

予備試験論文式試験

R 1 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	10
行政法	12
出題の趣旨・ポイント	16
講師作成答案例	20
民法	22
出題の趣旨・ポイント	24
講師作成答案例	28
商法	30
出題の趣旨・ポイント	32
講師作成答案例	38
民事訴訟法	40
出題の趣旨・ポイント	42
講師作成答案例	46
刑法	48
出題の趣旨・ポイント	50
講師作成答案例	54
刑事訴訟法	56
出題の趣旨・ポイント	58
講師作成答案例	62
法律実務基礎科目（民事）	64
出題の趣旨・ポイント	68
講師作成答案例	72
法律実務基礎科目（刑事）	74
出題の趣旨・ポイント	78
講師作成答案例	82

《受講に関するお願い・注意点》

- 1 受講に際しては、事前に問題文を読んだ上で、簡単な答案構成メモ等を作成することをおすすめします。
- 2 令和元年の予備試験の問題については、令和元年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、令和元年当時に締結された売買契約に関して買主に錯誤がある事案では、本来であれば、民法旧95条の錯誤無効を検討するのですが、そうではなくて、改正後の民法95条の錯誤取消しを検討することになります。
- 3 近年の法改正により、条文や法概念が消滅したために、現行法との関係で維持することが困難な表現や内容が問題文に含まれている場合があります。そのような問題については、該当箇所付近に「※」を付した上、問題文余白において、変更点等に関する注釈を掲載していますから、それにしたがって解答してください。

[憲 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

甲市は、農業や農産物の加工を主産業とする小さな町である。近年、同市ではこれらの産業に従事する外国人が急増しているが、そのほとんどはA国出身の者である。甲市立乙中学校は、A国民の集住地区を学区としており、小規模校であることもあって生徒の4分の1がA国民となっている。A国民のほとんどはB教という宗教の信者である。

XはA国民の女性であり、乙中学校を卒業し、甲市内の農産品加工工場で働いている。Xの親もA国民であり、Xと同じ工場に勤務している。この両名（以下「Xら」という。）は熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない。B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきり分かるような服装をしてはならない。これはB教における重要な戒律であるとされている。

ところで、Xが工場に勤務するようになった経緯として、次のようなことがあった。Xらは、Xの中学校入学当初より毎年、保健体育科目のうち水泳については、戒律との関係で水着（学校指定のものはもちろん、肌の露出を最小限にしたものも含む。）を着用することができず参加できないので、プールサイドでの見学及びレポートの提出という代替措置をとるように要望していた。なお、Xは、水泳以外の保健体育の授業及びその他の学校生活については、服装に関して特例が認められた上で他の生徒と同様に参加している。

しかし、乙中学校の校長は、検討の上、水泳の授業については、代替措置を一切とらないこととした。その理由として、まず、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあり、また、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であるとした。さらに、上記のように、乙中学校の生徒にはB教徒も相当割合含まれているところ、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もおり、校長は、Xらの要望に応えることはその意味でも公平性を欠くし、仮にXらの要望に応えるとすると、他のB教徒の女子生徒も次々に同様の要望を行う可能性が高く、それにも応えるとすれば、見学者が増える一方で水泳実技への参加者が減少して水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるおそれがあるとも述べた。

Xは、3年間の中学校在籍中に行われた水泳の授業には参加しなかったが、自主的に見学をしてレポートを提出していた。担当教員はこれを受領したものの、成績評価の際には考慮しなかった。調査書（一般に「内申書」と呼ばれるもの）における3年間の保健体育の評定はいずれも、5段階評価で低い方から2段階目の「2」であった。Xは運動を比較的得意としているため、こうした低評価には上記の不参加が影響していることは明らかであり、学校側もそのような説明を行っている。Xは近隣の県立高校への進学を希望していたが、入学試験において調査書の低評価により合格最低点に僅かに及ばず不合格となり、経済的な事情もあって私立高校に進学することもできず、冒頭に述べたとおり就労の道を選んだ。客観的に見て、保健体育科目で上記の要望が受け入れられていれば、Xは志望の県立高校に合格することができたと考えられる。

Xは、戒律に従っただけであるのに中学校からこのような評価を受けたことに不満を持っており、法的措置をとろうと考えている。

〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。

なお、Xらに永住資格はないが、適法に滞在しているものとする。また、学習指導要領上、水泳実技は中学校の各学年につき必修とされているものとする。

MEMO

出題の趣旨

本問では、主として①信教の自由に基づく一般的な義務の免除の可否、②代替措置を講じることの政教分離原則との関係など具体的な検討が問題となるほか、③教育を受ける権利、④外国人の人権享有主体性や未成年者の人権等の論点が含まれる。判例としては、剣道受講拒否事件（最高裁判所第二小法廷平成8年3月8日判決，民集50巻3号469頁）を意識することが求められる。もっとも、事案には異なるところが少なくないので、直接参考になるとは限らず、同事件との異同を意識しつつ、事案に即した検討が必要である。

①については、水泳実技への参加とB教の教義との関係、代替措置が認められないことによる結果の重大性などを事案に即して把握し、信教の自由への影響の大きさを的確に把握して、判断枠組みを設定することが求められる。

②は、①で設定した判断枠組みに基づく具体的検討に当たるものである。政教分離原則との関係の点も含め、代替措置をとらないことについて校長が示した理由が詳しく述べられているので、それに即して分析を進めることが必要である。

以上が必ず論じてもらいたい内容であり、③④はそれに比較すると優先度は落ちるが、詳しく検討するためには必要な点である。特に、本件は、正面からその侵害を問題とすかどうかはともかく、社会権である教育を受ける権利が関わってくる事案である。社会権は外国人には保障されないという一般論が、学習権を背景とする教育を受ける権利との関係でも妥当するかという問題意識を感じてもらいたいところである。

基本ポイント

- 1 本問では、公立中学校である乙が、代替措置をとることなく、水泳授業に参加しなかったXの内申書における3年間の保健体育の評定を5段階中の2としたこと（以下「本件措置」という。）が、Xの信教の自由（憲法（以下略）20条1項前段）を侵害し、違憲となるかが問題となる。そして、本問では、下記の判例（剣道受講拒否事件）を踏まえて憲法上の問題について論じる必要がある。

判例（最判平8.3.8）

「高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである…。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する

重大な措置であり、学校教育法施行規則 13 条 3 項も 4 個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである…。また、原級留置処分も、学生にその意に反して 1 年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、D 高専においては、原級留置処分が二回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。そして、前記事実関係の下においては、以下に説示するとおり、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えた違法なものといわざるを得ない。…公教育の教育課程において、学年に応じた一定の重要な知識、能力等を学生に共通に修得させることが必要であることは、教育水準の確保等の要請から、否定することができず、保健体育科目の履修もその例外ではない。しかし、高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能というべきである。…他方、前記事実関係によれば、被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった。被上告人は、他の体育種目の履修は拒否しておらず、特に不熱心でもなかったが、剣道種目の点数として 35 点中のわずか 2.5 点しか与えられなかったため、他の種目の履修のみで体育科目の合格点を取ることは著しく困難であったと認められる。したがって、被上告人は、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きいことも明らかである。また、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である。上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処分が右のとおり性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当然そのことに相応の考慮を払う必要があったというべきである。また、被上告人が、自らの自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択したことを理由に、先にみたような著しい不利益を被上告人に与えることが当然に許容されることになるものでもない。…被上告人は、レポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨繰り返し申し入れていたのであって、剣道実技を履修しないまま直ちに履修したと同様の評価を受けることを求めているものではない。これに対

し、D高専においては、被上告人ら「E」である学生が、信仰上の理由から格技の授業を拒否する旨の申出をするや否や、剣道実技の履修拒否は認めず、代替措置は採らないことを明言し、被上告人及び保護者からの代替措置を採って欲しいとの要求も一切拒否し、剣道実技の補講を受けることのみを説得したというのである。本件各処分の前示の性質にかんがみれば、本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮すべきであったといえることができるが、本件においてそれがされていたとは到底いうことができない。所論は、D高専においては代替措置を採るにつき実際の障害があったという。しかし、信仰上の理由に基づく格技の履修拒否に対して代替措置を採っている学校も現にあるというのであり、他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置を採ることは可能であると考えられる。また、履修拒否が信仰上の理由に基づくものかどうかは外形的事実の調査によって容易に明らかになるであろうし、信仰上の理由に仮託して履修拒否をしようという者が多数に上るとも考え難いところである。さらに、代替措置を採ることによって、D高専における教育秩序を維持することができないとか、学校全体の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められないとした原審の認定判断も是認することができる。そうすると、代替措置を採ることが實際上不可能であったということとはできない。所論は、代替措置を採ることは憲法 20 条 3 項に違反するとも主張するが、信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対し、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかに問わず、憲法 20 条 3 項に違反するということができないことは明らかである。また、公立学校において、学生の信仰を調査せん索し、宗教を序列化して別段の取扱いをすることは許されないものであるが、学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される。…以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、2年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法

なものといわざるを得ない。」

- 2 まず、Xが水泳授業に参加しないことが信教の自由により保障されるかどうかを検討する必要がある。この点については、信教の自由は、信仰の自由、宗教的行為の自由及び宗教的結社の自由を保障すると解されるところ、B教の戒律を踏まえると、Xが水着の着用が必要となる水泳授業に参加しないことは、Xの信仰の外部的現れといえるから、宗教的行為の自由として保障される等と説明することになる。また、宗教的行為の自由は、権利の性質上、外国人であるXにも保障されることに言及する必要がある。

次に、本件措置がXの宗教的行為の自由を制約することを確認する。

その上で、本件措置による制約が正当化されるかどうかを検討しなければならない。そして、審査基準を定立する際には、権利の重要性及び制約の強度を考慮する必要があるところ、信教の自由は、宗教を信じるかどうか、どの宗教を信じるかということに関する自由であり、全ての精神活動の根幹であるから、重要な権利であり、また、確かに、本件措置は、Xの信仰の自由に対する直接的制約ではなく、宗教的行為の自由を制約することによる間接的制約であるが、B教における重要な戒律に反する行為をXに強制するものであり、Xの信仰の核心に反する行為の強制といえるから、強度の制約といえる。したがって、厳格な基準を採用すべきであるから、例えば、本件措置は、目的が重要であり、手段が必要最小限度である場合に限り、合憲になるという基準が採用されるべきである。

そして、当てはめにおいては、乙の校長が代替措置をとらないこととした理由である①教育の中立性の確保、②代替措置の要望が真に信仰を理由とするものかどうかの判断が困難であること、③X対して代替措置をとることは他のB教徒の生徒との関係で公平性を欠くこと、④Xの代替措置の要望に応えることで、水泳授業の実施や成績評価について支障が生じるおそれがあること、について検討することが必要である。なお、①の検討に際しては、政教分離原則違反の有無が問題となるから、目的効果基準を踏まえる必要がある。

応用ポイント

1	本件措置につき、信教の自由に対する制約の有無ないし乙の校長の裁量行為であるかどうかを丁寧に検討していること →本件措置に関しては、学習指導要領上、中学校で必修とされている水泳実技をXに対して免除するかどうかの問題となっている。そうすると、免除をしないことは自由権としての信教の自由の制約とはいえず、乙の校長の裁量の逸脱濫用の有無が問題となるにとどまるともいえる。そして、乙の校長の裁量行為であると判断した場合には、上記判例と同様、裁量権の逸脱濫用の有無を検討することになる。
---	---

2	教育を受ける権利（26 条 1 項）や外国人の人権享有主体性及び未成年者の人権に関する憲法上の問題についても言及していること →確かに、社会権である教育を受ける権利は外国人に保障されないと思える。しかし、教育を受ける権利の背後には、未成年者が教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利（学習権）が存在する。そうすると、外国人であっても未成年者には、教育を受ける権利が保障されると解し得る。
3	代替措置をとることが「特権」の付与（20 条 1 項後段）に当たり得るため、政教分離原則に反するおそれがあることを指摘していること
4	乙の校長が代替措置をとらないこととした各理由について、事案に即して全て検討していること

MEMO

1 1 公立中学校である乙が、代替措置をとることなく、水泳授業に参加し
2 なかったXの内申書における3年間の保健体育の評定を5段階中の2と
3 したこと（以下「本件措置」）は、Xの信教の自由（憲法（以下略）20
4 条1項前段）を侵害し、違憲となるか。

5 2(1) 信教の自由は、信仰の自由、宗教的行為の自由及び宗教的結社の自
6 由を保障すると解する。

7 Xは宗教であるB教を信仰しているところ、B教の戒律では女性は
8 家庭内以外において顔や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるい
9 は体型がはっきり分かるような服装をしてはならないとされている。
10 そうすると、Xが水着の着用が必要となる水泳授業に参加しないこと
11 は、Xの信仰の外部的現れといえるから、宗教的行為の自由として保
12 障される。そして、宗教的行為の自由は、権利の性質上、外国人であ
13 るXにも保障される。

14 (2) もっとも、本件措置に関しては、学習指導要領上、中学校で必修と
15 されている水泳実技をXに対して免除するかどうか問題となってい
16 る。そうすると、免除をしないことは自由権としての信教の自由の制
17 約とはいえ、乙の校長の裁量の逸脱濫用の有無が問題となるにとど
18 まるとも思える。しかし、乙の校長が免除をしないこととXに水泳授
19 業への参加を強制することとは表裏の関係にある。したがって、免除
20 をしないことはXの宗教的行為の自由を制約する。

21 (3)ア 宗教を信じるかどうか、どの宗教を信じるかということは全ての
22 精神活動の根幹であるから、信教の自由は重要な権利である。

23 他方、確かに、本件措置は、Xの信仰の自由に対する直接的制約
24 ではなく、宗教的行為の自由を制約することによる間接的制約であ
25 る。しかし、本件措置は、B教における重要な戒律に反する行為を
26 Xに強制するものであり、Xの信仰の核心に反する行為の強制とい
27 えるから、強度の制約である。また、Xは、代替措置がとられなか
28 ったことにより、内申書の評定が低いものとなったため、高校進学
29 を断念している。確かに、社会権である教育を受ける権利（26条1
30 項）は外国人に保障されないと思えるが、教育を受ける権利の背後
31 には、未成年者が教育を自己に施すことを大人一般に対して要求す
32 る権利（学習権）が存在するから、外国人であっても未成年者には
33 教育を受ける権利が保障されると解すべきである。そうすると、乙
34 が代替措置をとることなく本件措置を行うことは、Xの教育を受け
35 る権利の侵害という重大な結果を生じさせるものであり、Xは、こ
36 れを回避するために水泳授業への参加を余儀なくされたから、強制
37 の程度も高い。そこで、本件措置は、目的が重要であり、手段が必
38 要最小限度である場合に限り、合憲になると解する。

39 イ（ア）まず、乙の校長は、Xの信仰に配慮して代替措置を採ること
40 は教育の中立性に反するおそれがあると述べるから、その目的
41 は、公教育における宗教的中立性を確保する点にあるといえる。
42 そして、公の機関が宗教的に中立であること（政教分離原則・
43 20条1項後段、20条3項等）は個人の信教の自由の間接的な保
44 障につながるから、重要である。

他方、代替措置をとらなかったことが宗教的中立性の確保のための必要最小限度の手段であったかどうかは、代替措置をとることが「特権」の付与（20条1項後段）に当たり、政教分離原則に反するかどうかにより判断される。

政教分離原則の趣旨は、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとする点にある。そうすると、国家と宗教とのかかわり合いが、社会的・文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保との関係で相当とされる限度を超える場合、政教分離原則違反になると解する。そこで、「特権」の付与は、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうと解する（目的効果基準）。

代替措置は、学校教育における成績評価のための一つの手段にすぎず、宗教的意義を持たない。また、代替措置は、Xに対して無条件で水泳授業への参加を免除するものではなく、レポートの提出等を義務付けるものであるから、B教を援助、助長等する効果を持たない。したがって、代替措置をとることは、「特権」の付与に当たらず、政教分離原則にも反しないから、代替措置をとらなかったことは、必要最小限度の手段ではない。

(イ) 次に、乙の校長は、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものかどうかの判断が困難であると述べるから、本件措置の目的は、怠学を防止する点にあるといえ、重要である。しかし、代替措置を望む者に対し、これに応えるために信仰と水泳授業の不参加との合理的関連性を調査することは、宗教的中立性に反さず、信仰の告白を強制されない自由に対する不当な制約にもならないといえる。したがって、上記調査をすることなく代替措置をとらなかったことは、必要最小限度の手段ではない。

(ウ) また、乙の校長は、Xに対して代替措置をとることは他のB教徒の生徒との関係で公平性を欠くと述べるから、本件措置の目的は、Xと代替措置をとられていない他のB教徒の生徒との間の平等（14条1項）を確保する点にあるといえる。しかし、乙は、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している他の生徒に対しても、Xに対するのと同様、代替措置をとる必要がある。したがって、代替措置をとらないことで平等を確保しようとすることは正当でなく、本件措置の目的は重要でない。

(エ) さらに、乙の校長は、Xの代替措置の要望に応えることで、水泳授業の実施や成績評価について支障が生じるおそれがあると述べるから、本件措置の目的は、公教育の円滑な実施という点にあり、重要である。しかし、少なくとも、A国民でない4分の3の生徒は水泳授業に参加できるから、その実施が困難とはいえないし、レポート提出により成績評価は行うことは可能である。したがって、代替措置をとらなかったことは、必要最小限度の手段ではない。

4 以上より、本件措置は、Xの信教の自由を侵害し、違憲となる。以上

〔行政法〕

屋外広告物法は、都道府県が条例により「屋外広告物」（常時又は一定の期間継続して屋外で公衆に表示されるものであって、看板、立看板、はり紙及びはり札並びに広告塔、広告板、建物その他の工作物等に掲出され、又は表示されたもの並びにこれらに類するもの）を規制することを認めており、これを受けて、A県は、屋外広告物（以下「広告物」という。）を規制するため、A県屋外広告物条例（以下「条例」という。）を制定している。条例は、一定の地域、区域又は場所について、広告物又は広告物を掲出する物件（以下「広告物等」という。）の表示又は設置が禁止されている禁止地域等としているが、それ以外の条例第6条第1項各号所定の地域、区域又は場所（以下「許可地域等」という。）についても、広告物等の表示又は設置には、同項により、知事の許可を要するものとしている。そして、同項及び第9条の委任を受けて定められたA県屋外広告物条例施行規則（以下「規則」という。）第10条第1項及び別表第4は、各広告物等に共通する許可基準を定め、規則第10条第2項及び別表第5二は、建築物等から独立した広告物等の許可基準を定めている。

広告事業者であるBは、A県内の土地を賃借し、依頼主の広告を表示するため、建築物等から独立した広告物等である広告用電光掲示板（大型ディスプレイを使い、店舗や商品の商業映像を放映するもの。以下「本件広告物」という。）の設置を計画した。そして、当該土地が都市計画区域内であり、条例第6条第1項第1号所定の許可地域等に含まれているため、Bは、A県知事に対し、同項による許可の申請（以下「本件申請」という。）をした。

本件広告物の設置が申請された地点（以下「本件申請地点」という。）の付近には鉄道の線路があり、その一部区間の線路と本件申請地点との距離は100メートル未満である。もっとも、当該区間の線路は地下にあるため、設置予定の本件広告物を電車内から見通すことはできない。また、本件申請地点は商業地域ではなく、本件広告物は「自己の事務所等に自己の名称等を表示する広告物等」には該当しない。これらのことから、A県の担当課は、本件申請について、規則別表第5二（ハ）の基準（以下「基準1」という。）に適合しない旨の判断をした。他方、規則別表第4及び第5のその他の基準については適合するとの判断がされたことから、担当課は、Bに対し、本件広告物の設置場所の変更を指導したものの、Bは、これに納得せず、設置場所の変更には応じていない。

一方、本件申請がされたことは、本件申請地点の隣地に居住するCの知るところとなった。そして、Cは、本件広告物について、派手な色彩や動きの速い動画が表示されることにより、落ちついた住宅地である周辺の景観を害し、また、明るすぎる映像が深夜まで表示されることにより、本件広告物に面した寝室を用いるCの安眠を害するおそれがあり、規則別表第4二の基準（以下「基準2」という。）に適合しないとして、これを許可しないよう、A県の担当課に強く申し入れている。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、条例及び規則の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

A県知事が本件申請に対して許可処分（以下「本件許可処分」という。）をした場合、Cは、これが基準2に適合しないとして、本件許可処分の取消訴訟（以下「本件取消訴訟1」という。）の提起を予定している。Cは、本件取消訴訟1における自己の原告適格について、どのような主張をすべきか。想定されるA県の反論を踏まえながら、検討しなさい。

〔設問2〕

A県知事が本件広告物の基準1への違反を理由として本件申請に対して不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）をした場合、Bは、本件不許可処分の取消訴訟（以下「本件取消訴訟2」という。）の提起を予定している。Bは、本件取消訴訟2において、本件不許可処分の違法事由として、基準1が条例に反して無効である旨を主張したい。この点につき、Bがすべき主張を検討しなさい。

【資料】

○ A県屋外広告物条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、屋外広告物法に基づき、屋外広告物（以下「広告物」という。）及び屋外広告業について必要な規制を行い、もって良好な景観を形成し、及び風致を維持し、並びに公衆に対する危害を防止することを目的とする。

（広告物の在り方）

第2条 広告物又は広告物を掲出する物件（以下「広告物等」という。）は、良好な景観の形成を阻害し、及び風致を害し、並びに公衆に対し危害を及ぼすおそれのないものでなければならない。

（許可地域等）

第6条 次の各号に掲げる地域、区域又は場所（禁止地域等を除く。以下「許可地域等」という。）において、広告物等を表示し、又は設置しようとする者は、規則で定めるところにより、知事の許可を受けなければならない。

一 都市計画区域

二 道路及び鉄道等に接続し、かつ、当該道路及び鉄道等から展望できる地域のうち、知事が交通の安全を妨げるおそれがあり、又は自然の景観を害するおそれがあると認めて指定する区域（第1号の区域を除く。）

三、四 略

五 前各号に掲げるもののほか、知事が良好な景観を形成し、若しくは風致を維持し、又は公衆に対する危害を防止するため必要と認めて指定する地域又は場所

2 略

（許可の基準）

第9条 第6条第1項の規定による許可の基準は、規則で定める。

○ A県屋外広告物条例施行規則（抜粋）

（趣旨）

第1条 この規則は、A県屋外広告物条例（以下「条例」という。）に基づき、条例の施行に関し必要な事項を定めるものとする。

（許可の基準）

第10条 条例第6条第1項の規定による許可の基準のうち、各広告物等に共通する基準は、別表第4のとおりとする。

2 前項に規定するもののほか、条例第6条第1項の規定による許可の基準は別表第5のとおりとする。

別表第4（第10条第1項関係）

一 地色に黒色又は原色（赤、青及び黄の色をいう。）を使用したことにより、良好な景観の形成を阻害し、若しくは風致を害し、又は交通の安全を妨げるものでないこと。

二 蛍光塗料、発光塗料又は反射の著しい材料等を使用したこと等により、良好な景観の形成を阻害し、若しくは風致を害し、又は交通の安全を妨げるものでないこと。

別表第5（第10条第2項関係）

一 略

二 建築物等から独立した広告物等

- (イ) 一表示面積は、30平方メートル以下であること。
- (ロ) 上端の高さは、15メートル以下であること。
- (ハ) 自己の事務所等に自己の名称等を表示する広告物等以外の広告物等について、鉄道等までの距離は、100メートル（商業地域にあっては、20メートル）以上であること。

三～九 略

出題の趣旨

設問1においては、A県屋外広告物条例（以下「条例」という。）に基づく広告物設置等の許可処分（以下「本件許可処分」という。）について、それにより景観や生活・健康が害されることを主張する隣地居住者の原告適格を、当該原告の立場から検討することが求められる。

まず、行政事件訴訟法第9条第1項所定の「法律上の利益を有する者」に関する最高裁判例で示されてきた判断基準について、第三者の原告適格の判断に即して、正しく説明されなければならない。

その上で、原告が主張する景観と生活・健康（安眠）に関する利益について、それぞれ、本件許可処分の根拠法規である条例やA県屋外広告物条例施行規則（以下「規則」という。）によって保護されているものであることが、許可の要件や目的などに即して、具体的に説明されなければならない。

さらに、これらの利益について、それらが一般的な公益に解消しきれない個別的利益といえることが、その利益の内容や範囲等の具体的な検討を通じて、説明されなければならない。

設問2においては、許可地域等において広告物等と鉄道等との距離を要件とする規則所定の許可基準について、条例がこれを委任した趣旨に適合し委任の範囲内にあるかを、その無効を主張する原告の立場から検討することが求められる。

まず、この規則が定める許可基準が条例の委任に基づいて定められた委任命令であり、条例の委任の趣旨に反すれば無効となることが明確にされなければならない。

つぎに、条例の委任の趣旨、言い換えれば条例が許可制度を設けた趣旨について、目的規定、許可地域等の定め方など、条例の規定に照らして、具体的に検討されなければならない。

最後に、こうした目的に照らして、鉄道から広告物等が見通せるか否かを問題にすることなく、それとの距離を要件とする許可基準の定め方につき、これが条例の委任の趣旨と矛盾することから、これを定める規則が無効であるとの結論が導かれるべきこととなる。

基本ポイント

- 1 本問は、本件許可処分がされた場合（設問1）と本件不許可処分がされた場合（設問2）という表裏の状況において、それぞれ不服のある者が生じることを前提に、設問1では「Cは…どのような主張をすべきか」、設問2は「Bがすべき主張を検討しなさい」という形式で党派的な主張の検討を求めるものである。したがって、解答に際しては、中立的な立場からの論述ではなく、C又はBの立場から、多少無理筋でも、C又はBに

有利な成り立ち得る主張を行わなければならない。そして、設問1では、Cの立場からの主張は多分に困難であることを念頭に置きつつ、想定されるA県の反論についても言及しながら、主張を組み立てる必要がある。他方、設問2におけるBの立場からの主張は組み立てやすい。

- 2 設問1では、まず、Cの言い分が、本件広告物は「落ち着いた住宅地である周辺の景観を害し」また「本件広告物に面した寝室を用いるCの安眠を害するおそれがある」というものであることを把握する必要がある。そのため、被侵害利益としては、景観と安眠（健康）の2つの利益が想定されることを踏まえて、Cの原告適格の有無を検討しなければならない。なお、この段階で、経験的・直観的にCの立場からの主張は通常苦しいものになるはずであると予想できることが大切である。そして、その検討に際しては、次に、以下の判例を踏まえた判断枠組みを示す必要がある。

判例（最大判平 17. 12. 7）

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

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

①保護範囲要件の認定

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

②個別保護要件の認定

→①で保護されると認定した利益が一般的公益にとどまらず個々人の個別的利益としても保護されているか（一般的公益の中に吸収解消されない個別的利益を切り出す

ために、被侵害利益の内容・性質を（侵害の態様・程度も勘案して）考慮する）

③保護範囲の画定

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

（中原茂樹『基本行政法』（第3版）P327以下を参考にした。）

本問では、本件許可処分根拠規定が条例6条1項であることを特定することが必須であるが、許可基準を定めた規則も、条例の規定の委任を受けたものである（条例9条参照）から、条例と一体となって「根拠となる法令」（行訴法9条2項）を構成している（「関係法令」ではないことに注意する。）ことを理解していることも大切である。

そして、本問では、例えば、景観の利益については、①はクリアするとしても、②はクリアが困難ではないか、また、安眠の利益については、①のクリアさえも困難なのではないかというように、認定手順の各段階に位置付けた主張・議論の展開を行う必要がある。

- 3 設問2では、条例が授權法、基準1が委任された命令という委任立法関係があることを理解した上で、Bの立場から、基準1が条例の趣旨に反し、委任の範囲を逸脱したものであり無効であるとの主張を行う必要がある。

そして、委任命令が委任の範囲内かどうかの判断に際しては、授權法の規定の文言、授權法の趣旨・目的、委任命令により制限される権利・利益の性質等が考慮されることから（最判平14.1.31，最判平25.1.11等参照）、これらの考慮要素を踏まえて、まず、①授權法である条例の趣旨等から委任の趣旨・範囲を特定することになる。その上で、②委任された命令である規則が条例の趣旨に適合するものであるか、その範囲を逸脱するものでないかという点を検討することになる。

本問の検討に際しては、問題文中の「本件広告物の設置が申請された地点（以下「本件申請地点」という。）の付近には鉄道の線路があり、その一部区間の線路と本件申請地点との距離は100メートル未満である。もっとも、当該区間の線路は地下にあるため、設置予定の本件広告物を電車内から見通すことはできない。」という事実に着目し、他方、条例6条1項2号の「道路及び鉄道に接続し、かつ、当該道路及び鉄道等から展望できる地域のうち、知事が交通の安全を妨げるおそれがある」と認めて指定する区域」という文言との関係で、基準1では距離のみが要素とされおり、「道路及び鉄道等から展望できる」かどうかは捨象されている点について指摘しなければならない。

応用ポイント

1	（設問1）安眠の利益を害されることが公衆に対する危害に含まれることを説明していること →条例からは、公衆に対する危害の主なものとして、「交通の安全を妨げる」ことが
---	--

	想定されていることが把握できるため、これを踏まえたA県の反論も念頭に置いてCの主張を組み立てる。
2	（設問1）景観及び安眠の利益が害されるおそれのある者の範囲を限定することにより、原告適格が肯定されることを説明していること →例えば、周辺住民のうち、本件広告物が設置された場合に景観又は安眠に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者には、「法律上の利益」が認められる。
3	（設問2）条例6条1項2号が「許可地域等」の要素として、「道路及び鉄道に接続し、かつ、当該道路及び鉄道等から展望できる地域」を挙げている理由を検討していること →例えば、広告物等の動画・映像が発する光等が自動車及び電車の運転者の視界を妨げ、また、注意を引き付けること等により、事故を発生させる危険性がある。

1 第1 設問1

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

11 2(1) そこで、Cは、景観及び安眠の利益が法律上保護された利益に当た
12 ると主張する。具体的には、以下のように主張すべきである。

13 (2)ア 本件許可処分の根拠規定である条例6条1項は、良好な景観の形
14 成及び公衆に対する危害の防止を定めている（5号）。そして、条例
15 は、目的規定（1条）及び広告物の在り方の規定（2条）において
16 も、広告物等が良好な景観の形成を阻害し、また、公衆に対する危
17 害を及ぼすことを防止することを定めている。そうすると、法の目
18 的規定及びその他の規定からも、条例6条1項は、景観及び安眠の
19 利益を保護する趣旨を含むと解される。

20 イ 他方、安眠の利益に関し、A県からは、以下の反論が想定される。
21 すなわち、条例9条の委任を受けた規則10条1項の別表4一及び二
22 は、条例中の公衆に対する危害を「交通の安全を妨げるもの」と具
23 体化しているから、安眠妨害は公衆に対する危害に当たらないため、
24 条例6条1項は、安眠の利益を保護する趣旨を含まない。

25 ウ これに対し、Xは、以下のように主張すべきである。すなわち、
26 規則10条1項の別表4一及び二は広告物等の色・光度、規則10条
27 2項の別表5二は広告物等の一表示面積（イ）及び上端の高さ（ロ）
28 に関する基準を定めているところ、これらの目的は、広告物等の発
29 する光等が周辺住民の生活に悪影響を及ぼすことを防止する点にあ
30 るから、周辺住民の安眠の妨害をも防止する点にあるといえる。し
31 たがって、条例6条1項は、安眠の利益を保護する趣旨を含む。

32 (3)ア 他方、A県からは、以下の反論が想定される。すなわち、条例は
33 景観利益の帰属主体を規定していないし、安眠も感覚に左右される
34 性質のものであるから、条例6条1項は、景観及び安眠の利益を個々
35 人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含んでいると
36 は解されない。

37 イ これに対し、Xは、以下のように主張すべきである。すなわち、
38 規則10条2項の別表5二（ハ）は、広告物等との間の最低限の間隔
39 距離を規定しているところ、このことは、広告物等があることによ
40 り周辺地域の住民が直接的に受ける景観又は安眠に関する被害の程
41 度が居住地と広告物等との近接度合いによっては、著しいものとな
42 り得ることの現れといえる。そうすると、条例6条1項は、広告物
43 等があることにより景観又は安眠に係る著しい被害を直接的に受け
44 るおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないと

45 いう利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨
46 を含むと解される。

47 したがって、周辺住民のうち、本件広告物が設置された場合に景
48 観又は安眠に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者には、
49 「法律上の利益」が認められるから、当該施設の設置許可の取消訴
50 訟における原告適格がある。

51 (4) Cは、本件申請地点の隣地に居住しており、また、その寝室は本件
52 広告物に面しているから、本件広告物が設置された場合に景観又は安
53 眠に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者である。したが
54 って、Cには、「法律上の利益」が認められるから、原告適格がある。

55 第2 設問2

56 1 基準1は、条例9条が条例6条1項の許可の基準について規則に委任
57 したことで定められた委任命令である。そのため、委任命令である基準
58 1は、授權法である条例の委任の範囲を逸脱したとき、違法・無効とな
59 る。そして、委任命令が委任の範囲内かどうかの判断に際しては、授權
60 法の規定の文言、授權法の趣旨・目的、委任命令により制限される権利・
61 利益の性質等を考慮する。

62 2 条例1条は、「公衆に対する危害を防止すること」を条例の目的とし、
63 また、条例2条は、広告物の在り方として、「公衆に対し危害を及ぼすお
64 それのないものでなければならない」と規定している。そして、条例6
65 条1項2号は、「許可地域等」として、「道路及び鉄道に接続し、かつ、
66 当該道路及び鉄道等から展望できる地域のうち、知事が交通の安全を妨
67 げるおそれがある…と認めて指定する区域」を挙げている。そうすると、
68 これらの規定を受けた条例9条の趣旨は、道路及び鉄道から広告物等が
69 展望できる場合、広告物等の動画・映像が発する光等が自動車及び電車
70 の運転者の視界を妨げ、また、注意を引き付けること等により、事故を
71 発生させる危険性があることから、これを防止するための基準の定立を
72 規則に委任する点にあるといえる。そして、許可制は、広告事業者の営
73 業の自由（憲法22条1項）に対する事前規制であり、その権利を相当程
74 度制約するものであるから、明確かつ限定的な基準の定立が委任されて
75 いたといえる。

76 しかし、基準1は、広告物等と「鉄道等までの距離が100メートル以
77 上…であること」と規定するにとどまり、鉄道等から広告物等が展望で
78 きるかどうかを区別していない。そのため、基準1は、条例9条の趣旨
79 である広告物等の動画・映像が発する光等が自動車及び電車の運転者の
80 視界を妨げ、また、注意を引き付けること等により、事故が発生するこ
81 とを防止することを超えて、広く広告事業者の営業の自由を制約し得る
82 ものといえるから、委任の趣旨に適合しない。

83 したがって、基準1は、条例9条の委任の範囲を逸脱するものである
84 から、条例に反して無効である。

85 以上

[民 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは早くに妻と死別したが、成人した一人息子のBはAのもとから離れ、音信がなくなっていた。Aは、いとこのCに家業の手伝いをしてもらっていたが、平成20年4月1日、長年のCの支援に対する感謝として、ほとんど利用していなかったA所有の更地（時価2000万円。以下「本件土地」という。）をCに贈与した。同日、本件土地はAからCに引き渡されたが、本件土地の所有権の移転の登記はされなかった。
2. Cは、平成20年8月21日までに本件土地上に居住用建物（以下「本件建物」という。）を建築して居住を開始し、同月31日には、本件建物についてCを所有者とする所有権の保存の登記がされた。
3. 平成28年3月15日、Aが遺言なしに死亡し、唯一の相続人であるBがAを相続した。Bは、Aの財産を調べたところ、Aが居住していた土地建物のほかに、A所有名義の本件土地があること、また、本件土地上にはCが居住するC所有名義の本件建物があることを知った。
4. Bは、多くの借金を抱えており、更なる借入れのための担保を確保しなければならなかった。そこで、Bは、平成28年4月1日、本件土地について相続を原因とするAからBへの所有権の移転の登記をした。さらに、同年6月1日、Bは、知人であるDとの間で、1000万円を借り受ける旨の金銭消費貸借契約を締結し、1000万円を受領するとともに、これによってDに対して負う債務（以下「本件債務」という。）の担保のために本件土地に抵当権を設定する旨の抵当権設定契約を締結し、同日、Dを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされた。
5. BD間で【事実】4の金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約が締結された際、Bは、Dに対し、本件建物を所有するCは本件土地を無償で借りているに過ぎないと説明した。しかし、Dは、Cが本件土地の贈与を受けていたことは知らなかったものの、念のため、対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、Bに対する貸付額を決定した。

〔設問 1〕

Bが本件債務の履行を怠ったため、平成29年3月1日、Dは、本件土地について抵当権の実行としての競売の申立てをした。競売手続の結果、本件土地は、D自らが950万円（本件債務の残額とほぼ同額）で買い受けることとなり、同年12月1日、本件土地についてDへの所有権の移転の登記がされた。同月15日、Dが、Cに対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すよう請求する訴訟を提起したところ、Cは、Dの抵当権が設定される前に、Aから本件土地を贈与されたのであるから、自分こそが本件土地の所有者である、仮に、Dが本件土地の所有者であるとしても、自分には本件建物を存続させるための法律上の占有権原が認められるはずであると主張した。

この場合において、DのCに対する請求は認められるか。なお、民事執行法上の問題については論じなくてよい。

【事実（続き）】（〔設問 1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

6. 平成30年10月1日、Cは、本件土地の所有権の移転の登記をしようと考え、本件土地の登記事項証明書を入手したところ、AからBへの所有権の移転の登記及びDを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされていることを知った。

〔設問 2〕

平成30年11月1日、Cは、Bに対し、本件土地の所有権移転登記手続を請求する訴訟を、
Dに対し、本件土地の抵当権設定登記の抹消登記手続を請求する訴訟を、それぞれ提起した。
このうち、CのDに対する請求は認められるか。

出題の趣旨

設問1は、同一不動産をめぐって多重の取引がされた事案を題材として、不動産物権変動の優劣に関する基本的な知識・理解を問うとともに、事案に即した分析能力や法的思考力を試すものである。

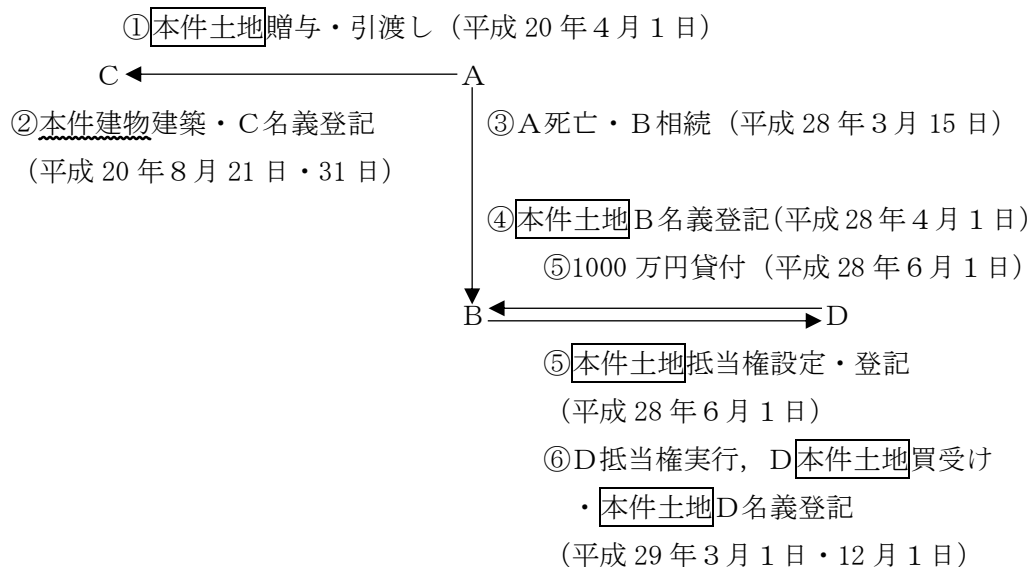
解答に当たっては、所有権に基づく物権的返還請求権の各要件を検討する必要があるが、特に、抵当権設定と贈与による所有権移転との対抗関係を丁寧に説明することが求められる。また、Cの占有権原の有無については、法定地上権の成否が特に問われるが、その制度趣旨や事案に現れている諸事情を踏まえて検討することが求められる。

設問2は、不動産が10年間以上占有された事案を題材として、取得時効の要件に関する基本的な知識・理解を問うとともに、取得時効の効果等について、事案に即した分析能力を試すものである。

解答に当たっては、所有権に基づく妨害排除請求権の各要件を検討する必要があるが、短期取得時効の各要件について当てはめを行った上で、取得時効の効果は抵当権の消滅を伴うものであるのか、仮に消滅を伴う場合にはこれを主張するために登記が必要となるのかなどについて論じることが求められる。

基本ポイント

1 設問1の事案及び設問の概要は、以下の通りである。

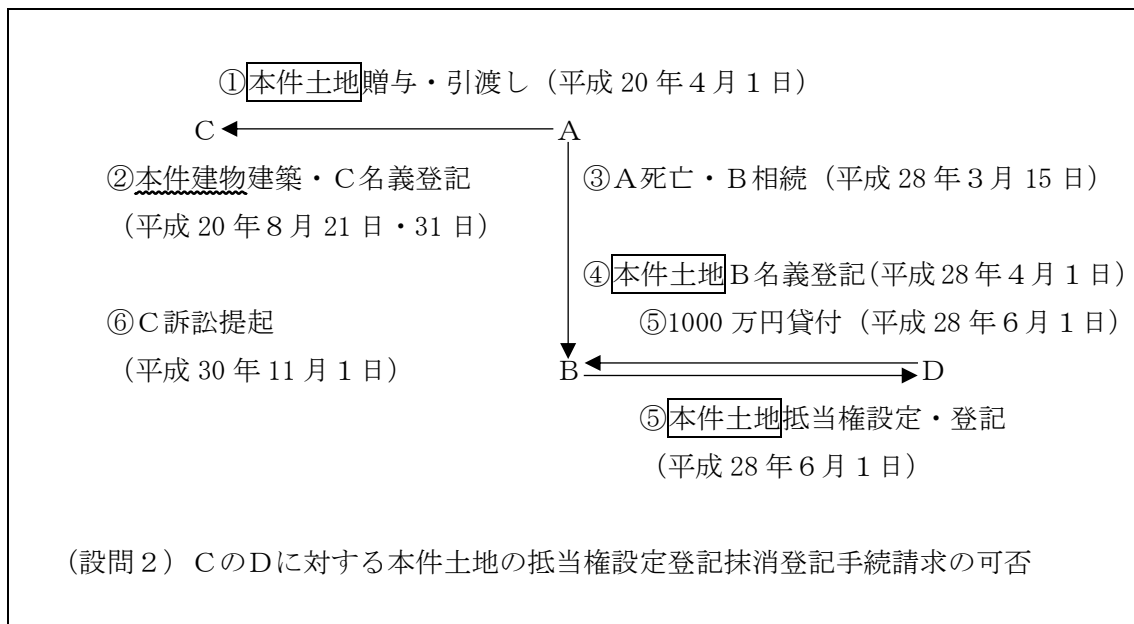


(設問1) DのCに対する本件建物収去本件土地明渡請求の可否

設問1の解答に際しては、まず、DのCに対する請求が所有権に基づく返還請求としての土地明渡請求であることを踏まえて、その要件である①請求者の所有、②相手方の占有について検討しなければならない。そして、①については、Cの主張する通り、A・C間の贈与契約の成立により本件土地の所有権が受贈者Cに移転する（民法（以下「法」という。）176条）が、Cが本件土地について所有権移転登記を具備する前の時点で、Dが、Aと一体と捉えられる包括承継人Bから本件土地について抵当権の設定を受けた上でその旨の登記も具備していることから、仮に、その後Dが抵当権を実行する前に、CがBから本件土地につき所有権移転登記を具備した場合でも、Dは、抵当権が設定されていることをCに対抗できる（法177条）ため、その抵当権の実行により本件土地を買い受けたDに本件土地の所有権が認められることになる。この検討においては、対抗関係が生じているか、生じているとすると誰を起点とした誰と誰との間の対抗関係かという点について、「第三者」（法177条）の意義を踏まえながら整理することが大切である。なお、②については、Cは、本件土地上に本件建物を所有することにより本件土地を現に占有している等と簡潔に記載すべきである。

次に、Cの主張する「法律上の占有権原」としては、法定地上権（法388条前段）を挙げた上で、その成否に関し、各要件（①抵当権設定当時、土地の上に建物が存在すること、②土地と建物が同一の所有者に属すること、③土地・建物の一方に抵当権が設定されたこと、④抵当権実行により土地・建物の所有者が異なったこと）の充足性を検討する必要がある。

2 設問2の事案及び設問の概要は、以下の通りである。



設問2の解答に際しては、まず、CのDに対する請求が所有権に基づく妨害排除請求としての抵当権設定登記抹消登記手続請求であることを踏まえて、その要件である①請求者の所有、②相手方名義の登記について検討しなければならない。そして、①につい

ては、本件土地の所有権に関する短期取得時効（法 162 条 2 項）の成否を検討しなければならない。この点については、同条項が規定する成立要件のうちの多くが推定される（法 186 条 1 項，2 項参照）が、各要件について簡潔に当てはめを行う必要がある。また、判例（最判昭 42.7.21 等）は、自己物の時効取得を肯定しているため、この点を踏まえた論述をする必要がある。そして、取得時効の効果は、原始取得と解されており、土地の占有開始後に抵当権が設定された場合において、占有者が当該土地の所有権を時効取得した場合、抵当権は消滅し（法 397 条参照）、抵当権の負担のない土地の所有権を取得することになる。なお、②については、簡潔に指摘することで足りる。

次に、Cは、本件土地の所有権移転登記を具備していないため、登記を具備していなくてもDに対して時効取得を対抗できるかどうかを検討する必要がある。そして、Cとの関係で、Dが時効完成前の第三者である場合、Cは、登記を具備していなくてもDに対して時効取得を対抗できると解されるため、Cの時効完成時点を特定しなければならない。本問では、時効の起算点としては、平成 20 年 4 月 1 日や同年 8 月 21 日が考えられ、Cの時効完成時点は平成 30 年 4 月 1 日や同年 8 月 21 日経過時となるが、いずれにしても、平成 28 年 6 月 1 日に抵当権の設定を受けたDは時効完成前の第三者に当たるため、Cは、登記を具備していなくてもDに対して時効取得を対抗できる。したがって、Cは、抵当権の負担のない土地の所有権を有するとして、Dに対し、抵当権設定登記抹消登記手続請求をすることができる。

応用ポイント

1	（設問 1）法定地上権の成否の検討において、抵当権設定当時、Cは、確定的ではないが、本件土地の所有者であり、土地と建物が同一の所有者に属していたことを説明していること →A C間の贈与契約の成立により本件土地の所有権はCに移転する。
2	（設問 1）法定地上権が成立した場合におけるDの不利益について配慮していること →抵当権設定当時、Dは、本件土地上に本件建物が存在することを認識しており、念のため、対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価してBに対する貸付額 1000 万円を決定し、その後、本件債務の残額とほぼ同額である 950 万円で本件土地を買い受けている。なお、Dは、Cから地代を得ることができる（法 388 条後段参照）。
3	（設問 2）取得時効の起算点を事案に即して丁寧に検討していること →平成 20 年 4 月 1 日の引渡時を起算点とすることができるが、おそくとも公然性が認められるのは同年 8 月 21 日の本件建物建築・居住開始時であるとして、この時点を起算点とすることも考えられる。

4	（設問 1 及び設問 2）本問全体を貫く視点・事情を意識すること →本件土地の所有権がCに移転している（法 176 条）ため，設問 1 では，自己借地権が設定できないことから法定地上権の成否が問題となり，また，設問 2 では，自己物の時効取得の可否及び登記具備の機会があったといえるのに時効完成前の第三者に対して登記を具備していなくても時効取得を主張できるかどうかが問題となる。したがって，「本件土地はCの自己物である」という視点から，本問の事実関係を分析すると，検討すべき論点が整理される。
---	--

1 第1 設問1

2 1(1) DのCに対する建物収去土地明渡請求は、本件土地の所有権に基づく返還請求で
3 あるところ、所有権に基づく返還請求権の発生要件は、①請求者の物の所有と②相
4 手方の物の占有である。

5 (2) ①について

6 ア Dは、本件土地の所有者であったAを相続した息子B（民法（以下「法」）896
7 条、887条1項）から、本件土地につき抵当権の設定（法369条1項）を受けた上
8 で、その実行の結果、本件土地を買い受けている。他方、Cは、Aから本件土地を
9 贈与（法549条）されているところ、AC間の贈与契約の成立により、本件土地
10 の所有権はCに移転している（法176条）。もっとも、Cは、登記を具備しなけれ
11 ば、本件土地の所有権の取得を第三者に対抗できない（法177条）から、Cは、
12 登記を具備するまでは、本件土地の所有権を確定的に取得していない。そのため、
13 BD間の抵当権設定契約時点でCは登記を具備していなかったから、Dの抵当権
14 は有効に成立する。

15 イ そして、「第三者」（法177条）とは、当事者及びその包括承継人以外の者で、
16 登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうと解するところ、CとDは相
17 互に「第三者」に当たるため、登記を具備しなければ、自己の権利取得等を相手
18 方に対抗できない。

19 本件で、Cは、登記を具備していないため、Dに対し、本件土地の所有権取得
20 を対抗できないが、Dは、登記を具備しているため、Cに対し、本件土地につき抵
21 当権が設定されたことを対抗できる。

22 ウ そうすると、Dは、Cに対抗できる抵当権の実行の結果、本件土地を買い受け
23 ているから、Cに対抗できる所有権を取得する。したがって、①が認められる。

24 (3) ②について

25 Cは、本件土地上に本件建物を所有することにより本件土地を現に占有している。
26 したがって、②が認められる。

27 (4) 以上より、所有権に基づく返還請求権の発生要件は満たす。

28 2(1) これに対し、③相手方がその物に対する正当な占有権原を有していることが発生
29 障害要件となる。そして、Cが主張する法律上の占有権原としては、法定地上権（法
30 388条前段）が想定されることから、その成否を検討する。

31 (2)ア まず、本件土地に抵当権が設定された当時、本件土地の上にCが所有して登記
32 を具備する本件建物が存在していた。

33 イ もっとも、Cは、本件土地について登記を具備していないため、本件建物と本
34 件土地につき「同一の所有者」であるかが問題となる。

35 法定地上権の趣旨は、土地及び建物が同一所有者に属する場合には自己借地権
36 が設定できないため、抵当権の実行により土地と建物の所有者が異なったとき、
37 建物の収去を強えられることから、このような社会経済上の不利益を防止する点
38 にある。そうすると、「同一の所有者」であるかどうかは、登記具備の有無ではな
39 く、借地権の設定ができない関係にあったかどうかを考慮して判断すべきである
40 と解する。

41 確かに、Cは、本件土地について登記を具備していないため、本件土地の所有
42 権を確定的に取得していない。しかし、AC間の贈与契約の成立により、本件土
43 地の所有権はCに移転している。そうすると、Cが本件建物のために本件土地に
44 借地権を設定することはできない。したがって、Cは、本件建物と本件土地につ

き「同一の所有者」である。

ウ そして、抵当権の実行としての競売の結果、本件土地の所有者はDとなったが、
本件建物の所有者はCのままであるから、「所有者を異にする」こととなった。

(3) したがって、③法定地上権が成立する。なお、抵当権設定当時、Dは、本件土地上
に本件建物が存在することを認識しており、念のため、対抗力のある借地権の負担
があるものとして本件土地の担保価値を評価してBに対する貸付額 1000 万円を決
定し、その後、本件債務の残額とほぼ同額である 950 万円で本件土地を買い受けて
いるから、法定地上権の成立を認めたとしても、Dの合理的意思に反しないといえ
る。

3 以上より、DのCに対する請求は、認められない。

第2 設問2

1(1) CのDに対する抵当権設定登記抹消登記手続請求は、本件土地の所有権に基づく
妨害排除請求であるところ、所有権に基づく妨害排除請求権の発生要件は、①請求
者の物の所有と②相手方の占有以外の方法による物の侵害である。

(2) ①について

ア Cは、平成20年4月1日、Aから本件土地を贈与されて引渡しを受けた後、10
年間以上、本件建物を建築して居住する等、所有の意思をもって、平穩に、かつ、
公然と本件土地を占有している（法162条2項）。また、占有開始時、Cは、本件
土地を自己の物であると過失なく信じているといえるから、善意無過失である。

イ もっとも、AC間の贈与契約の成立により、本件土地の所有権はCに移転する
から、Cは、「他人の物」ではなく自己の物を占有していたことになる。しかし、
二重譲渡の場合、自己の物であっても登記を具備するまで所有権の取得は不確定
であるから時効取得を認める必要があるし、永続した事実状態の尊重及び立証の
困難の救済等の時効制度の趣旨からは、「他人の物」であることは要件とならな
いと解する。

ウ したがって、Cは、時効援用の意思表示（法145条）をすることで、本件土地
の所有権を短期取得時効により原始取得する。よって、①が認められる。

(3) ②について

本件土地には、Dを抵当権者とする抵当権設定登記があるから、②が認められる。

(4) 以上より、所有権に基づく妨害排除請求権の発生要件は満たす。

2(1) これに対し、③相手方がその物に対する正当な登記保持権原を有していることが
発生障害要件となる。そこで、Dからは、抵当権設定登記は、本件債務の担保のため
に締結されたBD間の抵当権設定契約に基づくものであるとの反論が想定される。

(2) しかし、Cの取得時効は平成30年4月1日経過時に完成している（法140条本
文）から、平成28年6月1日に抵当権の設定を受けたDは、Cとの関係で時効完成
前の第三者となる。そうすると、確かに、受贈者Cは、Dが抵当権の設定を受ける前
に数年間、所有権移転登記を具備する機会を有していたが、取得時効の完成により
Cが抵当権の負担のない本件土地の所有権を取得し、その反射として抵当権を喪失
するのはDであり、CD間は当事者類似の関係にある。したがって、Cは、Dに対
し、登記を具備することなく、取得時効を対抗できるから、Dの抵当権の負担のな
い本件土地の所有権の取得を対抗できる。よって、抵当権設定登記は、Dの抵当権
に基づかないものとなるから、Dの反論は認められない。

3 以上より、CのDに対する請求は、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. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、加工食品の輸入販売業を営む取締役会設置会社であり、かつ、監査役設置会社である。甲社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、譲渡による甲社株式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがあるが、株主総会の定足数及び決議要件について、別段の定めはない。
2. 甲社の発行済株式の総数は200株であり、平成28年12月1日に創業者Aが急死するまでは、Aが100株を、Aの妻Bが全株式を有し代表取締役を務める乙株式会社（以下「乙社」という。）が40株を、Aの長男Cが30株を、Aの長女Dが20株を、Aの二女Eが10株を、それぞれ有していた。
3. 甲社の定款には、取締役は3人以上、監査役は1人以上とする旨の定めがあり、また、取締役及び監査役の任期をいずれも選任後10年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする旨の定めがある。Aが死亡する直前では、A及びCが甲社の代表取締役を、D及びEが取締役を、甲社の従業員出身Fが監査役を、それぞれ務めていた。甲社の役員構成については、Aの死亡後も、Aが死亡により取締役を退任したこと以外に変更はない。
4. Aの死亡後、Aの全相続人であるB、C、D及びEが出席した遺産分割協議の場において、Cは、Aが有していた甲社株式100株を全てCが相続する案を提示した。しかし、Dが強く反対したため遺産分割協議が調わず、当該株式については株主名簿の名義書換や共有株式についての権利行使すべき者の指定がされないままであった。
5. この頃から甲社の経営方針をめぐるCとDの対立が激しくなった。Cは、何かにつけてDを疎んじ、甲社の経営を独断で行うようになった。Cは、甲社の経営の多角化を積極的に進めるために、知人の経営コンサルタントに多額の報酬を支払って雑貨の輸入販売業にも進出した。しかし、その業績は思うように伸びず、ついには多額の損失が生ずるようになった。Dは、このままでは甲社の経営が破綻するのではないかと恐れ、平成31年3月頃、Cの経営手腕の未熟さについてBに訴えた。Bは、CとDが協力して甲社を経営していくことを望んでいたが、他方では、Cの経営手腕に不安を抱いていたので、この際、DがCに代わって甲社の経営を担うのもやむを得ないとの考えに至り、Dを支援することとした。
6. 平成31年4月22日、乙社は、Dが全株式を有し代表取締役を務める丙株式会社（以下「丙社」という。）との間で、乙社を分割会社、丙社を承継会社とする吸収分割（以下「本件会社分割」という。）を行い、これにより、乙社が有する甲社株式40株を全て丙社に承継させた。丙社は甲社に対して株主名簿の名義書換請求をしたが、Cは甲社を代表して本件会社分割による甲社株式の取得が甲社の取締役会の承認を得ていないことを理由にこれを拒絶した。このことがあってから、Cは、Dを強く警戒するようになり、Dを甲社の経営から排除することを考え始めた。
7. 令和元年5月9日にCの招集により開催された甲社の取締役会には、C、D、E及びFが出席した。定例の報告が終わった後、Cは、決議事項として予定されていなかったDの取締役からの解任を目的とする臨時株主総会の開催を提案した。驚いたDは激しく抵抗したが、Cは決議について特別の利害関係を有するという理由でDを議決に参加させることなく、C及びEの賛成をもって、Dの取締役からの解任を目的とする臨時株主総会を同月20日午前10時に甲社本店会議室で開催することを決議した（以下「本件取締役会決議」という。）。)

〔設問 1〕

上記1から7までを前提として、本件取締役会決議の効力を争うためにDの立場において考えら

れる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

8. Cは、令和元年5月10日、本件取締役会決議に基づき、乙社、C、D及びEに対し、臨時株主総会の招集通知を発した。同月20日午前10時に甲社本店会議室で開催された臨時株主総会（以下「本件株主総会」という。）には、C、D及びEが出席したが、乙社を代表するBは病気と称して出席しなかった。本件株主総会では、定款の定めに基づき、Cが議長となり、Dを取締役から解任する旨の議案につき、C及びEは賛成し、Dは反対した。Dは、丙社を代表して丙社が本件会社分割により取得した甲社株式40株についても議決権を行使して当該議案につき反対する旨主張した。しかし、議長であるCは、これを認めず、行使された議決権60個のうち40個の賛成があったとして、Dを取締役から解任する旨の決議の成立を宣言した（以下「本件株主総会決議」という。）。

〔設問2〕

本件株主総会決議の効力を否定するためにDの立場において考えられる主張（〔設問1〕の本件取締役会決議の効力に関する事項を除く。）及びその主張の当否について、論じなさい。

出題の趣旨

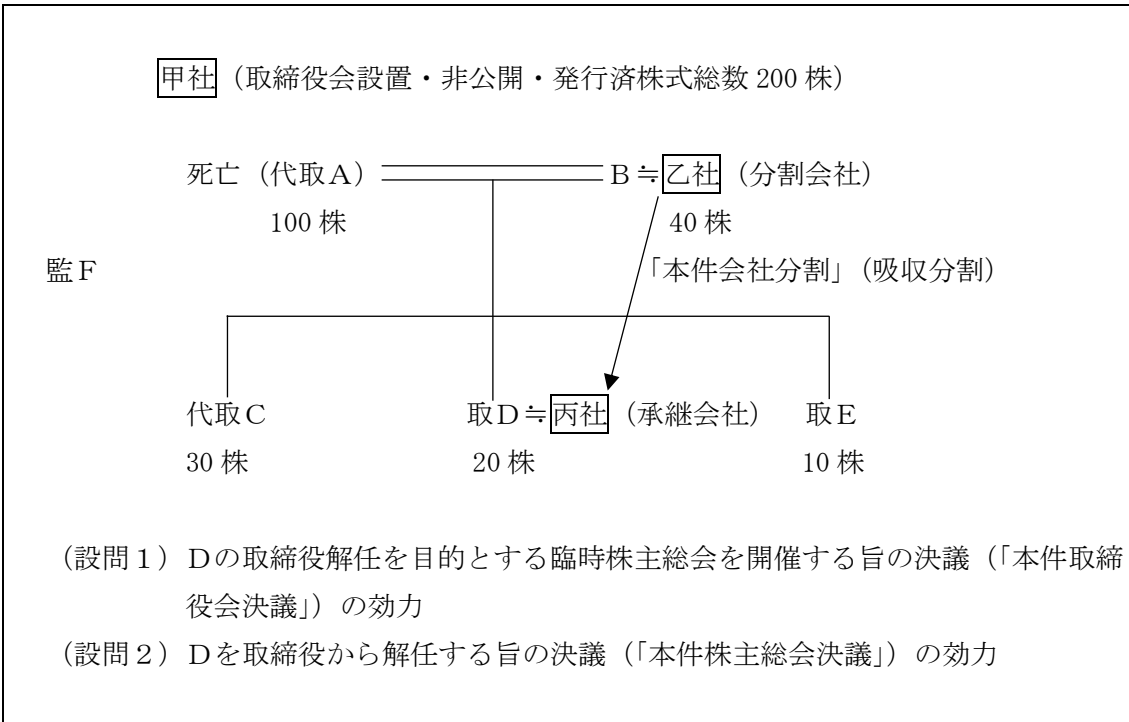
本問は、取締役の解任を目的とする株主総会の招集を決定する取締役会決議の効力（〔設問1〕）及び取締役を解任する株主総会決議の効力（〔設問2〕）を、それぞれその効力を否定する立場からの主張とその当否という形で問うものである。

設問1では、Dは、まず、本件取締役会決議が予定されていなかった事項に関する決議であった点が違法であると主張することが考えられるが、会社業務に関し臨機応変に対応すべき取締役会では、決議事項として予定されていなかった事項であっても必要に応じ決議することができるかと解される。次に、Dは、Dを特別利害関係人（会社法第369条第2項）に当たるとして議決に参加させなかった点が違法であると主張することが考えられる。代表取締役を解職する取締役会決議については、当該決議の対象となる代表取締役は特別利害関係人に当たるとする判例（最判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁）があり、これとの距離感を踏まえて検討することが求められる。そして、Dが特別利害関係人に当たるとする場合には、本件取締役会決議が成立要件（同条第1項）を満たしているか、当たらないとする場合には、瑕疵のある取締役会決議の効力が問題となる。

設問2では、Dは、株主総会決議の取消しの訴え（会社法第831条第1項）を提起するため、取消事由として、まず、Aが保有していた甲社株式100株を定足数要件の分母に算入すれば定足数（同法第341条）を満たさないため、決議の方法の法令違反に当たる（同法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。当該100株については、遺産分割未了のまま相続人B、C、D及びEの共有状態にあり、権利行使者の指定・通知がないので、甲社の同意がない限り議決権を行使することができない（同法第106条）ため、「議決権を行使することができる株主の議決権」（定足数要件の分母。同法第341条）には含まれないと文言上は考えられるが、他方、共有株式は権利行使者の指定・通知があるまで暫定的に議決権を行使できないだけで、定足数要件の分母には含まれるという解釈があり、このような解釈も踏まえつつ検討することが求められる。次に、Dは、取消事由として、本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認を要しない「一般承継」（同法第134条第4号）に該当するから、株主名簿の名義書換の不当拒絶があり、丙社は名義書換がなくとも自己が株主であることを甲社に対抗できるため、丙社に招集通知を発しなかった点は招集の手続の法令違反に、丙社の議決権を認めなかった点は決議の方法の法令違反に、それぞれ当たる（同法第831条第1項第1号）と主張することが考えられる。会社分割は、合併と同じく組織再編の一形態とされているが、他方、合併と異なり分割会社は依然として存続し、承継される権利義務の範囲は当事会社の裁量に委ねられており、このような異同も踏まえつつ検討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、本件取締役会決議の効力を争いたい D の立場からの主張を挙げた上で、その当否を検討する必要がある。この点について、考えられる主張は、① D の取締役解任を目的とする臨時株主総会を開催するかどうかの決議は、本件取締役会の決議事項として予定されていなかったから、本件取締役会決議は違法である、② 本件取締役会決議に関して特別利害関係取締役 (会社法 (以下「法」という。) 369 条 2 項) に当たらない D を議決に参加させなかったから、本件取締役会決議は違法である、というものである。

まず、①については、経営の専門家である取締役で組織される取締役会は、株式会社の業務執行に関する意思決定を機動的に行う必要があるため、取締役会の招集通知には議題を定めることが必要とされていない (法 368 条 1 項参照) から、妥当でないということになる。なお、この点については、経営の専門家ではないが会社の実質的所有者である株主が自己の意思を会社経営に反映させるため、株主総会の招集通知には議題を定めることが必要とされている (法 299 条 4 項, 298 条 1 項 2 号) ことと区別する必要がある。

次に、②については、特別利害関係取締役 (法 369 条 2 項) の意義を解釈した上で、判例 (最判昭 44. 3. 28) が代表取締役を解職する取締役会決議 (法 362 条 2 項 3 号) については、当該決議の対象となる代表取締役は特別利害関係取締役に当たっているとすることを踏まえて当てはめを行うことになる。なお、結論はいずれでも良い。

3 (1) 設問 2 では、本件株主総会決議の効力を否定したい D の立場からの主張を挙げた上

で、その当否を検討する必要がある。なお、Dは、本件株主総会決議の効力を争う場合には、本件取締役会決議の効力を争う場合と異なり、株主総会決議取消の訴え（法 831 条）を提起する必要がある、法令・定款に違反する事実等を取消事由として主張することになる。

- (2) まず、Dは、取消事由として、①本件株主総会決議につき、Aが保有していた甲社株式 100 株（以下「本件株式」という。）を定足数要件の分母に参入すると、定足数（法 341 条）を満たさないため、決議方法の法令違反（法 831 条 1 項 1 号）に当たると主張することが考えられる。

法 341 条は、取締役を含む役員を「解任する株主総会の決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数…を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数…をもって行わなければならない。」と規定しているところ、本件株式が「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれると解した場合、発行済株式総数 200 株の過半数という定足数を満たさないことになる。

他方、本件株式は、Aの相続人であるB、C、D及びE（民法 896 条、887 条 1 項、890 条）の遺産分割協議が調っておらず、準共有状態である（民法 898 条、264 条）ところ、共有株式についての権利行使者の指定もされていないから、「当該株式についての権利を行使することができない」（法 106 条本文）ことになる。

そうすると、条文の文言からは、本件株式は「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれないと解されるため、主張①は妥当でないということとなる。

- (3) 次に、Dは、取消事由として、②本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認を必要としない「一般承継」（法 134 条 4 号）に当たり、丙社は甲社との関係で甲社の株主であるから、株主名簿の名義書換（法 133 条）の不当拒絶があり、丙社は名義書換を行わなくとも自己が株主であることを甲社に対して対抗できるため、株主である丙社に招集通知（法 299 条 1 項）を発しなかったことは招集手続の法令違反に当たり、また、丙社の議決権を認めなかったことは決議方法の法令違反に当たる（法 831 条 1 項 1 号）と主張することが考えられる。

甲社は非公開会社であるから、甲社（取締役会）の承認がない場合、株式譲渡は、譲渡の当事者間では有効であるが、甲社との関係では有効でないことになる。しかし、相続・合併等の「一般承継」の場合、甲社（取締役会）の承認は不要であり、株式譲渡は、甲社との関係でも有効となる（法 134 条 4 号参照）。そのため、主張②の当否は、本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認を有しない「一般承継」に当たるかどうかで決定される。そして、会社分割の際、吸収分割契約又は新設分割計画で承継の対象とされた権利義務は、会社分割の効力の発生により、個別の権利義務の移転行為をすることなく承継会社等に承継される（法 759 条 1 項、764 条 1 項）ことから、会社分割による権利義務の承継は一般承継と呼ばれることがあるため、この点を踏まえると、会社分割も「一般承継」に当たると解されるから、主張②は妥当であるとい

うことなる。

応用ポイント

1	（設問 1）特別利害関係取締役の該当性判断に際し、判例（最判昭 44. 3. 28）の事案と本問の事案の差異を意識していること →判例の事案は、当該代表取締役が取締役会の解職決議により平取締役となるものであったのに対し、本問の事案は、取締役会の決議により当該取締役の解任（取締役でなくなることを目的とする株主総会が開催されることになるというものである。なお、本問類似の事案において、判例（東京地決平 29. 9. 26）は、特別利害関係取締役に当たるとしている。
2	（設問 1）Dが特別利害関係取締役に該当するかどうかの結論を踏まえて、本件取締役会決議の有効性を検討していること →Dが特別利害関係取締役に当たるとする場合には、本件取締役会決議が成立要件（法 369 条 1 項）を満たしているかどうかを検討し、他方、当たらないとする場合には、瑕疵ある取締役会決議の効力を検討する。
3	（設問 2）Dの株主総会決議取消しの訴えに係る原告適格の根拠に言及していること →Dは、甲社の「株主」（法 831 条 1 項柱書前段）であり、かつ、本件株主総会決議の取消しにより「取締役…となる者」（同項柱書後段）であるから、株主総会決議取消しの訴えを提起することができる。なお、甲社が丙社に招集通知を発しなかったこと及び丙社の議決権を認めなかったことは、株主Dとの関係では、他の株主丙社に関する手続的瑕疵となり、Dがこの瑕疵を取消事由として主張できるかどうかは問題となり得る（判例・通説は肯定する。）が、Dは、「取締役…となる者」としても原告適格を有するから、いずれにしても、この瑕疵を取消事由として主張できる。
4	（設問 2）本件株式が「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれるかどうかにつき、実際上の弊害を踏まえた検討をしていること →共有株式についての権利行使者の指定がない場合において、当該株式を定足数要件の分母に参入しないとすると、実質的に、定足数を満たさないのに少数の株主の意思のみによって株主総会決議が成立することとなるところ、このような弊害に対応するため、本件株式が「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれると解している。
5	（設問 2）「一般承継」の該当性判断に際し、相続・合併と会社分割の差異を意識していること →会社分割を「一般承継」に含むことを否定する根拠としては、①相続又は合併の

	場合、被承継人が死亡又は消滅し、被承継人の権利義務の全部を承継人が当然に引き継ぐのに対し、会社分割の場合、被承継人である分割会社は会社分割後も存続し、分割会社の権利義務のうちで承継会社が引き継ぐものは吸収分割契約等の定めによって決定される（法 759 条 1 項、762 条 1 項）から、両者の性質は異なること、②会社分割により譲渡制限株式を承継した承継会社等が発行会社の他の株主にとって好ましくない者であるおそれがあることは、譲渡制限株式が売買等によって譲渡された場合と同様であるが、会社分割において、上記おそれから発行会社を保護するための手続は定められていないこと等が挙げられている（田中亘『会社法』（第 2 版）P 629～参照）。
6	（設問 2）本件株主総会決議が有効となる場合、甲社の取締役は C 及び E の 2 人となり、甲社定款上の員数 3 人及び取締役会設置会社における取締役の法定の員数 3 人（法 331 条 5 項）を欠くことになることを指摘していること →この点については、決議内容の定款違反の取消事由（法 831 条 1 項 2 号）及び決議内容の法令違反の無効事由（法 830 条 2 項）を構成するとも思われるが、甲社は、取締役会非設置会社への定款変更（法 466 条）をすることにより対応できるため、D は、取消事由及び無効事由として主張しないと考えられる。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 主張①

3 (1) Dは、Dの取締役解任を目的とする臨時株主総会を開催するかどうかの決議
4 は、本件取締役会の決議事項として予定されていなかったから、本件取締役会
5 決議は違法であると主張する。

6 (2) 経営の専門家である取締役で組織される取締役会は、株式会社の業務執行に
7 関する意思決定を機動的に行う必要があるため、取締役会の招集通知には、株
8 主総会の招集通知（会社法（以下「法」）299条4項、298条1項2号）と異な
9 り、議題を定めることは必要とされていない（法368条1項参照）。したがっ
10 て、本件取締役会決議は、本件取締役会の決議事項として予定されていなかっ
11 たものであるが、違法でない。よって、主張①は妥当でない。

12 2 主張②

13 (1) Dは、本件取締役会決議に関して特別利害関係取締役（法369条2項）に当
14 たらぬDを議決に参加させなかったから、本件取締役会決議は違法であると
15 主張する。

16 (2)ア 特別利害関係取締役とは、法369条2項の趣旨が取締役の会社に対する忠
17 実義務（法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
18 あることから、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
19 取締役をいうと解する。

20 イ 判例は、代表取締役の解職に関する取締役会決議（法362条2項3号）に
21 際し、解職対象の代表取締役を特別利害関係取締役に当たるとする。確かに、
22 本件取締役会決議は、取締役Dを直接解任する効力を有するものではないし、
23 取締役の権限は代表取締役に比べて小さい。しかし、本件取締役会決議は、
24 Dの取締役解任に関する議題・議案を株主総会（法339条1項）に提出する
25 ことの決定であるから、Dが取締役としての地位を失うことにつながるもの
26 である。そうすると、Dは、判例の事案の代表取締役の解職決議と同様、本
27 件取締役会決議につき自己の身分に係る重大な利害関係を有し、甲社の利益
28 と衝突しても決議に反対する立場にあるといえる。したがって、Dは、特別
29 利害関係取締役に当たる。よって、Dを議決に参加させなかったことは適法
30 であるから、主張②は妥当でない。

31 なお、本件取締役会決議は、C及びEという「議決に加わることができる
32 取締役」の全てが出席し、その全ての取締役が賛成しているため、有効に成
33 立している（法369条1項）。

34 第2 設問2

35 1 本件株主総会決議の効力を否定するための手段

36 Dは、甲社の「株主」（法831条1項柱書前段）であり、かつ、本件株主総会決
37 議の取消しにより「取締役…となる者」（同項柱書後段）であるから、本件株主総
38 会決議の日である令和元年5月20日から「3箇月以内」に、株主総会決議取消
39 しの訴えを提起することができる。

40 2 主張①

41 (1) Dは、取消事由として、本件株主総会決議につき、Aが保有していた甲社株
42 式100株（以下「本件株式」）を定足数要件の分母に参入すると、定足数（法
43 341条）を満たさないため、決議方法の法令違反（法831条1項1号）に当た
44 ると主張する。

(2) 本件株式は、Aの死亡によりB、C、D及びEが相続する（民法 896 条、887 条 1 項、890 条）ところ、遺産分割協議が調っていないため、準共有状態となる（民法 898 条、264 条）が、共有株式についての権利行使者の指定もされていないから、「当該株式についての権利を行使することができない」（法 106 条本文）。そうすると、本件株式は、「議決権を行使することができる株主の議決権」（法 341 条）には含まれないとも思える。しかし、共有株式についての権利行使者の指定がない場合において、当該株式を定足数要件の分母に参入しないとする、実質的に、定足数を満たさないのに少数の株主の意思のみによって株主総会決議が成立することとなる。したがって、本件株式は、「議決権を行使することができる株主の議決権」に含まれる。そうすると、定足数要件の分母は甲社の発行済株式数である 200 株となると、本件株主総会決議については、本件株式 100 株に係る出席がないため、「議決権を行使することができる株主の議決権」の「過半数」が出席していないことになる。したがって、主張①は妥当である。

3 主張②

(1) Dは、取消事由として、本件会社分割による譲渡制限株式の承継は譲渡承認を必要としない「一般承継」（法 134 条 4 号）に当たり、丙社は甲社との関係で甲社の株主であるから、株主名簿の名義書換（法 133 条）の不当拒絶があり、丙社は名義書換を行わなくとも自己が株主であることを甲社に対して対抗できるため、丙社に招集通知（法 299 条 1 項）を発しなかったことは招集手続の法令違反に当たり、また、丙社の議決権を認めなかったことは決議方法の法令違反に当たる（法 831 条 1 項 1 号）と主張する。

(2) 甲社は非公開会社（法 2 条 5 号参照）であるが、本件会社分割による譲渡制限株式の承継が「一般承継」に当たるとすると、甲社取締役会の譲渡承認がなくても、丙社は甲社との関係で甲社の株主であることになる。しかし、「一般承継」とされる相続又は合併の場合、被承継人が死亡又は消滅し、被承継人の権利義務の全部を承継人が当然に引き継ぐのに対し、会社分割の場合、被承継人である分割会社は会社分割後も存続し、分割会社の権利義務のうちで承継会社が引き継ぐものは吸収分割契約の定めによって決定される（法 759 条 1 項）から、両者の性質は異なる。また、会社分割により譲渡制限株式を承継した承継会社等が発行会社の他の株主にとって好ましくない者であるおそれがあることは、譲渡制限株式が売買等によって譲渡された場合と同様であるが、会社分割において、上記おそれから発行会社を保護するための手続は定められていない。したがって、会社分割による譲渡制限株式の承継は「一般承継」に当たらないと解する。

そうすると、甲社取締役会の譲渡承認がないため、丙社は甲社との関係で甲社の株主でなく、株主名簿の名義書換の不当拒絶もないことになる。したがって、丙社に招集通知を発しなかったこと及び丙社の議決権を認めなかったことは違法でないから、主張②は妥当でない。

なお、本件株主総会決議が有効となる場合、甲社の取締役はC及びEとなり、甲社定款上の員数 3 人及び取締役会設置会社における取締役の法定の員数 3 人（法 331 条 5 項）を欠くことになるが、甲社は、取締役会非設置会社への定款変更（法 466 条）をすることにより対応できるため、Dは、取消事由及び無効事由として主張しない。

以上

【民事訴訟法】〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、１：１）

次の文章を読んで、後記の〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事例】

Y株式会社（以下「Y」という。）は、甲土地を所有していた。X１は、自宅兼店舗を建築する予定で土地を探し、甲土地が空き地となっていたことから、購入を考えた。X１は、娘Aの夫で事業を引き継がせようと考えていたX２に相談し、共同で購入することとして、甲土地の購入を決めた。X１は、甲土地の購入に当たり、Yの代表取締役Bと交渉し、X１とX２（以下「X１ら」という。）は、Yとの間で甲土地の売買契約を締結した。X１らは、売買代金を支払ったが、Yの方で登記手続を全く進めようとしないう。そこで、X１らは、Yを相手取って、甲土地について、売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。

〔設問１〕

X１は、本件訴えの提起に際して、体調が優れなかったこともあり、X２に訴訟への対応を任せることとした。そのため、専らX２がX１らの訴訟代理人である弁護士Lとの打合せを行って本件訴えを提起したが、X１は、Yに訴状が送達される前に急死してしまった。X１の唯一の相続人はAであった。

X２は、X１から自分に訴訟対応を任されたという意識があったため、X１の死亡の事実をLに伝えなかった。訴訟の手続はそのまま進行したが、Yは、争点整理手続終了近くになって、X１の死亡の事実を知った。

Yは、X１の死亡の事実を知って、「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した。

このYの主張に対し、X２側としてどのような対応をすべきであるかについて、論じなさい。

【事例（続き）】〔設問１〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

本件訴えに係る訴訟（以下「前訴」という。）においては、唯一の争点として甲土地の売買契約の成否が争われた。裁判所は、X１ら主張の売買契約の成立を認め、X１らの請求を全て認容する判決（以下「前訴判決」という。）を言い渡し、この判決は確定した。

しかし、Bは、前訴の口頭弁論終結前に、甲土地について処分禁止の仮処分がされていないことを奇貨として、強制執行を免れる目的で、Bの息子Zと通謀し、YからZに対する贈与を原因とする所有権移転登記手続をした。X１らは、前訴判決の確定後にその事実を知った。そこで、X１らは、YとZとの間の贈与契約は虚偽表示によりされたものであると主張し、Zに対して甲土地の所有権移転登記手続を求める訴え（以下、この訴えに係る訴訟を「後訴」という。）を提起した。Zは、後訴においてX１らとYとの間の売買契約は成立していないと主張した。

〔設問２〕

X１らは、上記のようなZの主張は前訴判決によって排斥されるべきであると考えている。X１らの立場から、Zの主張を排斥する理論構成を展開しなさい。ただし、「信義則違反」及び「争点効」には触れなくてよい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、当事者に生じた事情変更に関する諸問題についての理解を問うものである。そして、具体的な事実関係を的確に読み込み、一方当事者側（本問では原告側）から問題を処理し得る理論構成ができるかを評価するものである。

設問1では、訴え提起後訴訟係属前に共同原告の一人が死亡してしまった場合に、残った原告側の対応が問題となっている。具体的には、判例の立場では固有必要的共同訴訟とされる本件共同訴訟の性質を踏まえつつ、原告側での死者名義訴訟の処理について検討することが求められている。

設問2は、前訴判決の既判力を第三者に拡張できるかを問うものである。問題文では、原告らが売買を理由とする土地の移転登記手続を求めている前訴の口頭弁論終結前に登記が被告から第三者に移転しており、その移転を原告らが知り得ないまま、原告ら勝訴判決を得て、それが確定した。その後、原告らが当該第三者への登記移転の事実を知り、当該第三者に対して所有権移転登記請求訴訟を提起した場合に、前訴判決の既判力が当該第三者に及ぶとする（原告ら側からの）理論構成を問うものである。主に、民事訴訟法第115条第1項第4号（目的物の所持者）の類推適用可能性が問われている。

基本ポイント

- 1 設問1では、Yの主張に対してX2側がすべき対応の内容を論じることが求められている。しかし、問題文には、Yが「本件訴えは却下されるべきである。」と主張した法的な理由が記載されていない。そこで、X2側が適切な対応をする前提として、まず、訴え却下＝訴訟要件を欠いている、という関係を踏まえて、本件訴えがどのような理由でどの訴訟要件を欠いているのかということを確認する必要がある。

この点について、Yの主張の発端は、「X1の死亡の事実を知つたことにあるが、当事者であるX2は生存しているため、単に当事者が存在しないことを理由とする訴え却下という関係は成立しない。しかし、仮に、本件訴えが固有必要的共同訴訟（民訴法（以下「法」という。）40条）に当たる場合、共同訴訟人となるべき者の全員が共同で訴える（共同原告）又は訴えられる（共同被告）のでなければ、当事者適格を欠き、訴え却下となる。そこで、Yの主張を法的に理由付けて整理すると、「本件訴えは固有必要的共同訴訟に当たるところ、その原告適格が認められるためには、X1及びX2の二人が原告となる必要があるのに、訴訟係属前からX1が原告となっていなかったから、却下されるべきである」ということになる。

これに対し、X2側の対応・反論の骨子としては、①本件訴えが固有必要的共同訴訟に当たるかどうかを検討した上で、固有必要的共同訴訟に当たらないため当事者適格を欠くことにはならないから却下されるべきではない、また、②仮に固有必要的共同訴訟

に当たるとしても、「死亡」したX1の娘であるAが「相続人」として、X1の訴訟上の地位を承継する（法124条1項1号参照）ため当事者適格を欠くことにはならないから却下されるべきではないというものになる。そして、①固有必要的共同訴訟に当たるかどうかの判断は、一般的に、実体法的観点（管理处分権の帰属の態様，訴訟物である権利・法律関係の性質等）及び訴訟法的観点（紛争解決の実効性，訴訟経済等）を考慮してなされるため，これを念頭に置いた検討をする必要がある。また，②当然承継の肯否の検討においては，X1の死亡時期が訴訟係属前（Yに訴状が送達される前）の時点であり，他方，法124条1項が訴訟係属の発生を前提とした「訴訟手続」の中断・受継を規定するものであることから，同条項が直接適用されないことを踏まえて，その類推適用の肯否を検討する必要がある。なお，類推適用の肯否を検討する際には，同条項の趣旨・根拠を踏まえることになる。

- 2 設問2では，後訴において，Zが「X1らとYとの間の売買契約は成立していない」と主張したのに対し，X1らが前訴の確定判決の既判力（法114条1項）により，この主張を排斥するための理論構成を展開することが求められている。

前訴の訴訟物である権利・法律関係は，売買契約に基づく所有権移転登記請求権（民法555条）であるところ，前訴判決は，「X1らの請求を全て認容する判決」であったから，前訴判決の確定により，事実審の口頭弁論終結時点で，売買契約に基づく所有権移転登記請求権が存在するとの判断に既判力が生じる（法114条1項，「主文に包含するもの」）。そのため，前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合，Zは，当該後訴において，事実審の口頭弁論終結時まで存在した事由を主張して前訴判決の既判力ある判断を争うことはできないことになる（既判力の遮断効）。

ただし，既判力の主観的範囲は，原則として，前訴の当事者間とされている（法115条1項1号）が，Zは，前訴の当事者ではない。そこで，既判力が当事者以外にも拡張されるかという観点から，同条項2号以下を検討することになる。そして，まず，同条項2号から4号をZに対して直接適用することができないことを確認しなければならない。その上で，次に，同条項4号を直接適用することができない理由が，Zが登記名義を保有する者で「目的物を所持する者」ではないという点にあるにとどまり，同条項2号及び3号と比較して適用の余地があると判断し，同条項4号の類推適用が肯定されるべきであると論じる必要がある。なお，類推適用が肯定されるべきであると論じる際には，同条項4号の趣旨・根拠を踏まえた論理展開をし，事案に即した当てはめをすることになる。

応用ポイント

1	（設問1）判例（最判昭46.10.7）が共有権（数人が共同して共有物上に成立して有する1個の所有権であり，共有持分権とは区別されるもの）に基づく所有権移転登
---	--

	記手続請求訴訟を固有必要的共同訴訟と判断していることを踏まえた検討をしていること →本件訴えは、売買契約に基づく所有権移転登記手続請求訴訟であり、共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟ではない。そのため、上記判例とは異なる見解を採用できる余地があり、その実体法的根拠としては、共同買主の売主に対する売買契約に基づく所有権移転登記請求権が不可分債権であること（民法 428 条）が考えられる。他方、移転登記が共有持分割合に応じてなされることを念頭に置くと、紛争解決の実効性を確保するため、上記判例と同様の結論を採用すべきことになる。
2	（設問 1）本件訴えの当事者が X 1，X 2 及び Y であることにつき、当事者確定論に触れつつ、説明していること →固有必要的共同訴訟においては、当事者となるべき者の全員が訴訟の当事者となることにより当事者適格が認められるため、また、訴訟承継は「当事者」の死亡により生じるため、X 1 が当事者（原告）であることを確認する。
3	（設問 1）訴訟係属が、訴え提起時ではなく訴状送達時に生じると解されていることを説明していること
4	（設問 1）X 2 が X 1 の訴訟手続を A が受継する旨の申立て（法 126 条）をすべきことを説明していること
5	（設問 1）X 1 らには訴訟代理人 L がいるため訴訟手続の中断はない（法 124 条 2 項）ことに言及していること
6	（設問 2）前訴と後訴の訴訟物の関係（同一、先決又は矛盾関係）についての言及 →前訴の訴訟物は売買契約に基づく所有権移転登記請求権であるのに対し、後訴の訴訟物は X 1 らの Z に対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権であるから、前訴と後訴の訴訟物は同一ではない。しかし、共に甲土地に関する所有権移転登記請求権であり、Z は Y から登記名義を承継しているから、訴訟物が同一であるとみなすことができる等と説明することになる。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 Yの主張の内容は、本件訴えは固有必要的共同訴訟(民訴法(以下「法」)
3 40条)に当たるところ、その原告適格が認められるためには、X 1及び
4 X 2の二人が原告となる必要があるのに、訴訟係属前からX 1が原告と
5 なっていなかったから、当事者適格を欠き、却下されるべきであるとい
6 うものである。

7 2(1)ア X 2側としては、まず、以下の通り、本件訴えが固有必要的共同
8 訴訟に当たらないと反論すべきである。

9 イ 本件訴えの訴訟物は、売買契約に基づく所有権移転登記請求権で
10 あるところ、同請求権は、共同買主X 1及びX 2と売主Yとの間で
11 締結された一つの売買契約(民法555条)の効果として発生した権
12 利であるから、不可分債権(同法428条)として単独行使し得るも
13 のである。そのため、X 2は、個別訴訟を提起して同請求権を行使
14 することができる。したがって、本件訴えは固有必要的共同訴訟に
15 当たらない。

16 (2)ア 他方、Yからは、以下の再反論が想定される。

17 イ 固有必要的共同訴訟とされるのは、合一確定の必要だけでなく訴
18 訟共同の必要も認められる場合であるところ、その該当性は、実体
19 法的観点及び訴訟法的観点から判断すべきであると解される。そし
20 て、X 1とX 2は共同買主であるから、移転登記は、X 1とX 2と
21 の間の持分割合に応じてなされるものであり、X 2が甲土地全体の
22 移転登記を単独で受領することは実体法上の権利関係を反映しない
23 ものとなり得る。そうすると、紛争解決の実効性を確保するため、
24 共有持分割合に応じた移転登記を行う前提として、共有者全員を訴
25 訟に参加させる必要がある。したがって、本件訴えは固有必要的共
26 同訴訟に当たる。なお、この結論は、共有権に基づく所有権移転登
27 記手続請求訴訟を固有必要的共同訴訟とした判例の立場と整合する。

28 3(1) X 2側としては、Yからの上記再反論が認められた場合に備えて、
29 次に、当然承継の規定(法124条1項1号)の適用を前提として、X
30 1の訴訟手続をAが受継する旨の申立て(法126条)をすべきである。

31 (2)ア まず、「当事者の死亡」(法124条1項1号)の場合に当然承継の
32 規定が適用されるところ、本件訴えの原告を誰とすべきか、当事者
33 の確定基準が問題となる。

34 当事者が確定されなければ、訴状の送達、訴訟の開始等ができな
35 いから、当事者の確定は、訴え提起の時点で迅速に行う必要がある。
36 そこで、基準の明確性から、訴状の記載を基準に確定すべきである
37 と解する。

38 本件訴えは、X 1らがYを相手取って提起されたものであり、訴
39 状にも原告としてX 1及びX 2が記載されているはずであるから、
40 原告はX 1及びX 2となる。

41 イ しかし、法124条1項は、訴訟係属の発生を前提とした「訴訟手
42 続」の中断・受継を規定するものである。そして、二当事者対立構
43 造が生じるのは、訴え提起時ではなく被告への訴状送達時であるか
44 ら、訴訟係属は、訴状送達時に発生すると解されるところ、X 1が

Yに訴状が送達される前に急死しているため、訴訟係属は発生していない。そのため、同条項を直接適用することはできない。

もっとも、同条項の趣旨は、承継人の手続関与の機会及び相手方の訴訟上の既得の地位を保障する点にある。そして、訴えの提起があるなど潜在的な訴訟係属状態がある場合にも、上記保障は必要であるから、その趣旨が妥当する。したがって、潜在的な訴訟係属状態がある場合には、同条項が類推適用されると解する。

本件訴えの提起は、X 1が生存中にされており、X 1らとYとの間に潜在的な訴訟係属状態があるから、同条項が類推適用される。そのため、X 1らには訴訟代理人Lがいるから訴訟手続の中断はない(法124条2項)が、「相続人」Aは、原告としての地位をX 1から承継する。したがって、X 1の訴訟手続をAが受継する旨の申立ては認められる。

第2 設問2

1 Zは、前訴の「当事者」(法115条1項1号)ではなく、また、Yから前訴の口頭弁論終結前に甲土地について贈与を原因とする所有権移転登記を得ているから「口頭弁論終結後の承継人」(法115条1項3号)にも当たらない。さらに、Zは、甲土地について自己名義の所有権移転登記を有するにとどまり、甲土地を所持していないから「目的物を所持する者」(法115条1項4号)にも当たらない。そのため、前訴の確定判決の既判力はZに及ばないとも思える。

2(1) しかし、法115条1項4号の根拠は、他人のために目的物を所持する者は、保護すべき自己固有の利益を有しないから、独自の手続保障を与えられる必要性がないという点にある。そうすると、保護すべき自己固有の利益を有しない者については、同号の根拠が妥当するため、同号が類推適用されると解する。

前訴の被告Yの代表取締役Bは、前訴の口頭弁論終結前に、甲土地について処分禁止の仮処分がされていないことを奇貨として、強制執行を免れる目的で、息子Zと通謀して、YからZに対する贈与を原因とする所有権移転登記手続をした。そうすると、YZ間の贈与契約は通謀虚偽表示(民法94条1項)により無効であり、Zは、甲土地の所有者ではないから、自己名義の所有権移転登記を保有する実質的な利益を有しない。したがって、Zは、保護すべき自己固有の利益を有しない者であるから、法115条1項4号が類推適用される。

(2) そして、確かに、後訴の訴訟物はX 1らのZに対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権であり、他方、前訴の訴訟物は売買契約に基づく所有権移転登記請求権であるから、前訴と後訴の訴訟物は同一ではない。しかし、共に甲土地に関する所有権移転登記請求権であり、ZはYから登記名義を承継しているから、訴訟物が同一であるとみなすことができる。

(3) したがって、前訴の確定判決の既判力は、後訴のZに及ぶ。よって、Zは、後訴において、前訴確定判決の既判力のある判断と矛盾する主張をすることができないから、Zの主張は前訴判決によって排斥されるべきである。

以上

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい（Aに対する詐欺（未遂）罪及び特別法違反の点は除く。）。

- 1 不動産業者甲は、某月1日、甲と私的な付き合いがあり、海外に在住し日本国内に土地（以下「本件土地」という。時価3000万円）を所有する知人Vから、Vが登記名義人である本件土地に抵当権を設定してVのために1500万円を借りてほしいとの依頼を受けた。

甲は、同日、それを承諾し、Vから同依頼に係る代理権を付与され、本件土地の登記済証や委任事項欄の記載がない白紙委任状等を預かった。

甲は、銀行等から合計500万円の借金を負っており、その返済期限を徒過し、返済を迫られている状況にあったことから、本件土地の登記済証等をVから預かっていることやVが海外に在住していることを奇貨として、本件土地をVに無断で売却し、その売却代金のうち1500万円を借入金と称してVに渡し、残金を自己の借金の返済に充てようと考えた。

そこで、甲は、同月5日、本件土地付近の土地を欲しがっていた知人Aに対し、「知人のVが土地を売りがっていて、自分が代理人としてその土地の売却を頼まれているんです。その土地は、Aさんが欲しがっていた付近の土地で、2000万円という安い値段なので買いませんか。」と言い、Aは、甲の話を信用して本件土地を購入することとした。

その際、甲とAは、同月16日にAが2000万円を甲に渡し、それと引き換えに、甲が所有権移転登記に必要な書類をAに交付し、同日に本件土地の所有権をAに移転させる旨合意した。甲は、同月6日、A方に行き、同所で、本件土地の売買契約書2部の売主欄にいずれも「V代理人甲」と署名してAに渡し、Aがそれらを確認していずれの買主欄にも署名し、このように完成させた本件土地の売買契約書2部のうち1部を甲に戻した（甲のAとの間の行為について表見代理に関する規定の適用はないものとする。）。

- 2 その後、Vは、同月13日、所用により急遽帰国したが、同日、Aから本件土地に関する問い合わせを受けたことで甲の行動を知って激怒し、同月14日、甲を呼び付け、甲に預けていた本件土地の登記済証や白紙委任状等を回収した。その際、Vは、甲に対し、「俺の土地を勝手に売りやがって。今すぐAの所に行って売買契約書を回収してこい。明後日までに回収できなければ、お前のことを警察に通報するからな。」と怒鳴った。

甲は、同月14日、Aに会いに行き、本件土地の売買契約書を回収させてほしいと伝えたが、Aからこれを断られた。

- 3 甲は、自己に対して怒鳴っていたVの様子から、同売買契約書をAから回収できなかったことをVに伝えれば、間違いなくVから警察に通報され、逮捕されることになるし、不動産業（宅地建物取引業）の免許を取り消されることになるなどと考え、それらを免れるには、Vを殺すしかないと考えた。

そこで、甲は、Vを呼び出した上、Vの首を絞めて殺害し、その死体を海中に捨てることを計画し、同月15日午後10時頃、電話でVに「話がある。」と言って、日本におけるVの居住地の近くにある公園にVを呼び出し、その頃、同所で、Vの首を背後から力いっぱいロープで絞めた。

それによりVは失神したが、甲は、Vが死亡したものと軽信し、その状態のVを自車に載せた上、同車で前記公園から約1キロメートル離れた港に運び、同日午後10時半頃、同所で、Vを海に落とした。その時点で、Vは、失神していただけであったが、その状態で海に落とされたことにより間もなく溺死した。

MEMO

出題の趣旨

本問は、甲が、(1)Vから本件土地に対する抵当権設定の代理権しか付与されていなかったのに、Aに本件土地を売る旨の売買契約書2部に「V代理人甲」と署名した上、その内容をAに確認させるなどしたこと、(2)Vに無断で本件土地の売買契約をAと締結したこと、(3)(2)に関して、逮捕を免れるなどのために、Vを殺害してその死体を海中に捨てることを計画し、実際にVの首を絞めたが、それにより失神したVが死亡したものと轻信し、その状態のVを海に落とし溺死させたことを内容とする事例について、甲の罪責に関する論述を求めるものである。

(1)については、本件土地の売買契約書の作成権限が与えられていなかった甲による同契約書の作成が代理権限の逸脱に当たることを前提に、有印私文書偽造罪・同行使罪の成否について、文書の名義人に関する擬律判断を含め、その構成要件該当性を検討する必要がある。

また、(2)については、主に論ずべき点として、横領罪と背任罪の関係を踏まえて、本件土地に関する（横領罪における）占有が甲に認められるか、それが認められるとした場合に甲の行為が「横領」と評価できるか（既遂時期）、仮に横領罪の成立が否定された場合に背任罪の成否を検討すべきかについて、本事例における事実関係を基に検討する必要がある。

(3)については、行為者が第1行為（Vの首を絞める行為）により死亡結果が発生すると予見していたのに、実際は結果が発生せず、第2行為（失神したVを海に落とした行為）により死亡結果が発生した場合（いわゆる遅すぎた構成要件の実現）の殺人既遂罪の成否に関し、第1行為と死亡結果との因果関係の有無及び因果関係の錯誤の処理、並びに、第2行為の擬律（抽象的事実の錯誤、過失致死罪の成否）について、また、第1行為と第2行為を1個の行為（一連の実行行為）と捉えた場合は、1個の行為と評価する根拠について、それぞれ検討する必要がある。

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

基本ポイント

本問は、検討すべき犯罪及びこれに関連する論点の数が多く、厳しい制限時間の中で全ての検討事項に気付くことは困難であったと考えられる。また、仮に全ての検討事項に気付くことができたとしても、バランス良く、満遍なく論述することも困難であったと考えられる。しかし、このような問題においては、検討すべき犯罪に広く言及することができれば、個々の検討が深いものでなくても、合格ラインを確保できる可能性が高い。もっとも、多犯罪型・他論点型の問題であるかどうかは、問題文全体を俯瞰しなければ判断

できない。そのため、刑法の問題検討においては、まず、①問題文全体を俯瞰して検討すべき犯罪を特定し、②その数が多いと感じた場合、一見して明らかな論点を書き落とさない程度に広く浅く論述することを心掛けるという方針をとり、他方、③その数が少ないと感じた場合、各要件の充足性及びこれに関連する論点につき、一つも漏らすことなく事案に即して丁寧に論述することを心掛けるという方針をとると良い。そのため、本問の検討事項は、以下にまとめた通り多岐にわたるが、合格のためには、犯罪の成否①から③及び⑤、論点㉗から㉔、㉗、㉘から㉚、㉔、㉕、㉖を検討・論述することが大切である。

売買契約書（甲保管用）の売主欄に「V代理人甲」と署名————→ Aに交付
 売買契約書（A保管用）の売主欄に「V代理人甲」と署名————→ Aに交付

①有印私文書偽造罪の成否

㉗「偽造」の意義

名義人	作成者	
V	甲	→有形偽造
V代理人甲	甲	→有形偽造
甲	甲	→無形偽造

㉘権利・義務に関する文書

㉙有印性

㉚「行使の目的」

㉛売買契約書としては未完成であること

→文書の作成（偽造）に当たるか

㉜成立する文書偽造罪の個数・罪数

→2つ・併合罪，包括一罪，観念的競合

②同行使罪の成否

㉝成立する同行使罪

の個数・罪数

→2つ・併合罪，
包括一罪，観念
的競合

㉞偽造罪との罪数

→牽連犯

Aへの本件土地売却行為

③業務上横領罪の成否

㉟横領罪と背任罪の関係

→法条競合

㊱「自己の占有」

→事実上の支配・法律上の支配

㊲「他人の物」

㊳委託信任関係

㊴「業務」

㊵「横領」

→客体が不動産の場合は登記移転で既遂

→Aへの登記移転なく，横領罪不成立————→

④背任罪の成否

㊶他人のための事務処理者

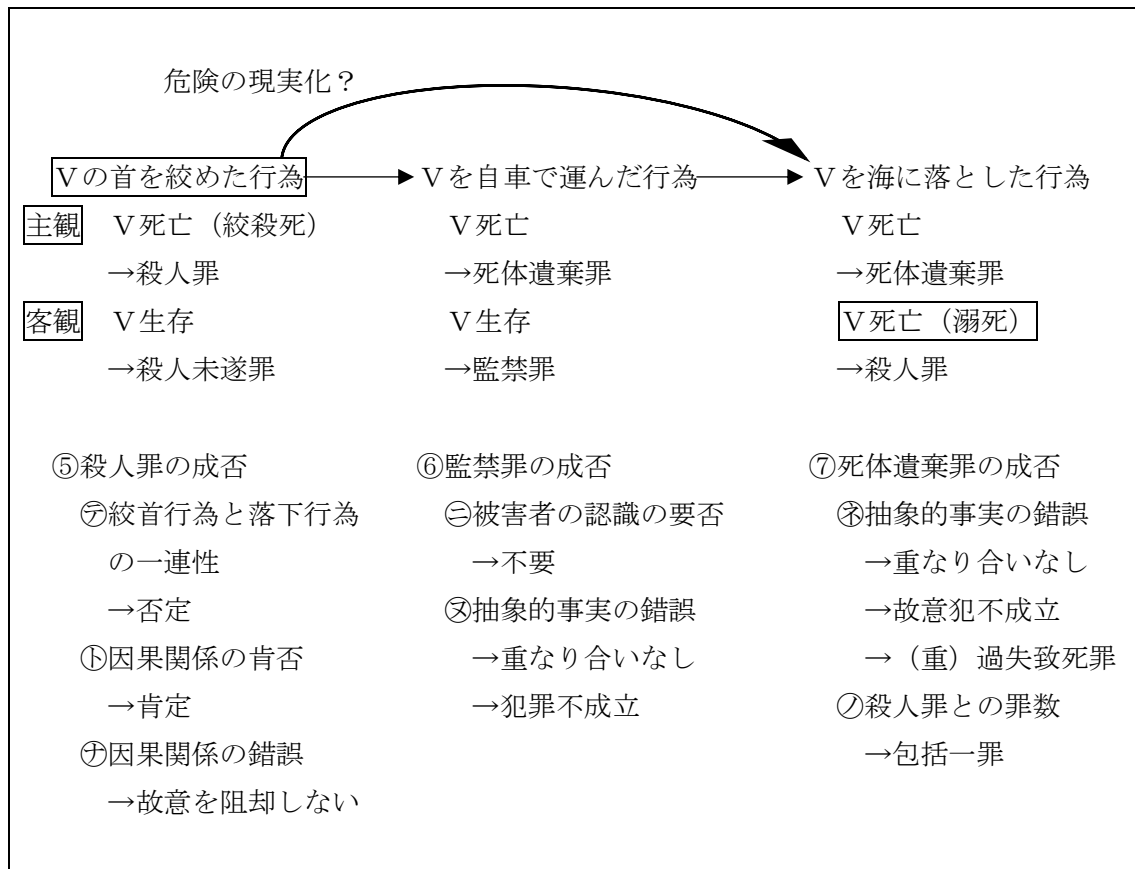
㊷図利加害目的

㊸任務違背行為

㊹財産上の損害

→Vは本件土地の所有権
を失っていない

→背任未遂罪成立



応用ポイント

1	④売買契約書としては未完成であることを意識していること →文書偽造罪の保護法益を踏まえて、有印私文書偽造罪の成否を検討している。
2	⑦成立する文書偽造罪の個数及び④成立する同行使罪の個数に言及して、罪数処理をしていること
3	②「業務」性の認定を簡潔に行っていること
4	④背任罪の成否を検討していること
5	⑦絞首行為と落下行為を一連の実行行為と捉えるべきかどうかに関及していること →両者の間には、時間的・場所的連続性（近接性）が認められるとしても、前者は殺人罪の故意、後者は死体遺棄罪の故意で行われており意思の連続性が認められないから、両者は、一連の実行行為と捉えるべきではない。そのため、絞首行為を実行行為と捉えてV死亡との間の因果関係の有無を検討することになる。
6	⑥監禁罪の成否について言及していること
7	⑦死体遺棄罪の成否を検討していること

MEMO

1 第1 甲が売買契約書に「V代理人甲」と署名し（以下「行為1」）、Aに渡した行為（以
2 下「行為2」）

3 1 行為1に有印私文書偽造罪（刑法（以下略）159条1項）が2個成立し（罪①②）、
4 行為2に同行使罪（161条1項）が2個成立する（罪③④）。

5 2(1) 「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうと解するところ、
6 売買契約書から看取される作成者は売却の代理権限を持つ甲であるから、名義人は
7 「V代理人甲」である。他方、作成者は代理権限を持たない「甲」である。したがっ
8 て、人格の同一性が偽られているから「偽造」に当たる。

9 (2) そして、売買契約書は、代金支払義務・目的物引渡義務という私法上の義務の発
10 生を目的とする意思表示を内容とする文書であるため、権利・義務に関する文書に
11 当たる。また、甲は、行為1の際、「V代理人甲」という「署名」をしており（有印）、
12 売買契約書をAに渡して署名させる意思を有していたから、「行使の目的」もある。

13 (3) なお、甲による署名のみの段階で、売買契約書は完成していないが、Vが売主で
14 あることに関する社会公共の信用が発生しているため、文書偽造罪は既遂となる。
15 また、偽造文書の数ごとに社会公共の信用は害されるところ、売買契約書は2部ある
16 ため、文書偽造罪は2個成立する。

17 3 甲は、偽造した売買契約書2部を真正なものとしてAに渡しており、「行使」に当た
18 るから、有印偽造私文書行使罪が2個成立する。

19 第2 甲がAに本件土地を売却した行為（以下「行為3」）

20 1 行為3には、背任未遂罪（250条・247条）が成立する（罪⑤）。

21 2(1) 業務上横領罪（253条）が成立する場合、これと法条競合の関係にある法定刑の軽
22 い背任罪は成立しないため、まず、前者の成否を検討する。

23 (2) 確かに、甲は、本件土地の登記名義を有しないが、登記済証等の登記に必要な一
24 切の書類を所持しており、本件土地の処分可能性を有していたから、法律上の支配
25 としての「自己の占有」がある。そして、この占有は、不動産業者という社会生活上
26 の地位に基づき反復・継続して行われているから、「業務上」の占有である。また、
27 本件土地は、その所有権がVにあり、「他人の物」に当たる。さらに、甲はVから依
28 頼を受けているから、甲の占有は委託信任関係に基づくものである。

29 (3) 「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
30 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
31 る意思の発現行為をいうと解する。もっとも、不動産については、対抗要件である
32 登記が移転されない限り、所有権を確定的に失うことにはならないから、登記の完
33 了が必要であると解する。

34 確かに、甲は、行為3において本件土地を売却する意思表示をしており、この時
35 点で、抵当権の設定というVの委託の任務に背く上記意思の発現行為が認められる。
36 しかし、本件土地については、Aへの登記移転がされていない。したがって、行為3
37 は、「横領」に当たらない。

38 3 もっとも、甲は、Vから抵当権の設定を依頼された「他人」のための事務処理者（247
39 条）であるのに、自己の借金の返済という自己の利益を図る目的で、行為3というV
40 の委託の任務に背く行為をしており、背任罪の実行行為に着手している。ただし、V
41 は本件土地の所有権を失っていないため、財産上の損害が認められないから、同罪は
42 未遂にとどまる。

43 第3 甲がVの首を絞めた（以下「行為4」）後、自車で運んで海に落とした行為（以下
44 「行為5」）

1 行為4に殺人罪（199条）が成立し（罪⑥）、行為5に過失致死罪（210条）が成立する（罪⑦）。

2(1) Vの首を背後から力いっぱいロープで絞める行為（行為4）には、人を窒息死させる客観的危険性があるから、殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) しかし、Vの死因は、その後に介在した甲の行為5に起因する溺死である。そこで、行為4と結果との間に因果関係が認められるかが問題となる。

この点について、因果関係は、条件関係の存在を前提に、当該行為がもつ危険が結果において現実化した場合に認められると解する。なぜなら、因果関係は、当該行為が結果を引き起こしたことを理由に、その行為についてより重い法的評価を下すことが可能かどうかを判断するための構成要件要素だからである。まず、行為4がなければ、Vが失神することもなく、甲も、Vが死亡したと誤認して行為5をせず、Vが溺死することもしなかった。したがって、行為4がなければ結果が発生しなかったといえるから、条件関係がある。

そして、確かに、行為5はV死亡の直接の原因行為であり介在事情の結果に対する影響力は大きい。しかし、殺害行為をした者が証拠隠滅のために被害者を人目のつかない場所に遺棄しようとすることはあり得る。そうすると、行為4の中には海への投棄という行為5によりVが溺死する危険も含まれており、行為4の危険が結果に現実化したといえる。

したがって、行為4と結果との間に因果関係が認められる。

(3) もっとも、甲が認識していた因果経過は、Vが首を絞められて死亡するというものであり、海に落ちた後の溺死という現実の因果経過と一致しない。そこで、行為者の認識していた因果経過と現実の因果経過が異なる場合、故意が阻却されるかが問題となる。

まず、因果関係は構成要件要素であり、構成要件該当事実としての因果経過も故意における認識の対象となるから、行為者の認識していた因果経過と現実の因果経過が異なる場合、錯誤の問題が生じる。そして、故意は、行為者に構成要件該当事実の認識・認容がある場合に認められる。そうすると、行為者の認識していた因果経過と現実の因果経過のそれぞれに因果関係が認められる場合、これらは構成要件的评价において符合するから、故意は阻却されないと解する。

本件では、前述の通り、現実の因果経過に因果関係が認められる。他方、行為4自体にも人を死亡させる客観的危険性があるから、甲の認識していた因果経過を前提としても因果関係が認められる。したがって、構成要件的评价において符合するから、故意は阻却されない。

3 Vは、行為5当時、甲の認識と異なり生存していたため、甲は、殺人罪の客観的構成要件該当行為を死体遺棄罪（190条）の故意で行った。この場合、行為態様の共通性及び保護法益の共通性から実質的に構成要件が重なり合う限度で、故意犯が成立すると解する。しかし、死体遺棄罪の保護法益は公衆の死者に対する畏敬の感情であるのに対し、殺人罪の保護法益は人の生命であるから異なる。したがって、構成要件が重なり合うとはいえず、軽い死体遺棄罪は成立しない。よって、過失致死罪が成立するにとどまる。

第4 罪数

罪①から⑦が成立するが、罪①と③・罪②と④が各々牽連犯（54条1項後段）となり、また、V死亡の二重評価を避けるため、⑦は⑥に吸収されて、⑥の包括一罪となり、これらと⑤が併合罪（45条前段）となる。

以上

[刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

令和元年6月5日午後2時頃、H市L町内のV方において、住居侵入、窃盗事件（以下「本件事件」という。）が発生した。外出先から帰宅したVは、犯人がV方の机の引出しからV名義のクレジットカードを盗んでいるのを目撃し、警察に通報したが、犯人はV方から逃走した。

警察官PとQは、同月6日午前2時30分頃、V方から8キロメートル離れたL町の隣町の路上を徘徊する、人相及び着衣が犯人と酷似する甲を認め、本件事件の犯人ではないかと考え、警察官の応援要請をするとともに、甲を呼び止め、「ここで何をしているのか。」などと尋ねたところ、甲は、「仕事も家もなく、寝泊りする場所を探しているところだ。」と答えた。また、Pが甲に、「昨日の午後2時頃、何をしていたか。」と尋ねたのに対し、甲は、「覚えていない。」旨曖昧な答えに終始した。Pは、最寄りのH警察署で本件事件について甲の取調べをしようと考え、同月6日午前3時頃、「事情聴取したいので、H警察署まで来てくれ。」と甲に言ったが、甲は、黙ったまま立ち去ろうとした。その際、甲のズボンのポケットから、V名義のクレジットカードが路上に落ちたため、Pが、「このカードはどうやって手に入れたのか。」と甲に尋ねたところ、甲は、「散歩中に拾った。落とし物として届けるつもりだった。」と述べて立ち去ろうとした。そこで、Pらは、同日午前3時5分頃、応援の警察官を含む4名の警察官で甲を取り囲んでパトカーに乗車させようとしたが、甲が、「俺は行かないぞ。」と言い、パトカーの屋根を両手でつかんで抵抗したので、Qが、先にパトカーの後部座席に乗り込み、甲の片腕を車内から引っ張り、Pが、甲の背中を押し、後部座席中央に甲を座らせ、その両側にPとQが甲を挟むようにして座った上、パトカーを出発させ、同日午前3時20分頃、H警察署に到着した。

Pは、H警察署の取調室において、本件事件の概要と黙秘権を告げて甲の取調べを開始した。甲は、取調室から退出できないものと諦めて取調べには応じたものの、本件事件への関与を否認し続けた。Pは、同日午前7時頃、H警察署に来てもらったVに、取調室にいた甲を見せ、甲が本件事件の犯人に間違いのない旨のVの供述を得た。Pらは、甲の発見時の状況やVの供述をまとめた捜査報告書等の疎明資料を直ちに準備し、同日午前8時、H簡易裁判所に本件事件を被疑事実として通常逮捕状の請求を行い、同日午前9時、その発付を受け、同日午前9時10分、甲を通常逮捕した。

甲は、同月7日午前8時30分、H地方検察庁検察官に送致され、送致を受けた検察官は、同日午後1時、H地方裁判所裁判官に甲の勾留を請求し、同日、甲は、同被疑事実により、勾留された。

【設問】

下線部の勾留の適法性について論じなさい。ただし、刑事訴訟法第60条第1項各号該当性及び勾留の必要性については論じなくてよい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、民家で発生した窃盗事件について、翌日の未明に、警察官PとQが、路上で、人相及び着衣が犯人と酷似する甲を認め、職務質問を開始したところ、甲のズボンのポケットからV名義のクレジットカードが路上に落ちたことから、抵抗する甲をパトカーに押し込んでH警察署に連れて行き、その後、甲を通常逮捕して、勾留したとの事例において、甲の勾留の適法性の検討を通じ、刑事訴訟法の基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

刑事訴訟法上、逮捕と勾留は別個の処分であるが、先行する逮捕手続（さらに、同行の過程）に違法がある場合、引き続く勾留の適法性に影響を及ぼすことがあるとの理解が一般的であり、甲の勾留の適法性を検討するに当たっては、先行手続の違法が問題となる。もっとも、この点については、勾留の理由や必要（刑事訴訟法第207条第1項、第60条第1項、第87条）と異なり、明文で要件とされているわけではなく、逮捕手続の違法についても、逮捕後の時間的制限の不遵守がある場合に勾留請求を却下すべきとする（刑事訴訟法第206条第2項、第207条第5項）にとどまるため、なぜ先行手続の違法が勾留の適法性に影響を及ぼすのかについて、具体的根拠を示して論ずることが求められる。他方、先行手続の違法が軽微であっても直ちに勾留が違法となるとすれば、被疑者の逃亡や罪証隠滅を防いだ状態で捜査を続行することが困難となるのであって、先行手続の違法が勾留の適法性に影響を及ぼすと考えとしても、いかなる場合に勾留が違法となるか、その判断基準を明らかにすることも必要である。

本問では、先行手続として、警察官が甲をパトカーに押し込んでH警察署に連れて行った行為について、実質的な逮捕であり違法ではないかが問題となる。ここでは、任意同行と実質的な逮捕とを区別する基準を示した上で、警察官の行為が実質的な逮捕であるか否かを判断することが求められる。そして、警察官の上記行為が実質的な逮捕であり違法と評価される場合、その違法が勾留の適法性に影響するのか、影響するのであれば、勾留が違法となる場合に当たるかについて、判断基準を示して検討することが求められる。また、この点について、先行手続の違法の程度（重大か否か）に着目するのであれば、【事例】において侵害された法益の質・程度や本来可能であった適法行為からの逸脱の程度（例えば、実質的な逮捕がなされた時点において緊急逮捕の要件を実質的に満たしていたか、満たしていたとして、その時点から起算して被疑者が検察官に送致され、また勾留を請求するまでの時間的制限を超過していないか、また、実質的な逮捕から約5時間後、甲の取調べ等を挟んで通常逮捕の手続が取られていることをどう評価するか）などに関わる具体的事情を考慮した上で、先行手続の違法の程度を吟味し、勾留が違法と評価されるか否かについて論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 本問では、勾留の適法性について論じることが求められている。一般に、勾留の適法性については、勾留の実体的要件である①被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があること（刑訴法 207 条 1 項本文・60 条 1 項柱書）、②同法 60 条 1 項各号の事由のいずれかがあること（①と②を併せて「勾留の理由」といわれる。）及び③勾留の必要性があること（同法 87 条 1 項参照）並びに勾留の手続的要件としての④勾留請求に係る時間的制限、⑤逮捕前置の遵守及び⑥逮捕の適法性という手続的要件の検討が求められる。

もっとも、本問では、②及び③については「論じなくてよい」との注意書きがあり、また、⑤逮捕手続自体は勾留の前にされているため、①、④及び⑥が検討の対象となる。

- 2 Pらは、通常逮捕状の発付を受けた上、甲を通常逮捕しているが、それ以前に、甲をH警察署にパトカーで同行させて取調室で取調べている。そこで、⑥逮捕の適法性に関し、甲の同行（・取調べ）が任意処分（刑訴法 197 条 1 項本文）として適法であるかが問題となる。ただし、捜査・処分の適法性の基本的な判断手順は、⑦強制処分（刑訴法 197 条 1 項但書）に該当するか、⑧強制処分に該当せず、任意処分であるとしても適法か（相当か）、の二段階である。そこで、まずは⑦の段階において、実質的逮捕に当たるか、任意同行に当たるかを判断する必要がある。そして、その判断要素としては、一般に、同行を求めた時間・場所、同行の方法・態様、被疑者の属性（年齢・性別等）、同行の必要性、逮捕状準備の有無、同行後の取調べ時間・場所・方法、監視状況、被疑者の対応状況、捜査官の主観的意図等が挙げられることから、そのうち、事例中の事実との関係で考慮すべき要素を整理し、具体的に検討することになる。本問では、同行を求めた時間・場所、同行の方法・態様に関する事実を摘示して検討することは必須であり、結論としては、実質的逮捕に当たるとすることが期待されていたといえる。
- 3 同行が実質的逮捕に当たると判断した場合、無令状で甲を逮捕していたことになるため、違法となる。そうすると、勾留の適法性にも影響が及ぶと解されるが、明文の規定がないところであるため、理由を説明する必要がある。この点については、⑨本来、逮捕が違法である場合、身柄拘束の根拠がなくなるため、身柄拘束の継続としての勾留は認められないはずであること、⑩逮捕に関する独立の不服申立てが認められていないのは、逮捕の適法性に影響を及ぼす事情についても、勾留請求を受けた裁判官が事後的に審査することが当然の前提とされているからであること、⑪逮捕が違法である場合に勾留を認めることは、将来の違法捜査を助長し、適正手続及び司法の廉潔性を害するおそれがあること、⑫逮捕前置主義は、前置される逮捕が適法であることが前提とされていること等の理由が挙げられている（なお、⑫については、逮捕前置主義から、逮捕が適法なものでなければならないことが直ちに導かれるかは疑問である等といった批判がある。）。
- 4 逮捕の違法が勾留の適法性に影響を及ぼすことを肯定する場合でも、逮捕の違法がど

のようなものであれば、勾留の適法性に影響を及ぼすかという点が問題となる。この点については、逮捕手続に「重大な」違法がある場合に限り、勾留の適法性に影響を及ぼすと解されているため、重大な違法となるかどうかの判断基準を示した上で、具体的事実に即して当てはめを行う必要がある。そして、その判断基準に関して、判例（東京高判昭 54. 8. 14）は、実質的逮捕の時点で緊急逮捕（刑訴法 210 条）の要件を具備しており、その後に通常逮捕の手続が取られ、実質的逮捕の時点から起算して法定の制限時間内に勾留請求がされている場合には、その実質的逮捕の違法は重大ではないとしている。

なお、緊急逮捕の要件である「罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある」こと（嫌疑の充分な理由）は、勾留の実体的要件である①被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があることと重なるため、いずれかで検討すれば足りる。

応用ポイント

1	逮捕と勾留が別個の処分・手続であることを前提として、逮捕の違法が勾留の適法性に影響を及ぼすことを検討していること
2	逮捕手続に重大な違法がある場合に限り、勾留が違法になることの理由を説明していること
3	実質的逮捕に当たるかどうかにつき、Pの甲に対する同行後の取調べ時間・場所等を事実に即して検討していること
4	緊急逮捕の各要件の該当性につき、事実に即して具体的に検討していること →例えば、甲の犯人性（「罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある」こと）について、近接所持の法理を踏まえた検討をしている。
5	実質的逮捕の時点から起算して法定の制限時間内に勾留請求がされているかどうかにつき、関係条文に規定された制限時間を摘示しつつ事実に即して正確に検討していること

MEMO

1 1(1) 本件事件については、勾留に先行して逮捕手続が行われているが、
2 Pらは、逮捕状の発付を受ける前に、甲を無理矢理パトカーに乗車さ
3 せて警察署に移動させた上、数時間の取調べを行っている。そのため、
4 逮捕手続に違法が認められる場合、その違法が勾留の適法性に影響を
5 及ぼすかが問題となる。

6 (2)ア 確かに、逮捕と勾留は別個の処分・手続であり、先行する逮捕が
7 適法であることは勾留の理由や必要性和異なり明文で要件とされて
8 おらず、また、逮捕手続の違法についても逮捕後の時間的制限の不
9 遵守がある場合に勾留請求を却下すべきとするにとどまる（刑事訴
10 訟法（以下「法」）206条2項、207条5項）から、先行する逮捕手
11 続の違法は勾留の適法性に影響を及ぼさないとも思える。

12 しかし、本来、逮捕が違法である場合、身柄拘束の根拠がなくな
13 るため、身柄拘束の継続としての勾留は認められないはずである。
14 また、逮捕に関する独立の不服申立てが認められていないのは、逮
15 捕の適法性に影響を及ぼす事情についても、勾留請求を受けた裁判
16 官が事後的に審査することが当然の前提とされているからである。

17 さらに、逮捕が違法である場合に勾留を認めることは、将来の違法
18 捜査を助長し、適正手続及び司法の廉潔性を害するおそれもある。
19 そのため、逮捕手続に違法が認められる場合、その違法が勾留の適
20 法性に影響を及ぼすことになるかと解する。

21 イ もっとも、逮捕手続の違法が軽微である場合に勾留を違法とする
22 と、再逮捕が認められたときにかえって身柄拘束期間が長くなるこ
23 ととなる。また、逮捕手続の違法が勾留の適法性に影響を及ぼすこ
24 ととなる根拠は、将来の違法捜査の抑止、司法の廉潔性の保持及び
25 適正手続の保障という点にもある。そこで、逮捕手続に重大な違法
26 がある場合に限り、勾留は違法になると解する。

27 2(1) まず、Pらは、逮捕状の発付を受ける前に、甲を無理矢理パトカー
28 に乗車させて警察署に移動させた上、数時間の取調べを行っているこ
29 ころ、これらの行為は、実質的逮捕に当たり、違法となるか。任意同
30 行（法197条1項本文）と実質的逮捕との区別基準が問題となる。

31 (2) 「逮捕」とは人の身体を短時間拘束する強制処分である。そのため、
32 形式的には任意同行であっても、逮捕と同視し得る程度の強制力が相
33 手方に加えられていた場合、実質的には逮捕行為がされたものと認め
34 るべきであると解する。そして、実質的逮捕に当たるかどうかの判断
35 に際しては、同行を求めた時間・場所、同行の方法・態様、被疑者の
36 属性、同行後の取調べ時間・場所・方法等を考慮する。

37 (3) Pが甲に同行を求めた時間は午前3時頃であるところ、これは、通
38 常、人の活動時間帯ではない。また、公道で同行を求められた場合、
39 通常、自宅等の場合と異なり、相手方は拒絶をすることや同行の準備
40 をすることも困難となる。したがって、Pが甲に同行を求めたことは、
41 甲の合理的意思に反するものといえる。そして、Pらは、4名の警察
42 官で取り囲むことで甲に強い精神的・物理的圧力を加えた上、甲が「俺
43 はいかないぞ。」と言い、パトカーの屋根を両手でつかんで抵抗して拒
44 絶の意思を明確にしているのに対し、甲の腕を引っ張る等して力づく

でパトカーの後部座席に座らせている。また、パトカー内では、PとQは、甲を挟み込むように座ることで甲の行動を著しく制限しており、甲の身体的自由という重要な権利・利益を制約している。さらに、同行後の取調べは、警察署の事務室・会議室等ではなく取調室において、午前3時20分頃から午前7時頃までの深夜から早朝にかけて3時間半以上の長時間行われているから、逮捕後の取調べと同視し得る。

そうすると、同行を求められた際、甲が「仕事も家もなく、寝泊まりする場所を探しているところ」であり、逃走が容易であったとしても、Pらの行為は、逮捕と同視し得る程度の強制力を甲に加えたといえるから、実質的逮捕に当たり、違法となる。

3(1) 実質的逮捕は、逮捕状の発付を得ていないものであるから、それ自体、令状主義（憲法33条、法199条1項）に反する重大な違法であるとも思える。もっとも、緊急逮捕（法210条）を行うべき状況において、違法な任意同行・取調べを行った後に通常逮捕を行った場合は、逮捕手続の選択に誤りがあったにとどまるといえる。そこで、①実質的逮捕の時点で緊急逮捕の要件を具備しており、②その後に通常逮捕の手続が取られ、③実質的逮捕の時点から起算して法定の制限時間内に勾留請求がされている場合には、その実質的逮捕の違法は重大ではないと解する。

(2)ア まず、本件事件は、住居侵入、窃盗事件であるところ、これらの法定刑の長期は3年以上の懲役（刑法235条、130条前段）である。また、甲は、実質的逮捕の時点で被害品であるV名義のクレジットカードを所持していた。確かに、本件事件発生時刻から甲が当該カードを所持していた時刻までに12時間経過しており、距離も8キロメートル離れているから、甲が当該カードを第三者から譲渡された可能性もある。しかし、甲は、Pから当該カードの入手経緯を問われた際、「散歩中に拾った。」と答えているところ、窃盗犯人が窃取したクレジットカードを不用意に落とす等する可能性は低いから、甲の弁解は不合理といえる。そのため、犯人と甲の人着が酷似していること及び甲が本件事件発生時刻のアリバイを説明できていないことも考慮すると、嫌疑の十分な理由もある。さらに、甲は、犯行を否認しており、逃亡のおそれもあるから、緊急性もある。したがって、①が認められる。

イ Pらは、6月6日、通常逮捕状の請求をして、その発付を受け、甲を通常逮捕しているから、②が認められる。

ウ 実質的逮捕は、甲をパトカーに乗車させた6月6日午前3時5分の時点で認められるところ、48時間以内の同月7日午前8時30分に検察官送致がされている（法203条1項）。また、勾留請求も同月7日午後1時にされているから、被疑者甲を受け取った時点から24時間以内で、かつ、実質的逮捕の時点から72時間以内に行われている（法205条1、2項）。したがって、③が認められる。

(3) よって、甲に対する実質的逮捕の違法は重大ではない。

4 以上より、逮捕手続に重大な違法がないため、勾留は適法である。

以上

[民 事]

司法試験予備試験用法文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。

〔設問 1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

【Xの相談内容】

「Aは、知人のBに対し、平成29年9月1日、弁済期を平成30年6月15日、無利息で損害金を年10%として、200万円を貸し渡しました。AとBは、平成29年9月1日、上記の内容があらかじめ記載されている「金銭借用証書」との題の書面に、それぞれ署名・押印をしたとのことです（以下、この書面を「本件借用証書」という。）。加えて、本件借用証書には、「Yが、BのAからの上記の借入れにつき、Aに対し、Bと連帯して保証する。」旨の文言が記載されていました。AがBから聞いたところによれば、Yは、あらかじめ、本件借用証書の「連帯保証人」欄に署名・押印をして、Bに渡しており、平成29年9月1日に上記の借入れにつき、Bと連帯して保証したとのことです。なお、YはBのいどこであると考えています。

ところが、弁済期である平成30年6月15日を過ぎても、BもYも、Aに何ら支払をしませんでした。

私（X）は、Aから懇願されて、平成31年1月9日、この200万円の貸金債権とこれに関する遅延損害金債権を、代金200万円で、Aから買い受けました。Aは、Bに対し、私にこれらの債権を売ったことを記載した内容証明郵便（平成31年1月11日付け）を送り、同郵便は同月15日にBに届いたとのことです。

ところが、その後も、BもYも、一向に支払をせず、Yは行方不明になってしまいました。私は、まずは自分で、Bに対する訴訟を提起し、既に勝訴判決を得ましたが、全く回収することができていません。今般、Yの住所が分かりましたので、Yに対しても訴訟を提起して、貸金の元金だけでなく、その返済が遅れたことについての損害金全てにつき、Yから回収したいと考えています。」

弁護士Pは、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、Xの希望する金員の支払を求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することを検討することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pが、本件訴訟において、Xの希望を実現するために選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において記載すべき請求の趣旨（民事訴訟法第133条第2項第2号）を記載しなさい。なお、付随的申立てについては、考慮する必要はない。
- (3) 弁護士Pは、本件訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として、以下の各事実を主張した。
 - (あ) Aは、Bに対し、平成29年9月1日、弁済期を平成30年6月15日、損害金の割合を年10%として、200万円を貸し付けた（以下「本件貸付」という。）。
 - (い) Yは、Aとの間で、平成29年9月1日、〔①〕。
 - (う) (い)の〔②〕は、〔③〕による。
 - (え) 平成30年6月15日は経過した。

(お) 平成31年1月〔④〕。

上記①から④までに入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。

- (4) 仮に、Xが、本件訴訟において、その請求を全部認容する判決を得て、その判決は確定したが、Yは任意に支払わず、かつ、Yは甲土地を所有しているが、それ以外のめぼしい財産はないとする。Xの代理人である弁護士Pは、この確定判決を用いてYから回収するために、どのような手続を経て、どのような申立てをすべきか、それぞれ簡潔に記載しなさい。

〔設問2〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

【Yの相談内容】

「(a) 私(Y)はBのいところに当たります。

確かに、Bからは、Bが、Xの主張する時期に、Aから200万円を借りたことはあると聞いています。また、Bは、Xの主張するような内容証明郵便を受け取ったと言っていました。しかし、私が、Bの債務を保証したことは決してありません。私は、本件借用証書の「連帯保証人」欄に氏名を書いていませんし、誰かに指示して書かせたこともありません。同欄に押されている印は、私が持っている実印とよく似ていますが、私が押したり、また、誰かに指示して押させたりしたこともありません。

(b) Bによれば、この200万円の借入れの際、AとBは、AのBに対する債権をAは他の者には譲渡しないと約束し、Xも、債権譲受時には、そのような約束があったことを知っていたとのことです。

(c) また、仮に、(b)のような約束がなかったとしても、Bは、既に全ての責任を果たしているはずですが。

Bは、乙絵画を所有していたのですが、平成31年3月1日、乙絵画をXの自宅に持って行って、Xに譲り渡したとのことです。Bは、乙絵画をととても気に入っていたところ、何の理由もなくこれを手放すことはあり得ないので、この200万円の借入れとその損害金の支払に代えて、乙絵画を譲り渡したに違いありません。」

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) ①弁護士Qは、【Yの相談内容】(b)を踏まえて、Yの訴訟代理人として、答弁書（以下「本件答弁書」という。）において、どのような抗弁を記載するか、記載しなさい（当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。）。②それが抗弁となる理由を説明しなさい。
- (2) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(c)を踏まえて、本件答弁書において、以下のとおり、記載した。
- (ア) Bは、Xとの間で、平成31年3月1日、本件貸付の貸金元金及びこれに対する同日までの遅延損害金の弁済に代えて、乙絵画の所有権を移転するとの合意をした。
- (イ) (ア)の当時、[]。
- 上記[]に入る事実を記載しなさい。
- (3) ①弁護士Qは、本件答弁書において、【Yの相談内容】(c)に関する抗弁を主張するために、(2)の(ア)及び(イ)に加えて、Bが、Xに対し、本件絵画を引き渡したことに係る事実を主張することが必要か不要か、記載しなさい。②その理由を簡潔に説明しなさい。

〔設問3〕

Yが、下記のように述べているとする。①弁護士Qは、本件答弁書において、その言い分を抗弁として主張すべきか否か、その結論を記載しなさい。②その結論を導いた理由を、その言い分が抗弁を構成するかどうかに関及しながら、説明しなさい。

記

Aが本件の貸金債権や損害金をXに譲渡したのだとしても、私は、譲渡を承諾していませんし、Aからそのような通知を受けたことはありません。確かに、Bからは、「Bは、Aから、AはXに対して債権を売ったなどと記載された内容証明郵便を受け取った。」旨を聞いていますが、私に対する通知がない以上、Xが債権者であると認めることはできません。

〔設問4〕

第1回口頭弁論期日において、本件訴状と本件答弁書が陳述された。同期日において、弁護士Pは、本件借用証書を書証として提出し、それが取り調べられ、弁護士Qは、本件借用証書のY作成部分につき、成立の真正を否認し、「Y名下の印影がYの印章によることは認めるが、Bが盗用した。」と主張した。

その後、2回の弁論準備手続期日を経た後、第2回口頭弁論期日において、本人尋問が実施され、Y名義の保証につき、Yは、下記【Yの供述内容】のとおり、Xは、下記【Xの供述内容】のとおり、それぞれ供述した（なお、それ以外の者の尋問は実施されていない。）。

【Yの供述内容】

「私とBは、1歳違いのいとこです。私とBは、幼少時から近所に住んでおり、家族のように仲良くしていました。Bは、よく私の自宅（今も私はその家に住んでいます。）に遊びに来ていました。

Bは、大学進学と同時に、他の県に引っ越し、大学卒業後も、その県で就職したので、行き来は少なくなりましたが、気が合うので、近所に来た際には会うなどしていました。

平成29年8月中旬だったと思いますが、Bが急に私の自宅に泊まりに来て、2日間、滞在していききました。今から思えば、その際に、本件借用証書をあらかじめ準備して、連帯保証人欄に私の印鑑を勝手に押したのだと思います。私が小さい頃から、私の自宅では、印鑑を含む大事なものを寝室にあるタンスの一番上の引き出しにしまっていましたし、私の印鑑はフルネームのものなので、Bは、私の印鑑を容易に見つけられたと思います。この印鑑は、印鑑登録をしている実印です。Bが滞在した2日間、私が買物などで出かけて、B一人になったことがあったので、その際にBが私の印鑑を探し出したのだと思います。

私は、出版関係の会社に正社員として勤務しています。会社の業績は余り芳しくなく、最近ボーナスの額も減ってしまいました。私には、さしたる貯蓄はなく、保証をするはずありません。

私は、平成29年当時、Bから、保証の件につき相談を受けたことすらなく、また、Aから、保証人となることでよいかなどの連絡を受けたこともありませんでした。

なお、本件訴訟が提起されて少し経った頃から、Bと連絡が取れなくなってしまう、今に至っています。」

【Xの供述内容】

「YとBがいとこ同士であるとは聞いています。YとBとの付き合いの程度などは、詳しくは知りません。

Bが、平成29年8月中旬頃、Yの自宅に泊まりに来て、2日間滞在したかは分かりませんが、仮に、滞在したとしても、そんなに簡単に印鑑を見つけ出せるとは思いません。

なお、Aに確認したら、Aは、Yの保証意思を確認するため、平成29年8月下旬、Yの自宅に確認のための電話をしたところ、Y本人とは話をすることができませんでしたが、電話に出たYの母親に保証の件について説明したら、『Yからそのような話を聞いている。』と言われたとのことでした。」

以上を前提に，以下の問いに答えなさい。

弁護士Pは，本件訴訟の第3回口頭弁論期日までに，準備書面を提出することを予定している。その準備書面において，弁護士Pは，前記の提出された書証並びに前記【Yの供述内容】及び【Xの供述内容】と同内容のY及びXの本人尋問における供述に基づいて，Yが保証契約を締結した事実が認められることにつき，主張を展開したいと考えている。弁護士Pにおいて，上記準備書面に記載すべき内容を，提出された書証や両者の供述から認定することができる事実を踏まえて，答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。なお，記載に際しては，本件借用証書のY作成部分の成立の真正に関する争いについても言及すること。

出題の趣旨

設問1は、保証契約に基づく保証債務履行請求権が問題となる訴訟において、原告の求めに応じた訴訟物、請求の趣旨及び請求原因事実の説明を求めるとともに、確定判決に基づく民事執行手続の基本を問うものである。保証契約や債権譲渡に関する法律要件について、正確な理解を確認するものである。

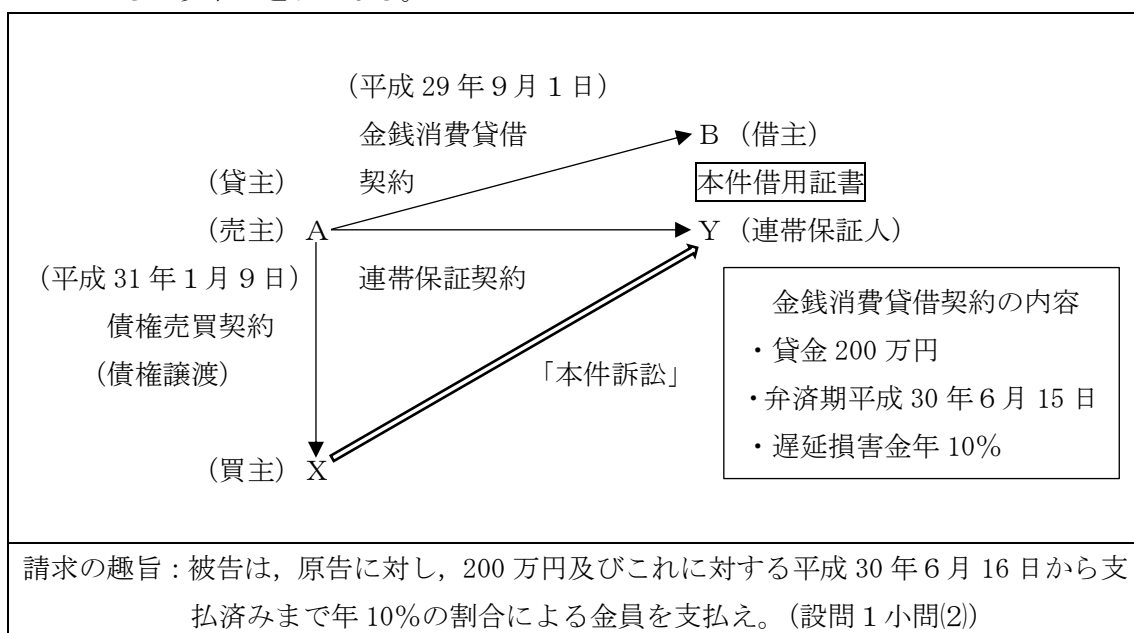
設問2は、2つの抗弁主張に関し、譲渡禁止特約（譲受人が悪意である場合）、代物弁済等についての民事実体法の要件・効果を踏まえ、抗弁事実の内容やその理由について、自説の立場から丁寧に論ずることが求められる。

設問3は、被告代理人の訴訟活動上の選択に関し、債権譲渡における債務者対抗要件や、保証契約の性質を踏まえながら、本件への当てはめを適切に検討することが求められる。

設問4は、まず、文書に作成名義人の印章により顕出された印影があることを踏まえ、いわゆる二段の推定が働くことや相手方の主張の位置付けについて、事案に即して適切な説明を加える必要がある。その上で、認定根拠に言及しながら、原告に有利・不利な複数の事実を適切に分析・評価して、いわゆる二段の推定が働くこととの関係を意識しつつ、原告代理人の立場から説得的に論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1小問(1)、小問(2)、小問(3)、設問2及び設問3では、要件事実及び主張整理に関する理解が問われている。そこで、本問の事実関係及び本件訴訟の攻撃防御の枠組みをまとめると以下の通りになる。



訴訟物：A Y間の保証契約に基づく保証債務履行請求権 1 個 （設問 1 小問(1)）	
請求原因	抗弁
譲受債権（保証債務） （設問 1 小問(3)） <債権発生原因事実> ①（主債務の発生原因事実） ・ A B 間返還合意 ・ A の B に対する 200 万円の交付 ・ A B 間返還時期合意 ・ 遅延損害金の利率 10%の合意 ・ 返還時期経過（「到来」を含む） ②（保証契約を締結したこと） ・ A Y 間の Y が①の債務を保証する旨の合意 ③（保証意思が書面によること） ・ ②の Y の意思表示は本件借用証書によること <債権取得原因事実> ④ A X 間売買（貸金債権及び遅延損害金債権，代金 200 万円）	譲渡制限特約 （設問 2 小問(1)） ⑤ A B 間譲渡制限特約締結 ⑥ X が④の際，⑤を知っていたこと
	代物弁済 （設問 2 小問(2)及び小問(3)） ⑦ B X 間の本来債務の弁済に代えて乙絵画の所有権を移転するとの合意 ⑧⑦の当時，B が乙絵画を所有していたこと ⑨（⑦の合意に基づき）乙絵画の引渡しが行われたこと
	（設問 3） Y の言い分は抗弁を構成しない。なぜなら，主たる債権が譲渡された場合，保証債権（民法 446 条 1 項）は随伴するから，譲渡人 A が主たる債務者 B に対して債権譲渡の通知をして債務者対抗要件を具備したときは，保証人 Y との関係で別個に対抗要件を具備することは不要だからである。

なお，保証債務は，特約がない限り，その対象として，主債務に関する利息及び遅延損害金を包含する（民法 447 条 1 項）ため，1 個の保証契約に基づき，これらの保証債務の履行を請求する場合，訴訟物は 1 個となると解されている。

2 設問 1 小問(4)では，X が本件訴訟で全部勝訴の判決を得て，その判決が確定した場合において，Y の財産に対して強制執行を行うための手続の内容が問われている。この点については，Y が甲土地を所有しているが，それ以外のめぼしい財産を有さないことに着目し，P としては，甲土地について不動産執行の申立て（民執法 43 条 1 項）をすべきであることを解答する必要がある。

3 設問 4 では，原告 X の訴訟代理人 P の立場に立って，Y が保証契約を締結した事実が認められるべきであることを準備書面の内容として記載する必要がある（「答案用紙 1 頁程度の分量」という指定がされているため，これに従う必要もある。）。

そして，本問では，本件借用証書の成立の真正が認められる場合，Y が保証契約を締結した事実が認められるところ，本件借用証書には Y 名義の印影が Y の印章・印鑑によって顕出されているため，その成立の真正については二段の推定（民訴法 228 条 4 項）がなされ得る。もっとも，Y は，B が Y の印鑑を勝手に使用したと主張して，一段目の推定の働きを争っていることから，P としては，「B が Y の印鑑を勝手に使用してはいな

いこと」を推認させるための事実を主張する必要がある。

応用ポイント

1	(設問 1 小問(4)) 不動産執行の申立てをする前提として、どのような手続を経ることになるかにつき説明をしていること →強制執行は、執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施される(民執法 25 条本文)ため、Pは、確定判決を債務名義(同法 22 条 1 号)として執行文付与の申立て(同法 26 条 1 項)をすべきである。
2	(設問 4)「認定することができる事実」かどうかを踏まえて主張を展開していること →①争いのない事実(主張レベル)、②当事者双方の供述等が一致する事実(証拠レベル)、③成立の真正が認められた信用性の高い書証に記載された事実及び④自認された不利益事実は、「動かし難い事実」となり得る(司法研修所編『事例で考える民事事実認定』P56～61 参考)。そして、「動かし難い事実」は、「認定することができる事実」になるところ、本問では、例えば、Xは、AがYの保証意思を確認するため、Yの自宅に電話をした際、電話に出たYの母親に保証の件について説明したら、「Yからそのような話を聞いている。」と言われたという事実を供述しているが、この事実は①から④のいずれにも当たらないため、「認定することができる事実」とはいえない。他方、Yの印鑑が実印であることは、Yが供述した内容であるから、④不利益事実の自認に当たるため、「認定することができる事実」といえる。したがって、このように「認定することができる事実」かどうかを踏まえて主張を展開することになる。

MEMO

1 第1 設問1小問(1)

2 AY間の保証契約に基づく保証債務履行請求権 1個

3 第2 設問1小問(2)

4 被告は、原告に対し、200万円及びこれに対する平成30年6月16日
5 から支払済みまで年10%の割合による金員を支払え。

6 第3 設問1小問(3)

7 〔①〕 Yが(あ)の債務を保証する旨の合意をした

8 〔②〕 Yの意思表示

9 〔③〕 本件借用証書

10 〔④〕 9日、Aは、Xに対し、(あ)の貸金債権とこれに関する遅延損害金
11 債権を代金200万円で売った

12 第4 設問1小問(4)

13 1 手続の内容

14 Yが任意に支払わないため、Pは、強制執行をすることになるところ、
15 強制執行は、執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施される(民
16 法25条本文)。したがって、Pは、確定判決を債務名義(同法22条1
17 号)として執行文付与の申立て(同法26条1項)をすべきである。

18 2 申立ての内容

19 Yは甲土地を所有しているが、それ以外のめばしい財産を有さない。
20 そこで、Pは、甲土地を差し押さえ、換価し、満足を図るため、不動産
21 執行の申立て(同法43条1項)を行う。

22 第5 設問2小問(1)

23 1 ①について

24 Qは、譲渡制限特約の抗弁を記載する。

25 2 ②について

26 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、譲受人Xが譲渡制限の意思表示に
28 つき悪意であることは、請求原因と両立し、債務者YがXに対する債務
29 の履行を拒むことを認めるものである(民法466条3項)から抗弁とな
30 る。

31 第6 設問2小問(2)

32 Bは、乙絵画を所有していた

33 第7 設問2小問(3)

34 1 ①について

35 必要である。

36 2 ②について

37 債務の消滅という「弁済と同一の効力」の発生のためには、代物弁済
38 契約(民法482条)の締結だけでなく「他の給付をした」ことが必要と
39 なるところ、目的物が動産の場合、対抗要件である引渡し(同法178条)
40 まで行うことが「他の給付をした」ことに当たるからである。

41 第8 設問3

42 1 ①について

43 Qは、Yの言い分を抗弁として主張すべきでない。

44 2 ②について

確かに、債務者は、債権が譲渡された場合、譲渡人からの通知又は債務者の承諾がない限り、譲受人を債権者と認めないとの権利主張（対抗要件の抗弁）をして、債務の履行を拒むことができる（民法 467 条 1 項）。しかし、主たる債権が譲渡された場合、保証債権（同法 446 条 1 項）は随伴するから、譲渡人 A が主たる債務者 B に対して債権譲渡の通知をして債務者対抗要件を具備したときは、保証人 Y との関係で別個に対抗要件を具備することは不要である。したがって、Y の言い分は、抗弁を構成しない。

第9 設問4

1 Y が保証契約を締結した事実は認められる。

2(1)ア 「私文書」である本件借用証書には、Y 名義の印鑑が Y の印章・印鑑によって顕出されている。この事実は、Y の不利益事実の自認により認定できる。そして、この場合、本人 Y の意思に基づく押印が事実上推定され、その結果、本件借用証書全体の成立の真正が事実上推定される（法定証拠法則・民訴法 228 条 4 項）。

イ これに対し、Y は、B が Y の印鑑を勝手に使用したと主張して、一段目の推定の働きを争っている。

しかし、Y の印鑑は実印である（Y の不利益事実の自認）ところ、実印は、通常、厳重に保管されているため、第三者がこれを発見して使用することは困難であるから、Y と離れて暮らす B が Y の実印を独力で発見して勝手に使用したと考えるのは不自然である。むしろ、Y と B は、1 歳違いのいとこであり、幼少時から近所に住み、家族のように仲良くしていたこと、大学卒業後も、気が合うため、B が近所に来た際には会う等していたこと（Y の不利益事実の自認）からは、B が Y の自宅に泊まった（Y の不利益事実の自認）際、B からの保証の依頼を受けた Y が、B に実印の保管場所を教える等してその使用を許諾したと考えるのが自然である。そして、このことは、Y が出版関係の会社に正社員として勤務しており（Y の不利益事実の自認）、ある程度の貯蓄のあることが予想されることとも整合する。したがって、一段目の推定が働き、本人 Y の意思に基づく押印が事実上推定される。

(2) そうすると、本件借用証書全体の成立の真正が、事実上推定されて、認められる。そして、保証意思がなければ、通常、「保証する」旨の文言のある文書を作成しない。したがって、当該文言のある本件借用証書の成立の真正が認められることから、Y が保証契約を締結した事実が認められる。

以上

[刑 事]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

- 1 A（25歳，男性）及びB（22歳，男性）は，平成31年2月28日，「被疑者両名は，共謀の上，平成31年2月1日午前1時頃，H県I市J町1番地先路上において，V（当時35歳，男性）に対し，傘の先端でその腹部を2回突いた上，足でその腹部及び脇腹等の上半身を多数回蹴る暴行を加え，よって，同人に，全治約2か月間を要する肋骨骨折及び全治約3週間を要する腹部打撲傷の傷害を負わせた。」旨の傷害罪の被疑事実（以下「本件被疑事実」という。）で通常逮捕され，同年3月1日，検察官に送致された。

送致記録に編綴された主な証拠の概要は以下のとおりである（以下，日付はいずれも平成31年である。）。

① Vの警察官面前の供述録取書

「2月1日午前1時頃，H県I市J町1番地先路上を歩いていたところ，前から2人の男たちが歩いてきた。その男たちのうち，1人は黒色のキャップを被り，両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ており，もう1人は，茶髪で黒色のダウンジャケットを着ていた。その男たちとすれ違う際，黒色キャップの男の持っていた鞆が私の体に当たった。しかし，その男は謝ることなく通り過ぎたので，私は、『待てよ。』と言いながら，背後から黒色キャップの男の肩に手を掛けた。すると，その男たちは振り向いて私と向かい合った。茶髪の男が、『喧嘩売ってんのか。』などと怒鳴ってきたので，私が、『鞆が当たった。謝れよ。』と言うと，黒色キャップの男が、『うるせえ。』などと怒鳴りながら，持っていた傘の先端で私の腹部を突いた。私が後ずさりすると，その男は，再度，傘の先端で私の腹部を強く突いたため，私は，痛くて両手で腹部を押さえながら前屈みになった。すると，茶髪の男と黒色キャップの男が，私の腹部や脇腹等の上半身を足でそれぞれ多数回蹴った。私が，路上にうずくまると，男たちは去って行った。通行人が通報してくれて救急車で病院に搬送された。これらの暴行により，私は，全治約2か月間を要する肋骨骨折及び全治約3週間を要する腹部打撲傷を負った。

犯人の男たちについて，黒色キャップの男は，目深にキャップを被っていたのでその顔はよく見えなかった。また，私は，黒色キャップの男の方を主に見ていたので，茶髪の男の顔はよく覚えていない。」

② 診断書

2月1日に，Vについて，全治約2か月間を要する肋骨骨折及び全治約3週間を要する腹部打撲傷と診断した旨が記載されている。

③ Wの警察官面前の供述録取書

「2月1日午前1時頃，H県I市J町1番地先路上を歩いていたところ，怒鳴り声が聞こえたので右後方を見ると，道路の反対側で，男が2人組の男たちと向かい合っていた。2人組の男たちのうち，1人は，黒色のキャップを被り，両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ており，もう1人は，茶髪で黒色のダウンジャケットを着ていた。黒色キャップの男は，持っていた傘の先端を相手の男に向けて突き出し，相手の男の腹部を2回突いた。すると，相手の男は両手で腹部を押さえながら前屈みになった。さらに，茶髪の男と黒色キャップの男は，それぞれ足で相手の男の腹部や脇腹等の上半身を多数回蹴った。相手の男がその場にうずくまると，2人組の男たちは，その場から立ち去って行った。相手の男がうずくまったら動かなかったの心配になって駆け寄り，救急車を呼んだ。

2人組の男たちについて，黒色キャップの男の顔は，キャップのつばで陰になってよく見えなかった。茶髪の男の顔は，近くにあった街灯の明かりでよく見えた。今，警察官から，この写真の中に犯人がいるかもしれないし，いないかもしれないという説明を受けた上，2

0枚の男の写真を見せてもらったが、2番の写真の男が、『茶髪の男』に間違いない。警察官から、この男はBであると聞いたが、知らない人である。」

④ W立会いの実況見分調書

犯行現場の写真及び図面が添付されており、また、Wが2人組の男たちの暴行を目撃した位置から同人らがいた位置までの距離は約8メートルであり、その間に視界を遮るようなものではなく、付近に街灯が設置されていた旨が記載されている。

⑤ A及びBが犯人として浮上した経緯に係る捜査報告書

犯行現場から約100メートル離れたコンビニエンスストアに設置された防犯カメラで撮影された画像の写真が添付されており、同写真には、2月1日午前0時50分頃、黒色のキャップを被り、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着た男と、茶髪で黒色のダウンジャケットを着た男の2人組が訪れた状況が撮影されている。また、同画像について、警察官が同店の店員から聴取したところ、同人は、「以前、ここに映っている黒色キャップの男と茶髪の男が酔って来店し、店内で騒いだので通報した。その際、臨場した警察官が、彼らの免許証などを確認していたので、その警察官なら彼らの名前などを知っていると思う。」と供述したため、その臨場した警察官に確認したところ、黒色キャップの男がA、茶髪の男がBであることが判明した旨が記載されている。

⑥ A方及びB方の捜索差押調書

2月28日、A方及びB方の捜索を実施し、A方において、傘、黒色キャップ、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパー及びA所有のスマートフォンを発見し、B方において、黒色のダウンジャケット及びB所有のスマートフォンを発見し、これらを差し押さえた旨がそれぞれ記載されている。

⑦ 押収したスマートフォンに保存されたデータに関する捜査報告書

A所有及びB所有のスマートフォンのデータを精査した結果、2月2日にAがB宛てに送信した「昨日はカラオケ店にいたことにしよう。」と記載されたメールや、同メールにBが返信した「防犯カメラとかで嘘とばれるかも。誰かに頼んで一緒にいたことにしてもらうのは？」と記載されたメールが発見された旨が記載されている。

⑧ Aの警察官面前の弁解録取書

「本件被疑事実について、私はやっていない。昨年、傷害罪で懲役刑に処せられ、現在その刑の執行猶予中であるため、二度と手は出さないと決めている。Bは、中学の後輩である。2月1日午前1時頃は犯行場所とは別の場所にいたが、詳しいことは言いたくない。生活状況について、結婚はしておらず、無職である。約1年前に家を出てからは、交際相手や友人宅を転々としている。」

⑨ Aの前科調書

平成30年に傷害罪で懲役刑に処せられ、3年間の執行猶予が付された旨が記載されている。

⑩ Bの警察官面前の弁解録取書

「本件被疑事実については間違いない。」

2 検察官は、A及びBの弁解録取手続を行い、以下の弁解録取書を作成した。

⑪ Aの検察官面前の弁解録取書

⑧記載の内容と同旨。

⑫ Bの検察官面前の弁解録取書

「本件被疑事実については間違いない。Vの態度に立腹し、Aが傘の先端でVの腹部を突いた後、私とAがVの腹部や脇腹等の上半身を足で蹴った。犯行当時、私は、茶髪で黒色のダウンジャケットを着ており、Aは、黒色のキャップを被り、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ていた。Aは、中学の先輩で、その頃からの付き合いである。もし自分がこのように話したことが知られると、Aやその仲間の先輩たちなどから報復されるかもしれない。生活状況について、結婚はしておらず、無職である。自宅で両親と住んでい

る。前科はない。」

検察官は、3月1日、両名につき勾留請求と併せて接見等禁止の裁判を請求し、同日、裁判官は、A及びBにつき本件被疑事実で勾留するとともに、⑦Aにつき接見等を禁止する旨を決定した。

なお、Aの勾留質問調書には、Aの供述として、「本件被疑事実については検察官に述べたとおり。」と記載され、Bの勾留質問調書には、Bの供述として、「本件被疑事実については間違いない。」と記載されている。

3 3月2日、Aの弁護人は、勾留状の謄本に記載された本件被疑事実を確認した上、Aと接見したところ、④Aは、「実は、Vに暴力を振るって怪我をさせた。Bと歩いていると、いきなり後ろから肩を手でつかまれた。驚いて勢よく振り返ったところ、手に持っていた傘の先端が、偶然Vの腹部に1回当たり、私の肩をつかんでいたVの手が外れた。傘が当たったことに腹を立てたVが、拳骨で殴り掛かってきたので、私は、自分がやられないように、足でVの腹部を蹴った。それでもVは、『謝れよ。』などと言いながら両手で私の両肩をつかんで離さなかったため、私は、Vから逃げたい一心で更にVの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴った。このとき、Bも、私を助けようとして、Vの腹部や脇腹等の上半身を足で蹴った。」旨話した。

4 その後、検察官は、所要の捜査を行い、以下の供述録取書を作成した。

⑬ Aの検察官面前の供述録取書

下線部④記載の内容と同旨。

⑭ Bの検察官面前の供述録取書

「自分が、Vの態度に立腹してVの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴って怪我をさせたことは間違いない。このとき、Aも一緒にいたが、Aが何をしていたのかは見えていないので分からない。」

⑮ Wの検察官面前の供述録取書

③記載の内容と同旨。

5 検察官は、所要の捜査を遂げ、A及びBにつき、本件被疑事実と同一の内容の公訴事実で公訴を提起した（以下、同公訴提起に係る傷害被告事件につき、「本件被告事件」という。）。

Aの弁護人は、検察官から開示された関係証拠を閲覧した上、再度Aと接見したところ、Aは、「本当は、Vの態度に腹が立って、VやWが言っているとおりの暴行を加えた。しかし、自分は同種前科による執行猶予中なので、もし認めたら実刑になるだろうし、少しでも暴行を加えたことを認めてしまうと、Vから損害賠償請求されるかもしれない。検察官には供述録取書記載のとおり話してしまったが、裁判では、犯行現場にはいたものの、一切暴行を加えていないとして無罪を主張したい。」旨話した。

6 第1回公判期日における冒頭手続において、【事例】の5記載の接見内容を踏まえ、Aは「犯行現場にはいたものの、一切暴行を加えていない。」旨述べ、⑦Aの弁護人も無罪を主張した。一方、B及びBの弁護人は、公訴事実を争わないとした。

その後、検察官が、①、②、④から⑦、⑨、⑪から⑬及び⑮記載の各証拠の取調べを請求したところ、Aの弁護人は、①、④、⑪から⑬及び⑮記載の各証拠について「不同意」とし、その他の証拠については「同意」との意見を述べた。また、Bの弁護人は、検察官請求証拠についてすべて「同意」との意見を述べた。

裁判所は、A及びBに対する本件被告事件を分離して審理する旨を決定し、分離後のBに対する本件被告事件の審理を先行して行った。

7 Bは、自身の審理における被告人質問において、「Aと歩いていたところ、いきなりVが『待てよ。』などと言ってきたので、何か因縁を付けられたと思った私は、『喧嘩売ってんのか。』などと言った。すると、Vは、『鞆が当たった。謝れよ。』などと言ってきたので、私は、その横柄な態度に腹が立った。Aが、『うるせえ。』などと怒鳴りながら、持っていた傘の先端でVの腹部を2回突き、私は、前屈みになったVの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴った。Aも、Vの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴っていた。このことは、逮捕された当

初も話していたが、途中からAに報復されるのが怖くなり、検察官にきちんと話すことができなかった。しかし、今は、きちんと反省していることを分かってもらおうと思い、本当のことを話した。」旨供述し、後日、結審した。

- 8 その後、分離後のAに対する本件被告事件の審理において、V及びWの証人尋問など所要の証拠調べが行われ、さらに、Bの証人尋問が行われた。その際、㊦Bは、一貫して「本件犯行時にAと一緒にいたことは間違いないが、Aが何をしていたのかは見ていないので分からない。」旨証言した。

後日、Aは、被告人質問で、自身が暴行を加えたことを否認した。

〔設問1〕

下線部㊦に関し、裁判官が、Aにつき、刑事訴訟法第207条第1項の準用する同法第81条の「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がある」と判断した思考過程を、その判断要素を踏まえ、具体的事実を指摘しつつ答えなさい。

〔設問2〕

検察官は、勾留請求時、㊢記載のWの警察官面前の供述録取書は、本件被疑事実記載の暴行に及んだのがA及びBであることを立証する証拠となると考えた。A及びBそれぞれについて、同供述録取書は直接証拠に当たるか、具体的理由を付して答えなさい。また、直接証拠に当たらない場合は、同供述録取書から、前記暴行に及んだのがAであること又は前記暴行に及んだのがBであることが、どのように推認されるか、検察官が考えた推認過程についても答えなさい。なお、同供述録取書に記載された供述の信用性は認められることを前提とする。

〔設問3〕

Aの弁護人は、3月2日の時点で、下線部㊣のAの話を踏まえ、仮にAが公訴提起された場合に冒頭手続でどのような主張をするか検討した。本件被疑事実中、「傘の先端でその腹部を2回突いた」こと及び「足でその腹部及び脇腹等の上半身を多数回蹴る暴行を加え」たことについて、それぞれ考えられる主張を、具体的理由を付して答えなさい。

〔設問4〕

下線部㊤に関し、Aの弁護人が無罪を主張したことについて、弁護士倫理上の問題はあるか、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。

〔設問5〕

下線部㊤のBの証人尋問の結果を踏まえ、検察官は、新たな証拠の取調を請求しようと考えた。この場合において、検察官が取調を請求しようと考えた証拠を答えなさい。また、その証拠について、弁護人が不同意とした場合に、検察官は、どのような対応をすべきか、根拠条文及びその要件該当性について言及しつつ答えなさい。

出題の趣旨

本問は、犯人性が争点となる傷害事件（共犯事件）を題材に、接見等禁止における罪証隠滅のおそれの判断要素（設問1）、犯人性を認定する証拠構造（設問2）、被疑者の弁解等を踏まえた事実認定上及び法律上の主張（設問3）、弁護士倫理上の問題点（設問4）、刑事訴訟法第321条1項1号書面の証拠能力（設問5）について、【事実】に現れた証拠や事実、手続の経過を適切に把握した上で、法曹三者それぞれの立場から、主張・立証すべき事実、その対応についての思考過程や問題点を解答することを求めている。刑事事実認定の基本構造、刑事手続についての基本的知識の理解及び基礎的実務能力を試すものである。

基本ポイント

- 1 設問1では、裁判官が刑訴法（以下「法」という。）81条の「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がある」ことの該当性を肯定した思考過程について、勾留（法60条1項2号）及び権利保釈（法89条4号）の場合と同様、以下の着眼点（判断要素）を踏まえて説明する必要がある。

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

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

- 2 設問2では、直接証拠（要証事実を直接認定できる証拠）及び間接証拠（要証事実を推認させる間接事実を認定できる証拠）の意義を念頭に、Wの供述を用いた場合、要証事実である「本件被疑事実記載の暴行に及んだのがA及びBであること」（Aの犯人性及びB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、Wの供述は、Bの犯人性との関係では直接証拠であるが、Aの犯人性との関係では間接証拠であると解答することになる。そして、認定過程・推認過程の説明に際しては、Wの供述が直接証拠となるためには、犯人目撃供述では足りず、犯人識別供述であることも必要であること（犯人目撃識別供述）に言及する必要がある。
- 3 設問3では、Aの話を踏まえて、Aの弁護人の立場から、①「傘の先端でその腹部を2回突いた」こと及び②「足でその腹部及び脇腹等の上半身を多数回蹴る暴行を加え」

たことに関し、Aに有利な主張を検討しなければならない。

まず、①については、Aが、傘の先端が当たった回数が2回ではなく1回であると話しているため、1回である旨を主張することになる。また、傘の先端がVに当たった経緯についても、Aは、いきなり後ろから肩を手でつかまれたため、驚いて振り返ったためであると話していることから、当たった回数が1回であることも併せると、Vの腹部を狙って傘の先端で突いたわけでもない旨主張することになる。なお、結論として、Aには傷害罪（刑法 204 条）の故意がないと主張しても、傷害罪は暴行罪（同法 208 条）の結果的加重犯としての性質も有しており、暴行罪の故意があれば傷害罪が成立するから、暴行罪の故意もないと主張する必要があることに注意すべきである。

次に、②については、Aが「Vの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴った」と話しているため、①と異なり、この事実を否認することはできないが、Vが謝罪を要求してAの両肩を掴んで離さず、Aが「Vから逃げたい一心」だったことを踏まえて、正当防衛（同法 36 条 1 項）であると主張することになる。

- 4 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。もともと、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。

そして、AがVに暴行を加えたことの立証義務は検察官にあり、Aの弁護人はこれに積極的に協力する義務を負わず、その無罪主張は、実体的真実発見を積極的に妨害する行為ではないから、消極的真実義務にも反しない。そのため、Aの弁護人の無罪主張は、真実義務との関係で基本規程5条に反せず、他方、誠実義務を果たすものであるといえる。

- 5 設問5では、検察官が取調べを請求しようと考えた新たな証拠を解答することが求められている。この点について、その候補として考えられるものは、①Bの検察官面前の弁解録取書（証拠⑫）及び②Bが自己の公判の被告人質問でした供述が記載された公判調書（法 48 条 1 項、刑訴規則 44 条 1 項 19 号）である。もともと、いずれも伝聞証拠（法 320 条 1 項）に該当するため、弁護人が不同意との意見を述べることが予想される。そこで、検察官としては、①の場合、法 321 条 1 項 2 号の要件（㉞供述不能であること又は㉟自己矛盾供述（「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述」）であり、かつ、相対的特信状況があること）を満たすことを、他方、②の場合、法 321 条 1 項 1 号の要件（㉞供述不能であること又は㉟自己矛盾供述（「前の供述と異なつた供述」）であること）を満たすことを事案に即して主張しなければならない。

応用ポイント

1	（設問1）罪証隠滅のおそれの有無の検討を接見等の禁止の必要性と関連付けて行っていること
---	---

	→法 81 条は、勾留されている被疑者・被告人と「弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者」(法 39 条 1 項) 以外の者との接見を禁じる規定であるから、A が、A の弁護人以外の者と接見することにより、罪証隠滅を行うことが可能かどうかを検討する。そして、A には「仲間」(証拠⑫) がいることから、この仲間と A が接見をすることにより、罪証隠滅のおそれが生じるため、接見等の禁止の必要性が認められる。
2	(設問 2) W の供述が、B の犯人性との関係で犯人目撃識別供述であることにつき、適切な写真面割がなされていることを踏まえて判断していること
3	(設問 2) A の犯人性の推認過程を適切に説明していること →W の供述からは、B と共に暴行をした男が黒キャップを被り、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ていた事実を認定できる。他方、暴行の約 10 分前、犯行現場から約 100 メートル離れたコンビニに B といった A の服装(証拠⑤) と B と共に暴行をした男の服装は符合する。そうすると、時間的場所的近接性から、コンビニに B といったのは A であるが、B と暴行をしたのは A ではないと考えるのは不自然であり、むしろ暴行をした男も A であると考えるのが自然であるから、上記の認定事実是要証事実を推認させる。
4	(設問 5) 検察官が取調べを請求しようと考えた新たな証拠が① B の検察官面前の弁解録取書(証拠⑫) ではなく、② B が自己の公判の被告人質問でした供述が記載された公判調書であることを正確に指摘した上で、伝聞例外規定(法 321 条 1 項 1 号) の要件該当性を検討していること →① と比べて、②の方が、B の供述内容が詳細であり証拠の厳選(刑訴規則 189 条の 2) の観点から望ましいといえ、また、伝聞例外規定の要件充足が容易である。

MEMO

1 第1 設問1

2 まず、Aは、本件被疑事件に関し、犯人性を否認しており、今後、こ
3 の点が争点となる可能性がある。そうすると、Aの犯人性に関する事実
4 を対象とした罪証隠滅のおそれがある。そして、Aは、2月2日にメー
5 ルでBとアリバイ工作の相談をしている（証拠⑦）から、自己の仲間
6 に対してアリバイ工作を依頼したり、自己の仲間を通じ、後輩であるBに
7 に対してAに有利な供述をするよう働き掛けることが予想される。また、
8 Aは、自己の仲間と接見することにより、アリバイ工作の依頼やBへの
9 働き掛けが客観的に実現可能であり、これらが奏功するとAの犯人性の
10 認定が消極に傾く可能性もあるから、実効性もある。さらに、Aは、執
11 行猶予期間中である（証拠⑧、⑨）から、本件被疑事件の実刑判決を回
12 避するため、これらの行為を行う動機もある。したがって、刑法（以
13 下「法」）81条の「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がある」
14 に該当する。

15 第2 設問2

16 1 直接証拠とは、要証事実を直接認定できる証拠をいい、間接証拠とは、
17 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。そして、証拠
18 ③（以下「Wの供述」）の要証事実、Aの犯人性及びBの犯人性である。

19 2(1) Wの供述は、茶髪の男が本件被疑事実の暴行をしたことを目撃した
20 ことだけでなく、適切な写真面割を経て、その男がBであることを識
21 別したことも含むものであり、犯人目撃識別供述であるから、Bの犯
22 人性について直接証拠に当たる。

23 (2) 他方、Wの供述は、黒キャップの男の顔は見えなかったというもの
24 であり、犯人の識別を含まず、黒キャップの男がAであることを直接
25 認定させるものではないから、Aの犯人性について直接証拠に当たら
26 ない。しかし、Wの供述からは、Bと共に暴行をした男が黒キャップ
27 を被り、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着てい
28 た事実（以下「事実A」）を認定できる。また、暴行の約10分前、犯
29 行現場から約100メートル離れたコンビニにBといったAの服装（証拠
30 ⑤）とBと共に暴行をした男の服装は符合する。そうすると、時間的
31 場所的接近性から、コンビニにBといったのはAであるが、Bと暴行を
32 したのはAではないと考えるのは不自然であり、むしろ暴行をした男
33 もAであるとするのが自然であるから、事実Aは要証事実を推認さ
34 せる。したがって、Wの供述は、Aの犯人性について間接証拠に当た
35 る。

36 第3 設問3

37 1 「傘の先端でその腹部を2回突いた」こと

38 Aは、いきなり後ろから肩を手でつかまれたため、驚いて振り返った
39 ところ、傘の先端が偶然Vの腹部に1回当たったのである。したがって、
40 傘の先端は2回当たっておらず、AはVの腹部を狙って傘の先端で突い
41 たわけでもないから、Aには、暴行罪（刑法208条）及び傷害罪（同法
42 204条）の故意がない。

43 2 「足でその腹部及び脇腹等の上半身を多数回蹴る暴行を加え」たこと
44 Aは、傘が当たったことに立腹したVが拳骨で殴りかかってきたこと

から、自己の身体を守るため、Vの腹部を蹴ったが、Vが謝罪を要求してAの両肩を掴んで離さなかったため、Vから逃げたい一心で、Vの腹部及び脇腹等の上半身を多数回蹴る暴行を加えたのである。したがって、AのVに対する暴行は、「急迫不正の侵害」に対する自己の身体を「防衛するため」の「やむを得ずにした行為」に当たり、正当防衛（同法36条1項）である。

第4 設問4

Aの弁護人が行った無罪主張は、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、AがVに暴行を加えたことの立証義務は検察官にあり、Aの弁護人はこれに積極的に協力する義務を負わず、その無罪主張は、実体的真実発見を積極的に妨害する行為ではないから、消極的真実義務にも反しない。したがって、Aの弁護人の無罪主張は、基本規程5条に反せず、誠実義務を果たすものである。

第5 設問5

1 Bが自己の公判の被告人質問でした供述については、公判調書が作成されている（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べ請求をしようとする。

2(1) これに対し、Aの弁護人は、当該公判調書が伝聞証拠（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。

(2)ア この場合、検察官は、共犯者Bも「被告人以外の者」とであると解され、当該公判調書が裁判官の面前における供述録取書面（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（ア）まず、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、一貫して「Aが何をしていたのかは見ていないので分からない」と証言しており、Aの行動に関する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。

（イ）また、仮に供述不能事由に当たらないとしても、「前の供述と異なつた供述をしたとき」（同条項1号後段）に当たる。なぜなら、Bは、自己の公判の被告人質問では、「Aが『うるせえ。』などと怒鳴りながら、持っていた傘の先端でVの腹部を2回突いたこと及び「Aも、Vの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴っていた」ことを供述しているのに対し、Aの公判では、「Aが何をしていたのかは見ていないので分からない」と証言しているからである。

以上

MEMO