

司法試験

---

令和3年司法試験 出題趣旨分析会  
出題趣旨レジュメ  
【矢島 純一 LEC専任講師】

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 219790

LU21979



## 令和3年度 司法試験 出題の趣旨 分析会

今回は、表題にある司法試験の出題の趣旨を分析していきます。必修7科目の全てを120分で講義する都合上、1科目あたり平均約17分しか説明できないため、今後の試験対策に役立つような箇所をピックアップして解説していきます。今回の講座を、是非とも、次年度の試験対策にお役立てください。

このレジュメに掲載した出題の趣旨には、私が、**下線**を付したり、**太字**にしたりと装飾をしています。また、**【注：・・・】**又は**【・・・】**として私の言葉で文字や文章を補充した箇所があります。なお、このレジュメに掲載した「**関連知識**」の一部は、私が制作している「**矢島の速修インプット講座**」（2022年合格目標）のテキストから抜粋したものです。

なお、令和3年度の司法試験の解答例や解答に必要な基本知識の解説は、有料講座の「**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**」（2022年合格目標）で実施いたします。

令和3年11月5日

LEC専任講師 矢島 純一

・ご連絡

2022年（令和4年）2月頃に、令和3年度の司法試験の**採点実感の分析会**を実施する予定です。採点実感には、例年、試験考査委員が受験生に求める答案がどのようなものかなど、今後の受験対策の参考になることが記載されているので、採点実感を分析することはとても重要です。採点実感の分析会にも是非、参加してみてください。なお、採点実感は令和3年11月5日に公表されています。

## 目次

出題趣旨 憲法	2
* 「関連知識」の項目の記号の見方	7
出題趣旨 行政法	8
* 行政法の関連知識	10
出題趣旨 民法	14
* 民法の関連知識	22
出題趣旨 商法	26
* 商法の関連知識	30
出題趣旨 民事訴訟法	32
* 民事訴訟法の関連知識	35
出題趣旨 刑法	37
* 刑法の関連知識	46
出題趣旨 刑事訴訟法	50
* 刑事訴訟法の関連知識	55
【2022年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～⑧】	58

## 出題趣旨 憲法

1. 本問は、匿名表現の自由の制約（規制①）、結社の自由、団体とその構成員の表現の自由・プライバシーの権利の制約（規制②）の可否を問うものである。

規制①は、集団行進（集団示威運動を含む）における公共の安全を害する行為の抑止を目的に、行進参加者が覆面や仮面等で顔を隠し容貌の確認を困難にする行為を禁止するものである。単に、集団行進への参加の態様の制約にとどまらず、匿名での表現の制約という問題を含むことに留意する必要がある。

規制②は、公共の安全を害する行為を実効的に抑止するため、そのような行為を助長する団体の活動を把握し、集団行進に際し所要の措置を採ることを可能にするという目的のもと、集団行進において公共の安全を害する行為を行った者が一定比率以上含まれる団体を観察対象として指定するとともに、当該団体がその活動のために利用している機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等について、報告を義務付けるものである。また、上記の目的に加えて、団体の活動を観察対象とすることで、団体の表現活動を抑止しようという狙いもうかがえる。かかる措置は、結社の自由、団体の表現活動・プライバシーの制約に加えて、その構成員の表現活動・プライバシーをも制約するものとなっている。

2. 規制①については、匿名で表現を行うことがどこまで憲法第21条で保障されるのかを踏まえておく必要がある。匿名表現の自由は、基本書などでは必ずしも正面から論じられていない。しかし、憲法第21条第1項は、特に限定を付することなく幅広い表現行為を保障しており、本問で問題となる表現行為についても、顕名であるか匿名であるかを問わず、保障されているとみることができよう。

表現の匿名性は、発信者情報開示の仕組みなどに関連して、インターネット上の表現をめぐる議論となっている点でもあり、その意義や問題を意識して立論することは十分に可能であろう。表現者が特定されない匿名での表現には、弱い立場の者であっても、社会的圧力にさらされやすい表現行為を萎縮せずに行い得るといったメリットがあり、表現の自由として保護する価値は高いと言える。他方で、顕名であれば行わないような、他者の権利を侵害する行為や違法行為などがなされるおそれもある。

以上のような問題の所在が把握できていれば、匿名表現という言葉を使っていなくとも差し支えない。匿名表現を正面から扱った最高裁判所の判例はないが、報道関係者の取材源の秘匿について、情報提供者の匿名性に配慮した判断を行っている決定（最決平成18年10月3日民集60巻8号2647頁）がある。

**規制①**では、**集団行進における匿名表現**の規制が問題となっている。**集団行進の自由**は、「動く集会」とみれば「集会の自由」の内容として、あるいは「その他一切の表現の自由」の一つとして、位置付けることができる。**集団行進の規制**については、**公安条例による集団示威運動の規制をめぐる判決（新潟県公安条例事件**，最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁）や、**市民会館の利用拒否をめぐる「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見される」ことが必要だとした判決（泉佐野市民会館事件**，最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）などが**想起**されよう。

**規制①**は、**集団行進**について不許可としたり条件を付したりするものではない。また、**顔を隠す行為自体には、特定のメッセージは込められていないとされており、その限りでは、表現内容に着目した規制が問題になるわけではない。****集団行進への参加の態様の規制**であり、ひとまずは、**内容中立的な規制**とみることができよう。**ただし、匿名での集団行進への参加が禁止されており、上記の匿名表現の意義を考えれば、社会的圧力にさらされやすい表現行為に対して強い萎縮効果を及ぼす規制**となっている。それだけに、**規制①の憲法適合性**の判断に当たっては、**匿名表現の意義を踏まえた慎重な検討が必要**となる。

**全国の大規模なデモで暴力行為が頻発し、現実に身体や財産が侵害される事態が生じていることからすると、上記の立法目的は重要あるいは極めて重要な公共の利益にかなう**と言えよう。

一方、この目的を達成するために採られる**措置**は、**暴力行為が発生する蓋然性などを考慮せず、暴力行為を行っている者や行うおそれが高い者だけでなく、平穩に集団行進に参加している者**に対してまで**一律に顔を隠す行為を禁止**している。**かなり広範囲な規制**であり、また、**その萎縮効果も無視できない。「正当な理由」がある場合には顔を隠すことが許されるが、その運用のいかんでは、過剰な規制ともなり得る。**

これ**に対して**、**表現内容に着目した規制ではなく集団行進への参加の一態様を規制するにすぎない、顔を隠さなくてもメッセージは十分に伝達可能であり、集団行進において匿名での表現行為を保障する必要性は高くない、**といった点を強調した議論を行うことも考えられる。いわゆる**デモ隊暴徒化論（東京都公安条例事件**，最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁）などを援用し、**規制①の必要性を根拠付けることもできる。**

3. **規制②**では、団体の指定の要件、報告義務を課すこと、さらには観察処分それ自体の合憲性が問題となるが、それらは一体をなしているから、**適切な判断枠組みを設定する前提として、規制②全体からどのような憲法上の権利の制約が生じているかを、まずは検討**することになる。

**制約される権利**としては、**結社の自由、表現の自由、プライバシーの権利**が考えられる。これら3つの権利の制約を論じる際には、いくつかの構成があり得る。

例えば、**規制対象となるのは表現活動を行っている団体**であるから、**表現活動の制約を結社の自由の制約として論じ**、それと関連付けて、あるいはそれとは独立に、**団体のプライバシーの権利**の制約を論じることが可能である。

あるいは、**結社の自由それ自体の制約ではなく、団体の表現の自由・プライバシーの権利**の制約を論ずることもあり得る。

さらに、**観察処分を受けること自体が、団体の表現の自由・プライバシーの権利の制約には解消されない団体の活動の制約を含むとみるならば、結社の自由の制約を、他の2つの権利の制約とは別に検討**することになる。

結社の自由の制約が問題となる立法としては、**破壊活動防止法や、無差別大量殺人行為を行った団体を対象としたいわゆる団体規制法**がある。後者は、**規制②と同様の観察処分について定めており、下級審ではあるが、同法の合憲性をめぐる裁判例（東京地判平成13年6月13日判時1755号3頁）**が本問でも参考となる。**ただし、本問の法律案の骨子との違いには留意する必要がある。本問で規制対象となっている団体の危険性は、団体規制法が対象とする団体と比べると、決して高いとは言えない。規制の仕組みも異なっている。**

注：上記の平成13年東京地裁判決〔宗教団体アレフ観察処分取消請求事件判決〕は、無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律5条1項に基づく観察処分制度や観察処分が、信教の自由や団体のプライバシー等に対する制約として憲法に適合するかを判断した裁判例である。東京地裁は、観察処分制度の憲法適合性については、観察処分に係る同項各号に定める要件を、当該団体が再び無差別大量殺人行為の準備行為を開始するおそれが常に存在すると通常人をして思料せしめるに足りる状態にあることを基礎づける事実を定めているものであるとして解釈・運用する限りにおいて、憲法13条及び20条1項に反しないと判示したものである。

なお、この裁判例で憲法適合性が問題となった観察処分制度の概要は次のとおりである。観察処分を受けた団体には、当該処分が効力を生じた日から三〇日以内に、当該処分が効力を生じた日における〔1〕当該団体の役職員の氏名、住所及び役職名並びに構成員の氏名及び住所、〔2〕当該団体の活動の用に供されている土地並びに建物の所在、地積及び用途、〔3〕当該団体の資産及び負債等を報告する義務が生じ、また、当該処分が効力を失うまでの期間において、三か月ごとに、前記〔1〕ないし〔3〕の事項に加えて、〔4〕当該団体の活動に関する事項として、活動に関する意思決定の内容等を報告する義務が生じる（法五条二項、三項、施行規則六条）。〔以下略〕

**報告義務の対象**となるのは、誰もが閲覧可能な表現に係るものである。しかし、団体の名義が直接用いられていない場合には、報告によって、団体の構成員が特定されたり、あるいはその可能性が高まったりすることになる。また、**観察処分を受け報告義務を課されることが、萎縮効果を生じさせ、団体による表現活動の抑制につながる可能性もある。**

なお、**個人が利用しているウェブサイトやSNSのアカウントも、団体の活動に用いられている場合には報告の対象となるので、構成員の表現の自由やプライバシーの権利を制約する側面もある。**

ウェブサイト、SNS等には、団体の主張や構成員の**思想信条**など、**個人の内面**に関わる**情報が含まれ得る**。公権力によるこれらの情報の収集は、**団体及びその構成員双方のプライバシーの権利の制約**となり得る。

**プライバシーの意義や保護範囲**をめぐっては、**前科照会事件**（最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁）、**指紋押捺訴訟**（最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁）、**住基ネット訴訟**（最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁）などの判決を**参考**として、**立論**することが期待される。

本問の法律案の骨子は、誰もが閲覧可能な表現に関して報告義務を課するにとどまり、**団体規制法にある立入検査や構成員氏名等の報告義務は含んでおらず、規制態様は必ずしも強くないとみることもできる。**また、**団体規制法と同様に、団体の政治的主張**ではなく、**専ら公共の安全に対する団体の危険性に着目した規制**である。**一方で、誰もが閲覧可能なウェブサイトやSNS等が対象とはいえ、観察処分を受け、報告義務を課されることで、上記のように、団体や構成員の表現活動に対し無視できない影響が生じ得る。**また、**個人の内面に関わる情報が収集され、団体及び構成員の活動が把握**される。

上記のような問題となる**権利の重要性、制約の態様**などを考慮して、**規制②の憲法適合性**を判断する**適切な判断枠組みを設定**する必要がある。

規制②の**目的**は、**公共の安全を害する行為を実効的に抑止**するため、そのような行為を助長する団体の活動を把握し、**集団行進に際し所要の措置**を採ることを可能にするというものであり、**規制①と同様に、重要あるいは極めて重要な公共の利益にかなうもの**と言えよう。

目的達成の**手段**としては、**まず、団体の指定の要件が問題**となる。規制②では、**過去5年間に公共の安全を害する行為で処罰された者の比率という客観的な指標を基準として、実際に問題を起こしている団体が規制対象となるような仕組みが採られている。**規制対象が一定の危険性がある団体のみに絞り込まれているとみることもできる。**しかし、ここで問題となる団体は、組織の外延が曖昧であり、構成員の把握は決して容易ではない。**規制目的を達成する手段としての**実効性**には**疑問**も残る。また、過去5年間の行為を問題としていること、**処分期間が最長で1年に及ぶこと**から、**現在は危険性が低い団体が指定対象となる可能性**がある。

報告義務の対象となるのは、誰もが閲覧可能な機関紙、ウェブサイト、SNS等の情報にとどまる。**とはいえ、団体の活動に用いられている媒体について幅広く、また1か月ごとの報告が義務付けられており、団体や構成員のプライバシーに係る情報が、継続的かつ網羅的に収集され、把握されているという点には留意する必要がある。****継続的・網羅的な情報収集の問題**をめぐっては、**GPS捜査に関する判決**（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）が**参考**となろう。

## \* 憲法の関連知識

## \* 泉佐野市民会館事件

→ Xらは、「関西新空港反対全国総決起集会」を開催するために市立の市民会館の使用許可申請をしたところ、Y市長は、本件申請が、市立泉佐野市民会館条例7条1号の「公の秩序をみだすおそれがある場合」、同3号の「その他会館の管理上支障があると認められる場合」との不許可事由に該当するとして申請を却下する処分をした。Xらは、本件条例の違憲、違法、本件不許可処分の違憲、違法を理由に損害賠償を求めて国家賠償請求訴訟を提起した。

訴訟では、法令違憲のレベルでは、不許可事由を定める条例の規定が憲法21条1項に違反しないかということ、処分違憲のレベルでは、本件不許可処分が憲法21条1項に違反しないかということが憲法上の問題となった。

本判決の**特徴**は、集会の用に供された公の施設での集会の自由に対する制約の憲法21条1項適合性の審査につき、まず、〔1〕集会の用に供する公の施設における集会の自由を二重の基準論を踏まえて重視する内容の比較衡量論を展開した上で、次に、〔2〕本件条例の「公の秩序をみだすおそれがある場合」との不許可事由はその文言が広義の表現となっていると指摘しつつも、集会の自由を保障することの重要性よりも人の生命、身体、財産が侵害され公共の安全が損なわれる危険を回避防止することの必要性が優越する場合をいうと限定して解すべきとし、不許可事由の意義を人の生命、身体、財産に「明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見」できる場合に限られ、その危険発生は、客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならないとの合憲限定解釈をしていわゆる「明らかに差し迫った危険」の基準を定立するとともに、こうした合憲限定解釈ができるので、条例自体は憲法21条1項に違反しないとした。その上で、〔3〕前記合憲限定解釈により導いた判断枠組みに則して本件事案を具体的に検討して結論としては本件不許可処分が憲法21条1項に反しないと判断した（**最判平 7.3.7・泉佐野市民会館事件判決**）。○

予 H25-3, H26-7, H30-6



＊「関連知識」の項目の**記号**の見方

このレジユメの各科目の「関連知識」の項目に表示されている**記号**は、「**矢島の速修インプット講座**」のテキストと同様のものです。

・**記憶する事項 重要ランク**

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項を重要度の高いものから順番に「●」，「◆」，「▲」と記号を付しました。

・**理解する事項 重要ランク**

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが，より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」，「◇」，「△」と記号を付しました。

・ 条文の略記： I = 1 項 ① = 1 号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段

・ 短答の問題番号の略記： H30-4 = 平成 30 年度司法試験第 4 問 (R=令和)  
プレ=プレ試験  
予 H25-7 = 平成 25 年度予備試験第 7 問 サソ=サンプル問題

## 出題趣旨 行政法

本問は、A市の市道上で屋台営業を行うために必要な市道占用許可（道路法第32条第1項第6号）を自ら取得せず、他人の名義を借りて屋台営業を行ってきた者（以下「他人名義営業者」という。）であるBが、名義貸し行為の一掃を目指すA市屋台基本条例（以下「本件条例」という。）の施行後も、従前からの場所（以下「本件区画」という。）で屋台営業を続けるため、本件条例第25条所定の屋台営業候補者の公募に応募したところ、A市長（以下「市長」という。）が本件区画についてBを屋台営業候補者に選定しない旨の決定（以下「本件不選定決定」という。）を行う一方で、Cを屋台営業候補者に選定する旨の決定（以下「本件候補者決定」という。）を行ったという**事例**における法的問題について論じさせるものである。

〔設問1〕(1)は、本件不選定決定の処分性の有無を問うものである。Bは屋台営業候補者の公募に応募して本件不選定決定を受けたことから、まずは、**本件条例及び本件条例施行規則の仕組み**（屋台営業候補者であることが市道占用許可の要件の一つとなっていること、A市屋台専門委員会（以下「委員会」という。）は選定基準に則して推薦を行い、それを受けて市長は選定を行うこと、市長は選定又は不選定の決定の通知を行うこと等）に即して、屋台営業候補者の選定が申請に対する処分に当たるか、したがって**本件不選定決定は申請拒否処分**に当たるかについて検討することが求められる。

他方で、Bが最終的に求めているのは市道占用許可であるため、本件不選定決定は**中間段階の決定**にすぎず、処分にあたらないのではないかという問題もある。そこで、本件不選定決定の処分性の有無については、Bが市道占用許可を申請して不許可処分を引き出し、その取消訴訟の中で本件不選定決定の違法性を争うといった訴訟手段との**比較**も視野に入れて検討する必要がある。

〔設問1〕(2)は、市長が既にCに対して本件候補者決定を行っていることから、Bが本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益が失われていないかを問うものである。この問題については、最判昭和43年12月24日民集22巻13号3254頁を参考にして、**BとC及び本件不選定決定と本件候補者決定**がいかなる**関係**にあるかを踏まえ、**本件不選定決定の取消判決の効力**によって生じることになる事態を正確に追跡し、**Bが屋台営業候補者に選定される可能性**が残っているかを検討することが求められる。

〔設問2〕は、本件不選定決定の取消訴訟において主張すべき**違法事由**を問うものである。まず、**本件不選定決定の違法事由を検討する前提として、①本件条例の施行の際にBの地位への配慮に欠ける点がなかったか、②委員会の屋台営業候補者の推薦に係る判断に瑕疵はなかったか**（より具体的には、**屋台営業の実績を考慮して審査を行うという委員会の申合せに不合理な点はなかったか。**）という問題の**検討**が求められる。

①の問題については、**Bが本件区画で10年以上も屋台営業を行ってきたという事実を踏まえ、市道占用許可は財産権保護の観点から更新が原則であるという解釈が成り立たないか、屋台営業において他人の名義を借りることは、A市における実害や過去の取扱い、道路法及び本件条例で定める市道占用許可の要件に照らして、営業の実績が全て法的な保護に値しなくなるほど悪質な行為と評価できるか**といった**検討**を行うことが要求される。

この①の問題の**検討の結果を踏まえ、市長が本件不選定決定を行う際に自身の公約を重視する一方でBの地位に更なる配慮を行わなかったことについていかなる違法事由を主張すべきかが論じられるべきこと**になる。

②の問題については、**委員会の申合せが本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らして是認することができるか、また、新規に屋台営業を始めようとして公募に応募した者の利益を不当に侵害することにならないか**の**検討**が要求される。

**前者は、基本的に本件条例施行規則第19条各号の解釈の問題であるが、後者は、とりわけ、屋台営業候補者選定指針は目にしたものの本件委員会の申合せを知るすべもなく公募に応募した者の権利保護**といった観点からの**検討**が期待される。

この②の問題の**検討の結果を踏まえ、最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁を参考にして、市長が本件不選定決定を行うことによって「特段の合理的な理由」がないにもかかわらず委員会の推薦を覆したとの違法事由を主張し得るかが論じられるべきこと**になる。

注：最判昭和50年5月29日

〔判旨・抜粋〕一般に、行政庁が行政処分をするにあたって、**諮問機関に諮問し、その決定を尊重して処分をしなければならない旨を法が定めているのは、処分行政庁が、諮問機関の決定（答申）を慎重に検討し、これに十分な考慮を払い、特段の合理的な理由のないかぎりこれに反する処分をしないように要求することにより、当該行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保することを法が所期しているためであると考えられるから、かかる場合における諮問機関に対する諮問の経由は、極めて重大な意義を有するものというべく、したがって、行政処分が諮問を経ないでなされた場合はもちろん、これを経た場合においても、当該諮問機関の審理、決定（答申）の過程に重大な法規違反があることなどにより、その決定（答申）自体に法が右諮問機関に対する諮問を経ることを要求した趣旨に反すると認められるような瑕疵があるときは、これを経た処分も違法として取消をまねがれないこととなるものと解するのが相当である。そして、この理は、運輸大臣による一般乗合旅客自動車運送事業の免許の許否についての運輸審議会への諮問の場合にも、当然に妥当するものといわなければならない。**

## \* 行政法の関連知識

## (1) 概要 処分性を判断する際の様々な〔視点〕

→ 処分の取消訴訟の対象となるのは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」である（行訴 3Ⅱ）。単に「処分」というときは、これを意味する。

○

メモ：取消訴訟の対象と認められるためには、当該行為に**処分性**が認められることが必要であるとの言い方をすることがある。これは、取消訴訟の対象と認められるためには、当該行為が「処分」に当たることが必要であるとの言い方と同義である。

メモ：行政行為に**処分性がなければ**、抗告訴訟ではなく、**当事者訴訟**や**民事訴訟**により争うことになる。行政行為に**処分性**が認められるかは、**抗告訴訟**という救済手段を**選択**できるかを決定する**重要な要素**となる。○

関連問題：司法論文 H18, H24, H25, H29, R2, R3

予備論文 H23, H27, H30, R2

## ・「処分」の該当性判断の視点 ○

処分の取消訴訟をはじめとする抗告訴訟の対象となる「処分」の該当性を判断するにはいくつかの視点があり、当該事例に適合する視点から判断する必要がある。

下記の〔視点Ⅰ〕〔視点Ⅱ〕〔視点Ⅲ〕以下を参照

## ア 〔視点Ⅰ〕 個別法で処分とみなされて抗告訴訟の提起が認められている場合

→ 個別法（法令）の明文の規定で取消訴訟などの抗告訴訟の提起が認められている場合は、当該行政行為は、個別法の規定により抗告訴訟の対象となる処分に該当するとみなされているので、その旨を指摘すれば足り、その行為が処分に該当するかをそれ以上詳細に議論する実益はない。この場合、後掲の昭和39年判決（東京都ごみ焼却場事件）が明示した処分性の定式を用いて処分性の判断をする必要はない。○

注：この視点に当たる具体例として、公務員に対する懲戒処分が挙げられる。この点について、「ここでは、地方公務員法29条および49条以下の規定をあわせ読んで、立法者が公務員の懲戒処分については取消訴訟の対象となる処分とみなしていると論ずれば足りる。また、そのように考えないと、必ずしも『国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する』とはいえない戒告処分も取消訴訟の対象になることの説明がつかなくなる。」との指摘が参考になる（引用：事例研究 行政法）。

参考：事例研究 行政法 第4版 日本評論社 2021年（令和3年）8月15日 71～72頁

今回参考にした記事のご担当 野呂充教授

## イ 【視点Ⅱ】 法令に基づき許認可等の申請をした場合

→ 個別法（法令）により、許認可等を受けるためには申請を要することとされている場合、法令に基づく申請をした者は、申請が処分の根拠法令の処分要件に実体法上適合するものとして許認可を受けられる権利はもちろん、これとは別個のものとして、処分庁に申請の審査をしてもらい、申請を認諾するか拒否するかについて応答（諾否の応答）を受けるという手続上権利が保障されていると解されている。また、ここでの法令に基づく申請というのは、処分の根拠法令の明文で申請権が規定されている場合だけでなく、処分の根拠法令の解釈上、申請権が認められる場合も含まれる。こうした法令に基づく申請があった場合も、後掲の昭和39年判決（東京都ごみ焼却場事件）が明示した処分性の定式を用いて処分性の判断をする必要がないことを理解してかなければならない。詳細は次の【①】と【②】のとおりである。○

メモ：次頁以降の【①】と【②】を理解した後に、この下の採点実感の抜粋を読むと試験考査委員が受験生に何を伝えたいと考えているのかが分かる。行政庁が申出を拒絶した事案でその拒絶行為が抗告訴訟の対象たる「処分」に当たるかを検討する際は、直接的には、後掲の【①】の理解が必須となる。

## \* R2 司法論文設問1（採点実感・抜粋）

- ・ 申出の拒絶に処分性が認められるかどうかを検討する際には、申出がどのような性質を持つのかという点を考えるべきであるが、かなりの答案が、申出の拒絶自体について、判例の処分性判断の定式に照らして処分性があるかどうかを検討していた。そうした答案は、問題の意図を十分に理解していないと思う。
- ・ 申請権が付与されていれば申請の拒絶は処分性を有することになるという関係を理解していないためか、申出の拒絶により本件計画が変更されないことになるから申出人の権利義務に影響が及ぶとして申出の拒絶に処分性を認める答案も多く見られた。
- ・ 申出の拒絶を処分と解し得るか否かは、法令としての効力を有さない運用指針のみに根拠がある申出をもって、法令上の申請と解して申出者に処分に対する申請権が与えられていると解することが可能か否かはその前提問題となるから、農振法には申請権があるとは書かれていないことや、運用指針には法令としての効力がないということを踏まえて論述をする必要がある。答案の中には、この点を意識し、法令の仕組み全体を踏まえれば申請権があると解釈し得るとか、運用指針が農振法のあるべき解釈を具体化したと解釈し得るなどの考えを導き出したものがある〔以下略〕

・〔①〕 **申請を拒否〔棄却・却下〕した場合**（申出の拒絶をした場合）

まず、法令に基づく申請がされた場合は、行政手続法（一般的な略称は「行手法」）2条3号が、**法令に基づき行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分**（条文上の略語は「許認可等」）を**求める行為**であって、当該行為に対して**行政庁が諾否の応答をすべきこととされているもの**を、行手法上の「申請」と定義付けていることに着目する（行手Ⅱ③）。そして、**行政庁は法令に基づく申請が事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始し、諾否につき応答する義務を負うところ**（行手7）、このような法令に基づく申請がなされたときは、この申請に対する**行政庁の応答（申請に対する拒否処分〔棄却処分・却下処分〕**や、申請に対する**許認可処分**）は、行手法第2章5条以下の「**申請に対する処分**」に当たることになる。そして、「申請に対する処分」の中に含まれる「処分」との文言からも明らかなおり、**法令に基づく申請に対する行政庁の応答は、抗告訴訟の対象たる「処分」に当たるといえる**。したがって、**申請に対する処分**に当たるものについては、**後掲の昭和39年判決（東京都ごみ焼却場事件）が明示した処分性の定式を用いて処分性の判断をする必要はない**。○

注：上記に関して、**許認可等の根拠法令が国の法令であれば、地方公共団体の行政庁による許認可またはその拒否処分であっても、行手法の適用を受けること**になるため（行手法3条3項の括弧書）、「**申請に対する処分**」として、**抗告訴訟に対象となる「処分」に当たる**。なお、地方公共団体が、国の法令を根拠法令とは関係なく、当該地方公共団体の独自の条例に基づく独自の処分をする場合は、行政手続法の適用除外となるが（行手3Ⅲ）、ほとんどの地方公共団体が、**行政手続法と同趣旨の行政手続条例を制定しているため**、その条例を根拠に、地方公共団体の許認可等は、その条例における「**申請に対する処分**」として抗告訴訟の「処分」に当たりうる。

ちなみに、**法令に基づく申請に対する拒否処分がされた場合**、単に、申請許否処分の取消訴訟を提起するだけでなく、**実効的な権利救済のために**、申請に係る許認可等の**申請型義務付け訴訟**（行訴3Ⅵ⑥、37の3Ⅰ②）を提起した上で、**申請許否処分の取消訴訟の併合提起**（行訴37の3Ⅲ②）をするのが望ましい。

（申請に対する審査、応答）

行政手続法7条 行政庁は、**申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならず、かつ**、申請書の記載事項に不備がないこと、申請書に必要な書類が添付されていること、申請をすることができる期間内にされたものであることその他の法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、**速やかに、申請をした者（以下「申請者」という。）に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない**。

・〔②〕 申請に対して不作為にでている場合

次に、法令に基づく申請をしたにもかかわらず、行政庁が、相当の期間を経過しても何の応答もしないという**不作為**にでている場合、行政庁は申請が事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始し、諾否につき応答する義務があることから（行手 7）、行訴法 3 条 5 項所定の「行政庁が法令に基づく申請に対し、何らかの処分または裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしない」との不作為があったものとして、この不作為に対して抗告訴訟としての**不作為の違法確認訴訟**を提起することができる。抗告訴訟は、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいい（行訴 3 I）、その対象は「処分」に当たることが必要となるが、前述のとおり、法令に基づく申請に対する応答は処分に当たることから、この応答をしない不作為が抗告訴訟の対象たる処分といえるかについては、通常はこの説明で足り、後掲の昭和 3 9 年判決（東京都ごみ焼却場事件）が明示した処分性の定式を用いて処分性の判断をする必要はない。○

注：なお、このように法令に基づく申請に対して行政庁が不作為を係属しているケースでは、単に不作為の違法確認訴訟を提起するだけでなく、**実効的な権利救済**のために、申請型の義務付け訴訟（行訴 3VI⑥、37 の 3I①）を提起した上で不作為の違法確認訴訟を**併合提起**（行訴 37 の 3III①）するのが望ましい。

\* R 2 司法論文設問 1（採点実感・抜粋）

・計画除外の申出が行政手続法所定の申請に当たるかどうかが、同法第 7 条を念頭に検討することが求められるところ、この点につき結論に至る過程を的確に論じている答案は少なかった。

・前掲の〔①〕と〔②〕は、許認可等について個別法に法令の申請の仕組みが存在する場合に妥当するルールである。個別法を解釈しても申請の仕組みが読み取れない場合は、行政庁に審査義務や諾否についての応答義務は課されず、仮に、行政庁が、職権により、申出に対して何らかの応答にでたとしても、その応答は事実上のものにすぎず、抗告訴訟の対象となる「処分」には当たらない。したがって、その応答に対する取消訴訟を提起することはできない。また、個別法を解釈しても申請の仕組みが読み取れない場合において行政庁が不作為にでいても、行訴法 3 条 5 項所定の「行政庁が法令に基づく申請に対し、何らかの処分または裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしない」との不作為があったわけでないので、不作為の違法確認訴訟は提起できない。○

参考：事例研究 行政法 第 4 版 日本評論社 2021 年（令和 3 年）8 月 15 日 72 頁  
今回参考にした記事のご担当 野呂充教授

ウ 【視点Ⅲ】 判例の判断枠組みで処分性の有無を柔軟に判断すべき場合

→以上の〔視点Ⅰ〕の個別法で処分とみなされて抗告訴訟の提起が認められている場合や、〔視点Ⅱ〕の法令に基づき許認可等の申請をした場合のいずれにも当たらない場合は、問題となる行政行為について、後掲の昭和 3 9 年判決（東京都ごみ焼却場事件）の判断枠組みを用いて、抗告訴訟の対象となる「処分」に当たるかを判断することになる。この判断をする際は、必要に応じて、「行政行為」と「処分」の異同や、平成 2 0 年大法廷判決など他の判例の判断枠組みを考慮する。この点については、次頁以降を参照されたい。○

## 出題趣旨 民法

## 1 設問 1 について

(1) 設問 1 は、民法第 192 条及び第 193 条に関する基本知識を確認する趣旨の出題であり、これらの規定がどのような関係に立つか、指図による占有移転による即時取得は認められるか、盗品・遺失物につき被害者が回復請求をするまでの使用利益が誰に帰属するかなどについて理解を問うものである。

(2) 請求 1 については、A が占有者 C に対して甲の所有権に基づく返還請求権を行使するものであることを示す必要がある。これに対し、C は、下線部⑦において、D が甲の所有権を即時取得したことにより、A が所有権を喪失したとの抗弁を主張していると考えられ、この抗弁に言及することが求められる。占有権原を有するとの抗弁を主張していると考え余地もあるが、仮にそのような主張をしようとする場合には、使用貸主が所有権を有していることが前提とされなければならない、また、使用借権は第三者対抗力を欠くから、結局は、D が甲を即時取得し、それによって A が甲の所有権を喪失したことに言及する必要がある。

D の即時取得が認められるかを解答するに当たっては、即時取得の要件について、本問における具体的な事実当てはめて検討することが必要になる。その際、要件の一部については推定が認められていること、善意無過失の意義などについても触れておくことが望ましい。本問においては「占有を始めた」という要件がポイントとなり、D は指図による占有移転によってその間接占有を承継取得したことを指摘する必要がある。

下線部④における A の反論は、指図による占有移転によっては即時取得に必要な「占有を始めた」という要件は満たされないと主張するものであり、親念的な占有の移転によつては「占有を始めた」とはいえないことを指摘する趣旨のものであることを示す必要がある。その上で、民法第 192 条の「占有を始めた」という要件が同法第 178 条の「引渡し」の要件と区別されることから、後者を満たしても前者を満たすとは当然にはいえないことも指摘されていることが望ましい。



次に下線部②におけるAの反論は、甲が盗品であることから、たとえ民法第192条の要件が満たされるとしても、同法第193条に基づき、Aは甲の回復を求めることができるという趣旨を述べるものであると考えられる。そこで、甲が盗品であること、Cが甲の「占有者」であること、Aによる回復請求は盗難の日から2年を経過していないことを指摘する必要がある。その際、同条における「占有者」を同法第192条の「占有を始めた者」と同義に解すべき理由がないことも示されていることが望ましい。もっとも、この点に関しては、同法第193条と同法第192条の「占有者」を同義に解したうえで、Dが「占有者」に当たり、Dとの使用貸借関係に基づき甲を占有するCはDと別個独自の地位を主張して甲の回復請求を拒むことはできないとの説明や、盗難時から2年間は同条による即時取得がそもそも生じ得ないとして、同法第193条の要件のうち盗品であることと期間以外のものが充足されているかどうかの検討を経ることなく、Aは所有権に基づき甲の返還請求権を行使することができ、Aとの関係で占有権原を有しないCはこれを拒むことができないという説明も考えられる。

請求1の当否を検討するに当たっては、下線部⑦から⑨までの各主張の趣旨を正確に理解した上でそれぞれの当否を検討する必要がある。

まず、下線部④のAの反論に関しては、その当否についていずれの立場に立つにしても、民法第192条の「占有を始めた」とは、占有者が「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得すること」を意味するものと解する判例準則（最判昭和35・2・1民集14巻2号168頁）が確立していることを踏まえ、下線部④におけるAの反論の内容がこの判例準則の理解として適切であるかどうかについて理由を付して述べることが求められる。そして、Dによる即時取得の成否について検討した上で、民法第193条の適用の可否について検討し、CはAからの甲の返還請求を拒絶することができないという結論を述べる必要がある。

(3) 請求2では、Cが甲の占有を開始した令和2年5月1日から甲をAに返還するまでの間の使用利益が誰に帰属するかが問われている。

盗品・遺失物の占有者が占有の開始時から被害者又は遺失者に目的物を返還するまでの間の使用利益の帰属について、民法第194条が適用される事例においては、所有権帰属の観点ではなく、同条の趣旨に基づき、代価弁償の提供があるまでの間の使用収益権が占有者に認められている（最判平成12・6・27民集54巻5号1737頁）。  
しかし、本問は同条の適用事例ではなく、同法第193条が同法第192条とどのような関係に立ち、どのような効果を定めているのかが別途問題となり得る。

まず、Aは、Aに甲の所有権が帰属するという前提に立ち、使用貸借契約に基づく占有権原を主張することができないCに対し、不当利得返還請求権に基づいて使用利益の返還を請求していることを示す必要がある。

そこで、民法第193条の趣旨に鑑み、盗難又は遺失から回復請求がされるまでの間の所有権が原権利者と占有者のいずれに帰属するかが問題になり、この点について理由を付してその結論を述べる必要がある。

判例は、同条の効果について、占有者がいったんその物につき即時取得した所有権その他の本権を回復するのではなく、占有者が盗難又は遺失の時から2年以内に被害者又は遺失主より回復の請求を受けない場合にはじめてその物の上に行使する権利を取得する趣旨を定めたものであると解している（大判大正10・7・8民録27輯1373頁）。  
原所有者帰属説によると、CはBからDへの譲渡がされた後も無権原でAの所有物である甲を占有し使用していたこととなり、使用利益の返還に関しては同法第189条及び第190条の定めに従うべきこととなる。Cが善意であれば同法第189条第1項に基づき甲の果実收取権を有し、少なくとも回復請求がされるまでの使用利益についても返還する必要がなく、Aは、令和2年5月1日以降回復請求がされるまでの間の甲の使用料相当額の支払をCに求めることができない。もっとも、本権に基づく訴えに敗訴し、悪意占有者とみなされる場合、Cは訴え提起時以降甲を返還するまでの使用料相当額の支払義務を負う。

なお、甲を直接占有するCは「占有者」に当たり、間接占有者としてBがかつて存在していた、あるいは現にDが存在するとしても、上記の結論に影響を及ぼさないことも併せて指摘されることが望ましい。

占有者帰属説は、回復請求の効果が遡及するという立場と将来に向かって効力を生ずるという立場に分かれ得るが、効果が遡及するという立場からは、甲の所有権はAの下にとどまっていたことになるため、AC間の法律関係は原所有者帰属説と同様に処理される。他方、将来に向かって効力を生ずるという立場を採る場合には、占有者に使用収益権能が帰属する以上、占有者の主観的態様を問わず、およそ原権利者がその間の使用利益相当額の支払請求をすることができないとする結論が比較的に自然に導かれるが、目的物の所有権の帰属と使用利益の帰属が分離して規律されているとする見方もあり得ないではない。いずれの立場であっても、DがBから甲を譲り受ける令和2年5月15日以前の使用料相当額にかかる請求に関しては、Cは無権原占有であるという評価を免れないから、この間の使用利益の返還については別途検討する必要がある。

## 2 設問2について

- (1) 設問2は、有償の役務提供契約が途中で終了した場合の法律関係を、特にその場合の報酬及び損害賠償について問うものである。当該役務提供契約の性質決定に関して、当該契約における債務の内容及びその特徴を明らかにし、民法の規定する役務提供型の契約類型の特質を踏まえて、当該契約の性質を決定することができるか、また、それを前提として、その中途終了の場合の報酬や損害賠償に関連する民法の規定の構造を理解しているか、契約類型に伴う異同について理解しているかを問うものである。
- (2) A E間の契約①は有償の役務提供契約であるところ、雇用（労働契約）は使用者との間の指揮命令関係の下での役務提供、請負は仕事の完成という結果の保証、委任は結果保証を伴わない事務の委託と裁量ある他人の事務の処理をもって、それぞれの特質と解されている。 A E間には、使用者・労働者の指揮命令関係は認められず、EはAから独立して役務を提供するものであるから、契約①の性質としてあり得るのは、請負、委任（法律行為でないことから準委任（民法第656条））、またはいずれでもない非典型契約（無名契約）である。
- 契約①の性質をいずれと決定するかに当たっては、それぞれの契約類型の特質とともに、その特質に対応した契約①におけるEの役務提供の内容を明らかにすることが求められる。すなわち、請負の場合には、何をもちて仕事の完成・結果保証といえるのか、委任の場合には、何をもちてAの事務の委託あるいは裁量ある事務の処理といえるのか、また、無名契約の場合は典型契約の類型に該当しないという判断がどのように基礎付けられるのかを、Eの債務内容に照らして明らかにする必要がある。
- 契約①の性質の決定に当たっては、月額報酬と成果報酬が組み合わされているという契約①における報酬の定め方の捉え方も手がかりとなるため、契約①におけるEの債務内容の確定とその特質の抽出、契約①の性質決定においては、報酬の定め方を通じて、これらの報酬が何に対して支払われるものかについても考慮することが望ましい。
- (3) Aによる契約①の解除の性質は、任意解除権の行使によるものであると考えられる。請負、委任については、民法に任意解除権に関する規定が設けられている。無名契約であるときは、そのルール自体を構築していく必要があるが、Aのための役務提供であることなどに鑑み、請負や委任等の規定を手掛かりとして、少なくとも、Aからの解除は認められると論じることになる。それぞれの立場から、根拠条文の要件を踏まえ、【事実】に即して当てはめる必要がある。
- Aの解除を債務不履行解除とみる余地がないわけではないが、Eが提供する役務の性質上、Eには相当の裁量が認められるものと解されるので、Aによる改善要求が抽象的なものにとどまっていることも考慮すると、Eによる講座の運営がその裁量を逸脱したものとして債務不履行に当たると評価することは、結論的には困難であると考えられる。

- (4) A E間の報酬の取決めは、Eによる本件講座の提供に対して月々の報酬と、Aの従業員である受講者の乙検定の合格者数に応じた成果の報酬（成功報酬）という2本立てでされている。Eの請求3は、Aによる契約①の解除に伴い、講座提供がされた8月分について未払報酬の支払を求めるものである。

報酬については、準委任の場合も請負の場合も役務提供が先履行であり後払いが原則である（民法第648条第2項、第633条）。

約定の月額報酬については、契約①を準委任とみる考え方においては、民法第648条第2項ただし書により準用される同法第624条第2項により、期間経過後に報酬を請求することができる。もっとも、対応する期間に履行がされていることが前提であるから、Eの役務提供が契約に適合した債務の履行であったかが問題となり、債務不履行の該当性を判断することになる。

請負の場合は、民法第633条ただし書・第624条第1項により、約定の役務提供が終わった後でなければ報酬を請求することができない。仕事完成前の解除がされた場合には、同法第634条により、既にした役務提供によってAが利益を受けているかどうかが問題となる。5か月の役務提供をもって仕事の完成とみるか、月々の講義・役務提供が5か月分用意されるものとみるかによって中途解約であるかどうかが異なり、報酬の根拠条文が異なるため、Eの債務内容に即して根拠条文及び請求の可否を示す必要がある。その前提として、債務の履行が必要であることは準委任の場合と同様である。

- (5) 請求4の120万円の支払請求は、役務提供がされていない9月分、10月分についてその月額報酬相当分を損害賠償として請求するものと考えられる。また、通学講座における代替講師のこの間の報酬40万円の支払は、Eが9月・10月の履行の準備のために支出を余儀なくされたものであり、約定どおりの報酬が得られたならばそれに織り込まれる性格の支出である。

中途解除の場合の**損害賠償**については、任意解除の場合、契約①が**準委任**であれば民法第651条第2項によることになる。したがって、Eに不利な時期の解除であるとき、契約①が受任者Eの利益をも目的とするものであるときのいずれかの場合には、AはEに対しその損害を賠償しなければならない。設問では、Eは、期間全体にわたり他の講座を断り（他の収入機会の喪失）、また、代替要員の手配（準備費用投下）などを行っており、「不利な時期」の解除に該当する余地がある。そのため、同項第1号にいう「不利な時期」とは何を指すのかを明らかにしつつ、本件のそれらへの該当性を判断し、また、それぞれの場合の損害賠償の内容について検討する必要がある。損害賠償を認める場合、まず、具体的に何が損害賠償の範囲に含まれるかを示す必要がある。損害賠償の範囲は不利な時期に解除したことによる損害に限られるというのが通説であり、そのように解釈される理由についても示すことが望ましい。また、委任契約が解除されなければ受任者が得たであろう利益から受任者が債務を免れることによって得た利益を控除する必要がある。

同項第2号の「受任者の利益」については、報酬を得るだけでは該当しないことが明文化されている。設問では、それ以外に受任者の利益として評価できる**事実は見受けられない**。任意解除の場合のEの損害賠償請求については、これらについても言及することが望ましい。

準委任の場合には、損害賠償の成否は「やむを得ない事由」の存否に左右されるため（民法第651条第2項柱書ただし書）、それについて**検討**する必要がある。

請負の場合には、完成前に解除されたと捉えるのであれば民法第641条により損害賠償が必要であり、その場合の損害賠償は履行利益賠償となる。したがって、Eは、9月分、10月分について、報酬から節約できた費用を差し引いた分を請求でき、一方、10月分について他所の講座を引き受けたことで得た報酬分は、損益相殺によって差し引くことになる。

無名契約の場合には、請負と委任のいずれに引き付けて考えるかによる。

## 3 設問3について

- (1) 設問3は、連帯保証ないし共同保証に関する条文と判例を正確に理解し、これを事例の解決のために適切に用いることができるかを問うものである。
- (2) 小問(1)は、保証人が債権者からの請求を拒絶することのできる事由について問うものである。

HはFに対して保証債務の履行を請求しているが、本問を検討する上では、まずHのFに対する500万円の支払請求についての請求原因を明らかにしておくことが求められる。HのFに対する請求の根拠（請求原因）は、AがHとの間で諾成的消費貸借契約である契約②を締結し、借入金500万円の交付を受けたこと、Fは、Hとの間で本件債務を連帯保証する旨の契約③を書面により締結していることである。

Fは、Hによる保証債務の履行請求に対して、まず、保証債務の消滅時効を援用し、債務の全額の支払を拒むことが考えられる。また、Fとしては主債務の時効消滅を援用することもでき（民法第145条括弧書）、主債務が消滅すれば、付従性によって保証債務も消滅する。

解答に当たっては、関連条文を示しながら、事実に即して消滅時効を主張することの可能性を指摘することが求められる。

本問では、Aが令和10年6月20日に弁済の猶予を求める書面を送付して債務を承認しており、これによって時効は更新されている（民法第152条第1項）。本問の場合、令和15年5月10日の時点では、それから5年は経過していないので、消滅時効は完成していないことになる。

Fが自身の負う保証債務の消滅時効を援用しようとしても、主債務者による時効の更新は保証人に対してもその効力を生ずるものとされているため、これは認められない。

また、Fが主債務の消滅時効を主張しようとする場合も、主債務について消滅時効の更新がされており、保証人はこれを否定することができないから、やはり認められない。

Fがどちらの債務の消滅時効を援用するか、ということと、Aの債務承認による時効更新の影響が同債務にどのように及ぶのか、ということが矛盾なく説明されている必要がある。ここでは、主債務者の債務承認による時効更新の保証債務に対する影響関係が理解できているかが問われることとなる。

次に、AはHに対して絵画丙の売買契約による100万円の売買代金債権を有しており、Aが本件債務についてこの売買代金債権を自働債権とする**相殺権**を有していることを理由として、保証人であるFは、100万円分の**支払を拒む**ことが考えられる（民法第457条第3項）。ここでは、主債務者の相殺権をもってする履行拒絶の可能性とその**根拠条文**が摘示されている必要がある。

もっとも、AがHに対して有する**売買代金債権の弁済期**は令和4年8月31日であり、令和15年5月10日の時点ではそれから**11年**が経過しているため、FがAの相殺権を理由として履行を拒絶した場合、Hとしては、**自働債権が時効消滅**しており、Aの相殺（ひいては、そのことに基づくFの履行拒絶）は認められない、と主張することが考えられる。

時効によって消滅した債権を自働債権とする相殺をするためには、**自働債権の消滅時効期間経過以前**に受働債権と**相殺適状**にあったことを要し、そのためには**受働債権**の弁済期が現実に来していたことを要するとした判例があり（**最判平成25・2・28**民集67巻2号343頁）、解答に当たっては、**この判例を正しく理解**している必要がある。

単に判例の結論を知っていてそれを問題の事例に当てはめる、というだけでなく、**なぜそのような解釈が採られるべきなのか**、そして判例と同じ結論が**本問の事例においても妥当**するのかを**説明**することが求められる。

- (3) **小問(2)**は、**連帯保証人と主債務者、共同連帯保証人との関係**について、**弁済をした連帯保証人が**することのできる**求償の範囲**を問うものである。

連帯保証債務の弁済をしたFは、**主債務者A**に対して**求償**をすることができる。FがAの**委託を受けない保証人**であるため、**求償の根拠**は、民法第462条第1項ないし事務管理に基づく費用償還請求（同法第702条第1項）に求められる。**求償が認められる範囲**については、**同法第462条第1項**が準用する**同法第459条の2第1項**により、**主債務者が弁済の当時利益を受けた限度**となる。このことから、FはAに対して弁済以後の法定利息や費用等までは請求できないことを示したうえで、**求償額が300万円**となることを説明することが求められる。

**共同保証人のうちの1人が自己の負担部分を超える額を弁済**したときは、**他の共同保証人**に対して**求償**をすることができる（民法第465条第1項）。

**共同保証人間の求償**の場合は、**弁済額が負担部分を超えていなくても負担部分の割合に応じて認められるという連帯債務者間の求償とは要件**〔注：442条1項〕が異なり、**負担部分を超える額を弁済**したことが必要である。本問においては、FがHにした**300万円の弁済が自己の負担部分を超える**ものであるならば、FはGに対して**その分の求償**をすることができる。

そこで、**共同保証人の内部的負担割合は特約等がなければ各自平等**となること、Fが債権者から**一部免除**を得ていることを踏まえて、本問における具体的な事実関係に当てはめて**Fの負担部分を算出**し、**その上で求償の可否及び求償額の額**を解答することが求められる。

**FがHにした免除がGをも免除する趣旨のもの**と解すべき事情が認められない限り、当該免除があっても**FとGの内部的負担部分は各250万円**のままであり、Fとしては、**弁済をした300万円から250万円を差し引いた50万円**をGに対して**求償**できるとなる。

## \* 民法の関連知識

## 有償委任における報酬

## ア 意義

→委任契約は無償が原則であり、受任者は、報酬支払いの合意（特約）がない限り、報酬を請求することができない（648 I・原則無償・例外有償）。委任者は、有償の特約があるときは、報酬支払義務を負う。○ H20-26, H28-26

メモ：ローマ古典期の法の下では、高度な知的作業には対価が馴染まないとして、無償性を前提とした事務処理の委任のみが認められていた（債権法講義〔各論〕38 第8章 委任 河上正二 法学セミナーno.781 2020年2月 72頁）。

## ・有償の委任契約の2つの類型 ○

有償の特約がある委任（有償委任）には、委任の事務処理の労務に対して報酬が支払われるもの（履行割合型の有償委任）と、事務処理の結果として達成された成果に対して報酬が支払われるもの（成果完成型の有償委任）がある。民法はこのことを踏まえて報酬に関する規定を設けている。

成果完成型の有償委任は、結果に対して報酬が支払われる点で請負と共通するが、請負と異なり、成果の達成（仕事の完成）が債務の内容となっているのではなく、成果の完成に向けて善管注意義務をもって事務処理をすることが債務の内容になっているにとどまり（手段債務）、達成された成果に対して報酬が支払われることが合意されているものである。結果（成果）の不発生の場合、請負だと、請負人の債務不履行責任が問題となりうるが、委任だと、受任者は債務不履行責任を問われない（参考：「新契約法Ⅱ 潮見佳男 信山社 328頁 2021年（令和3年）4月14日」，「債権法講義〔各論〕38 第8章 委任 河上正二 法学セミナーno.781 2020年2月 73頁」）

関連問題：**司法論文R3設問2**（準委任と請負の異同を踏まえて事案に則した契約解釈をする）



## イ 有償委任の報酬の支払時期と割合的報酬請求権

・ **履行割合型の有償委任の報酬の支払時期** ○ ※：雇用に類似（624参照）

648条2項本文は、「受任者は、報酬を受けるべき場合には、委任事務を履行した後でなければ、これを請求することができない。」と規定する（648Ⅱ本）。このことから、委任の事務処理の労務に対して報酬が支払われることを合意した有償委任（履行割合型の有償委任）の場合であれば、受任者は、特約がない限り（648条をはじめとする委任の規定は任意規定）、委任事務を履行した後でなければ、委任者に対して、報酬を**請求**することができない。**ただし、期間によって報酬を定めたときは、624条2項〔期間によって報酬を定めた時は期間の経過により報酬請求できるとの雇用の規定〕を準用する**（648Ⅱ但）。**例えば**、委任の事務処理に対して1か月につき60万円の報酬支払いの合意をした場合、受任者は、報酬の支払時期につき特約がない限り、期間の経過後に報酬を請求できる（648但、624Ⅱ）。

・ **履行割合型の有償委任における履行の中途終了と割合的報酬請求権** ◇

※：雇用に類似  
受任者は、次の①又は②に掲げる場合には、特約がない限り、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる（648Ⅲ・履行割合型の有償委任を想定した規定）。

- ① 委任者の責めに帰することができない事由によって委任事務の履行をすることができなくなったとき（648Ⅲ①）。

※：雇用に類似（624の2①参照）

- ② 委任が履行の途中で終了したとき（648Ⅲ②）。

※：雇用に類似（624の2②参照）

・ **成果完成型の有償委任契約における報酬の支払時期** ○

※：請負に類似（633参照）

一定の**成果に向けて事務処理**をすることを**債務の内容**とした上で、**成果**に対して**報酬**支払いをすることを合意した有償委任契約（成果完成型の有償委任）の**報酬の支払時期**については、648条の2第1項に特別の規定があり、これと異なる合意（特約）がなければ、この規定に従うことになる。

まず、報酬の支払時期について、**委任事務の履行により得られる成果**に対して**報酬**を支払うことを約した場合において、**その成果が引渡しを要する**ときは、**報酬**は、その**成果の引渡しと同時に**、支払わなければならないとされる（648の2I）。これは、通常の委任と同じように、受任者は委任事務を処理した後でなければ報酬の請求ができないことを前提に（648II本）、委任事務処理の成果に報酬を支払う旨の合意がなされたときは、**成果の引渡しと報酬の支払いが同時履行**の関係になることを意味する。

一方、**成果が引渡しを要しないもの**であるときの報酬の**支払時期**は、648条の2第1項が特に規定していないので、通常の委任の規定が適用され、**受任者は、委任事務を履行した後**でなければ報酬を請求することができない（648II本）。**ただし**、**成果に対して報酬が支払われる旨の合意がある以上**、**成果**が得られた後でなければ、契約上、報酬の請求ができないことになる。

・ **成果完成型の有償委任契約における割合的報酬請求権** ◇

※：請負に類似（634参照）

**634条〔請負の報酬の割合的一部請求〕**の規定が、**委任事務の履行により得られる成果に対して報酬を支払うことを約した場合**について**準用**されている（648の2II）。

この規定の準用の結果、成果が得られる前に委任者の責めに帰することができない事由によって委任事務の履行ができなくなった場合（648の2II，634①）、又は、成果が得られる前に委任契約が解除された場合（648の2II，634②）のいずれかの場合において、**既に履行した委任事務の成果が可分**で、**その可分な一部によって委任者が利益**を受けるときは、**受任者は、その利益の割合に応じて報酬を請求**することができる（648の2II，634柱書）。

メモ：委任事務処理の「成果」に対して報酬が支払われる有償委任は、仕事の結果に対して報酬が支払われる**請負に類似**するので、**請負**の規定が**準用**されている。**ただし**、**成果に対する報酬の支払いを約束した有償委任契約は、成果に向けて事務処理をすることが債務と内容となる点で（手段債務）、仕事の完成が債務の内容（結果債務）となる請負とは性質が異なる**ことに注意を要する。

注：648条の2第2項は、請負における報酬の一部請求を認める旨の規定を、成果報酬の合意をした有償委任契約に準用している。

- ・おまけ **司法論文R3設問2**の問題文に登場する**契約内容**をどのように**分析**するか？  
**令和3年度の司法試験の論文試験の設問2**において、以下の契約（「**契約①**」）の性質やそこから生じる債務の内容を分析させる等の出題がされた。月額報酬60万円と、検定試験の合格者数に応じた成功報酬は、それぞれ何を法的根拠として発生するのかという点を分析することがポイントになりそうである。上記各報酬の発生根拠となる契約①は、**請負なのか、準委任なのか、請負と準委任の折衷型ではあるが本籍地が準委任となる成果報酬の合意がある準委任なのか、それともそれ以外の契約か**ということを具体的に分析する必要がある。契約法の分野では、本問のように、問題文に登場する当事者が具体的にどのような権利義務が発生することを合意していたのかということを契約の解釈を通じて確定する作業は非常に重要な事柄なので、機会をみて本問の検討をしてみるとよい。

**問題文の抜粋：**「Aは、個人で事業を営んでいたところ、従業員の技能の向上のため、毎年11月に実施される業界の技能検定試験である「〇〇検定1級」（以下「乙検定」という。）に従業員を合格させる方針を打ち出した。そこで、Aは、乙検定の高い合格実績をうたって通学講座を開設しているEに対して、Aの従業員専用出張講座の開設を依頼した。A及びEは、令和3年5月10日、Eが、同年6月から10月までの5か月間、Aの事業所にて出張講座を開設し、週4日、授業を行うこと、Aが、月額報酬60万円、及び同年の乙検定の合格者数に応じた成功報酬を支払うことを合意した（以下「**契約①**」という。）。なお、月額60万円は、Eの他の出張講座よりも高額であった。」

- ・メモ 請負と委任（準委任）を区別する際の着眼点の1つ ○  
請負における仕事の完成と委任（準委任）における委任事務処理とは、実際上、区別をすることが難しいときがある。そのようなときは、例えば、特約があればそれに従うとして、特約がないときに、下請負にだすようなことができる性質の契約か否かという点に着目するとよい。請負は、請負人の債務の内容が仕事の完成であり、他人を使って仕事を完成させても契約違反にならないが、委任（準委任）は、当事者の信頼関係を基礎とする契約なので、委任事務処理を他人に実行させることはできず、受任者が自らやらなければならない。
- ・委任者の帰責事由による**事務処理の不能**や**成果の完成不能**と**報酬の全額請求権**◇  
委任者の責めに帰すべき事由により、(1)履行割合型の有償委任の事務処理が不能となった場合、(2)成果完成型の有償委任の**成果の完成が不能**となった場合、さらに、(3)これらの場合以外で、委任が途中で終了した場合は、受任者は、**536条2項**（危険負担の債権者主義）の法意に照らして、委任者に対し、**報酬の全額の請求**ができると解されている。

参考：新契約法Ⅱ 潮見佳男 信山社 331頁 2021年（令和3年）4月14日

## 出題趣旨 商法

1 本問は、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）において、①代表取締役が当該株式会社を代表して当該代表取締役が個人として負う債務を連帯して保証する旨の合意をした場合に、当該株式会社がその連帯保証債務の履行を拒絶するために考えられる法的な主張としてどのようなものがあり、そのような主張が認められるのかを問うとともに（設問1）、②誰が株主であるかが争われている場合に、具体的な事実関係の下でどのように株主を認定すべきか（設問2）、③議決権の行使を委任することができる代理人を株主に限る旨の定款の規定がある場合に株主ではない弁護士が代理人として議決権を行使することの可否や、株主である株式会社の代表取締役がその内部的制限に反して当該株式会社を代表して議決権を行使することの可否といった株主総会における議決権行使の在り方（設問3）を問うものである。

いずれについても、会社法上の重要な制度や判例に関する基本的な理解を前提に、問題点を適切に分析した上で、具体的な事実関係に応じて結論を導き出すことができるかを問うものである。

2(1) 設問1においては、甲社としては、①Aが甲社の代表取締役として締結した本件連帯保証契約は、利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会の承認が必要であった（同法第365条第1項）のに、取締役会の承認を得ていないので無効（甲社に効果不帰属）である、②本件連帯保証契約は、多額の借財（同法第362条第4項第2号）又は重要な業務執行（同項柱書）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会によって決定されなければならなかったのに、取締役会によって決定されていないので無効（甲社に効果不帰属）であるなどと主張して、本件連帯保証契約に基づく債務の履行を拒絶することが考えられる。

なお、甲社としては、上記①及び②のいずれかの主張が認められれば、上記債務の履行を拒絶することができることになる。

(2) 甲社の上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、本件連帯保証契約が間接取引に該当するものであるにもかかわらず、甲社の取締役会の承認がないことを指摘した上で、取締役会の承認がない間接取引の効力について、判例（最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁）を踏まえて検討することが求められる。

(3) 続いて、甲社の上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額等の本問の事実関係に照らし、多額の借財又は重要な業務執行に当たるか否かを検討することが求められる。本問の事実関係からすると、これらに当たると判断することが一般的であると考えられることから、更に進んで、甲社の取締役会によって決定されていないことを指摘した上で、その場合の効力について、判例（最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁）を踏まえて検討することになる。

- (4) 上記①及び②の主張のいずれにおいても、判例の立場に立って検討する場合には、本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討が必要となる。

まずは、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや、多額の借財又は重要な業務執行に該当することについての乙社の認識を検討することになるが、前者については、本件連帯保証契約の内容からして乙社の悪意が認められるのが自然であろうし、後者についても、甲社の財務状況の概要を確認したという本問の事実関係からすると、乙社の悪意が認められるのが自然であろう。

その上で、取締役会の決議がないことについて、自らが立てた規範に沿って、過失又は重過失の有無を中心に検討することになる。その際には、取引をめぐるこれまでの経緯や本件連帯保証契約に関するやりとりに関する事実関係を丁寧に拾い、それらに対する評価を加えながら検討することが求められる。例えば、甲社との取引を望む小さな事業会社である乙社の代表取締役としては、本件確認書が交付されたにもかかわらず取締役会の議事録の写しを強く求めることは困難であったことなどを指摘して、過失又は重過失がないと評価することも考えられよう。

- 3 (1) 設問 2においては、Cとしては、名義上の引受人ではなく、実質上の引受人が株主になるという考え方を前提に、本件株式会社について、引受けの申込みなど引受契約の締結に至るまでCの主導で行われてきたこと、Cの貯金から払い込まれたこと、その発行に至る経緯及び本件株式に係る権利を行使してきたのはCであることなどの本問の事実関係を指摘して、自らが実質上の引受人であって本件株式の株主であると認定されるべきであるなどと主張することが考えられる。

- (2) Cの上記主張の当否を検討するに当たっては、まず、本問のような場合に誰を株主と認定するののかについての考え方を検討する必要がある。すなわち、株式の申込みや引受けに際して名義に現れた者が株主であると考えなのか（いわゆる形式説）、名義が誰であるのかにかかわらず、一般私法上の法律行為の場合と同じく、実質上の引受人が株主となると考えるのか（いわゆる実質説）、といった考え方の対立がある中で、どのような考え方に立脚するのかを検討する必要がある。

実質説に立つ場合には、本問の事実関係を拾いつつ、それらを適切に評価して結論を導く必要がある。本問では様々な事実関係があるが、払込金額がCの貯金によって賄われたこと、「従業員や取引先の手前、多少の株式を持っておく必要がある」や「金のことは心配しなくていい」といったCの発言、甲社の株主総会においてAを引受人とする決議がされたこと、本件株式の引受けに係る書面に記載された名義はAであったこと、Aが甲社の役員に就任した経緯、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの各事実について、単に事実を列挙するだけでなく、それぞれについての評価を加えた上で結論を導くことが求められる。

例えば、「金のことは心配しなくていい」というCの発言については、Aに対して払込金額に相当する金銭を贈与する趣旨であったという方向で評価することもできるし、本件株式の実質的な引受人はCであって名義のみAとしたにすぎないという方向で評価することもでき、いずれの方向であっても、自分なりに事実に対する評価を加えて結論を導き出すことが求められる。

さらに、本件株式を引き受けた時点における実質的な引受けの意思が問題となることに意識した上で、その後の事情については当時の意思を推認させるものであるなどの評価を加えながら検討するといったように、より実務的な観点からの考察が加えられていると、なお望ましい。

他方で、形式説に立つ場合には、判例（最判昭和42年11月17日民集21巻9号2448頁）が実質説を採用していると評価されていることを踏まえ、より説得的な論述が望まれる。例えば、その根拠として、集团的関係における画一的な取扱いの必要性や、非公開会社においては名義に現れない実質上の引受人を株主とすることによって閉鎖性を維持することができなくなることを指摘したり、事実関係として、本件株式の引受けの申込みをする際に提出すべき書面（会社法第203条第2項）の名義がAであることや、甲社の株主総会において本件株式をAに発行する旨の決議がされたことを指摘したりすることにより、説得的な論述を展開することが望ましい。

- 4(1) **設問3**においては、Aとしては、①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旨の定款の規定（以下「本件定款規定」という。）に基づいてDの代理人である弁護士Gによる議決権の行使が認められなかったこと、②丙社の内規に従って包括委任状が提出されていたにもかかわらず、内規によって権限が制限されているFによる議決権の行使が認められ、包括委任状に基づくAの議決権行使が認められなかったことが、それぞれ決議の方法が法令に違反する場合（会社法第831条第1項第1号）に該当すると主張することが考えられる。

なお、上記①及び②のいずれについても、株主総会決議取消しの訴えを提起したAではないD又は丙社の議決権の行使に関する事由であることから、株主総会決議取消しの訴えにおいて他の株主に係る事由を主張できることが前提となるし、仮に法令違反が肯定されるとすれば、「決議に影響を及ぼさないもの」（同条第2項）には当たらず、裁量棄却はされないものと考えられることから、これらの点についても言及されていることが望ましい。

また、Aとしては、上記①及び②のいずれかが認められれば、本件決議の取消しが認められることになる。

- (2) Aの上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、株主は、代理人によってその議決権を行使することができるものとされていること（会社法第310条第1項）を前提に、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という本件定款規定の有効性及び適用範囲について、判例（最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁等）を踏まえて検討することが求められる。その際には、Dの代理人であるGが弁護士であること、甲社が非公開会社であることなどの本間の事実関係を踏まえ、これらの事実関係がどのように影響するのかについての考察を加えながら検討することが求められる。

例えば、Gが弁護士であるという点については、一般的には本件定款規定のような議決権の行使に係る代理人資格の制限は有効ではあるものの、弁護士であるGが代理人とされている本間においては適用されるべきではないといった指摘をすることが考えられる一方、職種により株主総会のかく乱のおそれを個別に判断すれば、円滑な総会運営を阻害し、恣意的な判断を招くおそれがあることを理由に、弁護士であるGにも本件定款規定は適用されるとする立場に立つことも考えられる。

また、甲社が非公開会社であるという点については、それゆえに株主ではない第三者の株主総会への参加を排除する必要があるということもできる一方で、本間のように株主間で対立がある場合には代理人を株主に限ることによって株主権の代理行使の機会を実質的に奪うことになりかねないということもできるところである。いずれにしても、これらの事実関係が、本件定款規定の有効性及び適用範囲にどのように影響するのかを具体的に考察することが望まれる。

(3) 続いて、Aの上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、丙社の内規によれば、甲社の株式の議決権行使については他の代表取締役であるEに委ねられることとなるが、Fも、「副社長」ではあるものの、丙社の代表取締役であって、丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しており（会社法第349条第4項）、上記内規は、代表取締役であるFのこのような権限を内部的に制限するものであって善意の第三者に対抗することができないということ（同条第5項）を指摘する必要がある。

その上で、上記内規による代表権の制限が第三者である甲社との関係で問題となることを前提に、本問の事実関係を踏まえて、甲社の主観面を検討した上で結論を導くことが求められる。

その際には、議決権行使という集团的権利行使の場面であること、他方で、甲社が株主数の少ない閉鎖的な非公開会社であることなどの事情がどのように影響するののかについても検討することができれば、なお望ましい。

**なお**、本問の事実関係からすると、Fによる議決権の行使は、Fがその代表権を濫用したとみる余地もあり得ることから、上記の点に加えて、そのような観点から検討を加えることも考えられるところである。

注：問題文の20項に、AもCも丙社の内規を知らなかった旨の記載がある。甲社の代表取締役Aと甲社の株主総会の議長Cが丙社の内規を知らなかった事実から、甲社は349条5項の「善意」の第三者に当たるとして、丙社の代表取締役Fによる甲社株式の議決権行使が丙社を代表してなされたものとして適法といえるとしても、その議決権行使が丙社の内規に反していることFが知っていた事実から、丙社代表取締役Fが代表権を濫用したものとて、別途、甲社の悪意又は有過失を検討（民法107条〔類推適用〕）して、これが肯定されるときは、Fによる議決権行使の効力を否定できる。この点、甲社株主総会の議長Cは、Fと示し合わせて（問題文15項）、Fに議決権を行使させている事実から、甲社の悪意又は有過失が認定できるとすれば、Fが丙社を代表してなした議決権行使は丙社に効果帰属しないため、丙社の議決権10万個を有効なものとして扱った本問の株主総会決議は、決議の方法の法令違反として、決議取消事由（831条1項1号）になりうる。上記の出題の趣旨は、こうしたことを理解して代表権の濫用に関する論述をすることは考えられるとことであると述べているようである。

## \* 商法の関連知識

**取締役会設置会社における代表取締役の業務執行権限と代表権**・ **代表取締役**の業務執行権限（363 I ①）

取締役会設置会社においては、3人以上の取締役を置かなければならず（331 V）、取締役の全員により構成される**取締役会**が、その決議により会社の業務執行の決定を行い（362 II ①）、その決定の執行として**業務執行**をする**代表取締役**を取締役の中から**選定**しなければならない（362 III）。こうして選定された代表取締役は、取締役会設置会社の業務執行をする権限を有する（363 I ①）。○

注：取締役会設置会社では、**代表取締役**は取締役会において取締役の中から選定され、解職される（362 II ③）。○

注：判例は、株式会社における取締役会の代表取締役解職の決議は、代表取締役の会社代表機関たる地位を剥奪するものであって、右決議によって右機関たる地位が失われることの効果として、会社を代表する権限も当然消滅するものと解するのを相当とし、告知をまっしてはじめて解任の効果が生ずると解すべきではないとしている（**最判昭 41. 12. 20**）。△



・代表取締役の代表権 ○

代表取締役は、株式会社を対外的に代表する権限を有する（349 I，同IV）（なお，47 I 括弧書も参照）。代表取締役の代表権は，会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものである（349IV）。代表取締役の代表権は包括的であり，それを会社の内部的において制限しても，善意の第三者に対抗できない（349V）。

代表取締役が複数存在しても，各自が会社を代表する権限がある（349 II）。複数存在する場合，実務では，会社の内規等により，代表者の権限が内部的に制限されることがあるが，この制限は善意の第三者に対抗できない（349V）。

関連問題：司法論文R3 設問 3（会社が保有する他の会社の株式の議決権行使は業務執行として代表取締役が行うべきものであるところ複数の代表取締役が存在する会社において会社保有株式の議決権行使を会社の内規による制限していたがその制限に反して議決権行使がされた事案）

・代表の具体例 ○

代表取締役は会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限があるので，代表取締役が会社を代表して訴訟行為をしたり取引行為をしたりした場合は，その行為の効果は会社に帰属することになる。例えば，A社の代表取締役Bが，A社を代表して，Cから中古の機械を100万円で買った場合，Bの行為の効果はA社に帰属するので，Cは，売買契約に基づく代金100万円の支払いをA社に請求できることになる。

メモ：代表取締役の外部的な代表権の包括性は，内部的に包括的な業務執行権限があることを当然の前提としている。代表取締役は会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有するとの349条4項の規定は，代表取締役が内部的な業務執行権限，及び，対外的な代表権の両面において，包括的な権限を有していることをあらすものと理解されている。要するに，代表取締役は，内部的に包括的な業務執行権限を有し，対外的にも包括的な代表権（代表取締役が対外的に会社のためにした代表行為を会社に効果帰属させる権限）を有している。○

## 出題趣旨 民事訴訟法

本問は、XがYに対して、土地（以下「本件土地」という。）の賃貸借契約（以下「本件契約」という。）終了に基づいて、Yが本件土地上に所有する建物（以下「本件建物」という。）の取去と本件土地の明渡しを求めて提起した訴えに係る訴訟（以下「本件訴訟」という。）の係属中にYがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づいて本件建物をZに引き渡したという**事案**を題材として、①原告が一定の額の立退料の支払と引換えに建物取去土地明渡請求訴訟を提起した場合に、**原告が申し出た額とは異なる額の立退料の支払との引換給付判決**をすることの許否の検討（設問1）、②XがZを引受人とする**訴訟引受け**の申立てをした場合に、Zが民事訴訟法（以下「法」という。）第50条にいう承継人に該当するか否かの検討（設問2）、③ZがXによる更新拒絶を争うために、BからAに対して権利金が支払われていた旨を主張することが**時機に後れた攻撃防御方法**として却下されるかどうかの検討（設問3）をそれぞれ求めるものである。

まず、**設問1の課題1**では、Xが、Yに対して1000万円程度の立退料の支払を申し出た上で、1000万円の立退料の支払と引換えに本件建物を取去して本件土地を明け渡せとの判決を求め、さらに、第1回口頭弁論期日において、1000万円という額には大きなこだわりはない旨の陳述をしたという**事実関係**において、**Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した額の立退料の支払との引換給付判決**（以下「**増額判決**」という。）をすることの許否の検討が求められている。

ここでは、**法第246条**には、**原告の意思の尊重と当事者に対する不利益の最大限の予告**という二つの趣旨が認められるところ、とりわけ**前者の観点**から、**増額判決の許否**につき検討する必要がある。訴状の記載及び第1回口頭弁論期日におけるXの陳述から、**Xがいかなる意思**であるかを可能な限り具体的に**特定**するとともに、Xの現実の意思が明らかにならない部分は、原告の合理的意思の**推測**により補うことが期待される。原告の合理的意思を**推測**する際には、裁判所が**増額判決**をし得ないとすれば、どのような判決がされるかを**特定**した上で、この両者を**比較検討**しつつ、**通常の原告**であれば**いずれを望むか**を検討することが求められる。

なお、**最高裁判所昭和46年11月25日第一小法廷判決・民集25巻8号1343頁**は、原告が「立退料として300万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明し、かつその支払と引換えに（中略）店舗の明渡しを求めている」との事実関係の下で、**申出額よりも多額である500万円の支払との引換給付判決をした原判決を是認しているが、本設問では、Xが1000万円又はこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思しか表明していないと評価することができるか否かが問題**であるから、**この判決に依拠して、直ちに申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決をすることができないとするのみでは、課題1に十分に答えたとはいえない。**

注：課題1は昭和46年最高裁判決が直接判示していない「**Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した額の立退料の支払との引換給付判決**」の拒否の検討を求めている。

次に、設問1の**課題2**では、**課題1**と同様の事実関係において、**Xの申出額よりも少額の立退料の支払との引換給付判決をすることの許否の検討**が求められている。ここでも、**法第246条**の二つの趣旨からの検討が必要となるところ、**原告の意思の尊重という観点から行うべき作業は、課題1と基本的に同様であり、課題2では、当事者、とりわけ被告に対する不利益の最大限の予告という観点から詳細な検討をする必要がある。訴状の記載のみならず、第1回口頭弁論期日における陳述も踏まえた上で、Yに対して不利益の最大限として何が予告されていたと評価することができるかについて、Xの申出額と裁判所が正当事由を認める上で必要と考える立退料額との差の大きさが結論に影響を与えるか否かにも留意しつつ、具体的に検討することが期待される。**

**設問2**では、**本件訴訟の係属中に、YがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づき本件建物を引き渡したという事実関係において、Zが法第50条の承継人に該当するか否かの検討**が求められている。

ここでは**まず、訴訟承継制度の趣旨を明らかにすることが要求される**。具体的には、**訴訟の係属中に第三者による承継が生じた場合において、従前の訴訟状態を流用して当該第三者との間で訴訟を進めることが訴訟経済に資するとともに、とりわけ相手方が従前の既得的地位を維持することができるという意味で公平の確保に資するという点を指摘することが期待される。**

次に、このような訴訟承継制度の**趣旨と適的な形で、同条にいう承継の意味内容を具体的に明らかにすることが要求される。**

この点については、学説上、種々の見解が示されており、いずれを採用するかにより評価に差をつけることは想定していないが、**承継の意味内容を具体的に明らかにすることが要求されている以上、最高裁判所昭和41年3月22日第三小法廷判決・民集20巻3号484頁において用いられている「紛争の主体たる地位の承継」というのみでは、十分に課題に答えたことにはならない。この判例に依拠する場合も、そこでいう**紛争の主体たる地位とはいかなるものか等の点についてより踏み込んだ記述**が求められる。**

**最後に、以上のように具体的に明らかにされた承継の意味内容に照らして、Zが承継人に該当するか否かの検討**が要求される。

**例えば、承継前の訴訟において、被承継人を当事者として適切な者としていた法的地位が第三者に移転し、この地位が相手方の当該第三者に対する訴訟において、当該第三者を当事者として適切な者としている場合に同条にいう承継が認められると考えるのであれば、Yを本件訴訟で被告として適切な者としている法的地位は何か、これはYからZに移転しているか、移転しているとして、このような地位はXのZに対する訴訟においてZを被告として適切な者としているか、といった点を検討する必要がある。**

設問3の課題1は、訴訟を引き受けたZが、弁論準備手続の終結及び人証の取調べの後に、従前当事者から主張されていなかった「BからAに対して更新料の前払の性質をも含む権利金が支払われていた」との新主張（以下「本件新主張」という。）をしようとしているという**事実関係**において、**Xの立場**から、仮にYが本件新主張をしたとしたら、**時機に後れた攻撃防御方法**として**却下**されることの論証を求めるものである。法第157条第1項を摘示した上で、同項の定める各要件の具体的意味内容を明らかにし、それぞれが充足されることを説得的に述べる必要がある。

なお、同項の要件のうち、「**訴訟の完結を遅延させること**」の検討に際しては、その後予想されるXY双方の主張立証活動を踏まえることが要求される。YがAの証人尋問を申請することは問題文から明らかであるが、Xとしても、立退料額にも関わることであるから、BからAへの振込みの趣旨について反論をする機会を欲するであろうことを指摘することが期待される。

また、**本件新主張は、弁論準備手続終結後に**されるものであるから、法第174条及び第167条により、XからYに対して**説明要求**がされ得ること、このような要求がされた場合には、Yは**説明義務**を負い、Yが**説明を拒絶し、又は不十分な説明**しかし得なかった場合には、法第157条第1項の「**時機に後れた**」又は「**重大な過失**」が推定され得ることを指摘することも期待される。

設問3の課題2の前半部分では、Yが本件新主張をしたとしたら、同項により却下されることを前提として、**Xの立場**から、Zによる本件新主張も却下されるべきであるという**立論**をすることが求められる。

具体的には、まず、**法第50条の承継人は、承継原因発生時の訴訟状態を承認する義務**を負う旨を、一定の理由をもって**論証**した上で、そこでいう訴訟状態とはいかなるものであるかを明らかにする必要がある。その上で、同条にいう承継人であるZは訴訟状態を承認する義務を負い、その結果、法第157条第1項により**Y自身がすることができない本件新主張は、Zもすることができない**という結論に至ることが期待される。

設問3の課題2の後半部分では、Yが本件新主張をしたとしたら、同項により却下されることを前提として、**Zの立場**から、そうであるとしても、Zによる本件新主張は、**却下されないという立論**をすることが求められる。

このような**立論**としては、Zは訴訟状態を承認する義務を負うものの、**承継の前後で、Xによる更新拒絶の可否を判断する上での本件新主張の重要性が変容**している場合や、**Yによる訴訟追行がなれ合いと評価し得る場合には、一定の例外が認められると論じた上で、本件では、そのような例外が認められるとするものと、承継人は、およそ訴訟状態を承認する義務を負わないとするものが考えられる。**

いずれであっても十分な理由が示されている限り、**評価に差をつけることはない。ただし、後者であれば、訴訟状態承認義務を伴わない訴訟承継制度はいかなる意義を持つものであるか、**という点についても検討することが期待される。

## \* 民事訴訟法の関連知識

## 一部認容判決

→ 申立事項と判決事項とを比べて、判決事項が申立事項の量的範囲内にあるときや、質的範囲内にあるときは、原告としては請求が棄却されるよりはその範囲内で一部認容判決を受けたいと考えるだろうから、その範囲内で請求の一部認容判決をすることは、原告の合理的意思に反しない。また、当初の申立事項と比べて被告に有利な判決となっていることから、被告への不意打ちともならない。したがって、原告の請求を量的又は質的範囲内において一部認容判決することは246条に違反せず許容される。●

- 一部認容判決の具体例1 ○

100万円の給付請求に対し30万円の給付を命じる判決のように、数量的な給付請求の一部の給付を命じる判決は、量的な一部認容判決として許容される。

- 一部認容判決の具体例2 ○

無条件の給付を求める訴えに対して、被告が主張する同時履行の抗弁や留置権の抗弁が認容できる場合にされる引換給付判決は、質的な一部認容判決として許容される。

参考：売買契約に基づく目的物引渡訴訟の引換え給付判決の主文の例

「被告は、原告に対し、別紙物件目録記載の自動車の引渡しを受けるのと引換えに、300万円を支払え。」

例えば、Xが、Yに対して、売買契約に基づき絵画の引渡請求訴訟を提起したのに対して、Yが、「Yは、Xが本件絵画の売買代金300万円を支払うまで、本件絵画の引渡しを拒絶する」として同時履行の抗弁を主張して、当事者間で売買の事実や代金額に争いが無い場合は、裁判所は、「Yは、Xに対して、300万円の支払いを受けるのと引換えに、別紙物件目録記載の絵画を引き渡せ」との引換給付判決を言い渡すことができる。これは、請求を棄却されるよりは引換給付判決であってでも請求を認容されたいと考えるのが原告Xの合理的な意思といえるし、被告Yに対する不意打ちにもならないため246条に違反しないといえるからである。

なお、同時履行の抗弁や留置権の抗弁は、訴訟においては、当事者による権利主張を要する権利抗弁として扱われているため、当事者による抗弁の主張がないのに、裁判所が、被告に同時履行の抗弁や留置権の抗弁があることを理由に引換給付判決をすると、別途、弁論主義に違反するという問題が生じる。

関連問題：司法論文 H29 設問 2(2)

・一部認容判決の具体例 3

賃貸借契約終了を理由とする建物明渡請求訴訟において、借地借家法 28 条の正当の事由を充足させるために賃貸人である原告が明示した申し出額を超える立退料の支払いと引換えに明渡しを命じる判決も一部認容判決として許容される場合がある。

具体的には、原告が 300 万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所が決めた額の立退料の支払いを申し出ていたのに対し、裁判所が 500 万円の立退料の支払いと引換えに被告に対し建物の明渡しを命じる判決は 246 条に違反せず一部認容判決として許容され適法であると解される。○

その理由は、〔①〕原告としては申し出額よりも多少多めに立退料を支払っても被告に建物を明け渡してもらいたいと考えるのが原告の合理的意思といえることや、〔②〕裁判所が給付を命じた金額が当事者から申し出のあった金額より多い分には被告への不意打ちにもならないことが考慮されたからであると考えられる。●

また、〔③〕借地借家法の正当の事由の判断が、裁判所の合理的な裁量により、立退料の有無やその額その他の事情を考慮してなされるという非訟的性格があることも上記の結論の理由付けの 1 つとなる。△

関連問題：司法論文 R3 設問 1 (原告の申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決の可否〔課題 1〕や原告の申出額よりも少額の立退料の支払との引換給付判決の可否〔課題 2〕という、判例が直接問題にしている問題を問う出題)

- ・処分権主義違反が直接の争点となったわけではないが、賃貸借契約終了を理由に建物の明渡しを求める訴訟の原告が、借地借家法の正当の事由を充足させるために、立退料として 300 万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明していた事案において、原審が、500 万円と引き換えに本件店舗の明渡請求を認容した判決につき、被告が立退料の額が低すぎるとして上告して争った。

最高裁は、特に理由を述べずに「立退料として 300 万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明し、かつ、その支払と引き換えに本件係争店舗の明渡しを求めていることをもつて、被上告人の右解約申入につき正当事由を具備したとする原審の判断は相当である。」とした。また、同最高裁は、上記金額が少額であるとの上告理由に対して、立退料の提供は、それのみで正当事由の根拠となるものではなく、他の諸般の事情と総合考慮され、相互に補充しあって正当事由の判断の基礎となるものであることや、借地借家法の正当の事由の判断が非訟的性格にあることを理由に、立退料だけで借家人が被る損失を全て補償しなければならぬわけではないし、それがいかにして損失を補償しうるかを具体的に説示しなければならぬものでもないとして、原審の判断を相当なものとして是認し、上告を棄却した(最判昭 46.11.25)。最高裁は処分権主義違反の肯否については言及していない。本件の事案を前記〔①〕から〔③〕の観点から検討すると、本件において処分権主義の違反はないと説明することができる。

## 出題趣旨 刑法

本問は、**設問 1**で、甲及びB腕時計店（以下「B店」という。）の副店長である丙が、あらかじめ意を通じ、B店に押し入った甲が丙にサバイバルナイフを示すなどして丙を脅すふりをして、B店の売場に陳列されていた商品の腕時計100点（以下「本件腕時計」という。）を持ち去った行為について**窃盗罪の共同正犯の成否**を、甲と共に腕時計を強奪することを計画していたものの、甲と丙が内通していた事実を知らないで、甲及び丙の前記犯行中に周囲を見張るなどして加担した乙について**窃盗罪の共同正犯の成否**をそれぞれ検討させ、さらに、丙からの依頼を受け、本件腕時計の一部が入ったボストンバッグ（以下「本件バッグ」という。）を自宅の押し入れ内に保管していた丁が、本件バッグの中に盗品が入っていることを認識するに至った後も保管を継続した行為について**盗品等保管罪の成否**を検討させ、

**設問 2**で、甲が、丙と意を通じ、まず甲が木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第1暴行」という。）が、乙が甲らのB店における犯行を警察に話すなどと言ったことから、丙が乙に暴行を加え、暴行を終了するようにいさめた甲を殴打して気絶させた後、前記木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第2暴行」という。）ところ、乙に生じた頭部裂傷（以下「本件傷害」という。）が第1暴行又は第2暴行のいずれか一方だけによって形成されたものであることは明らかであるものの、いずれの暴行から形成されたものか不明であったという**事例**について、甲が本件傷害に関する刑事責任を負わないとの結論を導くための説明及び甲が本件傷害に関する刑事責任を負うとの立場からの反論を、それぞれ論点ごとに論拠を示しつつ検討させ、

それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。

## 設問 1 について

## (1) 甲及び丙の罪責について

甲及び丙は、丙以外に従業員がいない時間帯に甲がB店に来て、丙に刃物を示し、腕時計が保管されているショーケースを開けるように要求すること、丙は、後で怪しまれないように拒むふりをするが、最後にはショーケースを開けるので、甲が直ちに腕時計を持ち去ること、持ち去った腕時計は後で分配することなどをあらかじめ示し合わせた上で、実際に、この犯行計画に従った内容の犯行を実行し、甲が本件腕時計を持ち去っている。

まず、甲及び丙の行為が、強盗罪の構成要件に該当しないことは明らかである。すなわち、強盗罪の客観的構成要件は、相手方に対し、「暴行又は脅迫」を加え、「他人の財物」を「強取」することであるところ、強盗罪にいう「暴行又は脅迫」は、財物の奪取に向けられた相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行又は脅迫を意味すると解されている。確かに、甲が丙に対して、サバイバルナイフを示し、「殺されたくなかったら、これに時計を入れる。」と要求した行為は、一般的には相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の脅迫と評価することが可能であろうが、甲と丙があらかじめ内通していた事実を隠蔽するために、あたかも丙が犯人から脅されたかのように仮装することを企図し、実際にその計画どおりに犯行を遂行したにすぎない本事例の事実関係の下では、甲が丙にサバイバルナイフを示して前記文言を述べた行為は、財物の奪取に向けられたものと評価することはできず、強盗罪の「脅迫」たり得ないし、また、甲はそのことを認識しているのであるから、強盗罪の故意を認めることもできない。

そこで、甲及び丙の罪責として、窃盗罪の構成要件該当性及び共同正犯の成否を検討する必要があるところ、仮に、本件腕時計の占有が丙の上位者であるCに帰属せず、もっぱら丙に帰属するものであるとすれば、「自己の占有する他人の物」として業務上横領罪の客体となるため、本件腕時計の占有の帰属が問題となる。

この点、複数の保管者間に上下関係がある場合には、財物を現実に握持しているのが下位者であったとしても、原則として、占有は上位者に属し、下位者は占有補助者にすぎないとするのが判例の立場であるが（最決昭和31年1月19日刑集10巻1号67頁等）、上位者が下位者に財物の管理を完全に委ねている場合など、下位者が上位者の判断を個別に仰ぐことなく、独立の権限・裁量を有している場合は、財物の占有が下位者に属すると解されることから、本件腕時計の管理に関する丙の権限・裁量の有無及び程度について、具体的事実を摘示して当てはめを行う必要がある。

すなわち、B店では、商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定について、丙に権限はなく、全てCの承認を得る必要があるとされていたこと、本件腕時計が店舗という閉鎖された空間の中において、原則として常時施錠されたショーケース内に保管されていたこと、その鍵を丙のみならずCも所持していたこと、B店の売場及び従業員控室の状況は、常時、防犯カメラで撮影録画されていたことなどの事情を踏まえ、占有の帰属を検討することになる。



その上で、Cの占有を肯定した場合は、窃盗罪の構成要件該当性を検討することになり、**客観的構成要件要素**として「他人の財物」、「窃取」を、**主観的構成要件要素**として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。

また、**甲丙間に意思連絡があること及び両者が実行行為を分担していることから、窃盗罪の共同正犯が成立**することを**簡潔に指摘**する必要がある。

注：共同正犯の成立要件をどのように理解するかについては、様々な見解がある。上記に挙げられている「意思連絡」と「実行行為の分担」が本問のような実行共同正犯の成立要件に含まれることは争いがないところである。「実行行為の分担」が何を意味するかについては、1つの理解の仕方として、それは正犯性を基礎付ける考慮事情の1つとして正犯意思を推認させたり、結果に対して重大な寄与をしたりしていることを示すものとして位置づけることができる。

いずれにしろ、本問の事実関係から甲丙が共同正犯になることは明らかなので、甲丙間に共同正犯が成立することは「簡潔に指摘」しなければならない。

**なお、上記各事情にもかかわらずCの占有を否定する結論を採用した場合は、業務上横領罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「業務上」、「他人の物」、「横領」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。**また、この場合、共同正犯の成否を検討するに当たっては、甲丙間に意思連絡があること、甲に正犯性が認められることに加え、財物を業務上占有している丙の犯行に業務上の占有者たる身分を有しない甲が加功したとの構造となることから、刑法第65条の解釈を論じた上で、自説の立場から、甲に成立する罪名を決定する必要がある。

## (2) 乙の罪責について

乙は、甲との間で、腕時計販売店に押し入って腕時計を強奪する計画を立てていたところ、甲から、甲がB店内に入って店員に刃物を突き付けて腕時計を奪い取ること、その間、乙は付近に駐車した自動車内で周囲を見張り、甲が戻ってきたらすぐに車を発進させること、奪った腕時計は後で分配することを持ち掛けられてこれを承諾し、実際にその計画どおりの行動をとっている。

**乙の罪責**としては、**甲及び丙との共犯の成否を検討**する必要があるところ、**乙は実行行為を分担していないため、共謀共同正犯か幫助犯かが問題**となる。その検討に際しては、共同正犯と幫助犯の区別基準を示した上で、その判断の基礎となる具体的事実を摘示して当てはめを行う必要がある。

すなわち、**共同正犯と幫助犯の区別基準**としては、自己の犯罪を遂行する意思（正犯意思）で犯行に加わっているかによって区別する立場、犯行において客観的に重要な因果的寄与を果たしたといえるかを基準とする立場、他の関与者の行為を支配する地位にあったかを基準とする立場**など**があるが、いずれの立場に立ったとしても、甲及び乙は、いずれも金に困った挙げ句に相談して犯行を計画したものであり、両者の積極性に差はないこと、甲乙間に指揮命令関係や支配従関係までは認められないこと、乙が行った見張り行為や甲を乗車させて自動車を発進させる行為が犯行の遂行に当たって重要であること、乙が相当多額の利益を得ていることなどを重視すれば、乙の正犯性を肯定する結論に至り得る。**他方、乙が真実の犯行計画を知らされておらず、いわば甲及び丙の犯行計画における中核部分に関する意思連絡から排除されていたことなどを重視すれば、乙の正犯性を否定する結論に至ることも可能**であろう。

注：上記に掲載されている「**共同正犯と幫助犯の区別基準**」は、「**など**」とあるとおり、例示である。ここでの区別基準は、受験生各自が採用している共同正犯の成立要件や幫助犯の成立要件と整合する見解を提示する必要がある。

注：「**乙の罪責**としては、**甲及び丙との共犯の成否を検討**」した結果、実行行為を分担していない乙が、甲や丙と「**共謀共同正犯**」として**共同正犯の罪責を負うと考える**場合は、乙甲間の共謀があるだけでは足りず、丙の行為とその効果を乙に帰責させるためには、乙丙間の共謀も必要となるはずであるが、乙は丙の存在を知らず、乙丙間には直接の共謀がないため、乙丙間の共謀があったといえるためには、甲を介した**順次共謀**が認められることが必要となる。答案上は、順次共謀があったことについて言及しておくべきである。

また、乙は、主観的には、強盗罪に該当する行為の認識・認容を有していたところ、甲及び丙によって客観的に実現された行為は窃盗罪であることから、いわゆる共犯の錯誤の処理が問題となる。

まず、甲は、当初から窃盗の意思を有していたにすぎない一方で、乙は強盗の意思で謀議を遂げており、謀議の時点で両者の認識に不一致があることから、そもそも、甲乙間での「共謀」の存否が問題となるところ、共同正犯の本質に関する部分的犯罪共同説からは、強盗罪と窃盗罪の構成要件が重なり合う窃盗罪の限度で共謀の要件を満たすと解することになる（なお、強盗罪と（業務上）横領罪の関係を検討する場合、両罪の間に構成要件の重なり合いをそもそも認めることができるか、また、認められるとして、いかなる範囲で認めることができるかについては、構成要件の符合の判断基準によって、結論が異なり得るだろう。）。

他方、行為共同説からは、甲乙間において、B店で保管されている腕時計を取得する旨の行為を共同するとの合意があるから、共謀の要件を満たすと考えられる。

さらに、乙に窃盗罪の故意を認めることができるか、いわゆる抽象的事実の錯誤が問題となるところ、甲及び丙の罪責において窃盗罪の共同正犯の成立を認めた場合、判例・通説である法定的符合説からは、強盗罪と窃盗罪の構成要件は窃盗罪の限度で重なり合うことから、乙には窃盗罪の故意を認めることができる（強盗罪と（業務上）横領罪の関係については前記のとおりである。）。この点、共同正犯の本質論と抽象的事実の錯誤の関係については様々な考え方があり得るところであり、共同正犯の本質論を論じれば重ねて抽象的事実の錯誤を論じる必要はないとする立場、もっぱら抽象的事実の錯誤の問題として処理すべきとする立場などがあり得るが、いかなる立場に立つにせよ、自説の論理的整合性を保ちつつ論じる必要がある。

注：上記にある「乙に窃盗罪の故意」とあるのは、厳密に言えば、「乙に窃盗罪の共同正犯の故意」が認められるかどうかの問題となる。この点を補足する。構成要件の客観面で、甲と乙が「窃盗罪の共同正犯（60条、235条）の構成要件」に該当することが認められると、客観面で、甲の行為とその効果を甲だけでなく乙に帰責でき、また、乙の行為とその効果を乙だけでなく甲にも帰責できることになるところ、犯罪が成立するには、構成要件レベルにおいては、客観面と主観面が一致していなければならないため、「乙に窃盗罪の共同正犯の故意」が認められることで、「窃盗罪の共同正犯」という点で構成要件の客観面と主観面が一致し、乙に窃盗罪の共同正犯が成立しうるのである。

### (3) 丁の罪責について

丁は、丙から、本件バッグをしばらく預かっておいてほしいと言われ、これを自宅の押し入れ内に放置していたところ、その後、本件バッグの中に入っていた腕時計全てに値札が付いていたのを見て、丙が自分のものにするためにB店から無断で持ち出した商品であろうと認識したが、本件バッグを丙に返すまでの間、これを押し入れ内に置き続けている。

**丁の罪責**としては、盗品等保管罪の成否が問題となるどころ、同罪の**客観的構成要件要素**として、「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」、「保管」を、**主観的構成要件要素**として**故意**をそれぞれ検討する必要がある。

この点、丁は、本件バッグを預かった時点で中に盗品の腕時計が入っていることを知らず、かつ、これを知った後も、従前と同様の形態で保管を続けていたにすぎないため、このような場合でも同罪が成立するかを、同罪の**法的性質を意識**しつつ検討して論じる必要がある。

すなわち、同罪を**継続犯**と解する立場からは、保管が継続する限り実行行為が継続しているから、保管途中から盗品等であることの認識が生じた場合であっても、それ以降も本犯者のために保管を継続すれば同罪が**成立**するとの結論に結び付きやすいと考えられるが、保管開始後に盗品であることの認識を生じた者に委託者への返還や警察への提出等を強制することは困難であること、盗品等有償譲受け罪の場合には占有移転の時点で盗品性の認識が必要と解されていることとの均衡等を強調して、盗品等保管罪の成立を否定することも可能であろう。

他方、同罪を**状態犯**と解する立場からは、盗品等であることの認識は寄託時点で存在していなければならないと解され、同罪は**不成立**となる。

## 設問 2 について

## (1) 前提事実及び問題の所在について

まず、各立場からの説明及び反論を論じる前提として、本事例の事実関係を的確に分析し、甲が本件傷害に関する刑事責任を負うか否かについて、問題となる論点を正しく把握する必要がある。すなわち、本事例では、第1暴行及び第2暴行がいずれも暴行罪の構成要件に該当する行為であることが明らかであるところ、甲丙間において、乙に暴行を加える旨の事前共謀が成立しており、甲は、この共謀に基づいて第1暴行を実行している。

仮に、第1暴行から本件傷害が発生したと認められるのであれば、甲は、傷害罪の共同正犯として本件傷害に関する刑事責任を負うことになるが、第1暴行及び第2暴行と本件傷害の因果関係が不明である。この点、第2暴行も前記共謀に基づくものと評価できるのであれば、一部実行全部責任の法理により、甲には傷害罪の共同正犯が成立する。

したがって、甲が本件傷害に関する刑事責任を負わないとするためには、第2暴行が前記共謀に基づくものでないこと、すなわち、第2暴行の前に甲丙間の共犯関係が解消されたことが必要となる（これを共謀の射程の問題として捉え、第2暴行は当初の共謀による犯行計画が大幅に変更され、別個の犯罪が実現したものと評価して甲の刑事責任を否定する構成も考えられるであろう。）。

注：上記の括弧書きについて補足する。本問は「共謀の射程の問題」として捉えて、丙による第2暴行は甲丙間の共謀の射程外のものと評価して、第2暴行から生じた結果は、甲に帰責されないと考えることもできる。このように考えた場合は、共犯関係の解消（共犯からの離脱）の問題に言及する必要はなくなる。共犯関係の解消（共犯からの離脱）を問題とする場合は、その解消（離脱）がない限り、丙による第2暴行が甲丙間の共謀に基づくものとして甲に帰責されうることが前提となるはずであるが、本問の事実関係から、そもそも、丙による第2暴行が甲丙間の共謀の射程外のものであると考えることもできそうである。

もともと、仮に共犯関係の解消が認められたとしても、同時傷害の特例（刑法第207条）が適用されるとすれば、甲は「共犯の例による」ことになり、本件傷害に関して刑事責任を負うことになるから、甲が責任を負わないとするためには、同特例が適用されないと解する必要がある。

同特例を適用するための要件として、各暴行が本件傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたことを要する（最決平成28年3月24日刑集70巻3号1頁参照）と解されているが、本事例の事実関係から、これらの要件は充足されていると考えられるので、行為者間に一部共犯関係が存在し、傷害結果について明らかに責任を負う者が存在する場合にも同特例を適用できるか、その適用範囲をいかに解すべきかが問題となる。

(2) 甲は本件傷害に関する刑事責任を負わないとの立場からの説明について

まず、第2暴行に先立って、甲丙間の共犯関係が解消されたとの説明について論じる必要があるところ、共犯関係の解消を認めるための要件を明らかにした上で、それを本事例の具体的な事実関係に当てはめた場合、共犯関係の解消を肯定できるとの説明を、論拠を示しつつ論じることが求められる。

この点、通説である因果性遮断説からは、関与者の因果的寄与が解消された場合に共犯関係の解消を認めることから、①第1暴行後、甲は、丙の暴行を制止しようとしたこと、②甲は、丙から殴打されて気絶したこと、③丙は、気絶した甲を放置したまま、第2暴行を実行していること、④事前の甲丙間の共謀には、丙が乙の頭部を木刀で強打する計画は含まれていないこと、⑤第1暴行と第2暴行は動機を異にすることなどの事情を挙げて、甲の因果的寄与が解消されたと説明することが考えられる。

注：「共謀の射程の問題」として説明する場合は、のものとする場合は、上記①から⑤までの事情を踏まえて、丙の第2暴行が甲丙間の共謀の射程外のものとして評価できることを説明するとよい。

次に、仮に、甲丙間の共犯関係が解消していたとしても、同時傷害の特例が適用されるのであれば、甲は本件傷害に関する刑事責任を負うことになるという論理関係を意識した上で、同特例が適用されないとの説明を、論拠を示しつつ論じる必要がある。

この点、同時傷害の特例は、複数人の暴行が競合しているにもかかわらず、傷害結果について誰も責任を負わない不都合を解消するための規定であると解すれば、暴行の行為者間に一部共犯関係が存在し、傷害結果について明らかに責任を負う者（丙）が存在する本事例のような事案では、同時傷害の特例は適用されないと解される。

(3) 甲は本件傷害に関する刑事責任を負うとの立場からの反論について

この立場からは、まず、第2暴行が行われた時点においても、甲丙間の共犯関係は解消されていなかったとの反論を、論拠を示しつつ論じる必要がある。ここでは、甲の因果的寄与がまだ解消されていないことを基礎付ける具体的事情、すなわち、①甲は、乙に暴行を加えることを発案し、当初は乗り気でなかった丙を説得して共謀関係を構築しており、首謀者的立場にあること、②甲は、自ら第1暴行を実行することで、丙の犯意を強化していること、③甲は、凶器として木刀を準備しているところ、丙は、第2暴行で同木刀を使用していることなどの事情を挙げて、甲の因果的寄与が未だ解消されていないと説明することが考えられる。

注：「共謀の射程の問題」として説明する場合は、上記の①から③までの事情を踏まえて、丙の第2暴行が甲丙間の共謀に基づくものと評価できることを説明すればよい。なお、このように説明した場合、本問の事実関係から、別途、甲が共犯から離脱したかを問題とすべき事情がないため、あえて甲が共犯から離脱した旨の指摘をする必要はないように思われる。

次に、甲丙間の**共犯関係が解消されていたとしても、同時傷害の特例が適用される**との反論を、論拠を示しつつ論じる必要がある。ここでは、**暴行の行為者間に一部共犯関係が存在する場合であっても、同特例が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同特例を適用しないとすれば、共犯関係が認められないときの均衡を失することなどを論じることが考えられる。**

注：「**共謀の射程の問題**」として説明する場合は、**丙の第2暴行が甲丙間の共謀の射程外のもの**と評価できるとしても、**甲に同時傷害の特例が適用**されて、甲は本件傷害について刑事責任を負うとの立論をしていくことになる。この場合に、第1暴行については甲丙間に共謀があり、共謀の前後を通じて暴行に関与した丙は本件傷害について責任を負うため、甲に同時傷害の特例を適用して傷害結果を甲に帰責する必要はないのではないかとということが問題の所在となる。

この点、**令和2年9月30日最高裁決定**は、先行者がVに暴行した後、後行者が先行者と共謀の上でVに暴行をしたが、傷害結果がどちらの暴行から発生したのかが不明だった事案で、平成28年3月24日最高裁決定が示した同時傷害の特例の適用要件を充足する限り、同時傷害の特例が適用されるとしている。この点、**本問の事案**は、**令和2年最高裁決定の事案と異なり**、第1暴行は共謀に基づくものと認められるが、第2暴行は共謀に基づくものとは認められないと評価しようというものである。もっとも、共謀がある場合でも同時傷害の特例の適用要件（①各人の暴行が当該傷害を生じさせる危険性があること、②各人の暴行が外形的に共同実行に等しいと評価できる状況で行われたこと）を充足する限り、**同特例が適用されるとする根拠が、令和2年最高裁決定の事案と同様に本問の事案にも妥当するものとして、本問の事案にも同特例の適用を肯定することができであろう。**ここで同特例が適用されるとする根拠は、上記の出題の趣旨にあるとおり「**暴行の行為者間に一部共犯関係が存在する場合であっても、同特例が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同特例を適用しないとすれば、共犯関係が認められないときの均衡を失する**」ということである。

より具体的にいうと次のとおりである。**令和2年最高裁決定の事案**でいえば、共犯関係があることを理由に同特例の適用を否定すると、共謀の前後を通じて暴行に関与した者は傷害罪の罪責を負うが、共謀後に暴行に関与した者は、その者の暴行と傷害結果との因果関係が不明であるため、傷害結果を帰責できず、暴行罪が成立するにとどまる。しかし、その者は、同時傷害の特例の適用要件として当該傷害結果を発生させるだけの危険な行為をしており、共謀がなければ傷害結果につき帰責されるのに、共謀があることによって、暴行罪の罪責を負うにとどまるとするのは、**不均衡**であり、妥当な結論とはいえない。そして、**本問の事案**についてみても、甲が丙との共謀に基づき本件傷害を発生させるだけの危険な行為をしており、仮に、その行為につき共謀がなければ同時傷害の特例が適用されて傷害結果を帰責されることに問題がないのに、共謀があることを理由に甲が暴行罪にとどまるとするのは**不均衡**であり、妥当な結論とはいえない。

## \* 刑法の関連知識

**共謀の射程 ～共謀に基づく実行行為（共謀が実行行為に及ぼした因果性）**

→共同正犯の一部行為全部責任の法理の根拠は、共犯者各人が共謀によって実行担当者の実行行為を心理的に促進し実行行為と結果に対して因果性を及ぼしたところから求められることから、共同正犯が成立するためには、共謀者の一部の者の実行行為が共謀に基づくものといえなければならない。○

- ・ **共謀の射程（共謀の範囲）** ～因果性の観点からの客観的な帰責の範囲 ○  
共謀の内容と実行行為の内容に違いがあるときに、「共謀の射程」という問題が生じる。共謀の内容と実行行為の内容に多少の差異があっても、共謀が実行行為に対して因果性を及ぼしたといえるときは、共謀に基づく実行行為があったと評価できる。このとき、実行行為を分担していない共謀者も実行行為と結果に対して因果性を及ぼしたものとして、その実行行為と結果が客観的に帰責され、共謀共同正犯として共同正犯の罪責を負うことになる（**共謀の射程内**）。  
一方、共謀の内容と実行行為の内容に大きな違いがあり、共謀が実行行為に対して因果性を及ぼしたといえないときは、共謀に基づく実行行為があったと評価できず、実行行為を分担していない共謀者は、実行行為と結果に対して共謀共同正犯として共同正犯の罪責を負わない（共謀の射程外）。

関連問題： **司法論文R3 設問2**（甲丙間で乙が生意気だから多少怪我させてでもいいから懲らしめてやろうとの共謀をし、共謀に基づき甲丙がVを暴行している最中に仲間割れをして丙が甲を殴って甲の意識を失わせた後に、Vが丙が別件事件のことを警察に通報するというので丙は通報されるのを防ぐためにVに暴行をしたところ最終的に乙に生じた頭部裂傷の傷害が甲と丙のどちらの暴行から生じたかが分からないという事案で乙の頭部裂傷につき甲が刑事責任を負わないとの立場からの立論と甲が刑事責任を負うとの立場からの反論を立論させる出題で、共謀の射程や同時傷害の特例の適用範囲が問題となりうる出題）

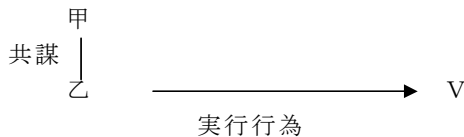


・ **共謀の射程**内か射程外かを判断する際の**考慮要素**の一例 ○

- ① 犯行の日時，場所の差異（客観的要素）
- ② 被害者の同一性（客観的要素）
- ③ 行為態様の類似性（客観的要素）
- ④ 保護法益の共通性（客観的要素）
- ⑤ 故意の内容の差異（主観的要素）
- ⑥ 犯行の**動機**や**目的**の差異（主観的要素） ←事例処理で結構重要な要素

以上の考慮要素を多角的にみて、当初の共謀が実行担当者の実行行為に因果性を与えたと評価できるときは、共謀の内容と実行行為の内容に食い違いがあっても、実行行為は共謀に基づくものとして、実行行為と結果を共謀者に客観的に帰責できる。

- ・ **例えば**，甲と乙が，Vを「脅迫」して金品を奪取することを共謀して，実行担当者の乙が，Vを「暴行」して金品を奪取した場合，行為態様の点で共謀と実際の実行行為との間に食い違いがあるが，被害者の同一性，保護法益の共通性，故意の内容の類似性，動機・目的の共通性から，乙の実行行為は，甲乙間の共謀の射程内のものとして，その実行行為と結果を共謀に基づくものとして甲に帰責できる。**一方**，乙が，Vに強制性交等をしたとしたら，故意の内容や犯行の動機・目的などがあまりに違うため，共謀の内容と実行行為の内容が共犯の因果性を否定するほどの重大な食い違いがあるものとして，乙の行為は共謀の射程外のものとなる。つまり，乙の実行行為は，甲乙間の共謀に基づくものとはいえないので，乙の実行行為と結果は甲に帰責されない。



### ・共謀の射程と事実の錯誤 ○

共謀に基づく実行行為があったと認められるため（共謀の射程を肯定），構成要件の客観面で，ある罪の共同正犯の構成要件該当性が認められる場合でも，実行担当者が当初の共謀と異なる罪名の犯罪を実行したため，共謀だけに関与して実行行為にでなかった者については，構成要件の客観面と主観面で該当する犯罪が異なることがある（抽象的事実の錯誤）。この場合，単独犯における抽象的事実の錯誤と同様の処理をすればよい。

関連問題：司法論文 H27（甲と業務上横領の共謀をしたが甲が窃盗をしたときの乙の罪責），R3 設問 1（乙甲間，甲丙間の順次共謀で甲丙間の共謀に基づく丙の実行行為の効果が乙に及ぶと考えたとしたら乙について抽象的事実の錯誤が問題となり得る事案），予備論文 H28（115 条，109 条 1 項の放火罪の故意で 108 条の放火罪の結果が発生した事案）

### ・具体例 ○

例えば，甲と乙が，V 宅前に止まっているバイクがレアもので高く転売できることに着目して，鍵を壊してそのバイクを盗むという窃盗罪の共同正犯（60 条，235 条）の構成要件に該当する事実をすることにつき共謀したが，後日，実行犯である甲が，路上にいた V に包丁を突きつけてバイクの鍵を交付させてバイクを強取するという強盗罪の共同正犯（60 条，236 条 1 項）の構成要件に該当する事実を実行した場合，動機や被害品・被害者の同一性から，共謀が実行行為に因果性を及ぼしていると認められ，甲の実行行為が甲と乙との共謀に基づくものと評価できるときは，構成要件の客観面では，甲と乙には，それぞれ，強盗罪の共同正犯の構成要件該当性が肯定される〔注：共同正犯の成立要件を充足することで，乙の行為を客観面で甲に帰責できる。〕。このとき，実行行為をしていない乙については，主観面で，強盗罪の共同正犯の故意がないため，構成要件の客観面と主観面に異なる構成要件間の食い違いが生じ，抽象的事実の錯誤があるといえる。〔注：なお，実行犯の甲は，主観面でも，強盗罪の共同正犯の故意を有しており，構成要件の客観面と主観面が，強盗罪の共同正犯という点で一致するため，甲については抽象的事実の錯誤は存在しない。この場合，異なる罪名であっても甲と乙に共同正犯が成立するかという「共同正犯の本質」をどう捉えるべきかとの問題が生じる。後掲の行為共同説によれば，甲については強盗罪の共同正犯が成立し，部分的犯罪共同説によれば，甲には強盗罪が成立し窃盗罪の範囲で乙と共同正犯になる。〕

実行行為にでていない乙については，軽い罪の故意しかないので，重い罪は問えない。こここのころは，単独犯における抽象的事実の錯誤の事例で，軽い罪の故意で重い罪を実現したときに，軽い罪の罪責を問うための理論構成を用いて処理をすればよい。

この点，窃盗罪の共同正犯と強盗罪の共同正犯は，共に，個人の財産権を保護法益とするもので，占有者の意思に反して財物を領得する点で行為態様にも共通性があるため，窃盗罪の共同正犯の範囲で構成要件の重なり合いが認められる。したがって，乙には，客観面で，窃盗罪の共同正犯の構成要件該当性が認められる。乙にはもともと，窃盗罪の共同正犯の故意があるので，乙には，構成要件の客観面と主観面が一致する窃盗罪の共同正犯が成立する。

- ・比較 ～客観面で共謀の射程外 →主観面で錯誤の問題は生じない

客観面で共謀の射程外と判断した場合は、実行犯の実行行為は共謀に基づくものとはいえなくなる。このとき、そもそも実行行為をしていない者に実行担当者の実行行為と結果を帰責することができず、主観面での故意は問題とする必要がなくなるため**錯誤の問題にはならない**。○

メモ：上記と同じことを、別の視点から説明すると、例えば、実行行為を担当していない者が、共同正犯の成立に必要な3要件を充足するものとして、客観的に、実行担当者の実行行為を帰責させられるとしても、実際に生じた客観的な犯罪事実と、認識していた犯罪事実との間に食い違いがあるときは、単独犯のときと同じように、事実の錯誤の問題となる。逆に、実行担当者の実行行為が共謀の射程外のものとして判断されると、共同正犯の成立要件（「共謀に基づく実行行為」）を充足せず、客観的に、実行担当者の実行行為と結果を共謀にしか関与していない者に帰責することができない。このとき、共謀にしか関与していない者との関係では、帰責の対象となる犯罪事実が客観的に発生していないことになるため、事実の錯誤論が問題となることはない。

#### ・H27 司法論文（出題の趣旨・抜粋）

乙が何らの実行行為を行っていないことから、共謀共同正犯の肯否について簡潔に論じた上、乙の行為が共同正犯となり得るのか、教唆犯の成否が問題となるにとどまるのかを、両者の**区別基準**について論じ、問題文の事実をその基準に当てはめることが求められていた。

その上で、新薬開発部長であった**甲**に対して、その**管理**に係る新薬の書類を持ち出すよう働きかけた**乙の行為**と、**管理外**にある新薬の書類を持ち出した**甲の行為**との間の**因果性**に触れる必要があった。そして、上記因果性が認められることを前提〔共謀の射程内〕として、乙の故意の問題、すなわち、乙は、甲がその管理に係る新薬の書類を持ち出すものと認識していたところ、甲がその管理外の新薬の書類を持ち出したことから、認識と事実との間に**構成要件にまたがるそご**があることになり、**抽象的事実の錯誤**の問題を処理する必要がある。

想定される罪名は、業務上横領罪と窃盗罪であるが、認識と事実が異なる構成要件にまたがる場合であっても、両罪の**実質的重なり合い**の有無によって処理するのが判例の立場である。

## 出題趣旨 刑事訴訟法

本問は、住居侵入強盗事件を素材として、捜査及び公判に関する具体的事例を示し、各局面で生じる刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに具体的結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

【設問1】は、警察官が行った名刺1枚の差押え（以下「下線部①の差押え」という。）及びUSBメモリ2本の差押え（以下「下線部②の差押え」という。）の適法性を検討させることにより刑事訴訟法の規定する差押えの要件に関する法的問題の理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、証拠物又は没収すべき物と思料するものを差し押さえることができる（刑事訴訟法第218条第1項）、搜索差押許可状により差押えできる物は、令状に明示された「差し押さえるべき物」に該当するものに限られる。これは、差押えが対象者の財産権への制約となることから、これを可能な限り限定する趣旨であり、「差し押さえるべき物」は、①令状に明記された物件に当てはまり（憲法第35条、刑事訴訟法第219条第1項）、かつ、②被疑事実との関連性を有すること（憲法第35条、刑事訴訟法第222条第1項、第99条第1項）が求められる。

本問では、この要件を踏まえた上で、下線部①の差押え及び下線部②の差押えの適法性について検討する必要がある。

下線部①の差押えについては、本問の搜索差押許可状の「差し押さえるべき物」に「名刺」が含まれていることから、差し押さえられた名刺が令状に明記された物件に当てはまることは明らかである一方、同名刺は本件住居侵入強盗の現場で被害者に示されたりしたものではなく、犯行自体に使用されたものではないことから、被疑事実との関連性の有無が問題となる。

被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲については、被疑事実それ自体を立証する価値を有する物のほかに、情状事実や背景事情に関する物も被疑事実との関連性が認められる証拠に含めるべきか否かについて様々な考え方があり、この点に関する最高裁判例（最判昭和51年11月18日判時837号104頁）の内容も踏まえながら、自己の見解をその根拠も含めて論じることが求められる。

その上で、搜索差押許可状の被疑事実を意識しながら、本件住居侵入強盗の事案の性質、差し押さえられた名刺の記載内容、搜索・差押えの現場がどのような場所であるかなど、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の見解に当てはめ、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性を論じることが求められる。

**下線部②の差押え**については、**可視性・可読性がなく、その外観からは被疑事実との関連性を判断し難い電磁的記録媒体**について、**その記録内容を確認せずに差押え**を行うことの適否が問題となる。

この点に関して、**最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）**が存在するが、**学説上は、①可能な限り捜索・差押えの現場で内容を確認すべきことを前提に、やむを得ない事情のある場合には、内容を確認せずとも、罪の内容や現場の状況等に照らして当該電磁的記録媒体に関連する情報が記録されていると疑うに足りる合理的な理由があれば、被疑事実との関連性が認められ、差押えが許されるとする考え方、②捜索・差押えの現場で、差し押さえるべき物とそうでない物の選別が容易でなく、かつ罪証隠滅の高度の蓋然性がある場合には、被疑事実との関連性の確認のために、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として、占有を取得した上、事後に選別を行うことも許容されるとする考え方**（この考え方は、当該占有取得の法的性質を「差押え」ではなく、あくまでも、捜索に「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）であると理解する点に注意が必要である。）**など**が主張されている。

いずれの考え方を採るにしても、**上記判例の内容を踏まえた上で、各自の考え方を展開**することが求められ、**その上で、差し押さえられたUSBメモリに関して警察官が事前に得ていた情報、捜索・差押えの現場におけるUSBメモリの発見状況、同現場における立会人乙の言動、本件住居侵入強盗の事案の性質、捜索・差押え実施後の状況など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの**事実が持つ意味を適切に評価して、自己の考え方に当てはめ、**下線部②の差押えの適法性を論じることが求められる。**

〔設問 2〕は、乙の公判において証拠調べ請求された乙作成の**本件メモ 1**（〔設問 2-1〕）、甲作成の**本件メモ 2**（〔設問 2-2〕）について、それぞれの**証拠能力の有無を問うことにより、刑事訴訟法第 320 条第 1 項の伝聞法則**についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

まず、**前提**として、**伝聞法則の適用を受ける証拠**であるか否か、すなわち伝聞証拠と非伝聞証拠を**区別する基準**を示す必要があるところ、一般に、伝聞法則の**主要な根拠**は、公判期日外の供述については、公判期日での供述に比べ、典型的に信用性の担保に欠けるといふ点に求められ、この根拠に照らすと、公判期日外の供述（原供述）を含む供述ないし書面に伝聞法則の適用があるか否かを判断するに当たっては、**原供述を証拠とすることにより何を立証しようとするか、すなわち要証事実が何であるかが重要**であり、**原供述の内容に示される事実が存在すること（原供述の内容の真実性）を立証**するために用いられる場合は、信用性の担保に欠ける証拠を立証に用いることで事実認定の正確性を損なうおそれが生じるため、**伝聞証拠に当たり、一定の要件を満たさない限り証拠能力を認めるべきでないこととなる。**

他方で、一定の内容の**原供述の存在**が示されれば、その**内容の真偽にかかわらず立証の目的**を達し得る場合や、**原供述**についてその生成過程に照らして**信用性を担保する必要が低い**と評価される場合は、**伝聞法則の趣旨が妥当せず、その適用がない**と考えることが可能となる。

注：上記のうち前者は、「**供述証拠の非供述的用法**」といわれることがある。後者は、「**非伝聞**」といわれることがあり、例えば、精神状態の供述はこれに当たるとするのが一般的である。「**供述証拠の非供述的用法**」も「**非伝聞**」も、**伝聞法則が適用されない証拠であるため、広く見れば**非伝聞証拠**といえる。ただし、伝聞証拠に当たらない理由が異なるため、両者を区別して理解しておく**と答案が書きやすい。

〔設問2-1〕について、本件メモ1は、「書面」であって、本件住居侵入強盗の被害者Vの名前、住所等や、本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載があるものの、甲乙間における本件住居侵入強盗に関するやり取りがうかがわれる記載はなく、その記載の内容（被害者の名前、住所、500万円の在りか等）の真実性を立証したとしても、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実の認定上直接の意味を持たない。

他方で、犯行計画を記載したメモの証拠能力に関しては、①そのメモの内容が客観的な犯罪事実と一致している場合、偶然の一致は考えにくいような事項の一致が認められ、かつ、それが犯罪発生前に作成されたことが判明していれば、そこから直ちに犯罪がそのメモに記載された犯行計画にのっとりて遂行されたことを推認でき、かかる一致の認められるメモの作成者が判明していれば、そのこと自体から、メモの作成者と犯行の実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が推認し得るとする考え方、②犯行計画を記載したメモは、その作成者が作成当時に有していた犯行計画ないし犯罪意思を述べたものとして、心理状態の供述に当たり、原供述者の原供述時における心理状態を立証する上では、内心の状態について知覚と記憶の過程は問題にならないため、供述者の外界の事実の存在を示す典型的な供述証拠に比べて誤りの危険は小さく、また、真摯性、叙述の点について誤りの有無・程度を吟味する必要はあるものの、それは原供述者の尋問によらなくても、その記載内容や作成状況等から誤りの有無・程度の吟味が可能であることなどから、非伝聞証拠として、刑事訴訟法第320条第1項の適用はなく、かつ、その記載内容が客観的な犯罪事実と一致し、当該犯罪をメモの作成者以外の者が実行した場合には、作成者と実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が形成されたことを推認し得るとする考え方などが主張されている。

いずれの考え方を採るにせよ、本件メモ1により甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀を推認し得る推論過程について、自己の理論構成を明示し、その上で、本件住居侵入強盗の犯行状況、本件メモ1の記載内容、その作成時期・作成者など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の理論構成に当てはめ、本件メモ1の証拠能力の有無を論じることが求められる。

注：上記の①は、「供述証拠の非供述的用法」に整合する説明の仕方である。上記の②は、精神状態の供述としての「非伝聞」に整合する説明の仕方である。両者とも広くいえば非伝聞証拠といえるものであるが、伝聞証拠に該当しないとする理由が異なる。

〔設問 2-2〕では、「書面」である**本件メモ 2**に、「乙から指示されたこと」の記載のほか、本件住居侵入強盗の被害者の名前、住所等と一致する記載及び本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載があることから、本件メモ 2 は、乙から本件住居侵入強盗を指示された旨を甲が供述した内容を記載した書面であるといえ、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実との関係で、その内容の真実性を立証するために用いられる場合に当たることから、刑事訴訟法第 320 条第 1 項の適用を受ける伝聞証拠として証拠能力を検討することが求められる。

本件メモ 2 は、甲が自己の供述を記載した書面であり、乙との関係では、「被告人以外の者が作成した供述書」に該当することから、**伝聞例外**となる規定として刑事訴訟法第 321 条第 1 項第 3 号を選択した上で、同号が規定する①供述不能、②不可欠性、③絶対的特信性の各要件を指摘し、それらの要件の意義・解釈についての的確に論じることが求められる。

なお、甲は乙との共謀に関する事項について証言を一切拒絶しているところ、このような証言拒絶の場合が「供述不能」に含まれるか否かについては、この点に関する最高裁判例（**最大判昭和 27 年 4 月 9 日刑集 6 卷 4 号 584 頁**，**最判昭和 44 年 12 月 4 日刑集 23 卷 12 号 1546 頁**）の内容を踏まえた上で、自己の見解を展開することが求められる。

その上で、甲の証人尋問実施状況、甲による証言拒絶の具体的状況、本件メモ 2 以外の証拠の収集状況、本件メモ 2 の保管・発見状況、同メモの記載内容など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、刑事訴訟法第 321 条第 1 項第 3 号が規定する上記の各要件に当てはめ、本件メモ 2 の証拠能力の有無を論じることが求められる。



## \* 刑事訴訟法の関連知識

## 伝聞証拠と伝聞証拠でないものとの区別

## (1) 意義

→伝聞証拠の意義につき実質説、形式説のいずれの見解からでも、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるものが伝聞証拠として証拠能力が原則否定される。そのため、ある供述が伝聞証拠に当たるかは、その供述により立証しようとする要証事実との関係で相対的に決まる。○

## ・ H27 司法論文（出題の趣旨・抜粋）

一般に、書面は、その記載内容の意味が問題となる供述証拠として用いられる場合と、その書面の存在・記載自体が証拠としての価値を持つ非供述証拠として用いられる場合との2つの場合があり、その証拠能力を考えるに当たっては、伝聞法則の適用の有無、すなわち、当該証拠が供述証拠に当たるのか否かを検討する必要があるところ、伝聞法則の適用を受ける供述証拠か否かについては、それによって何を証明しようとするのかという、要証事実ないし立証事項が何であるのかが問題となる。

## ・ H30 司法論文（採点実感・抜粋）

多くの答案が、立証において公判期日外でなされた供述の「内容の真実性が問題となるか否か」を基準として挙げていたが、なぜ、立証趣旨との関係で原供述の「内容の真実性が問題となる」場合に、原供述を媒介する書面又は供述が伝聞証拠としてその証拠能力を否定されることになるのかについて、伝聞法則の趣旨を踏まえて十分に論述できていない答案も、依然として相当数見られた。

## (2) 要証事実の意義

→ **要証事実**とは当該証拠によって直接証明されるべき事実をいう。●

- ・ 試験においては、当該証拠による**要証事実**が、**主要事実**（犯罪事実：例：構成要件該当事実、違法性阻却事由、責任阻却事由）のときもあれば、**主要事実を推認させる間接事実**のときもあるため、事例ごとに**要証事実が何なのかを具体的に明らかにした上で**、当該証拠が伝聞証拠に当たるか否かを検討することになる。○

- ・ **立証趣旨**と要証事実 ○

伝聞証拠に関する出題で「立証趣旨」という言葉が登場することがある。

**立証趣旨**とは、証拠調べ請求をした当事者が、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示したものをいう（規則 189 I 参照）。例えば、殺人事件の犯行現場を実況見分した結果を記載した実況見分調書とか写真撮影報告書などの立証趣旨を「犯行現場の状況」などとして証拠調べ請求されることがある。

定義上は、要証事実と立証趣旨は別物であるが、当事者が主張する立証趣旨は、實際上、要証事実と同じ意味であることが少なくない。

注：「**要証事実**」は**多義的な言葉**であり、最終的な立証目標となっている主要事実（例：犯人性、殺意など）を意味するときもある。**特に**、伝聞証拠以外の項目で要証事実という言葉が用いられているときはこの傾向が強い。要証事実がどのような意味で用いられているかは文脈に応じて判断するしかない。**伝聞証拠**の項目の論文試験対策としては、要証事実の意味を、「当該証拠によって直接証明されるべき事実」と理解しておけば論述しやすい。○

下記の①から③の供述の**要証事実の異同**と**伝聞該当性**① **伝聞** ○

供述内容の真実性が問題となる要証事実を設定する場合、当該供述は伝聞証拠となる。

② **非伝聞** ○

犯罪の故意や、嫌悪の意図など精神状態（心理状態）の供述は、供述者が、その供述当時に、その供述どおりの精神状態にあったことを要証事実とする証拠に用いるときは、供述当時にそのような精神状態であったか否かにつき供述の内容の真実性が問題となるため、形式上は伝聞証拠の定義に当たる。もっとも、人のその時の精神状態をあらわす供述は、知覚、記憶という供述の過程で最も誤りが入りやすい過程がないため、伝聞法則の趣旨が及ばず同法則による規制をかける必要がなく、非伝聞として扱う見解が有力である。ただし、表現、叙述の過程に誤りが入る可能性があるため、証拠能力が認められるためには、関連性一般の問題として、例えば、原供述者の態度等をその供述を聞いた者に原供述者の供述時の真摯性を確認し、書面であればその記載の前後関係などから真摯性を吟味するなどして、原供述の真摯性が確認されなければならないと解されている。

③ **供述証拠の非供述的用法** ○

言葉の存在自体を**要証事実**とする場合（例：アンドロメダの大王発言からその発言当時の精神異常を推認する場合は、供述内容の真実性が問題とならないため伝聞証拠にはならない。これは伝聞証拠の定義には当たりようがないものであり、②非伝聞と区別して供述証拠の非供述的用法ということがある。

例えば、「**A**が真顔で『私はアンドロメダの帝王だ。』と言っていたのを聞きました。」との**W**の公判供述は、**A**が実際にアンドロメダの帝王なのかという原供述の内容の真実性を問題にせず、**A**のその発言の存在自体を状況証拠（間接事実）として発言当時の**A**の精神異常（刑法39条1項の心神喪失など刑事責任を基礎付ける事実）を推認するのに役立つ。なぜなら、**A**がアンドロメダの帝王であることは誰からみてもありえないことであり、このようなありえないことを真顔で発言する人は夢と現実の区別もつかないくらいの精神異常に陥っているのではないかということを経験則・論理側により推認することができるからである。このように、人の精神異常を推認するために、その人がそのような内容の発言をしたこと自体を要証事実としてその人の供述を証拠として用いる場合は、その発言内容の真実性を問題とする必要性はないので原供述は伝聞証拠ではない（供述証拠の非供述的用法）。

## \*②と③の異同 ○

②と③は伝聞証拠にならないという点で共通し、広い意味では両者とも非伝聞といえる。ただし、②と③はそれぞれ伝聞証拠にならない理由が異なるため、②を非伝聞といい、③を供述証拠の非供述的用法といって両者を区別することがある。

## 【2022年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～⑧】

～ここでは講師紹介の一環として私矢島が担当している主な講座を紹介しています～

## \*最新の法改正や判例に対応

ここに掲載した講座は2022年合格目標のもので、2022年度の司法試験や予備試験で出題される改正法や判例に対応済みです。ここに掲載した講座は、毎年、テキストを改訂しており、法改正に関わらない箇所も理解しやすいように改良しています。

## \*合格に必要な能力を身に付けるための4つの講座

どの講座を受講すれば良いかを迷っている方は、次の4つの講座を受講すれば合格に必要な知識や法的思考能力を修得できます。①と②が核となる講座です。③と④は短時間で実施する試験直前期の直前対策講座です。全て通学クラス・通信クラスが選べます。

- ① 矢島の速修インプット講座（2021年5月25日～8月31日に新規収録）
- ② 矢島の論文完成講座（2021年9月14日～12月25日に新規収録）
- ③ 矢島のスピードチェック講座（2022年1月5日～1月26日に新規収録）
- ④ 矢島の最新過去問&ヤマ当て講座（2022年2月23日～3月30日に新規収録）

## ① 矢島の速修インプット講座（司法試験・予備試験の対策）

[必修7科目合計126時間・1回の講義は3.5時間・全36回]

合格に必要な基本知識や重要判例を体系的に確実に修得して、どのような問題にも対応できるだけの正確な理解に基づく真の学力を身につけるための講座です。講義の際は、試験対策上、理解しておけば足りるところと、理解した上で記憶までしておかなければならないところを明確に指摘するので、講義を受講し終えたときに、何をどの程度まで復習すべきかが明確に把握できるように工夫をしています。これからインプット学習を始める受験生はもちろん、これまでどこかでインプット学習をした経験があるのに、結局、試験に必要な学力が身につけていなかったという受験生でも、この講座の講義を聴いて復習すれば確実に前に進むことができます。

## ② 矢島の論文完成講座（司法試験・予備試験の対策）

[必修7科目合計120時間・1回の講義は4時間・全30回]

インプットした基本知識を、論文試験の事例処理を通じて答案の形にするのに必要な法的思考能力を修得するための講座です。矢島作成の解答例を使用します。講義では、試験審査委員に高い評価を得られる答案の作成方法を徹底的に指導します。取り扱う問題は、司法試験の過去問がメインとなりますが、法的思考能力を磨くのに有益な予備試験の過去問や、必要に応じてオリジナル問題を取り扱うことがあります。

## ③ 【直前対策講座】矢島のスピードチェック講座（司法試験・予備試験の対策）

〔必修7科目合計51時間・1回の講義の時間は科目ごとに異なる〕

〔民法11h, 刑法10h, 憲法・会社法・民訴法・刑訴法・行政法は各6h〕

合格に必要な重要論点や重要判例を試験直前期に短時間で効率よく復習するための直前対策講座です。試験直前期になってインプットが間に合わないのではないかと心配している受験生でも、自信をもって試験に臨めるようになります。また、矢島の速修インプット講座で取り扱った事項のうち特に重要度が高いものを中心に効率よく復習して理解と記憶を深めることができるので、合格に必須の最重要事項について、試験直前期の最終チェックをするのに最適の講座です。

## ④ 【直前対策講座】矢島の最新過去問&amp;ヤマ当て講座

〔必修7科目×3.5時間＝合計24.5時間・全7回〕

司法試験の最新の論文過去問の分析と直近の論文試験のヤマ当てをするための講座です。最新の論文過去問は、最近の試験考査委員が受験生に対してどのような答案を求めているかを理解するのに役立つ最良の道具となります。最新の過去問と矢島作成の解答例を用いて、本番の試験で求められている法的思考能力の「質」をしっかりと理解して、本試験で高評価を得られる答案がどのようなものかをイメージできるように、しっかりと講義していきます。各科目の講義の後半では、今回実施予定の司法試験の論文試験で出題されそうな論点や重要判例等のヤマ当て講義を実施します。

本講座は司法試験を題材としていますが、試験考査委員が求める答案がどのようなものかを理解して、司法試験で出題される論点の題材にして法的思考能力を磨くことは、予備試験の受験にも役立つため、予備試験の受験生にもお勧めの講座です。また、ヤマ当て講座の講義の質が高いので、ヤマに関係なく学力向上に役立ちます。

## ⑤ 短答試験対策のための講座「矢島の短答対策シリーズ」の一覧

〔以下の全科目を新規収録して2021年11月上旬に配信開始〕〔通信クラスのみ〕

家族法〔6時間〕（司法試験・予備試験の対策）

商法総則・商行為・手形法〔4時間〕（予備試験の対策・論文に必要な知識も修得）

会社法〔4時間〕（予備試験の対策）

民事訴訟法〔4時間〕（予備試験の対策）

刑事訴訟法〔4時間〕（予備試験の対策）

行政法〔4時間〕（予備試験の対策）

憲法統治〔6時間〕（司法試験・予備試験の対策）

注：「憲法統治」だけは、LECが出版・販売している「完全整理択一六法・憲法」を用います。それ以外の講座は、矢島作成のオリジナルテキストを用います。

## ⑥ 【直前対策講座】矢島の法律実務基礎科目〔民事・刑事〕〔18時間〕

(予備試験の対策) (毎年新規収録して6月上旬に配信開始) [通信クラスのみ]

[民事 1コマ3時間×3回=9時間, 刑事 1コマ3時間×3回=9時間]

本講座は予備試験の法律実務基礎科目の近年の試験傾向を十分に考慮した上で、合格に必要な基本重要知識のインプットや、論文答案の書き方を修得することを目的とした直前対策用の講座です。本講座を利用することで、短答式試験が終了した後でも、短時間で法律実務基礎科目の試験対策をすることができます。なお、講義の内容は司法研修所が採用する見解に準拠しているため、司法修習の導入講座としても有益です。

講義での主な取扱い事項は次のとおりです。

- (1) 民事・刑事ともに合格に必要な能力を修得するのに最適な論文過去問を題材に将来の試験に役立つように思考方法を矢島作成の解答例で徹底解説
- (2) 民事のインプット講義として、民事事実認定の基本的なルール、要件事実、民事保全法、民事執行法
- (3) 刑事のインプット講義として、刑事事実認定の基本的なルール、刑事実務に関する試験で問われやすい基本知識(勾留、接見禁止、保釈)、公判前整理手続、証拠調べ手続の実務基礎、その他)
- (4) 民事・刑事ともに論文試験、口述試験で出題頻度が高い弁護士倫理

## ⑦ 司法試験・予備試験の選択科目の対策 ～労働法のインプット&amp;論文対策

## (1) 矢島の労働法〔選択科目総整理講座〕〔24時間〕

(毎年新規収録して6月中旬に配信開始) [通信クラスのみ]

本講座は、まず、矢島の体系整理テキスト労働法(毎年改訂)を使用して、合格に必要な基本知識や重要判例をインプットするための講義を1コマ3時間で5コマ実施します。次に、司法試験の論文過去問と矢島作成の解答例を題材に労働法の合格答案の書き方を修得するための講座を1コマ3時間で3コマ実施します。

この講座は、イメージでいうと、矢島の速修インプット講座と矢島の論文完成講座がセットになったようなものです。

## (2) 【直前対策講座】矢島の直前対策スピードチェック労働法〔6時間〕

～試験直前期にここだけは特に深い理解しておきたい分野の最終チェック

(パンフレットに未掲載・WEBで告知予定) (2022年3月頃に水道橋で通学・通信)

労働法の学習は一通りしたものの、試験直前期になんとなく不安が残るといふ受験生が自信をもって試験本番に臨めるように、労働法の事例処理の核となる重要論点に的を絞って総復習をします。「矢島の労働法」の受講生にとっても試験直前期に特に意識を集中すべき事項に的を絞って確実に復習できるため、安心して試験に臨めます。

## ⑧ 矢島ゼミ [2022年1月15日開講 合計17回]

答案添削，個別面談，合格に直結する実践的な知識の修得に必要な講義，合格に必要な重要事項の理解度や記憶の定着度の口頭チェックなど，合格に必要な指導を私矢島が直接行います。ゼミの際は，私も受講生と机を並べて一緒に答案を手書き作成してお手本を示してゼミ生の士気を高めていきます。試験直前期まで気合を入れ続けてもらいたいという受験生にお勧めの講座です。2022年度合格目標の矢島ゼミは，2022年1月15日（土）から4月30日（土）まで毎週土曜日，及び，5月2日（月）の合計17回で，水道橋本校で実施する予定です。

## \* 毎回の矢島ゼミの標準的なメニュー(1)～(5)

## (1) 個別面談

過去問答練の答案を主な資料として私が口頭でアドバイスをします。希望があれば，ゼミ生の個別的な学習スケジュールの構築など幅広く相談に乗ります。

## (2) 過去問答練（司法試験の過去問の一部又は改題を用いた答練）

私もゼミ生と一緒に教室内で答案を手書きしてその答案のコピーを配布した後に質疑応答の時間を設けます。質疑応答を通じて，試験考査委員に評価される答案の書き方を修得していきます。過去問答練でゼミ生が書いた答案はゼミ終了後に回収して私が添削した上で，次回ゼミの個別面談で返却します。これまでの約10年間のゼミの経験則上，過去問答練で毎回「A」評価を受けて，そのうち2回に1回「A+」評価を受ける程度の学力があるゼミ生はほぼ確実に合格しているのでこれを目標に頑張ってください。

## (3) 答案作成特訓

上記(2)の過去問答練で扱っていない問題のうち，今期の受験対策上，検討しておくよさそうな問題を題材に答練をします。題材として，オリジナル問題，予備試験の問題，過去問答練で扱わなかった司法試験の過去問などを用います。答案作成特訓においても過去問答練と同様，私がゼミ生と一緒に答案を手書きして答案のコピーを配布した後に質疑応答の時間を設けます。

## (4) 論証その他試験に必要な知識の修得特訓

記憶をすることに特化した矢島ゼミのオリジナル論証集を題材に，毎回，記憶すべき事項を計画的に記憶してもらいます。オリジナル論証集は，必修7科目のものを1週間で記憶できるだけの分量のものに分断したものを毎回のゼミで少しずつ配布していきます。配布した論証集については，次回のゼミまで記憶してくることを課題として，ゼミの冒頭で，口頭にて記憶の確認テストを実施します。

## (5) 短答確認テスト

毎回ゼミの最後に事前に範囲指定した短答の過去問テストを実施し，ゼミ生の解答内容を私が直接確認した上で，全問正解できたゼミ生から順次帰宅することができます。ゼミ終了後に何か質問したいことがある場合はそのまま教室で待機することができます。

**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) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21979