

司法試験

---

## 論文試験～合格答案作成講義

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





# 矢島の合格答案作成講義

無料公開講座

今回は、司法試験の論文試験の過去問のうち以下の設問を用いて論文の答案の書き方を学習します。

- ・平成24年度 刑事訴訟法 設問1
- ・平成26年度 民法 設問1

平成29年9月17日

LEC専任講師 矢島 純一

\*合格に必要な4つの講座

- ① 矢島の速修インプット講座 →論文試験と短答試験に共通する重要知識の修得
- ② 矢島の論文完成講座 →合格答案の書き方を修得
- ③ 矢島のスピードチェック講座 →論文試験の合格に必要な知識の中でも特に重要なものを短時間で総復習
- ④ 矢島の最新過去問&ヤマ当て講座 →直近の司法試験の論文試験の質にあわせた合格答案のイメージ作りとヤマ当て知識の確認

【第1問】(配点：100〔設問1〕,〔設問2〕及び〔設問3〕の配点の割合は、3：4：3)

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。

I

【事実】

1. 平成20年8月頃、Aは、妻であるBと一緒にフラワーショップを開くため、賃貸物件を探していたところ、Cの所有する建物（以下「甲建物」という。）の1階部分が空いていることを知った。
2. 甲建物は10階建ての新築建物で、1階及び2階は店舗用の賃貸物件として、3階以上は居住用の賃貸物件として、それぞれ利用されるようになっていた。また、甲建物は最新の免震構造を備えているものとして、賃料は周辺の物件に比べ、25パーセント高く設定されていた。
3. Aは、建物の安全性に強い関心を持っていたことから、Cに問い合わせたところ、【事実】2の事情について説明を受けたので、賃料が高くても仕方がないと考え、甲建物の1階部分を借りることを決め、平成20年9月30日、Cとの間で甲建物の1階部分について賃貸借契約を締結した。AC間の約定では、期間は同年10月1日から3年、賃料は月額25万円、各月の賃料は前月末日までに支払うこととされ、同年9月30日、AはCに同年10月分の賃料を支払った。この賃貸借契約に基づき、同年10月1日、CはAに甲建物の1階部分を引き渡した。
4. その後、甲建物の1階部分でAがBと一緒に始めたフラワーショップは繁盛し、Cに対する賃料の支払も約定どおり行われた。ところが、平成22年8月頃、甲建物を建築した建設業者が手抜き工事をしていたことが判明した。この事実を知らなかったCが慌てて調査したところ、甲建物は、法令上の耐震基準を満たしているものの、免震構造を備えておらず、予定していたとおりの免震構造にするためには、甲建物を取り壊して建て直すしかないことが明らかになった。
5. Cから【事実】4の事情について説明を受けたAは、フラワーショップを移転することも考えたが、既に常連客もおり、付近に適当な賃貸物件もなかったため、そのまま甲建物の1階部分を借り続けることにした。しかし、Aは、甲建物が免震構造を備えていなかった以上、賃料は月額20万円に減額されるべきであると考え、平成22年9月10日、Cにその旨を申し入れた。これに対し、Cは、【事実】2の事情は認めつつも、自分も被害者であること、また、甲建物は法令上の耐震基準を満たしており、Aの使用にも支障がないことを理由に、賃料減額には応じられない、と回答した。
6. Aは、Cのこのような態度に腹を立て、平成22年9月30日、Cに対して、今後6か月間、賃料は一切支払わない、と告げた。Cがその理由を問いただしたのに対し、Aは、甲建物の1階部分の賃料は、本来、月額20万円であるはずなのに、Aは、既に2年間、毎月25万円をCに支払ってきたため、120万円を支払い過ぎた状態にあり、少なくとも今後6か月分の賃料は支払わなくてもよいはずである、と答えた。

これに対して、Cは、そのような一方的な行為は認められないと抗議し、Aに対して従来どおり賃料を支払うように催促したが、その翌月以降もCの再三にわたる催促を無視してAが賃料を支払わない状態が続いた。そこで、平成23年3月1日、Cは、Aに対して、賃料の不払を理由としてAとの賃貸借契約を解除する旨の意思表示をした。

【設問1】 【事実】1から6までを前提として、次の問いに答えなさい。

AがCによる賃貸借契約の解除は認められないと主張するためには、【事実】6の下線を付した部分の法律上の意義をどのように説明すればよいかを検討しなさい。

以下略

## 平成26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〕

本問は、AがCから賃借した建物が最新の免震構造を備えているとして賃料が高く設定されていたのに、そうではなかったことが判明し、Aがその後の賃料の支払を拒絶した事例（設問1）、Aが死亡し、その妻Bが直接の加害者Eの使用者であるDとの間で、B及びBの妊娠中の胎児がAの相続人であることを前提として和解契約を締結したが、その後Bが流産をした事例（設問2）、丁土地上に丙建物が存在していた場合において、丁土地の持分が順次GからHに譲渡され、丙建物がCからKに譲渡された事例（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。当事者間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、賃貸借契約における解除の要件を問い、賃借物が約定された性質を有しないことの法的意味を検討させることにより、法的分析力及び法的構成力を問うものである。

本問では、Cは、Aに対して、賃料の不払を理由としてAとの賃貸借契約を解除する旨の意思表示をしている。したがって、まず、この解除は、民法第541条に基づき、Aの債務不履行を理由とするものであることが指摘されなければならない。この解除についてはその他の要件も必要となるが、必ずしもその網羅的な指摘及び検討を求めるものではない。【注：本問は設問の形式が「AがCによる賃貸借契約の解除は認められないと主張するためには、事実6の下線を付した部分の法律上の意義をどのように説明すればよいかを検討しなさい。」となっていることから、当該主張の法律上の意義が、相殺の意思表示に当たるということを中心に論じていけばよい。】

これに対して、Aは、賃料は、本来、月額20万円であるはずなのに、既に2年間、毎月25万円をCに支払ってきたため、120万円を払い過ぎた状態にあり、少なくとも今後6か月分の賃料は支払わなくてもよいはずであると主張している。この主張は、Aに債務不履行は認められないという趣旨のものであるとみることができる。

問題は、このAの主張を基礎付けるために、どのような法的構成が考えられるかである。ここでは、①賃料は月額20万円であり、2年間にわたって毎月5万円ずつ賃料を払い過ぎた分については不当利得返還請求権が認められ、それと今後6か月分の賃料とを相殺するという方法と、②賃料は月額25万円であるものの、AはCに対して月額5万円の損害賠償請求権を有しており、それと今後6か月分の賃料とを相殺するという方法が考えられる。①の主張をするためには、毎月の賃料が当初から20万円であったことを法的に説明しなければならず、②の主張をするためには、Aは毎月5万円の損害を受けてきたほか、今後6か月分の賃料についても、毎月25万円の賃料債務を負担しつつ、毎月5万円の損害賠償を請求することができるので、これらを含め、相殺することが可能であることを説明しなければならない。賃貸借契約の性質に照らすならば、①の方が②よりも素直な構成であり、また、設問におけるAの主張により整合的であるといえる。しかし、必ずしも②の考え方を排除する趣旨ではなく、整合的で首尾一貫した法的構成を案出し、これが的確に提示されていれば、それに応じた評価をすることとしている。

①の主張を基礎付けるためには、契約上予定された物を使用収益させてはじめてそれに対応した賃料が発生するという賃貸借契約における一般的な法理や、危険負担の法理によるほか、民法第611条第1項を類推【注：611条1項「賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したときは、賃借人は、その滅失した部分の割合に応じて、賃料の減額を請求することが

できる。』) する方法などが考えられる。そこでは、前提となる法理や規定の意義と射程を正確に説明し、当初から賃料が減額されることを基礎付ける必要がある。このほか、契約の解釈による方法も考えられるが、この場合は、そのような契約の解釈が許される根拠を的確に説明する必要がある。さらに、錯誤無効を理由とする方法も考えられるが、この場合は、毎月5万円の限度で契約が一部無効となることを説得的に基礎付ける必要がある。

②の主張を基礎付けるためには、最新の免震構造を備えた物を使用収益させるという債務の不履行や説明義務の違反を理由とする損害賠償のほか、瑕疵担保に関する規定の準用（民法第559条による同法第570条の準用）による損害賠償が考えられる。そこでは、Cの債務の内容を正確に理解した上で、損害賠償請求の要件が何であり、それが満たされているか否か、損害額が5万円とされる理由は何かという点について説得的に論じる必要がある。

このように、Aの主張を基礎付けるための法的構成は複数考えられるが、そのいずれかについて、根拠・要件・効果にわたり、説得的で一貫した考え方を提示し、本問の事例に即した検討をすることが期待されている。複数の法律構成を羅列することが求められているわけではない。

いずれの法的構成によるとしても、Aに債務不履行が認められないとするためには、AがCに対して有している債権と賃料債権を相殺する必要がある。したがって、下線部のAの主張には相殺の意思表示が含まれていることも検討しなければならない。

以下略

## 平成26年新司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第1問）

### 1 出題の趣旨等

出題の趣旨及び狙いは、既に公表した出題の趣旨（「平成26年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第1問〕」）のとおりである。

### 2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

具体的には、民法上の問題についての基礎的な理解を確認し、その応用を的確に行うことができるかどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、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を試そうとするものである。

その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。また、全体として適切な得点分布が実現されるよう努めた。以上の点も、従来と同様である。●

### 3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験審査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の4つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、これらは各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。

また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、(4)で紹介することとする。

(1) 設問 1 について

ア 設問 1 の全体的な採点実感

設問 1 は、賃貸借契約について賃料の不払を理由とする解除の意思表示がされたケースを題材とし、賃貸目的物が約定された性質を有しない場合に、賃借人は賃貸人に対してどのような法的主張をすることができるかを問うものである。ここでは特に、**当事者の主張を的確に読み取り、それに適した法律構成を構築し展開する能力が試されている。**

設問 1 において、A は、C による解除を否定するに当たり、これまで賃料を払いすぎていたことを理由に、今後 6 か月間は賃料を払わなくてよいはずであると主張している。この A の主張は、賃料の不払という A の債務不履行を否定するものと位置付けることができる。比較的多くの答えは、A の主張をこのように理解した上で、**A が 120 万円を払いすぎたとするためには、どのような法律構成が考えられるかを検討**しており、的確な理解が示されていた。理論と実務の架橋を 1 つの目的とする法科大学院教育の成果を示すものといえるだろう。

もともと、中には、債務不履行の存否に全く触れることなく、A には帰責事由が認められないとしたり、背信性を認めるに足りない特段の事情が認められるとしたりする答案も散見された。しかし、今後 6 か月間は賃料を払わなくてもよいはずであるという A の主張は、その間の賃料債務が存在しないという趣旨を含んでおり、帰責事由や背信性の存否を検討する前に、**まず債務不履行の存否を検討する必要がある。**設問 1 では、このように、当事者の主張を的確に読み取る能力も試されている。

次に、A の主張を正当化するためには、**A が賃料を 120 万円払いすぎていたことを基礎付ける必要がある、そのための法律構成を構築し展開することが設問 1 の中心的な課題**である。その際、法律構成としては**複数のものが考えられるが、それらを平板に羅列するのではなく、採用されるべき法律構成について、その根拠を説得的に示した上で、その要件と効果を的確に分析し、設問 1 の事実関係をそこに適切に当てはめる**ことが求められている。以下では、**答案に現れた代表的な法律構成とそれぞれの構成において検討すべき問題点を指摘**しておくこととする。

まず、甲建物が免震構造を有していないことにより、賃料が当然に減額されるという考え方があり得る。この考え方を採用するためには、まず、その**法的根拠**が示されなければならない。例えば、**民法第 536 条第 1 項を根拠**とするのであれば、なぜ設問 1 で同項が意味を持ち得るかについて、同項の趣旨を踏まえつつ、論じる必要がある。また、**契約の解釈を根拠**とするのであれば、「契約の解釈」や「当事者の合理的な意思」といった、**この法律構成に特有の表現を用いるだけでなく、設問の契約の趣旨や契約締結に至る経緯等の具体的事情を手掛かりとして、契約の解釈として認められる方法に従った考察**がされなければならない、単に問題文の事情を書き写すだけでは、そのような考察がされたとはいえない。

また、**賃料減額請求権（民法第 611 条第 1 項）を類推適用**するという構成も考えられる。そのためには、設問 1 と民法第 611 条第 1 項が**本来想定している場面との異同を確認**した上で、**類推の基礎をどこに求めるか、それとの関係で、「滅失」（同項）の意義をどのように解するかが検討**されなければならない。これに対して、ごく少数ではあるが、**借地借家法第 32 条第 1 項の借賃増減請求権を手掛かりとする**答案も見受けられた。しかし、この借賃増減請求権は、民法第 611 条第 1 項とは異なり、「将来に向かって」借賃の額の増減を請求することができるものと明定されており、これを A の主張を正当化する法的根拠とするのは困難であろう。

答案において最も多く見られた構成は、**瑕疵担保責任**に基づくものである（第 559 条が準用する第 570 条）。この構成を採用した答案のかなりのものは、**瑕疵担保責任の趣旨のほか、「瑕疵」や「隠れた」といった要件の意義及びそれらへの当てはめ**について、おおむね適切な論述がされており、その限りでは比較的良好な出来であった。これに対し、**瑕疵担保責任の効果に関する検討**は、不十分なものが多かった。損害額が月額 5 万円となる根拠については、全く言及されていないか、不十分な検討しかされていないものが多く、加えて、この構成によれば、**賃料の月額**は 2

5万円のままとなるのであるから、今後6か月分の賃料（賃料が減額されなければ合計150万円となる。）について債務不履行がないことを基礎付けるためには、更に説明が必要となるにもかかわらず、そこまで踏み込んでいる答案は少数であった。そのほか、Cは免震構造を有する建物を賃貸する義務を負っているのに、その義務を尽くしていないことから、AのCに対する損害賠償請求の根拠を債務不履行責任（民法第415条後段）に求める答案もあった。しかし、この構成を採用する答案にあっても、瑕疵担保責任に基づく構成と同様、法的効果に関する検討が適切にされているものは少数であった。

このほか、錯誤（民法第95条本文）を理由とする答案も散見された。しかし、要素の錯誤であることを肯定しながら、なぜ25万円の賃料のうち5万円の部分だけが無効（一部無効）となるのかという点について説明しようとするものは少数であった。

全体として、瑕疵担保責任を中心とする損害賠償構成が多く、賃料減額（請求権）構成は比較的少数であった。しかし、一方で賃料の月額を2.5万円としつつ、他方で月々5万円の損害が継続的に発生するという構成は、その実質が賃料の減額であることを考えると、迂遠であり、不自然な構成であることは否めない。限られた時間内に一貫性のある法律構成を提示しなければならないという状況の下にあってはやむを得ない面があり、このような構成をした答案にも相応の評価をしているが、賃料債権の性質等について踏み込んだ検討を行い、そこから一定の法律構成を導いている答案には、より積極的な評価をした。

最後に、AがCに対して120万円の債権を有しているとする、今後6か月分の賃料は払わなくてもよいはずであるというAの主張は、この120万円の債権と賃料債権とを相殺する旨の意思表示（民法第506条第1項）であると解される。AのCに対する債権の発生原因についての的確な分析を行っている答案の多くは、相殺についても必要な分析及び検討がされていた。

#### イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、Aの主張が債務不履行を否定する趣旨のものであるという前提のもと、例えば、賃料減額（請求権）や損害賠償（瑕疵担保責任ないし債務不履行責任）といった法律構成につき、関係する規定の趣旨を踏まえ、要件及び効果の両面にわたってその意義を明らかにし、設問1の事実関係に適切に当てはめることにより、全体として整合的な解答を導いているものである。前述のとおり、特に損害賠償構成によるときは、今後6か月分の賃料についても債務不履行がなかったことを基礎付けるためには更に説明が必要となるが、この問題点に気付き、一定の説明をしている答案は、優秀な答案と評価することができる。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と同じ法律構成を挙げつつも、関係する規定の趣旨の指摘や法律構成の理由付けがやや不十分であったり、要件については充実した論述をしながら、効果についての論述は手薄であるなど、論述に周到さや丁寧さが欠けていたりするものである。このほか、例えば錯誤に基づく構成を採用するものであっても、要素の錯誤を認めることと無効の範囲（一部無効）との関係など、当該法律構成の難点を自覚しつつ、これを乗り越えようと試みる答案には、相応の評価を与えている。

一応の水準に該当する答案の例は、上に示した法律構成を挙げているものの、その理由付けが十分とはいえず、また、要件や効果についても、一定程度の理解は示しているものの、不正確な箇所も散見されるものである。

不良に該当する答案の例は、Aの主張が債務不履行を否定する趣旨のものであることは正確に理解しつつも、根拠となる法律構成を示すことなく、AはCに120万円の不当利得返還請求権を有しているなどとするもののほか、債務不履行の存否を検討することなく、もっぱら帰責事由や背信性の存否についてのみ考察するものである。

(2) (3) 略

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

民法全般について過不足のない知識と理解を身に付けることが実務家になるためには不可欠である。今回の出題についても、該当分野について基本的な理解が十分にできており、それを前提として一定の法律構成を提示し、それに即して要件及び効果に関する判断が行われていれば、十分合格点に達するものと考えられる。しかし、残念ながら、民法に関する基本的な知識と理解が不足ないし欠如している答案や、実体法である民法についての出題であるにもかかわらず、請求原因や抗弁等の説明に終始し、肝心の実体法の解釈論に触れていない答案も一定数存在した。●

また、文章力に問題があるために、論述の内容について複数の読み方が可能であり、どちらの趣旨であるかが容易に判別することができない答案も存在した。当然のことながら、採点者は、答案の記載内容だけから評価をするのであり、趣旨が判然としない答案はそれを前提とした評価をせざるを得ず、善解することはできないのであるから、複数の解釈が可能となるような曖昧な表現は避けるよう留意すべきである。●

以下略

4 法科大学院における学習において望まれる事項

これは、民法に限ったことではないが、法律家になるためには、何よりも、具体的なケースに即して適切な法律構成を行い、そこで適用されるべき法規範に基づいて自己の法的主張を適切に基礎付ける能力を備える必要がある。こうした能力は、教科書的な知識を暗記して、ケースを用いた問題演習を機械的に繰り返せば、おのずと身に付くようなものではない。重要なのは、一般に受け入れられた法的思考の枠組みに従って問題を捉え、推論を行うことができるかどうかである。それができていなければ、条文や判例・学説の知識が断片的に出てくるけれども、それを適切な場面で適切に使うことができず、法的な推論として受け入れられないような推論を行うことになりがちである。

そうした法的思考の枠組みの要となるのは、法規範とはどのようなものであり、法的判断とはどのような仕組みで行われるものかという理解である。例えば、法規範には、要件・効果が特定されたルールほかに、必ずしも要件・効果の形をとらない原理や原則と呼ばれるものがある。法規範となるルールが立法や判例等によって明確に形成されており、その内容に争いがなければ、それをそのまま適用すればよいけれども、ルールの内容が明確でない場合には、解釈によってその内容を確定する必要がある。そこでは、それぞれの規定や制度の基礎にある原理や原則に遡った考察が必要となる。

また、法規範となるルールが形成されておらず、欠缺がある場合には、同じような規定や制度の基礎にある原理や原則、さらには民法、ひいては法一般の基礎にある原理や原則にまで遡り、これを援用することによって、不文のルールを基礎付けなければならない。そのような法規範の確定を前提として、その要件に事実を当てはめることによって、実際の法的判断を行う。そうした基本的な法的思考の枠組みが理解され、身に付いていなければ、幾ら教科書的な知識を暗記しても、また、幾ら問題演習を繰り返し、答案の書き方と称するものを訓練しても、法律家のように考えることはできない。

司法試験において試されているのも、究極的には、このような法的思考を行う能力が十分に備わっているかどうかである。もちろん、その前提として、それぞれの法制度に関する知識は正確に理解されていなければならない、それらの知識の相互関係も適切に整理されていなければならない。しかし、そのような知識や理解を実際に生かすためには、法的思考を行う能力を備えることが不可欠である。

法科大学院では、発足以来、まさにこのような法的思考を行う能力を養うことを目指した教育が行われてきたと見ることができる。司法試験の可否という表面的な結果に目を奪われることなく、その本来の目標を今一度確認し、さらに工夫を重ねながら、その実現のために適した教育を押し進めることを望みたい。また、受験生においても、法律家となるための能力を磨くことこそが求められる

ていることを自覚して，学習に努めていただきたい。

### 第1 設問1 (配点3)

1 CのAに対する契約解除の根拠は、賃料の不払いを理由とする債務不履行解除(541条)であると考えられる。これに対して、事実6の下線部分のAの主張の内容からすると、Aは、賃料は本来月額20万円であり、既に2年間毎月25万円をCに支払ってきたため過払金120万円の不当利得返還請求権が発生し(703条)、これと今後6月分の賃料債権を相殺するので(505条1項本文)、賃料不払いを理由とする債務不履行解除はできないと主張していると考えられる。

2(1) **相殺**が認められるためには、①同種の目的を有する**自働債権と受働債権が対立**していることが必要である(505条1項本文)。また、②相殺の要件として条文上は双方の債務の弁済期の到来が要求されているが、相殺をする者が自らの期限の利益を放棄するのは自由に認められるべきなので、受働債権の弁済期が到来していなくても、自働債権の弁済期が到来していれば相殺は認められると考える。

(2) 自働債権と受働債権の対立の有無

ア まず、自働債権の成否を検討する。本件賃貸借契約が当初から賃料月額20万円で成立していたものといえるのであれば、差額賃料が毎月5万円で2年分発生し、AのCに対する過払金120万円が法律上の原因なくCの損失においてAが受益したものといえるため、CはAに120万円の不当利得返還請求権を自働債権として取得する。

イ そこで検討するに、賃貸借契約は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって成立する諾成契約であり(601条)、契約内容は、賃貸借契約の要素である賃貸の目的物や賃料額につき当事者がどのような合意をしたかにより定まる。その合意の内容については、契約の文面のみならず、契約締結に至る経緯を考慮して、契約当事者の意思を合理的に解釈して判断すべきものとする。

ウ **本問をみるに**、AC間では形式上は月額賃料25万円であることを内容として本問の賃貸借契約を締結している。しかし、賃貸の目的物たる甲建物は、最新の免震構造を備えていたからこそ周辺の物件に比べて25%高い賃料が設定されており、建物の安全性に関心をもっていたAが、そのことをCから説明されて納得した上で賃料月額25万円の賃貸

借契約を締結したという**経緯**がある。この経緯からすると、A及びCの合理的意思としては、免震構造がある甲建物については賃料月額25万円とするが、免震構造がない甲建物については周辺の物件の相場に従い賃料月額20万円とする賃貸借契約を成立させる意思があったと考えるのがA及びCの**合理的意思解釈**であるといえる。以上のことから、免震構造がない甲建物についてされた**本問賃貸借契約は、当初から賃料月額20万円のものとして成立**したといえる。

したがって、CがAに支払った差額過払い賃料月額5万円の2年分の合計120万円は、法律上の原因なくCの損失においてAが受益したものといえるのであり、CはAに対する120万円の不当利得返還請求権を自働債権として取得する。

エ 一方、本件賃貸借契約の賃料月額は20万となるので、月額賃料20万円の今後6か月分の合計120万円が受働債権となる。したがって、金銭債権という同種の目的を有する**自働債権と受働債権が対立**しているといえる。

(3) この**自働債権の弁済期は、平成22年9月30日の時点で、到来**しているので、Aは、この自働債権につき、今後6か月分の合計120万円の賃料債権を受働債権として相殺することができる。

5 以上のとおり、本問では相殺の要件を満たし、Aによる相殺の意思表示により相殺の効力が生じるので、Aに賃料不払いの債務不履行はなく債務不履行解除は認められない。よって、AがCによる賃貸借契約の解除は認められないと主張するためには、事実6の下線部分の法律上の意義を上記のように説明すればよい。

〔設問1以上〕

調整余白

【刑事系科目】 司法試験 平成24年度 刑事訴訟法

【第2問】(配点：100)

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

1 平成23年10月3日、覚せい剤取締法違反の検挙歴を有する者がH県警察I警察署を訪れ、司法警察員Kに対し、「昨日(同月2日)、H県I市J町にある人材派遣会社のT株式会社の社長室で、代表取締役社長甲から、覚せい剤様の白色粉末を示され、『シャブをやらないか。安くするよ。』などと覚せい剤の購入を勧められた。自分は断ったけれども、甲は、裏で手広く覚せい剤の密売を行っているといううわさがある。」旨の情報提供をした。そこで、司法警察員Kは、部下に、T株式会社についての内偵捜査を命じた。同社は、H県I市J町〇丁目△番地に平屋建ての事務所建物を設けて人材派遣業を営んでおり、代表取締役社長の甲以外に数名の従業員が同事務所で働いていることが判明した。また、司法警察員Kの部下が同事務所を見張っていたところ、かつて覚せい剤取締法違反で検挙したことのある者数名が同事務所に入出入りしているのが確認できた。その後、司法警察員Kは、部下に、同事務所に入出入りしている人物1名に対する職務質問を実施させたが、その者はこれに応じなかったため、司法警察員Kは、証拠隠滅を防ぐには、すぐにT株式会社に対する搜索差押えを実施する必要があると考えた。そこで、司法警察員Kは、同月5日、H地方裁判所裁判官に、被疑者を「甲」、犯罪事実の要旨を「被疑者は、営利の目的で、みだりに、平成23年10月2日、H県I市J町〇丁目△番地所在のT株式会社において、覚せい剤若干量を所持した。」として搜索差押許可状の発付を請求した。これを受けて、H地方裁判所裁判官は、搜索すべき場所を「H県I市J町〇丁目△番地T株式会社」、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、ビニール袋、はさみ、注射器、手帳、メモ、ノート、携帯電話」とする搜索差押許可状を発付した。

2 司法警察員Kらは、同月5日午後3時、T株式会社事務所に赴き、応対に出た同社従業員のWに対し、「警察だ。社長のところに案内してくれ。」と告げて同事務所に入り、Wの案内で社長室に入ったところ、そこには、甲及び同社従業員の乙の2名がいた。司法警察員Kらは、甲に前記搜索差押許可状を呈示した上で、搜索に着手し、同社長室内において、電子秤、チャック付きの小型ビニール袋100枚、注射器50本のほか甲の携帯電話を発見してこれらを差し押さえた。

搜索が継続中の同日午後3時16分、T株式会社事務所に宅配便荷物2個が届き、Wがこれを受領した。同宅配便荷物は、1個が甲宛て、もう1個は乙宛てであったが、いずれも差出人は「U株式会社」、内容物については「書籍」と記載されていた上、伝票の筆跡は酷似し、外箱も同じであった。Wは、これを社長室に届け、甲宛ての荷物を甲に、乙宛ての荷物を乙に渡した。甲は、手に持った荷物に貼付されていた伝票を見た後、乙の顔を見て、「受け取ってしまったものは仕方がないよな。今更返せないよな。」などと言い、この荷物を自分の足下に置いた。これに対し、乙も、甲の顔を見ながら、「そうですね。仕方ないですね。」などと言い、同じく、受け取った荷物を自分の足下に置いた。このやり取りを不審に思った司法警察員Kは、甲及び乙に、「どういう意味か。」と聞いたが、甲及び乙は、いずれも、無言であった。

司法警察員Kは、差し押さえた甲の携帯電話の確認作業を行ったところ、丙なる人物から送信された「ブツを送る。いつものようにさばけ。10月5日午後3時過ぎには届くはずだ。二つに分けて送る。お前宛てのは、お前1人でさばく分、乙宛てのは、お前と乙の2人でさばく分だ。10日間でさばき切れなかったら、取りあえず送り返せ。乙にも伝えておけ。」と記載されたメールを発見した。さらに、司法警察員Kは、甲から乙宛てに送信した「丙さんから連絡があった。10月5日午後3時過ぎには、新しいのが届く。2人でさばく分も来る。その日、午後3時前には社長室に來い。ブツが届いたら2人で分ける。」と記載されたメールを発見するとともに、乙

から送信された「分かりました。その頃に社長室に行きます。」と記載されたメールを発見した。この間、司法警察員Kが、伝票に記載されていた「U株式会社」の所在地等について部下に調べさせたところ、その地番は実在せず、また、電話番号も現在使用されていないものであることが判明した。

このような経緯から、司法警察員Kは、これらの宅配便荷物2個には、いずれも、覚せい剤が入っていると判断し、甲及び乙に対し、それぞれの荷物の開封を求めた。しかし、甲及び乙は、いずれも、「勘弁してください。」と言い、その要請を拒否した。その後も司法警察員Kは、同様の説得を繰り返したが、甲及び乙は応じなかった。

そこで、司法警察員Kは、同日午後3時45分、乙宛ての荷物を開封した[捜査①]。その結果、荷物の中から大量の白色粉末が発見された。次いで、司法警察員Kは、甲宛ての荷物を開封したところ、こちらからも乙宛ての荷物の半分くらいの量の白色粉末が発見された。司法警察員Kは、これらの白色粉末は覚せい剤だと判断し、甲及び乙に、「これは覚せい剤だな。売るためのものだ。覚せい剤かどうか調べさせてもらおうぞ。」と言った。これに対し、甲は、「ばれてしまったものは仕方がない。調べるなり何なり好きにしてい。」と言い、乙も、「仕方がないな。俺宛てのものも調べてもいい。」などと言った。そこで、司法警察員Kは、部下に命じて、各荷物に入っていた白色粉末が覚せい剤か否か試薬を用いて調べさせたところ、いずれも覚せい剤である旨の結果が出たことから、同日午後3時55分、甲及び乙を、いずれも営利目的での覚せい剤所持の事実で現行犯逮捕し、それぞれに伴う差押えとして、各覚せい剤を差し押さえた。

- 3 司法警察員Kは、甲及び乙による覚せい剤密売の全容を明らかにするためには、乙の携帯電話や手帳等を押収する必要があると考え、乙に対し、これらの所在場所を確認したものの、乙は無言であった。そこで、司法警察員Kは、甲にも確認したが、甲は、「さあ、どこにあるか知らない。隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。でも、更衣室もロッカーも、社長の俺が管理しているけど、中の荷物は乙のものだから、乙に聞いてくれ。」などと言った。これを受けて、司法警察員Kが、乙に対し、ロッカーの中を見せるよう求めたところ、乙は、「俺のものを勝手に荒らされたくない。」と述べて拒否した。

そこで、司法警察員Kは、乙に対する説得を諦め、部下を連れて社長室に隣接している更衣室に入った。乙と表示のあるロッカーは、施錠されていたことから、司法警察員Kは、乙に対し、鍵を開けるよう言ったが、乙は応じなかった。そのため、司法警察員Kは、同日午後4時20分、社長室の壁に掛かっていたマスターキーを使って同ロッカーを解錠し、捜索を実施した[捜査②]。同ロッカーには、乙の運転免許証が入った財布が入っており、乙のロッカーであることは確認できたものの、差し押さえるべき物は発見できず、司法警察員Kらは捜索を終了した。

- 4 その後、司法警察員Kら及び事件の送致を受けたH地方検察庁検察官Pが所要の捜査を行った。甲及び乙は、事実関係を認め、密売するために覚せい剤をT株式会社社長室で所持していたこと、甲宛ての覚せい剤は甲1人で密売するためのもの、乙宛ての覚せい剤は甲と乙が2人で密売するためのものであることなどを述べた。一方で、甲及び乙は、各覚せい剤について、密売組織の元締である丙から送られたもので、10日間の期限内に売り切れなかった分は丙に送り返さなければならなかったこと、覚せい剤の売上金は、その9割を丙に送金しなければならず、自分たちの取り分は合わせて1割だけであったことなどを述べた。また、甲宛ての宅配便荷物内に入っていた覚せい剤は100グラム、乙宛ての宅配便荷物内に入っていた覚せい剤は200グラムであった。

同月26日、検察官Pは、甲について、営利の目的で、単独で、覚せい剤100グラムを所持した事実(公訴事実の第1事実)、及び、営利の目的で、乙と共謀して、覚せい剤200グラムを所持した事実(公訴事実の第2事実)で、H地方裁判所に起訴した(甲に対する公訴事実は【資料1】のとおり)。また、検察官Pは、乙についても、営利の目的で、甲と共謀して、覚せい剤200グラムを所持した事実で、H地方裁判所に起訴し、甲及び乙は、別々に審理されることとなった。

なお、検察官Pは、甲及び乙を起訴するに当たり、両名について、丙との間の共謀の成否を念頭に置いて捜査し、丙が実在する人物であることは確認できたものの、最終的には、丙及びその周辺者が所在不明であり、これらの者に対する取調べを実施できなかったことなどから、甲及び乙と、丙との間の共謀については立証できないと判断した。

- 5 同年11月24日に開かれた甲に対する第1回公判期日で、甲及びその弁護人Bは、被告事件についての陳述において、公訴事実記載の客観的事実自体はこれを認めたが、弁護人Bは、覚せい剤は、密売組織の元締である丙の手足として、その支配下で甲らが販売を行うことになっていたもので、公訴事実の第1事実及び第2事実いずれについても、丙との共謀が成立することを主張し、その旨の事実を認定すべきであるとの意見を述べた。引き続き、検察官Pは冒頭陳述を行い、甲らが丙から覚せい剤を宅配便荷物により交付されたことについて言及したものの、それ以上、甲らと丙との関係には言及しなかった。

証拠調べの結果、裁判所は、公訴事実について、①甲らが、営利の目的で、同日同所において、各分量の覚せい剤を所持した事実自体は認められる、②各覚せい剤の所持が、丙との共謀に基づくものである可能性はあるものの、共謀の存否はいずれとも確定できない、③仮に甲らと丙との間に共謀があるとした場合、甲らは従属的立場にあることになるから、甲らと丙との間に共謀がない場合よりは犯情が軽くなる、と考えた。

論告・弁論を経て、裁判所は、同年12月8日に開かれた公判期日において、【資料1】の公訴事実に対し、格別の手続的な手当を講じないまま、弁護人Bの主張どおり、【資料2】の罪となるべき事実を認定し、甲に有罪判決を宣告した。

**【設問1】** 下線部の〔捜査①〕及び〔捜査②〕の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。〔捜査②〕については、捜索差押許可状に基づく捜索としての適法性及び乙の現行犯逮捕に伴う捜索としての適法性の両者を論じなさい。

なお、甲の携帯電話の差押え及びその中身の確認までの一連の手続の適法性については問題がないものとする。

以下略

## 【出題の趣旨】

### 【刑事系科目】

#### 〔第2問〕

本問は、覚せい剤取締法違反事件を素材とした捜査・公判に関する具体的事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法を適用するに当たって重要な具体的事実の分析、評価及び具体的帰結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学識、適用能力及び論理的思考力を試すものである。

**設問1**は、司法警察員が**T株式会社事務所を捜索すべき場所**とする**捜索差押許可状**に基づき、**捜索実行中に**同事務所社長室に届いた**従業員乙宛ての宅配便荷物を開封**したこと（**捜査①**）及びその荷物の中から覚せい剤を発見し、**乙を現行犯逮捕**した後に同事務所**更衣室**に設置された**乙の使用するロッカー内を捜索**したこと（**捜査②**）に関し、その適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第218条第1項の定める**捜索差押許可状に基づく捜索**及び同法第220条第1項第2号の定める**逮捕に伴う捜索**についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

同法第218条第1項は、**司法警察職員は裁判官の発する令状により捜索**することができるとしているが、令状には、**被疑者の氏名、罪名、差し押さえるべき物、捜索すべき場所、有効期間等**が記載されているのであり、**捜査機関は、裁判官がその捜索差押許可状によって明示・許可した範囲内でのみ捜索**できる。**本事例**において、H地方裁判所裁判官は、**特定の有効期間を付して捜索すべき場所**を「H県I市J町O丁目△番地T株式会社」、**差し押さえるべき物**を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、ビニール袋、はさみ、注射器、手帳、メモ、ノート、携帯電話」とする**捜索差押許可状**を発付したのであるから、捜査機関に対し、**特定の有効期間内において、被疑事実（平成23年10月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤、メモ、ノート等の差押えをするために、T株式会社の管理する同事務所を捜索することを許可**したのであり、捜査機関は、その**許可された範囲内でのみ捜索**を行うことができる。

このような**令状による捜索の仕組みを踏まえ**た上で、**捜査①の事例への適用**に当たっては、**捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係、乙宛ての荷物であることとT株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係、平成23年10月5日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実（同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係**に分けて論ずることが**必要**であり、いずれの検討においても、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら評価、検討すべきである。個々の適法又は違法の結論はともかく、**具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよい**というものではなく、それぞれの**事実が持つ法的な意味を的確に分析**して論じなければならない。

例えば、有効期間との関係においては、搜索すべき場所に存在する物は、通常その場所の管理権に属することから、裁判官は、搜索すべき場所に存在する物（かばん、アタッシュケース等移動させることが可能な物を含む。）についても搜索すべき場所と一体のものとして併せて搜索する正当な理由を判断していること、搜索差押許可状の有効期間内であれば司法警察員Kは、いつでも適法に搜索差押えを行うことができ、たとえ令状発付後搜索開始前に持ち込まれた物であってもその搜索差押えは適法であること、搜索開始（令状呈示）の前後で適法違法が分かれるとすると、司法警察員Kが乙宛ての荷物が届けられた後に搜索を開始すれば適法に差し押さえることができるのにたまたま搜索開始が早かったために違法になること等を考慮し、裁判官がどの時点における搜索する正当な理由を審査しているのか、各自の見解を説得的に論ずる必要がある。なお、この点に関しては、最高裁判例（**最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁**）が存在するから、同判例の内容を踏まえた上で各自の見解を展開することが望ましい。

また、T株式会社の管理権との関係においては、被疑事実は代表者甲に対するものであること、荷物の宛名は乙であるが、送付先はT株式会社であること、同社は人材派遣業を営んでおり、裁判官にとっても同社事務所に従業員がいると当然予想されたところ、現に令状発付前から同社事務所で従業員が働いていることが判明していたこと、乙は同社の従業員であること、甲の携帯電話に残されたメール内容等によれば、甲と乙は共同して覚せい剤を密売しており、丙から甲が乙宛ての荷物の中身を分けるように指示されていて甲が乙宛ての荷物の管理・支配を委ねられているとうかがえること等を検討し、乙宛ての荷物にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか論ずる必要がある。

さらに、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性との関係においては、被疑事実の中に営利目的が含まれていること、甲が同社事務所社長室で覚せい剤取締法違反の検挙歴ある者に覚せい剤を売ろうとし、同社事務所に同検挙歴のある者数名が出入りして被疑事実についても常習的犯行の一環であると推測されること、前記メール内容等から甲、乙が覚せい剤を共同して密売していることがうかがえ、被疑事実についても乙が共犯者である可能性があること、このメール内容等と符合するように指定された日時場所に甲宛てと乙宛ての2つの荷物が同時に届き、それぞれの伝票の筆跡が酷似し、記載された内容物はいずれも書籍であるだけでなく、同一の差出人名でその所在地の地番が実在せず電話番号も未使用であること、荷物が届いた際の甲、乙の会話内容が不審であり、司法警察員Kから荷物の開披を求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち搜索差押許可状に基づく搜索も同様に、乙使用のロッカーであることとT株式会社の管理権との関係、乙使用のロッカーであることと被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずることが必要である。そして、T株式会社の管理権との関係では、前記のとおり、通常、裁判官は搜索すべき場所に存在する備品等の物や会社事務所に従業員がいることを含めて当該場所を搜索する正当な理由を判断していること、乙は同社の従業員であること、乙がロッカーの鍵を所持し搜索時に施錠していたとはいえ、同ロッカーは同社が管理しており同事務所社長

室にマスターキーがあったこと等を検討し、同ロッカー内にT株式会社**の管理権**が及んでいるかどうか、同社から貸与された乙による**事実上のロッカーの使用がT株式会社**の管理権**とは別に独立して保護に値するもの**かどうか論ずる必要があるし、**被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係**では、捜査①で述べた事情に加え、現に乙宛ての荷物の中から覚せい剤が発見されたこと、司法警察員Kの質問に対して甲が「隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。」と答えたこと、司法警察員Kから同ロッカーの中を見せるように求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する乙の携帯電話と手帳等が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち現行犯逮捕に伴う捜索については、なぜ「逮捕する場合において」令状なくして捜索を行うことができるのかという制度の趣旨に立ち返り、「逮捕の現場で」の解釈を明確にした上で、各自の見解とは異なる立場を意識して事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論ずるべきである。例えば、更衣室は同じT株式会社事務所にあるだけでなく、社長室の隣室であること、同じ同社の**管理権**が及んでいること、逮捕された被疑者は乙であり、**ロッカーも乙以外の他人が使用するものではなかった**こと等を検討し、逮捕の現場といえるかどうか論ずる必要がある。また、現行犯逮捕の被疑事実との関連性についても触れるべきであろう。

以下略

## 平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第2問）

### 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、そこに生起している刑事訴訟法上の問題点につき、法解釈・適用に不可欠な具体的事実を抽出・分析してこれに的確な法解釈により導かれた準則を適用し、一定の結論を筋道立てて説得的に論述することを求めており、法律実務家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。

**出題の趣旨**は、公表されているとおりである。設問1は、司法警察員が会社事務所を捜索すべき場所とする捜索差押許可状に基づき、捜索実行中に同事務所社長室に届いた従業員乙宛ての宅配便荷物を開封したこと（捜査①）及びその荷物の中から覚せい剤を発見し、乙を現行犯逮捕した後に同事務所更衣室に設置された乙の使用するロッカー内を捜索したこと（捜査②）について、その適法性を問い、捜索差押許可状に記載されている「有効期間」、「捜索すべき場所」、「差し押さえるべき物」及び逮捕に伴う捜索における「逮捕の現場で」等に関する法解釈を示した上、事例への法適用においては事実が持つ意味を的確に位置付けて論ずることを求めている。設問2は、裁判所が甲と丙の共謀を認める方が甲にとって犯情が軽くなると考え、証拠上、共謀の存否がいずれとも確定できないのに、格別の手続的措置を講じないまま公訴事実に記載されていない丙との共謀を認定したことについて、判決の内容及びそれに至る手続の適法性を問い、解答するのに必要な範囲で有罪判決における犯罪の証明、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）の意義及び訴因変更の要否に関する法解釈を行い、具体的事実関係に留意しながら、法解釈により導かれた準則の適用について論ずることを求めている。採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

**設問1**は、捜索という捜査に関する基本的な知識を正面から問うものであり、素材となる判例等も容易に思い浮かぶような事例である。**設問2**は、判決の内容及びその適法性については法科大学院の授業で直接扱う事例ではないかもしれないが、事例を素直に読み、有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義という基本に立ち返って考える能力を体得していれば、筋道立った論述ができるはずである。判決に至る手続の適法性については、訴因変更の要否という公訴に関する基本的かつ典型的な問題であり、近時重要な判例が現れたところである。いずれの設問も、法科大学院で刑事訴訟法に関する科目を真面目に学習した者であれば、何を論じなければならないかは明白な事例である。

### 2 採点実感

各審査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

**設問1**については、捜索差押許可状に基づく捜索及び逮捕に伴う捜索の適法性について、それぞれいかなる点が法的に問題となる事実関係であるか明確に意識し、各問題点ごとに法解釈を的確に論じた上で、個々の事例中に表れた具体的事実を適切に抽出、分析しながら論じられた答案が見受けられ、また、**設問2**については、判決の内容及びそれに至る手続の適法性について、事例中の具体的事実関係を前提に、最高裁判所の判例法理等の理解をも踏まえて有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義及び訴

因変更の要否という問題に対し、各自の基本的な立場を明らかにして的確な論述ができていた答案が見受けられた。他方、抽象的な法解釈や判例の表現の意味を真に理解することなく機械的に暗記し、また不正確な知識を事例と関係なく断片的に記述しているかのような答案も相当数見受けられたほか、関係条文からの解釈論を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような解答もあり、法律試験答案の体をなしていないものも見受けられた。

設問1の捜査①では、令状に基づく捜索の適法性について問われているのであるから、令状裁判官が捜索差押許可状により捜査機関にいかなる捜索を許可したのかについて意識し、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係、乙宛ての荷物であることとT株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係、平成23年10月5日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実(同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持)に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係に分けて論ずる必要があるが、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物の問題点については、多くの答案においておおむね適切な論述がなされていたものの、乙宛ての荷物とT株式会社の管理権との関係及び被疑事実と対象物との関連性については全く言及しない答案が数多く見受けられ、特に証拠物(覚せい剤)が存在する蓋然性さえあれば、侵害することが許可された管理権(T株式会社の管理権)の範囲を超えて捜索できるといった誤った理解を前提としているかのように思われる答案が目立った。また、法適用に関しては、事例に含まれている具体的事実を抽出・分析することが肝要であるところ、様々な具体的事実を考慮要素として挙げながら、いかなる要件との関係においてどのように評価したのか全く言及しないまま結論を導き出すなど、結論に至る思考過程が不明確な答案が相当数あり、学習に際しては、具体的事実の抽出能力に加えて、その事実が持つ法的意味を意識して分析する能力の体得が望まれる。

捜査②のうち令状に基づく捜索も同様に、乙使用のロッカーであることとT株式会社の管理権との関係、乙使用のロッカーであることと被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずる必要があるが、被疑事実と対象物との関連性について全く言及しない答案が数多く見受けられた。また、T株式会社の管理権の問題を論ずるに当たっても、会社事務所という場所に対する令状の効力がその場所内に設置されている乙使用のロッカー内に及ぶかという捉え方をせず、被疑者甲に対する令状の効力が乙にも及ぶかという誤った捉え方をした答案が相当数見受けられ、捜査①と同様に証拠物が存在する蓋然性さえあれば、T株式会社の管理権の範囲を超えて捜索できると考えているかのような答案も目立った。そして、捜査①ではT株式会社の管理権の点を検討しないまま乙宛ての荷物を開封することについて適法とし、捜査②では乙による事実上のロッカーの使用を重視して乙使用のロッカーを開錠することについて違法とした答案が相当数見受けられたが、これは乙の個人宛ての荷物と乙の個人使用のロッカーで法的論理構成や取扱いを全く異にするものであり、厳しい評価をすれば、事案分析能力及び論理的思考能力の欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

捜査②のうち現行犯逮捕に伴う無令状捜索については、乙使用のロッカーが事務所更衣室にあること

と「逮捕の現場」との文言との関係、乙使用のロッカーであることと逮捕事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずる必要があるが、逮捕の現場に関する問題点については、相当数の答案においておおむね適切な論述がなされていたものの、逮捕事実と対象物との関連性については全く言及しない答案が数多く見受けられた。また、逮捕の現場に関する問題点を論ずるに当たっても、搜索することが可能な場所はたとえ逮捕の現場に該当するとしてもT株式会社の管理権が及ぶ範囲に限定されると考えなければならないのに、乙の管理権が及ぶ範囲については搜索可能である、又は、T株式会社の管理権が及びさえすれば、逮捕の現場を超えてでも搜索できるといった誤った理解を前提としているかに見える答案が目立った。

以下略

### 3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、設問1については、搜索差押許可状に基づく搜索及び逮捕に伴う搜索の適法性について、事例中の法的問題を明確に意識し、各問題点ごとに的確な法解釈論を踏まえて、個々の事例中に表れた具体的事実を適切に抽出、分析しながら論じ、また、設問2については、判決の内容及びそれに至る手続の適法性について、事例中の具体的事実関係を前提に有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義及び訴因変更の要否という問題に対し、各自の基本的な立場を明らかにして的確な論述をする答案であるが、このように、出題の趣旨を踏まえた十分な論述がなされている答案は、僅かであった。

「良好の水準」に達していると認められる答案とは、設問1については、法解釈について想定される全ての問題点に関し一定の見解を示した上で、事例から具体的事実を抽出できてはいたが、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を一層深く考えることが望まれるような答案であり、設問2においては、存否がいずれとも確定できない事実を判決で認定することの問題点に触れて一応の論述がなされ、かつ、訴因変更の要否についても前記最高裁判例を踏まえて正確な論述がなされているものの、「優秀の水準」にある答案のように本件での具体的な当てはめができていないような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、設問1においては、法解釈について一定の見解は示されているものの、具体的事実の抽出、当てはめが不十分であるか、法解釈については十分に論じられていないもの、事例中から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導き出すことができていた答案がこれに当たり、設問2においては、存否がいずれとも確定できない事実を判決で認定することの問題点に触れて有罪判決における犯罪の証明又は利益原則の意義のいずれかについて一応の論述がなされ、かつ、訴因変更の要否についても一定の見解は示されているものの、本件での具体的事実関係を前提にこれを的確に適用できないか、法解釈については十分論じられていないもの一応の結論を導き出しているような答案である。

「不良の水準」にとどまるものと認められる答案とは、上記の水準に及ばない不良なものをいう。例えば刑事訴訟法の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述している答案や、関係条文から法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのよ

うな答案等，法律学に関する基本的学識の欠如と能力不足が露呈しているものであり，例えば，設問1では，捜索場所に捜索実行中に届いた荷物に関する最高裁判例（最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁）の結論のみを記載し，また，事例とは全く異なる事実関係であるのに，「捜索場所に居合わせた第三者の身体に対する捜索」に関する判例法理等に強引に引き寄せて捜索物（覚せい剤）が存在する蓋然性のみを詳細に論ずる一方で，T株式会社の管理権や被疑事実又は逮捕被疑事実と対象物との関連性についての問題点に全く触れていない答案がこれに当たり，設問2では，具体的な事実関係が事例中に表れているにもかかわらず，判決内容の適法性の問題に触れず，逆に訴因変更の要否については，事例の事実関係において自己が答案を書きやすいように訴因変更の要否に関する前記最高裁判例の結論のみを不正確に改変記載して当てはめるなどであり，幾つかの俗にいわゆる典型論点に関する浅薄な知識を適当につなぎ合わせただけとしか評しようのない答案がこれに当たる。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると，今後の法科大学院教育においては，刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し，これを具体的事例について適用できる能力，筋道立った論理的文章を記載する能力，重要な判例法理を正確に理解し，具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確に捉える能力を身に付けることが強く要請される。特に，実務教育の更なる充実の観点から，基本に立ち返り，日常的に行われている刑事手続の進行過程や刑事訴訟法上の基本原則を正確に理解しておくことが，当然の前提として求められよう。

## 設問1

### 第1 捜査①の適法性

1 捜査①が令状による搜索として適法かを検討する。裁判官は、搜索を許可する令状発付の正当な理由（憲法35条1項）として、令状の有効期間内に、令状記載の搜索すべき場所と同一の管理権に服する場所に、被疑事実に関連する物が存在する蓋然性があると判断して令状を発付している。このことから、令状による搜索が適法といえるためには、搜索した場所が令状記載の搜索すべき場所と同一の管理権に服していることや、搜索した場所に被疑事実に関連する差押え対象物が存在する蓋然性が認められることが必要となる。さらに、本問では、令状による搜索中に外部から搜索すべき場所に運び込まれた荷物に対してその令状の効力が及ぶかが問題となる。

2 搜索中に運び込まれた荷物に対する令状の効力

まず、令状の執行中に外部から運び込まれた宅配物に令状の効力が及ぶかについて検討するに、捜査官は、令状の有効期間内（刑訴法219条1項，規則300条）であればいつでも適法に搜索することができるところ、たまたま搜索中にその場所に運び込まれた荷物にその令状の効力が及ばないとするのは不均衡である。裁判官は、令状発付の正当な理由として、このような不均衡が生じないように配慮しつつ、令状の有効期間内に令状記載の搜索すべき場所に被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性があると判断して、その期間内におけるその場所でのプライバシー保護を解除したといえる。以上のことから、有効期間内に執行に着手された搜索中に搜索すべき場所に配達された荷物についても令状の効力が及びうと考えられる。

本問では、乙宛ての荷物は、令状発付の当日で令状の有効期間内に執行の着手がされた搜索中に、令状記載の搜索すべき場所であるT社に運び込まれているので、乙宛ての荷物に本問令状の効力が及び得る。

### 3 乙宛ての荷物に対するT社の管理権の有無

- (1) 裁判官が令状記載の搜索すべき場所の搜索を「正当な理由」があるものとして許容したのは、その場所と同一管理権に服する場所に、差押対象物が存在する蓋然性があると判断したからである。したがって、搜索①が適法といえるためには、搜索対象となった乙宛ての荷物に搜索すべき場所として記載されたT社の管理権が及んでいることが必要となる。
- (2) そこで検討するに、乙宛ての荷物には甲と乙の2人でさばくブツが入っていることや、10日間でさばききれなかったら送り返すよう指示する旨の記載がある丙が甲に当てたメールがあることから、甲は、乙宛ての荷物の管理を丙から委ねられているといえる。そして、甲当ての荷物を受け取った甲は、乙も乙宛て荷物を受け取ったことを認識した上で、乙に対して、「受け取ってしまったものは仕方がないよな。今さら返せないよな。」と述べ、乙が「そうですね。仕方がないですね。」と言って乙宛ての荷物をT社の床に置いた事実から、乙宛ての荷物は、甲が代表取締役を務めるT社の管理権に服したといえる。したがって、乙宛ての荷物にT社の管理権が及んでいるといえる。

### 4 被疑事実に関連する物が存在する蓋然性

- (1) 裁判官が令状記載の搜索すべき場所の搜索を許容したのは、令状発付の正当な理由として、その場所に被疑事実に関連する差押え対象物が存在する蓋然性があると判断したからである。そこで、搜索①が適法といえるためには、乙宛ての荷物に、被疑事実に関連する差押え対象物が存在する蓋然性が認められることが必要となる。そこで、この点を検討する。
- (2) 本問令状発付にかかる被疑事実は、平成23年10月2日付け甲による覚せい剤の営利目的所持である。そして、覚せい剤の営利目的所持は継続的に実行されることが少ないことから、同月5日に実施された搜索の最中に外部からT社に運び込まれた乙宛ての荷物の中から覚せい剤が発見された場合、その覚せい剤の存在から、同月2日付け

の覚せい剤の営利目的所持の事実を**推認**できる。したがって、乙宛ての荷物に覚せい剤が存在する蓋然性があれば、そこに**被疑事実**に関連する差押え対象物たる覚せい剤が存在する**蓋然性**が認められる。

かかる蓋然性の有無を検討するに、丙は、甲に対して、「ブツ」を甲宛ての荷物と乙宛ての荷物の2つに分けて送りその荷物が10月5日午後3時過ぎに届く旨のメールを送信していたところ、実際、その時刻に、伝票の筆跡が酷似している甲宛と乙宛の荷物が届いている。覚せい剤の譲渡をしている関係者が「ブツ」という言葉を用いるときは、それが覚せい剤を意味する隠語として用いられている可能性がある。これらの事情からすると、丙、甲、乙は、覚せい罪の営利目的所持の共犯関係にあり、乙宛ての荷物には覚せい剤が入っている可能性が高いといえる。

また、各荷物の伝票に記載された差出人の所在地の地番が実在せず電話番号も未使用であることが判明した事実は、覚せい罪の発送元を隠蔽するためにしたものとして、乙宛ての荷物に覚せい罪があることを疑わせる事情の1つとなる。

さらに、覚せい罪の営利目的所持を疑われている状況で、荷物を受け取ったときのやりとりから不審に思われた甲と乙は、司法警察員Kから「どういう意味か。」と聞かれたのに対して無言でいたことは、乙宛ての荷物に覚せい罪があることが発覚するのをおそれたことによる行動とみることができなくはない。

上記各事情から、乙宛ての荷物には、覚せい罪が存在する蓋然性が認められ、このことから、**被疑事実**に関連する差押え対象物たる覚せい剤が存在する**蓋然性**が認められる。

5 以上より、前記2ないし4の観点から検討した結果、本問令状により乙宛ての荷物を検索することは許容される。よって、捜査①は適法である。

## 第2 捜査②の適法性

### 1 令状による検索としての適法性

#### (1) T社の管理権

ア 捜査②が令状による捜索として適法かを検討する。令状による捜索は、令状記載の捜索すべき場所と同一の管理権に服する場所においてのみ許容されるため、乙が使用するロッカーに、捜索すべき場所として記載されたT社の管理権が及ぶことが必要となる。

イ そこで検討するに、T社の代表取締役甲が、そのロッカーを自分が管理していると述べている上に、そのロッカーのマスターキーが社長室の壁に掛かっていることからすると、甲はロッカーの管理上必要があるときはマスターキーを使用して乙が使用するロッカーを解錠する権限を有していたものといえる。このことから、ロッカーにはT社の管理権が及んでいるといえる。

ウ もっとも、乙が使用するロッカーは、T社の管理権に服するとしても、乙と表示されている上に乙が施錠して使用していることから、乙のロッカーに対するプライバシーを保護するために、別途、乙のロッカーを捜索すべき場所とする令状が必要となるのが**問題**となる。

この点について、裁判官は、捜索すべき場所が個人の住宅ではなく会社であるときは、令状記載の捜索すべき場所にロッカーや机などの会社の備品が存在し、それを従業員が使用していることを含めて令状発付の正当な理由を判断しているといえる。そうすると、会社を捜索すべき場所とする令状は、従業員が事実上使用する会社の備品であっても、それに会社の管理権が及ぶときは、会社の備品にかかる従業員のプライバシー保護を解除したものといえる。したがって、会社の備品であるロッカーに会社の管理権が及ぶときは、そこを捜索するにあたり、従業員が使用するロッカーを捜索すべき場所とする令状は別途必要ないと考える。よって、本問では、乙のロッカーを捜索すべき場所とする令状は**別途必要ない**。

(2) 被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性

ア 乙のロッカーにT社の管理権が及ぶとしても、捜査②が令状による捜索として適法といえるためには、乙のロッカーに被疑事実と関連する差押え対象物が存在する蓋然性

が認められなければならない。

イ 甲の携帯電話に「乙宛てのは、お前と乙の2人でさばく分だ。」などメールがあり、覚せい剤を甲と乙が共同で営利目的所持をしていることが疑われ、現に、乙宛ての荷物から覚せい剤が発見されているため、乙が携帯電話や手帳を使用しているのであれば、そこに被疑事実に関連する情報が記載・記録されていることが強く疑われる。さらに、乙の携帯電話や手帳等の所在について、甲が、「ロッカーにでも入っているんじゃないの。」と述べていることから、乙は、携帯電話や手帳をロッカーに入れていることが強く疑われる。しかも、乙は、司法警察員の求めに対してロッカーの鍵を開けることを拒んでいるところ、乙の態度は、被疑事実に関連する証拠物が発見されるのを阻止するためのものであることが疑われる。以上のことから、乙が使用するロッカーの中には令状記載の差押え対象物たる被疑事実に関連する携帯電話や手帳が存在する蓋然性が認められる。

- (3) 以上より、捜査②は、令状による捜索としては違法な点はなく、捜査②は、令状に基づき捜索として適法である。

## 2 現行犯逮捕に伴う無令状捜索としての適法性

- (1) 捜査②は、無令状の捜索差押えとして適法といえるかを検討する。これが適法といえるには、捜索が「逮捕する場合」に「逮捕の現場」でなされなければならない、さらに、捜索した場所に被疑事実に関連する物が存在する蓋然性が必要となる。
- (2) ア 捜査②は、乙を現行犯逮捕した際にされたものなので、無令状による捜索差押えを許容する「逮捕する場合」(220条1項)になされたといえる。また、乙の現行犯逮捕の理由となった被疑事実は、同月5日に覚せい剤を所持していたことを理由とするものなのであるところ、乙が使用するロッカーにかかる逮捕の理由となった被疑事実に関連する携帯電話や手帳等を保管している可能性が強く疑われる。このような事情から、乙のロッカーには被疑事実に関連する物が存在する蓋然性が認められる。

イ 逮捕の現場における無令状での搜索差押えが許容された根拠は、逮捕の現場と同一管理権に服する場所に被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性がありそこを搜索するには令状の発付を受けるまでもないといえることに基づくと考える。そこで、「**逮捕の現場**」とは、逮捕された場所と同一の管理権に服する場所をいうと考える。

**本問をみるに**、乙はT社の管理権を及ぶ社長室で現行犯逮捕されているところ、前述のとおり、乙が使用するロッカーにはT社の管理権が及んでいる。したがって、乙が使用するロッカーは、乙が逮捕された場所と同一の管理権が及んでいるため、「**逮捕の現場**」といえる。したがって、乙の現行犯逮捕に伴い無令状でそのロッカーを搜索することは許される。

(3) 以上より、捜査②は、現行犯逮捕に伴う搜索差押えとしても適法といえる。

[設問1以上]



**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) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

**LU17633**