

司法試験

平成30年司法試験
出題趣旨分析会
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



0⁰001221 188461

LU18846

平成30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30年度司法試験の出題の趣旨を分析していきます。必修7科目の全てを120分で講義する都合上、1科目あたり平均約17分しか説明できないため、今後の試験対策に役立ちそうな箇所をピックアップして解説していきます。今回の講座を、是非とも、次年度の試験対策にお役立てください。

このレジュメに掲載した出題の趣旨には、私が、**下線**を付したり、**太字**にしたりと装飾をしています。また、**【注：・・・】**又は**【・・・】**として私の言葉で文字や文章を補充した箇所があります。なお、このレジュメに掲載した「**関連知識**」の一部は、私が制作している「**矢島の速修インプット講座**」（2018年版）のテキストから抜粋したものです。

平成30年10月21日

LEC専任講師 矢島純一

・ご連絡

なお、後日、試験考査委員の**採点実感**が公表されたら、**採点実感の分析会**を実施しますので、そちらも是非参加してみてください。

目次

平成30年度司法試験 出題趣旨 憲法	2
*憲法の関連知識	5
平成30年度司法試験 出題趣旨 行政法	8
*行政法の関連知識	10
平成30年度司法試験 出題趣旨 民法	14
*民法の関連知識	20
平成30年度司法試験 出題趣旨 商法	22
*商法の関連知識	24
平成30年度司法試験 出題趣旨 民事訴訟法	28
*民事訴訟法の関連知識	31
平成30年度司法試験 出題趣旨 刑法	36
*刑法の関連知識	40
平成30年度司法試験 出題趣旨 刑事訴訟法	46
*刑事訴訟法の関連知識	49

平成30年度司法試験 出題趣旨 憲法

全国都道府県では、青少年の健全育成を目的とした図書類の販売等に関する規制が行われている。本問は、そのような目的にとどまらず、一般市民がむやみに羞恥心等を覚えるような卑わいな画像等に触れることがないようにして性風俗にかかる善良な市民の価値観を尊重するという観点も併せ、健全で文化的な環境を保持するという目的のために種々の規制を行う架空の条例案について、その合憲性の検討を求めるものである。従来は、訴訟の場面を想定し、当事者の主張等において憲法論を展開することを求める出題が通例であったが、**実務的には**、必ずしも訴訟の場面に限られず、**法令を立案する段階**においても法律家としての知見が必要であることから、そのような場面で憲法論をどのように活用、展開するかを問う出題とした。

法律家としての助言を求められているため、具体的な条例の文言を指摘しつつ、当該規定で合憲といえるかどうかを答えることが不可欠であり、違憲であるとする場合に、条例案のどの部分がどのような憲法上の規定との関係で問題なのかを具体的に指摘することが期待される。

本条例の検討に際しては、問題文の最後の甲の発言にあるとおり、図書類を購入する立場と販売等をする店舗の立場から憲法上の権利を検討することが必要であり、前者については、憲法第21条の表現の自由に含まれる「知る自由」を、後者については、憲法第22条の職業選択の自由に含まれる「営業の自由」の観点から検討する必要がある。

憲法第21条に関しては、まず、知る自由が、憲法第21条第1項により保障されることに言及した上で、購入や貸与を受けることを制限される青少年について、その自由の制約になるかどうかを論じることとなる。制約になるとした場合、まず、明確性の原則との関係で、規制図書類の定義が適切かどうか、「衣服の全部又は一部を着けない者の卑わいな姿態」「殊更に性的感情を刺激する」との文言が曖昧、不明確でないかどうかの検討が必要となる。一般に、明確性の原則は、不明確な法文が表現者の表現行為に対して萎縮効果を持つことを問題にするものであるが、本問における条例による規制においては、表現物の流過程に位置する販売者を萎縮させ、それに伴って青少年の知る自由を制約することになるのではないかという観点から、明確性の原則を論ずることが考えられる。

さらに、明確性の原則に反しないとしても、かかる制約の合憲性判断について、いかなる審査基準によって審査することが妥当かどうかを論じる必要がある。その際、内容規制と考えるのか、それとも内容中立規制と考えるのかという観点から議論することも考えられるし、規制対象となる図書類が性的な表現を含むものであることから、その表現の価値を考慮するかどうか、あるいは、情報の受け手が青少年であることの考慮が働くかどうか（岐阜県青少年保護育成条例事件補足意見）といった観点を意識した議論をすることが考えられよう。その上で、本件規制図書類の範囲が過度に広汎ではないかという点を含め規制の必要性、合理性を検討する必要がある。また、審査基準の設定又は当てはめにおいて、後述するように、本条例の目的についての検討、すなわち、青少年の健全育成の目的や、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的が、憲法上の権利を制約する目的としてふさわしいものであるかどうかを意識した議論をすることが考えられよう。

次に、18歳以上の者との関係では、知る自由の制約になるかどうかをまず検討する必要がある。規制図書類の購入がおよそできなくなるわけではなく、購入方法の限定はごく一部に過ぎないから知る自由の制約とまでは言えないと評価するのか、情報の受領方法に制限が加わる以上、知る自由の制約ととらえるのかの両論が考えられる。知る自由の制約ととらえると、青少年における検討と同様に、明確性に関する検討が必要となり、審査基準の設定についても、青少年の場合と同様の点（青少年であることを考慮するかどうかを除く。）を踏まえた審査基

準の設定が考えられる。18歳以上の者は、購入場所が限定されるにとどまるため、青少年とは異なる審査基準を設定することも考えられるし、そうでない場合でも、審査基準への当てはめにおいては、購入が全面的に制約される青少年とは異なり、個々の規制の合理性を検討する必要がある。その際、本条例の目的が、青少年の健全育成のみならず、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという点にあることについて、青少年の場合と同様、憲法上の権利の制約の目的としてふさわしいのかどうかについても言及することが考えられる。例えば、条例の目的は、結局のところ、卑わいな画像等を見たくない人を保護するということになるが、見たくないものに触れさせないこと一般が法的保護に値するとは言えないという議論や、目的が漠然としたもので抽象的にすぎるといった指摘をして、その目的としての価値が大きいと評価する方向で議論をすることも考えられよう。他方、性的な羞恥心や卑わいなものを見たくない人の不快感は、現に一般に共有されている感情である以上、十分に法的保護に値するといったことから、制約目的としての価値を見出す議論をすることもできるであろう。

青少年及び18歳以上の者のいずれにおいても、目的と規制の対応関係を意識する必要がある。例えば、学校から200メートル以内における販売等の規制（いわゆるゾーニング）については、青少年の健全育成と結びつくものであり、日用品販売店での販売規制と隔壁等の義務付けは、青少年の健全育成と一般市民をむやみに卑わいな画像等に触れさせないという観点の両面を趣旨としていることなどを意識した論述が求められる。

憲法第22条に関しては、営業の自由が憲法上の権利であること、本件規制が営業の自由の制約に該当することに言及した上で、営業の自由の制約としてどのような審査基準が妥当であるかを議論することが考えられる。

青少年の健全育成という目的と一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的をどのようにとらえ、制約される権利の性質、制約の程度等との関係で、どのような審査基準を設定するかを議論をする必要がある。その際、小売市場許可判決や薬事法判決等の既存の営業の自由に関わる判決との対比をすることや、積極目的、消極目的等の規制目的の区別に基づいて審査基準を立てるべきかを議論することが考えられよう。その上で、当該審査基準に基づいて、日用品等販売店舗での販売禁止の合憲性、学校から200メートル以内における販売等の禁止の合憲性、隔離販売規制の合憲性、青少年への販売規制の合憲性について検討することとなる。他方、制約の程度等の審査基準設定に与える影響を重視するとすれば、各規制ごとに審査基準を設定すべきことになろう。

営業の自由との関係でも、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的について、目的としての妥当性を検討することが考えられるが、知る自由との関係で議論したのと同様として扱っても差し支えない。もっとも、その目的の妥当性判断に当たって、制約される権利との関係で、異なる考慮がなされ得るとの立場からは、知る自由の場合と異なる議論をすることもあり得る。なお、規制対象となる規制図書類の範囲が過度に広汎であるかどうかは、憲法第22条の営業の自由との関係でも問題となるが、知る自由において検討するのは必ずしも同じ問題状況ではないことを踏まえる必要がある。

また、規制の合理性の検討に際しては、意図せず一般市民が卑わいな画像等に触れないようにするという観点からすると、隔壁等による隔離販売の規制のみで足りるのではないかという方向で議論することもできるし、他方、営業の自由の性格に鑑み、様々な制約を合憲とする方向で議論することもできると考えられる。このほか、表現物の流過程における書店という位置づけに鑑み、通常の営業主体よりもその販売等の自由は保護されるべきであるという議論もなし得る。

事業者にとっては違反すれば罰則も設けられていることから、刑罰法規としての明確性を指摘することも考えられる。刑罰法規の明確性〔注：罪刑法定主義の派生原理の1つ〕は、表現

の自由の制約において求められる明確性の原則とは趣旨を異にするため、別の論述が必要であろう。

* 憲法の関連知識

1 平成30年度の憲法の論文試験の形式面での特徴

→平成29年度以前の憲法の論文試験では、憲法訴訟の場面において、法令や処分
の合憲・違憲を争う対立当事者の両主張と、受験者自身の見解を論じる形式のも
のであった。しかし、平成30年度の憲法の論文試験は、条例の立案段階で、受
験者自身が、法律家として、市の担当者から条例案について意見を求められると
いう場面において、「参考とすべき判例や想定される反論を踏まえて」、条例
案の憲法上の問題点を論じることが求められるという形式の出題であった。

「判例」を踏まえた論述をするには、判例の規範を正確におさえておくこと
が必要となるため、憲法判例の学習をしっかりとしておきたい。

2 漠然不明確な規制と明確性の原則（漠然不明確ゆえに無効）

→刑罰法令が不明確だと予測可能性がなく個人の活動が委縮するため、罪刑法定主義の派生原理として刑罰法令には明確性が要求され、明確性のない規制立法は漠然不明確ゆえに文面上無効になると解されている（明確性の原則・憲法31条）。そして、表現行為に対する規制立法が漠然不明確だと表現の自由に対する萎縮効果をもたらすところ、表現の自由の重要性に鑑みて、明確性の原則は、表現の自由の規制立法にも適用されると解されている（憲法21条1項）。したがって、明確性のない表現の自由の規制立法は漠然不明確ゆえに文面上無効になる。

- ・条例が定める集団示威運動の遵守事項とされる「交通の秩序を維持すること」の文言が刑罰法規の明確性に反して憲法31条に違反するかが争われた事案で、最高裁は、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきであるとの判断枠組みを示した。

その上で、本条例3条が、集団行進等を行おうとする者が、集団行進等の秩序を保ち、公共の安寧を保持するために守らなければならない事項の一つとして、その3号に「交通秩序を維持すること」を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穏に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解されるのであり、通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあたっては、例えば、各地における道路上の集団行進等に際して往々みられるだ行進、うず巻行進、すわり込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為が、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたるものと容易に判断することができるというべきであるとして、条例3条3号の規定は、集団行進等における道路交通の秩序遵守についての基準を読みとることが可能であり、犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性を欠き憲法31条に違反するものとはいえない（最大判昭50.9.10・徳島市公安条例事件判決）。

注：今回の問題でいうと、条例7条の柱書にある「殊更」という文言が、徳島市公安条例事件判決にも登場している。

3 最判平元.9.19・岐阜県青少年保護育成条例事件の補足意見

・伊藤正巳裁判官の補足意見の要旨

青少年も知る自由を享有し、青少年はその人格の形成期であるだけに偏りのない知識や情報に広く接することによって精神的成長をとげることができるところから、その知る自由の**保障の必要性は高い**が、知る自由の保障は、提供される知識や情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力が前提とされている。青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であって、右の選別能力を十分には有しておらず、その受ける知識や情報の影響をうけることが大きいとみられるから、成人と同等の知る自由を保障される前提を欠くものであり、したがって**青少年のもつ知る自由は一定の制約をうけ、その制約を通じて青少年の精神的未熟さに由来する害悪から保護される必要**がある。したがって、その自由の憲法的保障という角度からみるとときには、その**保障の程度が成人の場合に比較して低い**といわざるをえない。そして、ある表現が受け手として**青少年にむけられる場合には、成人に対する表現の規制の場合のように、その制約の憲法適合性について厳格な基準が適用されない**ものと解するのが相当である。そうであれば、一般に優越する地位をもつ表現の自由を制約する法令について違憲かどうかを判断する基準とされる、その表現につき明白かつ現在の危険が存在しない限り制約を許されないとか、より制限的でない他の選ぶ手段が存在するときに制約は違憲となるなどの原則は**そのまま適用されない**し、表現に対する事前の規制は原則として許されないとか、規制を受ける表現の範囲が明確でなければならないという違憲判断の基準についても**成人の場合とは異なり、多少とも緩和した形で適用**されると考えられる。

関連問題：司法論文 H20（未成年者に対するインターネット情報の提供の制限）、
司法論文 H30（未成年者に対する有害図書の販売規制）

・H20 司法論文（探点実感・抜粋）

18歳未満の者の保護という立法目的によって、表現の自由の保障の程度や範囲が**成人の場合と異なってどの程度緩和**されるのかという検討が必要である。単に表現の自由の保障の一般論を展開するだけでは不十分である（以下略）。

4 職業選択の自由・営業の自由の審査基準

注：**判例**は、以下の審査基準のうち、薬事法違憲判決型の厳格な合理性の基準や、小売市場事件判決型の明白の原則を用いている。

・規制目的二分論の修正

憲法22条1項が保障する職業選択の自由は、政策的観点から精神的自由と比べて、より強度の制約を受けることを憲法が予定しているので、精神的自由の制約に対する厳格な基準と比べて緩やかな基準で審査される。また、職業に対する規制は社会政策上様々な目的でされることを踏まえ審査基準を設定する必要がある。具体的には、経済的弱者の保護や経済の調和のとれた発展のための積極目的規制については、裁判所は立法裁量を特に尊重し、規制の目的が正当で、目的と手段との間に合理的関連性があれば合憲となる。人の生命、健康の安全に対する危険の防止のための消極目的規制については、立法裁量は尊重されるものの積極目的規制のときほどの尊重は必要ないので、規制の目的が重要で、目的と手段との間に実質的関連性があれば合憲となる。また、積極、消極の両目的を併有する規制や、積極消極いずれの目的にも割り切れない規制のときは、権利の内容的性質や、規制態様の程度も考慮して具体的に審査することとし、新規参入規制のように規制態様が強度なものについては、目的が重要で、目的と手段との間に実質的関連性があれば合憲となる。

・規制の目的の違いに着目した場合の審査基準の**基本形**は以下のものとなる。

・**明白の原則**

経済的弱者の保護など経済の調和のとれた発展を図るための積極目的規制であるときは、立法府の政策判断を特に尊重し、当該規制措置が著しく不合理であることが**明白**である場合に限り違憲とする（小売市場事件判決型の**明白の原則**）。

注：審査密度は合理的関連性の基準に相当する。

・**厳格な合理性の基準**

人の生命、健康に対する危険を防止するための消極目的規制であるときは、積極目的規制と比べて政策判断が必要なく、裁判所の判断になじむ。そこで、裁判所は、厳格に規制立法の合理性を審査するべきである。具体的には、裁判所は、規制の必要性・合理性、同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段の有無を、立法事実（立法の必要性と合理性を支える社会的事実）に基づいて規制立法の合理性を審査する（薬事法違憲判決型の**厳格な合理性の基準**）。

注：審査密度は実質的関連性の基準に相当する。

平成30年度司法試験 出題趣旨 行政法

本問は、「墓地、埋葬等に関する法律」（以下「法」という。）第10条第1項に基づいて、宗教法人Aが墓地（以下「本件墓地」という。）の経営許可を申請した場合（以下「本件申請」という。）、それに関して生じる法的な問題について、経営許可の権限を有する地方公共団体B市の主張を考慮しつつ、検討を求めるものである。本問で論じられるべき第1の問題は、本件申請に対して許可（以下「**本件許可処分**」という。）が行われた場合、本件墓地の近隣で別の墓地を経営している宗教法人Dと、障害福祉サービス事業を行う法人Eに、本件許可処分に対して取消訴訟を提起する**原告適格**が認められるかである（**設問1(1)**）。論じられるべき第2の問題は、仮にEに原告適格が認められた場合、本件許可処分が**違法**であるとして、**E**がどのような主張をすることが考えられるか、また、それらの**主張が制限**を受けることはないかである（**設問1(2)**）。そして、論じられるべき第3の問題は、本件申請に対して不許可処分（以下「**本件不許可処分**」という。）が行われ、Aが、本件不許可処分に対して取消訴訟で争う場合、Aが本件不許可処分の**違法事由**としてどのような主張をすることができるかである（**設問2**）。これらの点を、法、法に関して最小限必要な許可要件や手続を定めた「B市墓地等の経営の許可等に関する条例」（以下「本件条例」という。）等の資料を踏まえて論じることが求められている。

〔**設問1(1)**〕は、取消訴訟の**原告適格**という、取消訴訟の基本的な訴訟要件の理解を問うものである。本問では、**DとEは、それぞれ本件許可処分の名宛人ではなく、第三者**であることから、行政事件訴訟法第9条第1項と同条第2項の基準に基づいて、原告適格に関しどのような主張がなされるのか、また、原告適格は認められるのかを、B市からの反論を踏まえて検討することが求められている。

Dの原告適格の検討に当たっては、既存の墓地の経営主体であるDが、本件墓地によって経営上悪影響を受けることを理由に、原告適格が認められるのかを論じることとなる。法第1条は、公衆衛生や宗教感情の保護等を法目的としているが、既存の墓地の保護については特に触れるところはない。しかし、本件条例第3条第1項が墓地の経営主体を原則として地方公共団体としていることや、本件条例第9条第2項の経営許可に関する要件を定めた規定により、法や本件条例がその趣旨目的として墓地経営の安定を求めていると考えることもできることから、墓地経営許可に際して、既存の墓地の利益保護が考慮されているかどうかを論じることが求められる。

Eの原告適格の検討に当たっては、Eは障害福祉サービス事業を行う事業所を運営していることから、本件墓地の経営によって、衛生環境や生活環境の悪化を理由に原告適格が認められるのが問題となる。本件条例第13条第1項や第14条第1項等を手掛かりとして、法や本件条例が、Eの事業所に対して、障害福祉サービス事業を行う事業所として、適切な環境の下で円滑に業務を行う利益を保護しているかを論じることが求められる。

〔設問 1 (2)〕では、E が、本件許可処分に対する取消訴訟を適法に提起できるとした場合、本件許可処分が違法であるとして、どのような主張が可能か、また、それらの主張が制限を受けないかを検討することが求められる。法第 10 条第 1 項に基づく許可については、公益の見地からその許否が判断され、行政に一定の裁量が認められると考えられるが、どのような根拠に基づいて、いかなる裁量が認められるのか、さらに、本件許可処分が、どのような理由から裁量権の範囲を逸脱・濫用し、違法とされるのかについて、検討を進めることが求められている。

E が主張する違法事由としては以下の 2 点を論じることが求められる。

第 1 に、本件墓地から約 80 メートルの距離にある E の事業所が本件条例第 13 条第 1 項 (2) の「障害福祉サービスを行う施設 (入所施設を有するものに限る。)」に該当し、本件条例第 13 条第 1 項の距離制限に違反することから、本件許可処分は違法ではないかという点である。さらに、たとえ距離制限に違反していても、E が、D と相談して、説明会や本件申請の後に事業所を移転している等の事情から、本件許可処分を妨害するため、意図的に本件事業所を移転したとすれば、権利濫用として、そのような違法事由は主張できないのではないかという点もあわせて論じることが求められている。

第 2 に、本件墓地の実質的な経営者は、A ではなく、営利企業の C ではないのかという、いわば A と C の間で一種の「名義貸し」に当たる行為が行われたのではないかという点である。法や本件条例には「名義貸し」を明文で禁止する定めは見られないが、本件条例が、墓地の経営主体を地方公共団体や宗教法人等に限定し、営利企業への墓地営業許可を認めていないことや、経営主体に一定の要件を求めていることから、仮に、本件許可処分が「名義貸し」によって認められたものであるとすれば、法や本件条例の趣旨を潜脱して違法ではないかという主張を行うことが考えられよう。法や本件条例を踏まえて、資料に示された具体的な事実を通して、E の主張を検討することが求められている。

さらに、本件許可処分の違法事由については、E の「自己の法律上の利益」に関係があるかどうか、すなわち、行政事件訴訟法第 10 条第 1 項による主張制限についても検討することが求められている。行政事件訴訟法第 10 条第 1 項の「自己の法律上の利益」の基本的な理解に基づき、上で述べた各違法事由の主張が制限されるかどうかを、個別に検討することが求められている。

〔設問 2〕は、A が本件不許可処分に対して取消訴訟を提起した場合、本件不許可処分が違法であるとしてどのような主張がなされるのかを問うものである。本件不許可処分の理由として B 市が想定している理由のうち、本問で論じられるべきものは、(ア) 本件墓地周辺の住環境が悪化する懸念から、近隣住民の反対運動が激しくなったこと及び (イ) D の墓地を含む B 市内の墓地の供給が過剰となり、その経営に悪影響が及ぶことであるが、これらに関して、B 市の主張を踏まえて、検討することが求められている。

(ア) については、単に近隣住民の反対運動が激化するということを理由とするにとどまるのであれば、本件不許可処分の根拠としては認められないとの見解もあり得る一方、B 市の立場からは、法第 10 条第 1 項が、墓地の経営許可につき市長に裁量を認めていることを前提にして、住環境の悪化を懸念する反対運動の存在を考慮することは適法との見解もあり得、これらを比較して論じることが求められている。

(イ) についても、B 市内の墓地の需給を考慮して本件不許可処分を行うことは許されないとの見解と、B 市の立場からは、墓地の公共性や墓地の経営の安定性を求める法や本件条例の規定から、経営状態が悪化しないように、需給状況を考慮することは、裁量の範囲を超えるものではないという見解もあり得、これらを比較して論じることが求められている。

* 行政法の関連知識

1 処分の名宛人以外の第三者の原告適格

〔論証例〕 第三者の原告適格（ショート版〔矢島の速修インプット講座〕）

取消訴訟の原告適格は、当該処分により「法律上の利益」（行訴法9条1項）として法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者に認められる。処分の根拠法令が、不特定多数者の具体的利益を、専ら一般公益に吸収解消させるにとどめず、個々人の個別的利益として保護する趣旨を含むといえるときは、かかる利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者に原告適格が認められる。そして、処分の名宛人以外の第三者に法律上保護された利益が認められるかは行訴法9条2項の判断枠組みに則して判断する。

- ・最高裁は、行訴法9条2項から直接、原告1人1人の原告適格を判断するのではなく、まず、同項の判断枠組みを提示し、さらに、同項の判断枠組みに即して、当該事案において原告が主張する利益につきどの範囲の者に原告適格が認められるのかについて、より具体的な判断枠組みを示した上で、最終的に、原告1人1人の原告適格の有無を判断している。簡単に言えば、判例は、行訴法9条2項を第1次的な規範（判断枠組み）に用いた上で、当該事案の処理に適したより具体的な第2次的な規範（判断枠組み）を定立し、その第2次的な規範を原告となっている者1人1人に適用して、それぞれの原告の原告適格の有無を判断しているのである。このことについては、後掲の判例を通じて学習する。

一例を挙げておくと、小田急事件の最高裁大法廷判決（**最大判平 17.12.7**）は、行訴法9条1項、2項を第1次的な規範として、同2項が要求する考慮要素を考慮した上で、都市計画事業の事業地の周辺に居住する住民のうち当該事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者は、当該事業の認可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有するとの判断枠組み（第2次規範）を定立した上で、その判断枠組みを原告1人1人に適用して原告適格の有無を判断している。

・ H28 司法論文公法系第2問設問1（出題の趣旨・抜粋）

〔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。

・行訴法9条1項〔A〕と2項〔B〕の原告適格の判断枠組みの概要

〔A〕当該処分¹の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に取消訴訟の原告適格が認められる（行訴9I）。

〔B〕処分²の名宛人以外の者に法律上の利益があるかは、①処分の根拠法令の文言だけでなく趣旨・目的と、②処分において考慮されるべき利益の内容・性質を考慮して判断する（行訴9II）。

①処分の根拠法令の趣旨・目的を考慮する際は、その法令と目的を共通にする関係法令があるときは、その趣旨・目的を参酌した上で、処分の根拠法令の趣旨・目的を明らかにしなければならない。

②処分において考慮されるべき利益の内容・性質を考慮する際は、処分がその根拠法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案しなければならない。

・参考 原告適格の判断枠組みの学説上の整理の仕方

法律上保護された利益説を採ると、原告適格の有無は、処分の根拠法令の解釈により決まることになる。この解釈は行訴法9条2項の判断枠組みに即してすることになる。具体的には次のとおり考えていく。

原告適格が認められるためには、原告が主張するような利益（被侵害利益）が、法律上保護された利益すなわち、当該利益が専ら一般公益としてだけでなく、個々人の個別的利益として保護されているといえなければならない。そういえるためには、まず、〔①〕被侵害利益が、公益として保護されているだけでなく、処分の根拠法令によって具体的に保護されているといえることが必要となる（保護範囲要件）。ここでは処分の根拠法令を解釈することで当該利益が法律上保護されているといえるかが審査される。そして、当該利益が法律上保護されているといえる場合は、次に、〔②〕当該利益が、処分の根拠法令により一般公益に吸収解消されるにとどまらず、個々人の個別的利益としても保護されているといえることが必要となる（個別保護要件）。この判断の際に、処分において考慮されるべき利益の内容・性質を考慮する。

キーワード：被侵害利益，具体的保護，個別的保護

2 行政権の濫用に関する参考判例

・行政権の濫用

昭和53年判決の事案を簡略化して説明すると、X社は、個室付浴場を営業することを計画して山形県余目町に建設用地を取得し営業用建物の建築確認の申請と公衆浴場営業の営業許可の申請をしたところ、地元で個室付浴場の経営に反対する抗議行動が起こったため、余目町は山形県と相談して、本件個室付浴場の経営を阻止する方針を立てた。そこで、山形県や余目町は、児童福祉法にいう児童福祉施設の周囲200メートル以内においては（旧）風俗営業等取締法によって個室付浴場の営業が禁止されることに着目した上で、余目町は、山形県に対し、X社の個室付浴場の開業予定地から約134メートルの所にある児童福祉施設の設置の認可申請をし、山形県知事は当該申請を容れて認可処分をした。その後、公衆浴場の営業許可（ただし、児童施設が設置された場合は性的なサービスは提供できないもの）がされた。

しかし、X社は、児童遊園施設が設置されたにもかかわらず、性的なサービスを提供するための個室付浴場の営業を開始したところ、山形県公安委員会に取締法違反を理由に60日間の営業停止処分をされた上に、前記風俗営業等取締法違反を理由に起訴され被告X会社に罰金7000円の判決が言い渡された。

被告X会社側は、本件児童福祉施設の設置認可処分は行政権の行使の濫用であり、被告会社を規制する根拠にはならないから無罪であると主張して上告した。

最高裁は、本来、児童遊園は、児童に健全な遊びを与えてその健康を増進し、情操をゆたかにすることを目的とする施設（児童福祉法40条）なのであるから、児童遊園設置の認可申請、同認可処分もその趣旨に沿ってなされるべきものであって、被告会社の個室付浴場営業の規制を主たる動機、目的とする本件認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があり、被告会社の個室付浴場営業に対しこれを規制しうる効力を有しないとして、X者を無罪とした（最判昭53.6.16）。

〔調整余白〕

平成30年度司法試験 出題趣旨 民法

本問は、民法の幅広い分野から、民法の基礎的な理解とともにその応用力を問うものであり、当事者の主張を踏まえつつ法律問題の相互関係や当該事案の特殊性を論理的に分析して自説を展開する能力が試されている。

設問1は、種類債務の特定と危険負担（民法第534条第2項）、（狭義の）履行補助者の過失、弁済の提供又は受領遅滞若しくは受領義務違反の効果（債務者の目的物保管義務の軽減及びその軽減後の義務の内容、対価危険の債権者への移転等）等といった債権法の複数の制度・規定について、基本的な理解ができているか、その理解を具体的な事実関係に基づいて各制度・規定の相互の関連性を含めて適切に展開することができるかを問うものである。典型論点ともいえるものばかりではあるものの、複数の論点の検討を要する問題を通して、事案に即して論理を着実に展開する能力が試されている。

設問1の事実関係の下では、危険負担の適用があるか否かが問題となるが、その前提として、種類債権の特定とその後の目的物の滅失が必要となる。そこで、民法第401条が定める「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し」たこととは、例えば、債務者が、給付の完了のために債権者がする必要があることを除き、自らすることができることを全てした状態をいうところ、Bの債務は取立債務であることから、Bが目的物を分離して引渡準備を完了し、その旨をAに通知することにより目的物の特定が認められることなどを述べた上で、設問1の事実関係からこの特定が認められ、その特定した目的物が盗難により滅失したと認められることを述べる必要がある。

目的物が特定後に滅失した場合の売主Bの売買取金請求権の帰趨については、①双務契約上の相対立する二つの債務は互いに対価関係に立つため牽連関係が認められるとして、一方の債務の消滅により当然に他方の債務も消滅することを前提としつつ、本件においては目的物が特定していたとして民法第534条第2項の適用によりBの代金請求が認められ得るとする立場、②同じ前提に立ちつつも、民法第534条第2項の適用を否定又は制限する立場などが考えられる。これらのいずれの立場によっても構わないが、自己の採用した立場から一貫性のある法律構成をすることが求められる。なお、①②と異なり、双務契約上の相対立する二つの債務は互いに独立のものであり、一方の消滅により他方が当然に消滅することはないとする立場もあり得るが、その場合には、特殊と云ってよい立場であるため、そのように解する理由を明確に示すことが必要である。

上記の①の立場からは、以下の事柄について論ずることになる。

①の立場は、民法の規定の文理に素直なものであるといえるが、①の立場に対しては公平ではないという批判が極めて有力であり、また、この立場をとることを明言する判例があるわけでもない。そこで、民法第534条第2項の文言に素直な解釈であるという指摘をするだけでなく、公平に反するという批判説にも応接した理由付けをすることが望ましい。

その上で、民法第534条が適用されるのは目的物の滅失が「債務者の責めに帰することができない事由」による場合であるため、設問1の事実関係の下で盗難による松茸の滅失がこれに当たるかを論ずべきことになる。

その際には、「債務者の責めに帰することができない事由」の意味をまず明らかにする必要がある。これについては、例えば、特定物の売主は目的物の善良な管理者の注意をもって目的物を保管する義務を負うところ、その義務を尽くしたことが上記事由に当たるとする考え方が考えられる。

さらに、設問1では、Bは保管のために（狭義の）履行補助者に当たる（【事実】3）Cを使用しているためCの主観的態様が信義則上Bの主観的態様と同視されるとした上で、Cが近

隣において盗難事件が頻発し警察が注意喚起しているとの状況下でBの指示に従わずに簡易な錠による施錠しかせず乙倉庫を離れたこと（【事実】5及び8）は善管注意義務違反に当たると解されるため、目的物として特定した松茸の滅失はBの責めに帰することができない事由によるものということは基本的にできないことになる。

もっとも、松茸の盗難は、Bによる弁済の提供があった後、又はAによる受領遅滞中に若しくはAの受領義務違反後に起きたことである。そこで、弁済の提供又は受領遅滞若しくは受領義務違反の効果としてBの保管義務の軽減が問題になる。これらのいずれの構成によっても構わないが、その構成により保管義務が軽減される理由を明らかにし、設問1の事実関係の下で保管義務の軽減が認められるかを論ずる必要がある。

そして、債務者は自己の財産に対するのと同一の注意をもって目的物を保管する義務を負う、あるいは、債務者は故意又は重大な過失による目的物の滅失又は損傷の場合にのみ責任を負うなどと軽減された義務の内容を明らかにした上で、設問1の事実関係に即して、Cの行った簡易な錠での施錠が「普段どおり」の施錠方法であったことを踏まえてその軽減された注意義務に違反しないかどうかを論ずべきことになる。

次に、上記の②の立場をとる場合には、以下の事柄について論ずることになる。

まず、自説の立場から、民法第534条の適用を否定又は制限する理由を述べる必要があり、その理由と整合的にどのような場合には適用が認められるのかを明らかにし、設問1の事実関係の下では民法第534条が適用される場合に当たらないことを述べるのが求められる。

もっとも、Bによる弁済の提供又はAの受領遅滞若しくは受領義務違反が認められることから、その効果として対価危険の移転が認められ得る。そこで、その旨の指摘と設問1の事実関係の下でこれが認められることを述べた上で、目的物の滅失が〔目的物の引渡債務の債務者である〕Bの帰責事由によるものであるときはそもそも危険負担の適用がないことを述べて〔注：目的物の滅失につき債務者の帰責事由があるときは、危険負担の問題ではなく、債務不履行の問題となり、目的物の引渡債務は損害賠償債務に転化して存続する。〕、松茸の滅失がBの帰責事由によるものか否かを検討すべきことになる。そして、ここでは、上記の①の立場と同様に、債務者に課された善管注意義務と債務者の責めに帰することができない事由との関係、弁済の提供等による善管注意義務の軽減の有無などを検討すべきことになる。

設問2は、所有権に基づく妨害排除請求の相手方は現に妨害をしている者であることを前提として、所有権留保売買契約の売主として留保所有権を有する者はこれに当たるか（小問1）、仮にこれに当たらないと判断すべきことを前提としたとしても、その者が妨害物となっている自動車を以前所有しており、自己の意思に基づいて登録名義人となった者であって、その自動車を譲渡した後も登録名義人とどまっている場合は別に考えることができないのか（小問2）を、それぞれ問うものである。

小問1では判例によっても承認されている所有権留保売買を題材に非典型担保物権の意義と留保所有権の内容を、小問2では不動産と同様の法的規制に服する自動車についての権利の得喪に係る対抗要件制度の意義という、基本的な問題に対する理解力を測ることを狙いとする。また、小問1には最判平成21年3月10日民集第63巻3号385頁、小問2には最判平成6年2月8日民集第48巻2号373頁という重要な関連判例があり、設問2は、日頃の学習において重要判例について表層的でない理解を心掛けているかを見ようとするものでもある。

小問1では、Eの請求が所有権に基づく請求であること、この請求の相手方は所有権の行使を現に妨げている者であることを前提として、甲トラックの所有権留保売買における留保売主Dは、甲トラックが丙土地に放置されていることによってEの丙土地所有権の行使を妨げていることになり、したがって、甲トラックの撤去義務を負うかどうか問われている。

まず、物の所有者は、その物が他人の土地にある場合には、権原がなければ、通常、その物の撤去の義務を負う。ところが、Dは、Aとの間で所有権留保売買契約をしたことにより、通常の所有権を有する者ではなく、債権担保の目的で所有権を有するにすぎない。そこで、このような立場にあるDが所有者一般と同様に扱われるのか否かを論ずべきことになる。

Dが甲トラックの撤去義務を負うか否かについての結論はいずれでも構わないが、その結論を導く理由についての法的な構成力が問われている。その理由に関しては、例えば、次のような事情を考慮することが考えられる。

すなわち、①AD間の契約において、被担保債権の不履行があるまでは、甲トラックの占有・処分権能を有するのはAであり、Dはこれを有しないとされており、Dは、甲トラックの交換価値しか把握していないとみることができることである。これによると、Dは、形式的には甲トラックの所有者であるが、実質的には抵当権者と変わりがないとみことができ、抵当権者であれば抵当目的物による妨害排除請求の相手方にはならないと考えられる。

他方で、②上記①のようなDの地位は、AD間の契約によって創設されたものであることである。したがって、Dの甲トラックの占有・処分権能は、Aとの契約によりAとの関係で制約されているにすぎないとみる余地がある。実際にも、例えば甲トラックを不法占有する者がある場合、その者との関係では、Dは所有権に基づく返還請求をすることができると思われる可能性がある。

このほか、③Dは、甲トラックに抵当権（自動車抵当権）を設定することもできたのにあえて所有権留保という担保手段を選んだものであって、所有者と同様に扱われることはDの選択の結果であるにすぎないといえることなどを指摘することが考えられる。

なお、前掲平成21年3月10日最高裁判決は所有権留保という社会的に重要な非典型担保の基本的内容の一部を明らかにするものであることから、法律実務家となることを志す者が知っているべき判決であるといえることができるが、単に同判決があることや、その内容を指摘しても十分な解答にはならず、理由付けの内容が問われるものである。

小問2では、下線部㉞のDの発言が正当と認められるという前提で解答することが求められている。これは、甲トラックの通常の所有権を有していたDが、Aとの所有権留保売買契約により甲トラックの所有権を実質的に喪失したことを前提として、設問2を考えるべきことを意味するから、まずこの点を押さえる必要がある。

そして、登録自動車の所有権の喪失はその登録をしなければ「第三者」に対抗することができない（道路運送車両法第5条第1項）ことが問題文に示されていることを踏まえつつ、設問2の事実関係の下で、Eは、その「第三者」に該当し、又は「第三者に準ずる者」として扱われるのかを、論ずべきことになる。

道路運送車両法第5条第1項は、民法第177条と同趣旨の規定であることから、「第三者」とは、登録の不存在を主張する正当な利益を有する者をいい、隠れた物権変動により第三者が害されることを防ぐという同条の趣旨から、当該物件につき登録名義人との間で法律上の利害関係を有するに至ったことが、第三者性を基礎付ける「正当な利益」に当たると解される。

これによると、Eは、第三者には基本的に該当しないこととなる。Eが甲トラックにつき有する利害関係は、甲トラックの所有者が判明しなければ丙土地の所有権に対する妨害を排除することができないという不利益を被ることであり、Eは、甲トラックにつき、権利を取得すべき地位にあるなど何らかの法律上の利害関係を有するわけではないからである。

もっとも、判例（前掲平成6年2月8日最高裁判決）上、土地所有権の行使が建物の存在によって妨害されている場合において、登記に関わりなく建物の実質的所有者をもって妨害排除の義務者を決するとすれば、土地所有者はその探求の困難を強いられるなどの不合理を生ずるおそれがあることから、その建物の所有権を譲渡により喪失したが自ら得た登記名義をなお保

持する者は、土地所有者との関係については建物についての物権変動における対抗関係にも似た関係にあるとした上で、土地所有者の請求により建物を取去し土地を明け渡す義務があるとされている。登録自動車については不動産と同様の法的扱いがされることが多いことから、Dについても同様の立論が可能であるかどうかは問題になる。

この問題についても、結論はいずれでも構わないが、その結論を導く理由についての法的な構成力が問われている。

検討の筋道としては、前掲平成6年2月8日最高裁判決が地上建物による土地所有権の妨害の場合に土地所有者を例外的に保護していることから、その例外的保護の理由を明らかにして、それとの比較をすることが考えられるが、これに限られるものではなく、次に述べるような必要な考慮要素に触れられていることが必要である。

地上建物による土地所有権の妨害の場合に土地所有者の例外的保護が認められる理由としては、①建物の存立は、敷地の全面的・固定的占有を当然に伴うため、土地所有者は土地の占有という土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われた状態が継続することが挙げられる。他方で、登録自動車による土地所有権の妨害は、全面的なものでも、固定的なものでもなく、土地所有者は、その妨害により土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われた状態になるとまで評価することはできないともいえる。

また、②一般に、民法第177条の第三者とは登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうなどとされ、第三者とされるためには、当該物権変動の主張が認められると当該不動産に関する権利を失い、又は負担を免れることができなくなることが必要であるところ、本件では、土地所有者は、登記を移転していない前建物所有者による建物の所有権喪失の主張が認められると、建物所有権の隠れた移転によりその建物所有権の負担（土地所有権を妨害された状態が継続するという負担）を実質的に免れることができない地位にあるとみることができるともいえる。他方で、土地所有者は土地所有権の本質的内容に属する権能を奪われた状態になるとまで評価することはできないと反論をすればこの指摘は当たらないし、そもそも違法な状態に対する責任の追及の問題を対抗問題と類似すると扱うことは適切ではないということもできる。

さらに、③建物を譲渡した元所有者は、その建物を所有する旨の登記を自らしたのであれば、その名義の移転をすることも当然にできたはずであり、登記懈怠の責めを問われても仕方がないことを指摘することができる。他方で、所有権留保売買は、被担保債権の弁済まで登記又は登録を売主名義のままにしておくことが当然の前提であり、そのことも含めて判例上承認されていることから、売主に登記懈怠の責めを負わせることは適当ではないともいえると考えられる。

このほか、建物の撤去とは、通常、建物の取壊しであることから、その費用を負担しさえすれば誰でもすることができるため、建物所有権を有しない登記名義人に負わせることも可能であるが、自動車については、前登録名義人は真の所有者の所在が判明するまで自動車を保管し続けなければならないという負担を負い続けることになりかねず、その金銭負担も重いものとなる可能性があるという事情も指摘することができる。

以上を踏まえれば、Eを「第三者」に準ずる者と認めて例外的に保護することは適当ではないと理解することに相当の理由があると考えられるが、上記のとおりいずれの結論でも許容される。

解答に当たっては、以上に例示した事情の全部を挙げることが求められるものではなく、根幹的と思われる理由を挙げて結論を正当化することで十分である。もっとも、結論を正当化する際には、その結論を根拠づける方向に働く事情を挙げるだけでなく、反対の結論を根拠付ける方向に働く事情も考慮し、それに応接することが望ましい。

設問3は、遺言による財産の処分によって、共同相続人への債務の承継が影響を受けるか否かを問うことを通じて、相続法に関する基本的な知識に基づく事案の分析力や解釈論の展開力を試すものである。

設問3については、①被相続人Cを共同相続したCの子FGに対し法定相続分とは異なる割合で特定の財産をそれぞれ「相続させる」遺言、及び、Cから廃除（民法第892条）された子Hに対し特定の財産を「与える」遺言について、遺言の解釈によってその法的性質（とりわけ、「相続させる」遺言が相続分の指定を伴うものであるか）を明らかにした上で、②Cが残したBに対する借入金債務がFGにどのように承継されるか、さらに、この債務を全額支払ったFがGに対し幾らの金額の支払を請求することができるかについて、検討することが求められる。

まず、Cの遺言（以下「本件遺言」という。）の解釈に当たっては、どのような指針に基づいて解釈すべきか、例えば、「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、……遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきものである」（最判平成3年4月19日民集第45巻4号477頁参照）などと必要に応じて簡潔に言及することが求められる。

その上で、FGに対する「相続させる」遺言に関しては、判例が、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」遺言は、①相続人に対し、特定の財産を単独で相続させようとする趣旨に解するのが合理的な意思解釈であって、特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではないとし、②かかる「相続させる」趣旨の遺言は、特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることを遺言で定める点で、正に民法第908条にいう「遺産の分割の方法を定めた遺言」であるとしている。したがって、この判例の立場を前提とすれば、共同相続人FGに対し、1200万円・600万円の定期預金をそれぞれ「相続させる」遺言は、「遺産分割方法の指定」と意思解釈するのが合理的であることになる。なお、共同相続された定期預金について、遺産分割の対象となる旨の判例が最近出されている（最判平成29年4月6日民集第255号129頁。最大判平成28年12月19日民集第70巻8号2121頁参照）が、本間においてはその旨の言及を特に求めるものではない。

そして、「遺産分割方法の指定」については、法定相続分よりも多い割合で分割の指定がされたり、各共同相続人に対し法定相続分とは異なる割合で分割の指定がされた場合には、特段の事情がない限り、「相続分の指定」（民法第902条）を伴うものと解釈するのが一般的である。このような形で法定相続分とは異なる割合による遺産分割の指定がされたことは、債務の承継割合を法定相続分から変更する意思がないことが明らかであるなどの特段の事情がない限り（最判平成21年3月24日民集第63巻3号427頁参照）、その分割された割合で「相続分の指定」がされて、債務もその割合で承継させる趣旨に意思解釈するのが合理的であると考える立場であり、このような立場を取るならば、共同相続人FGに対し法定相続分とは異なる割合で1200万円・600万円の定期預金をそれぞれ「相続させる」とする本件遺言は、「相続分の指定」を伴うものと解釈することになる。

上記の立場に対し、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」遺言を「特定遺贈」と解釈する学説も少なくない。このような説に立って論ずるに当たっては、上記の「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」と解する立場に対する批判を踏まえた議論を展開し、例えば、「遺産分割方法の指定」は、本来は、現物分割・換価分割などの遺産全体の分割方法の指針を定めるものであって、特定の財産の処分は特定遺贈によることが民法の予定するところであることを指摘することが考えられる。

このほか、上記の各立場も踏まえつつ、本件遺言は、飽くまでも個別の積極財産を処分したに過ぎない点などを考慮して、遺言者には債務の承継割合までを変更する意思はなく、法定相続分の割合で承継すると解釈することも、解答として許容されるものと考えられる。

次に、Hに対する遺言については、Hは廃除（民法第892条）により相続資格を失ってい

たこと、したがって、200万円の定期預金を「与える」遺言は、相続人以外の者に対する遺言による特定の財産の処分であるから、特定遺贈と解釈されることを述べることが求められる。本件遺言において廃除の意思に変わりがないとCがしていることに照らして、廃除の取消し（民法第894条第2項）の趣旨を含むものではなく、相続資格を失ったままであることに言及することが望ましい。

以上を前提に、Cの残した金銭債務が共同相続人FGにどのように承継されるかについては、次のように考えられる。

まず、共同相続人は、法定相続分に応じて相続人の権利義務を承継するのが原則であるが（民法第899条）、指定相続分（民法第902条）がある場合は指定相続分に応じて承継する。FGへの「相続させる」遺言において複数の立場があり得るが「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」であると解する場合には、指定相続分（2：1）により、それ以外の立場による場合には法定相続分（1：1）により債務を承継することになる。

次に承継の態様が問題となるが、CはBに対し300万円の金銭債務（可分債務）を負っていたことから、判例（大決昭和5年12月4日民集第9巻1118頁）の立場を前提とすれば、民法第427条により、共同相続人FG間では上記の割合に応じた分割債務として承継することになる。

そして、Fは、Gが単独で負う債務までBに弁済している。これは、債務者の意思に反するもの（民法第474条第2項）とはいえないので、FはGに対し、事務管理等を理由として、指定相続分で承継したとする場合には100万円の支払を、法定相続分で承継したとする場合には150万円の支払を、それぞれ請求することができるものと考えられる。

他方で、金銭債務（可分債務）の共同相続について、不可分債務又は合有債務と解する学説も有力であり、分割債務説を批判しつつ、これらの学説に立った検討を加えることも考えられる。この場合には、内部的負担部分は、法定相続分又は指定相続分に応じて定められ（民法第899条参照）、その負担部分を超える額についてFはGに求償することができるものと考えられる。

* 民法の関連知識

1 設問1の思考方法の大枠

→設問1で問われているところの、BのAに対する本件売買契約に基づく代金支払請求が認められるかを検討するにあたり、問題文の【事実】9において、Aが「Bが松茸5キログラムを引き渡すまで代金を支払わないと述べた。」とあることを踏まえて、処理手順を組み立てるとよい。出題の趣旨の記載につながるように、思考の流れを箇条書きにすると以下ようになる。

- ・ BのAに対する代金支払請求に対して、Aが同時履行の抗弁（533）を主張している。同時履行の抗弁が認められるためには、双務契約において相互に対価関係のある債務を負担していることが必要となる。本問では、BがAに松茸5キログラムを代金50万円で売ったAB間の売買契約より、Bの売買の目的物の引渡債務と、Aの売買代金の支払い債務が対価関係にある。この状態だと、Aの同時履行の抗弁が認められうるが、以下のことから、Bの目的物の引渡債務が消滅したのに、Aの代金債務だけが存続する状態となり、Aの同時履行の抗弁が認められず、BのAに対する代金支払請求が認められる余地がある。

↓

- ・ 本問の松茸5キログラムの売買のように当事者が物の種類と数量に着目した種類物売買については、目的物の「特定」後に、目的物が滅失すると、目的物の引渡債務は履行不能となる。この履行不能が、目的物の引渡債務の債務者（売主B）の帰責事由によるものであるときは、目的物の引渡債務は損害賠償債務に転化して存続するが、履行不能が目的物の引渡債務の債務者の帰責事由によるものとはいえないときは、目的物の引渡債務は消滅する。この場合に、代金支払債務も消滅するのか、それとも存続するのかは危険負担の問題として処理されることになる。危険負担の問題として検討した結果、代金債務が存続するとの判断に至ったときは、既に目的物の引渡債務が消滅して、代金債務と対関係にある債務が存在しないため、Aの同時履行の抗弁は認められず、Aは、Bに対して、代金を支払わなければならないことになる。したがって、設問1のBの代金支払請求が認められることになる

↓

- ・ 以上のことが頭の中で整理できると、出題の趣旨の「設問1の事実関係の下では、危険負担の適用があるか否かが問題となるが、その前提として、種類債権の特定とその後の目的物の滅失が必要となる。」との記載の意味が理解しやすくなるものと思われる。

2 設問1の関連知識 **危険負担の債権者主義** (534 I, II)

- 一 **特定物**に関する**物権**の設定又は**移転**を**目的**とする**双務契約** (例：**特定物売買**，**特定物の所有権の移転**を内容とする**和解契約**)において**一方の債務が債務者の帰責事由なしに履行不能となり消滅**した場合，**他方の債務を存続**させる取扱いをすることを**危険負担の債権者主義**という。

(債権者の危険負担)

534条1項 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において，その物が**債務者の責めに帰することができない事由**によって**滅失し**，又は**損傷した**ときは，その滅失又は損傷は，**債権者の負担**に帰する。

- ・ **例えば**，特定物の売買をしたところ，**契約成立後に目的物引渡債務の債務者である売主の帰責事由なくして目的物が滅失 (後発的不能) して売主の目的物引渡債務が履行不能となり消滅**しても，**534条1項**により，この債務と対価関係にある**買主の代金支払債務は消滅せずに存続**する。この場合，**目的物の引渡債務の消滅**について，その債務の**債権者である買主が危険を負担**することになり，買主は，売主に対して，代金支払請求できる。
- ・ この場合，**債権者は，相手方の債務の履行を受けられないのに，自己の給付をしなければならないので，履行不能の危険を債権者が負担**するため**債権者主義**といわれる。債権者主義の**根拠**は，物を買うことで利益を得る買主が危険を負担すべき (「買主は危険を買う」) とのローマ法の考え方に遡る。
- ・ **不特定物**に関する契約であっても，401条2項の規定により**特定**したときから，**534条1項の債権者主義の規定が適用**される (534 II)。
- ・ 通説は，534条の形式的な適用により不合理な結果となることを回避するために，危険の移転の時期を，**物の支配が債権者 (買主) に移転したとき**とすべきであり，**例えば**，目的物が**不動産であれば登記の移転や引渡しのときに**，**動産なら引渡しのときに**，**所有権移転の時期の合意があればその時期に**，**危険が債権者に移転**するとする。
- ・ **判例**は，**債権者主義を制限する見解には立っていない**。534条を文言どおり適用している。なお，判例の見解でも，危険負担の規定は**任意規定**なので，当事者の**特約で排除**できるので不都合は少ないとの指摘がある。

[論証例] 債権者主義の制限説 通説を参考した論証例 [矢島の速修インプット講座]

534条1項を形式的に適用して特定物の売買契約が成立しただけで危険が債権者に移転するとするのは不公平である。**危険負担の正当化は物を支配することに求められる**。そこで，**534条1項の適用を制限し**，**物の支配が債権者に移転**したといえるときに，**危険が債権者に移転**すると考える

注：物の支配が債権者に移転したといえるとき →登記や引渡しのときなど

平成30年度司法試験 出題趣旨 商法

本問は、①会計帳簿の閲覧の請求の拒絶事由（設問1）、②株主の権利の行使に関する利益の供与を理由とする株主総会の決議の取消しの訴え、株主総会の否決決議の取消しを請求する訴え（設問2(1)）、③株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することに関与した取締役及び当該利益の供与を受けた者に対する責任追及等の訴え（設問2(2)）、④譲渡制限株式の相続人に対する売渡しの請求（設問3）についての理解等を問うものである。

設問1においては、(1)Dによる閲覧の請求が会社法第433条第1項の会計帳簿の閲覧の請求に該当すること、当該請求の要件等に言及した上で、(2)当該請求が同条第2項第1号又は第3号の拒絶事由等に該当し、甲社が当該請求を拒むことができるかどうかについて検討することが求められる。

(2)のうち、Dによる閲覧の請求が会社法第433条第2項第1号の拒絶事由に該当するか否かを検討するに当たっては、「株主である」Dが、その権利の確保又は行使に関する調査の目的でなく、D保有株式をAに買い取らせる目的で当該請求を行ったと認めることができるかどうかについて、Dの言動等の事実関係を適切に評価した上で説得的に論ずることが求められる。

また、Dによる閲覧の請求が会社法第433条第2項第3号の拒絶事由に該当するか否かを検討するに当たっては、乙社の営む事業が甲社の「業務と実質的に競争関係にある」と認めることができるかどうかについて、甲社及び乙社はいずれもハンバーガーショップを営んでいること、甲社は関東地方のP県に、乙社は近畿地方のQ県に、それぞれ出店していること、甲社はQ県には出店する予定がないことなどの事実関係を適切に評価した上で、説得的に論ずることが必要となる。さらに、Dが「～事業を営み、又はこれに従事するものである」と認めることができるかどうかについても、Dは、乙社の発行済株式の全部を有していること、乙社の経営には関与していないこと、乙社の代表取締役であるFと親子関係にあることなどの事実関係を踏まえて、具体的に検討することが求められる。

設問2(1)においては、甲社がGから保証料の支払を受けないでGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことが、「何人に対しても」（会社法第120条第1項）という文言に照らして、Gに対する財産上の利益の供与（同項）に該当するか否か（同項の文言上、利益供与の相手方は誰でもよく、現に株主である者に限られない。）、あるいはこのことがD保有株式の売買契約が成立する前提となっており、Dに対する財産上の利益の供与（同項）に該当するか否かについて説得的に論ずることが求められる。そして、上記連帯保証が、（G又はDに対する）財産上の利益の供与に該当するとすれば、当該利益の供与が株主の権利の行使に関してされたもの（同項）ということができるかどうかについて、本件契約によれば、Dが本件株主総会には自ら出席しないでAを代理人として議決権の行使に関する一切の事項を委任することとされていたといった諸々の事実関係に即して検討することが望まれる。その上で、本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、当該利益の供与により、本件決議1が株主総会の決議の方法が法令に違反したもの（同法第831条第1項第1号）と認めることができるかどうかについて検討することが求められる。

また、本件決議2についての株主総会の決議の取消しの訴えに関しては、本件決議2が株主総会の決議の方法が法令に違反し、又は著しく不公正なもの（会社法第831条第1項第1号）と認めることができるかについて、CがAを取締役から解任する旨の議案の提案の理由を説明しようとしたところ、議長であるAがこれを制止し、直ちに採決に移ったことを、株主による提案理由の説明の拒絶として株主提案権の（実質的）侵害に該当し、あるいは議長の議事整理に関する権限（同法第315条第1項）の濫用に該当すると位置付けることができるので

はないかといった観点から、検討することが考えられる。さらに、判例は、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合法であるとしていること（最判平成28年3月4日民集70巻3号827頁）を意識した上で、その適否を論ずることが求められる。

設問2(2)においては、Aに対する責任追及等の訴え（会社法第847条第1項）については、甲社がGから保証料の支払を受けずにGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことが、G又はDに対する財産上の利益の供与（同法第120条第1項）に該当するとすれば、①Aは、同条第4項及び会社法施行規則第21条第1号に基づき、少なくとも、供与した利益の価額に相当する額である60万円を支払う義務を負うと認め、②甲社がGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことに関するAの行為は、法令に違反し、又は善管注意義務に違反するため、任務懈怠（同法第423条第1項）に該当し、Aは、甲社に対し、少なくとも、保証債務の履行として丙銀行に弁済した800万円を支払う義務を負うと認めることが考えられる。なお、Aが支払義務を負う金額（①にあつては「供与した利益の価額に相当する額」、②にあつては会社の損害額）については、上記の各金額以外の額であるとする論理も考えられるところであり、事案に即して説得的に論じられていれば、必ずしも、上記の各金額でなければならないものではない。

Gに対する責任追及等の訴え（会社法第847条第1項）については、Gが、「当該利益の供与を受けた者」に該当するのであれば、同法第120条第3項に基づき、供与を受けた財産上の利益である60万円を返還する義務を負うと認めることが考えられる。なお、Gが返還義務を負う金額についても、同様に、必ずしも、上記の金額でなければならないものではない。

設問3においては、譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求（会社法第174条）の趣旨は、株式会社が、定款にその旨の定めを設けることにより、相続その他の一般承継により当該株式会社の譲渡制限株式を取得した者に対し、当該譲渡制限株式を当該株式会社に売り渡すことを請求することができることとし、当該株式会社にとって必ずしも好ましくない者が当該株式会社の株主となることを防ぐことができるようにすることにあることを踏まえつつ、本件請求の適否について、具体的に検討することが求められる。

その際には、Bは甲社株式を相続する前から甲社の株主であったこと、Bが相続した甲社株式450株の全部についてではなく、Cが甲社の総株主の議決権の過半数を確保するために最低限必要な401株についてのみ、甲社がBに対して売渡しの請求をすることとしたこと、Aが取締役を退任した後はCも取締役を退任してBが代表取締役社長を務める旨のAC間の合意が存在していたこと、本件請求はCが甲社の支配権を取得する目的でされていること、他方で、会社法第174条の文言上は、これらのことにより、譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求が不合法となるとは規定されていないこと、甲社定款第9条の定めは設立当初から設けられていたことなどの諸事情を総合的に考慮して、説得的に論ずることが求められる。

その上で、平成29年7月3日に開催された臨時株主総会における甲社がBに対して売渡しの請求をすることに関する議案を可決した決議について、①特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議に該当するか否か（会社法第831条第1項第3号）、②決議の内容が法令に違反するか否か（同法第830条第2項）、又は③決議の内容が定款（定款の趣旨）に違反するか否か（同法第831条第1項第2号）、及び当該決議が取り消され、又は無効であることが確認されることにより、本件請求が効力を生じないこととなることなどについて、検討することが考えられる。

* 商法の関連知識

注：今後の試験との関係では、設問 2 (1) が役に立ちそうなので、この設問を解答するのに必要な知識を確認する。

1 株主総会決議取消しの訴え

→株主総会決議に瑕疵があるときは株主総会決議取消しの訴えで決議の取消しを求めることができるが、株主総会決議により新たに構築された法律関係を早期に安定させる趣旨から、株主総会の決議の取消しは、法が定める決議取消事由（831 I ①ないし③）が存在し、決議の日から 3 か月以内という出訴期間内に、訴えをもってのみ求めることができる。この訴訟は形成訴訟である。

関連問題：司法論文 H18, H23, H24, H25, H29, H30

・招集の手続や決議の方法が、法令・定款に違反するか、著しく不公正といえるときは 8 3 1 条 1 項 1 号の取消事由が認められる。

・1 号の招集の手続又は決議の方法が**著しく不公正**の例

招集の手続や決議の方法が、形式的には法令・定款に違反しない場合でも、株主の意思を株主総会に適切に反映しないものであるか、明らかに不当な目的が認められるときは招集の手続・決議の方法が著しく不公正なものとして取消事由になる。

例えば、株主が出席しづらい日時場所で敢えて株主総会を開くことにして招集した場合、例えば、元旦の早朝 6 時に離島で株主総会を開催することを決定して招集通知を発して開かれた株主総会における決議は招集の手続の方法が著しく不公正というる。

例えば、混乱した議場で議題の説明もなく、質疑討論の機会を与えず、出席株主に賛否の確認をしないまま拍手による採決の方法により成立した決議が、決議の方法が著しく不公正なものにあたるとした下級審裁判例がある。なお、適法な株主提案権の行使が認められないなどの法令に違反する事情があれば決議の方法の法令違反にも当たる。◇

関連問題：司法論文 H30 設問 2(1)

・決議の内容の定款違反があるときは 8 3 1 条 1 項 2 号の取消事由が認められる。

・株主総会決議について**特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議**がされたとき 8 3 1 条 1 項 3 号の取消事由が認められる。

〔論証例〕 3号取消事由 ●

株主総会の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたときは831条1項3号の取消事由に当たる。

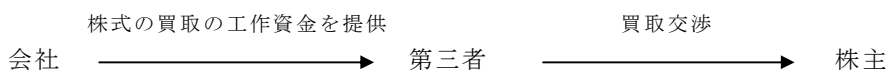
831条1項3号の趣旨は、1株1議決権という資本多数決の原則に歯止めをかけて、多数派株主が多数決権を濫用して個人的な利益を求めて少数株主の利益を著しく犠牲にする決議がされるのを防止するところにある。この趣旨から、「**特別の利害関係**」とは、決議の成立について他の株主とは共通しない特殊な利益をいい、「**著しく不当な決議**」とは、多数決権の濫用により少数株主の利益が著しく害され、資本多数決の原則を修正しても効力を否定すべき決議をいうと考える。

・株式の買収資金の提供と利益供与

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（利益供与の相手方は株主に限らず「何人」でもよい）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）。

補足すると、会社が自己の株式を買い取る対価として何人かに資金を提供したとしても、株式の売買に必要な費用を支出したにすぎず、「株主の権利行使に関し」利益を供与したとはいえないのが原則である。しかし、会社の資金提供が、株主の権利行使をやめさせることを目的としてされた事実があるときは、会社は「株主の権利行使に関し」利益を供与したと評価できる。



・議案の否決決議に対する決議取消訴訟と訴えの利益

議案を否決した株主総会決議に対して提起された株主総会決議取消訴訟の適法性が問題となった事案を紹介する。株主が提案した取締役の解任議案が株主総会で否決されたため、株主は、解任議案の否決という役員解任の訴え（854 I）の訴訟要件を満たすことになったとして、役員解任の訴えを提起した。これに対し、取締役側は、解任議案の否決決議には株主総会の招集手続に瑕疵があるとして、否決決議に対して株主総会決議取消訴訟（831 I）を提起した。

決議取消訴訟では、訴えの利益の有無が問題となったが、原告（取締役）は、本件否決決議が取り消されれば、別に提起されている854条所定の役員解任の訴えが、「解任議案の否決」という訴訟要件を欠くため、不合法却下されることとなるから、本件訴えは訴えの利益があり適法であると主張した。

最高裁は、株主総会決議取消訴訟が瑕疵ある決議でも決議の日から3か月以内に限って提起できるとしたのは法律関係の早期安定を図るためであることからすると、株主総会決議取消訴訟は、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を前提とするものであるとした。その上で、「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合法であると解するのが相当」とした。また、「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」とも判示した（**最判平 28.3.4**）。◆

関連問題：H24 司法論文設問3（監査役選任議案を否決した決議の決議取消訴訟の適法性）、H30 司法論文設問2（取締役解任議案を否決した決議の決議取消訴訟の適法性）

- ・千葉裁判官は**補足意見**において、「会社法の規定等に基づき否決の決議取消訴訟の訴えの利益が問題となり得るような事例が生じたとしても、そのような事例は、ほとんどの場合、根拠とされた規定等の合理的な解釈により〔中略〕対処することができ、また、そうするべきであって、訴えの利益を無理に生じさせるような解釈をすべきではない」との指摘をしている（取消訴訟の先行の必要性を否定）。

この補足意見を踏まえて本件を処理するとすれば、役員解任の訴えの被告とされた取締役は、解任議案の否決決議の取消しを求めて株主総会決議取消訴訟を提起するのではなく、訴訟係属中の役員解任の訴えの中で、否決決議に重大な瑕疵があることを理由に否決決議の不存在を主張して役員解任の訴えの訴訟要件がないため同訴えが不合法であることを主張すべきことになる。

〔調整余白〕

平成30年度司法試験 出題趣旨 民事訴訟法

本問は、Aが、Bが運転するタクシーとCが運転する自動車との衝突事故（本件事故）によって負傷したという事例を基本的な題材として、①BがAを被告として150万円を超える損害賠償債務の不存在確認の訴えを提起し、その訴訟が係属した後、AがB及びCを被告として提起する損害賠償請求の訴えが適法であるとする立論をすること（設問1）、②Aを原告、B及びCを被告とする損害賠償請求訴訟において、Bが、病院開設者である法人Dを所持者としてAの診療記録について文書提出命令を申し立てた場合に、Dに文書提出義務があるとする立論をすること（設問2）、③当該訴訟の第一審判決においてAのCに対する請求が棄却された場合に、Bが、Aのために補助参加の申出をするとともに、Aを控訴人、Cを被控訴人として提起した控訴が適法かどうかを論ずること（設問3）をそれぞれ求めるものである。

なお、甲地裁及び乙地裁が本問に現れる訴えの土地管轄及び事物管轄を有することは解答の前提にするよう問題文に明記しているので、これらの管轄の有無を論ずる必要はない。

設問1では、まず、Bが既にAを被告として150万円を超える損害賠償債務の不存在確認の訴えを提起し、訴状がAに送達されて訴訟係属が生じていることとの関係で、AがBに対して400万円の支払を求める訴えの適法性が問題となる。そして、AのBに対する訴えの適法性に関しては、民事訴訟法第142条の重複起訴の禁止との関係を重複起訴禁止の趣旨を踏まえて論じなければならないが、その前提として、Bの訴えの訴訟物を明示する必要がある。

Bの訴えの訴訟物は、例えば、判例による訴訟物の捉え方を踏まえると、本件事故に係るBのAに対する不法行為に基づく損害賠償債務のうち150万円を超える部分と解することとなり、AのBに対する400万円の支払請求の訴えのうち150万円を超える部分については、事件の同一性（当事者と訴訟物の同一性）が認められるので、重複起訴の禁止との関係が問題となる。また、Bの訴えの訴訟物について、Bが義務を自認している150万円の部分をも含むと解する考え方に立つと、AのBに対する400万円の支払請求の訴えの全部について重複起訴の禁止との関係が問題となる。訴訟物の捉え方については、複数の考え方があり得るところであり、どの立場に立つかによって評価に差がつくわけではないが、いずれにせよ、Bの訴えの訴訟物は、設問1を考える上で当然に明示する必要がある。

そして、設問1で重複起訴の禁止との関係を論ずる際には、Aがその訴えを提起する裁判所が、Bの訴えに係る訴訟が係属している裁判所（乙地裁）であるのか、それ以外の裁判所（甲地裁）であるのかという課題(1)と課題(2)の違いを意識しつつ検討を進める必要がある。

注：課題(1)において、Aが、乙地裁において、CをBとの共同被告として損害賠償請求の訴えを提起する手段として、乙地裁に既に係属中のBがAに提起した債務の一部不存在確認訴訟に対する「反訴」提起としてではなく「別訴」提起を選択すると、課題(2)で、Aが、甲地裁において、CをBとの共同被告として損害賠償請求の訴えを「別訴」提起することが適法であるとの立論が求められていることとの関係で〔Bの訴えが係属していない甲地裁にAが反訴提起することができないことから、課題(2)ではこうした立論が求められていることが分かる〕、課題(1)と課題(2)の論述内容が重複してしまう。こうなると、課題(2)で特に論じることがなくなってしまい、出題者の意図に沿った解答を作れなくなってしまいます。そこで、論述内容の重複を避けるために、課題(1)では、Aが、「別訴」ではなく、「反訴」として、CをBとの共同被告として損害賠償請求の反訴提起をすることが適法であることを立論していくとよい。

設問1の課題(1)では、まず、Aが乙地裁にBを被告とする訴えを提起することが適法であることを論ずる必要がある、金銭債務不存在確認の訴えの被告は原告に対してその金銭の支払を求める反訴を提起することができ、これによると重複起訴の禁止の規定に抵触しないこと（そもそも同条が禁止する「更に訴えを提起すること」に当たらないと考えられること、又は「更に訴えを提起すること」には当たるが、重複起訴禁止の趣旨に反しないので適法と考えられること）を指摘することが求められる。

設問1の課題(1)では、これに加えて、Aが、乙地裁において、CをBとの共同被告として損害賠償請求の訴えを適法に提起できることを論ずる必要がある。これについては、共同訴訟の一般的要件（同法第38条前段）を満たすことを指摘すべきであるのはもちろんであるが、そのほかに、上記のようにAがBに対する反訴を提起する場合、この反訴請求と併合して本訴原告以外の者であるCに対する請求に係る訴えを提起できるかを検討する必要がある。すなわち、Bに対する反訴請求と本訴原告ではないCに対する請求とを併合して訴えを提起することを許せば、法が定めていない主観的追加的併合を認めることになるが、それでよいかという問題が存在するので、この問題を意識しつつ、それが許されるとの立論をすることが求められる。

他方、Aが、Bの訴えに対する反訴ではなく、別訴として、BとCを共同被告とする訴えを乙地裁に提起することも考えられるところ、この場合には主観的追加的併合の許否という問題は生じないが、前記の重複起訴の禁止の問題との関係で、Aが受訴裁判所に口頭弁論の併合を求め、口頭弁論が併合されることにより重複起訴禁止の趣旨に反しなくなることを指摘して、訴えの適法性を理由づけることが望まれる。

また、金銭債務不存在確認の訴えの被告が原告に対してその金銭の支払を求める反訴を提起した場合には、その確認の訴えについて確認の利益が認められなくなる旨の判例（最高裁判所平成16年3月25日第一小法廷判決・民集58巻3号753頁）の趣旨を意識しつつ、AがBに対する給付の訴えを提起することにより、Bの訴えについては確認の利益がなくなることを指摘して、重複起訴禁止の趣旨に反せず適法であるとする解答も、一応の評価ができるところである。

次に、設問1の課題(2)は、Aが、甲地裁において、BとCに対する訴えを提起する場合であってもそれが適法であるとする立論をすることを求めている。課題(1)と異なり、反訴によることはできず、また、官署としての裁判所を異にするため直ちに口頭弁論を併合することもできない。そこで、本件でAが甲地裁にBとCを共同被告とする訴えを提起する場合、Bの訴えに係る訴訟が係属する裁判所とは別の裁判所に提起する別訴であっても、これを適法と認めべき必要性及び重複起訴の禁止の趣旨が妥当しないとする理由を示すことにより、Aの訴えが適法であることを述べることになる。そこでは、債務不存在確認訴訟と給付訴訟とは得られる判決の効果に違いがあること（給付判決には執行力が認められる。）、Bの訴えの訴訟物が150万円を超える部分のみであると解する見解に立つ場合には、Aの訴えの訴訟物のうちBの訴えの訴訟物となっていない150万円については訴訟物の重なりがないこと、Bが自己に有利な管轄裁判所に消極的確認の訴えを提起することにより、Aが甲地裁で訴えを提起できるはずの地位を損なうこと、本件では、Aの訴えの提起がBの訴えについての第1回口頭弁論期日前の時点でされており、Bの訴えについて審理が進んでいる状態ではないことなどの諸事情を考慮に入れて論ずることが期待される。

設問2では、Aの診療記録について所持者Dが文書提出義務を負うかどうかが問題となり、同法第220条の規定に即して文書提出義務を肯定する立論をすることが求められる。同条の規定のうち根拠として検討する必要があるのは、一般的な文書提出義務を定めた同条第4号である。本問では、除外事由としての同法ハ・第197条第1項第2号（医師の守秘義務に係る

文書への該当性が問題となり、医師の守秘義務によって保護されているのが訴訟の当事者であるAについての情報であることがDの文書提出義務に影響するのではないかとこの点を考慮に入れ、文書の所持者が当該訴訟の当事者に対して負う守秘義務が問題となった場合の判例（最高裁判所平成19年12月11日第三小法廷決定・民集61巻9号3364頁）の趣旨等をも考慮して、除外事由に当たらないことの理由を示すことが必要となる。

そのほかに、同法第220条第3号前段の利益文書を根拠とする立論をすることにも一定の評価が可能であるところ、Aの診療記録についてAの相手方当事者であるBの利益のために作成されたといえるか、同条第4号の除外事由の適用又は類推適用がないか（それがあるとすると、除外事由に該当しないか）等の問題点について、提出義務を肯定する方向で論ずることが求められる。

なお、同号ニ（いわゆる自己利用文書）の該当性も一応問題になり得るが、一般に診療記録が各種の事項に関して証拠方法となり得ること等を踏まえると、専ら所持者の利用に供するための文書とは解することができないので、自己利用文書の該当性を論ずる必要はない。

設問3では、主張(ア)との関係で、第一審で補助参加をしていなかったBがAのために控訴をすることの可否について、主張(イ)との関係で、補助参加の利益（同法第42条参照）について、それぞれ論じ、Bの控訴が適法か否かの結論を示す必要がある。

前者に関しては、第一審で補助参加をしていなかった者も、補助参加の申出とともに被参加人のために控訴ができるとするのが同法第43条第2項及び第45条第1項から導かれる適切な解釈である。

後者の補助参加の利益の有無に関しては、考え方が分かれ得るところであり、最高裁判所昭和51年3月30日第三小法廷判決・裁判集民事117号323頁の趣旨等をも意識しつつ、自らの考え方を述べることが求められる。

* 民事訴訟法の関連知識

・コメント

民事訴訟法のこれまでの過去の試験では、補助参加の利益や、それに関連する訴訟告知や、参加的効力の理解を試す問題が出題されている。ここでは、今後も何らかの形で出題されることが予想される、設問3の補助参加に関する基本知識を確認することにする。

1 補助参加 (42)

(1) 補助参加の意義

→ 42条は「訴訟の結果について利害関係を有する第三者は、当事者の一方を補助するため、その訴訟に参加することができる。」として補助参加を規定する。

関連問題：司法論文 H30 設問 3

(2) 補助参加の要件

- ・補助参加は、補助参加により訴訟行為をすべき裁判所に、**補助参加の申出**をしてしなければならない(43 I)。
- ・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)。注：43 II と 45 I を見れば分かる

関連問題：司法論文 H30 設問 3(7)

・要件

① 補助参加の申出

② 補助参加の利益(訴訟の結果について利害関係があること)

注：②は、補助参加について当事者から異議があったときに問題とされる。

- ・補助参加の利益が認められるためには「訴訟の結果について利害関係」(42)が認められなければならないところ、「**訴訟の結果**」の意味をどのように解するかについて、判決主文(訴訟物)の判断に限定されるとの限定説、判決主文(訴訟物)の判断に限らず判決理由中の判断も含まれるとの非限定説とで見解が分かれる。

この点について、最高裁の立場は明確ではない。

・限定説

訴訟をいたずらに複雑化しないために**第三者の訴訟介入を制限的**に考えるべきことや、補助参加の利益の判断のための**基準として明確**で訴訟手続の安定に資することを強調すると、「**訴訟の結果**」とは、**判決主文で判断される訴訟物たる権利又は法律関係の存否**を意味すると解することになる(限定説) [かつての通説]。

・非限定説

補助参加の制度趣旨が訴訟に利害関係を有する者をなるべく訴訟に関与させて紛争の一次的解決を期待するところにあることを強調すると、「訴訟の結果」とは、判決主文（訴訟物）の判断に限らず判決理由中の判断も含まれると解することになる（非限定説）。

- ・補助参加の利益が認められるためには、「訴訟の結果について利害関係」（42）が認められなければならないところ、ここでの「利害関係」は、法律上の利害関係をいい、補助参加人の私法上（財産法上・身分法上）又は公法上の法的地位に関する利害関係をいう。例えば、家族・友人・隣人であることなどの感情的・心情的な利害関係や、取引先であることなどの経済的な利害関係は、事実上の利害関係にすぎず、法律上の利害関係ではない。また、「訴訟の結果について利害関係」を有するといえるためには、訴訟の結果が、補助参加人の法律上の利害関係に対して、既判力などの判決効（法律上の影響）を及ぼすことまでは必ずしも必要なく、事実上の影響を及ぼす場合であれば足りると解されている。

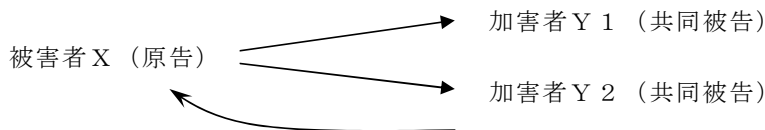
・非限定説からのみ補助参加の利益が肯定される例 その2 ◇

Xは、Y 1が運転する自動車と、Y 2が運転する自動車が交差点で衝突した反動により傷害を受けたため、Y 1とY 2を共同被告として交通事故による損害賠償請求訴訟を提起した。第1審ではY 2に対する請求はほぼ全部認容され、Y 1に対する請求は棄却されたところ、Y 2は、自己に対する判決については控訴しなかったが、Y 1もまた本件の交通事故につき損害賠償責任を免れないとして、Y 2がXに損害を賠償した場合にY 1に求償することを目的に、Xのため補助参加を申し立てると同時に、XのY 1に対する請求棄却判決につきXを控訴人とする控訴を提起した。

最高裁は、この場合においては、XとY 1の間の本件訴訟の結果いかんによってY 2のXに対する損害賠償責任に消長をきたすものではないが、本件訴訟においてY 1のXに対する損害賠償責任が認められれば、補助参加人Y 2は、Xに対しY 1と各自損害を賠償すれば足りることとなり、みずから損害を賠償したときはY 1に対し**求償し得る**ことになるのであるから、補助参加人Y 2は、本件訴訟において、Xの敗訴を防ぎ、Y 1のXに対する損害賠償責任が認められる結果を得ることに**利益を有する**ということができ、そのために自己に対する第1審判決について控訴しないときは、第1審において相手方であったXに補助参加することも許されると解するのが相当であるとして、補助参加人Y 2の補助参加の申立て及び控訴の提起を適法とした原審の判断は正当であるとした（**最判昭 51. 3. 30**）。

補足すると、本件の補助参加は、共同不法行為の加害者である共同被告の一方のY 2が、他方のY 1に対する将来の求償請求のために、原告である被害者Xに補助参加して、Y 1にも過失があることを認めさせ、XのY 1に対する請求につき請求棄却判決がされるのを阻止しようとしたものである。訴訟物レベルでみると、XのY 1に対する不法行為に基づく損害請求権の存否がXのY 2に対する同損害賠償請求権の存否や、Y 2のY 1に対する求償権の存否に影響しないので、訴訟物限定説からは、本件でY 2に補助参加の利益を肯定することは困難とみられており、本件で補助参加の利益を肯定した最高裁の立場は、非限定説と整合すると分析されている。

関連問題：司法論文 H30 設問 3



XのY 2に対する請求認容判決に対して控訴を提起しない場合に、Y 2は、XのY 1に対する請求棄却判決について、補助参加の申出をした上で控訴提起できるか？

*おまけ

・設問2のパートで挙げられていた判例 ～最高裁判所平成19年12月11日第三小法廷決定

[決旨]

1 記録によれば、**本件の経緯の概要**は、次のとおりである。

(1) 本件の本案の請求は、Aの相続人である原告人らが、同じく相続人であるBに対し、遺留分減殺請求権を行使したとして、Aの遺産に属する不動産につき共有持分権の確認及び共有持分移転登記手続を、同じく預貯金につき金員の支払等を求めるものである。上記本案訴訟においては、BがAの生前にその預貯金口座から払戻しを受けた金員はAのための費用に充てられたのか、それともBがこれを取得したのか争われている。

(2) 原告人らは、BがA名義の預金口座から預貯金の払戻しを受けて取得したのはAからBへの贈与による特別受益に当たる、あるいは、上記払戻しによりBはAに対する不当利得返還債務又は不法行為に基づく損害賠償債務を負ったと主張し、Bがその取引金融機関である相手方(平田支店取扱)に開設した預金口座に上記払戻金を入金した事実を立証するために必要があるとして、相手方に対し、Bと相手方平田支店との間の平成5年からの取引履歴が記載された取引明細表(以下「本件明細表」という。)を提出するよう求める文書提出命令の申立て(以下「**本件申立て**」という。)をした。相手方は、本件明細表の記載内容が民訴法220条4号ハ、197条1項3号に規定する「職業の秘密」に該当するので、その提出義務を負わないなどと主張して争っている。

2 最高裁派の判断

金融機関は、顧客との取引内容に関する情報や顧客との取引に関して得た顧客の信用にかかわる情報などの顧客情報につき、商慣習上又は契約上、当該顧客との関係において守秘義務を負い、その顧客情報をみだりに外部に漏らすことは許されない。しかしながら、金融機関が有する上記守秘義務は、上記の根拠に基づき個々の顧客との関係において認められるにすぎないものであるから、金融機関が民事訴訟において訴訟外の第三者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が当該民事訴訟の当事者として開示義務を負う場合には、当該顧客は上記顧客情報につき金融機関の守秘義務により保護されるべき正当な利益を有さず、金融機関は、訴訟手続において上記顧客情報を開示しても守秘義務には違反しないというべきである。そうすると、金融機関は、訴訟手続上、顧客に対し守秘義務を負うことを理由として上記顧客情報の開示を拒否することはできず、同情報は、金融機関がこれにつき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有する場合は別として、民訴法197条1項3号にいう職業の秘密として保護されないものというべきである。

これを本件についてみるに、本件明細表は、相手方とその顧客であるBとの取引履歴が記載されたものであり、相手方は、同取引履歴を秘匿する独自の利益を有するものとはいえず、これについてBとの関係において守秘義務を負っているにすぎない。そして、本件明細表は、本案の訴訟当事者であるBがこれを所持しているとするれば、民訴法220条4号所定の事由のいずれにも該当せず、提出義務の認められる文書であるから、Bは本件明細表に記載された取引履歴について相手方の守秘義務によって保護されるべき正当な利益を有さず、相手方が本案訴訟において本件明細表を提出しても、守秘義務に違反するものではないというべきである。そうすると、本件明細表は、職業の秘密として保護されるべき情報が記載された文書とはいえないから、相手方は、本件申立てに対して本件明細表の提出を拒否することはできない。

〔調整余白〕

平成30年度司法試験 出題趣旨 刑法

本問は、(1)設問1で、A高校のPTA会長である乙が、同高校のPTA役員会において、「2年生の数学を担当する教員(丙)がうちの子(甲)の顔を殴った。徹底的に調査すべきである。」と発言した行為について、名誉毀損罪の成否を検討させ、(2)設問2で、夜間の町外れの山道脇の駐車場において、負傷して倒れていた父親の乙を救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪及び保護責任者遺棄等罪が成立すると主張する上での各理論構成を検討させ、さらに、(3)設問3で、同所において、甲とは無関係の丁が負傷して倒れていた場合に、その丁を救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成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、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。

(1) 設問1について

本問では、乙の罪責について、丙に対する名誉毀損罪の成否を検討することになる。そこで、同罪の客観的構成要件である「公然」、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」という各構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じる必要がある。

まず、「公然」の意義について、判例の見解では、不特定又は多数人が認識し得る状態というとされているところ、公然性が認められるためには、不特定又は多数人が現実に摘示内容を認識することを必要とせず、認識できる状態に置かれれば足りることを的確に指摘する必要がある。

その上で、乙がA高校のPTA役員会において、これに出席していた校長及び保護者3名に対し、丙に関する悪評を伝えた行為に公然性が認められるかが問題となるところ、判例の立場によれば、摘示の相手方が特定かつ少数人であっても、その者らを通じて間接的に不特定又は多数人へと伝播する可能性がある場合には、人に対する社会的評価を低下させる危険を生じさせることから、公然性を肯定できることを論じることになる。もっとも、「公然」とは、文理上、結果の公然性ではなく、行為の公然性を意味するものであることや、伝播させるかどうかという相手方の意思により犯罪の成否が左右されるのは不当であることなどを理由として、伝播性の理論を否定し、摘示の直接の相手方が不特定又は多数人であることが必要であるとする見解に立つて論じることも可能である。

本問において、乙が摘示した直接の相手方は、PTA役員会に出席していた校長及び保護者3名という特定かつ少数人にとどまるものの、これらの出席者は、多数人であるA高校の生徒の保護者らの代表者であって、同役員会における協議結果等を他の保護者や教員ら同高校関係者に伝達・連絡することが当然予定されている。そのような場において、乙が「徹底的に調査すべきである。」などと発言して、丙の暴力行為を糾弾することは、出席者である校長又はPTA役員を介して、同高校内における事実調査や噂話により、同高校関係者等の不特定又は多数人に伝播する可能性が十分あり得ることに着目すれば、伝播性の理論を肯定する立場からは、公然性が認められることになる。他方、伝播性の理論を否定する立場からは、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人にとどまることから、公然性は認められないことになる。

次に、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」の各構成要件要素についても、それぞれの意義を正確に押さえつつ、本問における乙の発言について、具体的事実を指摘して、それらの要件充足性の検討を行う必要がある。その際、A高校2年生の数学を担当する教員は丙だけであったことから、「2年生の数学を担当する教員」という発言が、特定の対象者に対する事実の摘示であることを論じるほか、教員である丙が生徒である甲の顔を殴ったと

いう事実を摘示することは、高校教員という職業的地位に鑑み、法的保護に値する社会的評価を害するに足りる行為といえることを論じる必要がある。

他方、乙の発言について公然性を否定した場合には、PTA役員会の出席者であった校長による聞き取り調査を通じて、A高校の教員らに丙の悪評を広めた点を捉えて、乙に、校長の行為を利用した名誉毀損罪の間接正犯あるいは校長との共同正犯や教唆犯が成立しないかについても更に検討する余地がある。

そして、主観的要件として、名誉毀損罪の故意の有無を検討する必要があるところ、乙において、丙の名誉を毀損する意図や目的まで有していたかどうかに関わりなく、自らのPTA役員会における発言によって、丙の社会的評価を低下させるおそれがある事実を不特定又は多数人に伝播させることの認識、認容があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。

なお、乙は、丙が甲に暴力を振ったことが真実であると誤信しているが、そもそも、乙には、公益を図る目的がなかったことから、刑法第230条の2の適用は問題とならない。また、PTA役員会における乙の発言については、教員の生徒に対する暴力行為を保護者として糾弾する行為として、刑法第35条の正当行為に該当するか否かを検討する余地はあるが、乙は、丙に対する個人的な恨みを晴らそうという目的から、PTA役員会での発言に及んでいることを考慮すれば、乙の行為に社会的相当性は認められず、正当行為には該当しないものと考えられる。

(2) 設問2について

本問では、甲の罪責について、①殺人未遂罪が成立するとの立場と、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場の双方の主張・反論に言及しつつ、最終的に自説としていかなる結論を採るのかを論じる必要がある。

まず、①不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは、作為犯と対比して構成要件的に同価値と評価できるか否かについて、作為義務と作為可能性の観点から判断すべきであることを指摘する必要がある。

作為義務については、その発生根拠と内容を指摘・検討した上で、本問において、甲と乙が親子関係にあることを前提に、甲が本件駐車場で倒れている乙を発見した後、自らが乙に声を掛けたことにより、意識を取り戻した乙が崖近くまで歩いて転倒した様子を見ていること、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖から約5メートル下の岩場に乙が転落するおそれがあったところ、当時、本件駐車場には、車や人の出入りがほとんどなかった上、乙が転倒した場所は、草木に覆われており、山道及び本件駐車場からは倒れている乙が見えなかったことなどの事実に触れつつ、先行行為や事実上の引受け、さらには、排他的支配性や危険の創出等の発生根拠の充足性について論じる必要がある。

また、作為可能性については、その要件としての必要性を簡潔に指摘した上、本問において、乙が崖近くで転倒した時点で、甲は、本件駐車場に駐車中の乙の自動車の中に乙を連れて行くなどして、乙が崖下に転落することを確実に防止することを容易に行うことができたことから、作為の可能性・容易性が認められることを論じる必要がある。

そして、不作為犯の実行の着手時期についても、その判断基準を示した上で、本問において、甲が、乙が崖近くで転倒していることを認識しながら、乙の救助を行わないことを決意した時点、又は、その決意の表れとして本件駐車場から走り去った時点、あるいは、乙が崖下に転がり落ちて重傷を負った時点で、実行の着手を認めることができることを指摘する必要がある。

さらに、甲に殺人未遂罪が成立するためには、主観的要件として殺意が認められる必要があることから、その点に関する甲の認識内容について、事実を指摘して具体的に論じなければ

ばならない。

次に、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場からは、まずは、前提として、**保護責任**の意義及び**不作為による殺人未遂罪における作為義務との異同**を論じつつ、本問において、甲に、乙に対する保護責任が認められることを指摘する必要がある。

その上で、**殺人未遂罪と保護責任者遺棄等罪の区別の基準**について、判例・学説に照らし、殺意の有無という主観面による判断要素や、重大な先行行為の有無や危険の程度といった客観面による判断要素を検討すべきであることを、その理由にも言及しつつ論じる必要がある。

本問において、**主観面による判断要素**に照らせば、甲は、乙が崖近くで転倒した時点で、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖下の岩場に乙が転落するおそれがあることを認識した上で、乙を助けることをやめようと考えたのであるから、**抽象的には、乙が死亡する危険性**があることを**認識・認容**していたものといえる。**もっとも**、この時点で、乙の怪我の程度は軽傷であり、その怪我により乙が死亡する危険はなかったのであるから、甲に殺意があったと認定するためには、乙が死亡する**具体的危険性**、すなわち、崖近くで転倒している乙が、再び意識を取り戻すなどした後、何らかの原因により、崖から約5メートル下の岩場に転落し、頭部等を岩に強打することによって即死するか、あるいは、仮に即死に至らなかったとしても、瀕死の重傷を負うことになり、そうなった場合、車や人の出入りがない夜間の山道において、第三者の救助を得ることなく死亡するという**危険が現実化することを認識したことが必要である。**ただし、甲に**殺意が認められるとしても、客観面による判断要素を考慮して、甲が乙に声を掛けた先行行為自体は死の危険性が乏しい**、あるいは、乙の怪我が軽傷であって、崖下への転落の危険も抽象的なものにとどまるとして、**殺人未遂罪の成立を否定する余地はある。**

以上を踏まえ、甲の罪責について、**自説の立場**として、いかなる**結論**を採るのかについて、反対説の立場からの**反論**を意識しつつ、その**理由付けの補強**や**再反論**を論じていくことが肝要である。

(3) 設問3について

本問では、甲は、**客観的には、乙に対して救助の作為義務**を負っている一方で、**主観的には、(乙と誤認された)丁に対して救助の作為義務**を負っていると**誤信**しているところ、甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を論じる必要がある。

同罪の成否が問題となる**対象**として、故意犯の成否は、認識された事実を前提に検討されることから、丁の近くで現実に倒れている乙ではなく、丁の代わりに存在すると誤信されている乙であることを的確に指摘する必要がある。

次に、危険の判断方法として、存在すると誤信されている(その意味で、現実には存在しない)乙を不救助により殺害することはできないことから、いわゆる**客体の不能**が問題となるところ、**作為犯における未遂犯と不能犯を区別する基準**に関する学説に照らして、**甲の不作為に殺人の実行行為性が認められないか**を検討することになる。

例えば、甲は、丁の体格や着衣が乙に似ていたこと、本件駐車場に乙の自動車が駐車されていたこと、夜間で同駐車場には街灯がなく暗かったことから、丁を乙と誤認している上、甲と同じ立場にいる一般人でも、丁を乙と誤認する可能性が十分に存在したことから、抽象的危険説からは、甲が認識していた事情を基礎として危険性が認められることになり、**具体的危険説**からは、一般人が認識し得た事情を基礎として危険性が認められることになり。他方、**客観的危険説**からは、行為時に存在した全ての事情を基礎とすれば、丁はあくまで丁であって、危険性は認められないことになるが、**修正された客観的危険説**に立つと、同駐車場には丁以外にも負傷した乙が倒れており、甲が丁を救助するために丁に近づけば、容易に

乙を発見することができたのであるから、かかる仮定的事実の下で、危険性が認められる余地があるということになる。そこで、自説の立場を論じた上で、その危険の有無について結論を導き出す必要がある。

そして、自説の立場を前提に、甲に殺人未遂罪が成立すると主張するため、主観面、すなわち、殺意の存在についても言及する必要がある。本問では、現実には丁が存在し、甲は、その丁を、乙と誤認しながらも客体としては認識していたという事情があるため、**具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉えれば、丁に対する故意が肯定され、現実に存在した丁を対象とする殺人未遂罪が成立することになる。**これに対して、**具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉えない場合は、甲には、丁の代わりに仮定された乙に対する故意が肯定され、その意味で、乙を対象とする殺人未遂罪が成立することになる。**その場合、**具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉えない理由が論じられるべきである。**

* 刑法の関連知識

メモ

刑法については今後の試験に役立つような設問2に関する知識を確認しておく。

1 不真正不作为犯の実行行為性

(1) 意義

- **実行行為**とは構成要件の結果を惹起する現実的危険性を有する行為をいう。これには典型的には作為による実行行為が当たるが、不作为であっても、構成要件の結果を惹起する現実的危険性があるものとして**作為による実行行為との同価値性**が認められれば**実行行為性**が認められる。このような同価値性が認められれば、不真正不作为犯の実行行為性が肯定されることになる。○
- ・ どのような条件を満たせばこの**同価値性**が肯定されるかについては次のように説明することができる。不真正不作为犯における不作为は、犯罪の実行行為として刑罰を科すための要件なので、不作为に前記同価値性が認められるためには、単に何もしないという不作为では足りず、また、道徳上の義務に違反する不作为でも足りず、刑法的な作為義務（法的作為義務）に違反する不作为であることが必要となる。また、刑法は不可能や困難を強いるものではないため、作為にできることの可能性と容易性も必要となる。したがって、〔①〕一定の**法的作為義務**が存在し、〔②〕**作為にできることの可能性と容易性**があるにもかかわらず、その作為義務に違反することは、作為による実行行為と同価値なものとして不真正不作为犯の実行行為となると解される。○

(2) 法的作為義務の発生根拠

→かつて通説とされていた見解は、法的作為義務の根拠として、**法令**（例：親の子に対する監護義務〔民 820〕や夫婦相互の扶助義務〔民 752〕）、**契約**（介護契約など）、**事務管理**、**条理**を挙げていた。**しかし**、これらから生じる義務の違反は民事責任の発生根拠とはなっても、それが直ちに、**刑罰という刑事責任の発生根拠になるわけではない**。判例もこれら形式的な根拠のみから作為義務を肯定することはない。○

- ・ 作為義務の有無は、前記形式的な根拠に加えて、次の①から③の事情の有無にも着目して**実質的に当該不作為が作為による実行行為と同価値なものといえるかを判断**しなければならない。○

① 行為者の先行行為により**結果発生の原因**（法益侵害に向かう因果の流れ）を**作出した事情（先行行為・危険の創出行為）** ○

注：作為は積極的に結果への因果の流れを設定する行為であり、不作為はそれ自体そのような因果性がない。そのため、先行行為・危険の創出行為は、不作為と作為の同価値性を担保するものとなる。

② 自己の意思により**法益や危険源**（既に発生している結果発生の危険）を**意識的に引き受けた事情（引受行為・保護の引受け）** ○

注：自己の意思により法益や危険源を引き受けた者が登場すれば、その者が法益保護のために行動するとの信頼が生じ、他者の介入の可能性を奪うという意味で不作為の危険を高める。そのため、引受行為・保護の引受けは、不作為と作為の同価値性を担保するものとなる。

③ 他に結果の発生を防止できる者が存在せず法益に対して**排他的支配**を有していた事情（法益に対する**排他的支配**） ○

注：後掲の「下記①から③の事情の考慮の方法」を参照

・ H26 司法論文刑事系第 1 問（出題の趣旨・抜粋）

授乳等をやめるという不作為に及んだ甲に殺人罪の実行行為性が認められるかを検討するに当たっては、**作為義務**、**作為可能性**といった**不真正不作為犯の成立要件**について見解を示し、その成立要件に事実関係を的確に当てはめる必要がある。その際、甲がAの**母親**であるという**民法上の法律関係に限らず**、甲がAを出産して以来、Aと同居してAを養育してきたこと、Aは月齢4か月の乳児であること、**ミルクアレルギーがあるため母乳しか飲むことができなかったこと**、甲は7月1日朝までは2時間ないし3時間おきにAに授乳し、Aは順調に成育していたこと等の**具体的な事実関係**にも**着目**することが求められる。

・ 下記①から③の事情の**考慮の方法** ○

法的作為義務の存否を、形式的な根拠に加えて、上記のように実質的に判断する見解の中でも、①先行行為（危険の創出）、②引受行為、③排他的支配のどれか1つでも認められれば法的作為義務を肯定するとの見解（**実質的一元説**）がある。この見解は不真正不作為犯の成立範囲が不当に広がりすぎるとの問題がある。一方、①から③の要素を併用して法的作為義務の有無を判断するという見解（**多元説**）があり、多元説の中でも、①から③の要素を総合判断して実質的に法的作為義務の有無を判断する見解（**総合判断説**）などがある。総合判断説は、どの要素をどのように考慮するかが不明確で不真正不作為犯の成立が恣意的に判断されるとの問題がある。

不作為が犯罪の実行行為として認められる根拠は、実行行為に至る前の**先行行為**（危険の創出行為）により因果の流れを自ら作出したり、既に発生している危険の**引受行為**をしたりするなどして、構成要件的結果の発生に向けて**因果の流れ**がはじまっている**状況**で、**法益**に対して**排他的支配**を有して**因果の流れを具体的に支配**しているにもかかわらず、**結果発生防止のための作為義務を尽くさないことが**作為による実行行為と同価値**といえるからである。**したがって、法的作為義務の発生根拠として、③**排他的支配**が認められ得ることが**必須**となる。もっとも、排他的支配だけで作為義務を認めると、例えば、Aが自宅の庭に見知らぬBが横たわっているのを発見したが、Bが死んでも構わないと思ってそのまま放置してBを死亡させた場合にも殺人罪の不真正不作為犯が成立するのは不合理な結果といえるため、**排他的支配**だけで**作為義務を肯定することはできないと解されている。**そこで、**作為義務の発生根拠**につき、**〔1〕③**排他的支配**を**必要条件**、〔2〕①**先行行為**や②**引受行為**を**十分条件****とするべきとの見解（**二元説**：多元説の中の1つの見解）がある。

判例は、不真正不作為犯の成立要件について一般的な判断枠組みを定立していないが、実際に判例が不真正不作為犯の実行行為性を肯定した事案は、③**排他的支配**が認められ、これに加えて、①**先行行為**、又は、②**引受行為**、あるいは①と②の双方が認められるものと分析されている。したがって、判例は二元説の見解と整合しやすい。

・ H22 司法論文（出題の趣旨・抜粋）

不作為による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪の成否を検討する場合には、**作為義務**ないし保証人的地位の**発生根拠**（基礎付け事情）に関する**考え方を示す**ことが必要となるところ、**作為義務の発生根拠**については、**多元的**に理解するのが一般であり、**法令**、**契約**及び**条理**のほか、**先行行為**、**事実上の引受け**、**排他的支配領域性**に求めるなどの様々な考え方があり、それらを踏まえて**自らの見解を明らかにする**ことになる。

- ・ 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との区別

不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪のいずれが成立するのが問題となる事例において、判例は、保護責任者遺棄致死罪の成立に要求される保護義務と不真正不作為犯としての殺人罪の成立に要求される作為義務を、同一視した上で、両罪を殺意の有無により区別していると解されている（大判大4.2.10）。

保護責任者遺棄罪の保護義務と殺人罪の不真正不作為犯の作為義務を同一視するということは、それら各義務の違反が、人の死を発生させる客観的な危険性の点で同程度のもので評価できることを意味する。

具体的な事例処理の仕方として、殺意が認められる事案では殺人罪の不真正不作為犯の成否を刑法総論で学習した際の知識を活用して検討し、殺意が認められない事案では218条の要件解釈をして保護責任者遺棄罪の成否を検討する。

関連問題：司法論文 H22, H26, H30

・ H22 司法論文（出題の趣旨・抜粋）

不作為とする場合は、不作為による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪の成否が問題となる。両罪を区別する基準として、殺意の有無によるとする考え方、作為義務の程度によるとする考え方などがあるが、いずれの立場に立ったとしても、後述する殺意の有無など関連する事実を認定しつつ、事案への当てはめを行うことが求められる。

* メモ

不作為による殺人罪（殺人未遂罪）と保護責任者遺棄致死罪（保護責任者遺棄致傷罪）のどちらが成立するかが問題となる場合に、両罪の区別をどのようにするかについて見解が分かれる。

まず、客観面において殺人罪（殺人未遂罪を含む）の不真正不作為犯の成立に要求される作為義務と、保護責任者遺棄罪（保護責任者遺棄致死傷罪を含む）の成立に要求される「保護する責任（保護責任）」に違いはなく、殺意の有無で区別する見解がある。簡単に言えば、殺人罪における作為義務と、保護責任者遺棄致死罪における保護責任（保護義務）を同一視する見解であり、これが伝統的な見解されている（大判大4.2.10等）。

作為義務と保護義務は異なるものであるとする見解もある。その根拠としては次のことが挙げられる。「保護する責任（保護責任）とは保護責任者遺棄罪（致死傷罪を含む）の主体となりうる身分をあらわすものであるのに対し、作為義務は、結果発生の危険性や作為との同価値性を基礎付けるものなので、保護責任と作為義務は異なるものである。また、殺人罪は生命に対する侵害犯であり、保護責任者遺棄罪（致死傷罪）は生命身体に対する抽象的危険犯にとどまるため、各罪に要求される客観的な危険性の程度が異なり、保護義務は生命身体に対する抽象的な危険が発生したいえれば肯定されるが、作為義務は生命に対する具体的な危険が発生したといえなければ肯定できない。

・ 218条の「保護する責任」（保護責任）の考慮要素とその判断方法

保護責任の有無の判断する際の考慮要素としては、①同居の親族関係にあるなど行為者と被害者の関係が継続的なものか（保護の継続性）、②行為者が被害者の保護を事実上開始したか（保護の引受け）、③被害者の要扶助状態になったことに何らかの関与をしたか（先行行為）、④被害者の保護を引き受けるべき者が行為者以外にいたか（支配的地位）、⑤行為者が要扶助者を保護することが容易であったか（保護の容易性）などが挙げられる。

判例実務は、こうした考慮要素を総合的に判断して保護責任の有無を決するとの立場に立っている（昭和63年最高裁判例解説）。もっとも、学説からは、こうした考慮要素を単に複数列举するだけでは、保護責任の有無を実質的に判断することができず、これら考慮要素は、並列的に列举されるべきではなく、相互の関係の整理が必要であるとの指摘がされている。

この点、保護責任者遺棄罪は、生命身体の安全を保護法益とする罪であるため、事実上、要扶助者の生命身体の安全を左右する立場にあってはじめて要扶助者に対する「保護する責任」（218）が発生するといえるため、保護責任の発生には、要扶助者の生命身体の安全の危険に対して、〔1〕支配的地位が認められることは必須である。他方、例えば、塀に囲まれた自宅の庭に見ず知らずの人が行き倒れとなっている場合、家人はその人の生命身体の安全に対する危険につき、事実上支配し、支配的地位を有するといえるが、こうした事例で家人に保護責任を肯定するのは一般的には不合理とされている。そこで、保護責任の発生には、要扶助者の生命身体の安全の危険に対する支配的地位を有すること前提に、要扶助者を保護することが社会的に期待される状況が必要であり、具体的には、〔2〕保護の継続性、保護の引受け、先行行為などうち少なくともいずれか1つが認められることが必要と解されている。

注：上記は、218条の「保護する責任」の条文解釈の問題として論じる。

〔調整余白〕

平成30年度司法試験 出題趣旨 刑事訴訟法

本問は、詐欺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を指摘させた上で、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、司法警察員Pが、犯人から被害者Vに交付された領収書に記載された住所に所在するA工務店事務所に入入りしていた男について、A工務店代表者甲又はその従業員である可能性があると考え、犯人とその男との同一性をVに確認させるため、同事務所から出てきたその男の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影したこと（下線部①）、その後、犯人が持っていた工具箱と甲が持ち歩いていた工具箱との同一性をVに確認させるため、同事務所の向かい側にあるマンションの2階通路から、望遠レンズ付きビデオカメラで、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通し、同事務所内の机の上に置かれた、「A工務店」と書かれた小さな円形ステッカーの貼ってある赤い工具箱を撮影したこと（下線部②）に関し、その適法性を検討させる問題である。具体的には、これらの捜査活動の適否に係る検討を通じ、いわゆる**強制処分と任意処分を区別する基準、強制捜査又は任意捜査の適否の判断方法**についての理解と、その具体的事実への適用能力を試すことを狙いとする。

まず、ある捜査活動がいわゆる**強制処分**に該当する場合、刑事訴訟法にその根拠となる特別の規定がある場合に限って許されるため（同法第197条第1項ただし書き、**強制処分法定主義**）、当該捜査活動が**強制処分**に該当するのか、それとも**任意処分**にとどまるのか、両者の**区別**が問題となる。

この点に関し、写真撮影やビデオカメラによる撮影について扱った最高裁判所の判例は、それらの撮影が強制処分に該当するか否かを明示的に判断しておらず、当該事案においては令状によらずに適法にこれらを実施することが許されるとしたにとどまる（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）。他方で、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（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。以下「昭和51年決定」という。）、同決定に留意しつつ、強制処分に対する規律の趣旨・根拠を踏まえながら、強制処分と任意処分とを区別する基準を提示することが求められる。

次に、Pらの捜査活動が**強制処分**に至っていると評価される場合には、現行法の法的規律の在り方に従ってその適否（法定された既存の強制処分の類型に該当するか否か、これに該当する場合には法定された実体的及び手続的要件を充足するか否か）を検討することが必要となるが、それが任意処分にとどまると評価される場合であっても、当該捜査活動により何らかの権利・利益を侵害し又は侵害するおそれがあるときは、無制約に許容されるものではないことから、任意捜査において許容される限界内のものか否かが問題となる。

この**任意処分の許容性**の判断に当たっては、いわゆる「比例原則」から、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る**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性**とを**比較衡量**することになる。この点、昭和51年決定も、「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。」と判示しており、同決定に留意しつつ、任意処分の適否の判断方法を提示することが求められる。なお、当該捜査手段を用いる**必要性**を検討するに当た

っては、対象となる犯罪の性質・重大性、捜査対象者に対する嫌疑の程度、当該手段によって達成される捜査目的等に関わる具体的事情を適切に抽出し、評価する必要がある（なお、前記最大判昭和44年12月24日、最決平成20年4月15日を参照。）。

このように、本設問の**解答**に当たっては、強制処分、任意処分それぞれに対する法的規律の趣旨・根拠を踏まえつつ、**判例**の考え方にも**留意**して、強制処分と任意処分を区別する基準や、強制処分又は任意処分の適否の判断方法を提示した上、本設問の事例に現れた具体的事実が、その判断方法において、果たして、またどのような意味を持つのかを意識しながら、**下線部①**及び**下線部②**の各捜査の適法性を検討する必要がある。

下線部①の捜査の適法性を検討するに当たっては、当該捜査により対象者の**いかなる権利・利益が制約**され得るかを具体的に指摘した上、対象者に認識されることなく**秘密裏**に撮影したこと、**公道**上にいる対象者について、事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿を**約20秒間**にわたり撮影したこと等の具体的事実を指摘し、**P**が**A工務店事務所**から出てきた男の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影した行為が強制処分に該当するか否かについて、強制処分と任意処分とを区別する基準に従って評価することが求められる。

その結果、**強制処分に該当しないとの結論に至った場合**、次に、当該捜査が**任意捜査**における限度内のものといえるかを検討する必要がある。本設問の事例においては、**本件が被害額100万円の詐欺事案**であること、**V**が犯人から受領した領収書には「**A工務店代表甲**」と記載されていたこと、**被撮影者はA工務店事務所**に出入りする人物であること、**V**は犯人の顔をよく覚えていない旨供述していたこと、**公道**上にいる男が、事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿を**約20秒間**にわたり撮影したこと、**P**が撮影した場所は、**公道**上に駐車した車内であること等の具体的事実を指摘した上、**任意処分の適否の判断方法**に従って評価することが求められる。

下線部②の捜査についても、**下線部①**の捜査と同様の判断方法に従って適法性を検討することが求められるが、**両者は、そこで制約される権利・利益の内容やその要保護性の程度、撮影方法等が異なっている**ことから、この点を意識して論じる必要がある。すなわち、**下線部②**の捜査は、**不特定多数の客**が出入りすることが想定されていない上、窓に**ブラインドカーテン**が下ろされており、内部の様子を公道から見る**ことができないA工務店事務所内**を、**向かい側にあるマンションの2階通路**から、**望遠レンズ付きビデオカメラ**で、**同事務所の玄関上部**にある採光用の小窓を通して**約5秒間**にわたり撮影したというものであり、**同事務所は、住居ほどでないとしても、公道**などとは**異なりなお私的領域**たる性格が認められる場所であること、**承諾**のない限り、通常、事務所内に侵入しなければ確認できないような状態にある対象を撮影していることなどを踏まえ、**強制処分と任意処分の区別に関する判断基準**に従って評価することが求められる。

その結果、**強制処分に該当するとの結論に至った場合には、無令状**でした**下線部②**の捜査が、強制処分に対する現行法の法的規律の下で許容され得るか否かを検討することが、これに対し、**強制処分に該当しないとの結論に至った場合には、任意処分の適否**の判断方法に従い、具体的事実を指摘しながら、当該捜査の適法性について評価することが、それぞれ求められる。

【設問2】は、被害者**V**が犯人から申し向けられた欺罔文言を記したメモ及び**V**が犯人から交付を受けた領収書について、本事例にある検察官**Q**が明示した各立証趣旨を踏まえて、証拠能力の有無を検討させる問題である。

前提として、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を踏まえ、同項の適用の有無、すなわち**伝聞**と非伝聞の**区別基準**を示すことが求められる。この区別は、当該証拠によって**何をどのように証明**しようとするかによって決まり、具体的には、**公判外供述**を内容と

する供述又は書面を、公判外の原供述の内容の真実性を証明するために用いるか否かによるとされるのが一般的である。

その上で、本件メモ及び本件領収書について、本事例において明示された立証趣旨を踏まえて、想定される立証上の使用方法に鑑み、伝聞・非伝聞の別について分析するとともに、伝聞証拠に該当する場合には、各書面に相応する伝聞例外規定を摘示した上、その要件を充足するか否かについて、また、非伝聞証拠に該当する場合には、いかなる推論過程を経れば、(記載内容の真実性を問題とすることなしに)立証趣旨に則した事実を推認することができるのかについて、それぞれの確かかつ丁寧な検討、説明を行うことが求められる。

本件メモには、Vが犯行時に犯人から申し向けられた欺罔文言が記載されており、その立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」とされているところ、かかる立証趣旨を踏まえた場合に、本件メモがそこに記載された内容の真実性を立証するために用いられることになるか否かを検討し、伝聞証拠かどうかを判断する必要がある。伝聞証拠に該当する場合は、伝聞例外の要件を満たすか否かを検討すべきことになるが、本件メモは、「被告人以外の者」であるVが作成した「供述書」であるから、刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する要件を充足するか否かを検討することが求められる。

本件領収書には甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受領した旨が記載されており、その立証趣旨は、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」とされているところ、かかる立証趣旨を踏まえ、甲が特定の日にVから特定の趣旨で特定の金額の現金を受領したとの事実を立証する方法として、本件領収書を伝聞証拠として用いる場合と非伝聞証拠として用いる場合とを想定することが可能であるため、その双方について検討することが求められる。

伝聞証拠として用いる場合については、本件領収書は、「被告人」である甲が作成した「供述書」であるから、刑事訴訟法第322条第1項の規定する要件を充足するか否かについての検討が求められる。他方、非伝聞証拠として用いる場合については、本件領収書の作成、交付の事実を併せ考慮することにより、領収書の記載内容の真実性とは独立に、立証趣旨に対応する上記現金受領の事実が推認されることを相応の根拠とともに論じることが求められる。

* 刑事訴訟法の関連知識

注：司法試験の論文試験では伝聞法則に関する出題が多い。今回も設問2で出題されている。伝聞法則のところは、しっかりとインプットの時点で深い理解をしておきたい。

1 伝聞法則

→人の供述は、知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経て証拠化されるが、これら各過程には誤りが入るおそれが高い（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）は伝聞証拠として原則、証拠能力を否定する証拠法則を**伝聞法則**という（320条1項）。

- ・伝聞証拠の意義をどう解するかにつき、実質説と形式説とがある。このところは、予め、自分で見解を決めて論じられるようにすれば、どちらの見解であってもかまわない。
- ・伝聞証拠の意義 ～形式説
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。
- ・伝聞証拠の意義 ～実質説
伝聞証拠とは、裁判所の面前での反対尋問を経ない供述証拠であって、要証事実との関係でその供述の内容の真実性が問題となるものをいう。
- ・**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。
- ・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）のときもあれば、主要事実を推認させる**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。
- ・**立証趣旨**と要証事実
伝聞証拠に関する出題で「立証趣旨」という言葉が登場することがある。
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189I参照）。例えば、殺人事件の犯行現場を実見見分した結果を記載した実況見分調書とか写真撮影報告書などの立証趣旨を「犯行現場の状況」などとして証拠調べ請求されることがある。
定義上は、要証事実と立証趣旨は別物であるが、当事者が主張する立証趣旨は、實際上、要証事実と同じ意味であることが少なくない。

*** 問題文に「立証趣旨」が明示されている場合の要証事実の設定**

ある証拠の要証事実をどのように捉えるかについて、証拠調べ請求権を当事者の権限として当事者主義を基本とする刑訴法のもとでは（298条1項参照）、まずは、当該証拠を証拠調べ請求した当事者が主張する立証趣旨を前提として当該証拠の要証事実を把握すべきと解されている。その際、当該証拠の内容や当該事案の事実関係からどのような事実を当該証拠の要証事実と把握すると証拠として意味があるのかという観点から考えていく。

ただし、当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合には、裁判所は、実質的な要証事実を考慮する必要があると解されている。

*** 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）を具体的に考えていく必要がある。

・①から③の供述の**要証事実の違い**

① **伝聞**

供述の内容の真実性が問題となるような要証事実を設定する場合、当該供述は伝聞証拠となる。

② **非伝聞**

本来は伝聞証拠の定義に当たりうる証拠であるが、それを証拠としても誤判のおそれが低い伝聞証拠とは扱われないものを非伝聞との言葉を用いて説明する見解がある。犯罪の故意や、嫌悪の意図など精神状態（心理状態）の供述は、その供述当時にそのような精神状態にあったことを要証事実とする証拠に用いるときは、供述当時にそのような精神状態（心理状態）であったか否かにつき供述の内容の真実性が問題となるけれど、精神状態の供述は当時の精神状態を立証するのに最良の証拠であるといえることや、精神状態の供述には知覚、記憶の過程がなく誤りが介在する可能性が少なく反対尋問によるテストをする必要性がないことから伝聞証拠としては扱わないものである。精神状態の供述をこのように用いるときは**非伝聞**となる。

③ **供述証拠の非供述的用法**

言葉の存在自体を要証事実とする場合（例：アンドロメダの大王発言からその発言当時の精神異常を推認する場合）は、供述内容の真実性が問題とならないため伝聞証拠にはならない。これは伝聞証拠の定義には当たりようがないものであり、②非伝聞と区別して供述証拠の非供述的用法ということがあ

注：②と③は伝聞証拠にならないという点で共通し、広い意味では両者とも**非伝聞**といえる。ただし、②と③はそれぞれ伝聞証拠にならない理由が異なるため、②を非伝聞といい、③を供述証拠の非供述的用法といって両者を区別するのが一般的である。③は、②と異なり、供述についての意識的（精神的・心理的）な要素を一切問題としないものである。同じ精神状態を示す供述に関する問題でも、前に説明した「私はアンドロメダの帝王だ。」との供述は、その供述内容の真実性を問題としないまま、その言葉の存在自体から供述時における供述者の精神異常を推認するものであるのに対して、上記②の精神状態を示す供述は、その供述により供述者が供述時にそのような精神状態であったことを証明するものなので、その供述の内容の真実性が本来は問題となるものである。**しかし**、このような供述は、知覚、記憶の過程を欠き、誤りが介在する可能性が低いことから非伝聞として扱うことが許容される。

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

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18846