

司法試験

平成27年司法試験出題趣旨分析会

問題文

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



論文式試験問題集 [公法系科目第 1 問]

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

20XX年、A市において、我が国がほぼ全面的に輸入に頼っている石油や石炭の代替となり得る新たな天然ガス資源Yが大量に埋蔵されていることが判明し、民間企業による採掘事業計画が持ち上がった。その採掘には極めて高い経済効果が見込まれ、A市の税収や市民の雇用の増加も期待できるものであった。

ただし、Y採掘事業には危険性が指摘されている。それは、採掘直後のYには人体に悪影響を及ぼす有害成分が含まれており、採掘の際にその有害成分が流出・拡散した場合、採掘に当たる作業員のみならず、周辺住民に重大な健康被害を与える危険性である。この有害成分を完全に無害化する技術は、いまだ開発されていなかった。また、実際、外国の採掘現場において、健康被害までは生じなかったが、小規模の有害成分の流出事故が起きたこともあった。そのため、A市においては、Y採掘事業に関して市民の間でも賛否が大きく分かれ、各々の立場から活発な議論や激しい住民運動が行われることとなった。

BとCは、A市に居住し、天然資源開発に関する研究を行っている大学院生であった。Bは、Yが有力な代替エネルギーであると考えているが、その採掘には上記のような危険性があることから、この点に関する安全確保の徹底が必要不可欠であると考えている。これに対して、Cは、上記のような危険性を完全に回避する技術の開発は困難であり、安全性確保の技術が向上したとしてもリスクが大きいと確信しており、Y採掘事業は絶対に許されないと考えている。

ところで、この頃、Bの実家がある甲市でもYの埋蔵が判明しており、Y採掘事業への賛否をめぐり、甲市が主催するYに関するシンポジウム（以下「甲市シンポジウム」という。）が開催されていた。甲市シンポジウムは、地方公共団体が主催するものとしては、日本で初めてのシンポジウムであった。Bは、実家に帰省した際、甲市シンポジウムに参加し、一般論として上記のような自らの考えを述べた。その上で、Bは、A市におけるY採掘事業計画を引き合いに出して、作業員や周辺住民への健康被害の観点から安全性が十分に確保されているとはいえず、そのような現状においては当該計画に反対せざるを得ない旨の意見を述べた。

他方で、Cは、甲市シンポジウムの開催を知り、その開催がA市を含む全国各地におけるY採掘事業に途を開くことになると考えた。そこで、Cは、甲市シンポジウムの開催自体を中止させようと思い、Yの採掘への絶対的な全面反対及び甲市シンポジウムの即刻中止を拡声器で連呼しながらその会場に入場しようとした。そして、Cは、これを制止しようとした甲市の職員ともみ合いになり、その職員を殴って怪我を負わせ、傷害罪で罰金刑に処せられた。ただし、この事件は、全国的に大きく報道されることはなかった。

その後、Yの採掘の際に上記の有害成分を無害化する技術の改善が進んだ。A市は、そのような技術の改善を踏まえ、Y採掘事業を認めることとした。他方で、それでもなお不安を訴える市民の意見を受け、A市は、その実施に向けて新しい専門部署として「Y対策課」を設置することとした。Y対策課の設置目的は、将来実施されることとなるY採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確保することであり、その業務内容は、Y採掘事業に関し、情報収集等による安全性監視、事業者に対する安全性に関する指導・助言、市民への対応や広報活動、異常発生時の市民への情報提供、市民を含めた関係者による意見交換会の運営等を行うことであった。

そして、A市は、Y対策課のための専門職員を募集することとした。その募集要項において、採用に当たっては、Y対策課の設置目的や業務内容に照らし、当該人物がY対策課の職員としてふさわしい能力・資質等を有しているか否かを確認するために6か月の判定期間を設け、その能力・資質等を有していると認められた者が正式採用されると定められていた。

上記職員募集を知ったBは、Yの採掘技術が改善されたことを踏まえてもなお、いまだ安全性には問題が残っているので、現段階でもY採掘事業には反対であるが、少しでもその安全性を高めるために、

新設されるY対策課で自分の専門知識をいかし、市民の安全な生活や安心を確保するために働きたいと考え、Y対策課の職員募集への応募書類を提出した。

他方、Cは、以前同様にY採掘事業は絶対に許されないと考えていた。Cは、Y対策課の職員になれば、Y採掘事業の現状をより詳細に知ることができるので、それをY採掘事業反対運動に役立てようと思い、Y対策課の職員募集への応募書類を提出した。

A市による選考の結果、BとCは、Yについてこれまで公に意見を述べたことがなかったDら7名（以下「Dら」という。）とともに、Y対策課の職員として採用されることとなった。しかし、その判定期間中に、外部の複数の者からA市の職員採用担当者に対して、Bについては甲市シンポジウムにおいて上記のような発言をしていたことから、また、Cについては甲市シンポジウムにおいて上記のような言動をして事件を起こし、前科にもなっていることから、いずれもY対策課の職員としては不適格である旨の申入れがなされた。そこで、A市の職員採用担当者がBとCに当該事実の有無を確認したところ、両名とも、その担当者に対し、それぞれ事実を認めた。その際、Bは、Y採掘事業には安全確保の徹底が必要不可欠であるところ、A市におけるY採掘事業には安全性にまだ問題が残っているため、現段階では反対せざるを得ないが、少しでもその安全性を高めるために働きたいとの考えを述べた。また、Cは、Y採掘事業の危険性を完全に回避する技術の開発は困難であり、安全性確保の技術が向上したとしてもリスクが大きく、Y採掘事業は絶対に許されないと考えを述べた。その後、BとCの両名は、判定期間の6か月経過後に正式採用されず、Dらのみが正式採用された。

BとCは正式採用されなかったことを不満に思い、それぞれA市に対し、正式採用されなかった理由の開示を求めた。これに対して、A市は、BとCそれぞれに、BとCの勤務実績はDらと比較してほぼ同程度ないし上回るものであったが、いずれも甲市シンポジウムでのY採掘事業に反対する内容の発言等があることや、Y採掘事業に関するそれぞれの考えを踏まえると、Y対策課の設置目的や業務内容に照らしてふさわしい能力・資質等を有しているとは認められなかったと回答した。

Bは、Cと自分とでは、A市におけるY採掘事業に関して公の場で反対意見を表明したことがある点では同じであるが、その具体的な内容やその意見表明に当たってとった手法・行動に大きな違いがあるにもかかわらず、Cと自分を同一に扱ったことについて差別であると考えている。また、Bは、自分と同程度あるいは下回る勤務実績の者も含まれているDらが正式採用されたにもかかわらず、A市におけるY採掘事業に反対意見を持っていることを理由として正式採用されなかったことについても差別であると考えている。さらに、差別以外にも、Bは、Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることには、憲法上問題があると考えている。

そこで、Bは、A市を被告として国家賠償請求訴訟を提起しようと考えた。

〔設問1〕（配点：50）

(1) あなたがBの訴訟代理人となった場合、Bの主張にできる限り沿った訴訟活動を行うという観点から、どのような憲法上の主張を行うか。（配点：40）

なお、市職員の採用に係る関連法規との関係については論じないこととする。また、職業選択の自由についても論じないこととする。

(2) (1)における憲法上の主張に対して想定されるA市の反論のポイントを簡潔に述べなさい。（配点：10）

〔設問2〕（配点：50）

設問1(1)における憲法上の主張と設問1(2)におけるA市の反論を踏まえつつ、あなた自身の憲法上の見解を論じなさい。

論文式試験問題集 [公法系科目第2問]

[公法系科目]

[第2問] (配点：100 [[設問1], [設問2], [設問3] の配点割合は、2：5：3))

株式会社Xは、指定数量以上の灯油を取り扱うため、消防法第10条第1項及び危険物の規制に関する政令（以下「危険物政令」という。）第3条第4号所定の一般取扱所に当たる取扱所（以下「本件取扱所」という。）につき、平成17年にY市長から消防法第11条第1項による設置許可を受け、灯油販売業を営んでいた（消防法その他の関係法令については【資料1】参照）。本件取扱所は、工業地域に所在し、都市計画法及び建築基準法上、適法に建築されている。建築基準法上は、都市計画法上の用途地域ごとに、一般取扱所を建築できるか否かが定められ、建築できる用途地域については、工業地域を除き、一般取扱所で取り扱うことのできる危険物の指定数量の倍数（取扱所の場合、当該取扱所において取り扱う危険物の数量を当該危険物の指定数量で除して得た値を指す。以下「倍数」という。）の上限が規定されているが、工業地域については、倍数の制限なく一般取扱所を建築できることとされている。本件取扱所において現在取り扱われている倍数は55である。

ところが、本件取扱所から18メートル離れた地点において、株式会社Aが葬祭場（以下「本件葬祭場」という。）の建築を計画し、平成27年1月にY市建築主事から建築確認（以下「本件建築確認」という。）を受けた上で、建築工事を完了させ、同年5月末には営業開始を予定している。本件葬祭場の所在地は、平成17年の時点では第一種中高層住居専用地域とされていたため、都市計画法及び建築基準法上、葬祭場の建築は原則として不可能であったが、平成26年に、Y市長が都市計画法に基づき第二種中高層住居専用地域に指定替えする都市計画決定（以下「本件都市計画決定」という。）を行い、葬祭場の建築が可能になった。本件建築確認及び本件都市計画決定は、いずれも適法なものであった。

本件葬祭場の営業開始が法的な問題を発生させるのではないかという懸念を抱いたXの社員Bが、Y市の消防行政担当課に問い合わせたところ、同課職員Cは次のような見解を示した。

- (1) 本件葬祭場は、一般的な解釈に従えば、危険物政令第9条第1項第1号ロの「学校、病院、劇場その他多数の人を収容する施設で総務省令で定める」建築物（以下、同号に定める建築物を「保安物件」という。）に当たるから、危険物政令第19条第1項により準用される危険物政令第9条第1項第1号本文にいう距離（以下「保安距離」という。）として、本件取扱所と本件葬祭場との間は30メートル以上を保たなければならない。
- (2) ただし、保安距離は、危険物政令第19条第1項により準用される危険物政令第9条第1項第1号ただし書によって、市町村長が短縮することができる。Y市は、保安距離の短縮に関して内部基準（以下「本件基準」という。【資料2】参照）を定めている。本件基準は、①一般取扱所がいずれの用途地域に所在するかに応じて、倍数の上限（以下「短縮条件」という。）、②保安物件の危険度（保安物件の立地条件及び構造により判定される。）及び種類、並びに一般取扱所で取り扱う危険物の量（倍数）及び種類ごとに、短縮する場合の保安距離の下限（以下「短縮限界距離」という。）、③取扱所の高さ、保安物件の高さ及び防火性・耐火性、並びに両者間の距離から算定される、必要な防火壁の高さを定めている。そして、本件基準は、これら3つの要件が全て満たされる場合に限り、保安距離を短縮することができるとしている。本件基準によれば、本件取扱所が所在する工業地域における短縮条件としての倍数の上限は50であり、第二石油類に該当する灯油を取扱い、かつ、倍数が10以上の本件取扱所及び本件葬祭場に適用される短縮限界距離は20メートルである。
- (3) 本件葬祭場が営業を始めた場合、本件取扱所は、上記①及び②の要件を満たさないため、保安距離を短縮することができず、消防法第10条第4項の技術上の基準に適合しないこととなる。そこで、Y市長としては、消防法第12条第2項に基づき、Xに対し、本件取扱所を本件葬祭場から30メートル以上離れたところに移転すべきことを求める命令（以下「本件命令」という。）を発する予定である。

Xとしては、本件基準③の定める高さより高い防火塀を設置すること、及び危険物政令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設することについては、技術的にも経営上も可能であり、実施する用意がある。他方、Xは、現在の倍数を減らすと経営が成り立たなくなるため、現在の倍数を減らせない状況にある。また、Xの所有する敷地内において、本件取扱所を本件葬祭場から20メートル以上離れた位置に移設することは不可能である。このような事情の下で、職員Cの見解に従うとすれば、Xは本件取扱所を他所に移転せざるを得ず、巨額な費用を要することになる。納得がいかない社員Bは、知り合いの弁護士Dに相談した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Dの指示に応じる弁護士Eの立場に立って、設問に答えなさい。

なお、消防法、都市計画法、建築基準法及び危険物政令の抜粋を【資料1 関係法令】に、本件基準の抜粋を【資料2 本件基準(抜粋)】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

Xは、本件命令が発せられることを事前に阻止するために、抗告訴訟を適法に提起することができるか。行政事件訴訟法第3条第2項以下に列挙されている抗告訴訟として考えられる訴えを具体的に挙げ、その訴えが訴訟要件を満たすか否かについて検討しなさい。

〔設問2〕

仮に、本件命令が発せられ、Xが本件命令の取消しを求める訴訟を提起した場合、この取消訴訟において本件命令は適法と認められるか。消防法及び危険物政令の関係する規定の趣旨及び内容に照らして、また、本件基準の法的性質及び内容を検討しながら、本件命令を違法とするXの法律論として考えられるものを挙げて、詳細に論じなさい。解答に当たっては、職員Cの見解のうち(1)の法解釈には争いがないこと、及び本件命令に手続的違法はないことを前提にしなさい。

〔設問3〕

仮に、本件命令が発せられ、Xが本件命令に従って本件取扱所を他所に移転させた場合、Xは移転に要した費用についてY市に損失補償を請求することができるか。解答に当たっては、本件命令が適法であること、及び損失補償の定めが法律になくとも、憲法第29条第3項に基づき損失補償を請求できることを前提にしなさい。

【法律事務所の会議録】

弁護士D：本日は、Xの案件について議論したいと思います。Xからは、「できれば事前に本件命令を阻止できないか。」と相談されています。Y市では、消防法第12条第2項による移転命令を発した場合、直ちにウェブサイトで公表する運用をとっており、Xは、それによって顧客の信用を失うことを恐れているのです。

弁護士E：本件葬祭場の営業が開始されれば、Y市長が本件命令を発することが確実なのですね。

弁護士D：はい。その点は、私からもY市の消防行政担当課に確認をとりました。

弁護士E：では、本件命令が発せられることを、抗告訴訟によって事前に阻止することが可能か、検討してみます。

弁護士D：お願いします。次に、本件命令を事前に阻止できず、本件命令が発せられた場合、Xとしては取消訴訟を提起して本件命令の適法性を争うことを考えています。消防法と危険物政令の関係規定をよく読んで、本件命令を違法とする法律論について検討してください。なお、本件葬祭場が、危険物政令第9条第1項第1号ロの保安物件に該当するかどうかについて議論の余地がないわけではありませんが、その点は今回は検討せず、該当することを前提としてください。

弁護士E：危険物政令第9条第1項第1号ただし書については、本件基準が定められていますので、気になって立法経緯を調べました。このただし書の規定は、製造所そのものに変更がなくても、製造所の設置後、製造所の周辺に新たに保安物件が設置された場合に、消防法第12条により、製造所の移転等の措置を講じなければならなくなる事態を避けることを主な目的にして定められた、とのことでした。したがって、新たに設置される製造所の設置の許可に際して、このただし書の規定を適用し、初めから保安距離を短縮する運用は、規定の趣旨に合わない、行政実務上は考えられています。

弁護士D：では、このただし書の規定の趣旨・内容及び本件基準の法的性質を踏まえた上で、本件基準①及び②について検討してください。「倍数」は、耳慣れない用語かもしれませんが、取扱所で取り扱われている危険物の分量と考えてください。なお、このただし書にある、市町村長等が「安全であると認め」る行為が行政処分でないことは明らかですから、処分性の問題は考えなくて結構です。本件基準①は、工業地域などの用途地域について触れていますが、用途地域の制度の概要は御存じですね。

弁護士E：もちろんです。用途地域は、基本的に市町村が都市計画法に基づき都市計画に定めるもので、用途地域の種類ごとに、建築基準法別表第二に、原則として建築が可能な用途の建築物又は不可能な用途の建築物が列挙されています。

弁護士D：そのとおりです。建築基準法上、工業地域においては、一般取扱所を建築でき、倍数に関する制限もありません。

弁護士E：分かりました。それから、危険物政令第23条が、製造所、取扱所等の位置、構造及び設備の基準の特例を定めていますので、この規定についても立法経緯を調べました。消防法が昭和34年に改正される以前には、各市町村長が各市町村条例の定めるところにより異なる基準を設けて危険物規制を行っていたのですが、同年に改正された消防法により、危険物規制の基準が全国で統一されました。一方で、現実の社会には一般基準に適合しない特殊な構造や設備を有する危険物施設が存在し、また、科学技術の進歩に伴って一般基準において予想もしない施設が出現する可能性があるため、こうした事態に市町村長等の判断と責任において対応し、政令の趣旨を損なうことなく実態に応じた運用を可能にするために、危険物政令第23条が定められた、とのことでした。

弁護士D：なるほど。検討に当たっては、危険物政令第9条第1項第1号本文の保安距離の例外を認めるために、同号ただし書が定められているとして、更に第23条を適用する余地があるかなど、第9条第1項第1号ただし書と第23条との関係についても整理しておく必要がありそうですね。

弁護士E：分かりました。それから、事情を確認したいのですが、Xは、防火塀の設置及び消火設備の増

設も考えているのですね。

弁護士D：はい、移転よりはずっと費用が安いですから、本件基準③の定める高さ以上の防火塀の設置や、法令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設する用意があるとのことでした。

弁護士E：分かりました。

弁護士D：さらに、Xは、「敗訴の可能性もあるから、本件命令に従って他所に移転することも考えている。しかし、それには巨額の費用が掛かるが、Y市に補償を要求できないだろうか。」とも言っていました。そこで、Xが本件命令に従う場合や、本件命令の取消訴訟で敗訴した場合を想定して、損失補償の可能性も検討する必要があります。消防法上、本件のような場合について補償の定めはないのですね。

弁護士E：はい、ありません。

弁護士D：個別法に損失補償の定めがない場合に、憲法に基づき直接補償を請求できるかどうかについて、学説上議論がないわけではありませんが、その点は今回は検討せず、損失補償請求権が憲法第29条第3項により直接発生することを前提として、主張を組み立ててください。

弁護士E：消防法第12条は、取扱所の所有者等に対して、第10条第4項の技術上の基準に適合するように維持すべき義務を課しています。この第12条の趣旨をどう理解するか、その趣旨が損失補償と関係するかが問題になりそうですね。

弁護士D：さらに、次のような事情も問題になりそうですね。Xが本件取扱所の営業を始めた平成17年の時点では、本件葬祭場の所在地は、用途地域の一つである第一種中高層住居専用地域とされていました。第一種中高層住居専用地域では、原則として、建築基準法別表第二(は)項に列举されている用途の建築物に限り建築できるのですが、葬祭場はここに列举されておらず、建築が原則として不可能でした。しかし、平成26年の都市計画決定で第二種中高層住居専用地域に指定替えがされて建築規制が緩和されたため、葬祭場の建築が可能になりました。第二種中高層住居専用地域では、別表第二(に)項に列举されていない用途の建築物であれば建築でき、葬祭場は、同(に)項7号及び8号の「(は)項に掲げる建築物以外の建築物の用途に供する」建築物に当たりますので、二階建てまでで床面積が1500平方メートルを超えなければ、建築できるのです。

弁護士E：分かりました。そのような事情が損失補償と関係するかどうか、検討してみます。

弁護士D：よろしく申し上げます。本件命令が発せられた場合のXの対応方針を決めるに当たっては、一方で、取消訴訟を提起したとして本件命令が違法とされる見込みがどの程度あるか、他方で、損失補償が認められる見込みがどの程度あるかを、判断の基礎にする必要がありますので、綿密に検討を進めてください。

【資料1 関係法令】

○ 消防法（昭和23年7月24日法律第186号）（抜粋）

第1条 この法律は、火災を予防し、警戒し及び鎮圧し、国民の生命、身体及び財産を火災から保護するとともに、火災又は地震等の災害による被害を軽減するほか、災害等による傷病者の搬送を適切に行い、もつて安寧秩序を保持し、社会公共の福祉の増進に資することを目的とする。

第2条 この法律の用語は左の例による。

2～6 （略）

7 危険物とは、別表第一の品名欄に掲げる物品で、同表に定める区分に応じ同表の性質欄に掲げる性状を有するものをいう。〔(注) 別表第一には、「第四類 引火性液体」として、第二石油類が掲げられ、「備考十四」として、「第二石油類とは、灯油、軽油その他（中略）をいい、」と記されている。〕

第10条 指定数量以上の危険物は、貯蔵所（中略）以外の場所でこれを貯蔵し、又は製造所、貯蔵所及び取扱所以外の場所でこれを取り扱ってはならない。（以下略）〔(注) 消防法上、指定数量とは、「危険物についてその危険性を勘案して政令で定める数量」をいう。〕

2 （略）

3 製造所、貯蔵所又は取扱所においてする危険物の貯蔵又は取扱は、政令で定める技術上の基準に従つてこれをしなければならない。

4 製造所、貯蔵所及び取扱所の位置、構造及び設備の技術上の基準は、政令でこれを定める。

第11条 製造所、貯蔵所又は取扱所を設置しようとする者は、政令で定めるところにより、製造所、貯蔵所又は取扱所ごとに、次の各号に掲げる製造所、貯蔵所又は取扱所の区分に応じ、当該各号に定める者の許可を受けなければならない。製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造又は設備を変更しようとする者も、同様とする。

一 消防本部及び消防署を置く市町村（中略）の区域に設置される製造所、貯蔵所又は取扱所（中略）
当該市町村長

二～四 （略）

2 前項各号に掲げる製造所、貯蔵所又は取扱所の区分に応じ当該各号に定める市町村長、都道府県知事又は総務大臣（以下この章及び次章において「市町村長等」という。）は、同項の規定による許可の申請があつた場合において、その製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造及び設備が前条第4項の技術上の基準に適合し、かつ、当該製造所、貯蔵所又は取扱所においてする危険物の貯蔵又は取扱いが公共の安全の維持又は災害の発生の防止に支障を及ぼすおそれがないものであるときは、許可を与えなければならない。

3～7 （略）

第12条 製造所、貯蔵所又は取扱所の所有者、管理者又は占有者は、製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造及び設備が第10条第4項の技術上の基準に適合するように維持しなければならない。

2 市町村長等は、製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造及び設備が第10条第4項の技術上の基準に適合していないと認めるときは、製造所、貯蔵所又は取扱所の所有者、管理者又は占有者で権原を有する者に対し、同項の技術上の基準に適合するように、これらを修理し、改造し、又は移転すべきことを命ずることができる。

3 （略）

○ 都市計画法（昭和43年6月15日法律第100号）（抜粋）

（地域地区）

第8条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる地域、地区又は街区を定めることができる。

一 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域、商業地域、準工業地域、

工業地域又は工業専用地域（以下「用途地域」と総称する。）

二～十六（略）

2～4（略）

第9条 1・2（略）

3 第一種中高層住居専用地域は、中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域とする。

4 第二種中高層住居専用地域は、主として中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域とする。

5～10（略）

11 工業地域は、主として工業の利便を増進するため定める地域とする。

12～22（略）

○ 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（用途地域等）

第48条 1・2（略）

3 第一種中高層住居専用地域内においては、別表第二（は）項に掲げる建築物以外の建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第一種中高層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合においては、この限りでない。

4 第二種中高層住居専用地域内においては、別表第二（に）項に掲げる建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第二種中高層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合においては、この限りでない。

5～15（略）

別表第二（い）・（ろ）（略）

（は） 第一種中高層住居専用地域内に建築することができる建築物

一（い）項第1号から第9号までに掲げるもの〔（注）（い）項第1号に「住宅」、同第4号に「学校（大学、高等専門学校、専修学校及び各種学校を除く。）」等が挙げられている。〕

二 大学、高等専門学校、専修学校その他これらに類するもの

三 病院

四～八（略）

（に） 第二種中高層住居専用地域内に建築してはならない建築物

一～六（略）

七 三階以上の部分を（は）項に掲げる建築物以外の建築物の用途に供するもの（以下略）

八（は）項に掲げる建築物以外の建築物の用途に供するものでその用途に供する部分の床面積の合計が1500平方メートルを超えるもの（以下略）

（ほ）～（わ）（略）

○ 危険物の規制に関する政令（昭和34年9月26日政令第306号）（抜粋）

〔（注）本政令中、「法」は消防法を指す。〕

（取扱所の区分）

第3条 法第10条の取扱所は、次のとおり区分する。

一～三（略）

四 前3号に掲げる取扱所以外の取扱所（以下「一般取扱所」という。）

（製造所の基準）

第9条 法第10条第4項の製造所の位置、構造及び設備（中略）の技術上の基準は、次のとおりとする。

一 製造所の位置は、次に掲げる建築物等から当該製造所の外壁又はこれに相当する工作物の外側まで

の間に、それぞれ当該建築物等について定める距離を保つこと。ただし、イからハマまでに掲げる建築物等について、不燃材料（中略）で造った防火上有効な塀を設けること等により、市町村長等が安全であると認めた場合は、当該市町村長等が定めた距離を当該距離とすることができる。

イ （略）

ロ 学校，病院，劇場その他多数の人を収容する施設で総務省令で定めるもの 30メートル以上
ハ～ヘ （略）

二～二十二 （略）

2・3 （略）

（一般取扱所の基準）

第19条 第9条第1項の規定は、一般取扱所の位置，構造及び設備の技術上の基準について準用する。

2～4 （略）

（基準の特例）

第23条 この章〔（注） 第9条から第23条までを指す。〕の規定は、製造所等について、市町村長等が、危険物の品名及び最大数量，指定数量の倍数，危険物の貯蔵又は取扱いの方法並びに製造所等の周囲の地形その他の状況等から判断して、この章の規定による製造所等の位置，構造及び設備の基準によらなくとも、火災の発生及び延焼のおそれが著しく少なく、かつ、火災等の災害による被害を最少限度に止めることができると認めるとき、又は予想しない特殊の構造若しくは設備を用いることにより、この章の規定による製造所等の位置，構造及び設備の基準による場合と同等以上の効力があると認めるときにおいては、適用しない。

【資料2 本件基準(抜粋)】

Y市長が一般取扱所について危険物政令第19条第1項の規定により準用される第9条第1項第1号ただし書の規定を適用する場合は、以下の基準による。

① 短縮条件

倍数が次に掲げる数値を超える一般取扱所については、危険物政令第9条第1項第1号本文の保安距離を短縮することができない。

一・二 (略)

三 準工業地域又は工業地域に所在する一般取扱所 50

② 短縮限界距離

一般取扱所については、防火塀を設けることにより、次に掲げる距離を下限として、危険物政令第9条第1項第1号本文の保安距離を短縮することができる。

一 保安物件が危険物政令第9条第1項第1号ロに規定する建築物であり、別表に基づき保安物件の立地条件及び構造から判定される危険度がC(最小)のランクである場合〔(注) 本件葬祭場はこのCのランクに該当する。〕

(い) 一般取扱所が第二石油類(中略)を取り扱い、倍数が10未満の場合 18メートル

(ろ) 一般取扱所が第二石油類(中略)を取り扱い、倍数が10以上の場合 20メートル

(は)・(に) (略)

二～九 (略)

③ 防火塀の高さ

必要な防火塀の高さは、取扱所の高さ、保安物件の高さ、保安物件の防火性・耐火性の程度、及び保安物件と一般取扱所との距離を変数として、次の数式により算定する。(以下略)

論文式試験問題集 [民事系科目第 1 問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100 [[設問1], [設問2] 及び [設問3] の配点は、4：3：3))

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

I

【事実】

1. 平成23年4月1日、Aは、山林である自己所有の甲土地から切り出した20本の丸太を相場価格に従い1本当たり15万円の価格で製材業者Bに売却する旨の契約を締結し、同日、Bの工場に上記20本の丸太を搬入した。その際、代金の支払時期は、同年8月1日とされた。また、Aの代金債権を担保するため、丸太の所有権移転の時期は、代金の支払時とし、代金の支払がされるまでBは丸太の処分や製材をしないことが合意された。

2. 平成23年4月15日、建築業者Cは、Bが【事実】1に記した20本の丸太を購入したという噂を聞き、甲土地が高品質の材木の原料となる丸太を産出することで有名であったことから、Bに対して、上記20本の丸太を製材した上、自分に売ってほしいと申し入れた。Bは、Aとの間で【事実】1に記した合意をしていたことに加え、つい最近も、当該合意と同様の合意をしてAから別の丸太を買い入れたにもかかわらず、その代金の支払前にその丸太を第三者に転売したことがAに発覚してトラブルが生じていたこともあり、Cの申しれに応じることは難しいと考え、Cに対し、少し事情があるので、もうしばらく待つてほしい、と答えた。

しかし、Cがそれでもなお強く申し入れるので、Cが古くからのBの得意先であることもあり、同月18日、Bは、Aに無断で、Cとの間で、上記20本の丸太を製材して20本の材木に仕上げ、これらの材木を相場価格に従い1本当たり20万円の価格でCに売却する旨の契約を締結した。その際、Cは、それまでの取引の経験から、Aが丸太を売却するときにはその所有権移転の時期を代金の支払時とするのが通常であり、最近もAB間で上記のトラブルが生じていたことを知っていたが、上記20本の丸太についてはAB間で代金の支払が既にされているものと即断し、特にA及びBに対する照会はしなかった。

Bは、上記20本の丸太を製材した上、同月25日、Cから代金400万円の支払を受けると同時に、20本の材木をCの倉庫に搬入した。

3. その後、Cは、DからDが所有する乙建物のリフォーム工事を依頼され、平成23年5月2日、Dとの間で報酬額を600万円として請負契約を締結した。その際、Dは、Cから、乙建物の柱を初めとする主要な部分については、甲土地から切り出され、Bが製材した質の高い材木を10本使用する予定であり、既に10本の在庫がある旨の説明を受けていた。

4. Cは、【事実】2に記した20本の材木のうち、10本は、そのまま自分の倉庫に保管し（倉庫に保管した10本の材木を、以下「材木①」という。）、残りの10本は、乙建物のリフォーム工事のために使用することにした（リフォーム工事のために使用した10本の材木を、以下「材木②」という。）。

5. 平成23年5月15日、Dは乙建物から仮住まいの家に移り、Dが有していた乙建物の鍵のうちの1本をCに交付した。その翌日、Cは、乙建物のリフォーム工事を開始し、材木②を用いて乙建物の柱を取り替えるなどして、同年7月25日、リフォーム工事を完成させた。

同日、Dが内覧をした結果、乙建物のリフォーム工事はDの依頼のとおりになされたことが確認され、DはCに請負の報酬額600万円を支払ったが、乙建物の鍵の返還は建物内の通気の状態などを確認してからされることになり、鍵の返還日は同年8月10日とされた。

6. 平成23年8月1日、【事実】1に記した20本の丸太に係る代金の支払時期が到来したので、Aは、Bの工場に丸太の代金を受け取りに行った。ところが、Bは、【事実】2に記したトラブルに関して、この頃、Aから高額な解決金の請求をされていたことから、Aがその請求

を取り下げない限り、丸太の代金を支払うことはできない旨を述べ、その支払を拒絶した。Aは、そのようなBの対応に抗議をするとともに、Bの工場内に丸太が見当たらなかったことを不審に思い、調査をしたところ、【事実】2から5までの事情が判明した。そこで、Aは、同月5日、C及びDに対してこれらの事情を伝えた。

驚いたDがCに問い合わせたところ、Cは、自分もAから同じ事情を聞かされて困っていると答えたが、いずれにしても乙建物のリフォーム工事は既に完成していることから、同月10日、CはDに乙建物の鍵を予定どおり返還した。

〔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は、Cに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張して、その引渡しを請求することができるか。Aの主張の根拠を説明し、そのAの主張が認められるかどうかを検討した上で、これに対して考えられるCの反論を挙げ、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。
- (2) Aは、Dに対して、材木②の価額の償還を請求することができるか。Aの請求の根拠及び内容を説明し、それに関するAの主張が認められるかどうかを検討した上で、これに対して考えられるDの反論を挙げ、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。

II 【事実】1から6までに加え、以下の【事実】7から13までの経緯があった。

【事実】

7. 平成23年12月28日、Aは、甲土地上に生育している全ての立木（以下「本件立木」という。）を製材業者Eに売却する旨の契約を締結し、その代金全額の支払を受けた。そこで、Eは、平成24年1月5日から、本件立木の表皮を削ってEの所有である旨を墨書する作業を始め、同月7日までに、甲土地の東半分に生育する立木につき、明認方法を施し終えた。
8. ところが、資金繰りに窮していたAは、平成24年1月17日、甲土地及び甲土地上の本件立木をFに売却する旨の契約を締結し、同日、その代金全額の支払と引換えに、甲土地についてAからFへの所有権移転登記がされた。これに先立ち、Fは、同月4日に甲土地を訪れ、本件立木の生育状況を確認していたが、その時点ではEが本件立木への墨書を開始していなかったことから、上記契約を締結する際には、既にAからEに対し本件立木が売却されていたことをFは知らなかった。
9. 平成24年1月25日、Fは、甲土地を訪れたところ、本件立木の一部にEの墨書があることに気付いた。Fは、本件立木がEに奪われるのではないかと不安になったため、本件立木を全て切り出した上で、それまでの事情を伏せて、近くに住む年金暮らしの叔父Gに、切り出した丸太を預かってもらうよう依頼した。これに対し、Gが自己の所有する休耕中の丙土地であれば丸太を預かることができると答えたことから、同年2月2日、Fは、Gとの間で、保管料を30万円とし、その支払の時期を同月9日として、切り出した丸太を預かってもらう旨の合意をし、切り出した丸太を丙土地にトラックで搬入した。
10. 平成24年2月10日、Eは、甲土地の西半分に生育する立木に墨書をするために甲土地に行ったところ、本件立木が全て切り出されていることを発見した。Eは、驚いて甲土地の近隣を尋ね歩いた結果、しばらく前にFが甲土地から切り出した丸太をトラックで搬出していたことが分かった。
11. 平成24年2月13日、Eは、Fの所在を突き止め、本件立木の行方について事情を聞いたところ、Fは、本件立木はAから購入したものであり、既に切り出してGに預けてあると答えるのみで、それ以上Eの抗議について取り合おうとしなかった。
12. そこで、Eは、平成24年2月15日、Gの所在を突き止め、確認したところ、Gが確かにFから【事実】9に記した丸太を預かっていると言うので、事情を話し、丸太を全てEに引き渡すよう求めた。Gは、Eとともに丙土地に行き、丸太を点検したところ、その一部にはEの

墨書があることが分かったが、Eの墨書がないものもあったほか、丸太は全てFから預かったものであり、Fから保管料の支払もまだ受けていないことから、Eの求めに応じることはできないと答えた（これらの丸太のうち、Eの墨書がないものを、以下「丸太③」といい、Eの墨書があるものを、以下「丸太④」という。なお、Eの墨書は現在まで消えていない。）。

13. 平成24年4月2日、Eは、Gに対し、丸太③及び丸太④の所有権は全てEに属し、これらをGが占有しているとして、その引渡しを求める訴えを提起した。

【設問2】 【事実】1から13までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

なお、本件において、立木ニ関スル法律による登記は行われておらず、同法の適用については考慮しなくてよい。

- (1) 丸太③に関し、Gは、丸太③をEが所有することを争うことによって、Eの請求を拒否する旨主張した。このGの主張の根拠を説明した上で、Gは、どのような事実を主張・立証すべきであるか、理由を付して解答しなさい。
- (2) 丸太④に関し、Gは、丸太④をEが所有すること及びこれをGが占有していることは争わないが、丸太の保管料のうち丸太④の保管料に相当する金額の支払を受けるまでは、Eの請求を拒否する旨主張した。このGの主張の根拠を説明した上で、その主張が認められるかどうかを検討しなさい。

Ⅲ 【事実】1から13までに加え、以下の【事実】14から18までの経緯があった。

【事実】

14. Cと同居しているCの長男Hは、満15歳の中学3年生である。平成24年11月15日、Hは、Cの自宅前を通行する者を驚かせようとして、Cの倉庫から、15センチメートル角で長さ2メートルの角材（以下「本件角材」という。）を持ち出し、Cの自宅前の道路の一部を横切るように置いた。Hが本件角材を置いたのは夕方であったが、その付近は、街路灯から離れていたために、夜間になると、歩行者でも、かなりの程度の注意を払っていなければ、本件角材に気付かない程度の暗さになり、Hもそのことを認識していた。
15. Hは、中学2年生の終わり頃から急に言動が粗暴になり、喧嘩で同級生に怪我をさせたり、同級生の自転車のブレーキワイヤーを切るといった悪質ないたづらをしたりしたことなどから、Cが学校から呼び出しを受けるという事態が何度も生じていた。Cは、Hに対し、他人に迷惑を掛けてはいけないといった一般的な注意をするものの、反抗的なHにどのような対応をしてよいのか分からず、それ以上の対策を講ずることはなかった。
16. HがCの自宅前に本件角材を置いてから1時間後、既にその付近がかなり暗くなってから、近所に住む女性Kの運転する自転車がCの自宅前の道路に差し掛かった。Kは、Kの子で3歳になるLを保育所に迎えに行き、荷台に設置した幼児用シートにLを乗せて自宅に戻る途中であったが、自転車の車輪が本件角材に乗り上げたため、ハンドルを取られて転倒し、Kは無事だったものの、Lは右腕を骨折した。
17. 【事実】16の事故の際、Kは、携帯電話で通話をしていたため、片手で自転車を運転していた。また、自転車の前照灯が故障していたが、保育所からKの自宅までの道路はKが普段よく使う道路であったため、Kは、前照灯の故障を気にせず、事故のあった場所を走行していた。これらの事情も、【事実】16の事故の原因となったことが確認されている。なお、本件において、KがLを幼児用シートに乗せていたことは、法的に問題がないものとする。
18. Lには、【事実】16の事故により、右腕の骨折の治療費等として30万円相当の損害が生じた。

【設問3】 【事実】 1から18までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Lが【事実】18に記した損害の賠償をCに対して請求するための根拠を説明した上で、それに関するLの主張が認められるかどうかを検討しなさい。
- (2) (1)の請求に対し、その賠償額について、Cはどのような反論をすることが考えられるか。その根拠を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[民事系科目]

[第2問] (配点：100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は、4：4：2])

次の文章を読んで、後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

1. 甲株式会社 (以下「甲社」という。) は、A、B及びS株式会社 (以下「S社」という。) の出資により平成19年に設立された取締役会設置会社である。甲社では、設立以来、Aが代表取締役を、B及びCが取締役をそれぞれ務めている。

甲社の発行済株式の総数は8万株であり、Aが4万株を、Bが1万株を、S社が3万株をそれぞれ有している。甲社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、譲渡による甲社株式の取得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがある。

2. 甲社は、乳製品及び洋菓子の製造販売業を営んでおり、その組織は、乳製品事業部門と洋菓子事業部門とに分かれている。

乳製品事業部門については、Aが業務の執行を担当しており、甲社の工場で製造した乳製品を首都圏のコンビニエンスストアに販売している。

また、洋菓子事業部門については、Bが業務の執行を担当しており、甲社の別の工場 (以下「洋菓子工場」という。) で製造した洋菓子を首都圏のデパートに販売している。甲社は、世界的に著名なP社ブランドの日本における商標権をP社から取得し、その商標 (以下「P商標」という。) を付したチョコレートが甲社の洋菓子事業部門の主力商品となっている。

3. S社は、洋菓子の原材料の輸入販売業を営んでおり、S社にとって重要な取引先は、甲社である。

4. 平成22年1月、甲社は、関西地方への進出を企図して、マーケティング調査会社に市場調査を委託し、委託料として500万円を支払った。

5. Bは、関西地方において洋菓子の製造販売業を営む乙株式会社 (以下「乙社」という。) の監査役を長年務めていた。Bの友人Dが乙社の発行済株式の全部を有し、その代表取締役を務めている。

平成22年3月、Bは、Dから乙社株式の取得を打診され、代金9000万円を支払って乙社の発行済株式の90%を取得した。Bは、この乙社株式の取得に際して、A及びCに対し、「乙社の発行済株式の90%を取得するので、今後は乙社の事業にも携わる。」と述べたが、A及びCは、特段の異議を述べなかった。Bは、この乙社株式の取得と同時に、乙社の監査役を辞任して、その顧問に就任し、その後、連日、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執った。また、Bは、同年4月以後、月100万円の顧問料の支払を受けている。

平成22年4月、乙社は、業界に知人の多いBの紹介により、チョコレートで著名なQ社ブランドの商標 (以下「Q商標」という。) を日本において独占的に使用する権利の設定を受けた。

6. 平成22年5月、Bは、甲社におけるノウハウを活用するため、洋菓子工場の工場長を務めるEを甲社から引き抜き、乙社に転職させた。Eの突然の退職により、甲社の洋菓子工場は操業停止を余儀なくされ、3日間受注ができず、甲社は、その間、1日当たり100万円相当の売上げを失った。

7. その後、乙社は、関西地方のデパートへの販路拡大に成功し、平成21事業年度 (平成21年4月から平成22年3月まで) に200万円であった乙社の営業利益は、翌事業年度には1000万円に達した。

8. 平成23年4月、甲社は、乙社が関西地方においてQ商標を付したチョコレートの販路拡大に成功したことを知り、関西地方への進出を断念した。

〔設問1〕 上記1から8までを前提として、Bの甲社に対する会社法上の損害賠償責任について、論じなさい。

9. 平成23年7月、Bは、甲社の取締役を辞任した。Bに代わり、Fが甲社の取締役に就任し、洋菓子事業部門の業務の執行を担当するようになったが、Bの退任による影響は大きく、同部門の売上は低迷した。
10. 平成24年5月、甲社は、洋菓子事業部門の売却に向けた検討を始め、丙株式会社（以下「丙社」という。）との交渉の結果、同部門を代金2億5000万円で丙社に売却することとなった。その際、甲社の洋菓子事業部門の従業員については、一旦甲社との間の雇用関係を終了させた上で、その全員につき新たに丙社が雇用し、甲社の取引先については、一旦甲社との間の債権債務関係を清算した上で、その全部につき新たに丙社との間で取引を開始することとされた。その当時、甲社が依頼した専門家の評価によれば、甲社の洋菓子事業部門の時価は、3億円であった。
11. 上記の洋菓子事業部門の売却については、その代金額が時価評価額より安価である上、株主であるS社が得意先を失うことになりかねず、S社の反対が予想された。

平成24年7月2日、Aは、洋菓子事業部門の売却をS社に知らせないまま、甲社の取締役会を開催して、取締役の全員一致により、洋菓子工場に係る土地及び建物を丙社に代金1億5000万円で売却することを決議した上で、丙社と不動産売買契約を締結し、丙社は、甲社に対し、直ちに代金を支払った（以下「第1取引」という。）。

また、その10日後の平成24年7月12日、Aは、甲社の取締役会を開催して、取締役の全員一致により、P商標に係る商標権を丙社に代金1億円で売却することを決議した上で、丙社と商標権売買契約を締結し、丙社は、甲社に対し、直ちに代金を支払った（以下「第2取引」という。）。

第1取引及び第2取引に係る売買契約においては、甲社が洋菓子事業を将来再開する可能性を考慮して、甲社の競業が禁止されない旨の特約が明記された。

なお、甲社の平成24年3月31日時点の貸借対照表の概要は、資料①のとおりであり、その後、同年7月においても財務状況に大きな変動はなかった。また、同月2日時点の洋菓子事業部門の資産及び負債の状況は、資料②のとおりであり、資産として、洋菓子工場に係る土地及び建物（帳簿価額は1億5000万円）並びにP商標（帳簿価額は1億円）があるが、負債はなかった。

12. 平成24年7月下旬、第1取引及び第2取引に基づき、洋菓子工場に係る不動産の所有権移転登記及びP商標に係る商標権移転登録がされた。
13. 平成24年8月、甲社が第1取引及び第2取引をしたことを伝え聞いたS社は、Aに対し、甲社において株主総会の決議を経なかったことにつき強く抗議し、翻意を促した。

〔設問2〕 第1取引及び第2取引の効力に関する会社法上の問題点について、論じなさい。

14. 平成25年6月、甲社は、将来の株式上場を目指して、コンビニエンスストア市場に精通した経営コンサルタントであるGとアドバイザリー契約を締結した。その際、甲社は、このアドバイザリー契約に基づく報酬とは別に、甲社株式が上場した場合の成功報酬とする趣旨で、Gに対し、新株予約権を発行することとした。
15. 上記の新株予約権（以下「本件新株予約権」という。）については、①Gに対して払込みをさせないで募集新株予約権1000個を割り当てること、②募集新株予約権1個当たりの目的である株式の数を1株とすること、③各募集新株予約権の行使に際して出資される財産の価額を5000円とすること、④募集新株予約権の行使期間を平成25年7月2日から2年間とすること、⑤募集新株予約権のその他の行使条件は甲社の取締役会に一任すること、⑥募集新株予約権の割

当日を同月1日とすること等が定められた。

平成25年6月27日、甲社の株主総会において、Gに特に有利な条件で本件新株予約権を発行することを必要とする理由が説明されたところ、Bは、募集新株予約権のその他の行使条件を取締役に一任することはできないのではないかと主張し、これに反対したが、A及びS社の賛成により、上記の内容を含む募集事項が決定された。これを受けて、甲社の取締役会が開催され、取締役の全員一致により、「甲社株式が国内の金融商品取引所に上場された後6か月が経過するまでは、本件新株予約権を行使することができない。」とする行使条件（以下「上場条件」という。）が定められた。

平成25年7月1日、甲社は、Gとの間で新株予約権割当契約を締結し、Gに対し、本件新株予約権1000個を発行した。

16. その後、Gは、上記のアドバイザリー契約に基づき、甲社に様々な施策を提言し、Gのアドバイスにより製造した低カロリーのヨーグルトが好評を博するなど、甲社の業績は向上したが、本件新株予約権の行使期間内に上場条件を満たすには至らない見込みとなった。

平成26年12月上旬、Aは、Gから、「上場すると思っていたのに、これでは割に合わない。せめて株式を取得したいので、上場条件を廃止してほしい。」との強い要請を受けた。Aは、取締役会で上場条件を廃止することができるのか疑問を持ったが、Gの態度に押され、同月11日、C及びFを呼んで甲社の取締役会を開催し、取締役の全員一致により上場条件を廃止する旨の決議をした。同日、甲社は、Gとの間で、上場条件を廃止する旨の新株予約権割当契約の変更契約を締結した。

平成26年12月12日、Gは、行使価額である500万円の払込みをして本件新株予約権を行使し、Gに対し、甲社株式1000株が発行された。

【設問3】 上記16で発行された甲社株式の効力に関する会社法上の問題点について、論じなさい。

【資料①】

貸借対照表の概要
(平成24年3月31日現在)

(単位：円)

科目	金額	科目	金額
(資産の部)		(負債の部)	
流動資産		(略)	(略)
(略)	(略)	負債合計	200,000,000
固定資産		(純資産の部)	
有形固定資産	(略)	株主資本	500,000,000
建物	100,000,000	資本金	400,000,000
土地	400,000,000	資本剰余金	100,000,000
(略)	(略)	資本準備金	100,000,000
無形固定資産	(略)	その他資本剰余金	—
商標権	100,000,000	利益剰余金	—
(略)	(略)	利益準備金	—
		その他利益剰余金	—
		純資産合計	500,000,000
資産合計	700,000,000	負債・純資産合計	700,000,000

(注) 「—」は、金額が0円であることを示す。

【資料②】

洋菓子事業部門の資産及び負債の状況
(平成24年7月2日現在)

(単位：円)

資産		負債	
項目	帳簿価額	項目	帳簿価額
建物	50,000,000		
土地	100,000,000		
商標権	100,000,000		
資産合計	250,000,000	負債合計	—

(注) 「—」は、金額が0円であることを示す。

論文式試験問題集 [民事系科目第3問]

[民事系科目]

[第3問] (配点：100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は、4：3：3))

次の文章を読んで、後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

【事例】

X (注文主) は、Y (請負人) との間で、自宅 (一戸建て住宅) をバリアフリーとするため、リフォーム工事を内容とする請負契約を、代金総額600万円、頭金を契約時に300万円支払い、残代金は工事完了引渡後1か月以内に支払う約定で締結した。

Xは、工事を完了したYから工事箇所の引渡しを受けたが、Yの工事に瑕疵が存すると主張して、残代金300万円の支払を拒否した。

その後、XY間で交渉したが、解決には至らなかった。

そのため、Xは、Yに対し、瑕疵修補に代わる損害賠償として300万円を請求する訴え (本訴) を提起した。

これを受けて、Yは、Xに対し、未払の請負残代金である300万円の支払を請求する反訴を提起した。

以下は、弁論準備手続期日の終了後に、Yの訴訟代理人弁護士L1と司法修習生P1との間でされた会話である。

L1：今回の裁判については、争点整理もかなり進行していますが、P1さん、現時点で裁判所はどんな心証を持っていると感じていますか。

P1：裁判所にどうも瑕疵の存在を認めるような気配があることが気掛かりです。でも、残代金が未払であることはXも認めていますから、反訴も認容されるので、まあ仕方ないのではないのでしょうか。

L1：XとYとがそれぞれ債務名義を取得するのは、面倒なことになりませんか。もっと簡便で有効な対応策はありませんか。

P1：すみませんでした。そう言われれば、本訴請求債権が存在すると判断される場合に備えて、反訴で請求している債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権とする訴訟上の相殺の抗弁を提出しておくことが考えられます。ただ、既にその債権について反訴が係属している以上、相殺の抗弁を提出すると、それに民事訴訟法第142条の法理が妥当するのではないかという疑いがあります。

L1：そうですね。関係する判例 (最高裁判所平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁。以下「平成3年判決」という。) の事案と判旨を教えてください。

P1：平成3年判決の事案は、被告が別訴の第一審で一部認容され、現在控訴審で審理されている売買代金支払請求権を自働債権として本訴請求債権と対当額において相殺する旨の抗弁を本訴の控訴審で提出した、というものです。判旨は、次のとおりです。

(判旨)

「係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは許されないと解するのが相当である。すなわち、民訴法231条 (現142条) が重複起訴を禁止する理由は、審理の重複による無駄を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するためであるが、相殺の抗弁が提出された自働債権の存在又は不存在の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を有するとされていること (同法199条2項：現114条2項)、相殺の抗弁の場合にも自働債権の存否について矛盾する判決が生じ法的安定性を害しないようにする必要があるけれども理論上も実際上もこれを防止することが困難であること、等の点を考えると、同法231

条の趣旨は、同一債権について重複して訴えが係属した場合のみならず、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権として相殺の抗弁を提出する場合にも同様に妥当する（以下省略）。」

L 1：本件では、初めから本訴と反訴は併合審理されているのだから、平成3年判決の趣旨は当てはまらないのではないのでしょうか。

P 1：平成3年判決の事案では、本訴、別訴とも控訴審で併合審理されており、その段階で相殺の抗弁が提出されたのですが、平成3年判決は、相殺の抗弁に民事訴訟法第142条の法理が妥当することは、「右抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、両事件が併合審理された場合についても同様である。」と判示しています。

L 1：そうでしたか。平成3年判決は、弁論が併合されている場合にも当てはまるのですね。そうすると、反訴請求を維持しつつ同一債権を相殺の抗弁に供したいという我々の希望を実現するためには、この判例との抵触を避ける必要がありますが、何かヒントとなる判例はありませんか。

P 1：最高裁判所平成18年4月14日第二小法廷判決・民集60巻4号1497頁(以下「平成18年判決」という。)は、本诉被告(反訴原告)が反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を提出したという事案で、そのような場合は訴え変更の手続を要することなく、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない趣旨の予備的反訴として扱われる以上、相殺の抗弁と反訴請求とが重なる部分については既判力の矛盾抵触が生じない旨判示しています。

L 1：予備的反訴として扱われると、なぜ既判力の矛盾抵触が生じないことになるのでしょうか。また、平成3年判決は、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待と、相殺に供した債権について債務名義を得るという2つの利益を自働債権の債権者である被告が享受することは許されないとする趣旨だと思いますが、平成18年判決は、その点について、どのように考えているのでしょうか。

P 1：実は、勉強不足で、それらの点がよく理解できないのです。

L 1：判例を丸暗記するだけでは、良い法曹にはなれませんよ。では、良い機会ですから、平成3年判決の趣旨に照らし、本件において反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する旨の抗弁を適法と解しても、平成3年判決と抵触しない理由をまとめてください。検討に当たっては、一旦提起された反訴が予備的反訴として扱われると、第一に、なぜ既判力の矛盾抵触が生じないことになるのか、第二に、反訴原告は、相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収への期待と、相殺に供した自働債権について債務名義を得るという2つの利益を享受することにはならないのはなぜか、を論じてください。さらに、これは平成18年判決についての疑問ですが、第三に、訴え変更の手続を要せずに予備的反訴として扱われることが処分権主義に反しない理由はどのように説明したらよいか、また、訴え変更の手続を要せずに予備的反訴とされると反訴請求について本案判決を得られなくなる可能性があります、それでも反诉被告(本訴原告)の利益を害することにならないのはなぜか、を論じてください。もちろん、第三の点は、我々の立場を積極的に理由付けることには役立ちませんが、平成18年判決を理解する上で確認しておく必要があります。

〔設問1〕

あなたが司法修習生P1であるとして、L1が指摘した問題点を踏まえつつ、L1から与えられた課題に答えなさい。

なお、設問の解答に当たっては、遅延損害金及び相殺の要件については、考慮しなくてよい(設

問2及び設問3についても同じ。)

以下は、第一審判決の言渡し後に、担当裁判官Jと司法修習生P2との間でされた会話である。

J：この前、訴訟記録を見てもらい、意見交換をしたXY間の損害賠償請求訴訟ですが、その時に述べたように、XのYに対する損害賠償請求権は認められるが、YのXに対する請負代金請求権も認められるということで、本訴におけるYの相殺の抗弁を認めた上で、受働債権と自働債権の額が同額だったので本訴請求を棄却するという判決をしました。控訴もなく確定しましたが、せっかくですから、ここで、控訴審について、少し勉強することにしませう。Xが控訴した場合、その控訴について何か問題はありますか。

P2：Xの控訴自体は、自らの請求が棄却されているのですから、不服の利益もあると思うので、特に問題はないと思います。

J：確かに、Xの控訴自体は問題なさそうですね。それでは、仮に、控訴審が審理の結果、そもそもXが主張するような瑕疵はなく、Xの本訴請求債権である損害賠償請求権がないとの心証を得た場合、控訴審はどのような判決をすべきでしょうか。

P2：理由の重要な部分について、原審と控訴審とで判断が異なっているわけですから、控訴審としては、控訴を棄却するのではなく、第一審判決を取り消して、改めて請求を棄却すべきではないかと考えます。

J：では、控訴審はどのような判決をすべきかについて、あなたの言う第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場合と、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却によりそのまま確定した場合とを比較して検討してください。

〔設問2〕

あなたが司法修習生P2であるとして、Jから与えられた課題に答えなさい。

なお、Yによる控訴及び附帯控訴の可能性については考えなくてよい。また、Yが控訴又は附帯控訴をしない場合には、Xの本訴請求債権は控訴審の審判対象とならないとの見解もあるが、ここでは、Xの本訴請求債権の存否が控訴審の審判対象となるとの前提に立って検討しなさい。

以下は、第一審判決の確定後に、Xの訴訟代理人弁護士L2と司法修習生P3との間でされた会話である。

L2：本件では、いろいろと努力をした結果、Xの損害賠償請求権は認められたのですが、一方で、Yの相殺の抗弁も認められて、Xの本訴請求は棄却されました。Yも控訴することなく、第一審判決が確定したので、ほっとしていたところでしたが、先ほどXから連絡があり、Yが不当利得の返還を求める文書を送付してきたというのです。

P3：Yの言い分は、どのようなものでしょうか。

L2：Yは、弁護士に相談していないようで、あまり法律的でない内容の文書だったのですが、これを私なりにまとめ直してみました。

(Yの言い分)

- ① XのYに対する損害賠償請求権は、工事に瑕疵がないので、そもそも存在していなかった。
- ② それなのに、裁判所は、XのYに対する損害賠償請求権を認めた。
- ③ 請負代金請求権に対立する債権は存在していなかったのだから、相殺の要件を欠いている。
- ④ そこで、YとしてはXに対し請負代金の請求をしたいが、それは既判力によって制限されている。
- ⑤ したがって、Xは、請負代金請求を受けないことによって利益を受けており、一方、Yは、請負代金を請求できないことにより損失を被っているため、不当利得返還請求をする。

- P 3 : 仮に、Yが訴えを提起した場合、我々はどのように対応したらいいのでしょうか。
- L 2 : 本訴の判決は確定しているので、Yの主張は、本訴の確定判決の既判力によって認められないという反論を考えてみましょう。まず、仮に、YがXに対し請負代金請求訴訟を提起したとしたらどうでしょうか。
- P 3 : この場合、Yは、本訴で相殺の抗弁として主張した請負代金請求権と同じ権利を主張していることになります。そうすると、民事訴訟法第114条第2項により、請負代金請求権が存在するとの主張が既判力によって遮断されることは、Yの言い分のとおりだと思います。
- L 2 : そうなりそうですね。では、本件はどうですか。
- P 3 : Yは、不当利得返還請求権という請負代金請求権とは別の訴訟物を立てているので、既判力は作用しないと思います。しかし、本件でYが主張している内容は、本訴で争いになった損害賠償請求権は存在しないということを理由としており、明らかにおかしいので、信義則を使うことができるのではないのでしょうか。
- L 2 : いきなり一般条項に頼るのではなく、民事訴訟法第114条第2項の既判力で解決することができないかを、よく考えてみるべきではないですか。
- P 3 : すみません。法科大学院の授業で、民事訴訟法第114条第2項の解釈として、相殺の時点において、受働債権と自働債権の双方が存在し、それらが相殺により消滅した、という内容の既判力が生じると解する説を聞いたことがあります。この説によれば、同項の既判力により、Yの主張が遮断されることを容易に説明することができます。
- L 2 : 確かに、その説によれば、YがXに不当利得返還請求をしても、相殺の時点で損害賠償請求権が存在していたことに既判力が生じている以上、利得に法律上の原因がないと主張することができない、と言いやすいですね。しかし、債権が消滅した理由についての判断にも既判力が生じるというのは、既判力の一般的な考え方にそぐわないと言われており、この説は現在の学説上は支持を失っているもので、これに依拠して立論するわけにはいきません。民事訴訟法第114条第2項をその説のように理解しなくても、同項によりYの請求が認められないことを説明できないか検討すべきです。その前提として、今一度、Yの言い分を不当利得返還請求権の要件に当てはめて整理した上で、それに対する既判力の作用を検討してください。
- P 3 : 分かりました。難しいですがやってみます。

〔設問3〕

あなたが司法修習生P 3であるとして、L 2から与えられた課題について検討した上、Yの請求が既判力によって認められないことを説明しなさい。

論文式試験問題集 [刑事系科目第 1 問]

[刑事系科目]

[第1問] (配点：100)

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲（53歳、男性、身長170センチメートル、体重75キログラム）は、医薬品の研究開発・製造・販売等を目的とするA株式会社（以下「A社」という。）の社員である。

A社には、新薬開発部、財務部を始めとする部があり、各部においてその業務上の情報等を管理している。各部は、A社の本社ビルにおいて、互いに他の部から独立した部屋で業務を行っている。

2 某年12月1日、甲がA社の新薬開発部の部長になって2年が経過した。甲は、部長として、新薬開発部が使用する部屋に設置された部長席において執務し、同部の業務全般を統括し、A社の新薬開発チームが作成した新薬の製造方法が記載された書類（以下「新薬の書類」という。）を管理するなどの業務に従事していた。新薬の書類は、部長席の後方にある、暗証番号によって開閉する金庫に入れて保管されていた。

3 甲は、同日、甲の大学時代の後輩であり、A社とライバル関係にある製薬会社の営業部長乙（50歳、男性）から食事に誘われ、その席で、乙に、「これはまだ秘密の話だが、最近、A社は新薬の開発に成功した。私は、新薬開発部の部長だから、新薬の書類を自分で保管しているのだよ。」と言った。すると、乙は、甲に、「是非、その書類を持ち出して私に下さい。私は、その書類を我が社の商品開発に活用したい。成功すれば、私は将来、我が社の経営陣に加わることができる。その書類と交換に、私のポケットマネーから300万円を甲先輩に払いますし、甲先輩を海外の支社長として我が社に迎え入れます。」と言った。

甲は、部長職に就いたものの、A社における自己の人事評価は今一つで、そのうち早期退職を促されるかもしれないと感じていたため、できることならば300万円を手に入れるとともに乙の勤務する会社に転職もしたいと思った。そこで、甲は、乙に、「分かった。具体的な日にちは言えないが、新薬の書類を年内に渡そう。また連絡する。」と言った。

4 甲は、その後、同月3日付けで財務部経理課に所属が変わり、同日、新薬開発部の後任の部長に引継ぎを行って部長席の後方にある金庫の暗証番号を伝えた。

甲は、もし自己の所属が変わったことを乙に告げれば、乙は同月1日の話をなかったことにすると言うかもしれない、そうなれば300万円が手に入らず転職もできないと思い、自己の所属が変わったことを乙に告げず、毎月15日午前中にA社の本社ビルにある会議室で開催される新薬開発部の部内会議のため同部の部屋に誰もいなくなった隙に新薬の書類を手に入れ、これを乙に渡すこととした。

5 甲は、同月15日、出勤して有給休暇取得の手続を済ませ、同日午前10時30分、新薬開発部の部内会議が始まって同部の部屋に誰もいなくなったことを確認した後、A3サイズの書類が入る大きさで、持ち手が付いた甲所有のかばん（時価約2万円相当。以下「甲のかばん」という。）を持って同部の部屋に入った。そして、甲は、部長席の後方にある金庫に暗証番号を入力して金庫を開け、新薬の書類（A3サイズのもの）10枚を取り出して甲のかばんに入れ、これを持って新薬開発部の部屋を出て、そのままA社の本社ビルを出た。

甲は、甲のかばんを持ってA社の本社ビルの最寄り駅であるB駅に向かいながら、乙に、電話で、「実は、先日、私は新薬開発部から財務部に所属が変わったのだが、今日、新薬の書類を持ち出すことに成功した。これから会って渡したい。」と言ったところ、乙は、甲に、「所属が変わったことは知りませんでした。遠くて申し訳ありませんが、私の自宅で会いましょう。そこで300万円と交換しましょう。」と言った。

6 甲が向かっているB駅は、通勤・通学客を中心に多数の乗客が利用する駅で、駅前のロータリーから改札口に向かって右に自動券売機があり、左に待合室がある。待合室は四方がガラス張りだが、自動券売機に向かって立つと待合室は見えない。待合室は、B駅の始発時刻から終電時刻までの間は開放されて誰でも利用でき、出入口が1か所ある。自動券売機と待合室の出入口とは直線距離で20メートル離れている。

7 甲は、B駅に着き、待合室の出入口に入ってすぐ近くにあるベンチに座り、しばらく休んだ。そして、甲は、同日午前11時15分、自動券売機で切符を買うため、甲のかばんから財布を取り出して手に持ち、新薬の書類のみが入った甲のかばんを同ベンチに置いたまま待合室を出て、自動券売機に向かった。

待合室の奥にあるベンチに座って甲の様子を見ていた丙（70歳、男性）は、ホームレスの生活をしていたが、真冬の生活は辛かったので、甲のかばんを持って交番へ行き、他人のかばんを勝手に持ってきた旨警察官に申し出れば、逮捕されて留置施設で寒さをしのぐことができるだろうと考え、同日午前11時16分、ベンチに置かれた甲のかばんを抱え、待合室を出た。この時、甲は、自動券売機に向かって立ち、切符を買おうとしていた。丙は、甲のかばんを持って直ちにロータリーの先にある交番（待合室出入口から50メートルの距離）に行き、警察官に、「駅の待合室からかばんを盗んできました。」と言って、甲のかばんを渡した。

甲がB駅の待合室に入ってから丙が甲のかばんを持って待合室を出るまでの間、待合室を利用した者は、甲と丙のみであった。

8 甲は、同日午前11時17分、切符の購入を済ませて待合室に戻る途中で、甲のかばんと同じブランド、色、大きさのかばんを持って改札口を通過するC（35歳、男性、身長175センチメートル、体重65キログラム）を見たことから、甲のかばんのことが心配になって待合室のベンチを見たところ、甲のかばんが無くなっていたので、Cが甲のかばんを盗んだものと思い込んだ。

甲は、Cからかばんを取り返そうと考え、即座に、「待て、待て。」と言ってCを追い掛けた。

甲は、同日午前11時18分、改札口を通過してホームに向かう通路でCに追い付き、Cに、「私のかばんを盗んだな。返してくれ。」と言った。しかし、Cは、自己の所有するかばんを持っていたので、甲を無視してホームに向かおうとした。甲は、Cに、「待て。」と言ったが、Cが全く取り合わなかったので、「盗んだかばんを返せと言っているだろう。」と言ってCが持っていたC所有のかばんの持ち手を手でつかんで引っ張ってそのかばんを取り上げ、これを持ってホームに行き、出発間際の電車に飛び乗った。

Cは、甲からかばんを引っ張られた弾みで通路に手を付き、手の平を擦りむいて、加療1週間を要する傷害を負った。

論文式試験問題集 [刑事系科目第2問]

[刑事系科目]

[第2問] (配点：100)

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 平成27年2月4日午前10時頃、L県M市内のV(65歳の女性)方に電話がかかり、Vは、電話の相手から、「母さん、俺だよ。先物取引に手を出したら大損をしてしまった。それで、会社の金に手を付けてしまい、それが上司にばれてしまった。今日中にその穴埋めをしないと、警察に通報されて逮捕されてしまう。母さん、助けて。上司と電話を代わるよ。」と言われ、次の電話の相手からは、「息子さんの上司です。息子さんが我が社の金を使い込んでしまいました。金額は500万円です。このままでは警察に通報せざるを得ません。そうすると、息子さんはクビですし、横領罪で逮捕されます。ただ、今日中に穴埋めをしてもらえれば、私の一存で穏便に済ませることができます。息子さんの代わりに500万円を用意していただけますか。私の携帯電話の番号を教えるので、500万円を用意したら、私に電話を下さい。M駅前まで、私の部下を受取に行かせます。」と言われた。Vは、息子とその上司からの電話だと思い込み、電話の相手から求められるまま、500万円を用意してM駅前に持参することにした。

Vは、最寄りの銀行に赴き、窓口で自己名義の預金口座から現金500万円を払い戻そうとしたが、銀行員の通報により駆けつけた司法警察員Pらの説得を受け、直接息子と連絡を取った結果、何者かがVの息子に成り済ましてVから現金をだまし取ろうとしていることが判明した。

2 Pらは、Vを被害者とする詐欺未遂事件として捜査を開始し、犯人を検挙するため、Vには引き続きだまされているふりをしてもらい、犯人をM駅前に誘い出すことにした。

同日午後2時頃、M駅前に甲が現れ、Vから現金を受け取ろうとしたことから、あらかじめ付近に張り込んでいたPらは、甲を、Vに対する詐欺未遂の現行犯人として逮捕した。

3 甲は、「知らない男から、『謝礼を支払うので、自分の代わりに荷物を受け取ってほしい。』と頼まれたことから、これを引き受けたが、詐欺とは知らなかった。」と供述し、詐欺未遂の被疑事実を否認した。

甲は、同月6日、L地方検察庁検察官に送致されて引き続き勾留されたが、その後も同様の供述を続けて被疑事実を否認した。

逮捕時、甲は同人名義の携帯電話機を所持していたことから、その通話記録について捜査した結果、逮捕前に甲が乙と頻繁に通話をし、逮捕後も乙から頻繁に着信があったことが判明した。そこで、Pらは、乙が共犯者ではないかと疑い、乙について捜査した結果、乙が、L県N市内のFマンション5階501号室に一人で居住し、仕事はしておらず、最近は外出を控え、周囲を警戒していることが判明したことから、Pらは、一層その疑いを強めた。

そこで、Pらは、乙方の隣室であるFマンション502号室が空室であったことから、同月12日、同室を賃借して引渡しを受け、同室にPらが待機して乙の動静を探ることにした。

4 同月13日、Pが、Fマンション502号室ベランダに出た際、乙も、乙方ベランダに出て来て、携帯電話で通話を始めた。その声は、仕切り板を隔てたPにも聞こえたことから、Pは、同502号室ベランダにおいて、①ICレコーダを使用して、約3分間にわたり、この乙の会話を録音した。その際、「甲が逮捕されました。どうしますか。」という乙の声がPにも聞こえ、同レコーダにも録音されたが、電話の相手の声は、Pには聞こえず、同レコーダにも録音されていなかった。

このように、乙が本件に関与し、他に共犯者がいることがうかがわれ、乙がこの者と連絡を取っていることから、Pらは、同502号室の居室の壁越しに乙方の居室内の音声を聞き取ろうとしたが、壁に耳を当てても音声は聞こえなかった。そこで、Pらは、隣室と接する壁の振動を増幅させて音声として聞き取り可能にする機器(以下「本件機器」という。)を使用することにし、

本件機器を同502号室の居室の壁の表面に貼り付けると、本件機器を介して乙方の居室内の音声を鮮明に聞き取ることができた。そして、Pらは、同月15日、②約10時間にわたり、本件機器を介して乙方の居室内の音声を聞き取りつつ、本件機器に接続したICレコーダにその音声を継続して録音した。しかし、このようにして聴取・録音された内容は、時折、乙が詐欺とはおよそ関係のない話をしているにすぎないものであったことから、これ以後、Pらは本件機器を使用しなかった。

- 5 甲は、司法警察員Qによる取調べを受けていたが、前記のとおり、否認を続けていた。Qは、同月16日、L地方検察庁において、検察官Rと今後の捜査方針を打ち合わせた際、Rから、「この種の詐欺は上位者を処罰しなければ根絶できないが、今のままでは乙を逮捕することもできない。甲が見え透いた虚偽の弁解をやめ、素直に共犯者についても洗いざらいしゃべって自供し、改悛の情を示せば、本件は未遂に終わっていることから、起訴猶予処分にしてやってよい。甲に、そのことをよく分からせ、率直に真相を自供することを勧めるように。」と言われた。そこで、Qは、同日、甲を取り調べ、甲に対し、「共犯者は乙ではないのか。検察官は君が見え透いたうそを言っていると思っているが、改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると言っているので、共犯者が誰かも含めて正直に話した方がよい。」と言って自白を促した。これを聞いて、甲は、自己が不起訴処分になることを期待して、Qに対し、「それなら本当のことを話します。詐欺であることは分かっていました。共犯者は乙です。乙から誘われ、昨年12月頃から逮捕されるまで、同じような詐欺を繰り返しやりました。役割は決まっており、乙が相手に電話をかける役であり、私は現金を受け取る役でした。電話の声は、乙の一人二役でした。他に共犯者がいるかどうか、私には分かりません。昨年までは痴漢の示談金名目で100万円を受け取っていましたが、今年になってから、現金を受け取る名目を変えるように乙から指示され、使い込んだ会社の金を穴埋めする名目で500万円を受け取るようになりました。詐欺の拠点は、M市内のGマンション1003号室です。」と供述して自白した。

そこで、Pは、前記甲の自白に基づき、Vに対する詐欺未遂の被疑事実で乙の逮捕状、Gマンション1003号室を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受け、同月18日、乙を通常逮捕し、また、同1003号室の捜索を実施したが、同室は既にもぬけの殻となっており、証拠物を押収することはできなかった。

乙は、同日、逮捕後の取調べにおいて、甲の供述内容を知らされなかったものの、甲が自白したと察して、「甲が自白したのしょうから話します。私が電話をかけてVをだまし、甲に現金を受け取りに行かせました。しかし、甲が逮捕されてしまったので、Gマンション1003号室から撤退しました。ほとぼりが冷めたら再開するつもりでしたので、詐欺で使った道具は、M市内のHマンション705号室に隠してあります。」と供述した。乙は、同月19日、L地方検察庁検察官に送致されて引き続き勾留された。

- 6 Pは、前記乙の供述に基づき、Vに対する詐欺未遂の被疑事実でHマンション705号室を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受け、同月19日、同室において、捜索差押えを実施した。

同室からは、架空人名義の携帯電話機、Vの住所・氏名・電話番号が掲載された名簿などのほか、次のような文書1通（以下「本件文書」という。）及びメモ紙1枚（以下「本件メモ」という。）が差し押さえられた。

本件文書の記載内容は、【資料1】のとおりであり、パソコンで作成されているが、右上の「0XX-XXXX-5678」という記載は手書き文字である。この手書き文字は、V方の電話番号と一致し、また、筆跡鑑定の結果、乙の筆跡であることが判明した。さらに、本件文書からは、丙の指紋が検出された。

本件メモの記載内容は、【資料2】のとおりであり、全ての記載が手書き文字である。これらの文字は、筆跡鑑定の結果、いずれも乙の筆跡であることが判明した。

- 7 このように、本件文書から丙の指紋が検出されたほか、乙が逮捕時に所持していた同人名義の

携帯電話の通話記録について捜査した結果、Pが同月13日にFマンション502号室のベランダで乙の会話を聴取・録音したのと同じ時刻に、乙が丙に電話をかけていることが判明した。そこで、Pは、これらに基づき、Vに対する詐欺未遂の被疑事実で丙の逮捕状の発付を受け、同月21日、丙を通常逮捕した。

丙は、逮捕後の取調べにおいて、「全く身に覚えがない。」と供述し、同月22日、L地方検察庁検察官に送致されて引き続き勾留されたが、その後も同様の供述を続けて一貫して被疑事実を否認した。

乙は、同月23日、Rによる取調べにおいて、「私は、甲と一緒にVから現金500万円をだまし取ろうとしました。私が電話をかける役であり、甲が現金を受け取る役でした。昨年12月頃から同じような詐欺を繰り返しやりました。」と供述したものの、丙の関与については、「丙のことは一切話したくありません。」と供述し、本件文書については、「これは、だます方法のマニュアルです。このマニュアルに沿って電話で話して相手をだましていました。右上の手書き文字は、私がVに電話をかけた際に、その電話番号を記載したものです。このマニュアルは、私が作成したものではなく、他の人から渡されたものです。しかし、誰から渡されたかは話したくありません。このマニュアルに丙の指紋が付いていたようですが、丙のことは話したくありません。」と供述し、本件メモについては、「私が書いたものですが、何について書いたものかは話したくありません。」と供述した。そこで、Rは、これらの乙の供述を録取し、末尾に本件文書及び本件メモの各写しを添付して検察官調書1通（以下「本件検察官調書」という。）を作成し、乙の署名・指印を得た。なお、乙は、丙の関与並びに本件文書及び本件メモについて、その後も同様の供述を続けた。

8 Rは、甲については、延長された勾留期間の満了日である同月25日、釈放して起訴猶予処分とし、乙及び丙については、乙の延長された勾留期間の満了日である同年3月10日、両名を、甲、乙及び丙3名の共謀によるVに対する詐欺未遂の公訴事実でL地方裁判所に公判請求し、その後、乙と丙の弁論は分離されることになった。

9 同年4月17日の丙の第1回公判において、丙は、「身に覚えがありません。」と陳述して公訴事実を否認し、丙の弁護人は、本件検察官調書について、「添付文書を含め、不同意ないし取調べに異議あり。」との証拠意見を述べたことから、Rは、丙と乙との共謀を立証するため、乙の証人尋問を請求するとともに、③本件文書及び本件メモについても証拠調べを請求した。丙の弁護人は、本件文書及び本件メモについて、「不同意ないし取調べに異議あり。」との証拠意見を述べた。

同年5月8日の丙の第2回公判において、乙の証人尋問が実施され、乙は、丙の関与並びに本件文書及び本件メモについて、本件検察官調書の記載と同様の供述をした。

【設問1】 ①及び②で行われたそれぞれの捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【設問2】 ③で証拠調べ請求された本件文書及び本件メモのそれぞれの証拠能力について、証拠収集上の問題点を検討し、かつ、想定される具体的な要証事実を検討して論じなさい。

【資料1】

0 X X - X X X X - 5 6 7 8

先物取引

息子	<p>[母さん/父さん] , 俺だよ。</p> <p>先物取引に手を出したら大損をしてしまった。</p> <p>それで、会社の金に手を付けてしまい、それが上司にばれてしまった。</p> <p>今日中にその穴埋めをしないと、警察に通報されて逮捕されてしまう。</p> <p>上司と電話を代わる。</p>
上司	<p>息子さんの上司です。</p> <p>息子さんが我が社の金を使い込んでしまいました。</p> <p>金額は500万円です。</p> <p>このままでは警察に通報せざるを得ません。</p> <p>そうなると、息子さんはクビですし、横領罪で逮捕されます。</p> <p>しかし、今日中に穴埋めをしてもらえれば、私の一存で穏便に済ませることができます。</p> <p>息子さんの代わりに500万円を用意してもらえますか。</p> <p>私の携帯電話の番号を教えるので、500万円を用意したら、私に電話をください。</p> <p>[] まで、私の部下を受け取りに行かせます。</p>

※ 受取役は、警察に捕まった場合、「知らない男から、『謝礼を支払うので、自分の代わりに荷物を受け取ってほしい。』と頼まれて引き受けただけで、詐欺とは知らなかった。」と言い張ること。

【資料2】

1 / 5 丙から t e l

チカンの示談金はもうからないのでやめる

先物取引で会社の金を使いこんだことにする

金額は500万円

マニュアルは用意する

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL15311