予備試験論文式試験

Ｈ２６年

過去問レジュメ

TACwセミナー 司法試験講座

※無断複製・無断転載禁止

目次

受講に関するお願い・注意点 …… 1

憲法 …… 2

出題の趣旨・ポイント …… 4

講師作成答案例 …… 6

行政法 …… 8

出題の趣旨・ポイント …… 10

講師作成答案例 …… 14

民法 …… 16

出題の趣旨・ポイント …… 18

講師作成答案例 …… 20

商法 …… 22

出題の趣旨・ポイント …… 24

講師作成答案例 …… 26

民事訴訟法 …… 28

出題の趣旨・ポイント …… 30

講師作成答案例 …… 32

刑法 …… 34

出題の趣旨・ポイント …… 36

講師作成答案例 …… 40

刑事訴訟法 …… 42

出題の趣旨・ポイント …… 44

講師作成答案例 …… 46

法律実務基礎科目（民事） …… 48

出題の趣旨・ポイント …… 52

講師作成答案例 …… 54

法律実務基礎科目（刑事） …… 56

出題の趣旨・ポイント …… 62

講師作成答案例 …… 64

≪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 26 年の予備試験の問題については，平成 26 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 26 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］

Ａ市内の全ての商店街には，当該商店街に店舗を営む個人又は法人を会員とする商店会が組織されている。会員は，店舗の大きさや売上高の多寡にかかわらず定額の会費を毎月納入し，その会費で，防犯灯の役目を果たしている街路灯や商店街のネオンサイン等の設置・管理費用，商店街のイベント費用，清掃美化活動費用などを賄っていた。しかし，Ａ市内に古くからある商店街の多くが，いわゆるシャッター通りと化してしまい，商店街の活動が不活発となっているだけでなく，商店街の街路灯等の管理にも支障が生じており，防犯面でも問題が起きている。

Ａ市内には，大型店やチェーン店もある。それらの多くは，商店街を通り抜けた道路沿いにある。それらの大型店やチェーン店は，商店街の街路灯やネオンサイン等によって立地上の恩恵を受けているにもかかわらず，それらの設置や管理等に掛かる費用を負担していない。また，大型店やチェーン店は，商店街のイベントに参加しないものの，同時期にセールを行うことで集客増を図るなどしている。大型店やチェーン店は，営業成績が悪化しているわけでもないし，商店会に加入しなくても営業に支障がない。それゆえ，多くの大型店やチェーン店は，商店街の活性化活動に非協力的である。このような大型店やチェーン店に対して，全ての商店会から，商店街がもたらす利便に「タダ乗り」しているとする批判が寄せられている。Ａ市にとって，市内全体での商業活動を活性化するためにも，古くからある商店街の活性化が喫緊の課題となっている。

このような状況に鑑みて，Ａ市は，大型店やチェーン店を含む全てのＡ市内の店舗に対し，最寄りの商店会への加入を義務付ける「Ａ市商店街活性化条例」（以下「本条例」という。）を制定した。本条例の目的は大きく分けて二つある。第一の目的は，共同でイベントを開催するなど大型店やチェーン店を含む全ての店舗が協力することによって集客力を向上させ，商店街及び市内全体での商業活動を活性化することである。第二の目的は，大型店やチェーン店をも含めた商店会を，地域における防犯体制等の担い手として位置付けることである。

本条例は，商店会に納入すべき毎月の会費を，売場面積と売上高に一定の率を乗じて算出される金額と定めている。そして，本条例によれば，Ａ市長は，加入義務に違反する者が営む店舗に対して，最長で７日間の営業停止を命ずることができる。

Ａ市内で最も広い売場面積を有し，最も売上高が大きい大型店Ｂの場合，加入するものとされている商店会に毎月納入しなければならない会費の額が，その商店会の会員が納入する平均的な金額の約５０倍となる。そこで，大型店Ｂを営むＣ社としては，このような加入義務は憲法に違反していると考え，当該商店会に加入しなかったために，Ａ市長から，７日間の営業停止処分を受けた。その結果，大型店Ｂの収益は大幅に減少した。

Ｃ社は，Ａ市を被告として，本条例が違憲であると主張して，国家賠償請求訴訟を提起した。

〔設問１〕

あなたがＣ社の訴訟代理人であるとしたら，どのような憲法上の主張を行うか。

なお，本条例による会費の算出方法の当否及び営業停止処分の日数の相当性については，論じなくてよい。

〔設問２〕

想定される被告側の反論を簡潔に述べた上で，あなた自身の見解を述べなさい。

出題の趣旨

本問は，職業の自由に対する制約，そして結社の自由に対する制約の合憲性に関する出題である。職業の自由の制約に関しては，近時，規制目的二分論に言及することなく判断している最高裁判例（最三判平成１２年２月８日刑集第５４巻２号１頁，最三判平成１７年４月２６日判例時報１８９８号５４頁）や租税の適正かつ確実な賦課徴収という第三の目的が示された最高裁判例（最三判平成４年１２月１５日民集第４６巻９号２８２９頁）があり，まずは，規制目的二分論の有効性自体を検討する必要がある。その上で，設問の条例の目的を政策的目的と位置付けるとしても，その具体的内容や制約の合憲性審査の手法につき，定型的でない丁寧な論証が求められる。さらに，設問の条例は，目的達成手段として強制加入制を採用している点において，結社の自由への制約の問題についても検討する必要がある。強制加入制の合憲性をめぐっては，南九州税理士会事件（最三判平成８年３月１９日民集第５０巻３号６１５頁），群馬司法書士会事件（最一判平成１４年４月２５日判例時報１７８５号３１頁）などで争われており，これらの判例も念頭に置きつつ，本問の条例では，条例が定める目的を達成するための手段として，営利法人に対して団体への加入を義務付け，さらに，違反に対して最長７日間の営業停止という処分を課すことができるとしている点などを踏まえ，制裁で担保された強制加入制の合憲性を論じる必要がある。

基本ポイント

１　本問の答案の大枠は，以下の通りである。

設問１では，まず，本条例が規定する商店会への加入義務付けがＣ社のどのような権利・自由を制約するものであるかを検討することになる。この点については，営業の自由（憲法 22 条１項）が制約されていることを押さえる必要がある。そして，商店会への加入義務付けは，違反者に対する最長７日間の営業停止という制裁で担保されたものであり，強度の制約といえるから，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）等の比較的厳格度の高い基準が採用されるべきであると主張することになる。その上で，本条例の二つの目的について，各々，目的の重要性を検討し，かつ，目的と商店会への加入義務付けという手段との間に実質的関連性があるかどうかを検討し，本条例が違憲であるという結論を導くことが必要である。

設問２では，まず，想定される被告側の反論として，規制目的二分論を踏まえた主張をすることになる。すなわち，本条例の第一の目的は政策目的（積極目的）であるから，明白性の原則（法律の規制が著しく不合理であることが明白である場合に限り，違憲となる）が採用されるべきであるところ，本条例は，著しく不合理であることが明白では

ないため，合憲であるという主張である。その上で，私見を述べることになる。本問では，規制目的二分論が被告に有利に機能することから，被告としては，その有効性を肯定したいところであるが，原告であるＣ社としては，その有効性を否定したいところであるため，この点が争点となる。そこで，私見では，本条例の第二の目的のように政策目的・消極目的のいずれにも当たらない目的が存在することを踏まえて，規制目的二分論の有効性を検討する必要がある。そして，その有効性を肯定する場合，私見における結論は被告と同様となり，他方，その有効性を否定する場合，私見における結論は原告と同様となる。

２　もっとも，Ｃ社の訴訟代理人の立場からは，より違憲判断というゴールに到達しやすいルートを検討することが大切である。そして，本条例が規定する商店会への加入義務付けがＣ社の消極的結社の自由（憲法 21 条１項）を制約するものであるということがいえれば，表現の自由と同等の保障を主張することができるため，本条例の第一の目的のような政策目的による規制も許容されないことになる。したがって，消極的結社の自由に関する検討をすることも重要である。

応用ポイント

1	結社の自由が結社の目的を問うかどうかにつき，検討していること →経済目的・営利目的の団体は，憲法 21 条１項ではなく，同法 22 条１項又は 29 条により保護されると考える立場もある。
2	精神的自由権に対しては政策目的による規制が許容されないことを踏まえた検討をしていること
3	規制目的二分論の有効性を支える根拠を説明していること →規制目的二分論の下では，政策目的規制に対する審査において立法裁量が尊重され，他方，消極目的に偽装された政策目的規制に対しては厳格な審査がなされ得るから，立法過程における政策目的の明示が期待できる。

第１　設問１

１　本条例は，C社の消極的結社の自由（憲法21条１項）を侵害し，違憲である。したがって，営業停止処分は「違法」（国賠法１条１項）となる。

２⑴　結社の自由は，団体を結成し，これに加入する自由とともに，団体を結成せず，また，これに加入しないという消極的結社の自由をも保障する。そして，権利の性質上，消極的結社の自由は，法人にも保障される。したがって，A市内でBを営むC社の商店会に加入しない自由は，消極的結社の自由として保障される。

⑵　本条例は，全てのA市内の店舗に対し，最寄りの商店会への加入を義務付けるものであるから，C社の消極的結社の自由を制約する。

⑶ア　結社の自由は，共通の目的を持つ者が，継続的な精神的結合を行って団体としての意思を形成し，その意思実現活動をすることを保障する重要な権利である。しかし，消極的結社の自由が十分に保障されなければ，当該目的を持たない者は，自己の賛同しない団体の意思等を強制されることになる。したがって，消極的結社の自由は，このような強制を受けないという意味で，結社の自由と同様の重要性を有する。他方，本条例は，違反者への営業停止処分という制裁で担保された強制加入制を規定し，商店会への不加入を事実上許さない強度の制約である。そこで，本条例は，目的が必要不可欠であり，手段が必要最小限度である場合に限り，合憲になると解する。

イ　本条例の第一の目的は，商店街及び市内全体の商業活動を活性化するという積極的な社会経済政策の実現にあるから，政策目的といえる。しかし，憲法21条１項は，結社を人の継続的な精神的結合であるとして，表現の自由とともに保障するから，政策目的規制は許されない。したがって，不当な目的となり，これを実現する手段を定めることも許されない。また，全ての店舗に商店会への加入を義務付けなくても，共同イベントの開催等を実現する方法はあるはずである。したがって，強制加入制及び違反者への営業停止処分という制裁を規定することは過剰な手段であり，必要最小限度でない。

本条例の第二の目的は，商店会を地域の防犯体制等の担い手に位置付けることにあり，個人の自由な経済活動から生じる弊害の防止とはいえないから，消極目的ではない。そして，政策目的とすると，結社の自由との関係では不当な目的となり，これを実現する手段を定めることも許されない。また，街路灯の設置等の費用の確保のための金銭徴収制度を設けることで第二の目的を達成できるから，商店会への強制加入制という手段は過剰であり，必要最小限度でない。

ウ　以上より，本条例は，憲法21条１項に反し，違憲である。

第２　設問２

１　被告の反論

⑴　結社の自由は，経済目的の結社を保障の対象としないから，C社の自由は，憲法21条１項により保障されない。したがって，本条例が制約するのは，A市内の店舗の営業の自由（同法22条１項）である。

⑵　そして，本条例の第一の目的は政策目的であるが，この目的は正当であり，手段も著しく不合理であることが明白ではない。また，第二

の目的も政策目的といえるから，同様である。仮に，結社の自由が経済目的の結社をも保障するとしても，本条例の合憲性は，経済的自由の制約の場合に準じて審査されるから，上記と同様の結論となる。

⑶ したがって，本条例は，憲法21条1項及び22条1項に反しない。

2 私見

⑴ 確かに，A市内の店舗は，本条例により，①商店会への加入，②会費の納入及び③共同イベントへの協力等が義務付けられるため，営業の自由に対する制約が認められる。しかし，②及び③の義務は，①商店会への強制加入により付随的に生じるものといえ，仮に②及び③の義務が課されていない場合，①強制加入制に関する違憲性のみが問題となる。そして，結社の自由は，精神的結合自体を保障するものであるから，結社の目的は問わないと解する。したがって，本条例は，C社の消極的結社の自由を制約するものとして，その違憲性を判断すべきである。

⑵ そうすると，原告の主張する通り，政策的規制は認められないとも思える。しかし，商店会のような経済活動を主な目的とする団体の結成は，精神活動の所産というより経済活動の所産というべきである。したがって，本条例は，結社の自由の経済的側面に対する制約を定めるものといえるから，政策目的規制も許される。

⑶ そして，本条例の合憲性については，精神的自由の制約の場合の厳格な審査ではなく，経済的自由の制約の場合に準じた審査をすべきであると解する。そうすると，規制目的二分論に基づき審査基準を検討することになるところ，本条例の第一の目的は政策目的といえるが，第二の目的は消極目的・政策目的のいずれともいえないため，同理論に基づくことはできないとも思える。しかし，同理論の下では，政策目的規制に対する審査において立法裁量が尊重され，他方，消極目的に偽装された政策目的規制に対しては厳格な審査がなされ得るから，立法過程における政策目的の明示が期待できる。そして，A市では商店街の活性化が喫緊の課題であり，その実現により，商店会が防犯体制等の担い手になるという関係にあるから，第一の目的が主たる目的といえる。したがって，同理論に基づき，本条例は，著しく不合理であることが明白である場合に限り，違憲となると解する。

⑷ 本条例の目的は，シャッター通りと化している古くからの商店街を活性化することでA市全体の商業活動を活性化させる点にある。憲法は福祉国家的理想の下，社会経済の調和的発展を企図しているから，上記目的は，憲法の企図するところであり，著しく不合理であることが明白ではない。また，強制加入制という手段は，商店街の街路灯等により立地上の恩恵を受けているにもかかわらず，その維持費を負担せず，また，商店街の活性化活動に非協力的な大型店等の協力を得るためのものであるから，合理性があるといえる。そうすると，店舗の大きさ等に比例させた高額の会費を徴収し，また，違反者に営業停止処分を課すことは，目的達成との関係で過剰といえるが，著しく不合理であることが明白ではない。したがって，本条例は，憲法21条1項に反しない。

以上

［行政法］

Ａ県は，漁港漁場整備法（以下「法」という。）に基づき，漁港管理者としてＢ漁港を管理している。Ｂ漁港の一部には公共空地（以下「本件公共空地」という。）があり，Ｃは，Ａ県の執行機関であるＡ県知事から，本件公共空地の一部（以下「本件敷地」という。）につき，１９８１年８月１日から２０１４年７月３１日までの期間，３年ごとに法第３９条第１項による占用許可（以下「占用許可」とは，同法による占用許可をいう。）を受けてきた。そして，１９８２年に本件敷地に建物を建築し，現在に至るまでその建物で飲食店を経営している。同飲食店は，本件公共空地の近くにあった魚市場の関係者によって利用されていたが，同魚市場は徐々に縮小され，２０１２年には廃止されて，関係施設も含め完全に撤去されるに至った。現在Ｃは，観光客などの一般利用者をターゲットとして飲食店の営業を継続し，２０１３年には，客層の変化に対応するために店内の内装工事を行っている。他方，Ａ県知事は，魚市場の廃止に伴って，観光客を誘引するために，Ｂ漁港その他の県内漁港からの水産物の直売所を本件敷地を含む土地に建設する事業（以下「本件事業」という。）の構想を，２０１４年の初めに取りまとめた。なお，本件事業は，法第１条にいう漁港漁場整備事業にも，法第３９条第２項にいう特定漁港漁場整備事業にも，該当するものではない。

Ｃは，これまで受けてきた占用許可に引き続き，２０１４年８月１日からも占用許可を受けるために，本件敷地の占用許可の申請をした。しかし，Ａ県知事は，Ｃに対する占用許可が本件事業の妨げになることに鑑みて，２０１４年７月１０日付けで占用不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）をした。Ｃは，「Ｃは長期間継続して占用許可を受けてきたので，本件不許可処分は占用許可を撤回する処分と理解すべきである。」という法律論を主張している。Ａ県側は，「法第３９条第１項による占用許可をするか否かについて，同条第２項に従って判断すべき場合は，法第１条の定める法の目的を促進する占用に限定されると解釈すべきである。Ｃによる本件敷地の占用は，法第１条の定める法の目的を促進するものではないので，Ｃに対し本件敷地の占用許可をするかどうかについては，その実質に照らし，地方自治法第２３８条の４第７項が行政財産の使用許可について定める基準に従って判断するべきである。」という法律論を主張している。なお，Ｂ漁港は，Ａ県の行政財産である。

Ａ県の職員から，Ｃがなぜ上記のような法律論を主張しているのか，及び，Ａ県側の法律論は認められるかについて，質問を受けた弁護士Ｄの立場に立って，以下の設問に解答しなさい。なお，法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〕

本件不許可処分を，占用許可申請を拒否する処分と理解する法律論と，占用許可の撤回処分と理解する法律論とを比べると，後者の法律論は，Ｃにとってどのような利点があるために，Ｃが主張していると考えられるか。行政手続法及び行政事件訴訟法の規定も考慮して答えなさい。

〔設問２〕

(1) Ｃによる本件敷地の占用を許可するか否かについて，法第３９条第２項に従って判断する法律論と，Ａ県側が主張するように，地方自治法第２３８条の４第７項の定める基準に従って判断する法律論とを比べると，後者の法律論は，Ａ県側にとってどのような利点があるか。両方の規定の文言及び趣旨を比較して答えなさい。

(2) 本件において，Ａ県側の上記の法律論は認められるか，検討しなさい。

【資料】漁港漁場整備法（昭和２５年法律第１３７号）（抜粋）

（目的）

第１条　この法律は，水産業の健全な発展及びこれによる水産物の供給の安定を図るため，環境との調和に配慮しつつ，漁港漁場整備事業を総合的かつ計画的に推進し，及び漁港の維持管理を適正にし，もつて国民生活の安定及び国民経済の発展に寄与し，あわせて豊かで住みよい漁村の振興に資することを目的とする。

（漁港の保全）

第３９条　漁港の区域内の水域又は公共空地において，（中略）土地の一部の占用（中略）をしようとする者は，漁港管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

２　漁港管理者は，前項の許可の申請に係る行為が特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し，その他漁港の保全に著しく支障を与えるものでない限り，同項の許可をしなければならない。

３～８　（略）

出題の趣旨

本問は，漁港において公共空地の占用許可を継続的に受けてきた事業者が，引き続き占用許可を申請したところ，不許可処分を受けたという事例に即して，行政手続，行政訴訟及び行政処分の違法事由についての基本的な知識及び理解を試す趣旨の問題である。設問１では，申請拒否処分と不利益処分について行政手続法が定める規律の相違や抗告訴訟で争う場合の行政事件訴訟上の規定の相違及び授益処分の撤回の制限法理について論じること，設問２では，行政財産の目的外使用許可と行政庁の裁量についての理解を前提とした上で，行政庁が占用許可についてどのような法的基準を用いて判断するべきかを，関係規定及び関係制度の文言や趣旨並びに本件の事実関係に照らして論じることが，それぞれ求められている。

基本ポイント

1　設問１では，本件不許可処分を，占用許可申請を拒否する処分と理解する法律論（以下「拒否処分構成」という。）と，占用許可の撤回処分と理解する法律論（以下「撤回処分構成」という。）について，比較検討することが求められている。また，解答の際には，「行政手続法及び行政事件訴訟法の規定」を考慮することも求められている。

そして，解答のためには，以下の基本的理解が必要である。すなわち，申請拒否処分がなされた場合，被処分者（申請者）は，取得しようとした法的地位の取得が認められないのに対し，許可を撤回する処分がなされた場合，被処分者は，既得の法的地位を喪失することになるということである。この理解を前提に，行政手続法及び行政事件訴訟法の規定との関係で生じる取扱いの差異をまとめると以下の通りになる。

		拒否処分構成（前者）	撤回処分構成（後者）
行政手続法		聴聞なし（行手法２条４号ロ参照）	聴聞あり（行手法 13 条１項１号イ）
行政事件訴訟法	抗告訴訟	申請型義務付け訴訟と処分取消訴訟の併合提起（行訴法３条６号２号，37 条の３第３項２号）	処分取消訴訟（行訴法３条２項）
	仮の救済	仮の義務付けの申立て（行訴法 37 条の５第１項）	執行停止の申立て（行訴法 25 条２項）
	違法事由	―	授益的処分の撤回が許されるかどうかは，授益的処分の撤回により相手方の被る不利益とそれを撤回すべき公益上の必要性を比較衡量して判断される（最判昭 63.6.17 参照）。

以上の取扱いの差異を踏まえ，後者の法律論におけるＣにとっての利点を説明することになる。

2　設問２⑴では，Ｃによる本件敷地の占用を許可するか否かについて，法第 39 条２項に従って判断する法律論と，地方自治法 238 条の４第７項の定める基準に従って判断する法律論について，比較検討することが求められている。そして，その比較の視点は，「文言及び趣旨」であるところ，これを踏まえて，その差異をまとめると以下の通りになる。

	法 39 条２項（前者）	地方自治法 238 条の４第７項（後者）
文言	「漁港管理者は，前項の許可の申請に係る行為が特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し，その他漁港の保全に著しく支障を与えるものでない限り，同項の許可をしなければならない。」	「行政財産は，その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる。」
趣旨	不許可事由に該当しない限り，原則として，占用許可をすることによって，法１条の目的である「水産業の健全な発展」等の実現とともに，漁港区域内の土地を占用しようとする者の利益を保護する点にある。	本来，行政財産の目的外使用が認められないことを前提に，行政財産の管理者において，その許可につき，行為の目的，態様，使用者の範囲，使用の必要性の程度等を総合考慮して判断させる点にある。
帰結	漁港管理者の許可の判断には，裁量が認められない。	行政財産の管理者の許可の判断には，裁量が認められる。

以上の差異を踏まえ，後者の法律論におけるＡ県側にとっての利点を説明することになる。

3　設問２⑵では，Ａ県側の主張する法律論の内容を分析・検討する必要がある。

Ａ県側の主張する法律論
①法第 39 条第１項による占用許可をするか否かについて，同条第２項に従って判断すべき場合は，法第１条の定める法の目的を促進する占用に限定されると解釈すべきである。②Ｃによる本件敷地の占用は，法第１条の定める法の目的を促進するものではないので，③Ｃに対し本件敷地の占用許可をするかどうかについては，その実質に照らし，地方自治法第 238 条の４第７項が行政財産の使用許可について定める基準に従って判断するべきである。

確かに，本件では，2012 年に魚市場が廃止され，関係施設も撤去されたから，魚市場の関係者に利用されてきたＣ経営の飲食店は不要となるため，本件敷地の占用は法１条の目的を促進しないといえるから，下線部②は認められる。そして，下線部③は，行政財産の管理者の許可の判断に裁量を認める地方自治法第 238 条の４第７項が適用されるべきであるという内容であるが，下線部②を受けたものであるから，下線部②が認めら

れるのであれば，下線部③も認められることになるとも思える。しかし，下線部②と下線部③の論理関係は，下線部①を前提とするものであるから，下線部①が認められないものであれば，下線部②と下線部③の論理関係も認められないことになる。そのため，下線部①が認められるかどうかを検討することが重要となる。この点については，例えば，法 39 条２項により不許可とされる占用は，「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し，その他漁港の保全に著しく支障を与えるもの」であり，占用は，「著しく阻害し」また「著しく支障を与えるもの」でなければ足り，法１条の目的を「促進」するものである必要はないと考えた場合，法 39 条２項に従って判断すべき場合は，法１条の定める法の目的を促進する占用に限定されると解釈すべきでないということになるから，下線部①は認められず，Ａ県側の主張する法律論は認められない。

応用ポイント

1	（設問１）授益的処分の撤回の許否について，事案に即して具体的に検討していること
2	（設問２⑵）法 39 条２項と地方自治法 238 条の４第７項が特別法と一般法の関係にあることを踏まえた検討をしていること

ＭＥＭＯ

第１　設問１

１　本件不許可処分を，占用許可申請を拒否する処分と理解する法律論（以下「拒否処分構成」）ではなく，占用許可の撤回処分と理解する法律論（以下「撤回処分構成」）には，Ｃにとって以下の利点がある。

２⑴　行政手続法との関係

撤回処分構成の場合，本件不許可処分は，「許認可等を取り消す不利益処分」に該当することから，「名あて人となるべき者」Ｃには，聴聞による事前の意見陳述の機会が保障される（行手法13条１項１号イ）。他方，拒否処分構成の場合，Ｃには，事前の意見陳述の機会が保障されない。したがって，撤回処分構成によれば，Ｃは，聴聞手続が保障され，また，聴聞手続に違反があるときは，その違法を主張できる。

⑵　行政事件訴訟法との関係

ア　抗告訴訟

撤回処分構成の場合，Ｃが提起すべき訴訟は処分取消訴訟（行訴法３条２項）となり，処分取消訴訟の本案勝訴要件を満たす必要がある。他方，拒否処分構成の場合，Ｃは，処分取消訴訟と申請型義務付け訴訟（同法３条６項２号）の併合提起が必要である（同法37条の３第３項２号）。この場合，処分取消訴訟の本案勝訴要件だけでなく，申請型義務付け訴訟の本案勝訴要件も満たす必要がある（同法37条の３第５項）。

イ　仮の救済

Ｃは，撤回処分構成の場合，執行停止の申立て（同法25条２項）を行うが，拒否処分構成の場合，仮の義務付けの申立て（同法37条の５第１項）を行う。そして，要件は，執行停止の申立ての「重大な損害」に比べて，仮の義務付けの申立ての「償うことのできない損害」の方が厳格である。したがって，Ｃには，撤回処分構成の方が有利である。

ウ　違法事由

撤回処分構成の場合，本件不許可処分は，占用許可という授益的処分の撤回と捉えられる。そして，授益的処分が事後的に撤回されると，これを有効であると信じた者の信頼や法的安定を害し，権利利益を侵害するおそれがある。そこで，授益的処分の撤回の許否は，授益的処分の撤回により相手方の被る不利益とそれを撤回すべき公益上の必要性を比較衡量して判断する。本件で，Ｃは，1981年８月から2014年７月までの間，本件敷地の占用許可を受けた上，建物を建築して飲食店を経営し，また，2013年に内装工事を行っているから，占用許可が撤回されると，支出した工事費用が無駄となり長年経営してきた店自体も失うという著しい財産上の不利益を被る。他方，撤回の理由は，2014年初めに取りまとめられた，観光客誘引のための本件事業の実現にあるが，30年以上に渡り本件敷地で飲食店を営業してきたＣの不利益を上回るだけの公益上の必要性があるとはいえない。したがって，占用許可の撤回は許されないから，本件不許可処分は違法となる。そのため，Ｃは，撤回制限効を踏まえた違法事由を主張できるから，有利である。

他方，拒否処分構成の場合，上記のような違法事由はない。

第２　設問２⑴

１　法 39 条２項は，許可の申請に係る行為が一定の事由に該当しない限り，占用許可を「しなければならない」と定める。これは，不許可事由に該当しない限り，占用許可をすることによって，法１条の目的である「水産業の健全な発展」等の実現とともに，漁港区域内の土地を占用しようとする者の利益を保護する趣旨といえる。そうすると，漁港管理者の許可の判断には，裁量が認められない。他方，地方自治法 238 条の４第７項は，行政財産は，その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を「許可することができる」と定めている。これは，本来，行政財産の目的外使用が認められないことを前提に，行政財産の管理者がその許可について，行為の目的，態様，使用者の範囲，使用の必要性の程度等を総合考慮して判断すべきとする趣旨といえる。そうすると，行政財産の管理者の許可の判断には，裁量が認められる。

２　以上より，前者の場合，Ａ県の判断には裁量が認められないところ，本件事業は，「漁港漁場整備事業」（法１条）及び「特定漁港漁場整備事業」（法 39 条２項）に該当せず，本件敷地の占用は，「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し，その他漁港の保全に著しく支障を与えるもの」に当たらないため，占用を許可しなければならない。他方，後者の場合，Ａ県の判断には裁量が認められるから，その裁量の範囲内で適法に占用の不許可処分を行うことが容易となり，この点が利点となる。

第３　設問２⑵

１　まず，Ａ県側は，法 39 条２項に従って判断すべき場合でないときは，地方自治法 238 条の４第７項の定める基準に従って判断するという法律論を主張している。これは，前者と後者が特別法と一般法の関係にあることを前提とするものである。そして，地方自治法 238 条の４は，Ｂ漁港を含む「行政財産」の管理及び処分について一般的に規定するものといえるから，両者を特別法と一般法の関係にあると捉えること自体は，認められる。

２⑴　次に，Ａ県側は，法 39 条２項に従って判断すべき場合は，法１条の定める法の目的を促進する占用に限定されると解釈すべきであると主張している。そこで，この点について，認められるかが問題となる。

⑵　確かに，法１条は，「水産業の健全な発展」等を図るため，「漁港漁場整備事業を総合的かつ計画的に推進」し，「漁港の維持管理を適正に」すること等を目的としており，法 39 条２項の「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用」及び「漁港の保全」も，この目的の下にある。しかし，法 39 条２項により不許可とされる占用は，「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し，その他漁港の保全に著しく支障を与えるもの」であるから，占用は，「著しく阻害し」また「著しく支障を与えるもの」でなければ足り，法１条の目的を促進する必要はない。したがって，法 39 条２項に従って判断すべき場合は，法１条の定める法の目的を促進する占用に限定されると解釈すべきでない。

よって，Ａ県側の法律論は認められない。　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，自宅近くにあるＢ所有の建物（以下「Ｂ邸」という。）の外壁（れんが風タイル張り仕上げ）がとても気に入り，自己が所有する別荘（以下「Ａ邸」という。）を改修する際は，Ｂ邸のような外壁にしたいと思っていた。

２．Ａは，Ａ邸の外壁が傷んできたのを機に，外壁の改修をすることとし，工務店を営むＣにその工事を依頼することにした。Ａは，発注前にＣと打合せをした際に，ＣにＢ邸を実際に見せて，Ａ邸の外壁をＢ邸と同じ仕様にしてほしい旨を伝えた。

３．Ｃは，Ｂ邸を建築した業者であるＤ社から，Ｂ邸の外壁に用いられているタイルがＥ社製造の商品名「シャトー」であることを聞いた。ＣはＥ社に問い合わせ，「シャトー」が出荷可能であることを確認した。

４．Ｃは，Ａに対し，Ａの希望に沿った改修工事が可能である旨を伝えた。そこで，ＡとＣは，工事完成を１か月後とするＡ邸の改修工事の請負契約を締結した。Ａは，契約締結当日，Ｃに対し，請負代金の全額を支払った。

５．工事の開始時に現場に立ち会ったＡは，Ａ邸の敷地内に積み上げられたＥ社製のタイル「シャトー」の色がＢ邸のものとは若干違うと思った。しかし，Ａは，Ｃから，光の具合で色も違って見えるし，長年の使用により多少変色するとの説明を受け，また，Ｅ社に問い合わせて確認したから間違いないと言われたので，Ａはそれ以上何も言わなかった。

６．Ｃは，【事実】５に記したＡ邸の敷地内に積み上げられたＥ社製のタイル「シャトー」を使用して，Ａ邸の外壁の改修を終えた。ところが，Ａは，出来上がった外壁がＢ邸のものと異なる感じを拭えなかったので，直接Ｅ社に問い合わせた。そして，Ｅ社からＡに対し，タイル「シャトー」の原料の一部につき従前使用していたものが入手しにくくなり，最近になって他の原料に変えた結果，表面の手触りや光沢が若干異なるようになり，そのため色も少し違って見えるが，耐火性，防水性等の性能は同一であるとの説明があった。また，Ａは，Ｂ邸で使用したタイルと完全に同じものは，特注品として注文を受けてから２週間あれば製作することができる旨をＥ社から伝えられた。

７．そこで，Ａは，Ｃに対し，Ｅ社から特注品であるタイルの納入を受けた上でＡ邸の改修工事をやり直すよう求めることにし，特注品であるタイルの製作及び改修工事のために必要な期間を考慮して，３か月以内にその工事を完成させるよう請求した。

〔**設問１**〕

【事実】７に記したＡの請求について，予想されるＣからの反論を踏まえつつ検討しなさい。

【事実（続き）】

８．【事実】７に記したＡの請求があった後３か月が経過したが，Ｃは工事に全く着手しなかった。※そこで，嫌気がさしたＡは，Ａ邸を２５００万円でＦに売却し，引き渡すとともに，その代金の全額を受領した。

９．なお，Ａ邸の外壁に現在張られているタイルは，性能上は問題がなく，Ｂ邸に使用されているものと同じものが用いられていないからといって，Ａ邸の売却価格には全く影響していない。

〔設問２〕

Ａは，Ａ邸をＦに売却した後，Ｃに対し，外壁の改修工事の不備を理由とする損害の賠償を求めている。この請求が認められるかを，反対の考え方にも留意しながら論じなさい。

なお，〔設問１〕に関して，ＡのＣに対する請求が認められることを前提とする。

※ そして，Ａは，Ｃから，Ａ邸の改修工事のやり直しには応じられない旨の通知を受けたものとする。

出題の趣旨

設問１は，ＡのＣに対する請求が民法第６３４条第１項本文〔注：現行法では「民法第５５９条本文・第５６２条１項本文」である。〕に基づく修補請求権によるものであることを明らかにした上で，この請求に対するＣからの主要な反論が，①Ａによる修補請求が相当の期間を定めたものか〔注：現行法では「相当の期間を定め」ることは要件ではない。〕，②「Ｂ邸と同じ仕様」になっていないことが仕事の目的物の瑕疵に当たるか〔注：現行法では「瑕疵」ではなく，契約不適合である。以下同様。〕，③Ａによる修補請求が同項ただし書〔注：現行法では「民法第４１２条の２第１項」である。〕により退けられるのではないかという点に依拠することを踏まえ，それぞれについて民法第６３４条第１項〔注：現行法では，本文に「民法第５５９条本文・第５６２条１項本文」が，ただし書に「民法第４１２条の２第１項」が対応する。〕の規範の意味を理論面で正確かつ細密に示しつつ，本問事案に現われた具体的事実に即してＡの主張の当否を検討することを求めるものである。

設問２は，ＡのＣに対する請求が民法第６３４条第２項前段〔注：現行法では「民法第５５９条本文・第５６４条・第４１５条第２項」である。〕に基づく損害賠償請求権によるものであることを明らかにした上で，①Ａが既にＡ邸をＦに譲渡していること，②その譲渡に際して，Ａ邸には市場価値の下落がなかったことを踏まえ，本問事案における同項前段の損害賠償請求が瑕疵の修補に代わるものであることの意味を理論的に検討しつつ，本問事案に現われた具体的事実に即してＡの主張の当否を検討することを求めるものである。

基本ポイント

1　設問１では，ＡのＣに対するＡ邸改修工事のやり直し請求が認められるかどうかを検討することになる。そのためには，まず，Ａの請求が履行の追完請求としての修補請求であることを特定し，その根拠条文である民法（以下略）559 条本文・562 条１項本文を摘示することが必要である。その上で，「予想されるＣからの反論」を挙げつつ，その反論が認められるかどうかを判断して，Ａの請求が認められるかどうかの結論を示すことになる。

「予想されるＣからの反論」としては，①Ｃの使用したタイルの耐火性，防水性等の性能はＡが希望したタイルの性能と同一であり，また，Ｃが使用したタイルもＥ社製の「シャトー」であるから，仕事の目的物の「品質」に関する契約不適合はない，②工事で使用されたタイルの違いは，重要でなく，かつ，修補に過分の費用を要するため，履行の追完としての修補は「取引上の社会通念に照らして不能」（412 条の２第１項）である，等が考えられる。そのため，これらのＣからの反論を踏まえて，①については，契

約不適合の有無を，②については，取引上の社会通念に照らして不能かどうかを判断することになる。

なお，設問２では，設問１に関して，「ＡのＣに対する請求が認められることを前提とする」とあるため，結論に迷う場合は，この誘導に従うと良い。

２　設問２では，ＡのＣに対する損害賠償請求が認められるかどうかを検討することになる。そのためには，まず，Ａの請求が履行に代わる損害賠償請求であることを特定し，その根拠条文である 559 条本文・564 条・415 条２項２号を摘示することが必要である。その上で，既に，Ａは，Ａ邸を 2500 万円でＦに売却しているところ，Ｃの工事によるタイルの違いが，その売却価格に全く影響していないため，Ａに損害が生じてい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）契約不適合の有無の前提として，ＡＣ間で契約内容とされた事項を事案に即して具体的に認定していること →Ａは，ＣがタイルをＢ発注する前に，ＣにＢ邸を実際に見せて，Ａ邸の外壁をＢ邸と同じ仕様にしてほしい旨を伝えている。他方，Ｃは，Ａに対し，Ａの希望に沿った改修工事が可能である旨を伝えている。そのため，これらの事実を踏まえて，ＡＣ間で契約内容とされた事項を認定する。
2	（設問１）「取引上の社会通念に照らして不能」に当たるかどうかについて，考慮要素を挙げて，検討していること →民法旧 634 条１項ただし書が規定していた「（瑕疵が）重要でない場合において，その修補に過分の費用を要する」が「不能」の判断の考慮要素になり得ることを踏まえている。
3	（設問２）「損害」の捉え方に関し，複数の「考え方」があることを踏まえた解答をしていること →請負契約の目的物の修補請求に代わる損害賠償請求の損害額算定の基準時に関する判例（最判昭 36.7.7）は，「請負契約における仕事の目的物の瑕疵につき，請負人に対し修補を請求したがこれに応じないので，修補に代る損害の賠償を請求する場合においては，右修補請求の時を基準として損害の額を算定するのが相当である。」とする。そのため，損害額の算定時については，損害賠償請求時と考える立場と修補請求時と考える立場があり得るところ，Ａは後者の立場に依拠することになり，前者の立場が「反対の考え方」になる。

第１　設問１

１　ＡＣ間では，A邸の改修工事の請負契約（民法（以下略）632 条）が締結されている。したがって，Aは，Ｃに対し，履行の追完請求としての修補請求（559 条本文・562 条１項本文）をしていることになる。

2⑴　これに対し，Ｃからは，Ｃの使用したタイルの耐火性，防水性等の性能はAが希望したタイルの性能と同一であり，また，Ｃが使用したタイルもＥ社製の「シャトー」であるから，仕事の目的物の「品質」に関する契約不適合はないとの反論が予想される。

⑵　本件で，Aは，Ｃがタイルを発注する前に，ＣにＢ邸を実際に見せて，A邸の外壁をＢ邸と同じ仕様にしてほしい旨を伝えている。他方，Ｃは，Aに対し，Aの希望に沿った改修工事が可能である旨を伝えている。そうすると，ＡＣ間では，「Ｂ邸の外壁に用いられているタイル」を使用した改修工事を行うことが特に約定され，契約の内容となっていたといえる。しかし，Ｃの使用したタイルは，Ｂ邸に用いられたタイルとは原料の一部が変わった結果，表面の手触りや光沢が若干異なり，色も少し違って見えるものである。したがって，Ｃの改修工事はＡＣ間で定められた目的物の性質を欠くから，仕事の目的物の「品質」に関する契約不適合が認められる。

3⑴　また，Ｃからは，工事で使用されたタイルの違いは，重要でなく，かつ，修補に過分の費用を要するため，履行の追完としての修補は「取引上の社会通念に照らして不能」（412 条の２第１項）であるとの反論が予想される。

⑵　契約不適合の「重要」性は，契約をした目的，目的物の性質その他客観的事情によって判断すべきであると解する。

Aは，以前から，A邸を改修する際は，Ｂ邸のような外観にしたいと思っており，ＡＣ間の契約もその希望を実現するために締結している。そして，前述の通り，ＡＣ間では，「Ｂ邸の外壁に用いられているタイル」を使用した改修工事を行うことが特に約定されていたのであるから，当該タイルの使用は，契約の重要な内容となっていたといえる。したがって，タイルの違いは，重要な契約不適合に当たる。よって，Aが修補により受ける利益と修補費用との比較をして「過分」か否かを検討するまでもなく，修補は「取引上の社会通念に照らして不能」であるとはいえない。

４　以上より，Aの請求は認められる。

第２　設問２

１　Aの損害賠償請求は，履行に代わる損害賠償請求（559 条本文・564 条・415 条２項２号）となる（以下「本件請求」）。なぜなら，本件請求は外壁の改修工事の不備を理由とするものであるところ，AはＣからA邸の改修工事のやり直しには応じられない旨の通知を受けているため，Ｃの履行拒絶意思が明確に表示されているからである。

２　まず，Aは，A邸をＦに売却しているから，A邸の所有権を喪失しており，本件請求をすることができないとも思える。しかし，本件請求は，Aの「注文者」という契約上の地位に基づくものである。したがって，Aは，契約上の地位が移転しない限り，本件請求をすることができる。

3　また，A邸の売却価格にタイルの違いが全く影響していないことから，現時点で，Aには「損害」がないとも思える。そこで，賠償の対象となる「損害」の意義が問題となる。

同条項の損害賠償請求は，修補という履行に代わるものである。したがって，「損害」とは，修補請求時点における契約不適合のために生じた目的物の経済的価値の減少をいうと解する。また，実際上，修補の範囲・程度は，修補請求時に具体的に定まるから，履行に代わる損害賠償請求の損害額の算定時期について，このように解するのが妥当である。

確かに，Aは，タイルの違いの影響を全く受けることなく，A邸を2500万円で売却していることから，現時点では，損害がないとも思える。しかし，Aは，A邸を売却する前に，Cに対し，修補請求をしているところ，この請求をした時点では，タイルの違いのためにA邸の修補が必要であり，修補費用分の経済的価値が減少していたといえる。したがって，Aには，「損害」が認められる。

4　以上より，本件請求は認められる。

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．Ｘ株式会社（以下「Ｘ社」という。）は，携帯電話機の製造及び販売を行う取締役会設置会社であり，普通株式のみを発行している。Ｘ社の発行可能株式総数は１００万株であり，発行済株式の総数は３０万株である。また，Ｘ社は，会社法上の公開会社であるが，金融商品取引所にその発行する株式を上場していない。Ｘ社の取締役は，Ａ，Ｂ，Ｃほか２名の計５名であり，その代表取締役は，Ａのみである。

２．Ｙ株式会社（以下「Ｙ社」という。）は，携帯電話機用のバッテリーの製造及び販売を行う取締役会設置会社であり，その製造するバッテリーをＸ社に納入している。Ｙ社は，古くからＸ社と取引関係があり，また，Ｘ社株式５万１千株（発行済株式の総数の１７％）を有している。

Ｂは，Ｙ社の創業者で，その発行済株式の総数の９０％を有しているが，平成２０年以降，代表権のない取締役となっている。また，Ｂは，Ｘ社株式５万１千株（発行済株式の総数の１７％）を有している。

３．Ｚ株式会社（以下「Ｚ社」という。）は，携帯電話機用のバッテリーの製造及び販売を行う取締役会設置会社であり，Ｃがその代表取締役である。

Ｚ社は，Ｙ社と同様に，その製造するバッテリーをＸ社に納入しているが，Ｙ社と比較するとＸ社と取引を始めた時期は遅く，最近になってその取引量を伸ばしてきている。なお，Ｚ社は，Ｘ社株式を有していない。

４．Ｘ社は，平成２５年末頃から，経営状態が悪化し，急きょ１０億円の資金が必要となった。そこで，Ａは，その資金を調達する方法についてＢに相談した。Ｂは，市場実勢よりもやや高い金利によることとなるが，５億円であればＹ社がＸ社に貸し付けることができると述べた。

５．そこで，平成２６年１月下旬，Ｘ社の取締役会が開催され，取締役５名が出席した。Ｙ社からの借入れの決定については，Ｘ社とＹ社との関係が強化されることを警戒して，Ｃのみが反対したが，他の４名の取締役の賛成により決議が成立した。この取締役会の決定に基づき，Ｘ社は，Ｙ社から５億円を借り入れた。

６．Ｙ社のＸ社に対する貸付金の原資は，Ｂが自己の資産を担保に金融機関から借り入れた５億円であり，Ｂは，この５億円をそのままＹ社に貸し付けていた。Ｙ社がＸ社に貸し付ける際の金利は，Ｂが金融機関から借り入れた際の金利に若干の上乗せがされたものであった。なお，Ｂは，これらの事情をＡに伝えたことはなく，Ｘ社の取締役会においても説明していなかった。

７．他方，Ｃは，Ａに対し，Ｘ社の募集株式を引き受ける方法であれば，不足する５億円の資金をＺ社が提供することができると述べた。

８．そこで，同年２月上旬，Ｘ社の取締役会が開催され，１株当たりの払込金額を５０００円として，１０万株の新株を発行し，その全株式をＺ社に割り当てることを決定した。この決定については，Ｂのみが反対したが，他の４名の取締役の賛成により決議が成立した。

Ｘ社は，この募集株式の発行に当たり，株主総会の決議は経なかったが，募集事項の決定時及び新株発行時のＸ社の１株当たりの価値は，１万円を下ることはなかった。また，Ｘ社はこの募集株式の発行について，適法に公告を行っている。

９．Ｃは，同月下旬，上記６の事情を知るに至った。

〔設問１〕

Ｃは，平成２６年３月に開催されたＸ社の取締役会において，Ｘ社のＹ社からの借入れが無効であると主張している。この主張の当否について論じなさい。

〔設問２〕

Ｂは，Ｘ社のＺ社に対する募集株式の発行の効力が生じた後，訴えを提起してその発行が無効であると主張している。この主張の当否について論じなさい。

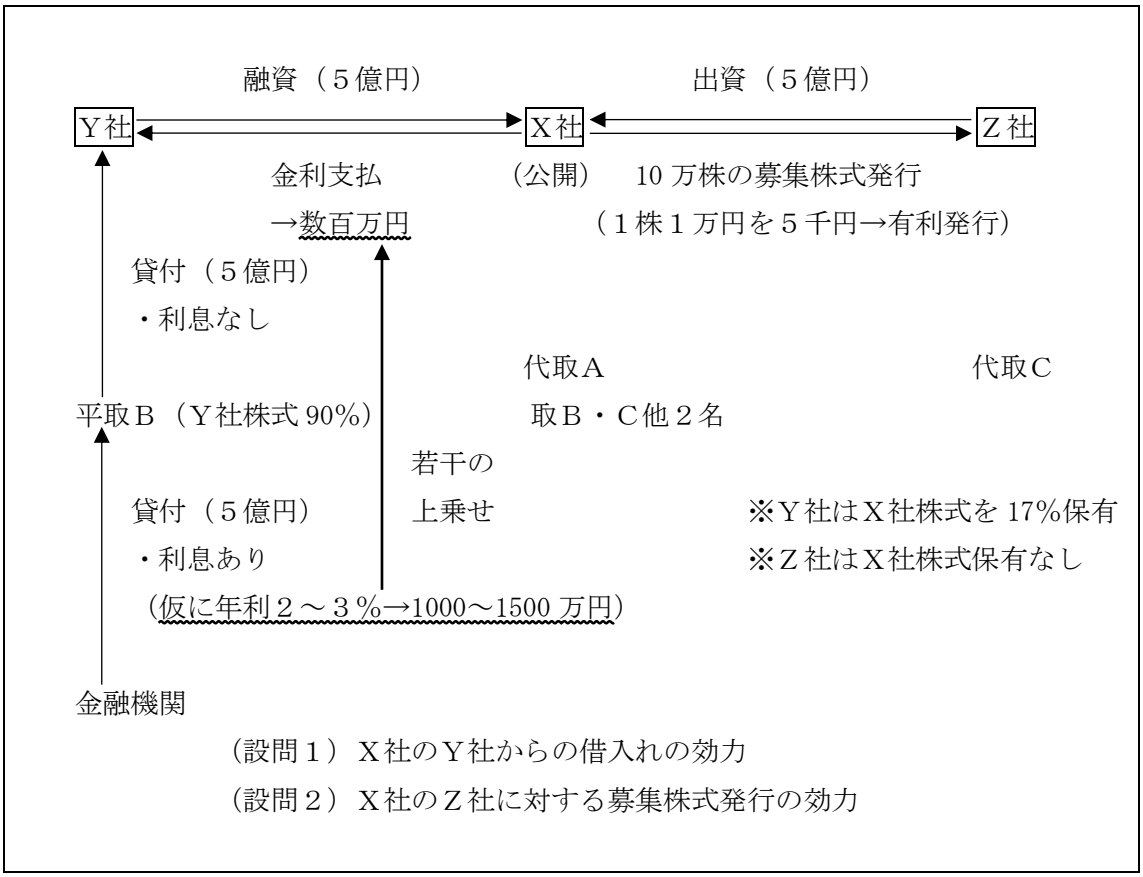
出題の趣旨

本問は，取引先であるＸ社に取締役を派遣しているＹ社及びＺ社が行ったＸ社に対する貸付け及び出資について，Ｘ社において，①その利益相反取引該当性，②派遣された取締役が議決に加わった取締役会決議の効力，③株主総会の特別決議を欠く募集株式の有利発行の効力を問うものである。

解答に際しては，①直接取引（会社法第３５６条第１項第２号，第３６５条）又は間接取引（同法第３５６条第１項第３号）のいずれに該当するのか，重要な事実の開示の有無（同法第３５６条第１項），取締役会の承認決議に瑕疵がある場合の利益相反取引の効力，②特別の利害関係（同法第３６９条第２項）の有無，特別の利害関係を有する取締役が議決に加わった取締役会決議の効力，同決議に基づく行為の効力，③「払込金額が募集株式を引き受ける者に特に有利な金額である場合」（同法第１９９条第３項）の意義，株主総会の特別決議を欠く募集株式の有利発行の効力について，設問の事実関係を踏まえて，正しく論述することが求められる。

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。



2　設問１では，Ｘ社において，Ｘ社の借入れに関する取締役会決議がなされていることを前提に，Ｃの立場から，①当該取締役会決議は，瑕疵があるため，無効であること及び②取締役会決議が無効であるため，借入れも無効であることを主張することになる。

そして，①に関しては，Ｘ社の借入れにより，Ｘ社からＹ社に一定額の金利が支払われるところ，Ｘ社の取締役Ｂは，Ｙ社の 90％株主であることから，この借入れは，実質的に，ＢとＸ社の利益が相反する取引に当たるかが問題となる。この点については，直接取引（会社法 356 条１項２号）には当たらないが，間接取引（同条項３号）として肯定することになるところ，その場合，Ｂが取締役会で重要な事実を開示していないこと及びＢが特別利害関係取締役に当たるのに取締役会で議決権を行使していることが決議の瑕疵となる。もっとも，瑕疵がある場合でも，決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは，決議は無効とならないと解されているから，特段の事情の有無を検討する必要がある。その上で，特段の事情がなく，決議が無効となった場合，②借入が無効となるどうかを検討することになる。

3　設問２では，新株発行無効の訴えの根拠条文である会社法 828 条１項２号を摘示した上で，Ｘ社のＺ社に対する募集株式発行が有利発行に当たること簡潔に認定し，株主総会特別決議が必要であったのに取締役会決議しかなされていないことが発行手続の法令違反に当たることを指摘する必要がある。そして，無効事由の判断基準を示した上で，当てはめを行うことになる。

応用ポイント

1	（設問１）ＢとＸ社の利益がどのように相反するかについて具体的に検討していること →本件借入れは，Ｂが金融機関から借り入れた際の金利に若干の上乗せがされた金利でされている。そして，Ｂは，Ｙ社の創業者にして発行済株式総数の 90％を保有するから，Ｙ社の経営を支配し，また，その利害も共通するため，Ｙ社との経済的一体性が認められる。そうすると，Ｘ社が借入金を返済する場合，この金利の上乗せ分は，実質的に，Ｘ社の利益を犠牲にしてＢの利益になるものといえる。
2	（設問２）Ｘ社が公開会社であることを踏まえて検討していること →株主総会特別決議を欠くことは，内部的意思決定を欠くにすぎないといえるため，新株発行の無効事由に当たらないという判断に傾くことになる。

第１　設問１

１　Ｃの主張の論拠は，①Ｘ社のＹ社からの借入れ（以下「本件借入れ」）は取締役Ｂとの間の利益相反取引（会社法（以下略）356 条１項２号・３号）に当たるが，Ｘ社取締役会（365 条１項）で，②Ｂが本件借入れにつき「重要な事実を開示」（356 条１項柱書）していないから，承認決議は無効であり，また，③Ｂが特別利害関係取締役（369 条２項）に当たるのに議決権を行使しているから，承認決議は無効であり，④本件借入れも無効となる，というものであると考えられる。

２　①について

⑴　利益相反取引には，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」の意味に解して，判断する。

⑵　本件借入れにおいて，Ｂは，契約の相手方当事者ではなく，また，Ｙ社を代表していないから，「自己又は第三者の名において」Ｘ社と取引をしていない。したがって，直接取引には当たらない。

⑶　そこで，間接取引に当たるかが問題となる。

利益相反取引規制の趣旨は，取締役が会社の利益を犠牲にして自己の利益を図ることを事前に防止する点にあるから，間接取引該当性は，その危険性の有無を経済的・実質的に判断すべきであると解する。

確かに，Ｂは，本件借入れの原資５億円をＹ社に無担保で貸し付けており，利益を得ていないとも思える。しかし，本件借入れは，Ｂが金融機関から借り入れた際の金利に若干の上乗せがされた金利でされている。そして，Ｂは，Ｙ社の創業者にして発行済株式総数の 90％を保有するから，Ｙ社の経営を支配し，また，その利害も共通するため，Ｙ社との経済的一体性が認められる。そうすると，Ｘ社が借入金を返済する場合，この金利の上乗せ分は，実質的に，Ｘ社の利益を犠牲にしてＢの利益になるものといえる。したがって，間接取引に当たる。

３　②について

⑴　重要な事実の開示の趣旨は，当該取引を承認すべきか否かを適切に判断するための情報を取締役会に提供する点にあるから，その判断の基礎となる事実の開示が必要であると解する。

本件借入れの元本額は５億円と高額であるから，その金利に関する事実は，取締役会決議の基礎となるものといえる。しかし，Ｂは，貸付原資の調達及び金利関係の事情をＡに伝えたことがなく，Ｘ社取締役会でも説明していない。したがって，重要な事実の開示はない。

⑵　そして，内容・手続に瑕疵のある取締役会決議は，法の一般原則に従い，当然に無効となる。もっとも，手続的瑕疵がある場合でも，決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは，決議は有効と解する。

Ｘ社取締役会決議では，その承認の基礎となる重要な事実の開示を欠くから，手続的瑕疵がある。そして，当該事実の開示があったとしても，過半数の賛成（369 条１項）による承認決議がなされたといえる特段の事情は認められない。したがって，承認決議は，無効となる。

４　③について

⑴　369条２項の趣旨は，取締役の会社に対する忠実義務（355条）違反を事前に防止し，取締役会決議の公正を期する点にある。そこで，特別利害関係取締役とは，決議につき会社の利益と衝突する個人的な利害関係を有する取締役をいうと解する。

Bは，本件借入れに関し，実質的にX社の利益を犠牲にして自己が利益を得る者であり，X社の利益と衝突しても承認を求める立場にあるといえるから，特別利害関係取締役に当たる。

⑵　そうすると，「議決に加わることができない」Bが議決権を行使しているため，X社取締役会決議には，手続的瑕疵がある。もっとも，Bを除外しても，A他２名が賛成で，Cのみが反対であるから，過半数の賛成（369条１項）による承認決議がなされたといえる特段の事情が認められる。したがって，この点では，承認決議は無効とならない。

５　④について

X社の取締役会承認決議がないため，本件借入れの効力が問題となる。

取締役会の承認を欠く利益相反取引は，356条２項の反対解釈により無権代理に準じて扱われるべきであるから，無効と解する。もっとも，間接取引の場合，当該取引の相手方は第三者であるから，取引の安全を保護する必要がある。そこで，相手方が悪意・重過失である場合に限り，会社は無効を主張することができると解する。

Bは，本件借入れが利益相反取引に当たり，かつ，X社取締役会の承認決議を欠くことにつき悪意・重過失である。そうすると，Bとの経済的一体性が認められるY社も悪意・重過失であるといえる。したがって，X社は，本件借入れの無効を主張することができる。

６　以上より，Cの主張は妥当である。

第２　設問２

１　Bは，新株発行無効の訴え（828条１項２号）を提起し，無効事由として，X社のZ社に対する募集株式発行（以下「本件発行」）は有利発行（199条３項）に当たるのに株主総会特別決議（199条２項・３項，201条１項，309条２項５号）を欠いていることを主張すると考えられる。

２⑴　本件発行は，１株5000円でされているが，X社の１株当たりの価値は，募集事項の決定時及び新株発行時において１万円を下ることはなかったから，公正な価額である１万円に比べて特に低い金額でされている。したがって，Z社に「特に有利な金額」（199条３項）に当たるから，X社において株主総会特別決議が必要となる。

⑵　しかし，無効事由については，明文はないが，公開会社の場合，取引の安全を重視すべきであるから，重大な法令・定款違反に限定されると解する。

X社は公開会社である。そして，本件発行の発行数は，10万株であるから，既発行の30万株と合わせても，発行可能株式総数100万株の範囲内である。そうすると，取締役会に認められた授権の範囲内の発行であるから，株主総会特別決議を欠くことは，内部的意思決定を欠くにすぎないといえるから，重大な法令違反ではない。したがって，無効事由とならない。

３　以上より，Bの主張は妥当でない。　　以上

［民事訴訟法］（〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は，２：３）

次の【事例】について，後記の〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事例】

Ｘは，Ａとの間で，Ａの所有する甲土地についての売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し，売買を原因とする所有権移転登記を経由している。ところが，本件売買契約が締結された後，Ｘは，Ｙが甲土地上に自己所有の乙建物を建築し，乙建物の所有権保存登記を経由していることを知った。Ｘは，Ｙに甲土地の明渡しを求めたが，Ｙは，ＡＸ間で本件売買契約が締結される前に，Ａとの間で土地上に自己所有の建物を建築する目的で，甲土地を賃借する旨の契約を締結しており，甲土地の正当な占有権原がある旨を主張して，これに応じなかった。

そこで，Ｘは，平成２６年４月１５日，甲土地の所在地を管轄する地方裁判所に，Ｙを被告として，甲土地の所有権に基づき，乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起し，その訴状は，同月２１日，Ｙに対して送達された。

平成２６年７月１３日の時点では，乙建物は，これをＹから賃借したＷが占有している。

〔設問１〕

上記の【事例】において，ＹがＷに乙建物を賃貸したのは平成２６年２月１０日であり，Ｘは，Ｗに乙建物が賃貸されたことに気付かないまま，Ｙのみを相手に建物収去土地明渡しを求める本件訴訟を提起し，その後，乙建物をＷが占有していることに気付いた。Ｘは，Ｗに対する建物退去土地明渡請求についても，本件訴訟の手続で併せて審理してもらいたいと考えているが，そのために民事訴訟法上どのような方法を採り得るか説明しなさい。

〔設問２〕（〔設問１〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

上記の【事例】において，ＹがＷに乙建物を賃貸したのは平成２６年５月１０日であり，そして，Ｗは，本件訴訟で，ＡＸ間で本件売買契約が締結された事実はないとして，Ｘが甲土地の所有権を有することを争いたいと考えている。

ところが，Ｙは，本件訴訟の口頭弁論期日において，ＡＸ間で本件売買契約が締結されたことを認める旨の陳述をした。

① Ｙがこの陳述をした口頭弁論期日の後に，Ｗが本件訴訟に当事者として参加した場合

② Ｗが本件訴訟に当事者として参加した後の口頭弁論期日において，Ｙがこの陳述をした場合

③ Ｘの申立てにより裁判所がＷに訴訟を引き受けさせる旨の決定をした後の口頭弁論期日において，Ｙがこの陳述をした場合

のそれぞれについて，Ｗとの関係で，このＹの陳述が有する民事訴訟法上の意義を説明しなさい。

ＭＥＭＯ

出題の趣旨

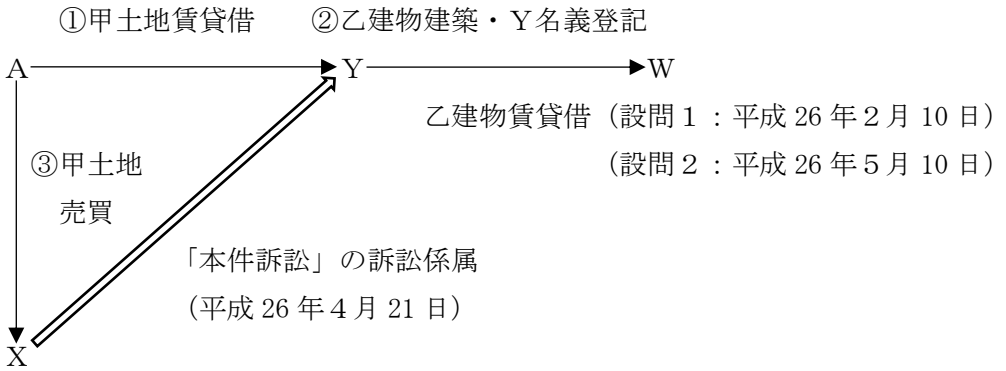
本問は，建物所有者に対する建物収去土地明渡請求訴訟の目的物である当該建物が訴訟係属前又は訴訟係属後に賃貸された場合について，これにより当該土地建物の占有を承継した賃借人が当該訴訟手続に関与するため又は当該賃借人を当該訴訟手続に関与させるための方法と，当該訴訟手続に関与することとなった当該賃借人に対して従前からの当事者である建物所有者が行った陳述の効果が及ぶか否かを問うものである。

設問１は，訴訟係属前に当該賃借人が当該土地建物の占有を承継した事案について，訴訟係属後に，原告の意思に基づき当該賃借人を当該訴訟手続に関与させるための方法を問うものであり，別訴提起・弁論の併合の方法によることや主観的追加的併合の許否等について検討することが求められる。

設問２は，訴訟係属後に当該賃借人が当該土地建物の占有を承継した事案について，①及び②では，賃借人すなわち義務承継人が参加承継することを前提として，従前からの当事者が当該義務承継人の参加前（①）・参加後（②）にした陳述の当該義務承継人に対する効果を，③では，義務承継人に引受承継させることを前提として，従前からの当事者が当該義務承継人の引受け後にした陳述の当該義務承継人に対する効果を，それぞれ問うものである。

基本ポイント

１　本問では，以下の事実関係及び本件訴訟の攻撃防御の枠組みを踏まえて，設問１及び設問２の各々につき，民事訴訟法上の方法・手段を適切に想起しつつ解答することが求められている。



請求の趣旨：被告は，原告に対し，乙建物を収去して甲土地を明け渡せ 訴訟物：所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権　１個

請求原因	抗弁

土地明渡し（所有権） ①A所有・AX間売買 ②Yの占有	占有権原－対抗要件具備 ③AY間賃貸借・建物所有目的 ④③に基づく引渡し ⑤Yが土地上にY名義登記のある建物所有

2　設問1では，本件訴訟の訴訟係属前にWが乙建物を賃借しているから，Xは，本件訴訟につき，Wが訴訟引受けをするよう申し立てること（民訴法 50 条1項）はできない。そのため，本問では，訴訟承継以外の方法を検討する必要がある。そこで，その候補となる方法を含んだ類似の制度を確認する。

主観的追加的併合	係属中の訴訟の原告若しくは被告が第三者に対し，または，第三者が原告若しくは被告に対し，新訴を追加的に併合提起する場合をいう
主観的予備的併合	原告が複数の者を共同被告として訴訟を提起し，共同被告について順位をつけ，主位被告に対する請求が認容されることを解除条件として予備的被告に対する請求についての判決を求める共同訴訟形態をいう
任意的当事者変更	訴訟係属後，原告が当初の被告以外の者を被告として，又は当初の原告以外の者が原告となって，訴訟を追行する場合をいう

本問では，これらの制度・方法を念頭に，主観的追加的併合，任意的当事者変更及び別訴提起・弁論の併合について検討する必要がある。

3　設問2では，本件訴訟の訴訟係属中にWが乙建物を賃借しているから，Wは，義務承継人に当たる場合，本件訴訟につき，参加承継（①及び②の場合，民訴法 51 条前段）及び引受承継（③の場合，同法 50 条1項）をすることができる。そのため，まず，Wが義務承継人に当たることを簡潔に認定する必要がある。その上で，Yの陳述が，本件訴訟の請求原因事実である「AX間で本件売買契約が締結されたこと」を認めるものであるため，裁判上の自白（民訴法 179 条）に当たることを踏まえて，①Wの参加承継の前にYの自白がされた場合，②Wの参加承継の後にYの自白がされた場合及び③Wの引受承継の後にYの自白がされた場合につき，Yの自白の効力に言及しつつ，Wが，AX間で本件売買契約が締結された事実はないと主張して，Xが甲土地の所有権を有することを争うことができるかどうかを判断することになる。

応用ポイント

1	（設問1）各方法につき，Xの立場からのメリット・デメリットを検討していること
2	（設問2）①から③の各場合につき，関係条文を正しく適用して，結論を示していること

第１　設問１

１　本件訴訟の訴訟係属は，訴状がＹに送達された平成26年４月21日に生じているが，ＹがＷに乙建物を賃貸したのは同年２月10日である。そうすると，Ｗは訴訟係属前から乙建物を占有しており，「承継」人（民訴法（以下略）50条１項）に当たらないから，Ｘは，義務承継人の訴訟引受けの申立てをすることはできない。

また，Ｘは，本件訴訟の手続で，Ｗに対する請求も併せて審理してもらいたいと考えているから，被告がＹからＷに入れ替わる任意的当事者変更の方法を採ることもできない。

２　しかし，この場合，Ｘは，Ｗに対する別訴を提起した上で，裁判所に弁論の併合（152条１項）についての職権発動を求めるという方法を採ることができる。ただし，弁論の併合をするか否かは，裁判所の訴訟指揮権に関わる裁量事項であるから，Ｘの望み通りに本件訴訟の手続で併合審理がされることになる保障はない。

３⑴　そこで，Ｘは，Ｗをも被告とする主観的追加的併合という方法を採ることができるか。当事者に主観的追加的併合の申立権が認められるかが問題となる。

⑵　確かに，主観的追加的併合の結果，訴訟経済が図られ，裁判の矛盾等を防止し得るという利点がある。しかし，追加された当事者の手続保障の観点から，従前の訴訟状態を当然に利用できるとすることはできないため，必ずしも上記利点は認められない。むしろ，訴訟の複雑化，軽率な提訴・濫訴の増加及び訴訟遅延のおそれが認められる。それにもかかわらず，裁判所の訴訟指揮権を拘束する権限を当事者に認めるべきではない。したがって，明文の規定がない以上，当事者に主観的追加的併合の申立権を認めることはできないと解する。

⑶　よって，Ｘは，Ｗをも被告とする主観的追加的併合という方法を採ることはできない。

４　以上より，Ｘは，Ｗに対する別訴を提起した上で，裁判所に弁論の併合についての職権発動を求めるという方法を採ることができる。

第２　設問２

１⑴　ＹがＷに乙建物を賃貸したのは平成26年５月10日である。そうすると，Ｗは「訴訟係属中」に乙建物の占有を開始していたことになる。そこで，Ｗは，本件訴訟において，参加承継（51条前段）及び引受承継（50条１項）をすることができるか。「訴訟の目的である義務の全部又は一部」の「承継」人（50条１項，51条前段）の意義が問題となる。

⑵　参加承継・引受承継の趣旨は，実体法上の紛争主体たる地位の変動を訴訟手続に反映させて，紛争の実効的解決を図る点にある。そのため，承継人は，係属中の訴訟の承継直前の訴訟状態を引き継ぐことになる。そこで，承継人とは，実体法上の権利・義務の移転を受け，係属中の訴訟の訴訟資料を利用できる紛争主体たる地位を承継した者をいうと解する。

⑶　本件では，本件訴訟におけるＹの乙建物の収去義務に包含される退去義務がＷに移転しているところ，Ｗの退去義務の有無の判断は，Ｙ

の甲土地賃借権の存否の判断に依存するから，本件訴訟の訴訟資料を利用して実効的解決を図り得る。したがって，Wは，本件訴訟の紛争主体たる地位を承継した者といえるから，承継人に当たる。よって，Wは，本件訴訟において，参加承継及び引受承継をすることができる。

2⑴　本件では，Wが，①及び②では参加承継をし，③では引受承継をすることとなっている。他方，Yは，本件訴訟の口頭弁論期日において，ＡＸ間で本件売買契約が締結されたことを認める旨の陳述（以下「本件陳述」）をしているところ，本件陳述は，Xの主張する請求原因事実を認めるものであるから，裁判上の自白（179条）に当たる。以下，①から③の場合において，Wとの関係で，本件陳述が有する民訴法上の意義を検討する。

⑵　①の場合

Wは，Yが本件陳述をした後に，本件訴訟において参加承継している。そして，承継人であるWは，承継の効果として，係属中の本件訴訟の承継直前の訴訟状態を引き継ぐことになる。そうすると，本件陳述には裁判上の自白が成立しているから，Wは，原則として，これを撤回することができない。

したがって，Wは，ＡＸ間で本件売買契約が締結された事実はないと主張して，Xが甲土地の所有権を有することを争うことはできない。

⑶　②の場合

Wは，Yが本件陳述をする前に，本件訴訟において参加承継している。そして，参加承継の場合，必要的共同訴訟の規定が準用される（51条前段・47条４項・40条１項から３項）ところ，本件陳述は，Wに不利益であるから，効力を生じない（40条１項）。

したがって，Wは，ＡＸ間で本件売買契約が締結された事実はないと主張して，Xが甲土地の所有権を有することを争うことができる。

⑷　③の場合

Wは，Yが本件陳述をする前に，本件訴訟において引受承継している。そして，引受承継の場合，同時審判申出共同訴訟の規定が準用される（50条３項・41条１項，３項）から，基本的には通常共同訴訟となる（38条，39条）。そうすると，本件陳述は，「他の共同訴訟人」であるWに「影響を及ぼさない」（39条・共同訴訟人独立の原則）。

したがって，Wは，ＡＸ間で本件売買契約が締結された事実はないと主張して，Xが甲土地の所有権を有することを争うことができる。

以上

［刑　法］

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

１　甲（２８歳，男性，身長１７８センチメートル，体重８２キログラム）は，Ｖ（６８歳，男性，身長１６０センチメートル，体重５３キログラム）が密輸入された仏像を密かに所有していることを知り，Ｖから，売買を装いつつ，代金を支払わずにこれを入手しようと考えた。具体的には，甲は，代金を支払う前に鑑定が必要であると言ってＶから仏像の引渡しを受け，これを別の者に託して持ち去らせ，その後，自身は隙を見て逃走して代金の支払を免れようと計画した。

甲は，偽名を使って自分の身元が明らかにならないようにして，Ｖとの間で代金や仏像の受渡しの日時・場所を決めるための交渉をし，その結果，仏像の代金は２０００万円と決まり，某日，ホテルの一室で受渡しを行うこととなった。甲は，仏像の持ち去り役として後輩の乙を誘ったが，乙には，「ホテルで人から仏像を預かることになっているが，自分にはほかに用事があるから，仏像をホテルから持ち帰ってしばらく自宅に保管しておいてくれ。」とのみ伝えて上記計画は伝えず，乙も，上記計画を知らないまま，甲の依頼に応じることとした。

２　受渡し当日，Ｖは，一人で受渡し場所であるホテルの一室に行き，一方，甲も，乙を連れて同ホテルに向かい，乙を室外に待たせ，甲一人でＶの待つ室内に入った。甲は，Ｖに対し，「金は持ってきたが，近くの喫茶店で鑑定人が待っているので，まず仏像を鑑定させてくれ。本物と確認できたら鑑定人から連絡が入るので，ここにある金を渡す。」と言い，２０００万円が入っているように見せ掛けたアタッシュケースを示して仏像の引渡しを求めた。Ｖは，代金が準備されているのであれば，先に仏像を引き渡しても代金を受け取り損ねることはないだろうと考え，仏像を甲に引き渡した。甲は，待機していた乙を室内に招き入れ，「これを頼む。」と言って，仏像を手渡したところ，乙は，準備していた風呂敷で仏像を包み，甲からの指示どおり，これを持ってそのままホテルを出て，タクシーに乗って自宅に帰った。乙がタクシーで立ち去った後，甲は，代金を支払わないまま同室から逃走しようとしたが，Ｖは，その意図を見破り，同室出入口ドア前に立ちはだかって，甲の逃走を阻んだ。

３　Ｖは，甲が逃げないように，護身用に持ち歩いていたナイフ（刃体の長さ約１５センチメートル）の刃先を甲の首元に突き付け，さらに，甲に命じてアタッシュケースを開けさせたが，中に現金はほとんど入っていなかった。Ｖは，甲から仏像を取り返し，又は代金を支払わせようとして，その首元にナイフを突き付けたまま，「仏像を返すか，すぐに金を準備して払え。言うことを聞かないと痛い目に合うぞ。」と言った。また，Ｖは，甲の身元を確認しようと考え，「お前の免許証か何かを見せろ。」と言った。

４　甲は，このままではナイフで刺される危険があり，また，Ｖに自動車運転免許証を見られると，身元が知られて仏像の返還や代金の支払を免れることができなくなると考えた。そこで，甲は，ＶからナイフをＶ奪い取ってＶを殺害して，自分の身を守るとともに，仏像の返還や代金の支払を免れることを意図し，隙を狙ってＶからナイフを奪い取り，ナイフを取り返そうとして甲につかみ掛かってきたＶの腹部を，殺意をもって，ナイフで１回突き刺し，Ｖに重傷を負わせた。甲は，すぐに逃走したが，部屋から逃げていく甲の姿を見て不審に思ったホテルの従業員が，Ｖが血を流して倒れているのに気付いて１１９番通報をした。Ｖは，直ちに病院に搬送され，一命を取り留めた。

５　甲は，身を隠すため，その日のうちに国外に逃亡した。乙は，持ち帰った仏像を自宅に保管したまま，甲からの指示を待った。その後，乙は，甲から電話で，上記一連の事情を全て打ち明けられ，引き続き仏像の保管を依頼された。乙は，先輩である甲からの依頼であるのでやむ

を得ないと思い，そのまま仏像の保管を続けた。しかし，乙は，その電話から２週間後，金に困っていたことから，甲に無断で仏像を５００万円で第三者に売却し，その代金を自己の用途に費消した。

出題の趣旨

本問は，甲が，Ｖに嘘を言い，同人所有の仏像を，事情を知らない乙を介して入手した際，Ｖからナイフを突き付けられて仏像の返還や代金の支払を要求されたため，自分の身を守るとともに仏像の返還や代金の支払を免れる意図で，殺意をもって，Ｖから奪い取ったナイフで同人の腹部を刺したが殺害に至らず，その後，甲の依頼を受けた乙が，仏像を保管中，甲に無断でこれを売却した，という事案を素材として，事案を的確に分析する能力を問うとともに，詐欺罪，強盗殺人未遂罪，正当防衛，盗品等保管罪，横領罪それぞれの成立要件等に関する基本的理解と事実の当てはめが，論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

基本ポイント

1　本問では，甲及び乙が行った各行為についての構成要件該当性の検討において，行為相互間の論理的関係を踏まえた解答をすることが大切である。すなわち，甲がＶから仏像の引渡しを受けた行為については，詐欺罪（刑法（以下略）246 条１項）又は窃盗罪（235 条）の構成要件該当性が問題となるところ，いずれと考えるかにより，以下の通り，その後の各行為で問題とすべき犯罪・構成要件が異なってくる。

	甲の仏像受領行為	乙の仏像持去り行為	甲のＶに対する殺傷行為
構成①	１項詐欺罪 ※乙がホテルの一室から出た時点で既遂になる	盗品等運搬罪	２項強盗罪 →強盗殺人未遂罪
構成②	窃盗罪 ※乙がホテルを出た時点ないしタクシーに乗車した時点等で既遂になる		事後強盗罪 →強盗殺人未遂罪

構成①では，乙が仏像をホテルから持ち去る以前に１項詐欺罪が成立しているため，仏像は「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」（盗品等・256 条１項）に当たる。したがって，乙の仏像持去り行為は，盗品等運搬罪の客観的構成要件に該当する（もっとも，乙は仏像の盗品性を認識していないため故意がなく，盗品等運搬罪は成立しない。）。また，甲はＶに対して仏像の返還債務ないし代金支払債務を負っているため，暴行等を行うことにより，これらの債務を免れる行為は，２項強盗罪の構成要件に該当する。その上で，甲は殺意をもってＶに対して殺傷行為を行っているから，この行為は，強盗殺人未遂罪の構成要件に該当する。

他方，構成②では，窃盗罪は，甲がＶから仏像の引渡しを受けた時点ではなく，それより後の乙がホテルを出た時点ないしタクシーに乗車した時点等で既遂になる。そのため，乙の仏像持去り行為は，まず，窃盗罪の共同正犯又は幇助犯の客観的構成要件に該

当する（もっとも，乙は自己の行為が仏像に対するVの占有を侵害していることを認識していないため故意がなく，窃盗罪の共同正犯又は幇助犯は成立しない。）。そして，窃盗罪が既遂となった時点以降の仏像持ち去り行為は，盗品等運搬罪の客観的構成要件に該当する（もっとも，乙は仏像の盗品性を認識していないため故意がなく，盗品等運搬罪は成立しない。）。また，甲は，構成①と異なり，「窃盗」犯であるから，取得した「財物」である仏像が取り返されることを防止するため，暴行等を行った場合，その行為は，事後強盗罪（238 条）の構成要件に該当する。その上で，甲は殺意をもってVに対して殺傷行為を行っているから，この行為は，強盗殺人未遂罪の構成要件に該当する。

このように，構成①と構成②では，検討すべき犯罪が異なるため，自己の立つ立場から，論理的一貫性を保った検討をする必要がある。

2　甲がVから仏像の引渡しを受けた行為につき，１項詐欺罪と窃盗罪のいずれの成立を認めるべきかという問題については，１項詐欺罪の構成要件要素である交付行為は，財物の占有を終局的に移転させる行為をいうと解されているから，Vが甲に仏像を引き渡した行為が仏像の占有を終局的にVから甲に移転するものといえるかどうかを判断することになる。

3　甲のVに対する殺傷行為については，強盗殺人未遂罪の構成要件該当性が認められることを前提に，正当防衛（36 条１項）が成立して違法性阻却が認められるかどうかを検討する必要がある。この点については，防衛行為の相当性の肯否が問題となるところ，これを否定する場合，甲には過剰防衛（36 条２項）が成立するにとどまる。

4　乙は，仏像を自宅で保管しているところ，仏像が盗品等に当たることを認識した時点以後の保管行為には，盗品等保管罪が成立する。また，乙が，金欲しさから，甲に無断で仏像を売却した行為には，横領罪（252 条）が成立する。そして，解答の際には，これらの犯罪の各構成要件要素を挙げつつ，当てはめを行うことが必要である。

応用ポイント

1	甲がVから仏像の引渡しを受けた行為につき，１項詐欺罪と窃盗罪のいずれの成立を認めるべきかという問題について，事案に即した具体的な検討をしていること →Vが鑑定人が待っているとされる喫茶店の場所を知らされていないこと，仏像が密輸入されたものであること等から，Vが甲に仏像を引き渡した場合，Vは，仏像の占有を回復することが困難であることを考慮する。なお，交付行為の時点と現実の占有移転の時点（＝既遂時期）は，必ずしも一致する必要がないから，Vの仏像引渡行為が交付行為に当たると考えた場合でも，乙がホテルの一室から出た時点で１項詐欺罪が既遂になると考えることができる。
2	２項強盗罪の「利益」に関し，利益の具体性及び利益移転の現実性の有無を検討していること

3	横領罪の構成要件要素である委託信任関係は，所有者以外の者を委託者とする場合においても肯定されることに言及していること →横領罪の保護法益は所有権であるが，所有者以外の者を委託者とする委託信任関係も保護の対象として認められている。
4	乙の代金費消行為につき，横領罪の成否を検討していること →費消された代金は仏像の代金であるため，代金費消行為と仏像売却行為の被害法益は実質的に同一であるから，代金費消行為に成立する横領罪は，仏像売却行為に成立する横領罪に吸収されて包括一罪となる。

ＭＥＭＯ

第１　甲の罪責

１⑴　甲は，売買を装いＶからその所有する仏像の引渡しを受けているところ，この行為に詐欺罪（刑法（以下略）246 条１項）が成立するか。

⑵ア　前提として，本件の仏像は，密輸入が理由で没収の対象となり得るが，麻薬等の禁制品のように所有・所持が禁止されるものではないから，当然に「財物」に当たる。

イ　まず，欺く行為とは，財物の交付に向けて人を錯誤に陥れる行為をいう。甲は，鑑定を行わないのに，代金 2000 万円が入っているように見せ掛けたアタッシュケースを示し，鑑定のために先に仏像を引き渡すよう求めているから，欺く行為に当たる。そして，これにより，Ｖは鑑定がなされるものと誤信しているから，錯誤もある。

ウ　Ｖは，錯誤に基づき仏像を引き渡しているところ，この行為が財物の交付行為に当たるかが問題となる。

交付行為とは，財物の占有を終局的に移転させる行為をいう。

Ｖは，甲の本名及び鑑定人が待っているとされるホテル外の喫茶店の場所を知らず，また，仏像が密輸入品であることからも，引渡し後に仏像の占有を回復することは容易でなかった。他方，代金額も決定しており，Ｖは，先に仏像を引き渡しても代金を受け取れると考えていたから，仏像の占有が移転することを容認していたといえる。したがって，引渡行為は，仏像の占有を終局的に移転させるから，交付行為に当たる。なお，この引渡行為により，仏像に対する事実上の支配が甲に移転したため，甲に窃盗罪は成立しない。

⑶　以上より，甲には詐欺罪が成立する（罪①）。

２⑴　甲は，仏像の返還や代金の支払を免れることを意図して，Ｖをナイフで突き刺し重傷を負わせているところ，この行為に２項強盗殺人未遂罪（243 条・240 条後段）が成立するか。

⑵ア（ア）甲の行為が「強盗」（240 条）に当たるかが問題となる。

（イ）強盗罪の「暴行」は，相手方の反抗を抑圧する程度の有形力の行使をいうと解する。甲は，Ｖの腹部をナイフで突き刺すことで，Ｖの抵抗を不可能にしているから，「暴行」に当たる。

（ウ）そして，財産上の利益（236 条２項）は，１項強盗罪との均衡から，財物の占有移転と同視できる程度であることが必要となる。したがって，利益の具体性及び利益移転の現実性が必要であると解する。Ｖの甲に対する仏像の返還請求権及び代金支払請求権は既発生の権利であり，これを免れることは，甲にとって具体的利益といえるから，利益の具体性がある。また，甲はＶに身元を知られておらず，Ｖを殺害すれば，事実上，債務の履行請求もなくなるため，利益移転の現実性もある。

（エ）したがって，甲の行為は「強盗」に当たる。

イ（ア）甲はＶの腹部を殺意をもって突き刺しているが，故意がある場合にも 240 条は適用されると解する。なぜなら，同条は，「よって」という文言を用いておらず，また，その趣旨が，刑事学上，強盗の機会に故意・過失を問わず死傷結果の生じることが多いため，人の生命・身体を保護する点にあるからである。

（イ）そして，上記の趣旨から，同罪の既遂・未遂は，死傷結果の発生の有無で判断するから，Vが死亡しておらず，未遂となる。

⑶　したがって，甲の行為には２項強盗殺人未遂罪が成立する（罪②）。なお，甲は，Vによるナイフ取返行為という「急迫不正の侵害」が継続する中，自己の身を守る意図を有していたが，Vとの年齢差及び体格差から，奪い取ったナイフでの刺突行為は，手段の相当性を欠くから，正当防衛（36条１項）は成立せず，過剰防衛となる（同条２項）。

３　以上より，甲には罪①②が成立するが，被害法益が実質的に同一であるから，罪①は，重い罪②に吸収されて，包括一罪となる。

第２　乙の罪責

１　乙は，甲から手渡された仏像をホテルから自宅に持ち去っている。そして，ホテルの一室を出た時点で，仏像につき詐欺罪が成立するから，乙の持去り行為は盗品等運搬罪（256条２項）の客観的構成要件に該当する。しかし，乙は，この時点で，甲の計画を知らず，仏像が盗品等であることを認識していないため，故意がないから，同罪は成立しない。

2⑴　乙は，甲から依頼されて仏像を保管しているため，この行為は，盗品等保管罪（256条２項）の客観的構成要件に該当する。

⑵　しかし，甲から一連の事情を打ち明けられるまでは，乙に盗品性の認識がなく，故意がないから，同罪は成立しない。

他方，盗品等保管罪は継続犯と解されるところ，盗品性認識後の保管行為については故意を認めることができる。したがって，盗品性認識後の乙の保管行為については同罪が成立する（罪①）。

3⑴　乙は，甲に無断で仏像を売却しているところ，この行為に横領罪（252条）が成立するか。

⑵ア　仏像は，Vの所有物であるから，「他人の物」に当たり，乙はこれを「占有」している。

イ　占有離脱物横領罪（254条）との区別から，占有が委託信任関係に基づくことが構成要件要素となると解する。なお，委託信任関係は，所有者以外の者を委託者とする場合にも認められる。

もっとも，乙に仏像の保管を委託した甲は，仏像を詐取した犯人であるから，財産犯との委託信任関係が保護されるかが問題となる。

刑法の目的は，個人の法益保護だけでなく財産秩序の維持にもあるから，刑法における要保護性を民法と同様に解する必要はない。そこで，財産犯との間の委託信任関係も保護すべきであると解する。

したがって，甲と乙との間には委託信任関係が認められる。

ウ　「横領」とは，他人の物の占有者が委託の任務に背いて，その物につき権限がないのに，その物の経済的用法に従って，所有者でなければできないような処分をする意思の発現行為をいうと解する。

乙は，甲から仏像の保管を委託されていたから，金欲しさの仏像売却行為は，甲の委託の任務に背く上記意思の発現行為に当たる。

⑶　したがって，乙の仏像売却行為には，横領罪が成立する（罪②）。

４　以上より，乙には罪①②が成立する。なお，代金費消行為にも横領罪が成立するが，これは被害法益が②と実質的に同一であるから，②に吸収されて包括一罪となり，①と②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】

司法警察員Ｋらは，Ａ建設株式会社（以下「Ａ社」という。）代表取締役社長である甲が，Ｌ県発注の公共工事をＡ社において落札するため，Ｌ県知事乙を接待しているとの情報を得て，甲及び乙に対する内偵捜査を進めるうち，平成２５年１２月２４日，Ａ社名義の預金口座から８００万円が引き出されたものの，Ａ社においてそれを取引に用いた形跡がない上，同月２５日，乙が，新車を購入し，その代金約８００万円をその日のうちに現金で支払ったことが判明した。

Ｋらは，甲が乙に対し，８００万円の現金を賄賂として供与したとの疑いを持ち，甲を警察署まで任意同行し，Ｋは，取調室において，甲に対し，供述拒否権を告知した上で，Ａ社名義の預金口座から引き出された８００万円の使途につき質問したところ，甲は「何も言いたくない。」と答えた。

そこで，Ｋは，甲に対し，「本当のことを話してほしい。この部屋には君と私しかいない。ここで君が話した内容は，供述調書にはしないし，他の警察官や検察官には教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく。」と申し向けたところ，甲はしばらく黙っていたものの，やがて「分かりました。それなら本当のことを話します。あの８００万円は乙知事に差し上げました。」と話し始めた。Ｋが，甲に気付かれないように，所持していたＩＣレコーダーを用いて録音を開始し，そのまま取調べを継続すると，甲は，「乙知事は，以前から，高級車を欲しがっており，その価格が約８００万円だと言っていた。そこで，私は，平成２５年１２月２４日にＡ社の預金口座から８００万円を引き出し，その日，乙知事に対し，車両購入代としてその８００万円を差し上げ，その際，乙知事に，『来月入札のあるＬ県庁庁舎の耐震工事をＡ社が落札できるよう便宜を図っていただきたい。この８００万円はそのお礼です。』とお願いした。乙知事は『私に任せておきなさい。』と言ってくれた。」と供述した。Ｋは，甲に対し，前記供述を録音したことを告げずに取調べを終えた。

その後，甲は贈賄罪，乙は収賄罪の各被疑事実によりそれぞれ逮捕，勾留され，各罪によりそれぞれ起訴された。第１回公判期日の冒頭手続において，甲は「何も言いたくない。」と陳述し，乙は「甲から８００万円を受け取ったことに間違いないが，それは私が甲から借りたものである。」と陳述し，以後，両被告事件の弁論は分離された。

〔設　問〕

甲の公判において，「甲が乙に対し賄賂として現金８００万円を供与したこと」を立証趣旨として，前記ＩＣレコーダーを証拠とすることができるか。その証拠能力につき，問題となり得る点を挙げつつ論じなさい。

ＭＥＭＯ

出題の趣旨

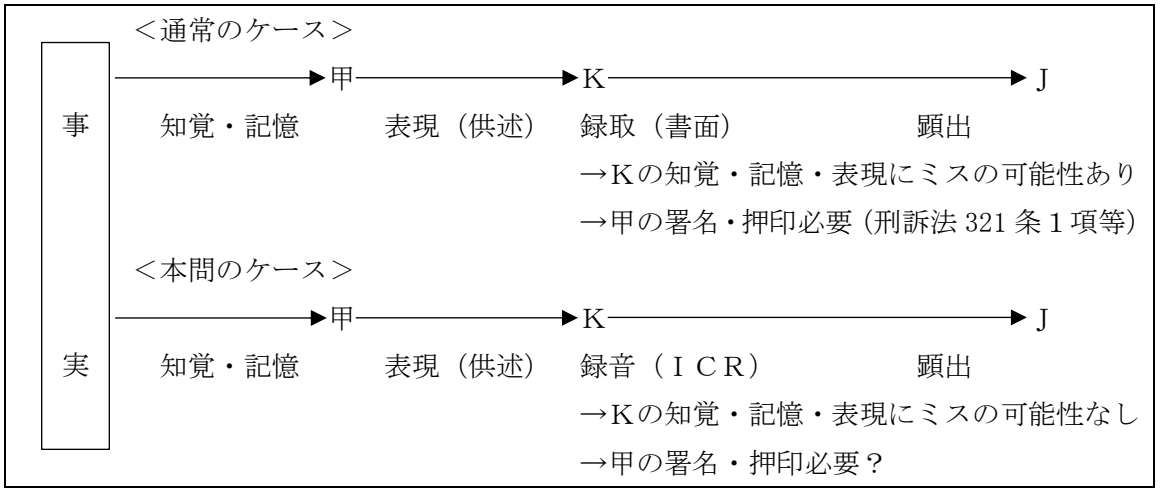
本問は，贈賄事件について，被疑者を任意で取調べ中，警察官が「本当のことを話してほしい。この部屋には君と私しかいない。ここで君が話した内容は，供述調書にはしないし，他の警察官や検察官には教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく。」と申し向けて被疑者から自白を引き出し，その自白をＩＣレコーダーを用いて秘密録音したとの事例において，当該ＩＣレコーダーを贈賄事件の犯罪事実を立証するための証拠として用いる場合の証拠能力に関わる問題点を検討させることにより，伝聞法則とその例外，自白法則（不任意自白の排除），秘密録音を含む自白獲得手続の適法性と自白の証拠能力について，基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

基本ポイント

1　本問では，甲の公判において，ＩＣレコーダー（以下「ＩＣＲ」という。）を証拠とすることができるかどうかが問われているから，その結論と理由を示す必要がある。ただし，本問では，「その証拠能力につき，問題となり得る点を挙げつつ」論じることが求められているため，仮に，問題となり得る点（＝証拠能力が否定され得る点）を一つ挙げて検討したところ，証拠能力が否定されるとの結論に至ったとしても，他に問題となり得る点があるのであれば，その観点からも，別個に証拠能力の肯否を検討する必要があることに注意しなければならない。すなわち，本問は，ＩＣＲの証拠能力の肯否につき，その結論に至る理由において，多角的な観点からの検討を求めるものである。そして，本問で，ＩＣＲの証拠能力は，自白法則（刑訴法 319 条１項）との関係，伝聞法則（同法 320 条１項）との関係及び違法収集証拠排除法則との関係で否定され得ることから，各々の観点から，その証拠能力の肯否を検討することになる（なお，一つでも証拠能力を否定する観点があれば，最終的な結論としては，ＩＣＲの証拠能力が否定されることになる。）。

2　自白法則との関係では，まず，ＩＣＲに録音された甲の供述が自白に当たることを認定した上で，約束による自白が不任意自白に当たるかどうかについて，自白法則の根拠から判断基準を定立し，検討する必要がある。そして，自白法則の根拠に関しては，①虚偽排除説，②人権擁護説，③折衷説（①と②の観点を併用する説）及び④違法排除説があるが，いずれの立場に立つ場合でも，自己の立場から導かれる判断基準を示した上で，事案に即して当てはめを行うことになる。

3　伝聞法則との関係では，解答の前提として，まず，「公判期日における供述に代」わる証拠（刑訴法 320 条１項）が公判において顕出されるまでのプロセスを正確に理解している必要がある。



ＩＣＲで録音する場合，書面に録取する場合と異なり，Kの知覚・記憶・表現の各過程で誤りが入り込む危険がない。そのため，この場合，甲が自己の供述が正確に記録されていることを確認したことを示すための署名・押印をする必要はないと解し得る点に言及する必要がある。もっとも，甲が体験した事実に関する知覚・記憶・表現の各過程自体には，誤りが入り込んでいる危険があるため，刑訴法 322 条１項が規定する伝聞例外の要件を満たすかどうかを検討することになる。すなわち，甲が体験した事実を録音・録画していた場合において，その現場録音・現場録画のテープ等の証拠能力が問題となっているケースと本問のケースを混同しないことが大切である。

4　違法収集証拠排除法則との関係では，秘密録音の適法性を検討することになる。その際は，強制処分該当性と任意処分の適法性をバランスよく検討することが大切である。なお，任意処分としての秘密録音の適法性判断の考慮要素としては，「録音の目的，対象，手段方法，対象となる会話の内容，会話時の状況等の諸事情」（東京地判平 2.7.26）や「録音の経緯，内容，目的，必要性，侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡など」（千葉地判平 3.3.29）が挙げられるため，これらを踏まえる必要がある。

応用ポイント

1	（自白法則との関係）①ないし③説に立つ場合，Kが甲に約束した利益の内容を踏まえて，甲に対する心理的影響の有無・程度を検討していること
2	（伝聞法則との関係）甲の供述に含まれる乙の発言の証拠能力を検討していること →乙の発言について，伝聞証拠に当たると考えた場合，再伝聞の証拠能力が問題となり，他方，非伝聞であり伝聞証拠に当たらないと考えた場合，甲の供述に証拠能力が認められれば，当然に，証拠能力が認められることになる。そのため，乙の発言部分につき，伝聞証拠該当性を検討することになる。
3	不任意自白該当性につき，自白法則と伝聞法則とで論理的に一貫した論述をしていること

第１　自白法則との関係

１　ＩＣレコーダー（以下「ＩＣＲ」）に録音された甲の供述は，自己の贈賄罪（刑法198条）に係る犯罪事実の全部・主要部分を認める供述であるから，自白に当たる。しかし，甲の自白は，Ｋの「ここだけの話として私の胸にしまっておく。」等という約束によりされている。そこで，ＩＣＲは，「任意にされたものでない疑のある自白」（刑訴法319条１項・不任意自白）を理由に，証拠能力が否定されないかが問題となる。

２　自白法則の根拠は，不任意自白はその内容が虚偽である蓋然性が高く信用性に乏しいという点及び黙秘権（憲法38条１項）を中心とした供述者の人権の保障を担保する点にあると解する。そうすると，不任意自白に当たるか否かの判断基準は，供述者が心理的影響を受けて，類型的に虚偽の自白を誘発されるおそれがあったか否か，また，供述の自由を侵害されたか否か，ということになる。

３　本件で，Ｋが甲に約束した利益の内容は，甲の供述について，「供述調書にはしない」，「他の警察官や検察官には教えない」等というものである。確かに，Ｋの約束が守られれば，甲の供述から甲及び乙の捜査が進展することはないから，その限りで甲に利益がある。しかし，不起訴の約束のような積極的な利益の付与が約束されたわけではないから，Ｋの約束が甲に与える心理的影響は大きくなく，虚偽の自白を誘発されるおそれがあったとはいえない。また，Ｋは，供述拒否権を告知（刑訴法198条２項）した上で，通常の取調べの態様で約束をしたのであり，甲に対する心理的強制もなく，供述の自由を侵害していない。したがって，甲の自白は，「任意にされたものでない疑のある自白」に当たらない。よって，この点からは，証拠能力が否定されない。

第２　伝聞法則との関係

１　甲の供述が録音されたＩＣＲは，書面ではないが，「公判期日における供述に代」わる証拠（刑訴法320条１項準用）に当たる。そして，ＩＣＲの立証趣旨は，「甲が乙に対し賄賂として現金800万円を供与したこと」であり，甲の供述内容たる事実の真実性が問題となる。したがって，ＩＣＲは，伝聞証拠に当たり，原則として証拠能力が認められない。

２⑴　もっとも，被告人甲の供述を録音したＩＣＲは，「被告人の供述を録取した書面」に準ずるものであるから，刑訴法322条１項の要件を満たす場合，伝聞例外として証拠能力が認められる。

まず，ＩＣＲには，甲の署名・押印（同項本文）又はその代替措置がなく，要件を満たさないのではないかが問題となる。

録音は，「録取」と異なり，機械的正確性をもってなされるから，特段の事情のない限り，その過程で誤りが入り込む危険はない。したがって，供述者の署名・押印又はその代替措置は不要であると解する。よって，甲の署名・押印又は代替措置は，要件ではない。

そして，甲の供述は，自白であるから「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」（同項本文）に当たり，前述の通り，「任意にされたものでない疑」（同項但書）もないから，同条項の要件は満たす。

⑵　しかし，甲の供述には，乙の「私に任せておきなさい。」という発言が含まれている。立証趣旨の賄賂の「供与」は，賄賂を収受させるこ

とであるから，贈賄側の供与と収賄側の収受が対向関係にあることが前提となり，贈賄者の一方的行為では成立しない。そうすると，「供与」の立証のため，乙の発言部分にも証拠能力が認められる必要がある。そこで，乙の発言部分が伝聞証拠に当たるかが問題となる。

伝聞法則の趣旨は，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実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。

乙の発言は，乙が賄賂を収受したことの結果としての意味合いがあり，乙の収受を推認させる。したがって，要証事実は，乙の発言の存在自体であり，乙の発言部分は，発言内容たる事実の真実性立証には用いられない。よって，乙の発言部分は伝聞証拠に当たらない。

3　以上より，この点からは，証拠能力が否定されない。

第3　違法収集証拠排除法則との関係

1　Kは，甲に気づかれることなく，甲の供述を録音（以下「本件録音」）している。本件録音が違法である場合，ＩＣＲは，違法収集証拠として，その証拠能力が否定され得る。

2　そこで，本件録音が「強制の処分」（刑訴法197条1項但書）に当たるかが問題となる。

強制処分とは，個人の意思を制圧し，身体，住居，財産等の重要な権利・利益に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為をいうと解する。

確かに，甲は，録音を認識していれば，供述しなかったはずであるから，その意思に反するといえ，意思の制圧が認められる。しかし，甲は，Kに対する関係では自己の会話が聞かれることを認めているから，甲の会話に係るプライバシーは，要保護性が低く，重要な権利・利益に当たらない。したがって，本件録音は，強制処分に当たらない。

3　もっとも，任意処分であっても，話者の会話に係るプライバシーを侵害する危険性があるから，秘密録音は，必要性，緊急性等を考慮した上，具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると解する。

甲の供述は，供述調書を作成しないこと等が条件であり，甲の供述を保全するための録音の必要性が高かった。また，対象となる会話の内容は，本来，供述調書に録取されるべき甲の犯罪事実であるから，プライバシーとしての要保護性が低いのに対し，本件はＬ県の公共事業に関する贈収賄事件という社会的影響が大きく，その密行性から，関係者の供述が有力な証拠になるため，公益上の必要性が高かった。そうすると，本件録音の際，「私の胸にしまっておく」という偽計的手段を用いて甲の供述を得たことを考慮しても，本件録音は，相当と認められる限度のものとして許容される。したがって，本件録音は適法である。

4　以上より，この点からも，証拠能力は否定されない。　　以上

［民　事］（〔設問１〕から〔設問５〕までの配点の割合は，８：１６：４：１４：８）

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】

「私の父Ｙは，その妻である私の母が平成１４年に亡くなって以来，Ｙが所有していた甲土地上の古い建物（以下「旧建物」といいます。）に１人で居住していました。平成１５年初め頃，Ｙが，生活に不自由を来しているので同居してほしいと頼んできたため，私と私の妻子は，甲土地に引っ越してＹと同居することにしました。Ｙは，これを喜び，旧建物を取り壊した上で，甲土地を私に無償で譲ってくれました。そこで，私は，甲土地上に新たに建物（以下「新建物」といいます。）を建築し，Ｙと同居を始めました。ちなみにＹから甲土地の贈与を受けたのは，私が新建物の建築工事を始めた平成１５年１２月１日のことで，その日，私はＹから甲土地の引渡しも受けました。

ところが，新建物の完成後に同居してみると，Ｙは私や妻に対しささいなことで怒ることが多く，とりわけ，私が退職した平成２５年春には，Ｙがひどい暴言を吐くようになり，ついには遠方にいる弟Ａの所に勝手に出て行ってしまいました。

平成２５年１０月頃，Ａから電話があり，甲土地はＡに相続させるとＹが言っているとの話を聞かされました。さすがにびっくりするとともに，とても腹が立ちました。親子なので書類は作っていませんが，Ｙは，甲土地が既に私のものであることをよく分かっているはずです。平成１６年から現在まで甲土地の固定資産税等の税金を支払っているのも私です。もちろん母がいるときのようには生活できなかったかもしれませんが，私も妻もＹを十分に支えてきました。

甲土地は，Ｙの名義のままになっていますので，この機会に，私は，Ｙに対し，所有権の移転登記を求めたいと考えています。」

弁護士Ｐは，【Ｘの相談内容】を受けて甲土地の登記事項証明書を取り寄せたところ，昭和５８年１２月１日付け売買を原因とするＹ名義の所有権移転登記（詳細省略）があることが明らかとなった。弁護士Ｐは，【Ｘの相談内容】を前提に，Ｘの訴訟代理人として，Ｙに対し，贈与契約に基づく所有権移転登記請求権を訴訟物として，所有権移転登記を求める訴え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が作成する訴状における請求の趣旨（民事訴訟法第１３３条第２項）を記載しなさい。

(2) 弁護士Ｐは，その訴状において，「Ｙは，Ｘに対し，平成１５年１２月１日，甲土地を贈与した。」との事実を主張したが，請求を理由づける事実（民事訴訟規則第５３条第１項）は，この事実のみで足りるか。結論とその理由を述べなさい。

〔設問２〕

上記訴状の副本を受け取ったＹは，弁護士Ｑに相談した。贈与の事実はないとの事情をＹから聴取した弁護士Ｑは，Ｙの訴訟代理人として，Ｘの請求を棄却する，贈与の事実は否認する旨記載した答弁書を提出した。

平成２６年２月２８日の本件の第１回口頭弁論期日において，弁護士Ｐは訴状を陳述し，弁護士Ｑは答弁書を陳述した。また，同期日において，弁護士Ｐは，次回期日までに，時効取得に基づい

て所有権移転登記を求めるという内容の訴えの追加的変更を申し立てる予定であると述べた。

弁護士Ｐは，第１回口頭弁論期日後にＸから更に事実関係を確認し，訴えの追加的変更につきＸの了解を得て，訴えの変更申立書を作成し，請求原因として次の各事実を記載した。

① Ｘは，平成１５年１２月１日，甲土地を占有していた。

② 〔ア〕

③ 無過失の評価根拠事実

平成１５年１１月１日，Ｙは，Ｘに対し，旧建物において，「明日からこの建物を取り壊す。取り壊したら，甲土地はお前にただでやる。いい建物を頼むぞ。」と述べ，甲土地の登記済証（権利証）を交付した。〔以下省略〕

④ Ｘは，Ｙに対し，本申立書をもって，甲土地の時効取得を援用する。

⑤ 〔イ〕

⑥ よって，Ｘは，Ｙに対し，所有権に基づき，甲土地について，上記時効取得を原因とする所有権移転登記手続をすることを求める。

以上を前提に，以下の各問いに答えなさい。

(1) 上記〔ア〕及び〔イ〕に入る具体的事実を，それぞれ答えなさい。

(2) 上記①から⑤までの各事実について，請求原因事実としてそれらの事実を主張する必要があり，かつ，これで足りると考えられる理由を，実体法の定める要件や当該要件についての主張・立証責任の所在に留意しつつ説明しなさい。

(3) 上記③無過失の評価根拠事実（甲土地が自己の所有に属すると信じるにつき過失はなかったとの評価を根拠付ける事実）に該当するとして，「Ｘは平成１６年から現在まで甲土地の固定資産税等の税金を支払っている。」を主張することは適切か。結論とその理由を述べなさい。

〔設問３〕

上記訴えの変更申立書の副本を受け取った弁護士Ｑは，Ｙに事実関係の確認をした。Ｙの相談内容は次のとおりである。

【Ｙの相談内容】

「私は，長男Ｘと次男Ａの独立後しばらくたった昭和５８年１２月１日，甲土地及び旧建物を前所有者であるＢから代金３０００万円で購入して所有権移転登記を取得し，妻と生活していました。

その後，妻が亡くなってしまい，私も生活に不自由を来すようになりましたので，Ｘに同居してくれるよう頼みました。Ｘは，甲土地であれば通勤等が便利だと言って喜んで賛成してくれました。私とＸは，旧建物は私の方で取り壊すこと，甲土地をＸに無償で貸すこと，Ｘの方で二世帯が住める住宅を建てることを決めました。

しかし，いざ新建物で同居してみると，だんだんと一緒に生活することが辛くなり，平成２５年春，Ａに頼んでＡの所で生活をさせてもらうことにしました。

このような次第ですので，私が甲土地上の旧建物を取り壊して甲土地をＸに引き渡したこと，Ｘに甲土地を引き渡したのが新建物の建築工事が始まった平成１５年１２月１日であり，それ以来Ｘが甲土地を占有していること，Ｘが新建物を所有していることは事実ですが，私はＸに対し甲土地を無償で貸したのであって，贈与したのではありません。平成１５年１２月１日に私とＸが会って新築工事の話をしましたが，その際に甲土地を贈与するという話は一切出ていませんし，書類も作っていません。私には所有権の移転登記をすべき義務はないと思います。」

弁護士Ｑは，【Ｙの相談内容】を踏まえて，どのような抗弁を主張することになると考えられる

か。いずれの請求原因に関するものかを明らかにした上で，当該抗弁の内容を端的に記載しなさい（なお，無過失の評価障害事実については記載する必要はない。）。

〔設問４〕

第１回弁論準備手続期日において，弁護士Ｐは訴えの変更申立書を陳述し，弁護士Ｑは前記抗弁等を記載した準備書面を陳述した。その後，弁論準備手続が終結し，第２回口頭弁論期日において，弁論準備手続の結果の陳述を経て，ＸとＹの本人尋問が行われた。本人尋問におけるＸとＹの供述内容の概略は，以下のとおりであった。

【Ｘの供述内容】

「私は，平成１５年１１月１日，旧建物に行き，Ｙと今後の相談をしました。その際，Ｙは，私に対し，『明日からこの建物を取り壊す。取り壊したら，甲土地はお前にただでやる。いい建物を頼むぞ。』と述べ，甲土地の登記済証（権利証）を交付してくれました。私は，Ｙと相談して，Ｙの要望に沿った二世帯住宅を建築することにし，Ｙが住みやすいような間取りにしました。新建物は，仮にＹが亡くなった後も，私や私の妻子が末永く住めるよう私が依頼して鉄筋コンクリート造の建物としました。

平成１５年１２月１日，更地になった甲土地で新建物の建築工事が始まることになり，Ｙと甲土地で会いました。Ｙは，『今日からこの土地はお前の土地だ。ただでやる。同居が楽しみだな。』と言ってくれ，私も『ありがとう。』と答えました。

私はその日に土地の引渡しを受け，工事を開始し，新建物を建築しました。その後，私は，甲土地の登記済証（権利証）を保管し，平成１６年以降，甲土地の固定資産税等の税金を支払い，Ｙが勝手に出て行った平成２５年春までは，その生活の面倒も見てきました。

新建物の建築費用は３０００万円で，私の預貯金から出しました。移転登記については，いずれすればよいと思ってそのままにし，贈与税の申告もしていませんでした。なお，親子のことですから，贈与の書面は作っていませんが，Ｙが事実と異なることを言っているのは，Ａと同居を始めたからに違いありません。」

【Ｙの供述内容】

「私は，平成１５年１１月１日，旧建物で，Ｘと今後の相談をしましたが，その際，私は，Ｘに対し，『明日からこの建物を取り壊す。取り壊したら，甲土地はお前に無償で貸す。いい建物を頼むぞ。』と言ったのであって，『譲渡する』とは言っていません。Ｘには，生活の面倒を見てもらい，甲土地の固定資産税等の支払いをしてもらい，正直，私が死んだら，甲土地はＸに相続させようと考えていたのは事実ですが，生前に贈与するつもりはありませんでしたし，贈与の書類も作っていません。なお，甲土地の登記済証（権利証）を交付しましたが，これは旧建物を取り壊す際に，Ｘに保管を依頼したものです。

平成１５年１２月１日，更地になった甲土地で新建物の建築工事が始まることになり，Ｘと甲土地で会いましたが，私が言ったのは，『今日からこの土地はお前に貸してやる。お金はいらない。』ということです。その日からＸが新建物の工事を始め，私の意向を踏まえた二世帯住宅が建ち，私たちは同居を始めました。

しかし，いざ新建物で同居してみると，Ｘらは私を老人扱いしてささいなことも制約しようとしましたので，だんだんと一緒に生活することが辛くなり，平成２５年春，別居せざるを得なくなったのです。Ｘには，誰のおかげでここまで来れたのか，もう一度よく考えてほしいと思います。」

本人尋問終了後に，弁護士Ｑは，次回の第３回口頭弁論期日までに，当事者双方の尋問結果に基

づいて準備書面を提出する予定であると陳述した。弁護士Ｑは，「Ｙは，Ｘに対し，平成１５年１２月１日，甲土地を贈与した。」とのＸの主張に関し，法廷におけるＸとＹの供述内容を踏まえて，Ｘに有利な事実への反論をし，Ｙに有利な事実を力説して，Ｙの主張の正当性を明らかにしたいと考えている。

この点について，弁護士Ｑが作成すべき準備書面の概略を答案用紙１頁程度の分量で記載しなさい。

〔設問５〕

弁護士Ｑは，Ｙから本件事件を受任するに当たり，Ｙに対し，事件の見通し，処理方法，弁護士報酬及び費用について一通り説明した上で，委任契約を交わした。その際，Ｙから「私も高齢で，難しい法律の話はよく分からない。息子のＡに全て任せているから，今後の細かい打合せ等については，Ａとやってくれ。」と言われ，弁護士Ｑは，日頃Ａと懇意にしていたこともあったため，その後の訴訟の打合せ等のやりとりはＡとの間で行っていた。

第３回口頭弁論期日において裁判所から和解勧告があり，ＸＹ間において，ＹがＸに対し甲土地の所有権移転登記手続を行うのと引換えにＸがＹに対し１５００万円を支払うとの内容の和解が成立したが，弁護士Ｑは，その際の意思確認もＡに行った。また，弁護士Ｑは，和解成立後の登記手続等についても，Ａから所有権移転登記手続書類を預かり，その交付と引換えにＸから１５００万円の支払を受けた。さらに，弁護士Ｑは，受領した１５００万円から本件事件の成功報酬を差し引いて，残額については，Ａの指示により，Ａ名義の銀行口座に送金して返金した。

弁護士Ｑの行為は弁護士倫理上どのような問題があるか，司法試験予備試験用法文中の弁護士職務基本規程を適宜参照して答えなさい。

出題の趣旨

設問１は，贈与契約に基づく所有権移転登記請求権を訴訟物とする訴訟において，原告代理人が作成すべき訴状における請求の趣旨及び請求を理由付ける事実について説明を求めるものであり，債権的登記請求権の特殊性に留意して説明することが求められる。

設問２は，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の請求原因事実についての理解を問うものであり，短期取得時効（民法第１６２条第２項）の法律要件を同法第１８６条の規定に留意して説明することが求められる。

設問３は，使用貸借の主張が，いずれの請求原因に対し，いかなる抗弁となり得るかについて問うものである。

設問４は，贈与契約の成否という争点に関し，被告代理人が作成すべき準備書面において，当事者尋問の結果を踏まえ各供述をどのように取り上げるべきかについての概要の説明を求めるものであり，主要事実との関係で各供述の位置付けを分析し，重要な事実を拾って，検討・説明することが求められる。

設問５は，弁護士倫理の問題であり，弁護士職務基本規程の依頼者との関係における規律に留意しつつ，被告代理人の各行為の問題点を検討することが求められる。

基本ポイント

１　設問１，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。なお，設問２の解答の際には，記憶にある要件事実をそのまま吐き出すのではなく，①短期取得時効（民法 162 条２項）に関する条文の文言及びその解釈から，要件を挙げた上，②主張立証責任を踏まえて，③要件に該当する具体的事実の内容等を説明することが大切である。

そして，設問４では，以上の理解を前提に，被告Ｙの訴訟代理人Ｑの立場に立って，作成すべき準備書面の概略を論述する必要がある。また，設問４では，「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。

Ｘ及びＹの攻撃防御の枠組みをＰによる訴えの追加的変更（民訴法 143 条）の前後に分けてまとめると以下の通りになる。

<table>
<tr><td colspan="2">訴えの追加的変更前（設問１）</td></tr>
<tr><td colspan="2">請求の趣旨：被告は，原告に対し，甲土地について，平成 15 年 12 月１日贈与を原因とする所有権移転登記手続をせよ
訴訟物：贈与契約に基づく所有権移転登記請求権　１個</td></tr>
<tr><td>請求原因</td><td>抗弁</td></tr>
<tr><td>所有権移転登記手続（贈与）
①ＸＹ間贈与</td><td>－</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td colspan="2">訴えの追加的変更後（設問２）</td></tr>
<tr><td colspan="2">請求の趣旨：被告は，原告に対し，甲土地について，平成 15 年 12 月１日時効取得を原因とする所有権移転登記手続をせよ
訴訟物：所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権　１個</td></tr>
<tr><td>請求原因</td><td>抗弁</td></tr>
<tr><td rowspan="2">所有権移転登記手続（所有権）
①Ｘは，H15.12.1 甲土地占有
②Ｘは，H25.12.1 経過時，甲土地占有〔ア〕
③無過失の評価根拠事実
④時効取得援用の意思表示
⑤Ｙ名義の所有権移転登記〔イ〕</td><td>⑥他主占有権原－使用貸借（設問３）</td></tr>
<tr><td>⑦無過失の評価障害事実</td></tr>
</table>

なお，設問４の解答においては，贈与契約の存在が認定された場合（使用貸借の存在が認定されない場合）にＸの請求が認容されることを前提に，Ｘに有利な事実（ＹがＸに甲土地を贈与した事実を推認させる事実）及びＹに有利な事実（ＹがＸに甲土地を贈与した事実の推認を妨げる事実）を複数摘示した上で，「Ｙの主張の正当性を明らかに」するための論述を展開することが大切である。

２　設問５では，基本規程 22 条１項，36 条，45 条を摘示した上で，事案に即して検討することが大切である。

応用ポイント

1	（設問１小問(2)）債権的登記請求権と物権的登記請求権の違いを意識していること →債権的登記請求権では，被告名義の登記の存在は要件とならないが，物権的登記請求権では，被告名義の登記の存在が要件となる。
2	（設問２小問(3)）無過失の判断の基準時を踏まえた検討をしていること →無過失の判断の基準時は，「占有の開始の時」（民法 162 条２項）であるから，その時より後の事情は，考慮されないため，主張することが適切でないことになる。
3	（設問３）使用貸借が，贈与の請求原因に対する理由付否認になり，他方，所有権（取得時効）の請求原因に対する抗弁になることを正確に指摘していること
4	（設問４）主張書面（訴状，答弁書，準備書面等）において，間接事実を羅列するだけでなく，経験則等を踏まえて，間接事実の意味付けを行い，要証事実の推認過程又は要証事実の推認が妨げられる過程を説明していること

第１　設問１

１　小問⑴

被告は，原告に対し，甲土地について，平成15年12月１日贈与を原因とする所有権移転登記手続をせよ。

２　小問⑵

⑴　Ｐが訴状で主張した事実のみで足りる。

⑵　本件訴えの訴訟物は，贈与契約に基づく所有権移転登記請求権であり，贈与契約に基づいて発生する債権的登記請求権である。そして，民法549条（贈与契約の冒頭規定）によると，同請求権の発生要件は，「当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思を表示し，相手方が受諾をすること」であるところ，Ｐの主張する事実は，これを満たす。なお，物権的登記請求権と異なり，相手方名義の登記は要件でないため，Ｐは，Ｙ名義の登記の存在を主張する必要はない。

第２　設問２

１　小問⑴

〔ア〕Ｘは，平成25年12月１日経過時，甲土地を占有していた。

〔イ〕甲土地について，Ｙ名義の所有権移転登記がある。

２　小問⑵

⑴　Ｐの訴えの追加的変更（民訴法143条１項）により追加された請求の訴訟物は，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である。同請求権は，物権的登記請求権であるから，その発生要件は，Ⓐ請求者の物の所有とⒷ相手方名義の登記である。そして，Ⓐにおける所有権取得原因は短期取得時効（民法162条２項）である。したがって，本件における同請求権の実体法上の要件は，Ⓐに関し，㋐所有の意思，㋑平穏かつ公然，㋒他人の物，㋓10年間占有，㋔占有開始時に善意，㋕㋔につき無過失（以上，同法162条２項），㋖時効援用の意思表示（同法145条）及びⒷ相手方名義の登記である。

⑵　もっとも，民法186条１項により，㋐，㋑及び㋔は推定されるから，Ｐは，これらに該当する具体的事実を主張立証する必要はない。また，判例により，自己の物の時効取得も肯定されているから，㋒に該当する具体的事実を主張立証する必要もない。さらに，㋓については，「前後の両時点において占有」（同法186条２項）があれば，占有の継続が推定される。なお，㋕無過失を推定する規定はない。

⑶　そうすると，Ｐは，㋓10年間の「前後の両時点」の占有，㋕無過失の評価根拠事実，㋖時効援用の意思表示（以上Ⓐ）及びⒷ相手方名義の登記，に該当する具体的事実を主張する必要がある。そして，①及び②は㋓に，③は㋕に，④は㋖に，⑤はⒷに，それぞれ該当する具体的事実である。したがって，Ｐは，請求原因事実として①から⑤を主張する必要があり，かつ，これで足りる。

３　小問⑶

⑴　適切ではない。

⑵　無過失は，Ｘが甲土地の「占有の開始の時」（民法162条２項）である平成15年12月１日時点で必要である。そうすると，その時点より後である平成16年から現在まで，Ｘが甲土地の固定資産税等を支払

っていても，この事実は，Xの無過失の評価根拠事実に該当しない。

第3　設問3

Qは，取得時効の請求原因に関し，使用貸借（民法593条）に基づく他主占有権原の抗弁を主張する。なぜなら，Yは「甲土地を無償で貸した」と話すところ，この事実は，贈与の請求原因に関し，否認の理由となるが，取得時効の請求原因に関し，Xの占有が性質上他主占有であることを示し，同法186条1項で推定されるXの「所有の意思」の反対事実（所有の意思のないこと）に該当する具体的事実となるからである。

第4　設問4

1　XY間には，甲土地の使用貸借契約が成立していたにすぎず，贈与契約が成立していないことは明らかである。

2　Xの主張に対する反論

⑴　Yは，旧建物を取り壊し，Xと新建物での同居を予定していたから，同居人Xに甲土地の登記済証の保管を依頼しても，不自然ではない。したがって，当該登記済証の交付は，甲土地の贈与と無関係である。

⑵　XとYは親子で同居し，固定資産税等の支払額が賃料相場より廉価であることからも，所有者Yがこれを支払わなくても不自然ではない。むしろ，Xによる支払は，使用貸借の負担とみるのが自然である。

⑶　Yが，鉄筋コンクリート造の堅固な新建物の建築を許容したのは，将来，甲土地をXに相続させようと考えていたからにすぎない。

3　贈与契約書の不存在

贈与契約でも，目的物が不動産等の高額なものであれば，契約書を作成するのが自然であり，このことは，贈与契約の当事者が親子である場合でも同様である。したがって，本件で，贈与契約が締結されている場合，贈与契約書が作成されていないのは不自然であるから，贈与契約が成立していないことは明らかである。

4　Xによる移転登記及び贈与税の申告がないこと

通常，不動産取得者は自己の権利の保全のために登記を移転するはずであるし，受贈者は延滞税等を生じさせないため早期に贈与税の申告もするはずである。しかし，Xは，これらを約10年間していない。したがって，このことからも，贈与契約が成立していないことは明らかである。

第5　設問5

1　Yが甲土地の登記をXに移転することは，Xの請求を認めることであるから，これを認める和解は，「事件の帰趨に影響を及ぼす事項」（基本規程36条）に当たる。そのため，Qは，委任契約の当事者である「依頼者」Yに対し，当該事項を「報告」し，その「意思」（同22条1項）を確認する義務がある。しかし，Qは，和解の成立に際し，意思確認をAに行っており，Yに行っていない。したがって，同22条1項及び36条に反するから，弁護士倫理上問題がある。

なお，登記手続は，和解による義務の履行であり，新たな法律関係を形成しないが，Yの意思確認等を欠いたことには，同様に問題がある。

2　Qは，和解金1500万円の残額という「預り金」を依頼者Yに返還する義務を負う（同45条）のに，これをA名義の銀行口座に送金して返金しているから，同条に反し，弁護士倫理上問題がある。　　以上

［刑　事］

次の【事例】を読んで，後記〔**設問**〕に答えなさい。

【事　例】

１　Ａ（男性，２２歳）は，平成２６年２月１日，Ｖ（男性，４０歳）を被害者とする強盗致傷罪の被疑事実で逮捕され，翌２日から勾留された後，同月２１日，「被告人は，Ｂと共謀の上，通行人から金品を強取しようと企て，平成２６年１月１５日午前零時頃，Ｈ県Ｉ市Ｊ町１丁目２番３号先路上において，同所を通行中のＶ（当時４０歳）に対し，Ｂにおいて，Ｖの後頭部をバットで１回殴り，同人が右手に所持していたかばんを強く引いて同人を転倒させる暴行を加え，その反抗を抑圧した上，同人所有の現金１０万円が入った財布等２点在中の前記かばん１個（時価合計約１万円相当）を強取し，その際，同人に加療約１週間を要する頭部挫創の傷害を負わせた。」との公訴事実が記載された起訴状により，Ｉ地方裁判所に公訴を提起された。なお，Ｂ（男性，２２歳）は，Ａが公訴を提起される前の同年２月６日に同裁判所に同罪で公訴を提起されていた。

２　Ａの弁護人は，Ａが勾留された後，数回にわたりＡと接見した。Ａは，逮捕・勾留に係る被疑事実につき，同弁護人に対し，「私は，平成２６年１月１４日午後１１時頃，友人Ｂの家に居た際，Ｂから『ひったくりをするから，一緒に来てくれ。車を運転してほしい。ひったくりをする相手が見付かったら，俺だけ車から降りてひったくりをするから，俺が戻るまで車で待っていてほしい。俺が車に戻ったらすぐに車を発進させて逃げてくれ。』と頼まれた。Ｂからひったくりの手伝いを頼まれたのは，この時が初めてである。私は，Ｂが通行人の隙を狙ってかばんなどを奪って逃げてくるのだと思った。私は金に困っておらず，ひったくりが成功した際に分け前をもらえるかどうかについては何も聞かなかったが，私自身がひったくりをするわけでもないので自動車を運転するくらいなら構わないと思い，Ｂの頼みを引き受けた。その後，私は，先にＢの家を出て，その家に来る際に乗ってきていた私の自動車の運転席に乗った。しばらくしてから，Ｂが私の自動車の助手席に乗り込んだ。Ｂが私の自動車に乗り込んだ際，私は，Ｂがバットを持っていることに気付かなかった。そして，私が自動車を運転して，Ｉ市内の繁華街に向かった。車内では，どうやってかばんなどをひったくるのかについて何も話をしなかった。私は，しばらく繁華街周辺の人気のない道路を走り，翌１５日午前零時前頃，かばんを持って一人で歩いている男性を見付けた。その男性がＶである。Ｂも，Ｖがかばんを持って歩いていることに気付き，私に『あの男のかばんをひったくるから，車を止めてくれ。』と言ってきた。私が自動車を止めると，Ｂは一人で助手席から降り，Ｖの後を付けて行った。この時，周囲が暗く，私は，Ｂがバットを持っていることには気付かなかったし，ＢがＶに暴力を振るうとは思っていなかった。その後，私からは，ＶとＢの姿が見えなくなった。私は，自動車の運転席で待機していた。しばらくすると，Ｂが私の自動車の方に走ってきたが，ＶもＢの後を追い掛けて走ってきた。私は，Ｂが自動車の助手席に乗り込むや，すぐに自動車を発進させてその場から逃げた。Ｂがかばんを持っていたので，私は，ひったくりが成功したのだと思ったが，ＢがＶに暴力を振るったとは思っていなかった。私とＢは，Ｂの家に戻ってから，一緒にかばんの中身を確認した。かばんには財布と携帯電話機１台が入っており，財布の中には現金１０万円が入っていた。Ｂが，私に２万円を渡してきたので，私は，自動車を運転した謝礼としてこれを受け取った。残りの８万円はＢが自分のものにした。財布や携帯電話機，かばんについては，Ｂが自分のものにしたか，あるいは捨てたのだと思う。私は，Ｂからもらった２万円を自分の飲食費などに使った。」旨説明した。Ａは，前記１のとおり公訴を提起された後も，同弁護人に前記説明と同じ内容の説明をした。

3　受訴裁判所は，同年２月２４日，Ａに対する強盗致傷被告事件を公判前整理手続に付する決定をした。検察官は，同年３月３日，**【別紙１】**の証明予定事実記載書を同裁判所及びＡの弁護人に提出・送付するとともに，同裁判所に**【別紙２】**の証拠の取調べを請求し，Ａの弁護人に当該証拠を開示した。Ａの弁護人が当該証拠を閲覧・謄写したところ，その概要は次のとおりであった。

(1)　甲第１号証の診断書には，Ｖの受傷について，同年１月１５日から加療約１週間を要する頭部挫創の傷害と診断する旨が記載されていた。

(2)　甲第２号証の実況見分調書には，司法警察員が，Ｖを立会人として，同日午前２時から同日午前３時までの間，Ｖがかばんを奪われるなどの被害に遭った事件現場としてＨ県Ｉ市Ｊ町１丁目２番３号先路上の状況を見分した結果が記載されており，同所付近には街灯が少なく，夜間は非常に暗いこと，同路上の通行量はほとんどなく，実況見分中の１時間のうちに通行人２名が通過しただけであったことなども記載されていた。

(3)　甲第３号証のバット１本は，木製で，長さ約９０センチメートル，重さ約１キログラムのものであった。

(4)　甲第４号証のＶの検察官調書には，「私は，平成２６年１月１５日午前零時頃，勤務先から帰宅するためＩ市内の繁華街に近い道路を一人で歩いていたところ，いきなり何者かに後頭部を固い物で殴られ，右手に持っていたかばんを強く引っ張られて仰向けに転倒した。私は，仰向けに転倒した拍子にかばんから手を離した。すると，この時，私のすぐそばに男が立っており，その男が左手にバットを持ち，右手に私のかばんを持っているのが見えた。そこで，私は，その男にバットで後頭部を殴られたのだと分かった。男は，私のかばんを持って逃げたが，その際，バットを地面に落としていった。かばんには，財布と携帯電話機１台を入れており，財布の中には，現金１０万円を入れていた。男にかばんを奪われた後，私は，すぐに男を追い掛けたが，男が自動車に乗って逃げたため，捕まえることはできなかった。」旨記載されていた。

(5)　甲第５号証のＢの検察官調書には，「私は，サラ金に約５０万円の借金を抱え，平成２６年１月１５日に事件を起こす１週間くらい前から，遊ぶ金欲しさに，通行人からかばんなどをひったくることを考えていた。通行人からかばんなどをひったくる際には抵抗されることも予想し，そのときは相手を殴ってでもかばんなどを奪おうと考えていた。私は，同月１４日午後１１時頃，私の自宅に来ていた友人Ａに『ひったくりをするから，一緒に来てくれないか。車を運転してほしい。ひったくりをする相手が見付かったら，俺が一人で車から降りてひったくりをするから，その間，車で待っていてくれ。俺が車に戻ったら，すぐに車を走らせて逃げてほしい。』と頼んだ。Ａは，快く引き受けてくれて，Ａの自動車でＩ市内の繁華街に行くことを話し合った。私は，かばんなどを奪う相手に抵抗されたりした場合にはその相手をバットで殴ったり脅したりしようと考え，自分の部屋からバット１本を持ち出し，そのバットを持ってＡの自動車の助手席に乗った。そして，Ａが自動車を運転して繁華街に向かい，その周辺の道路を走行しながら，ひったくりの相手を探した。車内では，どうやってかばんなどを奪うのかについて話はしなかった。私は，かばんを持って一人で歩いている男性Ｖを見付けたので，Ａに停車してもらってから，私一人でバットを持って降車し，Ｖの後を付けて行った。私がバットを持って自動車に乗ったことや，バットを持って自動車から降りたことは，Ａも自動車の運転席に居たのだから，当然気付いていたと思う。私は，降車してしばらくＶを追跡してから，同月１５日午前零時頃，背後からＶに近付き，いきなりＶが右手に持っていたかばんをつかんで後ろに引っ張った。この時，Ｖが後方に転倒して頭部を地面に打ち付け，かばんから手を離したので，私は，すぐにかばんを取ることができた。私は，Ｖを転倒させようと思ってかばんを引っ張ったわけではなく，バットで殴りもしなかった。かばんを奪った直後，私は，手を滑らせてバットをその場に落としてしまったが，Ｖ

がすぐに立ち上がって私を捕まえようとしたので，バットをその場に残したままＡの自動車まで走って逃げた。私は，Ｖに追い掛けられたが，私がＡの自動車の助手席に乗り込むとＡがすぐに自動車を発進させてくれたので，逃げ切ることができた。その後，私とＡは，私の自宅に戻り，Ｖのかばんの中身を確認した。かばんには，財布と携帯電話機１台が入っており，財布には現金１０万円が入っていた。そこで，私は，Ａに，自動車を運転してくれた謝礼として現金２万円を渡し，残り８万円を自分の遊興費に使った。財布や携帯電話機，かばんは，私がいずれもゴミとして捨てた。」旨記載されていた。

(6)　乙第１号証のＡの警察官調書には，Ａの生い立ちなどが記載されており，乙第２号証のＡの検察官調書には，前記２のとおりＡが自己の弁護人に説明した内容と同じ内容が記載されていた。乙第３号証の身上調査照会回答書には，Ａの戸籍の内容が記載されていた。

４　Ａの弁護人は，**【別紙１】**の証明予定事実記載書及び**【別紙２】**の検察官請求証拠を検討した後，①同証明予定事実記載書の内容につき，受訴裁判所裁判長に対して求釈明を求める方針を定め，また，②検察官に対し，**【別紙２】**の検察官請求証拠の証明力を判断するため，類型証拠の開示を請求した。そこで，検察官は，当該開示請求に係る証拠をＡの弁護人に開示した。

その後，同年３月１４日，Ａに対する強盗致傷被告事件につき，第１回公判前整理手続期日が開かれた。裁判長は，Ａの弁護人からの前記求釈明の要求に応じて，検察官に釈明を求めた。そこで，検察官は，今後，証明予定事実記載書を追加して提出することにより釈明する旨述べた。

第１回公判前整理手続期日が終了した後，検察官は，追加の証明予定事実記載書を受訴裁判所及びＡの弁護人に提出・送付した。Ａの弁護人は，ＢがＶの後頭部をバットで殴打したか否かなどの実行行為の態様については，甲第４号証のＶの検察官調書が信用性に乏しく，甲第５号証のＢの検察官調書が信用できると考えた。その上で，③Ａの弁護人は，前記２のＡの説明内容に基づいて予定主張記載書面を作成し，これを受訴裁判所及び検察官に提出・送付した。

同月２８日，第２回公判前整理手続期日が開かれ，受訴裁判所は，争点及び証拠を整理し，Ｖ及びＢの証人尋問が実施されることとなった。そして，同裁判所は，争点及び証拠の整理結果を確認して審理計画を策定し，公判前整理手続を終結した。公判期日は，同年５月１９日から同月２１日までの連日と定められた。

５　その後，Ｂに対する強盗致傷被告事件の公判が，同年４月２１日から同月２３日まで行われた。Ｂは，同公判の被告人質問において，「実は，起訴されるまでの取調べにおいては嘘の話をしていた。本当は，平成２６年１月１４日午後１１時頃，自宅において，Ａに対し本件犯行への協力を求めた際，Ａから『バットを持って行けばよい。』と勧められた。また，Ｖを襲った時，バットでＶの後頭部を殴ってから，Ｖのかばんを引っ張った。」旨新たに供述した。そこで，Ａの公判を担当する検察官が，同年４月２４日にＢを取り調べたところ，Ｂは自己の公判で供述した内容と同旨の供述をしたが，その一方で「Ａの前では，Ａに責任が及ぶことについて話しづらいので，Ａの公判では，できることなら話したくない。今日話したことについては，供述調書の作成にも応じたくない。」旨供述した。④同検察官は，取調べの結果，Ｂが自己の公判で新たにした供述の内容が信用できると判断した。

〔設問１〕

下線部①につき，Ａの弁護人が求釈明を求める条文上の根拠を指摘するとともに，同弁護人が求釈明を求める事項として考えられる内容を挙げ，当該求釈明の要求を必要と考える理由を具体的に説明しなさい。

〔設問２〕

下線部②につき，Ａの弁護人が甲第４号証のＶの検察官調書の証明力を判断するために開示を請求する類型証拠として考えられるものを３つ挙げ，同弁護人が当該各証拠の開示を請求するに当たり明らかにしなければならない事項について，条文上の根拠を指摘しつつ具体的に説明しなさい。ただし，当該各証拠は，異なる類型に該当するものを３つ挙げることとする。

〔設問３〕

下線部③につき，Ａの弁護人は，Ａの罪責についていかなる主張をすべきか，その結論を示すとともに理由を具体的に論じなさい。

〔設問４〕

下線部④につき，検察官は，Ｂが自己の公判で新たにした供述の内容をＡの公訴事実の立証に用いるためにどのような訴訟活動をすべきか，予想されるＡの弁護人の対応を踏まえつつ具体的に論じなさい。

【別紙１】

証明予定事実記載書

平成２６年３月３日

被告人Ａに対する強盗致傷被告事件に関し，検察官が証拠により証明しようとする事実は下記のとおりである。

記

	証拠
第１　犯行に至る経緯 １　被告人とＢとは，高校の同級生であり，高校卒業後もお互いの自宅に行き来するなどし，友人として付き合いを続けていた。 ２　Ｂは，高校卒業後，アルバイトをすることもあったが，定職には就いておらず，本件当時も無職であった。また，Ｂは，本件当時，消費者金融会社からの負債が約５０万円に上っていた。そこで，Ｂは，遊興費欲しさに，本件の約１週間くらい前から，通行人を殴打するなどしてかばん等を奪うことを考えるようになった。 ３　被告人は，平成２６年１月１４日，自己が所有する普通乗用自動車に乗って，Ｂの自宅を訪れた。Ｂは，同日午後１１時頃，かねてから考えていた強盗を実行しようと決意し，事件後に逃走するためには自動車があった方がよいと考え，被告人に自動車の運転役を依頼し，被告人もこれを了承し，ここにおいて被告人とＢは，強盗の共謀を遂げた。 被告人は，自己の自動車の運転席に乗り，Ｂが，自宅にあったバット１本を持ち，同車の助手席に乗った。そして，被告人が同車を運転し，Ｈ県Ｉ市内の繁華街に向かった。なお，被告人は，Ｂが乗車した際にバットを持っていることを認識していた。	第１につき甲３号証（バット１本），甲４号証（Ｖの検察官調書），甲５号証（Ｂの検察官調書），乙１号証（被告人の警察官調書），乙２号証（被告人の検察官調書）
第２　犯行状況等 １　被告人とＢは，Ｉ市内の繁華街周辺の道路を自動車で走行していた際，かばんを所持して徒歩で帰宅途中のＶを認め，Ｖからそのかばんを強奪しようと考えた。そこで，被告人が自動車を停止させ，Ｂがバットを持って降車し，Ｖを追跡した。 Ｂは，しばらくＶを追跡した後，同月１５日午前零時頃，Ｉ市Ｊ町１丁目２番３号先路上において，いきなりＶの後頭部を手に持っていたバットで１回殴打し，Ｖが右手に持っていたかばんをつかんで後方に引っ張った。Ｖは，かばんを引っ張られた勢いで仰向けに転倒してかばんから手を離した。そこで，Ｂは，Ｖのかばんを取得し，被告人の自動車まで逃走した。この間，被告人は，同車内で待機していたが，Ｂが，Ｖから追い掛けられながら逃走してくるのを認め，Ｂが助手席に乗るや否や同車を発進させて逃走した。 Ｖは，前記のとおり後頭部を殴打されたことなどにより，加療約１週間を要する頭部挫創のけがを負った。 ２　被告人とＢは，Ｂの自宅に戻り，Ｖのかばんの中身を確認した。かばんの中には財布及び携帯電話機１台が入っており，財布の中には現金１０万円が入っていたことから，Ｂが８万円を自分のものとし，被告人が２万円を自分のものとした。財布，携帯電話機及びかばんについては，Ｂが廃棄した。	第２につき甲１号証（診断書），甲２号証（実況見分調書），甲３号証（バット1本），甲４号証（Ｖの検察官調書），甲５号証（Ｂの検察官調書），乙２号証（被告人の検察官調書）

以　上

【別紙２】

検察官請求証拠

甲号証		
番号	証拠の標目	立証趣旨
甲第１号証	診断書	Ｖの負傷部位・内容
甲第２号証	実況見分調書	犯行現場の状況
甲第３号証	バット１本	犯行に用いられたバットの存在及び形状
甲第４号証	Ｖの検察官調書	被害状況
甲第５号証	Ｂの検察官調書	犯行に至る経緯及び犯行の状況等

乙号証		
番号	証拠の標目	立証趣旨
乙第１号証	被告人の警察官調書	身上・経歴関係
乙第２号証	被告人の検察官調書	犯行に至る経緯及び犯行の状況等
乙第３号証	被告人の身上調査照会回答書	被告人の身上関係

出題の趣旨

本問は，強盗致傷罪の成否やその共謀が争点となり得る具体的事例を題材に，弁護人として，公判前整理手続において，検察官作成の証明予定事実記載書の内容につき求釈明を要求すべき事項（設問１），被害者の検察官調書の証明力を判断するために類型証拠開示請求すべき証拠（設問２），被告人の弁解等を踏まえ明示すべき予定主張の内容（設問３）などを問うとともに，検察官として，公判前整理手続終了後に共犯者の公判でなされた共犯者供述を被告人の公訴事実の立証に用いるために行うべき訴訟活動の在り方（設問４）を問うものである。昨今の刑事裁判実務において重要な役割を果たしている公判前整理手続やその他の刑事手続，更には実体法（刑法）についての基礎的知識を試すとともに，具体的事例において，これらの知識を活用し，訴訟当事者として行うべき訴訟活動や法的主張を検討するなどの法律実務の基礎的素養を試すことを目的としている。

基本ポイント

1　設問１では，まず，Ａの弁護人が求釈明を求める条文上の根拠として，刑訴規則 208 条３項を端的に指摘する必要がある。その上で，証明予定事実記載書の内容において，Ａの弁護人の立場から，明確性に欠けるために求釈明を求めたいと考え得る事実の記載がないかどうかを検討することになる。そして，この点については，第１の３に「Ｂは，同日午後 11 時頃，かねてから考えていた強盗を実行しようと決意し，事件後に逃走するためには自動車があった方がよいと考え，被告人に自動車の運転役を依頼し，被告人もこれを了承し，ここにおいて被告人とＢは，強盗の共謀を遂げた。」とあるところ，共謀が認められるためには，被告人であるＡとＢとの間で，強盗行為に関する意思連絡がなされる必要があるのに，自動車の運転の依頼と承諾の事実しか記載されていない。そのため，どのような内容の意思連絡がどのような態様で行われたかという点について，Ａの弁護人は，求釈明を求めることが考えられる。

2　設問２では，解答の前提として，まず，類型証拠開示請求の根拠条文が刑訴法 316 条の 15 であることを確認する必要がある。次に，同条第１項の「前条（＝同法 316 条の 14）第１項の規定による開示をした証拠」が【別紙２】の検察官請求証拠であること及び「特定の検察官請求証拠」が甲４号証のⅤの検察官調書であることを押さえた上で，Ａにとって不利に働き得る甲４号証の証明力を争いたいＡの弁護人の立場から，捜査機関が未開示のまま保有しているはずの証拠であって，甲４号証の「証明力を判断するために重要であると認められるもの」を想起することが求められている。そして，解答に際しては，同法 316 条の 15 第１項１号から９号が定める各類型の中から異なる類型に該当する証拠を３つ挙げる必要があり，かつ，その証拠が甲４号証の「証明力を判断するために重要であること」等を明らかにしなければならない。

3　設問３では，Ａの弁護人の立場から，Ａの弁解内容を踏まえた主張を行うことになる。

主張の骨子は以下の通りである。

まず，強盗罪の意思連絡の不存在を根拠に，Ａが強盗罪及び強盗致傷罪の罪責を負うことはないと主張すべきである。また，仮に，そのような意思連絡の存在が認められるとしても，強盗罪における「暴行」の不存在を根拠に，Ａが強盗罪及び強盗致傷罪の罪責を負うことはないと主張すべきである。そうすると，Ａの罪責は，窃盗罪と傷害罪の共犯ということになる。

そして，Ａの正犯意思の不存在を根拠に，共同正犯の成立は否定されて幇助犯が成立するにとどまると主張すべきである。そうすると，Ａの罪責は，窃盗罪と傷害罪の幇助犯となる。

なお，解答に際しては，以上の主張を支える具体的事実を複数摘示する必要がある。

4　設問４では，Ｂが自己の公判の被告人質問で行った供述の内容は，公判調書に記載されているため，検察官が当該公判調書につき証拠調べ請求をすべきであることを説明することになる。もっとも，当該公判調書は伝聞証拠に当たるため，伝聞例外の要件を充足するかどうかについても検討する必要がある。

応用ポイント

1	（設問１）共謀における意思連絡は，明示的でなく，黙示的であっても認められ得る（最決平 15.5.1 参照）ことを踏まえて検討していること
2	（設問２）異なる類型から適切な証拠を３つ挙げていること →甲４は，Ｖの検察官調書である。そのため，通常，Ｖの警察官調書もあるはずである（５号ロ)。また，犯行現場は「繁華街に近い道路」であるから，捜査機関が犯行目撃者に対して聞き込みをしているはずであり，犯行目撃者等（Ｖ以外の者）の供述調書もあるはずである（６号)。さらに，Ｖが「バットで後頭部を殴られた」と供述しているから，捜査機関がバット（甲３）の付着物につき鑑定を依頼して鑑定書も有しているはずである（４号)。
3	（設問４）公判調書の作成に関する根拠条文を摘示していること →根拠条文は，刑訴法 48 条１項，刑訴規則 44 条１項 19 号である。
4	（設問４）公判調書の証拠調べ請求が刑訴法 316 条の 32 第１項との関係で問題となる点を踏まえた検討をしていること →「やむを得ない事由」の有無を事案に即して判断する。

第１　設問１

１　Ａの弁護人が求釈明を求める根拠条文は，刑訴規則208条３項である。

２　証明予定事実記載書では，「被告人に自動車の運転役を依頼し，被告人もこれを了承し，ここにおいて被告人とＢは，強盗の共謀を遂げた。」とあるところ，Ｂの依頼した内容には，強盗行為が明示されてない。しかし，ＡＢ間の強盗の意思連絡が明示的にされたか，または，黙示的にされたかにより，「強盗の共謀」についての防御の方針が異なってくる。

そこで，Ａの弁護人は，①ＡＢ間の強盗の意思連絡は，明示的にされたか，黙示的にされたか，②前者であれば，その具体的内容は何か，後者であれば，黙示的な意思連絡を推認させる間接事実は何か，について求釈明を求めると考えられる。

第２　設問２

１　Ａの弁護人は，類型証拠開示請求（刑訴法316条の15第１項）に際し，証拠の類型及び開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項（同条３項１号イ）と特定の検察官請求証拠の証明力判断のための重要性その他の開示が必要である理由（同号ロ）を明らかにしなければならない。

２⑴　バット（甲３）の付着物の鑑定書等（刑訴法316条の15第１項４号）

⑵　甲４のＶの供述内容の通り，ＶがＢに「バットで後頭部を殴られた」のであれば，バットにＶの血液・毛髪等が付着している可能性がある。そのため，バットにつきＶの付着物の有無を検討することは，甲４の証明力判断に重要であるから，開示される必要がある。

３⑴　Ｖの警察官調書（同法316条の15第１項５号ロ）

⑵　警察段階での取調べにおいて，Ｖが，Ｂに「バットで後頭部を殴られた」と供述していない場合，本件の争点との関係で重要な部分に関して供述の変遷があることになり，甲４の信用性は低下する。そのため，Ｖの供述の変遷の有無を検討することは，甲４の証明力判断に重要であるから，開示される必要がある。

４⑴　Ｂの犯行の目撃者の供述調書（同法316条の15第１項６号）

⑵　目撃者の供述内容が，ＶがＢに「バットで後頭部を殴られた」という甲４の供述内容と相反するものであれば，甲４の信用性は低下し得る。そのため，目撃者の供述内容と甲４の供述内容とを比較検討することは，甲４の証明力判断に重要であるから，開示される必要がある。

第３　設問３

１　Ａには，強盗致傷罪の共同正犯（刑法240条前段，60条）は成立せず，窃盗罪及び傷害罪の幇助犯（同法235条，62条１項）が成立するにとどまる。

２⑴　強盗罪の意思連絡の不存在

共謀共同正犯の成立要件としての「共謀」は，意思連絡及び正犯意思の存在により認められると解する。Ａは，Ｂから「ひったくりをするから，一緒に来てくれ」と頼まれたのであり，犯行現場に向かう車内でも，Ｂは，Ａに「どうやってかばんなどを奪うのかについて話はしなかった」のであるから，ＡＢ間で強盗罪に関する明示的な意思連絡はされていない。また，Ａは，周囲が暗かったため，Ｂがバットを持っていることに気付かず，Ｂからひったくりの手伝いを頼まれたの

は，この時が初めてであり，Bが内心でひったくりの際に抵抗されたときは「殴ってでもかばんなどを奪おう」と考えていたことは予想できなかったから，黙示の意思連絡もない。したがって，AB間には強盗罪の共謀が認められないから，Aは，強盗罪及び強盗致傷罪の罪責を負わない。

⑵ 強盗罪における「暴行」の不存在

同罪の「暴行」とは，相手方の反抗を抑圧する程度の不法な有形力の行使をいうと解する。Bは，Vの後頭部をバットで殴打してはおらず，Vの背後からVのかばんをつかんで後ろに引っ張ったものである。この行為は，Bの単独行為であり，Vも成人男性であるから，Vの犯行を抑圧する程度に至っていないといえ，「暴行」には当たらない。したがって，仮に，AB間に強盗罪の共謀が認めるとしても，AとBには強盗罪が成立せず，窃盗罪と傷害罪が成立し得るにとどまる。

⑶ 正犯意思の不存在

本件では，Aは，ひったくりの計画を立てたBから協力を依頼されたのであり，その役割も自動車での現場への送迎にとどまる。そして，AB間では，事前に分け前の話はなく，実際のAの取り分も10万円のうちの2万円にすぎなかった。また，Bには約50万円借金があったが，Aは金に困っていなかった。そうすると，Aには，自己の犯罪として主体的に犯罪を実現しようとする意思がなく，正犯意思が認められない。したがって，窃盗罪及び傷害罪の幇助犯が成立するにとどまる。

第4 設問4

1 Bが自己の公判の被告人質問で新たにした供述については，公判調書が作成されている（刑訴法48条1項，刑訴規則44条1項19号）。そこで，検察官は，Aの公判で，当該公判調書の証拠調請求をすべきである。

2⑴ これに対し，Aの弁護人は，Aの事件は公判前整理手続に付され，同手続は終了しているから証拠調請求はできない（刑訴法316条の32第1項）との異議申立て（同法309条1項）をすることが予想される。

⑵ この場合，検察官は，Bの供述が平成26年4月21日以降のBの公判で新たにされたため，当該公判調書がAの事件の公判前整理手続が終了した同年3月28日までに存在しなかったことを「やむを得ない事由」として疎明する（同法316条の32第1項，刑訴規則217条の32）。

3⑴ また，Aの弁護人は，当該公判調書が伝聞証拠（刑訴法320条1項）に当たることを前提に，不同意との証拠意見（刑訴規則190条2項）を述べることが予想される。

⑵ア この場合，検察官は，当該公判調書が裁判官の面前における供述録取書面（刑訴法321条1項1号）に該当することを前提に，以下の理由により，伝聞例外の要件を満たし，証拠能力が認められるとの意見を述べる。

イ 確かに，同条項1号前段の供述不能事由としては，供述者の「死亡」等が挙げられているが，これらは例示であり，同程度に供述が困難な事情がある場合，供述不能事由に当たると解される。BはAの公判での証言を頑なに拒絶しているところ，この証言拒絶も同程度に供述が困難な事情といえるから，供述不能事由に当たる。以上

ＭＥＭＯ