

予備試験

---

令和2年予備試験  
論文式試験分析会  
民法・憲法・刑法・実務基礎

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 207438

LU20743



## 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、早くに夫と死別し、A所有の土地上に建物を建築して一人で暮らしていた（以下では、この土地及び建物を「本件不動産」という。）。Aは、身の回りのことは何でも一人で行っていたが、高齢であったことから、近所に住むAの娘Bが、時折、Aの自宅を訪問してAの様子を見るようにしていた。
2. 令和2年4月10日、Aの友人であるCがAの自宅を訪れると、Aは廊下で倒れており、呼び掛けても返事がなかった。Aは、Cが呼んだ救急車で病院に運ばれ、一命を取り留めたものの、意識不明の状態のまま入院することになった。
3. 令和2年4月20日、BはCの自宅を訪れ、Aの命を助けてくれたことの礼を述べた。Cは、Bから、Aの意識がまだ戻らないこと、Aの治療のために多額の入院費用が掛かりそうだが、突然のことで資金の調達のあてがなく困っていることなどを聞き、無利息で100万円ほど融通してもよいと申し出た。  
そこで、BとCは、同日、返還の時期を定めずに、CがAに100万円を貸すことに合意し、CはBに100万円を交付した（以下では、この消費貸借契約を「本件消費貸借契約」という。）。本件消費貸借契約締結の際、BはAの代理人であることを示した。Bは、受領した100万円をAの入院費用の支払に充てた。
4. 令和2年4月21日、Bは、家庭裁判所に対し、Aについて後見開始の審判の申立てをした。令和2年7月10日、家庭裁判所は、Aについて後見開始の審判をし、Bが後見人に就任した。そこで、CがBに対して【事実】3の貸金を返還するよう求めたところ、BはAから本件消費貸借契約締結の代理権を授与されていなかったことを理由として、これを拒絶した。

## 【設問1】

Cは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対して、貸金の返還を請求することができるか。

5. その後、Aの事理弁識能力は著しい改善を見せ、令和3年7月20日、【事実】4の後見開始の審判は取り消された。しかし、長期の入院生活によって運動能力が低下したAは、介護付有料老人ホーム甲に入居することにし、甲を運営する事業者と入居に関する契約を締結し、これに基づき、入居一時金を支払った。また、甲の入居費用は月額25万円であり、毎月末に翌月分を支払うとの合意がされた。同日、Aは、甲に入居した。
6. Aは、本件不動産以外にめぼしい財産がなく、甲の入居費用を支払えなくなったことから、令和4年5月1日、知人のDから、弁済期を令和5年4月末日とし、無利息で500万円を借り入れた。
7. 令和5年6月10日、Aは、親族であるEから、本件不動産の売却を持ち掛けられた。Eは、実際には本件不動産が3000万円相当の価値を有していることを知っていたが、Aをだまして本件不動産を不当に安く買い受けようと考え、様々な虚偽の事実を並べ立てて、本件不動産の価値は300万円を超えないと言葉巧みに申し向けた。Aは、既に生活の本拠を甲に移しており、将来にわたって本件不動産を使用する見込みもなかったことから、売買代金を債務の弁済等に充てようと考え、その価値は300万円を超えないものであると信じて、代金300万円 で本件不動産を売却することにした。そこで、同月20日、Aは、Eとの間で、本件不動産を代金300万円 で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、同日、本件自宅についてAからEへの売買を原因とする所有権移転登記（以下「本件登記」という。）がされた。

8. 令和5年7月10日、本件売買契約の事実を知ったDは、Aに対して、本件不動産の価値は3000万円相当であり、Eにだまされているとして、本件売買契約を取り消すように申し向けたが、Aは、「だまされているのだとしても、親族間で紛争を起こしたくない」として取り合おうとしない。なお、本件売買契約に基づく代金支払債務の履行期は未だ到来しておらず、Eは、本件売買契約の代金300万円を支払っていない。

〔設問2〕

Dは、本件不動産について強制執行をするための前提として、Eに対し、本件登記の抹消登記手続を請求することを考えている。考えられる複数の法律構成を示した上で、Dの請求が認められるかどうかを検討しなさい。

## 民法 解答のポイント

設問1では、CのAに対する消費貸借契約に基づく貸金返還請求の可否が問題となっている。

本問では、BがAの代理人として顕名をした上でCとの間で消費貸借契約（以下「本件消費貸借契約」という。）を締結しているが、実際にはAからBに対して代理権は与えられておらず無権代理となっており、本件消費貸借契約は無効となるのが原則である。また、その後Aの後見人に就任したBが追認拒絶権を行使することで、無効であることが確定するため、Cの上記請求は認められないのが原則であることをまずは指摘すべきである。

もっとも、Bは確かにAの後見人であり包括的な代理権を有しているものの、無権代理人であった。そこで、無権代理人が本人の後見人として就任した場合の追認拒絶の可否が問題となることを指摘したい。本問で想起される判例は、無権代理人が本人を相続した判例（最判昭40.6.18）及び後見人が追認拒絶した判例（最判平6.9.13/百選I[第8版][6]）であろう。もっとも、本問では、本人を相続した場面でもなければ、後見人となった者が無権代理行為を行った者である点で双方の判例が直接該当するわけではない点には注意を要する。双方の事案との相違点を意識しつつ、本問の事案に即して解答することになる。本問としては、100万円がAの入院費のためであること、その価額も適正なものであること、請求を認めないとCに多大な不利益を生じること等を指摘していきたい。

設問2では、Dが本件不動産に対して強制執行するための準備手段としてEに対して本件登記の抹消登記手続請求するにあたっての手段が「複数」問われている。

本問では、Aには本件不動産以外にめぼしい財産がないこと、Dが本件不動産について強制執行するために当該手段を採ろうとしていることから、責任財産の保全のための手段であることは容易に想到するだろう。そして、AE間の本件売買契約がEの欺罔によってなされていることから、この契約をなかったことにすることがDの求める結論である。そのため、①詐害行為取消権、②Aの詐欺取消権についての債権者代位、③Aの錯誤取消権についての債権者代位、が思いつくと思われる。①について、Aはあくまでも相当の価額で債務の弁済等に充てるために本件不動産を売却していることから、詐害意思が否定されないのではないかを指摘する必要がある。424条の2が民法改正により新設された趣旨から主観的には相当対価での処分の場合の帰結を示す必要があろう。②③については、詐欺取消権及び錯誤取消権が被代位債権にあたることを認定しつつ、その余の要件も充足することを指摘した上で、請求が認められることを丁寧に説明する必要がある。また、錯誤取消しについては、平成29年の民法改正によって条文が変わったこともあり、条文に沿った丁寧なあてはめを心がける必要があるのはいうまでもない。

## 民法 解答例

## 第1 〔設問1〕

1(1) CがAに対して本件消費貸借契約に基づき、貸金返還請求をするには、当該契約の効果がAに帰属する必要がある。ここで、BがAの代理人として本件消費貸借契約をBC間で締結している。

本件では、代理人Bによる本件消費貸借契約の締結、契約締結の際に代理人Bが本人Aのためにすることを示した(顕名)が、契約締結に先立って、本件消費貸借契約締結の代理権をAはBに対して、予め授権していなかったため、要件を欠いている(99条1項)。

(2) すると、113条1項により、本人たるAが承認しない限り、無効であって、Aに効果帰属しないことになる。

2(1) ここで、Bは後見開始の審判を経てAの後見人に就任しており、後見人として、被後見人Aの財産に関する法律行為についてAを代表する(859条1項)。すると、Bは本人Aの法定代理人として追認拒絶することができることになる。

しかし、Bが自ら無権代理行為をしていながら、Aの後見人としてその追認を拒絶することは、認められるか。

(2) 後見人は、被後見人との関係上、善管注意義務を負う(869条、644条)のであるから、後見人が被後見人を代理して一定の法律行為をするか否かを決するに際しては、その時点での被後見人のおかれた状況を考慮して、被後見人の利益に合致するよう適切な裁量を行使すべきと解する。また、当該法律行為に相手方がある場合、取引の安全等相手方の利益にも相応の配慮をしなければならないが、代理権の行使が信義則に反することは許されない。

そこで、後見人が、その職務範囲で被後見人の無権代理人としてした行為の追認を拒絶することが信義則に反するか否かは、①当該法律行為に至るまでの経緯、②当該法律行為の性質、③追認で被後見人が受ける不利益と追認拒絶で相手方が受ける不利益を総合して決するべきである。

(3) 本件で、①に関して、一人暮らしのAが倒れていたところをAの友人Cが救急車で病院まで運び、Aは一命を取り留めたためであり、入院のための資金調達のあてがないAに対し、Cが無利息で100万円を融資しようと本件貸借契約を申し出たのである。そして、②に関し、本件貸借契約は無利息であるためCにとって営利性はなく、100万円という、当座の入院費用として相応な金額である。また、③に関し、Aを代理してBが追認しても、貸金は友人Cであって無利息であるからAへの返済額は100万円にとどまるので不利益は小さく、追認を拒絶すればCは100万円の返済を受けられず、不利益は大きい。

以上を総合すると、Aの利益のために締結された本件消費貸借契約をBが追認拒絶することで、Cは100万円の貸倒れという大きな不利益を負うのである。よって、Bによる追認拒絶が信義則に反し、許されない。

よって、Cは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対し、貸金の返還を請求することができる。

## 第2 〔設問2〕

1 詐害行為取消権(424条1項)の行使

(1) Aは、本件売買契約を詐害行為取消すると考えられる。

DはAに対する貸金債権という被保全債権を有し、本件売買契約の前で成立している。

(2) しかし、Aは本件売買契約を締結したのは、Dへの500万円の貸金債務を弁済するためであったが、他方で、3000万円相当の価額であるにもかかわらず、300万円で売却している。このような場合も、「債権者を害することを知って」といえるか。

許行為取消権の制度は、一般債権者保護を目的としつつも、他方で、債務者の財産への過度な介入を認めるべきではない。また、客観的に相当対価での財産処分行為の場合について定めた424条の2の制度趣旨は、経済的算知にある債務者の再建の機会を確保することにあるから、再建のための相当価格と認識した上での売却であれば、これを認める必要もある。

よって、債務者が債務の弁済のために相当対価と認識した上での売却は、「債権者を害することを知って」に当たらない。

(3) 本件では、Aは、債権者Dへの債務弁済の目的で本件不動産を売却したのであり、300万円との売却価額も、相当対価であるとの認識である。Eに騙された事情があるとしても、後見開始の審判の取り消されたに過ぎない高齢のAについてみると、相当対価であるとの認識もやむを得ないといえる。

よって、「債権者を害することを知って」に当たらない。

よって、Dは本件売買契約を許行為取消できず、これによってDの請求は認められぬ。

## 2 債権者代立権(423条1項)の行使

(1) Dは、Aの債権者として、本件売買契約についての取消権を代立行使することが考えられる。

(2) まず、Aは、Eから様々な虚偽の事実を並べ立てられ、本件不動産を、本

来3000万円相当の価値を有していたのに、300万円で売っているため、本件売買契約を詐欺取消することができる(96条1項)。

また、Aは本件不動産以外に十分な財産がないため、本件不動産が3000万円相当の価値を有していたのに300万円を超えない価値しかないことを認識していたので、「法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤(95条1項2号)に陥っていた。そして、本件不動産は甲が居住している唯一のめまほし不動産であることも踏まえれば、不動産の売却価額が10倍も異なることは、不動産を換金する目的や不動産取引上の社会通念を照らして重要なものであり(95条1項注書)、このことは黙示的にEに表示されている(95条2項)。よって、Aは本件売買契約を錯誤取消できる。

(3) そして、債権者代立権行使の要件ご関し、Aは本件不動産以外に十分な財産がなく、本件不動産の売却価額はDのAに対する貸金債権500万円を下回るため債務者Aは無資力状態であり、「債権を保全するため必要がある」。また、被保全債権の貸金債権500万円は弁済期が到来し(423条2項)ている。また、債権者代立権が責任財産保全を目的とする制度だから、共同担保の保全に適する全ての権利が代位の客体となるので、取消権も代立行使できる。そして、一身専属権でもない(423条1項但書)。

以上より、DはAの取消権を代立行使でき、本件登記の抹消登記手続を請求できる。

以上

**憲法 問題**

報道機関による取材活動については、一般にその公共性が認められているものの、取材対象者の私生活の平穩の確保の観点から問題があるとされ、とりわけ、特定の事件・事象に際し取材活動が過熱・集中するいわゆるメディア・スクラムについて、何らかの対策がとられる必要があると指摘されてきた。中でも、取材活動の対象が、犯罪被害者及びその家族等となる場合、それらの者については、何の落ち度もなく、悲嘆の極みというべき状況にあることも多いことから、報道機関に対して批判が向けられてきた。

そのような状況の下で、犯罪被害者及びその家族等の保護を目的として、これらの者に対する取材活動を制限する立法が行われることとなった。

具体的には、まず、「犯罪及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす行為」を「犯罪等」とし、「犯罪等により害を被った者及びその家族又は遺族」を「犯罪被害者等」とした上で、報道を業とする者（個人を含む。以下「報道関係者」という。）の取材活動について、犯罪被害者等に対して取材及び取材目的での接触（自宅・勤務先等への訪問、電話、ファックス、メール、手紙、外出時の接近等）を行うこと（以下「取材等」という。）を禁止する。ただし、当該犯罪被害者等の同意がある場合はこの限りでない（この同意は、報道関係者一般に対するものでも、特定の報道関係者に対するものでもあり得る。）。なお、捜査機関は、捜査に当たる場合には、犯罪被害者等が取材等に同意するか否かについて確認し、報道関係者から問合せがあった場合には回答するものとするほか、犯罪被害者等が希望する場合には、その一部又は全員が取材等に同意しないことを記者会見等で公表することもできる。

次に、以上の取材等の禁止（犯罪被害者等の同意がある場合を除く。）に違反する報道関係者があった場合、捜査機関が所在する都道府県の公安委員会は、当該報道関係者に対して、行政手続法等の定めるところに従い憲法上適正な手続を履践した上で、取材等中止命令を発することができる。この命令に違反した者は処罰される。したがって、犯罪被害者等へ取材等を行うことは、犯罪被害者等の同意がある場合を除き禁止されるが、直ちに処罰されるわけではなく、処罰されるのは取材等中止命令が発出されているにもかかわらず、取材等を行った場合であるということになる。

なお、犯罪被害者等は、取材等中止命令の解除を申し出ることができ、その場合、当該命令は速やかに解除される。また、上述のとおり、犯罪被害者等の同意がある場合は、取材等の禁止は適用されない。

以上のような立法による取材活動の制限について、その憲法適合性を論じなさい。



**憲法 解答のポイント**

本問においては、①報道機関による取材活動の自由が憲法上保障されるか、②取材活動の自由への制約がいかなる場合に正当化できるかが問題となる。

①については、博多事件フィルム判決（最判昭44.11.26）を踏まえつつ、報道の自由が憲法上保障されていることを説明した上で、本問で問題となっている報道機関による取材活動の自由が憲法上保障されるかについて、学説などを踏まえながら、説得的に論じることが必要になる。

②については、本件立法による取材活動の自由に対する制約の正当化につき、本件立法によって制約される権利の重要性やその態様、本件立法の仕組みを踏まえつつ、適切な審査基準を定立することとなる。

審査基準を用いてのあてはめにおいては、目的を問題文中の「犯罪被害者及びその家族等の保護」という文言に着目しながら、的確に論じる必要がある。そして、本件立法によって目的を達成できることについて触れつつも、取材等が制限されていることによる弊害を指摘しつつ、犯罪被害者等の保護という目的を達成する上での手段として過剰性を有するかなどについて問題文中の事情を踏まえて検討し、本件立法が取材活動の自由に対する制約として正当化できるか論じることが必要となる。

また、本問においては、徳島市公安条例事件（最判昭50.9.10）の規範を用いつつ、本件立法の内容が漠然性故に無効といえるか、及び過度に広範でないかについても触れられるとよいだろう。

## 憲法 解答例

第1 報道関係者が行う取材等を禁止する本件立法は、憲法（以下略）21条1項に違反し、違憲でないか。

1 まず、博多駅事件は、報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するものであるから、報道の自由は、表現の自由を規定した21条の保障の下にあるとし、また、報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、21条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならないとしている。

この点、上記判例の取材の自由に対する判示は明確ではないが、報道は取材・編集・発表という一連の行為からなるため、取材は報道の不可欠の前提といえる。そうだとすれば、取材の自由を保障しなければ、報道の自由の保障は達成されない。よって、取材の自由も21条によって保障されるものと考えられる。

2 本件において、取材等中止命令及びその違反による処罰は、取材に同意しない犯罪被害者等への取材等の制限にすぎず、同意がある場合や犯罪加害者、事件の目撃者への取材といった他の手段による取材は否定されないため、取材の自由に対する制約はないとも考えられる。しかし、犯罪被害者等はいわば事件の当事者であって、そのような者への取材は報道において重要な意義を有する。そのため、犯罪被害者等への取材等を禁止す

る本件立法は、取材の自由に対する制約といえる。

### 第2 文面審査

本件立法は、21条によって保障される取材の自由に対し、処罰をもって制約するものであるから、表現活動の萎縮効果を防止する観点、及び、31条による適正手続の観点から、明確性を有するものでなければならない。この点、徳島市公安条例事件は、法令の不明確性につき通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかによるものとした。本件において、犯罪等、犯罪被害者等につき定義をおき、行為態様も明示されているため、一般人の理解において基準が読み取れるものといえる。そのため、漠然性故に無効とはいえない。また、規制される行為を限定的に規定しているため、過度に広汎ともいえない。したがって、本件立法は明確性を有する。

### 第3 適用審査

1 (1) 取材活動は、その態様も多種多様であり、取材対象者の私生活の平穏の実現等というような憲法上の要請（13条参照）があるときは、ある程度の制約を受けることのあることも否定することはできない（博多駅事件参照）。そこで、以下、本件制約が正当化されるか検討する。

(2) 精神的自由の一つである取材の自由は、自己の思想及び人格を形成・発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく

うえにおいて欠くことのできないものであり、また、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも、必要などころであり、重要な権利である（よど号ハイジャック記事抹消事件参照）。

- (3) もっとも、取材活動は、表現行為である報道そのものではなく、その前提となる活動であるにすぎず、報道の自由そのものと比較して取材の自由の憲法上の保障の程度は弱い。

さらに、本件立法は、取材等の禁止に違反する報道関係者があった場合には、取材等中止命令が発せられ、この命令に違反した場合に初めて処罰されるという段階的な制約にとどまるため、制約の程度は強くはない。

- (4) したがって、本件立法による取材活動の制限は、立法目的が重要なものであり、目的と手段との間に実質的な関連性がない限り、違憲となると解する。

- 2(1) 本件立法の目的は、犯罪被害者等に対する取材活動を制限することによって、何の落ち度もなく、また悲嘆の極みというべき状況にあることも多い犯罪被害者等の私生活の平穩を確保するという犯罪被害者等の保護にあり、かかる目的の重要性は認められる。

- (2) 確かに、犯罪被害者等に対する取材等を、犯罪被害者等の同意がない限り禁止すれば、メディア・スクラム等が発生す

ることはなく、犯罪被害者の私生活の平穩は確保されるため、上記目的達成に役立つ。また、報道関係者は捜査機関に対して問い合わせをすることにより犯罪被害者等の同意の有無を明確に確認することができ、取材活動が過度に萎縮することはない。さらに、取材等中止命令の解除を犯罪被害者等は申し出ることができるため、事後的な翻意の機会は与えられており、取材の自由に対する過剰な制約ではないとも考えられる。

- (3) しかし、本件立法の仕組みでは、メディア・スクラム等が発生せず、犯罪被害者等の私生活の平穩が確保されるような取材等も一律に禁止されてしまうため、過剰な手段であり、目的と手段との間に実質的な関連性が認められないと解すべきである。本件立法の仕組みでは犯罪被害者等の同意は、報道機関ごとに取材を受けるか受けないか、0か100かを選べるにすぎないが、各報道機関による犯罪被害者等に対する接触の方法や場所、日時を限定する方法によることや犯罪被害者等が取材拒否の意思を表明した場合には取材をすることができなくするといったような措置によれば、メディア・スクラム等が発生し犯罪被害者等の私生活の平穩が害されるような事態が発生することを十分に防止できる。

- 3 よって、本件立法手段と目的との間に実質的な関連性が認められないため、本件立法は21条1項に反し、違憲である。 以上

## 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（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（28歳，男性，身長165センチメートル，体重60キログラム）は，2年前に養子縁組によって氏を変更し，当該変更後の氏名（以下「変更後の氏名」という。）を用いて暴力団X組組員として活動を始めた。甲は，自営していた人材派遣業や日常生活においては，専ら当該変更前の氏名（以下「変更前の氏名」という。）を用いていた。
- 2 甲は，X組と抗争中の暴力団Y組の組長乙を襲撃する計画を立てていたところ，乙が，実際中のA宅に足繁く通っているとの情報を入手した。甲は，A宅を監視する目的で，A宅の向かいにあるB所有のマンション居室（以下「本件居室」という。）を借りるため，某月1日，Bに会い，「部屋を借りたい。」と申し込んだ。Bは，暴力団員やその関係者とは本件居室の賃貸借契約を締結する意思はなく，準備していた賃貸借契約書にも「賃借人は暴力団員又はその関係者ではなく，本物件を暴力団と関係する活動に使いません。賃借人が以上に反した場合，何らの催告も要せずして本契約を解除することに同意します。」との条項（以下「本件条項」という。）を設けていた。Bは，甲に対し，本件条項の内容を説明した上，身分や資力を証明する書類の提示のほか，家賃の引落して使用する口座の指定を求めた。

甲は，自己がX組組員であり，A宅を監視する目的で本件居室を使用する予定である旨告げれば，前記契約の締結ができないと考え，Bに対し，X組組員であることは告げず，その目的を秘しつつ本件居室を人材派遣業の事務所として使用する予定である旨告げた。甲は，Bに変更後の氏名を名乗れば，暴力団員であることが発覚する可能性があると考え，Bに対し，変更前の氏名を名乗った上，養子縁組前に取得し，氏名欄に変更前の氏名が記載された正規の有効な自動車運転免許証を示した。また，甲は，養子縁組前に開設し，口座名義を変更していない預金口座の通帳に十分な残高が記帳されていたため，Bに対し，同通帳を示し，同口座を家賃の引落して使用する口座として指定した。甲は，同日，前記契約書の賃借人欄に現住所及び変更前の氏名を記入した上，その認印を押し，同契約書をBに渡した。Bは，甲が暴力団員やその関係者でなく，本件居室を暴力団と関係する活動に使うつもりもない旨誤信し，甲との間で上記契約を締結した。この際，甲には家賃等必要な費用を支払う意思も資力もあった。

なお，前記マンションが所在する某県では，暴力団排除の観点から，不動産賃貸借契約には本件条項を設けることが推奨されていた。また，実際にも，同県の不動産賃貸借契約においては，暴力団員又はその関係者が不動産を賃借して居住することによりその資産価値が低下するのを避けたいとの賃借人側の意向も踏まえ，本件条項が設けられるのが一般的であった。

- 3 乙の警護役であるY組組員の丙（20歳，男性，身長180センチメートル，体重85キログラム）は，同月9日午前1時頃，A宅前路上に停めた自動車に乗り，A宅にいた乙を待っていたところ，前記マンション敷地から同路上に出てきた甲を見掛けた。その際，丙は，甲のことを，風貌が甲と酷似する後輩の丁と勘違いし，甲に対し，「おい，こんな時間にどこに行くんだ。」と声を掛けた。これに対し，甲は，無言で上記路上から立ち去ろうとした。これを見た丙は，丁に無視されたと思い込み，同車から降りて甲を追い掛け，「無視すんなよ。こら。」と威圧的に言い，上記路上から約30メートル先の路上において，甲の前に立ち塞がった。丙は，その時，甲が丁でないことに気付くとともに，暴力団員風で見慣れない人物であったことから，その行動を不審に思い，乙に電話で報告しようと考え，着衣のポケットからスマートフォンを取り出した。他方，甲は，丙が取り出したものがスタンガン（高電圧によって相手にショックを与える護身具）であると勘違いし，それまでの丙の態度から，直ちにスタンガンで攻撃され，火傷を負わされたり，意識を失わされたりするのではないかと思い込み，同日午前1時3分頃，自己の身を守るため，丙に対し，とっさに拳でその顔面を1回殴ったところ，丙は，転倒して路面に頭部を強く打ち付け，急性硬膜下血腫の傷害を負い，そのまま意識を失った。なお，甲は，丙の態度を注視していれば，丙が取り出したもの

がスマートフォンであり、丙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識することができた。

甲は、同日午前1時4分頃、丙が身動きせず、意識を失っていることを認識したが、丙に対する怒りから、丙に対し、足でその腹部を3回蹴り、丙に加療約1週間を要する腹部打撲の傷害を負わせた。

丙は、同日午前9時頃、搬送先の病院において、前記急性硬膜下血腫により死亡したが、甲の足蹴り行為により死期が早まることはなかった。

## 刑法 解答のポイント

本問においては、まず甲がBに対して暴力団員であることを秘して、本件居室に関する賃貸借契約を締結した行為に詐欺利得罪（刑法246条2項）が成立するかが問題となる。本問においては、詐欺罪の構成要件の中でも、「欺く行為」について本件条項の存在や暴力団員について秘しているといった問題文中の事実を摘示しながら丁寧に論じつつ、その他の要件についても過不足なく当てはめることが必要となる。

次に、甲の本件居室に係る賃貸借契約書の賃借人欄に変更前の氏名を記載して押印しBに渡した行為に、有印私文書偽造及び同行使罪（刑法159条1項、161条1項）が成立するかが問題となる。本問において、甲は日常生活でも使用している変更前の氏名を契約書に記入したことが、「偽造」に当たるのかが問題となり、「偽造」の定義を明らかにしつつ、賃貸借契約書という文書の性質を踏まえながら、論じることが求められる。

そして、問題の後半部分においては、甲の丙の顔面を殴った行為（第1暴行）と、足で腹部を3回蹴った行為（第2暴行）について、一連一体の行為と評価できるかが問題となる。解答例においては、第1暴行と第2暴行につき、行為態様の共通性や時間的場所的接着性が認められるものの、意思の連続性が認められないことから、第1暴行と第2暴行を分けて検討している。これらの行為を一連一体の行為と評価することも可能であり、最決平20.6.25などを参考にしながら、自説について説得的に論じることが必要である。

まず、第1暴行は、甲は正当防衛の要件に当たる事実が存在しないにもかかわらず、丙がスタンガンで攻撃してくると誤信していたため、誤想防衛が成立し、第1暴行には傷害致死罪が成立しない。もっとも、甲は丙の態度を注視すれば、丙が暴行を加える意思がないことを容易に認識することができ、丙は甲に殴打されたことによって生じた傷害により死亡していることから、甲の行為には過失致死罪（刑法210条）が成立する。

そして、甲の丙が身動きしないにもかかわらず怒りから腹部を蹴った行為については、傷害罪（刑法204条）が成立する。

なお、罪数処理についても条文を指摘し、正確に当てはめることが必要である。

## 刑法 解答例

第1 甲のBに対して暴力団組員であること及び使用目的を秘しつつ、本件居室を人材派遣業の事務所として使用する予定であると告げた行為につき、詐欺利得罪（246条2項）が成立しないゆえ。

1 「欺く行為とは、財産上の利益の処分の判断の基礎をなす重要な事実を偽ることをいう。

甲は自らが暴力団X組員である旨及びA宅監視目的であることを秘した上で、本件居室を人材派遣業の事務所として利用する予定であると告げて、本件居室契約を締結している。Bは暴力員やその関係者とは本件居室の賃貸借契約を締結する意思がなかったこと、反社会的勢力排除条項たる本件条項が本件居室の賃貸借契約書に設けられていたこと、その旨口頭でも説明がなされていたことからすれば、BはXが暴力団組員であることを知っていたゆえ、本件居室の賃貸借契約を甲との間で締結することはなかったといえる。よって、当該行為は、財産上の利益の処分の判断の基礎をなす重要な事実を偽る行為にあたる。

よって、当該行為は「欺く行為」にあたる。

2 当該行為の結果、Bは、Xが本件居室を真に人材派遣業の事務所として利用するものと誤信し、本件居室の賃貸借契約を締結するに至っていることから、「財産上不法な利益を得た」といえる。

3 以上より、当該行為は詐欺利得罪が成立する。

第2 本件居室の賃貸借契約書（以下「本件契約書」という。）に変更前の氏名を記載した行為につき、有印私文書偽造罪（159条1項）及び同行使罪（161条1項）が成立しないゆえ。

1 甲は、本件賃貸借契約書を真正な文書としてBに対して交付する目的を有しており「行

使の目的」が認められる。また、本件契約書は、賃貸借契約が適法に存在することを証明する文書であることから、「権利・義務に関する文書」にもあたる。

2(1) もっとも、甲の記載した変更前の氏名は、甲が日常生活等で用いているものであるため、「偽造」したといえるかが問題となる。

(2) 159条1項の保護法益は文書に対する公共の信頼にあることから、「偽造」とは、名義人と作成者との間の人格的同一性の齟齬を生じさせることをいう。

(3) 作成名義人とは、その文書から看取される意思の主体をいうところ、本件契約書の作成名義人は、賃借人として記載された「変更前の氏名」を有する甲である。そして、作成者とは、文書作成に関する意思主体をいうところ、本件契約書を作成したのは甲であり、「変更前の氏名」は日常生活等でも使われていることから、名義人と作成者との間の人格的同一性の齟齬がないようにも思える。しかし、甲は暴力団X組員として活動する際は「変更後の氏名」を用いていた。そして、本件居室の賃貸借契約締結は、X組と抗争中の暴力団Y組の組長乙を襲撃するための下準備となされていたため、本件賃貸借契約書への記載はX組員の活動としての行為であるといえる。そのため、本件契約書の作成者は「変更後の氏名」を有する甲であり、作成名義人との間の人格的同一性の齟齬を生じさせているといえ、「偽造」にあたる。

4 変更前の氏名を記載していることから、「他人の・署名を使用して」ともいえる。

5 以上より、当該行為につき、有印私文書偽造罪が成立する。

6 また、本件契約書は「前二条の文書」であり、これを真正な文書としてBの認識可能な状態で置いていた以上「行使」といえ、偽造有印私文書行使罪が成立する。

第3 丙に暴行を加え、死亡させた行為につき、傷害致死罪（205条）が成立しないゆえ。

1(1) 丙の顔面を1回殴ること（以下「第1暴行」という。）は有形力の行使であり、これ

により丙は急性閉塞性心臓病の「傷害」を負っており、結果として「死亡させ」ているから、第1暴行は傷害致死罪（205条）の構成要件に該当する。また、丙の腹部を足で3回蹴ること（以下「第2暴行」という。）で丙は加齢約一週間で要する腹部打撲の「傷害」を負っており、かかる行為は傷害罪の構成要件に該当する。

もつとも、第1暴行の直後に第2暴行がなされており、時間的にも場所的にも両者は非常に近接している。そこで、第1暴行及び第2暴行を全体として一連一体の1個の行為とみることができるか。

- (2) 行為は主観と客観の統合であるから、①行為態様の共通性、②時間的・場所的近接性、③意思の連続性が認められる場合に行為の一体性が認められると解する。
- (3) 本問では、第1暴行と第2暴行はXの身体という同一の法益に向けられた有形力の行使であり、同一の機会に行われているから、①行為態様の共通性、②時間的・場所的近接性が認められる。もつとも、甲は第1暴行によって丙が身動きせず意識を失っていることを認識したうえで第2行為を行っており、もはや防衛の意思の有無という点で、両者が明らかに性質を異にするといわざるを得ない。そのため、両者の行為の間の意思の断絶が認められ、③意思の連続性が認められぬ。
- (4) したがって、第1暴行及び第2暴行は別個の行為として以下検討する。

2 前述のとおり、第1暴行は傷害致死罪の構成要件該当性が認められる。また、丙はスマートフォンを取り出そうとしたに過ぎず、甲の法益が侵害される危険性がなかったため、「急迫不正の侵害」は存在せず、正当防衛（36条1項）も認められぬ。

- (1) もつとも、甲は丙がポケットよりスタンガンを出そうとしているものと誤言しており、その主観においては「急迫不正の侵害」が認められ、正当防衛が成立していることになる。そこで、かかる場合に誤想防衛として責任故意が阻却されるか。

(2) 故意責任の本質は、規範の問題に直面したにもかかわらず、行為を行ったことに対する非難がある。そのため、正当防衛の事実を認識している場合には、規範に直面したといえず非難し得ないから、責任故意が阻却される。

(3) 甲は丙がスタンガンをポケットから出してくると誤言しており、主観においては「急迫不正の侵害」が認められ、これから自己を「防衛するため」に当該行為を行っており、かかる行為は武器等使用の原則及び丙が甲よりも若く体格も恵まれているから相当性を有するといえ「やむを得ずした行為」といえる。そのため、正当防衛の事実を認識していたといえる。

(4) よって、責任故意が阻却され、傷害致死罪が成立しない。

(5) もつとも、甲は丙がスマートフォンを取り出した物から取り出した物がスマートフォンであったことを容易に認識し得たことから、上記誤言をするにつき過失が認められ、過失致死罪（210条）が認められる。

3(1) 前述のとおり、丙の腹部を足で3回蹴る行為は傷害罪の構成要件に該当し、また、丙は意識を失っていることから正当防衛も成立せず、主観において防衛の意思が認められないことから責任故意の阻却も認められぬ。

(2) 以上より、当該行為につき、傷害罪が成立する。

#### 第4 罪数

以上より、甲には①詐欺利得罪、②有印私文書作成罪、③同行使罪、④過失致死罪、⑤傷害罪が成立し、①ないし③が目的手段の関係を立つから牽連犯（54条1項後段）となり、これと④、⑤が別個の行為のため併合罪（45条前段）となる。

以上

## 法律実務基礎科目（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。ただし、登記上の利害関係を有する第三者に対する承諾請求権（不動産登記法第68条参照）を検討する必要はない。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

## 〔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）はZ県の出身ですが、大学卒業後は仕事の都合でZ県を離れていました。近年、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考え、自宅を建築するためにZ県内で手頃な土地を探していたところ、甲土地の所有者であるAが甲土地を売りに出していることを知り、立地も良かったことから、甲土地を買うことにしました。

私は、令和2年5月1日、Aから、売買代金500万円、売買代金の支払時期及び所有権移転登記の時期をいずれも同月20日とし、代金の完済時に所有権が移転するとの約定で甲土地を買い受け、同月20日に売買代金を支払いました。なお、所有権移転登記については、甲土地の付近に居住し、料亭を営む私の兄のBを名義人とした方が都合がよいと考え、AやBと相談の上、B名義で所有権移転登記を経由することにしました。

ところが、甲土地の購入後、私は、引き続き勤務先で再雇用されることになり、甲土地上に自宅を建築するのを見合わせることにしました。すると、令和7年7月上旬頃、甲土地の隣地に住むCから、甲土地を使わないのであれば1000万円で買い受けたいとの申出があり、諸経費の負担を考慮しても相当のもうけができることから、甲土地をCに売ることにしました。

私は、早速、Cに甲土地を売却する準備にとりかかり、甲土地の登記事項証明書を取り寄せました。すると、原因を令和2年8月1日金銭消費貸借同日設定、債権額を600万円、債務者をB、抵当権者をYとする別紙登記目録（略）記載の抵当権設定登記（以下「本件抵当権設定登記」という。）がされていることが判明しました。

私は、慌ててBに確認したところ、Bは、経営する料亭の資金繰りが悪化したことから、令和2年8月1日、友人のYから、返済期限を同年12月1日、無利息で、600万円の融資を受けるとともに、甲土地に抵当権を設定したが、返済が滞っているとのことでした。

以上のとおり、甲土地の所有者は私であり、本件抵当権設定登記は所有者である私に無断でされた無効なものですので、Yに対し、本件抵当権設定登記の抹消登記を求めたいと考えています。なお、Bは、甲土地の所有権名義を私に戻すことを確約していますし、兄弟間で訴訟まではしたくありませんので、今回は、Yだけを被告としてください。」

弁護士Pは、令和8年1月15日、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、本件抵当権設定登記の抹消登記を求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することにした。

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、仮執行宣言の申立て（民事訴訟法第259条第1項）をしなかった。その理由を、民事執行法の関係する条文に言及しつつ、簡潔に説明しなさい。
- (4) 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、令和2年5月1日当時、甲土地を所有していた。
- (い) Aは、〔①〕。
- (う) 甲土地について、〔②〕。
- 上記①及び②に入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。

## 〔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の友人です。私は、令和2年7月下旬頃、Bから、Bが経営する料亭の資金繰りに困っているとして、600万円を貸してほしいと頼まれました。私は、他ならぬBの頼みではありましたが、金額も金額なので、誰かに保証人になってもらうか、担保を入れてほしいと告げました。すると、Bは、令和2年5月1日に所有者であるAから売買代金500万円で甲土地を買っており、甲土地を担保に入れても構わないと述べたため、私は、貸付けに応じることにしました。私は、令和2年8月1日、Bに対し、返済期限を同年12月1日、無利息で600万円を貸し付け、同年8月1日、Bとの間で、この貸金債権を被担保債権として、甲土地に抵当権を設定するとの合意をしました。ところが、Bは、令和4年12月1日に100万円を返済し、令和7年12月25日に200万円を返済したのみで、それ以外の返済をしません。

Xは、Xが令和2年5月1日にAから甲土地を買ったと主張していますが、同日にAから甲土地を買ったのはXではなくBであり、私は、所有者であるBとの間で甲土地に抵当権を設定するとの合意をし、その合意に基づき本件抵当権設定登記を経由したので、正当な抵当権者であり、本件抵当権設定登記を抹消する必要はありません。

- (b) 仮にXが主張するとおり、BではなくXが甲土地の買主であったとしても、Bは、令和2年8月1日の貸付けの際、甲土地の登記事項証明書を持参しており、私が確認すると、確かにBが甲土地の所有名義人となっていましたので、私は、Bが甲土地の所有者であると信じ、上記(a)で述べたとおり、Bに対して600万円を貸し付け、抵当権の設定を受けたのです。仮にXが甲土地の買主であったとしても、Xの意思でB名義の所有権移転登記がされたことは明らかですので、今回の責任はXにあることとなります。私は、本件抵当権設定登記の抹消に応じる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、本件訴訟の答弁書（以下「本件答弁書」という。）を作成した。

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】(a)の言い分を本件訴訟における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抗弁として主張する場合には、どのような抗弁を主張するか、その結論を記載し（当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。）、抗弁として主張しない場合は、その理由を説明しなさい。
- (2) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(b)を踏まえて、本件答弁書において、抗弁として、以下の各事実を主張した。

- (ア) Yは、Bに対し、令和2年8月1日、弁済期を同年12月1日として、600万円を貸し付けた。
- (イ) BとYは、令和2年8月1日、Bの(ア)の債務を担保するため、甲土地に抵当権を設定するとの合意をした（以下「本件抵当権設定契約」という。）。
- (ウ) 本件抵当権設定契約当時、〔①〕。
- (エ) (ウ)は、Xの意思に基づくものであった。
- (オ) Yは、本件抵当権設定契約当時、〔②〕。
- (カ) 本件抵当権設定登記は、本件抵当権設定契約に基づく。
- (i) 上記①及び②に入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。
- (ii) 弁護士Qが、本件答弁書において、【Yの相談内容】(b)に関する抗弁を主張するために、上記(ア)の事実を主張した理由を簡潔に説明しなさい。

### 〔設問3〕

弁護士Pは、準備書面において、本件答弁書で主張された【Yの相談内容】(b)に関する抗弁に対し、民法第166条第1項第1号による消滅時効の再抗弁を主張した。

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提として、二つの再々抗弁を検討したところ、そのうちの一方については主張自体失当であると考え、もう一方のみを準備書面において主張することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Qとして主張することとした再々抗弁の内容を簡潔に説明しなさい。
- (2) 弁護士Qが再々抗弁として主張自体失当であると考えた主張について、主張自体失当と考えた理由を説明しなさい。

### 〔設問4〕

Yに対する訴訟は、審理の結果、Xが敗訴した。すると、Bは、自分が甲土地の買主であると主張して、Xへの所有権移転登記手続を拒むようになった。そこで、弁護士Pは、Xの訴訟代理人として、Bに対して、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権を訴訟物として、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を求める訴訟（以下「本件第2訴訟」という。）を提起した。

第1回口頭弁論期日で、Bは、Aが令和2年5月1日当時甲土地を所有していたことは認めたが、AがXに対して甲土地を売ったことは否認し、自分がAから甲土地を買ったと主張した。

その後、第1回弁論準備手続期日で、弁護士Pは、書証として令和2年5月20日にAの銀行預金口座に宛てて500万円が送金された旨が記載されたX名義の銀行預金口座の通帳（本件預金通帳）及び甲土地の令和3年分から令和7年分までのBを名宛人とする固定資産税の領収書（本件領収書）を提出し、いずれも取り調べられ、Bはいずれも成立の真正を認めた。

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、Xは次の【Xの供述内容】のとおり、Bは次の【Bの供述内容】のとおり、それぞれ供述した。

#### 【Xの供述内容】

「私はZ県の出身ですが、大学卒業後は仕事の都合でZ県を離れていました。近年、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考え、自宅を建築するためにZ県内で手頃な土地を探していたところ、甲土地の所有者であるAが甲土地を売りに出していることを知り、立地も良かったことから、甲土地を買うことにし、Aとの間で、売買代金額の交渉を始めました。最初は、私が400万円を主張し、Aが600万円を主張していましたが、お互い歩み寄り、代金を500万円とすることで折り合いがつかしました。

私は、令和 2 年 5 月 1 日、兄の B と共に A 宅を訪れ、A と私は、口頭で、私が A から売買代金 5 0 0 万円で甲土地を買い受けることに合意しました。所有権移転登記については、甲土地の付近に居住し、料亭を営み地元でも顔が広い B を所有名義人とした方が、建物建築のための地元の金融機関からの融資が円滑に進むだろうと考え、A や B の了解を得て、B 名義で所有権移転登記を経由することにしました。私は、同月 2 0 日、私の銀行口座から A の銀行口座に 5 0 0 万円を送金して、売買代金を A に支払いました。ところが、甲土地の購入後、私は、引き続き勤務先で再雇用されることになったため、甲土地上に自宅を建築するのを見合わせることにし、甲土地は更地のままになり、金融機関から融資を受けることもありませんでした。

甲土地は、私の所有ですので、令和 3 年分から令和 7 年分までその固定資産税は私が負担しています。甲土地は、登記上は、B が所有者であり、B に固定資産税の納付書が届くので、私は、B から納付書もらって固定資産税を納付していました。」

### 【B の供述内容】

「私は、Z 県内の自己所有の建物で妻子と共に生活をしています。甲土地は、当初は、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考えた X が、自宅を建てるために購入しようと、A との間で代金額の交渉をしていました。しかし、X は、令和 2 年の正月、やはり老後も都会で生活したいと考えるようになったので、甲土地の購入はやめようと思う、ただ甲土地は良い物件であるし、A も甲土地を売りたいがっていると述べて、私に甲土地を購入しないかと打診してきました。

私は、早速甲土地を見に行ったら、立地もよく、X と A との間でまとまっていた 5 0 0 万円という代金額も安く感じられたことから、私が A から甲土地を買うことにしました。

もっとも、令和元年末に私の料亭が食中毒を出してしまい、客足が遠のいており、私自身が甲土地の売買代金をすぐに工面することはできなかったことから、差し当たり、X に立て替えてもらうことになりました。もちろん、私は、資金繰りがつき次第 X に同額を返還するつもりでしたが、なかなか料亭の売上げが回復せず、X に立替金を返還することができないまま、今日に至ってしまいました。このことは大変申し訳ないと思っています。

所有権移転登記の名義が私であることから、私が甲土地の所有者であることは明らかです。なお、甲土地の固定資産税は、私が支払っていると思いますが、税金関係は妻に任せており、詳しくは分かりません。」

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士 P は、本件第 2 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、前記の提出された各書証並びに前記【X の供述内容】及び【B の供述内容】と同内容の X 及び B の本人尋問における供述に基づいて、X が A から甲土地を買っ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、提出された各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。

## 法律実務基礎科目（民事） 解答のポイント

設問1では、XのYに対する、抵当権設定登記抹消登記手続を求める訴訟について問われている。

設問1(1)(2)は、頻出であるから確実に回答しなければならない。

設問1(3)について、本問は意思表示を命ずる判決についての訴訟であるところ、かかる判決は確定の時に被告の意思表示が擬制されるため、理論上は執行の余地がなく、仮執行宣言を付けられないと解釈されている。答案上は、民事執行法177条1項に言及しつつ、簡潔に説明することが求められる。

設問1(4)について、①及び②に入る具体的事実が問題となる。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権の要件事実は、(i) X所有及び(ii) Y名義の抵当権設定登記の存在であるところ、本件では、Yは令和2年5月1日にBがAから甲土地を購入したと主張しているから、同日のAの所有に権利自白が成立する。したがって、Pはiの主張として、同日、AがXに対し、甲土地を500万円で売却したことを主張する必要がある。

設問2では、Yの相談内容をもとに、弁護士Qがすべき主張について問われている。

設問2(1)について、【Yの相談内容】(a)は、Xの請求原因のうち(i)を否認するものである。したがって、抗弁として主張すべきではないこととなる。答案では、「簡潔に」との条件がないことから、他の設問にくらべて相対的に厚く理由を論じることになる。

設問2(2)(i)について、94条2項「第三者」の抗弁の要件事実が問われている。①には、虚偽の外観の存在をあらわす事実として、B名義の登記が存在していた事実が入る。②には、「善意」であることを示す事実として、B名義の登記が仮装されたものであることを知らなかった事実が入る。

設問2(2)(ii)について、(ア)の事実は、Yが甲土地について新たに独立した利害関係を有するに至ったという事実関係を示すものであるから、主張する必要がある。

設問3では、消滅時効の再抗弁に対する再々抗弁について問われている。本問では、Bは、BY間の消費貸借契約の支払期限である令和2年12月1日から5年が経過した令和7年12月25日に200万円を支払っているから、時効援用権の喪失を再々抗弁として主張できるとも思える。もっとも、Bは、時効期間経過前の令和4年12月1日に100万円を支払っている。かかる事実は、一部弁済であり、時効の更新事由である「承認」に該当する具体的事実にあたる。そうだとすると、時効期間が経過していないから、Qは、時効更新の再々抗弁が可能である。同主張が可能である以上、時効期間の経過を前提とする時効援用権の喪失は主張自体失当ということになる。なお、答案では、「簡潔に」との条件がないことから、他の設問にくらべて相対的に厚く理由を論じることになる。

設問4は、弁護士Pが、XがAから甲土地を買った事実が認められることを主張するための準備書面に記載すべき内容が問われている。答案においては、書証としては挙げられている本件預金通帳と本件領収書についてXに有利に評価することが求められる。また、X及びBの供述についても、Xに有利な評価を説得的にする必要がある。

— MEMO —

## 法律実務基礎科目（民事） 解答例

## 第1 〔設問1〕(1)

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請求権

## 第2 〔設問1〕(2)

被告は、甲土地につき、本件抵当権設定登記の抹消登記手続をせよ。

## 第3 〔設問1〕(3)

本件では、Xの請求を認容する判決が確定することでYによって本件抵当権設定登記の抹消登記手続の意思表示が擬制される（民執法177条1項本文）。このため、理論上、Xの請求を執行する余地がなく、仮執行宣言を付すことができないと解されるからである。

## 第4 〔設問1〕(4)

①令和2年5月1日、甲土地をXに代金500万円で売った。

②Yを名義人とする本件抵当権設定登記がある。

## 第5 〔設問2〕(1)

## 1 ①について

主張すべきでない。

## 2 ②について

原告の請求に対する被告の反論としては、否認と抗弁が考えられる。このうち、否認とは、相手方の主張する事実と両立せず、反論する側が立証責任を負わない事実の主張であるのに対

し、抗弁とは、相手方の主張する事実と両立し、反論する側が立証責任を負う事実の主張である。

本件で、Yは、甲土地をAから買ったのはXではなくBであると主張しているが、これは、XがAから甲土地を買ったとするXの主張と両立しない。これは、理由付き否認となる。

したがって、抗弁として主張しないこととなる。

## 第6 〔設問2〕(2)

## 1 (i) について

①甲土地にB名義で所有権移転登記が経由されていた

②X、A及びBが相談した結果、B名義の所有権移転登記がなされたことを知らなかった

## 2 (ii) について

Qは、Yが、民法94条2項により保護される「第三者」に当たると主張していると考えられる。

「第三者」とは、当事者及び包括承継人以外の者であって、虚偽表示から生じた法律関係に基づいて新たに当事者から独立した利害関係を持つに至った者である。本件で、(ア)の事実は、甲土地の所有権がXにあるにもかかわらず、Bに所有権があるかのような虚偽の外観に基づいて、Bに600万円を貸付け、甲土地について本件抵当権設定契約をYB間で締結するという、虚偽表示から生じた法律関係に基づいて新たに独立した利害関係を有するに至ったという事実関係を示すものであ

る。

したがって、(ア)の事実を主張する必要がある。

第7 「設問3」(1)

時効の更新の再々抗弁を主張する。

第8 「設問3」(2)

Bが令和7年12月25日に200万円を弁済したことから、YB間の貸金返還請求権の返済期限の消滅時効期間である5年（民法166条1項1号）の経過後の弁済として時効の援用権を喪失したと再々抗弁で主張するとも思える。しかし、令和4年12月21日という時効完成前にYに100万円を返済したことで、一部弁済に当たり、「承認」（民法152条1項）による時効が更新されている。すると、時効更新が令和4年12月21日に生じたことで、時効未完成となっており、時効の援用権自体が発生しないこととなり、時効援用権の喪失の再々抗弁の主張は失当となる。

第9 「設問4」

- 1 本件預金通帳から、令和2年5月20日という甲土地売買契約の代金支払日に代金額と等しい500万円をXがAに支払った事実があり、Xが甲土地の売買契約の買手であったといえる。
- 2 次に、Xの供述によれば、甲土地の所有権移転登記の名義人がBであったのは、建物を建築するにあたり、地元の金融機関

からの融資を円滑に進めるためには、地元で顔が広いBを名義人とするのが良いとして、X・A・Bの三者間で合意したからである。このような経緯は、Bが名義人であることの合理的な説明といえる。

- 3 また、B宛の固定資産税の領収書があるが、登記名義人がBである以上、当然で、ここから直ちにBが支払っていた事実が認定されるものではなく、Xによれば、Xが負担して納付書をBからもらい固定資産税を納付していたのであり、Bの供述にも、税金関係は妻に任せていて詳しくは分からないと述べるのみだから、Bが固定資産税を納付していたとは考え難い。
- 4 確かに、Bは、甲土地の代金をXが立替え、Bに代わりAに支払ったと供述するが、BXが兄弟関係でも、500万円もの大金を5年以上もXがBに対して償還請求しなかったのは不自然である。寧ろ、立替払はBが嘘を言っている可能性が高い。しかも、売買契約当時、食中毒で客足が遠のいていたBが土地を新たに購入する経済的余裕がないと考えられる。また、売買契約当時、BはZ県に既に自己所有の建物で生活していたので、Z県内に新たに土地を買う必要はなく、Z県外で暮らしていたXが定年退職間近になって、老後に出身地で過ごそうとしていたのだから、XがBに土地購入を勧める理由に乏しい。
- 5 以上より、XがAから土地を買ったと認められる。

以上

## 法律実務基礎科目（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 H地方検察庁検察官Pは、I警察署司法警察員Kから、令和2年2月1日にJ県L市内の民家で住人のV（77歳、男性）が殺害された殺人被疑事件について、A（45歳、男性）を逮捕することの是非について相談を受けた。その時点までに収集された主な証拠の概要は以下のとおりである。

## (1) 捜査の端緒に関する捜査報告書（証拠①）

「令和2年2月1日午後9時50分頃、Vと同居していた息子Bから、『Vが何者かに殺されている。』旨の110番通報があり、同日午後9時58分頃、警察官がV方に臨場したところ、Vが1階居間の床上に大量に血を流して仰向けに倒れていた。Vは、臨場した救急隊員により直ちに病院へ搬送されたものの、医師によりVの死亡が確認された。」

## (2) 実況見分調書（証拠②）

「警察官が臨場した際にVが倒れていた位置は、V方1階居間中央にある応接テーブルの西側約1メートルの位置であり、その周囲の床部分には、多量の血痕が付着していた。V方からは、遺留指紋6点が採取されたが、凶器の発見には至らなかった。」

## (3) 遺留指紋に関する捜査報告書（証拠③）

上記遺留指紋のうち5点は、Vの指紋と一致し、残りの1点は、上記応接テーブル上面から採取されたもので、Aの指紋と一致した旨が記載されている。

## (4) 司法解剖医の警察官面前の供述録取書（証拠④）

「Vの死因は、胸部刺創による心臓刺創に起因する失血死である。成傷器は、先端は鋭利、かつ、刃の長さが15センチメートル以上の片刃の刃物と推定される。Vは、これにより1回刺突され、ほぼ即死したものと考えられる。」

## (5) Bの警察官面前の供述録取書（証拠⑤）

「令和2年2月1日午後2時頃、Vに見送られて外出した。同日午後9時45分頃、帰宅して自宅に入ると、Vが大量に血を流して倒れており、全く反応がなかったため、何者かに殺害されたのだと思い、110番通報した。

Aのことは知っている。Vは、V方の東隣の店舗でクリーニング店を営んでおり、Aは、同店で15年間にわたり従業員として働いていた者である。同店の経営状況が悪くなったことから、Vが令和元年12月末にAを解雇した。しかし、Aは、新しい就職先が見つからず、令和2年1月20日頃から毎日のように同店を訪れては、再び雇ってほしいとVに懇願しており、Vは、これを断り続けていた。同月27日夕方には、同店事務室でVとAが話をしていた際、Aが大声を上げながら両手でVを突き飛ばしたということがあった。その時は、たまたま店番をしていた私がAを制止し、Aをなだめて帰ってもらった。

Aは、Vに用があるときはいつもクリーニング店を訪ねて来ており、私を知る限り、AがV方に上がったことはなかった。また、V方1階居間にあった応接テーブル上面は、事件当日、私が外出する直前の午後1時45分頃に、私が全体にわたり拭き掃除をした。応接テーブル上面にAの指紋が残されていたのであれば、その指紋が付いたのは、私が同日午後2時頃に外出してから午後9時45分頃に帰宅するまでの間としか考えられない。」

## (6) V方西隣の住民W1の警察官面前の供述録取書（証拠⑥）

「令和2年2月1日午後6時頃、私が自宅にいたところ、V方から男性の大きな怒鳴り声が聞こえたが、何と言って怒鳴っていたかまでは分からなかった。」



- 2 検察官Pは、司法警察員Kからの上記相談に対し、㉞AがVを死亡させた犯人であること（Aの犯人性）について、証拠③等の有力な証拠があるものの、これらの証拠に基づき認められる間接事実の推認力が十分でないと考えた。そのため、検察官Pは、現時点でAを逮捕することは妥当ではなく、更なる捜査が必要であると判断し、司法警察員Kにその旨を伝えた。
- 3 その後、主に以下の証拠が収集され、再度司法警察員Kから相談を受けたことから、検察官Pは、㉟以前に収集された証拠に基づき認められる間接事実に、証拠⑦から㉠に基づき認められる間接事実が加わったことにより、Aの犯人性を十分に推認できると考え、Aを逮捕することが妥当であると判断して、司法警察員Kにその旨を伝えた。
- (1) Cの警察官面前の供述録取書（証拠⑦）
- 「Aは、私の高校時代の同級生で、今も友人である。令和2年2月1日夜、Aから私の携帯電話に電話がかかってきた。その通話で、Aは、『むかついたので人をナイフで刺してやった。刺したナイフは、高校の近くのM県N市O町にある竹やぶに投げ捨てた。さすがに見付かることはないよな。』と言ってきた。その時は、Aが酒に酔って冗談を言っているものと思って受け流したが、その後、Aが前に働いていたクリーニング店の経営者が自宅で刺し殺されたことを報道で知って、Aがやったのではないかと思い、怖くなった。友人であるAのことを裏切りたくなくて悩んだが、Aが罪を犯したのであればきちんと償ってほしいと思い、同月5日朝、自分から警察に連絡して、Aから聞いた話を伝えることにした。」
- (2) Cの携帯電話の精査結果に関する捜査報告書（証拠⑧）
- Cから任意提出を受けたC所有の携帯電話のデータを精査した結果、Aが契約する携帯電話の番号がAの姓名で登録されており、令和2年2月1日午後9時頃に同番号から着信があり、約5分間にわたって通話した履歴があった旨が記載されている。
- (3) ナイフの領置経過に関する捜査報告書（証拠⑨）
- Cの供述に基づき、警察官がM県N市O町にある上記竹やぶ内を探索したところ、令和2年2月5日午前11時頃、血痕様のものが付着した刃体の長さ約15.5センチメートルの片刃のナイフを発見し、これを領置した旨が記載されている。
- (4) 上記ナイフに付着した血痕様のものに関する鑑定書（証拠⑩）
- 上記ナイフに付着した血痕様のものは、人血であり、そのDNA型は、Vのものと一致した旨が記載されている。
- (5) 司法解剖医の警察官面前の供述録取書（証拠⑪）
- 「上記ナイフは、その形状から、Vの死因となった胸部刺創を形成した凶器と考えて矛盾はない。上記胸部刺創が、深さ約15センチメートルに達していた上、肋骨が刺切されていたことに照らすと、凶器をかなり強い力でVの身体に突き刺したものと認められる。」
- 4 Aは、Vを被害者とする殺人罪の被疑事実で通常逮捕され、引き続き、勾留された。勾留期限までに収集された主な証拠の概要は以下のとおりである。
- (1) Bの検察官面前の供述録取書（証拠⑫）
- 証拠⑤記載の内容と同旨。
- (2) Cの検察官面前の供述録取書（証拠⑬）
- 証拠⑦記載の内容と同旨。
- (3) 通行人W2の警察官面前の供述録取書（証拠⑭）
- 「令和2年2月1日午後6時頃、保育園に預けている娘を迎えに行くためV方の前を通ったところ、V方から、『お前は長年店に尽くしてきた俺のことを何も考えていない。殺すぞ。』と怒鳴り付ける男性の大声が聞こえた。続いて、別の男性の声で、『ろくに働きもしていなかったくせに。また働かせろなんて無理に決まっているだろう。』と怒鳴り返しているのが聞こえた。気になったが、保育園のお迎えの時間が迫っていたので、それ以上は聞かずにその場を離れた。」

- (4) W2の検察官面前の供述録取書（証拠⑮）  
証拠⑮記載の内容と同旨。
- (5) Aの警察官面前の供述録取書（証拠⑯）  
「Vを殺したのは私ではない。V方が上がったこともない。事件があった日は、ずっと自宅にいたと思う。」
- (6) Aの検察官面前の供述録取書（証拠⑰）  
「警察の取調べではうそをついていた。私が持っていたナイフがVの胸に刺さり、Vを死なせてしまったことは、事実である。しかし、私は、刺そうと思って刺したのではないし、Vを殺すつもりもなかった。事件当日は、Vを脅して再雇用に応じさせようと思い、午後6時頃、ナイフを持ってV方に行った。Vに居間に通された後、Vを脅すために、何も言わずにVの方に刃先を向けてナイフを構えたところ、突然Vが向かってきたので、とっさに目を閉じて後ずさりした。次の瞬間、強い衝撃を手に感じ、目を開けるとVの胸にナイフが突き刺さっていたので怖くなり、そのナイフを抜き取って逃げた。」
- 5 検察官Pは、勾留期限までに、Aにつき、Vを被害者とする殺人罪の公訴事実（逮捕勾留に係る被疑事実と同一の内容）で公訴を提起し、同公訴提起に係る殺人被告事件は、公判前整理手続に付された。
- 6 公判前整理手続において、検察官は、「Aは、令和2年2月1日午後6時頃、大声でVを怒鳴り付けて再雇用を迫ったものの、VがかつてのAの勤務態度を非難して再雇用を断ったため、これに憤慨し、殺意をもって、Vの胸部をナイフで1回突き刺し、Vを死亡させた。」などと記載した証明予定事実記載書を裁判所に提出するとともに弁護人に送付し、併せて、証拠①から④、⑧から⑬、⑮及び⑰の各証拠の取調べを裁判所に請求した。  
これに対し、Aの弁護人は、証拠⑰と同旨の予定主張を明らかにするとともに、証拠④、⑩、⑬及び⑮について「不同意」とし、その他の証拠については「同意」との意見を述べたので、検察官は、司法解剖医、C及びW2の証人尋問を請求した。  
裁判所は、争点を刺突行為及び殺意の有無と整理した上で、司法解剖医、C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。
- 7 その後、第1回公判期日までの間において、Aの弁護人は、Aについて保釈の請求をしたが、H地方裁判所裁判官は、刑事訴訟法第89条第1号及び第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。
- 8 公判期日に実施されたCの証人尋問において、検察官が、Cに対し、事件当日の夜にAから電話で聞かされた内容について質問し、Cが証拠⑬と同旨の証言をしたところ、㊦Aの弁護人は、「ただ今の証言は証拠能力のない伝聞供述であるから、証拠排除を求める。」と述べた。裁判長が検察官に意見を求めたところ、検察官は、弁護人の申立てには理由がない旨を条文上の根拠とともに答えた。

〔設問1〕

- (1) 下線部㊦に関し、検察官Pは、V方1階居間中央の応接テーブル上面にAの指紋が付着していた事実は、Aの犯人性を推認させる間接事実であるが、その推認力は限定的であると考えた。その思考過程を、具体的事実を指摘しつつ答えなさい。なお、証拠⑮に記載されたBの供述の信用性は認められることを前提とする。
- (2) 下線部㊦に関し、検察官PがAの犯人性を十分に推認できると考えた思考過程を、具体的事実を指摘しつつ答えなさい。なお、証拠⑦に記載されたCの供述の信用性は認められることを前提とする。

## 〔設問 2〕

- (1) 公判前整理手続において、Aの弁護人は、検察官が取調べを請求した証拠の開示を受け、これらの証拠に対してどのような意見を述べるかを検討するに当たり、犯行が行われた時刻頃にV方からの物音を聞いた者がW2のほかにいるならば、その者の供述録取書の開示を受けたいと考えた。この場合、Aの弁護人は、どのような手段を採るべきか、また、その手段を採る際に具体的にどのようなことを明らかにすべきか、条文上の根拠を示しつつ答えなさい。
- (2) Aの弁護人が上記(1)の手段を採ったのに対し、検察官は、証拠⑥をAの弁護人に開示した。その検察官の思考過程を、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 3〕

下線部⑦に関し、裁判所は、Aの弁護人の申立てに基づき証拠排除決定をすべきか。検察官がCの証言によりどのような事実を立証しようとしているかを踏まえた上で、具体的理由を付して答えなさい。

## 〔設問 4〕

結審後、判決宣告期日までの間に、Aの父親が死亡した。Aの弁護人が勾留中のAとの接見でその旨を伝えたところ、Aから「父の葬儀にだけは出席したい。何とか出席できるようにしてほしい。」と依頼された。Aの弁護人が採り得る複数の手段について、条文上の根拠を示しつつ、本事例における具体的な事実関係に即して答えなさい。

**法律実務基礎科目（刑事）解答のポイント**

設問1小問1においては、V方1階中央の応接テーブル上面にAの指紋が付着していた事実がAの犯人性を推認させる間接事実であるものの、その推認力は限定的であることを、説得的に論じる必要がある。その際には、証拠⑤のBの供述中、Bが犯行当日の午後1時45分に応接テーブル上面全体について拭き掃除をしているという状況において、同テーブルにAの指紋が付着していたという事実について、Aが犯行当日にV宅に存在しており犯行可能性があったという点を推認できることにとどまる点について指摘する必要がある。

また、設問1小問2においては、証拠⑦～⑩を適宜用いつつ、PがAの犯人性を推認できると考えた思考過程について説得的に論じる必要がある。その際には、犯行時刻直後のタイミングにおいて、Cに対する電話でナイフを捨てたことについて述べており、その供述とおりに凶器と同様の形状のナイフが発見されているといった点を指摘しつつ、凶器とAを結び付け、Aの犯人性が推認できることについて説得的に論じる必要がある。

次に、設問2小問1では、裁判前整理手続において、弁護人として検察官請求証拠以外の証拠の開示をしたいと思った場合に採る手続について問われている。弁護人としては、類型証拠開示（刑事訴訟法316条の15）を行い、犯行当時においてW以外に物音を聞いている者の供述録取書の開示を受けたいと考えていることから、刑事訴訟法316条の15第1項6号の類型に該当する点について条文に即して的確にあてはめを行う必要がある。

そして、設問2小問2においては、弁護人からの類型開示証拠の請求に対して、検察官として開示するかについての判断過程を論じることとなる。論述に当たっては、条文に即した判断基準とともに、具体的事実を摘示しながら説得的に論じることが必要となる。

小問3は、弁護人のCの証言が伝聞証拠に当たるとの申立てについて、裁判所としてどのように対応すべきかについて問われている。解答例では、Cの証言中の、Aの発言部分について着目し、裁判所が争点としている殺意の有無について、要証事実としている。Aの発言部分が真実であれば殺意を認定できることから、証言内容の真実性が問題となり、伝聞証拠に当たるとした上で、伝聞例外に当たるかについて条文を的確に引用しつつ論じることが求められる。

最後に、小問4では、結審後から判決宣告期日までの間に、被告人の身体拘束を解く必要性が生じた場合において、弁護人として採り得る手段について検討することが求められている。問題文では、採り得る複数の手段について、条文の根拠を示しつつ、論じることが求められていることから、勾留の取消し（刑事訴訟法87条1項）、保釈請求（同法89条、90条）、勾留の執行停止（同法95条）という手段について解答することが必要となるだろう。

— MEMO —

## 法律実務基礎科目（刑事） 解答例

## 第1 設問1(1)

警察官臨場の際、V方1階居間中央の応接テーブル上面にはAの指紋が付着していた（証拠②③）。Bは令和2年2月1日午後1時45分頃に同テーブル上面全体を拭き掃除している（証拠⑤）ため、Aの指紋は、上記時刻から、Bが帰宅した午後9時45分までの間に付けられたものと考えられる。それ以前にAがV方に上がったことはなく、指紋が付着する機会はないことからすれば、上記証拠から午後1時45分頃から午後9時45分の間にAがV方に存在していたことが推認できる。

しかし、以上からすれば、AがV方を訪れ、犯行が可能であったという犯人性を推認させる間接事実が認められるにとどまり、AがVを刺したことまでは推認できないとの思考過程を経たと考えられる。

## 第2 設問1(2)

Aは犯行時間の直後の時間にCに対して、ナイフをM県N市O町の竹やぶに投げ捨てたと供述し（証拠⑦）、かかる供述通り、当該場所から、確かに刃渡り15.5センチのナイフが、発見されている（証拠⑨）。

Vは、刃渡り15センチ以上の刃物によって、胸部を刺され死亡したと推定されるところ（証拠④）、発見されたナイフにはVのDNA型と合致する人血の付着しており（証拠⑩）、その形状も刃渡り15センチ以上と認められることから、A殺害に用いられた凶器と特長が一致する。また、凶器を捨てた場所は犯人しか知り得ないものである。

以上の事実及び、AがV方を訪問していた事実から、Aの犯人性を強く推認することができるとの思考過程を経たと考えられる。

## 第3 設問2(1)

1 弁護人は、類型証拠開示請求（刑事訴訟法（以下略）316条の15）の手段を採るべきである。

2 そして、W2以外の者で犯行が行われた時刻頃にV方からの物音を聞いた者の供述録取書は、同条1項6号の類型に該当することを明らかにすべきである。また、検察官請求証拠である証拠⑬の証明力を判断するには、上記供述録取書の開示を受けることが重要であること及び証拠⑬はW2が犯行時刻頃にV方からの物音を聞いた旨を供述するものであるから、その証明力を判断するための証拠開示は、防御の準備のために必要性が高いことを明らかにすべきである（同項柱書）。

## 第4 設問2(2)

まず、証拠⑥は、被告人以外の者であるW1の供述録取書であり、検察官が証拠⑬により直接証明しようとする犯行時刻頃にV方から物音があった事実の有無に関する供述を内容とするものであるから、刑訴法316条の15第1項6号に該当する。

そして、証拠⑬の証明力判断には、同一の時刻頃にV方における男性の大きな怒鳴り声を聞いた旨の住民W1による供述（証拠⑥）と比較検討し、内容的に矛盾・齟齬がないかを確認する必要があるため、重要性要件を充たす。また、開示に伴う弊害を認める事情もなく、相当性要件（同項柱書）も充たす。

よって、検察官は証拠⑥をAの弁護人に開示した。

## 第5 設問3

1(1) まず、伝聞法則（320条1項）の趣旨は、知覚・記憶・表現・叙述という誤りの入り込みやすい過程を経るのに対し、反対尋問等の真实性を担保する機会がない証拠の証拠能力を予め否定することで、誤審を防止する点にある。そのため、伝聞供述とは、①公判廷外の供述を内容とする供述であって、②要証事実との関係で内容の真实性が問題となるものをいう。

(2) Cの供述におけるAの発言部分は、公判廷外の供述である(①)。

次に、裁判所は争点を衝突行為及び殺意の有無と整理しているところ、衝突行為は他の証拠によっても認定できるため、要証事実も殺意の有無と考えられる。すなわち、Aは「むかついたので人をナイフで刺してやった」と述べているところ、この発言が真実であればAが人が死亡する危険のある行為をそのような行為とわかって行ったといえ、殺意を認定することができる。よって、要証事実との関係で内容の真实性が問題となる(②)ため、伝聞供述にあたる。

2 では、同意（326条）のない本件において、伝聞例外（321条以下）にあたるか。上記発言は、「被告人以外の者」であるCによる「被告人」たるAの供述を内容とするものであって、殺意があるという「不利益な事実の承認を内容とするもの」（322条1項本文前段）である。よって、324条1項により、伝聞例外として証拠能力は認められる。

したがって、裁判所は証拠排除決定をすべきでない。

#### 第6 設問4

1 まず、弁護人としては、勾留の取消し（87条1項）を請求することが

考えられるところ、勾留の理由又は必要がなくなったと認められる事情はく、勾留の取消しが認められる可能性は低い。

2 次に、裁判所に対して権利保釈（89条）を請求することが考えられるところ、第1回公判期日までの間にAの弁護人がした権利保釈の請求に対して、同条1号及び4号に該当する事由があると判断されており、今回も同様に判断されることが考えられる。

3 そのため、弁護人としては、権利保釈の請求と同時に、裁量的保釈（90条）の職権発動を促す申立てをすることが考えられる。

Aは父の葬儀出席を望んでいる。参列できなかった場合、Aは父と最後の別れができなくなり、Aの心情あるいは社会生活上において回復することのできない不利益を与えることとなる。また、参列だけであれば、保釈の期間も相当程度短期間で済み、逃亡又は罪証隠滅のおそれも比較的少ないとも思える。

しかし、Aは殺人罪の罪で起訴されており、処罰内容の重さから、処罰を免れるべく所在不明となる可能性がある。また、AやW2に対する働き掛け等による罪証隠滅のおそれも否定できない。

よって、裁量的保釈は認められない可能性がある。

4 そうとはいえ、Aが父の葬儀に参列できないことにより被る不利益は大きく、裁判所により勾留の執行停止をすることが適当と認められる可能性は存する。そのため、弁護人としては勾留執行停止（95条）の職権発動を求める方法によるべきである。

以上

**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) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20743