

平成25年度司法試験 論文式試験 分析レポート

監修：中村 充 講師

公法系第1問	1
公法系第2問	6
民事系第1問	10
民事系第2問	14
民事系第3問	17
刑事系第1問	22
刑事系第2問	28

分析レポート読後は、7/26（金）渋谷校 14:00～の中村講師による分析セミナーへGO！

中村先生の司法試験分析講義が聞きたい！という多くの受験生の要望にお応えして、4段階アルゴリズムによる平成25年本試験分析セミナーを実施します！

※注意※

本レポート自体は、4Aに基づいて作成しているものではありません。

TAC W セミナー

司法試験講座

<TAC> 無断複製・無断転載等を禁じます。

公 法 系 第 1 問

総 論

昨年度の、1つの公金の支出について政教分離違反の有無を検討することが求められた出題とは異なり、本年度の出題は、2つの不許可処分の合憲性の検討が求められているため、事務処理量が多くなっています。さらに、参照条文が添付されていることもあって、大きな筋というレベルでも様々な論じ方が考えられるところです。そのため、時間内にそれなりの答案を作成することの難易度は、昨年度よりもアップしているといえるでしょう。

論述の筋としては、大きく、目的手段審査を主軸にすえるものと、合憲限定解釈を主軸にすえるものが考えられますが、前者の方が書きやすいと思われるので、以下、目的手段審査を主軸にすえた筋に重点を置いて分析します。

各 論

まず、いずれの筋で論じる場合でも、法令自体の違憲性（法令違憲）の主張についての検討は必要なく、デモ行進についても、教室使用についても、本件不許可処分の合憲性について検討すれば足りるでしょう。

なぜなら、B県の条例について、条例制定の経緯に関する事実及び許可制が実質的に届出制であったかどうかを判断するために必要な事実や、許可推定条項の存否に関する記載は一切なく、B大学の規則についても、その制定の経緯などに関する記載は一切ないからです。

第 1 目的手段審査を主軸にすえた筋

1 デモ行進の不許可処分について

(1) 原告A側の主張

ア まず、本件不許可処分がAらのデモ行進の自由を制約するものであること、及び、デモ行進の自由は憲法21条1項により保障されていることを主張した上、事案においてAの意見として記載されているように、「デモ行進を不許可としたことは、県の重要な政策問題に関する意見の表明を封じ込めようとするもの」であり、違憲である旨を主張できます。

イ 具体的には、

- ・ 本件不許可処分は単に生活環境や商業活動に対する害が生じることを理由とするものではなく、「住民投票運動に伴う弊害を生ずる蓋然性が高い」ことを理由としている点で内容に着目しているといえること
- ・ Aらが主催するデモ行進はその趣旨（『格差の是正』を訴える）や横断幕・シュプレヒコールの内容（「県の社会福祉関係費の削減に反対」、「社会福祉関係費の削減に反対票を投じよう」）が知事の方針に反するものであり、このことに着目して、つまり県政批判という内容に着目し、これを封じ込めるために不許可としたものと考えら

れること

等を主張することができるでしょう。

そして、本件不許可処分がおよそ内容に着目したと言えるなら、明白かつ現在の危険の基準などの極めて厳格な審査基準が妥当することになるところ、本件では明白かつ現在の危険は生じていないとして、本件不許可処分の違憲性を主張できることになります。

また、仮に県政批判を封じ込める目的であるといえるなら、どのような審査基準を採用しても違憲という結論になるでしょう。

(2) 被告B県側の反論

デモ行進の不許可は内容に着目したものではなく、あくまで交通渋滞の発生や売上げ減少についての苦情を受けての、いわば間接的・付随的なものである等の反論が考えられます。

(3) あなた自身の見解

ア まず、デモ行進の不許可が内容に着目したものであるかどうか（さらに、Aらの県政批判を封じ込める目的であるかどうか）を、どのような場合に規制が内容に着目したものといえるのかなどといった点を明らかにした上で、本件の事情を考慮しつつ判断することになるでしょう。

そして、【参考資料2】の「B県住民投票に関する条例」1条を用いるなどして規制の目的を確定し、目的の正当性や目的と手段の関連性、利益衡量などを行ない、結論を出すことになります。

イ 利益衡量に際しては、

- ・第1・2回のデモ行進において交通渋滞などが生じており、かつ飲食店の売り上げ低下などの苦情が寄せられていること
- ・参加人数が増加した第2回の方が苦情が多いところ、第3回のデモ行進の参加予定者は第2回と同様の2000人とされている一方、住民投票の日程が第2回より近い第3回のデモ行進においては参加人数がさらに増加する可能性が高く、また、ツイッターなどを用いるという参加呼びかけの方法からして、Aらにも参加者の正確な予想は困難であるものと考えられること

といった事情をできる限り使えと、加点を積み上げることができます。

2 教室使用の不許可処分について

(1) 原告A側の主張

ア まず、B大学の教室を使用する権利が憲法上保障されていることを主張する必要があります。何条により保障されていると主張すべきかについては、難しいところですが、原告側の主張においては、学問の自由（23条）、集会の自由ないし表現の自由（21条）のいずれかとして保障されるものとしておけばよいでしょう。

イ 次に、教室使用の不許可処分は講演会の内容に着目したものであり許されない旨を主張することになります。

具体的には、

- ・B大学が「ニュースで流されたAの発言は県政批判に当たるものであること」をも不許可の理由としている点

- ・Cゼミと類似するテーマを掲げるものの、県政批判的な趣旨であることは窺われない
経済学部ゼミについては教室使用が許可されていること

などを指摘して、B大学が、Cゼミの講演会の目的は「県政批判」であるとした上で、それを理由として教室使用を不許可としていることは明らかであるから、教室使用の不許可処分は内容に着目した規制であると考えられる、といったことを具体的に論述することができるでしょう。

(2) 被告B県側の反論

そもそも大学の教室を使用する権利は憲法上保障されていないと反論した上で、仮にこの反論が認められなくとも、教室使用の不許可処分は内容に着目したものではなく合憲であるといった反論をすることが考えられます。

(3) あなた自身の見解

ア まず、大学の教室を使用する権利が憲法上保障されているかについて判断する必要があります。

これを肯定する場合、何条により保障されるかを確定する必要がありますが、「真に学問的な研究と発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動であり、かつ公開の集会またはこれに準じる」集会については、「大学の学問の自由と自治は、これを享有しない」とするポポロ事件の判例（最大判昭38.5.22。ただし、本件は大学とその学生の争いなので、ポポロ事件とは構図が大きく異なる点に注意）からすると、集会の自由や表現の自由ではなく学問の自由の一内容と考えるのが素直である、ということになりそうです（ポポロ事件の判例からすると、集会の自由の一内容として、大学の教室を使用する権利を肯定するのは難しそうですが、学問の自由の一内容としてであれば、「真に学問的な研究と発表のためのものであれば」肯定される、ということになりそうなので）。

他方、憲法上の保障を否定した場合、経済学部のゼミとの差別の合憲性というかたちで、憲法14条1項を用いて処理する余地が出てきます。その場合には、原告側は、経済学部のゼミについては教室の使用を許可し、Cゼミについては不許可としたのはCゼミの講演会が県政批判的な趣旨であることを理由とするものであるところ、そのような理由による差別は不合理なものであり許されない、などと主張することになるでしょうから、そのような主張に沿って処理することになるでしょう。

イ 大学の教室を使用する権利の憲法上の保障を肯定する場合、

- ・B大学が「Aらが中心となって行ったデモ行進が県条例に違反すること」をも不許可の理由として挙げていること
- ・講演会では「今回のデモ行進の不許可処分に関するC教授による講演」が行われることが予定され、場合によってはB大学において、Aらの条例違反を正当化するような講演会が行われることになりかねなかったものであり、そのような事態になればB大学が県民などから批判に晒されかねないこと

等から、教室使用の不許可処分は内容に着目したものではなく、あくまでそこから生じる弊害防止のための間接的・付随的規制なのではないか等を考慮しつつ、教室使用の不許可が内容に着目したものであったか否かを判断することになるでしょう。

ウ さらに、B大学には大学の自治（23条）が認められ、これによりB大学には教室の管理について広い裁量が認められるものと考えられることや、前掲ポポロ事件の判例から

すると、仮に教室使用の不許可処分を内容に着目した制約であると評価したとしても、デモ行進の不許可処分が内容に着目したものと考えた場合よりは合憲になりやすいのではないのでしょうか。

第2 合憲限定解釈を主軸にすえた筋

1 デモ行進の不許可処分について

(1) 原告A側の主張

本件不許可処分がAらのデモ行進の自由を制約するものであること及びデモ行進の自由は憲法 21 条 1 項により保障されていることを主張した上、デモ行進の自由の重要性に鑑みると、「平穏な生活環境を害する行為」「商業活動に支障を来す行為」（B 県集団運動に関する条例 3 条 1 項 4 号、B 県住民投票に関する条例 14 条 1 項 2・3 号）等の文言を合憲限定解釈する必要がある、第 3 回デモ行進の申請には、合憲限定解釈した後の不許可事由は存在しない旨を主張することになります。

合憲限定解釈の具体的な内容としては、著しい害悪や支障をとまなう行為のみが「平穏な生活環境を害する行為」「商業活動に支障を来す行為」にあたる等と主張することができるでしょう。

(2) 被告B県側の反論

デモ行進は規制の必要性が高い表現形態であるから条例の文言を合憲限定解釈する必要はないことや、合憲限定解釈が必要だとしても第 3 回デモ行進の申請は不許可事由が存在すること等の反論が考えられます。

(3) あなた自身の見解

まず、デモ行進の自由の重要性などを考慮しつつ合憲限定解釈の要否・内容についての見解を示します。

そして、条例の文言を限定的に解すべきであるとした場合、目的手段審査を主軸にすえた筋で指摘した事情などを用いて結論を出すことになります。

2 教室使用の不許可処分について

(1) 原告A側の主張

- ・ 本件不許可処分がAらの教室使用の権利を制約するものであること
- ・ 大学の教室を使用する権利が学問の自由、集会の自由ないし表現の自由の一内容として保障されているところ、その重要性からしてB大学規則にいう「政治目的」とは、自己の政治的な主義・主張を宣伝する目的に限られるべきである

等とした上で、本件の教室の使用はあくまでゼミ活動の一環として行われるものであるし、また、知事の施策方針に賛成する県議会議員も招かれるから、そのような目的はなかったと認めるべきである、といった主張が考えられます。

(2) 被告B県側の反論

そもそも大学の教室を使用する権利は憲法上保障されていないこと、あるいは仮にこれが保障されているとしても、大学の自治によりB大学には教室の管理について広い裁量が認められるから、およそ「政治目的」といえるような目的での教室の使用であれば、これを規制することは許されるものと考えるべきであり、合憲限定解釈は不要であるといった反

論が考えられます。

また、合憲限定解釈が必要であるとしても、Aらによる教室の使用は合憲限定解釈を行った後の不許可事由に該当するといった主張をすることも考えられます。

(3) あなた自身の見解

原告側の主張で指摘した事情などに加え、第 2 回デモ行進の横断幕やシュプレヒコールの内容などからして、Cゼミの活動の一環であるという点で共通する講演会のための教室の使用も県政批判的な趣旨、すなわちAらの政治的な主義・主張を宣伝する目的を有するといえるのではないかと、といったことを考慮しつつ結論を出すことになるでしょう。

以 上

公 法 系 第 2 問

総 論

訴訟要件（設問 1）と本案（設問 2）について、誘導に従って検討させるオーソドックスな出題といえ、適法／違法の法律論を考えさせる点についても昨年度と同様でした。

細かな知識は要求されておらず、①問い（誘導）に対して的確に答えられているか、②事実関係や条文構造等を正確に分析・検討できているか、③基本的な判例等を使いこなして、論理的な思考過程を分かりやすく整理・構成することができているかが、点数の分かれ目になるものと考えられます（司法試験平成 24 年度採点実感参照）。

各 論

第 1 設問 1

1 解答の前提

行政法においては、問い及び誘導を整理し、的確に把握することが解答の出発点となります。

(1) 問いの整理

本件認可が取消訴訟の対象となる処分に当たるかについて、①土地区画整理組合及びこれに対する定款変更認可の法的性格を論じ、②本件認可の法的効果を丁寧に検討して、解答することが求められています。

(2) 誘導の整理

上記解答に際して検討すべき点については、①～④に整理することができます。

- ① 本件組合が行政主体であるとはどういうことか、土地区画整理法にそのようなことが規定されているかに触れ、検討する。
- ② 本件認可の法的効果を幅広く検討することによって、処分性を認めることができないか、検討する。
- ③ C 県の職員が「下級行政機関である本件組合に対する本件認可は、処分に該当しない」と明言しているところ、なぜ本件認可の処分性が否定されることになるのか、C 県側の立脚している考え方について、論拠となり得る土地区画整理法の規定を挙げて、検討する。
- ④ C 県の職員が「市町村が土地区画整理事業を行う場合には、定款ではなく施行規程を条例で定めることとされています。条例の制定行為に処分性が認められないのと同様に、本件認可は処分に該当するものではありません。」と述べているところ、この主張がどのような法的根拠に基づいており、何を理由に処分性を否定する趣旨なのか、検討する。

また、この主張に対してどのように反論すべきか、賦課金の具体的な仕組みに即して丁寧に検討する。

2 本問の検討

(1) 「処分」

「処分」(行訴法 3 条 2 項かつこ書)とは、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」(最判昭 39. 10. 29)を意味するところ、本件では、「直接」「国民」が問題となると考えられます(櫻井・橋本 P 282 参照)。

(2) 「国民」

ア 土地区画整理組合の法的性格(問①)

誘導①から、本件組合が行政主体にあたるかを検討することになります。

行政主体とは、行政上の権利義務を負い、自己の名と責任において行政活動を行う法人を意味します。(櫻井・橋本 P 39)。本件組合については、法 3 条 2 項等から、行政主体にあたることを導くことができるでしょう(櫻井・橋本 P 40 参照)。

イ 定款変更認可の法的性格(問②)

本件認可は、知事が本件組合に対して行うものであり、行政主体間の行為といえます。行政主体相互の関係は、最判昭和 53 年 12 月 8 日判決から、機関関係として捉えられる可能性があるとされています(塩野・行政法Ⅱ P 269)。同判決は、「本件認可は、いわば上級行政機関としての運輸大臣が下級行政機関としての D 建設公団に対しその作成した本件工事实施計画の整備計画との整合性等を審査してなす監督手段としての承認の性質を有するもので、行政機関相互の行為と同視すべきものであり、行政行為として外部に対する効力を有するものではなく、また、これによって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらない」としています。

C 県側としては、法 125 条等を引用しつつ、都道府県知事と本件組合との関係を行政機関相互の行為と同視すべき等として、本件認可の処分性を否定することが考えられます(上記判決の下線部分参照)。

これに対し、誘導②から、本件認可の法的効果を広く検討して判断すべきであるとの反論をすることが考えられます。行政機関相互の行為と同視すべきものであっても、直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴う場合に処分性が認められることは、上記判例からも読み取ることが可能です(上記判決の二重線部分参照)。

(3) 「直接」(誘導④)

本件認可の法的効果を広く検討して判断すべきとしても、それが「直接」国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定するものであるか検討する必要があります。

ア C 県側としては、都道府県又は市町村が施行する土地区画整理事業についての施行規程につき規定した法 53 条と、土地区画整理組合が施行する土地区画整理事業についての定款につき規定した法 15 条の類似性を指摘した上、施行規程は条例で定めるものとされており、条例の制定行為には処分性が認められないことから、施行規程における条例に対応する本件認可についても処分性が認められないと主張することが考えられます。

イ これに対し、法 40 条以下に定めのある賦課金の徴収制度等から、処分性が認められるとの反論が考えられます。その際には、条例の制定行為に処分性を認めた判例(最判平 21. 11. 26)が参考になるでしょう。

同判決は、「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものということができる。」としています。

第 2 設問 2

1 解答の前提

設問 2 でも、問い及び誘導を整理し、的確に把握することが解答の出発点となります。

(1) 問いの整理

本件認可が適法かについて、①関係する法令の規定を挙げながら、②適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示して答えることが求められています。

(2) 誘導の整理

上記解答に際して検討すべき点については、①～③に整理することができます。

- ① 度重なる資金計画の変更は、本件組合が本件事業を遂行できるのかについて大きな疑問を抱かせるものであること、また、本件事業は既に実質的に破綻していることについて、土地区画整理法の条文に即し、本件認可の違法事由として法律構成する。
- ② 書面議決書の取扱いについての違法性を、C 県側の反論も想定した上で、検討する。
- ③ 本件の賦課金の不公平な算定方法の違法性につき、土地区画整理法の規定に照らして、データを踏まえた上で検討する。賦課金の算定方法は本件定款において直接定められているわけではないため、C 県側が賦課金の算定方法の違法性が本件認可の違法性をもたらすわけではないという主張をしてくる可能性があり、これに対する反論についても検討する。

2 本問の検討

(1) 法21条 1 項 4 号（誘導①）

法21条 1 項 4 号の趣旨に触れた上、「本件事業は、地価が高騰しつつあったバブル経済期に計画され、保留地を高値で売却できることが資金計画の前提とされていました。ところが、バブル経済の崩壊により、この前提が大きく崩れたにもかかわらず、本件組合は、地価はいずれ持ち直すという楽観的な見通しのもとに資金計画を変更し、さらに資金計画の変更を迫られるということを繰り返しています。

今回の資金計画の変更は、事業当初から数えて7回目に当たります。」という事情を指摘し、できる限り評価を加え、法39条 2 項・21条 4 号の「土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎及びこれを的確に施行するために必要なその他の能力が十分でないこと。」に該当するかを検討することになります。

(2) 定款変更の議決（誘導②）

白紙の議決権行使書の取扱いの取り扱いが問題となります。法38条 3 項が書面による議決権行使を認めた趣旨等に触れながら、適法とする法律論及び違法とする法律論を検討し、私見を論じることになるでしょう。

適法とする法律論としては、法38条3項の趣旨を決議不能となることを回避することに求め、白紙の議決権行使書の交付を議長への白紙委任と捉える法律構成が考えられます。

また、違法とする法律構成については、法38条3項の趣旨を組合員の意思の尊重することに求め、白紙の議決権行使書の交付を白票と捉える法律構成が考えられるでしょう。

(3) 法40条2項（誘導③）

ア 算定方法の違法性

法40条2項の趣旨に触れながら、適法とする法律論及び違法とする法律論を検討し、私見を論じることになるでしょう。

適法とする法律論としては、法40条2項の算定には政策的判断を要することを重視し、本件算定方法もその判断の範囲内であるとする法律構成が考えられます。違法とする法律構成については、政策的判断を重視すべきとしても、本件算定方法は著しく不合理であるとする法律構成が考えられるでしょう。

いずれにせよ、結論を導くに当たっては、「本件組合の組合員1人当たりの平均地積は約482平方メートルですが、300平方メートル以下の宅地の所有権等を有し、賦課金が免除される組合員は930名で、総組合員の約80パーセントを占めています。また、賦課金が免除される宅地の総地積は約23万平方メートルで、施行地区内の宅地の総地積の約41パーセントを占めています。」というデータを評価したいところです。

イ 算定方法の違法性が本件認可の違法をもたらすか

賦課金の算定方法は、本件定款において直接定められているわけではないため、法21条1項2号の「定款…内容が法令…に違反」しているとはいえ、認可したとしても本件認可は違法ではないのではないかということが、問題点となると考えられます（C県側の主張）。

これに対しいかなる反論をすることができるかについては、法21条1項2号等の趣旨に遡った検討が可能でしょう。

以 上

民 事 系 第 1 問

総 論

設問 1 は、保証債務の履行請求、代理に関する要件事実を問うとともに、そこに含まれる応用事項（保証契約における書面）を考えさせる出題でした。法律の規定に則し、事実に基づき、要件に充足するかどうかを検討し判断するという基本的な作業ができるかを試すものといえます（司法試験平成23年度採点実感参照）。

設問 2 は、E の F に対する金銭支払請求の法的根拠を問う問題であり、複数の法的根拠が考えられる点で、（新）司法試験平成21年度民事系第 2 問設問 3 を想起させます。選択した法的根拠について、要件該当性を検討する中で、論理的思考を試す問題であったと考えられます。

設問 3 は、判旨を挙げた上で、本件事案との関係で射程を考えさせる問題であり、新しい傾向の出題といえます。民事訴訟法においても判例の射程を問う問題が出題され、これは本年度の特色の 1 つといえるでしょう。

各 論

第 1 設問 1

1 どのような主張をする必要があるか

民法の条文を挙げながら、過不足なく主張すべき事実を指摘することが求められます。保証債務、代理に関する要件事実、以下のように整理することができます（要件事実マニュアル上 P 117 参照）。

- ①主債務の存在（民法 446 条 1 項）
- ②保証契約の締結
 - ・代理人の意思表示（99 条 1 項）
 - ・顕名（99 条 1 項）
 - ・本人が相手方に追認したこと（113 条 1 項）
- ③書面（446 条 2 項）

2 主張に含まれる問題点

(1) 問題点

無権代理人が書面によって保証契約を締結し、本人が追認した場合、要件③を満たすかが問題となります。問題文 6 に「C は、A C 間の連帯保証契約は書面でされておらず、その効力を生じないから A の求めに応ずるつもりがないことを告げた。」とあることから、この問題点は比較的容易に発見することができるでしょう。

(2) 当否

ア 446 条 2 項が書面を要求する趣旨は、保証約束が保証人によって安易かつ軽率になされることを防ぎ、その意思を確認することにあります（我妻・有泉コンメンタール民法

P821 参照)。このような趣旨から、要件③を満たすための規範を定立し、本件事案にあてはめるのがよいでしょう。

イ なお、本問の元ネタと思われる東京高判平 24. 1. 19 も、同様の道筋で結論を導いています。

「保証契約は、書面でしなければその効力を生じないとされているところ（民法 446 条 2 項）、同項の趣旨は、保証契約が無償で情義に基づいて行われることが多いことや、保証人において自己の責任を十分に認識していない場合が少なくないことなどから、保証を慎重にさせるにある。同項のこの趣旨及び文言によれば、同項は、保証契約を成立させる意思表示のうち保証人になろうとする者がする保証契約申込み又は承諾の意思表示を慎重かつ確実にさせることを主眼とするものといえることができるから、保証人となろうとする者が債権者に対する保証契約申込み又は承諾の意思表示を書面でしなければその効力を生じないとするものであり、保証人となろうとする者が保証契約書の作成に主体的に関与した場合その他その者が保証債務の内容を了知した上で債権者に対して書面で明確に保証意思を表示した場合に限り、その効力を生ずることとするものである。したがって、保証人となろうとする者がする保証契約の申込み又は承諾の意思表示は、口頭で行ってもその効力を生じず、保証債務の内容が明確に記載された保証契約書又はその申込み若しくは承諾の意思表示が記載された書面にその者が署名し若しくは記名して押印し、又はその内容を了知した上で他の者に指示ないし依頼して署名ないし記名押印の代行をさせることにより、書面を作成した場合、その他保証人となろうとする者が保証債務の内容を了知した上で債権者に対して書面で上記と同視し得る程度に明確に保証意思を表示したと認められる場合に限り、その効力を生ずるものと解するのが相当である。」

第 2 設問 2

1 解答の出発点

(1) 法的根拠

F に対する金銭支払請求のための B の主張を検討することが求められていますが、そのためには、まず、B の請求の法的根拠を確定することが必要になります。

ア 後記(2)の参照文献の記載から、賃借人の責めに帰すべき破損にかかる修繕につき、賃貸人に修繕義務を認める考え方／認めない考え方があることが分かります。

これを認めない考え方に立った場合、F が「法律上の原因なく」利益を得ているとして、不当利得返還請求権（703 条）を検討することができます。また、B が「義務なく」修繕費を負担したとして、事務管理に基づく有益費返還請求権（702 条 2 項）を検討することもできるでしょう。

イ 加えて、同文献の記載から、修繕義務を認める考え方／認めない考え方のいずれに立ったとしても、保管義務違反に基づく損害賠償請求権（415 条）の検討が可能であることがわかります。

(2) 参考文献（新版注釈民法(15)債権(6) P 221：有斐閣）

「破損が賃借人の責めに帰すべき事由によって生じた場合については見解が分かれている。かつての通説ともいえるべき多くの見解は、賃借人の責めに帰すべき破損についても、

一方で賃貸人の修繕義務を肯定すると同時に、他方で賃貸人の賃借物の保管義務違反を理由とする損害賠償請求権を認める（我妻…）。これに対し、反対説も早くから存在し、通説は実際に適さないこと…、あるいは、過失ある賃借人が修繕義務の未済を理由に同時履行により賃料の支払を拒みえたり、修繕の履行を請求し得る結果となるのは信義則に反することを指摘した。…確かに、終局的な負担はいずれにせよ賃借人が負うことは変わらないのだから、通説の考え方は、概念的で形式的にすぎると思われる。賃貸人の修繕義務は、賃借人をして使用収益させる義務の一つの内容であるが、賃借人が使用収益の障害となるような状態を自らつくりだした場合にまで、その生涯の排除を賃貸人に命じる意味とは到底解することはできない。したがって、かかる場合には、修繕義務は発生せず、単に賃貸人の賃借人に対する損害賠償請求権のみが問題となると解すべきである。」

2 それぞれの法的根拠に基づく検討

本件事案に則し、上記 1 (1)の各法的根拠の要件を検討することになります。

(1) 保管義務違反に基づく損害賠償請求（415 条）構成

ア 「債務」として、F は B に対していかなる義務を負っているか指摘する必要があるところ、賃借人は、400 条に基づき目的物の保存義務を負うものとされています（潮見・債権各論 I P 138）。

イ そして、F 自身が工事を行っていないことから、主張反論のポイントは、「債務者の責めに帰すべき事由」の検討にあるといえるでしょう。

債務不履行における「債務者の責めに帰すべき事由」に関しては、最判昭 52.3.31 が、「債務が履行不能となつたときは、債務者は、右履行不能が自己の責に帰すべからざる事由によつて生じたことを証明するの でなければ、債務不履行の責を免れることができないものと解すべきであり…、ここにいう責に帰すべからざる事由がある場合とは、債務者に故意・過失がない場合又は債務者に債務不履行の責任を負わせることが信義則上酷に失すると認められるような事由がある場合をいうものと解するのが相当である」としています。

そこで、H が誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことが、信義則上 F の「責めに帰すべき事由」といえるかについて、問題文 13 「F は、【事実】11 の賃貸借契約の締結に当たり、丙建物の 1 階部分の内装について、飲食店の内装工事を専門とし、内装業を営む H に相談し、B から丙建物の設計図を取り寄せるなどして、H と共に内装の仕様及び施工方法を検討した。」との事実を指摘して、検討したいところです。

ウ なお、不当利得返還請求構成、事務管理に基づく有益費償還請求構成においても、F の責めに帰すべき事由の検討について、同様の考え方をすることが可能といえるでしょう。

(2) 事務管理に基づく有益費償還請求（702 条 2 項）構成

「義務なく他人のために事務の管理を始めた」といえるかが主張反論のポイントとなり、そこで B の修繕義務の有無を論じることになるでしょう。606 条 1 項の趣旨に遡った検討、F の責めに帰すべき事由の検討が要求されるものと考えられます。

(3) 不当利得返還請求（703 条）構成

「法律上の原因なく」が主張反論のポイントとなり、そこでBの修繕義務の有無を論じる必要があるでしょう。606 条 1 項の趣旨に遡った検討、F の責めに帰すべき事由の検討が要求されるものと考えられます。

第3 設問3

1 Dの反論に関して

GのBに対する報酬相当額の支払請求権の根拠として、必要費償還請求権（608 条 1 項）を挙げた上、「必要費」の意義を示し、本件事案へあてはめることになるでしょう。

また、平成 13 年判例の判断枠組みに沿って、Dの反論を整理することが必要です。

2 Gの主張

Gとしては、平成 13 年判例の射程が及ばない旨、主張することになります。

平成 13 年判例が、「抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。」としていることから、本件では、平成 13 年判例の事案とは異なり、賃借人Gの相殺への期待を保護すべきであると主張することが考えられます。

射程を検討する視点としては、設問にあるDの「まず、Gが、報酬の相当額を支払うようBに対し請求する権利を有することについて、説明して欲しい。」との発言がヒントになり、相殺に供された必要費償還請求権の法的性質から、賃借人の相殺への期待を論じることができでしょう。つまり、平成 13 年判例の事案で相殺に供されたのは、賃料債権と関係が比較的薄い保証金返還請求権であるのに対し、本件では、賃料債権と密接な賃貸目的物にかかる必要費償還請求権が相殺に供されており、賃借人の相殺への期待がより保護されるべきと考えられます。

なお、平成 13 年度最高裁判所判例解説民事篇(上) P 271 にも、「ただし、留意されるべきは、本件における相殺の自働債権が、…賃料債権との関係ではいわば一般債権であるという点である」との記述があります。

以 上

民 事 系 第 2 問

総 論

事実関係及び添付された資料を読み、問題となる条文を正確に指摘しながら、会社法上の問題点を的確に抽出して各設問に答えることが求められる出題であり、これは昨年度までと変わりません。むしろ、本年度の問題は、過去問（予備試験・司法試験）、判例百選及び演習書を通じて受験生が事前に準備することができるテーマを多く含み、昨年度までの問題に比べて解答しやすいものであったといえるでしょう。

各 論

第 1 設問 1

E F 間の甲社株式譲渡について、①甲社との関係での効力、②甲社が平成 25 年総会において F を株主として取り扱うことの当否が問われています。

1 ①について

甲社は譲渡制限会社、取締役会設置会社であり（会社法 139 条 1 項カッコ書、定款 5 条）、株式の譲渡には取締役会の承認が必要となることを指摘した上、承認請求（136 条 1 項）がなされた日から 2 週間が経過している（145 条 1 号）ため、145 条柱書により、承認がなされたものとみなされるのではないかと検討することになります。その際には、A が承認請求のあったことを他の取締役に対して伝えていないという事情を使えると、加点が期待できます。

2 ②について

甲社は株券発行会社であり（214 条、定款 7 条）、株券発行会社の株式の譲渡は、株主名簿を書き換えなければ、会社に対抗することができない（130 条 2 項）ことを指摘した上、会社の側から名義書換未了の株主譲受人の権利行使を認めることの可否を検討することになります（最判昭 30. 10. 20 参照）。

第 2 設問 2

1 小問(1)について

B が本件報酬決議の効力を否定するために会社法に基づき採ることができる手段が問われているところ、手段としては、株主総会決議取消の訴え（831 条）が考えられます。

(1) 違法事由（831 条 1 項）

ア 違法事由①

Q が有していた甲社株式についての B の議決権行使について、無効として取り扱った A の措置が、「決議の方法が法令…に違反」（831 条 1 項 1 号）したといえるかが問題となります。

Q の有していた甲社株式について、A、B 及び C が相続し、等しい持分で、その共有に属すること（民法 899 条、900 条 4 号）を確認し、株式の共有に関する 106 条本文を

指摘した上、A、B 及び C が有効に「権利を行使する者一人を定め」といえるかを検討することになります。権利行使者の決定について、共有物の管理行為（民法 252 条本文）に当たると解すると、BC の合意がある以上、有効に定めたものと考えられます（最判平 9. 1. 28，最判平 11. 12. 14 参照）。

したがって、A の措置は、309 条 1 項に違反することになります。

イ 違法事由②

A が、株主総会の席上で、取締役全員の報酬の総額を年 3 億円以内に引き上げる旨の議案を提案し、これについて決議がなされた点について、「決議の方法が法令…に違反」（831 条 1 項 1 号）したといえるかが問題となります。これについては、株主総会招集の決定にあたり定められていない事項（298 条 1 項 2 号）を決議するものであり、309 条 5 項に反するものと考えられます。

ウ 違法事由③

A が議決権を行使したことにつき、「特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって、著しく不当な決議がされた」といえるかが問題となります（831 条 1 項 3 号）。

「特別の利害関係を有する者」、「著しく不当な決議」、及び因果関係（「によって」）の各要件について、その意義を示した上、本件に即して検討する必要があります。

エ その他

A が B の意見を無視したことについて、説明義務違反（314 条）の検討は不要でしょう。司法試験平成 23 年度民事系第 2 問と異なり、B が特に説明を求めているとみられるからです。

(2) 裁量棄却（831 条 2 項）

違法事由①については、議決権という重要な権利行使が認められなかった点（「違反する事実が重大」）、B の議決権行使を認めた場合、賛成票 400+120，反対票 480 と、反対票が賛成票を上回る点（「決議に影響を及ぼす」）ことを指摘しながら、裁量棄却について検討する必要があります。

違法事由②についても、事実を指摘しながら、裁量棄却の要件について検討することができます。

2 小問(2)について

甲社が A、D 及び G に支払済みの報酬の返還請求をすることの可否が問われているところ、その法的根拠としては、不当利得返還請求（民法 703 条，704 条）が考えられます。そこで、「利益」、「損失」、因果関係（「よって」）及び「法律上の原因」の各要件について、事実関係に即して検討する必要があるところ、本件では、「法律上の原因」が特に問題となります。

小問(1)で、株主総会決議取消の訴えが認容された場合、その遡及効（839 条参照）により A らの報酬決議が存しなかったこととなります。そのため、A らの利得は、「法律上の原因」を欠くものとなるように思えます。しかし、A らは取締役としての任務を行っており、無報酬とすることの妥当性を検討する必要があります。

これについては、平成 24 年 3 月開催の定時株主総会で決議された報酬額につき、報酬請求権があり、「法律上の原因」があるといえることが可能です。

もっとも、そのように考えた場合、同株主総会時においては取締役を選任されていなかったD及びGの報酬額について、更に言及・検討できれば加点となるでしょう。

第3 設問3

1 ①について

募集株式の発行を阻止するための手段が問われており、募集株式発行差止請求（210 条 1 号・柱書）、及び差止の仮処分（民事保全法 23 条 2 項）について検討することが求められます。

「著しく不公正な方法」及び「株主が不利益を受けるおそれ」の各要件について、その意義を示した上、事実関係に即して論じることになります。その際には、本件募集株式の発行が、株主割当てであるものの、B及びCが短期間に調達することが困難な多額の出資を伴うものであるといった事情に配点があると考えられます。

2 ②について

募集株式の発行の効力を否定するための手段が問われており、新株発行無効の訴え（828 条 1 項 2 号）について検討することが求められます。無効事由の意義を述べた上、不公正発行が無効事由に当たるかを論じることになりますが、その際には、甲社が非公開会社であること、募集株式の発行が株主割当てによるものであることに配慮した論述ができると、加点が期待できます（下記最判平24. 4. 24参照）。

「会社法上、公開会社（同法 2 条 5 号所定の公開会社をいう。以下同じ。）については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずるものとして位置付けられ、発行可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法201条 1 項、199条）のに対し、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会の特別決議によって募集事項を決定することを要し（同法199条）、また、株式発行無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合は 6 箇月であるのに対し、非公開会社の場合には 1 年とされている（同法828条 1 項 2 号）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である。所論引用の判例（最高裁昭和32年（オ）第79号同36年 3 月 3 1 日第二小法廷判決・民集15巻 3 号645頁、最高裁平成 2 年（オ）第391号同 6 年 7 月14日第一小法廷判決・裁判集民事172号771頁）は、事案を異にし、本件に適切でない。」

以 上

民 事 系 第 3 問

総 論

確認の利益（設問 1）、当事者適格（設問 2）、要件事実（設問 3(1)）、弁論主義（設問 3(2)）、既判力（設問 4）という典型テーマからの出題でしたが、設問数、出題形式に特色がありました。設問は 4 つと多く、そのうち 3 つは判例を用いて解答するタイプの設問でした。

出題内容としては、判例の射程等、応用事項が多く問われています。もっとも、応用事項以前に、①民事訴訟法の基本的な原理原則や概念の理解を示すこと、②問題文から、設問で問われていることが何かを的確に把握した上で、それに正面から答えること、③抽象論に終始せず、設問の事例に即して具体的に検討することができたかが、点数に大きく反映されることになるでしょう（司法試験平成24年度採点実感参照）。

各 論

第 1 設問 1

本問では、昭和 47 年判決を前提としながら、事案の違いを踏まえ、E が提起した遺言①の無効確認を求める訴えが確認の利益を欠き不適法であると立論することが求められています。

1 確認の利益

確認の利益の定義・趣旨を述べた上、確認の利益の有無の判断枠組みを示し、本問では、どの要件が問題となるのかを明らかにする必要があります。すなわち、判断枠組みとして、対象選択の適否（①自己の②現在の③法律関係の④積極的確認）／即時確定の利益／方法選択の適否を挙げ、本件では、対象選択の適否の要素②が問題となっていることを指摘することになります。

要素②が必要とされる趣旨としては、「過去の事実や法律関係の確認を求めることは多くの場合、迂遠であり、現在の紛争解決には役立たない」（有斐閣アルマ・民事訴訟法 P 83）と説明されるのが一般的です。

2 昭和 47 年判決の枠組み

昭和 47 年判決は、「請求の趣旨を、あえて遺言から生ずべき現在の個別的な法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の無効の当否を判示することによって、確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らか」として、確認の利益を認めています。

これは、過去の法律関係を確定することが紛争解決につながるのであれば、要素②の趣旨に鑑み、確認の利益を認めることができるとの立論といえるでしょう。

3 昭和 47 年判決との事案の違い

昭和 47 年判決では、遺贈の相手が相続人、他の相続人が複数であるのに対し、本件では、遺贈の相手が友人、相続人が一人であることを挙げることができます。

4 確認の利益を欠き不適法であるとの立論

昭和 47 年判決の事案では、相続人が複数存在することから、その一人一人に対して現在の法律関係について訴えを提起するより、遺言の無効を確認することが現在の紛争を一挙に解決することにつながります。

これに対し、本件では、遺贈の相手方に対して現在の法律関係について訴えを提起すれば紛争の解決となり、わざわざ過去の法律関係の確認を認める必要はないといった立論をすることができます。

第 2 設問 2

本問では、訴訟Ⅱの被告適格が受遺者 C にあり、遺言執行者 D にはないとの立論が求められています。誘導を見ると、昭和 51 年判決を受けて「本件でもそのように言うことができるでしょうか。」とあることから、昭和 51 年判決の射程を踏まえて論述することが求められています。

1 被告適格

被告適格（当事者適格）の定義・趣旨を論じた上、被告適格の有無の判断枠組みを示すことになります。

当事者適格の趣旨は、本案判決をすることが無意味な者を当事者とする訴えを排除することにあると説明することができます（有斐閣アルマ・民事訴訟法 P 115）。

2 E の主張（昭和 51 年判決）の枠組み

昭和 51 年判決は、「遺言執行者がある場合に、相続人は相続財産についての処分権を失い、右処分権は遺言執行者に帰属するので（民法 1013 条、1012 条）、受遺者が遺贈義務の履行を求めて訴を提起するときは遺言執行者を相続人の訴訟担当者として被告とすべきである…」としています。

これは、上記(1)の当事者適格の趣旨からして、相続財産についての処分権を有しない受遺者を当事者として本案判決をしても無意味であることから、受遺者の被告適格を否定したものと分析することができます。

3 被告適格は受遺者 C にあり、遺言執行者 D には被告適格がないとの立論

(1) 本件では、遺言の執行は終了しており、登記についての権利義務は、遺言執行者 D でなく受遺者 C に属します。この点で、上記判旨の射程は及ばないとの立論が可能でしょう。

(2) なお、昭和 51 年判決は、上記判旨に続けて、「遺贈の目的不動産につき遺言の執行としてすでに受遺者宛に遺贈による所有権移転登記あるいは所有権移転仮登記がされているときに相続人が右登記の抹消登記手続を求める場合においては、相続人は、遺言執行者ではなく、受遺者を被告として訴を提起すべきであると解するのが相当である。けだし、かかる場合、遺言執行者において、受遺者のため相続人の抹消登記手続請求を争い、その登記の保持につとめることは、遺言の執行に関係ないことではないが、それ自体遺言の執行で

はないし、一旦遺言の執行として受遺者宛に登記が経由された後は、右登記についての権利義務はひとり受遺者に帰属し、遺言執行者が右登記について権利義務を有すると解することはできないからである。」としています。

第3 設問3

1 小問(1)について

相続による特定財産の取得を主張する者が主張すべき請求原因について、本件の事実関係に即して説明することが求められています。そこで、以下の事実を指摘することになります。

- ① F は、平成 15 年 4 月 1 日、死亡した。
- ② F は、①の時点で、乙土地を所有していた。
- ③ G は、F の子である（非のみ説）。

2 小問(2)について

弁論主義の定義・趣旨、第 1 テーゼについて論じ、請求原因②につき、主張責任を負う G ではなく H が主張しているという問題点を指摘する必要があります。

その上で、請求原因②を判決の基礎とすることが弁論主義の第 1 テーゼに反しないかについて、弁論主義の趣旨に遡って検討をすることになるでしょう（主張共通の原則）。

第4 設問4

H の「前訴の本訴請求についての判決により、土地乙は G の所有でないことが確定しており、この点について既判力が生じているから、G は相続による共有持分の取得を主張することもできない」との主張に対し、平成 10 年判決を参考にして、信義則上、遮断効が縮小するとの立論をすることが求められています。

1 Hの主張（既判力の原則論）

既判力の定義・趣旨、正当化根拠、客観的範囲、遮断効について論じた上、H の主張をそれに沿って整理することが、解答の出発点となります。

既判力の趣旨については、紛争の蒸し返しを防止すること、既判力の正当化根拠については、手続保障を前提とした自己責任を挙げるのが一般的でしょう（民事訴訟法・判例百選 No. 78 参照）。

2 Gの立論（信義則による例外）

(1) 平成 10 年判決は、明示の一部請求後に、敗訴原告が残部請求した場合につき、「実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すもの」であり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないと解するのが相当である。」としています。

これは、既判力の原則論からは許されるとも思われる残部請求につき、既判力の趣旨、正当化根拠に鑑み、信義則に反して許されないとしたものと解することができます。

そこで、本件では、既判力の趣旨、正当化根拠の観点から、遮断効の縮小を論じ、信義

則上、相続による共有持分の取得を主張することが遮断されないと立論することが可能でしょう。その上で、いかなる場合に信義則の適用があるかについて考慮要素を挙げ、本件について具体的に検討することになります。

- (2) なお、最後に、設問 4 の元ネタと考えられる最判平成 9 年 3 月 14 日判決の福田裁判官反対意見を引用します。

「確定判決において示された既判力ある判断（訴訟物に関する判断）について、当事者が後の訴訟においてこれと矛盾抵触する主張をすることを許さないのは、一回の訴訟・判決によって紛争を解決し、当事者に同一の紛争の蒸し返しを許さないためにほかならない。しかし、訴訟・判決による紛争の解決は、既判力ある判断部分のみによってもたらされるのではなく、既判力を生じない判断部分も含め、判決によって示された判断が全体として紛争解決の機能を果たしていることは、共同相続人間の紛争について先に検討したところからも明らかであり、紛争の当事者も判決の右のような機能を前提とし、これに期待して訴訟制度を利用しているものと考えられる。そうであるとすれば、後の訴訟における当事者の主張が前の訴訟の判決との関係で許されるか否かを判断するに当たっては、既判力との抵触の有無だけでなく、当事者が一般的に期待する判決の紛争解決機能に照らし、当該主張が前の訴訟の判決によって解決されたはずの紛争を蒸し返すものか否かという観点からの検討も必要であり、前の訴訟における紛争の態様、当事者の主張及び判決の内容、判決後の当事者の対応及び後の訴訟が提起されるに至った経緯等の具体的事情によっては、既判力に抵触しない主張であっても信義則等に照らしてこれを制限すべき場合があり、（＝平成 10 年判決は、この場合であると考えられる：筆者注）また、その反面、既判力に抵触する主張であっても例外的にこれを許容すべき場合があり得る（＝本問で求められる立論は、この場合であると考えられる：筆者注）と考えられる。このような観点から本件の事案を検討すると、前訴においては、D の共同相続人である上告人、被上告人の双方が本件土地につき単独所有のみを主張して争っていたところ、前訴判決は、双方の所有権取得の主張をいずれも認めなかったものであり、その理由説示によれば、本件土地は D の所有に属し、同人の遺産であるという判断がおのずから導き出されるところである。このような場合、先に検討したところによれば、当事者双方が前訴判決の判断に従い、本件土地が D の遺産であることを承認して、遺産分割の進めるのが通常であり、判決の後に遺産帰属性をめぐる争いが生じることはないと考えられる。にもかかわらず、上告人が本訴において本件土地の共有持分の取得を主張するに至ったのは、被上告人が遺産分割調停において再び本件土地の所有権を主張し、その遺産帰属性を争ったためにほかならない。被上告人は、前訴において、本件土地につき、所有権の確認こそ求めていなかったものの、D からの贈与による所有権の取得を主張して、地上建物の所有者に対し所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟を提起していたのであり、右主張が認められず、建物収去土地明渡請求訴訟につき敗訴判決が確定したのであるから、本件土地につき所有権の主張が認められずに敗訴したという点では上告人と実質的な立場に変わりはない。そのような被上告人が、遺産分割調停及び本訴において、前訴で排斥された所有権取得の主張を繰り返す、本件土地の遺産帰属性を争うことは、前訴判決によって決着したはずの紛争を蒸し返すものであり、信義則に反すると言わざるを得ない。他方、上告人は、前訴判決の判断に従い、本件土地が D の遺産であることを承認して遺産分割の進めようとしたにもかかわらず、

右のような被上告人の信義則に反する対応により、紛争の解決に対する合理的な期待を裏切られ、予期していなかった本件土地の遺産帰属性の争いを解決するために、本訴を提起することを余儀なくされたものということができる。前訴の段階では、上告人が被上告人の右のような判決後の対応を予想することは困難であり、遺産帰属性をめぐる争いに備えて相続による共有持分の取得を主張することを要求するのは、酷に過ぎるものといわざるを得ない（なお、本件では、Dの相続人としてEもいるのであり、前訴において遺産帰属性の点も含めて既判力ある判断を得ようとするならば、本訴のようにEも当事者に加えて遺産確認の訴えを提起しなければならないことになる。）。

右のような諸事情が認められるにもかかわらず、本訴において上告人に相続による共有持分の取得の主張を許さないのは、条理に反するというべきであり、前訴判決の既判力に抵触するものであっても、上告人の右主張は許容されるべきものと解するのが相当である。このように解しても、上告人に同一の紛争の蒸し返しを許すことにはならず、前訴判決との間で実質的な判断の矛盾抵触を来すことにもならないから、既判力制度の本来の趣旨・目的に反するものではない。」

以 上

刑事系 第 1 問

総論

本年度は、昨年度と同様、犯罪と解釈問題については、多くの受験生にとって比較的馴染みのあるものだったといえるでしょう。特に、殺人罪の実行の着手の有無等が問題となった最決平 16. 3. 22 を使うことは、多くの受験生ができていたため相対的に必須と考えられます。

ただ、これも昨年度と同様、処理すべき情報量がかなり多いので、刑事系第 2 問と合わせた時間管理が重要でした。

各論

第 1 乙の罪責

1 殺人罪（199 条）の成否

- (1) 乙は A を B 車のトランクに閉じ込め、結果的に窒息死させています。

乙が“鼻を塞いだわけではないので、それによって A が死亡するとは思っていなかった”ことを重視すれば、監禁致死罪（221 条）が成立し、殺人既遂罪は不成立とも思えますが、一方で、乙は、当初の計画どおり A を死亡させているので、より重い殺人罪を成立させることが考えられます。そこで、最決平 16. 3. 22 を意識しつつ、殺人罪の成否について検討する必要があります。

- (2) まず、乙が「人を殺」す実行行為をしたかどうかを検討する必要があります。

ア 最決平 16. 3. 22 の規範に従うのであれば、第 1 行為と火をつけた新聞紙を B 車に投げつけた行為（以下、「第 2 行為」）が一連一体のものといえるかどうかについて、乙の犯行計画を考慮しつつ、①第 1 行為の必要不可欠性、②第 1 行為と第 2 行為の時間的・場所的接着性、③第 2 行為の実行に特段の障害がないこと、の 3 点を検討することになります。

本件では、乙の犯行計画は A を山中の駐車場に運んだうえで B 車ごと燃やして殺害するというものですから、①計画の遂行に第 1 行為は必要不可欠といえ、また、B 車の放火を予定していた駐車場は無人ということなので、③第 1 行為が終われば、第 2 行為の実行に特段の障害は存在しなかったといえるでしょう。②の時間的・場所的接着性については、時間にして 1 時間かかり、距離にして 20 キロ離れた場所で第 2 行為が行なわれることが予定されていたということをどう評価するかにより結論が分かれそうですが、自動車に乗って直行するという点を考慮すると、肯定することができそうです。

なお、厳密に考えると、上記第 1 行為に含まれる複数の行為（口を塞ぐ、閉じ込める、運ぶ）のうち、どの行為の開始をもって実行の着手を認めるべきか（あるいは、厳密にいうとどの行為が第 1 行為なのか）が問題となりそうですが、例えば、口を塞ぐ行為だけを取り出して、これが第 1 行為だとしてしまうと、この行為だけを取り上げて第 2 行為の実行に必要な不可欠であると評価するのは困難であり、あっさりと殺人罪の成立が否

定されてしまいかねないという答案作成上の難点もありますので、口を塞ぐ、閉じ込める、運ぶという行為を一体的に評価して処理しておけばよいでしょう。

イ このような検討を経て上記①②③の要件の充足を認めた場合、第1行為と第2行為が一連の（実行）行為となるという捉え方をすることになるでしょう。

(3) 他方、(第2行為前に) Aの生命侵害・死亡結果が生じたことは確かなので、残る問題は因果関係と故意の存否ということになります。

ア 因果関係については、前記(2)イで第1～2行為を一連の行為と捉えた場合、その一連の行為の途中で結果が生じたことになるので、これをどのように処理すべきか、悩むところでは。

これについては、文献に明確な記載もないので、深く突っ込まず、当然に因果関係がある、“一連の行為の一部”たる第1行為との間で因果関係があるといった形でクリアする・ごまかすほかないでしょう。

早すぎた構成要件の実現（最決平 16. 3. 22）について、事前に問題を解く等していた受験生は、この点の対処法まで事前に準備できていたでしょうか。

イ 故意については、前記(2)イで第1～2行為を一連の行為と捉えた場合、第1行為ではなく第2行為で死亡させるつもりだった点については既に問題がクリアされたことになるので、あとは因果関係の錯誤を処理することになります。

2 監禁罪（220 条）又は監禁致死罪の成否

(1) まず、「監禁」とは、一定の場所からの脱出を困難にして移動の自由を奪うことをいいます。

ア 本件で、乙は、一度B車のトランクを開けてAが閉じ込められていることを確認した上で、再びトランクの扉を閉めています。この点について、乙は積極的にAの脱出を困難にしているとまではいえないから、この行為を不作為と捉えることも考えられなくはないですが、一度開けたトランクの扉を“再び閉めて”監禁状態を作出している以上、乙は積極的にAの脱出を困難にしたものと評価し、作為による監禁行為を認めてよいでしょう。

ただ、乙に殺人罪の成立を認める場合、本件の監禁は結果的に見ると殺人行為の一部であるから、監禁罪は別途成立しないのではないか、ということが問題となります。この点、大コンメンタール刑法第 11 巻（青林書院）P281 によると、「逮捕監禁行為が殺人行為等の一部と見られる場合であっても、逮捕監禁行為の時間も長く、社会通念上殺人行為等だけでは評価し尽くされないと認められる場合には、別に逮捕監禁罪が成立し、殺人罪等とは観念的競合の関係にあると解すべき」とのことなので、本件監禁の評価の仕方により、結論が左右されるものと思われます。

イ なお、以下で検討するB車への放火行為とAの死体損壊行為も、前記 1 (2)イのように第1行為と第2行為を一連の行為と見るのであれば、やはり殺人行為の一部といえなくはないですが、いずれも客観的に見ればAの死亡原因となった行為ではないことや、各犯罪の保護法益等から、殺人行為の一部であることを理由として成立が否定されることはなさそうです。

(2) 形式的に考えると、乙は、「前条の罪」（監禁罪）「を犯し、よって人を死」亡させたので、

監禁罪に留まらず監禁致死罪（221 条）まで成立するかも問題となりますが、いずれにせよ、死の二重評価になってしまうのではないかという問題意識を持って処理できていれば十分でしょう。

3 自己所有建造物等以外放火罪（110 条 2 項）の成否

- (1) B 車は乙の所有物ではないので 110 条 1 項の成否を検討された方がある程度いるようですが、所有者である甲に依頼されて放火している以上、B 車は乙にとって自己所有物と同じ扱いとなります。
- (2) ライターで火をつけた新聞紙を B 車の方に投げつける行為は、「放火」にあたります。ただ、丸めた新聞紙に火をつけたものを B 車の方に投げたということだけから B 車の焼損結果発生 of 具体的な危険を認めることは困難だと思われるため、実行行為性の認定に際しては、少なくとも B 車の車内及び外側にガソリンが撒かれていたことまでは指摘する必要があります。また、B 車のシートが布製であったことや、雑誌などが置かれていたことまで指摘できれば、加点が期待できます。
- (3) “B 車全体が…炎上した”とあるので、「焼損」の意義についてどのように解したとしても、「焼損」したことは肯定されるでしょう。
- (4) 問題文（事案）の記述量からすると、本件では「放火」と並び、「公共の危険」が生じたかどうかの検討が重要であるものと思われます。まずは、「公共の危険」の意義（ないし存否の判断基準）を明らかにしたうえで、問題文の事情を用いて具体的なあてはめを行うことが必要です。「公共の危険」の意義については、「不特定又は多数の人々の生命・身体・財産に対する危険」とするのが判例（最決平 15. 4. 14）なので、これに従っておけばよいでしょう。

あてはめについて、刑法事例演習教材（有斐閣）P 42 では、駐車場に止められていた自動車に放火したという本件と共通性のある事例の処理につき、「本設例においても…E 所有の自動車への危険を肯定しうる限りは、公共の危険の発生を認めることができるであろう」とされていますので、最低限、C 車に危険が及んだこと（具体的には、5 メートルに達するかなり強い炎が現に C 車に及んでいたことや、C 車はベニヤ板という燃えやすい木材を積んでいたこと）が指摘できれば、「不特定…の人々の…財産に対する危険」が生じたことが肯定できます。

ただ、問題文の事情を使うという観点からは、D 車や E 車は C 車から 1 メートルずつしか離れておらず、連鎖して炎上・爆発する危険があったことなども指摘できるとよいでしょう。

- (5) 最後に、故意の検討として、「公共の危険」の認識の要否が問題となります。

判例（最判昭 60. 3. 28）は否定説なので、否定説に立って処理すればよいでしょう。仮に肯定説に立ったとしても、乙は危険が生じないと軽信しただけとも評価できますから、そのことを理由に自己所有建造物等以外放火罪の成立を肯定することができます。

4 死体損壊罪（190 条）の成否

乙は、客観的には A の「死体…を損壊し」ていますが、乙は殺人罪の故意をもって A の「死体…を損壊し」ているので、抽象的事実の錯誤が問題となります。

死体損壊（一般的には、社会的法益に対する罪に分類されます）と殺人の保護法益の違いから、構成要件の実質的な重なり合いを否定し、死体損壊罪の成立を否定するのが一般的でしょう。

5 乙の罪数

ここまでの検討からすると、乙には、監禁（致死）罪、殺人既遂罪、自己所有建造物等以外放火罪（の共謀共同正犯）が成立します。

これらは一連の行為により行われたので観念的競合（54 条 1 項前段）の関係に立つという処理や、監禁（致死）罪と殺人既遂罪は観念的競合、自己所有建造物等以外放火罪は併合罪（45 条）といった処理、あるいはすべて併合罪という処理などが考えられますが、自分なりに処理できていればよいでしょう。

第 2 甲の罪責

1 殺人罪の成否

(1) 実行の着手時期について利用者標準説や個別化説に立つのであれば、甲の行為は客観的に見て間接正犯と評価できる可能性があります。

ア 甲は、事情を知らない乙に対し、真実を告げずに B 車を燃やすことを指示しており、甲が暴力団組長であり、乙が組員であることや、指示の内容自体はさほど抵抗なく実行されてもおかしくないものであること、乙が真実に気が付く可能性はそれほど高くなかったといった点を重視すれば、甲が乙に B 車を燃やすことを指示した時点において、既に危険な行為が開始されたものと見て、殺人罪の実行に間接正犯形態で着手したことを肯定し得るでしょう。

逆に、これらを覆す評価をすることもできるでしょう。

イ 殺人罪の実行に間接正犯形態で着手したことを肯定した場合、乙が事情に気が付いてもなお A を閉じ込めたまま B 車を燃やしたという因果経過は間接正犯においては異常性が強いものであり、因果関係を肯定するのは困難なため、殺人未遂罪が成立するに留まるでしょう。

一応、乙が A に恨みを抱いていたことなどを指摘して因果関係を肯定することも考えられなくはないですが、“事情を知らない者を利用して実際には危険な行為をさせることの危険”が、本件のような形で現実化したものと認めるのはやはり難しいのではないのでしょうか。

(2) 次に、最決平 16. 3. 22 の規範を用いて甲にも殺人罪の成立を認めることが考えられます。ただ、甲が A に睡眠薬の粉末を混入させたコーヒーを飲ませた上、A を逮捕監禁などした行為を第 1 行為と見ても、その後に更に乙の第 1 行為が介在していることから、この構成によって殺人罪の成立（既遂はもちろん、未遂も）を肯定するのは難しそうです。

(3) 他に、甲が乙と「二人以上共同して」殺人罪を「実行した」（60 条）として、甲と乙を殺人罪の共同正犯とすることも考えられます。

しかし、スワット事件（最決平 15. 5. 1）の事案とは違い、甲は乙が本件のような形で犯罪を実行することを全く予見していなかったと考えられる（“甲は、乙が実行をちゅうちょしないよう、乙にはトランク内に A を閉じ込めていることは伝えないこととし”ている）

ことから、スワット事件と同様のロジックにより甲を共同正犯とするのは困難でしょう。

また、本件では甲と乙の間にはAを殺害することについての意思の連絡が存在しないので、刑事未成年者に強盗などを指示した者を共同正犯とした最決平13. 10. 25とも事案が異なり、やはり甲を共同正犯とするのは困難でしょう。

- (4) 甲を殺人罪の正犯としない場合、甲に殺人罪の教唆犯（61 条 1 項）が成立しないかを検討することになります。

ア まず、甲が客観的に「人を教唆して犯罪を実行させた」、つまり甲が乙に殺人を決意させ、それにより実行させている必要があるので、その点を検討することとなります。乙が、“組長である甲の指示であること”を理由として殺人を決意したことは問題文に明示されているので、これを理由に客観的には教唆にあたる旨を指摘できればよいでしょう。ただ、“Aからいじめを受けてAに恨みを抱いていた”ことも乙が殺人を決意した理由となっているので、そのことにも配慮できれば加点が期待できます。

なお、甲はAが焼死することになるような指示を行ったものの、結果的にAは窒息死していますが、「教唆」と「犯罪…実行」に因果性があり、さらに「犯罪…実行」と結果発生に因果性があれば、教唆と結果発生間の因果性は認められるので、Aの死因の違いは教唆の因果性の有無に影響を及ぼしません。

- イ 次に、甲に教唆故意（38 条 1 項本文）があるかを検討することになりますが、甲の主観は間接正犯です（前記(1)で挙げたような事実の認識が甲にあることなどを指摘することになるでしょう）。

この錯誤の処理としては、教唆犯も間接正犯も他人を介して法益侵害する点で重なるとして、軽い教唆犯の限度で故意を認めるのが一般的でしょう。

2 逮捕監禁罪（220 条）及び傷害罪（204 条）の成否

- (1) 甲は、Aの手足をロープで縛り、B車のトランクに入れて閉じ込めているので、この行為が「人を逮捕し、又は監禁した」にあたるかどうかを検討することになります。逮捕と監禁の区別は、身体の拘束が直接的か否かによりなされますが、本件のように、逮捕に引き続いて監禁が行われた場合、逮捕監禁罪（包括一罪）となります。ただ、殺人罪（の教唆犯）とは別に逮捕監禁罪を成立させるべきかどうかについて、乙の場合と同様の問題があります。

なお、どの時点において甲がAの監禁に着手したといえるのかについて問題とする余地はありますが、本件ではそのことから他の問題が派生することもないので、深入りはせずに、上記の行為を実行行為とする逮捕監禁罪の成否を検討しておけばよいでしょう。

また、乙がAの口をガムテープで塞ぐなどした結果、Aが窒息死したというA死亡の経緯を考えると、Aの口を塞ぐ行為を伴わない甲の逮捕監禁行為とA死亡の因果関係を肯定するのは困難なので、甲に監禁致死罪が成立することはなさそうです。

- (2) その他、甲はAに睡眠薬を飲ませて昏睡させています。この行為は、「人の身体を傷害」、すなわちAに生理的機能障害を与える行為なので、傷害罪の成立を認める余地があります。この点についても、監禁罪の成否と同様、別途成立を認めるべきかどうかの問題となります。

3 自己所有建造物等以外放火罪の成否

- (1) 「公共の危険」の認識不要説に立つ場合、甲と乙は自己所有建造物等以外放火罪の（共謀）共同正犯となるでしょう。ただ、甲を、Aを被害者とする殺人罪の教唆犯とした場合、Aを発見した後に乙が実行を決意した一連の犯罪のうち、一部については教唆犯、一部については（共謀）共同正犯を成立させることになるので、その点について意識した論述ができると加点が期待できます。
- (2) 「公共の危険」の認識必要説に立ち、かつ、乙には自己所有建造物等以外放火罪の成立を肯定する場合であっても、本件駐車場の状況を認識・予見していない甲には「公共の危険」の認識がないとすることも可能でしょう。

4 甲の罪数

甲には①傷害罪、②逮捕監禁罪、③殺人未遂罪の間接正犯又は殺人罪の教唆犯、④自己所有建造物等以外放火罪の共謀共同正犯が成立する可能性があります。

③において殺人罪の教唆犯の成立を認め、かつ④の成立も認めた場合、甲の1個の指示行為により乙が複数の犯罪を実行したものと見るならば、1個の幫助行為により複数の幫助犯が成立した場合と同様、これらは観念的競合となりそうです。一方、④については甲が自ら実行したものと同視できると考えるのであれば、③と④を併合罪とすることとなるでしょう。

以 上

刑 事 系 第 2 問

総 論

設問 1 では準現行犯逮捕の要件と逮捕に伴う差押えの要件の使い方が問われ、設問 2 では伝聞・非伝聞の区別が問われています。設問 1，設問 2 とも、事案はそれほど複雑なものではないといえるでしょう。

ただ、事案が比較的長く、しかも資料が添付される形式が採られているので、刑事系第 1 問と併せ、処理すべき情報量は少なくありません。これらのことに加え、論文式試験の最終科目であることによる疲労の蓄積もあったことから、思うように答案を作成できなかった方が少なくないようです。そのため、大きなミスがなければ守り切れるものと思われるます。

各 論

第 1 設問 1

1 【逮捕①】の適法性について

(1) 抽象的検討

逮捕者（P，Q）が直接確知した具体的状況以外の資料、すなわち、①他の捜査員（H 県警察本部所属の司法警察員）が確認した V の死亡などの事実や、②W と乙の供述内容をも資料として、刑訴法 212 条 2 項の要件を判断してよいか問題となります。

このうち、①について、本件では P，Q 及びその他の捜査員は共同して準現行犯逮捕を遂行したものだといえるので、考慮することが許されることになるでしょう。

②については、論者により表現は多少異なりますが、目撃者の供述も考慮できるものの、目撃者の供述を決定打として準現行犯逮捕をすることはできない、という点では概ね一致しているようです。そうすると、問題文の事情をできる限り使う姿勢があれば、自然とそのような考え方を採ったことになるでしょう。

(2) 具体的検討

ア まず、212 条 2 項各号該当性を検討することになります。

甲の被服などには血が付いていますが、3 号該当性については、被疑事実が刺殺であり、それを P，Q が認識していることを指摘したいところです（例えば、被疑事実が横領の場合、通常、被服に血が付いていることは「犯罪の…証跡」とはいえないことから分かるように、被疑事実との関係を考慮しなければ、被服などに血が付いていることが「犯罪の…証跡」であると判断できません）。

イ 次に、甲が「現に罪を行い終ってから間がないと明らかに認められる」（同条項柱書）かどうか、すなわち、犯人及び犯罪の明白性及び犯行と犯罪の時間的・場所的接着性があつたかどうかを検討することになります。

（ア） まず、犯罪の明白性から論述するとよいでしょう。

具体的には、他の捜査員が V の（胸に包丁が刺さったままの）死体を現認してお

り、かつ、これを P、Q 自身が現認したものと同様に取扱いよいことを指摘することになります。これにより、何者かが V の胸部を包丁で刺して死亡させたという内容の犯罪が発生した可能性が極めて高い状況にあったことを P、Q が認識していたことが確定されます。

また、W や乙の供述の信用性も、その内容通りの場所（H 公園）で、内容に合致する状況（胸を包丁で刺されて死亡）の V の死体が発見されていることにより、強く担保されることになります。

（イ）次に、犯人の明白性については、前記（ア）の事情等から、W の供述に信用性があるところ、その内容からすると甲と乙が V 刺殺の犯人であると認められることや、W の供述が乙の供述と一致し、ともに甲と乙が V 刺殺の犯人であることを示していること等を指摘した上で判断することになるでしょう。

ただ、設問 1 の問い方（甲の準現行犯逮捕に伴う差押えの適法性も問われている）からすると、【逮捕①】は適法であると判断することが想定されているものと思われます。

（ウ）さらに、時間的・場所的接着性についても検討しなければなりません。この要件については、たとえば、時間にして約 20 分しか経っておらず、場所も約 800 メートルしか離れていないことに加え、約 800 メートルという距離は 20 分で移動するには無理のない距離である等の評価をすることが考えられます。

2 【逮捕②】の適法性について

（1）問題点

乙だけで見ると、212 条 1 項各号に該当する事情はないようにも思われますが、前述したように、甲については 3 号に該当する事由の存在が認められます。そこで、共犯者である疑いがあり、かつ、甲とともに行動していた乙についても 3 号該当性を認めることができるかどうかについての検討が必要となります。

この点については、後掲東京高判昭 62. 4. 16 を参照してください。ただ、この裁判例をチェックしていた受験生はまずいないでしょうから、問題点に気が付いていることが示して、自分なりに処理できていれば十分でしょう。

（2）東京高判昭 62. 4. 16

「更に、被告人 A のワイシャツに付着していた血痕については、それが同被告人自身からの出血によるものか、相手方の出血が返り血となって付いたものかなど、付着経緯の詳細は不明であったとうかがわれるが、その血痕は、付着箇所や付着状況からみて、少なくとも同被告人が乱闘に加わったことにより付着したと認められるものであったから、同被告人が「被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」（刑訴法二二二条二項三号）の要件を具備していたことは疑いを容れない。また、被告人 A 以外の被告人らについては、その者ら自身の被服には格別の証跡等があったわけではないが、犯行が複数の犯人によるものであって、しかも、その犯人らが同一の車両に乗って行動を共にしていたことが明らかな場合であるから、被告人 A のワイシャツに血痕が付着していたことは、その同乗者である他の被告人らについても「被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」にあたるものと解することができる。」

3 【差押え】の適法性について

ここでは、220 条 1 項 2 号を検討することになります。

- (1) まず、P は、甲を逮捕した場所から 200 メートル離れた場所で差し押さえているので、差押えが「逮捕の現場」で行われたといえるか（あるいは、P が差し押さえた場所を「逮捕の現場」と同視することが許されるか。いずれの問いの立て方をしても構いません。）が問題となります。

この点については、“甲は暴れ始めた。ちょうどその頃、酒に酔った学生の集団が同所を通り掛かり、司法警察員 P 及び甲を取り囲んだ。そのため、1 台の車が同所を通行できず、停車を余儀なくされた”等の事情を使って処理しておけばよいでしょう。

- (2) 次に、P が甲の携帯電話の内容（メールの着信履歴など）を確認せずに差し押さえていることが問題となります。差押えに際し、捜査官は、「正当な理由」（憲法 35 条 1 項：差押えの場合には、被疑事実との関連性がこれに当たります）の有無を確認する必要があるとする見解が有力だからです。

ア この点について、本件でも、本来であれば P は甲の携帯電話の内容を確認する必要があったとしつつ、フロッピーディスクの包括的差押えの適法性が問題となった最決平 10.5.1 に従い、①被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性と、②その場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険性が認められるのであれば差押えは適法といえる、といった規範を立てて処理された方が多いようです。

イ ただ、上記判例の事案とは異なり、本件で差押えの適否が問題となっているのは 1 台の携帯電話です。そして、事例研究刑事法Ⅱ（日本評論社）P462 によると、平成 10 年決定は、「多数の記録媒体の中に被疑事実に関連する情報が記録されたものが混在している蓋然性がある」場合を想定しているとのことなので、平成 10 年決定の射程は本件には及ばないものと考え、本件で差押えが適法となるために、情報を損壊される危険性があったことは要求されないと考えることもできます。

このように考える場合には、“乙は、司法警察員 P 及び Q に対し、『今朝、甲に対し、メールで V を殺害することに対する報酬の金額を伝えた。』旨述べ、所持していた携帯電話を取り出し、同日午前 9 時に甲宛てに送信された『報酬だけど、100 万円でどうだ。』と記載されたメールを示した。”という事実等から、甲の携帯電話が本件被疑事実に関連性を有することは P により確認されているものと評価できることを指摘するだけで、差押えの適法性を肯定することが可能です。

第 2 設問 2

1 厳格な証明（317 条）の要否について

【別紙 1】及び【別紙 2】が添付された実況見分調書の証拠能力の有無を答えることが求められていますが、そのためには、答案にどの程度記載するかは別として、本件の実況見分調書について、証拠能力（特に法律的関連性）を要するかどうかを確定する必要があります。言い換えると、本件の実況見分調書の要証事実が刑罰権の存否及び範囲を確定するために必要な事実、すなわち厳格な証明を要する事実なのかを検討する必要がある、ということです。

本問では、事例 5 の立証趣旨の具体的内容が、実況見分調書 3 項（実況見分の目的）に記載されています。その内容は、① W が目撃した“犯行状況”を明らかにするため、② “W が

犯行を目撃することが可能であったこと”を明らかにするため、です。

- (1) そして、立証趣旨①から考えられる要証事実、(訴因に示されているところの) H 公園で発生した犯罪事実そのものということになりそうです(なお、立証趣旨①が“犯行再現状況”であるとして論述した再現答案もある程度みられますが、条解刑事訴訟法(弘文堂) P865が、「犯行を再現したものは、一面では犯行状況を直接的に立証するための証拠として用いるものであり、この面では…その内容の真実性の立証に用いることにほかならない」としていることからすると、「犯行再現状況」と「犯行状況を明らかにすること」は異なるものとして処理する必要がありそうです)。

犯罪事実、まさに刑罰権の存否及び範囲を確定するために必要な事実なので、厳格な証明が必要ということになります。

- (2) 次に、立証趣旨②から考えられる要証事実、Wによる犯行の目撃可能性(厳密には、Wが犯行を目撃できるような状況を構成する事実、すなわち街灯の照らし具合や障害物の有無など)ということになりそうですが、このように考えると、これはWの目撃証言(「このように、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した。」)の信用性に関する事実、すなわち補助事実ということになります。

ここで、補助事実は、刑罰権の存否及び範囲を確定するために必要な事実ではないとも考えられるため、補助事実の証明方法が問題になりますが、328条について、別の機会に矛盾供述をしたという事実の立証については厳格な証明を要する趣旨と解した最判平

18.11.7や、犯行を目撃できたかどうかは犯罪事実とは無関係とはいえないこと、何より自由な証明で足りるとすると問題文を使いきれないことからして、厳格な証明を要すると思われるべきでしょう。

- (3) 以上のように、いずれの立証趣旨から考えても、本件の実況見分調書には証拠能力(特に法律的関連性)を要することになります。

2 Pの判断の報告部分の伝聞性・伝聞例外について

そうすると、本件の実況見分調書が伝聞証拠ならば、321条以下の伝聞例外の要件を満たさない限り、証拠能力は否定されます(320条)。**【別紙1】****【別紙2】**には写真が添付され、Wの説明も記載されていますが、まずは、本件の実況見分調書のうち、Pの判断の報告部分の伝聞性及び伝聞例外の要件充足性について検討します。

- (1) 伝聞証拠の意義については争いがありますが、判例(最判昭 30.12.9)は形式説に立っていると考えられるので、形式説を採用しておけばよいでしょう。すなわち、(a)公判廷外の供述を内容とする証拠で、(b)供述内容の真実性を立証するためのものが伝聞証拠である、ということになります。(b)にあたるかどうかは、立証趣旨及びそこから考えられる要証事実との関係で判断することになります。

ア (a)につき、実況見分調書は作成者の判断の報告という供述を内容とする証拠であり、また、その報告は書面でなされるので、公判廷外の供述を内容とする証拠です。

イ (b)につき、本件の実況見分調書のうち、Pの判断の報告は、**【別紙2】**の「本職も…確認することができた。」という部分となります。これは、犯行が目撃可能であることを意味するものなので、立証趣旨②との関係で伝聞性の有無を考えることになります。

すると、この部分の要証事実、前述のようにWによる犯行の目撃可能性ということ

になりますが、この事実を認定するためには、「本職も…確認することができた。」という P の判断の報告の真実性（本当に P が言う通りに犯行を再現している様子を見ることができたかどうか）が問題となるので、これは伝聞証拠にあたります。

- (2) 次に、伝聞例外の要件を充足するかどうかですが、実況見分調書自体については 321 条 3 項で証拠能力が認められるとするのが判例（最判昭 35.9.8）・通説なので、この点の論述をしておけば、本件実況見分調書のうちの P の供述部分が伝聞例外の要件を充足します。
- (3) なお、【別紙 2】の写真には犯行状況を再現した様子が写っているものの、実際に W が犯行を目撃したと説明した場所から犯行地点を撮影したものであり、また撮影者は P なので、上記の P による「本職も…確認することができた。」という説明を視覚化したもの（判断の報告の形態に違いがあるだけ）と考え、P による上記説明とまとめて処理すればよいでしょう。

3 【別紙 1】に記載された W の説明及び写真の伝聞性・伝聞例外について

ここまでの検討で処理されたのは、P の判断の報告及び【別紙 2】に添付された写真だけなので、次に、【別紙 1】に記載された W の説明及び写真について、別途、伝聞性の有無及び伝聞例外の要件充足性を検討する必要があります。

- (1) ア まず、W の説明部分（「このように、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した。」）は、(a) 公判廷外の供述です。

また、この説明には W が犯行を目撃できたかどうかを判断するのに役立ちそうな説明は含まれていないため、立証趣旨②との関係では、何ら意味のない証拠ということになります。よって、伝聞か非伝聞かを立証趣旨②との関係で判断するべきではありません。他方、立証趣旨①との関係で伝聞か非伝聞かを考えると、その要証事実である犯罪事実そのものを認定するためには、実際に W が述べたとおりの状況があったかどうかという形で説明の内容の真実性が問題となるので、これは (b) 供述内容の真実性を立証するためのものといえます。

よって、【別紙 1】の W の説明部分は P の判断の報告とは別の伝聞証拠（いわゆる現場供述）です。

- イ よって、W の説明部分については、P の判断の報告部分とは別に伝聞例外の要件を満たさなくてはなりません。そして、「被告人以外の者」W の説明が司法警察員である P により録取されているので、321 条 1 項 3 号の要件を満たす必要がありますが、本件の実況見分調書には W の署名・押印（同条項柱書）がないので、伝聞例外の要件を充足することはできず、その証拠能力は否定されます。

- (2) ア 次に、【別紙 1】に添付された写真ですが、これは W が犯行を目撃した地点（8 メートル離れた地点）ではなく 1 メートルの距離から撮影されたものであり、これをもって W による犯行の目撃の可能性を証明するのは困難なので、やはり立証趣旨①との関係で伝聞性の有無を検討することになります。

そして、この写真は、W の説明を受けてその内容を視覚化したものと考えられるので、W の説明部分と同様、伝聞証拠ということになります。

- イ 写真については署名・押印は不要と解されていますが、本件では W が供述不能になったことを示す事情はないので、こちらも 321 条 1 項 3 号の要件充足性は否定されるでし

よう。

4 【別紙 2】に記載されたWの説明の伝聞性・伝聞例外について

- (1) まず、「私が犯行を目撃した時に立っていた場所はここです」という部分については、この説明からWが犯行を目撃したこと⇨犯行があったことを推認したり（立証趣旨①との関係で伝聞性を検討）、あるいはWが犯行を目撃できたことを推認するのであれば、Pの判断の報告とは別にその内容の真実性が問題となりますが、この説明からどのような犯行があったかや、Wが実際に犯行を目撃できたかどうかを認定するのは困難なので、そのように考える必要はないでしょう。

とすると、あくまでなぜその地点から写真を撮影したか（実況見分したか）の動機をPが示したもの（いわゆる現場指示）であり、Pの判断の報告とは別の伝聞証拠になるものではありません。

- (2) ア 次に、「このように、犯行状況については、私が目撃した時に立っていた位置から十分に見ることができます。」という部分については、この説明からWが犯行を目撃できたことを認定する（Wがそう言っているのだから、犯行を目撃できたのだろうといった推認を行う）のであれば、その内容の真実性が問題となるので、そのように考えるならば、この部分はPの判断の報告とは別の伝聞証拠ということになります。その場合、伝聞例外についての処理は、【別紙 1】に記載されたWの説明と同様ということになるでしょう。

イ しかし、本問では、Wが“『このように、犯行状況については、私が目撃した時に立っていた位置から十分に見ることができます。』と説明した。この説明を受けて司法警察員Pは…確認した”とあります。この実況見分調書作成の経緯からすると、Wの説明は、Pによる確認や写真撮影の動機になっているといえます。

また、Wが犯行を目撃したとする地点から実際に犯行を目撃できたかどうかは、【別紙 2】のPの判断の報告及びそれを視覚化した写真によっても十分可能です（つまり、あえてWの供述から目撃可能性の有無を判断する必要はありません）。

とすると、このWの説明の内容の真実性が問題となるとはいえないため、これはPによる確認や写真撮影の動機を示すものにすぎないとして、Pの判断の報告とは別の伝聞証拠になるものではない、と結論づけることができます。

以 上