

司法試験

平成29年司法試験
採点実感分析会
問題文

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



H29 司法

論文式試験問題集 [公法系科目第1問]

[第1問] (配点: 100)

20**年、少子高齢化の影響で日本では労働力の不足が深刻化し、経済成長にとって大きな足かせとなっていた。日本では、それまで外国人のいわゆる非熟練労働者の受入れは認められていなかったが、政府は、労働力不足の深刻化を受け、労働力確保の必要性が特に高い農業と製造業を対象として、外国人非熟練労働者を受け入れる方針を決めた。受入れに際しては、十分な数の労働者を迅速かつ円滑に確保するとともに、適性のある労働者についてはある程度長期間にわたり雇用を継続できるようにすることが望まれた。他方、政府の上記方針決定に対し、野党からだけでなく与党からも、欧米諸国で移民を大規模に受け入れた結果として社会的・政治的な軋轢が生じた経験を参照した慎重論が強く主張された。そのため、特に労働力確保が必要な区域として受入れの対象区域を指定し、受け入れた外国人はその指定区域内でのみ就労できることとした上、いずれ必ず帰国し、日本への長期にわたる定住を認めないこと、さらに、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることが求められた。このように、外国人非熟練労働者の受入れについては、現行の出入国管理制度とは大幅に異なる枠組みが必要とされたことから、政府は、「農業及び製造業に従事する特定労務外国人の受入れに関する法律」(以下「特労法」又は「法」という。)を制定して外国人非熟練労働者のみに適用される本邦滞在制度(以下「新制度」という。)を創設し、新制度の下で受け入れる外国人については、出入国及び在留に関して、出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」という。)を適用しないこととした。

新制度の概要は以下のとおりである(特労法の関連条文は【参考資料】のとおり)。

- ・ 本邦において、熟練した技能や専門的知識を要しない特定の農業及び製造業の業務(以下「特定労務」という。)への就労を希望する、一定の条件を満たした外国人は、申請により、特定労務に従事する者として認証を受けることができる。
- ・ 特定労務外国人は、入管法上の在留資格を得ることなく本邦に入学し、法務大臣が指定する地域(基本的に市区町村を単位とする。)内で特定労務に就労することができる。
- ・ 滞在期間は3年とし、更新可能とする。ただし、滞在が長期間にわたったとしても、永住や帰化は認めない。
- ・ 特定労務外国人については、新制度の趣旨・目的を達成するため、滞在中の妊娠・出産を禁止するなど、本邦に滞在するに当たっての特別な禁止行為を定める(法第15条)。
- ・ 新制度の運用のため、滞在の認証に係る審査や強制出国についての審査及び強制出国命令書の発付等を行う行政官として、特定労務外国人審査官(以下「審査官」という。)を置き、新制度により滞在する外国人の違反事件の調査や、強制出国の執行等を行う行政官として、特定労務外国人警備官(以下「警備官」という。)を置く。審査官は、外国人の出入国ないし在留管理等の業務に10年以上従事した経歴があり、一定の試験に合格した者から任用する。審査官となった者は、警備官の行う業務には携わらない。
- ・ 警備官は、上記の禁止行為を行ったことが疑われる者(以下「嫌疑者」という。)を覚知したときには調査を開始し、その結果、禁止行為を行ったと疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官の発する令状や、行政官の事前審査に基づく収容令書など、身柄を拘束する者とは別の立場の者が強制処分のために発する書面を要しないで、嫌疑者を収容することができる。
- ・ 警備官は、嫌疑者を収容するときは、違反が疑われる事実を告知し、収容後速やかに弁解を聴取する。警備官は、収容のために身柄を拘束したときから48時間以内に、審査官に、調書及び証拠物を送付するとともに、当該嫌疑者の収容を報告しなければならない。
- ・ 審査官は、警備官から報告を受けた場合、速やかに当該嫌疑者による禁止行為の存否について審査を開始し、その存在を確認した場合には、同人を強制出国とする。

立法過程では、滞在中の妊娠・出産を認めないのは女性の自己決定権に対する制約として厳し過ぎるのではないかなど、禁止行為が厳格に過ぎるのではないかとの意見のほか、裁判官の令状等を得ることもなく、警備官限りの判断で、直ちに外国人の身柄を拘束することは手続的保障の観点から問題ではないかとの疑問が呈された。しかし、日本への長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底する必要性や、外国人被扶養者の増加が我が国の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に及ぼす影響への懸念から、この程度の制約はやむを得ないとの意見が大勢を占めるに至った。また、收容の要件が限定され、收容後に一定の手続保障が与えられていることのほか、労働力確保の要請から入管法に比して緩やかな要件で入国を認める以上、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることにより我が国の秩序を守り国民の安心を得る必要があること、更には外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属するという原則等が強調され、結局、特労法が制定された。

A国籍の女性Bは新制度に基づいて来日し、機械部品を製造する工場で特定労務に従事していた。Bは、同じく新制度に基づいて入国し、同じ工場に勤務していたA国籍男性Cと親しくなり、しばらくして妊娠した。Bは懐妊後も引き続き工場で働いていたが、Bの体型の変化に気付いた雇用主がBの妊娠について通報した。これを受けて、警備官が早速調査を開始したところ、Bが産婦人科で受診した事実も確認された。このため、警備官は、Bが妊娠しているとの疑いを強め、法第18条第1項に基づきBを拘束して出国準備センターに收容した。警備官は、收容に際し、法第18条第2項に基づき、Bに対し、滞在中に妊娠し、法第15条第8号の禁止行為に該当するため收容する旨口頭で告げた。また、警備官が、法第18条第2項に基づき、收容後速やかにBから弁解を聴取したところ、Bは、「Cとの間の子を妊娠しているのは間違いない。ただ、滞在中に妊娠することを禁じられていると知っていたので、望んで妊娠したわけではない。この先日本に定住するつもりはなく、日本である程度お金を稼いだらA国に戻りたいとの気持ちは変わらないが、Cを愛しているので今は出産したい。」旨申し立てた。さらに、警備官から報告を受けた審査官は、審査を行った結果、Bの妊娠事実を認定し、強制出国命令書を発付した。

Bは、間もなくA国に送り返された。Bは、妊娠したことを理由にいきなり收容されて帰国させられたことが納得できず、日本政府を訴えたいと考え、引き続き日本にいるCに相談した。Bから相談を受けたCが弁護士甲に相談したところ、甲は、Bの委任を受けて、Bの收容及び強制出国の根拠となった特労法の規定が憲法違反であるとして、国家賠償請求訴訟を提起しようと考えた。

〔設問1〕

あなたが弁護士甲であるとして、上記の国家賠償請求訴訟においてどのような憲法上の主張を行うかを述べなさい。【なお】憲法第14条違反については論じなくてもよい。

〔設問2〕

〔設問1〕で述べられた甲の主張に対する国の反論を想定しつつ、憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】農業及び製造業に従事する特定労働外国人の受入れに関する法律（抄）

（目的）

第1条 この法律は、我が国の農業及び製造業に必要な労働力の確保に支障が生じつつあることに鑑み、我が国において就労しようとする特定労働外国人の受入れに関して必要な措置を定めることにより、我が国の文化や秩序との調和を図りつつ、特定労働における労働力の円滑な供給を実現し、もって国民生活の安定及び社会経済の発展に資することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律で、「特定労働」とは、農業又は製造業の業務のうち、その習得に相当の期間を要する熟練した技能や専門的知識を要しないものとして、法務大臣が指定したものをいう。

（認証の付与及び認証の効果）

第4条 法務大臣は、以下の各号を満たす外国人の申請により、当該外国人に本邦において特定労働に従事する者として認証を付与することができる。

- 一 申請時点で年齢が満20歳以上45歳未満であること
- 二 心身ともに健全であること
- 三 本邦において特定労働への就労を希望していること
- 四 本邦への帰化又は永住を希望しないこと
- 五 過去に第15条各号のいずれかに該当して本邦からの出国を強制されたことがないこと
- 六～八 （略）

2 前項の認証を受けた外国人（以下「特定労働外国人」という。）は、出入国管理及び難民認定法（昭和26年10月4日政令第319号。以下「入管法」という。）の規定にかかわらず、本邦に入国し、滞在することができる。

3 特定労働外国人は、法務大臣が告示により指定する特別区域内において、特定労働に従事することができる。

4 特定労働外国人の認証は、認証を受けた日から3年を経過した時又は本邦を出国した時のいずれか早い時に、その効力を失う。ただし、特定労働外国人は、申請により認証期間の更新を受けることができる。

5 特定労働外国人については、別段の定めがない限り、入管法の規定は適用しない。

（認証の申請に必要な書類）

第5条 外国人は、特定労働外国人の認証の申請に際し、次に掲げる書類を提出しなければならない。

一～四 （略）

五 第15条各号に掲げる事項を理解した上で同事由に該当する行為をしない旨を誓約する書面（禁止行為）

① 第15条 特定労働外国人は、次に掲げる行為をしてはならない。

一～五 （略）

六 正当な理由なく、特定労働を継続して1月以上行わないで滞在すること

七 本邦内において配偶者又は子（日本国民及び入管法上の在留資格を有する者を除く。）を扶養すること

② 八 本邦滞在中に妊娠し又は出産すること

（収容）

第18条 特定労働外国人警備官（以下「警備官」という。）は、特定労働外国人について第15条各号に該当する事実があると疑うに足りる相当な理由がある場合には、当該特定労働外国人（以下「嫌疑者」という。）を収容することができる。

- 2 前項の規定によって収容するときは、警備官は、嫌疑者に対し、収容の理由を口頭で告知し、収容後速やかにその弁解を聴取しなければならない。
- 3 第1項の規定によって収容する場所は、出国準備センターとする。
- 4 警備官は、第1項の規定により嫌疑者を収容したときは、嫌疑者の身体を拘束した時から48時間以内に、特定労務外国人審査官（以下「審査官」という。）に、調書及び証拠物を送付し、当該嫌疑者の収容を報告しなければならない。
- 5 第1項の規定による収容は、14日を超えてはならない。

（収容後の審査官による審査）

第19条 審査官は、前条第4項の規定により嫌疑者の収容に関する報告を受けたときは、速やかに審査を開始し、第15条各号に該当する事実の有無を確認しなければならない。

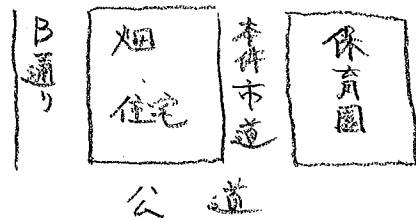
- 2 審査官が、審査の結果、嫌疑者に第15条各号に該当する事実がない又は当該事実の存否が明らかでないと認定したときは、警備官は、直ちにその者を放免しなければならない。
- 3 審査官は、審査の結果、嫌疑者に第15条各号に該当する事実が存在すると認定したときは、速やかに強制出国命令書を発付しなければならない。
- 4 前条第5項の規定にかかわらず、前項の強制出国命令書が発付されたときは、出国の時まで前条第1項に基づく収容を継続することができる。

（強制出国命令書の執行）

第23条 強制出国命令書は、警備官が執行する。

- 2 警備官は、強制出国命令書を執行するときは、強制出国命令を受ける者に強制出国命令書又はその写しを示して、速やかにその者の国籍又は市民権の属する国に出国させなければならない。

論文式試験問題集 [公法系科目第2問]



[第2問] (配点：100 [[設問1] (1), [設問1] (2), [設問2] (1), [設問2] (2)の配点割合は、35：20：20：25))

Y市に所在し、社会福祉法人Aが運営する保育園（以下「本件保育園」という。）の敷地（南北約200メートル、東西約100メートルのほぼ長方形）は、その西側境界線の全部が、幅員約1メートル、全長約200メートルの南北方向に通る市道（以下「本件市道」という。）に接している。本件市道は、その北端及び南端（それぞれ本件保育園の敷地の北西端及び南西端に接する部分）で、それぞれ東西方向に通る別の公道に接続している。本件市道は、古くからその敷地をY市が所有し、市道として道路法第8条第1項に基づく路線の認定を受けた道路（以下「認定道路」という。）であるが、幅員が狭いため、歩行者、自転車及び原動機付自転車の通行は可能であるものの、普通乗用自動車の通行はできない。

本件市道を挟んで本件保育園の敷地と向かい合う位置には、Aが所有する畑（以下「本件畑」という。）があるほか、数戸の住宅が立ち並んでいる。これらの本件畑及び住宅の敷地は、いずれも、その東側で本件市道に接し、その西側で、南北方向に通る幅員5メートルの別の認定道路である市道（B通り）に接している。

本件保育園においては、保育活動の一環として、本件畑が園児の農業体験等に頻繁に利用されており、本件市道も、農業体験等の際に園児が自由に横断するなど、本件保育園の敷地及び本件畑と事実上一体的に利用されていた。そのため、本件市道を通行する原動機付自転車が園児と接触しかける事件が年数回発生しており、保護者らもAに対し園児の安全確保を申し入れることがしばしばあった。このような状況の下で、園児が本件市道を通行する原動機付自転車に接触して負傷する事故が実際に発生したことから、Aは、園児の安全を確保するための緊急措置として、本件市道の北端と南端に簡易フェンス（以下「本件フェンス」という。）を設置し、一般通行者が本件市道に立ち入ることができないようにした。同時にAは、抜本的解決のためには本件市道を買収するしかないと考え、本件市道を管理するY市との間で、本件市道の路線の廃止及び売渡しについて事前相談を開始した。

Y市長は、Aからの相談の内容を踏まえ、(ア)本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利用は乏しいと思われること、(イ)現に本件市道上で園児と原動機付自転車との接触事故が発生しており、現場の状況等からすると同種事故が発生しかねないこと、(ウ)Aが本件市道の路線の廃止及び売渡しを希望しており、いずれ路線の廃止が見込まれることから、本件フェンスの設置は道路法第43条第2号に違反しないと判断し、Aに対してその撤去を求めるなどの道路法に基づく監督処分の措置を執らなかつた。

また、Y市長は、職員に命じて、本件フェンスにより本件市道が閉鎖された状況の下において本件市道の調査を行わせ、上記職員から、①本件市道の幅員は約1メートルしかなく、普通乗用自動車が通行できないこと、②本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利用は乏しいと思われること、③本件市道の近くには認定道路であるB通りがあること等から、道路法第10条第1項に基づき本件市道の路線を全部廃止しても支障がないと考えられる旨の報告書の提出を受けた。なお、

上記調査のうち聞き取り調査は、Aに対してのみ行われた。Y市長は、上記報告書を踏まえ、本件市道は一般交通の用に供する必要性がなくなったと判断し、Aに対し、本件市道に隣接する全ての土地（本件市道の西側に立ち並んでいる前記の数戸の住宅の敷地）の所有者から本件市道の路線の廃止に関する同意を得た上で売渡しに向けた手続を進めるよう回答した。

Aは、Y市長からの回答を受けて、上記隣接土地所有者と交渉を進め、そのほとんどの者から本件市道の路線の廃止に関する同意を得たが、本件畑の南側に隣接する土地（以下「本件土地」という。）を所有するX1だけは強く反対し、同意を得ることができなかった。

X1及びその子X2（以下、併せて「Xら」という。）は、本件土地上の住宅に居住し、X2は、

10条の
の
廃止
手続

C小学校への通学路として本件市道を利用してきた。C小学校まではB通りを通っても行くことができるが、周辺の道路状況から、本件市道を通る方が、C小学校までの距離は約400メートル短い。また、普通乗用自動車が行き交わず交通量が少ない点で、B通りよりも本件市道の方がX2にとって安全であるとX1は考えている。さらに、C小学校は、災害時の避難場所として指定されており、Xらとしては、災害時にC小学校に行くための緊急避難路として、本件市道を利用する予定であった。

Y市のウェブサイトには、市道の路線を廃止するためには当該市道に隣接する全ての土地の所有者から同意を得る必要がある旨の記載がある。しかし、X1がY市に問い合わせたところ、隣接する全ての土地の所有者から同意を得ることは法律上の要件ではなく、X1の同意が得られなくても本件市道の路線の廃止は認められる旨の回答があった。

XらはY市に対して訴訟を提起しようと考え、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、道路法の抜粋を【資料1 関係法令】に、関連判例の抜粋を【資料2 参考判例】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

Xらは、現時点において、Y市を被告として、本件フェンスを撤去させるための抗告訴訟を提起したいと考えている。

- (1) 抗告訴訟として最も適切と考えられる訴えを具体的に一つ挙げ、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。なお、仮の救済については検討する必要はない。
- (2) (1)の訴えの本案において、Xらはどのような主張をすべきか。解答に当たっては、当該訴えが訴訟要件を満たすことを前提にしなさい。

〔設問2〕

仮に、Y市長が、道路法第10条第1項に基づき、本件市道の路線を廃止したとする。

- (1) 本件市道の路線の廃止は、取消訴訟の対象となる処分に当たるか。
- (2) 本件市道の路線の廃止の取消訴訟において、Xらはどのような違法事由の主張をすべきか。解答に当たっては、当該取消訴訟が訴訟要件を満たす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らの案件について議論したいと思います。Xらは、本件市道をX2のC小学校までの通学路として利用していること、また、災害時の緊急避難路として利用したいと考えていることから、本件フェンスによって本件市道を通行できなくなっている状態を解消するための行政訴訟の提起を検討しています。そこで、まず、本件市道の路線がまだ廃止されていない現時点の状態において、Y市を被告として、本件フェンスを撤去させるための抗告訴訟を提起することができないかを検討したいと思います。今回は抗告訴訟に絞って検討し、当事者訴訟や住民訴訟については検討しないことにしましょう。

弁護士E：通行妨害を排除するためには、本件フェンスの設置者であるAに対する民事訴訟の提起も考えられますね。この点については、村道を利用して生活及び農業を営んでいると主張する原告が、その村道上に建物を建築するなどして排他的に占有しているとされる被告に対し、通行妨害の排除を求めた事案についての最高裁判所の判例（【資料2 参考判例】参照）があるようです。

弁護士D：そうですね。本件でそのような民事訴訟をAに対して提起して勝訴できるかどうかは分かりませんが、当該民事訴訟の可能性が、Y市を被告とする抗告訴訟の訴訟要件の充足の有無に影響を及ぼすかという点は、落とさずに検討してください。また、訴訟要件の検討に当たっては、選択した訴訟類型を定める条文の規定に即して、全般的に検討をしてください。

弁護士E：分かりました。

弁護士D：Y市長は、本件フェンスの設置は道路法第43条第2号に違反していないと判断し、道路法に基づく監督処分を執らないこととしています。我々としては、道路法の規定に即して、Y市長のこのような判断に誤りがないかどうかを検討し、仮に誤りがある場合には、さらに、本件フェンスに関する監督処分を執らないことが違法といえるかどうかを検討しなければなりませんね。

弁護士E：分かりました。次に、Y市は道路法第10条第1項に基づき本件市道の路線を廃止してAに売り渡すことを検討していますから、路線が廃止された場合の対応についても検討しておかなければならないと思います。

弁護士D：なるほど。本件市道の路線の廃止前にそれを阻止するための訴訟を提起することも考えられますが、今回は、路線が廃止された場合を前提として、それに対して取消訴訟を適法に提起できるかに絞って検討しましょう。

弁護士E：本件市道の路線の廃止が取消訴訟の対象となる処分当たるか否かが問題となりますね。

弁護士D：そうですね。この問題を検討するに当たっては、市町村道の路線の廃止が道路敷地の所有者及び通行者の法的地位にどのような影響を及ぼすかを検討して、それが処分当たるか否かを明らかにする必要があります。市町村道は、路線の認定、そして道路の区域の決定という過程を経た上で供用が開始されます。また、Y市が検討している路線の廃止は、道路自体の消滅を意味するものであって、これにより、当該路線について定められていた道路の区域や、当該道路についてされていた供用行為も自動的に消滅することとなると理解されています。ですから、本件市道の路線の廃止に係る処分性の有無を検討するためには、道路の区域の決定及び供用の開始が、道路敷地の所有者及び通行者の法的地位に対してどのような影響を及ぼすかについても検討する必要があります。

弁護士E：道路敷地の所有者とおっしゃいましたが、本件市道の敷地の所有権は、古くから、私人ではなくY市にあります。道路の区域の決定及び供用開始や路線の廃止がY市の法的地位に与える影響を検討する必要があるのでしょうか。

弁護士D：そうですね。そのような疑問も生じ得るでしょうが、道路法は、私人が所有する敷地が道路の区域とされる場合があり得ることを前提とした規定を置いていますので、処分性の検討に当たっては、そのような規定も踏まえ、道路の区域の決定及び供用開始や路線の廃止が道

路敷地の所有者の法的地位に及ぼす影響を検討する必要があります。また、それに加えて、これらの行政上の行為が道路の通行者の法的地位にどのような影響を及ぼすかも検討しておくべきでしょう。なお、Xらの原告適格については、これまで検討をお願いした点とかなりの程度重なるように思われますので、本件市道の路線の廃止の取消訴訟との関係では、差し当たり検討しなくて結構ですし、その他の訴訟要件についても、今は検討しないで構いません。

弁護士E：分かりました。

弁護士D：次に、訴えの適法性が認められた場合、本件市道の路線の廃止の違法性についてどのような主張をすべきか検討してください。

弁護士E：そもそもX2が通学路に利用していて本件市道の機能が失われていない以上、路線の廃止は許されないのではないかと思います。

弁護士D：道路法の規定に即してそのような解釈が可能かどうか検討してください。また、我々としては、Y市長が、本件市道の路線の廃止の適法性をどのような理由付けで主張してくるかを想定し、そのようなY市長の主張を前提としても本件市道の路線の廃止が違法といえるかについても、検討する必要があります。

弁護士E：分かりました。

弁護士D：本件市道を利用していた人は、Xらと本件保育園の関係者以外に誰かいますか。

弁護士E：現に本件市道上で、園児と原動機付自転車の接触事故が起こっていますし、それ以前にも時折原動機付自転車が通行して園児と接触しかけたことがあったようですから、利用されていたことは確かですが、どの程度の頻度で利用されていたのかはよく分かりません。Y市長は、本件フェンスにより本件市道が閉鎖された状況の下においてY市の職員がAに対してのみ行った聞き取り調査に専ら依拠した上で、「本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利用は乏しい」としています。しかし、X1としては、Y市長が十分な調査をしていないのではないかとの不満を持っています。

弁護士D：ところで、Y市は、市道の路線を廃止するには当該市道に隣接する全ての土地の所有者の同意を必要とする旨の内部基準を設け、その旨をウェブサイトで公表しています。この内部基準の法的性質や、道路法の規定との関係を検討した上で、本件市道の路線の廃止の違法性とこの内部基準がどう関係するかについても検討しなければなりませんね。

弁護士E：分かりました。
裁量基準(なお、市道の路線廃止は、行政の若くは受入とするものではないので、行政法上最悪の不利益処分ではない)
・基準の内容に合理性があるか? → 道路法10条1項の路線廃止要件の趣意から考える。
・合理性があるとしたら、この基準から逸脱して本件市道の路線を廃止したことは合理的な理由によるものか?

【資料1 関係法令】

○ 道路法（昭和27年6月10日法律第180号）（抜粋）

（この法律の目的）

第1条 この法律は、道路網の整備を図るため、道路に関して、路線の指定及び認定、管理、構造、保全、費用の負担区分等に関する事項を定め、もつて交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進することを目的とする。

（用語の定義）

第2条 この法律において「道路」とは、一般交通の用に供する道で次条各号に掲げるものをいい、トンネル、橋、渡船施設、道路用エレベーター等道路と一体となつてその効用を全うする施設又は工作物及び道路の附属物で当該道路に附属して設けられているものを含むものとする。

2～5 （略）

（道路の種類）

● 第3条 道路の種類は、左に掲げるものとする。

- 一 高速自動車国道
- 二 一般国道
- 三 都道府県道

● 四 市町村道

（私権の制限）

道路の供用が開始されると、敷地所有者に対し、このような法的効果が生じる。

● 第4条 道路を構成する敷地、支壁その他の物件については、私権を行使することができない。但し、所有権を移転し、又は抵当権を設定し、若しくは移転することを妨げない。

（市町村道の意義及びその路線の認定）

● 第8条 第3条第4号の市町村道とは、市町村の区域内に存する道路で、市町村長がその路線を認定したものをいう。

2～5 （略）

（路線の認定の公示）

第9条 （前略）市町村長は、（中略）前条の規定により路線を認定した場合においては、その路線名、起点、終点、重要な経過地その他必要な事項を、国土交通省令で定めるところにより、公示しなければならない。

（路線の廃止又は変更）

● 第10条 （前略）市町村長は、（中略）市町村道について、一般交通の用に供する必要がなくなつたと認める場合においては、当該路線の全部又は一部を廃止することができる。（以下略）

2 （略）

3 （前略）前条の規定は前2項の規定による市町村道の路線の廃止又は変更について（中略）準用する。

（市町村道の管理）

第16条 市町村道の管理は、その路線の存する市町村が行う。

2～5 （略）

（道路の区域の決定及び供用の開始等）

● 第18条 （前略）第16条（中略）の規定によつて道路を管理する者（（中略）以下「道路管理者」という。）は、路線が指定され、又は路線の認定若しくは変更が公示された場合においては、遅滞なく、道路の区域を決定して、国土交通省令で定めるところにより、これを公示し、かつ、これを表示した図面を（中略）道路管理者の事務所（中略）において一般の縦覧に供しなければならない。

（以下略）

2 道路管理者は、道路の供用を開始し、又は廃止しようとする場合においては、国土交通省令で定

めるところにより、その旨を公示し、かつ、これを表示した図面を道路管理者の事務所において一般の縦覧に供しなければならない。(以下略)

(道路に関する禁止行為)

④ 第43条 何人も道路に関し、左に掲げる行為をしてはならない。

一 (略)

⑤ 二 みだりに道路に土石、竹木等の物件をたい積し、その他道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為をすること。

(道路管理者等の監督処分)

↑
この行為が禁止されている⇒71条
は建設
の
監督処分

⑥ 第71条 道路管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定によつて与えた許可、承認若しくは認定を取り消し、その効力を停止し、若しくはその条件を変更し、又は行為若しくは工事の中止、道路(中略)に存する工作物その他の物件の改築、移転、除却若しくは当該工作物その他の物件により生ずべき損害を予防するために必要な施設をすること若しくは道路を原状に回復することを命ずることができる。

⑦ 一 この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反している者

二、三 (略)

2~7 (略)

(道路予定区域)

↓
43条2号の規定に違反

第91条 第18条第1項の規定により道路の区域が決定された後道路の供用が開始されるまでの間は、何人も、道路管理者(中略)が当該区域についての土地に関する権原を取得する前においても、道路管理者の許可を受けなければ、当該区域内において土地の形質を変更し、工作物を新築し、改築し、増築し、若しくは大修繕し、又は物件を付加増置してはならない。

2 道路の区域が決定された後道路の供用が開始されるまでの間においても、道路管理者が当該区域についての土地に関する権原を取得した後においては、当該区域又は当該区域内に設置された道路の附属物となるべきもの(以下「道路予定区域」という。)については、第4条、(中略)第43条、(中略)第71条(中略)の規定を準用する。

3 第1項の規定による制限により損失を受ける者がある場合においては、道路管理者は、その者に対して通常受けるべき損失を補償しなければならない。

4 (略)

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

一、二 (略)

三 第43条(中略)の規定に違反した者

四 (略)

第104条 次の各号のいずれかに該当する者は、100万円以下の罰金に処する。

一~三 (略)

四 第71条第1項(中略)の規定による道路管理者の命令に違反した者

五 (略)

【資料2 参考判例】

○ 最高裁判所昭和39年1月16日第一小法廷判決（民集18巻1号1頁）（抜粋）

「地方公共団体の開設している村道に対しては村民各自は他の村民がその道路に対して有する利益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べきところの使用の自由権（民法710条参照）を有するものと解するを相当とする。勿論、この通行の自由権は公法関係から由来するものであるけれども、各自が日常生活上諸般の権利を行使するについて欠くことのできない要具であるから、これに対しては民法上の保護を与うべきは当然の筋合である。故に一村民がこの権利を妨害されたときは民法上不法行為の問題の生ずるのは当然であり、この妨害が継続するときは、これが排除を求める権利を有することは、また言を俟たないところである。」

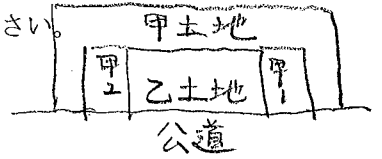
介

設問(1)で非中型義務付け訴訟を提起すると、「その損害を避けるため他に適当な方法がない」これが訴訟要件の1つとなる(行訴37の2E)。本件フェンスの設置者Aに対してこの判例のような民事訴訟を提起してフェンスの排除を請求できるとした場合、このような民事訴訟が「他に適当な方法」に当たるとして、非中型の義務付け訴訟の提起を許さないことになってよいのか？

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

[第1問] (配点: 100 [[設問1], [設問2] 及び [設問3] の配点は, 30:40:30))

次の文章を読んで, 後記の [設問1], [設問2] 及び [設問3] に答えなさい。



I
【事実】

1. 甲土地と乙土地は, 平成14年3月31日以前は長い間いずれも更地であり, 全く利用されていなかった。(A)が所有する乙土地は, 南側が公道に面するほかは(B)が所有する甲土地に囲まれた長方形の土地であるが, 乙土地の実際の面積は登記簿に記載されている地積よりも小さかった。また, 甲土地と乙土地の境界にはもともと排水溝があった。
2. 平成14年4月1日, (A)は, 排水溝が埋没したのを奇貨として, 登記簿記載の地積にほぼ合致するように, 乙土地の東側と西側をそれぞれ5メートルほど広げる形で, 柵を立てた(公道に面する南側部分を除く。以下では, この柵と南側の公道に囲まれた土地全体を「本件土地」といい, 乙土地の東側に隣接する甲土地の一部を「甲1部分」と, 西側に隣接する甲土地の一部を「甲2部分」という。なお, 本件土地の位置関係は別紙図面のとおりであり, [本件土地=乙土地+甲1部分+甲2部分]という関係にある。本件土地の東側・北側・西側の外周に, それぞれ柵が立てられている状態である。) Aは, 柵を立てた後も, 本件土地を更地のままにしていた。
3. 医師である(C)は, 診療所を営むことを考えており, それに適する場所を探していたところ, 知人からAを紹介され, 本件土地に診療所用の建物を建築することを計画した。そこで, Cは, 乙土地の登記簿を閲覧した上で, Aと共に本件土地を実地に調査し, 本件土地の東側・北側・西側の外周に柵があることを確認した。また, Cは, 本件土地の測量を行い, その面積が乙土地の登記簿に記載されている地積とほぼ合致することを確認した。 ← 無過失の評価根拠
4. (A)と(C)は, 平成16年9月15日, 本件土地につき, Aを賃貸人, Cを賃借人, 契約期間を同年10月1日から30年間, 賃料を月額20万円, 使用目的を診療所用の建物の所有とする賃貸借契約 (以下「本件土地賃貸借契約」という。) を締結した。 事実
5. 平成16年9月25日, Cは, 建築業者との間で, 本件土地に診療所用の建物を建築することを目的とする請負契約を締結した (以下では, この請負契約に基づき行われる工事を「本件工事」という。)
6. 平成16年10月1日, (A)は, 本件土地賃貸借契約に基づき, 本件土地を(C)に引き渡した。 (C)は, 約定どおり, Aが指定する銀行口座に同月分以降の賃料を振り込んでいた。 ← 賃借の意思が
7. 本件工事の開始は請負人である建築業者の都合で大幅に遅れた。その間, 【事実】2の柵は 立てられたままであったが, 本件土地は全く利用されておらず, 更地のままであった。 客観的に表現されている
8. 平成17年6月1日になってようやく本件工事が始まった。本件工事は, 乙土地と甲1部分の上で行われ, Cは, 同日以降, 甲2部分を工事関係者に駐車場や資材置場として利用させていた。
9. 本件工事は平成18年2月15日に終了し, 同日, 乙土地と甲1部分の上に建築された建物 (以下「丙建物」という。) につきC名義で所有権保存登記がされた。丙建物は, 乙土地と甲1部分のほぼ全面を利用する形で建築された。 Cは, 同年4月1日に診療所を開設した。甲2部分は, それ以降, 患者用駐車場 (普通自動車3台分) として利用されている。
10. Bは, 長い間甲土地を利用しないまま放置していたが, 平成26年8月になって甲土地に建物を建築することを計画した。Bは, その際, 丙建物が甲1部分に越境して建築されていること及びCが駐車場として利用している甲2部分も甲土地の一部であることに気付いた。
11. そこで, 平成27年4月20日, (B)は, (C)に対し, 所有権に基づき, 甲1部分を明け渡すこ

→ 乙土地と甲1部分のほぼ全面を利用する形で建築された

とを求める訴えを提起した。

〔設問1〕 【事実】 1から11までを前提として、次の問いに答えなさい。

○Cは、○Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合、○Dのような反論をすることが考えられるか。その根拠及びその反論が認められるために必要な要件を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。なお、丙建物の取去の可否及び要否について考慮する必要はない。

II 【事実】 1から11までに加え、以下の【事実】 12から16までの経緯があった。

【事実】

12. 平成27年11月10日、○Aは、○Bから、甲1部分及び甲2部分を買受けた。同日、甲土地を甲1部分、甲2部分及びその余の部分に分筆する旨の登記がされ（以下では、甲1部分を「甲1土地」、甲2部分を「甲2土地」、乙土地、甲1土地及び甲2土地を「本件土地」という。）、甲1土地と甲2土地のそれぞれにつきBからAへの所有権移転登記がされた。Bは、これを受けて、【事実】 11の訴えを取り下げた。Aは、Cに対し、これらの事実を伝えるとともに、本件土地賃貸借契約については従来と何も変わらない旨を述べた。また、同月20日に、丙建物につき、その所在する土地の地番を、「乙土地の地番」から「乙土地の地番及び甲1土地の地番」に更正する旨の登記がされた。
13. 平成28年1月に、Cは、友人○Dから、勤務医を辞めて開業したいと考えているが、良い物件を知らないかと相談を受けた。Cは、健康上の理由で廃業を考えていたところであったため、Dに対し、丙建物を貸すので、そこで診療所を営むことにしてはどうか、と提案した。Dは、この提案を受け入れることにした。
14. ○Cと○Dは、平成28年5月1日、丙建物について、賃貸人をC、借借人をD、契約期間を同日から5年間、賃料を月額60万円、使用目的を診療所の経営とする賃貸借契約（以下「丙賃貸借契約」という。）を締結した。その際、CとDは、専らCの診療所の患者用駐車場として利用されてきた甲2土地について、以後は専らDの診療所の患者用駐車場として利用することを確認した。
15. 平成28年5月1日以降、○Dは、丙建物で診療所を営んでいる。丙建物の出入りは専ら甲1土地上にある出入口で行われ、甲2土地は、従前と同様、診療所の患者用駐車場として利用されており、3台の駐車スペースのうち1台は救急患者専用のもとして利用されている。
16. 平成28年9月3日、Aは、CD間で丙賃貸借契約が締結されたこと、Dが丙建物で診療所を営み、甲2土地を診療所の患者用駐車場として使っていることを知った。同月5日に、○Aは、Cに対し、事前に了解を得ることなく、①Cが丙建物をDに賃貸し、そこでDに診療所を営ませていること、②Cが甲2土地を診療所の患者用駐車場としてDに使用させていることについて抗議をした。← Aは、Cが本件土地を無断転貸したと主張している。

〔設問2〕 【事実】 1から16までを前提として、次の問いに答えなさい。

○Aは、本件土地賃貸借契約を解除することができるか、【事実】 16の下線を付した①及び②の事実がそれぞれ法律上の意義を有するかどうかを検討した上で、理由を付して解答しなさい。

III 【事実】 1から16までに加え、以下の【事実】 17から20までの経緯があった。

【事実】

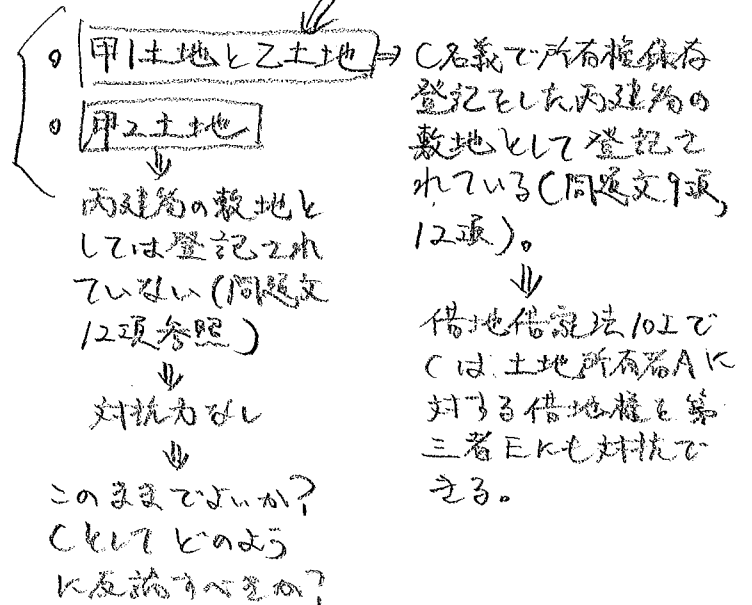
17. その後、Aは、Cだけでなく、Dにも連日苦情を述べるようになった。Dから対処を求められたCは、平成28年9月20日、Aに対し、50万円を支払うので今回の件をこれ以上問題にしないでほしいと申し入れた。Aは、不満ではあったものの、金策に迫られていたことから、Cの申入れを受け入れることにし、AとCとの間で和解が成立した。同月25日に、

Cは、Aに対し、前記和解に基づき、50万円を支払った。Dは、Cから、Aとの間で和解が成立した旨の報告を受け、引き続き診療所を営んでいる。

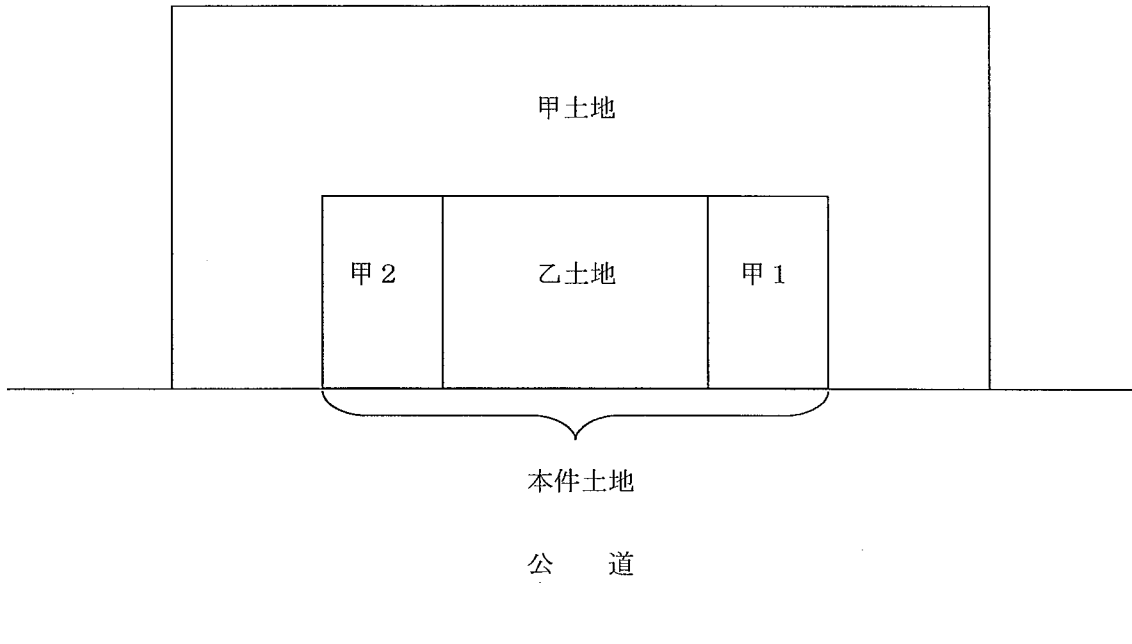
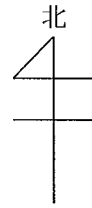
18. 平成28年12月10日、Aは、資金繰りの必要から、Eとの間で、本件土地（甲1土地、甲2土地及び乙土地）を6000万円でEに売却する旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。その際、Aは、Eに対し、Cの契約違反を理由に本件土地賃貸借契約は解除されており、Cは速やかに丙建物を収去して本件土地を明け渡すことになっている旨の虚偽の説明をした。Eがこの説明を信じたため、前記代金額は、それを前提として決定され、建物の収去及び土地の明渡しが未了であることを考慮し、本件土地の更地価格（7000万円）より1000万円低く設定された。
19. 平成28年12月16日、Eは、Aに対し、本件売買契約に基づき、その代金として6000万円を支払った。また、同日、本件土地の3筆それぞれにつき、本件売買契約を原因として、AからEへの所有権移転登記がされた。
20. 平成29年2月20日、Eは、Cに対し、本件土地の所有権に基づき、丙建物を収去して本件土地を明け渡すことを求める訴えを提起した。

〔設問3〕 【事実】1から20までを前提として、次の問いに答えなさい。

Cは、Eの請求に対し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。



【別紙 図面】



論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[第2問] (配点: 100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は, 35:40:25])

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. (A)及び(B)は, Cから, 加工食品の製造業及び卸売業を営む甲株式会社(以下「甲社」という。)を設立するので, 協力してほしいと頼まれた。そこで, 甲社の設立に際し, (A)は, 唯一の(発起人)となるとともに, 甲社の設立に際して発行される株式の一部を引き受け, 出資の履行として1200万円を払い込み, (B)は, 発起人とならなかったが, 残りの株式を引き受け, 出資の履行として1800万円を払い込んだ。← 募集設立
2. Aは, 甲社の設立手続を進める上で, 当初の1か月間は, 設立事務を行う事務所と設立事務を補助する事務員が必要であると考えた。そこで, (A)は, (D)から, 平成23年5月9日, 「甲社発起人A」の名義で, 事務所用建物を, 賃貸期間を1か月に限り, 賃料を後払いで60万円とする約定により賃借した。また, (A)は, 同月12日, 「甲社発起人A」の名義で, (E)を, 設立事務を補助する事務員として, 期間を1か月に限り, 報酬を後払いで40万円とする約定により雇用した。なお, 当該賃料及び当該報酬は, 相場に照らし, いずれも適正な金額であった。
3. (A)は, (F)との間で, 平成23年5月13日, 「甲社発起人A」の名義で, 成立後の甲社の事業に用いる目的で, 食品加工用の機械(以下「本件機械」という。)を, 甲社の成立を条件として, 本件機械の引渡し及び代金の支払の期日をいずれも同年7月29日とし, 代金を800万円とする約定により, 甲社がFから購入する契約(以下「本件購入契約」という。)を締結した。
4. 平成23年6月14日, 甲社の設立登記がされた。公証人の認証を受けた甲社の定款には, 設立費用については「設立費用は80万円以内とする。」との記載のみがあり, また, 甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けることを約する契約については記載がなかった。なお, 当該設立費用については, 裁判所の選任した検査役の調査等の必要な手続を経ていた。
 甲社は取締役会設置会社かつ監査役設置会社であり, 甲社の代表取締役は(C)である。甲社の設立時の株主は, (A)及び(B)の二人のみであり, 甲社の発行済株式及び総株主の議決権のいずれも, 40%はAが, 60%はBが, それぞれ保有している。甲社の純資産額は, 設立後, 数か月の間に3000万円を超えることがなかった。
5. (A)は, (F)から, 平成23年6月16日, 本件機械について代金として50万円を追加するように要求されるとともに, この要求に応じないのであれば, 本件購入契約の有効性を問題とし, 本件機械の引渡しに応じないと主張された。

[設問1]

- (1) Aは, (D)に対して上記2の賃料60万円を, (E)に対して上記2の報酬40万円を, いずれも支払っておらず, 甲社は, その成立後, 直ちに, D及びEから, これらの支払を求められた。この場合において, 甲社がこれらの支払を拒否することができるかどうかについて, 判例の立場及びその当否を検討した上で, 論じなさい。
 - (2) 甲社の代表取締役(C)は, 本件機械が甲社の事業活動に不可欠であったことから, 上記5の(F)の要求に応じることができず, できれば代金を追加して支払うことなく本件機械の引渡しを受けたいと考え, 平成23年6月20日頃, その旨を弁護士に相談した。当該弁護士の立場に立って, 本件購入契約に関する会社法上の問題点について論じた上で, それを踏まえつつ, 甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要な会社法上の手続について, 検討しなさい。
6. 平成27年12月, 甲社の取締役会は, 甲社と取引関係があった加工食品の小売販売業を営む

この外も事後設立の判断要素

定款に記述がない財産引渡しが無効で登記不可とした場合、会社成立後に再建が事後設立に当たると判断する要素
 会社が財産の対価として交付する財産が純資産額の5%以上を超えないものは、特別決議が不要(4871⑨但書)

乙株式会社（以下「乙社」という。）が経営不振に陥り、乙社から援助を求められたことを受け、乙社の全ての発行済株式を取得して、乙社を完全子会社化した上で、乙社の経営を立て直すことを決定した。乙社を完全子会社化するの、甲社の経営方針に反対する少数株主を排除するためであった。

乙社は、会社法上の公開会社であるが、金融商品取引所にその発行する株式を上場していない。乙社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、その発行する株式について株券を発行する定めや単元株式数に関する定めはない。なお、乙社の定款のうち、本間に関する定めは、別紙の1のとおりである。

7. 甲社は、乙社の株式を買い集め、乙社の発行済株式の60%に当たる6000株を取得した。乙社の取締役はいずれも乙社が甲社の完全子会社となることに賛成していたが、乙社の創業者の一族である株主Gは、乙社が甲社の完全子会社となることに強硬に反対し、甲社からの株式売却の勧誘にも一切応じない姿勢を見せていた。
8. 乙社は従業員持株制度を採用しており、乙社の従業員のうち希望者が従業員持株会に加入している。当該従業員持株会（以下「本件持株会」という。）は、平成28年3月31日の時点で、乙社の従業員20人から成る民法上の組合であり、乙社の株式を1200株取得しており、当該1200株については下記9のとおり株主名簿に株主として本件持株会の理事長であるHが記載されている。本件持株会の会員は、積立口数に応じて本件持株会が保有する乙社の株式について持分を有し、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託している。すなわち、当該1200株については、実質的には、本件持株会の会員である従業員20人が、その持分に応じて、保有していることとなる。本件持株会の規約のうち本間に関する定めは別紙の2のとおりである。なお、本件持株会の規約の内容は適法であり、当該規約に基づく株式の信託を無効とする事由はない。
9. 平成28年3月31日の最終の株主名簿に記載された乙社の株主及びその持株数は、次のとおりであった。

甲社：6000株、G：2000株、乙社従業員持株会（本件持株会）理事長H：1200株、I：800株

10. 甲社と乙社の取締役が話し合った結果、乙社を甲社の完全子会社とするため、乙社は、株式の併合をすることとなった。乙社の代表取締役Jは、取締役会の決議に基づき、平成28年6月1日に定時株主総会の招集通知を發した。当該招集通知には、株主総会の目的の一つが株式の併合であること、株式の併合に係る議案の概要として、①3000株を1株に併合すること、②株式の併合がその効力を生ずる日（以下「効力発生日」という。）を同年7月1日とすること、③効力発生日における発行可能株式総数を効力発生日における発行済株式の総数の4倍に当たる数とすること等が記載されていた。他方で、株主総会に出席しない株主が書面又は電磁的方法によって議決権を行使することができることとする旨は記載されていなかった。

乙社は、当該招集通知を發した日に、上記①から③までの事項を公告するとともに、上記①から③までの事項を含む株式の併合に関する所定の事項を記載した書面を本店に備え置いた。

11. 上記10の招集通知に基づき平成28年6月20日に開催された乙社の定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）には、Gのほか、甲社の代表取締役Cが甲社を代表して出席し、また、本件持株会の発足以来その会員であるKが本件持株会理事長Hの代理人として出席した。Kは、その際、本件株主総会において議決権行使の代理人をKとする旨のHが作成した委任状を乙社に提出した。なお、本件持株会の会員でHに対し本件株主総会における議決権行使についての特別の指示をしたものはいなかった。
12. Iは平成27年10月1日に死亡し、Iの唯一の相続人であるLが、Iが保有していた乙社株式800株（以下「本件株式」という。）を相続した。Lは、Iの生前から、乙社の株主名簿上のIの住所においてIと同居しており、Iが死亡した後も、引き続き同所において居住してい

議決権を他行使し別紙の1の16条参照

る。Lは、Iの生前から、Iが本件株式を保有していたことを知っていたものの、本件株式を相続により取得した後も、本件株式について株主名簿の名義書換えを請求していなかったが、I宛ての本件株主総会の招集通知を受け取った日の翌日である平成28年6月3日、乙社に対し、相続により本件株式を取得したことを証する書面を提示して株主名簿の名義書換えを請求するとともに、上記10の株式の併合に反対する旨を乙社に通知した。乙社は、同日、Lの請求のとおり株主名簿の名義書換えを行った。

本件株主総会の当日、Lは、本件株主総会の会場に現れ、入場を求めたが、乙社の受付担当者は、乙社の代表取締役Jの指示に基づき、Lが本件株主総会に係る議決権行使の基準日において株主名簿上の株主でなかったことを理由として、Lの入場を認めなかった。←相続による取得でも名義書換えしな

13. 本件株主総会において、乙社の代表取締役Jは、株式の併合をすることを必要とする理由として、①株主への通知や配当金の支払に掛かるコストを削減するために株主の人数を減少させる必要があること、②乙社は、数年後に、会社の事業規模に合わせて資本金の額を減少する予定であり、そのためには、(会社法上) 発行済株式の総数を減少させる必要があることの2点を説明したが、乙社を甲社の完全子会社とした上で甲社の支援により乙社の経営を立て直すという本来の目的については説明しなかった。⇒決議の方法の法令違反(831I①)

14. 本件株主総会において、上記10の株式の併合の議案については、Gが反対したが、甲社及びHの代理人であるKが賛成したことにより、可決された(以下「本件決議」という。)

〔設問2〕 Gは、本件決議の瑕疵を主張して、本件決議の効力を否定することを検討している。決議は、平成28年7月20日の時点で、本件決議の効力を争うためにGの立場において考えられる主張及びその当否について、論じなさい。

〔設問3〕 上記10の株式の併合により乙社の株式を失うこととなるLの経済的利益が会社法上どのように保護されるかについて、論じなさい。ただし、株式の併合をやめることを請求し、株式の併合の効力を否定し、又は損害賠償を請求するという手段については、論じなくてよい。

理由は法律上の義務(180Ⅳ)
株式併合が重要な理由は法律上の義務(180Ⅳ)

株式併合により株式の数に|株主の端数が生ずるときは端数処理
○反対株主の株式買取請求権

→設問2でLが議決権行使可能な株主とした場合、Lは、反対の通知をしたが、総会で反対してはいないため、買取請求権の要件(182の4Ⅱ①)を形式的に満たさない。しかし、Lは乙社のせいでは議決権に入らなかったことから、乙社がこの要件の充足性がないことを理由にLの買取請求権を拒むのは信義則に反して許されないと考えることができる。

→設問2でLが議決権行使不可能な株主とした場合、このことをもって直ちに182条の4第2項1号の株主として買取請求権の行使を肯定せず、基準日以前に株式を取得したのに名義書換えを怠った者が、同号の「当該総会において議決権を行使することのできない株主」に当たるといえるのかが問題となる。基準日後の株主にも投下資本の回収の機会を保障する要請と、名義書換を適切な時期に行なった

株式併合の承認決議の取消しにより株主となる者として、決議取消訴訟の原告適格がある。

別紙

1 乙株式会社定款（抜粋）

（なお、以下の定めは、設立時から本件株主総会の終結の時までの間、変更されていない。）

（定時株主総会の基準日）

第11条 当社は、毎年3月31日の最終の株主名簿に記載された議決権を有する株主をもって、その事業年度に関する定時株主総会において議決権を行使することができる株主とする。

（決議）

第15条 株主総会の普通決議は、法令又は定款に別段の定めがある場合のほか、出席した議決権を行使することができる株主の議決権の過半数をもって決する。

2 会社法第309条第2項に定める決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の3分の1以上を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもって行う。

（議決権の代理行使）

第16条 株主は、当社の他の株主1名を代理人として、その議決権を行使することができる。

2 乙株式会社従業員持株会規約（抜粋）

（株式の管理及び名義）

第10条 会員は、各自の持分に相当する株式を管理の目的をもって理事長に信託するものとする。

2 前項により理事長が受託する株式は、株主名簿において理事長名義とする。

（議決権の行使）

第11条 理事長名義の株式の議決権は、理事長が行使するものとする。ただし、会員は、各自の持分に相当する株式の議決権の行使について、理事長に対し、株主総会ごとに特別の指示を与えることができる。

介

・議決権行使のための代理人も株主に限定
・株主名簿に株主として記載されている人による
議決権の代理行使は、決議の方法の定款違反(8312①)か?

論文式試験問題集 [民事系科目第3問]

【第3問】(配点：100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は，15：55：30])

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】

ⓧは，Ⓨに対し，平成28年3月10日，Yから譲り受けた浮世絵版画（以下「本件絵画」という。）の引渡しを求める訴えを管轄地方裁判所に提起した。この訴訟において，訴訟代理人は選任されていない。

ⓧは，訴状において，次のように主張した。

「Xは，かねてよりYの事業の支援をしていたが，平成27年9月1日，Yから，これまでの支援の御礼として，本件絵画の贈与を受けた。Yから受け取った念書には，YがXに本件絵画を譲る旨や同年10月1日にY宅で本件絵画を引き渡す旨が記載されている。その後，Xが約束どおりY宅に向いて本件絵画の引渡しを求めたのに，Yはこれを拒み，一切の話し合いに応じないので，贈与契約に基づく本件絵画の引渡しを求めるため，本件訴えを提起した。贈与の事実の証拠として，この念書を提出する。」

これに対し，Ⓨは，答弁書において，次のように主張した。

「Yは，絵画について造詣が深い友人Aから，Xが本件絵画の購入を望んでいると聞いて，Xに本件絵画を売却したのであり，贈与などしていない。Xに交付した念書には代金額の記載がないが，それは，代金額を本件絵画の時価相当額とする趣旨であり，その額は300万円である。ところが，平成27年10月，Xは，本件絵画の取引はXに対する贈与であり，代金を支払うつもりはないと言ってきたので，Yは，本件絵画の引渡しを拒んだ。これらの事実を立証するため，本件絵画の取引経緯に詳しいAを証人として申請する。」

第1回口頭弁論期日が平成28年5月10日に開かれ，ⓧは訴状に記載した事項を，Ⓨは答弁書に記載した事項をそれぞれ陳述した。さらに，ⓧは，贈与の主張に加え，仮にこの取引が売買であり，本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても，その額は200万円にすぎないと主張した。

→ なお、Xは、設問3で、高くて150万円と主張してくる。

第2回口頭弁論期日では，Aの証人尋問と，X及びYの当事者尋問が行われた。Aは，本件絵画の取引はその時価相当額を代金額とする売買契約であること，その額は200万円であること，この売買契約はAがYの代理人としてXと締結したものであることなどを述べた。期日においては，本件絵画の取引が贈与又は売買のいずれであるか，また，売買であるとしてその代金額は幾らかに焦点が絞られ，AがYの代理人であったか否かについては，両当事者とも問題にしなかった。

以下は，期日終了後の裁判官J1と司法修習生Pとの間の会話である。

J1：今日の証拠調べの結果をどのように評価しますか。率直な意見を聴かせてください。

P：取引経緯に関するAの証言は具体的で信用できるため，Yの代理人AとXとの間で，本件絵画の時価相当額を代金額とする売買契約が成立し，その額は200万円であると考えられます。Xはこの200万円を支払っていませんから，売買を理由に，「Yは，Xから200万円の支払を受けるのと引換えに，Xに対し，本件絵画を引き渡せ。」との判決をすべきではないでしょうか。

J1：私の心証も同じですが，あなたの言うような判決を直ちにすることができるのでしょうか。まず，Yの代理人AとXとの間で契約が締結されたとの心証が得られたとして，その事実を本件訴訟の判決の基礎とすることができるのかについて，考えてみてください。

P：両当事者がその点を問題にしなかったのだからいいように思いましたが，考えてみます。

→ 裁判所は当事者の主張しない事実を判決の基礎とすることはできない(弁論主義の第1原則・主張原則) ⇒ 主要事実に限定。

【設問 1】

あなたが司法修習生 P であるとして、J 1 から与えられた課題に答えなさい。

【事 例 (続き)】

以下は、J 1 と P との間の会話の続きである。

J 1 : 次に、あなたの言うような判決は X の請求に対する裁判所の応答として適当なのか、すなわち、本件の訴訟物は何かを考える必要もありますね。

そして、X は、第 1 回口頭弁論期日に、「仮にこの取引が売買であり、本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても、その額は 200 万円にすぎない。」と主張していますが、これには、どのような法的な意味合いがありますか。

P : X が単に譲歩をただけで、あまり法的に意味のある主張には見えませんが。

J 1 : 本当にそうでしょうか。

他方、Y は、「本件絵画を X に時価相当額で売却し、その額は 300 万円である。」と主張していますが、その法的な意味合いも問題になりますね。

P : はい。X の主張する請求原因事実との関係で、Y のこの主張がどのように位置付けられるか、整理したいと思います。

J 1 : 本件は、訴訟代理人が選任されていないこともあり、紛争解決のために、両当事者の曖昧な主張を法的に明確にする必要があります。

訴訟物の捉え方については様々な議論がありますが、あなたの捉える本件の訴訟物は何になるかを示した上で、各当事者から少なくともどのような申立てや主張がされれば、「Y は、X から 200 万円の支払を受けるのと引換えに、X に対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすることができるか、考えてみてください。その際、先ほどお願いした Y の主張の位置付けの整理も行ってください。これを課題①とします。

ところで、本件絵画の時価相当額については、当事者からより適切な証拠が提出されれば、別の金額と評価される可能性もあると思います。課題①で必要となる各当事者の申立てや主張がされたという前提の下で、仮に、本件絵画の時価相当額が 220 万円と評価される場合あるいは 180 万円と評価される場合には、それぞれどのような判決をすることになるのかについても、考えてみてください。これを課題②とします。

なお、課題①及び②の検討においては、設問 1 で検討した点に触れる必要はありません。

また、あなたの言うとおりに、本件絵画の時価相当額を代金額とする売買契約が成立したものとして、考えてください。

【設問 2】

- (1) あなたが司法修習生 P であるとして、J 1 から与えられた課題①に答えなさい。
- (2) あなたが司法修習生 P であるとして、J 1 から与えられた課題②に答えなさい。

【事 例 (続き)】

その後、上記の訴訟 (以下「前訴」という。) においては、「Y は、X から 200 万円の支払を受けるのと引換えに、X に対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決がされ、この判決は確定した。

もっとも、X は、自らの事業の経営状態が悪化したこともあり、代金を支払ってまで本件絵画を手に入れることに熱意をなくしてしまった。逆に、Y は、X に対し、本件絵画を持参するので代金 200 万円を支払ってほしいと連絡したが、X から拒絶された。そこで、Y は、弁護士に委任して、X に対し、平成 29 年 3 月 1 日、本件絵画の売買代金 200 万円の支払を求める訴え (以下「後訴」という。) を管轄地方裁判所に提起した。

訴えの追加的
変更の申立て
が地裁等
権利執行
の妨げとなる
予備的請求原因
との関係では
裁判所は Y に
権利主張をする
かを求釈明すべき

主位的請求の STG : 贈与契約に基づく絵画の引渡請求権
予備的請求の STG : 売買契約に基づく絵画の引渡請求権

①Xから委任を受けた②弁護士は、前訴で問題となった本件絵画の取引について事情を調べたところ、X及びYの取引仲間であるBから、本件絵画の取引は贈与である旨の証言を得られそうだと感触を得た。また、同弁護士が本件絵画の写真数点を古物商に見せたところ、高くても150万円相当であるとのことであった。そこで、同弁護士は、改めて事実関係を争うべきであると考え、答弁書において、XY間には本件絵画の贈与契約が成立したのであって、Xは売買代金の支払義務を負わないし、仮に贈与契約でなく売買契約が成立したと判断されたとしても、その代金額は150万円であり、Xはその限度でしか支払義務を負わないと主張した。

第1回口頭弁論日には、双方の訴訟代理人が出頭し、訴状及び答弁書に記載した事項をそれぞれ陳述した。③Yの訴訟代理人は、答弁書におけるXの主張は前訴判決の既判力に触れて許されず、前訴判決に沿って、直ちに請求認容判決がされるべきであると主張した。これに対し、④Xの訴訟代理人は、前訴判決において、XY間には代金200万円の本件絵画の売買契約が成立したと判断されたかもしれないが、Xの代金支払義務に関する判断には既判力は生じないと主張した。

以下は、後訴を担当した裁判官J2と司法修習生Qとの間の会話である。

J2: 本件は、Yの訴訟代理人の主張するように、前訴判決に沿って、直ちに請求認容判決をすべきなのでしょうか。

Q: 今まで考えたことがないのですが、既判力の範囲に関する民事訴訟法の規定に遡って考えないといけないように思います。

J2: そうですね。それを出発点としつつ、前訴判決の主文において引換給付の旨が掲げられていることの趣旨にも触れながら、後訴において、XY間の本件絵画の売買契約の成否及びその代金額に関して改めて審理・判断をすることができるかどうか、考えてみてください。

[設問3]

あなたが司法修習生Qであるとして、J2から与えられた課題に答えなさい。

前訴

[主文] Yは、Xから200万円の支払いを受けるのと引換えに、Xに対し、本件絵画を引渡せ。

[stg] XのYに対する売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権

[既判力] 上記stg(訴訟物)たる請求権が、基準時に存在した(114I)



後訴

[stg] YのXに対する売買契約に基づく代金200万円の支払請求権



設問3の課題

・XY間の売買契約の成否及びその代金額と、
後訴で審理判断できるか?

↓

前訴と後訴のstgは、同一関係、先決関係、承継関係のいずれにも当たらない。前訴確定判決の既判力は後訴に作用しない。

信義則
遮断効なし

論文式試験問題集 [刑事系科目第1問]

〔第1問〕(配点: 100)

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい(建造物侵入罪及び証拠隠滅罪並びに特別法違反の点は除く)。

- 1 会社員甲(28歳, 男性, 身長165センチメートル, 体重70キログラム)は, 毎月25日, 勤務先から給料23万円を支給されていたが, 預貯金はなかった。甲は, 某年8月25日に支給された給料の大半を遊興に費消したため, 9月10日には, 手持ちの金がほとんどなくなってしまった。
- 2 甲は, 9月12日午後1時, 自宅近くのショッピングモール内にある時計店で, 以前から欲しかった限定品の腕時計X(販売価格10万円)が, 1個だけ販売されているのを見つけた。甲は, 手持ちの金がなかったため, 勤務先会社の同僚A(28歳, 男性, 身長170センチメートル, 体重65キログラム)から金を借りて腕時計Xを購入しようと考えた。甲は, 同日午後1時5分, 同時計店内でAに電話をかけ, 「腕時計Xを買いたいので10万円貸してほしい。」と頼んだところ, Aからは金がないと言われて断られた。しかし, 甲は, どうしても腕時計Xが欲しかったため, 引き続きAに対して, 「クレジットカードを貸してくれないか。そのクレジットカードで腕時計Xを買いたい。使った分の金は9月25日の給料で支払うし, 腕時計Xを買うほかには絶対使わない。」と頼んだ。Aは, 甲の言うことを信じ, 甲に対して, B信販会社が発行したA名義のクレジットカード(以下「本件クレジットカード」という。)を腕時計Xを購入するただけに利用することを条件として貸すことにした。なお, 本件クレジットカードは, B信販会社が所有するものであり, B信販会社の規約には, 会員である名義人のみが利用でき, 他人への譲渡, 貸与等が禁じられていることや, 加盟店は, 利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている。↑加盟店がこの義務を怠ると, 信販会社から立替支払いを受けられなくなる可能性
- 3 同日午後2時, 甲は, Aと会って本件クレジットカードを受け取り, 同日午後3時, 前記時計店に戻った。甲は, 同時計店に戻った後に新たに見つけた腕時計Y(販売価格50万円)を, 交際相手へプレゼントするために購入したいと考えた。甲は, 本件クレジットカードを腕時計Xを購入するただけに利用するというAとの約束に反すること, 今後, Aに合計60万円を支払うことができる確実な見込みがないことをそれぞれ認識しつつ, 同日午後3時15分, 応対した同時計店店主Cに対し, 腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込んだ。その際, 甲は, Cに対し, A本人であると装って本件クレジットカードを手渡した上, Cの求めに応じ, B信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載がある売上票用紙の「ご署名(自署)」欄にAの名前をボールペンで記入して手渡した。Cは, その署名を確認し, 甲がA本人であって, 本件クレジットカードの正当な利用権限を有すると信じ, 甲に対して, 腕時計Xと腕時計Yを合計60万円で売却した。甲は, 購入した腕時計Xと腕時計Yを持って同時計店を出た後, 同日午後5時, 交際相手と会って, 同人に腕時計Yをプレゼントした。
- 4 甲は, 同日午後6時, Aと会って本件クレジットカードを返却した。その際, 甲は, Aに対して, 本件クレジットカードを利用し, 腕時計X以外にも, 交際相手へプレゼントするために腕時計Yを購入したこと, それらの購入金額の合計が60万円であったことを話した上で, 「60万円は絶対支払う。」と言った。Aは, 甲が約束を破り, 本件クレジットカードを利用して腕時計Yを購入したことから甲に対する怒りを覚えたものの, 「使ってしまったものは仕方がない。金の支払を受けられれば良い。」と思い, 甲から60万円が支払われるのを待つことにした。
- 5 その後, 甲は, Aに支払う60万円を用意するため, 複数の知人に借金を申し込んだが, 誰からも金を借りられず, 60万円を用意できないまま9月25日の給料日を迎えた。甲は, 同日, Aに対して, 「来月まで支払を待ってほしい。」と頼んだ。Aは, 甲の頼みを聞いて, 10月25日の給

あるためカードを利用者が会員本人であるかは、
財布交付の基礎となる重要の事項に当たります。

料日まで甲の支払を待つことにした。その後も、甲は、Aに支払う60万円を用意するため、複数の知人に借金を申し込んだが、誰からも金を借りられず、60万円を用意できないまま10月25日の給料日を迎えた。Aは、同日以降、何度も、甲に対して60万円を支払うように求めたが、甲は、適当な理由をつけてAに金を支払わなかった。そのためAは、甲に対する怒りを募らせた。

11月10日、A名義の銀行口座から、腕時計Xと腕時計Yの代金60万円を含む本件クレジットカードの9月分の利用代金が引き落とされた。高額の出費のため生活費に困ったAは、甲に対する怒りを更に募らせ、甲に対して60万円を支払うように強く求めた。甲は、Aの甲に対する怒りがかなり強くなっていることを知り、同月15日、複数の金融業者から借りて現金60万円を用意し、これをAに支払った。しかし、Aの甲に対する怒りは収まらず、Aは、顔を合わせるたびに甲に対して、「さんざん迷惑掛けやがって。これで済んだと思うなよ。」などと嫌みを言っていた。

6 甲は、11月20日午後8時、知人乙(25歳、男性、身長175センチメートル、体重75キログラム)と飲食店で飲食していたところ、偶然、Aが同店にやって来た。Aは、甲を見付けると、甲に対して、「のんきに飯なんか食いやがって。金もないくせに。」などと嫌みを言い始めた。甲は、Aの言動に嫌気がさし、同店から徒歩で15分の所にある、甲が一人で暮らす甲宅で乙と飲食し直すことにし、同日午後8時5分、Aに気付かれないようにして、乙と同店を出た。

7 Aは、同日午後8時10分、甲が同店から出たことに気付いて怒り、同店から出て甲を追い掛け、同日午後8時15分、人気のない暗い路上で、乙と歩いている甲に追い付いた。Aは、甲に対して、「こそこそ逃げやがって、この野郎。」と言いながら、甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出した。これに気付いた甲は、Aの右手の拳骨をかわしながら、このままではAから殴られると考え、これを防ぐため、乙に対して、「一緒にAを止めよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、「分かった。」と答えた。そこで、甲と乙が正面からAに体当たりしたところ、Aは路上に尻餅を付いた。しかし、Aは、すぐに立ち上がり、「この野郎。」と言いながら、再び右手の拳骨で甲の顔面に殴りかかろうとした。甲と乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、再び正面からAに体当たりしたところ、Aが路上に仰向けに倒れた。倒れたAは、「なにをするんだ。この野郎。」と大声で言いながら、立ち上がろうとした。その様子を見た甲は、しばらくAを押さえ付けておけばAが落ち着き、Aから殴られることもなくなるだろうと考え、乙に対して、「一緒にAを押さえよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、甲に対して、「分かった。俺は上半身を押さえるから、下半身を押さえてくれ。」と答えた。

甲は、仰向けに倒れているAの両膝辺りにAの足先の方向を向いてまたがり、Aの両足首を、真上から両手で力を込めて押さえ付けた。乙は、仰向けに倒れているAの腰辺りにAの頭の方向を向いてまたがり、Aの両上腕部を、真上から両手で力を込めて押さえ付けた。しかし、Aは、身体をよじらせながら、「離せ。甲、お前をぶん殴ってやる。絶対に許さない。覚悟しろ。」と甲を大声で罵り、更に力を込めて体をよじらせた。乙は、Aのその様子を見て、甲がAから殴られるのを防ぐためには、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えた。そこで、乙は、Aの腰辺りにまたがってAの右上腕部を真上から左手で力を込めて押さえ付けたまま、Aの左上腕部に右膝を力を込めて押し当てた上、傍らに落ちていた石(直径10センチメートルの丸形、重さ800グラム)を右手で拾い、右手に持ったその石で、Aの顔面を力を込めて1発殴った。するとAは失神し、全く動かなくなった。なお、甲は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識していなかった。また、乙は、Aの顔面を右手に持った石で殴り付けた際、Aを殺そうともAが死ぬかもしれないとも考えていなかった。

8 甲と乙は、Aが全く動かなくなったためAから離れた。甲は、乙から、右手に持った石でAの顔面を殴ったことを聞いた。甲と乙は、鼻から血を流して全く動かないAの様子を見てAが死んでしまったと思った。甲は、乙に対して、「Aは結婚して妻も子供もいるのにどうしよう。」と言った。乙は、近くに人がいないことを確認した上、甲に対して、「Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けよう。Aの財布を探して捨ててしまおう。」と言った。甲は、乙に対して、「そうしよう。」と

答えたものの、「財布は捨ててもいいが、もったいないから中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考えていた。しかし、甲は、乙にその考えを話さなかった。甲と乙は、財布を探した。甲は、Aのズボンのポケット内に財布1個があるのを見付けたので、乙に財布を見付けたことを話した上、同ポケットから同財布を取って中を確認したところ、同財布には1万円札4枚の合計4万円が入っていた。甲は、同財布に現金4万円が入っていたことを乙に話した上、現金入りの同財布を、甲の上着ポケットにしまった。乙は、甲が現金入りのまま同財布を捨ててくれると思っていた。

甲と乙は、そのまま甲宅へ向かい、同日午後8時30分、甲宅に到着した。乙は、同日午後9時、帰宅するために甲宅を出た。甲は、同日午後9時5分、甲宅において、上着ポケットにしまったままの現金入りの同財布を取り出して現金4万円を抜き取り自分のものとし、同財布は甲宅の押し入れ内に隠した。

↑ 行為後の事情なので、これをこのまま

- 9 Aは、同日午後10時頃、失神したまま路上に倒れていたところを通行人に発見され、通報により到着した救急隊員により病院に搬送された。Aは、乙に石で顔面を殴られたことから、全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負った。

密取面は占有侵奪行為として「密取」に当たる。主観面の中で、故意の有無については、被害者を被害後、侵害の意思が生じて財物を獲得した事例で被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して

右財物を奪取した一連の被害者の行為は、これを全体的に考察して他人の財物に対する所持を侵奪したものである」として死者の占有と認定した判例を参考にし、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為(一部実行全部責任の原則から共同正犯者の行為も含む)を利用して財物を奪取したことを認識していれば、密取の成立を認めらるゝと解釈しうる。

論文式試験問題集 [刑事系科目第2問]

[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28年9月1日に覚せい剤取締法違反(所持)により逮捕されたAは、同月4日、司法警察員Pの取調べにおいて、「所持していた覚せい剤は、逮捕される3日前の夜、H県I市J町の路上で、甲から買ったものである。」旨供述した。Pが甲について捜査したところ、甲は、覚せい剤取締法違反の前科3犯を有する者であり、現在、H県I市J町O丁目△番地所在のKマンション101号室(以下「甲方」という。)を賃借し、居住していることが判明した。また、A以外にも、その頃、覚せい剤取締法違反(所持)で逮捕された複数の者が、覚せい剤を甲から買った旨供述していることも判明した。そこで、Pが、司法警察員Qらに、甲方への人の出入り及び甲の行動を確認させたところ、甲方には、甲とその内妻乙が居住しているほか、丙が頻繁に出入りしていること、甲が、Kマンション周辺の路上で、複数の氏名不詳者に茶封筒を交付し、これと引換えに現金を受領するという行為を繰り返していることが判明した。

これらの事情から、Pは、甲が自宅を拠点に覚せい剤を密売しているとの疑いを強め、覚せい剤密売の全容を解明するためには甲方の搜索差押えを実施する必要があると考えた。Pは、同月15日、H地方裁判所裁判官に対し、甲に対する覚せい剤取締法違反(Aに対する営利目的の譲渡)の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を請求した。H地方裁判所裁判官は、同日、搜索すべき場所を「甲方」とし、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、茶封筒、ビニール袋、注射器、手帳、ノート、メモ、通帳、携帯電話機」とする搜索差押許可状を発付した。

Pは、Qから、甲が玄関のドアチェーンを掛けたまま郵便配達員に應對していたとの報告を受け、甲方の搜索の際、呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができたとしても、ドアチェーンが掛かったままの可能性が高く、その場合、玄関から室内に入るのに時間が掛かり、甲らが証拠隠滅を図るおそれが高いと考えた。そこで、これに備えて、Qらが、甲方ベランダの外にあらかじめ待機し、Pの合図でベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入ることとした。

2 Pは、同月17日、甲方を搜索することとし、同日午後1時頃、QらをKマンション1階甲方ベランダの外に待機させた上、甲方玄関先の呼び鈴を鳴らした。すると、甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたので、Pは、直ちにQに合図を送った。①Pから合図を受けたQらは、ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠し、甲方に入った。居間には、乙が右手にハンドバッグを持った状態で、また、丙がズボンの右ポケットに右手を入れた状態で、それぞれ立っていた。その間に、Pは、携行していたクリッパーでドアチェーンを切断して玄関から甲方に入った。Pは、居間において、甲に搜索差押許可状を示した上、Qらと共に、甲方を搜索し、居間のテーブル付近において、電子秤1台、ビニール袋100枚、茶封筒50枚、注射器80本及び携帯電話機5台を発見し、これらを差し押さえた。

Pらによる搜索中、居間に立っていた乙が、ハンドバッグを右手に持ったまま玄関に向かって歩き出した。それを見たPが、乙に対し、「待ちなさい。持っているバッグの中を見せなさい。」と言ったところ、乙は、「私のものなのに、なぜ見せないといけないんですか。嫌です。」と述べてこれを拒否し、そのまま玄関に向かった。そこで、②Pは、「ちょっと待て。」と言いながら乙の持っていたハンドバッグをつかんでこれを取り上げ、その中身を搜索した。その結果、Pは、同ハンドバッグ内から、多数の氏名・電話番号が記載された手帳1冊及び甲名義の通帳1通を発見し、これらを差し押さえた。

他方、丙は、ズボンの右ポケットに入れていた右手を抜いたが、右ポケットが膨らんだままであったほか、時折、ズボンの上から右ポケットに触れるなど、右ポケットを気にする素振りや、落ち着きなく室内を歩き回るなどの様子が見られた。そこで、Qは、丙に、「ズボンの右ポケットに何

が入っているんだ。」と尋ねたが、丙は答えなかった。その後、丙は、右手を再び右ポケットに入れてトイレに向かって歩き出した。これに気付いたQは、丙に、「待ちなさい。右ポケットには何が入っている。トイレに行く前に、ポケットに入っているものを出して見せなさい。」と言って呼び止めた。これに対し、丙は、黙ったままQの脇を通り抜けてそのままトイレに入ろうとした。そこで、③Qは、丙の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから丙の右手を引き抜いたが、丙が右手に何も持っていなかったことから、更に丙のズボンの右ポケットに手を差し入れ、そこから5枚の紙片を取り出した。Qがその紙片を確認したところ、各紙片に、覚せい剤を売却した日、相手方、量及び代金額と思われる記載があったことから、これらを差し押さえた。

③

その後、Pらは、押し入れ内から、ビニール袋に入った覚せい剤1袋(100グラム)を発見し、同日午後3時頃、甲、乙及び丙を覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)で現行犯逮捕した上、逮捕に伴う差押えとして、同覚せい剤を差し押さえた。

3 甲ら3名は、同月19日、覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

甲ら3名は、取調べにおいて、いずれも被疑事実を認めた上で、平成27年11月頃から覚せい剤の密売を開始し、役割を分担しながら、携帯電話で注文を受けて覚せい剤を密売していたことなどを供述した。また、通帳等の記載から、甲ら3名の覚せい剤密売による売上金の5割相当額が甲名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金されていることが判明した。甲は、当初、丁の覚せい剤密売への関与を否定したが、その後、丁の関与を認めるに至り、丁に対する前記送金は覚せい剤の売上金の分配であると供述した。乙は、丁の関与を一貫して否定し、丙は、丁のことは知らないと供述した。以上の過程で、【資料】記載の【証拠1】ないし【証拠4】が作成された。

検察官Rは、延長された勾留の満了日である平成28年10月8日、甲ら3名を覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)により、H地方裁判所に公判請求した。

4 Pは、甲の供述等に基づき、同月19日、丁を覚せい剤取締法違反(甲ら3名との営利目的の共同所持)で通常逮捕した。丁は、「甲、乙のことは知っているが、丙のことは知らない。覚せい剤を甲らと共同で所持したことはない。甲は、毎週、私名義の預金口座に現金を送金してくれているが、その理由は分からない。昔、甲が、私の所有する自動車を運転中に事故を起こしたことがある、その弁償として送金してくれているのではないか。」と供述し、事件への関与を否認した。

丁は、同月21日、覚せい剤取締法違反(甲ら3名との営利目的の共同所持)の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

丁は、その後も否認を続けたが、Rは、捜査の結果、延長された勾留の満了日である同年11月9日、丁について、甲ら3名と共謀の上、営利の目的で、覚せい剤100グラムを所持したとの事実で、H地方裁判所に公判請求した。

Rは、丁の弁護人Sに対し、【証拠3】を含む検察官請求証拠を開示するとともに、甲の証人尋問が予想されたことから、【証拠1】、【証拠2】及び【証拠4】を含む、甲及び乙の供述録取書等を任意開示した。

5 丁に対する覚せい剤取締法違反被告事件の第1回公判期日において、丁は、「身に覚えがない。甲が覚せい剤の密売をしていたかどうか知らない。」と陳述して公訴事実を否認し、Sは、検察官請求証拠のうち、【証拠3】について不同意との証拠意見を述べた。そこで、Rは、丁と甲らとの共謀を立証するため、甲の証人尋問を請求し、H地方裁判所は、第2回公判期日においてこれを実施する旨の決定をした。

第2回公判期日において、甲の証人尋問が実施され、甲は、「私は、以前、覚せい剤取締法違反により懲役2年の実刑判決を受け、平成27年6月に刑務所を出所した。すると、丁が刑務所に迎えに来てくれて、『しばらくはのんびり生活したらいい。』と言って50万円をくれた。同年8月頃、丁から、『何もしていないんだったら手伝わないか。』と言われ、覚せい剤の密売を手伝うようになった。同年10月下旬、丁から、『覚せい剤を仕入れてやるから、自分たちで売ってこい。俺の取

の取調記録を
見ると、甲の証人尋問後に、Sは、甲証言の証明力を多うために【証拠1,2,4】
の取調記録を
見ると、甲の証人尋問後に、Sは、甲証言の証明力を多うために【証拠1,2,4】

て内わけ
後用より
さるが
証拠と
るため
と日後
も、甲証
【証拠3】
Rは、
ととして
たとして

り分は売上金の5割でいい。あとは自由に使っいい。』と言われたので、同年11月頃から、内妻の乙や知人の丙と一緒に覚せい剤を密売し、毎週、売上金の5割を丁名義の口座に振り込み、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。丁からは、1か月に1回の頻度で、密売用に覚せい剤100グラムを受け取っていた。」旨供述した（以下「甲証言」という。）。

第3回公判期日において、④Sは、甲証言の証明力を争うため、証拠1、証拠2及び証拠4の各取調べを請求した。

328条の証拠として証拠調べ請求している

〔設問1〕 下線部①ないし③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〕

1. 裁判所は、下線部④で請求された各証拠について、これらを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。

2. 仮に前記1において、裁判所が甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとする。その場合、Rが「甲証言の証明力を回復するためである。」として、改めて証拠3の取調べを請求したとき、裁判所は、これを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。

（参照条文） 覚せい剤取締法

第41条の2 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（略）は、10年以下の懲役に処する。


2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 （略）

Sが不同意とした証拠

証拠事件とされたもの。証拠が果敢として採られたら

【資料】

	供述者	作成日付 (平成28年)	証拠方法 作成者	供述要旨等
証拠1		9月21日	捜査報告書 P	<p>本職が、本日、被疑者甲から聴取した供述の要旨は以下のとおりである。</p> <p>「密売グループの構成員は、私、乙、丙の3名である。私が密売グループのトップであり、乙、丙に密売の手伝いをさせていた。丁は私の知り合いだが、覚せい剤の密売には関与していない。」</p> <p><u>〔甲の署名・押印なし。〕</u></p>
証拠2	甲	9月22日	供述録取書 P	<p>私が覚せい剤の密売に関与するようになったのは、平成27年になってからである。密売用の覚せい剤は、私が知り合いの暴力団組員から定期的に仕入れていた。その知り合いの組員は丁ではない。</p> <p><u>丁名義の預金口座に現金を送金したのは、借金の返済のためであり、覚せい剤の密売による売上金を分配したものではない。</u></p> <p><u>〔甲の署名・押印あり。〕</u></p>
証拠3	甲	10月5日	供述録取書 R	<p>私は、平成27年8月頃、丁から、覚せい剤の密売を手伝うように言われた。その後、<u>丁の指示で、同年11月頃から、乙、丙と共に覚せい剤の密売を開始した。密売グループのトップは丁であり、丁から1か月に1回の頻度で覚せい剤100グラムを受領し、これを1グラムずつ小分けして密売していた。丁の指示で、毎週、売上金の5割を私名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金し、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。</u></p> <p>警察では、私が密売グループのトップであり、丁は関係がないと供述したが、これは嘘である。嘘をついた理由は、丁が密売グループのトップだと正直に話したら、丁から報復を受けると思い、怖かったからだ。しかし、ここで正直に話さないと、出所後、また丁の下で覚せい剤の密売をすることになると思い、勇気を出して正直に供述することにした。</p> <p><u>〔甲の署名・押印あり。〕</u></p>
証拠4		9月27日	供述録取書 Q	<p>密売グループの構成員は、私、甲及び丙の3名だけであり、丁は関係ない。丁名義の預金口座への送金は、甲の丁に対する借金の返済である。</p> <p><u>〔乙の署名・押印あり。〕</u></p>

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) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17818