

予備試験論文式試験

R 2 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	34
民事訴訟法	36
出題の趣旨・ポイント	38
講師作成答案例	42
刑法	44
出題の趣旨・ポイント	46
講師作成答案例	50
刑事訴訟法	52
出題の趣旨・ポイント	54
講師作成答案例	58
法律実務基礎科目（民事）	60
出題の趣旨・ポイント	64
講師作成答案例	68
法律実務基礎科目（刑事）	70
出題の趣旨・ポイント	74
講師作成答案例	78

《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 令和2年の予備試験の問題については、令和2年10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30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]

報道機関による取材活動については、一般にその公共性が認められているものの、取材対象者の私生活の平穩の確保の観点から問題があるとされ、とりわけ、特定の事件・事象に際し取材活動が過熱・集中するいわゆるメディア・スクラムについて、何らかの対策がとられる必要があると指摘されてきた。中でも、取材活動の対象が、犯罪被害者及びその家族等となる場合、それらの者については、何の落ち度もなく、悲嘆の極みというべき状況にあることも多いことから、報道機関に対して批判が向けられてきた。

そのような状況の下で、犯罪被害者及びその家族等の保護を目的として、これらの者に対する取材活動を制限する立法が行われることとなった。

具体的には、まず、「犯罪及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす行為」を「犯罪等」とし、「犯罪等により害を被った者及びその家族又は遺族」を「犯罪被害者等」とした上で、報道を業とする者（個人を含む。以下「報道関係者」という。）の取材活動について、犯罪被害者等に対して取材及び取材目的での接触（自宅・勤務先等への訪問、電話、ファックス、メール、手紙、外出時の接近等）を行うこと（以下「取材等」という。）を禁止する。ただし、当該犯罪被害者等の同意がある場合はこの限りでない（この同意は、報道関係者一般に対するものでも、特定の報道関係者に対するものでもあり得る。）。なお、捜査機関は、捜査に当たる場合には、犯罪被害者等が取材等に同意するか否かについて確認し、報道関係者から問合せがあった場合には回答するものとするほか、犯罪被害者等が希望する場合には、その一部又は全員が取材等に同意しないことを記者会見等で公表することもできる。

次に、以上の取材等の禁止（犯罪被害者等の同意がある場合を除く。）に違反する報道関係者があった場合、捜査機関が所在する都道府県の公安委員会は、当該報道関係者に対して、行政手続法等の定めるところに従い憲法上適正な手続を履践した上で、取材等中止命令を発することができる。この命令に違反した者は処罰される。したがって、犯罪被害者等へ取材等を行うことは、犯罪被害者等の同意がある場合を除き禁止されるが、直ちに処罰されるわけではなく、処罰されるのは取材等中止命令が発出されているにもかかわらず、取材等を行った場合であるということになる。

なお、犯罪被害者等は、取材等中止命令の解除を申し出ることができ、その場合、当該命令は速やかに解除される。また、上述のとおり、犯罪被害者等の同意がある場合は、取材等の禁止は適用されない。

以上のような立法による取材活動の制限について、その憲法適合性を論じなさい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、犯罪被害者等の私生活の平穩の確保を目的とする取材の自由の制限について、その憲法適合性を問うものである。取材の自由を、関連判例も参照しつつ、表現の自由との関係で適切に位置付けた上で、その制約の憲法適合性に関する判断枠組みを的確に定立し、本問の立法が憲法に適合するか否かについて、その目的と手段を評価して判断することが求められる。

一方で、犯罪被害者等の私生活の平穩の確保は、それをある程度限定的に捉えるならば、取材活動を制約する立法目的として十分に重要なものでありえよう。また、犯罪被害者等にはそもそも取材に応じる義務はない。加えて、本問の立法による処罰は命令の発出を経た段階的なものとなっている。

他方で、私生活の平穩ということを幅広く理解すれば、取材活動を制約する根拠としてこれを直ちに承認することは困難である。また、基本的には公共性を有するはずの犯罪報道について、本問の立法は、当該報道の内容や性質、犯罪の種類や犯罪被害者等の立場などにかかわらずに、取材活動を、取材目的での接触を行うことについてまで、同意のない限り一律に禁止し、命令違反については刑罰をもって臨んでいる。

解答に当たっては、以上のような諸点について類型的・具体的に想定をして検討することが求められよう。捜査機関を同意確認のための主たるルートとすることの問題性や、犯罪被害者等の心情が時間とともに、また、取材者とのコミュニケーションの中で変化する可能性についても、考慮して論じることが期待される。

基本ポイント

本問では、本件立法による取材活動の制限について、その憲法適合性を論じることが求められている。そのため、①保護範囲、②制約、③正当化の三段階を念頭に、本件立法につき法令違憲となるかどうかを検討することになる。解答の際には、裁判所のテレビ局に対する取材フィルム提出命令の可否に関する以下の判例を踏まえる必要がある。

判例（最大決昭 44. 11. 26）

「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法 21 条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値いするものといわなければならない。」ところで、本件において、提出命令の対象とされたのは、すでに放映されたフィルムを含む放映のために準備された取材フィルムである。それは報道機関の取材活動の結果すでに得られたものであるから、その提出を命

ずることは、右フィルムの取材活動そのものとは直接関係がない。もつとも、報道機関がその取材活動によつて得たフィルムは、報道機関が報道の目的に役立たせるためのものであつて、このような目的をもつて取材されたフィルムが、他の目的、すなわち、本件におけるように刑事裁判の証拠のために使用されるような場合には、報道機関の将来における取材活動の自由を妨げることになるおそれがないわけではない。しかし、取材の自由といつても、もとより何らの制約を受けないものではなく、たとえば公正な裁判の実現というような憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受けることのあることも否定することができない。本件では、まさに、公正な刑事裁判の実現のために、取材の自由に対する制約が許されるかどうかの問題となるのであるが、公正な刑事裁判を実現することは、国家の基本的要請であり、刑事裁判においては、実体的真実の発見が強く要請されることもいうまでもない。このような公正な刑事裁判の実現を保障するために、報道機関の取材活動によつて得られたものが、証拠として必要と認められるような場合には、取材の自由がある程度の制約を蒙ることとなつてもやむを得ないところというべきである。しかしながら、このような場合においても、一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあつての必要性の有無を考慮するとともに、他面において、取材したものを証拠として提出させられることによつて報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによつて受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない。」

まず、①保護範囲については、上記判例を根拠にして、本件立法の制限の対象となっている取材活動が憲法（以下略）21条1項で保障されることを説明することになる。

次に、②制約については、上記判例の事案と異なり、本件立法は取材活動を禁止するものであり、直接的に制約するものであることを指摘すべきである。

そして、③正当化については、④本問の事案との関係で適切な判断枠組み（違憲審査基準）を検討・定立した上で、⑤事案に即して具体的に当てはめを行う必要がある。④に関しては、権利の重要性及び制約の強度を適切に分析する必要があるところ、上記判例の事案と異なり、本件立法は、取材の自由を直接的に禁止し、かつ、違反者の処罰を予定するものであるから、制約の程度が強いことを重視し、また、上記判例と異なり、報道の自由と取材の自由との間で保障の程度に差を認めない場合、比較衡量の基準ではなく、より厳格な基準を採用すべきことになる（例えば、厳格な合理性の基準（立法目的が重要であり、立法目的と手段との間に実質的関連性がある場合に合憲となる）等が採用されることになる）。⑤に関しては、取材対象者である犯罪被害者等の私生活の平穩の確保という立法目的の重要性を検討し、また、本件立法は、取材そのものだけでなく取材目的での接触も禁止するものであるから、報道関係者が犯罪被害者等の同意を得る方法が閉ざされていること

等を踏まえて、立法目的達成の手段としての合理性・必要性を検討しなければならない。

なお、本件立法は「犯罪及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす行為」を「犯罪等」としているところ、犯罪「に準ずる心身に有害な影響を及ぼす行為」に関しては、不明確・広範であるとして文面上無効であるかどうかを検討すべきかが悩ましい。この点に関する検討可能性に試験現場で気付いた場合は、例えば、『犯罪及びこれ準ずる』というように具体例が挙げられており、通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能にさせる基準が読み取れるから、無効でない。」等と簡潔に論述するのが良い。もっとも、本件立法の「犯罪等」の定義は、平成 16 年に成立した「犯罪被害者等基本法」2 条 1 項と同一であるため、出題者は、この点に関して文面上無効であるかどうかの検討を求めていなかったものと考えられる（出題の趣旨でも言及がない。）。

応用ポイント

1	上記判例が、取材の自由につき、「保障する」ではなく「憲法 21 条の精神に照らし十分尊重に値する」としたことについて言及していること →この点については、報道の自由との保障の程度の差異を示したにとどまるといえるから、取材の自由を 21 条 1 項により保障する趣旨であると解すべきであるとされている。
2	犯罪被害者等の私生活の平穏の内容がどのようなものであれば、その確保について、立法目的としての重要性が認められるかということを検討していること
3	取材目的での接触が禁止されることによる報道関係者の不利益について、具体的に検討していること
4	捜査機関が犯罪被害者等の同意確認のための主たるルートとなることの問題について、言及していること

MEMO

1 1 本件立法による取材活動の制限は、憲法（以下略）21 条1 項に反し、
2 違憲となるか。

3 2(1) 報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与する
4 につき、重要な判断資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するもので
5 あるから、表現の自由（21 条1 項）は、思想の表明の自由とともに事
6 実の報道の自由を保障すると解する。また、報道機関の報道が正しい
7 内容をもつためには、報道のための取材の自由も、21 条1 項により保
8 障されると解する。したがって、報道関係者の取材活動は、取材の自
9 由により保障される。なお、判例は、取材の自由につき、「保障する」
10 ではなく「憲法21 条の精神に照らし十分尊重に値する」とするが、こ
11 れは、報道の自由との保障の程度の差異を示したにとどまるといえる
12 から、21 条1 項により保障する趣旨であると解すべきである。

13 (2) そして、本件立法は、報道関係者の取材活動について、犯罪被害者
14 等に対する取材等を禁止するから、取材の自由を制約する。

15 (3)ア 確かに、取材活動は、報道行為と異なり、表現内容を定めるため
16 の準備行為であり、表現行為そのものではないから、取材の自由は、
17 報道の自由と比べて重要性が低いともいえる。他方、犯罪被害者等
18 の私生活の平穏は、個人の人格的生存に不可欠な利益といえるから、
19 幸福追求権（13 条後段）により保障されると解される。そうすると、
20 本件立法の合憲性については、犯罪被害者等の私生活の平穏の確保
21 の必要性和取材の自由が妨げられる程度等との比較衡量により判断
22 すべきとも思える。

23 しかし、取材活動は、報道行為の不可欠の前提行為であるから、
24 取材の自由と報道の自由とで保障の程度に特段の差異を認めるべき
25 ではないし、本件立法により禁止される取材活動は犯罪事実に関する
26 ものであり公共性が高いといえる。他方、本件立法は、取材活動
27 の結果としての報道資料を事後的に押収することにより将来の取材
28 の自由を制約するものではなく、取材活動自体を事前に制約するも
29 のであるし、取材等中止命令及びその違反者の処罰という制裁で担
30 保することで取材等の禁止の実効性を確保しているから、強度の制
31 約である。そこで、本件立法は、目的が重要であり、手段が目的と
32 の間で実質的関連性を有する場合に限り、合憲になると解する。

33 イ（ア）本件立法の目的は、取材対象者である犯罪被害者等の私生活
34 の平穏を保護する点にある。確かに、私生活の平穏について、
35 個人の主観に基づく感覚的なものとする、取材の自由を制約
36 することにより確保する程の価値を有さないといえるから、立
37 法目的は重要でないとも思える。しかし、特定の事件・事象に
38 際して取材活動が過熱・集中するいわゆるメディア・スクラム
39 が社会問題となっているところ、何の落ち度もなく、悲嘆の極
40 みというべき状況にある犯罪被害者等がメディア・スクラムの
41 脅威に物理的にさらされることは、個人の主観的な感覚に対す
42 る影響を超えて、客観的な権利・利益に対する侵害といえる。
43 したがって、本件立法の目的が犯罪被害者等の私生活の平穏を
44 物理的・客観的な侵害から保護する点にあるとすると、その目

45 的は重要である。

46 (イ) 本件立法は、犯罪被害者等が取材等に同意しない限り、報道
47 関係者の取材等を禁止するという手段を採用している。

48 確かに、報道関係者は、本件立法の下でも犯罪被害者等の同意
49 を得ることで取材等を行うことができるし、その同意を得る
50 ことは、本件立法の目的達成との関係で合理性がある。

51 しかし、原則として禁止される取材等には、「取材」そのもの
52 だけでなく「取材目的での接触」も含まれている。そして、報
53 道関係者の犯罪被害者等に対する取材の実現までの経緯につい
54 ては、様々なものが想定されるが、犯罪被害者等が当初は取材
55 協力を固辞する場合でも、例えば、報道関係者が手紙・メール
56 等で真摯な取材希望を伝え続ける中で、時間の経過とともに
57 徐々に犯罪被害者等の心情が変化し、信頼関係が生じて、犯罪
58 被害者等との電話連絡が可能となり、また、自宅・勤務先への
59 訪問を許されて、取材が実現することもあり得る。そうすると、
60 本件立法は、報道関係者が犯罪被害者等の同意を得るための方
61 法をも禁止するものであるから、立法目的達成との関係で過剰
62 である。また、本件立法は、犯罪被害者等の私生活の平穏の侵
63 害の程度が軽微な手紙・メールという方法も含めて一律に禁止
64 している点も、同様に過剰である。

65 他方、本件立法によると、「捜査機関は、捜査に当たる場合に
66 は、犯罪被害者等が取材等に同意するか否かについて確認し、
67 報道関係者から問合せがあった場合には回答するものとするほ
68 か、犯罪被害者等が希望する場合には、その一部又は全員が取
69 材等に同意しないことを記者會見等で公表することもできる」。
70 そうすると、前述の通り、報道関係者は犯罪被害者等の同意を
71 得るための接触が禁止されているため、犯罪被害者等との連絡
72 の機会がある捜査機関が、内部的には犯罪被害者等の同意の有
73 無を確認し、他方、対外的には同意の有無に関する回答窓口と
74 なるから、同意確認のための主たるルートとなる。しかし、本
75 件立法の目的は、報道関係者に同意を得るための方法を認めた
76 場合でも実現し得るから、捜査機関を同意確認のための主たる
77 ルートとすることは、手段として過剰である。

78 なお、殺人等の重大事件の犯罪被害者等の私生活の平穏を保
79 護することは特に重要であるため、取材等中止命令及びその違
80 反者の処罰という段階的な制度は、立法目的達成との関係で過
81 剰な手段でないとも思える。しかし、報道関係者と接触の機会
82 のない犯罪被害者等が自発的に取材等中止命令の解除の申出を
83 することは期待できず、また、本件法律は、報道の内容や性質、
84 犯罪の種類や犯罪被害者等の立場などにかかわらず、一律に取
85 材等を禁止した上で、違反者の処罰まで予定するものであるか
86 ら、立法目的達成との関係で過剰である。

87 3 以上より、本件立法による取材活動の制限は、21条1項に反し、違憲
88 となる。 以上

[行政法]

A市では、A市開発事業の手續及び基準に関する条例（以下「条例」という。）が定められている。条例においては、都市計画法（以下「法」という。）第29条第1項に基づく開発許可が必要な開発事業を行おうとする事業者は、開発許可の申請に先立って市長と事前協議をしなければならない。また、開発事業の内容等について、周辺住民に対して説明会を開催するなどの措置を講じることとされている。なお、A市長は、地方自治法上の中核市の長として、法第29条の開発許可に関し都道府県知事と同じ権限を有している。また、これらの条例の規定は、法の委任に基づくものではないが、その内容に違法なところはない。

Bは、A市において、平成15年から産業廃棄物処理施設（以下「第1処分場」という。）を営んでいる。平成25年になって、Bは、第1処分場の隣接地に新たな産業廃棄物処理施設（以下「第2処分場」という。）を設置することを計画した。第2処分場を設置するための土地の区画形質の変更（土地の区画変更、切土・盛土など）は、条例第2条第1項第1号の開発事業に該当するため、Bは、A市長に対し、条例第4条に基づく事前協議を申し入れた。この第2処分場の設置に対しては、生活環境の悪化を危惧する周辺住民が強い反対運動を行っていたことから、A市長は、Bに対し、条例に定められた説明会を開催した上で、周辺住民の同意を得るように指導した。Bはこれに従って、周辺住民に対し、説明会の開催を提案したが、周辺住民は説明会をボイコットし、同意も一切しなかった。

Bは、第2処分場の設置に係る開発事業は、法の規定に照らして適法であり、たとえ周辺住民の同意がなくても、A市長が開発許可を拒否することはできないと考え、A市長に対し、事前協議を開始するよう改めて申し入れた。そこで、A市長は、条例による手續を進め、Bに対して開発許可を与えることにした。その一方で、A市は、周辺住民の強力な反対を考慮し、Bとの間で開発協定を締結し、その協定においては、「Bが行う廃棄物処理事業に係る開発事業については、今回の開発区域内の土地及び規模に限るものとし、今後一切の例外は認めない。」という条項（以下「本件条項」という。）が定められた。Bは、本件条項を含む開発協定の締結には当初難色を示したが、周辺住民との関係を改善することも必要であると考え、協定の締結に同意した。なお、この開発協定は、法や条例に根拠を有するものではなく、また、法第33条第1項及び条例の定める基準には、本件条項に関係するものは存在しない。

令和2年になり、第2処分場がその容量の限界に達したため、Bは更に新たな産業廃棄物処理施設（以下「第3処分場」という。）を設置することを計画した。第3処分場を設置するための土地の区画形質の変更も条例第2条第1項第1号の開発事業に該当するため、Bは、同年6月、A市長に対し、条例第4条に基づく事前協議を申し入れた。A市長は、同年7月、Bに対し、「本件条項により、第3処分場の設置に係る開発事業についての協議を受けることはできない。」という内容の通知（以下「本件通知」という。）をした。

Bは、本件条項の法的拘束力に疑問を抱いており、また、本件条項を前提としたA市長の対応に不満であることから、本件通知の取消訴訟を提起することを考えている。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、法及び条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

本件条項に法的拘束力は認められるか。本件条項の性質を示した上で、法の定める開発許可制度との関係を踏まえて、検討しなさい。なお、第2処分場の設置に当たってなされたA市長の指導は適法であることを前提にすること。

〔設問２〕

本件通知は，取消訴訟の対象となる処分に当たるか。Bの立場に立って，想定されるA市の反論を踏まえて，検討しなさい。

【資料】

○ 都市計画法（昭和43年法律第100号）（抜粋）

（定義）

第4条 1～11 （略）

12 この法律において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう。

13～16 （略）

（開発行為の許可）

第29条 都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事（中略）の許可を受けなければならない。（以下略）

2・3 （略）

（開発許可の基準）

第33条 都道府県知事は、開発許可の申請があつた場合において、当該申請に係る開発行為が、次に掲げる基準（中略）に適合しており、かつ、その申請の手続がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開発許可をしなければならない。（以下略）

2～8 （略）

○ A市開発事業の手続及び基準に関する条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、開発事業の計画に係る事前協議等の手続及び都市計画法（昭和43年法律第100号。以下「法」という。）の規定に基づく開発許可の基準その他開発事業に関し必要な事項を定めることにより、良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与することを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一 開発事業 法第29条第1項（中略）の規定による開発行為の許可（中略）を要する開発行為をいう。

二 開発事業区域 開発事業を行おうとする土地の区域をいう。

三 事業者 開発事業を行おうとする者をいう。

2 前項に規定するもののほか、この条例において使用する用語は、法（中略）において使用する用語の例による。

（事前協議）

第4条 事業者は、開発事業を行おうとするときは、あらかじめ、規則で定めるところにより、開発事業の計画について市長と協議しなければならない。

（事前周知）

第8条 事業者は、規則で定めるところにより、開発事業（中略）の計画の内容、工事の概要、環境への配慮等について、当該開発事業を行う地域の周辺住民等に対しあらかじめ説明会を開催するなど当該開発事業に関する周知について必要な措置を講じ、その結果を市長に報告しなければならない。

（指導及び勧告）

第10条 市長は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、必要な措置を講じるよう指導し、又は勧告することができる。

一 第4条（中略）の規定による協議をせず、又は虚偽の内容で協議を行った者

二～五 （略）

（命令）

第11条 市長は、前条の勧告を受けた者が正当な理由なくこれに従わないときは、開発事業に係る工事の中止を命じ、又は相当な期限を定めて違反を是正するために必要な措置を講じるよう命じることができる。

出題の趣旨

本問は、都市計画法上の開発許可の事前手続を定めた条例（以下「条例」という。）の運用に際して、市と事業者の間で、事業者の開発制限に関する条項（以下「本件条項」という。）を含む開発協定が締結され、さらに、本件条項を前提にして、条例に基づく事前協議を受けることができないという市長の通知（以下「本件通知」という。）が発せられたという事実を基にして、行政契約の実体法的な制約、及び取消訴訟の訴訟要件に関する基本的な知識・理解を試す趣旨の問題である。

設問１は、本件条項の法的拘束力を問うものである。本件条項は、公害防止協定に類する規制的な契約であることから、最高裁判所平成２１年７月１０日第二小法廷判決（裁判集民事２３１号２７３頁）などを踏まえて、その法的拘束力の有無について検討することが求められる。その際、本件の事例に即して、とりわけ開発許可制度の趣旨を踏まえて論ずる必要がある。

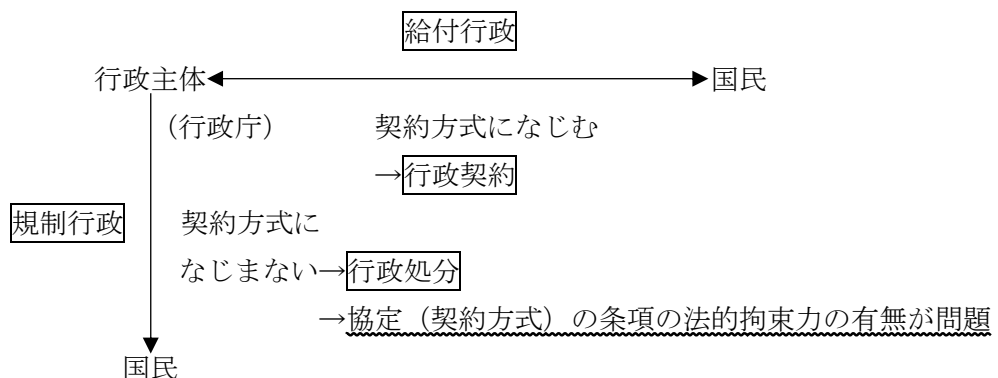
設問２は、本件通知の処分性の有無を問うものであり、処分性に関する最高裁判例を基に検討することが求められる。その際、本件通知の法的根拠の有無、本件通知が条例上の措置や開発許可との関係でいかなる意義を有するか、開発不許可処分の取消訴訟において本件通知の違法性を争うことができるか、などについて、都市計画法や条例の規定を基に論ずることが求められる。

基本ポイント

- １ 設問１では、Ａ市とＢとの間で締結された開発協定（以下「本件開発協定」という。）において定められた「本件条項」について、法的拘束力が認められるかが問われている。解答の前提として、行政活動に関する以下の基本的知識・理解が必要である。

法律による行政の原理→法律の留保

侵害留保説：国民の権利・自由を制約し、または、新たな義務を課す行政活動には法律の根拠が必要である



規制行政（侵害行政）において契約方式が採用された場合、その法的拘束力の有無が問題となる。この点については、主に、事業者と地方公共団体との間で締結された公害防止協定の法的拘束力の有無に関して議論がなされているところ、公害防止協定の法的性質は紳士協定であり、法的拘束力はないとする立場（紳士協定説）と公害防止協定の法的性質は行政契約であり、法的拘束力はあるとする立場（行政契約説）に大きく分かれている。

そして、以下の判例（最判平 21. 7. 10）は、処分業者と市町村との間で、産業廃棄物処理法に基づく知事の許可が効力を有する期限内に処分業者が最終処分場を使用できる期限が終了する旨の条項を定めた公害防止協定が締結された事案において、当該公害防止協定の法的性質が行政契約であることを前提に、当該条項の法的拘束力を認めている。そのため、本問の解答に際しては、この点を踏まえた検討が求められていたといえる。

判例（最判平 21. 7. 10）

産業廃棄物処理法「の規定は、知事が、処分業者としての適格性や処理施設の要件適合性を判断し、産業廃棄物の処分事業が廃棄物処理法の目的に沿うものとなるように適切に規制できるようにするために設けられたものであり、…知事の許可が、処分業者に対し、許可が効力を有する限り事業や処理施設の使用を継続すべき義務を課すものではないことは明らかである。そして、同法には、処分業者にそのような義務を課す条文は存せず、かえって、処分業者による事業の全部又は一部の廃止、処理施設の廃止については、知事に対する届出で足りる旨規定されているのであるから…、処分業者が、公害防止協定において、協定の相手方に対し、その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは、処分業者自身の自由な判断で行えることであり、その結果、許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても、同法に何ら抵触するものではない。したがって、…期限条項が同法の趣旨に反するということはできない…以上によれば、…本件期限条項の法的拘束力を否定することはできないものというべきである。」

2 設問 2 では、本件通知の処分性の検討が求められているため、まず、「処分」の定義（最判昭 39. 10. 29 等）を正確に挙げる必要がある。次に、本件通知につき、公権力性、外部性（直接性ともいう）、個別具体性（直接性ともいう）、法効果性という 4 要素のうち、どの要素との関係で処分性が問題となるかを意識することが重要である。そして、この点については、設問文の指示に従って、「B の立場に立って、想定される A 市の反論を踏まえ」ることが有益である。すなわち、A 市の担当者・代理人弁護士が上記 4 要素のうちのどの要素を否定する主張を行うかという視点から、本件通知に係る法的仕組みを分析することで、問題となる要素の絞り込みが可能となる。

まず、本件通知については、法及び条例においてこれを明示的に定める規定がないため、公権力性が問題となる。この点については、本件通知が B からの条例 4 条に基づく事前協議の申入れに対する応答であることから、条例 4 条が本件通知の根拠規定となるかどうかを検討することになる。

次に、本件通知は、A市長が「協議を受けることはできない」という事実を伝えるものであり、観念の通知であるから、法効果が問題となる。この点については、本件通知の後に予定されている手続・処分に係る法的仕組みを踏まえて、Bが、本件通知を受けることにより、相当程度の確実さをもって、処分である中止命令（条例 11 条）を受けることにな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）本件開発協定が公害防止協定そのものではないことを意識していること
2	（設問 1）本件開発協定の法的性質と本件条項の法的拘束力の有無は区別され得るものであることを意識していること →例えば、行政契約説の立場からも、特定の条項の法的拘束力を否定することはある。
3	（設問 1）本件条項の法的拘束力の有無の検討に際し、適切な要件・考慮要素を挙げていること →①協定によって義務の内容が具体的に特定されていること、②任意の合意によるものであること、③当該義務について定める法令の趣旨及び比例原則・平等原則等の一般原則に反しないことが必要とされている（中原茂樹『基本行政法』（第 3 版）P178～参照）。
4	（設問 1）本件条項が開発許可制度の趣旨に反するかどうかを検討していること
5	（設問 2）本件通知につき、公権力性及び法効果性に関する検討を事案に即して具体的にしていること
6	（設問 2）権利救済の実効性の観点からの検討をしていること →開発不許可処分の取消訴訟においてBが本件通知の違法性を争うことができるかどうか、中止命令の取消訴訟においてBの権利が救済されるかどうかを踏まえて、Bの権利救済の実効性を確保するために、本件通知に処分性を認めるべきかを検討する。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 本件条項に法的拘束力が認められるか。本件条項は、A市とBとの間
3 で締結された開発協定（以下「本件開発協定」）において定められたもの
4 であるところ、Bが今後行う開発事業を規制するものである。そこで、
5 規制行政における協定の法的性質が問題となる。

6 2 確かに、公害防止協定等の規制行政における協定は、事業者の営業活
7 動の自由を制約するものであるところ、これに法的拘束力があるとする
8 と、法律による行政の原理に反するおそれがある。そうすると、規制行
9 政における協定の法的性質は紳士協定であり、その法的拘束力は認めら
10 れないとも思える。

11 しかし、規制行政における協定は、公益保護を目的とするものである
12 のに対し、その内容は、事業者が営業活動が無制約に行うことを防止す
13 るにとどまるものである。また、一方当事者である事業者は、地方公共
14 団体との関係で、個人と異なり、必ずしも弱い立場にあるわけではない。

15 そこで、規制行政における協定の法的性質は行政契約であり、事業者
16 の負う義務の内容が具体的に特定されており、任意の合意に基づくもの
17 である場合、当該義務に関する法令の趣旨及び比例原則・平等原則等の
18 一般原則に反しない限り、その条項の法的拘束力が認められると解する。

19 3 本件条項は、「Bが行う廃棄物処理事業に係る開発事業については、今
20 回の開発区域内の土地及び規模に限るものとし、今後一切の例外は認め
21 ない。」というものであり、その文言から、Bが第2処分場以外の産業廃
22 棄物処理施設に係る開発事業を行わないという義務を負うことが明らか
23 である。したがって、Bの負う義務の内容は具体的に特定されていると
24 いえる。

25 そうすると、Bは、当初、本件開発協定の締結に難色を示したが、自
26 己の負う義務の内容を理解した上で、周辺住民との関係改善の必要性を
27 考慮して本件開発協定を締結しているから、任意の合意がされたといえ
28 る。

29 しかし、開発許可制度（法29条1項）の趣旨は、開発行為により「土
30 地の区画形質の変更」（法4条12項）が生じることから、これが無制限
31 になされることを防止して、「良好な都市環境の保全及び形成を図り、も
32 って秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与する」（条例1条）点にある
33 と解される。他方、本件条項の目的は、産業廃棄物処理施設の設置によ
34 る生活環境の悪化を危惧する周辺住民の理解を得ようとする点にあり、
35 土地の区画形質の変更により生じる都市環境の悪化等を防止する点にな
36 ない。したがって、本件条項は、開発許可制度の趣旨に反するといえる。

37 また、本件条項は、「今後一切の例外は認めない。」として、Bに第2
38 処分場以外の産業廃棄物処理施設に係る開発事業を行わないという義務
39 を負わせるものである。確かに、Bは、第1処分場に続いて第2処分場
40 の設置を計画しており、その設置は初回ではなかった。しかし、Bにお
41 いて、将来新たな産業廃棄物処理施設を設置する必要性の高い状況が生
42 じることもあり得たといえる。したがって、本件条項は、過剰な規制で
43 あり、比例原則に反するといえる。

44 よって、本件条項に法的拘束力は認められない。

第2 設問2

1 「処分」(行訴法(以下「法」)3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいうと解する。

2(1)ア まず、A市から、法及び条例には本件通知の根拠規定がないため、本件通知は、A市長が法令に基づいて優越的立場から一方的に行うものでなく、公権力性が認められないとの反論が想定される。

イ しかし、開発事業に関しては、事業者と市長との間の事前協議が必要とされている(条例4条)。そして、事前協議の実施に際しては、通常、事業者からの協議開始の申入れ及びこれに対する市長からの応答があるはずであるから、条例4条は、当該申入れ及び応答がなされることを予定した規定といえる。したがって、A市長からの応答である本件通知は条例4条を根拠とするものであるから、本件通知は、A市長が条例4条に基づいて優越的立場から一方的に行うものであり、公権力性が認められる。

(2)ア 次に、A市から、本件通知は、観念の通知であり、法効果を有さないとの反論が想定される。

イ しかし、本件通知が取り消されない場合、A市長がBとの事前協議に応じない状況が継続する可能性が高い。そして、確かに、事前協議の有無は、開発許可の基準(法33条1項)等とは関係ないが、事前協議がない場合、市長は、「必要な措置を講じるよう指導し、又は勧告することができる」(条例10条1号)上、「勧告を受けた者が正当な理由なくこれに従わないとき」は、開発事業に係る工事の中止命令又は違反是正命令をすることができる(条例11条)。また、確かに、条例の文言上、勧告及び中止命令等は、「できる」とされており、A市長の裁量に委ねられているから、必ず行われるものではないが、Bが事前協議をすることなく第3処分場の設置に係る開発事業の工事を行った場合、本件通知をしたA市長がBに対して勧告及び中止命令を行う可能性は高い。そうすると、Bは、本件通知により事前協議をすることができない場合、相当程度の確実さをもって、A市長から勧告及び工事の中止命令をされるから、本件通知により中止命令を受け得る地位に立つといえる。したがって、本件通知には、法効果が認められるというべきである。

なお、仮に開発不許可処分がなされた場合でも、事前協議の有無は、開発許可基準でないため、Bは、開発不許可処分の取消訴訟において本件通知の違法性を争うことはできない。また、開発事業に係る工事を実施している時点で、Bは、多大な資本投下を行っていることとなるから、中止命令がなされた場合、著しい損害を被る。したがって、Bの権利救済の実効性を確保するためにも、本件通知に対する処分取消訴訟を認めることが合理的である。

3 以上より、本件通知は「処分」に当たる。

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、早くに夫と死別し、A所有の土地上に建物を建築して一人で暮らしていた（以下では、この土地及び建物を「本件不動産」という。）。Aは、身の回りのことは何でも一人で行っていたが、高齢であったことから、近所に住むAの娘Bが、時折、Aの自宅を訪問してAの様子を見るようにしていた。
2. 令和2年4月10日、Aの友人であるCがAの自宅を訪れると、Aは廊下で倒れており、呼び掛けても返事がなかった。Aは、Cが呼んだ救急車で病院に運ばれ、一命を取り留めたものの、意識不明の状態のまま入院することになった。
3. 令和2年4月20日、BはCの自宅を訪れ、Aの命を助けてくれたことの礼を述べた。Cは、Bから、Aの意識がまだ戻らないこと、Aの治療のために多額の入院費用が掛かりそうだが、突然のことで資金の調達のあてがなく困っていることなどを聞き、無利息で100万円ほど融通してもよいと申し出た。
そこで、BとCは、同日、返還の時期を定めずに、CがAに100万円を貸すことに合意し、CはBに100万円を交付した（以下では、この消費貸借契約を「本件消費貸借契約」という。）。本件消費貸借契約締結の際、BはAの代理人であることを示した。Bは、受領した100万円をAの入院費用の支払に充てた。
4. 令和2年4月21日、Bは、家庭裁判所に対し、Aについて後見開始の審判の申立てをした。令和2年7月10日、家庭裁判所は、Aについて後見開始の審判をし、Bが後見人に就任した。そこで、CがBに対して【事実】3の貸金を返還するよう求めたところ、BはAから本件消費貸借契約締結の代理権を授与されていなかったことを理由として、これを拒絶した。

〔設問 1〕

Cは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対して、貸金の返還を請求することができるか。

5. その後、Aの事理弁識能力は著しい改善を見せ、令和3年7月20日、【事実】4の後見開始の審判は取り消された。しかし、長期の入院生活によって運動能力が低下したAは、介護付有料老人ホーム甲に入居することにし、甲を運営する事業者と入居に関する契約を締結し、これに基づき、入居一時金を支払った。また、甲の入居費用は月額25万円であり、毎月末に翌月分を支払うとの合意がされた。同日、Aは、甲に入居した。
6. Aは、本件不動産以外にめぼしい財産がなく、甲の入居費用を支払えなくなったことから、令和4年5月1日、知人のDから、弁済期を令和5年4月末日とし、無利息で500万円を借り入れた。
7. 令和5年6月10日、Aは、親族であるEから、本件不動産の売却を持ち掛けられた。Eは、実際には本件不動産が3000万円相当の価値を有していることを知っていたが、Aをだまして本件不動産を不当に安く買い受けようと考え、様々な虚偽の事実を並べ立てて、本件不動産の価値は300万円を超えないと言葉巧みに申し向けた。Aは、既に生活の本拠を甲に移しており、将来にわたって本件不動産を使用する見込みもなかったことから、売買代金を債務の弁済等に充てようと考え、その価値は300万円を超えないものであると信じて、代金300万円 で本件不動産を売却することにした。そこで、同月20日、Aは、Eとの間で、本件不動産を代金300万円で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、同日、本件

自宅についてAからEへの売買を原因とする所有権移転登記（以下「本件登記」という。）がされた。

8. 令和5年7月10日、本件売買契約の事実を知ったDは、Aに対して、本件不動産の価値は3000万円相当であり、Eにだまされているとして、本件売買契約を取り消すように申し向けたが、Aは、「だまされているのだとしても、親族間で紛争を起こしたくない」として取り合おうとしない。なお、本件売買契約に基づく代金支払債務の履行期は未だ到来しておらず、Eは、本件売買契約の代金300万円を支払っていない。

〔設問2〕

Dは、本件不動産について強制執行をするための前提として、Eに対し、本件登記の抹消登記手続を請求することを考えている。考えられる複数の法律構成を示した上で、Dの請求が認められるかどうかを検討しなさい。

出題の趣旨

設問1は、高齢者が事理弁識能力を失った後に、その親族が本人の代理人として契約を締結し、その後に本人の後見人に就職したという事例を題材に、無権代理人の後見人就職という論点について問う問題である。無権代理人が後見人に就任した場合には、無権代理人の本人の地位を相続した場合と同様に、追認拒絶の可否が問題となり得るが、解答に当たっては、問題の所在を的確に指摘した上で、相続事例との異同等を踏まえながら、事案に即した論述をすることが求められる。

設問2は、債務者の唯一のめばしい責任財産である不動産について詐欺による売買契約が行われた事例を題材として、詐欺行為取消権と債権者代位権に関する民法の規律の基本的知識を問うとともに、取消権の代位行使の可否について論理的な法的思考ができるのかを問うものである。解答に当たっては、詐欺行為取消権と債権者代位権の要件該当性等について事案に即した検討をするとともに、特に債権者代位権の行使については、表意者保護のために認められている詐欺取消権等が代位行使の対象となるか否かについて論理的に分析をすることが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1では、本件消費貸借契約（民法（以下略）587条）締結の際、Aの代理人であることを示してCと契約を締結したBがAから代理権を授与されていなかった場合において、その後、BがAの成年後見人に就任したときに、自己の無権代理行為についての追認を拒絶することができるかどうか問題となる。解答に際しては、以下の判例を踏まえることが求められていたといえる。

判例（最判平6.9.13）

「禁治産者〔注：現行法では「成年被後見人」である。以下同様。〕の後見人は、原則として、禁治産者の財産上の地位に変動を及ぼす一切の法律行為につき禁治産者を代理する権限を有するものとされており（民法859条、860条、826条）、後見人就職前に禁治産者の無権代理人によってされた法律行為を追認し、又は追認を拒絶する権限も、その代理権の範囲に含まれる。後見人において無権代理行為の追認を拒絶した場合には、右無権代理行為は禁治産者との間においては無効であることに確定するのであるが、その場合における無権代理行為の相手方の利益を保護するため、相手方は、無権代理人に対し履行又は損害賠償を求めることができ（民法117条）、また、追認の拒絶により禁治産者が利益を受け相手方が損失を被るときは禁治産者に対し不当利得の返還を求めることができる（同法703条）ものとされている。そして、後見人は、禁治産者との関係においては、専らその利益のために善良な管理者の注意をもって右の代理権を行使する義務を負うのである（民法869条、644条）から、後見人は、禁治産者を代理してある法律行為をするか否か

を決するに際しては、その時点における禁治産者の置かれた諸般の状況を考慮した上、禁治産者の利益に合致するよう適切な裁量を行使してすることが要請される。ただし、相手方のある法律行為をするに際しては、後見人において取引の安全等相手方の利益にも相応の配慮を払うべきことは当然であって、当該法律行為を代理してすることが取引関係に立つ当事者間の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的場合には、そのような代理権の行使は許されないこととなる。したがって、禁治産者の後見人が、その就職前に禁治産者の無権代理人によって締結された契約の追認を拒絶することが信義則に反するか否かは、(1) 右契約の締結に至るまでの無権代理人と相手方との交渉経緯及び無権代理人が右契約の締結前に相手方との間でした法律行為の内容と性質、(2) 右契約を追認することによって禁治産者が被る経済的不利益と追認を拒絶することによって相手方が被る経済的不利益、(3) 右契約の締結から後見人が就職するまでの間に右契約の履行等をめぐってされた交渉経緯、(4) 無権代理人と後見人との人的関係及び後見人がその就職前に右契約の締結に関与した行為の程度、(5) 本人の意思能力について相手方が認識し又は認識し得た事実、など諸般の事情を勘案し、右のような例外的な場合に当たるか否かを判断して、決しなければならないものというべきである。」

上記判例の事案は、後見人に就任した者が、無権代理人ではなく、無権代理人と姉妹であり、無権代理行為時に同席していたというものであり、本問の事案と異なるが、この判例で示された判断枠組みは、無権代理人が後見人に就任した事案にも妥当すると考えられる。

- 2 設問2では、AがEの詐欺により本件売買契約を締結したこと及びAが無資力であることを確認した上、Aの債権者であるDがEに対して本件登記の抹消登記手続を請求するための法律構成を複数示し、Dの請求の可否を検討する必要がある。

この点については、法律構成として、①詐害行為取消権（424条1項）及び②債権者代位権（423条1項）を示すことが必須となる。具体的には、①では、Dが、Aの債権者であるとして、Eを被告とし、本件売買契約の詐害行為取消し（424条1項）及び本件登記の抹消登記手続を求めて（424条の6第1項前段）訴訟を提起することとなり、また、②では、Dが、Aの債権者であるとして、AのEに対する詐欺取消権（96条1項）及びその行使により生じる本件登記の抹消登記請求権を代位行使（423条1項）することで、Eに対し、本件登記の抹消登記手続を請求することになる。そして、Dの請求の可否の判断に際しては、事案に即して要件充足性を検討する必要がある。

応用ポイント

1	（設問1）Bの代理権の発生原因として事務管理（697条）に言及していること →事務管理が成立する場合でも、管理者に代理権は発生しないと解されている。
2	（設問1）無権代理人が後見人に就任した場合と無権代理人が本人を相続した場合

	との差異を意識していること →無権代理人が後見人に就任した場合，本人である成年被後見人は存在するから，無権代理人が本人を相続した場合と異なり，（特に本人側に不利な内容の契約の場合，）追認拒絶できないことで不利益を受けるのは無権代理人ではなく本人である。
3	（設問1）信義則違反の有無について，上記判例が挙げた(1)から(5)の判断要素を踏まえて検討していること →判断要素(1)から(5)を踏まえて，追認により生じるAの経済的不利益と追認拒絶により生じるCの経済的不利益を比較衡量する。
4	（設問2）詐欺取消権の趣旨が表意者を保護する点にあることを踏まえて，詐欺取消権が債権者代位権の行使の対象となるかどうかを検討していること

MEMO

1 第1 設問1

2 1 本件消費貸借契約（民法（以下略）587条）締結の際、Bは、Cとの間
3 で、Aの代理人であることを示して合意しているが、Aから代理権を授
4 与されていなかった。そのため、Bの行為の効果がAに帰属（99条1項）
5 しない場合、Cが、本件消費貸借契約に基づき、Aに対し、貸金の返還
6 を請求（以下「本件請求」）することはできない。

7 2(1) まず、Bは、母親であるAに対して扶養義務を負う（877条1項）
8 が身上監護義務（820条）を負わないため、Aの治療費を調達する法
9 律上の義務を負わない。したがって、意識不明のAの治療費を調達す
10 る目的で本件消費貸借契約を締結したBは、①義務なく、②他人Aの
11 ために、③事務の管理を始めており（697条1項）、④Aの意思・利益
12 に反することが明らか（700条ただし書参照）でなかったから、事務
13 管理が成立する。しかし、事務管理は管理者と本人との間の法律関係
14 であり、管理者が第三者とした行為の効果が当然に本人に及ぶことを
15 認めることはできないから、代理権は発生しないと解する。したがっ
16 て、事務管理は成立するが、Bの行為の効果はAに帰属しない。

17 (2)ア 次に、無権代理人Bは、本件消費貸借契約締結後、本人Aについ
18 ての後見開始の審判の申立てをし、後見人に就任しているから、A
19 の財産に関し包括的代理権を有する（859条1項）。したがって、本
20 件請求を拒むため、Bは、無権代理行為につき追認拒絶（113条）で
21 きるかが問題となる。

22 イ 無権代理人が本人を相続した場合と異なり、追認拒絶できないこ
23 とで不利益を受け得るのは無権代理人ではなく本人である。また、
24 成年後見人は、成年被後見人との関係では、専らその利益のために
25 善良な管理者の注意をもって当該代理権を行使する義務を負う（869
26 条・644条）ため、その時点における成年被後見人の状況を考慮し
27 た上、成年被後見人の利益に合致するよう適切な裁量を行使する必
28 要がある。したがって、成年後見人は、原則として、無権代理行為
29 につき追認拒絶できると解する。もっとも、成年後見人は、相手方
30 のある法律行為をする際、取引の安全等相手方の利益にも配慮すべ
31 きであるから、信義則（1条2項）に反する場合には、例外的に、
32 無権代理行為につき追認拒絶できないと解する。

33 ウ 確かに、Cは、Aが意識不明の状態であることを認識しており、
34 本件消費貸借契約の効力が否定され得ることを予期できたといえる。
35 しかし、Cは、Bから突然のことで資金の調達のあてがなく困って
36 いると聞いて本件消費貸借契約を締結しており、将来的に貸金100
37 万円の返還を受けられると期待していたはずである。また、貸金
38 100万円はAの治療費の支払に充てられているから、Bが追認拒絶
39 してもAはCから不当利得返還請求（703条）をされることになる
40 ため、Bが追認してもAに特段の経済的不利益は生じない。そして、
41 本件消費貸借契約は、Aの成年後見人に就職したB自身により締結
42 されているから、Aの利益保護のために合理性があったといえるし、
43 その追認拒絶は矛盾行為となる。そうすると、追認により生じるA
44 の経済的不利益よりも追認拒絶により生じるCの経済的不利益の方

45 大きい。したがって、Bは、信義則に反するため、無権代理行為
46 につき追認拒絶できない。

47 3 よって、追認擬制により追認の効果が発生するため、Bの行為の効果
48 がAに帰属するから、Cは、Aに対し、本件請求をすることができる。

49 第2 設問2

50 1(1) Dが、Aの債権者であるとして、Eを被告とし、本件売買契約の詐
51 害行為取消し(424条1項)及び本件登記の抹消登記手続を求めて(424
52 条の6第1項前段)訴訟を提起することが考えられる。

53 (2)ア まず、DのAに対する500万円の貸金債権が被保全債権となる。

54 イ 次に、確かに、Aは、本件売買契約締結当時、本件不動産の価値
55 が3000万円相当であることを知らず、300万円を超えないものであ
56 ると信じていたが、本件売買契約の前後を通じて自己が債務超過で
57 あること及び消費が容易な金銭に換価されることを認識していた。
58 そして、本件売買契約は、Aの責任財産を3000万円から300万円に
59 減少させ、DのAに対する500万円の貸金債権との関係でAが債務
60 超過になるものであるから、詐害性が強い。したがって、本件売買
61 契約は「債務者が債権者を害することを知ってした行為」に当たる。

62 (3) よって、受益者Eが本件売買契約当時にDを害することを知らなか
63 った場合でない限り、DのEに対する本件売買契約の詐害行為取消し
64 及び本件登記の抹消登記手続の請求が認められる。

65 2(1) Dが、Aの債権者であるとして、AのEに対する詐欺取消権(96条
66 1項)及びその行使により生じる本件登記の抹消登記請求権を代位行
67 使(423条1項)することで、Eに対し、本件登記の抹消登記手続を請
68 求することが考えられる。

69 (2)ア まず、前述の通り、被保全債権はあり、また、その弁済期である
70 令和5年4月30日は到来している(同条2項本文)。

71 イ 次に、Aは、本件売買契約締結後、債務超過となっており、無資
72 力といえるから、保全の必要性がある。

73 ウ (ア) また、Aは、本件不動産の価値が300万円を超えないとのE
74 の虚偽の説明を信じて本件売買契約を締結しているため、詐欺
75 取消権を有する。そこで、第三者であるDがAの詐欺取消権を
76 代位行使できるかが問題となる。

77 (イ) 確かに、詐欺取消権の趣旨は表意者を保護する点にあるが、
78 第三者において債権保全の必要性がある場合には、第三者の利
79 益を保護する必要もある。そこで、債権保全の必要性がある場
80 合において、表意者が詐欺による意思表示であることを認めて
81 いるときは、第三者は、詐欺取消権を代位行使できると解する。

82 (ウ) Dには債権保全の必要性があるところ、Aは、「だまされてい
83 るのだとしても」として、仮定的に本件売買契約が詐欺による
84 意思表示であることを認めている。したがって、Dは、Aの詐
85 欺取消権を代位行使できる。なお、本件登記の抹消登記請求権
86 も被代位権利となる。

87 (3) したがって、Dは、債権者代位権を行使して、Eに対し、本件登記
88 の抹消登記手続を請求することができる。 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. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、飲食店の経営、飲食店の経営を行う会社の株式を保有することにより当該会社の事業活動を支配・管理すること等を目的とする会社であり、種類株式発行会社ではない。甲社の発行済株式の総数は1000株であり、そのうち、創業者であるAが400株を、Aの息子であるBが300株を、Aの娘であるCが300株を、それぞれ保有していた。

甲社の取締役はAのみであり、監査役は置いていない。

2. 甲社は、Aが店長兼料理長となっている日本料理店を営むとともに、いずれも飲食店の経営等を目的とする乙株式会社（以下「乙社」という。）と丙株式会社（以下「丙社」という。）の発行済株式の全てを保有していた。乙社の取締役はBのみであり、乙社はBが店長兼料理長となっているフランス料理レストラン（以下「レストラン乙」という。）を営んでいる。丙社の取締役はCのみであり、丙社はCが店長兼料理長となっているイタリア料理レストラン（以下「レストラン丙」という。）を営んでいる。甲社における乙社及び丙社の株式の帳簿価額は、それぞれ3000万円であった。

ここ数年、甲社の貸借対照表上の総資産額は1億円前後で推移しており、令和2年6月10日に確定した令和元年4月1日から令和2年3月31日までの事業年度に係る貸借対照表上の総資産額も1億円であった。甲社は、令和2年4月1日以降、下記6の合意までの間に、資本金、準備金及び剰余金の額に影響を与える行為や自己株式の取得を行っておらず、他社との間で吸収合併や吸収分割、事業の譲受けも行っていない。また、甲社は、これまでに新株予約権を発行したこともない。

3. Bは、個人として、200本以上に及ぶワインのコレクションを有していたが、収納スペースの問題もあり、コレクションの入替えを円滑に行うために、その半数程度を処分することを検討していた。ちょうどその頃、レストラン乙の改装が行われており、ワインセラーのスペースにも余裕ができることとなるため、Bは、自己のワインコレクションから100本を選んで乙社に買い取らせることとした。

そのためにBが選んだワイン100本（以下「本件ワイン」という。）の市場価格は総額150万円であり、レストラン乙での提供価格は総額300万円程度となることが見込まれた。

4. Bは、乙社による本件ワインの買取りにつき、父であり、甲社の代表者でもあるAには話をしておいた方がいいだろうと考え、令和2年6月23日、Aの自宅を訪れた。Bは、Aに対し、本件ワインのリストと市場価格を示しつつ、本件ワインをレストラン乙で提供するならば総額で300万円程度になる旨を述べた。これに対して、Aは、「それならば300万円で、乙社が買い取ることになればいいよ。」と述べた。

令和2年6月25日、乙社は、Bから本件ワインを300万円で買い取った（以下「本件買取り」という。）。

5. 令和2年7月1日、Aと共に改装後のレストラン乙を訪れたCは、そのワインセラーをのぞいたことをきっかけとして、本件買取りが行われたことを初めて知った。本件ワインの買取価格を聞いたCは、「さすがに高過ぎるんじゃないか。」と不満を述べたが、Aは、「改装祝いを兼ねているし。」と述べ、Bも、「おやじが決めたんだから、お前は黙っているよ。」と言って取り合わなかった。それまでもAがBばかりを支援することに不満を募らせていたCは、大いに憤った。

[設問 1]

Cは、甲社の株主として、本件買取りに関するBの乙社に対する損害賠償責任とAの甲社に対

する損害賠償責任を追及したいと考えている。B及びAの会社法上の損害賠償責任の有無とそれぞれの責任をCが追及する方法について、論じなさい。

6. 本件買取りをきっかけとして、A及びBとたもとを分かち決心をしたCは、甲社から独立してレストラン丙を経営したいと考え、Aと交渉を行った。その結果、令和2年8月12日、Cが保有する甲社株式を甲社に譲渡するのと引換えに、甲社が保有する丙社株式をCに譲渡する旨の合意（以下「本件合意」という。）が成立した。

〔設問2〕

本件合意の内容を実現させるために甲社及び丙社において会社法上必要となる手続について、説明しなさい。なお、令和2年8月12日現在の甲社の分配可能額は5000万円であり、その後、分配可能額に変動をもたらす事象は生じていない。

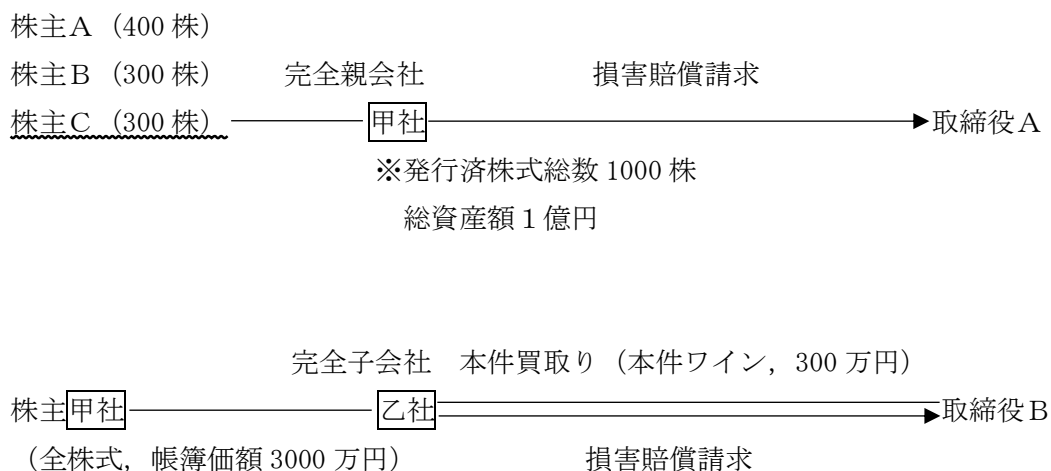
出題の趣旨

設問1では、本件買取りに関するBの乙社に対する責任及びAの甲社に対する責任の有無と、それをCが甲社の株主として追及する方法を検討することが求められている。Bの乙社に対する責任については、本件買取りは乙社における利益相反取引（自己のためにする直接取引。会社法第356条第1項第2号）に当たるが、乙社の唯一の株主である甲社の代表取締役Aによる承認を得ていることを、Bの乙社に対する責任の有無との関係でどう評価するかがポイントとなる。この場合、当該Aの同意のみではBの乙社に対する責任（特定責任）を免除することはできないことについても理解しておく必要がある（会社法第847条の3第10項）。Aの甲社に対する責任については、不適切な子会社管理であるとして任務懈怠に当たるか否かや、甲社をして乙社における利益相反取引に当たる本件買取りについて同意・承認せしめたことが任務懈怠に当たるか否かなどを検討した上で、甲社に生じた損害をどのように考えるべきかが問題となる。また、以上の責任をCが甲社の株主として追及するには、乙社との関係ではいわゆる多重代表訴訟（会社法第847条の3）を、甲社との関係では株主代表訴訟（会社法第847条）を提起することになるが、特に前者についてその可否を検討することが求められる。

設問2では、本件合意の内容を実現させる手続として、甲社における自己株式の取得の手続（会社法第156条等）及び子会社株式の譲渡の手続（会社法第467条第1項第2号の2）並びに丙社における譲渡制限株式の譲渡承認手続（会社法第139条）について説明することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1の事案の概要は、以下の通りである。

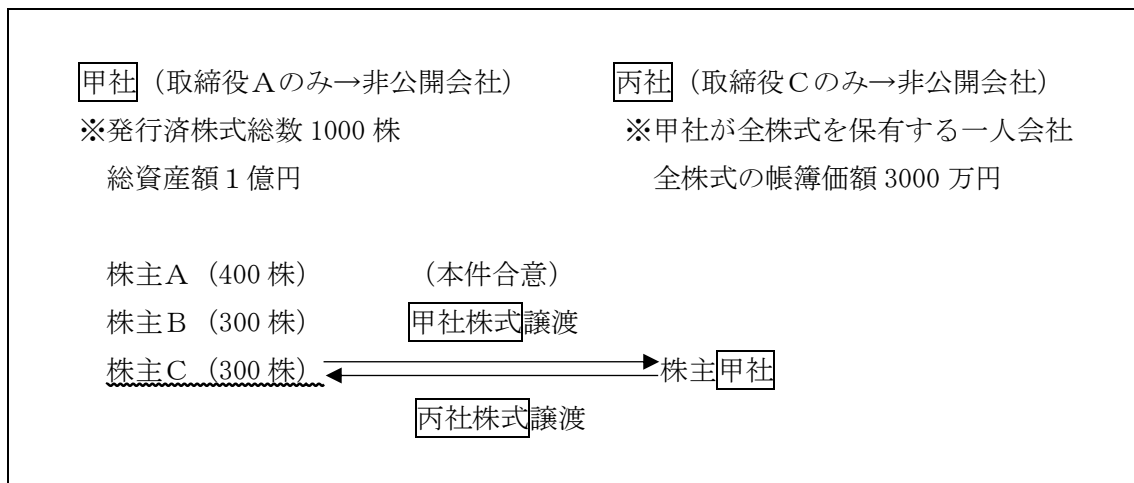


設問1では、乙社に損害が生じ得る本件買取りに関する①乙社の取締役Bの乙社に対する損害賠償責任の有無及び②その責任追及方法と③甲社の取締役Aの甲社に対する損害賠償責任の有無及び④その責任追及方法について論じることが求められている。そのため、①から④の全てについて漏らさず解答をすることが必要となる。

まず、①及び③については、取締役の会社に対する損害賠償責任の有無が問題となっていることから、B及びAが負い得る会社法上の損害賠償責任の法的根拠が会社法（以下略）423条1項であることを確認して、その要件（㉞任務懈怠、㉟損害、㊱因果関係及び㊲帰責事由）充足性を事案に即して検討することになる。そして①の検討の際、Bの㉞任務懈怠に関しては、本件買取りがBにとって「自己のため」の直接取引（356条1項2号）に当たることを指摘して、Bの任務懈怠が推定される（423条3項1号）ことを説明する必要がある。また、㉟損害に関しては、損害額を明示することが大切である。例えば、本件ワインの乙社における本来の仕入価格は市場価格150万円と考えられるから、これと買取価格300万円との差額150万円が損害額であるといえる。

次に、②及び④については、Cが甲社の株主であるから、②については最終完全親会社等の株主による特定責任追及の訴え（847条の3）、④については株主による責任追及等の訴え（847条）を挙げることが必要である。その上で、各要件（訴訟要件）の充足性を検討することになるが、②に関しては、甲社が、乙社の完全親会社であり、甲社に完全親会社等がないから、乙社の「最終」完全親会社である（847条の3第1項柱書本文）ことを指摘する必要がある。

2 設問2の事案の概要は、以下の通りである。



設問2では、本件合意の内容として、①Cから甲社に甲社株式が譲渡されること及び②甲社からCに丙社株式が譲渡されることから、①及び②に関して甲社及び丙社において必要となる会社法上の取得手続について説明することになる。

まず、①については、甲社にとって、合意による自己株式の有償取得（156条以下）に当たることを指摘する必要がある。その上で、自己株式の取得手続（156条、157条等）に言及することになる。

次に、②については、厳しい時間制限の中では気付きづらいが、仮に丙社が公開会社の場合、取締役を3人以上必要とする（331条5項）取締役会設置会社であることになる（327条1項1号）が、丙社の取締役はCのみであるから、丙社は非公開会社であることに辿り着くことが重要である。その上で、譲渡制限株式の譲渡は、譲渡当事者間では有効であるが、会社との関係でも有効なものとなるためには会社の承認手続（139条1項）が必要となることを踏まえて、丙社の承認手続の要否について説明することになる。

応用ポイント

1	（設問1）Bの任務懈怠の推定が覆る可能性を検討していること →本件買取りが取引としての公正を欠くかどうかにつき、本件ワインの市場価格及び提供価格等を考慮しつつ、Bの任務懈怠の推定が覆る可能性を検討している。
2	（設問1）Bが帰責事由の不存在をもって責任を免れないことについて言及していること →Bは、「自己のためにした取引」（428条1項かっこ書）をした取締役である。
3	（設問1）Bの責任の免除の可能性に言及していること →本件買取りについては、確かに、乙社の唯一の株主である甲社の代表取締役（349条1項本文）Aの承認があるが、甲社の株主のうちのCの承認がなく、乙社の総株主及び甲社の総株主の同意（847条の3第10項参照）がないため、Bの責任は免除されない（424条）と解される。
4	（設問1）最終完全親会社等の株主による特定責任追及の訴え（847条の3）の各要件（訴訟要件）の充足性を事案に即して検討していること →株式の保有要件（期間・比率、同条1項柱書、6項）、特定責任の要件（同条4項）、最終完全親会社等の損害の要件（同条1項ただし書2号）等の充足性を検討している。
5	（設問1）Aの甲社に対する任務懈怠の有無について事案に即して検討していること →直接の損害が甲社の完全子会社である乙社に生じていることを踏まえて、甲社の取締役であるAが甲社に対して負う任務の内容を具体的に検討する。例えば、内部統制システムの整備義務（362条4項6号）が子会社も含めた企業集団の業務の適正を確保するためのものであることを前提とすると、Aは、甲社に対する善管注意義務（330条・民法644条）の内容として、乙社の業務につき合理的な範囲で監督義務を負うといえる。
6	（設問1）Aの任務懈怠により生じる甲社の損害について検討していること →乙社の損害が甲社の損害となる理由を説明する（最終完全親会社等の株主による特定責任追及の訴え（847条の3）における最終完全親会社等の損害の要件（同条

	1 項ただし書 2 号) の充足性の検討と重複する。))。
7	(設問 2) 甲社の自己株式取得が特定の株主からの取得 (160 条) であることを踏まえた検討をしていること →甲社においては, あらかじめ株主総会決議で取得枠を設定する (156 条 1 項) 際, 特定の株主である C に通知 (158 条 1 項) して C から買い取ることを特別決議で定めておく必要がある (160 条 1 項, 309 条 2 項 2 号)。また, 他の株主の売主追加の議案変更請求権 (160 条 3 項) の行使の機会を確保するため, 甲社は, A 及び B に対して当該請求権がある旨を通知しておく必要もある (160 条 2 項, 会社法施行規則 28 条)。
8	(設問 2) 甲社が丙社株式を譲渡するためには, 甲社において, 子会社株式の譲渡の手續 (467 条 1 項 2 号の 2, 309 条 2 項 11 号) が必要となることに言及していること
9	(設問 2) 譲渡制限株式である丙社株式の譲渡に関し, 丙社が一人会社であるから, 丙社において, 譲渡承認決定が不要となることに言及していること →株式の譲渡制限の趣旨は, 会社にとって好ましくない者が株主となることを防止し, 譲渡人以外の株主の利益を保護する点にあるから, 一人会社の株主が保有する株式を譲渡する場合には, 譲渡人以外の株主の利益を保護する必要がないため, 会社における譲渡承認決定は不要であると解されている (最判平 5. 3. 30 参照)。

1 第1 設問1 (Bの乙社に対する損害賠償責任)

2 1(1) 乙社の取締役Bが乙社に対して負う損害賠償責任の法的根拠として考えられるの
3 は会社法 (以下略) 423 条1 項である。その要件は、①任務懈怠、②損害、③因果関
4 係及び④帰責事由 (428 条1 項) である。

5 (2)ア まず、本件買取りは、Bと乙社との間でなされている。そして、利益相反取引
6 には、直接取引 (356 条1 項2 号) と間接取引 (同3 号) があるところ、両者の区
7 別の明確性確保から、直接取引該当性は、「ために」 (同2 号) を「名において」
8 の意味に解して、判断する。そうすると、本件買取りは、Bが「自己」の「名に
9 おいて」乙社とした取引であるから、自己のためにした直接取引に当たる。そし
10 て、後述の通り、本件買取りにより、乙社には約 150 万円の損害が生じていると
11 ころ、Bは「356 条1 項…の取締役」に当たるから、任務懈怠が推定される (423
12 条3 項1 号)。そして、通常、レストランは提供価格と同額でワインを仕入れるこ
13 とはないから、Bが乙社に本件ワインを提供価格 300 万円で買い取らせたことは、
14 不公正な取引であり、任務懈怠の推定は覆らないといえる (①)。

15 イ 次に、本件買取りの代金額は 300 万円、通常の仕入価格である市場価格は 150
16 万円であるから、その差額 150 万円の損害が生じている (②・③)。

17 ウ また、Bは、356 条1 項2 号の取引をした取締役 (428 条1 項) に当たるとこ
18 ろ、「自己のためにした取引」 (同条項かつこ書) をした取締役に当たるため、帰
19 責事由の不存在をもって責任を免れることができない (④)。

20 (3) そして、本件買取りについては、乙社の唯一の株主である甲社の代表取締役 (349
21 条1 項本文) Aの承認があるが、甲社の株主のうちのCの承認がなく、乙社の総株
22 主及び甲社の総株主の同意 (847 条の3 第10 項) がないため、Bの責任は免除され
23 ない (424 条)。したがって、Bは、乙社に対して 150 万円の損害賠償責任を負う。

24 2(1) 甲社は、乙社の発行済株式の全てを保有しているため、乙社の完全親会社 (2 条
25 4 号、847 条の3 第2 項1 号) である。そこで、Cは、乙社の株主でないが、甲社の
26 株主として、乙社に対して特定責任追及の訴えの提起を請求し、また、特定責任追
27 及の訴えを提起することが考えられる (847 条の3 第1 項、7 項、9 項)。

28 (2) まず、甲社は、乙社の完全親会社であり、甲社に完全親会社等がないから乙社の
29 最終完全親会社である (847 条の3 第1 項柱書本文)。次に、Cは、甲社の発行済株
30 式総数 1000 株のうちの 300 株を保有しているから、最終完全親会社の発行済株式
31 の 100 分の 1 以上の数の株式を有する株主である。なお、取締役がAのみである甲
32 社は非公開会社である (327 条1 項1 号) から、Cは株式を 6 か月前から保有して
33 いる必要はない (847 条の3 第6 項)。そして、本件買取りがされた令和 2 年 6 月 25
34 日において、乙社の株式の帳簿価額は 3000 万円、甲社の貸借対照表上の総資産額は
35 1 億円前後であるから、前者は後者の 5 分の 1 を超えている (847 条の3 第4 項)。
36 また、本件買取りにより乙社に損害が生じ、乙社の株式の価値が下落・希釈化する
37 といえるから、甲社に損害が生じる (847 条の3 第1 項ただし書2 号)。したがって、
38 Cは、特定責任追及の訴えの方法を採ることができる。

39 第2 設問1 (Aの甲社に対する損害賠償責任)

40 1(1) 甲社の取締役Aが甲社に対して負う損害賠償責任の法的根拠として考えられるの
41 は 423 条1 項であり、その要件は上記①から④である。

42 (2) まず、Aは、乙社の完全親会社である甲社の代表取締役であるから、甲社に対す
43 る善管注意義務 (330 条・民法 644 条) の内容として、乙社の業務につき合理的な
44 範囲で監督義務を負う (362 条4 項6 号参照)。しかし、Aは、乙社に損害が生じ得

る本件買取りを安易に承認しているから、乙社の業務につき監督義務違反がある。
したがって、甲社に対する任務懈怠がある(①)。次に、本件買取りにより乙社に150
万円の損害が生じ、乙社の株式の価値が下落・希釈化するといえるから、甲社に損
害が生じている(②、③)。そして、Aは、本件買取りにより乙社に損害が生じるこ
とで甲社に損害が生じることを認識していたといえるから、帰責事由がある(④)。

(3) したがって、Aは、甲社に対して150万円の損害賠償責任を負う。

2 そして、Cは、甲社の株主として、甲社に対して責任追及の訴えの提起を請求し、
また、責任追及の訴えを提起することができる(847条1項、3項、5項)。

第3 設問2

1 甲社において会社法上必要となる手続

(1) 本件合意に基づき、Cが甲社から丙社株式を取得するのと引換えに甲社に甲社株
式を譲渡することは、甲社にとって自己株式の有償取得(156条以下)に当たる。そ
して、甲社の株主はA、B及びCであるところ、甲社はCのみから自己株式を取得
するから、特定の株主からの取得(160条)に当たる。そのため、甲社においては、
あらかじめ株主総会決議で取得枠を設定する(156条1項)際、特定の株主であるC
に通知(158条1項)してCから買い取ることを特別決議で定めておく必要がある
(160条1項、309条2項2号)。また、他の株主の売主追加の議案変更請求権(160
条3項)の行使の機会を確保するため、甲社は、A及びBに対して当該請求権があ
る旨を通知しておく必要もある(160条2項、会社法施行規則28条)。そして、実際
に自己株式を取得する際、甲社の代表取締役Aが取得価格等を決定して(157条1
項)Cに通知し(158条1項)、Cが譲渡の申込みをする(159条)必要がある。な
お、甲社株式は譲渡制限株式(2条17号)であるが、甲社における譲渡承認手続は
不要である(136条かつこ書)。

(2) 本件合意に基づき、甲社は、子会社である丙社の株式の全部をCに譲渡する。そ
して、丙社株式の帳簿価額は3000万円、甲社の貸借対照表上の総資産額は1億円前
後であるから、前者は後者の5分の1を超えており、かつ、当該譲渡の効力発生日
において甲社は丙社の議決権の総数の過半数の議決権を有しないことになるから、
甲社において、株主総会特別決議が必要となる(467条1項2号の2、309条2項11
号)。なお、自己株式取得の対価である丙社株式の帳簿価額3000万円は、甲社の分
配可能額5000万円を超えない(461条1項3号)ため、その違反がある場合の手続
は不要である。

2 丙社において会社法上必要となる手続

取締役がCのみである丙社は非公開会社である(327条1項1号)から、丙社株式
は譲渡制限株式である。そのため、本件合意に基づき、甲社がCに丙社株式を譲渡し、
その譲渡が丙社との関係でも有効なものとなるためには、丙社における譲渡承認決定
(139条1項)が必要になるとも思える。しかし、株式の譲渡制限の趣旨は、会社にと
って好ましくない者が株主となることを防止し、譲渡人以外の株主の利益を保護する
点にある。そうすると、一人会社の株主が保有する株式を譲渡する場合には、譲渡人
以外の株主の利益を保護する必要があるため、会社における譲渡承認決定は不要であ
ると解する。したがって、丙社は株主が甲社のみの一人会社であるから、甲社がCに
丙社株式を譲渡する場合、丙社における譲渡承認決定は不要となる。

以上

〔民事訴訟法〕〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、 ７：３）

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運転の普通乗用自動車、Y運転の普通自動二輪車に追突する事故が発生した（以下「本件事故」という。）。

Xは、Yに生じた損害として、Y所有の自動二輪車の損傷について損害賠償債務が発生したことを認め、このYの物損については、X Y間の合意に基づき、Xの加入する保険会社から損害額の全額が支払われた。しかし、本件事故によるYの人的損害の発生については、X Y間の主張が食い違い、交渉が平行線となった。

そこで、Xは、Yに対し、本件事故に基づくYの人的損害については生じていないとして、XのYに対する本件事故による損害賠償債務が存在しないことの確認を求める訴えを提起した（以下「本訴」という。）。

Yは、この本訴請求に対し、本件事故によりYに頭痛の症状が生じ、現在も治療中であると主張して争うとともに、本件事故による治療費用としてYが多額の支出をしているので、その支出と通院に伴う慰謝料の一部のみをまずは請求すると主張し、Xに対し、本件事故による損害賠償請求の一部請求として、500万円及びこれに対する本件事故日以降の遅延損害金の支払を求める反訴を提起した。

なお、以下の各設問では、遅延損害金については検討の対象外とし、論じる必要はない。

〔設問１〕

受訴裁判所は、審理の結果、Yを治療した医師の証言等の結果から、以下のような心証を形成した。

Yには本件事故後に頭痛の症状が認められたが、既に必要な治療は終了している。そして、その頭痛の症状及び程度からすれば、本件事故前からのYの持病である慢性頭痛と考えるのが相当であるから、本件事故による損害とは認められない。その他、本件事故によるYの人的損害の発生を認めるに足る証拠はない。そして、Yは、本件事故による物損について損害額の全額の支払を受けているから、Yの損害はすべて填補されたというべきである。

この場合に、受訴裁判所は、本訴についてどのような判決を下すべきか、判例の立場に言及しつつ、答えなさい。また、本訴についての判決の既判力は、当該判決のどのような判断について生じるか、答えなさい。

〔設問２〕

裁判所は、〔設問１〕のとおり本訴について判決するとともに、反訴（一部請求）について請求棄却の判決をして、同判決が確定した（以下「前訴判決」という。）。

しかし、前訴判決後、Yは、当初訴えていた頭痛だけでなく、手足に強いしびれが生じるようになり、介護が必要な状態となった。

そこで、Yは、前訴判決後に生じた各症状は本件事故に基づくものであり、後遺症も発生したと主張して、前訴判決後に生じた治療費用、後遺症による逸失利益等の財産的損害とともに本件事故の後遺症による精神的損害を理由に、Xに対し、本件事故による損害賠償請求の残部請求として、3000万円及びこれに対する本件事故日以降の遅延損害金の支払を求める新たな訴えを提起した（以下「後訴」という。）。

前訴判決を前提とした上で、後訴においてYの残部請求が認められるためにどのような根拠付けが可能かについて、判例の立場に言及しつつ、前訴におけるX及びYの各請求の内容に留意して、Y側の立場から論じなさい。

出題の趣旨

設問 1 は、金額を明示しない債務不存在確認の訴え（本訴）が提起されて係属中に、反訴として当該債務に係る給付の訴えが提起された場合における債務不存在確認の訴えの訴訟物及び既判力に関する理解を問う問題である。具体的には、まず、金額を明示しない債務不存在確認の訴えの適法性が問われ、さらに、債務不存在確認の訴えにおいて給付訴訟の反訴がなされた場合の確認の利益に関する判例の立場を念頭に置きつつ、反訴が明示的一部請求訴訟であることを踏まえた上で、本問の事案における本訴の帰すうについて、その判決に生ずる既判力の点も含め、検討されているかを問うものである。

設問 2 は、設問 1 での既判力の生ずる範囲を前提として、被告の前訴の反訴請求が一部請求であったことから、残部を後訴で請求した場合に後訴請求を基礎付ける論拠が問題となる。前訴における本訴・反訴それぞれの判決について生じる既判力を理解した上で、本問で問題となる交通事故事案の不法行為訴訟の特質を踏まえ、残部請求や後遺症による損害の追加請求に関する判例の論理構成に言及しつつ、残部請求の可否について説得的に論述し、本問の具体的事案に当てはめた検討をすることができかが問われている。

基本ポイント

- 1 本問の事案及び設問の概要は、以下の通りである。

前訴

人損につき債務不存在確認（本訴）
（→訴訟物是人損全部）

X ←————→ Y

人損の一部（500 万円）請求（反訴）
（→訴訟物是人損一部）

後訴

X ←————→ Y

人損の残部（3000 万円）請求
（→訴訟物是人損残部）

（設問 1）裁判所が下すべき本訴についての判決及びこれに生じる既判力

（設問 2）Y の残部請求が認められるための根拠

また、本問では、訴訟物及び確定判決に生じる既判力（民訴法（以下「法」という。）114 条）に関する理解が問われているが、解答の前提として、以下の基本的知識が必要である。

- (1) 既判力は、確定判決の「主文に包含するもの」に生じる（法 114 条 1 項）ところ、「主文に包含するもの」とは、主文の記載の中で示されている訴訟物についての判断（主文中の判断）をいう。
- (2) 前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一の場合、前訴確定判決の既判力は後訴に及ぶ。他方、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が異なる場合でも、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決関係にある場合又は前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が実体法上矛盾関係にある場合にも、前訴確定判決の既判力は後訴に及ぶ。
- (3) 前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合、後訴裁判所は、前訴確定判決の判断を前提に判断しなければならない（積極的作用）。他方、後訴において、当事者は、前訴の基準時（事実審の口頭弁論終結時）前に存在した前訴確定判決の主文中の判断と矛盾する事由の主張を遮断される（消極的作用）。
- (4) 前訴確定判決の既判力が後訴に及ばない場合において、後訴の請求又は後訴の主張が実質的に前訴の紛争の蒸し返しであるとき、後訴裁判所は、信義則（法 2 条）により、後訴につき訴え却下判決（訴訟判決）をし、また、後訴の主張を遮断する。
- (5) 判例によれば、金銭債権の数量的一部請求の場合において、数量的一部請求であることの明示があるとき、訴訟物是一部請求部分のみとなり、残部は別の訴訟物となる。

- 2 設問 1 前段では、受訴裁判所が下すべき本訴についての判決が本案判決か訴訟判決かを判断する前提として、確認訴訟である本訴の適法性を検討する必要がある。そして、本問では、給付訴訟である反訴が提起されているため、本訴は事後的に確認の利益を失い、不適法となるかが問題となる。ただし、反訴が不適法である場合、本訴は確認の利益を失わないから、先行して、反訴の適法性を検討することになる。

反訴の適法性については、①反訴自体の要件（法 146 条）充足性及び②重複起訴禁止の原則（法 142 条）との関係が問題となる。まず、①については、「関連」性がメインとなるが、簡潔に言及することで足りる。次に、②については、反訴の請求は、基本的に、本訴の訴訟手続内で併合審理されることになるため、重複起訴禁止の原則の趣旨（相手方の応訴の煩、訴訟不経済及び判決の矛盾のおそれという弊害を回避する点）に反しないことを指摘する必要がある。結論としては、反訴が適法であると解答することになる。

その上で、本訴が事後的に確認の利益を失い、不適法となるかどうかを検討しなければならない。そして、受訴裁判所は、本訴が不適法である場合、訴訟判決をすべきであり、本訴が適法である場合、全部認容の本案判決をすべきである。

- 3 設問 1 後段では、設問 1 前段における自己の解答を前提として、本訴の判決に生じる既判力（法 114 条 1 項）の内容を説明する必要がある。例えば、本訴が不適法であると解答した場合、確認の利益が存在しないという判断について既判力が生じる（訴訟判決

の既判力は、訴訟要件一般の不存在ではなく、個々の訴訟要件の不存在について生じる。）
こととなり、他方、本訴が適法であると解答した場合、人損全部の債務が存在しないという判断について既判力が生じることとなる。

- 4 設問2では、Yの一部請求後の残部請求が後遺障害に関する損害賠償請求であることを踏まえて、その請求が認められるための根拠を検討する必要がある。解答に際しては、以下の判例に関する知識・理解が求められていたといえる。

判例（最判昭 42. 7. 18）

「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合には、訴訟物は、右債権の一部の存否のみであつて全部の存否ではなく、従つて、右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばないと解するのが相当である…。ところで、記録によれば、所論の前訴（東京地方裁判所昭和 31 年（ワ）第 9504 号、東京高等裁判所同 33 年（ネ）第 2559 号、第 2623 号）における被上告人の請求は、被上告人主張の本件不法行為により惹起された損害のうち、右前訴の最終口頭弁論期日たる同 35 年 5 月 25 日までに支出された治療費を損害として主張しその賠償を求めるものであるところ、本件訴訟における被上告人の請求は、前記の口頭弁論期日後にその主張のような経緯で再手術を受けることを余儀なくされるにいたつたと主張し、右治療に要した費用を損害としてその賠償を請求するものであることが明らかである。右の事実によれば、所論の前訴と本件訴訟とはそれぞれ訴訟物を異にするから、前訴の確定判決の既判力は本件訴訟に及ばないというべきである」。

上記判例は、後遺症に関する損害賠償請求を認めるために、その明示の有無にかかわらず前訴の請求を一部請求であったと構成し、その残部に係る請求権が前訴の訴訟物とは別個の訴訟物であるとしている。したがって、上記判例に言及しつつ、後訴におけるYの残部請求が、前訴におけるYの一部請求との関係で否定されないことを説明することになる。なお、後遺症に関する損害賠償請求をする場合、原告は、前訴において残部としての後遺症に関する損害を認識していないため、一部請求構成を採用すべきでないとして、前訴と後訴の訴訟物を同一のものと捉えることを前提に、基準時後の新事由としてYの請求を根拠付け、または、期待可能性がなかったとしてYの請求を根拠付ける立場もある。

応用ポイント

1	（設問 1 前段）本訴が金額を明示しない債務不存在確認訴訟であるから、請求の特定が認められず、不適法となるかどうかを検討していること
2	（設問 1 前段）人的損害に関する損害賠償請求権と物的損害に関する損害賠償請求権について、1つの訴訟物と捉えるか、別の訴訟物と捉えるかを意識していること →仮に1つの訴訟物と捉えた場合、全損害とは人的損害及び物的損害となるから、

	例えば、本訴の訴訟物は全損害のうちの一部である人的損害に関する損害賠償請求権となる。なお、両者は、被侵害利益が異なるため、一般的には、別の訴訟物と捉えられている。
3	(設問1前段) 債務不存在確認訴訟(本訴)の訴訟物が給付訴訟(反訴)の訴訟物と同一でなく、前者の範囲が後者の範囲を超えることを踏まえて、本訴が事後的に確認の利益を失うかどうかを検討していること
4	(設問2) 後訴におけるYの残部請求と前訴における本訴の判決に生じる既判力との関係を論じていること

1 第1 設問1前段

2 1 受訴裁判所は、本訴が不適法である場合には訴訟判決をし、本訴が適
3 法である場合には本案判決をすべきである。

4 2(1) まず、本訴は、金額を明示しない債務不存在確認訴訟であるから、
5 請求の特定が認められず、不適法となるかが問題となる。

6 (2) 確かに、裁判所の審判対象は訴訟物たる権利関係である(民訴法(以
7 下「法」) 246 条参照) から、原告は、請求の趣旨(法 133 条 2 項 2 号)
8 で金額を明示して、請求(訴訟物)を特定する必要がある。しかし、
9 債務不存在確認訴訟では債務総額自体に争いのあることも多く、債務
10 者による金額の明示が困難な場合もある。そこで、請求の原因で債務
11 の発生原因が記載されている場合、請求の特定が認められると解する。

12 (3) 本訴の訴状には、「本件事故に基づくYの人的損害については生じて
13 いない」とあるから、請求の原因には「本件事故」という債務の発生
14 原因が記載されている。したがって、請求の特定が認められる。

15 3(1) 次に、反訴(法 146 条)が提起されたことにより、本訴は、事後的
16 に確認の利益を失い、不適法となるかが問題となる。

17 (2)ア まず、反訴が不適法であるとして却下される場合、本訴は確認の
18 利益を失わないため、反訴の適法性を検討する。

19 イ 本訴の請求と反訴の請求は、内容・発生原因において法律上・事
20 実上の共通性があるから、「関連」性(法 146 条 1 項)が認められる。
21 また、その他の反訴の要件も認められる。

22 ウ しかし、反訴の提起は、同一の「事件」についての起訴として、
23 重複起訴禁止の原則(法 142 条)に反するかが問題となる。

24 重複起訴禁止の趣旨は、相手方の応訴の煩、訴訟不経済及び判決
25 の矛盾のおそれという弊害を回避する点にあるところ、事件の同一
26 性は、判決の矛盾回避の観点から実質的に判断すべきである。そこ
27 で、事件の同一性は、①当事者の同一性及び②訴訟物たる権利関係
28 の同一性がある場合に認められると解する。

29 ①本訴の請求及び反訴の請求の当事者は、いずれもXとYであり、
30 同一である。そして、②本訴の請求の訴訟物は、本件事故による不
31 法行為(民法 709 条)に基づく人的損害に係る賠償請求権の全部で
32 ある。他方、反訴の請求の訴訟物は、判例の立場によると、Yが500
33 万円を一部であると明示しているから、本件事故による不法行為に
34 基づく人的損害に係る賠償請求権の一部である。そのため、訴訟物
35 たる権利関係は同一でないが、500 万円の範囲で判決の矛盾のおそ
36 れがあるから、②がある。そうすると、事件の同一性が認められる
37 ため、反訴の提起は重複起訴禁止の原則に反するとも思える。

38 エ もっとも、反訴の請求は、基本的に、本訴の訴訟手続内で併合審
39 理されることになるため、重複起訴禁止の趣旨に反しない。したが
40 って、反訴は適法である。

41 (3)ア 次に、債務不存在確認訴訟の本訴が係属している場合において、
42 給付訴訟の反訴が提起されたとき、本訴は、事後的に確認の利益を
43 失うかどうかを検討する。

44 イ 確かに、債務不存在確認訴訟及び給付訴訟につき、それぞれ適法

であるとして本案判決をすべきとも思える。しかし、債務不存在確認訴訟と給付訴訟の訴訟物たる権利関係が同一である場合、給付判決は、消極的確認判決と異なり、既判力（法114条）に加えて執行力も有するため、紛争解決機能が高く、前者は後者を包摂・包含する関係にある。そこで、両訴訟の訴訟物たる権利関係が同一である場合、債務不存在確認訴訟は、事後的に確認の利益を失うと解する。

ウ 前述の通り、本訴の請求の訴訟物は、本件事故による不法行為に基づく人的損害に係る賠償請求権の全部であるが、反訴の請求の訴訟物は、本件事故による不法行為に基づく人的損害に係る賠償請求権の一部であるから、訴訟物たる権利関係は同一でない。そのため、本訴は、事後的に確認の利益を失わない。

4 したがって、本訴は適法であるから、受訴裁判所は、本訴につき全部認容の本案判決をすべきである。

第2 設問1 後段

既判力は、確定判決の「主文に包含するもの」（法114条1項）に生じるところ、「主文に包含するもの」とは、主文の記載の中で示されている訴訟物についての判断をいう。そして、本訴の請求の訴訟物は、本件事故による不法行為に基づく人的損害に係る賠償請求権の全部であるから、これが存在しないという判断について、本訴の判決の既判力が生じる。

第3 設問2

1 後訴でYの残部請求が認められるためには、前訴判決（反訴の判決及び本訴の判決）に生じる既判力が後訴に及ばないことが必要となる。

2 まず、反訴の請求の訴訟物は、本件事故による不法行為に基づく人的損害に係る賠償請求権の一部（以下「訴訟物A」）である。他方、後訴の残部請求は後遺症に関する損害賠償請求であるところ、後遺症に関する損害は前訴で予見できなかったものであるから、判例の立場によると、後訴の訴訟物は、その明示の有無にかかわらず前訴の請求を一部請求であったと構成し、その残部に係る請求権（以下「訴訟物B」）となる。そうすると、訴訟物AとBは、別個の訴訟物であり同一関係になく、また、先決関係及び矛盾関係にもない。したがって、反訴の判決に生じる既判力は後訴に及ばない。

なお、Yは、数量的一部請求訴訟である前訴（反訴）で敗訴した原告であるが、後遺症に関する損害は前訴で予見できなかったものであり、特段の事情があるから、後訴の提起は信義則（法2条）にも反しない。

3(1) 次に、本訴の請求の訴訟物は、本件事故による不法行為に基づく人的損害に係る賠償請求権の全部（以下「訴訟物C」）である。そうすると、訴訟物Cは、訴訟物Bと重なるため、その限度で、同一関係にあり、本訴の判決に生じる既判力が後訴に及ぶとも思える。

(2) しかし、前訴の当時、反訴と同様、本訴においても、後遺症に関する損害は予見できなかったものである。そのため、後遺症に関する損害との関係では、訴訟物Cについても一部請求であったと構成すべきである。したがって、訴訟物CとBは、別個の訴訟物であり同一関係になく、また、先決関係及び矛盾関係にもないから、本訴の判決に生じる既判力は後訴に及ばない。

以上

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲（28歳、男性、身長165センチメートル、体重60キログラム）は、2年前に養子縁組によって氏を変更し、当該変更後の氏名（以下「変更後の氏名」という。）を用いて暴力団X組組員として活動を始めた。甲は、自営していた人材派遣業や日常生活においては、専ら当該変更前の氏名（以下「変更前の氏名」という。）を用いていた。

2 甲は、X組と抗争中の暴力団Y組の組長乙を襲撃する計画を立てていたところ、乙が、交際中のA宅に足繁く通っているとの情報を入手した。甲は、A宅を監視する目的で、A宅の向かいにあるB所有のマンション居室（以下「本件居室」という。）を借りるため、某月1日、Bに会い、「部屋を借りたい。」と申し込んだ。Bは、暴力団員やその関係者とは本件居室の賃貸借契約を締結する意思はなく、準備していた賃貸借契約書にも「賃借人は暴力団員又はその関係者ではなく、本物件を暴力団と関係する活動に使いません。賃借人が以上に反した場合、何らの催告も要せずして本契約を解除することに同意します。」との条項（以下「本件条項」という。）を設けていた。Bは、甲に対し、本件条項の内容を説明した上、身分や資力を証明する書類の提示のほか、家賃の引落としで使用する口座の指定を求めた。

甲は、自己がX組組員であり、A宅を監視する目的で本件居室を使用する予定である旨告げれば、前記契約の締結ができないと考え、Bに対し、X組組員であることは告げず、その目的を秘しつつ本件居室を人材派遣業の事務所として使用する予定である旨告げた。甲は、Bに変更後の氏名を名乗れば、暴力団員であることが発覚する可能性があると考え、Bに対し、変更前の氏名を名乗った上、養子縁組前に取得し、氏名欄に変更前の氏名が記載された正規の有効な自動車運転免許証を示した。また、甲は、養子縁組前に開設し、口座名義を変更していない預金口座の通帳に十分な残高が記帳されていたため、Bに対し、同通帳を示し、同口座を家賃の引落としで使用する口座として指定した。甲は、同日、前記契約書の賃借人欄に現住所及び変更前の氏名を記入した上、その認印を押し、同契約書をBに渡した。Bは、甲が暴力団員やその関係者でなく、本件居室を暴力団と関係する活動に使うつもりもない旨誤信し、甲との間で上記契約を締結した。この際、甲には家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあった。

なお、前記マンションが所在する某県では、暴力団排除の観点から、不動産賃貸借契約には本件条項を設けることが推奨されていた。また、実際にも、同県の不動産賃貸借契約においては、暴力団員又はその関係者が不動産を賃借して居住することによりその資産価値が低下するのを避けたいとの賃貸人側の意向も踏まえ、本件条項が設けられるのが一般的であった。

3 乙の警護役であるY組組員の丙（20歳、男性、身長180センチメートル、体重85キログラム）は、同月9日午前1時頃、A宅前路上に停めた自動車に乗り、A宅にいた乙を待っていたところ、前記マンション敷地から同路上に出てきた甲を見掛けた。その際、丙は、甲のことを、風貌が甲と酷似する後輩の丁と勘違いし、甲に対し、「おい、こんな時間にどこに行くんだ。」と声を掛けた。これに対し、甲は、無言で上記路上から立ち去ろうとした。これを見た丙は、丁に無視されたと思い込み、同車から降りて甲を追い掛け、「無視すんなよ。こら。」と威圧的に言い、上記路上から約30メートル先の路上において、甲の前に立ち塞がった。丙は、その時、甲が丁でないことに気付くとともに、暴力団員風で見慣れない人物であったことから、その行動を不審に思い、乙に電話で報告しようと考え、着衣のポケットからスマートフォンを取り出した。他方、甲は、丙が取り出したものがスタンガン（高電圧によって相手にショックを与える護身具）であると勘違いし、それまでの丙の態度から、直ちにスタンガンで攻撃され、火傷を負わされたり、意識を失わされたりするのではないかと思い込み、同日午前1時3分頃、

自己の身を守るため、丙に対し、とっさに拳でその顔面を1回殴ったところ、丙は、転倒して路面に頭部を強く打ち付け、急性硬膜下血腫の傷害を負い、そのまま意識を失った。なお、甲は、丙の態度を注視していれば、丙が取り出したものがスマートフォンであり、丙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識することができた。

甲は、同日午前1時4分頃、丙が身動きせず、意識を失っていることを認識したが、丙に対する怒りから、丙に対し、足でその腹部を3回蹴り、丙に加療約1週間を要する腹部打撲の傷害を負わせた。

丙は、同日午前9時頃、搬送先の病院において、前記急性硬膜下血腫により死亡したが、甲の足蹴り行為により死期が早まることはなかった。

出題の趣旨

本問は、甲が、(1)本件居室の賃貸借契約締結に際し、その契約書の賃借人欄に変更後の氏名ではなく変更前の氏名を記入するなどした上、同契約書をBに渡したこと、(2)その際、Bに対し、自己が暴力団員であることを告げず、本件居室の使用目的がA宅の監視目的であることを秘しつつ、Bとの間で同契約を締結し、本件居室の賃借権を取得したこと、(3)丙の顔面を拳で殴って丙を転倒させ、丙に急性硬膜下血腫の傷害を負わせ、さらに、丙の腹部を足で蹴って丙に腹部打撲の傷害を負わせ、丙を同急性硬膜下血腫の傷害により死亡させたことを内容とする事例について、甲の罪責に関する論述を求めるものである。

(1)については、有印私文書偽造罪・同行使罪の成否が問題になるところ、前者については、客観的構成要件要素である「偽造」の意義を示した上で、変更前の氏名は、甲が自営していた人材派遣業や日常生活で専ら使用していたものであることを踏まえつつ、前記契約書の性質に照らし、名義人と作成者の人格の同一性に齟齬が生じたといえるのか否かを検討する必要がある。

(2)については、2項詐欺罪の成否が問題になるところ、主に論ずべき点として、客観的構成要件要素である「人を欺く行為」(欺罔行為)の意義を示した上で、甲には家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあったことを踏まえつつ、甲の属性(暴力団員であるか否か)や、本件居室の使用目的(暴力団と関係する活動か否か)が、前記契約締結の判断の基礎となる重要な事項といえるか否かを検討する必要がある。

(3)については、甲は、丙が取り出したスマートフォンをスタンガンと勘違いして、これで攻撃されると思い込みながら、自己の身を守るため、第1暴行(丙の顔面を殴る行為)を行っていることから、誤想防衛又は誤想過剰防衛の処理が問題になるところ、甲は、丙が意識を失っていることを認識したのに、丙に対する怒りから、第2暴行(丙の腹部を蹴る行為)を行い、丙に腹部打撲の傷害を負わせているため、第1暴行と第2暴行の関係を踏まえつつ、その擬律を判断する必要がある。

いずれについても、各構成要件等の正確な知識、基本的理解や、本事例にある事実を丁寧に拾って的確に分析した上、当てはめを具体的に行う能力が求められる。

基本ポイント

- 1 まず、甲が賃貸借契約書に変更前の氏名を記入して押印し(以下「行為1」という。)、Bに渡した行為(以下「行為2」という。)について、有印私文書偽造罪(刑法(以下略)159条1項)及び同行使罪(161条1項)の成否を検討する必要がある。

その検討においては、各成立要件の充足性を確認することになるが、メインとなるのは、行為1に関する「偽造」(名義人と作成者の人格の同一性を偽ること)である。確か

に、変更前の氏名と変更後の氏名は、共に甲という同一の人格を表すものであるから、変更前の氏名を使用しても、甲以外の者が名義人として特定されることはなく、人格の同一性は偽られていないと思える。しかし、暴力団員等を排除する旨の本件条項が設けられた賃貸借契約書に記載された氏名は、当該契約書の性質から、暴力団員でない人格を表すものといえるため、暴力団員でない甲が名義人となる。他方、作成者は暴力団員である甲となる。したがって、人格の同一性が偽られているから、偽造に当たる。本問の検討では、氏名のもつ人格特定機能よりも、文書の性質から、暴力団員かどうかという属性を重視することが重要である。なお、行為2については、簡潔に「行使」の当てはめをすることが大切である。

- 2 次に、甲がBに本件居室の賃貸借契約を締結させた行為（以下「行為3」という。）について、詐欺罪（246条2項）の成否を検討する必要がある。なお、行為3については、甲は、賃貸借契約により、本件居室の占有を終局的に移転されるわけではないから、本件居室につき居住の利益という財産上の利益の移転を受けたとして、2項詐欺罪の成否を検討することになる。

その検討においては、各成立要件の充足性を確認することになるが、メインとなるのは、「欺く行為」である。そして、「欺く行為」については、判例（最決平22.7.29）を踏まえて、財産上の利益の処分（財物の交付）に向けて人を錯誤に陥れることであり、その内容は、処分（交付）の判断の基礎となる重要な事項を偽ることである等と解釈を示した上で、甲が暴力団員であるかどうかBの判断の基礎となる重要な事項であることを指摘しつつ、当てはめを行わなければならない。

- 3 さらに、甲が丙の顔面を拳で殴った（以下「行為4」という。）後、丙の腹部を足で蹴った行為（以下「行為5」という。）について、傷害罪（204条）ないし傷害致死罪（205条）の成否を検討することになる。その前提として、行為4の約1分後に同一場所で行う行為5が行われているため、時間的場所的近接性を有する行為4と行為5を一連の行為と捉えるべきかにつき判断することになるが、行為4は誤想防衛行為であるのに対し、行為5は攻撃行為であるから、意思の連続性がなく、別個の行為と捉える必要がある。そのため、行為4について傷害致死罪の成否、行為5について傷害罪の成否を検討することになる。

そして、行為4及び行為5のそれぞれについて、構成要件該当性があり、違法性阻却事由がないことを簡潔に指摘する必要がある。その上で、行為4は誤想防衛行為であるから、違法性阻却事由の錯誤の処理につき自己の見解（違法性（法律）の錯誤説又は事実の錯誤説）を示して、事案に即した当てはめを行うことになる。その際、行為4は、急迫不正の侵害がないのにあると誤信したためになされたものであるが、その他の正当防衛（36条1項）の成立要件は充足しており、過剰な防衛行為でもなかったことを確認する必要がある。そして、事実の錯誤説からは、（責任段階の）故意が阻却されるから、故意犯は不成立となり、過失犯（過失致死罪、重過失致死罪）の成否を検討することに

なる。他方、行為5は、客観的にも甲の認識においても防衛行為でもないため、傷害罪が成立する。

応用ポイント

1	行為3について、Bの処分の判断の基礎となる重要な事項を偽るものであるかどうかを事案に即して具体的に検討していること →確かに、甲は、家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあったが、襲撃対象の乙が来訪し得るA宅を監視する目的で本件居室を借りようとしていた。他方、Bは、暴力団員等とは本件居室の賃貸借契約を締結する意思はなく、賃貸借契約書にも本件条項を設けていた。また、某県では、暴力団の排除及び賃貸不動産の資産価値低下の回避の観点から、本件条項の設置が一般的にされていた。そうすると、Bは、甲を暴力団員でないと誤認しなければ、甲と賃貸借契約を締結しなかったはずであるから、甲が変更前の氏名を名乗る等したことは、賃貸借契約の締結に向けてBを錯誤に陥れるものであり、Bの処分の判断の基礎となる重要な事項を偽るものである。
2	行為3に関し、不作為による欺く行為か挙動による欺く行為かについて言及していること →不作為による欺く行為は、相手方が当初から錯誤に陥っている場合において、告知義務があるのに真実を告げないことであるのに対し、挙動による欺く行為は、行為者の言動が相手方を錯誤に陥らせることである。
3	行為4について、甲の認識事実に基づいて正当防衛の成立要件の充足性を具体的に検討していること
4	行為4と行為5を一連の行為と捉えるべきかどうかにつき判断を示していること →防衛行為の一体性の判断においては、①時間的場所的接近性、②侵害の継続性、③意思の連続性が考慮されるが、本問では、②侵害は当初から存在しないため、①及び③を考慮する。なお、一連の行為と捉えた場合、一連の誤想防衛行為となるところ、行為5が加わったことで誤想「過剰」防衛行為となる。そして、甲が過剰性を認識しているため、事実の錯誤説からも、(責任段階の)故意は阻却されず、傷害致死罪が成立するが、過剰防衛の規定(36条2項)が準用され得る。

MEMO

1 第1 甲が賃貸借契約書に変更前の氏名を記入して押印し（以下「行為1」）、
2 Bに渡した行為（以下「行為2」）

3 1 行為1に有印私文書偽造罪（刑法（以下略）159条1項）が成立し（罪①）、
4 行為2に同行使罪（161条1項）が成立する（罪②）。

5 2(1) 「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうと解す
6 る。そして、本件条項が設けられた賃貸借契約書の性質から、当該契約書
7 から看取される作成者は暴力団員でない人格であるため、名義人は暴力団
8 員でない甲である。他方、作成者は暴力団員である甲である。したがって、
9 人格の同一性が偽られており、「偽造」に当たる。

10 (2) そして、賃貸借契約書は、賃料支払義務・賃貸目的物を使用収益させる
11 義務等の私法上の義務の発生を目的とする意思表示を内容とする文書で
12 あるため、権利・義務に関する文書に当たる。また、甲は、行為1の際、
13 暴力団員でない人格を表す変更前の氏名の記入・押印をしているため「他
14 人の印章若しくは署名」の使用があり（有印）、賃貸借契約書をBに渡して
15 賃貸借契約を締結する意思を有していたから、「行使の目的」もある。

16 3 甲は、偽造した賃貸借契約書を真正なものとしてBに渡しており、「行使」
17 に当たるから、有印偽造私文書行使罪が成立する。

18 第2 甲がBに本件居室の賃貸借契約を締結させた行為（以下「行為3」）

19 1 行為3には、詐欺罪（246条2項）が成立する（罪③）。

20 2(1) まず、欺く行為とは、財産上の利益の処分に向けて人を錯誤に陥れるこ
21 とであり、その内容は、処分の判断の基礎となる重要な事項を偽ることを
22 いうと解する。確かに、甲は、家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあ
23 ったが、襲撃対象の乙が来訪し得るA宅を監視する目的で本件居室を借り
24 ようとしていた。他方、Bは、暴力団員等とは本件居室の賃貸借契約を締
25 結する意思はなく、賃貸借契約書にも本件条項を設けていた。また、某県
26 では、暴力団の排除及び賃貸不動産の資産価値低下の回避の観点から、本
27 件条項の設置が一般的にされていた。そうすると、Bは、甲を暴力団員で
28 ないと誤認しなければ、甲と賃貸借契約を締結しなかったはずであるから、
29 甲が変更前の氏名を名乗る等したことは、賃貸借契約の締結に向けてBを
30 錯誤に陥れるものであり、Bの処分の判断の基礎となる重要な事項を偽る
31 ものである。そして、甲は、Bから本件条項の説明を受ける等して暴力団
32 員でないことを確認されたのに、Bに対し、暴力団員でなかった頃の変更
33 前の氏名を名乗り、その氏名が記載された運転免許証及び通帳を示してい
34 る。したがって、甲の行為は、挙動による欺く行為に当たる。

35 (2) 次に、甲の欺く行為により、Bは錯誤に陥り、本件居室の賃貸借契約を
36 締結しているから、処分行為も認められる。そして、Bの処分行為により、
37 甲は、本件居室につき居住の利益という財産上の利益の移転を受けている。

38 第3 甲が丙の顔面を拳で殴った（以下「行為4」）後、丙の腹部を足で蹴った
39 行為（以下「行為5」）

40 1 行為4に重過失致死罪（211条後段）が成立し（罪④）、行為5に傷害罪（204
41 条）が成立する（罪⑤）。

42 2(1) 丙は、行為4により、急性硬膜下血腫の傷害を負って死亡しているから、
43 行為4は傷害致死罪（205条）の客観的構成要件に該当する。また、甲に
44 は暴行の故意があるため、行為4は同罪の主観的構成要件にも該当する。

(2) 甲は、行為5により、丙に腹部打撲の傷害を負わせているから、行為5は、傷害罪の構成要件に該当する。

3 そして、甲は、丙からスタンガンで攻撃されると思い込んで行為4を行っているが、丙は、スマホを取り出しただけである。したがって、行為4の時点で、甲において客観的に法益侵害の危険は切迫しておらず、「急迫不正の侵害」(36条1項)はなく、また、行為5の時点でも同様であるから、行為4及び行為5に正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

4(1)ア もっとも、甲は、急迫不正の侵害が存在すると誤信して行為4をしている。そこで、違法性阻却事由の錯誤の処理が問題となる。

構成要件該当事実の認識がない場合と同様、行為者が違法性阻却事由を基礎づける事実を認識している場合、違法性の意識を喚起することができず、規範に直面しない。そこで、違法性阻却事由の錯誤は、事実の錯誤であり、責任要素としての故意を阻却すると解する。したがって、甲が行為4の時点で正当防衛を基礎づける事実を認識していた場合、責任故意が阻却されることになる。

イ まず、「急迫」とは、法益の侵害が現に存在し、又は、間近に押し迫っていることをいうと解する。甲は、丙が「無視すんなよ。こら。」と威圧的に言いながら甲を約30メートル追い掛けてきて目の前に立ち塞がった後、着衣のポケットからスタンガンを取り出したと認識している。したがって、甲の認識事実として、「急迫」不正の侵害が認められる。

次に、条文の文言が「防衛するため」(36条1項)となっているから、防衛の意思が必要であると解する。甲は、自己の身を守るために行為4を行っているため、甲の認識事実として、防衛の意思が認められる。

また、「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段としての必要性・相当性を有する行為であると解する。甲と丙との間に特段の年齢差はないが、甲は身長165センチメートル、体重60キログラムであるのに対し、丙は身長180センチメートル、体重85キログラムであり、体格は丙が甲よりも一回り以上大きい。そして、丙はスタンガンを持っていたのに対し、甲は素手であったのであるから、拳で顔面を殴るという行為4は、防衛手段として必要最小限度のものといえ、相当性を有する。したがって、甲の認識事実として、「やむを得ずにした行為」に当たる。

よって、甲は行為4の時点で正当防衛を基礎づける事実を認識しているから、責任故意が阻却されるため、行為4に傷害致死罪は成立しない。

ウ もっとも、甲は、丙の態度を注視していれば、丙がスタンガンで直ちに攻撃してくるものでないことを容易に認識できたから、重大な過失がある。したがって、行為4には重過失致死罪が成立する。

(2) 行為5は、確かに、誤想防衛行為である行為4の約1分後にされており、時間的場所的接性があるが、甲は、丙が意識を失っていることを認識しており、丙に対する怒りから行為5を行っているため、防衛の意思がない。そうすると、意思の連続性が認められないため、行為5は、行為4と一連の行為とはいえない。したがって、行為5には傷害罪が成立する。

第4 罪数

罪①から⑤が成立するが、罪①、②及び③が牽連犯(54条1項後段)となり、これと④及び⑤が併合罪(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】に答えなさい。

【事例】

甲は、①「被告人は、令和元年6月1日、H県I市内の自宅において、交際相手の乙に対し、その顔面を平手で数回殴るなどの暴行を加え、よって、同人に加療約5日間を要する顔面挫傷等の傷害を負わせたものである。」との傷害罪の公訴事実により、同月20日、H地方裁判所に起訴された。

同事件について、同年8月1日、甲に対し、同公訴事実の傷害罪により有罪判決が宣告され、同月16日、同判決が確定した。

ところが、前記判決が確定した後、甲が同年5月15日に路上で見ず知らずの通行人丙に傷害を負わせる事件を起こしていたことが判明し、同事件について、甲は、②「被告人は、令和元年5月15日、J県L市内の路上において、丙に対し、その顔面、頭部を拳骨で多数回殴るなどの暴行を加え、よって、同人に加療約6か月間を要する脳挫傷等の傷害を負わせたものである。」との傷害罪の公訴事実により、同年12月20日、J地方裁判所に起訴された。

公判において、甲の弁護人は、「②の起訴の事件は、既に有罪判決が確定した①の起訴の事件と共に常習傷害罪の包括一罪を構成する。よって、免訴の判決を求める。」旨の主張をした。

【設問】

前記の弁護人の主張について、裁判所は、どのように判断すべきか。

仮に、①の起訴が、「被告人は、常習として、令和元年6月1日、H県I市内の自宅において、交際相手の乙に対し、その顔面を平手で数回殴るなどの暴行を加え、よって、同人に加療約5日間を要する顔面挫傷等の傷害を負わせたものである。」との常習傷害罪の公訴事実で行われ、同公訴事実の常習傷害罪により有罪判決が確定していた場合であればどうか。

(参照条文) 暴力行為等処罰ニ関スル法律

第1条ノ3第1項 常習トシテ刑法第204条、第208条、第222条又ハ第261条ノ罪ヲ犯シタル者人ヲ傷害シタルモノナルトキハ1年以上15年以下ノ懲役ニ処シ其ノ他ノ場合ニ在リテハ3月以上5年以下ノ懲役ニ処ス

MEMO

出題の趣旨

本問は、常習傷害罪として包括一罪を構成する可能性がある複数の行為の一部につき、確定判決を経た事件（以下「前訴」という。）と、前訴の確定判決前に犯されたが同判決後に発覚して起訴された行為に関する事件（以下「後訴」という。）の両者、あるいは一方が、単純一罪として訴因構成された事例において、前訴の確定判決の一事不再理効が及ぶ範囲の検討を通じ、刑事訴訟法の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。

憲法第39条は、「何人も、……既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」とし、これを受けた刑事訴訟法第337条第1号は、「確定判決を経たとき」には、「判決で免訴の言渡をしなければならない」と定めているところ、本問では、後訴について、既に確定判決を経たものとみて免訴判決をすべきか、すなわち、確定判決の一事不再理効の客観的範囲をどのように考えるべきかが問題となる。この点については、「公訴事実の同一性」（刑事訴訟法第312条第1項）の有無を基準とする見解や同時訴追の可能性の有無を基準とする見解など様々な立場があり得るが、いかなる見解を採るにせよ、一事不再理効の根拠・趣旨に言及した上で、その客観的範囲に関する判断基準を明らかにする必要がある。

また、前者の見解を採った場合に本問で問題となるのは、公訴事実の狭義の同一性ではなく、公訴事実の単一性の有無であるから、その旨を明らかにした上で、裁判所は、前訴・後訴の両訴因に記載された事実のみを基礎として単一性を判断すべきなのか、それとも、いずれの訴因の記載内容にもなっていない要素について証拠により心証形成した上で単一性を判断すべきのかなど、公訴事実の単一性の判断方法について、その根拠とともに論じることが求められる。

本問の検討に当たっては、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後、確定判決前に犯された余罪の窃盗行為が単純窃盗罪として起訴された事案に関する最高裁判所の判例（最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁）があることから、この判例についての理解も示しつつ、自説の立場から本問の【事例】及び〔設問〕の仮設事例への当てはめを行い、それぞれ免訴判決をすべきか否かの結論を述べる必要がある。上記判例は、公訴事実の単一性の有無について、基本的には、前訴・後訴の各訴因の記載のみを基礎としてその比較対照により判断するのが相当であるとしつつも、訴因自体において一方の罪が他方の罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合には、実体に立ち入って付随的に心証形成をし、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるとしている。この基準による場合には、本問の前訴・後訴の各訴因において、常習性の発露という要素を考慮すべき契機が存在するかどうかに焦点を当てて、結論を導くこととなろう。

基本ポイント

本問の事実関係を時系列にまとめると以下の通りになる。

	①の起訴の事件（前訴）	②の起訴の事件（後訴）
5. 15	—	甲の丙（通行人）に対する暴行行為
6. 1	甲の乙（交際相手）に対する暴行行為	—
6. 20	起訴（ <u>傷害罪</u> ／ <u>常習傷害罪</u> ）	—
8. 1	有罪判決言渡し	—
8. 16	判決確定	—
—	—	事件判明
12. 20	—	起訴（ <u>傷害罪</u> ）

設問前段と設問後段は、共に、甲の弁護人の「②の起訴の事件は、既に有罪判決が確定した①の起訴の事件と共に常習傷害罪の包括一罪を構成する。よって、免訴の判決を求める。」旨の主張について、裁判所がすべき判断の内容を問うものである。もっとも、①の起訴の事件が、設問前段では傷害罪、設問後段では常習傷害罪となっている。そのため、本問では、この差異を踏まえた検討を行うことが必要となる。

そして、この点の検討を適切に行うため、下記の判例に関する知識・理解が求められていたといえる。

判例（最判平 15. 10. 7）

「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である。そして、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後、確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に一つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事件が確定判決を経たものとみるべきかどうか、問題になるのである。この問題は、確定判決を経由した事件（以下「前訴」という。）の訴因及び確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下「後訴」という。）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するに当たり、①両訴因に記載された事実のみを基礎として両者は併合罪関係にあり一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、②いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実

の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。思うに、訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。…なお、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強くうかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるが…、本件は、これと異なり、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪の場合であるから、前記のとおり、常習性の点につき実体に立ち入って判断するのは相当ではないというべきである。」

上記判例は、単純窃盗罪と常習窃盗罪の事案であるが、本問の解答でも参考になる。

応用ポイント

1	（設問後段）「常習」性の有無について、事案に即して具体的に検討していること →「常習」性の有無の判断に際しては、行為の時間的間隔・動機・態様・結果等が考慮される。例えば、複数の行為の時間的間隔が短い場合や複数の行為の動機・態様・結果等が類似していることは、常習性の認定において積極方向に働く事情となる。なお、「常習」性（暴力行為等処罰ニ関スル法律3条1項）については、反復して同条項の各行為を行う習癖ではなく、包括的な暴力行為を行う習癖をいうと解されている（東京高判昭47.9.25等）。
---	--

2	（設問後段）捜査機関が②の起訴の事件を①の起訴の事件と同時に訴追することが可能であったかどうかについて言及していること →事実上・法律上同時訴追の可能性がない事件については一事不再理効が及ばないとする見解からは、①の起訴の事件の判決確定時までに判明していなかった②の起訴の事件は、①の起訴の事件の判決確定時までに存在していたが、事実上同時訴追の可能性がなかったといえるため、一事不再理効が及ばないということになり得る。
---	---

1 第1 設問前段

2 1 ①の起訴の事件（以下「前訴」）の確定判決の一事不再理効が後訴に及
3 ぶ場合、裁判所は、「確定判決を経た」（刑訴法 337 条 1 号）として、②
4 の起訴の事件（以下「後訴」）につき、判決で免訴を言い渡すことになる。

5 そこで、一事不再理効の及ぶ客観的範囲及びその判断方法が問題となる。

6 2(1) 一事不再理効の根拠は、訴追の負担・有罪の危険を負った被告人が
7 同一の負担・危険を重ねて負うことはないという二重の危険の禁止（憲
8 法 39 条）という点にある。そして、被告人は、訴因変更（刑訴法 312
9 条 1 項）の可能性のある範囲内において、上記の負担・危険を負うと
10 ころ、訴因変更は「公訴事実の同一性」を害しない限度でなされ得る。
11 したがって、一事不再理効の及ぶ客観的範囲は、「公訴事実の同一性」
12 のある範囲になると解する。

13 (2) そして、公訴事実の同一性のうち、罪数論に係る公訴事実の単一性
14 の判断は、当事者主義的訴訟構造（刑訴法 256 条 6 項、312 条 1 項等）
15 の下、裁判所の審判対象が一方当事者たる検察官の主張する具体的事
16 実である訴因であることから、基本的には、前訴及び後訴の各訴因の
17 みを基準に比較対照することにより行うべきであると解する。もっと
18 も、両訴因の比較対照のみからでも、実体的に一罪を構成するかどう
19 かにつき検討すべき契機が存在する場合には、裁判所は、訴因外の要
20 素も考慮して付随的に心証形成をし、判断すべきであると解する。

21 なお、第一審判決の言渡し時までは、弁論が再開されて訴因変更が
22 なされ得るから、その時点までに発生していた事実につき、被告人は、
23 上記の負担・危険を抽象的に負っていたことになる。したがって、そ
24 の時点までに発生していた事実が「公訴事実の同一性」の範囲内にあ
25 る場合には、具体的事実関係において、同時訴追が法律上・事実上可
26 能であったかどうかに関わりなく、一事不再理効が及ぶと解する。

27 3 前訴及び後訴の訴因は共に単純傷害罪（刑法 204 条）であり、両訴因
28 を通じて、常習性の発露という面が全く訴因として訴訟手続に上程され
29 ていない。そうすると、両訴因の比較対照のみからでは、実体的に常習
30 傷害罪一罪を構成するかどうかに係る常習性の発露という要素を考慮す
31 べき契機は存在しないから、裁判所は、常習性に関する訴因外の要素を
32 考慮して判断すべきでない。そして、両訴因は別個の機会に犯された傷
33 害罪である。したがって、両訴因は公訴事実の単一性がないため、前訴
34 の確定判決の一事不再理効は、後訴に及ばない。よって、裁判所は、弁
35 護人の主張について、理由がないと判断すべきである。

36 第2 設問後段

37 1 前訴が常習傷害罪、後訴が単純傷害罪である場合、両訴因を通じて、
38 常習性の発露という面が訴因として訴訟手続に上程されていることにな
39 る。そうすると、両訴因の比較対照のみからでも、実体的に常習傷害罪
40 一罪を構成するかどうかに係る常習性の発露という要素を考慮すべき契
41 機は存在するから、裁判所は、常習性に関する訴因外の要素を考慮して
42 付随的に心証形成をし、判断すべきである。

43 2(1) 「常習」性（暴力行為等処罰ニ関スル法律 3 条 1 項）とは、反復し
44 て同条項の各行為を行う習癖ではなく、反復して包括的な暴力行為を

45 行う習癖をいうと解する。そして、「常習」性の有無の判断に際しては、
46 行為の時間的間隔・態様・結果等を考慮する。

- 47 (2) 確かに、前訴の行為態様は、自宅において、交際相手乙に対し、そ
48 の顔面を平手で数回殴る等の暴行であるのに対し、後訴の行為態様は、
49 路上において、見ず知らずの通行人丙に対し、その顔面、頭部を拳骨
50 で多数回殴る等の暴行であるから、被害者との関係性及び暴行の程度
51 も異なる。また、前訴の行為により、乙は加療約5日間の顔面挫傷等
52 の傷害を負ったのに対し、後訴の行為により、丙は加療約6か月の脳
53 挫傷等の傷害を負っているから、行為の結果が大きく異なる。

54 しかし、両訴因の行為は、共に素手で人の顔面を複数回殴るという
55 ものであるから、犯罪の本質的部分において共通する。また、前訴の
56 行為は令和元年6月1日に行われ、他方、後訴の行為は令和元年5月
57 15日に行われているところ、両訴因の行為の時間的間隔は、約2週間
58 であり、近接している。そうすると、後訴の行為は、単なる偶発的な
59 行為ではなく、甲が有する包括的な暴力行為を行う習癖である「常習」
60 性の発現として行われたものであるといえる。したがって、後訴の行
61 為と前訴の行為との関係において、「常習」性が認められる。

- 62 3 そうすると、後訴の行為は、前訴の行為と共に常習傷害罪一罪を構成
63 するから、両訴因は公訴事実の単一性があり、前訴の確定判決の一事不
64 再理効は、後訴に及ぶ。なお、後訴の行為は、前訴の判決言渡し時点で
65 ある令和元年8月1日までに発生していたから、同時訴追が法律上・事
66 実上可能であったかどうかに関わりなく、一事不再理効が及ぶ。

67 したがって、裁判所は、弁護人の主張に理由があると判断して、判決
68 で免訴を言い渡すべきである。

69 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。ただし、登記上の利害関係を有する第三者に対する承諾請求権（不動産登記法第68条参照）を検討する必要はない。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

〔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（X）はZ県の出身ですが、大学卒業後は仕事の都合でZ県を離れていました。近年、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考え、自宅を建築するためにZ県内で手頃な土地を探していたところ、甲土地の所有者であるAが甲土地を売りに出していることを知り、立地も良かったことから、甲土地を買うことにしました。

私は、令和2年5月1日、Aから、売買代金500万円、売買代金の支払時期及び所有権移転登記の時期をいずれも同月20日とし、代金の完済時に所有権が移転するとの約定で甲土地を買い受け、同月20日に売買代金を支払いました。なお、所有権移転登記については、甲土地の付近に居住し、料亭を営む私の兄のBを名義人とした方が都合がよいと考え、AやBと相談の上、B名義で所有権移転登記を経由することにしました。

ところが、甲土地の購入後、私は、引き続き勤務先で再雇用されることになり、甲土地上に自宅を建築するのを見合わせることにしました。すると、令和7年7月上旬頃、甲土地の隣地に住むCから、甲土地を使わないのであれば1000万円で買い受けたいとの申出があり、諸経費の負担を考慮しても相当のもうけができることから、甲土地をCに売ることになりました。

私は、早速、Cに甲土地を売却する準備にとりかかり、甲土地の登記事項証明書を取り寄せました。すると、原因を令和2年8月1日金銭消費貸借同日設定、債権額を600万円、債務者をB、抵当権者をYとする別紙登記目録（略）記載の抵当権設定登記（以下「本件抵当権設定登記」という。）がされていることが判明しました。

私は、慌ててBに確認したところ、Bは、経営する料亭の資金繰りが悪化したことから、令和2年8月1日、友人のYから、返済期限を同年12月1日、無利息で、600万円の融資を受けるとともに、甲土地に抵当権を設定したが、返済が滞っているとのことでした。

以上のとおり、甲土地の所有者は私であり、本件抵当権設定登記は所有者である私に無断でされた無効なものですので、Yに対し、本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求めたいと考えています。なお、Bは、甲土地の所有権名義を私に戻すことを確約していますし、兄弟間で訴訟まではしたくありませんので、今回は、Yだけを被告としてください。」

弁護士Pは、令和8年1月15日、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、本件抵当権設定登記の抹消登記を求める訴訟（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、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pが、本件訴訟において、Xの希望を実現するために選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。
- (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。なお、付随的申立てについては、考慮する必要はない。

- (3) 弁護士Pは、本件訴状において、仮執行宣言の申立て(民事訴訟法第259条第1項)をしなかった。その理由を、民事執行法の関係する条文に言及しつつ、簡潔に説明しなさい。
- (4) 弁護士Pは、本件訴状において、請求を理由づける事実(民事訴訟規則第53条第1項)として、以下の各事実を主張した。
 - (あ) Aは、令和2年5月1日当時、甲土地を所有していた。
 - (い) Aは、[①]。
 - (う) 甲土地について、[②]。

上記①及び②に入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。

〔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】

「(a) 私(Y)は、Bの友人です。私は、令和2年7月下旬頃、Bから、Bが経営する料亭の資金繰りに困っているとして、600万円を貸してほしいと頼まれました。私は、他ならぬBの頼みではありましたが、金額も金額なので、誰かに保証人になってもらうか、担保を入れてほしいと告げました。すると、Bは、令和2年5月1日に所有者であるAから売買代金500万円で甲土地を買っており、甲土地を担保に入れても構わないと述べたため、私は、貸付けに応じることにしました。私は、令和2年8月1日、Bに対し、返済期限を同年12月1日、無利息で600万円を貸し付け、同年8月1日、Bとの間で、この貸金債権を被担保債権として、甲土地に抵当権を設定するとの合意をしました。ところが、Bは、令和4年12月1日に100万円を返済し、令和7年12月25日に200万円を返済したのみで、それ以外の返済をしません。

Xは、Xが令和2年5月1日にAから甲土地を買ったと主張していますが、同日にAから甲土地を買ったのはXではなくBであり、私は、所有者であるBとの間で甲土地に抵当権を設定するとの合意をし、その合意に基づき本件抵当権設定登記を経由したので、正當な抵当権者であり、本件抵当権設定登記を抹消する必要はありません。

- (b) 仮にXが主張するとおり、BではなくXが甲土地の買主であったとしても、Bは、令和2年8月1日の貸付けの際、甲土地の登記事項証明書を持参しており、私が確認すると、確かにBが甲土地の所有名義人となっていましたので、私は、Bが甲土地の所有者であると信じ、上記(a)で述べたとおり、Bに対して600万円を貸し付け、抵当権の設定を受けたのです。仮にXが甲土地の買主であったとしても、Xの意思でB名義の所有権移転登記がされたことは明らかですので、今回の責任はXにあることになります。私は、本件抵当権設定登記の抹消に応じる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、本件訴訟の答弁書(以下「本件答弁書」という。)を作成した。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) ①弁護士Qは、【Yの相談内容】(a)の言い分を本件訴訟における抗弁として主張すべきか否か、その結論を記載しなさい。②抗弁として主張する場合には、どのような抗弁を主張するか、その結論を記載し(当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。)、抗弁として主張しない場合は、その理由を説明しなさい。

(2) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(b)を踏まえて、本件答弁書において、抗弁として、以下の各事実を主張した。

(ア) Yは、Bに対し、令和2年8月1日、弁済期を同年12月1日として、600万円を貸し付けた。

(イ) BとYは、令和2年8月1日、Bの(ア)の債務を担保するため、甲土地に抵当権を設定するとの合意をした(以下「本件抵当権設定契約」という。)

(ウ) 本件抵当権設定契約当時、[①]。

(エ) (ウ)は、Xの意思に基づくものであった。

(オ) Yは、本件抵当権設定契約当時、[②]。

(カ) 本件抵当権設定登記は、本件抵当権設定契約に基づく。

(i) 上記①及び②に入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。

(ii) 弁護士Qが、本件答弁書において、【Yの相談内容】(b)に関する抗弁を主張するために、上記(ア)の事実を主張した理由を簡潔に説明しなさい。

〔設問3〕

弁護士Pは、準備書面において、本件答弁書で主張された【Yの相談内容】(b)に関する抗弁に対し、民法第166条第1項第1号による消滅時効の再抗弁を主張した。

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提として、二つの再々抗弁を検討したところ、そのうちの一方については主張自体失当であると考え、もう一方のみを準備書面において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とした再々抗弁の内容を簡潔に説明しなさい。

(2) 弁護士Qが再々抗弁として主張自体失当であると考えた主張について、主張自体失当と考えた理由を説明しなさい。

〔設問4〕

Yに対する訴訟は、審理の結果、Xが敗訴した。すると、Bは、自分が甲土地の買主であると主張して、Xへの所有権移転登記手続を拒むようになった。そこで、弁護士Pは、Xの訴訟代理人として、Bに対して、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を訴訟物として、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を求める訴訟(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、Aが令和2年5月1日当時甲土地を所有していたことは認めたが、AがXに対して甲土地を売ったことは否認し、自分がAから甲土地を買ったと主張した。

その後、第1回弁論準備手続期日で、弁護士Pは、書証として令和2年5月20日にAの銀行預金口座に宛てて500万円が送金された旨が記載されたX名義の銀行預金口座の通帳(本件預金通帳)及び甲土地の令和3年分から令和7年分までのBを名宛人とする固定資産税の領収書(本件領収書)を提出し、いずれも取り調べられ、Bはいずれも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は次の【Xの供述内容】のとおり、Bは次の【Bの供述内容】のとおり、それぞれ供述した。

【Xの供述内容】

「私はZ県の出身ですが、大学卒業後は仕事の都合でZ県を離れていました。近年、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考え、自宅を建築するためにZ県内で手頃な土地を探していたところ、甲土地の所有者であるAが甲土地を売りに出していることを知り、立地も良かったことから、

甲土地を買うことにし、Aとの間で、売買代金額の交渉を始めました。最初は、私が400万円を主張し、Aが600万円を主張していましたが、お互い歩み寄り、代金を500万円とすることで折り合いがつけました。

私は、令和2年5月1日、兄のBと共にA宅を訪れ、Aと私は、口頭で、私がAから売買代金500万円で甲土地を買い受けることに合意しました。所有権移転登記については、甲土地の付近に居住し、料亭を営み地元でも顔が広いBを所有名義人とした方が、建物建築のための地元の金融機関からの融資が円滑に進むだろうと考え、AやBの了解を得て、B名義で所有権移転登記を経由することになりました。私は、同月20日、私の銀行口座からAの銀行口座に500万円を送金して、売買代金をAに支払いました。ところが、甲土地の購入後、私は、引き続き勤務先で再雇用されることになったため、甲土地上に自宅を建築するのを見合わせることにし、甲土地は更地のままになり、金融機関から融資を受けることもありませんでした。

甲土地は、私の所有ですので、令和3年分から令和7年分までその固定資産税は私が負担しています。甲土地は、登記上は、Bが所有者であり、Bに固定資産税の納付書が届くので、私は、Bから納付書をもって固定資産税を納付していました。」

【Bの供述内容】

「私は、Z県内の自己所有の建物で妻子と共に生活をしています。甲土地は、当初は、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考えたXが、自宅を建てるために購入しようと、Aとの間で代金額の交渉をしていました。しかし、Xは、令和2年の正月、やはり老後も都会で生活したいと考えようになったので、甲土地の購入はやめようと思う、ただ甲土地は良い物件であるし、Aも甲土地を売りたいがっていると述べて、私に甲土地を購入しないかと打診してきました。

私は、早速甲土地を見に行ったら、立地もよく、XとAとの間でまとまっていた500万円という代金額も安く感じられたことから、私がAから甲土地を買うことにしました。

もっとも、令和元年末に私の料亭が食中毒を出してしまい、客足が遠のいており、私自身が甲土地の売買代金をすぐに工面することはできなかったことから、差し当たり、Xに立て替えてもらうことになりました。もちろん、私は、資金繰りがつき次第Xに同額を返還するつもりでしたが、なかなか料亭の売上げが回復せず、Xに立替金を返還することができないまま、今日に至ってしまいました。このことは大変申し訳ないと思っています。

所有権移転登記の名義が私であることから、私が甲土地の所有者であることは明らかなです。なお、甲土地の固定資産税は、私が支払っていると思いますが、税金関係は妻に任せており、詳しくは分かりません。」

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、前記の提出された各書証並びに前記【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に基づいて、XがAから甲土地を買った事実が認められることにつき、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、提出された各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、所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求権が問題となる訴訟において、原告の希望に応じた訴訟物、請求の趣旨、仮執行宣言の申立ての当否及び請求を理由づける事実について説明を求めるものである。物権的登記請求権の法律要件や意思表示を命ずる判決の効力について正確な理解が問われている。

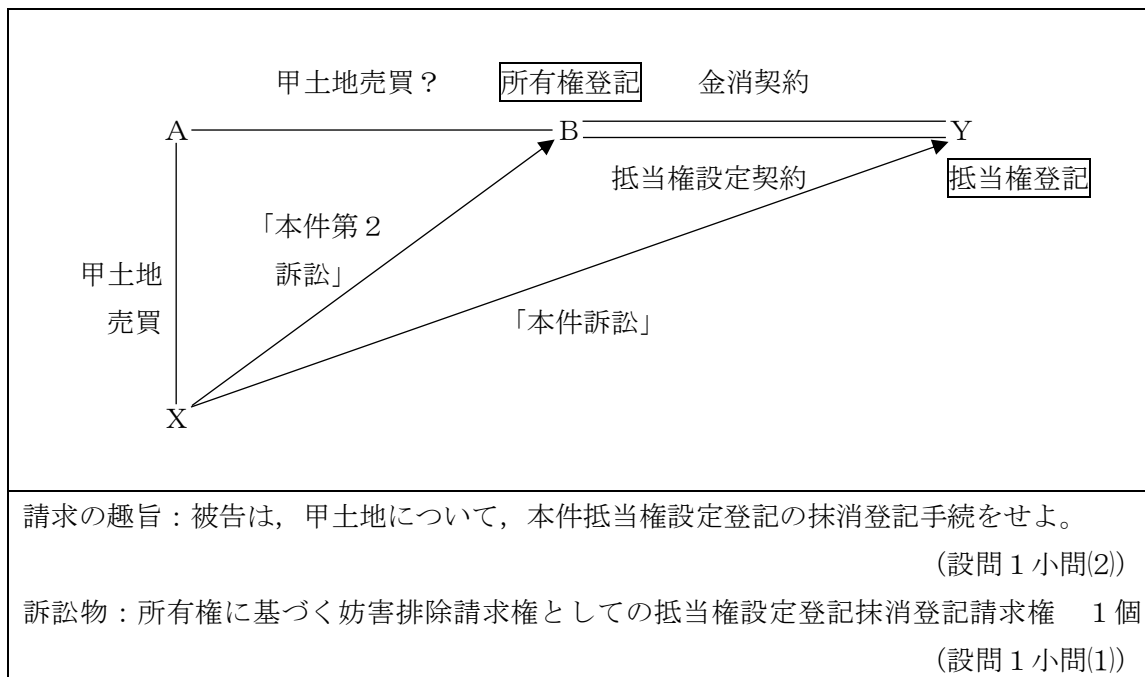
設問 2 は、被告の二つの主張に関し、各主張の位置付け及び抗弁となる場合の抗弁事実の内容を問うものである。否認と抗弁の違いについて正確な理解が求められるとともに、実体法及び判例の理解を踏まえて抗弁事実の内容を正確に論ずることが求められる。

設問 3 は、被告代理人の訴訟活動上の選択に関し、時効の更新の要件効果や時効援用権の喪失に関する判例の理解を踏まえながら、本件への当てはめを適切に検討することが求められる。

設問 4 は、原告代理人の立場から、請求原因事実が認められることに関し準備書面に記載すべき事項を問うものである。書証及び当事者尋問の結果を検討し、いかなる証拠によりいかなる事実を認定することができるかを示すとともに、各認定事実に基づく推認の過程を、本件の具体的な事案に即して、説得的に論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問 1 小問(1), 小問(2), 小問(4), 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。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。



請求原因	抗弁	再抗弁	再々抗弁
抵当権設定登記抹消 登記手続（所有権） （設問 1 小問(4)） ① A, R 2. 5. 1 当時, 所有 ② R 2. 5. 1, A X 間売 買 ③ Y 名義抵当権登記 ※ Y は②を否認して いる（設問 2 小問(1)）	登記保持権原－抵当 権 （設問 2 小問(2)） ④ R 2. 8. 1, Y から B に金銭貸付（弁済 期 R 2. 12. 1, 600 万円） ⑤ R 2. 8. 1, Y B 間抵 当権設定 ⑥ ⑤の当時, B 名義 所有権登記 ⑦ ⑥は X の意思に基 づく ⑧ ⑤の当時, Y は B が所有者と信じた ⑨ ③は⑤に基づく	消滅時効 ⑩ R 7. 12. 1 の経過 ⑪ 時効援用の意思表 示	時効の更新 ⑫ R 4. 12. 1, B から Y に 100 万円弁済 ※ 時効援用権の喪 失の再々抗弁は, 主 張自体失当（設問 3）

2 設問 1 小問(3)では, P が本件訴状において, 仮執行宣言の申立てをしなかった理由について問われている。この点については, 不動産の登記手続を求める請求は, 「意思表示」（民執法 177 条 1 項本文）を求める請求であり, 判決確定時に債務者が意思表示をしたものとみなされるため, 執行手続自体が不要である（判決確定が必要である）ことを説明することになる。

3 設問 4 では, 本件第 2 訴訟における原告 X の訴訟代理人 P の立場に立って, X が A から甲土地を買った事実が認めら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, X が A から甲土地を買った事実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 2 小問(1)）(a)の言い分について, 否認すべきであることを前提に, 仮定的に抗弁を主張すべきかどうかを検討していること → P 主張の請求原因は, 令和 2 年 5 月 1 日に A が甲土地を X に売ったというものであるが, (a)の言い分は, 「同日に甲土地を買ったのは X ではな」というものであり, P 主張の請求原因と両立せず, これを否定するものであるから, Q は, 否認
---	--

	すべきである。しかし、仮に、Xも同日に甲土地を買っていたとしても、甲土地を買ったBが登記を具備したことによりXは甲土地の所有権を喪失するから、Qは、仮定的に、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を主張すべきであるともいえる。この点については、QにAB間売買を立証できる見通しがあるかどうかによろと考えられる。
2	(設問2小問(2)(ii)) Qが(ア)の事実を主張した理由につき、民法94条2項類推適用を踏まえた説明をしていること
3	(設問3) Qが検討した再々抗弁が①時効の更新及び②時効援用権の喪失であることを把握した上で、BのYに対する令和4年12月1日の弁済の有する法律効果から、②が主張自体失当となることを適切に説明していること
4	(設問4)「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』P56～61参考)。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。
5	(設問4) Pが書証として本件領収書を提出したことの意味を分析していること →通常、領収書は、弁済者が交付を受けて所持するものであるから、Xが本件領収書を所持していたことは、Xが固定資産税を支払った事実を推認させる。
6	(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 所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求
3 権

4 第2 設問1小問(2)

5 被告は、甲土地について、本件抵当権設定登記の抹消登記手続をせよ。

6 第3 設問1小問(3)

7 給付判決に仮執行宣言が付された場合、判決言渡し時に執行力が生じ、
8 判決確定前でも強制執行が可能となる。しかし、不動産の登記手続を求
9 める請求は、「意思表示」(民執法 177 条 1 項本文)を求める請求であり、
10 判決確定時に債務者が意思表示をしたものとみなされるから、執行手続
11 自体は不要である。そのため、Pは仮執行宣言の申立てをしなかった。

12 第4 設問1小問(4)

13 〔①〕 Xに対し、令和2年5月1日、甲土地を代金 500 万円で売った

14 〔②〕 Yを名義人とする本件抵当権設定登記がある

15 第5 設問2小問(1)

16 1 ①について

17 Qは、抗弁として主張すべきである。

18 2 ②について

19 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・
20 消滅・阻止する事実をいう。そうすると、確かに、P主張の請求原因は、
21 令和2年5月1日にAが甲土地をXに売ったというものであるところ、
22 (a)の言い分は、「同日に甲土地を買ったのはXではな」というものであ
23 り、P主張の請求原因と両立せず、これを否定するものであるから、Q
24 は、否認すべきである。しかし、仮に、Xも同日に甲土地を買っていた
25 としても、甲土地を買ったBが登記を具備したことによりXは甲土地の
26 所有権を喪失するから、Qは、仮定的に、対抗要件具備による所有権喪
27 失の抗弁を主張すべきである。

28 第6 設問2小問(2)

29 1 (i) について

30 〔①〕 甲土地について、B名義の所有権移転登記があった

31 〔②〕 Bが甲土地の所有者であると信じた

32 2 (ii) について

33 (b)に関する抗弁は、民法 94 条 2 項の類推適用を前提とするところ、Y
34 が虚偽の外観につき法律上の利害関係を有する第三者であることが要件
35 事実となる。そして、本件では、Yが甲土地につき抵当権の設定を受け
36 た者であることが上記要件事実となるが、抵当権は、被担保債権が存在
37 しない場合、成立しない(成立における付従性)。そのため、Qは、被担
38 保債権の発生原因事実である(ア)の事実を主張した。

39 第7 設問3小問(1)

40 令和4年12月1日の弁済を理由とする時効の更新(民法 152 条 1 項)
41 の再々抗弁

42 第8 設問3小問(2)

43 1 Qは、令和7年12月25日の弁済を理由とする時効援用権の喪失の
44 再々抗弁については主張自体失当であると考えた。

- 2(1) 確かに、YのBに対する貸金債権は、Yが「権利を行使することができることを知った時」である令和2年12月1日から5年後の令和7年12月1日経過時に消滅時効が完成する（民法166条1項1号）ため、Bによる令和7年12月25日の弁済は、時効完成後の債務承認に当たるとも思える。そして、時効完成後の債務承認に当たる場合、債務承認をした者がその後に消滅時効を援用することは矛盾行為であり、また、消滅時効の援用がされないことに対する相手方の信頼を保護する必要もあるから、債務承認をした者は、信義則上、時効援用権を喪失すると解されている。そうすると、再々抗弁として、令和7年12月25日の弁済を理由とする時効援用権の喪失は検討対象となる。
- (2) しかし、Bによる令和4年12月1日の一部弁済は「権利の承認」（民法152条1項）に当たるから、YのBに対する貸金債権の消滅時効は、「その時から新たにその進行を始める」（時効の更新）。したがって、Bによる令和7年12月25日の弁済は、時効完成後の債務承認に当たらない。そのため、Qは、令和7年12月25日の弁済を理由とする時効援用権の喪失の再々抗弁は主張自体失当であると考えた。

第9 設問4

- 1 Aが、令和2年5月1日、Xに対し、甲土地を売った事実（以下「本件事実」）は認められる。
- 2(1) まず、XがAに対して代金500万円を支払った事実（事実①）は、双方の供述が一致する事実であり、認定できる。また、この事実は、機械的に作成された本件預金通帳は信用性の高い文書といえるところ、その成立の真正が認められているため、本件預金通帳からも認定できる。そして、通常、自己が買主でない限り、500万円という高額な代金の支払をしないはずであるから、事実①は本件事実を推認させる。
- 他方、Bは、事実①はXによる立替払である旨主張する。しかし、立替払の場合、通常、その返済をXから求められるはずであるのに、Bがその旨の主張をしていないため、立替払の主張は信用できない。
- (2) 次に、Xが本件領収書を所持していた事実（事実②）は、本件領収書自体から認定できる。なお、固定資産税が支払われた事実は、本件領収書から認定できる。そして、通常、領収書は、弁済者が交付を受けて所持するものであるから、事実②はXが固定資産税を支払った事実（事実③）を推認させる。さらに、通常、所有者でない限り、固定資産税を支払わないから、事実③は本件事実を推認させる。
- (3) また、Xと異なりBが甲土地のあるZ県内に居住している事実（事実④）及びBが代金を工面できなかった事実（事実⑤）は、Bの不利事実の自認により、認定できる。そして、通常、資金に余裕がない場合、不要な物を購入しないはずであるところ、資金のないBは、Xと異なり、甲土地を居住用建物の敷地として使用する必要もなかった。そのため、事実④及び⑤は、Bが甲土地を買った事実の推認を妨げ、他方、買主がB又はXという択一関係の下では本件事実を推認させる。
- (4) なお、Xが甲土地の登記名義人をBとしたのは、兄であるBが料亭を営み地元でも顔が広く、地元の金融機関からの融資を円滑に受けることができると考えたためであり、合理性が認められる。 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 H地方検察庁検察官Pは、I警察署司法警察員Kから、令和2年2月1日にJ県L市内の民家で住人のV（77歳、男性）が殺害された殺人被疑事件について、A（45歳、男性）を逮捕することの是非について相談を受けた。その時点までに収集された主な証拠の概要は以下のとおりである。

(1) 捜査の端緒に関する捜査報告書（証拠①）

「令和2年2月1日午後9時50分頃、Vと同居していた息子Bから、『Vが何者かに殺されている。』旨の110番通報があり、同日午後9時58分頃、警察官がV方に臨場したところ、Vが1階居間の床上に大量に血を流して仰向けに倒れていた。Vは、臨場した救急隊員により直ちに病院へ搬送されたものの、医師によりVの死亡が確認された。」

(2) 実況見分調書（証拠②）

「警察官が臨場した際にVが倒れていた位置は、V方1階居間中央にある応接テーブルの西側約1メートルの位置であり、その周囲の床部分には、多量の血痕が付着していた。V方からは、遺留指紋6点が採取されたが、凶器の発見には至らなかった。」

(3) 遺留指紋に関する捜査報告書（証拠③）

上記遺留指紋のうち5点は、Vの指紋と一致し、残りの1点は、上記応接テーブル上面から採取されたもので、Aの指紋と一致した旨が記載されている。

(4) 司法解剖医の警察官面前の供述録取書（証拠④）

「Vの死因は、胸部刺創による心臓刺創に起因する失血死である。成傷器は、先端は鋭利、かつ、刃の長さが15センチメートル以上の片刃の刃物と推定される。Vは、これにより1回刺突され、ほぼ即死したものと考えられる。」

(5) Bの警察官面前の供述録取書（証拠⑤）

「令和2年2月1日午後2時頃、Vに見送られて外出した。同日午後9時45分頃、帰宅して自宅に入ると、Vが大量に血を流して倒れており、全く反応がなかったので、何者かに殺害されたのだと思い、110番通報した。」

Aのことは知っている。Vは、V方の東隣の店舗でクリーニング店を営んでおり、Aは、同店で15年間にわたり従業員として働いていた者である。同店の経営状況が悪くなったことから、Vが令和元年12月末にAを解雇した。しかし、Aは、新しい就職先が見つからず、令和2年1月20日頃から毎日のように同店を訪れては、再び雇ってほしいとVに懇願しており、Vは、これを断り続けていた。同月27日夕方には、同店事務室でVとAが話をしていた際、Aが大声を上げながら両手でVを突き飛ばしたということがあった。その時は、たまたま店番をしていた私がAを制止し、Aをなだめて帰ってもらった。

Aは、Vに用があるときはいつもクリーニング店を訪ねて来ており、私が知る限り、AがV方に上がったことはなかった。また、V方1階居間にあった応接テーブル上面は、事件当日、私が外出する直前の午後1時45分頃に、私が全体にわたり拭き掃除をした。応接テーブル上面にAの指紋が残されていたのであれば、その指紋が付いたのは、私が同日午後2時頃に外出してから午後9時45分頃に帰宅するまでの間としか考えられない。」

(6) V方西隣の住民W1の警察官面前の供述録取書（証拠⑥）

「令和2年2月1日午後6時頃、私が自宅にいたところ、V方から男性の大きな怒鳴り声が聞こえたが、何と言って怒鳴っていたかまでは分からなかった。」

- 2 検察官Pは、司法警察員Kからの上記相談に対し、㉞AがVを死亡させた犯人であること（Aの犯人性）について、証拠③等の有力な証拠があるものの、これらの証拠に基づき認められる間接事実の推認力が十分でないと考えた。そのため、検察官Pは、現時点でAを逮捕することは妥当ではなく、更なる捜査が必要であると判断し、司法警察員Kにその旨を伝えた。
- 3 その後、主に以下の証拠が収集され、再度司法警察員Kから相談を受けたことから、検察官Pは、㉟以前に収集された証拠に基づき認められる間接事実に、証拠⑦から㉟に基づき認められる間接事実が加わったことにより、Aの犯人性を十分に推認できると考え、Aを逮捕することが妥当であると判断して、司法警察員Kにその旨を伝えた。
- (1) Cの警察官面前の供述録取書（証拠⑦）
- 「Aは、私の高校時代の同級生で、今も友人である。令和2年2月1日夜、Aから私の携帯電話に電話がかかってきた。その通話で、Aは、『むかついたので人をナイフで刺してやった。刺したナイフは、高校の近くのM県N市O町にある竹やぶに投げ捨てた。さすがに見付かることはないよな。』と言ってきた。その時は、Aが酒に酔って冗談を言っているものと思って受け流したが、その後、Aが前に働いていたクリーニング店の経営者が自宅で刺し殺されたことを報道で知って、Aがやったのではないかと思い、怖くなった。友人であるAのことを裏切りたくなくて悩んだが、Aが罪を犯したのであればきちんと償ってほしいと思い、同月5日朝、自分から警察に連絡して、Aから聞いた話を伝えることにした。」
- (2) Cの携帯電話の精査結果に関する捜査報告書（証拠⑧）
- Cから任意提出を受けたC所有の携帯電話のデータを精査した結果、Aが契約する携帯電話の番号がAの姓で登録されており、令和2年2月1日午後9時頃に同番号から着信があり、約5分間にわたって通話した履歴があった旨が記載されている。
- (3) ナイフの領置経過に関する捜査報告書（証拠⑨）
- Cの供述に基づき、警察官がM県N市O町にある上記竹やぶ内を探索したところ、令和2年2月5日午前11時頃、血痕様のものが付着した刃体の長さ約15.5センチメートルの片刃のナイフを発見し、これを領置した旨が記載されている。
- (4) 上記ナイフに付着した血痕様のものに関する鑑定書（証拠⑩）
- 上記ナイフに付着した血痕様のものは、人血であり、そのDNA型は、Vのものと一致した旨が記載されている。
- (5) 司法解剖医の警察官面前の供述録取書（証拠⑪）
- 「上記ナイフは、その形状から、Vの死因となった胸部刺創を形成した凶器と考えて矛盾はない。上記胸部刺創が、深さ約15センチメートルに達していた上、肋骨が刺切されていたことに照らすと、凶器をかなり強い力でVの身体に突き刺したものと認められる。」
- 4 Aは、Vを被害者とする殺人罪の被疑事実で通常逮捕され、引き続き、勾留された。勾留期限までに収集された主な証拠の概要は以下のとおりである。
- (1) Bの検察官面前の供述録取書（証拠⑫）
- 証拠⑤記載の内容と同旨。
- (2) Cの検察官面前の供述録取書（証拠⑬）
- 証拠⑦記載の内容と同旨。
- (3) 通行人W2の警察官面前の供述録取書（証拠⑭）
- 「令和2年2月1日午後6時頃、保育園に預けている娘を迎えに行くためV方の前を通ったところ、V方から、『お前は長年店に尽くしてきた俺のことを何も考えていない。殺すぞ。』と怒鳴り付ける男性の大声が聞こえた。続いて、別の男性の声で、『ろくに働きもしていな

かったくせに。また働かせろなんて無理に決まっているだろう。』と怒鳴り返しているのが聞こえた。気になったが、保育園のお迎えの時間が迫っていたので、それ以上は聞かずにその場を離れた。」

(4) W2の検察官面前の供述録取書（証拠⑮）

証拠⑮記載の内容と同旨。

(5) Aの警察官面前の供述録取書（証拠⑯）

「Vを殺したのは私ではない。V方に上がったこともない。事件があった日は、ずっと自宅にいたと思う。」

(6) Aの検察官面前の供述録取書（証拠⑰）

「警察の取調べではうそをついていた。私が持っていたナイフがVの胸に刺さり、Vを死なせてしまったことは、事実である。しかし、私は、刺そうと思って刺したのではないし、Vを殺すつもりもなかった。事件当日は、Vを脅して再雇用に応じさせようと思い、午後6時頃、ナイフを持ってV方に行った。Vに居間に通された後、Vを脅すために、何も言わずにVの方に刃先を向けてナイフを構えたところ、突然Vが向かってきたので、とっさに目を閉じて後ずさりした。次の瞬間、強い衝撃を手に感じ、目を開けるとVの胸にナイフが突き刺さっていたので怖くなり、そのナイフを抜き取って逃げた。」

5 検察官Pは、勾留期限までに、Aにつき、Vを被害者とする殺人罪の公訴事実（逮捕勾留に係る被疑事実と同一の内容）で公訴を提起し、同公訴提起に係る殺人被告事件は、公判前整理手続に付された。

6 公判前整理手続において、検察官は、「Aは、令和2年2月1日午後6時頃、大声でVを怒鳴り付けて再雇用を迫ったものの、VがかつてのAの勤務態度を非難して再雇用を断ったため、これに憤慨し、殺意をもって、Vの胸部をナイフで1回突き刺し、Vを死亡させた。」などと記載した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①から④、⑧から⑬、⑮及び⑰の各証拠の取調べを裁判所に請求した。

これに対し、Aの弁護人は、証拠⑰と同旨の予定主張を明らかにするとともに、証拠④、⑪、⑬及び⑮について「不同意」とし、その他の証拠については「同意」との意見を述べたので、検察官は、司法解剖医、C及びW2の証人尋問を請求した。

裁判所は、争点を刺突行為及び殺意の有無と整理した上で、司法解剖医、C及びW2につき、いずれも証人として尋問する旨の決定をするなどし、公判前整理手続を終結した。

7 その後、第1回公判期日までの間において、Aの弁護人は、Aについて保釈の請求をしたが、H地方裁判所裁判官は、刑事訴訟法第89条第1号及び第4号に該当する事由があり、また、同法第90条に基づく職権による保釈を許すべき事情も認められないとして、同保釈請求を却下した。

8 公判期日に実施されたCの証人尋問において、検察官が、Cに対し、事件当日の夜にAから電話で聞かされた内容について質問し、Cが証拠⑬と同旨の証言をしたところ、⑰Aの弁護人は、「ただ今の証言は証拠能力のない伝聞供述であるから、証拠排除を求める。」と述べた。裁判長が検察官に意見を求めたところ、検察官は、弁護人の申立てには理由がない旨を条文上の根拠とともに答えた。

〔設問1〕

(1) 下線部⑰に関し、検察官Pは、V方1階居間中央の応接テーブル上面にAの指紋が付着していた事実は、Aの犯人性を推認させる間接事実であるが、その推認力は限定的であると考えた。その思考過程を、具体的事実を指摘しつつ答えなさい。なお、証拠⑤に記載されたBの供述の信用性は認められることを前提とする。

(2) 下線部⑰に関し、検察官PがAの犯人性を十分に推認できると考えた思考過程を、具体

的事実を指摘しつつ答えなさい。なお、証拠⑦に記載されたCの供述の信用性は認められることを前提とする。

〔設問2〕

- (1) 公判前整理手続において、Aの弁護人は、検察官が取調べを請求した証拠の開示を受け、これらの証拠に対してどのような意見を述べるかを検討するに当たり、犯行が行われた時刻頃にV方からの物音を聞いた者がW2のほかにいるならば、その者の供述録取書の開示を受けたいと考えた。この場合、Aの弁護人は、どのような手段を採るべきか、また、その手段を採る際に具体的にどのようなことを明らかにすべきか、条文上の根拠を示しつつ答えなさい。
- (2) Aの弁護人が上記(1)の手段を採ったのに対し、検察官は、証拠⑥をAの弁護人に開示した。その検察官の思考過程を、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3〕

下線部⑨に関し、裁判所は、Aの弁護人の申立てに基づき証拠排除決定をすべきか。検察官がCの証言によりどのような事実を立証しようとしているかを踏まえた上で、具体的理由を付して答えなさい。

〔設問4〕

結審後、判決宣告期日までの間に、Aの父親が死亡した。Aの弁護人が勾留中のAとの接見でその旨を伝えたところ、Aから「父の葬儀にだけは出席したい。何とか出席できるようにしてほしい。」と依頼された。Aの弁護人が採り得る複数の手段について、条文上の根拠を示しつつ、本事例における具体的な事実関係に即して答えなさい。

出題の趣旨

本問は、犯人性あるいは実行行為・殺意が争点となる殺人事件を題材に、犯人性の認定における間接事実の推認力（設問1）、類型証拠開示請求の要件及び類型証拠該当性（設問2）、被告人の供述を内容とする証言の証拠能力（設問3）、被告人を身柄拘束から解放する手段（設問4）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、その思考過程及び採るべき具体的対応について解答することを求めている。刑事事実認定の基本構造及び刑事手続についての基本的知識の理解並びに基礎的な実務能力を試すものである。

基本ポイント

- 1 設問1では、検察官Pが行ったAの犯人性の推認に関する思考過程について、以下の着眼点を踏まえて説明する必要がある。

	着眼点	本問で認定できる間接事実の具体例
1	事件現場等における遺留物・遺留痕跡（指掌紋、足跡、血痕、体液等）とAとの結び付きを示す事実	V方1階居間中央の応接テーブル上面にAの指紋が付着していた事実（間接事実①）
2	事件に関係する物品等（犯行供用物件、被害金品等）とAとの結び付きを示す事実	—
3	犯人の特徴（容姿、体格、年齢、服装、所持品その他の特徴）が犯行当日のAの特徴に合致ないし酷似する事実	—
4	Aに事件を実現する機会があった事実（Aが犯行時に犯行現場にいた事実、犯行前後に犯行現場又はその付近にいた事実）	—
5	Aが事件を実現することが可能であった事実（犯行遂行能力、技能、土地鑑、金品の管理等の立場、VとAとの関係等）	—
6	犯行前 犯行後にお	犯行前（犯行準備、犯行計画、罪証隠滅のた

	けるA の事件 に関する言動	めの布石，逃亡準備， 犯行の事前打ち明け 等)	
		犯行後（犯行による利 益の享受，罪証隠滅， アリバイ工作，逃亡 等，犯行の打ち明け 等)	AがCに令和2年2月1日午後9時頃，本件犯行 及びナイフの隠匿を告白した事実（間接事実②） Aが本件犯行の凶器であるナイフの隠匿場所を知 っていた事実（間接事実③）
7	Aに事件の動機・目的となり得 る事情があった事実		Aは，Vから解雇されており，再雇用を懇願して もVに拒絶されていた事実

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

設問1小問(1)では，Pが間接事実①につき「Aの犯人性を推認させる間接事実であるが，その推認力は限定的である」と考えた思考過程を説明することになるため，まず，④間接事実①がなぜAの犯人性を推認させるのか（推認過程）について，経験則・論理則を用いて検討し（推認力の有無），次に，⑥間接事実①に推認力があることを前提に，反対仮説（Aの犯人性の否定につながるストーリー）の成立する現実的可能性を踏まえて，間接事実①の推認力の程度（強い，相当程度ある，一定程度ある，限定的である，弱い等）を判断する必要がある。すなわち，本問の検討に際しては，④推認力の有無と⑥推認力の程度を区別することが重要である。

設問1小問(2)では，Pが「以前に収集された証拠に基づき認められる間接事実に，証拠⑦から⑪に基づき認められる間接事実が加わったことにより，Aの犯人性を十分に推認できると考え」た思考過程を説明することになる。そのため，まず，「証拠⑦から⑪に基づき認められる間接事実」を摘示する必要がある。次に，各間接事実単体の推認力の有無及び程度を検討し，その上で，間接事実の総合評価をすることになる。

- 2 設問2小問(1)では，Aの弁護人が採るべき手段の内容が問われている。そして，公判前整理手続において，弁護人は，検察官請求証拠（刑訴法（以下「法」という。）316条の14第1項）につき証拠意見を表明する（法316条の5第6号，316条の16第1項）ところ，その前提として，類型証拠開示請求をすることができる（法316条の15）。そのため，Aの弁護人が採るべき手段は類型証拠開示請求となる。その際，Aの弁護人は，「証拠の類型」につき同条1項6号，「証拠を識別するに足りる事項」につきW2以外で犯行時刻頃にV方付近に存在した者の供述録取書であることを明らかにし（同条3項1号イ），また，「特定の検察官請求証拠」である証拠⑤の証明力判断についての重要性等の開示の必要性を明らかにすべきである（同条3項1号ロ）。

設問2小問(2)では，類型証拠開示請求の開示要件が①類型該当性，②重要性及び③相当性であること（同条1項柱書）を踏まえて，証拠⑥を開示した検察官の思考過程を説

明する必要がある。

- 3 設問3では、解答の前提として、Aの弁護人が、Cの証言内容（＝証拠⑬＝証拠⑦）がAの供述部分（「むかついたので人をナイフで刺してやった。刺したナイフは、高校の近くのM県N市O町にある竹やぶに投げ捨てた。さすがに見付かることはないよな。」）を含んでいることを根拠に「ただ今の証言は証拠能力のない伝聞供述であるから、証拠排除を求める。」と述べたことを確認する必要がある。その上で、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする供述・書面であり、その供述内容たる事実の真実性立証のために用いられるものをいうと解されているため、裁判所の立場から、Aの供述部分はその供述内容たる事実の真実性立証のために用いられるかどうかにつき、本件の争点（刺突行為及び殺意の有無）との関係で想定される要証事実を踏まえて検討することになる。そして、伝聞証拠に当たると判断した場合には、伝聞例外の規定（法324条1項・322条1項）の要件を満たすかどうかを検討する必要がある。
- 4 設問4では、Aの弁護人が採り得る手段として、①保釈請求（法88条1項）、②勾留取消請求（法87条1項）及び③勾留執行停止の申立て（法95条）を挙げた上、その要件充足性を検討する必要がある。

応用ポイント

1	（設問1小問(1)）適切な反対仮説を挙げた上で、間接事実①の推認力が限定的であることを説明していること →例えば、反対仮説としては、A以外の者がV方1階居間に立ち入ってVを殺害し、指紋を残すことなく立ち去ったこと等が考えられる。
2	（設問1小問(2)）証拠⑦から⑪に基づき認定できる間接事実を挙げた上、間接事実①と合わせた総合評価を行って、Aの犯人性が十分に推認できることを説明していること →例えば、証拠⑦及び⑧からAがCに令和2年2月1日午後9時頃、本件犯行及びナイフの隠匿を告白した事実（間接事実②）が認定でき、また、証拠⑨、⑩及び⑪からAが本件犯行の凶器であるナイフの隠匿場所を知っていた事実（間接事実③）が認定できる。
3	（設問2）類型証拠開示請求の開示要件のうちの③相当性につき事案に即して具体的に検討していること →証拠⑭及び⑮の供述者W2が通行人であるのと異なり、証拠⑥の供述者W1は、V方西隣の住民であり、かつ、Aの行動範囲内に居住するから、証拠⑥の開示によりW1の自宅が特定されて、プライバシー侵害・お礼参り等のおそれがあることを考慮する。
4	（設問3）本件の争点及び要証事実を適切に把握していること

	→本件の争点は、Aの刺突行為及び殺意の有無であり、検察官は、Cの証言中のAの供述部分から、Aが①刺突行為をしたこと及び②殺意を有していたことを立証しようとしている。なお、Aは、「Vを脅すために、何も言わずにVの方に刃先を向けてナイフを構えたところ、突然Vが向かってきたので、とっさに目を閉じて後ずさりした。次の瞬間、強い衝撃を手に感じ、目を開けるとVの胸にナイフが突き刺さっていた」（証拠⑩）と供述しているため、「AがVを刺した」のではなく、「Vがナイフに勝手に刺さった」と主張しているから、①刺突行為を否認しているといえる。
5	（設問3）Aの供述部分の「むかついた」が現在の心理状態の供述でないことを踏まえた検討をしていること →現在の心理状態の供述は、知覚・記憶の過程を経ないため、非伝聞と解されている（通説）。しかし、「現在」とは「供述当時」を意味するところ、本問で、供述当時とは、AがCと電話で話している時点である。そうすると、「むかついた」は、供述当時の心理状態ではなく、過去の心理状態である。そして、過去の心理状態の供述は、記憶・表現の各過程を経ているため、伝聞証拠に当たる。
6	（設問3）伝聞例外の規定である法324条1項・322条の要件充足性を事案に即して検討していること
7	（設問4）勾留の執行停止が認められる可能性があることを指摘していること

1 第1 設問1小問1)

2 1 本件の犯行時刻はBが外出した令和2年2月1日午後2時頃から帰宅した同日午後9時
3 45分頃までの間であり、犯行場所はV方1階居間である(証拠①、⑤)から、犯人は、上記
4 時間帯にV方1階居間に立ち入った者となる。そして、Bは、外出直前にV方1階居間中央
5 の応接テーブル上面全体を拭いている(証拠⑤)ため、同テーブル上面に指紋を残した者は、
6 上記時間帯にV方1階居間に立ち入った者となる。そうすると、V方1階居間中央の応接テ
7 ーブル上面にAの指紋が付着していた事実(間接事実①)は、Aが上記時間帯にV方1階居
8 間に立ち入った者であることを示すものであるから、Aの犯人性を推認させる。

9 2 もっとも、A以外の者がV方1階居間に立ち入ってVを殺害し、指紋を残すことなく立ち
10 去った可能性があるところ、上記時間帯は7時間45分という幅のあるものであるから、A
11 以外の者がAの立入り前後に立ち入った上で犯行に及ぶことが現実的に可能であった。した
12 がって、間接事実①の推認力は限定的である。

13 第2 設問1小問2)

14 1(1) まず、証拠⑦及び⑧から、AがCに令和2年2月1日午後9時頃、本件犯行及びナイフ
15 の隠匿を告白した事実(間接事実②)が認定できる。そして、犯行関与者でなければ、通
16 常、犯行等の告白をしないから、間接事実②は、Aの犯人性を推認させる。もっとも、犯
17 行関与者でなくても、戯れに架空の犯行告白をする可能性もあるが、その可能性は高くな
18 い。したがって、間接事実②の推認力は相当程度ある。

19 (2) 次に、Aからナイフの隠匿場所を告白されたCの供述に基づき、本件犯行の凶器である
20 ナ이프が発見されている(証拠⑨、⑩、⑪)から、Aが本件犯行の凶器であるナイフの隠
21 匿場所を知っていた事実(間接事実③)が認定できる。そして、犯行関与者でなければ、
22 通常、凶器の隠匿場所を知らないから、間接事実③は、Aの犯人性を推認させる。もっと
23 も、犯行関与者でなくても、犯行関与者から凶器の隠匿場所を見聞する可能性もあるが、
24 通常、凶器の隠匿に関する情報は無関係の第三者に漏洩しないように管理されるはずであ
25 るから、その可能性は低い。したがって、間接事実③の推認力は強い。

26 (3) なお、前述の通り、間接事実①の推認力は限定的である。

27 2 そうすると、間接事実①及び②単体の推認力は強くないが、間接事実③と合わさると、A
28 のCに対する告白が嘘ではなく、A以外の者による犯行の可能性がほぼなくなるから、間
29 接事実①から③には強い推認力が認められる。したがって、Aの犯人性は十分に推認できる。

30 第3 設問2小問1)

31 1 Aの弁護人は、以下の事項を明らかにして、類型証拠開示請求(開示法(以下「法」)316
32 条の15)をすべきである。

33 2 同条3項1号イ

34 「証拠の種類」は同条1項6号であり、「証拠を識別するに足りる事項」はW2以外で犯
35 行時刻頃にV方付近に存在した者の供述録取書となる。

36 3 同条3項1号ロ

37 犯行現場に存在したW2以外の者の供述内容が「特定の検察官請求証拠」である証拠⑬の
38 供述内容と矛盾・相反する部分を含むものであれば、証拠⑬の信用性は低下し得る。そのた
39 め、その者の供述内容と証拠⑬の供述内容とを比較検討することは、証拠⑬の証明力判断に
40 重要であるから、開示される必要がある。

41 第4 設問2小問2)

42 証拠⑥は、W2の供述録取書ではなく、かつ、被告人以外の者であるW1の供述録取書で
43 あって、証拠⑬により直接証明しようとする令和2年2月1日午後6時頃にV方から男性の
44 怒鳴り声が聞こえた事実の有無に関する供述を内容とするものであるから、同条1項6号に

該当する。そして、証拠⑥は、Aの弁護人が明らかにした通り、証拠⑤の証明力判断に重要である。他方、証拠⑥の開示によりW1の自宅が特定されてプライバシー侵害・お礼参り等のおそれもあるが、その弊害はマスキング等により対応できるため、相当性もある。そのため、検察官は、証拠⑥をAの弁護人に開示した。

第5 設問3

1 裁判所は、Aの弁護人の異議申立て（法309条1項）には理由がないため、証拠排除決定（刑訴規則205条の6第2項）をすべきでない。

2(1) 伝聞法則（法320条1項）の趣旨は、供述証拠が知覚・記憶・表現の各過程で誤りが入り込む危険があるため、反対尋問等による信用性テストの機会を確保する点にある。そうすると、このテストの必要性の有無により、当該供述証拠を伝聞証拠として扱うかどうかを判断すべきである。したがって、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする供述・書面であり、その供述内容たる事実の真实性立証のために用いられるものをいうと解する。そして、当該供述証拠が上記のように用いられるか否かは、要証事実との関係で定まる。

本件の争点はAの刺突行為及び殺意の有無であるところ、検察官は、Cの証言中のAの供述部分から、Aが①刺突行為をしたこと及び②殺意を有していたことを立証しようとしている。そして、①及び②との関係で、「人をナイフで刺してやった」は、その供述内容の真实性が問題となるから、伝聞証拠に当たる。また、②との関係で、「むかついた」は、確かに、Aの心理状態の供述であり非伝聞とも思えるが、Cに対する供述当時（現在）ではなく過去の心理状態であり、記憶・表現の各過程を経ているため、伝聞証拠に当たる。

(2) もっとも、「被告人以外の者」Cの「公判期日における供述」で「被告人」Aの供述を「その内容とするもの」（法324条1項）であるから、法322条の要件を満たせば、例外的に証拠能力が認められる。そして、Aの供述部分は、Aの自白であるから、「被告人」Aに「不利益な事実の承認を内容とするもの」であり、友人Cとの電話での会話であるから、「任意にされたものでない疑」もない（法322条1項）。したがって、伝聞例外の要件を満たす。

第6 設問4

1 Aの弁護人が採り得る手段は、①保釈請求（法88条1項）、②勾留取消請求（法87条1項）及び③勾留執行停止の申立て（法95条）である。

2(1) ①について

ア まず、権利保釈（法89条）は、第1回公判期日前において、Aに同条1号・4号該当事由があるため却下されているが、結審後においては、証拠調べは終了しており、罪証隠滅のおそれ（4号該当事由）はないといえる。もっとも、本件は殺人被告事件であるから、1号該当事由はある。したがって、権利保釈は認められない。

イ また、裁量保釈（法90条）は、確かに、父親の葬儀に出席できないことは「社会生活上…の不利益」といえるが、殺人罪の法定刑は「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役」（刑法199条）と重いところ、Aは、犯行を否認しており、その刑を免れるために「逃亡」するおそれが高いことから、認められない。

(2) ②について

前述の通り、Aには逃亡のおそれ（法60条1項3号）があるため、勾留の理由があり、また、父親の葬儀は勾留の必要性を消滅させないから、勾留取消しは認められない。

(3) ③について

父親の死亡は「適当と認めるとき」に当たる（法95条）。したがって、制限住居をAの実家等と定められることで、勾留の執行停止が認められる可能性がある。

以上

MEMO