

刑法 解答のポイント

- 1 設問1では、甲がXを山小屋に閉じ込めたが、閉じ込められている間Xが熟睡していたという場合に、監禁罪が成立するかが問われた。

現実的自由と可能的自由のどちらが監禁罪の保護法益であって、監禁罪の客体には閉じ込められていることの認識や、行動をしようとする意思が必要といえるのかによって、監禁罪が成立するかが変わってくる。参考答案是、通説に従い、可能的自由が保護法益であって、客体に閉じ込められていることの認識や実際に動こうとする意思がなくとも監禁罪が成立するとの立場に立ったが、うまく説明ができれば逆の結論を採っても差し支えないと思われる。

- 2 設問2では、携帯電話機の窃盗罪若しくは器物損壊罪、殺人罪、3万円についての窃盗罪が問題となった。

携帯電話機については、甲がXに無断でXの携帯電話機を持ち出しているわけで、窃盗罪が問題となる。しかし、甲にはXの携帯電話機を経済的に利用・処分する意思はなく、自身が行う予定であるXの殺害について捜査をかく乱させる目的で行っており、不法領得の意思の内容に経済的利用処分意思を含むとする説に立つと、窃盗罪における不法領得の意思を肯定することが難しい。そのため、窃盗罪は成立せず、器物損壊罪に留まることになるだろう。

殺人罪については、いわゆる遅すぎた構成要件の実現が問題となっている。甲はXの首を絞めたあと、Xを崖から落としているが、客観的には前者が殺人未遂罪、後者が殺人罪を構成すると思えるが、主観的には前者が殺人罪、後者は死体遺棄罪を構成する。そのため、故意との関係でどの行為に何罪が成立するのかが問題となる。事実を拾いつつ、丁寧に遅すぎた構成要件の処理ができるとうよかったと思われる。

また、3万円の窃取については、既にXが死んでいると勘違いした状態で、殺人罪の犯人（この時点では殺人未遂罪に留まっているが）である甲が行ったものである。殺人犯が犯行直後に行った死者からの窃取については、窃盗罪が成立するところ、客観的には生者からの窃取、主観的には殺した直後の被害者からの窃取であり、どちらにしても窃盗罪が成立することとなるので、故意は阻却されず、窃盗罪が成立することとなるだろう。

刑法 解答例

第1 設問1

1 甲が、Xが寝ている山小屋の出入口扉が開かないように外側からロープで縛った行為について、監禁罪が成立するか。

2 監禁罪（刑法220条、以下法令名を略す。）の成立要件は、①人を、②不法に監禁したことである。

本件で甲は、①Xを②不法に山小屋から出られないようにしており、監禁罪が成立するように思える。

しかし、本件においてXは、甲が山小屋の出入口扉をロープで縛り内側から当該扉が開かないようにしていた午後5時5分頃から午後6時頃までの間、熟睡しており一度も目を覚まさなかったため、自らが閉じ込められていたことについて全く認識していなかった。また、行動しようとする意思も持っていない。このような状況でも、監禁罪が成立するか。

3 この点、現実移動しようと思ったときに移動できる自由が監禁罪の保護法益であり、被害者には意思能力と、場所的移動の自由が剥奪されるとの認識が必要であるとの説がある。しかし、場所的移動をなしうる限り、客観的には行動の自由を有しているものであり、本罪の客体から除外すべき理由はない。そして、現実には行動の自由を失っている者についても、それが一時的なものにすぎない場合には、行動しうる可能性が存する以上、本罪の客体からは必ず合理的理由はない。したがって、監禁罪の保護法益は移動しようと思えば移動できる自由であり、被害者は自然的意味において行動するものであれば足り、意思能力や場所的移動の自由が剥奪されていることの現実の認識は不要であると解する。

本件で、Xは一時的に眠っているだけで自然的意味において行動するものであり、監禁罪の客体となり得る。よって、監禁罪の構成要件を充たす。

4 また、故意も問題なく認められる。

5 以上より、監禁罪が成立する。

第2 設問2

1 携帯電話機の取得行為について、窃盗罪（235条）が成立しないか。

(1) Xの携帯電話機は、「他人の財物」にあたる。また、Xは眠ってはいるものの、上着のポケットに入っていたことから携帯電話機に対する占有が認められ、Xの意思に反して占有を甲の支配下に移していることから、「窃取」したといえる。

よって、客観的構成要件該当性は認められる。

(2) また、甲は、Xの財産権侵害に対する認識及び認容に欠けることなく、故意が認められる。

では、不法領得の意思が認められるか。不可罰的な使用窃盗及び毀棄罪との限界を画するために、窃盗罪の成立には故意と異なる主観的要件として不法領得の意思が必要であり、その内容は①権利者排除意思と②利用処分意思からなる。そして、利用処分意思は、財物自体の持つ何らかの効用を享受する意思があれば足りる。

本件では、携帯電話機を遠く離れた場所で捨てる目的で窃取しており、権利者排除意思は認められる。もっとも、携帯電話機を捨てる目的はGPS機能による死体の発見を困難にすることにあり、携帯電話機自体の効用を享受する意思は認められず、利用処分意思は認められない。

(3) よって、窃盗罪は成立しない。もっとも、携帯電話機を崖から捨てる行為は効用を害する行為といえ、器物損壊罪(261条)が成立する。

2 Xの首を絞めた行為について、殺人罪(199条)が成立しないか。

(1) 身体の枢要部である首を両手で強く絞める行為は、窒息死を生じさせる危険性を有する行為であり、殺人罪の実行行為性が認められる。また、Xは死亡している。

(2) もっとも、Xの死亡結果は直接的には甲が崖から落としたことによる、頭部外傷により生じたものであり、甲の首を絞めた行為との因果関係が認められないのではないか。

(3) 因果関係は、偶然発生した結果を行為に帰責させないために要求されるものである。そこで、行為の危険が結果へと現実化したといえる場合には、因果関係が認められると解する。具体的には、条件関係の存在を前提に、行為後の介在事情が存在する場合は、介在事情の結果への寄与度、異常性を考慮して判断する。

本件では、Xの首を絞め、Xの死亡を誤信しなければ崖から遺棄することはなかったのであるから、条件関係が認められる。そして、Xの死亡結果は直接的には遺棄行為により生じており、介在事情の寄与度は大きいものの、甲はXが死んだと誤信したことから遺棄行為を行っており、首を絞める行為が介在事情を誘発したといえる。また、殺人者が死体を遺棄することは一般的なことである。よって、首を絞める行為の危険性がXの死亡結果へと現実化したといえ、因果関係が認められる。

(4) また、因果関係の錯誤は故意を阻却しない。

(5) 以上より、甲には殺人罪が成立する。

3 Xを崖から落下させた行為について、客観的には殺人罪の構成要件に該当するものの、甲はXが死亡していると認識していることから殺人罪の故意は認められない。また、殺人罪と死体遺棄では保護法益が大きく異なり重なり合いが認められないため、故意犯は成立しない。

もっとも、甲はXが死んだと誤信したことには過失があるといえ、甲の過失行為によりXは死亡したといえ、過失致死罪(210条)が成立する。

4 Xの財布から現金を抜き取った行為について、窃盗罪が成立しないか。

(1) 甲はXの現金という「他人の財物」をXの意思に反して取得しており、客観的構成要件該当性が認められ、不法領得の意思も認められる。

(2) もっとも、甲はXが死亡していると誤信していることから、窃盗罪の故意が認められないとも思える。

たしかに、死者の占有は認められない。しかし、致死行為を利用して財物を取得した者との関係では、全体的に考察して、被害者の生前の侵入の要保護性が認められると解する。

本件で、甲はXを殺害した者であり、全体的に考察してXの生前の占有は甲との関係でなお保護に値し、窃盗罪の故意が認められる。

(3) 以上より、Xの現金を取得した行為に窃盗罪が成立する。

5 罪数

甲には、①器物損壊罪、②殺人罪、③過失致死罪、④窃盗罪が成立し、②と③は同一の保護法益に対するものであるから③は②に吸収され、①、②、④が併合罪(45条)となる。 以上

刑事訴訟法 解答のポイント

1 設問1について

設問1はいわゆる「典型問題」である。

逮捕前置がなされていない被疑事実を付加して勾留請求する場合、逮捕前置主義の例外として勾留認められるか否かという問題である。

ただし、逮捕前置主義の解釈論述をどこまで記載するかという点で頭を悩ますかもしれない。人単位説と事件単位説の対立構造ののち、事件単位説の「事件」とは、どのようなものを指すかを論証しなければならない。多くの人が「公訴事実の同一性」(312条1項)を基準にすることになるが、「公訴事実の同一性」の判断基準を、訴因変更の可否の場面と同様に大きく展開すべきか否かは、紙幅、時間との兼ね合いで考慮すべきと思われる。解答例では、簡略化した形で記載させて頂いた。

2 設問2について

設問2もいわゆる「典型問題」である。

下線部②の勾留は、下線部①勾留と同一の被疑事実で、勾留していることから、いわゆる再勾留禁止の原則が問題となる。

東京地判昭和47年4月4日決定を参考に規範を立てて、丁寧に検討することが求められる。

また、個別具体的検討では、勾留延長をして20日間もの勾留をしていることに留意して論述することが求められる。

必要以上に複数の学説に触れ、問題の本質を見失っているような論述にならないよう、簡潔な論述を意識すべきであろう。

刑事訴訟法 解答例

第1 設問1

1 甲は、本件暴行の事実で逮捕されていないが、裁判官は甲を本件住居侵入・強盗致傷の事実（以下、本件被疑事実）及び本件暴行の事実で勾留することはできるか。逮捕前置主義との関係で問題となる。

2 「前3条の規定により勾留の請求を受けた裁判官」（刑事訴訟法（以下、法令名省略）207条1項）は勾留の判断をすることができること、そして、被疑者の身体拘束について短期間の身柄拘束である逮捕を介在させることで、無用な長期間の身柄拘束を防ぐために、勾留の要件として逮捕が前置されていることが必要となる。

では、被疑者の逮捕が前置しているか否かをどう判断すべきか。逮捕前置を人基準で考えると、甲は令和4年9月7日、本件被疑事実について逮捕されていることから、逮捕前置主義に反しない。しかし、逮捕・勾留に関する刑訴法の各規程は被疑事実を単位としているし、またそもそも裁判官が個別具体的な「理由」を審査してはじめて逮捕・勾留を認めるという令状主義の精神に照らせば、その効力の及ぶ範囲は「理由」とされた当該被疑事実に限られるべきである。したがって、事件単位で逮捕前置を判断するべきである。事件の同一性の判断は、基準の明確性より、「公訴事実の同一性」（312条1項）を基準に判断される。

本件暴行の事実と本件被疑事実は、犯行日が離れており、被害者も異なることから、社会事実に同一事実と評価できず、両事実の

単一性も認められないことから、「公訴事実の同一性」は認められない。したがって、本件暴行の事実で勾留することは、逮捕前置主義に反することになる。

3 しかし、甲は、本件被疑事実について勾留請求を受けている。本件被疑事実について勾留の理由、必要性は認められ、期間制限、逮捕前置も問題なく認められることから、本件被疑事実の勾留は認められることになる。この場合、本件暴行の事実について逮捕を先行させ、身柄拘束の理由、必要性の存在及び変化の可能性を考慮したとしても、本件被疑事実で甲は勾留されることから、被疑者の甲の利益とはならない。むしろ、本件暴行の事実で先行させる逮捕の身柄拘束が追加されることから、かえって甲の身体拘束が長期化し、被疑者甲にとって不利益となる。

したがって、本件のようにある被疑事実の勾留が認められる場合、逮捕前置がなされていない別の被疑事実を付加して勾留することは、許容されると解すべきである。

4 よって、裁判官は、甲を本件被疑事実及び本件暴行の事実で勾留することができる。

設問2

1 甲は、令和4年9月9日から同月28日まで本件被疑事実で勾留されていた。そのため、同年10月21日にQより請求された本件被疑事実についての勾留は、再勾留となる。このような再勾留は、許されるか問題となる。

2 法は、逮捕及び勾留について厳格な時間制限を設けている（203条～208条）。仮に再逮捕・再勾留が無制限に許されるならば係る時間制限を設けた法の趣旨が没却されてしまう。そこで、同一の被疑事実について再逮捕・再勾留をすることは原則として禁止される。

では、再勾留は、常に禁止されるのか。再逮捕・再勾留禁止の原則の例外について問題となる。

199条3項は、再逮捕が許される場合のあることを前提としており、再勾留を禁止した規定はなく、逮捕と勾留は密接不可分であることを踏まえると、一定の場合については再勾留が認められる。そして、①先行の勾留期間の長短、②その期間中の捜査経過、③身体拘束からの釈放後の事情変更の内容、④事案の軽重、⑤検察官の意図、⑥その他の諸般の事情を考慮し、身体拘束の不当な蒸し返しではないと認められる場合には、再勾留が認められるものであると解すべきである。

なお、勾留の期間は、逮捕よりはるかに長く、被疑者の人権侵害の程度が大きいから、再逮捕の場合よりも慎重に検討する。

3 本件では、先行の勾留につき期間延長の上、20日間勾留されており、再勾留が認められた場合の甲が被る不利益は大きい。もっとも、先行の勾留をして釈放した後に、乙の供述及び甲との共謀を裏付けるメッセージといった重要な新証拠が発見された。また、本件被疑事実は、強盗致傷という重大犯罪である。さらに、一度甲が所

在不明となったことがあることに鑑みれば、甲の身体確保の必要性は非常に高いものと言える。また、捜査機関は、甲の先行勾留中も真摯に捜査をしていたものであり、不当な目的は存在しない。

以上より、甲について再勾留を認めることが、甲について身体拘束の不当な蒸し返しであるとは言えない。そのため、再勾留は認められる。

4 よって、甲を勾留することができる。

以 上

法律実務基礎科目（民事） 解答のポイント

1 保証債務履行請求権の問題である。設問1(1)～(4)までは例年通りの問題であるが、(5)は数多くの受験生を悩ませた問題であると思われる。参考答案では、仮差押えによって生じる債務者の不利益を比較し、それでもなお、不利益が大きい方を仮差押えする必要があるかという流れで答案を作成したが、異なる考え方も成り立ち得るかもしれない。

出題趣旨によって、参考答案とは異なる方針が示されたとしてもご了承頂ければ幸いである。

2 設問2では、錯誤（民法95条）にたどり着くことは容易と思われるが、錯誤の要件事実の言い回しを表現できたかが重要になると思われる。

3 法定追認は、要件事実の基本書などであまり触れられる部分ではないが、民法の問題を解く意識で問題文にあたれば、たどり着くことは不可能ではないと思われる。例年いわれていることだが、民事実務基礎の論文は、要件事実を意識するだけでなく、民法、民事訴訟法的思考も必要となる。

4 設問4は、本件保証契約が締結された事実が認められることについて、弁護士Pの立場に立ち、準備書面に記載すべき内容を記述する問題である。

問題文にある通り、本件契約書のY作成部分の成立の真正に関する争いについても触れる必要があるから、いわゆる二段の推定（民事訴訟法228条4項）に言及した論述が求められる。

また、Yの供述について反論を加えながら記述するとX（弁護士P）の主張に説得力が増す。

法律実務基礎科目（民事） 解答例

設問1(1)

保証契約に基づく保証債務履行請求権

設問1(2)

被告は、原告に対し、220万円を支払え

設問1(3)

- 1 XはAに対し、令和4年8月17日、本件車両を代金240万で売った。
- 2 XとYは、令和4年8月17日、Yが1の代金債務を保証する旨の合意をした。
- 3 Yの2の意思表示は本件契約書によってされた。

設問1(4)

①結論：記載すべきではない。②理由：売買契約に基づく代金支払請求権は民法（以下、法令名省略）555条の冒頭規定に該当する事実によって発生させるものであり、支払時期の特約が存在しなくても同請求権が成立する以上、売買契約の本質的要素ではない。したがって、売買契約とは可分であり、本件のように代金支払請求権の発生の障害となる支払特約は、利益を受けることになる被告側が主張・立証責任を負う抗弁事由となることから、①の結論となる。

設問1(5)

- 1 α銀行の預金債権（以下、本件預金債権）の保全の必要性（民事保全法13条1項）を判断するために、自宅不動産の時価を明らかにする必要がある。
- 2 不動産の仮差押えが行われたとしても、直ちに処分することが予定され

ているわけではないから、処分禁止効をうけるにせよ、債務者としては現状を固定されただけで、大きな不利益を被るわけではない。一方、本件預金債権は、仮差押えを受けた場合、α銀行の銀行取引約定書によると、銀行借入があった場合に当該債務の利益を喪失することになる。したがって、本件預金債権の仮差押えを行った場合の方が、自宅不動産の仮差押えを行うより、Yにとって不利益が大きいかとなる。Yの不利益を考慮してもなお、本件預金債権の仮差押えを行う必要性を確かめる必要がある。

- 3 自宅不動産には、被保全債権3000万円の抵当権が設定されている。したがって、自宅不動産を仮差押えしても、自宅不動産の価値次第では、抵当権者への配当後に残余が生じず、保全の意味を有しない。このような場合には、本件預金債権の保全の必要性が生じる。

以上より、自宅不動産の時価を明らかにする必要がある。

設問2(1)

①本件車両は保安基準に適合しないものであった②保安基準に適合するものである③本件保証債務の支払いを拒絶する

設問2(2)

主債務者が債権者に対して取消権を有する場合、保証人は債権者に対して保証債務の履行を拒むことができる（457条3項）。これは、「できる」とされていることから、保証人が権利主張をすることで初めて抗弁となる権利抗弁といえる。そのため、（う）が必要である。

設問3(1)

同月末日に、本件売買代金債務の履行として、10万円を支払った。

設問3(2)

Aは、取消原因を知った後に、本件売買代金債務の履行をすることによって、追認したことになり（125条1号、124条1項）、以降、本件売買契約を取り消すことができなくなる（122条）。これにより、「主たる債務者が債権者に対して…取消権…を有する」（457条3項）とは言えなくなり、Yは、保証債務の履行請求を拒むことができなくなる。

以上より、当該事実は、抗弁と両立し、抗弁から発生する法律効果を消滅させるものであり、請求原因の法律効果を復活させる事実であるため、再抗弁であるといえる。

設問4(1)

⑤Yの実印でなされた

⑥Yの意思に基づいてなされた

設問4(2)

1 本件契約書の記載より本件保証契約が締結された事実を強く推認できる。

まず、本件契約書は、本件売買契約及び本件保証契約の意思表示が当該文書によってなされたものであり、処分証書である。そのため、本件契約書のY記載部分の成立の成立が認められれば、その記載通りの事実を認めることができる。

本件契約書には、Y名義の印影が存在する。Yは、これについて、Aがアパートの賃貸借契約を締結する際にYの実印をAに預けたことに乗じて、AがYの実印を悪用したものであり、Yの意思に基づく押印ではないことを主張する。

しかし、AがYの自宅から住所を移転したのは本件契約書が作成された約4か月後の令和4年1月15日であり（Aの住民票）、同年8月17日時点でAがYの実印を持っていたことは不自然である。そのため、Yの主張には合理的理由なく、本件印影は、Yの意思に基づいてされたものであるといえる。

以上より、本件契約書のYの押印は、Yの意思に基づいてなされたものであり、Y記載部分の成立の真正が認められる（民事訴訟法228条4項）

2 また、Yは、Y自身の日記においてAからの保証を断る旨の記載があるため、保証契約を締結することはないと供述している。さらに、年金暮らしで生活に余裕がないことから、保証を断った旨を供述している。

しかし、その後、Yは、Aが締結しようとする賃貸借契約を保証するために自己の実印をAに預けていることから、YはAの保証人になることを完全に拒絶する意思を持ってはいなかったことが推認できる。

3 さらに、Xは、同日にY宅に電話して、本件保証契約が成立したことを報告した際に、Yが問題ない旨応答していることから、Yが本件保証契約を締結した事実の存在を強く推認できる。

これに対して、Yは、Xのことを不動産仲介業者だろうと勘違いした旨供述しているが、保証契約という重大な事情に対して相手方について一切確認しないのは、不自然であり、Yの反論は採用できない。

4 よって、YがXとの間で本件保証契約を締結した事実が認められる。

以上

法律実務基礎科目（刑事） 解答のポイント

- 1 設問1（1）では、被害品であるリュックサックの特徴が、Aが所持していたリュックサックと一致していることを指摘した上で、本件カードがAのものであると判明した場合に、それが犯人性の立証に作用する仕組みを自分の言葉で説明できるかがポイントとなる。
設問1（2）では、犯行時刻場所とAがリュックサックを提出した時刻場所を整理しながら重要性を説明し、その上でAのリュックサックを入手した状況の弁明の合理性を検討することがポイントとなる。
- 2 各手続の条文を探し出し、その手続が欲する結果がAの身柄状況にどう影響をあたえるか検討することがポイントとなる。
- 3 設問3では、強盗致傷罪成立の前提となる「暴行」（刑法236条）が認められないこと、暴行と傷害結果との間に因果関係が認められないことについて論じる必要がある。AとVの年齢、体格等について詳細な情報が与えられているため、これらの事情を具体的事実として指摘できているかがポイントとなる。
- 4 設問4（1）では、伝聞証拠該当性、伝聞例外該当性について論じたうえで、PがVの証人尋問請求をすることが想定されることを論じる必要がある。設問4（2）では、異議の法的性質について端的に指摘したうえで、異議の理由が証拠に関連性がないこと、裁判所の対応として証拠調べ請求を却下することとなることについて簡潔に論じる必要がある。

法律実務基礎科目（刑事） 解答例

第1 設問1小問(1)

- 1 Aが、犯行後、近辺で、盗品であるVのリュックサック(以下、本件リュック)を持っていたという事実は、近時近接地点で犯人以外が盗品を所持するに至る可能性は低いという経験則が働くから、犯人とAの同一性についての有力な間接事実である。そこで、Pとしては、犯行時間午前8時頃から比較的近い同日午後1時20分頃に2キロメートルという近接した場所でAが盗品である本件リュックを所持していたことを証明したいと考えたと思われる。
- 2 下線部①指示の時点で、被害者Vの証言により、本件リュックの特徴は、水色、中に一万円札22枚、五千円札1枚、千円札4枚、五百円硬貨1枚とNKドラッグストア会員カード一枚が入った茶色の革製で二つ折り財布があるという特徴がわかっており、実際にAから任意提出を受けたリュックとその中身につき、それらの特徴が一致していた。また、Vが証言した犯人の特徴と一致する人物がX駅の方に逃げていく様子が防犯カメラに映っており、Aから当該リュックの任意提出を受けた場所も駅前であった。しかし、それだけでは、当該リュックが本件リュックと同一物であるとの推認力は絶対的ではないため、この推認力を強固なものにするために、当該リュックに入っていた会員カードをVのものであると判明すれば、当該リュックはV所有の本件リュック以外にVの会員カードが入っている可能性は低いという経験則が働き、本件リュックと同一物であるとの推認力が強固になる。

第2 設問1小問(2)

- 1 本件犯行時間は午前8時頃であり、それから5時間20分後の午後1時20分頃、本件犯行現場から2キロ程のX駅前という相当程度近時近接場所で、Aが被害

品を所持していたという事実は、犯人以外その時点その場所で被害品を持っている可能性は低いという経験則が働くから、Aと犯人の同一性の相当程度推認させるものであり、重要である。

- 2 もっとも、Aが主張するように、本件犯行時刻午前8時頃から午後1時20分頃までの間に、本件リュックが犯人の手元を離れて、それをAが本件リュックをX駅前まで拾った可能性もある。犯行時刻からAの任意提出まで5時間ほど時間があり、X駅に向かった犯人が証拠隠滅のために本件リュックを捨てた可能性も十分考えられる。そこで、Aのこの弁明を否定する方向に働く証拠、例えば、犯行前後の時間帯のX駅付近の防犯カメラ映像等でAや水色リュックがその時間帯になかったことを証明するものが必要である。

第3 設問2小問(1)

- 1 勾留理由開示(207条1項、82条1項)は、勾留に対する不服申立ての準備行為として、裁判官がどのような理由で勾留を決定したかを知るための手続であり、勾留に対する不服申立てそのものではないから、勾留自体すなわちAの身柄状態に何ら効力を生じさせる手続ではないから。
- 2 保釈(89条、90条)は、逃亡および罪証隠滅の防止という目的を全うしつつ、「被告人」の身体の拘束を解く制度であり、そもそも「被疑者」には保釈制度というものが刑事訴訟法上用意されていないから。

第4 設問2小問(2)

勾留に対する準抗告の申立て(429条1項2号)は、それが通れば、勾留決定は取り消され、被疑者Aの身柄は自由になるから。

第5 設問3

1 「暴行」（刑法236条）とは、客観的に見て相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の不法な有形力の行使をいう。

本件では、Aは、Vの左手を振り払い右手を後ろに振りVに接触させたり、Vの胸を押したりするなど、不法な有形力を行使している。しかし、このような行為は一般に反抗を抑圧するに足りる程度の暴行とは言い難い。また、Vは25歳と若く、身長175センチ体重75キロと大柄で、週4ジム通いで体を鍛えている人物であるのに対し、Aは65歳と高齢で、身長168センチ体重55キロと小柄な人物であり、両者には大きな年齢、体格差もあった。これらの事情からすれば、AのVに対する暴行は、客観的に見て反抗を抑圧するに足りる程度のものとはいえない。したがって、本件では「暴行」（刑法236条）は認められない。

よって、強盗罪及び強盗致傷罪は成立しない。

2 AのVに対する上記不法な有形力の行使は、「暴行」にあたり、暴行罪（刑法208条）を構成する。傷害罪が成立するには、暴行と傷害結果との間に因果関係が認められる必要がある。因果関係は、実行行為の危険が結果へと現実化したといえる場合に認められる。

本件では、Aの顔と尻に怪我はなかったため、VがAの顔に右手を接触させた行為とAの胸を押して尻餅をつかせた行為から傷害結果は生じていない。確かに、Aは右足首を捻挫しているため傷害結果は発生しているが、これは、Aが濡れた芝生で足を滑らせて転倒したからであり、VがAの胸を押して尻餅をつかせた行為の危険が現実化したものとはいえない。したがって、Aの暴行との間で因果関係のある傷害結果は存在せず、傷害罪は成立しない。

3 以上より、Pは、強盗致傷ではなく窃盗と暴行の公訴事実で公判請求をした。

第6 設問4（1）

伝聞証拠（320条1項）とは、①公判廷外の供述を内容とし②要証事実の関係で内容の真実性が問題となる証拠をいう。

本件では、Vの検面調書（以下、「本件調書」）は公判廷外のVの供述を内容とする①。本件調書の要証事実の本件の被害状況であることから、本件調書のVの供述の内容の真実性が問題となる②。したがって、本件調書は伝聞証拠にあたる。そして、本件調書には不同意（326条1項）の意見が述べられているし、Vに供述不能事由や相反供述は存在しない（321条1項2号）ため伝聞例外にも当たらない。

よって、本件調書の証拠能力は認められない。

以上より、PはVの証人尋問請求（298条1項）を行うことが想定される。

第7 設問4（2）

1 異議の法的性質は、証拠意見を述べる義務である（190条2項）。

2 異議の理由は、当該証拠は公訴事実と関連性がないということである。

3 証拠に公訴事実との関連性がない場合には、裁判所は証拠調べ請求を却下することとなる。

本件では、Vは窃盗及び暴行を公訴事実として起訴されているため、Vの左足首に傷害結果が生じたことを証明するVの左足首の写真は本件の公訴事実との関連性がない。

したがって、証拠調べ請求の却下することが想定される。

以上

民法 解答のポイント

第1 設問1

- 1 Aの主張の1つ目として、本件請負契約を錯誤取消し(民法(以下省略)95条1項2号)故に無効(121条)という主張が考えられる。Bの反論として、「重大な過失」(95条3項柱書)のあてはめがポイントになるであろう。なお、Bが、が修理可能であることを前提に本件請負契約を締結したことから、同一の錯誤」(同項2号)が問題になるとも思われたが、紙面の都合上割愛した。
- 2 Aの主張の2つ目として、本件請負契約(3)、533条に基づく同時履行の抗弁の主張が考えられる。536条2項前段がパツと思いつくだろうが、甲が修理不可能になった直接の原因は経年劣化であり、Aの確認不足ではないことに気づき、Aの確認不足と甲が修理不可能であることを自分の言葉で繋げることができたかがポイントになるであろう。
- 3 Bの主張が認められる範囲について、536条2項後段を引けたかがポイントになるであろう。受験生にはなじみが無い論点である。あてはめの際には、費用一切である40万円との残り210万円を分けて、自分の言葉で評価できたかがポイントになるであろう。
- 4 その他、Bの請求の根拠として、構成は各説あるが、Aの説明義務違反も考えられる。回答では、請負契約は有効に成立しており、……」と発言していることから、本件請負契約に基づく報酬請求権を根拠にするのが素直だと判断した。

第2 設問2

- 1 設問2(1)については、Dは、Cに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求していることから、Dに乙の所有権が帰属していることが必要となる。本問において、Bは、乙についての販売権限を失っていることから、BD間における売買は他人物売買に当たり、Cの承諾がない限り本来であれば、Dは乙の所有権を取得することができないはずである。もっとも、Dが、乙を即時取得(192条)することにより、乙の所有権を取得することも考えられる。そこで、即時取得の成立要件を検討することになるが、本問では、DはBより占有改定(183条)による引渡しを受けており、占有改定による引渡しによっても即時取得が成立するか、判例(最判昭35.2.11/百選I[第9版][64])を参照するなど、自説を述べる必要があるだろう。
- 2 一方、設問2(2)についても、Dは、Cに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求していることから、Dに乙の所有権が帰属していることが必要となる。そして、本問では、BD間における乙の売買契約の締結時点では、Bの乙についての販売権限が消滅していることから、Bの無権代理となり、BD間での契約の効果はCに帰属しないはずである。しかし、Dは、Bより、Cから委託を受けて、乙の販売権限を有している旨、説明を受け、販売権限を有していると信じ、乙の売買契約を行ったことから、本問では、代理権消滅後の表見代理の成立が問題となる。ここでは、条文の要件に本問の事情を当てはめ、検討していけば、及第点となるだろう。

民法 解答例

第1 設問1

- 1 Bとしては、A B間の本件請負契約に基づき、報酬請求権として250万円をAに請求する。
- 2 一方、Aとしては、まず、本件請負契約のBの債務である甲の修理は本件請負契約締結時まで既に不可能であったことを前提として、本件請負契約を錯誤取消し(民法(以下省略)95条1項2号)し、よって無効(121条)であると主張することが考えられる。
- (1) 本件請負契約の内容は、経年劣化が激しい甲を鑑賞可能な程度にまで修復することであり、甲が修理可能な状態であるかどうかは「法律行為の基礎とした事情」に該当し、Aは甲が修理可能と思い込んでおり「その認識が真実に反する錯誤」があった(同号)。さらに、対象物が修理可能かは、「法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要」(同項柱書)である。よって、95条1項2号の要件を充たし、Aの主張が認められるとも思える。
- (2) もっとも、「錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合」(同条3項柱書)には、錯誤取消しは認められない。
- 本問では、Bが本件契約を締結するに当たり、「……現在も修復可能なのか。」「……修復可能なほどに痛んでいた、などと言われても知りませんよ。」と念を押し、実際に甲は個人宅で保管されていたのであるから確認に何ら障害はなく容易であったはずなのに、Aが甲が修理可能かの状態確認を契約締結時に怠っていた。確認すれば、甲が修理可能であるという錯誤にAは陥らなか

ったのであるから、「重大な過失」があったといえる。

- (3) よって、Aの錯誤取消しの主張は認められない。
- 3 次に、Aは、甲の修理というBの債務が履行されていないから、反対給付である250万円の支払を拒むと主張することが考えられる(本件請負契約(3)、民法533条)。
- (1) 確かに、甲は修理不可能な状態であり、甲の修理というBの債務は履行されておらず、本件請負契約(3)、民法533条により反対給付の履行を拒めるようにも思える。
- (2) もっとも、本件請負契約締結前に既に甲は修理不可能な状態であり、Aの上記重過失により本件契約締結に至ったことを考慮すれば、Bの債務の履行不能はAに「責めに帰すべき事由」があると評価でき、故にAは反対給付の履行を拒むことができない(536条2項前段)。
- (3) したがって、Aの上記主張も認められない。
- 3 よって、少なくとも一部については、Bの請求が認められる。
- 4 次に、Bの主張がいかなる範囲で認められるかであるが、「自己の債務を免れたことによって利益を得た」(同条2項後段)か否かを基準にする。
- (1) まず、甲修理準備のために支出した40万円については問題なく認められる。
- (2) 次に、残り210万円について、材料費を除いた報酬であり、これは純粋な仕事の対価と評価できる。本問では、甲の修理が不

可能だったため、甲修理という仕事をBは免れていることになる。そうだとすれば、Bは210万円分の仕事を免れたという意味で「利益」を得たと評価できるから、これを債権者Aに償還する、すなわち請求できない。

(3) したがって、Bの請求は40万円の範囲で認められる。

第2 設問2(1)について

1 Dは、Cに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求している。では、Dに乙の所有権が認められるか。

2 Bは、Cから乙の販売権限を与えられていたが、Cからの返還請求によって、その権限を失っている。そのため、Dは、Bから有効に乙の所有権を取得することはできない。もっとも、Dが乙の所有権を即時取得(192条)すれば、上記のDの主張は認められる。

(1) 即時取得による所有権取得を主張する者は、①前主との取引行為、②①に基づく引渡しを主張する必要がある。本問では、DはCから、売買契約により乙を買受けている(①充足)。もっとも、Dは占有改定(183条)による引渡しを受けており、192条の占有取得が占有改定で足りるかが問題となる。

ここで、即時取得が成立するには、一般外観上従来の占有状態に変更が生じるような占有を取得することを要するから、変更を来たさない占有改定は192条における占有取得に当たらないと解する(②不充足)。

(2) よって、即時取得による本件絵画の所有権取得は否定される。

3 以上より、DのCに対する上記請求は認められない。

第3 設問2(2)について

1 Dは、Cに対して、所有権に基づいて乙の引渡しを請求している。では、Dに乙の所有権が認められるか。

2 Dは、Cの代理人Bとの間で有効に乙の売買契約が成立していることから、自己が乙の所有権者であると主張すると考えられる。

たしかに、本件委託契約の条項(1)において、CはBに対して、乙の販売について、代理権を与えている。もっとも、本問では、Cが本件委託契約に基づき、Bに返還請求を行っていることから、Bの乙の販売についての代理権限は消滅しているといえる(条項(3))。そのため、CとBとの間で代理による契約は成立しない。

3 では、代理権消滅後の表見代理(112条1項)は成立するか。

(1) まず、BD間における乙の売買契約は、「代理権の範囲内」(112条1項)の行為といえる。

(2) Dは、Bが本件委託契約に基づく処分権限を現在も有していると信じており、「代理権の消滅の事実を知らなかった」といえる。また、本問において、代理権消滅の事実を知らなかったことについて「過失」が認められる事情はない。

(3) よって、代理権消滅後の表見代理が成立する。

4 以上により、CはDに対して責任を負うこととなり、BD間における乙の売買契約は有権代理となり、Dが乙の所有権を取得している。したがって、DのCに対する請求は認められる。 以上

商法 解答のポイント

- 1 本問では、設問1で議案を招集通知へ記載するように請求したにも関わらず会社が無視した場合、及び株主である乙社の従業員による議決権の代理行使を、代理人を甲社の株主に限るとの定款を理由に認めなかったことが、株主総会決議の取消事由にあたるかが問われた。また、設問2では、①株主への通知・公告を欠いている、②有利発行であるのに株主総会決議を経していない、③「著しく不公正な方法」による発行である、という3つの違法を有する株式発行について、無効を主張できるかが問われた。
- 2 設問1、2どちらも比較的良好に知られている論点であるため、書き負けないようにすることが重要であったと思われる。どちらの問題も、事実が比較的多く記載されているため、丁寧に拾いながら論を展開できるとよかったのではないだろうか。

なお、設問2については、②と③を差止事由として、差止事由がある場合の①株主への通知・公告を欠いた場合の事例として処理を行った。しかし、②、③自体も単独で株式発行の無効事由になるのではないかという論点も存在する。本件では株式発行が募集発行ではなく第三者割当であるため、発行後に株式発行を無効としたとしても、取引安全への害は少ないと考えられる。そのため、②や③の違法を、単独での無効事由と構成することも考えられる（とはいえ、株式を引き受けた丙社がすぐに株式を売却することもできるのであるから、やはり単独での無効主張は認めない、という論ももちろん考えられる）。

商法 解答例

第1 設問1

- 1 乙社は、本件決議の取消事由として、①本件招集通知に乙社が提案した議案の要領を記載しなかったこと、②Eを代理人とする株主総会への出席及び議決権行使を認めなかったことが、会社法831条1項1号（以下、法令名を略す。）の違法事由を構成すると主張する。かかる主張は認められるか。
- 2 ①の主張について
- (1) 取締役会設置会社において、総株主の議決権の百分の一以上の議決権又は三百個以上の議決権を6か月前から引き続き有する株主には、議案通知請求権が認められる（305条1項）。
 - (2) 甲社は、公開会社であり取締役会設置会社である（327条1項1号）。乙社は、甲社株式の10%にあたる1000株を令和4年6月頃から6か月以上継続して有しており、議案通知請求権を行使しようとするところ、本件でDは乙社を代表して議案の要領を本件招集通知に記載することを請求している。しかしながら、甲社の代表取締役Aはこれを無視し、本件招集通知に乙社の提案した議案の要領を記載しなかった。
 - (3) 以上より、305条1項違反という831条1項1号違反が認められる。また、かかる法令違反は株主の権利を侵害するものであり重大ではないとはいえないから、裁量棄却（831条2項）も認められず、乙社の主張は認められる。
- 3 ②の主張について
- (1) 会社法310条の規定から、株主は原則として自由に代理人を選任できるところ、代理人を株主に限る定款の定めは310条に反し無効ではないか。

- (2) この点、代理人の資格を制限する実際的な必要性から、資格を制限する合理的な理由がある場合に相当と認められる程度の制限を課す定款の規定は有効であると解する。

甲社の定款は、代理人の資格を株主に限るものであり、総会の攪乱を防ぐという合理的な目的のために相当と認められる程度の制限といえる。よって、甲社の定款は有効である。

- (3) もっとも、株主の議決権行使の機会は最大限保障されるべきである。そこで、①株主総会の攪乱の恐れがなく、③定款規定の適用が事実上議決権行使の機会を奪うに等しい場合には、当該定款の効力が及ばないと解する。

本件で、代理人として本件総会に出席しようとしたEは乙社の従業員であり、唯一の取締役であるDの子供である。そうだとすると、このようなEが本件総会を攪乱することは考えにくく、株主総会の攪乱の恐れはないと考えられる（①充足）。また、株主同士の関係が希薄な公開会社において、乙社がEを代理人とできないとすると、乙社の議決権の行使が著しく困難になる（②充足）。

よって、本件において甲社定款の効力は及ばない。

- (4) 以上より、Eを代理人として本件総会に参加させなかったことは、310条違反という831条1項1号違反を構成する。また、その違反は重大でないとは言えないから、裁量棄却も認められず乙社の主張は認められる。

第2 設問2

- 1 乙社としては、本件発行は差止事由があるにも関わらず株主への通知・

公告を欠いており無効である、と主張すると考えられる。

- 2 株主発行の無効原因は、重大な瑕疵に限定される。既に株式が発行されている状況で安易に無効を認めれば、株式取引安全を害すためである。
- 3 本件発行については、株主への通知・公告（201ⅢⅣ）を欠いている。株主への通知等がなければ、株主は株式の発行差止請求権を行使する機会を得ることができない。そのため、株主への通知等を欠いた株式発行は原則として無効となる。もっとも、差止事由がない場合には、株主への通知等がなかったとしても株主の利益が奪われたとはいえないため、例外的に無効原因とならないと解する。それでは、本件では差止事由が存在するか。
- 差止事由として、①「特に有利な金額」（199条3項）にあたるにも関わらず株主総会特別決議（201Ⅰ、199Ⅲ、309Ⅱ⑤）を経っていないこと、②「著しく不公正な方法」（210条2号）による発行にあたること挙げられる。

4 ①について

- (1) まず、非上場会社の場合、払込金額が「特に有利な金額」（199条3項）に当たるかどうかの判断基準が問題となる。この点、客観的資料に基づく一応合理的な算定方法によって発行価額が決定されていたといえる場合には、その発行価額は特別の事情のない限り、「特に有利な金額」にはあたらないと考える。

本件において、公正な払込金額は1株あたり20万円のところ、特に理由もなく10万円という半額以下に払込金額が設定されており、一応合理的な算定方法によって決定されたとはいえない。また、この金額を正当化する特別の事情もなく、「特に有利な金額」にあたる。

- (2) よって、本件発行は有利発行（199条3項）であり、発行にあたっては株主総会の特別決議が必要とされる（201Ⅰ、199Ⅲ、309Ⅱ⑤）が、本件では株主総会決議はなされていない。これは、210条1号の「株式の発行」が「法令」「に違反する場合」にあたり、差止事由にあたる。

5 ②について

- (1) 本件発行は、乙社の持株比率の増加を阻むためになされているが、これは「著しく不公正な方法」（210条2号）による発行に該当しないか。

この点、新株発行が特定の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてなされたものであるときは、「著しく不公正な方法」にあたると解する。

本件において、乙社は甲社株式の保有数を増やしつつ、現取締役の対立候補を擁立し他の株主に賛同を呼びかけることを予定していた。これに対し甲社は、乙社の経営への介入を甲社の利益とはならないと考え、特段資金調達が必要ないにもかかわらず、乙社の持株比率の増加を阻害するために本件発行を行っており、主要な目的が、現経営者の支配権を維持することにあるといえる。

- (2) したがって、本件発行は「著しく不公正な方法」によるものといえ、差止事由が存在する。

- 6 以上より、本件発行については、株主総会決議を欠いたこと及び「著しく不公正な方法」によってなされたことという2つの差止事由が存在するため、株主への公告・通知がなかったことが無効事由となる。よって、乙社の無効主張は認められる。
- 以上

民事訴訟法 解答のポイント

1 設問1は、最判昭和52年7月19日を参考にした問題と考えられる。

訴えの交換的変更の解釈で旧訴の訴えの取下げを含むことを指摘し、その後、②訴訟の提起が、再訴禁止効（民事訴訟法262条2項）に触れるか否かが問題となる。

「同一の訴え」の解釈は、上記判例を参考に検討すれば問題はないと思われる。

2 設問2は、訴訟上の和解に実体法上の瑕疵がある場合について、和解の効力を否定したうえで、Xの要求を実現する手段を問う問題である。

和解調書の記載に既判力が生じるかとの関係で問題となるため、既判力肯定説、制限的既判力説、既判力否定説のいずれかの立場を選択し論述することが求められる。

また、自らが選択した立場を前提に、和解の効力を争う方法を指摘すべきである。手段を挙げるだけでなく、それぞれの手段の性質についても触れた方がよいと思われる。

なお、訴訟法上の和解に実体法上の意思表示の規定が適用されるかという点も、和解の性質論との関係も問題となりうるが、答案例においては紙面の都合上省略した。

民事訴訟法 解答例

第1 設問1

- 1 Yは、①訴訟の訴えの変更（以下、本件訴えの変更）が、所有権に基づく乙建物収去甲土地明渡しの訴えの取下げを含むものであるから、②訴訟の提起が「同一の訴えを提起すること」（民事訴訟法（以下、法令名省略）261条2項）に該当するとして、訴えの却下を免れないと主張する。これが認められるか。
- 2 本件訴えの変更が、当初の所有権に基づく明渡しの訴えの取下げを含むものといえるのかが問題となる。①訴訟は、明渡請求訴訟から賃借権不存在の確認訴訟となっているので、訴えの変更（143条1項）の内、訴えの交換的変更に分類されるものである。訴えの交換的変更を独立して1個の訴訟行為とみる見解もあるが、被告の利益保護は請求の基礎の同一性（143条1項本文）のみでしか考慮されず、不十分である。したがって、訴えの変更とは新請求を付加することを指し、旧訴の訴訟継続を消滅させるためには訴えの取下げが必要となる。訴えの交換的変更とは、訴えの追加的変更と訴えの取り下げとを組み合わせた訴訟行為と解する。
- 3 本件訴えの変更は、建物収去土地明渡しの訴えの取下げを含むと解すると、建物収去土地明渡しの訴えはすでに口頭弁論を行っているので、訴えの取下げを行うために「相手方の同意」が必要となる（261条2項本文）。Yは本件訴えの変更の際に、Xに対して、明示的な「同意」をしていないことから、訴えの取下げが適法になされたか問題になる。しかし、Xは控訴審において、本件訴えの変更を行っている。

控訴審での訴えの取下げは「本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた」ことになるので再訴禁止効が生じる（262条2項）。したがって、被告の同意の有無にかかわらず、控訴審における訴えの交換的変更を認めても被告の利益が害されることはないため、被告が新請求に異議なく応訴した場合には、旧請求の取下げに同意したものと推定できる。

本件賃借権不存在確認訴訟は確定判決を得ていることから、Yは、本件訴えの交換的変更に対して異議なく応訴したといえる。

したがって、建物収去土地明渡訴訟の取下げを含む本件訴えの変更は適法になされたと評価できる。

- 4 では、②訴訟の提起は「同一の訴えを提起する」（262条2項）ものと評価することができるのか。

同条の趣旨は、終局判決を得た後に訴えを取下げることにより裁判を徒労に帰せしめたことに対する制裁であり、同一紛争を蒸し返して訴訟制度をもてあそぶような不当な事態の生起を防止することにある。したがって、取り下げた訴えの訴訟物と後に提起した訴えの訴訟物が同一であったとしても、新たな訴えの利益又は必要性が生じている場合は、司法的救済の道を閉ざすべきではない。

よって、「同一の訴えを提起する」とは、当事者・訴訟物たる権利関係が同一であるだけでなく、訴えの利益も同一である場合をいう。

増築した部分は、それぞれ増改築される前から存在していた部分と一体として店舗兼住宅として利用されており、増築した各部分は構造

的にも機能的にも建物としての独立性を欠き、それぞれ不可分の状態にあった。そして、Aら3名の増改築は乙建物の形状を著しく変更するような態様のものであった。以上のような状況より、Xが、増改築部分も含む乙建物はAら3名の所有に属し、Yは所有しておらず、変更前の①訴訟の維持は不可能であると誤認することは無理からぬところがあったと評価できる。また、建物収去土地明渡訴訟の取下げは、Yが、Aら3名の増改築による形状の著しい変化によって、乙建物の所有権は既にAら3名に帰属しているとの主張に基づいてなされた。

よって、①訴訟判決確定後、Yの乙建物が自己の所有物であるとの主張からなされた②訴訟の提起は、①訴訟の状況と比べて、新たな訴えの利益、必要性が生じたといえるため、①訴訟と②訴訟は訴えの利益が同一であるとは言えない。

よって、②訴訟の提起は、①訴訟と「同一の訴えを提起する」場合に該当しないので、Yの主張は認められない。

設問2

1 本件和解の効力を否定してXの意思を実現することはできるか。

2 まず、訴訟上の和解に既判力が生じるか。

和解の本質が当事者の合意であり、裁判所の関与が少ないことに鑑みれば、既判力を認めるべきではないとも思える。

しかし、「確定判決と同一の効力」(民事訴訟法(以下略)267条)という法の文言、和解の紛争解決機能に着目するならば、既判力を認めるべきである。

そこで、訴訟上の和解に既判力が生じるが、当該和解に実体法上の無効・取消事由があれば、既判力は生じないものと解する。

本件和解は、YがXに対して虚偽の説明をし、これをXが信じたことによってなされたものであるから、Xは本件和解についてYの詐欺を理由として取り消すことができる。

そのため、本件和解には、実体法上の瑕疵があり、既判力は生じない。

以上より、Xは、本件和解の効力を否定することができる。

4 では、Xは、Yに対して、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求めるためにいかなる手段をとることが考えられるか。

(1) 期日指定の申し立て(93条1項)及び乙建物収去甲土地明渡請求訴訟の提起が考えられる。

(2) 期日指定の申し立ては、従前の訴訟を流用できるという利点があり、別訴の提起は、和解無効の審理につき三審級が保障されるという利点がある。当事者救済の点から、どちらの方法も選択できると解すべきである。

(3) 本件において、Xは、控訴審がそのまま継続していれば、勝訴したと考えているから、従前の訴訟を利用できる期日指定の申し立てがXの意思にかなう。

よって、Xは、詐欺を理由に本件和解の無効を主張し、控訴審に期日指定の申し立てをして審理の続行を求めるべきである。

以上