

司法試験

平成29年司法試験出題趣旨分析会

解説レジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



平成29年度 司法試験・出題の趣旨 分析会

今回の無料公開講座では、平成29年度の出題の趣旨をみていくことにします。120分の講義時間で7科目に触れるとなると、1科目あたり約17分と短時間となります。短時間で今後の試験対策に役立つ講義をするには、各科目の全ての設問について広く浅く触れるよりも、各科目1点にポイントを絞った方がよいかと考えています。このような観点から講義をしてきますのでよろしくお願いいたします。

このレジュメに掲載した出題の趣旨には、私が下線を付したり太字にしたりするなどの装飾をしています。なお、このレジュメに掲載した基本知識に関する事項の一部は、私が制作している「**矢島の速修インプット講座**」のテキストから抜粋したものです。

平成29年10月21日

LEC専任講師 矢島純一

目次

【公法系科目】	2
〔第1問〕～憲法	2
* 憲法の基本知識	5
〔第2問〕～行政法	7
* 行政法の基本知識	9
【民事系科目】	10
〔第1問〕～民法	10
* 民法の基本知識	15
〔第2問〕～商法	17
* 商法の基本知識	20
〔第3問〕～民事訴訟法	22
* 民事訴訟法の基本知識	24
【刑事系科目】	26
〔第1問〕～刑法	26
* 刑法の基本知識	31
〔第2問〕～刑事訴訟法	33
* 刑事訴訟法の基本知識	37

平成29年司法試験論文式試験問題出題趣旨

【公法系科目】

〔第1問〕～憲法

今年度は、いわゆる外国人非熟練労働者の入国・在留を認める架空立法を素材に、外国人の人権保障に関するいくつかの問題を問うこととした。基本判例や学説に関する適切な理解や初見の条文の正確な読解を前提に、具体的な事案に即して的確な憲法論を展開することができるかどうか問われる。

本問での主な論点は、問題文にもヒントがあるように、①妊娠・出産（以下「妊娠等」という。）を滞在の際の禁止事項とし、違反があった場合には強制出国させることが、自己決定権（憲法第13条）の侵害ではないか、②令状等なくして収容を認めることが人身の自由や適正な手続的処遇を受ける権利（根拠条文は立場によるが、憲法第13条、第31条、第33条等。）を侵害するのではないか、ということである。

①の自己決定権の侵害については、まず、自己決定権が憲法上保障されるか、そして、その自己決定権に妊娠等の自由が含まれるかということが問題となる。さらに、妊娠等の自由が自己決定権に含まれるとしても、本問のBが外国人であることから、別途の考慮が必要となる。この点については、マクリーン事件判決（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）及びそこで示された権利性質説が直ちに想起されることだろう。そして、権利性質説からすれば、妊娠等に関わる自己決定権は外国人にも保障されるということになるだろう。しかし、注意すべきは、同判決が、外国人に対する人権保障は「外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」として、人権として保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情として考慮されることはあり得るとしていることである。外国人の出入国及び在留に関わる問題に関しては、単純な権利性質説に基づく議論では不十分である。

B代理人甲としては、マクリーン事件判決のこのような判断を踏まえつつ、本件のような場合には立法裁量が限定されるべきという主張を組み立てる必要がある。様々な立論があり得るだろうが、飽くまで一例ということを示すとすれば、まず、妊娠等が本人の人生にとって極めて重要な選択であり、また、人生においても妊娠等ができる期間には限りがあり（なお、新制度はそのような年代の者を専ら対象としている（特労法第4条第1項第1号。）、自己決定権の中でも特に尊重されなければならないこと、また、本件が、再入国と同視される在留期間の更新拒否ではなく、強制出国の事例であってマクリーン事件とは事案が異なることなどを指摘して、立法裁量には限界があるとして中間審査基準（目的の重要性、手段の実質的関連性）によるべきだという主張をすることなどが考えられる。その上で、例えば、規制目的は定住を促す生活状況を生じさせることを防止することによって定住を認めないという新制度の趣旨を徹底することであり、これは、滞在期間を限定し、永住や帰化を認めないという直接的な措置と比べて周辺的であり、重要な立法目的とまでは言えないこと、仮に目的が重要だとしても、妊娠等が全て定住につながるとは限らず、合理性に欠けることなどを指摘することが考えられる。

本問では、違憲の主張をする場合、その瑕疵は特労法そのものに求められるべきであり、問題文にも、「Bの収容及び強制出国の根拠となった特労法の規定が憲法違反であるとして、国家賠償請求訴訟を提起しようと考えた。」とされているのであるから、法令違憲を検討すべきである。仮に適用違憲に言及するとしても簡潔なものにとどめるべきであろう。

これに対して国の主張としては、妊娠等の自由が憲法上保障されるとしても、出入国や国内での滞在は国家主権に属する事項であって、妊娠等を理由に強制出国処分とすることについては極めて広範な裁量が認められること、子供が日本で生まれ育つことにより、日本の社会保障制度や保育・教育及び医療サービス等の負担となる可能性があり、また、親である外国人も含

め、定住の希望を持つようになる蓋然性があること、新制度は労働力確保のためであり、妊娠等によって相当期間に渡って就労が不可能になるから禁止事項として合理性があること（特労法第15条第6号が1月以上就労しないことを禁止事項としていることも参照。）、妊娠等禁止の条件は事前に周知され、誓約（同意）もあることから基本権への制約がなく合憲であるといった点を指摘することが考えられよう。

②の**収容**に関しては、人身の自由という実体的な権利の問題と、収容が令状等なくして行われることなどに関わる手続的な権利の問題とがある。**前者**については、特労法第18条第1項によれば違反行為に該当すると疑うに足りる相当な理由があることが収容の要件となっているところ、例えば刑事訴訟法の逮捕に関する要件（刑事訴訟法第199条）についての議論を参照し、収容の必要性も要件とすべきであるという主張が考えられる。これに対して、収容は違反行為該当性の調査のためだけではなく、その後の迅速な強制出国処分に備えて身柄を確保する必要性にも基づいているのであるから、嫌疑さえあれば常に必要性はあるといえるといった反論が想定できる。

手続的な権利については、憲法第33条の逮捕令状主義との関係が問題となるが、本問の収容手続は行政手続であるから、これらの規定の直接適用はできず、準用・類推適用あるいは他の規定（憲法第13条、第31条）の適用によって憲法的な保障が及ぶかどうかの検討が求められる。行政手続としての身体の拘束の際の手続的保障について判断した判例は見当たらないため、憲法第35条と行政手続との関係が問題となった川崎民商事件判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁）や、憲法第31条と行政手続との関係について判断した成田新法事件判決（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）を参考に、判断枠組みを設定することが必要となる。このほか、憲法第34条の抑留拘禁要件との関係で、特労法第18条ないし第19条所定の手続の性質を検討する視点もあり得よう。

甲の主張としては、例えば、人身の自由に対する重大な制約である身柄の拘束については原則として、裁判官による令状、あるいは少なくとも、行政官であっても第三者的な立場の者による事前審査が必要であるが審査官はそうした立場の者ではないとした上で、例外を認める特段の事由のないことを指摘することとなる。甲の立場からは、例えば、令状等を要することが原則だとしても緊急逮捕（刑事訴訟法第210条）のように事後に直ちに令状等を求める制度もあり得るから迅速性の要請は充足できること、禁止事項該当性が明らかであることと手続的保障の必要性とは別問題であること、事後的に収容理由が告知されたり弁解が聴取されても、それと事前手続の必要性とは別問題であること、さらに、同じく事後的に裁判所の審査が受けられるといっても、短期間に出国させられてしまう以上実効性に欠けること、などを指摘することが考えられる。

これに対して、**国**は、出入国や滞在については国家主権に属する事項であって外国人の権利保障の程度が下がること、刑事責任追及に結び付くものではないこと、手続の迅速性（緩やかな要件で入国を認める以上、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることにより我が国の秩序を守り国民の安心を得る必要があること）の要請があること、退去強制事由の該当性が明らかであること、収容後直ちに収容理由の告知・弁解の聴取がなされ、警備官とは別の立場である審査官による審査もあること、更に裁判所への出訴も可能であること、などを主張することができるだろう。

出入国管理及び難民認定法による現実の外国人出入国管理制度においては、主任審査官が発付する収容令書によって退去強制事由に該当する容疑のある者を収容することができることとされている（同法第39条）。これと本問の新制度とは別個のものであり、解答に当たって現実の制度への言及やそれとの比較を行うことは求められていないが、必要な範囲でそれに言及することがあったとしてももちろん構わない。

なお、本問では国家賠償請求訴訟が提起されているが、憲法上の主張の検討が求められているのであるから、国家賠償法上の違法性の判断枠組みやそれを前提にした具体的検討を中心に据えるのは適当ではないだろう。〔注：H 2 2 司法論文は、立法不作為の違憲性の問題の他に、立法不作為の国家賠償法上の違法の問題も問われていたが、その事例では、立法不作為が7年近く続いていたという特殊事情があった。〕

* 憲法の基本知識

コメント：日ごろ学習している憲法判例を事案の処理に役立てられるようにするには、判例をしっかりと理解しておく必要がある。

外国人の人権

→人権の前国家的性格，憲法前文や98条2項の国際協調主義の精神から，権利の性質上，日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き，外国人にも人権が保障されると解されている（権利性質説）。

関連問題：H29 司法論文

- ・上記見解（権利性質説）からは，参政権，社会権，入国の自由は，権利の性質上，日本国民のみを対象としている権利と解されるため，外国人には保障されないと解されている。

・マククリーン事件

外国人の入国の自由と在留の権利を否定し，外国人の政治活動の自由を限定的に肯定した判例を紹介する（**最大判昭 53.10.4・マククリーン事件**）。

アメリカ国籍をもつXは，語学学校の英語教師として在留期間を1年間とする上陸許可を得て，期間満了前に在留期間の更新申請を法務大臣にしたが，無届で別の学校に転職したこと，外国人ベ平連に所属して米国のベトナム戦争に反対する運動や，日米安全保障条約に反対する運動などに参加したことを理由に不許可処分とされた。そこで，Xは，処分の取消訴訟を提起して，本件不許可処分は，在留の自由，政治活動の自由を侵害するなどとして争った。

最高裁は，外国人が日本に在留する権利の侵害の主張に対しては次のように判示した。憲法22条1項は，日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり，外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり，このことは，国際慣習法上，国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく，特別の条約がない限り，外国人を自国内に受け入れるかどうか，また，これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを，当該国家が自由に決定することができるものとされていることと，その考えを同じくするものと解される。したがって，憲法上，外国人は，わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん，在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないとした（**最大判昭 53.10.4**）。

- ・同最高裁は、外国人の政治活動の自由の侵害に対する主張に対しては次のとおり判示した。憲法の人権保障の規定は、外国人についても、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶとした上で、政治活動の自由については、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを**除き**、外国人にもその保障が及ぶとした。**もっとも**、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎず、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものではないとした（**最大判昭53.10.4**）。

補足：上記判旨は、表現の自由は外国人にも保障されるが、その中でも政治活動の自由には参政権的機能があることから、限定的に保障されるとしたものと評価されている。判旨が外国人にも保障される政治活動をしたことを理由に在留更新の際に外国人を不利益に扱うことを許容している点に対しては、これでは外国人の政治活動の自由を全く保障していないのと同じであるとの**批判**が向けられている。

〔第2問〕～行政法

本問は、道路法第8条により市町村道としての認定を受けていた道路（以下「本件市道」という。）に、本件市道に隣接する保育園（以下「本件保育園」という。）を運営する社会福祉法人Aが簡易フェンス（以下「本件フェンス」という。）を設置し、さらに、本件市道を管理するY市が同法第10条第1項に基づき本件市道の路線を廃止してAに売り渡すことを検討しているという**事案**における法的問題について論じさせるものである。論じさせる**問題**は、本件市道の路線がまだ廃止されていない状態における本件フェンスを撤去させるための抗告訴訟（〔設問1〕）及びY市長が本件市道を廃止した場合を想定した取消訴訟（〔設問2〕）である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、同法の関係規定の趣旨を読み解いた上で、非申請型義務付け訴訟における訴訟要件及び一定の処分がされないことの違法事由並びに取消訴訟における処分性及び本案の違法事由について論じることを求めるものである。

〔設問1(1)〕は非申請型義務付け訴訟の訴訟要件に関する基本的な理解を問うものである。行政事件訴訟法第3条第6項第1号及び第37条の2の規定に従って、本件フェンスを撤去させるために道路管理者Y市長が道路法第71条第1項の規定に基づき行うべき処分を「一定の処分」として具体的に特定した上で、当該処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあるか、また、その損害を避けるため他に適当な方法がないか、そして原告適格の有無について論じなければならない。

重大な損害を生ずるおそれの検討に当たっては、損害の回復の困難の程度を**考慮**し、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質を**勘案**した上で、本件市道を、X2が小学校への通学路として利用できないこと及びXらが災害時の避難路として利用ができないこと（以下「本件被侵害利益」という。）がそれぞれ「重大な損害」に当たるかどうかについて論じることが求められる。

損害を避けるための他に適当な方法の検討に当たっては、参考判例に示されているように「通行の自由権」を主張して民事訴訟によるAに対する妨害排除請求の可能性があると指摘し、それが「他に適当な方法」に当たるかどうかを検討することが求められる。

原告適格の検討に当たっては、行政事件訴訟法第37条の2第4項で準用されている同法第9条第2項の規定に基づき、道路法第71条第1項及び第43条第2号の規定の趣旨・目的を踏まえ、本件被侵害利益がこれらの規定によって**考慮**されているか、また本件被侵害利益の内容・性質及びそれが害される態様・程度を**勘案**しなければならない。

〔設問1(2)〕は、道路管理者による「一定の処分」がなされないことが違法であるかどうかを論じさせるものである。道路法第71条第1項第1号は「この法律（中略）に違反している者」に対して**監督処分**が可能としているため、まず、Aによる本件フェンスの設置行為が同法第43条第2号に違反しているかどうかを、道路管理者の要件裁量の有無も含めて検討しなければならない。その上で、Aの行為が同法第43条第2号に違反していると評価された場合でも、同法第71条第1項第1号は、監督処分を行うかどうか、いかなる監督処分を行うかについて道路管理者の効果裁量を認めていることを指摘した上で、一方ではXらが受ける本件被侵害利益、他方でY市側が主張するような諸事情が、裁量権を行使するに当たって考慮すべき事項に当たるか、考慮に当たってどの程度重視されるべきかについて検討することが求められる。

【設問 2 (1)】は、取消訴訟の訴訟要件である処分性に関する理解を問う問題である。Y市長が道路法第10条第1項に基づき行うことが想定される本件市道の路線の廃止が、行政事件訴訟法第3条第2項に定める「行政庁の処分その他公権力の行使」に当たるかどうかを検討することが求められている。

設問に示されているD弁護士の手紙に従って道路法の規定を分析して、道路の区域決定・供用開始が敷地所有者及び道路通行者に対してそれぞれどのような法効果を及ぼすかを検討し、道路法第10条第1項に基づくY市長による本件市道の路線の廃止が、それらの法効果を一方的に消滅させるものであることについて論じること、道路通行者については、当該市道を生活上不可欠な道路として利用していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合があることを踏まえた上で論じることが求められる。

【設問 2 (2)】は、Y市長が道路法第10条第1項に基づき行うことが想定される本件市道の路線の廃止の違法性の有無について論じさせるものである。本件市道の路線の廃止は、同法第10条第1項「一般交通の用に供する必要がなくなつた」ことを要件にしていることを指摘した上で、まず、現に通行者による利用が存在して道路としての機能が喪失していない以上は同条の要件を満たさないといえるのか、それとも、現に利用が存在しても、通行者による利用の程度の乏しさ、代替的な交通路の存在などに鑑みて一般交通の用に供するに適さない状況があれば「必要がなくなつた」として廃止できるのかを検討し、更に上記の要件該当性の判断について行政庁に裁量権が認められるのかを検討しなければならない。また、同法第10条第1項が「廃止することができる」という文言を用いていること、廃止するかどうかの判断に当たって考慮される事項などの性質に着目して、要件が充足されている場合において廃止するかどうかの判断についても行政庁に裁量権が認められるのかを検討することが期待される。

その上で、要件裁量又は効果裁量が認められる場合は、裁量権の範囲の逸脱濫用の有無を検討しなければならない。Y市による調査が通行の実態を適切に調査できていないのではないか、Xらが主張する本件被侵害利益が適切に考慮されていないのではないかなどの点について検討することが求められる。

また、Y市は道路法第10条第1項の路線廃止について、隣接土地所有者の同意を必要とする内部基準を定め、これをウェブサイトで公表しているが、本件において、当該内部基準の法的性質及び、本件において隣接土地所有者であるX1の同意が得られていないことが、裁量権の範囲の逸脱濫用の有無とどのように関係するかを検討することが求められる。

* 行政法の基本知識

裁量基準

→ 行政庁が処分をしようとする際に、処分をするかしないか、処分をするとしてどのような内容の処分をするかについて、処分の根拠法令が行政庁の判断の余地（行政裁量）を認めている場合に、行政庁の恣意的な裁量権の行使を防止して法律による行政の原理を実現するために、行政庁が裁量権を行使する際によるべき基準（裁量基準）を、処分の根拠法令の趣旨目的と適合する合理的な内容の行政規則として定立することが要請される。

- ・ 裁量基準は、処分の根拠法令が定める処分要件を具体的・明確にする機能がある。行政手続法は、次のとおり、一定の審査基準や処分基準の設定・公表を義務づける等して、行政裁量を手続的に統制している。
- ・ 裁量基準の典型例
 - ① 申請に対する許認可等の審査基準（行手法 5 I）として定立された行政規則
 - ② 不利益処分の処分基準（行手法 12 I）として定立された行政規則
 - ③ その他、行政手続法とは無関係に定立された行政規則

・ 裁量基準に従わずにされた処分の適法性

法律による行政の原理から、処分はその根拠法令の要件を満たすときにすることができるところ、処分が裁量行為である場合に、法解釈の統一性や処分の公平を図るために裁量基準が通達や要綱などの内部基準で定められているときに、その裁量基準の内容に反する処分（裁量基準に従わずにされた処分）の適法性は次のように考えていく。

まず、裁量基準が、処分の根拠法令の趣旨目的に合致し、内容の合理性が認められるため、当該処分の根拠法令の正しい解釈により発出されたものといえる場合、その裁量基準に従って処分をすることは法律による行政の原理にかなうため、行政庁は、処分の際にその裁量基準を十分に考慮して処分をすべきことになる。それにもかかわらず、行政庁がその裁量基準の内容に反する処分（裁量基準を考慮しない処分）をすることは、個別事情からそれを考慮すべきではない特段の事情がない限り、処分の際に考慮すべき事項を考慮していないものとして、裁量の逸脱濫用の違法になる。

関連問題：司法論文 H28 設問 2、H29 設問 2(2)

【民事系科目】

〔第1問〕～民法

本問は、(1) Aが隣接するB所有の甲土地の一部（甲1部分・甲2部分）を自己所有の乙土地（以下では、甲1部分、甲2部分と合わせて「本件土地」という。）とともにCに賃貸し、Cが乙土地及び甲1部分の上に丙建物を建築し、診療所を営んでいたため、Bが、Cに対し、所有権に基づき甲1部分の明渡しを求めた事例（設問1）、(2)その後、AがB所有の甲土地の一部（甲1部分・甲2部分）を買い受け、甲土地を甲1部分、甲2部分等に分筆してその旨の登記がされたが、CがDとの間で丙建物について賃貸借契約を締結したことから、Aが、Cに対し、(1)の賃貸借契約を解除する旨の意思表示をした事例（設問2）、(3)さらに、AC間の紛争について和解が成立したが、Aが本件土地をEに売却したため、EがCに対して丙建物の収去及び本件土地の明渡しを求めた事例（設問3）を素材として、民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用力を問う問題である。当事者の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、その前提として、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などが試される。

設問1は、賃借権の取得時効の要件とその成否に対する理解を問うことにより、民法の基本的知識及びそれに基づく論理構成力を問うものである。

設問1で問われているのは、まず、Bの所有権に基づく土地明渡し訴訟に対し、Cはどのような反論をすることができるかである。この場面では、いわばCの弁護士の立場に立ってBの請求を争う根拠を提示することが求められている。丙建物を所有することによって甲1部分を占有しているCが、甲1部分のB所有を認めた上でBの請求を争う方法としては、占有権原の抗弁を主張することが考えられる。Cは、Aから甲1部分を賃借しているが、Aには甲1部分の所有権その他の賃借権原がないから、この賃借権をもって所有者Bに対抗することはできない。そこで、Cは、甲1部分の賃借権の時効取得を主張することが考えられる。用益期間の関係から問題となるのは、起算点をCの占有開始時（平成16年10月1日）とする10年の時効取得である。

次に、反論が認められるために必要な要件、すなわち賃借権の取得時効の要件を説明することが求められている。ここでは、実体法上の要件について説明をすることが求められており、その対象はCが主張・証明責任を負う抗弁の要件事実に限られない。

民法第163条・第162条第2項によると、賃借権の10年の取得時効の要件は、「10年間」「賃借権を」「自己のためにする意思をもって」「平穩に」かつ「公然と」「行使すること」、賃借権の行使の開始の時に「善意であり」かつ「過失がなかったこと」である。そして、「賃借権を行使すること」は民法第601条によると「物の使用及び収益」である。また、「自己のためにする意思」は、賃借権の取得時効については「賃借意思」として具体化される（物の用益と賃借意思が相まって賃借権の行使の意味内容を示すという理解もある）。賃借意思は、使用借権や地上権の取得時効と区別するために必要である。なお、賃借意思の有無は、民法第162条の「所有の意思」の判断と同じく、占有取得の原因たる事実（権原の性質）によって客観的に定められる。判例（最判昭和43年10月8日民集22巻10号2154頁）も、不動産賃借権の取得時効の要件として、不動産の継続的な用益という外形的事実と、賃借意思の客観的表現を挙げている。また、民法第145条により、時効の利益を受けるには時効の援用が必要である。

最後に、**Cの反論の当否**について検討することが求められており、この場面では、いわば裁判官の立場に立ってBの請求の当否を検討することが求められている。

まず、判例（最判昭和62年6月5日集民151号135頁）は、本問と同じく他人物が賃貸された事案において賃借権の時効取得を認めているが、かかる事案については賃借権の時効取得を認めない説もあり、また賃借権の時効取得を一般的に否定する説もあるので、賃借権の時効取得を一般的に認める場合にもそうでない場合にも、その理由を挙げて検討することが望ましい。

他人物が賃貸された事案において賃借権の時効取得を認める場合には、次に、その要件が充足されるか否かが問題となる。

特に問題となるのは、Cが用益を開始した時点である。Cが甲1部分の占有を開始したのは平成16年10月1日であるが、実際にその利用を開始したのは本件工事が始まった平成17年6月1日である。前者が時効の起算点だとすると10年の時効が完成していることになるが、後者が起算点だとすると10年の時効は完成していないことになる。そのため、Bによる時効中断の可能性と関連付けるなどして、いずれの時点が時効の起算点となるかを検討する必要がある。

また、賃借意思の客観的表現とCの無過失という要件については、その要件に当てはまる具体的事実を【事実】から拾い上げることが求められる。

設問2は、建物所有を目的とする土地賃貸借契約がされた場合において、賃借人がその土地の上に有する建物を賃貸人の知らないうちに第三者に賃貸したときに、賃借人はその上に建物がある土地部分を無断転貸したこととなり、賃貸人は土地賃貸借契約を民法第612条により解除することができるか（下線部①）、土地賃貸借契約の目的物たる土地に含まれるがその上に建物がない部分についてはどうか（下線部②）を問うものである。

この点に関しては、土地賃借人がその所有する地上建物を第三者に賃貸しても、その建物の「敷地」を転貸したことになるとする判例がある（大判昭和8年12月11日判決全集1輯3号41頁）。学説においても、同様に解するのが通説である。もっとも、本問の賃貸人Aによる解除が認められるかどうかについて、この判例・通説に従うだけで一義的に答えが出るわけではない。判例・通説と同じ立場を採る場合であっても、そこにいう「敷地」とは賃貸借の目的とされた土地のうちどの土地部分を指すのかといった点の理解により、Aの解除が認められるかどうか、又はその結論となる理由が異なる可能性がある。そこで、本問に答えるためには、「敷地」はどの範囲に及ぶか、その範囲となるのはなぜかを考える必要があり、これを考えるためには、建物の賃貸によりその「敷地」について転貸がされたこととならないのはなぜかを明らかにすることが必要になる。〔注：このような場合、当該建物が当該土地上に存続するという土地の利用状況に変化があるわけではなく、建物の賃借により、土地の利用権が独立して設定されたといえないため、土地の無断転貸がされたとはいえないと説明する。〕

これに対し、建物を利用するためにはその「敷地」の利用が必要となることから、建物の賃貸はその「敷地」の利用権の設定を当然に伴うとして、「敷地」についても転貸がされたと認めること（以下「反対説」という。）も、論理的にはあり得る。この反対説を採る場合には、判例・通説の基礎を踏まえつつ、そのように解すべき理由を明らかにすることが求められる。

設問2においてAによる解除の可否を論ずるためには、解除の原因を明らかにしなければならない。本問における事実関係の下では、Cの無断転貸を理由とする民法第612条による解除が考えられる。

民法第612条による解除に関して、下線部①では、賃借人Cが借地上に所有する建物を第三者Dに賃貸した場合、Cはそれにより民法第612条に違反したことになるかが問題となる。判例・通説は、上述のとおり、土地賃借人による地上所有建物の第三者への賃貸は「敷地」の転貸に当たらないとしている。これによると、下線部①の事実のみでは、Aによる解除は認められないことになる。

ところが、下線部②の事実は、Dが、CD間の丙賃貸借契約によって、本件土地のうちその上に建物がない土地部分（甲2土地）も使用することを認められ、現に使用していることを示している。甲2土地が判例・通説のいう建物の「敷地」に含まれるのであれば、〔注：甲2土地の転貸がされたことにはならないため、〕Aによる解除は認められない。甲2土地が「敷地」に含まれないのであれば、〔注：甲2土地の転貸がされたことによるため、〕Aによる解除が認められる可能性がある。そこで、甲2土地が「敷地」に含まれるのかどうかを、そのように解する理由を付して明らかにすることが求められることになる。

これを考えるためには、そもそも借地上建物の賃貸によりその建物の「敷地」が転貸されたことにならない理由を明らかにする必要がある。建物の使用は必然的にその敷地の使用を伴うとみて、建物の賃貸による敷地の転貸を肯定することも論理的には可能である。そうであれば、建物の賃貸による敷地の転貸の否定は何らかの規範的判断の結果であることになり、その規範的判断が敷地の範囲を画する規準（の1つ）になるはずだからである。

次に、甲2土地についてCからDへの転貸が認められるとする場合には〔注：上記検討の結果、甲2土地が建物の「敷地」に含まれないと考えた場合は、甲2土地がCからDへ転貸されたことによるため〕、Aによる承諾の有無が問題になる。Aがこの転貸につき個別の承諾をしたことを示す事実はない。もっとも、Aは、本件土地を一団のものとして賃貸借契約の目的物とし、その一団の土地につきCの建物所有を契約目的とする本件土地賃貸借契約を締結したことから、包括的に、Cが敷地以外の土地部分につき建物の使用とそれに付随する使用を建物賃借人にさせることを承諾していたとすることも、論理的には成り立ち得る。ただし、その場合には、甲2土地を敷地から除外したこととの論理的整合性が問題になる。

さらに、甲2土地の転貸につきAの承諾がないとしても、更に不動産賃貸借契約について確立した法理である信頼関係破壊の法理に照らしてAの解除が認められるかどうかを検討する必要がある。

この検討に際しては、まず、Aは、無断転貸により信頼関係が破壊されたと認められる場合に解除することができるのか、無断転貸があれば原則として解除することができるが、信頼関係が破壊されたと認められない特段の事情がある場合には別であるとされるのか（判例（最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁ほか）・通説はこの立場である。）を、理由を付して明らかにすることが望ましい。その上で、信頼関係の破壊に係る判断に際して考慮すべき事実を拾い出し、それらの事情を総合的に考慮した上で結論を出すことになる。

なお、下線部①の事実により既にCはDに本件土地を転貸したことになるとする反対説を採用する場合には、下線部②の事実は、転貸範囲の拡大及び転借人による目的物の直接利用のために、賃貸人Aに不利益を生じさせる危険が増大する、という意味を持つことになる。このことを踏まえて、Aによる解除の可否を論ずる必要がある。

以上のとおり、本問においては、下線部①及び②が有する法律上の意義について種々の考え方ないし立場があり得るところであり、Aによる解除の可否の判断も異なり得る。それらの考え方ないし立場のうちいずれを採用か、あるいは解除の可否につきいずれと考えるかそれ自体によって、評価の上で優劣がつけられることはない。評価に際しては、どの考え方ないし立場を採用する場合であっても、あるいは解除の可否につきいずれの結論とする場合であっても、その理由が説得的に述べられているかどうか、その考え方ないし立場から本問の事実を踏まえて論理的にも実質的にも適切な結論が導かれているかどうかが重視される。

設問3は、複数筆の土地が建物所有を目的とする1個の賃貸借の目的物とされたが、それらの土地のうちの一部の上のみ建物があり、その建物につき土地賃借人の所有名義の登記がされている場合に、その登記による賃借権の土地取得者に対する効力は、その上に建物のない別筆の土地にも及ぶかどうか、仮に及ばないときには、土地取得者は所有権に基づいてその建物のない筆の土地の返還を求めることができるかどうかを問うものである。設問2と設問3は、いずれも、1個の賃借権の目的物となっている（複数筆の）土地のうち一部の上に建物がある場合に、その建物のあることが建物のない土地（部分）にどのような影響を及ぼすかを問題とするものであるが、設問2は、当該賃貸借関係の当事者間においてこれを問題とするものであるのに対し、設問3は、賃借人と当該土地の取得者との間でこれを問題とするものである。

Cは、Eの請求に対し、まず、占有権原（賃借権）があることをもって反論することが考えられる。本件土地賃貸借契約は、建物所有を目的とするもので借地借家法の適用があるため、この反論は、甲1土地及び乙土地については、Cが、Eの本件土地の所有権取得の登記に先立って、甲1土地及び乙土地上に所有する丙建物につき自己名義の保存登記を備えたことにより（借地借家法第10条第1項）、認められることになる。

これに対し、甲2土地は、Eが現れた時点では、【事実】12に記載の事情により甲1土地及び乙土地とは別筆の土地となっており、甲2土地につき賃借権の登記（民法第605条）がされたことを示す事実はなく（この点は、甲1土地及び乙土地についても同じである。）、また、その上に建物が存在しないため借地借家法第10条第1項が適用されることもない。したがって、Cは、本来、賃借権をもってEに反論することができないものと考えられる。

もっとも、本件土地賃貸借契約は、もともと甲1土地及び乙土地のほか甲2土地を含む一筆の土地を目的として締結されたものである。また、本件土地の周りには公道に面する南側を除いて柵が張り巡らされているから、甲2土地は、外形上も、甲1土地及び乙土地と一団の土地を成している。さらに、甲2土地は丙建物を利用するために不可欠とはいえないが、甲2土地を利用することができなければ丙建物の経済的効用が減じられ、Dの診療所の患者も不便を強いられる可能性もある。こういった事情に鑑みれば、甲2土地についても、Eの請求に対してCに何らかの反論が認められないかを検討する必要がある。

仮にCの反論が認められる場合には、Cは特別の保護を受ける一方で、Eはその所有権の行使を例外的に制限されることになる。そのため、Cの反論が認められるのは、Eにおいてそのような制限を受けても仕方がないと認められる事情があるときに限られる。

このようにEの主観的事情を考慮してCが保護されるかどうかを判断する構成としては、①Eの請求が権利濫用に当たるかどうかを判断するもの（以下「権利濫用構成」という。）と、②CE間の争いをEがCの賃借権の対抗要件の不存在を主張するものと見て、Eがその主観的事情において対抗要件の不存在を主張する正当な利益を有しない者（民法第177条の「第三者」から除外される者に相当するもの）に当たるかどうかを判断するもの（以下「対抗関係構成」という。）があり得る。

対抗関係構成は、Cの権利がEに対しても効力を有することが前提となっており、ただ、対抗要件が備わっていないためにEに対してその効力を主張することができない、と法律構成するものである。しかし、Cの権利は賃借権であり、賃借権は、それが不動産に関するものであっても債権であるとするのが民法の前提である。そうであれば、対抗関係構成を採用する場合には、この民法の前提をどのように考えるかをまず説明することが望まれる。

他方、判例は、本問のような場合に、別筆の隣地上にある丙建物の登記により甲2土地についても賃借権の土地取得者に対する効力が認められることはないとした上で（最判昭和40年6月29日民集19巻4号1027頁、最判昭和44年10月28日民集23巻10号1854頁、最判平成9年7月1日民集51巻6号2251頁）、権利濫用構成を採用している（前

掲最判平成9年7月1日)。もっとも、別の構成(対抗関係構成)も成り立ち得ると考えられる場合に**権利濫用構成**を採るのであれば、その理由を示すことが望ましい。例えば、「Cの賃借権は、土地を目的とするものであっても債権であり、賃借権の登記又は借地上に所有する建物に自己所有名義の登記を備えることによって初めて土地取得者であるEに対する効力が認められる。そのため、Cが上記の登記を備えていない場合には、そもそもEとの間で対抗関係は生じない。したがって、この場合には、Eは、所有権に基づいて甲2土地の明渡しを請求することができることになるが、この請求は権利行使の一種であるから、例外的に権利濫用を基礎付ける事情がある場合にはその権利行使が否定され得る。」というように**実質的な理由**を示すことが望まれる。

Eの主張の**権利濫用該当性**を検討する場合には、権利濫用の**判断枠組み**を述べ、その枠組みの下で**本問の諸事情に照らして結論**を述べるのが求められる。**権利濫用**の**一般的な判断枠組み**については、権利の行使と認められることにより権利者が得る利益(又は**権利濫用とされることにより権利者が受ける不利益**)の程度とその権利の行使により他の者又は社会が受ける**不利益**の程度を**比較衡量**し、さらに、権利者の主観的態様も併せて**総合的に判断**する、という考え方が**判例・学説**上定着している。これ以外の枠組みを採ることが否定されるものではないが、別の枠組みを採るのであれば、定着した考え方をあえて否定する理由を示す必要がある。

これに対し、Eの請求の可否を**対抗関係構成**により判断する場合には、まず、対抗要件制度の趣旨に照らし、その主観的態様のため対抗要件の不存在を主張することができない第三者につき一般的な立場を示した上で、本問の諸事情の下でどのように解すべきかを検討する必要がある。対抗関係構成の下でEがその主観的態様により例外的に第三者性を否定されることがないかどうかを**検討**するのは、Cの賃借権を特別に保護すべき場合に当たるかどうかを判断するためである。そのため、Eの主観的態様による上記検討に関して、不動産賃借権の特別の保護とそのため要件設定の趣旨がどのような意味を持つかを考慮することが望ましい。

以上の考え方とは異なり、借地借家法第10条第1項の趣旨の理解次第で、C名義の丙建物の登記により甲2土地についてもCがその賃借権をEに主張することが認められる(本問でいえば、丙建物の登記による甲2土地への賃借権の効力の拡張を認める)とすることも考えられる。もっとも、これは本則に対する例外を認めようとするものであるから、そのような論理を展開するのであれば、例外を正当化するに足る十分な根拠を挙げ、かつ、その根拠に照らして例外が認められるべき範囲を明らかにした上で、甲2土地についてのCの賃借権の主張がその例外に該当することを述べる必要がある。

* 民法の基本知識

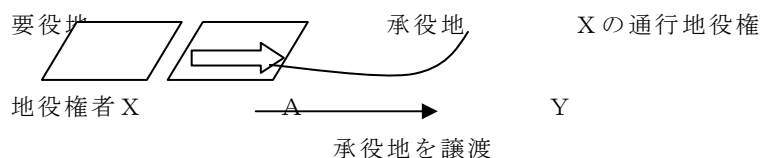
コメント：設問3につき試験の現場で権利濫用構成を知らなくても、不動産賃借権ではなくて、地役権の事例に関するものではあるが、以下の重要基本判例を参考に、対抗要件構成から、なんとか事例を処理できたのではないかと思われる。なお、不動産賃借権は、債権であって物権ではないので、本来は物権の対抗要件に関する177条の問題にはならないはずだが、土地の賃借権は、物権である地上権と同様の機能があるなどの理由から、177条の対抗要件の規定を用いることができるということを一言説明しておくこととよい。

・地役権者と承役地の譲受人との優劣 ○

甲土地（要役地）を所有するXが、甲土地に隣接する乙土地（承役地）の所有者Aから、甲土地の便宜のために乙土地に通行地役権の設定を受けたところ、その旨の登記をしないうちに、AがYに乙土地を譲渡した場合、Xは、承役地の譲受人Yに対して、通行地役権を対抗できるのかが**問題**となった事案がある。最高裁の判旨の概要は次のとおりである。

地役権は物権なので登記しないと、177条の「第三者」に対抗できない。この177条の第三者とは、登記の不存在を主張するにつき正当な利益を有する者をいうため、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する**第三者に当たらない**。

そして、通行地役権が未登記であっても、承役地の譲受人が承役地を譲り受けた時点で、①承役地が継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、②譲受人がそのことを認識していたか又は認識し得たとき（認識可能性があるとき）は、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。そのため、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、譲受人が地役権者に対して**地役権設定登記の欠缺を主張**することは、通常は信義に反するものというべきであるため、特段の事情がない限り、承役地の譲受人は、地役権の登記の不存在を主張するにつき正当な利益を有する者として177条の「第三者」に当たらない（最判平10.2.13）。



・通行地役権を登記なしに承役地の譲受人に対抗できるための判例の要件 ●

下記①と②の要件を満たすときは、承役地の譲受人は、通行地役権の登記の不存在を主張する正当な利益がなく、177条の「第三者」に当たらない。

- ① 承役地が継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであること。かつ、
- ② 譲受人がそのことを認識していたか又は認識し得たこと（認識可能性）

・地役権につき認識可能性がある者と**背信的悪意者との違い** ○

不動産の物権変動は登記をしないと登記の不存在（欠缺）を主張することにつき正当な利益を有する第三者に対抗できない（177）。この点、背信的悪意者は信義則上、登記の不存在を主張することにつき正当な利益を有する者とはいえないので、177条の第三者に当たらず、その者に対しては登記なくして物権変動を対抗できる。**背信的悪意者の要素**は、①物権変動がなされたことを知っていること（**悪意**）と②登記の欠缺を主張することの背信性（**信義則違反**）の2つである。

平成10年判決は、上記のような認識可能性がある者を177条の第三者から除外したことについて、「**なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。**」と判示している。平成10年判決は、認識可能性があるだけでは、**悪意の要素が要求される背信的悪意者とはならないこと**から、**通行地役権の承役地が譲渡された事例**に関して、**登記なくして物権変動を対抗できる者の範囲**を背信的悪意者以外の者にまで**広げた**ものと分析されている。

***知識の確認～登記なしに物権変動を対抗できる者の範囲** ●

登記なくして対抗できる者＝177条の「第三者」に当たらない者

- ① 不法占拠者などの無権利者
- ② 権利者ではあるが登記の不存在を主張することが信義則に反する者
→背信的悪意者（悪意＋信義則違反）
- ③ 権利者ではあるが登記の不存在を主張することが信義則に反する者
→平成10年判決（認識可能性＋信義則違反）
注：通行地役権が設定された承役地が譲渡された事例

以上の地役権の判例の知識を基本に、不動産賃借権の事例である**設問3**をなんとか処理することができたのではないと思われる。

〔第2問〕～商法

本問は、①発起人が取引の相手方に対し設立費用について未払額を残した状態で会社が成立した場合において設立費用の総額が定款に記載した金額を超えていたときの設立費用の負担（設問1(1)）、②定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否等（設問1(2)）、③買収者が対象会社の少数株主を会社から退出させる（締め出す）目的で行われた株式の併合に係る株主総会の決議の取消事由及び無効事由（設問2）、④株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手續や反対株主の株式買取請求（設問3）に関する理解等を問うものである。

設問1(1)においては、判例は、設立費用の全部又は一部が未払の状態で開催した場合には、債務は、定款に記載した金額（会社法第28条第4号）の範囲で、成立後の会社に帰属し、その金額の範囲では、取引の相手方は、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができ、発起人に対しては、弁済等を請求することができないという立場を採っていること（大判昭和2年7月4日民集6巻428頁、大判昭和8年3月27日法学2巻1356頁）を明らかにするとともに、判例に賛成し、又は反対するいずれかの立場から、その当否を検討することが求められる。

判例に賛成する見解としては、設立費用の総額が定款に記載した金額を超えていた場合には、債務は、①契約を締結した順序により、契約を締結した順序が明らかでないときは、債務の額に応じた按分の方法により、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に帰属するというものや、②契約を締結した順序にかかわらず、債務の額に応じた按分の方法により、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に帰属するというものなどが考えられる。

他方で、判例に反対する見解としては、債務は、①定款に記載した金額の範囲であっても、成立後の会社に帰属せず、取引の相手方は、発起人に対し、弁済等を請求することができるにとどまり、弁済等をした発起人が、定款に記載した金額の範囲で、成立後の会社に対し、求償をすることができるにすぎないというものや、②定款に記載した金額にかかわらず、全て成立後の会社に帰属し、取引の相手方は、成立後の会社に対し、弁済等を請求することができ、定款に記載した金額を超えている部分については、会社が、発起人に対し、求償をすることができるというもの、③取引の相手方は、会社及び発起人のいずれに対しても、弁済等を請求することができるというものなどがある。

判例に賛成し、又は反対するいずれの立場を採る場合であっても、これらの見解といわゆる設立中の会社の概念や発起人の権限の範囲との関係を意識し、甲社がDから求められた賃料60万円の支払及びEから求められた報酬40万円の支払を拒否することができるかどうかについて、事案に即して説得的に論ずることが望まれる。

設問1(2)においては、甲社の代表取締役Cから相談を受けた弁護士の立場に立って、判例が、定款に記載がない財産引受けは、無効であり、譲渡人も無効を主張することができ、会社成立後、株主総会の特別決議をもってこれを承認しても、有効とならず、成立後の会社が追認しても、有効とならないとしていること（最判昭和28年12月3日民集7巻12号1299頁、最判昭和42年9月26日民集21巻7号1870頁、最判昭和61年9月11日裁判集民148号445頁）を意識しながら、本件購入契約に関する会社法上の問題点として、定款に記載がない財産引受けの効力及び当該財産引受けの追認の許否について、説得的に論ずることが求められる。

その上で、甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要な会社法上の手續について、判例に賛成する見解からは、甲社がFから本件機械を購入する契約を改めて締結しなければならず（この場合には、Fの増額要求をある程度受け入れるのも

やむを得ないであろう。), するために, 本間においては, 本件機械の価額及び甲社の純資産額等に照らし, 本件機械の取得が事後設立に当たり, 株主総会の特別決議によって, 当該契約の承認を受けなければならないこと (会社法第467条第1項第5号, 第309条第2項第11号) に言及しながら, 事案に即して検討することが望まれる。

他方で, 判例に反対し, 定款に記載がない財産引受けの追認を認める見解からは, 本件購入契約を追認することが考えられるが, ために, 本間においては, 本件機械の価額及び甲社の純資産額等に照らし, 株主総会の特別決議によって, 当該契約の承認を受けなければならないと考えられること (同法第467条第1項第5号類推, 第309条第2項第11号類推) などに言及しながら, 事案に即して検討することが望まれる。

設問2においては, 乙社の創業者の一族である株主Gが, 平成28年7月11日を効力発生日とする株式の併合により株主の地位を失ったとしても, 本件決議の取消しにより株主の地位を回復するので, 本件決議の取消しの訴えについて原告適格を有すること (会社法第831条第1項柱書き後段) を前提として, Gの立場から, 買収者である甲社が対象会社である乙社の少数株主を会社から退出させる (締め出す) 目的で行われた株式の併合に係る本件決議の取消事由について論ずるとともに, その無効事由についても, 事案に即して説得的に論ずることが求められる。

本件決議の取消事由として, 第1に, 本件持株会の会員であるKが, 株主名簿に記載されている株主でないにもかかわらず, 本件持株会理事長Hの代理人として議決権を行使したことが, 株主総会の決議の方法の定款違反 (会社法第831条第1項第1号) に当たるか否かについて, 株主は, 代理人によってその議決権を行使することができる (同法第310条第1項) が, 乙社の定款第16条は, 議決権を行使する株主の代理人の資格を当該会社の株主に制限しているところ, 判例が, そのような定款の規定は, 株主総会が, 株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し, 会社の利益を保護する趣旨に出たものと認められ, 合理的な理由による相当程度の制限といえることができるから, 有効であるとしていること (最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁) を前提として, そのような趣旨も踏まえて, 検討することが求められる。例えば, Kは, 株主名簿上の株主ではないが, 実質的に乙社の株主であることをどのように評価するかが検討対象となる。

第2に, 乙社の代表取締役Jは本件株主総会において株式の併合をすることを必要とする理由を説明している (会社法第180条第4項) が, Jの説明の内容に照らし, その説明が株主総会の決議の方法の法令違反 (同法第831条第1項第1号) に当たるか否かについて, 事案に即して検討することが求められる。

第3に, Iの相続人である株主Lに議決権を行使させなかったことが, 株主総会の決議の方法の法令違反 (会社法第831条第1項第1号) に当たるか否かなどについて, 株式の譲渡の對抗要件に関する同法第130条第1項が株式の相続にも適用されるか否かに言及しながら, 事案に即して検討することが求められる。

第4に, 買収者である甲社の代表取締役Cが甲社を代表して議決権を行使しているところ, 本件決議が, 株主総会の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議 (会社法第831条第1項第3号) に当たるか否かについて, 事案に即して検討することが求められる。

本件決議の無効事由としては [注: 830条2項の決議の内容の法令違反], 買収者である甲社が対象会社である乙社の少数株主を会社から退出させる (締め出す) 目的で行われた株式の併合が, 株主平等原則 (会社法第109条第1項) に違反するか否かについて, 論ずることが求められる。

設問3においては、平成28年7月11日を効力発生日とする株式の併合により乙社の株式を失うこととなる株主Lの経済的利益が会社法上どのように保護されるかについて、説明及び検討することが求められる。

まず、株式の併合により株式の数に1株に満たない端数が生ずるときの当該端数の処理の手続（会社法第235条、第234条第2項から第5項まで）について説明する必要がある。

次に、反対株主の株式買取請求（会社法第182条の4）についても説明することが求められる。その際には、株主Lは、本件株主総会に先立って株式の併合に反対する旨を乙社に対し通知したが、本件株主総会の会場への入場を認められなかったため、本件株主総会において株式の併合に反対していないこと（同法第182条の4第2項第1号参照）から、株主Lが乙社に対し株式買取請求をすることができるかどうかについて、同法第130条第1項が株式の相続にも適用されるか否かについての設問2における検討と整合的かつ説得的に論ずることが求められる。

例えば、株式の相続は「株式の譲渡」（会社法第130条第1項）に当たらないとの立場を採ると、相続人は名義書換えをすることなく、株式の取得を会社に対抗することができ、したがって、Lは本件株主総会において議決権を行使することができた株主となる。この場合には、前述のとおり、形式的には、Lは同法第182条の4第2項第1号に規定する株主の要件を満たしていないものの、その原因が、Lが本件株主総会の会場への入場を求めたにもかかわらず、これを乙社の受付担当者が代表取締役Jの指示に基づき不当に拒否したことにあるから、乙社は同法の規定によるLからの株式買取請求を信義則上拒否することができないと解し、又はLは同項第2号に規定する株主（「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」）に当たり、Lは乙社に対し株式買取請求をすることができるかと解することが考えられよう。

他方で、株式の相続は「株式の譲渡」（会社法第130条第1項）に含まれるとの立場を採ると、相続人は株主総会に係る議決権行使の基準日までに名義書換えをしなければ、株式の取得を会社に対抗することができず、したがって、Lは本件株主総会において議決権を行使することができなかつた株主となる。この場合には、Lが乙社に対し株式買取請求をすることができるかどうかについて、同法第182条の4第2項第2号に規定する株主（「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」）に、株主総会の基準日以前に議決権を有する株式を取得しながら名義書換えを怠った者（株主総会の基準日後に株主名簿の名義書換えをした株主）が含まれるか否かに言及しながら、検討することが期待される（なお、この点に関する裁判例として、例えば、東京地決平成21年10月19日金判1329号30頁、東京地決平成25年9月17日金判1427号54頁参照）。

* 商法の基本知識

コメント：出題の趣旨が設問3の参考判例として挙げている下級審の裁判例の概要を紹介する。

・東京地決平 21.10.19

吸収合併における反対株主の株式買取請求権の可否が問題となった事案で、東京地裁は、吸収合併等の組織再編をするために株主総会の決議を要する場合に、「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」（会社法785条1号ロ）には、当該株主総会の基準日以前に議決権を有する株式を取得しながら名義書換を怠って株主名簿上の株主でなかった者は含まないとした。理由は次のとおりである。

理由：会社法において、吸収合併等の組織再編をするために株主総会の決議を要する場合に、「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」（会社法785条2項1号ロ）に「反対株主」（同条1項）の株式買取請求権を認めることとしたのは、旧商法上、反対株主の株式買取請求権の要件として、株主総会の決議に反対の議決権を行使したことが明文化されていたため、議決権を有しない株式（以下「議決権制限株式」という。）の株主に株式買取請求権が認められるかどうかについて解釈上の争いがあったところ、議決権制限株式の株主にも、意に沿わない会社の基礎の変更の際に投下資本を回収する救済を与えるのが相当であるとの改正趣旨を踏まえたものである。また、旧商法上、株主総会の基準日以前に議決権を有する株式を取得しながら名義書換を怠って株主名簿上の株主でなかった者に反対株主の株式買取請求権は認められないと解されていたし、そもそも、このような名義書換を怠る株式取得者を保護する必要はなく、仮にこれを保護するとすれば、議決権を行使し得る株主に、株主総会に先立って会社に反対通知をすることを要求し（同条2項1号イ）、会社に対してどの程度の株式買取請求をされる可能性があるかを認識させ、議案の提出前に再考する余地を与えている法の趣旨が没却され、妥当ではない。したがって、上記の「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」（同号ロ）には、当該株主総会の基準日以前に議決権を有する株式を取得しながら名義書換を怠って株主名簿上の株主でなかった者は含まないと解するのが相当である。

・ **東京地決平25.9.17**

会社が全部取得条項付種類株式の全部取得することに反対する株主は、裁判所に対して取得価格の決定の申立て（172 I）をすることができる場所、株主総会の取得決議（171 I）についての基準日後に株式を取得した者が、会社法172条1項2号の「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」として、申立て権者に当たるのかが問題となった。東京地裁は、以下の理由から、同号にいう株主には、基準日後に株式を取得した株主も含まれるとした。

理由：会社法172条1項2号は「当該株主総会において議決権を行使することができない株主」と規定するのみであり、他に基準日後に取得した株主に取得価格決定の申立権を認めない旨の明文の規定は存在しない。また、株主が株式の全部取得に係る株主総会の基準日後に株式を取得した場合であっても、その時点において、当該株主が株主総会の議案を認識しているとは限らず、全部取得に係る株主総会決議が成立することが決定しているものでもない。実質的にも、基準日後に株式を取得した株主は、株式の全部取得に係る株主総会の決議において議決権を有しないとしても、その後の株式の全部取得に係る取得価格決定の申立権までも有しないものと解すべき必然性はなく、全部取得によって株主は強制的に株式を取得されることや、一般的に基準日から株主総会決議の日まで相当の期間が設定される可能性があることに照らすと、基準日後に株式を取得したことをもって、当該株主に対しその投下資本の回収の機会を保障しないと合理的な理由があるものと認めることはできないというべきである。

〔第3問〕～民事訴訟法

本問は、Xが贈与契約に基づき本件絵画の引渡しを求めたのに対し、Yがその取引は時価相当額を代金額とする売買契約であってその額は300万円であると主張したという紛争を基本的な題材として、①当事者が代理人による契約締結の事実を主張していない中で、証拠上その事実の心証が得られた場合において、その事実を判決の基礎にすることができるか（設問1）、②裁判所として200万円と引換えに本件絵画の引渡しを命ずる判決をするためには、当事者からどのような申立てや主張がされる必要があるか（設問2(1))、また、そのような申立てや主張がされたという前提の下で、220万円又は180万円との引換給付判決をすることができるか（設問2(2))、③引換給付判決のうち反対給付に係る部分の裁判所の判断が後訴に対して何らかの拘束力を有するか（設問3）に関して、検討することを求めるものである。

まず、設問1では、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする原則（いわゆる弁論主義）が妥当し、その一環として、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならないとの原則（いわゆる主張原則）が妥当すること、一般的に、主張原則の対象となる事実は少なくとも主要事実を含むと解されていることを前提に、代理の主要事実は何かを明らかにした上で、代理人による契約締結の事実を認定することの可否を検討することが求められる。また、この点については、判例（最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁）もあるところ、本件において、Aの証人尋問がされ、AがYの代理人として契約を締結した旨を述べたにもかかわらず、当事者はこれを問題にしなかったという事情の下で、主張原則との関係をどのように評価するかの検討も必要である。設問1は、弁論主義に関するごく基礎的な理解を問う問題である。

設問2(1)では、裁判所として200万円と引換えに本件絵画の引渡しを命ずる判決をするために当事者からどのような申立てや主張がされる必要があるかを検討する前提として、裁判所は当事者が申し立てていない事項について判決をすることができないという申立拘束原則（民事訴訟法第246条）を指摘した上で、問題文に記載されたとおり、本件の訴訟物の捉え方を示すことが求められる。そこでは、①いわゆる旧訴訟物理論に立ち、売買に基づく引渡請求権と贈与に基づく引渡請求権とは訴訟物が異なるとする立場、②同じく旧訴訟物理論に立ちつつも、債権的請求である以上両者は訴訟物として同一であるとする立場、③いわゆる新訴訟物理論に立ち、売買と贈与とで原因が異なっても同一の目的物の給付を求めるのであるから、訴訟物は同一であるとする立場など、種々の立場が考えられるが、どのような立場でも、論理的に筋が通った答案が展開されていれば同様に評価した。

本件において、Xは、「仮にこの取引が売買であり、本件絵画の時価相当額が代金額であるとしても、その額は200万円にすぎない。」と主張しており、その法的な意味合いを明確にすべきところ、旧訴訟物理論のうち、債権的契約につき契約ごとに異なる訴訟物を構成するとの立場からは、裁判所が上記の引換給付判決をするためには、Xから、予備的請求として、売買契約に基づく本件絵画の引渡請求を追加的に併合する訴えの変更（民事訴訟法第143条）の申立てがされることが必要となる。その際、同時履行の抗弁はYから主張することを要する権利抗弁であるため、Xの予備的請求として「200万円の支払を受けるのと引換えに本件絵画の引渡しを求める」旨の限定を付す必要はなく、単純に、売買契約に基づき本件絵画の引渡しを求めることとなることに留意すべきである。他方、新訴訟物理論の立場、あるいは旧訴訟物理論のうち、贈与によっても売買によっても債権的請求として訴訟物は変わらないとする立場からは、Xの申立てとしては、訴状における本件絵画の引渡請求で十分であり、贈与又は売買の主張は攻撃方法の位置付けとなるため、この申立てに対して、売買を理由に200万円と引換えに本件絵画の引渡しを命ずる判決をすることは、申立拘束原則には抵触しないものと考えられる。

次に、Yは、「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万円である。」と主張しているところ、その主張の位置付けについては、訴訟物の捉え方によって多少説明は異なることになるが、①主位的な請求原因又は主張（贈与）と②予備的な請求原因又は主張（売買）を構成する各事実との関係で、それぞれ否認か自白かを整理するとともに、裁判所が上記の引換給付判決をするためには、上記②に対して、Yから権利抗弁である同時履行の抗弁権の主張が明確にされる必要があることを指摘することが求められる。

設問2(2)では、設問2(1)で必要とされた各当事者の申立てや主張がされたという前提の下で、220万円又は180万円との引換給付判決をすることの可否が問われているが、220万円はXが主張する時価相当額（200万円）とYが主張する時価相当額（300万円）との間にあるのに対し、180万円はその間にはない（Xの主張額より更にXに有利である。）という違いに着目しつつ、申立拘束原則と弁論主義の双方の観点から検討することが求められる。申立拘束原則は、原告の意思の尊重と権利主張の権限及び責任のほか、被告の敗訴リスクの上限を画するという意義を有するところ、本件では、請求の趣旨としては単純に本件絵画の引渡しを求めるものであり、上記の引換給付判決も基本的にはXの合理的意思に反しないものと考えられるが、他方、Yの敗訴リスクの関係では、時価相当額が220万円又は180万円のいずれと判断されるかにより評価が分かれる可能性があることなどを踏まえ、事案に即して論ずる必要がある。また、弁論主義に関しては、220万円や180万円という金額自体は両当事者とも主張していないが、本件では本件絵画の時価相当額を代金額とすることにつき主張が一致しており、時価相当額の評価が分かれているにすぎないことや、220万円や180万円という金額は、Xの主張額（200万円）とかけ離れた額ともいい難いこと等を踏まえて論ずることが期待される〔注：当事者間に争いが無い事実として裁判上の自白が成立し弁論主義の第2原則による裁判所拘束力等が生じるのかを検討しうる。〕。

設問3では、確定判決は主文に包含するものに限り既判力を有すること（民事訴訟法第114条第1項）を指摘した上で、同項所定の「主文に包含するもの」とは一般的に訴訟物と理解されていることや、設問2(1)における前訴の訴訟物の捉え方を前提にして、後訴の訴訟物（旧訴訟物理論では、本件絵画の売買契約に基づくYのXに対する200万円の代金請求権）との関係で前訴判決の既判力が及ぶか否かを論ずることが求められる。

この点について、引換給付の旨は前訴判決の主文に掲げられてはいるが、その趣旨は、双務契約における牽連性を強制執行との関係においても保障するため、債権者が反対給付又はその提供をしたことを証明したときに限り強制執行を開始することができること（民事執行法第31条第1項）を主文において明らかにする点にあり、主文に掲げられていることからストレートに既判力又はこれに準ずる効力等の拘束力が導かれるというわけではないことに留意する必要がある。

また、本問では、既判力などの制度的効力を否定する場合には、既判力以外の理由、例えば信義則などにより、Xが本件絵画の売買契約の成否及びその代金額を後訴で争えなくなるか否かについて検討することも求められる。具体的には、前訴においてXは予備的に売買契約の成立を主張していること、前訴で認定された200万円という代金額は、予備的ではあるもののX自身の主張額であること、売買契約の存否及びその代金額は引換給付判決をするために不可欠の判断対象であること、他方で、Yとしては、自らがXに対して200万円の売買代金請求権を有することにつき既判力のある判断を得たければ、前訴において反訴を提起することができたことなどの事情をどのように評価するかが一つのポイントとなろう。また、信義則の適用に際しては、前訴が本人訴訟であり第一審で判決が確定していることや、後訴に至った事情などを評価する必要の有無も、検討対象となろう。

* 民事訴訟法の基本知識

コメント：設問3について参考になる判例をいくつか紹介する。以下の限定承認や不執行の合意が問題となった事例と、引換給付判決が問題となった事案の違いと、判例の理論の違いをおさえておくとよい。

既判力の客観的範囲の拡張

→ 114条2項のような明文がないのに本来の訴訟物以外の判断についても既判力に準じる効力が及ぶことを肯定した判例を紹介する。

ア 限定承認

→ 被相続人の債権者が、被相続人の死亡後に相続人を被告として金銭給付請求を求めた前訴において、被告がした限定承認（民法922）の主張が認められた場合、裁判所は、判決主文において給付義務に関する責任の範囲を限定する旨を示す（主文例：「被告は、原告に対し、1000万円を、相続財産の範囲で支払え」）。

ここで、前訴確定判決の判決主文に示された限定承認の責任限定部分の判断に既判力が生じ、後訴において、相続債権者は、無限定の給付判決を求めるために限定承認の無効を主張することができないのが**問題**となる。

最高裁は、前訴の訴訟物は直接には給付請求権であるが、**限定承認の存在及び効力も訴訟物に準ずるものとして審理判断**され、主文にも明示されることから、限定承認の存在及び効力に対する判断には**既判力に準ずる効力**が生じるとして、限定承認の留保付き判決の確定後に、後訴で限定承認が無効であるとして無留保判決を求めるために限定承認と相容れない事実を主張することは許されないとした（**最判昭49.4.26**）。

補足すると、訴訟物に準ずるものとして「審理判断」された以上、その点に関して前訴で**手続保障**が図られ、既判力を及ぼす正当化根拠が妥当することが考慮されたものと考えることができる。

イ 不執行の合意

→ 給付訴訟においてその給付請求権について強制執行をしない旨の合意（不執行の合意）がある旨の主張がなされた場合、この点も訴訟物に準じたものとして審判対象となりその合意があることを主文において示さなければならないとするのが判例である（**最判平5.11.11**）。この判例を前提に考えれば、給付判決の不執行の合意が示された部分についても訴訟物に準ずるものとして審理判断され、主文にも明示されることから、**既判力に準ずる効力**が生じると考えることができる。

・主文例

1 被告は、原告に対して、100万円支払え。2 前項については強制執行できない。

【刑事系科目】

〔第1問〕～刑法

本問は、(1)甲が、Aから、B信販会社が発行したA名義のクレジットカード（以下「本件クレジットカード」という。）について、腕時計Xを購入するためだけに利用することを条件として借りたところ、その条件に反することを認識しつつ、時計店店主Cに対し、腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込み、本件クレジットカードを手渡した上、売上票用紙にAの名前を記入して手渡し、腕時計Xと腕時計Yを購入したこと、(2)甲と乙が、Aが甲の顔面を殴ろうとしてきたのを防ぐため、正面からAに体当たりし、路上に仰向けに倒れているAを押さえ付けるなどし、更に乙が右手に持った石でAの顔面を1発殴り、Aに全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたこと、(3)甲と乙が、失神したAの様子を見てAが死亡したと思い、Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けようと考え、Aのズボンのポケットから財布1個を持ち去ったことなどを内容とする事例について、甲及び乙の罪責を検討させることにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。

以下では、(1)甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について、**甲の罪責**を述べ、(2)甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為及び(3)甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について、**甲及び乙の罪責**を述べることとする。

(1) 甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為について

会社員甲は、自宅近くのショッピングモール内にある時計店で、腕時計X（販売価格10万円）を見付け、勤務先会社の同僚Aから金を借りて腕時計Xを購入しようと考え、Aに電話をかけ、10万円を貸してほしいと頼んだが、Aから断られた。そこで、甲は、Aに対して、クレジットカードを貸してほしいと頼んだところ、Aは、甲に対して、本件クレジットカードを腕時計Xを購入するためだけに利用することを条件として貸すことにした。甲は、Aから本件クレジットカードを受け取り、同時計店に戻ったが、新たに見付けた腕時計Y（販売価格50万円）を、交際相手へプレゼントするために購入したいと考えた。甲は、本件クレジットカードを腕時計Xを購入するためだけに利用するというAとの約束に反すること、今後、Aに合計60万円を支払うことができる確実な見込みがないことをそれぞれ認識しつつ、時計店店主Cに対し、腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込み、A本人であると装って本件クレジットカードを手渡した上、Cの求めに応じて、B信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載がある売上票用紙の「ご署名（自署）」欄にAの名前を記入して手渡した。Cは、その署名を確認し、甲がA本人であって、本件クレジットカードの正当な利用権限を有すると信じ、甲に対して、腕時計Xと腕時計Yを合計60万円で売却した。**なお**、本件クレジットカードは、B信販会社が所有するものであり、B信販会社の規約には、会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与等が禁じられていることや、加盟店は、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている。

甲が本件クレジットカードを利用して腕時計を購入した行為については、①**詐欺罪**（刑法第246条）の成否、②**有印私文書偽造罪**及び**同行使罪**（同法第159条第1項、同法第161条第1項）の成否、③**背任罪**（同法第247条）**又は横領罪**（同法第252条第1項）の成否が問題となる。

まず、甲は、本件クレジットカードを利用して腕時計Xと腕時計Yを購入したが、その際、腕時計Xの購入についてはAから承諾を得ていたことから、名義人の承諾を得たにもかかわらず、その承諾を超えて他人名義のクレジットカードを利用した行為について、**詐欺罪**の成否が問題となる。そして、詐欺罪の成否を論じるに際しては、1項詐欺と2項詐欺のい

れが成立するのかを理由付けを含めて簡潔に述べた上、欺罔行為の内容、その他の構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じる必要がある。

次に、甲は、腕時計購入の際、Cの求めに応じ、B信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載がある売上票用紙の「ご署名（自署）」欄にAの名前を記入し、これをCに手渡しているところ、前記のとおり、甲は、Aから、腕時計Xの購入について本件クレジットカードを利用することの承諾を得ており、その利用時には売上票用紙にAの名前を記入することの承諾も得ていたと考えられることから、名義人の承諾がある場合の有印私文書偽造罪の成否が問題となる。そして、名義人Aの承諾の有無が関係する「偽造」の要件、その他の偽造罪の要件、行使罪の「行使」の要件について、それぞれ事実を指摘して具体的に論じる必要がある。

これらの詐欺罪、有印私文書偽造罪及び同行使罪については、甲は、名義人Aの承諾を得て借りた本件クレジットカードを用いて犯行に及んでいることから、甲の罪責として、Aとの共同正犯の成否についても簡潔に論じることが望ましい。

さらに、Aとの約束に反して本件クレジットカードを利用した行為について、Aとの関係で犯罪が成立しないかが問題となる。甲はAから許された本件クレジットカードを利用できる地位・資格を濫用したと捉えて、背任罪が成立すると構成する見解、あるいは甲の地位・資格を化体した本件クレジットカード自体を横領したと捉えて、横領罪が成立すると構成する見解が考えられるところ、いずれの見解でも、構成要件該当性について、事実を指摘して具体的に論じ、更に背任罪と横領罪の関係、不法な目的による委託信任関係の要保護性、既遂時期等についての確に論じる必要がある。

(2) 甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた行為について

甲と乙は、飲食店で偶然会ったAから嫌みを言われたことから、Aに気付かれないように同店を出て人気のない暗い路上を歩いていたところ、甲が同店から出たことに気付いたAに追いつかれた。甲らの行為に怒ったAは、甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出したが、これに気付いた甲は、Aの右手の拳骨をかわしながら、Aから殴られるのを防ぐため、乙に対して、「一緒にAを止めよう。」と言い、乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、「分かった。」と答えた。そこで、甲と乙が正面からAに体当たりしたところ、Aは路上に尻餅を付いた。しかし、Aがすぐに立ち上がり、再び右手の拳骨で甲の顔面に殴りかかろうとした。甲と乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、再び正面からAに体当たりしたところ、Aが路上に仰向けに倒れた。甲は、Aが再び立ち上がろうとする様子を見て、Aから殴られないようにするため、乙に対して、「一緒にAを押さえよう。」と言い、乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、甲に対して、「分かった。俺は上半身を押さえるから、下半身を押さえてくれ。」と答えた。そこで、甲は、仰向けに倒れているAの両膝辺りにAの足先の方を向いてまたがり、Aの両足首を、真上から両手で力を込めて押さえ付け、乙は、仰向けに倒れているAの腰辺りにAの頭の方を向いてまたがり、Aの両上腕部を、真上から両手で力を込めて押さえ付けた。しかし、Aは、身体をよじらせながら、「離せ。甲、お前をぶん殴ってやる。絶対に許さない。覚悟しろ。」と甲を大声で罵り、更に力を込めて体をよじらせた。Aのその様子を見た乙は、甲がAから殴られるのを防ぐため、Aの腰辺りにまたがってAの右上腕部を真上から左手で力を込めて押さえ付けたまま、Aの左上腕部に右膝を力を込めて押し当てた上、傍らに落ちていた石（直径10センチメートルの丸形、重さ800グラム）を右手で拾い、右手に持ったその石で、Aの顔面を力を込めて1発殴った。Aは、乙に石で顔面を殴られたことから、全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負った。なお、甲は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識していなかった。

甲と乙がAに暴行を加えて傷害を負わせた**行為**について、甲及び乙の罪責を検討するに当たっては、①**傷害罪（刑法第204条）の構成要件該当性及び共同正犯の成否**、②**正当防衛ないし過剰防衛の成否（同法第36条）**について検討する必要がある。

甲と乙は、甲が乙に「一緒にAを止めよう。」と言い、乙が「分かった。」と答えた後、Aに体当たりするなどしていることから、**現場で共謀**を遂げた上、共同してAに暴行を加え始めたと認められる。その後も両者の暴行は継続し、その過程で乙が右手に持った石でAの顔面を1発殴打してAに全治約1か月を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたと、甲が乙の傷害行為を認識していないものの、**特に共謀が終了したと見るべき事情が存在しないと考えられる場合**、甲と乙は全体について共同正犯としての責任を負うかが**問題**になる。そして、乙の殴打とAの傷害結果との間に因果関係を認めることができるので、乙の行為は傷害罪の構成要件に該当する。さらに、**自ら傷害の結果を惹起していない甲についても、結果的加重犯の共同正犯を肯定する立場では、傷害罪の構成要件該当性が肯定され、甲と乙は傷害罪の共同正犯と解されることになる。**

以上について、**共謀が終了したと見るべき事情が存在しないかどうかを含め、事実を指摘して具体的に論じなければならない。**なお、乙の傷害行為は共謀に基づかないものと考えた**場合**、共謀を否定する理由を的確に論じた上で、甲については暴行罪の正当防衛の成否を、乙については甲との共同正犯となる暴行罪の正当防衛の成否と合わせて、**傷害罪の正当防衛ないし過剰防衛の成否を検討することになる。**

次に、**正当防衛ないし過剰防衛の成否**を検討するに当たっては、まず、「**急迫不正の侵害**」、「**防衛の意思**」について、簡潔に指摘する必要がある。急迫不正の侵害については、Aが甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出し、甲と乙に体当たりされて尻餅を付いた後も、すぐに立ち上がり再び右手の拳骨で甲の顔面に殴りかかろうとしたことや、仰向けに倒されて押さえ付けられている間も、身体をよじらせながら、「離せ。甲、お前をぶん殴ってやる。絶対に許さない。覚悟しろ。」と甲を大声で罵り、更に力を込めて体をよじらせていたことを指摘した上で、乙がAの顔面を殴打した時点でも甲に対する**急迫不正の侵害が継続**していたことを述べる必要がある。防衛の意思についても、甲と乙が、終始、甲がAから殴られるのを防ぐためにAに暴行を加えていたことを指摘して、**甲と乙の行為は、いずれも同一の防衛の意思に基づく**ことを述べる必要がある。

甲と乙の行為が「やむを得ずにした行為」と認められるか否かをめぐっては、「**やむを得ずにした行為**」の意義（防衛行為の必要性・相当性）を明らかにした上で、**共同正犯における防衛行為の相当性について、共同正犯者全員の行為を対象として判断するか、共同正犯者ごとに個別に判断するかを論じる必要がある。**また、乙がAの顔面を殴打した**時点**でも甲に対する**急迫不正の侵害が継続**し、甲と乙の行為は、終始、**同一の防衛の意思に基づく行為と認められる**ことは上記のとおりであり、**相当性の判断は、甲と乙の一連の行為を一体として行われるべきこと、いわゆる量的過剰は問題となっていない**ことを指摘しておく必要がある。

その上で、**甲と乙の行為が防衛行為として相当と認められるか否かは、甲と乙の一連の行為（体当たり、押さえ付け、顔面殴打）に関する事実を指摘して具体的に検討することが求められる。**例えば、乙がAの顔面を殴った行為は、既にAが仰向けに倒れた状態で甲と乙に押さえ付けられており、**Aによる攻撃が当初より弱まっていたことや、Aが素手で甲に殴りかかろうとしたのに対し、乙が右手に持った石でAの顔面を殴ったことなどの各事実を踏まえ、防衛行為として相当性の範囲を逸脱したか否かが論じられるべきである。**

防衛行為の相当性について、**共同正犯者全員の行為を対象として判断し、甲と乙の一連の行為が防衛行為の相当性の範囲を逸脱したと認めた場合**には、**甲と乙のいずれについても、客観的には過剰防衛と評価されることになり、乙には過剰防衛が成立する。甲については、**

乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識しておらず、過剰性を基礎付ける事実を認識していなかったため、違法性阻却事由の錯誤が問題となる。違法性阻却事由の錯誤に関する自らの立場を明らかにした上で結論を導き出すことが求められる。例えば、事実の錯誤説に基づき、甲は乙の過剰行為を認識していなかったことから、傷害罪の故意を阻却することが考えられる。ここでは、更に過失傷害罪（刑法第209条第1項）の成否が問題となり、甲が乙の過剰行為を認識していなかった点について、過失の有無を検討する必要がある。過失傷害罪の成立を認める場合には、過剰防衛の任意的減免（同法第36条第2項）の準用の可否も問われることになる。

以上と異なり、防衛行為の相当性を共同正犯者ごとに個別に判断し、甲の行為は防衛行為として相当であるが、乙の行為は防衛行為として相当性の範囲を逸脱したと認めた場合には、甲には正当防衛が成立し、乙には過剰防衛が成立することになる。

(3) 甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について

甲と乙は、失神したAを見てAが死亡したと思い、乙が甲に対して、「Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けよう。Aの財布を探して捨ててしまおう。」と言ったところ、甲が乙に対して、「そうしよう。」と答えた。もっとも、甲は、「財布は捨ててもいいが、もっていないから中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考えていたが、乙にその考えを話さなかった。甲と乙は、財布を探し、甲がAのズボンのポケット内に財布1個があるのを見付け、同ポケットから同財布を取り、同財布を甲の上着ポケットにしまった。乙は、甲が現金入りのまま同財布を捨ててくれると思っていた。甲と乙は、そのまま甲宅へ向かい、甲は、乙が帰宅した後、甲宅において、上着ポケットにしまったままの現金入りの同財布を取り出して現金4万円を抜き取って自分のものとし、同財布を甲宅の押し入れ内に隠した。

甲と乙がAのズボンのポケットから財布を持ち去った行為について、甲及び乙の罪責を検討するに当たっては、①窃盗罪（刑法第235条）の客観的構成要件該当性、②死者の占有、③不法領得の意思、④共同正犯の成否（同法第60条）を検討する必要がある。

まず、窃盗罪の客観的構成要件該当性については、甲と乙がAのズボンのポケットから財布を奪った時点でAは生きており、財布に対するAの占有が認められるので、甲がAのズボンのポケットから財布を取って、同財布を甲の上着ポケットにしまった行為が、客観的には窃盗罪の窃取に該当することを簡潔に指摘しておくべきである。

次に、甲と乙がAから財布を奪った時点で、甲と乙はAが死亡したものと認識していたため、窃盗罪の故意に関してAの占有を侵害する認識が認められるかが問題となる。死者の占有について、判例の立場（最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁等）による場合には、「被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して財物を奪取した」と認められるかを検討しなければならない。そして、Aの占有を侵害する認識を肯定する場合、客観的に窃盗罪の構成要件に該当するのみならず、窃盗罪の故意が認められる。Aの占有を侵害する認識を否定する場合は、Aの財布を占有離脱物と認識していたことになり、客観的には窃盗罪の構成要件に当たるとしても、主観的には占有離脱物横領罪の認識を有しているにすぎないこととなるので、抽象的事実の錯誤であることを指摘し、「構成要件の重なり合い」の有無を論じる必要がある。

さらに、甲は「財布の中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考え、乙は「財布を捨ててしまおう。」と考え、Aから財布を奪っていることから、窃盗罪又は占有離脱物横領罪の不法領得の意思が問題となるところ、不法領得の意思の要否及び内容を明らかにした上、事実を具体的に指摘してその存否を認定する必要がある。

不法領得の意思について、権利者排除意思と利用処分意思のいずれも必要とする判例の立場で、乙に利用処分意思が認められないと考えれば、乙は器物損壊罪の構成要件に該当する

ことになる。この立場では、甲がAから取った財布を甲の上着ポケットにしまったまま甲宅に向かい、同財布を甲宅の押し入れ内に隠した行為が器物損壊の「損壊」に該当することの説明が簡潔になされることを要する。乙は、甲に対して、「Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けよう。」と言っているので、犯跡隠滅目的にも利用処分意思が認められると考えれば、乙も窃盗罪又は占有離脱物横領罪の構成要件に該当することになるが、その場合は、犯跡隠滅目的に利用処分意思を認める理由が的確に説明されなければならない。他方、不法領得の意思について、不要説又は権利者排除意思のみで足りるとする立場によれば、乙も窃盗罪又は占有離脱物横領罪の構成要件に該当することになるが、その場合は、判例と異なる立場に立つ理由を的確に示す必要がある。

最後に、共同正犯の成否が取り上げられる。甲が窃盗罪又は占有離脱物横領罪、乙が器物損壊罪の各構成要件に該当すると考えた場合には、異なる構成要件間における共同正犯の成否が問題となるところ、共同正犯における共同実行の意義(行為共同説と犯罪共同説の対立)について簡潔に説明した上、結論を導き出さねばならない。

- (4) 最後に、甲及び乙について、**罪数**を論じる必要がある。

* 刑法の基本知識

過剰防衛の類型ごとの処理方法

(1) 意義

→過剰防衛には、質的過剰と量的過剰の2つの類型に区別できる。

* 過剰防衛についての判例を理論的に分析している参考文献
法学セミナー No. 742 応用刑法I 第14講 大塚裕史

・質的過剰

急迫不正の侵害に対して相当性を逸脱する反撃行為をした場合が質的過剰の典型例である。例えば、素手による侵害行為に対して散弾銃で応戦した場合は相当性を逸脱し質的過剰の類型の過剰防衛となる。

・量的過剰

急迫不正の侵害に対して防衛行為をしたが、侵害が終了したにもかかわらず反撃行為を継続した場合が量的過剰といわれる過剰防衛の事例となる。

・複数の反撃行為がある事例における質的過剰と量的過剰の**区別**

質的過剰については、急迫不正の侵害に対してされた当初の反撃行為（第1暴行）は防衛手段としての相当性があるため正当防衛になるものであったが、相手方の急迫不正の侵害の継続中に、途中から相当性を逸脱する防衛行為（第2行為）をした場合も**質的過剰**の過剰防衛に分類される。

当初の反撃行為（第1暴行）の時点では急迫不正の侵害が存在したが、急迫不正の侵害が終了したにもかかわらず反撃行為（第2暴行）をした場合が**量的過剰**の過剰防衛になる。

- ・複数の反撃行為がある事例の処理方法（一般論）

複数の反撃行為がされた事例において判例実務で問題となるのは、量的過剰か質的過剰かを問わず、各反撃行為を分断してそれぞれについて罪責を確定（例：第1暴行を正当防衛として不可罰とし、第2暴行は正当防衛にはならず犯罪は成立するが過剰防衛として刑を任意的に減免）するか、各反撃行為を分断せずに全体的に考察して一体的に評価して罪責を確定（例：第1暴行と第2暴行は全体として1個の傷害罪として全体を過剰防衛として刑を任意的に減免）するかである。具体的なイメージは、後で紹介する**参考判例**を学習してからできるようにすればよい。

この問題についての**一般論**としては、複数の行為はそれぞれ別個に評価されるのが原則であるが、複数の行為に客観的な関連性と主観的な関連性が認められるときは、例外的に全体を1個の行為を評価できる（早すぎた構成要件の実現の項目を参照）。そこで、ここでの問題も、各反撃行為に客観的・主観的な関連性があるか否かにより解決することができる。

この問題での各反撃行為の客観的関連性は、各反撃行為の時間的場所的接近性や、各反撃行為が同一の法益侵害に向けられたものといえるかにより判断する。**なお**、判例の傾向からすると、各反撃行為の際に、相手方の侵害行為が継続していたか否かは、客観的関連性の有無を判断する決定的な考慮要素にはならない。そのため、量的過剰の事例と質的過剰の事例を同じ理論により処理することができるのである。

各反撃行為の**主観的関連性**は、**防衛の意思の継続性**の有無により判断する。

なお、各行為を一体と見られるかが**問題**となるのは**通常**、客観的な関連性が肯定される事案なので、判例の傾向からすると、**防衛の意思の継続性**が、各反撃行為を一体のものとしてみるか否かを判断する際の**決定的な考慮要素**となっている。

- ・防衛者の第1暴行につき**正当防衛**が成立する事案で、第2暴行の時点では**侵害行為の継続性がない**が、**防衛の意思の継続性がある**事案では、第1暴行と第2暴行とを**一連一体の行為と評価して全体として1つの過剰防衛**の成立を認める処理方法をとった判例がある。（**最判昭 34.2.5**）。
- ・**侵害行為の継続性がない事案**という点では上記と同じであるが、**防衛の意思の継続性がない事案**では、第1暴行と第2暴行は性質に異なるものとして両者を分断して別々に罪責を検討し、第1暴行については正当防衛の成立を認め、第2暴行については急迫不正の侵害も防衛の意思もないので正当防衛も過剰防衛も成立しないという処理方法をとった判例がある（**最決平 20.6.25**）。
- ・侵害の継続性があり、**防衛の意思の継続性もある**事案で全体を過剰防衛とした判例がある（**最判平 9.6.16**）。

〔第2問〕～刑事訴訟法

本問は、覚せい剤取締法違反事件の捜査及び公判に関する事例を素材に、そこに生起する刑事手続法上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問1〕は、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を受けた司法警察員が、甲方の搜索差押えを実施する際、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って錠錠して甲方に入ったこと（下線部①）、甲方にいた甲と同居する内妻の乙が携帯していたハンドバッグ内を搜索したこと（下線部②）、甲方にいた丙のズボンのポケット内を搜索したこと（下線部③）につき、それぞれ、その適法性を論じさせることにより、搜索差押許可状に基づく搜索についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

下線部①は、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）として許容される**法的根拠**及びその**限界**を問うとともに、甲方ベランダの掃き出し窓を割って錠錠して甲方に入った措置が令状の呈示前に行われていることの適否を問うものである。

この点に関し、被疑者に対する覚せい剤取締法違反事件につき、被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状の執行に当たり、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らが、搜索差押許可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテル支配人からマスターキーを借りた上、来意を告げることなく、錠錠された被疑者の客室ドアを開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に搜索差押許可状を呈示したという**事案**において、「以上のような事実関係の下においては、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑訴法222条1項、111条1項に基づく処分として許容される。また、同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」と判示した**判例**（最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁）があり、同判例に留意しつつ、「必要な処分」として許容される限界及び令状呈示時期に関する判断枠組みを明らかにした上で、本設問の事例に現れた具体的事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、下線部①の行為の適法性を検討する必要がある。

本設問の事例においては、甲方を拠点にした組織性が疑われる覚せい剤の密売事案であること、水に流すなどして短時間に隠滅することが容易な覚せい剤が差押対象物件となっていること、覚せい剤は立証上重要な証拠であること、甲は覚せい剤取締法違反の前科3犯を有する者であり、初犯者と比較して警察捜査に関する知識経験を有していると考えられること、事前の捜査によって甲方には甲のほか乙、丙が入りしており、搜索時に複数人が在室している可能性があったこと、甲が玄関ドアチェーンをつけたままで配達員に対応していたことなどから、捜査員が甲方室内に入るまでに時間を要する可能性が高い状況であるとともに、甲の協力が得られる可能性が低い状況であると認められたこと、司法警察員Pが甲方玄関先の呼び鈴を鳴らしたところ、甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたことを**具体的に指摘し**、司法警察員

Qらがベランダの窓ガラスを割って解錠して室内に入った措置について、搜索差押えの実効性を確保するために必要性があるのか、その態様は社会通念上相当な範囲内にあるのかといった観点から評価することが求められる。

また、手続の公正担保及び処分を受ける者の利益保護という令状呈示の趣旨から、令状呈示は、執行着手前に行われることが原則であることを論じ、事前呈示の要請と現場保存の必要性等に係る上記事情等を指摘・考量した上で、本件措置が令状呈示前に行われたことの適否を論じることが求められる。

下線部②は、刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し（刑事訴訟法第222条第1項、第102条）、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求している（同法第219条第1項）ところ、特定の「場所」に対する搜索差押許可状の効力が、令状には明示的に記載のない「物」に及ぶことはあるのか、それはいかなる場合であって、どのような理由に基づいて認められるのかを問うものである。

この点に関し、「警察官は、被告人の内妻であった甲に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、同女及び被告人が居住するマンションの居室を搜索場所とする搜索差押許可状の発付を受け……、右許可状に基づき右居室の搜索を実施したが、その際、同室に居た被告人が携帯するボストンバッグの中を搜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記搜索差押許可状に基づき被告人が携帯する右ボストンバッグについても搜索できるものと解するのが相当である」と判示した判例（最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁）があるが、同判例は搜索が適法との結論を導くに当たり、飽くまで「右のような事実関係の下においては……搜索できるものと解するのが相当である」と説示するにとどまり、特にその理由を明示していないため、同判例に留意しつつ、場所に対する令状によって、その場所に居住する人がその場で携帯する物に対する搜索ができるかについての自説を各自が展開することが求められる。

基本的な考え方としては、場所に対する搜索差押許可状の効力は、当該場所の管理権者と当該場所にある物の管理権者が同一である場合には、場所に付属するものとして当該物にも及ぶ一方で、第三者の管理下にある物については、当該令状によって制約されることとなる管理権に服するものでない以上、その効力は及ばないという考え方が一般的であると思われるところ、本設問の事例においては、乙は甲と同居する内妻であること、乙は、司法警察員Qらが入室した時点で右手にハンドバッグを所持し、その後も継続して所持していることを具体的に指摘した上で、同バッグに甲の管理権が及んでいるかどうかを検討し、同バッグの搜索の適法性を論じることが求められる。また、同バッグは乙の管理権が及ぶものであるとした上で、甲方を搜索場所とする令状によって乙の管理権も制約されることになるかといった観点から、搜索の適法性を論じることが可能である。

下線部③は、前記のとおり、刑事訴訟法は、搜索の対象として「場所」と「身体」とを区別しているところ（同法第219条第1項）、「場所」に対する搜索差押許可状によって「身体」に対する搜索を行うことが許されることはあるかを問うものである。

場所に対する搜索差押許可状の効力は、人の身体には及ばない以上、搜索すべき場所に居合わせた者の身体について搜索を実施することは当然には許されないものの、例外的にそれが許される場合があるか否か、許される場合があるとしていかなる場合にどのような理由で許されると解すべきかについての自説を各自が展開し、本設問に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、本件搜索の適法性を論じることが求められる。その際、具体的事実を本設問の事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの**事実が持つ意味**を的確に分析して論じる必要がある。

本設問の事例では、差押対象物件は、覚せい剤、ビニール袋、注射器、手帳、メモなどの比

較的小さい物が含まれていること、事前捜査により甲は甲方を拠点に覚せい剤を密売している疑いがあったこと、丙は甲方に頻繁に出入りしていたこと、司法警察員Qらが甲方に入室した時点で丙が右手をポケットに入れていたこと、丙が右手を抜いた後もポケットが膨らんだ状態であったこと、丙が時折ポケットを触るなど気にする素振り等を示していたこと、丙は司法警察員Qからポケットの中身を尋ねられても答えなかったこと、丙が再びポケットに手を入れてトイレに向かって歩き出したこと、丙は司法警察員Qの制止を無視して黙ったままトイレに入ろうとしたことを具体的に指摘し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析、評価して、自説への具体的な当てはめを行う必要がある。また、捜索を行うこと自体を適法とした場合には、司法警察員Qが丙の右腕を引っ張ってポケットから引き抜き更にポケット内に手を差し入れた行為が、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として又は（「必要な処分」として考えるまでもなく）本来行うべき捜索そのものとして許容されるか否かを論じる必要がある。

【設問2】は、甲証言をめぐる弁護人と検察官の証拠の取調べ請求のやり取りを素材として、刑事訴訟法第328条で許容される証拠の範囲を問うものである。具体的には、証拠1（甲を取り調べた司法警察員P作成に係る甲の供述要旨を記載した捜査報告書）、証拠2（司法警察員P作成に係る甲の供述録取書）及び証拠4（司法警察員Q作成に係る乙の供述録取書）は、甲証言と矛盾する内容であり、証拠3（検察官R作成に係る甲の供述録取書）は、甲証言と一致する内容であるところ、設問2-1は、同条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるか否か（証拠2、証拠4）、供述者の署名押印を欠くものも含まれるか（証拠1）を問うものである。設問2-2は、仮に設問2-1で甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとして、証拠3が「甲証言の証明力を回復するため」の証拠として許容されるのか、すなわち、同条の「証明力を争うため」の証拠には、一旦減殺された証明力を回復させるための証拠も含まれるのかを問うものであるが、この点に関する最高裁判所の判例はなく、基本書等にはあまり記載がない分野であり、受験生の応用力を試すことを狙いとした設問である。

設問2-1は、「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。そうすると、刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。」と判示した判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）があり、同判例に留意しつつ、伝聞法則や刑事訴訟法第328条の趣旨を踏まえた論述が求められる。同判例の立場に立てば、証拠1は甲の署名押印を欠くため、証拠4は乙の供述録取書であって甲の自己矛盾供述ではないため、いずれも、同条により証拠として許容されず、裁判所は証拠として取り調べる旨の決定はできないこととなり、証拠2は、同条により証拠として許容され、裁判所は証拠として取り調べる旨の決定ができることとなる。一方、同判決の立場に依拠しない場合には、それぞれの結論がどのような道筋で導き出されるのかについて相応の説得を持って説明することが求められよう。

設問2-2は、いわゆる回復証拠が同条により許容されるのかについて、同条の「証明力を争う」という文言の解釈を示した上で、そのみを肯定あるいは否定の根拠とする

のは十分でなく、結論がもたらされる実質的な理由を示す必要がある。本設問の事例では、甲証言の証明力が証拠2によって減殺されたときに、甲証言の内容と一致する内容の証拠3が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかまで論じた上で、結論を導くことが求められる。

* 刑事訴訟法の基本知識

証明力を争う証拠

(1) 意義

→ 328条は、伝聞例外の規定により証拠とすることができない書面又は供述であっても、公判準備や公判期日における被告人又は証人の供述の証明力（信用性）を争うために用いるときは証拠能力を肯定している。同条の証拠は、供述の信用性を弾劾するための証拠ともいえるので弾劾証拠とも呼ばれる。

関連問題：司法論文 H29 設問 2

328条 第 321 条乃至第 324 条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であっても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。

(2) 供述の「証明力を争う」証拠の意味

→ある人の公判供述の証明力を争うための証拠として、その内容が矛盾する別の人の供述が記載された書面等を用いることを許容すると、伝聞例外の要件を満たしていない書面等の内容が真実であることを前提としなければならず、伝聞証拠は原則として証拠能力が認められないとの伝聞法則の趣旨が没却される。そこで、328条の証明力を争う証拠とは、同一人が同じ事項につき公判廷と公判廷外で異なる内容の供述をしている場合に、供述の内容の真実性を問題とすることなく、その者の自己矛盾供述の存在を立証してその人の供述の信用性を弾劾する証拠をいうと解されている。したがって、本条の証明力を争うための証拠は、自己矛盾供述に限られる（限定説）。判例もこの見解を採用している（**最判平 18.11.7**）。

(3) 自己矛盾供述が存在することの証明の方法

→判例は、供述者が矛盾する供述をしたという事実の立証には刑訴法の定める厳格な証明が要求されるとしている（**最判平 18.11.7**）。

例えば、供述者の署名又は押印がない供述録取書は、原供述者の供述を供述録取者が録取するという伝聞過程があるため、328条の証拠としても用いることができない。平成18年判決も同旨のことを判示している。

関連問題：司法論文 H29 設問 2

(4) 増強証拠

→ある人の公判供述の信用性を増強するための**増強証拠**として、その人の同一内容の供述を328条の証明力を争うための証拠に用いることができるかが問題となる。

この点について、そのようなことを許すと、本条の証拠がその**内容が真実**であることを前提とする**実質証拠**となり、伝聞例外の要件を満たさない伝聞証拠に証拠能力を認めることになり**伝聞法則の趣旨が没却**される。したがって、**増強証拠を本条の証拠として許容することはできない**。これと結論が同じ裁判例がある（**福岡高判昭30.2.28**）。

(5) 回復証拠

→弾劾証拠により一度弾劾されて証明力が減殺された公判供述の証明力を復活させるための**回復証拠**（公判供述と同内容の別の機会にされた同一人の供述）が、328条の公判供述を「証明力を争うため」の証拠として許容されるかが**問題**となる。

この点、328条の「証明力を争う」とは、公判供述の証明力を減殺することのみを意味し、減殺された証明力を回復することはこれに含まないとの見方もありえる。**しかし、弾劾証拠により証明力を減殺された証拠の証明力を回復**することも「証明力を争う」といえる。また、回復証拠は、それを実質証拠として用いるのではなく、**公判供述が弾劾された場合に、その公判供述と同内容の供述が存在すること自体を証明して公判供述の証明力を回復する補助証拠**として用いるにすぎないので、**伝聞法則を没却することもない**。以上のことから、**回復証拠も328条の証明力を争うための証拠として許容**されると解される。

理由は述べていないが結論として、回復証拠を328条の証拠として許容した下級審の裁判例がある（**東京高判昭54.2.7**）。

一方、**学説**では回復証拠は328条の証拠として許容されないとする見解が有力である。すなわち、単に、公判供述と内容が一致する公判廷外の供述があるというだけで、一度証明力が減殺された供述の証明力を回復することを許容すると、**あたかも証拠の個数で証明力が左右**されることになるが、**供述の度重なる変遷**は逆に供述の**証明力（信用性）に疑問**を生じさせることになるのである。したがって、一度証明力を減殺された公判供述の証明力を回復するために、それと同一内容の自己の供述を328条の証拠として許容することはできないと解される。

関連問題：司法論文 H29 設問 2

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) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17733