全額が認められる一方、本件貸金債権は500 万円のうちの450 万円が弁済されているため50 万円の範囲で認められていた。そこで、本件貸金債権について、「相殺をもって対抗した額」（114 条2 項）の範囲が問題となる。

(2) 相殺の抗弁についての判断は、判決理由中の判断であるにもかかわらず、例外的に、既判力を生じる（114 条2 項）。なぜなら、自働債権（反対債権）は、それ自体、別訴で訴訟物となり得るものであるところ、その二重使用による紛争の蒸し返しを防止する必要があるからである。そうすると、「相殺をもって対抗した額」とは、相殺の抗弁で主張した反対債権全額になるとも思える。しかし、相殺の利益は、請求債権の存在が認定された場合において、それを相殺により全部消滅させるという点にあるから、相殺権者が自己の反対債権の消滅を覚悟していた範囲は請求債権額となる。したがって、「相殺をもって対抗した額」とは、請求債権額をいうと解する。

(3) 請求債権である本件債権の額は300 万円であるから、本件貸金債権500 万円のうちの300 万円が「相殺をもって対抗した額」に当たることになる。そうすると、「相殺をもって対抗した額」である300 万円のうち、50 万円については相殺により不存在、250 万円については弁済により不存在となり、合計300 万円の不存在の判断に既判力（114 条2 項）が生じることになる。したがって、第2 訴訟の受訴裁判所は、Yが請求した本件貸金債権450 万円のうち、弁済による不存在部分250 万円の存否について改めて審理・判断をすることはできない。

2(1) 他方、本件貸金債権のうちの残額200 万円の存否の判断には既判力が生じないため、第2 訴訟の受訴裁判所は、その存否について改めて審理・判断をすることができるとも思える。

(2) しかし、第1 訴訟では、本件貸金債権の全額について審理・判断がなされた結果、500 万円のうち450 万円が弁済されているため50 万円の範囲でのみ存在が認められている。そうすると、前訴判決は上記の残額200 万円が存在しないとの判断を示したものであるといえるから、Xが、第1 訴訟の確定判決により紛争が解決されたと期待するのは合理的である。したがって、Yが第2 訴訟で本件貸金債権の残額200 万円を請求することは、実質的に第1 訴訟の紛争を蒸し返すものであり、Xの合理的期待に反するから、信義則（2 条）に反して許されない。

(3) よって、第2 訴訟の受訴裁判所は、本件貸金債権のうちの残額200 万円の存否について改めて審理・判断をすることができない。

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）は、公務員ではない医師であり、A私立大学附属病院（以下「A病院」という。）の内科部長を務めていたところ、V（35歳、女性）と交際していた。Vの心臓には特異な疾患があり、そのことについて、甲とVは知っていたが、通常の診察では判明し得ないものであった。

2 甲は、Vの浪費癖に嫌気がさし、某年8月上旬頃から、Vに別れ話を持ち掛けていたが、Vから頑なに拒否されたため、Vを殺害するしかないと考えた。甲は、Vがワイン好きで、気に入ったワインであれば、2時間から3時間でワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を一人で飲み切ることを知っていたことから、劇薬を混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考えた。

甲は、同月22日、Vが飲みたがっていた高級ワイン1本（750ミリリットルの瓶入り）を購入し、同月23日、甲の自宅において、同ワインの入った瓶に劇薬Xを注入し、同瓶を梱包した上、自宅近くのコンビニエンスストアからVが一人で住むV宅宛てに宅配便で送った。劇薬Xの致死量（以下「致死量」とは、それ以上の量を体内に摂取すると、人の生命に危険を及ぼす量をいう。）は10ミリリットルであるが、甲は、劇薬Xの致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを用意して同瓶に注入した。そのため、甲がV宅宛てに送ったワインに含まれていた劇薬Xの量は致死量に達していなかったが、心臓に特異な疾患があるVが、その全量を数時間以内で摂取した場合、死亡する危険があった。なお、劇薬Xは、体内に摂取してから半日後に効果が現れ、ワインに混入してもワインの味や臭いに変化を生じさせないものであった。

同月25日、宅配業者が同瓶を持ってV宅前まで行ったが、V宅が留守であったため、V宅の郵便受けに不在連絡票を残して同瓶を持ち帰ったところ、Vは、同連絡票に気付かず、同瓶を受け取ることはなかった。

3 同月26日午後1時、Vが熱中症の症状を訴えてA病院を訪れた。公務員ではない医師であり、A病院の内科に勤務する乙（30歳、男性）は、Vを診察し、熱中症と診断した。乙からVの治療方針について相談を受けた甲は、Vが活着していることを知り、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考えた。甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、Vの心臓には特異な疾患があるため、Vに致死量の半分に相当する3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、Vを確実に殺害するため、6ミリリットルの劇薬YをVに注射しようと考えた。そして、甲は、乙のA病院への就職を世話したことがあり、乙が甲に恩義を感じていることを知っていたことから、乙であれば、甲の指示に忠実に従うと思い、乙に対し、劇薬Yを熱中症の治療に効果のあるB薬と偽って渡し、Vに注射させようと考えた。

甲は、同日午後1時30分、乙に対し、「VにB薬を6ミリリットル注射してください。私はこれから出掛けるので、後は任せます。」と指示し、6ミリリットルの劇薬Yを入れた容器を渡した。乙は、甲に「分かりました。」と答えた。乙は、甲が出掛けた後、甲から渡された容器を見て、同容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、甲の指示に従い、同容器の中身を確認せずにVに注射することにした。

乙は、同日午後1時40分、A病院において、甲から渡された容器内の劇薬YをVの左腕に注射したが、Vが痛がったため、3ミリリットルを注射したところで注射をやめた。乙がVに注射した劇薬Yの量は、それだけでは致死量に達していなかったが、Vは、心臓に特異な疾患があったため、劇薬Yの影響により心臓発作を起こし、同日午後1時45分、急性心不全により死亡し

た。乙は、Vの心臓に特異な疾患があることを知らず、内科部長である甲の指示に従って熱中症の治療に効果のあるB薬と信じて注射したものの、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたにもかかわらず、その中身を確認しないままVに劇薬Yを注射した点において、Vの死の結果について刑事上の過失があった。

- 4 乙は、A病院において、Vの死亡を確認し、その後の検査の結果、Vに劇薬Yを注射したことが原因でVが心臓発作を起こして急性心不全により死亡したことが分かったことから、Vの死亡について、Vに対する劇薬Yの注射を乙に指示した甲にまで刑事責任の追及がなされると考えた。乙は、A病院への就職の際、甲の世話になっていたことから、Vに注射した自分とはともかく、甲には刑事責任が及ばないようにしたいと思い、専ら甲のために、Vの親族らがVの死亡届に添付してC市役所に提出する必要があるVの死亡診断書に虚偽の死因を記載しようと考えた。

乙は、同月27日午後1時、A病院において、死亡診断書用紙に、Vが熱中症に基づく多臓器不全により死亡した旨の虚偽の死因を記載し、乙の署名押印をしてVの死亡診断書を作成し、同日、同死亡診断書をVの母親Dに渡した。Dは、同月28日、同死亡診断書記載の死因が虚偽であることを知らずに、同死亡診断書をVの死亡届に添付してC市役所に提出した。

出題の趣旨

本問は、(1)医師甲が、劇薬Xを混入したワインをVに飲ませてVを殺害しようと考え、劇薬Xをワインの入った瓶に注入し、同瓶をV宅宛に宅配便で送ったが、V宅が留守であったため、Vが同瓶を受け取ることはなかったこと（Vの心臓には特異な疾患があり、そのことを甲は知っていた。また、劇薬Xの致死量は10ミリリットルであり、甲は致死量を4ミリリットルと勘違いしていたところ、Vを確実に殺害するため、8ミリリットルの劇薬Xを同瓶に注入したが、Vがその全量を摂取した場合、死亡する危険があった。）、(2)甲が、Vに劇薬Yを注射してVを殺害しようと考え、医師乙に6ミリリットルの劇薬Yを渡してVに注射させたところ、Vが痛がったため、3ミリリットルを注射したところで注射をやめたが、Vは劇薬Yの影響により心臓発作を起こし、急性心不全により死亡したこと（乙は、甲から渡された容器に薬剤名の記載がないことに気付いたが、その中身を確認せずにVに劇薬Yを注射した。また、甲は、劇薬Yの致死量が6ミリリットルであること、心臓に特異な疾患があるVに3ミリリットルの劇薬Yを注射すれば、Vが死亡する危険があることを知っていたが、乙は、Vの心臓に特異な疾患があることを知らなかった。）、(3)公務員ではない医師乙が、専ら甲のために虚偽の死因を記載したVの死亡診断書を作成し、Vの母親Dを介して、同死亡診断書をC市役所に提出したことを内容とする事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。

甲の罪責については、殺人未遂罪又は殺人予備罪、殺人罪の成否を、乙の罪責については、業務上過失致死罪、虚偽診断書作成罪及び同行使罪、証拠隠滅罪、犯人隠避罪の成否を検討する必要があるところ、事実を的確に分析するとともに、各罪の構成要件、離隔犯における実行の着手時期、未遂犯と不能犯の区別又は予備行為の危険性、間接正犯の成否、因果関係の有無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ことが求められる。

基本ポイント

本問は、検討すべき犯罪及びこれに関連する論点の数が多く、厳しい制限時間の中で全ての検討事項に気付くことは困難であったと考えられる。また、仮に全ての検討事項に気付くことができたとしても、バランス良く、満遍なく論述することも困難であったと考えられる。確かに、一つ一つの犯罪及び論点は、比較的オーソドックスなものであり、基本的知識・理解として要求されるものである。しかし、本問のように複合して出題された場合において、制限時間内に適切に対処することは、それ自体、応用的な能力を必要とするものである。そのため、本問の検討事項は、以下にまとめた通り多岐にわたるが、合格のためには、犯罪の成否①及び③から⑤、論点⑦又は④並びに⑦及び④を検討・論述することが大切であり、それができることが基本的能力といえる。

劇薬X

甲のVへの郵送行為-----▶(Vの受領・飲用行為)

①殺人未遂罪の成否(実行行為性の肯否)

⑦未遂犯と不能犯の区別 ↓否定

①離隔犯の実行の着手時期 ②殺人予備罪の成否

劇薬Y

支配・利用?

危険の現実化?

甲の乙への指示行為————→乙のVへの注射行為————→V死亡

③殺人罪の成否

④業務上過失致死罪の成否

心臓疾患

⑦間接正犯の成否

⑤因果関係の肯否

支配・利用?

乙の診断書作成行為————→DのC市役所への提出行為

⑤虚偽診断書作成罪・同行使罪の成否

⑦間接正犯の成否

⑥証拠隠滅等罪の成否

⑦「他人の刑事事件」該当性

⑦犯人隠避罪の成否

応用ポイント

1	⑤因果関係の肯否の判断において、条件関係の肯否を検討していること
2	⑤虚偽診断書作成罪の成否の検討において、死亡診断書が「診断書」ではなく「死亡証書」に当たることの的確に指摘していること
3	⑥証拠隠滅等罪の成否及び⑦犯人隠避罪の成否を検討していること
4	構成要件の結果発生 of 客観的危険性が認められる時点につき、論理的一貫性を保った論述をしていること →例えば、①離隔犯の実行の着手時期に関し、甲のVへの郵送行為を実行行為として、その開始時点と解する立場からは、⑦間接正犯の成否に関し、甲の乙への指示行為が実行行為となる。

講師作成答案例

1 第1 乙の罪責

2 1(1) 乙はVにYを3ミリリットル注射しているところ、この行為には業
3 務上過失致死罪（刑法（以下略）211条前段）が成立する（罪①）。

4 (2)ア まず、「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復・継続して行
5 う行為であり、他人の生命・身体等に危害を加えるおそれがあるも
6 のをいうところ、乙の医師としての治療行為は、患者の生命・身体
7 に対して危険を及ぼす可能性を伴うから、「業務」に当たる。そして、
8 乙は、Vの死亡という結果について刑事上の過失が認められている
9 ため、「必要な注意を怠り」という要件も満たす。

10 イ しかし、Vの死亡は、注射行為とVの心臓の特異な疾患とが相ま
11 って生じている。そこで、注射行為と結果との間に因果関係が認め
12 られるかが問題となる。

13 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
14 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。
15 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
16 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
17 を判断するための構成要件要素だからである。まず、注射行為とV
18 の疾患のいずれかが欠けてもVの死亡は生じなかったから、注射行
19 為と結果との間には条件関係がある。そして、心臓に特異な疾患の
20 あるVに対してYを3ミリリットル注射すれば、V死亡の危険性が
21 あったから、注射行為の中にはVの疾患によりVが死亡する危険も
22 含まれており、注射行為の危険が結果に現実化したといえる。した
23 がって、注射行為と結果との間に因果関係が認められる。

24 2(1) 乙は、虚偽の死因を記載した死亡診断書を作成し、Dを介してC市
25 役所に提出しているところ、この行為には虚偽診断書作成罪（160条
26 （罪②））、同行使罪（161条1項（罪③））、証拠偽造罪（104条（罪④））
27 及び犯人隠避罪（103条（罪⑤））が成立する。

28 (2) まず、「医師」（160条）乙が「公務所」（7条2項）であるC市役所
29 に提出すべき死亡診断書という「死亡証書」に熱中症に基づく多臓器
30 不全という「虚偽」の死因を「記載」しているため、罪②が成立する。

31 次に、乙は、同診断書の虚偽の記載を知らないDの行為を一方的に支
32 配・利用して、同診断書をC市役所に提出させているから、「行使した」
33 （161条1項）に当たり、罪③が成立する。また、乙は、専ら甲のため
34 に、甲に刑事責任が及ばないように虚偽の死因を記載した同診断書を
35 作成しており、「他人の刑事事件に関する証拠」の「偽造」（104条）
36 に当たるから、罪④が成立する。そして、乙は、蔵匿以外の方法で、
37 「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」である甲の逮捕を免れさせて
38 おり、「隠避させた」（103条）に当たるから、罪⑤が成立する。

39 3 以上より、乙には、罪①から⑤が成立する。まず、②と③は、通常手
40 段又は結果の関係にあるから、牽連犯（54条1項後段）となり、②、④
41 及び⑤は、「一個の行為」としてなされているから、観念的競合（同条項
42 前段）となる。そして、これらと①が併合罪（45条前段）となる。

43 第2 甲の罪責

44 1(1) 甲はXをワインに注入してV宅宛に宅配便で送っているところ、こ

の行為には殺人未遂罪（203条・199条）が成立する（罪①）。

(2)ア まず、Xの致死量は10ミリリットルであるのに、Xが注入した量は8ミリリットルにとどまる。そこで、甲の行為は、殺人罪の実行の着手（43条本文）に当たらず、不能犯となるかが問題となる。

未遂犯の処罰根拠は、当該行為に構成要件的結果発生の客観的危険性が認められる点にある。そこで、その危険性の有無は、行為時に一般人が認識し得た事実及び行為者が特に認識していた事実を基礎に、一般人の立場から実質的に判断すべきであると解する。確かに、Xの量が致死量に至らない8ミリリットルであるという事実を基礎にすると一般人はV死亡の危険性を感じないとも思える。しかし、甲はVが気に入ったワインであれば2、3時間で一人で飲み切ること及びVの疾患を認識していた。そして、甲の認識事実を基礎にすると、心臓に疾患のあるVが致死量に近いXを体内に摂取した場合、心臓発作等を起こして死亡する危険性があると一般人は感じるといえる。したがって、甲の行為は不能犯とはならない。

イ もっとも、Vは、甲が郵送したワインを受領・飲用していない。そこで、離隔犯の実行の着手時期が問題となる。

未遂犯の処罰根拠は、当該行為に構成要件的結果発生の客観的危険性が認められる点にある。そこで、実行の着手時期は、構成要件的結果発生の客観的危険性が生じた時点であると解する。現在において、郵便物は、発送されるとほぼ確実・自動的に宛先に到達する。そして、Vは、ワインが好きで、気に入ったワインであれば2、3時間で一人で飲み切るのに対し、Xは、ワインに混入してもワインの味や臭いに変化を生じさせないものであった。そうすると、郵送行為の時点で、既にVがXの混入に気付くことなくワインを飲み切り死亡する危険性が生じていたといえる。したがって、甲の郵送行為の開始時点で実行の着手が認められる。

2(1) 甲は、乙のVに対する注射行為を利用して、Vを死亡させているところ、この行為には殺人罪が成立する（罪②）。

(2)ア 甲に間接正犯が成立するかが問題となる。

間接正犯が正犯とされる根拠は、直接正犯と同様に自らの実行行為を行ったといえる点にある。そこで、行為者が、自己の意思に基づき、一方的に支配・利用した他人の行為を通じて構成要件を実現する場合、間接正犯が成立すると解する。甲が40歳の内科部長、乙が30歳の勤務医という両者の年齢差・上下関係に加えて、乙が甲に恩義を感じていたことから、乙は多少の疑念を抱いても甲の指示に忠実に従ってVに注射をする可能性が高かった。そうすると、甲は、その可能性を認識して、乙に注射行為を指示しているから、乙の注射行為を一方的に支配・利用し、その行為を通じて殺人罪の構成要件を実現したといえる。したがって、甲には間接正犯が成立し得る。

イ そして、実行行為は、構成要件的結果発生の客観的危険性のある甲の指示行為であるところ、乙の注射行為とV死亡との間には因果関係があるから、甲の指示行為とV死亡との間にも因果関係がある。

3 以上より、甲には罪①と②が成立し、併合罪となる。 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29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vがサバイバルナイフでその胸部を刺されて殺害される事件が発生し、犯人はその場から逃走した。

Wは、たまたま同所を通行中に上記犯行を目撃し、「待て。」と言いながら、直ちに犯人を追跡したが、約1分後、犯行現場から約200メートルの地点で見失った。

通報により駆けつけた警察官は、Wから、犯人の特徴及び犯人の逃走した方向を聞き、Wの指し示した方向を探した結果、犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートル離れた路上で、Wから聴取していた犯人の特徴と合致する甲を発見し、職務質問を実施したところ、甲は犯行を認めた。警察官は、①甲をVに対する殺人罪により現行犯逮捕した。なお、Vの殺害に使用されたサバイバルナイフは、Vの胸部に刺さった状態で発見された。

甲は、その後の取調べにおいて、「乙からVを殺害するように言われ、サバイバルナイフでVの胸を刺した。」旨供述した。警察官は、甲の供述に基づき、乙をVに対する殺人の共謀共同正犯の被疑事実で通常逮捕した。

乙は、甲との共謀の事実を否認したが、検察官は、関係各証拠から、乙には甲との共謀共同正犯が成立すると考え、②「被告人は、甲と共謀の上、平成29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vに対し、殺意をもって、甲がサバイバルナイフでVの胸部を1回突き刺し、よって、その頃、同所において、同人を左胸部刺創による失血により死亡させて殺害したものである。」との公訴事実により乙を公判請求した。

検察官は、乙の公判前整理手続において、裁判長からの求釈明に対し、③「乙は、甲との間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」旨釈明した。これに対し、乙の弁護人は、甲との共謀の事実を否認し、「乙は、同日は終日、知人である丙方にいた。」旨主張したため、本件の争点は、「甲乙間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議があったか否か。」であるとされ、乙の公判における検察官及び弁護人の主張・立証も上記釈明の内容を前提に展開された。

〔設問 1〕

①の現行犯逮捕の適法性について論じなさい。

〔設問 2〕

- ②の公訴事実、訴因の記載として罪となるべき事実を特定したものといえるかについて論じなさい。
- ③の検察官の釈明した事項が訴因の内容となるかについて論じなさい。
- 裁判所が、証拠調べにより得た心証に基づき、乙について、「乙は、甲との間で、平成29年5月11日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」と認定して有罪の判決をすることが許されるかについて論じなさい（①の現行犯逮捕の適否が与える影響については、論じなくてよい。）。

MEMO

出題の趣旨

本問は、殺人事件の犯行の目撃者が直ちに犯人を追跡し、約1分後、犯行現場から約200メートルの地点で見失ったものの、通報により駆けつけた警察官が、同目撃者から犯人の特徴及び逃走方向を聞いて犯人を捜し、犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートルの地点で、犯人の特徴と合致する甲を発見して職務質問したところ、甲が犯行を認めたため、甲を、現行犯逮捕した事例において、この逮捕が現行犯逮捕の要件（刑事訴訟法第212条第1項、同条第2項及び第213条）を充足するかを検討させるとともに、甲との共謀共同正犯が成立するとして殺人罪で起訴された乙の公判を題材に、起訴状に「甲と共謀の上」との記載及びそれに基づく実行行為が記載されていれば訴因の特定は足りるといえるのか、共謀の成立時期について検察官が求釈明に応じた場合、その内容は訴因の内容を構成することになるのか、証拠調べの結果、裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定して有罪判決をすることが許されるのか、すなわち、事実認定に先立っての訴因変更の要否、及び、訴因変更が不要であるとしても裁判所は何らかの措置を採るべきか、そうであるとすればその措置は何かを検討させることにより、現行犯逮捕・準現行犯逮捕の要件及び訴因に関連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、現行犯逮捕の適法性が問われているところ、「現行犯人」該当性（刑訴法（以下「法」という。）212条）については、狭義の現行犯人（同条1項）及び準現行犯人（同条2項）を区別して検討することが必須である。そして、いずれの検討においても、条文の文言及び無令状逮捕が許容される（法213条）根拠（逮捕者にとって犯罪と犯人が明白である場合、誤認逮捕のおそれが低いこと）から、要件を示しつつ、事案に即して「現行犯人」該当性・逮捕の適法性を判断することになる。

なお、準現行犯人について規定する法212条2項は、「左の各号の一にあたる者が、罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす。」と規定しており、①「各号の一に当たる者」でない場合、②「罪を行い終つてから間がないと明らかに認められる」かどうかを検討する必要が生じない条文構造になっている。そのため、各要件の検討は、①、②の順で行わなければならない。

- 2 設問2の解答においては、以下の判例に関する知識・理解を有していることが前提とされている。なお、この判例は、短答式試験でも判旨そのものが掲載されて出題されている（司法H21-32、予備H28-21）。

判例（最決平13.4.11）

「そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明

示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすることとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。」

この判例は、殺人罪の共同正犯の訴因として、実行行為者が誰であるかが明示されていない事案に関するものであるが、共謀の日時、場所及び内容が明示されていない本問の解答の指針となる。

まず、1では、公訴事実の記載において、訴因を明示するには、「罪となるべき事実」の特定が要求される（法 256 条 3 項）ことから、上記判例を踏まえて、②の公訴事実につき、「罪となるべき事実」の特定（＝「訴因」の特定）が認められるかどうかを判断する。そして、解答に際しては、訴因の機能から論述することになるところ、共謀又は謀議は「罪となるべき事実」（法 256 条 3 項、335 条 1 項）であるが、その日時、場所及び内容は「罪となるべき事実」ではないことになる（最大判昭 33.5.28 参照）。

次に、2では、謀議（行為）の日時、場所及び内容は、訴因の「罪となるべき事実」の特定にとって不可欠な事実ではなく、審判対象画定のために不可欠な事実ではないから、③の検察官の釈明によっても訴因の内容とならないと解答することになる。

さらに、3では、裁判所が有罪の判決をする前提として、訴因変更手続（法 312 条 1 項）ないし争点顕在化措置が採られるべきであったかどうかにつき、上記判例を踏まえて論じる必要がある。

応用ポイント

1	（設問 1）狭義の現行犯人該当性につき、逮捕者にとっての犯罪と犯人の明白性の有無の判断においては、基本的に⑦逮捕者が認識した客観的状況が資料とされるべきだが、補充的に④逮捕者が認識した被害者・目撃者等の供述を資料とすることも許されると解されることを踏まえて検討していること
---	--

2	(設問2) 1において、「罪となるべき事実」の特定性が肯定されるための要件を挙げて検討していること
3	(設問2) 2において、共同正犯(刑法60条)における共謀につき、謀議(行為)と捉えるか、意思連絡・合意と捉えるかに言及していること
4	(設問2) 3において、訴因変更の要否に関する結論を前提に論理的に一貫した論述をしていること →訴因変更が必要であると考えた場合、訴因変更をすることなく行われた裁判所の認定は、訴因逸脱認定となり、不告不理原則(法378条3号後段)違反及び訴訟手続の法令違反(法379条)となる。他方、訴因変更は不要であると考えた場合においても、争点顕在化措置が採られるべきであったにもかかわらず、これが採られなかったときには、裁判所の認定は、争点逸脱認定となり、訴訟手続の法令違反となる。
5	(設問2) 1, 2及び3を通じて、論理的に一貫した論述をしていること

MEMO

1 第1 設問1

2 1(1) 現行犯人(刑訴法212条1項)につき無令状逮捕が許される(同法
3 213条)根拠は、逮捕者にとって犯罪と犯人が明白である場合、誤認
4 逮捕のおそれが低い点にある。ただし、この明白性は時間の経過に伴
5 い減少するから、同法212条1項は、「現に罪を行い、又は現に罪を行
6 い終わった」という時間的限定により、明白性を担保している。そこ
7 で、上記許容根拠及び同法212条1項の文言から、現行犯人の要件は、
8 ①逮捕者にとっての犯罪と犯人の明白性及び②犯行と逮捕との時間的
9 接着性であると解する。

10 (2) 逮捕者である警察官は、甲の犯行を現認しておらず、目撃者Wから
11 聞いた犯人の特徴及び逃走した方向を踏まえて探した結果、犯行から
12 30分後、路上で甲を発見して逮捕している。そうすると、警察官が認
13 識した客観的状況は乏しく、また、Wも追跡の約1分後に犯人を見失
14 っているから、①警察官にとって犯罪と犯人の明白性が認められない。
15 したがって、現行犯逮捕としては、違法である。

16 2(1) 準現行犯人(刑訴法212条2項)の逮捕が無令状で許される根拠は、
17 現行犯人の場合と同様である。もっとも、準現行犯人の場合、現行犯
18 人と異なり、犯行時と逮捕時が一定程度隔離しているため、さらに同
19 条項各号の要件が明白性を担保している。そこで、上記許容根拠及び
20 法212条2項の文言から、準現行犯人の要件は、①各号の一つに当た
21 ること、②犯行と逮捕との時間的近接性とその明白性及び③逮捕者
22 にとっての犯罪と犯人の明白性であると解する。

23 (2) Wは追跡の約1分後に犯人を見失い、警察官はその約30分後、犯行
24 現場から約2キロメートル離れた路上で甲を発見しているから、追跡
25 の中断時間が長く、「追呼」(同条項1号)に当たらない。そして、甲
26 は、「兇器その他の物を所持」(同条項2号)しておらず、また、甲の
27 「身体又は被服に」被害者の血液等の「犯罪の顕著な証跡」(同条項3
28 号)もない。さらに、甲は警察官から「逃走しよう」(同条項4号)と
29 もしていない。したがって、①各号の一つに当たらないから、準現行
30 犯逮捕としても、違法である。

31 第2 設問2

32 1(1) ②の公訴事実からは、共謀の日時、場所及び内容が明らかでない。
33 しかし、公訴事実の記載において、訴因を明示するには、「罪となるべ
34 き事実」の特定が要求される(刑訴法256条3項)。そこで、②の公訴
35 事実が訴因の特定の要求を満たすかが問題となる。

36 (2) 当事者主義的訴訟構造(同法256条6項、312条1項等)の下、裁
37 判所の審判対象は、一方当事者たる検察官の主張する具体的事実であ
38 る訴因である。そうすると、訴因の機能は、裁判所に対して審判対象
39 を限定すること(審判対象画定機能)と被告人に対して防御の範囲を
40 示すこと(防御権告知機能)となる。そして、両機能は表裏の関係に
41 あると解されるから、審判対象が画定されている場合、防御の範囲も
42 明示されているといえる。そこで、審判対象画定機能の観点から、訴
43 因の特定が認められるためには、「罪となるべき事実」として、他の犯
44 罪事実と識別可能な程度の記載がされ、かつ、被告人の行為が特定の

構成要件に該当するかどうかを判定できる程度の記載がされていることが必要であると解する。

(3) ②の公訴事実では、共謀に基づく実行行為が「日時、場所及び方法を以て」（同法 256 条 3 項）特定されている。そうすると、当該実行行為に対応する共謀について、特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定することができ、また、他の犯罪事実との識別もできる。したがって、②の公訴事実が、「罪となるべき事実」の特定に欠けるものとはいえないから、訴因の特定は認められる。

2 共同正犯（刑法 60 条）における共謀は、謀議（行為）ではなく、意思連絡と解されるから、謀議の存在は、意思連絡を推認させる間接事実にとどまる。そうすると、③検察官の釈明事項である謀議の日時、場所及び内容は、訴因の「罪となるべき事実」の特定にとって不可欠な事実ではないから、審判対象画定のために不可欠な事実ではない。したがって、検察官の釈明によっても訴因の内容とならない。

3(1) 検察官が謀議の日時について「平成 29 年 5 月 18 日」と釈明した場合において、裁判所が「平成 29 年 5 月 11 日」と認定して有罪判決をするとき、裁判所は、訴因変更（刑訴法 312 条 1 項）等の手続を採らなければ、不告不理原則（同法 378 条 3 号後段）違反又は訴訟手続の法令違反（同法 379 条）となるかが問題となる。

(2) 前述の通り、裁判所の審判対象は、一方当事者たる検察官の主張する具体的事実である訴因である。そうすると、検察官の主張する具体的事実に変更が生じた場合、訴因変更手続が必要となるのが原則である。もっとも、わずかな事実の食い違いが生じた場合にも、常に訴因変更手続を必要とすると訴訟経済に反する。そこで、まず、審判対象画定のために不可欠な事項が変動した場合、訴因変更手続が必要であると解する。しかし、それ以外でも、一般的に被告人の防御にとって重要な事項につき、争点明確化のため、検察官が訴因において明示したときは、裁判所がそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続が必要であると解する。もっとも、審理経過等から、被告人にとって不意打ちとならず、かつ、不利益とならない場合には、例外的に、訴因変更手続は不要であると解する。

(3)ア 前述の通り、謀議の日時は、検察官の釈明によっても訴因の内容とならないから、釈明内容と異なる事実を認定する場合でも、訴因変更手続は不要である。したがって、不告不理原則には違反しない。

イ もっとも、本件の争点は、甲乙間で「平成 29 年 5 月 18 日」に「謀議」があったか否かであり、検察官及び弁護人の主張・立証もこれを前提に展開されていた。そうすると、裁判所は、謀議の日時として同月 11 日を認定する場合、その前提として、釈明権（刑訴規則 208 条 1 項）を行使し、謀議の日時として同月 11 日が争点となることを顕在化する措置を採り、被告人乙への不意打ちを防止する必要があった。したがって、裁判所が、上記の争点顕在化措置を採ることなく、謀議の日時を「平成 29 年 5 月 11 日」と認定することは、被告人乙に対して不意打ちを与え、その防御権を不当に侵害するから、訴訟手続の法令違反となる。

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、骨董品を収集することが趣味なのですが、親友からBという人を紹介してもらい、平成28年5月1日、B宅に壺（以下「本件壺」という。）を見に行きました。Bに会ったところ、Aから平成27年3月5日に、代金100万円で本件壺を買って、同日引き渡してもらったということで、本件壺を見せてもらったのですが、ちょうど私が欲しかった壺であったことから、是非とも譲ってほしいとBにお願いしたところ、代金150万円なら譲ってくれるということで、当日、本件壺を代金150万円で購入しました。そして、他の人には売ってほしくなかったので、親友の紹介でもあったことから信用できると思い、当日、代金150万円をBに支払い、領収書をもらいました。当日は、電車で来ていたので、途中で落としたりしたら大変だと思っていたところ、Bが、あなた（X）のために占有しておきますということでしたので、これを了解し、後日、本件壺を引き取りに行くことにしました。

平成28年6月1日、Bのところに本件壺を取りに行ったところ、Bから、本件壺は、Aから預かっていただけで、自分のものではない、あなた（X）から150万円を受け取ったこともない、また、本件壺は、既に、Yに引き渡したので、自分のところにはないと言われました。

すぐに、Yのところに行き、本件壺を引き渡してくれるようお願いしたのですが、Yは、本件壺は、平成28年5月15日にAから代金150万円で購入したものであり、渡す必要はないと言って渡してくれません。

本件壺の所有者は、私ですので、何の権利もないのに本件壺を占有しているYに本件壺の引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】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、本件壺の引渡しを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することを検討することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pは、本件訴訟に先立って、Yに対して、本件壺の占有がY以外の者に移転されることに備え、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が採り得る法的手段の一つ挙げ、そのような手段を講じなかった場合に生じる問題についても併せて説明しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟において、選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。なお、代償請求については、考慮する必要はない。
- (3) 弁護士Pは、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において、本件壺の引渡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、〔①〕

イ Aは、平成27年3月5日、Bに対し、本件壺を代金100万円で売った。

ウ 〔②〕

エ 〔③〕

上記①から③までに入る具体的事実を、それぞれ答えなさい。

- (4) 弁護士Pは、Yが、AB間の売買契約を否認すると予想されたことから、上記(3)の法的構成

とは別に、仮に、Bが本件壺の所有権を有していないとしても、本件壺の引渡請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）の主張をできないか検討した。しかし、弁護士Pは、このような主張は、判例を踏まえると認められない可能性が高いとして断念した。弁護士Pが検討したと考えられる主張の内容（当該主張を構成する具体的事実を記載する必要はない。）と、その主張を断念した理由を簡潔に説明しなさい。

〔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】

「私は、Aから、本件壺を買わないかと言われました。壺に興味があることから、Aに見せてほしいと言ったところ、Aは、Bに預かってもらっているということでした。そこで、平成28年5月15日、B宅に見に行ったら、一目で気に入って、Aに電話で150万円での購入を申し込み、Aが承諾してくれました。私は、すぐに近くの銀行で150万円を引き出しA宅に向かい、Aに現金を交付したところ、Aが私と一緒にB宅に行ってくれて、Aから本件壺を受け取りました。したがって、本件壺の所有者は私ですから、Xに引き渡す必要はないと思います。」

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提に、Yの訴訟代理人として、本件訴訟における答弁書を作成するに当たり、主張することが考えられる二つの抗弁を検討したところ、抗弁に対して考えられる再抗弁を想定すると、そのうちの一方の抗弁については、自己に有利な結論を得られる見込みは高くないと考え、もう一方の抗弁のみを主張することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Qとして主張することを検討した二つの抗弁の内容（当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。）を挙げなさい。
- (2) 上記(1)の二つの抗弁のうち弁護士Qが主張しないこととした抗弁を挙げるとともに、その抗弁を主張しないこととした理由を、想定される再抗弁の内容にも言及した上で説明しなさい。

〔設問3〕

Yに対する訴訟は、審理の結果、AB間の売買契約が認められないという理由で、Xが敗訴した。そこで、弁護士Pは、Xの訴訟代理人として、Bに対して、BX間の売買契約の債務不履行を理由とする解除に基づく原状回復請求としての150万円の返還請求訴訟（以下「本件第2訴訟」という。）を提起した。

第1回口頭弁論期日で、Bは、Xから本件壺の引渡しを催告され、相当期間が経過した後、Xから解除の意思表示をされたことは認めたが、BがXに対して本件壺を売ったことと、BX間の売買契約に基づいてXからBに対し150万円が支払われたことについては否認した。弁護士Pは、当該期日において、以下の領収書（押印以外、全てプリンターで打ち出されたものである。以下「本件領収書」という。）を提出し、証拠として取り調べられた。これに対し、Bの弁護士Rは、本件領収書の成立の真正を否認し、押印についてもBの印章によるものではないと主張している。

その後、第1回弁論準備手続期日で、弁護士Pは、平成28年5月1日に150万円を引き出したことが記載されたX名義の預金通帳を提出し、それが取り調べられ、弁護士Rは預金通帳の成立の真正を認めた。

第2回口頭弁論期日において、XとBの本人尋問が実施され、Xは、下記【Xの供述内容】のとおり、Bは、下記【Bの供述内容】のとおり、それぞれ供述した。

領 収 書

X 様

下記金員を確かに受領しました。

金 1 5 0 万円

ただし、壺の代金として

平成 2 8 年 5 月 1 日

B ㊦

【Xの供述内容】

「私は、平成28年5月1日に、親友の紹介でB宅を訪問し、本件壺を見せてもらいました。Bとは、そのときが初対面でしたが、Bは、現金150万円なら売ってもいいと言ってくれたので、私は、すぐに近くの銀行に行き、150万円を引き出して用意しました。Bは、私が銀行に行っている間に、パソコンとプリンターを使って、領収書を打ち出し、三文判ではありますが、判子も押して用意してくれていたもので、引き出した現金150万円をB宅で交付し、Bから領収書を受け取りました。当日は、電車で来ていたので、取りあえず、壺を預かっておいてもらったのですが、同年6月1日に壺を受け取りに行った際には、Bから急に、本件壺は、Aから預かっているもので、あなたに売ったことはないと言われました。」

また、Yに対する訴訟で証人として証言したAが供述していたように、Aは同年5月2日にBから200万円を借金の返済として受け取っているようですが、この200万円には私が交付した150万円が含まれていることは間違いないと思います。」

【Bの供述内容】

「確かに、平成28年5月1日、Xは、私の家を訪ねてきて、本件壺を見せてほしいと言ってきました。私はXとは面識はありませんでしたが、知人からXを紹介されたこともあり、本件壺を見せてはあげましたが、Xから150万円は受け取っていません。Xは、私に150万円を現金で渡したと言っているようですが、そんな大金を現金でもらうはずはありませんし、領収書についても、私の名前の判子は押してありますが、こんな判子はどこでも買えるもので、Xがパソコンで作って、私の名前の判子を勝手に買ってきて押印したものに違いありません。」

私は、同月2日に、Aから借りていた200万円を返済したことは間違いありませんが、これは、自分の父親からお金を借りて返済したもので、Xからももらったお金で工面したものではありません。父親は、自宅にあった現金を私に貸してくれたようです。また、父親とのやり取りだったので、貸し借りに当たって書面も作りませんでした。その後、同年6月1日にもXが私の家に来て、本件壺を売ってくれと言ってきましたが、断っています。」

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 本件第2訴訟の審理をする裁判所は、本件領収書の形式的証拠力を判断するに当たり、Bの記名及びB名下の印影が存在することについて、どのように考えることになるか論じなさい。
- (2) 弁護士Pは、本件第2訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書面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【Bの供述内容】と同内容のX及びBの本人尋問における供述並びに前記の提出された書証に基づいて、Bが否認した事実についての主張を展開したいと考えている。弁護士Pにおいて準備書面に記載すべき内容を、

提出された書証や両者の供述から認定することができる事実を踏まえて、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、動産の引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、引渡請求の訴訟物や当該請求を理由付ける事実について説明を求めるものである。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ついて、民事実体法及び判例で示された規律や動産取引の特殊性に留意して検討することが求められる。

設問2は、動産の二重譲渡事案における実体法上の権利関係及びそれに係る要件事実の理解を前提に、原告の所有権喪失原因について幅広く検討した上、本件の時系列の下で予想される再抗弁の内容を念頭に、適切な抗弁を選択し、その理由を説明することが求められる。

設問3は、二段の推定についての基本的理解と当てはめを問うとともに、原告代理人の立場から、準備書面に記載すべき事項を問うものである。争点に関する書証及び当事者尋問の結果を検討し、証拠により認定することができる事実を摘示した上で、原告の主張を根拠付けるために、各認定事実に基づき、いかなる推論・評価が可能か、その過程を検討・説明することが求められる。

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、「本件壺の占有がY以外の者に移転されることに備え、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、動産引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)、小問(4)、及び設問2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。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。

請求の趣旨：被告は、原告に対し、本件壺を引き渡せ 訴訟物：所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求権 1個 (設問1小問(2))		
請求原因	抗弁	再抗弁
動産引渡し（所有権） (設問1小問(3)) ①A所有 ②AB間売買 ③BX間売買 ④Y占有 ※②AB間売買が存在しない場合、Xは、承継取得ではなく即時取得を検討することになるが、引渡方法が占有改定であるため、判例によれば、即時取得は否定される。(設問1小問(4))	即時取得による所有権喪失 ⑤AY間売買 ⑥⑤に基づく引渡し (設問2) 対抗要件具備による所有権喪失－売買 ⑦⑤及び⑥と同じ (設問2) ※先立つ対抗要件具備の再抗弁が想定されるため、この抗弁は主張しない。	— 先立つ対抗要件具備 ⑧(Xの前主)Bの対抗要件具備がYの対抗要件具備に先立つ

3 設問3では、XB間の本件第2訴訟において、争点となっている要件事実に関する事実認定についての理解が問われている。そして、本件第2訴訟の訴訟物は、解除に基づく原状回復請求権、請求の趣旨は、「被告は、原告に対し、150万円を支払え」、請求原因は、①BX間売買、②Xの①に基づく150万円の給付、③XのBに対する引渡しの催告、④相当期間の経過、⑤XのBに対する解除の意思表示となるところ、Bは、請求原因③、④及び⑤は認めたが、①及び②は否認している。

そこで、まず、設問3小問(1)では、請求原因①及び②を証明するために提出された本件領収書の成立の真正について検討することになる（なお、本件領収書は、請求原因①

との関係では間接証拠, ②との関係では直接証拠となる。)。そして, 解答に際しては, 「署名」と「押印」(民訴法 228 条 4 項)を区別した上で, 後者について二段の推定が働くかどうかを判断することになる。次に, 設問 3 小問(2)では, 原告 X の訴訟代理人 P の立場に立って, 請求原因①及び②が認定されるべきであることを準備書面の内容として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。)。そして, 解答に際しては, 請求原因①及び②と整合する行為前の事情, 行為時の事情及び行為後の事情に着目して, 適切に事実を摘示することが重要である。

応用ポイント

1	(設問 1 小問(1)) 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 小問(2)) X からの先立つ対抗要件具備の再抗弁について, 正確に言及していること →対抗関係の起点は, B ではなく A であるから, B と Y のいずれが先に本件壺の引渡しを受けたかが優劣の判断対象になる。
3	(設問 3 小問(1)) 二段の推定について, 本問では, 一段目の推定が働かないことを指摘していること
4	(設問 3 小問(2)) 「認定することができる事実」かどうかを踏まえて主張を展開していること →①争いのない事実(主張レベル), ②当事者双方の供述等が一致する事実(証拠レベル), ③成立の真正が認められた信用性の高い書証に記載された事実及び④自認された不利益事実は, 「動かし難い事実」となり得る(司法研修所編『事例で考える民事事実認定』P 56～61 参考)。そして, 「動かし難い事実」は, 「認定することができる事実」になるところ, 本問では, 例えば, ③本件領収書の成立の真正は認められないため, 本件領収書からは, X の B に対する 150 万円の給付の事実は認定されない。そのため, このことを踏まえて主張を展開することになる。
5	(設問 3 小問(2)) B の主張を踏まえた反論を主張していること →B は, 200 万円の原資に関し, 父親からの貸付金であると供述するが, 高額な貸付けであり, 親子とはいえ, 借用書等が存在しないのは不自然であり, その供述は信用できない。
6	(設問 3 小問(2)) 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、本件壺の占有がY以外の者に移転されることに備えて、占有移
3 転禁止の仮処分（民保法62条）を採る。

4 2(1) 占有移転禁止の仮処分の執行は、同法25条の2第1項1号及び2号
5 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れたとし
6 ても、Xは、Yに対する勝訴確定判決を得た場合、当該判決に基づい
7 て第三者に対して強制執行できる（同法62条）。

8 (2) 仮に、この方法を採らなかった場合において、事実審の口頭弁論終
9 結前、Yが本件壺を第三者に売却して引渡しをしたとき、その後にX
10 が勝訴確定判決を得ても、その判決の効力は第三者に及ばず（民訴法
11 115条1項1号）、強制執行もできない（民執法23条1項1号）。確か
12 に、Xは、義務承継人の訴訟引受けの申立て（民訴法50条1項）をし
13 て、第三者を本件訴訟に引き込み、第三者との関係でも勝訴判決を得
14 ることができる。しかし、Xは上記申立てを適時に行えるとは限らな
15 い。また、上記申立てを行えなかった場合、Xは、改めて、第三者を
16 被告として提訴し、勝訴確定判決を得る必要がある。そこで、このよ
17 うな不都合を回避するため、係争物に関する仮処分の効力（当事者恒
18 定効）により、被告を固定する必要がある。

19 第2 設問1小問(2)

20 所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求権

21 第3 設問1小問(3)

22 〔①〕平成27年3月5日当時、本件壺を所有していた。

23 〔②〕Bは、平成28年5月1日、Xに対し、本件壺を代金150万円で売っ
24 た。

25 〔③〕Yは、本件壺を占有している。

26 第4 設問1小問(4)

27 1 Pが検討した主張の内容は、本件壺の所有権の即時取得（民法192条）
28 と考えられる。

29 2 BX間の売買契約の際、Bは、占有する本件壺について、Xに対し「あ
30 なた（X）のために占有しておきます」と伝えているため、Xは、占有
31 改定（同法183条）により本件壺の占有を取得している。しかし、判例
32 は、占有改定が外観上占有状態に変更を生じさせないことから、これに
33 よる占有の取得は「占有」（同法192条）の取得に当たらないと解してい
34 る。そのため、Pは、即時取得の主張を断念したと考えられる。

35 第5 設問2

36 1 小問(1)

37 Qが検討した抗弁は、①Aを起点に本件壺がXとYに二重に譲渡され、
38 Yが対抗要件としての引渡しを受けたため、Yが確定的に所有権を取得
39 し、Xが所有権を喪失するという抗弁（対抗要件具備による所有権喪失
40 の抗弁（売買））と②Yが本件壺の所有者であると信じてAと取引し、こ
41 れに基づき本件壺の引渡しを受けたため、Yが所有権を取得し、Xが所
42 有権を喪失するという抗弁（即時取得による所有権喪失の抗弁）である。

43 2 小問(2)

44 Qが主張しないこととした抗弁は、抗弁①である。なぜなら、YがA

から本件壺の引渡しを受けたのは平成28年5月15日であるところ、Pからは、Xの前主BがAB間の売買契約に基づいてAから本件壺の引渡しを受けたのは平成27年3月5日であるとして、先立つ対抗要件具備の再抗弁の主張が想定されるからである。

第6 設問3小問(1)

- 1 本件領収書の形式的証拠力が認められるためには、本件領収書がBの意思に基づいて作成されたものであること（文書の成立の真正）が必要である。そして、私文書である本件領収書については、Bの「署名又は押印があるとき」に、成立の真正が推定される（民訴法228条4項）。
- 2(1) 本件領収書上のBの名は、プリンターにより印字された記名であり、Bの意思に基づくものとは認められないから、「署名」に当たらない。
- (2) 本件領収書上のB名下の印影がBの印章によって顕出されていれば、Bの意思に基づく「押印」が事実上推定され、その結果、本件領収書全体の成立の真正が事実上推定される（二段の推定）。しかし、当該印影について、BはXが勝手に用意した判子で押印したと供述する。そのため、Pにおいて、当該印影がBの判子によるものであることを立証しない限り、一段目の推定が働かない。そこで、裁判所は、Pが上記立証をした場合、本件領収書の成立の真正が推定されて形式的証拠力が認められると考えることになる。

第7 設問3小問(2)

- 1(1) Xは、平成28年5月1日、Bに対し、150万円を支払った。
- (2)ア (ア) RがX名義の預金通帳（以下「本件通帳」）の成立の真正を認めたため、同日、Xが現金150万円を引き出した事実が認められる。そして、Bの供述から、同日、Xが本件壺を見せてもらうためB宅を訪問してBと対面し、本件壺を見た事実及び同月2日、BがAに対して200万円を返済した事実も認められる。
- (イ) 通常、支払予定がないのに、高額の現金を預金口座から引き出すことはないから、Xには、150万円を引き出した時点で、その支払予定があったはずである。そして、高額の現金を授受するためには、直接対面が必要になるところ、XとBは、直接対面をしていることから、150万円の現金の授受が可能であったといえる。また、高額の借金の返済のためには、原資の準備が特に必要となるところ、Bは、200万円という高額の返済をAにしているから、その原資の一部は前日にXから支払われた150万円であるとするのが自然である。したがって、XがBに対して150万円を支払ったことが認められる。
- イ なお、Bは、200万円の原資に関し、父親からの貸付金であると供述するが、高額な貸付けであり、親子とはいえ、借用書等が存在しないのは不自然であり、その供述は信用できない。
- 2(1) Bは、平成28年5月1日、Xに対し、本件壺を150万円で売った。
- (2) 前述の通り、XがBに対して150万円を支払った事実が認められる。そして、BとXは面識がなかったところ、通常、売買契約等の締結もないのに、初対面の相手に対し、高額の支払をすることはない。したがって、XB間では売買契約が締結されたことが認められる。 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（26歳，男性）は，平成29年4月6日午前8時，「平成29年4月2日午前6時頃，H県I市J町2丁目3番Kビル前歩道上において，V（55歳，男性）に対し，その胸部を押して同人をその場に転倒させ，よって，同人に加療期間不明の急性硬膜下血腫等の傷害を負わせた。」旨の傷害事件で通常逮捕され，同月7日午前9時，検察官に送致された。送致記録に編綴された主な証拠は次のとおりであった（以下，特段の断りない限り，日付はいずれも平成29年である。）。

(1) Vの受傷状況等に関する捜査報告書（証拠①）

「近隣住民Wの119番通報により救急隊員が臨場した際，Vは，4月2日午前6時10分頃にH県I市J町2丁目3番Kビル前（甲通り沿い）歩道上に，意識不明の状態で仰向けに倒れていた。Vは，直ちにH県立病院に救急搬送され，同病院において緊急手術を受け，そのまま同病院集中治療室に入院した。同病院医師によれば，Vには硬い面に強打したことにより起因する急性硬膜下血腫を伴う後頭部打撲が認められ，Vは，手術後，意識が回復したが，集中治療室での入院治療が必要であり，少なくとも1週間は取調べを受けることはできないとのことであった。」

「Vは，同市J町4丁目2番の自宅で妻と二人で居住する会社員である。妻によれば，Vは毎朝甲通りをジョギングしており，持病はないとのことであった。」

(2) Wの警察官面前の供述録取書（証拠②）

「私は，4月2日午前6時頃，通勤のため自宅を出て甲通りをI駅に向かって歩いていると，約50メートル先のKビル前の歩道上に，男二人と女一人（B子）が立っていて，そのうち男一人（V）が歩道上に仰向けに倒れた様子が見えた。そして，約10メートルまで近づいたところ，もう一人の男（A）が仰向けに倒れたVの腹の上に馬乗りになったので，事件であると思って立ち止まった。このとき，Aは，Vの腹の上に馬乗りになった状態で、『この野郎。』と怒鳴りながら右腕を振り上げ，B子はそのAの右腕を両手でつかんだ。私は，自分の携帯電話機を使って，その様子を1枚写真撮影した。その直後，AはVの腹の上から退いたが，Vは全く動かなかった。私は，119番通報し，AとB子に『救急車を呼んだから，しばらく待ってください。』と声を掛けた。しかし，AとB子は，その場を立ち去り，甲通り沿いのLマンションの中に入っていった。私は，注視していなかったため，Vの転倒原因は分からない。私は，A，V及びB子とは面識がない。」

(3) B子の警察官面前の供述録取書（証拠③）

「私は，1年半前からAと交際し，半年前からLマンション202号室でAと二人で生活している。私とAは，4月1日夜から同月2日明け方までカラオケをし，Lマンションに帰るため，甲通りの歩道を並んで歩いていた。すると，前方からジョギング中の男（V）が走ってきて，擦れ違いざまに私にぶつかった。私は，立ち止まり，Vに『すみません。』と謝ったが，Vは，立ち止まり，『横に広がらずに歩けよ。』と怒ってきた。Aも立ち止まり，興奮した様子でVに言い返し，AとVが向かい合って口論となった。Aは，Vの面前に詰め寄り，両手でVの胸を1回突き飛ばすように押した。Vが少し後ずさりしたが，『何するんだ。』と言ってAに向き合うと，Aは両手でVの胸をもう1回突き飛ばすように押した。すると，Vは，後方に勢いよく転び，路上に仰向けに倒れ，後頭部を路面に打ち付けた。さらに，Aは，仰向けに寝た状態になったVの腹の上に馬乗りになり，『この野郎。』と怒鳴りながら，

右腕を振り上げてVを殴ろうとした。私は、慌ててAの右腕を両手でつかんで止めた。すると、AはVの体から離れたが、Vは起き上がらなかった。Aは、『こちらが謝っているのに、文句を言ってきたのが悪いんだ。放っておけ。』と言った。私とAは、通り掛かりの男の人から、『救急車を呼んだから、待ってください。』と言われたが、VをそのままにしてLマンションに帰った。」

(4) Aの警察官面前の供述録取書（証拠④）

「私は、4月2日早朝、カラオケ店から、交際相手のB子と一緒に帰る途中、B子と二人で並んで歩道を歩いていたところ、ジョギング中の男（V）が擦れ違いざまにB子にぶつかってきた。Vは、B子が謝ったにもかかわらず、『横に並んで歩くな。』と怒鳴った。私は、VがわざとB子にぶつかってきたように感じていたので、『ここはジョギングコースじゃないんだぞ。』と言いついた。私とVは口論となり、そのうち、Vは、興奮した様子で、右手で私の胸ぐらをつかんで前後に激しく揺さぶってきたが、その手を自ら離してふらつくように後退し、後方にひっくり返って後頭部を歩道上に打ち付けた。この間、私は、Vの胸を押したことはなく、それ以外にもVの転倒原因になるような行為をしていない。Vが勝手に歩道上に倒れたので、それを放ったまま自宅に戻った。私は、半年前からLマンション202号室でB子と一緒に生活しており、現在、株式会社丙において会社員として働いている。」

(5) Aの身上調査照会回答書（証拠⑤）

H県I市J町2丁目5番Lマンション202号室が住居として登録されている。

- 2 Aは、4月7日午後1時、検察官による弁解録取手続において、証拠④と同旨の供述をした。検察官は、弁解録取書を作成した後、H地方裁判所裁判官に対し、Aの勾留を請求した。同裁判所裁判官は、同日、Aに対し、勾留質問を行い、④刑事訴訟法第207条第1項の準用する同法第60条第1項第2号に定める事由があると判断して勾留状を発付した。
- 3 Aは、勾留中、一貫して、Vの胸部を押してVを転倒させ、傷害を負わせた事実を否認した。検察官は、回復したVに対する取調べ等の所要の捜査を遂げ、4月26日、H地方裁判所にAを傷害罪で公判請求した。同公判請求に係る起訴状の公訴事実には、「被告人は、4月2日午前6時頃、H県I市J町2丁目3番Kビル前歩道上において、Vに対し、その胸部を両手で2回押す暴行を加え、同人をその場に転倒させてその後頭部を同歩道上に強打させ、よって、同人に全治3週間の急性硬膜下血腫を伴う後頭部打撲の傷害を負わせた。」旨記載されている。同裁判所は、同月28日、同公判請求に係る傷害被告事件を公判前整理手続に付する決定をした。
- 4 検察官は、5月10日、前記傷害被告事件について、証明予定事実記載書を裁判所に提出するとともに弁護人に送付し、併せて、証拠の取調べを裁判所に請求し、当該証拠を弁護人に開示した。

検察官が取調べを請求した証拠の概要は、次のとおりである。

(1) 甲1号証 H県立病院医師作成の診断書

「Vは、4月2日に急性硬膜下血腫を伴う後頭部打撲を負い、全治まで3週間を要した。」

(2) 甲2号証 H県I市J町2丁目3番Kビル前歩道上において、Vを立会人として、現場の状況を明らかにするために実施された実況見分の調書

(3) 甲3号証 Vの検察官面前の供述録取書

「4月2日早朝、私が甲通りの歩道をI駅方面に向かってジョギング中、前方から、若い男（A）と女（B子）が歩道一杯に広がるように並んで歩いてきた。私は、ぶつからないように気を付けて走ったが、擦れ違う際に、B子がふらつくように私の方に寄ってきたために、B子にぶつかった。B子が私に謝ったが、私は、立ち止まり、『そんなに横に広がって歩くなよ。』と注意した。すると、Aは、『ここはジョギングコースじゃない。』と怒鳴り、興奮した様子で私に詰め寄ってきた。私がAとの距離を取るため、のけ反るように後ずさると、

Aは、私の胸を両手で1回強く押してきた。私は、更に後ずさりしながら、『何するんだ。』と言ったが、その後のことは記憶になく、気が付いた時にはH県立病院の集中治療室にいた。」

(4) 甲4号証 写真撮影報告書

I警察署において、Vが甲3号証と同旨のAのVに対する暴行状況を説明し、A役とV役の警察官2名が、Vの説明に基づき、AがVの胸を両手で1回強く押した際のAとVの相互の体勢及びその動作を再現し、同再現状況が撮影された写真が貼付されている。

(5) 甲5号証 W所有の携帯電話機に保存されていた画像データを印画した写真1枚

4月2日午前6時に撮影されたものであり、男(A)が、Kビル前歩道上に仰向けに寝ている男(V)の腹部の上に馬乗りになった状態で、Aの右手掌部が右肩の位置よりも右上方の位置にあり、女(B子)が、Aの右後方から、そのAの右腕を両手でつかんでいる状況が写っている。

(6) 甲6号証 Wの検察官面前の供述録取書

Wの警察官面前の供述録取書(証拠②)と同旨の供述に加え、甲5号証につき、「この写真は、私が4月2日午前6時、Kビル前歩道上において、自己の携帯電話機のカメラ機能でAらを撮影したものである。⑤Aは、Kビル前の歩道上に仰向けに寝ているVの腹の上に馬乗りになった状態で、『この野郎。』と怒鳴りながら右腕を振り上げた。すると、傍らにいたB子がAの右腕を両手でつかんで止めたが、この写真はその場面が撮影されている。」旨の供述が録取されている。

(7) 甲7号証 B子の検察官面前の供述録取書

B子の警察官面前の供述録取書(証拠③)と同旨の供述。

(8) 乙1号証 Aの検察官面前の供述録取書

Aの警察官面前の供述録取書(証拠④)と同旨の供述に加え、甲5号証につき、「この写真には、転倒したVを私が介抱しようとした状況が写っている。」旨の供述が録取されている。

(9) 乙2号証 Aの身上調査照会回答書(証拠⑤と同じ)

- 5 ◎弁護人は、検察官請求証拠を閲覧・謄写した後、検察官に対して類型証拠の開示の請求をし、類型証拠として開示された証拠も閲覧・謄写するなどした上、「Aが、Vに対し、公訴事実記載の暴行に及んだ事実はない。Vは、興奮した状態でAの胸ぐらをつかんで前後に激しく揺さぶってきたが、このときVの何らかの疾患が影響して、自らふらついて転倒して後頭部を強打し、公訴事実記載の傷害を負ったにすぎない。」旨の予定主張事実記載書を裁判所に提出するとともに検察官に送付し、併せて、検察官に対して主張関連証拠の開示の請求をした。

5月24日から6月7日までの間、3回にわたり公判前整理手続が開かれ、④弁護人は、検察官請求証拠に対し、甲1号証、甲2号証及び乙2号証につき、いずれも「同意」、甲3号証、甲4号証(貼付された写真を含む。)、甲6号証及び甲7号証につき、いずれも「不同意」、甲5号証につき、「異議あり」との意見を述べるとともに、乙1号証につき、「不同意」とした上、「被告人質問で明らかにするので、取調べの必要性はない。」との意見を述べた。検察官は、V、W及びB子の証人尋問を請求した。裁判所は、争点を整理した上、甲1号証、甲2号証及び乙2号証につき、証拠調べをする決定をし、甲3号証ないし甲7号証及び乙1号証の採否を留保して、V、W及びB子につき、証人として尋問をする決定をするなどし、公判前整理手続を終結した。

- 6 6月19日、第1回公判期日において、冒頭手続等につき、順次、甲1号証、甲2号証及び乙2号証の取調べ、◎Vの証人尋問が行われ、同尋問終了後に検察官が甲3号証及び甲4号証(貼付された写真を含む。)の証拠調べ請求を撤回した。同月20日、第2回公判期日において、Wの証人尋問が行われ、Wは甲6号証と同旨の証言をし、裁判所が同尋問後に甲5号証の証拠調べを決定してこれを取り調べ、検察官が甲6号証の証拠調べ請求を撤回した。

続いて、④B子の証人尋問が行われ、同尋問終了後、検察官は甲7号証につき刑事訴訟法第321条第1項第2号後段に該当する書面として取調べを請求した。同月21日、第3回公判期日において、甲7号証の採否決定、被告人質問、乙1号証の採否決定等が行われた上で結審した。

〔設問1〕

下線部④に関し、裁判官が刑事訴訟法第207条第1項の準用する同法第60条第1項第2号の「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」があると判断した思考過程を、その判断要素を踏まえ具体的事実を指摘しつつ答えなさい。

〔設問2〕

下線部⑤の供述に関し、検察官は、Aが公訴事実記載の暴行に及んだことを立証する上で直接証拠又は間接証拠のいずれと考えているか、具体的理由を付して答えなさい。

〔設問3〕

下線部⑥に関し、弁護人は、刑事訴訟法第316条の15第3項の「開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項」を「Vの供述録取書」とし、証拠の開示の請求をした。同請求に当たって、同項第1号イ及びロに定める事項（同号イの「開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項」は除く。）につき、具体的にどのようなことを明らかにすべきか、それぞれ答えなさい。

〔設問4〕

下線部⑦に関し、弁護人は、甲4号証（貼付された写真を含む。）につき「不同意」との意見を述べたのに対し、甲5号証につき「異議あり」との意見を述べているが、弁護人がこのように異なる意見を述べた理由を、それぞれの証拠能力に言及して答えなさい。

〔設問5〕

下線部⑧に関し、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 検察官が尋問中、Vは、「私は、Kビル前歩道上でAに詰め寄られ、Aと距離を取るため、のけ反るように後ずさると、Aに両手で胸を1回強く押された。」旨証言した。検察官が同証言後に、Vに甲4号証貼付の写真を示そうと考え、裁判長に同写真を示す許可を求めたところ、裁判長はこれを許可した。その裁判長の思考過程を、条文上の根拠に言及して答えなさい。
- (2) 前記許可に引き続き、Vは、甲4号証貼付の写真を示されて、同写真を引用しながら証言し、同写真は証人尋問調書に添付された。裁判所は、同写真を事実認定の用に供することができるか。同写真とVの証言内容との関係に言及しつつ理由を付して答えなさい。

〔設問6〕

下線部⑨に関し、B子の証言の要旨は次のとおりであったとして、以下の各問いに答えなさい。

〔証言の要旨〕

- ・ AのVに対する暴行状況について、「AとVがもめている様子をそばでずっと見ていた。AがVの胸を押した事実はない。Vがふらついて転倒したので、AがVを介抱しようとした。AがVに馬乗りになって、『この野郎。』と言って殴り掛かろうとした事実はない。Vと関わりたくなかったので、Aの腕をつかんで、『こんな人は放っておこうよ。』と言った。すると、AはVを介抱するのを止めて、私と一緒にその場を立ち去った。」
- ・ 捜査段階での検察官に対する供述状況について、「何を話したのか覚えていないが、嘘を話した覚えはない。録取された内容を確認した上、署名・押印したものが、甲7号証の供述録取書で

ある。」

- ・ 本件事件後のAとの関係について、「5月に入ってからAの子を妊娠していることが分かった。」
- (1) 検察官として、刑事訴訟法第321条第1項第2号後段の要件を踏まえて主張すべき事項を具体的に答えなさい。
 - (2) 甲7号証の検察官の取調べ請求に対し、弁護人が「取調べの必要性がない。」旨の意見を述べたため、裁判長が検察官に必要性についての釈明を求めた。検察官は、必要性についてどのように釈明すべきか答えなさい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、暴行の有無が争点となる傷害事件を題材に、勾留における罪証隠滅のおそれの判断要素（設問1）、証拠から暴行事実を認定する証拠構造（設問2）、類型証拠開示請求の要件（設問3）、いわゆる被害再現写真と現場写真の証拠能力の差異（設問4）、証人尋問における被害再現写真の利用方策（設問5）、刑事訴訟法第321条第1項第2号後段書面の要件及び証拠の取調べの必要性（設問6）について、【事例】に現れた証拠や事実、手続の経過を適切に把握した上で、法曹三者それぞれの立場から、主張・立証すべき事実やその対応についての思考過程を解答することを求めており、刑事事実認定の基本構造、証拠法及び証人尋問を含む公判手続等についての基本的知識の理解並びに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、裁判官が刑訴法（以下「法」という。）60条1項2号該当性を肯定した思考過程について、以下の着眼点（判断要素）を踏まえて説明する必要がある。

	着眼点	検討事項
1	罪証隠滅の対象	どのような事実が対象とされるか
2	罪証隠滅の態様	どのような証拠に対してどのような方法で働き掛けがされるか
3	罪証隠滅の客観的可能性及び実効性（罪証隠滅の余地）	罪証隠滅が客観的に実行可能であるか、効果があるか
4	罪証隠滅の主観的可能性	被疑者・被告人が、主観的に、具体的な罪証隠滅行為をする可能性があるか

（司法研修所刑事裁判教官室『プロシーディングス刑事裁判』P99を参考にした。）

- 2 設問2では、直接証拠（要証事実を直接認定できる証拠）及び間接証拠（要証事実を推認させる間接事実を認定できる証拠）の意義を念頭に、㊦供述を用いた場合、要証事実である「Aが公訴事実記載の暴行に及んだこと」がどのように認定され得るかという認定過程・推認過程を説明して、㊦供述の供述は間接証拠であると解答することになる。そして、認定過程・推認過程の説明に際しては、㊦供述から、直接認定できる事実の内容を特定する必要がある。
- 3 設問3では、開示請求の対象となる類型証拠として「Vの供述録取書」が挙げられていることを前提に、弁護人の立場から、これについて、法316条の15第1項が規定する各類型（1号から9号）のうちのどの類型に該当するかということ（同条3項1号イ）及び「特定の検察官請求証拠」である甲3号証の証明力判断についての重要性等の開示の必要性（同条3項1号ロ）を説明する必要がある。
- 4 設問4では、弁護人が述べた証拠意見（法299条2項、刑訴規則190条2項）を踏ま

	写真自体から事実認定を行うことはできないが、本件証人は証人尋問中に示された被害再現写真の内容を実質的に引用しながら…証言しているのであって、引用された限度において被害再現写真の内容は証言の一部となっていると認められるから、そのような証言全体を事実認定の用に供することができるというべきである。このことは、被害再現写真を独立した供述証拠として取り扱うものではないから、伝聞証拠に関する刑訴法の規定を潜脱するものではない。」としている。なお、同判例は、その前提として、被害再現写真が証人尋問調書に添付されたことについても、「証言の経過、内容を明らかにするため、証人に示した写真を刑訴規則 49 条に基づいて証人尋問調書に添付したことは適切な措置であったというべきである。この措置は、訴訟記録に添付された被害再現写真を独立した証拠として扱う趣旨のものではないから、この措置を決するに当たり、当事者の同意が必要であるとはいえない。」としている。
4	（設問 6 小問(1)）B 子が A の子を妊娠したことが「前の供述を信用すべき特別の状況」に当たる理由を具体的に説明していること

MEMO

1 第1 設問1

2 まず、AはVの胸を押したことその他のVの転倒原因となる行為を行
3 ったことを否認しており、今後、この点が争点となる可能性がある。そ
4 うすると、AのVに対する暴行に関する事実を対象とした罪証隠滅のお
5 それがある。そして、Aは、事件現場にいたV、W及びB子に対して自
6 己に有利な供述をするよう働き掛けることが予想される。確かに、Aは、
7 V及びWの自宅は把握していないが、B子と交際してLマンションで同
8 居しているから、B子に対しては、上記の働き掛けは客観的に実行可能
9 であり、この働き掛けが奏功するとAの暴行の事実の認定が消極に傾く
10 可能性もあるから、実効性もある。そうすると、Aがこのような働き掛
11 けを行う動機もある。したがって、刑法60条1項2号に該当する。

12 第2 設問2

13 1 検察官は、⑥供述を間接証拠と考えている。

14 2(1) 直接証拠とは、要証事実を直接認定できる証拠をいい、間接証拠と
15 は、要証事実を推認させる間接事実を認定できる証拠をいう。

16 (2) 要証事実とは、Aが、Vに対し、胸部を両手で2回押す暴行を加えて
17 転倒させ、その後頭部を歩道上に強打させた旨の公訴事実記載の暴行
18 に及んだことである。しかし、⑥供述の内容は、Aが歩道上で仰向け
19 に寝ているVの腹の上に馬乗りになった状態で腕を振上げていたと
20 いうものであるから、公訴事実記載の暴行後の事情に関するものであ
21 る。したがって、⑥供述からは、要証事実を直接認定できない。しか
22 し、⑥供述からは、Aが仰向けに寝ているVの腹の上に馬乗りになっ
23 ていた事実を認定できる。そして、この事実とは、その直前に、AがV
24 に対して暴行していたことの結果としての意味合いを持つ事実である
25 から、要証事実を推認させる。したがって、⑥供述は間接証拠である。

26 第3 設問3

27 1 刑法316条の15第3項1号イ

28 Vの供述録取書は、同法316条の15第1項5号ロの類型に該当する。

29 2 同法316条の15第3項1号ロ

30 警察段階での取調べにおいて、例えば、VがAから押されたこと自体
31 について記憶がない等と供述している場合、本件の争点との関係で重要
32 な部分に関して供述の変遷・矛盾等があることになり、甲3の信用性は
33 低下する。そのため、Vの供述の変遷・矛盾等の有無を検討することは、
34 甲3の証明力判断に重要であるから、開示される必要がある。

35 第4 設問4

36 1 甲4は、Vが説明して再現された被害状況に関する写真撮影報告書で
37 ある。そして、Vの説明部分は供述証拠であり、添付された写真も、V
38 に対するAの犯行状況を動作により説明したものといえるから、供述証
39 拠である。そうすると、甲4を供述証拠とし、その要証事実をVが説明
40 して再現された通りの事実の存在と捉えた場合、甲4は、供述内容たる
41 事実の真実性立証のために用いられ、その内容の真実性が問題となるか
42 ら、伝聞証拠（刑法320条1項）に当たり、原則として証拠能力が認
43 められない。そこで、弁護人は、「不同意」との意見を述べた（同法316
44 条の16第1項・326条1項）。

2 他方、甲5は、犯行現場においてAの犯行状況を撮影した現場写真である。そして、現場写真は、人の知覚・記憶・表現という過程を経ず、機械的に作成されるものである。そのため、現場写真は、作成過程に誤りが入り込む危険があるとしても、供述過程における危険性とは質的に異なるから、非供述証拠と解される。そうすると、甲5は、伝聞証拠に当たらないため、伝聞証拠であることを理由に証拠能力は否定されない。そこで、弁護人は、甲5を証拠物として、「異議あり」との意見を述べた（刑訴規則190条2項前段）。

第5 設問5

1 小問(1)

検察官は、Vが被害状況を証言した後に、裁判長に甲4添付の写真（以下「本件写真」）を示す許可を求めている。そのため、本件写真の提示の目的は、Vの記憶喚起（刑訴規則199条の11）にあるのではなく、Vの証言の明確化（同199条の12）にあるといえる。そして、人の動作についての説明は、言葉で行うのに加えて、その態勢等が撮影された本件写真で行った方が視覚的にも明確になるため、「必要がある」（同条1項）といえる。他方、本件写真の内容は、Vの証言内容と同趣旨であり、その提示がVの供述に不当な影響を及ぼすおそれは認められない。なお、甲4は、証拠調べが終わったものではないが、既に弁護人に閲覧の機会が与えられたものである（同条2項・199条の10第2項）。そこで、裁判長は、本件写真の提示を許可したと考えられる。

2 小問(2)

本件写真は、独立した証拠として採用されていないが、Vの証言内容を明確化するため、Vの証言で引用されている。したがって、本件写真は、Vが引用した限度においてVの証言の一部といえるから、裁判所は、本件写真を含めた証言全体を事実認定の用に供することができる。

第6 設問6

1 小問(1)

「前の供述」に当たる甲7のB子の供述は、Aが「両手でVの胸を1回突き飛ばすように押した」、「両手でVの胸をもう1回突き飛ばすように押した」、「すると、Vは後方に勢いよく転び、路上に仰向けに倒れ、後頭部を路面に打ち付けた」という内容である。しかし、B子の公判廷供述は、「AがVの胸を押した事実はない」というものであるから、「前の供述と相反」する。そして、「前の供述」がされた後、5月に入り、B子がAの子を妊娠していることが判明しているから、現在のB子が将来夫となる可能性のあるAをかばう供述をすることは自然かつ合理的といえる。したがって、B子の公判廷供述よりも「前の供述を信用すべき特別の情況」が認められる。なお、甲7には、B子の署名・押印もある。

2 小問(2)

Wは、「注視していなかったため、Vの転倒原因は分からない」と供述し、Vも、転倒の直接の原因となったAの2度目の暴行については記憶にない旨供述している。そうすると、Aの2度目の暴行に関する証拠は、甲7のみとなる。したがって、Aの暴行態様を立証するため、甲7の取調べが必要である。

以上

MEMO