

予備試験論文式試験

H 2 4 年

過去問レジュメ

TACw セミナー 司法試験講座

※無断複製・無断転載禁止

目次

受講に関するお願い・注意点	1
憲法	2
出題の趣旨・ポイント	4
講師作成答案例	6
行政法	8
出題の趣旨・ポイント	10
講師作成答案例	12
民法	14
出題の趣旨・ポイント	16
講師作成答案例	18
商法	20
出題の趣旨・ポイント	22
講師作成答案例	24
民事訴訟法	26
出題の趣旨・ポイント	28
講師作成答案例	30
刑法	32
出題の趣旨・ポイント	34
講師作成答案例	36
刑事訴訟法	38
出題の趣旨・ポイント	40
講師作成答案例	42
法律実務基礎科目（民事）	44
出題の趣旨・ポイント	48
講師作成答案例	50
法律実務基礎科目（刑事）	52
出題の趣旨・ポイント	56
講師作成答案例	58

《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 24 年の予備試験の問題については、平成 24 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 24 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]

20**年**月に、衆議院議員総選挙が行われる。その際に、日本国憲法第79条第2項ないし第4項及び最高裁判所裁判官国民審査法（以下「国民審査法」という。同法については、資料1参照）に基づき、最高裁判所裁判官の国民審査も行われる。国民審査法第15条によれば、審査人は、罷免を可とする裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に自ら×の記号を記載し、罷免を可としない裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に何らの記載もしないで、投票しなければならないとされている。

国民審査法第53条及び同条に基づき規定された最高裁判所裁判官国民審査法施行令第26条（資料2参照）によれば、審査公報に掲載されるのは、審査に付される裁判官の氏名、生年月日及び経歴並びに最高裁判所において関与した主要な裁判その他審査に関し参考となるべき事項である。

今回の国民審査で審査権を有するAは、審査公報に挙げられていた主要な裁判について、その判決文にまで当たって審査の対象となる各裁判官の见解を調べ、さらに、各裁判官の経歴等も調べた。その結果、各裁判官に対するAの評価は、最高裁判所裁判官として適格と判断した裁判官、不適格と判断した裁判官、そして適格・不適格いずれとも判断できなかった裁判官に分かれた。Aは、不適格と判断した裁判官に対する記載欄には×の記号を記載し、適格・不適格いずれとも判断できなかった裁判官に対する記載欄には何も記載せずに投票した。Aは、適格と判断した裁判官に対する記載欄には○の記号を記載したかったが、国民審査法第15条の規定によって何も記載しないで投票せざるを得なかった。

Aは、最高裁判所裁判官に対する国民審査制度を設けた憲法の趣旨に照らし、現行の制度には幾つかの問題があると考えた。Aは、現行の国民審査法を合憲とする1952年の最高裁判所大法廷判決を知っていたが、国民審査法第36条に基づく訴訟を提起して、上記最高裁判所判例の変更の必要性も憲法上の主張の一つとして主張しつつ、現行の国民審査制度の是正を図りたいと思った。

以上のことを前提として、以下の各設問に答えなさい。

〔設問1〕

あなたがAの訴訟代理人になった場合、国民審査法第36条に基づく訴訟において、訴訟代理人としてあなたが行う憲法上の主張を述べなさい。

〔設問2〕

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の见解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

【資料 1】最高裁判所裁判官国民審査法（昭和 22 年 11 月 20 日法律第 136 号）（抄録）

第 1 条 最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査については、この法律の定めるところによる。

第 4 条 衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する。

第 15 条 審査人は、投票所において、罷免を可とする裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に自ら×の記号を記載し、罷免を可としない裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に何等の記載をしないで、これを投票箱に入れなければならない。

2 投票用紙には、審査人の氏名を記載することができない。

第 30 条 審査会は、中央選挙管理会の指定した場所で、これを開く。

2 審査長は、審査権を有する者の中から中央選挙管理会の選任した者を以て、これに充てる。

3 審査長は、審査会に関する事務を担当する。

4 審査長は、第 8 条の選挙人名簿に登録された者の中から審査立会人 3 人を選任しなければならない。

5 審査長は、すべての審査分会長から前条の報告を受けた日又はその翌日に審査会を開き、審査立会人立会の上、その報告を調査しなければならない。

第 33 条 第 30 条第 5 項の規定による調査を終えたときは、審査長は、直ちに罷免を可とされた裁判官の氏名並びに罷免を可とする投票の数及び罷免を可としない投票の数その他審査の次第を中央選挙管理会に報告しなければならない。

2 中央選挙管理会は、前項の報告を受けたときは、直ちに罷免を可とされた裁判官にその旨を告知し、同時に罷免を可とされた裁判官の氏名を官報で告示し、かつ、総務大臣を通じ内閣総理大臣に通知しなければならない。

第 36 条 審査の効力に関し異議があるときは、審査人又は罷免を可とされた裁判官は、中央選挙管理会を被告として第 33 条第 2 項の規定による告示のあつた日から 30 日以内に東京高等裁判所に訴えを提起することができる。

第 53 条 都道府県の選挙管理委員会は、政令の定めるところにより、審査に付される裁判官の氏名、経歴その他審査に関し参考となるべき事項を掲載した審査公報を発行しなければならない。

【資料 2】最高裁判所裁判官国民審査法施行令（昭和 23 年 5 月 25 日政令第 122 号）（抄録）

第 26 条 審査公報には、審査に付される裁判官の氏名、生年月日及び経歴並びに最高裁判所において関与した主要な裁判その他審査に関し参考となるべき事項を掲載するものとする。

出題の趣旨

本問は、最高裁判所裁判官国民審査制をめぐる問題である。1952年の最高裁判決は、国民審査制を「実質において所謂解職の制度」と捉え、記載欄に何らの記載がされていないものを、積極的に罷免を可とする意思を持たないものとして取り扱うことを当然とした。国民審査制を法の定める統治機構の構造上どのように位置付けるかに配慮しつつ、当該判決の判断をめぐる問題点に関して「考える力」を見ようとする問題である。さらに、本問では、この問題点を考える上で、当該判例を変更する必要性についても検討することを求めている。憲法判例の変更はどのような場合に認められるのか、また、本問は判例変更が認められる場合といえるかなどについて検討することが求められている。

基本ポイント

本問は、出題の趣旨によれば、「『考える力』を見ようとする問題である」とのことであるが、試験の現場で考えるための手持ちの素材をほとんど有していない受験生が多く、非常に苦しい思いをした問題であったはずである。ただし、国民審査に関する憲法79条2項、3項、4項を摘示すること及び以下の判例（問題文中の「現行の国民審査法を合憲とする1952年の最高裁判所大法廷判決」）の内容を想起することは、基本的知識・理解として要求される水準として過剰でないため、この点に関する知識・理解については押さえておくべきである。

判例（最大判昭27.2.20）

「最高裁判所裁判官任命に関する国民審査の制度はその実質において所謂解職の制度と見ることが出来る。それ故本来ならば罷免を可とする投票が有権者の総数の過半数に達した場合に罷免されるものとしてもよかつたのである。それを憲法は投票数の過半数とした処が他の解職の制度と異なるけれどもそのため解職の制度でないものとする趣旨と解することは出来ない。只罷免を可とする投票数との比較の標準を投票の総数に採つただけのことであつて、根本の性質はどこ迄も解職の制度である。このことは憲法第79条3項の規定にあらわれている、同条第2項の字句だけを見ると一見そうでない様にも見えるけれども、これを第3項の字句と照し会せて見ると、国民が罷免すべきか否かを決定する趣旨であつて、所論の様に任命そのものを完成させるか否かを審査するものでないこと明瞭である。…最高裁判所裁判官国民審査法（以下単に法と書く）は右の趣旨に従つて出来たものであつて、憲法の趣旨に合し、少しも違憲の処はない。かくの如く解職の制度であるから、積極的に罷免を可とするものと、そうでないものとの二つに分かれるのであつて、前者が後者より多数であるか否かを知らんとするものである。論旨にいう様な罷免する方がいいか悪いかわからない者は、積極的に「罷免を可とするもの」に属しないこと勿論だから、そ

うという者の投票は前記後者の方に入るのが当然である。それ故法が連記投票にして、特に罷免すべきものと思う裁判官にだけ×印をつけ、それ以外の裁判官については何も記さずに投票させ、×印のないものを「罷免を可としない投票」（この用語は正確でない、前記の様に「積極的に罷免する意思を有する者でない」という消極的のものであつて、「罷免しないことを可とする」という積極的の意味を持つものではない、——以下仮りに白票と名づける）の数に算えたのは前記の趣旨に従つたものであり、憲法の規定する国民審査制度の趣旨に合するものである。罷免する方がいいか悪いかわからない者は、積極的に「罷免を可とする」という意思を持たないこと勿論だから、かかる者の投票に対し「罷免を可とするものではない」との効果が発生せしめることは、何等意思に反する効果が発生せしめるものではない、解職制度の精神からいえば寧ろ意思に合する効果を生ぜしめるものといつて差支ないのである。それ故論旨のいう様に思想の自由や良心の自由を制限するものでないこと勿論である。」

この判例によれば、国民審査の法的性格は解職制度であるから、投票においては、積極的に罷免を可とする裁判官とそうでない裁判官とが区別できることで足りるため、現行制度は合憲となる。そして、これが想定される被告側の反論となるため、Aの訴訟代理人としては、この反論を切り崩し得る憲法上の主張を検討することになる。この点については、憲法 79 条 2 項から 4 項の文言のみから主張を組み立てることは難しいが、国民審査の制度趣旨が内閣の任命行為と最高裁判所裁判官に対して民主的コントロールを及ぼす点にあることを手掛かりに、現行制度よりも審査人の意思を反映させることができる投票方法が採用されなければならないと主張することが求められる。

応用ポイント

1	国民審査の法的性格に関する検討 →解職制度以外の法的性格ないし機能を検討し、それを踏まえて現行制度の違憲性を論じている。
2	審査公報の違憲性に関する検討
3	判例変更の必要性の検討
4	思想・良心の自由（憲法 19 条）の侵害に関する検討

1 第1 設問1 (Aの憲法上の主張)

2 1 国民審査法(以下「法」)15条1項、53条及び法施行令26条は、国民
3 審査について規定する憲法79条2項・3項・4項に反し、違憲である。

4 2(1) 最高裁判所は、内閣の指名に基づいて天皇が任命する長官(憲法6
5 条2項)と内閣が任命するその他の裁判官(同法79条1項)で構成さ
6 れるから、最高裁判所の全ての裁判官は、実質的に内閣に任命されて
7 いるといえる。また、最高裁判所は、最終的な違憲審査権(同法81条)、
8 規則制定権(同法77条1項)及び下級裁判所裁判官の指名権(同法80
9 条1項)を有する極めて重要な機関である。そこで、このような最高
10 裁判所の地位と権能の重要性から、憲法は、内閣の任命行為と最高裁
11 判所裁判官に対して民主的コントロールを及ぼす趣旨で、国民審査を
12 設けたのである。そして、国民審査は、民意を背景とするものである
13 から、不適格者の解職と同時に、適格者に対してはその地位を強化す
14 るという信任投票制度としての性格も有するというべきである。

15 そこで、国民審査の法的性格は、解職制度であることに加え、内閣
16 の任命行為に対する事後審査制度及び適格者に対する信任投票制度で
17 もあると解すべきである。

18 (2)ア 法15条1項によれば、審査人は、適格と判断した裁判官がいる場
19 合でも、その裁判官に対する記載欄に○の記号等を記載して投票す
20 ることはできない。しかし、国民審査の信任投票制度としての性格
21 からは、積極的に適格者であると判断した審査人の意思を反映させ
22 る投票方法が採用されなければならない。

23 また、法15条1項によれば、審査人が適格・不適格いずれとも判
24 断できなかった裁判官に対する記載欄に何も記載しないで投票する
25 と、「罷免を可としない」投票として取り扱われることになる。しか
26 し、国民審査の信任投票制度としての性格からは、審査人の信任の
27 意思が不明である白票は、信任でも不信任でなく、棄権及び可否留
28 保の判断がされたものとして取り扱わなければならない。

29 したがって、これらの点で、法15条1項は、憲法79条2項・3
30 項・4項に反し、違憲である。

31 イ そして、法53条及び法施行令26条によれば、各裁判官の関与し
32 た主要な裁判の判決文及びその見解は、審査公報に掲載されていな
33 い。しかし、国民審査には、事後審査制度及び信任投票制度として
34 の性格があることから、内閣の任命行為及び最高裁判所裁判官の適
35 格性を審査するために必要な情報が審査人に提供されなければなら
36 ないところ、各裁判官の見解に関する情報が提供されなければ、十
37 分な審査をすることはできない。したがって、法53条及び法施行令
38 26条は、憲法79条2項・3項・4項に反し、違憲である。

39 (3) 1952年の最高裁判所大法廷判決(以下「1952年判決」)は、国民審
40 査を解職制度であると解し、現行の投票方法及び審査公報の掲載事項
41 を合憲と判断した。しかし、近年では、裁判員裁判の実施に見られる
42 ような国民の司法への参加により、1952年判決当時と比較して、司法
43 に対する国民の意識・理解の向上が顕著である。そうすると、国民審
44 査には、審査人の意思をより反映すべく、信任投票制度及び事後審査

制度としての性格もあるというべきである。したがって、1952 年判決が国民審査を解職制度であることのみを根拠として現行制度を合憲とした判断は、変更されるべきである。

第2 設問2

1 被告側の反論

国民審査の法的性格は、解職制度であり、信任投票制度や事後審査制度ではないところ、解職制度としての国民審査をどのような制度として構築するかは、立法府の広範な裁量に委ねられている(憲法 79 条 4 項)。そして、法 15 条 1 項の規定する投票方法は、積極的に「罷免を可とする」投票が多数となった裁判官を解職するものであり、解職制度としての合理性を有する。また、法 53 条及び法施行令 26 条の規定する審査公報の掲載事項も「罷免を可とする」か否かの判断のために十分な情報を提供しており合理性を有する。したがって、法 15 条 1 項、53 条及び法施行令 26 条は、憲法 79 条 2 項・3 項・4 項に反しない。

2 私見

(1) 憲法 79 条 3 項の「裁判官は、罷免される」との文言及びその法的効果から、国民審査は、解職制度であると解すべきである。そして、司法に対する国民の意識・理解が向上しているとしても、これにより直ちに、国民審査の法的性格が信任投票制度や事後審査制度となるものではない。もっとも、国民審査は、解職制度であるとしても、その趣旨が最高裁判所裁判官に対する民主的コントロールという点にあることから、事実上、信任投票制度や事後審査制度の機能をも有するといえる。したがって、立法府は、解職制度としての国民審査制度の構築においては、上記機能をも踏まえる必要がある。

(2) 確かに、解職制度と解する場合、現行の投票方法は、積極的に「罷免を可とする」投票が多数となった裁判官を解職するものであり、解職制度としての合理性を有する。しかし、解職制度と解するとしても、当然に現行の投票方法が採用されることにはならない。そして、信任投票制度としての機能を踏まえ、例えば、信任は○、不信任は×、棄権及び可否留保は無記入(白票)という投票方法を採用しても、解職制度であることと矛盾しない。むしろ、当該投票方法は、積極的に適格者であると判断した審査人の意思を反映し、また、白票を「罷免を可としない」投票として取り扱わなければ、現行の投票方法より合理性がある。なお、当該投票方法においては、白票が多い場合、少数の票により罷免される可能性があるが、これは一定数以上の有効投票の存在を罷免の条件とすることで防止できる。そうすると、当該投票方法を採用せず、現行の投票方法を維持することに合理性が認められないから、法 15 条 1 項は、憲法 79 条 2 項・3 項・4 項に反し、違憲である。したがって、1952 年判決は、この限りで変更されるべきである。

(3) なお、国民審査の上記機能の実効性確保から、審査公報の掲載事項が充実することは望ましい。しかし、国民審査では裁判官の法律家としての適否の判断が求められてはいないから、各裁判官の関与した主要な裁判の判決文及びその見解等が掲載されていなくても、法 53 条及び法施行令 26 条は、憲法 79 条 2 項・3 項・4 項に反しない。以上

[行政法]

Aは、甲県乙市に本店を置く建設会社であり、乙市下水道条例（以下「本件条例」という。）及び乙市下水道排水設備指定工事店に関する規則（以下「本件規則」という。）に基づき、乙市長（B）から指定工事店として指定を受けていた。Aの従業員であるCは、2010年5月に、自宅の下水道について、浄化槽を用いていたのをやめて、乙市の公共下水道に接続することにした。Cは、自力で工事を行う技術を身に付けていたため、休日である同年8月29日に、乙市に知らせることなく、自宅からの本管を付近の公共下水道に接続する工事（以下「本件工事」という。）を施工した。なお、Cは、Aにおいて専ら工事の施工に従事しており、Aの役員ではなかった。

2011年5月になって、本件工事が施工されたことが、乙市の知るところとなり、同年6月29日、乙市の職員がAに電話して、本件工事について経緯を説明するよう求めた。同日、Aの代表者が、Cを伴って乙市役所を訪れ、本件工事はCが会社を通さずに行ったものであるなどと説明したが、同年7月1日、Bは、本件規則第11条に基づき、Aに対する指定工事店としての指定を取り消す旨の処分（以下「本件処分」という。）をした。本件処分の通知書には、その理由として、「Aが、本市市長の確認を受けずに、下水道接続工事を行ったため。」と記載されていた。なお、Aは、本件処分に先立って、上記の事情説明以外には、意見陳述や資料提出の機会を与えられなかった。

Aは、本件処分以前には、本件条例及び本件規則に基づく処分を受けたことはなかったため、本件処分に驚き、弁護士Jに相談の上、Jに本件処分の取消訴訟の提起を依頼することにした。Aから依頼を受けたJの立場に立って、以下の設問に解答しなさい。

なお、乙市は、1996年に乙市行政手続条例を施行しており、本件処分に関する手続について、同条例は行政手続法と同じ内容の規定を設けている。また、本件条例及び本件規則の抜粋を資料として掲げてあるので、適宜参照しなさい。

[設 問]

Aが本件処分の取消訴訟において主張すべき本件処分の違法事由につき、本件条例及び本件規則の規定内容を踏まえて、具体的に説明しなさい。なお、訴訟要件については検討しなくてよい。

【資料】

○ 乙市下水道条例（抜粋）

（排水設備の計画の確認）

第9条 排水設備の新設等を行おうとする者は、その計画が排水設備の設置及び構造に関する法令及びこの条例の規定に適合するものであることについて、あらかじめ市長の確認を受けなければならない。確認を受けた事項を変更しようとするときも、同様とする。

（排水設備の工事の実施）

第11条 排水設備の新設等の設計及び工事は、市長が排水設備の工事に関し技能を有する者として指定した者（以下「指定工事店」という。）でなければ行うことができない。ただし、市において工事を実施するときは、この限りでない。

2 指定工事店について必要な事項は、規則で定める。

（罰則）

第40条 市長は、次の各号の一に該当する者に対し、5万円以下の過料を科することができる。

- (1) 第9条の規定による確認を受けずに排水設備の新設等を行った者
- (2) 第11条第1項の規定に違反して排水設備の新設等の工事を実施した者
- (3)～(8) （略）

○ 乙市下水道排水設備指定工事店に関する規則（抜粋）

（趣旨）

第1条 この規則は、乙市下水道条例（以下「条例」という。）第11条第2項の規定により、乙市下水道排水設備指定工事店に関して必要な事項を定めるものとする。

（指定工事店の指定）

第3条 条例第11条に規定する排水設備工事を施工することができる者は、次の各号に掲げる要件に適合している工事業者とし、市長はこれを指定工事店として指定するものとする。（以下略）

2 （略）

（指定工事店の責務及び遵守事項）

第7条 指定工事店は、下水道に関する法令（条例及び規則を含む。）その他市長が定めるところに従い、誠実に排水設備工事を施工しなければならない。

2 指定工事店は、次の各号に掲げる事項を遵守しなければならない。

- (1)～(5) （略）
- (6) 工事は、条例第9条に規定する排水設備工事の計画に係る市長の確認を受けたものでなければ着手してはならない。
- (7)～(12) （略）

（指定の取消し又は停止）

第11条 市長は、指定工事店が条例又はこの規則の規定に違反したときは、その指定を取り消し、又は6月を超えない範囲内において指定の効力を停止することができる。

出題の趣旨

本問は、行政処分の違法事由についての基本的な知識、理解及びそれを事案に即して運用する基本的な能力を試すことを目的にして、排水設備工事に係る指定工事店としての指定を取り消す旨の処分を受けた建設会社Aが当該処分の取消訴訟を提起した場合に主張すべき違法事由について問うものである。処分の根拠となった条例及び規則の仕組みを正確に把握した上で、処分要件規定や比例原則に照らした実体的違法事由及び聴聞や理由提示の手續に係る違法事由について検討し、事案に即して当該処分の違法性に関する受験者の見解を述べることが求められる。

基本ポイント

本問では、A（建設会社）が主張すべき本件処分の違法事由につき、具体的に説明することが求められている。違法事由には、一般論として、実体的違法事由と手続的違法事由があるため、それぞれについて検討することになる。行政活動・処分の違法事由を検討する際の基本的な着眼点は、以下のとおりである。

(1) 実体的違法事由

ア 要件不充足（裁量判断でないことが前提）

要件に該当する事実がないのに、あるものとして処分がなされた場合

イ 裁量権の逸脱濫用（裁量判断であることが前提）

①重要な事実の基礎を欠く場合

②法の趣旨・目的とは異なる目的・動機に基づく場合

③信義則に違反する場合

④平等原則に違反する場合

⑤比例原則に違反する場合

⑥国民の権利・自由を不当に侵害する場合

⑦他事考慮・考慮不尽等がある場合

※ ①から⑥は裁量判断の結果に着目する場合であるのに対し、⑦は裁量判断の過程に着目する場合である。

ウ 一般原則違反（行政活動が個別の法令に違反していないことが前提）

行政活動が信義則、平等原則又は比例原則等に違反する場合

(2) 手続的違法事由

ア 重大な手続違反

告知・聴聞、理由提示、文書閲覧及び審査基準の設定・公表に関する違法の場合

※ 処分の取消事由になり得る。

イ その他の手続違反

上記の着眼点を踏まえて、問題文の事案と法律・規則等との往復を通じて違法事由を漏れなく抽出することになる。実体的違法事由の検討では、問題文に挙げられた個別法の条文と事実との関係を精査する。他方、手続的違法事由の検討では、本来採られるべきであった手続（及びその根拠条文）と行政側の実際の対応を押さえる。そして、手続的違法事由は、必ずしも処分取消しの訴えの取消事由とならないため、手続的違法事由が認められた場合、必ず、取消事由該当性も別途検討する。なお、試験対策上は、告知・聴聞、理由提示、文書閲覧及び審査基準の設定・公表に関する違法については、重大な手続違反として取消事由該当性を肯定し、その他の違法は個別に判断するのが良い。

また、本問では、行手法の適用の有無が、問題検討の大前提となるため、必ず判断しなければならない。この点について、行手法3条3項は、「第1項各号及び前項各号に掲げるもののほか、地方公共団体の機関がする処分（その根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものに限る。）及び行政指導、地方公共団体の機関に対する届出（前条第7号の通知の根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものに限る。）並びに地方公共団体の機関が命令等を定める行為については、次章から第6章までの規定は、適用しない。」と規定する。本件処分は、乙市長Bという「地方公共団体の機関」がした「処分」であり、根拠規定が本件規則11条である。そのため、本件処分については、行手法2章から6章の規定が適用されず、乙市行政手続条例（以下「行手条例」という。）が適用される。したがって、本問では、行手条例の適用を前提に、手続的違法事由を検討する必要がある。

応用ポイント

1	全ての違法事由を漏らすことなく検討していること →実体的違法事由として、①要件不充足及び②比例原則違反を理由とする裁量権の逸脱濫用を、手続的違法事由として、③聴聞手続欠如及び④理由提示欠如を検討している。
2	①要件不充足に関し、本件工事の主体が誰であるかについて事案に即して具体的に検討していること
3	②比例原則違反に関し、市長に裁量が認められる理由を規定の文言及び本件処分の性質から説明した上、なぜ比例原則に違反するのかについて事案に即して具体的に検討していること
4	③聴聞手続及び④理由提示に関し、本来履践されるべきだった手続の内容を踏まえて検討していること

1 第1 実体的違法事由

2 1(1) 本件処分の理由は、「Aが、本市市長の確認を受けずに、下水道接続
3 工事を行ったため。」とされている。しかし、Cが乙市に知らせること
4 なく本件工事を施工したとしても、本件工事の主体はAではないから、
5 本件規則11条の「指定工事店が条例又はこの規則の規定に違反した」
6 という要件を満たさない。したがって、本件処分は違法である。

7 (2) 確かに、「指定工事店」としての指定（本件条例11条1項、2項、
8 本件規則1条、3条1項）を受けたAが、本件工事を行おうとする場
9 合において、その計画が排水設備の設置及び構造に関する法令及び条
10 例の規定に適合するものであることについて、あらかじめ乙町長Bの
11 確認を受ける（本件条例9条前段）ことなく、工事に着手（本件規則
12 7条2項6号）したときは、本件条例及び本件規則に違反したことにな
13 る。しかし、本件工事は、Cが休日に、Aを通さずに自宅の下水道
14 に関して行ったものであり、個人的な工事といえるから、Aの業務と
15 しての性質はない。また、Cは、Aの従業員であり、Aにおいて専ら
16 工事の施工に従事しており、Aの役員でなかったから、本件工事をA
17 の行為と同視することもできない。そうすると、本件工事の主体はA
18 ではないから、Aは、本件条例及び本件規則に違反していない。

19 2(1) 仮に上記の要件を満たすとしても、本件処分は、Bに裁量権の逸脱
20 濫用（行訴法30条）があり、違法である。

21 (2)ア 本件規則11条は、「市長は、…指定を取り消し、又は6月を超え
22 ない範囲内において指定の効力を停止することができる」と定めて
23 いるから、市長は、指定の取消処分ではなく効力停止処分もでき、
24 また、これらの処分をしないこともできる。そして、指定工事店と
25 しての「指定」においては、「排水設備の工事に関し技能を有する者」
26 （本件条例11条1項本文）か否かという専門技術的判断が不可欠
27 であるから、上記の処分をするか否か、する場合の処分内容につい
28 ても、専門技術的判断が必要であるといえる。したがって、本件規
29 則11条は、市長に効果裁量を認める趣旨の規定であると解される。
30 そこで、Bに裁量権の逸脱濫用がある場合、本件処分は違法となる。

31 イ 本件規則11条の目的は、指定工事店の責務等（本件規則7条1
32 項、2項）の履行を確保する点にある。しかし、Aは、本件処分以
33 前に本件条例及び本件規則に基づく処分を受けたことがないから、
34 指定工事店の責務等を履行していたといえる。他方、本件処分によ
35 り指定工事店でなくなる場合、Aは、排水設備の新築等の設計及び
36 工事を行えなくなり（本件条例11条1項本文）、違反すれば過料も
37 科される（同40条1号）から、業務に重大な支障が生じる。そうす
38 ると、本件規則11条の目的達成のためには、例えば短期間の指定の
39 効力停止処分ですり足るはずであり、直ちに指定取消処分という最も
40 重大な不利益処分をすることは、必要な範囲を超え、比例原則に反
41 する。したがって、本件処分は、社会通念に照らして著しく妥当性
42 を欠くといえるから、Bに裁量権の逸脱濫用があり、違法である。

43 第2 手続的違法事由

44 1(1) 本件処分は聴聞手続を欠いており、その違法は取消事由となる。

(2)ア 本件処分は、乙市長Bという「地方公共団体の機関」がした「処分」であり、根拠規定が本件規則 11 条である。そのため、本件処分については、行手法 2 章から 6 章の規定が適用されず（同法 3 条 3 項）、乙市行政手続条例（以下「行手条例」）が適用される。そして、本件処分は、申請によりなされたと考えられる「指定」を取り消すものであるから、「許認可等を取り消す不利益処分」（行手条例 13 条 1 項 1 号イ）に当たる。したがって、BはAに対して聴聞手続を執る必要があり、聴聞では、事前に不利益処分の名あて人となるべき者Aに対して書面で聴聞の通知がなされ（同 15 条 1 項）、聴聞期日に当事者は意見を述べて証拠書類等を提出できる（同 20 条 2 項）。

本件では、乙市の職員が、2011 年 6 月 29 日、Aに電話して、本件工事の経緯を説明するよう求めたため、同日、Aの代表者がCを伴って乙市役所を訪れて事情を説明しており、書面での事前通知はなく、また、Aは、この事情説明以外に意見陳述や資料提出の機会を与えられなかった。したがって、聴聞手続が執られたとはいえないから、本件処分は、行手条例 13 条 1 項 1 号に反し、違法である。

イ そして、手続的違法事由の全てが直ちに取消事由になるものではないとしても、聴聞は、行手法で明確に行政庁の作為義務として定められた重要な手続であるから、これを怠ったことは重大な手続違反である。したがって、聴聞手続を欠いたことは取消事由となる。

2(1) 本件処分は理由提示を欠いており、その違法は取消事由となる。

(2)ア Bは、本件処分をする場合、Aに対し、同時に、その理由を書面で示さなければならない（行手条例 14 条 1 項本文、3 項）。そして、理由提示の趣旨が行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服申立てに便宜を与える点にあるから、理由提示の程度は、上記趣旨に照らし、処分の根拠規定の内容等及び処分の内容等を総合考慮して決すべきであると解する。

本件処分の根拠規定である本件規則 11 条の要件は「指定工事店が条例又はこの規則の規定に違反した」ことであり、指定工事店が条例又は規則のどの規定に違反したかが問題となる上、同条所定のいずれの処分を選択するかも乙市長の裁量に委ねられている。したがって、本件の理由提示は、いかなる事実関係に基づき、いかなる法規を適用して本件処分がなされたかを処分の名あて人Aがその記載自体から了知できる程度に具体的である必要がある。しかし、本件処分の理由は、「Aが、本市市長の確認を受けずに、下水道接続工事を行ったため。」であり、事実関係が日時場所を欠き不明確ある上、Aが違反した規定の記載もない。そのため、いかなる事実関係に基づき、いかなる法規を適用して本件処分がなされたかが了知できず、理由提示に必要な具体性を欠くといえる。よって、理由提示を欠くから、本件処分は、行手条例 14 条 1 項、3 項に反し、違法である。

イ そして、理由提示も、聴聞と同様、重要な手続であるから、これを怠ったことは重大な手続違反である。したがって、理由提示を欠いたことは取消事由となる。

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。

I

【事実】

1. A（女性，昭和22年生）は，配偶者がいたが，平成2年5月頃から，B（男性，昭和27年生）と交際するようになり，同年10月には，配偶者との離婚の協議を始めた。
2. Aは，平成3年8月，配偶者と離婚した。A及びBは，これを契機として，マンションを賃借し，そこで同居をするようになった。もっとも，離婚を経験したAは，Bとの婚姻の届出をすることをためらい，Bと話し合いの上，その届出をしないままBとの生活を続けた。
3. 平成3年当時，Aは，甲土地を所有しており，甲土地についてAを所有権登記名義人とする登記がされていた。A及びBは，相談の上，甲土地の上にBが所有する建物を建築することを計画した。この計画に従い，平成5年3月，甲土地の上に所在する乙建物が完成して，乙建物についてBを所有権登記名義人とする所有権の保存の登記がされ，同月，A及びBは，乙建物に移り住んだ。
4. Aは，かねてよりヨーロッパのアンティーク家具や小物の収集を趣味としていたが，平成18年秋頃から，そうした家具などを輸入して販売する事業を始めた。Aは，同年9月，この事業の資金として3000万円を銀行のCから借り入れた。その返済の期限は，平成22年9月30日と定められた。
5. 同じく平成18年9月に，この借入に係る債務を担保するため，Aは，甲土地についてCのために抵当権を設定し，また，Bも乙建物についてCのための抵当権を設定し，同月中に，それぞれその旨の登記がされた。乙建物については，Bが，Aから依頼されて，Aの事業に協力する趣旨で，抵当権を設定したものである。
6. Aの事業は，しばらくは順調であったものの，折からの不況のため徐々に経営が悪化し，平成22年9月30日が経過しても，Aは，Cからの借入金を返済することができなかった。そこで，Cは，甲土地及び乙建物について抵当権を実行することを検討するに至った。

〔設問 1〕

【事実】 1から6までを前提として，以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Aが，銀行のDに対し預金債権を有しており，その残高がCに対する債務を弁済するのに十分な額であると認められる場合において，Bは，乙建物について抵当権を実行しようとするCに対し，AがCに弁済をする資力があり，かつ，執行が容易である，ということを証明して，まずAの財産について執行しなければならないことを主張することができるか，理由を付して結論を述べなさい。
- (2) Bは，Aに対し，あらかじめ，求償権を行使することができるか。また，仮にCが抵当権を実行して乙建物が売却された場合において，Bは，Aに対し，求償権を行使することができるか。それぞれ，委託を受けて保証をした者が行使する求償権と比較しつつ，理由を付して結論を述べなさい。

II 【事実】 1から6までに加え，以下の【事実】 7から10までの経緯があった。

【事実】

7. その後，Aの事業は，一時は倒産も懸念されたが，平成22年12月頃から，一部の好事家の間でアンティーク家具が人気を博するようになったことを契機として，収益が好転してきた。

Aは、抵当権の実行をしばらく思いとどまるようCと交渉し、平成23年4月までに、Cに対し、【事実】4の借入れに係る元本、利息及び遅延損害金の全部を弁済した。

8. 平成23年9月、Aは、体調の不良を感じて病院で診察を受けたところ、重篤な病気であることが判明した。Aは、同年11月に手術を受けたものの、手遅れであり、担当の医師から、余命が3か月であることを告げられた。

そこで、Aは、平成24年1月18日、Bとの間で、AがBに甲土地を贈与する旨の契約を締結し、その旨を記した書面を作成した。

9. Aは、平成24年3月25日、死亡した。Aは、生前、預金債権その他の財産を負債の返済に充てるなどして、財産の整理をしていた。このため、Aが死亡した当時、Aに財産はなく、また、債務も負っていなかった。

10. Aが死亡した当時、Aの両親は、既に死亡していた。また、Aの子としては、前夫との間にうけたE（昭和62年生）のみがいる。

〔設問2〕

Eは、Bに対し、甲土地について、どのような権利主張をすることができるか。また、その結果として、甲土地の所有権について、どのような法律関係が成立すると考えられるか。それぞれ理由を付して説明しなさい。

出題の趣旨

本問は、民法の財産法と家族法の基本的な制度について、正確な理解と応用能力とを問うものである。まず、設問1は、人的担保である保証に認められる検索の抗弁（民法第453条）と事前求償権（民法第460条）が、物的担保である物上保証にも認められるかについて、保証と物上保証との異同に着目しつつ保証についての規定の類推適用の可能性を検討すること等を通じて、法的知識の正確性と論理的思考力を試すものである。また、設問2は、遺留分減殺請求権〔注：現行法では「遺留分侵害額請求権」である。〕に関して、基本的な理解とそれに基づく事案分析能力を試すものである。

基本ポイント

設問1小問(1)では、未知の論点に関する対応力が問われている。しかし、このような問題に対する基本的な対応方法は、既存の知識を活用するというものである。本問で既存の知識となるのは、人的担保である保証に認められる検索の抗弁（453条）である。そして、検索の抗弁は、条文の文言上、「保証人」にのみ認められるものであることを前提に、「物上保証人」にも認めることができるかという形で思考を展開することになる。このような場合、453条の趣旨を検討し、その趣旨が物上保証人についても妥当するといえれば、同条は物上保証人に類推適用されることになる。このように既存の知識を活用することが必要である。

設問1小問(2)では、前段で物上保証人の事前求償権の肯否が問われており、後段で物上保証人の事後求償権の肯否が問われている。事後求償権に関しては、372条が351条を準用していることを指摘して肯定することになる。他方、事前求償権に関しては、判例（最判平2.12.18）が否定しているところ、これは基本的知識であるから、同判例を踏まえて解答することになる。その際、460条を摘示することは必須である。

設問2では、遺留分を侵害された相続人が受贈者に対し、どのような権利行使をすることができるかが問われている。本問の事実即して、Bは相続人でないが、Eは相続人であることを確定し、AB間の贈与によりEの遺留分が侵害されていることを認定した上で、Eは、Bに対し、遺留分侵害額請求権を行使することができることを説明することになる。

応用ポイント

1	（設問1小問(1)）453条の趣旨・根拠について保証債務の補充性に関連付けながら検討していること →同条は、保証債務の補充性の現れであるところ、その根拠は、保証人が主債務とは別個の保証債務の履行責任という重い責任を負う点にある。
---	--

2	(設問 1 小問(2)) 委託を受けた保証人が行使する事前求償権及び事後求償権と比較していること
3	(設問 2) 遺留分侵害額請求権が形成権であり, これが意思表示の方法により行使されることにより, 金銭給付請求権 (金銭債権) が発生することを説明していること →甲土地は, B の単独所有となることを説明している。

1 第1 設問1小問(1)

2 1 Bの主張は、検索の抗弁（民法（以下略）453条）と考えられる。しか
3 し、同条は検索の抗弁の行使主体を「保証人」としており、また、同条
4 を物上保証人に準用する規定もない。そこで、物上保証人Bは、同条に
5 基づき、抵当権者Cに対し、まずAの財産について執行しなければなら
6 ないと主張することができるか。同条の類推適用の可否が問題となる。

7 2 同条は、保証債務の補充性の現れであるところ、その根拠は、保証人
8 が主債務とは別個の保証債務の履行責任という重い責任を負う点にある。
9 しかし、物上保証人は、何ら債務を負わず、担保目的物の価格の限度で
10 責任を負うにとどまるから、保証人のような重い責任を負わない。した
11 がって、同条は類推適用されないと解する。

12 3 よって、Bは、同条に基づき、Cに対し、まずAの財産について執行
13 しなければならないと主張することはできない。

14 第2 設問1小問(2)事後求償権

15 1 Bは、Aから依頼されて、自己所有の乙建物（以下「乙」）についてA
16 の債権者Cのための抵当権を設定しているから、委託を受けた物上保証
17 人である。そして、仮にCが抵当権を実行して乙が売却された場合、B
18 は、抵当権の実行により乙の所有権を失うから、Aに対する事後求償権
19 を取得する（372条・351条）。したがって、Bは、Aに対し、この求償
20 権を行使することができる。

21 2 事後求償権の発生根拠は、自己の財産をもって他人の債務を消滅させ
22 た点にあるが、この点は保証人と物上保証人とで異なる。そこで、
23 保証人（459条、462条）と同様、物上保証人にも事後求償権が認められ
24 ている。なお、BはAの委託を受けているため、その求償権の範囲は、
25 委託を受けた保証人の求償権に関する規定（459条）に従うことになる。

26 第3 設問1小問(2)事前求償権

27 1 Bは、Aに対し、あらかじめ、求償権を行使できるか。

28 2(1) まず、372条が準用する351条の定める求償権は、その文言上、事
29 後求償権であることが明らかである。したがって、351条は、事前求
30 償権の根拠とはならない。

31 (2) もっとも、委託を受けた保証人は、主債務が弁済期にあるときは、
32 主債務者に対し、あらかじめ、求償権を行使することができる（460条
33 2号）ところ、本件では、Aの債務の弁済期である平成22年9月30
34 日が経過している。そこで、物上保証人に同条を類推適用することが
35 できるかが問題となる。

36 そもそも、委託を受けた保証人は、保証債務の弁済を当然予定して
37 委任事務としての保証契約締結を行っているから、その弁済に係る費
38 用については委任事務処理費用として、主債務者に対し、前払請求権
39 （649条）を有するはずである。しかし、これでは保証人を立てた意
40 味がないこと等から、460条は、同請求権を制限するために規定され
41 たものである。そうすると、事前求償権は、委任事務処理費用前払請
42 求権としての性質を有することになる。しかし、物上保証の委託は、
43 物権設定行為の委任にとどまり、債務負担行為の委任ではないから、
44 弁済費用は委任事務処理費用とならず、事前求償権の発生の前提を欠

く。また、求償権の有無・範囲は、担保目的物の売却代金の配当等により確定するから、あらかじめ確定することができないものである。したがって、物上保証人に同条を類推適用することはできないと解する。

3 よって、Bは、Aに対し、あらかじめ、求償権を行使できない。

第4 設問2

1 前段

(1) Eは、Aの子であるから、相続人となる(887条1項)。他方、Bは、Aと実質的に夫婦としての共同生活を営んでおり、Aとの内縁関係が認められるが、Aの「配偶者」(890条前段)に当たらないから、相続人とならない。そして、Aの両親は既に死亡しており、Aの子はEのみである。したがって、Aの相続人は、Eのみである。

(2) そうすると、本件は、直系尊属のみが相続人である場合「以外の場合」(1042条1項2号)に当たるから、Aの「兄弟姉妹」(同条項柱書)以外の相続人であるEは、Aの財産の2分の1に相当する額につき遺留分を有する。

本件で、Aは、平成24年3月25日に死亡し、相続が開始したが、この時、Aに財産も債務もなかった。しかし、同年1月18日にされたAB間の甲土地(以下「甲」)贈与は、Aの相続開始前の1年間にされているから、甲の価額は遺留分算定の基礎となる(1044条1項前段)。したがって、Eは、甲の価額の2分の1について遺留分を有する。

(3) しかし、AB間の贈与により、Bが甲の所有権を取得しているから、Eの遺留分は侵害されている。そこで、Eは、Bに対し、遺留分侵害額請求権を行使することができる(1046条1項)。そして、遺留分侵害額請求権は形成権であるところ、これが意思表示の方法により行使されることにより、金銭給付請求権(金銭債権)が発生する。そのため、Eは、Bに対し、甲の価額の2分の1に相当する金銭の支払を請求することができる。

なお、Bは、裁判所に対し、その債務の全部又は一部の支払につき相当の期限の許与を請求して履行遅滞を免れることができる(1047条5項)。

2 後段

遺留分権利者Eが取得するのは、侵害額に相当する金銭給付請求権であり、甲についての物権ないし物権的請求権ではない。そのため、甲については、BとEとの共有状態は発生せず、Bの単独所有となる。

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、国内にのみ本店及び支店を有し、化学繊維の製造及び販売を目的とする取締役会を置く会社である。
X社の取締役は、A、B及びCの3人であり、その代表取締役は、Aのみである。
2. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、国内にのみ本店及び支店を有し、洋服の製造及び販売を目的とする取締役会を置く会社であり、直近数年の平均的な年間売上高が1億円であった。
Y社では、Aの旧知の友人であるBが唯一の代表取締役に就任している。
3. X社は、大手アパレルメーカーからの依頼を受け、洋服用の生地（以下「本件生地」という。）を製造したところ、この大手アパレルメーカーが倒産したため、本件生地を大量に在庫として抱えることとなった。
4. そこで、Aは、Bに対し、Y社において本件生地を代金1億円で購入してもらえないかと打診した。Bは、本件生地が高品質のものであり、これを用いて洋服を製造し販売すれば売上げの大幅な増加が見込めるので、本件生地を購入したいと考えたが、Y社において代金1億円を現金で直ちに支払うことは困難であった。そのため、Bは、Aに対し、6か月後の日を満期とする約束手形により支払うことでよければ購入したいと伝えた。Aは、Bのこの提案を了承した。そこで、X社は、Y社に対し、平成23年9月1日、本件生地を代金1億円で売却した（以下「本件売買契約」という。）。これに対し、Y社は、Y社代表取締役Bの名義で、同日、本件売買契約の代金の支払のため、次の内容の約束手形（以下「本件手形」という。）を振り出した。
金 額 1億円
満 期 平成24年3月1日
支 払 地 甲県乙市
支払場所 丙銀行丁支店
受 取 人 X社
振 出 日 平成23年9月1日
振 出 地 甲県乙市
5. 本件売買契約の締結については、X社及びY社の取締役会において、いずれもその承認や決定がされることはなかった。
6. Y社は、本件生地を受領した際に、その一部につき抜き出して詳細な検査をし、その余は外観上の検査をした結果、本件生地に特に異常は見付けられなかった。
7. 他方、X社は、Zに対し、平成23年9月8日、Y社から交付を受けた本件手形につき拒絶証書の作成を免除して、本件手形を割引のため裏書譲渡した。Zは、本件手形の裏書譲渡を受ける際に、本件手形が本件売買契約の代金の支払のために振り出されたものであることを知っていた。
8. Y社は、本件生地を用いて洋服を製造し販売した。ところが、Y社は、平成24年2月になって、その洋服の購入者から苦情を受け、本件生地のほとんどに染色の不具合があり、数回洗濯すると極端に色落ちすることが分かった。そこで、Y社は、直ちにX社に対してその旨の通知を発した上で、同月20日、本件売買契約を解除する旨の意思表示をした。
9. Zは、平成24年3月2日、本件手形につき丙銀行丁支店において支払のための呈示をした。

〔設問１〕

本件売買契約の効力及び解除に関し、Ｙ社からみて、会社法上及び商法上どのような点が問題となるか。

〔設問２〕

Ｙ社は、Ｚによる本件手形の手形金支払請求を拒むことができるか。

出題の趣旨

本問は、取締役会設置会社における利益相反取引及び重要な業務執行、商人間の売買契約における検査・通知義務並びに約束手形における人的抗弁の切断に関する基本的な知識・理解等を問うものである。解答に際しては、①会社法第356条第1項第2号（会社法第365条第1項）の利益相反取引の該当性及び取締役会の承認を受けない利益相反取引の効力、②会社法第362条第4項の取締役会による決定を要する場合の該当性及びこの場合において代表取締役がその決定を経ないで業務執行をしたときの効果、③商法第526条の適用要件、④手形法第17条ただし書（手形法第77条第1項第1号）の「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」の意義について、正しく論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1では、本件売買契約の効力を否定して代金1億円の支払義務を免れたい「Y社からみて」、本件売買契約の効力及び解除に関する会社法上及び商法上の問題点を検討することが求められている。そして、本件売買契約の「効力」及び「解除」というように区別されているため、各々に関して検討することが大切である。そのため、Y社の立場から、本件売買契約につき、①無効事由はないか、また、②解除事由はないか、という視点で事案を分析することになる。①無効事由については、「本件売買契約の締結については、X社及びY社の取締役会において、いずれもその承認や決定がされることはなかった。」（事実5）に着目する必要がある、②解除事由については、「本件生地ほとんどに染色の不具合があり、数回洗濯すると極端に色落ちする」（事実8）に着目する必要がある。

①に関しては、利益相反取引該当性（会社法356条1項2号）及び重要な財産の譲受け（又は重要な財産の処分）該当性（同法362条4項1号）を検討することになるが、その前提として、該当性が肯定される場合、どの会社の取締役会決議（承認決議・決定決議）が必要となるかを正確に押さえておかなければならない。まず、利益相反取引該当性については、どの取締役の行為が会社との関係で利益相反取引となるかを混乱することなく処理することが基本である。本問では、X社の取締役Bが、Y社を代表し、X社を相手方としておこなった行為がX社との関係で利益相反取引となり得るから、利益相反取引該当性が肯定される場合、取締役会決議が必要となるのはX社である（Y社の取締役会決議は必要でない）。次に、重要な財産の譲受け（又は重要な財産の処分）該当性については、1億円の本件生地がX社又はY社の各々にとって「重要な財産」に該当する場合、各々の会社において取締役会決議が必要となる。もっとも、問題文には、Y社と異なりX社の財産状況に関する事実の記載がないこと等から、本問では、Y社にとって「重要な財産」に該当するかどうか、該当する場合、Y社の取締役会決議が必要と

なるのに、それがないため本件売買契約が無効となるかという点の検討が求められている。そして、民法 93 条 1 項ただし書の類推適用を踏まえた検討をすることも必要である。

②に関しては、売買目的物の「性質」に関する契約不適合がある場合の売主の責任のうちの 1 つである契約の解除について検討することになる。この点については、民法上の要件だけでなく、商法上の要件（商法 526 条）の充足性も事案に即して検討することが必須である。

- 2 設問 2 では、手形法 17 条を挙げて検討することが求められている。解答の際の基本的発想は、Y 社は、本件手形の受取人 X 社に対して本件売買契約の無効及び解除を主張して、X 社からの請求を拒むことができるため、その売買代金の支払のために振り出された本件手形の被裏書人（譲受人）Z からの請求も拒むことができないか、というものである。そして、本件売買契約の無効及び解除の主張は、本件手形を振り出した原因関係に関する抗弁であり、X 社・Y 社間の「人的関係に基ク抗弁」（同条本文）であるから、Y 社は、原則として、これをもって「所持人」Z に対抗できない。もっとも、同条但書は、その例外を規定しているため、Y 社が同条但書を根拠に上記抗弁を Z に対抗できないかどうかを検討する必要がある。

応用ポイント

1	（設問 1）利益相反取引に関する無効の主張権者を踏まえた検討 →判例（最判昭 48.12.11）によれば、無効の主張権者は X 社となるから、Y 社が無効を主張することはできないことになる。
2	（設問 1）契約の解除の要件充足性について、バランスよく網羅的に検討すること →民法 541 条又は 542 条のいずれの要件に該当するかということ、契約不適合の該当性、商人性の有無、検査の有無、期間内の通知の有無について検討している。
3	（設問 2）「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」の意義に関する正確な解釈をした上で、事案に即して当てはめをしていること →「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」とは、所持人が、当該手形を取得する際、その満期において、手形債務者が所持人の直接の前者に対し、抗弁を主張して支払請求を拒むことが確実であるとの認識を有していた場合をいう。

1 第1 設問1

2 1 本件売買契約の効力

3 (1) 利益相反取引（会社法 356 条 1 項 2 号）

4 ア（ア）Bは、X社の取締役であり、本件売買契約をY社を代表して
5 X社と締結しているから、「第三者のために株式会社と取引」し
6 ている。したがって、X社との関係で利益相反取引に該当する
7 から、X社の取締役会の承認（同法 365 条 1 項）が必要である。

8 （イ）そうすると、X社の取締役会の承認がないため、本件売買契
9 約の効力が問題となる。

10 取締役会の承認を欠く利益相反取引は、同法 356 条 2 項の反
11 対解釈により無権代理に準じて扱われるべきであるから、無効
12 と解する。もっとも、利益相反取引規制の趣旨は、会社利益の
13 保護にあるから、当該会社以外の者は、その無効を主張するこ
14 とができないと解する。

15 （ウ）したがって、Y社は、本件売買契約の無効を主張できない。

16 イ なお、Bは、Y社の取締役であるが、本件売買契約を自己の名義
17 又はX社を代表してY社と締結していないから、「自己又は第三者の
18 ために株式会社と取引」していない。したがって、Y社との関係で
19 利益相反取引に該当しないから、Y社の取締役会の承認は不要であ
20 り、本件売買契約の効力に影響はない。

21 (2) 重要な財産の譲受け（同法 362 条 4 項 1 号）

22 ア 本件売買契約の目的である本件生地がY社にとって「重要な財産」
23 に当たるかが問題となる。

24 「重要な財産」当たるか否かは、当該財産の価額及びその会社の
25 総資産に占める割合等を総合的に考慮して判断すべきである。

26 本件生地の価格は、1 億円と高額で、Y社の平均的な年間売上高
27 とも同額であり、Y社の総資産に占める割合も相当大きいといえる。
28 したがって、本件生地は「重要な財産」に当たる。

29 イ そうすると、代表取締役Bの行為についてのY社の取締役会決議
30 がないため、本件売買契約の効力が問題となる。

31 代表取締役は、包括的代表権を有しており（会社法 349 条 4 項）、
32 取締役会決議を欠くことは内部的意思決定を欠くにすぎないから、
33 取引安全の確保のため、原則として、その行為は有効であると解す
34 べきである。もっとも、内部的意思決定を欠くという点で心裡留保
35 類似の関係があるため、相手方が取締役会決議を欠くことにつき悪
36 意・有過失であるときは、民法 93 条 1 項ただし書の類推適用によ
37 り、例外的に、その行為は無効になると解する。

38 X社の代表取締役Aは、Y社の代表取締役Bとは旧知の友人であ
39 り、また、BはX社の取締役でもあるから、Bへの聴取等によりY
40 社の取締役会決議がないことを知ることができたといえる。したが
41 って、Y社は、X社の有過失を理由に本件売買契約の無効を主張す
42 ることができる。

43 2 本件売買契約の解除

44 (1) Y社は、本件売買契約を解除する旨の意思表示（民法 540 条 1 項）

をしている。その解除事由としては、本件生地の性質に関する契約不適合（同法564条・541条、542条）が想定されるため、民法・商法上の要件を検討する。

(2)ア まず、本件生地は、洋服の生地の素材として、本件売買契約の目的物とされているから、数回の洗濯で極端に色落ちすることは、契約不適合であるといえる。また、本件生地のほとんどに染色の不具合があったから「債務の全部の履行が不能である」（同法542条1項1号）といえる。

イ 次に、X社及びY社は、共に会社であり「商人」である（会社法5条、商法4条1項）。したがって、本件売買契約は、「商人間の売買」（商法526条1項）となるところ、Y社は、本件生地を受領した際に、その一部の詳細な検査やその余の外観上の検査をしているから、「遅滞なく、その物を検査」したといえる。そして、Y社は、本件売買契約締結時から6か月以内である平成24年2月、本件生地につき数回の洗濯後に極端に色落ちするという「直ちに発見することができない」不適合（同条2項後段）を発見し、直ちにX社にその旨の通知を発している。

ウ したがって、Y社による本件売買契約の解除は有効である。

第2 設問2

1 所持人Zは、受取人X社から本件手形の裏書譲渡を受けているから、手形上の権利を取得している（手形法77条1項1号・14条1項）。そして、裏書は手形債権の譲渡と解されるから、本来、裏書により権利とともに抗弁もまた承継されるはずである。しかし、手形法17条は、手形取引の安全を確保するため、振出人が所持人の前者に対して有する人的抗弁は、原則として、所持人に承継されず、例外的に、「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」手形を取得した所持人には承継されるものとする。

2(1) Y社は、本件売買契約の無効及び解除を主張することで、X社に対しては原因関係の無効及び消滅の抗弁を有することになるが、これらの抗弁は、人的抗弁であるから、原則として、Zには承継されない。そこで、例外的に、上記抗弁がZに承継されるか、「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」の意義が問題となる。

(2) 同条の文言及び判断基準の客観性の確保から、「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」とは、所持人が、当該手形を取得する際、その満期において、手形債務者が所持人の直接の前者に対し、抗弁を主張して支払請求を拒むことが確実であるとの認識を有していた場合をいうと解する。

(3) Zは、平成23年9月8日に本件手形の裏書譲渡を受ける際、本件手形が本件売買契約の代金支払のために振り出されたものであることを知っていたが、本件売買契約の無効事由及び解除事由については認識していなかった。そうすると、Zは、本件手形の裏書譲渡を受ける際、その満期である平成24年3月1日において、Y社がZの直接の前者であるX社に対し、上記抗弁を主張して支払請求を拒むことが確実であるとの認識を有していたとはいえない。したがって、「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」に当たらないから、Y社は、Zによる本件手形の手形金支払請求を拒むことができない。 以上

〔民事訴訟法〕〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、 ７：３）

次の事例について、後記の〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事例】

Xは、平成２２年６月１０日、Yを被告として、売買契約に基づく代金の支払を求める訴えを提起した（以下、この訴訟を「第１訴訟」という。）。第１訴訟の請求の趣旨は、「Yは、Xに対し、１５０万円を支払え。」との判決を求めるものであったが、第１訴訟において、Xは、平成２２年２月２日に、Yに対し、中古の建設機械１台（以下「本件機械」という。）を４００万円で売却した旨主張し（以下、この売買契約を「本件売買契約」という。）、第１訴訟では上記売買代金のうちの１５０万円を請求する旨明示していた。これに対し、Yは、本件売買契約の成立を否認し、Xから本件機械を買ったのは売買契約締結の際にYとともに同席していた息子のZであると主張した。

受訴裁判所は、平成２３年１月１３日に口頭弁論を終結し、同年３月３日にXの請求を全部認容する判決をしたところ、同判決は同月１７日の経過をもって確定した。

その後、Xは、平成２３年４月７日、Yを被告として、本件売買契約に基づく残代金の支払を求める訴えを提起し、Yに対し、残額の２５０万円の支払を求めた（以下、この訴訟を「第２訴訟」という。）。

以下は、第２訴訟を担当している裁判官Aと司法修習生Bの会話である。

裁判官A：Xは、第１訴訟において、本件売買契約の代金は４００万円であったと主張しながら、訴訟の中では、このうちの１５０万円を請求していますが、判例の考え方によると、この場合の訴訟物はどうなりますか。

修習生B：金銭債権の数量的一部請求の訴訟物に関する判例の考え方によれば、給付訴訟において、数量的一部請求であることが明示されていれば、一部請求部分のみが訴訟物であるということになりますから、第１訴訟における訴訟物は、売買契約に基づく代金支払請求権のうち１５０万円の支払を求める部分ということになると思います。

裁判官A：そうですね。そうすると、第１訴訟の確定判決によって、どのような点に既判力が生じますか。

修習生B：本件売買契約に基づき１５０万円の代金支払請求権が存在することについて既判力が生ずることになると思います。

裁判官A：そうですね。ところで、先ほどの数量的一部請求の訴訟物に関する判例の考え方を前提とすると、第２訴訟の訴訟物は、第１訴訟の訴訟物とは異なることになりましたが、訴訟物が異なるという理由だけで、第２訴訟において、第１訴訟の確定判決の既判力が及ぶことはないと言い切れますか。例えば、第２訴訟において、裁判所は、第１訴訟の確定判決で認められた売買代金債権の発生そのものを否定する判断をすることもできるのでしょうか。

修習生B：前訴と後訴の訴訟物が異なる場合でも、前訴の確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合はあったと思いますが、どのような場合がこれに当たるかについては、正確には覚えていません。

裁判官A：そうですか。それでは、第１訴訟と第２訴訟とで訴訟物が異なるにもかかわらず、第１訴訟の確定判決の既判力が第２訴訟にも及ぶことがあるのかどうか、さらには、それを踏まえ、第２訴訟において、Yは、どのような主張をすることが許されるか考えてみましょう。

〔設問１〕

裁判官Ａと司法修習生Ｂの会話を踏まえ、第２訴訟において、Ｙは、次のような主張をすることが許されるか検討しなさい。

- ① Ｘから本件機械を買ったのはＹではなく、Ｚであるとの主張
- ② 本件機械には隠れた瑕疵があり、^{※１}その修理費用として平成２２年１０月１０日に３００万円を支払ったことにより、これと同額の損害を受けたので、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権と対当額で相殺するとの主張^{※２}

〔設問２〕

仮に、第１訴訟において、ＸがＹに対して本件売買契約に基づく代金全額（４００万円）の支払を求める訴えを提起していたとする。この訴訟において、Ｙが〔設問１〕②の主張と併せて、本件売買契約に基づく代金として１８０万円を弁済した旨の主張をした場合に、裁判官が本件売買契約の成立のほか、Ｙ主張のいずれの事実についても証拠によって認定することができるとの心証を抱いたときは、裁判所は、どのような点に留意して判決をすべきか検討しなさい。

※１ 「隠れた瑕疵」とあるのは、「契約不適合」とする。

※２ 「瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権」とあるのは、「債務不履行に基づく損害賠償請求権」とする。

出題の趣旨

設問 1 は、既判力の作用等に関する理解を問うものであり、金銭債権の数量的一部請求についての判決確定後に残部請求がされた事例を取り上げることにより、明示された一部請求部分を前訴の訴訟物とする判例の考え方を踏まえ、既判力が生ずる範囲とその作用の仕方等に関する正確な理解や、それに基づく分析能力、論理的思考能力を試すものである。設問 2 は、民事訴訟における相殺の抗弁の特殊性に関する理解を前提に、その特殊性が裁判所の判断の仕方によどのような影響を与えるかを問うものである。

基本ポイント

設問 1 では、確定判決に生じる既判力に関する理解が問われているが、解答の前提として、以下の基本的知識が必要である。

- (1) 既判力は、確定判決の「主文に包含するもの」に生じる（民訴法 114 条 1 項）ところ、「主文に包含するもの」とは、主文の記載の中で示されている訴訟物についての判断（主文中の判断）をいう。
- (2) 前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一の場合、前訴確定判決の既判力は後訴に及ぶ。他方、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が異なる場合でも、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決関係にある場合又は前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が実体法上矛盾関係にある場合にも、前訴確定判決の既判力は後訴に及ぶ。
- (3) 前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合、後訴裁判所は、前訴確定判決の判断を前提に判断しなければならない（積極的作用）。他方、後訴において、当事者は、前訴の基準時（事実審の口頭弁論終結時）前に存在した前訴確定判決の主文中の判断と矛盾する事由の主張を遮断される（消極的作用）。
- (4) 前訴確定判決の既判力が後訴に及ばない場合において、後訴の請求又は後訴の主張が実質的に前訴の紛争の蒸し返しであるとき、後訴裁判所は、信義則（民訴法 2 条）により、後訴につき訴え却下判決をし、また、後訴の主張を遮断する。
- (5) 判例によれば、金銭債権の数量的一部請求の場合において、数量的一部請求であることの明示があるとき、訴訟物は一部請求部分のみとなり、残部は別の訴訟物となる。

これらの基本的知識を踏まえて、まず、第 1 訴訟の確定判決の既判力が第 2 訴訟に及ぶかどうかを検討することになる。その上で、既判力が及ばないと判断した場合、第 2 訴訟において、Y が①及び②の主張をすることが信義則に反して許されないかどうかを検討することになる。

設問 2 では、Y の相殺の抗弁及び弁済の抗弁は各々一部抗弁であるが、各々の合計金額が請求金額 400 万円を超えるため、結論として、裁判所は、請求棄却判決をすべきであることを前提に、裁判所の審理の順序を検討することになる。その際、相殺の抗弁が認めら

れた場合、自働債権が存在しないという判断について既判力が生じる（民訴法 114 条 2 項）から、相殺権者は実質的に敗訴となる点等を考慮する必要がある。

応用ポイント

1	（設問 1）前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が異なることを前提に，先決関係及び矛盾関係が認められるかどうかを検討していること
2	（設問 1）主張①及び②に関する信義則違反につき事案に即して丁寧に検討していること
3	（設問 2）裁判所の審理順序を指摘していること →裁判所は，①訴求債権の存在を認定し，②相殺の抗弁以外の抗弁を判断した上で，③相殺の抗弁を判断する，という審理順序の強制を受ける。

1 第1 設問1

2 1(1) 既判力は、確定判決の「主文に包含するもの」に生じる（民訴法114
3 条1項）ところ、「主文に包含するもの」とは、主文の記載の中で示さ
4 れている訴訟物についての判断をいう。そして、金銭債権の数量的一
5 部請求の訴訟物に関する判例の考え方によれば、第1訴訟の訴訟物は、
6 本件売買契約に基づく150万円の代金支払請求権（以下「訴訟物①」）
7 となる。したがって、第1訴訟の判決が確定すると、訴訟物①が存在
8 するという判断について、既判力が生じる。

9 (2)ア 他方、第2訴訟の訴訟物は、本件売買契約に基づく250万円の代
10 金支払請求権（以下「訴訟物②」）となるから、訴訟物①とは異なる。
11 そこで、前訴と後訴の訴訟物が異なる場合でも、前訴確定判決に生
12 じた既判力が後訴に及ぶかが問題となる。

13 イ 既判力の主たる根拠は、同一紛争が蒸し返された結果、後訴裁判
14 所の判断が前訴確定判決の判断と矛盾したものとなることを制度的
15 に防止し、法的安定性を図る点にある。そして、前訴と後訴の訴訟
16 物が同一の場合、同一紛争の蒸し返しといえるから、前訴確定判決
17 の既判力が後訴に及ぶことになる。

18 他方、前訴と後訴の訴訟物が異なる場合でも、前訴の訴訟物が後
19 訴の訴訟物の先決関係にある場合は、前訴の訴訟物についての判断
20 が、後訴の訴訟物の前提となつて、後訴の判断を左右するため、前
21 訴と後訴の判断の矛盾を防止する必要性から、前訴確定判決の既判
22 力が後訴に及ぶと解する。また、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が実
23 体法上矛盾関係にある場合にも、前訴と後訴の判断の矛盾を防止す
24 る必要があるから、前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶと解する。

25 ウ したがって、本件でも先決関係又は矛盾関係があれば、第1訴訟
26 の確定判決の既判力が第2訴訟に及ぶ。しかし、訴訟物①について
27 の判断が訴訟物②の前提となっていないから、先決関係はない。ま
28 た、訴訟物①が存在する場合において、実体法上、訴訟物②が存在
29 する可能性も存在しない可能性もあるから、矛盾関係もない。した
30 がって、第1訴訟の確定判決の既判力は、第2訴訟に及ばない。

31 (3) そうすると、第2訴訟で、裁判所は第1訴訟の確定判決の判断内容
32 に訴訟法上拘束されず、その結果、当事者は前訴確定判決の内容と矛
33 盾した主張もなし得ることになる。しかし、既判力が及ばない場合で
34 も、Yによる実質的な紛争の蒸し返しを防止する必要がある。そこで、
35 第1訴訟の確定判決により解決されたとのXの期待が合理的である場
36 合、Yの主張は、信義則（民訴法2条）に反して許されないと解する。

37 2(1) 主張①

38 訴訟物①の請求原因事実は、「Xは、平成22年2月2日、Yに対し、
39 本件機械を400万円で売却した」であるところ、この請求原因事実は、
40 第1訴訟の認容判決の主文を導き出すために不可欠の判断事項である。
41 そして、Yは、第1訴訟で主張①と同様の主張を行い、敗訴している。
42 そうすると、主張①の事実については、Xが、第1訴訟の確定判決に
43 より買主がYであるとして解決されたと期待するのは合理的である。
44 したがって、Yが主張①をすることは、Xの合理的期待に反するから、

信義則に反して許されない。

(2) 主張②

主張②は、本件機械の債務不履行に基づく損害賠償請求権（民法 564 条・415 条）を自働債権とする相殺の抗弁である。

確かに、自働債権は、本件機械の契約不適合を原因とする損害賠償請求権であり、実質的には売買代金の減額請求権として機能するものであるから、代金請求権と同時に存在し、かつ、代金請求権に内在するものとも思える。しかし、相殺の抗弁は、自働債権の喪失を伴うものであるから、これを行使するかは債権者 Y の自由であり、第 1 訴訟において、その提出を当然に期待できるものではない。そして、抗弁は、提出されない限り判断されないため、第 1 訴訟の認容判決の主文を導き出すために不可欠の判断事項ではなく、実際、Y は、第 1 訴訟で主張②と同様の主張を行っていない。そうすると、主張②の事実について、X が、第 1 訴訟の確定判決により解決されたと期待するのは合理的でない。したがって、Y が主張②をすることは、X の合理的期待に反しないから、信義則に反せず許される。

第 2 設問 2

1 裁判官の心証によれば、X の請求金額が 400 万円であるのに対し、Y の相殺に供した自働債権の金額が 300 万円及び Y の弁済額が 180 万円であることが認められる。そうすると、Y の相殺の抗弁及び弁済の抗弁は各々一部抗弁であるが、各々の合計金額が請求金額 400 万円を超えることから、結論として、裁判所は、請求棄却判決をすることになる。

2(1) 裁判所は、請求棄却判決をする場合、原則として、実体法上の論理的順序に拘束されず、審理判断を行いやすいものから採り上げて行うことができる。なぜなら、請求原因が認められない場合やいずれかの抗弁が認められる場合には、いずれにしろ請求棄却を導くことができ、また、請求原因や抗弁についての判断は、判決理由中の判断であり、原則として、既判力が生じないからである。

(2) しかし、相殺の抗弁についての判断は、判決理由中の判断であるにもかかわらず、例外的に、既判力を生じる（民訴法 114 条 2 項）。なぜなら、自働債権による紛争の蒸し返しを防止する必要があるからである。そして、相殺の抗弁が認められた場合、自働債権が存在しないという判断について既判力が生じるから、受働債権である訴求債権の存在が認定できない場合に、相殺の抗弁を認めると、自働債権を不当に消滅させることになる。また、相殺の抗弁は、明示的であるか否かにかかわらず、通常、他の一般の抗弁が認められないときに備えた予備的な位置付けの抗弁として主張されているというべきである。したがって、裁判所は、①訴求債権の存在を認定し、②相殺の抗弁以外の抗弁を判断した上で、③相殺の抗弁を判断する、という審理順序の強制を受けるから、この点に留意して判決をすべきである。

3 本件で、裁判所は、①400 万円の訴求債権の存在を認定し、②180 万円の弁済の抗弁を認めた上で、③残額 220 万円の訴求債権を受働債権とする相殺の抗弁を認めて、請求棄却判決をすべきである。

以上

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙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、中古車販売業を営んでいたが、事業の運転資金にするために借金を重ね、その返済に窮したことから、交通事故を装って自動車保険の保険会社から保険金をだまし取ろうと企てた。甲は、友人の乙及び丙であれば協力してくれるだろうと思い、二人を甲の事務所に呼び出した。
甲が、乙及び丙に対し、前記企てを打ち明けたところ、二人はこれに参加することを承諾した。三人は、更に詳細について相談し、①甲の所有する普通乗用自動車（以下「X車」という。）と、乙の所有する普通乗用自動車（以下「Y車」という。）を用意した上、乙がY車を運転して信号待ちのために停車中、丙の運転するX車を後方から低速でY車に衝突させること、②その衝突により、乙に軽度の頸部捻挫の怪我を負わせること、③乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、必要以上に長い期間通院すること、④甲がX車に付している自動車保険に基づき、保険会社に対し、乙に支払う慰謝料のほか、実際には乙が甲の従業員ではないのに従業員であるかのように装い、同事故により甲の従業員として稼働することができなくなったことによる乙の休業損害の支払を請求すること、⑤支払を受けた保険金は三人の間で分配することを計画し、これを実行することを合意した。
- 2 丙は、前記計画の実行予定日である×月×日になって犯罪に関与することが怖くなり、集合場所である甲の事務所に行くのをやめた。
甲及び乙は、同日夜、甲の事務所で丙を待っていたが、丙が約束した時刻になっても現れないので、丙の携帯電話に電話したところ、丙は、「俺は抜ける。」とだけ言って電話を切り、その後、甲や乙が電話をかけてもこれに応答しなかった。
甲及び乙は、丙が前記計画に参加することを嫌がって連絡を絶ったものと認識したが、甲が丙の代わりにX車を運転し、その他は予定したとおりに前記計画を実行することにした。
そこで、甲はX車を、乙はY車をそれぞれ運転して、甲の事務所を出発した。
- 3 甲及び乙は、事故を偽装することになっていた交差点付近に差し掛かった。乙は、進路前方の信号機の赤色表示に従い、同交差点の停止線の手前にY車を停止させた。甲は、X車を運転してY車の後方から接近し、減速した上、Y車後部にX車前部を衝突させ、当初の計画どおり、乙に加療約2週間を要する頸部捻挫の怪我を負わせた。
甲及び乙は、乙以外の者に怪我を負わせることを認識していなかったが、当時、路面が凍結していたため、衝突の衝撃により、甲及び乙が予想していたよりも前方にY車が押し出された結果、前記交差点入口に設置された横断歩道上を歩いていたAにY車前部バンパーを接触させ、Aを転倒させた。Aは、転倒の際、右手を路面に強打したために、加療約1か月間を要する右手首骨折の怪我を負った。
その後、乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、約2か月間、通院治療を受けた。
- 4 甲及び乙は、X車に付している自動車保険の保険会社の担当者Bに対し、前記計画どおり、乙に対する慰謝料及び乙の休業損害についての保険金の支払を請求した。しかし、同保険会社による調査の結果、事故状況について不審な点が発覚し、保険金は支払われなかった。

MEMO

出題の趣旨

本問は、甲、乙及び丙が、故意に人身事故を発生させ、保険金をだまし取ろうと企てたが、丙は、犯罪に関与することを恐れて実行行為に参加せず、甲、乙が故意に人身事故を惹起して、乙及び通行人Aに傷害結果を生じさせ、乙の慰謝料及び休業損害について保険金請求を行ったものの保険金は支払われなかったという事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、被害者の承諾、方法の錯誤、共謀の意義、共犯関係からの離脱、傷害罪における「人」の意義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

- 1 本問では、甲、乙及び丙の罪責が問われているが、実行した犯罪の多い甲及び乙から論じていくべきである。そして、甲及び乙に犯罪が成立することを確認した上で、丙に共犯関係及びその解消が認められるかどうかを論じるのが良い。
- 2 甲の罪責では、①乙に対する傷害行為、②Aに対する傷害行為及び③Bに対する詐欺行為について検討することになる。まず、①に関しては、被害者乙の同意・承諾があるため、傷害罪の構成要件該当性が認められることを前提に、違法性阻却が認められるかが問題となる。次に、②に関しては、甲は、乙以外の者を怪我させる認識を有していなかったため、傷害罪の故意が認められるかどうか問題となる。方法の錯誤の処理を行うことになる。そして、③に関しては、交通事故を自作自演しただけでは詐欺罪の実行行為に当たらないことを前提に、Bに対して保険金の支払を請求したが、支払を受けることができなかった場合の処理を正確に行うことになる。
- 3 乙の罪責では、①自己に対する傷害行為、②Aに対する傷害行為及び③Bに対する詐欺行為について検討することになる。まず、①に関しては、「人」（刑法 204 条）は行為者本人以外の自然人をいうから、乙の行為は傷害罪の構成要件に該当しないことになる。次に、②に関しては、乙に未必的な故意を認定することにより傷害罪の成立を認め、または、乙に過失を認定することにより過失運転致傷罪（自動車運転処罰法 5 条）の成立を認めることになる。なお、甲が乙に対する傷害の故意を有しているのと異なり、乙は乙に対する傷害の故意を有しているとはいえないから、方法の錯誤で処理することは難しい。そして、③に関しては、甲の罪責の場合と同様の処理をすることになる。
- 4 丙の罪責では、共謀共同正犯の成否を検討し、その成立が肯定され得ることを確認した上で、共犯関係の解消の肯否を検討することになる。丙は甲及び乙が計画を実行する前の時点で離脱の意思を表明しているため、共犯関係の解消が肯定された場合、丙には何らの犯罪も成立しないことになる。

応用ポイント

1	(甲の罪責) 同意傷害に関する違法性阻却の検討において、判例(最決昭 55. 11. 13)の考慮要素を踏まえていること →承諾を得た動機・目的, 傷害の手段・方法及び損傷の部位・程度等を考慮している。
2	(丙の罪責) 共謀共同正犯の成立要件の充足性について、本問の事案に即して具体的に検討していること
3	(丙の罪責) 共犯関係の解消の要件の充足性について、本問の事案に即して具体的に検討していること →心理的因果性及び物理的因果性の両面から具体的に検討している。

1 第1 甲の罪責

2 1(1) 甲は、X車をY車に衝突させて（以下「行為1」）、乙に加療約2週
3 間を要する首のねんざを負わせているから、行為1は、傷害罪（刑法
4 （以下「法」）204条）の構成要件に該当する。もっとも、乙は、甲が
5 X車をY車に衝突させて、乙に軽度の首のねんざを負わせることを承
6 諾しているため、違法性阻却が認められるかが問題となる。

7 (2) 傷害罪の被害者の承諾がある場合に、傷害罪の違法性阻却が認めら
8 れるためには、承諾を得た動機・目的、傷害の手段・方法及び損傷の
9 部位・程度等を考慮して、社会的相当性の限度を超えていないことが
10 必要であると解する。

11 (3) 確かに、乙のねんざ自体は軽度のむち打ち症にとどまり、損傷の程
12 度は軽い。しかし、承諾を得た目的は保険会社から保険金を詐取する
13 という違法行為を行う点にあり、また、傷害の方法も交差点での車同
14 士の衝突という高度の危険性を有するものである。そうすると、社会
15 的相当性の限度を超えているといえるから、違法性阻却は認められな
16 い。したがって、行為1には傷害罪が成立する（罪①）。

17 2(1) 甲は、行為1によりAに加療約1か月間を要する右手首骨折を負わ
18 せており、Aに対しても傷害罪の客観的構成要件該当性が認められる。

19 (2) もっとも、甲は、乙以外の者に怪我を負わせることを認識していな
20 かったため、傷害罪の故意が認められるかが問題となる。

21 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
22 られる。そうすると、認識事実と実現事実が同一の構成要件の範囲内
23 にある場合、両事実は構成要件的評価において符合するため、実現事
24 実の故意が認められると解する。そして、複数の客体につき犯罪を実
25 現した場合でも、全ての客体との関係で故意が認められると解する。

26 甲は、乙という「人」を傷害する認識を有しながら、Aという「人」
27 を傷害したから、認識事実と実現事実が傷害罪の構成要件の範囲内で
28 符合する。したがって、Aに対する傷害罪の故意も認められる。

29 (3) よって、行為1には、Aに対する傷害罪も成立する（罪②）。

30 3 甲は、自作自演の事故の損害には保険金が支払われないため、これを
31 秘して、保険会社の担当者Bに対し、保険金の支払を請求しており（以
32 下「行為2」）、人を欺く行為（法246条1項）に当たる。しかし、同保
33 険会社は、事故に不審点を発見し、保険金を支払っていない。したがっ
34 て、行為2には詐欺未遂罪（法250条・246条1項）が成立する（罪③）。

35 4 以上より、甲には、罪①から③が成立し、①及び②は観念的競合（法
36 54条1項前段）となり、これと③が併合罪（法45条前段）となる。そ
37 して、②及び③は、乙との共同正犯（法60条）となる。

38 第2 乙の罪責

39 1 乙は、X車をY車に衝突させることにより、自己の首のねんざという
40 「傷害」を負っている。しかし、法204条の「人」は、行為者本人以外
41 の自然人をいうから、自傷行為には傷害罪の構成要件該当性が認められ
42 ない。したがって、乙に対する傷害罪は成立しない。

43 2 乙は、X車に衝突されたY車をAに接触させ（以下「行為3」）、Aに
44 骨折を負わせているため、傷害罪の客観的構成要件該当性が認められる。

しかし、乙には、甲と異なり、自分以外の「人」を傷害する認識がなく、傷害罪の故意が認められない。したがって、傷害罪は成立しない。

もっとも、行為3の当時、交差点の路面は凍結していたから、乙は、Y車が制御不能となって人に傷害を負わせることがないように注意する義務を負っていたのに、漫然とY車にX車を衝突させた結果、凍結路面上でY車を制御不能にさせている。したがって、乙は「自動車の運転上必要な注意を怠ったといえる。よって、行為3には、過失運転致傷罪（自動車運転処罰法5条）が成立し、乙はこれを甲と共同して行っているから、共同正犯となる（罪④）。

3 乙は、甲と共同して、行為2を行っているから、詐欺未遂罪の共同正犯が成立する（罪⑤）。

4 以上より、乙には、罪④及び⑤の共同正犯が成立し、併合罪となる。

第3 丙の罪責

1 丙は、甲及び乙と①から⑤の内容の計画をし、これを実行する合意をしている。そこで、丙に傷害罪及び詐欺未遂罪の共同正犯が成立するか。

2(1)ア 本件で、丙は、計画内容を自ら実行していないため、共謀共同正犯の成否が問題となる。

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 計画は、乙に対する傷害罪と保険会社に対する詐欺罪を甲、乙及び丙で共同実行することを合意するものであるから、意思連絡がある。また、丙は、X車を運転して乙運転のY車に衝突させる（計画②）という傷害罪の実行行為及び詐欺罪の実行のための前提行為という重要な役割を担当し、詐取した保険金の分配も受ける立場にあった（計画⑤）から、正犯意思もある。したがって、共謀が認められる。そして、実際には、甲が丙の役割を代行に行ったが、それ以外は、①から⑤の計画内容の通りであったから、甲及び乙の行為は、共謀に基づく共謀参加者による実行行為といえる。

(2)ア もっとも、丙は、甲及び乙が計画を実行する前の時点で、甲に電話で「俺は抜ける。」と言い、実行に参加していない。そこで、この時点で、丙に共犯関係の解消が認められるかが問題となる。

イ 共犯の処罰根拠は、自己の行為が結果に対して因果性を与えた点にある。そうであるとすれば、自己の与えた結果に対する因果性が遮断されたときは、共犯関係の解消が認められると解する。

ウ 丙は、計画の立案者の甲に呼ばれて参加した者であり、計画は丙の役割を甲が担当することで実行されることになったから、甲及び乙に大きな心理的影響を与えていたとはいえず、甲及び乙は丙の離脱を認識したため、結果に対する心理的因果性は除去されていたといえる。また、X車は甲所有、Y車は乙所有であり丙所有でないから、結果に対する物理的因果性もない。したがって、因果性が遮断されたといえるから、共犯関係の解消が認められる。

3 よって、丙には犯罪が成立しない。 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】

- 1 警察官Kは、覚せい剤密売人Aを取り調べた際、Aが暴力団組員甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがある旨供述したので、甲を検挙しようと考えたが、この情報及び通常の捜査方法のみでは甲の検挙が困難であったため、Aに捜査への協力を依頼した。Aは、この依頼を受けて、事前にKから受け取ったビデオカメラをかばんに隠し、平成24年3月10日午前10時頃、喫茶店において、甲に「覚せい剤100グラムを購入したい。」と申し込み、甲は、「100グラムなら100万円だ。今日の午後10時にここで待つ。」と答えた。Aは、Aと会話している甲の姿及び発言内容を密かに前記ビデオカメラに録音録画し、Kは、Aからその提供を受けた。
- 2 Kは、同日正午頃、Aから提供を受けた前記ビデオカメラを疎明資料として裁判官から甲の身体及び所持品に対する搜索差押許可状の発付を受け、甲の尾行を開始したところ、甲が同じ暴力団に所属する組員の自宅に立ち寄った後、アタッシュケースを持って出てきたため、搜索差押許可状に基づく搜索を行った。すると、甲の所持していたアタッシュケースの中から覚せい剤100グラムが入ったビニール袋が出てきたことから、Kは、甲を覚せい剤取締法違反で現行犯逮捕した。

〔設 問〕

【事例】中の1記載の捜査の適法性について、問題点を挙げ、論じなさい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、覚せい剤取締法違反被疑事件における内偵捜査を題材として、おとり捜査及びその際のビデオカメラによる録音録画の適法性を検討させることにより、強制捜査の意義、おとり捜査、秘密録音及び秘密録画のそれぞれの問題点、許容されると考えた場合の適法性の判断基準について、基本的な知識の有無及び具体的事案に対する応用力を試すものである。

基本ポイント

- 1 本問では、捜査の適法性の検討対象として、おとり捜査、秘密録音及び秘密録画が想定されている。ビデオカメラでの撮影（録音録画）は、会話内容のプライバシーを侵害する秘密録音とみだりに容ぼう等を撮影されない自由を侵害する秘密録画という二つの捜査方法の性質を有するから、分けて検討する必要がある。そして、各捜査方法の適法性については、逮捕・勾留・搜索・差押え等の典型的な捜査方法（強制処分）以外の捜査方法が問題となっているため、まず、①強制処分該当性を検討し、該当性が否定された場合、②任意処分としての適法性（相当性）を検討することになる。なお、①の検討は、当該処分の性質から行い、必要性・緊急性を考慮してはならず、他方、②の検討では、必要性・緊急性を考慮することに注意する。
- 2 おとり捜査の検討では、強制処分該当性を簡単に否定した上で、任意処分としての適法性がメインとなる。その際、以下の判例の判断枠組みを念頭において、当てはめを行う必要がある。

判例（最決平 16. 7. 12）

「少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見込みでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法 197 条 1 項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。」

- 3 秘密録音及び秘密録画の検討では、強制処分該当性と任意処分の適法性をバランスよく検討することが大切である。なお、任意処分としての秘密録音の適法性判断の考慮要素としては、「録音の目的、対象、手段方法、対象となる会話の内容、会話時の状況等の諸事情」（東京地判平 2. 7. 26）や「録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡など」（千葉地判平 3. 3. 29）が挙げられるため、これらを踏まえて検討することが求められる。

応用ポイント

1	おとり捜査の任意処分としての適法性の検討において、判例の判断枠組みを踏まえて事案に即した具体的な当てはめをしていること
2	秘密録音及び秘密録画がKの捜査の一環であり捜査機関の行為と同視すべきものであることに言及していること →秘密録音及び秘密録画を行っているのは私人Aであるが、警察官Kの依頼に基づき、Kから受け取ったビデオカメラで録音録画がなされている。
3	秘密録画の適法性の検討において、場所が喫茶店であることを考慮していること
4	録音に加えて録画まで必要であることを検討していること

1 第1 おとり捜査の適法性

2 1 本件では、捜査機関である警察官Kから依頼を受けたAが、甲に対し、
3 その身分・意図を秘して覚せい剤をAに譲渡するよう働き掛け、これに
4 応じた甲が覚せい剤を準備して所持していたところをKが現行犯逮捕し
5 ているから、おとり捜査に当たる。

6 2 おとり捜査は、「強制の処分」(刑訴法 197 条 1 項但書)に当たるとす
7 れば、これを定める規定がないから強制処分法定主義に反し、また、無
8 令状であるから令状主義(憲法 33 条、35 条)にも反することになる。
9 そこで、「強制の処分」の意義が問題となる。

10 強制処分とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等の重要な権
11 利・利益に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為をいうと解す
12 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、強制
13 処分法定主義及び令状主義(憲法 33 条、35 条)の両規制に服させる必
14 要性があるものに限定すべきだからである。

15 本件で、覚せい剤を売却するか否かに係る甲の意思決定の自由は重要
16 な権利利益といえる。しかし、Aの働きかけは、甲の意思を制圧するも
17 のではない。したがって、強制処分には当たらない。

18 3 もっとも、任意処分(刑訴法 197 条 1 項本文)であるとしても、おと
19 り捜査は、相手方の意思決定の自由を侵害する危険性があり、また、国
20 家が犯罪を創出する危険性を伴うものでもある。そこで、おとり捜査は、
21 ①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、②通常の方法
22 のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、③機会があれば犯罪を行
23 う意思があると疑われる者を対象とするものであるときは、任意処分と
24 して許容されると解する。

25 本件では、①覚せい剤取締法違反という薬物犯罪が捜査対象であり、
26 ②Aの甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがあるという情報及
27 び通常の方法のみでは甲の検挙が困難であった。そして、③甲は、
28 Aに覚せい剤の購入を持ち掛けたことがあり、Aから午前 10 時に覚せ
29 い剤 100 グラムの購入を申し込まれたのに対しても、その日の午後 10 時
30 に譲渡することを承諾しており、常に覚せい剤の売却準備をしていたと
31 いえるから、機会があれば覚せい剤の譲渡をする意思があったことが疑
32 われる。したがって、本件おとり捜査は、任意処分として許容される。

33 4 以上より、本件おとり捜査は適法である。

34 第2 秘密録音の適法性

35 1 Aは、Aと会話している甲の発言内容を密かにビデオカメラで録音し
36 ている(以下「本件録音」)。そして、Aは、私人であるが、Kの依頼に
37 基づき、Kから受け取ったビデオカメラで本件録音をしているから、本
38 件録音は、Kの捜査の一環といえ、捜査機関の行為と同視すべきである。

39 2 まず、本件録音が強制処分に当たる場合、令状を欠く検証(刑訴法 218
40 条 1 項)として令状主義に反するから、強制処分該当性が問題となる。

41 確かに、甲は、本件録音を認識していれば、これを拒否していたはず
42 であるから、その意思に反するといえ、意思の制圧が認められる。しか
43 し、甲は、Aに対する関係では自己の会話が聞かれることを認めており、
44 会話に係るプライバシーを放棄し、その会話内容をAの支配下に委ねて

いたといえるところ、本件録音は、Aの同意に基づくものである。そうすると、甲の会話に係るプライバシーは、要保護性が低く、重要な権利・利益に当たらない。したがって、本件録音は、強制処分には当たらない。

- 3 もっとも、任意処分であるとしても、録音に同意していない甲の会話に係るプライバシーを侵害する危険性がある。そこで、秘密録音は、その必要性、緊急性等を考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると解する。

本件では、覚せい剤密売人Aが暴力団組員甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがある旨供述している。この供述は、Aが報復等を受ける危険性があるため相当の覚悟がなければできないものであるから、その信用性は高く、甲の嫌疑は濃厚であった。しかし、Aによる情報及び通常の捜査方法のみでは甲の検挙が困難であったから、覚せい剤取引への関与を裏付ける甲の発言を確保するため、本件録音を行う緊急の必要性があった。また、対象となる会話の内容は、覚せい剤譲渡に係るものに限定されているのに対し、本件は暴力団絡みの薬物事犯の可能性がある、その組織性・密行性から、秘密録音によらなければ有力な証拠の収集が困難であるという公益上の必要性が高かった。そうすると、本件録音の際、AがKの依頼を受けていることを甲に秘して覚せい剤の購入を申し込むという偽計的手段を用いて甲に発言させたことを考慮しても、本件録音は、相当と認められる限度のものとして許容されると考える。

- 4 以上より、本件録音は適法である。

第3 秘密録画の適法性

- 1 Aは、Aと会話している甲の姿を密かにビデオカメラで録画している（以下「本件録画」）。そして、本件録画は、本件録音と同様、捜査機関の行為と同視すべきである。

- 2 そこで、まず、強制処分該当性が問題となる。

確かに、甲は、本件録画を認識していれば、これを拒否していたはずであるから、その意思に反するといえ、意思の制圧が認められる。しかし、本件録画は、営業中の喫茶店での甲の姿を撮影したものである。そうすると、甲は、自己の行動をそこに出入りする他人の目にさらしており、これを他人に見られないというプライバシーは有さず、みだりに容ぼう等を撮影されない自由を有するにとどまる。そして、元々、容ぼう等は観察され得るから、この自由の重要性は高くなく、重要な権利・利益に当たらない。したがって、本件録画は、強制処分には当たらない。

- 3 もっとも、任意処分であるとしても、秘密録画は、その必要性、緊急性等を考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると解する。

甲の覚せい剤取引への関与が認められるためには、前述した秘密録音の必要性、緊急性等に加えて、録音された声の主体と甲との同一性が確認されなければならないから、本件録画の必要性は高かった。他方、本件録画の手段が盗撮であるとしても、喫茶店という公の場でのみだりに容ぼう等を撮影されない自由が制約されているにすぎない。そうすると、本件録画は、相当と認められる限度のものとして許容される。

- 4 以上より、本件録画は適法である。 以上

[民 事]

司法試験予備試験用法文及び本問末尾添付の資料を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。
なお、以下の〔設問1〕から〔設問3〕では、甲建物の賃貸借契約に関する平成23年5月分以降の賃料及び賃料相当損害金については考慮する必要はない。

〔設問1〕

別紙【Xの相談内容】を前提に、弁護士Pは、平成23年11月1日、Xの訴訟代理人として、Yに対し、賃貸借契約の終了に基づく目的物返還請求権としての建物明渡請求権を訴訟物として、甲建物の明渡しを求める訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。そして、弁護士Pは、その訴状において、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、次の各事実を主張した（なお、これらの事実は、請求を理由づける事実として適切なものであると考えてよい。）。

- ① Xは、Yに対し、平成20年6月25日、甲建物を次の約定で賃貸し、同年7月1日、これに基づいて甲建物を引き渡したとの事実

賃貸期間 平成20年7月1日から5年間

賃料 月額20万円

賃料支払方法 毎月末日に翌月分を支払う

- ② 平成22年10月から平成23年3月の各末日は経過したとの事実

- ③ Xは、Yに対し、平成23年4月14日、平成22年11月分から平成23年4月分の賃料の支払を催告し、同月28日は経過したとの事実

- ④ Xは、Yに対し、平成23年7月1日、①の契約を解除するとの意思表示をしたとの事実

上記各事実が記載された訴状の副本の送達を受けたYは、弁護士Qに相談をし、同弁護士はYの訴訟代理人として本件を受任することになった。別紙【Yの相談内容】は、弁護士QがYから受けた相談の内容を記載したものである。これを前提に、以下の各問いに答えなさい。なお、別紙【Xの言い分】を考慮する必要はない。

- (1) 別紙【Yの相談内容】の第3段落目の主張を前提とした場合、弁護士Qは、適切な抗弁事実として、次の各事実を主張することになると考えられる。

- ⑤ Yは、平成22年10月頃、甲建物の屋根の雨漏りを修理したとの事実

- ⑥ Yは、同月20日、⑤の費用として150万円を支出したとの事実

- ⑦ Yは、Xに対し、平成23年6月2日頃、⑤及び⑥に基づく債権と本件未払賃料債権とを相殺するとの意思表示をしたとの事実

上記⑤から⑦までの各事実について、抗弁事実としてそれらの事実を主張する必要がある、かつ、これで足りると考えられる理由を、実体法の定める要件や当該要件についての主張・立証責任の所在に留意しつつ説明しなさい。

- (2) 別紙【Yの相談内容】を前提とした場合、弁護士Qは、上記(1)の抗弁以外に、どのような抗弁を主張することになると考えられるか。当該抗弁の内容を端的に記載しなさい（なお、当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。）。

〔設問2〕

本件訴えにおいて、弁護士Qは、別紙【Yの相談内容】を前提として、〔設問1〕のとおり各抗弁を適切に主張するとともに、甲建物の屋根修理工事に要した費用についての証拠として、次のような本件領収証（斜体部分はすべて手書きである。）を、丙川三郎作成にかかるものとして裁判所に提出した。これを受けて弁護士PがXと打合せを行ったところ、Xは、別紙【Xの言い分】に

記載したとおりの言い分を述べた。そこで、弁護士Pは、本件領収証の成立の真正について「否認する」との陳述をした。

この場合、裁判所は、本件領収証の成立の真正についての判断を行う前提として、弁護士Pに対して、更にどのような事項を確認すべきか。結論とその理由を説明しなさい。

平成22年10月20日 領 収 証 金 150万 円 但し 屋根修理代金として 〇〇建装 西川三郎
--

〔設問3〕

本件訴えでは、〔設問1〕のと通りの請求を理由づける事実と各抗弁に係る抗弁事実が適切に主張されたのに加えて、Xから、別紙【Xの言い分】に記載された事実が主張された。これに対して、Yは、Xが30万円を修理費用として支払ったとの事実(⑧)を否認した。そこで、⑥から⑧の各事実の有無に関する証拠調べが行われたところ、裁判所は、⑥の事実については、Yが甲建物の屋根の修理費用として実際に150万円を支払い、その金額は相当なものである、⑦の事実については、相殺の意思表示はXによる本件契約の解除の意思表示の後に行われた、⑧の事実については、XはYに屋根の修理費用の一部として30万円を支払ったとの心証を形成するに至った。

以上の主張及び裁判所の判断を前提とした場合、裁判所は、判決主文において、どのような内容の判断をすることになるか。結論とその理由を簡潔に記載しなさい。

以下の設問では、〔設問1〕から〔設問3〕までの事例とは関係がないものとして解答しなさい。

〔設問4〕

弁護士Aは、弁護士Bを含む4名の弁護士とともに共同法律事務所で執務をしているが、弁護士Bから、その顧問先であり経営状況が厳しいR株式会社について、複数の倒産手続に関する意見を求められ、その際に資金繰りの状況からR株式会社の倒産は避けられない情勢であることを知った。これを前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Aは、義父Sから、その経営するT株式会社がR株式会社と共同で事業を行うに当たり、R株式会社が事業資金を借り入れることについてT株式会社が保証することに関する契約書の検討を依頼された。この場合において、弁護士Aが、義父SにR株式会社の経営状況を説明して保証契約を回避するよう助言することに弁護士倫理上の問題はあるか。結論とその理由を簡潔に記載しなさい。
- (2) Aは、義父Sの跡を継ぎ、会社経営に専念するため弁護士登録を取り消してT株式会社の代表取締役役に就任したが、その後、R株式会社から共同事業を行うことを求められるとともに、R株式会社が事業資金を借り入れることについてT株式会社が保証することを求められた。この場合において、Aが、R株式会社の経営状況と倒産が避けられない情勢であることをT株式会社の取締役会において発言することに弁護士倫理上の問題はあるか。結論とその理由を簡潔に記載しなさい。

(別 紙)

【Xの相談内容】

私は、平成20年6月25日、Yに対し、私所有の甲建物を、賃料月額20万円、毎月末日に翌月分払い、期間は同年7月1日から5年間の約束で賃貸し（以下「本件契約」といいます。）、同日、甲建物を引き渡しました。

Yは、平成22年10月分の賃料までは、月によっては遅れることもあったものの、一応、順調に支払っていたのですが、同年11月分以降は、お金がないなどと言って、賃料を支払わなくなりました。

私は、Yの亡父が私の古くからの友人であったこともあって、あまり厳しく請求することは控えていたのですが、平成23年3月末日になっても支払がなかったことから、しびれを切らし、同年4月14日、Yに対し、平成22年11月分から平成23年4月分までの未払賃料合計120万円（以下「本件未払賃料」といいます。）を2週間以内に支払うよう求めましたが、Yは一向に支払おうとしません。

そこで、私は、本件未払賃料の支払等に関してYと話し合うことを諦め、Yに対し、平成23年7月1日、賃料不払を理由に、本件契約を解除して、甲建物の明渡しを求めました。このように、本件契約は終わっているのですから、Yには、一日も早く甲建物を明け渡ししてほしいと思います。なお、Yは、甲建物を修理したので、その修理費用と本件未払賃料とを対当額で相殺したとか、甲建物の修理費用を支払うまでは甲建物を明け渡さない等と言って、明渡しを拒否しています。Yが甲建物の屋根を修理していたこと自体は認めますが、甲建物はそれほど古いものではありませんので、Yが言うほどの高額な費用が掛かったとは到底思えません。また、Yは、私に対して相殺の意思表示をしたなどと言っていますが、Yから相殺の話が出たのは、同年7月1日に私が解除の意思表示をした後のことです。

【Yの相談内容】

X所有の甲建物に関する本件契約の内容や、賃料の未払状況及び賃料支払の催告や解除の意思表示があったことは、Xの言うとおりで。

しかし、私は甲建物を明け渡すつもりはありませんし、そのような義務もないと思います。

甲建物は、昭和50年代の後半に建てられたもののようですが、屋根が傷んできていたようで、平成22年8月に大雨が降った際に、かなりひどい雨漏りがありました。それ以降も、雨が降るたびに雨漏りがひどいので、Xに対して修理の依頼をしたのですが、Xは、そちらで何とかしてほしいと言うばかりで、修理をしてくれませんでした。そこで、私は、同年10月頃、仕方なく、自分で150万円の費用を負担して、業者の丙川三郎さんに修理をしてもらったのです。この費用は、同月20日に私が丙川さんに支払い、その場で丙川さんに領収証（以下「本件領収証」といいます。）を書いてもらいました。しかし、これは、本来、私が支払わなければならないものではないので、その分を回収するために、私は平成22年11月分以降の賃料の支払をしなかっただけなのです。ところが、Xは、図図しくも、平成23年4月になって未払分の賃料の支払を求めてきたものですから、しばらく無視していたものの、余りにもうるさいので、最終的には、知人のアドバイスを受けて、同年6月2日頃、Xに対し、甲建物の修理費用と本件未払賃料とを相殺すると言ってやりました。

また、万が一相殺が認められなかったとしても、私は、Xが甲建物の修理費用を払ってくれるまでは、甲建物を明け渡すつもりはありません。

【Xの言い分】

甲建物はそれほど老朽化しているというわけでもないのですから、雨漏りの修理に150万円も掛かったとは考えられません。Yは修理をしたと言いながら、本件訴えの提起までの間に、私に対し、修理に関する資料を見せたことはありませんでした。そこで、実際に、知り合いの業者に尋ねてみたところ、雨漏りの修理程度であれば、せいぜい、30万円くらいのものだと言っていました。そこで、私は、Yとの紛争を早く解決させたいとの思いから、平成23年8月10日、Yに対して、修理費用として30万円を支払っています。

本件訴訟に至って初めて本件領収証の存在を知りましたが、丙川さんは評判の良い業者さんで、30万円程度の工事をして150万円もの請求をするような人ではありません。したがって、本件領収証は、Yが勝手に作成したものだと思います。

いずれにせよ、Yの主張には理由がないと思います。

出題の趣旨

設問1は、Yの相談内容に基づき、相殺の抗弁と留置権の抗弁の検討を求めるものである。相殺の抗弁については、法律効果の発生を基礎付けるための抗弁事実について、条文を基礎とする実体法上の要件と主張立証責任の所在に留意しつつ説明することが求められる。

設問2は、作成者名義の署名がある私文書の成立の真正に関して、民事訴訟法第228条第4項の理解を問うものである。

設問3は、要件事実の整理と事実認定の結果を踏まえて、請求原因・抗弁・再抗弁がそれぞれどのように判断され、どのような主文が導かれるかの検討を求めるものである。その際には、各認定事実が設問1の各抗弁とどのように関係するのかを簡潔に説明することが求められる。

設問4は、弁護士倫理の問題であり、弁護士職務基本規程第56条と弁護士法第23条に留意して検討することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1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。X及びYの相談内容から両者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、甲建物を明け渡せ

訴訟物：賃貸借契約終了に基づく目的物返還請求権としての建物明渡請求権 1個

請求原因	抗弁	再抗弁
賃料不払による解除 ※未払賃料120万円	相殺 ※自働債権は150万円の必要費償還請求権	—
	留置権 ※被担保債権は必要費償還請求権	弁済 ※30万円

設問1小問(1)では、相殺の抗弁の要件事実を検討することになる。そして、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条文の文言及びその解釈から、要件を挙げた上、②主張立証責任を踏まえて、③要件に該当する具体的事実の内容等を説明することが大切である。そのため、本問の検討では、民法505条1項、506条1項及び608条1項を摘示することは必須である。なお、抗弁においては、請求原因で既に現れている事実を重ねて主張しないため、この点に留意して、抗弁事実の整理・検討をすることになる。

設問1小問(2)では、Yの相談内容の「万が一相殺が認められなかったとしても、私は、

Xが甲建物の修理費用を払ってくれるまでは、甲建物を明け渡すつもりはありません。」という発言から、Qが主張することになる抗弁が留置権の抗弁（民法 295 条 1 項本文）であることを端的に指摘する必要がある。

設問 3 では、請求原因、抗弁、再抗弁に関する事実認定の結果を踏まえて、裁判所が行うべき判決主文における判断の内容を解答することになる。そして、ポイントになるのは、Yによる「相殺の意思表示はXによる解除の意思表示の後に行われた」と認定された点である。これにより、Yによる相殺の意思表示は、XY間の賃貸借契約が終了した後のYの 120 万円の残債務を消滅させる効果を有するにとどまり、XY間の賃貸借契約が継続している間に未払賃料債務を消滅させてYの債務不履行状態を解消させる効果を有しないことになる。そのため、Yは、相殺の抗弁によっては、甲建物の明渡義務を免れることができない。他方、Yは、被担保債権が相殺で消滅していない場合、留置権の抗弁により、甲建物の明渡義務を免れうる。この場合、裁判所は、被告は、原告に対し、修理費用の支払を受けるのと引換えに甲建物を明け渡せという判決（引換給付判決）をすることになる。

- 2 設問 2 では、私文書である「本件領収証の成立の真正についての判断」に関する理解が問われている。ただし、本件領収証の成立の真正については、「押印」（民訴法 228 条 4 項）に関する問題が含まれていないから、二段の推定に関する知識を漫然と答案に記載しないことが大切である。そのため、「署名」に関する問題であることを前提に、Pが「否認する」と陳述した理由を確認することになる。
- 3 設問 4 では、基本規程 56 条及び弁護士法 23 条との関係で問題が生じ得ることを指摘した上で、その文言・要件と関連付けながら、事案に即して検討することになる。なお、小問(1)ではAが弁護士であるが、小問(2)ではAが既に弁護士登録を取り消しているため、その点に留意して、上記条文の要件の検討をする必要がある。

応用ポイント

1	（設問 3）相殺の抗弁と留置権の抗弁の審理の順序についての検討
2	（設問 3）Y主張の「6 月 2 日頃」の相殺の意思表示が認められなかった相殺の抗弁を裁判所の判断の基礎とすることができるかどうかの検討 →Y主張の「6 月 2 日頃」の相殺の意思表示と「解除の意思表示の後に行われた」相殺の意思表示には、社会的事実としての同一性があると考えた場合、裁判所が相殺の抗弁を判断の基礎としても弁論主義第 1 テーゼに反しない。
3	（設問 3）解除後の相殺の抗弁を認めた場合における検討 →Yによる相殺の意思表示により、必要費償還請求権の残額が 30 万円（150 万円－120 万円）となる。もっとも、留置権の不可分性（民法 296 条）から、留置権の抗弁は認められる。しかし、Xの 30 万円の弁済の再抗弁で、被担保債権が消滅する。

1 第1 設問1小問(1)

2 1 Qは、相殺の抗弁（民法505条）を主張している。そして、相殺の実
3 体法上の要件は、㉠相対立する債権の存在、㉡両債権が同種目的である
4 こと、㉢両債権が弁済期にあること（以上、民法505条1項本文）、㉣債
5 務の性質が相殺を許さないものでないこと（同条1項ただし書）及び㉤
6 相殺の意思表示（同法506条1項）である。なお、㉡㉢㉤の充足により、
7 相殺適状（同法506条2項参照）が認められると解する。

8 2 本件訴えの訴状において、㉠相対立する債権のうちの受働債権の発生
9 原因事実は請求原因①②で現れているから、Qが自働債権の発生原因事
10 実を主張することにより、㉡は充足される。また、㉢受働債権の目的も
11 請求原因①で現れているから、㉢も自働債権の発生原因事実の主張によ
12 り充足される。そして、㉣受働債権の弁済期も請求原因②で現れている
13 ため、自働債権の弁済期の到来を主張することにより、㉤も充足される。
14 もっとも、自働債権の発生原因事実に弁済期の到来が現れている場合は、
15 弁済期の主張も不要である。さらに、㉢は、ただし書で規定されており、
16 また、相殺適状にある債権は、原則として、相殺が許されるべきである
17 から、債務の性質が相殺を許さないことがPの再抗弁となる。最後に、
18 ㉤相殺の効果が相手方に対する意思表示により生じることから、相手方
19 に対する相殺の意思表示が主張されることにより、㉤は充足される。

20 3 本件の自働債権は、賃借人の必要費償還請求権（同法608条1項）で
21 ある（以下「本件請求権」）ところ、その発生要件は、賃借人が賃借物に
22 ついて賃貸人の負担に属する必要費を支出したことである。そして、こ
23 の要件に該当する具体的事実が、抗弁事実⑤⑥であり、自働債権の発生
24 原因事実となる。したがって、抗弁事実⑤⑥の主張により、㉡㉢が満た
25 される。また、本件請求権は、支出後「直ちに」行使できるため、その
26 発生原因事実に弁済期の到来も現れるから、抗弁事実⑤⑥の主張により、
27 ㉤も満たされる。そして、㉣については不要であるが、㉣に該当する具
28 体的事実の主張は必要であり、それが抗弁事実⑦となる。よって、Qは、
29 抗弁事実として⑤⑥⑦を主張する必要がある、かつ、これで足りる。

30 第2 設問1小問(2)

31 Qは、本件請求権を被担保債権とした留置権の抗弁（民法295条1項
32 本文）を主張する。

33 第3 設問2

34 1 裁判所は、Pに対し、丙川が本件領収証の「丙川三郎」という署名を
35 した事実について、認めるか否かを確認すべきである。

36 2 Pは、本件領収証の成立の真正につき「否認する」と述べたが、その
37 理由（民訴規則145条）を明らかにしていない。想定される否認の理由
38 は、①丙川三郎の署名であることは認めるが、本件領収証を作成する意
39 思はなかった（署名は白紙にした等）、②丙川三郎の署名ではない（偽造）、
40 である。そして、①の場合、民訴法224条4項により本件領収証の成立
41 の真正が推定されるから、Pがその推定を覆すに足りる程度の反証をす
42 る必要がある。他方、②の場合、Qが成立の真正を立証する必要がある
43 （同法228条1項）。このように当事者の立証活動のあり方に関わるた
44 め、裁判所は、上記事項を確認すべきである。

第4 設問3

1 裁判所は、判決主文において、「被告は、原告に対し、甲建物を明け渡せ。」との判断をすべきである。

2(1) 請求原因①から④については、当事者間で争いがない。

(2)ア 留置権の抗弁は、これが認められても引換給付判決がされるにとどまる。他方、相殺の抗弁は、Xの120万円(20万円×6か月)の未払賃料債権を受働債権、Yの150万円の本案請求権を自働債権として相殺し、Xの解除の効果を消滅させて請求棄却判決がされるものである。そこで、相殺の抗弁から先に判断すべきである。

イ 相殺の抗弁について、⑤はXが認めており、⑥は証拠調べにより認定される。しかし、⑦のうち、YがXに対して、本案請求権と未払賃料債権とを相殺するとの意思表示をした事実自体は認定されるが、それはXが解除の意思表示をした平成23年7月1日より後であった。なお、Y主張の「6月2日頃」の相殺の意思表示と「解除の意思表示の後に行われた」相殺の意思表示には社会的事実としての同一性があり、認定し、判決の基礎にできる。そうすると、Xによる解除の意思表示の時点でYは債務不履行状態にあったから、解除は有効となる。そして、その後のYによる相殺の意思表示は、相殺適状時にさかのぼって効力を生ずる(民法506条2項)が、解除の効力には影響がない。したがって、相殺の抗弁は認められない。

ウ 留置権の抗弁の被担保債権は、Yが占有する甲建物の修理に関して生じた本案請求権である。しかし、Yによる相殺の意思表示により、実体法上、相殺の効果は生じているため、本案請求権の残額は30万円(150万円－120万円)となっている。もっとも、留置権の不可分性(民法296条)から、留置権の抗弁は認められる。

(3) これに対しては、弁済の再抗弁が認められる。なぜなら、⑧が認定されるため、30万円の被担保債権が弁済により消滅するからである。

第5 設問4小問(1)

Aの説明は、基本規程56条前段及び弁護士法23条に反するから、弁護士倫理上問題がある。弁護士A及びBは、「共同事務所」の「所属弁護士」(基本規程55条)であり、Aは、Bから、Bの依頼者R社の厳しい経営状況という「秘密」を、倒産手続の意見を求められた際に「執務上」知った。そこで、AがSにR社の状況を説明することは、秘密を「漏らし」たに当たる。この場合、「正当な理由」(同56条前段)又は「法律に別段の定めがある場合」(弁護士法23条)が必要であるが、秘密保持義務は、依頼者利益の実現が使命の弁護士の最も重要な義務であるから、限定的に解すべきである。Aの説明は、Sの経営するT社に保証契約を回避させるためのものであるから、「正当な理由」等は認められない。

第6 設問4小問(2)

Aの発言は、基本規程56条後段及び弁護士法23条に反するから、弁護士倫理上問題がある。Aは、弁護士登録を取り消しているため、「共同事務所の所属弁護士でなくなつて」おり(基本規程56条後段)、かつ、「弁護士であった者」(弁護士法23条)であるが、秘密保持義務を負っている。そして、小問(1)と同様、「正当な理由」等は認められない。以上

[刑 事]

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】

1 V（男性，28歳）は，平成24年4月2日午前11時頃，H県I市内のTマンション304号室のV宅に1人でいた際，インターホンを通じて宅配便荷物を届けに来た旨を言われたことから，自ら玄関ドアを開けたところ，①男（以下「犯人」という。）に，突然，右腕をつかまれた。そして，Vは，犯人から刃物を突き付けられながら，「金はどこだ。言わないと殺すぞ。」と言われたので恐ろしくなり，「居間のテーブルに財布があります。」と答えた。すると，犯人は，着用していたジャンパーの右ポケットから，ひもを取り出し，これでVの手首，足首を縛った上，さらにジャンパーの左ポケットからガムテープを取り出して，これをVの口を塞ぐようにして巻き，Vを玄関の上がり口に放置した。その後，Vが犯人の様子を観察していると，犯人は居間に行き，テーブルの上に財布があるのを確認するなどした後，最終的に，Vの財布を右手に持って玄関から出て行った。

同日午前11時30分頃，Vの妻Wが外出先から帰宅し，縛られたVを発見してひもやガムテープを外した。Vは，すぐに居間などの犯人が出入りした部屋に行き，被害の有無を確認したところ，タンスを開けられるなど金品を物色された跡があったものの，財産的被害については，居間のテーブルにあった財布1個を奪われただけであることを確認した。その上で，Vは，110番通報をし，強盗の被害に遭ったことを訴えるとともに，財布に入っていたクレジットカードを利用できないようにするために，発行会社に連絡した。

2 同日午前11時45分頃，I警察署の司法警察員Kら司法警察職員4名はV宅に臨場し，外されたガムテープとひもを領置した後，玄関の上がり口にレシートが1枚落ちているのを発見した。このレシートは，同日午前10時45分にTマンションから約200メートル離れたコンビニエンスストアZにおいて，ガムテープとひもを購入したことを示すものであった。このレシートについて，Vは，「私が受け取ったものではない。今日は，被害に遭うまでの間，自宅に誰も入っていないので，犯人が落とした物だと思う。」旨説明し，Wも，「私が受け取ったものではない。」旨説明した。これを受けて，司法警察員Kは，このレシートを遺留物として領置した。なお，臨場した司法警察職員4名の中に，前記Zを利用したことがある者はいなかった。

また，臨場した司法警察職員の一部が鑑識作業に従事し，外側の玄関ドアノブから2種類の指紋を採取したが，物色されたタンスからは指紋を採取できなかった。

さらに，Vは，司法警察員Kに対し，被害状況について，前記の状況や財布に現金2万円，V名義のクレジットカード1枚が入っていたことなどを供述したが，犯人については，「会ったことも見たこともない男である。身長約180センチメートル，がっちりとした体格，20歳代くらい，緑色のジャンパーとサングラスを着用していたことくらいしか分からない。手袋をはめていたかどうか覚えていない。」旨を供述した。

3 同日午後3時頃，赤色のジャンパーを着用していた甲が，H県I市内所在の家電量販店Sの電気製品売場において，V名義のクレジットカードを使用してパソコンを購入しようとした。しかし，店員は，V名義のクレジットカードの利用が停止されていることに気付き，警察に通報するとともに，何かと理由を付けて甲を店内に引き止めていた。その後，司法警察員Kが同売場に到着し，甲にVかどうかを確認したところ，「Vではなく，甲である。」と答えた。しかし，甲は，同クレジットカードを所持していた理由については，黙秘した。そこで，司法警察員Kは，甲を詐欺未遂により緊急逮捕した。そして，この際，司法警察員Kは，同クレジット

カードを差し押さえた。

甲は、I 警察署に引致された後、「宅配便荷物を取り扱う会社Uに配送員として勤務している。ひったくりによる窃盗の前科が2犯ある。」などと自らの身上関係については供述し、供述調書の作成にも応じるものの、その他については、一切黙秘した。なお、甲の年齢については、27歳であること、甲の体格については、身長182センチメートル、体重95キログラムであること、甲の前科については、甲の供述どおり、窃盗の前科2犯があることが判明した。

また、司法警察員Kが会社Uの担当者に甲の勤務状況について確認したところ、甲は、同年3月31日にV宅に宅配便荷物を届けていたこと、同年4月2日は休みであったことが判明した。そこで、司法警察員Kが、Vに対し、電話で、同年3月31日に会社Uから宅配便荷物が届けられたか否かを確認したところ、Vは、「その日、確かに私が会社Uが取り扱う宅配便荷物を受領した。ただ、これを届けてきた人物については、男であったことしか覚えていない。」旨供述した。

- 4 同年4月2日午後6時30分頃、司法警察員Kは、部下を連れて甲の自宅に行き、同所において、搜索差押許可状に基づき、甲の妻Aを立会人として搜索差押えを実施し、財布1個、緑色のジャンパー1着、サングラス1個、果物ナイフ2本及び包丁2本を差し押さえた。その後、Aは、同日午後8時頃からI警察署において実施された取調べにおいて、以下のとおり、供述した。

(1) 同日午後零時頃の甲の言動について

甲は、今日の午前9時30分頃、外出した。その際、甲がどのような着衣で外出したのか見ていないので分からない。その後、今日の午後零時頃、甲が自宅に戻り、甲の部屋に入ってきて出ると、財布を渡してきた。そのとき、甲は、赤色のジャンパーを着用していたが、サングラスは着用していなかった。私が、「どうしたの。」と聞くと、「友達にもらった。」と言ってきた。しかし、甲に財布をあげる知人などいるはずがなく、過去にひったくりで捕まった前科もあったので、犯罪で得たものではないかと思い、「違うでしょ。まさか、また悪いことしていないよね。」と言った。すると、甲は、「そんなことない。ただ、お前がそのように疑うなら、警察も同じように疑うかもしれない。もし、警察が訪ねてきたら、今日は朝から午後零時まで家に俺とお前の2人でいたと言ってくれ。警察に疑われたくないからね。」と言ってきた。その後、すぐに、甲は、財布を置いて出て行った。

(2) 差し押さえた財布1個、緑色のジャンパー1着及びサングラス1個について

財布は、甲が今日の午後零時頃、自宅に置いていったものであるが、何も入っていなかった。緑色のジャンパーとサングラスは、甲の部屋にあったものだが、今日、着用していたかどうかは分からない。

(3) 差し押さえた果物ナイフ2本及び包丁2本について

2本の果物ナイフのうち、1本は古くなって切れ味が悪くなったので、捨てようと思い、新聞紙にくるんで台所に置いていた。残りの1本は、私が甲に頼んで、昨日、甲に買ってきてもらったものである。使えなくなった1本を除く、3本の刃物については、今日の午前11時30分頃、昼食を作る際には台所にあった。いずれも、今日、甲が持ち出したことはない。

- 5 司法警察員Kは、財布を強取した犯人が甲に間違いないと判断するとともに、これについても、前記詐欺未遂と併せてH地方検察庁検察官に送致した方が良いと判断し、同月3日、H地方裁判所裁判官から逮捕状の発付を受けた上で、甲を住居侵入・強盗の被疑事実により逮捕した。その後、同月4日、甲は、詐欺未遂、住居侵入・強盗の送致事実によりH地方検察庁検察官に送致された後、所要の手続を経て同日中に勾留された。

- 6 その後、甲が被疑者として勾留されている間、以下の捜査結果が得られた。

(1) 指紋に関する捜査

V宅で領置したレシートからは、甲の指紋が検出された。また、玄関ドアノブから採取した2種類の指紋については、甲の指紋とWの指紋と一致することが判明した。なお、甲宅で差し押さえた財布からは指紋が検出されなかった。

(2) Vに対する事情聴取

司法警察員KがVに、差し押さえた前記証拠物について確認したところ、Vは、クレジットカードについては、「私名義ですし、奪われた財布の中に入っていたものに間違いありません。」と供述したが、財布については、「私が奪われた財布の形、色とよく似ていますが、私のものかはっきりしません。」と供述し、緑色のジャンパーとサングラスについては、「犯人が着用していたものと同じものかよく分かりません。」と供述した。また、Vは、果物ナイフ2本及び包丁2本については、「包丁2本については、明らかに今回の犯行に使用されたものではありません。形が違います。果物ナイフの2本のうち、古い方についても、明らかに今回の犯行に使用されたものではありません。古すぎます。残りの果物ナイフ1本は、今回の犯行に使用されたものとよく似ています。今回の犯行に使われたものであると断言はできませんが、今回の犯行に使われた可能性はあると思います。」と供述した。

さらに、Vは、司法警察員Kから透視鏡を通じて取調室の甲の容貌を見せられ、犯人と同一か否か及び同年3月31日に宅配便荷物を届けに来た人物と同一か否かの確認を求められたものの、「犯人はサングラスを掛けており、人相がよく分からなかったので、確認を求められている人物が犯人と同一か分かりません。また、宅配便荷物を届けに来た人物をしっかり見ていたわけではないので、その人と確認を求められている人物が同一かも分かりません。」旨供述した。

(3) コンビニエンスストアZにおける捜査

司法警察員Kが、コンビニエンスストアZの店員に対し、V宅で領置したガムテープとひもを示すとともに、領置されたレシートが発行された経緯について確認したところ、同人は、「レシートを発行した経緯については、全く覚えていない。示されたガムテープとひもについては、当方で販売しているものと同一のものか分からないが、同じ種類のものは販売している。」旨供述した。

また、司法警察員Kは、同店で保管されていた防犯ビデオを確認したところ、同年4月2日午前10時45分頃、緑色のジャンパーを着用した大柄の男がガムテープとひもを購入していることは確認できたものの、同人がサングラスを着用していたこともあって人相は確認できなかった。また、甲宅で差し押さえた緑色のジャンパーも防犯ビデオに写っている緑色のジャンパーもいずれも特徴がなく、同一のものであるとは確認できなかったことなどから、甲と防犯ビデオに写っている男とが同一人物か否かは判然としなかった。

7 同月13日、H地方検察庁検察官Pは、甲を住居侵入・強盗の公訴事実によりH地方裁判所に起訴し、詐欺未遂については、被害者であるS店の代表者が、実害もなく、特に処罰を求めない旨を述べたことなどを考慮し、不起訴（起訴猶予）とした。なお、甲は、同月2日から同月13日までの間の捜査において、供述調書の作成に応じた身上関係以外については、一切を黙秘していた。

8 本件は公判前整理手続に付されたところ、同手続において、検察官Pは、所要の証拠調べ請求の一つとして、Aの検察官調書につき、「犯行直後の甲の言動」を立証趣旨とする証拠調べ請求をしたが、甲の弁護人Bはこれを不同意とした。このため、検察官PがAの証人尋問を請求したところ、裁判所はAの証人尋問を行うことを決定した。

Aの証人尋問は同年6月5日の第1回公判期日に実施されたが、その主尋問の中で、検察官Pが、「平成24年4月2日午後零時頃、外出していた甲が自宅に戻った際、あなたに何と言いましたか。」と質問したのに対し、Aは、「甲は、『もし、警察が訪ねてきたら、今日は朝から午後零時まで家に俺とお前の2人でいたと言ってくれ。』と言ってきました。」と証言した。

これに対し、弁護人Bは、「ただいまの証言は、伝聞証拠を含むものであるから、排除されたい。」旨述べて異議を申し立てた。これに対する意見を裁判所から聴かれた検察官Pは、異議に理由がない旨を陳述した。これを受けて、②裁判所は、この異議の申立てについて決定した【決定】。

甲に対する審理は、同年6月8日に結審したが、甲は、終始一貫して黙秘していた。

〔設問1〕

【事例】の事実を前提として、甲が下線部①の犯人であると認定できるか否かについて、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

下線部②の【決定】の結論及びその理由について、条文を挙げつつ論じなさい。

出題の趣旨

本問は、【事例】に示された複数の具体的事実の中から、甲が犯人であるか否かを判断するために必要な事実を抽出した上で、各事実が上記判断に有する意味付けを的確に評価して妥当な結論を導くことができるか（設問1）、Aの証言に現れた甲の供述が伝聞証拠に該当するか否かなどを検討することにより、本件異議申立ての根拠及び理由の有無を的確に判断して妥当な結論を導くことができるか（設問2）、という法律実務に関する基礎的な知識及び能力を問うものである。

基本ポイント

- 1 設問1では、①以下の着眼点を参考にして、甲の犯人性を推認させる間接事実を認定し、②当該事実がなぜ甲の犯人性を推認させるのか（推認過程）について、経験則等を用いて説明することになる。認定できる間接事実が複数ある場合、答案上は、推認力が強いと考えられる順に論述するのが良い。

	着眼点	本問で認定できる間接事実の具体例
1	事件現場等における遺留物・遺留痕跡（指掌紋、足跡、血痕、体液等）とAとの結び付きを示す事実	犯人がZでひもとガムテープを購入した際に受け取ってV宅内で落としたレシートに、甲が触れたことがあること（間接事実①）
2	事件に関係する物品等（犯行供用物件、被害金品等）とAとの結び付きを示す事実	犯人がVから奪った財布の中に入っていたV名義のクレジットカードを、甲が同日午後3時頃、Sにおいて所持していたこと（間接事実②） ※財布の同一性は認められないことに注意する。
3	犯人の特徴（容姿、体格、年齢、服装、所持品その他の特徴）が犯行当日のAの特徴に合致ないし酷似する事実	— ※犯人と甲の人着の特徴は合致ないし酷似するとまではいえない。
4	Aに事件を実現する機会があった事実（Aが犯行時に犯行現場にいた事実、犯行前後に犯行現場又はその付近にいた事実）	—
5	Aが事件を実現することが可能であった事実（犯行遂行能力、技能、土地鑑、金品の管理等の立場、VとAとの関係等）	甲は、V宅に行ったことがあり、事件当日、会社を休んでいたこと（間接事実④）

6	犯行前後におけるAの事件に関する言動	犯行前（犯行準備，犯行計画，罪証隠滅のための布石，逃亡準備，犯行の事前打ち明け等）	—
		犯行後（犯行による利益の享受，罪証隠滅，アリバイ工作，逃亡等，犯行の打ち明け等）	甲が，同日午後零時頃，妻Aに対し，「もし，警察が訪ねてきたら，今日は朝から午後零時まで家に俺とお前の2人でいたと言ってくれ。」と言ったこと（間接事実③）
7	Aに事件の動機・目的となり得る事情があった事実		—

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

- 2 設問2では，弁護人Bによる証拠調べに関する異議申立て（刑訴法309条1項，刑訴規則205条1項本文）に対する裁判所の対応が問われている。裁判所は，異議申立てが不適法である場合は却下決定（同規則205条の4），異議申立てに理由がない場合は棄却決定（同規則205条の5），異議申立てに理由がある場合は証拠の全部又は一部を排除する決定（同規則205条の6第2項）をすることを踏まえ，Aの証言中の甲の供述部分が伝聞証拠（刑訴法320条1項）に当たるかどうかを検討することになる。

応用ポイント

1	（設問1）事実認定の前提として証拠構造を意識していること →証拠構造が直接証拠型であるか間接事実型であるかを検討している。本問では，Vの犯人目撃供述は，甲を犯人と識別できるものではないため，直接証拠に当たらない。
2	（設問1）反対仮説の成り立つ現実的可能性や消極方向に働く事実の検討 →間接事実②に関し，甲がクレジットカードを第三者から譲り受けた現実的可能性を具体的に検討している。また，差し押さえられた財布とVの財布との同一性が認定できないこと，甲が自宅からナイフを持ち出していないことが認定できることを踏まえて，甲の犯人性を検討している。
3	（設問1）供述の信用性について検討していること →間接事実③に関し，Aの供述の信用性を検討している。
4	（設問2）甲の犯人性の推認過程との関係で，甲の供述部分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

1 第1 設問1

2 1 Vは、本件の犯人を目撃しているが、甲につき「犯人と同一か分かり
3 ません」等と供述しており、犯人を識別できていない。したがって、V
4 の供述は、甲の犯人性を認定するための直接証拠とならない。そこで、
5 甲の犯人性については、間接事実から認定できないかを検討する。

6 2(1)ア 犯人がZでひもとガムテープを購入した際に受け取ってV宅内で
7 落としたレシート（以下「本件レシート」）に、甲が触れたことがあ
8 ること（間接事実①）

9 イ 本件レシートは、平成24年4月2日午前10時45分にZでひも
10 とガムテープ（以下「ひも等」）を購入したことを示すものであり、
11 同日午前11時45分頃に発見された。そうすると、これを落とした
12 者は、この時間帯にV宅内に入った者になるが、VとWは「私が受
13 け取ったものではない。」と説明し、司法警察職員4名の中にもZの
14 利用者はいなかった。したがって、他にV宅に入った者は犯人だけ
15 であるから、本件レシートを落とした者は犯人となる。また、犯人
16 は、「身長約180センチメートル、がっちりとした体格、20歳代く
17 らい、緑色のジャンパーとサングラスを着用」し、持参したひも等
18 を用いてVを拘束しているところ、Zは領置されたひも等と同じ種
19 類のひも等を販売し、Zの防犯ビデオでは、同日午前10時45分頃、
20 緑色のジャンパーとサングラスを着用した大柄の男がひも等を購入
21 する姿が確認できた。そうすると、防犯ビデオの人物と犯人の衣着
22 が複数の点で符合し、当該人物が購入したひも等と犯人が持参・使
23 用したひも等の種類も一致する上、犯人が本件レシートを持ってい
24 たことから、当該人物と犯人は同一といえる。したがって、本件レ
25 シートは、犯人がZでひも等の購入時に受け取った物と認められる。
26 他方、本件レシートからは甲の指紋が検出されており、これに甲が
27 触れたことが認められる。よって、①が認定できる。

28 ウ 犯行関与者でなければ、通常、犯人の遺留物に触れることはない
29 から、①は、甲の犯人性を推認させる。もっとも、レシート発行時
30 から犯行時までの間に、偶然、甲が本件とは無関係に本件レシート
31 に触れた可能性もある。しかし、その時間は約15分間、移動距離も
32 約200メートルであり、時間的場所的間隙がほぼないことから、上
33 記の現実的可能性はほとんどない。よって、①の推認力は強い。

34 (2)ア 犯人がVから奪った財布の中に入っていたV名義のクレジットカ
35 ード（以下「本件カード」）を、甲が同日午後3時頃、Sにおいて所
36 持していたこと（間接事実②）

37 イ 犯人は、同日午前11時頃、Vから財布を奪ったが、その中には本
38 件カードが入っていたことが認められる。そして、甲が同日午後3
39 時頃、V宅と同じH県I市内所在のSにおいて、本件カードを所持
40 していたことも認められる。したがって、②が認定できる。

41 ウ 犯行関与者でなければ、通常、犯行の時刻・現場と近接する日時・
42 場所で被害品を所持しないと経験則があるから、②は、甲の犯人
43 性を推認させる。もっとも、甲は、黙秘しており何ら合理的な弁解
44 をしていないが、第三者から本件カードを譲り受けた可能性がある。

そして、本件カードは軽くて小さいため譲渡・移転が容易である上、
犯行時刻と所持の時刻が約4時間、犯行現場と所持の場所も同じ市
内という比較的広範囲であるから、上記の現実的可能性は相当程度
ある。したがって、②の推認力は一定限度にとどまる。

(3)ア 甲が、同日午後零時頃、妻Aに対し、「もし、警察が訪ねてきたら、
今日は朝から午後零時まで家に俺とお前の2人でいたと言ってく
れ。」と言ったこと（間接事実③）

イ この事実、Aの証言により認定できる。なぜなら、Aは甲の妻
であり、通常、甲に不利益な証言をしない立場にあるのに、甲がア
リバイ工作を依頼したという甲に不利益な事実をあえて証言してお
り、虚偽の可能性は低く、信用性が認められるからである。

ウ 犯行関与者でなければ、通常、犯行時間帯におけるアリバイ工作
をしないから、③は、甲の犯人性を推認させる。もっとも、甲は、
本件とは無関係の事件のためにアリバイ工作をした可能性もあるが、
甲に警察の訪問が予想される事件が本件以外にもある現実的可能性
は高くない。したがって、③の推認力は相当程度ある。

(4)ア 甲は、V宅に行ったことがあり、事件当日、会社を休んでいたこ
と（間接事実④）

イ 甲は、同年3月31日にV宅に宅配便を届けており、現に外側の玄
関ドアノブに甲の指紋が付着していたこと及び同年4月2日は休み
であったことから、④が認定できる。

ウ 土地勘があり、事件当日、自由に行動できた者は、犯行が可能で
あったから、④は、甲の犯人性を推認させる。もっとも、このよう
な者が甲の他にも存在した可能性は低くない。したがって、④の推
認力は一定限度にとどまる。

(5) 以上より、②・④単体の推認力は強くないが、①・③と合わさると
甲以外の者による犯行の可能性がほぼなくなるから、総合すると強い
推認力が認められる。よって、甲の犯人性が認定できる。

3 なお、⑤差し押さえられた財布とVの財布との同一性は認定できず、
また、⑥甲が自宅からナイフを持ち出していないことが認定できるが、
甲は財布の中にあつた本件カードを所持しており、また、ナイフは他で
入手して容易に処分できるから、⑤及び⑥は上記結論を覆さない。

第2 設問2

1 裁判所は、Bの異議申立て（刑訴法309条1項）を理由がないものと
して、決定で棄却する（刑訴規則205条の5）。

2 Aの証言中の甲の供述部分が伝聞証拠（刑訴法320条1項）に当たる
かどうかは、要証事実との関係で、甲の供述内容の真実性が問題となる
かどうかにより判断される。

甲の供述は、自己のアリバイ工作につきAに協力を依頼するものであ
るが、この依頼は、通常、犯行関与者でなければしないから、協力依頼
の事実、甲の犯人性を推認させる。そして、甲の供述の存在が立証さ
れれば、協力依頼の事実が認定できる。そうすると、要証事実、甲の
供述の存在自体であり、甲の供述内容の真実性は問題とならない。し
たがって、甲の供述は、伝聞証拠に当たらず、非伝聞になる。 以上

MEMO