

予備試験論文式試験

H 2 7 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	12
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	34
刑法	36
出題の趣旨・ポイント	38
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	54
講師作成答案例	56
法律実務基礎科目（刑事）	58
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 27 年の予備試験の問題については、平成 27 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 27 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]

違憲審査権の憲法上の根拠や限界について、後記の〔設問〕にそれぞれ答えなさい。

〔設問 1〕

違憲審査権に関し、次のような見解がある。

「憲法第 8 1 条は、最高裁判所に、いわゆる違憲審査権を認めている。ただし、この条文がなくとも、一層根本的な考え方からすれば、憲法の最高法規性を規定する憲法第 9 8 条、裁判官は憲法に拘束されると規定する憲法第 7 6 条第 3 項、そして裁判官の憲法尊重擁護義務を規定する憲法第 9 9 条から、違憲審査権は十分に抽出され得る。」

上記見解に列挙されている各条文に即して検討しつつ、違憲審査権をめぐる上記見解の妥当性について、あなた自身の見解を述べなさい。（配点：20点）

〔設問 2〕

内閣は、日本経済のグローバル化を推進するために農産物の市場開放を推し進め、何よりも X 国との間での貿易摩擦を解消することを目的として、X 国との間で農産物の貿易自由化に関する条約（以下「本条約」という。）を締結した。国会では、本条約の承認をめぐって議論が紛糾したために、事前の承認は得られなかった。国会は、これを事後に承認した。

内閣が本条約上の義務を履行する措置を講じた結果、X 国からの農産物輸入量が飛躍的に増加し、日本の食料自給率は 20 パーセントを下回るまでになることが予想される状況となった。ちなみに、X 国の食料自給率は 100 パーセントを超えており、世界的に見ても 60 から 70 パーセントが平均的な数字で、先進国で 20 パーセントを切る国はない。

農業を営む A は、X 国から輸入が増大したものと同一種類の農産物を生産していたが、X 国と日本とでは農地の規模が異なるため大量生産ができず、価格競争力において劣るため、農業を継続することが困難な状況にある。A は、本条約は、農業を営む者の生存権や職業選択の自由を侵害するのみならず、国民生活の安定にとって不可欠な食料自給体制を崩壊させる違憲な条約であるとして訴訟を提起した。これに対して、被告となった国から本条約は違憲審査の対象とならない旨の主張がなされ、この点が争点となった。

本条約が違憲審査の対象となるか否か、及び本条約について憲法判断を行うべきか否かに関し、A の主張及び想定される国の主張を簡潔に指摘し、その上でこれらの点に関するあなた自身の見解を述べなさい。（配点：30点）

MEMO

出題の趣旨

本年は、憲法上の基本的論点である、裁判所の違憲審査権の憲法上の根拠及び限界に関する問題である。

設問 1 は、裁判所の違憲審査権の憲法上の根拠に関する問題である。日本国憲法は、アメリカ合衆国憲法とは異なり、裁判所の違憲審査権に関する明文の規定として第 8 1 条を置いている。もっとも、昭和 2 3 年最高裁判決（最大判昭和 2 3 年 7 月 8 日刑集 2 巻 8 号 8 0 1 頁）は、アメリカのマーベリー対マディソン判決（1 8 0 3 年）を引きつつ、第 8 1 条の規定がなくとも、日本国憲法の他の規定から裁判所の違憲審査権が導かれると判示した。設問 1 は、この判示を題材として、憲法の条文解釈として、裁判所の違憲審査権の根拠に関する論述を求めるものである。条文解釈は、法曹が有すべき基礎的能力として当然に求められるものである。設問 1 では、その問題文にも明記されているとおり、条文から離れた観念的・抽象的な議論ではなく、具体的な条文の文言及びその解釈を踏まえた論述が求められる。

次に、判例は、司法権に関する第 7 6 条があつて、その上での第 8 1 条であると位置付けていることからすると、司法権の限界が違憲審査権の限界でもあることになる。設問 2 は、憲法と条約の関係という基本的問題を題材として、その限界を問う事例問題である。設問 2 では、その問題文にも明記されているとおり、本条約がそもそも違憲審査の対象となるか否か、対象となるとして本条約について憲法判断を行うべきか否かに関して、判例及び学説に関する基本的な知識を踏まえて検討することが求められる。すなわち、判例及び多数の学説が肯定するいわゆる統治行為論を含め、憲法と条約の関係や本条約に対する違憲審査の可否等につき、一般的理論の論拠及びその射程範囲、その上での事案の内容に応じた具体的検討についての論述が求められる。

基本ポイント

- 1 設問 1 では、以下の判例が素材とされている。

判例（最大判昭 23. 7. 8）

「この憲法第 81 条の規定は、第 98 条第 1 項に『この憲法は、國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に關するその他の行爲の全部又は一部は、その效力を有しない』とある規定と密接な表裏の關係が存することも明白である。さらに、第 76 条第 3 項においては、『すべて裁判官は、その良心に従ひ獨立してその職權を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される』と規定し、又第 99 条においては、『天皇又は攝政及び國務大臣、國會議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ』と規定し、裁判所の憲法遵守義務を明かに定めているのである。現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第 81 条によつて定められていると説かれるが、一層根本的

な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第 98 条の最高法規の規定又は第 76 条若しくは第 99 条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得るのである。米國憲法においては、前記第 81 条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、1803 年のマーベリー對マデイソン事件の判決以來幾多の判例をもつて違憲審査権は解釋上確立された。日本國憲法第 81 条は、米國憲法の解釋として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定したという点において特徴を有するのである。」

しかし、解答においては、この判例が基本的知識として必要とされているわけではなく、試験の現場で、問題文の指示にある憲法 98 条、76 条 3 項及び 99 条を分析して、憲法 81 条＝憲法 98 条＋76 条 3 項＋99 条＝（最高）裁判所の違憲審査権、という関係が成り立つかどうかを説明することが求められている。そのため、各条文の文言及び趣旨を踏まえつつ、その規定する内容を確認した上で、これらを組み合わせることにより、裁判所に違憲審査権が認められるかどうかを検討をすることになる。なお、合格するためには、上記の全ての条文に言及することは必須である。

- 2 設問 2 では、①本条約が違憲審査の対象となるか否か、及び②本条約について憲法判断を行うべきか否かに関して、⑦Aの主張及び④想定される国の主張を簡潔に指摘し、その上でこれらの点に関する⑦あなた自身の見解を述べることを求められているため、まず、この問いに対し、形式的に解答すること（①と②を区別して検討し、かつ、⑦、④、⑦の三者の立場から書き分けること）が必須である。

そして、①については、条約の効力が憲法の効力に優位すると解する場合、本条約は、違憲審査の対象とならないため、憲法優位説（Aの主張）及び条約優位説（国の主張）の根拠を踏まえ、その効力関係を論じることになる。

その上で、②について検討することになるところ、解答の前提として、以下の判例が基本的知識として想定されていることから、同判例を踏まえた論述をする必要がある（なお、同判例は、基本的に、④国の主張を支えるものとして機能する。）。

判例（最大判昭 34.12.16）

「本件安全保障条約は、…主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべきものであると解するを相当とする。」

応用ポイント

1	（設問 1）憲法 81 条の位置付けを検討していること →憲法 81 条の位置付けについては，権力分立制における三権相互の抑制・均衡の一環として理解する立場（昭和 23 年判例の反対意見）と最高法規性と表裏の関係にあるとして理解する立場（同判例の多数意見）がある。
2	（設問 2）A の主張又はあなた自身の見解の論述において，昭和 34 年判例の射程を外す試みをしていること →例えば，①本条約は，日米安保条約と異なり，高度の政治性を有するものでないから，統治行為論は，適用されるべきでない，②本条約に関しては，国民の憲法上の権利の侵害が争点となっているため，統治行為論は適用されるべきでない，③統治行為論が適用されとしても，本条約は，一見極めて明白に違憲無効である等が考えられるところ，本問の事案に即して，主張を組み立てることになる。 なお，②については，本問と異なり，精神的自由権の侵害が争点となっている事案の方が主張することが容易であるといえる。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 本問の見解は、妥当である。

3 2 確かに、違憲審査権は、権力分立制における三権相互の抑制・均衡の
4 機能を有するが、このことから、当然には違憲審査権が裁判所に認め
5 られることにはならない。実際に、諸外国には、違憲審査権が裁判所以
6 外の国家機関に認められている例もある。そうすると、司法権の優位を
7 認めた憲法 81 条が最高裁判所に違憲審査権がある旨を明文で規定した
8 からこそ、裁判所に違憲審査権が認められたといえる。したがって、憲
9 法 81 条がなくても、裁判所の違憲審査権は十分に抽出され得るとする本
10 問の見解は妥当でないとも思える。

11 3 しかし、憲法 98 条 1 項は「この憲法は、国の最高法規であつて、その
12 条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又
13 は一部は、その効力を有しない。」と規定しているところ、この憲法の最
14 高法規性からは、その表裏の関係にある違憲審査権の存在が予定されて
15 いるといえることができる。

16 他方、憲法 76 条 3 項は、裁判官の「職権」行使は憲法に拘束されると
17 規定しているところ、裁判官は、裁判所の構成員として、裁判所に属す
18 る「司法権」を行使する（同条 1 項）。そして、司法権とは、具体的な争
19 訟につき、法を適用し、宣言することで、これを裁定する国家作用をい
20 うが、裁判官は、司法権の行使において、憲法と下位法規とが矛盾・衝
21 突する場合、憲法の最高法規性を根拠として、当該下位法規の効力を否
22 定する必要がある。なぜなら、憲法に反する無効な法規を適用すること
23 は、裁判官の職権行使が憲法に拘束されるところの憲法 76 条 3 項及び裁判
24 官の憲法尊重擁護義務を規定する憲法 99 条に反するからである。

25 そうすると、違憲審査権が憲法の最高法規性と表裏の関係にあること
26 を前提として、憲法 76 条 3 項及び 99 条の規定を考慮すると、違憲審査
27 権は、裁判所に当然に認められるといえる。したがって、憲法 81 条は、
28 裁判所に違憲審査権が認められることを明示したにすぎず、同条がなく
29 ても、裁判所の違憲審査権は、十分に抽出され得る。

30 4 なお、憲法尊重擁護義務は裁判官以外の公務員にも課せられているた
31 め、違憲審査権は、他の国家機関に認められるとも思える。しかし、憲
32 法 76 条 1 項は「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところに
33 より設置する下級裁判所に属する。」と規定し、また、同条 2 項後段は「行
34 政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」と規定しているから、
35 憲法秩序の維持・形成に関しては、裁判所が他の国家機関に優越した地
36 位にあるといえる。したがって、憲法尊重擁護義務が裁判官以外の公務
37 員に課せられていることによっては、上記結論は否定されない。

38 第2 設問2

39 1 Aの主張

40 (1)ア 憲法と条約は、その効力関係において、憲法が優位する。なぜな
41 ら、仮に条約が優位すると、内容的に憲法に反する条約が締結され
42 た場合、法律よりも簡易な手続（憲法 61 条）で成立する条約により
43 憲法が改正されることになるため、国民主権に反するからである。

44 イ そうすると、条約は、国内的効力に関し、「法律」（憲法 81 条）に

45 準じるものといえる。

46 ウ したがって、本条約は、違憲審査の対象となる。

- 47 (2) そして、本条約は、日米安保条約と異なり、高度の政治性を有する
48 ものとはいえないから、裁判所は、一見極めて明白に違憲無効である
49 か否かにかかわらず、憲法判断をすべきである。

50 2 国の主張

- 51 (1)ア 憲法前文は、国際主義を宣言しているところ、憲法 98 条 2 項が条
52 約の誠実な遵守を規定し、他方、最高法規性を規定する憲法 98 条 1
53 項が条約を除いている。したがって、条約が優位する。

54 イ 仮に憲法が優位するとしても、憲法 81 条は、違憲審査の対象から
55 条約を除いている。

56 ウ よって、本条約は、違憲審査の対象とならない。

- 57 (2) 仮に違憲審査の対象となるとしても、本条約は、高度の政治性を有
58 するものといえるところ、一見極めて明白に違憲無効であるとは認め
59 られないから、裁判所は、憲法判断をすべきでない。

60 3 私見

- 61 (1)ア 確かに、国際主義は国際社会の一般原則として重要であるが、そ
62 こから直ちに条約が優位すると解することはできない。また、憲法
63 98 条 1 項は、国内法秩序における憲法の最高法規性を宣言した規定
64 であるから、条約が除かれているのは当然である。さらに、憲法 98
65 条 2 項は、過去の国際法違反という事態を繰り返さないことを強調
66 する趣旨の規定である。したがって、憲法が優位する。

67 イ そして、条約は、国際法であるが、国内では国内法として通用す
68 るものであるから、国内法としての側面については憲法 81 条の「法
69 律」に準じるものといえる。

70 ウ したがって、本条約は、違憲審査の対象となる。

- 71 (2) もっとも、高度に政治性のある国家行為は、最終的に国民の判断に
72 委ねられるものであるところ、一次的には国民に対して政治的責任を
73 負う国会・内閣の判断に委ねられている。そうすると、三権分立制の
74 下、裁判所は、その判断の対象について内在的制約を受けるから、高
75 度に政治性のある国家行為については、一見極めて明白に違憲無効で
76 あると認められない限り、憲法判断を行うことはできないと解する。

77 しかし、このような統治行為論の根拠が民主政にあることから、国
78 民の憲法上の権利の侵害が争点となる場合、裁判所は、当該行為につ
79 いて憲法判断を行うべきであると解する。

80 確かに、本条約の目的はX国との貿易摩擦の解消にあり、その締結
81 は高度に政治性のある行為といえる。また、食料自給率が先進国には
82 類を見ない 20 パーセントを下回るとしても、国民の食料の確保のため
83 の自給と輸入のバランス設定は、政策問題であり、政治的判断に委ね
84 られるものである。しかし、本条約により、農業経営者Aが廃業を余
85 儀なくされる場合、Aの職業選択の自由(憲法 22 条 1 項)が侵害され、
86 ひいては生存権(憲法 25 条 1 項)も侵害されることになる。そうす
87 と、本条約については、国民の憲法上の権利の侵害が争点となるとい
88 えるから、裁判所は、憲法判断を行うべきである。 以上

[行政法]

A県に存するB川の河川管理者であるA県知事は、1983年、B川につき、河川法第6条第1項第3号に基づく河川区域の指定（以下「本件指定」という。）を行い、公示した。本件指定は、縮尺2500分の1の地図に河川区域の境界を表示した図面（以下「本件図面」という。）によって行われた。

Cは、2000年、B川流水域の溪谷にキャンプ場（以下「本件キャンプ場」という。）を設置し、本件キャンプ場内にコテージ1棟（以下「本件コテージ」という。）を建築した。その際、Cは、本件コテージの位置につき、本件図面が作成された1983年当時と土地の形状が変化しているため不明確ではあるものの、本件図面に表示された河川区域の境界から数メートル離れており、河川区域外にあると判断し、本件コテージの建築につき河川法に基づく許可を受けなかった。そして、河川法上の問題について、2014年7月に至るまで、A県知事から指摘を受けることはなかった。

2013年6月、A県知事は、Cに対し、本件コテージにつき建築基準法違反があるとして是正の指導（以下「本件指導」という。）をした。Cは、本件指導に従うには本件コテージの大規模な改築が必要となり多額の費用を要するため、ちゅうちょしたが、本件指導に従わなければ建築基準法に基づく是正命令を発すると迫られ、やむなく本件指導に従って本件コテージを改築した。Cは、本件コテージの改築を決断する際、本件指導に携わるA県の建築指導課の職員Dに対し、「本件コテージは河川区域外にあると理解しているが間違いないか。」と尋ねた。Dは、A県の河川課の担当職員Eに照会したところ、Eから「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受けたので、その旨をCに伝えた。

2014年7月、A県外にある他のキャンプ場で河川の急激な増水による事故が発生したことを契機として、A県知事は本件コテージの設置場所について調査した。そして、本件コテージは、本件指定による河川区域内にあると判断するに至った。そこで、A県知事は、Cに対し、行政手続法上の手続を執った上で、本件コテージの除却命令（以下「本件命令」という。）を発した。

Cは、本件命令の取消しを求める訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）を提起し、本件コテージが本件指定による河川区域外にあることを主張している。さらに、Cは、このような主張に加えて、本件コテージが本件指定による河川区域内にあると仮定した場合にも、本件命令の何らかの違法事由を主張することができるか、また、本件取消訴訟以外に何らかの行政訴訟を提起することができるかという点を、明確にしておきたいと考え、弁護士Fに相談した。Fの立場に立って、以下の設問に答えなさい。なお、河川法及び同法施行令の抜粋を資料として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件取消訴訟以外にCが提起できる行政訴訟があるかを判断する前提として、本件指定が抗告訴訟の対象となる処分当たるか否かを検討する必要がある。本件指定の処分性の有無に絞り、河川法及び同法施行令の規定に即して検討しなさい。なお、本件取消訴訟以外にCが提起できる行政訴訟の有無までは、検討しなくてよい。

〔設問2〕

本件コテージが本件指定による河川区域内にあり、本件指定に瑕疵はないと仮定した場合、Cは、本件取消訴訟において、本件命令のどのような違法事由を主張することが考えられるか。また、当該違法事由は認められるか。

【資 料】

○ 河川法（昭和39年7月10日法律第167号）（抜粋）

（河川区域）

第6条 この法律において「河川区域」とは、次の各号に掲げる区域をいう。

- 一 河川の流水が継続して存する土地及び地形、草木の生茂の状況その他その状況が河川の流水が継続して存する土地に類する状況を呈している土地（中略）の区域
- 二 （略）
- 三 堤外の土地（中略）の区域のうち、第1号に掲げる区域と一体として管理を行う必要があるものとして河川管理者が指定した区域〔注：「堤外の土地」とは、堤防から見て流水の存する側の土地をいう。〕

2・3 （略）

4 河川管理者は、第1項第3号の区域（中略）を指定するときは、国土交通省令で定めるところにより、その旨を公示しなければならない。これを変更し、又は廃止するときも、同様とする。

5・6 （略）

（河川の台帳）

第12条 河川管理者は、その管理する河川の台帳を調製し、これを保管しなければならない。

2 河川の台帳は、河川現況台帳及び水利台帳とする。

3 河川の台帳の記載事項その他その調製及び保管に関し必要な事項は、政令で定める。

4 河川管理者は、河川の台帳の閲覧を求められた場合においては、正当な理由がなければ、これを拒むことができない。

（工作物の新築等の許可）

第26条 河川区域内の土地において工作物を新築し、改築し、又は除却しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、河川管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

2～5 （略）

（河川管理者の監督処分）

第75条 河川管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、（中略）工事その他の行為の中止、工作物の改築若しくは除却（中略）、工事その他の行為若しくは工作物により生じた若しくは生ずべき損害を除去し、若しくは予防するために必要な施設の設置その他の措置をとること若しくは河川を原状に回復することを命ずることができる。

一 この法律（中略）の規定（中略）に違反した者（以下略）

二・三 （略）

2～10 （略）

第102条 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

一 （略）

二 第26条第1項の規定に違反して、工作物の新築、改築又は除却をした者

三 （略）

○ 河川法施行令（昭和40年2月11日政令第14号）（抜粋）

（河川現況台帳）

第5条 （略）

2 河川現況台帳の図面は、付近の地形及び方位を表示した縮尺2500分の1以上（中略）の平面図（中略）に、次に掲げる事項について記載をして調製するものとする。

一 河川区域の境界

二～九 （略）

出題の趣旨

本問は、事案及び関係行政法規に即して、行政訴訟及び行政法の一般原則についての基本的な知識及び理解を運用する能力を試す趣旨の問題である。設問1は、河川管理者による河川区域の指定の処分性を問うものである。特定の者を名宛人とせずに特定の区域における土地利用を制限する行政庁の決定の処分性に関する最高裁判所の判例の趣旨を踏まえ、河川区域の指定の法的効果を河川法及び同法施行令の規定に即して検討し、処分性認定の要件に結びつけて論じることが求められる。設問2は、河川区域内に無許可で設置され改築された工作物の除却命令の違法性を問うものである。最高裁判所昭和62年10月30日第三小法廷判決（判時1262号91頁）の趣旨を踏まえ、河川区域内における工作物の設置を規制する河川法の趣旨との関係で、信義則が適用されるのはどのような場合か、そして、信義則の適用に当たっては、行政庁による公的見解の表示の有無、相手方が当該表示を信頼したことについての帰責事由の有無等の考慮が不可欠ではないかを検討した上で、本問の具体的な事実関係に即して、信義則の適用により除却命令が違法となるか否かについて論じることが求められる。

基本ポイント

- 1 本問では、設問1で処分性、設問2で処分の違法事由を検討することが求められている。もっとも、設問1では「本件指定」（河川区域の指定）の処分性、設問2では「本件命令」（本件コテージの除却命令）の違法事由が検討対象であるから、各設問において検討対象を誤らないように注意する必要がある。
- 2 設問1では、本件指定の処分性の検討が求められているため、まず、「処分」の定義（最判昭39.10.29等）を正確に挙げる必要がある。次に、本件指定が、公権力性、外部性（直接性ともいう）、個別具体性（直接性ともいう）、法効果性という4要素のうち、どの要素との関係で処分性が問題となるかを意識することが重要である。そして、本件指定については、特に、個別具体性との関係で処分性が問題となるところ、以下の判例に関する知識を踏まえた検討が求められていたといえる。

判例（最判昭57.4.22）

都市計画法8条1項に基づく用途地域指定が「当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できないが、かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合におけると同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があつたものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない。…なお、右地域内の土地に現実に前記のような建築の制限を超える建物の建築をし

ようとしてそれが妨げられている者が存する場合には、その者は現実に自己の土地利用上の権利を侵害されているといえることができるが、この場合右の者は右建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、前記の地域指定が違法であることを主張して右処分の取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、前記のような解釈をとつても格別の不都合は生じないというべきである。」

- 3 設問2では、「本件指定に瑕疵はない」という前提が与えられているため、本件コテージの新築・改築に際して許可を受けていないCは、河川法（以下「法」という。）26条1項の違反者となるから、本件命令は、法75条1項1号の要件を満たす。もっとも、本件命令は、裁量処分であるため、その違法事由については、裁量権の逸脱濫用の有無を検討することになる。そして、この点については、以下の判例に関する知識を踏まえて、信義則違反の有無の検討をすることが求められていたといえる。

判例（最判昭62.10.30）

「租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なくなく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。そして、右特別の事情が存するかどうかの判断に当たっては、少なくとも、税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したことにより、納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したところ、のちに右表示に反する課税処分が行われ、そのために納税者が経済的不利益を受けることになったものであるかどうか、また、納税者が税務官庁の右表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないかどうかという点の考慮は不可欠のものであるといわなければならない。」

応用ポイント

1	（設問1）個別具体性に関する検討を事案に即して行っていること
2	（設問1）権利救済の実効性の観点からの検討をしていること
3	（設問2）昭和62年判例の事案と本問の事案との相違点を踏まえた検討をしていること →昭和62年判例の事案では、法律による行政（租税法律主義）が重視されるため、信義則による修正を肯定するためのハードルが高かったが、本問の事案では、そのハードルは、比較的低くなる。

1 第1 設問1

2 1 「処分」(行訴法3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体が
3 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
4 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。

5 2(1) 本件指定は、河川管理者であるA県知事が河川法(以下「法」)6条
6 1項3号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
7 性が認められる。

8 (2)ア また、本件指定により、河川区域内の土地で工作物を新築等しよ
9 うとする者は、河川管理者の許可を受けなければならない(法26条
10 1項)。そして、当該許可を受けないまま工作物を新築等した場合、
11 法26条違反となるから監督処分を受ける可能性があるし(法75条
12 1項1号)、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられる(法
13 102条2号)。そのため、本件指定がなされると、河川区域内で工作
14 物の新築等をしようとする者は、河川管理者の許可を得なければ、
15 これを適法に行うことができなくなる。したがって、本件指定には、
16 外部性を有する法効果が認められる。

17 イ もっとも、本件指定は、本件図面によって行われ、公示されてい
18 る(法6条4項)が、本件図面では「河川区域の境界」が縮尺2500
19 分の1の地図で示されているにすぎない(法12条3項、法施行令5
20 条2項1号)。そのため、河川区域に該当する土地部分を精確に特定
21 できないから、どの土地部分が法に基づく制限を受けるのかが不明
22 確となり、制限を受ける土地利用者の範囲も不明確となる。そうす
23 ると、本件指定の法効果は、河川区域内の不特定多数者に対する一
24 般的・抽象的なものにすぎず、個別具体性のないものである。

25 3 したがって、本件指定は、「処分」に当たらない。なお、本件指定の処
26 分性を否定しても、後に中止命令等(法75条1項1号)の不利益処分が
27 なされた時点で、処分の取消訴訟を提起することによりCの権利救済は
28 図ることができる。

29 第2 設問2

30 1 Cの主張する違法事由の内容

31 (1) 本件命令は、信義則(民法1条2項)に反し、違法である。

32 (2) Cは、2013年6月、A県の建築指導課職員Dから、A県の河川課担
33 当職員Eによる「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」
34 旨の回答(以下「本件回答」)を伝え聞いたため、本件回答を信頼して、
35 本件コテージの改築を行った。そして、本件命令により、本件コテ
36 ージを除却することになれば、Cは、その改築のために支出した多額の
37 費用について経済的不利益を受ける。また、Cは、2000年に本件コテ
38 ージを建築してから、2014年7月に至るまで、A県知事から、本件コ
39 テージが河川区域内にある等の指摘を受けることはなかった上、改築
40 の際に、自らDに「本件コテージは河川区域外にあると理解している
41 が間違いないか。」と尋ねた結果、本件回答を得ているから、本件回答
42 を信頼したことにつき帰責事由はない。したがって、Cの信頼は法的
43 保護に値するから、これを侵害する本件命令は信義則に反する。

44 2 Cの主張する違法事由の検討

(1) 河川の維持・管理においては、政策的・専門技術的判断が必要となることから、本件命令の根拠規定である法 75 条 1 項の「できる」という文言も、処分をするか否か及び処分の内容について河川管理者に裁量を認める趣旨であると解される。したがって、本件命令に信義則違反が認められる場合、本件命令は、裁量権の逸脱濫用（行訴法 30 条）を理由として、違法となる。

(2) 本件指定に瑕疵がないため、本件コテージの新築・改築に際して許可を受けていないCは、法 26 条 1 項の違反者となるから、本件命令は、法 75 条 1 項 1 号の要件を満たす。そうすると、本件に信義則を適用することは、法律による行政の原理と対立するおそれがある。

もっとも、本件命令は裁量処分であるから、同じ違反者の間でも、処分の有無・内容は、個別の事情の影響を受けて異なり得る。したがって、本件は、信義則の適用が法律による行政と鋭く対立する場合ではないといえる。そこで、本件において、信義則違反の有無を判断するに際しては、①信頼の対象となる公的見解が表示されたこと、②被処分者がその表示を信頼し、その信頼に基づいて行動したこと、③その表示に反する処分が行われ、そのために被処分者が経済的不利益を受けることになったこと、④被処分者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて帰責事由がないこと等の事情を総合考慮すべきであると解する。

(3) まず、①確かに、河川区域指定については、河川管理者による「公示」（法 6 条 4 項前段）が規定されているから、本件回答では、信頼の対象となる公的見解が表示されたとはいいないとも思える。しかし、本件回答は、Dからの伝聞であるとはいえ、河川課担当職員Eからのものであるし、DもA県の職員である。また、本件コテージの位置は本件図面において不明確であった。したがって、本件回答は、河川区域指定を補充するものであり、公的見解の表示に準じるといえるから、信頼の対象になる。次に、②確かに、Cは、本件指導に従って本件コテージを改築した側面があるが、河川区域内と認識していれば、改築せずに収去するという選択も取り得たのであるから、本件コテージの改築は、本件回答を信頼したことに基づくものといえる。そして、Cの主張する通り、③本件命令により本件コテージを除却すると、Cは、その改築のために支出した多額の費用について経済的不利益を受けることになる。また、④確かに、Cは、2000 年に本件コテージを建築する際、河川区域について、自ら判断せずA県に問い合わせるべきであったし、改築の際も、測量を依頼するべきであった。しかし、本件コテージの位置は、もともと本件図面上の河川区域の境界から数メートル離れており、実際、Eも「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」とし、2014 年 7 月の調査の結果、河川区域内にあると判断されるに至ったのであるから、Cの判断は、誤っていたわけではなく、問合せ・測量依頼をしなかったとしても帰責事由はないといえる。

(4) 以上より、信義則違反が認められるから、本件命令は、裁量権の逸脱濫用を理由として、違法となる。

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、A所有の甲建物において手作りの伝統工芸品を製作し、これを販売業者に納入する事業を営んできたが、高齢により思うように仕事ができなくなったため、引退することにした。Aは、かねてより、長年事業を支えてきた弟子のBを後継者にしたいと考えていた。そこで、Aは、平成26年4月20日、Bとの間で、甲建物をBに贈与する旨の契約（以下「本件贈与契約」という。）を書面をもって締結し、本件贈与契約に基づき甲建物をBに引き渡した。本件贈与契約では、甲建物の所有権移転登記手続は、同年7月18日に行うこととされていたが、Aは、同年6月25日に疾病により死亡した。Aには、亡妻との間に、子C、D及びEがいるが、他に相続人はいない。なお、Aは、遺言をしておらず、また、Aには、甲建物のほかにも、自宅建物等の不動産や預金債権等の財産があったため、甲建物の贈与によっても、C、D及びEの遺留分は侵害されていない。また、Aの死亡後も、Bは、甲建物において伝統工芸品の製作を継続していた。
2. C及びDは、兄弟でレストランを経営していたが、その資金繰りに窮していたことから、平成26年10月12日、Fとの間で、甲建物をFに代金2000万円で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。本件売買契約では、甲建物の所有権移転登記手続は、同月20日に代金の支払と引換えに行うこととされていた。本件売買契約を締結する際、C及びDは、Fに対し、C、D及びEの間では甲建物をC及びDが取得することで協議が成立していると説明し、その旨を確認するE名義の書面を提示するなどしたが、実際には、Eはそのような話は全く聞いておらず、この書面もC及びDが偽造したものであった。
3. C及びDは、平成26年10月20日、Fに対し、Eが遠方に居住していて登記の申請に必要な書類が揃わなかったこと等を説明した上で謝罪し、とりあえずC及びDの法定相続分に相当する3分の2の持分について所有権移転登記をすることで許してもらいたいと懇願した。これに対し、Fは、約束が違うとして一旦はこれを拒絶したが、C及びDから、取引先に対する支払期限が迫っており、その支払を遅滞すると仕入れができなくなってレストランの経営が困難になるので、せめて代金の一部のみでも支払ってもらいたいと重ねて懇願されたことから、甲建物の3分の2の持分についてFへの移転の登記をした上で、代金のうち1000万円を支払うこととし、その残額については、残りの3分の1の持分と引換えに行うことに合意した。そこで、同月末までに、C及びDは、甲建物について相続を原因として、C、D及びEが各自3分の1の持分を有する旨の登記をした上で、この合意に従い、C及びDの各持分について、それぞれFへの移転の登記をした。
4. Fは、平成26年12月12日、甲建物を占有しているBに対し、甲建物の明渡しを求めた。Fは、Bとの交渉を進めるうちに、本件贈与契約が締結されたことや、【事実】2の協議はされていなかったことを知るに至った。
Fは、その後も、話し合いによりBとの紛争を解決することを望み、Bに対し、数回にわたり、明渡猶予期間や立退料の支払等の条件を提示したが、Bは、甲建物において現在も伝統工芸品の製作を行っており、甲建物からの退去を前提とする交渉には応じられないとして、Fの提案をいずれも拒絶した。
5. Eは、その後本件贈与契約の存在を知るに至り、平成27年2月12日、甲建物の3分の1の持分について、EからBへの移転の登記をした。
6. Fは、Bが【事実】4のFの提案をいずれも拒絶したことから、平成27年3月6日、Bに

対し、甲建物の明渡しを求める訴えを提起した。

〔設問１〕

FのBに対する【事実】6の請求が認められるかどうかを検討しなさい。

〔設問２〕

Bは、Eに対し、甲建物の全部については所有権移転登記がされていないことによって受けた損害について賠償を求めることができるかどうかを検討しなさい。なお、本件贈与契約の解除について検討する必要はない。

出題の趣旨

設問1は、甲建物に関する権利関係を明らかにした上で、甲建物の過半数の持分を有する者が他の共有持分権者に対して明渡しを求めることができる場合があるかどうかを問うものであり、これにより、事案に即した分析能力や論理的思考力を試すものである。また、設問2は、本件贈与契約において贈与者が負う債務の法的性質や、共同相続人にその債務がどのように承継されるかを明らかにした上で、甲建物全部の所有権移転登記手続がされなかったことについて、共同相続人の一人にその損害の全部の賠償を求めることができるかどうかを問うものであり、これにより、法的知識の正確性や論理的思考力を試すものである。

基本ポイント

1 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。

H26. 4. 20	A B 間：本件贈与契約締結 ※移転登記手続期限はH26. 7. 18
H26. 6. 25	A 死亡：相続人は子 C, D, E
H26. 7. 18	移転登記手続未了
H26. 10. 12	C D F 間：本件売買契約締結
H26. 10. 30	A→C D E：甲建物につき法定相続による相続登記（各3分の1） C D→F：甲建物の3分の2の持分の移転登記
H26. 12. 12	F→B：甲建物明渡請求
	E：本件贈与契約の存在を認識
H27. 2. 12	E→B：甲建物の3分の1の持分の移転登記
H27. 3. 6	F→B：甲建物明渡請求訴訟提起

2 設問1では、FのBに対する請求の法的根拠を挙げつつ検討することになる。そして、法的根拠として考えられるのは、所有権又は共有持分権であるが、まず、本件売買契約における売主CDに甲建物の所有権が帰属していないため、買主Fは、その所有権を承継取得しないことを簡潔に説明した上で（なお、民法（以下略）94条2項類推適用による所有権の取得の可否については、特に言及する必要はない。）、共有持分権に基づく請求の成否を論じることになる。この点については、Fに共有持分権があること、Bが甲建物を占有していることを確認して、Bの占有に正当な権原があるかどうかを検討する必要がある。そして、共有持分の譲受人との関係で譲渡人以外の他の共有者は「第三者」（177条）に当たる（最判昭46.6.18）ため、Bとの関係でFは「第三者」となるところ、Bは、甲建物の3分の1の持分について、Eからの移転登記を具備しており、この持分の取得を「第三者」であるFに対抗できる。したがって、Bによる甲建物の占有は、共有持分権者としての使用権限（249条）に基づくものであるから、正当な権原に基づくも

のということになる。

- 3 設問2では、まず、AがBに対して負っていた甲建物の所有権移転登記手続債務は、不可分債務（430条）であるから、相続人であるC、D及びEに不可分的に帰属することを前提に、Eの負う当該登記手続債務が、C及びDが自己の持分に係る登記をFに移転したことにより、履行不能（412条の2第1項）となっていることを指摘する必要がある。その上で、履行不能に基づく損害賠償請求（415条1項）の要件（①履行不能、②債務者の帰責事由、③損害発生及び④①と③との間の因果関係）を挙げつつ、要件充足性を検討することになる。なお、平成29年民法改正により、②債務者の帰責事由は、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由を意味する概念ではなく、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断されるものとなったことに留意する必要がある。

応用ポイント

1	（設問1）BとFは相互に「第三者」（177条）に当たるため、登記を具備しない限り、自己の共有持分権を対抗できず、共有者とならないことを踏まえた検討をしていること
2	（設問1）甲建物に関する相続による権利変動について、関係条文を挙げつつ丁寧に説明していること
3	（設問2）債務者の帰責事由の有無について、Eの負っていた移転登記手続債務は、履行遅滞中に履行不能となっている（413条の2第1項）ことを踏まえて判断していること →債権者であるFに帰責事由がない限り、債務者であるBに帰責事由が認められることになる。
4	（設問2）発生した損害の検討において、Eの負っていた移転登記手続債務は、履行不能により金銭債務である損害賠償債務に転化するから、「不可分債務が可分債務となった」（431条後段）に当たることに言及していること

1 第1 設問1

2 1 FのBに対する甲建物の明渡請求（「本件請求」）は、物権的返還請求
3 であると考えられる。そして、物権的返還請求の実体法上の要件は、①
4 請求者が所有し又は共有持分を有すること、②相手方が占有しているこ
5 と及び③相手方の占有に正当な権原がないことである。

6 2 所有権に基づく返還請求

7 (1) Aは、生前、Bとの間で、自己所有の甲建物を目的とする本件贈与
8 契約（民法（以下略）549条）を締結している。

9 他方、贈与を原因とするB名義の所有権移転登記が未了の間に、甲
10 建物をAの子C、D及びEが共同相続し（882条、887条1項、896条
11 本文、898条、899条）、C及びDが、Fとの間で、甲建物を目的とす
12 る本件売買契約（555条）を締結している。もっとも、C及びDは、甲
13 建物につき各3分の1の持分（900条4号本文）を有しているが、E
14 の3分の1の持分については無権利である。したがって、本件売買契
15 約によりFに移転する（176条）のは、C及びDの合計3分の2の持
16 分に限られるから、Fは、①甲建物の所有権を取得しない。

17 (2) なお、C及びDが、Fに対し、甲建物をC及びDが取得することで
18 協議が成立した旨のE名義の偽造書面を提示し、これにより、Fは、
19 C及びDが甲建物の所有者であると信じて本件売買契約を締結してい
20 るため、94条2項の類推適用によって甲建物の所有権を取得するとも
21 思える。しかし、不動産取引の安全は登記により図られている（177条）
22 ところ、第三者の取引安全を趣旨とする94条2項の類推適用におい
23 ても、信託の対象となる外観は、登記であることが必要であると解す
24 る。したがって、Fは、94条2項の類推適用によっても甲建物の所有
25 権を取得しない。

26 3 共有持分権に基づく返還請求

27 (1) Fは、①甲建物につき3分の2の持分を有している。そして、共有
28 持分権に基づく返還請求は、「保存行為」（252条ただし書）に当たる
29 と解される。したがって、Fは、単独で共有持分権に基づく返還請求
30 をすることができる。

31 (2) 他方、②Bは、甲建物を伝統工芸品の製作場所として使用すること
32 により、占有している。

33 (3)ア ③について検討する。Bは、Aから甲建物の贈与を受けているか
34 ら、Fの登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者として、「第三
35 者」（177条）に当たる。しかし、Fは、甲建物の3分の2の持分
36 について、C及びDからの移転登記を具備しているから、この持分の
37 取得をBに対抗できる。

38 イ 他方、Bは、甲建物の3分の1の持分について、Eからの移転登
39 記を具備しており、この持分の取得を「第三者」であるFに対抗で
40 きる。そうすると、Bは、Fとの間で、甲建物の共有者となる。

41 そして、Fは、甲建物について過半数を超える持分を有する持分
42 権者であるが、Bも持分権者として甲建物の全部を使用する権限を
43 有する（249条）。

44 (4) したがって、本件請求は認められない。

第2 設問2

1(1) Aは、生前、Bに対して本件贈与契約に基づく甲建物の所有権移転登記手続債務を負っていた。そして、当該登記手続債務は、甲建物の登記の移転という一個の不可分給付を目的とする債務であり、性質上、不可分債務(430条)に当たるため、Aの死亡により、相続人C、D及びEに不可分的に帰属する。したがって、C、D及びEは、各々、当該登記手続債務の全部を履行する義務を負う。

(2) そうすると、C及びDが自己の持分に係る登記をFに移転したことにより、EがBに対して負っていた当該登記手続債務は、「取引上の社会通念」に照らして履行不能(412条の2第1項)になったといえる。そこで、Bは、Eに対し、履行不能に基づく損害賠償請求(415条1項)をすることができるか。

2(1) 上記請求の実体法上の要件は、①履行不能、②債務者の帰責事由、③損害発生及び④①と③との間の因果関係である。

(2)ア まず、前述の通り、①は認められる。

イ 次に、②当該登記手続債務の履行期限は平成26年7月18日であったため、履行不能はEの履行遅滞中に生じたことになるから、履行不能につきB E双方に帰責事由がない場合、「債務者」Eに帰責事由があるとみなされる(413条の2第1項)。確かに、Eは、平成26年12月12日以降に本件贈与契約の存在を知ったのであるが、Aの死亡直後から、Aの相続人としてAの相続財産を調査(915条2項)し、当該登記手続債務の存在を知り得る立場にあったから、Eに帰責事由があるとも思える。しかし、C及びDは、甲建物の3分の2の持分に係る登記をFに移転することについて、Eに話をしておらず、また、本件売買契約締結の際、E名義の偽造書面を使用した。そうすると、履行不能は、Eにとって外的な事由により生じたといえるから、Eに帰責事由はない。他方、Bは、Aが死亡したため、平成26年7月18日に移転登記手続がAによりなされないことを認識していたのであるから、相続人であるCらに対して連絡を取る等して移転登記手続を求めるべき立場にあったが、それをしないことが履行不能の原因とはいえないため、Bにも帰責事由はない。

ウ そして、③Bは、甲建物の3分の2の持分の移転登記を具備することができず、その持分を取得できなかったのであるから、この持分の価額に相当する損害が発生したといえる。もっとも、当該登記手続債務は、履行不能により金銭債務である損害賠償債務に転化するから、「不可分債務が可分債務となった」(431条後段)に当たる。そうすると、Eが負う責任は、上記持分の価額に相当する損害のうちの3分の1となる。

エ また、④C及びDが自己の持分に係る登記をFに移転したことにより、Bは、甲建物の3分の2の持分の移転登記を具備することができず、その持分を取得できずに損害が生じたのであるから、因果関係も認められる。

3 よって、Bは、Eに対し、履行不能に基づく損害賠償請求をすることができる。 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. X株式会社（以下「X社」という。）は、昭和60年に設立され、「甲荘」という名称のホテルを経営していたが、平成20年から新たに高級弁当の製造販売事業を始め、これを全国の百貨店で販売するようになった。X社の平成26年3月末現在の資本金は5000万円、純資産額は1億円であり、平成25年4月から平成26年3月末までの売上高は20億円、当期純利益は5000万円である。
X社は、取締役会設置会社であり、その代表取締役は、創業時からAのみが務めている。また、X社の発行済株式は、A及びその親族がその70%を、Bが残り30%をいずれも創業時から保有している。なお、Bは、X社の役員ではない。
2. X社の取締役であり、弁当事業部門本部長を務めるCは、消費期限が切れて百貨店から回収せざるを得ない弁当が多いことに頭を悩ませており、回収された弁当の食材の一部を再利用するよう、弁当製造工場の責任者Dに指示していた。
3. 平成26年4月、上記2の指示についてDから相談を受けたAは、Cから事情を聞いた。Cは、食材の再利用をDに指示していることを認めた上で、「再利用する食材は新鮮なもののみに限定しており、かつ、衛生面には万全を期している。また、食材の再利用によって食材費をかなり節約できる。」などとAに説明した。これに対し、Aは、「衛生面には十分に気を付けるように。」と述べただけであった。
4. 平成26年8月、X社が製造した弁当を食べた人々におう吐、腹痛といった症状が現れたため、X社の弁当製造工場は、直ちに保健所の調査を受けた。その結果、上記症状の原因は、再利用した食材に大腸菌が付着していたことによる食中毒であったことが明らかとなり、X社の弁当製造工場は、食品衛生法違反により10日間の操業停止となった。
5. X社は、損害賠償金の支払と事業継続のための資金を確保する目的で、「甲荘」の名称で営むホテル事業の売却先を探すこととした。その結果、平成26年10月、Y株式会社（以下「Y社」という。）に対し、ホテル事業を1億円で譲渡することとなった。X社は、その取締役会決議を経て、株主総会を開催し、ホテル事業をY社に譲渡することに係る契約について特別決議による承認を得た。当該特別決議は、Bを含むX社の株主全員の賛成で成立した。なお、X社とその株主は、いずれもY社の株式を保有しておらず、X社の役員とY社の役員を兼任している者はいない。また、X社及びY社は、いずれもその商号中に「甲荘」の文字を使用していない。
6. その後、Y社は、譲渡代金1億円をX社に支払い、ホテル事業に係る資産と従業員を継承し、かつ、ホテル事業に係る取引上の債務を引き受けてホテル事業を承継し、「甲荘」の経営を続けている。1億円の譲渡代金は、債務の引受けを前提としたホテル事業の価値に見合う適正な価額であった。
7. X社は、弁当の製造販売事業を継続していたが、売上げが伸びず、かつ、食中毒の被害者としてX社に損害賠償を請求する者の数が予想を大幅に超え、ホテル事業の譲渡代金を含めたX社の資産の全額によっても、被害者であるEらに対して損害の全額を賠償することができず、取引先への弁済もできないことが明らかとなった。そこで、X社は、平成27年1月、破産手続開始の申立てを行った。
8. Eらは、食中毒により被った損害のうち、なお1億円相当の額について賠償を受けられないでいる。また、X社の株式は、X社に係る破産手続開始の決定により、無価値となった。
9. Bは、X社の破産手続開始後、上記3の事実を知るに至った。

〔設問 1〕

- (1) A及びCは、食中毒の被害者であるEらに対し、会社法上の損害賠償責任を負うかについて、論じなさい。
- (2) A及びCは、X社の株主であるBに対し、会社法上の損害賠償責任を負うかについて、論じなさい。

〔設問 2〕

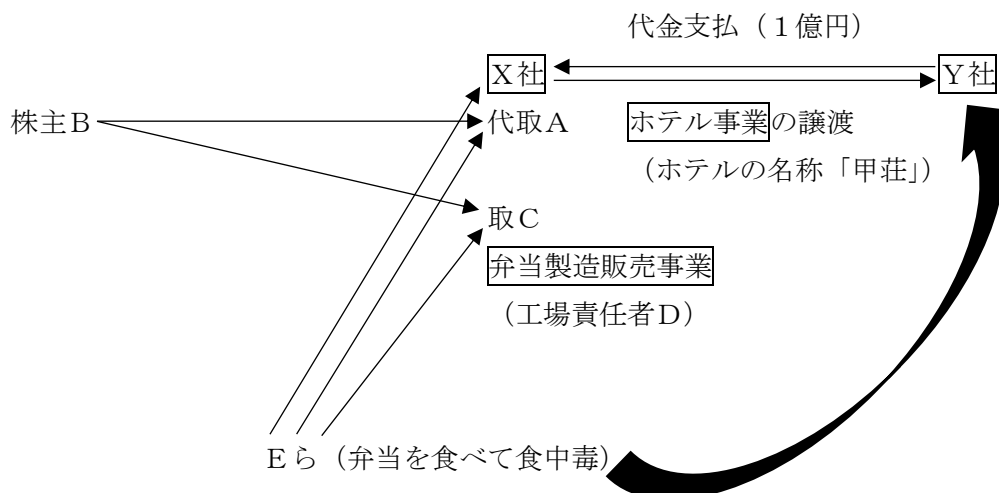
ホテル事業をX社から承継したY社は、X社のEらに対する損害賠償債務を弁済する責任を負うかについて、論じなさい。

出題の趣旨

本問は、役員等の第三者に対する損害賠償責任（会社法第429条）について基本的な知識・理解を前提に事例に則した分析・検討を求めるとともに、事業を譲り受けた会社が事業を譲渡した会社の商号を引き続き使用しない場合であっても、譲渡会社の損害賠償債務につき譲受会社がその弁済責任を負うことがあるかどうかについての検討を求めるものである。解答に際しては、①会社法第429条に基づく損害賠償責任の意義、②取締役C及び代表取締役Aにそれぞれ求められる任務の具体的内容と任務懈怠の有無、③代表取締役Aの任務懈怠とEらの損害との因果関係、④株主Bに生じた損害の内容について、設問の事実関係を踏まえて、正しく論述するとともに、⑤株主が役員等の第三者に対する損害賠償責任（会社法第429条）を追及することの可否について検討することが求められる。さらに、⑥Y社がX社の損害賠償債務について弁済する責任を負うかどうかにつき、会社法第22条を類推適用することの可否、⑦X社のEらに対する損害賠償債務が「譲渡会社の事業によって生じた債務」に該当するかどうか等について、設問の事実関係を踏まえて、説得的な論述を展開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。



- (設問1小問(1)) A及びCのEらに対する会社法上の損害賠償責任
(設問1小問(2)) A及びCのBに対する会社法上の損害賠償責任
(設問2) Y社のX社のEらに対する損害賠償債務の弁済責任

- 2 設問1小問(1)では、Eらが「第三者」(会社法(以下略)429条1項)に当たることを前提に、取締役A及びCの負い得る会社法上の損害賠償責任の法的根拠が429条1項であることを指摘することが必須となる。その上で、同条項の趣旨から責任成立要件を論じて、各要件につき、事案に即して当てはめを行うことになる。そして、解答に際しては、A及びCの地位・立場の違いを踏まえて、両者を区別して検討する必要がある。
- 3 設問1小問(2)では、Bが株主であるため、Eらと異なり、「第三者」(429条1項)に当たらない可能性があることを意識して、A及びCが429条1項に基づく損害賠償責任を負うかどうかを検討することになる。そして、Bの被った損害が、直接損害ではなく、間接損害であることを指摘した上で、株主が「第三者」に当たるかどうかにつき、自説を述べることになる。そして、解答に際しては、株主の救済は、通常、責任追及等の訴え(847条)により図られることを踏まえることが必須となる。
- 4 設問2では、原則として、Y社がX社のEらに対する損害賠償債務を弁済する責任を負う関係にないことを踏まえて、22条1項の適用可能性を検討することが求められている。もっとも、本問では、Y社は、X社の商号の続用をしておらず、ホテルの名称である「甲荘」を続用しているにとどまるから、22条1項の直接適用は認められず、類推適用の肯否が問題となる。そして、解答に際しては、同条項の趣旨からその肯否を論じることになる。

応用ポイント

1	(設問1小問(1)) A及びCがX社に対して負う任務の内容を事案に即して具体的に検討していること
2	(設問1小問(2)) X社の破産手続が開始していることを考慮していること →破産手続開始決定がされたことにより、裁判所から選任された破産管財人にX社の財産の管理処分権が専属する(破産法78条1項)。そして、破産管財人が責任追及等の訴えの提起を怠るおそれが少ないこと等から、株主Bが責任追及等の訴えを提起することはできないと解される(田中亘『会社法』(第2版)P723参照)。
3	(設問2) EらがX社に対して食中毒を理由に損害賠償請求をする法的根拠を意識していること →法的根拠としては債務不履行又は不法行為が考えられるため、「譲渡会社の事業によって生じた債務」に不法行為に基づく損害賠償債務が含まれるかどうかについて言及する。
4	(設問2) Eらの食中毒は、弁当製造販売事業の弁当を食べたことが原因で生じたことを踏まえた検討をしていること →Y社が譲渡を受けたのは、弁当製造販売事業ではなく、ホテル事業であることを踏まえて、「譲渡会社の事業によって生じた債務」に関連付けて検討する。

1 第1 設問1小問(1)

2 1(1) X社の取締役であるA及びCは、「役員等」(会社法(以下略) 423 条
3 1項かつこ書)であるから、「第三者」であるEらに対し、429 条1 項
4 に基づく損害賠償責任を負うか。責任成立要件が問題となる。

5 (2) 同条項の趣旨は、株式会社の活動が役員等の職務執行に依存するた
6 め、役員等に不法行為責任(民法 709 条)とは別個の特別の法定責任
7 を課して第三者を保護する点にある。そこで、責任成立要件は、①役
8 員等の会社に対する任務懈怠、②当該任務懈怠についての悪意・重過
9 失、③第三者の損害及び④①と③との間の相当因果関係であると解す
10 る。なお、②に関し、不法行為とは異なり、第三者に対する加害行為
11 についての悪意等は不要であり、また、③及び④に関し、直接損害と
12 間接損害のいずれでも相当因果関係がある限り、認められる。

13 2 Aの責任

14 (1) 消費期限切れの食材は、衛生上の危害を生じさせるおそれがあり、
15 その再利用により食中毒が発生した場合、X社は食品衛生法違反とな
16 る。そして、取締役の遵守すべき「法令」(355 条)には、株式会社の
17 遵守すべき法令も含まれるから、Aは、X社が食品衛生法違反を行わ
18 ないように注意する義務を負う。そうすると、Cから食材の再利用を
19 Dに指示していると聞いたAは、X社の業務に関する一切の権限を有
20 する代表取締役(349 条4 項)としての善管注意義務(330 条, 民法 644
21 条)・忠実義務(355 条)に基づき、C又はDに対し、消費期限切れの
22 食材の再利用の中止を命じる任務を負っていたといえる。しかし、A
23 は、Cに対し「衛生面には十分に気をつけるように。」と述べただけで、
24 上記任務を履行していない。したがって、①が認められる。

25 (2) 次に、Aは、上記任務懈怠により、消費期限切れの食材の再利用が
26 継続され、その結果、食中毒が発生した場合にX社が食品衛生法違反
27 となることにつき悪意・重過失であったといえるから、②も認められ
28 る。また、Aの任務懈怠により、Eらは、食中毒という直接的な損害
29 を被っているから、③も認められる。そして、Aが上記任務を履行し
30 ていた場合、Cが食材の再利用を中止するはずであり、Eらが食中毒
31 になることもなかったといえるから、④も認められる。

32 (3) したがって、Aは、Eらに対し、損害賠償責任を負う。

33 3 Cの責任

34 (1) Cも、Aと同様、取締役として、X社が食品衛生法違反を行わない
35 ように注意する義務を負う。そうすると、Cは、弁当事業部門の本部
36 長であるから、弁当製造工場の責任者Dに対し、消費期限切れの食材
37 の再利用の中止を命じる任務を負っていたといえる。しかし、Cは、
38 Dに対して中止を命じる等しておらず、上記任務を履行していない。
39 したがって、①が認められる。

40 (2) 次に、Cは、上記任務懈怠により、消費期限切れの食材の再利用が
41 継続され、その結果、食中毒が発生した場合にX社が食品衛生法違反
42 となることにつき悪意・重過失であったといえるから、②も認められ
43 る。また、Cの任務懈怠により、Eらは、食中毒という直接的な損害
44 を被っているから、③も認められる。そして、Cが上記任務を履行し

ていた場合、Dが食材の再利用を中止するはずであり、Eらが食中毒になることもなかったといえるから、④も認められる。

(3) したがって、Cは、Eらに対し、損害賠償責任を負う。

4 以上より、A及びCは、Eらに対し、429 条1項に基づく損害賠償責任を負い、これは連帯債務となる(430 条)。

第2 設問1 小問(2)

1 株主Bは、A及びCの任務懈怠によりX社に損害が生じた結果、保有するX社株式が無価値になるという「損害」(間接損害)を被っている。そこで、A及びCは、Bに対し、429 条1項に基づく損害賠償責任を負うか。間接損害を被った株主が「第三者」に当たるかが問題となる。

2 株主は、間接損害については、責任追及等の訴え(847 条)により、役員等に会社に対して損害賠償させることで損害の回復を図ることができるから、原則として「第三者」に当たらないと解する。

本件で、X社は「破産手続開始の決定」(471 条5号)を受けて破産手続中であり、Bは、責任追及等の訴えの提起が困難であるから、例外的に「第三者」に当たる。したがって、A及びCは、Bに対し、429 条1項に基づく損害賠償責任を負い、これは連帯債務となる。

第3 設問2

1 Y社は、X社から事業の重要な一部であるホテル事業を承継しているため、22 条1項の類推適用により、事業の「譲受会社」として、X社のEらに対する損害賠償債務(以下「本件債務」)を弁済する責任を負う。

2(1) 前提として、Y社は、「X株式会社」という商号(6 条1項)を続用していないため、同条項の直接適用は認められない。もっとも、Y社は、「甲荘」という名称を続用している。そこで、名称の続用の場合において、同条項の類推適用が認められるかが問題となる。

(2) 同条項の趣旨は、商号の続用により、譲受会社が事業主体であり又は債務を含めて事業を承継しているという外観が生じるため、その外観を信頼した債権者を保護する点にある。そして、名称が事業主体を表示するものとして用いられている場合には、商号続用の場合と同様の外観が生じるため、上記趣旨が妥当する。したがって、この場合は、同条項が類推適用されると解する。

(3) 「甲荘」という名称は、昭和60年から約30年間、X社が経営するホテルの名称として使用されており、X社を表示するものとして用いられていたといえる。したがって、同条項の類推適用が認められる。

3(1) そして、同条項の趣旨から、「譲渡会社の事業によって生じた債務」には、譲渡会社が事業上負担することになった不法行為に基づく損害賠償債務も含まれると解する。本件債務は、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償債務といえるが、不法行為はX社の事業上のものであるから、「譲渡会社の事業によって生じた債務」に当たる。

(2) また、同条項の趣旨から、「譲渡会社の事業によって生じた債務」には、譲受会社が承継していない部分から生じた債務も含まれると解する。したがって、本件債務は、ホテル事業ではなく、弁当の製造販売事業というY社の承継していない部分から生じたものであるが、「譲渡会社の事業によって生じた債務」に当たる。

以上

〔民事訴訟法〕〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、１：１）

次の文章を読んで、後記の〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい（なお、解答に当たっては、遅延損害金について考慮する必要はない。）。

【事例】

弁護士Aは、交通事故の被害者Xから法律相談を受け、次のような事実関係を聴き取り、加害者Yに対する損害賠償請求訴訟事件を受任することになった。

１．事故の概要

Xが運転する普通自動二輪車が直進中、信号機のない前方交差点左側から右折のために同交差点に進入してきたY運転の普通乗用自動車のを避けられず、同車と接触し、転倒した。Yには、交差点に進入する際の安全確認を怠った過失があったが、他方、Xにも前方注視を怠った過失があった。

２．Xが主張する損害の内容

人的損害による損害額合計 １０００万円

（内訳）

- (1) 財産的損害 治療費・休業損害等の額の合計 ７００万円
- (2) 精神的損害 傷害慰謝料 ３００万円

〔設問１〕

本件交通事故によるXの人的損害には、財産的損害と精神的損害があるが、これらの損害をまとめて不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した場合について、訴訟物は一つであるとするのが、判例（最高裁判所昭和４８年４月５日第一小法廷判決・民集２７巻３号４１９頁）の立場である。判例の考え方の理論的な理由を説明した上、そのように考えることによる利点について、上記の事例に即して説明しなさい。

〔設問２〕

弁護士Aは、本件の事故態様等から、過失相殺によって損害額から少なくとも３割は減額されると考え、損害総額１０００万円のうち、一部請求であることを明示して３割減額した７００万円の損害賠償を求める訴えを提起することにした。本件において、弁護士Aがこのような選択をした理由について説明しなさい。

MEMO

出題の趣旨

交通事故に基づく損害賠償請求の事例において、訴訟物の特定基準（設問 1）や一部請求（設問 2）に関する判例等の基礎理論を理解し、これを応用できるかを問う問題である。

設問 1 は、判例は、いわゆる旧訴訟物理論を基礎とし、交通事故に基づく損害賠償請求について、原因事実及び被侵害利益に着目して、人的損害における財産的損害と精神的損害については、その賠償の請求権は 1 個であり、訴訟物も 1 個であるとしているが（最高裁昭和 48 年 4 月 5 日第一小法廷判決・民集 27 卷 3 号 419 頁）、その理論的根拠（説明）を、そのように解することの実務上の利点（いわゆる費目の流用が可能となること）を含めて理解しているかを問う問題であり、実務上の利点を論ずるに当たっては、訴訟物を 2 個と捉えた場合との差違を念頭に置きながら論ずる必要がある。

設問 2 は、いわゆる一部請求の問題のうち、一部請求を許容すべき必要性及び明示の一部請求における過失相殺の判断方法（いわゆる外側説。前掲最高裁昭和 48 年 4 月 5 日判決）について理解していることを前提に、具体的な事例において原告訴訟代理人の立場でこれらを応用して考えた上で、全部請求ではなく、一部請求を選択した理由を的確に説明することができるかを問う問題である。

基本ポイント

- 1 設問 1 では、設問において挙げられた判例の「考え方の理論的な理由」及び「そのように考えることによる利点」の説明が求められている。そのため、本問の出題形式は、見慣れないものであるが、解答における論述は、設問の要求に形式的に対応したものではない。他方、挙げられた判例は、基本的知識に属するものとして要求されていたものといえる。

判例（最判昭 48.4.5）

「同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上の損害とは、原因事実および被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は一個であり、その両者の賠償を訴訟上あわせて請求する場合にも、訴訟物は一個であると解すべきである。」

下線部が「理論的な理由」の核となる部分である。確かに、判例・実務が前提とする旧訴訟物理論（訴訟物を特定するための基準を実体法上の個々の請求権とする考え方）によると、民法 709 条が財産上の損害賠償請求権を規定し、同法 710 条が精神上の損害賠償請求権を規定しており、両者は別個の請求権であるとの考え方も成り立ち得る。しかし、上記判例により、不法行為に基づく損害賠償請求権に関しては、1 つの権利侵害行為においては原因事実（加害行為）及び被侵害利益が共通することを前提に、その個

数が定められることになる。

そして、判例のように考えることによる「利点」については、試験の現場で適切な内容の解答に辿り着くことは困難であるが、少なくとも、「利点」の検討を正面から行うという基本姿勢を答案上で示すことが必要である。

- 2 設問2では、解答の前提として、一部請求における過失相殺の方法として外側説を採用した以下の判例に関する知識が必須である。

判例（最判昭 48. 4. 5）

「一個の損害賠償請求権のうちの一部が訴訟上請求されている場合に、過失相殺をするにあたっては、損害の全額から過失割合による減額をし、その残額が請求額をこえないときは右残額を認容し、残額が請求額をこえるときは請求の全額を認容することができるものと解すべきである。このように解することが一部請求をする当事者の通常の意味にもそうものというべきであつて、所論のように、請求額を基礎とし、これから過失割合による減額をした残額のみを認容すべきものと解するのは、相当でない。」

この判例を前提とすると、本件で、裁判所は、過失相殺をする際、請求額である 700 万円ではなく、損害全額である 1000 万円から X の過失割合による減額をする。そのため、弁護士 A の予想通り、X の過失割合が 3 割であると認定された場合、損害総額 1000 万円からの減額後の残額は 700 万円となる。そして、この金額は請求額 700 万円を超えないため、700 万円が認容されることになる。すなわち、A の選択した内容の一部請求は、本件の紛争を一回的に解決するために必要かつ十分なものといえる。

もっとも、A の予想に反し、X の過失割合が 2 割であると認定された場合、その残額は 800 万円となり、請求額 700 万円を超えるため、認容額は 700 万円にとどまる。そこで、この場合、それを超える 100 万円について、A は、判決確定後であれば、この 100 万円を請求するために別訴を提起することになる。ただし、前訴と後訴の訴訟物が同一関係にある場合、前訴確定判決の既判力（民訴法 114 条 1 項）が後訴（別訴）に及ぶことになる。そこで、A は、以下の判例を踏まえて、A が損害総額 1000 万円のうち、「一部請求であることを明示して」3 割減額した 700 万円の損害賠償を求める訴えを提起することにしたといえる。

判例（最判昭 37. 8. 10）

「一個の債権の数量的な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は、訴訟物となるの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。」

応用ポイント

- | | |
|---|--|
| 1 | （設問 1）判例の考え方の理論的な理由の説明において、民法 709 条と同法 710 条 |
|---|--|

	との関係を意識した検討をしていること →民法 709 条の「損害」の意味・内容を分析している。
2	（設問 1）判例の考え方の利点の説明において，本問の事案に即した検討をしていること →例えば，「Xが主張する損害の内容」で挙げられている各損害における具体的な金額を使用する。
3	（設問 2）弁護士 A が①一部請求をした理由と②一部請求であることを明示した理由を区別して論じていること →①については，本件訴訟は，本件の紛争を一回的に解決するために必要かつ十分であること及び（印紙代との関係で）試験訴訟としての機能を有していることが理由となり，②については，残部請求が遮断されることを防止することが理由となる。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 判例の考え方の理論的な理由

3 (1) 判例は、訴訟物を特定するための基準を実体法上の個々の請求権と
4 する(旧訴訟物理論)。そして、民法709条が規定する不法行為に基づ
5 く損害賠償請求権とは別個に、同法710条が同法709条「により損害
6 賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしな
7 ければならない。」と規定している。そのため、同法709条が財産上の
8 損害賠償請求権を規定し、同法710条が精神上の損害賠償請求権を規
9 定しており、両者は別個の請求権であるとの考え方も成り立ち得る。

10 (2) しかし、例えば、一つの身体傷害からも財産的損害と精神的損害が
11 発生することが認められるから、同法709条の「損害」には、元々「財
12 産以外の損害」(同法710条)が含まれており、同法710条は、「財産
13 以外の損害」につき、特に注意的に規定したものといえることができる。
14 そして、同法709条の不法行為の成立要件において、権利侵害を重視
15 すると、権利侵害の要素である加害行為及び被侵害利益により、訴訟
16 物を特定することになる。そうすると、本件事故によるXの人的損害
17 には、財産的損害と精神的損害があるが、両者は、本件事故という加
18 害行為及びXの身体という被侵害利益を共通にするものであるから、
19 訴訟物は一つとなる。このような理由から、判例は、訴訟物は一つで
20 あるとする。

21 2 判例の考え方の利点

22 (1) 例えば、Xが前訴で財産的損害のみの賠償請求をした場合において、
23 請求棄却判決がなされ、これが確定した後に、後訴で精神的損害の賠
24 償請求をしたとき、判例の考え方によると、前訴と後訴の訴訟物が同
25 一関係になるから、前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶことになる(民
26 訴法(以下「法」)114条1項)。仮に、判例と異なり、訴訟物を財産
27 上の損害賠償請求権と精神上の損害賠償請求権の二つであると考えた
28 場合、前訴確定判決の既判力が後訴に及ばないことになるから、紛争
29 の一回的解決の要請に反することになる。したがって、判例の考え方
30 は、紛争の一回的解決を促進するという利点がある。

31 (2) また、例えば、裁判所が、財産的損害を600万円、精神的損害を400
32 万円であるとして請求認容判決をする場合、精神的損害について、X
33 の主張する300万円を超えることになるが、判例の考え方によると、
34 認容額合計がXの請求額合計1000万円を超えていないのであれば、処
35 分権主義(法246条参照)に反しないことになる。なぜなら、同条に
36 よれば、原告の申立事項である訴訟物が裁判所の審判対象になるとこ
37 ろ、判例の考え方によると、本件の訴訟物は、700万円の財産上の損
38 害賠償請求権や300万円の精神上の損害賠償請求権ではなく、一つの
39 1000万円の損害賠償請求権ということになるからである。

40 そして、このような判決を適法に行えることにより、例えば、休業
41 損害と傷害慰謝料という個別の損害費目の間での金額の流用が可能と
42 なるから、裁判所は、事案に即した妥当な解決を図ることができる
43 という利点がある。

44 第2 設問2

1(1) 判例によると、一つの1000万円の損害賠償請求権のうちの一部である700万円の請求をした場合においても、裁判所は、過失相殺をする際、請求額である700万円ではなく、損害全額である1000万円からXの過失割合による減額をする。そして、その残額が請求額を超えないときは当該残額を認容し、他方、その残額が請求額を超えるときは請求の全額を認容することになる。なぜなら、このように処理することが原告の合理的意思に合致するからである。

(2) 本件で、弁護士Aの予想通り、Xの過失割合が3割であると認定された場合、その残額は700万円となり、請求額700万円を超えないため、700万円が認容されて、一回の訴訟で解決することになる。

他方、弁護士Aの予想に反し、Xの過失割合が2割であると認定された場合、その残額は800万円となり、請求額700万円を超えるため、認容額は700万円にとどまる。そこで、この場合、それを超える100万円について、弁護士Aは、判決確定前であれば、控訴において、請求額を700万円から800万円に拡張する旨の訴えの変更（法143条1項）をすることができる。しかし、判決確定後であれば、弁護士Aは、この100万円を請求するために別訴を提起する必要がある。

2(1) ただし、上記別訴提起のためには、100万円の請求権と700万円の請求権が別の訴訟物であることが前提となる。なぜなら、これらが同一の訴訟物であるとする、700万円の存在という前訴確定判決の既判力が100万円の後訴に及ぶことになり、100万円が存在するという主張は遮断されるため、残部請求が棄却されるからである。

(2) そして、Xが1000万円のうちの一部である700万円を請求すること自体は、実体法上問題がなく、また、訴訟法上も処分権主義から認められる。しかし、Xが恣意的に本件の損害を細分化して複数回にわたり訴訟を提起した場合、Yの応訴の煩並びに裁判所による審理の重複及び訴訟不経済という弊害が生じる。そこで、判例は、原告が一つの債権の数量的な一部である旨を明示して請求した場合には、その一部が訴訟物になるとして、一部請求後の残部請求を認めている。なぜなら、明示により、被告は、訴訟物の分断を認識でき、残部につき債務不存在確認の反訴を提起する機会が与えられているため、残部請求を認めても被告の利益を不当に害することにはならず、また、明示がない場合は、残部請求が認められないため、裁判所による審理の重複及び訴訟不経済を回避することができるからである。

(3) そこで、弁護士Aは、残部請求をする可能性を踏まえ、一部請求であることを明示して訴えを提起したものと考えられる。

3 なお、訴額が1000万円の場合と700万円の場合とでは訴状に貼付する印紙代に差があるから、過失相殺によって、損害額1000万円から少なくとも3割は減額されると予想されるならば、差し当たり、請求額を700万円に抑えて、裁判所の判断を確認するという試験訴訟の必要もある。

4 以上より、弁護士Aは、本件訴えでの一回的解決を期待する一方、過失割合という予測困難な要因に備えて、本件訴えに試験訴訟としての機能を持たせつつ、残部請求の遮断を防止するため、このような選択をした。

以上

[刑 法]

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

1 甲は、建設業等を営むA株式会社（以下「A社」という。）の社員であり、同社の総務部長として同部を統括していた。また、甲は、総務部長として、用度品購入に充てるための現金（以下「用度品購入用現金」という。）を手提げ金庫に入れて管理しており、甲は、用度品を購入する場合に限って、その権限において、用度品購入用現金を支出することが認められていた。

乙は、A社の社員であり、同社の営業部長として同部を統括していた。また、乙は、甲の職場の先輩であり、以前営業部の部員であった頃、同じく同部員であった甲の営業成績を向上させるため、甲に客を紹介するなどして甲を助けたことがあった。甲はそのことに恩義を感じていたし、乙においても、甲が自己に恩義を感じていることを認識していた。

丙は、B市職員であり、公共工事に関して業者を選定し、B市として契約を締結する職務に従事していた。なお、甲と丙は同じ高校の同級生であり、それ以来の付き合いをしていた。

丁は、丙の妻であった。

2 乙は、1年前に営業部長に就任したが、その就任頃からA社の売上げが下降していった。乙は、某年5月28日、A社の社長室に呼び出され、社長から、「6月の営業成績が向上しなかった場合、君を降格する。」と言渡された。

3 乙は、甲に対して、社長から言われた内容を話した上、「お前はB市職員の丙と同級生なんだろう。丙に、お礼を渡すからA社と公共工事の契約をしてほしいと頼んでくれ。お礼として渡す金は、お前が総務部長として用度品を買うために管理している現金から、用度品を購入したことにして流用してくれないか。昔は、お前を随分助けたじゃないか。」などと言った。甲は、乙に対して恩義を感じていたことから、専ら乙を助けることを目的として、自己が管理する用度品購入用現金の中から50万円を謝礼として丙に渡すことで、A社との間で公共工事の契約をしてもらえるよう丙に頼もうと決心し、乙にその旨を告げた。

4 甲は、同年6月3日、丙と会って、「今度発注予定の公共工事についてA社と契約してほしい。もし、契約を取ることができたら、そのお礼として50万円を渡したい。」などと言った。丙は、甲の頼みを受け入れ、甲に対し、「分かった。何とかしてあげよう。」などと言った。

丙は、公共工事の受注業者としてA社を選定し、同月21日、B市としてA社との間で契約を締結した。なお、その契約の内容や締結手続については、法令上も内規上も何ら問題がなかった。

5 乙は、B市と契約することができたことによって降格を免れた。

甲は、丙に対して謝礼として50万円を渡すため、同月27日、手提げ金庫の用度品購入用現金の中から50万円を取り出して封筒に入れ、これを持って丙方を訪問した。しかし、丙は外出しており不在であったため、甲は、応対に出た丁に対し、これまでの経緯を話した上、「御主人と約束していたお礼のお金を持参しましたので、御主人にお渡しください。」と頼んだ。丁は、外出中の丙に電話で連絡を取り、丙に対して、甲が来訪したことや契約締結の謝礼を渡そうとしていることを伝えたところ、丙は、丁に対して、「私の代わりにもらっておいてくれ。」と言った。

そこで、丁は、甲から封筒に入った50万円を受領し、これを帰宅した丙に封筒のまま渡した。

MEMO

出題の趣旨

本問は、建設業等を営むA株式会社の総務部長である甲が、同社営業部長である乙からの要請を受け、B市職員であり、同市発注の公共工事に関する業者の選定及び契約締結権限を持つ丙に対し、業者選定の際に同社を有利に取り計らってほしいとの趣旨であることを了解したその妻丁を介して、総務部長として管理する用度品購入に充てるための現金の中から50万円を供与したという事案を素材として、事実を的確に分析する能力を問うとともに、共同正犯、共犯と身分、贈収賄罪、業務上横領罪等に関する基本的理解とその事例への当てはめが論理的・一貫性を保って行われているかを問うものである。

基本ポイント

本問では、甲、乙、丙及び丁という4人の罪責について、過不足なく論じることが大切である。その前提として、答案構成の段階で、各人に成立し得る犯罪について、短答式試験における解答作業と同様に条文・判例に照らしてその成否を判断した上で、これらを列挙すると良い。そして、成立すると判断した犯罪については、成立を妨げる事情がないかを、成立しないと判断した犯罪については、成立を妨げた事情を書き留めると良い。合格ラインを確保するために検討の対象とすべき犯罪及び問題点の大枠をまとめると以下の通りになる。

甲（乙の後輩）	乙（甲の先輩）	丙（丁の夫）		丁（丙の妻）
①業務上横領罪 ・横領の意義 ②受託収賄罪に対応する贈賄罪	①業務上横領罪 ②受託収賄罪に対応する贈賄罪 ・（①②につき）共謀共同正犯の成否 ・（①につき）共犯と身分	受託収賄罪		受託収賄罪
		・ 共犯関係（(1)から(3)のいずれかの立場）		
		(1)	間接正犯	幫助犯
		(2)	教唆犯	幫助犯
		(3)	共同正犯	
			・ 共謀共同正犯の成否	・ 共犯と身分
共同正犯				

この大枠を前提に、各犯罪の成立要件を漏れなく検討する必要がある。なお、共犯と身分の論点については、刑法65条1項及び2項の関係並びに同条1項の「共犯」に共同正犯も含まれるかどうかを簡潔に説明することが重要である。

応用ポイント

1	（甲の罪責）業務上横領罪と背任罪の関係を踏まえた検討をしていること
---	-----------------------------------

	→法条競合の関係にあるため、業務上横領罪が成立する場合、背任罪は成立しない。
2	(甲の罪責) 各犯罪の既遂時期を意識した検討をしていること →仮に、甲の横領罪の既遂時期を甲が丁に封筒を渡した時点とすると、丁に横領罪の共犯が成立し得る。また、賄賂供与罪の既遂時期は、賄賂を供与し、これが受領された時点であるから、横領罪の既遂時期とも必ずしも一致しない。
3	(甲の罪責) 賄賂約束罪と賄賂供与罪を区別していること →罪数処理では、贈賄罪一罪になる。
4	(乙の罪責) 正犯意思の有無につき、事案に即して具体的に検討していること
5	(丙の罪責) 賄賂約束罪と賄賂收受罪を区別していること →罪数処理では、収賄罪一罪になる。
6	(丙の罪責) 加重収賄罪が成立しないことに言及していること
7	(丁の罪責) 共同正犯の成立を肯定する立場から、正犯意思の有無につき、事案に即して具体的に検討していること

1 第1 甲の罪責

2 1(1) 甲は、用度品購入用現金のうちの50万円を丙方に持参し、丁を介し
3 て丙に渡しているところ、この行為に業務上横領罪（刑法（以下略）
4 253条）が成立するか。なお、業務上横領罪が成立する場合、これと法
5 条競合の関係にある法定刑の軽い背任罪（247条）は成立しない。

6 (2)ア 甲は、用度品購入用現金を金庫に入れて管理しており、「自己の占
7 有」が認められる。そして、この占有は、A社の総務部長という社
8 会生活上の地位に基づき反復・継続して行われているから、「業務上」
9 の占有である。また、用度品購入用現金は、使途が用度品の購入に
10 限られているから、その所有権はA社にあり、「他人の物」に当たる。

11 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
12 に基づくことが構成要件要素となると解する。

13 甲は、A社から、用度品購入用現金の管理を委託されているから、
14 その占有は委託信任関係に基づくものである。

15 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
16 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
17 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。

18 甲は、A社のためでなく、専ら乙を助ける目的で、用度品購入用
19 現金の中から50万円を取り出して封筒に入れ、これを持って丙方
20 を訪問し、丁に対し、「御主人にお渡しください。」と依頼した。そ
21 して、遅くとも甲が丁に依頼をした時点で、50万円の使途が用土品
22 の購入でないことが客観的に明らかになったといえるから、A社の
23 任務に背く上記意思の発現行為が認められ、既遂となる。

24 (3) したがって、甲には業務上横領罪が成立する（罪①）。

25 2(1) 甲は、B市職員として公共工事の業者選定・契約締結の業務に従事
26 する丙に対し、A社の選定を依頼し、「そのお礼として50万円を渡し
27 たい。」と言い、丙は「分かった。何とかしてあげよう。」と答えた。
28 そうすると、50万円は「公務員」丙の「職務に関」する利益といえる
29 から「賄賂」に当たり、甲丙間には、賄賂の供与・收受の合意がある。
30 したがって、甲には賄賂約束罪（198条）が成立する。

31 (2) さらに、甲は、丙によるA社の選定後、丁を介して、丙に50万円を
32 收受させている。したがって、甲には賄賂供与罪が成立する。

33 (3) そして、賄賂約束罪・供与罪は包括して贈賄罪一罪となるところ、
34 後述の通り、丙には受託収賄罪（197条1項後段）が成立するから、甲
35 には受託収賄罪に対応する贈賄罪一罪が成立する（罪②）。

36 3 以上より、甲には罪①②が成立し、後述の通り、乙との共同正犯（60
37 条）となる。そして、両罪は併合罪（45条前段）となる。

38 第2 乙の罪責

39 1 乙は、甲に対し、用度品購入用現金を流用して丙に供与し、A社と契
40 約してくれるよう依頼して欲しい旨頼んでいる。そこで、乙に業務上横
41 領罪（罪①）及び贈賄罪（罪②）の共同正犯が成立するか。

42 2(1)ア 本件で、乙は、両罪につき自ら実行していないため、共謀共同正
43 犯の成否が問題となる。

44 イ 共同正犯の処罰根拠は、関与者間の共同関係の下、自己の行為が

結果に対して重大な因果性を与えた点にある。そこで、共謀（意思連絡と正犯意思）及び共謀に基づく共謀参加者による実行行為が認められる場合、共謀共同正犯が成立すると解する。

ウ 甲は、乙に対し、乙の頼みに応えて、用度品購入用現金から50万円を謝礼として丙に渡して、A社と契約してもらえよう丙に頼むと伝えているから、意思連絡がある。そして、乙は、降格を免れるために営業成績を向上させる必要があり、また、後輩甲が乙に恩義を感じていることを認識して上記の頼みをしているから、甲に乙のための犯罪を実現させる意思を有していたといえる。したがって、乙には自己の犯罪として実現する意思があり、正犯意思もある。よって、共謀が認められ、これに基づく甲の実行行為も認められる。

(2) そして、業務上横領罪との関係で、乙は、用度品購入用現金の「業務」上の「占有」者という身分を有さないが、65条1項により、業務上横領罪の共同正犯が成立する。なぜなら、65条の文言から、1項は真正身分犯、2項は不真正身分犯に関する規定と解するところ、業務上横領罪は非占有者との関係で真正身分犯といえるため、1項が適用され、また、非身分者も身分者を介して身分犯の法益侵害をし得るから、65条1項の「共犯」は共同正犯も含むと解するからである。もっとも、単純な占有者が業務上の占有者と共同正犯となる場合には単純横領罪が成立する（65条2項）こととの均衡から、65条2項により、乙には単純横領罪の刑が科せられる。

3 以上より、乙には罪①②につき共同正犯が成立し、併合罪となる。

第3 丙の罪責

1 前述の通り、甲丙間には、賄賂の供与・収受の合意があり、その際、丙は甲の依頼を承諾しているから「請託を受けた」といえる。したがって、丙には賄賂約束罪（197条1項後段）が成立する。また、丙は、甲からこれまでの経緯を聞いた妻丁に対し、50万円を「私の代わりにもらっておいてくれ。」と言い、これに基づいて、丁は甲から封筒に入った50万円を受領しているから、賄賂収受の共謀とこれに基づく実行行為が認められる。したがって、丙には賄賂収受罪（197条1項後段）が成立し、後述の通り、丁と共同正犯となる。なお、丙の行為に法令・内規上の問題はなく、加重収賄罪（197条の3第1項・2項）は成立しない。

2 以上より、丙には受託収賄罪一罪の共同正犯が成立する。

第4 丁の罪責

1 甲から50万円を受領した丁は、公務員という身分を有さないが、65条1項により、受託収賄罪の幫助犯（62条1項）又は共同正犯が成立し得る。そして、丙丁間には、賄賂収受の意思連絡が認められる。また、丁は、確かに、丙に封筒のまま50万円を渡しており、自己の取得物としての認識を有していないといえるが、丙から受領を頼まれた際に拒絶することができたのに賄賂と認識して50万円を受領していること、夫婦としての経済的一体性から丁への利益帰属が認められることから、自己の犯罪として実現する意思があるといえ、正犯意思も認められる。したがって、丁には、幫助犯ではなく、共同正犯が成立する。

2 以上より、丁には受託収賄罪の共同正犯が成立する。 以上

〔刑事訴訟法〕

次の【事例】を読んで、後記〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事 例】

甲は、平成２７年２月１日、Ｌ県Ｍ市内の路上において、肩が触れて口論となったＶに対し、携帯していたサバイバルナイフで左腕を切り付け、１か月間の加療を要する傷害を負わせた。司法警察員Ｐらは、前記事実で逮捕状及び搜索差押許可状（搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容は、後記のとおり）の発付を受けた上、同月２日、甲を立ち回り先で逮捕した。また、Ｐらは、同日、甲と同居する乙を立会人として、甲方の搜索を行った。

甲方の搜索に際し、Ｐは、玄関内において、乙に搜索差押許可状を呈示するとともに、部下の司法警察員Ｑに指示して、呈示された同許可状を乙が見ている状況を写真撮影した（①）。続いて、Ｐは、玄関脇の寝室に立ち入ったが、同寝室内には、机とベッドが置かれていた。Ｐは、Ｑに指示して、同寝室内全体の写真を撮影した上、前記机の上段の引出しを開けたが、その際、引出し内の手前側中央付近に、血の付いたサバイバルナイフを発見し、その左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証を認めた。Ｐは、その状況を写真撮影することとし、Ｑに指示して、前記サバイバルナイフ及び運転免許証等を１枚の写真に収まる形で近接撮影した（②）。Ｐは、引き続き、前記机の下段の引出しを開けたところ、覚せい剤の使用をうかがわせる注射器５本及び空のビニール小袋１枚を認めた。そこで、Ｐは、Ｑに指示して、前記注射器及びビニール小袋を１枚の写真に収まる形で近接撮影した（③）。その後、Ｐは、前記サバイバルナイフを押収し、搜索を終了した。

前記サバイバルナイフに付いた血がＶのものと判明したことなどから、検察官Ｒは、同月２０日、Ｌ地方裁判所に甲を傷害罪で公判請求した。甲は、「身に覚えがない。サバイバルナイフは乙の物だ。」旨供述して犯行を否認している。

（搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容）

搜索すべき場所　Ｌ県Ｍ市Ｎ町〇〇番地甲方

差し押さえるべき物　サバイバルナイフ

〔設問１〕

【事例】中の①から③に記載された各写真撮影の適法性について論じなさい。

〔設問２〕

Ｐは、搜索終了後、「甲方の寝室内には、机及びベッドが置かれていた。机には、上下２段の引出しがあり、このうち、上段の引出しを開けたところ、手前側中央付近に、サバイバルナイフ１本が置かれており、その刃の部分には血液が付着していた。そして、同サバイバルナイフの左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証があった。」旨の説明文を記した上、【事例】中の②の写真を添付した書面を作成した。Ｒは、同書面によって前記サバイバルナイフと甲との結び付きを立証したいと考えた。同書面の証拠能力について論じなさい（②に記載された写真撮影の適否が与える影響については、論じなくてよい。）。

MEMO

出題の趣旨

本問は、サバイバルナイフを用いた傷害事件について、司法警察員が、搜索すべき場所を被疑者方、差し押さえるべき物をサバイバルナイフとする搜索差押許可状による搜索を実施した際、①玄関内において、呈示された同許可状を被疑者と同居する乙が見ている状況を写真撮影し、②寝室の机の上段の引き出しから発見された血の付いたサバイバルナイフ並びに被疑者名義の運転免許証及び健康保険証を1枚の写真に収まる形で近接撮影し、③同机の下段の引き出しから発見された注射器及びビニール小袋を1枚の写真に収まる形で近接撮影するという各写真撮影を行った上、搜索終了後、搜索実施時の前記寝室内の机等の配置状況、前記サバイバルナイフの発見状況並びにその際同ナイフの状態及び前記運転免許証等との位置関係を記載し、前記②の写真を添付した書面を作成したとの事例において、前記①ないし③の各写真撮影の適法性及び前記書面を被疑者とサバイバルナイフの結び付き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、搜索差押許可状の執行現場における写真撮影行為の性質及びその適法性、伝聞法則とその例外について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

基本ポイント

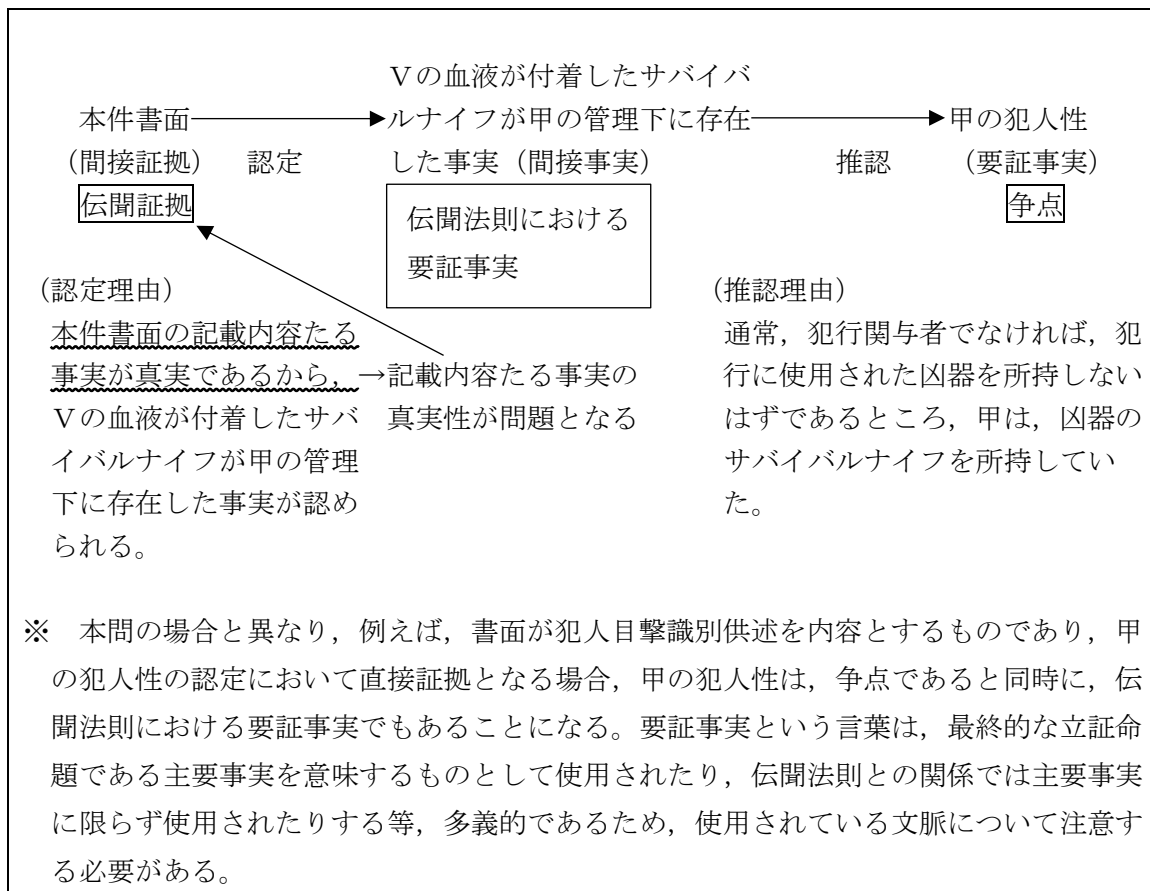
- 1 設問1では、各写真撮影が「強制の処分」（刑訴法（以下「法」という。）197条1項但書）に当たることを念頭に、その適法性について個別に検討する必要がある。そして、各写真撮影は、検証に当たるといえるため、強制処分法定主義には反しないが、裁判官から令状の発付を受けていないため、令状主義に反するかが問題となる。

この点については、まず、各写真撮影の対象が差押対象物件であるかどうかを確認する必要がある。その上で、これが否定されたとしても、各写真撮影が搜索差押許可状の執行現場で行われているところ、①搜索差押手続の際、その適法性を担保するため、その執行状況を記録すること又は②証拠物を差し押さえる際、その証拠価値を保存するため、証拠物の存在した場所・発見された状態を正確に記録することを目的とした写真撮影は、その方法・態様が相当である場合、搜索差押えに付随する処分又は搜索差押えにおける「必要な処分」（法222条1項本文・111条）として適法になることを踏まえて、検討しなければならない。なお、搜索差押手続の適法性を担保するための写真撮影及び証拠物の証拠価値を保存するための写真撮影は令状がなくても適法となるという知識は、司法試験論文式試験平成21年刑事系科目第2問（刑事訴訟法）で既に出題されているため、基本的知識として要求されていたといえる。

- 2 設問2では、P作成の書面（以下「本件書面」という。）の証拠能力について論じることが求められているところ、解答の前提として、添付された②の写真を本件書面と一体

のものとして取り扱うべきかどうかについて、自己の立場を固めておく必要がある。そして、一体性を肯定する場合は、その旨を説明して本件書面の証拠能力の有無を検討することになるが、一体性を否定する場合は、本件書面の証拠能力とは別に、②の写真の証拠能力の有無も検討することとなる（なお、②の写真は、機械的正確性を根拠に、非供述証拠に当たるため、伝聞法則の適用はなく、証拠能力が認められると考えられる。）。

本件書面の証拠能力の有無について、伝聞証拠の意義を踏まえて検討すると、本件書面は、以下の認定過程・推認過程の通り、伝聞証拠に当たるため、伝聞例外の規定（法321条1項3号又は321条3項）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) 法218条3項の存在を踏まえて、写真撮影の適法性を検討していること
2	(設問1) ①の写真撮影の検討において、住居主甲に代わる者としての乙を立会人として許可状を執行していることに言及していること
3	(設問1) ②の写真撮影につき証拠価値保存の必要性を具体的に検討していること
4	(設問2) 本件書面が捜索差押調書である可能性を踏まえて、適用すべき伝聞例外の規定は法321条1項3号であることに言及していること

1 第1 設問1

2 1(1) 各写真撮影は、「強制の処分」(刑訴法(以下「法」)197条1項但書)
3 に当たる場合、これを定める規定がないとすると強制処分法定主義に
4 反し、また、無令状であるとするると令状主義(憲法33条、35条)に
5 も反することになる。そこで、「強制の処分」の意義が問題となる。

6 (2) 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
7 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
8 解する。なぜなら、同条項但書が適用される捜査機関の処分・手段は、
9 強制処分法定主義及び令状主義(憲法33条、35条)の両規制に服さ
10 せる必要があるものに限定すべきだからである。

11 (3) 各写真撮影は、甲方室内で行われているところ、室内は、公開を予
12 定した場所ではないから、甲らのプライバシーという重要な権利利益
13 を制約する。そして、甲の合理的意思に反するといえるから、意思の
14 制圧も認められる。したがって、強制処分に当たる。

15 2(1) そして、各写真撮影は、検証に当たる。なぜなら、検証とは、五官
16 の作用により物の性状等を認識する強制処分をいうところ、写真撮影
17 は、検証の結果をフィルムに収録して保存する検証の一手段だからで
18 ある。もっとも、各写真撮影は、搜索差押許可状の執行現場で行われ
19 ているが、このような写真撮影については、令状を要しないとする法
20 218条3項のような規定がない。そこで、令状がなくても、搜索差押
21 許可状の執行現場における写真撮影が適法となるかが問題となる。

22 法218条3項が無令状の写真撮影を許容する根拠は、それが身体拘
23 束という強制力の行使に付随する行為であるという点にある。そうす
24 ると、強制処分の過程における写真撮影は、写真撮影の目的、方法、
25 程度及び必要性等から、強制処分に付随するものと認められる場合、
26 令状がなくても適法になると解する。

27 (2) 搜索差押許可状の執行の際には、その許可状を被処分者に呈示する
28 必要がある(法222条1項本文・110条)ところ、①は、搜索差押手
29 続の適法性を担保するため、被処分者甲の代わりに、立会人(法222
30 条1項本文・114条2項)乙に、搜索差押許可状を呈示するという許
31 可状の執行状況を撮影したものである。そして、搜索差押手続の適法
32 性を否定し、その証拠物の証拠能力が争われることが少なくないから、
33 捜査機関は、搜索差押手続の適法性を担保するため、その執行状況を
34 記録しておく必要があり、その方法として写真撮影をすることは、搜
35 索差押えに付随する処分といえる。したがって、①は適法である。

36 (3) 証拠物の証拠価値は、その存在した場所・発見された状態によって
37 影響を受けることがあるところ、②は、サバイバルナイフという「差
38 し押さえるべき物」と甲名義の運転免許証等の管理状態を記録するこ
39 とにより、サバイバルナイフの証拠価値を保存するため、サバイバル
40 ナイフと甲名義の運転免許証等が机の同じ引出し内に存在した状況を
41 撮影したものである。そして、搜索差押えにおいては、搜索差押えに
42 必要な範囲で被処分者のプライバシー侵害が予定されているところ、
43 証拠物を差し押さえる際に、その証拠価値を保存するため、証拠物の
44 存在した場所・発見された状態を正確に記録しておく必要があり、そ

の方法として写真撮影をすることは、被処分者に予定されているプライバシー侵害の程度を超えるものではないから、搜索差押えに付随する処分といえる。したがって、②は適法である。

- (4) 甲の被疑事実は、サバイバルナイフを使用した傷害であり、搜索差押許可状の「差し押さえるべき物」はサバイバルナイフである。そうすると、③は、その被写体である覚せい剤使用をうかがわせる注射器とビニール小袋が差押対象物件でなく、被疑事実との関連性（法 222 条 1 項本文・99 条 1 項）もないから、搜索差押えに付随する処分とはいえない。したがって、③は違法である。

第2 設問2

- 1 P作成の書面（以下「本件書面」）は、Pの説明文が記載されているため、供述証拠である。他方、②の写真は、説明文中のサバイバルナイフの発見時における同ナイフの存在状況を視覚的に明らかにするために添付されたものであり、本件書面から独立した証拠とはいえない。そのため、本件書面の証拠能力については、②の写真が本件書面と一体のものであるとして、検討する。

- 2 本件書面が「公判期日における供述」に代わる「書面」（伝聞証拠・法 320 条 1 項）に当たる場合、原則として、その証拠能力は、認められない（伝聞法則）。そこで、本件書面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。

本件の争点は、甲が「身に覚えがない」旨供述しているため、甲の犯人性となる。そして、通常、犯行関与者でなければ、犯行に使用された凶器を所持しないから、本件書面は、Vの血液が付着したサバイバルナイフが甲の管理下に存在した事実を証明することにより、その事実から甲の犯人性を推認させるものである。そうすると、本件書面は、Pの説明内容たる事実の真実性立証のために用いられるから、要証事実、説明内容たる事実となる。したがって、伝聞証拠に当たる。

- 3 もっとも、伝聞例外の要件を満たす場合、本件書面の証拠能力は認められる。そして、本件書面が搜索差押調書として作成されている場合、伝聞例外の一般規定である法 321 条 1 項 3 号の要件を満たす必要があるとも思える。しかし、Pの説明文は、実質的には、Pが五官の作用により認識したサバイバルナイフの存在状況の報告といえるから、検証調書として法 321 条 3 項の要件を満たすことで足りる。

したがって、Pが公判期日において証人尋問を受け、本件書面が真正に作成されたものであることを供述した場合、その証拠能力が認められる。なお、Pは、作成名義の真正だけでなく、記載内容及び検証内容の正確性についても供述する必要がある。

以上

【民 事】（〔設問 1〕 から〔設問 4〕 までの配点の割合は、 1 4 : 1 0 : 1 8 : 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。

なお、別紙の不動産売買契約書「不動産の表示」記載の土地を以下「本件土地」といい、解答においても、「本件土地」の表記を使用してよい。

【X の相談内容】

「私は、平成 26 年 9 月 1 日、Y が所有し、占有していた本件土地を、Y から、代金 250 万円で買い、同月 30 日限り、代金の支払と引き換えに、本件土地の所有権移転登記を行うことを合意しました。

この合意に至るまでの経緯についてお話しすると、私は、平成 26 年 8 月中旬頃、かねてからの知り合いであった A から Y が所有する本件土地を買わないかと持ちかけられました。当初、私は代金額として 200 万円を提示し、Y の代理人であった A は 350 万円を希望したのですが、同年 9 月 1 日の A との交渉の結果、代金額を 250 万円とする話がまとまったので、別紙のと通りの不動産売買契約書（以下「本件売買契約書」という。）を作成しました。A は、その交渉の際に、Y の記名右横に実印を押印済みの本件売買契約書を持参していましたが、本件売買契約書の金額欄と日付欄（別紙の斜体部分）は空欄でした。A は、その場で、交渉の結果を踏まえて、金額欄と日付欄に手書きで記入をし、その後で、私が自分の記名右横に実印を押印しました。

平成 26 年 9 月 30 日の朝、A が自宅を訪れ、登記関係書類は夕方までに交付するので、代金を先に支払ってほしいと懇願されました。私は、旧友である A を信用して、Y の代理人である A に対し、本件土地の売買代金額 250 万円全額を支払いました。ところが、A は登記関係書類を持ってこなかったもので、何度か催促をしたのですが、そのうちに連絡が取れなくなってしまいました。そこで、私は、同年 10 月 10 日、改めて Y に対し、所有権移転登記を行うように求めましたが、Y はこれに応じませんでした。

このようなことから、私は、Y に対し、本件土地の所有権移転登記と引渡しを請求したいと考えています。」

上記【X の相談内容】を前提に、弁護士 P は、平成 27 年 1 月 20 日、X の訴訟代理人として、Y に対し、本件土地の売買契約に基づく所有権移転登記請求権及び引渡請求権を訴訟物として、本件土地の所有権移転登記及び引渡しを求める訴え（以下「本件訴訟」という。）を提起することにした。

弁護士 P は、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）を作成し、その請求の原因欄に、次の①から④までのとおり記載した。なお、①から③までの記載は、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第 53 条第 1 項）として必要かつ十分であることを前提として考えてよい。

- ① A は、平成 26 年 9 月 1 日、X に対し、本件土地を代金 250 万円で売った（以下「本件売買契約」という。）。
- ② A は、本件売買契約の際、Y のためにすることを示した。
- ③ Y は、本件売買契約に先立って、A に対し、本件売買契約締結に係る代理権を授与した。
- ④ よって、X は、Y に対し、本件売買契約に基づき、（以下記載省略）を求める。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 本件訴状における請求の趣旨（民事訴訟法第133条第2項第2号）を記載しなさい（付随的申立てを記載する必要はない。）。
- (2) 弁護士Pが、本件訴状の請求を理由づける事実として、上記①から③までのとおり記載したのはなぜか、理由を答えなさい。

〔設問2〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

【Yの相談内容】

- I 「私は、Aに対し、私が所有し、占有している本件土地の売買に関する交渉を任せましたが、当初希望していた代金額は350万円であり、Xの希望額である200万円とは隔たりがありました。その後、Aから交渉の経過を聞いたところ、Xは代金額を上げてくれそうだったということでした。そこで、私は、Aに対し、280万円以上であれば本件土地を売却してよいと依頼しました。しかし、私が、平成26年9月1日までに、Aに対して本件土地を250万円で売却することを承諾したことはありません。ですから、Xが主張している本件売買契約は、Aの無権代理行為によるものであって、私が本件売買契約に基づく責任を負うことはないと思います。」
- II 「Xは、平成26年10月10日に本件売買契約に基づいて、代金250万円を支払ったので、所有権移転登記を行うように求めてきました。しかし、私は、Xから本件土地の売買代金の支払を受けていません。そこで、私は、念のため、Xに対し、同年11月1日到着の書面で、1週間以内にXの主張する本件売買契約の代金全額を支払うように催促した上で、同月15日到着の書面で、本件売買契約を解除すると通知しました。ですから、私が本件売買契約に基づく責任を負うことはないと思います。」

上記【Yの相談内容】を前提に、弁護士Qは、本件訴訟における答弁書（以下「本件答弁書」という。）を作成した。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。なお、各問いにおいて抗弁に該当する具体的事実を記載する必要はない。

- (1) 弁護士Qが前記Iの事実を主張した場合、裁判所は、その事実のみをもって、本件訴訟における抗弁として扱うべきか否かについて、結論と理由を述べなさい。
- (2) 弁護士Qが前記IIの事実を主張した場合、裁判所は、その事実のみをもって、本件訴訟における抗弁として扱うべきか否かについて、結論と理由を述べなさい。

〔設問3〕

本件訴訟の第1回口頭弁論期日において、本件訴状と本件答弁書が陳述された。また、その口頭弁論期日において、弁護士Pは、XとAが作成した文書として本件売買契約書を書証として提出し、これが取り調べられたところ、弁護士Qは、本件売買契約書の成立を認める旨を陳述し、その旨の陳述が口頭弁論調書に記載された。

そして、本件訴訟の弁論準備手続が行われた後、第2回口頭弁論期日において、本人尋問が実施され、Xは、【Xの供述内容】のとおりに、Yは、【Yの供述内容】のとおりに、それぞれ供述した（Aの証人尋問は実施されていない。）。

その後、弁護士Pと弁護士Qは、本件訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書面を提出することになった。

【Xの供述内容】

「私は、本件売買契約に関する交渉を始めた際に、Aから、Aが本件土地の売買に関するすべてをYから任されていると聞きました。また、Aから、それ以前にも、Yの土地取引の代理人となったことがあったと聞きました。ただし、Aから代理人であるという委任状を見せられたことはありません。

当初、私は代金額として200万円を提示し、Yの代理人であったAは350万円を希望しており、双方の希望額には隔たりがありました。その後、Aは、Yの希望額を300万円に引き下げると伝えてきたので、私は、250万円でないと言金繰りが困難であると返答しました。私とAは、平成26年9月1日に交渉したところ、Aは、何とか280万円にしてほしいと要求してきました。しかし、私が、それでは購入を諦めると述べたところ、最終的には、本件土地の代金額を250万円とする話がまとまりました。

Aは、その交渉の際に、Yの記名右横に実印を押印済みの本件売買契約書を持参していましたが、本件売買契約書の金額欄と日付欄（別紙の斜体部分）は空欄でした。Aは、Yが実印を押印したのは250万円の本件土地を売却することを承諾した証であると述べていたので、Aが委任状を提示していないことを気にすることはありませんでした。そして、Aは、その場で、金額欄と日付欄に手書きで記入をし、その後で、私が自分の記名右横に実印を押印しました。」

【Yの供述内容】

「私は、Aに本件土地の売買に関する交渉を任せましたが、当初希望していた代金額は350万円であり、Xの希望額である200万円とは隔たりがありました。私は、それ以前に、Aを私の所有する土地取引の代理人としたことがありましたが、その際はAを代理人に選任する旨の委任状を作成していました。しかし、本件売買契約については、そのような委任状を作成したことはありません。

その後、私が希望額を300万円に値下げしたところ、Aから、Xは代金額を増額してくれそうだと聞きました。たしか、250万円を希望しており、言金繰りの関係で、それ以上の増額は難しいという話でした。

そこで、私は、Aに対し、280万円以上であれば本件土地を売却してよいと依頼しました。しかし、私が、本件土地を250万円を売却することを承諾したことは一度もありません。

Aから、平成26年9月1日より前に、完成前の本件売買契約書を見せられましたが、金額欄と日付欄は空欄であり、売主欄と買主欄の押印はいずれもありませんでした。本件売買契約書の売主欄には私の実印が押印されていることは認めますが、私が押印したものではありません。私は、実印を自宅の鍵付きの金庫に保管しており、Aが持ち出すことは不可能です。ただ、同年8月頃、別の取引のために実印をAに預けたことがあったので、その際に、Aが勝手に本件売買契約書に押印したに違いありません。もっとも、その別の取引は、交渉が決裂してしまったので、その取引に関する契約書を裁判所に提出することはできません。Aは、現在行方不明になっており、連絡が付きません。」

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 裁判所が、本件売買契約書をAが作成したと認めることができるか否かについて、結論と理由を記載しなさい。
- (2) 弁護士Pは、第3回口頭弁論期日までに提出予定の準備書面において、前記【Xの供述内容】及び【Yの供述内容】と同内容のXYの本人尋問における供述、並びに本件売買契約書に基づいて、次の【事実】が認められると主張したいと考えている。弁護士Pが、上記準備書面に記載すべき内容を答案用紙1ページ程度の分量で記載しなさい（なお、解答において、〔設問2〕の【Y

の相談内容】については考慮しないこと。).

【事実】

「Yが、Aに対し、平成26年9月1日までに、本件土地を250万円で売却することを承諾した事実」

〔設問4〕

弁護士Pは、訴え提起前の平成26年12月1日、Xに相談することなく、Yに対し、差出人を「弁護士P」とする要旨以下の内容の「通知書」と題する文書を、内容証明郵便により、Yが勤務するZ社に対し、送付した。

通知書	
	平成26年12月1日
被通知人Y	
	弁護士P
当職は、X（以下「通知人」という。）の依頼を受けて、以下のとおり通知する。 通知人は、平成26年9月1日、貴殿の代理人であるAを通じて、本件土地を代金250万円で買い受け、同月30日、Aに対し、売買代金250万円全額を支払い、同年10月10日、貴殿に対し、本件土地の所有権移転登記を求めた。 ところが、貴殿は、「売買代金を受領していない。」などと虚偽の弁解をして、不当に移転登記を拒否している。その不遜極まりない態度は到底許されるものではなく、貴殿はAと共謀して上記代金をだまし取ったとも考えられる。 以上より、当職は、本書面において、改めて本件土地の所有権移転登記に応ずるよう要求する。 なお、貴殿が上記要求に応じない場合は、貴殿に対し、所有権移転登記請求訴訟を提起するとともに、刑事告訴を行う所存である。 以 上	

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士P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。

別紙

(注) 斜体部分は手書きである。

不動産売買契約書

売主Yと買主Xは、後記不動産の表示記載のと通りの土地（本件土地）に関して、下記条項のとおり、売買契約を締結した。

記

第1条 Yは本件土地をXに売り渡し、Xはこれを買受けることとする。

第2条 本件土地の売買代金額は **250** 万円とする。

第3条 Xは、平成 **26** 年 **9** 月 **30** 日限り、Yに対し、本件土地の所有権移転登記と引き換えに、売買代金全額を支払う。

第4条 Yは、平成 **26** 年 **9** 月 **30** 日限り、Xに対し、売買代金全額の支払と引き換えに、本件土地の所有権移転登記を行う。

(以下記載省略)

以上のとおり契約を締結したので、本契約書を式通作成の上、後の証としてY Xが各壱通を所持する。

平成 **26** 年 **9** 月 **1** 日

売主住所	〇〇県〇〇市〇〇
氏名	Y Y印
買主住所	〇〇県〇〇市〇〇
氏名	X X印

不動産の表示

所在 〇〇市〇〇
地番 〇〇番
地目 宅地
地積 〇〇〇. 〇〇㎡

MEMO

出題の趣旨

設問1は、売買契約に基づく所有権移転登記請求権及び土地引渡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づける事実について説明を求めるものであり、債権的請求権及び代理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、被告本人の相談内容に基づく被告代理人の各主張に関し、裁判所が本件訴訟における抗弁として扱うべきか否かについて結論とその理由を問うものであり、無権代理の主張の位置づけや解除の主張と同時履行の抗弁権の關係に留意して説明することが求められる。

設問3は、当事者本人尋問の結果を踏まえ、代理人が署名代理の方法により文書を作成した場合における文書の成立の真正や代理権の授与に関して準備書面に記載すべき事項について問うものである。

設問4は、弁護士倫理の問題であり、原告代理人が依頼者に相談することなく、相手方本人の就業先に不適切な内容の文書を送付した行為の問題点について、弁護士職務基本規程の規律に留意しつつ検討することが求められる。

基本ポイント

- 1 解答に当たっては、まず、本問の設問数が小問も含めると7つあることを把握する必要がある。その上で、問題文冒頭に提示されている「配点の割合」から、各問における論述すべき分量をイメージして、途中答案及び解答漏れを起こさないように注意する必要がある。
- 2 本問のメインとなるのは、設問1、設問2及び設問3小問(2)である。

まず、設問1及び設問2では、要件事実及び主張整理に関する理解が問われている。そして、設問1小問(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売買契約（民法555条）及び代理（同法99条）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。また、設問2では、Qの行った各主張が抗弁として扱われるかどうかについて、否認と抗弁の違い及び抗弁事実の内容に留意しつつ検討し、(1)は否認であり、(2)は抗弁として主張自体失当であると判断することが求められる。

次に、設問3小問(2)では、以上の理解を前提に、原告Xの訴訟代理人Pの立場に立つて、作成すべき準備書面の内容を記載する必要がある（「答案用紙1頁程度の分量」という指定がされているため、これに従う必要もある。）。

X及びYの攻撃防御の枠組みをまとめると以下の通りになる。

請求の趣旨：被告は、原告に対し、本件土地について、平成26年9月1日売買を原因とする所有権移転登記手続をせよ。

被告は、原告に対し、本件土地を引き渡せ。 訴訟物：売買契約に基づく所有権移転登記請求権及び土地引渡請求権 1個	
請求原因	抗弁
所有権移転登記手続及び土地引渡し（売買） ①A X間売買 ②①の際、Aによる顕名 ③①に先立つYのAに対する代理権授与	債務不履行解除 ④YのXに対する代金支払の催告 ⑤④から相当期間の経過 ⑥YのXに対する解除の意思表示 ⑦④に先立つ弁済又は弁済の提供

なお、設問3小問(2)の解答においては、YのAに対する代理権授与の存在が認定された場合に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Aに代理権を授与した事実を推認させる事実）を複数摘示した上で、主張を展開することが大切である。

- 3 設問3小問(1)では、本件売買契約書上、「Y代理人A」ではなく、「Y」という表示がなされていることから、まず、本件売買契約書がAによる署名代理の方式で作成されたものであることを確認する必要がある。その上で、「Y代理人A」の方式の場合、文書の作成者は、その意思の主体である代理人Aと考えることができることを踏まえて、署名代理の方式の場合、文書の外観から、意思の主体は本人Yとなるため、本件売買契約書の作成者は本人Yと考えることになるかどうかについて、検討することが求められる。
- 4 設問4では、基本規程6条、22条1項、36条等を摘示した上で、事案に即して検討することが大切である。なお、QがYから相談を受けたのは、本件訴訟が提起された後であるから、Pが通知書をYに対して直接送付したこと自体は、基本規程52条に反しない。

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及び被告の占有は要件とならないが、物権的登記請求権では、これらが要件となる。
2	（設問2小問(2)）同時履行の抗弁権の存在効果を踏まえて、解除の要件事実を説明していること →Yは、Xを履行遅滞にさせるため、あらかじめXに対して弁済（の提供）をする必要がある。
3	（設問3小問(1)）PはAを作成者として本件売買契約書を書証として提出し、Qはその成立を認めていることを踏まえて、Aを作成者とする文書の成立の真正につき検討していること（補助事実の自白の成否・効力の検討も含む）
4	（設問3小問(2)）主張書面（訴状、答弁書、準備書面等）において、間接事実を羅列するだけでなく、経験則等を踏まえて、間接事実の意味付けを行い、要証事実の推認過程又は要証事実の推認が妨げられる過程を説明していること

1 第1 設問1小問(1)

2 被告は、原告に対し、本件土地について、平成26年9月1日売買を原
3 因とする所有権移転登記手続をせよ。

4 被告は、原告に対し、本件土地を引き渡せ。

5 第2 設問1小問(2)

6 1 本件訴訟の訴訟物は、売買契約に基づく所有権移転登記請求権及び土
7 地引渡請求権の1個である。なぜなら、各請求権は、本件売買契約とい
8 う1個の契約の成立の効果として生じる1個の財産権移転請求権（民法
9 555条）の内容をなすものだからである。そして、売買契約の成立要件
10 は、同条（売買契約の冒頭規定）によると、㉠財産権移転の合意及び㉡
11 代金支払の合意である。また、代理人が本人のために合意をした場合も、
12 「本人に対して直接にその効力を生ずる」（同法99条）から、契約の効
13 果は本人に帰属する。そして、その要件は、㉢代理人と相手方との法律
14 行為、㉣代理人による顕名及び㉤㉥に先立つ本人の代理権授与である。

15 2 Xの相談内容によると、本件売買契約の締結は、XとAとの間でなさ
16 れているため、本件売買契約の効果をYに帰属させるためには、AがY
17 の代理人として本件売買契約を締結した事実を主張する必要がある。し
18 たがって、Pは、㉦、㉧に加えて㉨、㉩、㉪に該当する具体的事実を主
19 張することになる。そして、本件訴状において、①は㉦㉧㉨に、②は㉩
20 に、③は㉪に、それぞれ該当する具体的事実である。そのため、Pは、
21 ①から③までの通りの記載をした。なお、物権的請求権と異なり、相手
22 方名義の登記及び相手方の占有は要件でないため、Pは、Y名義の登記
23 の存在及びYの占有を主張する必要はない。

24 第3 設問2小問(1)

25 1 裁判所は、抗弁として扱うべきではない。

26 2 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・
27 消滅・阻止する事実をいう。そして、P主張の請求原因は、その①及び
28 ③から、YがAに対し、本件土地を代金250万円で売却する代理権を授
29 与したという有権代理を前提とするものである。他方、Q主張の事実は、
30 YがAに対し、本件土地を250万円で売却することを承諾したことはな
31 いという無権代理である。そうすると、Q主張の事実は、P主張の請求
32 原因と両立せず、これを否定するものであるから、裁判所は、抗弁では
33 なく、否認として扱うべきである。

34 第4 設問2小問(2)

35 1 裁判所は、抗弁として扱うべきではない。

36 2 Qの主張は、本件売買契約の締結という請求原因と両立し、そこから
37 発生する法律効果（財産権移転請求権）を消滅する解除の抗弁に当たり
38 得る。しかし、請求原因で双務契約である売買契約が主張されたことで、
39 Xの代金支払債務には同時履行の抗弁権（民法533条）が付着している
40 ことが明らかとなり、同時履行の抗弁権の存在効果により、Xは履行遅
41 滞でないことになる。そこで、Qは、同時履行の抗弁権の存在効果を消
42 滅させるため、Yが催告に先立ちXに弁済の提供（同法492条）をした
43 事実を主張する必要があるが、これを主張していない。したがって、Q
44 の主張は、解除の抗弁における必要な事実を欠き、主張自体失当となる。

第5 設問3小問(1)

- 1 裁判所は、本件売買契約書をAが作成したと認めることができる。
- 2 当該契約書は、代理人Aの署名押印がなく、本人Yの記名押印があるものであるから、署名代理により作成された文書である。確かに、当該契約書の記載自体は、Yの意思・判断等が記載された外観を有するから、作成者はYと考えることもできる。しかし、代理行為の主体は代理人であり、当該契約書は代理人Aの意思に基づいて作成されたものであるといえるから、作成者はAと考えるべきである。そして、PはAを作成者として当該契約書を書証として提出し、Qはその成立を認めているため、Aを作成者とする文書の成立の真正につき当事者間に争いはない。

第6 設問3小問(2)

- 1 Yが、Aに対し、平成26年9月1日までに、本件土地を250万円で売却することを承諾した事実（以下「本件事実」）は認められる。
- 2(1) まず、平成26年9月1日にAが持参した本件売買契約書には、Yの実印が押印されており、また、金額欄は空欄であったという事実が認定できる。そして、通常、金額の決定後に実印が押印されるはずであることから、本件では、金額は決定していないが、金額の決定をAに委ねることが確定したからこそ、Yの実印が押印されたと考えるのが自然である。したがって、上記認定事実は、本件事実を推認させる。
- (2) 次に、Yは、Aから、Xが代金額について250万円を希望しており、資金繰りの関係で、それ以上の増額は難しいという話を聞いていたという事実が認定できる。そうすると、Yは、以後、Xとの合意額が250万円を超えないことを当然に予期していたはずである。しかし、Yは、Aに対し、本件売買契約の締結を停止しなかったから、代金額が250万円になることを容認していたといえる。したがって、上記認定事実は、本件事実を推認させる。
- (3) さらに、YがAに実印を預けたことがあったという事実が認定できる。そして、実印は、通常、厳重に保管されており、安易に他人に預けない物であることから、YA間には高度の信頼関係があったといえる。したがって、上記事実は、本件事実を推認させる。

第7 設問4

- 1 Pは、Xに相談することなく、Xを通知人として、Yに対し、本件通知書を送付している。しかし、弁護士は、「委任の趣旨に関する依頼者の意思を尊重して職務を行うもの」（基本規程22条1項）とされ、「必要に応じ」て、「依頼者と協議しながら事件の処理を進めなければならない」（同36条）。したがって、本件通知書を送付する際、PがXの意思を確認せず、また、Xと協議しなかったことは、弁護士倫理上問題がある。
- 2 Pは、本件通知書で、Yが「虚偽の弁解」をしたと断定し、「不遜極まりない態度」という人格非難をした上、憶測のみで「代金をだまし取った」と主張し、「刑事告訴を行う」という脅迫的文言を付して、これを不特定多数人が認識し得るYの職場Z社に送付している。したがって、本件通知書は、Yの「名誉」を侵害し、他方、弁護士の社会に対する「信用」も傷つけ、弁護士としての「品位」（基本規程6条）及び「品性」（弁護士法2条）を欠くものであるから、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，24歳）は，平成27年3月14日，V（男性，19歳）を被害者とする傷害罪の被疑事実で逮捕され，翌15日から勾留された後，同年4月3日にI地方裁判所に同罪で公判請求された。

上記公判請求に係る起訴状の公訴事実には「被告人は，平成27年2月1日午後11時頃，H県I市J町1丁目1番3号所在のK駐車場において，V（当時19歳）に対し，拳骨でその左顔面を殴打し，持っていた飛び出しナイフでその左腹部を突き刺し，よって，同人に加療約1か月間を要する左腹部刺創の傷害を負わせた。」旨記載されている。

- 2 受訴裁判所は，平成27年4月10日，Aに対する傷害被告事件を公判前整理手続に付する決定をした。検察官は，同月24日，証明予定事実記載書を同裁判所及びAの弁護人に提出・送付するとともに，同裁判所に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。検察官が請求した証拠の概要は，次のとおりであった。

(1) 甲第1号証 診断書

「Vの診断結果は左腹部刺創であり，平成27年2月2日午前零時頃，Vが救急搬送され，直ちに緊急手術をした。加療期間は約1か月間である。」

(2) 甲第2号証 Vの検察官調書

「私は，平成27年2月1日の夜，交際中のB子に呼び出され，同日午後11時頃，K駐車場に行ったところ，黒色の目出し帽を被った男が車の陰から現れ，①『お前か。人の女に手を出すんじゃない。』と言って，いきなり私の左顔面を1回拳骨で殴った。私は，いきなり殴られてカッとなり，『何すんだ。』と怒鳴ったところ，その男は，どこからかナイフを取り出したようで，右手にナイフを持っていた。私が刺されると思うや否や，その男は，『この野郎。』と言いながら，私に向かってナイフを持った右手を伸ばし，私の左脇腹にナイフを突き刺した。その後，その男は駐車場から走って逃げていったが，私は，意識がもうろうとしてしまい，気付いたら病院で寝ていた。

私を刺した犯人の顔は見えないが，Aが犯人ではないかと思う。私は，アルバイト先の喫茶店でアルバイト仲間だったB子を好きになり，平成26年12月初旬頃から，3，4回B子とデートをした。平成27年1月中旬頃，B子に，きちんと付き合ってほしいと言ったところ，B子も承諾してくれた。しかし，その後，私と一緒にいる時に，B子の携帯電話に頻繁にメールや電話が来るので，不審に思ってB子に尋ねると，B子は，『実は，前の彼氏であるAからよりを戻そうとしつこく言われている。Aとは，以前数箇月間同棲していたことがあるが，異常なほど焼き餅焼きで，私が男友達とメールのやり取りをしていても怒り，私を殴ったりするので，付いていけないと思い，同棲していたA方から飛び出して1人暮らしを始め，電話番号もメールアドレスも変えた。ところが，Aが私の友人から新しい電話番号やメールアドレスを聞き出したようで，頻繁に電話を掛けてくるようになった。新しい彼氏ができたと話したが，お前は俺のものだと言って聞く耳を持たない。どうやら新しい住所も知られているようで怖い。』と言っていた。その際，B子はAの写真を見せてくれたので，B子の前の彼氏が逮捕されたAであることに間違いはない。私は，B子のことは好きだったが，前の彼氏とのトラブルに巻き込まれたくないと思い，B子からデートに誘われても最近は断りがちで，中途半端な付き合いになっていた。そのような状況だった平成27年2月1日の午後8時頃，私は，B子から，相談したいことがあるの

で、どうしても会ってほしいという内容のメールをもらい、B子に会うことにし、B子に指定されたとおり、同日午後11時頃、K駐車場に行った。ところが、現れたのはB子ではなく、先ほど話した黒色目出し帽の男だった。B子が私と会う約束をしたことを知って、Aが私を待ち伏せしていたのではないかと思う。他に恨みを買うような相手に心当たりはない。」

(3) 甲第3号証 捜査報告書

「平成27年2月1日午後11時10分頃、氏名不詳の女性から『黒色目出し帽の男がK駐車場で人を刺した。』旨の110番通報があり、同日午後11時25分頃、K駐車場に司法警察員が臨場し、付近の検索を行ったところ、同駐車場出入口から北側約10メートルの地点の歩道脇に、飛び出しナイフ1丁が落ちており、犯人の遺留品の可能性があると思料されたため、同日、これを領置した。」

(4) 甲第4号証 飛び出しナイフ1丁（平成27年2月1日領置のもの）

(5) 甲第5号証 捜査報告書

「平成27年2月1日に領置した飛び出しナイフ1丁の柄から採取された指紋1個が、Aの右手母指の指紋と一致した。」

(6) 甲第6号証 捜査報告書

「平成27年2月1日に領置した飛び出しナイフ1丁の刃に人血が付着しており、そのDNA型が、Vから採取した血液のDNA型と一致した。」

(7) 甲第7号証 B子の検察官調書

「私は、以前AとA方で同棲していたが、Aの束縛が激しい上、私が男友達とメールのやり取りをしているだけでも嫉妬して私を殴るなどするので嫌になり、平成26年9月頃、A方から逃げ出して、電話番号やメールアドレスを変え、1人暮らしを始めた。その後、Vと知り合い、平成27年1月頃、Vとの交際を始めた。ところが、Aは、私の電話番号、メールアドレスを探り出し、私に何度も電話やメールを寄越して復縁を迫るようになった。私が更に電話番号やメールアドレスを変えると、今度は私の自宅を突き止めたようで、私の自宅に頻繁に来るようになった。私は、Aに、他に好きな人ができたので復縁するつもりはないと言ったが、Aは納得せず、『そいつと会わせろ。』と言っていた。私は、AがVに暴力を振るうかもしれないと思ったので、AにはVの詳しい情報を教えなかった。私は、Aから逃げられないという恐怖しさを感じ、VにAとの関係やAに付きまといられている状況を全部打ち明けた。しかし、Vは、次第に私との距離を置くようになってしまった。私は、私から距離を置こうとするVに腹が立ち、どうしていいのかわからなくなった。私は、2人を引き合わせればVの態度もはっきりするだろう、Vが私を捨てるなら私も覚悟を決めようと思った。そこで、私は、平成27年2月1日午後8時頃、Vに『今日の午後11時頃にK駐車場に来てほしい。』という内容のメールを送ってVを呼び出し、その後、Aに、電話で、私がVを呼び出したことを伝えた。Aは、『俺が行って話を付けてくるから、お前は家にいろ。』と言っていた。しかし、私は、Vの態度を見たかったので、同日午後11時前頃、K駐車場付近に行き、2人が現れるのをこっそり待っていた。すると、Aが現れてK駐車場に入っていく、しばらくするとVが現れてK駐車場に入っていく。私は、K駐車場のフェンス脇まで近付き、K駐車場内の様子を見ると、Vが黒色の目出し帽を被った男に顔を殴られているところだった。私は、目出し帽を被った男の服装が先ほど駐車場に入っていくAの服装と同じだったので、Aだと分かった。Aは、右手にナイフを持ち、Vのお腹の辺りに右手を突き出した。私は、Vが刺されたと思い、怖くなってその場から走って逃げ出し、200メートルくらい離れた場所から匿名で110番通報をした。私は、そのまま自宅に帰ったので、その後2人がどうなったのか見ていない。

翌日の2月2日、Aから私に電話があり、Aは、②『Vをナイフで刺した。走って逃げ

ている時に、そのナイフを落としてしまった。』と言っていた。

平成27年2月1日に警察官が領置したという飛び出しナイフを見せてもらったが、そのナイフは、Aと同棲していた時に、A方で見たことがある。ナイフの柄にある傷に見覚えがあるので、Aが持っていたナイフに間違いない。

私は、Aに自宅を知られているが、引っ越し費用を工面する余裕がなく、転居できる見込みがない。だから、怖くて仕方がない。」

(8) 乙第1号証 Aの司法警察員調書

「私は、現在、H県I市内で母と2人で暮らしている。両親は、私が中学生の時に離婚し、私は母に引き取られた。それ以降、父とは一度も会っていない。私には兄弟はいない。私は、21歳の時から1人暮らしをしていたが、平成26年5月頃から私の家でB子と同棲していた。しかし、同年9月頃にB子が家を出ていき、それから2週間くらい後の同年10月頃、母が交通事故に遭って、脳挫傷の傷害を負い、左手と左足に麻痺が残ったため、私は母が退院した同年12月上旬から実家に戻り、母と同居している。

私は、高校卒業後、建設作業員として建築会社を転々としたが、現場で塗装工をしているCさんと知り合い、1年半くらい前からCさんの下で働いている。Cさんの下で働いているのは私だけなので、私が長期間不在にすると、受注していた現場の仕事を工期内に終わらせることができなくなる。母は1人では日常生活に支障があり、私の手助けが必要だし、Cさんにも迷惑を掛けたくないなので、早く家に戻りたい。

私には、前科前歴はなく、暴力団関係者との付き合いもない。」

3 Aの弁護人は、前記の検察官請求証拠を閲覧・謄写した後、平成27年5月3日、Aと接見したところ、Aは、「B子からVをK駐車場に呼び出したことは聞いたが、私は、K駐車場には行っていない。B子には未練があったので、B子の友達からB子の新しい電話番号などを聞き、連絡をしたことは事実だが、B子がVと付き合っていたのでB子のことは諦めた。むしろ、最近では、B子から『Vが自分から距離を置こうとしているように感じる。』などと相談を持ち掛けられていた。B子の家を知っているが、それはB子から相談を持ち掛けられて話をした後、B子を家まで送っていったからで、B子に付きまとして家を突き止めたわけではない。飛び出しナイフについては、全く身に覚えがなく、飛び出しナイフの柄になぜ私の指紋が付いていたのか分からない。VとB子が私を陥れようとしているのではないか。」と述べた。

4 Aの弁護人は、平成27年5月7日、検察官に類型証拠の開示請求をし、検察官は、同月13日、同証拠を開示した。Aの弁護人は、Aと犯人との同一性（犯人性）を争う方針を固め、同月20日の公判前整理手続期日において、③甲第2号証、甲第5号証及び甲第7号証については「不同意」、甲第4号証については「異議あり。関連性なし」、その他の甲号証及び乙号証については「同意。」との意見を述べた。

その後、Aの弁護人は、Aと接見を重ねた結果、飛び出しナイフにAの指紋が付着していた事実自体は争わない方針に決め、同年6月1日の公判前整理手続期日において、甲第5号証については「同意」、甲第4号証については「異議なし。」との意見に変更した。

そして、受訴裁判所は、同月15日に公判前整理手続を終了するに当たり、検察官及びAの弁護人との間で、争点は犯人性であり、証拠については、甲第2号証及び甲第7号証を除く甲号証、乙号証並びにV及びB子の各証人尋問が採用決定されたことを確認した。

Aの弁護人は、公判前整理手続終了直後に、V及びB子とは接触しない旨のAの誓約書、Aを引き続き雇用する旨のCの上申書及びAの母親の身柄引受書を保釈請求書に添付して、④Aの保釈を請求したが、検察官はこれに反対意見を述べた。

なお、検察官は、証拠開示に当たり、Aの弁護人に、Vの住所、電話番号をAに秘匿するよう要請し、Aの弁護人もこれに応じて、Aにそれらを教えなかった。

〔設問 1〕

- (1) 下線部③に関し、Aの弁護人が、検察官請求証拠について意見を述べる法令上の義務はあるか、簡潔に答えなさい。
- (2) 下線部③に関し、Aの弁護人が、甲第4号証の飛び出しナイフ1丁について「異議あり。関連性なし。」との意見を述べたため、裁判官は、検察官に関連性に関する釈明を求めた。検察官は、関連性についてどのように釈明すべきか、論じなさい。
- (3) 甲第5号証の捜査報告書は、Aの犯人性を立証する上で、直接証拠又は間接証拠のいずれとなるか、理由を付して論じなさい。

〔設問 2〕

下線部④に関し、Aの弁護人が保釈を請求するに当たり、検討すべき事項及びその検討結果を論じなさい。

〔設問 3〕

- (1) 公判期日に実施されたVの証人尋問において、検察官は、甲第2号証の下線部①のとおりVに証言させようと考え、同人に対し、「そのとき、犯人は、何と言っていましたか。」という質問をしたところ、Vは、下線部①のとおり証言し始めた。Aの弁護人が、「異議あり。伝聞供述を求める質問である。」と述べたため、裁判官は、検察官に弁護人の異議に対する意見を求めた。検察官は、どのような意見を述べるべきか、理由を付して論じなさい。
- (2) 公判期日に実施されたB子の証人尋問において、検察官は、甲第7号証の下線部②のとおりB子に証言させようと考え、同人に対し、「Aは、電話でどのような話をしていましたか。」という質問をしたところ、B子は、下線部②のとおり証言し始めた。Aの弁護人が、「異議あり。伝聞供述を求める質問である。」と述べたため、裁判官は、検察官に弁護人の異議に対する意見を求めた。検察官は、どのような意見を述べるべきか、理由を付して論じなさい。

〔設問 4〕

Aの弁護人は、弁論が予定されていた公判期日の前日、Aから「先生にだけは本当のことを話します。本当は、私がVを刺した犯人です。しかし、母を悲しませたくないの、明日の弁論はよろしくお願いします。どうか無罪を勝ち取ってください。」と言われ、同期日に、Aは無罪である旨の弁論を行った。このAの弁護人の行為は、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論じなさい。

出題の趣旨

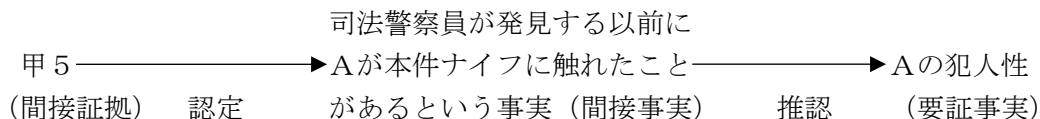
本問は、犯人性が争点となる傷害被告事件を題材に、弁護人として、検察官請求証拠に対する証拠意見を述べる法令上の義務の有無（設問1(1)）、保釈請求に当たり検討すべき事項（設問2）、被告人から自己が犯人である旨打ち明けられた場合に無罪弁論をすることの弁護士倫理上の問題点（設問4）、検察官として、証拠物の関連性について釈明すべき内容（設問1(2)）、公判証言に被告人等の発言内容が含まれている場合の伝聞法則の適用に関する意見（設問3）等を問うものである。保釈請求手続、公判前整理手続と証拠法、弁護士倫理等に関する基本的知識と理解を試すとともに、具体的事例において、これらの知識を活用し、当事者として考慮すべき事項や主張すべき意見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 本問の設問数は小問も含めると7つあり、具体的な検討をする前には各問の難易度・分量等が予測できないため、試験開始直後に、仮に答案構成時間が約20分であるとする、計算上、各問の論述時間は約10分になることを強く意識し、途中答案及び解答漏れを起こさないように注意する必要がある。特に、受験生の多くが解答することができる問題に対して解答を漏らすことがないようにすることは必須である。
- 2 設問1小問(1)では、刑法（以下「法」という。）316条の16第1項を摘示して、Aの弁護人は、検察官請求証拠について意見を述べる法令上の義務があることを簡潔に解答する必要がある。

設問1小問(2)では、公訴事実における被告人の犯行態様（持っていた飛び出しナイフでVの左腹部を突き刺した。）を念頭に、甲4号証である飛び出しナイフ1丁以外の証拠により証明を予定している事実をも踏まえて、甲4号証が被告人の犯行とどのような結び付きを有するかということを説明することとなる。

設問1小問(3)では、直接証拠（要証事実を直接認定できる証拠）及び間接証拠（要証事実を推認させる間接事実を認定できる証拠）の意義を念頭に、甲5号証を用いた場合、要証事実である「Aと犯人が同一であること（Aの犯人性）」がどのように認定され得るかという認定過程・推認過程を説明して、甲5号証は間接証拠であると解答することになる。そして、本問の認定過程・推認過程は以下の通りになる。



（推認理由）通常、犯行関与者でなければ、犯行に使用された凶器に触れたことはないはずであるところ、Aは、本件ナイフに触れたことがある。

- 3 設問2では、Aの弁護人が「保釈を請求する」場合における「検討すべき事項及びその検討結果」を論じることが求められているため、法89条が規定する権利保釈（必要的保釈）の除外事由の有無を検討する必要がある。この点については、同条1号から6号までのうち、1号から3号及び6号該当性は簡潔に否定した上で、該当可能性のある4号及び5号該当性は事案に即して論じることになる。そして、4号該当性の判断においては、以下の着眼点を参考にして検討することになる。

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

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

- 4 設問3では、検察官が述べるべき適切な反対意見を検討する必要がある。なお、解答に際しては、結論だけでなく、その理由についても論述しなければならない。

そして、伝聞証拠の意義を踏まえて小問(1)及び(2)を検討すると、下線部①は非伝聞に当たり、下線部②は伝聞証拠に当たるため、下線部①に関する検察官の反対意見は、「非伝聞である。」となる。他方、下線部②については、さらに、伝聞例外の規定（法324条1項・322条）の要件充足性を検討する必要があるところ、要件の充足を確認した上で、検察官の反対意見は、「伝聞例外の要件を満たす。」となる。

- 5 設問4では、刑事事件の弁護人が負う真実義務と誠実義務（基本規程5条）とが衝突する場面における弁護士倫理上の問題の検討が求められている。もっとも、弁護人の真実義務は、積極的真実義務ではなく、消極的真実義務であることに留意する必要がある。

応用ポイント

1	（設問1小問(1)）下線部③以前の事実に基づいて法316条の16第1項の要件充足性を検討していること
2	（設問2）法90条が規定する裁量保釈（職権保釈）がなされる可能性を事案に即して検討していること →Cの仕事及びAの母親の日常生活への影響等を踏まえた検討をする。
3	（設問3小問(1)）Aの犯人性の推認過程との関係で、発言①の要証事実を想定した上、その供述内容の真実性が問題となるかどうかを検討していること
4	（設問3小問(2)）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

1 第1 設問1小問(1)

2 Aの弁護人は、検察官請求証拠について意見を述べる法令上の義務が
3 ある(刑訴法(以下「法」)316条の16第1項)。なぜなら、本件は、「公
4 判前整理手続に付」されている(法316条の2第1項)ところ、Aの弁
5 護人は、検察官から証明予定事実記載書(法316条の13第1項)の送付
6 を受け、かつ、「検察官請求証拠」(法316条の14第1項)及び類型証拠
7 (法316条の15第1項)の開示を受けているからである。

8 第2 設問1小問(2)

9 1 甲4には、公訴事実の犯行態様との関係で関連性がある。
10 2 検察官は、Vの診断結果は左腹部刺創であること(甲1)、甲4が事件
11 発生直後に現場付近に落ちていたナイフであること(甲3)及びその刃
12 に付着していた人血のDNA型とVから採取した血液のDNA型とが一
13 致すること(甲6)を証明予定である。そうすると、甲4は、本件犯行
14 に用いられた凶器であると思料され、犯行態様との関係で関連性がある。

15 第3 設問1小問(3)

16 1 甲5は、間接証拠となる。
17 2(1) 直接証拠とは、要証事実を直接認定できる証拠をいい、間接証拠と
18 は、要証事実を推認させる間接事実を認定できる証拠をいう。
19 (2) 要証事実とはAの犯人性であるところ、甲5の内容は凶器のナイフの
20 柄から採取された指紋1個がAの指紋と一致したというものであるか
21 ら、甲5からは、司法警察員が発見する以前にAが本件ナイフに触れ
22 たことがあるという事実が認定できる。そして、通常、犯行関与者で
23 なければ、犯行に使用された凶器に触れたことはないはずであるところ、
24 Aは、本件ナイフに触れたことがあるから、上記認定事実とはAの
25 犯人性を推認させる。したがって、甲5は間接証拠となる。他方、甲
26 5からは、Aの犯人性を直接認定できないため、直接証拠とならない。

27 第4 設問2

28 1 権利保釈(法89条)

29 (1) 確かに、Aは、傷害罪で起訴されており(1号非該当)、前科もなく
30 (2号非該当)、特段の常習性も認められないといえる(3号非該当)。

31 また、Aの氏名及び住居は判明している(6号非該当)。

32 (2) しかし、以下の通り、4号該当性は認められる可能性が高い。

33 すなわち、公判では、Aの犯人性が争点となる。そうすると、Aの
34 犯人性に関する事実を対象とした罪証隠滅のおそれがある。そして、
35 Aは、B子に証人尋問でAに有利な供述をするよう働き掛けることが
36 予想される。また、Aは、Vの自宅は把握していないがB子の自宅は
37 把握しており、B子は元の彼女であるから、この働き掛けは客観的に
38 実行可能であり、この働き掛けが奏功するとAの犯人性の認定が消極
39 に傾く可能性もあるから、実効性もある。なお、公判前整理手続は終
40 了しているが、証人尋問は今後実施されることから、実効性は否定さ
41 れない。そうすると、Aがこの働き掛けを行う動機もある。

42 (3) また、5号該当性も認められる可能性が高い。なぜなら、Aは、同
43 棲中のB子を殴る等していたから、証人予定のB子の身体に害を加え
44 る行為等をするに足りる相当な理由があるといえるからである。

2 裁量保釈（法 90 条）

確かに、勾留によりAが長期間不在となる場合、手足に麻痺がある母の日常生活及びAの雇い主Cの業務にも支障が生じるところ、Aの誓約書及びCの上申書等もある。しかし、AがB子に罪証隠滅行為を行う可能性は低くない。したがって、裁量保釈が認められる可能性も低い。

第5 設問3小問(1)

1 発言①は非伝聞であるから、異議に理由はなく、棄却される（刑訴規則 205 条の 5）べきである。

2 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。

本件の争点はAの犯人性であるところ、発言①から、犯人は「Vが犯人の女に手を出した」という認識を有していたこと（事実①）が認められる。他方、Aが以前Vの彼女B子と付き合っていた場合、この犯人の認識とAの認識は整合するから、事実①は、Aの犯人性を推認させる。そうすると、要証事実とは、発言①の内容たる事実ではなく、犯人が発言①をしたこと自体となる。したがって、非伝聞となる。

第6 設問3小問(2)

1 発言②は伝聞例外の要件を満たすから、異議に理由はなく、棄却されるべきである。

2 発言②は、被告人Aが「Vをナイフで刺した」（事実②）という犯罪事実の主要部分を認めるものであり、自白に当たる。そして、発言②は、その供述内容たる事実②の真実性立証のために用いられるから、要証事実とは発言②の内容たる事実となるため、伝聞証拠となる。

この場合、発言②は、原則として、証拠能力が認められないが、「被告人以外の者」B子の「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、発言②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、AからB子への電話での会話であるから、「任意にされたものではない疑」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7 設問4

Aの弁護人が行った無罪弁論は、真実義務を規定する基本規程 5 条との関係で弁護士倫理上問題が生じ得る。しかし、有罪立証の義務は、検察官にあるから、弁護人は、実体的真実発見に積極的に協力する義務（積極的真実義務）を負わず、実体的真実発見を積極的に妨害する等の行為をしてはならないという義務（消極的真実義務・基本規程 75 条参照）を負うにとどまる。そして、その無罪弁論は、消極的真実義務には反しないため、基本規程 5 条に反せず、誠実義務を果たすものである。 以上

MEMO