

司法試験

---

# 平成27年司法試験出題趣旨分析会

## 出題趣旨・基本事項の確認

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





## 平成27年度 司法試験・出題の趣旨分析会（無料）

今回の無料公開講座では平成27年度司法試験の出題の趣旨をみていくことにします。90分の講義時間で7科目を見ていくと1科目あたり約12分から13分くらいしか触れることができません。早口で講義をして全科目の全設問に浅く触れるよりも、各科目1点にポイントを絞って解説をした方が今後の受験対策のためになるかと思えます。そこで今回はそのように講義を進めていこうと思います。

この冊子には出題の趣旨の文章に下線や太字で装飾したものと、本日の講義で使用する基本知識に関する事項を掲載しています。なお、基本知識に関する事項の大部分は「**重要事項完成講座**」の「**知識編**」のテキストから抜粋しています。

平成27年11月28日（土） 16時～17時30分

LEC専任講師 矢島純一

### 目次

平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 .....	3
* 憲法の基本知識の確認 .....	6
平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 .....	7
* 行政法の基本知識の確認 .....	9
平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 .....	11
* 民法の基本知識の確認 .....	16
平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 .....	17
* 商法の基本知識の確認 .....	22
平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 .....	25
* 民事訴訟法の基本知識の確認 .....	27
平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 .....	30
* 刑法の基本知識の確認 .....	35
平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨 .....	37

\* 刑事訴訟法の基本知識の確認 ..... 43

## 平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【公法系科目】〔第1問〕～憲法～

本年は、平等の問題と表現の自由の問題を問うこととした。本年の問題も、憲法上の基本的な問題の理解や、その上での応用力を見ようとするものである。しかし、問題の構成については、次の点で従来のものを変更した。

まず、従来は、「被告の反論」を「あなた自身の見解」を中心とする設問2に置いていたが、それを「原告の主張」と対比する形で設問1に置き、さらに、各設問の配点も明記することにした。これまで出題側としては、「被告の反論」の要点を簡潔に記述した上で、「あなた自身の見解」を手厚く論じることを期待して、その旨を採点実感等に関する意見においても指摘してきたが、依然として「被告の反論」を必要以上に長く論述する答案が多く、そのことが本来であれば手厚く論じてもらいたい「あなた自身の見解」の論述が不十分なものとなる一つの原因になっているのではないかと考えたからである。そこで、本年は、「原告の主張」と「被告の反論」の両者を設問1の小問として論じさせることとし、かつ、配点を明記することによって、「被告の反論」について簡にして要を得た記述を促し、ひいては「あなた自身の見解」の論述が充実したものとなることを期待した。

また、論文式試験においては、設問の具体的事案のどこに、どのような憲法上の問題があるのかを的確に読み取って発見する能力自体も重視される。しかし、本年は、論述の出発点である原告となるBが憲法との関係で主張したい点を問題文中に記載することとした。これは、後述するように、本問には平等に関してこれまで論じられてきた典型的な問題とは異なる問題も含まれており、この点も含めてひとまず平等に着目した論述を期待する見地からである。また、平等の問題と表現の自由の問題は、いずれも多くの論点を含む憲法上の基本的な問題であるため、着眼点を具体的に示すことで、その分、論述内容の充実を求めたいとの考えもあった。そこで、本年は、原告となるBが主張したい点につき問題文中で明記するとともに、設問1において、「Bの主張にできる限り沿った訴訟活動を行うという観点から」との条件を付した。

本年の問題の一つは平等である。憲法第14条第1項の「法の下での平等」について、判例・多数説は、絶対的平等ではなく、相対的平等を意味するとしている。この平等に関し、原告となるBは、Dらとの比較において、これまで論じられてきた問題を提起しているほか、Cとの比較において、「違う」のに「同じ」に扱われたという観点からの問題も提起している。平等が問題となる具体的事例においては、何が「同じ」で、何が「違う」のかを見分けることが議論の出発点となることから、本問でも、まずは、Bの主張を踏まえ、「同じ」点と「違う」点についての具体的な指摘とその憲法上の評価が求められることとなる。その上で、憲法が要請する平等の本質等にも立ち返りつつ、自

由権侵害とは異なる場面としての平等違反に関する判断枠組みをどのように構成するかが問われることになる。

そして、典型的な問題であるDらとの比較については、判定期間中のBの勤務実績は、正式採用された「Dらと比較してほぼ同程度ないし上回るものであった」にもかかわらず、A市は、Dらを正式採用する一方で、「Y採掘事業に関する・・・考えを踏まえると、Y対策課の設置目的や業務内容に照らしてふさわしい能力・資質等を有しているとは認められなかった」として、Bを正式採用しなかったことについての検討が必要となる。**すなわち**、Bは、「Yが有力な代替エネルギーであると考えているが、その採掘には・・・危険性があることから、この点に関する安全確保の徹底が必要不可欠であると考えて」おり、Y採掘事業の必要性や有益性を認めているが、その採掘においては種々の危険があるので、安全性が最重要と考えている者である。この場合、天然資源開発に伴う危険性を踏まえ、その安全性の確保を最重要視する考え自体が不当な考えであるとは言えないはずである。それにもかかわらず、A市が上述のような考えを持つBを正式採用せず、ほぼ同程度ないし下回る勤務実績のDらを正式採用したことは、天然資源開発における安全性の確保という言わば当然とも言うべき基本的な考え自体を否定的に評価するもので、憲法第14条第1項で例示されている「信条」に基づく不合理な差別となるのではないかという検討が必要である。

また、本年の問題で、原告となるBは、Cと「違う」にもかかわらずCと「同じ」に扱われて正式採用されなかったという点からも問題提起をしている。ここで問題となるのは、BとCはいずれも正式採用されなかったところ、Y採掘事業に関する両者の意見は、結論としては反対意見の表明という共通性があるとしても、その具体的な内容が違うことに加え、BとCがそれぞれの意見表明に当たってとった手法・行動等も違うことである。したがって、ここでは、こうしたBとCとの具体的な「違い」を憲法上どのように評価するかを踏まえた論述が求められる。

本年のもう一つの問題は、表現の自由である。すなわち、Bは、自分の意見・評価を甲市シンポジウムで「述べたこと」が正式採用されなかった理由の一つとされたことを問題視しているので、そこでは、内面的精神活動の自由である思想の自由の問題よりも、外面的精神活動の自由である表現の自由の問題として論じることが期待される。その際には、意見・評価を述べること自体が直接制約されているものではないことを踏まえつつ、「意見・評価を甲市シンポジウムで述べたこと」が正式採用されなかった理由の一つであることについて、どのような意味で表現の自由の問題となるのかを論じる必要がある。そのような観点からは、上述のような理由により正式採用されないことは、Bのみならず、一般に当該問題について意見等を述べることを萎縮させかねないこと（表現の自由に対する萎縮効果）をも踏まえた検討が必要となる。

その上で、この点に関しては、正式採用の直前においてもBが反対意見を述べていることなどから惹起される「業務に支障を来すおそれ」の有無についての検討も必要とな

る。その検討に当たっては、外面的精神活動の自由である表現の自由の制約に関する判断枠組みをどのように構成するかが問われることとなるところ、例えば、内容規制と評価し、表現の自由が問題となった様々な判例を踏まえた判断枠組みも考えられるであろう。どのように判断枠組みを構成するかは人それぞれであるが、いずれにしても、一定の判断枠組みを用いる場合には、学説・判例上で議論されている当該判断枠組みがどのような内容であるかを正確に理解していることが必要である。その上で、本問においてなぜその判断枠組みを用いるのかについての説得的な理由付けも必要であるし、判例を踏まえた論述をする際には、単に判例を引用するのではなく、当該判例の事案と本問との違いも意識した論述が必要となる。

## \* 憲法の基本知識の確認

- ・「平等」とは、事実上の差異に着目せずに絶対的・機械的に平等に取り扱うという絶対的平等を意味するのではなく、同一事情・同一条件では平等に取り扱うという相対的平等を意味する。事実上の差異に着目した合理的な区別（差別）は14条が禁止する差別には当たらず14条違反にならない。
- ・平等とは「等しい者は等しく扱い、等しくない者は等しくなく扱う」との法格言は相対的平等を意味している。「等しくない者は等しくなく扱う」ということは、違いがあるにも関わらずに同一に取り扱われることも平等原則違反となりうることを意味する。
- ・公権力による差別的な取扱いが14条1項に違反するかについての合憲審査の判断枠組みは、ある差別的な立法や処分その他の公権力による事実行為が、14条が許容する合理的な区別といえるか否かという判断基準を用いる。具体的な判断基準は次のとおりである。
- ・人種・信条・性別・社会的身分・門地という14条1項後段の列挙事由は、本来差別が許されるべきでない事柄を例示（例示列挙）したものと考えられるので、それに関する差別（区別）が合理的といえるか否かは厳格に審査されなければならない。また、14条1項後段の列挙事由は例示列挙なので、列挙されていない事由についての差別も14条で禁止されることになる。そこで、精神的自由に関する差別も二重の基準の観点から厳格に審査されなければならないと解されている。
- ・上記差別については、厳格な審査基準で審査する。具体的には、当該区別の目的が必要不可欠といえるもので、当該差別をすることが、その目的達成手段として必要最小限度のものであると認められれば当該区別は14条1項に違反しないと判断される。
- ・信条とは、本来は宗教上の信仰を意味する概念であったが、今日では、広く宗教観や人生観、政治的意見等を含む概念と解するのが一般的である。判例も、信条とは、宗教上の信仰だけでなく広く思想上、政治上の主義を含むとしている（最判昭 30.11.22）。

## 平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【公法系科目】〔第2問〕～行政法～

本問は、Xが消防法及び危険物の規制に関する政令（以下「危険物政令」という。）上の一般取扱所（以下「本件取扱所」という。）を設置していたところ、近隣に葬祭場（以下「本件葬祭場」という。）が建築されたことから、Y市長がXに対して移転命令（以下「本件命令」という。）を発しようとしている事案における法的問題について論じさせるものである。論じさせる問題は、**本件命令に対する事前の抗告訴訟の適法性（設問1）**、**本件命令が発せられた場合における本件命令の適法性（設問2）**、**Xが本件命令に従った場合における損失補償の要否（設問3）**である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、消防法及び関係法令の関係規定の趣旨を読み解いた上で、行政処分の適法性、抗告訴訟の訴訟要件、及び損失補償の要否を論じる力を試すものである。

**設問1**は、処分の差止め訴訟の訴訟要件に関する基本的な理解を問う問題である。考えられるXの訴えとして本件命令の差止め訴訟を挙げた上で、本件の事実関係の下で、当該訴えが行政事件訴訟法第3条第7項及び第37条の4に規定された「一定の処分…がされようとしている」、「重大な損害を生ずるおそれ」、「損害を避けるため他に適当な方法がある」とはいえない等の訴訟要件を満たすか否かについて検討することが求められる。特に、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件については、最高裁平成24年2月9日第一小法廷判決（民集66巻2号183頁）を踏まえて判断基準を述べた上で、本件命令後直ちにウェブサイトで公表されて顧客の信用を失うおそれがあることが、同要件に該当するかを検討することが求められる。

**設問2**は、保安距離の短縮に関するY市の内部基準（以下「本件基準」という。）に従って行われる**本件命令の適法性**の検討を求めるものである。まず、本件命令の根拠規定である消防法第12条第2項及び危険物政令第9条第1項第1号の趣旨、内容及び要件・効果の定め方から、Y市長が本件命令を発するに当たり、裁量が認められるか、そして、距離制限による保安物件の安全の確保と、保安物件が新設された場合に既存の一般取扱所の所有者等が負う可能性のある負担とを、どのように考慮して調整することが求められるかを検討しなければならない。次いで、危険物政令第9条第1項第1号ただし書及び第23条のそれぞれの趣旨、要件・効果及び適用範囲を比較して両者の相互関係を論じ、後者の規定を本件に適用する余地があるかを検討することが求められる。そして、本件基準の法的性質について、それが上記の裁量を前提にすると裁量基準（行政手続法上の処分基準）に当たるとを示し、本件基準①、②それぞれについて、法令の関係規定の趣旨に照らし裁量基準として合理的かどうか、基準としては合理的であっても、本件における個別事情を考慮して例外を認める余地がないか、検討することが求められる。すなわち、本件基準①の短縮条件として、工業地域につき倍数（取扱所で取り扱われる危険物の分量）の上限

が定められていることは合理的か、本件基準②の短縮限界距離が、本件基準③所定の防火塀の高さを前提に諸事情を考慮して設けられていることは合理的か、そして、本件基準①及び②を僅かに満たさない場合に、水準以上の防火塀や消火設備の設置を理由に同基準の例外を認めるべきか等の論点を指摘しなければならない。

設問3は、損失補償の定めが法律になくとも、憲法第29条第3項に基づき損失補償を請求できるという解釈を前提にした上で、本件の事実関係の下でXがY市に損失補償を請求することができるかについて論じることを求めている。まず、消防法第12条1項の維持義務の性質についての検討が求められる。その際、地下道新設に伴う石油貯蔵タンクの移転に対する道路法第70条第1項に基づく損失補償の要否が問題となった最高裁昭和58年2月18日第二小法廷判決(民集37巻1号59頁)の趣旨も踏まえなければならない。この維持義務が公共の安全のための警察規制であって、取扱所の所有者等は許可を受けた時点以降も継続的に基準適合状態を維持しなければならないという趣旨であるとすれば、事後的な事情変更があっても、少なくとも本件取扱所の所有者等が当該事情の発生を本件取扱所の設置時にあらかじめ計画的に回避することが可能であった場合については、損失補償は不要といえないか、検討しなければならない。その上で、第一種中高層住居専用地域から第二種中高層住居専用地域への用途地域の指定替えによる本件葬祭場の新設は、計画的に回避することが不可能な事情といえるか、そもそも指定替え前の第一種中高層住居専用地域においても学校、病院等が建築可能であることをどう考えるかなどを論じることが求められる。

なお、受験者が出題の趣旨を理解して実力を発揮できるように、本年も各設問の配点割合を明示することとした。

## \* 行政法の基本知識の確認

設問2に関する基本知識

・ 行政庁が処分をしようとする際に、処分をするかしないか、処分をするとしてどのような内容の処分をするかについて、処分の根拠法令が行政庁の判断の余地（行政裁量）を認めている場合に、行政庁の恣意的な裁量権の行使を防止するために、行政庁が裁量権を行使する際のよべき基準（裁量基準）を定めることが要請される。

・ 裁量基準の典型的な**具体例**としては、以下のとおり**行政手続法上**の「申請に対する許認可等の審査基準」と「不利益処分の処分基準」とがある。

### ・ 裁量基準の手続統制 ～裁量基準と行政手続法上の審査基準・処分基準

上記②の許認可等の審査基準や不利益処分の処分基準などの行政機関が裁量処分をする際の裁量権の行使の指針の意味の**裁量基準**は、例えば、申請に対する処分についての審査基準であれば、**行政手続法上の審査基準**として設定及び公にすることが義務付けられ（行手法5条1項，同3項）、裁量基準が不利益処分についての処分基準であれば、**行政手続法上の処分基準**として設定及び公にするよう務めなければならないとされる（行手法12条1項）。なお、行政手続法には適用除外があることに注意されたい。行政手続法は別項目で説明する。

・ **不利益処分**とは、「行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分」（2④本文）をいう。

**例えば**、許認可の取消処分（例：営業許可の取消処分）、許認可の停止処分（例：営業許可の一定期間の停止処分）、特定の行為の禁止・中止・改善の命令、金銭の納付命令などが不利益処分に当たる。なお、申請拒否処分は「不利益処分」ではなく「申請に対する処分」となり（2④但書口参照）、行政手続法上は異なる規律に服する。

### ・ 裁量基準の実体的統制

裁量基準は、法律の委任に基づかない行政内部の基準であることから法規としての性格がないため、裁量基準に従わない処分が当然に違法となるものではない。もともと、行政庁が、適切な裁量権の行使ために合理的な内容の裁量基準を定めておきながら、それに従わない処分をした場合、判断過程の合理性を欠くなど理由で裁量の逸脱濫用として処分が違法とされることがある。このようなことを踏まえて、裁量基準が定められている裁量処分について、行政庁はどのように裁量権を行使するべきなのかについては、一般的には次のとおりに考えることができる。

問題となる行政庁の行為が裁量行為であり、その裁量権行使のために定められた裁量基準の内容が合理的であるときは、行政庁は、原則として、その裁量基準に従って処分をしなければならないことになる。このようにしてなされた処分は適法となる。**もっとも**、行政庁が一般的な裁量基準を定めていたとしても、個別的な事情からその裁量基準を形式的・機械的に適用することが不合理と認められるときは、行政庁は、**例外的**に、その裁量基準を形式的に適用して処分することはできず、処分の根拠法令に基づき個別的な事情を考慮して裁量権を行使しなければならない。行政庁が、そのような個別的な事情を考慮せずに裁量基準を形式的・機械的に適用して不合理な処分をした場合は、処分の際に考慮すべき事項を考慮していないなどの理由で、裁量の逸脱濫用として違法となることもある。

関連問題：H23 司法論文公法系第2問設問2(2)

関連問題：H26 司法論文公法系第2問設問1

関連問題：H27 司法論文公法系第2問設問2

**\* H23 司法論文公法系第2問設問2(2)～出題の趣旨（抜粋）**

本件の通達の法的効果は何か、行政手続法上は何に当たるかを示すことが求められる。こうして、通達に定められている地元同意を許可申請に際して求める裁量が、関係法令に照らして認められるか、またどの範囲で認められるかが論点であることを確認することになる。その上で、地元同意の意義と問題点を、コミュニケーションと手続参加の促進、手続の公正性・透明性・明確性などの観点から具体的に検討することが求められる。

**\* H26 司法論文公法系第2問設問1～出題の趣旨（抜粋）**

本件要綱（跡地防災保証を定める要綱）の法的性質及び効果について、上記の裁量を前提とした裁量基準（行政手続法上の審査基準）に当たると解することが可能であり、裁量基準としての合理性が認められれば、必要な書類の添付を求めることも適法といえないか、検討することが求められる。ただし、法規命令と異なり、裁量基準としての要綱により申請者に一律に義務を課することはできないことを踏まえて、岩石採取に当たり跡地防災保証を求め、さらにC組合という地元の特定の事業者団体を保証人とする要綱の定めがどの程度合理性を有し、逆にどの程度例外を認める趣旨か、検討しなければならない。以上を前提として、Aの事業規模や経営状況等の事実関係に即して、C組合による跡地防災保証をAに対する採石認可の要件とすることの適法性を論じることが求められる。

**\* H27 司法論文公法系第2問設問2**

消防法の委任を受けて制定された危険物政令に基づく保安距離の短縮に関するY市の内部基準の法的性質及び内容を検討しながら、本件における消防法12条2項に基づく灯油の取扱所の移転命令の適法性を論じさせる問題が出題された。

出題の趣旨の抜粋は次のとおりである。「本件基準の法的性質について、それが上記の裁量を前提にすると裁量基準（行政手続法上の処分基準）に当たるとを示し、本件基準①、②それぞれについて、法令の関係規定の趣旨に照らし裁量基準として合理的かどうか、基準としては合理的であっても、本件における個別事情を考慮して例外を認める余地がないか、検討することが求められる。」

## 平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【民事系科目】〔第1問〕～民法～

本問は、AがBとの間で丸太について所有権留保付き売買契約を締結していたにもかかわらず、BがAに無断でその丸太を製材し、製材後の材木をCに売却した後、Cがその材木の一部をDから請け負った乙建物のリフォーム工事に使用した事例（設問1）、Aがその所有する甲土地の立木をEに売却し、Eがその立木の半分に明認方法を施した後、Aから甲土地を買受けたFが全ての立木を切り出し、その切り出した丸太をGに預けた事例（設問2）、Cの子である15歳のHが夕刻に自宅前の道路に角材を置いたことにより、その道路を通り掛かったKの運転する自転車が転倒し、その自転車の幼児用シートに乗っていたKの子である3歳のLが傷害を負った事例（設問3）に関して、民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である。当事者の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、その前提として、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などが試される。

設問1は、添付と即時取得という物権法の基本的事項に対する理解を問うとともに、これと関連する形で不当利得についても検討させることにより、法律問題相互の関係の正確な理解とそれに基づく法的構成力を問うものである。

(1)では、Aは、Cに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張してその引渡しを請求していることから、材木①の所有権の所在について検討することが求められる。その際、A B間における丸太の売買契約では、Bが売買代金を支払うまで丸太の所有権はAに留保されていること、Bがまだ売買代金を支払っていないこと、丸太の製材は加工に当たり、民法第246条第1項本文及びただし書によると、材木①の所有権は丸太の所有者であるAに帰属することを的確に分析することが期待されている。

これに対し、Cの反論としては、即時取得（民法第192条）を主張することが考えられる。Cは、Bとの売買契約、つまり取引行為に基づき、材木①の引渡しを受けているからである。しかし、【事実】2によれば、Bが材木①の所有者であると信じたことにつき、Cには過失が認められる。ここでは、事実を的確に評価する能力が問われる。

(2)では、Aは、Dに対して、材木②の価額の償還を求めていることから、その根拠が確認されなければならない。まず、材木②は、材木①と同様の理由からAの所有物であるが、Dの所有する乙建物に組み込まれて一体化されている。これは付合に当たり、民法第242条本文によると、乙建物の所有者であるDが材木②の所有権を取得する。その結果、材木②の所有権を失ったAは、民法第248条に従い、Dに対し、その償金を請求することができる。このAの請求を基礎付けるに当たっては、付合の意義が正確に説明され、本問に示された事実関係に即して適切な当てはめをすることが求められる。

また、民法第248条は「第703条及び第704条の規定に従い」としていることか

ら、AのDに対する請求の具体的な内容を確定するためには、不当利得の成立要件について、本問に示された事実関係に即して検討する必要がある。ただし、要件を単に羅列することは求められておらず、付合に関する当てはめをする中で、これらの要件を実質的に検討することでも足りる。

さらに、AがDに対して請求することができる額について、AB間の関係を考慮に入れた分析をすることも期待されている。材木②の価額は200万円であるから、材木②の所有者であるAは、Dに対して、200万円を請求することができるはずである。他方、材木②の材料に当たる丸太の価額は150万円であるため、Aが受けた損失を勘案するならば、AがDに対して請求できる額は150万円にとどまると考える余地もある。

これに対して、Aの償金請求に対するDの反論として考えられるのは、例えば、DがCに請負代金を支払済みであることから、その限度でDの利得は消滅したという主張である。この反論を基礎付けるためには、Aが受益をした時点、つまり材木②が乙建物に付合した時点において、Dが善意であり（材木②の所有権をCが有しないことを知らなかった）、かつ、悪意に転じる前に、Cに請負代金を支払ったことが指摘されなければならない。

しかし、仮にDが自分で乙建物のリフォーム工事をするためにCから材木②を購入し、まだ材木②が乙建物に付合していないとすると、Dについて即時取得が成立しない限り、DがCに材木②の売買代金を支払ったとしても、AはDに対して材木②の返還を請求することができるはずである。このような観点からすると、DがCに請負代金を支払っていることを理由として、Dの利得の消滅を認めることは適切でなく、むしろ、Dにおいて材木②の価値に相当するものを即時取得したと評価することができる場合に、Dの利得について法律上の原因が認められ、DはAの償金請求を拒絶することができる<sup>1</sup>と考える可能性もある。その際には、引渡し時における善意無過失という即時取得の要件について、Dは、乙建物の鍵のうちの1本をCに交付して仮住まいの家に移っただけであるから、Cを通じて乙建物を間接的に占有していると評価することができ、材木②が乙建物に付合した時に材木②の引渡しを受けたのと同じ状況となるから、Dの善意無過失について判断すべき基準時は付合が生じた時点であること等が問題となる。

設問2は、立木が二重に譲渡された後に切り出された場合においてその切り出された丸太について返還請求がされた事例を素材として、所有権に基づく物権的返還請求権の主張に対する典型的な抗弁の1つである対抗要件具備による所有権喪失の抗弁について正確な理解を有しているかどうか及び民事留置権の成否に関して事案に即した適切な検討ができるかどうかを問うものである。

(1)では、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁の構造を正確に理解した上で、それを本問の事例に即して展開し応用する能力が問われている。

Gが「丸太③をEが所有することを争うことによって」Eの請求を拒否する旨主張する根拠は、Fが対抗要件を具備することにより丸太③の所有権を確定的に取得した結果、E

がその所有権を喪失したことに求められる。そのため、ここではまず、Gの主張の根拠が、この意味での対抗要件具備による所有権喪失の抗弁に求められることを説明し、Gが主張・立証すべき事実を的確に示すことが求められる。

その前提として、EのGに対する請求は、丸太③の所有権がEに属することを理由とする。これは、丸太③が、甲土地から切り出される前は、甲土地に生育していた立木であること、この本件立木は、甲土地の定着物（民法第86条第1項）ないし甲土地と付合して一体となるもの（民法第242条）であることから、甲土地の所有者であるAに帰属すること、EはAから売買により本件立木の所有権を取得したこと、その後本件立木が甲土地から切り出されても、Eの所有権は切り出された丸太に及び続けることによって基礎付けられる。

その上で、Gの主張は、Aが甲土地及び甲土地上の本件立木をFに売却する旨の契約が締結され、それに基づき甲土地についてAからFへの所有権移転登記がされたことによって、民法第177条により、Fが本件立木の所有権を確定的に取得したことが、したがってEは本件立木の所有権を喪失したことによって基礎付けられる。本件立木は甲土地の定着物ないし甲土地と付合して一体となるものであることから、厳密に言うと、Fは、甲土地の売買により本件立木の所有権を取得し、甲土地の所有権移転登記により本件立木についても対抗要件を具備することになる。

このほか、Gの主張の根拠としては、対抗要件の抗弁を考える余地もある。これは、AからEへの本件立木の売買に基づく物権変動について、Fから丸太③の寄託を受けたGが民法第177条の第三者に当たること、あるいは民法第177条の第三者に当たるFの地位をGが援用することにより、丸太③に対応する立木について明認方法を具備していないEはその所有権の取得をGに対抗することができないという構成による。その際には、受寄者が民法第177条の第三者に当たるか否かが問題となることなどを踏まえて、対抗要件の抗弁が認められる理由を適切に論じることが求められる。

(2)では、寄託契約に基づく保管料債権を被担保債権とする民事留置権の成否について正確に検討することができるかどうか問われている。

ここでは、まず、Gの主張が民事留置権（民法第295条）に基づくものであることを示す必要がある。商事留置権の成否について検討する必要はない（【事実】9を参照）。

このGの主張が認められるためには、民事留置権の要件の全て、すなわち、(i) 他人の物を占有していること、(ii) その物に関して生じた債権を有すること、(iii) 被担保債権の弁済期が到来していること、(iv) 占有が不法行為によって始まったものでないことについて、主張・立証責任の所在にも留意しつつ、それぞれの要件の意味を示し、それに該当する事実の有無を判断することが求められる。

本問では、民事留置権の目的物である丸太④は、切り出される前の立木についてEが明認方法を具備していたことから、Eの所有に属する。それに対して、被担保債権である丸太④の保管料債権の債務者はFであるため、このような場合に単純に民事留置権の成立を

認めると、Eの所有物がEとは無関係のFの債務の担保に供される事態を認めることになり、民事留置権の成立を認めることが適当かどうかという問題が生じる。そこで、**(i)の要件**について、被担保債権の**債務者以外の者が所有する物も「他人の物」といえるか否か**、**あるいは、(ii)の要件**について、このような場合に被担保債権と物との間に牽連性が認められるか否かについて、留置権の制度趣旨に遡った検討をすることが期待される。

また、本問では、Fが丸太④を甲土地から切り出してGに寄託した行為はEに対する不法行為に該当すると考えられることから、Gが丸太④を預かった行為もEに対する不法行為に該当し、(iv)の要件が充足されないことになるか否かも問題となる。この点については、**【事実】9の事情を適切に評価**して、Gの不法行為の成否を判断することが求められる。

なお、民事留置権の主張を認めるためには、その全ての要件が充足されていることを確認する必要があるのに対し、例えば、(i)や(ii)の要件について必要十分な検討を経てその充足が否定される場合には、民事留置権の成立を否定する結論を出すために、他の要件について検討する必要はない。そのような場合、他の要件について検討していないことを理由に不利に扱われることはない。

設問3は、未成年者であるHの不法行為を素材として、不法行為法についての基本的な知識とその理解を問うものである。責任能力がある未成年者の不法行為についての監督義務者の責任と被害者側の過失についてはいずれも確立した判例があることから、それを踏まえて検討することが期待されている。

(1)で問われているのは、Hの親であるCの責任であるが、Cの責任については、Hに不法行為責任が認められるか否かによって、その法律構成が異なる。Hが本件角材を路上に置く行為は、客観的に不法行為に当たると考えられるが、Hに責任能力が認められない場合、Hの不法行為責任は否定される（民法第712条）。その場合には、Hの親権者であり、法定監督義務者となるCについて、民法第714条に基づく責任が認められる可能性がある。他方で、同条は、直接の加害者に責任能力が認められない場合の補充的責任を定めたものであり、Hに責任能力が認められる場合には、適用されない。しかし、このように直接の加害者である未成年者に責任能力が認められる場合でも、判例は、その監督義務者が民法第709条によって責任を負う可能性を認めている。本問では、これらの全体的な相互関係を踏まえて、Cの不法行為責任の成否を適切に論じることが求められる。

まず、Hの責任能力については、民法には明確な年齢基準が定められていないものの、従来の判例では、12歳前後がその基準とされていることから、既に満15歳に達し中学3年生であるHについては、特段の事情がない限り、責任能力が肯定されると考えられる。したがって、これを前提とする限り、Cについて、民法第714条に基づく責任を追及することはできない。

しかし、判例は、未成年者の責任能力が肯定される場合でも、監督義務者に監督義務違反としての故意又は過失が認められ、それと結果との間に相当因果関係があれば、監督義務

務者自身の不法行為として、民法第709条の責任を負うことを認めている。これによると、Cについて監督義務違反が認められるか否か、認められるとした場合、その監督義務違反とLの権利侵害との間に相当因果関係が認められるか否かについて、本問に示された事実関係に即して、的確に検討することが求められる。もともと、このように判例に依拠して検討することが唯一の解答ではなく、適切な理由付けによってこれと異なる論じ方をすることも排除されていない。

(2)は、賠償額について、Cはどのような反論をすることが考えられるかを検討させるものである。ここでは、過失相殺について論じることが期待される。

【事実】16及び17によると、既に付近がかなり暗くなっていたにもかかわらず、Kが前照灯の故障した自転車を、携帯電話を使用していたため、片手で運転していたことから、Kについて過失と評価されるような事情が認められるが、Lについては、過失と評価されるような事情は認められない。本問の損害賠償請求はLによるものであるため、L自身には過失がないにもかかわらず、こうしたKの過失が、Lの損害賠償請求において過失相殺の対象として考慮されるかどうかは問題となる。この点について、判例は、被害者自身の過失でなくても、被害者と身分上・生活関係上の一体性が認められる者に過失があった場合については、その者の過失を過失相殺の対象として考慮することを認めている。判例に即して論じる場合には、以上の点を的確に示し、本問に示された事実関係に即して、その要件が満たされている否かを的確に検討することが求められる。

もともと、判例による被害者側の過失法理に依拠して検討することが唯一の解答ではない。特に、被害者側の過失法理については、その妥当性を疑問視する見解も有力であり、判例と異なる構成を採る場合であっても、適切な理由付けが行われ、その要件等が的確に検討されていれば、それに相応した評価がされることになる。

## \* 民法の基本知識の確認

設問 1 (1)に関する基本知識

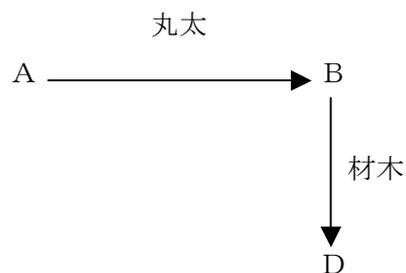
### ・ 不動産と動産の付合 (242)

不動産に他人の動産が付着してそれらを分離することが困難となり、物を破壊して分離すると社会経済上の著しい損失になるときは、その動産は不動産の所有者の所有権に帰属する (242 本文)。例えば、他人の土地に樹木を植えたところ、樹木が根を張って土地から分離できなくなった場合は樹木の所有権は不動産の所有者の所有権に帰属する。**ただし**、例えば、地上権など土地を利用する権原によってその動産を付合させたときは、当該動産の所有権は不動産の所有者に帰属しない (242 但書)。

・ 添付 (付合, 混和, 加工) により損失を受けた者は、703条及び704条の不当利得の規定に従い、添付により利益を受けた者に対して、償金の支払いを請求することができる (248)。

・ 法律上の原因がないのに、ある者に損失が生じたことで別の者に受益が生じたといえる関係があれば、公平の観点から、損失を受けた者は、受益者に対して、その受益を不当利得として返還請求できる。

設問 1 (1)の図



## 平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【民事系科目】〔第2問〕～商法～

本問は、会社法上の公開会社でない取締役会設置会社（甲社）において、取締役の競業行為等についての競業禁止義務違反又は忠実義務違反の成否とその違反が成立する場合における取締役の損害賠償責任（設問1）、会社の重要な事業の一部を二つの資産売買に分けて第三者に売却する取引についての会社法上の規律とそのような取引の効力（設問2）、株主総会の決議により新株予約権の行使条件の決定を取締役に委任すること及び取締役会の決議により当該行使条件を廃止することについての法的瑕疵の有無とそのような新株予約権の行使により発行された株式の効力（設問3）に関し、会社法上の規律の基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である。

設問1では、まず、首都圏で洋菓子の製造販売業を営む甲社の取締役Bが、関西地方において同種の事業を営む乙社の事業に関連して行った競業行為に関し、競業禁止義務違反（会社法第356条第1項第1号、第365条第1項）が成立するかどうかについて、事案に即して丁寧に論ずることが求められる。

会社法第356条第1項第1号所定の「自己又は第三者のために・・・取引をしようとするとき」については、その「取引」が個々の取引行為をいうものとされていること、「自己又は第三者のために」の解釈につき計算説と名義説とがあることを意識しつつ、取締役Bが自己又は第三者のために取引をしたかどうかを検討する必要がある。その際、個々の取引は乙社名義で行われ、Bは乙社の代表取締役ではないことを踏まえながら、Bは、乙社の発行済株式の90%を取得し保有していること、Bは、連日、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執っていたこと、Bは、乙社の顧問として、毎月100万円の顧問料の支払を受け、洋菓子工場の工場長Eの引き抜きやQ商標の取得に関与したことなどの事情（事実上の主宰者性）に着目すべきである。

甲社と乙社の市場は、設問1の時点では、地理的に競合しているとはいえない。そこで、甲社が乙社の市場（関西地方）への進出を具体的に企図していた場合に、Bによる乙社の取引が甲社の「事業の部類に属する取引」（会社法第356条第1項第1号）に該当するかどうかについても論ずるべきであり、乙社が、甲社と同様に、洋菓子の製造販売業を営み、著名な商標を付したチョコレートをデパートに販売していることのほか、甲社は、既にマーケティング調査会社に関西地方の市場調査を委託し、委託料500万円を支払済みであることを具体的に指摘する必要がある。

取締役会設置会社において取締役が競業取引をしようとする場合には、取締役会において当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けることを要する（会社法第356条第1項、第365条第1項）。Bが、A及びCに対し、「乙社の発行済株式の90%を取得するので、今後は乙社の事業にも携わる。」と述べたところ、A及びCは特段の異議を

述べなかったという事実関係の下で、このような手続的要件が満たされるかどうかを論じなければならない。

会社法第356条第1項違反が成立する場合には、その取引によって取締役又は第三者が得た利益の額が、甲社の損害の額と推定される（同法第423条第2項）。本件では、このように推定される損害の額は幾らなのか、すなわち、第三者である乙社の得た利益の額とみるべきか、又は取締役Bが得た利益の額とみるべきかについて、「自己又は第三者のために・・・取引をしようとするとき」という要件の当てはめとの論理的な整合性も意識しつつ、論ずることが求められる。そして、具体的な損害の額に関しては、乙社が得た利益としては、平成22事業年度における営業利益の増額分800万円を、Bが得た利益としては、上記800万円にBの持株比率である90%を乗じた額（720万円）ないしBが乙社から受領した顧問料（100万円に月数を乗じた額）を挙げるなどが考えられ、これらと本件競業取引との間の相当因果関係について検討する必要がある。

本件では、甲社の取締役Bの競業行為の結果、会社法第423条第2項により推定される損害の額とは別に、現に甲社に損害が生じているとして、同条第1項に基づく損害賠償請求が可能かどうかについても、検討する必要がある。具体的には、甲社がマーケティング調査会社に支払った500万円の委託料について、Bの任務懈怠との間に相当因果関係があるかどうかなどを論ずることとなる。仮に、Bについて同法第356条第1項違反が成立しないと結論を採った場合においても、甲社に生じた損害について、別途、同法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否を論ずることとなる。

次に、Bによる洋菓子工場の工場長Eの引き抜きについては、引き抜き行為自体を「競業取引」と評価することは困難であるが、会社法第355条所定の忠実義務違反を原因とする同法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否が検討されるべきである。Eが甲社において重要な地位にあったこと、Eの突然の退職により甲社の洋菓子工場は操業停止を余儀なくされ、3日間受注ができず、1日当たり100万円相当の売上げを失ったこと、Bは甲社の洋菓子事業部門の業務執行担当取締役であり、当該事業部門の利益を守るべき立場にあったことなどを踏まえると、Bには任務懈怠が認められるであろう。この場合には、損害の額に関する推定規定はなく、損害賠償責任の有無及びその額について丁寧に論ずる必要がある。

設問2では、まず、甲社が、会社の事業の一部（洋菓子事業部門）を二つの資産売買に分けて丙社に売却した取引に関し、これらを全体として事業譲渡と評価すべきかどうか、株主総会の特別決議が必要となる「事業の重要な一部の譲渡」（会社法第467条第1項第2号）に該当するかどうかについて、事案に即して論ずることが求められる。

甲社の洋菓子事業部門が二つの資産売買に分けて丙社に譲渡されたことに関しては、洋菓子工場に係る不動産とP商標に係る商標権につき、各別の売買契約が締結され、それぞれ各別に債務が履行されたという形式を重視すれば、二つの「重要な財産の処分」（会社法第362条第4項第1号）がされたものと評価することとなる。これに対し、当初、

甲社と丙社との間では、甲社の洋菓子事業部門の全体を代金2億5000万円で売却する旨の交渉がされていたという経緯、上記の各売買契約及びそれぞれの取締役会決議の時間的近接性、甲社の洋菓子事業部門に従事する従業員全員が引き続き丙社に雇用されたこと、甲社の取引先についても実質的にその全部が丙社に引き継がれたこと、甲社の代表取締役Aは、株主であるS社が洋菓子事業部門の売却に反対する可能性が高いため、株主総会の特別決議を潜脱する意図で本件の取引を行ったと推測されることなどの事情を重視すれば、実質的に全体として「事業の重要な一部の譲渡」（会社法第467条第1項第2号）がされたものと評価することとなる。この点についての問題意識が明らかにされる必要がある。

会社法第467条（旧商法第245条）により株主総会の特別決議による承認を必要とする事業譲渡の意義について、判例（最高裁昭和40年9月22日大法廷判決・民集19巻6号1600頁参照）は、会社法第21条（旧商法第24条）以下と同一の意義であって、①一定の営業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部又は重要な一部を譲渡し、②これによって、譲渡会社がその財産によって営んでいた営業的活動の全部又は重要な一部を譲受人に受け継がせ、③譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に競業避止義務を負う結果を伴うものをいう旨判示している。この点について、①の要件が不可欠であることにほぼ争いはないが、②及び③の要件が不可欠であるかどうかについては解釈上の争いがあるところ、事業譲渡に株主総会の特別決議が要求される趣旨を踏まえ、いずれかの立場に立った上で、本件の事案に当てはめて、会社法第467条所定の事業譲渡に該当するかどうかを論ずることが求められる。特に、本件では、当事者間の特約により、競業避止義務が明示的に排除されていることに留意すべきである。

事業譲渡に該当するとした場合には、更に、事業の「重要な」一部の譲渡に当たるかについても、論ずる必要がある。その際には、重要性の判断基準を示した上で、質的・量的な側面から問題文の事実を具体的に当てはめるとともに、貸借対照表等の資料を分析して、株主総会の特別決議を要しないこととなる形式基準（会社法第467条第1項第2号括弧書き、同法施行規則第134条第1項）を満たすかどうかについても、検討することが求められる。この資料によれば、譲り渡す資産の帳簿価額は2億5000万円であり、甲社の総資産額は7億円であって、前者が後者の5分の1を上回るから、上記の形式基準を満たさない。

次に、本件では、会社法上の必要な手続を欠く場合の事業譲渡の効力について、論ずる必要がある。この点について、会社法上特別の規定はないところ、判例（最高裁昭和61年9月11日第一小法廷判決・民集148号445頁参照）は、事業譲渡契約は、株主総会の特別決議によって承認する手続を経由していなければ、無効であり、その無効は、広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、何人との関係においても常に無効である旨判示している。このような考え方のほかに、善意無過失の譲

受人を保護するために相対的無効とみる考え方などもあり得るが、甲社の株主であるS社の保護、譲受人である丙社の保護の観点等を考慮しつつ、説得的な論述をすることが求められる。

仮に、本件について事業譲渡に該当しないとした**場合**には、本件の取引が「重要な財産の処分」(会社法第362条第4項第1号)に該当するかどうかを検討することとなる。その際には、重要性の判断基準について、**判例**(最高裁平成6年1月20日第一小法廷判決・民集48巻1号1頁参照)は、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと判示しているところ、本件でも、事案に即して論ずる必要がある。結論として、第1取引及び第2取引のいずれも「重要な財産の処分」に該当すると評価することになるが、その場合には、いずれについても取締役会の決議を経ているので、会社法上の手続的要件は満たされていることとなる。

第3問では、会社法上の公開会社でない会社における**新株予約権の発行**に関する規律を念頭に置きつつ、①株主総会の決議により新株予約権の行使条件(上場条件)の決定を取締役に委任することの可否、②仮に、このような委任ができるとした場合に、当該行使条件を取締役会の決議により廃止することの可否を論じた上で、③瑕疵のある手続により発行された新株予約権の行使により発行された株式の効力、又は行使条件に反した新株予約権の行使により発行された株式の効力について、論理的に整合した論述をすることが求められる。

まず、会社法上の公開会社でない会社においては、同法第238条第1項第1号所定の「募集新株予約権の内容」の決定は、株主総会の**特別決議**を要し、取締役会に委任することができない(同法第238条第2項、第239条第1項第1号)ところ、新株予約権の行使条件は「募集新株予約権の内容」に含まれ、その決定を取締役に委任することができないという**考え方**と、取締役会への委任を許容する考え方とがあるが、いずれの考え方によるかを明らかにしつつ、新株予約権の発行手続における瑕疵の有無を論ずることが求められる。そして、**仮に**、新株予約権の行使条件の決定を取締役に**委任**することが**可能**であるとした場合でも、取締役会において当該行使条件の**廃止**を決議することができるかどうかについては、株主総会による**委任の趣旨**を検討しつつ、論ずる必要がある。本件では、経営コンサルタントGに対する新株予約権の発行が、甲社株式が上場した場合の成功報酬とする趣旨であったことから、取締役会における上場条件の廃止の決議は、株主総会による授權の範囲を超えて無効であると解することもできるであろう。

新株予約権の発行手続に瑕疵があったとした**場合**には、そのような発行手続の法令違反が新株予約権の発行の**無効原因**となるか(なお、新株予約権の発行の無効の訴えの**出訴期間**である1年は既に**経過**している(会社法第828条第1項第4号))、そのような**新株予約権の行使により発行された株式が無効**となるかについて、**検討**する必要がある。これに対し、新株予約権の発行は適法であるが、上場条件の廃止が無効であるとした**場合**には、

甲社において上場条件は新株予約権の重要な内容を構成しており、上場条件に反した新株予約権の行使による株式の発行については、既存株主の持株比率がその意思に反して影響を受けるため、**重大な瑕疵**があるものとして、**当該株式が無効**となるのではないかという点について、**検討**する必要がある。

**第3問**については、旧商法の下における**判例（最高裁平成24年4月24日第三小法廷判決・民集66巻6号2908頁参照）を参考**にしながら、会社法上の公開会社でない会社における新株予約権の発行等について、会社法の**条文及び制度趣旨**を踏まえた**検討**が望まれる。

## \* 商法の基本知識の確認

設問3に関する基本知識

### ・非公開会社における新株の発行

非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は株式発行無効の訴えの無効原因になるとするのが判例である（最判平 24. 4. 24）。

### ・新株予約権の行使条件の設定の委任を受けた取締役会による行使条件の設定後の行使条件変更の可否と株式発行無効の訴えの無効事由

非公開会社において特別決議を経ずになされた新株発行に新株発行無効の訴えの無効事由を肯定した前記平成24年判例は、非公開会社において新株予約権の行使条件を株主総会決議によらず取締役会決議だけで変更してその変更された条件により新株予約権が行使されて発行された株式の効力が争われた事案のものであった。平成24年判例の事実の概要は次のとおりである。

非公開会社（全株式譲渡制限会社）である上告人会社において、経営陣の意欲や士気の高揚を目的として、ストック・オプション〔取締役のインセンティブ報酬の一種〕を付与するために新株予約権を無償発行（238Ⅲ①）する旨の株主総会の特別決議がなされ（238Ⅱ，309Ⅱ⑥）、その決議で、新株予約権の行使条件として、その行使時に取締役であること等を定めたが、その他の行使条件については取締役会に委任した。その委任を受けた取締役会は、新株予約権の行使条件として、株式が店頭売買有価証券として日本証券業協会に登録された後又は日本国内の証券取引所に上場された後6箇月が経過するまで本件新株予約権を行使することができないとの条件（「上場条件」）を定めた。ところが、その後、株式上場が困難となったことから、取締役会において上場条件を撤廃する旨の決議（「本件変更決議」）をした。そして、Y社の取締役Aらが、変更後の行使条件に従い新株予約権を行使したところ、Y社は、Aらに対して、普通株式合計2万6000株を発行した（「本件株式発行」）。そこで、被上告人であるY社の監査役Xが、本件株式発行の無効の訴えを提起して本件株式発行が無効であると主張した（828Ⅰ②）。

なお、非公開会社における新株予約権の募集事項は、株主総会の決議で決定しなければならない（238Ⅱ，309Ⅱ⑥）、募集事項の決定は株主総会の決議で取締役会に委任

することができるが、新株予約権の内容及び数の上限の決定は、株主総会で決議しなければならないと規定されている（239 I ①）。もっとも、既存株主に不利益を与えないような新株予約権の細目事項の決定は、株主総会の決議で取締役会に委任でき、行使条件も新株予約権の細目事項としてその決定を取締役会に委任できると解されている。最高裁では、行使条件の決定を株主総会の決議により取締役会に委任できるかということは特に問題とされておらず、その委任ができることが前提とされている。

**最高裁**は、結論として、本件株式発行に無効原因があることを肯定した。**判旨は大きく3つの部分**から構成されている。理解を助けるために判旨に明示されていないことを補足しつつ3つの部分を挙げると次のとおりになる。

【①】公開会社が原則として取締役会決議で新株予約権の発行を決定できる（240 I）のに対して、非公開会社では株主総会決議の特別決議により決定しなければならないところ（238 II，309 II ⑥）、株主総会の特別決議により新株予約権の行使の条件の設定を委任された取締役会が新株予約権の行使条件を定めることはできても、その委任に基づき1度設定した行使条件については、取締役会の決議でその細目を変更することはできても、重要部分を変更することは許されず、本件変更決議のうち上場条件を撤廃した部分は重要部分の変更として無効であり、本件新株予約権の行使が当初定められた行使条件に違反するものであると判示する部分。

【②】非公開会社においては株主総会の特別決議を経ないまま株主割当以外の方法による募集株式の発行がされた場合、株主割当以外の株式発行に原則として株主総会の特別決議が要求され（199 II，309 II ⑤）、新株発行無効の訴えの提訴期間が公開会社の場合と比べて長い（828 I ②）などの非公開会社の性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持にかかる既存株主の利益を重視し、その発行手続に重大な法令違反があり新株発行無効の訴えの無効原因になるとの一般論を示した部分。

【③】非公開会社において株主割当以外の方法により発行した新株予約権については、株主総会（株主総会の委任を受けた取締役会・239 I 参照）で付された新株予約権の重要な内容を構成する行使条件に違反してなされた新株予約権の行使により新株が発行されると、既存株主の持株比率がその意思に反して影響を受ける点で株主総会の決議がないまま新株発行が発行されたのと異なるから、上記新株予約権の行使による株式発行には無効原因があると判示した部分。

・上記【①】の部分の補足

**非公開会社**では、公開会社においては原則として取締役会決議で新株予約権の発行を決定（募集事項を決定）できる（240 I）のと異なり、株主総会決議の特別決議（238 II，309 II ⑥）により決定しなければならないことから、株主総会で決めた新株予約権の行使条件を取締役会決議だけで変更することには大きな問題があるといえる。

非公開会社では、新株予約権の行使条件の変更は、新株予約権の内容を定める点で

募集事項の決定と同じなので、非公開会社において新株予約権の募集事項の決定に要する株主総会特別決議（238Ⅱ，309Ⅱ⑥）によるべきであり、取締役会決議のみで行使条件を変更しても無効と解すべきである。そして、その変更後の無効な行使条件に基づき新株予約権を行使して募集株式の発行がなされても、その募集株式の発行は、実質的に株主総会の特別決議を欠くものとして無効になると説明することができよう。

・平成24判例のあてはめ部分の判示

平成24年判例は、前記判断枠組みを前提に、次のとおりのあてはめをして、本件新株発行に新株発行無効の訴えの無効原因があることを肯定した。「上場条件は、本件総会決議による委任を受けた取締役会の決議に基づき本件総会決議の趣旨に沿って定められた行使条件であるから、株主総会によって付された行使条件であるとみることができる。また、本件新株予約権が経営陣の意欲や士気の高揚を目的として発行されたことからすると、上場条件はその目的を実現するための動機付けとなるものとして、本件新株予約権の重要な内容を構成していることも明らかである。したがって、上場条件に反する本件新株予約権の行使による本件株式発行には、無効原因がある。」

関連問題：H27 司法論文民事系第2問設問3

## 平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【民事系科目】【第3問】～民事訴訟法～

本問は、リフォーム工事を内容とする請負契約に係る瑕疵修補に代わる損害賠償請求事件（本訴）を基本的な題材として、反訴で訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁を本訴において提出することの適法性（〔設問1〕）、相殺の抗弁を認めた第一審判決に対する控訴と不利益変更禁止の原則との関係（〔設問2〕）、民事訴訟法第114条第2項が規定する既判力の内容とその具体的な作用の仕方（〔設問3〕）について検討することを求めている。

これらの課題に含まれる論点には基礎的なものが含まれており、それだけに、受験者には、その基礎的な論点に係る正確な知識をもとにして、問題文に示された事実関係及び関連判例を踏まえ、結論を導き出す論述を行うことが期待されている。

〔設問1〕は、XがYに対して提起した上記損害賠償請求事件（本訴）でYがXに対して反訴を提起した場合において、反訴で訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁を本訴において提出することの適法性を検討することを求めている。その検討に当たっては、重複起訴を禁止する民事訴訟法第142条の趣旨は、別訴で訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁を本訴において提出する場合にも妥当する、とした判例（最高裁判所平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁。以下「**平成3年判決**」という。）と、反訴で訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁を本訴において提出する場合には重複起訴の問題は生じない、とした判例（最高裁判所平成18年4月14日第二小法廷判決・民集60巻4号1497頁。以下「**平成18年判決**」という。）との相互関係を正しく理解していることが**必要**である。

より具体的にいうと、**第一に**、反訴で訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁を本訴において提出すると、訴えの変更の経路を経由せずに、既に提起されていた反訴が予備的反訴として扱われる、というのが**平成18年判決**の考え方であるが、**平成3年判決**は、重複起訴の禁止を定める民事訴訟法第142条の趣旨を類推する主な根拠を、たとえ本訴と別訴とが併合審理されていてもなお既判力の矛盾抵触のおそれがあることに求めているところ、平成18年判決のように考えるとなぜそのおそれが生じないこととなるのかについて説明することが求められている。**第二に**、**平成3年判決**は、相殺の担保的機能という利益と反対債権について債務名義を取得するという利益とを二重に享受することは許さないとする趣旨と解されるが、平成18年判決の考え方ではなぜ二重の利益を享受する結果にならないのかについて、説明することが求められている。

〔設問2〕は、XがYに対して提起した上記損害賠償請求事件（本訴）において提出された相殺の抗弁を認めて本訴請求を棄却した第一審判決に対し、Xのみが控訴した場合において、控訴審における審理の結果、本訴の訴求債権の不存在が明らかとなったとき、控

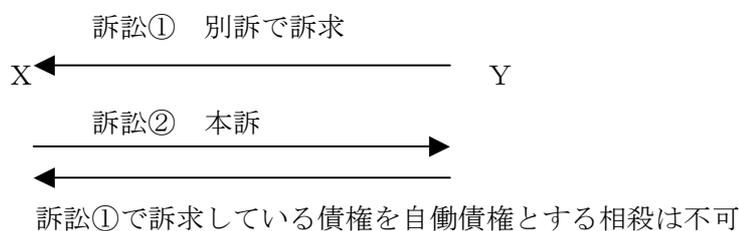
訴審が**第一審判決を取り消し**、**上記訴求債権の不存在を理由として改めて請求棄却**の判決をすることが許されるかどうかを問うものである。より具体的にいうと、控訴審が第一審判決を取り消し請求棄却の判決をすることが、**控訴したXにとって原判決の不利益変更**となるか、なると考える場合の**その理由について、説明**を求めるものである。**上記第一審判決が確定**すると、**本訴の訴求債権の不存在の判断**（民事訴訟法第114条第1項）及び**反対債権の不存在の判断**（同条第2項）の双方に既判力が生じるが、**第一審判決を取り消し**、**訴求債権の不存在を理由として請求を棄却した判決が確定**すると、**反対債権の不存在**という、**Xに有利に作用する既判力が生じない**こととなる。こうした理由から**控訴棄却にとどめるべきであるとするのが**、判例（**最高裁判所昭和61年9月4日第一小法廷判決・判例時報1215号47頁**）の考え方であるが、**本問では、この二つの判決が確定したと仮定**した場合に生ずる**既判力の内容の相違に注目して、不利益変更禁止の原則に抵触するかどうかを説明**することが求められている。

【設問3】は、**XがYに対して提起した上記損害賠償請求事件に係る第一審判決**（その内容は、**Yの相殺の抗弁が認められ、Xの本訴請求が棄却された**というもの）が**確定**した後、新たに、**Yが不当利得の返還を求める文書を送付してきた**という**事案**を題材に、**当該第一審判決の既判力の作用について具体的に説明**することを求めるものである。また、本問は、問題文におけるL2の発言（問題文5頁19行目から27行目のもの）において具体的に示唆するとおり、民事訴訟法第114条第2項が規定する**既判力の内容は、基準時における反対債権の不存在の判断**であるとの考え方に依拠したとしても、**相殺の抗弁が認められて勝訴したYが、訴求債権は本来存在しなかったから相殺はその効力を生じていないとの理由に基づき、反対債権の金額に相当する不当利得の返還を請求した場合、その既判力によって棄却することが可能であることを説明**することを求めている。より具体的にいうと、**不当利得返還請求権の要件**、すなわち利得、損失、両者の因果関係及び利得に法律上の原因がないことのうち、**どの要件に関する主張がその既判力と抵触**するのかを、**Yがその言い分において主張する事実関係に則して、受験者自らの言葉で具体的に説明**することが求められている。**こうした観点からは、既判力は訴訟物同一、先決関係又は矛盾関係において作用**するところ、**不当利得返還請求権の主張は反対債権の不存在の判断と矛盾関係にあるから、確定した第一審判決の既判力に抵触**する、と述べるにとどまる**答えは、本問の題意を的確に捉えたものとは評価し難い。**

## \* 民事訴訟法の基本知識の確認

設問 1 に関する基本知識

- ・ 訴訟係属中に当該訴訟で訴求している債権を、別訴において相殺の抗弁に供することの可否が問題となる。この点、判決理由中で示される相殺の抗弁の判断には既判力が生じることから (114II)、ここでも矛盾判決を防止するという二重起訴の禁止の趣旨が妥当し、そのような相殺の主張は許されない。



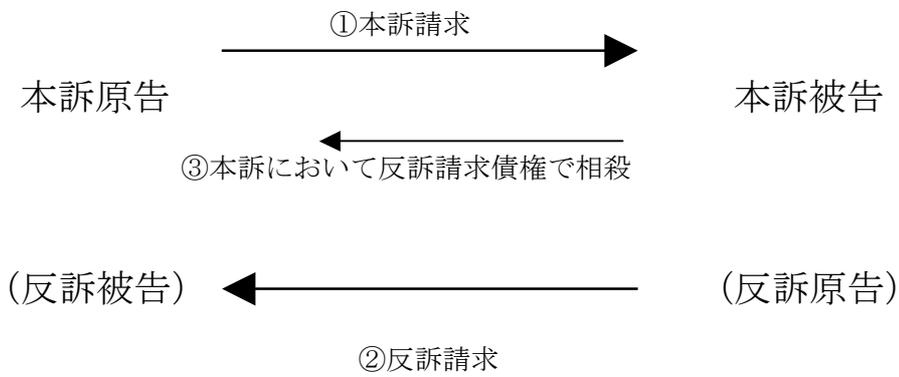
- ・ 142条が直接適用されるのは同一の請求につき前訴と後訴が訴え形式で提起される場面であるので、上記事例には142条は直接適用されない。もっとも、矛盾判決を防止するという142条の趣旨はここでも妥当するので、前訴で訴求している債権を、別訴において自働債権として相殺の抗弁を主張することはできないというのが判例である（**最判平 3.12.17**）。

また、この判例は、前訴と後訴が単純併合されている場合でもこの結論は異ならないとしている。判旨では理由を述べていないが、両事件が併合審理された場合についても同様としているのは、併合形態が単純併合である場合は併合審理されている事件が判決期日までに弁論の分離がなされ別々に判決が言い渡される可能性があることを考慮しているものといえよう。なお、本件は本訴と別訴が控訴審で併合審理され、控訴審の段階で相殺の抗弁が主張されたのであるが、控訴審は両事件の弁論を分離して別々に判決を言い渡している。このような訴訟指揮が妥当であったのかということについては議論の余地があるところである。

- ・ 平成3年判決の趣旨は、矛盾判決の防止という観点の他に、被告の立場を基準に考えると、相殺による簡易迅速かつ確実な債権回収への期待と、本訴で相殺に供した自働債権について別訴で債務名義を得るという2つの利益を自働債権の債権者である本诉被告に享受させることは許されないという趣旨も含まれていると分析されている。

~~~~~

- ・本訴と反訴が訴訟係属しているときに、本訴被告（反訴原告）が、本訴において、反訴請求債権を自働債権として本訴請求債権と相殺する主張をした場合、反訴請求は、当該相殺が認められた場合はその部分につき反訴請求しないとの予備的反訴に変更されたものとしてそのような相殺の主張は142条に違反しないとした判例がある（最判平 18. 4. 14）。◆



- ・反訴が、本訴請求が排斥されることを解除条件として提起された場合における当該反訴は予備的反訴とよばれる。予備的反訴は、併合形態が予備的併合となるため弁論の分離や一部判決ができない。
- ・なお、反訴請求が訴えの変更（143）の手続きを経ずに予備的反訴に変更されることについては、審判対象の設定を当事者に委ねるべきとする処分権主義の建前に違反する問題が別途生じうる。この点、上記平成18年判例は、「上記の訴えの変更は、本訴、反訴を通じた審判の対象に変更を生ずるものではなく、反訴被告の利益を損なうものでもないから、書面〔143Ⅱ参照〕によることを要せず、反訴被告の同意も要しない」と判示しているので、処分権主義違反はないと考えているようである。本件のような反訴の予備的反訴への変更は、本訴、反訴を通じて考えれば反訴原告の合理的意思に反しないし、反訴被告の不利益にもならないので処分権主義に違反しないと説明することも可能であろう。

#### \* 反訴請求を裁判所が予備的反訴請求とすることと処分権主義

裁判所が、反訴原告が提起した反訴請求債権を、反訴原告（本诉被告）が、本訴において相殺の抗弁に供したときに、反訴原告が頼んでもいないのに、反訴請求を予備的反訴とすることは処分権主義に違反するのかが問題となりうる。

前記平成18年判決の調査官解説では、以下の理由で処分権主義に違反しないと説明されている。話の流れとしては、反訴請求を予備的反訴とすることが原告の合理的意思に反せず、被告の不利益にもならないから処分権主義に違反しないと考えていることが分かる。

**なお**、単純反訴を提起したにもかかわらず、裁判所が、その訴えを予備的反訴として扱うことができるのかということの問題とする都合上、ここで基準とする「原告」は、反訴を提起した反訴原告とみていくことにする。

**反訴原告**としては、本訴で反訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁について既判力がある判断が示されれば、その判断にかかる部分につき反訴で審判を受けることが無益となる。そこで、相殺の抗弁につき既判力のある判断が示されたなら、特に異なる意思表示がない限り、反訴原告は、その部分を反訴請求しない趣旨の予備的反訴に変更する意思があると解釈するのが合理的である。

**反诉被告**にとっても、反訴請求債権の存否は、相殺の抗弁として判断されるか、そうでなければ反訴請求として既判力のある判断がされることになるので、全体としてみれば、反訴請求債権の存否について既判力ある判断を受けられるという反诉被告の利益を損なうものではない。

- 本诉被告が、本訴において、反訴請求債権を自働債権として相殺の抗弁を主張したところ、裁判所が、相殺の抗弁を認めた場合、その認められた部分については反訴請求しないものとして取り扱われるため、本诉被告に対して、反訴請求債権につき債務名義を与えると同時に、その同一の債権につき本訴において相殺の担保的機能という利益を与えることにはならない。（予備的反訴は反訴原告に二重の利益を与えない。）

## 平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【刑事系科目】〔第1問〕～刑法～

本問は、A社の新薬開発部の部長であった甲が、乙から持ち掛けられて、自ら管理していた新薬の製造方法が記載された書類（以下「**新薬の書類**」という。）を密かに会社外に持ち出して乙に渡すことを決心し、他部に異動となったにもかかわらず、新薬の書類を金庫から持ち出し、これを自己のかばん（以下「**甲のかばん**」という。）の中に入れて乙方に向かう途中、立ち寄った駅待合室で丙から甲のかばんを持ち去られたところ、その直後に、甲のかばんと同種、同形状のかばん（以下「**Cのかばん**」という。）を持って駅改札口を通過するCを見て、Cが甲のかばんを持ち去ろうとしているものと誤解し、Cが持っていたCのかばんの持ち手をつかんでそのかばんを奪い取るとともに、Cに加療1週間の傷害を負わせたという**具体的事例**について、**甲乙丙それぞれの罪責を検討**させることにより、**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てそれに法規範を適用する能力及び論理的な思考力・論述力**を試すものである。特に、**甲の罪責**を論ずるに当たっては、**犯罪事実の認識の問題**と、**錯誤の問題**を明確に**区別**して論ずることができるかが問われており、**刑法の体系的理解**を試すものといえる。

#### (1) 甲の罪責について

甲は、A社の**新薬開発部の部長**であった某年12月1日、大学時代の後輩であり、A社のライバル会社の社員であった乙から300万円の報酬等を提示された上、**当時、甲が管理**していた新薬の書類を金庫から持ち出して乙に渡すように持ち掛けられ、これを了承した。そして、甲は、同月15日、**新薬開発部の部屋にある金庫内に保管されていた新薬の書類を甲のかばんの中に入れてA社外に持ち出したが、この時点で、甲は、新薬開発部の部長を解任され、他部に異動**していた。この新薬の書類を金庫から持ち出した点に関しての甲の罪責を論ずるに当たって、上記のとおり**甲の立場に変更**が生じていたことから、**新薬の書類の占有の帰属を的確に論ずることが求められる。すなわち、甲は、新薬開発部部長として、新薬の書類を管理していたと認められるところ、同部長職を解かれ、後任部長に事務の引継ぎを行った際、金庫内に保管されていた新薬の書類も引き継ぎ、これを保管している金庫の暗証番号も後任部長に引き継いだ**が、**金庫の暗証番号自体に変更がなく、甲は、金庫から新薬の書類を持ち出すことが事実上可能であったという事実関係を前提として、新薬の書類に対する甲の占有は喪失したものといえるのかを論じる必要がある。仮に、新薬の書類に対する甲の占有が失われていないとしても、後任部長にも新薬の書類に対する管理権が存在するとすれば、新薬の書類を持ち去る甲の行為は、共同占有者の占有を侵害することとなる点に注意が必要である。**

また、**甲は、有給休暇を取った上、金庫内の新薬の書類を持ち出す目的で、誰もいなくなった新薬開発部の部屋に入っており、A社における各部の部屋の状況等を踏まえ、**

建造物侵入罪の成否について簡潔に論じる必要がある。

甲は、新薬の書類を入れた甲のかばんを駅待合室に置いて切符を買いに行った際、丙によって甲のかばんを持ち去られてしまった。その直後、待合室に戻ろうとした甲は、甲のかばんと同種、同形状のかばんをCが持っているのを見て、Cが甲のかばんを駅待合室から持ち出して立ち去ろうとしていると誤解し、Cが持っているCのかばんの持ち手部分をつかんで強引に引っ張り、Cのかばんを奪い取るとともに、その弾みで通路に手を付かせ、Cに加療1週間を要する傷害を負わせた。

まず、Cのかばんを奪い取るという甲の行為がいかなる構成要件に該当することとなるのかを確定する必要がある。具体的には、甲は、Cに対して有形力を行使（暴行）していることから、甲の行為が強盗罪に該当するか窃盗罪に該当するかを論ずる必要がある。その際には、いわゆる「ひったくり」に関する判例・学説を理解していることが期待されている。

次に、甲が、Cのかばんを甲のかばんと誤解している点をどのように考えるかを検討する必要がある。そして、Cのかばんを甲のかばんと誤解しているその甲の認識は、「他人の財物」性に係る問題であること、すなわち構成要件該当事実の認識の問題であることを的確に把握することが求められる（違法性阻却事由に関する錯誤の問題ではない）。そして、窃盗罪あるいは強盗罪における「他人の財物」（甲のかばんに關していえば、「他人の占有する自己の財物」）の概念をいかに解釈すべきかについては、これらの罪の保護法益との関係で種々の考え方があり得るところであるので、窃盗罪あるいは強盗罪の保護法益に関する自らの考え方を端的に論じ、各自の保護法益論との関係で、甲の認識が窃盗罪ないし強盗罪の故意の成否にどのように影響するのかを論じなければならぬ。

また、Cに怪我を負わせた点について、構成要件の問題としては傷害罪が成立することを論ずる必要がある。この傷害罪については、窃盗罪の場合と異なり、暴行の認識に欠けるところはないが、甲は、甲のかばんをCが盗んだと認識していることから、このように認識している点が傷害罪の成否にどのように影響するかを論ずる必要がある（窃盗の故意を認める場合には、窃盗罪と傷害罪の双方についての成否が問題となろう。また、甲のCに対する暴行を強盗罪における暴行と認定する場合には、強盗罪の故意を肯定するのであれば強盗致傷罪の成否を問題とすることになろうし、強盗罪の故意を否定するのであれば致傷の点を傷害罪の成否として論ずることになろう。）。甲の意図は、甲のかばんの取り返しであるから、仮に、甲の認識のとおり事態であった場合、甲の行為が正当化されるかどうかを検討する必要がある。これが肯定されれば、甲は違法性阻却事由に関する事実を認識していたことになるし、否定されれば、その認識は違法性阻却事由に関する事実を認識していたということにはならない。そして、本件で問題となる違法性阻却事由は、正当防衛ないし自救行為であるところ、そのいずれであるかは、甲の認識どおりの事態、すなわち、Cが甲のかばんを駅待合室から持ち去ったという事

態が存在すると**仮定**した場合、その事態が**急迫不正の侵害**に当たるかどうかという点を**検討**することになる。そして、**侵害の急迫性**に関しては、**窃盗罪の既遂時期との関係**を意識する必要がある。すなわち、本件において、**Cが駅待合室にあった甲のかばんを持ち去ったと仮定した場合**、**Cは駅待合室を出て駅改札口を通過するところであったから、窃盗は既遂に至っていると考えられるが、窃盗の既遂時期と侵害の急迫性の終了時期は必ずしも一致しないことを意識して急迫性の有無を論じることが期待されている。****その結果、急迫性を肯定した場合は誤想防衛の問題となり、急迫性を否定した場合には誤解によって自救行為と認識していた場合（以下、便宜上「誤想自救行為」という。）の問題となる。**これらの問題として処理する場合、**違法性阻却事由に関する錯誤の刑法上の位置付け**について、**論拠**を示して論ずることとなる。具体的には、**故意責任が認められる理由を示し、誤想防衛ないし誤想自救行為が故意責任にどのように影響するのかを論ずることとなる。****その上で、甲の認識していた事態が正当防衛ないし自救行為の要件に該当するかを個別具体的に検討する必要がある。**特に、**甲の行為が過剰性を有する場合、誤想過剰防衛ないし誤想过剰自救行為となることから、甲の行為が、相当性、必要性を有する行為といえるかを、問題文にある具体的な事実を挙げて検討**することが求められる。これらの検討の結果、**過剰性が認められる場合には甲に傷害罪が成立することとなるが、誤想防衛ないし誤想自救行為として、傷害罪の故意を否定する場合、さらに、侵害について誤信した点についての過失を検討する必要がある。**これに過失があるとすれば、**過失傷害罪が成立することとなる。**

そして、最後に、**罪数**について**処理**する必要がある。

## (2) 乙の罪責

乙は、新薬開発部の部長であり、新薬の書類の管理者である甲に対して、**新薬の書類を持ち出して自己に渡すよう持ち掛けた。**乙は、**甲に持ち掛けただけで自ら実行行為を行っていない**ことから、乙の罪責について、**共同正犯、教唆犯の成否を検討**する必要がある。その前提として、乙は、**一部の実行行為さえしていないから、いわゆる共謀共同正犯の肯否が問題**となり得るが、これは**判例の立場を踏まえて、簡潔に論ずれば足りる。**その上で、**共謀共同正犯と教唆犯の区別**について、自らの**区別基準**を踏まえて、その基準に**事実関係を的確に当てはめる**ことが求められる。**具体的には、共謀共同正犯の成立根拠**について触れた上、**成立するための要件を示すことによって共同正犯と教唆犯の区別基準を明示**した上、その要件に**具体的な事実を当てはめる**ことが必要である。**なお、乙について教唆犯とする場合でも、共同正犯と教唆犯の区別基準を踏まえた論述によって共同正犯を否定した上で、教唆犯の要件に事実を当てはめる**ことが求められている。

また、**甲が新薬の書類を持ち出した当時、甲は新薬開発部を異動しており、新薬の書類に対する管理権を失っていた**ことから、「**甲自身が管理する新薬の書類を持ち出す。**」という乙の持ち掛けに対して、**甲は、「後任部長が管理する新薬の書類を持ち出す。」**行為をしたことになる。そこで、**甲の同行為が甲乙間の共謀ないし乙の教唆行為によるも**

のかどうか問題となるが、この点は、乙の持ち掛けと甲の行為との間に因果性が認められることを簡潔に述べれば足りると思われる。

次に、甲乙間の共謀ないし乙の教唆行為の際には、甲は実際に新薬の書類を業務上管理しており、乙の認識（故意）は、業務上横領罪のそれであったところ、甲の行為が業務上横領ではなく、窃盗罪であるとした場合、乙の認識と甲の行為との間に齟齬が生じていることから、錯誤の問題を論じる必要がある。本件の錯誤は、構成要件を異にするいわゆる抽象的事実の錯誤であるから、このような錯誤の場合にどのように処理するか、故意責任の本質について触れて一般論を簡潔に示した上、業務上横領罪と窃盗罪との関係を論じることになる。その際、両罪の構成要件の重なり合いがどのような基準で判断されるのかを論ずることになる。

そして、業務上横領罪と窃盗罪との間に重なり合いが認められた場合には軽い罪の限度での重なり合いを認めることとなるが、業務上横領罪と窃盗罪とは懲役刑については同一の法定刑が定められているものの、窃盗罪には罰金刑が選択刑として規定されていることを踏まえ、そのいずれが軽い罪に当たるのか述べるのが求められる。甲が業務上横領罪を犯した場合、刑法65条の規定によって、乙には単純横領罪が成立するか、少なくとも同罪で科刑されることとなるので、異なる構成要件間の重なり合いを論ずるに当たって、業務上横領罪と窃盗罪の比較ではなく、単純横領罪と窃盗罪を比較するという考え方もあり得るであろう。いずれにしても、自己が取る結論を筋立てて論ずることが求められる。

### (3) 丙の罪責

丙は、甲が甲のかばんを駅待合室に置いたまま同室を出たのを見て、甲のかばんを持って駅待合室から出た。丙の罪責を論ずるに当たっては、駅待合室内の甲のかばんに甲の占有が及んでいるかどうかを検討する必要がある。問題文には、甲の占有に関する事実が挙げられているが、これらの事実を単に羅列するのではなく、占有の要件（占有の事実及び占有の意思）に即して、必要かつ十分な事実を整理して論ずることが求められる。そして、甲の占有を肯定した場合には窃盗罪の成否を、否定した場合には占有離脱物横領罪の成否を、それぞれ客観的構成要件を踏まえて論ずることとなる。

次に、丙が甲のかばんを持ち去った理由は、これを交番に持ち込んで逮捕してもらおうというものであり、丙には、甲のかばんをその本来の用法に使用する意思はおろか、何らかの用途に使用する意思もなかった。窃盗罪については、判例上、故意とは別個の書かれざる主観的構成要件要素として、不法領得の意思が必要とされている。そして、判例（大判大4・5・21刑録21輯663頁）は、不法領得の意思の内容につき、「権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従い、利用し処分する意思」と解しているところ（近時の判例として最決平16・11・30刑集58巻8号1005頁がある。）、この不法領得の意思の内容をどのように解するのかによって丙の窃盗罪あるいは占有離脱物横領罪の成否が異なることとなるから、不法領得の意思に

ついて、その概念を述べるだけでなく、その内容にも踏み込んで論述し、これに丙の意思を当てはめて、丙に不法領得の意思を認めることができるのかを論ずることが肝要である。本件のようないわゆる刑務所志願の事案については、下級審の裁判例でも結論が分かれているところであり、いずれの結論を採るにしても、自らが提示した不法領得の意思の概念を踏まえて事実を当てはめて結論することが求められている。仮に、丙について不法領得の意思を否定した場合には、毀棄罪、具体的には器物損壊罪の成否を論ずることが必要である。

なお、丙に窃盗罪あるいは器物損壊罪が成立するとした場合、丙は、その事実を直ちに交番の警察官に申告していることから、自首の成否が問題となり得るところである。

## \* 刑法の基本知識の確認

- ・かばんを盗まれたと誤解した甲が、CからCが持っていたかばんを引っ張って取り上げたはずみでCに手を付かせて加療約1週間の傷害を負わせた行為についての基本知識
- ・なお、甲は、Cから取り上げたかばんが自己の所有物とっていたため、甲に窃盗の故意がない。そのため、甲の行為の構成要件該当性は傷害罪について検討するのが通常。
- ・正当防衛における侵害の「急迫性」とは、法益侵害の危険が現に存在するか切迫していることをいう。
- ・過去の侵害行為に対する正当防衛は許されず、侵害が既に終了したときはもはや「急迫性」は認められない。過去の侵害に対しては自救行為が成立する余地があるのみである。
- ・なお、侵害行為が犯罪として既遂に至っても、侵害行為が現に継続している限り「急迫性」は当然に認められると解されている。侵害行為が窃盗行為の場合でいえば、窃盗者が物を取り戻されるおそれなくなるなど最終的に物を確保して実質的に既遂に達したといえる時点の前であれば、形式的に窃盗が既遂となった後であっても「急迫性」が肯定されると説明されることもある。

### ・違法性阻却事由に関する事実の錯誤

誤想防衛のように、行為者が、正当防衛の急迫不正の侵害の要件を誤信する場合が典型例であるが、他にも、違法性阻却事由の要件に該当する事実の錯誤（違法性阻却事由の錯誤）がある場合は、行為者は、構成要件に該当する事実を認識しており構成要件の故意は認められる上に、違法性阻却事由がないので行為の違法性は阻却されないが、自己の行為の違法性が阻却されてそれが許されるものであると誤信して行為にでているため故意非難を課し得ず、責任故意が阻却される。そのため、違法性阻却事由に関する事実の錯誤がある場合は故意犯は成立しない。

~~~~~

- 正当防衛の成立要件のうち、防衛の意思はあるが、急迫不正の侵害の存在を誤信し、防衛手段の必要性・相当性を満たさず防衛手段として過剰性がある場合を、誤想過剰防衛という。簡単にいえば誤想防衛と過剰防衛が合わさったものである。
- ①急迫不正の侵害がないにもかかわらずそれがあると誤信し、②過剰な防衛行為をしたことをいう（誤想防衛+過剰防衛）。
- 誤想過剰防衛は、行為者が、(A)急迫不正の侵害を誤認しているが過剰性を基礎づける事実を認識している場合（狭義の誤想過剰防衛）と、(B)急迫不正の侵害を誤認しているだけでなくさらに過剰性を基礎づける事実を認識していない場合（二重の誤想過剰防衛）とに区別することができ、それぞれ処理の仕方が異なる。
- 急迫不正の侵害を誤認しているが過剰性を基礎づける事実の認識がある場合（狭義の誤想過剰防衛）は、行為者は、違法な過剰事実を認識したことで、そのような行為にでてはいけないとの規範の問題に直面でき、それにもかかわらずそのような行為にでたことに対して故意非難を課し得るため責任故意は阻却されない。よって、当該行為にかかる故意犯が成立する。
- 急迫不正の侵害を誤認しているだけでなくさらに過剰性を基礎づける事実を認識していない場合（二重の誤想過剰防衛）、規範の問題に直面できないので、責任故意が阻却され、故意犯は不成立となる。なお、急迫不正の侵害の誤認や過剰性を基礎づける事実の不認識つき過失があれば過失犯成立の余地がある。

## 平成27年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

### 【刑事系科目】〔第2問〕～刑事訴訟法～

本問は、いわゆる「振り込め詐欺」グループによる詐欺未遂事件の捜査及び公判に関する事例を素材に、そこに生じる刑事手続法上の問題点、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、被害者との現金受渡し場所に現れて現行犯人として逮捕された甲と携帯電話で頻繁に通話していた乙について、本件の共犯者ではないかとの疑いを強めた司法警察員Pが、空室となっていた乙方隣室のマンション居室を賃借し、同室において乙の動静を探っていたところ、同室ベランダに出た際、乙方ベランダに出て携帯電話で通話する乙の声が聞こえてきたことから、ICレコーダを使用して、約3分間にわたり、この乙の会話を録音した【捜査①】、その後、隣室において、壁の振動を増幅させて音声を聞き取り可能にする本件機器を用いたところ、壁に耳を当てても聞こえなかった乙方居室内の音声を鮮明に聞き取ることができたことから、約10時間にわたり、本件機器を介して乙方の音声を聞き取りつつ、本件機器に接続したICレコーダにその音声を録音した【捜査②】の各捜査に関し、その適法性を検討させる問題である。いわゆる**強制処分と任意処分の区別**、**任意処分の限界**について、その**法的判断枠組み**の理解と、**具体的事実**への適用能力を試すことを狙いとする。

刑事訴訟法第197条第1項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない。」と規定する。したがって、ある捜査活動がいわゆる強制処分に該当する場合、同法にそれを許す特別の根拠規定がある場合に限り許されることになり（強制処分法定主義）、当該捜査活動が強制処分と位置付けられるか、任意処分と位置付けられるかによって、その法的規律の在り方が異なることになるため、両者の区別が問題となる。

この点については、同条項ただし書の「強制の処分」の定義が法律上示されていないことから、その意義をどのように解するかが問題となる。旧来は、物理的な有形力の行使、法的義務付けの有無がメルクマールとされていたのに対し、現在では、権利・利益の侵害・制約に着目する見解が一般的である。最高裁判所は、警察官が、任意同行した被疑者に対し呼気検査に応じるように説得していた際に、退室しようとした被疑者の左手首を掴んで引き止めた行為の適否が問題となった事案において、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容するこ

とが相当でない手段を意味する」と判示した（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁）。同決定の上記判示から抽出するならば、強制処分のメルクマールは、「個人の意思の制圧」と「身体・住居・財産等への制約」（代表的な権利・利益を例示したものと理解すれば、「権利・利益の制約」と言い替えることもできる。）とに求められることになる。本設問を検討するに当たっては、このような最高裁決定の判示にも留意しつつ、刑事訴訟法第197条第1項の解釈として、強制処分と任意処分の区別に関する基準を明確化しておくことが求められる。

また、強制処分に至らない任意処分であっても、当然に適法とされるわけではなく、一定の許容される限界があり、その許容性の判断に当たっては、いわゆる「比例原則」から、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性との間の合理的権衡を吟味することになる。前記昭和51年最決も、強制手段に当たらない有形力の行使について、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」と判示している。

以上のとおり、本設問の解答に当たっては、強制処分法定主義、任意処分に対する法的規制の趣旨を踏まえつつ、前記昭和51年最決の判示内容にも留意して、強制処分と任意処分の区別の基準や任意処分の限界の判断枠組みが検討・提示された上で、【捜査①】及び【捜査②】の各適法性について、設問の事例に現れた具体的事実がその判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、論理的に一貫した検討がなされる必要がある。

【捜査①】の適法性については、対象者が自室のベランダで行った会話を捜査機関が隣室のベランダで聴取・録音したという捜査について、強制処分に当たるか任意処分に当たるかを明らかにした上で、その区別を前提に、現行法の法的規律の在り方に従って適否を検討し、その結論を導く思考過程を論述することが求められる。

強制処分か任意処分かの区別については、前記最決の枠組みに従えば、まず、「個人の意思の制圧」の側面に関し、乙に認識されることなく秘密裏に聴取・録音したものであり、現実に乙の明示の意思に反し又はその意思を制圧した事実は認められない点をどのように考えるかが問題となるが、例えば、対象者が認識していないことから直ちに「意思の制圧」を否定し、強制処分に当たらず任意捜査だと結論付けることは、現行の刑事訴訟法において通信傍受が強制処分と位置付けられていること（同法第222条の2）に照らしても、短絡的であり、強制処分のメルクマールとしての「意思の制圧」の位置付けやその具体的内容の吟味を踏まえた検討が求められる。

次に、「権利・利益の制約」の側面に関しては、Pらが適法に賃借・引渡しを受けた居室のベランダにおいて聴取・録音がなされ、乙の「身体、住居、財産」そのものに対する侵害・制約は認められないことから、被制約利益の内容をどのように捉え、その重要性を

どのように評価するのかについて、具体的検討を行うことが求められる。

そして、前記の区別につき、【捜査①】は任意処分であるとの結論に至った場合には、次の段階として、当該捜査が任意捜査として許容される限度のものか否かについて検討することになり、前記最決の判示も踏まえ、当該捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性との間の合理的権衡を吟味しなければならない。当該捜査手段を用いる必要性を検討するに当たっては、対象となる犯罪の性質・重大性、捜査対象者に対する嫌疑の程度、当該捜査によって証拠を保全する必要性・緊急性に関わる具体的事情を適切に抽出・評価する必要がある。

他方、【捜査①】が強制処分であるとの結論に至った場合には、刑事訴訟法上の根拠規定が存在し、かつ、その定める要件を満たしていなければ、違法となる。【捜査①】のような捜査手段を直接定めた明文規定は存在しないことから、法定された既存の強制処分の類型に該当するか否かを検討した上で、適法性についての結論を導く必要があるが、この点では、電話傍受を「通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」とした最決平成11年12月16日（刑集53巻9号1327頁）が、「電話傍受は、通話内容を聴覚により認識し、それを記録するという点で、五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する 検証としての性質をも有する」ということができる」と判示したことも踏まえた検討が求められよう。

【捜査②】の適法性についても、【捜査①】と同様の判断枠組みに従って、その適法性を検討すべきであるが、両者は、対象となった会話の行われた場所や聴取・録音の態様が異なっているから、この点を意識して論じる必要がある。

すなわち、【捜査②】は、通常の人の聴覚では室外から聞き取ることのできない乙方居室内の音声を、本件機器を用いて増幅することにより隣室から聞き取り可能とした上で、これを約10時間にわたり聴取・録音するというものであり、外部から聞き取られることのない個人の私生活領域内における会話等の音声を乙の承諾なくして聴取・録音しているものであることから、乙の「住居」に対する搜索から保護されるべき個人のプライバシーと基本的に同様の権利の侵害が認められ、その侵害の程度も重いと評価できる。【捜査②】が強制処分か任意処分かの区別を検討するに当たっては、この点に関する具体的事実を考慮しつつ、丁寧な検討と説得的な論述をなすことが求められる。

次に、【捜査②】が強制処分であるとした場合、【捜査②】は、室外からは聞き取ることのできない居室内の会話を本件機器を用いて増幅することにより隣室から聞き取り可能とした上で聴取・録音するというものであるが、電話傍受についての前記平成11年最決や、宅配便荷物に外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察するという検査方法を検証としての性質を有する強制処分に当たるものとした最決平成21年9月28日（刑集63巻7号868頁）などに鑑みると、【捜査②】についても、「検証」としての性質を有するものと見る余地があろう。他方、室内の会話を一定期間継続して無差別的に聴取・録音する点、事後通知や準抗告による不服申立ての手続が不可欠というべき性格の処分であ

ある点で、検証の枠を超えているとの見方もあり得よう（電話傍受に関する前記平成11年最決の反対意見参照）。いずれの結論をとるにせよ、「検証」の強制処分としての意義・性質についての正確な理解を前提とした検討が必要となる。

〔設問2〕前段は、否認し続ける甲につき検察官Rから「自白すれば起訴猶予にしてもよい。」旨言われていた司法警察員Qが、甲の取調べにおいて、甲に対し、検察官の前記不起訴約束を伝えた上、自白を勧告した結果、甲が、不起訴処分となることを期待して、乙の関与も含めて自白し、この甲の供述（自白）を疎明資料として乙の逮捕状が発付されて乙が逮捕され、逮捕後の乙の取調べにおいて乙が任意になした自白を疎明資料として発付された捜索差押許可状による捜索差押えの結果、本件文書及び本件メモが押収されたという事実関係において、本件文書及び本件メモについて、その証拠収集上の問題点から、証拠能力の検討を求めるものである。不起訴約束による甲の供述（自白）の獲得手続の問題点と、そこから派生して得られた証拠の証拠能力を問うことにより、自白法則、違法収集証拠排除法則等の刑事訴訟法の基本原則に対する理解と、これらを踏まえて具体的検討を行う法的思考力を試すものである。

本問では、不起訴約束によってなされた甲の供述を基にその後の捜査手続が進行し、本件文書及び本件メモの押収に至ったものであることから、まず、起点となる甲の供述の獲得上の問題点について検討する必要がある。

本問の事案において、甲の供述は、甲の自白として用いる場合には、典型的な不任意自白として、証拠能力が否定されると解される（最判昭和41年7月1日刑集20巻6号537頁参照）。不任意自白の証拠能力が否定される根拠については、見解が分かれており、従来からの伝統的な通説・実務の見解であるいわゆる任意性説（虚偽排除説ないし同説と人権擁護説との併用説）と、いわゆる違法排除説とが説かれている。不起訴約束による甲供述（自白）の獲得手続の問題点については、このような自白の証拠能力に関する見解が指摘する問題を意識しつつ、さらに、それが甲自身ではなく、乙に対する逮捕状請求の疎明資料として用いられることにも留意した検討・論述が求められる。

甲供述（自白）の獲得手続に派生証拠の証拠能力に影響を及ぼしうるような違法が見いだされた場合（違法収集証拠である第1次証拠から派生して得られた第2次証拠について、いわゆる「毒樹の果実」として、その証拠能力が否定されることがあるのは、第1次証拠排除の趣旨を徹底するためであるとすれば、仮に、甲供述の獲得手続に甲供述自体の証拠能力を失わせるような違法・瑕疵が見いだされる場合であっても、甲供述の証拠能力が否定される趣旨いかににより、それが当然に、派生証拠の証拠能力にまで影響を及ぼすとは限らない。例えば、虚偽排除の観点から証拠能力が否定される不任意自白の場合、自白を排除する趣旨が派生証拠の証拠能力にまで影響を及ぼすかについては議論の余地がある。）、次に、派生証拠の証拠能力をどのような判断枠組みで考えるかが問題になる。この点については、最判昭和53年9月7日（刑集32巻6号1672頁）が一般論として採用する違法収集証拠排除法則を前提に、最高裁及び下級審による多数の裁判例が蓄積さ

れているところ（代表的な判例としては、最判昭和61年4月25日刑集40巻3号215頁、最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁等が存在する。）、本設問の解答に当たっても、それらを踏まえつつ、本問の具体的事例に即した検討・論述がなされることが望ましい。派生証拠の証拠能力の判断枠組みとしては、大別すると、先行手続の違法の後行手続への承継という枠組みのもと、先行手続と後行手続との間に一定の関係（前記昭和61年最判によれば、同一目的、直接利用関係）が認められる場合には、先行手続の違法の有無、程度も考慮して後行手続の適法・違法を判断するという考え方と、そのような違法の承継というステップを踏むことなく、先行手続の違法の内容・程度と、先行手続と証拠（証拠収集手続）との関連性の程度とを総合して判断するという考え方とが見られる。前記昭和61年最判は、前者の考え方によるものといえるのに対し、前記平成15年最判については、後者の考え方に親和的であるとの見方もある。いずれの判断枠組みに従うにせよ、本問の具体的事例に即して、前記不起訴約束による甲の供述（自白）獲得手続の問題点についての検討を踏まえ、先行手続の違法性評価を行うことに加えて、その後介在する乙の任意性のある自白とこれを疎明資料とする裁判官による令状審査・発付が、違法手続と証拠との関連性の程度に与える影響をそれぞれ検討する必要がある、それらを踏まえ、また、前記昭和53年最判の示す証拠排除の基準にも留意しつつ、結論を導くに至った思考過程を説得的に論述することが求められる。

【設問2】後段は、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、伝聞法則の適用の有無を問うものである。伝聞と非伝聞の区別の理解と、その具体的事実への適用能力を試すことを狙いとする。

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。そこで、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、丙の関与（丙と乙の共謀）を証明するというその証拠調べ請求の狙いに留意した上で、具体的な要証事実を正確に見定めるとともに、それをもとに伝聞・非伝聞の別、伝聞に当たる場合の伝聞例外該当の有無についての的確な検討が求められる。

本件文書は、パソコンで作成されたものであり、その記載と実際になされた本件犯行態様とが一致し、右上には乙のものと認められる筆跡でV方の電話番号と一致する手書き文字が記載されている上、本件文書から丙の指紋が検出された。他方、本件メモは、すべての記載が乙のものと認められる筆跡による手書き文字で、その記載内容は、丙からの電話で通話した内容をメモしたことがうかがわれ、本件犯行態様とも整合するものであった。このような本件文書及び本件メモの具体的差異を意識しつつ、それぞれの書面について、想定される具体的な要証事実との関係で、そこに記載されている内容・事項の真実性を立

証するために用いられるものか、それとも書面の存在や記載自体から内容の真実性とは別の事実を立証するために用いられるものかを検討し、伝聞証拠かどうかを判断することが必要となる。

前記検討の結果、伝聞証拠に当たる場合は、伝聞例外の要件を満たすかどうかを検討すべきことになる。その場合、想定される具体的な要証事実との関係で、当該書面に誰の意思内容が表示されていると見るのかを考えつつ、刑事訴訟法第321条第1項各号のいずれの書面に当たるかを検討した上で、結論を導くことが求められる。

## \* 刑事訴訟法の基本知識の確認

問題文の資料2に関する基本知識

### ・ 犯行計画メモ

ある人がその場で思いついた犯行計画をそのまま書きとめたメモを、その者がそこに記載された内容の犯行計画を企てた事実を**要証事実**（共謀共同正犯の事案においては共謀の存在が**要証事実**）として、その要証事実の立証のために用いる場合、そのようなメモが伝聞証拠に当たるのかが**問題**となる。

この問題については、そのようなメモは、知覚、記憶、表現、叙述の各過程のうち知覚、記憶の過程を欠いて作成されたものなので、上記各過程に誤りが入り込む可能性が低い。そうすると、このような犯行計画メモは、反対尋問により知覚、記憶、表現、叙述の各過程に誤りがあるかをチェックする必要は低い。そこで、このような犯行計画メモは、精神状態を示す供述の取り扱いと同様に、**非伝聞**と考えることができる。

**なお**、同じ犯行計画メモでも、過去に計画したことを事後的にメモに書き留める場合は、その書面は作成者の知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経て作成されることになるので、各過程に誤謬が入るおそれがある。このようなメモは**伝聞証拠**となると考える。

### ・ 共犯者間の謀議を記載した犯行計画メモ

共犯者間の謀議を記載した犯行計画メモで、メモの作成者が犯行計画をしたことを立証する場合の当該メモの伝聞性は、上記の犯行計画メモと同様に考えることができる。

もっとも、このメモを、メモの作成者以外の他の共犯者との関係で、犯行に関する謀議の存在を立証しようとする場合の当該メモの伝聞性は別途検討を要する。この点、伝聞証拠が憲法の保障する反対審問権に由来する権利であることを強調すると、メモの内容に関してメモの作成者以外の者に反対尋問をする機会を付与するべきであると考えられる。したがって、メモの作成者以外の者との関係で謀議の存在を立証しようとするときは、その者が、本当にそのメモの記載のとおりの謀議をしたのかを**問題とすべきであり、当該メモの内容の真実性が問題**となるものといえる。したがって、この場合、当該メモは伝聞証拠になると考えることができる（考え方の1つ）。

この問題についての裁判例を紹介する。監禁や恐喝等につき昭和55年9月25日に実施された謀議に出席したXから、同月27日にその謀議の内容を聞いたYが作成した謀議に関するメモを、被告人Zの共謀を立証するために検察官が証拠調べ請求した事例で、**東京高裁**は、本件メモは**伝聞証拠ではない**と解することができるが、**最終**

的に共犯者全員の共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提となると判示した（後掲**東京高判昭 58.1.27**）。

**しかし**，上記裁判例のメモはYがXから聞いた過去の事実を記載している点や，それを被告人Zの謀議の存在を立証するために用いようとする点で，Zとの関係ではメモの内容の真実性を問題とする必要性があるというべきであり，上記メモは伝聞証拠に当たると考える方が論文試験では書きやすいように思われる。



**れっく** **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

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

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL15312