

刑法 解答のポイント

- 1 設問前半（基本刑法Ⅱ各論〔第3版〕／126頁以下、応用刑法Ⅱ各論／18頁以下）
- (1) 甲が拾い上げた本件ケースと甲が足代わりに乗り捨てようと考えた本件自転車について、窃盗罪（刑法（以下、法令名省略）235条）と占有離脱物横領罪（254条）のいずれが成立するか、それぞれの被害客体に対する占有の有無が問題となる。
- (2) 占有とは、財物に対する事実的支配をいう。占有の有無は、占有の事実（財物に対する支配の事実）という客観的要件と、占有の意思（財物に対すると支配の意思）という主観的事実を総合して、最終的には社会通念に従って判断される。
- 具体的な考慮要素として、①財物自体の特性、②財物の置かれた場所の状況、③時間的・場所的
近接性、④置き忘れた場所の見通し状況、⑤被害者の認識・行動、が挙げられる。
- ① 財物自体の特性
財物の大小、形状、重さ、移動の容易性に着目して判断する。大きくて移動が困難であるほど占有が肯定されやすいのに対し、財物が小さくて軽く、移動が容易な場合は占有が否定されやすい。
- ② 財物の置かれた場所的状況
容易に人が出入りできない場所や発見しにくい場所では占有が肯定されやすいのに対し、公道等の不特定多数の人が出入りする場所は占有が否定されやすい。
- ③ 時間的・場所的
近接性
占有者が置き忘れた時点から行為者が領得した時点までの時間の経過、及び、行為者が領得した時点における占有者と財物との距離に着目して判断する。
- ④ 置き忘れた場所の見通し状況
占有者からの見通しが悪い状況にあれば、占有者が置き忘れて気づいても、その時点で直ちに
取り戻すことが困難であることから、占有が否定されやすい。
- ⑤ 被害者の認識・行動
被害者が財物を意図的に置いた場合には現実の支配の回復が容易なので占有が肯定されやすい
のに対し、被害者がどこに置いたか失念した場合は、思い出したとしても速やかに現実の支配を
回復することが極めて困難であるから占有が否定されやすい。
- (3) 本問においては、本件ケースと本件自転車の占有の有無につき、上記①ないし⑤の考慮要素を参
考にして、問題文に記載されている事情を丁寧に拾い上げて検討することが求められる。
- (4) 甲の行為について、本件ケースと本件自転車に対して成立した罪は、それぞれ異なる被害者の異
なる被害客体に対する犯罪であり、併合罪（45条前段）になると考えられる。
- 2 設問後半
- (1) Cが顔面打撲の傷害を負ったこと、頭部打撲の傷害を負ったこと、及び、肋骨骨折の傷害を負っ
たことのそれぞれについて、甲及び乙に傷害罪の共同正犯が成立するかが問われた。解答にあつ
ては、以下の内容の理解を示すことがポイントになる。
- (2) Cが顔面打撲の傷害を負ったことについて（応用刑法Ⅰ総論／473頁以下）
Cは、甲から顔面を殴られたことにより全治約1週間を要する顔面打撲の傷害を負ったのである
から、甲に傷害罪が成立する。かかる行為より後に現場に来た乙（後行者）と共に傷害罪の共同正
犯が成立するかについて、承継的共同正犯が成立するかが問題になる。
- 承継的共同正犯のリーディングケースである最決平成24年11月6日刑集66巻11号128
1頁では、本件と同様の事案が問題になった。第一審判決（松山地判平成23年3月24日刑集6
6巻11号1299頁）及び控訴審判決（高松高判平成23年11月15日刑集66巻11号13
24頁）は、いずれも、先行者の暴行により被害者が抵抗できなくなった状態を後行者（被告人）
が積極的に利用して暴行を行ったとして、先行者の行為・結果について、後行者に傷害罪の承継的

共同正犯が成立するとした。しかし、上記最高裁決定では、後行者が「共謀加担前に乙ら〔注：先行者〕が既に生じさせていた傷害結果については、被告人〔注：後行者〕の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはない」とした上で、原決定の認定は、後行者が積極的に利用したとしても、それは「共謀加担後にさらに暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえない」とした。

上記最高裁決定は、共同正犯の処罰根拠を因果性に求めることを示したのであって、従来の下級審裁判例が採っていた積極的利用説を否定したものと解される。

(3) Cが頭部打撲の傷害を負ったことについて（応用刑法Ⅰ総論／396頁以下）

Cは、乙から頭部を殴られたことにより全治約2週間を要する頭部打撲の傷害を負ったのであるから、乙に傷害罪が成立する。かかる行為の際、その様子を間近で見ているだけであった甲も共に傷害罪の罪責を負うかについて、共謀共同正犯が成立するかが問題になる。

判例は、実行行為を分担しない者も共同正犯になりうることを一貫して認めている。判例は、共同正犯の処罰根拠を、結果に対する因果性と正犯性（正犯意思に基づく結果に対する重大な寄与）に求めている。したがって、実行行為を分担していなくても、結果に対して因果性を与え、かつ、正犯意思に基づき結果に対して重大な寄与をしたといえれば、共同正犯の成立が認められる。

(4) Cが肋骨骨折の傷害を負ったことについて（基本刑法Ⅱ各論〔第3版〕／33頁以下）

Cは、全治約1か月を要する肋骨骨折の傷害を負ったが、同傷害が、甲がCの腹部を蹴った暴行から生じたのか、乙がCの腹部を蹴った暴行から生じたのかは不明であったので、同時傷害の特例（207条）が適用されるかが問題になる。

同時傷害の特例の要件は、①2人以上で暴行を加えたこと、②傷害の原因となった暴行が特定できないこと、③各暴行が当該傷害結果を生じさせる危険性を有すること、④各暴行が同一の機会に行われたこと、と解される。

なお、本設問との関係では、乙がCの腹部を蹴った暴行について、甲及び乙の間に意思の連絡があると解した場合に、207条を適用してよいかについて、学説上の対立がある。この点、適用肯定説は、客観的には本条の要件を満たし、意思の連絡がない場合にすら本条が適用されるにもかかわらず、途中からでも意思の連絡がある場合に適用を否定することは不自然であるとしており、判例も同じ見解に立つものと解される（最決令和2年9月30日刑集74巻6号669頁）。

刑法 解答例

第1 甲が本件ケースを拾い上げて自己のポケットに入れる行為について

1 甲の上記行為に窃盗罪（刑法（以下、法令名を略す。）235条）が成立するか。

2 「他人の財物」とは、他人が占有する所有物をいう。本件ケースにつき、Aの占有が認められるかが問題となる。

占有とは、財物に対する事実的支配をいい、財物自体の特性、財物の置かれた場所的状況、時間的・場所的近接性、置き忘れた場所の見通し状況、被害者の認識・行動などから総合的に判断される。

本件ケースは、縦横それぞれ約10センチメートルという小さくかつ軽く、容易に持ち運べるものである。しかし、第1現場は人通りが少なく、本件ケースをA以外の他人が発見する可能性もそれほど高くない。また、甲が本件ケースを拾い上げた時、Aは、第1現場から道のり約100メートル離れていたが、そこから約20メートル戻れば第1現場を見通せたのであったから隔離の程度は低い。その上、Aが本件ケースを落としてから甲が拾うまで1分しかなかったから、時間的場所的近接性があり、占有の事実は失われない。しかも、Aは、甲が拾ってからわずか15分後に700メートル離れた地点で気づき、実際に、第1現場を経由して勤務先まで探しに戻った上に、警察にも届け出をしたのだから、Aによる占有の意思も失われていない。これらを考慮すると、Aの本件ケースに対する事実的支配があるといえ、占有が認められる。よって、本件ケースはAの占有する所有物といえるから「他人の財物」にあたる。

3 「窃取」とは、他人の財物を占有者の意思に反して自己の占有に移転さ

せる行為をいうところ、他人の財物である本件ケースを占有者Aの意思に反して自己の占有に移転させる行為であるから「窃取」にあたる。

そして、故意（38条1項本文）および不法領得の意思も認められる。

4 よって、甲の行為に窃盗罪が成立する。

第2 甲が本件自転車を手代わりにして乗り捨てた行為について

1 甲の上記行為に窃盗罪（235条）が成立するか。

2 上記の基準により占有の有無を検討するに、本件自転車は、無施錠で、乗り物として容易に移動できる状態であった。また、第2現場は、自転車置き場として使用されていたから、不特定多数の者が出入りできた。しかし、自転車置き場は、自転車を置いて離れることが性質上当然想定されており、Bが本件自転車を駐輪してから戻るまで約1時間40分要しているが、その間もBによる支配は継続していたといえる。また、甲が領得した時点で、Bは約500メートルしか離れておらず、駐輪してから約30分しか経過していないから、時間的・場所的近接性がある。

これらを考慮すると、事実的支配はあるといえ、占有が認められる。

また、Bの所有する本件自転車を無断で持ち去る行為は、「他人の財物を窃取した」にあたり、その故意も認められる。さらに、甲は本件自転車を乗り捨てるつもりであり、返還する意思がないので、権利者排除意思が認められるから、不法領得の意思も認められる。

3 よって、甲の行為に窃盗罪が成立する。

第3 甲ないし乙がCの顔面、頭部及び腹部に傷害を負わせた行為について

1 Cが顔面打撲の傷害を負ったことについて

- (1) 顔面打撲の傷害について、甲に傷害罪（204条）が成立するが、かかる行為より後に現場に来た乙に傷害罪の共同正犯（60条、204条）が成立するか、承継的共同正犯の成否が問題になる。
- (2) 共同正犯の処罰根拠は、結果に対する因果性、及び、正犯性すなわち正犯意思に基づき結果に対して重大な寄与を及ぼしたことの2点であるので、先行者が作出した傷害結果を後行者が積極的に利用しても、結果に対する因果性はなく、上記結果について刑事責任は負わない。
- (3) 乙は、甲の暴行によって、Cが逃げたり抵抗したりする様子がない状況を積極的に利用しているが、それは、暴行を行った動機に過ぎず、顔面打撲の傷害について刑事責任を問う理由にはならない。
- (4) 以上より、顔面打撲の傷害につき、傷害罪の共同正犯は成立しない。

2 Cが頭部打撲の傷害を負ったことについて

- (1) 頭部打撲の傷害について、乙に傷害罪（204条）が成立するが、かかる行為の際、その様子を間近で見ただけである甲に傷害罪の共同正犯が成立するか、共謀共同正犯の成否が問題になる。
- (2) 上記1(2)から、実行行為を分担せずとも、結果に対して因果性を与えかつ正犯性があれば、共同正犯が成立する。
- (3) 甲は、乙に対し、「痛め付けてやった。お前も一緒に痛め付けてくれ。」と言い、乙は、甲がCに暴行を加えたことを認識した上で、甲に対し、「わかった。やってやる。」と言って、暴行に及んだ。このように、甲は、Cが甲自身の暴行によって反抗できなくなっている状況を乙が認識できる状況で、乙にもCを痛め付けるように依頼していた。そのため、甲は、

結果に対して因果性を与え、かつ、正犯意思に基づき結果に対して重大な寄与をしたといえる。

- (4) 以上より、頭部打撲の傷害につき、傷害罪の共同正犯が成立する。

4 Cが肋骨骨折の傷害を負ったことについて

- (1) Cの肋骨骨折の傷害につき、同時傷害の特例（207条）が適用されるかが問題になる。
- (2) 同時傷害の特例の要件は、①2人以上で暴行を加えたこと、②原因となった暴行が特定できないこと、③各暴行に傷害結果を生じさせる危険性があること、④各暴行が同一の機会に行われたこと、である。なお、①について、行為者間に意思の連絡がないことは要件にならない。本条が意思の連絡がない場合にすら適用されるのに、途中からでも意思の連絡がある場合に適用しないことは不合理だからである。
- (3) 甲及び乙がCの腹部に対して暴行を加えたところ（①充足）、肋骨骨折の傷害の原因となった暴行は特定できず（②）、いずれの暴行も同傷害を生じさせ得る危険性があった（③）。また、両暴行は、同じ場所においてわずか5分差で行われたものという時間的場所的近接性のあるもので、同一の機会に行われた（④）。
- (4) 以上より、甲及び乙に、同時傷害の特例が適用される。

第5 甲の窃盗罪2罪は併合罪（45条前段）となり、傷害罪と同罪の共同正犯2罪は包括一罪となり、それらは併合罪となる。乙の傷害罪と傷害罪の共同正犯は包括一罪となる。

以上

刑事訴訟法 解答のポイント

1 設問1および設問2いずれも、いわゆる悪性格の立証という論点に関する問題であり、悪性格の立証の構造を理解しているかを問うている。前科・類似事実を公訴事実の立証に用いることができるか丁寧に論じることが求められる。

2 設問1

犯人性を立証する場合が問題となっている。

犯人性の立証の場合については、判例（最判平24.9.7百選〔第11版〕〔60〕）が規範を定立しているため、その規範にしたがうことが求められる。前科等の犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが公訴事実と相当程度類似する場合、犯人性立証に用いることができる。最高裁は類似事実についても被告人の犯人性の立証に用いることができる場合があることを示している（最決平25.2.20）。本決定において、金築裁判官は補足意見で「顕著な特徴」の要件について緩やかに認定することができる場合もあることを述べている。本問では、事件①と事件②の犯行日時と場所が近接していることが「顕著な特徴」という要件に与える影響についても検討できるとよいだろう。

3 設問2

犯罪の主観的要素を立証する場合が問題となっている。比較的なじみのない応用的な論点であるかもしれない。

被告人の犯罪性向を介在させる推認が許されないということが悪性格の立証という論点のポイントであるから、悪性格の立証の問題を考える際には、被告人の悪性格・犯罪性向を介在させる推認過程か否か、が決定的に重要であり、そこを軸に考えればよいであろう。

したがって、問題を解く際には、具体的な推認過程を示す必要があり、そのうえで、被告人の犯罪性向を介在させる推認過程であるか否かを検討する必要がある。

刑事訴訟法 解答例

第1 設問1

1 甲が事件①の犯人であることを、事件②の犯人が甲であることを推認させる間接事実として用いることは、被告人に犯罪事実と類似した犯罪を行った事実があることを被告人の犯人性の立証に用いることにあたる。類似した犯罪を行った事実があることを犯人性の立証に用いることは、被告人に対してこれらの犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることに等しく、裁判所に対して不当な予断偏見を与え、誤った心証を抱かせるおそれがあり、またこれを回避するために前科内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど争点が拡散するおそれもあるため、原則として許されない。

もっとも、類似した犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明の対象である犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させる場合には、被告人に対して類似した犯罪事実を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加えた推認過程が介在しないため、例外的に被告人の前科を被告人の犯人性の立証に用いることができる。

2 本問において、例外的に被告人に類似した犯罪を行った事実があることを被告人の犯人性の立証に用いることができるか。類似した犯罪事実が顕著な特徴を有すると言えるかが問題となるところ、事

件②は事件①のわずか1時間後に、同じH県I市内で行われており、その現場は約3キロメートルしか離れていないことからすると、犯行日時、場所の近接性から「顕著な特徴」の幅を広げて考えることができる。事件①において甲は背後から被害者に黒色の軽自動車で衝突し、被害者を転倒させた上で「大丈夫ですか。」と被害者に声を掛け、被害者を気遣う様子を装い、被害者が手に持ったハンドバッグを奪い取り、逃走している。事件②においても犯人は同様に黒色の軽自動車で背後から被害者に衝突し、被害者を転倒させた上で「怪我はありませんか。」と言い、被害者を気遣う素振りを見せ、被害者のセカンドバッグを手を取っている。

確かに事件①と事件②のいずれも犯行時刻は夜間で、犯行現場は一戸建ての民家が立ち並ぶ住宅街で、夜間は交通量および人通りが少ない場所であり、黒い軽自動車で被害者に衝突し、被害者に声を掛け、気遣う様子を見せ、バッグを奪っている。しかし、夜間に、交通量、人通りが少ない場所を狙って犯行を行うのは一般的であり、逃走することが容易な車を犯行道具として利用することも珍しくなく、被害者に衝突することやあえて気遣う様子を見せ、気を許したところにつけ込むのも、それ自体で両者の犯人が同一であることが合理的に推認される顕著な特徴を有するとまでは言えない。

3 よって、甲が事件①の犯人であることを、事件②の犯人が甲であることを推認させる間接事実として用いることはできない。

第2 設問2

1 類似事実である事件①の際に甲が金品奪取目的を有していたことを、事件②の際に甲が金品奪取目的を有していたことを立証するための間接事実として用いることが許されるか。犯罪の主観的要素の立証に類似事実を用いることができるか、問題となる。

2 前述のとおり、前科や類似事実などを立証に用いることは、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められる場合に、認められる。

犯罪の客観的要素が他の証拠によって立証されたうえで、犯罪の主観的要素を立証する場合には、類似事実を用いることが許されるという見解もあるが、上述のように、推認過程において、被告人の犯罪性向を介在させた推認を行うことは許されないから、そのような見解は不適切であり、あくまで被告人の悪性格・犯罪性向を介在させる推認を行っているものか否かを検討すべきである。

3 本件では、事件①及び②は同じ日に行われたものであり、約1時間という短時間の間に繰り返し甲によって行われたものである。そして、いずれの事件もH県I市内において行われ、約3キロメートル離れた地点で行われており、甲が車両で移動したことを考えれば近接した地点ということができる。

いずれの事件においても、甲は歩行者を対象とし、黒色の軽自動車を背後から衝突させて、歩行者を転倒させると、すぐに同車から降りて、心配する旨の声掛けをしながら歩み寄りという同様の行動をとっている。通常、倒れた人にその身の安否を案じて声掛けをす

る人はバッグに手をかけるよりも倒れた人の身体の様子を確認するにもかかわらず、歩行者の所持している財物に手を触れるという特徴的な行動にでている。そして、事件はいずれも一戸建ての民家が立ち並ぶ住宅街で、夜間は交通量及び人通りが少ない場所であり、犯罪行為を行うにあたって他者の通報等を免れやすい場所であって、類似した場所である。したがって、犯罪の手段、態様、被害者の特徴、場所の特徴が相当程度類似している。

同一人が近接した日時、場所において、類似した行為を類似した状況において繰り返す場合、その目的が変化することは想定しがたく、甲の行為は事件①及び②において同一の目的を有していたものと考えられ、事件①の際に甲が金品奪取目的を有していたことにかんがみれば、事件①の場合と同様、事件②においても甲が金品奪取目的を有していたことを推認できる。

4 上述のように、甲の犯罪性向を介在させることなく、事件②において金品奪取目的を有していたことを推認させることができるから、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められる場合にあたる。

したがって、類似事実である事件①の際に甲が金品奪取目的を有していたことを、事件②の際に甲が金品奪取目的を有していたことを立証するための間接事実として用いることが許される。

以 上

法律実務基礎科目（民事） 解答のポイント

- 1 設問1(1)~(4)までは通りの問題である。XはYとの間に契約関係がないため、賃貸借契約の終了ではなく所有権に基づく請求を考えることになる。所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の問題である
- 2 設問2(1)では、賃貸借契約に関し、債務不履行を理由とした解除と無断転貸を理由とした解除について問われている。
設問2(2)は、いわゆるせりあがりについての出題である。要件事実に関する基本的な知識が問われているといえる。
- 3 設問3(1)は、和解契約に関する出題であり、要件事実の基本書などであまり触れられる部分ではないため、面食らった受験生も多いと思うが、民法の問題を解く意識で問題文にあたれば、たどり着くことは不可能ではないと思われる。例年いわれていることだが、民事実務基礎の論文は、要件事実を意識するだけでなく、民法、民事訴訟法的思考も必要となる。
和解の効力を前提に、相手方の相殺の主張との関係を考え、解答することが求められている。
設問3(2)は、処分証書に関する成立の真正について出題されている。問題文にある通り、本件和解契約書のA作成部分に関し、争いが生じていることを念頭に解答することが求められている。民事訴訟法228条4項に関する理解が問われているといえよう。
- 4 設問4は、口頭弁論終結前の承継人が生じた場合、どのような不都合が生じるか、また、そのような不都合が生じないようにするために、いかなる民事保全法上の手段が考えられるか、を問うている。
保全や判決効の及ぶ範囲に関する基本的な知識を問うものである。

法律実務基礎科目（民事） 解答例

設問1小問(1)

所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権 1個

設問1小問(2)

被告は、原告に対し、本件建物を取去して本件土地を明け渡せ。

設問1小問(3)

- 1 Xは、本件土地を所有している。
- 2 Yは、本件土地上に本件建物を所有して同土地を占有している。

設問1小問(4)

- (あ) Xは、令和2年7月1日、Aに対し、本件土地を賃料月額10万円の約定で賃貸した。
- (い) Xは、令和2年7月1日、Aに対し、本件賃貸借契約に基づき、本件土地を引き渡した。
- (う) Aは、令和5年3月17日、Yに対し、本件土地を賃料月額10万円の約定で賃貸した。
- (え) Aは、令和5年3月17日、Yに対し、本件転貸借契約に基づき、本件土地を引き渡した。
- (お) Yは、Aが全額出資して設立した会社であり、Aがその代表取締役に就任しているため、AとYは実質的に同一の主体である。
- (か) 本件賃貸借契約は店舗用建物を所有する目的でなされているところ、本件土地上の本件建物は引き続き腕時計販売店として使用され、Yには他の役員や従業員はおらず、A一人で営業に当たっていたことから、使用・収益状態に実質的な変更はない。

設問2小問(1)

- 1 (i) について
 - ① 再抗弁として主張すべきである。
 - ② (あ) Aは、Xとの間で、賃料の支払いを毎月末日に翌月払いとする旨、合意した。

(い) 令和5年6月から令和6年3月までの各末日は経過した。

(う) Xは、令和6年3月7日、Aに対し、(い)の期間の賃料の支払を催告し、令和6年3月21日は経過した。

(え) Xは、令和6年3月31日、Yに対し、本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示をした。
- 2 (ii) について
 - ① 再抗弁として主張すべきではない。
 - ② 再抗弁とは、抗弁事実と両立し、抗弁事実から生じる法律効果を障害、消滅、阻止する効果を有する事実の主張のことをいう。再抗弁は抗弁事実が全て認められることを前提としてなされるものであり、無断転貸につきAの非背信性が認められる場合には、無断転貸を理由とする解除をすることができない。よって、Yの抗弁により解除権の発生が障害されている以上、無断転貸を理由に解除した旨のXの(ii)の言い分は再抗弁とならない。

設問2小問(2)

- ① Xは、令和4年11月9日、Aに対し、(ア)の売買契約に基づき、本件商品を引き渡した。

- ② 同時履行の抗弁権が自働債権に付着しているにもかかわらず、弁済を強制する相殺を行うことは許されない。同時履行の抗弁権の存在効果によって、双務契約に基づく債権債務関係があり、同時履行（民法533条本文）の関係に立っているという事実が分かれば、同時履行の抗弁権が否定されない限り、相殺が禁止される。
- （ア）の売買契約に基づく自己の債務（目的物を引渡す義務）を履行し、相手方の同時履行の抗弁権を否定する必要があるため、①の事実を主張した。

設問3小問(1)

- ① Xは、Aに対し、令和4年11月9日、(い)の債務の履行として、100万円を支払った。
- ② 和解の確定効（民法696条）により、XA間の売買契約に基づく代金債務は100万円の範囲に限定される。(う)の事実を主張することで、当該債務の弁済がなされたことを主張できる。これにより、AのXに対する代金債権（相殺に供した自働債権）が相殺の意思表示の前の時点で消滅しており、相殺が不成立になる。

設問3小問(2) (i)

- ① Aの署名について、(ア) A自身の署名であることを争うのか、(イ) A自身の署名であることを争わないが民事訴訟法（以下、法という。）228条4項の推定を覆すのかを確認すべきである。
- ② 文書の成立の真正を争う場合、法228条4項の要件である署名が存在することを争うのか、同項の推定が及ぶことを認めようえ

で、推定を破るための反証を行うのか、明らかにすべきである。

設問3小問(2) (ii)

処分証書とは意思表示その他の法律行為が文書によってされた場合のその文書をいう。

和解合意書は本件事実を示す直接証拠である。また、処分証書の外観を有する文書であり、かつ、類型的信用文書である。成立の真正が認められれば、特段の事情が認められない場合、処分証書と認められ、記載された内容通りの法律行為を認定することができる。

本件では、成立の真正が認められれば、特段の事情がない以上、記載された内容通りの和解契約を認定することができる。

上記(ア)の場合、原告に挙証責任がある以上、A自身の署名であることを本証の形で立証する必要があり、筆跡の対照等によりAの署名であることを証明する活動を行う。

上記(イ)の場合、反証として、変造等の主張をし、Aが作成したことにつき真偽不明の状態にすれば足りる。一方で、Pとしては、Qのかかる反証の試みを妨害することが考えられる。

設問4

- ① 本件訴訟の口頭弁論終結時前に本件建物の所有権はYからZに移転しており、XはZに対して別訴提起するなどして新たに債務名義を取得しない限りZに対する強制執行を行うことはできない。
- ② Xは、土地明渡請求権を保全するため、建物処分禁止の仮処分（民事保全法55条）の申立てをすべきであった。 以上

法律実務基礎科目（刑事） 解答のポイント

設問1（1）では、領置に関する条文や押収品についての必要な処分についての条文を摘示することが求められる。

設問1（2）では、医師がAの腕に注射針を挿入して血液を採取したことについて、考えられる令状の種類と血液の採取との関係でそれらの令状が有する不都合を指摘しながら、どのような令状に令状を発付するのがふさわしいのかを検討する必要がある。

設問2（1）では、検察官の補充捜査の理由について、判明した事実を踏まえながら説明する必要がある。

設問2（2）では、送致事実である詐欺罪について積極的に働く事実及び消極的に働く事実を挙げながら、特に、車両用チケットだけを令和6年2月4日午後6時30分に購入していることから、単純横領罪で公判請求した理由について説明することが求められている。

設問2（3）では、横領罪の構成要件を踏まえ、横領罪の成立時期について、設問⑦の時点と結論付けた理由について説明する必要がある。

設問3では、検察官面前調書についての伝聞例外の根拠として、321条1項2号を指摘し、具体的事情の下、どのように証拠採否の決定がなされたかを検討する必要がある。その際には、Xが令和6年2月14日にPから事情聴取を受けた際にした供述内容につき、同年3月18日の公判廷では覚えていないと供述したことや傍聴席にAと同年代の10名の男性がいたことおよびそれらに対するXの供述等を指摘する必要がある。

設問4（1）では、誠実義務（弁護士職務倫理規程5条）と真実義務が対立しうる場面で、どのような問題が生じるのかを明らかにする必要がある。

設問4（2）では、弁護士職務倫理規程75条に違反するおそれがあることを示す必要がある。

法律実務基礎科目（刑事） 解答例

第1 設問1（1）

Aは本件車両を放置し、その場から逃げ去っているため、本件車両内の証拠品は、「被疑者」Aが本件車両内に「遺留した」証拠品の当たり、領置（刑訴法221条）として押収することができる。

本件車両が放置された現場については、捜査の適法性の担保や、証拠価値の保存等のために、領置に付随する処分として、または、押収物についての必要な処分（同法222条1項、111条2項）として、写真撮影を行うことができる。

第2 設問1小問（2）

1 令状の種類

身体検査令状（225条3項、168条3項）と鑑定処分許可状（225条3項4項、168条2項）の併用である。

2 その令状が必要であると考えた理由

血液は、生体の維持に不可欠の構成要素であるため、差押えにはなじまない。そして、採血は、身体への侵入を伴うもので、医師等の手によるべき性質を有するから、身体検査令状のみによることもできない。また、直接強制の規定がないため、鑑定処分許可状のみによることもできない。そこで、身体検査令状と鑑定処分許可状の併用が必要であると考えたものである。

第2 設問2

1 小問(1)

丙島内に所在するTレンタカー丙営業所への、本件車両の返却期限が令和6年2月4日の午後5時であるのに対して、丙島から乙市への本件フェリー

の出航が同日午後7時であるので、下線部③の指示により、車両用チケットの購入時期・場所がわかることで、契約時から返却の意思がなかったのかどうか、明らかになるためである。

2 小問(2)

XがVからの2度の返却の督促の電話に対し、返しに行く旨を伝えながら一方的に電話を切り、自身の所在地を教えなかったことや、Aに対して、本件車両について、「丙島のレンタカー屋で借りた。もう期限過ぎてるけどね。」と言ったことなどは、本件送致事実記載の実行行為時に、本件車両を返却する意思がないのにこれを返すと（黙示的に）告げて重要な事実を欺き、本件車両の交付を受ける故意があったことを推認させるため、本件送致事実である詐欺の成立に積極的に働く事実である。

一方で、本件フェリーの車両用チケットを購入した時期が、実行行為時よりも後の同月4日午後6時30分頃であるのに対し、乗客用のチケットは実行行為時より前に購入されていたことは、実行行為時においては、本件車両とともに本件フェリーに乗船する意思がなく、本件車両を返却する意思があったことを推認させるため、消極方向に働く事実である。この事実からすれば、積極的に働く上記事実を踏まえても、当初は、返却する意思があった可能性が高く、同事実の、詐欺の故意への推認力は現在され、詐欺罪の成立が認められない可能性が高い。本件車両の交付を受けたのちに、本件車両を領得する意思が生じた可能性が高いといえ、構成要件として占有移転を要しない単横領罪で公判請求したのだと考えられる。

3 小問(3)

横領とは、不法領得の意思を発現する行為であり、不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いてその物につき権限がないのに、所有者でなければできないような処分をする意思である。レンタカーの返却期限を過ぎていてだけでは、後で返却して、延長料金を支払う可能性もあり、㉔の時点では横領が認められず、㉕の時点では、一方的に電話を切ってはいるものの、「これから返しに行く。」と述べているため、同様に横領が認定できない。一方で、㉖の時点においては、「これから返しに行く。」と言っていたのに、本件フェリーに乗って、返却場所である同営業所から離れており、これは、本件車両の返却を免れようとする行為であると評価でき、所有者でなければできないような処分をする意思が発現しているといえ、横領が認められる

第3 設問3

1 条文上の根拠は、321条1項2号である。

2 供述不能要件（321条1項2号本文前段）は例示列举であり、それらに準じた事由も含まれるところ、本件では、Xが「覚えていない」と供述して、証言内容を変えなかったに過ぎないから供述不能要件に準じた事由は認められない。

しかし、XがPの事情聴取時点では、令和6年2月1日にAから電話があったこと、同月5日X方を訪れたAが「昔から欲しかった車種だった。ナンバーも覚えやすいだろ。」といていたことや車のナンバーがN300わ7777という同じ数字が並んだものでよく覚えていることなどについて供述していたが、尋問ではそれらについて「覚えていない」と証言しており、「実質的

に異なつた供述」（321条1項2号本文後段）がある。また、Xは尋問で、「Aは、地元の中学校の同級生で、いつも怖い先輩たちとつるんでいた。経傍聴席にいる人たちも、Aが昔からつるんでいた先輩たちだと思う。」と証言しているところ、実際に傍聴席にAと同年代の男性が10名おり、Xの証言中に咳払いしているため、Xが公判廷でAに不利益な証言をすることが著しく阻害されるおそれの高い外部的付随事情があり、「公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況」（321条1項2号ただし書き）があるといえる。したがって、321条1項2号の要件を満たす。

第4 設問4

1 小問(1)

弁護人は、誠実義務（弁護士倫理規程5条）を負っており、被告人の意思に反する弁護活動は同義務に反する。一方で、弁護人は、真実義務を負っているが、積極的真實義務ではなく消極的真實義務であるため、有罪の立証がされるまでは有罪とされないという被告人の正当な利益を擁護すべきである。

本件で、BはまずAに有罪であることを認めるように勧め、それでも翻意しない場合は、無罪主張の弁護活動を行うことになる。このときに、Xの意思に反し、有罪を前提とした弁護活動をした場合には、誠実義務に反するという倫理上の問題が生じる。

2 小問(2)

弁護士であるBがYにうその証言をするように働きかけた場合には、「偽証若しくは虚偽の陳述をそそのかす」行為であるから、弁護士職務規程75条に反するという倫理上の問題が生じる。

以上

民法 解答のポイント

第1 設問1

1 小問(1)について

設問1は、物権に関する問題である。まず、CがDに対し、乙土地の明渡し請求をするにあたり、Cの乙土地の所有権の取得原因を失踪宣告、相続に関連する条文に沿って指摘する必要がある。

Dからは、民法(以下、法令名を略す。)899条の2第1項に基づく反論を指摘する必要がある。

そして、CとDが共有関係にあると考える場合には、共有者の他の共有者に対する明渡し請求の可否を検討する必要がある。

2 小問(2)について

本問では、失踪宣告後、取消し前の善意でした行為について、受益者が善意であり転得者が悪意である場合について、32条1項後段の適用が問題となる。

まず、同条項の「善意」の意義について示した後、転得者の問題について、絶対的構成と相対的構成のいずれをとるのかを検討する必要がある。絶対的構成をとる場合であっても、本件事情の下では、例外的に相対的構成をとることができないかを検討する余地がある。

第2 設問2

1 小問(1)について

設問2は不当利得に関する問題である。小問(1)は、不当利得返還請求の要件を満たすかを丁寧に検討する必要がある。特にJ名義口座からは、本件誤振込後、出金は行われていないため、本件誤振込によりJに受益が認められるかを指摘する必要がある。

2 小問(2)について

本問では、誤振り込みにより取得された金銭が弁済に充てられた場合について、不当利得返還請求権(703条)が認められるかが問題となる。

騙取金による弁済に関する判例(最判昭49.9.26/百選Ⅱ[第9版]144頁)を応用し、本件具体的事情を踏まえて、特に社会通念上の因果関係や法律上の原因の要件が認められるかを検討する必要がある。

民法 解答例

第1 設問1

1 小問(1)について

(1) Cは、Dに対し、Aに失踪宣告がなされ、令和3年4月1日に発生した甲の火災、沈没時点で危難が去ったといえるから、同日、Aが死亡したとみなされ（民法（以下法名略）31条）本件遺言書について、令和4年9月14日、適法に検認が行われたことから、相続および本件遺言書にかかる遺言により、乙土地の所有権を取得した（896条、985条1項）と主張して、所有権に基づき乙土地の明け渡しを主張する。

(2) これに対し、Dは、法定相続分を超える部分については、対抗要件を備えなければ、第三者に対抗できない（899条の2第1項）と反論する。

そして、乙土地の持ち分のうち2分の1を超える部分は、Cの法定相続分（900条1号）を超えるからDに対抗できない。

したがって、Dは、乙土地の共有持分を有するため、その全部を使用することができる（249条1項）から、Cの明け渡し請求は、認められない。

2 小問(2)について

(1) AのFに対する所有権に基づく返還請求権としての土地明け渡し請求権は認められるか。

(2) Aの乙土地もと所有に対し、Fの反論としては、失踪宣告および相続により乙土地の所有権を取得したBからE、EからFへの

売買契約（555条）により、所有権を取得していると主張する。それに対し、Aは、A本人の請求により失踪宣告が取り消されている（32条1項前段、121条）ため、Fは乙土地の所有権を取得できないと主張する。

(3) Fの再反論として、EがAの生存を知らず「善意」（32条1項後段）であるとして、善意の受益者からの転得者である自らは保護されるという主張が考えられる。

判例によれば、「善意」とは当事者双方の善意が求められるが、32条1項後段の趣旨は取引安全を保護する点にあるから、「善意」とは第三者の善意のみをいうと解する。

一方、受益者が善意である場合には、32条1項後段の適用による効果の反射および法的安定の観点から、原則として、その後の転得者の主観を問わない。もっとも、悪意の転得者が善意の受益者を藁人形の如く利用した場合には、当該転得者の取引安全は保護に値せず、例外的に、当該転得者への32条1項後段の適用が否定されると解する。

本件で、EはAの生存を知らず「善意」であり32条1項が適用され、Fの主観は問われないのが原則であるが、Fは相続人BからAの生存を聞いているため悪意であり、EにAの生存を伝えないままE F間売買契約を締結させているから、Eを藁人形の如く利用しているといえ、32条1項後段の適用は否定される。

(4) したがって、Fの主張は認められず、Aの請求が認められる。

第2 設問2

1 小問(1)について

- (1) Gは、Jに対し、J名義口座に振り込まれた500万円を不当利得として返還請求する(703条)。同条の要件は、利得、損失、因果関係、法律上の原因がないことである。
- (2) まず、振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振り込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込の原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に、振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して振込金額相当の普通預金債権を取得するから、GのJに対する本件誤振込みにより、Jは、K銀行に対する500万円の普通預金債権を取得するため、同額の利得を得たといえる。
- (3) Gは、本件誤振込みにより、I銀行から、500万円の払戻しを受けることができなくなっているから、同額の損失がある。
- (4) 上記Jの利得とGの損失は、いずれも本件誤振込みにより生じたものであり、社会通念上の因果関係がある。
- (5) 法律上の原因がないとは、不当利得制度は、形式的、一般的には、正当視される財産的価値の移動が、実質的、相対的には正当視されない場合に公平の理念に従ってその矛盾を調整することを目的とした制度であるから、公平の観念に照らして財産的価値の移動を正当化する実質的理由がないことをいう。本件誤振込みは、Gが、K銀行のH名義の口座に振込をすべきところ、誤って

J名義口座を指定したためになされたものであるから、公平の観念に照らして500万円の移動を正当化する実質的理由がないといえるため、法律上の原因がない。

よって、GのJに対する不当利得返還請求は、認められる。

2 小問(2)について

- (1) GのLに対する不当利得返還請求は認められるか。
- (2) 本件誤振り込み500万円について、受領したLは利得を得、Gは損失を被っている。
- 703条の趣旨である公平の観点から、因果関係は社会通念上の因果関係で足り、利得につき他人の金銭を取得したことについての悪意または重過失があるときは当該他人との関係で法律上の原因は認められない。
- 本件誤振込みの後、Jが500万円を自己のLに対する債務の弁済に充てたもので、Jの口座の残高はここ数年間0円であったため、金銭の流れをみれば、社会通念上Gの金銭でLの利得をはかったと認められるだけの連結があるから、社会通念上の因果関係が認められる。したがって、Lの①の反論は認められない。
- また、Lは受領した500万円につき、Jから誤振り込みによるものであることを聞いており、他人の金銭であることにつき悪意であるから、Gとの関係で法律上の原因がない。したがって、Lの②の反論は認められない。
- (3) よって、GのLに対する請求は認められる。 以上

商法 解答のポイント

- 1 設問1(1)は、会社が株主から株式を取得する(自己株式の取得)際に、会社法461条1項の財源規制違反が判明した場合の、当該株式の取得の有効性についてどのように判断するかが問題となる。答案においては、有効説を前提とした論述をおこなったが、無効説もありうる。いずれの場合であっても、論点をとらえ、根拠を示して解答することが求められる。
- 2 設問1(2)は、財源規制違反があった場合の、代表取締役A、金銭の取得者D及び監査役Fの責任が問題となる。

Aは、「業務執行取締役」(462条1項柱書本文)及び、「総会議案提案取締役」(同項2号イ)として、Dは「当該行為により金銭等の交付を受けた者」(同項柱書本文)として、甲社に対して、連帯して、1000万円の金銭の支払い義務を負う(同項柱書本文)。もっとも、Aについては、その職務を行うにつき、注意を怠らなかった場合には、同項の義務を負わないため、過失があったか否かについて、問題文の事情を拾いながら、検討する必要がある。

Fについては、個別の規定がないため、423条1項の責任の成立が問題となる。会計帳簿が適正に作成されたことを前提として、計算書類と会計帳簿の内容の照合を行うのみであった点を適切に評価する必要がある。
- 3 設問2は、特別支配株主の株式等売渡請求があった場合に、これに反対する売渡株主であるEとして、どのような会社法上の手段をとれるかが問題となっている。具体的には、売買価格決定の申し立て(会社法179条の8)及び差止請求(同法179の7第1項3号)をすることが考えられるためこれらの手段について、条文の要件を意識しながら論ずる必要がある。

商法 解答例

第1 設問1

1 小問(1)

(1) 甲社が本件株式を買い取ることは、自己株式の取得（会社法（以下、法令名を略す。）157条、156条）であり、いわゆる財源規制を受ける（461条1項3号）。

本問においては、行為の効力が生ずる令和6年3月31日における分配可能額が800万円であったのに対し、株主Dに交付する金銭の帳簿価額の総額が1000万円となって分配可能額を超えているため、財源規制違反の行為の効力が問題となる。

(2) この点について、まず、同条1項柱書は、「その効力が生じた日」と記載され、行為が有効であることを前提としている。また、462条1項により、金銭等の交付を受けた者が金銭支払い義務を負う結果、同行の義務を履行した場合には、民法422条の類推適用により、会社の株式が売主に復帰し、会社が株式を処分していた場合には、会社が同条の債務不履行に基づく損害賠償責任を負うと考えれば、特段の不都合は生じない。

したがって、財源規制違反の行為の効力は有効である。

(3) よって、本件株式の買取りは有効である。

2 小問(2)

(1)Aの甲社に対する責任

Aの甲社に対する責任は、462条1項に基づく金銭の支払責任である。前述のとおり甲社は「前条第一項の規定に違反」（4

62条1項柱書）している。Aは甲社の代表取締役として甲社による本件株式買取りを実行した取締役であり、「職務を行った業務執行者」にあたる。また、Aは定時株主総会において、本件株式の買取りについて提案した「総会議案提案取締役」（同条1項2号イ、157条第1項）にも当たる。

本件株式の買取りにあたり、Aは令和6年3月31日の定時株主総会において適法に確定した計算書類（438条2項）に基づいて分配可能額が1200万円であることを計算しており、「注意を怠らなかった」（462条2項）ように思える。しかし、会計帳簿を単独で作成していたGが一部の取引の記帳を失念したことにより当該計算書類の基礎となった会計帳簿に過誤があり、過誤の修正後の分配可能額は800万円であることから、計算書類は適法に作成されたものではなかった。そして、Aは甲社の財務及び経理を担当しており、財務を担当する取締役である以上、Aにも会計帳簿を適切に作成する責任がある。そのため、AはGが過誤なく会計帳簿を作成することを確認する義務があったといえ、それにもかかわらず会計帳簿の作成をGに任せきりにしたことにより過誤に気づけなかったため、「注意を怠らなかった」とはいえない。

よって、Aは甲社に対して、「交付を受けた者」であるDが「交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭」である1000万円を、Dと連帯して「支払う」責任を負う（同条1項柱書）。

(2)Dの甲社に対する責任

Dの甲社に対する責任は、462条1項に基づく金銭の支払責任である。また、Dは本件株式の買取りにより甲社から1000万円の交付を受けており、「金銭等の交付を受けた者」（462条1項柱書）にあたる。

よって、Dは甲社に対して、「交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭」である1000万円をAと連帯して「支払う」責任を負う（同条1項柱書）。

(3) Fの甲社に対する責任

Fは、甲社の監査役であり、「役員等」（同条項かつこ書）にあたることから、Fは甲社に対して役員等の株式会社に対する損害賠償責任（423条1項）を負うと考えられる。

監査役は「取締役…の職務の執行を監査」（381条1項）し、その監査の対象には会計監査も含まれる。そして、監査役には会社の「財産の状況の調査」（381条2項）権限があることから、計算書類の基礎となる会計帳簿もその監査対象となり、会計帳簿が正確に作成されていることについて監査する責任を負う。Fによる会計監査は、例年、会計帳簿が正確に作成されたことを前提として会計帳簿との突合を行うものであり、会計帳簿が正確に作成されたことについての監査を行っていない。よって、「任務を怠った」（423条1項）といえる。

Dに1000万円を交付したことで、1000万円が流出した

「損害」が生じ、これは本件株式の買取りによって生じたものであるため、損害と任務懈怠との因果関係も認められる。

会計帳簿の監査はFの職務の内容であったのにこれを怠っているため、Fの帰責性（428条1項参照）も認められる。

よって、Fは、甲社に対し、1000万円の損害賠償責任を負う。

第2 設問2

1 まず、Eは裁判所に対して、価格決定の申立て（179条の8第1項）をすることが考えられる。本問では、特別支配株主の株式等売渡請求がなされており、取得日が令和6年9月20日であるから、同月2日時点において価格決定の申立てをすることができる。

2 次に、Eは売渡株式の取得の差止めを請求することが考えられる（179条の7第1項）。

まず、Eは本件請求によって、株主の地位を失う恐れがあるから、「不利益を受ける恐れがあるとき」といえる。また、179条の2第1項2号の金銭の額について、確かに、税理士Hの評価額の算定においては、「1株当たり6万円から10万円までの範囲が甲社の株式の適正な評価額である。」とされており、6万円は時価での買取りに当たる。しかし、E以外の株主については、1株あたり10万円であったのに対し、Eに対しては6万円とされていることから、対価が「著しく不当である」として、差止請求をすることが考えられる。

以上

民事訴訟法 解答のポイント

- 1 設問1は、XがYに対し、本件代金300万円の支払請求をし（本件訴訟）、弁論準備手続の結果、争点は、本件契約における代理権の授与の有無及び表見代理の成否とされ、これらの争点についての人証調べがされた。しかし、結審が予定されていたその後の口頭弁論期日において、YがXに対して有する貸金債権300万円を自働債権とし、本件代金に係る債権を受働債権とする相殺の抗弁を新たに主張したことから、当該相殺の抗弁が時機に後れた攻撃防御方法として却下されるか（民事訴訟法157条1項）が問題となっている。

解答に当たっては、時機に後れた攻撃防御方法の要件、すなわち、①「時機に後れ」た攻撃防御方法の提出、②「故意又は重大な過失」、③「訴訟の完結を遅延させること」について、本問における事情をもとに検討することになる。この点については、それぞれの要件についての解釈を踏まえて、本問の事情をあてはめればよいであろう。

また、Y側による、「判例によれば、基準時後に相殺権を行使したことを請求異議の訴えの意義事由とすることも許容される以上、弁論準備手続の終結後に相殺の抗弁を主張することも許されるべきである。」との主張にどのように答えるかについても、本問では求められている。この点、参考答案においては、時機に後れた攻撃防御方法の制度趣旨と既判力の制度趣旨の違いから、基準時後に相殺権を行使したことを請求異議の訴えの意義事由とすることが許容されることと、相殺の抗弁を時機に後れた攻撃防御方法として却下することは、矛盾しないとしている。

- 2 設問2は、Xが本件訴訟において、Yの代理人であるAに訴訟告知をしたが、Aは、本件訴訟に参加していない。そして、本件訴訟では、YはAに代理権を授与しておらず、また、表見代理の成立は認められないことを理由として、Xの請求を棄却するとの判決がなされた。その後、Xは、Aに対し、無権代理人の責任追及の訴えを提起し、当該訴訟において、Aは、AはYから代理権を授与されていたと主張した。

上記のような事実関係において、本問では、Xの立場から、訴訟告知の効果によってAの主張を排斥する立論を、判例を踏まえて展開することが求められている。現在の多数説は、訴訟告知により参加的効力が生じるのは、告知者と被告者の間に告知者敗訴により直接に求償または賠償関係が成立する実体関係がある場合に限定していることも考慮した検討ができると望ましい。

民事訴訟法 解答例

第1 設問1

1 L2は、弁論準備手続終了後に相殺の抗弁を主張しているが、攻撃防御は訴訟の進行に応じて適切な時期に提出しなければならないため（民事訴訟法（以下法令名略）156条）、裁判所はこれを時機に後れた攻撃防御方法として却下する（157条1項）ことができるか。

(1) 「時機に後れ」た攻撃防御方法の提出

「時機に後れて」とは、当該攻撃防御方法が提出される以前に提出する機会があったことをいう。

本問では、本件訴訟は争点整理のため弁論準備手続に付されており、また、本問では、争点整理前から相殺適状であったことから、同手続内で相殺の抗弁が主張することが期待される。よって、「時機に後れて」同抗弁が提出されたといえる。

(2) 「故意又は重大な過失」

弁論準備手続を経ている場合、当事者は攻撃防御方法を提出すべき適切な時期を容易に認識しうる。そこで、同手続後に提出した理由を合理的に説明（174条・167条）できなければ、時機に後れて攻撃防御方法が提出されたことにつき、重大な過失があったと評価できる。

本問では、相殺権の行使が自己の有する債権を犠牲にする点で実質敗訴に等しく、早期の主張を期待しがたいものであることを考慮しても、相殺の抗弁を仮定的に主張することまでは期待でき

ないとはいえない。また、Yには訴訟代理人が付いており、専門的な判断に欠けるところはない。

よって、Y側には「重大な過失」が認められる。

(3) 「訴訟の完結を遅延させること」

「訴訟の完結を遅延させる」か否かは、当該攻撃防御方法を却下した場合と、これについての審理を続行した場合に想定される訴訟完結時を比較して判断する。

相殺の抗弁を主張した場合、反対債権の存否についても審理をする必要がある。そのため、相殺の抗弁の主張は、それが主張されない場合と比べ審理を要するため、訴訟の完結を遅延させるといえる。

(4) また、基準時後に相殺権を主張したことを、請求異議の後訴において主張することが判例上、許容されるとのL2の主張について、時機に後れた攻撃防御方法の却下は、同一手続内での具体的な提出可能性の問題であるのに対し、既判力の遮断効は前訴での抽象的・類型的な提出可能性に基づくもので、利益状況は異なる。そのため、相殺の抗弁を時機に遅れたとして却下することと、基準時後の相殺の抗弁の主張が既判力により遮断されないとした上記判例の判断とは矛盾はしない。

2 以上より、裁判所は、Yの相殺の抗弁は、時機に後れた攻撃防御方法として却下すべきである。

第2 設問2

- 1 Xは後訴において、Aは無権代理人としての責任を負うとして、Aに対して本件代金300万円の支払を求めている。これに対してAは応訴し、Yから代理権を授与されていたと主張しているところ、Xは前訴におけるAへの訴訟告知(53条1項)の効果としてAの主張は敗訴されると考えている。
- 2 当事者は、訴訟の係属中、参加することができる第三者にその訴訟の告知をすることができる(53条1項)とされており、本問ではAは補助参加の利益を有しているため、「参加することができる第三者」にあたり、本件訴訟の係属中に、XはAに訴訟告知をすることができる。
- 3(1) 訴訟告知を受けた者が参加しなかった場合においても、第46条の規定の適用については、参加することができた時に参加したものとみなす(53条4項)ところ、本問では本件訴訟に補助参加していないが、Aは訴訟告知を受けているため、補助参加したものとみなされ、46条の規定が適用される。
- (2) 補助参加にかかる訴訟の裁判における補助参加人に対する「効力」(46条)とは、参加効力を意味する。参加効力とは、敗訴責任の公平な分担という観点から、①被参加人敗訴の場合にのみ生じ、②参加人と被参加人の間に及ぶ特殊な効力であって、③主文及び判決理由中の判断のうち主文を導き出すために必要な主要事実に生じる拘束力のことをいう。
- (3) そして、被告告知者が不参加の場合にも訴訟告知により参加的

効力が生じるのは、告知者と被告告知者の間に告知者敗訴により直接に求償または賠償関係が成立する実体関係がある場合に限定されると解する。

本問は、Xが敗訴したことにより、AはYの無権代理人としてXに損害賠償責任を負う関係にあり、被告告知者のAと告知者のXの間では実体法上の賠償関係が成立するため、参加的効力が生じ得る場面である。

- (4) XはAに対し、訴訟告知をし、Xが敗訴しているため、XとAの間で前訴判決主文及び判決理由中の判断のうち主文を導き出すために必要な主要事実につき拘束力が生じている。Xの請求を棄却する前訴判決主文とはYのXに対する本件代金支払債務は存在しないというものである。前訴判決の理由として、YはAに代理権を授与しておらず、また、表見代理の成立が認められないことが掲げられている。YはAに代理権を授与していないことは判決理由中の判断のうち主文を導き出すために必要な主要事実にあたり、XとAの間でこれにつき拘束力が生じ、Aは自らが代理権を授与されていなかったことを争うことができない。
- (5) よって、Aの主張はXのAに対する訴訟告知の効果としての参加的効力によって排斥される。

以上