

[商 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

1. X株式会社（以下「X社」という。）は、携帯電話機の製造及び販売を行う取締役会設置会社であり、普通株式のみを発行している。X社の発行可能株式総数は100万株であり、発行済株式の総数は30万株である。また、X社は、会社法上の公開会社であるが、金融商品取引所にその発行する株式を上場していない。X社の取締役は、A、B、Cほか2名の計5名であり、その代表取締役は、Aのみである。
2. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、携帯電話機用のバッテリーの製造及び販売を行う取締役会設置会社であり、その製造するバッテリーをX社に納入している。Y社は、古くからX社と取引関係があり、また、X社株式5万1千株（発行済株式の総数の17%）を有している。
Bは、Y社の創業者で、その発行済株式の総数の90%を有しているが、平成20年以降、代表権のない取締役となっている。また、Bは、X社株式5万1千株（発行済株式の総数の17%）を有している。
3. Z株式会社（以下「Z社」という。）は、携帯電話機用のバッテリーの製造及び販売を行う取締役会設置会社であり、Cがその代表取締役である。
Z社は、Y社と同様に、その製造するバッテリーをX社に納入しているが、Y社と比較するとX社と取引を始めた時期は遅く、最近になってその取引量を伸ばしてきている。なお、Z社は、X社株式を有していない。
4. X社は、平成25年末頃から、経営状態が悪化し、急ぎよ10億円の資金が必要となった。そこで、Aは、その資金を調達する方法についてBに相談した。Bは、市場実勢よりもやや高い金利によることとなるが、5億円であればY社がX社に貸し付けることができると述べた。
5. そこで、平成26年1月下旬、X社の取締役会が開催され、取締役5名が出席した。Y社からの借入れの決定については、X社とY社との関係が強化されることを警戒して、Cのみが反対したが、他の4名の取締役の賛成により決議が成立した。この取締役会の決定に基づき、X社は、Y社から5億円を借り入れた。
6. Y社のX社に対する貸付金の原資は、Bが自己の資産を担保に金融機関から借り入れた5億円であり、Bは、この5億円をそのままY社に貸し付けていた。Y社がX社に貸し付ける際の金利は、Bが金融機関から借り入れた際の金利に若干の上乗せがされたものであった。なお、Bは、これらの事情をAに伝えたことはなく、X社の取締役会においても説明していなかった。
7. 他方、Cは、Aに対し、X社の募集株式を引き受ける方法であれば、不足する5億円の資金をZ社が提供することができると述べた。
8. そこで、同年2月上旬、X社の取締役会が開催され、1株当たりの払込金額を5000円として、10万株の新株を発行し、その全株式をZ社に割り当てることを決定した。この決定については、Bのみが反対したが、他の4名の取締役の賛成により決議が成立した。
X社は、この募集株式の発行に当たり、株主総会の決議は経なかったが、募集事項の決定時及び新株発行時のX社の1株当たりの価値は、1万円を下ることはなかった。また、X社はこの募集株式の発行について、適法に公告を行っている。
9. Cは、同月下旬、上記6の事情を知るに至った。

〔設問 1〕

Cは、平成26年3月に開催されたX社の取締役会において、X社のY社からの借入れが無効であると主張している。この主張の当否について論じなさい。

〔設問 2〕

Bは、X社のZ社に対する募集株式の発行の効力が生じた後、訴えを提起してその発行が無効であると主張している。この主張の当否について論じなさい。

1	第 1 設問 1 について
2	1 C は、X 社の Y 社からの借り入れ（以下「本件借り入れ」という）が利益
3	相反取引（会社法（以下法名省略）365 条 1 項、356 条 1 項 2 号、同 3 号）
4	及び「多額の借財」（362 条 4 項 2 号）に当たり、法律上必要な取締役会（365
5	条 1 項、362 条 4 項柱書）を欠き、違法であると主張していると考えられる。
6	2 まず、本件借り入れは利益相反取引に当たるか。
7	（1）初めに、本件借り入れが利益相反直接取引（356 条 1 項 2 号）に当たる
8	かを検討するに、同号が「自己または第三者のために」と規定するのは取
9	締役または取締役が代理をする第三者の名義においてという意味であると
10	解されるところ、本件借り入れの当事者は X 社と Y 社であって B ではな
11	く、また B は Y 社の代表権も持たないから、「自己または第三者のために」
12	には当たらず、利益相反直接取引とは言えない。
13	（2）次に、本件借り入れは利益相反間接取引（356 条 1 項 3 号）に当たるか。
14	利益相反間接取引の基準が問題となる。
15	ア この点について、同号の趣旨は取締役が会社の利益を犠牲にして自己の
16	利益を図ることを防止する点にある。そうだとすると、実質的にみて当該
17	取引が会社の利益を害し取締役の利益が図られるものを言うと言解する。
18	イ これを本問についてみると、B は Y 社の発行済み株式の 90% を保有して
19	おり、B の経済的利益と Y 社の経済的利益は同視することができる。そし
20	て、B は Y 社に金融機関から調達した 5 億円をそのまま貸し付けているに
21	も関わらず、Y 社本件貸付に当たって「B が金融機関から借り入れた際の
22	金利に若干の上乗せ」をしており、Y 社は本件借り入れにあたってかかる
23	金利の分の経済的利益を受けている反面、X 社は金利分の経済的損失を被

1	っている。
2	ウ したがって、本件借り受けは Y 社の経済的利益が B の経済的利益と同視
3	できることを鑑みると、X 社の犠牲の下 B が利益を得る利益相反間接取引
4	に当たる。
5	3 また、本件借り入れは 5 億円と会社の規模にかかわらず高額であり、「多額
6	の借財」に当たる。
7	4 では、法律上必要な取締役会を欠くといえるか。
8	(1) この点について、取締役会の無効事由について明文規定は無いため、一
9	般原則に基づき、手続上の瑕疵がある場合には無効になると考える。もっ
10	とも、当該瑕疵がなくとも決議に影響が出ないといえる特段の事情があれ
11	ば、例外的に無効事由とならないと解する。
12	(2) これを本問についてみると、上記の通り B は自己の利益のために利益相
13	反間接取引を行っているから、忠実義務 (355 条) 違反をもたらすおそれ
14	のある、会社の利益と衝突する個人的利害関係を有する取締役であるため、
15	「特別の利害関係を有する取締役」(369 条 1 項) に当たり、本件借り入れ
16	にかかると取締役会では議決権を行使することはできない。そして、B はか
17	かる取締役会で議決権を行使しているという瑕疵があるものの、C 以外の
18	取締役は決議に賛成しているから、かかる瑕疵がなくとも決議は成立して
19	いた (369 条 1 項参照) から、特段の事情が認められ、取締役会の無効事
20	由とはならない。
21	さらに、B は本件借り入れに至る経緯を何ら説明しておらず、本件借り
22	入れを承認するかの判断の際に必要な「重要な事実」(356 条 1 項柱書) を
23	開示していないという瑕疵が存在する。この点については、かかる経緯を

1	開示することで本件借り入れが X 社の経済的利益を害しており、かつ金融
2	機関から融資を受けた金員を流用していること、金融機関に対する担保が
3	B の個人資産に過ぎず不安定なこと等が将来 X 社にとって不利益に働く恐
4	れがあることを鑑みると、反対に回った取締役がいた可能性は否定できず、
5	特段の事情も認められないというべきである。
6	(3) したがって、かかる瑕疵が認められる以上、法律上必要な取締役会を欠
7	くといえ、本件借り入れは無効となるとも思える。
8	5 そうだとしても、X 社は Y 社に対し本件借り入れの無効を主張できるか。
9	利益相反間接取引を相手方に主張できる場合が問題となる。
10	(1) この点について、取引の安全と会社の利益の調和の観点から、当該取引
11	が利益相反取引に当たり、必要な承認をうけていないことについて悪意重
12	過失であれば無効主張をすることができるかと解する。
13	(2) これを本問についてみると、Y 社取締役であり、90%の株式を有する株
14	主でもある B は X 社の取締役でもあり、また金利を上乗せして B から借
15	り受けた金員を本件借り入れに回すことも承知していたことを鑑みると、
16	少なくとも B に適法な取締役会の承認を受けたか確認する義務はあったと
17	いえ、これを怠った Y 社には重過失が認められる。
18	(3) したがって、X 社は取引の無効を Y 社に主張できる。
19	第 2 設問 2 について
20	1 B は、X 社の Z 社に対する募集株式の発行（以下「本件発行」という）の
21	無効の訴え（828 条 1 項 2 号）を提起し、本件発行は「特に有利な金額」（199
22	条 3 項）にあたり、株主総会特別決議（同行、201 条 1 項前段、199 条 2 項、
23	309 条 2 項 5 号）を欠くから違法であり、無効事由となると主張することが

1	考えられる。
2	2 まず、本件発行は「特に有利な金額」にあたるか。「特に有利な金額」の判
3	断基準が問題となる。
4	(1) この点について、199条3項の趣旨は既存株主の経済的な利益の保護に
5	あるから、「特に有利な金額」とは、時価を基準とした公正価額より低い発
6	行額をいい、公正価額とは、会社の資金調達目的が達せられる限度で既存
7	株主にとって最も有利な金額を言うとして解する。
8	(2) これを本問についてみると、本件発行の発行額は発行時の時価の半額以
9	下であるから、極端に低額であり、既存株主にとって最も有利とはいえず、
10	公正価額を下回る。
11	(3) したがって、本件発行は有利発行にあたる。
12	3 では、株主総会決議の欠缺は、本件発行の無効事由となるか。
13	(1) この点について、株式の募集発行の無効事由は明文規定を欠くものの、
14	取引安全の見地から重大な法令・定款違反に限られると解する。
15	(2) これを本問についてみると、公開会社の株式は点々流通するため転得者
16	保護の要請が強い。また、既存株主の保護は既存株主の保護は株式引受人
17	の引受填補責任(212条1項1号)や、取締役に対する責任追及(423条
18	1項、429条)等で図られる。そのため、株主総会決議の欠缺は重大な法令
19	違反とはいえず、無効事由にはあたらない。
20	(3) したがって、本件発行は無効とならない。
21	4 よって、Bのかかる主張は認められない。
22	以上
23	

○旧司法試験商法 平成20年第2問小問2 (改題)

甲株式会社は、その発行する株式を金融商品取引所に上場している監査役会設置会社である。校舎の発行済株式総数の約20パーセントを保有する株主名簿上の株主である乙株式会社は、平成20年4月25日、同年6月27日開催予定の甲社の定時株主総会における取締役選任に関する議案及び増配に関する議案についての株主提案権を行使した。この場合において、次の問いに答えよ。なお、甲社の定款には、種類株式に係る定めはないものとする。

甲社の取締役らは、乙社からの株主提案を受けて、直ちに臨時取締役会を開催し、丁株式会社との業務提携関係を強化することが目的であるとして、既に業務提携契約を締結していた丁社のみを引受人とする募集株式の第三者割当発行を決議した。なお、払込金額については甲社株式の直近3か月の市場価格の平均の90パーセントに相当する額とし、払込期日については定時株主総会の開催日の1週間前の日とすることとされた。また、当該決議に合わせて、定時株主総会に係る議決権行使の基準日について、この発行に係る株式に限りその効力発生日の翌日とする旨の決議がされ、これに係る所要の公告も行われた。この募集株式の発行が実施されると、乙社が保有する甲社株式の甲社発行済株式総数に対する割合は約15パーセントに低下する一方で、丁社のそれは約45パーセントに上昇することとなる。乙社は、この募集株式の発行を差し止めることができるか。

答案構成例

乙社は会社法210条に基づいて本件募集株式の発行の差し止めをすることができるか

↓

まず本件募集株式の発行により、乙社の持株比率が低下することから「株主が不利益を受けるおそれがあるとき」にあたる

↓

そして、本件募集株式の発行は、直近3ヶ月の市場価額の平均の90パーセントに相当する額が払い込まれることとされており、資金調達目的も考慮すればこの程度のディスカウントでは有利発行(199条3項)にあらず、株主総会の特別決議を経ても法令違反(210条1号)は認められない

↓

では、不公正発行(同条2号)にあたらないか

↓

会社支配権の維持確保を主要な目的とする場合には不公正発行にあたる

↓

本件では、丁者との提携強化という名目ではあるが、乙社から現在の取締役にとって不利な株主提案を受けて臨時取締役会が開かれ、本件募集株式発行による株式についてだけ特別の基準日を設けていることなどから、取締役は丁社を通じて会社支配権を維持確保することを主要な目的としていると言える。

↓

したがって、不公正発行にあたる

〔民事訴訟法〕（〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点の割合は、7：3）

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事例】

X運転の普通乗用自動車と、Y運転の普通自動二輪車とが追突する事故が発生した（以下「本件事故」という。）。

Xは、Yに生じた損害として、Y所有の自動二輪車の損傷について損害賠償債務が発生したことを認め、このYの物損については、XY間の合意に基づき、Xの加入する保険会社から損害額の全額が支払われた。しかし、本件事故によるYの人的損害の発生については、XY間の主張が食い違い、交渉が平行線となった。

そこで、Xは、Yに対し、本件事故に基づくYの人的損害については生じていないとして、XのYに対する本件事故による損害賠償債務が存在しないことの確認を求める訴えを提起した（以下「本訴」という。）。

Yは、この本訴請求に対し、本件事故によりYに頭痛の症状が生じ、現在も治療中であると主張して争うとともに、本件事故による治療費用としてYが多額の支出をしているので、その支出と通院に伴う慰謝料の一部のみをまずは請求すると主張し、Xに対し、本件事故による損害賠償請求の一部請求として、500万円及びこれに対する本件事故日以降の遅延損害金の支払を求める反訴を提起した。

なお、以下の各設問では、遅延損害金については検討の対象外とし、論じる必要はない。

〔設問 1〕

受訴裁判所は、審理の結果、Yを治療した医師の証言等の結果から、以下のような心証を形成した。

Yには本件事故後に頭痛の症状が認められたが、既に必要な治療は終了している。そして、その頭痛の症状及び程度からすれば、本件事故前からのYの持病である慢性頭痛と考えるのが相当であるから、本件事故による損害とは認められない。その他、本件事故によるYの人的損害の発生を認めるに足りる証拠はない。そして、Yは、本件事故による物損について損害額の全額の支払を受けているから、Yの損害はすべて填補されたというべきである。

この場合に、受訴裁判所は、本訴についてどのような判決を下すべきか、判例の立場に言及しつつ、答えなさい。また、本訴についての判決の既判力は、当該判決のどのような判断について生じるか、答えなさい。

〔設問 2〕

裁判所は、〔設問 1〕のとおり本訴について判決するとともに、反訴（一部請求）について請求棄却の判決をして、同判決が確定した（以下「前訴判決」という。）。

しかし、前訴判決後、Yは、当初訴えていた頭痛だけでなく、手足に強いしびれが生じるようになり、介護が必要な状態となった。

そこで、Yは、前訴判決後に生じた各症状は本件事故に基づくものであり、後遺症も発生したと主張して、前訴判決後に生じた治療費用、後遺症による逸失利益等の財産的損害とともに本件事故の後遺症による精神的損害を理由に、Xに対し、本件事故による損害賠償請求の残部請求として、3000万円及びこれに対する本件事故日以降の遅延損害金の支払を求める新たな訴えを提起した（以下「後訴」という。）。

前訴判決を前提とした上で、後訴においてYの残部請求が認められるためにどのような根拠付けが可能かについて、判例の立場に言及しつつ、前訴におけるX及びYの各請求の内容に留意して、Y側の立場から論じなさい。

1	第1 設問1前段について
2	1 受訴裁判所は、Yには、頭痛を含め、本件事故による人的損害の発生を認
3	めることはできず、物的損害は既に弁済済みであるから債務は存在しないと
4	の心証を抱いている。そこで、かかる心証に従って、本訴の請求の趣旨のと
5	おり、XのYに対する本件事故による損害賠償請求権が存在しないことを確
6	認するとの、請求全部認容判決をすることができるか。
7	(1) そもそも、本訴は金額を明示していないところ、本訴請求は訴訟物を特
8	定しているとはいえず、不適法となり(133条2項2号)、受訴裁判所は却
9	下判決をすべきではないか。債務不存在確認訴訟は給付請求訴訟の反対形
10	相であるから、その訴訟物は債務の金額から自認額を控除したその余の債
11	務の存在であり、本訴において自認額は0円であるが、債務の金額を明示
12	していないから、訴訟物の特定として十分でないと思えるため、検討する。
13	ア この点について、不法行為に基づく損害賠償債務の場合、被告が主張し
14	なければ債務額が不明であることが多く、原告に債務額の明示を要求する
15	のは酷である。そこで、債務額を明示しなくても適法となると解する。
16	イ これを本件についてみると、本訴は本件事故にかかる不法行為に基づく
17	損害賠償債務の不存在確認訴訟であるから、債務額の明示がなくても適法
18	である。
19	(2) 次に、本訴に対して、同一の損害賠償債権の一部であることが明示され
20	た給付請求の反訴が提起されたところ、本訴の確認の利益が失われ、不適
21	法となり、受訴裁判所は却下判決をすべきではないか。かかる反訴は本
22	訴と訴訟物が一部重複するが、同一の手続によって審理されるため二重起
23	訴禁止(142条)の趣旨である判決の矛盾抵触・訴訟不経済・被告の応訴

1	の煩が及ばず、適法となる。そこで、反訴によって本訴の確認の利益が失
2	われないか検討する。
3	ア この点について、債務不存在確認請求訴訟が係属中に、同一債務の給付
4	訴訟が適法に提起された場合は、かかる債権の給付訴訟認容判決に既判力
5	のみならず執行力も認められることから、より紛争解決に有効適切である
6	ため、方法選択の適切性を欠き、債務不存在確認請求訴訟の確認の利益は
7	失われる（判例も同旨）。そこで、例外的に債務不存在確認請求訴訟が給付
8	訴訟より紛争解決に有効適切であるといえる場合には、確認の利益は失わ
9	れないと解する。
10	イ これを本件についてみると、上記の通り反訴は同一の損害賠償債権の一
11	部であることが明示されている訴訟である。そして、判例は、処分権主義
12	（246条）と被告に対する不意打ちを避けるために、一部請求訴訟は一部
13	であることが明示されている場合に限って請求部分のみが訴訟物となる
14	が、これを一部認容ないし請求棄却する場合は、自ずから債権の全部が審
15	理されるため、残部請求は紛争の蒸し返しにあたり信義則（2条）によっ
16	て遮断されるとするから、受訴裁判所の心証が一部請求の全部棄却である
17	本件においては、本訴を維持する必要はないとも思える。しかし、反訴は
18	本件事故から生じた損害のうち、治療費と慰謝料の一部という費目を限定
19	した請求であり、他の費目は審理の対象とならない以上、全部棄却されて
20	も残部請求をすることは紛争の蒸し返しには当たらない。そこで、本訴に
21	よってあらゆる損害賠償債務が存在しないとの確認判決を求める利益が
22	存する。
23	ウ したがって、反訴提起された500万円については、本訴は確認の利益を

1	失うが、残部についてはなお確認の利益は失わない。
2	(3)よって、受訴裁判所は本訴に対して500万円についての訴え却下判決を、
3	残部について請求認容判決をすべきである。
4	第2 設問1後段について
5	1 本訴の判決に生じる、前訴の後訴に対する通用力ないし拘束力たる既判力
6	の範囲はどうなるか。
7	(1)まず、審理の弾力化の観点と、紛争解決には訴訟物に及ぼせば十分であ
8	るから、既判力の客観的範囲は主文に包含する訴訟物であると解する(114
9	条1項)。
10	(2)また、訴訟判決の場合は、訴訟要件の存否をめぐる争いを封ずる必要が
11	あるから、訴訟要件の不存在の判断に既判力が生じると解する。
12	2 したがって、既判力の客観的範囲は、本件請求権のうち、反訴の目的とな
13	った500万円については確認の利益を欠くという点であり、反訴の目的とな
14	らなかった部分は不存在であるという点である。
15	第3 設問2について
16	1 まず、本訴については上述の範囲に既判力が生じ、反訴によって主文に包
17	含する訴訟物たる500万円の債権が不存在であることについて既判力が生じ
18	る。
19	2 そこで、後訴請求が前訴の既判力によって遮断されることとならないか。
20	既判力は訴訟物が同一・矛盾・先決の場合に作用すると解するところ、後訴
21	訴訟物も本件事故から生じた不法行為に基づく損害賠償請求権であるから、
22	本訴・反訴の既判力によって遮断されるとも思える。
23	3 もっとも、交通事故においては損害賠償請求訴訟の後に後遺症が判明する

1	こともあり得るところであり、常に後遺症による損害賠償請求訴訟が許され
2	ないとすると、被害者にとって酷で妥当ではない。そこで、例外的に既判力
3	が及ばないと言えないか。
4	(1) この点について、判例は、当時主張立証が不可能であったため当事者の
5	合理的意思から前訴の請求に含まれていない趣旨であることが明らかであ
6	ると認められる場合には、前訴が明示の一部請求であると同視できるとし
7	て、後訴の出訴を認めている。そして、債務不存在確認請求訴訟が給付訴
8	訟の反対形相であることを鑑みれば、前訴が債務不存在確認請求訴訟であ
9	る場合にもこの理は変わらないと解する。
10	(2) これを本問についてみると、本訴において反訴の500万円を超える部分
11	について不存在が確認されているが、後訴の出訴は妨げられない。
12	2 なお、反訴によって請求した500万円は棄却されているが、上述のとおり
13	反訴は費目特定型一部請求であるから、他の費目で出訴することは紛争の蒸
14	し返しにならず、信義則によっても遮断されない。
15	3 よって、Yはかかる訴訟を提起することができる。
16	以上
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

○旧司法試験民事訴訟法 平成21年第1問

Xは、自転車に乗って道路を横断中、Yが運転する乗用車と接触して転倒し負傷したために、3000万円の損害を被ったと主張して、Yに対し、3000万円のうちの2000万円の損害賠償を求める訴えを提起した。この訴訟において、Yは、請求棄却を求め、事故の原因は急いでいたために赤信号を無視したXにあると主張した。裁判所は、事故はYの過失によって発生したものであり、Xの被った全損害の損害額は2500万円であるが、整備不良のためにブレーキがきかないまま自転車を運転し赤信号の道路に飛び出したXにも5割の過失があると認めた。裁判所は、どのような判決をすべきか。

答案構成例

過失相殺を考慮した判決をすべきか

↓

当事者から過失相殺の主張がなされていないが、過失相殺を認めることはできるか

↓

損害の公平な分担という過失相殺の趣旨から当事者の主張なくとも認定できる

↓

Xに過失があるとの主張もなされていないが、Xの過失を認定できるか

↓

弁論主義は主要事実のみ及び、過失についてはそれを基礎付ける具体的事実が主要事実にあたる。そのため、過失を基礎付ける具体的事実が主張されていれば、過失を認定することができる。

↓

本件では、Xの過失を基礎付ける事実自体はYによって主張されているが、その事実と裁判所の認定した事実とずれがあり、弁論主義に反しないか

↓

当事者の主張する事実と裁判所の認定した事実が、社会観念上の同一性を有する限り、弁論主義には反しない

↓

本件では、当事者の主張する事実と裁判所の認定した事実はXが赤信号の道路に飛び出したという本質的部分において共通しており、社会観念上同一の事実といえ、弁論主義には反しない

↓

そして、外側説に従い、債権全額を基準に過失相殺を考慮すべきである

↓

したがって、1250万円の限度で一部認容判決をすべきである

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい（Aに対する詐欺（未遂）罪及び特別法違反の点は除く。）。

- 1 不動産業者甲は、某月1日、甲と私的な付き合いがあり、海外に在住し日本国内に土地（以下「本件土地」という。時価3000万円）を所有する知人Vから、Vが登記名義人である本件土地に抵当権を設定してVのために1500万円を借りてほしいとの依頼を受けた。

甲は、同日、それを承諾し、Vから同依頼に係る代理権を付与され、本件土地の登記済証や委任事項欄の記載がない白紙委任状等を預かった。

甲は、銀行等から合計500万円の借金を負っており、その返済期限を徒過し、返済を迫られている状況にあったことから、本件土地の登記済証等をVから預かっていることやVが海外に在住していることを奇貨として、本件土地をVに無断で売却し、その売却代金のうち1500万円を借入金と称してVに渡し、残金を自己の借金の返済に充てようと考えた。

そこで、甲は、同月5日、本件土地付近の土地を欲しがっていた知人Aに対し、「知人のVが土地を売りがっていて、自分が代理人としてその土地の売却を頼まれているんです。その土地は、Aさんが欲しがっていた付近の土地で、2000万円という安い値段なので買いませんか。」と言い、Aは、甲の話を用意して本件土地を購入することとした。

その際、甲とAは、同月16日にAが2000万円を甲に渡し、それと引き換えに、甲が所有権移転登記に必要な書類をAに交付し、同日に本件土地の所有権をAに移転させる旨合意した。甲は、同月6日、A方に行き、同所で、本件土地の売買契約書2部の売主欄にいずれも「V代理人甲」と署名してAに渡し、Aがそれらを確認していずれの買主欄にも署名し、このように完成させた本件土地の売買契約書2部のうち1部を甲に戻した（甲のAとの間の行為について表見代理に関する規定の適用はないものとする。）。

- 2 その後、Vは、同月13日、所用により急遽帰国したが、同日、Aから本件土地に関する問い合わせを受けたことで甲の行動を知って激怒し、同月14日、甲を呼び付け、甲に預けていた本件土地の登記済証や白紙委任状等を回収した。その際、Vは、甲に対し、「俺の土地を勝手に売りやがって。今すぐAの所に行って売買契約書を回収してこい。明後日までに回収できなければ、お前のことを警察に通報するからな。」と怒鳴った。

甲は、同月14日、Aに会いに行き、本件土地の売買契約書を回収させてほしいと伝えたが、Aからこれを断られた。

- 3 甲は、自己に対して怒鳴っていたVの様子から、同売買契約書をAから回収できなかったことをVに伝えれば、間違いなくVから警察に通報され、逮捕されることになるし、不動産業（宅地建物取引業）の免許を取り消されることになるなどと考え、それらを免れるには、Vを殺すしかないと考えた。

そこで、甲は、Vを呼び出した上、Vの首を絞めて殺害し、その死体を海中に捨てることを計画し、同月15日午後10時頃、電話でVに「話がある。」と言って、日本におけるVの居住地の近くにある公園にVを呼び出し、その頃、同所で、Vの首を背後から力いっぱいロープで絞めた。

それによりVは失神したが、甲は、Vが死亡したものと軽信し、その状態のVを自車に乗せた上、同車で前記公園から約1キロメートル離れた港に運び、同日午後10時半頃、同所で、Vを海に落とした。その時点で、Vは、失神していただけであったが、その状態で海に落とされたことにより間もなく溺死した。

第1 売買契約書にV代理人甲と署名し、Aに確認させた行為

1 売買契約書は、権利義務の発生等を目的とする意思表示を内容とする文書であるから「権利義務に関する文書」に該当する。

2 では、有印私文書を「偽造」したといえるか。

(1)「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。そして、名義人とは、文書の性質・機能から認識される作成者をいい、作成者とは、意思・観念が客観的に帰属する主体をいうと解すべきである。

(2) V代理人甲との記載であれば、効果はVに帰属すると認識されるから、作成者はVである。そして、甲が代理権なく行った行為をVに帰属させるべきではないから、作成者は甲である。そうすると、甲は人格の同一性を偽ったといえる。

(3) よって、有印私文書を「偽造」したといえる。

3 そして、Aに確認させているから、実際に文書を行使したといえる。そうすると、行使の目的も問題なく認められる。

4 以上より、有印私文書偽造罪（159条1項）及び行使罪（161条1項）が成立する。

第2 Aと本件売買契約を締結した行為

1 横領罪の成否

(1) 本件土地は、V所有の土地であるから、「他人の物」である。

(2) では、占有しているといえるか。

ア 「自己の占有する」とは、処分の濫用のおそれのある支配力をいい、事実上の支配のみならず、法律上の支配も含む。

イ 甲は、本件土地の登記済証等や委任事項欄の記載がない白紙委任状等を

1	Vから預かっていた。このような状態であれば、本件土地を処分すること
2	も可能な状態であるから、法律上支配しているといえる。
3	ウ よって、本件土地は、「自己が占有する他人の物」である。
4	(3) さらに、上記の事実関係からすれば、甲は、委託信任関係に基づいて占
5	有している。
6	(4) そして、本件の売却行為は、委託の趣旨にも反するし、不法領得の意思
7	を実現する行為といえるから、横領行為があったといえる。
8	(5) では、横領結果が発生したといえるか。
9	不動産を無断で譲渡した場合、譲受人が対抗要件たる登記を具備しなけ
10	れば確定的な所有権侵害は発生しないと考える。そうすると。本件では、
11	Aに登記を移転が移転された事実はないから、結果は生じていないといえ
12	る。
13	(6) 以上より、横領罪(252条1項)は成立しない。
14	2 背任罪の成否
15	甲は、Aのために甲土地の抵当権設定を代理するものであり、「他人のため
16	にその事務を処理する者」にあたる。そして、無断で本件土地を売却する行
17	為は、任務違背行為にあたる。さらに、甲は、自己の借金の返済にあてるた
18	めに上記行為を行っているから、「自己の利益を図」る目的が認められる。
19	しかし、登記の移転がない以上、Vに「財産上の損害」が認められない。
20	よって、背任既遂罪は成立せず、背任未遂罪(250条、247条)が成
21	立する。
22	第3 Vの首を絞めた行為
23	1 首をロープで力いっぱい絞める行為は、死の結果を発生させる現実的危険

1	性のある行為であるから、殺人罪の実行行為にあたる。
2	2 Vの死因は溺死である。甲がVを海に落とすという介在事情があるが、法
3	的因果関係が認められるのか。
4	(1) 法的因果関係は、客観的に存在する全事情を判断資料として、行為の危
5	険が結果へと現実化した場合に認められる。
6	(2) まず、殺害したと思っている人が、証拠隠滅を図るために死体を海に落
7	とすことはありえない行為ではないから、異常な介在事情とはいえない。
8	そして、海に落とすという行為は、自らの殺人行為を契機に行っているた
9	め、誘発された行為といえる。そうだとすれば、首を絞める行為には、
10	その後に海に落とすという行為を行うことによって死亡する危険性が含ま
11	れていたと考えることができ、その危険が結果へと現実化したといえる。
12	(3) よって、法的因果関係が認められる。
13	3 甲は、Vの殺害を決意しているため、故意が認められる。もっとも、甲は
14	首を絞めることにより死亡する認識であったところ、実際には溺死によって
15	死亡しているので、因果関係の錯誤がある。
16	しかし、甲は、首を絞めるという行為によって死亡するという因果関係を
17	認識しているから、故意は阻却されない。
18	4 以上より、殺人罪が成立する。
19	第4 失神したVを海に落とした行為
20	1 死体遺棄罪
21	(1) 甲の上記行為は、殺人罪の実効行為に該当し、死亡結果との因果関係が
22	認められる。
23	(2) しかし、上記行為の時には、死亡したと誤信していたため殺意はなく、

1	死体遺棄の故意であった。そうすると、38条2項の問題になる。
2	ア 38条2項は、実現した重い罪と認識した軽い罪との間に、構成要件の
3	重なり合いがあるといえる場合は、実現した行為を認識した軽い罪の実行
4	行為と評価することを認めた規定である。そこで、保護法益や行為態様の
5	点で重なり合いが認められた場合、軽い罪の実行行為と評価される。
6	イ 殺人罪の保護法益は、人の生命である。これに対し、死体遺棄罪の保護
7	法益は、死者に対する宗教的感情であるから、保護法益の重なり合いが認
8	められない。
9	ウ よって、死体遺棄罪の実行行為があったものと評価できない。
10	(3) したがって、死体遺棄罪は成立しない。
11	2 過失致死罪
12	甲は、自らロープで首を絞め殺したと思っているから、Vが死亡していな
13	いということを見ることができなかったといえるため、過失致死罪(2
14	10条)は成立しない。
15	以上
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

○旧司法試験刑法 平成16年第1問

甲は、交際していたAから、突然、甲の友人である乙と同居している旨告げられて別れ話を持ち出され、裏切られたと感じて激高し、Aに対して殺意を抱くに至った。そこで、甲は、自宅マンションに帰るAを追尾し、A方玄関内において、Aに襲いかかり、あらかじめ用意していた出刃包丁でAの腹部を1回突き刺した。しかし、甲は、Aの出血を見て驚くするとともに、大変なことをしてしまったと悔悟して、タオルで止血しながら、携帯電話で119番通報をしようとしたが、つながらなかった。刺されたAの悲鳴を聞いて奥の部屋から玄関の様子をうかがっていた乙は、日ごろからAを疎ましく思っていたため、Aが死んでしまった方がよいと考え、玄関に出てきて、気が動転している甲に対し、119番通報をしていないのに、「俺が119番通報をしてやったから、後のことは任せろ。お前は逃げた方がいい。」と強く申し向けた。甲は、乙の言葉を信じ、乙に対し、「くれぐれも、よろしく頼む。」と言って、その場から逃げた。乙は、Aをその場に放置したまま、外に出て行った。Aは、そのまま放置されれば失血死する状況にあったが、その後しばらくして、隣室に居住するBに発見されて救助されたため、命を取り留めた。

甲及び乙の罪責を論ぜよ（特別法違反の点は除く。）。

答案構成例

第1 甲の罪責

甲は、殺意をもって、出刃包丁でAの腹部を突き刺したものの、死亡結果は発生していないから、殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。

↓

もっとも、タオルで止血しているなどしているから、中止犯が成立し、（43条但し書）刑が減免されるのではないか。

↓

因果の進行がある場合は、減免の効果を与えるにふさわしい積極的な措置を行えば「中止した」といえる。

↓

タオルで止血し、119番通報しているが、結果的には逃げているため、減免の効果を与えるにふさわしい行為はしていない。

↓

したがって、殺人未遂罪が成立し、刑は必要的に減免されない。

第2 乙の罪責

殺人罪の不作为の実行行為を行ったとして、殺人未遂罪が成立しないか。

↓

作為の可能性・容易性のある作為義務に違反すれば不作为による実行行為が認められる。

↓

甲に対しAを任せろと言って甲を逃がしているから、Aの危険の引き受けたといえる。乙以外にそ

[刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

甲は、平成27年2月1日、L県M市内の路上において、肩が触れて口論となったVに対し、携帯していたサバイバルナイフで左腕を切り付け、1か月間の加療を要する傷害を負わせた。司法警察員Pらは、前記事実で逮捕状及び搜索差押許可状（搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容は、後記のとおり）の発付を受けた上、同月2日、甲を立ち回り先で逮捕した。また、Pらは、同日、甲と同居する乙を立会人として、甲方の搜索を行った。

甲方の搜索に際し、Pは、玄関内において、乙に搜索差押許可状を呈示するとともに、部下の司法警察員Qに指示して、呈示された同許可状を乙が見ている状況を写真撮影した(①)。続いて、Pは、玄関脇の寝室に立ち入ったが、同寝室内には、机とベッドが置かれていた。Pは、Qに指示して、同寝室内全体の写真を撮影した上、前記机の上段の引出しを開けたが、その際、引出し内の手前側中央付近に、血の付いたサバイバルナイフを発見し、その左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証を認めた。Pは、その状況を写真撮影することとし、Qに指示して、前記サバイバルナイフ及び運転免許証等を1枚の写真に収まる形で近接撮影した(②)。Pは、引き続き、前記机の下段の引出しを開けたところ、覚せい剤の使用をうかがわせる注射器5本及び空のビニール小袋1枚を認めた。そこで、Pは、Qに指示して、前記注射器及びビニール小袋を1枚の写真に収まる形で近接撮影した(③)。その後、Pは、前記サバイバルナイフを押収し、搜索を終了した。

前記サバイバルナイフに付いた血がVのもものと判明したことなどから、検察官Rは、同月20日、L地方裁判所に甲を傷害罪で公判請求した。甲は、「身に覚えがない。サバイバルナイフは乙の物だ。」旨供述して犯行を否認している。

(搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容)

搜索すべき場所 L県M市N町〇〇番地甲方
差し押さえるべき物 サバイバルナイフ

〔設問1〕

【事例】中の①から③に記載された各写真撮影の適法性について論じなさい。

〔設問2〕

Pは、搜索終了後、「甲方の寝室内には、机及びベッドが置かれていた。机には、上下2段の引出しがあり、このうち、上段の引出しを開けたところ、手前側中央付近に、サバイバルナイフ1本が置かれており、その刃の部分には血液が付着していた。そして、同サバイバルナイフの左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証があった。」旨の説明文を記した上、【事例】中の②の写真を添付した書面を作成した。Rは、同書面によって前記サバイバルナイフと甲との結び付きを立証したいと考えた。同書面の証拠能力について論じなさい(②に記載された写真撮影の適否が与える影響については、論じなくてよい)。

1	第 1 設問 1
2	1 ①から③に記載された各写真撮影は甲方の内部を同意なく撮影したもので
3	ある。これらの写真撮影は、検証令状が必要な強制処分（197 条 1 項ただし
4	書き）か。
5	（1）重大な権利利益を制約するような処分は、国会で制定された法律で縛り
6	をかけておく必要性があるという点に強制処分法定主義の趣旨があるから、
7	「強制的処分」にあたるかは権利利益に着目して判断すべきである。
8	そして、権利利益は、法定された強制処分と同程度のものである必要が
9	ある。また、相手方の承諾がある場合には、権利利益の制約は観念し得な
10	いから、相手方の意思に反して行われることが前提となる。
11	そこで、「強制的処分」とは、個人の意思に反し、重要な権利・利益を実
12	質的に制約する処分をいうと解すべきである。
13	（2）住居の内部は、憲法 35 条で保障された私的空間であるから、住居の内
14	部を撮影する行為は、重要な権利への制約が認められる。そして、通常、
15	住居の内部を撮影することには同意しないから相手方の意思に反して行わ
16	れたといえる。
17	（3）したがって、①～③の写真撮影は強制処分である。
18	2 では、搜索差押許可状執行の際に検証令状なく写真撮影をすることができ
19	るのか。
20	（1）①の写真
21	ア 搜索差押許可状は、適法性を担保するための手段を採ることも必要かつ
22	相当な範囲で許容していると考えられるから、手続の適法性を担保するた
23	め必要性があり、相当な方法といえる場合には、搜索差押許可状執行の付

1	随処分として写真撮影を行うことができると考える。
2	イ 本件では、搜索差押許可状を提示しているところを撮影しているが、こ
3	れは 2 2 2 条 1 項が準用する 1 1 0 条の手続を撮影している。後から手続
4	を履践していないとの主張をさせないためにも、写真撮影をしておく必要
5	性がある。そして、乙が見ている状況を撮影しただけであるから、不利益
6	は大きくなく相当な方法といえる。
7	ウ よって、①の写真撮影は適法である。
8	(2) ②の写真
9	ア 差押え対象物を写真撮影したとしても、令状によって解除されたプライ
10	バシーを超える新たな権利侵害はないため、別途検証許可状は不要と考え
11	るべきである。また、証拠物が発見された状況は、証拠価値を左右するか
12	ら、保全しておく必要性が高い。
13	そこで、証拠価値を保存するため必要性があり、相当な方法といえる場
14	合には、搜索差押許可状執行の付随処分と許容される。
15	イ サバイバルナイフを発見した引き出し内に甲名義の運転免許証があっ
16	た場合、このナイフは甲が管理しているものと推認できる。そうだとすれ
17	ば、発見された状況を写真撮影しておく必要性が高い。
18	そして、近接撮影していることから、不利益も大きくなく相当な方法と
19	いえる。
20	ウ したがって、②の撮影は適法である。
21	(3) ③の写真
22	③は、差押対象物ではないから、令状なく行った写真撮影は違法である。
23	第 2 設問 2

1	1 伝聞証拠
2	②の写真が添付され、Pの説明文が記載されている書面（以下、「本件書面」）
3	は「公判期日における供述に代えて書面を証拠」（320 条 1 項）であるから、
4	証拠能力が認められないのではないか。
5	（1） P の説明文
6	ア 伝聞証拠は、知覚・記憶・表現・叙述の過程で典型的に誤りが入り込む
7	おそれがあるにも関わらず、反対尋問、証人の態度等により内容の真実性
8	を確認することができないため、事実認定を誤らせる恐れが大きい。
9	そこで、公判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
10	の真実性を確認する必要がある場合には証拠能力を否定すべきである。
11	イ P の説明文が真実であった場合に初めて、サバイバルナイフと甲の結び
12	つきを推認することができるから、P に内容の真実性を確認する必要がある
13	る。
14	ウ したがって、P の説明部分は伝聞証拠に該当する。
15	（2） 写真
16	本件の写真は、犯行現場において証拠の発見状況を撮影したものである。
17	この写真は、再現写真のように供述に準ずるものではない。
18	したがって、供述ではないから、伝聞証拠に該当しない。
19	2 伝聞例外
20	本件書面は、捜索差押えの結果を記載した書面である。これは、捜査機関
21	が事物の対象を五官の作用により認識する検証に類似するから、321 条 3
22	項が準用されると考える。
23	したがって、P が真正に作成されたものであることを証言した場合には証

1	扱能力が認められる。
2	以上
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

○旧司法試験刑事訴訟法 平成21年第1問

警察官Aは、振り込め詐欺事件に関与した疑いの濃厚な被疑者甲について、銀行の現金自動預払機から現金を引き出す際に防犯ビデオカメラに写っていた犯人との同一性を判断するため、甲宅前路上から、同宅2階の居室を監視し、その窓のカーテンを開けて甲が窓越しに顔を見せた際、所携のビデオカメラで、甲の容ぼうを撮影した。また、警察官Bは、防犯ビデオカメラに写っていた犯人の右手首のあざが甲にあるかを確認するため、甲が入ったレストランに客を装って入店し、かばん内に装備した小型ビデオカメラで、飲食している甲の様子を撮影した。警察官A及びBの撮影行為は適法か。

答案構成例

1 Aの行為

Aの行為は、「強制の処分」(197条1項但し書)か。

↓

強制処分の意義

↓

家の中にいる姿を撮影されない権利は憲法35条で保護される利益に相当する重要な利益。

↓

「強制の処分」に該当する。

↓

ビデオ撮影は検証にあたる。

↓

検証令状なく行ったため、違法。

2 Bの行為

Bの行為は、「強制の処分」(197条1項但し書)か。

↓

公衆の場にいる姿を撮影されない利益は憲法35条で保障されるような重要な利益ではない。

↓

「強制の処分」には該当しない。

↓

任意捜査として適法か。

↓

任意捜査の適法性基準

↓

犯人性の立証のために、甲の右手を撮影する必要性は高い。

外にいる姿を撮影されているだけで不利益は小さい。

↓

任意捜査として適法