

司法試験

---

令和元年度 司法試験の出題趣旨分析会  
解説レジュメ  
【矢島純一 LEC専任講師】

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 198002

LU19800



## 令和元年度 司法試験 出題の趣旨 分析会

今回は、令和元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**」（2020年合格目標）のテキストから抜粋したものです。

令和元年9月29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**を実施する予定です。採点実感には、例年、試験考査委員が受験生に求める答案がどのようなものかなど、今後の受験対策の参考になることが記載されているので、採点実感を分析することはとても重要です。採点実感の分析会にも是非、参加してみてください。

目次

令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨	憲法	2
* 憲法の関連知識		4
令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨	行政法	7
* 行政法の関連知識		10
令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨	民法	11
* 民法の関連知識		21
令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨	商法	22
* 商法の関連知識		25
令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨	民事訴訟法	28
* 民事訴訟法の関連知識		31
令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨	刑法	33
* 刑法の関連知識		38
令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨	刑事訴訟法	41
* 刑事訴訟法の関連知識		44

## 令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨 憲法

本年の問題は、虚偽の表現の規制の可否を問うものである。問題文にもあるとおり、また、報道などでも知られるとおり、フェイク・ニュースは、各国で様々な課題を生じ、対応が模索されている現代的な問題であり、新たな技術的な展開が事態を深刻化させている側面がある現象である。しかし、その規制は、内容規制という古典的な表現の自由の問題であり、また、本問の規制は、表現の削除という強力な制限の問題でもある。表現の自由の保障の意義という基本に立ち返った検討が求められる。

虚偽の表現、とりわけ虚偽と知ってなされるものについては、そもそも表現の自由の保障範囲に入らない、あるいは、保障の範囲に入っても、保障の程度が低いという議論もあり得なくはない。その点について論じる際には、そのように考えることに問題はないか、また、そのような考え方は先例に基づいたものといえるかといった点も考察する必要がある。さらに、虚偽ではあっても種々の観点から有益な表現も様々な考えられることや、真実は誤りと衝突することによってより明確に認識されるのだから虚偽の言明ですら公共的な議論に価値のある貢献をするものだ、という考え方もあり得ることにも留意が必要である。

立法措置①については、具体的状況によっては虚偽か真実かの判定が難しい場合が相当あるという意味において不明確ではないか、処罰の範囲が広すぎ過度に広汎ではないか、といった点について検討することが求められる。目的が極めて重要な公共の利益といえるか、問題文に示されている混乱の事例をどのように評価するか、対抗言論や報道による検証などが優先されるべきではないか、他の規制方法が考えられ必要最小限度のものに留まっているとは言い難いのではないかと、訴追は公平になされるかといった点についても同様であろう。

その際には、立法措置①が、特定の人の社会的評価や業務とは無関係の規制であり、ありとあらゆる表現が、虚偽であるというだけで、規制の対象となるため、政治的に激しい争いのある事柄や、歴史的・学問的な事柄まで対象となり、真実性の判断が難しいものとなり得ることに留意が必要である。立法措置①が認められるとなると、あらゆる領域について、何が真実かを、刑事責任を問うことで問題にできるということになり、恣意的な訴追を通じて、全て真実は政府が決めるということになりかねないという懸念もある。これらの点を踏まえた上で、立法措置①について検討することが求められる。

次に**立法措置②**について、ここでは、**削除義務**を課されるという形で**直接に制約**の対象となっているのは、**SNS事業者の自由**であるとともに、**削除される**という形で**制約**されているのは**個々の発信者の表現の自由**であることを適切に分析することが必要である。**SNSの特徴**である**拡散性**が、**SNSのみを規制の対象**として取り上げることが**正当化**するかどうか論じられる必要もある。**SNS事業者が私的な検閲の主体**となるおそれについても論じることは不可能ではなからう。

**立法措置②**については、**選挙の公正**ということの**明確性が問題**になるかもしれない。**その場合、合憲限定解釈の可能性も含めて検討**することがあり得る。立法措置②を、内容中立規制とする見解があるかもしれない。しかし、**内容規制**と、時・場所・方法の規制のような**内容中立規制が組み合わせられたときに、直ちに内容中立規制と評価**することは問題がないか、検討が必要であろう。**選挙に関する表現**をどのように**位置付けるべきか**については、**国際的に比較しても非常に厳しい我が国の選挙運動規制**を合憲とする先例は多数あるが、その評価を含めて論じることが可能であろうし、**それらの選挙運動規制と本問を区別**することも可能であろう。

立法措置②は、**表現の削除を罰則をもって強制**するという**強力な規制**であるので、**検閲や事前抑制の原則的禁止の法理との関係を問題**にすることも可能である。**ただ、その際には、立法措置②による規制によって、発表が禁止されている訳ではなく、一旦発表されたものの削除が命じられていることに留意**が必要である。また、**選挙の公正は、仮処分による差止め**で**保護される名誉権のような人格的権利**ではなく、この点についての分析も必要であろう。

一旦表現されたものの削除が命じられるという点では、**検索結果の表示の削除が問題となった事案も参考**になり得よう。**比較衡量的な枠組み**を提示しつつ、**要件が満たされていることが「明らか」なことを要求する判例〔注：最決平 29.1.31〕の立場から見た場合、立法措置②の要件が十分に限定されたものになっているか否かを検討**することにならう。

ただ、**その場合であっても、立法措置②が、司法手続ではなく行政手続によるものであること、さらに、行政手続法の事前手続や理由提示の制度が適用除外とされていることをどのように評価**するかが問題となり得る。**人格権侵害を理由に仮処分**で差止めを認める場合、少なくとも**審尋が必要とされているが、要件が充足されていることが明白である場合には例外が認められている**。行政手続の適正性の要求を憲法上どのように**位置付けるかを踏まえつつ、これらのこととの関係をどう理解**するかを論じることが必要とならう。

選挙は公共性が高く、迅速な対応が必要だとはいい得るが、**誤って削除された場合には公益が大きく害される。より制限的でない手段の検討**が必要である。**選挙に際してのSNSが問題であるというのであれば、SNS事業者**に**自主的な削除手続を定めることを義務付け、これについての報告義務を課す**という方法も考えられる。**ただ、この場合には、上に述べた私的な検閲のおそれは増大**するかもしれない。また、**とりわけSNS上のフェイク・ニュース記事の拡散が、出所の不透明な資金に支えられていることが問題であるというのであれば、政治資金規制を及ぼして、資金の流れの透明化を義務付ける**ことも考えられる。**このような、諸外国・地域で実施・検討されている他の方法が有益ではないか、といったことも論じる**に値する。

以上のような諸点についての検討を踏まえ、**自らの示した判断枠組みの中で適切に結論を導く**ことが求められている。

注：ここに掲載した判例は、本問の事案とは異なる事案のものであるため、そのまま使えるわけではないので**注意**を要する。

・ **最判平 2.9.28 破壊活動防止法と表現行為 渋谷暴動事件**

最高裁は、破壊活動防止法40条は政治思想を処罰するものであり、**憲法19条**に違反するとの**上告理由**に対して、「破壊活動防止法40条のせん動罪は、政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的（以下「政治目的」という。）をもって、同条所定の犯罪のせん動をすることを処罰するものであるが、せん動として外形に現れた客観的な行為を処罰の対象とするものであって、行為の基礎となった思想、信条を処罰するものでないことは、同条の規定自体から明らかであるから、**憲法19条違反はない**」とした。

同最高裁は、破壊活動防止法39条及び40条は表現活動を処罰するものであり、**憲法21条1項**に違反するとの**上告理由**に対して、次のとおり判示した。確かに、破壊活動防止法39条及び40条の**せん動**は、**政治目的**をもって、各条所定の犯罪を実行させる目的をもって、**文書若しくは図画又は言動**により、人に対し、その犯罪行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与える行為をすることであるから（同法4条2項参照）、**表現活動としての性質**を有している。しかし、表現活動といえども、**絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ないものであるところ、右のようなせん動は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為**であるから、**公共の福祉に反し、表現の自由の保護**を受けるに**値しない**ものとして、制限を受けるのは**やむを得ないもの**というべきであり、右のようなせん動を処罰することが憲法21条1項に違反するものでない。

## ・グーグル検索結果の削除請求権

ウェブサイト上で個人情報公開されている者が、その情報を検索エンジンで検索されないようにするために、検索エンジンの検索結果それ自体の削除を請求できる権利は、講学上「忘れられる権利」といわれる。「忘れられる権利」という用語は用いていないがこれに関連する判例を紹介する（最決平29.1.31）。

### ・事案の概要

Xは、児童買春をしたことで逮捕されて後に罰金刑に処せられた。Xが逮捕されたことは逮捕当日に報道され、その内容がインターネット上のウェブサイトの電子掲示板に多数回書き込まれた。Yは、インターネットの利用者の求めに応じてインターネット上のウェブサイトを検索し、ウェブサイトを識別するための符号であるURLを検索結果として当該利用者に提供することを業として行う検索事業者である。

Yから上記のとおり検索結果の提供を受ける利用者が、Xの居住する県の名称及びXの氏名を条件として検索すると、Xが児童買春により逮捕された事実等が書き込まれたウェブサイトのURL等情報が提供される。そこで、Xは、Yに対して、人格権ないし人格的利益に基づき、本件検索結果の削除を求める仮処分命令の申立てをした。

### ・グーグル検索結果の削除請求権が許容されるための判断枠組み

個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきである。他方、検索事業者は、インターネット上のウェブサイトに掲載されている情報を網羅的に収集してその複製を保存し、同複製を基にした索引を作成するなどして情報を整理し、利用者から示された一定の条件に対応する情報を同索引に基づいて検索結果として提供するものであるが、この情報の収集、整理及び提供はプログラムにより自動的に行われるものの、同プログラムは検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるように作成されたものであるから、検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する。また、検索事業者による検索結果の提供は、公衆が、インターネット上に情報を発信したり、インターネット上の膨大な量の情報の中から必要なものを入手したりすることを支援するものであり、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている。そして、検索事業者による特定の検索結果の提供行為が違法とされ、その削除を余儀なくされるということは、上記方針に沿った一貫性を有する表現行為の制約であることはもとより、検索結果の提供を通じて果たされている上記役割に対する制約でもあるといえる。

以上のような検索事業者による検索結果の提供行為の性質等を踏まえると、検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実の性質及び内容、当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、上記記事等において当該事実を記載する必要性など、

当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解するのが相当である。

**補足：**削除請求要件として「当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合」でなければ検索結果からの削除を求めることが認められないとの判断枠組みは、検索結果の情報提供行為をかなり重要なものと捉えていることをあらわしている。

#### ・判断枠組みに則した具体的検討

児童買春をしたとの被疑事実に基づき逮捕されたという本件事実は、他人にみだりに知られたくないXのプライバシーに属する事実であるものではあるが、児童買春が児童に対する性的搾取及び性的虐待と位置付けられており、社会的に強い非難の対象とされ、罰則をもって禁止されていることに照らし、今なお公共の利害に関する事項であるといえる。また、本件検索結果はXの居住する県の名称及びXの氏名を条件とした場合の検索結果の一部であることなどからすると、本件事実が伝達される範囲はある程度限られたものであるといえる。

以上の諸事情に照らすと、Xが妻子と共に生活し、罰金刑に処せられた後は一定期間犯罪を犯すことなく民間企業で稼働していることがうかがわれることなどの事情を考慮しても、本件事実を公表されない法的利益が優越することが明らかであるとはいえない。

## 令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨 行政法

本問は、新たな市道（以下「本件道路」という。）の整備のために、C市が、土地収用法（以下「法」という。）に基づいて、Aの土地（以下「本件土地」という。）を収用しようとした場合に生じる法的な問題について、検討を求めるものである。土地収用の手続きは、事業認定（法第20条）、収用裁決（法第47条の2）といった段階を踏んで進められていくが、本問においては、このような土地収用手続の過程を理解して検討することが求められている。

本問では、C市を起業者として行われた事業認定（以下「本件事業認定」という。）やAに対する権利取得裁決（以下「本件権利取得裁決」という。）はいずれも出訴期間を経過しており（行政事件訴訟法第14条）、Aはこれらの処分に対して適法に取消訴訟を提起して争うことはできない。もっとも、本件権利取得裁決については、例外的に「正当な理由」が認められるとして、取消訴訟を提起することができる場合も考えられ、論じられるべき第1の問題は、仮に、行政事件訴訟法第14条における「正当な理由」が認められ、本件権利取得裁決に対する取消訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）を適法に提起することが可能であるとした場合、Aは、本件取消訴訟において、本件事業認定の違法を主張することができるかである（設問1）。論じられるべき第2の問題は、本件権利取得裁決に対して無効確認訴訟を提起した場合（行政事件訴訟法第3条第4項）、Aに、無効確認訴訟の原告適格が認められるかどうかである（設問2（1））。最後に、論じられるべき第3の問題は、本件事業認定に裁量の範囲を逸脱又は濫用した違法が認められるかどうかである（設問2（2））。以上の点について、資料を踏まえて論じることが求められている。

【設問1】は、いわゆる違法性の承継に関する問題であり、本件事業認定の違法性を本件取消訴訟において主張することが許されるのかが問われている。法における事業認定の違法性が収用裁決に承継されるかについては、様々な裁判例や学説が見られるところであり、必ずしも見解の一致が見られるとは言い難いが、本問においては、単に違法性の承継に関する一般的な考え方を示すのみではなく、最判平成21年12月17日民集63巻10号2631頁等を参考に、法に沿って、具体的に検討することが求められている。すなわち、法においては、事業認定と権利取得裁決が段階的に行われること、事業認定と権利取得裁決の目的に共通性が認められること、土地所有者らに対して様々な手続きが法によって整備されていること等を踏まえて、事業認定と権利取得裁決の違法性の承継の有無を検討することが求められている。

〔設問2(1)〕では、本件権利取得裁決に対する**無効確認訴訟の訴訟要件**が問われている。本件事業認定に無効の瑕疵が認められ、本件権利取得裁決も無効であるとすると、本件権利取得裁決に対して、無効確認訴訟（行政事件訴訟法第3条第4項）を提起することが考えられるが、**無効確認訴訟の訴訟要件として、行政事件訴訟法第36条の原告適格の有無を検討する必要がある。**行政事件訴訟法第36条は、**無効等確認訴訟の原告適格につき、「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めにつき法律上の利益を有する者で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないものに限り、提起することができる」としているが、本問においては、「当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」という要件に絞って、Aに無効確認訴訟の原告適格が認められるのかを検討することが求められている。**

本件事業認定やそれに基づく本件権利取得裁決に**無効の瑕疵があるとすると、Aは、自らの所有権を保全**するため、C市に対して、土地所有権確認請求や本件土地の移転登記の抹消登記請求といった**争点訴訟**（本件権利取得裁決が無効であることを争点とする民事訴訟。行政事件訴訟法第45条）で争うことが**可能**と考えられる。このとき、Aが、これらの争点訴訟を提起することが可能であるとしても、それだけで、「**目的を達することができない**」として、無効確認訴訟を提起できるのかを論じる必要がある。争点訴訟には、無効確認訴訟の判決と異なり、判決に拘束力〔行訴法38I、33参照〕が認められないこと、**他方で、事業認定から1年を経過している場合には事業認定の効力が失効する（法第39条第1項）**ため、拘束力が認められなくてもAの目的を達することはできるのではないかといったことや**無効確認訴訟の判決に第三者効が認められるのか等を踏まえて、検討することが求められる。**

以上のような行政事件訴訟法第36条の原告適格に関し、**Aによって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県からの反論を踏まえて、論理的に検討することが求められている。**

〔設問2(2)〕では、上記の無効等確認訴訟が適法に提起できるとした場合、**本件事業認定の違法性**につき、法第20条第3号の「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」に関して、Aが、どのような主張が可能かを検討することが求められている。**法第20条第3号の要件**は、法第1条の目的規定を参照すると、行われる事業によって増進される公共の利益と、土地収用によって失われる利益の比較衡量によって判断されると考えられるが、法第20条第3号がある程度概括的に定められていることや、公共事業に土地収用が必要とされるかどうかについては、種々の事情を総合的に考慮した判断が伴うことから、法第20条第3号の要件該当性の判断には、行政庁に一定の裁量が認められると考えられる。したがって、本問では、本件事業認定が、このような裁量の範囲を逸脱濫用したものであるとして違法となるかどうかを検討されるべき点である。また、本件事業認定に無効の瑕疵があるかが問題とされることから、単なる違法ではなく重大かつ明白な瑕疵が必要とされることとなるが、本問では、重大性や明白性については検討する必要はない。

まず、本件事業認定に関しては、本件道路の設置によって得られる利益として考えられるのは、事業認定に付された理由によると、「道路ネットワークの形成」、「通行者の安全性の確保」、「地域防災性の向上」の3点である。これらのうち、「道路ネットワークの形成」という利益が生み出されることや本件道路の整備による騒音等の不利益が軽微かどうかについては、本件事業認定においては、平成22年調査に基づいて判断がされている。Aの立場からは、平成元年調査と比して、通行量の予測が異なる平成22年調査に基づく判断の妥当性や信頼性が論じられるべきこととなる。

また、利益衡量の対象とされているが、土地収用によって喪失する利益として、**Aの立場**からは、本件土地周辺の地下水や防災用の井戸への影響、本件土地の自然環境への影響が十分に考慮されていないのではないかという点が指摘されよう。また、小学校への騒音を防止するために、本件道路のルートが決定されているが、その際、本件土地の自然環境については考慮されておらず、考慮されるべき事情が考慮されていないのではないか、といった点についても検討することが求められている。

・ 36条後段の無効等確認訴訟の原告適格

→ 36条後段の訴訟は、**補充訴訟**としての無効等確認訴訟といわれており、(1) 処分の無効確認を求めることにつき法律上の利益を有する者で、(2) 当該処分又は裁決の存否・効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに原告適格が認められている。

→ 「法律上の利益を有する者」の意義については、無効等確認訴訟には、明文では行訴法9条の原告適格の規定が準用されていないが、時機に後れた取消訴訟としての機能も有する無効等確認訴訟の提起には取消訴訟と同様に法律上の利益(行訴法9条1項)が必要なことは当然であるから、取消訴訟と同様の原告適格が要求される。したがって、無効等確認訴訟を処分の名宛人以外の第三者が提起した場合は、行訴法9条2項の判断枠組みに則して原告適格の有無を判断することになる。

→ 行政処分が無効又は不存在であれば法的効力が初めから存在しないので、処分の効力がないことを前提とする現在の法律関係に関する訴えを提起すれば足り、無効等確認訴訟を提起する必要性はない。処分が有効又は存在する場合にそれを前提とした現在の法律関係に関する訴えにより救済可能な場合も処分の無効等確認訴訟を提起する必要はない。そのため、行訴法36条後段の、無効等確認訴訟については、処分の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに限り提起することができるとされている(**補充性**の要件)。行訴法36条後段は、このような補充性の要件を、無効等確認訴訟の**原告適格の制限**という形で規定している。

したがって、処分の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによっても目的を達することができないといえるときに限り、行訴法36条後段の補充性の要件を満たすことになる。補充性の要件を満たさない無効等確認訴訟は不適法な訴えとして却下される。

関連問題：司法論文 H18 設問 2, R1 設問 2(1)

・ 「目的を達することができない」の意義

処分の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えでは「目的を達することができない」とあるのは、無効等確認訴訟で求めるものが、現在の法律関係に関する訴えに還元不能な場合に限るとする見解もある(還元不能説)。この見解に対しては、抗告訴訟の利用の道を著しく閉ざし、行政訴訟による権利救済の道を広げるために行政事件訴訟法を改正した趣旨に逆行すると**の批判**がされている。改正行訴法の趣旨に従い、処分の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えよりも、無効等確認訴訟の方が、より直截的な紛争解決手段といえるときは、現在の法律関係に関する訴えでは「目的を達することができない」ものとして補充性の要件を満たすとの見解が一般的である。判例も結論は同じである。

注：「直截」の読み ○ チョクセツ × チョクサイ

## 令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨 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理解や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、建物新築請負契約に基づき請負人が工事を完了して、注文者所有土地上に建物を完成させたが、引渡しは未了の段階における当該新築建物の所有権の帰属と、所有権の帰属先とされることに伴う責任を問うものである。新築建物の所有権の帰属は、多数の関連判例（大判明治37年6月22日民録10輯861頁、大判昭和18年7月20日民集22巻660頁、最判昭和44年9月12日判例時報572号25頁、最判昭和46年3月5日判例時報628号48頁等）がある典型的な論点であるが、これを中心としつつ、物権法、契約法、不法行為法にまたがる複数の制度・規定についての検討を求めるところを通じて、民法の基本的な理解と事案に即した論理展開能力が問われている。

**設問 1 の前半**では、新築建物の引渡し前の所有権の帰属が問題となるが、その前提として、建物は、その敷地とは別個独立に所有権の客体となることを確認する必要がある。

その上で、建物新築請負契約の当事者間に所有権の帰属についての合意があれば、契約自由の原則により、その合意に従って所有権の帰属が決定されることとなる。これに対し、その合意がない場合における新築建物の引渡し前の所有権の帰属については、いわゆる請負人帰属説と注文者帰属説とがあり、これについて論ずる必要がある。前記の判例は請負人帰属説に立っていると理解されているが、その規律内容を知識として有しているだけではなく、根拠を正確に理解していることが求められる。請負人帰属説と注文者帰属説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必要である。

請負人帰属説に立つ場合には、新築建物の所有権の帰属について特段の合意がない場合には物権法の原則が妥当し、材料の所有権が積み上げられて完成した建物となることなどの理由から、材料の全部又は主要部分の提供者が誰かによって所有権の帰属が決せられることを原則としつつ、例外則として、注文者が代金の支払をしていたときは注文者が所有権を取得することを論ずべきことになる。

本問では、材料はその全部を請負人が調達して提供しており、本件事故時において建物は既に完成しているが、代金は8割が支払済みであるという事情がある。上記の代金支払による例外則の内容については、定式として、全額の支払を必要とする考え方で、大半が支払済みであればよいとする考え方があがるが、いずれの定式によるのかを明確にしつつ、それと整合的な理由の提示が求められる。

例外則の根拠については、大別して、⑦材料の提供の実質に求める考え方で、①当事者の黙示の合意に求める考え方があり得る。

上記⑦の考え方は、材料の全部又は主要部分の提供者がいずれであるかによって決せられるという原則に照らして、代金の全額又は大半が支払われているときは、注文者が材料の原資を出しているといえるから、注文者が材料の提供者と考えることができるとする。この考え方によれば、「大半」といえるかどうかは、支払われた代金が材料の全部又は主要部分の費用に相当するかどうかを判断基準となり、この観点から、本問の事実の評価がされることになる。

上記④の考え方からは、請負契約は、注文者が仕事の結果に対して報酬を支払うものであるから、代金の**全額が支払**われた以上、仕事の結果である建物の所有権は注文者が取得するというのが**両当事者の合理的意思**であると考えられ、このような両当事者の意思（黙示の合意）を基礎として、全額支払済みの場合に例外則を発動させるとする見解が導かれ得る。

他方で、**大半の支払**の段階でも、注文者は、建物を取得するために契約をしたのであるから所有権を取得することができると考え、請負人も、報酬確保について懸念がなければ所有権を保持する利益がなく、所有権を注文者に取得させることに異存はないのが通常であるとも考えられる。そこで、このような両当事者の意思（黙示の合意）を基礎として例外則を発動させるとする見解も導かれ得る。この見解によれば、報酬確保として懸念のない状態にあるかどうかが**判断基準**となり、この観点から、本問の事実の評価がされることになる。

以上に対し、注文者帰属説に立つ場合には、判例が採用していると考えられる請負人帰属説の内容を示してこれを批判し、注文者帰属説を採用すべき理由を論ずることが求められる。注文者帰属説による場合には、注文者への帰属を排除する特段の合意がない限り、甲建物は注文者Aに帰属すると結論付けることになる。

なお、所有権の帰属の決定に当たっては、前記のとおり、契約当事者の合意がまず基準となるところ、請負人帰属説か注文者帰属説かの対立に触れることなく、本問における契約内容、特に代金分割支払の合意内容等を詳細に分析・評価し、所有権の帰属についての（黙示の）合意を認定するという構成も妨げられるものではない。

**設問1の後半は、注文者Aが甲建物の所有者であると仮定し、請負人Bが甲建物を占有している中でAの土地工作物責任（民法第717条第1項ただし書）を論じさせることを通じて、土地工作物責任に関する基本的な理解と事例に即した法適用能力を問うものである。**

**建物が土地工作物に該当することには異論がないと考えられるが、設置又は保存の瑕疵については、土地工作物が通常備えるべき安全性を欠くことを意味することを指摘した上で、本問の事実関係のもとでの評価を示すことが求められる。甲建物は、震度5弱の地震に対する強度を備えておらず一部の損傷を生じているが、このような建物は、通常備えるべき安全性を備えていたとはいえず、設置の瑕疵があったといえる。**

また、設置の瑕疵によってCを負傷させ、治療費の支出を余儀なくさせているから、**損害の発生、因果関係が認められることを指摘する必要がある。**

甲建物は、引渡し前であり、請負人Bの管理・支配下にある。民法第717条第1項の「占有者」の概念については争いがあるが、本問の場合は、いずれにしてもBが占有者に該当するため、占有者概念を詳述する必要はない。

所有者Aが土地工作物責任を負うか否かについて最も問題となるのは、占有者であるBが損害発生の防止に必要な注意を尽くしたかである。**占有者の必要な注意**とは、その種の占有者として通常尽くすべき注意を意味するが、このことを明らかにした上で、本問の事実を評価することが求められる。

**【事実】5のとおり、甲建物の「瑕疵」は甲建物に用いられた建築資材の欠陥によるものであるが、この資材は定評があり、多くの新築建物に用いられていた。欠陥品が甲建物に用いられることになったのは、製造業者において検査漏れがあり、流通経路を経て、たまたま甲建物に用いられたという事情による。しかも、この事情は、本件事故を契機とした調査が行われて初めて明らかになっている。これらの事情からすれば、Bとして、逐一建築資材の強度を個別に検査することまでは要求されず、**損害の発生の防止に必要な注意**をしたと評価されよう。**

これに対し、占有者の注意義務を高度なものとしてとらえ、実質的には無過失責任に近いものとして考える場合には、異なる結論を導く余地があるが、その場合には、そのような捉え方をすべきことを説得的に展開することが求められる。

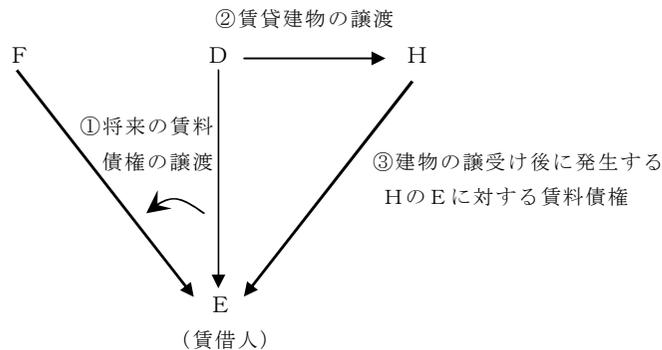
また、以上と異なり、設置・保存の瑕疵について、通常備えるべき安全性を確保すべき義務に違反したことをいうとする立場を採用することも妨げられないが、その場合には、そのような立場に立脚すべき根拠を丁寧に、かつ、説得的に展開する必要がある。

設問2は、不動産の賃貸借から将来生ずべき賃料債権の譲渡がされた場合において、譲渡人がその不動産を売却し、賃貸人の地位が新所有者に承継されたときに、将来賃料債権譲渡の効力はその承継後の賃貸借から生ずる賃料債権に及ぶかを問うものであり、基本的事項に関する知識とこれを踏まえた論理的思考力が試されている。

この問題に関連する判例として、最判平成10年3月24日民集52巻2号399頁があるが、将来賃料債権の差押えの効力が発生した後に、賃貸借の目的不動産が譲渡され、それにより第三者が賃貸人の地位を承継したとしても、その第三者は、当該不動産に係る賃料債権を取得したことを差押債権者に対抗することができないとするものであり、本問のように、私人間の契約によって将来賃料債権が譲渡された後に賃貸借の目的不動産が譲渡された事案についての判例はない。

本問では、第三者対抗力を備えた将来賃料債権譲渡がされた場合において、賃料債権を生ずべき賃貸借の目的不動産が譲渡されたときに、将来賃料債権譲渡と目的不動産の譲渡のいずれの効力が優先すると考えるべきかを、種々の事情を考慮しながら検討することが求められる。

注：なお、将来債権の譲渡については、2020年4月1日施行の改正民法466条の6に規定がある。将来債権譲渡の対抗要件も明文化されている（改正民法467条1項括弧書）。



下線部②は、賃貸借の目的不動産の譲渡の効力が優先とするものである。Hとしては、これを根拠付けるために、Hが乙建物の所有者となったことによりEに対する賃貸人となったことを主張すると考えられる。

これに関する確立した判例法理を前提とするならば、本問では、DH間の合意による賃貸人の地位の承継（以下「合意承継」という。）、Hが乙建物を取得したことによる賃貸人の地位の当然承継（以下「法定承継」という。）のいずれも成り立つ（合意承継につき、最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁。法定承継につき、大判大正10年5月30日民録27輯1013頁等）。これらの判例法理と異なる考え方を採る場合には、判例法理を示し、その問題点を挙げ、採用すべき他の考え方を理由とともに示す必要がある。なお、判例法理に従う場合も、合意承継と法定承継との要件の違いを意識した論述が求められるとともに、合意承継については、契約上の地位の移転の一種であるにもかかわらず賃借人の同意を要しない理由を、法定承継については、目的不動産の所有権の移転により賃貸人の地位が当然に移転する理由を示すことが望ましい。

注：なお、改正民法では賃貸人の地位の移転が明文化されている（改正民法605条の2、605条の3）

下線部④は、将来賃料債権譲渡の効力が優先するとするものである。下線部④が正当とされるためには、本件譲渡契約が有効であり、かつ、Fがその契約による将来賃料債権の取得を第三者に対抗することができる必要がある。

将来債権を譲渡する契約は、譲渡の目的とされる債権が特定されている場合には原則として有効であるとしつつ、例えば、その将来債権譲渡が、あまりに長期にわたる包括的なものであり、譲渡人の営業活動等に対して過度の制限を加え又は他の債権者に不当な利益を加えるものであると見られるなどの特段の事情があるときは、公序良俗違反などのため全部又は一部が無効になることがある、とするのが判例である（最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁）。また、判例は、将来債権譲渡について第三者対抗要件を具備するためには、指名債権譲渡の対抗要件（民法第467条第2項）の方法によることができるとする（最判平成13年11月22日民集55巻6号1056頁）。

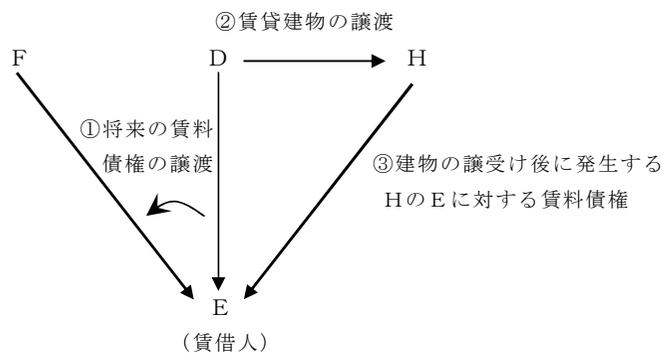
以上の判例に従う場合、本件譲渡契約は、「本件賃貸借契約による平成28年9月分から平成40年8月分までの賃料債権」（【事実】8）と譲渡の対象が特定されており、譲渡期間は12年と比較的長期であるものの、この一事をもって公序良俗に反するとまではいえないから、有効であると認められる。また、本件譲渡契約による将来賃料債権譲渡について、【事実】8のDからEに対する内容証明郵便による通知をもって、第三者対抗要件が具備されている。したがって、Fは、本件譲渡契約による将来賃料債権の取得を第三者に対抗することができる。

上記を前提として、下線部⑦と下線部④のうちいずれが正当であるかを考えるべきことになるが、その際には理論的な理由と結論の妥当性の観点からの理由を共に挙げる必要がある。

下線部⑦を正当とする理論的な理由としては、本件譲渡契約における譲渡の対象は将来「債権」であり、譲渡人Dは、自己が取得すべき債権を処分することはできるが、他人が取得すべき債権を処分することはできないから、本件譲渡契約の効力は、Hが取得する賃料債権に及ばないとするなどが考えられる。また、結論の妥当性の観点からの理由としては、将来債権譲渡は、もともと将来の債権の発生という不確実な事実に効力をかからせるものであり、賃貸借の目的不動産の譲渡により将来賃料債権の譲渡人（D）が取得すべき賃料債権が発生しなくなることは、当然想定される事態の一つであってやむを得ないことや、将来賃料債権の譲受人（F）が権利を失うことになる不利益は、将来賃料債権譲渡の契約の当事者（D及びF）の間で解決されるべき問題であることなどが考えられる。

これに対し、下線部④を正当とする理論的な理由としては、本問における将来賃料債権の譲渡は、本件賃貸借契約から将来生ずる賃料債権を譲渡の目的とするところ、Hは本件賃貸借契約における賃貸人の地位を承継するのであり、Hの下で生ずる賃料債権も本件賃貸借契約から生ずるものであるため、本件譲渡契約の効力がなお及ぶと考えられることなどが挙げられる。また、結論の妥当性の観点からの理由としては、賃貸借の目的不動産を譲り受けようとする者は、賃借人への照会その他の調査により、将来賃料債権譲渡がされた事実を知ることが通常可能であり、実際、本問においてHは本件譲渡契約がされたことを知りつつ本件売買契約を締結しているから、目的不動産（乙建物）の譲受人（H）が不測の不利益を受けることにはならないことや、下線部⑦を正当とすると将来賃料債権譲渡の効力が賃貸借の目的不動産の譲渡により容易に失われるため、将来賃料債権譲渡の有用性が著しく損なわれてしまうことなどが考えられる。

下線部⑦と下線部④のいずれを正当としてもよいが、解答に当たっては、それぞれを支える根幹的な論拠を前提としつつ、他に考慮されるべき事情とその評価について説得的に展開し、結論を導くことが求められる。



**設問3**は、いわゆる**動機の錯誤**による意思表示の無効の要件に関する基本的な理解を問うものである。

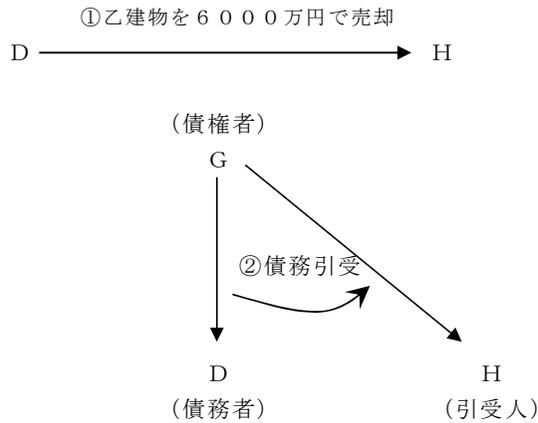
注：2020年4月1日施行の改正民法の下では、動機の錯誤は、法律行為の基礎事情の錯誤（改正民法95条1項2号）として明文化されている。改正民法の下では、錯誤による意思表示は、無効ではなく、取り消しうるものとなる（改正民法95条1項柱書）。

注：なお、改正民法の下では、債務引受の要件及び効果が明文化されている（改正民法470条以下）。

\*HDH間の合意

前提事実：DはGに6000万円の債務を負っている。

- ① Dは、Hに、乙建物を、収益性を勘案して6000万円で売却する。
- ② Hは、代金支払の代わりにDのGに対する債務を引き受ける。
- ③ Gは、DのGに対する債務を免除する。
- ④ 略



Q. 下線部①が正当であるとした場合、すなわち、DF間の将来の賃料債権の譲渡の対象となった債権について、債権の譲受人Fが優先し、新貸人HがEにその債権を請求できない場合、Hは、本件債務引受の無効を主張することができるか、理由を付して解答しなさい。

本件債務引受契約の無効の原因となるのは、Hの錯誤による意思表示である。本件債務引受契約に関するHの錯誤については**2通りの捉え方**が可能である。

**第1**に、Hは、本件売買契約によって乙建物の所有権を取得することによりEから本件賃貸借契約に係る賃料を収受することができるという認識(以下「下線部⑦の認識」という。)の下で本件債務引受契約を締結している。そのため、下線部⑦の認識は、Hにとって、本件債務引受契約の**動機**であり、下線部⑦の認識が誤りであるという本問の前提に立つと、Hに動機の**錯誤**があるということができる。

**第2**に、**【事実】10**の②によれば、Hは、Dとの間の本件売買契約によって負う代金債務の代物弁済として、DのGに対する本件債務を引き受けている。したがって、Hは、Dに対して代金債務を負うことを**動機**として、本件債務引受契約に係る意思表示をしたと見ることもできる。この動機は、本件売買契約が有効であることを前提としているが、下線部⑦の認識が誤りであることによって本件売買契約が無効となれば、HがDに対して代金債務を負っていないことになるから、Hに動機の**錯誤**があるということができる。

Hの動機の錯誤を上記のいずれと解してもよいが、そのうちの一方が本件債務引受契約の無効を導くのであれば、その動機の錯誤について論ずる必要がある(他方について論ずる必要はない。)。いずれによっても無効にならない場合には、両方の動機の錯誤について論ずる必要がある。

動機の錯誤による意思表示の無効が認められるか、どのような**要件**の下で認められるかについては、**種々の考え方**がある。

判例は、動機の錯誤の場合、民法第95条は当然には適用されないことを前提として、一定の要件の下でのみ民法第95条による意思表示の無効を認める立場である。ここにいう「一定の要件」について、「動機が表示されて法律行為(又は意思表示)の内容になった」ことが必要であるとする理解が一般的であるが、例えば、動機は表示されたならば意思表示の内容になったと認められるとする理解などもある。

解答に当たっては、動機の錯誤による意思表示の効力や無効とする場合の要件をどのように判断すべきかについて、特定の立場を採ることが求められるものではないが、**判例の理解**を踏まえて採るべき立場を理由とともに明らかにし、本問の事実を自説の構成に従って適切にあてはめることが必要である。

例えば、民法第95条による無効が認められるためには、動機が表示され、かつ、その表示された動機が当事者の間で法律行為の内容とされたことが必要であるとする立場からは、次のことを論ずべきことになる。

**まず、動機が表示の存否を論ずる必要がある。**本件売買契約によって6000万円の代金債務を負うことが問題とすべき**動機**であるとする**場合**には、**【事実】10**の②から、動機がGに**表示**されていたと認められる。**これに対し、**Hの下線部⑦の認識が問題とすべき**動機**であるとする**場合**には、そのことがGに明示されているとまではいえないものの、**【事実】10**において、Gは、DとHに対し、乙建物の買主は本件賃貸借契約に係る賃料を収受することができるという、下線部⑦に相当する認識を述べている。そして、D、G及びHは、Gのこの発言を受けて本件売買契約の代金額を乙建物の収益性を勘案した額とすること(**【事実】10**の①)、Hが本件売買契約によって負う代金債務の代物弁済として本件債務の弁済を引き受けること(**【事実】10**の②)を合意していることから、Hが下線部⑦の認識の下に本件債務を引き受けることが、Gに対し**表示**されていたと認められる。

次に、その**動機が法律行為の内容**になったと認められるか否かを論ずる必要がある。その前提として、「法律行為の内容になる」ということの意味が問題となるが、**相手方が意思表示はその動機を何らかの意味で前提とするものであることを了解していたと認められればよいとする考え方**、**相手方が意思表示はその動機**の存在を前提として効力が認められるものであることを**受け入れていた**といえる必要があるとする**考え方**などがあり得る。**後者の考え方を採る場合には、その動機が誤っているときには意思表示の効力の前提が欠けることになるから、意思表示の無効が原則として認められる。**それに対し、**前者の考え方を採る場合には、意思表示が無効となるためには、動機の誤りに加えて、錯誤の重要性が認められなければならない。**これについても、**どの立場であってもよいが、採るべき立場の内容と理由を明確に示すことが求められる。**

**その上で、**本問の事実を自説に適切に当てはめることが求められる。Hの下線部⑦の認識が問題とすべき**動機**であるとし、かつ、**動機の法律行為の内容化**につき上記のうち**前者の立場**を採った場合を例にとれば、Gは、何らの見返りもなく単なる友人の多額の債務を引き受けることは通常考えられないこと、下線部⑦の認識に相当することを自らD及びHに述べた上で【事実】10の三者間合意に加わったことから、Hが下線部⑦の認識を前提として本件債務引受契約を締結することを**了解**していたと認められる。そして、下線部⑦の認識が誤りである場合、Hは、Dの債務を引き受けることの「見返り」である利益を取得することができず、しかもその額は4500万円近くになることから、この**錯誤の重要性**は明らかであるといえることができる。

**これに対し、**本件売買契約によって代金債務を負うことが問題とすべき**動機**であるとする**場合**には、G及びHは、【事実】10の①～④より、Hがその代金債務を負うことを前提として本件債務引受契約に応じることが合意したといえるから、Hがその代金債務を負うことが本件債務引受契約の前提であるとGは了解しており、Hの**錯誤の重要性**も当然に認められると説明することも、GはHがDに対する代金債務を負わないのであれば本件債務引受契約は無効になることを**受け入れていた**と説明することもできる。なお、この場合には、Hは下線部⑦の認識が誤りであることにより本件売買契約に係る意思表示の無効を主張することができるかを、動機の錯誤による意思表示の無効が認められるための要件として自ら示したものに従って、論ずることが必要になる。

**表意者に重大な過失**があったときは、**表意者は、錯誤による意思表示の無効を主張することができない。**本問においても、**Hに重大な過失があると認められるか、具体的には、Hが下線部⑦のように考えたことが重大な過失に当たるかを論ずる必要がある。**これについては、**事実を踏まえて結論を示すことが必要であり、その際、次に述べるような検討をすることが望ましい。**

下線部⑦と下線部⑧のいずれが正当であるかは、法の解釈の問題であり、法を正しく解釈しないことは「法の不知」の一種といえなくもない。仮にそうであれば、「法の不知は保護しない」という法諺〔ホゲン〕が妥当するとして、Hの重大な過失が認められることにもなり得る。**しかしながら、下線部⑦と下線部⑧のいずれが正当であるかについて、判例も一般的といえる解釈も存在せず、取引社会の構成員として当然に知っているべきであるとはいえない。**したがって、下線部⑦のように法

の解釈を誤ったことをもってHは保護に値しないとすることは、適当でないと考えられる。仮にそのように考えない場合であっても、【事実】10 からGも下線部⑦の認識の下に本件債務引受契約を締結したといえることから、GはHと同一の錯誤に陥っていたと認められ、契約の有効に対するGの信頼は保護に値せず、Hによる意思表示の無効の主張は妨げられないと解される。

## \* 民法の関連知識

注：以下は、2020年4月1日施行予定の改正民法を前提としている。

- ・ **95条1項2号**による錯誤（**動機の錯誤**）による意思表示の取消しの要件  
 意思表示が「表意者が法律行為の基礎とした事情についてその認識が真実に反する錯誤」（95 I ②・**行為基礎事情の錯誤**）に基づくものであるときは、錯誤取消しの一般的な要件（95 I 柱書・主観的因果関係、客観的重要性）に加えて、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示」されていたとの95条2項の要件を充足するときに限り、その意思表示を取り消すことができる（95 I 柱書、95 I ②、95 II）。
- ・ 立案担当者は、95条2項は、動機の錯誤に関する改正前95条の下での判例法理を承継したものと述べていることが、95条2項の解釈の仕方の参考になる。この点の参考判例は、「動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はない」と判示している（**最判平 28.1.12**、**最判平 28.12.19**）。

この判例を踏まえると、動機の錯誤による意思表示の取消しが認められるためには、動機（表意者が法律行為の基礎とした事情）が表示されているだけでは足りず、動機が表示されたことでこれが相手方にも了解されて合意が形成され、「法律行為の内容」となっていることが必要と解釈することになる。この立場からは、95条2項の「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」との文言は、その事情が法律行為の基礎にされているとの表意者の認識が相手方に了解されて「法律行為の内容」となっていることを意味することになる。

なお、95条2項の文言は、明らかに「表示」に焦点を合わせていることから、動機に関する両当事者の合意を重視する上記解釈をとるには特殊な解釈を要することになるといえる。この点については、今後、改正法の下での判例に注目したい。

## 令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨 商法

本問は、①少数株主による株主総会の招集及び株主提案権の行使（設問1）、②買収防衛策としての差別的な内容の新株予約権無償割当て（設問2）、③取締役会設置会社における株主総会の権限、取締役の株主総会の決議の遵守義務及び取締役の株式会社に対する損害賠償責任（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、乙社が採ることができる**会社法上の手段**として、少数株主による株主総会の招集の手続（会社法第297条等）並びに議題提案権（同法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条）の行使の手続について説明し、比較検討した上で、論ずることが求められる。

少数株主による株主総会の招集の手続並びに議題提案権及び議案要領通知請求権の行使の手続について比較検討するに当たっては、例えば、下記①から③までのことについて、言及することが期待される。

### ① 議事運営の主導権

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主は株主総会の招集等の手続を行うことにより株主総会の議事運営にその意向を反映し得ること、他方で、取締役が招集する定時株主総会の開催に当たり少数株主が議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、取締役が株主総会の招集等の手続を行うため、少数株主が臨時株主総会を招集する場合と比べると、株主総会の議事運営に少数株主の意向を反映することに支障があり得ること。

### ② 費用等の手続面の負担

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、少数株主が株主総会の招集及び開催の費用及び労力を負担すること、他方で、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、株式会社が株主総会の招集及び開催の費用及び労力を負担すること。

### ③ 時期の選択

少数株主が臨時株主総会を招集する場合には、定時株主総会が開催されるのを待つことを要せず、それよりも前に、株主総会を開催することができること、他方で、議題提案権及び議案要領通知請求権を行使する場合には、定時株主総会が開催されるのを待たなければならないこと。

設問2においては、乙社による本件新株予約権無償割当ての差止めの請求（会社法第247条類推）が認められるか否かについて、問題文中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。

乙社による本件新株予約権無償割当ての差止めの請求が認められるか否かについて論ずるに当たっては、まず、新株予約権無償割当てに関して、会社法第247条が類推適用されるか否かについて、検討することが求められる。

そして、新株予約権無償割当てについて、会社法第247条が類推適用される（東京地決平成19年6月28日金判1270号12頁）と解する場合には、乙社による差止事由に関する主張について、条文及びその文言を引用しつつ、具体的に検討することが求められる。乙社による差止事由に関する主張としては、例えば、下記①又は②の主張について、検討することが求められる。

- ① 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、株主平等の原則（会社法第109条第1項）又はその趣旨に反し、法令に違反するものであるとの主張（同法第247条第1号。最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁参照）。
- ② 本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであって、会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等の経営支配権を維持するためのものであり、著しく不公正な方法により行われるものであるとの主張（会社法第247条第2号。東京高決平成17年3月23日判時1899号56頁、判タ1173号125頁参照）〔ライブドア・ニッポン放送新株予約権発行差止請求事件・ニッポン放送がフジテレビジョンに新株予約権の発行をしようとしたのをライブドアが発行差止の仮処分を申し立てた事案〕。

その上で、その主張の当否に関して、例えば、上記①の主張については、前掲最決平成19年8月7日を参考にするなどしつつ、本件新株予約権無償割当ては、新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであり、非適格者である乙社を差別的に取り扱うものであるが、他方で、買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議（ただし、いわゆる勧告的決議〔会社法や定款で株主総会の決議事項（295Ⅱ参照）とされていないが株主総会の議案として株主の意思確認をする決議を宣言的決議または勧告的決議という〕である。）に委ねられていること、さらに、本件新株予約権無償割当ては、乙社に経済的損害を与える性質を有するものであるが、他方で、乙社がこれ以上の甲社の株式の買い増しを行わない旨を確約した場合には、甲社の取締役会が、その決議により、本件新株予約権無償割当てにより株主に割り当てた新株予約権の全部を無償で取得することができる仕組みとなっており、乙社に撤退可能性が保障されていることなどの問題文中の事実関係に即し、条文の適用と当てはめを丁寧に行い、説得的に検討することが求められる。

また、上記②の主張については、前掲東京高決平成17年3月23日を参考にするなどしつつ、本件新株予約権無償割当ては、いわゆる主要目的のルールに照らすと経営支配権の維持を主要な目的とするものであるが、他方で、上記のとおり買収防衛策としての導入等の是非が株主総会の決議に委ねられていることなどの問題文中の事実関係を踏まえ、この株主総会の決議の意義がどのようなものであるかや、前掲東京高決平成17年3月23日が挙げる四つの具体例に照らし、株主全体の利益の保護という観点から本件新株予約権無償割当てを正当化する特段の事情があるかどうかなどについて検討した上で、同様に、説得的に論ずることが求められる。

注：東京高裁決定は、支配維持確保を目的とする新株予約権の発行が許される場合として、以下の〔1〕ないし〔4〕の4つを挙げている。

設問3においては、①甲社の財産の処分を株主総会の決議によってもすることができるようにする定款の変更に関する議案を可決した本件決議1の効力を検討した上で、②本件決議1に基づく本件決議2の効力及び取締役の株主総会の決議の遵守義務（会社法第355条）を前提として、③下記の問題文中の事実関係を踏まえ、甲社の取締役会が遅くとも平成30年度中にP倉庫を適正な価格で売却することに関する議案を可決した本件決議2に関して、甲社の代表取締役社長Aは、これを遵守してはならなかったにもかかわらず遵守したことにより、その任務を怠ったものと認められるのではないかと、結果として、甲社に対し、会社法第423条第1項に基づき、損害賠償責任を負うか否かについて、論ずることが求められる。

本件決議1の効力を検討するに当たっては、まず、①取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とすることができるかどうかについて、論ずることが求められる。

そして、②取締役の業務執行権限に属する事項であっても、定款で定めることにより株主総会の決議事項とすることができ(会社法第295条第2項)、本件決議1及び本件決議2はいずれも有効であると解する場合には、取締役は株主総会の決議を遵守しなければならないこと(同法第355条)について、言及することが求められる。

その上で、③株主総会の決議の遵守義務を前提として、例えば、Q県において発生した大地震により、Q倉庫が倒壊したため、海外から到着する貨物をP倉庫において保管しなければならず、P倉庫を売却すると、競合他社に多数の顧客を奪われるなど、50億円を下らない損害が甲社に生ずることが見込まれ、他方で、P倉庫の近隣の不動産価格が下落する兆候はうかがわれなかったことなどの問題文中の事実関係を踏まえ、(ア)代表取締役社長Aは、甲社に損害を与えないように業務を執行するのであれば、本件決議2を遵守してはならなかったにもかかわらず、本件決議2を遵守し、その任務を怠ったものと認められるから、甲社に対し、損害賠償責任を負うと解するか、(イ)本件決議2の後に重大な事情の変更が生じたことに鑑み、改めて株主の意思を確認しなければならなかった(改めて株主総会の決議を得なければならなかった)にもかかわらず、事情の変更が生ずる前の本件決議2を遵守することに固執し、その任務を怠ったものと認められるから、甲社に対し、損害賠償責任を負うと解するか、あるいは(ウ)上記の問題文中の事実関係を踏まえても、代表取締役社長Aは、本件決議2を遵守しなければならず、その任務を怠ったとは認められないから、甲社に対し、損害賠償責任を負うとは認められないと解するかなどについて、説得的に論ずることが求められる。

①の検討の結果、本件決議1が無効であると解する場合には、これを前提とする本件決議2も株主総会の決議としての効力はないこととなるが、(エ)なお株主の意向を示すものとして尊重する必要がないかや、代表取締役社長Aが本件決議2を遵守する義務があると考えてP倉庫を売却するという決定をしたことに取締役としての**任務懈怠**や**過失**がなかったかどうかについて、説得的に論ずることが求められる。

なお、設問3は、株主総会の決議の遵守義務が問題となっている場面であり、いわゆる経営判断原則の適用が問題となる典型的な場面ではないため、経営判断原則に言及する場合には、その趣旨や適用範囲について検討した上で言及することが望まれる。

メモ：取締役が会社のために良かれと思ってやったことで、結果的に会社に損害が発生した場合に、損害が発生したとの結果から直ちに善管注意義務や忠実義務の違反の任務懈怠があったとするのは酷であり、判断過程が著しく不合理であるときに限り善管注意義務や忠実義務の違反による任務懈怠があったと認めるべきだと説明すれば、本問でも経営判断原則の適用が認めらる余地が生じるかもしれない。

## \* 商法の関連知識

## ・ブルドックソース事件（最決平 19.8.7）

現実に発生している敵対的買収に対抗するために1株に対して3個の割合で新株予約権を無償で割り当て、新株予約権1個の行使につき普通株式を1株交付し、その際の株式の払込金額を1株あたり1円とした上、当該敵対者を非適格者として新株予約権の行使をできないものとする内容の新株予約権の無償割当てをする旨の株主総会決議が成立した。そこで、当該敵対者等が247条を根拠に本件無償割当ての差止めを求める民事仮処分（民事保全法 13, 23Ⅱ）を申し立てた。差止事由として、株主平等原則を定める法令（109Ⅰ）に違反すること（247①）、不公正発行（247②）に当たることが主張された。最高裁の決定の要旨は次のとおりである。

## ・株主平等原則違反（法令違反・247①）の点について

最高裁は、新株予約権の発行差止請求権を規定する247条のうち、1号の法令違反の要件について、次のとおり、株主平等原則を定める109条1項という法令の違反の有無を検討している。

新株予約権無償割当てが新株予約権者の差別的な取扱いを内容とするものであっても、これは株式の内容等に直接関係するものではないから、直ちに株主平等の原則に反するという事はできない。しかし、無償割当てされる新株予約権の内容を規定する278条2項は、株主に割り当てる新株予約権の内容及び数又はその算定方法についての定めは、株主の有する株式の数に応じて新株予約権を割り当てることを内容とするものでなければならないと規定するなど、株主に割り当てる新株予約権の内容が同一であることを前提としているものと解されるのであって、109条1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶというべきである。もともと、特定の株主による経営支配権の取得に伴い会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同利益が害されることになるような場合において、その防止の必要のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、衡平の理念に反し相当性を欠くものでない限り、株主平等原則の趣旨に反しない〔規範定立〕。

同最高裁は、その上で、本件議案が出席株主の約88.7%、議決権総数の約83%の賛成を得て可決されたこと、買収者が発行済み株式の全てを買収する意図があるにもかかわらず会社の経営方針や投下資本の回収方針を明らかにしなかったこと、非適格者に対して新株予約権を行使した場合に得られる株式の価額相当分の金銭給付をしている等の事実関係に着目し、本件無償割当ては株主平等原則の趣旨に反せず、株主平等原則を規定する109条1項の法令違反はないとした。→次頁に補足あり

この点を**補足**すると、最高裁は、本件新株予約権の無償割当てが株主平等原則違反となるかを、買収防衛策の必要性と相当性の観点から判断している。例えば、買収者が発行済株式の全てを買収する意図があるにもかかわらず会社の経営方針を明らかにしなかった事実や本件議案が議決権総数の約83%の賛成が得られている事実から、本件敵対的買収が会社の利益ひいては株主の共同利益を害するものであることを、株主自身が判断しその防衛策として本件新株予約権の無償割当てがなされたといえることを考慮して、本件新株予約権の無償割当ての**必要性**が肯定したものとイえる。

また、新株予約権の行使に関する非適格者に対して新株予約権を行使した場合に得られる株式の価額相当分の金銭給付をして買収者の経済的利益にも十分な配慮をしていることから**相当性**を肯定したものとイえる。

なお、株主に対する新株予約権の無償割当て(277)は、本件会社のような取締役会設置会社においては取締役会の決議だけであることができ(277 III 本)、また、本件会社のような公開会社は、有償割り当てであっても、株主割当て以外の有利発行をするときを除き取締役会の決議だけで決定できるが(240 I)、本件会社は、慎重を期して、一定の新株予約権の無償割り当てに関する事項を株主総会の特別決議事項とすることを内容とする定款変更に必要な手続を取ったうえで、本件無償割り当てを株主総会で決議していた。

#### ・ **不公正発行(247②)**の点について

本件では、(1)本件買収防衛策は敵対的買収がされ始めて急に決定実施されたものであるため敵対的買収者に対して不意打ち的になされた点が著しく不公正といえるかという点、及び、(2)いわゆる**主要目的ルール**の観点から著しく不公正といえるかという2つの異なる視点から争われた。試験との関係では(2)が重要である。

(1)の点について、最高裁は、株主平等原則違反に関する判断で示したのとほぼ同様の理由、すなわち本件買収防衛策をとる緊急の必要性があったことと、敵対者に相応の対価が支払われることを考慮して不公正発行の該当性を否定した。

(2)の点については、新株予約権の内容に差別のある新株予約権の無償割当てが、会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等またはこれを支持する株主の経営支配権を維持する目的によるものである場合には、その新株予約権の無償割当ては原則として著しく不公正な方法によるものと解すべきであるが、本件無償割当てがそのような場合に該当しないことはこれまで説示したところにより明らかであるとした。

## 設問 2 の関連

## \* 決旨（平成 17 年東京高裁）

会社の経営支配権に現に争いが生じている場面において、株式の敵対的買収によって経営支配権を争う特定の株主の持株比率を低下させ、現経営者又はこれを支持し事実上の影響力を及ぼしている特定の株主の経営支配権を維持・確保することを主要な目的として新株予約権の発行がされた場合には、原則として、商法 280 条ノ 39 第 4 項が準用する 280 条ノ 10 にいう「著シク不公正ナル方法」による新株予約権の発行に該当するものと解するのが相当である。

**もっとも**、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権発行が許されないのは、取締役は会社の所有者たる株主の信認に基礎を置くものであるから、株主全体の利益の保護という観点から新株予約権の発行を正当化する特段の事情がある場合には、例外的に、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする発行も不公正発行に該当しないと解すべきである。

**例えば**、株式の敵対的買収者が、**〔1〕** 真に会社経営に参加する意思がないにもかかわらず、ただ株価をつり上げて高値で株式を会社関係者に引き取らせる目的で株式の買収を行っている場合（いわゆる**グリーンメイラー**である場合）、**〔2〕** 会社経営を一時的に支配して当該会社の事業経営上必要な知的財産権、ノウハウ、企業秘密情報、主要取引先や顧客等を当該買収者やそのグループ会社等に移譲させるなど、いわゆる**焦土化経営**を行う目的で株式の買収を行っている場合、**〔3〕** 会社経営を支配した後に、当該会社の資産を当該買収者やそのグループ会社等の債務の担保や弁済原資として流用する予定で株式の買収を行っている場合、**〔4〕** 会社経営を一時的に支配して当該会社の事業に当面関係していない不動産、有価証券など高額資産等を売却等処分させ、その処分利益をもって一時的な高配当をさせるかあるいは一時的な高配当による株価の急上昇の機会を狙って株式の高値売り抜けをする目的で株式買収を行っている場合など、当該会社を喰い物にしようとしている場合には、濫用目的をもって株式を取得した当該敵対的買収者は株主として保護するに値しないし、当該敵対的買収者を放置すれば他の株主の利益が損なわれることが明らかであるから、取締役会は、対抗手段として必要性や相当性が認められる限り、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権の発行を行うことが正当なものとして許されると解すべきである。そして、株式の買収者が敵対的存在であるという一事のみをもって、これに対抗する手段として新株予約権を発行することは、上記の必要性や相当性を充足するものと認められない。したがって、現に経営支配権争いが生じている場面において、経営支配権の維持・確保を目的とした新株予約権の発行がされた場合には、原則として、不公正な発行として差止請求が認められるべきであるが、株主全体の利益保護の観点から当該新株予約権発行を正当化する特段の事情があること、具体的には、敵対的買収者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買収者による支配権取得が会社に回復し難い損害をもたらす事情があることを会社が疎明、立証した場合には、会社の経営支配権の帰属に影響を及ぼすような新株予約権の発行を差止めることはできない。

## 令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨 民事訴訟法

本問は、会社員Xが、全国展開している業者Yから購入したキャンピングカーが契約どおりの仕様を有していなかったことを理由として、履行遅滞による売買契約の解除に基づく原状回復としての売買代金の返還と債務不履行に基づく損害賠償をYに求めるという事案を題材として、①管轄に関する合意が存在し、それを専属的管轄合意と解釈した場合には管轄を有しないことになる裁判所に訴えを提起したことを前提に、民事訴訟法(以下「法」という。)第16条第1項による移送をすべきではないとの立論をすること(設問1)、②原告が主張する特定の事実を認める旨の被告の陳述が裁判上の自由で該当して自由に撤回することができなくなるかを検討すること(設問2)、③作成者が死亡しその相続人が所持するに至った日記を対象とする文書提出義務の成否を判断するためにどのような観点からどのような事項を考慮すべきかを検討すること(設問3)、を求めるものである。

まず、**〔設問1〕の課題(1)**は、管轄合意の解釈の在り方を問うものである。本件定めのような**管轄合意**には、特定の裁判所を管轄裁判所から排除する**専属的管轄合意**と特定の裁判所を管轄裁判所に付け加える**付加的管轄合意**があるが、Yは、本件定めを専属的管轄合意と解釈していると考えられることから、本件定めを付加的管轄合意として解釈すべきだという議論を適切な論拠を示しつつ展開することが求められる。

このような**論拠**としては、Yが本件定めを作成するに当たり、本件定めが専属的管轄合意であることを明記し得たのにしていないのであるから、専属的管轄合意と理解するのが合理的であるとはいえないことや、本件定めは、Y側から提起する債務不存在確認の訴えなどB地方裁判所の法定管轄に属しない場合にもB地方裁判所が管轄裁判所となることを基礎付けるものであり、これを付加的管轄合意と解釈することに合理性がないとはいえないこと、といったものが考えられる。

この他本件定めを付加的管轄合意として理解すべきとする論拠は、複数考えられ得るが、説得力をもって以上のような論拠を適切に展開し、本件定めを付加的管轄合意として理解すべきことを結論付けることが、課題(1)との関係では求められる。

次に、**〔設問1〕の課題(2)**は、本件定めを専属的管轄合意と解釈することを前提としても、管轄違いによる移送(法第16条第1項)をすべきではないとする立論を求めるものである。

このような立論としては、仮にB地方裁判所に本件訴訟が係属したとしてもB地方裁判所がA地方裁判所に法第17条に基づく移送をするための要件を満たす場合には、A地方裁判所として移送をせずに自庁処理をすることが認められる、というものが考えられる。また、その**根拠**としては、法第17条の要件を満たす場合には、仮にA地方裁判所からB地方裁判所に対し管轄違いによる移送をしてもB地方裁判所からA地方裁判所に同条による移送がされることが考えられることから、そのような遠な処理をするまでもなく、法第17条の類推適用によりA地方裁判所で自庁処理をすることが適切と考えられること、場面は異なるが法第16条第2項が管轄違いの場合の自庁処理を認めていることなどが挙げられる。

そこで、課題(2)との関係では、以上のような立論をした上で、本件がA地方裁判所の法定管轄に属することを指摘しつつ、法第17条の要件が満たされることを本件事案に即して示していくことが求められる。

【設問2】は、問題文中の④の事実を認める旨のYの陳述が裁判上の自白に該当して撤回制限効が生じているかどうかを問うものである。ここでは、裁判上の自白の成立要件に照らした検討が求められる。

一般に裁判上の自白の成立要件は、(1)口頭弁論又は弁論準備手続における弁論としての陳述であること、(2)相手方の主張と一致する陳述であること、(3)事実についての陳述であること、(4)自己に不利益な陳述であること、であるとされるが、本問では(1)と(2)の要件を満たすことは明らかであり、(3)と(4)の検討が中心となる。

(3)の要件との関係では、この要件を満たす「事実」について、主要事実に限定されるとする見解と間接事実も含まれるとする見解があり、このうち、後者に属する見解では、これを重要な間接事実に限るとする見解から広く間接事実一般を含むとするものまで様々なものがある。解答に際しては、まず以上のうちのいかなる立場に立つかを論拠を示して明らかにする必要がある。

さらに、とりわけ主要事実限定説や重要な間接事実限定説では、④の事実が訴訟物との関係でいかなる位置付けを有する事実であるかにより(3)の要件の成否が異なってくることから、元の請求と追加された請求における訴訟物との関係での④の事実の位置付けを要件事実の考え方を踏まえて整理した上で、自説に当てはめることが求められる。

また、Xが新請求を追加したのは、Yが④の事実を認める旨の陳述をした後、それを撤回する前である。このような事実経過からは、例えば元の請求との関係で自白は成立しないが追加された請求との関係では自白が成立すると考える立場では、Xが新請求を追加する前は自由にできた陳述の撤回が新請求の追加により制限されてよいか、また、元の請求との関係でも追加された請求との関係でも自白が成立すると考える立場では、これらが異なる請求であることから、元の請求との関係で成立した自白の効力を追加された請求との関係でもそのまま維持してよいか、といった疑問が喚起される。設問で示されたJの問題意識に照らし、こういった点についても検討することが求められる。

(4)の要件については、相手方が証明責任を負う事実の存在を認める場合に限りこの要件を満たすとする見解、認める旨の陳述をした当事者の敗訴可能性を基礎付ける事実であればこの要件を満たすとする見解、不利益要件は必要ないとする見解などが主張されており、(3)の要件に関する自説との整合性に留意しながら、いずれの立場に立つかを明らかにする必要がある。

【設問3】は、文書提出義務の有無を判断するに当たって考慮すべき観点や事項を問うものである。本件の文書は日記であるので、法第220条第4号ニの自己利用文書の該当性の判断に当たり考慮すべき観点等について検討する必要がある。

判例（最高裁判所平成11年11月12日第二小法廷決定・民集53巻8号1787頁ほか）によれば法第220条第4号ニの自己利用文書該当性の要件は、(i)内部文書性（「専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であること」）、(ii)不利益性（「開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人又は団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められること」）、(iii)特段の事情の不存在であるとされており、独自に適切な要件を考案して設定するのでない限りは、これに即して考慮すべき観点と事項を抽出することが求められる。

そして、本件日記は、日記である以上専らTが自らの利用に供する目的で作成し、Tも外部の者に開示することは予定していなかったと考えられる。また、Zは死亡したTの妻であり、Tの相続人として日記を所持するに至ったものであって、Zも外部の者に開示することを予定していない。そこで、(i)の内部文書性の要件が満たされると判断されることとなると考えられる。

もっとも、(ii)(iii)との関係では問題が生じ得る。(ii)の不利益として問題となるのは、通常の場合には、作成者であるところの所持者のプライバシーの侵害であるが、本件では作成者は死亡し、作成者と異なる者が本件日記を所持するに至っている。そのため、本件日記については、(a)保護されるべきプライバシーの主体が現在の文書の所持者と同一ではなく、(b)その主体が死亡しており要保護性を欠くに至っていると評価をすることも可能であるとして、(ii)の要件が満たされないとも考えられる。もっとも、(a)(b)から本件では(ii)にいう不利益は生じないと即断することも早計である。なぜなら(ii)で保護される利益には文書作成の自由に対する利益も含まれると考えられるところ、本件のような事案で安易に本件日記の開示を認めると、死亡後に開示対象になることを恐れ、日記作成に対する萎縮効果を生みかねないからである。ここでは、破綻した信用組合の貸出稟議書の提出義務が問題となった最高裁判所平成13年12月7日第二小法廷決定・民集55巻7号1411頁の考え方も参考となろう。なお、上記の問題は(ii)の不利益性に係る問題といえるが、この判例からも分かるとおり、(iii)の特段の事情の問題として整理することも可能であり、いずれの要件の問題として扱っても、評価に差異はない。

そこで、本設問に対する解答としては、法第220条第4号ニの自己利用文書の要件として不利益性が要求されること、その不利益性としては本件日記との関係ではまず所持者のプライバシーが問題となること、自己利用文書該当性で問題となる不利益性として文書作成に対する萎縮効果も考慮されるべきことなどといった観点から、本件日記にはTのプライバシーに属する事柄が書いてあること、当該プライバシーの帰属主体であるTと現在の所持者であるZが異なっていること、プライバシーの帰属主体であるTが死亡していること、本件でZに対し文書提出義務を認めると将来の日記作成に対する一般的な萎縮効果を生むおそれがあることなどを指摘して論ずることが期待される。なお、上記で「観点」に位置付けた内容を「考慮すべき事項」に位置付けたり、あるいはその逆であったりしていても、論理的に筋の通った答案になっている限りは、問題ない。

## \* 民事訴訟法の関連知識

## \* 設問3に関連

平成13年決定

- 1 記録によれば、本件の経緯は次のとおりである。
- (1) 本件の本案訴訟のうち、2つの事件（大阪地方裁判所平成10年（ワ）第11490号貸金等請求事件及び平成11年（ワ）第9243号貸金等請求事件）は、経営が破たんした木津信用組合（以下「木津信」という。）の営業の全部を譲り受けた原告人が、貸金債権、求償債権等に基づき、相手方株式会社福一不動産及び相手方Aに対し金員の支払等を求めたものである。また、その余の事件（同平成10年（ワ）第11520号債権者代位請求事件、同年（ワ）第11634号債権者代位請求事件、同年（ワ）第11654号損害賠償等請求事件）は、原告人が、相手方福一不動産又は相手方Aの所有する不動産について、相手方株式会社寿住建、相手方B又は相手方Cに対し、前記各債権を被保全債権とする債権者代位権に基づき所有権移転登記手続等を求めたものである。
- (2) 相手方は、前記本案訴訟において、相手方A及び相手方福一不動産が木津信に対する貸金債務、求償債務等を本件土地の売却代金によって弁済しようとしたところ、木津信は、本件土地についてされた根抵当権設定登記等を抹消することを不当に拒絶して本件土地の売却を妨害し、また、相手方A及び相手方福一不動産に対し、貸付残高を雪だるま式に増大させた上、自己の利益を図る目的で、上記相手方兩名の支払利息相当分の金額を新たに融資し、これを支払利息に充当する、いわゆる「利貸し」を行ったと主張し、これらの不法行為に基づく損害賠償請求権と原告人の前記各債権とを対当額で相殺する旨の抗弁を主張した。
- (3) 本件は、相手方が、前記(2)の抗弁に係る事実等を証明するためであるとして、原告人が所持する原々決定別紙文書目録一ないし四記載の各稟議書及び付属書類一切（以下、これらを一括して「本件文書」という。）につき文書提出命令を申し立てた事件である。相手方は、本件文書は、貸出稟議書ではあるが、民事訴訟法（平成13年法律第96号による改正前のもの。以下同じ。）220条4号ハ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらない特段の事情があり、同号の文書に当たるなどと主張した。
- 2 原審は、本件文書は、その開示によって所持者である原告人に看過し難い不利益が生ずるおそれがあるとは認められないから、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらないと判断して、原告人に対して本件文書の提出を命ずべきものとした。
- 3 本件文書は、木津信が相手方への融資を決定する過程で作成した稟議書とその付属書類であるところ、信用組合の貸出稟議書は、専ら信用組合内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書であって、開示されると信用組合内部における自由な意見の表明に支障を来し信用組合の自由な意思形成が阻害されたりするなど看過し難い不利益を生ずるおそれがあるものとして、**特段の事情**がない限り、民事訴訟法220条4号ハ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たると解すべきである（最高裁平成11年（許）第2号同年11月12日第二小法廷決定・民集53巻8号1787頁参照）。
- そこで、本件文書について、上記の特段の事情があるかどうかについて検討すると、記録により認められる事実関係等は、次のとおりである。
- (1) 本件文書の所持者である原告人は、預金保険法1条に定める目的を達成するために同法によって設立された預金保険機構から委託を受け、同機構に代わって、破たんした金融機関等からその資産を買取り、その管理及び処分を行うことを主な業務とする株式会社である。
- (2) 原告人は、木津信の経営が破たんしたため、その営業の全部を譲り受けたことに伴い、木津信の貸付債権等に係る本件文書を所持するに至った。

(3) 本件文書の作成者である木津信は、営業の全部を抗告人に譲り渡し、清算中であって、将来においても、貸付業務等を自ら行うことはない。

(4) 抗告人は、前記のとおり、法律の規定に基づいて木津信の貸し付けた債権等の回収に当たっているものであって、本件文書の提出を命じられることにより、抗告人において、自由な意見の表明に支障を来しその自由な意思形成が阻害されるおそれがあるものとは考えられない。

上記の事実関係等の下では、本件文書につき、上記の特段の事情があることを肯定すべきである。このような結論を採ることによって、現に営業活動をしている金融機関において、作成時には専ら内部の利用に供する目的で作成された貸出稟議書が、いったん経営が破たんして抗告人による回収が行われることになったときには、開示される可能性があることを危ぐして、その文書による自由な意見の表明を控えたり、自由な意思形成が阻害されたりするおそれがないか、という点が問題となり得る。しかし、このような危ぐに基づく影響は、上記の結論を左右するに足りる程のものとは考えられない。所論引用の判例（最高裁平成11年（許）第35号同12年12月14日第一小法廷決定・民集54巻9号2709頁）は、本件とは事案を異にするものであり、その他原決定の違法をいう論旨は採用することができない。

4 以上のとおりであるから、本件文書の提出を命ずべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。

## 令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨 刑法

本問は、**設問 1**で、甲が、Aから受け取ったA名義の普通預金口座のキャッシュカード及び同口座の暗証番号を記載したメモ紙（以下「本件キャッシュカード等」という。）在中の封筒を、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒（以下「ダミー封筒」という。）にすり替えて取得した行為について、窃盗罪若しくは詐欺罪の成否を検討させ、**設問 2**で、乙が、甲が窃盗を行ったと認識しながら、店員Cに財物を取り戻されることを防ぐため、甲との間でCの反抗を抑圧することを共謀した上、Cに対してナイフを示して脅した行為について、事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の各理論構成を検討させた上、自説の立場を示させ、さらに、**設問 3**で、丙が、甲からナイフの刃先を胸元に突き付けられていたDを助けるため、間近にあったボトルワインを甲に向かって投げ付けたが、その狙いが外れ、ボトルワインがDの頭部に直撃し、Dに傷害を負わせた行為について、Dの傷害結果に関する刑事責任を負わないとする理論上の説明とその難点を検討させるものであり、それにより、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。

## 設問 1 について

本問では、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる処分行為の有無が問題となる。具体的には、甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面が問題となることを的確に指摘した上で、処分行為の意義を示し、本事案における当てはめを行う必要がある。

本事案において、処分行為の客観面として、Aが印鑑を取りに行くに当たり甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先は、Aの場所的支配領域内であると認められる上、Aが印鑑を取りに行った居間は玄関の近くにあることなどの事情を踏まえ、甲に対する本件キャッシュカード等の占有の移転があると認められるか、それとも占有の弛緩にすぎないかを検討することになる。

また、処分行為の主観面（処分意思）について見ると、Aとしては、飽くまで、玄関近くの居間に印鑑を取りに行き、すぐに玄関に戻ってくるつもりであった上、本件キャッシュカード等が入った封筒については、金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもりであったことなどの事情を踏まえ、処分意思（占有の終局的移転についての認識）の有無を検討することになる。

その上で、Aの処分行為がない（そもそも処分行為に向けられた欺罔行為がないということになる。）と認めた場合には、窃盗罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「他人の財物」、「窃取」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。「他人の財物」については、特に、キャッシュカード及び暗証番号を記載したメモ紙の財物性について、客観的な経済的価値などを踏まえ検討する必要がある。また、「窃取」については、意義を示した上で、実行行為や既遂時期について具体的に論じる必要がある。そして、主観的構成要件要素として、窃盗罪の故意及び不法領得の意思について検討する必要があるところ、甲が、Aが不在の隙に自ら本件キャッシュカード等をダミー封筒とすり替えて自己のショルダーバッグ内に隠し入れていることや、元々の計画として、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手し、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考え本件行為に及んでいることなどから、故意及び不法領得の意思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。

他方、本事案で、Aによる処分行為があると認めた場合には、詐欺罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「財物」、「欺罔行為」、「処分行為」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。「欺罔行為」については、処分行為との関係性を踏まえた正確な意義を示した上で、具体的事実を摘示して当てはめを行う必要があるところ、前記のとおり、本事案における処分行為に向けられた欺罔行為としては、甲が、本件キャッシュカード等を所持した状態で、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせた行為と捉えるべきであり、その点を踏まえた当てはめをする必要がある。そして、主観的構成要件要素のうち、故意については、甲が、Aに対し、「印鑑を持ってきてください。」と言ってAを玄関から離れさせ、それによりAをして本件キャッシュカード等の占有を甲の支配下に移させていることについての認識、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、甲が本件キャッシュカードを使用してATMから現金を引き出そうとした行為は、ATMを管理する金融機関の占有を侵害するものであり、Aに対する罪責とはならないことから、この点は論ずるべきではない。

## 設問2について

本問では、乙の罪責について、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場と、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場の双方からの説明に言及しつつ、根拠とともに自説を論じる必要があるが、この点、事後強盗罪の構造を身分犯と解するか、結合犯と解するかが関わることになる。

まず、①乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場からの説明としては、a.事後強盗罪を窃盗犯人であることを身分とする真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、第2項は不真正身分犯について身分の個別作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明や、b.事後強盗罪を不真正身分犯と捉えた上、刑法第65条の解釈について、第1項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて共犯の成立を、第2項は不真正身分犯について科刑の個別的作用を規定したものと解し、第1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する（第2項により科刑は脅迫罪）との説明、c.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯を全面的に肯定することにより、事後強盗未遂罪の共同正犯が成立するとの説明等が考えられる。

他方、②乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からの説明としては、d.事後強盗罪を窃盗犯人であることを加重身分とする不真正身分犯と捉え、刑法第65条の解釈について、前記aと同様に解し、第2項により脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明、e.事後強盗罪について、窃盗犯人が財物の取り戻しを防ぐ目的の場合には違法身分として刑法第65条第1項を適用し、それ以外の刑法第238条所定の目的の場合には、責任身分として同条第2項を適用するとの考えに立った上、本件では、乙の主観面は財物の取り戻し目的であるものの、客観的には甲による窃盗は未遂であり、違法身分の前提を欠いているため、刑法第65条第1項の適用がなく、同条第2項により脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明、f.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯を全面的に否定することにより、脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明、g.事後強盗罪を結合犯と捉えた上、承継的共犯について、後行者が先行者の行為を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した場合において、その範囲で、後行者も先行者が行ったことを承継するなどの考えに立つて、本事案では、甲の窃盗は未遂にとどまっており、先行者(甲)の行為を自己(乙)の犯罪手段として積極的に利用したとはいえないなどと考え、乙は甲の行為等を承継せず、脅迫罪の共同正犯が成立するとの説明等が考えられる。

そして、自説として事後強盗の罪の共同正犯が成立するとする場合、自説とする前記a～c等の見解を採る根拠や他説への批判を論じた上で、客観的構成要件要素として「窃盗」、「窃盗の機会」、「脅迫」を、主観的構成要件要素として故意及び目的を、さらに、甲乙間の共謀を、それぞれ検討する必要がある。「窃盗」については、未遂犯も含むことを端的に指摘する必要がある、また、「脅迫」については、判例において、社会通念上一般に相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものかという客観的基準によって判断されるところ、乙は、店員Cにナイフを示しながら、「ぶっ殺すぞ。」と申し向けており、前記基準による脅迫に該当すると判断されることを具体的に示す必要がある。そして、故意や共謀については、甲による窃盗の内容や、窃盗が既遂か未遂か、刑法第238条の目的の内容について甲乙間で認識の齟齬があることに触れながら、それらの事情が故意や共謀の成否に影響するかを検討する必要がある。

他方、自説として脅迫罪の共同正犯にとどまるとする場合、自説とする前記d～g等の見解をとる根拠や他説への批判を論じた上で、客観的構成要件要素として「脅迫」を、主観的構成要件要素として故意を、さらに、甲乙間の共謀について、それぞれ検討する必要がある。

### 設問3について

丙は、甲からナイフの刃先を胸元に突き付けられていたDを助けるため、間近にあったボトルワインを甲に向かって投げ付けたが、その狙いが外れ、ボトルワインが店舗経営者Dの頭部に直撃し、Dに加療約3週間を要する頭部裂傷の傷害を負わせている。

本問は、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わない理論上の説明等を求めていることから、まず、丙がDの傷害結果に関してどのような罪を負い得るかを明らかにする必要があるところ、前記丙の行為は、有形力の行使によりDの生理的機能に障害を与えていることから、傷害罪の客観的構成要件に該当する。その上で、傷害罪の刑事責任を負わないとする理論上の説明及びその難点を検討していく必要がある。

理論上の説明として、まず、方法の錯誤における処理により丙における故意を否定した上で、更に過失もなかったとする説明が考えられる。具体的符合説（具体的法定符合説）は、行為者の認識した事実と現に発生した事実とが具体的に一致しない限り、故意を阻却するとする見解であり、この見解によれば、方法の錯誤の場合には、認識事実と発生事実とが具体的に一致していないことから、故意は阻却されることになる。本事案において、丙は、甲を狙ってボトルワインを投げ付けたところ、その狙いが外れてDに当たっているため、丙が認識した事実と現に発生した事実とが具体的に一致しておらず、同見解によれば故意が阻却されることになる。そして、ボトルワインを投げ付ける行為が、丙の取り得る唯一の手段であり、行為時における丙の心理状態等を踏まえ、丙に結果回避可能性はなかったなどと考えれば、丙に過失犯（過失傷害罪）も成立しないことになる。また、過失犯について、正当防衛や緊急避難が成立するとの説明も考えられる。もっとも、丙は、甲の間近にDがいることを認識してボトルワインを投げ付け、その結果、ボトルワインがDに直撃しており、丙につき過失犯の成立も否定するのは困難と考えられることから、結局、過失犯の成立可能性を残す点が難点といえる。

他方、法定的符合説（抽象的法定符合説）は、行為者が認識した事実と現に発生した事実について、構成要件に該当する事実の具体性ないし個別性は考慮せずに、一定の構成要件の枠内において符合する限りにおいて故意を肯定する見解であり、この見解によれば、本事案において、丙は、「人」である甲を狙ってボトルワインを投げ付け、それが「人」であるDに直撃していることから、Dに対する故意が肯定されることになると考えられる。もっとも、法定的符合説（抽象的法定符合説）を探りつつ、暴行の故意を向ける相手方と相手方から救助すべき者とでは、構成要件の評価の観点から見て法的に人として同価値であるとはいえず、故意の符合を認める根拠に欠けるという見解に立てば、本事案では、侵害者甲と被侵害者Dとの構成要件的同価値性が否定されるので、丙には、甲に対する暴行の故意が認められても、Dに対する暴行の故意は認められないと解することも可能と考えられる（大阪高判平成14年9月4日）。しかしそれでも、過失犯の成立可能性は残るため、その点では、丙が刑事責任を負わないとする理論上の説明としては難ありといえる。また、行為を向けた相手が行為者にとってどのような意味を持つ人であったかを重視するのは、「人」として構成要件的に同価値である限り行為者の主観的な錯誤には重要性を認めないという法定的符合説（抽象的法定符合説）の基本的な考えとも合致しないことになるとも考えられ、その点を難点として指摘することもできる。

次に、正当防衛により丙の行為の違法性が阻却されるとの説明が考えられる。本事案において、甲は、Dにナイフをちらつかせながら現金を出すよう要求したものの、Dがそれを拒んだため、レジカウンターに身を乗り出してナイフの刃先をDの胸元に突き出したが、それでもDは甲の要求に応じる素振りを見せていない。そのため、甲が要求に応じないDをナイフで刺すという急迫不正の侵害が切迫している状況にあったといえ、ボトルワインを投げ付けた丙の行為は、Dのための防衛行為としてなされたものと考えられる。その上で、丙による防衛行為は、飽くまで甲の侵害に対する防衛行為としてなされており、それが甲との間で正当化される以上、それによって生じた結果も全て正当防衛の範疇に包含され、違法性が阻却されるなどの説明が

考えられる。もともと、刑法第36条には「不正の侵害に対して」とあり、文言解釈として、侵害に対してのみ防衛行為としての反撃が許されると解すべきと考えれば、防衛行為によって守られるべき者に対する攻撃を正当防衛として正当化することは困難と考えられ、この点が難点といえる。

次に、緊急避難により丙の行為の違法性が阻却されるとの説明が考えられる。正当防衛の説明における急迫不正の侵害の存在と同様に、Dに対する現在の危難が差し迫っていると考えられ、その上で、他人であるDの生命、身体を守るためにボトルワインを投げた行為によって、Dの正当な利益（身体）を侵害した場合であり、また、防衛の意思は同時に避難の意思をも含むと解し、さらに、同行為は丙が採り得る唯一の手段であったことから、補充性及び相当性の要件も充たし、避難行為から生じた害（加療約3週間の傷害）が避けようとした害（生命の侵害、重度の傷害）の程度を超えていないため、法益権衡の要件も充たすことから、緊急避難が成立し、違法性が阻却されるなどの説明が考えられる。もともと、本事案では、丙は、Dの生命、重傷害という危難を避けようとして、Dに傷害を負わせているが、この結果は丙が実現しようとしたものではなく、緊急避難と評価できるかという点が難点といえる。また、危難から逃れさせるべきDに傷害を負わせていることから、避難行為がなされたとは言い難いともいえ、この点も難点といえる。

次に、丙は、飽くまでも主観的には、甲による急迫不正の侵害からDを防衛するという正当防衛の認識で反撃行為を行っているのであるから、主観的認識（正当防衛）と客観的事実（正当防衛の要件が充足されていない）との間に齟齬があるといえ、かかる状況は誤想防衛と類似することから、誤想防衛の一種に当たり、故意等が阻却されるなどの説明が考えられる。もともと、本事案で、Dに対する急迫不正の侵害は現に存在している上、誤想に基づいて防衛行為に出たわけではないため、丙の行為を誤想防衛とみるのは困難と考えられる上、具体的符合説（具体的法定符合説）による処理の場合と同様に、過失犯の成立を否定することは困難と考えられ、そうした点が難点といえる。

さらに、緊急状況下で丙に期待可能性を認めることが困難であるから、責任が阻却されるとの説明が考えられるが、期待可能性は根拠規定のない超法規的な責任阻却事由である上、その有無の判断基準が明確でないとの難点がある。

・ **事後強盗罪と共犯**

Aが財物を窃盗した後、後から来たBが、Aと共謀の上、財物の奪還を防ぐため、または逮捕を免れさせるためなど238条所定の目的をもって、被害者等に暴行又は脅迫した場合、Aの窃盗に関与していないBは、**事後強盗罪**（死傷結果が生じた場合は強盗致死傷罪）の**共犯**となるのか、**脅迫罪・暴行罪**（死傷結果が生じた場合は傷害罪、傷害致死罪）の**共犯**となるのかについては見解が分かれる。この問題についての最高裁判例は、現時点で存在しない。なお、Bが、Aと共犯となる場合、Bは暴行脅迫という実行行為そのものを行っているため、通常は共同正犯の罪責を負うことになる。

H20-15（真正身分犯説）、H27-13（見解問題）

関連問題：司法論文 R1 設問 2

- ・ この問題については、238条の「窃盗」は「窃盗犯」という身分を意味するとして事後強盗罪を「窃盗」の身分があることを前提とする**身分犯**として扱うのか、同条の「窃盗」は「窃盗行為」を意味するとして事後強盗罪を窃盗罪と238条所定の目的をもってした暴行罪・脅迫罪とが結合した**結合犯**として扱うのかにより異なる結論に至りうる。詳細は後掲。

**真正身分犯説**：井田，前田，百選判例の掲載判例（大阪高裁昭和62年判決）

**不真正身分犯説**：大谷，東京地判昭60.3.19

**結合犯説（学説の多数説）**：山口，高橋，西田

### ・真正身分犯説

事後強盗罪は、窃盗犯のみが犯せる真正身分犯と解し、非身分者が身分者に加担した場合の処理と同じように、65条1項により、窃盗犯の身分を持たない後行者には、事後強盗罪の共同正犯が成立し同罪の科刑がされるとの見解がある。

これと同様の見解に立つか裁判例がある（大阪高判昭 62.7.17）。なお、この裁判例は、65条1項と2項の関係につき判例の立場を前提とする。

### ・真正身分犯説の根拠

本罪は先行する窃盗行為を行った者（窃盗未遂も含む）のみが実行行為たる暴行・脅迫を行いうる犯罪であるから、実行行為の主体が限定されていると理解して何ら差し支えなく、本罪を65条（しかも1項）の意味における身分犯と解することを妨げる理由はない（井田）。

### ・不真正身分犯説

事後強盗罪は、窃盗の身分をもつ者が238条所定の目的をもって暴行・脅迫をした場合に刑が加重されるものであるから、暴行罪・脅迫罪の加重類型であり、事後強盗罪における窃盗犯人の地位を65条2項の加減の身分とみる見解もある。

この見解を採った上で、65条1項と同2項の関係について、同1項が真正身分犯の成立と科刑を規定し、同2項が不真正身分犯の成立と科刑を規定したものだとする判例の見解に立つと、窃盗には関与していなかったため窃盗の身分をもたず事後強盗の目的での暴行・脅迫だけに関与した者には、65条2項により暴行罪・脅迫罪の共犯が成立することになる。窃盗の身分をもつ先行者には事後強盗罪が成立する。どの範囲で共犯となるかは行為共同説や犯罪共同説等の見解に従う。

### ・不真正身分犯とする根拠

事後強盗罪は、窃盗の機会に行われる暴行・脅迫を抑止する趣旨〔注：なお、この趣旨自体は真正身分犯説、結合犯説にも妥当する〕で設けられたのであり、人身犯罪としての性質を有するから、暴行罪・脅迫罪の加重類型であり、窃盗の身分があることで重く処罰される不真正身分犯であると解すべきであり、その身分を有しない者が、本罪の目的をもって、窃盗犯人と共同して暴行・脅迫を行った場合には、65条2項により暴行罪又は脅迫罪が成立する（大谷）。

## ・結合犯説

事後強盗罪は身分犯ではなく窃盗罪と暴行罪・脅迫罪の結合犯と解した上で、窃盗に関与していない者が、窃盗犯と共謀の上で238条所定の目的で暴行脅迫をした場合、事後強盗罪の実行行為の途中から参加した者に事後強盗罪の共犯が成立するかは承継的共同正犯の可否の問題として検討する見解がある。

承継的共同正犯を**否定**する見解からは脅迫罪・暴行罪（共謀後の暴行により死傷結果が生じた場合は傷害罪・傷害致死罪）の共同正犯が成立することになる。

承継的共同正犯を**肯定**する見解（中間説）からは、窃盗と共謀の上、238条所定の目的での暴行脅迫にしか関与していない者でも、事後強盗の結果に因果性を及ぼしたといえるものとして承継的共同正犯として事後強盗罪の共同正犯（共謀後の暴行により死傷結果が生じた場合は強盗致死傷罪の結果に因果性を及ぼしたといえるため同罪の共同正犯）が成立することになる。なお、事後強盗罪を結合犯として扱う見解に立つ場合は65条を用いてはいけない。

## ・結合犯説の根拠

身分犯説によれば、窃盗行為は事後強盗罪の実行行為の中に含まれず、犯罪主体の要件に解消されてしまうことになる。しかし、事後強盗が「強盗して論ずる」とされているのは、暴行・脅迫と窃盗行為が存在することが違法性において強盗と同価値だからであり、また、強盗罪の保護法益の中核は先行する窃盗行為に関する法益（財産）である以上、窃盗行為を事後強盗罪の実行行為から廃除するのは妥当ではない。以上のことから、事後強盗罪は身分犯ではなく、窃盗行為と238条所定の目的での暴行・脅迫の行為から構成される結合犯と理解すべきである（高橋）

## ・結合犯説に対する批判

事後強盗罪を窃盗罪と暴行脅迫罪の結合犯と捉えれば、窃盗に着手しただけで、事後強盗罪の未遂を肯定することになってしまうのではないかの批判が向けられている。 H27-13

## 令和元年司法試験論文式試験問題出題趣旨 刑事訴訟法

本問は、強盗致死、業務上横領事件を素材として、捜査公判に関連する具体的事例を示し、各局面で生じ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、路上で発生した強盗致死事件（本件）について、警察官及び検察官は、甲が犯人ではないかとの嫌疑を抱き、同事件の捜査を視野に入れて、甲を業務上横領事件（別件）の被疑事実で逮捕・勾留し、同勾留期間中には、甲に対し、強盗致死事件の取調べを行っていることから、甲の逮捕・勾留が、いわゆる**別件逮捕・勾留**に当たり違法と評価されないかが問題となる。【設問1-1】では、いわゆる別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性の判断基準について、まず、自己の拠って立つ理論構成を示した上、【事例】の具体的事実当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論ずることが求められる。次に、【設問1-2】では、自己の結論とは異なる結論を導く理論構成を示し、【事例】の具体的事実当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じた上、その理論構成を自己が採用しない理由についても言及することが求められる。

いわゆる**別件逮捕・勾留**に関する捜査手法の**適法性の判断基準**については、**大別**すると、逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実（別件）を基準に判断する見解（**別件基準説**）と、実質的に当該被疑事実とは別の犯罪事実（本件）についての身体拘束と評価し得るかという観点から判断する見解（**本件基準説**）とに分かれており、さらに、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるかという点をめぐり、別件についての逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を充足しているかを重視する**考え方**、別件の起訴・不起訴の判断に必要な捜査がいつ完了したかを重視する**考え方**、逮捕・勾留に当たっての捜査官の意図・目的を重視する**考え方**、逮捕・勾留の期間がいずれの事件の捜査のために利用されている（いた）かを重視する**考え方**などが主張されている。【設問1-1】では、まず、いわゆる別件逮捕・勾留の適法性について、いかなる基準ないし観点から判断するのか、そして、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるのかについて、その根拠も含め、自己の理論構成を明示し、【事例】の具体的事実の中から重要な事実に自己の理論構成を当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性について論じることが求められる。

本問の検討に当たり、**考慮されるべき要素**として、以下のものを挙げることが可能であろう。

- ① 逮捕・勾留の理由とされた被疑事実である**業務上横領事件**について、**逮捕**（刑事訴訟法第199条第1項、同条第2項但書、刑事訴訟規則第143条の3）、**勾留**（刑事訴訟法第207条第1項により準用される同法第60条第1項）及び**勾留延長**（刑事訴訟法第208条第2項）の**要件の充足**
- ② （強盗致死事件を捨象した場合における）**業務上横領事件**それ自体の**重要性**（立件ないし起訴の見込み）
- ③ **逮捕・勾留請求時の捜査状況**
  - ・ 強盗致死事件については、甲が犯人との嫌疑はあったが、逮捕できるだけの証拠はなかった
  - ・ 業務上横領事件は、強盗致死事件の捜査の過程で発覚したものであり、警察官は、被害届の提出を渋る被害者を繰り返し説得して、業務上横領事件の被害届を提出させた
- ④ **業務上横領事件で逮捕・勾留した捜査官の意図**
  - ・ 警察官は、強盗致死事件で甲を逮捕するには証拠が不十分であったため、甲を逮捕できる他の犯罪事実はないかと考えていた

- ・ 検察官も、甲を強盗致死事件で逮捕することを視野に入れて、捜査することを考えていた
- ⑤ 別件と本件の重大性、別件と本件との関連性
  - ・ 「本件」は人が死亡している強盗致死事件であり、「別件」は被害金額が3万円の集金横領事件である
  - ・ 強盗致死事件（路上のひったくり強盗）と業務上横領事件（集金横領）との間に関連性はない
- ⑥ 逮捕・勾留後の取調べの状況
  - ・ 勾留期間中の取調べ日数は、業務上横領事件の取調べが、3月19日まで断続的に行われ、合計7日である一方、強盗致死事件の取調べは、3月18日までほぼ連日、合計12日にわたっており、取調べ時間の合計も、業務上横領事件の取調べは合計20時間である一方、強盗致死事件の取調べは合計40時間にわたっている
  - ・ 甲は当初、強盗致死事件について否認しており、警察官による追及の結果、3月18日に自白した（自ら積極的に本件を自白したものではない）
- ⑦ 逮捕・勾留後の業務上横領事件の捜査状況
  - ・ 甲は、弁解録取時、犯行を否認し、3月7日には、パチンコ店にいた旨のアリバイ主張をし、同月15日には、Aからの集金事実は認めたが、具体的な金額については否認し、同月19日に横領金額も含め自白した
  - ・ 勾留期間中、甲の弁解に対応した裏付け捜査（パチンコ店の防犯カメラの捜査、甲のパソコンの精査、Yの取調べなど）が継続的に行われており、捜査官の懈怠による捜査の遅延もない

以上の考慮要素の中から、自己の拠って立つ理論構成において着目・重視すべきものを取り出し、具体的事実を摘示しながら、甲の逮捕・勾留の適法性について論じることになる。

次に、【設問1-2】では、自己の結論と異なる結論を導く理論構成を示した上（ここでは、結論と理論構成の双方が異なるものを示さなければならないことに留意する必要がある）、その理論構成において着目・重視すべき考慮要素に関わる具体的事実を摘示しながら、甲の逮捕・勾留の適法性について論じることになる。また、当該理論構成を採用しない理由については、いわゆる別件逮捕・勾留の適法性の判断基準に関する各見解に対し、それぞれ指摘や批判もあるところであり、そのような指摘や批判を踏まえつつ、具体的に論述することが求められる。

【設問2】は、訴因変更の可否及び許否を問う問題である。【事例】において、検察官は、甲がAから集金し、X社のために保管していた3万円を横領したという業務上横領罪の訴因(公訴事実1)で起訴したが、審理の途中で、甲がAから集金名目で3万円をだまし取ったという詐欺罪(公訴事実2)へ訴因変更を請求している。訴因の変更は、「公訴事実の同一性を害しない限度において」認められる(刑事訴訟法第312条第1項)ことから、本問の解答に当たっては、公訴事実の同一性の意義・判断基準についての理論構成を示した上、具体的事実に当てはめることが求められる。加えて、本問の訴因変更請求は、公判前整理手続を経た裁判員裁判の審理の中で行われているため、公判前整理手続後の訴因変更が許されるかについて、公判前整理手続の制度趣旨に照らした論述が求められる。

公訴事実の同一性の意義については、従来から、「単一性」と「狭義の同一性」に分けられているが、本件で問題になるのは「狭義の同一性」である。「狭義の同一性」の判断基準について、判例は、変更前後の両訴因の間の「基本的事実関係が同一か」という観点から判断しており、その判断に当たっては、犯罪の日時、場所の同一性や近接性、行為、客体、被害者等の事実の共通性に着目している。また、事実の共通性に加えて、両訴因が両立しない関係にあること(非両立性)に言及するものもある。そこで、関連する判例の立場や学説を踏まえつつ、「公訴事実の同一性」の判断基準について、その根拠も含め、自己の理論構成を示した上で、【事例】の両訴因(公訴事実1と公訴事実2)の間に、公訴事実の同一性が認められるかの確に論じることが求められる。

次に、訴因変更の請求が許される手続段階について、刑事訴訟法は特に制限を付しておらず、公判前整理手続が導入された平成16年の同法改正においても、公判前整理手続後の証拠調べ請求が制限された(刑事訴訟法第316条の32)のとは異なり、訴因変更の請求に関する制限は設けられていない。

しかし、公判前整理手続は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため、事件の争点及び証拠を整理する手続であり、公判前整理手続を経た事件については、同手続で策定された審理計画に従い、集中的かつ迅速な審理が進められることとなるが、公判前整理手続後に訴因変更がなされると、変更後の訴因について、当事者双方の追加立証が必要となる場合も考えられ、公判前整理手続で策定された計画どおりに審理ができなくなるおそれがある。

もとより、公判前整理手続に付された事件においても、証拠調べの結果、公判前の当事者の主張と異なる事実が明らかとなることは、制度上織り込み済みであるとはいえ、公判前整理手続に付しながら、その意味を失わせるような訴因変更の請求を許すことは不合理であるから、訴因変更の請求に対する制限を基礎付ける根拠として、公判前整理手続の制度趣旨を援用することが説得的だということができよう(「公判前整理手続を経た後の公判においては、充実した公判審理のための争点整理や審理計画の策定がされた趣旨を没却するような訴因変更は許されない」とした下級審裁判例として、東京高判平成20年11月18日・高刑集61巻4号6頁がある)。本問においても、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上で、これを踏まえた訴因変更の許否について判断基準を示し、【事例】の具体的事実に当てはめて、検察官の訴因変更請求が許されるかを丁寧に論じることが求められる。そして、検討に当たっては、公判前整理手続の中で訴因変更を請求することが可能であったか(検察官が訴因変更の必要性を意識する契機があったか)、また仮に訴因変更を許した場合、公判前整理手続で策定された審理計画の大幅な変更が必要となるかといった点が重要な考慮要素となるであろう。

- ・ 別件逮捕勾留の適法性の判断基準

→ 別件逮捕勾留の適法性の判断基準については、通説といわれるものではなく、別件逮捕勾留であっても、別件での逮捕勾留の要件を充足していれば身体拘束は適法であるとする**別件基準説**と、別件での逮捕勾留の要件を充足していても身体拘束は違法になるとする**本件基準説**という大きく2つの考え方が対立している。議論の大きな分かれ目は、別件逮捕勾留がされた場合に、身体拘束自体を違法とする効果を認めるかというところにある。

別件基準説や本件基準説の他にも**実態喪失説**といわれる見解や**新しい別件基準説**といわれる見解がある。

- ・ **本件基準説**（田宮・田口・白取など学説の多数）

別件逮捕勾留の適法性については、まず、別件につき逮捕勾留の要件を具備していなければ当然に逮捕勾留は違法になる。別件につき逮捕勾留の要件を具備している場合でも、逮捕勾留の目的が本件の取調べにある場合は、実質的には本件について司法審査を経ることなく逮捕勾留しているといえるため令状主義の潜脱となるし、別件逮捕勾留の後に改めて本件で逮捕勾留することで身柄拘束に要求された厳格な時間制限を潜脱することにもなるので妥当ではない。そこで、別件につき逮捕勾留の要件が具備されている場合でも、①捜査官の主観的な意図、②別件についての身柄拘束の必要性、③取調べの態様・被疑者の態度など本件に関する取調べの状況、④本件と別件との関連性などの要素を考慮して、軽い別件での逮捕勾留が主として重い本件での逮捕勾留と評価できるときは、違法な別件逮捕勾留として逮捕勾留が違法となる。

- ・ 本件基準説は、違法な別件逮捕勾留がされた場合、身体拘束は当初から違法であるものとして扱われる。その結果、その身体拘束中に獲得した供述証拠が自白法則や違法収集証拠排除法則により証拠排除されることになる。この結論は、当該事案における真実発見は後退するが、一方で、将来の違法捜査を抑止して基本的人権の保障を図ることができるというメリットがある。

\* 本件基準説の前記**考慮要素の使い方の一例**

- ・①捜査官に当初から別件逮捕の意図あり  
→逮捕勾留が違法と評価できる基礎事情の1つとなる。
- ・②別件で身柄拘束をする必要性が低い場合  
→逮捕勾留が違法と評価できる基礎事情の1つとなる。なお、本件基準説においても、まずは、別件を基準に逮捕や勾留の必要性など逮捕勾留の適法性を判断されるため、②の判断は別件での逮捕勾留の必要性の判断と重複するところがある。
- ・③別件での取調べ時間との比較で本件の取調べ時間が長い場合  
→逮捕勾留が違法と評価できる基礎事情の1つとなる。
- ・④本件と別件の関連性がないにもかかわらず③本件の取調べばかりしている場合  
→逮捕勾留が違法と評価できる基礎事情の1つとなる。

なお、本件と別件の関連性があるからといって、例えば、逮捕勾留の理由となっている別件での逮捕と勾留の全時間を本件の取調べに利用することはできないのは当然である。逮捕勾留の理由となっている別件での捜査が終わって、別件での起訴・不起訴の判断をして起訴するか釈放するかの措置がとれるにもかかわらず、別件での身柄拘束を利用してさらに本件の取り調べをすることは、身柄拘束を違法と評価する事情の1つになる。

・実体喪失説（川出）

起訴前の被疑者の逮捕勾留は、被疑者の逃亡及び罪証隠滅を阻止した状態で身柄拘束の理由とされた被疑事実につき、起訴・不起訴の決定に向けた捜査をするための期間としての意義があるといえる。そして、別件での逮捕勾留中に、本件の取調べが過度に行われ、本来主眼となるべき別件での捜査活動がほとんど行われない場合には、別件での逮捕勾留は実体を失い、その後の逮捕勾留は令状によらない身柄拘束として違法になる。別件での逮捕勾留が実体を失ったといえるかは、別件の捜査が完了した時期、別件と本件の取調べ時間の比率、別件と本件との関連性、被疑者の供述の自発性、令状請求時の捜査機関の意図（別件逮捕勾留の目的の有無）などを考慮要素にして判断する。

注：この見解は川出先生の見解であるが、実体喪失説という名称は元裁判官の中谷先生が命名した。

注：実体喪失説は、別件逮捕勾留による身柄拘束を違法とする効果を認める点で、別件基準説ではなく、本件基準説に本籍地を置く見解であると評価されている。本件基準説は、身柄拘束を当初から違法とするのに対して、実体喪失説は、別件での逮捕勾留が実体を失ったと評価された時点以降の身柄拘束が違法になるとするものである。○

なお、別件での捜査自体は身柄拘束期間の終了時点まで継続していても、身柄拘束期間中に本件の取調べを行ったことで、別件での取調べのみを実施していた場合と比べて身柄拘束の期間が長期化した場合は、別件の捜査のために本来必要であったと考えられる身柄拘束期間以後の身柄拘束は違法となる。

・補足 本件基準説と実体喪失説の異同

本件基準説も実体喪失説も、本件につき令状審査を経ないまま逮捕勾留するのは令状主義の潜脱になるため許されないとする点は同じである。本件基準説は、令状審査段階での捜査機関の主観的な意図を重視するのに対して、実体喪失説は、逮捕勾留が別件ではなく主として本件についての捜査に利用されたという身柄拘束中の捜査の実態を重視するものである点に違いがある。

・別件基準説（警察実務・寺崎） ●

捜査官が逮捕時に別件逮捕を意図していたのかという主観の問題は令状を発付する裁判官が判断するのが難しい上に、逮捕勾留が及ぶ範囲は被疑事実ごとに事件を単位に決まるとの事件単位の原則から素直に（形式的に）考えると、別件を基準に逮捕・勾留の理由や必要性があるかを検討し、その要件を満たす限り逮捕・勾留は適法となる。

注：別件基準説は、別件につき逮捕勾留の要件を満たす以上、逮捕勾留そのものは違法にしないという点に特徴がある。この点が、本件基準説と根本的に異なる。○

注：別件のみを基準に逮捕の適法性を判断することは、別件逮捕勾留という概念を否定するのと同じであるとの批判がされている。○

・おまけ ～「新しい別件基準説」

元裁判官の故・小林充教授（2013.12.28 御逝去）が、1975年（昭和50年）に、法曹時報で発表し、直近の文献では、小林教授が著者の1人として関わり実務家向けに出版された「増補 令状基本問題・上」（1996.6.20 出版）〔現在は絶版〕に掲載されている見解で、「新しい別件基準説」といわれるものがある。

この見解は、別件基準説を採りつつも、別件での身柄拘束が本件での取調べに利用され、身柄拘束が別件での身柄拘束として実体を失い本件によるものと評価される場合は、別件について勾留の要件が消滅したとして、身柄拘束が違法になるとするものである。この見解は、実体喪失説に対して、別件での身柄拘束が本件での取調べに利用され身柄拘束が別件での身柄拘束として実体を失い本件によるものと評価される場合であっても、別件での勾留の要件が備わっているとするのは不自然であり、むしろ勾留の要件が消滅したとみるべきであるとの批判を向けている（「増補 令状基本問題・上・214頁」）。

新しい別件基準説に対しては、別件での身柄拘束中に本件での取調べをすると、どうして別件での罪証隠滅や逃亡のおそれなどの逮捕・勾留の理由が否定されるのかを理論的に明らかにしていないとの批判が向けられている。

新しい別件基準説を採用する学者は現在は存在しない。現在の判例もこの見解を採用しているとの見方はされていない。したがって、この見解で答案を書くのであれば、よほどの理由付けが必要になるので、受験対策上、この見解で論述するのはかなり大変だということを覚悟しなければならない。

なお、世間に回っている解答例で、「新しい別件基準説」から論述したつもりが、内容が不正確なものが多いので注意を要する。

## 【2020年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～③】

～講師紹介を兼ねる

### \*最新の法改正や判例に対応

ここに掲載した講座は2020年合格目標のもので、2020年度の司法試験や予備試験で出題される改正法や判例に対応済みです。ここに掲載した講座は、毎年、テキストを改訂しており、法改正に関わらない箇所も理解しやすいように改良しています。

### \*合格に必要な能力を身に付けるための4つの講座

どの講座を受講すれば良いかを迷っている方は、次の4つの講座を受講すれば合格に必要な知識や法的思考能力を修得できます。①と②が核となる講座です。③と④は短時間で実施する試験直前期の直前対策講座です。

- ① **矢島の速修インプット講座**（2019年6月上旬～9月上旬に新規収録）
- ② **矢島の論文完成講座**（2019年9月下旬～12月中旬に新規収録）
- ③ **矢島のスピードチェック講座**（2020年1月に新規収録）
- ④ **矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**（2020年2月中旬～3月中旬に新規収録）

#### ① 矢島の速修インプット講座 [108時間] (司法試験・予備試験の対策)

合格に必要な基本知識や重要判例を体系的に確実に修得して、どのような問題にも対応できる真の学力を身につけるための講座です。

注：「お試しウェブ受講」で試聴することができます。

#### ② 矢島の論文完成講座 [92時間] (司法試験・予備試験の対策)

インプットした基本知識を、論文試験の事例処理を通じて答案の形にするのに必要な法的思考能力を修得するための講座です。矢島作成の解答例を使用します。講義では、試験考査委員に高い評価を得られる答案の作成方法を徹底的に指導します。

#### ③ 矢島のスピードチェック講座 [43.5時間] (司法試験・予備試験の対策)

合格に必要な重要論点や重要判例を試験直前期に短時間で効率よく復習するための直前対策講座です。試験直前期になってインプットが間に合わないのではないかと心配している受験生でも、自信をもって試験に臨めるようになります。矢島の速修インプット講座の受講経験がある方にとっても試験直前期の復習に最適の講座です。

なお、本講座は、前年度は合計40時間で実施（2019年1月に実施済み）していましたが、合格をより確実なものとするのに必要な講義時間を具体的に考慮し、今期は合計43時間30分で実施（2020年1月に実施）することにしました。

④ **矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**〔7科目×3時間＝合計21時間〕

司法試験の最新の論文過去問の分析と直近の論文試験のヤマ当てをするための講座です。最新の論文過去問は、**最近の試験考査委員**が受験生に対して**どのような答案を求めているかを理解**するのに役立つ最良の道具となります。最新の過去問と矢島作成の解答例を用いて、**本番の試験**で求められている**法的思考能力の「質」**をしっかりと理解して、本試験で高評価を得られる**答案**がどのようなものをイメージできるように、しっかりと講義していきます。

各科目3時間の講義の後半では、直近5月に実施される司法試験の論文試験で出題されそうな論点や重要判例等のヤマ当て講義を実施します。

本講座は、司法試験を題材としていますが、試験考査委員が求める答案がどのようなものを理解して、司法試験で出題されそうな論点の学習を通じて法的思考能力を磨くことは、予備試験の受験自体にも役立つため、予備試験の受験生にもお勧めの講座です。

⑤ **短答試験対策のための講座「矢島の短答対策シリーズ」の一覧**

〔以下の全科目を新規収録して2019年10月7日に配信開始・通信クラスのみ〕

家族法〔4時間〕（**司法試験**・予備試験の対策）

商法総則・商行為・手形法〔3時間〕（予備試験の対策・**論文に必要な知識も修得**）

会社法〔3時間〕（予備試験の対策）

民事訴訟法〔3時間〕（予備試験の対策）

刑事訴訟法〔3時間〕（予備試験の対策）

行政法〔3時間〕（予備試験の対策）

憲法統治〔5時間〕（**司法試験**・予備試験の対策）

注：「憲法統治」だけは、LECが出版・販売している「完全整理択一六法～憲法」を用います。それ以外の講座は、矢島作成のオリジナルテキストを用います。

⑥ **改正民法対策講座〈矢島クラス〉**〔9時間〕（通信クラスのみ・現在配信中）

本講座は、改正前の民法の学習経験者が、改正前の民法と改正後の民法を誤認混同しないで、将来、円滑に改正民法の学習ができるようにするための講座です。講義では、改正前の民法と改正後の民法の違いを確認しながら、2020年度の試験から出題範囲とされる改正民法（民法総則、債権法、相続法）の要点を解説していきます。

この講座で民法の改正点のポイントを理解しておく、矢島の速修インプット講座、矢島の論文完成講座、矢島のスピードチェック講座などの改正法を前提とした基幹講座の講義を、混乱なく理解できるようになります。

⑦ 司法試験の**選択科目**の対策 ～**労働法**のインプット&論文対策

(1) **選択科目総整理講座【矢島の労働法】**〔24時間〕(司法試験の対策)

(通信クラスのみ・現在配信中)

本講座は、**まず**、合格に必要な基本知識や重要判例を**インプット**するための講義を1コマ3時間で5コマ実施し、**次に**、**論文過去問と矢島作成の解答例**を題材に合格答案の書き方を修得するための講座を1コマ3時間で3コマ実施します。

2019年5月に新規収録をして、2020年度の試験から出題範囲に含まれる働き方改革の関連法や、民法の債権法改正に対応済みです。

この講座は、イメージでいうと、矢島の速修インプット講座と矢島の論文完成講座がセットになったようなものです。

(2) **直前対策講座 ～6時間で分かる労働法**〔6時間〕(司法試験の対策)

(パンフレットに未掲載・通学・通信)

直近の試験で出題されそうな重要論点や重要判例を試験直前期に短時間で効率よく復習するためのインプット用の直前対策講座です。毎年3月頃に開講しています。

この講座は、イメージでいうと、矢島のスピードチェック講座のようなものです。

⑧ **矢島の法律実務基礎科目【民事・刑事】**〔18時間〕(予備試験の対策)

[民事 1コマ3時間×3回=9時間 , 刑事 1コマ3時間×3回=9時間]

2020年5月に配信開始の**新規講座**です。本講座は法律実務基礎科目の近年の試験傾向を十分に考慮した上で、合格に必要な基本重要知識の**インプット**や、**論文答案の書き方を修得**することを目的としています。本講座を利用することで、**5月の短答式試験が終了した後でも**、**短時間で法律実務基礎科目の試験対策**をすることができます。

⑨ **矢島ゼミ**

答案添削、個別面談、合格に直結する実践的な知識の修得に必要な講義など、合格に必要な指導を矢島が直接行います。例年1月から4月下旬まで毎週土曜日の午後に水道橋本校で実施しています。ゼミの際は、矢島も受講生と机を並べて一緒に答案を手書き作成してゼミ生の士気を高めていきます。試験直前期まで気合を入れ続けてもらいたいという受験生にお勧めの講座です。







**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) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19800