

予備試験

平成30年 予備試験論文分析会

法律実務基礎科目

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 186122

LU18612

司法試験予備試験用作文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。

〔設問1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

【Xの相談内容】

「私（X）とYは、かつて同じ大学に通っており、それ以来の知り合いです。私は、平成27年8月頃、Yから、『配偶者が病気のため、急に入院したりして、お金に困っている。他に頼める人もおらず、悪いが100万円程度を貸してくれないか。』と頼まれました。私は、会社勤めで、さほど余裕があるわけでもないので、迷いましたが、困っているYの姿を見て放っておくわけにはいかず、友人のよしみで、1年後くらいには返してもらうという前提で、Yに100万円を貸してもよいと考えました。私とYは、平成27年9月15日に会いましたが、その際、Yは、『100万円借り受けました。平成28年9月30日までに必ず返済します。』と書いた借用証書を準備しており、これを私に渡し、私も、その内容を了解して、Yに現金100万円を渡しました。なお、友人同士でもあり、利息を支払ってもらう話はありませんでした。

ところが、返済期限が過ぎても、Yは、一向に返済しません。私は、直ちに100万円を返してほしいですし、返済が遅れたことについての損害金も全て支払ってほしいです。

なお、Yは、平成29年7月末頃までは会社勤めでしたが、同年8月頃から現在まで、個人で自営業をしています。Yは、現在、顧客であるAに対して80万円の売買代金債権を持っているものの、それ以外にめぼしい資産はないようです。」

弁護士Pは、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、Xの希望する金員の支払を求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することを検討することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pは、勝訴判決を得た場合の強制執行を確実にを行うために、本件訴訟に先立ってXが事前に講じておくべき法的手段を検討した。Xが採り得る法的手段の一つ挙げなさい。また、その手段を講じなかった場合に生じる問題について、その手段の有する効力に言及した上で説明しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟において、Xの希望を実現するために選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。
- (3) 弁護士Pが、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において記載すべき請求の趣旨（民事訴訟法第133条第2項第2号）を記載しなさい。なお、付随的申立てについては、考慮する必要はない。
- (4) 弁護士Pが、本件訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として主張すると考えられる具体的事実を記載しなさい。

〔設問2〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

民 事

民事

【Yの相談内容】

「確かに、私（Y）は、Xが主張する時期に、借用証書を作成した上で、Xから100万円を借りたことはあります。しかし、私は、返済期限の平成28年9月30日に、全額をXに返済しました。

平成29年に入って、私とXは、大学の同窓会の幹事を担当するようになったのですが、同年9月半ば頃に、私の発言をきっかけにXが幹事を辞任しなければならなくなり、関係が悪化してしまったのです。そのようなこともあって、Xは、突然、返したものを返していないなどと言い出したのだと思います。

また、今回、Xから請求を受けて思い返してみたのですが、私とXが大学を卒業した直後である平成19年10月1日、私は、Xから懇願されて、気に入っていたカメラ（以下「本件カメラ」という。）を8万円で売って、同日、Xに本件カメラを渡したことがありました。その後、忙しくて、Xに催促しそびれて、お金を受け取らないまま現在に至っています。100万円を返す必要は全くないと考えていますが、万一、その主張が認められなかったとしても、少なくとも前記8万円分を支払う必要はないと思います。」

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提に、Yの訴訟代理人として、弁済の抗弁と相殺の抗弁を主張することとし、これらが記載された本件訴訟における答弁書（以下「本件答弁書」という。）を作成した。弁護士Qは、本件答弁書の提出に先立ち、Xに対し、Xの請求を全面的に争うとともに、8万円分の相殺の抗弁を主張する旨を詳しく記載した内容証明郵便を発送し、Xは、平成30年2月2日、弁護士Pを経由して、同内容証明郵便を受領した。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。なお、【設問2】以下においては、遅延損害金の請求やこれについての主張を考慮する必要はない。

- (1) 弁護士Qは、本件答弁書に記載した弁済の抗弁につき、次の事実を主張した。

Yは、Xに対し、〔①〕。

上記〔①〕に入る具体的事実を記載しなさい。

- (2) 弁護士Qは、本件答弁書に記載した相殺の抗弁につき、次の各事実を主張することを検討した。

ア Yは、Xに対し、平成19年10月1日、本件カメラを代金8万円で売った。

イ Yは、Xに対し、平成30年2月2日、〔②〕。

- (i) 上記〔②〕に入る具体的事実を記載しなさい。

- (ii) 弁護士Qとして、上記ア及びイの各事実に加えて、「Yは、Xに対し、平成19年10月1日、アの売買契約に基づき、本件カメラを引き渡した。」との事実を主張することが必要か否か。結論とその理由を述べなさい。

【設問3】

弁護士Pは、相殺の抗弁に対して、下記の主張をできないか検討したが、下記の主張は認められない可能性が高いとして断念した。弁護士Pが断念した理由を説明しなさい。

記

YのXに対する本件カメラの売買代金債権につき、消滅時効が成立しているところ、Xは同時効を援用する。

〔設問4〕

第1回口頭弁論期日において、本件訴状と本件答弁書が陳述され、弁護士Pは、弁済の抗弁に係る事実を否認した。第1回弁論準備手続期日において、弁護士Qは、書証として下記①及び②を提出し、いずれも取り調べられ、弁護士Pはいずれも成立の真正を認めた。

記

- ① 銀行預金口座（Y名義）から、平成28年9月28日に現金50万円、同月29日に現金50万円がそれぞれ引き出された旨が記載された預金通帳（本件通帳）
- ② 現在のYの住所につき、「住所を定めた日 平成29年8月31日転入」との記載がある住民票写し（本件住民票）

その後、2回の弁論準備手続期日を経た後、第2回口頭弁論期日において、本人尋問が実施され、Xは、下記【Xの供述内容】のとおり、Yは、下記【Yの供述内容】のとおり、それぞれ供述した。

【Xの供述内容】

「今回、Yから、Yの配偶者が急な病気のため入院して、お金の困っていると泣き付かれました。私には小さい子供が2人おり、家計のやりくりは楽ではないのですが、困っているYを見捨てるわけにもいかず、お金を貸しました。

Yから食事をおごられた記憶はあります。Yのいうとおり、平成28年9月30日だったかもしれませんが、ただし、その際にお金を返してもらったということは絶対にありません。

私も色々忙しかったので、私が初めてYにお金の返済を求めたのは、平成29年10月だったと思います。確かに、同年9月半ば頃、私は、同窓会の経理につき、他の幹事たちの前で、Yから指摘を受けたことはありますが、私が同窓会の幹事を辞任したのは、それとは無関係の理由ですので、私がYを恨みに思っているということはありません。

時期までは聞いていませんが、Yが引っ越しをしたことは聞いています。でも、だからといって、Yがいうように領収書を処分してしまうということは普通は考えられません。そもそも、Yは私に返済していないのですから、Yのいうような領収書が存在するわけもないのです。」

【Yの供述内容】

「私は、配偶者が急に病気になり、入院するなどしたため、一時期、お金に困り、Xに相談しました。Xは快くお金を貸してくれて、本当に助かりました。

幸い、私の配偶者は、一時期の入院を経て元気になり、私たちは生活を立て直すことができました。

私は、返済期限である平成28年9月30日に、Xと会って、レストランで食事をおごるとともに、前々日と前日に銀行預金口座から引き出しておいた合計100万円をXに渡しました。

Xも私もあらかじめ書面は用意していなかったのですが、Xが、その場で自分の手帳から紙を1枚切り取って、そこに、『領収書 確かに100万円を受け取りました。』との文言と、日付と、Xの氏名を記載して、私に渡してくれました。私は、平成29年8月31日に現在の住所に引っ越したのですが、返済して1年近く経っていたこともあり、その引っ越しの際に、他の不要な書類とともに先ほど

民 事

民 事

述べた領収書を処分してしまったので、今回の訴訟にこの領収書を証拠として提出していません。

平成29年に入って、私とXは、大学の同窓会の幹事を担当するようになったのですが、同年9月半ば頃、Xが同窓会費を使い込んでいたことが判明したため、私が、他の幹事たちの前で、その点をXに指摘し、それをきっかけにXが幹事を辞任したことがあったため、Xは、私を恨みに思っているようでした。そのようなこともあって、同年10月に、返したものを返していないなどと言い出し、請求し始めたのだと思います。」

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Qは、本件訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書面を提出することを予定している。その準備書面において、弁護士Qは、前記の提出された各書証並びに前記【Xの供述内容】及び【Yの供述内容】と同内容のX及びYの本人尋問における供述に基づいて、弁済の抗弁が認められることにつき主張を展開したいと考えている。弁護士Qにおいて、上記準備書面に記載すべき内容を答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。

民事実務基礎 解答のポイント

本年度の民事実務基礎は、設問が1から4まであり、さらに設問1には小問が4つ、設問2には小問が3つあるという、細かく知識を問う問題であったが、要件事実を述べる際に理由を聞かれていないので、受験生としては淡々と効率よく聞かれたことに答えていけばよかった。

設問1では、まずXの言い分を聞いたうえで、Xの依頼を受けた弁護士として訴訟や仮の救済を考えることになる。XはYに金銭を貸し付けたが、Yはこれを返済せず、Yの資産としてはAに対する売買代金債権のみである。小問1ではXが本件訴訟に先立って講じておくべき法的手段として民事保全法20条1項による金銭債権の仮差押えを答えられるかが問われている。小問2ではXの希望を実現するために提起すべき訴訟における訴訟物が問われている。問題文にXはYに対して100万円の貸金返還請求権を持っていると書いてある以上、多くの受験生は消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を答えたと思われる。そしてこの場合の訴訟物としては消費貸借契約に基づく貸金返還請求権1個と遅延滞滞に基づく損害賠償請求権1個となる。しかしこれはミスリーディングな問題で、Xの希望を実現するためと設問で聞かれており、また問題文にYには資産としてAに対する売買代金債権しかなく、金銭は持っていないとかかかっている以上、貸金返還請求訴訟を提起してもXの救済にはならない。貸金返還請求権を被保全債権として債権者代位権によりAに対する売買代金債権を代位行使するのではないかと誤解してしまうこともあり得る。しかし本件訴訟はYに対するものなのでこれは間違いである。しかしYには金銭の資産はないにもかかわらず、Yに対して金銭支払請求訴訟をするという違和感の残る問題であった。小問3の請求の趣旨としては、遅延損害金についても忘れてはならない。小問4の要件事実としては、消費貸借契約の成立と履行期の経過である。遅延損害金についての知識や定型表現を覚えているかが問われる、なかなか難度の高い問題であった。

設問2はYの相談を受けた弁護士として抗弁を考える問題であった。弁済の抗弁や相殺の抗弁という基本的事項についての確認であり、設問1よりは簡単であった。小問1では何についての金銭の支払だったのかを忘れずに書かなければならないし、小問2では相殺の抗弁についての権利主張や同時履行の抗弁権が附着しているのでこの存在効果を消滅させておかなければならないことなどを答える必要がある。

設問3も容易に正解を導き難い問題であった。消滅時効の抗弁をあきらめた理由が聞かれているので、ほとんどの受験生は消滅時効の中断事由があるのかと問題文を見直したものと思われる。しかしどれだけ探しても見つからない。これは当たり前の話で、設問3は民法508条の消滅時効が完成する以前に相殺適状になっていれば相殺することができるという当然の民法知識が問われているだけだったのである。すでに相殺適状にあった債権による相殺の抗弁について、その後消滅時効が完成したという再抗弁を主張したとしても、これは主張自体失当である。

設問4はYの依頼を受けた弁護士の立場に立って準備書面を作成する問題である。Yが自らの弁済の事実が存在したことを主張する柱としては、引き出し限度額と思われる50万円を2度にわたって引き出している記載のある通帳があること、そしてその金額がYのXに対する債務の金額と一致していること、そして領収書は破棄してしまっているが、弁済の1年後に引越しをしており、このときに1年前の領収書を引越しの整理のついでとして破棄してしまっことは不自然とはいえないこと、そして銀行から現金を引き出した直後にXに会っていること、返済の原資があり、他に使用した可能性は低いこと、Xは同窓会の資金の横領が露見してこれの返済に窮しており、XがYを恨んでいると思われること、現在Xが金に困っていることでYに金を請求する必要があることなどである。これらを説得的な形で準備書面に表現することができれば十分に合格点を取ることができるとと思われる。

民事実務基礎 解答例

第1 〔設問1〕

1 小問(1)

- (1) Xとしては、後述のようにYがAに対して有する売買代金債権が責任財産となると考えているため、かかる代金債権の仮差押命令の申立てをする必要がある(民保法20条1項)。
- (2) かかる申立てを行わない場合、Xが提起したYを被告とする訴訟の係属中に、Aが当該代金債権を第三者に譲渡したり、Yが弁済を受領後にこれを費消する等してしまうと、確定したXの請求認容判決を債務主義として強制執行(民執法22条1号)することができなくなるからである。

2 小問(2)

XのYに対する消費貸借契約に基づく貸金返還請求権1個及び債務不履行に基づく損害賠償請求権1個

3 小問(3)

YはXに対し、金100万円及びこれに対する平成28年10月1日から支払い済みまで年5分の割合による金員を支払え。

4 小問(4)

- ①平成27年9月15日、Xは、Yに対し、弁済期を平成28年9月30日として金100万円を貸し付けた。
- ②平成28年9月30日は経過した。

第2 〔設問2〕

1 小問(1)について

平成28年9月30日、平成27年9月15日にXY間にて成立した金銭消費貸借契約についての弁済として、金100万円を支払った。

2 小問(2)(i)について

本件カメラの売買代金債権を自働債権として、本件貸金債務と対当額で相殺する旨の意思表示をした。

3 小問(2)(ii)について

Yが主張する相殺の抗弁における自働債権である本件カメラに係る代金請求権と、Xに対する本件カメラ引渡債務は同時履行関係にある。このため、自働債権には同時履行の抗弁権(民法533条)が付着しており、その存在効果により、このままでは相殺できない。

そこで、同時履行の抗弁権の存在効果を除去すべく、いわゆるせり上がりとして、Xとの間の売買契約に基づき本件カメラを引渡した事実の主張が必要となるのである。

第3 〔設問3〕

Xとしては、Yによる相殺の抗弁に対する再抗弁として、消滅時効の援用により売買代金債権の消滅を主張したい。

確かに、本件では、YがXに対して売買代金債権を行使できる(民法166条1項)のは平成19年10月1日であり、この日から10年の消滅時効期間(同167条1項)が経過しているので、時効の援用による代金債権消滅を主張できそうである。

しかし、本件では、時効が完成する以前の平成28年9月30日の時点でXY双方の債権はいずれも弁済期にある相殺適状(同505条1項)

となっており、同508条により、相殺の抗弁が認められる。

よって、消滅時効の援用を抗弁としてすることはできない。

第4 〔設問4〕

1 YがXに対して弁済をしたことについて

- (1) YはXに対して弁済の抗弁を主張している。ここで、成立の真正が認められた書証①によれば、Yが弁済をしたと主張する平成28年9月30日の前日と前々日に、銀行からATMで1日に引き出せる限度額と思われる50万円を引き出ししており、この合計額はXへの弁済額100万円と一致している。

また、100万円という大金を、引き出して2～3日程度で日常生活に費消することは通常考えられない。そうすると、Yはこの金員をXへの弁済に充てたとみることが自然である。

- (2) 次に、弁済の証拠として通常は領収書を提出するものであるが、Yはこれを破棄している。というのも、本件では、成立の真正が認められた書証②にあるように、Yは平成29年8月31日に引っ越しており、弁済をした平成28年9月30日から1年も経過していること、100万円という大金の返済に係る領収書ではあるものの、Xとは友人関係で特段トラブルを抱えていたこともないことから、証拠としてこれを保存しておく必要を感じなかったからである。このため、領収書を破棄したのであって、領収書を手元に残していないことには何ら不自然ではない。

2 XがYに対して不当な請求をする事情について

- (1) 更に、Xは、大学の同窓会費を使い込んだことをYから指摘されて同窓会の幹事を辞任している。このため、XはYに恨みを抱いていると考えられる。
- (2) そして、Xは同窓会費を使い込んだことから、同窓会への弁償義務を負っており、そのために金策に窮していると考えられる。
- (3) 以上のことから、Xは、Yが弁済したにもかかわらず、Yに対して請求をする十分な動機があり、かような請求をしたものと考えられる。

以上

論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

【民事実務基礎】		論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問 1 (1)	債権の仮差押命令の指摘	79.6%	8.2%	10.2%
設問 1 (1)	仮差押えをしなければ強制執行の実効性が弱まることの指摘	63.3%	22.4%	12.2%
設問 1 (2)	消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の指摘	81.6%	10.2%	6.1%
設問 1 (2)	履行遅滞に基づく損害賠償請求権の指摘	51.0%	18.4%	28.6%
設問 1 (3)	100万円および年5分の割合による金員の支払であることの指摘	40.8%	26.5%	30.6%
設問 1 (4)	消費貸借契約の成立および履行期の経過の指摘	61.2%	26.5%	10.2%
設問 2 (1)	先行する金銭消費貸借契約に係る弁済であることの指摘	61.2%	24.5%	12.2%
設問 2 (2)	相殺の権利主張が必要なことの指摘	67.3%	16.3%	14.3%
設問 2 (2)	同時履行の抗弁権の存在効果を消滅させる必要があることの指摘	59.2%	12.2%	26.5%
設問 3	508条により相殺適状後の時効消滅は再抗弁とならず、主張自体失当となることの指摘	55.1%	26.5%	16.3%
設問 4	口座から引き出した金額が契約の金額と一致していることの指摘	73.5%	24.5%	0.0%
設問 4	領収書を破棄したことについて時間的要素を踏まえた検討	69.4%	24.5%	4.1%
設問 4	金銭を引き出した直後にXに会っていることの評価	53.1%	28.6%	16.3%
設問 4	Xは横領が露見するなど経済的に困窮していることの指摘	18.4%	8.2%	71.4%
設問 4	同窓会幹事の辞任の経緯から、XがYに対して恨みを抱いていたことの指摘	55.1%	24.5%	18.4%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

- 1 A（21歳、男性）は、平成30年5月30日、「氏名不詳者と共謀の上、平成30年4月2日午前4時頃、H県I市J町2丁目3番K駐車場において、同所に駐車されていたV所有の普通乗用自動車（以下「本件自動車」という。）の運転席側窓ガラスを割るなどして、同車を損壊した上、同車内にあったV所有の現金200万円在中の鞆1個及びカーナビゲーションシステム1台（以下「本件カーナビ」という。）を窃取した。」旨の器物損壊・窃盗被告事件（以下「本件被告事件」という。）でH地方裁判所に公訴提起された。

Aの弁護人は、同年5月30日、Aについて保釈の請求をしたところ、@H地方裁判所裁判官は、刑事訴訟法第89条第4号に該当する事由があり、また、同法第90条に基づく職権による保釈を許すべき事情も認められないとして、同保釈請求を却下した。

- 2 その後、本件被告事件は、公判前整理手続に付することが決定され、検察官は、同年6月12日、証明予定事実記載書面を裁判所に提出するとともにAの弁護人に送付し、併せて、証拠の取調べを裁判所に請求し、当該証拠を同弁護人に開示した。検察官が取調べを請求した証拠の概要は次のとおりである（以下、日付はいずれも平成30年である。）。

- ・ Vの告訴状（甲1号証）

「本件自動車を壊して、車内にあった現金200万円が入った鞆や本件カーナビを盗んだ犯人として、Aが逮捕されたと聞いたが、知らない人である。盗難被害のほか、本件自動車の損壊についても、Aの厳しい処罰を求める。」

- ・ K駐車場の実況見分調書（甲2号証）

Vを立会人として行われたK駐車場の実況見分の結果を記載したものであり、同駐車場の位置や広さなどのほか、本件自動車の駐車状況及び被害後の状況を含めた被害現場の状況などが記載されている。

- ・ Vの警察官面前の供述録取書（甲3号証）

「4月1日午後8時頃、本件自動車をK駐車場に駐車した。本件自動車及び同車内在中の鞆、現金、本件カーナビは、いずれも私が所有するものである。主なもので、その日に銀行から下ろした現金200万円及び本件カーナビ（時価5万円）の損害のほか、本件自動車の修理代金として、約25万円の損害が発生しており、犯人を早く捕まえてほしい。」

- ・ W1の警察官面前の供述録取書（甲4号証）

「私は、L県内で中古電化製品販売店を営んでおり、中古電化製品の買取りも行っている。4月2日午前11時頃、Aとして身分確認をした男性からカーナビゲーションシステム1台を買い取った。今刑事さんと一緒に買取台帳等を確認し、製品番号などから、このとき買い取ったカーナビゲーションシステムが、本件カーナビであることが分かった。本件カーナビは未販売であり、警察に提出する。また、本店では、買取りに際し、自動車運転免許証等で身分確認をしており、本件カーナビを売却した男性についても、自動車運転免許証の提示を求めた上、その写しを作成して保管しているので、その写しや買取台帳の写しも提出する。」

- ・ 警察官作成の捜査報告書（甲5号証）

W1から提出されたカーナビゲーションシステムの写真が添付されており、同カーナビゲーションシステムの製造番号が本件カーナビの製造番号と一致するこ

刑 事

刑 事

となどが記載されている。

- ・ A名義の自動車運転免許証の写し（甲6号証）

W1から提出されたA名義の自動車運転免許証の写しであり、乙2号証の身上調査照会回答書記載のAの生年月日、住所地等と合致する記載がある。

- ・ W1から提出された買取台帳の写し（甲7号証）

「買取年月日 30年4月2日」、「顧客名 A」、「商品 カーナビ1台（メーカー名、型番、製造番号）」、「買取代金 3万3000円」等の記載がある。

- ・ W2（男性）の検察官面前の供述録取書（甲8号証）

「私は、自宅近くのコンビニエンスストアで買い物をして帰宅する途中の4月2日午前4時頃、K駐車場前の歩道を歩いていたところ、駐車場内に駐車されていた本件自動車の車内ランプが光っていることに気付き、注視しながら同車に近づいた。同車まで約5メートルの距離まで近づいたところで、黒い上下のウィンドブレーカーを着た身長175センチメートルくらいの男が、慌てた様子で、ティッシュペーパーの箱を2つ重ねたくらいの大きさの電化製品に見えるものを持って同車の運転席側のドアから降りてきて、1秒ほど私と目を合わせた。そして、その男が、同車の横に停車していた自動車の助手席に乗り込むや否や、その車は急発進し、私のすぐ左側を通り過ぎ、K駐車場から出て、左折して走り去った。私は、男たちの行動を不審に感じ、本件自動車に近づいてその様子を見ると、同車の運転席側の窓ガラスが割れていたもので、先ほどの男たちが車上荒らしをしたのだと思い、110番通報をした。本件自動車から降りてきた男については、1秒ほど目が合ったし、自動車が通り過ぎる際にも助手席側の窓ガラス越しに顔を見たので、その男の顔は覚えている。検事から、『これらの写真に写っている男の中に、あなたが見た男がいるかもしれないし、いないかもしれない。』と説明を受けた上で、30枚の男性の顔の写真が貼られたものを見せられたが、12番の写真の男が、顔の輪郭や目鼻立ち、特につり上がった目の感じや左頬のあざなどから、本件自動車から降りてきた男に間違いはないと思う。この12番の写真の男は、知り合いではなく、4月2日に初めて見た男である。また、急発進した自動車の運転席には、助手席に座っていた男とは別の人物が座っていたが、この人物の性別などは分からない。12番の写真の男とは知り合いではないものの、私はK駐車場の直ぐ隣の軒家に住んでおり、12番の写真の男がその気になれば、私のことを特定したり、私の家を知り得ると思うので、嫌がらせなどされないかが不安だ。」(末尾に「12番」とされたAの写真が含まれた写真台帳が添付されている)。

- ・ Aの警察官面前の供述録取書（乙1号証）

「私は、独身で、3か月前から一人で住所地のマンションに住んでおり、無職である。たまに、工事現場のガードマンとして短期間のアルバイトをして、生活費を稼いでいる。K駐車場には一度も行ったことがない。本件カーナビをW1が経営する中古電化製品販売店に売ったことは間違いないが、それは、Bという友人から売却を頼まれて売ったのであり、本件カーナビや鞆などを盗んだのは私ではないし、本件自動車を壊したのも私ではない。本件カーナビが盗品であることは知らなかった。刑事さんから、犯行日時に、K駐車場で本件自動車から出てくる私を見た人がいると聞いたが、人違いではないかと思う。」

- ・ Aの身上調査照会回答書（乙2号証）

Aの氏名、生年月日、住所地などが記載されている。

- 3 ㉔Aの弁護人は、検察官請求証拠を閲覧・謄写した後、検察官に対して類型証拠

刑 事

の開示の請求をし、類型証拠として開示された証拠も閲覧・謄写するなどした上、「Aが、公訴事実記載の器物損壊や窃盗を行った事実はいずれもない。Aは、友人Bから本件カーナビの売却の依頼を受けてこれを中古電化製品販売店に売却したが、盗品であることは知らなかった。Aは、公訴事実記載の日時頃、K駐車場にはいなかった。」旨の予定主張事実記載書を裁判所に提出するとともに検察官に送付し、併せて、検察官に対して主張関連証拠の開示の請求をした。

4 検察官は、本件被告事件について、Aの公訴提起後も、Bなる人物の所在を捜査していたところ、Bの所在が判明し、更に所要の捜査の結果、このBがAの共犯者であった疑いが濃厚となった。そうしたところ、6月26日に、Aに係る本件被告事件の第1回公判前整理手続期日が開かれたが、その後の7月5日、Bが、「Aと共謀の上、4月2日午前4時頃、H県I市J町2丁目3番K駐車場において、同所に駐車されていたV所有の本件自動車の運転席側窓ガラスを割るなどして、同車を損壊した上、同車内にあったV所有の現金200万円在中の鞆1個及び本件カーナビを窃取した。」旨の器物損壊・窃盗被疑事件で逮捕され、7月6日、H地方検察庁検察官に送致された。Bは、その後、勾留中の取調べにおいて、友人Aと相談の上で、本件自動車を壊して本件カーナビなどを盗んだことを認め、さらに、本件自動車から盗んだ鞆内には、現金200万円のほか、アイドルグループのCD1枚(以下「本件CD」という。)が在中し、同CDを自宅に置いてある旨述べて、自宅にあったCDを、親族を通じて、警察に提出した。検察官は、所要の捜査を遂げ、同月25日、Bについて、被害品を「現金200万円及び本件CD在中の鞆1個並びに本件カーナビ」と変更したほかは、逮捕事実と同じ事実で、H地方裁判所に公訴提起した。

5 その後、検察官は、Bに係る事件の捜査を踏まえて、既に公訴を提起していたAに係る本件被告事件について、AとBが共謀の上で行った事実である旨証明するに足りる証拠や本件CDも被害品である旨証明するに足りる証拠が収集できたものと判断し、◎所要の手続を順次行った上、本件被告事件について、下記の甲9号証及び甲10号証の証拠を追加で取調べ請求し、それらの証拠をAの弁護人に開示した。

- ・ Vの警察官面前の供述調書(甲9号証)

「Bの自宅にあったCDを刑事さんから見せてもらったが、私宛てで、私が一番好きなメンバーであるQのサインが書かれていることから、盗まれた私の鞆の中に入っていたものに間違いない。見当たらなくなっていたので、もしかしたら盗まれた鞆に入っていたのかとも思っていたものの、確信が持てなかったため、当初は被害品として届けていなかった。」

- ・ Bの検察官面前の供述調書(甲10号証)

「友人であるAと相談して、いわゆる車上荒らしをやることにし、事前に役割分担を決めた。具体的には、Aが、マイナスドライバーで、自動車の窓ガラスを割ってドアのロックを外し、車中にある金目の物のほか、カーナビを外して盗み出す役、私が、Aが助手席に乗る自動車を運転して、現場に行き、Aが金目の物やカーナビを盗む間に見張りをして、盗み終わった後も運転役をすることを決めた。4月2日午前4時前頃、私が運転する私の自動車でK駐車場に行き、本件自動車の運転席側の隣に私の自動車を停めた。その後、助手席から降りたAが、マイナスドライバーで、本件自動車の運転席側の窓ガラスを割ってドアのロックを外し、車中に入った。私は、エンジンをかけた状態の私の自動車の運転席に座ったまま周囲に注意を払っていた。その後、Aは、鞆1個のほか、本件カーナビを持って、車外に出てきたが、その際、一人の男性が、私の車の方に近づいてきた

刑 事

のが見えたため、私は、Aが助手席に飛び乗るや否や、私の自動車を急発進させて、K駐車場から逃走した。本件カーナビは、Aが、L県内の中古電化製品販売店に3万円くらいで売った。現金200万円及びAが売却した本件カーナビの売却金については、Aと二等分した。また、Aと盗んだ鞆の中には、現金のほか、本件CDが入っていたが、Aが要らないと言ったので、私がもらって自宅に置いていた。本件CDについても、Aと一緒に盗んだものに間違いない。」

6 8月21日に開かれたAに係る本件被告事件の第2回公判前整理手続期日において、検察官請求証拠に対し、弁護人は、甲8号証及び甲10号証につき、いずれも「不同意」とし、そのほかの証拠については、いずれも「同意」と意見を述べた。

7 同期日において、Aに係る本件被告事件に関し、検察官は、「共謀状況及び共同犯行状況等」を立証趣旨としてBの証人尋問を、「犯行目撃状況等」を立証趣旨としてW2の証人尋問を請求した。裁判所は、争点を整理した上、弁護人が同意した証拠についていずれも証拠調べをする決定をし、弁護人に対して、B及びW2の証人尋問請求に対する意見を聞いたところ、弁護人は、Bについては、「しかるべく」とし、W2については、「必要がない」旨の意見を述べた。④裁判長は、検察官に対し、「Bに加えてW2を尋問する必要性」について釈明を求め、検察官の釈明を聞いた上で、B及びW2につき、いずれも証人として尋問する旨の決定をするなどし、公判前整理手続を終結した。

8 その後、Aに係る本件被告事件については、9月12日に開かれた第1回公判期日において、B及びW2の証人尋問などが行われたところ、同証人尋問において、B及びW2は、それぞれ、甲8号証、甲10号証のとおり証言した。続いて、同月26日、第2回公判期日において、被告人質問等が行われ、10月17日、第3回公判期日において、検察官及び弁護人がそれぞれ意見を述べ、被告人の最終陳述等が行われた上で結審した。

〔設問1〕

下線部④に関し、裁判官が刑事訴訟法第89条第4号の「被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がある」と判断した思考過程を、その判断要素を踏まえ、具体的事実を指摘しつつ答えなさい。

〔設問2〕

下線部⑤に関し、Aの弁護人は、刑事訴訟法第316条の1第1項柱書き中の「特定の検察官請求証拠」を甲8号証の「W2の検察官面前の供述録取書」とし、その「証明力を判断するために重要であると認められるもの」に当たる証拠として

① 本件被告事件の犯行現場の実況見分調書（W2が説明する目撃時の人物等の位置関係、現場の照度などについて明らかにしたもの）

② W2の警察官面前の供述録取書

③ 本件被告事件の犯行日時頃、犯行現場付近に存在した者の供述録取書の開示の請求をしようと考えた。弁護人は、同請求に当たって、同条第3項第1号イ及びロに定める事項（同号イの「開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項」は除く。）につき、具体的にどのようなことを明らかにすべきか、①から③の証拠についてそれぞれ答えなさい。

〔設問3〕

下線部⑥に関し、検察官が順次行った所要の手続について、条文上の根拠に言及

刑 事	<p>しつつ、簡潔に説明しなさい。</p> <p>〔設問4〕</p> <p>下線部㊸に関し、以下の各問いについて答えなさい。</p> <p>(1) 検察官は、W2の供述によって「Aが公訴事実記載の器物損壊や窃取に及んだ」という事実を立証しようと考えている。この場合、W2の供述は、直接証拠又は間接証拠のいずれに当たるか、具体的理由を付して答えなさい。</p> <p>(2) 裁判長が、検察官に対し、「Bに加えてW2を尋問する必要性」について釈明を求めたのはなぜか、条文上の根拠を示しつつ答えなさい。</p> <p>(3) 検察官は、W2を尋問する必要性について、どのように釈明すべきか答えなさい。</p> <p>〔設問5〕</p> <p>Aに係る本件被告事件の公判前整理手続終了後、第1回公判期日前である8月28日、BがVに対して250万円を弁償し、同日、弁償金を受領した旨の領収証がVからBに交付された。Aの弁護人は、9月15日、同領収証の写しを入手したため、これを第2回公判期日において、取調べ請求したいと考えた。この場合における、刑事訴訟法上及び弁護士倫理上の問題についてそれぞれ論じなさい。</p>
------------	---

刑事実務基礎 解答のポイント

設問1では、権利保釈（刑事訴訟法（以下略）89条）の不許可事由のうち、4号（証拠隠滅のおそれ）について論述を求める指定がある。個々の証拠との関係で、まず、隠滅の対象・態様を確定した上で、隠滅の客観的可能性、主観的可能性を論じることが求められる。隠滅が想定される証拠・態様としては、共犯者（口裏あわせ、逃亡幫助）、目撃者W2（威迫）、カーナビ以外の被害品（費消、処分）が挙げられる。客観的可能性については、それぞれの隠滅の方法、その実行可能性、及び実効性について簡単に論述していけばよいと思われる。また、主観的可能性については、個々の証拠ごとではなく、まとめて論じてよいだろう。そこでは、Aが犯人性を否認していることに着目することが考えられる。

設問2は、類型証拠開示についての問題である。弁護側が開示を求めたい3つの証拠ごとに、類型（316条の15第3項1号イ前段、なお後段は不要であるとの指示がある）、及び防御の準備のために開示が必要な理由（同ロ）を説明することが求められる。

設問3は、共犯者の人物特定、及び被害品としてCDが新たに判明したことを受けての検察官の行動が問われている。すなわち、上記の新事実の訴訟手続きへの反映と、新証拠の証拠調べ請求の間において行われるべき検察官の行動が問われているのである。ここでは、訴因変更と証明予定事実の追加、変更が考えられ、条文とともに簡単に指摘すればよいだろう。

設問4はまず(1)において、W2の目撃証言が直接証拠か間接証拠かの分類が求められている。参考解答と論点リサーチは、器物損壊と窃盗の犯人性の両方について、間接事実として構成した。器物損壊についてその行為自体を目撃していないことはもとより、窃盗についても「ティッシュペーパーの箱を2つ重ねたくらいの大サイズの電化製品に見えるもの」が、果たして本件自動車の中（Vの占有下）にあったものかどうかについてはW2が目撃していないからである。しかし、窃盗の犯人性については、直接証拠としてみることも可能ではないかとも思われる。どちらにせよ、定義に沿った事実の指摘、評価を行って適切に結論を導いていけばよいと思われる。

(2)は、証拠の厳選について条文を指摘しつつ、それが求められる理由を指摘して求釈明にいたった裁判官の心情を説明すればよいだろう。(3)については、Aの犯人性はBの供述から証明可能であることを指摘した上で、その供述のみに頼ることの危険性、第三者による証拠の必要を説明することが求められる。

設問5のうち刑事訴訟法の問題は、整理手続き終了による効果としての証拠制限である。弾劾証拠についての事例（名古屋高判H20.6.5）での「やむを得ない事由」の解釈、及び同判決の百選解説（第10版〔58〕）が参考になろう。もっとも、整理手続時には、被害弁償がなされておらず、手続終了後まで当該証拠が存在していなかったことからすれば、「やむを得ない事由」の存在は容易に認めてよいであろう。

設問5のうち法曹倫理の問題は、被害弁償の立証がいわゆる「情状弁護」であり、犯行の自認を前提とするものであるという点である。すなわち、この証拠の提出は、被告人Aの犯人性否定の主張と相反するものであり、依頼人との関係における誠実義務（弁護士職務基本規程5条）、意思の尊重の義務（同22条1項）、最善の弁護（同46条）の観点から問題となるのである。また、本件では、弁護人とAのやり取りは明らかではないが、このような従来の主張と矛盾する証拠の提出については、まず報告、及び協議（同36条）を行うべきであろう。これらの倫理規程を踏まえない弁護人の独断での提出は、依頼人の意思を軽視するものであり、弁護士倫理に反すると考えられる。

— MEMO —

刑事実務基礎 解答例

第1 設問1

1 判断要素

刑事訴訟法（以下省略）89条4号該当性については、当該事案について考えられる隠威の対象・態様を前提に、罪証隠威の客観的可能性及び主観的可能性の有無を具体的に検討し判断する。

2 隠威の対象・態様

被害品たる現金200万円及び鞆については費消・処分されることが考えられる。W2による供述は、この者に対する不当な働きかけが行なわれることが考えられる。また、共犯者の存在する本件において口裏合わせされることが考えられる。

3 罪証隠威の客観的可能性及び主観的可能性

現金200万円及び鞆は未発見で捜査機関の手元にはなく、隠威の客観的可能性認められる。W2は被告人Aと犯人を結びつける重要な供述を行っている。W2は被告人Aとは認識がないものの、W2は犯人と目が合っている上、犯行現場の直ぐ隣の軒家に住んでおり、隠威の客観的可能性認められる。さらに、共犯者の所在は当該時点では不明であり、その者との口裏合わせによる隠威の客観的可能性認められる。加えて、当該時点は公判前整理手続が付けされる前であり、争点・証拠の整理がされていないことから隠威の客観的可能性を認めることができる。

また、被告人は犯行を否認しており、罪証隠威の意図がないことを示す事情もなく、隠威の主観的可能性も存在する。

4 以上より、本件において裁判官は89条4号該当性があると判断した。

第2 設問2

1 類型該当性（316条の15第3項第1号イ）及び重要性（316条の15第3項第1号ロ）について明らかにする必要がある。

2 証拠①について

(1) 実況見分調書は「321条3項で規定する書面」にあたると思われるところ、証拠①は316条の15第1項3号書面該当すること。

(2) W2の知覚や記憶の条件はW2供述の信用性判断について重要な要素となる。そして、証拠①はW2が説明する目撃時の人物等の位置関係、現場の照度などその知覚・記憶の条件を明らかにするものであり、W2の検察官面前の供述録取書の信用性判断のため重要で開示が必要であること。

3 証拠②について

(1) W2は「検察官が取調べを請求した供述録取書等の供述者」であり、「検察官が証人として尋問を請求することを予定しているもの」に該当し、証拠②は316条1項5号ロ書面該当すること。

(2) W2の供述の変遷はその信用性判断につき重要な要素となる。そこで、証拠②はW2が警察官の面前行った供述を録取したものであり、その供述変遷を明らかにするものであり、W2の検察官面前の供述録取書の信用性判断のため重要で開示が必要であること。

4 証拠③について

(1) 証拠③は「被告人以外の者の供述録取書等」であり、W2の目撃供述の内容により「証明しようとする事実の有無に関する供述を内容」とするもので、316条の15第1項6号書面該当すること。

(2) W2の供述が他の者の供述と符合しているか否かは、その信用性判断において重要な要素となる。そして、証拠③は犯行日時、犯行現場付近に存在したW2以外の者の供述を内容とするものであり、その供述の符合性等からW2の検察官面前の供述録取書の信用性判断のため重要で開示が必要であること。

第3 設問3

本件において、当初氏名不詳であった共謀者について、Bであることが濃厚になり、また、本件CDが被害品であることも明らかになった。そこで、検察官は、上記事実の変遷に合わせて訴因変更（316条の5第2号、312条1項）及び証明予定事実の変更（316条の21第1項前段）のを行った。

第4 設問4

1 小問1

直接証拠とは、要証事実の存在を直接証明する証拠をいう。W2供述は、Aが本件自動車から出てきて、電化製品に見えるものを抱えていた事実を直接証明するのみで、Aによる損壊の事実やその電化製品がVの占有下にあり、それをAが窃取した事実を直接証明するものではない。したがって、W2供述はAが告訴事実記載の器物損壊や窃取に及んだ事実について直接証明する証拠たる直接証拠には当たらない。もっとも、W2の供述は上記事実の存在を推察する事実の証明に役立つため、間接証拠に該当する。

2 小問2

証拠調べ請求は証明すべき事実の立証に必要な証拠を厳選する必要がある（刑事訴訟法規則189条の2）。本件B及びW2の証人尋問ともに被告人

Aの犯人性を要証事実とする。そこで、裁判所は証拠をともに証拠調べ請求する必要が生じて明らかとさせる観点から求釈明を行った。

3 小問3

Bは共犯者であり、被告人が犯人性を否認している本件では、その供述のみではAに対する巻き込みの危険性が高い。そこで、Aと面識のない第三者による犯行目撃状況について別途尋問する必要が高いと釈明すべきである。

第5 設問5

1 刑事訴訟法上の問題点

本件証拠調べ請求は公判前整理手続終結後のものであるため、316条の32第1項に反しないが問題となる。「やむを得ない事由」については事件が公判前整理手続に付された目的（316条の3参照）に即して判断する。

本件において、被害弁償がされ、領収書が交付されたのは公判前整理手続終結後であり、終結前に証拠調べ請求をすることは不可能であった。したがって、本件証拠調べ請求は公判前整理手続の目的に反するものでなく、「やむを得ない事由」があったといえ、316条の32第1項に反しない。

2 弁護士倫理上の問題点

Aは事件の犯人性を否定するが、本件証拠調べ請求はAが事件の犯人であることを前提とするものである。このような請求は弁護人の誠実義務（弁護士職務基本規程（以下「規程」という。）5条）や被告人にとっての最善の弁護活動（規程46条）に反する恐れがある。そこで、このような請求をする場合、少なくとも被告人との協議等を行う必要があった（規程36条）。

本件証拠調べ請求は被告人との協議なくされており問題がある。以上

論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

	【刑事実務基礎】	論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問 1	罪証隠滅のおそれの考慮要素の指摘（隠滅の対象・態様，客観的可能性，主観的可能性）	67.3%	22.4%	8.2%
設問 1	【客観】隠滅対象①（共犯者）が氏名不詳で，捜査機関により把握されていないこと	26.5%	20.4%	51.0%
設問 1	【客観】隠滅対象②（W2）が，Aの近隣住民であり，Aからの報復につき不安を抱えていること	61.2%	12.2%	24.5%
設問 1	【客観】隠滅対象③（カーナビ以外の被害品）が未だ発見されていないこと	20.4%	8.2%	67.3%
設問 1	【主観】Aが犯行を否認しており，その補強のために隠滅を行う動機があること	51.0%	30.6%	16.3%
設問 2	証拠の種類（イ），開示の必要性（ロ）を明示する必要についての指摘	59.2%	24.5%	14.3%
設問 2	①実況見分調書が1項3号（321条3項の書面）に当たること	67.3%	14.3%	16.3%
設問 2	①実況見分調書に記載された客観的目撃状況からW2の供述の信用性を吟味できること	69.4%	22.4%	4.1%
設問 2	②W2の供述録取書が1項5号ロ（書面不同意の場合に証人尋問請求が予定される者の供述録取書等）に当たること	61.2%	10.2%	26.5%
設問 2	②W2の警察官面前供述録取書と検面調書との比較により，W2の供述変遷の有無・程度を確認できること	69.4%	22.4%	6.1%
設問 2	③の1項6号（被告人以外の者の供述録取書等で，検察官の証明予定事実の有無に関する供述を内容とするもの）該当性	73.5%	12.2%	12.2%
設問 2	③供述録取書と②供述録取書により，W2と他の目撃者の供述の矛盾の有無・程度を確認できること	69.4%	22.4%	4.1%
設問 3	共犯者，被害品について訴因変更の申立てをする必要性	14.3%	20.4%	63.3%
設問 3	証明予定事実の追加，変更について，書面を裁判所へ提出し，被告人または弁護人に送付することの指摘	44.9%	20.4%	30.6%
設問 4 (1)	直接証拠・間接証拠の定義	49.0%	28.6%	18.4%
設問 4 (1)	間接証拠に該当する理由①（器物損壊行為，窃取行為それ自体の現認がないこと）	51.0%	26.5%	20.4%

設問 4 (1)	間接証拠に該当する理由②（W2供述から、Aの犯人性を推認可能であること）	53.1%	22.4%	22.4%
設問 4 (2)	釈明の根拠として、規則189条の2（証拠の厳選）の指摘	14.3%	4.1%	79.6%
設問 4 (2)	証拠の厳選が必要な理由の指摘	6.1%	16.3%	73.5%
設問 4 (3)	Aの犯人性を立証する証拠がBの供述のみであること	16.3%	28.6%	53.1%
設問 4 (3)	共犯者供述の危険性の指摘	16.3%	10.2%	69.4%
設問 4 (3)	共犯者供述との比較において第三者供述が必要であることの指摘	22.4%	18.4%	57.1%
設問 5	刑事訴訟法上の問題点として、「やむを得ない事由」の解釈（316条の32（手続終了後の証拠調べ請求の制限）の指摘）	34.7%	16.3%	46.9%
設問 5	刑事訴訟法上の問題点として、被害弁償の時期から、「やむを得ない事由」があることの指摘	32.7%	8.2%	57.1%
設問 5	弁護士倫理上の問題点として、被害弁償の立証は、Aの犯行否認と矛盾するものであることの指摘	32.7%	8.2%	57.1%
設問 5	基本規程5条（誠実義務）、同22条1項（依頼人の意思の尊重）等から、依頼人の意思を尊重する必要性があることの指摘	20.4%	14.3%	63.3%
設問 5	基本規程36条（事件処理の報告・協議）から、無罪主張と情状弁護の矛盾について報告・協議する必要があることの指摘	8.2%	10.2%	79.6%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

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

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18612