令和８年司法試験論文式試験主要７科目の出題の趣旨の予想

（山中弁護士AIが令和８年１１月２日に作成したもの）

本資料は問題文・参考答案・判例等に基づく予想であり、法務省の公式資料ではありません。

第１　憲法（公法系科目第１問）

本問は、住宅費高騰問題の深刻さを訴えるため、市の中心部にある公園で一夜を過ごそうとするＸの申請について、集会の自由と施設管理の関係を問うものである。法律家乙の立場から、管理上の支障と、夜間の独占使用を認める特別な理由の欠如という二つの不許可理由について、関連判例とその学説上の評価を踏まえ、異なる立場に応答することが求められる。

１　集会の自由と独占使用

集会は、共同して意見を形成し対外的に表明する場として、憲法第２１条第１項の保障を受ける。寝袋や段ボールで一夜を過ごす本件活動も、住宅費高騰への抗議を象徴的に示す表現である。世界各地の活動に連帯する日時、再開発地区との近接性、昼夜を問わず中央大通りの歩道を通る人々への訴え掛けには、表現の目的との結び付きがある。

本件公園は一般市民の自由な随時利用のための施設であり、Ｘは会員外の一般市民の立入りを認めない独占使用を求める。集会用の会館についての基準を及ぼす根拠と、公園の利用形態による限界を検討することが求められる。皇居外苑事件判決（最大判昭和２８年１２月２３日民集７巻１３号１５６１頁）は、利用を供用目的・態様・程度に応じた範囲で認めつつ、なお書きで、公園に集合して広場を利用することは一応その目的に沿う使用であり、許否は管理権者の単なる自由裁量に委ねられないとした。管理権の行使を誤り表現の自由等を実質的に侵害すれば、違憲の問題も生じ得る。同判決が不許可を是認したのは、約５０万人による外苑全域の使用で損壊や一般利用の阻害が予想された事案であり、約２０名が利用する本問との相違がある。

学校施設の目的外使用に管理者の裁量を認めた最判平成１８年２月７日民集６０巻２号４０１頁も、学校施設を、一般公衆の共同使用を主たる目的とする道路や公民館等と対比している。本問では独占使用の許可制があり、原水爆禁止を訴える集会等にも許可がされている。集会利用を公園の設置目的に沿うものと評価する立場と、一般利用を排除する特別な使用として管理者の判断を重視する立場を、施設の性格と運用に即して検討することになる。公園の表現の場としての機能を重視する考え方も、集会施設に関する判例の趣旨を及ぼす論拠となる。

公園を伝統的に人々が集い意見を交換する場として捉える学説上の立場からは、所有・管理の主体が行政であることよりも、表現活動に利用される場所の機能が重視される。他方、本件では会員外の立入りを排除するため、単に通行人へ意見を述べる場合を超え、他の利用者の自由との調整が生じる。この立場でも、表現の場であることから直ちに排他的使用の請求権まで導くのではなく、使用範囲、人数及び時間と一般利用への影響が判断要素となる。

規制を時間・場所・方法に関するものと捉える場合には、治安や一般利用の確保という目的と制限の程度との合理的な対応が問われる。政治的な意見内容への評価が実際の不許可理由となる場合には、管理上の利益とは異なる規制として一層厳格な検討を要する。本件の①と②を論ずる

際にも、独占使用一般の許否と、表現内容に着目した選別とを、それぞれの理由に即して評価することが考えられる。

２　管理上の支障と暴力の危険

泉佐野市民会館事件判決（最判平成７年３月７日民集４９巻３号６８７頁）は、集会の自由の重要性を踏まえ、生命、身体又は財産等への明らかな差し迫った危険の発生が、客観的事実に照らし具体的に予見される場合に不許可事由を限定した。他方、その事案では実質的な主催団体の実力闘争や対立抗争の状況から不許可を是認している。学説の検討では、厳格な基準による自由の保障を評価する視点と、団体の性格や過去の活動に基づく危険予測を広く認めれば基準が緩むとの批判的視点が重要となる。本問でも採用する基準と当てはめを対応させることが求められる。

まず、Ｘ自身が危険を生じさせる可能性について、甲はＢの逮捕歴を重視する。３月１日には双方のデモ参加者が互いに暴力を振るい、２０人が逮捕され、その後も小競り合いが繰り返されている。全国各地から対立団体が集結する経緯も甲の危惧を支える。他方、Ｂは不起訴であり、６人の幹部のうちＣの活動に関わるのはＢのみである。Ｘでは幹部会が方針を決定し、弁護士である事務局長が申請事務を担う。住宅問題への抗議と外国人排斥デモへの対抗活動の違い、参加者を幹部・会員に限る計画も含め、Ｂの行動歴とＸの今回の活動との関連を評価することが求められる。

次に、反対者の妨害について、泉佐野判決は、主催者が平穏な集会を意図しているのに、反対者による実力の妨害のおそれを理由として利用を拒むことは憲法第２１条の趣旨に反すると述べた。上尾市福祉会館事件判決（最判平成８年３月１５日民集５０巻３号５４９頁）は、公の施設の利用関係の性質から、警察の警備等でも混乱を防止できないなどの特別な事情がある場合に拒否を限定し、条例の解釈適用の違法を認めた。本問では、後者の条例解釈を手掛かりとし、反対者の行動によって表現機会を失わせることが集会の自由を実質的に制約する点から、憲法上の許否を論ずることになる。

ＢのＳＮＳでの発信は対立団体が開催を知る可能性を示すが、具体的な妨害の予告は示されていない。高さ１．５メートルの柵と出入口、約２０名という人数、申請から開催まで約７週間あることは、警備による対応可能性に関わる。従前に警察が小競り合いを制圧した事実も参考となる一方、今回の警備が確実に成功することまで示すものではない。甲の指摘する夜間１０時間に及ぶ警察官配備の負担を含め、危険と対応可能性の具体的評価が求められる。

３　夜間利用禁止の目的と例外許可

本件公園は午後７時から翌朝７時まで閉鎖され、出入口が施錠される。夜間も一般利用に供されている場合とは異なり、市側からは例外的な開放の必要性や管理負担を判断する裁量が主張され得る。他方、夜間禁止の導入目的は、暴走族の集会や未成年者の飲酒・騒ぎによる治安上の懸念への対応である。本件活動が、この目的との関係でどのような支障を生じさせるかが重要となる。

Ｘの活動は幹部と会員約２０名によるもので、甲も活動自体から騒音の問題が生じるとは考えていない。午後９時以降の静穏確保という条件にもＸは応じている。飲酒を伴うビアガーデンにも許可がされていることから、夜間の集まりという一括した理由よりも、参加者の管理や活動態

様から治安上の支障の有無を判断することが求められる。他方、ビアガーデンは午後７時から９時までの２時間で、本件は翌朝までの１０時間である。この時間差は、治安上の懸念や警備の負担と結び付けて評価することになる。星座鑑賞会や盆踊りの許可例も、活動の目的・態様に応じた例外許可が行われていることを示す。

例年１０件から２０件の夜間許可があり、本件と競合する申請はない。昼間の公園や夜間の公民館を代替場所とする甲の見解に対しては、特定の日時に世界規模で連帯し、再開発地区に近い中心部で通行人に訴える目的を、同程度に達成できるかを検討し、夜間の公園における表現の意義を評価することになる。夜間独占使用の権利性を限定的に捉える場合にも、禁止の目的に沿った例外許可の判断と条件付与による調整が論点となる。

４　政治的中立性と差別的取扱い

金沢市庁舎前広場事件判決（最判令和５年２月２１日民集７７巻２号２７３頁）は、主に公務の用に供する庁舎を、一般公衆の共同使用に供する道路や公園と明示的に区別した。庁舎等で政治的示威行為を許すと、外見上の政治的中立性への疑義を通じて公務の円滑な遂行に支障が生じ得ることが、その理由である。本件条例第１条は市立公園の健全な発展、利用の適正化及び市民福祉の増進を目的とし、公務の円滑な遂行を目的としていない。夜間閉鎖によって公園の性格が庁舎に変わるわけでもなく、同判決の射程が問われる。

学説上の検討としては、行政への信頼を管理利益として評価する立場に対し、施設の実際の利用や表現の場としての性格を重視し、抽象的な中立性の懸念による規制を疑問とする立場が考えられる。本問では原水爆禁止の集会等も許可されており、利用許可が当該主張への市の支持を示すと理解されるかが問題となる。

新幹線延長を訴えるビアガーデンへの許可について、市長が、自らの公約であり市の基本政策であるから中立性への批判は当たらないと答弁した点も重要である。甲の理由が政治的主題一般の規制なのか、実質的に市政への賛否による見解差別なのかを検討することになる。集会の目的や団体の性格そのものによる不当な差別を認めない泉佐野判決、地方自治法第２４４条第３項及び憲法第１４条第１項の観点も踏まえれば、市の政策を支持する主張と批判する主張の選別は、憲法第２１条の下で特に厳格な検討を要する。以上の事情から、①及び②それぞれの不許可理由について自己の立場を示すことが求められる。

第２　行政法（公法系科目第２問）

本問は、養護者による虐待が疑われる高齢者を老人福祉法に基づいて特別養護老人ホームへ入所させた事例を題材として、不作為についての審査請求、措置の相手方以外の者の原告適格及び措置の要件に関する理解を問うものである。関係法令と要綱の役割を読み取り、会議録に示された検討課題に沿って、ＢとＣ市それぞれの主張を具体化することが求められる。

１　設問１について

⑴　審査請求の対象となる不作為

行政不服審査法第３条は、法令に基づく申請に対して何らの処分をもしないことを行政庁の不作為と定めている。そこで、Ａがした緊急一時保護の申請が、行政庁に応答を義務付ける法令上の申請に当たるかが問題となる。検討の対象は、この審査請求の適法性である。

本件要綱は法令の委任に基づくものではなく、緊急一時保護も法的には老人福祉法第１１条第１項第２号の入所措置に当たることが、会議録で示されている。したがって、要綱に「申請」という名称の手続があることを出発点として、同号その他の関係法令から申請権を導けるかを考察することになる。

⑵　申請権を基礎付ける事情と職権措置の仕組み

申請権を肯定する方向では、第１１条が市町村に措置を「採らなければならない」と義務付け、第１０条の４の「できる」と異なる規定振りを採ることが手掛かりとなる。生命・健康の保護を求める本人に、行政庁による判断を受ける地位を保障したものと解し、要綱の申請書と決定の仕組みをその具体化と位置付ける説明が考えられる。要綱第１０条の緊急時の申請手続の省略も、通常時には申請を原則とするとの理解を支える。他方、行政庁の措置義務と、本人の申請に応答する義務とは同じではなく、義務規定から直ちに申請権が導かれるわけではない。

これに対し、老人福祉法第１１条は、市町村が所定の要件に該当する老人について措置を採る職権発動の仕組みを定め、本人の申請を措置の不可欠な前提としていない。第１０条の省略規定も、本人の意思表示を待たずに保護するこの制度の性格と整合する。老人福祉法上の相談、実情把握及び措置の実施に関する規定から、本人が処分を求め、法的な応答を受ける手続上の地位まで導くことは困難である。

要綱上の申請を行政庁の職権発動を促す申出と理解すれば、Ａに対して何らの決定がされていないとしても、行政不服審査法第３条の行政庁の不作為には当たらず、本件審査請求は不適法となる。本人の保護の必要性と、特定の不服申立制度を利用できる法的地位との関係を、制度の構造から説明することが期待される。

２　設問２について

⑴　措置の法的効果とＢの権利

Ｂは、Ａを相手方とする入所措置について取消訴訟を提起しようとする者である。最判平成２５年７月１２日集民２４４号４３頁が示す、処分の法的効果として自己の権利を制限される者の原告適格を手掛かりに、まず本件措置がＢに対して生じさせる法的効果を検討することになる。

児童福祉法第２７条第４項は親権者等の意に反する入所等の措置を原則として禁じ、第２８条第１項第１号は一定の場合に家庭裁判所の承認を得て措置を採る仕組みを置く。親権者の意思と権利を措置の手続に組み込むこれらの規定に対し、本件のＡは成年者であり、Ｂに親権に相当する監護の権利はない。措置によってＡとの同居や従来の介護が事実上困難になっても、Ｂ自身の権利を制限する法的効果とは評価し難い。

⑵ 法令の趣旨・目的による個別的利益の保護

次に、行政事件訴訟法第９条第２項に従い、根拠法令及び目的を共通にする関係法令が、Ｂの利益を個別的利益として保護しているかを検討する。老人福祉法第５条の４第１項は措置の実施者を、第２項は老人の福祉に関する相談等の事務を定める。養護者を対象とする相談・助言等は、高齢者虐待防止法第６条、第１４条の養護者支援の規定と併せて読むことになる。

Ｂ側からは、養護者支援を独立して規定する趣旨に照らし、介護を継続する養護者の利益も保護されるとの主張が考えられる。これに対しては、相談支援や負担軽減は、高齢者の虐待防止と適切な養護の確保に資するものであり、Ｂの希望する方法で介護を続ける利益まで保障するものではないと反論できる。また、老人福祉法第１２条の説明及び意見聴取の相手方は「当該措置に係る者」であり、本件ではＡである。養護者Ｂの意見を措置解除の手続に組み込む規定ではないことも、Ｂの個別的利益の保護を否定する方向に働く。

⑶ 費用徴収との関係

Ｂが扶養義務者として費用徴収を受け得る点については、最判平成１８年１月１９日民集６０巻１号６５頁との比較が求められる。同判決は、第二次納税義務者が主たる課税処分につき国税通則法第７５条に基づく不服申立てをする適格を認めたものである。主たる課税処分が第二次納税義務の基本的内容を定め、その取消しが自己の負担の消滅・減少につながるという法律上の利益に着目した理由は、取消訴訟の原告適格を検討する際にも手掛かりとなる。Ｂ側は、この趣旨を援用し、入所措置が自己の費用負担の基礎となると主張し得る。

しかし、老人福祉法第２８条第１項は、費用を支弁した市町村の長が本人又は扶養義務者から「その負担能力に応じて」全部又は一部を徴収することが「できる」と定める。本件措置によってＢの具体的な費用負担が当然に確定するのではなく、徴収する相手方、負担能力及び徴収額等について別の判断を経る点に、第二次納税義務との相違がある。費用徴収処分についての争訟の機会も踏まえれば、費用負担の可能性から直ちに本件措置の取消しを求める原告適格を肯定することは困難である。

３　設問３について

⑴ 困難性要件と補充性要件

老人福祉法第１１条第１項第２号の入所措置については、居宅において常時の介護を受けることが困難であるという困難性要件と、やむを得ない事由により介護保険法上の施設に入所することが著しく困難であるという補充性要件の双方を満たすことが求められる。会議録の指示に沿って、時点②の要件充足と時点③の継続・解除を論ずることになる。

虐待の有無については、高齢者虐待防止法第２条第４項第１号ロの、著しい減食等による衰弱など養護を著しく怠る行為に当たるかが問題となる。虐待があれば少なくとも困難性要件を満た

すとの会議録の指摘は、虐待に当たらない場合にも、健康状態や養護環境から居宅養護が困難となる余地を残している。また、本人が契約によるサービスを利用する意思と能力を有するか、これを支える援助が得られるかは、補充性要件の判断に関わる。

⑵ 時点②における主張と反論

Ｂ側からは、塩分控え目の食事を十分に与えていたこと、Ａには尿に塩分が出やすい症状があることを挙げ、減食や養護の著しい懈怠を否定する主張が考えられる。１月５日の検査値は１１月の緊急搬送時より高く、直ちに意識障害を生じる程度ではなく、医師の説明を受けたＢは直ちにＡを入院させている。ＡをＤ病院から施設に入所させた時点で既に医療による保護が及んでいたことも、切迫した生命の危険を強調する市の判断を争う事情となる。

これに対しＣ市は、１１月の重篤な低ナトリウム血症に加え、１２月１０日に担当医が、普通の食事を摂取していれば問題はなく、原因は自宅での食事と考えられると説明したことを重視する。Ｂが健康のため塩分控え目の食事を十分与えていたと述べた後も、医師は改めて説明している。それでも１２月２５日にＡが入院前と変わらず塩分が少ない食事で時々めまいがすると述べ、退院後の検査値も低下した経過は、適切な養護が確保されていないとの判断を支える。第三者からの虐待通報は、その内容と確かさに応じてこれらの事情と併せて評価される。入院中で当面の危険が軽減していることに対しても、市は従前の養護環境に戻ることによる再発のおそれを指摘できる。

虐待の評価は、Ｂに加害の意図や虐待の自覚があったかに尽きるものではなく、必要な養護を著しく怠ったかという客観的な態様に即して行われる。健康を願っていたとの説明は、医師の指示を理解し食事を改められるかという将来の養護可能性にも関わる。過去の虐待の認定と、支援を受けた後の適切な介護の見通しを、それぞれの時点の事情から検討することが求められる。

補充性要件について、Ｂ側は、Ａの判断能力に問題がなく、従来もＢの手助けで介護サービス契約を締結し、１２月２５日には介護支援専門員の手助けで保護を申請したことから、契約による支援の利用が可能と主張し得る。市側は、両腕の機能障害から契約等の実施に援助を要し、その援助者であるＢに虐待の疑いがある以上、従来の協力関係をそのまま信頼することには限界があると反論し得る。介護支援専門員等による援助の可能性を具体化し、Ｂの援助に依存せず契約による入所を実現できるかを検討することになる。

市側には、高齢者の健康・安全及び将来の養護環境の専門的・予測的評価について要件判断の裁量を認めるとの主張が考えられる。Ｂ側には、本人の意思に関わる保護措置であることから裁量を限定的に解し、又は裁量を認めても、入院中の状況や契約援助の可能性を十分考慮していないとして、判断の過程・内容に合理性がないと主張することが考えられる。

⑶ 時点③における解除と事情の変化

老人福祉法第１２条は解除に関する手続を定める規定であり、独立した実体的解除要件を定めるものではない。措置の根拠となる第１１条の要件の存続から考えると、困難性要件又は補充性要件のいずれかが失われれば、措置を維持する根拠が失われる。

３月の申出では、Ｂが適切な居宅介護の実施と、血中ナトリウム値を適切に維持するための栄養指導を受けることを約束した点が、主として困難性要件に関わる。Ｂ側は養護環境が改善される具体的な見通しを主張し、市側は従前の経過と本人の意向も踏まえて実効性を争うことが考え

られる。適切な介護が確実でないとの理由についても、抽象的な不安の残存を解除拒否の理由とすることの合理性や、約束を実施・確認する方法の検討の有無を評価することになる。

６月には、Ｂが居宅での介護に固執せず、Ａが希望すれば施設との契約にも協力し、定期検査で数値が低下すれば直ちに入院又は入所させる旨を申し出ている。この段階では、従前の虐待評価に加え、措置によらず契約による施設利用が可能になったとして補充性要件の消滅を主張する意義がある。市側には、Ａの意向の揺れや判断能力低下のおそれ、実際に援助する者がＢであることを踏まえ、契約による適切な利用がなお困難との反論が考えられる。３月と６月の申出の内容に対応させ、各要件についての主張と反論を具体的に示すことが求められる。

第３　民法（民事系科目第１問）

本問は、不動産の取得時効及び遺贈をめぐる権利関係と、建物建築請負契約が中途で解除された場合の法律関係を素材として、基本的制度を具体的な紛争の解決に用いる能力を問うものである。物権変動の時系列、第三者保護の特則及び所有権と報酬の関係を踏まえ、各当事者の請求の当否を理由とともに示すことが求められる。

１　設問１⑴について

⑴　請求の構成と最初の時効完成

Ａの請求は、甲土地の所有権に基づくＣ及びＤの各抵当権設定登記の抹消請求である。Ａの所有権取得に加え、各抵当権者との関係でも抵当権のない所有権を主張できることが請求を基礎付ける。

Ａは令和２年１月１０日に占有を開始し、自己の乙土地に含まれると過失なく信じていた。所有の意思、平穏かつ公然の占有及び善意無過失を備えた占有が１０年間継続したことから、民法第１６２条第２項による最初の取得時効は令和１２年１月１０日に完成する。

しかし、取得時効の完成後、登記がされない間に原所有者から権利を取得した第三者との関係は、民法第１７７条の対抗問題となる。Ｃは令和２２年４月２０日に抵当権設定登記を備えているから、Ａは最初の時効完成のみを根拠として、登記なくＣに所有権取得を対抗することはできない。原始取得である取得時効についても、完成後の第三者との間には同条の適用があることを踏まえる必要がある。

この対抗問題は、時効完成前に権利を取得した者との関係とは異なる。完成前の権利取得者は、その後に占有者が所有権を取得することとの関係で時効の当事者に準ずる地位に立つのに対し、完成後の第三者との間では完成済みの物権変動の優劣が争われる。判例が時効完成の前後を区別する理由を踏まえ、Ｃの登記の日付を評価することが求められる。

⑵　起算点の選択と再度の取得時効

Ａは占有開始から２０年以上も占有を継続しているが、任意の時点を起算点として選び、Ｃの登記を時効完成前のものに組み替えることはできない。最判昭和３５年７月２７日民集１４巻１０号１８７１頁に関係する起算点の選択の問題と、登記後の占有継続により新たな時効完成を認める問題は、区別しなければならない。前者を自由に認めると、登記を備えた完成後の第三者との対抗問題を、占有者の都合によって回避できることになる。

最判平成２４年３月１６日民集６６巻５号２３２１頁は、最初の取得時効完成後に抵当権設定登記がされ、その後さらに必要な期間の占有が続いた場合について、一定の例外を除き抵当権の負担のない所有権の取得を認めている。この取扱いは、最初の時効による取得を対抗できないことと、登記後の長期の占有状態を時効制度によって新たに保護することとを両立させるものである。

抵当権には占有を排除する効力がなく、Ｃの被担保債権の弁済期である令和３７年４月２０日は再度の時効完成後である。この点につき平成２４年判決の古田佑紀裁判官の補足意見は、抵当権実行以外にも消滅を防止する手段があることを前提として法廷意見に賛成している。法廷意見

を基礎とする場合には、弁済期未到来の一事を特段の事情とせず、抵当権の存在を容認した等の事情がない本件では再度の時効を肯定する。他方、抵当権者が時効の進行を防ぐ機会を実質的に欠く場合に、例外を認める余地もある。その立場では、未到来という事実に加えて他の防止手段も利用できないとする法的根拠が問題となり、その例外を本件に認めるならＣの抵当権は消滅せず、Ｃに対する抹消請求も棄却される。

再度の時効の起算点はＣの抵当権設定登記の日である令和２２年４月２０日となり、善意無過失もこの登記時を基準として判断される。Ａはなお甲土地が乙土地に含まれると信じ、そう信じたことに過失もなく占有を続けているから、１０年間の経過により令和３２年４月２０日に抵当権の負担のない所有権を取得すると解される。登記が存在することから直ちに占有者の悪意や過失が認められるものではない。

Ａが他人の土地であることを知ったのは令和３５年９月３日であり、登記時の善意無過失及び令和３２年の時効完成を覆す事情にはならない。Ａが抵当権設定登記の存在を知ったのも同日であり、それ以前に抵当権を容認していたとの事情も示されていない。

⑶ Ｄとの関係と抹消の範囲

Ｄの登記は令和３３年２月１５日であり、Ｃの登記後の１０年間が経過した後にされたものである。そのため、ＡとＤとの間では、再度の取得時効の完成後に登場した第三者との対抗関係が改めて問題となる。Ｃの抵当権が時効によって消滅するとの結論から、第二順位のＤの抵当権まで当然に消滅すると導くことはできない。

弁済期未到来の一事では例外を認めない前記の見解によれば、Ｃに対する抹消請求は認められる一方、Ａは再度の取得時効についても登記を備えていないため、完成後の第三者Ｄにその取得を対抗できず、Ｄに対する請求は認められない。Ｄの登記からは新たな１０年間も経過していない。Ｄの被担保債権の弁済期が令和３６年２月１５日であることは、この第１７７条による優劣を変更せず、Ｃについて検討した再度の時効の成立阻害とは異なる位置付けとなる。

ＣとＤの結論が異なるのは抵当権の順位によるのではなく、各登記と時効完成との先後による。Ｄを背信的悪意者として保護から除外する事情も示されていないため、本件では各抵当権者との対抗関係に従った解決が考えられる。

Ａが令和３５年１０月１５日より前に時効を援用したことがないとの事実は、最判平成１５年１０月３１日集民２１１号３１３頁との関係でも意味を持つ。同判決は、占有者が既に時効を援用して所有権取得登記を経た後、起算点を後に移して抵当権に対抗することを否定した。本件にはそのような援用・登記による権利関係の確定がなく、抵当権設定登記を起点とする再度の時効を検討する余地がある。これは、占有者の都合による起算点の自由な選択を一般的に認める趣旨ではない。

２　設問１⑵について

⑴ 遺贈による取得と請求主体

Ｅの遺言は、特定の丙土地を友人Ｆに遺贈するものであり、相続人に特定の財産を承継させる遺言とは異なる。民法第９８５条による遺言の効力発生を踏まえ、ＦはＥの死亡により丙土地の所有権を取得したと構成できる。Ｈが相続登記を経て自己の持分をＫに売却したという登記の外形と、遺贈による実体的な権利帰属を区別する必要がある。

Ｆは自らの所有権に基づいてＫ名義の持分移転登記の抹消を求める。遺言執行者Ｇが指定されていることは、Ｆ自身の物権的請求を当然に排除するものではない。遺言執行者が遺贈を実現する権限を有することと、受遺者が既に取得した権利を第三者の侵害から守ることとは両立する。この点について最判昭和６２年４月２３日民集４１巻３号４７４頁も参考となる。

不動産の特定遺贈による取得と、相続人から目的物の権利を取得した第三者との優劣は、原則として第１７７条の対抗問題となる。Ｆには先行する遺贈による権利があるものの、Ｋが登記を得ているため、その第三者としての地位を妨げる特則の適用が請求の当否を左右する。

⑵ 遺言執行者の指定と相続人の処分禁止

本件では遺言執行者が指定されているため、民法第１０１３条が重要となる。同条は、相続人による遺言の執行を妨げる行為を制限し、その違反行為の効力と第三者保護を定めている。遺贈と登記に関する一般則に加え、この特則によるＫの保護の可否を検討することが求められる。

Ｈが遺贈の目的となる土地の持分をＫに移転する行為は、Ｆへの権利実現を妨げるものである。問題は、その時点ではＧがまだ就職を承諾していなかったことである。「遺言執行者がある場合」を、現に職務を開始した者がいる場合に限定すると、その前の空白期間に相続人が遺言を実現不能にすることができる。昭和６２年判決は、指定された者が承諾する前であっても処分制限が及ぶとした。

遺言執行者の就職承諾前にも処分を制限するのは、その空白期間に相続人の処分を許すと遺言の実現が妨げられるためである。本件でもＧの承諾が売買後であることは処分制限を免れる理由とならず、現行法で加えられた善意の第三者保護が次の検討対象となる。

⑶ 善意の第三者の保護

現行第１０１３条第２項は、禁止に反する行為を無効としつつ、その無効を善意の第三者に対抗できないものとしている。相続人の処分が一律に無効となれば、遺言等の事情を知らずに取引した者が不測の損害を受けるため、遺言の実現と取引の安全を調整する規定である。

ＫはＨから持分を買い受けた第三者であり、遺言の存在を知らなかった。他方、Ｈに遺言の有無を尋ねていないため、同項の「善意」に加えて無過失を要求するかにより、この不調査の法的意味が異なる。

無過失を要しない立場では、同項が「善意」と定め、無過失を明示する他の第三者保護規定と異なる文言を用いていることが根拠となる。第三者が遺言の有無を確実に調査する手段は限られ、相続人に質問しても回答の正確性は保障されない。取引の安全に配慮したこの理解の下では、調査をしなかったことと遺言を知っていたこととは異なり、Ｋの善意は否定されない。

無過失を要する立場では、既に権利を取得した受遺者Ｆを犠牲にして取引者を保護するには、合理的な注意を尽くしたことが前提となると説明することが考えられる。その解釈の下では、登記を信頼した買主にも遺言の有無を相続人に尋ねる義務があるか、調査によって本件の遺言の存在を知り得たかが問題となる。

無過失を要求しない立場では、Ｋは善意の第三者として保護され、ＦはＨの処分の無効をＫに対抗できず、登記を得たＫとの優劣でも劣後するため、抹消請求は認められない。これに対し、無過失を要求し、本件の不調査から過失を認める立場では、Ｋは保護されず、Ｆは処分の無効を主張して抹消を求め得る。無過失要求説でも、質問をしなかったことから当然に過失が導かれるわけではなく、要求される注意義務の内容を具体化して判断することになる。

第１０１３条第２項による保護と第１７７条による対抗関係は、処分制限に違反する行為の無効を主張できるかと、競合する取得の優劣というそれぞれの問題に対応する。本件ではＨからＫに移転された持分が請求の対象であり、Ｊが保有する登記名義部分にまで同じ第三者保護が及ぶわけではない。

３　設問２⑴について

⑴　所有権帰属を検討する順序

本小問は、解除当日の令和８年１０月１日における出来形の所有権の帰属を問う。この時点では独立の不動産となっているが未引渡しであり、材料提供者への帰属と、元請契約の所有権帰属特約との関係が中心となる。

建築請負では、材料を提供した請負人に出来形の所有権を帰属させる考え方が出発点となる。他方、当事者の合意によって注文者への帰属が定められている場合には、その合意を基礎として帰属を判断することになる。本件で材料を全て提供したのはＣであり、所有権帰属特約を結んだのはＡとＢである。この当事者の食い違いを捉えることが本小問の中心となる。

ＡＢ間の特約は中途解除時の出来形をＡに帰属させるが、ＢＣ間には帰属特約がない。材料拠出者Ｃに所有権が帰属するという原則と契約の相対効からは、ＡＢ間の合意はその当事者ではないＣに及ばず、ＡにはＣの所有権を否定する根拠がないとの主張が成り立つ。これが、Ａへの帰属を認める判例の論拠と対置される。

⑵　一括下請に関する判例とその根拠

最判平成５年１０月１９日民集４７巻８号５０６１頁は、元請契約で中途解除時の出来形を注文者に帰属させる特約がある場合、一括下請負人が材料を提供して施工していても、注文者と下請負人との格別の合意等の特段の事情がなければ、注文者への帰属を認める。この結論は、下請負人が一括下請によって元請負人の履行を実現する立場にあるという契約関係の構造を重視したものである。

本件でも、ＣはＡのための工事をＢから一括して請け負ったことを知っている。Ｃの施工は、ＢがＡに負う仕事完成義務を履行するためのものであって、Ａとの関係で元請契約と無関係な独立の建築をしているわけではない。この点を重視すれば、Ａに対してＢとは異なる所有権帰属を主張できないと解される。

この判例の立場は、元請負人が請負契約上約束した結果を一括下請によって実現する以上、注文者のために予定された所有権帰属も一体として扱うという理解に結び付く。下請負人の報酬債権は元請負人との間に残るが、施工に材料を提供したことから注文者に対して元請契約と異なる所有権帰属を主張する余地は制限される。

⑶ 本件と判例の事案の異同

本件では、Ａが一括下請を書面で承諾している。これに対し、平成５年判決の事案では、注文者は下請の存在を知らず、承諾もしていなかった。また、同判決の事案で注文者が支払った金額は出来形の価値を大きく上回っていたが、本件のＡの支払額は４００万円で、出来形の利益割合に対応する６００万円に達しない。これらの違いは、設問が反対の立場の論拠への言及を求めていることと結び付けて検討すべきである。

Ｃの立場からは、ＡはＣによる施工を承諾しており、材料を提供したＣの利益を考慮すべき関係にあること、Ａはまだ出来形の価値に見合う出捐をしていないこと、Ｃが未払報酬を抱える状態でＡに所有権を認めれば、Ｃに信用危険が集中することが主張できる。判例が注文者の不知や多額の既払金に言及したことを重視し、本件では特段の事情があるとの方向で論ずることも考えられる。

これに対し、Ａの立場からは、建設業法上必要となる一括下請の承諾と、出来形の所有権をＣに留保する合意は異なると反論できる。承諾によって一括下請の禁止が解除されるとしても、承諾がＡの元請契約上の所有権帰属の放棄を意味するとは解されない。Ｃとの格別の合意を認めるには、単なる承諾を超える事情が必要である。

また、Ａへの所有権帰属は、既履行部分についての報酬の精算を不要にするものではなく、出来形の無償取得を意味しない。Ｃの保護をＢに対する報酬請求や、ＢのＡに対する報酬債権の代位行使に求める説明もある。他方、代位行使はＢの権利を超えるものではなく、ＡがＢに対して有する抗弁にも服する。この保護の限界も踏まえ、１０月１日の時点で判例のいう特段の事情を認めるかを検討することになる。

以上の検討を踏まえ、Ａへの帰属を認める立場では、書面の承諾と支払額の差は格別の所有権留保合意等に当たらないと評価する。Ｃへの帰属を認める立場では、注文者が一括下請を承諾し、出来形の価値に満たない出捐で材料拠出者の所有権を失わせる点を、判例のいう特段の事情と評価することになる。

⑷ 解除の有効性と帰属時点

本件特約による帰属の前提として、Ａの解除が有効であるかを確認する必要がある。Ａは工事の中断後、相当期間を定めて履行を催告し、期間内に完成しなかったため解除している。ＢのＣに対する代金不払は請負人側の履行体制の事情であり、Ａの責めに帰すべき事由とはいえない。民法第５４１条及び第５４３条を踏まえて解除の効力を確認した上で、前記特約がＣとの関係でも効力を有するとの立場では１０月１日にＡへ帰属し、特段の事情を認める立場ではＣへの帰属が維持されると論ずることになる。

４　設問２⑵について

⑴　中途解除と既履行部分の報酬

本小問では、Ａが出来形を受領し、Ｄに残工事を請け負わせて完成させた後の金銭関係を検討する。未完成の仕事について割合的報酬を認める民法第６３４条が判断の基礎となる。同条は、仕事の完成前に請負が解除された場合にも、既にした仕事の結果のうち可分な部分の給付によって注文者が利益を受けるとき、その部分を完成とみなして割合的な報酬を認める。

本件では、Ｂがいう１０月１日の一部完成と、可分な部分の給付によってＡが利益を受けることとは同時ではない。同日には未引渡しであり、出来形が存在するという理由で直ちに第６３４条の報酬を請求できるとの反論は、その限度で当たらない。１０月１３日にＣからＡへの引渡しがされ、Ａがこれを利用して残工事を続行できる利益を受けた段階で、同条第２号による割合的報酬が認められる。

引渡しをしたのはＣであるが、Ｃは本件工事全部を一括して請け負い、Ｂの仕事完成・引渡義務を実現する立場にある。その引渡しをＢの履行として評価すれば、Ａが受けた利益の割合６割にＡＢ間の報酬１０００万円を乗じた６００万円がＢの報酬となる。ＢＣ間の８００万円やＣの支出額ではなく、Ａが約定した給付から受ける利益の割合が算定の基礎である。第６３３条の報酬支払時期も引渡しと対応し、１２月２日の相殺時には残報酬の弁済期が到来している。

Ｂは既に４００万円を受領しているため、割合的報酬６００万円のうち未払額は２００万円である。既履行部分に対応する対価が第６３４条によって残るため、既払金４００万円はこの報酬に充当されたものとして精算される。

また、Ｂに債務不履行があることは、損害賠償責任を発生させる事情であるが、既履行部分の報酬請求を当然に失わせるものではない。第６３４条は、解除の原因が請負人の責めに帰すべき事情である場合を当然に除外しているわけではない。Ａが現に利益を受けた部分の対価と、債務不履行による損害を別々に計算し、その後に精算することが重要である。

⑵　損害賠償請求の根拠と範囲

Ａの請求は、Ｂが仕事を完成させなかった債務不履行に基づく損害賠償として、民法第４１５条及び第４１６条により検討することになる。解除は損害賠償請求を妨げない。Ｃへの支払ができずに工事が中断した事情は、Ｂの契約上の履行確保の問題であり、Ｂの資金事情は免責を基礎付けるものではない。

損害は、契約どおりに完成建物を得た場合の財産状態と、現実の財産状態との差によって把握する。ＡがＤに６５０万円を支払ったという事実だけから、その全額をＢの債務不履行による損害とすることはできない。当初の契約が履行された場合にも、ＡはＢに合計１０００万円を支払う必要があったからである。

出来形に対応するＢの報酬６００万円と、Ｄに支払う残工事代金６５０万円を合計すると、完成のために必要な契約上の負担は１２５０万円となる。当初の１０００万円との差額２５０万円が、代替工事による追加負担となる。Ｄへの報酬が適正な金額であったことは、Ａが過大な支出をして損害を拡大したわけではないこと、追加負担が通常生ずべき損害と評価できることを支える。

損害賠償債権２５０万円は、既払４００万円、Ｄへの６５０万円及びＢに対する未払２００万円を含む負担から算定される。これに対して、Ａの現実の追加出費５０万円は、未払報酬との相殺を経た後に回収すべき差額に当たり、次の相殺の検討と結び付く。

⑶ 相殺及び最終的な請求額

Ｂは残報酬２００万円を自働債権、Ａの損害賠償債権２５０万円を受働債権として相殺する。双方の金銭債権が存在し、残報酬も引渡しにより弁済期にあるから、第５０５条の相殺適状を認め得る。Ｂの説明は１０月１日の段階については不十分であるものの、その後の引渡しを含む１２月２日時点の反論としては、２００万円の限度で理由がある。 Ａの受働債権は追加工事費用に係る契約上の損害賠償債権であり、悪意による不法行為又は生命・身体の侵害を原因とするものではないため、第５０９条による相殺の禁止にも該当しない。

同一の請負契約に基づく報酬と損害賠償が同時履行関係にあると解しても、両債権を対当額で精算する相殺によって、相互に担保し合う利益は実現される。一般に同時履行の抗弁の付いた自働債権による相殺を制限するのは、相手方が抗弁によって確保する反対給付の利益を一方的に奪わないためであり、本件の同一契約の精算では、相殺を認める合理性がある。

相殺が認められると、Ａの債権２５０万円のうち２００万円が消滅し、Ｂに対する請求は５０万円の範囲で認められる。６００万円という割合的報酬、２００万円という未払額、２５０万円という追加損害、５０万円という相殺後の残額の関係を示すことが求められる。

所有権の帰属、引渡しによる利益の取得及び報酬の弁済期という各時点を踏まえると、建築を継続するための物権的処理と、解除後の対価・損害の精算とが結び付く。遅延賠償を除く指定の範囲で、Ａの認容額は５０万円となる。この精算関係の下では、ＣがＢの残報酬を代位行使してもＡの相殺による対抗を排除できず、代位による保護には限界がある。

第４　商法（民事系科目第２問）

本問は、非公開の取締役会設置会社における株式売戻し合意と対抗要件、仮装払込みと議決権、取締役解任と金銭請求を問う。会社法の制度趣旨と判例を踏まえ、組織法上の効力を具体的な救済へ結び付ける能力が求められる。

１　設問１について

⑴　退職時の売戻し合意の効力

小問⑴は、Ｃのために、本件書面のうち退職時に取得価格でＡへ売り戻す部分の効力を争う法律構成を問う。Ｂの取得自体は維持しつつ、退職時の本件取得を否定することで、ＢからＣへの譲渡を基礎付けることになる。

会社法第１２７条の株式譲渡自由の原則との関係では、株主間の処分に関する合意と定款による譲渡制限との相違が問題となる。本件では甲社の取締役会も制度に賛同し、社内報で周知し、必要な譲渡手続を迅速に行うと約束した。この会社の関与を重視すると、私的な形式で第１０７条の制限や第１４０条以下の買取りによる投下資本回収の保障を回避する制度であるとの主張が考えられる。これに対し、譲渡の当事者はＡと従業員であり、会社の協力から直ちに法定の譲渡制限と同じ規律を受けるものではないとの反論がある。

Ｃとしては、株価が１００円から１０００円へ上昇しているのに、退職を契機に１００円で株式を失うことは、従業員が本来享受すべき値上がり益を奪い、株式の自由な処分を強く拘束するとの主張が考えられる。第三者への譲渡を禁止し、Ａがあらかじめ取得した書類によって名義書換えを進められる仕組みも、拘束の程度を評価する事情となる。

Ａからは、任意に参加する従業員に配当等の利益を与えつつ株主構成を安定させる制度であり、低株価の時期にも取得価格で買い戻して損失を抑えてきたと反論できる。他方、取得当時の価値が１００円を超えなかったことから、Ｂが割安な取得の見返りに値上がり益を放棄したとの説明は採り難い。配当と価格下落時の保護を含む利益が、退職時に値上がり益を失わせる拘束を合理化するかが検討対象となる。

最判平成７年４月２５日集民１７５号９１頁、最判平成２１年２月１７日集民２３０号１１７頁は、従業員持株制度の目的、参加の任意性及び売戻価格等を踏まえた判断の手掛かりとなる。本件では会社又は持株会でなくＡ個人が買い戻す点から、制度維持のための合理的制限と評価できるか、値上がり益を創業者に集中させる制約と評価するかが、公序良俗に関する結論を左右する。

Ａが提出したのは５年前にＢが署名した請求書であり、第１３７条第２項の株主との共同による承認請求を欠くとの主張も考えられる。これに対しては、本件書面にあらかじめ共同請求への同意が含まれるとの反論がある。また、承認を欠く譲渡も当事者間では有効と解されるため、仮に承認手続の瑕疵を認めても、それが直ちにＡの取得自体の否定につながるものではない。

⑵　承認擬制と対抗関係

小問⑵では本件取得が認められるとの前提に立ち、退職時に取得したＡと、退職後にＢから譲り受けたＣとの二重譲渡関係、及びＣと甲社との関係を検討する。

第１４５条第２号は、不承認通知から４０日以内に会社が第１４１条第１項の買取通知をしない場合、１０日以内に指定買取人が第１４２条第１項の通知をしたときを除き、承認を擬制する。８月３日の請求に対する８月１０日の不承認通知後、会社の通知は４０日間なく、指定買取人の通知も１０日以内にない。したがって、９月１９日の経過により承認が擬制される。

ＣとＢは１０月１日に共同して名義書換えを請求しており、第１３３条第２項の要件を満たす。第１３４条は譲渡制限株式の名義書換えについて承認を要するが、既に承認擬制が成立しているとの理解では、この規定も拒絶理由とはならない。

株券不発行会社の株式譲渡について、第１３０条第１項は株主名簿への記載・記録を会社その他の第三者に対する対抗要件とする。本件ではＣの名義書換えがされていないため、各相手方によるその欠缺の主張が許されるかが問題となる。

ＣはＢと共同して名義書換えを請求しているのに、会社がＡに連絡して処理を留保し、その間にＡの名義書換えを先行させている。会社に正当な拒絶理由がない場合には、会社が自らの不当な拒絶によって生じた名簿の不備をＣに主張できるかが問題となる。最判昭和４１年７月２８日民集２０巻６号１２５１頁は、不当な名義書換拒絶をした会社による対抗要件の欠缺の主張を制限しており、その趣旨を踏まえた検討が求められる。

Ａとの関係では、会社と協力してＣの適法な名義書換請求を妨げ、自分の名義書換えを先行させた経緯に背信性を認めると、Ａによる対抗要件欠缺の主張も信義則上制限され、Ｃの確認請求を認める余地がある。

他方、ＡはＣより先に株式を取得しており、甲社から連絡を受けるまでＢの退職を知らなかった。連絡後は自己の権利を守るため本件請求の拒絶を求め、甲社の求めに応じて承認・名義書換えの手続をしている。先行する自己の権利を守ることと、後から権利を取得した者が先行取得者を害することとは異なる。Ａからは、後行取得者を背信的悪意者として排除する判例法理をそのまま及ぼすことは相当でなく、Ｃの請求は認められないと反論できる。取得の先後に加え、名義書換えを妨げた具体的経緯から信義則違反の有無を判断することが求められる。

２　設問２について

⑴ 払込みの仮装の認定

本設問では、甲社の資金を丁社・丙社を経由して払い込むことについて、入金の外形に加え、回収可能な財産の確保という実質から払込みの仮装に当たるかを検討する。

甲社から丁社、丁社から丙社、丙社から甲社へと５０００万円が循環しており、甲社に残る貸付債権の回収可能性が判断の基礎となる。

丙社には返済に充てる資力がなく、丁社も返済を求めず、甲社も丙社からの返済までは丁社に請求しないと合意している。このため、甲社に残る貸付債権を通常の回収可能な資産と評価することは難しく、資金を循環させて増資の外形を作出したとの評価が成り立つ。

⑵ 株式発行の効力と現行法の処理

Ｅの訴えとして、会社法第８２８条第１項第２号の株式発行無効の訴え及び第８２９条第１号の株式発行不存在確認の訴えが考えられる。Ｅは株主であり、令和６年１０月１５日の効力発生から令和７年７月１日までは１年を経過していないため、非公開会社の発行無効の訴えの出訴期間内にある。

不存在の主張については、出資を履行しない引受人は株主となる権利を失うとする第２０８条第５項が根拠となり得る。他方、本件には募集事項の特別決議及び払込みの外形があり、単なる未払込みと仮装払込みを区別する余地がある。第２０９条第２項・第３項が支払等までの株主権行使を制限し、譲受人の保護を定めていることは、仮装に係る株式の成立を前提とするとも読める。同項等と第２０８条第５項との関係を示して判断することが求められる。

無効原因について、最判平成９年１月２８日民集５１巻１号７１頁は、見せ金による払込みの仮装をそれ自体では無効原因としなかった。その根拠となった旧商法上の取締役の引受担保責任に対応する一般的制度は現行法にないため、結論の単純な援用では足りない。現行法の第２１３条の２及び第２１３条の３による仮装引受人・関与取締役等の支払義務と、第２０９条の権利行使制限から、発行の効力を維持し、支払義務の履行によって財産回復を図る仕組みと解することができる。

これに対しては、仮装により現実の財産が確保されず、特に非公開会社では既存株主の持分・支配への影響が大きいとの反論がある。最判平成２４年４月２４日民集６６巻６号２９０８頁は、非公開会社の持株比率維持の利益を重視し、特別決議を経ない第三者割当て発行を無効と解した上、新株予約権の重要な行使条件に反する株式発行をこれと同視して無効原因を認めた。本問には募集事項の特別決議があり、株主の意思に反する発行の瑕疵と、決議に従った出資の実質を欠く瑕疵との相違を踏まえ、なお無効とすべきかを論ずることが考えられる。

⑶ 丁の議決権と決議の効力

丙社から丁社への株式譲渡は、別の買掛金５０００万円の代物弁済であり、払込資金に係る貸付金の返済や仮装払込金の支払を実現するものではない。したがって、株式の譲受人となった丁社が第２０９条第３項による保護を受け、権利を行使できるかが問題となる。

会社法第２０９条第３項の譲受人保護について、丁が払込みの仮装を知っていたかを検討する。丁は資金循環と返済条件に関与しているため、善意の取引者として当然に保護される立場ではない。丁による権利行使が制限されるならば、５万株について議決権を行使できないことになる。

丁社の５万議決権を除くと総議決権は１０万、賛成は９万から５万を控除した４万となる。取締役選任の会社法第３４１条による出席議決権の過半数に達せず、本件再任決議は要件を満たさない。

Ｅは第８３１条第１項第１号により、６月３０日の決議から３か月以内に、決議方法の法令違反を理由とする取消しを求め得る。丁社の議決権を除くと可決に至らないため、結果に影響しない瑕疵として同条第２項により裁量棄却する余地もない。小問１で発行無効原因を認める立場でも、無効判決の効力は第８３９条により将来に向かって生ずるため、６月３０日の決議を当然に失効させることにはならず、議決権制限と決議取消しの検討が意味を持つ。

３　設問３について

⑴ 取消しと不存在の区別

１月３１日の総会では、適法な招集決定はあったものの招集通知が全株主に発せられず、取締役会等で開催を知ったＡ及びＧら５名だけが出席した。通知の全面的欠缺が取消事由にとどまるか、決議の不存在を基礎付けるかが問題となる。

招集通知の欠缺は通常、招集手続の法令違反として決議取消事由となるが、瑕疵が著しい場合には、法的に株主総会の決議と評価できる実体がなく、不存在の問題となり得る。どの程度の株主が参加の機会を奪われたか、通知を欠いた範囲、実際の会合の構成等を総合して判断すべきである。

出席者が５万２０００株、すなわち５２％の議決権を有していたことは、定足数や採決結果の点では重要である。しかし、残る１６名・４８％の株主に参加の機会がなかったことの意味は、それだけでは解消されない。総会は単なる賛成数の集計ではなく、説明を受け、質問・討議をし、他の株主の判断に働き掛ける場でもあるからである。

不存在を認める方向では、通知が全面的に欠け、相当数の株主が排除されたことを重視する。取消事由にとどめる方向では、適法な招集決定に基づく会合が現に開かれ、議決権の過半数が出席して議案を決した点を重視することが考えられる。決議の実体を認める基準と各事情との関係を示すことが求められる。

Ｆが請求する７月には、１月の決議について取消訴訟の３か月の期間が既に経過している。このため、瑕疵の分類は形式的なものではなく、解任の効力を争い得るかに直結する。不存在であれば期間経過によって決議が存在するようになるわけではないが、取消しにとどまるなら、期間内の提訴の有無を無視して効力を否定することはできない。

⑵ 追認決議の意味

４月３０日の追認決議について、１月の決議を不存在と解する立場では、追認によって当時の株主の参加・討議の機会が回復するわけではなく、既に生じたＦの報酬債権等にも影響するため、遡及的な効力を否定することが考えられる。

他方、４月３０日の決議は、Ｆの解任を維持する株主の意思を適法な総会で示したものであり、その時点から新たに解任する決議として効力を認める解釈が考えられる。追認という議案の文言・趣旨から現在の解任まで読み取れるかが、将来に向けた効力の根拠となる。

⑶ 報酬と解任による損害

Ｆの月額１００万円の報酬が定められているため、有効な解任まで在任していた期間については委任関係に基づく報酬を請求できる。病気による欠席から報酬が当然に消滅するものではなく、報酬の変更等の事情がない本件では在任期間に応じた額が基礎となる。

１月の決議を不存在とし、４月３０日の決議を新たな解任として有効と解する構成では、２月から４月までの報酬３００万円と、５月・６月の残任期分について第３３９条第２項による損害賠償２００万円とに分かれる。後者は解任に正当な理由がなければ認められる。

これに対し、１月の瑕疵を取消事由にとどめると、７月には３か月の出訴期間が経過しており、１月の解任を無効として報酬を求めることは認められない。その場合の５００万円全額について第３３９条第２項の損害賠償の要件を検討することになる。他方、１月の決議は不存在で、４月の決議も新たな解任と解せない場合には、６月３０日の任期満了まで在任し、５００万円全額が報酬請求の対象となる。

第３３９条第２項の正当な理由は、取締役に帰責すべき落ち度がある場合に限られない。最判昭和５７年１月２１日集民１３５号７７頁は、病状悪化のため業務から退き、全株式を譲渡し、代表取締役を交替した者の解任につき、正当な事由がないとはいえないとした原審判断を是認した。本件のＦは自ら業務から退いておらず、株式譲渡等もない点で異なる。もっとも、長期療養により出社が難しく、取締役会にほとんど出席できない状態が職務遂行を客観的に困難にしているなら、病気について本人に責任がなくても正当な理由を肯定する余地がある。その場合、前記各構成における損害賠償部分の２００万円又は５００万円は認められず、報酬として残る部分とは取扱いが異なる。

本設問では、決議の瑕疵と後行決議の解釈が在任期間を決め、在任期間が報酬と損害賠償の振分けを決めるという関係を把握し、Ｆの請求額を各構成に即して示すことが求められる。

第５　民事訴訟法（民事系科目第３問）

本問は、主債務者と連帯保証人を共同被告とする訴訟及び請求異議訴訟を素材として、主張共通、秘密文書の提出義務及び既判力の時的限界を問うものである。会話で指定された課題について、判例・制度の趣旨と具体的な事実を結び付ける能力が求められる。

１　設問１について

⑴ 主張共通肯定説の内容

本件訴訟は、第４０条の適用を受けない通常共同訴訟であり、主債務者への代金請求と保証人への保証債務履行請求は別個の訴訟物である。第３９条の共同訴訟人独立の原則に対して、実体法上関連する争点の主張をどの範囲で共通に扱えるかが課題となる。

肯定説は、矛盾した判断を避け、共同審理の実効性を確保するため、共通の争点について一人がした有利な主張を他の共同訴訟人についても利用することを認める。ただし、一人の不利益な陳述まで他の者に及ぼすのではなく、他の共同訴訟人の明示の意思や矛盾する訴訟行為との関係も問題となる。肯定説の内容と、その適用の限界を併せて説明することが求められる。

４（ア）の契約成立及び仕事完成を認める陳述は、Ｘの請求原因を認める不利益な陳述であり、有利な主張の共通を認める立場によっても、その自白の効果はＹ２に及ばない。Ｙ２の欠席と書面不提出による擬制自白は、Ｙ２自身の訴訟上の不作為から生ずる別の効果である。

４（イ）の契約不適合に基づく損害賠償債権による相殺は、主債務を消滅させ得る防御方法であり、保証人にも有利な主張として共通が認められる。相殺の主張を審理対象とすることと、主債務が現に消滅したこととは同じではなく、相殺の効力が生ずるまでの保証人の履行拒絶の権能とも関連する。

⑵ 否定説の根拠と肯定説への批判

否定説は、各共同訴訟人の訴訟追行上の自主性を重視する。一つの手続で審理されることは便宜的な共同にすぎず、一人の行為や不作為が他の者の訴訟上の地位を決めるものではない。各当事者が自ら攻撃防御方法を選択し、その結果を引き受ける構造を維持することが、第３９条の趣旨として説明される。

本件の（イ）は、Ｙ１が自己の損害賠償債権を失うことと引換えに代金債務を免れようとする主張であり、これを維持し、又は撤回するかはＹ１自身の訴訟追行上の判断に委ねられる。主張共通を認めると、Ｙ２の防御がＹ１による債権処分と方針変更に依存することになり、Ｙ２自身が防御方法を選択するという独立の原則との緊張が生じる。

Ｘとの関係では、Ｙ２の欠席及び答弁書不提出により第１５９条第３項の擬制自白を前提とした早期の判決を受ける期待があるところ、Ｙ１の争う相殺についてまで審理を待たせることになる。また、通常共同訴訟では弁論を分離でき、共通の審理が最後まで保障されているわけでもない。実体的な矛盾回避を優先して一人の主張を当然に他人へ及ぼすことには、この手続構造上の問題がある。最判昭和４３年９月１２日民集２２巻９号１８９６頁の共同訴訟人の行為の独立に関する判断も、この検討の手掛かりとなる。

第３９条は、共同訴訟人ごとに主張の提出とその効果を判断する規律であり、誰かの提出した証拠を共通に評価する証拠共通とは問題を異にする。設問の指定に従い、当然の補助参加という構成を用いず、主張共通を認めることと各当事者の訴訟追行の独立との関係を論ずることになる。

２　設問２について

⑴ 技術の秘密と提出拒絶

第２２０条第４号ハ、第１９７条第１項第３号により、本件図面等に技術の秘密が記載されていることを理由とする提出拒絶が問題となる。最決平成１２年３月１０日民集５４巻３号１０７３頁は、公開されれば技術の社会的価値が下落し、それによる活動が困難になるもの等を技術又は職業の秘密と捉えている。

さらに、職業の秘密についての最決平成１８年１０月３日民集６０巻８号２６４７頁及び最決平成２０年１１月２５日民集６２巻１０号２５０７頁は、秘密に該当する情報について、その公表により生ずる不利益と、証言等の拒絶により犠牲となる真実発見及び裁判の公正とを比較衡量し、保護に値するかを判断する枠組みを示している。本設問は、この判断枠組みを技術の秘密に応用し、Ｚの提出拒絶を認める方向で理由を示すことを求める。

比較衡量では、秘密の内容・性質、職業活動への影響、訴訟の内容・社会的意義、証拠の重要性・必要性及び代替証拠の有無等を考慮する。技術の秘密にもこの枠組みを及ぼし、Ｚの秘匿利益が本件で優越することを具体的に示すことが求められる。

Ｚの図面等は、他の主力製品の技術を応用した甲の原型物の製造に関するもので、工程は部外秘とされている。Ｘとは別々の工場で作業し、金型・機械設備等も共有せず、弁護士への資料提供に際してもＸへの不開示を求めていることは、秘密が現実に管理されていることを支える。公開されれば、本件取引を超えて主力製品の製造上の競争優位を失うおそれがあり、Ｚはその技術的内容と不利益を具体化して主張することになる。

訴訟は５００万円の請負代金・保証債務をめぐる私人間の紛争であり、Ｚはその当事者ではない。紛争の規模・性質に対し、秘密の公開による不利益が他の主力製品にまで及ぶことは、Ｚの秘匿利益を重視する根拠となる。

他方、甲の欠陥と原因はＹ１の反対債権の存否に関わり、図面等は原因究明に役立ち得る。Ｘが仕事全体を請け負ったことから立証が不要になるものではなく、Ｘ又はＺの工程のいずれに原因があるか未確定という事情も評価される。

Ｚ側は、完成品の状態、修理記録、修理業者の証言や専門家の検査等による代替的な立証を挙げ、図面等の開示の必要性が秘匿利益に優越しないと説明し得る。修理業者が原因を直ちに特定できず、Ｘも資料を拒んでいる事情を踏まえ、代替証拠の現実の利用可能性を示すことが求められる。

第２２３条第１項の一部提出で足りるとの反論に対しては、秘密部分の除外後も立証に役立つ情報を分離できるか、残る図面や工程の関連から秘密が推知されるかを検討する。同条第６項のインカメラ手続は、裁判所が当事者に開示せず文書の提示を受け、秘密該当性や分離可能性など提出義務を判断する制度であり、当事者に示さず本案の証拠として使用するものではない。

⑵ 弁護士の職務上の秘密との異同

課題２は、Ｌ３からＸの訴訟代理人Ｌ１に渡された写しについて、第１９７条第１項第２号の職務上の秘密と第３号の技術の秘密とで、拒絶の判断基準を同一とすべきかを問う。依頼者以外の秘密も第２号に含まれるとの前提に従い、その保護の理由と範囲を説明することが求められる。

同一の基準を採る立場では、図面等の情報自体はＺの技術の秘密であり、弁護士に交付したことによって保護が強まるのは均衡を欠くと考える。情報を弁護士に移すことで提出義務を回避することを防ぎ、秘密の公表による不利益と本件訴訟の証拠の必要性等を比較衡量することになる。

これに対し、最決平成１６年１１月２６日民集５８巻８号２３９３頁は、弁護士等に事務等を依頼した本人が秘匿について客観的に保護に値する利益を有するかという基準を示す。この基準は、当該事件における証拠の必要性を考慮要素としておらず、第３号についての比較衡量と異なる。職務上の秘密を安心して伝えられる信頼を保護し、専門職の職務を円滑に行わせるという第２号の趣旨からは、個々の訴訟の証拠価値によって保護が変動しないことに意味がある。

本件でＬ１の依頼者はＸであるが、秘密の主体はＺであり、判例の「本人」と一致しない。設問の前提を踏まえると、第三者自身の正当な秘匿利益と、専門職が第三者から必要な情報提供を受ける際の信頼も保護されると説明できる。保護の範囲は、秘密の内容、取得と職務との関連及び客観的な秘匿利益によって画される。

このように異なる基準を採っても、Ｚが保有する原本については第３号に従って提出を求める途が残る。原本の提出義務まで失われるものではないため、同一情報の保護の均衡という同一説の指摘に応答できる。両号の制度趣旨と保護対象の違いから自己の見解を示すことが求められ、資料への具体的な当てはめは問われていない。

３ 設問３について

⑴ 既判力による遮断の根拠

課題１では、確定判決の既判力によって基準時前の事由の主張が遮断されることについて、必要性と正当化を区別して説明する。必要性は、確定した法律関係を後の訴訟で繰り返し争うことを防ぎ、紛争を終局的に解決して法的安定を確保する点にある。正当化は、当事者が前訴で攻撃防御方法を提出し、裁判を受ける機会を与えられていたことに求められる。

最判昭和５１年１０月２１日民集３０巻９号９０３頁では、主債務者と保証人に対する訴訟の弁論が分離され、保証人敗訴判決が先に確定した後、主債務が当初から成立していなかったことを理由に主債務者が勝訴した。保証人による後の判決の援用は、前訴で主張できた主債務不存在を再び争うものであり、仮に反射効を認めても、保証人自身の確定判決の既判力には優先しない。

本件の主張⑴でも、他者の判決の反射効を理由に保証人自身の確定判決の拘束力を覆せるかを、前訴での防御の機会に即して説明することが求められる。

⑵ 相殺による消滅の主張

課題２では、Ｙ１の相殺の意思表示はＹ２訴訟の基準時前であるが、その時点では実体法上の効力が生じていなかったとの前提に従い、相殺による保証債務消滅の主張⑵の許否を論ずる。

最判昭和４０年４月２日民集１９巻３号５３９頁は、基準時前に相殺適状にあっても、基準時後に相殺の意思表示をした場合の請求異議を認める。本件は、意思表示自体は基準時前にされているが、相殺の実体法上の効果は基準時後に生じたとの前提であり、意思表示と効果発生の時点の配置が異なる。自己の反対債権をどのように処分するかは権利者の判断に委ねられ、前訴で相殺しなかったことだけで後の行使を失わせるべきでないという考慮がある。本件では反対債権を有するのはＹ１であり、Ｙ２はその処分主体ではないという相違を検討する必要がある。

Ｙ２に有利な立場からは、基準時には生じていなかった相殺の効力によって主債務が消滅し、付従性により保証債務も消滅したことを、民事執行法第３５条第２項の基準時後の異議事由として主張できると説明することになる。昭和５１年判決の当初からの主債務不存在とは事由の発生時期が異なる。さらにXは、Ｙ１の５００万円の反対債権が相殺によって失われるという満足を得た上で、保証人Ｙ２からも５００万円を取り立て得ることになる。この二重の満足を防ぐ必要性が、主張⑵を認める実質的な論拠となる。

これに対し、Ｙ２は基準時前に民法第４５７条第３項の履行拒絶を主張し、主債務者の相殺権の存在を争点とすることができた。この防御を怠った後に、実質的に同じ損害賠償債権の存在を持ち出すことを許すと、既判力による遮断の意味が失われるとの反論が考えられる。Ｙ２自身には、自己の債権を訴訟外で自由に温存するという昭和４０年判決の利益がないことも指摘できる。

履行を一時的に拒む権能と、後に債務が確定的に消滅する効果は異なる。第４５７条第３項の防御が可能であったことを重視する立場に対しては、その不提出から後発的な消滅まで遮断することが二重の満足を許す結果を正当化するかが問われる。相殺の遡及効のみで事由の発生を基準時前とするのではなく、前訴で行使できた防御と後訴で主張する消滅との関係から説明することが期待される。

⑶ 指定された三つの事情の評価

昭和５１年判決にも弁論分離と保証人敗訴の先行確定があるため、③の事情は分離の存在そのものではなく、その経緯と防御機会への影響から評価される。

第一に、Ｙ２は製品の製造や欠陥について直接の資料を持たず、損害賠償債権の要件を主張立証することが実際上困難であった可能性がある。遮断を肯定する立場では、Ｙ１との連絡、証拠の利用、訴訟への参加等によって防御の機会があったことを説明する必要がある。否定する立場では、抽象的な法的可能性と現実の期待可能性を区別することが考えられる。

第二に、Ｙ１から対応を任せるよう言われたことはＹ２の欠席の経緯を説明するが、既判力は欠席に基づく判決にも生じ、その成立は敗訴者の主観的な理解や納得に依存しない。送達を受けて応訴の機会があった以上、Ｙ１への信頼から直ちに遮断を免れるものではない。これを考慮する立場では、既判力を一般的に否定するのではなく、後発的な相殺による消滅を前訴で主張しなかったとの非難がどこまで妥当するかに位置付けることになる。

第三に、弁論の分離は、Ｙ２の敗訴判決が先行して確定する契機となっている。しかし通常共同訴訟では独立した判断があり得るため、分離されたことだけで既判力が失われるわけではない。他方、主債務についての審理が続いていたという手続状況は、Ｙ２の防御機会や後発的な消滅の評価を考える事情となる。これらを既判力の必要性・正当化と結び付け、主張⑵の許否について一貫した結論を示す必要がある。

第６　刑法（刑事系科目第１問）

本問は、甲乙によるＡへの①行為・②行為、死亡したと誤信したＡを搬送する③行為及びその後の放火を素材として、殺人の因果関係・故意・責任能力、共同正犯並びに公共危険犯の成立を問うものである。各行為時の甲の責任能力と、甲乙の認識の変化を具体的な経過に即して捉える能力が求められる。

１　設問１について

⑴　行為の区分と殺人の実行

①行為は午後７時頃から１０時頃まで断続的に頭部を殴打し背部を足蹴りしたものであり、甲乙とも、Ａが死んでも構わないという未必の殺意を有している。②行為は午後１１時頃から約１０分間、甲が頭部等を踏み付け、鉄製フライパンで頭部を激しく殴打し、乙が両足を押さえたものである。この時点で甲は確定的な殺意を有する一方、乙は事前の打合せに従い、Ａの死亡を認容して加功している。

①行為の実行行為性については、頭部への殴打、二人による足蹴りを含む暴行が約３時間続いたことを踏まえ、人を死亡させる現実的危険を検討する。攻撃の部位、方法、強度及び反復が判断の基礎となり、断続的であったこともその具体的態様の一事情となる。皮下出血が致命傷になり得なかったことは、攻撃の強度を推認する資料となるが、死亡につながる傷害が生じなかったという事後的な結果によって実行の着手を否定するものではない。

②行為では、重さ約１キログラムの鉄製フライパンによる頭部への１０数回の激しい殴打等により、放置すれば死に至る脳挫傷が生じており、殺人の実行行為性は認められる。乙による制圧と甲の殴打が共通の殺害意思に基づくか、さらにこの行為を死亡結果と結び付けられるかが問題となる。

⑵　現実の死因と因果関係

Ａは②行為による傷害自体によって死亡したのではなく、甲乙が死亡したと誤信して密閉された状態で運搬した結果、窒息して死亡している。このため、暴行と死亡との間の条件関係を確認するだけでなく、後の行為が介在しても死亡結果を先行する殺人の実行行為に帰属させられるかを検討する必要がある。

因果関係は、先行する殺人行為の危険が死亡結果に現実化したかという観点から、形成された状態、介在行為の性質及び結果への寄与を評価することが考えられる。最決平成２年１１月２０日刑集４４巻８号８３７頁は、当初の暴行で死因となる傷害が形成され、第三者の暴行が死期を幾分早めた事案で因果関係を肯定した。これに対し本件の死因は脳挫傷ではなく、③行為における密閉したスーツケース内での窒息である。この違いから、②行為で致命傷を負わせたことに加えて、密閉・搬送という介在行為へのつながりを説明することになる。

本件では、②行為によりＡが意識を失って自力で危険を回避できなくなり、これを死亡と誤信した乙が、Ａ車で港へ運び車ごと燃やして証拠を隠滅することを提案した。甲も応じ、目撃を避けるため共同でＡをスーツケースへ押し込み、車に積み込んでいる。この死亡誤信と隠蔽行為が

先行する暴行に誘発されたことは、密閉・搬送を異常な独立の介入とせず、因果関係を肯定する方向に働く。

③行為の運転を担ったのは乙であり、甲は道中の車内で寝ていた。甲については、共同してＡを密閉したスーツケースに押し込み積み込んだ行為が、既に窒息に至る危険を作り出した点が結果帰属を支える。運転中に寝ていたことから、この先行する関与と因果のつながりが失われるものではない。他方、③行為を独立した過失犯として評価する立場では、各人の具体的な注意義務と、甲の責任能力の状態を個別に検討することになる。

もっとも、脳挫傷を生じさせる危険と空気を遮断する危険は物理的に異なり、密閉運搬を別個の意思決定による独立の危険と捉える見解も考えられる。因果関係を肯定する立場では、重篤な状態による死亡誤信、犯行隠蔽の動機及び被害者の脱出不能が結び付いた経過を重視し、この介在によって結果帰属が妨げられないと説明することになる。

後行行為の独立性を重視して因果関係を否定する立場では、②行為による殺人は未遂にとどまり、③行為について、Ａの生存を確認し密閉を避けるべき注意義務に反した過失致死罪等の成否を検討することになる。①行為も含む殺人未遂の個数や、その後の過失犯との罪数は、行為の一連性について採用した理解に対応させて処理することが考えられる。

⑶ 因果経過の錯誤と故意

②行為の時点では殺意があるが、密閉して運ぶ時点では既に死亡したと思っている。この認識の変化から、現実の死亡が生じた行為の瞬間に殺意がないという問題が生じる。しかし、殺意をもってされた実行行為と死亡との因果関係が認められる場合には、その後に死亡したと誤信したことだけで故意が当然に失われるわけではない。

行為者が認識した因果経過と現実の経過が食い違う場合に、どの程度の相違であれば故意の成立を妨げるかを検討する必要がある。殺意をもって重篤な状態を作り出し、その状態に起因する後続の行為を経て同じ被害者が死亡したことを、構成要件上重要な因果経過の範囲内と評価すれば、殺人の故意は阻却されないと解される。

いわゆる概括的故意の事例でも、③行為時には甲乙がＡの生存を認識していない。故意を肯定する説明は、②行為時の殺意と、これに起因して現実化した死亡との因果経過の食い違いが構成要件上重要ではないとするものとなる。他方、密閉による窒息を独立した危険とし、認識した殴打による死亡との相違を重要と評価すれば、故意犯として帰属できる範囲は殺人未遂にとどまる。

最決平成１６年３月２２日刑集５８巻３号１８７頁は、クロロホルムで失神させた後に海中へ転落させる殺害計画について、両行為の密接性や計画遂行上の障害の不存在等から、第１行為の時点で殺人の実行の着手を認め、予想より早く死亡していても一連の殺人行為として故意を認めた。本件では逆に死亡が予想より遅く生じ、③行為は当初から予定された殺害方法ではなく死亡誤信後の隠蔽行為である。同決定の一連性の判断を参照する際も、この計画の有無と因果経過の方向の相違が検討対象となる。

⑷ 甲の責任能力と一連の実行行為

甲は①行為の際には完全責任能力を有していたが、②行為の開始時には心神耗弱であったとされる。行為と責任の同時存在の原則とは、責任能力等の責任要素が犯罪行為の時に存在することを要するという原則である。その根拠は責任主義にあり、刑罰が違法な行為を選択した意思決定への非難を基礎とする以上、その選択を可能にする是非弁別能力及び行動制御能力も行為時に備わっている必要があると説明できる。刑法第３９条が「心神喪失者の行為」「心神耗弱者の行為」と規定することも、この対応を示すものといえる。

本件では、完全責任能力のある①行為と、心神耗弱下の②行為に対応する非難の根拠が問題となる。とりわけ②行為で確定的な殺意が生じ、致命傷が形成された事実を、完全責任能力下で始めた犯罪の継続と評価するか、責任能力低下後の独自の意思決定に基づく行為と評価するかが第３９条第２項の適用を左右する。

①行為から②行為までを一連の殺人の実行と捉える立場では、同じ被害者に対する未必の殺意が続き、午後１０時頃にＡがトイレへ逃げ込んだ後、午後１０時３０分頃の居眠りまでの間にも、Ａがトイレから出てきたら乙が押さえ甲が殴るとの打合せがされた点が重視される。その後の飲酒・居眠りもＡを待つ過程であり、②行為で乙が予定どおり両足を押さえ、甲がそれに気付いて攻撃を継続したことは、共同の意思と実行の連続性を支える。

他方、①行為終了から約１時間が経過し、飲酒と睡眠が介在している。②行為は甲が冷蔵庫に頭を強打して一層激怒したことを契機に始まり、未必の殺意から確定的な殺意への変化と、フライパンという凶器の使用を伴う。①行為の傷害が致命傷になり得ないのに対し、心神耗弱下の②行為で初めて致命傷が生じたことは、責任能力低下後の新たな危険を重視し、減軽を認める側の有力な事情となる。

行為の一連性を肯定する立場でも、第３９条第２項の不適用を責任主義に即して説明することが求められる。完全責任能力下の①行為において、後の殺害に向けた意思と危険が既に具体化し、②行為もその実現と評価できるなら、全体に対する完全な責任を基礎付け得る。未必から確定的への殺意の強化を認めても、死亡の認容という殺人の故意自体が初めから存在したことを論拠とする考え方がある。

これに対し、後の行為の独自性を重視する立場では、①行為についての完全責任を認めつつ、現実の死亡を帰属させる②行為には第３９条第２項を適用する。一罪としての殺人の成立と責任評価は別の問題であり、①行為の意思決定にどこまで②行為を帰責できるかが中心となる。平成１６年決定も責任能力が途中で低下した事案ではなく、同決定が一連性を認めたことから直接、心神耗弱の減軽を排除する結論が導かれるものではない。

⑸ 原因において自由な行為との関係

一連の実行による説明と併せて、原因において自由な行為の理論の適用可能性が問題となる。最決昭和４３年２月２７日刑集２２巻２号６７頁は、飲酒の際に酒酔い運転の意思が認められる場合、運転時に心神耗弱であっても第３９条第２項による減軽をしないとした。この判例との比較では、単なる自発的な飲酒ではなく、能力低下を招く原因行為時に後の犯罪への意思が認められるかが重要となる。

甲は焼酎を３合以上飲むと他人を死亡させかねない暴力を振るうことを知っていたが、午後４時２０分頃の飲酒開始時には、体調が優れず大量には飲まないつもりで、暴れるほど酩酊しないと思っていた。この時点の飲酒を原因行為とすると、特定のＡを殺害する故意は認め難く、酒癖の認識に基づく危険の予見が過失責任を支えるかが問題となる。これに対し、①行為開始時には３合に達したと認識し、完全責任能力の下で未必の殺意をもって暴行しながら、さらに飲酒している。この段階の飲酒を原因行為に位置付けると、後の暴力・殺害への意思と能力低下の予見を結び付ける余地がある。

Ａがトイレへ逃げ込んだ後の打合せを経て、更に飲酒が続いているため、その時点の殺意と原因行為を取り上げる構成も考えられる。ただし、問題文が完全責任能力を明示するのは①行為の時期であり、打合せ後の飲酒を原因行為とする構成では、その時点の責任能力を基礎付けられるかという課題が残る。原因行為に殺人の実行行為性を認める構成では、飲酒が殺害の危険を具体化する程度を示し、責任評価を前段階へ結び付ける構成では、同時存在原則との関係及び後の殺人への帰責を基礎付ける意思の連続性を説明することになる。

本件は心神喪失ではなく心神耗弱の事案であり、②行為時にも意思決定能力は限定的ながら残っている。これを先の意思決定の実現として評価するか、責任減少を伴う新たな意思決定と評価するかによって、第３９条第２項を適用するかが分かれる。飲酒のどの段階を原因行為とするかを定め、その段階の責任能力、殺意及び結果とのつながりを具体的に示すことが求められる。

⑹ 乙との共同正犯

甲乙は、Ａを殴り、Ａが戻ったら逃げられないようにして暴行を続けることを計画している。乙がＡの脚を押さえた行為は、甲の殴打を容易にし、被害者の逃走を防ぎ共同の計画を実現する役割を果たしている。共謀の内容、殺意の共有、役割分担及び実行への寄与を踏まえ、刑法第６０条による共同正犯を検討する必要がある。

乙は甲の確定的な殺意を同じ程度に共有していなくても、Ａの死亡を認容し、事前の打合せに従って逃走を防いでいる。未必の殺意も殺人の故意であるため、この相違から当然に共謀の範囲外となるものではない。甲固有の激怒の契機を経た凶器による攻撃も、乙が認識して継続的に制圧に加功した範囲で、共同の殺害の実行と評価し得る。

責任能力は各行為者に固有の問題である。甲に減軽を認める構成を採っても、完全責任能力を有する乙まで当然に減軽されるものではない。共同して実現した犯罪の客観面・故意と、各人についての責任の程度を区別することが求められる。

⑺ 自動車の持出しと窃盗罪

Ａ車持出し時にはＡが生存しており、意識喪失によって来客用駐車場の自動車への占有が直ちに消滅するものではない。甲乙は死亡と誤信しているため、窃盗の故意が問題となる。最判昭和４１年４月８日刑集２０巻４号２０７頁は、自ら殺害した被害者が身に付けていた時計をその場で奪取した事案である。本件の車は居室外の来客用駐車場にあり、身体に着用した物との場所的な隔たりを踏まえて、死亡直前の占有状態を侵害する認識を認めるかを検討することになる。

不法領得の意思については、約５０キロメートルの搬送に車の運送機能を利用する意思を重視すれば肯定される。他方、Ａ車ごと燃やす証拠隠滅が目的であり、搬送も毀棄の準備にすぎないと評価すれば否定される。占有侵害の故意のみを否定し、占有を離れた他人の財物の領得という

認識を認めるなら、第３８条第２項を踏まえ第２５４条の占有離脱物横領罪の範囲の責任を検討し得る。不法領得の意思自体を否定する立場では、この罪も成立しない。持出しの合意時にも甲は心神耗弱であり、この段階で成立する財産犯について第３９条第２項を適用する。

２　設問２について

⑴ 放火行為、客体及び焼損

港に到着した後、乙が灯油をまき、甲が火を付けてＡの自動車を燃焼させている。客体は建造物等ではなく自動車であるため、刑法第１１０条の建造物等以外放火罪を検討する必要がある。Ａが死亡した後でも、その財物が当然に無主物になるわけではなく、所有権の承継を踏まえて他人所有物であることを確認する。

乙が灯油約２リットルを運転席・助手席にまき、甲が火の付いたハンカチを投げ入れている。火は各シートに燃え移り、Ａ車は全焼したことから、媒介物から離れた独立の燃焼による焼損が認められる。灯油散布と点火を分担した甲乙の行為は、共同の焼却計画を実現する実行として評価される。

⑵ 公共の危険の内容

第１１０条は、建造物等以外の物の焼損に加え、公共の危険の発生を要する具体的危険犯である。最決平成１５年４月１４日刑集５７巻４号４４５頁は、その危険を現住建造物等又は非現住建造物等への延焼の危険に限定せず、不特定又は多数の人の生命、身体又は財産に対する危険を含むとしている。放火罪は個々の財物の毀損を超えて火力の拡大による公共的安全への侵害を処罰するものであり、建物への延焼がない場合にも人や財産への危険を捉える理由がある。

公共の危険を建造物等への延焼に限定する立場では、建造物放火を中心とする放火罪の体系及び重い法定刑との均衡が論拠となり、建造物への延焼の危険がなかった本件では第１１０条の成立を否定する。他方、平成１５年決定に従う場合にも、人や建造物以外の財産に及ぶ危険の公共性を判断することが求められる。

⑶ 判例との事案の異同と具体的評価

平成１５年決定は、市街地の駐車場で、付近の２台の自動車や大量の可燃性のごみ等に延焼の危険が及んだ事案である。これに対し、本件は深夜の港の人がいない駐車場で、Ａ車以外の車両はＣ車１台だけである。市街地であることや複数の車両への延焼の事情を本件にも当然に認めるのではなく、この相違が危険の公共性に与える意味を検討する必要がある。

本件では、Ａ車の西側約３メートルにＣ車、東側約２メートルに約３００キログラムの可燃性のごみがあり、火炎は屋根上から高さ約２メートルに達している。Ｃ車及びごみ集積場に延焼の危険が及んだこと自体は与えられており、主な問題は、これが不特定又は多数の人の財産への危険といえるかにある。Ｃ車の所有者の特定可能性に加え、火災の拡大可能性やごみ集積場を含む危険の広がりを重視すれば、公共性を肯定する余地がある。他方、ごみの量が多いことを直ちに多数の人の財産への危険と同視することはできず、危険がＣ車と限られた集積場にとどまると評価すれば、公共性は否定される。

生命・身体への危険では、現に人がいない一方、漁業関係者が深夜にも出入りする可能性のある港の駐車場で、車外に及ぶ火炎と大量の可燃物への延焼のおそれが生じた点が問題となる。不

特定の来訪者を巻き込む現実的な危険と評価すれば公共の危険が認められる一方、出入りの抽象的可能性にとどまると評価すればこれを否定することになる。財産への危険についての評価と併せ、公共の危険を認める根拠を具体化することが期待される。

⑷ 公共の危険に関する認識

甲はＣ車やごみへの延焼の危険を認識していたが、乙はそれを認識していない。両者とも人への危険を認識していないという事情もある。この認識の相違を踏まえ、第１１０条第１項の故意に公共の危険の発生の認識まで必要かを検討することが求められる。

最判昭和６０年３月２８日刑集３９巻２号７５頁の立場では、他人所有の建造物等以外の物を焼損する認識があれば足り、公共の危険の発生についての認識は必要とされない。この立場によれば、客観的に公共の危険が発生し、甲乙が共同して他人の車を焼損した認識を有する限り、乙が周囲への危険を知らなかったことは故意を否定する理由とならない。

これに対し、公共の危険が器物損壊を超える重い犯罪を基礎付けることから、責任主義によりその認識を要求する見解がある。危険の発生可能性の認識を求める立場では、乙がＣ車やごみに燃え移るとは思っていなかったことから故意を否定する方向となる。他方、危険判断の基礎事実の認識で足りるとする立場では、車両やごみの配置などの具体的事実を乙が認識していたかが判断の対象となる。延焼しないとの判断と、基礎事実についての認識の有無を分けて罪責を検討することになる。

認識必要説の下で、Ｃ車・ごみへの延焼の危険が公共の危険に当たり、その発生可能性の認識を求めるなら、甲には放火の故意があり、乙にはこれが欠けるとの結論が考えられる。その場合、乙は共同してＡ車を焼損する意思を有しているため器物損壊罪が成立し、甲の第１１０条第１項の罪と器物損壊罪の重なり合う範囲で共同正犯を認める構成が考えられる。他方、財産への危険に公共性がなく、漁業関係者への危険によってのみ公共の危険を認める立場では、出入りの可能性を知らなかった甲にも放火の故意を認め難く、両名について器物損壊罪を検討することになる。

このように、認識を要求するかという規範に加え、何を公共の危険として認定し、何を故意の対象とするかによって、甲乙の罪責が変わる。判例の認識不要説に立つ場合も、客観的な公共の危険が肯定されることが両名の放火罪成立の前提となる。

⑸ 責任能力及び罪数

放火時には甲も酔いが覚め、完全責任能力を回復している。先の焼却の合意を踏まえ、回復後に自ら点火して乙と焼却を実現したことから、この放火について第３９条第２項による減軽をする理由はない。心神耗弱下の持出し等についての評価とは、実行時の能力が異なる。

最後に、殺人、窃盗、放火等について、各構成要件に対応する行為と保護法益を踏まえて罪数を整理する。先行する窃盗によって同じ自動車を奪っているとしても、公共の危険を生じさせる放火は、単なる盗品の処分として当然に不可罰の事後行為となるわけではない。他方、同一の焼損について器物損壊と放火を重ねる場合には、法条関係を検討する必要がある。各人について成立する犯罪、共同正犯の範囲、減軽の有無をまとめ、途中で採用した構成と矛盾しない最終的な罪責を示すことが求められる。

第７　刑事訴訟法（刑事系科目第２問）

本問は、強制採尿・ＣＴ検査の法的性質と令状、発付及び執行の適法性、並びに録画供述と捜査報告書の証拠能力を問うものである。各処分の目的と身体への侵害、要証事実と証拠の性質を具体的な事実に即して説明する能力が求められる。

１　設問１の１について

⑴ 強制採尿の法的性質と令状

カテーテルによる強制採尿は、身体への侵入と証拠物の取得を伴う強制処分である。身体の状態を認識する検証と、体内の証拠物を取得する捜索・差押えの性質を比較し、適切な令状を検討する。

最決昭和５５年１０月２３日刑集３４巻５号３００頁は、捜索差押許可状による強制採尿を認め、医学的に相当な方法による身体保護の条件を要求する。尿の取得を刑事訴訟法第２１８条第１項の捜索・差押えと捉え、同条第６項の身体検査に関する規律の趣旨を踏まえ、医師が医学的に相当と認める方法で行う旨の条件を付すことになる。

鑑定処分許可状による身体検査は、第２２５条第４項、第１６８条第６項が第１３９条を準用せず、直接強制の根拠にならない。身体検査令状も身体の状態の認識を目的とする点で、証拠物である尿の取得に適するかが問われる。これらとの比較から、条件付きの捜索差押許可状を用いる理由を説明することが求められる。

⑵ 発付時の必要性と最終手段性

強制採尿は身体侵襲と屈辱感等を伴うため、犯罪の重大性、嫌疑、証拠の重要性・取得の必要性及び適当な代替手段の不存在等から、捜査上真にやむを得ない場合に最終的手段として許される。

甲には真新しい注射痕様のもの、頬がこけ、目を見開き手足が震える等の様子があり、覚醒剤所持の前科もある。今回の逮捕は譲渡しの嫌疑によるが、これらの身体上の徴表は最近の使用の嫌疑を具体化する。使用を否認する甲の尿は、その使用を客観的に裏付ける重要な証拠と位置付けられる。

本件では午前８時から午後２時まで約６時間に７回の任意提出の要求があり、水分摂取も勧められている。甲の応答や飲水を避けた態度を踏まえ、任意提出の見込みがあったかを評価する必要がある。

昭和５５年決定の事案は、逮捕から令状発付まで約３０時間、採尿まで約３３時間であった。本問では午前７時の逮捕から午後４時の発付まで約９時間、午後５時３０分頃の執行まで約１０時間３０分であり、自然排尿を待つ余地を検討することになる。判例の頑強な拒絶に対する、本問の「出ない」との説明及び飲水を避けた態度の意味を評価し、任意提出の見込みが失われたかを判断することが求められる。

最判令和４年４月２８日刑集７６巻４号３８０頁は、任意提出への働き掛け等が不十分なまま強制採尿に進んだ事案である。本問では任意提出と飲水を繰り返し求めた事情を評価するととも

に、待機も含め他の手段を尽くしたかを検討する。同判決の証拠排除の判断に対し、本問が問うのは令状発付要件の充足である。

⑶ 執行時の判断と有形力

執行時にも任意提出の見込みと強制の必要性が問われる。甲は病院で「出ないと言っているだけで、出さないとは一度も言っていない。待ってくれよ。」と述べており、待機による提出の可能性を示す事情となる。他方、それまでの応答や飲水を避けた態度から、提出を引き延ばしているとも評価し得る。病院で提出を促した時間を含め、なお待つべきかを具体的に判断することが求められる。

医師の合理的かつ安全なカテーテル操作は、令状に付された条件と医学的相当性を満たす事情である。これに加え、警察官が甲の四肢を保持した有形力の必要性・相当性を検討する。

警察官の有形力は、第２２２条第１項が準用する第１１１条第１項の必要な処分として、必要・相当な限度で許される。昭和５５年決定は、激しく抵抗した被告人を押さえた行為を採尿の安全な実施に必要最小限度としたが、本問の甲は医師の指示に従って横たわり、抵抗していない。

他方、医師は痛みによる体動で尿道を傷つける危険を指摘している。１０年間の泌尿器科経験と毎年５件程度の採尿経験を踏まえた判断は、予防的な保持の必要性を支える。抵抗のない甲を８名で保持した部位・程度が、損傷防止に必要最小限の範囲であったかを検討することになる。

２　設問１の２について

ＣＴ検査は、意思に反してＸ線を照射し身体内部を観察する処分である。逮捕中であることや住居の捜索令状では正当化されず、指紋採取や外形の写真撮影等の無令状処分とも異なる。

検査は、乙が飲み込んだ可能性の高いＳＤカードの体内での存否を確認するため、身体内部を観察するものである。物を取り出す処分とは異なり、身体検査としての検証と捉えられる。最決平成２１年９月２８日刑集６３巻７号８６８頁の荷物のＸ線検査を参照する際には、対象が人体であることに応じた令状と身体保護の条件が求められる。

Ｘ線の照射と画像の読影には医学的な知識を要するため、医師への鑑定嘱託と鑑定処分許可状による身体検査も考えられる。ただし、同許可状は直接強制の根拠にならないため、本人の意思に反する検査には身体検査令状を併用する構成が考えられる。

併用する構成では医学的に相当な方法による旨等の条件を付す。身体検査令状のみで足りるとする場合は、医師を補助者として専門性と安全性を確保する根拠を示すことになる。捜索と捉える立場でも、内部の状態の観察という処分の性質との整合的な説明が求められる。本小問は令状の種類を対象としている。

３　設問２の１について

⑴ 要証事実と再伝聞の構造

ＤＶＤの④部分は、乙が１月２０日昼頃にＪ公園で甲と会った事実の証明に用いられる。前日に乙から聞いた話をWが録画中に述べているため、Wが正確に聞き記憶して伝えたことと、乙の話自体が真実であることの双方が証拠価値の基礎となる。

録画の同一性・正確性を前提としても、W及び乙の知覚・記憶・叙述を反対尋問で吟味できないため、両段階の供述に伝聞例外の要件を適用する。

⑵ Wの供述について

Wの供述には、刑事訴訟法第３２１条第１項第３号の供述不能、犯罪事実の存否の証明に不可欠であること及び特に信用すべき情況という要件を検討する。Wは交通事故で死亡しており、供述不能は認められる。不可欠性については、乙が黙秘し、甲乙の共謀に関する証拠が甲の供述に限られ、ＳＤカードのファイルも開けないという事情が重要となる。

供述録取書に要求される署名・押印は、録取の正確性を担保するものである。音声・映像が機械的に記録され、複製との同一性も前提とされる本件では、録画に署名・押印を要求する理由はない。この記録の正確性とは別に、Wの供述内容について第３２１条第１項第３号の要件が吟味される。

共犯者甲が乙を引き込む危険もあり、顧客リストの内容が確認できない中で、両者の接触を独立に裏付けることは、譲渡しの共謀の立証に重要な意味を持つ。

特信情況については、毎年の誕生日の私的な動画で、訴訟のために作成されたものではないこと、前日に聞いた話で記憶が新しいこと、Wが甲と話したことがないことなどを評価する。Wが連絡を受けられなかったことを残念に思い、乙がそれをなお気にしていると述べた事情は、感情による歪曲の可能性を考える事情である。その程度や会話全体の自然さを評価し、信用性を支える事情と反対の事情の双方に触れる必要がある。

⑶ 乙の原供述について

乙の原供述については、第３２４条第１項を類推し、被告人乙の供述として第３２２条第１項の要件を検討する。

乙の発言は犯罪全体を認める自白ではないが、甲の述べる授受の日時・場所と符合し、乙に不利益な事実の承認となり得る。交際相手との私的な会話で自発的に述べたことは任意性を支える。Wと乙それぞれの供述について適用する伝聞例外の要件が満たされる場合に、④の録画部分の証拠能力が認められる。

４　設問２の２について

捜査報告書は、動画の見分結果を記録する部分、添付写真、注射器の用途等の説明文に分け、それぞれの性質に即して証拠能力を検討する。

Ｐがスマートフォン内の動画を見分した結果を記録した部分については、任意の実況見分にも刑事訴訟法第３２１条第３項を適用する判例の趣旨を踏まえ、Ｐが公判期日に真正に作成したことを供述する等の要件を検討する。現場の状態を言葉で報告する部分と、機械的に写された写真の部分は、証拠としての性質が異なる。

添付写真は、個別包装された未開封の注射器１２本が床上にある状態を機械的に記録した非供述証拠と評価できる。最決昭和５９年１２月２１日刑集３８巻１２号３０７１頁は、現場写真自体又は他の証拠により事件との関連性が認められれば足り、撮影者による作成過程等の証言を常に要するものではないとした。Wの死亡は写真そのものについて供述不能を理由とする伝聞例外

を要する事情ではなく、動画の保存先、乙方の状況及びＰによる静止画作成等から関連性を確認 することになる。写真は１月２２日の状況を示し、２日前の授受や密売への使用を直接記録した ものではないという時間的な限界もある。

説明文の「未使用」は、未開封の包装や使用の痕跡がないという外観を述べる範囲では、通常の観察を含む見分結果として第３２１条第３項の対象とする余地がある。これを超えて、実際に使用された経歴がないと専門的又は経験的に断定する部分は、見分結果を超える判断について伝聞例外の根拠を示すことが求められる。他方、覚醒剤の密売人が客に交付することが多いという説明は、写真に写る外観から直接分かる事実ではなく、Ｐの捜査経験に基づく判断を含む。立証趣旨に照らしてその内容の真実性を証明する以上、伝聞例外の根拠を別に検討することになる。

第３２１条第３項の対象は検証又はこれに準ずる見分の結果であり、一般的な捜査経験に基づく判断の全てに及ぶものではない。この判断を同条第４項の鑑定書と評価するには、専門的な鑑定に当たることを説明することになる。本件ではＰの供述不能も示されていないため、密売人の使用傾向についての記載を同条第１項第３号で採用する根拠もなく、Ｐ本人の証言等による立証が考えられる。

以上から、見分結果はＰの真正作成の供述等を条件に、写真は関連性を備える限り採用できるが、説明文には別の適法な立証を要する。各部分の性質を区別して証拠能力を判断することが求められる。