

平成 29 年司法試験再現答案（憲法）

第 1 設問 1 について

1、 妊娠・出産の禁止について

- (1) 憲法 13 条は、幸福追求権を保障している。これは、個人の尊厳を確保する趣旨であるから、憲法 13 条により保障される人権は、個人の尊厳の確保に資するもの、すなわち、個人の人格的生存に不可欠な権利である。

女性が妊娠・出産を自由に決定することは、家族の在り方やその人のライフスタイルに関するものであり、個人の人格的生存に不可欠な権利であるといえるから、妊娠・出産についての自己決定権は憲法 13 条により保障される。

- (2) 法 15 条 8 号は、特定労務外国人が本邦滞在中に妊娠・出産することを禁じている。そして、これに反した者は、収容され(法 18 条 1 項)、強制退去させられる可能性がある(法 19 条 3 項)。

そうすると、特定労務外国人は、強制退去を免れるため妊娠・出産を控えることになり、妊娠・出産を自由についての自己決定権は事実上制約されてしまうといえる。

- (3) 妊娠・出産についての自己決定権といえども、完全な無制約であるわけではない。

しかし、我が国の憲法は個人主義を基調とし個人の尊厳の確保を図っているところ、自分のことを自分で決定することは、個人の尊厳を確保するための基礎となるものであるから、妊娠・出産という家族に関わることを自己で決定する自由は非常に重要な権利である。また、強制退去を回避するために、特定労務外国人は妊娠・出産をしないことを選択せざるをえず、特定労務外国人の妊娠・出産について決定する自由は事実上完全に制約されているということができ、制約の程度は重大である。

以上からすると、制約は必要最小限度でなければならないというべきであり、目的がやむにやまれないものであり、かつ、手段が目的を達成するために最小限、すなわち手段が目的達成に資し過剰とならない場合にのみ、合憲となると考える。

本問では、法の目的は、我が国の文化や秩序との調和を図りつつ特定労務の円滑な供給を実現し、国民生活の安定及び社会生活の発展のために、特定労務外国人の定住化を防止する点にあるところ、我が国の国民と社会的・政治的な軋轢を防ぐ必要があるため、目的はやむにやまれぬものであるといえる。

しかし、法には更新制度が設けられているところ(法 4 条 4 項)、同制度により子供を育てる期間のみ本邦に留まることは可能である。また、特定労務外国人が妊娠・出産したとしても、結婚等がなくそれだけで日本への永住化が認められるわけではなく、日本で妊娠・出産することが直ちに特定労務外国人の永住化につながるわけではない。以上からすると、法が特定労務外国人の妊娠・出産を禁止していることは、過剰な規制であり、目的達成のための必要最小限のものとはいえない。

よって、法 15 条 8 号は、憲法 13 条に反し違憲である。

2、 身体拘束について

憲法 31 条は人身の自由を保障している。

法は、裁判官の令状なしに警備官判断で特定労務外国人を収容することができるとしており(法 18 条)、特定労務外国人の人身の自由を害する。

よって、法 18 条は憲法 31 条に反し違憲である。

第 2 設問 2 について

1、 妊娠・出産禁止について

- (1) 反論について

外国人の滞在の可否は国際慣習上からみても国家の主観的判断に属するのが原則であるから、国家の裁量の範囲は非常に広い。

また、外国人の定住化が進むと、我が国の国民と外国人と社会的・政治的軋轢を生むことが予測されるため、規制の必要性は大きい。

そして、本邦以外では自由に妊娠・出産をすることができ、また、特定労務外国人の収容の要件は厳格であり収容後も手続保障がなされていることから、制約の程度は重大とはいえない。

以上からすると、合憲性の判断は緩やかに行うべきであり、目的が合理的であり、手段と目的との間に合理的な関連性があれば合憲となる。

本問では、我が国の文化や秩序との調和を図りつつ特定労務の円滑な供給を実現し、国民生活の安定及び社会生活の発展という目的は合理的である。そして、妊娠・出産を禁止し、妊娠・出産した特定労務外国人を収容・強制退去することで我が国に定住することを防ぎ、我が国の文化や秩序との調和を図りつつ特定労務の円滑な供給を実現し、国民生活の安定及び社会生活の発展に資することができるため、目的と手段の間には合理的な関連性があるといえる。

以上より、法 15 条 8 号は合憲である。

(2) 私見について

確かに、我が国の国民と外国人と社会的・政治的軋轢が発生することを防ぐ必要があるため、特定労務外国人が定住化し外国人が増加しないように規制を行う必要性は存在する。

しかし、確かに外国人の滞在の可否は国家の主観的判断に属するものであるが、法の規制は特定労務外国人の妊娠・出産についての自己決定権を制約するものであるところ、妊娠・出産についての自己決定権は、人間が本来生まれながらにして保障されているものであり、この点について国家に裁量は認められない。

また、本邦以外で妊娠・出産を自由にできるといっても、特定労務外国人は日本で働き収入を得るために出向いているのであるから、妊娠・出産をすると強制退去させられる以上、妊娠・出産をしないという選択をとらざるを得ず、特定労務外国人の妊娠・出産についての自己決定権を事実上大きく制約しているといえる。よって、制約の程度は重大である。

そして、妊娠・出産についての自己決定は、自らの家族に関するものであり、個人のライフスタイルに大きくかわるものであるから、個人の尊厳を確保するために非常に重要な権利である。

以上からすると、合憲性の判断は厳格に行うべきであり、目的が重要であり、手段が目的と実質的な関連性を有することが必要であると考えられる。

本問では、法の目的は、我が国の文化や秩序との調和を図りつつ特定労務の円滑な供給を実現し、国民生活の安定及び社会生活の発展のために、特定労務外国人の定住化を防止する目的は重要である。

しかし、法 15 条 8 号は、特定労務外国人の妊娠・出産を例外なく一律に禁止しているが、妊娠・出産をした特定労務外国人すべてが我が国に定住するわけではなく、定住しない者もあるのであるから、一律禁止とする法の規制は過剰な規制である。また、特定労務外国人が妊娠・出産をすることも、その相手が日本人とは限らず、外国人の可能性もあり、そのような場合には定住化のおそれもないため規制の必要性はないのだから、法の規制は規制の必要のない部分にまで及んでいる。よって、手段と目的との間に実質的な関連性はない。

以上より、法 15 条 8 号は、憲法 13 条に反し違憲である。

2、 身体拘束について

(1) 反論について

法は、収容の要件を厳格にし、収容後も一定の手続保障が与えられている以上、特定労務外国人の人身の自由を不当に害しているわけではなく、憲法 31 条に反しない。

(2) 私見について

いくら手続きを厳格にし、一定の手続を保障したとしても、裁判官の令状を不要としている点において令状主義に反しており(憲法 33 条)、手続がいくら保障されても治癒することはないため、特定労務外国人の人身の自由が不当に害されているといえる。

よって、法 18 条は、憲法 31 条に反し違憲である。

平成 29 年司法試験再現答案（民法）

設問 1

1 Bは甲1部分の所有権に基づく返還支給としての甲1部分明け渡し請求をし、これに対しCとしては賃借権を時効取得したため正当な専有権限に基づいていると反論することが考えられるが認められるか。

2 賃借権の時効取得は認められるか。

時効制度の趣旨は永続した時事状態の尊重であるが、再建は永続した事実状態が観念できないので時効取得できないのが原則である。もっとも、賃借権は占有を通じて永続した事実状態が観念しうるし、登記を備えれば排他的に主張可能であるから時効取得できると解する。もっとも、所有者に事項中断の機会を確保すべく、賃借の意思に基づき占有していることが外形的に明らかである必要があると解する。

3 短期時効取得の要件は162条2項より、①10年間の占有、②所有の意思、③平穩、公然、善意、④無過失、⑤援用、⑥他人の物であるが、②③は推定され、⑥は上述の時効制度の趣旨から要件とならない。

本問では、Cは乙土地の登記簿を閲覧したうえで本件土地を実地に調査しているから④は認められる。

Cは平成16年9月15日にAとのあいだで本件土地賃貸借契約を締結しているが、この時点では柵があったにすぎず、賃借の意思に基づき占有していることが外形的に明らかである態様での占有は認められない。そして、平成17年6月1日になってようやく甲1部分の上で工事が行われるようになったのであるから、このときをもって、工事業者を通じて上記態様での占有が始まったといえる。しかし、現在は平成27年4月20日であるから占有が始まってから10年間経っておらず①を満たさない。

4 以上より、Cの反論は認められず、Bの請求は認められる。

設問 2

1 Aは、CはDに対して、本件土地を転貸しているとして612条に基づき解除することが考えられるが認められるか。

2 賃貸借契約は高度な信頼関係に基づくから、無断での転貸は原則として解除事由となるが、背信性を有しない特段の事情があれば例外的に解除事由とならないと解する。したがって、転貸したことが請求原因事実となり、背信性を有しない特段の事情を基礎づける事実が抗弁事実なり、特段の事情がないことを基礎づける事実が再抗弁事実となる。

3 下線部1の事実は、あくまでも土地上の建物を賃借しただけなので転貸には当たらないが、Dの利用方法がCと同じ診療所であることは特段の事情があることを基礎づける抗弁時事に当たり、一方Cとは別人であるDに占有させていることは特段の事情がないことを基礎づける再抗弁事実となる。

4 下線部2の事実は転貸の事実であるから請求原因事実にあたる。

5 本問ではCはDに甲2土地を転貸している。しかし、Cもで一も同じく診療所を営んでおり、その使用態様に大きな変化はないから、背信性を有しない特段の事情がある。したがってAは解除することができない。

設問 3

1 まずCとして借地借家法10条1項により賃借権をEに対抗できるから、Eは転貸を理由に解除をしたうえで、所有権に基づく返還請求として本件土地の明け渡しを請求し、それに対してCはAとの和解で認められている以上解除事由とならないと反論することが考えられるが認められるか。AC間の和解の効力がEにも及ぶかが問題となる。

2 この点、賃貸人の主たる債務は賃貸目的物を使用就役させることであり没個性的なものなので、所有権の移転に伴い当然に賃貸人たる地位が承継されると解する。そうである以上土地譲り渡し人の行った和解の効力は譲

受人も拘束すると解すべきである。また、賃借人の保護という観点からかかる結論が相当である。

EはAから本件土地を譲り受けた者なので、AとCの間の和解の効力はEにも及ぶ。

3 したがって、Cの反論が認められ、Eの請求は認められない。以上

平成 29 年司法試験再現答案（刑法）

第 1、甲の罪責

1、甲が、売上票用紙の「ご署名欄」に A の名前をボールペンで記入し、これを C に渡した行為について、有印私文書偽造罪（刑法 159 条 1 項）及び同行使罪（刑法 161 条 1 項）が成立する。

(1) まず、同売上票用紙は、本件クレジットカードで腕時計を購入したという実社会において交渉を有する事項を証明するものであるので「事実証明に関する文書」にあたる。

(2) 次に、「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいう。

ア 名義人は、一般人からみて、当該文書に誰の意思、観念が記載されているかという観点から判断する。なぜなら、本罪の保護法益は、文書に対する一般人の信頼であるからである。

本件において、本件クレジットカードは、会員である名義人のみが利用できた。そのため、同売上票用紙は、本件クレジットカードの名義人が記載するものであると、一般人は思うはずである。

よって、名義人は、「A」である。

イ 作成者とは、当該文書を作成させた意思の主体をいう。

本件において、A は、甲に対して、本件クレジットカードを利用することを許諾している。しかし、本件クレジットカードは会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与が禁止されていたため、同売上票用紙は、本人が記載することが期待されていた。これは、「ご署名欄」に「自署」と書かれていることからわかる。そのため、A の許諾は無効である。

よって、作成者は、「甲」である。

ウ よって、人格の同一性を偽っているので「偽造」にあたる。

(3) また、甲は、A の署名を使用しているので、有印である。

(4) さらに、甲は、同売上票用紙を C に渡して流通に置こうとしているので、「行使の目的」がある。

(5) そして、甲は、これを C に渡した。これは、「行使」である。

(6) よって、有印私文書偽造罪及び同行使罪が成立する。

2、甲が、A 本人であると装って、腕時計 X 及び Y を購入した行為について、詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が成立する。

(1) 「人を欺いて」とは、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。

本件において、本件クレジットカードについて、B 信販会社の規約によれば、会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与等が禁止されており、加盟店は、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することとなっていた。そのため、加盟店である C は、甲が A 本人であるか否かについて、経済的利益を有していたといえる。このことから、甲が A 本人であると装うことは、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることにあたる。

よって、「人を欺いて」にあたる。

(2) そして、甲の行為により、C は、甲が A 本人であると錯誤に陥り、「財物」である腕時計 X 及び Y を「交付」した。

(3) ここで、C は、B 信販会社に対して、立替払請求をすることができるため、財産上の損害がないようにも思える。しかし、C が、腕時計 X 及び Y を甲に交付したことにより、財産上の損害が生じたと考える。

(4) よって、詐欺罪が成立する。

3、甲が、本件クレジットカードで腕時計 Y を購入した行為について、横領罪（刑法 252 条 1 項）が成立する。

- (1) 甲は、Aから本件クレジットカードの使用について許諾されていたので、いつでも本件クレジットカードを使用することができた。そのため、50万円について「占有」していたといえる。
- (2) その50万円は、「他人」であるAの「物」である。
- (3) また、Aは、甲に対して、本件クレジットカードで腕時計Xを購入するためだけに利用することを条件として貸し付けたため、両者には委託信任関係がある。
- (4) そして、甲は、本件クレジットカードで腕時計Yを購入した。これは、所有者でなければできないような処分であり、不法領得の発現たる行為である。そのため、「横領」にあたる。
- (5) よって、横領罪が成立する。なお、甲の詐言は、横領のための行為である。

4、甲が、Aに体当たりをして（第1行為）、Aの両手首を押さえつけた（第2行為）行為について、暴行罪（刑法208条）は成立しない。

- (1) まず、第1行為と第2行為の関係であるが、両行為は、いずれもAから殴られるのを防ぐためになされたものであり、行為態様も類似しているため、事実的又は規範的に同一であるといえる。両行為は1つの行為とみるべきである。
- (2) 次に、両行為は、Aの身体に対する不法な有形力の行使であるので、「暴行」である。
- (3) もっとも、両行為は、Aから殴られるのを防ぐためになされたものであるから、正当防衛（刑法36条1項）が成立しないか。

ア まず、「急迫不正の侵害」とは、法益侵害があり、又は法益侵害が間近に差し迫っていることをいう。

本件において、Aは、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出した。また、甲が、乙とともに、Aに体当たりしたところ、Aは尻もちをついたが、すぐに立ち上がり、再び、右手の拳骨で甲の顔面に殴りかかろうとした。さらに、甲らがAに体当たりして、Aが路上に仰向けに倒れても、「この野郎」と言いながら、立ち上がろうとした。このような状況から、Aの攻撃意思は旺盛であったといえる。また、甲らが、Aを押さえつけたあとも、Aは「覚悟しろ」と大声で罵っており、これまでAは、甲がなかなか借金を支払わなかったことに対して怒りを募らしていたため、その攻撃意思は強固なものであったといえる。そのため、法益侵害が間近に差し迫っていた。

よって、「急迫不正の侵害」がある。

イ 次に、甲は、Aからの攻撃に対抗しようとしていたため、防衛意思があり、「防衛するため」といえる。

ウ そして、「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段として相当性のある行為をいう。なぜなら、正当防衛の場合、厳格な法益権衡は要求されないからである。

本件において、甲が28歳、男性、身長165センチメートル、体重70キログラムであったのに対して、Aは、28歳、男性、身長170センチメートル、体重65キログラムであった。そのため、両者の体格は同等であった。また、乙は、25歳、男性、身長175センチメートル、体重75キログラムであり、Aよりも少し体格に優れていたといえる。甲は、乙とともに、二人がかりでAに対抗しているものの、両者は素手で応戦しており、Aの攻撃意思が旺盛であったことからすれば、防衛手段として相当性があつたといえる。

よって、「やむを得ずにした」行為にあたる。

エ よって、正当防衛が成立する。

- (4) よって、暴行罪は成立しない。

5、第1行為、第2行為については乙と共同正犯（刑法60条）となるが、乙がAに対して石でAの顔面を殴っ

た行為（第3行為）については共同正犯とならない。

(1) 共同正犯は、共謀とそれに基づく実行行為により成立する。

(2) まず、甲は、乙に対して、「一緒にAを止めよう」と言い、乙は「分かった」といった。これにより、両者の間において、Aに対する暴行の共謀があった。もっとも、これは、素手でAに応戦することに限られる。

そして、第1行為、第2行為は、共謀に基づく実行行為である。

他方、第3行為について、甲は、乙が石でAの顔面を殴ったことを全く認識していなかったため、共謀に基づく実行行為とはいえない。また、新たな共謀があったともいえない。

(3) よって、第1行為、第2行為についてのみ乙と共同正犯となる。

6、甲が、Aの財布から現金4万円を取った行為について、窃盗罪（刑法235条）が成立する。

(1) まず、甲は、Aの意思に反して、「他人の財物」である現金4万円の占有を自己に移転させたため、「窃取」にあたる。

(2) また、甲は、借金の返済に使うと考えていたため、不法領得の意思がある。

(3) もっとも、甲は、Aがすでに死亡していると誤信していたため、故意が阻却されないか。死者の占有が問題となる。

ア ここで、占有は、占有意思と占有事実によって構成される。しかし、死者にはいずれも認められない。

もっとも、行為者との関係において、被害者の生前の占有を保護すべきである。

イ 本件において、甲は、乙とともに、Aに対して暴行を加え、Aが死亡したと誤信したため、Aが強盗に襲われて死んだように見せかけようとした。このような状況からすれば、甲の主観を基準としても、Aの生前の占有は、甲との関係において、なお保護すべきである。

ウ よって、本罪の故意は阻却されない。

(4) よって、窃盗罪が成立する。

7、甲が、Aの財布を取った行為について、器物損壊罪（刑法261条）が成立する。

(1) まず、甲は、Aの財布を、甲宅の押し入れ内に隠したため、財布の効用を阻害したといえる。これは「損壊」にあたる。

(2) 次に、甲は、Aが強盗に襲われて死んだように見せかけるために、同財布を取ったのであり、同財布の経済的用法に従ってこれを利用処分する意思はなかった。そのため、不法領得の意思を欠くので、窃盗罪は成立しない。

(3) よって、器物損壊罪が成立する。

8、以上より、甲は上記の犯罪を負う。有印私文書偽造罪、同行使罪、詐欺罪は牽連犯（刑法54条1項）であり、横領罪とは併合罪（刑法45条前段）である。また、窃盗罪、器物損壊罪は、これらの犯罪と併合罪である。

第2、乙の罪責

1、第1行為、第2行為について、正当防衛が成立するので、暴行罪は成立しない。

2、第3行為について、傷害罪（204条）が成立する。

(1) Aは、乙に石で顔面を殴られたことから、全治約1か月間を要する鼻骨骨折というAの生理的機能を害する傷害を負った。これは「傷害」にあたる。

(2) 次に、第3行為は、第1行為と第2行為とは、石という武器を使用しているため、行為態様が異なり、また、乙は、Aの顔面を「力を込めて」殴ったため、攻撃意思が強かった。そのため、第3行為は、事実に規範的に同一とはいえない。

(3) また、正当防衛について、Aの攻撃意思はなお旺盛であったため「急迫不正の侵害」はあったが、乙にはもはや防衛の意思はない。そのため、正当防衛は成立しない。

(4) 次に、第1行為と第2行為を合わせて、全体として、過剰防衛（刑法36条2項）とならないか問題となるが、第3行為は、両行為と事実的規範的に同一ではないので、全体として1つの行為とみることはできない。

(5) よって、傷害罪が成立する。

3、甲が、現金4万円及び財布を取った行為について、器物損壊罪の共同正犯が成立する。

(1) まず、甲と乙は、Aが強盗に襲われて死んだように見せかけるために、Aの財布を取ることを共謀した。器物損壊罪について共謀がある。

そして、甲の行為は、窃盗であるが、器物損壊の限度で共謀に基づく実行行為があったといえる。

(2) よって、器物損壊罪の共同正犯が成立する。

4、以上より、乙は、傷害罪の単独犯と2つの器物損壊罪の共同正犯の罪責を負う。両者は併合罪である。

以上

平成 29 年司法試験再現答案（行政法）

第 1、設問 1

1、小問（1）

道路法（以下「法」）7 1 条 1 項 1 号に基づく本件フェンス撤去命令義務付け訴訟（行政事件訴訟法（以下略）3 条 6 項 1 号、3 7 条の 2 第 1 項）を提起することが考えられる。以下訴訟要件充足性を検討する。

（1）「一定の処分」

ア、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体がするもので国民の権利義務又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。そして、義務付け対象を明確化し、裁判所の判断を可能にしているため訴訟として判断可能であるため、「一定の」とは、裁判所に判断可能な程度に具体的であることをいうべきである。

イ、本件フェンス撤去命令は、A 本件フェンスの撤去義務を法 7 1 条 1 項 1 号により負わせるもので、公権力性を以って具体的法効果を生じさせる「処分」にあたる。そして、同命令は、法 7 1 条 1 項 1 号の要件充足の問題であるところ、裁判所の判断可能な程度に具体的なものであるといえる。

（2）「重大な損害」（3 7 条の 2 第 1 項、2 項）

ア、義務付け訴訟は、取消訴訟を原則とする行政訴訟法の例外的手法であり、行政への介入にあたるため、これによる権利救済は限定された場合に限られるべきである。そこで、「重大な損害」とは、3 7 条の 2 第 2 項による判断において、事後的回復が困難もしくは著しく不相当な場合をいうと考える。

イ、X らは本件市道に隣接する本件土地に住む者で、災害時において本件土地から C 小学校に避難する際は、B 通りより本件市道を経由する方が 4 0 0 メートルも短くなるのであり、災害時の避難は一分一秒を争うことから本件市道を経由することが合理的であるといえる。そうだとすると、本件フェンスは有事の X らの避難経路を妨げるもので、X らの生命身体の安全を害するおそれがあることが認められる。人の生命身体は不可逆的なものであり、金銭賠償等の事後的回復が著しく不相当なものといえるところ、「重大な損害」が生じるおそれがあるといえる。

（3）「他に適当な方法がない」

ア、民事上の妨害排除請求をなし得るところ、「他に適当な方法がない」といえるか。

この点については、義務付け訴訟が行政上の問題を解決するための権利救済規定であるため、たとえ民事上の請求をなし得る場合においても、個別法における救済規定がない限り「他に適当な方法がない」と認められると考える。

イ、本問においては、たしかに本件フェンスにつき民事上の妨害排除請求をすることもできる。もっとも、法は交通支障を及ぼすおそれのある場合の救済規定を特別に規定していないため、「他に適当な方法」がないといえる。

（4）原告適格（「法律上の利益」（3 7 条の 2 第 3 項、4 項、9 条 2 項））

ア、「法律上の利益」とは、根拠法において法律上の権利として保護することを予定するものをいい、その程度としては、一般公益に包含するものにとどまらず個別具体的権利として保護を予定するものをいう。この判断については、9 条 2 項の基準による。

イ、法 7 1 条 1 項 1 号は、道路管理者の道路の適正状態保持を目的とする規定である。道路は通行の用に供することを目的とするものであり、法 4 3 条 2 号が交通支障を生じさせることを禁じていることから、通行者の安全にも配慮する趣旨が見受けられる。また、道路は災害時の避難経路にも使用されると

ころ、人の生命身体の安全にかかわるものであり、権利の性質上公益に吸収される程度のもではなく、個別具体的利益として保護を予定するものにあたる。そうだとすると、道路使用の蓋然性が認められる者については、「法律上の利益」が認められるといえるところ、Xらは本件市道に隣接する本件土地に住み、本件市道を避難経路として利用することが予定されていることからこれが認められる。

(5) したがって、Y市を被告(38条、11条)として義務付け訴訟を提起することができる。

2、小問(2)

(1) 37条の2第5項の本案勝訴要件が認められるか。法71条1項1号該当性として、法43条2号違反の旨の主張が考えられる。

(2) 法71条1項柱書きは原状回復命令が「できる」と規定する他、法43条2号も交通支障を及ぼす虞のあることを禁じているところ、道路状況や交通事情によって如何なる事象が通行の妨げになるかは一義的に明らかではなく、交通調整上の専門技術的判断を予定しているといえる。そのため、71条1項1号の判断は裁量を予定するものといえる。

(3) そうだとしても、本件フェンス撤去命令をしないことは、著しく不合理なものとして裁量権の逸脱濫用(30条)にあたり、37条の2第5項要件が認められないか。

たしかに、本件市道を廃止(法10条1項)し、Aに売却する予定があったかもしれない。しかし、本件市道における事故報告がある以上、A関係者以外の通行があることは明らかであるにもかかわらず、Aのみに本件市道の通行実態を調査をしたに過ぎず、十分な調査をしたものとはいえない。そうだとすると、同計画の存在が、本件市道の通行支障を正当化することはなく、未だ認定道路である本件市道においては、市民の通行の用に供される状態が保たれるべきである。それにもかかわらず、廃止計画を理由に本件フェンス撤去命令をしなかったことは、考慮すべきでない事項を考慮するものであり、著しく不合理な判断として、裁量逸脱濫用にあたる。

第2、設問2

1、小問(1)

(1) 路線廃止に「処分」性(3条2項)が認められるか。

上述の通り、処分とは、公権力の主体による行為により国民の権利義務を生じさせ又はその範囲を確定することが法律により認められているものをいうところ、公権力性と具体的法効果性を有することを前提とする。路線廃止は、法10条1項によってY市が行うところ公権力性は認められるが、通行者に具体的法効果を生じさせるものと認められるか。

(2) 以下、本問につきこれを検討する。

道路は、認定・区域決定・供用開始の各過程を経て通行者の通行の用に供される(法18条1項、2項)。区域決定された道路予定区域においては、たとえ同土地の所有者であっても自由な土地の変更が許されない(法91条1項)ところ、かかる各過程は一体となって供用開始に向けたものと認められる。そして、路線廃止(法10条1項)がされると、自動的に供用行為も消滅されることから、同法構造からすると路線廃止によって供用効果も消滅し、以って通行者の通行を不可能にし、土地所有者の自由な土地処分を可能にするという具体的法効果を生じるものと評価できる。

(3) したがって、路線廃止に処分性が認められる。

2、小問(2)

(1) 「一般交通の用に供する必要性がなくなったと認める場合」(10条1項)要件該当性

かかる要件の有無は、交通整理上の専門技術的判断を前提とする裁量を予定している。そのため、判断に著しく不合理な点があり、裁量逸脱濫用が介するか検討する。

たしかに、本件市道は、X2が通学路に利用しており、交通の用に供する必要性があるとも思われる。しかし、X2の通学に関しては、B道を経由しても400メートル遠くなるのみで、通学路の距離として不相当に遠回りとなるものではない。そうだとすると、X2の通学路としての本件市道利用は必要不可欠のものとはいえず、これのみによって一般交通の用に供する必要性があるとは根拠付けられず、Y市が同要件該当性の存在を認定することも著しく不合理なものとはいえない。

したがって、X2の利用のみによって、同要件該当性は否定できない。

(2) 手続き上の瑕疵

ア、Aのみに調査した点

一般交通の用に供する必要があるかは、本件市道の利用実態を調査し行う必要がある。

本件においては、本件市道において事故報告がされている通り、A関係者以外の通行があるのが明らかであるにもかかわらず、Aのみに聞き取り調査を行っている。かかる調査は、本件市道をAに売却する計画を有することから、同計画の遂行の弊害にならないようAのみに調査したものと評価せざるを得ず、適切な利用実態を知るべく調査を意図的に懈怠したものと見える。

イ、ウェブサイト上の同意要件を欠く点

ウェブサイトの同意要件は、内部基準であり行政規則としての性格を有し、道路法上の法定要件として外部的拘束力を有さないのが原則である。もっとも、公表している以上、市民の信頼が生じるのであり、信頼原則・平等原則の観点から、同信頼を保護する必要性がある。

本件においては、公表された同意要件信頼が生じている上、内部規則として行政内部の拘束力は当然に認められるところ、これに従わなかったY市は同要件に反する判断を行ったといえる。

ウ、同瑕疵が取消事由を構成するか

同瑕疵は、手続き上のものであるが、道路供用効果消滅の重要事項に関するものであることから、手続き上の瑕疵は、取消事由を構成するというべきである。

以上

平成 29 年司法試験再現答案（商法）

設問 1(1)

甲社が D 及び E の請求に対する支払を拒否することができるためには、甲社に AD 間の賃貸借契約及び AE 間の雇用契約の効果が帰属しないことが必要となる。

1(1) A による各契約時において、甲社は成立していないが、契約の効果は帰属するか。

設立中の会社は、設立登記を経っていないにすぎず（会社法（以下法名略）49 条）、実質的に成立後の会社と同一である。

そして、設立中の会社の権利能力は、その執行機関たる発起人の権利能力の範囲と同一である。

また、発起人の権利能力は、設立のために直接必要な行為に加え、設立のために法律上、経済上必要な行為にまで及び、定款に記載された場合にのみ、設立後の会社に帰属すると考える（28 条柱書）。同条の趣旨は、定款記載事項に限定することで、会社財産を確保し、発起人による不当な会社財産の流出を防止することにあるからである。

(2) 本件では、AD 間の賃貸借契約は、甲社の設立手続を進める上で、物理的に直接必要な行為に当たるため、かかる契約から生じた 60 万円の賃料債務は同条 4 号の設立費用に当たる。

また、AE 間の雇用契約も、甲社の設立手続のための補助事務員の獲得であり、設立のために直接必要な行為に当たるため、かかる契約から生じた 40 万円の給料は同条 4 号の設立費用に当たる。

(3) よって、各契約の効果は甲社に帰属し得る。

2 もっとも、甲社の定款には「設立費用は 80 万円以内とする。」との記載があるが、これを超える合計 100 万円の債務について成立後の甲社に帰属するか。

(1) 判例は、あくまで定款記載額の範囲においてのみ発起人による契約の効果が成立後の会社に帰属し、超過部分については当然に発起人に帰属するとの立場である。

本件では、80 万円の債務のみ甲社に帰属し、残額 20 万円については発起人たる A に帰属することとなる。

(2) しかし、これでは、契約相手方が成立後の会社に対して、全額の請求をすることができず、判例の立場は妥当でない。

そこで、定款記載超過部分であっても、契約により生じた債務について、全額が会社に帰属し、超過部分のみ会社が発起人に求償できると考えるべきである。

(3) 本件では、100 万円全額が甲社に帰属し、後に甲社が 20 万円について A に求償できる。

3 したがって、甲社は D 及び E の請求に対する支払を拒否することはできない。

設問 1(2)

第 1 本件購入契約に関する会社法上の問題点について

本件機械は甲社の成立を条件として、引渡しを予定されているため、28 条 2 号の財産引受けに当たる。そのため、甲社定款に、財産引受けについての記載がない本件では、本件購入契約の効果は甲社に帰属せず、甲社は本件機械の引渡しを請求できないのが原則である。

そして、同条の趣旨は、設立のために必要な行為に当たらないが、成立後の会社の事業活動の便宜のため、例外的に定款記載を要件とし会社に帰属させることにある。そのため、判例は、かかる趣旨を貫徹し、定款に記載のない財産引受けは会社に効果帰属せず、その追認を認めない。

かかる会社法上の問題点がある。

第 2 甲社の採ることができる方法とこれに必要となる会社法上の手続について

しかし、同号の趣旨は、究極的に会社財産の確保に向けられるため、当該会社に発起人による契約の効果を享受する意思があれば、これを否定する理由はない。よって、民法 116 条類推適用により、会社は発起人による契約の効果を帰属させるため、追認ができると考えるべきである。

甲社はかかる方法を採用することができる。

そして、本件機械は甲社の「成立前から存在する財産」であり、甲社の事業活動に不可欠のものであるため、「事業のために継続して使用するもの」である。（467 条 1 項 5 号本文）。そのため、甲社は、設立登記をし、成立した平成 23 年 6 月 14 日より「2 年以内」に、株主総会特別決議を経るという手続を要する（467 条 1 項柱書・309 条 2 項 11 号）。

以上から、甲社はかかる方法及び手続を採用必要がある。

設問 2

「株主」たる G は、平成 28 年 7 月 20 日の時点で、総会決議のあった同年 6 月 20 日より「3 箇月以内」にあるため、株主総会決議取消しの訴えを提起し得る（831 条 1 項柱書）。これが認められるためには、決議に取消事由があることを要する。

第1 L を本件株主総会に出席させなかった点について

L は基準日株主でないことを理由として入場を拒否されているところ、これは同条 1 号の取消事由に当たるか。

1 基準日制度（124 条 1 項）の趣旨は、株主名簿に記載の有無により、株主を集团的画一的に取扱い、会社の株主事務に関する事務処理上の便宜を図ることにある。

そして、基準日株主でない場合には、これに対する会社の取扱いが不当拒絶に当たるなど信義則（民法 1 条 2 項）に反する特段の事情のない限り、「決議の方法」の「法令（・・・）違反」に当たらないと考える。

2 本件では、L は同年 3 月 31 日において、株主名簿に記載のある株主ではない（乙社定款 11 条）。そのため、乙社は L を基準日株主でないものとして取扱うことができ、L は本件株主総会における議決権を有しない。

そして、L は平成 27 年 10 月 1 日に死亡した I の本件株式を相続しているところ、L は I の生前から、本件株式を I が保有していることを知っており、基準日前に名義書換請求（133 条）をすることもできた。そのため、L に基準日株主として扱われないことについての帰責性があるとともに、乙社が不当に L の出席を認めなかったものともいえない。

よって、会社の取扱いが不当拒絶に当たるなどの特段の事情はなく、取消事由は認められない。

3 したがって、上記点に取消事由はない。

第2 K が議決権を行使した点について

1 K は株主名簿に記載された者ではなく、議決権行使をできないのが原則である。

2 もっとも、本件規約 11 条本文及び乙社定款 16 条により、本件持株会の理事長かつ乙社株主たる H は、他の株主を代理人として議決権を行使させることができる。

そして、本件持株会の会員は、理事長に株式を信託し、実質的に自己の持分を有する（本件規約 10 条 1 項）。そのため、会員も実質的に乙社の株主たる地位を有するため、代理人足り得る。

また、会員の中で H に特別の指示をしたものはいないため、代理人たる K は賛成票を投じることができる。さらに、乙社自身が本件持株会の存在を予定しているため、会員を代理人とすることを拒否する理由はない。

3 したがって、上記点に 1 号の取消事由は認められない。

第3 以上から、本件株主総会に取消事由はなく、G の主張は認められない。

設問 3

本件での株式併合により、Lは乙社株式を1株も保有することはできず、前述のようにLは本件株主総会での議決権を有しない。そこで、Lは自己の経済的利益を保護するため、公正な価格での買取請求をすることができる（184条の2第1項、同条2項2号）。

以上

平成 29 年司法試験再現答案（民事訴訟法）

設問 1

Y の代理人 A と X との間で契約が締結されたとの心証が得られた場合、裁判所が当該事実を本件訴訟の判決の基礎とすることはできるか。弁論主義の第一テーゼに反しないか問題となる。

第 1 弁論主義

1 弁論主義とは、裁判の基礎となる事実の認定にあたっての証拠の収集・主張を当事者に委ねることをいう。

その趣旨は、当事者の意思の尊重、相手方への不意打ち防止の点にある。

2 そして、当事者の主張した事実のみを裁判の基礎とすることができる（弁論主義の第一テーゼ）

3 弁論主義の適用範囲

弁論主義は主要事実に適用される。証拠と類似の作用を有する間接事実に弁論主義を及ぼすと、裁判所に心証と異なる事実認定を強いることになり、自由心証主義に反するからである。

4 代理の主要事実

代理の主要事実は、代理人と相手方との間の契約締結、それに先立つ代理権の授与、件名である。

よって、代理人と相手方との間の契約締結について弁論主義が適用される。

しかし、本件では、訴訟当事者たる X・Y どちらからも、Y の代理人 A と X との間で契約が締結されたとの事実は主張されていない。

したがって、上記事実を本件訴訟の判決の基礎とすることは、弁論主義の第一テーゼに反し許されない。

設問 2（1）

第 1 本件の訴訟物

1 基準の明確性の観点から、実体法上の権利一つにつき訴訟物一つと解する。

本件では、売買契約に基づく目的物引き渡し請求権、贈与契約に基づく目的物引き渡し請求権の二つが訴訟物となる。

2 X のすべき申し立て

「Y は、X から 200 万円の支払いを受けるのと引換えに、X に対し、本件絵画を。」との判決は売買契約を前提としている。

よって、X は請求の追加的併合の申し立てをするべきである。

3 Y のすべき主張

X の、売買契約に基づく目的物引き渡し請求が認められるだけでは上記判決にはならない。上記判決は引き換え給付判決である。

よって、同時履行の抗弁を主張する必要がある。そして、その要件事実は権利主張である。

同時履行の抗弁は権利抗弁だからである。

以上より Y は X が 200 万円を支払うまで、本件絵画を引き渡さないとの権利主張をするべきである。

設問 2（2）

本件絵画の売却額について、X は 200 万円、Y は 300 万円である。その中で、本件絵画の時価相当額が 200 万円・180 万円と評価される場合、どのような判決をすることになるか。

第 1 時価相当額が 220 万円の場合

1 この場合、「Y は、X から 220 万円の支払いを受けるのと引換えに、・・・」と判示できるか。処分権主義に反しないか問題となる。

2 処分権主義とは、訴訟物、訴訟の開始・終了の決定について当事者の権能とする建前である。その趣旨は、当事者の意思の尊重、相手方への不意打ちの防止の点にある。

よって、処分権主義に反するかは、当事者の意思に反しないか、相手方への不意打ちにならないかといった観点から判断する。

3 本件では、Xは200万円と主張しているところ、原告としては多少高くても絵画の引き渡しを受けたいと考えるのが通常といえる。また、本件絵画の時価相当額を代金額とする売買契約が成立したとされるところ、その場合具体的な代金額は裁判所の判断に委ねられているといえる。よって、220万円との認定は当事者すなわちXの合理的意思に反しない。

また、Yは300万円と主張しており、220万円との認定はたしかに相手方たるYにとって不利である。しかし、Yは代金額について争っており手続的保障が与えられている。また、Xが200万円と主張していることから、代金額が200万円まで下がって認定されうことは予想できていたといえる。よって、220万円と認定されても相手方たるYにとって不意打ちとはならない。

4 以上より、「Yは、Xから220万円の支払いを受けるのと引換に、Xに対し、本件絵画を引き渡せ。」との判決をすることができる。

第2 時価相当額が180万円の場合

1 この場合、「Yは、Xから180万円の支払いを受けるのと引換に、・・・」と判示できるか。処分権主義に反しないか問題となる。

2 まず、Xとしては、なるべく安い値段で本件絵画を受け取ることを望むはずであるから、Xの主張より安い180万円の認定は、当事者たるXの合理的意思に反しない。

一方、Yは300万円と主張しており、代金額について争っているため、手続的保障は与えられている。しかし、Xは200万円と主張していたことから、Yとしては、代金額は200万円～300万円の間で認定されると考えるのが通常である。その中で、Xの主張額よりも安い180万円と認定することは、相手方たるYにとって不意打ちとなる。よって、そのような認定に基づく上記判決は、処分権主義に反する。

3 したがって、この場合、請求棄却判決をすることになる。

設問3

後訴において、XY間の本件絵画の売買契約の成否及びその代金額に関して改めて審理・判断することができるか、既判力によって遮断されないか問題となる。

第1 既判力の客観的範囲

1 既判力とは、確定判決の後訴での通用力・拘束力のことをいう。

2 既判力は原則主文の判断に及ぶ。

主文の判断に及ぶことが、既判力の趣旨たる、当事者の手続的保障・紛争の蒸し返しの防止に適うからである。

3 本件で、上記売買契約及びその代金額については、引き換え給付として主文に記載されている。

よって、限定承認の場合と平行に考えて既判力が及ぶと解すべきとも思える。しかし、限定承認の場合と異なり、引き換え給付の場合、債務と責任といったような密接な関係がない。また、引き換え給付が主文に記されるのは、強制執行の開始要件だからである。

したがって、引き換え給付の部分には既判力は及ばない。

4 以上より、後訴において、XY間の本件絵画の売買契約の成否及びその代金額に関して改めて審理・判断する

ことができる。

以上

平成 29 年司法試験再現答案（刑事訴訟法）

第 1 設問 1 について

1 ①の Q の捜査は適法か。

(1) Q が甲方の窓ガラスを割って立ち入った行為について

ア Q は本件捜索差押許可状に基づいて甲方に立ち入る際、窓ガラスを割って鍵を開けているが、これは捜索（刑事訴訟法（以下略）218 条 1 項）の際の「錠をはずし」としての「必要な処分」として許されるか（218 条 1 項、222 条 1 項、111 条 1 項）。

イ ここで「必要な処分」の範囲を過度に限定すれば実効的な捜索差押が不可能になる。

一方、広く許容すれば人権侵害が容易に行われてしまう。そこで、「必要な処分」として許容される範囲は捜索差押の実効性を確保するために必要で、その態様も社会通念上相当といえる場合に限られると考える。

ウ 本件において、本件被疑事実は覚せい剤所持であり、覚せい剤は小さく、水溶性の性質があることから隠匿が容易である。そして甲は郵便配達員に應對する時、玄関のドアチェーンを掛けたままにしていた。とすれば、P が捜索をする際、呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができたとしてもドアチェーンが掛かったままの可能性が高く、玄関から室内に入るのに時間が掛かり、トイレや洗面所での覚せい剤の隠匿を図るおそれが十分にあったといえる。そして隠匿がされれば、実効的な捜索は不可能であり、甲方に入るためには玄関以外ベランダしか手段がなく、ベランダの窓ガラスは通常施錠されていることに鑑みても Q が窓ガラスを割って開錠し、ベランダから甲方に立ち入る必要性は高い。

一方、P は本件捜索に際し初めに通常通り甲方玄関先の呼び鈴を鳴らした。そして甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたことから Q に合図をし、Q が上記行為に出ている。Q は P の合図なしに窓ガラスを割って甲方に立ち入ることはなく、Q の行為は、一度呼び鈴を鳴らしてドアチェーンが掛かっていることを確認した上での行為であるから段階を踏んでいたといえる。よってその態様は社会通念上相当といえる。

エ 以上より、Q が窓ガラスを割って開錠し甲方に立ち入った行為は許される。

(2) Q が本件捜索差押許可状の呈示をする前に甲方に立ち入った行為について

ア Q は P が甲に本件捜索差押許可状を呈示する前に甲方に立ち入っているところ、令状の事前呈示（218 条 1 項、220 条 1 項、110 条）との関係で許されるか。

イ 220 条 1 項、110 条の趣旨は、手続の公正担保及び対象者の不服申し立て（430 条）の機会を図る点にある。もっとも、捜索差押の執行上、事前の呈示が困難な場合もあるし、事前呈示自体は憲法の直接の要請ではない。そこで、令状の事前呈示が困難な特段の事情があり、可能な限り早い段階で呈示をなしている場合には事前呈示がなされていなくても許されると考える。

ウ 本件において、上記のように P が甲に許可状を見せるまで立ち入りができないとすれば証拠隠滅のおそれがあったことから、許可状を事前に呈示することが困難な事情がある。そして、P はクリッパーでドアチェーンを切断して甲方に入り、P や Q が捜索の執行を開始する前に甲に許可状を示している。とすれば、確かに Q が許可状の呈示なく甲方に立ち入っているものの、可能な限り早い段階で呈示をなしているといえる。

エ 以上より、Q が許可状の呈示前に立ち入った行為は許される。

(3) したがって、①の Q の捜査は適法である。

2 ②の P の捜査は適法か。

(1) P は乙の持っていたハンドバッグを取り上げその中身を捜索しているが、これは本件捜索差押許可状に基づく捜索として許されるか。許可状の効力が及ぶかが問題となる。

(2) 本件搜索差押許可状は搜索すべき場所を「甲方」としているが、令状裁判官は搜索による当該場所の管理権の制約を許容しているといえ、そこに存在する物の管理権の制約も同時に許容しているといえるから、搜索すべき場所に存在する物にも許可状の効力が及び搜索ができる。しかし、第三者の物については令状裁判官がその管理権の制約を許容していると認められる特段の事情がない限り許可状の効力は及ばないから許されない。その場合は「必要な処分」として許容される余地があるのみである。

(3) 本件において、本件被疑事実は甲の覚せい剤所持である。確かに乙は甲の内妻であるが、本件被疑事実との関わり合いは認められておらず、乙の物に対する搜索を令状裁判官が許容しているとはいえない。そして、本件ハンドバッグは搜索開始時点から乙が右手で持っており、乙は本件ハンドバッグを「私のもの」と言っていることから本件ハンドバッグは乙の管理権が及んでいるといえる。よって、本件許可状により本件ハンドバッグを搜索することはできない。

では、「必要な処分」としてはどうか。上記同様に判断する。

乙は本件ハンドバッグを右手に持ったまま玄関に向かって歩いているが、ハンドバッグを持って外に出ることはよくあることで、何ら不審な点はない。甲方に対する搜索の妨害行為と認められるような行為はなく、搜索差押の実効性確保のために本件ハンドバッグを搜索する必要性は高いといえない。加えて、Pは乙の持っていたハンドバッグをつかんで取り上げ、その中身を搜索しているが、ハンドバッグには日常生活で使用されることが多いものを入れており、そのプライバシーの要保護性は高いから、搜索の相当性にも欠ける。

(4) 以上より、Pの搜索は本件許可状によっても「必要な処分」としても許されず、②の捜査は違法である。

3 ③のQの捜査は適法か。

(1) Qは丙のズボンの右ポケットに手を差し入れているところ、このような身体搜索は許されるか。上記同様、許可状の効力が及ぶか検討する。

(2) 本件において、丙は甲方に頻繁に出入りしている者にすぎず、本件被疑事実との関わり合いは認められない。さらに、身体搜索は身体への接触を理由とした一層高度なプライバシーの要保護性が存在し、令状裁判官はそれについて制約を許容しているとはいえないことから、本件許可状の効力は丙の右ポケットの搜索には及ばない。

(3) では、「必要な処分」として許されないか。上記同様に判断する。

本件において、丙はズボンの右ポケットに手を入れていたが人がズボンのポケットに手を入れること自体はよくあり、不審とはいえない。しかし、丙は搜索開始当時からそのような様子で、その後手をポケットから抜いたが時折ズボンの上から右ポケットに触れる等、ポケットを気にする素振りや落ち着きなく室内を歩き回る等の様子が見られた。さらにズボンの右ポケットは膨らんでおり、何かが入っているようであった。その後丙はQから「ズボンの右ポケットに何が入っているんだ。」と尋ねられたが答えず、トイレに向かって歩いている。これらのことからすれば、丙はQらに発見されては困るものを所持していると考えられ、甲の本件被疑事実との関係で証拠となるようなものを所持し、これをトイレで隠滅されるおそれがあったといえる。したがって搜索の実効性確保のために丙の身体搜索をする高度の必要性があった。

一方、上記のように確かに身体搜索は被侵害利益が大きい。しかし、本件ではQが丙に対し「トイレに行く前に、ポケットに入っているものを出して見せなさい。」と呼び止めており、一度より制限的でない任意提出という方法をとりようとしていた。さらに、Qは丙の右手をポケットから引き抜いたが何も持っていなかったからやむを得ずズボンのポケット内に手を差し入れている。これらのことからすれば、その態様は丙の被侵害利益に最大限配慮した上でのやむを得ない行為といえ、社会通念上相当といえる。

(4) 以上より、Qの丙に対する身体搜索は「必要な処分」として許される。

(5) また、第三者の搜索には関連する証拠が存在する蓋然性(218条1項、222条1項、102条2項)を要するところ、ズボンのポケットという小ささにも適合し、トイレで流せる大きさであることに鑑みると、差し押さえるべき物たる覚せい剤やメモ等が存在する蓋然性があるといえるため、この要件も満たす。

(6) よって、③のQの捜査は適法である。

第2 設問2小問1について

1 裁判所は証拠1、2、4を証拠として取り調べる決定ができるか。伝聞法則(320条)及び弾劾証拠(328条)との関係で問題となる。

2 328条の趣旨は、内容の真実性が問題とならない自己矛盾供述を証拠として利用できることを注意的に規定した点にあり、伝聞法則の例外ではない。とすれば、同条における「証拠」とは自己矛盾供述に限られる。

そして、実質証拠には厳格な証明(317条)を要するところ、弾劾証拠は実質証拠に重要な影響を与えることがあるため、弾劾証拠が犯罪事実やその間接事実の証拠の証明力に関する事実の場合には厳格な証明を要すると考える。

3 (1) まず、証拠4は乙が供述したものであることから自己矛盾供述ではなく弾劾証拠として証拠能力は認められない。

(2) 証拠1はPが作成した捜査報告書であるが、その内容は甲の供述であり、自己矛盾供述といえる。しかし、作成過程に伝聞性が含まれており、別途伝聞法則が問題となる。

ア 320条の趣旨は、供述証拠が知覚、記憶、表現の過程を経て公判廷に顕出されるため誤りが入りやすいにもかかわらず、被告人の反対尋問等信用性のテストができないことから誤判のおそれがあり、それを防止する点にある。とすれば、伝聞証拠とは公判廷外の供述を内容とする供述又は書面で、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるものをいう。

イ 本件において、捜査報告書はP及び実質的には甲の公判廷外の供述である。そして、証拠1によって丁が犯人でないことを推認させるのに役立つことから、要証事実は丁の犯人性となり、それとの関係で甲の供述の内容の真実性が問題となる。よって、伝聞証拠となる。

ウ そして捜査報告書には甲の署名押印がないことから(321条1項柱書)321条1項3号の伝聞例外とならず、伝聞例外とならない。

エ よって、証拠1は弾劾証拠として証拠能力は認められない。

(3) 証拠2は甲を供述者としたPが作成した供述録取書であり、自己矛盾供述証拠である。そして、証拠2も証拠1同様に丁の犯人性という要証事実の関係で内容の真実性が問題となる伝聞証拠になるが、甲の署名押印があり伝聞性も問題ないから、証拠2は弾劾証拠として証拠能力が認められる。よって、裁判所は証拠取調べの決定ができる。

第3 設問2小問2について

1 裁判所はRが取調べ請求をした証拠3を回復証拠として取調べの決定ができるか。

2 回復証拠は弾劾証拠に対する弾劾証拠として機能し、自己矛盾供述であれば弾劾証拠となる。もっとも、弾劾の対象となる証拠の後に作成された証拠を弾劾証拠として用いることは出来ないと考える。なぜなら、捜査機関の不当な強制力が働くおそれがあるからである。したがって、回復証拠も上記のように機能する以上、弾劾の対象となる証拠の前に作成される必要があると考える。

3 本件において、証拠3はSが取調べ請求した証拠の内容と比べて甲の自己矛盾供述にあたる。しかし、弾劾

- の対象となる S が取調べ請求をした証拠は平成 28 年 9 月に作成されているところ、R が請求している証拠 3 は同年 10 月と後に作成された証拠である。したがって、回復証拠として証拠能力を認めることはできない。
- 4 以上より、裁判所は証拠 3 を回復証拠として取調べ決定してはならない。