

2019年絶対合格！
司法試験対策講座10月期開講
無料ガイダンス

成績通知から合格答案の要件が見える！

【成績通知】再現答案・最速分析会

◆ 再現答案集 ◆

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

● 目 次 ●

◆公法系◆

■第1問■

- ・合格者再現答案 A評価 (甲さん) P. 1
- ・合格者再現答案 C評価 (乙さん) P. 5

■第2問■

- ・合格者再現答案 A評価 (甲さん) P. 9
- ・合格者再現答案 C評価 (丙さん) P. 13

◆民事系◆

■第1問■

- ・合格者再現答案 A評価 (甲さん) P. 17
- ・合格者再現答案 C評価 (丁さん) P. 21

■第2問■

- ・合格者再現答案 A評価 (甲さん) P. 25
- ・合格者再現答案 C評価 (丁さん) P. 29

■第3問■

- ・合格者再現答案 A評価 (甲さん) P. 33
- ・合格者再現答案 D評価 (丁さん) P. 37

◆刑事系◆

■第1問■

- ・合格者再現答案 A評価 (甲さん) P. 41
- ・合格者再現答案 B評価 (戊さん) P. 45

■第2問■

- ・合格者再現答案 A評価 (甲さん) P. 49
- ・合格者再現答案 C評価 (己さん) P. 53

平成30年論文式試験公法系第1問

★ 合格者再現答案 A 評価（甲さん 公法系科目129点台）★

Memo

- P.1 第1 図書類を購入する側の憲法上の権利との問題点
- 2 1 甲として、本条例案2条2号、7条、8条1項、2項、3項が、
3 図書類を購入する者の、図書類によって情報を摂取する自由（憲法
4 （以下略）21条1項）を侵害し、違憲であるとの意見を述べる。
5 以下詳述する。
- 6 2(1) 「表現」とは、内心を表に現すことをいうところ、図書類を購
7 入し、そこから情報を摂取する行為は、「表現」そのものではない。
8
9 しかし、21条1項の趣旨は、個人の思想や人格の自由な形成
10 発展と、民主主義社会における情報等の流通の確保にあることか
11 らすると、表現の自由の派生原理として、情報を摂取する自由が
12 21条1項により保障される（レペタ事件等参照）。
- 13 そうすると、図書類を購入する側が、図書類によって情報を摂
14 取する自由も、表現の自由の派生原理として21条1項により保
15 障されるといえる。
- 16 (2) そして、本条例案8条3項により、青少年は規制図書類の購
17 入をすることができない。また、本条例案8条1項、2項により、
18 18才以上の者も一定範囲で規制図書類を購入できないことにな
19 る。そうすると、上記規定は、図書類を購入する者の図書類によ
20 って情報を摂取する自由を制約するといえる。
- 21 3 また、図書類を購入する者の、図書類によって情報を摂取する自
22 由は、そこから様々な情報を取得し、これによって個人の思想や人
23 格を大いに形成発展させることができる点で重要である。
- P.2 これに対し、想定される反論として、判例によれば、情報を摂取
2 する自由は、情報を適切に取捨選択できることが前提であるところ、
3 精神的に未熟で影響を受けやすい青少年につき、その前提を欠くと
4 するため、権利の重要性は低い、ということが考えられる。
- 5 しかし、青少年は成長の途上にあり、これから自己の人格の形成
6 を図る時期にある以上、むしろ青少年にこそ様々な情報を摂取する
7 機会を与えておくことが適切であるといえる。そうすると、上記反
8 論は妥当でない。
- 9 次に、本条例案8条3項により、青少年との関係では規制図書類
10 を一切購入することができないという全面的規制であり、規制態様
11 は強力である。さらに、本条例案8条1項、2項により、18才以
12 上の人との関係では一定範囲で規制図書類を購入することができな
13 くなっており、規制態様は強力といえる。
- 14 これに対し、想定される反論として、判例によれば、18才以上
15 の者との関係において、青少年保護に伴う付随的規制にとどまると
16 して、規制態様は緩やかである、ということが考えられる。
- 17 しかし、上記のように、18才以上の者との関係でも、規制図書
18 類を購入できなくなっていることには変わりないのであり、本条例
19 案は青少年保護以外も規制目的としている以上、単なる付随的規制
20 にとどまらないというべきである。そうすると、かかる反論は妥当
21 でない。
- 22 そして、本条例案における規制は、規制図書がもたらす青少年へ
23 の影響等に着目した内容規制である。内容規制は、公権力による恣

- P.3 意的規制の危険が高く、思想の自由市場を大きく歪める恐れがあるため、その判断にあたっては厳格になされなければならない。
- 2 以上から、①目的が必要不可欠で、②手段が目的との間で必要最小限度とならない限り、21条1項に反し違憲となる。
- 3
- 4
- 5 4 本条例案2条2号、7条、8条1項、2項、3項の目的は、性風俗に係る善良な市民の価値観を尊重すること、青少年の健全な育成の保護という点にある。
- 6
- 7
- 8 ここで、想定される反論として、上記各目的はいずれも必要不可欠ということが考えられる。
- 9
- 10 まず、青少年の健全な育成の保護という目的については、判例によれば、青少年が精神的に未熟であるために、性表現に触れることによって多大な影響を受けることは社会一般に認知されているとして、かかる目的を認めている。そうすると、上記目的はいわゆるパターンナリズムに基づくものではあるものの、上記判例を踏まえると、かかる目的は必要不可欠といえる(①)。
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15 もっとも、性風俗に係る善良な市民の価値観を尊重する点については、たしかに市民から、安心して子供と買い物に行けないとする意見や、女性を中心として、思いがけず目に触れて不快であるためにこれを防いでほしい等の意見が出ている。しかし、不快感等は受け手側の単なる主観に過ぎず、生命身体等に直結する利益ではない。また、安心感や、不意打ち的に性的なものに触れないという点も、いずれも自己防衛によって性表現に触れないよう行動すれば足りる。以上からすると、上記目的は必要不可欠とはいえない(①)。
- 16
- 17
- 18
- 19
- 20 P.4 5(1) 手段については、青少年との関係においては本条例案8条3項による規制がなされていれば目的達成のためのものとして十分であり、これに加えて本条例案8条1項、2項を置くのは必要最小限といえない。
- 21
- 22
- 23
- 5 加えて、規制対象として本条例案2条2号では漫画やアニメ等の絵も含まれている。ただ、漫画などは元々娯楽的要素の強いものであって、青少年にとってわかりやすいものも多く、これを目にすることで青少年の思想などの形成発展に大きく寄与できる。そして、漫画などを購入するときには、親などと一緒であることも多いものと考えられるため、親などが性的感情を刺激しないよう配慮すれば足り、漫画などを規制対象とする必要性に欠ける。
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10 以上から、青少年との関係で、本条例案8条3項以外は手段として必要最小限といえない(②)。
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15 (2) これに対し、18才以上の者との関係では、本条例案8条1項の規制対象となる店舗がA市内の店舗の80%を占める等、規制図書類を購入できる場所が極めて限定されている。そして、青少年保護のため、青少年に対する規制図書類の販売を規制すれば足り、そのために店頭で年齢確認等すれば十分といえる。そうすると、本条例案8条1項、2項は必要最小限度といえない(②)。
- 16
- 17
- 18
- 19
- 20 6 よって、甲は、本条例案のうち、2条2号、8条1項、2項につき、図書類を購入する者の図書類によって情報を摂取する自由を侵害し違憲であるとの意見を述べる。
- 21
- 22
- 23 第2 図書類を販売等する店舗側の憲法上の権利との問題点
- P.5 1 甲として、本条例案8条1項、2項、3項、4項が、図書類を販売等する店舗側の図書類を販売等する自由(22条1項)を侵害し違憲である旨の意見を述べる。以下詳述する。
- 2
- 3
- 4 2(1) 22条1項は「職業選択の自由」を保障する。職業は、個人の生計維持や、社会的機能分担たる性質を有し、個人の人格的価値
- 5

とも不可分の関連を有する。かかる職業の意義や性質に照らすと、
2 2 条 1 項は、狭義の職業選択の自由のみならず、選択した職業
の遂行、すなわち職業遂行の自由も保障しているものと解される。

本件では、図書類を販売等する店舗が、図書類を販売等するこ
とは、いかなる物品を販売するかという、選択した職業の遂行に
関わるものといえる。

したがって、図書類を販売等する自由は、2 2 条 1 項によって
保障される。

(2) そして、本条例案 8 条 1 項、2 項、3 項によって、規制図書類
の販売が罰則をもって禁止（本条例案 1 5 条、1 6 条）される。
また、本条例案 8 条 4 項によって、販売方法に制限がなされ、こ
れに反すると改善命令の対象ともなる（本条例案 9 条）。そうす
ると、本条例案 8 条 1 項、2 項、3 項、4 項は、図書類を販売等
する自由を制約するといえる。

加えて、上記規定は職業遂行の自由のみならず、実質的には狭
義の職業選択の自由をも制約するといえる。これに対し、想定さ
れる反論として、上記規定は職業遂行の自由を制約することどま
ることが考えられる。

しかし、規制図書類の売り上げが全体のごく一部でも、これを
販売すること自体に集客力が認められる以上、規制を受けると全
体の売り上げに影響し、ひいては廃業につながりかねない。また、
規制区域から移転しようにも、多大な費用がかかり、販売そのも
のを断念するおそれがある。

そうすると、上記規定は、実質的には狭義の職業選択の自由を
も制約するといえ、反論は妥当でない。

3 また、2 2 条 1 項が「公共の福祉」を設けた趣旨は、職業はその
性質上社会的相互関連性が強く、公権力による規制の要請が認めら
れるからである。そして、種々の規制目的・態様等による規制がな
されるため、第一次的には立法府の裁量判断に委ねるべきであるが、
事の性質上その裁量の幅には広狭がある。

ここで、薬事法違憲判決によれば、本人の努力ではいかんともし
がたい客観的条件による規制であったことなどから、判断枠組みを
厳格に設定したのに対し、本条例案では販売商品の変更や場所の移
転、内装工事等をすれば足り、本人の努力で解決可能な規制である。
そうすると、薬事法違憲判決の射程は及ばず、判断枠組みは緩やか
にすべきとの反論が想定される。

しかし、販売商品の変更は、規制図書を置くこと自体に意味があ
る、日用品等の販売を主たる業務とする店舗としては、売上げに直
結しうるのであり、これを変更されては経営が成り立たなくなるお
それがある。また、場所の移転も、条例の施行まで 6 か月あるもの
の（本条例附則 1 条）、移転には多大な費用がかかるのであり、こ
れをねん出できない店舗にとって規制図書の販売そのものを断念せ
ざるを得ない。さらに、内装工事等の措置も、やはり多大な費用が
掛かる以上、これをねん出できない店舗にとっては規制図書の販売
そのものを断念せざるを得ない。

以上を踏まえると、本人の努力ではいかんともしがたい客観的条
件に基づく規制として機能するといえ、反論は妥当でなく、薬事法
違憲判決の射程が及ぶというべきである。

具体的には、①目的が重要で、②手段が目的と実質的関連性を有
しない限り、2 2 条 1 項に反し違憲となる。

4 本件では、本条例案 8 条 1 項、2 項、3 項、4 項の目的は、前述

11 と同様、性風俗に係る善良な市民の価値観の尊重と、青少年の健全
12 な育成の保護にある。

13 もっとも、前述の通り、前者の目的については、受け手側の主観
14 に左右されるのであり、生命身体等に直結する利益ではないため、
15 重要な目的といえない (①)。

16 これに対し、後者の目的については、前述と同様の理由から、重
17 要な目的といえる (①)。

18 5 次に、手段については、想定される反論として、本条例案8条1
19 項、2項、3項、4項はいずれも実質的関連性を有するというこ
20 が考えられる。

21 まず、本条例案8条3項との関係では、青少年の健全な育成の保
22 護を図るために、規制図書類の青少年に対する販売を禁止するほかに
23 手段はないといえる。そうすると、手段は実質的関連性を有する
P.8 といえる (②)。

2 4 これに対し、本条例案8条1項との関係では、本条例案8条3項
3 による規制が既にある以上、これに加えて販売規制を施すことは過
4 剰であるといえる。このような規制を加えなくとも、店舗では対面
5 による販売がなされる以上、そこで年齢確認などによる措置をすれ
6 ば十分といえ、実質的関連性を欠く (②)。

7 また、本条例案8条2項との関係でも、本条例案8条1項と同様、
8 既に本条例案8条3項による規制がある以上、これに加えて規制を
9 施すことは過剰であるといえる。したがって、実質的関連性を欠く
10 (②)。

11 さらに、本条例案8条4項との関係では、内装工事等によって規
12 制図書等の販売の区分などをしたとしても、規制図書等そのものを
13 カバーで隠すなどをするわけではない。青少年が規制図書等の販売
14 場所にいけば、規制図書等が目に触れることになるのであって、青
15 少年の健全な育成の保護にとって意味をなさない。そうすると、青
16 少年の健全な育成の保護という目的との適合性を欠くといえ、実質
17 的関連性を有しない (②)。

18 6 よって、甲として、本条例案8条1項、2項、4項が、図書類を
19 販売等する店舗側の図書類を販売等する自由を侵害し、違憲である
20 旨の意見を述べる。

21

以 上

平成30年論文式試験公法系第1問

● 合格者再現答案 C評価（乙さん）●

Memo

P.1 第1 規制図書類を販売する側の問題点

2 1 まず、事業者が規制図書類を販売する自由（以下、本件自由）
3 は憲法21条1項の表現の自由として保障されるとの意見を述べ
4 べる。

5 この点につき、本件自由は事業者が商品である規制図書類を販
6 売するものだから、職業遂行の自由（憲法22条1項）として保障
7 されるにすぎないとの反論が考えられる。

8 しかし、本件自由は、規制図書類の販売を通じて、その著者と
9 購入者をつなぎ、著者の表現内容を他者に伝えるための重要な役
10 割を果たしている。そこで、本件自由は憲法21条1項の表現の
11 自由として保障され则认为。

12 これを前提に、以下各事業者につき検討する。

13 2 本件条例7条は、その文言が抽象的であって規制対象が過度に
14 広すぎるものであるため21条1項に反し無効であるという問題
15 点が考えられる。

16 この点につき判例は、規制の対象となるものとそうでないもの
17 の基準が一般人が明確に判断できるものであることを要する、と
18 する。

19 本件では、たしかに「殊更に性的感情を刺激」「性交類似行為」
20 「卑わいな姿態」など、本件条例7条は抽象的な文言により規定
21 されており、一般人が規制対象とそうでないものが明確に判断
22 できないとも思える。

23 しかし、かかる規制対象は性的なものに限られており、各文言
P.2 も性交等の具体的例示に付加されて規定されている。そのため、
2 一般人の見地からしても、条例の規制対象とそうでないものとの
3 判断が明確に可能といえる。

4 したがって、上記条例が過度の広汎性ゆえに無効とはいえない。

5 3 本件条例8条1項は、本件自由を侵害し、憲法21条1項に反
6 するとの意見を述べる。

7 (1) 本件条例8条1項は、日用品を販売する事業者の本件自由を
8 規制しており、本件自由を制約している。

9 (2) 本件自由の重要性につき、日用品販売事業者における規制図
10 書類の売上げの割合は微々たるものであり、本件自由が重要な
11 ものといえないとの反論が考えられる。

12 しかし、規制図書類の売上自体は少ないといっても、これを
13 販売すること自体に集客力があるのであり、上記の点をもって
14 本件自由が重要でないとはいえない。また、本件自由は規制図
15 書類の著者と購入者をつなぎ、規制図書類の表現内容を伝達す
16 る役割を果たす点で重要な価値を有する。

17 また規制の強度については、条例8条1項は規制図書類の性
18 的表現という内容に着目した規制であり、強い規制態様である。

19 そこで、厳格な基準が妥当する。具体的には、規制目的が必
20 要不可欠であり、規制手段が必要最小限度であることを要する。

21 (3) 本件の規制目的は、①青少年の健全な育成を図ることと②規
22 制図書類を買うつもりのない人の目にむやみにこれが触れるこ
23 とを防止する点にある。①については規制図書類が青少年の心

P.3

理に影響を与えることがありうるから、必要不可欠といえる。
また②についても、規制図書類を買うつもりのない人の目に当該図書が入ることは不快な感情を起こさせるから、必要不可欠といえる。

5

また本件の規制手段は、日用品販売事業者の規制図書類の販売を規制することである。たしかにこの規制により青少年や、規制図書類の買うつもりのない人の目にふれる機会を減少させることとなるから、①②目的との関連性はある。しかし、この規制をしたとしても、青少年はインターネット等の通信販売により規制図書類を購入することは可能であるから、実効的効果を期待できない。また、日用品販売店舗における規制図書類の売上が少ないことから、日用品販売事業者の販売を規制したところで、青少年が規制図書類の購入をする機会を減少させるための大きな効果を得ることは期待できない。そうすると、かかる規制は①目的との関係で過剰規制となり、必要最小限の規制といえない。

10

15

- (4) よって、上記条例は憲法21条1項に反する。
3 本件条例8条2項は規制区域内の事業者の本件自由を侵害し憲法21条1項に反するとの意見を述べる。

20

- (1) 上記条例は規制区域内の事業者の規制図書類の販売を規制しているから、本件自由を制約している。

22

- (2) 本件自由の重要性については上記と同様である。
また規制の強さについても、上記と同様に規制図書類の表現内容に着目した規制であるから、強い規制態様である。

P.4

2

- そこで、厳格な基準が妥当する。
(3) 本件の規制目的①②が必要不可欠である点は上記のとおりである。

5

本件の規制手段は、規制区域内の事業者の規制図書類の販売を規制することである。しかし、学校(本件条例8条2項、学校教育法1条参照)から規制区域内で青少年が規制図書類を多く購入しているといった事実はなく、また200メートル以内という範囲の根拠もあいまいである。そのため、規制区域内での販売規制は①目的との関係で過剰規制となり、必要最小限の規制といえない。

10

- (4) したがって、上記条例は憲法21条1項に反する。
4 本件条例8条3項4項が事業者の本件自由を侵害し憲法21条1項に反するとの意見を述べる。

15

- (1) 上記条例は、対象となる事業者の規制図書類の販売を規制しており、本件自由を制約している。

17

この点につき、上記条例は事業者の規制図書類の陳列方法を規制しているにすぎず、販売を望む事業者は店舗改装をしたり店舗移転をして規制図書類を販売できるから、本件自由に対する制約はないとの反論が考えられる。

20

21

しかし、規制図書類の販売を望む事業者であっても、店舗改装には多大な費用がかかることから、店舗改装をすることなく、規制図書類の販売すること自体を断念すると考えられる。そうすると、上記条例は本件自由を制約するものといえる。

P.5

2

- (2) 本件自由の重要性については上記と同様である。
また規制の強さについては、上記条例は事業者の規制図書類の陳列方法を規制するものであり、表現方法の規制をするにすぎないから、規制の態様が強くないとの反論が考えられる。

3

4

5

6 しかし、上記のとおり、条例の規制は事業者が規制図書類の
7 販売自体を断念することにつながり、事実上、対象事業者にお
8 ける規制図書類の表現それ自体を規制するのと同様の結果が生
9 じる。そのため、規制は強い態様といえる。

10 そこで、厳格な基準が妥当する。

- 11 (3) 本件の規制目的①②が必要不可欠であることは上記のとおり
12 である。

13 本件の規制手段は、規制図書類を区分した場所に陳列させる
14 ことである(本件条例8条4項(1)(2))。これは、②目的
15 との関係では、規制図書類の購入を望まない者にとっては、規
16 制図書類が目に触れる機会を減少させることになるから、関連
17 性がある。また①目的との関係でも、青少年が規制図書類に接
18 する機会を減少させることにつながる点で、青少年の健全な育
19 成の点においても一定の効果が生じることはありうるから、関
20 連性はある。

21 しかし、規制図書類の購入を望む青少年はインターネット等
22 の通信販売等の方法で比較的容易に規制図書類を手に入れるこ
23 とはできるから、店舗での販売手法を規制したところで①目的
P.6 達成には不十分である。また、店舗の改装を強いる陳列方法を
2 規制するのではなく、規制図書類の陳列において、規制対象の
3 表現内容となる表紙にカバーをつけさせることによっても①②
4 目的の達成は可能であるから、上記規制は目的達成との関係で
5 は過剰な規制であり、必要最小限とはいえない。

- 6 (4) したがって、上記条例は憲法21条1項に反する。

7 第2 規制図書類を購入する側の問題点について

- 8 1 まず、青少年と18歳以上の人につき、規制図書類を買う自由
9 (以下、本件自由2)が憲法21条1項により保障されるとの意
10 見を述べる。

11 表現の送り手と受け手が明確に分かれている現代においては、
12 受け手の側から表現の自由を再構成し、知る権利が憲法21条1
13 項で保障されると解される。

14 したがって、本件で青少年と18歳以上の人いずれにも本件
15 自由2が憲法21条1項により保障される。

16 2 青少年について

- 17 (1) 本件条例7条、8条は青少年が規制図書類を買うことを規制
18 するものであり、本件自由2に対する制約がある。

- 19 (2) 本件自由2の重要性につき、青少年が様々な情報に接し、知
20 りたい情報を知るとは、青少年の人格の形成・発展に資する
21 ものであり重要な価値を有する。

22 この点につき、青少年保護の見地から青少年にはパターナリ
23 スティックな制約が許容されるべきであるから、本件自由2が
P.7 重要な価値を有するとはいえないという反論が考えられる。

2 しかし、何を知り、どのような情報に接するかは青少年が自
3 ら決めるべきであるから、上記反論は妥当でない。

4 規制の強度については、上記条例の規制は、規制図書類の性
5 的表現という表現内容に着目したものであるから、強い規制態
6 様である。

7 そこで、厳格な基準が妥当する。

- 8 (3) 本件の規制目的は、青少年との関係では、上記の①である。

9 しかし①目的については、青少年がどのような情報を知るかは
10 青少年自らが判断すべきであるから、必要不可欠とはいえない。

11 また仮に目的が必要不可欠として、規制手段は規制図書類の
12 規定をし、事業者による青少年に対する規制図書類の販売を規
13 制することである。しかし、青少年に対する店舗販売を規制し
14 ても、青少年はインターネットの通信販売等の手段により規制
15 図書類を手に入れることができるから、目的達成のための実効
16 的な効果は期待できない。そのため上記規制は過剰な規制であ
17 り、必要最小限とはいえない。

18 (4) したがって、上記条例は憲法21条1項に反する。

19 3 18歳以上の者について

20 (1) 本件条例7条、8条は18歳以上の者の規制図書類を買う機
21 会を規制するものであるから、本件自由2を制約している。

22 (2) 本件自由2の重要性につき、18歳以上の者が自らの知りた
23 い情報を知ることはその者の人格の形成・発展に資するもので
P.8 あるから、重要な価値を有する。

2 また規制の強度については、上記のとおり本件条例の規制は
3 規制図書類の表現内容に着目した規制であるから強い態様の規
4 制である。

5 そこで、厳格な基準が妥当する。

6 (3) 本件の規制目的は、18歳以上の者との関係では、上記の②
7 である。これが必要不可欠であることは上記のとおりである。

8 また規制手段は、規制図書類の規定と、事業者による販売を
9 制限することである。しかし、かかる規制をしなくとも、規制
10 図書類の規制すべき内容が表紙に現れている範囲でカバーをつ
11 けさせる等の方法によっても、規制図書類を目にすることの防
12 止をすることができる。そのため、上記条例の規制は過剰な規
13 制であり、必要最小限とはいえない。

14 (4) したがって、上記条例は憲法21条1項に反する。

15 以上

平成30年論文式試験公法系第2問

★ 合格者再現答案 A 評価（甲さん 公法系科目129点台）★

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 小問(1)

3 (1) 本件許可処分（法10条1項）の取消訴訟（行政事件訴訟法（以下
4 「行訴法」）3条2項）において、Dは墓地経営に関する営業上の利益
5 をもって、Eは障害福祉サービス事業につき健全で静穏な環境の下で円
6 滑に業務を行う利益をもって、それぞれ取消訴訟の原告適格（行訴法9
7 条1項）があると主張する。では、かかる主張は認められるか。

8 (2) 取消訴訟における原告適格は、「法律上の利益を有する者」につき認
9 められる。ここでいう「法律上の利益を有する者」とは、当該処分によ
10 り自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に
11 侵害されるおそれのある者をいい、当該処分を定めた行政法規が、不特
12 定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめ
13 ず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきもの
14 とする趣旨を含む場合、かかる利益も法律上保護された利益にあたる。

15 以下、D・Eはいずれも本件許可処分の「相手方以外の者」にあたる
16 ため、行訴法9条2項に沿って検討する。

17 (3)ア Dについて

18 (ア) 本件許可処分の根拠法規は、法10条1項であるところ、B市か
19 らは、文言上D主張の利益は読み取れない、という反論が考えられる。
20 そして、B市の反論通り、法10条1項の文言上、墓地経営に
21 関する営業上の利益を保護するものと読み取ることはできない。

22 次に、法令の趣旨目的については、B市からは、法の趣旨目的い
23 ずれも墓地経営に関する営業上の利益を保護する趣旨を読み取れない、
という反論が考えられる。

P.2

2 たしかに、法1条では、墓地等につき公益的な見地から支障なく
3 行うなどの目的はあるが、それ以外に法において墓地経営に関する
4 営業上の利益を保護する趣旨を読み取れない。

5 しかし、法10条1項の許可要件や手続につき遵守事項を定めた
6 本件条例は、法の委任する「令」ないし少なくとも「法令と目的を
7 共通にする関係法令」にあたること、本件条例3条1項柱書但書
8 において、例外的に墓地経営を宗教法人等が行うことを認めている。
9 これは、墓地経営は本来地方公共団体が行うところ（同項柱書本
10 文）、宗教関係の専門知識を有する宗教法人等に対し独占的に墓地
11 経営を委ねることを認めることで、宗教法人等の墓地経営に関する
12 営業上の利益を保護する趣旨といえる。

13 以上からすると、B市の反論は妥当でなく、法は宗教法人等の墓
14 地経営に関する営業上の利益を具体的に保護する趣旨といえる。

15 次に、被侵害利益については、B市からは、宗教法人等の墓地経
16 営に関する営業上の利益は個別的に保護される性質の利益ではない
17 という反論が考えられる。

18 しかし、墓地経営には公益性等が必要なところ、墓地経営者の経
19 営悪化により墓地管理が不十分になる恐れがあり、かかる営業上の
20 利益は、その性質上一般的公益の中に吸収解消させることが困難であ
21 る。

22 したがって、B市の反論は妥当でなく、法10条1項は宗教法人
23 等の墓地経営に関する営業上の利益を個別的利益として保護する趣

P.3

旨として、かかる者に原告適格が認められる。

(イ) 本件では、Dは本件土地から約300m離れた場所において、約10年前から小規模な墓地を経営しており、Dの主張通りの利益が個別的利益として認められているといえる。

(ウ) よって、Dは、本件許可処分取消訴訟において、原告適格を有する。

イ Eについて

(ア) 本件許可処分の根拠法規は、前述の通り法10条1項であるところ、B市からは、その文言上E主張の利益を保護するものと読み取れない旨の反論をし、かかる反論は認められる。

次に、法の趣旨目的については、B市からは、障害福祉サービス事業につき健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う利益を具体的に保護する趣旨を読み取れないと反論し、Dの場合と同様この反論は認められる。

しかし、「令」あるいは「関係法令」にあたる本件条例においては、同13条1項柱書本文・同2号において、障害福祉サービスを行う施設と墓地とは100mの距離制限を設けている。これは、障害福祉サービス事業につき健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う利益を保護する趣旨といえる。そして、本件条例9条2項4号の墓地の周囲100mの状況に関する図面の提出についても、同様の趣旨といえる。

以上より、B市の反論は妥当でなく、障害福祉サービス事業につき健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う利益を法は具体的に保護する趣旨といえる。

P.4

次に、被侵害利益については、B市から、上記利益は個別に保護される性質ではないとの反論が考えられる。しかし、墓地と100m以内に位置する障害福祉サービスを行う施設において行う業務については、生活環境等の悪化により円滑に行えなくなる恐れがあるため、その性質上一般的公益の中に吸収解消させることが困難といえる。

以上から、B市の反論は妥当でなく、墓地と100m以内に位置する障害福祉サービス事業者の健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う利益は個別に保護され、かかる者につき原告適格が認められる。

(イ) 本件では、Eは本件土地から約80mの位置にある本件事業所で障害福祉サービス事業を営む者であり、上記範囲内にいる者である。

(ウ) よって、Eにつき、本件許可処分の原告適格を有する。

(4) 以上から、D・Eの主張は認められ、本件許可処分取消訴訟の原告適格は認められる。

2 小問(2)

(1) Eは、本件許可処分が違法として、1つ目に、本件許可処分が本件条例13条1項柱書本文に反するとの主張を行う。これに対し、B市は、本件許可処分につき同項柱書但書に該当し、あるいはEが本件条例13条1項柱書本文違反を主張するのは権利濫用(民法1条3項)と反論する。
ア 本件条例13条1項柱書本文の趣旨は、同項2号との関係では、障害福祉サービス事業者の健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う利益を保護する点にある。

そこで、距離制限を図らずとも円滑に業務を行える場合、「公共の福祉の見地から支障がない」にあたると解する。

イ 本件では、本件事業所が本件土地から約80mの位置にあるため、本件許可処分は本件条例13条1項柱書本文の距離制限規定に違反す

ることになる。

もっとも、Eは、本件墓地の経営が始まることで、本件事業所周辺で生活環境等の悪化が生じ、本件事業所の業務に影響が出ると述べているが、Aは周辺の生活環境と調和するよう十分配慮しているとあるため、距離制限を図らずともEは円滑に業務を行えるといえる。

また、仮に例外にあたらなくても、本件では、本件墓地の経営許可阻止のため、Eは移転の必要がなかったのに、Dと協力して本件事業所を意図的にD所有土地に設置した可能性もある。かかる場合においては、Eはあえて距離制限に反する形で事業を行った以上、距離制限違反を主張することは権利濫用にあたるといえる。

ウ 以上から、Eは本件条例13条1項柱書本文違反を主張し、B市は本件条例13条1項柱書但書該当性、あるいは、Eの主張は権利濫用である旨の反論をすべきである。

- (2) 次に、Eは、本件墓地の実質的経営者がAではなくCであるとして、本件許可処分が本件条例3条1項柱書但書、同項1号に反すると主張する。これに対し、B市は、本件墓地の実質的経営者はAであるためこれに反しないと反論する。

ア 本件条例3条1項柱書但書の趣旨は、墓地経営には公益性等が必要のために、原則地方公共団体をその経営主体としているところ、宗教法人等であれば専門知識があるために墓地管理が不十分になるおそれはないという点にある。

そこで、墓地経営の実質的経営者が宗教法人等以外の者である場合、本件条例3条1項柱書但書に反すると解する。

イ 本件では、本件申請をAが行っており、本件墓地の経営主体をAとしている。

もっとも、本件墓地の経営は、AがCから協力の要請を受けて行おうとしていた。しかも、本件説明会においては、Aが説明を行ったのみならず、C側の者も出席の上で説明を行っている。かかる経緯を踏まえると、本件墓地の経営は、Aを介してCがこれを実質的に行うこととしていたものと考えられ、本件墓地の実質的経営者は宗教法人等以外の者であるCといえる。

ウ よって、Eは、本件条例3条1項柱書但書・同1号違反を主張し、B市はこれに反しないと反論すべきであるが、かかる反論が認められる可能性は低い。

- (3) 次に、B市からは、本件許可処分に上記各違法事由があるとしても、Eがかかる違法事由を主張することは行訴法10条1項からして許されない、と反論することが考えられる。

ア 行訴法10条1項の趣旨は、取消訴訟が主観訴訟であることに照らし、自己の利益と無関係な主張を制限した点にある。

そこで、行訴法10条1項に抵触するか否かは、同法9条1項と同様の基準から判断する。

イ 本件では、Eは設問1(1)で述べた通り、障害福祉サービス事業につき健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う利益を有する。そして、本件条例13条1項柱書本文違反は、Eの上記利益と関係する。これに対し、本件条例3条1項柱書但書違反は、墓地経営者を例外的に地方公共団体以外の者に認めるか否かの点に関わるにすぎず、Eの上記利益とは関係しない。

ウ よって、B市の反論のうち、本件条例3条1項柱書但書違反については認められる。

第2 設問2

- 1 本件不許可処分の(7)の処分理由について

11 Aは、(ア)の処分理由につき、本件条例14条2項に違反しないため本
12 件不許可処分は違法であると主張し、B市は本件条例14条2項に反する
13 と反論する。

14 (1) 本件条例14条2項の趣旨は、墓地の設置に伴い生活環境等が悪化す
15 る恐れがあるために、周辺的生活環境との調和に配慮させた点にある。
16 そして、周辺住民の反対運動を考慮すると、周辺住民の主観に基
17 づく一種の拒否権を与えることになり、過剰規制となる恐れがある。

18 そこで、周辺的生活環境と調和しているか否かは、客観的に見て判断
19 する。

20 (2) 本件では、本件墓地周辺的生活環境等が悪化する懸念があるとしてい
21 る。もっとも、Aは、本件墓地の設置にあたり、植栽を行うなど、周辺
22 的生活環境と調和するよう配慮している。そして、本件墓地の周辺住民
23 の多くは、十分でないと考えているが、かかる事情は考慮できない。

P.8 (3) よって、Aは、客観的にみて、周辺的生活環境と調和するよう配慮し
2 ていると主張し、B市は客観的に見て調和するよう配慮されていないと
3 反論すべきである。

4 2 本件不許可処分の(イ)の処分理由について

5 Aは、本件墓地の経営を行っても「適当と認める」(本件条例3条1項
6 柱書但書)にあたるため、(イ)の処分理由は違法と主張し、B市はこれに
7 当たらないと反論する。

8 (1) 本件条例3条1項柱書但書は「適当と認める場合」と抽象的な文言を
9 用いている。これは、墓地経営が公益性等を有するために、行政庁の専
10 門技術的判断を要する性質の処分であることによる。そこで、本件条例
11 3条1項柱書但書はその要件につき裁量が認められ、裁量権の逸脱濫用
12 (行訴法30条)とならない限り違法とならないと解する。

13 (2) 本件では、Dも含め、B市内に複数の墓地があるところ、本件墓地の
14 経営が始まれば、Dの墓地のような小規模墓地の経営が破たんする可能
15 性があるとしている。墓地経営には公益性などが必要であることにかん
16 がみると、かかる事情を加味することは法の趣旨目的にかなうといえる。

17 (3) よって、Aは、本件墓地の経営を行っても問題なく、本件不許可処分
18 は裁量権の逸脱濫用になると主張し、B市はこれにならないと反論すべ
19 きである。

20 以上

平成30年論文式試験公法系第2問

● 合格者再現答案 C評価（丙さん） ●

Memo

P.1 第1 設問1(1)

2 1 原告適格

3 取消訴訟の原告適格は、「法律上の利益を有する者」（行政事件訴訟法9条1項）に認められる。これは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。そして、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合、このような利益も法律上保護された利益に当たる。

11 上記の判断に当たっては、行政事件訴訟法9条2項の規定を参照する。

13 2 Dの原告適格

14 (1) Dとしては、次のような主張を行うと考えられる。本件許可処分の根拠規定である法10条1項の趣旨は、墓地を経営しようとする者が、適切に墓地を管理することができるか審査し、不適切な墓地管理による公衆衛生の悪化などを防止し、墓地管理が国民の宗教的感情に適合し、公衆衛生などの見地から支障なく行われるという法1条の目的を図る点にある。そして、この趣旨を徹底するために、法10条1項は、既存の墓地経営者の経営に支障がないか否かも考慮することを求め、既存の墓地経営者の経営利益も個別的利益として保護している。

23 (2) これに対して、B市としては、法10条1項は既存の墓地経営者の利益まで個別的利益として保護していないと反論することが考えられる。

2 3 そこで、この点について検討してみると、本件条例は法10条1項の許可について最低限遵守しなければならない要件を定めているが、距離制限規定を定めた本件条例13条は、既存の墓地経営者の利益を考慮した規定を特に設けておらず、その他本件条例において既存の墓地経営者の利益を保護した規定は見られない。そうすると、法10条1項は既存の墓地経営者の利益を個別的利益として保護していると解することはできない。

10 したがって、Dは「法律上の利益を有する者」に当たらず、原告適格が認められない。

12 3 Eの原告適格

13 (1) Eとしては、次のような主張を行うと考えられる。法10条1項は、墓地経営が適切に行われるかどうかを審査し、不適切な墓地管理による公衆衛生の悪化を防止し、もって周辺住民の良好な生活環境、衛生環境を確保することを目的としている。したがって、本件墓地の周辺に本件事業所を設置しているEの生活環境、衛生環境の利益は、法10条1項により個別的利益として保護されている。

20 (2) これに対して、B市としては、Eがいう上記の利益は専ら一般的公益に吸収解消されるものにすぎないと反論することが考えられる。

23 そこで、この点について検討してみると、法10条1項は、不

P.3 適切な墓地管理による衛生の悪化を防止し、もって周辺の住民の
2 良好な生活環境、衛生環境を確保しようとする趣旨であると解さ
3 れる。そして、生活環境、衛生環境が悪化することで、墓地の周
4 辺に居住する者は直接に健康被害を受けるなどして生命、身体に
5 対する危害が及ぶことが想定され、これらは一般的の公益の中に吸
6 収解消させることが困難であるといえる。

7 そうすると、法10条1項は、墓地経営の不適切な管理により
8 生活環境、衛生環境の悪化が生じることで、直接的な健康被害を
9 受ける範囲に居住する住民の利益を個別的利益として保護してい
10 ると解する。そして、Eの本件事業所は本件墓地から80メー
11 トルの場所にあり、上記の範囲に居住する住民に当たる。したがっ
12 て、Eの利益は法律上保護された利益に当たる。

13 以上により、Eは「法律上の利益を有する者」に当たり、原告
14 適格が認められる。

15 第2 設問1(2)

16 1 Eの主張

17 Eとしては、次のことを主張して、本件許可処分が違法であると
18 する。

19 (1) まず、本件許可処分は本件条例13条1項に違反する。同条項
20 によれば、墓地は「障害福祉サービスを行う施設」から100メ
21 ートル以上離れていなければならない。

22 ところが、「障害福祉サービスを行う施設」に当たる本件事業
23 所と本件墓地は約80メートルしか離れておらず、上記の距離制
P.4 限規定の要件をみたしていない。したがって、本件許可処分は本
2 件条例13条1項に違反し、違法である。

3 (2) 次に、本件許可処分は、本件条例3条に違反する。本件条例3
4 条は、墓地の経営者を地方公共団体のほか、宗教法人、公益法人
5 等に限っている。その趣旨は、墓地経営を株式会社等の営利性を
6 有する団体に委ねると、利潤を追求しようとして墓地の管理が不
7 適切になり、それによって公衆衛生が悪化し、法1条の目的が達
8 成できなくなるおそれがあるので、これを防止する点にある。そ
9 して、この本件条例3条の趣旨が没却されないように、形式的に
10 は本件条例3条の要件をみたす者であっても、その実質的な経営
11 者が株式会社等の営利性を有する団体である場合には、法10条
12 1項の許可をしてはならないと解する。

13 本件において、AはCの提案を受け、本件墓地の経営を行うこ
14 とを承諾し、本件土地の購入資金もCから融資を受けて取得した
15 ものである。また、周辺住民に対する本件説明会においても、C
16 の従業員が数名出席し、住民に対する説明をAの担当者だけでなく
17 Cの従業員も行っている。これらの経緯にかんがみると、本件
18 墓地の実質的な経営者はAではなく、株式会社Cであるから、本
19 件墓地の経営を許可することは、本件条例3条の趣旨を没却する
20 ことになり許されない。

21 よって、本件許可処分は、本件条例3条に違反し、違法である。

22 2 B市の反論

23 これに対し、B市としては次のように反論する

P.5 (1) まず、本件条例13条1項は、墓地と障害福祉サービスを行う
2 施設を100メートル以上離さなければならない旨定めているが、
3 その趣旨は、既存の障害福祉サービスを行う施設に関して、新た
4 に墓地が経営されることにより生活環境、衛生環境の悪化などの
5 不利益が生じないように配慮する点にある。そうだとすると、墓

6 地を經營しようとする者に対して許可が出されないように、あえて
7 墓地から100メートル以内の場所に当該施設を移転させるなど
8 として、距離制限規定をみたさないように企図した者については、
9 その生活環境、衛生環境の利益は、本件条例13条1項による保
10 護が及ばないと解する。この場合、市長は本件条例13条1項柱
11 書ただし書により、許可をすることができると解する。

12 本件では、本件墓地の經營許可を阻止するため、DとEが協力
13 してD所有土地に本件事業所を移転させ、Eには特に移転の必要
14 性がなかったことも考慮すると、DとEは距離制限規定をみたさ
15 ないように企図したといえる。

16 したがって、B市長は、本件条例13条1項柱書ただし書によ
17 り、距離制限規定の要件をみたしていても許可をすることが
18 でき、本件許可処分は適法である。

19 (2) 次に、本件条例3条は、あくまで墓地の經營をしようとする者
20 が同条に定める要件をみたしているか形式的に審査することを求
21 めているにすぎない。

22 そして、Aは宗教法人であり、登記された事務所を約10年前
23 からB市の区域内に有しており、本件条例3条1項、2項の要件
P.6 をみたしている。したがって、本件許可処分は、本件条例3条の
2 要件をみたした者に対してなされたものであり、適法である。

3 設問2

1 Aの主張

5 Aとしては、次の主張を行い、本件不許可処分を違法とする。

6 (1) まず、Aは、本件墓地の設置に当たって、植栽を行うなど周辺
7 の生活環境と調和するよう十分配慮している。したがって、本件
8 条例14条2項に定める事項を遵守しているから、B市長が同条
9 項を理由に不許可とすることは違法である。

10 (2) 次に、本件不許可処分の理由として、B市内の墓地の供給が過
11 剩となり、それらの經營に悪影響が及ぶことがあげられている。

12 しかし、本件条例では既存の墓地經營者の利益を考慮する規定
13 が設けられておらず、そのような者の利益を考慮することは、法
14 や本件条例の趣旨、目的に反するものである。したがって、上記
15 を理由とする本件不許可処分は違法である。

2 B市の反論

16 (1) B市としては、次のことを反論として主張する。まず、本件条
17 例14条2項の要件をみたしているか否かについては、B市長に
18 裁量が認められる。そして、Aは周辺的生活環境と調和するよう
19 配慮していると主張するが、住民の多くはそれでは十分ではない
20 と考えている。

21 そうすると、B市長がそのような住民の意見を考慮し、本件条
22 例14条2項をみたしていないとして、本件不許可処分を行うこ
23 とは適法な裁量権の行使である。したがって、本件不許可処分は
P.7 適法である。

2 (2) 次に、既存の墓地經營者が適切な墓地管理ができるように配慮
3 することは、不適切な墓地管理による公衆衛生の悪化といった弊
4 害を防止し、ひいては法1条の目的を実現することにもつながる。
5 したがって、既存の墓地經營者の利益を考慮することは法や本件
6 条例の趣旨、目的に反しない。

7 よって、本件不許可処分は適法である。

8
9 以 上

【成績通知】再現答案・最速分析会

・・MEMO・・

平成30年論文式試験民事系第1問

★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 民事系科目177点台）★

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 Bは、Aに対し、本件売買契約（民法（以下略）555条）に基づ
3 き、代金支払請求をしているが、かかる請求は認められるか。

4 2 本件では、平成29年9月10日に、AB間で、本件売買契約を締
5 結している。そうすると、Bの請求は認められるのが原則である。

6 3(1) もっとも、Aからは、本件売買契約の約定によれば、松茸の引渡
7 しと代金の支払は引換えに行うこととしている（533条本文参
8 照）。そこで、反論として、同時履行の抗弁権を主張する。

9 (2)ア これに対し、Bからの再反論として、AのBに対する松茸5k
10 gの引渡請求権は物の個性に着目しない不特定物債権であるところ
11 ころ、これが特定され（401条2項）、松茸の保管場所となっ
12 ている乙倉庫から盗み出されている。そこで、かかる請求権は履行
13 不能になり消滅した、ということが考えられる。では、かかる再
14 反論は認められるか。

15 イ 401条2項の趣旨は、債務者の無限の調達義務からの解放を
16 認めた点にある。

17 そこで、「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し」
18 とは、本件のような取立債務の場合、債務者が目的物を分離し、
19 引渡しの準備をした上で、かかる準備が完了したことを債権者に
20 通知した場合をいう。

21 ウ 本件では、Bは松茸をCと共に収穫し、これを本件売買契約の
22 引渡場所（AがBの下に行って目的物を受領する形態）であるB
23 所有の乙倉庫に運び入れている。そして、松茸5kgを箱詰めし、
P.2 引渡し準備が整った旨をBがAに連絡している。そうすると、本
2 件売買契約における松茸の引渡しの準備をした上で、かかる準備
3 が完了したことをAに通知したといえる。

4 もっとも、松茸5kgを本件売買契約の約定通りに箱詰めして
5 いるものの、これ以外にも乙倉庫には松茸が運び入れられていた。
6 そして、かかる箱には、Aに引き渡す旨の表示がない。そうす
7 ると、どの松茸を実際にAに提供するかが不明瞭であるため、なお
8 目的物から分離されたとはいえない。

9 エ よって、「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し」
10 たとはいえず、Aの引渡請求権は未だ特定していない不特定物債
11 権のままである。したがって、Bの債務が履行不能になったとは
12 いえず、なおAの上記請求権は存続するため、Bの再反論は認め
13 られない。

14 (3)ア 次に、Bの再反論として、本件では、Aに受領遅滞（413
15 条）が認められ、その効果により危険が移転し、債権者主義（5
16 34条1項）が適用され、Aの引渡請求権はなく、Aの反論は認め
17 られないとする。

18 受領遅滞制度は、公平の見地から法が特に定めた法定責任であ
19 る。そこで、受領遅滞につき債権者の帰責性は問わないと解する。

20 本件では、Aが松茸を引き取るために甲トラックで出かけよう
21 としたところ、甲トラックがなくなっている。そのために、Bに
22 対し本件売買契約の約定日に松茸を引き取ることができない旨伝
23 えているが、結局約定日に松茸の引渡しを受けることができな

P.3 ったため「債権者が債務の履行を……受けることができない」にあたる。

2

3

4

5

6

7

8

9

また、本件売買契約の松茸の引渡「債務の履行について債権者の行為を要する」ところ、BはAに対し、前述の通り「弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告」をしている（493条但書）。そうすると、「履行の提供」があったといえる。

よって、Aに受領遅滞が認められる。
イ もっとも、Bに松茸の盗難につき「責めに帰することができない事由」（534条1項）が認められるか。

10

11

12

13

14

15

16

「責めに帰することができない事由」とは、債務者の故意過失又は信義則上（1条2項）これと同視しうる事由をいう。そして、債務者が履行補助者を用いて利益を得る場合、これによる損失も負担するのが公平にかなう。そこで、履行補助者の故意過失は信義則上債務者の故意過失と同視する。具体的には、履行代行者の使用が許容も禁止もされていない場合、履行代行者の故意過失は信義則上債務者の故意過失と同視する。

17

18

19

20

21

22

23

本件では、Bは、Aの受領遅滞により、松茸の保管につき、自己の物に対するのと同じの注意でもってこれを行う義務を負っていた。そして、Bは引渡しに備えて松茸の保管をCに依頼しており、CはBの履行代行者となる。

また、近隣では、農作物の盗難が相次いでいたために、BがCに対し乙倉庫の施錠を普段よりしっかり行うよう指示をし、これに沿ってCが二重の施錠をしている。自己の物といえども、盗難被害が相次いでいる状況では厳重な施錠をもって保管することになると考えられるところ、Cはこれを行ったとして、故意過失はないとも思える。

P.4

2

3

4

5

6

7

8

9

しかし、実際は、CはBの指示をうっかり忘れて、簡易な錠のみで施錠し乙倉庫を離れている。そうすると、結局上記保管義務の程度をもってしてもなお、Cに過失が認められるといえ、信義則上Bにも過失が認められる。

よって、Bに「責めに帰することができない事由」がないため、債権者主義の問題とはならない。

10

11

12

13

14

(4) したがって、Bの再反論は認められず、Aの引渡請求権はなお存続するとして、同時履行の状態は認められる。

4 以上から、BはAに対し松茸5kgを引き渡していないため、Bの請求は認められない。

第2 設問2

15

16

17

18

19

20

21

22

23

1 小問(1)

(1) 本件において、事実14の㉞のDの発言は正当であると認められるか。

(2) 所有権留保契約の法的性質は、売主があえて所有権を留保するという法形式を重視し、かかる契約によっても所有権は売主（以下「留保売主」）にあるものと解される。

そして、物権的請求権における相手方は、目的物の物権を侵害した者となるのが原則であり、所有権留保契約の目的物が物権を侵害している場合、留保売主がその相手方になるとも思える。

P.5

2

3

4

5

しかし、留保売主といえども、被担保債権の弁済期が到来するまでは、目的物に対する占有・処分権限を有しないのであり、単に交換価値を把握するにすぎないといえる。

そこで、被担保債権の弁済期が到来するまでは、留保売主は物権的請求権の相手方にならないと解する。

6 (3) 本件では、AD間で、平成27年11月9日に、甲トラックの売
7 買契約を締結し、約定によりAの代金完済までDに甲トラックの所
8 有権が留保されることとなっている。

9 また、上記契約の約定によれば、Aが代金の振込みを1回でも怠
10 れば、残代金全ての期限の利益(136条1項)を喪失することと
11 なっている。ただ、Aは、Dが指定した銀行口座に毎月4万円を支
12 払っているため、上記期限の利益は喪失していない。そうすると、
13 DのAに対する被担保債権の弁済期は未到来であるといえる。

14 (4) よって、Dは物権的請求権の相手方にならないため、㉞のDの発
15 言は正当であると認められる。

16 2 小問(2)

17 (1) EはDに対し、所有権に基づく妨害排除請求権として、甲トラッ
18 クの撤去を請求しているが、かかる請求は認められるか。事実14
19 の㉞のDの発言を踏まえつつ検討する。

20 (2) 判例によれば、土地上に建物を不法占拠しており、土地所有者が
21 建物登記名義人に対し建物取去土地明け渡しを求めた事案において、
22 自己の意思で登記を保有する建物登記名義人に対し、物権的請求権
23 の相手方となる旨判示したものがある。

24 すなわち、上記判例においては、土地所有者と建物登記名義人は
25 対抗関係に類似すること(177条)、建物登記は容易に移転でき
26 るのに請求の相手方にならないとすると不公平であるとともに、土
27 地所有者が実質的所有者を発見するのは困難であることなどを理由
28 とする。

29 そして、本件のように、自動車の所有権留保契約の場合において
30 も、土地所有者と留保売主とは対抗関係に類似している(道路運送
31 車両法5条1項)。また、自動車登録名義は容易に移転できる。さ
32 らに、自動車は動産である以上、不動産の場合以上に実質的所有者
33 を発見するのが困難であるといえる。

34 そこで、上記判例の射程は、自動車の所有権留保契約の場合にも
35 及ぶと解する。

36 (3) 以上を前提に本件についてみると、まず、Eは丙土地の所有
37 者であり、Dは甲トラックの留保売主として所有権を有する。

38 そして、事実14の㉞の発言は、Dに甲トラックの登録名義が残
39 っているものの、撤去義務を負わないとするものであるが、判例の
40 射程が及ぶ以上、かかる発言は失当であるといえる。

41 (4) 以上から、Dの㉞の発言は認められず、Eの請求は認められる。

42 第3 設問3

43 1 Fは、Gに対し、幾らの金額の支払を請求することができるか。前
44 提として、本件遺言の内容につき検討する。

45 2 本件遺言の解釈について

46 (1) 遺言において自己の財産につき「相続させる」旨の記載がある
47 場合、これは被相続人の合理的な意思からすれば、財産の割合に従っ
48 た相続分の指定(902条1項本文)であるというべきといえる。

49 そこで、上記記載の場合、その遺言の解釈としては相続分の指定
50 をいうと解する。

51 (2) 本件では、Cは平成30年1月20日に死亡しているところ、
52 「被相続人」であるCの「子」としてF・G・Hの3人がいた(8
53 87条1項)。

54 もっとも、Hについては、平成27年にHを廃除する審判が確定
55 しているため、HはCを相続する立場にない(892条)。

56 そして、本件遺言については、Fにつき「1200万円の定期預

11 金を相続させる」旨の遺言が記載されており、Gにつき「600万
12 円の定期預金を相続させる」旨の遺言が記載されている。そうす
13 と、本件遺言の内容としては、Fの相続分を3分の2、Gの相続分
14 を3分の1にする指定だったといえる。

15 これに対し、Hについては「廃除の意思を変えるものではない
16 が」「200万円の定期預金のみを与える」との遺言が記載されて
17 いる。そうすると、Hの排除を取り消したのではなく、HをCの
18 相続人とするものではないが（894条2項、893条）、単にH
19 に対し200万円を遺贈（985条1項）する趣旨であったといえ
20 る。

21 (3) よって、本件遺言の解釈としては、Fの相続分を3分の2とし、
22 Gの相続分を3分の1とし、Hに対し200万円の遺贈であったと
23 いえる。

P.8 3 Fの請求について

2 (1) では、FのGに対する請求は、いくらにつき認められるか。かか
3 る請求は不当利得に基づく（703条）請求と考えられるところ、
4 CのBに対する借入金債務（587条）はどのように相続されるか。

5 (2) 共同相続において、「共有」（898条）は、その文理解釈から、
6 249条以下の「共有」と同義に解される。

7 そして、可分債務（427条）を共同相続人が相続した場合、こ
8 れを連帯債務とすることによる債権者保護よりも、これを可分債務
9 として当然承継させることにより、相続という偶然的事情によって
10 共同相続人に不利益が生じるのを回避する必要がある。

11 そこで、可分債務は相続分に沿って当然承継されると解する。

12 (3) 本件では、CのBに対する借入金債務300万円は可分債務であ
13 るため、Cの死亡によりF・Gは上記の相続分に従って当然承継さ
14 れることになる（882条、896条本文）。

15 そうすると、Fは200万円の債務を、Gは100万円の債務を
16 当然承継することになる。

17 そして、Fが、Bに対し300万円を支払っているところ、Fの
18 債務である200万円を超えた100万円については、Gとの関係
19 ではGにつき不当利得が認められる。

20 (4) よって、Fは、Gに対し、不当利得に基づき100万円の支払を
21 請求することができる。

22 以上

平成30年論文式試験民事系第1問

● 合格者再現答案 C評価（丁さん）●

Memo

P.1 設問1

2 1 BのAに対する本件売買契約（555条）に基づく代金支払請
3 求は認められるか。

4 これに対して、Aが松茸5キログラムを引渡すまで代金は支払
5 わないとの主張は、同時履行の抗弁（533条）の主張である。
6 そのため、かかるAの主張が認められるか問題となる。

7 2(1) まず、AB間で本件売買契約が締結されており、Aは「双務
8 契約の当事者の一方」といえる。また、松茸の引渡期日たるへ
9 いせい29年9月21日はすでに経過しており、「弁済期にない」
10 とも言えない。

11 (2) 問題は「履行を提供するまで」といえるかである。

12 ア まず、履行の提供がなされたか検討する。履行の提供は債
13 務の本旨に従って現実になされる必要がある（493条）。
14 本件の松茸はAがB所有の乙倉庫に引き取りに来る取り立て
15 債務である。そのため、履行の提供のためには、準備、分離、
16 通知、がなされる必要がある。

17 本件で、Bは松茸を収穫し、乙倉庫に運び、売買目的物た
18 る5キログラムの松茸を箱詰めし、Aに準備が整った旨連絡
19 した。そのため、準備、分離、通知があるといえ、履行の提
20 供が認められる。これにより、債務者Bは履行遅滞責任を免
21 れる（492条）。

22 イ では、次にBは再度履行の提供をする必要があるか問題と
23 なる。当事者間の公平を図るといふ同時履行の抗弁の趣旨か
らすれば、債務者は同時履行の抗弁を主張する際に再度の履
行の提供をする必要がある。しかし、債務者は履行の提供に
より、履行遅滞責任を免れる。つまり、債務者は以後善意・
過失による責任を負わない。そのため、債務者に故意・重過
失がない限り、再度の履行の提供なく「履行を提供するま
で」といえる。

7 ここで、本件ではBでなくCの原因により乙倉庫内から松
8 茸が滅失している。そのため、履行補助者の過失が問題とな
9 る。利用者は履行補助者を利用することで利益を得ている以
10 上、その危険も負担すべきであり、履行補助者の重過失をも
11 って利用者の重過失といえる。

12 BはCを雇っており、BはCからの役務提供により利益を
13 受けている。そのため、CはBの履行補助者といえる。そし
14 て、BはCに対して高価な松茸が入っているため、普段より
15 しっかり施錠するよう伝えた。そのため、Cには乙倉庫を普
16 段よりしっかり施錠するという注意義務を負っている。そう
17 したところ、Cは一旦二重の施錠をしたものの、後乙倉庫に
18 入って出た際、うっかり忘れて普段どおりの簡易な施錠のみ
19 で帰宅した。そのため、Cは二重の施錠という注意義務に違
20 反している。しかし、一旦はBの指示に従って二重の施錠を
21 したこと、うっかり忘れたとはいえ一応普段の施錠はしてい
22 ることから、著しい注意義務違反までは認められない。した
23 がって、Cに重過失は認められず、Bにも重過失は認められ

P.3

ない。

2 したがって、Bは再度の履行の提供をすることなく、「履
3 行を提供」といえる。

4 (3) したがって、「履行を提供するまで」といえず、Aの同時履
5 行の抗弁の主張は認められない。

6 3 よって、Bの請求は認められる。

7 設問2

8 1 (1)について

9 (1) EはDに対し、所有権に基づく妨害排除請求権として甲トラ
10 ックの撤去請求をする。Eは丙土地を所有するところ、Dのア
11 の主張は自己に妨害を排除すべき義務がないというものである。
12 そのため、かかるDの主張が認められるか問題となる。

13 (2) AD間では甲トラックの売買契約に際し、所有権留保がなさ
14 れている。所有権留保は、所有権移転という法形式から、所有
15 権は売り主たるDにあるといえる。もともと、所有権留保は実
16 質的に担保としての性質を有する以上、所有権留保者の所有権
17 は担保権の範囲内でのみ認められるものである。そして、所有
18 権留保権者は目的物の所有権を有することで代金債務の担保と
19 することが目的であるため、目的物の使用収益については担保
20 権の範囲を超え、所有権留保権者には認められないものである。
21 したがって、所有権留保権者Dには甲トラックの使用に伴う撤
22 去義務については負わない。

23 (3) よって、DのAの主張は正当である。

P.4

2 (2)について

3 (1) Eの請求は先述の通り、所有権に基づく妨害排除請求権とし
4 ての甲トラック撤去請求である。これに対し、Dのイの主張は
5 自己には甲トラックの撤去義務がない以上、登録名義があると
6 いても撤去義務がないことをEに主張できるというものである。
7 そこで、かかるDの主張が認められるか問題となる。

8 (2) 所有権留保権者が自らに所有権があることを外部に示してお
9 きながら、第三者に対して、撤去義務がないことを主張するこ
10 とは、権利の濫用(1条3項)として許されない。

11 AD間では、Dが代金債権を担保するため、自ら所有権留保
12 をしている。そして、Dは甲トラックの登録名義を自己名義に
13 しており、これによって第三者対抗要件が具備されている。そ
14 のため、登録によって第三者に公示がなされている。そのため、
15 第三者保護の必要性が高いといえる。そして、Aは行方不明に
16 なっているが、AはいまだDに対して代金を滞りなく支払って
17 おり、Aに帰責性があるとは言えない。

18 したがって、Dが自らに所有権があることを外部に示してお
19 きながら、第三者たるEに撤去義務がないことを主張している
20 といえ、かかるDの主張は権利の濫用として認められない。

21 (3) よって、Eの請求は認められる。

22 設問3

23 1 FはGに対し、法定地位(500条)により100万円の支払
24 いを請求するところ、これは認められるか。

P.5

2 2 まず、Cの死亡のより、廃除(892条)されたHを除き、子
3 のF、GがCの財産を2分の1の割合で相続する(882条、8
4 87条1項、896条、900条4号)。そして、定期預金は遺
5 産分割における調整に用いることが出来ることから、定期預金
債権は当然分割(427条)とはならず、遺産分割の対象となる。

6 3 もっとも、本件では本件遺言があるため、F、Gの具体的相続
7 分がいくらになるか問題となる。

8 相続する旨の遺言は、特段の事情がない限り、遺産分割の指定
9 であり、遺贈ではない。Cは本件遺言の中で、Fに対しては12
10 00万円の定期預金を相続するとしており、Gに対しては600
11 万円の定期預金を相続するとしている。そのため、F、Gに対し
12 ては特段の事情はないといえ、遺産分割方法の指定であるといえ
13 る。一方、Hについては廃除の意思を変えるものではないが、2
14 00万円の定期預金を与えるとしている。これはHを相続人とし
15 ては認めないが、定期預金を贈与するというものである。そのた
16 め、Hに対しての遺言は特段の事情があるものといえ、遺贈であ
17 る。

18 したがって、Cの相続人はF、Gであり、その具体的相続分は
19 FとGが2対1の割合であるといえる。そのため、Cの300万
20 円の借入金債務についてFとGはそれぞれ200万円、100万
21 円の割合で相続し、分割債務となる。

22 4 そのため、相続人として「正当な利益」を有するFは、Bに3
23 00万円を支払ったことにより、Gに100万円の求償権を得て
P.6 いる。

2 5 よって、FはGに対し、法定代位に基づき100万円の請求を
3 することができる。

4 以 上

【成績通知】再現答案・最速分析会

・・MEMO・・

平成30年論文式試験民事系第2問

★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 民事系科目177点台）★

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 甲社の主張

3 Dの閲覧請求（会社法（以下略）433条1項柱書）を拒むため、①
4 「権利の……行使に関する調査以外の目的で請求を行った」（同条2項
5 1号）、②「請求者が……実質的に競争関係にある事業……に従事する
6 もの」（同項3号）にあたり、拒絶事由が存在するという主張が考えら
7 れる。

8 2 主張の当否

9 (1) ①について

10 ア 433条2項1号の趣旨は、株主は共益権及び自益権を有すると
11 ころ、かかる権利の行使に無関係な目的での閲覧請求を認めると、
12 会計帳簿等には会社の企業秘密があるために、これが外部に漏れて
13 会社に著しい不利益が生じる点にある。

14 そこで、「権利の……行使に関する調査以外の目的で請求を行っ
15 た」とは、株主の共益権や自益権の行使と無関係な目的で閲覧請求
16 を行ったことをいうと解する。

17 イ 本件では、DはAの取締役としての損害賠償責任の有無を検討す
18 るという、Dの共益権の行使と関係する目的で上記請求をしている
19 とも思える。しかし、Dは、Aの責任の原因である、Aがリポート
20 を受け取っているかどうかという点は、本当はどうでもよいと述べ
21 ている。そうすると、DはAに対し責任追及する意図がなかったた
22 め、かかる行使と関係する目的はない。

23 また、Dは、真の意図としては、D保有株式をAが買い取るこ
P.2 をAに求めたが、Aがこれを拒んだために、AにD保有株式を買い
2 取らせるという自益権行使目的であった。しかし、かかる目的にお
3 いては、総勘定元帳などを見る意味はなく、不当な目的によるもの
4 として、自益権行使とは関係性が認められない。

5 ウ よって、「権利……の行使に関する調査以外の目的で請求を行っ
6 た」にあらず、甲社の①の主張は認められる。

7 (2) ②について

8 ア 433条2項3号の趣旨は、会社と競争関係にある者に対し、会
9 計帳簿等の閲覧を認めるとなると、競争相手に会社の企業秘密が知
10 れ渡ることになり、会社に著しい不利益が生じる点にある。

11 そこで、「競争関係」とは、当該会社の事業と目的物及び市場に
12 おいて競合しうる関係にある者をいい、「従事するもの」か否かは
13 客観的に判断する。

14 イ 本件では、Dは乙社の経営に関与していないものの、100%株
15 主となっている。そうすると、Dは乙社の経営方針を決定しうる状
16 態にあったといえ、客観的にみて乙社に「従事するもの」といえる。

17 また、甲社はハンバーガーショップを営んでおり、乙社も同じハ
18 ンバーガーショップを営んでいるため、甲社の事業と目的物が競合
19 している。

20 しかし、甲社は関東地方のP県において上記経営を行っており、
21 乙社は近畿地方のQ県において上記経営を行っている。そして甲社
22 はQ県に出店する予定はなかった。そうすると、甲社と乙社の市場
23 は競合しうる状態になかったといえる。したがって、甲社とDは

P.3

「競争関係」になかったといえる。

ウ よって、「請求者が……実質的に競争関係にある事業…に従事するもの」にあたり、甲社の②の主張は認められない。

(3) 以上から、甲の①の主張をもって、Dの閲覧請求を拒むことができる。

第2 設問2

1 小問(1)

(1) 本件決議1について

ア Cの主張

甲社「株主」(831条1項柱書前段)Cは、本件決議1につき、D、G、甲社の本件契約が利益供与(120条1項)にあたり、「決議」「方法」の「法令」「違反」(831条1項1号)があるとして、本件決議1は取り消されるべきと主張する。

イ 主張の当否

(ア) 120条1項の趣旨は、会社運営の健全性・公正の確保にある。そこで、「株主の権利……の行使に関し」とは、株主の権利の行使又は不行使について影響を及ぼすことをいい、会社運営上の合理性があるか否かから判断する。

本件では、本件契約は、DからGにD保有株式を売却することを内容とするもので、株式の売却それ自体については「株主の権利……の行使に関し」にあたらぬ。

しかし、本件契約は、AがCの取締役解任決議において、Dが反対して否決されることをおそれたからであって、D保有株式にかかる議決権行使を回避する目的でなされている。株主には議決権行使が認められている以上、これを回避する目的で行われる本件契約には、会社運営上の合理性はないといえる。

よって、「株主の権利……の行使に関し」にあたる。

そして、「株式会社」甲社は、「何人」すなわちG「に対し」、本件契約において、本来保証料60万円は下回らないものの支払をしないという「財産上の利益の供与」を行った。

以上から、本件契約は利益供与に反し違法であるため、本件決議1につき「決議」「方法」の「法令」「違反」が認められる。

(イ) そして、裁量棄却(831条2項)については、利益供与規定の違反は「重大」である。また、本件決議1においては、Cの取締役解任決議につき要件が加重されているところ(341条、甲社定款参照)、甲社株式200株を有するD自身が議決権行使をしていたか否かによって結果が変わりうるとして「決議に影響」しないといえない。

よって、裁量棄却は認められない。

(ウ) 以上から、Cの主張は認められる。

(2) 本件決議2について

ア Cの主張

甲社「株主」Cは、①本件決議1と同様、利益供与規定違反による「決議」「方法」の「法令」「違反」、及び、②AがCの説明を制止して打ち切ったことによる「決議の方法」の「著しく不公正」が認められるとして、本件決議2は取り消されるべきである、と主張する。

イ 主張の当否

(ア) 株主総会決議取消訴訟において、出訴期間(831条1項柱書)等の規定を設けたのは、株主総会決議が取り消された場合権利変動が生じるために、法的安定性を確保した点にある。

6 そうすると、株主総会の決議が否決された場合、これを取り消
7 しても何ら権利変動は生じないのであるから、決議を取り消す意
8 味がない。

9 そこで、「決議」には株主総会決議が否決された場合を含まず、
10 取消しの対象とならないものと解する。

11 (イ) 本件では、本件決議2はCが賛成したのみで否決されている。

12 そうすると、本件決議2を取り消す意味はないといえる。

13 (ウ) よって、本件決議2は「決議」に含まれず、取消しの対象とな
14 らないため、Cの①②の主張は認められない。

15 2 小問(2)

16 (1) Aの責任

17 ア Cの主張

18 甲社の株主Cは、Aに対する責任追及等の訴え(847条1項本
19 文、2項、3項)において、①利益供与違反(120条4項)、②
20 任務懈怠責任(423条1項)を主張する。

21 イ 主張の当否

22 (ア) 120条4項違反

23 本件では、前述の通り、「株式会社」甲社が、本件契約におい
24 てGに対し保証料60万円の支払をしないという「第一項の規定
25 に違反して財産上の利益の供与を」している。そして、Aは甲社
26 代表取締役であるため、「当該利益の供与をすることに関与した
27 取締役」(120条4項、会社法施行規則21条1号)にあたる。

28 また、Aに免責の余地は認められない(120条4項但書参
29 照)。

30 よって、120条4項の要件を満たすため、Cの主張は認めら
31 れる。

32 (イ) 423条1項違反

33 本件では、本件契約が利益相反取引(365項1項、356条
34 1項2号3号)にあたり、任務懈怠責任が認められるか。

35 まず、直接取引(2号取引)は、取引安全の見地から、「ため
36 に」とは自己又は第三者の名を意味すると解されるところ、本件
37 では、Aは本件契約を甲社代表取締役としてこれを行ったにすぎ
38 ず、「ために」にあたらないため、直接取引とならない。

39 次に、間接取引(3号取引)は、利益相反取引を規制した趣旨
40 が、会社の利益の犠牲の下に自己又は第三者が利益を得ることを
41 予防的形式的に防いだ点にあるため、外形的客観的にみて会社と
42 取締役の利益が相反する取引をいう。本件では、AがD保有株式
43 を買い取ろうとしたものの、資金がなかったために、丙銀行から
44 GにD保有株式の買取資金として800万円を融資し、これを甲
45 社が保証している。そうすると、本件契約は、外形的客観的にみ
46 て甲社とAの利益が相反するといえ、間接取引にあたる。

47 そして、本件では、甲社が丙銀行に対し800万円の保証債務
48 を弁済したところ、甲社はGから800万円の求償を受けられず、
49 Aの利益相反により甲社に800万円の「損害」(423条3項
50 柱書)が生じたといえ、Aにつき「任務を怠った」が推定される
51 (423条3項1号)。また、これを覆す事情はない。

52 また、Aは少なくとも任務懈怠につき過失が認められる(42
53 8条1項かっこ書き参照)。

54 よって、423条1項の要件を満たすため、Cの主張は認めら
55 れる。

56 (2) Gの責任

11 ア Cの主張

12 甲社の株主Cは、Gに対する責任追及等の訴えにおいて、利益供
13 与違反（120条3項）を主張する。

14 イ 主張の当否

15 本件では、前述の通り、「株式会社」甲社が、本件契約において
16 Gに対し保証料60万円の支払をしないという「第一項の規定に違
17 反して財産上の利益の供与を」している。

18 したがって、「利益の供与を受けた者」Gは、60万円を甲社に
19 「返還」する義務を負うため、Cの主張は認められる。

20 第3 設問3

21 1 Bの主張

22 Bは、本件請求の効力を否定するために、本件請求にかかる株主総会
23 決議が無効（830条2項）であり、かかる請求は認められない、と主
P.8 張する。

2 2 主張の当否

3 (1) 174条の趣旨は、相続等による株式取得につき、会社にとって好
4 ましくない者が株主になることを防止し、もって会社の利益を保護す
5 る点にある。

6 かかる趣旨からすると、相続等により株式を取得した者が、株主名
7 簿（121条）の名義書換がなされた場合には、株式取得者を株主と
8 することを会社側が認めた以上、以後売渡し請求を認めるべきではな
9 い。

10 そこで、相続等により株式を取得した者が株主名簿の名義書換した
11 後に、174条に基づく請求を行うことはできないと解する。

12 (2) 本件では、本件請求にかかる株主総会決議（175条1項柱書、3
13 09条2項3号）を行っているところ、Bを除いた上で（175条2
14 項本文）、Cの賛成により可決されている。

15 もっとも、本件請求にかかる株主総会決議に先立ち、BがAから相
16 続した甲社株式450株全てにつき、株主名簿の名義書換を行っている。
17 そうすると、本件請求は本来最早行えなかったものであり、これを
18 行う旨の決議を行うことは、株主総会決議の内容につき法令違反があ
19 ったといえる。

20 (3) よって、本件請求にかかる株主総会決議は無効であるため、これに
21 基づく本件請求の効力も認められず、Bの主張は認められる。

22 以 上

平成30年論文式試験民事系第2問

● 合格者再現答案 C評価（丁さん）●

Memo

P.1 設問1

2 1 Dは、433条1項に基づき、会計帳簿閲覧請求をしている。
3 Dは甲社株式を200株保有しており、「総株主の議決権の10
4 0分の3以上の議決権を有する株主」（同条項柱書）である。そ
5 して、総勘定元帳及びその補助簿のうち仕入れ取引に関する部分
6 は「会計帳簿」（同条項1号）である。そして、閲覧請求にあた
7 っては、閲覧請求の理由を具体的にする必要のあるところ、Dは
8 Aの取締役としての損害賠償責任の有無を検討するためという具
9 体的な理由を説明している。

10 2 これに対し、甲社としては、まずDの閲覧請求が同条2項1号
11 に該当し、拒絶事由があると主張する。これは、Dが閲覧請求を
12 する目的がAにD保有の株式を買い取ってもらうためであり、こ
13 れは「権利の確保又は行使に関する調査以外の目的」であると
14 いうものである。

15 同条項の趣旨は、権利の確保や行使に関する調査以外の理由
16 で閲覧請求をすることにより、会社の利益が侵害されることを防
17 止する点にある。客観的に権利の確保又は行使に関する調査以外
18 の事情による閲覧請求であれば、会社の利益侵害の恐れがある。
19 また、主観は立証が困難である。そのため、客観的に権利の確保
20 又は行使に関する調査以外の事情による閲覧請求であれば同条項
21 号に該当するといえ、主観は問題とならない。

22 Dは主観的にはAに自己の株式を買い取ってもらうという権利
23 の行使や確保に関係ない理由で閲覧請求をしている。しかし、客
P.2 観的にはAの取締役としての損害賠償責任の有無の検討という、
2 株主代表訴訟（847条）という株主の権利行使に関する事情に
3 による閲覧請求である。

4 よって、「権利の行使又は確保に関する調査以外の目的」であ
5 るといえず、拒絶事由に当たらず、甲社の主張は認められない。

6 3 次に甲社としては、Dの閲覧請求が433条2項3号に該当し、
7 拒絶事由があると主張する。

8 同条項の趣旨は、会社業務と実質的競争関係にある事業を営
9 み、又は従事するものが閲覧請求をすることにより、会社の利益
10 が侵害されることを防止する点にある。そこで、「実質的に競争
11 関係にある」とは、現に会社業務と市場において競合する場合又
12 は競合が予定されている場合をいう。

13 Dは乙社の経営に関与していないが、株式をすべて保有してい
14 る。そして乙社の経営をする者は代表取締役であるDの子Fであ
15 る。そのため、Dが全株式を有し、親という立場からFを通じて
16 実質的に乙社を営んでいるものといえる。そして、甲社も乙社
17 もともにハンバーガーショップを営んでいる。しかし、甲社はハ
18 ンバーガーショップをP県で営んでおり、乙社が営むQ県では出
19 店予定がない。そのため、甲社と乙社が市場で競合することも競
20 合する予定もない。

21 よって、「実質的に競争関係にある」といえず、拒絶事由にあ
22 たらず、甲社の主張は認められない。

23 設問2(1)

- P.3 1 本件決議1につき、Cは決議取消しの訴え（831条）を提起
2 するところ、これは認められるか。
3 (1) まず、Cは甲社株主であり原告適格があり（同条1項柱書）、
4 平成27年4月15日から3か月以内であれば出訴期間も充
5 足する（同条項柱書）。そして、被告は甲社である（834条
6 17号）。
- 7 (2) Cは本件決議1においてCが決議で議決権行使した点につ
8 き、同条項3号に該当し、決議取消事由があると主張する。
9 「特別の利害関係」とは他の株主と共通しない利益を有す
10 ることをいう。Cは決議において解任されようとしている者
11 である。そのため、Cは自らの地位を保全したいという利益
12 を有する一方、他の株主はCを解任して会社利益を図るとい
13 う利益を有する。そのため、Cは他の株主と共通しない利益
14 を有するといえ、「特別の利害関係」といえる。
- 15 もっとも、Cは250株しか有しないところ、Cの反対に
16 よってもA、B、Dの750株の賛成によって可決されてい
17 る。そのため、Cが議決権行使したことによってCの解任決
18 議が否決されるという結果は生じない。したがって、「議決権
19 を行使したことによって、著しく不当な決議がされた」とい
20 えない。
- 21 (3) よって、同条項号に該当せず、Cの主張は認められず決議
22 取消しの訴えは認められない。
- 23 2 本件決議2につき、Cは決議取消しの訴えを提起するところ、
P.4 これは認められるか。
- 2 (1) まず、決議取消しの訴えは決議の公正を図る点が趣旨であ
3 るため、Cは自己以外のAの瑕疵についても主張できる。
- 4 (2) 次に、否決の決議の取り消しによっては、特段の事情がな
5 い限り新たな法律関係を生じさせず、訴えの利益が否定され
6 る。しかし、本件では決議が否定されているものの、これに
7 よりAが代表取締役に残るため、Aによって会社経営がな
8 されるという点で新たな法律関係が生じているといえる。し
9 たがって、訴えの利益が認められる。
- 10 (3) Cは本件決議2にAが議長として議事運営した点につき、
11 831条1項3号に該当し、決議取消事由があると主張する。
12 Aは決議において解任されようとしている者であり、Aが
13 自らの地位保全を図る利益を有する一方、他の株主はAを解
14 任して会社の利益を図る利益を有する。そのため、Aは他の
15 株主と共通しない利益を有するといえ、「特別の利害関係」が
16 認められる。
- 17 もっとも、Aは議決権行使をしたわけではない。しかし、
18 同条項号の趣旨は、特別の利害関係を有する者によって著し
19 く不当な決議がなされることを防止する点にある。そして、
20 議長として議事運営した場合にも著しく不当な決議がなされ
21 る場合はあり、同条項号の趣旨は妥当する。そのため、同条
22 項号が類推適用されうる。本件では、CがAの解任理由を説
23 明し、公正な決議がなされるようしたところ、Aがその説明
P.5 を阻止し、採決に移らせた。これにより、Aの解任が妥当か
2 否か十分な審議がされることが阻止され、否決とされた。そ
3 のため、Aの議事運営によって否決という著しく不当な決議
4 がなされたといえる。
- 5 したがって、同条項号が類推適用される。

6 (4) よって、Cの主張が認められ、決議取消しの訴えが認めら
7 れる。

8 設問2(2)

9 1 CはAに対し、株主代表訴訟（847条）によってAの甲社に
10 対する423条1項の責任追及をする。

11 (1) まず甲社は非公開会社であるところ、Cは甲社「株主」（同
12 条1項、2項）といえる。

13 (2) そして、Aは甲社代表取締役であり、「役員等」といえる。

14 (3) 「任務を怠った」とは、善管注意義務及び忠実義務（33
15 0条、民法644条、355条）をいう。Aは代表取締役と
16 して、会社が保証契約を締結する際には、会社に損害を与え
17 ないよう慎重に保証契約を締結し、適切な保証料を主債務者
18 から受けるという注意義務を負う。しかしながら、AはGが
19 融資金を返済する能力が十分にあるのかしっかり検討するこ
20 ともなく、保証契約を締結し、さらに保証料の支払いも求め
21 ていない。そのため、Aは注意義務に違反したといえ、善管
22 注意義務違反が認められる。

23 したがって、「任務を怠った」といえる。

P.6 (4) そして、Aが任務を怠ったことにより、甲社に800万円
2 の求償ができないという因果関係のある「損害」が生じた。

3 そして、Aには過失もある。

4 (5) よって、Aの甲社に対する423条1項の責任が認められ、
5 Cの主張が認められる。

6 2 CはGに対し、株主代表訴訟によってCの甲社に対する利益供
7 与に基づく株券返還請求（120条3項）をする。

8 (1) まず株式は「財産上の利益」（120条1項）といえる。

9 (2) では「権利の行使に関し」といえるか。株式の譲渡それ自
10 体は株主たる地位の移転であり、当然には「権利の行使に関
11 し」とはいえない。しかし、決議が否決されることを阻止す
12 るために株式の譲渡がなされる場合には、会社財産の公正性、
13 健全性という120条1項に趣旨が害される結果、「権利の行
14 使に関し」といえる。

15 本件では、DがC解任決議に反対することにより、決議が
16 否決されることをおそれ、これを阻止するためDの保有株式
17 をAの友人Gに譲渡した。そのため、「権利の行使に関し」と
18 いえる。

19 (3) そして、Gは株式という「利益の供与を受けた者」といえ
20 る（120条3項）。

21 (4) よって、Gは甲社に対し、株式の返還義務を負い、Cの主
22 張は認められる。

23 設問3

P.7 1 Bは846条の2に基づき、本件請求の無効を主張するところ、
2 これは認められるか。

3 2 まず、Bは本件請求から1年以内であれば出訴期間が認められ
4 る（同条1項）。

5 3 無効事由について明文の規定がないところ、法が出訴期間の定
6 めをもって同条に基づいてのみ無効の主張を認めていることから
7 して、法的安定性の要請が大きい。そこで、重大な法令、定款違
8 反に限り無効事由にあたる。

9 174条の趣旨は、会社利益及び売り主の利益を保護する点に
10 ある。そこで、会社利益とならない定款に基づく売渡し請求は同

【成績通知】再現答案・最速分析会

11 条に違反する。本件では、Cが自ら代表取締役の地位にとどまる
12 ため、定款に基づきBに対して売渡し請求をしている。これは甲
13 社の利益のためではなく、Cの個人的な地位保全のためになされ
14 るものであり、174条の趣旨に反する。したがって、本件請求
15 は174条に違反する。
16 そして、取引安全の保護が観念できない売渡し請求においては、
17 請求の根拠たる174条違反は重大な法令違反といえる。
18 したがって、無効事由が認められる。
19 4 よって、Bの主張は認められる。

以 上

平成30年論文式試験民事系第3問

★ 合格者再現答案 A 評価（甲さん 民事系科目177点台）★

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 課題(1)

3 (1) AがBを被告として乙地裁に訴えを提起することの適法性

4 ア(ア) AのBに対する上記訴えは適法か。本件では、既にBの訴え
5 がなされているため、Aの訴訟提起が重複訴訟禁止原則（民事
6 訴訟法（以下略）142条）に反しないか。「事件」の合一性
7 の意義が問題となる。8 (イ) 142条の趣旨は、被告の応訴の煩や、訴訟不経済、既判力
9 の矛盾抵触のおそれを防止した点にある。10 そこで、「事件」が同一か否かは、①当事者の同一性、②訴
11 訟物たる権利・法律関係の同一性が認められるか否かから判断
12 する。13 (ウ) 本件では、Bの訴えにおいては、Bが原告、Aが被告となっ
14 ている。これに対し、AがBを被告とする上記訴えは、Aが原
15 告、Bが被告となっている。そうすると、両訴えは原被告を入
16 れ替えただけであるから、当事者は同一であるといえる（①）。17 次に、②については、Bの訴えにおいて、本件事故に係るB
18 のAに対する不法行為に基づく損害賠償債務は150万円を超
19 えないことの確認を求めるといふ、債務不存在確認訴訟を提起
20 している。21 ここで、債務不存在確認訴訟における訴訟物は、かかる訴訟
22 が給付訴訟の裏返しであることにかんがみ、給付請求権という
23 ことになる。そうすると、Bの訴えにおける訴訟物は、AのB
P.2 に対する不法行為に基づく損害賠償請求権のうち、150万円
2 を控除した部分ということになる。3 これに対し、AのBに対する訴えの訴訟物は、AのBに対す
4 る不法行為に基づく損害賠償請求権ということになる。そうす
5 ると、Bの訴えもAのBに対する訴えも、いずれも訴訟物たる
6 権利・法律関係が同一であるといえる。7 (エ) よって、Bの訴えとAのBに対する訴えの「事件」の同一性
8 が認められるところ、既にBの訴えが「裁判所に係属」してい
9 るため、Aが「更に訴えを提起すること」はできないことにな
10 る。11 イ もっとも、142条の趣旨は主に既判力の矛盾抵触を防ぐ点に
12 ある。かかる趣旨にかんがみると、既判力の矛盾抵触が生じるお
13 それがないような場合は、142条に反しないといえる。14 そして、Bの訴えとAのBに対する訴えについては、弁論の併
15 合（152条1項）がなされれば、既判力の矛盾抵触のおそれは
16 防げるといえる。すなわち、弁論の併合がなされれば、両訴えは
17 同一審理の下に統一的な判断がなされることが期待される。18 したがって、Bの訴えとAのBに対する訴えが弁論併合される
19 ことにより、Aのかかる訴えは142条に反しない。20 ウ よって、AがBを被告として乙地裁に訴えを提起することは適
21 法である。

22 (2) Aが、CをもBと共同被告とすることの適法性

23 ア Aは、CをもBと共同被告として訴えを提起できるか。Aの

P.3

2
3
4
5

B・Cに対する訴えは、共同不法行為を前提とした、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟（民法719条1項）であるところ、かかる訴訟は合一確定の必要も訴訟共同の必要もなく、必要的共同訴訟（40条1項）とならない。そこで、通常共同訴訟（38条前段）の要件を満たすか。

6
7
8
9

イ 38条の趣旨は、本来個別的に解決されるべき訴訟につき、これを併合審理することにより、紛争の統一的解決を図る点にある。そこで、「同一の事実上及び法律上の原因に基づく」とは、権利の発生原因が事実上・法律上共通であることをいう。

10

11
12
13
14

ウ 本件では、AのB・Cに対する訴えは、いずれも不法行為に基づく損害賠償請求であるところ、かかる請求は本件事故という事実を原因とするものである。そうすると、Aの権利の発生原因は事実上共通しているといえる。

15

16
17
18
19

そして、両請求はいずれも不法行為に基づく損害賠償請求なのであって、権利の発生原因は法律上も共通しているといえる。

エ よって、AのB・Cに対する訴えは、「同一の事実上及び法律上の原因に基づく」にあたり、「共同訴訟人として……訴えられることができる」ため、CをもBと共同被告とすることができる。

2 課題(2)

20

21
22
23

(1) Aは、BとCを共同被告として、甲地裁に訴えを提起することができるか。本件では、既にBの訴えが乙地裁に提起されているため、Aの訴え提起が142条に反しないか。

P.4

2
3
4
5

(2) 前述の通り、142条は、主に既判力の矛盾抵触を防ぐ点にある。そして、ある者が通常共同訴訟として訴訟を提起する場合、一方の相手方との関係でのみ142条に抵触するとして、全ての訴訟につき訴え提起できないとすると、かえって紛争の複雑化を招く恐れがあり妥当でない。

6
7
8
9

そこで、弁論の併合等により既判力の矛盾抵触のおそれがない場合には、かかる訴訟は142条に反せず許されると解する。

(3) 本件では、Bの訴えが乙地裁に提起されているところ、AがBを被告として甲地裁に訴えを提起しても、このままでは課題(1)で述べた通り142条に抵触することになる。

10

11
12
13
14

もっとも、A・C間においては、142条に抵触する関係にはないのであって、Bの訴えにつき乙地裁から甲地裁に移送させたいうで（17条以下）、AのB・Cに対する訴えとBの訴えとを併合させれば既判力の矛盾抵触は防げるといえる。

(4) よって、上記措置を採ることにより、AがBとCを共同被告として甲地裁に訴えを提起することは適法となる。

15

16
17
18
19

第2 設問2

1 Dに、Aの診療記録につき、「文書」（220条4号柱書）として文書提出義務が認められるか。Dからの反論として、①「第九十七条第一項第二号に規定する事実……が記載されている文書」（220条4号ハ）、あるいは、②「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」（220条4号ニ）にあたり、文書提出義務はないということが想定される。以下、検討する。

20

21
22
23

2 ①について

P.5

2
3
4
5

(1) 220条4号ハ・197条1項2号の趣旨は、職務上知りえた事実について、これを開示することによる真実発見を確保することよりも、これを開示することによって被る不利益が上回る場合に文書提出義務を否定した点にある。

そこで、職務上知りえた事実につき、これを開示することによる

6 真実発見を確保することより、これを開示することによって被る不
7 利益が上回る場合、「第九十七条第一項第二号に規定する事実…
8 …が記載されている文書」にあたる。もっとも、ここでいう事実は、
9 実質的にみて保護に値するものでなければならない。

10 (2) 本件では、D病院の患者Aについての診療記録がAの訴えにおい
11 て提出されているが、一定のものにすぎず、全部が提出されている
12 わけではない。そうすると、診療記録全体が提出されれば、因果関
13 係の立証に影響してくるといえ、これを開示することによる真実発
14 見の確保の利益が高い。

15 これに対し、開示による不利益は、診療記録に患者Aに関する情
16 報が記載されており、Aのプライバシーにも関わるものが記載され
17 ていたと考えられる。そうすると、これを開示することにより、A
18 のプライバシーが侵害され、不利益が大きいものとも思える。

19 しかし、既にAは自らAの訴えにおいて、一定の自己の診療記録
20 を提出しており、これによりAのプライバシーの要保護性は低くな
21 っている。そうすると、診療記録に関するAのプライバシーは、実
22 質的に見て保護に値しないと見える。

23 以上を踏まえると、診療記録を開示することによる真実発見の確
P.6 保の方が、これを開示することによって被る不利益よりも上回ると
2 見える。

3 (3) よって、診療記録は「第九十七条第一項第二号に規定する事実
4 …が記載されている文書」にあらず、Dの①の反論は妥当でない。

5 3 ②について

6 (1) 「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」とは、判例によ
7 れば、外部非開示性・不利益性・特段の事情の不存在を満たす文書
8 をいうと解されている。

9 (2) 本件では、患者Aに関する情報が記載された診療記録は、既にA
10 が一定のものについてAの訴えにおいて提出されている。そうす
11 ると、診療記録についてこれを外部に開示する予定がなかったとはい
12 え、外部非開示性はない。

13 また、Aが既に自己の診療記録を提出している以上、新たに診療
14 記録が開示されたとしても、Aのプライバシーに関し看過しがたい
15 不利益が生じるとは言えず、不利益性もない。

16 (3) よって、診療記録は「専ら文書の所持者の利用に供するための文
17 書」にあたらないため、Dの②の反論も妥当でない。

18 4 以上から、Dの反論はいずれも妥当でなく、診療記録は「文書」とし
19 て、Dに診療記録の文書提出義務が認められる。

20 第3 設問3

21 1 Cの主張の当否

22 (1) 主張(ア)について

23 ア Cの主張(ア)は認められるか。補助参加(42条)はいつこれ
P.7 を行えるか。補助参加の時期の制限の有無が問題となる。

2 イ 補助参加制度の趣旨は、被参加人の勝訴を通じて、参加人自身
3 の利益を確保する点にある。

4 そして、参加人はあくまで被参加人の従属的立場として、別個
5 独立の訴訟を提起することなく訴訟に参加するにすぎないため、
6 参加時期に制限はないものというべきである。これは、補助参加
7 の時期につき明文で制限が設けられていないことからしても、そ
8 のように解することができる。

9 したがって、補助参加の時期に制限はなく、補助参加の利益が
10 ある限り補助参加ができると解する。

- 11 ウ よって、Cの主張(7)は認められない。
12 (2) 主張(イ)について
13 ア Cの主張(イ)は認められるか。Bに補助参加の利益が認められ
14 るといえるか。「訴訟の結果」「利害関係」の意義が問題となる。
15 イ 前述の補助参加制度の趣旨にかんがみると、広く補助参加を認
16 めて、参加人の利益を保護する必要がある。もっとも、無制限に
17 参加を認めるとなると、かえって審理の複雑化を招くおそれがある。
18
19 そこで、「訴訟の結果」とは、判決主文及び判決理由中判断の
20 うち主文を導く上で必要な主要事実・法律判断をいい、「利害関
21 係」とは、私法上又は公法上の法的地位ないし法的利益につき事
22 実上の影響を受けることをいうと解する。
23 ウ 本件では、AのCに対する請求が認められた場合、判決主文上、
P.8 AのCに対する不法行為に基づく損害賠償請求権の存在が認めら
2 れることになる。また、判決理由中の判断においても、上記主文
3 を導く上で必要な、Cが本件事故につき過失があった旨の主要事
4 実ないし法律判断がなされることになる。
5
6 そして、Aの訴えは、B・Cが共同不法行為をした関係にある
7 ことを前提になされているところ、AのCに対する訴訟で上記判
8 断がなされれば、その後BがAに弁済を行った上でCに対し過失
9 割合に沿って求償を行うことができる。そうすると、Bは上記結
10 果について、私法上の法的地位ないし法的利益につき事実上の影
11 響を受けるといえる。
12 エ よって、Bは「訴訟の結果」につき「利害関係」を有するため、
13 Cの主張(イ)は認められない。
14 2 丙高裁の受訴裁判所の控訴の適法性についての判断
15 上記のように、Cの主張(7)(イ)は、いずれも認められない。そして、
16 AはCに対して控訴提起(281条1項本文)するつもりがないとす
17 るものの、控訴権を放棄したわけではない。そうすると、Bの控訴は
18 45条2項に該当しない。さらに、Bは控訴期間内に(285条本
19 文)控訴している。そうすると、45条1項但書にも該当しない。
20 以上から、丙高裁の受訴裁判所は、Bの控訴を適法として判断すべ
21 きである。

以上

平成30年論文式試験民事系第3問

● 合格者再現答案 D評価（丁さん）●

Memo

P.1 設問1

2 第1 課題1

3 1 Bの訴えの訴状がAに送達されたことにより、訴訟係属が生じ、
4 Aの訴えが二重起訴禁止（142条）に抵触し、不適法となるか
5 問題となる。

6 (1) 同条の趣旨は、判断の矛盾抵触、訴訟不経済の防止にある。
7 そこで、当事者の同一性及び審判対象の同一性が認められる場
8 合、二重起訴禁止に抵触する。そして審判対象の同一性は、基
9 本的には訴訟物の同一性を考慮し、必要に応じて請求の趣旨も
10 考慮して判断する。

11 まず当事者はAとBが入れ替わっただけであり、当事者の同
12 一性が認められる。次に、Bの訴えの訴訟物は不法行為に基
13 づく損害賠償債務一部不存在確認である。一方でAの訴えの訴訟
14 物は、不法行為に基づく損害賠償請求権であり、Bの訴えとA
15 の訴えの訴訟物は異なる。しかし、Bの訴えの請求の趣旨は、
16 A及びBがその損害賠償について争う本件事故の損害賠償債務
17 が150万円を超えては存在しないということである。そのため、
18 Bの訴えはAの訴えと同一の審判対象についてのものである
19 といえる。

20 したがって、Aの訴えは二重起訴禁止に抵触すると思える。

21 (2) しかし、Bの訴えに訴えの利益が認められず、訴え却下とな
22 れば、Aの訴えは二重起訴禁止に抵触せず適法となる。そのた
23 め、Bの訴えに訴えの利益が認められるか問題となる。

P.2 確認の訴えはその対象が無限定となり、また紛争解決にと
2 つて迂遠であるため、確認の利益は限定するべきであり、対象選
3 択の適切性、即時確定の利益、方法選択の適切性が認められる
4 場合に限り、確認の利益が認められる。

5 本件で問題となるのは方法選択の適切性である。Bの訴えは
6 確認の訴えによっているところ、損害賠償請求についての給付
7 訴訟がなされた場合には、もはや確認の訴えは迂遠な手段であ
8 り、方法選択の適切性が認められない。

9 したがって、Bの訴えには確認の利益が認められず、訴え却
10 下となる。

11 (3) よって、Aの訴えは二重起訴禁止に抵触せず、適法である。

12 2 次に、AはB及びCを共同被告とすることができるか、38条
13 の共同訴訟の要件を充足するか問題となる。

14 B及びCはそれぞれの過失に基づく損害賠償請求がAによっ
15 てなされている者であり、B及びCに対しての訴訟物が異なるため、
16 「訴訟の目的である義務が数人について共通」とは言えない。し
17 かし、B、Cはともに本件事故という同一の原因に基づく事故を
18 起こした者であり、「訴訟の目的である義務が同一の事実上の原
19 因に基づく」といえる。

20 よって、38条前段の要件を充足し、AはB及びCを通常共
21 同訴訟として共同訴訟人とすることが出来る。

22 第2 課題2

23 1 AがBとCを共同被告とする訴えを甲地裁に提起することは、

P.3

7条に反し不適法でないか問題となる。

2 まず、Aの訴えの普通裁判籍は、被告たるBの住所地にある乙
3 地裁、被告たるCの住所地にある甲地裁である（4条1項）もつ
4 とも、本件は通常共同訴訟である。そして、7条但し書きは数人
5 に対する訴えは38条前段に定める場合には、一人の請求につい
6 て管轄権を有する裁判所に訴えを提起することが出来るとされて
7 いる。そして先述のようにAの訴えは38条前段の要件を充足す
8 る。

10

2 よって、Aが共同被告の一人であるCの管轄権を有する甲地裁
に訴えを提起することは適法である。

11 設問2

12 1 BはDに対して文書提出命令の申し立て（221条）をしてい
13 る。これに対し、DはAの診療記録は220条4号二に該当し、
14 文書提出義務がないと反論する。

15

2 同条号の趣旨は、当事者間の武器対等を図る点にある。そこで、
「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」とは、専ら内部
16 的に利用する目的のものであり、外部的に利用する目的のもので
17 なく、これが開示されることにより、所持者に対してプライバシー
18 侵害など看過しがたい損害が生じるおそれがあり、特段の事情
19 がない場合をいう。

20

21 診療記録は、勤務先の会社や保険会社等に提出することがある
22 診断書とは異なり、診療所において患者の状況を記録・保管する
23 ためになされるものであり、診療所外に閲覧されることが予定さ
れていないものである。そのため、専ら内部的に利用する目的の
ものであり、外部的に利用する目的のものでないといえる。

P.4

2 そして、診療記録には患者Aに関する情報が記載されており、
3 Aのプライバシー侵害が生じるとも思える。しかし、診療記録は
4 あくまで診療所において治療のため患者の状況を客観的に記載し
5 たものであり、患者個人の身体情報等開示されるとプライバシー
6 侵害となるような情報は記録されていない。そのため、開示され
7 ることによって所持者に対してプライバシー侵害など看過しがた
8 い損害が生じるおそれがあるといえない。

10

3 よって、Aの診療記録は220条4号二に該当せず、Dに文書
提出義務があるといえる。

11 設問3

12 1 (ア)の主張は、控訴審からBがAの補助参加をすることは、C
13 の審級の利益を害し、不適法であるというものである。

15

補助参加は補助参加人の手続き保障を図る趣旨の制度である。
16 そのため、参加人に補助参加する機会をできる限り与える必要が
17 ある。一方で、相手方の審級の利益にも配慮する必要がある。控
18 訴審は事実審である以上、CはBによる補助参加がされたAの訴
19 えにつき証拠の提出・主張により争うことが出来るといえる。そ
20 のため、審級の利益が失われたとまでは言えない。

20

よって、Cの審級の利益を害し不適法とは言えず、Cの主張は
21 失当である。

22 2 (イ)の主張は、Bの補助参加には参加の利益（42条）がない
23 ため不適法であるとの主張である。

P.5

2 (1) 訴訟の複雑化を回避する必要から、「利害関係」とは、法律
3 上の利害関係をいう。

4 BはCとともにAの訴えの共同被告である者である。本件事
5 故がBとCの衝突事故により生じたものであるため、B、Cは

6 互いにそれぞれの過失割合について利害関係を有するといえる。
7 そのため、Bは不法行為に基づく損害賠償債務の過失割合とい
8 う私法上の利害関係、すなわち法律上の利害関係を有するといえ
9 る。

10 したがって、「利害関係」が認められる。

11 (2) 訴訟の結果という文言及び基準の明確性の観点から、「訴訟
12 の結果」とは、判決主文によって参加人の地位が論理的に決せ
13 られることをいう。

14 Aの訴えは、B、Cそれぞれに対する不法行為に基づく損害
15 賠償請求である。そのため、Cに対する判決主文はCの過失の
16 有無に基づく損害賠償請求権の有無であり、このことによって
17 Bに対する過失の有無や割合が決定されるわけではない。つま
18 り、Cに対する判決主文によってBのCに対する求償権は基礎
19 づけられない。

20 したがって、判決主文によって参加人の地位が論理的に決せ
21 られるといえず、「訴訟の結果」といえない。

22 (3) よって、Bには補助参加の利益が認められず、Cの主張は認
23 められる。そのため、受訴裁判所としては、訴え却下の判断を
P.6 すべきである。

2 以 上

【成績通知】再現答案・最速分析会

・・MEMO・・

平成30年論文式試験刑事系第1問

★ 合格者再現答案 A 評価（甲さん 刑事系科目166点台）★

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 事例1において、乙が、A高校のPTA役員会で、「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った」（以下「本件発言」と発言した行為
3 につき、名誉毀損罪（刑法（以下略）230条1項）が成立するか。

5 2 「事実を摘示し」について

6 (1) 「事実を摘示し」とは、名誉毀損罪の保護法益が人の外部的名誉にあ
7 ることに鑑み、人の外部的名誉を低下させるに足る程度の具体的な事実
8 を摘示することをいい、その事実が真実であるか否かを問わない。

9 (2) 本件では、乙の本件発言の事の発端は、甲が、乙に対し、他校の生徒
10 とけんかをしたことを隠すために、とっさに「丙先生から顔を殴られた。
11 とのうその話をしたからである。すなわち、丙が甲の顔を殴った
12 という事実は存在しない。

13 そして、乙の本件発言は、「2年生の数学を担当する教員」を対象と
14 しているところ、明示的に誰を指しているかは明らかにしていない。

15 しかし、A高校においては、2年生の数学の担当教員は丙のみである
16 ことからすると、乙の本件発言は、黙示的にA高校2年生の数学の担当
17 教員である丙を対象としていたといえる。そして、その丙が、うちの子
18 すなわち甲の顔を殴ったとなれば、丙のA高校内での社会的地位は下落
19 するといえる。そうすると、丙の外部的名誉を低下させるに足る程度の
20 具体的事実を摘示したといえる。

21 (3) よって、本件発言は「事実を摘示し」にあたる。

22 3 「公然と」について

23 (1) 「公然と」とは、前述の名誉毀損罪の保護法益にかんがみ、不特定又
P.2 は多数の者に対し事実を摘示することをいう。そして、特定の者に対し
2 のみ事実を摘示した場合も、その者を介して不特定又は多数の者に伝
3 播する可能性があれば「公然と」に含まれる。

4 (2) 本件では、乙の本件発言行為は、A高校のPTA役員会という密室で
5 行われており、そこには乙以外の保護者3名とA高校の校長しかいなかったため、特定の者に対してのみなされている。そうすると、「公然
6 と」とは言えないとも思える。

7 しかし、本件発言では、「徹底的に調査すべきである。」と言ったのみ
8 で、丙が甲の顔を殴ったことを内密にすべきとの発言をしていない。こ
9 のような場合、調査の一環として、丙が甲の顔を殴ったという事実をA
10 高校の教員や保護者に話す恐れがある。現に、PTA役員会での本件発
11 言を受けて、A高校の校長が丙やその他の教員に対する聞き取りを行っ
12 た結果、A高校の教員25名全員に丙が甲に暴力をふるったとの話が広
13 まっている。そうすると、乙の本件発言行為は、保護者やA高校の校長
14 という特定の者を介して、不特定又は多数の者に丙が甲に暴力をふるっ
15 た事実が伝播する可能性があったといえる。

16 (3) よって、「公然と」にあたる。

17 4 「人の名誉を毀損した」について

18 (1) 「人の名誉を毀損した」は、名誉毀損罪が抽象的危険犯であること
19 にかんがみ、人の外部的名誉を低下するおそれを生じさせれば足り、現実
20 に外部的名誉が低下することを要しない。

21 (2) 本件では、乙が本件発言行為を行えば、丙のA高校の教員としての社
22 会的地位が低下するものといえる。現に、本件発言により、A高校の教
23

P.3 員25名全員に丙が甲に暴力をふるったとの話が広まり、丙は当分の間
2 授業を行うことや甲乙との接触の禁止を受けている。

3 (3) よって、「人の名誉を毀損した」にあたる。

4 5 そして、乙には、名誉毀損罪の故意(38条1項本文参照)がある。加
5 えて、乙に公益を図る目的がなかったため、230条の2第1項の適用も
6 ない。

7 6 以上から、乙の本件発言行為につき、名誉毀損罪が成立し、その罪責を
8 負う。

9 第2 設問2

10 1 事例2において、甲が、乙の救助を行うことなく、乙のいる駐車場から
11 バイクで走り去った行為につき、不作為の殺人未遂罪(199条、203
12 条)が成立するか。

13 2 実行行為性について

14 (1)ア 殺人罪における実行行為とは、人の生命侵害の現実的危険性を有す
15 る行為をいうところ、不作為による場合も、作為と同価値性を有する
16 ほどに結果発生現実的危険性は生じうる。

17 そこで、①作為義務、②作為可能性・容易性がある場合、かかる不
18 作為につき実行行為性が認められると解する。具体的には、①は法
19 令・契約・条理・先行行為・排他的支配・保護の引き受け等を総合考
20 慮して判断する。

21 イ ここで、保護責任者遺棄等罪(218条)(同致傷罪(219条)
22 を含む。)にとどまるとの立場から、作為義務と「保護する責任のある
23 者」は別異に解し、前者につき後者よりも高度の生命侵害の危険性
が生じうる場合にのみこれを認めるべきとの反論が考えられる。

P.4 2 しかし、殺人罪も保護責任者遺棄等罪(同致傷罪を含む)も、いず
3 れも人の生命身体の安全を保護法益とする点で共通するところ、特に
4 保護責任者遺棄等致傷罪は重い結果の認識がないことを前提とした、
5 218条の結果的加重犯たる性質を有する。

6 したがって、上記反論は妥当でなく、不作為の殺人罪と保護責任者
7 遺棄等罪(同致傷罪を含む)における作為義務及び「保護する責任の
8 ある者」は同義に解し、両罪は殺意の有無によって区別する。

9 (2) 本件では、甲は乙の子供であり、2人で暮らしていた。そうすると、
10 甲は「直系血族」あるいは「同居の親族」として、乙を「扶け」る義務
11 (民法730条)を負っている。

12 また、乙は、丙と町外れの山道脇の駐車場で話し合いを行ったところ、
13 乙が一方向的に丙の話が終わらせ、自己の車に向かって歩きだしたものの、
14 石につまずいて転倒し、意識を失うに至っている。かかる転倒によるケ
15 ガは、いわば乙の不注意によるものであるため、このケガ自体について
16 甲に帰責性のある先行行為は存在しない。もっとも、事の発端は、甲が
17 乙に対しそをついたために、乙が本件発言をしたからである。そして、
18 甲は最終的には乙に対しそを認めて謝っているものの、乙と丙の話し
19 合いに参加することをしていない。そうすると、甲に帰責性が全くない
20 とはいいがたい。

21 さらに、甲は、バイクで乙のいる駐車場に向かったところ、駐車場で
22 倒れている乙を発見している。そして、甲が乙に声をかけたところ、1
23 度乙が意識を取り戻したものの、崖近くで再び転倒し意識を失っている。
P.5 山道脇の駐車場には街灯がなく、夜になると車や人の出入りがほとんど
2 なかったものであり、乙が倒れていた時間も午後10時過ぎと、倒れた乙
3 を甲以外の者が発見する可能性は低かったといえる。そして、乙が崖近
4 くに転倒した場所は、草木に覆われており、倒れていた乙を甲以外の者
5 が発見することは困難だったといえる。

6 加えて、乙は、上記時点におけるケガの程度は軽傷で、そのケガによ
7 り乙が死ぬ危険はなかった。ただ、乙のすぐそばは崖となっており、崖
8 から約5m下には岩場があったため、仮に乙が崖下に転落するとすると、
9 受け身をとれずに大きく衝撃を受け、これにより死ぬ危険性は十分にあ
10 ったといえる。そうすると、甲以外に、乙が崖下に転落して死亡する事
11 態を回避することは困難であったといえ、甲は乙の生命に対する排他的
12 支配を及ぼしていたといえる。

13 以上を総合すると、甲は、乙を、駐車場に駐車中の乙の車の中に連れ
14 て行く等して、乙を救助すべき作為義務があったといえる(①)。

15 また、甲は、上記作為を行えば、乙が崖下に転落することを確実に防
16 止でき、かつ、これを容易に行うことができたため、作為可能性・容易
17 性があったといえる(②)。

18 (3) 以上から、甲が、乙の救助を行うことなく、乙のいる駐車場からバイ
19 クで走り去った行為につき、不作為の殺人罪の実行行為にあたる。

20 3 もっとも、その後乙は救助され、病院にて一命を取り留めているため、
21 死亡結果が発生しておらず、殺人未遂罪の客観的構成要件に該当するにと
22 どまる。

23 4(1) 次に、甲に殺人罪の故意は認められるか。不作為による殺人未遂罪が
P.6 成立するとの立場からはこれが認められると説明し、保護責任者遺棄等
2 罪(同致傷罪を含む)にとどまるとの立場からはこれが認められないと
3 反論する。

4 (2) 故意とは、犯罪事実の認識認容をいうところ、本件では甲がバイクで
5 走り去った後、乙は崖下に転落して再び意識を失い、崖下に放置される
6 とそのケガにより死亡する危険が生じている。もっとも、かかる事態を
7 甲は認識していないため、殺人の認識認容はなかったとも思える。

8 しかし、甲は、上記殺人罪の実行行為につき、これを認識し、かつ、
9 認容している。また、甲は、乙が崖近くで倒れた時点で、乙のケガが軽
10 傷であることを認識していたものの、これに加え崖下の岩場に乙が転落
11 する危険があることも認識していた。その中で、甲はバイクで走り去る
12 行為に及んでいるのであり、甲としては、乙が崖下に転落して死ぬこと
13 も未必的に認容していたものといえる。そうすると、乙が崖下に転落し
14 て死亡する危険があったことを甲が認識していなかったとしても、乙に
15 対する殺人の認識認容は認められるといえる。

16 (3) よって、反論は妥当でなく、甲に殺人罪の故意が認められる。

17 5 以上から、甲の上記行為につき、不作為による殺人未遂罪が成立し、そ
18 の罪責を負う。

19 第3 設問3

20 1 甲には無関係の丁を救助する義務は認められないので殺人未遂罪は成立
21 しないとの主張に対し、同罪が成立すると反論するための法的構成として、
22 ①甲に殺人罪の「実行」の「着手」(43条本文)が認められること、②
23 甲に殺人罪の故意が認められること、以上が考えられる。以下、それぞれ
P.7 につき検討する。

2 「実行」の「着手」について

3 (1) 未遂犯の処罰根拠は、結果発生 of 具体的危険性にあり、かかる危険性
4 は社会通念に従って類型化された構成要件の問題である。

5 そこで、「実行」の「着手」とは、結果発生 of 客観的危険性を生じさ
6 せたことをいい、かかる危険性は、行為時において一般人が認識し得た
7 事情及び行為者が認識した事情を基礎に、一般人を基準に判断する。

8 (2)ア 本件では、甲は駐車場で意識を失って倒れている丁を発見したところ、
9 丁の体格や着衣が乙と似ており、同駐車場に乙の車があり、発見時は夜
10 間で街灯もなく暗かったことから、丁を乙と誤認している。そして、甲

- 11 と同じ立場にいる一般人においても、丁を乙と誤認する可能性が十分に
12 存在したとある。
- 13 そうすると、甲の行為時において、一般人も甲も、丁を乙と誤認して
14 いたとして、かかる認識事情は危険性判断の基礎に含まれることになる。
- 15 イ 以上を踏まえて「実行」の「着手」についてみると、甲は、親で
16 ある乙（本来は丁）を救助する義務を負っていた。
- 17 また、夜間の山道脇の駐車場に、甲以外の人が現れる可能性は低かつ
18 たものといえる。そして、乙（本来は丁）のケガの程度は重傷で、その
19 まま放置されるとそのケガにより死亡する危険があった。そうすると、
20 甲は乙（本来は丁）の生命に対する排他的支配を及ぼしていたといえる。
- 21 以上からすると、甲は乙（本来は丁）を救助すべき作為義務があった
22 といえる。
- 23 そして、甲は、上記作為を行うことにつき可能かつ容易であったとい
P.8 える。
- 2 (3) よって、甲は、上記状況の中で、丁を救助することなくバイクで走り
3 去った行為につき、不作為の殺人罪の「実行」の「着手」が認められる。
- 4 3 故意について
- 5 (1)ア まず、不作為犯における作為義務は、規範的要素を含んでいること
6 にかんがみ、素人的評価による認識があれば足りる。
- 7 イ また、故意責任の本質は反対動機の形成可能性にあり、規範は構成
8 要件に具体化されている。そこで、認識事実と発生事実とが同一構成
9 要件にとどまる限り、故意責任を問えたと解する。
- 10 (2)ア 本件では、甲は乙（本来は丁）が重傷を負っていることを認識しつ
11 つ、死んでも構わないと思っている。また、乙の存在に気づいていな
12 かったものの、丁に近づけば、容易に乙を発見できた状況にある。そ
13 うすると、素人的評価において甲に作為義務の認識はあったといえる。
- 14 イ また、甲の認識事実は乙に対する殺人、発生事実は丙に対する殺人
15 未遂であるところ、いずれも「人」という点で共通しており、同一構
16 成要件にとどまるといえる。
- 17 (3) よって、甲は、丁に対する殺人の故意が認められる。
- 18 4 以上から、①②の法的構成により、甲に殺人未遂罪が成立すると反論す
19 ることができる。
- 20

以 上

平成30年論文式試験刑事系第1問

● 合格者再現答案 B 評価（戊さん） ●

Memo

P.1 第1 設問1について

2 1 乙がPTA役員会で、「2年生の数学を担当する教員がうちの
3 子の顔を殴った」と発言したことにつき、名誉毀損罪（刑法23
4 0条1項）が成立しないか。

5 2(1) 名誉毀損罪は人の外部的名誉を保護法益とする。名誉毀損罪
6 は、①「公然と」②「事実を摘示」したこと、③人の名誉を毀
7 損したことで成立する。

8 (2) まず、「事実を摘示」につき、「うちの子の顔を殴った」旨発
9 言しており、具体的な事実を摘示している。

10 そして、顔を殴るという行為は、暴行罪（刑法208条）等
11 に該当する違法な行為である。また、社会通念上も不当な行為
12 とされるから、人の名誉を毀損するに足りる具体的事実を摘示
13 したといえ、「事実を摘示」にあたる（②充足）。

14 (3) では、「公然と」事実を摘示したといえるか。公然と事実を
15 摘示したというためには、不特定または多数者に対し、事実の
16 摘示がなされなければならない。

17 ア この点、乙が直接に事実を摘示したのは、PTA役員会出
18 席者である保護者3名とA高校の校長の4名である。

19 4名では多数とはいえない。また、PTA役員会出席者は、
20 PTA役員ないしそれに準ずる者に限られると推察される
21 ところ、事実の摘示の相手方は特定されている。

22 そうだとすれば、公然性を満たさないとも思える。

23 イ しかしながら、行為者が直接に不特定または多数に対し事
P.2 実を摘示した場合と、行為者の発言により噂として広まって
2 結果として、不特定または多数に事実が伝わった場合とで、
3 被害者の名誉が毀損される程度は変わらない。

4 したがって、行為者が直接に事実を摘示した相手は、特定
5 かつ少数であっても、当該事実が不特定または多数に伝播す
6 る可能性がある限り、「公然」性の要件を満たす（伝播性の
7 理論）。そして、かかる可能性は、行為者が被害者の近親者
8 等に事実を摘示し、かつ他言を禁じた場合等、特段の事情が
9 ない限り、肯定されると考える。

10 ウ 本件において、直接に乙から事実の摘示を受けたPTA役
11 員会の出席者は、丙の近親者等ではなく、また、乙は他言を
12 禁じていない。実際、教員25名という多数に対し、伝播し
13 ていた。

14 したがって、公然性を満たす（①充足）。

15 (4)ア さらに、「人の名誉を毀損した」といえるか。この点、名
16 誉毀損罪は抽象的危険犯であるから、現実には名誉が毀損され
17 たことは要しない。ただし、「人」とは特定人でなければなら
18 ず、東京都民や九州人のような、幅のある表現では、原則
19 として③の要件を欠く。

20 イ 本件では、「2年生の数学を担当する教員」とのみ指摘し、
21 丙という特定人の名前を指摘していない。

22 しかしながら、名誉毀損罪の保護法益が人の外部的名誉で
23 ある以上、人の外部的名誉の毀損のおそれがあれば良いから、

- P.3 直接または間接に事実の摘示を受けた者の既知の事実をも考慮できる。
- 2
- 3 この点、A高校2年生の数学を担当する教員は丙だけであ
- 4 った。そして、PTA役員会の保護者やA高校の教員は、か
- 5 かる事実を知っていたと考えられるから、「2年生の数学を
- 6 担当する教員」は丙と特定できる。
- 7 ウ したがって、特定性を満たし、③が認められる。
- 8 (5) 故意（刑法38条1項）もある。
- 9 3 よって、乙は名誉毀損罪の罪責を負う。
- 10 第2 設問2について
- 11 1 小問(1)
- 12 (1) 甲に不作為による殺人未遂罪（刑法199条、203条）が
- 13 成立すると説明するには、いかに説明するべきか。
- 14 (2)ア これに関し、不真正不作為犯の成否について、刑法の法益
- 15 保護機能の観点からはこれを肯定するのが望ましい。一方、
- 16 刑法の自由保障機能の見地から、不当に処罰対象が拡大する
- 17 のを防ぐ必要がある。
- 18 そこで、①作為義務のある者が、②作為可能性・容易性が
- 19 認められるにもかかわらず、当該作為を怠った場合には、作
- 20 為と構成要件的に同価値といえ、不真正不作為犯が成立する。
- 21 イ 作為義務は、法令、契約、条理により一般的義務が認めら
- 22 れ、かつ、具体的状況の下当該作為を行うべき義務が認めら
- 23 れることを要する。
- P.4 まず、甲は乙の子であるところ、法令上、子は親を救助す
- 2 べき義務がある（民法725条1号、730条）。
- 3 そして、乙が倒れていたのは山道脇の駐車場である。この
- 4 点、山道脇の駐車場には、街灯がなく、人の出入りもなかつ
- 5 ため、通行人が乙を発見して救助する可能性は低かった。
- 6 そして、乙が転倒した場所は草木に覆われていたため、なお
- 7 さら通行人が乙を発見する可能性は低かった。そうだとすれ
- 8 ば、甲は乙の法益を支配していたといえる。
- 9 したがって、甲には、乙を乙の自動車に連れて行く等の作
- 10 為をすべき義務があった（①充足）。
- 11 ウ そして、乙を乙の自動車の中に連れていくことを、甲は容
- 12 易に行うことができた（②充足）。
- 13 エ したがって、殺人未遂罪の実行行為が認められる。
- 14 (3) では、故意（刑法38条1項）が認められるか。
- 15 ア この点、乙が転倒した場所のすぐそばが崖になっており、
- 16 崖から約5メートル下の岩場に転落する危険があった。そし
- 17 て、甲は、このことを認識していた。
- 18 人が約5メートルも下に転落した場合には、死亡する危険
- 19 がないとはいえない。さらに、下の地面が岩場であるから、
- 20 固い地面といえ、さらに死亡する危険が増す。しかも、乙は
- 21 転倒により額という人体の枢要部に怪我をしていたのだから、
- 22 崖下に転落した場合には、この傷と相まって死亡する危険も
- 23 あった。
- P.5 イ このようなことからすれば、甲に少なくとも未必の殺意が
- 2 認められる。
- 3 (4) 甲に殺人未遂罪が成立すると説明するには、このような説明
- 4 が可能である。
- 5 2 小問(2)

6 (1) 甲の不作为が、保護責任者遺棄致傷罪（刑法218条、21
7 9条）にとどまるとの立場からは、以下のような反論が可能で
8 ある。

9 (2) まず、刑法199条の文言は、「人を殺した」となっている
10 ところ、作為のみを規定しているから、不真正不作为犯は否定
11 すべきであるとの反論である。

12 (3) つぎに、殺人罪に不作为犯が認められるとしても、未必の殺
13 意は認められないから、殺人罪の故意はない。そして、殺人罪
14 の作為義務と保護責任は同一であり、両罪は故意のみが異なる
15 ところ、保護責任者遺棄致傷罪にとどまる旨、反論する。

16 ア この点、未必の殺意があるというためには、乙が不注意に
17 より崖から転落することを認識、認容していなければならな
18 い。すなわち、不作为の殺人未遂罪は、被害者の行為を利用
19 するもので、間接正犯形態で犯すことになる。

20 しかしながら、乙が崖から転落する可能性は高いとはいえ
21 ない。したがって、乙の不注意を支配、利用しているとはい
22 えず、殺人未遂罪の間接正犯たりえない。

23 イ そして、甲が乙を発見した時点においては、乙の怪我は軽
P.6 症であり、その怪我から死亡する危険はなかった。甲はこの
2 ことを認識していた。

3 ウ したがって、甲に殺意はなく、保護責任者遺棄罪の故意に
4 とどまる。

5 (4) 以上のような反論ができる。

6 第3 設問3について

7 1 甲に殺人未遂罪が成立すると主張するためには、どのような構
8 成が考えられるか。

9 2(1) この点、作為義務の有無については、一般人が認識しえた事
10 情、および作為者が特に認識していた事情を基礎に判断すべき
11 である。

12 そして、甲と同じ立場の一般人でも、丁を乙と誤認する可能
13 性が十分にあった。また、甲は丁を乙と誤認した。

14 そうだとすれば、乙と誤認した丁を救助すべき義務が、甲に
15 は認められるというべきである。

16 (2) そして、丁を救助するために丁に近づけば、容易に乙を発見
17 でき、乙を救助できた以上、作為可能性、容易性も認められる。

18 (3) 以上の構成による。

19 以 上

【成績通知】再現答案・最速分析会

・・MEMO・・

平成30年論文式試験刑事系第2問

★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 刑事系科目166点台）★

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 下線部①の捜査の適法性

3 (1) 下線部①の捜査は適法か。まず、下線部①の捜査が「強制的処分」(刑事訴訟法(以下略)1
4 97条1項但書)たる「検証」(218条1項)にあたり、これを検証許可状なくして行っている
5 点で令状主義に反しないか。「強制的処分」の意義が問題となる。

6 ア 197条1項但書の趣旨は、個人の意思を制圧し、重要な権利利益を侵害制約する処分に
7 つき、法で予め要件などを定立することで、国民の行動の自由を民主的に担保する点にある。

8 そこで、「強制的処分」とは、(i)個人の意思を制圧し、(ii)身体・住居・財産等の重要な
9 権利利益を侵害制約する処分をいい、(i)は合理的に推認される相手方の意思に反するか
10 否かで決する。

11 イ 本件では、下線部①の捜査は、本件事務所から公道に出てきた男を対象に、Pがいた車内
12 からビデオカメラで男の様子を撮影したものである。

13 もっとも、かかる捜査において、対象者である男の同意を得ていない。そして、男は、公
14 道上に姿を現したとはいえ、通常他人から勝手にその容ぼう等をビデオ撮影されることに
15 ついて許容しないものと考えられる。

16 そうすると、下線部①の捜査は、合理的に推認される男の意思に反するものといえる(i)。

17 また、下線部①の捜査により、対象者となった男に対し、みだりに容ぼう等を撮影されな
18 い自由(憲法13条)を侵害することになる。

19 もっとも、男は公道上においてその姿をビデオ撮影されているだけであり、公道上の場合、
20 通常他者の目にふれることは想定される。これは、たとえ車内という、男にとって撮影され
21 ていることがわからない場所からのものであっても同様といえる。そうすると、男のプライ
22 バシー権についての要保護性は低い。

23 また、上記撮影行為は、公道上で行われているものであって、令状をもって規律される、
P.2 私的領域に対する「侵入」(憲法35条1項)としての性質を有しない。

2 以上からすると、下線部①の捜査は、対象者となった男の重要な権利利益を侵害制約する
3 処分とはいえない(ii)。

4 ウ よって、下線部①の捜査は、「強制的処分」たる「検証」にあらず、令状主義に反しない。

5 (2) もっとも、下線部①の捜査は、捜査比例の原則(197条1項本文)に反しないか。

6 ア 197条1項本文の趣旨は、強制手段でない捜査手法を認めつつ、なお対象者に対し法益
7 侵害が生じるために、手段を最小限度にとどめた点にある。

8 そこで、犯罪の嫌疑の程度や撮影行為を行う必要性緊急性と、被侵害利益の性質程度を較
9 量し、具体的な状況で相当といえる範囲において、当該行為は197条1項本文に反しないと
10 解する。

11 イ 本件では、Pらが下線部①の捜査の前にVから得ていた情報によれば、Vに対する詐欺を
12 行った犯人の顔こそよく覚えていなかったものの、犯人の特徴として、中肉中背の男である
13 旨を述べていた。また、犯人は「A工務店」と書かれたステッカーが貼られた赤の工具箱を
14 持っていたとも述べており、「A工務店」はその後の捜査により本件事務所であることが明ら
15 かととなっている。そして、下線部①の捜査の対象となった男は中肉中背の男で、Vが述べる
16 犯人の特徴と一致している。加えて、その男は本件事務所に入っていくところをPに目撃さ
17 れており、男が甲やA工務店の関係者等、Vに対する詐欺に何らかの形で関与している合理的
18 な嫌疑があるといえる。

19 また、本件では、Vに対する詐欺事件において、Vの証言や、本件メモ、本件領収書以外
20 に犯人と結びつく証拠が存在しない。かかる状況においては、Vが述べた犯人が下線部①の
21 捜査の対象者である男と一致するか否かを確認するために、男の姿を撮影しておく必要性が
22 高い。

23 さらに、Pの撮影は車内からなされているが、男の面前で撮影するとなると、男が犯人で

P.3

あった場合にPらの意図を察知され、証拠隠滅や逃亡を図られてしまうおそれがある。そうすると、かかる事態を防ぐために、下線部①の捜査を行う必要性緊急性は高いといえる。

これに対し、下線部①の捜査により、対象者となった男のみだりに容ぼう等を撮影されない自由を侵害することになる。もっとも、前述の通り、かかる権利は重要でない。また、撮影時間は約20秒と短く、かつ、本件事務所の玄関ドアに向かって立ち、振り返って歩き出す男の姿を撮影するのみで、これ以外に映していない。そうすると、下線部①の捜査による被侵害利益の性質程度は弱いといえる。

以上を踏まえると、下線部①の捜査を行う必要性緊急性が高い一方で、被侵害利益の性質程度は低いため、具体的状況下においてなお相当の範囲といえる。

10

ウ よって、下線部①の捜査は197条1項本文に反せず適法である。

(3) 以上から、下線部①の捜査は適法である。

2 下線部②の捜査の適法性

(1) 下線部②の捜査は適法か。下線部②の捜査が「強制の処分」たる「検証」にあたり、検証許可状なく行ったとして令状主義に反しないか。前述の「強制の処分」の定義に沿って検討する。

15

(2) 本件では、下線部②の捜査は、本件事務所の机上にある赤色の工具箱を対象に、ビデオカメラでこれを撮影している。下線部②の捜査に先立つ捜査においては、本件事務所には甲以外に出入りする者がいなかったため、甲以外の従業員がいないものと判断されている。そうすると、赤色の工具箱は、甲の所持品であったと考えられる。

そして、下線部②の捜査は、甲の同意なくして行われているところ、通常自己の所持品についても勝手にビデオ撮影されることに同意しないものといえる。そうすると、下線部②の捜査は、合理的に推認される甲の意思に反するといえる (i)。

20

また、下線部②の捜査では、工具箱が撮影されたのみで、甲の姿は映っていない。そして、かかる撮影は、採光用の小窓を通して本件事務所の内部を見通すことができたためにこれをおこなっただけである。そうすると、重要な権利利益を侵害したとはいえないとも思える。

P.4

しかし、本件事務所の前面には腰高窓があったところ、そこにはブラインドカーテンが下ろされており、かつ、両隣に建物が接してあったために、公道から事務所の中を見ることはできなかった。そして、採光用の小窓から本件事務所の中を見ることができるものの、玄関上部に位置しており、向かいのマンションの2階通路からでないと見れない状況となっている。このような構造においては、採光用の小窓から本件事務所の内部を見られることを想定していなかったと考えられる。

そうすると、本件事務所の中は、令状でもって規律される私的領域に準じた空間であるといえ、その中にある赤色の工具箱を約5秒間にわたって撮影することも、「所持品」に対する「侵入」すなわち「検証」として、重要な権利利益を侵害制約する性質の処分といえる (ii)。

10

(3) よって、下線部②の捜査は「強制の処分」たる「検証」にあたるどころ、検証許可状なくこれを行った点で令状主義に反し違法である。

第2 設問2

1 小問1

15

(1)ア 本件メモに証拠能力は認められるか。本件メモが伝聞証拠(320条1項)にあたるか。伝聞証拠の意義が問題となる。

イ 伝聞法則の趣旨は、供述証拠には知覚・記憶・表現・叙述という各過程に過誤が介在しやすいところ、公判廷外供述では反対尋問等による信用性テストがなく、誤判を防止する点にある。

20

そこで、伝聞証拠とは、①公判廷外供述を内容とする証拠で、②供述内容の真实性を立証するために用いられるものをいい、②は要証事実との間で相対的に決する。

ウ 本件では、本件メモの立証趣旨(刑事訴訟規則189条1項)は「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し付けたこと」となっている。そして、甲の公判においては、甲は犯行を否認している。そうすると、かかる公判での争点は、Vに対する詐欺の犯人性や詐欺の犯罪事実ということになる。

P.5

そして、本件では、本件メモや本件領収書等のほかに、甲がVに対して詐欺を行った直接的な証拠が存在しないことからすると、要証事実は立証趣旨と同じということになり、かかる要証事実との関係では供述内容の真实性を立証するために用いられることになる(②)。

- 6 また、本件メモはVの公判廷外供述を内容とする証拠である(①)。
- 7 エ よって、本件メモは伝聞証拠にあたるため、原則証拠能力は認められない。
- 8 (2)ア もっとも、本件メモにつき伝聞例外(321条以下)が認められるか。本件では、弁護人
- 9 が不同意としているため326条は適用されないものの、「被告人以外の者」であるV「が作
- 10 成した供述書」として、321条1項3号の伝聞例外が認められないか。
- 11 イ 供述不能要件については、本件では、Vが脳梗塞で倒れており、意識が回復する見込みは
- 12 なく、あるいは、記憶障害が残り、Vを取り調べるができない状況にある。そして、供
- 13 述不能要件は、証拠の必要性として掲げた例示列挙にすぎないものと解されていることから
- 14 すると、「身体の故障」あるいはそれに準じた状況にあるといえる。
- 15 よって、供述不能要件を満たす。
- 16 ウ 「供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」とは、当該供述を証拠として用い
- 17 るか否かによって事実認定に著しい差異が生じることをいう。
- 18 本件では、前述の通り、Vに対する詐欺の犯人性や詐欺の事実を直接基礎づける証拠が存在
- 19 しない。そして、本件メモは、男がVに対し詐欺を働いた行為の一部をなすものである。
- 20 そうすると、本件メモを証拠として用いるか否かによって事実認定に著しい差異が生じると
- 21 いう。
- 22 よって、「供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」にあたる。
- 23 エ 「特に信用すべき情況」とは、絶対的特信情況をいう。そして、外形的客観的にみて、反
- P.6 対尋問を要しない程度に真実を記載するものと通常期待される外部的付随的事情を推知でき
- 2 るか否かで判断される。
- 3 本件では、本件メモを作成したのは、Vが男と接触した日の夜であり、時間的間隔があまり
- 4 ない。そうすると、本件メモの作成にあたって過誤が介在するおそれが高くない。
- 5 また、Vは、長男Wから、犯人が言った内容を記載しておいた方がいいと言われたために
- 6 本件メモを作成している。ただ、Wは単に作成を促しただけで、強制の契機はなく、犯人が
- 7 言った内容につき誤導させるような発言をしていない。そうすると、VがWの面前で本件メ
- 8 モを作成している以上、虚偽の内容を記載するとは想定しにくく、虚偽を記載するおそれは
- 9 低い。
- 10 さらに、本件メモは、Vの手書きでこれを作成している。そうすると、本件メモが改ざん
- 11 された可能性はなく、虚偽を記載するおそれは低い。
- 12 以上を踏まえると、外形的客観的にみて、反対尋問を要しない程度に真実を記載するもの
- 13 と通常期待される外部的付随的事情を推知できるといえる。
- 14 よって、「特に信用すべき情況」にあたる。
- 15 オ 以上から、321条1項3号の要件を満たすため、本件メモ全体につき伝聞例外が認めら
- 16 れる。
- 17 (3)ア もっとも、本件メモには、男がVに対して発言した供述が含まれている。かかる部分につ
- 18 いては、公判廷外供述を内容とする証拠といえ(①)、かつ、甲の犯人性や詐欺の事実を基礎
- 19 づける直接的な証拠がないことからすると、要証事実との関係で供述内容の真実性を立証す
- 20 るために用いられるものといえ(②)、再伝聞となる。そこで、かかる部分につき別途伝聞例
- 21 外がみとめられるか。明文にないため問題となる。
- 22 イ 伝聞証拠は「公判期日における供述に」代えて証拠とすることができないが、伝聞例外が
- 23 認められる場合、その中に含まれる伝聞もまた伝聞供述として扱う必要がある。そして、伝
- P.7 聞供述につき証拠能力が認められる場合、公判廷供述と別異に取り扱う理由はない。
- 2 そこで、再伝聞過程についても「被告人以外の者の……供述」と同視し、324条を類推
- 3 適用すると解する。
- 4 ウ 本件では、「被告人以外の者」であるVの「供述」で、かつ、「被告人」である甲の「供
- 5 述」を内容とするものとして、324条1項・322条1項が類推適用される。そして、男
- 6 の供述は詐欺の事実を基礎づけるものとして不利益事実の承認(322条1項後段)となり、
- 7 任意性を欠くような事情もない(同項但書)。
- 8 エ よって、324条1項・322条1項類推適用により、男の供述部分に証拠能力はある。
- 9 (4) 以上から、本件メモに証拠能力は認められる。
- 10 2 小問2

- 11 (1) 本件領収書に証拠能力は認められるか。立証上の使用方法としては、①本件領収書の記載事
12 実から、Vの甲に対する100万円の交付や甲の犯人性を立証する場合、②本件領収書の存在
13 自体から、Vの甲に対する100万円の交付や甲の犯人性を立証する場合が想定される。そこ
14 で、以下使用方法ごとに伝聞証拠に当たるかにつき検討する。
- 15 (2) ①の場合
16 ア 本件では、本件領収書の立証趣旨は「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金
17 として100万円を受け取ったこと」である。また、本件の公判の争点は前述の通りである。
18 そして、本件領収書は、甲の公判廷外供述を内容とする証拠である。また、甲がVから1
19 00万円を受け取った点につき、他にこれを直接裏付ける証拠が存在しない。そうすると、
20 要証事実は立証趣旨と同じということになり、かかる要証事実との関係では供述内容の真実
21 性を立証するために用いられるものとなる。
22 よって、①の場合、本件領収書は伝聞証拠にあたるため、原則証拠能力を欠く。
- 23 イ もっとも、本件領収書につき伝聞例外が認められるか。本件では、弁護人が不同意として
P.8 いるため326条は適用されないが、「被告人」甲「が作成した供述書」として322条の要
2 件を満たすか。
3 本件では、本件領収書は甲がVから100万円を受け取ったという事実で、甲の不利益事
4 実の承認といえる。そして、本件領収書の作成において、甲に任意性を欠く事情はない。
- 5 ウ よって、322条の要件を満たすため、①の場合本件領収書の証拠能力は認められる。
- 6 (3) ②の場合
7 ア(ア) 本件では、立証趣旨及び争点は前述の通りである。そして、公判廷外供述を内容とする
8 証拠である。もっとも、領収書は、通常金銭授受がなければ作成されない性質の書面である。
9 そして、本件領収書から検出された指紋と、甲の指紋が一致しているところ、本件領収
10 書に触れなければ指紋はつかないのだから、甲が本件領収書の作成に関与したと推認でき
11 る。さらに、本件領収書の印影と甲の認め印の印影も一致している。加えて、本件領収書
12 が甲からVに交付されたものであることが認定されている。
13 以上からすると、本件領収書はその存在と内容自体から、甲がVから100万円を受け
14 取ったことを合理的に推認できる。
- 15 よって、②の場合要証事実は本件領収書の存在と内容ということになり、かかる要証事
16 実との関係では供述内容の真実性は問題とならない。
- 17 (イ) 以上から、②の場合、本件領収書は伝聞証拠とならず非伝聞となる。
- 18 イ また、本件では、弁護人が異議を述べているものの、本件領収書の収集手続に違法事由は
19 存在しないため、かかる異議に理由はない。
- 20 ウ よって、②の場合、本件領収書に証拠能力は認められる。
- 21

以上

平成30年論文式試験刑事系第2問

● 合格者再現答案 C評価（己さん）●

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 下線部①の捜査

3 (1) 下線部①の捜査は、ビデオカメラで本件事務所から出てくる
4 甲を撮影するものである。ビデオカメラによる撮影は、五官の
5 作用によって対象の体格・性状等を認識し記録するものであり、
6 検証（刑事訴訟法（以下、省略する）218条1項）の性質を
7 有する。そのため、「強制的処分」（197条1項但し書）に該
8 当すれば、令状主義（憲法35条）に反し違法となるので検討
9 する。

10 (2) 197条1項は、令状主義や強制処分法定主義（憲法33
11 条）という憲法に由来する規定である。そのため、「強制的処
12 分」とは、個人の意思を制圧し、憲法の保障する権利又は法的
13 利益を制約するものをいう。また、個人の合理的な意思に反す
14 る場合も「制圧」に含まれる。

15 憲法35条は、「住居、書類及び所持品」を例示し、私的領
16 域の核心部分に対して「侵入」されない権利を保障している。
17 そして、下線部①の捜査は、甲が本件事務所の玄関ドアに向か
18 って立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿を、容
19 貌も含めて撮影したというものである。このような公道上にお
20 いては、自らの容貌等を他人に見られること自体は甘受せざる
21 を得ない。そのため、公道上で他人に行動や容貌等を撮影され
22 ない権利というのは、私的領域の核心とはいえず、憲法の保障
23 する権利又は法的利益とはいえない。

よって、「強制的処分」には当たらない。

2 (3) もっとも、「強制的処分」に当たらなくとも、上記権利を制
3 約することは否定できない。そのため、捜査比例の原則（19
4 7条1項本文）に照らして、当該捜査を行う必要性、制約され
5 る権利の程度等を考慮し、具体的状況下で相当と認められる場
6 合に限り、任意捜査として適法になるというべきである。

7 本件では、詐欺の被害者であるVが、「犯人が、『A工務店』
8 と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていた」
9 旨述べている。そして、Vが犯人から受け取った領収書に記載
10 された住所には、A工務店の事務所である本件事務所が存在し
11 ている。そのため、本件事務所の関係者が本件詐欺事件に関係
12 している可能性が高かった。そして、Pらが本件事務所の様子
13 を見ていたところ、玄関ドアの鍵を開けて中に入っていく中肉
14 中背の男を目撃しており、この者がA工務店の従業員である可
15 能性が極めて高かった。そのため、この者の容貌を撮影し、V
16 に見せて、犯人であるか確認してもらう必要性があったといえ
17 る。

18 これに対して、甲は、約20秒という短時間の間、公道上で
19 本件事務所の玄関ドアに鍵を掛けている姿を撮影されたに過ぎ
20 ない。これは、周囲に居た者であれば誰でも容易に目にすること
21 ができるものであり、甲の上記権利の制約の程度は軽微とい
22 える。

23 したがって、具体的状況下において相当な態様であったとい

P.3

える。

(4) よって、下線部①の捜査は、任意捜査として適法である。

2 下線部②の捜査

(1) 下線部②の捜査も、ビデオカメラで撮影するというものであるから、まず、上記と同様の基準で「強制の処分」に当たるか否か検討する。

(2) 下線部②の捜査は、ビデオカメラで、本件事務所内の机上にある赤色の工具箱を撮影するというものである。一般に、建物等の内部は、他人に見られることが無いという期待がある。そして、本件事務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下ろされており、両隣には建物が接しているため、公道からは同事務所内を見ることができないという状況にあった。そうすると、A工務店の代表者甲としては、本件事務所内部は他人に見られることはないという高度の期待を有しており、これは、私的領域の核心部分に当たる権利又は法的利益といえる。したがって、本件事務所内部を撮影されない権利は、憲法の保障する権利又は法的利益に当たる。

そして、Pらは、本件事務所の玄関上部にある採光用の小窓から内部を覗き見るために、向かい側のマンションの2階通路から、望遠レンズ付きのビデオカメラを用いて撮影を行っている。甲は、このように、通常覗かれるおそれのない採光用の小窓から、目視と性質の異なる望遠レンズで内部を覗かれるということは、許容しないものといえる。したがって、甲の合理的な意思に反する。

(3) よって、下線部②の捜査は、個人の意思を制圧し、憲法の保障する権利又は法的利益を制約するものであるから「強制の処分」にあたる。

(4) なお、Pらは、Vの証言と一致する、「A工務店」と記載された小さな円形のステッカーが貼られた赤い工具箱を撮影する必要性から、約5秒間という極短時間、当該工具箱のみ撮影したに過ぎず相当性があるかに思える。しかし、「強制の処分」に当たる以上、捜査の必要性等を理由に正当化することはできない。

(5) よって、下線部②の捜査は、令状なく「強制の処分」を行うものであり、令状主義に反し違法である。

第2 設問2

1 小問1

(1) 本件メモは、公判期日外の供述を内容とする書面であるから、伝聞証拠に当たり、証拠能力が否定されないか(320条1項)検討する。同規定の趣旨は、伝聞証拠は、知覚、記憶、表現・叙述の各過程に誤りが入り込む余地が高く、反対尋問等で正確性を吟味すべきことにある。そのため、伝聞証拠とは、公判期日外の供述及びこれを内容とする書面であって、要証事実との関係で、その内容の真実性が問題になるものをいう。

(2) 本件メモの立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の発言を申し向けたこと」である。そして、本件メモには、Vが、A工務店と名乗る男すなわち甲から、屋根裏の耐震金具に不具合があり、すぐに工事しないと大変なことになるので、100万円で工事する旨述べられたことが記載されている。本件メモの内容が真実であれば、同日、甲がVに対して、詐欺罪(刑法246条1項)の実行行

P.5

6 為に当たる欺く行為を行ったことが推認できる。実行行為は構
7 成要件該当事実であり、立証趣旨は意味を持つ。そのため、要
8 証事実は、立証趣旨と同じである。

9 そして、本件メモの内容は正にVが知覚、記憶したものであ
10 るから、要証事実との関係で、本件メモの内容の真実性が問題
11 になるので、本件メモは伝聞証拠に当たる。

- 12 (3) そのため、伝聞例外の要件を満たさない限り、本件メモの証
13 拠能力は否定される。本件メモは、「被告人以外の者」である
14 Vが作成した供述書であり、裁判官及び検察官の面前における
15 供述を録取したものではないので、321条1項3号該当性が
16 問題になる。なお、本件供述書にはVの「署名若しくは押印」
17 が無いものの、Vが全ての記載を手書きしたものであり、作成
18 過程に伝聞が含まれないので、問題にならない。

19 「供述者」Vは、脳梗塞で倒れており、担当医師によれば、
20 Vの意識が回復する見込みはなく、仮に意識が回復したとして
21 も、記憶障害が残り、取調べをすることは不可能である。その
22 ため、脳梗塞又は記憶障害という「精神若しくは身体の故障」
23 のため、「公判期日において供述すること」もできないと考
P.6 えるのが合理的である。

2 4 そして、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」と
3 は、事実認定の結果に影響を及ぼすものであることを意味する。
4 Vは、本件詐欺事件の被害者であり、詐欺の実行行為を向けら
5 れた者であって、他に目撃者が存在しない本件においては、V
6 の証言は実行行為の存在の認定に大きく影響を及ぼすといえる。
7 そのため、Vの「供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことが
8 できない」といえる。

9 「特に信用すべき状況の下にされた」とは、比較対象がない
10 本規定においては、絶対的特信状況を意味する。そして、供述
11 時の外部的事情から客観的に判断すべきである。本件メモは、
12 甲がV方を訪れ本件メモ内容の発言をしたとされる、平成30
13 年1月10日午前10時頃から、約9時間後の同日午後7時頃
14 に作成されたものである。記憶も鮮明な被害直後といえ、誤り
15 が入り込むおそれは低いといえる。もっとも、Vは70歳と一
16 般的に高齢であり、メモ用紙に記載する段階で書き間違いや記
17 憶と異なる記載がなされるおそれがある。しかし、Vの息子で
18 あるWが、本件メモはWの目の前で書かれており、帰宅直後に
19 VがWに話した内容と同じである旨証言している。そのため、
20 本件メモ作成段階での書き間違いや記憶と内容のズレは生じて
21 いないといえ、Vの記憶が正確な状況の下でなされたといえる。

22 したがって、本件メモは、「特に信用すべき状況の下」で作
23 成されたといえる。

- P.7 (4) よって、本件メモは、321条1項3号の伝聞例外の要件を
2 満たすので、証拠能力が認められる。

3 2 小問2

- 4 (1) 本件領収書も、公判期日外の供述を内容とする書面であるか
5 ら、伝聞証拠該当性が問題になるので、上記と同様に検討する。
6 (2) 本件領収書の立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日に
7 Vから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」で
8 ある。そして、本件領収書には、甲が、Vから100万円を屋
9 根裏工事代金として領収した旨が記載されている。そのため、
10 本件領収書は、①甲がVから100万円を受け取ったことと、

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