

LEC 司法試験

2007年度  
新司法試験の分析

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





**(択一重視か？論文重視か？)**

新司法試験の対策を検討する上で、旧司法試験との違いを意識することは重要です。出題形式に関する違いを挙げると、大きいものとして以下の4点があります。

- 1 短答式試験の出題科目が実質的に7科目へ増加
- 2 短答式試験は論文式試験採点のための第一次選抜（足切り）として使われるだけでなく、「論文式の4分の1」という比重で総合評価される
- 3 論文式試験が公法系・民事系・刑事系という形で括られ、憲法と行政法、民法・商法・会社法と民事訴訟法、刑法と刑事訴訟法が連続した試験時間内で問われる
- 4 1問の解答時間は2時間が標準となった（民事系の大大問のみ1問4時間、選択科目は2問で3時間）

このような違いから、新司法試験対策においては、2つの考え方が主張されています。1つは、短答式試験の科目が増加し、また、総合評価として最終合格にも影響するので、短答式試験で高得点を取ることが合否の分かれ目になるという考え方で、もう1つは、短答式試験の科目数が増えるとはいえ、出題される知識自体は基本的なものであるため、旧司法試験の択一試験対策をしてきた受験生であれば、ほとんど差がつかず、合否の分かれ目は専ら論文式試験の出来によって決まるという考え方です。

**(2006年度は短答式試験が最終合格を決めた？)**

昨年度の新司法試験の短答式試験の合格者を法科大学院ごとに集計すると以下のようになります。

<2006年度>

	受験者	合格者	合格率
金沢大学法科大学院	2	2	100.0%
京都産業大学法科大学院	1	1	100.0%
熊本大学法科大学院	4	4	100.0%
國學院大学法科大学院	2	2	100.0%
島根大学法科大学院	1	1	100.0%
白鷗大学法科大学院	6	6	100.0%
名城大学法科大学院	5	5	100.0%
一橋大学法科大学院	53	51	96.2%
北海道大学法科大学院	37	35	94.6%
愛知大学法科大学院	18	17	94.4%
神戸大学法科大学院	62	58	93.5%
創価大学法科大学院	14	13	92.9%
大阪市立大学法科大学院	26	24	92.3%
広島大学法科大学院	12	11	91.7%
明治大学法科大学院	95	86	90.5%
早稲田大学法科大学院	19	17	89.5%
中央大学法科大学院	239	212	88.7%
千葉大学法科大学院	26	23	88.5%
成蹊大学法科大学院	25	22	88.0%
東京都立大学法科大学院	39	34	87.2%
京都大学法科大学院	129	112	86.8%
名古屋大学法科大学院	28	24	85.7%
神奈川大学法科大学院	13	11	84.6%
慶應義塾大学法科大学院	164	138	84.1%
東京大学法科大学院	170	143	84.1%
関西大学法科大学院	50	42	84.0%
甲南大学法科大学院	18	15	83.3%
大阪大学法科大学院	21	17	81.0%

	受験者	合格者	合格率
南山大学法科大学院	10	8	80.0%
新潟大学法科大学院	10	8	80.0%
福岡大学法科大学院	5	4	80.0%
東北大学法科大学院	42	33	78.6%
明治学院大学法科大学院	18	14	77.8%
九州大学法科大学院	13	10	76.9%
上智大学法科大学院	51	39	76.5%
法政大学法科大学院	61	46	75.4%
関西学院大学法科大学院	64	48	75.0%
西南学院大学法科大学院	4	3	75.0%
関東学院大学法科大学院	15	11	73.3%
山梨学院大学法科大学院	11	8	72.7%
専修大学法科大学院	51	37	72.5%
立教大学法科大学院	18	13	72.2%
青山学院大学法科大学院	14	10	71.4%
東洋大学法科大学院	24	17	70.8%
横浜国立大学法科大学院	10	7	70.0%
同志社大学法科大学院	88	61	69.3%
立命館大学法科大学院	102	69	67.6%
岡山大学法科大学院	12	8	66.7%
近畿大学法科大学院	6	4	66.7%
神戸学院大学法科大学院	3	2	66.7%
学習院大学法科大学院	49	31	63.3%
姫路獨協大学法科大学院	8	5	62.5%
駒澤大学法科大学院	18	10	55.6%
日本大学法科大学院	54	30	55.6%
久留米大学法科大学院	4	2	50.0%
駿河台大学法科大学院	21	10	47.6%
大東文化大学法科大学院	19	9	47.4%
東海大学法科大学院	3	1	33.3%
合計	2087	1684	80.7%

全体の合格率は80.7%でしたが、60%を下回ってしまった大学院が6校もあり、論文式試験よりも前に短答式試験の合格率で差が付いてしまいました。そして、短答式試験の合格率が低い大学院は論文式試験でも苦戦しています。

短答式試験の合格率が高い7校と低い7校を比較的人数の多い大学院（短答式の合格者20名以上）から選び出し、論文式試験合格者を比較してみましょう。

まず、合格率が高い大学院としては、一橋大学が短答式合格者51名中44名、北海道大学は35名中26名、神戸大学は58名中40名、大阪市立大学は24名中18名、明治大学は86名中43名、中央大学は212名中131名、千葉大学は23名中15名が論文試験に合格しています。これら7校の論文式試験の平均合格率は64.8%です。これに対し、短答式試験の合格率が低い大学院としては、法政大学は短答式合格者46名中23名、関西学院大学は48名中28名、専修大学は37名中9名、同志社大学は61名中35名、立命館大学は69名中27名、学習院大学は31名中15名、日本大学は30名中7名が論文試験に合格しています。これら7校の論文式試験の平均合格率は44.7%です。

論文式試験合格率にこれだけ差が付いたことを考えると、短答式試験の出来が最終合格を左右したと言えます。

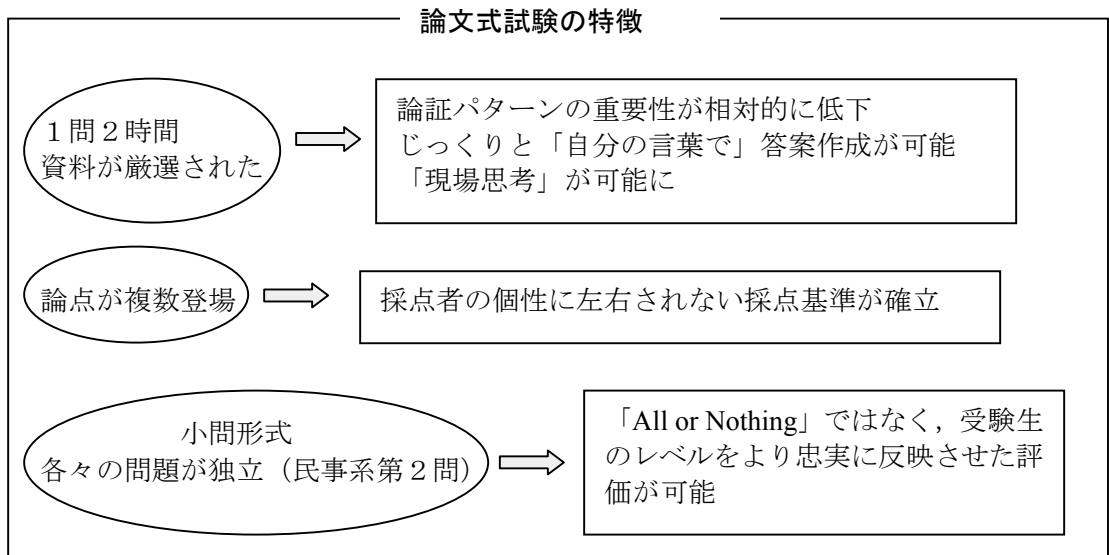
ただし、2006年度の新司法試験は、既修者のみが受験し、しかも、その既修者の多くが旧司法試験の受験経験を有する人、という特殊な年でした。旧司法試験の受験経験がある以上、「短答式で高得点を取れる人＝旧司法試験で何度も論文試験を受験していた人＝論文を書き慣れている人」という因果関係も認められます。つまり、総合評価によって短答式試験の出来が最終合格に影響したとは限らないのです。短答式試験で高得点を取ることができる受験生はもともと論文式試験も得意であったのが2006年度、という評価も可能です。

です。前記の2つの考えは未だ決着がついていない状況と言えます。

## (2007年度の論文式試験は昨年よりも難しくなった?)

論文式試験は、昨年度よりもさらに、時間的な余裕がある問題となりました。資料が厳選された形となり、1つの問題で論じるべき論点の数も昨年度よりも減りました。その分、「現場思考」で自分なりの論証をじっくりと練ることが必要な問題となっています。特に、民事系はその傾向が強く、昨年度よりも難しくなったと言えます。公法系は昨年度並み、刑事系は何を書くべきかが明らかな問題であったので、昨年度よりも易しくなりました。

法科大学院の授業は、民事系へのウェイトが大きいので、その点では法科大学院のカリキュラムを反映させたものと言えます。とはいえ、民事系の中でも民事訴訟法の問題は「知識」が前提となっている実質的な一行問題であり、旧司法試験に近い傾向です。刑事系についても、事案から具体的事実の抽出が必要である点は旧司法試験とは異なるものの、財産犯の各構成要件へのあてはめ、共犯の離脱の認定、ビデオ撮影の適法性、悪性格の立証、といった論点はいわゆる「典型論点」であり、論証パターンをある程度覚えておいて、問題ごとに多少はアレンジするという書き方が有効です。刑事系では、旧司法試験のテクニックが活用しやすい傾向がより強くなったと言えます。



## 第1問

【事例】 省略

〔設問〕

1. あなたがB教団の訴訟代理人だとすれば、この訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか、述べなさい。
2. 設問1で述べられた教団側の主張に対する市側の反論を想定した上で、憲法上の諸問題を検討し、あなた自身の見解を述べなさい。

【資料1】～【資料3】 省略

## 合格答案へのポイント

## (設問形式について)

立場を明確にさせた上で、主張を展開させ、被告側の反論も挙げさせた上で結論を問うという形式は、前年度の新司法試験、さらにサンプル問題・プレテストと同様です。公法系の場合、解答の枠が明確に定められているので、答案を書き始める前に構成をしっかりと作ることが必要です。

設問1において、B教団側の主張として指摘すべき憲法上の論点を落としてしまうと、設問2での反論も抜け落ちてしまい、大きく得点を落としてしまうこととなります。もちろん、後から設問1の答案に論点を追加することもできますが、読み手に与える印象を良くするためには、答案を書き始める前に、どのような憲法上の論点が問題となりえるか、そのうち、どこまでを答案上で検討するか、しっかりと決定しておかなければいけません。

## (時間配分について)

資料の数・分量が前年度よりも減って、事案も理解しやすいので、事案と資料の読み込みは10分程度で終わらせることができるでしょう。前述のように、答案構成が大事ですので、20分ほどかけて、じっくりと答案構成をするべきです。

憲法上の論点をどこまで拾うかによって、答案の長さは変わりますが、本問のポイントは、違憲審査基準をどのように定立すべきか、という点にあり、その他の論点はあっさりとして処理すればよいでしょう。答案の分量はそれほど多くする必要はなく、3000字以内で書き上げることができたでしょう。

## (設問1について)

- 1 条例に基づく不許可処分が合憲か違憲かが問題となります。一般的には、「条例に基づく処分」の違憲性を論じる場合、条例そのものの違憲性と、処分が条例に基づいて行われているかという適用・運用の違憲性の2つが問題となります。

まず、条例そのものの違憲性については、どのような人権が制約されているかが問題となります。本問の特殊性は、条例の本来の立法趣旨と結果的に制限されている人

権とにズレがある点です。すなわち、本条例は大規模開発事業において影響を受ける周辺住民の（経済的）利益を考慮して、事業者と周辺住民とが協議して利害調整をおこなうよう促すことを目的としたものであり、財産権規制に主眼がある条例である。しかし、本事案においては、B教団が本部施設の建設を計画したために、信教の自由が制限される結果となっているわけです。精神的自由権に対する規制は経済的自由権に対する規制よりも厳格な違憲審査基準によるべきとする「二重の基準」論が本事案で妥当するか否かがポイントです。

その他、条例そのものの違憲性については、「法律の範囲内」といえるか（上乗せ条例ではないか）、条例で財産権を規制してよいか、不許可処分について適正手続が行われているか（行政手続に憲法31条が類推適用されるか）といった主張もあります。

ちなみに、論点としては、開発事業計画の不許可という財産権制限に対して何らかの補償はないのか、条例中に補償規程が無くても補償を裁判上請求できるか、といった論点がありますが、B教団はあくまで本部施設を建設したいのであり、補償金という金銭的解決は何ら望んでいないと読み取れるので、これらの論点を主張するのは、依頼人たるB教団の意図を汲んでいない、という点で印象が悪くなるので注意が必要です。

- 2 B教団の訴訟代理人の主張としては、第一に、本条例が宗教活動に対して事前抑制となっている点を指摘して、事前抑制の原則的禁止の法理から厳格な審査基準を採用すべきであり、「現在かつ明白な危険の基準」を本条例にあてはめると違憲である、との主張が考えられます。さらに、「法律の範囲内」を超える、告知・聴聞の機会が不十分で適正手続に違反するとの主張も可能です。

処分の違憲性を主張する方法として、仮に条例が合憲であるとしても、市長による開発事業計画の不許可処分は、その根拠となる第18条2項の定める要件が漠然としており、市長の裁量が広すぎるとして適用の面で違憲性があると主張することもできます。特に、同項2号の「災害防止に対する支障等、市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある場合」という「おそれ」は非常に広範に適用される危険性があります。

## （設問2について）

設問1の主張に対して、憲法上の論点を挙げていきます。市側からの反論として、本条例の立法趣旨に遡って論述を行うと、充実した論証となります。本条例は、結果的に信教の自由への制約となっているとはいえ、特定内容の宗教活動を制約するものではありません。「開発事業に係る土地の面積が1000平方メートル以上」という外形的基準によって規制をしているので、内容中立規制といえます。ですから、違憲審査基準としてはLRAの基準を採用することが妥当、という論理展開が書きやすいと思われます。

規制目的は条例の第1条から引用すればよいでしょう。そうすると、「市民が安心して生活できる安全で快適な、かつ環境保護にも配慮したまちづくり」のためには、大規模開発事業について許可制を採ることも、不許可となる場合が限定されているのであれば必要最小限度の規制といえ、本条例について言えば①周辺住民を対象とする説明会の開催や、②周辺住民の過半数の同意を要する協定書の締結を要求することは、より制限的でない他の選ぶ手段はないとして合憲である、とのあてはめができます。

次に、条例が「法律の範囲内」を超えるとの主張に対しては、都市計画法と本条例の目的が異なることから、上乗せ条例も許されることを簡潔に論じれば十分です。また、

適正手続に関する論点も行政手続に対する31条の適用はあくまで類推適用であり、条例そのものがLRAの基準に照らして合憲である以上、告知・聴聞の機会としても十分である旨、ここも簡潔に論じれば十分です。

最後に、処分の違憲性ですが、ここは資料3をどこまで活用できるか、という問題抽出能力が試されます。「市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある場合」に該当する要素を具体的に複数挙げていけば、処分には合理性があり、市長の裁量には逸脱・濫用は認められず、処分も合憲であるとの結論を導くことができます。

## 第2問

【事案】 省略

〔設問〕

1. (1) 退去強制令書に基づくAの収容の継続及び送還を阻止するために、Aがいかなる法的手続（行政事件訴訟法に定めるものに限る。）をとるべきかについて、それを用いる場合の要件を中心に論じなさい。
- (2) また、Aが退去強制事由該当の判断を争うために認定又は裁決の取消訴訟を提起する場合、認定と裁決のいずれを対象とするのが適切かを論じなさい。
2. 上記1.の手続において退去強制事由該当の判断を争う場合に、Aはいかなる実体法上の主張をすべきかを、詳細に論じなさい。

なお、以上の設問に関しては、在籍特別許可（第50条）の問題を検討する必要はない。

【資料1】～【資料3】 省略

## 合格答案へのポイント

（設問形式について）

去年に引続き、行政法は添付資料に解答の方向性についてのヒントが多く含まれている問題構成になっています。どの設問について添付資料のどの記述がヒントとして示されているかの的確に抽出し、それに従って答案を構成していくことが必要となります。

設問1(1)については、①Aがとるべき法的手続、②その要件、の2点が聞かれています。まず、①については、「法的手続」という大きな概念で聞かれていますので、訴訟のみならず、行政事件訴訟法に定める法的手続を網羅的に考えることが必要となってきます。次に、②については、①で自分の採用した法的手続の要件を明確に示し、それへのあてはめを忠実に進めていく必要があります。

設問1(2)については、形式的には認定又は裁決の取消訴訟を提起する場合に認定と裁決のどちらを対象とするべきかを問われていますが、実質的には原処分主義と裁決主義の理解が問われていると考えられます。資料1に示された二通りの見解につ

きその立場を整理してどちらを採るべきかを検討していく必要があります。

設問2については、退去強制事由該当の判断を争う場合の実体法上の主張を、問題文及び添付資料に示された具体的事情に基づき、説得的に論述していくことが必要となります。

### (時間配分について)

事案及び添付資料の分量は昨年度よりも若干減少したと考えられます。

しかし、資料1には解答に織り込むべき視点、事情が多く含まれており、これらの事情をいかして答案を作成するため、十分に答案構成をする必要があります。そうすると、答案構成に要する時間は、40～45分くらいは必要であると考えられます。あてはめに使う事情も多いことから、実際の答案作成に要する時間もかなりかかると思われます。時間切れにならないよう、十分注意する必要があります。

### (設問1について)

#### (1) について

##### ① Aがとるべき法的手続について

まず、行政事件訴訟法に定める「法的手続」と聞かれて一番に検討すべきは、訴訟の選択であり、その中でも中心である抗告訴訟だと考えられます。

抗告訴訟について考える場合には、行政庁のどの処分を対象とするかが、まず問題となります。

この点、判例では退去強制令書の発付につき処分性を認め、その取消訴訟が適法であることを前提とした判示がなされています。本件においても、退去強制令書が取り消されれば、Aの収容の継続及び送還の根拠がなくなるので、これを阻止することができます。そこでまず、退去強制令書の発付に処分性を認め、その取消訴訟(行政事件訴訟法(以下、「行訴法」という。))3条2項)を提起することが考えられます。

次に、この取消訴訟を提起しても、原告勝訴判決が確定するまでは収容が継続されることになり、また強制送還されるおそれは残ります。そこで、これを阻止するために、執行停止の申立て(行訴法25条2項)という法的手段をとることが考えられます。

なお、他にも収容の継続及び送還それ自体を対象として差止めの訴え及び仮の差止めの申立てをする(行訴法3条7項、37条の5第2項)、という法的手段をとることも可能性であると考えられます。もっとも、問題文に「発付の法的性格を解明した上で」との指定がなされていることから、発付自体を対象とする法的手続について検討した後に、他に考えられる手段としてこれらの手段を検討するべきであると思われれます。

##### ② 要件について

取消訴訟及び執行停止の手段を採用する場合には、まず取消訴訟の訴訟要件を検討する必要があります。

この点、退去強制令書の発付は一種の事実行為であるとも考えられますので、処分性が認められるかが問題となります。資料1弁護士Bの第2発言において「発付の法的性格を解明した上で争い方を考えてください。」とのヒントがありますので、この点から発付の法的性格を踏まえた上で処分性の有無を検討するという点に気付けるかがポイントとなります。

その他の訴訟要件である原告適格、訴えの利益については、処分の名宛人が原告であり、発付が取り消されなければ収容が継続され送還されてしまうという状況にある以上、問題なく認められると考えられます。

次に、執行停止の要件を満たしているか検討する必要があります。本問で中心的な問題となるのは、25条2項の「重大な損害」の有無でしょう。この点について、問題文の事情を具体的に考慮して、あてはめをしていく必要があります。

## (2) について

この点については、資料1 弁護士Bの第8発言にヒントがあります。すなわち、原処分主義なら認定を、裁決主義なら裁決を争うことになる、という点です。次の弁護士Cの発言でも、認定—判定—裁決を一体にとらえる立場、明文規定の有無を重視する立場が示されており、次の弁護士Bの発言でそれぞれを整理してどちらを採るべきか検討するよう指示されています。

この問題については、結論はどちらでもよいと考えられます。ただ、自らの結論を導くにあたり、原処分主義と裁決主義とがどのようなものであるか、についての理解を示す必要があります。例えば、裁決主義だとすれば裁決を訴訟の対象としても認定、判定、裁決いずれの違法事由も主張できることとなります。このような点から考えると、三段階の行為を一体にとらえる立場が裁決主義であり、最終判断までの迅速化を図る諸規定に鑑み裁決主義を採用すべき、との論理を導き出すことが可能でしょう。

本問は、結論の当否よりも、基本の理解、及びその事案へのあてはめが重要であるので、そのことに注力するべきであると考えます。

## (設問2について)

1 Aは、本件は入管法24条4号の退去強制事由に当たらないのにこれに該当するとした行政庁の措置は、裁量逸脱の違法がある、との実体法上の主張をしていくこととなります(行訴法30条)。これについても、資料1にヒントが多く示唆されていますので、これをもとにしてAの主張を構成していくこととなります。

2 この点、退去強制事由に当たるためには、①19条1項違反、②「専ら行っている」(24条4号イ)、という二要件を満たす必要があります(弁護士C第6発言参照)。

(1) まず、①19条1項に違反するかについては、Aは留学という「別表第1の4の表の上欄の在留資格をもって在留」しており、R店でのアルバイトという「報酬を受ける活動」をしているにあたります。もっとも、同条項は、「次項の許可を受けて行っ場合を除き」としていることから、19条2項の資格外活動の許可を受ける場合には、同条項に違反しないこととなります。

そこで、Aとしては、19条2項に違反しないとの主張をしていくことが考えられます。

この点、弁護士Cの第3発言では、19条2項の許可は必要経費の一部を賄う程度のアルバイトのみを許容する趣旨で、滞在経費を専ら賄うアルバイトは含まないとされていると指摘されています。また、次の弁護士Bの第4発言では、Aがアルバイトで滞在経費を専ら賄っているかを争うべきと指摘されています。これらのヒントをもとにして、19条2項に違反しないとの主張をする必要があります。この際、上陸後在留中に事情が変わりうることはよくあることであること

で、その点も考慮すべきかもしれない、という弁護士Bの第4発言に配慮した論述をする必要があります。例えば、19条2項は上陸時の資産保有要件を満たさない場合に資格外活動を不許可とするものであるのだから、上陸時にはその要件を満たしていたが、後にその要件を充足しないに至った場合には不許可事由には当たらない、と主張することが考えられます。

また、同条項は風営店での活動を一律不許可としていますが、本件においてはこの要件も満たさない、との主張をすることが考えられます。その際の主張内容としては、風営店での活動が一律不許可であることの理由が学業と両立しないもので留学生が通常行うアルバイトの範囲外であるという点に基づくこと、風営店での活動も多様であるから具体的に判断すべきであるということ、を指摘している弁護士Cの第4発言、弁護士Bの第5発言をヒントにして、本件の活動が19条2項の資格外活動許可の基準に照らして違反しない、というような論述をしていくことになるでしょう。

- (2) 次に、Aとしては第2の要件である、②「専ら行っている」とはいえないと主張していくことが考えられます。

弁護士Cの第5発言において、19条1項に違反すると、在留目的が実質的に変更され、24条4号イ「報酬を受ける活動を専ら行っている」という要件に該当すると指摘されています。この点について、弁護士Bの第7発言において、「24条と19条1項の関係も検討してください。」との指摘がなされており、この点から両規定の関係をまず検討する必要があります。

上記の弁護士Cの発言を前提とすれば、19条1項違反があれば24条の退去強制事由があることとなります。もっとも、弁護士Bの第7発言では、73条と70条1項4号の関係を参考にして検討せよという指摘があります。これらの規定が、2つの罰則規定を書き分けている点を考慮すれば、同様の形式である19条、24条について、19条1項違反がすぐに24条の退去強制事由に該当するという解釈はとるべきではないと考えるべきでしょう。そうだとすると、Aとしては、19条1項違反がある場合でも在留目的が変更されないという場合もあるという構成により、Aの具体的状況を示してAの在留目的は実質的には変更されておらず、「専ら行っている」には当たらないという主張をすることが考えられます。

そして、弁護士Bの第8発言により、②「専ら行っている」という要件について解釈、あてはめを具体的に検討するよう指示されていますので、問題文・資料に示された具体的事情を用いて検討していくこととなります。弁護士Cの第7発言に過去の裁判所の解釈が示されているので、それらの事案と比較して、本件はその要件を満たさない、との主張をしていくことが考えられます。具体的には、過去の事案とは異なり、Aはアルバイトで得た金銭を生活費、教科書代等に充てており、また、アルバイトにかまけることなく講義に出席し、その出席率は80%であり、かつ、3年次までに大学卒業に必要な単位のほとんどを取得しており勤勉であったことなどの点を主張することとなります。そして、これらの点から、在留目的は変更されておらず、「専ら行っている」には当たらない、との主張をすることとなります。

## 第 1 問

【事例】 省略

〔設問 1〕

甲会社の乙会社に対する募集株式の発行が行われた後において、B 1 はどのような法律上の措置を執ることができるか、あなたの意見を述べなさい。

〔設問 2〕

Y 1 及び Y 2 の乙会社に対する責任について、あなたの意見を述べなさい。

資料①～資料③ 省略

## 合格答案へのポイント

## (設問形式について)

「あなたの意見を述べなさい。」という設問形式は、法科大学院におけるレポート課題を彷彿とさせるような形式です。自説だけを論じるのではなく、様々な見解を紹介して、それぞれの見解のメリット・デメリットを述べて、最終的に自説を導く、という丁寧な書き方が求められます。

## (時間配分について)

資料③の「△△監査法人の報告書の要旨」が、事業提携の具体的効果にまで踏み込んだ記述となっていて、読み解くのに時間がかかる点を除けば、問題文の事例及び資料①②は必要最小限の内容となっていますので、資料①～③も含め、10分ほどで問題文の読み込みは終わるはずですが。

設問 1 は、論じるべきことが比較的明らかですので、答案構成は15分程度で終わらせて欲しいところです。これに対し、設問 2 は、甲会社の株価下落について Y 1 及び Y 2 に善管注意義務違反を問えるかという普段はあまり考えたことのない問題ですので、何を書いてよいか、迷った方もいたことと思われます。1株当たり300円を140円とする結果、8億8000万円の損害が生じることになり、単純に考えると、損害賠償義務が発生するとも思えますが、資料③が提示されている意味を丁寧に考える必要があります。設問 2 の構成には20分程度をかけて、あとは1時間10分程度で答案を書き上げる、という時間配分がおすすめです。

## (設問 1 について)

1株当たり300円という払込金額が「特に有利な金額」といえるかがまず問題となります。マザーズに上場している市場価格のある株式ですので、直近6か月間の株価の平均額を基準として、90パーセントを掛け合わせた金額は判例の基準に照らしても正当といえます。

とすると、甲会社は公開会社ですので、第三者割当てであっても募集事項の決定を取締役会決議で行うことができます。そして、取締役会の招集手続についても A 1 の意図

はどうであれ、定款の定め通り、2日前までに招集通知が発せられており、過半数の取締役が出席し、全員の賛成で募集株式の発行が決議されている以上、手続的な瑕疵はないとも思えます。

しかし、本事案における取締役会の招集手続は瑕疵あるものと評価すべきです。取締役会の招集方法が株主総会ほどには厳格となっていない趣旨を考えれば、一部の取締役が海外出張中にあえて取締役会を開催することは、法の趣旨に反し、実質的には、一部の取締役に対して招集通知がなかった場合と同視できます。そして、招集通知を受けなかった取締役が出席しても決議に影響がなかったとする特段の事情は認められない(キャスティングボードを握っているDは中立的立場と言えます)ので、取締役会決議には瑕疵があり、一般原則通り無効と解されます。

もっとも、乙会社に対する募集株式発行を断行したA1は代表取締役であり、判例は、公開会社の代表取締役が取締役会決議を経ずに行った募集株式発行について、新株発行無効の訴えの無効事由には該当しないとの判断を示しています。

あとは、まさに「あなたの意見」を展開すべきところです。マザーズに上場していることを考えると、取引安全の見地から有効とすべきとも思えますが、本事案では、募集株式の割当てを受けて払込みを行った乙会社は依然として、550万株を保有し続けていると考えられますので、民法93条但書の適用の余地があるとも思えます。

## (設問2について)

まず、株主Xが株主代表訴訟の前提として、乙会社に対して、Y1及びY2に対する損害賠償責任を追及する訴えを提起するよう求めている以上、①乙会社にどのような損害が生じたのか、②この損害はY1及びY2のいかなる行為によって生じたのか、③損害の原因となった行為についてY1及びY2に過失(善管注意義務違反)が認められるか、という順番で論じるのが自然です。

①の損害については、1株当たりの評価額が300円から140円へ減損処理されたことに伴う8億8000万円の会計上の損害です。そして、②この損害は甲会社のゲームソフト開発部門の中心であったCが競合他社へ引き抜かれたことによる株価下落が原因ですが、Cが他社へ移った原因は「甲会社の平成18年9月29日開催の株主総会においてB1が取締役から外れたこと」にあります。そして、かかる株主総会決議についてY1及びY2の行為であると評価できるのか、という点がそもそも問題になります。Y1及びY2は乙会社による議決権行使を決定できるのだから、株主総会決議はY1及びY2の行為と同視できる、との評価もあり得ますが、少し乱暴にも思えます。

結局のところ、②と③を明確に区別して論じることは難しいでしょう。資料③を読み解けば分かるように、乙会社の狙いは甲会社の株式が将来値上がりすることによるキャピタル・ゲインではなく、甲会社と提携することによって研究開発費の低減や開発期間の短縮が図られるという点にあります。分かりやすく言えば、「16億5000万円で甲会社の議決権の過半数を取得して経営統合を実現できれば、投資額をはるかに上回る24億円の経費削減効果がある」という点が乙会社の狙いです。だからこそ、A1は、ゲームソフト開発部門の事業譲渡等によるB1の独立を提案しているわけです。

このように考えると、株主Xの主張の前提となっている、「甲会社の株価下落を防ぐため、ゲームソフト開発部門の業績が維持されるよう努力する義務」はY1及びY2には課せられていないと解すべきです。このような義務を負っているのは、甲会社の取締役であるA1やA2であり、Y1及びY2に対して損害賠償責任追及を行うのは筋違いと言えます。

## 第2問

(配点：200〔設問1から設問3までの配点の割合は10：6：4〕)

次の文章を読んで、以下の1から3までの設問に答えよ。

I XとYの間には、美術工芸品甲の売買契約をめぐって争いがある。以下は、この紛争について、X側のJ弁護士とY側のK弁護士が平成18年5月初めに確認した【弁護士間で確認された事実】、【Xの言い分】、【Yの言い分】及びK弁護士と弁護実務修習中の司法修習生L（以下「L修習生」という。）が平成18年5月末に交わした【K弁護士とL修習生の会話】である。

【弁護士間で確認された事実】 省略

【Xの言い分】 省略

【Yの言い分】 省略

【K弁護士とL修習生の会話】 省略

〔設問1〕

あなたがL修習生であるとして、K弁護士が提示した課題(a)及び(b)についてどのような報告をすべきか、検討の結果を述べなさい。なお、本件については、すべて日本法が適用されるものとする。また、解答に当たっては後記II以下の事実は考慮しないこと。

II 前記IのXY間の売買契約に関して、平成18年6月15日、XがYに対して訴えを提起したところ、その訴訟は次のように推移した。

【事例】 省略

【訴状】 省略

【F名義の文書（甲4号証）】 省略

〔設問2〕

下線部のYの陳述①から③までに關する次の設問に答えなさい。なお、設問はXが訴状で採用した実体法上の法律構成の当否を問うものではない。

- (1) 陳述①の訴訟法上の効果を、Yが甲4号証の成立について認否をしなかった場合と比較して、論じなさい。
- (2) 陳述②と③の訴訟法上の効果（攻撃防御方法としての許容性を含む。）を論じなさい。

III 以下の問題は、前記IIの訴訟を前提としている。ただし、第2回口頭弁論期日が開かれる前であるものとして答えなさい。

【事例】 省略

〔設問3〕

K弁護士の立場で、①から③までのいずれの方法をXの側にもとめるべきかにつき、訴訟法上の観点から論じなさい。ただし、訴訟費用の問題を論ずる必要はない。

## 合格答案へのポイント

### (設問形式について)

論文式試験の中で唯一、4時間という試験時間の問題です。前年度からは設問が1問減って3つの設問となりました。実体法よりも訴訟法に比重が置かれたとも考えられますが、4時間で4つの設問に答える、ということは時間的にはかなりハードであるので、比較的余裕をもって答案作成をしてもらうために設問数が減ったと考えるのが素直です。前年度は、冒頭に示された配点を考慮しつつ、時間を見ながら、確実に解くことができる問題から書いていくというテクニックが有効でしたが、今年度くらいの分量であれば、問題内に全て解答できるはずで

設問1の実体法(民法)の問題は、問題文の随所に「後記Ⅱ以下の事実は考慮しないこと。」という条件付けがされているので、設問2と3の問題文を読む前に、設問1だけ先に答案構成を完了させる、というのも1つの手です。

設問2は(1)は私文書の証拠能力に関する規定として有名な民事訴訟法228条4項に関する問題、(2)は主要事実と間接事実との区別がまず問題になり、陳述の評価によっては自白の撤回や時機に後れた攻撃防御方法の処理も問題になり、また、事実上の主張と法律上の主張との区別も問われています。設問3は訴えの取下げ・請求の放棄・訴訟上の和解を比較させる問題です。このように、民事訴訟法に関しては手続全般について出題されています。

### (時間配分について)

まずは、全体として答案がどの程度の分量になるかを知るために、3つの設問を一通り最後までざっと読むべきです。その上で、本問では、設問1のみが実体法に関する問題で、設問2と3は民事訴訟法の手続法に関する問題です。ですので、設問1の事案・資料(言い分等)を読み終わった段階で、設問1だけを先に答案構成すると良いでしょう。設問1の問題文の読み込み及び答案構成で25～30分程度はかけるべきです。この事案は、X側だけでなく、Y側にも何らかの請求を認めるべきとも考えられる事案です。【K弁護士とL修習生の会話】を丁寧に読み込んで、問題点を整理しましょう。

設問2と設問3は、圧倒的に設問3の方が書きやすいはずで

設問3は事案をそれほど気にする必要が無く、制度比較を中心に書いていけばよいのです。この答案構成は簡単にポイントのみをまとめておくだけで十分です。時間不足が怖いと感じる方は、設問2の詳しい検討をする前に、「設問1の答案構成→設問3の答案構成→設問1の答案書き→設問3の答案書き」という順序で、先に設問1と設問3の答案を書き上げてしまうのも良いでしょう。大体の目安として、設問1と設問3の答案を、あわせて約2時間20分程度(設問1は1時間程度、答案作成の時間を見込んでおくべき)で終わらせることができれば、余裕をもって設問2に取りかかることができます。

設問2の(1)は、知っているか否かで勝負が決まってしまう問題ですが、(2)は要件事実に基づく現場思考が求められます。すなわち、「支払済みの200万円は返してもらおう」との発言が、履行遅滞に基づく解除権発生の要件事実においてどのような意味を持つのかを検討する必要があります。答案の長さはそれほど長くないので、40分程度で書き上げることはできると思いますが、答案構成は30分以内に終わらせたいところです。

## (設問1について)

1 答案の大きな流れは、K弁護士からの指定通り、まずは支払済み代金200万円の返還と18万円の損害賠償を請求するためにXが主張する法律構成を複数挙げ、その後、Yの反論を検討するという順番です。「様々な実体法上の法的構成」と書かれていますので、必ず複数の法的構成を挙げる必要があります。

2 最初に思いつくのは、履行遅滞に基づく解除をXが主張して、原状回復義務の履行として200万円の返還を求め、かつ、信託利益である8万円及び、履行利益である10万円の双方について損害賠償を請求するという法的構成です。

この法的構成の場合、平成17年12月12日にXがYに対して「どれだけ遅くても来年2月末までに、傷を修理した甲を持ってこなければ、支払済みの200万円は返してもらい、損害賠償も払ってもらいから覚悟しておけ。」と述べたことの評価が問題となります。なぜなら、履行遅滞に基づく解除を主張する場合の原則的な要件事実は、①債務の発生原因事実、②履行期の経過、③催告、④催告から解除の意思表示までに相当な期間が経過したこと、⑤解除の意思表示、の5つですが、本件では、①②③④は問題なく認められますが、⑤解除の意思表示はなされていないとも考えられるからです。この点、債権者が債務者に対して、「催告期間内に債務を履行しない場合は契約を解除する」と意思表示をした場合、この意思表示をどのように解釈するか、は要件事実に興味深いテーマであり、多くの方が法科大学院で学んだことと思います。結論から言えば、このような意思表示は、停止「条件」付の意思表示ではなく、停止「期限」が付された解除の意思表示であると解されています。なぜなら、催告期間内に履行がなされたか否かについては通常債務者の側に主張立証責任があるところ、この意思表示をもって債権者が「履行しなかったこと」について主張立証責任を負うとするのは当事者の合理的意思とは言えないからです。当事者の意思表示の内容を合理的に解釈すれば、「催告期間が経過した時に契約を解除する。ただし、その期間内に履行があったときはこの限りではない」という趣旨と解すべきだからです。結局「催告期間が経過した時に解除する」という停止期限付解除であるということになります。ですので、12月12日におけるXの発言は「支払済みの200万円は返してもらい」という部分が解除を意味すると解することができれば、停止期限付解除の意思表示であったことになり、⑤の要件を充たします。

ちなみに、K弁護士とL修習生との間で、「帰責事由がなくても債務不履行を理由とする解除ができるという解釈論の可否自体の検討はしなくてもよい」という確認がなされていますが、要件事実に言えば、帰責事由の有無は債務者であるYが、帰責事由がなかったことの立証責任を負担します。債務は通常は履行可能であり、にもかかわらず履行期が徒過している場合は原則として債務者の帰責性及び違法性が肯定されるので、債務者の帰責性、および違法性は、反対事実について債務者側に主張立証責任があるのです。

3 次に、履行遅滞に基づく解除以外の法的構成ですが、美術工芸品という「特定物」であるので、瑕疵担保責任に基づく解除・損害賠償請求が問題となります。ここでも、K弁護士とL修習生との会話がヒントとなります。すなわち、「判例と異なっている、通説や有力説があって、Xに有利となれば、X側はそれに沿って法的構成を工夫してくることも考えられます。」というK弁護士の発言です。

瑕疵担保責任というと、原始的瑕疵に関する規定であり、契約締結時に（隠れたる）瑕疵が存在することが必要とするのが判例です。判例は、瑕疵担保責任の適用範囲を特定物に限定するのか、不特定物に限定するのか、という点では解釈が分かれますが、

「瑕疵が契約締結時に存在していること」は明確に要件としています。よって、判例の立場に立てば、瑕疵担保責任に基づく解除の要件事実は、①売買契約当時目的物が通常人がその買主となった場合に普通の注意を用いても発見することができない瑕疵があったことを基礎づける具体的事実、②被告が原告に対してその売買契約を解除するとの意思表示をしたこと、の2点となります。本事案では、瑕疵は契約締結後、輸送中に生じているので、瑕疵担保責任の要件は充たさないことになります。

しかし、債務不履行責任説によれば、瑕疵は必ずしも売買契約締結時に存在している必要はなく、危険移転時（通常、受領時又は所有権移転時）までに瑕疵が発生していれば、買主は瑕疵担保責任を追及できると解されています。本事案の場合、Xは債務不履行責任説を採用する方が有利と言えます。なお、Yは修理済みの甲を持参してきているので、解除までは認められないとも考えられますが、美術展への出展のための購入であったという点を重視すれば、2月中に引き渡されなかったことによって契約の目的を達することが不可能になったとして解除は認められます。

- 4 また、細かい論点ですが、平成17年12月12日のXの発言が解除の意思表示に当たらないとすると、平成18年3月7日、Yが修理済みの甲をX宅へ持参したことによって履行が完了するため、Xは解除できないことになります。

そこで、12月12日のXの発言が解除の意思表示に当たらない場合に備えて、Xは本件売買契約が「特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合」たる定期行為に当たると主張することが考えられます。このように解すれば、平成18年3月7日の履行は全く無意味となり、Xの解除は認められます。

ちなみに、Xの主張として、危険負担もあり得ますが、損害賠償の点を考えると、本事案で危険負担を主張するのは適当でないと思われれます。すなわち、本事案は「荷物の破損原因が、鯨が輸送船にぶつかるというこれまでに経験のない事故にある」という事実を考慮すると、Bが履行補助者に当たるとはいえ、Y側には帰責性がないとも言えます。そして、特定物の危険負担に関する民法534条が適用されますが、この規定は目的物の引渡や代金支払によって所有権が移転した場合に初めて適用されると解するのが通説であり、本事案では債務者主義が適用されます。もっとも、債務者主義を適用したとしても、Xの代金債務が免除される（損壊なので全額免除となるかも疑問ですが）のが関の山です。危険負担を主張してみても、損害賠償請求はできないので、Xの主張として危険負担の債務者主義を主張することは不適當と言えます。

- 5 最後に、Yからの反論ですが、履行遅滞に基づく解除については、①反論というよりも「抗弁」になりますが、自己に帰責性がないことを主張立証するのが第一です。仮に、Yが帰責性の不存在を主張立証できれば、美術工芸品甲は特定物であるので、履行期の現状で引き渡す他なく、12月7日にYがX宅に甲を持参した時点で履行は完了したことになるので、Yは債務不履行責任を負いません。後は、危険負担の問題として代金が一部減額されるだけです。

また、抗弁ではなく「否認」となりますが、12月12日のXの発言は解除の意思表示になっていない、との反論も可能です。この場合には、本件売買契約が定期行為ではない旨、併せて反論しておくことが必要です（これも否認です）。

瑕疵担保責任に基づく解除については、③債務不履行責任説を批判することが反論となります。判例の考え方、特に、特定物と不特定物を区別する発想を自説として主張すればよいのです。

**(設問2について)**

- 1 設問(1)は、民事訴訟法228条を丁寧に説明すればよい、というシンプルな問題です。まず、Yが甲4号証の成立を否認したことによって、文書の成立について争いがあることになり、挙証者たるXは甲4号証が真正に成立されたことを立証しなければいけません(民事訴訟法228条1項)。仮に、Yが甲4号証の成立について認否をしなければ、争いがないことになるので、Xは真正な成立を立証する必要はなくなります。

次に、甲4号証にはFの署名があるので、「本人…の署名又は押印があるとき」に当たり、民事訴訟法228条4項が適用されるのではないかが問題となります。同条項の「署名」は「本人の意思に基づく真正な署名であること」が必要です。もっとも、本人の意思に基づくか否かを立証することは困難ですので、文書上の署名がFのものであることさえ立証されれば、経験則に照らし、その署名はFの意思に基づくものと事実上推定されます。同条項は、この事実上の推定を前提として、文書の真正な成立を法律上推定している規定となります(二段の推定)。

結局のところ、Yが甲4号証の成立を否認すると、Xは文書上の署名がFのものであることを立証しなければならず、Xの立証が成功した場合には、逆に、YがFの証人尋問等を行って、署名がFの意思に基づくものではないという特段の事情(たとえば、強迫されて署名した等)を立証することになります。

Yが甲4号証の成立について認否をしなかった場合は、補助事実についての擬制自白の成立が問題となります。擬制自白が成立するとした場合には、補助事実に弁論主義の適用があるのかということを検討した上で、文書の成立を否認した場合と比較する、ということになります。

- 2 設問(2)は、陳述②と陳述③の訴訟法上の効果を問うもので、実は、陳述②の評価は要件事実的な説明を前提とします。すなわち、(設問1について)の2で述べたように、「支払済みの200万円は返してもらおう」との発言は解除の意思表示に該当する部分であるからこそ、主要事実に当たるのです。履行遅滞に基づく解除の要件事実を説明しなければ、答案としては不十分です。

「支払済みの200万円は返してもらおう」と発言した事実が主要事実である以上、陳述②は自白の撤回に当たり、相手方Xの承諾がない限り認められないこととなります。

また、陳述③はある発言が解除の意思表示に該当するか否かという、専ら法的判断に関するものであるので、裁判所の専権に属するレベルの陳述です。そうだとすると、訴訟法上の効果はないとも思えます。ただし、弁論主義の範囲外ではあるものの、法律的論点を指摘する陳述ではあるので、裁判所としては、この論点(解除の意思表示に該当するか否か)を検討する義務が生じる、と解する説もあります。

**(設問3について)**

3つの設問の中では最も書きやすい問題です。K弁護士、すなわちYの立場から考えると、「このまま訴訟を続けると業界の噂になって、他の顧客との取引に支障が出かねない」というのがYの不安であるので、裁判を終了させて、かつ、Xが再度裁判を起こさないようにすることが最優先の課題であることが分かります。すなわち、Xの再訴を遮断できるかがポイントとなるわけです。

その点からは、訴え取下げは採るべきでないこととなります。訴え取下げは訴訟係属の遡及的消滅をもたらす、終局裁判まで至っていない本件ではXの再訴を防ぐこと

ができないからです。

これに対して、請求の放棄・訴訟上の和解においては（一応）既判力が生じるので、Xの再訴を遮断できるようにも思えます。しかし、旧訴訟物理論に立つ限り、請求の放棄によって不存在となるのはXが訴訟物としていた「履行遅滞に基づく解除及び損害賠償の請求権」にすぎません。つまり、「瑕疵担保責任に基づく解除及び損害賠償の請求権」や、場合によっては「不法行為に基づく損害賠償請求権」など、他の権利を訴訟物としてXが再訴することはあり得るわけです。

そこで、Xの再訴を遮断する観点からは、和解文言の中に「XとYの間に本件に関し一切の債権債務が存在しないことを相互に確認する」旨、入っている訴訟上の和解が優れた方法です。なお、訴訟上の和解であっても、当事者が瑕疵ある意思表示に基づいて和解をしてしまった旨主張して再訴提起（ないしは期日の指定申立て）することは可能とされていますが、法廷内で裁判官の面前で和解をする場合には瑕疵ある意思表示が認定されることは少なくなります。この点からも法廷における訴訟上の和解が最良の方法であると言えます。

第1問

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい(特別法違反の点を除く)。ただし、論述に当たっては、後記の小問1及び2に対する解答を必ず含めること。

【事例】 省略

小問1 Aから2回にわたり現金合計120万円の交付を受けた事実について、甲に詐欺罪及び恐喝罪が成立するか否かを、Aが現金を交付しようとするに至った理由に留意しつつ、具体的事実を示して論じなさい。

小問2 後記最高裁判所決定を踏まえ、本事例において甲乙間の共犯関係の解消が認められるか否かを、具体的事実を示して論じなさい。

合格答案へのポイント

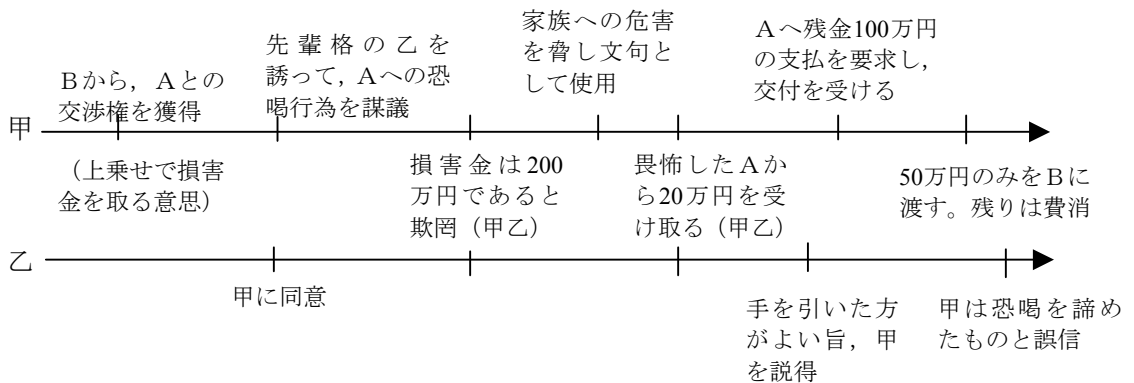
(設問形式について)

比較的長い事案について、事案から具体的事実を抽出させつつ罪責を検討させる形式は、前年度と同様です。ただし、解答の中に、欺罔行為ないし恐喝行為の認定、共犯関係からの離脱という2つの論点を必ず含めるよう、小問形式で指定をしているため、論点は明確になっています。前年度の問題が、答案構成が複雑になりやすい問題で、採点の際に苦労があったと推測されるので、今年度は答案の流れを統一化しようとしたものと思われます。

(時間配分について)

事案の長さは2頁程度で、判例も半頁程度ですので、事案及び最高裁判例の読み込みは10分程度で終わらせることができるでしょう。次に、当事者ごとに行為を抽出しながら、じっくりと読んでいきます。本問では、小問の形式で論じるべき点が明確になっていますので、その論点に絡む具体的事実を抜き書きしながら、20分ほどかけて、じっくりと行うべきです。刑法では、この2番目の読み込みが重要です。

どのように行為抽出をすべきか、は下記のサンプルを参考にしてください。



あとは答案構成をして答案の形に書き上げていくだけですが、「権利行使と恐喝」というメイン論点を冒頭に論じ、その後、欺罔行為ないし恐喝行為の認定、共犯関係からの離脱という小問で指定されている論点に触れつつ、甲の罪責→乙の罪責という順序で書いていけば、2500～3000字程度で書き上げることが可能な問題です。答案構成までを30分以内に終わらせれば、2時間で十分に書ききることが可能でしょう。

### (甲の罪責について)

- 1 交通事故によってBに生じた損害額が120万円であることは客観的証拠に基づく正当なものと認められます。そして、甲はBからAとの交渉権を与えられているので、120万円をAから受け取った行為は正当なものとも思われます。

しかし、甲が乙と共同してAに対して支払を要求したのは200万円です。これは、Bの損害額120万円に加えて80万円を甲乙の取り分として考えたからです。このように権利行使に名を借りて金品を喝取する行為は当然に恐喝の実行行為に該当します。一部が正当な権利であったとしても、超過額を含めて全体が犯罪の客体となります(これはATMに誤振込みされた金銭を全額引き出したケースを思い出してもらえばよいでしょう)。したがって、甲が乙と一緒にBから20万円の交付を受けた行為について、財産犯が成立します。

ここで、小問1で挙げられている「詐欺罪か恐喝罪か」という論点が問題になります。甲乙両名が最初に告げた内容は「Bに生じた損害は200万円である」というもので、欺罔行為に当たります。しかし、Aが20万円を交付しようと考えた直接的原因は、甲が「家族が事故に遭えば、被害に遭った者の気持ちが分かるかもしれない。家族が事故に遭ってから、あの時200万円支払っておけば良かったと悔やんでも遅いぞ。」と告げたことにあります。したがって、因果関係から見て、詐欺罪ではなく恐喝罪の構成要件に該当すると解するべきです。

甲が20万円を(乙の了解を得た上で)Bへ手渡した行為は、犯罪の成否に影響を与えないと解するべきです。一部が正当な権利行使の範囲であったとしても、それは犯罪遂行の手段として使われていると評価できるからです。

- 2 次に、甲が100万円をAから受け取った行為の評価が問題になります。この点が本問のポイントです。なぜなら、20万円を受け取った時点とは状況が大きく異なっているからです。すなわち、200万円をAから受け取って80万円を乙と山分けしようという合意は解消され、甲はBへのメンツから残り100万円だけは払ってもらおうと思ったにすぎません。そして、甲がAに対して「残りを受取に来た。100万円支払え。金がないなら借金してでも作ってもらおうか。」と言った時点では、甲はその100万円全額をBに手渡す意思を有していました。

このような事情からは、100万円の請求は、甲がBから授権された交通事故の示談交渉の範囲内として違法性阻却されるのではないかと考えられます。確かに、「金がないなら借金してでも作ってもらおうか。」という発言は、Aが引き続き畏怖していることと併せて考えると、恐喝罪の構成要件には合致します。しかし、違法性阻却の余地はあり得ます。この点、判例は「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり、かつ、その方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、違法性が阻却される」と判示しています。甲が100万円をBへ手渡す意思であった以上、「権利の範囲内」の要件はみたします。問題は「方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度」といえるか、で

す。「借金してでも作ってもらおうか。」という発言及び、20万円の交付を受けた時点で甲が告げた脅迫文言を併せて考慮したときに、「方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度」であるかは微妙な判断です。もっとも、仮に違法性阻却を認めてしまうと、100万円部分に犯罪は成立しないことになり、小問2の共犯関係の解消を論じる実益がないこととなります。そこで、違法性阻却の議論をしっかりと展開した上で、先行行為としての恐喝が存在していることを重視して、違法性阻却は否定すべきと考えます。

- 3 最後に、甲は100万円のうち50万円だけをBに渡して、残金50万円を自己のものとして費消しています。かかる行為はいわゆる「委託金の横領」ケースであり、甲には横領罪が成立します。なお、横領行為に先立って、Bへの欺罔行為が介在していますが、これは横領を達成する手段としての欺罔であり、別途詐欺罪を構成することはない、と簡潔に認定すると好印象です。
- 4 以上、まとめると、甲には20万円について恐喝罪、100万円についても恐喝罪、50万円について（Bに対する）横領罪が成立します。このうち、20万円部分については確実に乙との共同正犯となりますが、共犯関係の認定は乙の罪責の検討で述べれば十分です。

**（乙の罪責について）**

乙については、まず、Aから20万円を受け取った行為について恐喝罪（の共同正犯）が成立します。脅迫文言を告げているのは甲ですが、甲乙間には事前に「脅かしてでも金を出させましょう」との共謀が成立しているので、20万円を受け取った行為は甲乙の共同正犯となります。

問題は、小問2にもあるように、乙がその後甲に犯罪を止めさせようと説得し、甲から「分かりました。この話はなかったことにします。20万円もBから返してもらって、Aに返しますよ。」との言質を得たことによって、共犯関係が解消されたと評価できるか、という点です。最高裁判所の決定が参照として挙げられている以上、本問の事案と最高裁の事案がどのような点で類似・相違しているかに注意しながら自説を論じる必要があります。

本問の事案	最高裁の事案	評価
乙は甲の先輩格	被告人は主犯の舎弟分	乙は甲に対して強い発言力を持ち、かつ、積極的に犯罪阻止に動いて、甲の言質を得ている
乙は「お前もこの辺りでやめておけ」と発言	被告人は「おれ帰る」と言っただけ	
乙は甲に念押しをして、甲から「分かりました。この話はなかったことにします。20万円もBから返してもらって、Aに返しますよ。」との発言を得た。	主犯が被害者に暴行を加えることを止めるよう、求めることはなかった	

20万円をBへ返すところまで見届けてはいない	現場をそのままにして立ち去った	Bが畏怖している状況はそのまま。結果防止措置としては不十分か？
甲は内心では諦めきれずにいた。Bは畏怖し続けていた。	主犯がなお暴行を続けるおそれが消滅していなかったのに、被告人は、格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を立ち去ったにすぎない	

上表は、最高裁決定の事案と本問事案とを比較したものです。恐喝行為が一通り終了している以上、乙が共犯関係から離脱するためには、少なくともBの畏怖した状態を解消する必要があります。たとえば、甲と一緒にBのもとを訪れて20万円を返却するとともに、危害を加える意思のないことをBへ告げる程度はすべきと言えます。本問事案でも、乙の行為は結果防止措置としては不十分であったと評価できます。もちろん、「乙が甲の先輩格」である事実や、甲がいったんは犯罪続行を諦めた事実は共犯関係の解消を肯定する方向の事実ですが、総合評価すると、解消は否定すべきです。

以上、まとめると、乙には20万円について恐喝罪、100万円についても恐喝罪が成立し、いずれも甲との共同正犯となります。

## 第2問

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】 省略

〔設問1〕

この【事例】のビデオ撮影・録画の適法性について、【事例】中の1から7までの記載に表れた具体的事実を適示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

甲を被告人とする建造物等以外放火被告事件の公判において、【事例】中の8記載の事実を、同被告事件の犯人は甲であるとの認定に用いることが許されるか否かについて論じなさい。

## 合格答案へのポイント

（設問形式について）

設問1で捜査の適法性を、設問2で「悪性格立証」という証拠能力の典型論点を問題としており、バランスの良い出題となっています。設問1については、現に犯罪が発生する以前から、犯罪の発生が予測される場所にビデオを設置する点で、写真撮影とは異なる考慮が必要です。設問1及び2のいずれも、事案から具体的事実を抽出して論じていくことが重要です。

（時間配分について）

事例がそれほど複雑ではないので、ざっと一通り読む時間として10分。じっくり読みながら、答案構成を作る時間として25分程度を見込めば十分でしょう。

（設問1について）

まず、ビデオ撮影・録画の対象ですが、駐車場と公道の2つがあります。そして、駐車場については駐車場の管理人から承諾を得ているものの、利用者の承諾は得られません。その点で、通行人の姿が録画される公道と似たような状況と言えます。

そこで、ビデオ撮影・録画が適法となる要件として、①当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性、②あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性、及び③緊急性、④撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法の4つを検討していきます。

**(設問2について)**

まずは、【事例】中の8記載の事実を、犯人性の立証に用いることは原則許されないことを論じます。これは、悪性格立証の原則的禁止の理由を述べることとなります。同種前科の存在は、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危険があるので、政策的観点から、悪性格立証は法律的関連性を欠くものとして証拠能力が否定されるのです。

次に、本問事案においては例外的に同種前科を犯人性の立証に用いることが許されないかを論じます。犯行手口などの態様にきわだった特徴がある場合に該当します。器物損壊事案の前科を、罪質及び刑罰の重い放火罪の立証に用いてよいのか、という点が問題となるものの、器物損壊にとどまった理由はたまたま公共の危険の発生がなかったからである点を指摘すればよいでしょう。







著作権者 株式会社東京リーガルマインド

©2007 TOKYO LEGAL MIND K.K., Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

当社では、ご記入いただいた個人情報は、教材発送、お客様へのご連絡、資格試験の情報提供、当社のサービス・商品等のご案内、成績発表（氏名等の成績表への掲載）等の目的に利用させていただきます。また当社は、お客様に質の高い総合情報を提供させて頂くために、LECグループと個人情報を共有させていただき、LECグループ各社のサービス・商品等に関するご案内に利用させていただきます。

なお、個人情報の取り扱いに関しましては、当社のプライバシーポリシー

(<http://www.lec-jp.com/privacy.html>) をご確認ください。