

司法試験

---

平成30年司法試験の7科目再現答案  
講師オリジナルレジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 183886

LU18388



## 平成30年度 司法試験の7科目再現答案分析会

今回は、平成30年度司法試験を受験した受験生の必修7科目の再現答案を題材に本試験の傾向の分析や今後の試験対策の仕方などを講義していきます。

平成30年5月26日

LEC専任講師 矢島純一

## 憲法 守りの答案を作るための論点抽出

### 1 憲法の出題形式の変化

- ・昨年までは、ある法令や処分が違憲であるとの主張と、その主張に対する反論を踏まえた受験者自身の見解を問う形式のものであったのに対して、本年の問題は、次のように形式の変更がみられました。



[設問]

あなたがこの相談を受けた法律家甲であるとした場合、本条例案の憲法上の問題点について、どのような意見を述べるか。本条例案のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にした上で、参考とすべき判例や想定される反論を踏まえて論じなさい。

- ・本年の問題文は、上記のような設問の形式面の変更に加えて、法律家甲と担当者Xとの間のやり取りにおいて、解答すべきことが詳細に誘導されていることも特徴的であった。昨年までの試験において解答すべきことが誘導されていることはあったが、本問では、比較的長い会話文の中でその誘導がされているため、注意深く会話文を分析する必要がある。



誘導の一例

X：いろいろな意見がありますし、規制は必要な範囲にしたいと考えて検討しているのですが、条例でこのような規制をすることは、憲法上、問題があるでしょうか。

甲：規制の対象となる図書類の範囲や、規制の手段、内容について、議論があり得ると思います。**図書類を購入する側と販売等をする店舗の双方の立場でそれぞれの権利を検討しておく必要がありますね。**

**図書類を購入する側**としては、**規制図書類の購入等ができない青少年と18歳以上の人を想定しておく必要があります。**

また、**販売等をする店舗**としては、条例の規制による影響が想定される**3つのタイプの店舗**、すなわち、第一に、これまで日用品と並んで規制図書類を一部販売してきたスーパーマーケットやコンビニエンスストアなどの店舗、第二に、学校周辺の規制区域となる場所で規制図書類を扱ってきた店舗、第三に、規制図書類とそれ以外の図書類を扱っている書店やレンタルビデオ店を考慮しておく必要があるでしょう。

## 2 論点抽出の参考になる会話の一例

甲：具体的にはどのようなものを規制の対象とするのですか。

X：規制の対象となる図書類は、この条例案の第7条に記載しています。日々発行される様々な出版物等を適切に規制の対象とするため、市長等が規制の対象となる図書類を個別に指定することとはせず、要件に該当する図書類が自動的に規制の対象となるようにしました。

「性交」、「性交類似行為」や「衣服の全部又は一部を着けない者の卑わいな姿態」を撮影した写真や動画などの画像とこれらを描写した図画を対象とし、かつ、「殊更に性的感情を刺激する」ものであることが要件となります。このような画像や図画が含まれる書籍や雑誌などを「規制図書類」としました。

↓

- ・ 刑罰法令の明確性
- ・ 過度に広範（広汎）ゆえに無効

甲：刑法第175条で処罰の対象となっている「わいせつ」な文書等には当たらないものもこの条例では規制の対象となるのですね。

X：そうです。刑法上の「わいせつ」な文書等に当たらないものも、もちろん対象になります。刑法上の「わいせつ」な文書等に該当すれば、頒布や陳列自体が犯罪行為となるわけですから、むしろ、この条例では刑法で処罰対象とならないものを規制することに意味があると考えています。

↓

- ・ 条例が法律の範囲内のものといえるか（条例の憲法94条適合性）

甲：規制の内容、方法はどのようなものですか。

X：第8条に4種類の規制を定めています。・・・以下略

↓

- ・ 条例8条1項、2項、3項、4項の合憲性

注：甲とXの会話文に「**図書類を購入する側と販売等をする店舗の双方の立場でそれぞれの権利を検討しておく必要がある**そうですね。」とあるので、例えば、図書類を購入する側の自由としては**知る自由**、販売等をする店舗の自由としては**営業の自由**との関係で、条例8条各項のうち問題となるものの合憲性を検討するとよいかもしれない。知る自由については、岐阜県青少年保護育成条例事件判決の法廷意見や伊藤正巳裁判官の補足意見などを参考にして、

青少年保護のための規制や猥褻な図書類に接したくないと考える成人の利益を保護するための規制は、猥褻な図書類を入手したいと考える成人の知る自由に対する間接的付随的な制約にすぎないとして、違憲審査基準の厳格度を緩和できるかが論点の1つになりそうである。

#### メモ

知る自由についての違憲審査基準の厳格度を緩めて中間審査基準を採用し、営業の自由についての違憲審査基準も消極目的規制や規制態様が強度であることなどに着目して中間審査基準を採用した場合は、知る自由と営業の自由の制約に対する条例8条各項の合憲性は、同じ基準で審査することになる。

甲：この条例案による規制に反対する意見はないのですか。

X：規制対象が広過ぎるのではないかという意見があります。また、日用品等の販売を主たる業務とする店舗の一部は、規制図書類の売上げが売上げ全体のごく一部であっても、これを販売していること自体に集客力があると考えているようで、販売の全面的な禁止に反対しています。そのほか、第8条第2項の規制区域で規制図書類を販売してきた店舗の中からも、この条例案に反対する意見が寄せられています。

以下略 ここ以下も誘導になっている。

## 行政法 守りの答案を作るための論点抽出

〔設問1〕

### 1 小問(1) DとEの原告適格

\*行訴法9条1項, 2項に則して判断枠組みを構築する。

↓

本件許可処分によりDとEが受ける不利益を除去する利益が法律上保護された利益に該当するかを検討する。本問では、墓地埋葬法10条とB市の条例が処分の根拠法令となっているので、これら法令の解釈を通じて、DとEの利益が法律上保護されているといえるかを検討する。

・DとEの利益については会議録に記載がある。

環境部長：まず、Dについては、既にDの墓地は余り気味で、空き区画が出ているそうです。本件墓地は規模が大きく、本件墓地の経営が始まると、Dは、自らの墓地経営が立ち行かなくなるのではないかと懸念しています。墓地経営には公益性と安定性が必要であり、墓地の経営者の経営悪化によって、墓地の管理が不十分となることは、法の趣旨目的から適切ではないと考えることもできるでしょうね。

弁護士F：ええ。そのことと本件条例が墓地の経営主体を制限していることとの関連も検討する必要がありそうです。

環境部長：次に、Eについては、D所有土地に本件事業所を置いています。Eは、本件墓地の経営が始まることにより、本件事業所周辺において、本件説明会で周辺住民が指摘したのと同様の生活環境及び衛生環境の悪化が生じ、本件事業所の業務に無視できない影響を与える懸念があると考えています。本件事業所の利用者は数日間滞在することもありますので、その限りでは住宅の居住者と変わりがない実態があります。

## 2 小問(2) 本件許可処分につきEが主張すべき違法事由とB市の反論

\*会議録を参考に本問で検討すべき違法事由を抽出する。

違法事由1：本件事業所がD所有土地に存在することで本件許可処分は本件条例第13条第1項の規定に違反するとの違法事由

違法事由1については、仮に、本件墓地の経営許可を阻止するため、DとEが協力して本件事業所を意図的にD所有土地に設置したという事情があるならば、このような事情を距離制限規定との関係で法的にどのように評価すべきかについても、検討する必要がある。

違法事由2：本件条例3条によると、墓地の経営者は、地方公共団体のほか、宗教法人、公益社団法人等に限定されているところ、本件墓地の実質的な経営者がこれらに該当しないCであるとの違法事由

本案の主張制限：取消訴訟においては、**自己の法律上の利益に関係のない違法**を理由として取消しを求めることができないことから（行訴法10I）、上記違法事由がEの法律上の利益に係るか否かを検討する。

〔設問2〕

1 Aが主張すべき本件不許可処分の違法事由

\*会議録を参考に本問で検討すべき違法事由を抽出する。

違法事由(ア)：本件墓地周辺の生活環境及び衛生環境が悪化する懸念から、周辺住民の反対運動が激しくなったこと

(ア)の補足：Aは、本件墓地の設置に当たっては、植栽を行うなど、周辺の生活環境と調和するよう十分配慮しているとしているが、住民の多くはそれでは十分ではないと考えている。

違法事由(イ)：Dの墓地を含むB市内の墓地の供給が過剰となり、それらの経営に悪影響が及ぶこと

(イ)の補足：Dの墓地を含めて、B市内には複数の墓地がありますが、いずれも供給過剰気味で、空き区画が目立つようになっている。本件墓地の経営が始まれば、Dの墓地のような小規模な墓地は経営が破綻する可能性もある。

→上記(ア)・(イ)が本件不許可処分の違法事由となるかを検討する際は、処分の根拠法令を解釈して、処分の根拠法令は(ア)・(イ)にあるようなことを許可・不許可の判断の際に考慮する裁量を市長に付与しているかという視点から考えるとよい。

例えば、違法事由(ア)についていえば、処分の根拠法令は、生活環境や衛生環境の悪化やその悪化への懸念から生じた周辺住民の反対運動が激しくなったことを、許可・不許可の際に考慮する裁量を市長に与えているといえるかを検討することができる。

## 民法 守りの答案を作るための論点抽出

[設問1]

\* BがAに売買契約(555)に基づく代金支払請求したのに対して、Aの事実9の主張は同時履行の抗弁権(533)を根拠とするものと考えられる。同時履行の抗弁権が認められるためには、履行上の牽連関係が認められる対価関係にある2つの債務が存在しなければならない。

AはBに対して売買契約に基づき代金支払債務を負っている。では、Bが準備した松茸が全部盗まれたことで、BのAに対する目的物引渡債務は履行不能により消滅し、代金支払債務と履行上の牽連性のある他方の債務が存在しないものとして、同時履行の抗弁権の要件を満たさなくなるか?

\* Bの目的物引渡債務が履行不能となるかを検討する。AB間の売買の目的たる松茸5キログラムは当事者が物の個性に着目せずに、種類と数量のみに着目した**種類物売買**である。種類物売買においては、債権の目的が特定するまえは、目的物の引渡債務が履行不能になることはないが、目的物が特定すると、売買の目的物はその特定した物に定まり、債務者は善管注意義務を負うことになるし、目的物が滅失すると目的物引渡債務は履行不能になる。

注：ただし、後述のとおり、目的物の滅失につき債務者に帰責事由があるときは、目的物の引渡債務は履行不能の債務不履行に基づく損害賠償債務に転化するため、この債務と代金支払債務が同時履行の関係に立つ余地がある。

\* 特定したか？

→Bの債務は取立債務なので、分離、準備、通知により特定する(ただし、取立債務に確定期限がある本問では通知は必須の要件ではない。)

→事実3の事情から**特定**があったといえる。

→特定後に目的物が滅失しているのでBの目的物引渡債務は**履行不能**になる。

\* Bの目的物引渡債務が履行不能になるとしても、それがBの帰責事由に基づくものであれば、目的物の引渡債務は履行不能の債務不履行に基づく損害賠償債務に転化する。この場合、Bの損害賠償債務とAの代金支払債務は履行上の牽連関係が維持されて同時履行の関係に立ち、Aの事実9の同時履行の抗弁の主張が認められる余地が生じるため、Bの帰責事由の有無が問題となる。

→Aの受領遅滞(Bの弁済の提供)が成立すれば、Bの帰責事由については、経過

- 失が免責**され、以後、Bは、故意又は重過失についてしか責任を負わなくなる。
- 受領遅滞（413）が認められるためには、債務の本旨に従った弁済の提供と、債権者の受領拒絶又は受領不能が認められることが必要となる（法定責任説からの要件）。事実3からBによる債務の本旨に従った弁済の提供があり、事実4からAによる受領不能が認められるため、受領遅滞が成立する。
- 前記特定の効果により生じたBの善管注意義務については軽過失が免責される。
- また、**CはBの履行補助者**であるので、信義則上、Cの故意過失はBの故意過失と同視される。本問をみると、事実5と事実8の事情からBの履行補助者Cの軽過失があるにすぎず、故意・重過失がないと判断した場合は、Bの帰責事由が認められないため、Bの目的物引渡債務は損害賠償債務に転化しない。そのため、Bの目的物引渡債務は履行不能により完全に消滅する。

\* AはBがAに対して負う反対債務が完全に消滅したため反対債務の履行請求ができないにもかかわらず、Bに代金を支払わなければならないのかは危険負担の問題として処理される。本問では、前述した特定の効果（534Ⅱ）により、危険が債務者から債権者に移ることになる（**危険負担の債権者主義**）。

- 債権者主義の適用の結果、Bの目的物引渡債務が債務不履行に基づく損害賠償制債務に転化することなく完全に消滅したためAはBに目的物の引渡しや損害賠償の請求ができないにもかかわらず、Aの代金支払債務だけは消滅せずに存続することになるため、BのAに対する売買契約に基づく代金支払請求は認められることになる。

このとき、Bの債務は完全に消滅しており履行上の牽連関係にある債務が存在しないため、Aは、Bの代金支払請求に対して、同時履行の抗弁権を主張することができず、Bの代金支払請求は無留保で認められる。

## 〔設問2〕

### 1 小問(1)

\*所有権留保物による土地の不法占拠と物権的請求権の相手方

- ・ DがAに所有権留保特約付で売った甲トラックがE所有の山林（丙土地）に投棄された場合における，Eの【事実】14の撤去の請求に関し，【事実】14の下線を付した㊦のDの発言「Aとの間で所有権留保売買契約をしたので，私は甲トラックを撤去すべき立場にない。」は正当であると認められるかを検討することになる。この問題については，以下の平成21年最高裁判例が参考になる。

- ・ 参考判例

留保所有権者が有する留保所有権は，原則として，残債務弁済期が到来するまでは，当該動産の交換価値を把握することとどまるが，残債務弁済期の経過後は，当該動産を占有し，処分することができる権能を有するとして上で，留保所有権者は，残債務の弁済期が到来するまでは，土地所有権の侵害を理由とする目的物の収去義務や不法行為責任を負わない（最判平 21. 3. 10）

→本問をみると，Aは毎月4万円の振込を滞りなくしており，Aは期限の利益を失っておらず，履行遅滞に陥っていないため弁済が経過したとはいえない。Dには甲トラックの処分権限がなくこれを撤去する権限がないため，撤去請求の相手方にはならない。こうしたことから下線アのDの発言は正当といえる。

### 2 小問(2)

\*所有権留保物と道路運送車両法5条1項の対抗要件との関係

- ・ Dの「㊦ 登録名義はまだ私にあるが，そうであるからといって，私が甲トラックの撤去を求められることにはならない。」との発言から，登録を受けた自動車の所有権の得喪は登録を受けなければ第三者に対抗することができないとの道路運送車両法5条1項は，所有権留保特約付き売買にもそのまま適用されるのかが問題となる。

- ・建物の登記名義人が建物を譲渡して所有権を失ったのに登記名義を有する限り建物収去土地明渡請求の相手方になるかが問題となった事例で、所有権の喪失も対抗要件を具備しないと177条の第三者に対抗できないとした判例がある（最判平6.2.8）。判例の事案では、建物を譲渡してその所有権を喪失した者はその旨の登記を具備することもできたのに、それをしなかつたのであるから、第三者との利益衡量上、不利益を受けても仕方がないといえるため、所有権の喪失を対抗要件の問題とする判例は妥当である。

**この点**、所有権留保特約付き売買がされたときにおいて被担保債権が弁済される前に、道路運送車両法5条1項により売主から買主に自動車の所有権の登録を移転させてしまうと、代金債権を担保するとの所有権留保の意味がなくなるため、所有権留保は登録名義の変更ができない事情がある。こうしたことから、所有権留保特約付き売買がされたときにおいて被担保債権の弁済期が経過（履行遅滞）するまでは、法5条1項の規定は適用されず、留保所有権者は、登録名義を買主に変更していなくても、自己に処分権能がないことを理由に、土地所有者からの自動車の撤去請求を拒めると考えることもできる。以上のように考えると、Dの④の発言は正当であり、Eの請求は認められないことになる。

**しかし**、土地所有者としては、撤去請求の相手方の探索が困難となることや、所有権留保特約付き売買により利益を得ている留保所有者を土地所有者との関係で保護する必要はないことや、登録名義の外観を信頼した土地所有者の利益を保護すべきと考えると、Dの④の発言は不当であり、Eの請求は認められることになる。

### [設問3]

#### \*事実関係

- ・死亡したCにはF、G、Hの3人の子がいる。
- ・Hは廃除されているので相続人ではない。
- ・Cの積極財産は、金額が1200万円、600万円、200万円の3つの定期預金である。
- ・FがCの債権者Bに300万円を弁済した。
- ・本件遺言の証書には、「①私が残す財産は、1200万円、600万円及び200万円の定期預金である。②遠方に住みながらいつも気にかけてくれたFには、Gよりも多く、1200万円の定期預金を相続させる。③Gには600万円の定期預金を相続させる。④Hは、まだ反省が足りないので、廃除の意思を変えるものではないが、最近結婚をしたことから、200万円の定期預金のみを与える。」と記されていた。
- ・以上の事実関係のもと、本件遺言を解釈した上で、FがGに対しいくら請求できるかを検討することになる。

- ・解答の際は、共同相続された普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となるとした最高裁判例（**最大決平 28. 12. 19**）があることを踏まえる必要がある。
- ・まず、**本件遺言の④**の部分は、結論としては、Hは相続人とはならず、Hへの200万円の遺贈の意思表示をしたとみることができそうである。
- ・定期預金債権が単なる金銭債権であり本来は遺産分割の対象にならず、相続分にしたがって当然に分割承継されるものであるとの見解を採用すれば、**本件遺言の②と③**の部分は、相続分の指定であると解釈することができるかもしれない。しかし、預金債権が遺産分割の対象となるとした平成28年大法院決定を踏まえるとこのように考えることはできず、特定の遺産を特定の相続人に相続させる旨の遺言により遺産分割の方法の指定がされたと考えることができる。

相続債務の承継については、遺言で明示されていないので、遺言者の合理的意思解釈から考えていくことになる。**本件遺言の①**によれば、Cが残す積極財産がいずれもが定期預金という数量的な金銭債権であることが明らかとなっているところ、仮に、Cが本問の定期預金債権を現金として保有し、又は1つの預金債権として保有していたとしたら、本件遺言の内容に則した形でFとGの相続分を指定（F：G＝2：1）し、Hに200万円の遺贈をしていたと考えられる。そこで、相続債務の承継については、そのような相続分の指定がされた場合と同じように分割承継されるとするのが遺言者の合理的意思解釈と考えることもできそうである。

このように考えると、FとGは、それぞれ1200万円の定期預金と600万円の定期預金を遺言により相続しているところ、相続債務の承継については、FとGで2対1の割合で相続分が指定された場合と同じように分割承継されることになる。具体的には、300万円の相続債務は、FとGにそれぞれ200万円と100万円ずつ承継される。そうすると、相続債務300万円を弁済したFは、Gに対して、100万円の請求ができることになる。

## 商法 守りの答案を作るための論点抽出

### 〔設問1〕

\* Aによる閲覧請求の根拠は会社法433条1項による会計帳簿の閲覧請求権であると考えられる。本問では次の事情があることから、433条2項の閲覧請求の拒絶事由のうち特に1号事由の有無が問題となる。

配点が100のうち25しかない設問なので、思いついたことを何でも論じてしまおうと答案全体のバランスが悪くなることに注意を要する。1号拒絶事由の論述以外には、Dが、433条1項の閲覧請求権の請求要件を満たす株主であることに軽く触れておいてもよい。

なお、H25予備試験の事案と異なり、本問の事案では3号拒絶事由の検討は求められていないように思われる。

#### 参考 閲覧請求の拒絶事由

①当該請求を行う株主（請求者）がその権利の確保又は行使に関する調査以外の目的で請求をしたとき、あるいは、②請求者が当該株式会社の業務の遂行を妨げ、株主の共同の利益を害する目的で請求を行ったとき、または、③請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき（3号は「目的」不要）など433条2項1号から5号のいずれかの事由に該当するときは、会社は、請求を拒める（433Ⅱ）。

#### ・事実

Dは、甲社において営業時間内にAと面会し、D保有株式をAが買い取ることを求めた。Aがこれを拒否したところ、DはAが仕入先からリベートを受け取っている疑いがあるため、Aの取締役としての損害賠償責任の有無を検討するために必要であるとして、直近3期分の総勘定元帳及びその補助簿のうち、仕入取引に関する部分の閲覧の請求をした。これに対し、Aが、どうすればこの請求を撤回してもらえるかと尋ねたところ、Dは、自分は甲社に対して興味を失っており、Aがリベートを受け取っているかどうかなどは本当はどうでもよいと述べた上で、AがD保有株式を買い取ることを重ねて求めた。

〔設問2〕

1 小問(1) Cによる決議取消訴訟の取消事由を検討

\*本件決議1 (Cを取締役から解任する旨の議案が可決された決議)

- ・特別利害関係を有する株氏が議決権を行使したことにより著しく不当な決議がされたものとして831条1項3号の取消事由があるかを検討しうる。

\*本件決議2 (Aを取締役から解任する旨の議案が否決された決議)

- ・事実11にある議長Aの対応 → 決議の方法が著しく不公正  
又は、議長の議事整理権(315)の濫用を理由に決議の方法の法令違反(831I①)
- ・議案を否決する決議に訴えの利益が認められるか?  
この点については、一般に、ある議案を否決する株主総会等の決議によって新たな法律関係が生ずることはないし、当該決議を取り消すことによって新たな法律関係が生ずるものでもないから、ある議案を否決する株主総会等の決議の取消しを請求する訴えは不適法であると解するのが相当であり、このことは、当該議案が役員を解任する旨のものであった場合でも異なるものではないとした判例がある(最判平28.3.4)。

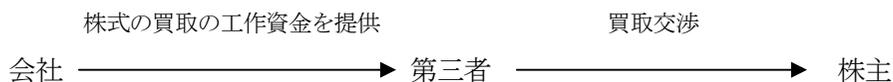
2 小問(2) CのAとGに対する責任追及等の訴え

\*会社は、何人に対しても、株主の権利行使に関し、会社又は子会社の計算において財産上の利益の供与をしてはならない(120I)。本件契約の内容や関係者のやり取りなどから、甲社は、株主Dの権利行使に関して、甲社の計算において、保証料相当額60万円の利益をGに供与したものと利益供与の成否が問題となる。

- ・利益供与が「株主の権利行使に関して」されたといえるかについては参考になる判例がある。

・参考判例

会社が、他人が保有する自社の株式の取得工作のために株主以外の第三者に融資の形式で資金提供したことが利益供与に当たるとして当該第三者に対して利益の返還を求める株主代表訴訟が提起された。**最高裁**は、株式の譲渡は株主の地位の移転であり、それ自体は「株主の権利行使」とはいえないので、会社が、株式を譲渡することの対価として何人かに利益を供与しても、当然には会社法120条1項が禁止する利益供与には当たらないが、会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権を行使することを回避する目的で当該株主から株式を譲り受けるための工作資金を株主以外の第三者（何人か）に供与する行為は、株主の権利行使をやめさせるための究極手段として行われたものであるから「株主の権利行使に関し」利益供与を行ったといえるとした（**最判平 18. 4. 10・蛇の目ミシン株主代表訴訟**）。



\*利益供与の該当性が肯定された場合、甲社の株主Cは、120条3項の利益の返還を求める訴えとしての責任追及等の訴えにより、Gに対しては、保証料相当額60万円を会社に返還するよう請求し、Aに対しては、120条4項に基づく金銭支払義務につき責任追及する。

\*甲社が丙銀行に弁済した800万円相当額の損害については、423条1項の任務懈怠責任を根拠にAに対して責任追及等の訴えで追及できる。

なお、甲社は、Gに対しては、保証債務を履行したことを根拠に800万円を求償できるし、甲社がこの求償権を放棄した場合にはそれ自体が新たな株主Gに対する利益供与となり120条3項を根拠に責任追及等の訴えを提起しているため、現時点で、Gに対しては、800万円について会社法上の手段を採る必要ないかもしれない。

〔設問3〕

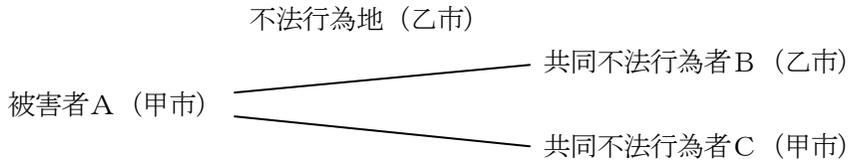
\*設問3は検討対象とされている会社法の制度の条文番号が明示されているため、事前の知識に頼るのではなく、条文を見てその趣旨を考えて自分なりの考え方を示す力があるか否かを試すものだと考えられる。

→この講義で用いる実際の受験生の再現答案は、この点のところは分かりやすい文章で書けていると思う。

注：なお、譲渡制限株式の一部の売渡請求の可否については、条文上は一部の売渡請求を否定されていないため一部売渡請求を肯定する見解と、譲渡制限株式の一部が手元に残っていても株式を処分して投下資本を回収するのが困難になるだけだということ considering 一部売渡請求を否定する見解とがありうる。

## 民事訴訟法 守りの答案を作るための論点抽出

〔設問 1〕



### 1 課題(1)

#### \*課題(1)

Bの訴えが既に提起されて訴状がAに送達されたこととの関係で、まず、AがBを被告として乙地裁に訴えを提起する場合に、訴えが適法といえるか。

また、その場合に、Aは、CをもBと共同被告とすることができるか。

いずれも適法であるとの方向で立論を工夫する。

#### ・乙地裁に土地管轄があるか？

被告の住所地が普通裁判籍となるところ、被告Bは乙市に住所があるため乙地裁に土地管轄がある(4I)。また、不法行為地である乙市を管轄する乙地裁にも特別裁判籍により土地管轄が認められる(5⑨)。

#### ・二重起訴の禁止との関係

乙地裁に既に訴訟係属しているBの訴えは、AのBに対する不法行為に基づく損害賠償請求権が400万円のうち150万円を超えては存在しないことの確認を求め、債務の一部不存在確認請求訴訟であるため、その訴訟物は、AのBに対する不法行為に基づく損害賠償請求権400万円のうち150万円を超える部分の不存在である。

給付請求と債務不存在確認請求は表裏の関係にある。したがって、Bの訴えの訴訟係属中に、AがBを被告として不法行為に基づく400万円の損害賠償請求をする訴えを提起する場合、Bの訴えの訴訟物と重複する部分が二重起訴の禁止に抵触するという問題が生じる。

この問題の解決の一方法としては、同一の請求権を対象に給付訴訟と債務不存在確認訴訟が提起された場合は、執行力のある債務名義を取得できる点で給付訴訟の方が紛争の抜本的解決にふさわしく、債務不存在確認訴訟は訴えの利益を欠くに至り不適法却下される反面、給付訴訟は二重起訴の禁止に抵触せずに適法になると考

えることができる。

- ・ AがBの他にCも共同被告にできるかについては、まず、民訴法7条但書に着目する。同条但書には、**数人からの又は数人に対する訴え**については、**38条前段に定める場合（訴訟物たる権利義務が共通するか同一の原因で生じた場合）に限られる**旨の規定がある。

被害者による複数の共同不法行為者に対する損害賠償請求権は、訴訟物たる権利義務が事実上同一原因から生じたものとして、多数当事者訴訟の要件を示す民訴法38条前段に該当するため、AはBとCを共同被告とすることができる。

## 2 課題(2)

### \*課題(2)

AがBとCを共同被告とする訴えを甲地裁に提起する場合に、この訴えが適法といえるか。これも、この訴えが適法であるという方向で、説得力のある立論をする。

- ・ 二重起訴の問題は前記同様である。
- ・ AのBに対する訴えも、AのCに対する訴えも、義務履行地（5①）により甲地裁に土地管轄がある。
- ・ 以上を踏まえて訴えが適法と論じる。

### [設問2]

\*文書提出命令に関する問題である。参考になる裁判例がある。

#### ・裁判例

医師が作成する診療録が220条4号ハの文書（法定専門職の秘密文書）に当たるとした裁判例の決定要旨は次のとおりである。本件は、医療機関と患者との間の債務不存在確認請求の本訴事件及び損害賠償請求反訴事件において、患者が、診療録等について、これを所持する医療機関である相手方に対して文書提出命令の申立てをした事案である。

220条4号ハは、197条1項2号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書については、文書提出義務から除外していると

ころ、197条1項2号は、医師等の職にある者又はこれらの職にあった者が職務上知り得た事実で黙秘すべきものについて尋問を受ける場合に、証言を拒むことができる旨を定めるものであるから、220条4号ハは、医師が職務上知り得た事実で黙秘すべき事項が記載されている文書については、黙秘の義務が免除されていない限り、文書提出義務から除外されることを定めているものである。そして、上記の「黙秘すべきもの」とは、一般に知られていない事実のうち、医師等に診療を行うことを依頼した本人が、これを秘匿することについて、単に主観的利益だけではなく、客観的にみて保護に値するような利益を有するものをいうと解される（最高裁平成16年11月26日第二小法廷決定参照）。

医師が作成すべき診療録の記載事項（特に病名及び主要症状、治療方法）は、患者の疾病等の内容やその治療経過に関するものとして、深く患者のプライバシーに関する事項に該当するものというべきであり、したがって、患者には、その秘匿について主観的利益があるのみならず、客観的にみて保護に値するような利益があるものということが出来るから、診療録の記載事項については、個別に医師の黙秘の義務が免除されていない限りは、220条4号ハに該当する。

本件をみると、220条4号ハの規定にかかる197条1項2号が専門家の証言拒絶権を認めたのは、職業の性質に照らして他人の秘密を知る機会が多いことに照らし、専門家に秘密を開示した者の利益を保護するためである。そして、診療録の提出命令の申立人と患者との訴訟において、患者が申立人からの不法行為によりPTSDに罹患し、診療録を所持する医療機関に通院している旨を主張し、申立人の不法行為によって受けた傷害の傷病名及び症状とその経過について、詳細な主張をし、同主張に沿う診断書を証拠として提出するとともに、傷病名及び症状とその経過について上記主張をより具体的かつ詳細に記載した被告の陳述書を証拠として提出している場合には、患者は、上記陳述書に記載された傷病名及び症状とその経過という、一般に知られていない事実を自ら開示し、その限度で保護されるべき利益を放棄したものというべきであり、診療録の記載事項中、上記陳述書に記載された限度で、医師の黙秘の義務は免除されたものというべきである（名古屋高決平25.5.27）。

〔設問3〕

1 Cの主張(ア)について

- ・補助参加の申出は、補助参加人としてすることができる訴訟行為（45 I 参照：攻撃防御方法の提出，上訴の提起，再審の訴えの提起など）とともにすることができる（43 II）。したがって，Cの主張(ア)は妥当ではなく，控訴裁判所は，主張(ア)を理由に控訴を違法と判断することはできない。

2 Cの主張(イ)について

- ・交通事故による損害賠償請求訴訟において，共同被告の1人が原告側に補助参加できるかが問題となった事案で，共同不法行為者間の求償権を根拠に補助参加の利益を肯定した判例がある（最判昭 51.3.30）。この判例は，補助参加の利益について，訴訟物非限定説と整合する。

本問は判例の事案と似ていることから，補助参加の利益について，訴訟物非限定説に立つと，Bに補助参加の利益が肯定される。このように考えた場合，Cの主張(イ)は妥当ではなく，控訴裁判所は，主張(イ)を理由に控訴を違法と判断することはできないことになる。

## 刑法 守りの答案を作るための論点抽出

### 〔設問1〕

#### \*名誉毀損罪の成否

→具体的事実を指摘しつつ名誉毀損罪の構成要件（公然と事実を摘示し人の名誉を毀損）の該当性を検討して同罪の成否につき結論を出す。本問では特に、公然性の構成要件要素との関係では伝播性の理論が解釈論とあてはめを丁寧にするべきである。

注：問題文に、乙に公益を図る目的がなかったとの記載があることから、乙に名誉毀損罪の構成要件該当性が認められた場合に、230条の2により違法性は阻却されない。また、目的の公益性がない場合は、真実性の錯誤があるものとして故意（責任故意）が阻却されることもない。真実性の錯誤は、230条の2の要件のうち、事実の公共性と目的の公益性が認められる場合に問題となるものである。

### 〔設問2〕

#### \*小問(1) 不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からの説明

- ・ 作為義務の肯定
- ・ 殺意の肯定

→この講義で扱う実際の受験生の再現答案を用いて解説する。

#### \*小問(2) 保護責任者遺棄等罪（同致傷罪を含む）にとどまる立場からの反論

- ・ 作為義務の否定
- ・ 殺意の否定

→この講義で扱う実際の受験生の再現答案を用いて解説する。

〔設問3〕

\* 甲には無関係の丁を救助する義務は認められないので殺人未遂罪は成立しないとの主張に対し、親に生じた危難について子は親を救助する義務を負うとの立場を前提に、甲に同罪が成立すると反論するには、どのような構成が考えられるかについて、論じなさい。

- ・ 不作為による実行行為性が問題となる事案において、甲と無関係の丁について、甲に丁に対する殺人未遂罪が成立すると反論するのは通常は簡単にはいかない。そこでなんとか試験の現場で理屈をひねりだして処理をするしかない。

→この講義で扱う実際の受験生の再現答案を用いて解説する。

客観面の問題：不真正不作為犯における作為義務の体系上の位置付けについては、構成要件レベルに位置づけるのが一般的な見解である。この見解は、不作為の全てが構成要件に該当するというわけではなく、作為義務を負う者の不作為のみが構成要件に該当するというものである。

この見解と異なり、作為義務を違法性レベルに位置づけると、結果発生の実現的危険のある全ての不作為が構成要件に当たることになるところ、再現答案は、作為義務を違法性レベルに位置づけることにより、なんとか殺人未遂罪の成立を肯定した努力がうかがえる。この見解に立つと、死の結果発生の実現的危険が迫っているのが丁なのか乙なのかは構成要件レベルでは問われないことになるため、本問の事案でも殺人未遂罪の成立を肯定しやすくなる。

主観面の問題：事実の錯誤の処理をして故意を阻却しない。

## 刑事訴訟法 守りの答案を作るための論点抽出

[設問1]

### 1 下線部①の捜査の適法性について

#### \*強制処分と任意処分の区別

- ・「強制の処分」(197条1項但書)の意義を、個人の意思(明示の意思だけでなく推定的意思を含む)に反して、個人の重要な権利・利益を侵害する処分と定義付けるのが現在の通説である。
- ・強制処分とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、〔①〕個人の意思を制圧し、〔②〕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した判例がある(最決昭51.3.16・呼気検査事件)。

→公道上に止めた車両内から下線部①記載のような撮影を、約20秒間、対象者の容ぼうを含めて撮影した。警察官からみだりに容ぼう等を撮影されない自由は法的保護に値する利益といえるため、下線部①の撮影は、甲個人の推定的意思に反するが、強制処分を基礎付けるほどの重要な権利利益を制約したとはいえない。強制処分に該当しない。

#### \*任意処分(任意捜査)の限界

- ・強制処分に該当しないと判断され、任意捜査となる場合であっても、不必要・不相当な人権侵害の防止のために、比例原則からの限界があり、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。

→本問の具体的事実を摘示しつつ、適法か否かを論じる。

## 2 下線部②の捜査の適法性について

### \*強制処分と任意処分の区別

→甲の犯人性を基礎付けるために、甲が所持する工具箱に「A工務店」と書かれたステッカーが貼られていることを確認するために下線部②のビデオ撮影をしているところ、例えば、以下の事情に着目すると強制処分の該当性を肯定できそうである。

- ステッカーが小さいため甲が工具箱を持ち歩いている状態ではステッカーの有無を確認することが困難であった。
- 撮影の対象となった工具箱は事務所内にあり、公道から見ることにはできないものであった。
- 向かい側のマンションの2階通路に上がり、事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通して望遠レンズ付のビデオカメラで工具箱を撮影した。
- 一方で、撮影時間が5秒間と短時間にすぎないことは、強制処分性を否定する方向に作用する一事情になりうるが、前記事情があることから、捜査②は、甲個人の推定的意思に反し、強制処分を基礎付けるほどの重要なプライバシーの権利を制約したといえる。
- 捜査②は強制処分に該当する。捜査②は強制処分のうち検証の性質を有するものであり、検証許可状なくされたため違法である。

〔設問2〕

1 小問1 本件メモの証拠能力

\* 伝聞証拠の該当性

・ **伝聞証拠**とは、「公判期日における供述に代わる書面」又は「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」のうち**要証事実**との関係で供述内容の**真実性が問題となるもの**をいう。【形式説】

・ **伝聞証拠**とは、裁判所の面前で反対尋問を経ている供述のうち、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるものをいう。【実質説】

→本件メモの内容と立証趣旨を踏まえると、本件メモの要証事実は問題文記載の「立証趣旨」にあるとおりであると判断できる。本件メモから立証趣旨にあるとおりのことを立証するには本件メモの内容の**真実性が問題となるため**、本件メモは伝聞証拠に該当する。

\* 伝聞例外

→本件メモは被告人以外の者の供述書として、321条1項3号の伝聞例外の要件を充足すれば証拠能力が認められる。本問の具体的事実を指摘しつつ同号の要件（①供述不能、②証明の不可欠性、③絶対的特信情況）の充足性を検討して、証拠能力の有無について結論を出す。

## 2 小問2 本件領収書の証拠能力

### (1) 立証上の使用方法1

#### \* 伝聞証拠の該当性

→本件領収書の内容と立証趣旨を踏まえると、本件領収書のうち、「¥1,000,000（税込） 但 屋根裏工事代金として上記正に領収いたしました」との甲の供述が記載された部分の要証事実の問題文記載の「立証趣旨」にあるとおりであると判断できる。本件メモから立証趣旨にあるとおりのことを立証するには本件メモの内容の真実性が問題となるため、本件メモは伝聞証拠に該当する。

#### \* 伝聞例外

→本件領収書の上記供述部分は不利益な事実を承認することを内容とする被告人の供述書として322条1項の伝聞例外の要件を充足すれば証拠能力が認められる。本問の具体的事実を指摘しつつ同号の要件（任意性）の充足性を検討して、証拠能力の有無について結論を出す。

注：本問の領収書に323条2号（商業帳簿、航海日誌その他業務の通常のプロセスにおいて作成された書面）の適用があるか？

### (2) 立証上の使用方法2

#### \* 伝聞証拠の該当性

→本件領収書には甲の指紋が付着し、領収書にある印影が甲の事務所にあった認印の印影と合致したとの客観的事実と、領収書の内容、立証趣旨を踏まえると、本件領収書の存在自体を本件領収書の要証事実として立証して、そこから立証趣旨にあるとおりの事実を推認することができる。したがって、本件領収書の要証事実の本件領収書の存在自体であり、要証事実との関係で内容の真実性が問題とならないため伝聞証拠に当たらない。本件領収書は、この要証事実との関係では伝聞法則の観点から証拠能力は否定されない。

↓

供述証拠の非供述的用法







**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) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18388