

短答で7割とれない人のために今からやる勉強法【商訴行政編】

【短答完璧講座 ガイドンス】

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

短答完璧講座6月ガイダンス
短答で7割取れない人のために今からやる勉強法
【商訴行政編】

辰巳専任講師・弁護士
原 孝至 先生

目 次

1. 令和元年予備試験 短答式試験【分析】 2
2. 令和元年予備試験短答問題から
 - 行政法〔第19問〕 訴えの利益 4
 - 商 法〔第21問〕 取締役の報酬等 19
 - 民事訴訟法〔第38問〕 弁論準備手続 27
 - 刑事訴訟法〔第23問〕 違法収集証拠 35

1. 令和元年 予備試験 短答式試験【分析】

☆ 試験日程（令和元年の短答式試験）

令和元年5月19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、商法・民訴が増加し、憲法が減りました。〕

憲法・行政法	54（憲法：24（1～24） （行政法：30（25～54））
民法・商法・民事訴訟法	55（民法：15（1～15） （商法：19（16～34） （民訴：21（35～55））
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，刑法・刑訴が増加し，民・商・民訴が減りました。〕

憲法・行政法	16頁〔注：昨年15頁〕
民法・商法・民事訴訟法	20頁〔注：昨年22頁〕
刑法・刑事訴訟法	16頁〔注：昨年15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 14,494人 (昨年 13,746人 +748人)
- 2 受験者数 11,780人 (昨年 11,136人 +644人)
(うち途中欠席98人) (前年, うち途中欠席81人)
- 3 受験率 81.3% (昨年 81.0% 0.3%増)
(注) 受験率とは, 出願者に占める受験者の割合である。
- 4 採点対象者 11,682人 (昨年 11,055人 +627人)
- 5 合格者数 2,696人 (昨年 2,661人 +35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

☆ 短答式試験の得点

◎合格点 各科目の合計得点162点以上(270点満点)

◎合格者の平均点 177.0点

得点		最高点	最低点	平均点
合計得点 (270点満点)		233	0	133.8
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	14.7
	行政法 (30点満点)	28	0	12.1
	民法 (30点満点)	30	0	20.3
	商法 (30点満点)	29	0	14.2
	民事訴訟法 (30点満点)	30	0	17.8
	刑法 (30点満点)	30	0	14.5
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	15.6
	一般教養科目 (60点満点)	60	0	24.7

2. 令和元年予備試験 短答問題から

行政法 第19問	訴えの利益	R 1 予備試験
----------	-------	----------

〔第19問〕（配点：3）

訴えの利益に関する教員と学生による以下の対話中の次のアからエまでの【 】内の各記述について、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.37] から [No.40]）

教員：本日は、訴えの利益に関する考え方につき整理しておきたいと思います。まず、ある行政処分に対して取消訴訟が提起された後、訴えの利益が消滅するのはどのような場合でしょうか、例を挙げてください。

学生：例えば、保安林指定解除処分に基づく立木竹の伐採により、保安林の存在による洪水や濁水の防止上の利益を侵害される者には、保安林指定解除処分取消訴訟の原告適格が認められますが、(ア)【代替施設の設置によって洪水や濁水の危険が解消され、その防止上からは保安林の存続の必要性がなくなったと認められるに至ったときは、保安林指定解除処分の取消しを求める訴えの利益は失われます。】[No.37]

教員：では、行政手続法に基づいて公にされている処分基準が、先行する処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重するとの不利益な取扱いを定めている場合、先行する営業停止命令の停止期間が経過すれば、当該営業停止命令の取消しを求める訴えの利益は失われるのでしょうか。

学生：(イ)【通常は、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、当該処分基準に基づく不利益な取扱いがされると考えられますが、当該処分基準は法令には当たらず、事実上不利益な取扱いがされるにすぎませんので、当該営業停止命令の取消しを求める訴えの利益は失われます。】[No.38]

教員：では、建築基準法に基づく建築確認は、それがなければ適法に建築工事を行うことができないという法的効果が付与されていますが、建築工事が完了した後は、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われるのでしょうか。

学生：(ウ)【建築工事が完了して建築物が完成してしまうと、建築確認が違法であるとして取り消されたとしても、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、当該建築物を除却することは不可能であると考えられますが、そのような事情は、事情判決に関する規定の適用に際して考慮されるべき事柄であって、建築確認の取消しを求める訴えの利益を消滅させるものではないと考えられます。】[No.39]

教員：では、公務員が届出により公職の候補者となったときは、届出の日から公務員たることを辞したものとみなすとの公職選挙法の規定がありますが、免職処分取消訴訟を提起して争っている公務員が、公職の候補者となった場合には、当該免職処分の取消しを求める訴えの利益は失われるのでしょうか。

学生：(エ)【仮に免職処分が取り消されても、当該公務員は、公務員たる地位を回復することはできませんが、免職処分は、それが取り消されない限り効力を有し、違法な免職処

分さえなければ公務員として有するはずであった給料請求権その他の権利，利益につき裁判所に救済を求めることができなくなるので，当該免職処分の効力を排除する判決を求めることは，これらの権利，利益を回復するための必要な手段と考えられ，当該免職処分の取消しを求める訴えの利益は失われません。】 [No.40]

行政法 第19問	訴えの利益	R 1 予備試験
----------	-------	----------

正解 1, 2, 2, 1

肢別解答率(%)	1	2
ア	88	11
イ	9	89
ウ	32	67
エ	93	5

(全体正答率 55%)

ア正しい。最判昭57. 9. 9 (百選II 177事件)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、「本件におけるいわゆる代替施設の設置によつて右の洪水や濁水の危険が解消され、その防止上からは本件保安林の存続の必要性がなくなつたと認められるに至つたときは、もはや…上告人らにおいて右指定解除処分の取消しを求める訴えの利益は失われるに至つたものといわざるをえない」としている。

イ誤り。本記述は、事実上不利益な取扱いがされるにすぎないことから、当該営業停止命令の取消しを求める訴えの利益は失われるとしている点で、誤っている。

最判平27. 3. 3 (百選II 175事件)。判例は、本記述と同様の事案において、「行政手続法12条1項の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合には、上記先行の処分に当たる処分を受けた者は、将来において上記後行の処分に当たる処分の対象となり得るときは、上記先行の処分に当たる処分の効果が期間の経過によりなくなった後においても、当該処分基準の定めにより上記の不利益な取扱いを受けるべき期間内はなお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものと解するのが相当である」としている。

その理由として、判例は、「行政庁が同項〔注：行政手続法12条1項〕の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになる

ものということができる」ということを挙げている。

ウ誤り。本記述は、当該建築物を除却することは不可能であるとの事情は、事情判決に関する規定の適用に際して考慮されるべき事柄であって、建築確認の取消しを求め訴えの利益を消滅させるものではないとしている点で、誤っている。

最判昭59.10.26(百選II174事件)。判例は、本記述と同様の事案において、「**建築確認は、それを受けなければ右工事〔注：建築基準法6条1項の建築物の建築等の工事〕をすることができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われるものといわざるを得ない**」としている。その理由として、判例は、「右工事が完了した後における建築主事等の検査は、当該建築物及びその敷地が建築関係規定に適合しているかどうかを基準とし、同じく特定行政庁の違反是正命令は、当該建築物及びその敷地が建築基準法並びにこれに基づく命令及び条例の規定に適合しているかどうかを基準とし、いずれも当該建築物及びその敷地が建築確認に係る計画どおりのものであるかどうかを基準とするものでない上、違反是正命令を発するかどうかは、特定行政庁の裁量にゆだねられているから、建築確認の存在は、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ建築確認が違法であるとして判決で取り消されたとしても、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずるものではない」ということを挙げている。

エ正しい。最大判昭40.4.28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、「**公務員免職の行政処分は、それが取り消されない限り、免職処分の効力を保有し、当該公務員は、違法な免職処分さえなければ公務員として有するはずであつた給料請求権その他の権利、利益につき裁判所に救済を求めることができなくなるのであるから、本件免職処分の効力を排除する判決を求めることは、右の権利、利益を回復するための必要な手段であると認められる**」とした上で、免職処分を受けた公務員の上記のような「権利、利益が害されたままになっているという不利益状態の存在する余地がある以上、上告人は、なおかつ、本件訴訟を進行する利益を有するものと認めるのが相当である」としている。

【短答合格F I L Eから抜粋】

行政手続法第12条（処分の基準）

- 1 行政庁は、処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない。
- 2 行政庁は、処分基準を定めるに当たっては、不利益処分の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。

【趣旨】

国民一般にとって、どのような場合に、また、どのような内容・程度の不利益処分がされることとなるのかについては、大いに関心のあるところであるが、不利益処分の要件等に関する法令の定めは抽象的であって、行政庁の解釈・裁量の余地のある場合が多い。そこで、本条は、不利益処分が適正に行われることの重要性にかんがみ、行政庁に対し、処分基準をできる限り具体的なものとして定め、かつ、これを公にしておくよう努めることを義務付けたものである。

大多数の不利益行政行為（改善命令、許認可の取消しなど）は、行政庁の職権に基づいて行われる。

【ポイント】

行政手続法12条の処分基準の設定・公表の義務は、努力義務である。法律上の義務としなかったのは、具体的な基準として画一的に定めることが技術的に困難な面があること、公表することで、その基準に当たらず、処分されない違反行為を知らせることになり、脱法的行為を助長することがあるという点に求められる。

◎ 最判平27.3.3（百選Ⅱ175事件）

「行政手続法の規定の文言や趣旨等に照らすと、同法12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。したがって、行政庁が同項の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになるものといえることができる。

以上に鑑みると、行政手続法12条1項の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合には、上記先行の処分に当たる処分を受けた者は、将来において上記後行の処分に当たる処分の対象となり得るときは、上記先行の処分に当たる処分の効果が期間の経過によりなくなった後においても、当該処分基準の定めにより上記の不利益な取扱いを受けるべき期間内はなお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものと解するのが相当である。」

《過去問チェック》

- 甲は、たばこ事業法に基づき、営業所の自動販売機に成人識別装置を装備することを条件に製造たばこの小売販売業の許可処分を受けたが、同装置を装備しなかったため、財務大臣は、同法に基づき甲の小売販売業許可処分を取り消した。以上の事実関係を前提に、行政手続法に関する次のアからウまでの各記述について、法令に照らし、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、アからウまでの各記述は、行政手続法の定める適用除外には当たらない場面であり、たばこ事業法には、行政手続法の全部又は一部の適用を除外する規定は存在しない。（新司24-24）
- ア. 財務大臣は、甲に対する小売販売業の許可処分を行う際にその理由を提示しなければならない。

- イ。財務大臣は、小売販売業の許可申請に対する処分をするまでに通常要すべき標準的な処理期間を定めたときは、これを公にしておかなければならない。
- ウ。財務大臣は、小売販売業許可取消処分について処分基準を定めたときは、これを公にしておかなければならない。
- ☞ア誤り。行政手続法8条1項本文。
イ正しい。行政手続法6条。
ウ誤り。行政手続法12条1項。
- 行政手続法の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合であっても、処分基準は行政機関の内部的な指針を定めた内規の性質を有するにとどまるものであるから、当該行政庁が処分基準に定めのない事項に係る事情を考慮して後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは、当該処分基準の定めにより拘束されるべき特段の事情のない限り、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法となるものではない。(予備29-15)
- ☞誤り。最判平27.3.3。判例は、「行政庁が同項〔注：行政手続法12条1項〕の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなる」としている。
- 行政手続法は、行政庁が不利益処分に関する基準（処分基準）を定めた場合には、これを公にすることを求めているが、この義務は努力義務にとどまる。(予備30-15)
- ☞正しい。行政庁は処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない（行政手続法12条1項）。審査基準の設定が行政庁に義務付けられている（行政手続法5条1項）のと異なり、処分基準の設定と公表は、努力義務にとどめられている。その趣旨は、不利益処分には、個別具体的判断が必要であるから、あらかじめ画一的基準を定めることが難しいという点にある。

（狭義の）訴えの利益

【ポイント】

一 意義

（狭義の）訴えの利益とは、請求について取消判決を求める法的必要性・実効性のことである。民事訴訟同様、行政訴訟においても狭義の訴えの利益が訴訟要件として必要である。行政庁の行為が処分性を有し、原告適格があっても、当該処分を現実に取り消してもらわなければならない必要がなければ、訴えは却下される。

二 処分の効果が完了した場合

処分の効果が完了してしまえば、訴えの利益は消滅する。この場合、救済方法としては国家賠償によることとなる。

◎ 最判昭59.10.26（百選Ⅱ174事件）

建築確認は、それを受けなければ工事をすることができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われる。

◎ 最判平10.4.10（百選Ⅱ179事件）

再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格が消滅することにより、その不許可処分が取り消されても、同人に対してその在留資格のままで再入国することを認める余地はなくなるから、同人は、その不許可処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を失う。

三 ☆ (論点) 処分の効果が完了してもなお付随的效果が残る場合

期間の経過により、本体たる処分の効果が完了することがよくあるが、その場合でも、なお付随的效果が残るときがある。そこで、これを排除するために当該行政処分を取り消す利益があるかどうかが問題となる。例えば、地方議会議員の除名処分を受けその取消請求をしていたところ任期が満了した場合には免職処分の効果は完了しているが、もし当該処分が違法であり取り消されたとすると、議員としての地位を占めていた間の歳費請求権が残り、この請求権を確保する上で取消しの利益があるのではないかと。

この点に関し、行政事件訴訟法は、9条1項かつこ書において、「処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき法律上の利益を有する者を含む」とし、訴えの利益を認めた。

これに対して、侵害的処分の付随的效果としての名誉権の侵害は処分の本体たる効果消滅後の訴えの利益を認める根拠とはならないとするのが判例である(最判昭55.11.25, 百選II176事件)。

◎ 最大判昭40.4.28《新司20-34》

原判決(その引用する第一審判決)の認定にかかる前示事実には照らせば、本件免職処分が取り消されたとしても、上告人(X)は市議会議員に立候補したことにより郵政省の職員たる地位を回復するに由ないこと、まさに、原判決(および第一審判決)説示のとおりである。しかし、公務員免職の行政処分は、それが取り消されない限り、免職処分の効力を保有し、当該公務員は、違法な免職処分さえなければ公務員として有するはずであった給料請求権その他の権利、利益につき裁判所に救済を求めることができなくなるのであるから、本件免職処分の効力を排除する判決を求めることは、右の権利、利益を回復するための必要な手段であると認められる。そして、新法(昭和37年10月1日施行行政事件訴訟法)9条が、たとえ注意的にもしろ、括弧内において前記のような規定を設けたことに思いを致せば、同法の下においては、広く訴の利益を認めるべきであって、Xが郵政省の職員たる地位を回復するに由なくなった現在においても、特段の事情の認められない本件において、Xの叙上のごとき権利、利益が害されたままになっているという不利益状態の存在する余地がある以上、Xは、なおかつ、本件訴訟を進行する利益を有するものと認めるのが相当である。

◎ 最判昭40. 8. 2《新司19-34》

自動三輪車第2種及び大型自動車第2種の運転免許を受けていた者に対する免許取消処分取消訴訟において、判例は、自動車運転免許取消処分の取消を求める訴訟の係属中当該運転免許証の有効期間が経過した場合でも、その訴えの利益は失われない、としている。

◎ 最判昭43. 12. 24（百選Ⅱ173事件）

放送局免許の競願者に対する免許処分の取消訴訟において、期間満了後再免許が付与されず免許が完全に失効した場合は格別として、期間満了後ただちに再免許が与えられ、継続して事業が維持されている場合に、これを免許失効の場合と同視して、訴えの利益を否定することは相当でない。

◎ 最判昭50. 10. 9《新司20-34》

判例は、文書画像閲覧禁止の懲罰処分の取消しを求めた事案において、懲罰処分を受けたことにより、将来刑上の不利益を受けるおそれがあるとしても、執行完了後にその取消しを求める法律上の利益がないとしている。

◎ 最判昭55. 11. 25（百選Ⅱ176事件）《新司19-34》

運転免許停止処分の記載のある免許を所持することにより警察官に本件原処分の存した事実を覚知され、名誉、感情、信用等を損なう可能性が常時継続して存在するとしても、それは本件原処分のもたらす事実上の効果にすぎないものである。原処分の効果は右処分の日一日の期間の経過によりなくなったものであり、また、本件原処分の日から一年を経過した日の翌日以降、Xが本件原処分を理由に道路交通法上不利を受ける虞がなくなったことはもとより、他に本件原処分を理由にXを不利に取り扱うことを認めた法令の規定はないから、行政事件訴訟法9条1項かつこ書の適用上、Xは、本件原処分及び本件判決の取消によって回復すべき法律上の利益を有しない。

◎ 最判平14. 2. 28《新司20-34》

情報公開条例に基づく公文書非公開決定の取消訴訟において、その公文書が書証として提出されたとしても、非公開決定の取消しを求める訴えの利益は消滅するものではない。

◎ 最判平21. 2. 27（重判平21行政8事件）

「道路交通法は、優良運転者の実績を賞揚し、優良な運転へと免許証保有者を誘導して交通事故の防止を図る目的で、優良運転者であることを免許証に記載して公に明らかにすることとともに、優良運転者に対し更新手続上の優遇措置を講じているのである。このことに、優良運転者の制度の上記沿革等を併せて考慮すれば、同法は、客観的に優良運転者の要件を満たす者に対しては優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して更新処分を行うということを、単なる事実上の措置にとどめず、その者の法律上の地位として保障するとの立法政策を、交通事故の防止を図るといふ制度の目的を全うするため、特に採用したものと解するのが相当である。

確かに、免許証の更新処分において交付される免許証が優良運転者である旨の記載のある免許証であるかそれのないものであるかによって、当該免許証の有効期間等が左右されるものではない。また、上記記載のある免許証を交付して更新処分を行うことは、免許証の更新の申請の内容を成す事項ではない。しかしながら、上記のとおり、客観的に優良運転者の要件を満たす者であれば優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して行う更新処分を受ける法律上の地位を有することが肯定される以上、一般運転者として扱われ上記記載のない免許証を交付されて免許証の更新処分を受けた者は、上記の法律上の地位を否定されたことを理由として、これを回復するため、同更新処分の取消しを求める訴えの利益を有するといふべきものである。」

◎ 最判平27. 12. 14

【事案】

Y（鎌倉市長）は、鎌倉市所在の土地を開発区域とする訴外Aからの都市計画法29条1項に基づく開発行為の許可の申請に対し、開発許可をした。その後、本件許可に係る開発行為に関する工事が完了し、Yは、訴外Aに対し、検査済証を交付した。以上の事実関係の下、開発区域の周辺に居住するXらが、Yを相手に、上記開発許可の取消しを求めた。なお、本件開発区域は、市街化調整区域内にある。原審は、本件許可

に係る開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付された後においても、本件許可の取消しを求める訴えの利益は失われまいと判断し、これが失われるとしてXらの訴えを却下した第1審判決を取り消して本件を第1審に差し戻すべきものとした。そこで、Yは最判平5. 9. 10等を引用し、訴えの利益が失われているとして、上告した。

【判旨】

「市街化調整区域のうち、開発許可を受けた開発区域以外の区域においては、都市計画法43条1項により、原則として知事等の許可を受けない限り建築物の建築等が制限されるのに対し、開発許可を受けた開発区域においては、同法42条1項により、開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付されて工事完了公告がされた後は、当該開発許可に係る予定建築物等以外の建築物の建築等が原則として制限されるものの、予定建築物等の建築等についてはこれが可能となる。そうすると、市街化調整区域においては、開発許可がされ、その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずる。」「したがって、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発行為については当該開発行為に係る予定建築物等の建築等が制限されるべきであるとして開発許可の取消しを求める者は、当該開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しによって、その効力を前提とする上記予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除することができる。」「以上によれば、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発許可に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しを求める訴えの利益は失われまい。」「引用の判例（最判平5. 9. 10等）は、市街化区域内における土地を開発区域とする開発許可に関するものであるところ、市街化区域においては、開発許可を取り消しても、用途地域等における建築物の制限（都市計画法10条、建築基準法第3章第3節）等に従う限り、自由に建築物の建築等を行うことが可能であり、市街化調整区域における場合とは開発許可の取消しにより排除し得る法的効果が異なるから、本件に適切でない」とした。

《過去問チェック》

- 自動車運転免許に係る処分についての訴えの利益に関して述べた次のアからウまでの各記述の中から、最高裁判所の判例に照らして正しいものを選びなさい。（新司19-34）
- ア. 運転免許効力停止処分についてその効力停止期間が経過したときは、当該処分が前歴となって道路交通法上不利を受けるおそれがあるとしても、処分の取消しを求める訴えの利益は失われる。
 - イ. 運転免許取消処分の取消訴訟の係属中に運転免許証の有効期間が経過したときは、もはや運転免許証の更新を受けることができないから、処分の取消しを求める訴えの利益は失われる。
 - ウ. 運転免許効力停止処分の前歴があることにより、名誉、感情、信用等を損なう可能性が継続して存在するとしても、それは処分がもたらす事実上の効果にすぎないものであるから、処分の取消しを求める訴えの利益があることの根拠とするのは相当でない。
- ☞ア誤り。判例（最判昭55. 11. 25）は、自動車運転免許効力停止期間経過後における当該運転免許効力停止処分の取消訴訟における訴えの利益について、自動車運転免許効力停止期間経過後においては「本件原処分を理由に道路交通法上不利を受ける虞がなくなったことはもとより、他に本件原処分を理由に被告人を不利に取り扱いうることを認めた法令の規定はない」ことを理由に、「行政事件訴訟法9条の規定の適用上、被告人は、本件原処分……の取消によって回復すべき法律上の利益を有しない」と判示した。これは、運転免許効力停止処分についてその効力停止期間が経過しても、運転免許効力停止処分を理由に道路交通法上不利を受けるおそれがある場合には、訴えの利益を認めることを前提としていると解される。
- イ誤り。判例（最判昭40. 8. 2）は、運転免許取消処分の取消訴訟において、免許証の更新を受けなかったときは免許が失効すると定めた道路交通法105条は、「現に免許証を行使しつつある者」を対象とした規定であり、「本件のように免許が現在取り消されており、その取消しの適否が訴訟によって争われている場合についてまで適用を予定したものと解しがたい」と述べ、免許証の有効期間が経過しても当該訴訟の訴えの利益が存続すると判示した。
- ウ正しい。判例（最判昭55. 11. 25）は、運転免許効力停止処分を受けた者（被告人）には、運転免許効力停止処分の記載のある免許証を所持することにより警察官に本件原処分が存在した事実を覚知され、名誉、感情、信用等を損なう可能性が常時継続して存在するとし、その排除は法の保護に値する利益である、として訴えの利益を認めた原審を破棄し、「このような可能性の存在が認められるとしても、それは本件原処分がもたらす事実上の効果にすぎないものであり、これをもって被告人が……法律上の利益を有することの根拠とするの

は相当でない」と述べて訴えの利益を否定した。

- 訴えの利益に関する次のアからウ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、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20-34)
- ア. 受刑者に対する懲罰処分として10日間の閉居罰が執行され、これが終了した場合であっても、当該受刑者の仮出所の決定に当たって、当該懲罰処分を受けたことが事実上考慮される余地があるから、その取消しを求める訴えの利益は失われない。
- イ. 免職処分を受けた公務員が、その後公職の選挙に立候補した場合には、公職選挙法第90条によりその届出の日に公務員の職を辞したものとみなされ、当該免職処分が取り消されたとしても同人が公務員たる地位を回復することはないから、その取消しを求める訴えの利益は失われる。
- (参照条文) 公職選挙法
- 第90条 (前略) 公務員が、(中略) 届出により公職の候補者となつたときは、当該公務員の退職に関する法令の規定にかかわらず、その届出の日に当該公務員たることを辞したものとみなす。
- ウ. ある県の公文書公開条例に基づく公文書の公開請求について非公開決定を受けた者が同決定の取消しを求める訴訟において、当該公文書が書証として提出された場合であっても、同人には、同条例に基づき公文書の公開を請求して、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益があるから、上記非公開決定の取消しを求める訴えの利益は失われない。
- ☞ア 誤り。判例(最判昭50.10.9)は、文書図画閲覧禁止の懲罰処分の取消しを求めた事案において、懲罰処分を受けたことにより、将来行刑上の不利益を受けるおそれがあるとしても、執行完了後にその取消しを求める法律上の利益がないとしている。
- イ 誤り。判例(最大判昭40.4.28)は、本記述のような事案において、「当該公務員は、違法な免職処分さえなければ公務員として有するはずであった給料請求権その他の権利、利益につき裁判所に救済を求めることができなくなる」ことを理由として、公務員であった者が公職選挙法90条により公務員の地位を回復できなくなっても、この者はなお訴えの利益を有するとした。
- ウ 正しい。判例(最判平14.2.28)は、本記述のような事案において、「本件条例には、請求書が請求に係る公文書の内容を知り、又はその写しを取得している場合に当該公文書の公開を制限する趣旨の規定は存在しない」ことなど「に照らすと、……公開請求権者は、本件条例に基づき公文書の公開を請求して、……請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有する」から、「請求に係る公文書の非公開決定の取消訴訟において当該公文書が書証として提出されたとしても」訴えの利益は失われないと判示した。
- 最高裁判所の判例の趣旨に照らすと、当初の更正処分による税額を減額する再更正処分は、納税者に有利な効果をもたらすものであるから、納税者にその取消しを求める利益はない。(新司25-30)
- ☞正しい。最判平12.1.27。
- 最高裁判所の判例の趣旨に照らすと、外国人は、我が国に在留する権利や引き続き在留することを要求する権利を保障されているものではないから、在留期間の更新許可申請をした外国人に更新不許可の取消しを求める利益はない。(新司25-30)
- ☞誤り。最大判昭53.10.4。出入国管理及び難民認定法21条は、本邦に在留する外国人に在留期間の更新を申請する権利を付与しているため、在留外国人は、在留期間の更新不許可の取消しを求める法律上の利益を有すると解されている。
- 最高裁判所の判例の趣旨に照らすと、市立中学校の教諭に対する同一市内の中学校間での転任処分が、教諭の身分、俸給等に異動を生ぜしめず、客観的、実際の見地からみて勤務場所、勤務内容等に何らの不利益を伴わない場合には、他に特段の事情のない限り、教諭に当該転任処分の取消しを求める利益はない。(新司25-30)
- ☞正しい。最判昭61.10.23。
- 最高裁判所の判例の趣旨に照らすと、自動車運転免許証の有効期間の更新処分は、申請を認容して利益を付する処分であり、更新によって交付される免許証が優良運転者である旨の記載のあるものか一般運転者である旨の記載のあるものかによって当該免許証の有効期間等に差異はないから、一般運転者として扱われ、優良運転者である旨の記載のない免許証を交付されて更新処分を受けた者が、自分は優良運転者に当たるとして当該更新処分の取消しを求める利益はない。(新司25-30)
- ☞誤り。最判平21.2.27(重判平21行政8事件)。判例は、「客観的に優良運転者の要件を満たす者であれば優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して行く更新処分を受ける法律上の地位を有することが肯定される以上、一般運転者として扱われ上記記載のない免許証を交付されて免許証の更新処分を受けた者は、上記の法律上の地位を否定されたことを理由として、これを回復するため」に訴えの利益があるとしている。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

- 訴えの利益に関する次のアからウまでの各記述について、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。(予備28-19)
- ア. 道路交通法に基づき、自動車運転免許の効力停止処分を受けた者は、無違反、無処分で法定の期間を経過し、以後、前歴のない者として取り扱われるに至ったとしても、当該処分の記載のある免許証を所持することにより、名誉、信用等を損なう可能性が継続して存在し、その程度は重大なものであって、それを排除することは法の保護に値する利益であるといえるから、当該処分の取消しにつき、訴えの利益を有する。
- イ. 道路交通法は、優良運転者の実績を賞揚し、優良な運転をするように自動車運転免許証の保有者を誘導して交通事故の防止を図る目的で、優良運転者であることを免許証に記載して公に明らかにするとともに、優良運転者に対し更新手続上の優遇措置を講じていることなどに照らせば、免許証の有効期間の更新に当たり、一般運転者として扱われ、優良運転者である旨の記載のない免許証を交付されて更新処分を受けた者は、上記記載のある免許証を交付して行う更新処分を受ける法律上の地位を否定されたことを理由として、これを回復するため、当該更新処分の取消しを求める訴えの利益を有する。
- ウ. 建築基準法に基づく建築確認は、それを受けなければ工事をすることができないという法的効果が付与されているものにすぎないが、建築確認が違法であるとして判決で取り消されれば、相当程度の確実さをもって、工事完了後、建築主事等において検査済証の交付を拒否することになるか、又は特定行政庁において違反是正命令を発すべきこととなるのであるから、当該工事が完了した場合においても、その取消しを求める訴えの利益は失われない。
- ☞ア 誤り。最判昭55.11.25(百選Ⅱ176事件、運転免許停止処分と訴えの利益)。判例は、「上告人には、本件原処分の記載のある免許証を所持することにより警察官に本件原処分の存した事実を覚知され、名誉、感情、信用等を損なう可能性が常時継続して存在する」が、「このような可能性の存在が認められるとしても、それは本件原処分がもたらす事実上の効果にすぎないものであり、これをもって上告人が本件原処分取消の訴えによって回復すべき法律上の利益を有することの根拠とするのは相当でない」としている。
- イ 正しい。最判平21.2.27。判例は、道路交通法が「客観的に優良運転者の要件を満たす者に対しては優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して更新処分を行うということを、単なる事実上の措置にとどめず、その者の法律上の地位として保障するとの立法政策を、交通事故の防止を図るといふ制度の目的を全うするため、特に採用したものと解するのが相当である」とした上で、「客観的に優良運転者の要件を満たす者であれば優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して行う更新処分を受ける法律上の地位を有することが肯定される以上、一般運転者として扱われ上記記載のない免許証を交付されて免許証の更新処分を受けた者は、上記の法律上の地位を否定されたことを理由として、これを回復するため、同更新処分の取消しを求める訴えの利益を有する」としている。
- ウ 誤り。最判昭59.10.26(百選Ⅱ174事件、建築確認と訴えの利益)。判例は、建築基準法に基づく「建築確認の存在は、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ建築確認が違法であるとして判決で取り消されたとしても、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずるものではない。したがって、建築確認は、それを受けなければ右工事をすることができないという法的効果を付与されているにすぎないものといふべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われる」としている。
- AとBが同一周波の無線局の開設に係る免許をめぐって競願関係にある場合は、免許付与と免許申請拒否処分は表裏の関係にあるので、Bに与えられた免許が、Aの提起した免許取消訴訟に係る判決で取り消されると、免許申請拒否処分を受けたAには、取消判決の拘束力による再審査の結果、免許を与えられる可能性がある。(予備28-21)
- ☞正しい。最判昭43.12.24(百選Ⅱ173事件、放送局免許拒否処分と訴えの利益)。判例は、本記述と異なり、テレビ放送局の免許申請が競願となり免許拒否処分を受けたAが、自己に対する免許許否処分の取消訴訟を提起したという事案において、「訴外財団〔注：B〕と被上告人〔注：原告A〕とは、係争の同一周波をめぐって競願関係にあり、…被上告人に対する拒否処分と訴外財団に対する免許付与とは、表裏の関係にある」とした上で、「免許処分の取消しを訴求する場合はもとより、拒否処分のみ取消しを訴求する場合にも、上告人〔注：郵政大臣(当時)〕による再審査の結果によっては、訴外財団に対する免許を取り消し、〔注：免許拒否処分を受けた〕被上告人に対し免許を付与するということもありうる」としている。

四 行政処分が効力を失ったとき

行政処分が撤回等の事情でその効力を失ったときには、当該処分の取消訴訟の訴えの利益は消滅する。

◎ 最判昭42.9.19 (百選II 172事件)

【事案】

洋品販売を業とする法人で青色申告書を提出しているXは、法人税の確定申告をしたが、Y（税務署長）は、更正処分をおこなった（第一次更正処分）。そこで、Xは再調査の請求等を経て第一次更正処分の取消訴訟を提起したが、右訴訟係属後、Yは所得金額を確定申告額まで減額する再更正（第二次更正処分）と課税標準等を第一次更正処分通りに再々更正（第三次更正処分）をおこなった。

【判旨】

「第二次更正処分は、第三次更正処分を行なうための前提手続たる意味を有するにすぎず、また、第三次更正処分も、実質的には、第一次更正処分の附記理由を追完したにとどまることは否定し得ず、また、かかる行為の効力には疑問がないわけではない。しかしながら、これらの行為も、各々独立の行政処分であることはいうまでもなく、その取消の求められていない本件においては、第一次更正処分は第二次更正処分によって取り消され、第三次更正処分は、第一次更正処分とは別個になされた新たな行政処分であると解さざるを得ない」として、「第一次更正処分の取消を求めるにすぎない本件訴は、第二次更正処分の行なわれた時以降、その利益を失うにいたった」

◎ 最判昭55.11.20

増額再更正処分は更正処分を取り消した上でなされる新たな処分であるという仕組みが法律上とられているから、税務署長の更正処分に対する取消訴訟を提起中に増額更正処分がなされたときは、当初の更正処分の取消しを求める訴えの利益は失われる。

《過去問チェック》

- 都市計画法では、客観的にみて許可基準の要件に適合しない開発行為に関する工事がされたときは、都道府県知事は、当該工事を行った者に対して、違反是正命令を発することができるから、開発許可が判決で取り消されたときは、当該取消判決に違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずることになる。（予備28-21）

☞ 誤り。最判平5.9.10。判例は、都市計画法に基づく開発許可の取消訴訟において、係争の開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後において、取消しを求める訴えの利益は失われるかが争われた事案において、都道府県知事は、客観的に見て都市計画法所定の要件に適合しない開発行為に関する工事を行った者に対して、「同法81条1項1号の規定に基づき違反是正命令を発することができるから、開発許可の存在は、違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ開発許可が違法であるとして判決で取り消されたとしても、違反是正命令を発すべき法的拘束力を生ずるものでもない」としている。

五 取消判決によっても原状回復が不可能な場合、原告の不利益状況が消滅した場合

取消判決によっても原状回復が不可能な場合に、訴えの利益なしとされることがある。しかし、このような場合には、むしろ行政事件訴訟法31条に定める事情判決によるべきではないかという問題がある。事情判決においては判決主文で処分の違法が宣言されるとともに、損害賠償又は損害防止の程度及びその方法等が考慮されるからである。最高裁判所も、土地改良工事完了後であるが、事業施行認可の訴えの利益を認めている。逆に、物理的状況が変わって原告の不利益状況が消滅してしまったために、訴えの利益が消滅するとされた事例もある。

◎ 最判平4.1.24 (百選II 178事件) 《新司23-30, 予備23-18》

「本件認可処分は、…すなわち、土地改良事業施行権を付与するものであり、本件事業において、本件認可処分後に行われる換地処分等の一連の手続及び処分は、本件認可処分が有効に存在することを前提とするものであるから、本件訴訟において本件認可処分が取り消されるとすれば、これにより右換地処分等の法的効力が影響を受けることは明らかである。そして、本件訴訟において、本件認可処分が取り消された場合

に、本件事業施行地域を本件事業施行以前の原状に回復することが、本件訴訟係属中に本件事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、不可能であるとしても、右のような事情は、行政事件訴訟法31条の適用に関して考慮されるべき事柄であって、本件認可処分の取消しを求める原告人の法律上の利益を消滅させるものではないと解するのが相当である。」

◎ 最判昭57.9.9（百選Ⅱ177事件）

Xらの原告適格の基礎は、保安林指定解除処分に基づく立木竹の伐採に伴う理水機能の低下の影響を直接受ける点において保安林の存在による洪水や濁水の防止上の利益を侵害されているところにあるのであるから、代替施設の設置によって洪水や濁水の危険が解消され、その防止上からは本件保安林の存続の必要がなくなったと認められるに至ったときは、もはやXらにおいて保安林指定解除処分の取消しを求める訴えの利益は失われる。

◎ 最判昭48.3.6

代執行の戒告の取消請求は建物が除却されてしまえば、取消しの利益はなくなる。

◎ 最判平24.4.27（重判平24行政6事件）

【事案】

Xは船舶の曳船等を業とする株式会社であり、その所有する船舶である甲船及び乙船を用いて、船舶給水作業を行ってきた。一方、Aは海上労働者の労働条件の維持改善等を目的とする海事運輸業界における産業別労働組合である。

XA間では、従前から、1年ごとに労働協約が締結され、その労働協約には、Xが雇用する船員は全てAの組合員でなければならない旨、Xは所属船舶の変動や営業方針の変更などによりAの組合員の雇用に影響が及ぶ場合には、あらかじめAと協議するものとする旨等が定められていた。

その後、XがAに対し不当労働行為をしたとして、中国船員地方労働委員会（以下「船員地労委」）は、Aの救済を認容する命令である1号命令及び2号命令（以下「本件救済命令」）を発した。そこで、Xが国を被告として本件救済命令の取消しを求めた事案である。なお、訴訟係属中の法改正によって、本件救済命令はY県労働委員会が発したものとみなされるに至ったため、Y県が国を訴訟承継している。

本件では、本件救済命令発令後に、組合員の退職によりXに雇用されているAの組合員は一人もいない状態になったこと、またXの所有する船舶で裸傭船契約の対象とされているのは甲船のみであったが他国の船に売却された、といった事情変更があったため、狭義の訴えの利益が失われたのではないかが争われた。

【判旨】

1号命令はAの組合員の乗り組んでいる当該各船舶を使用することを、2号命令はAとの間で従前の労働協約の内容に従った労使関係を営むことをそれぞれXに義務付けるものであるところ、Xは船舶の運航事業を営む会社として存続し、Aも多数の船員等を組合員とする産業別労働組合として存続しており、このような事実関係においては発令後の事情変更の後においても、Xによる上記各義務の履行が客観的に不可能であるとまではいうことはできず、その履行が救済の手段方法としての意味をおよそ有しないとまでいうことはできないから、各命令が当然にその効力を失ったということとはできない。

また1号命令はAによる団体交渉の申入れの応諾を、2号命令は特別手当の支払を、1号命令並びに2号命令はAへの文書の手交等をそれぞれXに義務付けるものであるところ、これらの義務は、事柄の性質上、いずれもXによる履行が客観的に不可能であるとはいえないものである上、上記のような事実関係の下では、上記発令後の事情変更の後においても、その履行が救済の手段方法としての意味を失ったとまでいうことはできないから、各命令が当然にその効力を失ったということとはできない。」

したがって、Xが1号命令及び2号命令の取消しを求める訴えの利益は、失われていない。

《過去問チェック》

- 土地改良事業の施行認可処分の取消訴訟において、当該事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、原状回復が不可能である場合であっても、訴えの利益を消滅させるものではないとした最高裁判所平成4年1月24日判決は、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、原状回復が不可能であるとの事情は、行政事件訴訟法第31条の事情判決の適用に関して考慮されるべき事柄であって、土地改良事業の施行認可処分の取消訴訟の訴えの利益を消滅させるものではないとしている。（新司18-36）

☞正しい。

- 土地改良事業の施行認可処分取消訴訟において、当該事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、原状回復が不可能である場合であっても、訴えの利益を消滅させるものではないとした最高裁判所平成4年1月24日判決は、土地改良事業の施行認可処分が取り消されれば、同処分後に行われる換地処分等の一連の手續及び処分の法的効力が影響を受けることを、訴えの利益を根拠付ける理由としている。(新司18-36)
- ☞正しい。
- 土地改良事業の施行認可処分取消訴訟において、当該事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、原状回復が不可能である場合であっても、訴えの利益を消滅させるものではないとした最高裁判所平成4年1月24日判決は、社会通念上、原状回復が法的に不可能となった場合において、原告が採り得る手段は損害賠償請求のみであり、同請求の前提として、土地改良事業の施行認可処分取消訴訟を提起しておかなければならないことを、訴えの利益を根拠付ける理由としている。(新司18-36)
- ☞誤り。本判決は、取消訴訟と損害賠償請求との関係には全く触れていない。また、最判昭36.4.21によれば、「行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ右行政処分につき取消又は無効確認の判決を得なければならぬものではない」とされており、本判決もこれを当然の前提としていると考えられる。
- Aは、自己所有建物の増築について建築基準法による確認を受けたが、その内容と異なり建築基準法令の規定に違反する工事を行ったとして、B県知事から工事停止命令を受け、その後、更に違反建築部分についての除却命令を受けた。しかし、Aは、これらの命令に従わないで建築を続行している。隣地の自宅に居住するCは、上記工事により、自宅とその敷地への日照がほとんど遮断され、通風も悪くなり、生活条件が著しく悪化する被害を受けるに至ると主張している。Aが代執行の違法を主張してその実施を阻止するための取消訴訟を提起していた場合において、B県知事が代執行を実施してそれが終了し、原状回復が不可能となったときでも、代執行により被った損害について金銭的な賠償を求める必要があるから、その取消訴訟に係る訴えの利益は失われない。(新司19-32)
- ☞誤り。最判昭48.3.6。違法建築物に対する除却命令が出され、行政代執行法に基づく代執行令書が発付されたため除却命令及び代執行令書発付処分の取消訴訟が提起されたが、その係属中に代執行による除却工事が完了した場合、判例によれば、訴えの利益は失われる。
- 退去強制令書の送還部分が執行され、被処分者が強制送還されてしまえば、処分はその目的を達成し、被処分者の退去義務は消滅するが、退去を強制された者の本邦への上陸拒否期間が経過するまでは、退去強制令書発付処分の取消しを求める訴えの利益は消滅しない。(新司23-30, 予備23-18)
- ☞正しい。最判平8.7.12。
- 都市計画法第29条に基づく開発許可の取消しを求める訴訟の係属中に、許可を受けた開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付されたとしても、当該開発許可が判決で取り消された場合には、違法な開発行為であることが公権的に確定され、その拘束力により都道府県知事等は同法第81条に基づく違反是正命令を発すべき義務を負うことになるから、開発許可の取消しを求める訴えの利益は消滅しない。(新司23-30, 予備23-18)
- ☞誤り。最判平5.9.10。判例は、「開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付もされた後においては、開発許可が有する前記のようなその本来の効果は既に消滅しており、他にその取消しを求める法律上の利益を基礎付ける理由も存しないことになるから、開発許可の取消しを求める訴えは、その利益を欠くに至るものといわざるを得ない」「たとえ開発許可が違法であるとして判決で取り消されたとしても、違反是正命令を発すべき法的拘束力を生ずるものでもないというべきである」としている。

六 原告が死亡した場合

原告の死亡に際し訴訟承継が認められないため、訴えの利益がなくなるとされることがある。生活保護請求権に関しては、朝日訴訟(最大判昭42.5.24, 百選I16事件)が、生活保護法に基づく保護変更決定に対する不服申立てを却下する裁決の取消しを求める訴えの利益は、保護受給権が一身専属の権利であり、他に譲渡し得ないし、相続の対象ともなり得ないから、被保護者の死亡によって当然消滅する、とした。これに対し、免職された公務員が処分の取消訴訟係属中に死亡した場合には、免職処分の取消しによって回復される給料請求権等が一身専属的な権利ではなく、相続の対象となり得る性質のものである以上、その訴訟は相続人において引き続きこれを追行することができ、原告適格も相続人に承継される(最判昭49.12.10, 百選I115事件, 旭丘中学事件)。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

【MEMO】

商 法 第21問	取締役の報酬等	R 1 予備試験
----------	---------	----------

〔第21問〕（配点：2）

監査役会設置会社の取締役の報酬等に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものはどれか。なお、各記述について、定款には、報酬等に関する事項の定めがないものとする。（解答欄は、[No.22]）

1. 判例の趣旨によれば、取締役の報酬については、株主総会の決議により、取締役全員の報酬の総額の最高限度額を定め、各取締役に対する配分の決定を取締役会の決定に委任することができ、その委任を受けた取締役会は、その決議によって、各取締役の報酬の額の決定を代表取締役に再委任することができる。
2. 判例の趣旨によれば、退任する取締役の退職慰労金については、株主総会の決議により、明示的又は黙示的に、その支給に関する基準を示し、具体的な金額等は当該基準によって定めるべきものとして、その決定を取締役会の決定に委任することができる。
3. 退任する取締役の退職慰労金に係る株主総会の決議においては、確定した額を定めるのではなく、具体的な算定方法を定めることはできない。
4. 株式会社が取締役に対し報酬として当該株式会社の株式を交付する場合には、交付する株式の数ではなく、具体的な算定方法を株主総会の決議により定めることができる。
5. 判例の趣旨によれば、退任した取締役が株主総会の決議を経て株式会社の内規に従い具体的な退職慰労年金債権を取得した場合には、その後、取締役会の決議によって当該内規が廃止されたときであっても、退任取締役相互間の公平を図るため集团的、画一的な処理が制度上要請されているという理由のみから、当該内規の廃止の効力を既に退任した取締役に及ぼし、その同意なく未支給の退職慰労年金債権を失わせることはできない。

商 法 第21問	取締役の報酬等	R 1 予備試験
----------	---------	----------

正解 3

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	6	3	86	2	2

(全体正答率 86%)

- 1 正しい。前段について。最判昭60. 3. 26。判例は、「株主総会の決議で取締役全員の報酬の総額を定め、その具体的な配分は取締役会の決定に委ねることができ、株主総会の決議で各取締役の報酬額を個別に定めることまでは必要ではな」としている。
よって、本記述前段は正しい。
後段について。株主総会から委任を受けた取締役会が代表取締役に決定を一任することもできるとされている（東京高判平30. 9. 26，東京地判平30. 4. 12，最判昭31. 10. 5）。
よって、本記述後段も正しい。
したがって、本記述は正しい。
- 2 正しい。最判昭44. 10. 28により、本記述は正しい。
判例は、退任する取締役の退職慰労金について、「株主総会の決議により、右報酬の金額などの決定をすべて無条件に取締役会に一任することは許されないというべきであるが、これと異なり、株主総会の決議において、明示的もしくは黙示的に、その支給に関する基準を示し、具体的な金額、支払期日、支払方法などは右基準によつて定めるべきものとして、その決定を取締役に任せることは差しつかえな」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回の株主総会の時点において退任する取締役は1人の場合が多いため、総額方式の決議では退職取締役個人への支給額が特定されてしまうということを挙げている。
- 3 誤り。本記述は、具体的な算定方法を定めることはできないとしている点で、誤っている。
取締役の退職慰労金は、その在職中における職務執行の対価として支給されるものである限り、会社法361条1項の「報酬等」に含まれる。そして、この「報酬等」のうち額が確定していないものについては、その具体的な算定方法を株主総会の決議によつて定めることができる（同条項2号）。
- 4 正しい。会社法361条1項3号により、本記述は正しい。
報酬等のうち金銭でないものについては、その具体的な内容を株主総会の決議によつて定めることができる（会社法361条1項3号）。
非金銭の報酬としては当該株式会社の株式があるところ、「具体的な内容」を株主総会の決議によつて定めればよいのであるから、交付する株式の数ではなく、具体的な算定方法を定めれば足りる。

5 正しい。最判平22・3・16により、本記述は正しい。

判例は、「退任取締役が被上告人の株主総会決議による個別の判断を経て具体的な退職慰労年金債権を取得したものである以上、その支給期間が長期にわたり、その間に社会経済情勢等が変化し得ることや、その後の本件内規の改廃により将来退任する取締役との間に不公平が生ずるおそれがあることなどを勘案しても、退職慰労年金については、上記のような集团的、画一的処理が制度上要請されているという理由のみから、本件内規の廃止の効力を既に退任した取締役に及ぼすことは許されず、その同意なく上記退職慰労年金債権を失わせることはできないと解するのが相当である。」としている。

【短答合格F I L Eから抜粋】

第361条（取締役の報酬等）《新司プレー43，18-46，20-41》

- 1 取締役の報酬，賞与その他の職務執行の対価として株式会社から受ける財産上の利益（以下この章において「報酬等」という。）についての次に掲げる事項は，定款に当該事項を定めていないときは，株主総会の決議によって定める。
- 1 報酬等のうち額が確定しているものについては，その額
 - 2 報酬等のうち額が確定していないものについては，その具体的な算定方法
 - 3 報酬等のうち金銭でないものについては，その具体的な内容
- 2 監査等委員会設置会社においては，前項各号に掲げる事項は，監査等委員である取締役とそれ以外の取締役とを区別して定めなければならない。
- 3 監査等委員である各取締役の報酬等について定款の定め又は株主総会の決議がないときは，当該報酬等は，第1項の報酬等の範囲内において，監査等委員である取締役の協議によって定める。
- 4 第1項第2号又は第3号に掲げる事項を定め，又はこれを改定する議案を株主総会に提出した取締役は，当該株主総会において，当該事項を相当とする理由を説明しなければならない。
- 5 監査等委員である取締役は，株主総会において，監査等委員である取締役の報酬等について意見を述べることができる。
- 6 監査等委員会が選定する監査等委員は，株主総会において，監査等委員である取締役以外の取締役の報酬等について監査等委員会の意見を述べるすることができる。

【趣旨】

会社法361条の趣旨は，本来，取締役の報酬の決定も業務執行の性質を有するものであり，取締役会あるいは代表取締役がなし得るはずであるが，これを認めるとお手盛りの弊害が生じることからこれを防止する点にある。

【ポイント】

一 「報酬」の意義及び範囲

「報酬」とは，名称の如何を問わず，取締役の業務執行の対価たるものをいう。

1 退職慰労金

判例は，取締役の在職中における職務執行の対価として支給される限り，「報酬」に含まれるとしている（最判昭39.12.11，会社法百選61事件）。これは，残存取締役も，将来，退職慰労金を受けることを考慮すれば，お手盛りに準じた弊害が生じ得るからである。

2 使用人兼務取締役の使用人分給与

判例は，使用人給与体系が明確に確立しており，かつ，使用人分は別に支払う旨を明示すれば，「報酬」には含まれないとする（最判昭60.3.26）。これは，そのような開示があれば，株主総会が監督権限を果たせなくなるとは考えられないからである。

二 報酬の決定及び配分の方法

1 報酬の場合

定款の規定又は株主総会決議によるものとされている（会社法361条1項）。

取締役の報酬の金額・時期・方法の決定を無条件で取締役会へ一任する決議は無効である。なぜなら，かかる決議は会社法361条の趣旨を没却するものだからである。

もっとも，全取締役に対する報酬の総額の最高限度額を株主総会決議で定めれば，個々の取締役に対する支給額の配分は取締役会に一任されたものとして有効と解されている（最判昭60.3.26）。なぜなら，総額の最高限度額を決定すれば，お手盛りの危険は防止できるからである。

2 退職慰労金の場合

判例は、退職慰労金決議が無条件に取締役会に一任する趣旨ではなく、会社の業績・退職役員の勤続年数などから算定した一定の基準により慰労金を決定する方法が慣例となっており、この慣例によって定めるべきことを示してなされたときは有効な決議であるとしている（前掲最判昭39.12.11、会社法百選61事件）。

(図表) 役員等の報酬

	定款に定めのない場合	その他
取締役（会社法361条）	株主総会	
会計参与（会社法379条）	株主総会	※ 会計参与の協議
監査役（会社法387条）	株主総会	※ 監査役協議
会計監査人（会社法399条）	取締役	監査役の過半数又は監査役会の同意

※ 2人以上ある場合において、各人の報酬について定款の定め又は株主総会決議がないときは、定款又は総会の決議で定められた総額の範囲内で、協議により決定される。

三 ストック・オプション

近年では、業績連動型報酬（インセンティブ報酬）として、取締役に対して新株予約権（会社法2条21号）を付与する会社も増えている。このような目的で付与される新株予約権を、ストック・オプションと呼ぶことが多い。

これを付与された取締役は、どれだけ会社の株価が上昇しても、当初定められた行使価格で新株予約権を行使し、株式を取得できるため、会社の業績を向上させ株価を上昇させようとするインセンティブが働く。

このような目的で新株予約権を取締役に付与する場合も、取締役が職務執行の対価として財産上の利益を会社から受けていることになるため、会社法361条が適用される。

- ◎ 最判昭39.12.11 (会社法百選61事件)《新司18-46》
会社の役員に対する退職慰労金は、その在職中における職務執行の対価として支給されるものである限り、旧商法269条(会社法361条)の「報酬」に当たる。
株式会社役員に対する退職慰労金支給に関する「金額、支給期日、支払方法を取締役に一任する」との株主総会決議をした場合でも、その決議は、当該会社において慣例となっている一定の支給基準によって支給すべき趣旨であるときは、株主総会においてその金額等に関する一定の枠が決定されたものというべきであるから、旧商法269条(会社法361条)の趣旨に反して無効であるということとはできない。
- ◎ 最判昭60.3.26《新司18-46, 24-42, 予備24-20》
使用人として受けるべき給与体系が明確に確立している場合、使用人兼務取締役について、別に使用人として給与を受けることを予定しつつ、取締役として受ける報酬額のみを株主総会で決議することとしても、取締役としての実質の意味における報酬が過多でないかどうかについて株主総会が監視機能を果たせなくなるとは考えられないから、かかる決議が旧商法269条(会社法361条)の脱法行為に当たるとはいえない。
- ◎ 最判平4.12.18 (会社法百選62事件)《新司18-46, 24-42, 予備24-20》
株式会社において、定款又は株主総会の決議(株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。)によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、報酬請求権を失うものではない。これは、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に当該株主総会決議がされた場合であっても異なるものではない。
- ◎ 最判平17.2.15 (重判平17商法3事件)
旧商法269条(会社法361条1項)、旧商法279条1項(会社法387条1項)が、「株式会社の取締役及び監査役の報酬について、定款にその額の定めがないときは、株主総会の決議によって定めると規定している趣旨目的は、取締役の報酬にあつては、取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止し、監査役の報酬にあつては、監査役の独立性を保持し、さらに、双方を通じて、役員報酬の額の決定を株主の自主的な判断にゆだねるところにあると解される。そして、株主総会の決議を経ずに役員報酬が支払われた場合であっても、これについて後に株主総会の決議を経ることにより、事後的にせよ上記の規定の趣旨目的は達せられるものということができるから、当該決議の内容等に照らして上記規定の趣旨目的を没却するような特段の事情があると認められない限り、当該役員報酬の支払は株主総会の決議に基づく適法有効なものになるというべきである。」
- ◎ 最判平22.3.16 (重判平22商法3事件)
「被上告人の取締役に対する退職慰労年金は、取締役の職務執行の対価として支給される趣旨を含むものと解されるから、会社法361条1項にいう報酬等に当たる。本件内規に従って決定された退職慰労年金が支給される場合であっても、取締役が退任により当然に本件内規に基づき退職慰労年金債権を取得することはなく、被上告人の株主総会決議による個別の判断を経て初めて、被上告人と退任取締役との間で退職慰労年金の支給についての契約が成立し、当該退任取締役が具体的な退職慰労年金債権を取得するに至るものである。被上告人が、内規により退任役員に対して支給すべき退職慰労金の算定基準等を定めているからといって、異なる時期に退任する取締役相互間についてまで画一的に退職慰労年金の支給の可否、金額等を決定することが予定されているものではなく、退職慰労年金の支給につき、退任取締役相互間の公平を図るために、いったん成立した契約の効力を否定してまで集团的、画一的な処理を図ることが制度上要請されているとみることはできない。退任取締役が被上告人の株主総会決議による個別の判断を経て具体的な退職慰労年金債権を取得したものである以上、その支給期間が長期にわたり、その間に社会経済情勢等が変化し得ることや、その後の本件内規の改廃により将来退任する取締役との間に不公平が生ずるおそれがあることなどを勘案しても、退職慰労年金については、上記のような集团的、画一的な処理が制度上要請されているという理由のみから、本件内規の廃止の効力を既に退任した取締役に及ぼすことは許されず、その同意なく上記退職慰労年金債権を失わせることはできないと解するのが相当である。」

◎ 東京地判平25. 8. 5

【事案】

Xは（現代表取締役、株主）、過去に代表取締役であったY（前代表取締役）に対して、過去に支払われていた役員報酬2400万円が株主総会の決議を経ずに支払われた違法なものであるとして、役員報酬相当額の損害賠償を請求した。

【判旨】

会社法361条1項が、取締役の報酬等の額については、定款に定めのないときは、株主総会の決議によって定めるとし、取締役の報酬の額の決定を株主総会の決議にかからしめている趣旨は、取締役の報酬の額について、取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止するために、これを定款又は株主総会の決議で定めることとし、株主の自主的な判断にゆだねているからであると解される…。そうすると、株主総会決議を経ないで取締役の報酬が支払われた場合であっても、株主総会決議を経た場合と同視できる事実が存在する場合、すなわち、株主総会決議に代わる全株主の同意があった場合には、上記趣旨を全うすることができるのであるから、当該決議の内容等に照らして上記規定の趣旨目的を没却するような特段の事情が認められない限り、当該役員報酬の支払は適法有効なものになるというべきである。

《過去問チェック》

- 取締役会設置会社（委員会設置会社を除く。）の取締役の報酬等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、各記述について、定款には、報酬等に関する事項の定めがないものとする。（新司24-42、予備24-20）
- ア. 判例によれば、取締役が死亡した場合の弔慰金の支給は、それが在職中の職務執行の対価であるときは、株主総会の決議によらなければならない。
- イ. 判例によれば、株主総会の決議に基づいて取締役の報酬の額が具体的に定められた場合でも、その後、株主総会がその取締役の報酬を無報酬とする旨の決議をしたときは、その取締役は、これに同意しなくても報酬を請求することができなくなる。
- ウ. 判例によれば、株主総会の決議で取締役全員の報酬の総額を定め、その具体的な配分は、取締役会の決定に委ねることができる。
- エ. 会社が、取締役に対し、その報酬等としていわゆるストック・オプションとしての新株予約権を付与する場合には、株主総会の決議によることを要しない。
- オ. 会社が会社法上の公開会社である場合には、事業報告により、その事業年度に係る取締役ごとの個別の報酬の額を明らかにしなければならない。
- ☞ア正しい。最判昭48. 11. 26。判例は、本記述と同様の事案において、取締役が死亡した場合の弔慰金の支給は、それが在職中の職務執行の対価であるときは、株主総会の決議によらなければならないとしている。その理由として、判例は、「株式会社の取締役または監査役であつた者に対して支給される退職慰労金（死亡の場合の弔慰金を含む。…）は、それが在職中の職務執行の対価であるときは、商法269条〔注：現会社法361条1項〕にいう報酬に含まれると解される」ということを挙げている。
- イ誤り。最判平4. 12. 18。
- ウ正しい。最判昭60. 3. 26。
- エ誤り。会社法2条21号、236条1項、361条1項1号3号。新株予約権は、あらかじめ定められた期間内に、あらかじめ定められた額の金銭等を出資することにより会社から一定数の同社株式の交付を受けることができる権利である（会社法2条21号、236条1項）。その権利者は株価が高くなるほど相対的に安い対価で株式を手に入れることができるので、取締役が新株予約権を付与されると、期間内に会社の業績を向上させ株価を上昇せよとのインセンティブが働く。そこで、取締役に対し、いわゆるインセンティブ報酬の趣旨で、会社から新株予約権が付与される場合があり、これをストック・オプションという。これは、その公正価値をもって「報酬等のうち額が確定しているもの」（会社法361条1項1号）に該当するとともに、「報酬等のうち金銭でないもの」（会社法361条1項3号）にも該当する。よって、株主総会の決議が必要になる。
- オ誤り。会社法435条2項、437条、442条、会社法施行規則119条2号、121条3号。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

【MEMO】

民事訴訟法 第38問	弁論準備手続	R 1 予備試験
------------	--------	----------

〔第38問〕（配点：2）

弁論準備手続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。（解答欄は、[No.46]）

- ア. 裁判所は、事件を弁論準備手続に付する場合には、当事者の意見を聴かなければならない。
- イ. 裁判所は、弁論準備手続において、当事者の一方が申し出た者の傍聴を許す場合には、他方の当事者の意見を聴かなければならない。
- ウ. 裁判所は、弁論準備手続において、証拠の申出に関する裁判をすることはできるが、証拠調べをすることはできない。
- エ. 当事者は、口頭弁論において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない。
- オ. 裁判所は、受命裁判官又は受託裁判官に弁論準備手続を行わせることができる。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ オ 4. ウ エ 5. ウ オ

民事訴訟法 第38問	弁論準備手続	R 1 予備試験
------------	--------	----------

正解 2

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	7	76	6	6	4

(全体正答率 76%)

ア正しい。民事訴訟法168条により、本記述は正しい。

裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認めるときは、**当事者の意見を聴いて**、事件を弁論準備手続に付することができる（民事訴訟法168条）。準備的口頭弁論（民事訴訟法164条）と異なり、弁論準備手続において、当事者の意見を聴かなければならないとされているのは、弁論準備手続でなし得る行為はより限定されており、また当事者の協力が得られなければ、円滑な争点整理は期待できないからである。

そのため、当事者の意見の聴取は弁論準備手続開始の手続要件であり、裁判所は、事件を弁論準備手続に付する際には当事者の意見を聴取しなければならない。

イ誤り。本記述は、他方の当事者の意見を聴かなければならないとしている点で、誤っている。

弁論準備手続において、裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる（民事訴訟法169条2項本文）。ただし、**当事者が申し出た者については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認める場合を除き、その傍聴を許さなければならない**（同条項ただし書）。

弁論準備手続は、口頭弁論ではないので、手続を一般公開する必要はない。しかし、可能な限り公開主義（憲法82条1項）の精神を実現するため、裁判所は、当事者の一方から傍聴の申出のあった者については、支障を生ずるおそれがあると認める場合を除き、原則として傍聴を許さなければならない。その際、他方当事者の意見を聴く必要はない。

ウ誤り。本記述は、裁判所が弁論準備手続において、証拠調べを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170条2項。裁判所は、弁論準備手続の期日において、証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判及び**文書**（同法231条に規定する物件を含む。）の証拠調べをすることができる。

これは、争点整理には書証の認否が不可欠であること、及び、人証の必要性の判断には文書の取調べが必要であることから、例外的に文書の証拠調べを行うことを定めたものである。

エ正しい。民事訴訟法173条により、本記述は正しい。

当事者は、口頭弁論において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない（民事訴訟法173条）。

その趣旨は、判決手続における口頭弁論の原則の要請（民事訴訟法87条1項本

文)を満たし、弁論準備手続で提出された資料を訴訟資料とする点にある。

オ誤り。本記述は、裁判所は受託裁判官に弁論準備手続を行わせることができるとしている点で、誤っている。

弁論準備手続の主宰者は、原則として受訴裁判所であるが(民事訴訟法168条)、裁判所は、受命裁判官に弁論準備手続を行わせることができる(民事訴訟法171条1項)。

これは、事件の内容等を十分把握している受訴裁判所またはその構成員である受命裁判官が手続を担当することが合理的であり、また、争点整理と口頭弁論の連続性を確保する必要があるからである。

よって、弁論準備手続は、受訴裁判所又は受命裁判官が行うものとされており、受託裁判官に行わせることはできない。

以上により、正しい記述はアとエであり、したがって、正解は肢2となる。

【短答合格FILEから抜粋】

(2) 弁論準備手続 (168条)

第168条 (弁論準備手続の開始) 《新司21-63, 24-62》

裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、事件を弁論準備手続に付することができる。

第169条 (弁論準備手続の期日) 《新司18-59, 21-63, 24-62》

- 1 弁論準備手続は、当事者双方が立ち会うことができる期日において行う。
- 2 裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる。ただし、当事者が申し出た者については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認める場合を除き、その傍聴を許さなければならない。

第170条 (弁論準備手続における訴訟行為等) 《新司プレー64, 18-59, 21-63・67, 24-62》

- 1 裁判所は、当事者に準備書面を提出させることができる。
- 2 裁判所は、弁論準備手続の期日において、証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判及び文書（第231条に規定する物件を含む。）の証拠調べをすることができる。
- 3 裁判所は、当事者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、当事者の意見を聴いて、最高裁判所規則で定めるところにより、裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話を行うことができる方法によって、弁論準備手続の期日における手続を行うことができる。ただし、当事者の一方がその期日に出頭した場合に限る。
- 4 前項の期日に出頭しないで同項の手続に関与した当事者は、その期日に出頭したものとみなす。
- 5 第148条から第151条まで、第152条第1項、第153条から第159条まで、第162条、第165条及び第166条の規定は、弁論準備手続について準用する。

第171条 (受命裁判官による弁論準備手続) 《新司22-61》

- 1 裁判所は、受命裁判官に弁論準備手続を行わせることができる。
- 2 弁論準備手続を受命裁判官が行う場合には、前2条の規定による裁判所及び裁判長の職務（前条第2項に規定する裁判を除く。）は、その裁判官が行う。ただし、同条第5項において準用する第150条の規定による異議についての裁判及び同項において準用する第157条の2の規定による却下についての裁判は、受訴裁判所がする。
- 3 弁論準備手続を行う受命裁判官は、第186条の規定による調査の嘱託、鑑定嘱託、文書（第231条に規定する物件を含む。）を提出してする書証の申出及び文書（第229条第2項及び第231条に規定する物件を含む。）の送付の嘱託についての裁判をすることができる。

第172条 (弁論準備手続に付する裁判の取消し)

裁判所は、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、弁論準備手続に付する裁判を取り消すことができる。ただし、当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならない。

第173条 (弁論準備手続の結果の陳述) 《新司24-61》

当事者は、口頭弁論において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない。

第174条 (弁論準備手続終結後の攻撃防御方法の提出) 《新司18-68, 21-63, 予備24-38》

第167条の規定は、弁論準備手続の終結後に攻撃又は防御の方法を提出した当事者について準用する。

【趣旨】

「弁論準備手続」とは、口頭弁論期日外で、専ら争点や証拠の整理を目的とする受訴裁判所又は受命裁判官が行う手続のことである。

従来行われていた弁論兼和解手続から和解手続を分離して旧法の問題点（失権効等）を解消し、利用し

やすい争点・証拠整理手続とする趣旨で設けられたものである。

【ポイント】

① 手続

裁判所の裁量により手続が開始されるが、その際、裁判所は「当事者の意見」を聴く必要がある（168条）。その趣旨は、争点整理の選択については当事者の意思を反映してその協力を得ることにより、争点整理の実効性を確保することにある。

口頭弁論手続ではないので、原則は非公開である（169条2項）。もっとも、当事者の手続保障を充足すべく当事者の立会権が認められている（169条1項）。また、制度の実効性を確保すべく文書、準文書の証拠調べが認められている（170条2項）。更に裁判所は、当事者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、当事者の意見を聴いて、電話会議の方法によって弁論準備手続を行うことができる（170条3項）。

手続終結にあたり当事者との間で証明すべき事実を確認するとともに、相当と認めるときは結果を要約した書面を提出させることができることは準備的口頭弁論の場合と同様である（170条5項、165条）。弁論準備手続後の口頭弁論において、当事者は弁論準備手続の結果を陳述しなければならない（173条）。これは、口頭主義・公開主義・直接主義の要請を充足させ、後の口頭弁論期日での証拠調べへと成果を活かすためのものである。

② 効果

手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出について説明義務が課されることは、準備的口頭弁論の場合と同様である（174条、167条）。

《過去問チェック》

- 弁論準備手続の結果は、その後の口頭弁論において陳述されなければならないが、準備的口頭弁論の結果は、陳述される必要がない。（新司22-61）
 - ☞正しい。本記述前段について、173条。本記述後段について、準備的口頭弁論は、直接主義が妥当する口頭弁論の一種であり、そこに顕出された資料は当然に訴訟資料となるため、弁論準備手続とは異なり手続の結果を改めて口頭弁論に上程する必要はないとされている。
- 準備的口頭弁論の期日においても、弁論準備手続の期日においても、両当事者を呼び出して立会いの機会を与えなければならない。（新司22-61）
 - ☞正しい。本記述前段について、準備的口頭弁論は双方審尋主義が妥当する口頭弁論の一種であるため、当事者の対席が原則となる。本記述後段について、169条1項。
- 準備的口頭弁論の期日においても、弁論準備手続の期日においても、検証物の証拠調べをすることができる。（新司22-61）
 - ☞誤り。準備的口頭弁論は口頭弁論の一種であるため、口頭弁論で行うことのできる訴訟行為は争点整理目的に関するものであればすべて可能であり、準備的口頭弁論期日では、他の争点整理手続と異なり、文書以外の証拠調べも可能である。そこで、検証物の証拠調べをすることができる。これに対して、弁論準備手続では文書（準文書を含む）以外の証拠調べはできない（170条2項）。
- 準備的口頭弁論の期日においても、弁論準備手続の期日においても、釈明処分として当事者本人の出頭を命ずることができる。（新司22-61）
 - ☞正しい。151条1項1号、170条5項。
- 弁論準備手続を行う受命裁判官は、文書の証拠調べをすることができない。（新司26-63）
 - ☞誤り。170条2項、171条1項、2項かつこ書。
- 最初の弁論準備手続の期日に当事者の一方が欠席した場合には、その当事者があらかじめ提出した準備書面に記載した事項を陳述したものとみなすことができる。（新司26-64、予備26-37）
 - ☞正しい。170条5項、158条。
- 裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認める場合において、事件を弁論準備手続に付するときは、当事者の同意を得なければならない。（新司26-65、予備26-38）
 - ☞誤り。168条。事件を弁論準備手続に付する場合は、当事者の意見を聴取することが要件となるが、当事者の同意まで要するものではない。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

- 弁論準備手続の期日において、証人尋問の採否を決定することができる。(新司26-66)
 - ☞正しい。170条2項。
- 裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話を行うことができる方法によって弁論準備手続の期日における手続を行う場合には、当該期日において和解をすることができない。(新司26-66)
 - ☞誤り。平成15年改正法において、旧規定が削除され、和解等の訴訟行為を電話会議の方法による弁論準備手続期日においても実施できるものとされた。
- 弁論準備手続で提出された資料は、当事者が口頭弁論において弁論準備手続の結果を陳述しなければ、これを訴訟資料とすることができない。(新司26-66)
 - ☞正しい。173条。
- 弁論準備手続の終結後には、新たな攻撃又は防御の方法を提出することができない。(新司26-66)
 - ☞誤り。174条、167条。
- 弁論準備手続期日において、証人の採否の決定及び証人尋問を行うことができる。(予備27-40)
 - ☞誤り。170条2項。裁判所は、弁論準備手続の期日において、証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外において行うことができる裁判…を行うことができる。証拠の申出に関する裁判には、証人・当事者本人尋問の採用決定も含まれる。しかし、弁論準備手続の証拠調べについては、「文書(第231条〔文書に準ずる物件〕に規定する物件を含む。)の証拠調べを行うことができる」と規定されているのみで、人証の証拠調べができるとの規定はない。
- 裁判所は、弁論準備手続の期日を公開しなければならない。(予備27-40)
 - ☞誤り。169条2項本文。裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる。同項は、弁論準備手続が原則として非公開であることを前提としている。
- 裁判所は、弁論準備手続の期日に相当と認める者の傍聴を許すことができるが、当事者が申し出た者については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認められる場合であっても、その傍聴を許さなければならない。(予備29-37)
 - ☞誤り。169条2項。裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる。ただし、当事者が申し出た者については、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認める場合を除き、その傍聴を許さなければならない。
- 弁論準備手続を行う受命裁判官は、調査の囑託、鑑定の囑託、文書を提出してする書証の申出及び文書の送付の囑託についての裁判をすることができる。(予備29-37)
 - ☞正しい。171条3項。
- 裁判所は、当事者双方の申立てがある場合であっても、相当でないと認めるときは、弁論準備手続に付する裁判を取り消さないことができる。(予備29-37)
 - ☞誤り。172条。裁判所は、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、弁論準備手続に付する裁判を取り消すことができる。ただし、当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならない。

(図表) 争点整理手続の比較

	準備的口頭弁論	弁論準備手続	書面による準備手続
意義	争点及び証拠の整理を目的とする口頭弁論	争点及び証拠の整理を行う準備手続	当事者の出頭なしに準備書面の提出等により争点及び証拠の整理を行う期日外における準備手続
開始要件	争点及び証拠の整理の必要性(164条)	争点及び証拠の整理の必要性+当事者の意見聴取(168条)	争点及び証拠の整理の必要性+当事者の遠隔地居住その他の相当性+当事者の意見聴取(175条)
最初の期日前実施	可	当事者に異議なきとき(民事訴訟規則60条1項ただし書かつこ書)	可(民事訴訟規則60条1項ただし書参照)
主宰者 ※	受訴裁判所	受訴裁判所・受命裁判官(171条1項)	裁判長・高等裁判所では受命裁判官も可(176条1項)
訴訟行為 ※	口頭弁論で行うことのできることは、争点整理目的に関するものであれば、すべて可能	受訴裁判所：期日外裁判(170条2項) 受命裁判官：調査囑託、鑑定囑託、書証の申出、送付囑託に関する裁判 準備書面提出(170条1項)、 文書の証拠調べ(170条2項、171条2項)、 釈明権行使等(170条5項、149条)、 証拠の申出(民事訴訟規則88条1項)	準備書面提出・書証の写しの提出等(175条、176条2項)、 釈明権行使等(176条4項)
手続公開	公開法廷	原則非公開、関係者に傍聴可能性肯定(169条2項)	そもそも公開の対象となる期日を予定していない
電話会議 ※	利用不可	一方当事者の不出頭の場合に利用可(170条3項、4項)	利用可(176条3項)
	準備的口頭弁論	弁論準備手続	書面による準備手続
手続離脱	① 終了決定 ア 争点整理の完了 イ 当事者の懈怠による終了(166条) ② 職権による取消決定(120条)	① 終結決定 ア 争点整理の完了 イ 当事者の懈怠による終了(170条5項、166条) ② 取消決定 ア 申立て又は職権による裁量的取消し(172条本文) イ 当事者双方の申立てによる必要的取消し(172条ただし書)	① 争点整理の完了による終結決定 ② 職権による取消決定(120条)

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

争点整理手続終了の際の争点確認	①ア 口頭で争点確認（165条1項） イ 相当と認めるときは調書に記載（民事訴訟規則86条1項） ② 要約書面の提出（165条2項，民事訴訟規則86条2項）	同左（170条5項，民事訴訟規則90条・86条2項）	① 口頭での争点確認は予定されていない ② 要約書面の提出（176条4項，165条2項，民事訴訟規則92条，86条2項）
争点整理手続終了後の口頭弁論における手続	口頭弁論ゆえ，弁論上程は不要	弁論準備手続の結果を陳述し，証拠調べによって証明すべき事実を確認（173条，民事訴訟規則89条）	準備手続で整理した攻撃防御方法を提出し（準備書面の陳述等），証拠調べによって証明すべき事実を確認（177条），必要的調書記載（民事訴訟規則93条）
説明義務	手続終了後の攻撃防御方法（167条，民事訴訟規則87条）	同左（174条・167条，民事訴訟規則90条，87条）	事実確認・要約書面陳述後の攻撃防御方法（178条，民事訴訟規則94条，87条2項）

※ 進行協議期日について

裁判所は，口頭弁論の期日外において，その審理を充実させることを目的として，当事者双方が立ち会うことができる進行協議期日を指定することができる（民事訴訟規則95条1項）。そして，裁判所は，受命裁判官に進行協議期日における手続を行わせることができる（民事訴訟規則98条）。

また，進行協議期日は，争点等の整理を目的とするものではなく，進行に関する協議を実施するためのものであるから新たな訴訟資料が提出されることは予定されていない。そのため，事実上資料が提出されたとしても，訴訟資料とはならない。

さらに，電話会議システムを利用することができる（民事訴訟規則96条1項）。

刑事訴訟法 第23問	違法収集証拠	R 1 予備試験
------------	--------	----------

〔第23問〕（配点：3）

違法収集証拠の証拠能力に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものには1を、誤っているものには2を選びなさい。ただし、判例がある場合には、それに照らして考えるものとする。（解答欄は、アからオの順に【No.33】から【No.37】）

- ア. 違法に収集された証拠物の証拠能力が否定されるか否かは、専ら憲法の解釈に委ねられており、憲法第31条の適正手続の保障自体の要請として、証拠物の収集手続に重大な違法があり、これを使用して被告人を処罰することによって手続全体が適正を欠くものとなる場合に限って、その証拠能力が否定される。【No.33】
- イ. 被告人を逮捕する際に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていないという違法がある場合、警察官が逮捕手続の違法を糊塗するため、逮捕時に逮捕状を呈示した旨の虚偽を逮捕状に記入した上、同旨の内容虚偽の捜査報告書を作成し、さらに、公判廷において、同旨の内容虚偽の証言をしたという事情が存するとしても、これらは逮捕後に生じたものであるから、その逮捕当日に任意に採取された尿の鑑定書の証拠能力を判断するに当たり、これを考慮することはできない。【No.34】
- ウ. 証拠物の収集手続にその証拠能力を否定すべき重大な違法があるか否かを判断するに当たり、手続違反がなされた際の状況や適法になし得た行為からの逸脱の程度を考慮することはできるが、警察官の、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図の有無を考慮することはできない。【No.35】
- エ. 違法な捜査手続の結果収集された証拠物が犯罪の立証上重要なものであればあるほど、その証拠能力を否定することは、事案の真相の究明との抵触が大きくなるため、逮捕手続に重大な違法が認められる場合であっても、その逮捕中に被告人が任意に提出した尿から覚せい剤成分が検出された旨の鑑定書は、同人の覚せい剤使用の罪に係る公判において、証拠能力が否定されることはない。【No.36】
- オ. ある証拠物が収集された直接の手続のみに着目すれば違法が認められない場合でも、それに先行する捜査手続（先行手続）に重大な違法があつて、当該証拠物がその先行手続と密接な関連を有するときは、その証拠能力が否定されることがある。【No.37】

刑事訴訟法 第23問	違法収集証拠	R 1 予備試験
------------	--------	----------

正解 2, 2, 2, 2, 1

肢別解答率(%)	1	2
ア	16	83
イ	8	90
ウ	5	93
エ	8	90
オ	96	2

(全体正答率 70%)

ア誤り。本記述は、専ら憲法の解釈に委ねられておりとしている点、及びこれを使用して被告人を処罰することによって手続全体が適正を欠くものとなる場合に限ってとしている点で、誤っている。

最判昭53. 9. 7 (百選90事件)。前段について。判例は、承諾を得ることなく、覚せい剤所持の嫌疑のあった被告人の内ポケットに手を入れて、中身を取り出したところ、覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤不法所持の現行犯人として逮捕したうえ、覚せい剤を差し押さえたという事案において、「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、**刑訴法の解釈に委ねられているもの**と解するのが相当である」としている。

よって、本記述前段は誤っている。

後段について。判例は、「また、憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、**将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。**」としている。

よって、本記述後段も誤っている。

イ誤り。本記述は、これらは逮捕後に生じたものであるから、その逮捕当日に任意に提出された尿の鑑定書の証拠能力を判断するに当たり、これを考慮することはできないとしている点で、誤っている。

最判平15. 2. 14 (百選92事件)。判例は、本記述と同様の事案において、「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない(逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。)という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮

すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない」とした上で、「本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であり、「その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである」とし、逮捕後に生じた事情も考慮して、尿の鑑定書の証拠能力を否定している。

ウ誤り。本記述は、警察官の、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図の有無を考慮することはできないとしている点で、誤っている。

最判昭53.9.7(百選90事件)。判例は、「被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出したB巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、「本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたい」などとして、覚せい剤等の証拠能力を肯定している。

エ誤り。本記述は、逮捕手続に重大な違法があつても、証拠物が立証上重要であれば、証拠能力が否定されることはないとしている点で、誤っている。

最判平15.2.14(百選92事件)。判例は、肢イの事案において、「本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、…重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきであ」り、「その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである」として、逮捕手続に重大な違法がある場合において、「このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でない」と判断されるときに、証拠能力を否定している。

よって、証拠物が重要であるからといって、直ちに、違法収集証拠排除法則の適用は否定されない。

オ正しい。最判平15.2.14(百選92事件)により、本記述は正しい。

判例は、肢イの事案において、「本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、…重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきであ」り、「その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである」として、重大な違法がある捜査手続(先行手続)と密接な関連を有する尿の鑑定書の証拠能力を否定している。

【短答合格FILEから抜粋】

第9節 違法収集証拠

5-9-1

一 総説

1 意義

違法収集証拠排除法則とは、証拠の収集手続が違法である場合、その証拠能力を認めず、裁判の証拠から排除すべきという原則をいう。憲法、刑事訴訟法上明文の規定はないが、判例・通説は認めている。

2 実質的根拠

違法収集証拠排除法則の実質的根拠は、適正手続の保障（憲法31条，35条）、将来における違法捜査抑止、司法の廉潔性の維持にある。

◎ 最判昭53.9.7（百選90事件）

違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑事訴訟法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑事訴訟法は、「刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」（同法1条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があると直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法35条が、憲法33条の場合及び令状による場合を除き、住所の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑事訴訟法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に憲法35条及びこれを受けた刑事訴訟法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

5-9-2

二 ☆（論点）具体的判断

判例の基準で考える場合、違法の重大性及び排除の相当性の判断要素が問題となる。

この点については、被疑者、被告人の人権を侵害する程度及び刑事司法の公正さを疑わせるおそれの程度と、真実発見の要請の比較衡量で判断せざるを得ない。

具体的には、(i) 違反した法規の重大性、(ii) 違反の態様、(iii) 被告人の利益を直接侵害した程度、(iv) 当該捜査方法が将来繰り返される確率、(v) 当該事案の重大性と当該証拠の事案における重要性、(vi) 手続の違法と証拠収集の因果性等を考慮して判断すべきである。

◎ 最判昭27.2.21

令状の記載に明白な誤記があった程度の形式的な違法であれば、押収物の証拠能力は否定されない。

◎ 最決平8.10.29

捜索の現場で警察官が被告人に暴行を加えるという違法があっても、それ以前に発見された覚せい剤の証拠能力は否定されない。

◎ 最決平17.7.19（重判平17刑訴1事件）

治療目的で救急患者から採尿して薬物検査をした医師からの通報を受けて、警察官が前記尿を押収したという本件事情の下では、前記医師の採尿及び薬物検査は医療上の必要があったので被告人からの承諾がなくても医療行為として違法であるとはいえず、患者の尿から違法薬物を検出した場合に捜査機関に通報することは正当行為として許容され医師の守秘義務には違反しないので、違法収集証拠に関する所論は前提を欠く。

◎ 東京高判平19.9.18（重判平20刑訴4事件）

警察官が、任意捜査として所持品検査に応じるよう説得するとしても、合理的な時間内に協力が得られなければ打ち切らざるを得ず、被告人らの繰り返し立ち去りたいとの意思を無視して職務質問を継続したことは明らかに任意捜査の限界を超えた違法なものである。そして、これに引き続き公務執行妨害罪による現行犯逮捕及び逮捕に伴う車両の搜索差押えも一体として令状主義の精神を没却するような重大な違法とされ、押収された大麻等の証拠能力を否定した。

このように最高裁が、違法収集証拠として証拠能力を否定したものは皆無であったが、近時、違法収集証拠として、尿の鑑定書の証拠能力を否定した判例が現れた。

◎ 最判平15.2.14（百選92事件）

本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである（最判昭53.9.7参照）。

前記のとおり、本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。

5-9-3

三 ☆ （論点）供述証拠の収集手続に違法がある場合

違法収集証拠の問題は、多くは証拠物の採取過程に違法がある場合に検討されているが、供述証拠の採取過程に違法がある場合であっても問題となる。

供述証拠が自白である場合、多くは「任意性のない自白」として証拠能力が否定されるが（319条1項）、任意性に影響はななくとも、収集手続が違法であることは考えられる（自白法則の根拠につき違法排除説に立たない場合）。この点に関し、別件逮捕・勾留中に収集された自白の証拠能力を否定した下級審裁判例がある。なお、最高裁において、供述証拠の収集手続に違法がある場合について証拠能力を否定した例はない。

◎ 金沢地七尾支判昭44. 6. 3

右に述べた如き別件逮捕・勾留中に収集された自白の証拠能力について検討するに、右自白は前述の如く憲法の規定する令状主義並びに国民の基本的人権の保障に違背する手続の下に得られたものであるところ、実体的真実の発見のみを強調すれば右手続的瑕疵は当該自白の証拠能力それ自体に影響を及ぼすものではなく、自白収集過程における瑕疵違法については違法行為者に対し刑事訴追、懲戒あるいは損害賠償を求める等別途の救済方法によるべきものであると解することになるが、憲法それ自身が31条において適正手続の保障を規定し、刑事訴訟法がその第1条において実体的真実の発見は公正な手続に従って遂行されるべき旨を宣明し、刑事司法による正義の実現と共に刑事司法における正義の実現を期する現行法制度の下にあっては、右の如き見解はこれを到底是認し得ないものと言うべきであって、憲法33条及び34条の規定を実質的に保障し、刑事司法の理想を堅持せんがためには、憲法の右各規定に違背する重大な瑕疵を有する手続において収集された自白については、証拠収集の利益は適正手続の要請の前に一步退りせられ、その証拠能力を否定されるべきものと解さなければならない。

5-9-4

四 ☆ (論点) 先行手続の違法と証拠能力

毒樹の果実の理論とは、違法収集証拠に基づいて発見された証拠の証拠能力を否定すべきであるとする理論である。違法収集証拠として証拠能力を否定された「尿鑑定書」を疎明資料として発付された搜索差押え令状に基づいて発見された「覚せい剤」及び「その鑑定書」の証拠能力について、以下の判例がある。なお、本判例は、毒樹の果実の理論を明示しているわけではない。

◎ 前掲最判平15. 2. 14 (百選92事件)

本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし、被告人方を搜索すべき場所として発付された搜索差押許可状に基づいて行われた搜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記搜索差押許可状は(注:違法収集証拠として証拠能力を否定される、尿)鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである。

しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された搜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと上記(注:尿)鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。

◎ 最決平21. 9. 28 (百選29事件)

「…本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。

次に、本件覚せい剤等は、同年6月25日に発付された各搜索差押許可状に基づいて同年7月2日に実施された搜索において、5回目の本件エックス線検査を経て本件会社関係者が受け取った宅配便荷物の中及び同関係者の居室内から発見されたものであるが、これらの許可状は、4回目までの本件エックス線検査の射影の写真等を一資料として発付されたものとうかがわれ、本件覚せい剤等は、違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠であるといえることができる。

しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である。」

→判示の前提として、第一次証拠たる射影の証拠能力が否定されていること、当該射影が搜索差押許可状

発付の際の疎明資料とされていること、が挙げられる。そして、①違法性の程度、②関連性の程度、③証拠の重要性等を総合考慮し、派生的証拠の証拠能力を論じている。

すなわち、①捜査の実質的必要性（嫌疑が高まっていたこと、密行性が高く事案解明の必要性）、令状潜脱意図の不存在（宅配便業者から承諾を得ていること、検査の対象を限定する配慮をしていること）から違法性の程度が高いとはいえない、②第一次証拠たる射影以外の疎明資料のみでも十分に、本件捜索差押許可状の発付要件を満たしていたといえ関連性が希釈される、③証拠の重要性が否定し得ない、上記のことから本件事情の下では、派生的証拠たる覚せい剤の証拠能力は否定されないとした。

なお、不任意自白に基づいて発見された証拠物の証拠能力についても同様に考えるべきである（大阪高判昭52.6.28、百選75事件参照）。

更に、先行手続の違法性が後行手続に及ぼす影響について、以下の判例がある。

◎ 最判昭61.4.25（百選91事件）

本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものである上、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手続が違法であると認められる場合でも、それをもって直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められるときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである。

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/>

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