

司法試験

---

平成28年司法試験  
問題文  
公法系・民事系・刑事系

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





論文式試験問題集 [公法系科目第 1 問]

## [公法系科目]

### [第1問] (配点：100)

20\*\*年5月、連続して発生した次の2つの事件により、性犯罪者に対する再犯防止に社会の関心が集まることとなった。

- ① 30歳の男性Mが、幼稚園から帰宅途中の女兒を誘拐し、自宅でわいせつな行為をした後で殺害し、死体を山林に遺棄した事件（Mは、6年前にも幼稚園から帰宅途中の女兒を誘拐して自宅でわいせつな行為をしたわいせつ目的誘拐及び強制わいせつ事件により、懲役5年の実刑判決を受けて服役し、半年前に刑期満了により釈放されていた。）。
- ② 35歳の男性Pが、学校から自転車で帰宅途中の女子高校生を道路脇の森に連れ込み、強姦した後で殺害した事件（Pは、10年前に深夜の公園での成人女性に対する強姦未遂事件により懲役2年の実刑判決を受けて服役したほか、7年前には学校から帰宅途中の女子中学生に対する強姦事件により懲役6年の実刑判決を受けて服役し、1年前に刑期満了により釈放されていた。）。

これら2つの事件に関する報道では、心理学の専門家等が、「一定の類型の性犯罪者は、心理的、生理的、病理的要因等により同種の性犯罪を繰り返すおそれが大きく、処罰による特別予防効果に期待することは現実的でない。このような性犯罪者の再犯を防止するためには、出所後の行動監視が必要である。」旨の所見を述べた。

こうした経緯を受けて、超党派の「性犯罪被害の予防を促進するための議員連盟」が結成され、性犯罪者の再犯防止に関する具体的方策を講じるために必要な法整備についての検討が進められ、翌年、議員提出法案として「性犯罪により懲役の確定裁判を受けた者に対する継続監視に関する法律」（性犯罪者継続監視法）案が国会に提出された。

同法律案では、刑法第176条から第179条まで（強制わいせつ、強姦、準強制わいせつ及び準強姦、集団強姦等、未遂罪）又は第181条（強制わいせつ等致死傷）の罪により懲役の確定裁判（その刑の執行猶予の言渡しをするものを除く。）を受けた者が、その心理的、生理的、病理的要因等により再び性犯罪を行うおそれが大きいと認められる場合は、検察官の申立てに基づく裁判所の決定により、20年以内の期間を定めて、当該確定裁判を受けた者が刑期満了、仮釈放等により刑事施設（刑務所）から釈放された日から、その者の継続監視を行うこととされた。

この継続監視とは、監視対象者の体内に埋設された位置情報発信装置（GPS）から送信される位置情報を警察において継続的に取得して監視対象者の現在地を把握することをいい、これを実施するため、警察署には、管轄地域の地図を表示する大型モニターが導入され、同モニターには、監視対象者の現在地が表示されるとともに、同人の前科等の参考情報が表示され、同人が性犯罪やその準備行為を行っている疑いがある場合には警察官が現場に急行できる態勢が整えられることが想定されていた。

さらに、同法律案では、継続監視のみならず、監視対象者が性犯罪を行う危険性があると認めるときは、特定の区域に一定期間立ち入ってはならない旨の警告を行うことができ、警告を受けたにもかかわらず監視対象者が特定の区域に立ち入り、当該区域内において性犯罪を行う危険性が高いと認められるときは、当該区域に立ち入ってはならない旨の禁止命令の措置を採ることもできるとされ、禁止命令違反に対する罰則も規定された。

なお、同法律案の作成過程では、継続監視の方式として、監視対象者に対し、取り外すことができない小型のブレスレット型位置情報発信装置（GPS）の装着を義務付ける案も検討されたが、「外部から認識可能な装置を装着させると監視対象者に対する社会的差別を引き起こしかねない」との懸念が強く示されたため、最終的に、同法律案は、監視対象者に対し、超小型の位置情報発信装置（GPS）を外科手術によって体内に埋設することを義務付ける内容のものとされ、国会に提出された。この点については、かかる外科的手術を受けたとしても、いかなる健康上・生活上の不

利益も生じず、手術痕も外部から認識できない程度に治癒し、継続監視の期間が終了した後に当該装置を取り外す際も同様であるとの医学的知見が得られている。

国会審議における中心的な論点は、同法律案の憲法適合性であった。参考人として意見を求められた弁護士Tは、同法律案に反対する立場から、「本法律案における継続監視及び警告・禁止命令の仕組みが人権を侵害することは明らかである。また、政府の統計によれば、強姦や強制わいせつの再犯率は他の犯罪類型に比べて特に高いものではなく、これらの犯罪に限って本法律案にあるような継続監視を行うことは正当化されない。」旨の意見を述べた。これに対し、参考人として意見を求められた犯罪心理学の専門家Uは、同法律案に賛成する立場から、「確かに、強姦や強制わいせつの再犯率は、他の犯罪類型に比べて特に高いものではないが、本法律案は、性犯罪を行った者全てを対象とするものではない。心理的、生理的、病理的要因等により特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者が存在し、そのような者が再び同様の性犯罪に及ぶリスクの高さは、専門家によって判定することができるから、リスクが特に高いと判定された者を継続監視の対象として再犯を防止することには、極めて高い必要性和合理性が認められる。」旨の意見を述べた。そして、同法律案は、審議の結果、衆議院及び参議院で可決されて成立した【参考資料】。

性犯罪者継続監視法が施行された後、25歳の男性Aは、公園で遊んでいた女兒Bに声を掛けて自宅に誘い入れ、服を脱がせてわいせつな行為をし、後日、これが発覚して警察に逮捕された。なお、Aは、3年前にも公園のトイレ内で女兒に対して行った強制わいせつ事件により懲役2年の実刑判決を受けて服役し、1年前に刑期満了により釈放されていた。

Aに対する起訴を受けて審理が行われた結果、第一審の地方裁判所は、わいせつ目的誘拐罪及び強制わいせつ罪により、Aに懲役6年の判決を言い渡し、これが確定した。その後、検察官は、心理的、生理的、病理的要因等によりAが再び性犯罪を行うおそれが大きいと認め、性犯罪者継続監視法に基づき、地方裁判所に対し、Aに対して継続監視を行う旨の決定をすることを申し立てた。

#### 〔設問1〕

あなたが弁護士としてAの付添人に選任されたとして、性犯罪者継続監視法が違憲であることを訴えるためにどのような主張を行うかを述べなさい。その際、参考人Uの意見（心理的、生理的、病理的要因等により特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者が存在し、そのような者が再び同様の性犯罪に及ぶリスクの高さは、専門家によって判定することができるもの）には、科学的見地から根拠があると仮定して論じなさい。

なお、同法が憲法第31条及び第39条に違反するとの主張については、他の付添人が起案を担当しているため、論じる必要はない。

#### 〔設問2〕

〔設問1〕で述べられたAの付添人の主張に対する検察官の反論を想定しつつ、憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】 性犯罪により懲役の確定裁判を受けた者に対する継続監視に関する法律（抜粋）

## 第1章 総則

### （目的）

第1条 この法律は、刑法（明治40年法律第45号）第176条から第179条まで又は第181条の罪（以下「性犯罪」という。）により懲役の確定裁判（その刑の執行猶予の言渡しをするものを除く。以下同じ。）を受けた者であつて、再び性犯罪を行うおそれ大きいと認められるものに対し、継続監視を行うことにより、性犯罪の再発の防止を図り、もつてその社会復帰を促進するとともに、地域社会の安全の確保を推進することを目的とする。

### （定義）

第2条 この法律において「継続監視」とは、監視対象者の体内に埋設した位置情報発信装置から送信される位置情報を電子計算機を使用して継続的に取得し、これを電子地図（電磁的方式により記録された地図をいう。）の上に表示させて監視対象者の現在地を把握することをいう。

2 この法律において「監視対象者」とは、第14条の決定を受けた者をいう。

### （一般的危険区域の指定）

第3条 都道府県知事は、当該都道府県内の次に掲げる区域のうち、性犯罪が発生する危険性が一般的に高いと認める区域を一般的危険区域として指定しなければならない。

- 一 幼児を保育する施設又は学校及びそれらの周辺道路
- 二 公園又は山林及びそれらの周辺道路

## 第2章 審判

### （検察官による申立て）

第10条 検察官は、性犯罪により懲役の確定裁判を受けた者（刑事施設に収容されているものに限る。）について、その心理的、生理的、病理的要因等により再び性犯罪を行うおそれ大きいと認めるときは、地方裁判所に対し、第14条の決定をすることを申し立てなければならない。

2 検察官は、前項の申立てをした場合は、必要な資料を提出しなければならない。

### （調査）

第11条 前条第1項の申立てを受けた裁判所は、必要な調査をすることができる。

2 前項の調査のため必要があると認めるときは、犯罪学、心理学、精神保健学、精神医学等について学識経験のある者に被申立人の鑑定を命じ、証人尋問、検証、押収、搜索、通訳及び翻訳を行い、並びに官公署その他の公私の団体に対し資料の提出その他の協力を求めることができる。

### （必要的付添人）

第12条 被申立人は、弁護士を付添人に選任することができる。

2 被申立人が付添人を選任しないときは、裁判所は、職権で、弁護士である付添人を付さなければならない。

### （審判期日）

第13条 裁判所は、審判期日を開き、被申立人及び付添人から意見を聴かななければならない。

### （継続監視の決定）

第14条 裁判所は、第10条第1項の申立てがあつた場合において、第11条第1項の調査を基礎とし、被申立人がその心理的、生理的、病理的要因等により再び性犯罪を行うおそれ大きいと認めるときは、20年以内の期間を定めて、被申立人が刑事施設から釈放される日から被申立人に対する継続監視を行う旨の決定をしなければならない。

### （抗告）

第15条 被申立人及び付添人は、前条の決定に対し、1週間以内に抗告をすることができる。

## 第3章 継続監視の措置

(埋設)

第21条 監視対象者は、継続監視が開始される日の10日前までに、医師による位置情報発信装置を体内に埋設する手術を受けなければならない。

2 監視対象者は、継続監視の期間が終了するまでの間、体内に埋設された位置情報発信装置を除去し、又は破壊してはならない。

(継続監視)

第22条 継続監視は、監視対象者が釈放された後、国家公安委員会規則に基づき、警視總監若しくは道府県警察本部長又は警察署長（以下「警察本部長等」という。）がこれを行う。

(警告)

第23条 警察本部長等は、監視対象者が一般的危険区域に立ち入った際の行動その他の事情により、当該監視対象者が性犯罪を行う危険性があると認めるときは、一般的危険区域のうち特定の区域を特定危険区域として指定し、当該監視対象者に対し、1年以下の期間を定めて、当該特定危険区域に立ち入ってはならない旨を警告することができる。

2 警察本部長等は、前項の規定による警告をしたときは、速やかに、警告の内容及び日時その他国家公安委員会規則で定める事項を都道府県公安委員会（以下「公安委員会」という。）に報告しなければならない。

(禁止命令)

第24条 公安委員会は、監視対象者が、前条第1項の規定による警告を受けたにもかかわらず、なお当該特定危険区域に立ち入った場合において、当該特定危険区域内において性犯罪を行う危険性が高いと認めるときは、監視対象者に対し、1年以下の期間を定めて、当該特定危険区域に立ち入ってはならないことを命ずることができる。

2 公安委員会は、前項の規定による命令（以下「禁止命令」という。）を発するときは、行政手続法（平成5年法律第88号）第13条第1項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。

第4章 罰則

(罰則)

第31条 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

- 一 第21条第1項の規定に違反して、位置情報発信装置を体内に埋設する手術を受けなかった者
- 二 第21条第2項の規定に違反して、位置情報発信装置を除去し、又は破壊した者
- 三 禁止命令に違反して、特定危険区域に立ち入った者



論文式試験問題集 [公法系科目第2問]

## [公法系科目]

〔第2問〕(配点：100〔設問1〕,〔設問2〕,〔設問3〕,〔設問4〕の配点割合は、25：30：30：15)

株式会社Aは、Y1市において、旧来の銭湯に比して規模の大きな日帰り入浴施設である、いわゆるスーパー銭湯(以下「本件スーパー銭湯」という。)を建築して開業することを計画した。本件スーパー銭湯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。)の建築予定地である一団の敷地(以下「本件敷地」という。)は、都市計画に第一種低層住居専用地域として定められた地域にある。

Aは、平成28年3月20日、近隣住民に対する説明会において、本件スーパー銭湯の建築計画について、大略、以下のとおり、説明した。

「本件スーパー銭湯は、地上2階建て、延べ床面積約1490平方メートルであり、本件自動車車庫は、1層2段の自走式自動車車庫であり、その収容台数は130台で床面積は約1500平方メートルである。本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫の建築予定地である本件敷地の面積は約4150平方メートルである。また、本件スーパー銭湯は、白湯、泡風呂、露天風呂等の各種浴場、サウナ風呂、各種自販機コーナー、休憩コーナー、マッサージコーナーがあるほか、軽食と生ビールが提供される飲食コーナー及び小規模な厨房施設(飲食コーナー及び厨房施設の床面積の合計は約50平方メートル)を備え、年中無休、午前10時から午後12時までの営業で、広範囲の地域から顧客が自動車で来店することを予定しており、来客予想人数は、土日休日は1日当たり約1500人である。」

ところで、本件自動車車庫の床面積は600平方メートルを超え、建築基準法(以下「法」という。)第48条第1項、別表第二(イ)項第10号及び建築基準法施行令第130条の5第1号により、第一種低層住居専用地域では原則として建築することができないため、Aがこれを適法に建築するためには、法第48条第1項ただし書に基づき、特定行政庁であるY1市長の許可(以下「例外許可」という。)を得る必要がある。そこで、Aは、同年4月5日、Y1市長に対し、本件自動車車庫の建築について、法第48条第1項ただし書に基づき例外許可の申請をした。

Y1市長は、例外許可の申請を受けて、同年5月6日、利害関係人らの意見を聴取するため、法第48条第14項の定める公開による意見の聴取(以下「公聴会」という。)を開催した。公聴会には、本件スーパー銭湯の周辺に居住する5名の住民(以下「Xら」という。)が、利害関係人として出席した。Xらのうち、X1ら2名(以下「X1ら」という。)は、本件自動車車庫に隣接し、本件自動車車庫から直線距離で約6メートル離れた位置の建物に居住している住民であり、X2ら3名(以下「X2ら」という。)は、本件敷地から約45メートル離れた位置で、かつ、幹線道路から本件自動車車庫に通ずる道路沿いの建物に居住する住民である。公聴会において、X1らは、本件自動車車庫に出入りする多数の自動車のエンジン音、ドアの開閉音などの騒音、ライトグレア(注：光のまぶしさにより物が見えにくくなったり、一過性の盲目状態になったりするような現象)及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあることが明白である旨、X2らは、本件自動車車庫に出入りする多数の自動車の通行による騒音及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあることが明白である旨の意見を陳述した。

また、Y1市長は、例外許可の申請を受けて、Y1市建築審査会に対し、法第48条第14項本文の定める同意について諮問した。Y1市建築審査会における議決の成立には、出席委員の過半数の賛成を要するところ、Y1市建築審査会は、同年5月30日、審理の上、出席委員7名のうち5名の委員の賛成をもって、Y1市長が例外許可をすることについて、同意(以下「本件同意」という。)をした。

後日、Y1市建築審査会の本件同意に係る議決には、Aの代表取締役の実弟Bが委員として加わり、賛成票を投じていたことが明らかになったが、本来、Bは、Y1市建築審査会の議事から除斥

されるべき者であった（法第82条）。しかし、Y1市建築審査会は、Bを除外してもなお議決の成立に必要な過半数の委員の賛成があるとして、本件同意に係る議決をやり直すことなく、そのまま維持した。

Y1市長は、同年6月8日、Y1市建築審査会による本件同意を受けて、本件自動車車庫の建築について、法第48条第1項ただし書の「第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがない」と認め、例外許可（以下「本件例外許可」という。）をした。Y1市には、例外許可の基準として「建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱」（【資料2】。以下「本件要綱」という。）がある。

例外許可については、申請者以外の者に通知することは予定されていないが、Xらは、遅くとも、同年6月末日までに本件例外許可がされたことを知った。そこで、Xらは、Xらが居住する地域は、都市計画法上の第一種低層住居専用地域であり、良好な住居の環境の保護に対する要請が最も強い地域であることを考慮すれば、良好な住居の環境を著しく害するおそれのある本件スーパー銭湯の建築は到底許されないはずであるとして、本件スーパー銭湯の建築を阻止したいと考えた。

他方、Aは、同年9月14日、指定確認検査機関（注：国土交通大臣又は都道府県知事の指定を受けて建築確認をする民間の機関）Y2に対し、本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫を一体として、法第6条の2第1項に基づく建築確認の申請をした。これに対し、Y2は、法別表第二（イ）項第7号によれば、本件スーパー銭湯は、第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物である「公衆浴場」に該当すると判断せざるを得ないとして、同年10月7日、本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫を一体として、建築基準関係規定に適合する旨の建築確認（以下「本件確認」という。）をした。

Xらは、本件スーパー銭湯の建築を阻止するため、代理人弁護士に委任することなく、平成29年1月17日、Y1市を被告として本件例外許可の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟1」という。）を、Y2を被告として本件確認の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟2」という。）をそれぞれ提起した。その後、Xらは、Y1市及びY2の各答弁書への反論を準備する過程で、今後の訴訟追行に不安を覚えたため、弁護士事務所に相談に訪れ、弁護士に本件訴訟1及び本件訴訟2の訴訟追行を委任した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Cの指示に応じる弁護士Dの立場に立って、設問に答えなさい。

なお、建築基準法、都市計画法、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律、公衆浴場法及び建築基準法施行令の抜粋を【資料1 関係法令】に、Y1市の建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱（本件要綱）の抜粋を【資料2 要綱（抜粋）】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

#### 〔設問1〕

本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）において、X1らとX2らのそれぞれの原告適格は認められるか。

#### 〔設問2〕

本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）において、本件例外許可は適法であると認められるか。解答に当たっては、Xらによる本件例外許可の違法事由の主張として考えられるものを挙げて論じなさい。

#### 〔設問3〕

Xらは、本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）において、〔設問2〕で挙げた本件例外許可の違法事由を主張することができるか。解答に当たっては、本件訴訟1及び本件訴訟2において、い

ずれもXらの原告適格が認められること，〔設問2〕で挙げた本件例外許可の違法事由が認められることを前提にしない。

〔設問4〕

本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）において，本件確認は適法であると認められるか。解答に当たっては，Xらによる本件確認の違法事由の主張として考えられるものを挙げて，論じなさい。

### 【法律事務所の会議録】

弁護士C：本日は、Xらの案件について議論したいと思います。Xらは、代理人弁護士に委任することなく、自ら、Y1市を被告として本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）を、Y2を被告として本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）をそれぞれ提起したということですね。

弁護士D：はい。そうです。

弁護士C：それでは、本件訴訟1から検討していきましょう。本件訴訟1における本件例外許可の対象となっている本件自動車車庫について、「1層2段の自走式自動車車庫」とはどういうものですか。

弁護士D：1階建ての1階部分及び屋上部分を自動車の駐車場所として、両部分をスロープで連結させ、自動車で行き来して駐車場所まで移動する方式の自動車車庫のことです。本件自動車車庫は、1階部分に屋根があり、柱が基礎に固定されているので、建築基準法上の「建築物」に当たることは間違いありませんが、屋上部分の外周に転落防止用の金属製の網状フェンスが設置されているのみで壁はないため、自動車の騒音、ライトグレア及び排気ガスを防ぐ構造にはなっていません。

弁護士C：そうすると、近隣住民の被る夜間の自動車の騒音、ライトグレア及び排気ガスによる被害は重大なものになりますね。

弁護士D：Xらもこの点を心配しています。

弁護士C：本件訴訟1の訴訟要件としては何が問題になりますか。

弁護士D：原告適格と出訴期間が問題になります。

まず、原告適格については、X1らは、本件自動車車庫に隣接して居住する者ですが、本件スーパー銭湯は、年中無休、午前10時から午後12時までの営業で、来場する自動車が多く、特に、土日休日は1日約550台にも及ぶため、自動車のエンジン音、ドアの開閉音などの騒音、ライトグレア及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあると主張しています。また、X2らは、本件自動車車庫から若干離れたところに居住する者ですが、本件自動車車庫から幹線道路に通ずる道路沿いに居住していることから、多数の自動車の通行による騒音及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあると主張しています。

弁護士C：X1ら及びX2らのそれぞれについて、本件訴訟1の原告適格を肯定することはできるのでしょうか。根拠法令及び関係法令を参照し、X1ら及びX2らの個別の事情を考慮しつつ検討してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：Xらは、本件訴訟1については、本件例外許可を知った日から6か月を経過して訴えを提起したということですね。Xらが出訴期間を徒過したのは、どのような理由からですか。

弁護士D：Xらによれば、Y1市の担当職員に、例外許可の違法を争う方法を尋ねたところ、同職員から、例外許可の違法については、後続の建築確認の取消訴訟の中で主張すれば足りるとの説明を受けたということです。出訴期間の徒過については、行政事件訴訟法第14条第1項ただし書の「正当な理由」があると主張して争いたいと考えています。

弁護士C：そうですか。出訴期間の徒過につき「正当な理由」があるかどうかについては、既に検討済みということですから、本件訴訟1の訴訟要件の検討対象から外してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：次に、Xらが、本件訴訟1において主張し得る本件例外許可の違法事由としては、どのようなものが考えられますか。

弁護士D：第1に、除斥事由のあるBが建築審査会の同意に係る議決に加わっていることから、手続上の瑕疵があるという主張が考えられます。第2に、Y1市長による本件例外許可については、裁量権の範囲の逸脱、濫用があったという主張が考えられます。

弁護士C：そうですね。第1については、除斥事由が定められた趣旨等を踏まえて検討してください。  
第2については、本件要綱の法的性質を踏まえた上で、本件例外許可についてのY1市長の裁量権の内容、範囲を検討し、説得的な主張ができるようにしてください。

弁護士D：検討してみます。

弁護士C：次に、本件訴訟2についての検討に入りましょう。まず、本件訴訟2の原告適格についても問題となりますが、今回は、本件訴訟2については、Xらの原告適格が肯定されることを前提にして、他の問題点を先に検討することにしましょう。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：ところで、本件例外許可の違法を主張したいということでしたが、本件訴訟2の中で、その違法を主張することはできるのでしょうか。

弁護士D：うーん。難しいところですね。本件例外許可の違法については、本件訴訟1において主張するのが本筋ですので、許されないような感じもしますが…。

弁護士C：Xらが、本件訴訟2の中で、本件例外許可の違法を主張することができるかという問題は、本件では重要な争点となりますので、この点については、できるだけ多角的な観点から検討してください。

弁護士D：分かりました。たしか、関連する最高裁判所の判例もあったと思いますので、併せて検討してみます。

弁護士C：次に、Xらの言い分の中から、本件確認の違法事由として、どのような主張を構成することができますか。

弁護士D：第1に、旧来の「銭湯」と本件スーパー銭湯とを同一のものと考えて行った本件確認は違法という主張ができるように思います。本件に関し、建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」が第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物とされた趣旨について調査したところ、「建築基準法が制定された昭和25年当時は、住宅に内風呂がない者が相当程度おり、国民の健康、公衆衛生を確保するため住居専用地域（注：「住居専用地域」とは当時の用途地域の区分であり、現在の「第一種低層住居専用地域」を含む地域である。）に公衆浴場を設けることが必要不可欠であった。」と説明されています。また、都市部において、住宅の浴室保有率が急増したのは昭和30年代からと言われ、住宅の浴室保有率は、統計を取り始めた昭和38年には59%であったのに対し、現在は95.5%となっています。

弁護士C：本件スーパー銭湯の入浴料金は、どうなっていますか。

弁護士D：公衆浴場法の適用を受ける「公衆浴場」については、Y1市の属する県の公衆浴場法施行条例で「一般公衆浴場」と「その他の公衆浴場」に区分されており、「一般公衆浴場」とは、公衆浴場法第1条第1項に規定する公衆浴場であって、その利用の目的及び形態が地域住民の日常生活において保健衛生上必要な施設として利用されるものとして、物価統制令の規定に基づき入浴料金が定められているものをいい、「その他の公衆浴場」とは、「一般公衆浴場」以外の公衆浴場をいいます。旧来の「銭湯」は、「一般公衆浴場」に当たり、物価統制令に基づく価格統制の対象となっていますが、スーパー銭湯は「その他の公衆浴場」に当たり、価格統制の対象外となっています。Y1市の属する県の告示により、「一般公衆浴場」の入浴料金の統制額（上限金額）は、「大人（12歳以上）につき、400円」等と定められています。これに対し、本件スーパー銭湯の入浴料金は「大人（12歳以上）につき、平日600円、土日祝日700円」等となっています。

弁護士C：本件スーパー銭湯が「一般公衆浴場」と実態が異なるということは分かりました。これに加えて、本件スーパー銭湯には、飲食コーナー及び厨房があるということですね。この飲食店部分についても、建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」に当たると考えてよいのでしょうか。第一種低層住居専用地域に建築することができる建築物にはどのようなも

のがあるかをよく確認した上で、本件スーパー銭湯の建築は到底許されないというXらの言い分について、法律解釈としてどのように主張を構成することができるかについて、検討してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：ところで、Xらから受任してから速やかに、本件確認の効力を停止する執行停止の申立てをしたということですね。

弁護士D：そうです。建築基準法第6条第1項による確認を受けた建築物の工事が完了したときは、その確認の取消しを求める訴えの利益は失われるというのが最高裁判所の判例ですから、本件訴訟2の係属中に訴えの利益が失われることのないように、速やかに執行停止の申立てをしておきました。

弁護士C：執行停止の件については、既に検討済みとのことですので、今回は、執行停止以外の問題点について検討してください。

弁護士D：分かりました。

## 【資料 1 関係法令】

### ○ 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的とする。

（建築物の建築等に関する申請及び確認）

第6条 建築主は、第1号から第3号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（括弧内略）、これらの建築物の大規模の修繕若しくは大規模の模様替をしようとする場合又は第4号に掲げる建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定（この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下「建築基準法令の規定」という。）その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるものをいう。以下同じ。）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。（以下略）

一～四 （略）

2・3 （略）

4 建築主事は、第1項の申請書を受理した場合においては、同項第1号から第3号までに係るものにあつてはその受理した日から35日以内に、同項第4号に係るものにあつてはその受理した日から7日以内に、申請に係る建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかを審査し、審査の結果に基づいて建築基準関係規定に適合することを確認したときは、当該申請者に確認済証を交付しなければならない。

5～9 （略）

（国土交通大臣等の指定を受けた者による確認）

第6条の2 前条第1項各号に掲げる建築物の計画（前条第3項各号のいずれかに該当するものを除く。）が建築基準関係規定に適合するものであることについて、第77条の18から第77条の21までの規定の定めるところにより国土交通大臣又は都道府県知事が指定した者〔注：「指定確認検査機関」を指す。〕の確認を受け、国土交通省令で定めるところにより確認済証の交付を受けたときは、当該確認は前条第1項の規定による確認と、当該確認済証は同項の確認済証とみなす。

2～7 （略）

（用途地域等）

第48条 第一種低層住居専用地域内においては、別表第二（イ）項に掲げる建築物以外の建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合においては、この限りでない。

2～13 （略）

14 特定行政庁は、前各項のただし書の規定による許可をする場合においては、あらかじめ、その許可に利害関係を有する者の出頭を求めて公開による意見の聴取を行い、かつ、建築審査会の同意を得なければならない。ただし、前各項のただし書の規定による許可を受けた建築物の増築、改築又は移転（これらのうち、政令で定める場合に限る。）について許可をする場合においては、この限りでない。

15 特定行政庁は、前項の規定による意見の聴取を行う場合においては、その許可しようとする建築物の建築の計画並びに意見の聴取の期日及び場所を期日の3日前までに公告しなければならない。

（建築審査会）

第78条 この法律に規定する同意及び第94条第1項の審査請求に対する裁決についての議決を行

わせるとともに、特定行政庁の諮問に応じて、この法律の施行に関する重要事項を調査審議させるために、建築主事を置く市町村及び都道府県に、建築審査会を置く。

2 建築審査会は、前項に規定する事務を行う外、この法律の施行に関する事項について、関係行政機関に対し建議することができる。

(建築審査会の組織)

第79条 建築審査会は、委員5人以上をもつて組織する。

2 委員は、法律、経済、建築、都市計画、公衆衛生又は行政に関しすぐれた経験と知識を有し、公共の福祉に関し公正な判断をすることができる者のうちから、市町村長又は都道府県知事が任命する。

(委員の除斥)

第82条 委員は、自己又は3親等以内の親族の利害に関係のある事件については、この法律に規定する同意又は第94条第1項の審査請求に対する裁決に関する議事に加わることができない。

別表第二 用途地域等内の建築物の制限(第27条、第48条、第68条の3関係)

(い) 第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物

一 住宅

二 住宅で事務所、店舗その他これらに類する用途を兼ねるもののうち政令で定めるもの

三 共同住宅、寄宿舎又は下宿

四 学校(大学、高等専門学校、専修学校及び各種学校を除く。)、図書館その他これに類するもの

五 神社、寺院、教会その他これらに類するもの

六 老人ホーム、保育所、福祉ホームその他これらに類するもの

七 公衆浴場(風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(昭和23年法律第122号)第2条第6項第1号に該当する営業(以下この表において「個室付浴場業」という。)に係るものを除く。)

八 診療所

九 巡査派出所、公衆電話所その他これらに類する政令で定める公益上必要な建築物

十 前各号の建築物に附属するもの(政令で定めるものを除く。)

[注:別表第二(い)項中の「政令」とは、後記「建築基準法施行令」を指す。]

(ろ)～(わ) (略)

○ 都市計画法(昭和43年6月15日法律第100号)(抜粋)

(目的)

第1条 この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

(地域地区)

第8条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる地域、地区又は街区を定めることができる。

一 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域、商業地域、準工業地域、工業地域又は工業専用地域(以下「用途地域」と総称する。)

二～十六 (略)

2 (略)

3 地域地区については、都市計画に、第1号及び第2号に掲げる事項を定めるものとともに、

第3号に掲げる事項を定めるよう努めるものとする。

一 地域地区の種類（特別用途地区にあつては、その指定により実現を図るべき特別の目的を明らかにした特別用途地区の種類）、位置及び区域

二 次に掲げる地域地区については、それぞれ次に定める事項

イ 用途地域 建築基準法第52条第1項第1号から第4号までに規定する建築物の容積率（延べ面積の敷地面積に対する割合をいう。以下同じ。）並びに同法第53条の2第1項及び第2項に規定する建築物の敷地面積の最低限度（建築物の敷地面積の最低限度にあつては、当該地域における市街地の環境を確保するため必要な場合に限る。）

ロ 第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域 建築基準法第53条第1項第1号に規定する建築物の建ぺい率（建築面積の敷地面積に対する割合をいう。以下同じ。）、同法第54条に規定する外壁の後退距離の限度（低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため必要な場合に限る。）及び同法第55条第1項に規定する建築物の高さの限度

ハ～リ （略）

三 （略）

4 （略）

第9条 第一種低層住居専用地域は、低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域とする。

2～22 （略）

第10条 地域地区内における建築物その他の工作物に関する制限については、この法律に特に定めるもののほか、別に法律で定める。

## ○ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年7月10日法律第122号）（抜粋）

（用語の意義）

第2条

1～5 （略）

6 この法律において「店舗型性風俗特殊営業」とは、次の各号のいずれかに該当する営業をいう。

一 浴場業（公衆浴場法（昭和23年法律第139号）第1条第1項に規定する公衆浴場を業として経営することをいう。）の施設として個室を設け、当該個室において異性の客に接触する役務を提供する営業

二～六 （略）

7～11 （略）

## ○ 公衆浴場法（昭和23年7月12日法律第139号）（抜粋）

第1条 この法律で「公衆浴場」とは、温湯、潮湯又は温泉その他を使用して、公衆を入浴させる施設をいう。

2 （略）

## ○ 建築基準法施行令（昭和25年11月16日政令第338号）（抜粋）

（第一種低層住居専用地域内に建築することができる兼用住宅）

第130条の3 法〔注：建築基準法〕別表第二（イ）項第2号（括弧内略）の規定により政令で定める住宅は、延べ面積の2分の1以上を居住の用に供し、かつ、次の各号の一に掲げる用途を兼ねるもの（これらの用途に供する部分の床面積の合計が50平方メートルを超えるものを除く。）とする。

一 （略）

二 日用品の販売を主たる目的とする店舗又は食堂若しくは喫茶店

三～七 (略)

(第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域内に建築してはならない附属建築物)

第130条の5 法〔注：建築基準法〕別表第二(イ)項第10号(中略)の規定により政令で定める建築物は、次に掲げるものとする。

一 自動車車庫で当該自動車車庫の床面積の合計に同一敷地内にある建築物に附属する自動車車庫の用途に供する工作物の築造面積(括弧内略)を加えた値が600平方メートル(括弧内略)を超えるもの(以下略)

二～五 (略)

## 【資料2 要綱（抜粋）】

### 建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱

（趣旨）

第1 この要綱は、建築基準法第48条各項ただし書に規定する建築許可（以下「例外許可」という。）の基準及び手続に関して必要な事項を定めるものとする。

（許可基準）

第2 用途地域別の許可基準は、次に定めるものとする。

1 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域

(1)～(3) (略)

(4) 自動車車庫で別紙「自動車車庫に係る建築基準法第48条第1項から第3項までの規定に関する許可基準」に適合するもの

(5) (略)

2～5 (略)

（公開による意見聴取）

第7 公開による意見聴取（以下「公聴会」という。）は、次によるものとする。

(1) 公聴会の案内は、公告を開催日の3日前までに行うほか、次の者に案内書を送付する。

ア 申請建築物の敷地〔注：「敷地」とは、一の建築物又は用途上不可分の関係にある二以上の建築物のある一団の土地をいう。〕から概ね50mの範囲の土地又は建物の所有者

イ 当該敷地が属する地縁による団体（自治会）の代表者

ウ 計画建築物の用途、規模により特に利害が大きいと思われる者

(2) 公聴会には、申請者及び設計者又はそれらの代理人の出席を求める。

2 公聴会において聴取した利害関係を有する者の意見は十分尊重しなければならない。

(別紙)

自動車車庫に係る建築基準法第48条第1項から第3項までの規定に関する許可基準

## 第1 許可方針

第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域（中略）において良好な住居の環境の確保を図りつつ、居住者等が利用する自動車車庫の建築を促進するため、第2の許可基準の1から3までのいずれかに適合し、住居の環境を害するおそれがないと認められる自動車車庫については、許可制度の積極的活用を図るものとする。

## 第2 許可基準

1 建築物に附属する自動車車庫にあつては、次に掲げる条件に該当するものであること。

(1) 当該自動車車庫の床面積の合計及び階が、用途地域に応じて次に掲げるところによること。

イ 第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域にあつては、床面積の合計に同一敷地内にある建築物に附属する自動車車庫の用途に供する工作物の築造面積（中略）を加えた値が1500㎡以下であり、かつ、1階以下の部分にあること。

ロ・ハ （略）

(2)・(3) （略）

(4) 当該自動車車庫の敷地の位置及び道路との関係、構造等が次の条件に該当すること。

イ 騒音

周囲に対する騒音の低減を図るため、敷地内の建築物の配置を踏まえた適切な配置、地階への設置等を行うこと。これらの対応が困難な場合にあつては、遮音壁の設置等を行うこと。

ロ ライトグレア〔注：光のまぶしさにより物が見えにくくなったり、一過性の盲目状態になったりするような現象〕

光が周囲の建築物に頻繁に当たることのないようにするため、敷地内の建築物の配置を踏まえた適切な配置、地階への設置等を行うこと。これらの対応が困難な場合にあつては、植栽、目隠し板の設置等を行うこと。

ハ 排気ガス

排気ガスを排出するための換気孔等を設ける場合には、適切な位置に換気孔を設置する等により、周囲に害を及ぼさないよう配慮すること。これらの対応が困難な場合にあつては、植栽、塀の設置等を行うこと。

ニ 接道要件 （略）

ホ その他 （略）

2・3 （略）

## 第3 （略）



論文式試験問題集 [民事系科目第 1 問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100 [[設問1] 及び [設問2] の配点は、4：6))

次の文章を読んで、後記の [設問1] 及び [設問2] に答えなさい。

I

【事実】

1. 不動産賃貸業を営むAは、その亡妻Bとの間に長男Cをもうけていた。Cは、平成23年3月に高校を卒業した後、他県の自動車販売店に整備士として雇用されたことから、Aの家を出て自分でアパートを借り、恋人のDと同棲を始めた。平成24年2月の時点で、Cは満18歳、Dは満20歳であった。
2. Cは、Bの所有していた甲土地及び乙土地をBからの相続により取得していた。甲土地及び乙土地は、更地で、Cの登記名義とされていたが、Cの親権者であるAが公租公課の支払を含め両土地の管理を行っていた。
3. 平成24年2月1日、Aは、自らの遊興を原因とする1000万円を超える借金の返済に窮していたことから、C所有の甲土地及び乙土地を自らが管理していることを奇貨として、甲土地及び乙土地をCの承諾を得ずに売却し、その代金を自己の借金の返済に充てようと考えた。
4. 平成24年2月10日、Aは、Cの代理人として、個人で飲食店を営む知人Eとの間で、甲土地を450万円、乙土地を600万円で売却する契約を締結した。ところが、Eはその時点で600万円しか現金を有していなかったことから、AとEは、甲土地についてはEが450万円の現金を調達できた時点でCからEへの所有権移転登記手続をすることとし、さしあたり、乙土地についてのみCからEへの所有権移転登記手続をすることで合意した。
5. 平成24年2月15日、Eは、Aに対し乙土地の代金として600万円を支払い、CからEへの乙土地の所有権移転登記がされた。Aは、Eから受領した代金600万円を自らの借金の返済に充当した。これらの事実について、AはCに何も知らせなかった。
6. Eは、【事実】4の売買契約を締結した時点で、Aが遊興を原因として多額の借金を抱えており、Aが乙土地の代金600万円をAの借金に充当するつもりであることを知っていた。
7. 平成24年3月1日、CはAの同意を得てDと婚姻し、新婚旅行に出発したが、同月5日、Cは、新婚旅行先で海水浴中の事故により死亡した。Cの相続人はA及びDの2人である。
8. 平成24年3月15日、Eは、450万円の現金を調達できたことから、Aにその旨連絡し、代金の支払と引換えに甲土地の所有権移転登記手続をするよう求めた。ところが、Aは、甲土地の地価が急騰したことから、甲土地を売却するのが惜しくなり、Eの請求に応じなかった。
9. 平成24年3月20日、Eは、乙土地の地価も急騰したことから、乙土地を売却しようと考え、乙土地の売却の媒介を仲介業者に依頼した。その頃、Fは、自宅建物を建設するための敷地を探していたが、購読している新聞の折り込みチラシに乙土地が紹介されていたことから、仲介業者に問い合わせた。その後、現地を見たFは、乙土地を気に入り、Eと面識はなかったものの、Eから乙土地を購入することを決めた。
10. 平成24年3月30日、Eは、Fとの間で、乙土地の売買契約を締結し、FはEに乙土地の代金として750万円を支払い、EからFへの乙土地の所有権移転登記がされた。
11. その後、Fは、乙土地上に丙建物を建築し、平成24年10月10日から丙建物での居住を開始した。
12. 平成25年3月5日、Dは、Cの一周忌の法要の席上において、Aに対し、Cの遺産について尋ねたが、AはDの質問を無視した。その後も、AはDからの電話の着信や郵便物の受領を全て無視している。
13. 平成25年4月15日、Dは、Cの遺産に関する自らの疑問を解消したいと考え、弁護士に

調査を依頼した。

14. 平成25年5月25日、Dは、【事実】13の調査を依頼した弁護士の報告により、【事実】2から11までを知った。
15. 平成25年6月30日、Eは、弁護士を通じて、A及びDに対し、代金を支払うので甲土地の所有権移転登記手続をするよう求めたが、拒絶された。そこで、Eは、甲土地の売買代金全額を供託した。

【設問1】 【事実】1から15までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Eは、A及びDに対し、甲土地の所有権移転登記手続の請求をすることができるか。Eの請求の根拠を説明し、その請求の可否を論じなさい。
- (2) Dは、Fに対し、乙土地及び丙建物に関しどのような請求をすることができるか。Dの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の可否を論じなさい。なお、DのFに対する金銭請求については、検討を要しない。

II 【事実】1から15までに加え、以下の【事実】16から27までの経緯があった。

【事実】

16. Eは、その飲食業に関し借金を負っていたところ、平成26年に入ってから、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ようと考え、懇意にしている仕入先のHに頼み込んで、賭博に使うつもりであることを打ち明けて、500万円を借り受けることにした。
17. Eは、さらに、同様の目的を有しつつも、賭博に使うつもりであることを打ち明けずに、知人Kから500万円を借り受けようと考えた。
18. 平成26年3月1日、Eは、叔父Lに、「事業の建て直しに必要な資金の融資をHとKから受けるに当たって保証人が必要だが、叔父さん以外に頼れる人がいない。」と述べて、HとKに対する貸金債務の連帯保証人になってもらうことの同意を得た。Lは、Eの事業がうまくいっていないことを知っていたが、Eが借りた金を賭博に使うつもりであることは知らなかった。
19. 平成26年4月1日、Eは、Hから、返済期日を平成27年3月31日、利息を年15%、遅延損害金を年21.9%として、500万円を借り受け、LがEの債務を連帯保証する旨の契約書がE、H及びLの3人の間で作成され、同日、HからEに500万円が交付された。
20. 平成26年4月15日、Eは、Kから、返済期日を平成27年5月30日、利息を年15%、遅延損害金を年21.9%として、500万円を借り受け、LがEの債務を連帯保証する旨の契約書がE、K及びLの3人の間で作成された。当該契約書では、500万円は、平成26年5月31日に、KからEに交付されることになっていた。
21. しかし、Kは、Eによる借金の使途に疑問を抱き、平成26年5月31日の経過後も、500万円をEに交付しなかった。また、そのことは、Lには知らされなかった。
22. 平成26年8月1日、急に資金繰りが悪化したHは、平成26年4月1日付消費貸借契約に関する債権を、既発生利息債権も含めて、400万円でMに売却した。その際、HはMに対して、「この債権はEの事業のための融資金債権であり、Eの事業の経営はやや苦しいが、Lは弁済に足る資産を有している。」と説明し、Mもその説明を信じた。
23. 平成26年8月5日、EはHから、「あなたに対する債権をMに譲渡しました。承諾書を同封したのでそれに署名押印して返送してください。」と書かれた手紙を受け取ったので、EはHの指示に従い、「私は、平成26年4月1日付消費貸借契約に基づくHの私に対する債権を、平成26年8月1日付譲渡契約によってHがMに対して譲渡したことを承諾します。」とだけ記載された書面に署名押印し、内容証明郵便でそれをHに返送した。その書面は、同月7日にHに配達された後、同月10日、HからMに交付され、MからHに代金400万円が支払われた。Lは、この債権譲渡について、E及びHから何も知らされていなかった。

24. 平成26年10月頃、Hは、更に資金繰りが悪化し資産も尽きたので、多額の債務を抱えたまま夜逃げをした。それ以降、Hの所在は不明である。
25. 平成27年6月1日、Kは、Lに対し、Eに500万円を交付していなかったが、平成26年4月15日付契約書があることを奇貨として、Lに連帯保証債務の履行を請求した。Lが直ちにEに照会したところ、Eは、間違えて、「事業はうまくいっておらず、Kに対する債務は利息を含め1円も支払っていない。」と説明した。LはEに対し、「仕方がないので連帯保証債務を履行する。」と述べた。
26. 平成27年6月29日、Lは、Kに対し、連帯保証債務の履行として、合計584万円を支払った。584万円の内訳は、元本が500万円、利息が75万円、遅延損害金が9万円である（利息75万円＝元本500万円×利率年15%×1年、遅延損害金9万円＝元本500万円×利率年21.9%×30日／365日）。
27. 平成27年7月末になったが、Eは、Hに対しても、Mに対しても、利息を含め1円も支払っていない。

【設問2】 【事実】 1から27までを前提として、以下の(1)から(3)までに答えなさい。

- (1) Mは、Eに対して、契約上の債権に基づき、500万円とそれに対する利息や遅延損害金の支払を請求することができるか。Mの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。
- (2) Mは、Eに対して、法定債権に基づき、500万円とそれに対する利息や遅延損害金の支払を請求することができるか。Mの請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。
- (3) Lは、Eに対して584万円の支払を請求することができるか。Lの請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。なお、不法行為に基づく請求については、検討を要しない。

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[民事系科目]

[第2問] (配点：100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は、3.5 : 3 : 3.5))  
次の文章を読んで、後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、取締役会及び監査役を置いている。甲社の定款には取締役は3名以上とする旨の定めがあるところ、A、Bほか4名の計6名が取締役として選任され、Aが代表取締役社長として、Bが代表取締役専務として、それぞれ選定されている。また、甲社の定款には、取締役の任期を選任後10年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする旨の定めがある。甲社の監査役は、1名である。  
甲社は種類株式発行会社ではなく、その定款には、譲渡による甲社の株式の取得について取締役会の承認を要する旨の定めがある。甲社の発行済株式及び総株主の議決権のいずれも、25%はAが、20%はBが、それぞれ保有している。
2. 甲社は建設業を営んでいたが、甲社においては、Aが事業の拡大のために海外展開を行う旨を主張する一方で、Bが事業の海外展開を行うリスクを懸念し、Aの主張に反対しており、AとBが次第に対立を深めていった。Aは、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、取締役会において、事業の拡大のために海外展開を行う旨の議案を提出した。この議案については、Bが反対したものの、賛成多数により可決された。  
甲社はこの取締役会の決定に基づき事業の海外展開をしたが、この海外事業は売上げが伸びずに低迷し、甲社は3年余りでこの海外事業から撤退した。
3. この間にAと更に対立を深めていたBは、取締役会においてAを代表取締役から解職することを企て、Aには内密に、Aの解職に賛成するように他の取締役に根回しをし、Bを含めてAの解職に賛成する取締役に3名確保することができた。甲社の取締役会を招集する取締役については定款及び取締役会のいずれでも定められていなかったことから、Bは、Aの海外出張中を見計らって臨時取締役会を開催し、Aを代表取締役から解職する旨の議案を提出することとした。
4. Bは、Aが海外出張に出発したことから、臨時取締役会の日1週間前にAを除く各取締役及び監査役に対して取締役会の招集通知を発送した。この招集通知には、取締役会の日時及び場所については記載されていたが、取締役会の目的である事項については記載されていなかった。  
Aの海外出張中に、Aを除く各取締役及び監査役が出席し、臨時取締役会が開催された。Bは、この臨時取締役会において、議長に選任され、Aを代表取締役から解職する旨の議案を提出した。この議案については、賛成3名、反対2名の賛成多数により可決された。
5. Aが、海外出張から帰国し、Aを代表取締役から解職する旨の臨時取締役会の決議の効力を強硬に争っていたところ、臨時取締役会の決議においてAの解職に反対した取締役のうち一人が、甲社の内紛に嫌気がさし、取締役を辞任した。そこで、Bは、各取締役及び監査役の全員が出席する定例取締役会であっても、Aの解職の決議をすることができる状況にあると考え、解職を争っていたAを含む各取締役及び監査役の全員が出席した定例取締役会において、念のため、再度、Aを代表取締役から解職する旨の議案を提出した。この議案については、賛成多数により可決された。また、甲社においては、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。この運用に従えば、Aの報酬の額は、月額50万円となるころ、Bは、この定例取締役会において、Aの解職に関する議案に続けて、解職されたAの報酬の額を従前の代表取締役としての月額150万円から月額20万円に減額する旨の議案も提出した。この議案についても、賛成多数により可決された。この定例取

締役会において、BがAの後任の代表取締役社長として選定された。

#### 〔設問1〕

- (1) Aを代表取締役から解職する旨の上記4の臨時取締役会の決議の効力について、論じなさい。
- (2) Aの報酬の額を減額する旨の上記5の定例取締役会の決議の後、Aは、甲社に対し、月額幾らの報酬を請求することができるかについて、論じなさい。なお、Aが代表取締役から解職されたことを前提とする。

6. 代表取締役から解職されたAは、甲社の株主として、定時株主総会において、Aの解職に賛成したBら3名を取締役から解任しようと考え、Bら3名の取締役の解任及びその後任の取締役の選任をいずれも株主総会の目的とすることを請求するとともに、これらに関する議案の要領をいずれも定時株主総会の招集通知に記載するように請求した。

甲社の定時株主総会の招集通知には、会社提案として、海外事業の失敗を理由とするAの取締役の解任に関する議案が、Aの株主提案として、上記Bら3名の取締役の解任に関する議案及びその後任の取締役の選任に関する議案が、それぞれ記載されていた。

7. 甲社の定時株主総会においては、Aの取締役の解任に関する議案は可決され、上記Bら3名の取締役の解任に関する議案及びその後任の取締役の選任に関する議案はいずれも否決された。なお、Aの取締役としての任期は、8年残っていた。

#### 〔設問2〕

- (1) 上記7の定時株主総会において取締役から解任されたAが、甲社に対し、解任が不当であると主張し、損害賠償請求をした場合における甲社のAに対する会社法上の損害賠償責任について、論じなさい。
- (2) 仮に、上記6の定時株主総会の招集通知が発せられた後、Aが多額の会社資金を流用していたことが明らかとなったことから、Aが、Aの取締役の解任に関する議案が可決されることを恐れ、旧知の仲である甲社の株主数名に対し、定時株主総会を欠席するように要請し、その結果、定時株主総会が、定足数を満たさず、流会となったとする。この場合において、①Bが、甲社の株主として、訴えをもってAの取締役の解任を請求する際の手続について、説明した上で、②この訴えに関して考えられる会社法上の問題点について、論じなさい。

8. 甲社は、内紛が解決した後、順調に業績が伸び、複数回の組織再編を経て、会社法上の公開会社となり、金融商品取引所にその発行する株式を上場した。現在、甲社の資本金の額は20億円で、従業員数は3000名を超え、甲社は監査役会及び会計監査人を置いており、Cが代表取締役社長を、Dが取締役副社長を、それぞれ務めている。

9. 甲社の取締役会は「内部統制システム構築の基本方針」を決定しており、甲社は、これに従い、法務・コンプライアンス部門を設け、Dが同部門を担当している。また、甲社は、内部通報制度を設けたり、役員及び従業員向けのコンプライアンス研修を定期的実施するなどして、法令遵守に向けた取組を実施している。さらに、甲社は、現在、総合建設業を営んでいるところ、下請業者との癒着を防止するため、同規模かつ同業種の上場会社と同等の社内規則を制定しており、これに従った体制を整備し、運用している。

10. 甲社の内部通報制度の担当者は、平成27年3月末に、甲社の営業部長を務めるEが下請業者である乙株式会社（以下「乙社」という。）の代表取締役を務めるFと謀り、甲社が乙社に対して発注した下請工事（以下「本件下請工事」という。）の代金を水増しした上で、本件下請工事の代金の一部を着服しようとしているとの甲社の従業員の実名による通報（以下「本件通報」という。）があった旨をDに報告した。ところが、その報告を受けたDは、これまで、甲社にお

いて、そのような不正行為が生じたことがなかったこと、会計監査人からもそのような不正行為をうかがわせる指摘を受けたことがなかったこと、EがDの後任の営業部長であり、かつて直属の部下であったEに信頼を置いていたことから、本件通報には信ぴょう性がないと考え、本件下請工事や本件通報については、法務・コンプライアンス部門に対して調査を指示せず、Cを含む他の取締役及び監査役にも知らせなかった。

11. 甲社の内部通報制度の担当者は、その後、Dから、法務・コンプライアンス部門に対し、本件下請工事や本件通報についての調査の指示がなかったことから、平成27年5月に、本件通報があった旨をCにも報告した。その報告を受けたCは、直ちに、本件下請工事や本件通報について、法務・コンプライアンス部門に対して調査を指示した。
12. 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、以下のとおり、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。
  - (1) EとFは、本件下請工事について、合理的な代金が1億5000万円であることを理解していたにもかかわらず、代金を5000万円水増しして、2億円と偽り、水増しした5000万円を後に二人で着服することをあらかじめ合意していた。
  - (2) 甲社の社内規則上、甲社が発注する下請工事の代金が1億円以上となると、複数社から見積りを取得する必要が生じることから、Eが、Fに対し、本件下請工事について、形式上、工事を三つに分割して見積書を3通作成することを指示し、乙社は、①第一工事の代金を8000万円、②第二工事の代金を5000万円、③第三工事の代金を7000万円として、本件下請工事について代金が合計2億円となるように3通の見積書を作成し、甲社に提出した。
  - (3) Eは、甲社の関係部署を巧妙に欺き、3通の見積書がそれぞれ別工事に関わるものであると誤信させた。これにより、甲社は、平成26年9月に、乙社との間で、上記の各見積書に基づき3通の注文書と注文請書を取り交わした上で、以後、乙社に対し、毎月末の出来高に応じて翌月末に本件下請工事の代金を支払っていった。
  - (4) 甲社は、本件下請工事が完成したことから、乙社に対し、平成27年4月末に残金合計3000万円を支払い、その後、EとFが、甲社が乙社に対して支払った本件下請工事の代金から5000万円を着服した。
  - (5) 甲社の会計監査人は、平成27年1月に、乙社に対し、甲社の平成26年12月期の事業年度の計算書類及びその附属明細書等の監査のために、本件下請工事の代金の残高についての照会書面を直接郵送し、回答書面の直接返送を求める方法で監査を行ったが、Eは、Fに対し、回答書面にEが指定した金額を記載して返送するように指示をするなど、不正が発覚することを防止するための偽装工作を行っていた。

〔設問3〕 上記8から12までを前提として、①Cの甲社に対する会社法上の損害賠償責任及び②Dの甲社に対する会社法上の損害賠償責任について、それぞれ論じなさい。

論文式試験問題集 [民事系科目第3問]

【民事系科目】

【第3問】（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、3：3：4）

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

【事例】

Xは、設立後約30年が経つ「甲街振興会」という名称の法人格を取得していない団体であり、その代表者である会長は甲街の有力者であるZが務めていた。Xには規約が定められており、甲街で事業を営む者が、Xに書面で加入申請をすれば、Xの会員となるとされている。会員数は近年は100名程度で推移しており、会員名簿は毎年作成されているが、団体の運営に実質的な関心のない者も少なくない。総会員で構成する総会（定足数は総会員の過半数）があるほか、役員として、会長1名、副会長1名、監事2名が置かれている。役員は総会で選任され、会長がXを代表する権限を有するが、不動産など重要な財産の処分については総会の承認決議が必要とされ、出席者の3分の2以上の賛成が必要となる。

Xには、唯一の不動産として、Xの事務所として使用されている建物及びその敷地である土地（以下「本件不動産」という。）があるとされていた。これは、Xの活動が軌道に乗った頃、会長であるZがAとの間で売買契約を締結して購入したものであるが、Zは、「これはXのために購入したものであり、以後、本件不動産はXの事務所として使用する。」と公言していた。実際に、本件不動産はXの資産としてXの財産目録には計上されていたが、登記は代表者であるZの名義とされていた。本件不動産の固定資産税はZが納付していたが、Xは納税相当額をZに償還していた。

近年になり、長らくXの会長を務めていたZが高齢になってきたため、Xの内部においては、そろそろ会長を副会長であるBに交代すべきであると主張する勢力が台頭しつつあった。

そのような中、本件不動産についてYを抵当権者とする抵当権設定登記がされていることが判明した。Bが調査をしたところによると、この抵当権は、Zの子であるCに対する貸金3000万円を被担保債権とするものであり、Cは貸金債務の返済をしばしば遅滞していて、なお2000万円以上の債務が残存していることが分かった。そこで、Bは、Zに対して経緯の説明を求めた。これに対し、Zは、本件不動産はXの事務所として使用するために購入したものであるが、飽くまでも、事務所として利用させることだけが目的であり、その所有権はZ個人にあると主張した。さらに、一時期Cが貸金債務の返済を滞らせていたことがあるが、もう心配はないし、今後とも本件不動産をXに使用させるつもりであると説明した。

しかし、Bの調査によれば、Zの説明とは異なって、Cはその事業が行き詰まっているため、倒産しかねない状況にあるとの風評が立っており、ZがCを経済的に支えることも困難であろうと見込まれていた。

また、Bとしては、Zから何度となく本件不動産はXのために購入したものであると聞かされていたし、そのようなZの貢献が会員に評価されていたからこそ、Zは長年にわたり会長を務めることになったのであるから、本件不動産はXがAから購入したものであって、Zの所有であったと認めることはできないし、今後の活動資金の確保の観点からも、本件不動産はXにとって極めて重要な財産であり、何としても、Yの抵当権設定登記を抹消しなければならないと考えた。

そこで、Bは、Xの規約によれば、会長は「職務上の義務に違反し、又は職務を怠ったとき」には総会の決議によって解任することができるかとされていることを確認した上で、規約に基づき臨時総会を開催し、Zの解任議案及びBの会長選任議案を提出した。

臨時総会の開催や運営に当たっては、Zやその支援者らの強い抵抗があったものの、両議案はいずれも賛成多数で可決された。

そこで、新たに会長に選任されたBは、本件不動産の問題を解決するため、知り合いの弁護士

であるL1に相談した。

以下は、Bから依頼を受けた弁護士L1と司法修習生P1との間の会話である。

L1：Bから事情を聞きましたが、Yに対しては、抵当権設定登記の抹消登記手続請求と総有権確認請求をすることになりそうですね。Zに対しても訴えを提起する必要があるかどうかは、もう少しZの動向を見てから決めたいというのがBの意向のようですから、まずは、Yを被告として、どのような訴え提起の方法が考えられるかを検討してみましょう。

P1：Xは、権利能力のない社団とされる要件を満たしているといえそうですから、民事訴訟法第29条が適用され、当事者能力が認められるので、X自身が原告となってYに対する訴えを提起することができますと思います。その先は、登記手続請求訴訟になると、十分に勉強が進んでいませんので、よく分からないのですが。

L1：差し当たり、議論を単純化するために登記請求については考えることとせず、総有権確認請求訴訟を前提として議論しましょう。

P1：総有権確認請求訴訟の提起ということになると、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頁によれば、権利能力のない社団が原告となり、その代表者が不動産についての総有権確認請求訴訟を進行するには、その規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するとされています。したがって、本件不動産の総有権の確認を求めるためには、少なくとも、重要な財産の処分についての承認決議に必要な総会の出席者の3分の2以上の賛成に基づく授權が必要ということになりそうです。

L1：そうですね。ただ、Zの立場を支持する勢力もなお有力のようで、今後の動向によっては、3分の2以上の賛成を得ることは簡単ではないかもしれません。3分の2以上の賛成を得ることができないことも想定すると、他にどのような方法が考えられますか。

P1：その場合には、一般的には、構成員全員が原告となって訴えを提起することになるのではないのでしょうか。

L1：しかし、本件では、構成員の中にはZやその支持勢力がおり、彼らは訴えの提起に反対するかもしれません。そういった場合には、どのような対応策が考えられるか、検討する必要がありますね。

そこで、まずは、X自体を当事者とせずXの構成員がYに対して総有権の確認を求めるには、原則としてその全員が原告とならなければならないとされる理由について整理してください。

その上で、構成員の中に訴えの提起に反対する者がいた場合の対応策について検討してください。

さらに、訴訟係属後に甲街で事業を開始して新たに構成員となる者が現れる可能性があります。そこで、この場合の訴訟上の問題点について、まとめてみてください。その際は、その者がBに同調する場合としない場合とが考えられることを考慮してください。

#### 〔設問1〕

あなたが司法修習生P1であるとして、L1から与えられた課題に答えなさい。

#### 【事例(続き)】

BとL1は、検討を重ねた結果、Xを原告、YとZを被告として総有権確認請求の訴えを提起することとし、それと併せて登記手続請求の訴えも提起すると結論に至った。そこで、本件不動産はXの構成員の総有に属するとして、Xを原告とし、YとZとを共同被告として、本件不動産の総有権確認請求の訴えを提起し、併せてYに対しては抵当権設定登記の抹消登記手続請求の

訴えを、Zに対してはZから現在の代表者であるBへの所有権移転登記手続請求の訴えを提起した。なお、Bは、他の会員を説得し、事前にこれらの訴え（以下、これらの訴えに係る訴訟を「第1訴訟」という。）の提起のために必要となる総会の承認決議を得た。

以下は、このような経緯で訴えを提起されたZから訴訟委任を受けた弁護士L2と司法修習生P2との間でされた会話である。なお、Xが原告となって登記手続請求の訴えを提起することの当否について検討する必要はない。

L2：Zは、そもそも、Z自身がXの会長の地位にあるのに、Bが会長であるかのように行動していることに不満があるようです。自らがXの会長の地位にあることを裁判で認めてもらいたいという要望は何とかして受け止めてあげたいですね。第1訴訟において、Bを代表者として提起された訴えの適法性自体を争い、却下判決を求めることは当然ですが、それに加えて、第1訴訟の中で、自らが会長の地位にあることや解任決議が無効であることを確定させる判決を得ることができないかも検討した方がいいでしょう。

もっとも、X内部での会長の選解任がいかなる場合に無効となるのかという実体的な問題については、ひとまず、解任事由が存在しないというZの言い分どおりの事実が認められれば、解任決議は無効となり、そうであるとすれば、規約上1名に限られる会長が既に存在する状況でされた新会長の選任決議も無効となる、という前提で検討を進めてみてください。

P2：分かりました。Zとしては、Zの解任決議が無効であること、及びZがXの会長の地位にあることの確認を求める訴えを提起することが考えられ、その場合、Xを被告とすることが適当であると思います。そして、第1訴訟の中で、Zが会長の地位にあり、自らの解任決議は無効であることを主張するわけですから、反訴として提起することが簡便だと思えます。

L2：そうですね。Zが、第1訴訟においてXを被告として反訴を提起するという前提で検討しましょうか。それから、Zの提起する反訴において、会長としての地位が争われることになるBがXの代表者として訴訟を進行することを認めてよいかという問題もありそうですが、差し当たり、この点は検討の対象から除外します。

P2：分かりました。

L2：検討をするに当たって1点確認をしておきたいのですが、本案の前提として判断される手続的事項については、独自の訴えの利益は認められないという考え方を聞いたことはありませんか。

P2：はい。そう言えば、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頁も、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たと思います。本件では、会長の地位にあるかどうか争われているので、利益状況は似ているようにも思います。Zが提起する反訴も却下されてしまう可能性があるのでしょうか。

L2：少なくとも、そういう反論に備えておく必要はあるでしょうね。以上のことを踏まえた上で、Zが解任決議が無効であることやZがXの会長の地位にあることを確認する訴えを提起することについて訴えの利益が認められるという理由付けを具体的にまとめてみてください。それから、反訴として提起するということから、民事訴訟法第146条第1項所定の要件についての検討も念のために行っておいてください。

## 【設問2】

あなたが司法修習生P2であるとして、L2から与えられた課題に答えなさい。

## 【事例（続き）】

第1訴訟について審理がされた結果、XのYとZに対する請求はいずれも認容され、判決（以下「前訴判決」という。）は確定した。前訴判決の確定を受け、Yは、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、Zに対して、債務不履行に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。この訴訟（以下「第2訴訟」という。）において、Zは、「Aから本件不動産を買い受けたのは自分であり、抵当権設定契約時にも本件不動産を所有していたからYに対しても抵当権を有効に設定していて、登記も具備させたのであるから、債務不履行はない。」と主張した。

これに対し、Yは、「前訴判決において本件不動産がXの構成員の総有に属することが確認された以上、Zは、本件不動産はXの構成員の総有に属さず、Zの個人財産に属したと主張して損害賠償責任を免れることはできない、そうでなければ、Yは、第1訴訟においては本件不動産はXの構成員の総有に属するという理由で敗訴し、他方、第2訴訟においては本件不動産はZの個人財産に属するという相矛盾する理由によって二重に敗訴する危険を負うことになってしまい、不当である。」と主張した。

以下は、第2訴訟の審理を担当する裁判官Jと司法修習生P3との間でされた会話である。

J：本件はいろいろと問題がありそうですね。本件では、YはZに対して不法行為ではなく、債務不履行に基づいて損害賠償請求をしていますね。そもそも、本件のような事案において、債務不履行に基づく損害賠償請求が実体法上可能か否か等についても学説は分かれています。私としては、抵当権設定契約の時ににおいて設定者が抵当権の目的物の所有権を有していなければ有効な抵当権を設定できず、その場合には、設定者は抵当権設定契約に基づく債務不履行責任を負うと理解したいと考えています。以下では、この理解を前提に民事訴訟法上の問題について検討してもらいます。相矛盾する理由によって二重に敗訴する危険を負わされるのは不当であるというYの主張は、既判力と関係しそうですから、裁判所の方でよく検討をしておかないといけませんね。前訴判決の既判力によってこの問題を解決することができるかどうかについては、どう考えますか。

P3：本件の事実関係を前提とすると、前訴判決のうちXのYに対する総有権確認請求についてされた部分の効力がXの構成員の一人であるZにも及んでいると解する余地があるのではないのでしょうか。

J：なるほど。①権利能力のない社団が当事者として受けた判決の効力は、当該社団の構成員全員に対して及ぶと述べる最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁があることは承知していますが、それを本件において援用することが適切かという点については、具体的に検討してみる必要があると思います。

P3：他方で、仮に前訴判決の既判力がZに及ぶことになるとしても、それが第2訴訟においてどのような意味を持つのか、今一つはつきりしないような気がします。

J：②確かに、本件不動産がXの構成員の総有に属していればZの所有には属しないということは、一物一権主義から当然にいえそうではありますが、しかし、前訴判決の既判力がいつの時点における権利関係の存否について生じているのかということとの関係で、第2訴訟におけるYとZの主張の対立点に関して前訴判決の既判力が作用し得るのかは、私も少し引っかかっているところなので、具体的に検討してみてください。

P3：既判力に基づく説明以外の説明によってYの主張を根拠付ける余地もあるかもしれませんが、そういった検討も必要でしょうか。

J：③それも検討していただきたいですね。ただ、既判力以外の根拠を用いようとする場合には、第1訴訟の段階でYとして採るべき何らかの手段があったのであれば、それをしなかったYが不利益を被ってもやむを得ないという反論も出てくるかもしれません。結論を限定するわけではありませんが、第1訴訟の段階でYとして採るべき手段があったかどうかという点にも触れながら、検討してみてください。

P3：なかなか大変な検討になりそうです。

J：前訴判決が存在するにもかかわらず，第2訴訟において本件不動産の帰属に関して改めて審理・判断をすることができるのかを検討することが今回の課題です。なお，検討事項も多いので，差し当たり，前訴判決のうち登記手続請求についてされた部分を考慮に入れる必要はありません。では，頑張ってください。

**〔設問3〕**

あなたが司法修習生P3であるとして，下線部分①から③までに現れたJの問題意識についての検討結果を示しつつ，Jから与えられた課題に答えなさい。

論文式試験問題集 [刑事系科目第1問]

〔刑事系科目〕

〔第1問〕（配点：100）

以下の事例に基づき、甲、乙、丙及び丁の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（45歳、男性）は暴力団組織である某組において組長に次ぐ立場にあり、乙（23歳、男性）及び丙（20歳、男性）は甲の配下にある同組の組員で、乙は丙の兄貴分であった。甲は、某組の組長から、まとまった金員を工面するように指示を受けていたところ、配下の組員Aの情報によって、Aの知人であるV（40歳、男性）が、一人暮らしの自宅において、数百万円の現金を金庫に入れて保管していることを知った。
- 2 甲は、Vの現金を手に入れようと計画し、某年9月1日、乙に対し、「実は、組長からまとまった金を作れと言われていた。Aの知人のVの自宅には数百万円の現金を入れた金庫があるらしい。Vの家に押し入って、Vをナイフで脅して、その現金を奪ってこい。奪った現金の3割はお前のものにしていい。」と指示した。乙は、その指示に従うことにちゅうちょを覚えたが、組内で上の立場にいる甲の命令には逆らえないと考えたとともに、分け前も欲しいと思い、甲に対し、「分かりました。」と言った。甲は、乙に対し、現金3万円を渡して、「この金で、Vを脅すためのナイフなど必要な物を買って準備しろ。準備した物と実際にやる前には報告をしろ。」と言った。乙は、甲から受け取った現金を使って、玄関扉の開錠道具、果物ナイフ（刃体の長さ約10センチメートル。以下「ナイフ」という。）、奪った現金を入れるためのかばん等を購入した上、甲に対し、準備した物品について報告した。

その後、乙は、一人で強盗をするのは心細いと思い、丙と一緒に強盗をしようと考えた。乙は、丙に対し、「甲からの指示で、Vの家に行って押し込み強盗をやるんだが、一緒にやってくれないか。」と言って甲から指示を受けた内容を説明した上で、「俺がナイフで脅す。それでもVが抵抗してくるようだったら、お前はVを痛めつけてくれ。9月12日午前2時に実行する。その時間にVの家に来てくれ。お前にも十分分け前をやる。」と言った。しかし、丙は、その日は用事があったことから、乙の頼みを断った。乙は、「仕方ない。一人で何とかなるだろう。」と考え、単独で犯行に及ぶことを決意した。なお、乙は、甲に対し、丙を強盗に誘ったことについては言わなかった。
- 3 乙は、同月12日未明、事前に準備したナイフ等を持ってV方に向かい、V方前で甲に電話をかけ、「これからV方に入ります。」と伝えた。しかし、甲は、乙からの電話の数時間前に、今回の計画を知った某組の組長から犯行をやめるように命令されていたので、乙に対し、「組長からやめろと言われた。今回の話はなかったことにする。犯行を中止しろ。」と言った。乙は、多額の現金を入手できる絶好の機会であるし、手元にナイフ等の道具もあることから、甲にそのように言われても、今回の犯行を中止する気にはならなかったが、甲に対し、「分かりました。」とだけ返事をして、その電話を切った。
- 4 乙は、その電話を切った直後の同日午前2時頃、準備した開錠道具を使用してV方の玄関扉を開錠し、V方に入った。乙は、Vが寝ている部屋（以下「寝室」という。）に行き、ちょうど物音に気付いて起き上がったVに対し、準備したナイフをその顔面付近に突き付け、「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。」と言った。これに対し、Vが金庫のある場所等を教えなかったため、乙は、Vを痛めつけてその場所等を聞き出そうと考え、Vの顔面を数回蹴り、さらに、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1回刺した。Vは、乙からそのような暴行を受け、「言うとおりにしないと、更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き、乙に対し、「金庫は6畳間にあります。鍵は金庫の裏にあります。」と言った。それを聞いた乙は、右ふくらはぎを刺された痛みか

- ら床に横たわっているVを寝室に残したまま6畳の部屋（以下「6畳間」という。）に向かった。
- 5 丙は、予定よりも早く用事が済んだため、兄貴分である乙が強盗するのを手伝おうという気持ちで新たに生じるとともに、分け前がもらえるだろうと考え、V方に行った。丙は、V方の玄関扉が少し開いていたので、同日午前2時20分頃、その玄関からV方に入り、寝室でVが右ふくらはぎから血を流して床に横たわっているのを見た。
- その後、丙は、6畳間にいた乙を見付け、乙に対し、「用事が早く済みました。手伝いますよ。」と言った。乙は、丙に対し、「計画どおりVをナイフで脅したけど、金庫の在りかを教えなかったから、ふくらはぎを刺してやった。あれじゃあ動けねえから、ゆっくり金でも頂くか。お前にも十分分け前はやる。」と言い、丙も、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し、分け前をもらえると考えたこともあり、これを了解して「分かりました。」と言った。
- 乙は、Vから聞き出した場所にあった鍵を取り出して、これを使って6畳間の金庫の扉を開錠した。そして、乙と丙は、二人で同金庫の中にあった現金500万円を準備したかばんの中に入れ、その後、同日午前2時30分頃、そのかばんを持ってV方から出た。なお、Vは、終始、丙が来たことには気付いていなかった。
- 乙は、V方から出た後、某組事務所に行き、甲に対し、言われたとおりの犯行を中止した旨の虚偽の報告をした。その後、乙は、Vから奪った現金のうち150万円を丙に分け前として渡し、残りの350万円を自分のものとした。
- 6 盗みに入る先を探して徘徊中の丁（32歳、男性。なお、甲、乙及び丙とは面識がなかった。）は、同日午前2時40分頃、V方前を通った際、偶然、V方の玄関扉が少し開いていることに気付いた。丁は、V方の金品を盗もうと考え、その玄関からV方に入り、6畳間において、扉の開いた金庫内にX銀行のV名義のキャッシュカード1枚（以下「本件キャッシュカード」という。）があるのを見付け、これをズボンのポケットに入れた。そして、丁が、更に物色するため寝室に入ったところ、そこには右ふくらはぎから血を流して床に横たわっているVがいた。丁は、その様子を見て驚いたものの、「ちょうどいい。手に入れたキャッシュカードの暗証番号を聞き出し、現金を引き出そう。」と考え、Vに近付いた。
- Vは、丁に気付き、「何かされるかもしれない。」と考えて、丁に対して恐怖心を抱いた。丁は、横たわっているVのそばにしゃがみ込んでVの顔を見たところ、Vが恐怖で顔を引きつらせていたので、「強く迫れば、容易に暗証番号を聞き出せる。」と考えた。そこで、丁は、Vをにらみ付けながら、「金庫の中にあったキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った。Vは、丁が間近に来たことでおびえていた上、丁からそのように言われ、「言うことを聞かなかったら、先ほどの男にされたようなひどい暴力をまた振るわれるかもしれない。」と考えて、更に強い恐怖心を抱き、丁に対し、「暗証番号は××××です。」と言った。
- 7 丁は、その暗証番号を覚えると、V方から逃げ出し、同日午前3時頃、V方近くの24時間稼働している現金自動預払機（以下「ATM」という。）が設置されたX銀行Y支店にその出入口ドアから入り、同ATMに本件キャッシュカードを挿入した上、その暗証番号を入力して、同ATMから現金1万円を引き出した。
- 8 Vは、同日午前5時頃、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（なお、乙がVの右ふくらはぎを刺した行為とVの死亡とは関連がない。）。



論文式試験問題集 [刑事系科目第2問]

【刑事系科目】

【第2問】（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記【設問1】から【設問4】に答えなさい。

【事例】

1 司法警察員P及びQは、平成27年7月1日午前10時45分、「G県H市内の路上に停車中の自動車内に、大声で叫ぶ不審な男がいる。」との住民からの通報を受け、同日午前10時55分、通報のあった路上にパトカーで臨場したところ、停車中の自動車の運転席に甲を認め（以下、同自動車を「甲車」という。）、その後方にパトカーを停車させた。甲は、エンジンの空吹かしを繰り返して発進せず、全開の運転席窓から大声で意味不明な言葉を発していた。Pが甲に対し、「どうしましたか。」と声を掛けると、甲は、「何でもねえよ。」と答えた。Pは、甲から運転免許証の提示を受け、Qに対し、甲の犯歴を照会するよう指示した。

2 甲には、目の焦点が合わず異常な量の汗を流すなど、覚せい剤使用者特有の様子が見られた。また、同日午前11時、甲には、覚せい剤取締法違反の有罪判決を受けた前科がある旨の無線連絡があった。そこで、Pは、甲につき、覚せい剤の使用及び所持の疑いを抱いた。

Pは、甲から尿の提出を受ける必要があると考え、Qを甲車助手席側路上に立たせ、自らは甲車運転席側路上に立ち、甲に対し、「違法薬物を使っていないかを確認するので、H警察署で尿を出してください。」と言った。甲は、「行きたくねえ。」と言い、甲車を降りてH警察署とは反対方向に歩き出し、2、3メートル進んだが、Pは、「どこに行くのですか。」と言って甲の前に立ち、進路を塞いだ。すると、甲は、「仕方ねえ。」と言い、甲車運転席に戻った。その直後、Pは、甲の左肘内側に赤色の真新しい注射痕を認めて、覚せい剤使用等の疑いを強め、「その注射痕は何ですか。H警察署で尿を出してください。」と言ったが、甲は、「行きたくねえ。献血の注射痕だ。」と言った。

Pは、H警察署に連絡を取り、応援警察官4名を臨場させるよう求め、同4名は、同日午前11時15分に2台のパトカーで到着した。Pは、これらのパトカーをPらが乗って来たパトカーの後方に停車させた上、同4名をそのままパトカー内で待機させた。甲は、同日午前11時20分及び午前11時25分の2度にわたり甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだが、その都度Pは、「どこに行くのですか。H警察署で尿を出してください。」と言って甲の前に立ち、進路を塞いだ。その都度甲は、「警察に行くくらいなら、ここにいる。」と言い、甲車運転席に戻った。その後、甲は、甲車助手席上のバッグからたばこを取り出したが、その際、Pは、同バッグ内に注射器を認めた。そこで、Pが甲に対し、「その注射器は何ですか。見せてください。」と言うと、甲は、「献血に使った注射器だ。見せられない。」と言った。Pは、同注射器の存在や甲の不自然な言動から、覚せい剤使用等の疑いを一層強め、甲車の捜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする捜索差押許可状を請求することとした。

3 Pは、同日午前11時30分、Qに対し、前記各許可状を請求するよう指示し、Pらが乗って来たパトカーでH警察署に向かわせ、甲に対し、「今から、採尿と車内を捜索する令状を請求する。令状が出るまで、ここで待っていてくれ。」と言ったが、甲は、「嫌だ。」と言った。

Pは、応援警察官が乗って来た2台のパトカーを、甲車の前後各1メートルの位置に、甲車を挟むようにして停車させ、甲車が容易に移動できないようにした上、前記応援警察官4名を甲車周囲に立たせ、自らは甲車運転席側路上に立った。その後、甲は、甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだが、Pは、甲の前に立ち、「待ちなさい。」と言って両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、それ以上甲が前に進めないように制止した。すると、甲は、「仕方ねえな。」と言いながら甲車運転席に戻った。

甲は、同日午後零時30分、甲車運転席で、携帯電話を用いて弁護士Rと連絡を取り、「警察に囲まれている。どうしたらいいんだ。」などと、30分間通話した。甲は、同日午後1時、「弁

護士から帰っていいと言われたので、帰るぞ。」と言い、甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだ。Pは、甲の前に立ち、「待ちなさい。」と言って両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、それ以上甲が前に進めないように制止し、更に胸部及び腹部を前方に突き出ししながら、甲の体を甲車運転席前まで押し戻し、「座っていなさい。」と言った。すると、甲は、「車から降りられねえのか。」と言いながら、甲車運転席に座った。その後、甲は、甲車運転席で電話をかけたかっていたが、同日午後4時、再度、甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだ。Pは、両手を広げて甲の進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、胸部及び腹部を前方に突き出ししながら、甲の体を甲車運転席前まで押し戻し、「座っていなさい。」と言った。甲は、「帰れねえのか。」と言いながら甲車運転席に座った。

一方、Qは、H警察署で、前記各許可状を請求する準備を行った後、I簡易裁判所裁判官に対し前記各許可状を請求し、その発付を受け、同日午後4時30分、甲車が止まっていた前記場所に到着した。なお、この間、交通渋滞のため、通常より1時間多くの時間を要した。Pは、Qからすぐに前記各許可状を受け取り、甲立会の下、甲車の捜索を開始した。

4 Pは、前記注射器1本を押収するとともに、甲車助手席上のバッグ内からビニール袋に入った約0.2グラムの覚せい剤1袋を発見して押収し、甲を覚せい剤所持の被疑事実で現行犯逮捕した。甲は、H警察署において、任意に尿を提出し、後日、覚せい剤の成分が検出された。また、改めて行った前科照会の結果、甲には、平成25年4月、覚せい剤取締法違反（使用及び所持）により、懲役1年6月（3年間執行猶予）の有罪判決を受けた前科があることが分かった。

5 甲は、逮捕後の弁解録取手続において、「バッグ内の覚せい剤は、誰かが勝手に入れたものだ。」と弁解して被疑事実を否認した。甲は、平成27年7月3日午前9時30分、I地方検察庁検察官に送致され、検察官Sは、同日午前9時45分から弁解録取手続を開始した。甲はまだ弁護士とは接見しておらず、甲の弁護人選任届も提出されていなかった。弁護士Tは、同日午前9時50分、Sに電話し、甲を取調室に残して別室で応対したSに対し、「私は、甲の妻から依頼を受け、甲の弁護人になろうと考えている。今日の午前10時30分から、H警察署で、甲と接見したい。」と言った。Sは、弁解録取手続終了まで更に約30分を要し、I地方検察庁からH警察署まで自動車ですら約30分を要することから、Tに、「今、弁解録取の手続中です。接見は、午前11時からにしてください。」と伝えた(①)。Tは、「仕方ないですね。しかし、午前11時には、必ず接見させてください。」と言った。

Sによる弁解録取手続において、甲は、前記同様の弁解をして否認し、同手続は、同日午前10時20分に終了したが、その直後、甲は、「実は、お話ししたいことがあります。ただ、今度有罪判決を受けたら刑務所行きですよ。」と言った。Sは、甲が自白しようか迷っていると察し、この機会に自白を得たいと考えた。そこで、同日午前10時25分、Sは、甲を取調室に残し、別室で、Tに電話をかけ、Tに、「これから取調べを行うことにしました。午後零時には取調べを終わりますので、接見は、午後零時30分以降に変更していただきたい。」と伝えた(②)。Tは、「予定どおり接見したい。」と主張して譲らなかったが、Sは、電話を切って取調室に戻り、取調べを開始した。その取調べにおいて、甲は、「平成27年6月28日、知り合いの乙方で、乙から覚せい剤2袋を2万円で買い、1袋分を注射器で使用し、残りを持っていた。」旨、覚せい剤所持の事実のほか、その入手状況及び覚せい剤使用の事実についても自白し、甲の自白調書が作成された。取調中、Tは、当初の予定どおり接見できるよう求めてSに電話をかけたが、Sは、電話に出なかった。甲は、同年7月3日午後零時30分、H警察署に戻り、Tは、すぐに甲と接見した。

Sは、その後、必要な捜査を遂げ、甲を覚せい剤取締法違反（使用及び所持）によりI地方裁判所に公判請求した。

6 Pは、前記甲供述等に基づき、甲に対する覚せい剤譲渡の被疑事実で、乙を通常逮捕した。乙は、「甲に風邪薬をあげたことはあるが、覚せい剤など見たこともない。甲に覚せい剤を売った

とされる平成27年6月28日、私は、終日、外出して自宅にはいなかった。」旨弁解して被疑事実を否認した。乙は、I地方検察庁検察官に送致され、Sは、必要な捜査を遂げ、乙を「平成27年6月28日、G県H市〇町〇番の乙方で、甲に覚せい剤約0.4グラムを代金2万円で譲り渡した。」との公訴事実により、I地方裁判所に公判請求した。

7 乙に対する覚せい剤取締法違反被告事件は、事件の争点及び証拠を整理する必要があるとして、公判前整理手続に付された。乙及びその弁護人Uは、同手続において、当初、前記弁解と同様の主張をしたが、裁判所から、「アリバイ主張について可能な限り具体的に明らかにされたい。」との求釈明を受け、「平成27年6月28日は、終日、丙方にいた。その場所は、J県内であるが、それ以外覚えていない。『丙』が本名かは分からない。丙方で何をしていたかは覚えていない。」旨釈明した。その結果、本件争点については、「(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。」と整理され、甲の証人尋問及び被告人質問等が実施されることが決まった。

8 第1回公判期日において、乙及びUは、公訴事実を否認し、公判前整理手続でしたのと同様の主張をした。

また、同期日に実施された甲の証人尋問において、甲は、【資料】のとおり証言した。

9 第2回公判期日に実施された被告人質問において、乙は、Uの質問に対し、「平成27年6月28日は、J県M市△町△番の戊方にいました。」と供述した。Uからの「丙方ではなく、戊方にいたのですか。」との質問に対し、乙は、「前回の公判期日後、戊から手紙が届き、丙方ではなく、戊方でテレビを見ていたことを思い出しました。」と供述した。そこで、Uは、乙に対し、「あなたが当日戊方にいたことに関し、これから詳しく聞いていきます。まず、戊方で見ていたテレビ番組は何ですか。」と質問した(④)。これに対し、Sは、「弁護人の質問は、公判前整理手続において主張されていない事実に関するものであり、制限されるべきである。」と述べて異議を申し立てた。

〔設問1〕 【事例】中の2及び3に記載されている司法警察員Pらが甲を留め置いた措置の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 検察官Sによる下線部①及び②の各措置の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問3〕 【資料】に記載されている下線部③の証言の証拠能力について、想定される要証事実を検討して論じなさい。

〔設問4〕 被告人乙が戊方にいたことを前提とする弁護人Uの下線部④の質問及びこれに対する乙の供述を、刑事訴訟法第295条第1項により制限することができるか。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考慮しつつ論じなさい。

#### (参照条文) 覚せい剤取締法

第19条 左の各号に掲げる場合の外は、何人も、覚せい剤を使用してはならない。

(以下略)

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

(以下略)

第41条の3 次の各号の一に該当する者は、10年以下の懲役に処する。

一 第19条(使用の禁止)の規定に違反した者

(以下略)

【資料】

検察官：あなたが平成27年7月1日に所持していた覚せい剤は、どのように入手したのですか。

甲：平成27年6月28日に、知り合いの乙から、乙の自宅で、2万円で購入しました。

検察官：どのようないきさつで、乙から覚せい剤を買うことになったのですか。

甲：乙から、電話で、「いい薬があるけど、買わないか。」と言われたからです。「いい薬」と言われ、覚せい剤だとピンとききました。それで乙の自宅に行ったのです。

検察官：あなたが覚せい剤を買ったとき、乙は、何と書いていましたか。

甲：乙は、覚せい剤だとは言っていませんでした。しかし、乙は、私にビニール袋に入った覚せい剤を2袋渡して、「帰るときは、K通りから帰るなよ。あそこは警察がよく検問をしているから、遠回りでもL通りから帰れよ。お前が捕まったら、俺も刑務所行きだから気を付けろよ。」(③)と言いました。

弁護人：異議があります。ただ今の甲の証言は、伝聞証拠です。

(以下略)





**れっく** **LEC** 東京リーガルマインド

LU17128