

平成26年司法試験予備試験論文式試験問題と出題趣旨

[憲 法]

A市内の全ての商店街には、当該商店街に店舗を営む個人又は法人を会員とする商店会が組織されている。会員は、店舗の大きさや売上高の多寡にかかわらず定額の会費を毎月納入し、その会費で、防犯灯の役目を果たしている街路灯や商店街のネオンサイン等の設置・管理費用、商店街のイベント費用、清掃美化活動費用などを賄っていた。しかし、A市内に古くからある商店街の多くが、いわゆるシャッター通りと化してしまい、商店街の活動が不活発となっているだけでなく、商店街の街路灯等の管理にも支障が生じており、防犯面でも問題が起きている。

A市内には、大型店やチェーン店もある。それらの多くは、商店街を通り抜けた道路沿いにある。それらの大型店やチェーン店は、商店街の街路灯やネオンサイン等によって立地上の恩恵を受けているにもかかわらず、それらの設置や管理等に掛かる費用を負担していない。また、大型店やチェーン店は、商店街のイベントに参加しないものの、同時期にセールを行うことで集客増を図るなどしている。大型店やチェーン店は、営業成績が悪化しているわけでもないし、商店会に加入しなくとも営業に支障がない。それゆえ、多くの大型店やチェーン店は、商店街の活性化活動に非協力的である。このような大型店やチェーン店に対して、全ての商店会から、商店街がもたらす利便に「タダ乗り」しているとする批判が寄せられている。A市にとって、市内全体での商業活動を活性化するためにも、古くからある商店街の活性化が喫緊の課題となっている。

このような状況に鑑みて、A市は、大型店やチェーン店を含む全てのA市内の店舗に対し、最寄りの商店会への加入を義務付ける「A市商店街活性化条例」（以下「本条例」という。）を制定した。本条例の目的は大きく分けて二つある。第一の目的は、共同でイベントを開催するなど大型店やチェーン店を含む全ての店舗が協力することによって集客力を向上させ、商店街及び市内全体での商業活動を活性化することである。第二の目的は、大型店やチェーン店をも含めた商店会を、地域における防犯体制等の担い手として位置付けることである。

本条例は、商店会に納入すべき毎月の会費を、売場面積と売上高に一定の率を乗じて算出される金額と定めている。そして、本条例によれば、A市長は、加入義務に違反する者が営む店舗に対して、最長で7日間の営業停止を命ずることができる。

A市内で最も広い売場面積を有し、最も売上高が大きい大型店Bの場合、加入するものとされている商店会に毎月納入しなければならない会費の額が、その商店会の会員が納入する平均的な金額の約50倍となる。そこで、大型店Bを営むC社としては、このような加入義務は憲法に違反していると考え、当該商店会に加入しなかったために、A市長から、7日間の営業停止処分を受けた。その結果、大型店Bの収益は大幅に減少した。

C社は、A市を被告として、本条例が違憲であると主張して、国家賠償請求訴訟を提起した。

[設問 1]

あなたがC社の訴訟代理人であるとしたら、どのような憲法上の主張を行うか。

なお、本条例による会費の算出方法の当否及び営業停止処分の日数の相当性については、論じなくてよい。

[設問 2]

想定される被告側の反論を簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

(出題趣旨)

本問は、職業の自由に対する制約、そして結社の自由に対する制約の合憲性に関する出題である。職業の自由の制約に関しては、近時、規制目的二分論に言及することなく判断している最高裁判例（最三判平成12年2月8日刑集第54巻2号1頁、最三判平成17年4月26日判例時報1898号54頁）や租税の適正かつ確実な賦課徴収という第三の目的が示された最高裁判例（最三判平成4年12月15日民集第46巻9号2829頁）があり、まずは、規制目的二分論の有効性自体を検討する必要がある。その上で、設問の条例の目的を政策的目的と位置付けるとしても、その具体的な内容や制約の合憲性審査の手法につき、定型的でない丁寧な論証が求められる。さらに、設問の条例は、目的達成手段として強制加入制を採用している点において、結社の自由への制約の問題についても検討する必要がある。強制加入制の合憲性をめぐっては、南九州税理士会事件（最三判平成8年3月19日民集第50巻3号615頁）、群馬司法書士会事件（最一判平成14年4月25日判例時報1785号31頁）などで争われており、これらの判例も念頭に置きつつ、本問の条例では、条例が定める目的を達成するための手段として、営利法人に対して団体への加入を義務付け、さらに、違反に対して最長7日間の営業停止という処分を課すことができるとしている点などを踏まえ、制裁で担保された強制加入制の合憲性を論じる必要がある。

[行政法]

A県は、漁港漁場整備法（以下「法」という。）に基づき、漁港管理者としてB漁港を管理している。B漁港の一部には公共空地（以下「本件公共空地」という。）があり、Cは、A県の執行機関であるA県知事から、本件公共空地の一部（以下「本件敷地」という。）につき、1981年8月1日から2014年7月31日までの期間、3年ごとに法第39条第1項による占用許可（以下「占用許可」とは、同法による占用許可をいう。）を受けてきた。そして、1982年に本件敷地に建物を建築し、現在に至るまでその建物で飲食店を経営している。同飲食店は、本件公共空地の近くにあった魚市場の関係者によって利用されていたが、同魚市場は徐々に縮小され、2012年には廃止されて、関係施設も含め完全に撤去されるに至った。現在Cは、観光客などの一般利用者をターゲットとして飲食店の営業を継続し、2013年には、客層の変化に対応するために店内の内装工事を行っている。他方、A県知事は、魚市場の廃止に伴って、観光客を誘引するために、B漁港その他の県内漁港からの水産物の直売所を本件敷地を含む土地に建設する事業（以下「本事業」という。）の構想を、2014年の初めに取りまとめた。なお、本事業は、法第1条にいう漁港漁場整備事業にも、法第39条第2項にいう特定漁港漁場整備事業にも、該当するものではない。

Cは、これまで受けてきた占用許可に引き続き、2014年8月1日からも占用許可を受けるために、本件敷地の占用許可の申請をした。しかし、A県知事は、Cに対する占用許可が本事業の妨げになることに鑑みて、2014年7月10日付けで占用不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）をした。Cは、「Cは長期間継続して占用許可を受けてきたので、本件不許可処分は占用許可を撤回する処分と理解すべきである。」という法律論を主張している。A県側は、「法第39条第1項による占用許可をするか否かについて、同条第2項に従って判断すべき場合は、法第1条の定める法の目的を促進する占用に限定されると解釈すべきである。Cによる本件敷地の占用は、法第1条の定める法の目的を促進するものではないので、Cに対し本件敷地の占用許可をするかどうかについては、その実質に照らし、地方自治法第238条の4第7項が行政財産の使用許可について定める基準に従って判断するべきである。」という法律論を主張している。なお、B漁港は、A県の行政財産である。

A県の職員から、Cがなぜ上記のような法律論を主張しているのか、及び、A県側の法律論は認められるかについて、質問を受けた弁護士Dの立場に立って、以下の設問に解答しなさい。なお、法の抜粋を資料として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

本件不許可処分を、占用許可申請を拒否する処分と理解する法律論と、占用許可の撤回処分と理解する法律論とを比べると、後者の法律論は、Cにとってどのような利点があるために、Cが主張していると考えられるか。行政手続法及び行政事件訴訟法の規定も考慮して答えなさい。

[設問2]

- (1) Cによる本件敷地の占用を許可するか否かについて、法第39条第2項に従って判断する法律論と、A県側が主張するように、地方自治法第238条の4第7項の定める基準に従って判断する法律論とを比べると、後者の法律論は、A県側にとってどのような利点があるか。両方の規定の文言及び趣旨を比較して答えなさい。
- (2) 本件において、A県側の上記の法律論は認められるか、検討しなさい。

【資料】漁港漁場整備法（昭和25年法律第137号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、水産業の健全な発展及びこれによる水産物の供給の安定を図るため、環境との調和に配慮しつつ、漁港漁場整備事業を総合的かつ計画的に推進し、及び漁港の維持管理を適正にし、もつて国民生活の安定及び国民経済の発展に寄与し、あわせて豊かで住みよい漁村の振興に資することを目的とする。

（漁港の保全）

第39条 漁港の区域内の水域又は公共空地において、（中略）土地の一部の占用（中略）をしようとする者は、漁港管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

2 漁港管理者は、前項の許可の申請に係る行為が特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し、その他漁港の保全に著しく支障を与えるものでない限り、同項の許可をしなければならない。

3～8 （略）

（出題趣旨）

本問は、漁港において公共空地の占用許可を継続的に受けてきた事業者が、引き続き占用許可を申請したところ、不許可処分を受けたという事例に即して、行政手続、行政訴訟及び行政処分の違法事由についての基本的な知識及び理解を試す趣旨の問題である。設問1では、申請拒否処分と不利益処分について行政手続法が定める規律の相違や抗告訴訟で争う場合の行政事件訴訟上の規定の相違及び授益処分の撤回の制限法理について論じること、設問2では、行政財産の目的外使用許可と行政庁の裁量についての理解を前提とした上で、行政庁が占用許可についてどのような法的基準を用いて判断すべきかを、関係規定及び関係制度の文言や趣旨並びに本件の事実関係に照らして論じることが、それぞれ求められている。

[民 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。

【事実】

1. Aは、自宅近くにあるB所有の建物（以下「B邸」という。）の外壁（れんが風タイル張り仕上げ）がとても気に入り、自己が所有する別荘（以下「A邸」という。）を改修する際は、B邸のような外壁にしたいと思っていた。
2. Aは、A邸の外壁が傷んできたのを機に、外壁の改修をすることとし、工務店を営むCにその工事を依頼することにした。Aは、発注前にCと打合せをした際に、CにB邸を実際に見せて、A邸の外壁をB邸と同じ仕様にしてほしい旨を伝えた。
3. Cは、B邸を建築した業者であるD社から、B邸の外壁に用いられているタイルがE社製造の商品名「シャトー」であることを聞いた。CはE社に問い合わせ、「シャトー」が出荷可能であることを確認した。
4. Cは、Aに対し、Aの希望に沿った改修工事が可能である旨を伝えた。そこで、AとCは、工事完成を1か月後とするA邸の改修工事の請負契約を締結した。Aは、契約締結当日、Cに対し、請負代金の全額を支払った。
5. 工事の開始時に現場に立ち会ったAは、A邸の敷地内に積み上げられたE社製のタイル「シャトー」の色がB邸のものとは若干違うと思った。しかし、Aは、Cから、光の具合で色も違って見えるし、長年の使用により多少変色するとの説明を受け、また、E社に問い合わせて確認したから間違いないと言われたので、Aはそれ以上何も言わなかった。
6. Cは、【事実】5に記したA邸の敷地内に積み上げられたE社製のタイル「シャトー」を使用して、A邸の外壁の改修を終えた。ところが、Aは、出来上がった外壁がB邸のものと異なる感じを拭えなかつたので、直接E社に問い合わせた。そして、E社からAに対し、タイル「シャトー」の原料の一部につき従前使用していたものが入手しにくくなり、最近になって他の原料に変えた結果、表面の手触りや光沢が若干異なるようになり、そのため色も少し違って見えるが、耐火性、防水性等の性能は同一であるとの説明があった。また、Aは、B邸で使用したタイルと完全に同じものは、特注品として注文を受けてから2週間あれば製作することができる旨をE社から伝えられた。
7. そこで、Aは、Cに対し、E社から特注品であるタイルの納入を受けた上でA邸の改修工事をやり直すよう求めることにし、特注品であるタイルの製作及び改修工事のために必要な期間を考慮して、3か月以内にその工事を完成させるよう請求した。

【設問1】

【事実】7に記したAの請求について、予想されるCからの反論を踏まえつつ検討しなさい。

【事実（続き）】

8. 【事実】7に記したAの請求があった後3か月が経過したが、Cは工事に全く着手しなかつた。そこで、嫌気がさしたAは、A邸を2500万円でFに売却し、引き渡すとともに、その代金の全額を受領した。
9. なお、A邸の外壁に現在張られているタイルは、性能上は問題がなく、B邸に使用されているものと同じものが用いられていないからといって、A邸の売却価格には全く影響していない。

〔設問2〕

Aは、A邸をFに売却した後、Cに対し、外壁の改修工事の不備を理由とする損害の賠償を求めている。この請求が認められるかを、反対の考え方にも留意しながら論じなさい。

なお、〔設問1〕に関して、AのCに対する請求が認められることを前提とする。

(出題趣旨)

設問1は、AのCに対する請求が民法第634条第1項本文に基づく修補請求権によるものであることを明らかにした上で、この請求に対するCからの主要な反論が、①Aによる修補請求が相当の期間を定めたものか、②「B邸と同じ仕様」になつていなかことが仕事の目的物の瑕疵に当たるか、③Aによる修補請求が同項ただし書により退けられるのではないかという点に依拠することを踏まえ、それについて民法第634条第1項の規範の意味を理論面で正確かつ細密に示しつつ、本問事案に現われた具体的な事実に即してAの主張の当否を検討することを求めるものである。

設問2は、AのCに対する請求が民法第634条第2項前段に基づく損害賠償請求権によるものであることを明らかにした上で、①Aが既にA邸をFに譲渡していること、②その譲渡に際して、A邸には市場価値の下落がなかったことを踏まえ、本問事案における同項前段の損害賠償請求が瑕疵の修補に代わるものであるとの意味を理論的に検討しつつ、本問事案に現われた具体的な事実に即してAの主張の当否を検討することを求めるものである。

[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、急きょ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 것을决定した。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。

(出題趣旨)

本問は、取引先であるX社に取締役を派遣しているY社及びZ社が行ったX社に対する貸付け及び出資について、X社において、①その利益相反取引該当性、②派遣された取締役が議決に加わった取締役会決議の効力、③株主総会の特別決議を欠く募集株式の有利発行の効力を問うものである。

解答に際しては、①直接取引（会社法第356条第1項第2号、第365条）又は間接取引（同法第356条第1項第3号）のいずれに該当するのか、重要な事実の開示の有無（同法第356条第1項）、取締役会の承認決議に瑕疵がある場合の利益相反取引の効力、②特別の利害関係（同法第369条第2項）の有無、特別の利害関係を有する取締役が議決に加わった取締役会決議の効力、同決議に基づく行為の効力、③「払込金額が募集株式を引き受ける者に特に有利な金額である場合」（同法第199条第3項）の意義、株主総会の特別決議を欠く募集株式の有利発行の効力について、設問の事実関係を踏まえて、正しく論述することが求められる。

[民事訴訟法] ([設問1]と[設問2]の配点の割合は、2：3)

次の【事例】について、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

Xは、Aとの間で、Aの所有する甲土地についての売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、売買を原因とする所有権移転登記を経由している。ところが、本件売買契約が締結された後、Xは、Yが甲土地上に自己所有の乙建物を建築し、乙建物の所有権保存登記を経由していることを知った。Xは、Yに甲土地の明渡しを求めたが、Yは、AX間で本件売買契約が締結される前に、Aとの間で土地上に自己所有の建物を建築する目的で、甲土地を賃借する旨の契約を締結しており、甲土地の正当な占有権原がある旨を主張して、これに応じなかった。

そこで、Xは、平成26年4月15日、甲土地の所在地を管轄する地方裁判所に、Yを被告として、甲土地の所有権に基づき、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起し、その訴状は、同月21日、Yに対して送達された。

平成26年7月13日の時点では、乙建物は、これをYから賃借したWが占有している。

【設問1】

上記の【事例】において、YがWに乙建物を賃貸したのは平成26年2月10日であり、Xは、Wに乙建物が賃貸されたことに気付かないまま、Yのみを相手に建物収去土地明渡しを求める本件訴訟を提起し、その後、乙建物をWが占有していることに気付いた。Xは、Wに対する建物退去土地明渡請求についても、本件訴訟の手続で併せて審理してもらいたいと考えているが、そのためには民事訴訟法上どのような方法を探り得るか説明しなさい。

【設問2】（【設問1】の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

上記の【事例】において、YがWに乙建物を賃貸したのは平成26年5月10日であり、そして、Wは、本件訴訟で、AX間で本件売買契約が締結された事実はないとして、Xが甲土地の所有権を有することを争いたいと考えている。

ところが、Yは、本件訴訟の口頭弁論期日において、AX間で本件売買契約が締結されたことを認める旨の陳述をした。

- ① Yがこの陳述をした口頭弁論期日の後に、Wが本件訴訟に当事者として参加した場合
- ② Wが本件訴訟に当事者として参加した後の口頭弁論期日において、Yがこの陳述をした場合
- ③ Xの申立てにより裁判所がWに訴訟を引き受けさせる旨の決定をした後の口頭弁論期日において、Yがこの陳述をした場合

のそれぞれについて、Wとの関係で、このYの陳述が有する民事訴訟法上の意義を説明しなさい。

（出題趣旨）

本問は、建物所有者に対する建物収去土地明渡請求訴訟の目的物である当該建物が訴訟係属前又は訴訟係属後に賃貸された場合について、これにより当該土地建物の占有を承継した賃借人が当該訴訟手続に関与するため又は当該賃借人を当該訴訟手続に関与させるための方法と、当該訴訟手続に関与することとなった当該賃借人に対して従前からの当事者である建物所有者が行った陳述の効果が及ぶか否かを問うものである。

設問 1 は、訴訟係属前に当該賃借人が当該土地建物の占有を承継した事案について、訴訟係属後に、原告の意思に基づき当該賃借人を当該訴訟手続に関与させるための方法を問うものであり、別訴提起・弁論の併合の方法によることや主觀的追加的併合の許否等について検討することが求められる。

設問 2 は、訴訟係属後に当該賃借人が当該土地建物の占有を承継した事案について、①及び②では、賃借人すなわち義務承継人が参加承継することを前提として、従前からの当事者が当該義務承継人の参加前（①）・参加後（②）にした陳述の当該義務承継人に対する効果を、③では、義務承継人に引受承継させることを前提として、従前からの当事者が当該義務承継人の引受け後にした陳述の当該義務承継人に対する効果を、それぞれ問うものである。

[刑法]

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（28歳、男性、身長178センチメートル、体重82キログラム）は、V（68歳、男性、身長160センチメートル、体重53キログラム）が密輸入された仏像を密かに所有していることを知り、Vから、売買を装いつつ、代金を支払わずにこれを入手しようと考えた。具体的には、甲は、代金を支払う前に鑑定が必要であると言ってVから仏像の引渡しを受け、これを別の者に託して持ち去らせ、その後、自身は隙を見て逃走して代金の支払を免れようと計画した。

甲は、偽名を使って自分の身元が明らかにならないようにして、Vとの間で代金や仏像の受渡しの日時・場所を決めるための交渉をし、その結果、仏像の代金は2000万円と決まり、某日、ホテルの一室で受渡しを行うこととなった。甲は、仏像の持ち去り役として後輩の乙を誘ったが、乙には、「ホテルで人から仏像を預かることになっているが、自分にはほかに用事があるから、仏像をホテルから持ち帰ってしばらく自宅に保管しておいてくれ。」とのみ伝えて上記計画は伝えず、乙も、上記計画を知らないまま、甲の依頼に応じることとした。

- 2 受渡し当日、Vは、一人で受渡し場所であるホテルの一室に行き、一方、甲も、乙を連れて同ホテルに向かい、乙を室外に待たせ、甲一人でVの待つ室内に入った。甲は、Vに対し、「金は持ってきたが、近くの喫茶店で鑑定人が待っているので、まず仏像を鑑定させてくれ。本物と確認できたら鑑定人から連絡が入るので、ここにある金を渡す。」と言い、2000万円が入っているように見せ掛けたアタッシュケースを示して仏像の引渡しを求めた。Vは、代金が準備されているのであれば、先に仏像を引き渡しても代金を受け取り損ねることはないだろうと考え、仏像を甲に引き渡した。甲は、待機していた乙を室内に招き入れ、「これを頼む。」と言って、仏像を手渡したところ、乙は、準備していた風呂敷で仏像を包み、甲からの指示どおり、これを持ってそのままホテルを出て、タクシーに乗って自宅に帰った。乙がタクシーで立ち去った後、甲は、代金を支払わないまま同室から逃走しようとしたが、Vは、その意図を見破り、同室出入口ドア前に立ちはだかって、甲の逃走を阻んだ。

- 3 Vは、甲が逃げないように、護身用に持ち歩いていたナイフ（刃体の長さ約15センチメートル）の刃先を甲の首元に突き付け、さらに、甲に命じてアタッシュケースを開けさせたが、中に現金はほとんど入っていないかった。Vは、甲から仏像を取り返し、又は代金を支払わせようとして、その首元にナイフを突き付けたまま、「仏像を返すか、すぐに金を準備して払え。言うことを聞かないと痛い目に合うぞ。」と言った。また、Vは、甲の身元を確認しようと考え、「お前の免許証か何かを見せろ。」と言った。

- 4 甲は、このままではナイフで刺される危険があり、また、Vに自動車運転免許証を見られると、身元が知られて仏像の返還や代金の支払を免れることができなくなると考えた。そこで、甲は、Vからナイフを奪い取ってVを殺害して、自分の身を守るとともに、仏像の返還や代金の支払を免れることを意図し、隙を狙ってVからナイフを奪い取り、ナイフを取り返そうとして甲につかみ掛かってきたVの腹部を、殺意をもって、ナイフで1回突き刺し、Vに重傷を負わせた。甲は、すぐに逃走したが、部屋から逃げていく甲の姿を見て不審に思ったホテルの従業員が、Vが血を流して倒れているのに気付いて119番通報をした。Vは、直ちに病院に搬送され、一命を取り留めた。

- 5 甲は、身を隠すため、その日のうちに国外に逃亡した。乙は、持ち帰った仏像を自宅に保管したまま、甲からの指示を待った。その後、乙は、甲から電話で、上記一連の事情を全て打ち明けられ、引き続き仏像の保管を依頼された。乙は、先輩である甲からの依頼であるのでやむ

を得ないと思い、そのまま仏像の保管を続けた。しかし、乙は、その電話から2週間後、金に困っていたことから、甲に無断で仏像を500万円で第三者に売却し、その代金を自己の用途に費消した。

(出題趣旨)

本問は、甲が、Vに嘘を言い、同人所有の仏像を、事情を知らない乙を介して入手した際、Vからナイフを突き付けられて仏像の返還や代金の支払を要求されたため、自分の身を守るとともに仏像の返還や代金の支払を免れる意図で、殺意をもって、Vから奪い取ったナイフで同人の腹部を刺したが殺害に至らず、その後、甲の依頼を受けた乙が、仏像を保管中、甲に無断でこれを売却した、という事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、詐欺罪、強盗殺人未遂罪、正当防衛、盗品等保管罪、横領罪それぞれの成立要件等に関する基本的理解と事実の当てはめが、論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

[刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

司法警察員Kらは、A建設株式会社（以下「A社」という。）代表取締役社長である甲が、L県発注の公共工事をA社において落札するため、L県知事乙を接待しているとの情報を得て、甲及び乙に対する内偵捜査を進めるうち、平成25年12月24日、A社名義の預金口座から800万円が引き出されたものの、A社においてそれを取引に用いた形跡がない上、同月25日、乙が、新車を購入し、その代金約800万円をその日のうちに現金で支払ったことが判明した。

Kらは、甲が乙に対し、800万円の現金を賄賂として供与したとの疑いを持ち、甲を警察署まで任意同行し、Kは、取調室において、甲に対し、供述拒否権を告知した上で、A社名義の預金口座から引き出された800万円の使途につき質問したところ、甲は「何も言いたくない。」と答えた。

そこで、Kは、甲に対し、「本当のことを話してほしい。この部屋には君と私しかいない。ここで君が話した内容は、供述調書にはしないし、他の警察官や検察官には教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく。」と申し向けたところ、甲はしばらく黙っていたものの、やがて「分かりました。それなら本当のことを話します。あの800万円は乙知事に差し上げました。」と話し始めた。Kが、甲に気付かれないように、所持していたICレコーダーを用いて録音を開始し、そのまま取調べを継続すると、甲は、「乙知事は、以前から、高級車を欲しがっており、その価格が約800万円だと言っていた。そこで、私は、平成25年12月24日にA社の預金口座から800万円を引き出し、その日、乙知事に対し、車両購入代としてその800万円を差し上げ、その際、乙知事に、『来月入札のあるL県庁舎の耐震工事をA社が落札できるよう便宜を図っていただきたい。この800万円はそのお礼です。』とお願いした。乙知事は『私に任せておきなさい。』と言ってくれた。」と供述した。Kは、甲に対し、前記供述を録音したことを告げずに取調べを終えた。

その後、甲は贈賄罪、乙は収賄罪の各被疑事実によりそれぞれ逮捕、勾留され、各罪によりそれぞれ起訴された。第1回公判期日の冒頭手続において、甲は「何も言いたくない。」と陳述し、乙は「甲から800万円を受け取ったことに間違いないが、それは私が甲から借りたものである。」と陳述し、以後、両被告事件の弁論は分離された。

【設問】

甲の公判において、「甲が乙に対し賄賂として現金800万円を供与したこと」を立証趣旨として、前記ICレコーダーを証拠とすることができますか。その証拠能力につき、問題となり得る点を挙げつつ論じなさい。

(出題趣旨)

本問は、贈賄事件について、被疑者を任意で取調べ中、警察官が「本当のことを話してほしい。この部屋には君と私しかいない。ここで君が話した内容は、供述調書にはしないし、他の警察官や検察官には教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく。」と申し向けて被疑者から自白を引き出し、その自白をICレコーダーを用いて秘密録音したとの事例において、当該ICレコーダーを贈賄事件の犯罪事実を立証するための証拠として用いる場合の証拠能力に関する問題点を検討さ

ることにより、伝聞法則とその例外、自白法則（不任意自白の排除）、秘密録音を含む自白獲得手続の適法性と自白の証拠能力について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

[法律実務基礎科目（民事）]

(〔設問1〕から〔設問5〕までの配点の割合は、8：16：4：14：8)

司法試験予備試験用法文を適宜参照して、以下の各設間に答えなさい。

〔設問1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

【Xの相談内容】

「私の父Yは、その妻である私の母が平成14年に亡くなつて以来、Yが所有していた甲土地上の古い建物（以下「旧建物」といいます。）に1人で居住していました。平成15年初め頃、Yが、生活に不自由を来しているので同居してほしいと頼んできたため、私と私の妻子は、甲土地に引っ越ししてYと同居することにしました。Yは、これを喜び、旧建物を取り壊した上で、甲土地を私に無償で譲ってくれました。そこで、私は、甲土地上に新たに建物（以下「新築物」といいます。）を建築し、Yと同居を始めました。ちなみにYから甲土地の贈与を受けたのは、私が新築物の建築工事を始めた平成15年12月1日のことで、その日、私はYから甲土地の引渡しも受けました。

ところが、新築物の完成後に同居してみると、Yは私や妻に対しささいなことで怒ることが多く、とりわけ、私が退職した平成25年春には、Yがひどい暴言を吐くようになり、ついには遠方にいる弟Aの所に勝手に出て行ってしまいました。

平成25年10月頃、Aから電話があり、甲土地はAに相続させるとYが言っているとの話を聞かされました。さすがにびっくりするとともに、とても腹が立ちました。親子なので書類は作っていませんが、Yは、甲土地が既に私のものであることをよく分かっているはずです。平成16年から現在まで甲土地の固定資産税等の税金を支払っているのも私です。もちろん母がいるときのようには生活できなかつたかもしれません、私も妻もYを十分に支えてきました。

甲土地は、Yの名義のままになっていますので、この機会に、私は、Yに対し、所有権の移転登記を求めたいと考えています。」

弁護士Pは、【Xの相談内容】を受けて甲土地の登記事項証明書を取り寄せたところ、昭和58年12月1日付け売買を原因とするY名義の所有権移転登記（詳細省略）があることが明らかとなつた。弁護士Pは、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、贈与契約に基づく所有権移転登記請求権を訴訟物として、所有権移転登記を求める訴え提起することにした。

以上を前提に、以下の各問い合わせに答えなさい。

- (1) 弁護士Pが作成する訴状における請求の趣旨（民事訴訟法第133条第2項）を記載しなさい。
- (2) 弁護士Pは、その訴状において、「Yは、Xに対し、平成15年12月1日、甲土地を贈与した。」との事実を主張したが、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）は、この事実のみで足りるか。結論とその理由を述べなさい。

〔設問2〕

上記訴状の副本を受け取ったYは、弁護士Qに相談した。贈与の事実はないとの事情をYから聴取した弁護士Qは、Yの訴訟代理人として、Xの請求を棄却する、贈与の事実は否認する旨記載した答弁書を提出した。

平成26年2月28日の本件の第1回口頭弁論期日において、弁護士Pは訴状を陳述し、弁護士

Qは答弁書を陳述した。また、同期日において、弁護士Pは、次回期日までに、時効取得に基づいて所有権移転登記を求めるという内容の訴えの追加的変更を申し立てる予定であると述べた。

弁護士Pは、第1回口頭弁論期日後にXから更に事実関係を確認し、訴えの追加的変更につきXの了解を得て、訴えの変更申立書を作成し、請求原因として次の各事実を記載した。

① Xは、平成15年12月1日、甲土地を占有していた。

② [ア]

③ 無過失の評価根拠事実

平成15年11月1日、Yは、Xに対し、旧建物において、「明日からこの建物を取り壊す。取り壊したら、甲土地はお前にただでやる。いい建物を頼むぞ。」と述べ、甲土地の登記済証（権利証）を交付した。[以下省略]

④ Xは、Yに対し、本申立書をもって、甲土地の時効取得を援用する。

⑤ [イ]

⑥ よって、Xは、Yに対し、所有権に基づき、甲土地について、上記時効取得を原因とする所有権移転登記手続をすることを求める。

以上を前提に、以下の各問い合わせに答えなさい。

(1) 上記【ア】及び【イ】に入る具体的な事実を、それぞれ答えなさい。

(2) 上記①から⑤までの各事実について、請求原因事実としてそれらの事実を主張する必要があり、かつ、これで足りると考えられる理由を、実体法の定める要件や当該要件についての主張・立証責任の所在に留意しつつ説明しなさい。

(3) 上記③無過失の評価根拠事実（甲土地が自己の所有に属すると信じるにつき過失はなかったとの評価を根拠付ける事実）に該当するとして、「Xは平成16年から現在まで甲土地の固定資産税等の税金を支払っている。」を主張することは適切か。結論とその理由を述べなさい。

【設問3】

上記訴えの変更申立書の副本を受け取った弁護士Qは、Yに事実関係の確認をした。Yの相談内容は次のとおりである。

【Yの相談内容】

「私は、長男Xと次男Aの独立後しばらくたった昭和58年12月1日、甲土地及び旧建物を前所有者であるBから代金300万円で購入して所有権移転登記を取得し、妻と生活していました。

その後、妻が亡くなってしまい、私も生活に不自由を來すようになりましたので、Xに同居してくれるよう頼みました。Xは、甲土地であれば通勤等が便利だと言って喜んで賛成してくれました。私とXは、旧建物は私の方で取り壊すこと、甲土地をXに無償で貸すこと、Xの方で二世帯が住める住宅を建てる 것을決めました。

しかし、いざ新築工事で同居してみると、だんだんと一緒に生活することが辛くなり、平成25年春、Aに頼んでAの所で生活をさせてもらうことにしました。

このような次第ですので、私が甲土地上の旧建物を取り壊して甲土地をXに引き渡したこと、Xに甲土地を引き渡したのが新築工事が始まった平成15年12月1日であり、それ以来Xが甲土地を占有していること、Xが新築工事を所有していることは事実ですが、私はXに対し甲土地を無償で貸したのであって、贈与したのではありません。平成15年12月1日に私とXが会って新築工事の話をしましたが、その際に甲土地を贈与するという話は一切出ていませんし、書類も作っていません。私には所有権の移転登記をすべき義務はないと思います。」

弁護士Qは、【Yの相談内容】を踏まえて、どのような抗弁を主張することになると考えられるか。いずれの請求原因に関するものかを明らかにした上で、当該抗弁の内容を端的に記載しなさい（なお、無過失の評価障害事実については記載する必要はない。）。

〔設問4〕

第1回弁論準備手続期日において、弁護士Pは訴えの変更申立書を陳述し、弁護士Qは前記抗弁等を記載した準備書面を陳述した。その後、弁論準備手続が終結し、第2回口頭弁論期日において、弁論準備手続の結果の陳述を経て、XとYの本人尋問が行われた。本人尋問におけるXとYの供述内容の概略は、以下のとおりであった。

【Xの供述内容】

「私は、平成15年11月1日、旧建物に行き、Yと今後の相談をしました。その際、Yは、私に対し、『明日からこの建物を取り壊す。取り壊したら、甲土地はお前にただでやる。いい建物を頼むぞ。』と述べ、甲土地の登記済証（権利証）を交付してくれました。私は、Yと相談して、Yの要望に沿った二世帯住宅を建築することにし、Yが住みやすいような間取りにしました。新建物は、仮にYが亡くなった後も、私や私の妻子が永く住めるよう私が依頼して鉄筋コンクリート造の建物としました。

平成15年12月1日、更地になった甲土地で新建物の建築工事が始まるうことになり、Yと甲土地で会いました。Yは、『今日からこの土地はお前の土地だ。ただでやる。同居が楽しみだな。』と言ってくれ、私も『ありがとう。』と答えました。

私はその日に土地の引渡しを受け、工事を開始し、新建物を建築しました。その後、私は、甲土地の登記済証（権利証）を保管し、平成16年以降、甲土地の固定資産税等の税金を支払い、Yが勝手に出て行った平成25年春までは、その生活の面倒も見てきました。

新建物の建築費用は3000万円で、私の預貯金から出しました。移転登記については、いずれすればよいと思ってそのままにし、贈与税の申告もしていました。なお、親子のことですから、贈与の書面は作っていませんが、Yが事実と異なることを言っているのは、Aと同居を始めたからに違いありません。」

【Yの供述内容】

「私は、平成15年11月1日、旧建物で、Xと今後の相談をしましたが、その際、私は、Xに対し、『明日からこの建物を取り壊す。取り壊したら、甲土地はお前に無償で貸す。いい建物を頼むぞ。』と言ったのであって、『譲渡する』とは言っていません。Xには、生活の面倒を見てもらい、甲土地の固定資産税等の支払いをしてもらい、正直、私が死んだら、甲土地はXに相続させようと考えていたのは事実ですが、生前に贈与するつもりはありませんでしたし、贈与の書類も作っていません。なお、甲土地の登記済証（権利証）を交付しましたが、これは旧建物を取り壊す際に、Xに保管を依頼したものです。」

平成15年12月1日、更地になった甲土地で新建物の建築工事が始まるうことになり、Xと甲土地で会いましたが、私が言ったのは、『今日からこの土地はお前に貸してやる。お金はいらない。』ということです。その日からXが新建物の工事を始め、私の意向を踏まえた二世帯住宅が建ち、私たちは同居を始めました。

しかし、いざ新建物で同居してみると、Xらは私を老人扱いしてささいなことも制約しようとしましたので、だんだんと一緒に生活することが辛くなり、平成25年春、別居せざるを得なくなつたのです。Xには、誰のおかげでここまで来れたのか、もう一度よく考えてほしいと思います。」

本人尋問終了後に、弁護士Qは、次回の第3回口頭弁論期日までに、当事者双方の尋問結果に基づいて準備書面を提出する予定であると陳述した。弁護士Qは、「Yは、Xに対し、平成15年1月1日、甲土地を贈与した。」とのXの主張に関し、法廷におけるXとYの供述内容を踏まえて、Xに有利な事実への反論をし、Yに有利な事実を力説して、Yの主張の正当性を明らかにしたいと考えている。

この点について、弁護士Qが作成すべき準備書面の概略を答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。

[設問5]

弁護士Qは、Yから本件事件を受任するに当たり、Yに対し、事件の見通し、処理方法、弁護士報酬及び費用について一通り説明した上で、委任契約を交わした。その際、Yから「私も高齢で、難しい法律の話はよく分からない。息子のAに全て任せているから、今後の細かい打合せ等については、Aとやってくれ。」と言われ、弁護士Qは、日頃Aと懇意にしていたこともあったため、その後の訴訟の打合せ等のやりとりはAとの間で行っていた。

第3回口頭弁論期日において裁判所から和解勧告があり、XY間において、YがXに対し甲土地の所有権移転登記手続を行うと引換にXがYに対し1500万円を支払うとの内容の和解が成立したが、弁護士Qは、その際の意思確認もAを行った。また、弁護士Qは、和解成立後の登記手続等についても、Aから所有権移転登記手続書類を預かり、その交付と引換にXから1500万円の支払を受けた。さらに、弁護士Qは、受領した1500万円から本件事件の成功報酬を差し引いて、残額については、Aの指示により、A名義の銀行口座に送金して返金した。

弁護士Qの行為は弁護士倫理上どのような問題があるか、司法試験予備試験用法文中の弁護士職務基本規程を適宜参照して答えなさい。

(出題趣旨)

設問1は、贈与契約に基づく所有権移転登記請求権を訴訟物とする訴訟において、原告代理人が作成すべき訴状における請求の趣旨及び請求を理由付ける事実について説明を求めるものであり、債権的登記請求権の特殊性に留意して説明することが求められる。

設問2は、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求の請求原因事実についての理解を問うものであり、短期取得時効（民法第162条第2項）の法律要件を同法第186条の規定に留意して説明することが求められる。

設問3は、使用貸借の主張が、いずれの請求原因に対し、いかなる抗弁となり得るかについて問うものである。

設問4は、贈与契約の成否という争点に関し、被告代理人が作成すべき準備書面において、当事者尋問の結果を踏まえ各供述をどのように取り上げるべきかについての概要の説明を求めるものであり、主要事実との関係で各供述の位置付けを分析し、重要な事実を拾って、検討・説明することが求められる。

設問5は、弁護士倫理の問題であり、弁護士職務基本規程の依頼者との関係における規律に留意しつつ、被告代理人の各行為の問題点を検討することが求められる。

[法律実務基礎科目（刑事）]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

1 A（男性、22歳）は、平成26年2月1日、V（男性、40歳）を被害者とする強盗致傷罪の被疑事実で逮捕され、翌2日から勾留された後、同月21日、「被告人は、Bと共に謀の上、通行人から金品を強取しようと企て、平成26年1月15日午前零時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、同所を通行中のV（当時40歳）に対し、Bにおいて、Vの後頭部をバットで1回殴り、同人が右手に所持していたかばんを強く引いて同人を転倒させる暴行を加え、その反抗を抑圧した上、同人所有の現金10万円が入った財布等2点在中の前記かばん1個（時価合計約1万円相当）を強取し、その際、同人に加療約1週間を要する頭部挫創の傷害を負わせた。」との公訴事実が記載された起訴状により、I地方裁判所に公訴を提起された。なお、B（男性、22歳）は、Aが公訴を提起される前の同年2月6日に同裁判所に同罪で公訴を提起されていた。

2 Aの弁護人は、Aが勾留された後、数回にわたりAと接見した。Aは、逮捕・勾留に係る被疑事実につき、同弁護人に対し、「私は、平成26年1月14日午後11時頃、友人Bの家に居た際、Bから『ひったくりをするから、一緒に来てくれ。車を運転してほしい。ひったくりをする相手が見付かったら、俺だけ車から降りてひったくりをするから、俺が戻るまで車で待っていてほしい。俺が車に戻ったらすぐに車を発進させて逃げてくれ。』と頼まれた。Bからひったくりの手伝いを頼まれたのは、この時が初めてである。私は、Bが通行人の隙を狙ってかばんなどを奪って逃げてくるのだと思った。私は金に困っておらず、ひったくりが成功した際に分け前をもらえるかどうかについては何も聞かなかつたが、私自身がひったくりをするわけでもないので自動車を運転するくらいなら構わないと思い、Bの頼みを引き受けた。その後、私は、先にBの家を出て、その家に来る際に乗ってきていた私の自動車の運転席に乗った。しばらくしてから、Bが私の自動車の助手席に乗り込んだ。Bが私の自動車に乗り込んだ際、私は、Bがバットを持っていることに気付かなかつた。そして、私が自動車を運転して、I市内の繁華街に向かった。車内では、どうやってかばんなどをひったくるのかについて何も話をしなかつた。私は、しばらく繁華街周辺の人気のない道路を走り、翌15日午前零時前頃、かばんを持って一人で歩いている男性を見付けた。その男性がVである。Bも、Vがかばんを持って歩いていることに気付き、私に『あの男のかばんをひったくるから、車を止めてくれ。』と言ってきた。私が自動車を止めると、Bは一人で助手席から降り、Vの後を付けて行った。この時、周囲が暗く、私は、Bがバットを持っていることには気付かなかつたし、BがVに暴力を振るうとは思つていなかつた。その後、私からは、VとBの姿が見えなくなつた。私は、自動車の運転席で待機していた。しばらくすると、Bが私の自動車の方に走ってきたが、VもBの後を追い掛けて走ってきた。私は、Bが自動車の助手席に乗り込むや、すぐに自動車を発進させてその場から逃げた。Bがかばんを持っていたので、私は、ひったくりが成功したのだとthoughtたが、BがVに暴力を振るったとは思つていなかつた。私とBは、Bの家に戻つてから、一緒にかばんの中身を確認した。かばんには財布と携帯電話機1台が入つており、財布の中には現金10万円が入つていた。Bが、私に2万円を渡してきたので、私は、自動車を運転した謝礼としてこれを受け取つた。残りの8万円はBが自分のものにした。財布や携帯電話機、かばんについては、Bが自分のものにしたか、あるいは捨てたのだと思う。私は、Bからもらった2万円を自分の飲食費などに使つた。」旨説明した。Aは、前記1のとおり公訴を提起された後も、同弁護人に前記説明と同じ内容の説明をした。

3 受訴裁判所は、同年2月24日、Aに対する強盗致傷被告事件を公判前整理手続に付する決定をした。検察官は、同年3月3日、【別紙1】の証明予定事実記載書を同裁判所及びAの弁護人に提出・送付するとともに、同裁判所に【別紙2】の証拠の取調べを請求し、Aの弁護人に当該証拠を開示した。Aの弁護人が当該証拠を閲覧・謄写したところ、その概要は次のとおりであった。

- (1) 甲第1号証の診断書には、Vの受傷について、同年1月15日から加療約1週間を要する頭部挫創の傷害と診断する旨が記載されていた。
- (2) 甲第2号証の実況見分調書には、司法警察員が、Vを立会人として、同日午前2時から同日午前3時までの間、Vがかばんを奪われるなどの被害に遭った事件現場としてH県I市J町1丁目2番3号先路上の状況を見分した結果が記載されており、同所付近には街灯が少なく、夜間は非常に暗いこと、同路上の通行量はほとんどなく、実況見分中の1時間のうちに通行人2名が通過ただけであったことなども記載されていた。
- (3) 甲第3号証のバット1本は、木製で、長さ約90センチメートル、重さ約1キログラムのものであった。
- (4) 甲第4号証のVの検察官調書には、「私は、平成26年1月15日午前零時頃、勤務先から帰宅するためI市内の繁華街に近い道路を一人で歩いていたところ、いきなり何者かに後頭部を固い物で殴られ、右手に持っていたかばんを強く引っ張られて仰向けに転倒した。私は、仰向けに転倒した拍子にかばんから手を離した。すると、この時、私のすぐそばに男が立っており、その男が左手にバットを持ち、右手に私のかばんを持っているのが見えた。そこで、私は、その男にバットで後頭部を殴られたのだと分かった。男は、私のかばんを持って逃げたが、その際、バットを地面に落としていった。かばんには、財布と携帯電話機1台を入れており、財布の中には、現金10万円を入れていた。男にかばんを奪われた後、私は、すぐに男を追い掛けたが、男が自動車に乗って逃げたため、捕まえることはできなかった。」旨記載されていた。
- (5) 甲第5号証のBの検察官調書には、「私は、サラ金に約50万円の借金を抱え、平成26年1月15日に事件を起こす1週間くらい前から、遊ぶ金欲しさに、通行人からかばんなどをひたくることを考えていた。通行人からかばんなどをひたくる際には抵抗されることも予想し、そのときは相手を殴ってでもかばんなどを奪おうと考えていた。私は、同月14日午後11時頃、私の自宅に来ていた友人Aに『ひたくりをするから、一緒に来てくれないか。車を運転してほしい。ひたくりをする相手が見付かったら、俺が一人で車から降りてひたくりをするから、その間、車で待っていてくれ。俺が車に戻ったら、すぐに車を走らせて逃げてほしい。』と頼んだ。Aは、快く引き受けてくれて、Aの自動車でI市内の繁華街に行くことを話し合った。私は、かばんなどを奪う相手に抵抗されたりした場合にはその相手をバットで殴ったり脅したりしようと考え、自分の部屋からバット1本を持ち出し、そのバットを持ってAの自動車の助手席に乗った。そして、Aが自動車を運転して繁華街に向かい、その周辺の道路を走行しながら、ひたくりの相手を探した。車内では、どうやってかばんなどを奪うのかについて話はしなかった。私は、かばんを持って一人で歩いている男性Vを見付けたので、Aに停車してもらってから、私一人でバットを持って降車し、Vの後を付けて行った。私がバットを持って自動車に乗ったことや、バットを持って自動車から降りたことは、Aも自動車の運転席に居たのだから、当然気付いていたと思う。私は、降車してしばらくVを追跡してから、同月15日午前零時頃、背後からVに近付き、いきなりVが右手に持っていたかばんをつかんで後ろに引っ張った。この時、Vが後方に転倒して頭部を地面に打ち付け、かばんから手を離したので、私は、すぐにかばんを取ることができた。私は、Vを転倒させようと思ってかばんを引っ張ったわけではなく、バットで殴りもしなかった。かばんを奪った直後、私は、手を滑らせてバットをその場に落としてしまったが、V

がすぐに立ち上がって私を捕まえようとしたので、バットをその場に残したままAの自動車まで走って逃げた。私は、Vに追い掛けられたが、私がAの自動車の助手席に乗り込むとAがすぐに自動車を発進させてくれたので、逃げ切ることができた。その後、私とAは、私の自宅に戻り、Vのかばんの中身を確認した。かばんには、財布と携帯電話機1台が入っており、財布には現金10万円が入っていた。そこで、私は、Aに、自動車を運転してくれた謝礼として現金2万円を渡し、残り8万円を自分の遊興費に使った。財布や携帯電話機、かばんは、私がいずれもゴミとして捨てた。」旨記載されていた。

- (6) 乙第1号証のAの警察官調書には、Aの生い立ちなどが記載されており、乙第2号証のAの検察官調書には、前記2のとおりAが自己の弁護人に説明した内容と同じ内容が記載されていた。乙第3号証の身上調査照会回答書には、Aの戸籍の内容が記載されていた。

4 Aの弁護人は、【別紙1】の証明予定事実記載書及び【別紙2】の検察官請求証拠を検討した後、①同証明予定事実記載書の内容につき、受訴裁判所裁判長に対して求釈明を求める方針を定め、また、②検察官に対し、【別紙2】の検察官請求証拠の証明力を判断するため、類型証拠の開示を請求した。そこで、検察官は、当該開示請求に係る証拠をAの弁護人に開示した。

その後、同年3月14日、Aに対する強盗致傷被告事件につき、第1回公判前整理手続期日が開かれた。裁判長は、Aの弁護人からの前記求釈明の要求に応じて、検察官に釈明を求めた。そこで、検察官は、今後、証明予定事実記載書を追加して提出することにより釈明する旨述べた。

第1回公判前整理手続期日が終了した後、検察官は、追加の証明予定事実記載書を受訴裁判所及びAの弁護人に提出・送付した。Aの弁護人は、BがVの後頭部をバットで殴打したか否かなどの実行行為の態様については、甲第4号証のVの検察官調書が信用性に乏しく、甲第5号証のBの検察官調書が信用できると考えた。その上で、③Aの弁護人は、前記2のAの説明内容に基づいて予定主張記載書面を作成し、これを受訴裁判所及び検察官に提出・送付した。

同月28日、第2回公判前整理手続期日が開かれ、受訴裁判所は、争点及び証拠を整理し、V及びBの証人尋問が実施されることとなった。そして、同裁判所は、争点及び証拠の整理結果を確認して審理計画を策定し、公判前整理手続を終結した。公判期日は、同年5月19日から同月21日までの連日と定められた。

5 その後、Bに対する強盗致傷被告事件の公判が、同年4月21日から同月23日まで行われた。Bは、同公判の被告人質問において、「実は、起訴されるまでの取調べにおいて嘘の話をしていた。本当は、平成26年1月14日午後11時頃、自宅において、Aに対し本件犯行への協力を求めた際、Aから『バットを持って行けばよい。』と勧められた。また、Vを襲った時、バットでVの後頭部を殴ってから、Vのかばんを引っ張った。」旨新たに供述した。そこで、Aの公判を担当する検察官が、同年4月24日にBを取り調べたところ、Bは自己の公判で供述した内容と同旨の供述をしたが、その一方で「Aの前では、Aに責任が及ぶことについて話しづらいので、Aの公判では、できることなら話したくない。今日話したことについては、供述調書の作成にも応じたくない。」旨供述した。④同検察官は、取調べの結果、Bが自己の公判で新たにした供述の内容が信用できると判断した。

[設問 1]

下線部①につき、Aの弁護人が求釈明を求める条文上の根拠を指摘するとともに、同弁護人が求釈明を求める事項として考えられる内容を挙げ、当該求釈明の要求を必要と考える理由を具体的に説明しなさい。

[設問 2]

下線部②につき、Aの弁護人が甲第4号証のVの検察官調書の証明力を判断するために開示を請求する類型証拠として考えられるものを3つ挙げ、同弁護人が当該各証拠の開示を請求するに当たり明らかにしなければならない事項について、条文上の根拠を指摘しつつ具体的に説明しなさい。ただし、当該各証拠は、異なる類型に該当するものを3つ挙げることとする。

[設問 3]

下線部③につき、Aの弁護人は、Aの罪責についていかなる主張をすべきか、その結論を示すとともに理由を具体的に論じなさい。

[設問 4]

下線部④につき、検察官は、Bが自己の公判で新たにした供述の内容をAの公訴事実の立証に用いるためにどのような訴訟活動をすべきか、予想されるAの弁護人の対応を踏まえつつ具体的に論じなさい。

【別紙1】

証明予定事実記載書

平成26年3月3日

被告人Aに対する強盗致傷被告事件に関し、検察官が証拠により証明しようとする事実は下記のとおりである。

記

第1 犯行に至る経緯

- 1 被告人とBとは、高校の同級生であり、高校卒業後もお互いの自宅に行き来するなどし、友人として付き合いを続けていた。
- 2 Bは、高校卒業後、アルバイトをすることもあったが、定職には就いておらず、本件当時も無職であった。また、Bは、本件当時、消費者金融会社からの負債が約50万円に上っていた。そこで、Bは、遊興費欲しさに、本件の約1週間くらい前から、通行人を殴打するなどしてかばん等を奪うことを考えるようになった。
- 3 被告人は、平成26年1月14日、自己が所有する普通乗用自動車に乗って、Bの自宅を訪れた。Bは、同日午後11時頃、かねてから考えていた強盗を実行しようと決意し、事件後に逃走するためには自動車があった方がよいと考え、被告人に自動車の運転役を依頼し、被告人もこれを了承し、ここにおいて被告人とBは、強盗の共謀を遂げた。

被告人は、自己の自動車の運転席に乗り、Bが、自宅にあったバット1本を持ち、同車の助手席に乗った。そして、被告人が同車を運転し、H県I市内の繁華街に向かった。なお、被告人は、Bが乗車した際にバットを持っていることを認識していた。

第2 犯行状況等

- 1 被告人とBは、I市内の繁華街周辺の道路を自動車で走行していた際、かばんを所持して徒步で帰宅途中のVを認め、Vからそのかばんを強奪しようとえた。そこで、被告人が自動車を停止させ、Bがバットを持って降車し、Vを追跡した。

Bは、しばらくVを追跡した後、同月15日午前零時頃、I市J町1丁目2番3号先路上において、いきなりVの後頭部を手に持っていたバットで1回殴打し、Vが右手に持っていたかばんをつかんで後方に引っ張った。Vは、かばんを引っ張られた勢いで仰向けに転倒してかばんから手を離した。そこで、Bは、Vのかばんを取得し、被告人の自動車まで逃走した。この間、被告人は、同車内で待機していたが、Bが、Vから追い掛けられながら逃走してくるのを認め、Bが助手席に乗るや否や同車を発進させて逃走した。

Vは、前記のとおり後頭部を殴打されたことなどにより、加療約1週間を要する頭部挫創のけがを負った。

- 2 被告人とBは、Bの自宅に戻り、Vのかばんの中身を確認した。かばんの中には財布及び携帯電話機1台が入っており、財布の中には現金10万円が入っていたことから、Bが8万円を自分のものとし、被告人が2万円を自分のものとした。財布、携帯電話機及びかばんについては、Bが廃棄した。

証拠

第1につき
甲3号証（バット1本）、甲4号証（Vの検察官調書）、甲5号証（Bの検察官調書）、乙1号証（被告人の警察官調書）、乙2号証（被告人の検察官調書）

第2につき

甲1号証（診断書）、甲2号証（実況見分調書）、甲3号証（バット1本）、甲4号証（Vの検察官調書）、甲5号証（Bの検察官調書）、乙2号証（被告人の検察官調書）

以上

【別紙2】

検察官請求証拠

甲号証		
番号	証拠の標目	立証趣旨
甲第1号証	診断書	Vの負傷部位・内容
甲第2号証	実況見分調書	犯行現場の状況
甲第3号証	バット1本	犯行に用いられたバットの存在及び形状
甲第4号証	Vの検察官調書	被害状況
甲第5号証	Bの検察官調書	犯行に至る経緯及び犯行の状況等

乙号証		
番号	証拠の標目	立証趣旨
乙第1号証	被告人の警察官調書	身上・経歴関係
乙第2号証	被告人の検察官調書	犯行に至る経緯及び犯行の状況等
乙第3号証	被告人の身上調査照会回答書	被告人の身上関係

(出題趣旨)

本問は、強盗致傷罪の成否やその共謀が争点となり得る具体的な事例を題材に、弁護人として、公判前整理手続において、検察官作成の証明予定事実記載書の内容につき求釈明を要求すべき事項（設問1）、被害者の検察官調書の証明力を判断するために類型証拠開示請求すべき証拠（設問2）、被告人の弁解等を踏まえ明示すべき予定主張の内容（設問3）などを問うとともに、検察官として、公判前整理手続終了後に共犯者の公判でなされた共犯者供述を被告人の公訴事実の立証に用いるために行うべき訴訟活動の在り方（設問4）を問うものである。昨今の刑事裁判実務において重要な役割を果たしている公判前整理手続やその他の刑事手続、更には実体法（刑法）についての基礎的知識を試すとともに、具体的な事例において、これらの知識を活用し、訴訟当事者として行うべき訴訟活動や法的主張を検討するなどの法律実務の基礎的素養を試すこと目的としている。

[一般教養科目]

エリート（選良）という言葉は、今日、両義的な意味合いで用いられる。例えば、「トップエリートの養成」というと、肯定的な含意がある。これに対して、「エリート意識が高い」というと、否定的な含意がある。エリートをどう捉えるかは、社会をどう捉えるかと同等の、極めて根源的な問題の一つである。

「エリートとは何か」をめぐる、以下の二つの文章を読んで、後記の各設問に答えなさい。

[A] 「エリートとは何か」は、それぞれの社会の持つ歴史的・地理的な制約によって、その様相が異なる問題である。

これに関連して、イタリアの経済学者・社会学者 V.F.D. パレートは、「エリートの周流」(circulation of elites) という理論を提示している。この理論は、エリートが周期的に交替する（旧エリートが衰退し、新エリートが興隆する）ことを、一つの社会法則として提示しようとしたものである。

パレートはこう説く。エリートは、本来、少数者（特定の階級）の利益を代表している。新エリートは、当初、（旧エリートの階級性を批判しつつ）多数者の利益を代表して登場する。しかし、旧エリートと交替すると、今度は少数者の利益を代表するようになる、と（「社会学理論のひとつの応用」1900 年による。）。

[設問 1]

[A]の文章中のパレートの理論を参照しつつ、近代社会において「学歴主義」（学歴を人の能力の評価尺度とすること）が果たしてきた役割について、15行程度で論じなさい。

[B] 現代社会（ここでは、「現代社会」という言葉を、古典的な近代社会に対して近代的な近代社会という意味内容で用いている。）が、いかなる様相を持つ社会であるかは、当該社会に生きる私たちにとって現実的な問題である。

例えば、アメリカの経営学者 P.F. ドラッカーは、「ポスト資本主義社会」という概念を提示している。

ドラッカーはこう説く。従来の資本主義社会では、土地・労働・資本の三つが、生産の資源であった。しかし、今日のポスト資本主義社会では、知識が生産の資源になる。資本主義社会では、資本家と労働者が、中心的な階級区分であった。しかし、ポスト資本主義社会では、知識労働者とサービス労働者が中心的な階級区分になる、と（『ポスト資本主義社会』1993 年による。）。

このドラッカーの主張は、エリートとは何かを論じる目的でされたものではないが、現代社会において「エリートとは何か」を考える上で、一つの素材となり得るものである。

[設問 2]

[B]の文章中のドラッカーの主張を素材として、現代日本社会におけるエリートとは何かについて、10行程度で論じなさい。

(出題趣旨)

設問 1 は、[A]の文章中のパレートの理論を、学歴主義（学歴を人の能力の評価尺度とすること）におけるエリートに当てはめて説明することができるかどうかを問うている。その説明に当たっては、近代以前の社会が属性主義に基づく社会であ

り、近代社会がそうでない社会となったことを前提に、学歴主義が近代社会において果たした役割や、時代が下るにつれて学歴主義に基づくエリートが一種の階級性を帯びるようになったことを具体的に説明することが求められる。

設問2は、[B]の文章中のドラッカーの主張が直ちにはエリート論と結びつかないもののエリート論となり得ることを説明するか、この主張を素材に別の主張を立てるなどして、現代日本社会におけるエリートの定義や要件について、自説を具体的かつ説得的に展開することを問うている。

いずれの設問においても、全体として指定の分量内で簡明に記述する能力も求められる。