

予備試験ガイドンス

181006TOKYO

原孝至流・短答合格勉強法の真髓

【短答完璧講座ガイドンス（商訴行政編）】

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

短答完璧講座10月ガイダンス

原孝至流・短答合格勉強法の真髓

【商訴行政編】

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

目 次

1. 平成30年予備試験 短答式試験【分析】 2

2. 平成30年予備試験短答問題から
 - 行政法〔第14問〕 行政処分の効力 5
 - 商 法〔第16問〕 株式会社の設立 13
 - 民事訴訟法〔第39問〕 文書・検証物 33
 - 刑事訴訟法〔第22問〕 被告人勾留 53

1. 平成30年 予備試験 短答式試験【分析】

☆ 試験日程（平成30年の短答式試験）

平成30年5月20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、憲法・行政法・民法・民訴・刑法には変化なく、商法が増加し、刑訴が減りました。〕

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	52（民法：15（1～15） （商法：17（16～32） （民訴：20（33～52））
刑法・刑事訴訟法	40（刑法：19（1～19） （刑訴：21（20～40））
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：昨年と比較して、一般教養科目には変化なく、憲法・行政法が増加し、民・商・民訴、刑法・刑訴が減りました。〕

憲法・行政法	15頁〔注：昨年13頁〕
民法・商法・民事訴訟法	22頁〔注：昨年23頁〕
刑法・刑事訴訟法	15頁〔注：昨年16頁〕
一般教養科目	23頁〔注：昨年23頁〕

☆ 法務省発表による出願者数・受験者数

- 1 出願者数 13,746人 (昨年 13,178人 +568人)
- 2 受験者数 11,136人 (昨年 10,743人 +393人)
(うち途中欠席81人) (前年, うち途中欠席78人)
- 3 受験率 81.0% (昨年 81.5% 0.5%減)
- 4 採点対象者 11,055人 (昨年 10,665人 +390人)

☆ 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問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

民法：予備試験15問中12問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

刑法：予備試験13問中10問が司法試験の問題 [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] が司法試験の問題と重複

【MEMO】

2. 平成30年予備試験 短答問題から

行政法 第14問	行政処分の効力	H30予備試験
----------	---------	---------

行政法〔第14問〕（配点：2）

行政処分の効力に関する教員と学生の対話中の次のアからウまでの【 】内の各記述について、最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×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。なお、解答に当たっては、行政庁が以下の農地買収計画を定めることが、いずれも旧自作農創設特別措置法（昭和21年法律第43号。昭和27年廃止）に基づく行政処分であること、同法に基づく農地買収計画に対する争訟の手続は、買収対象となる農地の所有者が異議申立てや訴願（以下、これらを併せて「不服申立て」という。）を前置する制度であったこと、同法に基づく農地買収計画に係る最高裁判所の判例で示された行政処分の効力に係る行政法の理論が現行法においても通用することを前提としなさい。（解答欄は、[No.27]）

教員：行政庁が、ある農地買収計画を定めた後に、その農地買収計画の内容が違法又は不当であると判断した場合の行政処分の効力について考えてみましょう。当該行政庁は、当該農地買収計画に係る法定の不服申立て期間が徒過した後において、法律上の定めがなくても、当該農地買収計画を自ら取り消すことはできるのでしょうか。

学生：（ア）【農地買収計画を定めた行政庁は、当該農地買収計画に係る法定の不服申立て期間の徒過により争訟手続によってその効力を争い得なくなった後は、当然無効と認められる場合を除き、当該農地買収計画を自ら取り消すことができないものと解されます。】

教員：では、農地買収計画が違法であるが、権限ある機関により取り消されていない場合に、その行政処分の効力がない場合とはどのような場合ですか。

学生：（イ）【農地買収計画の違法が重大かつ明白で当然無効ならしめるものと認められる場合には、権限ある機関による取消しを待たずに、その効力を有しないものと解されます。】

教員：では、行政庁がある農地について農地買収計画を定めたが、裁決庁が当該農地の所有者からの不服申立てにより当該農地買収計画から当該農地を除外する旨の裁決を行い確定したという事例で、行政処分の効力について考えてみましょう。当該裁決庁は、その裁決が違法であると判断する場合に、特別の規定がなくてもその裁決を自ら職権で取り消すことができるのでしょうか。当該裁決では、一定の争訟手続に従い、当事者を手続に関与させて、紛争の終局的解決を図ることを目的として、実質的には法律上の争訟を裁判していたものと認められることを前提として、考えてください。

学生：（ウ）【当該裁決は、実質的には法律上の争訟を裁判するものであることから、特別の規定がない限り、裁決庁が自ら取り消すことはできないものと解されます。】

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 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× | |

行政法 第14問	行政処分の効力	H30予備試験
----------	---------	---------

正解 5

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5	6	7	8
全体	10	9	3	1	57	16	2	1
合格者全体	8	4	1	0	76	11	1	0
不合格者全体	13	13	6	3	38	22	3	1

(全体正答率 57%)

ア誤り。本記述は、当該農地計画を自ら取り消すことができないとしている点で、誤っている。

一定期間を経過すると、私人の側から行政行為の効力を争うことができなくなる効力を不可争力という。不可争力は、あくまでも私人の側から争うことができない場合を想定しており、出訴期間経過後に行政庁の側から職権により取り消すことは可能である。

イ正しい。最判昭30. 12. 26 (百選I67)により、本記述は正しい。

判例は、本記述と類似の事案において「行政処分は、たとえ違法であつても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有する」としている。そうだとすれば、違法が重大かつ明白で当然無効ならしめるものと認められる場合には、効力を有しないものと解すべきである。

ウ正しい。最判昭29. 1. 21 (百選I69)により、本記述は正しい。

判例は、本記述と同様の事案において「この裁決が行政処分であることは言うまでもないが、実質的に見ればその本質は法律上の争訟を裁判するものである」とした上で、「本件裁決のごときは、行政機関である上告人が実質的には裁判を行っているのであるが、行政機関がするのであるから…特別の規定がない限り、原判決のいうように裁決庁自らにおいて取消すことはできない」としている。

すなわち、審査請求に対する裁決等の争訟裁断的性質を持つ行政行為には不可変更力が生じ、処分庁自ら変更することはできない。

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5となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

第4節 行政行為の効力

【ポイント】

一 規律力

1 意義

規律力とは、一方当事者である私人の合意なくして具体的な法律関係を形成させる行政行為の効力をいう。

◎ 最判昭39.10.29（百選Ⅱ148事件）

行政庁の処分とは、行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。

* 一方的法関係の形成は民事関係においても存在する（契約の解除、所有権に基づく妨害排除請求）ことを前提として、規律力の概念は公権力性の要素から外すべきであるという見解があり、これがむしろ現在の一般的理解とされている。ただ、行政行為においては「一般的に」規律力が認められるという点で、法律行為とは異なるともいえる。

2 根拠

行政行為に規律力が認められるとしても、これを明示する定めがあるわけではなく、行政活動のある種のものには、このような効果をもつものがあるということを前提として制度が組み立てられているという以上の明確な制度的根拠は見出しがたい。

3 目的

(1) 規律力は、一定の法律関係にはいわば当然のこととして必要とされる。

ex. 建築物の除却命令、税金の賦課、取消し・撤回など。

(2) 私人の方からの申請を要件とする行政行為によって形成される法関係においては、これを契約的手法によって行うことも可能である。ただ、行政に対する法的コントロールを厳格にするという面に着目すれば、申請が法の要件を充足しているかどうかを責任をもって行政庁に審理・判断させるという趣旨から、具体的法関係形成の最終的判断を行政庁の責任ある判断に留保させるという規律力を認めることにも意味がある。

二 公定力

1 意義

公定力とは、行政行為は仮に違法であっても、取消権限のある者によって取り消されるまでは、何人（私人、裁判所、行政庁）もその効果を否定することはできないという効力をいう。

◎ 最判昭30.12.26（百選Ⅰ67事件）

訴願裁決庁がいったんなした訴願裁決を自ら取り消すことは原則として許されないと解すべきであるから、県農地委員会が先になした裁決を取り消してさらに訴願の趣旨を容認する裁決をしたことは違法であるが、行政処分は、たとえ違法であっても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有するものと解すべきである。

2 根拠

行政事件訴訟法における取消訴訟制度に求められる。すなわち、行政事件訴訟法3条2項によると、

抗告訴訟の一つとして取消訴訟があり、その手続が行政事件訴訟法8条以下に定められている。この法律は、処分の効力を否定するのは取消訴訟だけである、ということは規定していないが、法律が取消訴訟制度を用意しているのは、この制度を使うのが便宜であるということにとどまらず、訴訟の段階で処分を直接に争うことができるのはこの訴訟だけであるということを含んでいる（取消訴訟の排他的管轄）。

3 目的

取消訴訟の排他的管轄とは、行政行為の効力を訴訟により取り消してもらうにはそれ自体を争う特別の取消訴訟でなければならない、ということである。このことから、以下のような公定力の機能が導かれる。

(1) 紛争処理の合理化・単純化機能

原告たる私人は取消訴訟において、端的に原因行為たる行政行為が違法であるとして、その取消しを求めればよい。

(2) 紛争解決結果の合理性担保機能

取消訴訟の排他的管轄の制度をとると、争いの原因行為をした者が当事者となる（行政事件訴訟法11条）。これにより、一方では、訴訟資料を豊富にすることによって裁判所の審理・判断に資することができるし、また他方では、行政行為によって意図された行政目的が行政庁の知らないところで否定されることを防ぐことができる。

(3) 他の制度的効果との結合機能

取消訴訟の根幹は、行政行為の法効果を否定することにあるが、取消訴訟には、それ以外のいろいろな効果を結合させることができる。例えば、行政行為の不可争力は、取消訴訟における出訴期間という制度から生じる。また、行政行為を訴訟によって攻撃する以前に、行政上の不服申立てをなすべしという制度（行政上の不服申立前置）が採られることがあるが、これは取消訴訟提起の訴訟要件として結合することができる。さらに、行政行為の執行力も、取消訴訟で取り消されない限り、当該行政行為は執行力をもつという形で関係している。

4 限界

行政過程において、取消訴訟の排他的管轄が及ぶ場合とはどのような場合であるかが問題となる。

(1) 行政行為によって損害を受けた者の損害賠償請求訴訟

公定力は、行政行為の法的効果の問題である。したがって、法的効果を争うものでない限り、当該行政行為の適法性が取消訴訟以外の訴訟で問題となっても、公定力とは抵触しない。そこで、行政行為によって損害を受けた者の損害賠償請求訴訟のあり方として通説・判例は、直ちに国家賠償請求訴訟を提起し、その訴訟で裁判所は行政行為の適法・違法を審査し、違法であり、かつ、その他の国家賠償請求権の要件を満たしておれば、請求認容の判決を下すことができるとしている。

(2) 違法性の承継

例えば、税金の賦課処分があり、引き続き滞納処分があるとすると、賦課処分は一つの独立した行政行為で、これには当然取消訴訟の排他的管轄が及ぶが、さらに、同じく独立の行政行為である滞納処分の取消訴訟において、賦課処分は違法であり、したがって滞納処分も違法であると主張できるか。これは、当該行為自体の違法ではなく、それに先行する行政行為の瑕疵を主張できるかという問題である。そして、違法性の承継が認められその違法が認定されると後行処分が取り消されることになり、国家賠償の場合と異なり、結局は、先行処分の効果は無に帰することになる。その意味では、取消訴訟の排他的管轄と無関係ではない。

◎ 最判昭25. 9. 15

都道府県農地委員会や知事が権限の適正な行使を誤った結果、内容の違法な買収計画に基づいて買収処分が行なわれたならば、かかる買収処分が違法であることは言うまでもないところで、当事者は買収計画に対する不服を申し立てる権利を失ったとしても、更に買収処分取消しの訴においてその違法を攻撃し得るものといわなければならない。

◎ 最判平21. 12. 17 (百選 I 84事件) 《新司24-22, 予備24-14》

「建築確認における接道要件充足の有無の判断と、安全認定〔注：東京都建築安全条例（昭和25年東京都条例第89号。以下、「本件条例」という。）4条3項の規定により安全上支障がないと認める処分。以下同じ。〕における安全上の支障の有無の判断は、異なる機関がそれぞれの権限に基づき行うこととされているが、もともとは一体的に行われていたものであり、避難又は通行の安全の確保という同一の目的を達成するために行われるものである。そして、前記のとおり、安全認定は、建築主に対し建築確認申請手続における一定の地位を与えるものであり、建築確認と結合して初めてその効果を発揮するのである。」

「他方、安全認定があっても、これを申請者以外の者に通知することは予定されておらず、建築確認があるまでは工事が行われることもないから、周辺住民等これを争おうとする者がその存在を速やかに知ることができるとは限らない。…そうすると、安全認定について、その適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難である。仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても、その者において、安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく、建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない。」

「以上の事情を考慮すると、安全認定が行われた上で建築確認がされている場合、安全認定が取り消されていなくても、建築確認の取消訴訟において、安全認定が違法であるために本件条例4条1項所定の接道義務の違反があると主張することは許されると解するのが相当である。」

《過去問チェック》

- マンションの新築の計画に関し建築基準法上の指定確認検査機関Aがした建築確認（以下「本件確認」という。）につき、同マンションの敷地の周辺に居住する者がAを被告としてその取消しを求めて訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起した。本件訴訟において、いわゆる違法性の承継を肯定した最高裁判所平成21年12月17日第一小法廷判決（民集63巻10号2631頁）の判示したところに従い、本件確認に先立って東京都の特別区の区長Bが条例の規定に基づいてした接道義務についての安全認定（以下「先行処分」という。）の違法を主張することができるとされる場合の本件訴訟の審理等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○、誤っているものに×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。（新司25-32, 予備25-19）
- ア. 本件訴訟において、Aが本件確認をするに当たり先行処分の適法性につき審査を尽くしたことが認められる場合は、先行処分が違法であることは、本件確認の取消事由とならない。
- イ. 本件訴訟において、被告であるAは、先行処分の適法性の審理のために必要があると考えた場合は、裁判所に対し、先行処分をした行政庁である区長Bを本件訴訟に参加させることを求める申立てを、適法にすることができる。
- ウ. 本件訴訟において、本件確認を取り消す判決が確定した場合には、当該判決は、本件確認をしたAのみを拘束する。
- ☞ア誤り。最判平21. 12. 17. 判例は、Aが本件確認をするに当たり先行処分の適法性につき審査を尽くしたか否かについては、違法性の承継の肯否の理由とはしていない。
- イ正しい。行政事件訴訟法23条1項。
- ウ誤り。行政事件訴訟法32条1項。処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する。

(3) 表面的に行政行為の効果と抵触するような場合

表面的には行政行為の効果と抵触するようであっても、法的にみて関係のない場合には、公定力の制度は働かない。

ex. 自己所有の土地の上に他人が建築確認を得たとしても、それによって民法上の所有権の所在が左右されることはない。したがって、自己の所有権の主張は建築確認の公定力によって阻まれること

はない。

ex. 原子力発電施設である原子炉の設置の許可があったあとで、許可の取消しではなく、民事上の訴え（人格権、物権等に基づく）によって、原子炉の設置の差止めを求めることもできる。これは、民事上の差止訴訟と取消訴訟は、要件・効果を異にすることを理由とする。

◎ 最判平4.9.22（百選Ⅱ181事件）

被上告人らは本件原子炉施設の設置者である動力炉・核燃料開発事業団に対し、人格権等に基づき本件原子炉の建設ないし運転の差止めを求める民事訴訟を提起しているが、右民事訴訟は、行政事件訴訟法36条にいう当該処分効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えに該当するものとみることとはできず、また、本件無効確認訴訟と比較して、本件設置許可処分に起因する本件紛争を解決するための争訟形態としてより直截的で適切なものであるともいえないから、被上告人らにおいて右民事訴訟の提起が可能であって現にこれを提起していることは、本件無効確認訴訟が同条所定の前記要件を欠くことの根拠とはなり得ない。

(4) 無効の行政行為

取消訴訟の排他的管轄に服するのは、取り消しうべき瑕疵のある行政行為である。瑕疵の程度により「無効」と判断されるような場合には、前もって取消訴訟を提起することなく、いかなる訴訟でも、その無効を前提として自己の権利を主張できることになり、また、確認の利益があると無効確認訴訟を提起できる。行政事件訴訟法も、無効確認訴訟、争点訴訟を用意して、このことを前提とした規定を置いている（行政事件訴訟法3条4項、45条）。無効のような瑕疵がある場合にまで取消訴訟の排他的管轄によって行政庁の判断を保護する必要はないからである。

なお、最高裁は、特許の無効審決が確定する以前であっても、特許権侵害訴訟を審理する裁判所は、特許に無効理由が存在することが明らかであるか否かについて判断することができるとし、特許に無効事由が存在することが明らかである場合には、その特許権に基づく差止めまたは損害賠償等の請求は、特段の事情がない限り、権利濫用にあたり許されないという判断を示した（最判平12.4.11）。

(5) ☆（論点）刑事事件に公定力が及ぶかどうか

刑事訴訟との関係では、公定力は当然には及ばないと解し、行政行為が取り消されていなくとも、刑事訴訟において当該行政行為は違法であると主張できるとする見解がある。このような抗弁を認める立場を違法抗弁説という。

最高裁判所は、最判昭53.6.16（百選Ⅰ68事件）において、違法抗弁説に立って無罪判決を下している。しかしその後、最決昭63.10.28は、刑事訴訟においても、公定力が及ぶかのような判示をしている。

◎ 最判昭53.6.16（百選Ⅰ68事件）

被告会社の営業の規制を主たる動機、目的とする児童遊園設置の認可申請を容れた本件認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があり、被告会社の営業に対しこれを規制しうる効力を有しない。

◎ 最決昭63.10.28

行政庁は、相当な根拠のある関係資料に基づき、被害者らが傷害を負ったと認めたのであるから、その後の刑事裁判において傷害の事実の証明がないとして、被告人が無罪とされたからといって、免許停止処分が無効となるものではない。そうすると、本件免許停止処分は、無効ではなく、かつ、権限ある行政庁又は裁判所により取り消されてもいないから、被告人を反則者に当たらないと認めてなされた本件公訴の提起は、適法である。

《過去問チェック》

□ 原子炉設置予定地の周辺住民は、設置許可が取り消されない限り、当該原子炉の設置許可を受けた電力会社に対し、人

格権に基づき原子炉の建設の差止めを求める民事訴訟を提起することはできない。(新司プレー26)

- ☞誤り。最判平4.9.22。判例は、設置許可申請に係る原子炉の周辺に居住する住民が右原子炉の設置者に対しその建設ないし運転の差止めを求める民事訴訟を提起している場合であっても、右住民が提起した右原子炉の設置許可処分の無効確認の訴えは、適法である、として無効確認訴訟と民事訴訟の並立を認めた。
- 最高裁判所の判例によれば、特定の者Aによる個室付浴場の営業を阻止しようとする町が、児童福祉法という児童福祉施設の周囲200メートル以内においては風俗営業等取締法（現在の風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律。以下「取締法」という。）によって個室付浴場の営業が禁止されることに着目し、Aの個室付浴場の開業予定地から200メートル未満の場所において児童福祉施設の設置の認可申請をした場合において、知事が当該申請を容れて行った認可処分に行政権の濫用に相当する違法性があるものとされるときは、Aは、当該処分の取消しを求めることなく営業を開始・継続したとしても、他に取締法に違反するところがなければ、取締法違反の罪によって処罰されない。(新司22-22)
 - ☞正しい。最判昭53.6.16。
- 産業廃棄物処理業者Fが廃棄物の処理及び清掃に関する法律に基づく産業廃棄物処理施設（以下「施設」という。）の設置許可を県知事Gから受けた事例において、施設周辺に居住するHが施設の操業により健康被害のおそれが生ずることを主張して、施設の操業を差止めようとする場合には、Hは、施設設置許可の取消訴訟を提起することなく、人格権に基づきFを被告として操業の差止めを求める民事訴訟を適法に提起することができる。(新司25-21)
 - ☞正しい。民事上の差止訴訟と取消訴訟とは、要件・効果を異にするもので、法的にみて関係がないから公定力の制度は働かないので、当該施設の設置許可が取り消されなくても、人格権侵害を理由とする民事差止請求は妨げられない。なお、判例（最判平4.9.22）も参照。
- 原子炉の周辺住民が、人格権に基づき原子炉設置の差止めを求める民事訴訟を提起するには、あらかじめ原子炉設置許可の取消し又は無効確認の判決を得ておく必要がある。(新司26-22)
 - ☞誤り。最判平4.9.22参照。判例は、人格権に基づき原子炉設置の差止めを求める民事訴訟は、行政事件訴訟法36条にいう当該処分の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えに該当するものとみることとはできず、また、本件無効確認訴訟と比較して、本件設置許可処分に起因する本件紛争を解決するための争訟形態としてより直截的で適切なものであるともいえないから、民事訴訟の提起が可能であって現にこれを提起していることは、本件無効確認訴訟が同条所定の前記要件を欠くことの根拠とはなり得ないとする。

三 不可争力

1 意義

不可争力とは、一定期間経過すると私人の側から行政行為の効力を裁判上争うことができないという効力をいう。

2 根拠

現行法においては、行政事件訴訟法14条に定められている。したがって、別段の規定がない限り、またいわゆる違法性の承継が認められない限り、すべての行政行為（無効の場合を除く）は出訴期間を徒過するとその効果を争い取消訴訟を提起されることはない。

※ なお、これは私人の側からみた裁判上争えないという訴訟要件の問題であるから、行政庁の側で、行政行為の取消しをすることは妨げられない。

3 目的

行政行為の効果の早期確定あるいは行政法関係の早期安定。

4 取消訴訟の排他的管轄との関係

不可争力は、行政事件訴訟法における取消訴訟制度の内容として規定されているので、現行制度上、取消訴訟の排他的管轄に服する行政上の行為つまり行政行為は不可争性を原則として当然に有することとなる。公定力はこれと結合することによって甚だ大きな力を持つことになる。

四 執行力

1 意義

執行力とは、相手方の意思に反して行政行為の内容を行政権が自力で実現し得る効力をいう。

ex. 租税賦課処分がなされたが、これに従った納付がないときに、私人間の場合のように債権者たる行

政庁が裁判所に訴えることを要せずに、行政庁は自ら滞納処分を実行して、自己の債権を満足できる。
ex. 行政庁が違法建築物の除却命令を出したが、相手方がこれに従って除却しないときに、行政庁が自ら又は第三者に依頼して義務の実現をする。

2 根拠

現行法の下では、行政行為に執行力があるという理論は否定され、義務の履行を強制するためには、そのための根拠規範が必要であると解されるようになり、代替的作為義務の履行強制については行政代執行法が一般根拠規範となっている。明治憲法下では、公法上の権利に関しては司法裁判所の扱うところではなく、国の公法上の権利も民事の強制執行を利用できず、行政裁判所も国の公法上の債権の執行事務を所掌することとされていなかったため、国の公法上の権利の実現の裁判的方法が存在しておらず、自力救済以外に執行の方法がなかったため、執行力を認める必要があった。これに対して、現行法下では、国の権利であるからといって裁判所の利用が当然に排除されるものではなく、また、人権侵害の程度の高い行政行為の内容の強制的実現は、行政行為の根拠規範とは別の法律の根拠が必要であるとされるためである。

3 目的

行政行為の内容の早期実現。裁判所の負担軽減。

4 取消訴訟の排他的管轄との関係

行政行為について取消訴訟の排他的管轄が及ぶということと、行政行為に執行力があることは、直接の関係はない。ただ、行政上の強制執行手段を採るとき要件として、現在では、先行する行政行為の有効性の判断について、取消訴訟の排他的管轄が及んでいるため、執行段階ではもはやその基礎となった行政行為を争うことができない（という限りで公定力と執行力は関係している）。

五 不可変更力、実質的確定力

1 意義

不可変更力とは、ある種の行政行為について、処分をした行政機関つまり処分庁が自らこれを変更することができないという効力をいう。実質的確定力とは、処分庁だけでなく上級行政庁も、さらに裁判所も、なされた行政行為の取消し・変更をなさない、あるいはこれに反する行為をなさないという効力をいう。

2 根拠

不可変更力、実質的確定力は、制定法で明確に定められた制度ではなく、学説・判例によって構成されてきたものである。不可変更力は、一般に紛争解決のための裁断作用に認められる。争いの蒸し返しの防止のための紛争裁断作用の特質に由来する。実質的確定力は、紛争裁断行為で決められた実体的法律関係が裁判等で争えなくなる効力で紛争解決の一回性の要請から認められる。

◎ 最判昭29.1.21（百選 I 69事件）

実質的には法律上の争訟を裁判するという性質を有する裁決は、他の一般行政処分とは異なり、特別の規定がない限り、裁決庁自らにおいて取り消すことはできない。

《過去問チェック》

- 行政庁は、自らのした行政処分が当初から違法であったことを後日認識したときは、取消しを認める旨の明文規定の有無を問わず、また、争訟を裁断する行政処分であっても、当該行政処分を自ら取り消すことができる。（新司26-22）

☞ 誤り。最判昭29.1.21。争訟裁断的性質をもつ行政行為については、他の行政処分と異なり、特別の規定がない限り、処分庁自らが取り消すことはできないとされる（不可変更力）。

商 法 第16問	株式会社の設立	H30予備試験
----------	---------	---------

商法〔第16問〕（配点：2）

株式会社の設立に関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものはどれか。（解答欄は、[No.16]）

1. 発起人が2人以上ある場合において、そのうちの1人を発起人総代に選定したときは、定款には、当該発起人総代のみ署名又は記名押印があれば足りる。
2. 株式会社の成立により発起人が受ける報酬は、定款に定めがない場合であっても、成立後の株式会社が負担する。
3. 発起人は、株式会社の成立前は、定款を発起人が定めた場所に備え置かなければならない。
4. 発起人が2人以上ある場合において、株式会社の設立に際して、定款に記載又は記録しないで、成立後の株式会社の資本金の額に関する事項を定めようとするときは、その過半数の同意を得れば足りる。
5. 設立時募集株式の引受人は、創立総会においてその議決権を行使した後であっても、株式会社の成立前であれば、詐欺又は強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができる。

商 法 第16問	株式会社の設立	H30予備試験
----------	---------	---------

正解 3

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5
全体	4	20	41	17	17
合格者全体	2	16	50	21	12
不合格者全体	6	25	32	14	23

(全体正答率 41%)

- 1 誤 り。本記述は、当該発起人総代のみ署名又は記名押印があれば足りるとしている点で、誤っている。
 会社法26条1項。株式会社を設立するには、発起人が定款を作成し、その全員がこれに署名し、又は記名押印しなければならない。
 その趣旨は、株式会社を設立するには、発起設立においても募集設立においても、発起人全員の意思によって定款が作成されるべき点にある。
- 2 誤 り。本記述は、定款に定めがない場合であっても、成立後の株式会社が負担するとしている点で、誤っている。
 会社法28条3号。会社法28条柱書は、「株式会社を設立する場合には、次に掲げる事項は、第26条第1項〔注：定款の作成〕の定款に記載し、又は記録しなければ、その効力を生じない。」と規定し、同条3号は、「株式会社の成立により発起人が受ける報酬その他の特別の利益及びその発起人の氏名又は名称」と規定している。
 その趣旨は、会社法28条に定められているいわゆる変態設立事項は、会社設立に必ずしも必要な行為ではなくかつ設立後の会社に大きな経済的負担を負わせ設立後の会社の財産的基礎を危うくするおそれがあり、一方で、これらの行為には評価されるべき点もあることから、一定の条件の下で同条各号列挙行為の会社への帰属を認めた点にある。
- 3 正しい。会社法31条1項により、本記述は正しい。
 発起人（株式会社の成立後にあつては、当該株式会社）は、定款を発起人が定めた場所（株式会社の成立後にあつては、その本店及び支店）に備え置かなければならない。
 その趣旨は、定款は株主や機関構成員を拘束する会社の根本原則であり、その内容は開示の対象とされなければならないことから、設立前及び設立後の定款の備え置き義務を定めた点にある。
- 4 誤 り。本記述は、その過半数の同意を得れば足りるとしている点で、誤っている。
 会社法32条1項3号。会社法32条1項柱書は、「発起人は、株式会社の設立に際して次に掲げる事項（定款に定めがある事項を除く。）を定めようとするときは、その全員の同意を得なければならない。」と規定し、同条1項3号

は、「**成立後の株式会社の資本金及び資本準備金の額に関する事項**」と規定している。

その趣旨は、会社法32条1項の事項は、定款作成・認証後の事態に機動的に対応できるよう発起人により定款に記載せず定めることを認め、一方で、右事項は設立時発行株式に関する重要事項でもあるため、発起人全員の同意を要求した点にある。

5 誤り。本記述は、詐欺又は強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができるとしている点で、誤っている。

会社法102条6項。設立時募集株式の引受人は、株式会社の成立後又は創立総会若しくは種類創立総会においてその議決権を行使した後は、**錯誤を理由として設立時発行株式の引受けの無効を主張し、又は詐欺若しくは強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができない。**

その趣旨は、株式の引受けの申込み及び割当ては意思表示を要素としているところ、意思の欠缺又は瑕疵ある意思表示の場合に、民法の意思表示に関する規定が適用されて株式の引受けが効力を有しないこととなると会社の不成立や設立無効につながりかねないため、個々の意思表示が会社の設立に影響を及ぼすことを防止しようとした点にある。

【短答合格 F I L E から抜粋】

第2編 株式会社

1-2-1

第1章 設立

1-2-1-1

第1節 総則

第25条 《新司19-38, 23-38, 予備23-17》

- 1 株式会社は、次に掲げるいずれかの方法により設立することができる。
 - 1 次節から第8節までに規定するところにより、発起人が設立時発行株式（株式会社の設立に際して発行する株式をいう。以下同じ。）の全部を引き受ける方法
 - 2 次節、第3節、第39条及び第6節から第9節までに規定するところにより、発起人が設立時発行株式を引き受けるほか、設立時発行株式を引き受ける者の募集をする方法
- 2 各発起人は、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を1株以上引き受けなければならない。

【定義】

「設立」とは、会社という団体を形成し、これに法人格を取得させる手続をいう。

【ポイント】

一 総論

会社法25条は、発起設立（1項1号）と募集設立（1項2号）の2種類の設立方法を定めたものである。

二 発起人

1 発起人

発起人とは、会社の設立の企画者として定款に署名又は記名押印（電子署名を含む）した者である（会社法26条）。

発起人の資格に制限はなく、制限行為能力者や法人でもよいと解されている。

発起人の数は1人でもよい。発起人は、少なくとも1株は引き受けなければならない（25条2項）、失権等により1株も取得しなくなる発起人がいる場合には、設立無効事由となると解されている（828条参照）。

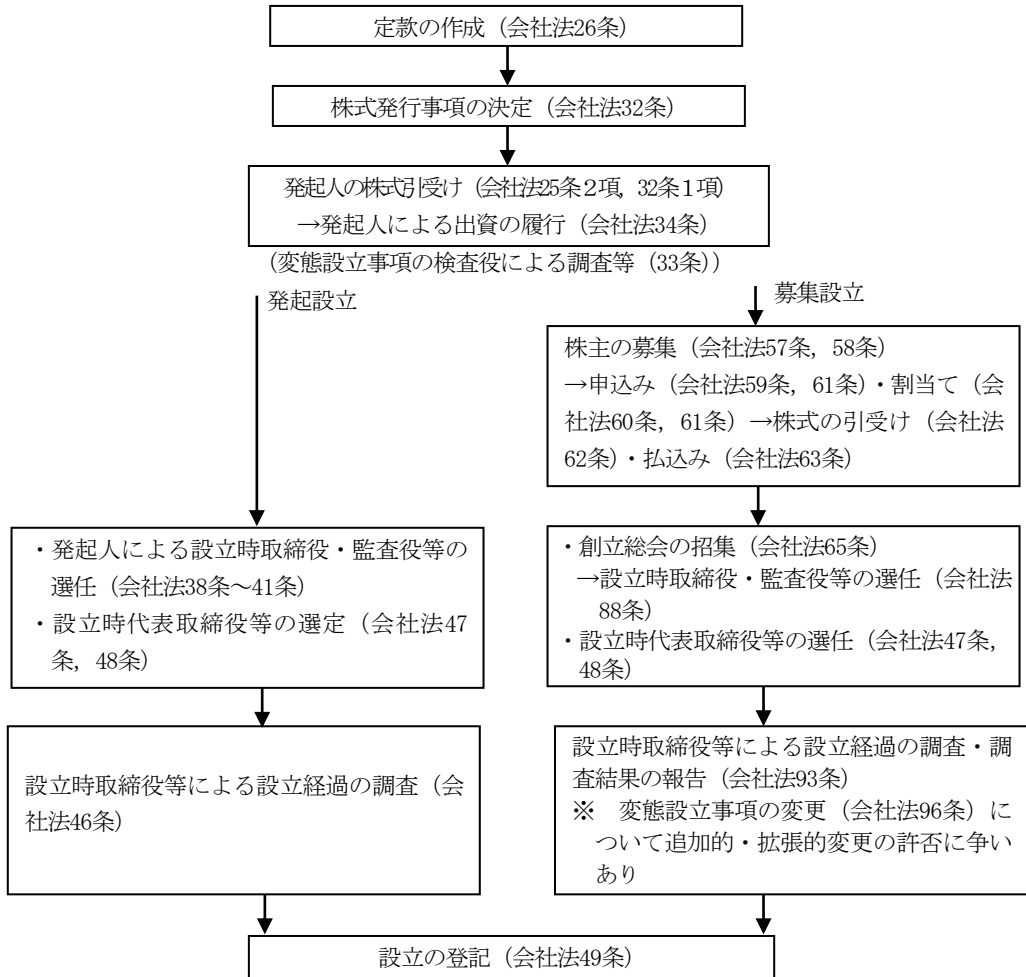
2 発起人の地位

発起人は、設立中の会社の機関としての地位を有する。発起人が複数存在する場合には、発起人は発起人組合の組合員としての地位を有する。

《過去問チェック》

- 法人は、発起人及び設立時取締役のいずれにもなることができない。（予備28-16）
 - ☞誤り。発起人は株主になることが予定されており（会社法25条2項）、さらに、法人が株主になれないという一般的な規制はない。よって、法人は、発起人となり得る。したがって、本記述前段は誤っている。設立時取締役は、会社が成立すれば取締役となる者であるから、取締役としての欠格事由（会社法331条1項）のある者になることはできない（会社法39条4項）。また、法人は、会社経営という事務処理の受任者である取締役にはなれない（会社法331条1項1号）。したがって、本記述後段は正しい。
- 発起人のうちの一人が発立時発行株式の株主となる権利を全て失った場合であっても、他の発起人がその引き受けた設立時発行株式について出資の履行をした財産の価額が定款に記載された設立に際して出資される財産の価額又はその最低額を満たしているときは、株式会社の設立の無効事由とはならない。（予備28-16）
 - ☞誤り。発起人は設立時株式を1株以上引き受ける義務があるので（会社法25条2項）、失権により発起人が1株も権利を取得しなくなるような場合には、他の出資者により出資された財産の価額が定款で定めた「設立に際して出資される財産の価額またはその最低額」を満たしていたとしても設立無効事由になるとされている。

(図表) 設立手続



三 ☆ (論点) 設立中の会社

1 設立中の会社

設立中の会社とは、発起人が会社設立のために取得し負担した権利義務が、会社成立後、当然に会社に帰属することを説明するために使われる技術的概念である。すなわち、設立中の会社という自ら成長発展し、法人格を取得することで会社となることを目的とする権利能力なき社団が、設立登記を経て完全な株式会社となるのであるから、設立中の会社と成立後の会社とは実質的には同一の存在であり（同一性説）、したがって、設立中の会社のすべての関係は、一定の要件の下でそのまま成立した会社の関係となると説明する。

2 設立中の会社と発起人

設立中の会社では、発起人はその構成員となるとともに、会社を完成させるために必要な事務を執行する設立中の会社の執行機関となる。

設立中の会社は、設立登記がなされると法人格を取得し、完全な株式会社となる。

四 ☆ (論点) 発起人の権限

設立中の会社の機関としての発起人の権限の範囲、すなわち、発起人の行為の効果のどこまでが設立中の会社に帰属するのが問題となる。

発起人の行為として可能性があるのは、①設立を直接の目的とする行為、②設立のために必要な行為、③開業準備行為（財産引受け（会社法28条2号）はその一種）、④事業行為の4つである。

①が発起人の権限に含まれること、④が含まれないことについては、争いはない。

判例は、②については、会社法28条4号かつこ書で除外される設立費用以外の費用につき、法定の手続を経なければ、成立後の会社にその債務は帰属せず、発起人に帰属するとしている（大判昭2.7.4、会社法百選7事件）。

また、③については、発起人は、法定の手続を経た財産引受けを除いて開業準備行為をすることはできないとし（最判昭33.10.24、会社法百選5事件、最判昭38.12.24）、発起人に開業準備行為をする権限はないとしている。

学説においては、設立中の会社は単に会社の設立のみを目的とするのではなく、会社として成立して事業を行うことを目的とするものであるとして、発起人の権限は、③開業準備行為にも及ぶが、発起人の権限濫用を防止するため、28条、33条、87条2項、93条の手続が要求されると解する見解もある。

（図表）問題となり得る発起人の行為

	具体例
成立要件的行為	定款の作成、株式の引受け・払込みに関する行為、創立総会の招集等
会社設立のために事実上・経済上必要な行為	設立事務所の賃借、設立事務員の雇入れ、株式申込証・目論見書などの必要書類の印刷の委託、株主募集の広告の委託等
開業準備行為	営業所・工場用の建物又は敷地の譲受け又は賃借、営業所・工場の設計の委託、機械の買入れ、製品の供給契約、従業員の雇入れ等

◎ 最判昭38.12.24

発起人は、会社設立自体に必要な行為のほかは、開業準備行為といえども原則としてこれをなし得ず、ただ、原始定款に記載され、その他法定要件を満たした財産引受のみを例外的になし得るものと解すべきである。

1-2-1-2

第2節 定款の作成

第26条（定款の作成）《新司プレ-51》

- 1 株式会社を設立するには、発起人が定款を作成し、その全員がこれに署名し、又は記名押印しなければならない。
- 2 前項の定款は、電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものとして法務省令で定めるものをいう。以下同じ。）をもって作成することができる。この場合において、当該電磁的記録に記録された情報については、法務省令で定める署名又は記名押印に代わる措置をとらなければならない。

【定義】

「定款」とは、会社の組織・活動を定める根本規則をいう。

【ポイント】

会社は複数の社員の存在を予定しているため、その規律のためには自治規則が必要である。そこで、会社設立の企画者としての発起人が、会社設立時に原始定款を作成するものとした。

第27条（定款の記載又は記録事項）《新司18-47, 24-37, 26-38, 予備24-15・16, 26-16》

株式会社の定款には、次に掲げる事項を記載し、又は記録しなければならない。

- 1 目的
- 2 商号
- 3 本店の所在地
- 4 設立に際して出資される財産の価額又はその最低額
- 5 発起人の氏名又は名称及び住所

【ポイント】**一 総論**

定款が自治法規として効力を有するためには必ず記載しなければならない事項（絶対的記載事項）を定めた。この記載を欠くか、その記載が違法であるときは、定款が全体として無効となる。

二 目的（1号）

会社は定款所定の目的の範囲内において権利能力を有するため（最大判昭45.6.24, 会社法百選2事件）、その記載を絶対的記載事項とした。

三 商号（2号）

会社の商号は、一般公衆において会社の同一性を識別するものであるため、その記載を絶対的記載事項とした。

四 本店の所在地（3号）

ここにいう地は、独立の最小行政区画（市町村。東京都の23区については区）をいう。したがって、場所（番地）まで記載する必要はない。

五 設立に際して出資される財産の価額又はその最低額（4号）

株式会社では、株主は間接有限責任（会社法104条）しか負わないため、会社債権者の担保となるのは会社財産のみである。したがって、会社債権者保護のためには一定の財産が現実には抛出されかつ保有されることが要請される。また、最低資本金制度は廃止されたが、一定規模の会社の成立を期待している設立時募集株式申込者を保護する必要もある。そこで、設立の健全性を確保するため、設立に際して出資される財産の価額又はその最低額の記載を絶対的記載事項とした。

なお、会社成立時までには発行可能株式総数を定めなければならない（会社法37条1項, 98条）。

六 発起人の氏名又は名称及び住所（5号）

設立に関わる発起人の責任追及を容易にして利害関係人の保護を図るため、その記載を絶対的記載事項とした。

《過去問チェック》

□ 会社法が採用している次の1から5までの規律のうち、株主保護を目的とするものでないものはどれか。（新司18-38）

1. 定款には、事業目的を記載し、又は記録しなければならない。
2. 取締役の会社に対する責任を免除するには、原則として総株主の同意を要する。
3. 会社が種類株式を発行するには、定款で、株式の内容など一定の事項を定めることを要する。
4. 純資産額が300万円を下回る場合には、剰余金の配当をすることができない。
5. 取締役会設置会社の取締役が自己又は第三者のために会社と取引をしようとするときは、取締役会の承認を要する。

☞ 1株主保護を目的とするものである。

定款の絶対的記載事項として事業の目的を記載又は記録しなければならない（会社法27条1号）とする趣旨は、将来、会社の株主となる者の予測可能性を担保する点にあり、株主保護を目的とするもの。

2株主保護を目的とするものである。

取締役の会社に対する責任は、総株主の同意がなければ、免除することができない（会社法424条）とする趣旨は、取締役会等によって簡単に責任免除がなされてしまうと、役員等に重い責任を課した趣旨を害し、ひいては株主の利益を害するおそれがあることに配慮した点にあり、株主保護を目的とするもの。

3株主保護を目的とするものである。

株式会社が内容の異なる種類株式を発行する場合には、その株式の内容等を定款で定めなければならない（会社法108条2項）とする趣旨は、将来、当該株式を取得して会社の株主となる者の予測可能性を担保する点にあり、株主保護を目的とするもの。

4株主保護を目的とするものではない。

純資産額が300万円を下回る株式会社は剰余金の配当ができない（会社法458条）とする趣旨は、会社債権者の利益を保護する点にあり、株主保護を目的とするものとはいえない。

5株主保護を目的とするものである。

取締役会設置会社の取締役が自己又は第三者のために会社と取引をしようとする場合において取締役会の承認を要する（会社法356条1項2号・365条1項）とする趣旨は、取締役が会社の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を図るおそれが大きいため、これを取締役会の監督に服さしめ、会社の利益、ひいては会社の実質的所有者である株主の利益を保護する点にあり、株主保護を目的とするもの。

□ 次のアからオまでの各記述のうち、株式会社は定款所定の目的の範囲内でのみ権利能力を有するという考え方に對する批判として、ふさわしくな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。（新司19-37）

ア. 株式会社が新規の事業を行うためには、その都度定款変更が必要となって煩雑である。

イ. 株式会社の目的は登記されるが、取引相手方が取引のたびに会社の目的を確認することを期待することはできない。

ウ. 株式会社は、ある取引が会社に有利な場合にはその無効を主張せず、会社に不利な場合に目的の範囲外のものであるという理由をもってその無効を主張することができることとなり、不都合である。

エ. 取締役に過大な責任を負わせることとなって酷である。

オ. 取引相手方がある行為が目的の範囲内のものであるかどうかを的確に判断することは困難である。

☞ア批判としてふさわしくない。

設問に示された考え方によっても、新規の事業が目的の範囲内である限り、定款変更は必要ない。

イ批判としてふさわしい。

設問に示された考え方によっても、株式会社の目的は登記されるため（会社法911条3項1号）、取引の安全を害さないとも思えるが、これは、取引相手方が取引のたびに会社の目的を確認することを前提とするもの。

ウ批判としてふさわしい。

設問に示された考え方によると、目的の範囲外の取引について、会社に有利な場合には無効を主張しないで利益を得、会社に不利な場合には無効を主張して損失を免れることが可能となるが、これは取引相手方の犠牲のもとに株式会社に投機を許すこととなり、妥当でない。

エ批判としてふさわしくない。

設問に示された考え方によると、取締役がその任務を怠って目的の範囲外の行為をしたとしても、会社は損害賠償請求権（会社法423条）を取得せず、かえって取締役の責任は軽くなる。

オ批判としてふさわしい。

設問に示された考え方によっても、取引の相手方が会社の目的を確認することで、取引の安全を図ることができるが、これは、ある行為が目的の範囲内のものであるかどうかについて取引相手方が的確に判断できることを前提とする。

□ 会社を設立する際に作成すべき定款には、資本金の額を記載し、又は記録しなければならない。（新司25-47、予備25-23）

☞誤り。27条参照。資本金は登記事項だが（911条3項5号）、会社の定款には、設立に際して出資される財産の最低額を定めれば足りる（27条4号）。

第28条《新司26-38, 予備26-16》

株式会社を設立する場合には、次に掲げる事項は、第26条第1項の定款に記載し、又は記録しなければ、その効力を生じない。

- 1 金銭以外の財産を出資する者の氏名又は名称、当該財産及びその価額並びにその者に対して割り当てる設立時発行株式の数（設立しようとする株式会社が種類株式発行会社である場合にあっては、設立時発行株式の種類及び種類ごとの数。第32条第1項第1号において同じ。）
- 2 株式会社の成立後に譲り受けることを約した財産及びその価額並びにその譲渡人の氏名又は名称
- 3 株式会社の成立により発起人が受ける報酬その他の特別の利益及びその発起人の氏名又は名称
- 4 株式会社の負担する設立に関する費用（定款の認証の手数料その他株式会社に損害を与えるおそれがないものとして法務省令で定めるものを除く。）

【定義】

本条は変態設立事項について定めたものである。変態設立事項とは、相対的記載事項の中で、濫用防止のため、定款に記載するほか、原則として裁判所が選任する検査役の調査を受け、その結果に基づき定款変更が強制され得る（会社法33条、96条）という特別の手續に従うことが要求される事項をいう。

【趣旨】

変態設立事項を定款に記載させる趣旨は、当該事項を公にし、設立時募集株式申込者・会社成立後に株主となろうとする者・会社債権者の会社財産に対する予測可能性を満たし、かつ、発起人の不適切な行為を抑制する点にある。

【ポイント】**一 総論**

本条は、定款に記載しなくとも定款自体の効力には影響がないが、定款に記載することによってはじめてその事項の効力が生じる事項（相対的記載事項）のうち、変態設立事項について定めた。

変態設立事項には、現物出資（会社法28条1号）、財産引受け（会社法28条2号）、発起人の報酬その他の特別の利益（会社法28条3号）、設立費用（会社法28条4号）の4つの事項がある。

二 現物出資（会社法28条1号）**1 意義**

現物出資とは、金銭以外の財産をもってする出資をいう。

株式会社においては金銭による出資が原則であるが、会社が特定の財産を必要とする場合があるので、法は例外的に現物出資を認めた。もっとも、目的物が過大に評価されると会社の財産的基礎が危うくなり、会社債権者を害するおそれがある。また、金銭出資をした他の株主との間に不公平も生じ得る。そこで、法は現物出資を変態設立事項として、厳格な規制を課した。

2 法定の手續を欠いた現物出資の効力

定款に記載のない現物出資は無効である。現物出資は社員関係の問題であり取引安全を図る必要はないからである。

《過去問チェック》

□ 募集設立においては、設立時募集株式の引受人であっても、定款で定めることにより、現物出資をすることができる。（予備29-16）

☞誤り。募集株式の引受人は、金銭の払込みを行うことしか規定されていないため、現物出資は発起人しか行うことができない（63条1項、34条1項参照）。

三 ☆（論点）財産引受け（会社法28条2号）**1 意義**

財産引受けとは、発起人が設立中の会社のために株式引受人又は第三者との間で会社の成立後に財産

を譲り受けることを約することをいう。

目的物を過大評価することで成立後の会社の財産的基盤を危うくするおそれがあり、また、譲渡人が発起人の場合に他の出資者との間で不公平が生ずる点、現物出資と同様の危険があるため、同じく変態設立事項とされた。

2 法定の手続を欠いた財産引受けの効力

財産引受けは、成立後の会社のための開業準備行為にあたる。そこで、設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲に開業準備行為を含めない判例は、法定の要件を欠く財産引受けは確定的・絶対的な無効であり、会社成立後の取締役会又は株主総会の決議によっても追認できないとしている（最判昭36.9.15、最判昭42.9.26等）。また、財産引受けの相手方からの無効主張も原則として認めている（最判昭28.12.3）。これは、現物出資規制の潜脱を防止し、会社財産の確保を図る法の趣旨を厳格に解するものである。

これに対して、設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲に開業準備行為を含める見解は、無権代表行為として追認を認める。この見解は、社員関係の問題である現物出資に対して財産引受けは取引法上の問題である点に違いがあること、追認は成立後の会社自ら新たな契約をすることと異なるないことを理由とする。

3 財産引受け以外の開業準備行為

設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲に開業準備行為を含めない見解は、本来、発起人は開業準備行為にあたる財産引受けもなし得ないが、法定の要件を満たした場合には例外的に認められると解している。したがって、かかる見解によれば法の定めのない財産引受け以外の開業準備行為は認められないことになる。

これに対して、設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲に開業準備行為を含める見解によれば、財産引受け以外の開業準備行為もその範囲に含まれ得る。そこで、発起人は広く開業準備行為をなし得るが、会社の財産的基礎を害する危険性の点では財産引受けと変わりはないとして、会社法28条2号等の規定は開業準備行為一般に類推適用されるとする説がある。ただし、会社法28条2号等を類推するといっても、検査役等が複雑多岐にわたる開業準備行為の相当性を調査できるのか疑問もある。

四 発起人の報酬その他特別の利益（会社法28条3号）

1 意義

発起人の報酬とは、発起人が成立後の会社から受ける利益のうち、金額が確定し会社の費用として扱われるものをいう。

特別の利益とは、発起人の功労に報いるために与えられる特別の財産上の利益であって、発起人の報酬とは異なり、会社の継続的負担になるものをいう。

いずれも発起人自身に対するものであり、自らその額を恣意的に決定する危険が大きいことから、変態設立事項とされた。

2 法定の手続を欠いた場合

取引の安全は問題とならず、無効である。

五 設立費用（会社法28条4号）

1 意義

設立費用とは、会社が負担する設立に関する費用をいう。

無制限な支出を許すと、会社の財産的基礎が害されるので、変態設立事項とされている。株式の募集広告費、事務所の賃借料等がその例である。費用を弁済した発起人は、定款で定めた上で、検査役の調査に通った範囲内で会社に対して求償することができる。

ただし、定款の認証の手数料その他株式会社に損害を与えるおそれがないものとして法務省令で定めるもの（定款に係る印紙税・払込取扱機関の手数料及び報酬、検査役の報酬・登録免許税）は、弊害が生じるおそれがなく、除かれる（会社法28条4号かつこ書、会社法施行規則5条）。

2 設立に要した費用の帰属

(1) 発起人が会社成立前に設立費用を第三者に支払った場合

法定の要件を満たす限り、発起人は定款に記載されている限度で会社に求償することができる。

(2) ☆ (論点) 設立費用の実額が定款記載額を超え、かつ、会社成立までにその費用の一部若しくは全部が支払われていなかった場合

かかる場合の支払債務の帰属については争いがある。

この点、①取引の相手方である第三者保護の観点から、設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲に設立のため経済上必要な行為が含まれることを前提に、支払債務は当然に会社に帰属し、会社がこの債務を弁済したときは、法定の要件を満たし会社の負担すべき額を超える分について発起人に対して求償できるとする説(会社全額負担説)がある。

これに対して、②会社財産確保の観点から、設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲に設立のため経済上必要な行為が含まれないことを前提に、支払債務はあくまで発起人に帰属し、発起人がその債務を弁済したときは、法定の要件を満たす限度で会社に対して求償できるとする説(発起人全額負担説)もある。ただし、本来設立中の会社の実質的権利能力・発起人の権限の範囲に設立のため経済上必要な行為が含まれるとの立場から、会社法28条4号によりその権限が制限されるとして同様の結論を導き得る。

また、③会社と発起人が重畳的に責任を負うとする説もある(会社・発起人重畳責任説)。

判例は、設立に要する費用に関する債務は定款に記載され、検査役の調査・創立総会の承認があった範囲内でのみ成立後の会社に帰属し、その他の債務は発起人に帰属するとする(会社・発起人分担説、大判昭2.7.4、会社法百選7事件)。

◎ 最判昭36.9.15

会社の成立前に、発起人組合が、会社の営業のために土地を買い受けていた場合、当該売買契約につき旧商法168条1項6号(会社法28条2号)に基づいた原始定款への記載がなければ、会社に対して効力を生じないばかりか、財産引受契約の価額が適正であっても、原始定款に記載がなければ当該契約自体の効力を生じない。

◎ 最判昭42.9.26《新司18-39》

定款に記載のない財産引受けは、成立後の会社が追認しても、有効とならない。

発起人または発起人組合は、特約の存する場合や民法117条の類推適用により履行の責に任ずべき場合等の特別の事情が認められない限り、定款に記載のない財産引受けに基づいて、財産引受けにより会社に帰属すべきものとされた契約上の権利を取得し、またその契約上の義務を負担するものではない。

◎ 最判昭28.12.3

定款に記載のない財産引受けは、単に会社側だけで無効な財産引受けを承認する特別決議をしても、有効にはならない。財産引受けが無効である場合には、無効の当然の結果として会社側だけでなく、譲渡人もその無効を主張することができる。

◎ 最判昭61.9.11(会社法百選6事件)《新司19-38》

定款に記載のない財産引受けは、何人との関係においても常に無効であって、設立後の会社が追認したとしても、あるいは会社が譲渡代金債務の一部を履行し、譲り受けた目的物について使用若しくは消費、収益、処分又は権利の行使などしたとしても、これによって有効となりうるものではなく、会社は、特段の事情のない限り、右の無効をいつでも主張することができる。

◎ 大判昭2.7.4(会社法百選7事件)《新司20-37》

株主募集広告の費用は、設立費用に含まれる。設立費用の債務は、定款に記載され創立総会によって承認されれば、会社に移転し支払義務が生じる。

第29条

第27条各号及び前条各号に掲げる事項のほか、株式会社の定款には、この法律の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項及びその他の事項でこの法律の規定に違反しないものを記載し、又は記録することができる。

【趣旨】

会社法29条前段の趣旨は、会社法28条の変態設立事項以外の相対的記載事項の定款への記載・記録を認めた点にある。

会社法29条後段の趣旨は、会社経営の自由・定款自治の観点から、定款に記載しなくても定款の効力に影響はなく、かつ、定款外において定めても当事者を拘束する事項（任意的記載事項）の定款への記載・記録を広く認めた点にある。

【ポイント】

任意的記載事項を定款に記載すると、変更定款変更手続（会社法466条、309条2項11号）が必要となり、形式的効力が増すという利点がある。

第30条（定款の認証）《新司プレー51、22-37》

- 1 第26条第1項の定款は、公証人の認証を受けなければ、その効力を生じない。
- 2 前項の公証人の認証を受けた定款は、株式会社の成立前は、第33条第7項若しくは第9項又は第37条第1項若しくは第2項の規定による場合を除き、これを変更することができない。

【趣旨】

会社法30条1項の趣旨は、公証人の認証により定款の作成の真正・内容の適法性を確保する点にある。

会社法30条2項の趣旨は、会社成立前の定款変更を原則禁止することにより、法が定める設立規制の潜脱を防ぐことにある。

第31条（定款の備置き及び閲覧等）

- 1 発起人（株式会社の成立後にあつては、当該株式会社）は、定款を発起人が定めた場所（株式会社の成立後にあつては、その本店及び支店）に備え置かなければならない。
- 2 発起人（株式会社の成立後にあつては、その株主及び債権者）は、発起人が定めた時間（株式会社の成立後にあつては、その営業時間）内は、いつでも、次に掲げる請求をすることができる。ただし、第2号又は第4号に掲げる請求をするには、発起人（株式会社の成立後にあつては、当該株式会社）の定めた費用を支払わなければならない。
 - 1 定款が書面をもって作成されているときは、当該書面の閲覧の請求
 - 2 前号の書面の謄本又は抄本の交付の請求
 - 3 定款が電磁的記録をもって作成されているときは、当該電磁的記録に記録された事項を法務省令で定める方法により表示したものの閲覧の請求
 - 4 前号の電磁的記録に記録された事項を電磁的方法であつて発起人（株式会社の成立後にあつては、当該株式会社）の定めたものにより提供することの請求又はその事項を記載した書面の交付の請求
- 3 株式会社の成立後において、当該株式会社の親会社社員（親会社の株主その他の社員をいう。以下同じ。）がその権利を行使するため必要があるときは、当該親会社社員は、裁判所の許可を得て、当該株式会社の定款について前項各号に掲げる請求をすることができる。ただし、同項第2号又は第4号に掲げる請求をするには、当該株式会社の定めた費用を支払わなければならない。
- 4 定款が電磁的記録をもって作成されている場合であつて、支店における第2項第3号及び第4号に

掲げる請求に応じることを可能とするための措置として法務省令で定めるものをとっている株式会社についての第1項の規定の適用については、同項中「本店及び支店」とあるのは、「本店」とする。

【趣旨】

会社法31条は成立前及び成立後の株式会社における定款の備置義務とその閲覧等請求権について定めている。定款は株主や機関構成員を拘束する会社の根本規則であり、その内容は開示の対象とされている。

1-2-1-3

第3節 出資

第32条（設立時発行株式に関する事項の決定）

- 1 発起人は、株式会社の設立に際して次に掲げる事項（定款に定めがある事項を除く。）を定めようとするときは、その全員の同意を得なければならない。
 - 1 発起人が割当てを受ける設立時発行株式の数
 - 2 前号の設立時発行株式と引換えに払い込む金銭の額
 - 3 成立後の株式会社の資本金及び資本準備金の額に関する事項
- 2 設立しようとする株式会社が種類株式発行会社である場合において、前項第1号の設立時発行株式が第108条第3項前段の規定による定款の定めがあるものであるときは、発起人は、その全員の同意を得て、当該設立時発行株式の内容を定めなければならない。

【趣旨】

会社法32条の事項は、定款の作成・認証後の事態（失権等）に機動的に対応できるよう、発起人が定款に記載せずに定めることが認められている。ただし、設立時発行株式に関する重要な事項であることから、発起人が多数決ではなく全員の同意を得て定めなければならない。

第33条（定款の記載又は記録事項に関する検査役の選任）《新司18-39》

- 1 発起人は、定款に第28条各号に掲げる事項についての記載又は記録があるときは、第30条第1項の公証人の認証の後遅滞なく、当該事項を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをしなければならない。
- 2 前項の申立てがあった場合には、裁判所は、これを不適法として却下する場合を除き、検査役を選任しなければならない。
- 3 裁判所は、前項の検査役を選任した場合には、成立後の株式会社が当該検査役に対して支払う報酬の額を定めることができる。
- 4 第2項の検査役は、必要な調査を行い、当該調査の結果を記載し、又は記録した書面又は電磁的記録（法務省令で定めるものに限る。）を裁判所に提供して報告をしなければならない。
- 5 裁判所は、前項の報告について、その内容を明瞭にし、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、第2項の検査役に対し、更に前項の報告を求めることができる。
- 6 第2項の検査役は、第4項の報告をしたときは、発起人に対し、同項の書面の写しを交付し、又は同項の電磁的記録に記録された事項を法務省令で定める方法により提供しなければならない。
- 7 裁判所は、第4項の報告を受けた場合において、第28条各号に掲げる事項（第2項の検査役の調査を経ていないものを除く。）を不当と認めるときは、これを変更する決定をしなければならない。
- 8 発起人は、前項の決定により第28条各号に掲げる事項の全部又は一部が変更された場合には、当該決定の確定後1週間以内に限り、その設立時発行株式の引受けに係る意思表示を取り消すことができ

る。

- 9 前項に規定する場合には、発起人は、その全員の同意によって、第7項の決定の確定後1週間以内に限り、当該決定により変更された事項についての定めを廃止する定款の変更をすることができる。
- 10 前各項の規定は、次の各号に掲げる場合には、当該各号に定める事項については、適用しない。
 - 1 第28条第1号及び第2号の財産（以下この章において「現物出資財産等」という。）について定款に記載され、又は記録された価額の総額が500万円を超えない場合 同条第1号及び第2号に掲げる事項
 - 2 現物出資財産等のうち、市場価格のある有価証券（金融商品取引法（昭和23年法律第25号）第2条第1項に規定する有価証券をいい、同条第2項の規定により有価証券とみなされる権利を含む。以下同じ。）について定款に記載され、又は記録された価額が当該有価証券の市場価格として法務省令で定める方法により算定されるものを超えない場合 当該有価証券についての第28条第1号又は第2号に掲げる事項
 - 3 現物出資財産等について定款に記載され、又は記録された価額が相当であることについて弁護士、弁護士法人、公認会計士（外国公認会計士（公認会計士法（昭和23年法律第103号）第16条の2第5項に規定する外国公認会計士をいう。）を含む。以下同じ。）、監査法人、税理士又は税理士法人の証明（現物出資財産等が不動産である場合にあっては、当該証明及び不動産鑑定士の鑑定評価。以下この号において同じ。）を受けた場合 第28条第1号又は第2号に掲げる事項（当該証明を受けた現物出資財産等に係るものに限る。）
- 11 次に掲げる者は、前項第3号に規定する証明をすることができない。
 - 1 発起人
 - 2 第28条第2号の財産の譲渡人
 - 3 設立時取締役（第38条第1項に規定する設立時取締役をいう。）又は設立時監査役（同条第3項第2号に規定する設立時監査役をいう。）
 - 4 業務の停止の処分を受け、その停止の期間を経過しない者
 - 5 弁護士法人、監査法人又は税理士法人であって、その社員の半数以上が第1号から第3号までに掲げる者のいずれかに該当するもの

【趣旨】

会社法33条1項～9項の趣旨は、変態設立事項（会社法28条）につき検査役の検査を要するとして、専門的知識を有する独立の第三者のチェックにより、利害関係者保護の実効性を高める点にある。

【ポイント】

会社法33条は、利害関係者保護の見地より、原則として検査を要求しているが、検査役による検査は、長い期間と多額の費用を要し、しかも調査期間の予測が困難なため負担が大きい。そこで、会社設立の合理化の観点から、現物出資・財産引受けの目的物の価額が低額な場合（会社法33条10項1号）、価額適正化の担保がある場合（会社法33条10項2号、3号）には検査役の検査を不要とした。

《過去問チェック》

- 合同会社を設立しようとする場合において、定款で定めた社員の出資の目的が金銭以外の財産であるときは、社員になろうとする者は、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをしなければならない。（新司25-48、予備25-24）
- ☞誤り。合同会社を設立する場合、社員の出資の目的が金銭以外の財産であるときは、社員になろうとする者が、裁判所に対し、検査役の選任の申立てが必要かについて、規定する条文はない。

第34条（出資の履行）《新司プレー51，20-37》

- 1 発起人は、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、その出資に係る金銭の全額を払い込み、又はその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない。ただし、発起人全員の同意があるときは、登記、登録その他権利の設定又は移転を第三者に対抗するために必要な行為は、株式会社の成立後にすることを妨げない。
- 2 前項の規定による払込みは、発起人が定めた銀行等（銀行（銀行法（昭和56年法律第59号）第2条第1項に規定する銀行をいう。第703条第1号において同じ。）、信託会社（信託業法（平成16年法律第154号）第2条第2項に規定する信託会社をいう。以下同じ。）その他これに準ずるものとして法務省令で定めるものをいう。以下同じ。）の払込みの取扱いの場所においてしなければならない。

【趣旨】

会社法34条の趣旨は、株式引受け後の遅滞なき出資の履行を定めることで会社財産の確保を図り、もって会社債権者を保護するという点にある。

【ポイント】**一 総論**

株式会社では、株主は間接有限責任（会社法104条）しか負わないため、会社債権者の担保となるのは会社財産のみである。したがって、会社債権者保護のためには一定の財産が現実には抛出されかつ保有されることが要請される。そこで、会社財産確保の観点から、出資の履行に関し、会社の成立前の払込金の全額払込み、現物出資の全部給付が要求される。

二 払込みを確保するための法規制

払込みを確保するための法規制には、以下のようなものがある。

- 1 払込金額の全額払込み（会社法34条1項，63条1項）
- 2 銀行又は信託会社での払込み（会社法34条2項，63条1項）
- 3 募集設立の場合の払込取扱機関の払込金保管証明（会社法64条）
- 4 預合いに対する罰則（会社法965条）

三 預合い**1 定義**

預合いとは、発起人が払込取扱機関から借入れた金銭を払込みにあてるが、同時にその借入金を返済するまでは会社のその預金を引き出さないことを払込取扱機関と約することをいう。

2 預合いの効力

預合いによる払込みでは預金の引出しが禁止され、会社経営のために会社の資金を自由に用いることができない。したがって、その払込みは銀行の帳簿上の操作であり実質的には財産は確保されていない以上、会社債権者・募集株式引受人保護の観点から無効である。

無効とされると当該部分の払込みはなかったことになる。したがって、預合いをなした発起人は設立時発行株式の株主となることはできない（会社法50条1項）。また、募集設立の場合には、払込取扱機関が責任を負う場合がある（会社法64条2項）。

四 見せ金**1 定義**

見せ金とは、発起人が払込取扱機関以外の者から借り入れた金銭を株式の払込みにあてるが、会社成立後に会社の預金を引き出して借入先に返済することをいう。

2 見せ金の効力

確かに、見せ金は預合いと異なり、形式的には金銭の移動がある。しかし、全体として考察すると払込仮装のためのからくりの一環にすぎない。したがって、①会社成立後、借入金を返済するまでの期間の長短、②払込金が会社資金として運用された事実の有無、③借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等を総合的に観察して、払込みの仮装と認められれば無効となる（最判昭38.12.6）。

五 仮装払込みと設立の効力

仮装払込みは無効であり、会社財産が「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」（会社法27条4号）に満たないと、設立無効原因（会社法828条1項1号）となる。

◎ 最判昭38.12.6

当初から真実の株式の払込みとして会社資金を確保する意図がなく、一時的な借入金をもって単に払込みの外形を整え、会社成立の手続後直ちに払込金を払い戻してこれを借入れ先に返済する場合には、会社の営業資金は何ら確保されたことにならず、かかる払込みは、単に外見上株式払込みの形式こそ備えているが、実質的には到底払込みがあったものとは解し得ず、払込みとしての効力を有しないものといわなければならない。

第35条（設立時発行株式の株主となる権利の譲渡）

前条第1項の規定による払込み又は給付（以下この章において「出資の履行」という。）をすることにより設立時発行株式の株主となる権利の譲渡は、成立後の株式会社に対抗することができない。

【趣旨】

会社法35条の趣旨は、権利株（株主となる権利）の譲渡を制限し、株主名簿の整備・株券発行事務の渋滞防止を図る点にある。

第36条（設立時発行株式の株主となる権利の喪失）

- 1 発起人のうち出資の履行をしていないものがある場合には、発起人は、当該出資の履行をしていない発起人に対して、期日を定め、その期日までに当該出資の履行をしなければならない旨を通知しなければならない。
- 2 前項の規定による通知は、同項に規定する期日の2週間前までにしなければならない。
- 3 第1項の規定による通知を受けた発起人は、同項に規定する期日までに出資の履行をしないときは、当該出資の履行をすることにより設立時発行株式の株主となる権利を失う。

【趣旨】

会社法36条は34条に従った出資の履行をしていない発起人に再度の履行の機会を与えて失権の抑制を図るとともに、それでも出資の履行をしない発起人を当然に失権させる規定である。その趣旨は設立の迅速性に求められる。

第37条（発行可能株式総数の定め等）《新司18-38・39, 20-37》

- 1 発起人は、株式会社が発行することができる株式の総数（以下「発行可能株式総数」という。）を定款で定めていない場合には、株式会社の成立の時までに、その全員の同意によって、定款を変更して発行可能株式総数の定めを設けなければならない。
- 2 発起人は、発行可能株式総数を定款で定めている場合には、株式会社の成立の時までに、その全員の同意によって、発行可能株式総数についての定款の変更をすることができる。
- 3 設立時発行株式の総数は、発行可能株式総数の4分の1を下ることができない。ただし、設立しようとする株式会社が公開会社でない場合は、この限りでない。

【ポイント】

旧商法下では、会社成立前に原始定款で、会社が発行する株式の総数を定める必要があった（旧商法166条1項3号）。しかし、会社法では、成立時までに発行可能株式総数を定めれば足り（会社法37条1項）、成立時まで変更が可能となった（2項）。これにより、公開会社において発行可能株式総数の4分の

1を下回る株式の引受けしかなかった場合（3項）でも、出資の履行があった設立時発行株式に合わせて発行可能株式総数を設定・変更することで、会社の設立ができるようになった。

《過去問チェック》

- 会社法上の公開会社でない株式会社を設立する場合には、発行可能株式総数を定款で定めなければならないが、発行可能株式総数は、設立時発行株式の総数の4倍を超えてもよい。（予備28-16）
- ☑正しい。会社法37条1項、98条。よって、本記述前段は正しい。会社法37条3項ただし書。よって、本記述後段は正しい。

1-2-1-9-7

第7款 設立手続等の特則等

第102条（設立手続等の特則）《新司18-38・39》

- 1 設立時募集株式の引受人は、発起人が定めた時間内は、いつでも、第31条第2項各号に掲げる請求をすることができる。ただし、同項第2号又は第4号に掲げる請求をするには、発起人の定めた費用を支払わなければならない。
- 2 設立時募集株式の引受人は、株式会社の成立の時に、第63条第1項の規定による払込みを行った設立時発行株式の株主となる。
- 3 設立時募集株式の引受人は、第63条第1項の規定による払込みを仮装した場合には、次条第1項又は第103条第2項の規定による支払がされた後でなければ、払込みを仮装した設立時発行株式について、設立時株主及び株主の権利を行使することができない。
- 4 前項の設立時発行株式又はその株主となる権利を譲り受けた者は、当該設立時発行株式についての設立時株主及び株主の権利を行使することができる。ただし、その者に悪意又は重大な過失があるときは、この限りでない。
- 5 民法第93条ただし書及び第94条第1項の規定は、設立時募集株式の引受けの申込み及び割当て並びに第61条の契約に係る意思表示については、適用しない。
- 6 設立時募集株式の引受人は、株式会社の成立後又は創立総会若しくは種類創立総会においてその議決権を行使した後は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受けの無効を主張し、又は詐欺若しくは強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができない。

第103条（発起人の責任等）《新司21-37、22-37》

- 1 第57条第1項の募集をした場合における第52条第2項の規定の適用については、同項中「次に」とあるのは、「第1号に」とする。
- 2 第102条第3項に規定する場合には、払込みを仮装することに関与した発起人又は設立時取締役として法務省令で定める者は、株式会社に対し、前条第1項の引受人と連帯して、同項に規定する支払をする義務を負う。ただし、その者（当該払込みを仮装したものを除く。）がその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明した場合は、この限りでない。
- 3 前項の規定により発起人又は設立時取締役の負う義務は、総株主の同意がなければ、免除することができない。
- 4 第57条第1項の募集をした場合において、当該募集の広告その他当該募集に関する書面又は電磁的記録に自己の氏名又は名称及び株式会社の設立を賛助する旨を記載し、又は記録することを承諾した者（発起人を除く。）は、発起人とみなして、前節及び前3項の規定を適用する。

【趣旨】

会社法103条の趣旨は、発起人等の不足額填補責任を無過失責任とし、また擬似発起人にも責任を負わせることで、引受人の保護を図る点にある。

【ポイント】

募集設立の場合には、現物出資等の不足額填補責任について発起人又は設立時取締役の任務を怠らなかつたことの証明による免責（会社法52条2項2号）を認めないことで無過失責任とし、募集株式引受人の保護を図った（会社法103条1項）。

募集設立の場合には、擬似発起人（募集の広告その他当該募集に関する書面又は電磁的記録に自己の氏名又は名称及び株式会社の設立を賛助する旨を記載し、又は記録することを承諾した者）の責任を認めることで、擬似発起人を信頼した募集株式引受人の保護を図った（外観法理、会社法103条2項）。

《過去問チェック》

- 発起人の一人からの財産引受けに係る契約が締結された場合において、会社の成立の時におけるその目的財産の価額が定款に記載された価額に著しく不足するときは、その財産引受けに関する事項について裁判所が選任した検査役の調査を経たときでも、他の発起人は、会社に対し、その不足額を支払う義務を負う。（予備27-16）
 - ☞誤り。52条1項、2項1号、103条1項。現物出資者又は財産引受けにおける譲渡人以外の発起人は、33条2項の検査役の調査を経た場合には、その不足額を支払う義務を負わない。
- 募集設立において発起人の一人が現物出資をした場合において、会社の成立の時における現物出資財産の価額が定款に記載された価額に著しく不足するときでも、他の発起人は、その職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明したときは、会社に対し、その不足額を支払う義務を負わない。（予備27-16）
 - ☞誤り。103条1項。52条2項2号は適用されない。
- 設立時募集株式の引受人は、設立時募集株式の払込金額の払込みを仮装した場合には、会社に対し、払込みを仮装した払込金額の全額の支払がされる前であっても、払込みを仮装した設立時発行株式について、設立時株主及び株主の権利を行使することができる。（予備29-16）
 - ☞誤り。会社法102条3項。設立時募集株式の引受人は、払込みを仮装した場合には、義務を負う者による全額の支払がされた後でなければ、払込みを仮装した設立時発行株式について、設立時株主及び株主の権利を行使することができない。
- 募集設立においては、発起人でない者であつて、設立時発行株式を引き受ける者の募集の広告に自己の氏名又は名称及び会社の設立を賛助する旨を記載することを承諾したものは、現物出資に関する事項について裁判所が選任した検査役の調査を経た場合を除き、当該会社の成立の時における現物出資財産の価額が定款に記載された価額に著しく不足するときは、当該会社に対し、当該不足額を支払う義務を負う。（予備29-16）
 - ☞正しい。会社法103条4項、52条1項、2項。

第102条の2（払込みを仮装した設立時募集株式の引受人の責任）

- 1 設立時募集株式の引受人は、前条第3項に規定する場合には、株式会社に対し、払込みを仮装した払込金額の全額の支払をする義務を負う。
- 2 前項の規定により設立時募集株式の引受人の負う義務は、総株主の同意がなければ、免除することができない。

【趣旨】

52条の2の【趣旨】を参照。102条の2は②の場面に係る規定である。

【ポイント】

- 1 発起設立と異なり、募集設立の場合には発起人が設立時発行株式の一部を引き受けるほか、残りの株式（設立時募集株式）を引き受ける者を募集する。募集設立においても発起人はその引き受けた設立時発行株式について、金銭出資の他に現物出資をすることが認められている（25条1項2号・34条1項）。ゆえに、募集設立において発起人が引き受けた設立時発行株式の金銭出資又は現物出資を仮装した場合は、発起設立において発起人が出資の履行を仮装した場合と同様の責任を負う。
- 2 他方、発起人以外の設立時募集株式の引受人は、金銭出資のみ認められている（63条）。そこで、平成26年会社法改正では、募集設立における設立時募集株式の引受人による仮装払込みについての規定が

設けられた。

- 3 募集設立の設立時募集株式の引受人は、①仮装された払込金額の全額の支払い若しくは仮装した現物出資財産の全部の給付の後、又は②仮装払込みに関与した発起人等による支払い後でなければ、その設立時発行株式について株主権を行使できない（102条3項）。もっとも、払込みが仮装された設立時発行株式の譲受人又はその株主となる権利の譲受人は、悪意又は重過失でない限り、当該設立時発行株式について株主権を行使することができる（102条4項）。この点については、213条の2・213条の3の解説も参照。

(図表) 株式会社における募集設立と発起設立の比較

	発起設立	募集設立
発起人の株式の引受け	1株以上の引受け（会社法25条2項）	
設立時取締役の選任	発起人による選任（会社法38条）。発起人の議決権の過半数で決定（会社法40条1項）	創立総会による選任（会社法88条）。当該創立総会において議決権を行使することができる設立時株主の過半数であって、出席した当該設立時株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもって決議する（会社法73条1項）
公証人の認証を受けた定款の会社成立前の変更	原則不可（会社法30条2項）。例外あり（※1）	創立総会で変更可（会社法96条）
現物出資財産等の価額が不足する場合の発起人・設立時取締役のてん補責任（※2）	過失責任（会社法52条2項2号）	無過失責任（会社法103条1項）
払込取扱場所	発起人が定めた銀行、信託会社等（会社法34条2項、会社法施行規則7条、会社法63条1項）	
払込金保管証明書	払込金保管証明書の制度は廃止（17年改正）	払込金保管証明書を交付した銀行等は当該証明書の記載が事実と異なること又は出資の履行（会社法34条1項）若しくは設立時募集株式の払込金額の払込み（会社法63条1項）の規定により払い込まれた金銭の返還に関する制限を成立後の会社に対抗することができない（会社法64条）

※1 検査役の報告を受けた場合において、変態設立事項について不当と認めるときは、裁判所はこれを変更する決定をしなければならない（会社法33条7項）。

裁判所の変更決定により変態設立事項が変更され、発起人が設立時発行株式の引受けに係る意思表示を取り消した場合には、発起人は、その全員の同意により変更された事項についての定めを廃止する定款の変更をすることができる（会社法33条9項）。

発起人は、その全員の同意により、発行可能株式総数の定めの新設又は変更をすることができる（会社法37条1項）。

※2 検査役の調査を経た場合には、てん補責任を負わない（会社法52条2項1号、103条1項）。但し、当該現物出資者・財産引受けの譲渡人である発起人の責任は無過失責任である（会社法52条2項柱書括弧書、103条1項）。

【MEMO】

民事訴訟法 第39問	文書・検証物	H30予備試験
------------	--------	---------

民事訴訟法〔第39問〕（配点：2）

文書又は検証物に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものを2個選びなさい。（解答欄は，[No.44]，[No.45]順不同）

1. 裁判所は、当事者が文書提出命令に従わないときは、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる。
2. 裁判所は、第三者が文書提出命令に従わないからといって、文書提出命令を申し立てた当事者の当該文書の記載に関する主張を真実と認めることはできない。
3. 裁判所は、文書の成立の真否に争いがあり、対照をするのに適当な相手方の筆跡がない場合に、対照の用に供すべき文字の筆記を相手方に命じたにもかかわらず、相手方が正当な理由なくこれに従わないときは、当該文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。
4. 裁判所は、当事者又はその代理人が故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立の真正を争ったときは、当該文書の記載の内容が真実であると認めることができる。
5. 裁判所は、当事者が検証物提示命令に従わないからといって、当該検証物の性状に関する相手方の主張を真実と認めることはできない。

民事訴訟法 第39問	文書・検証物	H30予備試験
------------	--------	---------

正解 4, 5 (順不同)

肢別解答率(%) [No.44]

	1	2	3	4	5
全体	12	13	36	39	0
合格者全体	7	6	39	47	0
不合格者全体	16	19	33	31	0

肢別解答率(%) [No.45]

	1	2	3	4	5
全体	0	1	5	37	57
合格者全体	0	1	3	34	63
不合格者全体	0	2	7	39	52

(全体正答率 38%)

1 正しい。民事訴訟法 224 条 1 項により、本記述は正しい。

当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

その趣旨は、文書提出命令によって当事者が負う義務は、当事者の国に対する公法上の義務であり、申立人に対する私法上の義務ではないから、申立人は提出命令を債務名義としてこれに従わない当事者に対して文書引渡しの強制執行をすることはできない。そのため、真実擬制という制裁を設けることによって、文書提出命令の実効性を確保する点にある。

2 正しい。民事訴訟法 225 条 1 項により、本記述は正しい。

第三者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、決定で、20万円以下の過料に処する。

その趣旨は、第三者による命令違反の場合であっても、当事者による命令違反の場合と同様に、文書提出命令を債務名義とする強制執行をできないことから何らかの制裁を設けて文書提出命令の実効性を確保する必要性がある一方、第三者の場合には帰責性のない当事者に不利益が及ぶ事実の真実擬制の方法をとることができないため過料という行政罰を科すとした点にある。

よって、本記述においては、第三者が文書提出命令に従わないからといって、申立てに係る文書の記載に関する主張についての真実擬制はなし得ない。

3 正しい。民事訴訟法 229 条 4 項前段により、本記述は正しい。

相手方が正当な理由なく前項〔注：民事訴訟法 229 条 3 項（対照の用に供すべき文字の筆記についての相手方への命令）〕の規定による決定に従わないときは、裁判所は、文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。その趣旨は、筆記命令の実効性を確保する観点から制裁を科す点にある。

4 誤り。本記述は、当該文書の記載内容が真実であると認めることができるとしている点で、誤っている。

民事訴訟法230条1項。当事者又はその代理人が故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立の真正を争ったときは、裁判所は、決定で、10万円以下の過料に処する。

その趣旨は、文書は民事訴訟において特に重要な証拠方法であり、文書の成立の真正が争われることは、相手方にとっては主張事実が認められるかどうか、訴訟が遅延するかどうかに影響してくることが多いため、このような制裁を科す点にある。

5 誤り。本記述は、検証物の性状に関する相手方の主張を真実と認め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232条1項・224条1項。232条1項は、第224条（当事者が文書提出命令に従わない場合等の効果）……の規定は、検証の目的の提示又は送付について準用するとしている。これより、検証申出者の相手方が検証物提示命令に従わないときは、その検証物の性状等に関する検証申出者の主張を真実と認めることができる。

その趣旨は、検証物提出命令の実効性を確保する点にある。

以上により、誤っている記述は4と5であり、したがって、正解は肢4と肢5（順不同）となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

2 証拠力の自由な評価の制限

(1) 文書の形式的証拠力についての推定 (228条2項・4項)

第228条 (文書の成立) 《新司23-67, 予備23-41》

- 1 文書は、その成立が真正であることを証明しなければならない。
- 2 文書は、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に成立した公文書と推定する。
- 3 公文書の成立の真否について疑いがあるときは、裁判所は、職権で、当該官庁又は公署に照会をすることができる。
- 4 私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する。
- 5 第2項及び第3項の規定は、外国の官庁又は公署の作成に係るものと認めるべき文書について準用する。

【ポイント】

①公務員が職務上作成したと認められる場合、また、②私文書について本人又はその代理人の署名又は押印がある場合、通常は名義の真正が確保されているという経験則を法定した一種の法定証拠法則である。もっとも、常に認定を強要しているわけではなく、他の証拠から形式的証拠力を認定することも許されるし、反証を許すものであるから自由心証主義を完全に排除するものではない。

(2) 証明妨害 (224条1項・2項, 229条2項・4項, 232条1項, 208条)

第224条 (当事者が文書提出命令に従わない場合等の効果)

- 1 当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる。
- 2 当事者が相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失させ、その他これを使用することができないようにしたときも、前項と同様とする。
- 3 前2項に規定する場合において、相手方が、当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるときは、裁判所は、その事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

第229条 (筆跡等の対照による証明) 《新司23-67, 予備23-41》

- 1 文書の成立の真否は、筆跡又は印影の対照によっても、証明することができる。
- 2 第219条, 第223条, 第224条第1項及び第2項, 第226条並びに第227条の規定は、対照の用に供すべき筆跡又は印影を備える文書その他の物件の提出又は送付について準用する。
- 3 対照をするのに適当な相手方の筆跡がないときは、裁判所は、対照の用に供すべき文字の筆記を相手方に命ずることができる。
- 4 相手方が正当な理由なく前項の規定による決定に従わないときは、裁判所は、文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。書体を変えて筆記したときも、同様とする。
- 5 第三者が正当な理由なく第2項において準用する第223条第1項の規定による提出の命令に従わないときは、裁判所は、決定で、10万円以下の過料に処する。
- 6 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる。

第232条 (検証の目的の提示等) 《新司18-60》

- 1 第219条, 第223条, 第224条, 第226条及び第227条の規定は、検証の目的の提示又は送付について準用する。
- 2 第三者が正当な理由なく前項において準用する第223条第1項の規定による提示の命令に従わないと

きは、裁判所は、決定で、20万円以下の過料に処する。

3 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる。

第208条（不出頭等の効果）《新司18-68, 22-63》

当事者本人を尋問する場合において、その当事者が、正当な理由なく、出頭せず、又は宣誓若しくは陳述を拒んだときは、裁判所は、尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

【ポイント】

当事者の一方が訴訟上の義務に反し、故意に相手方の立証を妨げる行動をとったときは、それだけで、その者に不利な事実認定をして妨げないとする一連の規定が置かれている（224条1項・2項, 229条2項・4項, 232条1項, 208条）。

これは、証拠収集をめぐって当事者間の実質的公平を実現するとともに、証拠収集の妨害を予防するために設けられたものである。裁判官の心証形成とは無関係に一定事実の認定を可能ならしめるという意味で自由心証主義の制限と位置付けられるものであるが、あくまで認定できるというに止まり、別の事実を認定することも可能なので自由心証主義を完全に排除するものではない。

3 証拠契約

【定義】

証拠契約とは、事実の確定方法に関する当事者間の合意である。

【ポイント】

例えば、自白契約（一定の事実を争わない旨の当事者間の合意）、仲裁鑑定契約（事実の確定を第三者に任せる旨の当事者間の合意）、証拠制限契約（証拠方法を一定のものに限定する旨の当事者間の合意）などが認められる。

いずれも裁判所の実事認定権自体を排除するものではなく、合意により当事者の証拠提出の自由が制限される結果、当該事実につき自由心証の対象たる証拠が全部又は一部なくなるだけであるから、自由心証主義を完全に排除するものではない。

四 事実認定に対する不服

裁判官には事実認定について広い裁量が認められており、本来は事実認定について違法の問題は生じない。しかし、自由心証主義といえども、裁判官の恣意を許すものではなく、事実認定は論理法則・経験則に基づかなければならないという内在的制約に服する。かかる内在的制約に反する場合には、事実認定についても違法の問題が生じ得る。具体的には以下のような場合に事実認定をめぐって違法の問題が生じ得る。

1 事実認定の基礎となった資料

事実認定は、あくまで訴訟法上適法に提出された資料に基づくことを要する。このような資料に基づかない事実認定は違法となり上告理由の問題となる（312条3項, 318条・325条2項）。

2 証拠説明の欠缺

事実認定が合理的であることを明らかにし、裁判に対する当事者及び国民の信頼を確保すべく、事実認定の資料とその資料に基づく推論の過程は、判決理由で明らかにされなければならない（証拠説明, 253条1項）。証拠説明が欠けた判決は違法なものとなり、上告できる。

3 経験則違反

経験則違反は上告理由となるか。あらゆる経験則違背が上告理由になるとすると、事実認定に不服がある場合に、常に上告可能ということになりかねず、上告審を法律審として（321条1項）事実審と区別した意味が失われかねない。そこで、高度な蓋然性や必然性を伴う経験則に違反する場合には上告理

由・特別破棄理由（312条3項・325条2項）となるものと解される。

条文上の根拠としては、経験則は法令と同様の機能を有することから、312条3項の「法令」（高裁へ上告する場合）、318条1項の「法令」（最高裁への上告が問題となる場合）に当たるものと解される。もっとも、最高裁への上告の場合は、上告受理制度（318条1項）のもとで不受理決定される場合がある。

◎ 最判昭24.9.6

贈与契約の存在した事実を当事者双方から聞知したという証言及び贈与契約成立の際、その場で私書証書作成に関与したという証言を、単に当事者の一方からの伝聞に係るものと誤解して排斥することは、探証の法則に違反するものである。

《過去問チェック》

- 裁判官は、自己の判断で経験則を取捨選択して事実認定を行うことができ、取捨選択の不当が上告理由となることはない。（新司22-64）
 - ☞誤り。裁判官は、事実認定に際し、自由心証主義の内在的制約として、論理法則と経験則に従わなければならないから、高度の蓋然性をもった経験則を選択せず、かかる経験則に違反してなされた事実認定は、自由心証主義違反（法令違反）となる（経験則違反が法令違反になるとした判例として、最判昭24.9.6など）。
- A名義の文書が存在する場合に、その作成者がAとなるのは、A自らが文書を作成した場合であり、Aの依頼を受けた使者Bが文書を作成した場合の作成者はBである。（新司26-69）
 - ☞誤り。作成者とは、文書の記載内容の思想主体を指す。使者Bは、Aの思想を文書に記載しているため、文書の作成者は、Aである。
- A名義の文書をBが無断で作成した場合であっても、当該文書がBを作成者とするものとして提出されたときは、その成立の真正が認められる。（新司26-69）
 - ☞正しい。文書の成立の真正とは、作成者の意思に基づいて文書が作成されたとの事実を指す。文書の名義人が他人の者となっても、偽造者が偽造者の意思に基づいて当該文書を作成したとして、書証の申出がなされれば、相手方がこれを争わない限り、文書の成立の真正が認められる。
- 挙証者の相手方が文書の成立の真正につき認否をしなかった場合には、成立に争いがあるものとして扱われる。（新司26-69）
 - ☞誤り。文書の成立の真正につき、挙証者の相手方が文書の成立の真正につき認否をしなかった場合には、成立を争ったものと推定するなどの民事訴訟法上の規定はない。
- 債務者とその連帯保証人の署名がある借用証書は、一通の書面であっても、作成者が複数の文書である。（新司26-69）
 - ☞正しい。一通の書面であっても、複数人の思想内容が記載されていれば、複数の文書となる。
- 当事者間における特定の者を証人として申請しない旨の合意は裁判所を拘束するが、その者の尋問が完了した後にその尋問の結果を排除する旨の合意をしても、その合意は裁判所を拘束しない。（予備28-43）
 - ☞正しい。事実及び証拠の提出を当事者の責任とする弁論主義の領域においては、いかなる証拠方法を提出するかは、本来当事者の自由に委ねられている。そして、証拠制限契約が有効である場合には、裁判所はこれに拘束されると解されている。特定の者を証人として申請しない旨の合意は、本来当事者の自由処分が許される証拠方法の提出を制限するものであり、証拠方法が一定のものに制限されるが、その範囲内で提出された証拠方法については証拠を自由に評価して事実を認定できるので、自由心証は一部制限されるにとどまり、直ちに裁判所の自由心証に抵触するものとはいえない。よって、特定の者を証人として申請しない旨の合意は、有効であり、裁判所を拘束する。これに対し、証人尋問が完了した後にその尋問の結果を排除する旨の合意は、既に形成された心証を侵害するものであり裁判所の自由心証主義に抵触する。よって、証人尋問が完了した後にその尋問の結果を排除する旨の合意は、無効であり、裁判所を拘束しない。

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。
- 鑑定人の申出は、当事者において鑑定人を指定して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。法律上鑑定人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。
- 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、鑑定人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。(予備29-39)
☞正しい。215条の2第2項。

(2) 文書の証拠力

第228条（文書の成立）《新司18-60, 20-67》

- 1 文書は、その成立が真正であることを証明しなければならない。
- 2 文書は、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に成立した公文書と推定する。
- 3 公文書の成立の真否について疑いがあるときは、裁判所は、職権で、当該官庁又は公署に照会をすることができる。
- 4 私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する。
- 5 第2項及び第3項の規定は、外国の官庁又は公署の作成に係るものと認めるべき文書について準用する。

① 文書の形式的証拠力（文書の成立の真正）

文書の形式的証拠力（文書の成立の真正）とは、当該文書が挙証者の主張する特定人により作成されたと確かめられたことをいう。

文書の形式的証拠力については、推定規定がある。

ア 公文書について

公文書とは、公務員がその権限に基づき職務上作成した文書をいう。

228条2項によれば、公文書については「方式及び趣旨により公務員が職務上作成したもの」と認められるときは、「真正に成立した公文書」と推定される。

イ 私文書について

私文書とは、公文書以外の文書をいう。

228条4項によれば、私文書については「本人又はその代理人の署名又は押印」があれば真正に成立したものと推定される。この推定規定をめぐっては、法定証拠法則と解する通説と法律上の事実推定と解する説とがある。推定を覆すために、前者は相手方が反証することですりとするのに対して、後者では本証（反対事実の証明）まで必要とすることになる。

この「署名又は押印」は「本人又は代理人」の意思に基づき真正に成立していることが必要であるが、判例によれば文書中の印影が「本人又は代理人」の印章により成立したものとさえいわず、「署名又は押印」は「本人又は代理人」の意思に基づき真正に成立していることが事実上推定されるとする（最判昭39.5.12, 百選70事件）。結局、228条4項と相まって、印影が本物であれば文書の成立の真正が推定されることとなる。これを、二段の推定という。

◎ 最判昭47.10.12

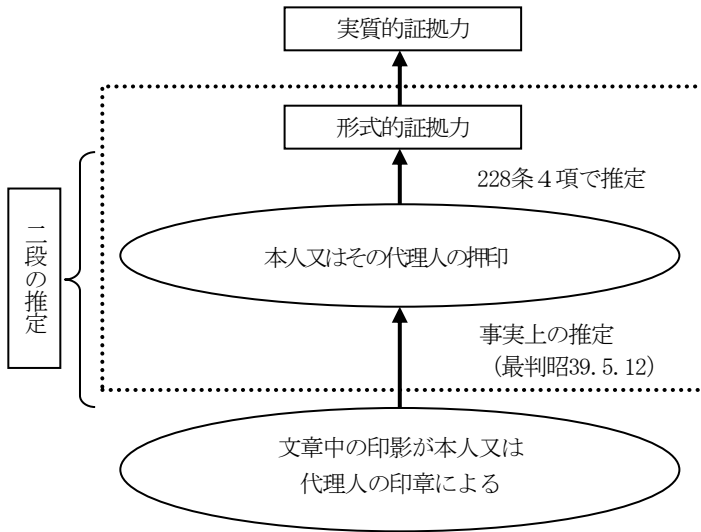
私文書の作成名義人の印影が当該名義人の印章によって顕出されたものであるときは、反証のない限り、該印影は本人の意思に基づいて顕出されたものであると推定され、その結果、民事訴訟法228条4項により、文書が真正に成立したものと推定されるが、後者の推定は、事実上の推定にとどまり印影が本人の意思に基づいて顕出されたことを疑わせる他の証拠があるときは、裁判所は、自由心証に基づき右推定を破り、文書の真正な成立を否定することができる。

② 文書の実質的証拠力

文書の実質的証拠力とは、当該真正文書の記載内容が、要証事実の証明にどれだけ役立つかをいう。文書の形式的証拠力が確定してはじめて、実質的証拠力が問題となる。

真正に成立した文書が、その思想内容により係争事実の認定に役立ち得るかどうか（実質的証拠力）は、裁判官が自由な心証によって決定すべき問題である。

(図表) 二段の推定

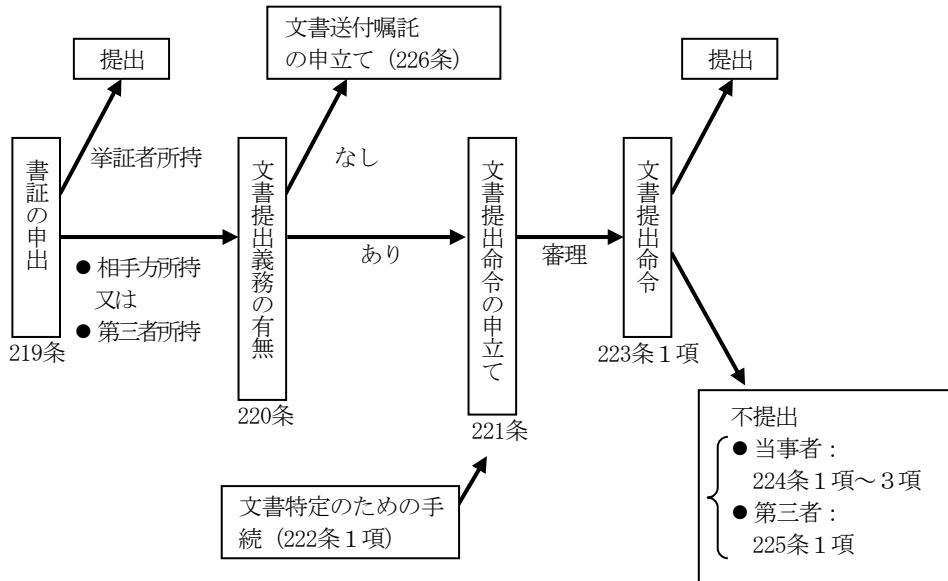


《過去問チェック》

- 私文書に作成名義人の印章による印影がある場合、その印影は、法律上、作成名義人の意思に基づいて顕出されたものと推定される。(新司18-60)
 - ⇒ 誤り。最判昭39. 5. 12。印影と印章が一致していれば押印の事実が認められるという1段目の推定は、あくまで事実上の推定にとどまる。

(3) 書証の手続

(図表) 書証の手続



① 開始

第219条（書証の申出）《新司19-64》

書証の申出は、文書を提出し、又は文書の所持者にその提出を命ずることを申し立ててしなければならない。

第226条（文書送付の嘱託）《新司19-64, 24-65》

書証の申出は、第219条の規定にかかわらず、文書の所持者にその文書の送付を嘱託することを申し立てることができる。ただし、当事者が法令により文書の正本又は謄本の交付を求めることができる場合は、この限りでない。

第227条（文書の留置）

裁判所は、必要があると認めるときは、提出又は送付に係る文書を留め置くことができる。

書証手続も、当事者の証拠の申出によって開始される（弁論主義の第3テーゼ）。

具体的には、①当事者自らが文書を所持する場合には、「書証の申出」に際して、その「文書を提出」する（219条前段）。

他方、②当事者自らが文書を所持せず、相手方や第三者が所持する場合、その相手方や第三者が文書提出義務を負うとき（220条）は、書証の申出は文書提出命令を申し立てることによって行う（219条後段）。その相手方や第三者が文書提出義務を負わないときは、書証の申出は文書送付嘱託を申し立てることによって行う（226条）。

② 証拠調べ手続

文書の証拠調べは、裁判官が提出文書を読誦することにより行う。

(4) 文書提出命令

文書提出命令とは、文書の所持者に文書の提出義務がある場合に、当事者の申立てにより裁判をもって当該文書の提出を命ずることをいう（223条）。

① 申立て

第221条（文書提出命令の申立て）《新司21-64》

1 文書提出命令の申立ては、次に掲げる事項を明らかにしてしなければならない。

- 一 文書の表示
- 二 文書の趣旨
- 三 文書の所持者
- 四 証明すべき事実
- 五 文書の提出義務の原因

2 前条第4号に掲げる場合であることを文書の提出義務の原因とする文書提出命令の申立ては、書証の申出を文書提出命令の申立てによってする必要がある場合でなければ、することができない。

文書提出命令の申立ては、221条1項列挙事項を「明らかにして」書面で行う。これらの事項が明らかになってはじめて、裁判所は提出命令を下すか否かを判断できると解されるからである。

② 文書特定の手続の緩和

第222条（文書の特定のための手続）《新司21-64》

- 1 文書提出命令の申立てをする場合において、前条第1項第1号又は第2号に掲げる事項を明らかにすることが著しく困難であるときは、その申立ての時にあっては、これらの事項に代えて、文書の所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項を明らかにすれば足りる。この場合においては、裁判所に対し、文書の所持者に当該文書についての同項第1号又は第2号に掲げる事項を明らかにすることを求めるよう申し出なければならない。
- 2 前項の規定による申出があったときは、裁判所は、文書提出命令の申立てに理由がないことが明らかかな場合を除き、文書の所持者に対し、同項後段の事項を明らかにすることを求めることができる。

相手方内部にある文書についてその文書の表示や趣旨を正確に把握することは必ずしも容易なことではない。にもかかわらず、文書の表示・趣旨について厳格な記載を要求すると、証拠収集をめぐる当事者の地位の実質的平等を図れなくなるおそれがある。更に、裁判における真実発見も不可能となるおそれがある。

そこで、文書の表示・趣旨が分からないために文書提出命令を利用できないという弊害を回避するために、文書の特定に必要な情報の開示制度が設けられた。

《過去問チェック》

- 民事訴訟法第220条第4号に掲げる場合であることを文書の提出義務の原因とする文書提出命令の申立ては、書証の申出を文書提出命令の申立てによってする必要がある場合でなければ、することができない。（予備27-42）
☞正しい。221条2項。
- 文書提出命令の申立てをする場合において、文書の表示又は文書の趣旨を明らかにすることが著しく困難であるときは、その申立ての時にあっては、これらの事項に代えて、文書の所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項を明らかにすれば足りる。（予備27-42）
☞正しい。222条1項本文。

③ 審理

第223条（文書提出命令等）《新司18-60, 21-64, 23-68》

- 1 裁判所は、文書提出命令の申立てを理由があると認めるときは、決定で、文書の所持者に対し、その提出を命ずる。この場合において、文書に取り調べる必要がないと認める部分又は提出の義務があると認めることができない部分があるときは、その部分を除いて、提出を命ずることができる。
- 2 裁判所は、第三者に対して文書の提出を命じようとする場合には、その第三者を審尋しなければならない。
- 3 裁判所は、公務員の職務上の秘密に関する文書について第220条第4号に掲げる場合であることを文書の提出義務の原因とする文書提出命令の申立てがあった場合には、その申立てに理由がないことが明らかなきを除き、当該文書が同号ロに掲げる文書に該当するかどうかについて、当該監督官庁（衆議院又は参議院の議員の職務上の秘密に関する文書についてはその院、内閣総理大臣その他の国務大臣の職務上の秘密に関する文書については内閣。以下この条において同じ。）の意見を聴かなければならない。この場合において、当該監督官庁は、当該文書が同号ロに掲げる文書に該当する旨の意見を述べるときは、その理由を示さなければならない。
- 4 前項の場合において、当該監督官庁が当該文書の提出により次に掲げるおそれがあることを理由として当該文書が第220条第4号ロに掲げる文書に該当する旨の意見を述べたときは、裁判所は、その意見について相当の理由があると認めるに足りない場合に限り、文書の所持者に対し、その提出を命ずることができる。
 - 一 国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利を被るおそれ

二 犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれ

5 第3項前段の場合において、当該監督官庁は、当該文書の所持者以外の第三者の技術又は職業の秘密に関する事項に係る記載がされている文書について意見を述べようとするときは、第220条第4号ロに掲げる文書に該当する旨の意見を述べようとするときを除き、あらかじめ、当該第三者の意見を聴くものとする。

6 裁判所は、文書提出命令の申立てに係る文書が第220条第4号イからニまでに掲げる文書のいずれかに該当するかどうかの判断をするため必要があると認めるときは、文書の所持者にその提示をさせることができる。この場合においては、何人も、その提示された文書の開示を求めることができない。

7 文書提出命令の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる。

ア 裁判所は、文書提出命令の申立ての理由の有無につき、「決定」手続で審理する。申立ての理由の有無についての疎明責任は申立人にある。

①第三者に対して文書の提出を命じようとする場合には、その「第三者を審尋」する必要がある(223条2項)。第三者の利益を保護するためである。

また、②裁判所は、文書が220条4号イからニまでのいずれかに該当するかどうかの判断をするため必要がある場合には、文書の所持者にその文書を提示させることができる。もっとも、その際、何人もその提示された文書の開示を求めることができない(223条6項)。いわゆるイン・カメラ手続を導入し、秘密漏洩を防止しつつ文書提出命令の申立ての理由の有無についての審理を可能にした。

イ 審理の結果、「申立て」に理由ありと認められる場合には、裁判所は決定で所持者に対し文書提出命令を下す(223条1項前段)。その際、文書に取り調べる必要がない部分又は提出の義務があると認めることができない部分がある場合は、その部分を除いて、提出を命ずることができるという一部提出命令を認めた(223条1項後段)。これにより、より文書提出命令を下しやすくなり、証拠の偏在の弊害回避に寄与している。

ウ 申立てに対する決定については、当事者双方が重大な利害関係を有していることから、「即時抗告」をすることができる(223条7項)。

◎ 最決平12.3.10(百選A24事件)《新司21-64, 23-68, 24-66》

証拠調べの必要性を欠くことを理由として文書提出命令の申立てを却下する決定に対しては、その証拠調べの必要性があることを理由として独立に不服の申立てをすることはできないと解するのが相当である。

◎ 最決平12.12.14《新司21-64, 23-68》

文書提出命令の申立てについての決定に対しては、文書の提出を命じられた所持者及び申立てを却下された申立人以外の者は、抗告の利益を有さず、本案事件の当事者であっても、即時抗告をすることができないと解するのが相当である。

《過去問チェック》

□ 裁判所は、当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するときは、証拠調べのため、職権で、その提出を命ずることができる。(新司25-66, 予備25-40)

☞誤り。223条1項前段。提出を命ずるには、当事者からの文書提出命令の申立てを要する。

□ 裁判所は、第三者に対して文書の提出を命じようとする場合には、その第三者を審尋しなければならない。(予備27-42)

☞正しい。223条2項。

- 裁判所は、文書提出命令の申立てに係る文書が公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるものに該当するかどうかの判断をするためには、いわゆるインカメラ手続を採ることはできない。(予備27-42)
- ☞誤り。223条6項、220条4号ロ。裁判所は、文書提出命令の申立てに係る文書が220条4号イからニまでに掲げる文書のいずれかに該当するかどうかの判断をするために必要があると認めるときは文書の所持者にその提示をさせることができる。
- 判例によれば、第三者に対してされた文書提出命令に対し、文書提出命令の申立人ではない本案訴訟の当事者は、即時抗告をすることができない。(予備27-42)
- ☞正しい。最判平12.12.14。
- 文書提出義務がないことを理由として文書提出命令の申立てを却下する決定に対しては、不服を申し立てることができない。(予備27-45)
- ☞誤り。223条7項。文書提出命令の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる。ただし、証拠調べの必要性がないことを理由とする申立却下に対しては、一般に証拠調べの必要性の判断は受訴裁判所の裁量であることから(181条1項)、即時抗告は認められない(最判平12.3.10、百選A24事件)

④ 文書不提出の効果

第224条（当事者が文書提出命令に従わない場合等の効果）《新司18-68、23-64、予備23-39》

- 1 当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる。
- 2 当事者が相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失させ、その他これを使用することができないようにしたときも、前項と同様とする。
- 3 前2項に規定する場合において、相手方が、当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるときは、裁判所は、その事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

第225条（第三者が文書提出命令に従わない場合の過料）《新司18-68》

- 1 第三者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、決定で、20万円以下の過料に処する。
- 2 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる。

ア 当事者の不提出・使用妨害(224条)

(ア) 当事者が文書提出命令に従わないとき、あるいは当事者が相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失させ、その他これを使用することができないようにしたときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる(224条1項、2項)。相手方当事者が証明妨害行為に及んだときに、これに制裁を加え、証明妨害行為を阻止するとともに、証拠収集をめぐる当事者間の実質的公平を図ろうとする趣旨である。

かかる趣旨から、「当該文書の記載に関する相手方の主張」とは、文書の性質、趣旨、成立に関する主張のことを意味する。

(イ) しかし、文書提出命令の申立人が文書の記載内容を具体的に主張できないときは、224条1項、2項を適用できず、文書提出命令の実効性を確保できない。そこで、①「相手方が、当該文書の記載に関して具体的な主張をすること」が困難で、かつ、②「当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるとき」は、裁判所は、その事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる旨を規定した(224条3項)。

イ 第三者の不提出に対する対処(225条)

第三者が文書提出命令に従わない場合、当事者が従わない場合と異なり、決定で20万円以下の過料に処せられる(225条1項)。このように、文書の所持者の地位に則して異なる制裁が規定されている。

⑤ 文書提出義務

第220条（文書提出義務）《新司24-66》

次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない。

- 一 当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するとき。
- 二 挙証者が文書の所持者に対しその引渡し又は閲覧を求めることができるとき。
- 三 文書が挙証者の利益のために作成され、又は挙証者と文書の所持者との間の法律関係について作成されたとき。
- 四 前3号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき。
 - イ 文書の所持者又は文書の所持者と第196条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書
 - ロ 公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの
 - ハ 第197条第1項第2号に規定する事実又は同項第3号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書
 - ニ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。）
 - ホ 刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書

【ポイント】

220条は、文書提出義務について規定する。同条のうち、1号から3号までは文書提出の個別義務を規定し、4号では文書提出義務を一般的義務として規定する。旧法は1号から3号まで規定されるのみであったが、証拠の偏在を解消し証拠収集をめぐる当事者間の実質的公平を図るべく新法では文書提出義務を一般的義務とした。

もっとも、文書所持者のプライバシーを保護する等の理由から、自己使用文書など一定文書について文書提出義務が免除されている（4号イ～ホ）。

ア 個別義務

1号から3号までは当事者と文書の特殊な関係等がある場合に、無条件に提出義務を肯定するものである。

(ア) 引用文書（1号）

当事者が訴訟で引用した文書を自ら所持するときに文書提出義務を認めるもので、準備書面や陳述書で文書を引用した場合に、相手方からの提出要求を拒絶できない。

(イ) 引渡し又は閲覧の対象となる文書（2号）

挙証者が文書の所持人に対し、その引渡請求権又は閲覧請求権を有する場合としては、弁済者の債権者に対する債権証書の返還請求権（民法487条、503条）や株主の計算書類閲覧請求権（会社法442条3項）の場合などがこれに当たる。

イ 一般義務と除外事由

(ア) 4号は、1号ないし3号とは異なり、およそ文書一般について提出義務を認め、一定の場合に提出義務を解除する構造を有する。すなわち、220条4号は、文書の所持者について196条各号又は197条1項2号もしくは3号に掲げる事項・事実が記載されている文書、証言拒絶該当事由記載文書（220条4号イ・ハ）、公務秘密文書でその提出により公共の利益が害されるおそれがあるもの（220条4号ロ）、専ら所持者の利用に供するための文書すなわち自己使用文書（220条4号ニ）、及び刑事訴訟記録等（220条4号ホ）を除いて、文書一般について提出義務

を認める。1号ないし3号と異なって、文書の所持者と挙証者との間の特別な関係や特定の作成目的が要求されていないところに、一般義務としての特徴がある。

判例は、金融機関を訴訟当事者とする損害賠償訴訟において、顧客の財務情報に関して文書提出義務が問題となった事案においても、この趣旨を及ぼし、顧客が民事再生手続開始決定を受けていること等から情報開示による顧客の不利益は大きくないとした上で、4号ハ該当性を否定した（最決平20.11.25, 百選68）。

(イ) 自己利用文書（4号ニ）について

自己利用文書とは、専ら所持者の利用に供するための文書を指し、挙証者に限らず、第三者の利用を予定するものはこれに含まれない。

自己使用文書性がどのように判断されるかについて、判例（最決平11.11.12, 百選69事件）は、①文書の作成目的、記載内容、これを現在の所持人が所持に至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することを予定されていない文書であって、②開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過しがたい不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、③特段の事情がない限り、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たるとしている。

(ウ) 利益文書（3号前段）

3号の利益文書とは、証拠の偏在を解消し証拠収集をめぐる当事者間の実質的公平を図るという同条の趣旨から、間接的に法律上の利益を明らかにするものでもよく、また、間接的に挙証者のために作成されたものでもよいと解する（非限定説）。

(エ) 法律関係文書（3号後段）

3号の法律関係文書についても、証拠の偏在を解消し証拠収集をめぐる当事者間の実質的公平を図るという同条の趣旨から、挙証者と文書の所持人との法律関係自体のみならず、法律関係に関係のある事項を記載した文書や法律関係の形成又は生成過程において作成された文書でもよいものと解する（非限定説）。

(オ) ☆（論点）3号と4号の関係

4号の新設にもかかわらず3号文書をなお拡大解釈する必要があるのか。

立法者の見解によれば、1～3号文書は特別な関係が認められる場合の規定であるのに対し、4号文書はそのような関係を要しない一般的義務を定めた規定であり、よって、両者は並列関係にある。とすると、3号で提出義務を負わない文書について4号により提出義務を課すということはないことになり、4号を新設してもなお3号の文書の拡大解釈は必要であるものと解する。

◎ 銀行の稟議書に対する文書提出命令（最決平11.11.12, 百選69事件）《新司21-64, 24-66》

銀行の貸出稟議書が220条4号ニの「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たるか問題となった事案で最高裁は、貸出稟議書は、専ら銀行内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書であって、開示されると銀行内部における自由な意見の表明に支障を来し銀行の自由な意思形成が阻害されるおそれがあるものとして、特段の事情がない限り同号ニの文書に当たるとした。

◎ 刑訴法47条の『訴訟に関する書類』（最決平16.5.25, 百選A23事件）《新司24-66》

民事訴訟の当事者が、民訴法220条3号後段の規定に基づき、刑訴法47条所定の『訴訟に関する書類』に該当する文書の提出を求める場合においても、当該文書の保管者の裁量的判断は尊重されるべきであるが、当該文書が法律関係文書に該当する場合であって、その保管者が提出を拒否したことが、民事訴訟における当該文書を取り調べる必要性の有無、程度、当該文書が開示されることによる弊害発生のおそれの有無等の諸般の事情に照らし、その裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用するものであると認められるときは、裁判所は、当該文書の提出を命ずることができるものと解するのが相当である。

◎ 民訴法220条4号ハ・ニの文書（最決平16.11.26, 重判平16民訴3事件）

保険会社の破たんにつき、その旧役員等の経営責任を明らかにするため、保険業法に基づき金融監督庁長官から調査を命じられた保険管理人が、調査委員会を設置し調査を行なった結果を記載した文書は、民訴法220条4号ニ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』及び220条4号ハ所定の『第197条第1項第2号に規定する事実又は同項第3号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書』には当たらない。

◎ 搜索差押許可状・搜索差押令状請求書に対する文書提出命令（最決平17.7.22, 重判平17民訴1事件）

搜索差押許可状・搜索差押令状請求書に対する文書提出命令が問題となった事案で最高裁は、各文書はいずれも民訴法220条3号後段部分の法律関係文書に該当するとした上で、最決平16.5.25の基準に従い搜索差押許可状については提出義務を認めたが、搜索差押令状請求書については提出義務がないとした。

◎ 民訴法220条4号口の文書——外交文書（最決平17.7.22, 重判平17民訴2事件）

文書提出命令を申し立てられた公務文書につき、監督官庁から高度な公務秘密文書である旨の意見が述べられた場合に、当該意見の相当性を判断するには、文書の存否、内容及び形式等について審理した上で、これらが提出された場合に我が国と他国との信頼関係に与える影響等について検討する必要がある。

◎ 民訴法220条4号口の文書——災害調査復命書（最決平17.10.14, 百選A22事件）《新司23-68》

民訴法220条4号口という『公務員の職務上の秘密』は実質秘であることが必要であり、公務員が職務遂行上知り得た私人の秘密も、公にされることにより公務の公正かつ円滑な運営に支障を来すことになるものは含まれる。そして公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるというためには具体的な可能性が認められることが必要である。災害調査復命書については、調査担当者が職務上知ることができた事業場の安全管理体制、労災事故の発生状況、発生原因等の、事故現場である会社にとっての私的な情報（情報①）と、再発防止策、行政上の措置についての調査担当者の意見、署長判決及び意見等の行政内部の意思形成過程に関する情報（情報②）とに分け、いずれも4号口の文書に当たるとした上で、情報②については公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれが具体的に存在することが明らかであるが、情報①についてはそのようなおそれが具体的に存在するということとはできないとした。

◎ 民訴法220条4号ニの文書（最決平17.11.10, 重判平17民訴4事件）

政務調査費の交付を受けた会派が所持する調査研究報告書は、220条4号ニの文書に当たる。

◎ 民訴法220条4号ニの文書（最決平18.2.17, 重判平18民訴3事件）

【事案】

1 本件の本案訴訟は、銀行であるXが、Yらに対し、消費貸借契約及び連帯保証契約に基づき合計11億5644万円余の支払を求めるものである。

Yらは、上記本案訴訟において、(1)XとYらとの取引（本件取引）は融資一体型変額保険に係る融資契約に基づく債務を旧債務とする準消費貸借契約であるところ、同融資契約は錯誤により無効である、(2)仮に本件取引が消費貸借契約であったとしても、融資一体型変額保険に係る融資契約は錯誤により無効であり、同契約に関してYらがXに支払った金員について、Yらは不当利得返還請求権を有するので、同請求権とXの本訴請求債権とを対当額で相殺すると主張して争っている。

2 本件は、Yらが、融資一体型変額保険の勧誘をXが保険会社と一体となって行っていた事実を証明するためであるとして、Xが所持する本件各文書につき文書提出命令を申し立てた事件である。Yらは、本件各文書は民訴法220条4号ニ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらないと主張した。

【決定要旨】

「ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であって、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は民訴法220条4号ニ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たると解するのが相当である…。

これを本件各文書についてみると、記録によれば、本件各文書は、いずれも銀行であるXの営業関連部、

個人金融部等の本部の担当部署から、各営業店長等にあてて発出されたいわゆる社内通達文書であって、その内容は、変額一時払終身保険に対する融資案件を推進するとの一般的な業務遂行上の指針を示し、あるいは、客観的な業務結果報告を記載したものであり、取引先の顧客の信用情報やXの高度なノウハウに関する記載は含まれておらず、その作成目的は、上記の業務遂行上の指針等をXの各営業店長等に周知伝達することにあることが明らかである。

このような文書の作成目的や記載内容等からすると、本件各文書は、基本的にはXの内部の者の利用に供する目的で作成されたものといえることができる。しかしながら、本件各文書は、Xの業務の執行に関する意思決定の内容等をその各営業店長等に周知伝達するために作成され、法人内部で組織的に用いられる社内通達文書であって、Xの内部の意思が形成される過程で作成される文書ではなく、その開示により直ちにXの自由な意思形成が阻害される性質のものではない。さらに、本件各文書は、個人のプライバシーに関する情報やXの営業秘密に関する事項が記載されているものでもない。そうすると、本件各文書が開示されることにより個人のプライバシーが侵害されたりXの自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によってXに看過し難い不利益が生ずるおそれがあるということはいえない。

「以上のとおりであるから、本件各文書は、民訴法220条4号ニ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』には当たらないといえるべきである。」

◎ 最決平19. 8. 23 (重判平19民訴4事件)

介護サービス事業者の「サービス種類別利用チェックリスト」について最高裁は、最決平11. 11. 12を引用した上で、本件リストに記載された内容は第三者への開示が予定されていたものといえるとして、民訴法220条4号ニに当たらないとした。

◎ 最決平19. 11. 30 (重判平19民訴5事件)

銀行の自己査定資料について最高裁は、民訴法220条4号ニに当たらないとした。

◎ 最決平19. 12. 11 (百選A23事件)

本件明細表は、金融機関とその顧客であるXとの取引履歴が記載されたものであり、金融機関は、同取引履歴を秘匿する独自の利益を有しない。本件明細表は、本案の訴訟当事者Xが所持していれば、民訴法220条4号所定の事由のいずれにも該当せず、提出義務の認められる文書であるから、Xは本件明細表に記載された取引履歴について金融機関の守秘義務によって保護されるべき正当な利益を有せず、金融機関が本案訴訟において本件明細表を提出しても、守秘義務に違反しない。そうすると、本件明細表は、民訴法197条1項3号にいう職業の秘密として保護されるべき情報が記載された文書とはいえない。

◎ 最決平23. 10. 11 (重判平23民訴3事件)

弁護士会綱紀委員会議事録が、民訴法220条4号ニ所定の自己利用文書にあたるかが問題となった事例において、判例は、①弁護士法に弁護士会の綱紀委員会の議事録の作成を義務付ける規定がないこと、②弁護士会の会則、綱紀委員会会規などにおいて、綱紀委員会の議事は非公開とされ、議事録の閲覧、謄写又は録音の聴取等も許されていないことを理由として、「本件議事録は、専ら相手方の内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書であると解するのが相当である」としている。また、その内容についても③「記載内容に照らして、これが開示されると、綱紀委員会における自由な意見の表明に支障を来し、その自由な意思形成が阻害されるおそれがあることは明らかである」ことから、「本件各文書は、民訴法220条4号ニ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たるといえるべきである。」としている。

◎ 最決平25. 4. 19 (重判平25民訴3事件)

【事案】

本件は、Xらが、いわゆる高齢加算廃止を争う本案訴訟の控訴審において、厚生労働大臣が保護基準を改定するに当たって根拠とした統計に係る集計の手法等が不合理であることを立証するために必要があるとして、Yの所持に係る準文書(本件申立て準文書)につき、文書提出命令の申立て(本件申立て)をした事件である。

申立ての対象となった準文書は、平成11年及び同16年の全国消費実態調査の調査票である家計簿A、家計簿B、年収・貯蓄等調査票及び世帯票で、電磁的媒体に記録される形式で保管されているもののうち、単身

世帯のものである。

【決定要旨】

「(1)…全国消費実態調査のように個人及びその家族の消費生活や経済状態等の詳細について報告を求める基幹統計調査については、事柄の性質上、上記の立入検査等や罰金刑の制裁によってその報告の内容を裏付ける客観的な資料を強制的に徴収することは現実には極めて困難であるといわざるを得ないから、その報告の内容の真実性及び正確性を担保するためには、被調査者の任意の協力による真実に合致した正確な報告が行われることが極めて重要であり、調査票情報の十全な保護を図ることによって被調査者の当該統計制度に係る情報保護に対する信頼を確保することが強く要請されるものというべきである。」

「(2) 全国消費実態調査に係る調査票情報である本件準文書に記録された情報は、個人の特定に係る事項が一定の範囲で除外されているとはいえ、…被調査者の家族構成や居住状況等に加え、月ごとの収入や日々の支出と物の購入等の家計の状況、年間収入、貯蓄現在高と借入金残高及びそれらの内訳等の資産の状況など、個人及びその家族の消費生活や経済状態等の委細にわたる極めて詳細かつ具体的な情報であって、金額等の数値も一部が分類されて2か月分の加重平均となるほかは細目にわたり報告の内容のまま記録されており、被調査者としては通常他人に知られたくないと考えることが想定される類型の情報であるといえる。このような全国消費実態調査に係る情報の性質や内容等に鑑みれば、仮にこれらの情報の記録された本件準文書が訴訟において提出されると、当該訴訟の審理等を通じてその内容を知り得た者は…守秘義務等を負わず利用の制限等の規制も受けない以上、例えば被調査者との関係等を通じてこれらの情報の一部を知る者などの第三者において被調査者を特定してこれらの情報全体の委細を知るに至る可能性があることを否定することはできず、このような事態への危惧から、現に…世論調査の結果からもうかがわれるように、被調査者が調査に協力して真実に合致した正確な報告に応ずることに強い不安、懸念を抱くことは否定し難く、こうした危惧や不安、懸念が不相当なものであるとはいえない。」

「(3) 基幹統計調査としての全国消費実態調査における被調査者の当該統計制度に係る情報保護に対する信頼の確保に係る上記(1)の要請に加え、全国消費実態調査に係る調査票情報である本件準文書に記録された情報の性質や内容等に係る上記(2)の事情も併せ考慮すれば、仮に本件準文書が本案訴訟において提出されると、…調査票情報に含まれる個人の情報が保護されることを前提として任意に調査に協力した被調査者の信頼を著しく損ない、ひいては、被調査者の任意の協力を通じて統計の真実性及び正確性を担保することが著しく困難となることは避け難いものというべきであって、これにより、基幹統計調査としての全国消費実態調査に係る統計業務の遂行に著しい支障をもたらす具体的なおそれがあるものといわなければならない。」

以上によれば、本件準文書は、民訴法231条において準用する同法220条4号ロ所定の『その提出により…公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの』に当たるものというべきである。」

◎ 最決平25.12.19 (重判平26民事訴訟法3事件)

国立大学法人は、民訴法220条4号ニの『国又は地方公共団体』に準ずるものと解される。そうすると、国立大学法人が所持し、その役員又は職員が組織的に用いる文書についての文書提出命令申立てには、民訴法220条4号括弧書部分が類推適用されると解するのが相当である。また、民訴法220条4号ロにいう『公務員』には上記役員及び職員も含まれるとしている。

◎ 最決平26.10.29 (重判平26民訴4事件)

本件条例においては、平成21年条例改正により、政務調査費の交付を受けた議員は収支報告書に1万円を超える支出に係る領収書の写し等を添付して議長に提出しなければならず、何人も議長に対して当該領収書の写し等の閲覧を請求することができることとされたものである。…改正後の本件条例の定めを鑑みると、平成21年条例改正は、従前の取扱いを改め、政務調査費によって費用を支弁して行う調査研究活動の自由をある程度犠牲にしても、政務調査費の用途の透明性の確保を優先させるという政策判断がされた結果と見るべきものである。

そして、平成21年条例改正後の本件条例の定めは、1万円を超える支出に係る領収書の写し等につき議長への提出を義務付けており、1万円以下の支出に係る領収書の写し等についてまでこれを義務付けてはいないが、議員が行う調査研究活動にとっては、一般に、1万円以下の比較的少額の支出に係る物品や役務等の方が1万円を超えるより高額な支出に係る物品や役務等よりもその重要性は低いといえるから、前者の支出に係る金額や支出先等を公にされる方が、後者の支出に係る金額や支出先等を公にされるよりも上記の調査研究活動の自由を妨げるおそれは小さいものといえる。そうすると…改正後の本件条例における領収書の写し等の提出に係る上記の定めは、1万円以下の支出に係る領収書その他の証拠書類等につきおおよそ公にする

ことを要しないものとして調査研究活動の自由の保護を優先させたものではなく、これらの書類に限って議長等が直接確認することを排除する趣旨に出たものでもないと解されるのであって、領収書の写し等の作成や管理等に係る議員や議長等の事務の負担に配慮する趣旨に出たものと解するのが相当である。

また、本件条例の委任を受けた本件規程においては、政務調査費の支出につき、その金額の多寡にかかわらず、議員に対して領収書その他の証拠書類等の整理保管及び保存が義務付けられているところ、以上のような…改正の趣旨に鑑みると、同改正後の本件条例の下では、上記領収書その他の証拠書類等は、議長において本件条例に基づく調査を行う際に必要に応じて支出の金額の多寡にかかわらず直接確認することが予定されているものと解すべきである。

そして、本件規程においては、議員に対して会計帳簿の調製及び保存も義務付けられているところ、会計帳簿は、領収書その他の証拠書類等を原始的な資料とし、これらの資料から明らかとなる情報が一覧し得る状態で整理されたものであるといえるから、上記領収書その他の証拠書類等と同様に、平成21年条例改正後の本件条例の下では、議長において本件条例に基づく調査を行う際に必要に応じて直接確認することが予定されているものと解すべきである。

そうすると、上記の領収書その他の証拠書類等及び会計帳簿である本件各文書は、外部の者に開示することが予定されていない文書であるとは認められないというべきである。

以上によれば、本件各文書は、民訴法220条4号ニ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらないというべきである。

第230条（文書の成立の真正を争った者に対する過料）

- 1 当事者又はその代理人が故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立の真正を争ったときは、裁判所は、決定で、10万円以下の過料に処する。
- 2 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる。
- 3 第1項の場合において、文書の成立の真正を争った当事者又は代理人が訴訟の係属中その文書の成立が真正であることを認めたときは、裁判所は、事情により、同項の決定を取り消すことができる。

第231条（文書に準ずる物件への準用）

この節の規定は、図面、写真、録音テープ、ビデオテープその他の情報を表すために作成された物件で文書でないものについて準用する。

《過去問チェック》

- 訴訟において相手方の主張を争うのは自由であるから、当事者が、相手方提出の文書が真正に成立したものであることを知りながら、その成立を争ったとしても、何らの制裁を受けることはない。（新司20-67）
 誤り。230条1項。

5 検証（232条以下）

第232条（検証の目的の提示等）《新司24-65》

- 1 第219条、第223条、第224条、第226条及び第227条の規定は、検証の目的の提示又は送付について準用する。
- 2 第三者が正当な理由なく前項において準用する第223条第1項の規定による提示の命令に従わないときは、裁判所は、決定で、20万円以下の過料に処する。
- 3 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる。

第233条（検証の際の鑑定）

裁判所又は受命裁判官若しくは受託裁判官は、検証をするに当たり、必要があると認めるときは、鑑定を命ずることができる。

【定義】

「検証」とは、裁判官がその五官（感）の作用によって対象である検証物の性状を検査してその結果を証拠資料とする証拠調べをいう。

【ポイント】

《検証受忍義務》

検証受忍義務の性格は、一般的義務と解される。232条2項が正当な理由なくして第三者が提示を拒めないとしているからである。

《過去問チェック》

□ 裁判所外で検証を行った場合、検証の結果を証拠資料とするには、口頭弁論期日において、検証調書を書証として取り調べなければならない。(新司22-63)

☞誤り。検証とは、裁判官が自己の感覚作用によって、直接に人体又は事物の形状、性質等を認識し、その結果を証拠資料とする証拠調べであり、検証が行われると、裁判官の事実認識を検証の結果として記載した検証調書が作成される。検証が裁判所外で行われた場合、公開主義及び直接主義の要請を満たすために、検証調書を提出することによって検証の結果を口頭弁論に上程する必要があるが、裁判外での検証の終了によって、当該対象物に対する証拠調べ手続は終了しているので、重ねてこの検証調書を証拠調べの対象とする必要はない。

□ 裁判所は、検証をするに当たり、職権で、鑑定を命ずることができる。(新司25-66、予備25-40)

☞正しい。233条。

刑事訴訟法 第22問	被告人勾留	H30予備試験
------------	-------	---------

刑事訴訟法〔第22問〕（配点：2）

被告人の勾留に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものは幾つあるか。後記1から6までのうちから選びなさい。（解答欄は，[No.36]）

ア．裁判所は，検察官の請求がなければ，被告人を勾留することができない。

イ．勾留されている被疑者につき公訴の提起があった場合，その被告人の勾留の期間は，公訴の提起があった日から1か月である。

ウ．裁判所は，逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるときは，検察官の請求により又は職権で，勾留されている被告人と弁護人との接見を禁じることができる。

エ．勾留されている被告人につき，罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるときは，保釈は一切許されない。

オ．刑の全部の執行猶予の裁判の告知があったときは，勾留状はその効力を失う。

1. 0個 2. 1個 3. 2個 4. 3個 5. 4個 6. 5個

刑事訴訟法 第22問	被告人勾留	H30予備試験
------------	-------	---------

正解 2

肢別解答率(%)

	1	2	3	4	5	6
全体	7	56	27	9	1	0
合格者全体	7	72	18	3	0	0
不合格者全体	7	40	35	15	3	1

(全体正答率 56%)

- ア誤り**。本記述は、被告人を勾留することができないとしている点で、誤っている。
刑事訴訟法60条1項。裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、一定の事由に当たるときは、これを勾留することができる。被告人の勾留は、被疑者の勾留につき検察官による請求がなされることを要件としている（刑事訴訟法205条1項参照）のと異なり、裁判所の職権事項である。
よって、**裁判所は、検察官の請求がなくとも被告人を勾留することができる。**
- イ誤り**。本記述は、勾留の期間は、公訴の提起があった日から2か月とすべきところ、1か月としている点で、誤っている。
刑事訴訟法60条2項。**勾留の期間は、公訴の提起があった日から2か月とする。**
- ウ誤り**。本記述は、裁判所は、勾留されている被告人と弁護人との接見を禁じることができるとしている点で、誤っている。
刑事訴訟法81条本文。裁判所は、逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるときは、検察官の請求により又は職権で、**勾留されている被告人と弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者以外の者との接見を禁じ、又はこれと授受すべき書類その他の物を検閲し、その授受を禁じ、若しくはこれを差し押さえることができる。**
- エ誤り**。本記述は、保釈は一切許されないとしている点で、誤っている。
保釈には、被告人等の請求による場合（請求保釈、刑事訴訟法88条）、請求があればこれを許さなければならない場合（権利保釈又は必要的保釈、刑事訴訟法89条）、**裁判所の裁量に任されている場合（裁量保釈又は任意保釈、刑事訴訟法90条）、勾留による拘禁が不当に長くなった場合（義務的保釈、刑事訴訟法91条）がある。**
本記述は、権利保釈の除外事由を定めた89条4号の「被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」に該当するため、保釈は許されないと考えられる。しかし、**裁量保釈の趣旨は、保釈の請求がなくとも、あるいは保釈請求はあるものの権利保釈の要件に該当しない場合であっても、裁判所は適当と認めるときは、いつでも保釈を許すという点にある。**

よって、権利保釈の除外事由に該当する場合であっても、保釈が許される場合がある。

才正しい。刑事訴訟法345条により、本記述は正しい。

無罪、免訴、刑の免除、**刑の全部の執行猶予**、公訴棄却、罰金又は科料の裁判の告知があったときは、**勾留状は、その効力を失う。**

その趣旨は、無罪、免訴、刑の免除、刑の執行猶予、公訴棄却、罰金又は科料の裁判の告知があったときは、被告人の逃亡のおそれの程度が少なくなり、刑の執行を確保するために身柄を拘束する必要性も少なくなるので、その裁判の確定を待たないで勾留状の効力が失われるという点にある。

以上により、正しい記述は才の1個であり、したがって、正解は肢2となる。

【短答合格FILEから抜粋】

六 被告人の召喚・勾引・勾留

第57条【召喚】

裁判所は、裁判所の規則で定める相当の猶予期間を置いて、被告人を召喚することができる。

第58条【勾引】《新司22-32》

裁判所は、次の場合には、被告人を勾引することができる。

- 一 被告人が定まつた住居を有しないとき。
- 二 被告人が、正当な理由がなく、召喚に応じないとき、又は応じないおそれがあるとき。

第59条【勾引の効力】

勾引した被告人は、裁判所に引致した時から24時間以内にこれを釈放しなければならない。但し、その時間内に勾留状が発せられたときは、この限りでない。

第60条【勾留】《新司24-39、予備24-24》

- 1 裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、左の各号の一にあたるときは、これを勾留することができる。
 - 一 被告人が定まつた住居を有しないとき。
 - 二 被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき。
 - 三 被告人が逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき。
- 2 勾留の期間は、公訴の提起があつた日から2箇月とする。特に継続の必要がある場合においては、具体的にその理由を附した決定で、1箇月ごとにこれを更新することができる。但し、第89条第1号、第3号、第4号又は第6号にあたる場合を除いては、更新は、1回に限るものとする。

第61条【勾留質問】

被告人の勾留は、被告人に対し被告事件を告げこれに関する陳述を聴いた後でなければ、これを行うことができない。但し、被告人が逃亡した場合は、この限りでない。

第62条【令状】

被告人の召喚、勾引又は勾留は、召喚状、勾引状又は勾留状を発してこれを行しなければならない。

第63条【召喚状の方式】

召喚状には、被告人の氏名及び住居、罪名、出頭すべき年月日時及び場所並びに正当な理由がなく出頭しないときは勾引状を発することがある旨その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判長又は受命裁判官が、これに記名押印しなければならない。

第64条【勾引状・勾留状の方式】

- 1 勾引状又は勾留状には、被告人の氏名及び住居、罪名、公訴事実の要旨、引致すべき場所又は勾留すべき刑事施設、有効期間及びその期間経過後は執行に着手することができず令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判長又は受命裁判官が、これに記名押印しなければならない。
- 2 被告人の氏名が明らかでないときは、人相、体格その他被告人を特定するに足りる事項で被告人を指示することができる。
- 3 被告人の住居が明らかでないときは、これを記載することを要しない。

第65条【召喚の手続】

- 1 召喚状は、これを送達する。
- 2 被告人から期日に出頭する旨を記載した書面を差し出し、又は出頭した被告人に対し口頭で次回の出頭を命じたときは、召喚状を送達した場合と同一の効力を有する。口頭で出頭を命じた場合には、その旨を調書に記載しなければならない。
- 3 裁判所に近接する刑事施設にいる被告人に対しては、刑事施設職員（刑事施設の長又はその指名する刑事施設の職員をいう。以下同じ。）に通知してこれを召喚することができる。この場合には、被告

人が刑事施設職員から通知を受けた時に召喚状の送達があったものとみなす。

第66条【勾引の嘱託】

- 1 裁判所は、被告人の所在地の地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所の裁判官に被告人の勾引を嘱託することができる。
- 2 受託裁判官は、受託の権限を有する他の地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所の裁判官に転嘱することができる。
- 3 受託裁判官は、受託事項について権限を有しないときは、受託の権限を有する他の地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所の裁判官に嘱託を移送することができる。
- 4 嘱託又は移送を受けた裁判官は、勾引状を発しなければならない。
- 5 第64条の規定は、前項の勾引状についてこれを準用する。この場合においては、勾引状に嘱託によつてこれを発する旨を記載しなければならない。

第67条【嘱託による勾引の手続】

- 1 前条の場合には、嘱託によつて勾引状を発した裁判官は、被告人を引致した時から24時間以内にその人達でないかどうかを取り調べなければならない。
- 2 被告人が人達でないときは、速やかに且つ直接これを指定された裁判所に送致しなければならない。この場合には、嘱託によつて勾引状を発した裁判官は、被告人が指定された裁判所に到着すべき期間を定めなければならない。
- 3 前項の場合には、第59条の期間は、被告人が指定された裁判所に到着した時からこれを起算する。

第68条【出頭命令・同行命令・勾引】

裁判所は、必要があるときは、指定の場所に被告人の出頭又は同行を命ずることができる。被告人が正当な理由がなくこれに応じないときは、その場所に勾引することができる。この場合には、第59条の期間は、被告人をその場所に引致した時からこれを起算する。

第69条【裁判長の権限】

裁判長は、急速を要する場合には、第57条乃至第62条、第65条、第66条及び前条に規定する処分をし、又は合議体の構成員にこれをさせることができる。

第70条【勾引状・勾留状の執行】

- 1 勾引状又は勾留状は、検察官の指揮によつて、検察事務官又は司法警察職員がこれを執行する。但し、急速を要する場合には、裁判長、受命裁判官又は地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官は、その執行を指揮することができる。
- 2 刑事施設にいる被告人に対して発せられた勾留状は、検察官の指揮によつて、刑事施設職員がこれを執行する。

第71条【勾引状・勾留状の管轄区域外における執行・執行の嘱託】

検察事務官又は司法警察職員は、必要があるときは、管轄区域外で、勾引状若しくは勾留状を執行し、又はその地の検察事務官若しくは司法警察職員にその執行を求めることができる。

第72条【被告人の捜査・勾引状・勾留状の執行の嘱託】

- 1 被告人の所在地が判らないときは、裁判長は、検事長にその捜査及び勾引状又は勾留状の執行を嘱託することができる。
- 2 嘱託を受けた検事長は、その管内の検察官に捜査及び勾引状又は勾留状の執行の手続をさせなければならない。

第73条【勾引状・勾留状執行の手続】

- 1 勾引状を執行するには、これを被告人に示した上、できる限り速やかに且つ直接、指定された裁判所その他の場所に引致しなければならない。第66条第4項の勾引状については、これを発した裁判官に引致しなければならない。
- 2 勾留状を執行するには、これを被告人に示した上、できる限り速やかに、かつ、直接、指定された刑事施設に引致しなければならない。

- 3 勾引状又は勾留状を所持しないためこれを示すことができない場合において、急速を要するときは、前2項の規定にかかわらず、被告人に対し公訴事実の要旨及び令状が発せられている旨を告げて、その執行をすることができる。但し、令状は、できる限り速やかにこれを示さなければならない。

第74条【護送中の仮留置】

勾引状又は勾留状の執行を受けた被告人を護送する場合において必要があるときは、仮に最寄りの刑事施設にこれを留置することができる。

第75条【勾引された被告人の留置】

勾引状の執行を受けた被告人を引致した場合において必要があるときは、これを刑事施設に留置することができる。

第76条【勾引された被告人と公訴事実・弁護人選任権の告知】

- 1 被告人を勾引したときは、直ちに被告人に対し、公訴事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨並びに貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することができる旨を告げなければならない。ただし、被告人に弁護人があるときは、公訴事実の要旨を告げれば足りる。
- 2 前項の規定により弁護人を選任することができる旨を告げるに当たっては、弁護士、弁護士法人又は弁護士会を指定して弁護人の選任を申し出ることができる旨及びその申出先を教示しなければならない。
- 3 第1項の告知及び前項の教示は、合議体の構成員又は裁判所書記官にこれをさせることができる。
- 4 第66条第4項の規定により勾引状を発した場合には、第1項の告知及び第2項の教示は、その勾引状を発した裁判官がこれをしなければならない。ただし、裁判所書記官にその告知及び教示をさせることができる。

第77条【勾留と弁護人選任権等の告知】

- 1 被告人を勾留するには、被告人に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することができる旨を告げなければならない。ただし、被告人に弁護人があるときは、この限りでない。
- 2 前項の規定により弁護人を選任することができる旨を告げるに当たっては、勾留された被告人は弁護士、弁護士法人又は弁護士会を指定して弁護人の選任を申し出ることができる旨及びその申出先を教示しなければならない。
- 3 第61条ただし書の場合には、被告人を勾留した後直ちに、第1項に規定する事項及び公訴事実の要旨を告げるとともに、前項に規定する事項を教示しなければならない。ただし、被告人に弁護人があるときは、公訴事実の要旨を告げれば足りる。
- 4 前条第3項の規定は、第1項の告知、第2項の教示並びに前項の告知及び教示についてこれを準用する。
- 2 第61条但書の場合には、被告人を勾留した後直ちに、前項に規定する事項の外、公訴事実の要旨を告げなければならない。但し、被告人に弁護人があるときは、公訴事実の要旨を告げれば足りる。
- 3 前条第2項の規定は、前2項の告知についてこれを準用する。

第78条【弁護人選任の申出】

- 1 勾引又は勾留された被告人は、裁判所又は刑事施設の長若しくはその代理者に弁護士、弁護士法人又は弁護士会を指定して弁護人の選任を申し出ることができる。ただし、被告人に弁護人があるときは、この限りでない。
- 2 前項の申出を受けた裁判所又は刑事施設の長若しくはその代理者は、直ちに被告人の指定した弁護士、弁護士法人又は弁護士会にその旨を通知しなければならない。被告人が2人以上の弁護士又は2以上の弁護士法人若しくは弁護士会を指定して前項の申出をしたときは、そのうちの1人の弁護士又

は1の弁護士法人若しくは弁護士会にこれを通知すれば足りる。

第79条【勾留と弁護人等への通知】

被告人を勾留したときは、直ちに弁護人にその旨を通知しなければならない。被告人に弁護人がないときは、被告人の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹のうち被告人の指定する者1人にその旨を通知しなければならない。

第80条【勾留と接見交通】

勾留されている被告人は、第39条第1項に規定する者以外の者と、法令の範囲内で、接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。勾引状により刑事施設に留置されている被告人も、同様である。

第81条【接見交通の制限】《新司21-28》

裁判所は、逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるときは、検察官の請求により又は職権で、勾留されている被告人と第39条第1項に規定する者以外の者との接見を禁じ、又はこれと授受すべき書類その他の物を検閲し、その授受を禁じ、若しくはこれを差し押えることができる。但し、糧食の授受を禁じ、又はこれを差し押えることはできない。

第87条【勾留の取消し】《予備24-16》

- 1 勾留の理由又は勾留の必要がなくなつたときは、裁判所は、検察官、勾留されている被告人若しくはその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹の請求により、又は職権で、決定を以て勾留を取り消さなければならない。
- 2 第82条第3項の規定は、前項の請求についてこれを準用する。

第88条【法定の請求権者による請求による保釈】《新司18-29、予備24-16》

- 1 勾留されている被告人又はその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹は、保釈の請求をすることができる。
- 2 第82条第3項の規定は、前項の請求についてこれを準用する。

第89条【必要的保釈】《新司19-32、24-27》

保釈の請求があつたときは、次の場合を除いては、これを許さなければならない。

- 一 被告人が死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪を犯したものであるとき。
- 二 被告人が前に死刑又は無期若しくは長期10年を超える懲役若しくは禁錮に当たる罪につき有罪の宣告を受けたことがあるとき。
- 三 被告人が常習として長期3年以上の懲役又は禁錮に当たる罪を犯したものであるとき。
- 四 被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき。
- 五 被告人が、被害者その他事件の審判に必要な知識を有すると認められる者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させる行為をすると疑うに足りる相当な理由があるとき。
- 六 被告人の氏名又は住居が分からないとき。

第90条【職権による保釈】

裁判所は、保釈された場合に被告人が逃亡し又は罪証を隠滅するおそれの程度のほか、身体の拘束の継続により被告人が受ける健康上、経済上、社会生活上又は防御の準備上の不利益の程度その他の事情を考慮し、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる。

第91条【不当に長い拘禁と勾留の取消し・保釈】

- 1 勾留による拘禁が不当に長くなつたときは、裁判所は、第88条に規定する者の請求により、又は職権で、決定を以て勾留を取り消し、又は保釈を許さなければならない。
- 2 第82条第3項の規定は、前項の請求についてこれを準用する。

第92条【保釈と検察官の意見】《新司22-27、24-27》

- 1 裁判所は、保釈を許す決定又は保釈の請求を却下する決定をするには、検察官の意見を聴かなけれ

ばならない。

- 2 検察官の請求による場合を除いて、勾留を取り消す決定をするときも、前項と同様である。但し、急速を要する場合は、この限りでない。

第93条【保証金額、保釈の条件】《新司プレー28, 22-27, 24-27》

- 1 保釈を許す場合には、保証金額を定めなければならない。
- 2 保証金額は、犯罪の性質及び情状、証拠の証明力並びに被告人の性格及び資産を考慮して、被告人の出頭を保証するに足りる相当な金額でなければならない。
- 3 保釈を許す場合には、被告人の住居を制限しその他適当と認める条件を附することができる。

第94条【保釈の手続】

- 1 保釈を許す決定は、保証金の納付があつた後でなければ、これを執行することができない。
- 2 裁判所は、保釈請求者でない者に保証金を納めることを許すことができる。
- 3 裁判所は、有価証券又は裁判所の適当と認める被告人以外の者の差し出した保証書を以て保証金に代えることを許すことができる。

第95条【勾留の執行停止】《新司プレー28, 24-22, 予備24-14》

裁判所は、適当と認めるときは、決定で、勾留されている被告人を親族、保護団体その他の者に委託し、又は被告人の住居を制限して、勾留の執行を停止することができる。

第96条【保釈等の取消し、保証金の没取】《新司22-27》

- 1 裁判所は、左の各号の一にあたる場合には、検察官の請求により、又は職権で、決定を以て保釈又は勾留の執行停止を取り消すことができる。
 - 一 被告人が、召喚を受け正当な理由がなく出頭しないとき。
 - 二 被告人が逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき。
 - 三 被告人が罪証を隠滅し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき。
 - 四 被告人が、被害者その他事件の審判に必要な知識を有すると認められる者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え若しくは加えようとし、又はこれらの者を畏怖させる行為をしたとき。
 - 五 被告人が住居の制限その他裁判所の定めた条件に違反したとき。
- 2 保釈を取り消す場合には、裁判所は、決定で保証金の全部又は一部を没取することができる。
- 3 保釈された者が、刑の言渡を受けその判決が確定した後、執行のため呼出を受け正当な理由がなく出頭しないとき、又は逃亡したときは、検察官の請求により、決定で保証金の全部又は一部を没取しなければならない。

第97条【上訴と勾留に関する決定】

- 1 上訴の提起期間内の事件でまだ上訴の提起がないものについて、勾留の期間を更新し、勾留を取り消し、又は保釈若しくは勾留の執行停止をし、若しくはこれを取り消すべき場合には、原裁判所が、その決定をしなければならない。
- 2 上訴中の事件で訴訟記録が上訴裁判所に到達していないものについて前項の決定をすべき裁判所は、裁判所の規則の定めるところによる。
- 3 前2項の規定は、勾留の理由の開示をすべき場合にこれを準用する。

第98条【保釈の取消し等と収容の手続】《新司24-27》

- 1 保釈若しくは勾留の執行停止を取り消す決定があつたとき、又は勾留の執行停止の期間が満了したときは、検察事務官、司法警察職員又は刑事施設職員は、検察官の指揮により、勾留状の謄本及び保釈若しくは勾留の執行停止を取り消す決定の謄本又は期間を指定した勾留の執行停止の決定の謄本を被告人に示してこれを刑事施設に収容しなければならない。
- 2 前項の書面を所持しないためこれを示すことができない場合において、急速を要するときは、同項の規定にかかわらず、検察官の指揮により、被告人に対し保釈若しくは勾留の執行停止が取り消された旨又は勾留の執行停止の期間が満了した旨を告げて、これを刑事施設に収容することができる。ただし、その書面は、できる限り速やかにこれを示さなければならない。

3 第71条の規定は、前2項の規定による収容についてこれを準用する。

規則第70条（勾留状の記載要件・法第64条）

勾留状には、法第64条に規定する事項の外、法第60条第1項各号に定める事由を記載しなければならない。

規則第71条（裁判長の令状の記載要件・法第69条）

裁判長は、法第69条の規定により召喚状、勾引状又は勾留状を発する場合には、その旨を令状に記載しなければならない。

規則第91条（保証金の還付・法第96条、法第343条等）

1 次の場合には、没取されなかつた保証金は、これを還付しなければならない。

- 一 勾留が取り消され、又は勾留状が効力を失つたとき。
- 二 保釈が取り消され又は効力を失つたため被告人が刑事施設に収容されたとき。
- 三 保釈が取り消され又は効力を失つた場合において、被告人が刑事施設に収容される前に、新たに、保釈の決定があつて保証金が納付されたとき又は勾留の執行が停止されたとき。

2 前項第3号の保釈の決定があつたときは、前に納付された保証金は、あらたな保証金の全部又は一部として納付されたものとみなす。

【ポイント】

1 召喚（57条）

召喚とは、特定の者に対し一定の日時に一定の場所に出頭すべきことを命じる裁判である。被告人のみならず、採用された証人、鑑定人、通訳人等に対してもなされる。

召喚は、召喚状を発し（62条）、これに一定の事項を記載して（63条）その原本を送達（65条1項）して行う。

公判期日には、被告人を公判廷に召喚しなければならない（273条2項）。

2 勾引（58条）

勾引とは、特定の者を一定の場所に引致する裁判及び執行をいう。

勾引は、一定の事項（64条）を記載した勾引状を発して、これを行う（62条）。

勾引状を執行するには、これを被告人に示した上、できるかぎり速やかに、かつ直接、指定された場所に引致しなければならない（73条1項）。

被告人を勾引したときは、直ちに被告人に対して公訴事実の要旨を告げ、弁護人がないときには、弁護人選任権と国選弁護人選任請求権があることを告げなければならない（76条1項）。

勾引状による留置の効力は、指定の場所に引致した時から24時間である（59条、67条3項、68条後段）。この時間が経過するまでに勾留状が発せられなければ、被告人を釈放しなければならない（59条）。

3 勾留

(1) 意義

勾留とは、被告人を拘禁する裁判及び執行をいう。

勾留は、被告人の出頭確保、証拠隠滅の防止とともに、有罪判決の執行の確保という目的も有する（最決昭25.3.30）。

(2) 要件

①被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由（60条1項柱書）がある場合で、かつ、②（ア）被告人が住所不定のとき、（イ）罪証隠滅のおそれあるとき、（ウ）逃亡のおそれがあるとき（60条1項1号ないし3号）のいずれかに当たる場合で、しかも、③勾留の必要性を備えている場合。ただし、一定の軽罪については、被告人が住居不定の場合しか勾留できない（60条3項）。

(3) 手続

被疑者段階で検察官の請求により勾留されていた者が、勾留期間中に同一の犯罪事実について起訴された場合には（208条1項）、起訴と同時に被疑者勾留は、被告人勾留に切り替わる。そこで、ここでは、起訴後あらためて被告人を勾留する場合の手続について説明する。

被告人の勾留に関する処分は、当該受訴裁判所が行うのが原則である（60条1項）。もっとも、勾留に関する処分をするには犯罪の嫌疑の有無を調査するため、第1回公判期日前は、予断排除の原則から、裁判官が行うものとされている（280条1項）。裁判官とは、公訴提起を受けた裁判所の裁判官で、事件の審理に関与しない裁判官のことを指す。

被告人を勾留するには、まず、被告人が逃亡している場合を除き、被告人に対し勾留質問をしなければならない（61条）。

被告人に弁護士がついていないときは、弁護士選任権、国選弁護士選任請求権があることを告げなければならない（77条1項）。

勾留は、一定の事項（64条、規則70条、71条）を記載した勾留状を発してこれをしなければならない（62条）。勾留状を執行するには、これを被告人に示した上、できる限り速やかに、かつ直接、指定された刑事施設に引致しなければならない（73条2項）。

(図表) 被疑者勾留と被告人勾留の差異

	被疑者勾留	被告人勾留
処分の主体	検察官の請求により、裁判官が行う（204条～207条）	受訴裁判所（60条1項） ただし、急速を要する場合には、裁判長又は受命裁判官も可。また、第1回公判期日前は裁判官が行う（280条1項、予断排除の原則）
逮捕前置主義の適用の有無	あり（207条1項）	なし
期間	原則10日、最長で25日（208条、208条の2）	原則2か月、その後1か月毎に更新（60条2項）
保釈の可否	不可（207条1項但書）	可（88条以下）
接見指定の可否	可（39条3項）	不可（39条3項）
不服申立て	準抗告（429条1項2号）	抗告（419条） 第1回公判期日前は準抗告（429条1項2号）

(4) 勾留期間と勾留更新（60条）

勾留期間とは、勾留状による拘禁の効力が継続する期間のことをいう。

勾留期間は、公訴が提起された日から2か月である。特に継続の必要がある場合においては、具体的にその理由を附した決定で、1か月ごとにこれを更新することができる。更新は原則として1回に限られる（60条2項）。

(5) 勾留の効力の消滅

勾留状の失効又は勾留の取消しがあったとき、勾留の効力は消滅する。

① 勾留状の失効する場合

- ・勾留期間の満了
- ・無罪・免訴・刑の免除等の裁判の告知がなされたとき（345条）
- ・上記以外の終局裁判が確定したとき（刑法11条2項、23条1項参照）

② 勾留の取消しがある場合

- ・勾留の理由又は勾留の必要がなくなったとき（87条1項）
- ・勾留による拘禁が不当に長くなったとき（91条1項）

4 保釈と勾留の執行の停止

(1) 保釈

① 意義

保釈とは、一定額の保釈金の納付を条件として勾留の執行を停止することをいう。

被疑者勾留においては保釈は認められない（207条1項但書参照）。保釈は、正当な理由がなく出頭しない場合などの一定の事由が生じたときに保釈を取り消し保証金を没取する（96条）という制裁の下に被告人の出頭を心理的に確保しようとする制度である。

保釈を許すときには、保証金額を定めなければならない（93条1項）。その金額は、被告人の出頭を保証するに足りる相当の金額でなければならない（93条2項）。

保釈の請求があったときは、原則として保釈を許さなければならない（必要的保釈又は権利保釈、89条）。第一審の有罪判決までは、被告人に無罪の推定が働くからである。保釈の請求をすることができるのは勾留されている被告人、弁護士、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹である（88条1項）。

もともと、89条1号ないし6号に定められている事由に当たる場合は、必要的保釈が許されない。ただ、この場合であっても、裁判所は職権によって保釈の許否を決めることができる（任意的保釈又は裁量保釈、90条）。更に、勾留による拘禁が長くなったとき、裁判所は、保釈請求権者の請求により、又は職権によって、決定で勾留を取り消し、又は保釈をしなければならない（91条、義務的保釈）。

なお、平成28年改正法により、裁量保釈の判断に当たっての考慮事項が明確化された（90条）。

② 手続

裁判所が保釈許否の決定をするには、あらかじめ検察官の意見を聴かななければならない（92条1項）。

保釈を許すときには、保釈金額を定めなければならない（93条1項）。その金額は、被告人の出頭を保証するに足りる相当の金額でなければならない（93条2項）。

③ 事件単位の原則と保釈

89条各号に当たるかどうかは、勾留の原因となっている犯罪事実を基準に判断しなければならない（事件単位の原則）。

もともと、裁量保釈の許否の判断の一資料として、勾留されていない他の犯罪事実を考慮することは許される。

◎ 最決昭44. 7. 14 (百選A28事件)《新司プレー28, 22-38》

被告人が甲, 乙, 丙の3個の公訴事実について起訴され, そのうち甲事実のみについて勾留状が発せられている場合において, 裁判所は, 甲事実が刑法89条3号に該当し, 従って, 権利保釈は認められないとしたうえ, なお, 同法90条により保釈が適当であるかどうかを審査するにあたっては, 甲事実の事案の内容や性質, あるいは被告人の経歴, 行状, 性格等の事情をも考察することが必要であり, そのための一資料として, 勾留状の発せられていない乙, 丙各事実をも考慮することを禁ずべき理由はない。

◎ 東京高決昭29. 4. 21《新司22-27》

「第90条においては原因につき特に形式的制限を加えず裁判所において適当と認める限り職権を以て保釈をなし得る旨定めている。故に, 第90条の場合は, 第89条各号に該当するとき又は第91条第1項に該当しないときと雖も猶汎く職権保釈をなし得るものと解すべきは当然であり, 従って, 請求ある場合にも, 第90条を準用して, 職権による場合と同様に, 第89条および第91条第1項の制限に拘らず, 裁判所において適当と認めるときは保釈するを妨げざるものと解するを相当とする。」

(2) 勾留の執行の停止 (95条)

保釈との違いは, 裁判所の職権によつてのみ行われる点, 期間を定めることができる点である (最判昭24. 2. 17参照)。

(3) 保釈又は勾留の執行停止の消滅 (96条1項)

① 保釈の消滅

保釈を取り消す場合には, 裁判所は, 決定で保証金の全部又は一部を没取することができる (96条2項)。

保釈された者が, 刑の言渡を受けその判決が確定した後, 執行のため呼出を受け正当な理由がなく出頭しないとき, 又は逃亡したときは, 検察官の請求により, 決定で保証金の全部又は一部を没取しなければならない (96条3項)。保証書が提出されている場合は, 検察官が保証書を差し出した者に納付命令を出して執行する (490条)。

没取されなかった保証金は, 保釈や勾留の失効, 取消しの際に還付される (規則91条)。

② 勾留の執行停止の消滅

勾留の執行停止の期間が満了したときは, 勾留の執行停止は, 当然その効力を失う (343条)。

◎ 最決平21. 12. 9 (重判平22刑訴6事件)

刑事訴訟法96条3項は, 「保釈保証金没取の制裁の予告の下, これによつて逃亡等を防止するとともに, 保釈された者が逃亡等をした場合には, 上記制裁を科することにより, 刑の確実な執行を担保する趣旨のものである。このような制度の趣旨にかんがみると, 保釈された者について, 同項所定の事由が認められる場合には, 刑事施設に収容され刑の執行が開始された後であっても, 保釈保証金を没取することができる」と解する」。

◎ 最決平22. 12. 20

「刑法96条3項は, その文理及び趣旨に照らすと, 禁錮以上の実刑判決が確定した後逃亡等が行われることを保釈保証金没取の制裁の予告の下に防止し, 刑の確実な執行を担保することを目的とする規定であるから, 保釈された者が実刑判決を受け, その判決が確定するまでの間に逃亡等を行ったとしても, 判決確定までにそれが解消され, 判決確定後の時期において逃亡等の事実がない場合には, 同項の適用ないし準用により保釈保証金を没取することはできないと解する」。

(図表) 保釈制度と類似の制度との異同

	保釈 (88条以下)	勾留の取消し (87条)	勾留の執行停止 (95条)
対象	勾留中の被告人 (88条1項, 207条1項但書参照)	勾留中の被疑者及び被告人 (207条1項本文, 87条, 95条)	
類型	請求又は職権 (87条1項, 88条1項, 90条, 91条)		職権 (95条)
事由	・権利保釈除外事由の不存在 (89条各号参照) ・裁判所が適当と認めるとき (90条)	・勾留の理由又は必要性の消滅 (87条1項)	適当と認めるとき (95条)
	勾留による拘禁が不当に長くなったとき (91条1項)		
保証金	○ (93条1項)	×	
期間を定めることの可否	×		○
不服申立て	抗告又は準抗告 (420条2項, 429条1項2号)		

5 勾留に関する処分権限

勾留については、原則として受訴裁判所が処分権限を有する。

その例外として、以下のものがある。

- ① 第1回公判期日までの勾留に関する処分→公訴提起を受けた裁判所の裁判官 (280条1項)
 - ② 上訴期間中の勾留に関する処分→原裁判所 (97条1項)
 - ③ 上訴提起後の勾留に関する処分→訴訟記録が上訴裁判所に到達していないものについては、原裁判所 (97条2項, 規則92条2項)
- ※ ②③において、規定上は原裁判所が勾留そのものを行うことができるかについては明らかでないが、最高裁はこれを肯定している (最決昭41.10.19)。

《過去問チェック》

- 甲罪の事実で勾留されている被疑者について、甲罪の事実とともにこれと併合罪の関係にある乙罪の事実を併せて起訴する場合には、乙罪の事実について別途勾留のための手続を採らなくても、当然に乙罪の事実についても勾留されていることになる。(新司プレ-28)
 - ☞誤り。逮捕・勾留の効力は、逮捕状・勾留状に記載されている犯罪事実及びそれ以外の事実には及ばないという事件単位の原則が採用されている。
- 裁判所は、犯罪の性質や情状によっては、保証金額を定めずに保釈を許可することができる。(新司25-29, 予備25-20)
 - ☞誤り。93条1項。
- 裁判員裁判対象事件は、刑事訴訟法第89条第1号の「死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪」に該当するから、保釈は認められない。(新司25-29, 予備25-20)
 - ☞誤り。裁判員法2条1項, 89条・90条。裁判員法2条1項によると、裁判員裁判対象事件は、法定刑に死刑又は無期徒刑を含む事件と法定合議事件のうち故意の犯罪行為で人を死亡させた事件であり、89条による権利保釈は認められないものの、90条の裁量保釈により保釈が認められる余地がある。
- 保釈が許可されても、保証金 (又はこれに代えることを許された有価証券, 保証書) が納付されなければ、被告人は釈放されない。(新司25-29, 予備25-20)
 - ☞正しい。94条1項。

- 裁判所は、保釈中に被告人が他の罪を犯した場合、保釈を取り消さなければならない。
 - ☞誤り。96条1項。同条項は、その各号において保釈の取消事由を規定しているところ、保釈中に被告人が他の罪を犯したことは保釈の取消事由とされていない。(新司25-29, 予備25-20)
- 勾留されている被告人やその弁護人のみならず、被告人の配偶者や直系の親族も、保釈の請求をすることができる。(新司25-29, 予備25-20)
 - ☞正しい。88条1項。
- 裁判所は、第一審の公判審理中に保釈の請求があったときは、刑事訴訟法第89条各号所定の事由がある場合を除いて、保釈を許さなければならない。(新司26-38, 予備26-24)
 - ☞正しい。89条柱書。
- 裁判所は、保釈の請求がない場合又は刑事訴訟法第89条各号所定の事由がある場合でも、適当と認めるときは職権で保釈を許すことができる。(新司26-38, 予備26-24)
 - ☞正しい。90条。
- 公訴の提起があった後、第1回公判期日までの保釈に関する裁判は、公訴の提起を受けた裁判所の事件の審判に関与すべき裁判官のみが行う。(新司26-38, 予備26-24)
 - ☞誤り。280条1項, 規則187条1項。公訴の提起があった後第1回の公判期日までの勾留に関する処分は、公訴の提起を受けた裁判所の裁判官がこれをしなければならない。ただし、事件の審判に関与すべき裁判官は、その処分をすることができない。
- 外国人である被告人が日本に適法に在留する資格を有しない場合でも、同被告人の保釈を許すことは違法ではない。(新司26-39)
 - ☞正しい。89条。「保釈の請求があつたときは、次の場合を除いては、これを許さなければならない」。外国人たる被告人が日本に適法に在留する資格を有しないことは、89条1号ないし6号のいずれの事由にも該当しない。
- 保釈に関する次のアからエまでの各記述のうち、法律上許されないものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。(新司27-25)
 - ア. 殺人の被疑事実により勾留中の被疑者について、保釈を許可すること
 - イ. 殺人の公訴事実により勾留中の被告人について、保釈を許可すること
 - ウ. 逃亡のおそれがある勾留中の被告人について、保釈を許可すること
 - エ. 保釈の請求がないまま、勾留中の被告人について、保釈を許可すること
 - ☞ア法律上許されない。207条1項但書。保釈は被告人についてのみ認められ、被疑者には認められない。
 - イ法律上許される。殺人の公訴事実により勾留中の被告人は、89条1号の除外事由に該当するので、89条による保釈は許されない。しかし、殺人の公訴事実により勾留中の被告人であっても、裁判所が、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる(90条)。
 - ウ法律上許される。逃亡のおそれがある勾留中の被告人は、保証金の没取という心理的強制によって公判への出頭が確保されているため、89条各号の除外事由に該当しないので、89条による保釈が許される。
 - エ法律上許される。90条, 91条1項。裁判所は、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる(90条, 裁量保釈)。
- 第1回公判期日後、裁判所は、保釈を許すときには、検察官の意見を聴かななければならないが、保釈の請求を却下するときには、検察官の意見を聴かなくてもよい。(予備29-20)
 - ☞誤り。92条1項。裁判所は、保釈を許す決定又は保釈の請求を却下する決定をするには、検察官の意見を聴かななければならない。
- 第1回公判期日後、裁判所は、検察官の請求がなくとも、職権で保釈を取り消すことができる。(予備29-20)
 - ☞正しい。96条1項。裁判所は、刑事訴訟法96条1項各号に当たる場合には、検察官の請求により、又は職権で、決定を以て保釈又は勾留の執行停止を取り消すことができる。このように、裁判所は検察官の請求だけでなく、職権でも保釈を取り消すことができる。
- 第1回公判期日後、勾留の必要がなくなったとき、検察官は、裁判所に対し、被告人の勾留の取消しを請求することができる。(予備29-20)
 - ☞正しい。87条1項。勾留の理由又は勾留の必要がなくなったときは、裁判所は、検察官、勾留されている被告人若しくはその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹の請求により、又は職権で、決定を以て勾留を取り消さなければならない。その趣旨は、検察官は、勾留の理由ないし必要を知り得る立場にあり、かつ公益の代表者として被告人の利益を保護すべき立場にあるという点にある。よって、検察官は勾留の取消しを請求することができる。
- 第1回公判期日後、被告人から勾留執行停止の申立てがあった場合、裁判所は、勾留の執行を停止するか否かの裁

判をしなければならない。(予備29-20)

☞誤り。95条。裁判所は、適当と認めるときは、決定で、勾留されている被告人を親族、保護団体その他の者に委託し、又は被告人の住居を制限して、勾留の執行を停止することができる。勾留の執行停止は、保釈とは異なり、職権によってのみ行われるものであり、被告人から勾留執行停止の申請があっても、それは単に職権発動を促す意味をもつにすぎない。

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