

司法試験

---

# 平成28年司法試験出題趣旨分析会

## 解説レジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





## 平成28年度 司法試験・出題の趣旨分析会

今回の無料公開講座では平成28年度司法試験の出題の趣旨をみていくことにします。120分の講義時間で7科目を見ていくと1科目あたり約17分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一部は「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28年10月16日(日) 18時～20時

LEC専任講師 矢島純一

### 目次

平成28年 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～	2
* 憲法の知識	4
平成28年 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～	6
* 行政法の知識(設問2～手続上の瑕疵)	8
平成28年 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～	11
* 民法の知識(設問1(1)～親権者の法定代理権の濫用)	16
平成28年 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～	18
* 商法の知識(設問2(2)～役員解任の訴え)	22
平成28年 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～	23
* 民訴法の知識(設問3～訴訟1の段階でYとして採るべき手段)	26
平成28年 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～	28
* 刑法の知識(甲の罪責～共犯からの離脱)	33
平成28年 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～	36
* 刑訴法の知識(設問3～伝聞証拠)	39

## 平成28年 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、犯罪予防目的の行動監視を想定した架空立法を素材に、基本的人権に関わる基本的な法理が予防的権力行使を前にした場合にどのような形で妥当するかを問うこととした。被侵害利益を憲法上の基本権として正確に構成し、その侵害を正当化し得べきものとして問題文中に示される規制目的の性質を読み解いた上で、適切な違憲審査枠組みを自ら設定し、具体的な規制態様に関わる関係事実の中から法的評価にとって重要な要素をより出し、具体的な審査過程を通じて適切な権利侵害性の評価に関する結論を得る、という過程を経た論述が必要になる。この点は近時の司法試験の出題と共通しており、本年の問題も基本的な狙いはこれまでの出題意図を踏襲している。ただ、近未来における予防的権力行使の事例が想定されていることとの関係で、判例や学説に関する知識だけでなく、基礎的な法理の内容や規範構造に関する理解と、そうした法理を応用する能力が試されることになる。

監視に関わる問題であることから、**まず**、公権力によって自らが所在する位置情報を強制的に収集されない権利をどのように構成するかが問われる。この権利は、判例に多く現れた「私生活をみだりに公開されない権利」としてのプライバシー権とは異質な構造を持つ。本問で侵害された権利を特定するためには、公権力による情報収集に対抗する意味におけるプライバシー権を組み立て、監視という権力的状況を意識化することによって監視対象者において生じる行動制限が実体的な自由の権利を害するという点をしっかり把握することが必要となる。

**なお**、被侵害利益という観点からは、警告・禁止命令（以下「禁止命令等」という。）という後の段階における直接の行動制限が生じ得る点も考察の対象となり得るが、ここでは具体的な禁止命令等の効力を争う段階ではないため、禁止命令等の可能性は単に先取りの仮想論点であるに留まることに注意すべきである。また、本問の架空立法における身体的侵襲という設定はかなりショッキングなものであり、一読したところで違憲の印象をかき立てるかも知れない。しかし、問題文における限定を通じて「監視措置及びそのための身体的侵襲は刑罰か？」という問いから独立して正当化可能性それ自体を問う文脈に乗せた場合、身体的侵襲による被侵害利益を憲法のどの条項に位置付け、どの程度の保障を与えるかはかなり難しい点となるだろう。

**次に**、プライバシーや実体的な自由の権利という形で被侵害利益が特定されたとして、そうした権利侵害の正当化可能性を問うためにどのような違憲審査基準を設定するのかに関して、判例・学説上の手掛かりは少ない。一般的には、本問における被侵害利益との関係で厳格な審査が当てはまると主張するのは容易ではなく、適切な違憲審査の土俵設定自体をどのように説明するのかについても、違憲審査基準一般に関する受験生の深い理解が問われることになる。具体的には、アメリカ型の議論にいう厳格審査なのか、厳格な合理性なのか、合理性審査なのか、何らかのモデルに基づく利益衡量的審査なのか、他方、ヨーロッパ型の議論にいう比例性審査なのかなど、様々な審査枠組みが提唱可能である。したがって、**答案の評価**は、どのような枠組みを採用したかという点よりも、どのような理由で審査基準の採用が説得的に説明され

ているかを軸に行われることになる。

この違憲審査基準を適用する際には、まず、本件規制にあつては、法による「既遂の行為に対する制裁」の威嚇を通じた伝統的な基本権制限が問題となっているのではなく、将来における害悪発生を予防するために現時点において個人の行為に制限を課す、いわゆる「規制の前段階化」と呼ばれる傾向の権力行使の憲法上の正当性が問われていることが問題となる。「被害が発生してからでは遅すぎる」という発想で、被害発生を不可能にすることを狙った公権力行使が行われるわけだが、それは、基本権保障との関係でどのように評価されるべきか。害悪の発生につながり得る行為を包括的に制限し得ると考える「予防原則」を、犯罪予防との関係でも採用し得るのか。伝統的な基本権保障の枠組みでは、もともと、権利行使の結果として害悪が発生する（ことが立証可能な）場合に限って権利制限が正当化されると考え、その限りにおいて権利保障が原則、権利制限が例外であると位置付けられるが、予防原則を全面的に採用した場合には、この原則・例外関係が逆転し、害悪発生の可能性だけで権利制限が広範に正当化されることになる。

なお、以上に述べた「予防原則」や「規制の前段階化」等の用語を表記することは解答上必須ではないが、本問規制の目的や、その目的がどの範囲における手段を正当化するかを考慮する際には、予防目的を掲げることによって国家の在り方に根本的な変容が生じることを見越した予防目的の位置付けが必要になる。ここまでの論証水準に到達することは容易ではないとしても、少なくとも、違憲論を唱えるならば「再犯は国家として予測可能であり、それを放置したことによって生じた被害に対して国はどのような責任の取り方ができるのか」という被害者側の視点を、他方、合憲論を採るならば「現行の犯罪防止システムでは一定範囲の再犯被害については妥協するという社会的決断が前提になっているのであり、潜在的な確率論的リスクによる概括的な正当化によっては過酷な監視措置の憲法上の許容性は基礎付けられない」という監視対象者側の視点を、それぞれ織り込むところまで掘り下げが行われているかどうか、採点上の重要な分かれ目となる。

違憲審査基準の適用に当たって評価の対象となるのは、まず、自らの設定した違憲審査枠組みが正確かつ一貫した形で記述されているか否かである。さらに、被侵害利益ごとに、権利侵害の度合いを決定する事実や、当該権利制限が規制目的の達成に貢献する度合いを評価する上での重要な事実など、本問の事実関係の中で法的評価を行う際に比重の判定を行うべき事実要素が適切に取り上げられているかどうかも重要な採点基準となる。具体的には、問題文中で示され、かつ侵害度が高いものとされたプレスレット型という他の代替的規制手段の評価や、最長監視期間が20年と長期にわたることに対する評価などにおいて、多面的な侵害状況に対する信頼できる議論の展開が求められる。

配点については、〔設問1〕において原告の主張を、〔設問2〕において被告の主張を、それぞれ想定した上での私見の展開を求める形を採った。私見を重視したいという意図は昨年の問題を踏襲しているが、論点提示を〔設問1〕でまとめる形を採ることによって、〔設問2〕では自説の説明に集中することを期待したものである。

## \* 憲法の知識

### イ 自己に関する情報をコントロールする権利

- ・プライバシー権は、情報化社会の発達とともに、自己の情報をコントロールする権利を内容に含むものと理解されるようになってきた。自己情報コントロール権には、公権力に個人の情報を入手・管理されないという自由権的側面（公権力から干渉されない権利）の他に、閲読・訂正・抹消を請求できるという請求権的側面も認められる。●

関連問題：司法論文 H21（請求権的側面）、H28（自由権的側面）

- ・ H21 司法論文公法系第 1 問（採点実感・抜粋） 請求権的な側面の事例

知る権利は自己の情報に関する限り、憲法第 21 条ではなくプライバシー権の発展型としての情報プライバシー権（自己情報コントロール権）として位置付けることも可能である。

- ・ H28 司法論文公法系第 1 問（出題の趣旨・抜粋） 自由権的な側面の事例

監視に関わる問題であることから、まず、公権力によって自らが所在する位置情報を強制的に収集されない権利をどのように構成するかが問われる。この権利は、判例に多く現れた「私生活をみだりに公開されない権利」としてのプライバシー権とは異質な構造を持つ。本問で侵害された権利を特定するためには、公権力による情報収集に対抗する意味におけるプライバシー権を組み立て、監視という権力的状況を意識化することによって監視対象者において生じる行動制限が実体的な自由の権利を害するという点をしっかり把握することが必要となる。

・ **自己情報コントロール権の自由権的側面を侵害する立法に対する合憲審査基準の設定に影響する要素** ○

保障の対象となる「**情報**」の性質に応じて、**権利保障の程度に違い**があるとする見解がある。すなわち、〔①〕例えば、政治的・宗教的な信条、犯罪歴など重大な社会差別の原因となる情報のような人の精神過程や本質にかかわる情報は要保護性が特に高く、〔②〕例えば、収入、家族構成など人の外延的な情報は前者の情報と比べて要保護性が劣後する。

〔①〕の情報については公権力がそのような情報を取得することは原則として許されないと考えられている。〔②〕の情報については、正当な政府目的のために、公権力側が適正な方法を通じて取得、保有、利用してもそのことのみから直ちにはプライバシー侵害にはならないと考えられているが、権利保護の対象となるものであることに留意する。

例えば、住基ネットにより公権力に取得される「氏名・生年月日・性別・住所」の4情報の取得情報は〔②〕の情報に近い。このような情報は外延情報として〔①〕の情報と比べれば要保護性は低い、権利保護の対象となるものである。

・ **H28 司法論文公法系第1問（出題の趣旨・抜粋） 自由権的な側面の事例**

次に、プライバシーや実体的な自由の権利という形で被侵害利益が特定されたとして、そうした権利侵害の正当化可能性を問うためにどのような違憲審査基準を設定するのかに関しても、判例・学説上の手掛かりは少ない。一般的には、本問における被侵害利益との関係で厳格な審査が当てはまると主張するのは容易ではなく、適切な違憲審査の土俵設定自体をどのように説明するのかについても、違憲審査基準一般に関する受験生の深い理解が問われることになる。具体的には、アメリカ型の議論にいう厳格審査なのか、厳格な合理性なのか、合理性審査なのか、何らかのモデルに基づく利益衡量的審査なのか、他方、ヨーロッパ型の議論にいう比例性審査なのかなど、様々な審査枠組みが提唱可能である。したがって、**答案の評価は**、どのような枠組みを採用したかという点よりも、どのような理由で審査基準の採用が説得的に説明されているかを軸に行われることになる。

## 平成28年 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、株式会社Aが建築しようとしているスーパー銭湯（以下「本件スーパー銭湯」という。）及びこれに附属する自動車車庫（以下「本件自動車車庫」という。）の建築を阻止しようとする周辺住民のX1ら及びX2らが、特定行政庁Y1市長がした本件自動車車庫の建築に係る建築基準法第48条第1項ただし書に基づく許可（以下「**本件例外許可**」という。）の取消しを求める訴訟及び指定確認検査機関Y2がした本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫の建築に係る建築確認（以下「**本件確認**」という。）の取消しを求める訴訟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、本件例外許可の取消訴訟におけるX1ら及びX2らの原告適格の有無（〔設問1〕）、本件例外許可の適法性（〔設問2〕）、本件確認の取消訴訟において本件例外許可の違法事由を主張することの可否（いわゆる違法性の承継の問題、〔設問3〕）、本件建築確認の適法性（〔設問4〕）である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、建築基準法及び関係法令の関係規定の趣旨を読み解いた上で、取消訴訟の原告適格、違法性の承継及び本案の違法事由について論じる力を試すものである。

〔設問1〕については、行政処分の名宛人以外の**第三者の原告適格**が問題となる。行政事件訴訟法第9条第2項と最高裁判所の判例を踏まえて**判断枠組み**を提示した上で、行政処分の根拠法規の処分要件及び趣旨・目的に着目し、関係法令の趣旨・目的を参酌し、被侵害利益の内容・性質を勘案し、当該根拠法規がXらの主張する被侵害利益を**個別的利益**として保護する趣旨を含むか、どの範囲の者が原告適格を有するのかについて論じることが求められる。本件では、Xらの主張する「良好な住居の環境下で生活する利益」について、建築基準法が一般に想定していると解される建築物の倒壊、火災、日照被害等による直接的な被害や、都市計画法に基づく用途地域の指定等によって、地域地区に居住する住民が享受する反射的利益と**比較**して、「法律上保護された利益」といえるかについて検討することが求められる。**その上で、X1ら及びX2らが主張する利益の内容・性質に即して、原告適格を肯定することができるかについて論じることが求められる。**特に、**X2ら**については、**本件要綱**において、一定の範囲の者に公聴会に参加する機会が付与されていることとの関係についても検討することが期待される。

〔設問2〕は、**本件例外許可の違法事由**として、**第1**に、建築審査会の同意に係る議決の**手続上の瑕疵**が問題となる。まず、建築審査会の同意には処分性が認められず、本件例外許可の取消訴訟の中で同意の違法性を争うことになることを前提とし、建築審査会制度の趣旨や除斥事由が定められた趣旨を踏まえた上で、除斥事由がある者1名の票を除外しても建築審査会の議決の結論が変わらない場合においても、なお、本件例外許可は違法といえるかについて論じる必要がある。**第2**に、Y1市長による本件例外許可についての**裁量権の範囲の逸脱、濫用**の有無が問題となる。本件要綱の法的性質について、例外許可は裁量処分であり、本件要綱は裁量基準（行政手続法上の審査基準）に当たることを示した上、例外許可については裁量処分とはいえ、公聴会制度を設けてその判断の適正が担保されていること、本件要綱で挙げられた事情が考慮されていないことを踏まえて、裁量権の範囲の逸脱、濫用があると主張することがで



きないかを論じることが求められる。

【設問3】は、いわゆる**違法性の承継**の問題であるが、取消訴訟の排他的管轄と出訴期間制限の趣旨を重視すれば、違法性の承継は否定されることになるという**原則論**を踏まえた上で、まず、**違法性の承継**についての**判断枠組み**を提示することが求められる。その上で、**最高裁判所平成21年12月17日第一小法廷判決**（民集63巻10号2631頁）の判断枠組みによる場合には、違法性の承継が認められるための考慮要素として、実体法的観点（先行処分と後行処分とが結合して一つの目的・効果の実現を目指しているか）、手続法的観点（先行処分を争うための手続的保障が十分か）という観点から、本件の具体的事情に即して違法性の承継を肯定することができるかを論じる必要がある。

【設問4】は、**本件建築確認の違法事由**として、**第1**に、本件スーパー銭湯が建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」に該当するかが問題となる。条文の文言解釈、公衆浴場が**第一種低層住居専用地域に建築できる建築物とされた趣旨**、「**一般公衆浴場**」と**スーパー銭湯との異同**を踏まえて検討することが求められる。**第2**に、本件スーパー銭湯の飲食店部分について、建築基準法別表第二（い）項第7号の「**公衆浴場**」に該当するかが**問題**となる。**第一種低層住居専用地域に建築できる飲食店は兼用住宅に限られ、かつ、面積の制限**があること（建築基準法別表第二（い）項第2号、建築基準法施行令第130条の3第2号）などに照らして、本件スーパー銭湯の飲食コーナー及び厨房施設の規模等を踏まえて、「**公衆浴場**」に該当するかを検討することが求められる。

## \* 行政法の知識（設問 2 ～ 手続上の瑕疵）

### 4 行政手続の瑕疵と処分の違法

- ・行政処分をするにあたり、実体法上の処分要件は満たしているが、処分をする際に要求されている手続に瑕疵（違法）がある場合に、その瑕疵が処分の違法となるのかが問題となる。なお、単に努力規定の違反があるだけでは、そのことから直ちに手続に違法（瑕疵）があるとはいえないことに留意する。努力規定の違反をもって手続に違法（瑕疵）があるといえるためには、それなりの理由付けが必要となる。○

関連問題：司法論文 H21 設問 2, H28 設問 2

- ・憲法 31 条の適正手続の保障の趣旨は行政手続にも及び、処分を受ける者には正しい手続を経て処分を受ける手続的権利が保障されている。この手続的権利を重視し、処分の手続的瑕疵は、処分を直ちに違法とするとの見解がある。●

- ・行政手続には適正手続の保障の趣旨が及ぶが、行政の法的安定要求も軽視できない。そこで、仮に、正しい手続をしたとしても、同じ処分がされると認められるときは、手続に瑕疵があったとしても処分は違法にならないとする見解もある。●

- ・「仮に、正しい手続をしたとしても、同じ処分がされると認められるときは、手続に瑕疵があったとしても処分は違法にならない」との見解に整合しやすい判例として、個人タクシーの免許の申請拒否処分に関して、処分基準の公表、及び、当事者に対する主張と証拠提出の機会の保障に瑕疵があった判例（**最判昭 46. 10. 28・個人タクシー事件**）、及び、バスの運行について一般乗合旅客自動車運送事業の免許申請の拒否処分をするにあたり、諮問機関の審理及び答申の過程に瑕疵があるなど諮問手続の瑕疵があった判例（**最判昭 50. 5. 29・群馬中央バス事件**）が参考になる。○

もともと、判例は、申請拒否処分や不利益処分をする際の理由付記に瑕疵がある場合は、恣意抑制機能や争訟便宜機能という理由付記が要求された趣旨を重視して瑕疵の治癒を認めておらず、処分が違法になるとしている。判例は手続的な瑕疵の中でも理由付記の瑕疵については慎重な扱いをしていることが分かる。このことについては、更正処分の理由付記に瑕疵があった事例で審査請求の裁決で具体的な理由の付記をしても瑕疵は治癒されなかった判例が参考になる（**最判昭 47. 12. 5**）。○

・申請拒否処分につき処分基準の公表、証拠提出の機会の保障等の瑕疵

行政手続法の制定前の判例であるが、個人タクシーの事業免許の申請拒否処分をするに際して、「本人が他業を自営している場合には転業が困難なものでないこと」等の内部の審査基準を公表しておらず、また、その基準の充足性の判定に必要な事情を十分に聴聞していなかった等の瑕疵があった事案で、最高裁は、処分の根拠法は「抽象的な免許基準を定めているにすぎないのであるから、内部的にせよ、さらに、その趣旨を具体化した審査基準を設定し、これを公正かつ合理的に適用すべく、とくに、右基準の内容が微妙、高度の認定を要するようなものである等の場合には、右基準を適用するうえで必要とされる事項について、申請人に対し、その主張と証拠の提出の機会を与えなければならないというべきである。免許の申請人はこのような公正な手続によって免許の許否につき判定を受くべき法的利益を有するものと解すべく、これに反する審査手続によって免許の申請の却下処分がされたときは、右利益を侵害するものとして、右処分の違法事由となる」とした上で、さらに「これらの点に関する事実を聴聞し、被上告人にこれに対する主張と証拠の提出の機会を与えその結果を斟酌したとすれば、上告人がさきにした判断と異なる判断に到達する可能性がなかったとはいえないであろうから、右のような審査手続は、前記説示に照らせば、瑕疵あるものというべく、したがって、この手続によってされた本件却下処分は違法たるを免れない。」とした（最判昭 46. 10. 28・個人タクシー事件）。

・諮問手続の瑕疵

群馬バス事件は、行政処分をするにあたり諮問機関への諮問が要求された趣旨は、行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保するところであり、諮問機関に対する諮問の経由は、きわめて重大な意義を有するものであり、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しを免れないとしつつも、本件ではXにおいて運輸審議会の認定判断を左右するに足りる意見や資料を追加提出しうる可能性があったとは認めがたいとして、本件では重大な違法があるとは認められず、処分を取り消す理由はないとした（最判昭 50. 5. 29・群馬中央バス事件）。

- ・学説には、手続の中でも、①告知・聴聞、②理由の提示、③文書の閲覧、④審査基準の設定・公表は、行政手続の中でも特に重要なものであるとして、これらの手続に瑕疵があるときは、処分が違法になるとする見解がある。

・ H28 司法論文設問 2 (出題の趣旨・抜粋)

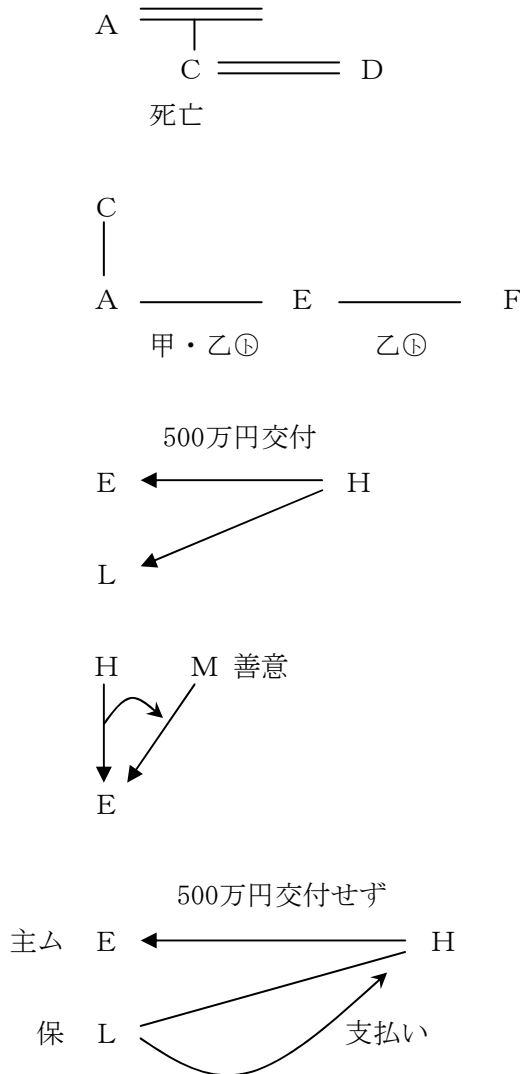
〔設問 2〕は、本件例外許可の違法事由として、第 1 に、建築審査会の同意に係る議決の手続上の瑕疵が問題となる。まず、建築審査会の同意には処分性が認められず、本件例外許可の取消訴訟の中で同意の違法性を争うことになることを前提とし、建築審査会制度の趣旨や除斥事由が定められた趣旨を踏まえた上で、除斥事由がある者 1 名の票を除外しても建築審査会の議決の結論が変わらない場合においても、なお、本件例外許可は違法といえるかについて論じる必要がある。

・ H21 司法論文設問 2 (出題の趣旨・抜粋)

手続面では、本件紛争防止条例に定める説明会の開催と、行政手続法に定める公聴会の開催が問題となる。それぞれの根拠規定の趣旨を明らかにした上で、本件において義務違反があると認められるか、認められるとして、それが本件確認にいかなる意味を持つかを検討することが必要である。

平成28年 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、未成年者Cの親権者であるAが、自らの遊興により生じた借金を返済するためにCの所有する甲土地及び乙土地をCに無断でEに売却した後、Dと婚姻したCが死亡してCをAとDが相続し、その後更にEが乙土地をFに売却した事例（設問1）、Eが自己の事業の借金の返済に充てる資金をGの主宰する賭博で得るために、仕入先のH及び知人Kとの間で、Eの叔父Lの連帯保証付きで借金をする契約書を作成した後、貸金をEに交付したHがその貸金債権をMに売却し、貸金をEに交付しなかったKが、契約書の存在を奇貨としてLに連帯保証債務の履行を請求し金銭を支払わせた事例（設問2）を素材として、民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用力を問う問題である。

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、親権者とその子との利益相反行為の成否、親権者による代理権濫用の成否とその効果という事項に対する理解を問うとともに、それを前提として、子について共同相続があった場合の法律関係、親権者の行為の相手方と取引をした第三者の保護について検討させることにより、民法の基本的知識及びそれに基づく論理構成力を問うものである。

**小問(1)**では、Eは、A及びDに対して、甲土地の所有権移転登記手続を請求しており、その**根拠**は売買契約に基づく債権的請求又は所有権に基づく物権的請求であることを指摘した上で、その請求の当否について検討することが求められる。いずれの請求の場合にも、AがCの代理人としてEとの間で甲土地の売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結したこと、A及びDがCを共同で相続した結果、Cの所有権移転登記手続義務を包括承継したこと（なお、**最判昭和36年12月15日**民集15巻11号2865頁は、売主の共同相続人の登記義務は民法第430条の不可分債務である旨判示している。）により、Eは、A及びDに対し甲土地の所有権移転登記手続を請求することが可能となる。

まず、これに対するA及びDの**反論**として考えられるのは、本件売買契約が民法第826条の利益相反行為に該当するという主張である。もっとも、利益相反行為に該当するか否かの判断基準に関して判例（**最判昭和42年4月18日**民集21巻3号671頁）の外形説を採用する場合には、本件売買契約は利益相反行為に該当しないことになり、それを踏まえた上で、親権者の代理権濫用について論ずることが求められる。この場合、AがC所有の甲土地を売却した行為が判例（**最判平成4年12月10日**民集46巻9号2727頁）のいう「子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」があるとして代理権濫用に該当するか否かについて、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。

**代理権濫用の効果**については、平成4年の判例のように、親権者の行為の相手方が代理権濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法第93条ただし書の類推適用により親権者の行為の効果は子には及ばないという構成が考えられる。それによれば、EはAの代理権濫用の事実について悪意であるから、Aの行った本件売買契約の効果はCに及ばないことになる。ただし、代理権濫用を無権代理とする構成（無権代理説）や、代理権濫用について相手方に悪意又は（重）過失が認められる場合にはその相手方は代理による効果帰属を信義則上主張できないとする構成（信義則説）もあり得るところであり、適切な理由付けによって判例と異なる論じ方をすることは排除されていない。また、民法第826条の利益相反行為について外形説に依拠して検討することが必須ではなく、判例と異なる実質説を採って利益相反行為に該当するとした場合でも、適切な理由付けの下に説得力のある検討が行われていれば、それに相応した評価が与えられる。

次に、CをA及びDが共同相続したことにより、上記で論じた法律関係がどのような影響を受けるのか、いわゆる「無権代理と相続」の論点における無権代理人共同相続型の判例（**最判平成5年1月21日**民集47巻1号265頁）との関係が問題となる。利益相反行為につき実

質説を採った場合や、無権代理説による場合は、この判例がそのまま妥当する。平成5年の判例は、追認権はその性質上相続人全員に不可分に帰属するから、共同相続人全員が共同して行使しない限り無権代理行為が有効となるものではないとしており、本問では共同相続人の1人であるDが追認を拒絶しているので、Eは甲土地の所有権を取得できない。また、民法第93条ただし書類推適用説による場合には、平成5年の判例がそのまま妥当するわけではないが、民法第116条に基づく追認の可否を問題とした上で、平成5年の判例と同様に追認権の行使について論ずるか、あるいはAの代理権濫用についてEに悪意があることを理由としてEが甲土地の所有権を取得することはないと論ずることが考えられる。もっとも、相続人の追認権については、相続分に応じて可分に帰属するという考え方もあり、判例の立場で論ずることは必須ではなく、適切な理由付けの下に厚みのある検討が行われ、整合的な結論が示されていれば、それに相応した評価が与えられる。

**小問(2)**では、DのFに対する乙土地の所有権移転登記抹消登記手続等の請求について、民法第252条ただし書の保存行為、あるいは共有持分権に基づく物権的請求権が根拠となることを指摘した上で、無権利者Eと取引をした第三者Fの保護について論ずることが求められる。第三者Fの保護の点に関しては複数の考え方があり得る。

まず、乙土地はAとDの共有物であるのにE名義の登記がされていたことを理由に、民法第94条第2項を類推適用してFを保護する考え方である。これによれば、Cやその地位を包括承継したA及びDが虚偽の外観を作出し、あるいはあえて虚偽の外観を放置したと評価される場合に、Fは乙土地の所有権を取得する可能性がある。本問に示された事実関係からすれば、CやD自身の行為に着目してその帰責性を認めることには困難が伴うが、Cの帰責性を評価する際には、AがCの親権者であるという事情も関係し得る。一般的には、Aは法定代理人であり、Cの意思に基づいてAに代理権が授与されたわけではないから、この事情はCの帰責性を否定する方向に働く。**しかし**、Cの親権者であるAの包括的な代理権によって私的自治が補充されCが継続的に利益を受けているとして、代理権濫用の危険はCが負担すべきであるとする考え方もあり得る。

また、Fについて民法第94条第2項が類推適用されるとしつつも、その根拠を上記のような虚偽の外観の放置ではなく、代理権濫用について民法第93条ただし書が類推適用されることに求める考え方もあり得る。**最判昭和44年11月14日**民集23巻11号2023頁は、手形保証についてこのような立場を採っている。**もっとも**、心裡留保における表意者には虚偽の外観を作出したのと同等の帰責性が認められるが、代理権濫用における本人の帰責性をこれと同視することはできず、また、上記判決は手形保証に関する判断であるから、その射程については慎重な検討を要する。

さらに、代理権濫用について信義則説を採った上で、本人Cを相続したA及びDは、第三者Fとの関係では、第三者Fが信義則に反する者でない限り（Aの代理権濫用について悪意又は〔重〕過失が認められない限り）、代理行為の効果帰属を拒むことができない、という考え方もあり得る。

このように、第三者Fの保護の在り方については複数の考え方があり得るが、理由を明示した上で一定の立場を採り、それを本問に当てはめて整合的な結論を導いているものについては、

その法的構成力・推論力に照らし、相応の評価が与えられる。

**設問2**は、賭博目的の消費貸借契約に基づく貸金債権が譲渡された事例と、存在しない貸金債務を主債務とする連帯保証債務が履行された事例を素材として、貸金債権の関係者をめぐる諸々の法律関係を、民法第90条や同法第708条、同法第459条等の正確な理解に基づき分析した上で、事案に即した妥当な解決を導くことができるか否かを問うものである。

**小問(1)**では、まず、賭博目的の消費貸借契約による債権の成否についての的確に検討することができるかどうかを試されている。賭博目的の消費貸借契約は、それ自体が不法なものではなく、不法な動機が一方当事者であるEの心裡にあるにすぎないが、Hは賭博目的を知っているので、EH間の消費貸借契約は公序良俗に違反し無効となり（民法第90条）、その結果、HのEに対する消費貸借契約上の債権は発生しないことになる。

次に、この存在しない債権がHからMに譲渡され、その債権譲渡につき債務者Eが民法第468条第1項の異議をとどめない承諾をしていることから、その債権の不存在をEがMに対抗しうるか否かが問題となる。この点に関しては、賭博の勝ち負けによって生じた債権が譲渡された場合において、その債権の債務者が異議をとどめずに承諾したときであっても、債務者に信義則に反する行為があるなどの特段の事情のない限り、債務者は、その債権の譲受人に対して債権の発生に係る契約の公序良俗違反による無効を主張してその履行を拒むことができるとした判例（**最判平成9年11月11日民集51巻10号4077頁**）が存在するが、**本問の事案は、当該判例の事案とは異なり、賭博の負け金債務ではなく、賭博目的の貸金債権が譲渡されたものであるから、そのことを意識した上で、MがEに対し契約上の債権を行使することができるかについて、事実を的確に分析した上でその請求の当否を検討することが求められる。**

**小問(2)**では、EH間の消費貸借契約が公序良俗違反により無効であることを前提とした上で、HがEに交付した500万円について、HのEに対する「法定債権」である不当利得返還請求権をMが行使することが考えられる。ここでは、HのEに対する不当利得返還請求権の成否について、不法原因給付に関する民法第708条が適用されるか否かを吟味しつつ論ずるとともに、HのEに対する不当利得返還請求権をMが行使するための法律構成を論ずることが期待されている。後者の点については、複数の法律構成が考えられる。

まず、MがHのEに対する不当利得返還請求権を行使するための法的根拠としては、HがMに対し「平成26年4月1日付消費貸借契約に関する債権」を譲渡していることから、その**契約の解釈**として、貸金債権だけでなく、不当利得返還請求権もHからMに譲渡されたものと認めることが考えられる。このような契約の解釈に当たっては、不当利得返還請求権も譲渡された場合とそうでない場合とを対比して、M及びHやHの一般債権者の利害状況を分析することが求められている。

また、HのEに対する不当利得返還請求権はMに譲渡されていないことを前提とした上で、**債権者代位権**によって、Mが、HのEに対する不当利得返還請求権を行使することも考えられる。この場合、債権者代位権の要件として、MのHに対する被保全債権の存在及びHの無資力が充足されることと、請求の範囲は被保全債権の額が上限となることを指摘することが期待されている。

**小問(3)**では、委託を受けた保証人が連帯保証債務の履行として金銭を支払ったものの、主た



債務が存在しなかった場合における主債務者と保証人との間の法律関係についての分析とともに、保証人の主債務者に対する債権が成立するかどうかが問われている。保証債務の付従性自体は基礎的な知識に属するが、ここで示されている問題自体については、判例や学説において必ずしも明確に議論されているわけではない。ここでは結論の妥当性も視野に入れて適切に論ずることが期待されており、応用的な能力を問う問題である。

そもそも、LはEの保証委託を受けた結果としてKに対して584万円を支払っており、その支払の際にEに事前の通知をしているのだから、Kの無資力の危険をLが負うとするのは不合理である。単に付従性のみを論ずるのではなく、そうした結論の妥当性も視野に入れた上で、Lを保護する**法律構成**を見いだすことが、本問では期待されている。

**まず**、主債務者と保証人との間に保証委託契約が存在することから、委任の特則である民法第459条に基づき、LがEに対して**求償権**を有するという構成が考えられる。その場合、民法第459条の求償権の**成立要件**として、(i)主たる債務の存在、(ii)主たる債務に関する債権者と保証人との間の保証契約、(iii)保証人が債権者に対して保証債務の履行をしたこと、(iv)保証人と主たる債務者との間の保証委託契約を挙げた上で (v)保証人の無過失を要件として挙げる学説もある。、それら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、KはEに金銭を交付していないため、KのEに対する**貸金債権は成立していない**ので、(i)の要件は充足されない。**しかし**、Lが主債務の存在を前提としてKに584万円を支払った**原因**は、LがEに事前の通知をしたにもかかわらず、EがLに主債務の不存在を説明しなかったからである。民法第463条第1項が準用する民法第443条第1項により、保証人が事前の通知をせずに弁済をした場合、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その事由をもって**保証人に対抗することができる**とされていることを**踏まえると**、保証人が事前の通知をしたが、主債務者が債権者に対抗することができる事由（主債務の不存在）を有している旨の返答をしなかった場合には、主債務者はその事由をもって保証人に対抗できないとの考え方があり得よう。これを本問に示された事実関係に当てはめた場合、EはLからの民法第459条に基づく求償を、主債務の不成立を理由に拒むことはできないことになる。

このほか、Lの請求の**根拠**としては、民法第650条第1項の費用償還請求権に基づくものも考えられる。この場合には、LのKに対する出捐が、同項の「委任事務を処理するのに必要と認められる費用」、すなわち、事務処理の際に受任者が善良な管理者の注意をもって必要と判断して支出した費用に当たるか否かを確認することが求められる。

また、主債務が存在しない場合に連帯保証債務の履行として金銭を支払うことは保証委託の範囲外であるなどの理由により、Lの出捐は費用ではなく損害であると解釈するならば、LはEに対し民法第650条第3項や同法第415条に基づく損害賠償請求権を行使するという考え方を採る余地もある。

いずれの法律構成を採る場合においても、Lによる事前の通知に対しEが適切に対応しなかったことが的確に評価されていれば、民法第459条に基づく求償権を認める答案と同等の評価が与えられる。

## \* 民法の知識（設問 1 (1)～親権者の法定代理権の濫用）

### 3 代理権の濫用

#### (1) 意義

→例えば、本人Aから甲土地を売る代理権を授与された代理人Bが、代金を着服する意図でAを代理して相手方Cに甲土地を売った場合のように、代理人が内心では自己又は第三者の利益を図る目的で、代理権の権限内の代理行為をした場合は代理権の濫用の事例となる。

○

代理権の濫用の事例で代理行為の効果が本人に帰属するかは、本人保護と相手方の取引の安全の調整をどのように図るべきかという観点から考えていく。このような事例においては、判例は、93条但書の類推適用という法律構成による処理をしている（**最判昭42.4.20**）。具体的には、相手方が代理権の濫用について悪意又は知らなかったことに過失があるときは、民法93条但書を類推適用して、当該代理行為は本人に効果帰属しない。その結果、本人は、相手方に対して、代理行為により発生した契約上の請求を拒むことができる。○ H20-6, H25-4, H27-2-3

#### \* 論理構成 代理権の濫用 ●

代理権濫用による代理行為でも外形上は権限内の正常な代理行為なので、無権代理になるわけではなく、有権代理として原則として本人に効果帰属する。

もともと、代理権の濫用につき悪意有過失の相手方を保護する必要はない。また、内心の効果意思と表示には不一致はないが、経済的效果を自己に帰属させようとする意思と表示との間に不一致があるので心裡留保の規定を類推する基礎がある。そこで、相手方が、代理権濫用の事実について悪意又は有過失があるときは、民法93条但書を類推適用して、本人はその相手方に対しては代理行為の効果が自己に帰属しないことを主張できると考える。

注：上記の下線部分を中心に短くまとめて論証すればよい。

- ・相手方が代理人の濫用の意図につき悪意又は有過失で、民法93条但書類推適用により、代理行為の効果が本人に効果帰属しない場合は、無権代理がされた場合と同様に扱っていくしかない。改正民法が成立すると、相手方が代理権の濫用につき悪意又は有過失のときは、当該代理行為は代理権がない者がした行為とみなされることが明文化される。

## (2) 親権者の法定代理権の濫用

→親権者は、利益相反行為に当たる場合を除いて（826 参照）、子の財産に関する法律行為を代理する権限（法定代理権）を有する（824）。親権者が法定代理権を濫用した場合は、代理権濫用の事例と同様、相手方がその濫用の事実につき悪意又は過失があるときは民法93条但書を類推適用して親権者による代理行為の効果は子に帰属しない。

もともと、**親権の行使**は、子をめぐる諸般の事情を考慮してなされるものなので、親権者と子との間の利益が相反する行為（利益相反行為）に当たらない限り、親権者の**広範な裁量**に委ねられている。そのため、子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的とするなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情がない限り、親権者による**代理権の濫用に当たらない**（最判平4.12.10）。●

\*平成4年判決の補足～利益相反行為 ●

利益相反行為は無権代理となる。利益相反行為の該当性の判断は、親権者が子を代理してなした**行為自体を外形的客観的に考察して判定**するべきであり、親権者が当該代理行為をした**動機や意図をもって判定すべきでない**とするのが判例である（**最判昭 37.10.2, 最判昭 42.4.18**）。

平成4年判決は、母Hが、子を代理して、子の叔父Gが経営する会社J社が信用保証協会に対して負う債務を担保するために、子が所有する土地に根抵当権を設定してその登記を具備させた事案で、当該根抵当権設定行為が**利益相反行為に当たらない**ことを前提に、親権者の代理権の濫用に当たるかを検討した上で、本件事案では親権者の代理権の濫用を否定した。

この判例の事案を極めて簡単に説明すると、母が、子の叔父の債務を担保するために、子の不動産に抵当権を設定する行為は利益相反行為に当たらないということである。

## 平成28年 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、① 会社法上の公開会社でない取締役会設置会社において、取締役会の開催に当たり、当該取締役会において解職決議がされた代表取締役に対する招集通知を欠いた場合における当該取締役会の決議の効力（設問1(1)）、② 取締役の報酬の額について、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で取締役会の決議によって役職ごとに一定額が定められこれに従った運用がされていた会社において、役職の変動に伴い、その運用により定まる報酬の額よりも更に減額する旨の取締役会の決議がされた場合に、取締役が会社に対して請求することができる報酬の額（設問1(2)）、③ 株主総会において取締役から解任された者が、その解任について正当な理由がないとして、損害賠償請求をした場合における会社の損害賠償責任（設問2(1)）、④ 役員解任の訴えの訴えの手続と、役員解任を議題として招集された株主総会が定足数を満たさずに流会となった場合において、役員解任の訴えを提起することの可否（設問2(2)）、⑤ 役員等の会社に対する損害賠償責任と、大会社である取締役会設置会社における代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務（設問3）に関する理解等を問うものである。

**設問1(1)**においては、取締役会の招集権者（会社法第366条第1項）や、取締役会の目的である事項の特定の要否を含む招集手続（会社法第368条第1項）、決議要件（会社法第369条第1項、第2項）について正確に理解していることが前提となる。そして、取締役会の開催に当たり、一部の取締役に対する招集通知を欠いた場合には、特段の事情がない限り、その招集手続に基づく取締役会の決議は無効であるが、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情があるときは、決議は有効であるとする判例（最三判昭和44年12月2日民集23巻12号2396頁）や、代表取締役の解職決議については、その代表取締役は、特別利害関係を有する者に当たるとする判例（最二判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁）を意識しながら、会社法上の公開会社でない取締役会設置会社において（いわゆる閉鎖会社においては、特別利害関係を有する者に当たらないという見解等もある。）、取締役会の開催に当たり、当該取締役会において解職決議がされた代表取締役に対する招集通知を欠いた場合に、上記の特段の事情があると認めることができるかどうかを説得的に論ずることが求められる。その際には、特別利害関係を有する者に当たると、当該取締役会の審議に参加して意見を述べることも認められないか否かや、Aが当該取締役会の審議に参加することが認められる場合であっても、Aの意見が決議の結果を動かさないであろうことが確実に認められるか否かなどについても触れつつ、事案に即して具体的に検討されることが望ましい。

**設問1(2)**においては、取締役の報酬等の額について、定款に定めていないときは、株主総会の決議によって定めるが（会社法第361条第1項）、判例（**最三判昭和60年3月26日判時1159号150頁**）は、株主総会の決議により、取締役全員に支給する総額の最高限度額を定め、各取締役に対する配分額の決定は、取締役会の決定に委ねてもよいとしていることや、

取締役の報酬等の額が具体的に定められた場合には、その額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、当該取締役が同意しない限り、会社が一方的にその報酬等の額を減額することはできないと解されていること（最二判平成4年12月18日民集46巻9号3006頁参照）を意識しながら、取締役の報酬等の額について、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で、取締役会の決議によって役職ごとに一定額が定められ、これに従った運用がされていた場合に、取締役が、役職の変動に伴う報酬の減額に同意していたと認められるかどうかを事案に即して論ずることが求められる。なお、上記のとおりの運用により定まる報酬の額の範囲内で、Aが、役職の変動に伴う報酬の減額に同意していたと認められるとすれば、Aの報酬の額を減額する旨の定例取締役会の決議の後であっても、Aは、甲社に対し、その運用により定まる月額50万円の報酬を請求することができることとなる。

**設問2(1)**においては、取締役は、いつでも、かつ、事由のいかんを問わず、株主総会の決議によって解任することができる（会社法第339条第1項）が、会社は、その解任について正当な理由がある場合を除き、任期満了前に取締役を解任したときは、取締役に対し、解任によって生じた損害を賠償しなければならない（同条第2項）ことを理解していることが前提となる。その上で、Aが、事業の海外展開を行うために必要かつ十分な調査を行い、その調査結果に基づき、事業の海外展開を行うリスクも適切に評価していたことから、このような経営判断に基づいた海外事業の失敗が、正当な理由に含まれるかどうかについて、会社法第339条第2項の趣旨や「正当な理由」の意義も踏まえつつ、説得的に論ずることが求められる。そして、このような海外事業の失敗が正当な理由に含まれないとする場合には、会社が取締役に対して賠償しなければならない損害の範囲ないし額について、Aの取締役としての任期が8年と長期間残っていたことをその減額要素として考慮することができるかどうかにも言及した上で、検討することも求められる。

**設問2(2)**においては、**役員解任の訴え**については、会社法上の公開会社でない株式会社の場合には、役員職務の執行に関し不正の行為等があったにもかかわらず、当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたときに、総株主（当該役員を解任する旨の議案について議決権を行使することができない株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）の議決権の100分の3以上の議決権を有する株主（当該役員を解任する旨の議案について議決権を行使することができない株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）又は発行済株式（当該株式会社である株主及び当該請求に係る役員である株主の有する株式を除く。）の100分の3以上の数の株式を有する株主（当該株式会社である株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）が、当該株主総会の日から30日以内に提起することができること（会社法第854条第1項、第2項）を説明することが求められる。

また、役員解任の訴えについては、会社及び当該役員を被告とすること（会社法第855条）や、本問においては、代表取締役Bが株主として甲社及び取締役Aを被告として役員解任の訴えを提起することとなるため、監査役が甲社を代表すること（会社法第386条第1項第1号）、役員解任の訴えは、会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属すること（会社法第856条）を説明することも期待される。

その上で、役員の解任を議題として招集された株主総会が定足数を満たさずに流会となった場合において、役員の解任の訴えを提起することができるかどうかについて、会社法第854条第1項に規定する「当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき」の意義を役員の解任の訴えの制度の趣旨等に照らして解釈するなどしながら、説得的に論ずるとともに、会社資金の流用という役員の職務の執行に関し不正の行為等があったと認められることに言及することが求められる。

**設問3**においては、取締役は、株式会社に対し、その任務を怠ったこと（任務懈怠）によって生じた損害を賠償する責任を負うこと（会社法第423条第1項）や、任務懈怠責任は、取締役の株式会社に対する債務不履行責任の性質を有するため、任務懈怠、会社の損害、任務懈怠と損害との間の因果関係に加え、取締役の帰責事由が必要であること（会社法第428条第1項参照）について理解していることが前提となる。そして、大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は、内部統制システムの整備を決定しなければならず（会社法第362条第5項、第4項第6号）、善管注意義務（会社法第330条、民法第644条）及び忠実義務（会社法第355条）の一内容として、取締役は、取締役会において、会社が営む事業の規模や特性等に応じた内部統制システムを決定する義務を負い、代表取締役等は、取締役会の決定に基づいて、事業の規模等に応じた内部統制システムを構築して運用する義務を負うことについて、的確に論ずることが求められる。

その上で、**まず**、甲社について、その事業の規模や特性等に応じた内部統制システムが決定され、構築されているかどうかを事案に即して丁寧に検討することが求められる。

**次に**、構築された内部統制システムの運用については、C及びDのそれぞれに任務懈怠が認められるかどうかを事案に即して丁寧に検討することが求められる。Cに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、構築された内部統制システムを運用する際に、会社が営む事業の規模や特性等に応じた内部統制システムが外形上機能している場合には、他の役職員がその報告のとおり職務を遂行しているものと信頼することができるかどうかについても、検討することが期待される。また、Dに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、これまで甲社において同様の不正行為が生じたことがなく、また、会計監査人からも不正行為をうかがわせる指摘を受けたことがなかったものの、本件通報は甲社の従業員の実名によるものであることなどの事情を踏まえた上で、本件通報があった旨の報告を受けていたDが、本件通報には信ぴょう性がないと考え、本件通報等の調査を指示しなかったことなどをどのように評価すべきかについても、具体的に検討することが期待される。

そして、任務懈怠及び帰責事由が認められるとする場合には、因果関係が認められる損害の範囲ないし額についても、検討することが求められる。**なお**、構築された内部統制システムの運用について、Dに任務懈怠があったと認められるとしても、本問において、Dは、平成27年3月末に本件通報があった旨の報告を受けており、甲社は、乙社に対し、同年4月末に残金合計3000万円を支払ったこと、他方で、Cの指示により甲社の法務・コンプライアンス部門が調査をした結果、2週間程度で、EとFが謀り、本件下請工事について不正行為をしていたことが判明したことからすれば、Dの任務懈怠との間で、当然に因果関係が認められる損害の範囲ないし額は、EとFが着服した5000万円の全額ではなく、甲社が乙社に対して同月

末に支払った3000万円とすることが考えられよう。

## \* 商法の知識（設問 2 (2)～役員解任の訴え）

### ウ 役員解任の訴え

→一定の要件を満たす**株主**（議決権の100分の3以上の議決権，又は，発行済株式の100分の3以上の数の株式を保有する株主。公開会社では6か月の株式保有要件も加わる）は，役員の下職務の執行に関し**不正の行為**又は**法令若しくは定款に違反する重大な事実**があったにもかかわらず，当該役員を解任する旨の**議案**が株主総会において**否決**された場合（854 I 柱書前段），当該株主総会の日から30日以内に，訴えをもって役員解任を請求することができる（854）。◇

関連問題：司法論文 H28 設問 2(2)

- ・「**重大な事実**」とは，株主総会決議で解任する場合における取締役の損害賠償請求権の発生を否定する「正当な理由」よりも狭いと解されている。
- ・多数派株主が解任の訴えの提起を妨害するために解任議案の否決決議をあえて成立させないようした場合に，否決決議がないからといって解任の訴えの提起が認められないとすれば，少数株主権として解任の訴えが規定されている趣旨が没却される。そこで，解任議案が否決された場合とは，議案とされた当該役員解任決議が成立しなかった場合をいい，**定足数不足**や，定足数を満たしたが議長が**一方的に閉会宣言**をして株主総会が**流会**となった場合も含まれると解されている。

高松高裁は，「役員解任議案が『**株主総会で否決されたとき**』とは，議案とされた当該役員解任決議が成立しなかった場合をいい，多数派株主の欠席により定足数が不足したり，定足数を充たしているにもかかわらず議長が一方的に閉会を宣言したりするなどして流会となった場合をも含むと解するのが相当である。なぜなら，『株主総会で否決されたとき』の意義について，定足数の出席を得て解任議案を上程し，これを審議した上で決議が成立しなかった場合でなければならないと解するとすれば，多数派株主が株主総会をボイコットすることにより，取締役解任の訴えの提起を妨害することが可能となり，相当ではないからである。」としている（高松高決平 18. 11. 27）。◇

関連問題：司法論文 H28 設問 2(2)



## 平成28年 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、権利能力なき社団の構成員に総有的に帰属する財産をめぐる紛争を基本的な題材として、①当該社団の構成員が原告となって総有財産の所有関係を第三者に主張する場合には、それが固有必要的共同訴訟に当たることを前提に、そのような訴訟を現実遂行した場合に生じ得る問題についての解決方法（〔設問1〕）、②当該社団が原告となり社団の元代表者等を被告として総有財産の帰属関係等を争う訴訟において、元代表者が解任決議の無効や会長の地位確認を求める訴えを反訴で提起することにつき、訴えの利益や反訴要件の有無（〔設問2〕）、③当該訴訟において敗訴した被告の一方が他方の被告に対して債務不履行責任を追及する場合に、前訴においても審理された総有財産の帰属に関して改めて審理・判断することの可否（〔設問3〕）に関して、検討をすることが求められている。

これらの課題に含まれる論点は、基礎的なものも少なくないが、全体の分量との関係では、その論点についての正確な知識に基づく解答を端的に論述することが必要であり、また、問題文には関連判例等を踏まえた問題意識が多く示されているから、これらに的確に応答し、論述することが期待されている。

〔設問1〕では、まず、総有権確認請求訴訟という形態で、総有財産の所有関係を第三者に主張することが固有必要的共同訴訟に当たるとされる理由についての分析が求められている。総有財産に関する紛争形態は様々であるものの、本件の訴訟物は総有権を第三者に確認するというものであるから、固有必要的共同訴訟に当たる理由の説明もそれに応じたものとする必要がある。

そして、このことを踏まえつつ、本件のXのように相応に構成員の数の多い権利能力なき社団において構成員を原告として訴えを提起しようとした場合に、実際にどのような問題が生じ得るかを検討し、考えられる解決方法を提示することが求められている。そして、弁護士L1と司法修習生P1との間の会話では、構成員の中に反対者がいた場合にどのようにして訴えの適法性を確保すべきかという問題意識が示されている。典型的には反対者を被告として訴えを提起することが想定されるが、その際には、先に述べた、総有権確認請求訴訟が固有必要的共同訴訟とされる論拠と整合性のある説明を工夫することが期待される。さらに、続いて、訴え提起後に構成員に変動が生じた場合、その中でも新たな構成員が追加的に現れた場合の処理をどうするかという問題意識も示されている。ここでは、様々な方法が考えられるところであるが、代表者として行動しているBの方針に同調しない構成員については、その自発的な行動が想定し難く、原告側のみで行うことのできる方策としてどのようなものが考えられるかという観点から検討することが求められている。

〔設問2〕では、〔設問1〕と異なり、権利能力なき社団であるXが原告となって訴えを提起した事案について問うものである。Bを代表者とするXは、本件紛争の解決のため、本件不動産の所有名義人である元代表者のZと、Zから抵当権の設定を受けてその旨の登記を経たYとを被告として、総有権確認請求と各登記手続請求の訴えとを提起しているが、ここで、被告

とされたZは自身がなおXの代表者の地位にあることを認めさせようと、Xを被告としてZ自身の解任決議の無効等を確認する反訴を提起しようとしている。代表権に関する紛争が存在する場合に、このような確認の訴えに訴えの利益が認められることについては異論は少ないと思われるが、ここでは、特に、**最高裁判所昭和28年12月24日**第一小法廷判決・民集7巻13号1644頁が、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不適法としていることを踏まえつつ、共にある（別の）訴訟における訴訟要件の存否に関わる判断でありながら、本件における権利能力なき社団であるXの代表権の存否の確認をを求める訴えはなぜ適法となるのかを、本件における事実関係も踏まえながら、訴訟代理権と代表権とでは実質的な紛争の広がりが異なるといったことを指摘し、説明することが求められている。

また、〔設問2〕においては、念のため、反訴要件の具備・不具備について検討することも求められている。本件との関係では、「本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求」といえるか否か、「著しく訴訟手続を遅滞させる」場合に当たらないか否かについて、本件の事実関係に基づいた当てはめの検討が求められている。**前者**については、仮にBではなくZがXの代表者の地位にあるとすれば、Bを代表者とするXの訴えはそのままでは適法なものとしては維持できないから、その点を争うとともにZの代表権の確認を反訴で求めることは防御の方法と関連する請求となるのではないか、また、本訴としてX代表者としてのBへの登記移転請求の訴えも併合されていることから、本訴請求と関連性を有するといえないかなど具体的に摘示することが望まれる。

〔設問3〕では、〔設問2〕の訴訟（第1訴訟）において原告勝訴の判決（前訴判決）が確定したことを前提に、本件不動産について設定を受けていた抵当権は無効であり、損害を被ったなどとして、YがZに対して債務不履行に基づく損害賠償を求める第2訴訟を提起したとの事実関係の下で、この第2訴訟で本件不動産の所有関係を再度審理・判断することができるのかどうか問われている。本件の事実関係はやや複雑であるものの、まず、第1訴訟における共同被告であるにすぎないYとZとの間には当然には既判力が生じないことが前提として押さえられなければならない。その上で、裁判官Jと司法修習生P3との会話を見れば、本件については、二つの検討のルート、すなわち、①前訴判決のうちXとYとの部分については、Xを当事者としているところ、引用判例（**最高裁判所平成6年5月31日**第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁）に従えばXの構成員であるZにも既判力が及ぶため、YとZとの間に既判力が生ずることとなり、本件不動産の所有関係について再度の審理・判断ができないことになるのではないかという権利能力なき社団に特有の法理による解決を模索する方向性と、②権利能力なき社団を離れてより一般的に、前訴で敗訴をした共同被告間における担保責任の追及訴訟において二重敗訴の危険を防ぐ手段としてどのようなものが想定され得るかという問題として解決を模索する方向性とが示唆されていることが読み取れる。

まず、①の方向性に関しては、本件において引用判例の法理を援用することができるかを権利能力なき社団及びこれを当事者とする訴訟の性質についての解釈を踏まえつつ検討する必要があり、そこでは、判例法理に素朴に従えば判決効の拡張を受けることになりそうなZがXの相手方として行動しているという本件事案の特殊性を踏まえてどのように結論付けるかについて考察することが求められている（問題文の下線部①参照）。また、この点についていずれの結

論を採るにせよ、本件の事実関係の下で、抵当権の設定時点における本件不動産の所有関係という第2訴訟の争点についての審理・判断が前訴判決の既判力によって封じられるのかを具体的に検討することも求められている。すなわち、前訴判決の既判力の基準時よりも「前」の時点における所有関係が争点となっているところ、そのような争点との関係で、前訴判決の口頭弁論終結時に本件不動産がXの総有に属していた（すなわち、Zの所有には属していなかった）という判断につき生じている前訴判決の既判力がそれ自体として意味を持ち得るのかという問題を意識して、解答することが求められている（問題文の下線部②参照）。

他方で、②のルートに関しては、①のルートのような既判力による解決は困難であることを踏まえ、信義則や争点効などによって再審理が不可能であることを結論付けることが視野に入る。もっとも、こうした議論は明文の根拠に乏しく、程度の差はあるものの一般条項に依拠したものとならざるを得ないことからすれば、Yとして事後の訴訟を想定し、第1訴訟の段階で採るべき手段が何かなかったのかという事情は考慮すべき事情となるはずである。そこで、このような方法としてどのような方法があり得るかを検討すると、訴訟告知などが想定される。こうした方法があることを踏まえれば、既判力に基づく説明以外の説明で再審理をすべきでないとするYの主張は否定されざるを得ないのか、それとも一定の方法があるとはいえ本件の事実関係の下ではなおYの主張は認め得るものであるのかを、自らの立場を明らかにしつつ、論証することが必要となる（問題文の下線部③参照）。

\* 民訴法の知識（設問3～訴訟1の段階でYとして採るべき手段）

(4) 補助参加人に対する裁判の効力～参加的効力（46）

ア 参加的効力の意義

→参加的効力は、既判力とは異なる効力で、補助参加人が前訴で十分に主張立証を尽くし又は尽くすことが期待できた事項については、前訴の補助参加人が当事者となる後訴において、前訴の裁判所が判断した内容を争うことができないというもので、禁反言を根拠とする補助参加人と被参加人との間で敗訴責任の分担をさせる趣旨のものである。●

・参加的効力の上記趣旨から、補助参加人に常に参加的効力が及ぶわけではなく、被参加人が敗訴した場合のみ、しかも被参加人と参加人との間でしか効力は生じない。また、46条の除外事由があれば補助参加人に敗訴責任を分担させることはできないため補助参加人に参加的効力が及ばない。○

・参加的効力は既判力と異なり裁判所の職権調査事項ではなく、当事者の援用がなければ裁判所は考慮する必要がない。

（補助参加人に対する裁判の効力）

46条 補助参加に係る訴訟の裁判は、次に掲げる場合を除き、補助参加人に対してもその効力を有する。

一 前条第1項ただし書の規定により補助参加人が訴訟行為をすることができなかったとき。

注：「もはや」

二 前条第2項の規定により補助参加人の訴訟行為が効力を有しなかったとき。 注：「抵触」

三 被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき。

四 被参加人が補助参加人のすることができない訴訟行為を故意又は過失によってしなかったとき。

イ 参加的効力の客観的範囲

・参加的効力は敗訴責任分担の趣旨から広く及び、判決主文の判断のみならず、理由中の判断にも及ぶ（最判昭 45.10.22）。ここでいう理由中の判断は、主文を導くのに必要な主要事実にかかるものに限定される（最判平 14.1.22）。●

関連問題：H24 司法論文第3問設問2

・最判平 14.1.22 の事例を簡略化した事例 ○

XがYに売買代金の支払請求訴訟を提起したところ、Yが買主は自分ではなくてZであると主張したため、XがZに訴訟告知（被告知者に参加的効力が及ぶ。53 I, IV, 46）をした。裁判所は、「本件売買の買主はYではなくてZである」と認定して請求棄却の判決を言い渡した。その後、XがZに対して売買代金支払請求訴訟を提起したときに、前訴判決の参加的効力が及び、Zは自分が買主でないと主張することができないのが**問題**となる。

この点、前訴における請求棄却の判決主文を導くのに必要な理由は、「買主がYではないという事実（請求原因事実であるXY間の売買契約の不存在）」のみであり、「Zが買主である事実」は傍論に過ぎない。したがって、前訴裁判所が認定した「Zが買主であるという事実」には参加的効力が及ばず、Zは後訴で自分が買主ではないということを争える。

(5) 訴訟告知

→**訴訟告知**とは、当事者から第三者に対し訴訟係属の事実を通知して第三者に訴訟参加の機会を与える制度である（53 I）。訴訟告知を受けた者は訴訟に参加するか否かの自由があるが、参加しなくても参加することができたときに参加したものとみなされて**参加的効力**を受ける（53IV）。参加的効力は補助参加の効力なので、被告知者が訴訟に参加していないのに参加的効力が及ぶには、被告知者につき補助参加の要件を満たしていることが必要となる。被告知者に参加的効力が及ぶと告知者が敗訴したときに被告知者と**敗訴責任を分担**させることに訴訟告知の意義がある。○

関連問題：H24 司法論文第3問設問2

・雑談 ～ 訴訟告知と参加的効力 以下は司法論文の事例をかなり簡略化したもの

例えば、Zが、Yに対する貸金債務を担保するために、本件不動産がZ所有のものであるとして抵当権を設定したが、入会団体が権利能力なき社団に当たるXは、本件不動産はXの構成員の総有に属するものであり、抵当権の設定は無効であるとして、民訴法29条に基づきX自ら原告となり、Yに対して、総有権確認請求と抵当権設定登記抹消登記請求の訴え提起した場合、YがZに訴訟告知をしておけば、本件不動産がXの構成員の総有に属するため抵当権の設定が無効であることを理由にXの請求を認容する判決（訴訟告知者Yの敗訴判決）がなされて同判決が確定したため、YがZに対して抵当権設定契約の債務不履行に基づく損害賠償請求の訴えを提起した場合、前訴の参加的効力が、被告知者Zに及ぶため、Zは、後訴において、本件不動産が抵当権設定時に自己の所有にあったと主張することができなくなり、Yの請求が認容されやすくなる。

関連問題：H28 司法論文第3問設問3

## 平成28年 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、暴力団構成員である乙が、上位の地位にある甲から、V方に押し入って現金を奪うこと（以下「本件強盗」という。）を指示され、甲から資金提供を受けて開錠道具や果物ナイフ（以下「ナイフ」という。）等必要な道具を購入した後、甲から本件強盗を中止するように言われたものの、これに従わずに前記開錠道具を用いてV方に侵入し、Vに暴行・脅迫を加えたところ、乙が強盗するのを手伝うために丙がV方にやって来たことから、丙と共に現金を奪って逃げた事例と、乙らの逃走後、V方に侵入した丁が、Vのキャッシュカードをポケットに入れた後に血を流して倒れているVを見付け、同人から同カードの暗証番号を聞き出して逃走し、同カードを用いて現金を引き出すために近くの銀行支店に行き、同支店内において、前記聞き出した暗証番号を使って現金自動預払機（以下「ATM」という。）から現金を引き出したという事例（なお、丁の逃走後、Vは乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血が原因で死亡した。）について、甲乙丙丁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や論述力を試すものである。

以下では、V方における強盗の実行犯である乙、V方において乙に加担した丙、乙に本件強盗を指示した甲、その後V方に侵入した丁の罪責について順に述べることとする。

#### (1) 乙の罪責

暴力団組織である某組の構成員である乙は、某年9月1日、同組で組長に次ぐ地位にある甲から、組長からまとまった金を作れと言われているので、V方金庫内にある数百万円の現金を、V方に押し入って、Vをナイフで脅して奪って来いと指示された上、奪った現金の3割を分け前として与える旨言われた。乙は、当初、逡巡したものの、某組内で上位の地位にある甲からの命令であることや、分け前欲しさから、その命令を受け入れ、その後、甲から渡された現金3万円でV方に侵入する際に使う開錠道具、Vを脅すために使うナイフ、現金を入れるかばんを購入した上、某組で自身の弟分の地位にある丙に協力を求めたがこれを断られたので、一人でV方へ侵入することにした。同月12日未明、乙は、V方へ侵入する直前に甲から、本件強盗を中止すると言われたものの、これに従わずに本件強盗を実行し、用意していた開錠道具を用いてV方へ入り込んだ上、用意していたナイフを示し、Vの顔面を蹴り、Vの右足のふくらはぎ（以下「右ふくらはぎ」という。）をナイフで刺すなどしてVから金庫の場所等を聞き出し、その後、乙が強盗するのを手伝うためにV方にやって来た丙と共に金庫内から現金500万円を取り出して用意していたかばんに入れてV方から持ち出し、その後、同現金のうち150万円を丙に分け前として渡し、残り350万円を自身のものとした。

まず、乙は、Vから現金を奪う目的で、事前に用意した開錠道具を用いてV方へ入り込んでいることから、住居侵入罪が成立することを簡潔に指摘する必要がある。

次に、乙がV方金庫内にあった現金を手に入れた行為について、いかなる構成要件に該当

するかを確定する必要がある。すなわち、乙は、Vに対してナイフを顔面に突き付け、「金庫はどこにある。開け方も教えろ。怪我をしたくなければ本当のことを言え。」などと申し向け、それでも金庫の場所等を言わないVから、その場所等を聞き出すためにその顔面を蹴り付け、右ふくらはぎをナイフで刺すなどの有形力を行使していることから、これら乙の行為が強盗罪の暴行・脅迫に該当することにつき、その判断基準や判断要素に関して判例等を意識した上で論じる必要がある。

また、その後Vは死亡しているが、その原因は乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血であることから、死亡結果と因果関係のある乙の行為を的確に指摘し、強盗致死罪の成立を論じる必要がある。

そして、罪数についても論じる必要がある。

なお、後に問題となるように、甲について共犯関係の解消を認めると、甲には強盗予備罪が成立することになる。このような結論を採った場合には、乙につき、強盗予備罪の成否、これと強盗致死罪との関係、予備罪の共犯の成否等に関するものも的確に論じる必要がある。

## (2) 丙の罪責

丙は、某組では乙の弟分の地位にあり、前述のとおり、乙から本件強盗への協力を頼まれたものの、これを実行する日に別の用事があったためにその依頼を断った。しかし、乙が本件強盗を実行する当日である某年9月12日、前記用事が予定よりも早く終わったことから、乙が強盗するのを手伝おうと考え、また、分け前も欲しかったことからV方へ向かい、開いていた玄関からV方内へ入り込んだ。そうしたところ、乙は、V方寝室内の床にVが右ふくらはぎから血を流して横たわっているのを見付け、その後、V方6畳間にいた乙から、乙がVの右ふくらはぎを刺したこと、Vは身動きがとれないので簡単に現金を奪うことができること、分け前をもらえることなどを聞くと、分け前欲しさから、乙を手伝って現金を手に入れることに決めた。その上で丙は、乙と共にV方金庫内から現金500万円を取り出し、これを乙が用意していたかばんの中に入れ、その後、そのかばんを持ってV方から出て、分け前として前記500万円のうち150万円を受け取った。

まず、丙は、乙の強盗行為を手伝う目的で玄関からV方に入り込んでいることから、住居侵入罪が成立することを簡潔に指摘する必要がある。なお、丙の住居侵入罪に関しては、乙との共謀が成立する前のものであり、単独犯となることも端的に指摘する必要がある。

また、丙は、その後、乙と共にV方金庫内にあった現金をV方外へ持ち出しているが、これが容易に可能となったのは、Vが、乙から右ふくらはぎをナイフで刺されて血を流して動けない状態となっていたためであった。既に検討しているように、乙がVの右ふくらはぎをナイフで刺した行為は強盗罪の暴行に該当することから、さらに、丙がVのそのような状況を利用して乙と共に現金を手に入れた行為につき、丙にいかなる犯罪が成立するかを検討する必要がある。

その検討に当たっては、いわゆる承継的共犯の成否を論じる必要があるところ、その際には問題の所在を意識した論述を行う必要がある。すなわち、丙と乙との間の共謀はV方内で成立した現場共謀であることを指摘しつつ、丙が関与する前（共謀成立前）の乙の行為に関して責任を負うことがあり得るのかについて、共犯の処罰根拠を含めて、承継的共犯の問題

につき説得的に**規範定立**を行い、その上で、定立した自説の規範に、具体的な事実を指摘し  
て的確な当てはめを行うことが求められる。

具体的には、承継的共犯について、いわゆる**中間説（限定的肯定説）**の立場を採った場合  
には、丙が乙の先行行為によって生じた状況を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用  
したか否かを論じる必要がある。この点に関しては、丙が分け前をもらえたと考えていたこと  
や、丙はVが身動きできないので簡単に現金を奪うことができると考えていたことなどの各  
事実を的確に指摘して結論を導き出すことが求められ、その上で、Vの傷害・死亡結果につ  
いて丙もその責任を負うかにつき、丙が何を利用したのかなどを意識し、理由付けも含め  
るに論じることが求められる。

また、承継的共犯について、いわゆる**全面的否定説**の立場を採った場合には、丙に窃盗罪  
が成立することになると考えられる。その結論を導くに当たっては、Vは丙が関与する前に  
既に乙の行為によって反抗を抑圧されており、丙はVに一切の暴行・脅迫を加えておらず、  
かつ、Vも丙の存在を認識していないことなどの各事実を的確に指摘して説得的に論じるこ  
とが求められ、さらに、乙はいかなる範囲で共同正犯が成立するののかも含め的確に指摘  
する必要がある。

なお、丙の罪責に関しては、前述以外にも、乙と丙は強盗罪の実行行為の一部を共同して  
いるとして強盗罪の範囲で共同正犯が成立するとする見解や、丙には窃盗罪の他に強盗罪の  
幫助犯が成立するとする見解などが存する。

このように種々の見解が存することから、**承継的共犯の規範定立**に当たっては、自説のみ  
を論じるのではなく反対説を意識して論述するのが望ましいものといえ、また、承継的共犯  
に関しては近時の判例（最二決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁）もある  
ことから、その点も意識した論述ができることがより望ましいものといえる。

そして、**罪数**についても論じる必要がある。

### (3) 甲の罪責

甲は、暴力団組織である某組の組長に次ぐ地位にあり、同組組長からまとまった現金を工  
面するように指示を受けていたところ、Vが自宅において、数百万円の現金を金庫に入れて  
保管していることを知り、この現金を手に入れようと計画した上、配下組員の乙に対して、  
V方へ押し入り、ナイフで脅してその現金を奪ってくるように指示し、ナイフなど必要な物  
を購入するための資金として現金3万円を交付した。その後、甲は、乙からナイフなど、同  
現金で購入した物について報告を受けた後、某年9月12日未明、乙からこれからV方に押  
し入る旨を告げられた際、乙に対して、組長からの命令として本件強盗を中止するように言  
った。しかしながら、乙は、これに従わず、準備していたナイフなどを用いて本件強盗を実  
行し、その後V方にやってきた丙と共にV方から現金500万円を持ち出して手に入れた。

**まず、甲は、乙に対して本件強盗の実行を持ち掛け、乙はこれを了承しているところ、甲**  
**と乙との間に共謀が成立していることを論じる必要がある**。その際には、甲が乙に対してV  
が金庫内に多額の現金を保管している旨の情報を提供したこと、甲が乙に対してVから現金  
を奪う際にはナイフを用いるように指示したこと、甲が乙に対してナイフなど必要な道具を  
購入するための資金として現金3万円を提供したこと、乙は分け前欲しさもあり甲の指示を



了承したこと、乙は甲の配下組員であること、甲はVから手に入れた金員の7割を手にすることにしていたこと、甲は組長からの指示で現金を手に入れる必要があったことなどの各事実を指摘した上、これらの事実を用いて共謀共同正犯が成立することをその要件を踏まえて論じることが求められる。

そして、甲は、その後、乙に対して中止するように言ったにもかかわらず乙が本件強盗を実行していることから、甲が乙の実行した本件強盗に関してその責任を負うのか、共犯関係からの離脱が問題となる。これを論じる際には、共犯の処罰根拠を意識した問題の所在の指示及び規範の定立が求められる。

その上で、甲の離脱を認めるか否かに関しては、甲と乙のやりとり（中止指示と乙の了承を前提に、甲が道具の回収指示をしていないこと）、甲から渡された現金3万円で乙が用意したナイフや開錠用具、かばんといった道具の重要性、甲が首謀者であること、甲から乙への中止指示が犯行直前であり、かつ、その指示方法も、組長から中止指示を受けて直ちに告げたわけではなく、乙が電話をかけてきた際に告げたものであることなどの各事実を踏まえ、定立した規範にこれら事実を的確に当てはめて結論を導き出す必要がある。その結論としては、心理的因果性は除去されていたとしても物理的因果性が除去されていないとして離脱を認めないとするもの、心理的因果性が除去されていることに重点を置き離脱を認めるものなどがあり得るが、離脱を認める場合には、物理的因果性が残っているにもかかわらず離脱を認めると考えた理由につき事案に即してより説得的に論じることが求められる。

甲の離脱を認めないとの結論を採った場合には、Vが乙の行為により死亡している点についても甲がその責任を負うのかを、理由を含めて簡潔に論じる必要がある。さらに、甲と丙との間に共謀が成立するのかについても、いわゆる順次共謀の考え方（判例として最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁等がある。）に従って論述することが求められる。なお、この場合において、丙につき承継的共犯を否定して窃盗罪の成立を認めたときには、甲に関して共犯間の錯誤も問題となり得るところである。

これに対し、甲の離脱を認めるとの結論を採った場合、甲には強盗予備罪が成立するとの結論が導き出される。その場合には、乙との間で強盗予備罪の共同正犯が成立するかを端的に論じる必要がある。さらに、甲に予備罪の中止等も問題となり得るところである。

そして、罪数についても論じる必要がある。

#### (4) **丁の罪責**

丁（甲、乙及び丙とは面識がなかった。）は、窃盗に入る先を探して徘徊中、V方前を通った際に、V方の玄関扉が少し開いていることに気付いた。そこで丁は、V方から金品を盗もうと考えてV方に入り込み、その後、V方6畳間にあった扉の開いた金庫内からX銀行のV名義のキャッシュカード（以下「カード」という。）を取り出して自身のズボンのポケットに入れ、更に物色するためV方寝室に行ったところ、そこで右ふくらはぎから血を流して床に横たわっているVを発見した。丁は、Vからカードの暗証番号を聞き出そうと考え、「暗証番号を教えろ」などと強い口調で言ってこれを聞き出し、その後、V方から逃げ出して、同カードを用いて現金を引き出すために、近くの24時間稼動しているATMが設置されているX銀行Y支店に出入口ドアから入り、同ATMに同カードを挿入した上、暗証番号を入

力して現金1万円を引き出した。

まず、丁は、V方から金品を盗み出す目的で、開いていた玄関扉からV方へ入り込んでい  
ることから、住居侵入罪が成立することを簡潔に指摘する必要がある。

次に、丁がVのカードをズボンのポケットに入れた点に関しては、その財物性、窃盗罪の  
既遂時期などについて端的に論じることが求められる。

さらに、丁は、その後、右ふくらはぎを刺されて横たわっているVに対し、強い口調で迫  
ってVのカードの暗証番号を聞き出しているところ、この行為がいかなる構成要件に該当す  
るかを確定する必要がある。この点に関しては、Vのカードの暗証番号が刑法上保護される  
べき財産上の利益に該当するか否かに加え(カードとその暗証番号を併せ持つことは財産上  
の利益に該当するとした裁判例として東京高判平成21年11月16日判例時報2103  
号158頁がある。)、丁がVに申し向けた文言が強盗罪の実行行為としての脅迫に該当する  
か否かが問題となるところである。その結論としては、暗証番号の利益性を肯定すれば2項  
強盗罪あるいは2項恐喝罪が、これを否定すれば強要罪等が成立するが、いずれの結論を採  
ったとしても、問題点を意識した上で、理論的に矛盾なく論じられていることが求められる。

また、丁が、Vのカードを用いて現金を引き出すためにX銀行Y支店の出入口ドアから店  
内に入り、同カードを使ってATMから現金を引き出した点については、建造物侵入罪及び  
窃盗罪の各成否に関して、簡潔に論ずる必要がある。

そして、罪数についても論じる必要がある。

## \* 刑法の知識（甲の罪責～共犯からの離脱）

### 1 共同正犯の処罰根拠

- ・ 共同正犯は各人が実行行為の全てをしなくても、一部実行全部責任の原則により各人の行為により発生した結果が全員に帰責される。○
- ・ 共同正犯の一部実行全部責任の根拠をどこに求めるかについては様々な説明の仕方がある。判例は、その根拠を、共同正犯が単独正犯と異なり行為者相互に意思の連絡すなわち共同実行の認識をもって互いに他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を発現させたところに求めている（大判大 11. 2. 25）。すなわち、共同正犯は各人の行為を相互に利用補充し合って犯罪を実現するものであるから生じた結果を全員に帰責できるのである。○
- ・ 上記判例は、共同正犯は、各人が相互に物理的、心理的に影響を及ぼし合うから生じた結果の全部を全員に帰責させられることを明らかにしたものと解されている（因果的共犯論）。●
- ・ 因果的共犯論に分類される見解でも、2人以上の者が共同して犯罪を実行するとの意思のもとに、互いの行為を利用し補充し合って、いわば各自の行為が一体となって犯罪の遂行に結びついたところに一部実行全部責任の根拠が求める見解がある。

行為無価値の学者にはこれと同じような説明をする者がいる。日本の行為無価値は純粋な行為無価値ではなく結果無価値の側面が含まれているため、「行為」と「結果」に着目した説明の仕方は日本の行為無価値と整合しやすい。
- ・ 因果的共犯論に分類される見解でも、構成要件の結果の共同惹起、あるいは、共同行為によって物理的・心理的に影響し合って結果発生の蓋然性を高めるところに一部実行全部責任の根拠が求める見解がある。

これらの説明の仕方は、結果に着目して共同正犯の成立範囲を画する点で結果無価値的な考え方といえる。結果無価値の学者にはこれと同じような説明をする者がいる。なお、共犯の成立に必要な因果性につき、心理的因果性を必要不可欠としない見解もあるが、ここでは心理的因果性を要求する見解を採っておく。



## 1 1 共犯からの離脱

### (1) 着手前の離脱

#### ア 意義

→共犯者の一部の者が実行行為にでる前に共犯関係からの離脱が認められると、離脱した者は、その後に他の共犯者が犯した行為について罪責を負わない。このような共犯からの離脱を、共犯からの着手前の離脱という。

関連問題：H28 司法論文，H24 予備論文

- ・例えば、殺人の共謀をした者が、他の共犯者が実行に着手する前に共犯から離脱した場合、離脱した者は、その後他の共犯者が実行行為にでてもそれにつき責任を負わないので、殺人既遂罪はもちろん、殺人未遂罪の罪責も負わない。なお、離脱の時点で既に予備罪が成立しているときは、予備罪の罪責を負うことになる。

#### イ 着手前の離脱の要件

→共犯者が他の共犯者の行為についても責任を負う根拠は、各人が相互に物理的、心理的に影響（因果性）を及ぼし合い犯罪を実現したところに求められる。そこで、共犯関係に入った者が、他の共犯者に対して離脱の意思表示をし、他の共犯者がこれを了承し、また、提供した道具を回収するなどして、当初の共犯関係から生じた物理的、心理的な因果性を切断したといえるときは、共犯からの離脱を認め、離脱した者は、その後他の共犯者が犯した行為について責任を負わないものと解される。●

- ・着手前の離脱の場合は、通常は、離脱の意思表示とそれに対する他の共犯者の了承があれば、当初の共犯関係から生じた因果性の切断が認められるため共犯からの離脱が認められる。もっとも、道具を提供するなど物理的因果性を及ぼしたときは、因果性を切断する具体的措置が必要となる。また、共犯者間で強い立場にある者が共謀を主導して強い精神的因果性を及ぼしていたときも、因果性を切断する具体的措置をとらなければその者に共犯からの離脱を認めるべきではないと解されている。○

・着手前の離脱の具体的検討（松江地判昭 51.11.2） ◇

Aに共犯からの離脱が認められるかが問題となった裁判例を紹介する。暴力団の若頭A（被告人）は、対立する暴力団の組員Vを殺害することを主導的に企画し、Aの配下の組員Bらと共謀した上で、Bらに対しVの殺害を指示したところ、犯行当日、Vを殺害しに行った実行担当者のBらが犯行に躊躇して引き返してきて、喫茶店で待機していた他の組員と合流してアパートで待機していた。Aは、その旨の連絡を受けて、Vを殺害しない以上、多数の組員が徘徊しているのはまずいと考え、現場にいる若頭補佐のQに対して、皆をとにかく連れて帰るように指示し、Qはこれを一応承知した。しかし、Qは、喫茶店付近で他の組員とVの殺害方法を協議し、その後、Qは、刺身包丁でVの首を1回突き刺しVをその場で失血死させた。

松江地裁は、「一般的には犯罪の実行を一旦共謀した者でも、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承して残余の者だけで犯罪を実行した場合、もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができないが、ここで留意すべきことは、共謀関係の離脱と叫ぶためには、自己と他の共謀者との関係を完全に解消することが必要であって、殊に離脱しようとするものが共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共謀関係の解消がなされたとはいえないというべきである。」との判断枠組みを示した。

その上で、同地裁は、本件では、Aは若頭として実行担当者Qらを統制支配しうる立場にあるにもかかわらず、Qに対して皆を連れて帰るように指示しただけであり、自ら現場に赴いてQらを説得して連れ戻すなどの積極的行動にせず、むしろ内心ではQらの実行行為をひそかに期待していたふしがあったことなどを指摘して共犯からの離脱を認めなかった（松江地判昭 51.11.2）。

## 平成28年 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、覚せい剤取締法違反事件の捜査及び公判に関する事例を素材に、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、甲による覚せい剤使用及び所持の疑いを抱いた司法警察員Pらが、H警察署で甲から尿の提出を受ける必要があると考え、同署への任意同行を拒む甲に対し、説得を続けながら、30分にわたり、その進路を塞ぐなどして甲を留め置き、その後、甲の覚せい剤使用等の嫌疑が一層強まった下、甲車の搜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする搜索差押許可状の請求準備から甲車の搜索を開始するまで、甲に対し、その進路を塞いだり、胸部及び腹部を突き出しながら甲の体を甲車運転席前まで押し戻すなどし、5時間にわたり、甲を留め置いた措置に関し、その適法性を検討させる問題であり、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。

**強制処分と任意処分の区別**に関し、最高裁判所は、「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」と判示しており（**最三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁**）、同決定に留意しつつ、強制処分と任意処分の区別に関する判断枠組みを明確化する必要がある。

そして、Pらの措置（その全部又は一部）が強制処分に至っておらず、**任意処分にとどまる場合**においては、**任意処分として許容され得る限界**についての検討が必要であるが、同決定は、強制処分に当たらない有形力の行使の適否が問題となった事案において、「強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、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、緊急性などをも考慮したうえ、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ものと解すべきである。」と判示しているから、ここでも同決定に留意しつつ、**任意処分の限界（任意処分の相当性）の判断枠組みを明らかにしておく必要がある**。

その上で、本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**、Pらの措置の適法性を検討する必要がある。

**強制処分と任意処分の区別**に関しては、Pが甲の前に立ち、進路を塞いだ事実、パトカーで甲車を挟んだ事実、Pが両手を広げて甲の進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、前に進めないよう制止した事実、更には胸部及び腹部を前方に突き出しながら、甲の体を甲車運転席まで押し戻した事実等を具体的に指摘し、甲の態度にも着目しつつ、それらが甲の意思を制圧するに至っていないか、甲の行動の自由を侵害していないかといった観点から評価することが求められる。

そして、前記の点につき、強制処分に至っていないとの結論に至った場合には、任意処分としての相当性について検討することとなるし、また、いずれかの段階から強制処分に至っているとの結論に至った場合であっても、それまでのPらの措置について、任意処分としての相当性を検討することとなる。**任意処分の相当性**として、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、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要との間の合理的権衡（いわゆる「比例原則」）が求められるとすると、甲に対する覚せい剤使用等の嫌疑が次第に高まり、また、【事例】3に至ると、Pらが甲の尿を差し押さえるべき物とする搜索差押許可状等の請求準備を行っているところ、このような嫌疑の高まり等に応じ、当該捜査手段を用いる必要の程度が変化すれば、相当と認められ得る留め置きの様態も変化することとなるから、そのような判断構造を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ、**相当性を適切に評価**することが求められる。

**なお**、留め置き措置の適法性に関し、「留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粹に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とからなっていることに留意する必要がある、両者を一括して判断するのは相当でない」と解される。」とする裁判例があり（東京高裁平成21年7月1日判決判タ1314号302頁等）、このような考え方に従って論述することも可能であろうが、もとより同裁判例の考え方に従うことを求めるものではない。

【設問2】は、**接見指定の可否・限界**を問うものであり、接見指定に関する刑事訴訟法第39条第3項本文の解釈及び初回接見であることを踏まえた同項ただし書の解釈並びに具体的事実に対する適用能力を試すものである。

本設問では、**まず、「捜査のため必要があるとき」という文言の解釈**について、「接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護士等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護士等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護士等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護士等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである。」と判示した**最高裁判所平成11年3月24日大法院判決**（民集53巻3号514頁）を踏まえつつ、自説を論ずる必要がある。

その上で、各接見指定において、接見指定を行ったのが、刑事訴訟法上要求されている弁解録取手続中であること（下線部①）、甲の自白を得たいとして取調べを実施しようとする段階であること（下線部②）を踏まえ、具体的な当てはめを行う必要がある。

**次に、刑事訴訟法第39条第3項ただし書**では、接見指定の要件が認められる場合であっても、「その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであってはならない。」とされている。本設問において、甲は、いまだ弁護士となろうとする者との接見の機会がなく、弁護士Tによる接見は、初回接見となる予定であった。この点に関し、最高裁判所は、

「弁護人となろうとする者と被疑者との逮捕直後の初回の接見は、身体を拘束された被疑者にとっては、弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるに当たっての助言を得るための最初の機会であって、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから、これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要である。」とし、初回接見の申出を受けた捜査機関としては、「接見指定の要件が具備された場合でも、その指定に当たっては、弁護人となろうとする者と協議して、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうかを検討し、これが可能なときは、(中略)即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであり、このような場合に、被疑者の取調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし、被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するものといわなければならない。」(最三判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁)と判示している。同判決とそこに示唆された「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかの判断構造に留意しつつ、各下線部における接見指定の適法性について、具体的な当てはめを行う必要がある。

【設問3】は、乙の供述を内容とする証言について、伝聞法則の適用の有無を問うものである。

ある供述が伝聞法則の適用を受けるか否かについては、要証事実をどのように捉えるかによって異なるものであり、【事例】7に記載された本件の争点及び証人尋問の内容を参考に、具体的な要証事実を正確に検討する必要がある。公判前整理手続の結果、本件の争点については、①平成27年6月28日に、乙方において、乙が甲に覚せい剤を譲り渡したか、②その際、乙に、覚せい剤であるとの認識があったかの2点であると整理されているところ、証人尋問の内容に照らせば、本設問において問題となっているのは②に関するところがわかれる。そこで、このことを前提に、具体的な要証事実を検討した上、乙の発言内容の真実性が問題となっているかどうかを論じ、伝聞供述に該当するかの結論を導くこととなる。

【設問4】は、公判前整理手続で明示された主張に関し、その内容を一部異にする被告人質問を制限することの可否について問うことによって、公判前整理手続の意義及び趣旨の理解並びにそれを具体的場面において適用し問題解決を導く思考力を試すものである。

本設問に関連し、公判前整理手続で明示されたアリバイ主張に関し、その内容を更に具体化する被告人質問等を刑事訴訟法第295条第1項により制限することの可否について判示した最高裁判所決定がある(最二決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁)。本設問の解答に当たっては、同決定を踏まえた論述まで求めるものではないが、被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限することはできないことに留意しつつ、公判前整理手続の趣旨に遡り、被告人質問を制限できる場合に関する自説を論じた上、本設問における公判前整理手続の経過及び結果並びに乙が公判期日で供述しようとした内容を抽出・指摘しながら、当てはめを行う必要がある。



## \* 刑訴法の知識（設問3～伝聞証拠）

### 2 伝聞証拠と非伝聞の区別

#### (1) 意義

→人の供述は、その人の知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経て証拠化されるが、その各過程には誤りが入る可能性がある（例：見間違い、記憶違い、言い間違いや言葉の不適切さ）。そこで、誤判防止のために、公判廷外の供述（原供述）を、要証事実の立証のための証拠に用いるときは、知覚、記憶等の各過程に誤りがあるかが反対尋問によりテストされなければならない。そこで、**伝聞証拠**とは、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述（原供述）のうち、その供述で要証事実を立証するにはその供述の内容の真実性の立証が要求されるものをいうと解される。●

・ **伝聞証拠**を、「裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述（原供述）で、要証事実を立証するにはその供述（原供述）の内容の真実性が問題となるもの」と定義することもあるが、その意味は前述した伝聞証拠の定義と変わらない。●

・ 以上をふまえると、裁判所の反対尋問を経ていない供述（原供述）でも、要証事実を立証するための証拠に用いるために、その供述（原供述）の内容の真実性が問題となるものは伝聞証拠、その供述（原供述）の内容の真実性が問題とならないものは非伝聞ということになる。以上のことから、公判廷外の原供述が伝聞証拠となるか非伝聞となるかは、**要証事実との関係で相対的に決まる**ことになる。公判廷外の原供述が伝聞証拠に当たるか否かについては、要証事実との関係で原供述の内容の真実性（原供述に述べられたとおりの事実の存在）が問題となるか否かを検討する必要がある。○

具体例については、後掲「**伝聞と非伝聞の区別の具体例**」の項目を参照。

#### ・ H27 司法論文刑事系第3問設問2後段（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。

## (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（立証事項）をいう。論文試験においては、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、犯人性）のときもあれば**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。○

### ・ 要証事実と立証趣旨

**立証趣旨**とは、証拠調べ請求の際に、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）。簡単に言えば、当該証拠の取調べを請求する当事者が、当該証拠によって立証しようとする事実をいう。立証趣旨と要証事実の内容は一致することもあるが、立証趣旨は証拠調べ請求をする当事者が明示するものであるのに対して、要証事実は、後述するとおり、裁判所が立証趣旨にかかわらず、実質的にみると当該証拠によって証明されるべき事実と見ざるを得ないような事実を意味するときがあるため、両者が必ずしも一致するとは限らない。

### (3) 要証事実の捉え方～当事者主義的な視点とその例外

アとイは省略

#### ウ パターン③ 争点や立証の狙い等のヒントからの要証事実の設定

→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（立証事項）をいうところ、問題文に「立証趣旨」が明示されていないが、問題文に証拠調べ請求者の立証の狙いや、当該公判における争点などが示されている事例においては(例:H28, H27 司法論文の事例)、問題文に示された立証の狙いや争点を重要な考慮要素とした上で、当該証拠の内容や本問の事実関係をみて、その証拠から直接証明されるべき事実（要証事実・立証事項）を具体的に考えていく必要がある。○

**例えば**、被告人がVの胸を包丁で突き刺して心臓損傷により殺害した殺人被告事件の公判前整理手続において被告人がVを包丁で刺した事実を否認したため、被告人が包丁でVの胸を突き刺したか否かが本件の**争点**であることが**確認**されたところ、検察官が、「被告人がVの胸を包丁で突き刺すところを見ました。」との目撃者Wの供述が記載された供述書を証拠調べ請求した場合、検察官は、被告人がVの胸を包丁で突き刺した事実を立証するためにWの供述書を証拠調べ請求しているものと考えられる。そして、「被告人がVの胸を包丁で突き刺すところを見ました。」とのWの供述により、被告人がVの胸を包丁で突き刺した事実を直接証明できるため、Wの供述の要証事実は、被告人がVの胸を包丁で突き刺した事実ということになる。ちなみに、供述書中のWの「被告人がVの胸を包丁で突き刺すところを見ました。」との供述は、Wの知覚、記憶等の各過程を経て証拠化されたもので、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述であるところ、Wの供述内容の真実性を問題としないまま、この供述から被告人がVを包丁で刺した事実を証明することはできない。したがって、当該要証事実を証明するにはWのその供述の内容の真実性が問題となるものとしてWの供述は伝聞証拠に当たる。

\*平成28年度の試験直後に作成した解答例からの抜粋

### 第3 設問3 下線部③の証言の証拠能力

1 下線部③の甲の証言が伝聞証拠として証拠能力が否定されるかを検討する。

伝聞証拠は原則として証拠能力が否定される趣旨は(320条1項),伝聞証拠が,人の知覚,記憶,表現,叙述の各過程を経て証拠化されたもので,各過程の誤りをチェックしないまま証拠として用いることで生じる誤判を防止するところにある。このような趣旨から,伝聞証拠とは,裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述で,その供述で要証事実を立証するにはその供述の内容の真実性が問題とされるものをいうと考える。

人の供述が伝聞証拠に該当するかは,要証事実との関係で相対的に決まるところ,何が当該供述の要証事実となるかは,供述の内容や公判前整理手続で整理された争点の内容,その他の事情から当該証拠によりどのような事項を立証することに意味があるのかという観点から考えていく。

2 本問をみるに,下線部③にあらわれた甲の公判供述に含まれる乙の供述は,乙からビニール袋を受け取った甲に対して,帰宅途中で警察に見つからないように助言し,甲が捕まると乙自身も刑務所に入ることになることと述べるものである。そして,公判前整理手続において,乙に覚せい剤の認識があったかという点が争点として整理されているところ,前記乙の供述の存在自体から,乙がビニール袋の中身が警察による取締りの対象となる法禁物であることを認識していたことを推認できる。そして,乙が甲にビニール袋を渡したとされる平成27年6月28日のわずか3日後に,実際に甲が覚せい剤入りのビニール袋を所持していた事実にかんがみれば,乙が甲に渡したビニール袋の中に法禁物に当たる覚せい剤が入っていたことを乙が認識していたことを推認できる。以上のような③証言の内容や公判前整理手続で整理された争点の内容,その他の事情からすれば,③証言により,それに含まれる乙の供述の存在自体が立証されれば,乙がビニール袋の中身が覚せい剤であることを認識していたとの争点にかかる事実を立証するのに役立ち証拠として意味がでる。以上より,③供述の内容や争点の内容等に鑑みれば,③の供述の要証事実,証言③のとおり乙の供述の存在といえる。

3 上記要証事実との関係で,甲の証言③の伝聞該当性を検討するに,甲の供述自体は公判廷における供述として反対尋問のチェックを受けるため伝聞証拠とはならない。甲の供述に含まれる乙の③供述は,その供述の存在自体が要証事実となることから,当該供述によりその要証事実を立証するには,供述の内容の真実性は問題とならない。したがって,③の証言は伝聞証拠には当たらない。

4 以上より,③の証言は伝聞証拠として証拠能力は否定されず,証拠能力が認められる。







**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) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL16016