

司法試験

平成30年司法試験の7科目再現答案分析会
問題文と再現答案

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0⁰001221 183879⁰

LU18387

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

20**年、A市では、性的な画像を含む書籍の販売等の在り方に対し、市民から様々な意見や要望があることを踏まえ、新たな条例の制定が検討されることとなった。この条例の検討に関わっている市の担当者Xは、憲法上の問題についての意見を求めるため、条例案を持参して法律家甲のところを訪れた。【別添資料】は、その条例案の抜粋である。法律家甲と担当者Xとの間でのやり取りは以下のとおりであった。

甲：新しい条例が検討されているのはどのような理由からですか。

X：いわゆる「成人向け」「アダルトもの」と呼ばれる雑誌だけでなく、最近では一般の週刊誌として販売される雑誌を含む様々な出版物等に、裸の女性の写真などの性的な画像が掲載され、それらがスーパーマーケットやコンビニエンスストアなど市民が食料品や生活用品を購入するために日常的に利用する店舗で販売されています。近年、一部のコンビニエンスストアでは、そのような雑誌類の取扱いをやめる動きも出てきていますが、飽くまでも一部の店舗による自主的なものにとどまっています。この状況に対して、市民からは、青少年の健全な育成に悪影響を及ぼす、安心して子供と買い物に行けないという意見が寄せられているほか、特に女性を中心として、見たくもないものが目に入って不快であるとか、思わぬところで性的なものに触れないようにしてほしいという意見が最近多く寄せられるようになりました。市内には、マンションや団地、住宅地が多く、子供がいる世帯が多数居住していますが、そのような地区の自治会からも性的な画像を掲載した出版物等の販売や貸与について規制を求める要望が出ています。

甲：すると、青少年の健全な育成を図ることだけが目的となるわけではないのですね。

X：そうです。青少年の健全な育成とともに、羞恥心や不快感を覚えるような卑わいな書籍等が、それらをおよそ買うつもりのない人たちの目に、むやみに触れることがないようにすることもねらいです。

甲：具体的にはどのようなものを規制の対象とするのですか。

X：規制の対象となる図書類は、この条例案の第7条に記載しています。日々発行される様々な出版物等を適切に規制の対象とするため、市長等が規制の対象となる図書類を個別に指定することとはせず、要件に該当する図書類が自動的に規制の対象となるようにしました。「性交」、「性交類似行為」や「衣服の全部又は一部を着けない者の卑わいな姿態」を撮影した写真や動画などの画像とこれらを描写した図画を対象とし、かつ、「殊更に性的感情を刺激する」ものであることが要件となります。このような画像や図画が含まれる書籍や雑誌などを「規制図書類」としました。

甲：刑法第175条で処罰の対象となっている「わいせつ」な文書等には当たらないものもこの条例では規制の対象となるのですね。

X：そうです。刑法上の「わいせつ」な文書等に当たらないものも、もちろん対象になります。刑法上の「わいせつ」な文書等に該当すれば、頒布や陳列自体が犯罪行為となるわけですから、むしろ、この条例では刑法で処罰対象とならないものを規制することに意味があると考えています。

甲：規制の対象には、写真や動画などの画像だけでなく、漫画やアニメなど絵による描写も含むのですか。

X：含みます。絵による描写でも、殊更に性的感情を刺激する類のものがありますし、普通の漫画と同じように書店などで陳列され、子供が普通の漫画だと思って手に取って見てしまうので困るという意見も寄せられています。

甲：いわゆる性的玩具類の販売や映画館での成人向け映画の上映などの規制はどうするのですか。

X：これらは専門の店舗で販売等されるのが通常で、既に別の法律や条例の規制対象になっているので、本条例の対象とは考えていません。

甲：規制の内容、方法はどのようなものですか。

X：第8条に4種類の規制を定めています。まず、通常のスーパーマーケットやコンビニエンスストアなど、市民が食料品などの日用品を購入するために日常的に利用する店舗に規制図書類が置かれていると、青少年の健全な育成にとっても、市民が性的なものに触れることなく安心して生活できる環境の保持という点でも、望ましくありませんので、そのような店舗に規制図書類が並ばないようにする必要があります。そのため、第8条第1項で、主に日用品等を販売する店舗における規制図書類の販売や貸与を禁止しています。次に、第8条第2項で、小学校、中学校、高等学校などの敷地から200メートルの範囲を規制区域とし、事業者が、その区域内において規制図書類の販売や貸与をすることを禁止します。規制区域では、事業者は、青少年に限らず、誰に対しても、店舗で規制図書類の販売や貸与をすることができないこととなります。児童・生徒らが頻繁に行き来する範囲にそのような店舗が存在することは望ましくないという市民の声に答えるためです。これらの規制の下でも、第8条第1項に当たらない事業者の店舗、つまり、日用品等の販売を主たる業務としていない事業者の店舗については、第8条第2項の規制区域の外であれば、規制図書類の販売や貸与ができます。そこで、第8条第3項で、青少年に対する規制図書類の販売や貸与を禁止し、さらに、第8条第4項で、規制図書類の販売や貸与をする店舗内では、規制図書類を壁と扉で隔てた専用の区画に陳列することなどを義務付けます。

甲：第8条第1項各号には、書籍やDVDなど「図書類」が挙げられていませんが、書店やレンタルビデオ店は、第8条第1項で規制図書類の販売や貸与が禁止される店舗には当たらないということですか。

X：そのとおりです。確かに、書店やレンタルビデオ店にも青少年や規制図書類を購入等するつもりのない人が出入りするのですが、他方で、書店など図書類を専ら扱う店舗で規制図書類を全く扱えないとなると、その営業に与える影響が大きく、これらの店舗に酷なことになります。また、通常、書店やレンタルビデオ店に、規制図書類に当たるような書籍等が置かれていることは一般の方も理解されているはずですので、そういった店舗では、第8条第4項に規定した規制図書類を隔離して陳列するなどの義務を履行してもらえば足りるのではないかと考えています。

甲：この条例によって、これまで規制図書類の販売や貸与をしていた事業者には、どの程度の影響が及ぶことになるのでしょうか。

X：市内には、小売店が約3000店舗あるのですが、そのうち、第8条第1項に該当する日用品等の販売を主たる業務とする店舗は約2400店舗あります。この第8条第1項に該当する店舗のうち、約600店舗が規制図書類を販売しています。もっとも、これらの店舗は、主に日用品等を扱っていますから、規制図書類の売上げが売上げ全体に占める割合は微々たるものです。また、第8条第2項によって規制図書類の販売や貸与をする事業が禁止される規制区域が市全体の面積に占める割合は20パーセント程度で、市内の商業地域に限っても、規制区域が占める割合は30パーセント程度です。市内の規制区域にある店舗は約700店舗で、そのうち規制図書類の販売や貸与をする店舗は約150店舗あります。しかし、その約150店舗のうち、規制図書類の売上げが売上げ全体の20パーセントを超えるのは、僅か10店舗に過ぎません。

甲：この条例案による規制に反対する意見はないのですか。

X：規制対象が広過ぎるのではないかという意見があります。また、日用品等の販売を主たる業務とする店舗の一部は、規制図書類の売上げが売上げ全体のごく一部であっても、これを販売していること自体に集客力があると考えているようで、販売の全面的な禁止に反対しています。そのほか、第8条第2項の規制区域で規制図書類を販売してきた店舗の中からも、この条例案に反対する意見が寄せられています。しかし、これまでどおりの営業ができなくなっても、正にそれを市民が求めている以上は、やむを得ないのではないかと考えています。規制区域の店舗には、規制図書類の販売と貸与さえやめてもらえればいわけで、販売等を継続したいのであれば、市内にも店舗を移転できる場所はあるはずで、条例の施行までには6か月という期間を設けてもいます。

甲：事業者の側からは、ほかにどのような意見があるのですか。

X：スーパーマーケットやコンビニエンスストアの事業者や業界団体の中には、既にいわゆる「成人向け」の書籍等について自主規制を行っているところもあり、反対はそれほど多くありません。しかし、例えば、書店やレンタルビデオ店など規制図書類とそれ以外の図書類とを取り扱っている店舗では、今後、第8条第4項に従って規制図書類を隔離して陳列しなければならないため、その要件を満たすための内装工事等が必要で、そこまでの必要があるのかと疑問視する声があります。

甲：規制図書類を購入する側である18歳以上の人、あるいは、青少年への影響についてはどのように考えていますか。

X：18歳以上の人にとっては、これまで規制図書類を購入していた店舗で購入できなくなる場合があるなど、不便になるということはあると思いますが、市内で規制図書類を一切買えなくなるわけではありません。青少年については、成長途上であり、規制図書類が全く購入できなくなっても、社会的に許容されると考えています。

甲：この条例に違反した場合の制裁はどうなっていますか。

X：第9条に規定しているとおり、第8条に違反した事業者に対し、市長が、改善命令又は業務停止命令を発することができます。そして、第15条で、第8条第1項から第3項までに違反した者や、市長の改善命令や業務停止命令に違反した者に対する刑事罰を定めており、その法定刑は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金としています。

甲：条例案の内容は分かりました。

X：いろいろな意見がありますし、規制は必要な範囲にしたいと考えて検討しているのですが、条例でこのような規制をすることは、憲法上、問題があるでしょうか。

甲：規制の対象となる図書類の範囲や、規制の手段、内容について、議論があり得ると思います。図書類を購入する側と販売等をする店舗の双方の立場でそれぞれの権利を検討しておく必要がありますね。図書類を購入する側としては、規制図書類の購入等ができない青少年と18歳以上の人を想定しておく必要があります。また、販売等をする店舗としては、条例の規制による影響が想定される3つのタイプの店舗、すなわち、第一に、これまで日用品と並んで規制図書類を一部販売してきたスーパーマーケットやコンビニエンスストアなどの店舗、第二に、学校周辺の規制区域となる場所で規制図書類を扱ってきた店舗、第三に、規制図書類とそれ以外の図書類を扱っている書店やレンタルビデオ店を考慮しておく必要があるでしょう。

〔設問〕

あなたがこの相談を受けた法律家甲であるとした場合、本条例案の憲法上の問題点について、どのような意見を述べるか。本条例案のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にした上で、参考とすべき判例や想定される反論を踏まえて論じなさい。

【別添資料】

善良かつ健全な市民生活を守るA市環境保持条例（案）

（目的）

第1条 この条例は、性風俗に係る善良な市民の価値観を尊重するとともに青少年の健全な育成のために必要な環境の整備を図り、もって善良かつ健全な市民生活を守り、A市の健全で文化的な環境を保持することを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (1) 青少年 18歳未満の者をいう。
- (2) 図書類 書籍、雑誌、文書、絵画、写真、ビデオテープ、ビデオディスク、コンピュータ用のプログラム又はデータを記録した電磁的記録媒体並びに映写用の映画フィルム及びスライドフィルムをいう。
- (3) （略）

（規制図書類）

第7条 次の各号に掲げるものを撮影した画像又は描写した図画（殊更に性的感情を刺激する画像又は図画に限る。）を含む図書類を規制図書類とする。

- (1) 性交又は性交類似行為
- (2) 衣服の全部又は一部を着けない者の卑わいな姿態

（規制図書類の販売等の制限）

第8条 次の各号に掲げる物品（以下「日用品等」という。）の販売を主たる業務とする事業者は、その営業を行う店舗において規制図書類を販売し又は貸与してはならない。

- (1) 飲食料品
 - (2) 衣料品・日用雑貨
 - (3) 医薬品・化粧品
 - (4) 文房具
 - (5) スポーツ用品
 - (6) 玩具・娯楽用品
 - (7) 楽器
- 2 事業者は、学校教育法（昭和22年法律第26号）第1条に規定する学校（幼稚園及び大学を除く。）の敷地の周囲200メートル以内の区域（以下「規制区域」という。）の店舗において、規制図書類を販売し又は貸与してはならない。
- 3 規制図書類を店舗において販売し又は貸与する事業者は、青少年に対して規制図書類を販売し又は貸与してはならない。
- 4 規制図書類を店舗において販売し又は貸与する事業者は、規制図書類の陳列に当たり、次の各号に掲げる措置を講じなければならない。
- (1) 規制図書類を隔壁及び扉により他の商品の陳列場所と区分された場所に陳列すること。
 - (2) 規制図書類の陳列場所の出入口付近の見やすい場所に、規制図書類の陳列場所であることを掲示すること。

（改善命令等）

第9条 市長は、事業者が、前条各項の規定に違反して規制図書類の販売又は貸与を行っているとき認めるときは、当該事業者に対し、期限を定めて業務の方法の改善に関し必要な措置を採るべきことを命ずることができる。

2 市長は、事業者が、前項の規定による命令に従わないときは、当該事業者に対し、3月以内の期間を定めて、その業務の全部又は一部の停止を命ずることができる。

(罰則)

第15条 次の各号のいずれかに該当する者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

- (1) 第8条第1項、第2項又は第3項の規定に違反した者
- (2) 第9条第1項又は第2項の規定による命令に違反した者

(両罰規定)

第16条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、前条の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人又は人に対して、同条の罰金刑を科する。

附則(抄)

第1条 本条例は、公布の日から起算して6月を経過した日から施行する。

(参照条文) 学校教育法(昭和22年法律第26号)

第1条 この法律で、学校とは、幼稚園、小学校、中学校、義務教育学校、高等学校、中等教育学校、特別支援学校、大学及び高等専門学校とする。

平成30年司法試験・公法系第1問・再現答案

第1 規制図書類を購入する側についての意見	1
1(1) 本条例案8条1項、2項及び3項は、青少年及び18歳以上の者の知る自由を侵害し、憲法21条1項に反し、違憲であるとの主張が考えられる。	2 3 4
(2)ア まず、本条例案8条3項は、青少年への規制図書類の販売を禁止しているため、青少年が規制図書類を購入する自由を制約している。	5 6 7
また、本条例案8条1項、2項は、一定の店舗で規制図書類を販売することを禁止しているため、青年者が規制図書類を購入する自由を制約している。	8 9 10
イ そして、規制図書類を購入する自由は、知る自由として憲法21条1項により保障される。	11 12
(3)ア 次に審査基準について、青少年や青年者は以下のように主張する。	13 14
知る自由は、情報を得て人格を発展させることに寄与することから、重要な権利である。そして、規制図書類は表現の内容に着目した内容規制であり、制約態様は強い。	15 16 17
このことから、制約は目的が必要不可欠であり、手段が目的達成のために必要最小限度である場合のみ許されると考える。	18 19
イ これに対して、青少年に対する害悪発生防止の観点から、知る自由は制約され、青年者の知る自由もそれに伴って制約を受けるため、緩やかに審査すべきであるとの反論が想定される。	20 21 22
ウ 以下、私見を述べる。青少年は判断能力が未熟であり、何が	23

適切か否かを判断できないことから、人格の形成・発展を阻害されるおそれが高い。このことから、人格的自律性確保のため、青少年には完全な知る自由は保障されないと考える。そして、青少年保護の観点から、青年者の知る自由も付随的に制約されることはやむをえない。	1 2 3 4 5
もっとも、知る自由は人格の発展に寄与する重要な権利であり、制約も強度である。	6 7
したがって、制約は目的が重要で、手段が目的との関係で実質的関連性(実効性・相当性)を有している場合のみ許されると考える。	8 9 10
(4)ア まず、目的について、青少年や青年者は以下のように主張すると考えられる。	11 12
本条例案の目的は①青少年の健全な育成及び②市民が性的なものに触れることなく安心して生活できる環境の保持にある。	13 14
ここで、目的①は、青少年が性的なものに触れることで、人格の形成・発展が阻害され、その後の人生にも支障が及ぶ可能性があることからすれば、重要な目的といえる。	15 16 17
しかし、目的②は、性的なものに触れたくないという利益は主観的なものに過ぎず、青少年の知る自由を犠牲にしてまで達成すべき重要な目的とはいえない。	18 19 20
イ これに対して、目的②も重要な目的であると反論される。	21
この点につき私見を述べる。まず、目的①は前述の通り重要な目的といえる。	22 23

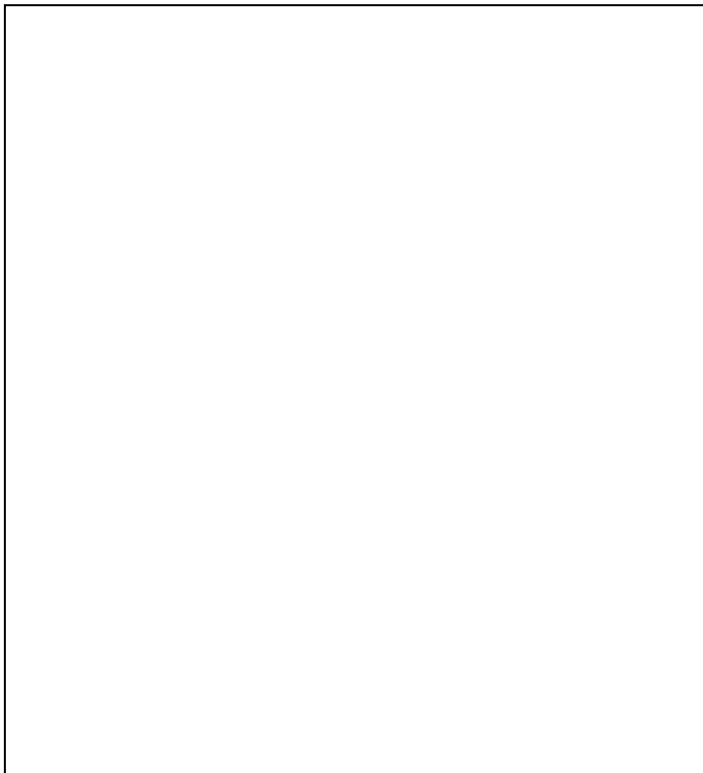
また目的②についても、性的なものを見ることで気分を害する者は一定数いることが想定され、このような者が不意に性的なものに触れることで精神疾患などにかかるおそれも考えられる。このような対立利益の重要性にかんがみれば、目的②も重要な目的といえる。	1 2 3 4 5
(5)ア 次に手段について、青少年らの側から以下のような主張が考えられる。	6 7
まず、法8条3項については青少年への規制図書類の販売を一切禁止することで、規制図書類に一切触れないこととなるため、目的①との関係で実効性はある。	8 9 10
しかし、規制の対象にはアニメや漫画が含まれるところ、規制の対象が広範であるため、青少年の知る自由を過剰に制約しているといえ、相当性を欠く。	11 12 13
イ また、法8条1項については、規制図書類の販売を禁止することで日用品を買う、性的なものに触れたくない者の目に触れることも効果的に防止できるため、目的①、②との関係で、実効性はある。	14 15 16 17
しかし、市内の小売店のうち8割にも及ぶ店舗が規制の対象になり、規制図書類を購入できる範囲が大きく限定される点で相当性を欠く。	18 19 20
ウ さらに法8条2項については、青少年がいることが多いと思われる場所での販売を禁じ、青少年の目に触れることを効果的に防止できることから、目的①との関係で実効性がある。	21 22 23

しかし、200メートルという距離は広範であり、市内で規制図書類を購入できる店舗が限定されるため、相当性を欠く。	1 2
したがって、上記規定は違憲である。	3
(6)ア これに対して、岐阜県青少年育成保護条例事件判決を援用して、手段が相当性を有するとの反論が想定される。	4 5
イ 以下私見を述べる。上記判例は理由として、ⅰ自動販売機での図書の販売が問題となっており、ⅱ昼夜を問わず購入が可能であり購買意欲を促進しやすいことなどを理由に青少年への制約を合憲とし、また、青年者はⅲ他の書店などで購入が可能であることを理由に合憲と判断している。	6 7 8 9 10
しかし本件では、ⅰ対面での販売が問題となっており、ⅱ昼夜を問わず、購入が可能というわけではないうえ、ⅲ青年者も書店での購入を制限されることから、上記判決とは事案を異にする。したがって、上記判決を援用できず、以下手段の実効性・相当性を審査する。	11 12 13 14 15
ウ まず8条3項については、前述の通り実効性は認められる。	16
しかし、漫画やアニメなどまで対象にする点で、規制が広範すぎるため、相当性を欠く。	17 18
エ 次に法8条1項については、前述の通り実効性は認められる。	19 20
しかし、規制の対象となる店舗が多すぎ、規制図書類の購入を著しく制限されることとなり、知る自由を過剰に制約しているといえ、相当性を欠く。	21 22 23

オ また、法8条3項については、前述の通り実効性は認められる。	1
そして、たしかに200メートルという規制範囲は広いものの、上述のように法8条1項が違憲であり、購入が可能な店舗数も増えると考えられるため、相当性も認められる。	2
2 よって、本条例案8条1項、3項は違憲であるが、本条例案8条2項は合憲であるとの意見を述べる。	3
第2 規制図書類を販売する店舗側について	4
1(1) 本件条例8条1項、2項、4項が、店側の職業選択の自由を制約し、憲法22条1項に反し違憲であるとの問題が考えられる。	5
(2) まず、本条例案8条1項、2項、4項は定められた店が規制図書類を販売することを規制しており、店側の営業の自由を制約している。	6
さらに、上記各規定は場所的規制も伴い規制図書類の販売を断念せざるを得ない店もあると考えられるため、職業選択の自由も制約している。	7
(3) そして、制約は職業選択の自由への制約であり、強度であるといえる。また、本条例案の目的①や②は、国民の健康維持といった消極目的である。このことから、制約は目的が重要であり、手段が目的と実質的関連性がある場合のみ許されると考える。	8
(4)ア そして、店側は、以下のように主張すると考えられる。	9
まず、目的①、②は前述の通り重要である。	10
イ 次に手段について、まず法8条1項については前述の通り実	11

効性はある。しかし、規制図書類を販売することで日用品と一緒に買う客も多いことから、規制図書類の販売禁止は営業に対する過度な制約といえ相当性を欠く。	1
ウ また、法8条2項については前述の通り実効性は認められる。しかし、店舗の移転を余儀なくされることは過度な制約といえ、相当性を欠く。	2
エ また、法8条4項については、規制図書類を隔離することで、青少年の目に触れることを防止できるため、目的①との関係で実効性はあるといえる。	3
しかし、内装工事が必要であり、過度な費用負担を強いることとなる点で相当性を欠く。	4
したがって、各規定は違憲である。	5
(5) これに対して以下の反論が考えられる。	6
まず、法8条1項については規制図書類の売上げに占める割合は小さいため、相当性がある。	7
また、法8条2項については、条例施工まで6ヶ月の猶予があり、移転が出来る以上、相当性がある。	8
さらに、法8条4項については、既にコンビニなどで自主規制が行われている以上、内装工事をすべきであり、相当性がある。	9
(6)ア 以下、私見を述べる。	10
まず、法8条1項については、実効性はあるといえる。	11
そして、規制の対象となる店舗は2400店舗であり、全体の8割にも及ぶ。そして、規制図書類の販売自体に集客力があ	12

り、一緒に日用品を購入する客も多いと考えられる。このこと	1
から、全体としてみれば、規制図書類の販売禁止による売上げ	2
の低下は大きいと考えられる。したがって、規制する店舗を限	3
定しない限り、相当性を欠き、違憲である。	4
イ 次に法8条2項についてみるに、まず実効性は認められる。	5
そして、相当性については、規制対象となった店舗の中に	6
は、規制図書類の販売を主として行ってきた零細な店も含まれ	7
ていると考えられる。そうであるならば、たとえ猶予期間があ	8
っても移転を強いられると、移転のための過度な費用負担を強	9
いられることとなり、経営破たんのおそれすらあるといえる。	10
したがって、このような店舗も規制する点で相当性を欠く。	11
ウ また法8条4項については、前述の通り実効性は認められ	12
る。	13
そして、たしかに内装工事によって多額の費用負担が必要と	14
なる。しかし、同項で規制される店舗は他の図書類なども扱う	15
店であり、多くの青少年が来ることも予定されているため、隔	16
離をすべき必要性は高い。また、自主規制が行われていること	17
からしても、一定の対応をすべきことが社会的な認識となって	18
いたと考えられる。したがって、内装工事をさせることも相当	19
性があるといえる。	20
2 よって、本条例案8条1項、3項は違憲であるが、4項は合憲であ	21
るとの意見を述べる。	22
以上	23



[公法系科目]

[第2問] (配点：100 [[設問1](1), [設問1](2), [設問2]]の配点割合は、35：40：25)

宗教法人Aは、宗教法人法に規定された宗教法人で、同法の規定により登記された事務所を、約10年前からB市の区域内に有している。Aは、以前から墓地用石材の販売等を扱う株式会社Cと取引関係にあったが、Cから、B市内に適当な広さの土地（以下「本件土地」という。）を見付けたので、大規模な墓地の経営を始めないかとの提案を持ち掛けられた。Cがこのような提案をしたのは、B市においては、「B市墓地等の経営の許可等に関する条例」（以下「本件条例」という。）第3条の定めにより、株式会社であるCは墓地の経営許可を受けることができず、墓地経営のために宗教法人であるAの協力が必要であったという事情による。Aは、大規模な墓地の経営に乗り出すことは財政的に困難であると考えたが、Cから、用地買収や造成工事に必要な費用を全額無利息で融資するとの申出を受けたため、Cの提案を受け入れ、本件土地において墓地（以下「本件墓地」という。）の経営を行うことを承諾した。そこで、Aは、Cから融資を受けて、平成29年9月25日に本件土地を購入した（なお、本件土地に所有権以外の権利は設定されていない。）。さらに、Aは、「墓地、埋葬等に関する法律」（以下「法」という。）第10条第1項に基づき、本件墓地の経営許可を得るため、本件条例に基づく必要な手続を開始した。なお、B市においては、法に基づく墓地経営許可の権限は、法第2条第5項に基づき、B市長が有している。

Aは、平成29年11月17日、周辺住民らに対して、本件条例第6条に基づく説明会（以下「本件説明会」という。）を開催した。本件説明会は、Aが主催したが、Cの従業員が数名出席し、住民に対する説明は、Aの担当者だけではなくCの従業員も行った。本件土地の周囲100メートル以内に住宅の敷地はなかったが、本件土地から100メートルを超える場所に位置する住宅に居住する周辺住民らが、本件説明会に出席し、本件土地周辺の道路の幅員はそれほど広いものではないため、墓参りに来た者の自動車によって渋滞が引き起こされること、供物等の放置による悪臭の発生並びにカラス、ネズミ及び蚊の発生又は増加のおそれがあることなど、生活環境及び衛生環境の悪化への懸念を示した。しかし、Aは、その後も本件墓地の開設準備を進め、平成30年3月16日、B市長に対して本件墓地の経営許可の申請（以下「本件申請」という。）をした。

他方、本件土地から約300メートル離れた位置にある土地には宗教法人Dの事務所が存在し、Dは、同所で約10年前から小規模な墓地を経営していた。Dは、本件説明会の開催後、本件土地において大規模な墓地の経営が始まることを知り、自己が経営する墓地の経営悪化や廃業のおそれがあると考えた。Dの代表者は、その親族にB市内で障害福祉サービス事業を営む法人Eの代表者がいたことから、これを利用して、本件申請に対するB市長の許可処分を阻止しようと考えた。Dの代表者は、Eの代表者と相談し、本件土地から約80メートル離れた位置にあるDの所有する土地（以下「D所有土地」という。）に、Eの障害福祉サービスの事業所を移転するよう求めた。Eは、これを受けて、特に移転の必要性はなかったにもかかわらず、D所有土地を借り受けて事業所（以下「本件事業所」という。）を設置し、平成30年3月23日、D所有土地に事業所を移転した。本件事業所は、「障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律」に定められた要件に適合する事業所で、短期入所用の入所施設を有しており、本件条例第13条第1項第2号の「障害福祉サービスを行う施設（入所施設を有するものに限る。）」に該当する。本件事業所は、従来のEの施設の利用者を引き継いでいたことから、定員に近い利用者が日常的に利用し、また、数日間連続して入所する利用者も見られた。

B市は、本件事業所の移転やDの代表者とEの代表者に親族関係があるという事情を把握していなかったが、D及びEがB市長に対して平成30年4月16日、本件申請に対して許可をしないよう求める旨の申入れを行ったことにより、上記事情を把握するに至った。D及びEの申入れの内容は、①本件墓地が大規模であるため、B市内の墓地の供給が過剰となり、Dの墓地経営が悪化し、廃業せざるを得ないこともあり得る、②本件事業所が本件土地から約80メートル離れた位置にあり、本件条

例第13条第1項の距離制限規定に違反する、③本件墓地の経営が始まることにより、本件事業所周辺において、本件説明会で周辺住民が指摘したのと同様の生活環境及び衛生環境の悪化が生じ、本件事業所の業務に無視できない影響を与える懸念がある、④本件墓地の実質的経営者は、AではなくCである、⑤仮にB市長が本件申請に対して許可をした場合には、D、E共に取消訴訟の提起も辞さない、というものであった。

B市長は、本件墓地の設置に対する周辺住民の反対運動が激しくなったことも踏まえ、本件申請に対して何らかの処分を行うこととし、平成30年5月16日、法務を担当する総務部長に対し、法に関する許可等を所管する環境部長及びB市の顧問弁護士Fを集めて検討会議を行い、本件申請に対して、許可処分（以下「本件許可処分」という。）を行うのか、あるいは不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）を行うのか、また、それぞれの場合にどのような法的な問題があるのかを検討するよう指示した。

以下に示された【検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、設問に答えなさい。ただし、検討に当たっては、本件条例は適法であるとの前提に立つものとする。

なお、関係法令の抜粋を【資料 関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

B市長が本件申請に対して本件許可処分を行い、D及びEが本件許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起した場合について、以下の点を検討しなさい。

- (1) D及びEは、上記取消訴訟の原告適格があるとして、それぞれどのような主張を行うと考えられるか。また、これらの主張は認められるか。B市が行う反論を踏まえて、検討しなさい。
- (2) 仮に、Eが上記取消訴訟を適法に提起できるとした場合、Eは、本件許可処分が違法であるとして、どのような主張を行うと考えられるか。また、これに対してB市はどのような反論をすべきか、検討しなさい。

〔設問2〕

B市長が本件申請に対して本件不許可処分を行い、Aが本件不許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起した場合、Aは、本件不許可処分が違法であるとして、どのような主張を行うと考えられるか。また、これに対してB市はどのような反論をすべきか、検討しなさい。

【検討会議の会議録】

- 総務部長：市長からの指示は、本件申請に対して本件許可処分を行った場合と本件不許可処分を行った場合それぞれに生じる法的な問題について、考えられる訴訟への対応も含めて検討してほしいというものです。法第10条第1項は、墓地経営許可の具体的な要件をほとんど定めておらず、本件条例が墓地経営許可の要件や手続を具体的に定めているのですが、本件条例の法的性質についてはどのように考えるべきでしょうか。
- 弁護士F：法第10条第1項の具体的な許可要件や手続を定める条例の法的性質については、様々な見解があり、また、地方公共団体によっても扱いが異なるようです。本日の検討では、本件条例は法第10条第1項の許可要件や手続につき、少なくとも最低限遵守しなければならない事項を具体的に定めたものであるという前提で検討することにしましょう。
- 総務部長：分かりました。では、まず、本市が本件申請に対して本件許可処分を行った場合の法的問題について検討しましょう。この場合、D及びEが原告となって本件許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起することが考えられます。このような訴訟は、法的に可能なのでしょうか。
- 弁護士F：D及びEに取消訴訟を提起する原告適格が認められるかどうかが争点となります。取消訴訟の他の訴訟要件については特に欠けるところはないと思います。D及びEは、本件許可処分が行われた場合、それぞれどのような不利益を受けると考えて取消訴訟を提起しようとしているのでしょうか。
- 環境部長：まず、Dについては、既にDの墓地は余り気味で、空き区画が出ているそうです。本件墓地は規模が大きく、本件墓地の経営が始まると、Dは、自らの墓地経営が立ち行かなくなるのではないかと懸念しています。墓地経営には公益性と安定性が必要であり、墓地の経営者の経営悪化によって、墓地の管理が不十分となることは、法の趣旨目的から適切ではないと考えることもできるでしょうね。
- 弁護士F：ええ。そのことと本件条例が墓地の経営主体を制限していることとの関連も検討する必要がありそうです。
- 環境部長：次に、Eについては、D所有土地に本件事業所を置いています。Eは、本件墓地の経営が始まることにより、本件事業所周辺において、本件説明会で周辺住民が指摘したのと同様の生活環境及び衛生環境の悪化が生じ、本件事業所の業務に無視できない影響を与える懸念があると考えています。本件事業所の利用者は数日間滞在することもありますので、その限りでは住宅の居住者と変わりがない実態があります。
- 総務部長：D及びEに原告適格が認められるかどうかについては、いろいろな考え方があってと思います。本市としては、D及びEが、原告適格が認められるべきであるとしてどのような主張を行うことが考えられるのか、そして、それに対して裁判所がどのような判断をすると考えられるのかを検討する必要があると思います。これらの点について、F先生に検討をお願いします。
- 弁護士F：了解しました。
- 総務部長：次に、仮に原告適格が認められるとした場合、本件許可処分の違法事由としてどのような主張がされるのかについて検討します。主張される違法事由については、DとEとで重複が見られますので、本日は、Eの立場からの主張のみを検討したいと思います。
- 環境部長：Eは、まず、本件事業所がD所有土地に存在することで本件許可処分は本件条例第13条第1項の規定に違反すると主張しています。そのような主張がされた場合、本市としてはどのように反論するのか考えておく必要がありますね。
- 弁護士F：そうですね。また、本件においては、仮に、本件墓地の経営許可を阻止するため、DとEが協力して本件事業所を意図的にD所有土地に設置したという事情があるならば、このような事情を距離制限規定との関係で法的にどのように評価すべきかについても、検討する必要があります。
- 総務部長：F先生が今指摘された事情は、Eの原告適格に関しても問題になるのではないのでしょうか。

弁護士F：原告適格の問題として整理する余地もあると思います。しかし、本日の検討では、原告適格ではなく、本案の主張の問題として考えておきたいと思います。

環境部長：本件許可処分他の違法事由として、Eは、本件墓地の実質的な経営者は、AではなくCであると主張しています。

総務部長：本件墓地の実質的な経営者が、AとCのいずれであるかは検討を要する問題ですね。仮に実質的な経営者がCであるとした場合、法的に問題があるのでしょうか。

弁護士F：本件条例によると、墓地の経営者は、地方公共団体のほか、宗教法人、公益社団法人等に限られています。仮に本件墓地の実質的な経営者がCであるとすれば、このような点も踏まえ、法や本件条例の関連諸規定に照らして違法となるのかについて、注意深く検討する必要がありますね。

総務部長：では、この点についてもF先生に検討をお願いします。また、以上のような本件許可処分の違法事由について、Eがこれら全てを取消訴訟において主張できるかについても、検討する必要がありますね。

弁護士F：はい。Eが、自己の法律上の利益との関係で、いかなる違法事由を主張できるかにも注意して検討すべきと考えています。

総務部長：次に、本件申請に対して、本件不許可処分を行った場合です。この場合にはAが本件不許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起することが想定されます。本日は、この取消訴訟における本案の主張の検討をお願いします。

環境部長：環境部では本件不許可処分をする場合の処分理由として、次のことを考えています。(ア)本件墓地周辺の生活環境及び衛生環境が悪化する懸念から、周辺住民の反対運動が激しくなったこと、(イ)Dの墓地を含むB市内の墓地の供給が過剰となり、それらの経営に悪影響が及ぶこと、(ウ)本件事業所が本件土地から約80メートル離れた位置にあること、の3点です。

弁護士F：(ウ)については先ほど検討しましたので、本件不許可処分の問題としては、検討を省略しましょう。まず、(ア)について補足される点はありますか。

環境部長：Aは、本件墓地の設置に当たっては、植栽を行うなど、周辺的生活環境と調和するよう十分配慮しているとしていますが、住民の多くはそれでは十分ではないと考えています。

弁護士F：次に、(イ)についてですが、本件墓地の経営は、B市内の既存の墓地に対して大きな影響を与えるのでしょうか。

環境部長：Dの墓地を含めて、B市内には複数の墓地がありますが、いずれも供給過剰気味で、空き区画が目立つようになっています。本件墓地の経営が始まれば、Dの墓地のような小規模な墓地は経営が破綻する可能性もあると思います。

総務部長：では、これらの(ア)及び(イ)の処分理由に対して想定されるAからの主張について、本市からの反論を含めて、F先生に検討をお願いします。

弁護士F：了解しました。

【資料 関係法令】

○ 墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年法律第48号）（抜粋）

第1条 この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする。

第2条 この法律で「埋葬」とは、死体（中略）を土中に葬ることをいう。

2, 3 （略）

4 この法律で「墳墓」とは、死体を埋葬し、又は焼骨を埋蔵する施設をいう。

5 この法律で「墓地」とは、墳墓を設けるために、墓地として都道府県知事（市又は特別区にあつては、市長又は区長。以下同じ。）の許可を受けた区域をいう。

6, 7 （略）

第10条 墓地、納骨堂又は火葬場を經營しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 （略）

○ B市墓地等の經營の許可等に関する条例（抜粋）

（趣旨）

第1条 この条例は、墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年法律第48号。以下「法」という。）第10条の規定による經營の許可等に係る事前手続並びに墓地、納骨堂又は火葬場（以下「墓地等」という。）の設置場所等、構造設備及び管理の基準その他必要な事項を定めるものとする。

（墓地等の經營主体）

第3条 墓地等を經營することができる者は、原則として地方公共団体とする。ただし、次の各号のいずれかに該当し、B市長（以下「市長」という。）が適当と認める場合は、この限りでない。

- (1) 宗教法人法（中略）に規定する宗教法人で、同法の規定により登記された事務所を、B市（以下「市」という。）の区域内に有するもの
- (2) 墓地等の經營を目的とする公益社団法人又は公益財団法人で、登記された事務所を、市の区域内に有するもの

2 前項に規定する事務所は、その所在地に設置されてから、3年を経過しているものでなければならない。

（説明会の開催）

第6条 法第10条第1項の規定による經營の許可を受けて墓地等を經營しようとする者は、当該許可の申請に先立って、規則で定めるところ〔注：規則の規定は省略〕により、墓地の設置等の計画について周知させるための説明会を開催し、速やかにその説明会の内容等を市長に報告しなければならない。

（經營の許可の申請）

第9条 法第10条第1項の規定による經營の許可を受けようとする者は、次の各号に掲げる事項を記載した申請書を市長に提出しなければならない。

(1)～(6) （略）

2 墓地又は火葬場の經營の許可を受けようとする者は、前項の申請書に次の各号に掲げる書類を添付しなければならない。

- (1) 法人（地方公共団体を除く。）にあつては、その登記事項証明書
- (2) 墓地又は火葬場の構造設備を明らかにした図面
- (3) 墓地にあつては、その区域を明らかにした図面
- (4) 墓地又は火葬場の周囲100メートル以内の区域の状況を明らかにした図面
- (5) 墓地又は火葬場の經營に係る資金計画書

(6) (略)

3 (略)

(墓地等の設置場所等の基準)

第13条 墓地及び火葬場は、次の各号に定めるものの敷地から100メートル以上離れていなければならない。ただし、市長が市民の宗教的感情に適合し、かつ、公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障がないと認めるときは、この限りでない。

(1) 住宅

(2) 障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律（中略）に規定する障害福祉サービスを行う施設（入所施設を有するものに限る。）

(3)～(5) (略)

2 墓地及び火葬場は、飲料水を汚染するおそれのない場所に設置しなければならない。

3 墓地等の土地については、当該墓地等の経営者（地方公共団体を除く。）が、当該墓地等の土地を所有し、かつ、当該土地に所有権以外の権利が設定されていないものでなければならない。ただし、市長が当該墓地等の経営に支障がないと認めるときは、この限りでない。

(墓地の構造設備の基準等)

第14条 墓地には、次の各号に掲げる構造設備を設けなければならない。ただし、市長が市民の宗教的感情に適合し、かつ、公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障がないと認めるときは、この限りでない。

(1) 外部から墳墓を見通すことができないようにするための障壁又は密植した垣根

(2) 雨水等が停滞しないようにするための排水路

(3) 墓地の規模に応じた管理事務所、便所、駐車場並びに給水及びごみ処理のための設備（墓地の付近にあるこれらのものを含む。）

2 墓地の構造設備については、植栽を行う等周辺の生活環境と調和するように配慮しなければならない。

平成30年司法試験・公法系第2問・再現答案

第1 設問1(1)について

1 D, Eは処分の名宛人以外のものであるが、原告適格が認められるのか。(行訴法9条1項)

ここで、「法律上の利益を有するもの」とは当該処分により自己の法律上保護された利益を侵害されるおそれのある者をいう。そして、当該処分を定める行政法規が、不特定多数人の利益を個々人の個別的利益として保護する趣旨を含むと解される場合、そのような利益も法律上保護された利益といえると考え。そして、そのような利益の有無は、行訴法9条2項の要素を考慮して判断すべきと考える。

2 Dの原告適格について

(1) まず、法令の趣旨目的をみるに、法10条1項および本件条例3条1項は墓地の経営主体を地方公共団体や一定の団体に限定している。また、本件条例9条2項(5)資金計画書の添付を義務付けている。その趣旨は墓地経営には公益性や安定性が必要となり、経営が悪化することで墓地が荒廃することを防止する点にある。このことから、法は、墓地の経営主体の資力を考慮している。

(2)ア 次に、権利利益の内容性質について、B市は以下のように反論すべきである。

イ 墓地が設置されることにより、他の墓地の経営が立ち行かなくなり、結果として墓地が荒廃するおそれがある。しかし、これはあくまで墓地が新たに出来たことにより、反射的に経営状態が悪化したにすぎない。したがって、あくまで、法が保護しているのは設置を申請した墓地の経営者の経済力であり、上記

の不利益は一般公益の中に吸収される性質のものといえる。

(3) したがって、反論は認められ、Dには原告適格が認められない。

3 Eの原告適格

(1) まず、法の趣旨・目的についてみるに、本件条例13条1項(2)は墓地が障害福祉施設の敷地から100メートル以上離れていることを要求している。その趣旨は、施設の利用者は居住者と同視できるため、墓地から生じる悪臭等による環境悪化を防止し、施設設置者の運営を保護することにある。

したがって、法は施設設置者の経営環境を保護している。

(2)ア そして、Eとしては本件条例13条1項(2)や9条2項(4)を根拠に墓地から100メートル以内の施設設置者の利益を保護しているため、Eには原告適格があると主張する。

イ これに対して、Bは以下のように反論すべきである。

権利利益の内容・性質についてみるに、墓地の設置によって供物の放置などによる悪臭や、墓参に來た車の騒音により、生活環境が悪化する。この被害に反復継続してさらされることで、精神疾患等にかかり、健康を害されるおそれもある。そして、このような被害は墓地に近づくにつれて増加する。このような被侵害利益は一般公益に吸収させることは困難である。

したがって、墓地の設置による悪臭等により経営環境を継続して著しく害されるおそれのある地域にある施設の設置者の利益を個々人の個別的利益として保護する趣旨を含み、これらのものには原告適格が認められると考える。

(3) 本件では、本件事業所は本件墓地から80メートル離れた場所にある。しかし、経営が適切に行われず、供物等の放置により悪臭が生じ、カラス等も増加するおそれがある。また、本件土地周辺の道路の幅員は狭いことから、墓参に來た車の渋滞により騒音が生じるおそれもある。これらの被害をあわせて考慮すれば、80メートルの位置にある本件事業所は、経営環境を継続して著しく害されるおそれのある施設といえる。	1 2 3 4 5 6 7
(4) よってEには原告適格が認められる。	8
第2 設問1(2)について	9
1(1) Eは本件条例13条1項(2)に違反するため、本件許可処分が違法であると主張する。	10 11
(2)ア これに対して、Bは以下のように反論すべきである。	12
イ まず、法10条1項は墓地の設置許可について何ら要件を定めている。その趣旨は、墓地の経営が適切にされるかについての墓地の経営状態などを考慮した市長の専門的判断を尊重することにある。したがって、許可にはB市長に裁量が認められる。	13 14 15 16 17
ウ もっとも、法の本来の目的とは異なる利益保護のためにこれを形式的に適用することは、目的・動機違反として裁量の逸脱・濫用として違法となると考える。	18 19 20
本件では、本件条例13条1項(2)の趣旨は前述の通り、施設設置者の利益保護にある。しかし、本件では、本件墓地の設置により、Dの墓地経営が悪化することを防止する目的で本件事	21 22 23

業所を設置している。したがって、墓地の経営悪化という異なる利益保護を目的としているため、13条1項(2)を適用することは目的・動機違反となる。	1 2 3
エ したがって、本条例13条1項(2)を適用しなかった許可処分は適法である。	4 5
2(1) 次にEとしては、本件墓地の経営主体がCであるため、本件条例3条1項(1)、(2)に違反し、処分は違法であると主張する。	6 7
(2) ここで、条例3条1項は墓地の経営主体を原則として地方公共団体とし、同項(1)、(2)は例外として宗教団体などを挙げている。その趣旨は、墓地の経営には宗教的側面もあるため、適切な知識を持つ者に主体を限定することにある。このことからすれば、墓地経営の経緯や動機などを考慮して、経営主体が実質的に見て宗教法人等以外の者といえる場合には、許可は同条に反し違法となると考える。	8 9 10 11 12 13
(3) 本件では、C社が墓地の経営について許可を得られないことから、宗教法人Aに働きかけて、本件墓地の経営を行うように申し向け、Aがこれを承諾した経緯があった。さらに、Aは墓地の経営が財政的に困難であったものの、Cが造成工事などに必要な費用を全額負担していたことからすれば、Cの働きかけがなければAは墓地を経営していないといえる。	14 15 16 17 18 19
したがって、実質的に見れば墓地の経営者はCであったといえるため、許可処分は本件条例3条1項に反し、違法である。	20 21
(4) もっとも、後述の通りこの点の違法をEは主張することは出来ないとBは反論すべきである。	22 23

3 Eが違法を主張できるかについて

- (1) 行訴法10条1項によれば、当事者は自己の法律上の利益を基礎付ける規定の違法以外を主張することは許されない。なぜなら、取消訴訟は主観訴訟であり、自己の利益と関係のない違法の主張を許すべきでないからである。
- (2) 本件では、1の違法は本件条例13条1項(2)というEの利益を基礎付ける規定の違法であるため、これを主張できる。他方で、2はEの利益と何らかかわりのない規定の違法であるため、これを主張することはできない。
- (3) よって、B市は、Eが2の違法を主張できないと反論をすべきである。

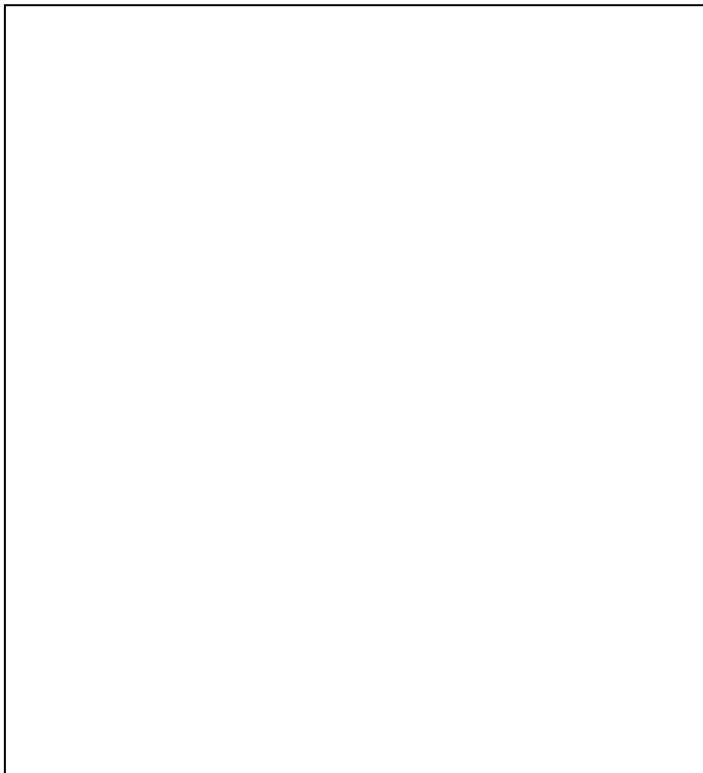
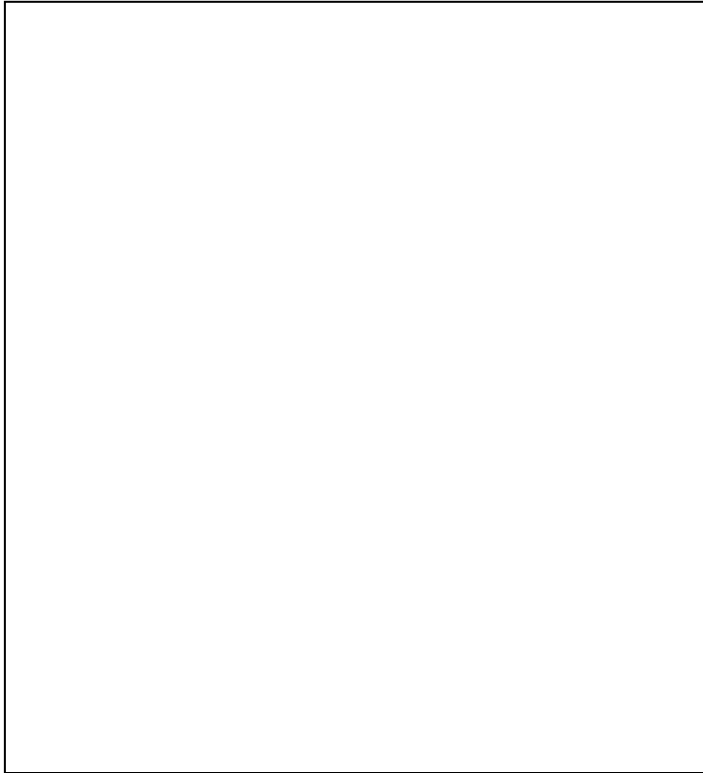
第3 設問3について

- 1(1) Aとしては、植栽などをして本件条例14条2項に合致していることから、本件不許可処分は違法であると主張する。
- (2)ア これに対して、B市は以下のように反論すべきである。
- 本件条例14条2項の趣旨は墓地設置に伴う環境悪化から近隣住民を保護することにある。このことから、住民との調和を図るための適切な措置がとられていなければ、同条に反することとなる。
- イ 本件では、供物の放置による悪臭や騒音など、住環境の悪化について周辺住民から不満が述べられている。したがって、住民との調和についての適切な措置はとられていないため、同項に反する。

ウ よって、本件不許可処分は適法と反論する。

- 2(1) 次に、Aとしては、B市の既存の墓地の経営が悪化するため、違法であると主張する。
- (2)ア まず、墓地の設置許可については前述の通りB市に裁量がある。
- イ もっとも、考慮すべき事項を考慮していない場（考慮不尽）や事実に対する評価に明白な誤りがある場合には裁量の逸脱・濫用で違法となると考える。
- ウ 本件では、たしかにB市内の墓地は供給過剰気味であるから、本件墓地の経営により、小規模な墓地が経営破たんするおそれもあり、墓地の荒廃防止という法の趣旨に反するとも思える。しかし、墓地の経営は安定した資力を持つ者が主体となっていくべきである。したがって、将来的に見れば、法の趣旨に合致するといえるため、考慮不尽や事実に対する評価に明白な誤りはない。
- (3) よって、本件不許可処分は適法であるとB市は反論すべきである。

以上



【民事系科目】

【第1問】（配点：100〔設問1〕，〔設問2〕及び〔設問3〕の配点は，40：35：25）
次の文章を読んで，後記の【設問1】，【設問2】及び【設問3】に答えなさい。

I

【事実】

1. Aは，トラック1台（以下「甲トラック」という。）を使って，青果物を生産者から買い受け，小売業者や飲食店に販売する事業を個人で営んでいた。
2. 平成29年9月10日，Aは，Bとの間で，松茸（まつたけ）5キログラムを代金50万円でBから購入する契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。本件売買契約においては，松茸の引渡しは，同月21日の夜に，Bのりんご農園のそばにあるB所有の乙倉庫において，代金の支払と引換えですることが定められた。
3. 同月21日午前11時頃から午後2時頃にかけて，Bは，本件売買契約の目的物とするための松茸を秋の収穫期に毎年雇っているCと共に収穫し，これを乙倉庫に運び入れ，同日午後4時頃には，本件売買契約の約定に合う松茸5キログラムの箱詰めを終えた。そこで，Bは，直ちに，引渡準備が整った旨をAに電話で連絡したところ，Aは同日午後8時頃に乙倉庫で引き取る旨を述べ，Bはこれを了承した。
4. 同日午後6時頃，Aが松茸を引き取るため甲トラックで出掛けようとしたところ，自宅前に駐車していた甲トラックがなくなっていた。
Aがすぐに電話で事情と共に松茸の引取りが遅れる旨をBに伝えたところ，Bからは，しばらく待機している旨の返答があった。Aは，自宅周辺で甲トラックを探したが見付からなかった。そこで，Aは，同日午後8時頃，今日は引取りには行けないが，具体的なことは翌朝に改めて連絡する旨を電話でBに伝えた。
5. Bは，Aからのこの電話を受けて，引渡しに備えて乙倉庫で待機させていたCに引き上げてよい旨を伝えた。その際，Bは，近隣で農作物の盗難が相次いでおり警察からの注意喚起もあったことから，Cに対し，客に引き渡す高価な松茸を入れているので乙倉庫を離れるときには普段よりもしっかり施錠するよう指示した。乙倉庫は普段簡易な錠で施錠されているだけであったが，Cは，Bの指示に従って，強力な倉庫錠も利用し，二重に施錠して帰宅した。
6. 同月22日午前7時頃，Aは，Bに，車を調達することができたので同日午前10時頃に松茸を乙倉庫で引き取りたい旨を電話で伝えた。Bは朝の作業をCに任せて自宅にいたため，Aが車でまずBの自宅に寄り，Bを同乗させて乙倉庫に行くことになった。
7. Aは，代金としてBに支払う50万円を持参して，同日午前10時過ぎに，Bと共に乙倉庫に到着した。ところが，乙倉庫は，扉が開け放しになっており，収穫した農作物はなくなっていた。
8. 警察の捜査により，収穫作業道具を取り出すため乙倉庫に入ったCが，同日午前7時頃，同月21日の夜にBから受けた指示（【事実】5参照）をすっかり忘れて，りんご農園での作業のため普段どおり簡易な錠のみで施錠して乙倉庫を離れたこと，その時から同月22日の午前10時過ぎにAとBが乙倉庫に到着するまでの間に何者かがその錠を壊し，乙倉庫内の松茸，りんごなどの農作物を全部盗み去ったことが判明した。
9. その後，Bは，Aに対し，本件売買契約の代金50万円の支払を求めたが，Aは，Bが松茸5キログラムを引き渡すまで代金は支払わないと述べた。これに対し，Bは，一度きちんと松茸を用意したのだから応じられないと反論した。

〔設問1〕

【事実】1から9までを前提として、【事実】9のBの本件売買契約に基づく代金支払請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。

II 【事実】1から9までに加え、以下の【事実】10から14までの経緯があった。

【事実】

10. 甲トラックは、Aが次の経緯でDから入手したものであった。

平成27年11月9日、AとDは、Dが所有する中古トラックである甲トラック（道路運送車両法第5条第1項（関連条文後掲）が適用される自動車である。）を目的物とし、代金額を300万円とする売買契約を締結した。この売買契約においては、次のことが定められていた。①Aは、代金の支払として、甲トラックの引渡しと引換えにDに対し内金60万円を現金で支払い、以後60か月の間、毎月4万円をDの指定する銀行口座に振り込んで支払う。②甲トラックの所有権は、Aが①の代金債務を完済するまでその担保としてDに留保されることとし、その自動車登録名義は、Aが代金債務を完済したときにDからAへと移転させる。③Aは、①の振込みを1回でも怠ったときは代金残債務について当然に期限の利益を喪失し、Dは、直ちに甲トラックの返還を求めることができる。④Aは、Dから甲トラックの引渡しを受けた後、甲トラックを占有し利用することができるが、代金債務の完済まで、甲トラックを善良な管理者の注意をもって管理し、甲トラックの改造をしない。⑤Dが③によりAから甲トラックの返還を受けたときは、これを中古自動車販売業者に売却し、その売却額をもってAの代金債務の弁済に充当する。⑥Dは、⑤の充当後に売却額に残額があるときは、これをAに支払う。

同日、AはDに対し内金60万円を支払い、DはAに対し甲トラックを引き渡した。

11. Aは、同年12月以降毎月、遅滞することなく、Dが指定した銀行口座に4万円を振り込んで代金を支払っている。
12. Aは、甲トラックの消失後（【事実】4参照）、レンタカーを借りて事業を続けていたが、廃業して帰郷することにし、平成29年12月22日、居住していた借家を引き払った。Aは、Bら取引先等に廃業の通知を出したものの、転居先を知らせることはしなかった。
13. 平成30年2月20日、Eは、その所有する丙土地（山林）の上に、甲トラックが投棄されているのを見つけた。その後、Eは、甲トラックがD名義で自動車登録されていることを知った。
14. 同年3月10日、Eは、Dに、甲トラックが丙土地上に放置されている事実を伝え、甲トラックの撤去を求めた。ところが、Dは、㉞「Aとの間で所有権留保売買契約をしたので、私は甲トラックを撤去すべき立場にない。その立場にあるのは、Aである。」、㉟「登録名義はまだ私にあるが、そうであるからといって、私が甲トラックの撤去を求められることにはならない。」と述べ、応じなかった。EがDにAの所在を尋ねたところ、Dは、Aの所在は知らないと言った。また、Dによれば、甲トラックの盗難の事実と警察に盗難を届け出た旨の知らせが平成29年9月22日にAからあったが、銀行口座にはAから毎月4万円の振込みが滞りなくされていたこともあり、Aとの間で互いに連絡をすることがなかったとのことであった。

その後も、Eは、Aの所在を把握することができないままである。

〔設問2〕

【事実】1から14までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Eの【事実】14の撤去の請求に関し、【事実】14の下線を付した㉞のDの発言は正当であると認められるか、理由を付して解答しなさい。
- (2) 仮に㉞のDの発言が正当であると認められるものとした場合、Eの請求は認められるか、【事実】14の下線を付した㉟のDの発言を踏まえつつ、理由を付して解答しなさい。

(参照条文) 道路運送車両法(昭和26年法律第185号)

第5条 登録を受けた自動車の所有権の得喪は、登録を受けなければ、第三者に対抗することができない。

2 (略)

III 【事実】 1から14までに加え、以下の【事実】15から20までの経緯があった。

【事実】

15. 数年前に妻に先立たれたCは、持病が悪化して、平成30年1月20日、死亡した。
16. Cは、積極財産として、それぞれの金額が1200万円、600万円及び200万円の定期預金を残した。Cには、3人の子F、G及びHがいたが、Hについては、Cが家庭裁判所に廃除の申立てをしており、それを認める審判が平成27年に確定していた。
17. 平成30年1月21日、Cの通夜の席で、CがBに対し同月31日を期限とする300万円の借入金債務を負っていたことが判明した。
18. Fは、Cが負っていた借入金債務全額の返済をBから強く求められたため、同月31日、Bに対し300万円を支払った。
19. 同年3月1日、同年1月1日付けのCの適式な自筆証書遺言(以下「本件遺言」という。)があることが判明し、同年5月7日、検認の手続がされた。
20. 本件遺言の証書には、「①私が残す財産は、1200万円、600万円及び200万円の定期預金である。②遠方に住みながらいつも気にかけてくれたFには、Gよりも多く、1200万円の定期預金を相続させる。③Gには600万円の定期預金を相続させる。④Hは、まだ反省が足りないので、廃除の意思を変えるものではないが、最近結婚をしたことから、200万円の定期預金のみを与える。」と記されていた。

〔設問3〕

【事実】1から20までを前提として、次の問いに答えなさい。

Fは、CがBに対して負っていた借入金債務300万円を全額支払ったことを根拠に、Gに対し、幾らの金額の支払を請求することができるか。本件遺言について、遺言の解釈をした上で、理由を付して解答しなさい。なお、利息及び遅延損害金を考慮する必要はない。

— MEMO —

平成30年司法試験・民事系第1問・再現答案

第1 設問1

1 BはAに対して本件売買契約（555条）に基づいて代金支払請求をする。これに対してAは松茸5キログラムと引き換えに支払うという同時履行の抗弁（533条）の主張をしている。では、松茸の盗難により5キログラムの引渡し債務が消滅した危険をAが負担することとなり、同時履行の抗弁が否定されないか。ここで、危険負担の債権者主義（534条1項）の適用があれば松茸の滅失の危険をAが負担することになるところ、同条の適用の前提として不特定物売買たる本件売買契約において「特定」（401条2項）がされているかが問題となる。

(1) 「特定」は無限の調達義務からの解放という大きな効果を伴うから、それに見合う行為を要求すべきである。具体的には①分離②準備③通知を要求すべきである。

(2) 本件では、Aは松茸を収穫して分離し（①）、これを5キログラム箱詰めして準備し（②）、Bに電話して通知している（③）。

(3) そのため「特定」されている。

2 では、松茸5キログラムが「特定」されていることから危険負担の債権者主義の適用がないか。同条の趣旨と関連して問題となる。

(1) 同条の趣旨は物を支配して利益を得る者がその滅失の危険を負担すべきという点にある。そこで、無限定に適用すべきでなく、債権者が物を支配して利益を得ることができる時点すなわち目的物の引渡し又は代金支払いがされた時点以降に限定的に適用すべきである。

(2) 本件では、松茸の引渡しも代金支払いもされていないので同条の適用はない。

(3) そのため債権者主義の適用はなく、債務者主義の原則（536条1項）による以上、債権者主義の適用によって同時履行の抗弁が否定されることはない。

3 では、Bは弁済の提供をしているところ、Aが受領していないので受領遅滞（413条）の効果としてAに滅失の危険が移転しないか。

(1) 本件では弁済期が9月21日の夜とされているところ、Bはその前の4時に引渡し準備ができたことをAに伝えており、実際に8時過ぎにAは引き取りに来ていないのだから受領遅滞に陥っているとも思える。しかし、21日の夜に至る前の夕方6時にAはBに引き取りが遅れる旨伝えており、これに対してBは待つ旨返答しているから、8時を過ぎても短い時間は受領遅滞とはならないよう、弁済期延長の合意がされたといえる、そして、その短い時間の間である8時ころに再度AはBに連絡し、今日はいけなが翌朝具体策を伝えると申し入れている。そしてこれにB応じている。そして、翌朝7時にAはBに10時に取りに行くことを伝え、これにAが応じているから、最終的に弁済期は22日の午前10時に延長する旨の合意が成立している。

(2) そのため受領遅滞とはならず、その効果としてのAへの危険移転も生じない。

4 では、延長された履行期の前に松茸5キログラムは盗み出されて引渡し債務は履行不能（543条）となっているところ、かかる履行不能

はBの責めに帰すべき事由によるものといえるか。Cの強力な倉庫錠の閉め忘れをBに帰責できるかが問題となる。

(1) 当事者間の公平という観点から責めに帰すべき事由とは故意過失又は信義則上これと同視すべき事由をいうと解される。そして、自己の手足として履行補助者を用いる債務者は、選任監督上の過失のみならず、その履行補助者の故意過失も信義則上債務者の故意過失と同視される。なぜなら、履行補助者を用いて活動範囲を拡大している以上、このように解するのが当事者の公平に合致するからである。

(2) 本件では、「特定」が生じていることから、Bは松茸5キログラムを善管注意義務(400条)をもって保管しなければならない。たしかに、21日の夜にBはCに対して強力な倉庫錠も用いるよう指示しており、選任監督上の義務は果たしている。しかし、指示を受けたCはその指示を受けた直後はそれに従っているものの、22日の午前7時にもう一度乙倉庫に入ったCはそこから出た時に簡易な錠しか使わずに倉庫から離れてしまっている。そのため、高価な松茸を保管する義務としては不十分な施錠をしており、かかるCに過失がある。そして、BはCを履行補助者としているから、Cの過失はBの過失と同視される。

(3) そのため履行不能につきBに責めに帰すべき事由がある。

5 したがって、Aの同時履行の抗弁は認められ、Bの請求は認められない。

第2 設問2(1)

1 EはDに対して丙土地所有権に基づく妨害排除請求として甲トラックの撤去請求をしている。かかる請求はEが丙土地を所有し、Dが甲トラックを所有して丙土地を占有していることが必要となる。そして⑦の反論はDが甲トラックの所有権留保売買契約を締結したことで、甲の所有権はAに移転しているのだから、Dは甲を所有しておらず、丙土地を占有していないというものである。かかる⑦が認められるかは、所有権留保売買契約の法的性質にかかってくるので検討する。

(1) この点、所有権留保売買契約の性質について所有権留保という形式から所有権が留保されるという所有権的構成という見解がある。しかし、以下の通り契約内容を実質的に把握すると、担保権を設定したと解する担保的構成が妥当である。

(2) 本件におけるAD間所有権留保売買契約は60か月もの間分割払いでAはDに代金を支払う内容となっている(①)。そして、その間Dに甲の所有権を留保する内容となっている(②)。これは、形式的には所有権をDに留保するという内容であるが、約5年もの長い間Dに所有権を留保しておく当事者が想定していたと解するのは妥当でなく、Aが代金を完済するまでDが甲に担保を有することとしたと契約解釈するのが妥当である。これは、Aが支払いを怠った時にDが甲の返還を求めることができる(③)という効果からも読み取れる。

(3) そのため、本件所有権留保売買契約は、Dが甲に担保権を有しており、所有権自体はAに移転していると解される。

2 したがってDの発言は正当である。

第3 設問2(2)

1 では、所有権がAに移転しているという趣旨の下線部㉔の発言は正当であるとして、Eからの請求は認められるか。㉔の発言はD自身は登録名義者ではあるが妨害排除請求の相手方とはならないという趣旨であるところ、かかる発言の正当性と関連して、登録名義者たるDが妨害排除請求の相手方になるかが問題となる。

(1) この点、物の円満な支配を遂げるために物権的請求権が認められていることから、その相手方は現に不動産を占有している者が原則である。しかし、登録自動車については登録名義（法5条）以外で権利者把握をすることが困難であるし、所有権留保によって物権の喪失を争う場合は対抗関係（177条）類似の関係といえる。そのため、例外的に、自らの意思で自動車登録名義を経由し、保有し続ける者は、物権的請求権の相手方となると解する。

(2) 本件ではDは甲の登録名義の経由をして、これを保有し続けているので、物権的請求権の相手方となる。

(3) そのため㉔に正当性はない。

2 では、Dが妨害排除請求権の相手方になりうるとして、実際にこれがなしうるか。妨害排除請求権の法的性質と関連して問題となる。

(1) 物の円満な支配を全うするために、物権的請求権は原則として相手方の費用で侵害の除去をさせる行為請求権と解される。もっとも、相手方の行為によらず侵害をされた場合は、当事者間の公平の見地から忍容請求権となると解される。

(2) 本件ではDの行為によらず甲が丙上に置かれている。

(3) そのため、忍容請求権となる。

3 したがってDの費用で除去させることはできず、Eの請求は認められない。

第4 設問3

1 FがGに対して幾らの支払い請求ができるかはCの遺言の意思解釈にかかってくる。そこでCの遺言の意思を解釈する。

(1) まず㉑はCの認識している自らの財産の範囲を示したものである。

(2) そして㉒㉓は相続分の指定（902条）であると解される。㉒㉓で対象となっているFGは相続人（882条、887条1項、896条）であり、「相続させる」という文言にも合致するからである。

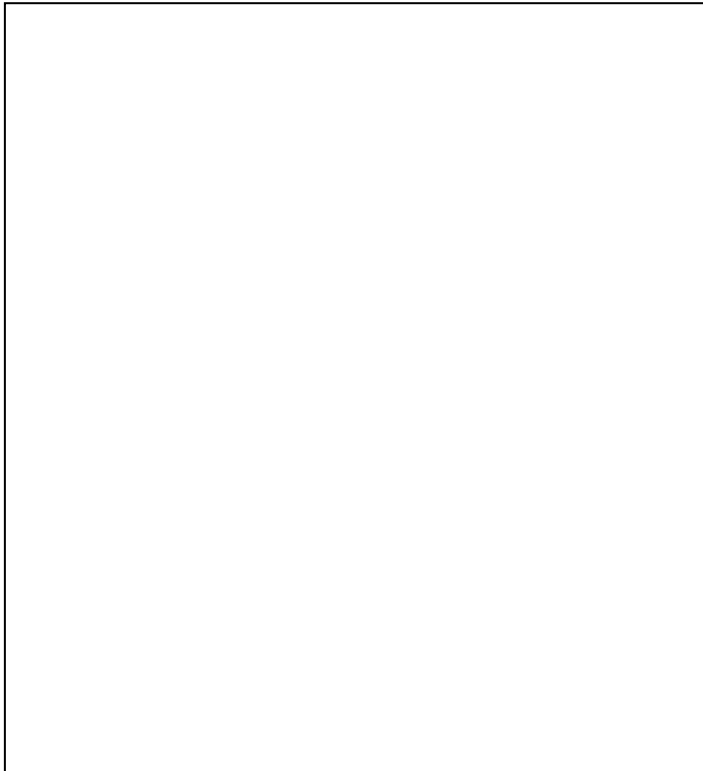
(3) ㉔については遺贈（986条1項）の意思表示と解される。Hは相続人から廃除（892条）されているので、相続分の指定と解することはできないからである。

2 このように解釈した上で300万円の債務をどのように負わせる意思であったのかを検討する。

(1) まずHは相続人ではないのでFGが300万円の債務を相続することとなる。

(2) そして、Cは㉑で自らの財産の範囲を明確化しようと試みてこの債務をとりこぼしているのだから、これをCが認識していたらFGにそれぞれどのように負担させる意思であったかを考える必要がある。

(3) これについては、FGに2対1の割合で積極財産を帰属させる意思が②③から読み取れるのだからその利益に応じて債務も負担させる意思であったと解釈するのが自然である。	1
(4) そのため、FGで2対1の割合で300万円を分割し、Fが200万円の債務、Gが100万円の債務を負うこととなる。	2
3 したがってFはGに100万円の支払い請求ができる。	3
	4
	5
	6
	7
	8
	9
	10
	11
	12
	13
	14
	15
	16
	17
	18
	19
	20
	21
	22
	23



〔民事系科目〕

〔第2問〕（配点：100〔〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、25：50：25〕）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

1. Aは、関東地方のP県において、個人でハンバーガーショップを営んでいた。Aが作るハンバーガーは、Aが独自に調合した調味料による味わいにより、地域で評判であった。
2. Aは、P県内に複数の店舗を出店しようと考え、Aの子B、弟C及び叔父Dの出資を得て甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立した。甲社の発行済株式の総数は1000株であり、Aが300株を、Bが250株を、Cが250株を、Dが200株を、それぞれ有している。
甲社は、取締役会及び監査役を置いている。甲社では、Aが代表取締役を、B、C及び甲社の使用人でもあるEが取締役を、それぞれ務めている。甲社は、会社法上の公開会社ではなく、かつ、種類株式発行会社でもない。甲社の定款には、取締役を解任する株主総会の決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもって行う旨の定めがある。
3. 甲社は、P県内に十数店舗を出店した。この間、Dの子Fが、甲社が出店する予定がない近畿地方のQ県において、ハンバーガーショップを営む乙株式会社（以下「乙社」という。）の代表取締役として、乙社を経営するようになった。乙社の発行済株式はDが全て有しているが、Dは乙社の経営に関与していない。
4. 甲社は、当初、順調に売上げを伸ばしたが、その後、3期連続で売上げが減少した。そのような中、AとCとの間で、甲社の経営方針をめぐる対立が生じた。
5. Cは、Dと面会し、Dに対し、Aが仕入先からリベートを受け取っていると述べ、次の甲社の定時株主総会において、Aを取締役から解任する旨の議案を提出するつもりであるから、これに賛成してもらいたいと求めた。Dは、甲社に見切りを付けており、自己の有する甲社株式200株（以下「D保有株式」という。）を売却することを考えていたため、Cの求めに対して回答を保留した上で、CがD保有株式を買い取ることを求めた。Cは、資金が十分ではなかったため、Dの求めに対して回答を保留した。
6. その後、Dは、甲社において営業時間内にAと面会し、D保有株式をAが買い取ることを求めた。Aがこれを拒否したところ、DはAが仕入先からリベートを受け取っている疑いがあるため、Aの取締役としての損害賠償責任の有無を検討するために必要であるとして、直近3期分の総勘定元帳及びその補助簿のうち、仕入取引に関する部分の閲覧の請求をした。これに対し、Aが、どうすればこの請求を撤回してもらえるかと尋ねたところ、Dは、自分は甲社に対して興味を失っており、Aがリベートを受け取っているかどうかなどは本当はどうでもよいと述べた上で、AがD保有株式を買い取ることを重ねて求めた。

〔設問1〕 上記1から6までを前提として、上記6の閲覧の請求を拒むために甲社の立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

7. 後日、Dは、Aに対し、AとCとの間の対立は知っているが、仮に、甲社の株主総会において、Cを取締役から解任する旨の議案が提出された場合には、これに反対するつもりであると述べた。
Aは、次の甲社の定時株主総会において、Cを取締役から解任する旨の議案を提出することを計画していたため、当該議案について、Dが反対し、否決されることを恐れ、D保有株式を買い取りたいと考えたが、Aには甲社株式のほかに見るべき資産がなかった。
8. そこで、Aは友人Gに対してD保有株式の買取りを持ち掛けたところ、Gはこれに前向きであった。D保有株式の適正な売買価格は2400万円であったが、Gは、D保有株式の買取資金として

1600万円しか用意することができなかつたため、丙銀行株式会社（以下「丙銀行」という。）から当該買取資金として800万円を借り入れることとした。そして、D、G及び甲社は、平成27年2月2日、下記契約（以下「本件契約」という。）を締結した。

本件契約

- (1) Dは、平成27年4月1日、Gに対し、売買代金2400万円の支払を受けるのと引換えにD保有株式を譲渡し、その株券を引き渡す。
 - (2) 甲社は、Gが丙銀行からD保有株式の買取資金として800万円を借り入れることができるように、Gの丙銀行に対する借入金債務を連帯保証する。甲社は、Gに対し、保証料の支払を求めない。
 - (3) Dは、平成27年3月25日に開催される甲社の定時株主総会においては、自らは出席せず、Aを代理人として議決権の行使に関する一切の事項を委任する。
9. 平成27年3月10日、丙銀行及びGは、D保有株式の買取資金800万円について融資契約を締結し、甲社は、適法な取締役会の決議を経て、丙銀行との間で、Gの丙銀行に対する当該融資契約に基づく借入金債務について連帯保証契約を締結した。甲社は、Gから、保証料の支払を受けていない。なお、仮に、甲社が保証料の支払を受けてこのような保証をする場合には、保証料は60万円を下回らないものであった。
10. 甲社は、適法な取締役会の決議に基づき、平成27年3月25日を定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）の日として、招集通知を発した。本件株主総会においては、会社提案としてCを取締役から解任する旨の議案が、Cの株主提案としてAを取締役から解任する旨の議案が、それぞれ提出されることとなった。
11. 本件株主総会には、A、B及びCが出席した。Dは、本件株主総会における議決権の行使に関する一切の事項をAに委任する旨の委任状をAに交付し、本件株主総会には、自らは出席しなかった。本件株主総会において、Cを取締役から解任する旨の議案は、Cが反対したが、A、B及びDの代理人Aが賛成したことにより、可決された（以下「本件決議1」という。）。
 続いて、Aを取締役から解任する旨の議案について、Cが提案の理由としてAの不正なりべートの受取について説明しようとした。これに対し、議長であるAは、そのような説明は議案と関連がないとして、これを制止し、直ちに採決に移り、当該議案は、Cが賛成したのみで、否決された（以下「本件決議2」という。）。
12. 平成27年4月1日、丙銀行はGに対して800万円の融資を実行し、Gは、Dに対して売買代金2400万円を支払い、D保有株式を譲り受け、その株券の引渡しを受けた。
13. 本件契約の内容並びに上記9及び12の事実を知ったCは、平成27年4月15日、本件決議1及び2について、株主総会の決議の取消しの訴えを提起した。
14. Gが丙銀行に対する借入金債務を弁済することができなかつたため、甲社は、平成27年12月1日、丙銀行に対し、800万円の保証債務を弁済した。甲社はGに対して800万円を求償しているが、Gはこれに応じなかった。

〔設問2〕

- (1) 上記13の本件決議1及び2についての各決議の取消しの訴えに関して、Cの立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。なお、本件株主総会の招集の手続は、適法であったものとする。
- (2) 上記14の事実を知ったCが甲社の株主としてA及びGに対し会社法に基づき責任追及等の訴えを提起する場合に、A及びGの責任に関し、Cの立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

15. Bは、甲社の内紛が継続することにより、取引銀行の信用を失うことを危惧し、親族会議を開催し、AとCとの間を取り持つこととした。A及びCは、Bの提案に従い、下記のとおり合意した。
- (1) Bが経営者として十分な経験を積んできたことから、Aが取締役を退任した後は、Cも取締役を退任し、Bが代表取締役社長を務めることとする。ただし、内紛が解決したことをアピールするため、当面の間は、Aが代表取締役会長を、Cが代表取締役社長を、Bが取締役専務を、それぞれ務め、甲社を共同で経営する。
 - (2) 甲社が丙銀行に対して弁済した800万円の求償については、A及びCが、資金を用意し、GからGの有する甲社株式200株を買い取り、Gがその売買代金をもって当該求償に係る支払に充てる。
16. Gからの甲社株式の買取りの結果、甲社の発行済株式については、Aが450株を、Bが250株を、Cが300株を、それぞれ有することとなった。また、甲社では、Aが代表取締役会長を、Cが代表取締役社長を、Bが取締役専務を、Eが取締役を、それぞれ務めることとなった。
17. 平成29年5月、Aが交通事故により死亡したことから、Bは、他の役員に対し、上記15(1)の合意に従い、代表取締役社長に就任し、甲社を経営していく意思を伝えた上で、Cに対し、取締役を退任して相談役として支援してほしいと依頼した。Aの唯一の相続人であるBは、Aが有していた甲社株式450株について、単独で相続し、株主名簿の名義書換を終えた。
18. 甲社の定款には、設立当初から、会社法第174条に基づく下記定めがあった。Cは、上記15(1)の合意に反し、自らが代表取締役社長の地位にとどまりたいと考えた。そこで、分配可能額との関係では、Bが相続した甲社株式450株全てについて、定款の下記定めに基づき、甲社がBに対して売渡しの請求をすることもできたが、Cが甲社の総株主の議決権の過半数を確保するために最低限必要な401株についてのみ、甲社がBに対して売渡しの請求をすることとした。

甲株式会社定款（抜粋）

（相続人等に対する売渡しの請求）

第9条 当社は、相続その他の一般承継により当会社の株式を取得した者に対し、当該株式を当会社に売り渡すことを請求することができる。

19. Cは、甲社の取締役会を招集し、取締役会において、適法な手続に基づき、上記18の請求に関する議案を決議するための甲社の臨時株主総会の招集が決議された。
20. 甲社は、上記19の取締役会の決議に基づき、平成29年7月3日、臨時株主総会を開催した。当該臨時株主総会において、上記18の請求に関する議案は、議長であるCがその決議からBを除いた上で、Cのみが議決権を行使して賛成したことにより、可決された。甲社は、当該臨時株主総会の終結後、直ちにBに対して上記18の請求をした（以下「本件請求」という。）。

【設問3】 会社法第174条の趣旨を踏まえつつ、本件請求の効力を否定するためにBの立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

— MEMO —

平成30年司法試験・民事系第2問・再現答案

第1 設問1

1 Dからの請求は会計帳簿閲覧請求（433条1項1号）である。D
2 は発行済株式総数1000株のうち200株を有しており「総株主…
3 の議決権の百分の三」を満たす。また、「請求の理由」とは、2項の
4 拒絶事由の有無を把握させるために明示が要求されていることから①
5 閲覧請求の対象を特定し②①特定が拒絶事由の有無を判断可能な程度
6 に至っていることを要する。本件では、仕入れ取引に関する部分と特
7 定されているし（①）、レポートの受け取りの疑いの調査のためと掲
8 げていることから2項の拒絶事由の判断も可能である（②）。そのた
9 めこれを満たす。

10
11 2 では、甲社は2項の拒絶事由があるとして閲覧請求を拒むことはで
12 きないか。

13 (1) まず1号を見る。

14 DはAが保有株式を買い取るための交渉材料として閲覧請求を
15 しているが、これも投下資本回収という「権利の確保…に関する
16 調査」のためといえるので、1号事由には当たらない。

17 (2) 次に3号を見る。

18 ア 「実質的に競争関係」とは、当該会社と同種の役務又は商品
19 提供をする会社で、当該会社と市場において競合する恐れがあ
20 るものをいう。そして、かかる競合関係は客観的にあれば足
21 り、主観面は要求されない。また、競合の恐れは抽象的に将来
22 にその恐れがあれば足りる。このように解することが当該会社
23 の利益保護につながるからである。

1 イ 本件では、Dは乙の株式をすべて保有しており、実質的にD
2 と乙は同視できる。そして、乙は甲と同じくハンバーガーの提
3 供をする会社であり、P県とQ県で営業範囲に現在は重なり合
4 いはないものの、将来において市場が競合する抽象的な可能性
5 はある。

6 ウ そのため「実質的に競争関係」といえ、3号を満たす。

7 (3) 次に2号、4号及び5号を見る。

8 閲覧した情報を用いて「会社の業務の遂行を妨げ」たり「株主
9 の共同の利益を害する目的」はないから2号には当たらない。ま
10 た、閲覧によって知りえた事実を第三者に通報しようという意図
11 もなく、4号に当たらないし、過去二年にそのようなことをした
12 事実もないから5号にも当たらない。

13 3 したがって3号の拒絶事由に当たり、甲社は閲覧請求を拒むことが
14 できる。

第2 設問2(1)

15 1 本件決議1に対する取消の訴え

16 (1) Cは、自己が特別利害関係人（831条1項3号）に該当すると
17 して、これによる著しい不当な決議を理由に決議取り消しを求め
18 る。

19 (2) まず、831条1項3号の趣旨が特別利害関係人による不当な議
20 決権行使から他の株主を守ることにあるから、特別利害関係人自体
21 がこれを取消事由として主張できるかが問題となるものの、株主総
22 会決議取消の訴えの制度が決議の公正さを確保するための制度であ
23

ることから、C自身がこれを主張することは可能と解される。	1
(3) ここで特別利害関係人とは、株主としての地位を離れた個人的な、他の株主とは共通しない特殊の利害関係を有する者をいう。そして、Cは解任決議の対象者であるから、取締役としての地位を守るという個人的利害関係を有し、これに該当する。	2 3 4 5
(4) しかし、結局Cが反対しているものの可決されていることから「著しく不当」な決議にはなっていない。	6 7
(5) したがってCの主張は認められず、取消の訴えは認められない。	8
2 本件決議2に対する取消の訴え	9
(1) Cは①議長たるAの議事進行権限（315条）の濫用があること②Aが特別利害関係人に当たり、これによる著しく不当な決議がされていること③否決の決議であるが、304条との関係から訴えの利益があることを主張する。それぞれの当否を検討する。	10 11 12 13
(2) まず①を見る。	14
ア 議長たるAには議事進行権が与えられている（315条）ものの、その裁量の逸脱濫用は許されない。	15 16
イ 本件では、Cの説明であるAの不正リベート受け取り疑惑は、Aの取締役としての当否を判断するのに重要な説明であり、これを制止するのは議事進行権の濫用である。	17 18 19
ウ そのため「決議の方法」の法令違反（831条1項1号）となるので、①の主張は認められる。	20 21
(3) 次に②を見る。	22
ア まず、上述の特別利害関係人の定義から、解任決議対象者た	23

るAがこれに当たるのは問題ない。問題は、AがDから委任を受けて議決権行使をするのも特別利害関係人の議決権行使とされるのかである。	1 2 3
イ この点、委任を受けて議決権行使をした部分まで特別利害関係人の議決権行使とすると、Dの議決権行使の機会を不当に奪うこととなる。	4 5 6
ウ そのため、A固有の議決権行使のみ特別利害関係人の議決権行使と評価する。	7 8
エ このように解すると、A固有の議決権300株を抜いても、反対がBDの450株で賛成がCの250株であり、反対の結論に変わりはなく、Aの議決権行使に「よって」「著しく不当」な決議はされていない。	9 10 11 12
オ そのため831条1項3号には当たらず、②の主張は認められない。	13 14
(4) 次に③を見る。	15
ア 否決決議にも再度の議案提案の制限（304条）を取り除くために訴えの利益が肯定されるという考えがある。しかし、否決決議から新たな法律関係が形成されることはないので、訴えの利益は否定されると解するべきである。また、本件においては、本件決議2はCの250票の賛成があるから、「十分の一」以上を満たし、304条によって再度の議案提案は否定されないため、このように解しても問題はない。	16 17 18 19 20 21 22
イ そのため訴えの利益はなく、③の主張は認められない。	23

(5) したがって、①のように取消事由は認められるものの、そもそも③の通り、訴えの利益を欠く以上、Cによる取消の訴えは認められない。	1 2 3
第3 設問2(2)	4
1 Aに対する請求	5
(1) Cは甲社株主として、株主代表訴訟(847条1項)の形で、①利益供与の責任追及(120条1項、4項)②任務懈怠責任(423条1項)の追及をする。	6 7 8
(2) まず①を見る。AがDから株式を買い取るためにGが資金調達するのを援助したことは「株主の権利の行使に関し」「利益の供与」をしたといえるか。	9 10 11
ア たしかに、原則として利益供与には当たらないが、例外的に特定株主が議決権行使をできないようにその株主から株式を買い取らせるため、第三者の資金調達の便宜を図ることは究極的には当該株主の議決権を奪うという「権利の行使に関し」、第三者に「利益の供与」をしたといえる。	12 13 14 15 16
イ 本件では、AはDがC解任決議で反対票を投じることを防ぐために、Dから株主としての地位を奪おうと、GがDから株式を買い取れるよう、甲を代表してDが資金調達するために800万円の借り入れの連帯保証をしている。これは株主Dの「権利の行使に関し」、Gに「利益の供与」をしたといえる。そして、Aはこれに「関与した取締役」(4項)である。	17 18 19 20 21 22
ウ そのため、120条4項により800万円の支払い義務を負	23
う。	1
(3) 次に②を見る。	2
ア まず、甲社がGの丙銀行からの借入債務を保証したことが、Aとの利益相反間接取引(356条1項3号)に該当するかどうかと思われるが、これは否定される。なぜなら、当該保証契約で、Aと甲社の間に客観的外形的には利益対立がないからである。	3 4 5 6
イ もっとも、資力が十分でないGの債務を保証させるのは忠実義務(355条)違反の任務懈怠があり、これによって、甲は丙に800万円支払うという損害を負っている。そして、これにつき役員たるAに少なくとも過失(428条1項)がある。	7 8 9 10
ウ そのため、任務懈怠責任が成立し、800万円の損害賠償債務を負う。	11 12
(4) したがって、Cの株主代表訴訟によるAへの責任追及は認められる。	13 14
2 Gに対する請求	15
(1) Cは株主代表訴訟(847条1項)により、利益供与を受けたGに当該利益の返還請求(120条1項、3項)をする。	16 17
(2) 甲社がGの債務を保証したのは利益供与(120条1項)に当たることは上述の通りであるし、これによりGは800万円の債務を免れている利益を得ている(3項)。	18 19 20
(3) したがって、Gは甲に800万円の返還義務を負い、Cの株主代表訴訟は認められる。	21 22
第4 設問3	23

- 1 Bは本件臨時総会決議が定款違反の取消事由（831条1項2号）
がある結果、これに基づく本件請求も認められないと主張する。形式
的には定款に合致した決議であるが、Bのかかる主張は認められる
か。
- (1) 174条の趣旨は、譲渡制限会社においては株主の個性が特に重
視されること、一般承継等で異なる者が株主となった結果、会社
にとって好ましくない者が株主となり、会社経営がかく乱される恐
れがあることから、これを防ぎ、他の株主の利益を保護すること
にある。かかる趣旨から、定款そのものが有効であっても、かく乱の
恐れがなく、他の株主に実質的に不利益がない者の一般承継につ
いては定款の効力が及ばないと解すべきである。
- (2) 本件では、Bが会社の運営を担っていくことは親族会議で意見が
一致しており、甲社の株主はかかる親族会議出席者のみであるか
ら、会社運営を担っていくBが株式をAから相続しても他の株主に
不測の不利益が生じることはなく、加えて、会社経営を担っていく
Bが株式を相続したことで会社経営をかく乱していくおそれもな
い。そのため、174条の趣旨が及ばず、Bの相続につき定款9条
は適用されない。
- (3) そのため、定款の適用がないにも関わらず、かかる定款に基づ
いた決議をするのは実質的に定款違反といえる。
- 2 したがってBの主張が認められ、本件請求の効力が否定される。
- 以 上

【民事系科目】

【第3問】（配点：100〔【設問1】から【設問3】までの配点の割合は、40：30：30〕）

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

なお、損害賠償債務の履行遅滞による損害金（いわゆる遅延損害金）の請求については問題にしないものとする。

また、本問に現れる場所のうち、甲市は甲地方裁判所（以下「甲地裁」という。）の管轄区域内に、乙市は乙地方裁判所（以下「乙地裁」という。）の管轄区域内にそれぞれ所在している。解答に当たっては、甲地裁及び乙地裁のいずれもが本問に現れる訴えの土地管轄及び事物管轄を有することを前提にすること。

【事例】

A、B及びCはいずれも自然人であり、AとCは甲市内に住所を有し、Bは個人タクシー事業者で、乙市内に住所兼営業所を有する。

Aは、乙市内でBが運転するタクシーに乗客として乗車していたところ、BのタクシーとCが運転する自動車とが衝突する事故（以下「本件事故」という。）が起こり、これによって負傷した。

Aは、本件事故後直ちに乙市内で応急措置を受けた後、D法人が甲市内に開設する病院に入院して治療を受け、退院後もこの病院に通院して治療を受けた（以下、この病院を「D病院」といい、D法人を「D」という。）。

以上の事実については、A、B及びCの相互間に争いが無い。

Aの負傷について症状が固定した後、Aは、弁護士L1を代理人として、B及びCと損害賠償について話し合いをした。その中で、Bは「BとCの過失によって本件事故が発生した」との認識を示したが、Cは「本件事故は専らBの過失によって発生したものであり、Cには過失がないのでCは損害賠償責任を負わない」と主張した。また、損害の額について、Aは、400万円を下回らないと主張したが、BとCはいずれも、「AがDに支払ったと主張する治療費が負傷との関係で高額過ぎるし、本件事故によってAが主張するような後遺症が生ずるはずがないので、損害額はせいぜい150万円である」と主張したため、話し合いがつかない状況であった。

そこで、Bは、訴訟で解決するしかないと考え、弁護士L2に債務不存在確認訴訟を委任することにした。これを受けたL2は、Bの訴訟代理人として、Bを原告、Aを被告として次のような内容の訴状を乙地裁に提出して訴えを提起した（以下「Bの訴え」という。）。

- ①請求の趣旨：「本件事故に係るBのAに対する不法行為に基づく損害賠償債務は150万円を超えないことを確認する」との判決を求める。
- ②請求の原因の要旨：本件事故はBとCによるAに対する共同不法行為に当たるが、本件事故によって発生したAの損害の金額は、高く見積もっても150万円である。ところが、Aは損害額が400万円を下回らないと主張して譲歩しようとしなない。よって、Bは、Aとの間で、本件事故に係る不法行為に基づく損害賠償債務が150万円を超えないことの確認を求める。

Aは、この訴状の副本等の送達を受けたため、L1に、Bの訴えに対応するとともに、Aを原告として、B及びCに対して400万円の損害賠償を請求する訴えを提起することを委任した。

以下は、Aの委任を受けた弁護士L1と司法修習生Pとの間の会話である。

L1：BはBの過失を争っていませんが、CはCの過失を争っています。Aの損害額については、入院及び通院中の治療費その他の費用、これらの期間の逸失利益、後遺症による逸失利益及び慰謝料等が考えられます。治療費等の領収証、後遺症についての医師の診断書、Aの年収の資

料等もありますので、損害額については、400万円を主張することができると考えています。
 P：そうすると、Bの主張する150万円の損害というのは低すぎますので、AからBに対して400万円の支払を求めていくことになりそうですし、Cは自ら賠償をする気が全くないようですから、Cに対してもBと連帯して400万円を支払うよう求めていくのがよいですね。Aが起こす訴えの訴訟物は、不法行為に基づく損害賠償請求権でよいでしょうか。

L1：訴訟物に関しては、AB間では債務不履行に基づく損害賠償請求権も想定できますが、BとCの共同不法行為を前提に、不法行為に基づく損害賠償請求権のみを主張することにしましょう。訴えを起こす裁判所としては、甲地裁と乙地裁が考えられます。また、AはCをも被告として訴えを提起することになりますので、BとCを共同被告として訴えを提起することを検討すべきです。

P：Bの訴えが既に提起されて訴状がAに送達されたこととの関係で、Aが提起する訴えの適法性については検討を要するのではないのでしょうか。

L1：そのとおりです。では、まず、AがBを被告として乙地裁に訴えを提起する場合に、訴えが適法といえるか、また、その場合に、Aは、CをもBと共同被告とすることができるか。いずれも適法であるとの方向で立論を工夫してください。これらを「課題(1)」とします。

P：分かりました。

L1：しかし、AとCは甲市に住んでいて私の事務所も甲市にあるので、費用や時間の点から、甲地裁に訴えを提起して訴訟追行ができるかも考えておきたいところです。AがBとCを共同被告とする訴えを甲地裁に提起する場合に、この訴えが適法といえるか。これも、この訴えが適法であるという方向で、説得力のある立論をしてください。これを「課題(2)」とします。

P：分かりました。

L1：これらの課題に答えるためには、まず、Bの訴えの訴訟物を明示して、それが、Aが起こそうとしている訴えの適法性にどのように関わってくるのかを考える必要があります。

【設問1】

あなたが司法修習生Pであるとして、L1から与えられた課題(1)及び課題(2)に答えなさい。

【事例(続き)】

弁護士L1は、Aと相談した上、原告Aの訴訟代理人として、B及びCを被告とし、本件事故がBとCの共同不法行為であると主張して、不法行為に基づく損害賠償請求権に基づき400万円の支払を求める訴え(以下「Aの訴え」という。)を甲地裁に提起し、その訴状の副本等はB及びCに送達された。

その後に乙地裁で開かれたBの訴えについての第1回口頭弁論期日において、Bの訴訟代理人L2は、Bの訴えを取り下げる旨を陳述し、Aの訴訟代理人として同期日に出頭したL1は、この訴え取下げに同意する旨陳述した。

そこで、その後、本件事故については、甲地裁において、Aの訴えのみが審理の対象となった。

Aの訴えについての審理の過程で、Bは、「Bの過失によって本件事故が発生したことを争わないが、Cにも過失がある。また、Aに生じた損害額は150万円以下である」と主張し、Cは「本件事故は専らBの過失によって生じたものであって、Cに過失はない。仮にCが責任を負うとしても、Aに生じた損害額は150万円以下である」と主張した。

Aの訴訟代理人L1は、B及びCとの間で争いのある損害額を証明するため、D病院での治療費等の領収証、Aの後遺症に関するD病院の医師作成の診断書及びD病院での診療記録の写しを書証として提出した。

以下は、Bの訴訟代理人L2と司法修習生Qとの間の会話である。

L2：私の経験からすると、Aの負傷の程度に照らして、400万円という損害額は不当に多額であると感じられるのです。Aが、既にあった症状の治療を本件事故の機会に乗じて受けているのではないかと、また、診断書にある後遺症も本件事故とは無関係な症状ではないかとの疑いがあります。

Q：不法行為と因果関係がある損害の額の証明責任はAにあるのですから、Bとしてはそれを真偽不明に追い込めば足りるのではないですか。

L2：本件の場合、Aは、主張に見合った領収証や診断書を提出しています。また、一定の診療記録もD病院で謄写して提出しており、それらによって証明が十分であるとの姿勢を見せています。しかし、私は、まだ、D病院でのAの診療記録の全部が提出されたわけではないと考えています。Bとしては、D病院での診療記録全体に基づいて、本件事故と治療及び後遺症との因果関係を争いたいところです。Dに診療記録の提出を求めていく方法はどのようなものが考えられますか。

Q：文書送付嘱託の申立てをすることが考えられます。

L2：実務的にはそのとおりです。そのほかには、どのような方法が考えられますか。

Q：文書提出命令の申立ても一つの方法だと考えられます。

L2：そうですね。では、文書提出命令の申立てについても考えてみましょう。私がBの訴訟代理人としてAの診療記録について所持者をDとして文書提出命令を申し立てるとして、予想されるDからの反論を念頭に置きながら、Dに文書提出義務があるとする説得力のある立論をしてください。これを課題とします。文書提出義務の存否に関する民事訴訟法の条文に即して具体的に考えてください。診療記録には患者Aに関する情報が記載されていますので、そのことをどう考えるべきか、よく検討する必要があります。

〔設問2〕

あなたが司法修習生Qであるとして、L2から与えられた課題に答えなさい。

【事例(続き)】

Aの訴えについて審理した結果、裁判所は、本件事故はBの過失によって発生したもので、Cの過失を認めることはできず、また、Aに発生した損害額は250万円であると判断し、「Bは、Aに対し、250万円を支払え。AのBに対するその余の請求及びAのCに対する請求を棄却する。」という主文の判決をした(訴訟費用の負担及び仮執行宣言に関する部分は問題としない)。

Bは、AのBに対する請求が250万円の限度で認容されたことには納得ができたので、これに対して不服を申し立てるつもりはなかったが、AのCに対する請求が全部棄却されたことには不満を抱いた。しかし、Aは、Bに対してもCに対しても控訴を提起するつもりはないとのことであった。

そこで、L2は、Bの訴訟代理人として、BがAを補助するために参加する旨の申出をするとともに、Aを控訴人、Cを被控訴人として、「AのCに対する請求を棄却する判決を取り消し、AのCに対する請求のうち250万円が認容されるべきである」と主張して、控訴期間内に控訴を提起した。

控訴裁判所である丙高等裁判所(以下「丙高裁」という。)は、L2の補助参加申出書と控訴状を含む訴訟記録について甲地裁から送付を受け、Cに控訴状の副本等を送達した。

Cは、Bによる補助参加に異議を述べ、この控訴は不適法であると主張した。Cは、控訴を不適法であるとする理由として、(ア)第一審で補助参加をしていなかったBがAのために控訴をすることはできないこと、及び、(イ)Bにはこの訴訟への補助参加が許されないので控訴をすることもできないことという二つの理由を挙げ、そのいずれにしても控訴は不適法であると主張している。

【設問3】

Cの主張(ア)及び(イ)のそれぞれの当否を検討し、丙高裁の受訴裁判所がこの控訴の適法性についてどのように判断すべきかを論じなさい。

平成30年司法試験・民事系第3問・再現答案

第1 設問1

1 課題1)

(1) AがBを被告として乙地裁に訴えを提起することは重複起訴禁止との関係で適法といえるか

ア 民事訴訟法（以下法名略）142条は、重複する訴えの提起を禁止しており、これに該当すると訴えが不適法却下されることとなる。同条の趣旨は、重複する訴えが提起されることによって、判決の矛盾抵触の恐れや被告の応訴の煩が生じ、裁判所にとっても訴訟不経済となるため、これらを防止することにある。そこで、142条に言う「裁判所に係属する事件」とは、事件に同一性がある場合、すなわち訴訟物および当事者が同一の事件を言うと考え。このような事件を重ねて審理判断することは、上記142条が防止しようとした事態を生じさせてしまうからである。

イ 本件では、Bの訴えは、Aに対する債務不存在確認請求訴訟である。その訴訟物は、本件事故にかかる不法行為に基づく損害賠償請求権であり、当事者は、原告B被告Aである。対して、AがBを被告として乙地裁に提起する訴えは、本件事故にかかる不法行為に基づく損害賠償請求である。両訴えを比較すれば、債務不存在確認請求は給付請求の反対形成であり、訴訟物が同一であるといえる。また、当事者も原被告が入れ替わっているが同一である。したがって、両訴えは事件に同一性があり、142条の適用場面であるといえる。

ウ もっとも、142条の適用場面であったとしても、直ちにAの訴えが不適法却下となるわけではないと考える。その不適法却下とならない方法の一つとして、AがAの訴えをBの訴えに対する反訴（146条）の方法によって行うことである。これによれば、審理判断が同一の裁判所でなされるため、判決の矛

盾抵触、被告の応訴の煩、訴訟不経済はいずれも生じないといえるからである。また、仮にAが反訴として行わなかったとしても、裁判所に弁論の併合を申し立てる（152条）ことによって、不適法却下を回避することができる。この場合、債務不存在確認訴訟に対して、同一債権の給付訴訟は、執行力を得ることができる点でより優れており、訴え提起が後だったという理由のみで不適法とするには債権者の権利救済の機会を損なうといえるので、裁判所に併合強制義務が生じるものと考えべきである。そして、実際に併合審理がなされるのであれば、やはり判決の矛盾抵触、被告の応訴の煩、訴訟不経済はいずれも生じないといえるのである。

エ したがって、Aの訴えは、Aが上記のような方法による限り、142条との関係では適法である。

(2) AはCをもBと共同被告とすることができるか

ア AのBおよびCに対する訴えは、いずれも本件事故にかかる不法行為に基づく損害賠償請求であるから、両訴えにおいてBおよびCを共同被告とするためには、通常共同訴訟（38条）の要件を満たす必要がある。両訴えの訴訟物は、いずれも不法行為に基づく損害賠償請求権であり、同請求権は、本件事故という「同一の事実上の原因に基づく」ものであるから、AのBおよびCに対する訴えは、38条前段の要件を満たし、通常共同訴訟としてすることができる。

イ そして、Bは乙市内に住所兼営業所を有しているため、乙地裁に普通裁判籍による管轄を有している（4条1項）。また、Cは甲市内に居住しており、乙地裁に普通裁判籍による管轄を有していないが、本件事故は乙市内で生じており、不法行為地としての特別管轄（5条9号）を乙地裁に有している。したが

って、管轄上の問題もない。	1
ウ したがって、AはCをもBと共同被告とすることができる。	2
2 課題②	3
(1) AがBとCを共同被告とする訴えを甲地裁に提起する場合、重複起訴禁止との関係で適法といえるか	4
ア この場合、やはり上記と同様、AのBに対する訴えは、Bの訴えとの関係では、同一の事件にあたる。そして、Aが甲地裁に提起する場合には、Aは反訴の方法をとることはできないし、また弁論を併合するにしても、移送の手続きを要し、手続きが煩瑣であり迂遠であるといえる。	5 6 7 8 9
イ ここで、Bの訴えは、Aの訴え提起により、確認の利益を欠き不適法却下されると考える。すなわち、上述の通り、債務不存在確認請求は、同一債権の給付請求の反対形成であり、既判力はいずれの訴えについても同債権の存否の判断に生じる（114条1項）一方、給付訴訟では執行力も付与することができる点で、給付訴訟のほうが紛争解決の手段としてより適切であるといえる。また、債務不存在確認請求は当該債権についての先制攻撃的性格を有しているところ、給付訴訟が提起されることでその役目は果たされることになる。したがって、債務不存在確認請求は同一債権の給付訴訟の提起により、確認の利益を欠くものとなると考えられる。なお、債務不存在確認請求訴訟が一定程度進行している場面であれば、その時点における訴訟状態を享受する当事者の利益も考慮する必要があり、直ちに確認の利益を欠くといつてよいか問題となるが、本件でのBの訴えは未だ訴え提起段階にあり、Bに保護すべき訴訟状態は何ら生じていないのであるから本件ではこれは考慮する必要がない。したがって、Bの訴えは、Aの訴え提起を受けて確認の利益を欠き不適法却下されるべきも	10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23

のであると考える。	1
ウ そして、このようにBの訴えが確認の利益を欠き不適法却下されるべきものであるため、その旨を甲地裁に陳述し、実際にBの訴えが却下されるのを待つことによって、重複起訴状態を回避して、Aの訴えの審理に入ることができる。よって、Aの訴えは重複起訴禁止との関係で適法である。	2 3 4 5
(2) BおよびCを被告として甲地裁に訴え提起することは適法か	6
ア この点、Cは甲市内に住所を有していることから、甲地裁に普通裁判管轄（4条1項）を有しているが、Bは甲地裁に普通裁判管轄も不法行為地としての特別裁判管轄（5条9号）も有していないため、不適法とならないか。	7 8 9
イ ここで、7条は併合請求における管轄を定めており、併合請求は一つの請求について管轄権を有する裁判所に訴えを提起できるとする。本件では、Cが甲地裁に普通裁判管轄を有しているため、同条の適用により、Aの訴えは適法である。BおよびCの共同被告の関係は上述の通り38条前段であるから、7条但し書きも問題とならない。	10 11 12 13 14
ウ よって、AがBおよびCを被告として甲地裁に訴えを提起することは適法である。	15 16
第2 設問2	17
1 220条は、文書提出義務を定めているところ、同条4号が掲げるものに該当しないとき文書提出を拒むことができないとしていることから、文書の所持者に一般的な文書提出義務を負わせうえ、これを拒否できる場合を定めているものである。そのため、拒否事由に該当しないことが示されれば、Dに文書提出義務を認めることができる。そして、DからはAの診療記録について、220条4号ハまたは二について反論が考えられるため、この点に絞って検討す	18 19 20 21 22 23

る。	1
2 220条4号ハ	2
(1) 220条4号ハが引用する197条1項2号は、「医師が職務上知りえた事実」を掲げるところ、Aの診療記録は、Dが病院経営の上で職務上知りえた事実であることは明らかであるから、これに該当する。	3 4 5
(2) そこで、Aの診療記録についてDに「黙秘の義務」があるかが問題となる。	6
この点、Aの診療記録はAに関する情報、特に治療等に係るセンシティブな情報が記されているものと考えられることから、DはAに対して守秘義務を負っているものと考えられる。もっとも、守秘義務を負っているからといって直ちにこれが「黙秘の義務」にあたると思えるべきではない。というのも、守秘義務は当事者間での契約によって自由に発生させることができるものであって、これによって直ちに「黙秘の義務」として、文書提出義務を免れるとすることは、民事訴訟における真実発見という目的を阻害することとなり、妥当とは言えないからである。そして、民事訴訟における手続きに従って文書を提出するものである以上、仮に守秘義務を負っていたとしても、当該文書の提出により直ちに守秘義務に反することとなると考えられるものではない。	7 8 9 10 11 12 13 14 15 16
(3) したがって、DがAに対して守秘義務を負っていたとしても、Aの診療記録は220条4号ハに該当せず、DはこれによってAの診療記録の提出を拒むことはできない。	17 18 19
3 220条4号ニ	20
(1) 220条4号ニは自己専利用文書を掲げる。ここで、自己専利用文書にあたるためには、①当該文書がもっぱら内部での利用のために作成されるものであって、外部に開示されることが予定されるものではなく（外部非開示性）②当	21 22 23

該文書を開示することで個人のプライバシーや組織としての意思決定を侵害する等の著しい不利益を生ずる恐れがあり（不利益性）③開示すべき特段の事情の認められないものであることを要する。	1 2 3
(2) ここで、Aの診療記録は、DにおいてAの診療方針等を定めるため、Aに実施した診療を記録しておくものであって、上述の通りAのセンシティブ情報が記録されているだけでなく、Dの今後のAに対する診療方針の意思決定にかかわる文書である。しかし、診療記録は、場合によって、社会保障の申請や保険申し込みの場面等で提出が求められる文書であって、一定程度外部に開示されることがあらかじめ予定されているものであるといえる。また、本件ではAは文書提出命令にかかる訴えの当事者であって、Aの診療記録の一部はすでに証拠として提出している以上、Aのプライバシー侵害はある程度軽減されるものといえ、著しい不利益とは言えない。Dでの診療方針等の意思決定についても、Aの訴えについてみれば、Dの診療方針等が直ちに問題となるものとは考えられず、Aの診療記録を開示したとしても、Dの意思決定を害するとは言えず、やはり著しい不利益とは言えない。したがって、Aの診療記録は外部非開示性、不利益性を欠くものであって、自己専利用文書には当たらないと考えられる。	4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17
(3) したがって、Aの診療記録は220条4号ニに該当せず、DはこれによってAの診療記録の提出を拒むことはできない。	18 19
4 以上より、DはAの診療記録につき文書提出義務を負う。	20
第3 設問3	21
1 主張（ア）について	22
43条1項は、「補助参加の申し出は、補助参加により訴訟行為をすべき裁判	23

所にしなければならない」としており、同条2項は、「補助参加の申し出は、補助参加人としてすることができる訴訟行為と共にすることができる」としている。また、45条1項は、補助参加人がすることができる訴訟行為について、「上訴の提起」を掲げている。これらの条文構造からすれば、たとえ、第一審審判中において補助参加していなかったとしても、その判決後確定前であれば、未だ訴訟は終了したものではなく、上訴の提起とともに補助参加を申し出ること

可能であると考えられる。
本件では、確かに、Bは第一審審判中にAに補助参加をしていないが、判決確定までは未だ訴訟継続状態にあるといえるため、上訴の提起とともに補助参加を申し出るとは許されるものと考えられる。そして、Bは、控訴期間内に、補助参加の申し出をするとともに控訴の提起を行っているため、このようなBの申し出も許されるものである。

よって、第一審で補助参加をしていなかったBがAのために控訴をすることはできないため控訴は不適法であるとするCの主張(ア)は妥当ではない。

2 主張(イ)について

42条によれば、補助参加は、「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」すなわち補助参加の利益を有する第三者がすることができる。補助参加の趣旨は、補助参加によって被参加人の訴訟活動を充実させるとともに、参加人が自らの将来の利益のために訴訟行為をすることができるようにして、紛争解決手段を充実させることにある。そこで、このような観点から、「訴訟の結果」とは、訴訟物の判断およびこれを導く重要な事実についての判断のことを言い、これにつき「利害関係を有する」とは、法律上の利害関係につき事実上の影響を与える関係にあることを言う。これにあたる者による補助参加は、被参加人の訴訟活動

を充実させ、かつ参加人にとっても自らの将来の利益を図る関係にあるといえるからである。

本件では、AのBおよびCに対する訴えの訴訟物は、本件事故にかかる不法行為に基づく損害賠償請求権であるところ、両請求がいずれも認められた場合、BおよびCによる共同不法行為が認定されることとなる。その場合、AのBに対する請求権とCに対する請求権はそれぞれ不真正連帯債務の関係にあることになるから、BおよびCはいずれもAに対し全額賠償する義務を負うとともに、全額賠償した場合、その過失割合に従い求償関係が生じることになる。そうすると、Bにとって、AのCに対する請求権が認められるか認められないかという訴訟物の判断によって、BのCに対する求償権という法律上の利害関係につき、事実上、求償できるか否か、できるとして過失割合はいくらか、という影響を与えることになる。したがって、本件では、Bは補助参加の利益を有するものとして「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」にあたるものと考えられる。なお、たしかに、Bが仮に補助参加が認められた場合でも、Cとの後訴では、BとCが敗訴責任を分担するわけではないため、その公平のための参加的効力(46条)は働かないが、このような場合でも、補助参加が参加人の利益のための制度であることにかんがみれば、このことをもって、直ちに補助参加の利益を否定すべきものではない。

よって、Bにはこの訴訟への補助参加が許されないので控訴をすることもできないとするCの主張(イ)は妥当でない。

3 以上より、Cの主張はいずれも妥当でないから、丙高裁はBの控訴を適法として、審理判断すべきである。

以上

【刑事系科目】

【第1問】（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までについて、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい。

【事例1】

- 1 甲（男性、17歳）は、私立A高校（以下「A高校」という。）に通う高校2年生であり、A高校のPTA会長を務める父乙（40歳）と二人で暮らしていた。
- 2 7月某日、甲は、他校の生徒と殴り合いのけんかをして帰宅した際、乙から、顔が腫れている理由を尋ねられ、他校の生徒とけんかをしたことを隠そうと思い、とっさに乙に対し、「数学の丙先生から、試験のときにカンニングを疑われた。カンニングなんかしていないと説明したのに、丙先生から顔を殴られた。」とうそ話をしたところ、乙は、その話を信じた。
乙は、かねてから丙に対する個人的な恨みを抱いていたことから、この機会に恨みを晴らそうと思い、丙が甲に暴力を振るったことをA高校のPTA役員会で問題にし、そのことを多くの人に広めようと考えた。そこで、乙は、PTA役員会を招集した上、同役員会において、「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。徹底的に調査すべきである。」と発言した。なお、同役員会の出席者は、乙を含む保護者4名とA高校の校長であり、また、A高校2年生の数学を担当する教員は、丙だけであった。
- 3 前記PTA役員会での乙の発言を受けて、A高校の校長が丙やその他の教員に対する聞き取り調査を行った結果、A高校の教員25名全員に丙が甲に暴力を振るったとの話が広まった。丙は、同校長に対し、甲に暴力を振るったことを否定したが、当分の間、授業を行うことや甲及び乙と接触することを禁止された。

【設問1】 【事例1】における乙の罪責について、論じなさい（業務妨害罪及び特別法違反の点は除く。）。

なお、乙には、公益を図る目的はなかったものとする。

【事例2】

- 4 丙は、甲及び乙との接触を禁止されていたが、乙に対し、前記PTA役員会での乙の発言の理由を直接尋ねたいと考え、8月某日午後10時に乙を町外れの山道脇の駐車場に呼び出した。
乙は、丙と直接話をするに当たり、甲が丙から顔を殴られたことについて、甲に改めて確認しておこうと思い、甲に対し、「今日の午後10時に山道脇の駐車場で丙と会うことになった。あの話は本当だよな。」と尋ねた。甲は、乙と丙が直接話合いをすることを知り、このまもうそをつき通すことはできないと思い、乙に対し、うそであることを認めて謝った。乙は、甲がうそをついていたことに怒り、「なぜ、うそをついたんだ。」と怒鳴りながら、甲の顔を複数回殴って叱責した。
- 5 同日午後10時頃、乙は、自動車を運転して、前記駐車場まで行き、同駐車場に自動車を駐車して自動車から降りると、同駐車場において、既に到着していた丙と向かい合って、話を始めた。そして、丙が乙に前記PTA役員会での乙の発言の理由を尋ねたところ、乙は、「息子もうそだと認めたので、この話は、これで終わりだ。」と言い、一方的に話を終わらせ、自己の自動車の方に向かって歩き出した。丙は、乙の態度に納得できずに「まだ話は終わっていない。」と言って乙を追い掛けたところ、乙は、急いで自動車に乗り込もうとした際、石につまづいて転倒し、額をコンクリートブロックに強く打ち付け、額から血を流して意識を失った。丙は、乙が額から血を流して意識を失ったことに驚き、その場から立ち去った。

- 6 甲は、乙と丙の話合いがどうなったかが気になり、同日午後10時30分頃、バイクを運転して前記駐車場に向かい、同駐車場で倒れている乙を発見した。甲は、同駐車場に止めたバイクにまたがったまま、乙に「親父。大丈夫か。」と声を掛けたところ、これにより乙が意識を取り戻して立ち上がった。乙は、甲が同駐車場にいることには気付かず、自己の自動車を駐車した場所に向かおうとしたが、意識がはっきりとしていなかったため、その場所とは反対方向の崖に向かって歩き出し、約10メートル歩いた崖近くで転倒して意識を失った。
- 山道脇の駐車場には、街灯がなく、夜になると車や人の出入りがほとんどなかった。さらに、乙が転倒した場所は、草木に覆われており、山道及び同駐車場からは倒れている乙が見えなかった。もっとも、乙が崖近くで転倒した時点では、乙の怪我の程度は軽傷であり、その怪我により乙が死亡する危険はなかった。しかし、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖から約5メートル下の岩場に乙が転落する危険があった。
- 7 甲は、バイクから降りて、乙に近づいて乙の様子を見ており、乙の怪我が軽傷であること、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖下の岩場に乙が転落する危険があることを認識していた。また、乙が崖近くで転倒した時点で、同駐車場に駐車中の乙の自動車の中に乙を連れて行くなどすれば、乙が崖下に転落することを確実に防止することができたし、甲は、それを容易に行うことができた。
- しかし、甲は、丙から顔を殴られたという話がうそであることを認めて謝ったのに、乙から顔を複数回殴られ叱責されたことを思い出し、乙を助けるのをやめようと考え、乙の救助を一切行うことなく、その場からバイクで走り去った。
- 8 その後、甲が自宅に到着した頃、乙は、意識を取り戻して起き上がろうとしたが、崖に向かって体を動かしたため、崖下に転がり落ち、後頭部を岩に強く打ち付け、後頭部から出血して意識を失った。この時点で、乙の怪我の程度は重傷であり、乙が意識を失ったまま崖下に放置されれば、その怪我により乙が死亡する危険があった。
- 9 同日午後11時30分頃、乙は、意識を取り戻し、自己の携帯電話機で119番通報を行い、臨場した救急隊員により救助され、搬送先の病院で緊急手術を受けて一命を取り留めた。

【設問2】 【事例2】における甲の罪責について、以下の(1)及び(2)に言及しつつ、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

- (1) 不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。
- (2) 保護責任者遺棄等罪（同致傷罪を含む。）にとどまるとの立場からは、不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場に対し、どのような反論が考えられるか。

【設問3】 【事例2】の6から9までの事実が以下の10及び11の事実であったとする。

- 10 甲は、乙と丙の話合いがどうなったかが気になり、同日午後10時30分頃、バイクを運転して山道脇の駐車場に向かい、同駐車場で意識を失って倒れている丁を発見した。丁は、甲とは無関係な者であるが、その怪我の程度は重傷であり、そのまま放置されれば、その怪我により死亡する危険があった。
- 甲は、丁の体格や着衣が乙に似ていたこと、同駐車場に乙の自動車が駐車されていたこと、夜間で同駐車場には街灯がなく暗かったことから、丁を乙と誤認した。
- 11 甲は、重傷を負った乙が死んでも構わないと思いつつ、乙と誤認した丁の救助を一切行うことなく、その場からバイクで走り去った。その後、丁は、意識を取り戻し、自己の携帯電話機で119番通報を行い、臨場した救急隊員により救助され、搬送先の病院で緊急手術を受けて一命を取り留めた。
- なお、甲と同じ立場にいる一般人でも、丁を乙と誤認する可能性が十分に存在した。また、

同駐車場には、丁以外にも負傷した乙が倒れており、甲は、乙の存在に気付いていなかったが、丁を救助するために丁に近づけば、容易に乙を発見することができた。

この場合、甲には無関係の丁を救助する義務は認められないので殺人未遂罪は成立しないとの主張に対し、親に生じた危難について子は親を救助する義務を負うとの立場を前提に、甲に同罪が成立すると反論するには、どのような構成が考えられるかについて、論じなさい。

— MEMO —

平成30年司法試験・刑事系第1問・再現答案

〔設問1〕

1 乙が「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。」と
2 発言した行為について、名誉毀損罪（230条1項）が成立するか検討
3 する。

2(1) 名誉毀損罪は、「公然と」「人の名誉を毀損」する「事実を摘
4 示」することによって成立する。

(2) 「公然と」とは、不特定または多数人に向けてのことを指す。もつと
5 も、特定かつ少数人に向けて発言した場合であっても、不特定または
6 多数人に伝播した場合、不特定または多数人に発言したのと変わらない
7 結果になる。そこで、実際に不特定または多数人に伝播し、かつ、
8 伝播のおそれがあることを行為者が認識しつつ特定少数者に向けて発
9 言した場合も「公然と」といえると解する。

10 本件において、乙は保護者3名と校長という特定少数の者に向けて
11 発言している。しかし、校長が乙の発言を受けて他の教員に対する聞き
12 取り調査を行った結果、教員25名全員に話が広まっている。教員
13 という関係者に止まっているとはいえ、丙からすれば日常最も顔を合
14 わせる同僚全員に知られてしまったうえに、人数も25名に上ること
15 から、多数人に伝播したといえる。そして、乙としても、教員が生徒
16 に暴力をふるったと校長に言えば、調査などを経て多数の教員に伝播
17 しうることを認識できたはずである。したがって、乙の行為には公然
18 性が認められる。

(3) 人の名誉を毀損する事実を摘示したというには、特定の者の社会的
19 評価を低下させる事実を示す必要がある。乙は「2年生の数学を担当
20 する教員」としか言っていないものの、該当者が丙しかいないため、
21 特定の者を対象にしているといえる。そして、教員が生徒の顔を殴る
22 というのは教員として許されない行為であり、社会的評価を低下させ
23 る事実といえる。したがって、乙の行為は人の名誉を毀損する事実を
24 摘示したものと認められる。

(4) 以上より、乙には名誉毀損罪の構成要件該当性が認められ、教員が
25 生徒を殴るという事実は「公共の利害に関する事実」に係るものの、
26 乙には公益を図る目的はなかったため、230条の2の特例による違法
27 性阻却はない。

よって、乙には名誉毀損罪が成立する。
28

〔設問2〕

1 小問(1)について

(1) 甲が、崖近くで転倒した乙の救助を一切行うことなく立ち去ったこ
29 とにつき、不作為による殺人未遂罪（203条、199条）が成立すること
30 を説明する。

(2) ア 不作為による殺人未遂罪と保護責任者遺棄致傷罪（219条、218
31 条）は行為の外形が同じなので、殺意の有無により決すべきである。
32 後述のとおり、本件では甲に殺意が認められるため、不作為による殺
33 人を検討する。

イ 不作為であっても、作為形式の構成要件の実行行為と同程度に法益
34 侵害惹起の現実的危険性があれば、作為による実行行為と同価値なも
35 のとして実行行為性が認められる。この同価値性は、作為義務を負う
36 者が、作為が可能かつ容易であるにもかかわらず作為義務を尽くさな
37

かったといえるときに肯定できる。作為義務の有無は、法令や条理などから形式的に判断するのではなく、①排他的支配があり、②危険の創出または危険の引受けがあるといえるときに認められる。

ウ まず、子は親に対して扶養義務を負っている（民法877条）ため、甲には形式上、法令上の救護義務がある。

そして、本件で乙が転倒した場所は草木に覆われており、山道や駐車場からは倒れている乙が見えなかったことから、第三者が偶然発見して救助する可能性は低かった。さらに、乙は意識を失っていたため、自力で救助を求めることもできず、乙が近くの崖から5m下の岩場に転落し頭を打つなどして生命が失われるか否かは甲にかかっていたといえ、①排他的支配があるといえる。

また、本件では、甲が駐車場で倒れている乙に「親父。大丈夫か。」と声をかけたことにより、乙は意識を一時取り戻し、崖に向かって10mほど歩いて再度意識を失っている。かかる行為により、死亡するほどの怪我でなく生命侵害の危険はなかった甲に、崖から落ちて岩場に頭を打ちつけて死亡する危険を生じさせたといえることから、甲には②危険の創出があるといえる。

したがって、甲には、乙を救助すべき作為義務が認められる。

エ 甲は、乙が崖近くで転倒した時点で、駐車場にある乙の車内に乙を連れて行くなどすれば、乙が崖下に転落することを確実に防止することができたし、甲は、それを容易に行うことができたにもかかわらず、乙を救助するという作為義務を尽くさなかったことから、甲の不作为は作為による殺人未遂の実行行為と同価値といえる。よって、甲

には殺人罪の実行行為性が認められる。

(3) そして、乙が崖近くで転倒して意識を失った段階で、崖から落ちて岩場に頭を打ちつけて乙が死亡する現実的危険が認められるため、殺人罪の実行の着手があったといえる。

もっとも、乙は一命を取り留め、死亡という結果は生じていないため、殺人罪は未遂に止まる。

(4) 次に、甲に殺意が認められることを説明する。故意とは、行為者が、犯罪事実を認識したうえで、犯罪の結果発生を認容している心理状態をいう。

甲は、転倒し意識を失った乙のすぐそばが崖となっており、崖下の岩場に乙が転落して死亡する危険がある一方、甲が乙を救助しうることを認識していた。にもかかわらず、甲は乙から顔を複数回殴られ叱責されたことを思い出し、乙を助けるのをやめようと考えていることから、消極的に乙の死の結果を認容していたといえる。したがって、甲には殺意が認められる。

(5) 以上より、甲には不作为による殺人未遂罪が成立する。

2 小問(2)について

(1) 私見は(2)同様、甲は保護責任者遺棄致傷罪に止まると考えるため、以下、理由を述べる。

(2) 殺意がないとの反論

そもそも乙の怪我は軽傷で怪我により死亡する危険がないことを甲は認識している。そして、崖のそばで気を失って倒れているからといって必ずしも崖に落ちるとは限らず、むしろ、乙が意識もうろうとし

たまま崖に落ちて頭を打って死亡する事態が生じるには偶然が重ならなければならない。にもかかわらず、甲が自身の不作為が乙の死の現実的危険性を有する行為だと認識しているということとはできない。

また、甲が「乙を助けるのをやめよう」と考えたのは、乙から顔を複数回殴られ叱責されたことを思い出したという弱い動機に過ぎず、消極的にであれ乙の死の結果を認容していたとまでいうことはできない。

(3) 作為義務が認められないとの反論

不作為による殺人未遂と保護責任者遺棄致傷を区別する際、両罪の罪責の重さに大きな差があることから、不作為による殺人未遂を基礎付ける作為義務と、保護責任者遺棄を基礎付ける保護義務の内容に差異があると解するべきである。作為義務に関しては、作為との同価値性の根拠となることから、②危険の創出または危険の引受けにより結果発生への因果の流れを創り出し、①排他的支配により因果性を支配するという意味において、作為と同視しうるものでなければならないと解する。

本件で、甲は、駐車場で倒れている乙に「親父。大丈夫か。」と声をかけているが、そもそも意識を失って倒れる原因を創ったのは甲ではなく乙自身がつまづいて転倒したためであり、初めに意識を失ったときに既に結果発生への因果の流れは創出されていたといえ、甲の声かけは死の結果への因果の流れを創り出すものということとはできない。したがって、甲には②危険の創出または危険の引受けによる結果発生への因果の流れの創出が認められず、作為義務を肯定することは

できない。

一方、甲には「病者」である乙を保護する法令上の義務は認められることから、保護義務は肯定されるため、保護責任者遺棄致傷罪が成立する。

〔設問3〕

1 甲に、丁に対する殺人未遂罪が成立すると反論するためには、客観面からも主観面からも殺人未遂罪が成立するという必要がある。また、作為義務の有無は法的評価の問題であるため、構成要件に含まれるものではなく、違法性の問題として捉えるべきと考える。

2 客観面

(1) まず、甲に、殺人罪の実行行為性が認められることを説明する。

そもそも実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険がある行為をいう。本件において、甲がなした放置されれば死亡する危険のある重傷の人を置き去りにした行為は、人を殺すという殺人罪の構成要件的结果発生の現実的危険がある行為といえるため、殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) 次に、違法性を検討する。違法性の本質は社会倫理規範に違反する法益侵害及びその危険にあることから、社会的相当性を逸脱する行為による法益侵害が違法であると考えられる。

本件において甲は、作為義務のない丁を作為義務のある乙と誤認して、本件不作為に及んでいる。甲と同じ立場にいる一般人でも、丁を乙と誤認する可能性が十分に存在することから、甲の行為は、社会的にみて作為義務がある者を救助しない、社会的相当性を逸脱する行為

といえる。そして、甲はかかる行為により丁の死亡という法益侵害の危険を生じさせているため、甲の行為は違法なものといえる。

3 主観面

故意責任の本質は、反対動機が形成可能であるにもかかわらずあえて規範的障害を乗り越え実行行為に及んだことに対する非難である。規範は構成要件となっているので、行為者が同一構成要件の範囲内で事実を認識していれば規範の問題に直面でき故意非難が可能である。そこで、行為者が認識した事実と発生した事実とが構成要件の範囲内で符合している限り故意は阻却されない。

本件において、甲は、乙という「およそ人」を殺すつもりで、丁という「およそ人」を殺しているため、同一構成要件の範囲内で符合しているといえ、故意が阻却されることはない。

4 したがって、甲には、丁に対する殺人未遂罪が成立するといえる。

以上

【刑事系科目】

【第2問】（配点：100）

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】

- 1 平成30年1月10日午前10時頃、A工務店の者と名乗る男が、H県I市J町のV方を訪問し、V（70歳、女性）に対し、無料でV方の修繕箇所の有無を点検する旨申し向け、Vの了解を得て、V方を点検した。その男は、実際には特段修繕を要する箇所などなかったにもかかわらず、Vに対し、「屋根裏に耐震金具は付いていますが、耐震金具に不具合があつて、このまま放っておくと、地震が来たら屋根が潰れてしまいます。すぐに工事をしないと大変なことになります。代金は100万円です。お金を用意できるのであれば、今日工事をすることも可能です。」などと嘘を言ってVをだまし、V方の屋根裏の修繕工事を代金100万円で請け負った。その男は、Vから、「昼過ぎであれば100万円を用意できるので、今日工事をしてほしい。」と言われたため、同日午後1時頃、再度、V方を訪問し、Vから工事代金として現金100万円を受領し、領収書（以下「本件領収書」という。）をVに交付した。その後、その男は、V方の修繕工事を実施したかのように見せ掛けるため、形だけの作業を行った上で、Vに対し、工事が終了した旨告げて立ち去った。

本件領収書の記載内容は【資料1】のとおりであり、㊸の部分にA工務店の代表者として甲の名字が刻された認め印が押されているほかは、全てプリンターで印字されたものであった。

- 2 Vは、同日午後7時頃、Vの長男WがV方を訪問した際に前記工事の話をしたことを契機に、詐欺の被害に遭ったことに気付き、Wから、犯人が言った内容を記載しておいた方がよいと言われたため、その場で、メモ用紙にその内容を記載した（以下「本件メモ」という。）。

本件メモの記載内容は【資料2】のとおりであり、全ての記載がVによる手書き文字であった。

翌11日、V及びWは、警察署に相談に訪れた。Vは、司法警察員Pに対し、本件領収書及び本件メモを提出した上で、「100万円の詐欺の被害に遭いました。犯人から言われた内容は、被害当日にメモに書きました。犯人は中肉中背の男でしたが、顔はよく覚えていません。ただ、犯人が、『A工務店』と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていたことは覚えています。ステッカーは、直径5センチメートルくらいの小さな円形のもので、工具箱の側面に貼られていました。」と説明した。Wは、Pに対し、「提出したメモは、昨夜、母が、私の目の前で記載したものです。そのメモに書かれていることは、母が私に話した内容と同じです。」と説明した。

- 3 Pらが所要の捜査を行ったところ、本件領収書に記載された住所には、実際にA工務店の事務所（以下「本件事務所」という。）が存在することが判明した。

本件事務所は、前面が公道に面した平屋建ての建物で、玄関ドアから外に出るとすぐに公道となっていた。また、同事務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下ろされており、両隣には建物が接しているため、公道からは同事務所内を見ることができなかった。

Pらは、同月15日午前10時頃、本件事務所付近の公道上に止めた車両内から同事務所の玄関先の様子を見ていたところ、同事務所の玄関ドアの鍵を開けて中に入っていく中肉中背の男を目撃した。その男が甲又はA工務店の従業員である可能性があると考え、①Pは、同日午前11時頃、その男が同事務所から出てきた際に、同車内に設置していたビデオカメラでその様子を撮影した。Pが撮影した映像は全体で約20秒間のものであり、男が同事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿が、容ぼうも含めて映っているものであった。

Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「この映像の男は、犯人に似ているような気がしますが、同一人物かどうかは自信がありません。」と述べた。

その後の捜査の結果、A工務店の代表者が甲という氏名であること及び前記映像に映っている男が甲であることが判明した。

Pらは、引き続き本件事務所を1週間にわたって監視したが、甲の出入りは何度か確認できたもの

の、他の者の出入りはなかったため、A工務店には甲のほかに従業員はいないものと判断して監視を終えた。

Pらは、その監視の最終日、甲が赤色の工具箱を持って本件事務所に入っていくのを目撃した。Pらは、同工具箱に「A工務店」と書かれたステッカーが貼られていることが確認できれば、甲が犯人であることの有力な証拠になると考えたが、ステッカーが小さく、甲が持ち歩いている状態ではステッカーの有無を確認することが困難であった。そこで、Pらは、同事務所内に置かれた状態の工具箱を確認できないかと考えた。しかし、公道からは同事務所内の様子を見るができなかったため、玄関上部にある採光用の小窓から内部を見るができなかったかと考え、向かい側のマンションの管理人に断った上で同マンション2階通路に上がったところ、同小窓を通して同事務所内を見通すことができ、同事務所内の机の上に赤色の工具箱が置かれているのが見えた。そして、Pが望遠レンズ付きのビデオカメラで同工具箱を見たところ、同工具箱の側面に、「A工務店」と記載された小さな円形のステッカーが貼られているのが見えたことから、②Pは、同ビデオカメラで、同工具箱を約5秒間にわたって撮影した。Pが撮影したこの映像には、同事務所内の机の上に工具箱が置かれている様子が映っているのみで、甲の姿は映っていなかった。

Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「犯人が持っていた工具箱は、この映像に映っている工具箱に間違いありません。」と述べた。

その後、Pは、Vの供述調書を作成するためにVの取調べを実施しようとしたが、その直前にVが脳梗塞で倒れたため、Vの取調べを実施することはできなかった。Vの担当医師は、Vの容体について、「今後、Vの意識が回復する見込みはないし、仮に意識が回復したとしても、記憶障害が残り、Vの取調べをすることは不可能である。」との意見を述べたため、Pは、Vの供述調書の作成を断念した。

- 4 Pらは、同年2月19日、甲を前記1記載の事実に係る詐欺罪で通常逮捕するとともに、本件事務所等の捜索を実施し、甲の名字が刻された認め印等を押収した。そして、甲は、同月21日、検察官に送致され、引き続き勾留された。

甲は、検察官Qによる取調べにおいて、「V方に行ったことはありません。」と述べて犯行を否認した。

その後、捜査を遂げた結果、本件領収書から検出された指紋が、逮捕後に採取した甲の指紋と合致するとともに、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致したことなどから、Qは、同年3月12日、甲を前記詐欺の事実で公判請求した。

- 5 甲は、同年4月23日に行われた第1回公判期日において、前同様の弁解を述べて犯行を否認した。

Qは、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致する旨の鑑定書、本件領収書から検出された指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書、Vから本件メモ及び本件領収書の任意提出を受けた旨の任意提出書等のほか、③本件メモ及び④本件領収書の取調べを請求した。Qは、本件メモの立証趣旨については、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」、本件領収書の立証趣旨については、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」であると述べた。

弁護人は、前記鑑定書、前記捜査報告書及び前記任意提出書等については同意したが、本件メモについては不同意、本件領収書については不同意かつ取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。その後、Wの証人尋問が実施され、Wは、前記2のWがPに対して行った説明と同旨の証言をした。

【設問1】 下線部①及び②の各捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

1. 下線部③の本件メモの証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。
2. 下線部④の本件領収書の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法を複数想定し、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、本件領収書の作成者が甲であり、本件領収書が甲からVに交付されたものであることは、証拠上認定できるものとする。

【資料1】

領収書	
V 様	平成30年1月10日
¥ 1,000,000 (税込)	
但 屋根裏工事代金として	
上記正に領収いたしました	
	〒 〇〇〇-〇〇〇〇
	H県I市K町1-2-3
	TEL 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇
	A工務店 代表 甲 印

【資料2】

1 / 10

(今日午前10時、A工務店と名乗る男性が訪問してきた。そのとき言われたこと。)

屋根裏に耐震金具は付いているが、耐震金具に不具合がある。

地震が来たら、屋根が潰れる。すぐに工事しないと大変なことになる。

工事代金は100万円。

お金が用意できるのであれば、今日工事をする 것도可能。

平成30年司法試験・刑事系第2問・再現答案

〔設問1〕

1 Pは下線部①②の捜査を無令状で行っているため、「強制の処分」
 (197条1項但書)にあてれば令状主義(憲法35条)に反し違法
 となる。そこで、まず、事案の真相解明と適正手続保障(1条)の観
 点から、個人の意思に反して、個人の重要な権利利益を制約する強制
 処分にあたるか検討すべきである。次に、強制処分にあたらぬ場合
 でも何らかの法益侵害のおそれがあるため、必要性・緊急性を考慮し
 たうえで、具体的状況のもとに相当と認められる限度において、任意
 捜査の限界を超えず捜査が適法といえると解する。

2 下線部①の適法性

(1) まず、Pは甲の承諾を得ずに、甲が事務所から出てくる様子を撮
 影している。甲が、自身を犯人と疑う捜査官に容ぼう等を撮影され
 ることを知れば拒否したと考えられるため、①の撮影は甲の推定的
 意思に反する。

もつとも、Pは、公道上に止めた車両内から、甲が公道に面し
 た事務所のドアに向かって立ち振り返って歩き出す姿を、容ぼう
 も含めて20秒ほど撮影したに過ぎない。公道上の甲の姿は、公
 道にいる通常の一般人も容易に見ることができるため、①の撮影
 によりプライバシー(憲法13条)の合理的期待が侵害されること
 はない。また、甲には、みだりに容ぼう等を撮影されない自由
 が認められるものの、他人から容ぼう等を観察されうる公道にお
 ける容ぼう等の撮影は、重要な権利利益の制約にはあたらない。
 したがって、①は強制処分にあたらない。

(2) では、任意処分の限界を超えていないといえるか。

①の撮影は、Vに犯人と甲が同一人物であるか確認してもら
 うために行われたものである。Vが申し立てている詐欺事件はVと
 犯人の2人しかいない時に行われ、唯一犯人を目撃しているVが
 「顔はよく覚えていません。」と述べていることから、Vに甲の
 容ぼうを見てもらう必要性が高い。そして、70歳と高齢である
 Vに、いつ出入りするかわからない甲を事務所付近で待って実際
 に見てもらおうというのは酷であるため、容ぼうを撮影する必要
 性も高いといえる。

また、本件は、修繕工事を装って高齢者を騙すという常習性の
 疑われる手口であることから、次の被害者が出る前に犯人を検挙
 する要請が強く、犯人性を確認するため撮影する緊急性も認めら
 れる。

このような状況において、公道上の甲を20秒ほど撮影するこ
 とは相当といえるか検討する。ビデオ撮影は写真撮影に比べて、
 甲のみだりに容ぼう等を撮影されない自由の制約の度合いが高
 い。しかし、人がその者と犯人との同一性を判断する材料は顔の
 パーツだけに止まらない。身体の動かし方や全体の雰囲気など、
 動画でしか認識できない要素もまた、犯人性の重要な判断材料と
 なる。そこで、顔はよく覚えていないという高齢のVに犯人性を
 判断してもらうために、甲の容ぼうを含めて20秒ほど撮影する
 ことは、本件の具体的状況において相当といえる。

したがって、①の捜査は、任意捜査の限界を超えておらず、適

法である。	1
3 下線部②の適法性	2
まず、②も①同様、甲が自身を犯人と疑うPに事務所内の工具箱を撮影されると知れば拒否したはずなので、②の撮影は甲の推定的意思に反する。	3 4 5
では、個人の重要な権利利益を制約しているか。②の撮影対象となっている工具箱は甲が公道上に持ち歩いている物なので、一見するとプライバシー権の侵害がないかのようにみえる。しかし、工具箱に貼られたステッカーは小さく、甲が持ち歩いている状態ではステッカーの有無を確認することは困難なものである。そのように公道上にいる通常の一般人が認識することのできないものを、Pは、事務所向かいのマンション2階通路から、望遠レンズ付きのビデオカメラを用いて、玄関の採光用の小窓越しに撮影している。事務所という私的領域内においては、通常一般人が公道から見られないものを撮影されないというプライバシーの合理的期待は高い。にもかかわらずPが前述の態様で②の撮影を行うことは、たとえ時間が約5秒と短くとも、甲の重要な権利利益を制約しているといえる。	6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17
したがって、②の捜査は強制処分といえる。そして、五官の作用で状態を認識する検証（218条1項）の性質を有する捜査で検証令状が必要だったのに無令状でなされているため、令状主義に反し、違法である。	18 19 20 21
〔設問2〕	22
1 伝聞法則（320条1項）	23

人の供述には、知覚・記憶・表現・叙述の各過程に誤りが入るおそれが高いことから、誤判防止のために反対尋問によるチェックが必要である。そこで、裁判所の前で反対尋問を経ていない供述のうち、要証事実との関係で内容の真実性が問題となる伝聞証拠は、原則として証拠能力が否定されるべきである。	1 2 3 4 5
2 ③本件メモの証拠能力	6
(1)ア まず、本件メモは、Vが平成30年1月10日午前10時頃に体験したことを知覚し、同日午後7時頃まで記憶し、メモ用紙に表現・叙述したものであるため、裁判所の前で反対尋問を経ていない供述証拠といえる。	7 8 9 10
イ 次に、要証事実とは、証拠から直接証明すべき事実をいうところ、当事者主義の観点から、証拠請求者が提示した立証趣旨を証明することが無意味である場合以外は立証趣旨を尊重して要証事実を捉えるべきである。	11 12 13 14
本件メモの立証趣旨は「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」であり、これを立証できれば詐欺罪の欺く行為を基礎付けられるという意味を持つため、要証事実立証趣旨の通りといえる。	15 16 17 18
そして、本件メモの内容が真実でないと、甲がVに本件メモ記載の内容の文言を申し向けたという要証事実を証明できないため、本件メモは要証事実との関係で内容の真実性が問題となるものといえる。	19 20 21 22
ウ したがって、本件メモは、伝聞証拠にあたる。	23

- (2) 本件において、弁護人は本件メモを不同意としているので、326条1項により証拠能力が付与されることはない。そこで、「被告人以外の者が作成した供述書」として、321条1項3号の伝聞例外要件を満たすか検討する。
- 本号は、①供述不能、②必要不可欠性、③絶対的特信状況を要件とする。
- ①供述不能として列挙されている中に「精神若しくは身体の故障」があるところ、一過性のものであれば日にちをずらせば供述可能であることから、相当長期にわたり回復の見込みがないことを要する。本件において、Vは脳梗塞で意識が回復する見込みはなく、仮に意識が回復したとしても記憶障害が残り証言することが不可能であると医師が診断しているため、①供述不能の要件を満たす。
- また、②「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」とは、その供述が、犯罪事実の証明につき実質的に必要と認められる場合のことをいうと解する。本件では、甲とVの2人きりの空間で起きた事案のため、Vから被害時の状況についての証言を得ることは犯罪の証明につき必要不可欠であり、Vが供述調書作成前に脳梗塞となり、本件メモの他に同種の証拠がないことから、本件メモは②犯罪事実の証明につき実質的に必要と認められる。
- そして、本件メモが作成された状況を見ると、被害に遭った当日に、信頼する家族である息子に勧められて自主的に記載しており、わざわざ嘘を書くおそれのある状況とはいえず、③絶対的特

信状況があるといえる。

したがって、321条1項3号の伝聞例外要件を満たすため、証拠能力が認められる。

3 ④本件領収書の証拠能力

(1) 非供述的用法

本件領収書の立証趣旨は、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」である。Vの被害供述と合致する内容の領収書の作成者が甲であり、領収書が甲からVに交付されたものであることから、かかる領収書の存在が証明されれば、立証趣旨を推認することができる。そして、領収書の存在という要証事実との関係では内容の真実性は問題とならず、伝聞証拠にあたらぬ。

したがって、領収書のひとつ目の使用方法は、非供述的用法、すなわち物証として使用することであり、この場合、弁護人が異議を申し立てていても、物を示すことにより(306条)、証拠能力が認められる。

(2) 伝聞的用法

ア もう一つの使用方法は、立証趣旨同様の事実を要証事実として直接証明するために領収書を使用する場合である。この場合、領収書の作成者である甲の「平成30年1月10日」に「V様」から「1,000,000円を屋根裏工事代金として領収した」という記載内容が真実でなければ要証事実立証できないため、内容の真実性が問題となる伝聞証拠にあたる。

イ 本件では弁護人が不同意としているため、伝聞例外要件にあ
たるか検討する。

本件領収書は、本件のために特に作成されたものであるた
め、商業帳簿に類するような「業務の通常の過程において作成
された書面」（323条2号）にあたらぬ。そこで、「被告
人が作成した供述書」（322条1項）として、許容されるか
検討する。

領収書には、甲が被害者から1,000,000円を屋根裏
工事代金として領収したという内容が記載されており、被疑事
実である詐欺罪の交付を認める「不利益な事実の承認を内容と
する書面」といえる。そして、甲はかかる領収書を被害者Vに
渡すため、自発的に作成しており、「任意にされたものでない
疑いがある」と認めることはできない。

したがって、322条1項の伝聞例外要件を満たすため、こ
のような使用方法においても証拠能力が認められる。

以 上

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23

— MEMO —

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18387