

予備試験

---

2019年予備試験  
論文式試験分析会  
憲法・民法・刑法・実務基礎

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 195667

LU19566



## 憲法 問題

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

甲市は、農業や農産物の加工を主産業とする小さな町である。近年、同市ではこれらの産業に従事する外国人が急増しているが、そのほとんどはA国出身の者である。甲市立乙中学校は、A国民の集住地区を学区としており、小規模校であることもあって生徒の4分の1がA国民となっている。A国民のほとんどはB教という宗教の信者である。

XはA国民の女性であり、乙中学校を卒業し、甲市内の農産物加工工場で働いている。Xの親もA国民であり、Xと同じ工場に勤務している。この両名（以下「Xら」という。）は熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない。B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきり分かるような服装をしてはならない。これはB教における重要な戒律であるとされている。

ところで、Xが工場に勤務するようになった経緯として、次のようなことがあった。Xらは、Xの中学校入学当初より毎年、保健体育科目のうち水泳については、戒律との関係で水着（学校指定のものはもちろん、肌の露出を最小限にしたものも含む。）を着用することができず参加できないので、プールサイドでの見学及びレポートの提出という代替措置をとるよう要望していた。なお、Xは、水泳以外の保健体育の授業及びその他の学校生活については、服装に関して特例が認められた上で他の生徒と同様に参加している。

しかし、乙中学校の校長は、検討の上、水泳の授業については、代替措置を一切とらないこととした。その理由として、まず、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあり、また、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であるとした。さらに、上記のように、乙中学校の生徒にはB教徒も相当割合含まれているところ、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もおり、校長は、Xらの要望に応えることはその意味でも公平性を欠くし、仮にXらの要望に応えるとすると、他のB教徒の女子生徒も次々に同様の要望を行う可能性が高く、それにも応えるとすれば、見学者が増える一方で水泳実技への参加者が減少して水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるおそれがあるとも述べた。

Xは、3年間の中学校在籍中に行われた水泳の授業には参加しなかったが、自主的に見学をしてレポートを提出していた。担当教員はこれを受領したものの、成績評価の際には考慮しなかった。調査書（一般に「内申書」と呼ばれるもの）における3年間の保健体育の評定はいずれも、5段階評価で低い方から2段階目の「2」であった。Xは運動を比較的得意としているため、こうした低評価には上記の不参加が影響していることは明らかであり、学校側もそのような説明を行っている。Xは近隣の県立高校への進学を希望していたが、入学試験において調査書の低評価により合格最低点に僅かに及ばず不合格となり、経済的な事情もあって私立高校に進学することもできず、冒頭に述べたとおり就労の道を選んだ。客観的に見て、保健体育科目で上記の要望が受け入れられていれば、Xは志望の県立高校に合格することができたと考えられる。

Xは、戒律に従っただけであるのに中学校からこのような評価を受けたことに不満を持っており、法的措置をとろうと考えている。

### 〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。

なお、Xらに永住資格はないが、適法に滞在しているものとする。また、学習指導要領上、水泳実技は中学校の各学年につき必修とされているものとする。

**憲法 解答のポイント**

本問においては、(1)外国人の人権享有主体性、(2)信教の自由（憲法20条1項）、(3)政教分離原則（20条3項）が問題になる。

(1)については、マクリン事件判決（最大判昭50.10.4）及び、人権の前国家性（憲法11条、97条）・国際協調主義（憲法前文3項、98条2項）を根拠にしつつ、簡潔に認定すれば足りるであろう。

(2)については、レポートを提出したにも関わらず成績評価に反映されず、調査書で保健体育の評定を「2」とされたことが、Xの信教の自由（20条1項前段）を制約し、違憲であるかを検討することになるであろう。

本件は、「原級留置処分」「退学処分」がなされたエホバの証人剣道受講拒否事件（最判平8・3・8）と異なり、成績評価を低評価にただけであるから、校長の教育的裁量が、判例の事案よりは広いことを意識する必要があると考えられる。

保健体育の評定を「2」とされたことが信教の自由の制約としてどの程度のものであるのか、権利の重要性も含めて合憲・違憲を審査する基準を考えることになるであろう。

(3)については、Xの信仰に配慮して代替措置を採ることが教育の宗教的中立性に反し、政教分離原則に抵触することになるのかを論じることになるであろう。その際には、エホバの証人剣道受講拒否事件（最判平8・3・8）を念頭に置きつつ、事案の事情を使って論じることが必要になる。その際には、乙中学校の校長が①信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあること、②代替措置の要望が真に信仰を理由にするものなのかどうかの判断が困難であること、③他のB教の生徒との公正性、水泳授業の実施への影響を理由に挙げているので、原告X側の事情も踏まえながら、目的効果基準に従って検討することが必要である。

— MEMO —

## 憲法 解答例

### 第1 調査書の保健体育の評価に2を記載した点について

- 1 (1) Xは、B教徒であるために水泳の授業に参加できないところ、かかる不参加を理由に、調査書で保健体育の評定を2とされている。Xとしては、B教徒であることを理由に不当に低い評価をされたものであるとして、Xの信教の自由（憲法（以下、略す。）20条1項前段）を侵害し違憲であると主張する。
- (2) 国際協調主義（前文3段、98条2項）から、権利の性質上日本人のみを対象とするものを除き、外国人にも人権享有主体性が認められる。信教の自由は日本人のみを対象とするものではないため、外国人にも保障される。よって、B教の信者であるXには、肌や髪を露出し、体型がはっきりとわかるような服装をしてはならないという、B教における重要な戒律を守る自由が保障される。
- (3) 乙中学校（以下、「乙」という。）は、Xが水泳の授業に参加できないことを理由に、調査書に5段階評価で下から2番目の2をつけているが、不参加は戒律を守った結果である。そのため、低評価をつける行為はXの信教の自由を制約する。

### 2 違憲審査基準

- (1) 信教の自由は精神的自由権の核心であり、肌や髪を露出せず、体型がはっきりわかるような服を着ないことはB教の重要な戒律であるから、これを保障すべき必要性は高い。

一方で、信教の自由であっても、外部的行為を伴う活動は公共の福祉（13条後段）の制約に服する。

- (2) 学校教育の場では、学校側に評価についての広範な裁量が認められる。さらに、成績を低く評価したことにより近隣の公立高校に通えなかったとしても、それは事実上の影響にすぎず、間接的制約にとどまる。また、他の高校に通うことはできたはずである。
- (3) もっとも、Xは中学生であり、学校選択の自由が極めて制限されている。

学習指導要領で水泳実技が一律に必修とされていることから、学校選択権の有無は問題にならないとも思えるが、成績評価そのものは学校の裁量によるのであるから、なお学校選択権の有無が自己が獲得できる成績評価に大きな影響を与えることは否定できない。

- (4) したがって、①目的が重要であり、②手段が目的との関係で実質的関連性を有する場合には合憲とすべきである。

①水泳の授業を必修とすることは、子どもに水難から身を守る手段を与えるということであり、その目的は重要である。しかし、②水難から身を守ることは救命道具の利用や水難を避ける工夫等のレポートを提出させるといった代替措置によっても達成できる。したがって、レポートを成績評価に反映しないことは、目的との関係で実質的関連性

を欠く。よって、Xの提出したレポートを成績評価に反映させず調査書に2を記したことは、Xの信教の自由を侵害し違憲である。

## 第2 代替措置の可否について

- 1 乙は、市立中学校が生徒の信仰に配慮して代替措置を採ることが教育の宗教的中立性に反し、政教分離原則(20条3項)に抵触すると反論しうる。かかる反論は妥当か。
- 2 完全な政教分離は非現実的であるが、過去の歴史への反省から分離の程度は原則として厳格に解すべきである。よって、①行為の目的が宗教的意義をもつか、②その効果が宗教に対する援助、助長、促進または圧迫、干渉になるか、③国と宗教との間に過度のかかわり合いを促すかを検討すべきである。もっとも、本件のように政教分離原則の適用が少数者の信教の自由を侵害する結果となるときは、分離の程度を緩やかに解し、①ないし③のすべてに反するとき違憲となる。

## 3 具体的検討

### (1) ①について

代替措置の目的はXに教育目的達成の機会を保障するという世俗的なものである。

### (2) ②について

他の生徒との間に不公平を感じさせない方法で行えば、特定の宗教への援助等にならないとも思える。しかし、乙中学

校の生徒にはB教徒も相当数含まれており、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もいる。そのため、Xにのみレポートによる代替措置を認めることは他のB教徒にとって不公平であり、X以外のB教徒との関係では代替措置がB教への圧迫、干渉にあたらないかという問題も生じうる。しかし、この場合であっても代替措置を認めること自体はB教徒を保護するものであり、X以外のB教徒との関係でもB教への圧迫、干渉にはあたらないと解する。

### (3) ③について

学生の主張について、学生の信仰の内部に立ち入るのではなく、一般的・概括的に判断するのであれば、宗教との過度のかかわり合いを促すとはいえない。代替措置の要望が真に信仰を理由とするものであるかは判断が困難であるようにも思えるが、学生の信仰の実態を客観的に観察すれば、過度のかかわり合いをもつことなく、判断が可能である。よって、国と宗教との間に過度のかかわり合いを促すものでもない。

- 4 したがって、①ないし③に反しないため、代替措置を採ったとしても政教分離原則に反しない。よって、乙の反論は失当である。

第3 以上より、乙がXのレポートを成績に反映させずに調査書に2をつけた行為は、Xの信教の自由を侵害し違憲である。

以上

— MEMO —

## 民法 問題

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

### 【事実】

1. Aは早くに妻と死別したが、成人した一人息子のBはAのもとから離れ、音信がなくなっていた。Aは、いとこのCに家業の手伝いをしてもらっていたが、平成20年4月1日、長年のCの支援に対する感謝として、ほとんど利用していなかったA所有の更地（時価2000万円。以下「本件土地」という。）をCに贈与した。同日、本件土地はAからCに引き渡されたが、本件土地の所有権の移転の登記はされなかった。
2. Cは、平成20年8月21日までに本件土地上に居住用建物(以下「本件建物」という。)を建築して居住を開始し、同月31日には、本件建物についてCを所有者とする所有権の保存の登記がされた。
3. 平成28年3月15日、Aが遺言なしに死亡し、唯一の相続人であるBがAを相続した。Bは、Aの財産を調べたところ、Aが居住していた土地建物のほかに、A所有名義の本件土地があること、また、本件土地上にはCが居住するC所有名義の本件建物があることを知った。
4. Bは、多くの借金を抱えており、更なる借入れのための担保を確保しなければならなかった。そこで、Bは、平成28年4月1日、本件土地について相続を原因とするAからBへの所有権の移転の登記をした。さらに、同年6月1日、Bは、知人であるDとの間で、1000万円を借り受ける旨の金銭消費貸借契約を締結し、1000万円を受領するとともに、これによってDに対して負う債務（以下「本件債務」という。）の担保のために本件土地に抵当権を設定する旨の抵当権設定契約を締結し、同日、Dを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされた。
5. BD間で【事実】4の金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約が締結された際、Bは、Dに対し、本件建物を所有するCは本件土地を無償で借りているに過ぎないと説明した。しかし、Dは、Cが本件土地の贈与を受けていたことは知らなかったものの、念のため、対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、Bに対する貸付額を決定した。

### 【設問1】

Bが本件債務の履行を怠ったため、平成29年3月1日、Dは、本件土地について抵当権の実行としての競売の申立てをした。競売手続の結果、本件土地は、D自らが950万円（本件債務の残額とほぼ同額）で買い受けることとなり、同年12月1日、本件土地についてDへの所有権の移転の登記がされた。同月15日、Dが、Cに対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すよう請求する訴訟を提起したところ、Cは、Dの抵当権が設定される前に、Aから本件土地を贈与されたのであるから、自分こそが本件土地の所有者である、仮に、Dが本件土地の所有者であるとしても、自分には本件建物を存続させるための法律上の占有権原が認められるはずであると主張した。

この場合において、DのCに対する請求は認められるか。なお、民事執行法上の問題については論じなくてよい。

【事実（続き）】（【設問1】の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

6. 平成30年10月1日、Cは、本件土地の所有権の移転の登記をしようと考え、本件土地の登記事項証明書を手にしたところ、AからBへの所有権の移転の登記及びDを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされていることを知った。

### 【設問2】

平成30年11月1日、Cは、Bに対し、本件土地の所有権移転登記手続を請求する訴訟を、Dに対し、本件土地の抵当権設定登記の抹消登記手続を請求する訴訟を、それぞれ提起した。

このうち、CのDに対する請求は認められるか。

**民法 解答のポイント**

設問1では、まず、DがCに対して、本件土地の所有権に基づく返還請求権に基づき、本件建物の収去と本件土地の明渡しを請求していることを踏まえ、Dに本件土地の所有権が認められるかを検討することになる。かかる検討の際には、Dの抵当権の有効性を、CとDの対抗関係（民法177条）を踏まえて論述することがポイントとなる。

Cは本件土地の所有者であったAからその贈与（民法549条）をうけているものの、DはAの相続人Bから本件土地を競売によって買い受けているから、A乃至Bを起点とした二重の物権変動がなされたこととなり、CとDは対抗関係に立つことになる。本件では、先に本件土地への抵当権設定登記を具備したDが、Cにその抵当権設定を対抗できる結果、優先する抵当権の実行に基づく競売の結果、Dが本件土地の所有者になる。

次に、Dが本件土地の所有者であることを前提とした上で、Cは法律上の占有権原の成立を主張していることから、法定地上権（民法388条）の成立を検討すべきであろう。Cは抵当権設定時においては本件土地の所有権を有していたが、抵当権の実行に基づく競売によってCは買受人に本件土地の所有権を対抗できなくなっているという状況から、法定地上権が問題となることに気づきたいところである。検討に際しては、法定地上権の成立要件である、①抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること、②抵当権設定時に土地と建物が同一の所有者に属すること、③土地又は建物に抵当権が設定されたこと、④競売の結果、土地と建物が異なる所有者に帰属するに至ったことという各要件に当てはめながら論述することが重要である。本件では、①ないし④の各要件は充足されるから、法定地上権の成立は認められよう。なお、Dは対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、貸付額を決定していたことから、法定地上権の成立を認めてもDに酷ではないことを余裕があれば指摘してもよいだろう。

したがって、DのCに対する請求は認められないことになる。

設問2では、CがDに対して、本件土地の所有権に基づく妨害排除請求権に基づき、本件土地の抵当権設定登記の抹消登記手続を請求していることを踏まえ、Cに本件土地の所有権が認められるかを検討することになる。CはAから本件土地の贈与を受け、その所有権を取得しているが、その後本件土地に関して抵当権を設定したDが登記保持権原の抗弁を提出してくる（設問1で検討したように、Dは有効な抵当権を取得している）ことを想定して、Cは本件土地の所有権の短期取得時効（民法162条2項）の成立を主張することが考えられよう。Cの取得時効の成否については、①10年間の占有、②所有の意思、③平穩・公然、④他人の物、⑤善意、⑥無過失の各要件を充足するかどうかを検討する必要があるが、その際には、④につき、自己の物の時効取得が認められるかどうかという点も忘れずに検討を行うべきである。

Cの本件土地の所有権の時効取得が認められると、Dは時効完成前の第三者にあたるから、Cは登記なくして本件土地の所有権取得をDに対抗することができる。もっとも、単に結論を示すだけでなく、Dの抵当権は、所有権同士が相容れないのと異なり、Cの所有権と両立しうるようにも思われるため、Dを時効完成前に所有権を取得した第三者と同様に扱ってよいかについて、実質的な検討を行うことが求められよう。

したがって、CのDに対する請求は認められることになる。

— MEMO —

## 民法 解答例

## 第1 〔設問1〕

## 1 Dが本件土地の所有者であることについて

- (1) 平成20年4月1日、Cは、本件土地の所有者であったAから同土地の贈与を受けている(549条)ため、同日付で本件土地の所有者となった。他方、Aを相続したBはAの地位を包括承継する(896条本文)ところ、このようなBがDのために抵当権を設定しており、抵当権設定登記もなされている。そこで、Cの所有権とDの抵当権のいずれが優先するかが問題となる。
- (2) 177条の趣旨は、物権変動を公示することで不動産取引の安全を守る点にある。

したがって、「第三者」(177条)とは、当事者及びその包括承継人以外の者であって、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者であると解する。

- (3) 本件では、AからCへの本件土地の贈与と、Aを包括承継したBによるDへの抵当権設定がなされており、A乃至Bを起点とした本件土地の二重の物権変動がなされたといえる。このため、CとDは互いに、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する関係にあるから、「第三者」といえる。すると、Dが抵当権設定登記を先に具備している以上、Dのための抵当権設定がCへの所有権移転に優先する以上、Dは競売によって有効に本件土地の所有権を得たこと

になる。このため、Dが本件土地の所有者となる。

## 2 Cの占有権原について

- (1) これに対し、Cは法定地上権(388条前段)の成立を占有権原として抗弁を主張できないか。
- (2) 本件では、Dへの抵当権設定時に、本件土地に本件建物が存在し、いずれもCに所有権があった。そして、本件土地の抵当権が実行された結果、本件土地の所有権はDに、本件建物の所有権はCに、それぞれ帰属しており、土地と建物の所有者が異なったといえる。

よって、本件土地にCのための法定地上権が成立しており、Cの占有権原が認められる。なお、このように法定地上権が成立したとしても、Dは、念のため、対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、Bに対する貸付額を決定していたのであるから、Dに不測の損害が生じることはない。このため、Cの占有権原が認められることは不当な結論とならない。

## 3 結論

以上より、DのCに対する請求は認められない。

## 第2 〔設問2〕

- 1 Cとしては、所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記手続請求を行うところ、Cに本件土地の所有権があるが、Dの抵当権は前述のように有効であり、D

が登記保持権原の抗弁を主張し得る。すると、Cの請求は認められないことになりそうである。

2(1) しかし、Cは平成20年4月1日に本件土地の贈与を受けた後、10年間、これを平穩、公然、善意、無過失で占有しているため、同土地を時効取得(162条2項)しないか。時効取得が成立すれば、Dの抵当権のない所有権をCが原始取得できることになるので、検討する。

(2)ア まず、Cは、Aから贈与を受けたことで本件土地の所有権を有していたことになるから、自己物の時効取得が可能か問題となる。

イ この点、永続した事実状態を尊重し、立証困難を救済するという時効の制度趣旨は自己物にも妥当するから、自己物についても時効取得できる。

ウ よって、Cは本件土地を時効取得し得る。

(3)ア 次に、Dは抵当権設定登記を既に具備しているのでは、今後、本件土地の時効取得をCがDに対抗できないのではないか。ここで、時効完成前に目的物に物権を取得した者に対し、時効取得者が権利を対抗するために登記を要するか問題となる。

イ この点、時効完成前の譲受人は、物権変動の当事者であるから対抗関係がなく、占有者が時効完成前に登記を備えることは実質的に不可能である。また、抵当権があ

る限り、その実行によって所有者が当該不動産の所有権を失う危険が存在することになるため、抵当権の存続は時効取得による原始取得と相容れず、時効取得によって消滅すべきものと解する。

よって、時効完成前に物権を取得した者に対して権利を対抗するために登記は不要である。

ウ よって、Cは、抵当権設定登記を具備したDに対して、所有権移転登記なく、本件土地の原始取得を対抗できる。

以上

— MEMO —

## 刑法 問題

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい（Aに対する詐欺（未遂）罪及び特別法違反の点は除く。）。

- 1 不動産業者甲は、某月1日、甲と私的な付き合いがあり、海外に在住し日本国内に土地（以下「本件土地」という。時価3000万円）を所有する知人Vから、Vが登記名義人である本件土地に抵当権を設定してVのために1500万円を借りてほしいとの依頼を受けた。

甲は、同日、それを承諾し、Vから同依頼に係る代理権を付与され、本件土地の登記済証や委任事項欄の記載がない白紙委任状等を預かった。

甲は、銀行等から合計500万円の借金を負っており、その返済期限を徒過し、返済を迫られている状況にあったことから、本件土地の登記済証等をVから預かっていることやVが海外に在住していることを奇貨として、本件土地をVに無断で売却し、その売却代金のうち1500万円を借入金と称してVに渡し、残金を自己の借金の返済に充てようと考えた。

そこで、甲は、同月5日、本件土地付近の土地を欲しがっていた知人Aに対し、「知人のVが土地を売りがっていて、自分が代理人としてその土地の売却を頼まれているんです。その土地は、Aさんが欲しがっていた付近の土地で、2000万円という安い値段なので買いませんか。」と言い、Aは、甲の話を用意して本件土地を購入することとした。

その際、甲とAは、同月16日にAが2000万円を甲に渡し、それと引き換えに、甲が所有権移転登記に必要な書類をAに交付し、同日に本件土地の所有権をAに移転させる旨合意した。甲は、同月6日、A方に行き、同所で、本件土地の売買契約書2部の売主欄にいずれも「V代理人甲」と署名してAに渡し、Aがそれらを確認していずれの買主欄にも署名し、このように完成させた本件土地の売買契約書2部のうち1部を甲に戻した（甲のAとの間の行為について表見代理に関する規定の適用はないものとする。）。

- 2 その後、Vは、同月13日、所用により急遽帰国したが、同日、Aから本件土地に関する問い合わせを受けたことで甲の行動を知って激怒し、同月14日、甲を呼び付け、甲に預けていた本件土地の登記済証や白紙委任状等を回収した。その際、Vは、甲に対し、「俺の土地を勝手に売りやがって。今すぐAの所に行って売買契約書を回収してこい。明後日までに回収できなければ、お前のことを警察に通報するからな。」と怒鳴った。

甲は、同月14日、Aに会いに行き、本件土地の売買契約書を回収させてほしいと伝えたが、Aからこれを断られた。

- 3 甲は、自己に対して怒鳴っていたVの様子から、同売買契約書をAから回収できなかったことをVに伝えれば、間違いなくVから警察に通報され、逮捕されることになるし、不動産業（宅地建物取引業）の免許を取り消されることになるなどと考え、それらを免れるには、Vを殺すしかないと考えた。

そこで、甲は、Vを呼び出した上、Vの首を絞めて殺害し、その死体を海中に捨てることを計画し、同月15日午後10時頃、電話でVに「話がある。」と言って、日本におけるVの居住地の近くにある公園にVを呼び出し、その頃、同所で、Vの首を背後から力いっぱいロープで絞めた。

それによりVは失神したが、甲は、Vが死亡したものと軽信し、その状態のVを自車に載せた上、同車で前記公園から約1キロメートル離れた港に運び、同日午後10時半頃、同所で、Vを海に落とした。その時点で、Vは、失神していただけであったが、その状態で海に落とされたことにより間もなく溺死した。

**刑法 解答のポイント**

本問においては、まず、甲がAに対して本件土地を売却した行為が問題となる。甲は、他人の物の占有者で、他人の事務処理者でもあるから、本件土地を委託の趣旨に違背して不法に処分した上記行為には、業務上横領罪と背任罪の両方が成立しうる。そこで、まず両者の関係について言及し、両者についてどのように検討するかを論証する必要がある。解答例のように、両者が法条競合の関係にあると考えた場合には、業務上横領罪の成否から検討することとなるが、本件では所有権移転登記が完了していないことから同罪は不成立となり、背任罪の成否の検討に移ることとなると思われる。両罪の検討においては、業務上横領罪が不成立となることを踏まえてバランスのよい答案を作成することが適切であると思われる。

次に、甲が売買契約書を2部作成し、Aに手渡した行為について、有印私文書偽造罪(159条1項)及び同行使罪(161条1項)が成立しないか問題となる。

甲が「V代理人甲」と記載した行為が果たして「偽造」に当たるのか、文書偽造罪の保護法益にさかのぼって論じる必要がある。また、署名や行使の目的等の要件検討も漏らさず行う必要がある。なお、本件においては売買契約書が2通作成されており、文書偽造罪がいくつ成立するのかも問題となるだろう。

また、甲に殺人罪(刑法199条)が成立するかが問題となる。事案のポイントは、首を絞めて殺害し、その後遺棄する計画であったのに、実際には、首絞め行為の時点ではVは生存しており、海に落とされた後溺死しているという点にある。犯行態様及び計画性に照らせば首絞め行為が殺人罪の実行行為に当たることには争いがないと思われるが、当初の想定と実際の因果経過が異なった場合に、因果関係や故意が認められるかが問題となる。この点について参考になるのが砂未吸引事件(大判大12・4・30/百選I[第7版][15])である。判例は、首絞め行為と死亡結果との間の因果関係を肯定しており、死体遺棄の目的に出た行為はその因果関係を遮断しないとしていることを参考にされたい。

— MEMO —

## 刑法 解答例

第1 甲がAに対して本件土地を売却した行為について

- 1 上記行為に業務上横領罪（刑法253条）が成立しないか。  
上記行為は業務上横領罪と背任罪（247条）の両方の成否が問題となりうるところ、両罪は法条競合の関係にあるから、より重い罪である業務上横領罪の成否から検討する。
- 2 まず、不動産業者は職務上、反復継続して不動産の抵当権設定登記などの事務を行い、抵当権設定登記のために不動産を管理するから、本件土地への抵当権の設定は、「業務」に当たる。
- 3 次に、「占有」は事実的支配のみならず法律的支配を含むところ、甲はVから本件土地の登記済証や白紙委任状を預かり、本件土地の売却等の処分をすることが可能であった。そのため、甲に本件土地の法律的支配が認められ、本件土地は、「自己」甲が「占有」する「他人」Vの「物」であるといえる。
- 4 さらに、甲は本件土地への抵当権の設定というVからの委託の趣旨に違背して本件土地を売却している。これは、不法領得の意思が発現したものとして「横領」したとも思える。  
しかし、不動産の売却においては、所有権移転登記が完了して初めて所有権侵害が生じ、横領既遂となるところ、甲はAに所有権移転登記に必要な書類を交付したにすぎず、未だ所有権移転登記が完了していない。そのため、本件土地売買は「横領」に当たらない。
- 5 よって、甲の上記行為に業務上横領罪は成立しない。

6 では、Aに対する本件土地の売却行為に背任罪が成立しないか。

甲は、Vから抵当権設定の委託を受けていることから、「他人」Vの「ために」「その事務を処理する者」に当たるといえる。また、甲は抵当権設定の委託を受けているにもかかわらず、Aに対して本件土地を売却しているため、「その任務に背く行為」をしたといえる。そして、この任務違背行為については、「自己」甲の、500万円を着服しようという、「利益」を「図」る「目的」が認められる。

次に、「財産上の損害」の有無は、経済的見地から全体財産に損害が生じたかどうかについて検討する。

本件土地の売却行為は無権代理行為であり、かつ表見代理に関する規定の適用がないため、民法上本件土地の売却行為はV・A間においてその効果が帰属しない。すなわち、Vは本件土地の売買によって本件土地の所有権を失わないから、Vの全体財産について経済的見地から損害は生じていない。

7 よって、上記行為に背任未遂罪（250条・247条）が成立する。

第2 売買契約書に「V代理人甲」と署名し、それをAに渡した行為に有印私文書偽造罪（159条1項）及び同行使罪（161条1項）が成立しないか。

- 1 同罪の保護法益が、文書に対する公共の信頼であることに

鑑み、「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽る行為をいう。本件において、代理形式での売買契約書という文書の性質に照らせば、文書から理解される意思や観念の表示主体たる名義人は売買について代理権限のある甲である。これに対し、意思や観念の表示主体たる作成者は、売買について代理権限のない甲である。したがって、名義人と作成者に人格の齟齬が生じており、「偽造」が認められる。

2 甲は「署名」しており、また売買契約書は土地の売買という「権利・義務」に関する文書である。そして、真正な文書として使用するという「行使の目的」で、実際に売買契約書をAに渡しているから「行使」も認められる。

3 以上より、有印私文書偽造罪及び同行使罪が成立し、売買契約書は2通作成されているので、2罪ずつ成立する。

第3 甲が、Vの首を絞め同人を殺害した行為について殺人罪(刑法199条)が成立しないか。

1 事前に計画を立案した上で急所である首を力いっぱい絞めるという犯行態様及び計画性に照らせば、人を死に至らしめる可能性が認められるから、殺人罪の実行行為にあたる。

2 Vは溺死しているため、因果関係が認められるか。

(1) 実行行為の有する構成要件的结果発生の現実的危険が結果に実現しているといえる場合には、因果関係が認められる。

(2) 本件では、確かに直接の死因は海に落とされたことにあ

り介入事情の寄与度は大きい。もっとも、殺害行為を行った者がその後犯行の発覚を免れるため遺棄行為を行うことはありうるのであるから、首を絞める行為自体に遺棄されて溺死する危険が含まれると評価することができる。

したがって、行為の危険が結果に実現したといえるから、因果関係が認められる。

3 では、甲に故意(38条1項本文)が認められるか。いわゆる因果関係の錯誤が問題となる。

(1) 故意とは、構成要件該当事実の認識・認容をいうため、現実の因果経過と認識していた因果経過が同一構成要件内の範囲内にある限り、故意は阻却されない。

(2) 本件では、甲は首絞め行為によってVを殺害した認識を有していたが、現実の因果経過である海に落とす行為による溺死と殺人罪という同一構成要件内の範囲で符合しているため、故意は阻却されない。

4 以上により、甲に殺人罪が成立する。

第4 罪数

甲には、①背任未遂罪(250条、247条)、②有印私文書偽造罪(159条1項)及び③同行使罪(161条1項)が2罪ずつ成立し、②と③は牽連犯(54条1項後段)となる。その上で①と②③も牽連犯(54条1項後段)となり、これと④殺人罪(199条)とが併合罪(45条前段)となる。以上

● この点は判例・通説とは異なる。取引上重要な意味を持っているのは代理の資格であるから、代理資格の表示と代理人氏名の表示とが一体になったものが作成名義であるとする見解(資格氏名一体説)

— MEMO —

## 法律実務基礎（民事） 問題

司法試験予備試験用論文を適宜参照して、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】

「Aは、知人のBに対し、平成29年9月1日、弁済期を平成30年6月15日、無利息で損害金を年10%として、200万円を貸し渡しました。AとBは、平成29年9月1日、上記の内容があらかじめ記載されている「金銭借用証書」との題の書面に、それぞれ署名・押印をしたとのことです（以下、この書面を「本件借用証書」という。）。加えて、本件借用証書には、「Yが、BのAからの上記の借入れにつき、Aに対し、Bと連帯して保証する。」旨の文言が記載されました。AがBから聞いたところによれば、Yは、あらかじめ、本件借用証書の「連帯保証人」欄に署名・押印をして、Bに渡しており、平成29年9月1日に上記の借入れにつき、Bと連帯して保証したとのことです。なお、YはBのいとこであると聞いています。

ところが、弁済期である平成30年6月15日を過ぎても、BもYも、Aに何ら支払をさせませんでした。

私（X）は、Aから懇願されて、平成31年1月9日、この200万円の貸金債権とこれに関する遅延損害金債権を、代金200万円で、Aから買い受けました。Aは、Bに対し、私にこれらの債権を売ったことを記載した内容証明郵便（平成31年1月11日付け）を送り、同郵便は同月15日にBに届いたとのことです。

ところが、その後も、BもYも、一向に支払をせず、Yは行方不明になってしまいました。私は、まずは自分で、Bに対する訴訟を提起し、既に勝訴判決を得ましたが、全く回収することができていません。今般、Yの住所が分かりましたので、Yに対しても訴訟を提起して、貸金の元金だけでなく、その返済が遅れたことについての損害金全てにつき、Yから回収したいと考えています。」

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。
- (2) 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。
- (3) 弁護士Pは、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、以下の各事実を主張した。
  - (あ) Aは、Bに対し、平成29年9月1日、弁済期を平成30年6月15日、損害金の割合を年10%として、200万円を貸し付けた（以下「本件貸付」という。）。
    - (い) Yは、Aとの間で、平成29年9月1日、〔①〕。
    - (う) (い)の〔②〕は、〔③〕による。
    - (え) 平成30年6月15日は経過した。
    - (お) 平成31年1月〔④〕。

上記①から④までに入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。

- (4) 仮に、Xが、本件訴訟において、その請求を全部認容する判決を得て、その判決は確定したが、Yは任意に支払わず、かつ、Yは甲土地を所有しているが、それ以外のめぼしい財産はないとする。Xの代理人である弁護士Pは、この確定判決を用いてYから回収するために、どのような手続を経て、どのような申立てをすべきか、それぞれ簡潔に記載しなさい。

## 〔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。

### 【Yの相談内容】

「(a) 私(Y)はBのいとこに当たります。

確かに、Bからは、Bが、Xの主張する時期に、Aから200万円を借りたことはあると聞いています。また、Bは、Xの主張するような内容証明郵便を受け取ったと言っていました。しかし、私が、Bの債務を保証したことは決してありません。私は、本件借用証書の「連帯保証人」欄に氏名を書いていませんし、誰かに指示して書かせたこともありません。同欄に押されている印は、私が持っている実印とよく似ていますが、私が押したり、また、誰かに指示して押させたりしたこともありません。

(b) Bによれば、この200万円の借入れの際、AとBは、AのBに対する債権をAは他の者には譲渡しないと約束し、Xも、債権譲受時には、そのような約束があったことを知っていたとのことでした。

(c) また、仮に、(b)のような約束がなかったとしても、Bは、既に全ての責任を果たしているはずですが。

Bは、乙絵画を所有していたのですが、平成31年3月1日、乙絵画をXの自宅に持って行って、Xに譲り渡したとのことでした。Bは、乙絵画をとっても気に入っていたところ、何の理由もなくこれを手放すことはあり得ないので、この200万円の借入れとその損害金の支払に代えて、乙絵画を譲り渡したに違いありません。」

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) ①弁護士Qは、【Yの相談内容】(b)を踏まえて、Yの訴訟代理人として、答弁書（以下「本件答弁書」という。）において、どのような抗弁を記載するか、記載しなさい（当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。）。②それが抗弁となる理由を説明しなさい。
- (2) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(c)を踏まえて、本件答弁書において、以下のとおり、記載した。
- (ア) Bは、Xとの間で、平成31年3月1日、本件貸付の貸金元金及びこれに対する同日までの遅延損害金の弁済に代えて、乙絵画の所有権を移転するとの合意をした。
- (イ) (ア)の当時、[ ]。
- 上記[ ]に入る事実を記載しなさい。
- (3) ①弁護士Qは、本件答弁書において、【Yの相談内容】(c)に関する抗弁を主張するために、(2)の(ア)及び(イ)に加えて、Bが、Xに対し、本件絵画を引き渡したことに係る事実を主張することが必要か不要か、記載しなさい。②その理由を簡潔に説明しなさい。

## 〔設問3〕

Yが、下記のように述べているとする。①弁護士Qは、本件答弁書において、その言い分を抗弁として主張すべきか否か、その結論を記載しなさい。②その結論を導いた理由を、その言い分が抗弁を構成するかどうかに関し、説明しなさい。

## 記

Aが本件の貸金債権や損害金をXに譲渡したのだとしても、私は、譲渡を承諾していませんし、Aからそのような通知を受けたことはありません。確かに、Bからは、「Bは、Aから、AはXに対して債権を売ったなどと記載された内容証明郵便を受け取った。」旨を聞いていますが、私に対する通知がない以上、Xが債権者であると認めることはできません。

## 〔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た。同期日において、弁護士Pは、本件借用証書を書証として提出し、それが取り調べられ、弁護士Qは、本件借用証書のY作成部分につき、成立の真正を否認し、「Y名下の印影がYの印章によることは認めるが、Bが盗用した。」と主張した。

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、Y名義の保証につき、Yは、下記【Yの供述内容】のとおり、Xは、下記【Xの供述内容】のとおり、それぞれ供述した（なお、それ以外の者の尋問は実施されていない。）。

## 【Yの供述内容】

「私とBは、1歳違いのいとこです。私とBは、幼少時から近所に住んでおり、家族のように仲良くしていました。Bは、よく私の自宅（今も私はその家に住んでいます。）に遊びに来ていました。

Bは、大学進学と同時に、他の県に引っ越し、大学卒業後も、その県で就職したので、行き来は少なくなりましたが、気が合うので、近所に来た際には会うなどしていました。

平成29年8月中旬だったと思いますが、Bが急に私の自宅に泊まりに来て、2日間、滞在していききました。今から思えば、その際に、本件借用証書をあらかじめ準備して、連帯保証人欄に私の印鑑を勝手に押したのだと思います。私が小さい頃から、私の自宅では、印鑑を含む大事なものを寝室にあるタンスの一番上の引き出しにしまっていましたし、私の印鑑はフルネームのものなので、Bは、私の印鑑を容易に見つけられたと思います。この印鑑は、印鑑登録をしている実印です。Bが滞在した2日間、私が買物などで出かけて、B一人になったことがあったので、その際にBが私の印鑑を探し出したのだと思います。

私は、出版関係の会社に正社員として勤務しています。会社の業績は余り芳しくなく、最近ボーナスの額も減ってしまいました。私には、さしたる貯蓄はなく、保証をするはずもありません。

私は、平成29年当時、Bから、保証の件につき相談を受けたことすらなく、また、Aから、保証人となることでよいかなどの連絡を受けたこともありませんでした。

なお、本件訴訟が提起されて少し経った頃から、Bと連絡が取れなくなってしまい、今に至っています。」

## 【Xの供述内容】

「YとBがいとこ同士であるとは聞いています。YとBとの付き合いの程度などは、詳しくは知りません。

Bが、平成29年8月中旬頃、Yの自宅に泊まりに来て、2日間滞在したかは分かりませんが、仮に、滞在したとしても、そんなに簡単に印鑑を見つけ出せるとは思いません。

なお、Aに確認したら、Aは、Yの保証意思を確認するため、平成29年8月下旬、Yの自宅に確認のための電話をしたところ、Y本人とは話をすることができませんでしたが、電話に出たYの母親に保証の件について説明したら、『Yからそのような話を聞いている。』と言われたとのことです。」

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士P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Pは、前記の提出された書証並びに前記【Yの供述内容】及び【Xの供述内容】と同内容のY及びXの本人尋問における供述に基づいて、Yが保証契約を締結した事実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Pにおいて、上記準備書面に記載すべき内容を、提出された書証や両者の供述から認定することができる事実を踏まえて、答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。なお、記載に際しては、本件借用証書のY作成部分の成立の真正に関する争いについても言及すること。

## 法律実務基礎（民事） 解答のポイント

設問1においては、貸金債権を譲り受けたXが、保証人であるYに保証債務の履行を請求する訴訟を提起する場合の請求内容等を検討することとなる。

設問1(1)では、保証債務履行請求訴訟の訴訟物が問題となる。民法（以下、略す。）447条1項は、「保証債務は……債務に従たるすべてのものを包含する。」と規定している。保証債務の内容が①貸金債務、及び②遅延損害金債務を含んでいる場合であっても、訴訟物の個数は保証契約に基づく保証債務履行請求権1個となる点に注意が必要である。また譲受債権の請求であることから、いずれの者の間に生じた請求権であるかをも特定する必要がある。

設問1(2)では、保証債務の履行として①ないし②を同時に請求する場合の請求の趣旨が問題となる。遅延損害金が発生するのは貸金債権の弁済期が到来したときでなく、経過したときとなる。

設問1(3)では、貸金債権の譲受人が、貸金債務の保証人に保証債務の履行を請求する場合の請求原因事実が問題となる。具体的には、①貸金債権、②遅延損害金債権、③保証債権、④債権譲渡の原因事実を特定することとなる。①貸金債権については587条に従い返還合意、金銭交付、及び期限の到来を、②遅延損害金債権については415条及び412条に従い債務の発生原因事実、履行期の経過、及び損害の発生とその数额を、③保証債権については446条に従い主債務の存在、保証の合意、及び書面でなされたことを、④債権譲渡については譲渡債権の発生原因事実及び譲渡債権の移転原因事実を主張することとなる。

設問1(4)では、給付判決確定後に債務者の財産から債務の満足を得るための手続が問題となる。給付判決が確定しているため、債権者は債務名義（民事執行法22条1号）を取得している。もっとも、債務名義が存在していてもそれが現在執行力を有するかについてはさらに調査を要する。そこで執行力の存否を調査して債務名義の正本の末尾に執行力がある旨の証明を付記する必要がある。この手続を執行文の付与（民事執行法26条）という。その後、目的財産である甲土地につき、不動産執行（民事執行法25条本文、同法43条1項）の申立てを行うものと考えられる。

設問2においては、譲渡禁止特約の抗弁と代物弁済の抗弁が問題となる。

悪意を理由とする譲渡禁止特約の抗弁については、466条2項に従い譲渡禁止特約及び譲受人の悪意を主張することとなる。特約は本来合意の当事者のみを拘束するが、譲渡禁止特約は物権的効力を有していることから悪意重過失の譲受人にも効力を生ずる。

代物弁済の抗弁については、482条に従い、i 本来の債務の発生原因事実、ii 本来の債務の弁済に代えて物の所有権を移転するとの合意、iii 債務者が当時その物を所有していたこと、及びiv その合意に基づき給付の完了として、対抗要件を具備したことを主張する必要がある。本件においては、本来の債務が消滅したことを主張する必要があるため、ivについても主張が必要となる。

設問3は、Yの言い分をもとにした抗弁が成立するかどうかの結論とその理由を説明する問題である。Yの言い分の趣旨は、保証人Yの債権譲渡の承諾や、保証人Yに対する譲渡人Aによる債権譲渡の通知がないため、Xは債権譲渡をYに対抗することができないというものであるが、このような主張は抗弁を構成しない。なぜなら、債権譲渡の対抗要件である通知・承諾は、主債務者との間で行えば、保証人に対してもその効力が及ぶからである（大判明39.3.3）。当事者の関係を整理していき、問題の所在を的確に押さえることがポイントである。

設問4は、Xの代理人である弁護士Pの立場から、Yが保証契約を締結した事実が認められるという主張を展開させる問題である。解答に当たっては、本件借用証書のY作成部分の成立の真正（二段の推定）についての判断枠組みを示し、主張立証の構造を意識しながら論じていくことが重要である。具体的には、Yの印章による印影が顕出された事実からYの意思に基づく押印がされた事実が推定されるが（一段目の推定）、Yは「Y名下の印影がYの印章によること」は認めた上で、「Bが（Yの印鑑を）盗用した」と主張していることから、かかる推定に対する反証が問題となっている。このことを踏まえ、Bによる実印の盗用可能性及び保証契約締結の動機に関するYの主張に対し、説得的な反論を展開することが求められよう。単に事実や評価を羅列するのではなく、法的な判断枠組みを示しながら論述することがポイントである。

法律実務基礎（民事） 解答例

第1 〔設問1〕（1）

XのYに対するAY間の保証契約に基づく保証債務履行請求権1個

第2 〔設問1〕（2）

被告は、原告に対し、金200万円及びこれに対する平成30年6月16日から支払い済みまで年1割の割合による金員を支払え。

第3 〔設問1〕（3）

①（あ）の債務を保証する旨合意した。

②Yの意思表示

③書面

④9日、AはXに対し、本件貸付に係る200万円の貸金債権及びこれに関する遅延損害金債権を、代金200万円で売った。

第4 〔設問1〕（4）

1 XはYに対する請求を認容する旨の確定判決を債務名義として（民事執行法（以下、民執法）22条1号）、執行文付与の申立てをすべきである（民執法26条1項）。確定判決は執行証書以外の債務名義であるため、強制執行の実施には執行文付与が必要だからである（民執法25条本文）。

2 そして、Yのめぼしい財産は甲土地のみであるところ、Xは速やかに金銭支払を求めたいことから、甲土地という不動

産について強制執行したい。そこで、Xは、甲土地について換金すべく、強制競売の申立てを行うべきである（民執法43条1項）。

第5 〔設問2〕（1）

① 譲渡禁止特約の抗弁

② 当事者間の合意で譲渡禁止特約を締結し、AからXが本件貸付に係る貸金債権等を取得することはできないと主張する。この点、債権譲渡は自由にできる（民法466条1項本文）ところ、民法466条2項は譲渡禁止特約によって、債権の譲渡性を奪うという物権的効力を認めているため、このような主張をなし得る。

第6 〔設問2〕（2）

Bは、乙絵画を所有していた。

第7 〔設問2〕（3）

① 必要である。

② Qは、かかる代物弁済によって、主債務であるXB間の貸金債務が消滅し、附従性によって保証債務も消滅したと主張したい。ここで、代物弁済による債務の消滅には、代物の給付の完了として対抗要件具備まで必要である。このため、代物である乙絵画の引渡し（民法178条）がなされたことの主張まで必要となるからである。

第8 〔設問3〕

- ① 抗弁として主張すべきでない。
- ② Yの言い分は、AからXへの債権譲渡において、譲渡人Aが保証人Yに対しても債権譲渡の通知を行う必要があったというものである。しかし、指名債権譲渡における対抗要件として通知が必要なのは、債務者が債権譲渡の事実を認識することを通じて債権譲渡の事実を公示するためである（民法467条）から、債務者であるBへの通知があれば足りる。そして、保証債務は、その随伴性から、債権譲渡に伴って譲受人との関係に移行する以上、保証人に対する別途の通知は不要であり、Yの言い分は失当だからである。

第9 〔設問4〕

- 1(1) 保証契約締結は書面による必要がある（民法446条2項）ため、Yによる保証契約締結の事実が認められるには、本件の連帯保証契約書の成立の真正が問題となる。
- この点、文書の成立の真正は、印鑑がわが国の慣行上、厳重に保管されているという経験則に基づいて、文書中の印影が本人又は代理人の印章によるものであれば、本人等によって押印がなされた事実上推定され（1段目の推定）、そして、文書全体が本人等の意思によって作成されたことと推定される（2段目の推定。民事訴訟法228条4項）。
- (2) 本件で、Y名下の印影があり、これはYの印章によることは争いが無いが、押印の事実はYによるものではないと

Yは主張する。主債務者BはYの従兄弟で幼少時にY宅に遊びに頻繁に来ており、最近もY宅に泊まりに来ており、買物に出たYの不在時にBが見つけて無断で押印したというのであり、1段目の推定を覆そうとする主張である。

- 2(1) しかし、AがY宅に住むYの母に電話で確認したところ、Yによる保証について、Yの母は「Yからそのような話を聞いている。」と答えている。Yの母の発言は、Yに保証意思があることを推認させる点でYに不利な内容であるが、この母親はYと特に近い親族として、通常ならYに不利益な発言をしないと考えられるから、供述の信用性は高い。
- (2) 確かに、Yはさして貯蓄もないため保証契約を結ぶ動機もないとも思われるが、Yの母親の発言から、Yの保証意思が強く推認できるため、前述のように1段目の推定を覆そうとするYの主張が認められたとしても、Yの保証意思、即ち処分証書である本件保証書面の真正な成立に係る意思を否定することにはならない。
- (3) 以上から、Yが保証契約を締結したことが認められる。
- 以 上

— MEMO —

## 法律実務基礎（刑事） 問題

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

### 【事例】

1 A（25歳，男性）及びB（22歳，男性）は，平成31年2月28日，「被疑者両名は，共謀の上，平成31年2月1日午前1時頃，H県I市J町1番地先路上において，V（当時35歳，男性）に対し，傘の先端でその腹部を2回突いた上，足でその腹部及び脇腹等の上半身を多数回蹴る暴行を加え，よって，同人に，全治約2か月間を要する肋骨骨折及び全治約3週間を要する腹部打撲傷の傷害を負わせた。」旨の傷害罪の被疑事実（以下「本件被疑事実」という。）で通常逮捕され，同年3月1日，検察官に送致された。

送致記録に編綴された主な証拠の概要は以下のとおりである（以下，日付はいずれも平成31年である。）。

#### ① Vの警察官面前の供述録取書

「2月1日午前1時頃，H県I市J町1番地先路上を歩いていたところ，前から2人の男たちが歩いてきた。その男たちのうち，1人は黒色のキャップを被り，両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ており，もう1人は，茶髪で黒色のダウンジャケットを着ていた。その男たちとすれ違う際，黒色キャップの男の持っていた鞆が私の体に当たった。しかし，その男は謝ることなく通り過ぎたので，私は，『待てよ。』と言いながら，背後から黒色キャップの男の肩に手を掛けた。すると，その男たちは振り向いて私と向かい合った。茶髪の男が，『喧嘩売ってんのか。』などと怒鳴ってきたので，私が，『鞆が当たった。謝れよ。』と言うと，黒色キャップの男が，『うるせえ。』などと怒鳴りながら，持っていた傘の先端で私の腹部を突いた。私が後ずさりすると，その男は，再度，傘の先端で私の腹部を強く突いたため，私は，痛くて両手で腹部を押さえながら前屈みになった。すると，茶髪の男と黒色キャップの男が，私の腹部や脇腹等の上半身を足でそれぞれ多数回蹴った。私が，路上にうずくまると，男たちは去って行った。通行人が通報してくれて救急車で病院に搬送された。これらの暴行により，私は，全治約2か月間を要する肋骨骨折及び全治約3週間を要する腹部打撲傷を負った。

犯人の男たちについて，黒色キャップの男は，目深にキャップを被っていたのでその顔はよく見えなかった。また，私は，黒色キャップの男の方を主に見ていたので，茶髪の男の顔はよく覚えていない。」

#### ② 診断書

2月1日に，Vについて，全治約2か月間を要する肋骨骨折及び全治約3週間を要する腹部打撲傷と診断した旨が記載されている。

#### ③ Wの警察官面前の供述録取書

「2月1日午前1時頃，H県I市J町1番地先路上を歩いていたところ，怒鳴り声が聞こえたので右後方を見ると，道路の反対側で，男が2人組の男たちと向かい合っていた。2人組の男たちのうち，1人は，黒色のキャップを被り，両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ており，もう1人は，茶髪で黒色のダウンジャケットを着ていた。黒色キャップの男は，持っていた傘の先端を相手の男に向けて突き出し，相手の男の腹部を2回突いた。すると，相手の男は両手で腹部を押さえながら前屈みになった。さらに，茶髪の男と黒色キャップの男は，それぞれ足で相手の男の腹部や脇腹等の上半身を多数回蹴った。相手の男がその場にうずくまると，2人組の男たちは，その場から立ち去って行った。相手の男がうずくまったまま動かなかったので心配になって駆け寄り，救急車を呼んだ。

2人組の男たちについて，黒色キャップの男の顔は，キャップのつばで陰になってよく見えなかった。茶髪の男の顔は，近くにあった街灯の明かりでよく見えた。今，警察官から，この写真の中に犯人がいるかもしれないし，いないかもしれないという説明を受けた上，20枚の

男の写真を見せてもらったが、2番の写真の男が、『茶髪の男』に間違いがない。警察官から、この男はBであると聞いたが、知らない人である。」

④ W立会いの実況見分調書

犯行現場の写真及び図面が添付されており、また、Wが2人組の男たちの暴行を目撃した位置から同人らがいた位置までの距離は約8メートルであり、その間に視界を遮るようなものはなく、付近に街灯が設置されていた旨が記載されている。

⑤ A及びBが犯人として浮上した経緯に係る捜査報告書

犯行現場から約100メートル離れたコンビニエンスストアに設置された防犯カメラで撮影された画像の写真が添付されており、同写真には、2月1日午前0時50分頃、黒色のキャップを被り、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着た男と、茶髪で黒色のダウンジャケットを着た男の2人組が訪れた状況が撮影されている。また、同画像について、警察官が同店の店員から聴取したところ、同人は、「以前、ここに映っている黒色キャップの男と茶髪の男が酔って来店し、店内で騒いだので通報した。その際、臨場した警察官が、彼らの免許証などを確認していたので、その警察官なら彼らの名前などを知っていると思う。」と供述したため、その臨場した警察官に確認したところ、黒色キャップの男がA、茶髪の男がBであることが判明した旨が記載されている。

⑥ A方及びB方の捜索差押調書

2月28日、A方及びB方の捜索を実施し、A方において、傘、黒色キャップ、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパー及びA所有のスマートフォンを発見し、B方において、黒色のダウンジャケット及びB所有のスマートフォンを発見し、これらを差し押さえた旨がそれぞれ記載されている。

⑦ 押収したスマートフォンに保存されたデータに関する捜査報告書

A所有及びB所有のスマートフォンのデータを精査した結果、2月2日にAがB宛てに送信した「昨日はカラオケ店にいたことにしよう。」と記載されたメールや、同メールにBが返信した「防犯カメラとかで嘘とばれるかも。誰かに頼んで一緒にいたことにしてもらおうの？」と記載されたメールが発見された旨が記載されている。

⑧ Aの警察官面前の弁解録取書

「本件被疑事実について、私はやっていない。昨年、傷害罪で懲役刑に処せられ、現在その刑の執行猶予中であるため、二度と手は出さないと決めている。Bは、中学の後輩である。2月1日午前1時頃は犯行場所とは別の場所にいたが、詳しいことは言いたくない。生活状況について、結婚はしておらず、無職である。約1年前に家を出てからは、交際相手や友人宅を転々としている。」

⑨ Aの前科調書

平成30年に傷害罪で懲役刑に処せられ、3年間の執行猶予が付された旨が記載されている。

⑩ Bの警察官面前の弁解録取書

「本件被疑事実については間違いがない。」

2 検察官は、A及びBの弁解録取手続を行い、以下の弁解録取書を作成した。

⑪ Aの検察官面前の弁解録取書

⑧記載の内容と同旨。

⑫ Bの検察官面前の弁解録取書

「本件被疑事実については間違いがない。Vの態度に立腹し、Aが傘の先端でVの腹部を突いた後、私とAがVの腹部や脇腹等の上半身を足で蹴った。犯行当時、私は、茶髪で黒色のダウンジャケットを着ており、Aは、黒色のキャップを被り、両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ていた。Aは、中学の先輩で、その頃からの付き合いである。もし自分がこのように話したことが知られると、Aやその仲間の先輩たちなどから報復されるかもしれない。生活状況について、結婚はしておらず、無職である。自宅で両親と住んでいる。前科はない。」

検察官は、3月1日、両名につき勾留請求と併せて接見等禁止の裁判を請求し、同日、裁判官は、A及びBにつき本件被疑事実で勾留するとともに、⑦Aにつき接見等を禁止する旨を決定した。

なお、Aの勾留質問調書には、Aの供述として、「本件被疑事実については検察官に述べたとおり。」と記載され、Bの勾留質問調書には、Bの供述として、「本件被疑事実については間違いない。」と記載されている。

- 3 3月2日、Aの弁護人は、勾留状の謄本に記載された本件被疑事実を確認した上、Aと接見したところ、①Aは、「実は、Vに暴力を振るって怪我をさせた。Bと歩いていると、いきなり後ろから肩を手でつかまれた。驚いて勢いよく振り返ったところ、手に持っていた傘の先端が、偶然Vの腹部に1回当たり、私の肩をつかんでいたVの手が外れた。傘が当たったことに腹を立てたVが、拳骨で殴り掛かってきたので、私は、自分がやられないように、足でVの腹部を蹴った。それでもVは、『謝れよ。』などと言いながら両手で私の両肩をつかんで離さなかったため、私は、Vから逃げたい一心で更にVの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴った。

このとき、Bも、私を助けようとして、Vの腹部や脇腹等の上半身を足で蹴った。」旨話した。

- 4 その後、検察官は、所要の捜査を行い、以下の供述録取書を作成した。

- ⑬ Aの検察官面前の供述録取書

下線部①記載の内容と同旨。

- ⑭ Bの検察官面前の供述録取書

「自分が、Vの態度に立腹してVの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴って怪我をさせたことは間違いない。このとき、Aも一緒にいたが、Aが何をしていたのかは見えていないので分からない。」

- ⑮ Wの検察官面前の供述録取書

③記載の内容と同旨。

- 5 検察官は、所要の捜査を遂げ、A及びBにつき、本件被疑事実と同一の内容の公訴事実で公訴を提起した（以下、同公訴提起に係る傷害被告事件につき、「本件被告事件」という。）。

Aの弁護人は、検察官から開示された関係証拠を閲覧した上、再度Aと接見したところ、Aは、「本当は、Vの態度に腹が立って、VやWが言っているとおりの暴行を加えた。しかし、自分と同種前科による執行猶予中なので、もし認めたら実刑になるだろうし、少しでも暴行を加えたことを認めてしまうと、Vから損害賠償請求されるかもしれない。検察官には供述録取書記載のとおり話してしまったが、裁判では、犯行現場にはいたものの、一切暴行を加えていないとして無罪を主張したい。」旨話した。

- 6 第1回公判期日における冒頭手続において、【事例】の5記載の接見内容を踏まえ、Aは「犯行現場にはいたものの、一切暴行を加えていない。」旨述べ、⑦Aの弁護人も無罪を主張した。一方、B及びBの弁護人は、公訴事実は争わないとした。

その後、検察官が、①、②、④から⑦、⑨、⑪から⑬及び⑮記載の各証拠の取調べを請求したところ、Aの弁護人は、①、④、⑪から⑬及び⑮記載の各証拠について「不同意」とし、その他の証拠については「同意」との意見を述べた。また、Bの弁護人は、検察官請求証拠についてすべて「同意」との意見を述べた。

裁判所は、A及びBに対する本件被告事件を分離して審理する旨を決定し、分離後のBに対する本件被告事件の審理を先行して行った。

- 7 Bは、自身の審理における被告人質問において、「Aと歩いていたところ、いきなりVが『待てよ。』などと言ってきたので、何か因縁を付けられたと思った私は、『喧嘩売ってんのか。』などと言った。すると、Vは、『鞆が当たった。謝れよ。』などと言ってきたので、私は、その横柄な態度に腹が立った。Aが、『うるせえ。』などと怒鳴りながら、持っていた傘の先端でVの腹部を2回突き、私は、前屈みになったVの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴った。Aも、Vの腹部や脇腹等の上半身を足で多数回蹴っていた。このことは、逮捕された当初も話していたが、

途中からAに報復されるのが怖くなり、検察官にきちんと話すことができなかった。しかし、今は、きちんと反省していることを分かってもらおうと思い、本当のことを話した。」旨供述し、後日、結審した。

- 8 その後、分離後のAに対する本件被告事件の審理において、V及びWの証人尋問など所要の証拠調べが行われ、さらに、Bの証人尋問が行われた。その際、㊦Bは、一貫して「本件犯行時にAと一緒にいたことは間違いないが、Aが何をしていたのかは見ていないので分からない。」旨証言した。

後日、Aは、被告人質問で、自身が暴行を加えたことを否認した。

〔設問1〕

下線部㊧に関し、裁判官が、Aにつき、刑事訴訟法第207条第1項の準用する同法第81条の「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〕

検察官は、勾留請求時、㊨記載のWの警察官面前の供述録取書は、本件被疑事実記載の暴行に及んだのがA及びBであることを立証する証拠となると考えた。A及びBそれぞれについて、同供述録取書は直接証拠に当たるか、具体的理由を付して答えなさい。また、直接証拠に当たらない場合は、同供述録取書から、前記暴行に及んだのがAであること又は前記暴行に及んだのがBであることが、どのように推認されるか、検察官が考えた推認過程についても答えなさい。なお、同供述録取書に記載された供述の信用性は認められることを前提とする。

〔設問3〕

Aの弁護人は、3月2日の時点で、下線部㊩のAの話の踏まえ、仮にAが公訴提起された場合に冒頭手続でどのような主張をするか検討した。本件被疑事実中、「傘の先端でその腹部を2回突いた」こと及び「足でその腹部及び脇腹等の上半身を多数回蹴る暴行を加え」たことについて、それぞれ考えられる主張を、具体的理由を付して答えなさい。

〔設問4〕

下線部㊪に関し、Aの弁護人が無罪を主張したことについて、弁護士倫理上の問題はあるか、司法試験予備試験用法律文中の弁護士職務基本規程を適宜参照して論じなさい。

〔設問5〕

下線部㊫のBの証人尋問の結果を踏まえ、検察官は、新たな証拠の取調べを請求しようと考えた。この場合において、検察官が取調べを請求しようと考えた証拠を答えなさい。また、その証拠について、弁護人が不同意とした場合に、検察官は、どのような対応をすべきか、根拠条文及びその要件該当性について言及しつつ答えなさい。

**法律実務基礎（刑事） 解答のポイント**

設問1においては、「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」に該当すると判断した裁判官の思考過程を、具体的事実を指摘しつつ検討する必要がある。

判断要素としては勾留請求の場面における罪証隠滅のおそれ（60条1項2号）と同様の判断要素を踏まえて検討すればよいと考える。

もっとも、81条の趣旨は、罪証隠滅のおそれは勾留により一応防止されているものの、さらに接見交通による罪証隠滅のおそれが考えられるため、これを防止するところにある。その意味で、勾留によっては防止できない罪証隠滅のおそれを意識しながら検討する必要がある。

本件では、Aは勾留されているものの、Aだけではなく、Aの友人もBとの間に先輩後輩の関係がある。そのため、Aに自由な接見を許すと、その機会を利用してBに働き掛け罪証隠滅を行うおそれがあるため、裁判官は接見等を禁止するべきと判断したのであろう。

設問2においては、犯人性についての推認過程が問われている。証拠構造を踏まえて、解答することが肝要である。解答については、Aについては、犯人の顔を目撃していないのに対して、Bについては、犯人の顔を目撃できているという差異を踏まえて解答したい。

設問3については、冒頭手続において弁護人が行うべき主張が問われている。弁護人としては、依頼人の主張を漏らさず主張する必要がある。本問では、傘による暴行については、過失であったことや1度しか突いていないという主張を行うべきであろう。また、足による暴行については、相手方の暴行に対抗するための正当防衛であったとの主張をすることになる。

設問4は、弁護士倫理が問われている。弁護人は依頼者に対して誠実義務を負っている一方、真実義務をも課されている（弁護士職務基本規程第5条）ところ、依頼者が弁護人に有罪を告白した場合は、まさに誠実義務と真実義務の対立する場面であるといえるからである。このような場合については、一般的に、無罪主張をすることは消極的誠実義務に違反するものではないとするが、事件の見通しを説明し、無罪主張がかえって悪い結果を導くことがあることを説明すべきと考えられている。本件では、上記の様な説明を行わなかった点に弁護士倫理上の問題があるといえるだろう。

設問5では、証人尋問における証言の信用性を減殺する手段が問われている。この点については、Bは取調べにおいては、Aの犯行を詳細に話していたことに着目すべきである。検察官としては、公判供述の信用性を弾劾するために、かかる検察官面前調書を刑事訴訟法328条の弾劾証拠として提出すべきであろう。

法律実務基礎（刑事） 解答例

第1 設問1

- 1 ①罪証隠滅の対象, ②その具体的態様, ③客観的可能性, ④主観的可能性を判断要素として検討する。
- 2 罪証隠滅の対象はBである。そして, Aは犯行を否認しているため, Bの証言を歪めることで, 自己の犯罪行為に関する事実に影響を与えようとするのが考えられる(①)。
 

犯行当時BはAと一緒にいたことから, 口裏合わせやBを威迫するために, Aに接見した友人等を介してBへ伝言をすることで, Bの証言が歪められることがあり得る(②)。

AはBが勾留されていることを知っており, AがBの先輩という上下関係を利用し罪証隠滅をする可能性がある(③)。

Aは傷害罪(刑法204条)という重大犯罪で逮捕されている。そして, 犯行時刻が午前1時頃と深夜であり, 目撃者も少ないことから, Aと一緒にいたBの証言は有力な証拠となる。

また, Aは傷害罪の前科があり執行猶予中であるため, 再犯により実刑を避けたいという動機が働く。そして, Bが被疑事実を認め, 一方でAが否認しているという矛盾があることから, Bに働き掛ける主観的可能性がある(④)。
- 3 よって, Aには「罪証を隠滅する…理由がある」といえる。

第2 設問2

- 1 Bについて
  - (1) 直接証拠とは, 主要事実を直接に証明する証拠である。

本件での主要事実, Bの本件被疑事実における犯人性である。したがって, Wの供述録取書が, Bが暴行を行ったことを直接に証明する場合, 供述録取書は直接証拠に該当する。

(2) 本件について, Wの供述録取書から, 茶髪で黒色のダウンジャケットを着ていた男がVに暴行を加えていたことを, Wが目撃した事実を証明できる。また, Wは, 街頭の明かりに照らされた犯人の顔を目撃しており, Wが犯人の顔を見た事実を証明できる。そして, Wは20名という大勢の男の写真を警察官から見せてもらっており, この中に犯人はいないかもしれないと言われながらも, Bが茶髪の男であると断定しているため, 茶髪の男がBであると証明できる。

(3) 以上を併せ考えれば, Wの供述録取書は, BがVに対して暴行を行ったのをWが目撃したという主要事実を直接証明するため, 直接証拠にあたる。

2 Aについて

(1) Wは, 犯人の顔を直接目撃することができていないため, Aが暴行を行ったという要証事実を直接に証明することはできない。したがって, Wの供述録取書は直接証拠にあたらぬ。

(2) しかし, Wの供述録取書は, Wが事件当時, 黒色キャップを被り, 両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーを着ていた男がVに暴行を加えたとの間接事実を証明することができる。そして, 犯行時刻の10分前にわずか100メートル

ルの距離のコンビニエンスストアにおいて上記の姿をしていた男が防犯カメラによって確認されているため、この男が犯人である嫌疑が相当程度認められる。また、その男の免許証を見た警察官の供述から、その男がAであることが証明できるところ、A方の搜索差押えによって、黒色キャップや両腕にアルファベットが描かれた赤色のジャンパーが発見されているため、Aが犯人であることを強く推認する。加えて、Aは、「防犯カメラとかで嘘がばれるかも。」などというアリバイ工作を匂わせるメールをBに対して送信しており、犯人性を推認させる。

(3) 以上の様に、Wの供述録取書からAの犯人性を推認することができるため、Wの供述録取書は間接証拠となる。

### 第3 設問3

1 まず、Aの弁護人は、冒頭手続の罪状認否（刑訴法291条4項後段）において、傘の先端でVの腹部を突いた行為について傷害罪（刑法204条）の成立を否認するとの主張をする。なぜなら、傘の先端は偶然Vの腹部に当たったのであり、暴行1について認識・認容がなく、故意に欠けるからである。

2 次に、情状事実として、Aは公訴事実と異なり、Vに対して1回しか傘を刺していないとの主張をすることが考えられる。

3 さらに、足でその腹部及び脇腹の上半身を多数回蹴る暴行を加えた行為には正当防衛（36条1項）が成立し、傷害罪の成立を否認するとの主張をする。なぜなら、上記行為は拳骨の

殴打や両手で両肩を掴むというVによる「急迫不正の侵害」に対して「やむを得ずにした」行為だからである。

### 第4 設問4

Aの弁護人が無罪を主張したことは、以下の理由から真実義務（弁護士職務基本規程5条）違反の問題が生じうる。

すなわち、依頼者が有罪であることを知りながら、依頼者に対して無罪主張が悪い結果を導きうることを説明する措置を採ることなく、法廷で無罪主張をすることは消極的真実義務に違反する。

Aの弁護人はAが犯人であることを知ったにもかかわらず、Aに対して上記措置を採ることなく、無罪主張をしている。したがって、上述のように真実義務違反が生じる。

### 第5 設問5

検察官としては⑫のBの検察官面前調書の取調べ請求をすることが考えられる。これに対して弁護人が不同意（刑訴法326条1項）をした場合、検察官としては、上記調書はBの証人尋問での供述の証明力を争うために用いられるから328条により証拠能力が認められると主張する。

同条が証拠能力を認める証拠の範囲は自己矛盾供述に限られるところ、⑫のBの「Aと一緒にVに暴行を振るった」旨の供述は「Aが何をしていたのかは見えていない」旨の証言と矛盾する。

したがって、⑫は同条により証拠能力が認められる。以上

— MEMO —







**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。

LU19566