

【速報】 2017 短答 <法律科目>

170618TOKYO

2018 予備試験 スタートアップセミナー
合否を分けた知識がわかる120分

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

予備試験【速報】2017 短答〈法律科目〉

合否を分けた知識がわかる120分

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

目 次

1. 平成29年予備試験 短答式試験【分析】	2
2. 平成29年予備試験短答問題から	
憲 法〔第9問〕 憲法9条の解釈	5
行政法〔第17問〕 義務の履行確保と裁判手続	11
民 法〔第11問〕 買戻し	17
商 法〔第24問〕 事業譲渡及び吸収分割	21
民事訴訟法〔第39問〕 証拠調べ	27
刑 法〔第13問〕 犯罪の成否	37
刑事訴訟法〔第25問〕 厳格な証明	47

1. 平成29年 予備試験 短答式試験【分析】

平成29年5月21日に司法試験予備試験の短答式試験が行われました。
その概要をまとめましたので、ご参考ください。

☆ 試験日程（平成29年の短答式試験）

平成29年5月21日（日） 9:45～11:15（1時間30分） 民法・商法・民事訴訟法
12:00～13:00（1時間） 憲法・行政法
14:15～15:15（1時間） 刑法・刑事訴訟法
16:00～17:30（1時間30分） 一般教養科目

☆ 問題数〔注：昨年度と変動ありませんでした。〕

憲法・行政法	24問（憲法：12問（第1問～第12問） （行政法：12問（第13問～第24問））
民法・商法・民事訴訟法	45問（民法：15問（第1問～第15問） （商法：15問（第16問～第30問） （民訴：15問（第31問～第45問））
刑法・刑事訴訟法	26問（刑法：13問（第1問～第13問） （刑訴：13問（第14問～第26問））
一般教養科目	42問（このうち20問選択）

☆ 解答欄番号の数〔注：昨年と比較して、行政法・民法・刑法・刑訴には変化なく、憲法が 増加し、商法・民訴が減りました。〕

憲法・行政法	55（憲法：25（1～25） （行政法：30（26～55））
民法・商法・民事訴訟法	51（民法：15（1～15） （商法：16（16～31） （民訴：20（32～51））
刑法・刑事訴訟法	44（刑法：19（1～19） （刑訴：25（20～44））
一般教養科目	42

☆ 満点と配点〔注：昨年度と変動ありませんでした。〕

憲法・行政法	60点満点（憲法，行政法，それぞれ30点満点）
民法・商法・民事訴訟法	90点満点（民法，商法，民訴，それぞれ30点満点）
刑法・刑事訴訟法	60点満点（刑法，刑訴，それぞれ30点満点）
一般教養科目	60点満点

☆ 頁数〔注：民・商・民訴，一般教養が昨年度から増えました。〕

憲法・行政法	13 頁〔注：昨年 13 頁〕
民法・商法・民事訴訟法	23 頁〔注：昨年 20 頁〕
刑法・刑事訴訟法	16 頁〔注：昨年 16 頁〕
一般教養科目	23 頁〔注：昨年 22 頁〕

☆ 法務省発表による短答式試験の出願者等の推移

	H29	H28	H27	H26	H25	H24	H23
出願者	13,178	12,767	12,543	12,622	11,255	9,118	8,971
欠席者	2,435	2,325	2,209	2,275	2,031	1,935	2,494
受験者	10,743	10,442	10,334	10,347	9,224	7,183	6,477
(うち途中欠席)	78	63	88	52	41	48	67
受験率	81.5%	81.8%	82.4%	82.0%	82.0%	78.8%	72.2%
採点対象者	10,665	10,379	10,246	10,295	9,183	7,135	6,410
合格点	160	165	170	170	170	165	165
合格者数	2,299	2,426	2,294	2,018	2,017	1,711	1,339
合格者の平均点	174.9	181.5	187.5	185.7	185.3	184.1	184.7

(注) 受験率とは、出願者に占める受験者の割合である。

対受験者合格率	21.4%	23.2%	22.2%	19.5%	21.9%	23.8%	20.7%
---------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

☆ (参考) 法務省発表による短答式試験の平均点等の推移

満点	H29	H28	H27	H26	H25	H24	H23
短答合格点	270	160.0	165.0	170.0	170.0	170.0	165.0
全体平均点	270	130.0	134.6	138.7	137.3	139.5	134.7
憲法	30	16.7	17.6	17.3	17.8	16.5	15.1
行政法	30	12.4	14.8	15.6	12.7	14.2	12.5
民法	30	16.3	16.3	16.9	17.7	19.7	16.3
商法	30	14.3	12.0	13.7	15.0	12.1	14.7
民訴	30	13.1	15.6	14.7	16.2	17.0	16.9
刑法	30	17.3	17.5	16.9	14.1	17.0	16.6
刑訴	30	15.3	16.5	15.5	12.4	17.9	15.6
一般教養	60	24.5	24.3	28.1	31.5	25.2	27.2

☆ 司法試験の短答との重なりについて

司法試験の短答式試験が、予備試験の短答式試験と同日に行われました。そこで、司法試験との重複を調査したところ、憲法・民法・刑法の全 40 問中 30 問 (75%) の問題が司法試験と重複していることが判明いたしました。

憲法：予備試験 12 問中 8 問が新司の問題〔注：昨年度と同じ〕

民法：予備試験 15 問中 12 問が新司の問題〔注：昨年度と同じ〕

刑法：予備試験 13 問中 10 問が新司の問題〔注：昨年度と同じ〕

合計：憲民刑の全 40 問中 30 問 (75%)〔注：昨年度と同じ〕が新司の問題と重複

☆ 法務省発表による予備試験短答式試験の結果（平成29年6月15日）法務省HPより

1 受験者数等

- (1) 出願者 13,178人
- (2) 欠席者 2,435人
- (3) 受験者 10,743人
(うち途中欠席78人)
- (4) 受験率 81.5%
(注) 受験率とは、出願者に占める受験者の割合である。
- (5) 採点対象者 10,665人

2 短答式試験の合格者

- (1) 合格点
各科目の合計得点160点以上（270点満点）
- (2) 合格者数
2,299人
- (3) 合格者の平均点
174.9点

3 短答式試験の得点

得点		最高点	最低点	平均点
合計得点 (270点満点)		225	5	130.0
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	16.7
	行政法 (30点満点)	28	0	12.4
	民法 (30点満点)	30	0	16.3
	商法 (30点満点)	30	0	14.3
	民事訴訟法 (30点満点)	29	0	13.1
	刑法 (30点満点)	30	0	17.3
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	15.3
	一般教養科目 (60点満点)	54	0	24.5

2. 平成29年予備試験 短答問題から

憲法 第9問	憲法9条の解釈	H29予備試験
--------	---------	---------

〔第9問〕（配点：2）

憲法第9条の解釈に関する次のアからウまでの各記述について、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.20]）

ア．憲法第9条第1項について、侵略戦争を放棄したものであり、自衛戦争を放棄したものではないという考え方に立ったとしても、同条第2項前段によって第1項の目的を達成するために一切の戦力の保持が禁止されており、同条第2項後段によって交戦権も否認されているとの考え方に立てば、結果として自衛のための戦争も放棄されていることになる。

イ．戦争はおよそ国際紛争解決の手段として行われるものであり、その目的のいかんを問わず憲法第9条第1項により放棄されているという考え方に立ったとしても、同条第2項の「前項の目的を達するため」につき、戦力不保持を定めるに至った動機を示すものとの考え方に立てば、結果として自衛のための戦争は認められていることになる。

ウ．憲法第9条第1項について、侵略戦争を放棄したものであり、自衛戦争を放棄したものではないという考え方に立った場合、第9条第2項の「交戦権」につき、交戦国に国際法上認められる権利と考えるか、国として戦いを交える権利と考えるかに関わらず、自衛のための戦争は認められていることになる。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× | |

憲法 第9問	憲法9条の解釈	H29予備試験
--------	---------	---------

正解 4

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	3	8	12	48	5	5	8	10

(全体正答率48%)

ア正しい。憲法9条1項について、侵略戦争を放棄したものであり、自衛戦争を放棄したものではないという考え方は、憲法9条1項にいう「国際紛争を解決する手段としては」について、従来の国際法上の通常の用語例（例えば、戦争ノ放棄ニ関スル条約1条は「国際紛争解決ノ為戦争ニ訴フルコトヲ非トシ」て「国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争」を放棄している。）を根拠に、「国際紛争を解決する手段としての戦争」を「国家の政策の手段としての戦争」と解釈することによって、1項で放棄されている戦争は、具体的には侵略戦争を意味し、1項自体は自衛戦争を禁じていないとするものである。

この考え方に立ったとしても、憲法9条2項にいう「前項の目的」について、戦争を放棄するに至った動機を一般的に指すにとどまると解し、同項によって一切の戦力の保持が禁止され、交戦権も否認されていると解釈すれば、すべての戦争が禁止されていることになるため、同項によって自衛のための戦争も放棄されていると解することは可能である。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。戦争はおよそ国際紛争解決の手段として行われるものであり、その目的のいかんを問わず憲法9条1項により放棄されているという考え方は、従来の国際法上の解釈に捉われずに、およそ国際紛争解決の手段でない戦争というものは現実にはあり得ず、侵略戦争と自衛戦争等を峻別することはそもそも困難であることを根拠に、憲法9条2項の規定を待つまでもなく、憲法9条1項において自衛戦争も含めてすべての戦争が放棄されているとするものである。

この考え方に立った場合、憲法9条2項の「前項の目的を達するため」についての解釈にかかわらず、憲法9条1項においてすべての戦争が放棄されていることになるから、自衛のための戦争も認められないことになる。

したがって、本記述は誤っている。

ウ誤り。憲法9条1項について、侵略戦争を放棄したものであり、自衛戦争を放棄したものではないという考え方に立った場合、自衛のための戦争は認められていると解するためには、憲法9条2項の「交戦権」につき、交戦国に国際法上認められる権利と考える必要があり、国として戦いを交える権利と考えることは不適切である。

なぜなら、憲法9条1項について本記述のように考えた上で、「交戦権」を国として戦いを交える権利と考えた場合には、自衛戦争を含め、あらゆる戦争を認めないことになるため、自衛のための戦争は認められないことになるからである。

以上により、正しい組合せは「ア○ イ× ウ×」であり、したがって、正解は肢4となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

【9条1項の意義】

☆ (論点)「国際紛争を解決する手段としては」は「武力による威嚇又は武力の行使」のみならず「国権の発動たる戦争」にもかかるか

A説 「武力による威嚇又は武力の行使」のみならず、「国権の発動たる戦争」にもかかる。

1項の意義

a 1説 1項は、「国際紛争を解決する手段として」の戦争、すなわち侵略戦争のみを放棄し、自衛戦争は放棄していない。

a 2説 1項は、「国際紛争を解決する手段として」の戦争を放棄するが、およそすべての戦争は「国際紛争を解決する手段として」行われるものであるし、自衛戦争と侵略戦争の区別は曖昧であるから、1項は自衛戦争も含めたすべての戦争を放棄する。

B説 「武力による威嚇又は武力の行使」のみにかかる。

1項の意義 武力行使が禁止される以上、1項により自衛戦争も含めたすべての戦争が放棄される。ただし、それは「国際紛争を解決する手段として」であるから、不法に侵入した外国軍隊を排除するために武力を行使することは本条によっては禁止されない。

【9条2項の意義】

一 ☆ (論点)「前項の目的」とは何をさすか

甲説 「前項の目的」とは、1項全体の指導精神(「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」という文言)を指す。

2項の意義 1項の目的を達成するため、一切の戦力保持を禁止する。

乙説 「前項の目的」とは、侵略戦争の放棄を指す。

2項の意義 2項は侵略戦争のための戦力保持のみを禁止し、自衛戦争のための戦力の保持は禁止していない。

丙説 「前項の目的」とは、「国際紛争を解決する手段として」の戦争の放棄を指す。

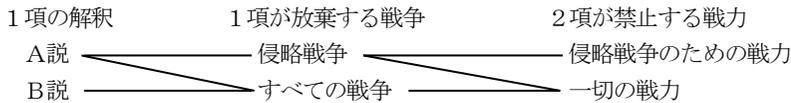
2項の意義 1項の目的を達成するため、一切の戦力保持を禁止する。

(図表) 9条の条文構造

1項の解釈	1項の「戦争」の意味	2項の「目的」の意味	2項が放棄する戦力	批判
A説 「国際紛争を解決する手段としては」は、「国権の発動たる戦争」にもかかる。	a 1説 侵略戦争 * 1	甲説 1項全体の指導精神	一切の戦力	自衛のための戦力をも否定するために9条を作ったのに1項では否定しきれず、2項で初めて否定できたことになり、9条が立法技術的に拙劣な規定となる。
		乙説 侵略戦争の放棄	侵略戦争のための戦力	
	a 2説 自衛戦争も含めたすべての戦争 * 2	甲説 1項全体の指導精神	一切の戦力	自衛権を認めながらその行使手段を認めないことになる。
丙説 国際紛争を解決する手段				
B説 「国際紛争を解決する手段としては」は、「武力による威嚇又は武力の行使」にのみかかる。		甲説 1項全体の指導精神		

* 1 1項で放棄する「戦争」は侵略戦争に限られると解すると、9条は自衛戦争までも放棄するものではないとして、2項が禁止する戦力も侵略戦争のための戦力に限られると解するのが論理的である。しかし、1項の「戦争」を侵略戦争と解しながら、2項で一切の戦力が禁止されると解する見解がある。この見解によると、2項によって初めて自衛戦争のための戦力が放棄されるので、2項は独自の意味を持った規定となる。

* 2 1項ですべての戦争を放棄すると解する説によれば、2項で禁止されるのは当然すべての戦力となり、侵略戦争のための戦力だけが禁止されると解する説とは結びつかない。



二 ☆ (論点)「交戦権」の意味

A説 国家が戦争を行う権利

B説 国家が交戦国として国際法上有する各種の権利，すなわち船舶の臨検・貨物の没収・占領地行政の権利などの各種の権利を総称する。(通説)

見解の対立 9条と戦争放棄

侵略戦争放棄説

1項 侵略戦争のみを放棄（「国際紛争を解決する手段」を「侵略の手段」と読む）

2項 侵略戦争のための戦力の不保持とその場合の交戦権を否定したのみ。自衛目的の戦力保持，その場合の交戦権行使は9条の関与するところではない。

全戦争放棄説

(1) 1項から全戦争放棄を導く説

1項 すべての戦争を放棄（「国際紛争を解決する手段」を「自衛戦争も含むすべての紛争解決の手段」と読む）

2項 1項を確認して戦力の不保持と交戦権の否認を確認したもの。したがって，2項の「交戦権」を伝統的な「交戦国の権利」ととらえても，「戦う権利」と解しても差し支えない。

(2) 2項から全戦争放棄を導く説

1項 侵略戦争のみを放棄（「国際紛争を解決する手段」を「侵略の手段」と読む）

2項 戦力の不保持と交戦権＝およそ「戦う権利」を放棄した結果，全戦争を放棄したことになる（この説は，交戦権を広く「戦う権利」とするところに特徴を持つ）。

【MEMO】

行政法 第17問	義務の履行確保と裁判手続	H29 予備試験
----------	--------------	----------

〔第17問〕（配点：3）

行政上の義務の履行確保と裁判手続に関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に [No.33] から [No.36]）

- ア．行政上の強制徴収が認められている金銭債権については、その履行を求める民事訴訟を提起することはできず、民事執行法による強制執行をすることも許されない。[No.33]
- イ．国が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される。[No.34]
- ウ．地方公共団体が、産業廃棄物処分業者に対して、当該地方公共団体と当該産業廃棄物処分業者との間で締結した公害防止協定に基づく義務の履行を求める訴えは、法律上の争訟とはいえないから、不適法である。[No.35]
- エ．秩序罰としての過料は、法律に基づくものであっても、条例に基づくものであっても、裁判手続によらなければ科すことができない。[No.36]

行政法 第17問	義務の履行確保と裁判手続	H29 予備試験
----------	--------------	----------

正解 1, 1, 2, 2

		ア	イ	ウ	エ
肢別解答率(%)	1 (正しい)	70	81	13	6
	2 (誤り)	29	18	85	92

(全体正答率49%)

ア正しい。最大判昭41. 2. 23 (百選I114事件, 行政上の強制徴収と民事手続による執行) により, 本記述は正しい。

判例は, 「農業共済組合が, 法律上…独自の強制徴収の手段を与えられながら, この手段によることなく, 一般私法上の債権と同様, 訴えを提起し, 民訴法上の強制執行の手段によつてこれら債権の実現を図ることは…公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして, 許されない」としている。

判例の結論に賛成する学説は, その理由として, 法律が行政上の強制徴収という簡易迅速な手段を認めている場合に, 敢えて迂遠な民事執行手続によるべきではないということを挙げている。

イ正しい。最判平14. 7. 9 (百選I115事件, 条例上の義務と民事手続による執行) により, 本記述は正しい。

判例は, 「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は, …法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく, 法律に特別の規定がある場合に限り, 提起することが許される」としている。

その理由として, 判例は, 国が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は, 「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって, 自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできない」ということなどを挙げている。

ウ誤り。本記述は, 地方公共団体が, 公害防止協定に基づく義務履行を求める訴えは, 法律上の争訟とはいえないとしている点で, 誤っている

最判平21. 7. 10 (百選I98事件, 公害防止協定)。判例は, 「処分業者が, 公害防止協定において, 協定の相手方に対し, その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは, 処分業者自身の自由な判断で行えることであり, その結果, 許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても…法に何ら抵触するものではない」として, 協定の法的拘束力が否定されることはないとしている。

また, 最判平14. 7. 9 (百選I115事件, 条例上の義務と民事手続による執行) は, 「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は, 法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって, 自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから, 法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく, 法律に特別の規定がある場合に限り, 提起することが許される」としているが, 公害防止協定の履行を求める訴訟は, 地方公共団体が, 事業者との間で対等な立場に立って締結した契約上の義務 (地方公共団体自身が有する契約上の請求権) の履行

を求めるものなので、平成14年決定の射程は及ばないと解されている。

工誤 リ。本記述は、秩序罰としての過料は、裁判手続によらなければ科すことができないとしている点で、誤っている。

秩序罰とは、行政上の秩序に障害を与える危険がある義務違反に対して課される金銭的制裁のことである。その名称は過料とされるのが一般であり、比較的軽微な義務違反を想定して設けられている。

秩序罰は刑法に刑名のある罰ではなく、刑事訴訟法とは別個の手続で執行されるので、非訟事件手続法の定めるところにおける「過料の裁判」（同法119条以下）によって科される。過料を科す裁判は、一般に行政処分としての性格を有すると考えられているため、法令に別段の定めがあれば、それにより過料を科すことができる。そのため、法律違反に対する秩序罰を科す場合、裁判手続は不要である。

また、地方公共団体は、条例により5万円以下の過料を科すことができる（地方自治法14条3項、15条2項、283条1項）ため、裁判手続は不要である。

【短答合格FILEから抜粋】

2-3

第3章 行政上の強制手段

2-3-1

第1節 総説 ——司法的執行と行政的執行——

【ポイント】

一 問題の所在

行政主体と私人の関係が、私人対私人と同じ法的性質をもっている場合には、私人の義務履行を確保するために、行政主体も私人間における権利実現と同様に、民事上の強制執行手続によることになる。この場合、自力救済禁止の原則が働くので、私人としては、裁判所の手によって権利を実現することになるが、国が一方当事者となる場合でも、例えば、民法上の土地所有権の帰属が問題となっているようなときは、通常の不動産執行によるのである。

これに対して、これら私人間における権利義務関係とは異なった義務については、特別の義務履行確保の仕組みが必要となる。

二 司法的執行と行政的執行

- ・司法的執行：行政上の義務の確保に当たりなんらかの形で裁判所を介入させるもの。
- ・行政的執行：裁判所の助力を必要とせず、行政主体の側に自力救済を認める方法。

司法的執行と行政的執行は、相互に必ずしも排他的なものではない。実務では、国が所有権をもつ場合には、行政代執行によるよりも、民事執行によるのが通例である。ある義務について司法的、行政的執行が競合して存在することもある（刑事罰と行政的執行の両方が用意されている場合）。また、ある義務についてはいずれか一方しか認めていないけれども、国法上の制度全体をみると、二つの制度が混在しているという場合もあり得る。

三 明治憲法下のシステム

明治憲法の下では、行政上の義務違反に対する刑事罰も存在していたが、それとは別に行政的執行のシステムがほぼ完全な形で存在していた。

公法上の金銭債権については、国税徴収法（明治30年法律21号）が広く適用されており、それ以外の行政上の義務に関しては、行政執行法（明治33年法律84号）が一般的に漏れなく履行確保の方法を定めていた。その反面、公法上の義務（行政主体の側からすると公法上の権利）については、民事上の強制執行手続は用いることができないと解されていた。

四 日本国憲法下のシステム

行政執行法の下では、国民の権利自由の侵害がなされることが多かったため、日本国憲法の下で、行政執行法は廃止され、しかも、これに代わる包括的な行政的執行制度が創設されず、行政的執行をどのように定めるかは個別の法律の規定するところとされた。その結果、代替的作為義務に関しては、昭和23年に「行政代執行法」が一般的制度を設定したが、その他の義務に関しては、個別立法の規定するところに委ねられた。

我が国における行政上の義務履行確保の特別の制度は、①行政的執行としての行政上の強制執行制度、②公表制度等の新たな制度、③行政罰制度の3つにより構成されている。さらにこれに民事上の強制執行制度が加わる。

◎ 最判平14.7.9 (百選 I 115事件) 《新司20-30》

国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。そして、行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法2条の規定による代執行のみを認めている。また、行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法律上の争訟として当然に裁判所の審判対象とはならない。

◎ 最大判昭41.2.23 (百選 I 114事件)

農業共済組合が、法律上独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、一般の私法上の債権と同様、訴えを提起し、民訴法上の強制執行の手段によってこれらの債権の実現を図ることは許されない。

【MEMO】

民法 第11問	買戻し	H29 予備試験
---------	-----	----------

〔第11問〕（配点：2）

不動産の売買契約と同時にされた買戻しの特約に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

（解答欄は，〔No.11〕）

ア．買戻しの期間は，10年を超えることができない。

イ．買戻しの特約において，その期間を定めたときであっても，後日これを伸長することができる。

ウ．売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは，買戻しは，第三者に対しても，その効力を生ずる。

エ．売主は，買戻しの特約により，買主が支払った代金及び契約の費用を返還して，売買の解除をすることができる。

オ．売主が買戻しの実行をしたときは，買主は，売買契約締結後買戻しの実行までの間に取得した果実を売主に返還しなければならない。

1. ア イ 2. ア ウ 3. イ オ 4. ウ エ 5. エ オ

民法 第11問	買戻し	H29 予備試験
---------	-----	----------

正解 3

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	6	5	50	5	33

(全体正答率50%)

ア正しい。民法580条1項前段により、本記述は正しい。

買戻しの期間は、10年を超えることができない。

その趣旨は、買戻しの期間を制限することにより、不動産の帰属を長い間不安定な状態に置くことを避ける点にある。

イ誤り。本記述は、その期間を定めたときであっても、後日これを伸長することができるとしている点で、誤っている。

民法580条2項。買戻しについて期間を定めたときは、その後これを伸長することができない。

その趣旨は、買戻しの期間を制限することにより、不動産の帰属を長い間不安定な状態に置くことを避ける点にある。

ウ正しい。民法581条1項により、本記述は正しい。

売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を生ずる。

その趣旨は、買戻しの特約が債権的であって第三者に対してこれを対抗し得ないとする原則に対して、これを物権化して買戻権の財産的価値を確保・強化しようとする点にある。

エ正しい。民法579条1項前段により、本記述は正しい。

不動産の売主は、…買戻しの特約により、買主が支払った代金及び契約の費用を返還して、売買の解除をすることができる。

買戻しは、不動産の売買契約と同時に、買主が支払った代金と契約費用を返還して売買契約を解除できることを内容とした買戻しの特約（解除権留保特約）をすることにより、売主が不動産を取り戻す制度である。

オ誤り。本記述は、買主は、売買契約締結後買戻しの実行までの間に取得した果実を売主に返還しなければならないとしている点で、誤っている。

民法579条後段。当事者が別段の意思を表示しなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなす。

「相殺」とは、果実の有無、代金のいかに問わず、果実を返還する必要なく、代金の利息もまた償還することを要しないという意味である。

本記述においては、買主が、売買契約締結後買戻しの実行までの間に取得した果実は、相殺したものとみなされる。そのため、売主に返還する必要はない。

以上により、誤っている記述はイとオであり、したがって、正解は肢3となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

【買戻しの意義・機能】

買戻しとは、物の売主が特約によってあらかじめ留保した取戻権能を行使することによって、一度売った物を再び自己の物とすることをいう。売主が契約を解除して目的物を取り戻せる権利を買戻権といい、形式的には約定解除権であるが、その実質は物権取得権である。

買戻しは債権の担保として機能するが、要件が厳格であることから、実際には再売買の予約が多く使われている。→556条の解説参照

(図表) 買戻しと再売買の予約

	買戻し	再売買の予約
目的物	不動産 (579条)	無制限
成立時期	売買契約と同時 (579条)	無制限
対抗要件	付記登記	仮登記
存続期間	10年以下。ただし、期間の定めなきときは5年 (580条)	無制限 (ただし、10年の時効にかかる)
行使方法	代金・契約費用を提供 (579条)	無制限
譲渡性	あり (買戻権)	あり (予約完結権)
譲渡の対抗要件	付記登記ある時—移転登記 登記ない時—通知又は承諾	仮登記ある時—付記登記 登記ない時—通知又は承諾
譲渡があった場合の 意思表示の相手方	譲受人	譲渡人

《過去問チェック》

- 買戻しの特約に基づく売主の買戻権は、買主の承諾なくして譲渡することが可能であり、また、売主が再売買の予約完結権を譲渡する場合においても買主の承諾は不要である。(旧司19-34)
- 買戻権を行使するには買戻しの意思表示をするだけでなく、買主が支払った代金と契約の費用を返還することが必要であるが、再売買の予約完結権を行使するには相手方に対する予約完結の意思表示をするだけで足り、売買代金の返還は必要ではない。(旧司19-34)

第579条 (買戻しの特約)

不動産の売主は、売買契約と同時にした買戻しの特約により、買主が支払った代金及び契約の費用を返還して、売買の解除をすることができる。

この場合において、当事者が別段の意思を表示しなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなす。

【趣旨】

本条は次条と共に買戻しの特約の要件を規定する。買戻しの代金が売買代金に契約の費用を加えたものに限られるのは、暴利を防ぐ趣旨である。また、本来買主は果実を返還し売主は代金に利息をつけて返還すべきであるが、複雑さを避けかつ公平上両者を相殺したものとみなした。

第580条（買戻しの期間）

- 1 買戻しの期間は、10年を超えることができない。
特約でこれより長い期間を定めたときは、その期間は、10年とする。
- 2 買戻しについて期間を定めたときは、その後にこれを伸長することができない。
- 3 買戻しについて期間を定めなかったときは、5年以内に買戻しをしなければならない。

【趣旨】

不動産所有権の帰属が不安定になることを防止するために、買戻しの期間を制限するものである。

【ポイント】

買戻権の行使につき始期を付したときでも、契約成立の時から10年を経過すると権利を行使できない（大判大12.8.2）。

第581条（買戻しの特約の対抗力）

- 1 売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を生ずる。
- 2 登記をした借借人の権利は、その残存期間中1年を超えない期間に限り、売主に対抗することができる。
ただし、売主を害する目的で賃貸借をしたときは、この限りでない。

【趣旨】

買戻しの特約は債権的であって第三者に対抗できないのが原則であるが、本条は、これを物権化し目的不動産の転得者に対しても買戻しを対抗し得るようにして、買戻権の財産的価値を確保・強化しようとするものである。

【ポイント】

一 第三取得者に対する対抗

不動産の売買による移転登記に付記登記という形で買戻しの特約を公示すると、第三者に対しても効力を生じる（不動産登記法59条、96条）。

ただし、買戻しの目的不動産上に登記をした借借人がいるときは、原則としてその権利は残期1年間に限りこれを売主に対抗することができる（本条2項）。

二 買戻権の譲渡

売主が買主の承諾なしに買戻権を譲渡できることは、判例・学説が一致して認めるところである。買戻権譲渡の対抗要件は、買戻権が登記されているときと、されていないときで異なる。

- 1 登記されているとき
移転登記（付記）をすれば足り、買主に通知しあるいはその承諾を得る必要はない（大判昭8.9.12）。
- 2 登記されていないとき
買主に対する通知又は承諾を必要とする（最判昭35.4.26）。

〔理由〕 買戻権は法的には解除権と考えられるから、債権譲渡の対抗要件に関する規定（467条1項）を類推するのが妥当である。

商 法 第24問	事業譲渡及び吸収分割	H 2 9 予備試験
----------	------------	------------

〔第24問〕（配点：2）

株式会社を各当事会社とする事業譲渡及び吸収分割に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。なお、特別法の規定の適用がある場合は、考慮しないものとする。（解答欄は、〔No.24〕）

- ア. 事業譲渡をする場合には、譲渡会社の新株予約権者は、譲渡会社に対し、自己の有する新株予約権を買い取ることを請求することができないが、吸収分割をする場合には、吸収分割会社の新株予約権者は、吸収分割会社に対し、自己の有する新株予約権を買い取ることを請求することができることがある。
- イ. 譲渡会社及び吸収分割会社のいずれについても、当事会社の別段の意思表示がない限り競業避止義務を負う旨が会社法に規定されている。
- ウ. 事業譲渡については、債権者異議手続をすることを要しないが、吸収分割については、債権者異議手続をしなければならないことがある。
- エ. 事業譲渡の無効及び吸収分割の無効は、いずれも訴えをもってのみ主張することができる。
- オ. 吸収分割会社が吸収分割承継会社に承継されない債務の債権者を害することを知って吸収分割をした場合には、当該債権者が吸収分割承継会社に対して当該債務の履行を請求することができるときがあることが会社法に規定されているが、譲渡会社が譲受会社に承継されない債務の債権者を害することを知って事業譲渡をした場合には、当該債権者が譲受会社に対して当該債務の履行を請求することができるときがあることは会社法に規定されていない。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

商 法 第24問	事業譲渡及び吸収分割	H 2 9 予備試験
----------	------------	------------

正解 1

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	48	14	17	12	8

(全体正答率48%)

ア正しい。会社法787条1項2号により、本記述は正しい。

事業譲渡等をする場合、譲渡会社の新株予約権者に、事業譲渡をする株式会社に対し、自己の有する新株予約権を買い取ることを請求することができるとする規定はない。

したがって本記述前段は正しい。

会社法787条1項柱書は、「次の各号に掲げる行為をする場合」において、「新株予約権者は、消滅株式会社等に対し、自己の有する新株予約権を公正な価格で買い取ることを請求することができる。」としている。そして、同項2号で「吸収分割」を定めている。

したがって、本記述後段も正しい。

イ誤り。本記述は、吸収分割について、競業避止義務を負う旨が会社法に規定されているとしている点で、誤っている。

事業譲渡について、会社法21条1項は、事業を譲渡した会社は、当事者の別段の意思表示がない限り、同一の市町村の区域内及びこれに隣接する市町村の区域内においては、その事業を譲渡した日から二十年間、同一の事業を行ってはならないとしている。

したがって、事業譲渡については、正しい。

他方で、吸収分割については競業避止義務を負う旨の明文の規定はない。

したがって、吸収分割についても競業避止義務を負う旨が会社法に規定されているとする本記述は誤っている。

ウ正しい。会社法789条1項2号により、本記述は正しい。

事業譲渡については、会社法に明文の規定がないため、債権者異議手続は不要である。

したがって、本記述前段は正しい。

吸収分割については、会社法789条1項2号が、吸収分割後吸収分割株式会社に対して債務の履行…を請求することができない吸収分割株式会社の債権者…は、消滅株式会社等に対し、吸収合併等について異議を述べることができるとしている。この場合、株式会社は789条2項以下の債権者異議手続をする必要がある。

したがって、本記述後段も正しい。(リーガルクエストP.418, 436)

エ誤り。本記述は、事業譲渡の無効は、訴えをもってのみ主張することができるとしている点で、誤っている。

会社法828条1項柱書は、次の各号に掲げる行為の無効は、当該各号に定める

期間に、訴えをもってのみ主張することができるとしている。

事業譲渡については、同項各号に該当しないため、無効主張は訴えのみに限定されないから、無効主張の利益がある限り、いつでも誰でも無効を主張できる。

したがって、事業譲渡についての記述は誤っている。

他方で、吸収分割については会社法828条1項9号に該当するため、訴えによらなければ無効を主張することができない。

したがって、吸収分割についての記述は正しい。(神田P.389。リーガルクエストP.436)

オ誤 リ。本記述は、当該債権者が譲受会社に対して当該債務の履行を請求することができることは会社法に規定されていないとしている点で、誤っている。

会社法759条4項は、吸収分割会社が吸収分割承継株式会社¹に承継されない債務の債権者を害することを知って吸収分割をした場合には、残存債権者は、吸収分割承継株式会社²に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求することができるとしている。

したがって、本記述前段は正しい。

次に、会社法23条の2第1項は譲渡会社が譲受会社に承継されない債務の債権者を害することを知って事業を譲渡した場合には、残存債権者は、その譲受会社に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求することができるとしている。

したがって、事業譲渡についても会社法に明文の規定があるため、本記述後段は誤っている。(リーガルクエストP.421, 437)

以上により、正しい記述はアとウであり、したがって、正解は肢1となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

第7章 事業の譲渡等

第467条（事業譲渡等の承認等）《新司18-48, 20-47, 22-42, 23-38, 予備23-17》

1 株式会社は、次に掲げる行為をする場合には、当該行為がその効力を生ずる日（以下この章において「効力発生日」という。）の前日までに、株主総会の決議によって、当該行為に係る契約の承認を受けなければならない。

1 事業の全部の譲渡

2 事業の重要な一部の譲渡（当該譲渡により譲り渡す資産の帳簿価額が当該株式会社の総資産額として法務省令で定める方法により算定される額の5分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えないものを除く。）

2の2 その子会社の株式又は持分の全部又は一部の譲渡（次のいずれにも該当する場合における譲渡に限る。）

イ 当該譲渡により譲り渡す株式又は持分の帳簿価額が当該株式会社の総資産額として法務省令で定める方法により算定される額の5分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えるとき。

ロ 当該株式会社が、効力発生日において当該子会社の議決権の総数の過半数の議決権を有しないとき。

3 他の会社（外国会社その他の法人を含む。次条において同じ。）の事業の全部の譲受け

4 事業の全部の賃貸、事業の全部の経営の委任、他人と事業上の損益の全部を共通にする契約その他これらに準ずる契約の締結、変更又は解約

5 当該株式会社（第25条第1項各号に掲げる方法により設立したものに限り。以下この号において同じ。）の成立後2年以内におけるその成立前から存在する財産であってその事業のために継続して使用するものの取得。ただし、イに掲げる額のロに掲げる額に対する割合が5分の1（これを下回る割合を当該株式会社の定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えない場合を除く。

イ 当該財産の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額

ロ 当該株式会社の純資産額として法務省令で定める方法により算定される額

2 前項第3号に掲げる行為をする場合において、当該行為をする株式会社が譲り受ける資産に当該株式会社の株式が含まれるときは、取締役は、同項の株主総会において、当該株式に関する事項を説明しなければならない。

第468条（事業譲渡等の承認を要しない場合）《新司20-47》

1 前条の規定は、同条第1項第1号から第4号までに掲げる行為（以下この章において「事業譲渡等」という。）に係る契約の相手方が当該事業譲渡等をする株式会社の特別支配会社（ある株式会社の総株主の議決権の10分の9（これを上回る割合を当該株式会社の定款で定めた場合にあっては、その割合）以上を他の会社及び当該他の会社が発行済株式の全部を有する株式会社その他これに準ずるものとして法務省令で定める法人が有している場合における当該他の会社をいう。以下同じ。）である場合には、適用しない。

2 前条の規定は、同条第1項第3号に掲げる行為をする場合において、第1号に掲げる額の第2号に掲げる額に対する割合が5分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えないときは、適用しない。

1 当該他の会社の事業の全部の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額

2 当該株式会社の純資産額として法務省令で定める方法により算定される額

3 前項に規定する場合において、法務省令で定める数の株式（前条第1項の株主総会において議決権を行使することができるものに限る。）を有する株主が次条第3項の規定による通知又は同条第4項の公告の日から2週間以内に前条第1項第3号に掲げる行為に反対する旨を当該行為をする株式会社に

対し通知したときは、当該株式会社は、効力発生日の前日までに、株主総会の決議によって、当該行為に係る契約の承認を受けなければならない。

【定義】

事業譲渡とは、一定の事業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産を譲渡し、それにより譲受会社が事業者たる地位を承継し、譲渡会社が法律上当然に競業禁止義務を負うに至るものをいう（最大判昭40.9.22、会社法百選87事件、総則・商行為百選18事件）。

【趣旨】

事業の全部の譲渡等に株主総会の特別決議（会社法309条2項11号）による承認を受けなければならないとする趣旨は、これらの行為は、会社の事業の将来に重要な影響を及ぼすので、株主保護を図る点にある。会社法467条1項5号の事後設立に対する規制は、財産引受規制の潜脱を防ぐという趣旨もある。

【ポイント】

一 事業譲渡

1 事業譲渡の意義

旧商法245条1項1号（会社法467条1項1号2号）にいう「営業の譲渡」と、旧商法24条以下にいう営業の譲渡（会社法21条以下にいう「事業の譲渡」）の意味の異同につき争いがあったが、判例は、両者を同義であるとした（最大判昭40.9.22、会社法百選87事件、総則・商行為百選18事件）。

判例は、事業譲渡とは、①一定の事業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産の全部又は重要な一部の譲渡であって、②譲渡会社はその財産によって営んでいた事業活動を譲受人に受け継がせ、③それによって譲渡会社が、法律上当然に会社法21条の競業禁止義務を負担することになるものをいう（上記最大判昭40.9.22）とし、ある取引が事業譲渡と言えるためには、①②③すべてを満たすことを要すると解する学説もある。

これに対し、③は、事業譲渡の譲渡会社は、特約がなくても競業禁止義務を負うことを示したにとどまり、ある取引が事業譲渡と言えるための不可欠の要件ではないとして、義務の負担を排除する特約を結んだ場合であっても①②を充足する場合には、当該取引は、事業譲渡にあたるという見解も有力に主張されている。

2 事業の全部の譲渡・重要な一部の譲渡

事業の全部の譲渡・重要な一部の譲渡（会社法467条1項1号2号）を行うためには、株主総会特別決議による承認を受けなければならない（会社法309条2項11号）。また、他の会社の事業の全部を譲り受ける場合（会社法467条1項3号）、事業の全部の賃貸等（同項4号）を行う場合も同様である。

これに対し、①帳簿価額が総資産額の5分の1を超えない資産の譲渡は、株主総会特別決議を要しないとされている（簡易の事業譲渡・会社法467条1項2号かつこ書）。これは、何が「重要な」一部なのか否かの判断が難しいことから、一定規模以下の取引を一律に規制対象外として、取引の迅速及び安全を図る趣旨である。

また、②事業譲渡等の相手方が、事業譲渡等をする会社の特別支配会社である（総株主の議決権の90%以上を有する）場合（略式事業譲渡等・会社法468条1項）、③他の会社の事業全部の譲受の場合に、譲受けの対価として交付する財産の帳簿価額が、譲受会社の純資産額の20%を超えない場合（簡易の事業譲受け・同条2項）も、株主総会決議は不要とされている。

なお、承認決議を否決しえる数の株主の反対がある場合には、株主総会を開催しなくてはならない点に注意する（会社法468条3項）。

3 事業譲渡と会社分割との相違点

事業の全部又は重要な一部を他の会社に譲渡することは、会社分割を行う場合と経済的に類似の効果を持つし、株主総会特別決議を要する点、反対株主に株式買取請求権が付与される点は共通する。

もっとも、①「事業」を譲渡するといっても、単に、譲渡会社が当該事業に関して有する権利・義務につき、通常取引行為が一括して行われるにすぎず、会社法上の特別の行為というわけではない。す

なわち、民法の一般原則に従い、相手方が譲渡会社の債務を免責的に引き受ける場合は、債権者の承諾を要するし、権利の譲渡について対抗要件が定められている場合（民法177条、178条、467条等）は、その要件を具備しなければ第三者に対抗できない。

これに対し、会社分割の場合は、個別の同意を要せず、分割契約書又は分割計画書の記載に従い債務や契約上の地位が移転することになるが、会社分割では、事業譲渡では要求されない債権者異議手続を経る必要（会社法789条1項2号・799条1項2号・810条1項2号）がある。

また、②事業譲渡の無効は、いつでも誰でも無効を主張できるが、会社分割の無効は、会社分割無効の訴えによってのみ主張できる（会社法828条2項）とされている。

さらに、③事業譲渡の譲受人は会社であることを要しないが、会社分割の相手方は、会社であることを要する点で異なる。

二 事後設立（会社法467条1項5号）

会社法467条1項5号は、「事後設立」の問題である。「事後設立」とは、発起設立又は募集設立による会社の設立後2年以内に、その成立前から存在する財産であってその事業のために継続して使用するもの（これは原材料などの取得を事後設立規制の対象としないようにするためである）を取得する場合であって、その財産の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額がその会社の純資産額として法務省令で定める方法により算定される額の5分の1（これを下回る割合を会社の定款で定めた場合には、その割合）を超えるときには、株主総会の特別決議による承認を受けなければならないとして、会社成立後の業務執行についての例外を定めるもののことをいう（会社法467条1項5号、309条2項11号）。

旧商法246条2項に規定されていた事後設立の際の検査役による調査は廃止された。

事後設立について、株主総会の決議が不要となる要件を、合併等における簡易組織再編の要件に合わせ、取得する財産の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額の、当該株式会社の総資産額に対する割合が20パーセント以下となる場合まで引き上げた（会社法467条1項5号）。

設立手続中に当該財産取得を行うとすれば、財産引受けとして定款に記載することを要する（会社法28条2号）といった規制に服するはずであったことから、これらの規制を潜脱することを防止することが、事後設立規制の目的である。

なお、事業譲渡等とは異なり、反対株主の買取請求権がない点に注意する（会社法468条1項・469条1項参照）。

三 親会社による重要な子会社の株式等の譲渡

平成26年会社法改正により、親会社が重要な子会社の株式又は持分を譲渡して支配権を失う場合、譲渡の効力発生日の前日までに親会社の株主総会特別決議による承認が必要とされた（467条1項2号の2）。具体的には、①譲渡する子会社の株式等の帳簿価額が親会社の総資産額の5分の1（定款でこれを下回る割合を定めることは可能）を超え、かつ、②親会社が子会社株式等の譲渡の効力発生日に、子会社の議決権の総数の過半数の議決権を有しない場合に、株主総会決議が必要となる。

持株会社に典型的に見られるように、親会社は、自社で事業を行うほかに子会社を通じて事業を行うことがある。子会社株式等の保有を通じて親会社が間接的に事業を行う場合に、その子会社の株式等を譲渡して子会社の支配を失うことは、間接的に親会社はその事業を譲渡したのと差異はない。そこで、事業の重要な一部の譲渡と同様に、株主総会決議による承認を要求した。

◎ 最大判昭40.9.22（会社法百選87事件）

旧商法245条1項1号（会社法467条1項1号、2号）によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡（会社法467条1項1号にいう「事業の…譲渡」、以下同じ）とは、同法24条（会社法21条）以下にいう営業の譲渡と同一意義であって、営業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、すなわち、一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値ある事実関係を含む）の全部又は重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社はその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条（会社法21条）に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう。

民事訴訟法 第39問	証拠調べ	H29 予備試験
------------	------	----------

〔第39問〕（配点：2）

証拠調べに関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものを2個選びなさい。（解答欄は，[No.42]，[No.43] 順不同）

1. 当事者の一方が期日に出頭しない場合には，証人尋問をすることができない。
2. 証人尋問は，映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法によってすることはできない。
3. 16歳未満の者を証人として尋問する場合には，宣誓をさせることができない。
4. 鑑定人は，鑑定に必要な学識経験を有する第三者の中から指定されるものであって，宣誓をする義務を負わない。
5. 鑑定人に口頭で鑑定意見を述べさせた後に，鑑定人に対し質問をする場合には，裁判長，鑑定の申出をした当事者，他の当事者の順序で行うのが原則である。

民事訴訟法 第39問	証拠調べ	H29予備試験
------------	------	---------

正解 3, 5 (順不同)

全体正答率51% (順不同の問題なので、肢別解答率 (%) はありません。)

1 誤り。本記述は、当事者の一方が期日に出頭しない場合には、証人尋問をすることができないとしている点で、誤っている。

民事訴訟法183条。証拠調べは、当事者が期日に出頭しない場合においても、することができる。

その趣旨は、当事者が出頭しないために証拠調べを実施できないとすると、予定された審理時間が無駄になるだけでなく出頭した証人等に無駄な労力を使わせることになるため、それを防ぐ点にある。(伊藤P. 383~4)

2 誤り。本記述は、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法によってすることはできないとしている点で、誤っている。

民事訴訟法204条柱書。裁判所は…映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法によって、証人の尋問をすることができる。

これは、平成8年改正法によって創設された規定であり、ビデオリンク方式による尋問と呼ばれる措置である。従来は証人が遠隔の地に居住するとき(同条1号)のみ認められていたが、犯罪被害者を初めとした証人保護の観点から広く認められるようになった(同条2号)。(伊藤P. 400~2)

3 正しい。民事訴訟法201条2項により、本記述は正しい。

16歳未満の者又は宣誓の趣旨を理解することができない者を証人として尋問する場合には、宣誓をさせることができない。

その趣旨は、宣誓は、宣誓者がその意味を理解していることが前提となるため、宣誓無能力者(16歳未満の者および知的能力が脆弱であるなどの理由で宣誓の趣旨を理解できない者)に対して宣誓を行わせることは許されないという点にある。(伊藤P. 387)

4 誤り。本記述は、鑑定人は宣誓義務を負わないとしている点で、誤っている。

民事訴訟法216条は、「…第201条第1項の規定は鑑定人に宣誓をさせる場合について…準用する」と規定している。そして、同法201条1項は、「証人には、特別の定めがある場合を除き、宣誓をさせなければならない」と規定している。

したがって、鑑定人は、宣誓をする義務を負う。(伊藤P. 406)

5 正しい。民事訴訟法215条の2第2項により、本記述は正しい。

前項〔注：鑑定人に口頭で意見を述べさせる場合〕の質問は、裁判長、その鑑定の申出をした当事者、他の当事者の順序とする。

鑑定人質問では、裁判長が第1順位となっており、裁判長を第3順位としている証人尋問(同法202条1項)とは順序が異なっている。

その趣旨は、鑑定人の役割が裁判所に対して事実認定に必要な専門的知見を提供するところにある、当事者からの中立性が高いという点にある。(伊藤P. 409)

以上により、正しい記述は3と5であり、したがって、正解は肢3と肢5(順不同)となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

(3) 尋問手続

① 法廷における証人尋問

第201条（宣誓）《新司24-65》

- 1 証人には、特別の定めがある場合を除き、宣誓をさせなければならない。
- 2 16歳未満の者又は宣誓の趣旨を理解することができない者を証人として尋問する場合には、宣誓をさせることができない。
- 3 第196条の規定に該当する証人で証言拒絶の権利を行使しないものを尋問する場合には、宣誓をさせないことができる。
- 4 証人は、自己又は自己と第196条各号に掲げる関係を有する者に著しい利害関係のある事項について尋問を受けるときは、宣誓を拒むことができる。
- 5 第198条及び第199条の規定は証人が宣誓を拒む場合について、第192条及び第193条の規定は宣誓拒絶を理由がないとする裁判が確定した後に証人が正当な理由なく宣誓を拒む場合について準用する。

第202条（尋問の順序）《新司プレー56, 21-65》

- 1 証人の尋問は、その尋問の申出をした当事者、他の当事者、裁判長の順序とする。
- 2 裁判長は、適当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、前項の順序を変更することができる。
- 3 当事者が前項の規定による変更について異議を述べたときは、裁判所は、決定で、その異議について裁判をする。

規則第113条（尋問の順序・法第202条）《新司プレー58》

- 1 当事者による証人の尋問は、次の順序による。
 - 一 尋問の申出をした当事者の尋問（主尋問）
 - 二 相手方の尋問（反対尋問）
 - 三 尋問の申出をした当事者の再度の尋問（再主尋問）
- 2 当事者は、裁判長の許可を得て、更に尋問をすることができる。
- 3 裁判長は、法第202条（尋問の順序）第1項及び第2項の規定によるほか、必要があると認めるときは、いつでも、自ら証人を尋問し、又は当事者の尋問を許すことができる。
- 4 陪席裁判官は、裁判長に告げて、証人を尋問することができる。

規則第114条（質問の制限）

- 1 次の各号に掲げる尋問は、それぞれ当該各号に定める事項について行うものとする。
 - 一 主尋問 立証すべき事項及びこれに関連する事項
 - 二 反対尋問 主尋問に現れた事項及びこれに関連する事項並びに証言の信用性に関する事項
 - 三 再主尋問 反対尋問に現れた事項及びこれに関連する事項
- 2 裁判長は、前項各号に掲げる尋問における質問が同項各号に定める事項以外の事項に関するものであって相当でないと認めるときは、申立てにより又は職権で、これを制限することができる。

《過去問チェック》

- 16歳未満の者を証人として尋問する場合には、宣誓をさせることができない。（新司25-67）
☞正しい。201条2項。
- 証人の尋問は、その尋問の申出をした当事者及び他の当事者より先に裁判長がすることはできない。（新司26-68）
☞誤り。202条2項。
- 証人は、証人自身が有罪判決を受けるおそれがある事項について尋問を受けるときは、宣誓を拒むことができる。（予備28-41）
☞正しい。民事訴訟法201条4項。証人は、自己又は自己と民事訴訟法196条各号に掲げる関係を有する者に著しい

利害関係のある事項について尋問を受けるときは、宣誓を拒むことができる。著しい利害関係がある事項とは、法的利害関係ばかりではなく、経済的ないし社会的な利害関係でもよく、社会通念によって判断される。よって、証人自身が有罪判決を受けるおそれがある事項は、社会通念上、自己に著しい利害関係のある事項といえるので、証人は宣誓を拒むことができる。

規則第115条《新司プレー58》

- 1 質問は、できる限り、個別的かつ具体的にしなければならない。
- 2 当事者は、次に掲げる質問をしてはならない。ただし、第2号から第6号までに掲げる質問については、正当な理由がある場合は、この限りでない。
 - 一 証人を侮辱し、又は困惑させる質問
 - 二 誘導質問
 - 三 既にした質問と重複する質問
 - 四 争点に関係のない質問
 - 五 意見の陳述を求める質問
 - 六 証人が直接経験しなかった事実についての陳述を求める質問
- 3 裁判長は、質問が前項の規定に違反するものであると認めるときは、申立てにより又は職権で、これを制限することができる。

規則第118条（対質）

- 1 裁判長は、必要があると認めるときは、証人と他の証人との対質を命ずることができる。
- 2 前項の規定により対質を命じたときは、その旨を調書に記載させなければならない。
- 3 対質を行うときは、裁判長がまず証人を尋問することができる。

第203条（書類に基づく陳述の禁止）《新司21-65》

証人は、書類に基づいて陳述することができない。ただし、裁判長の許可を受けたときは、この限りでない。

第203条の2（付添い）

- 1 裁判長は、証人の年齢又は心身の状態その他の事情を考慮し、証人が尋問を受ける場合に著しく不安又は緊張を覚えるおそれがあると認めるときは、その不安又は緊張を緩和するのに適当であり、かつ、裁判長若しくは当事者の尋問若しくは証人の陳述を妨げ、又はその陳述の内容に不当な影響を与えるおそれがないと認める者を、その証人の陳述中、証人に付き添わせることができる。
- 2 前項の規定により証人に付き添うこととされた者は、その証人の陳述中、裁判長若しくは当事者の尋問若しくは証人の陳述を妨げ、又はその陳述の内容に不当な影響を与えるような言動をしてはならない。
- 3 当事者が、第1項の規定による裁判長の処置に対し、異議を述べたときは、裁判所は、決定で、その異議について裁判をする。

第203条の3（遮への措置）

- 1 裁判長は、事案の性質、証人の年齢又は心身の状態、証人と当事者本人又はその法定代理人との関係（証人がこれらの者が行った犯罪により害を被った者であることを含む。次条第2号において同じ。）その他の事情により、証人が当事者本人又はその法定代理人の面前（同条に規定する方法による場合を含む。）において陳述するときは圧迫を受け精神の平穏を著しく害されるおそれがあると認める場合であって、相当と認めるときは、その当事者本人又は法定代理人とその証人との間で、一方から又は相互に相手の状態を認識することができないようにするための措置をとることができる。
- 2 裁判長は、事案の性質、証人が犯罪により害を被った者であること、証人の年齢、心身の状態又は名誉に対する影響その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、傍聴人とその証人との間で、相互に相手の状態を認識することができないようにするための措置をとることができる。
- 3 前条第3項の規定は、前2項の規定による裁判長の処置について準用する。

ア 尋問の手続

証人尋問の申出を受け、これを採用した裁判所は呼出状により証人を呼び出し（民事訴訟規則108条、109条）、人定尋問をし、原則として事前に宣誓させた上で（201条、規則112条）、交互尋問制により尋問する（202条）。

交互尋問とは、最初にその証人の尋問を申し出た当事者が尋問し（主尋問）、次に反対当事者が尋問し（反対尋問）、更に主尋問をした当事者の尋問（再主尋問）、反対当事者の尋問（再反対尋問）という順序で、両当事者が交互に証人を尋問する証人尋問の方式である。これは、証人尋問について当事者主義を強調したものである。

なお、現行法上は、主尋問・反対尋問・再主尋問までは、交互尋問の際の当事者の権利であるが、再反対尋問以降の尋問は裁判長の許可を必要とする（民事訴訟規則113条1項、2項）。

イ 尋問の制限

尋問の内容によっては、裁判長は、申立てにより又は職権で制限できる（民事訴訟規則114条2項・115条3項）。適切かつ迅速な尋問手続を確保するためである。

ウ 対質（民事訴訟規則118条）

対質とは、数人の証人を同時に尋問して、陳述の食い違う点を直接かつ相互に弁明させることである。数人の証人が同一事実を経験しながら、矛盾した供述をする場合などに行われる。

エ 書類に基づく陳述

証人の陳述は口頭によるのが原則であるが、裁判長の許可があれば書類に基づき陳述できる（203条）。

オ 証人等の保護

犯罪被害者等が加害者に対し不法行為責任を追求する場合、事件の当事者であることから、証人として尋問を受けることがあるが、その際、著しい不安、緊張を強いられることがある。そこで、証人等の保護のための措置として、付添い（203条の2）、遮への措置（203条の3）が規定された。これらの規定は、当事者本人の尋問にも準用されている（210条）。

◎ 反対尋問の保障（最判昭32.2.8、百選65事件）

裁判所が本人訊問を打ち切った措置を違法と解し得ないことは、民訴260条〔現181条2項〕の趣旨からして当然であり、その後、再訊問の措置を採らなかったのも、右本人の病状の経過に照らし、これを不相当と認めたためであることが、記録上窺い得られるところである。従ってこのように、やむを得ない事由によって反対訊問ができなかった場合には、単に反対訊問の機会がなかったというだけの理由で、右本人訊問の結果を事実認定の資料とすることができないと解すべきではなく、結局、合理的な自由心証によりその証拠力を決し得ると解するのが相当である。

《過去問チェック》

- 裁判所は、職権で当事者本人を尋問することができる。（新司23-65、予備23-40）
☞正しい。207条1項前段。
- 受命裁判官が証人尋問を行う場合において、裁判所及び裁判長の職務は、その裁判官が行うが、尋問の順序の変更についての異議の裁判は、受訴裁判所が行う。（新司26-63）
☞正しい。195条、202条2項、3項、206条、329条1項。
- 裁判所は、相当と認める場合において、当事者に異議がないときは、証人の尋問に代え、その証人に書面の提出をさせることができる。（新司26-68）
☞正しい。205条。

第204条（映像等の送受信による通話の方法による尋問）《予備24-38》

裁判所は、次に掲げる場合には、最高裁判所規則で定めるところにより、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話することができる方法によって、証人の尋問をすることができる。

- 一 証人が遠隔の地に居住するとき。
- 二 事案の性質、証人の年齢又は心身の状態、証人と当事者本人又はその法定代理人との関係その他の事情により、証人が裁判長及び当事者が証人を尋問するために在席する場所において陳述するときは圧迫を受け精神の平穩を著しく害されるおそれがあると認める場合であつて、相当と認めるとき。

規則第123条（映像等の送受信による通話の方法による尋問・法第204条）

- 1 法第204条（映像等の送受信による通話の方法による尋問）第1号に掲げる場合における同条に規定する方法による尋問は、当事者の意見を聴いて、当事者を受訴裁判所に出頭させ、証人を当該尋問に必要な装置の設置された他の裁判所に出頭させてする。
- 2 法第204条第2号に掲げる場合における同条に規定する方法による尋問は、当事者及び証人の意見を聴いて、当事者を受訴裁判所に出頭させ、証人を受訴裁判所又は当該尋問に必要な装置の設置された他の裁判所に出頭させてする。この場合において、証人を受訴裁判所に出頭させるときは、裁判長及び当事者が証人を尋問するために在席する場合以外の場所にその証人を在席させるものとする。
- 3 前2項の尋問をする場合には、文書の写しを送信してこれを提示することその他の尋問の実施に必要な処置を行うため、ファクシミリを利用することができる。
- 4 第1項又は第2項の尋問をしたときは、その旨及び証人が出頭した裁判所（当該裁判所が受訴裁判所である場合を除く。）を調書に記載しなければならない。

第205条（尋問に代わる書面の提出）

裁判所は、相当と認める場合において、当事者に異議がないときは、証人の尋問に代え、書面の提出をさせることができる。

第206条（受命裁判官等の権限）

受命裁判官又は受託裁判官が証人尋問をする場合には、裁判所及び裁判長の職務は、その裁判官が行う。ただし、第202条第3項の規定による異議についての裁判は、受訴裁判所が行う。

② 映像等の送受信による尋問（204条、民事訴訟規則123条）

原則として証人尋問は受訴裁判所の法廷において行われる必要がある。しかし、証人が遠隔地に居住しており出頭が困難である場合や、証人等の保護の必要が認められる場合、法は映像等の送受信による通話の方法による尋問を認めている（204条、民事訴訟規則123条）。映像・音声の通信技術の進歩により、かかる規定が新設された。

③ 尋問に代わる書面の提出（205条）

証人が遠隔地に居住している場合や、病気等で出頭が困難であるが、書面なら提出できるというような場合がある。このような場合において、反対尋問を経なくとも信用するに値する陳述が得られる見込みがあるなど「相当」と認められる場合で、「当事者に異議がないとき」には、裁判所は尋問事項に対する供述書の提出を命じることができる（205条）。

《過去問チェック》

- 裁判所は、遠隔地に居住する証人の尋問をする場合には、当事者の意見を聴いて、いわゆるテレビ会議システムを利用する方法で、尋問をすることができる。（新司ブレイク58）
☞正しい。204条、規則123条1項。
- 受命裁判官が証人尋問を行う場合において、裁判所及び裁判長の職務は、その裁判官が行うが、尋問の順序の変更についての異議の裁判は、受訴裁判所が行う。（新司26-63）
☞正しい。195条、202条2項、3項、206条、329条1項。

- 裁判所は、相当と認める場合において、当事者に異議がないときは、証人の尋問に代え、その証人に書面の提出をさせることができる。(新司26-68)
- ☑正しい。205条。

3 鑑定

第212条（鑑定義務）《新司24-65》

- 1 鑑定に必要な学識経験を有する者は、鑑定をする義務を負う。
- 2 第196条又は第201条第4項の規定により証言又は宣誓を拒むことができる者と同一の地位にある者及び同条第2項に規定する者は、鑑定人となることができない。

第213条（鑑定人の指定）

鑑定人は、受訴裁判所、受命裁判官又は受託裁判官が指定する。

第214条（忌避）

- 1 鑑定人について誠実に鑑定をすることを妨げるべき事情があるときは、当事者は、その鑑定人が鑑定事項について陳述をする前に、これを忌避することができる。鑑定人が陳述をした場合であっても、その後、忌避の原因が生じ、又は当事者がその原因があることを知ったときは、同様とする。
- 2 忌避の申立ては、受訴裁判所、受命裁判官又は受託裁判官にしなければならない。
- 3 忌避を理由があるとする決定に対しては、不服を申し立てることができない。
- 4 忌避を理由がないとする決定に対しては、即時抗告をすることができる。

第215条（鑑定人の陳述の方式等）《予備24-38》

- 1 裁判長は、鑑定人に、書面又は口頭で、意見を述べさせることができる。
- 2 裁判所は、鑑定人に意見を述べさせた場合において、当該意見の内容を明瞭にし、又はその根拠を確認するため必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、鑑定人に更に意見を述べさせることができる。

第215条の2（鑑定人質問）《新司22-63》

- 1 裁判所は、鑑定人に口頭で意見を述べさせる場合には、鑑定人が意見の陳述をした後に、鑑定人に対し質問をすることができる。
- 2 前項の質問は、裁判長、その鑑定の申出をした当事者、他の当事者の順序とする。
- 3 裁判長は、相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、前項の順序を変更することができる。
- 4 当事者が前項の規定による変更について異議を述べたときは、裁判所は、決定で、その異議について裁判をする。

第215条の3（映像等の送受信による通話の方法による陳述）

裁判所は、鑑定人に口頭で意見を述べさせる場合において、鑑定人が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、最高裁判所規則で定めるところにより、隔地者が映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話をすることができる方法によって、意見を述べさせることができる。

第215条の4（受命裁判官等の権限）

受命裁判官又は受託裁判官が鑑定人に意見を述べさせる場合には、裁判所及び裁判長の職務は、その裁判官が行う。ただし、第215条の2第4項の規定による異議についての裁判は、受託裁判所がする。

第216条（証人尋問の規定の準用）

第191条の規定は公務員又は公務員であった者に鑑定人として職務上の秘密について意見を述べさせる場合について、第197条から第199条までの規定は鑑定人が鑑定を拒む場合について、第201条第1項の規定は鑑定人に宣誓をさせる場合について、第192条及び第193条の規定は鑑定人が正当な理由なく出頭しない場合、鑑定人が宣誓を拒む場合及び鑑定拒絶を理由がないとする裁判が確定した後に鑑定人が正当な理由なく鑑定を拒む場合について準用する。

第217条（鑑定証人）

特別の学識経験により知り得た事実に関する尋問については、証人尋問に関する規定による。

第218条（鑑定の囑託）

- 1 裁判所は、必要があると認めるときは、官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は相当の設備を有する法人に鑑定を囑託することができる。この場合においては、宣誓に関する規定を除き、この節の規定を準用する。
- 2 前項の場合において、裁判所は、必要があると認めるときは、官庁、公署又は法人の指定した者に鑑定書の説明をさせることができる。

「鑑定」とは、学識経験を有する第三者に、その専門的能力又はその知識を利用した判断を訴訟上報告させて裁判官の知識、判断力を補充するための証拠調べをいう。

(1) 証人との差異

① 中立性の要求

鑑定は裁判官の知識、判断力を補充するためのもので当事者からの信頼を得る必要があり、中立性が要求される。そこで、当該事件との関係で証言拒絶権や宣誓拒絶権を有する者と同一の立場にあるような者は、鑑定人になることはできない（212条2項）。また、忌避制度も定められている（214条）。

② 代替性

自らの経験を語る証人とは異なり、鑑定人は一定の知識・法則を述べる者であるから、代替性が認められる。したがって、代替性のない証人とは異なり、勾引までは認められない（216条による194条の不準用）。

(2) 鑑定義務

鑑定に必要な学識経験を有する者は、鑑定を命ぜられたときは、鑑定をする義務を負う（212条1項）。かかる義務は、証人義務に準じて、出頭・宣誓・陳述義務をその内容とする。

(3) 鑑定手続（213条、214条、215条）

当事者からの申出をもって開始する。鑑定人の指定（213条）、呼出し、宣誓（民事訴訟規則131条）、鑑定事項の告知、鑑定意見の報告の順で手続が進められる。その際、証人尋問の規定が準用される（216条）。

4 書証

「書証」とは、文書に記載された特定人の意思や認識などの意味の内容を証拠資料とする証拠調べを

いう。

(1) 文書・準文書

文書とは、文字その他の記号を使用して人間の思想、判断、認識、感情等の思想的意味を可視的状态に表示した有形物のことをいう。

準文書とは、図画・写真・録音テープ・ビデオテープその他情報を表すために作成された文書に準ずる物体をいう。231条によれば、準文書の証拠調べについては書証の規定が準用されている。

なお、裁判所で容易に再生できないコンピュータ用磁気テープは、検証・鑑定によるものと解されている。

《過去問チェック》

- 鑑定人は、宣誓をしなければならない。(新司25-67)
 - ☞正しい。216条, 201条1項。
- 鑑定人について誠実に鑑定をすることを妨げるべき事情があるときは、当事者は、その鑑定人を忌避することができる。(予備26-40)
 - ☞正しい。214条1項。
- 鑑定人の資格は自然人に限られ、官公署や法人を鑑定人とすることはできない。(予備26-40)
 - ☞正しい。鑑定人は証拠方法として自ら報告を行うものであるから、自然人に限られ、それ自体報告を行うことができない官公署や法人は鑑定人とはなり得ない。
- 鑑定の申出は、当事者において鑑定人を指定しなければならない。(予備26-40)
 - ☞誤り。規則129条1項前段参照。法律上鑑定の申出において特定の鑑定人を指定する必要はなく、たとえ指定しても裁判所はこれに拘束されない。
- 裁判所は、鑑定人が正当な理由なく期日に出頭しないときは、鑑定人の勾引を命ずることができる。(予備26-40)
 - ☞誤り。鑑定人質問に際して鑑定人の勾引を認める直接の規定は存在しない。また、鑑定人質問に対しては一定の場合に証人尋問の規定が準用されるが(216条)、同規定において証人の勾引に関する194条の規定は準用されていない。
- 患者の治療を行った医師にその患者の症状について陳述させるときのように、特別の学識経験により知り得た事実を陳述させる場合には、鑑定人質問ではなく、証人尋問に関する規定による。(予備26-40)
 - ☞正しい。217条。

【MEMO】

刑 法 第13問	犯罪の成否	H 2 9 予備試験
----------	-------	------------

〔第13問〕（配点：3）

次の【事例】に関する後記1から5までの各【記述】を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。（解答欄は、[No.18]、[No.19] 順不同）

【事 例】

甲は、覚せい剤の密売人である乙から、偽造した1万円札と引換えに覚せい剤をだまし取ろうと考え、1万円札の偽造に使用する目的で、作業部屋を自己名義で賃借した上、印刷機及び印刷用紙を購入して同部屋に運び込み、それらを使用して1万円札100枚を偽造した。

①

その後、甲は、ホテルの部屋で乙と会い、乙に対し、100万円相当の覚せい剤（以下「本件覚せい剤」という。）の代金として、偽造した1万円札100枚を渡した。乙は、甲から渡された1万円札が偽札であることに気付かずに、甲に対し、本件覚せい剤を渡し、甲は、これを持って同部屋を出た。②

甲は、本件覚せい剤をホテルの駐車場に駐車中の自己の自動車内に置いたところ、甲が乙に渡した1万円札が偽札であることに気付いて追い掛けてきた乙から、本件覚せい剤を返還するように求められた。甲は、本件覚せい剤の返還を免れるため、殺意をもって乙の首を両手で絞めて乙を殺害した。③

その数日後、甲は、本件覚せい剤を所持しているのを警察官に現認され、覚せい剤取締法違反の現行犯人として逮捕され、A警察署に連行された。警察官丙は、A警察署の取調室において、甲の弁解録取手続を行い、甲の供述内容を弁解録取書に記載した上、同弁解録取書を甲に手渡して内容の確認を求めたところ、甲は、署名押印する前に同弁解録取書を両手で破った。④

甲は、同取調室から逃げ出し、A警察署の敷地外に出た。⑤

【記 述】

1. ①について、甲が作業部屋を自己名義で賃借した行為は、通貨偽造罪の予備行為に該当することから、その段階で甲には通貨偽造等準備罪が成立する。
2. ②について、甲には詐欺罪が成立し、偽造通貨行使罪は詐欺罪に吸収される。
3. ③について、覚せい剤は、法定の除外事由なく所持することが禁じられた物であるが、甲は、本件覚せい剤の返還を免れるために乙を殺害していることから、甲には強盗殺人罪が成立する。
4. ④について、丙が作成した弁解録取書には、甲の署名押印がないが、甲の供述内容が記載されていることから、甲には公用文書等毀棄罪が成立する。
5. ⑤について、甲は、逮捕中に逃走し、A警察署の敷地外に出ていることから、甲には単純逃走罪が成立する。

刑 法 第13問	犯罪の成否	H 2 9 予備試験
----------	-------	------------

正解 3, 4 (順不同)

全体正答率 54% (順不同の問題なので、肢別解答率 (%) はありません。)

- 1 誤り。本記述は、通貨偽造目的での作業部屋の賃借行為が通貨偽造罪の予備行為に該当し、甲に通貨偽造等準備罪が成立するとしている点で、誤っている。
貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的で、**器械又は原料**を準備した者は、3月以上5年以下の懲役に処する。
偽造通貨等準備罪の実行行為は、器械又は原料を準備することである。器械は、偽造・変造の用に供する客観的可能性を有する一切の器械をいい、例えば、鑄造機、印刷機、写真機等がこれに当たる。原料とは、例えば、地金、用紙、印刷用インク等がこれに当たる。
作業部屋は、器械及び原料のいずれにも該当しない。
よって、甲が作業部屋を自己名義で賃借した段階では、甲には通貨偽造等準備罪は成立しない。
- 2 誤り。本記述は、詐欺罪が偽造通貨行使罪に吸収されるとすべきところ、偽造通貨行使罪が詐欺罪に吸収されるとしている点で、誤っている。
判例は、**偽造通貨の行使による詐欺の行為は、当然偽造通貨行使罪（刑法148条2項）に当然包含され、単統一罪を構成する**としている。
判例の結論に賛成する学説は、その理由として、①偽造通貨行使は、詐欺を伴うことが多く、当然にこれを予定していると考えられること、②偽造通貨取得後知情行使罪（刑法152条）に当たる場合に同罪が軽い法定刑を定めている趣旨を没却するという点を挙げている。
よって、偽造通貨行使罪が詐欺罪に吸収されるのではなく、詐欺罪が偽造通貨行使罪に吸収される。
- 3 正しい。本記述では、①法禁物である覚せい剤の返還請求権が刑法236条2項の「財産上…の利益」たり得るか、②財物を詐取し、その財物の返還を免れるために暴行を加えた場合、詐欺罪（刑法246条1項）と強盗罪（刑法236条2項）が成立し得るところ、両罪の関係をいかに評価すべきかの2点が問題となる。
①について、判例（最判昭35. 8. 30）は、民法上保護に値しない不法な利益であっても、刑法236条2項の「財産上…の利益」に含まれるとしている。後掲最決昭61. 11. 18も同様の見解を前提としている。
②について、判例（最決昭61. 11. 18、百選II 39事件、強盗罪の要件たる暴行脅迫）は、共犯者の一方が、ホテルの1室において、買主との価格交渉のために必要だと被害者をだまして覚せい剤を被害者から受け取り、これを持ってホテルから逃走した後、共犯者の他方が被害者を銃撃したが被害者は重傷を負ったにすぎなかったという事案において、「被告人甲による拳銃発射行為は、乙を殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪に当たる」としている。よって、本記述では、甲が乙から覚せい剤をだまし取った行為につき詐欺罪が成立し、甲が覚せい剤の返還を免れるために乙を殺害した行為につき強盗殺人罪が成立する。

なお、この場合、両罪は包括一罪として重い強盗殺人罪の刑で処断されることになる。

4 正しい。最決昭32. 1. 29により、本記述は正しい。

本記述では、供述者の署名押印がない未完成な弁解録取書も刑法258条にいう「公務所の用に供する文書」に該当するかが問題となる。

判例は、「被疑事件につき逮捕状により逮捕せられた被疑者に対し、…警察員が、刑訴203条に基き、被疑事実の要旨及び弁護人を選任し得る旨を告げ被疑者がこれに対する供述をしたのでその旨を記載した弁解録取書原本を執筆しこれを読み聞かせ誤の有無を問うたところ被疑者は黙秘したため、司法警察員はその旨の文言の一部を末尾に記載した場合においては、**右弁解録取書は未だ被疑者及び右司法警察員の作成者としての署名捺印がなくても刑法258条にいわゆる公務所の用に供する文書というを妨げない**」としている。

判例の結論に賛成する学説は、作成者等の所定の署名押印を欠き、又は本文に未完成部分があるなどの未完成文書であっても、それが文書として意味・内容を備えるものであれば、公用文書等毀棄罪の客体となるということを挙げている。

よって、甲には公用文書等毀棄罪が成立する。

5 誤り。単純逃走罪の主体には、逮捕中に逃走した者は含まれないので、本記述は誤っている。

刑法97条。**裁判の執行により拘禁された既決又は未決の者が逃走したときは、1年以下の懲役に処する。**

単純逃走罪の主体は、「裁判の執行により拘禁された既決又は未決の者」である。「裁判の執行により拘禁された既決…の者」とは、確定裁判を受け自由刑の執行として刑事施設に拘禁されている者又は死刑執行に至るまで刑事施設の拘置されている者をいう。他方、「**裁判の執行により拘禁された…未決の者**」とは、被疑者又は被告人として、勾留状の執行により拘禁されている者をいい、**逮捕された者**や勾引状の執行を受けて勾引された者は、これに含まれない。

本記述では、甲は、逮捕中に逃走しているので、「裁判の執行により拘禁された…未決の者」には当たらない。

よって、甲には単純逃走罪は成立しない。

以上により、正しい記述は3と4であり、したがって、正解は肢3と肢4（順不同）となる。

【短答合格FILEから抜粋】

第97条（逃走）《新司21-7》

裁判の執行により拘禁された既決又は未決の者が逃走したときは、1年以下の懲役に処する。

一 主体

「裁判の執行により拘禁された既決又は未決の者」に限られる（真正身分犯）。

- 1 「裁判の執行により拘禁された既決…の者」とは、確定裁判を受け自由刑の執行として拘禁され、又は死刑の執行に至るまで拘置されている場合（11条2項）、罰金・科料を完納できないために労役場に留置されている場合（18条）を含む。
- 2 「未決の者」とは、刑事手続によって拘禁されている者、すなわち被疑者又は被告人として勾留状によって拘禁されている者をいう。また、鑑定留置に付されている者を含む（刑事訴訟法167条、224条、仙台高判昭33.9.24）。
- 3 その他の注意点
 - (1) いったん収監された以上は、公判廷に護送中の者であっても、拘禁された者である。
 - (2) 罰金を完納できないため労役場に留置されている者は、既決の被拘禁者である。
 - (3) 逮捕状により又は現行犯人として逮捕された者は、未決の被拘禁者ではない。

二 行為

「逃走」することである。

- 1 「逃走」とは、被拘禁者が拘禁状態から離脱することをいう。離脱するとは、看守者の実力的支配を脱することをいい、一時的であれ完全に離脱すれば既遂となる。したがって、追跡を受けることなく、監獄の外壁を乗り越えたときは既遂となるが、外壁を乗り越えても、追跡を受けている間はまた拘禁を離脱したとはいえず、未遂にすぎない（通説・福岡高判昭29.1.12）。
- 2 拘禁作用の侵害を開始した時に実行の着手が認められ、追跡者が完全に犯人を見失った時に既遂となり、本罪は終了する（状態犯）。したがって、本罪が既遂に達した後に逃走者に加担した者は本罪の共犯とはならず、犯人蔵匿・隠避罪の成否が問題となる。

《過去問チェック》

- 甲は、A方から高価な壺を盗み出した。Aは、これに気付いて甲を追い掛けたが、甲は、逃げ切って帰宅し、盗んだ上記壺を自宅のテーブルに置いていた。警察官は、甲の本件窃盗事件の捜査を開始した。甲は、本件窃盗事件について発付された勾留状の執行により留置施設に留置されていたが、留置担当者の隙を見て同施設から外へ逃走した。甲に単純逃走罪が成立する。（新司27-18改、予備27-4改）
☞正しい。97条。
- 確定判決によってA刑務所に収容されていた甲は、B刑務所への護送中、護送車両から逃走した。甲には単純逃走罪の既遂罪が成立する。（新司28-18）
☞正しい。刑法97条。単純逃走罪の主体は、①裁判の執行により拘禁された既決の者、②裁判の執行により拘禁された未決の者である。②既決の者とは、確定判決によって、刑事施設（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下「刑事収容法」という。）3条）に拘禁されている者をいう。本記述では、甲は確定判決を受け、刑事施設たるA刑務所（刑事収容法3条1号）に拘禁されているため、裁判の執行により拘禁された既決の者に当たる。そして、いったん収容された後は、移送・出廷のため護送中の場合であっても、本罪の主体に含まれる。よって、甲には単純逃走罪の既遂罪が成立する。

第148条（通貨偽造及び行使等）

- I 行使の目的で、通用する貨幣、紙幣又は銀行券を偽造し、又は変造した者は、無期又は3年以上の懲役に処する。
- II 偽造又は変造の貨幣、紙幣又は銀行券を行使し、又は行使の目的で人に交付し、若しくは輸入した者も、前項と同様とする。

【通貨偽造・変造罪（148条1項）】

一 意義

- 1 通貨偽造罪は、交換媒介としての取引手段である通貨に対する公衆の信用を侵害する犯罪である。
- 2 保護法益については、第一次的には、通貨に対する公衆の信用であり、第二次的には国家の通貨発行権であるとする見解（大塚）もあるが、現在では、転々流通する貨幣の信用を保護し、それを利用する国民の取引の安全を保護するのが通貨偽造罪であると考えられている。そこで、通貨発行権の保護はあくまで通貨に対する公衆の信用を確保する限りで認められるべきであり、通貨発行権の侵害は、通貨偽造の罪以外の罪において考慮されるべきである。したがって、端的に公衆の信用のみを保護法益と解すべきである（前田・大谷・団藤）。

二 客体

本罪の客体は通用の貨幣、紙幣、銀行券である。

- 1 「貨幣」とは、いわゆる硬貨すなわち金属の貨幣をいう。「紙幣」とは、政府の発行する貨幣に代用される証券をいい、現在紙幣は発行されていない。「銀行券」とは、政府の認許によって日本銀行が発行している貨幣に代用される証券をいい、一般に紙幣と称されているものはこの銀行券である。通貨偽造罪という通貨とは、貨幣、紙幣、銀行券の総称である。
- 2 「通用する」とは、「流通している」とは異なり、法律によって強制通用力が与えられているという意味である。それゆえ、強制通用力を失っている古銭や、廃貨は通貨ではない。

三 行為

行使の目的をもって偽造し、又は変造することである。

1 偽造

- (1) 「偽造」とは、通貨の製造・発行権限を有しない者が、一般人をして、真貨と誤信させるような外観のものを作り出すことをいう（大判昭2.1.28）。よって、真貨に類似しているが、一般人の注意力をもってすれば真貨と誤認しない場合は偽造ではなく、模造である（大判大15.6.5）。偽造の方法はそのいかんを問わない。
- (2) 偽造変造通貨に相当する真貨の存在が必要かについては、真貨の存在が必要との見解もあるが、外国通貨の偽造又は将来発行が予想される通貨について、一般人をして誤認させるような場合もあるから、真貨の存在は必要でないと解される（通説）。

2 変造

- (1) 「変造」とは、通貨の製造・発行権限を有しない者が、真貨に加工して真貨に類似する物を作成することをいう。真貨に類似する物を作成するのは、真貨と名価の違った物を作り上げる場合と（東京高判昭30.12.6）、硬貨の周辺を削るなど真貨の名価を変更せずにその量目を有効量目以下に減らす場合とがある。
- (2) 真貨に加工された物が、一般人をして、真正の通貨と誤認させるに足りる程度の物でなければならぬ。変造の結果、得られた物は必ずしもそれに相当する真貨の存在することは必要でない。
- (3) 真貨に加工して得られた物が以前の真貨と同一性を欠くに至った場合は変造ではなく、偽造になる。

四 目的

- 1 偽造・変造は、行使の目的をもって行われることを要する（目的犯）。
- 2 「行使の目的」とは、偽造変造通貨を、真貨として流通におく目的をいう。それゆえ、学校の教材に使用する目的で通貨を偽造・変造しても本罪を構成しない。

- 3 行使の目的は行為者自ら偽造変造通貨を流通におこうとするものであると、他人を介して流通におこうとするものであるとを問わない（最判昭34. 6. 30）。
- 4 行使の目的は確定的なものでなくとも、未必的なものでも差し支えない。

五 罪数

同一種類の通貨を、印刷機などを用いて、同時に大量に偽造するときは、包括一罪である。

【偽造通貨行使罪（148条2項）】

一 客体

偽造又は変造された貨幣・紙幣又は銀行券である。偽造・変造は行使の目的で行われたかどうかを問わず、また、誰が偽造・変造したかを問わない。したがって、本罪の客体は、必ずしも前条の通貨偽造罪によって作成されたものでなくてもよい。

二 行為

行使すること、又は行使の目的で人に交付すること、若しくは輸入することである。

1 行使

- (1) 「行使」するとは、偽造変造通貨を、真正な通貨として流通におくことをいう。流通におくとは、自己以外の者の占有に移転し、一般人が偽造変造通貨を真貨と誤信し得る状態におくことをいう。
- (2) 行使の相手方は、偽造変造通貨であることを知らない者でなければならない。情を知る者に手渡すのは「交付」にあたる。

☆（論点）自動販売機などの機械に用いる場合が「行使」に当たるか

A説 肯定説（東京高判昭53. 3. 22, 通説）

〔理由〕 投入された偽造変造通貨も一般人の目にふれ、人によって認識され真貨と誤認される可能性がある。

B説 否定説

☆（論点）情を知らない使用者に偽造変造通貨を手渡すことが「行使」に当たるか

A説 「行使」に当たる（大谷, 大塚, 団藤）。

〔理由〕 手渡す行為自体既に流通を予定して行われているのであるから、あたかも自動販売機に偽造変造通貨を投入するのと同様に行使に当たると解される。

B説 「行使」の間接正犯となる（福田）。

2 交付

- (1) 「交付」とは、偽造変造通貨を、その情を明らかにして又は既にその情を知っている者に引き渡すことをいう。交付行為の適法・違法を問わないし、有償・無償も問わない。
- (2) 偽造変造通貨を偽造の共犯者間で分配しても交付罪は成立しない（通説）。

3 輸入

「輸入」とは、偽造変造通貨を国外から国内に搬入することをいう。

三 既遂時期

- 1 本罪は、偽造変造通貨を真正なものとして流通においた時点で直ちに既遂となる。
- 2 怪しまれて返還されても既遂である（大判昭7. 6. 15）。

四 罪数・他罪との関連

- 1 通貨を偽造・変造した者がその偽造変造通貨を行使した場合、通貨偽造・変造罪と同行使罪の牽連犯となる。
- 2 偽造変造通貨を使用して財物を騙取又は財産上の利益を取得した場合、偽造通貨行使罪と詐欺罪の牽連犯とする見解もあるが、詐欺罪は吸収され偽造通貨行使罪のみが成立する（大判明43. 6. 30, 通説）。これに対し、判例は、偽造有価証券を使用して財物を騙取又は財産上の利益を取得した場合に、偽造有価証券行使罪と詐欺罪との牽連犯とする（大判大3. 10. 19）ことに注意。

《過去問チェック》

- 甲は、乙から商品を購入する際、偽造通貨を真正な通貨のように装って乙に代金として交付した。甲には詐欺罪と偽造通貨行使罪が成立し、両罪は観念的競合となる。(新司23-1, 予備23-4)
- ☞誤り。大判明43. 6. 30。
- 甲は、自動販売機に投入して飲料水と釣銭を不正に得る目的で、外国硬貨の周囲を削って500円硬貨と同じ大きさにした。甲には通貨偽造罪が成立する。(新司23-1, 予備23-4)
- ☞誤り。本記述の場合、甲は外国硬貨の周囲を削って500円硬貨と同じ大きさにしたにすぎないため、一般人の注意力をもってすれば真貨と誤認することのない外観を有する物を作成したにとどまるといえ、かかる行為は模造(通貨及証券模造取締法1条)に当たるが偽造に当たらない。
- 次の【事例】における甲の罪責に関する後記1から5までの各【記述】を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。(新司25-20, 予備25-12)

【事例】

甲は、深夜、帰宅しようとして歩いていたところ、道端に見ず知らずのAが重傷を負って倒れているのを見付けた。甲は、周囲にA以外の誰もおらず、Aには意識があるものの、動ける状態ではなかったことから、これに乗じて、Aの傍らに落ちていたAのかばんの中から金品を持ち去って自分のものにしようと考え、Aに対し、「もらっていくよ。」と言って、同かばんからAの財布を取り出して自分のかばんの中に入れて上、Aを救護することなくそのまま放置してその場を立ち去った。甲は、自宅に戻り、Aの財布の中を見たところ、現金約1万円のほか、①大きさや重さは五百円硬貨と同じであるものの、中央に穴が開けられ、模様もない円形の金属片10枚、②クレジットカードと同じ大きさであるものの、外観上何ら印刷が施されておらず、4桁の数字が手書きで書かれ、磁気ストライプらしき黒いテープが貼られているプラスチック製の白色カード1枚を見付けた。甲は、①の金属片はAが自動販売機等で商品を購入する際などに使うつもりで持っていたものだろうと考え、同金属片10枚を1本100円の缶ジュースの自動販売機に順次投入して購入ボタンを押し、出てきたジュース10本と釣銭合計4000円を自分のものにした。また、②の白色カードは、他人のクレジットカードの磁気情報をコピーして不正に作成されたカードであったが、甲は、そのことを認識した上、同カードに書かれた4桁の数字がその暗証番号に違いないと考え、後日同カードを現金自動預払機に挿入して現金を引き出すつもりで、同カードを自宅に保管しておいた。

【記述】

1. 甲が上記重傷を負ったAを放置して立ち去った行為には、単純遺棄罪が成立する。
 2. 甲が上記Aの財布を自分のかばんに入れて持ち去った行為には、窃盗罪が成立する。
 3. 甲が上記金属片を自動販売機に投入した行為には、偽造通貨行使罪が成立する。
 4. 甲が上記金属片を自動販売機に投入してジュースと釣銭を得た行為には、電子計算機使用詐欺罪が成立する。
 5. 甲が上記白色カードを自宅に保管しておいた行為には、不正電磁的記録カード所持罪が成立する。
- ☞1誤り。本事例では、甲は、見ず知らずのAが重傷を負って倒れているのを見つけ、救護することなく立ち去ったもので、単なる不救助にすぎないので、「遺棄」したとは認められず、甲の行為には単純遺棄罪は成立しない。
- 2正しい。本事例では、Aは重傷を負って動けないものの意識はあり、財布は、そのAの傍らに落ちていたAのかばんの中にあつたことからすれば、社会通念上、Aの支配力の及ぶ場所に存在していたといえ、財布に対するAの占有が認められることから、甲の行為には窃盗罪が成立する。
- 3誤り。普通の人なら一見して簡単に真貨でないとわかる程度のものを作り出すことは、「偽造」に当たらないと解されている。本事例では、500円硬貨と同じ大きさでありながら、中央に穴が開けられ、模様のない円形の金属片は、普通の人なら一見して簡単に真貨でないとわかるから、「偽造」に当たらず、甲の行為には偽造通貨行使罪は成立しない。
- 4誤り。電子計算機使用詐欺罪(246条の2)の客体は財産上の利益であつて、財産上の利益とは財物以外の財産的利益を意味する(大判明43. 5. 31)。本事例では、甲が得たものは「ジュースと釣銭」という財物であつて、財産上の利益ではないから、甲に電子計算機使用詐欺罪は成立しない。
- 5正しい。不正電磁的記録カード所持罪(163条の3)は、「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」で、不正に作出された電磁的記録を構成部分とする支払用又は引出用「カード」を「所持」した者に成立する。ここにいう「カード」については、外観は問われず、また、譲渡し、貸渡しを受けたものだけでなく、盗取したものも含まれる。また、「所持」とは、保管についての事実上の実力的支配関係を有していることをいう。本事例では、甲は、不正に作成されたカードを現金自動預払機に挿入して現金を引き出すという「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」で、当該カードを自宅に保管しており、「カード」を「所持」していたと認められるから、甲に不正電磁的記録カード所持罪が成立する。

第149条（外国通貨偽造及び行使等）

- I 行使の目的で、日本国内に流通している外国の貨幣、紙幣又は銀行券を偽造し、又は変造した者は、2年以上の有期懲役に処する。
- II 偽造又は変造の外国の貨幣、紙幣又は銀行券を行使し、又は行使の目的で人に交付し、若しくは輸入した者も、前項と同様とする。

【外国通貨偽造罪（149条1項）】

一 客体

「日本国内に流通している外国の貨幣、紙幣又は銀行券」である。

- 1 「日本国内に流通している」とは、日本国内で事実上流通していることをいう。
- 2 「外国の」貨幣・紙幣・銀行券とは、外国政府又は、その承認した機関において製造発行された貨幣・紙幣・銀行券の意味であり、必ずしも外国で強制通用力が認められるものであることを要しない。

【偽造外国通貨行使罪（149条2項）】

一 客体

偽造又は変造の外国の貨幣、紙幣又は銀行券である。

- 1 「日本国内に流通している」との字句は付いていないが、1項と同じように必要であると解されている。
- 2 偽造の外国通貨と邦貨を両替することは「行使」に当たる（最決昭32.4.25）。

第150条（偽造通貨等取得）

行使の目的で、偽造又は変造の貨幣、紙幣又は銀行券を取得した者は、3年以下の懲役に処する。

一 客体

「偽造又は変造の貨幣、紙幣又は銀行券」である。

前2条との対比から、148条、149条の偽造変造通貨を指す。

二 行為

「行使の目的で」偽造変造通貨を「取得」することである。

「取得」とは、自己の占有に移す一切の行為をいい、有償・無償を問わず、窃取・騙取などもこれに当たる。しかし、横領は、自己の占有に移すことではないから、争いあるも、取得とはいえない（通説）。

三 「行使の目的」

- 1 自ら行使する目的でも、他人に行使させる目的でもよい。
- 2 「行使の目的」が必要であるから、偽造変造通貨であることを知って取得することが必要であり、取得の後、偽造変造通貨であることを知り、行使の目的を生じても本罪を構成しない。

四 罪数・他罪との関係

偽造変造通貨を取得後、更にそれを行使した場合、本罪と行使罪の牽連犯となる（通説）。

第151条（未遂罪）

前3条の罪の未遂は、罰する。

一 意義

本条は、通貨偽造及び行使等罪（148条）・外国通貨偽造及び行使等罪（149条）・偽造通貨等取得罪

(150条)の未遂を処罰する。

2-16-2

第152条（取得後知情行使等）

貨幣、紙幣又は銀行券を取得した後に、それが偽造又は変造のものであることを知って、これを行使し、又は行使の目的で人に交付した者は、その額面価格の3倍以下の罰金又は科料に処する。ただし、2千円以下にすることはできない。

一 意義

本罪の行為は、本来、偽造通貨行使罪又は偽造外国通貨行使罪に当たるものであるが、偽造変造通貨とは知らずに取得した者が後に偽造変造通貨であることを知って、その損害を他人に転嫁しようとするのは、人間性の弱さの現れとして同情に値するところであり、適法行為の期待可能性が低い場合ともいえる。そこで、本罪によって特に軽い処罰を定めたものである。

二 客体

148条・149条における偽造又は変造された貨幣・紙幣・銀行券である。

三 行為

- 1 偽造変造通貨であることを知らずに取得した後、情を知って行使すること、又は人に行使させる目的で交付することである。
- 2 「取得」は適法に行われたことを要するかにつき争いあるも、本罪が特に軽い法定刑を定めているところからすれば、適法に行われたことを要すると解すべきである（通説）。違法に取得した場合は、窃盗罪と、148条2項又は149条2項に定める行使罪との併合罪になる。
- 3 偽造変造通貨についての知情は未必的なもので足りる。

四 他罪との関係・詐欺罪の成否

☆（論点）偽造変造通貨であることを知情取得後、これを行使し、財産を騙取又は財産上の利益を取得した場合、本罪のほかに詐欺罪は成立するか

A説 否定説（通説）

〔理由〕 本罪の法定刑は特に軽くされている。

B説 肯定説

2-16-3

第153条（通貨偽造等準備）

貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的で、器械又は原料を準備した者は、3年以上5年以下の懲役に処する。

一 意義

本条の意義に関しては、148条・149条の予備ないし幫助の一形態を独立の犯罪類型とする見解（団藤・大塚・大谷）もあるが、通貨偽造の予備行為のうち特定の形態（器械・原料の準備行為）を独立の犯罪として処罰するものと解すべきである（大判大5.12.21, 通説）。

二 客体

「器械又は原料」である。

- 1 「器械」とは、偽造・変造の用に供し得る一切の器械類をいい、必ずしも直接偽造に必要なものに限

られない（大判大2. 1. 23）。

2 「原料」とは、地金、用紙、インク等を指す。

三 行為

1 本罪の行為は、貨幣、紙幣、又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的で、器械又は原料を準備することである。

2 「準備」とは、「器械」・「原料」などを用意し、偽造・変造を容易にする行為をいう。

3 偽造・変造の目的で「準備」すれば本罪は成立し、現実に偽造・変造の目的が達成できる程度に達することまでは必要でない（大判明44. 2. 16、通説）。

4 自己予備罪とは異なり、自己の偽造・変造の用に供する目的の場合のみならず、他人の偽造・変造の用に供する目的の場合であっても成立する（大判昭7. 11. 24）。

四 主観的要件

1 本罪は、故意のほか「偽造・変造の用に供する目的」が必要である。

2 行為者自身の偽造変造の用に供する目的であると、他人の偽造変造の用に供する目的であることを問わない。

3 上記の目的以外に偽造変造通貨を行使する目的が必要かについては争いがあるも、通貨偽造罪について行使の目的が必要とされているから、法益侵害の程度がより少ないその準備行為においても、行使の目的、又は行使させる目的が必要になると解すべきである（大判昭4. 10. 15、通説）。

五 共犯・罪数

1 「器械」・「原料」の準備を幫助するときは、本罪の幫助犯となる（大判昭4. 2. 19）。

2 本罪から通貨偽造罪の既遂・未遂に至ったときは、本罪は通貨偽造罪・同未遂罪に吸収される（大判大5. 12. 21）。

刑事訴訟法 第25問	厳格な証明	H29 予備試験
------------	-------	----------

〔第25問〕（配点：2）

次の【見解】を前提とした場合、後記アからオまでの【記述】のうち、厳格な証明を要する事実として正しいものの個数は、後記1から6までのうちどれか。（解答欄は、[No.43]）

【見 解】

刑罰権の存否及び範囲を定める事実については、証拠能力があり、かつ、適式の証拠調べを経た証拠による証明（厳格な証明）を要する。

【記 述】

ア．共謀共同正犯における共謀の事実

イ．累犯加重となる前科

ウ．暴行事件において、被告人が争っていない暴行事実

エ．勾留の要件の1つである被告人が定まった住居を有しない事実

オ．事後強盗事件において、被告人に逮捕を免れる目的があった事実

1. 0個 2. 1個 3. 2個 4. 3個 5. 4個 6. 5個

刑事訴訟法 第25問	厳格な証明	H29 予備試験
------------	-------	----------

正解 5

	1	2	3	4	5	6
肢別解答率(%)	1	3	13	35	47	1

(全体正答率47%)

本問では、アからオまでの【記述】が、【見解】にいう「刑罰権の存否及び範囲を定める事実」に該当するかが問題となる。これに当たるものとしては、①公訴事実（犯罪事実）、すなわち特定の犯罪構成要件に該当し違法かつ有責な具体的事実（処罰条件を必要とする犯罪類型（刑法197条2項など）の場合にはこれを含む）、及び、②刑の加重減免の理由となる事実（再犯加重（刑法56条、57条）、自首減輕（刑法42条）など）が挙げられる。また、罪数判断に関係し、刑の決定に影響する事実についても同様に考えてよいとされている。

ア厳格な証明を要する事実である。

共謀共同正犯（刑法60条）における**共謀の事実**は、公訴事実（犯罪事実）すなわち特定の犯罪構成要件に該当し違法かつ有責な具体的事実に属する事実であるから、「**刑罰権の存否及び範囲を定める事実**」に該当する。

判例（最大判昭33.5.28（百選A43事件、罪となるべき事実）も、「『共謀』…は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にはほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならない」としている。

イ厳格な証明を要する事実である。

累犯加重となる前科（刑法56条、57条）は、刑の加重減免の理由となる事実であるから、「**刑罰権の存否及び範囲を定める事実**」に該当する。

判例（最大判昭33.2.26、百選A32事件、厳格な証明）も、「累犯加重の理由となる前科は、刑訴335条にいわゆる『罪となるべき事実』ではないが、かかる前科の事実、刑の法定加重の理由となる事実であつて、実質において犯罪構成事実と準ずるものであるから、これを認定するには、証拠によらなければならないことは勿論、これが証拠書類は刑訴305条による取調をなすことを要するものと解すべきである」としている。

ウ厳格な証明を要する事実である。

暴行事件における**暴行の事実**は、暴行罪（刑法208条）の公訴事実（犯罪事実）すなわち特定の犯罪構成要件に該当し違法かつ有責な具体的事実に属する事実であるから、「**刑罰権の存否及び範囲を定める事実**」に該当する。

エ厳格な証明を要する事実でない。

勾留の要件の1つである被告人が定まった住居を有しない事実（刑事訴訟法60条1項1号）は、訴訟法上の事実すぎず、「**刑罰権の存否及び範囲を定める事実**」に該当しない。

オ厳格な証明を要する事実である。

事後強盗事件における逮捕を免れる目的があったという**事実**は、事後強盗罪（刑法238条）の公訴事実（犯罪事実）すなわち特定の犯罪構成要件に該当し違法かつ有責な具体的事実に属する事実であるか

ら、「刑罰権の存否及び範囲を定める事実」に該当する。

以上により、厳密な証明を要する事実として正しいものはア、イ、ウ、オの4個であり、正解は肢5となる。

【短答合格FILEから抜粋】

第317条【証拠裁判主義】

事実の認定は、証拠による。

【ポイント】

317条は、神判など証拠によらない裁判を排し、訴訟で問題となる事実の存否は、証拠によって認定しなければならないという近代裁判の大原則を表明したものである。これを証拠裁判主義という。「証拠」とは、いかなる証拠でもよいというのではなく、適度な証拠調べを経た証拠能力ある証拠を意味するものと解される。即ち、317条は犯罪事実の認定には厳格な証明が必要であるという趣旨をも表明しているのである。

5-2

第2節 証明

5-2-1

一 証明の意義と種類

一般に、証拠によって、裁判官がある事実についての心証を抱くことを証明という。証明には、厳格な証明、自由な証明及び疎明の3種類がある。

1 厳格な証明

厳格な証明とは、証拠能力が認められ（319条1項、320条1項等）、かつ、公判廷における適法な証拠調べ（304条ないし307条）を経た証拠による証明である（最判昭38.10.17）。

裁判官に与える心証の程度については、争いがあるが、少なくとも厳格な証明を要する事実の中心である犯罪事実については、合理的な疑いを生じる余地のない程度に真実であるとの心証（確信）が要求されると解される。

2 自由な証明

自由な証明とは、厳格な証明以外の証明である。

自由な証明には証拠能力が不要とされるが、任意性のない供述を用いることは許されない（319条1項参照）から、伝聞法則の適用がないことに実質的な意味がある。

裁判官に与える心証の程度については、争いがあるが、自由な証明の対象となる事実の中心である訴訟法上の事実については、肯定証拠が否定証拠を上回る程度の心証（証拠の優越）で足りると解される。

3 疎明

第19条【事件の移送の場合】

3 移送の決定又は移送の請求を却下する決定に対しては、その決定により著しく利益を害される場合に限り、その事由を疎明して、即時抗告をすることができる。

第206条【制限時間の不遵守の場合】

1 検察官又は司法警察員がやむを得ない事情によつて前3条の時間の制限に従うことができなかつたときは、検察官は、裁判官にその事由を疎明して、被疑者の勾留を請求することができる。

第227条【証人尋問の請求の場合】

2 前項の請求をするには、検察官は、証人尋問を必要とする理由及びそれが犯罪の証明に欠くことができないものであることを疎明しなければならない。

【ポイント】

疎明とは、法文で特に明記されている証明方法であり（19条3項、206条1項、227条2項等）、訴訟手続上の事項に限られる。疎明においては、厳格な証明におけるような厳格さは必要ではない。また、裁判官に与える心証の程度も、一応確からしいという推測で足りる。

5-2-2

二 証明の対象

1 厳格な証明の対象

厳格な証明の対象は、(i) 犯罪事実、(ii) 犯罪事実そのものではないが、訴訟において犯罪事実基準に準ずる程度の重要性を持った一定範囲の事実及びと解される。すなわち、厳格な証明の対象は、刑罰権の存否及びその範囲に関する事実である。

(1) 犯罪事実

犯罪事実は、構成要件に該当する違法有責な事実であるから、構成要件に該当する事実、違法性の基礎となる事実及び有責性の基礎となる事実の存在については、すべて厳格な証明を要する。また、これらの事実の不存在についても同様である。

◎ 最大判昭33. 5. 28

「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。他面ここにいる『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にはかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」

(2) 処罰条件及び処罰阻却事由

処罰条件及び処罰阻却事由の不存在は、犯罪が可罰的になるための要件であるから、犯罪事実基準に準ずる重要な事項に当たる。したがつて、これらの事実の存否についても厳格な証明を要する。

処罰条件の例としては、事前収賄罪における公務員になること（刑法197条2項）があり、また、処罰阻却事由の例としては、窃盗罪等における直系血族、配偶者及び同居の親族であること（刑法244条1項）、盗品譲受け等の罪における直系血族、配偶者、同居の親族及びこれらの者の配偶者であること（刑法257条1項）、などがある。

(3) 刑の加重減免の理由となる事実

(刑の加重事由)

累犯前科（刑法56条）は犯罪事実そのものではないが、その存否によって処断刑の範囲が定まってくるから（刑法57条）、被告人にとっては犯罪事実基準に準ずる重要な意味をもつものというべきである（最大決昭33. 2. 26、百選A28事件参照）。

数個の犯罪事実が併合罪になることを妨げる確定判決の存在は、被告人に対し、相対的な意味では刑を加重する類型的な理由となる不利益な事実であるから、厳格な証明を要するというべきである。(最判昭36. 11. 28参照)。

(刑の減免事由)

未遂(刑法43条)、従犯(刑法62条)は犯罪事実に属する。また、心神耗弱(刑法39条2項)、過剰防衛(刑法36条2項)、過剰避難(刑法37条1項ただし書)は有責性又は違法性に関する事実であるから、犯罪事実に準ずる重要な意味をもつといえる。したがって、これらの事実については厳格な証明を要する。

自首は、犯罪事実そのものに関するものではないが、その存否によって、処断刑の範囲(刑法42条)や刑を加えることの要否(刑法80条)が左右されるものであるから、やはり厳格な証明を要する。

(4) 情状

刑の量定の基礎となる事実を広く情状と呼んでいる。情状には、犯罪事実に属するもの(犯情)と犯罪事実から独立したもの(一般情状)がある。犯罪事実に属するものとして、犯行の動機・手段方法・被害の程度があり、犯罪事実から独立したものとして被害弁償の事実がある。

犯罪事実に属する情状については、厳格な証明を要すると解される。犯罪事実から独立した情状については、判例・通説は、(1)ないし(3)の事実と重要性において差があること、非類型的で厳格な証明に適さず、これを要求するとかえって量刑の資料を得ることが困難になるなどの理由で、自由な証明で足りると解している。

◎ 最判昭24. 2. 22

刑の執行を猶予すべき情状の有無…といえども、必ず適法なる証拠に基づいて、判断しなければならないが、犯罪を構成する事実に関する判断と異なり、必ずしも刑事訴訟法に定められた一定の法式に従い証拠調べを経た証拠にのみよる必要はない。

2 自由な証明の対象

判例・通説によれば、(i) 犯罪事実には属しない情状と、(ii) 訴訟法上の事実とは、自由な証明の対象である。

訴訟法上の事実の中でも、訴訟条件(決定による公訴棄却の事由を除く)や証拠能力に関する事実については、訴訟における重要性から、当事者に攻撃、防御を尽くさせるため、少なくとも公判廷における適当な証拠調べをした証拠による証明を必要とすべきと考えられる。実務上、親告罪の告訴の有無(訴訟条件)や自白の任意性(証拠能力に関する事実)については、厳格な証明によっている例が多い。

その他の訴訟法上の事実及び決定(339条)の基礎となる訴訟条件に関する証明は、証拠能力を有する証拠によってなされる必要はない。

厳格な証明の対象となる事実を推測させる間接事実も、厳格な証明を必要とするが、自由な証明の対象となる事実の間接事実とは、自由な証明で足りる。

特殊な経験則や法規は、証明の対象となるが(→後述3参照)、それが厳格な証明の対象である事実の認定に必要な限り、厳格な証明を要するし、自由な証明の対象である事実の認定に必要な限り、自由な証明で足りる。

◎ 最決昭58. 12. 19

電報電話局長作成にかかる回答書は逆探知資料の送付嘱託を行うことの当否又は右逆探知に関する証人申請の採否等を判断するための資料にすぎないところ、右のような訴訟的事実については、いわゆる自由な証明で足りる。

◎ 最決平23. 10. 26（重判平23刑訴10事件）

「1, 2審の訴訟手続には告発が訴訟条件とされている関税法違反の罪について告発の存在に関する証拠を取り調べなかった違法がある旨主張するので、職権で判断する。…本件関税法違反の罪は、同法140条所定の告発をまって論ずべきものとされているから、訴訟条件である告発の存在を確認しないまま審理、判決した1, 2審の訴訟手続にはその調査を怠った法令違反があるといわざるを得ない。しかしながら、記録によれば、原判決後、本件関税法違反の事件を告発した告発書の謄本を含む関係証拠が検察官から原審に提出され、被告人の上告申立てを受けて原審から当審に送付された記録中には、これら関係証拠がみつづられており、上記謄本の写しは、当審から弁護人に送付された。訴訟条件である告発の存在については、当審において、証拠調手続によることなく、適宜の方法で認定することができるものと解されるところ、以上のような事情の下においては、記録中の上記謄本により、上記訴因の追加に先立って、本件関税法違反の罪について同法140条所定の告発があったことを認めることができる。そうすると、1, 2審が告発について調査を怠ったという上記の法令違反は、結局、判決に影響を及ぼすべきものとはいえないことに帰する。論旨は理由がない。」

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335