

論文式試験問題集 [公法系科目]

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

遺伝子は、細胞を作るためのタンパク質の設計図である。人間には約2万5000個の遺伝子があると推測されている。遺伝情報は、子孫に受け継がれ得る情報で、個人の遺伝的特質及び体質を示すものであるが、その基になる遺伝子に係る情報は、当該個人にとって極めて機微に係る情報である。遺伝子には、すべての人間に共通な生存に不可欠な部分と、個人にオリジナルの部分とがある。もし生存に不可欠な遺伝子が異常になると、細胞や体の働きが損なわれるので、その個体は病気になることもある。既に多数の遺伝子疾患が知られており、また、高血圧などの生活習慣病や癌、そして神経難病なども遺伝子の影響を受けることが解明されつつある。

遺伝子治療とは、生命活動の根幹である遺伝子を制御する治療法であり、正常な遺伝子を細胞に補ったり、遺伝子の欠陥を修復・修正することで病気を治療する手法である。遺伝子治療の実用化のためには、動物実験の次の段階として、人間を対象とした臨床研究も必要である。遺伝子治療においては、まず、当該疾患をもたらしている遺伝子の異常がどこで起こっているかなどについて調べる必要がある。それを確定するためには、遺伝にかかわるので、本人だけではなく、家族の遺伝子も検査する必要がある。遺伝子治療は、難病の治癒のための新たな可能性を有する治療法ではあるが、安全性という点でなお不十分な面があるし、未知の部分もある。例えば、治療用の正常な遺伝子の導入が適切に行われないと、癌抑制遺伝子等の有益な遺伝子を壊すことがある。さらに、遺伝子という生命の根幹にかかわる点で、遺伝子治療によって「生命の有り様」を人間が変えることにもなり得るなど、遺伝子治療それ自体をめぐって様々なレベルで議論されている。

【注：本問では、遺伝子治療に関する知見は以上の記述を前提とすること。】

政府は、遺伝子を人為的に組み換えたり、それを生殖細胞に移入したりして操作することには人間を改造する危険性もあるが、研究活動は研究者の自由な発想を重視して本来自由に行われるべきであることを考慮し、研究者の自主性や倫理観を尊重した柔軟な規制の形態が望ましいとして、罰則を伴った法律による規制という方式を採らなかった。2002年に、文部科学省及び厚生労働省が共同して、制裁規定を一切含まない「遺伝子治療臨床研究に関する指針」（2004年に全部改正され、2008年に一部改正された【参考資料1】。以下「本指針」という。）を制定した。こうして、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）について研究者が遵守すべき指針が定められ、大学や研究所に設置される審査委員会で審査・承認を受けた後、さらに文部科学省・厚生労働省で審査・承認されて研究が行われている。

2009年に、国立大学法人A大学医学部B教授らのグループによる遺伝子治療臨床研究において、被験者が一人死亡する事故が起きた。また、遺伝子に係る情報の漏洩事件も複数起きた。そこで、同年、Y県立大学医学部は、「審査委員会規則」を改正し、専門機関としてより高度の倫理性と責任性を持つべきであるとして、遺伝子治療臨床研究によって重大な事態が生じたときには当該研究の中止を命ずることができるようにした【参考資料2】。さらに、同医学部は、「遺伝子情報保護規則」【参考資料3】を新たに定め、匿名化（その個人情報から個人を識別する情報の全部又は一部を取り除き、代わりに当該個人情報の提供者とかかわりのない符号又は番号を付すことをいう。）されておらず、特定の個人と結び付いた形で保持されている遺伝子に係る情報について規律した。当該規則は、本人の求めがある場合でも、「遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報」以外の開示を禁止している。その理由は、すべての遺伝子に係る情報を開示することが本人に与えるマイナスの影響を考慮したからである。また、当該規則は、被験者ばかりでなく、遺伝子検査・診断を受けたすべての人の遺伝子に係る情報を第三者に開示することを禁止している。その理由は、その開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等を考慮したからである。

Y県立大学医学部の、X教授を代表者とする遺伝子治療臨床研究グループは、2003年以来難病性疾患に関する従来の治療法の問題点を解決する新規治療法の開発を目的として、動物による実

験を行ってきた。201※年に、X教授のグループは、X教授を総括責任者とし、本指針が定める手続に従って、遺伝子治療臨床研究（以下「本研究」という。）を実施することの承認を受けた。X教授は、難病治療のために来院したCを診断したところ、Cの難病の原因は遺伝子に関係する可能性が極めて高いと判断した。Cは成人であるので、X教授は、Cの同意を得てその遺伝子を検査した。さらに、X教授はCに、家族全員（父、母、兄及び姉）の遺伝子も検査する必要があることを説明し、その家族4人からそれぞれ同意を得た上で、4人の遺伝子も検査した。その結果、Cの難病が遺伝子の異常によるものであることが判明した。X教授は、動物実験で有効であった遺伝子治療法の被験者としてCが適切であると考え、Cに対し、遺伝子治療を行う必要性等、本指針が定める説明をすべて行った。説明を受けた後、Cは、本研究の被験者となることを受諾する条件として、自己ばかりでなくその家族4人の遺伝子に係るすべての情報の開示をX教授に求めた。X教授は、Cの求めに応じて、C以外の家族4人の同意を得ずに、C自身及びその家族4人の遺伝子に係るすべての情報をCに伝えた。Cは、本研究の被験者になることに同意する文書を提出した。

Cを被験者とする本研究が実施されたが、その過程で全く予測し得なかった問題が生じ、Cは重症に陥り、そのため、Cに対する本研究は続けることができなくなった（その後、Cは回復した。）。

Y県立大学医学部長は、定められた手続に従い慎重に審査した上で、X教授らによる本研究の中止を命じた。その後、この問題を契機として調査したところ、「遺伝子情報保護規則」に違反する行為が明らかとなった。任命権者である学長は、X教授によるCへのC自身及びその家族4人の遺伝子に係る情報の開示が「遺伝子情報保護規則」に違反していることを理由に、X教授を1か月の停職処分に処した。

〔設問1〕

X教授は、本研究の中止命令（注：行政組織内部の職務命令自体の処分性については、本問では処分性があるものとする。）の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側の処分を正当化する主張を想定しながら、あなた自身の結論及び理由を述べなさい。

〔設問2〕

X教授は、遺伝子に係る情報の開示（注：個人情報に関する法令や条例との関係については、本問では論じる必要はない。）に関する1か月の停職処分の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側の処分を正当化する主張を想定しながら、あなた自身の結論及び理由を述べなさい。

【参考資料 1】

文部科学省／厚生労働省「遺伝子治療臨床研究に関する指針」平成14年3月27日
(平成16年12月28日全部改正；平成20年12月1日一部改正) (抄録)

第一章 総則

第一 目的

この指針は、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）に関し遵守すべき事項を定め、もって遺伝子治療臨床研究の医療上の有用性及び倫理性を確保し、社会に開かれた形での適正な実施を図ることを目的とする。

第二 定義

- 一 この指針において「遺伝子治療」とは、疾病の治療を目的として遺伝子又は遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与すること及び二に定める遺伝子標識をいう。
- 二 この指針において「遺伝子標識」とは、疾病の治療法の開発を目的として標識となる遺伝子又は標識となる遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与することをいう。
- 三 この指針において「研究者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する者をいう。
- 四 この指針において「総括責任者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する研究者に必要な指示を行うほか、遺伝子治療臨床研究を総括する立場にある研究者をいう。
- 五～九 (略)

第三～第五 (略)

第六 生殖細胞等の遺伝的改変の禁止

人の生殖細胞又は胚（一の細胞又は細胞群であって、そのまま人又は動物の胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成を開始する前のものをいう。以下同じ。）の遺伝的改変を目的とした遺伝子治療臨床研究及び人の生殖細胞又は胚の遺伝的改変をもたらすおそれのある遺伝子治療臨床研究は、行ってはならない。

第七 適切な説明に基づく被験者の同意の確保

遺伝子治療臨床研究は、適切な説明に基づく被験者の同意（インフォームド・コンセント）が確実に確保されて実施されなければならない。

第八 (略)

第二章 被験者の人権保護

第一 (略)

第二 被験者の同意

- 一 総括責任者又は総括責任者の指示を受けた医師である研究者（以下「総括責任者等」という。）は、遺伝子治療臨床研究の実施に際し、第三に掲げる説明事項を被験者に説明し、文書により自由意思による同意を得なければならない。
- 二 同意能力を欠く等被験者本人の同意を得ることが困難であるが、遺伝子治療臨床研究を実施することが被験者にとって有用であることが十分に予測される場合には、審査委員会の審

査を受けた上で、当該被験者の法定代理人等被験者の意思及び利益を代弁できると考えられる者（以下「代諾者」という。）の文書による同意を得るものとする。この場合においては、当該同意に関する記録及び同意者と当該被験者の関係を示す記録を残さなければならない。

第三 被験者に対する説明事項

総括責任者等は、第二の同意を得るに当たり次のすべての事項を被験者（第二の二に該当する場合にあっては、代諾者）に対し十分な理解が得られるよう可能な限り平易な用語を用いて説明しなければならない。

- 一 遺伝子治療臨床研究の目的、意義及び方法
- 二 遺伝子治療臨床研究を実施する機関名
- 三 遺伝子治療臨床研究により予期される効果及び危険
- 四 他の治療法の有無、内容並びに当該治療法により予期される効果及び危険
- 五 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意しない場合であっても何ら不利益を受けることはないこと。
- 六 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意した場合であっても随時これを撤回できること。
- 七 個人情報保護に関し必要な事項
- 八 その他被験者の人権の保護に関し必要な事項
(以下略)

【参考資料 2】

Y 県立大学医学部「審査委員会規則」

第 1 条～第 7 条 （略）

第 8 条 医学部長は、被験者の死亡その他遺伝子治療臨床研究により重大な事態が生じたときは、総括責任者に対し、遺伝子治療臨床研究の中止又は変更その他必要な措置を命ずるものとする。
(以下略)

【参考資料 3】

Y 県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」

第 1 条 本学部において、遺伝子に係る情報であって、匿名化されておらず個人を識別することができるもの（以下「遺伝子情報」という。）の取扱いについては、この規則によるものとする。

第 2 条～第 5 条 （略）

第 6 条 本学部の教職員は、いかなる理由による場合であっても、遺伝子情報を開示しないものとする。

2 前項の規定にかかわらず、総括責任者は、遺伝子検査又は診断を受けた者からの求めがある場合には、遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報に限り、本人に開示しなければならない。

(以下略)

〔第2問〕（配点：100）

建設会社Aは、B県C市内に所在するA所有地（以下「本件土地」という。）において、鉄筋コンクリート造、地上9階、地下2階で、住戸100戸のほか、135台収容の地下駐車場を備えるマンション（以下「本件建築物」という。）の建築を計画した。本件建築物は、高さ30メートル、敷地面積5988平方メートル、建築面積3321平方メートル、延べ面積2万1643平方メートルである。本件土地は、都市計画法上の第二種中高層住居専用地域に位置している。

Aは、平成20年7月23日、本件土地の周辺住民からの申出に基づき、本件建築物の建築計画に関する説明会を開催した。本件土地の周辺住民で構成する「D地域の生活環境を守る会」は、B県建築主事E（C市には建築主事が置かれていない。）に対し、同年9月26日付け申入書をもって、周辺住民とAとの協議が整うまで、Aに対し、本件建築物に係る建築計画について建築基準法第6条第1項に基づく確認をしないこと、また、同計画については、建築基準法等に違反している疑いがあり、周辺住民の反対も強いので、公聴会を開催することを求める申入れをした。

その後、Aと周辺住民の間で何度か協議が行われたが、話し合いはまとまらなかった。同年12月12日、Aは、Eに対し、建築基準法第6条第1項により建築確認の申請を行った。Eは、公聴会を開催することなく、Aに対し、平成21年1月8日付けで建築確認（以下「本件確認」という。）をした。

本件土地の周辺住民であるF、G、H、Iの4名（以下「Fら」という。）は、同年1月22日、B県建築審査会に対し、本件確認の取消しを求める審査請求をしたが、同年4月8日、B県建築審査会は、これを棄却する裁決を行った。

そこで、Fらは、訴訟の提起を決意し、同年4月14日、弁護士Jの事務所を訪問して、同事務所に所属する弁護士Kと面談した。これを受けて、同月下旬、本件に関し、弁護士Jと弁護士Kが会議を行った。

【資料1 法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Kの立場に立って、弁護士Jの指示に応じ、設問に答えなさい。

なお、本件土地等の位置関係は【資料2 説明図】に示してあり、また、建築基準法、B県建築安全条例、B県中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例（以下「本件紛争予防条例」という。）の抜粋は、【資料3 関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問〕

1. Fらが本件建築物の建築を阻止するために考えられる法的手段（訴訟とそれに伴う仮の救済措置）を挙げた上で、それをを用いる場合の行政事件訴訟法上の問題点を中心に論じなさい。
2. 考え得る本件確認の違法事由について詳細に検討し、当該違法事由の主張が認められ得るかを論じなさい。また、原告Fがいかなる違法事由を主張できるかを論じなさい。

【資料 1 法律事務所の会議録】

弁護士 J：本日は F らの案件について基本的な処理方針を議論したいと思います。F らは、本件建築物が違法であると主張しているようですが、その理由はどのようなものですか。

弁護士 K：本件土地は、幅員 6 メートルの道路（以下「本件道路」という。）に約 30 メートルにわたって接しているのですが、F らは、本件建築物のような大きなマンションを建築する場合、この程度の道路では道路幅が不十分だと主張しています。また、本件道路が公道に接する部分にゲート施設として遮断機が設置されているため、遮断機が下りた状態では車の通行が不可能であり、遮断機を上げた状態でも実際に車が通行できる道路幅は 3 メートル弱しかないそうです。さらに、A の説明では、遮断機の横にインターホンが設置されており、非常時には遮断機の設置者である L 社の事務所に連絡して遮断機を上げることができるとしていますが、F らは、常に連絡が取れて遮断機を上げることができるか心配であると話しています。つまり、火災時などに消防車等が進入することが困難で、防災上問題があると述べております。

弁護士 J：どうして、道路に遮断機が設置されているのですか。

弁護士 K：本件道路は、L 社の参道なのですが、B 県知事から幅員 6 メートルの道路として位置指定を受けており、いわゆる位置指定道路に当たるそうです。L 社では、参道への違法駐車は後を絶たないことから、本件道路が公道に接する部分に遮断機を設置しているとのこと。

弁護士 J：なるほど、位置指定道路ですか。宅地造成等の際に、新たに開発される敷地予定地が接道義務を満たすようにするため、位置の指定を受けた私道を建築基準法上の道路として扱う制度ですね（建築基準法第 4 2 条第 1 項第 5 号）。まず、本件土地については、幅員がどれだけの道路に、どれだけの長さが接していなければならないか調べてください。その上で、本件道路との関係で、本件建築物の建築に違法な点がないかを検討してください。

弁護士 K：分かりました。このほか、本件建築物の地下駐車場出入口から約 10 メートルのところに、市立図書館（以下「本件図書館」という。）に設置されている児童室（以下「本件児童室」という。）の専用出入口があります。F らは、地下駐車場の収容台数が 135 台とかなり大規模なものなので、本件児童室を利用する子供の安全性に問題がある、と主張しています。

弁護士 J：本件児童室は一体どのようなものですか。

弁護士 K：本件図書館内であって、児童関係の図書を一箇所に集め、一般の利用者とは別に閲覧場所等を設けたもので、児童用の座席が 10 人分程度用意されています。本件児童室には、本件図書館の出入口とは別に、先ほど触れた専用出入口が設けられ、専用出入口は午後 5 時に閉鎖されますが、本件図書館の他の部分とは内部の出入口でつながっており、本件図書館の利用者はだれでも自由に行き来できるようです。本件児童室内には、児童用のサンダルが置かれたトイレがあり、また、幼児の遊び場コーナーがあるなど、児童の利用しやすい設備が整っています。本件図書館は、総床面積 3440 平方メートル、地下 1 階、地上 4 階ですが、本件児童室は、1 階部分のうち約 100 平方メートルを占めています。

弁護士 J：なるほど。本件児童室との関係で、本件建築物の建築に違法な点がないかを検討してください。確認ですが、本件建築物は、容積率、高さ、建ぺい率の点では法令に合致しているのですね。

弁護士 K：はい、そのようです。

弁護士 J：F らの主張はそれだけですか。

弁護士 K：A は、本件建築物の建築について一応説明会を開催したのですが、情報の開示が不十分で、住民に質問の機会を与えず、一方的に終了を宣言するなど、形ばかりのものだったそうです。

弁護士J：そもそもAには説明会の開催義務があるのですか。

弁護士K：本件紛争予防条例には、説明会の開催についての規定があり、Fらは、Aの行為は条例違反に当たると主張しております。

弁護士J：そうですか。本件において当該条例違反が認められるか、仮に認められるとして、それが本件確認との関係でどのような意味を持つのか、それぞれについて検討してください。

弁護士K：分かりました。最後になりますが、Fらは、本件確認を行う際には、公聴会を開催する必要があったにもかかわらず、建築主事Eはこれを行っていない、という点も強調しておりました。

弁護士J：なるほど。それでは、以上のFらの主張について、その当否も含めて検討しておいてください。

弁護士K：はい、分かりました。

弁護士J：次に、訴訟手段についてですが、本件建築物の建築を阻止するためには、どのような方法が考えられるか検討してください。建築基準法第9条第1項に基づく措置命令をめぐる行政訴訟も考えられますが、これについては後日議論することとして、今回は検討の対象から外してください。また、検査済証の交付を争っても建築の阻止には役立ちませんから、これも除外してください。

弁護士K：了解しました。それでは、本件確認を争う手段を検討してみます。

弁護士J：本件確認が処分当たるとは疑いありませんし、審査請求も既に行われています。出訴期間も現時点では問題ないようですね。訴訟を提起するとして、Fらは本件建築物とどのような関係にあるのですか。

弁護士K：Fは、本件土地から10メートルの地点にあるマンションの一室に居住しています。Gは、Fの居住するマンションの所有者ですが、そこには住んでおりません。したがって、FとGは、本件建築物から至近距離に居住するか、建築物を所有しているといえます。

弁護士J：HとIはどうですか。

弁護士K：Hは、小学2年生で、本件児童室に毎週通っており、Iはその父親です。二人は、本件土地から500メートル離れたマンションに住んでいます。

弁護士J：そうですか。全員が訴訟を提起する資格があるのか、ここは今回の案件で特に重要だと思しますので、個別具体的に丁寧に検討してください。

弁護士K：はい、分かりました。

弁護士J：訴訟を適法に提起できるとして、自らの法律上の利益との関係で、本案においていかなる違法事由を主張できるのでしょうか。まず、Fについて検討してみてください。

弁護士K：分かりました。

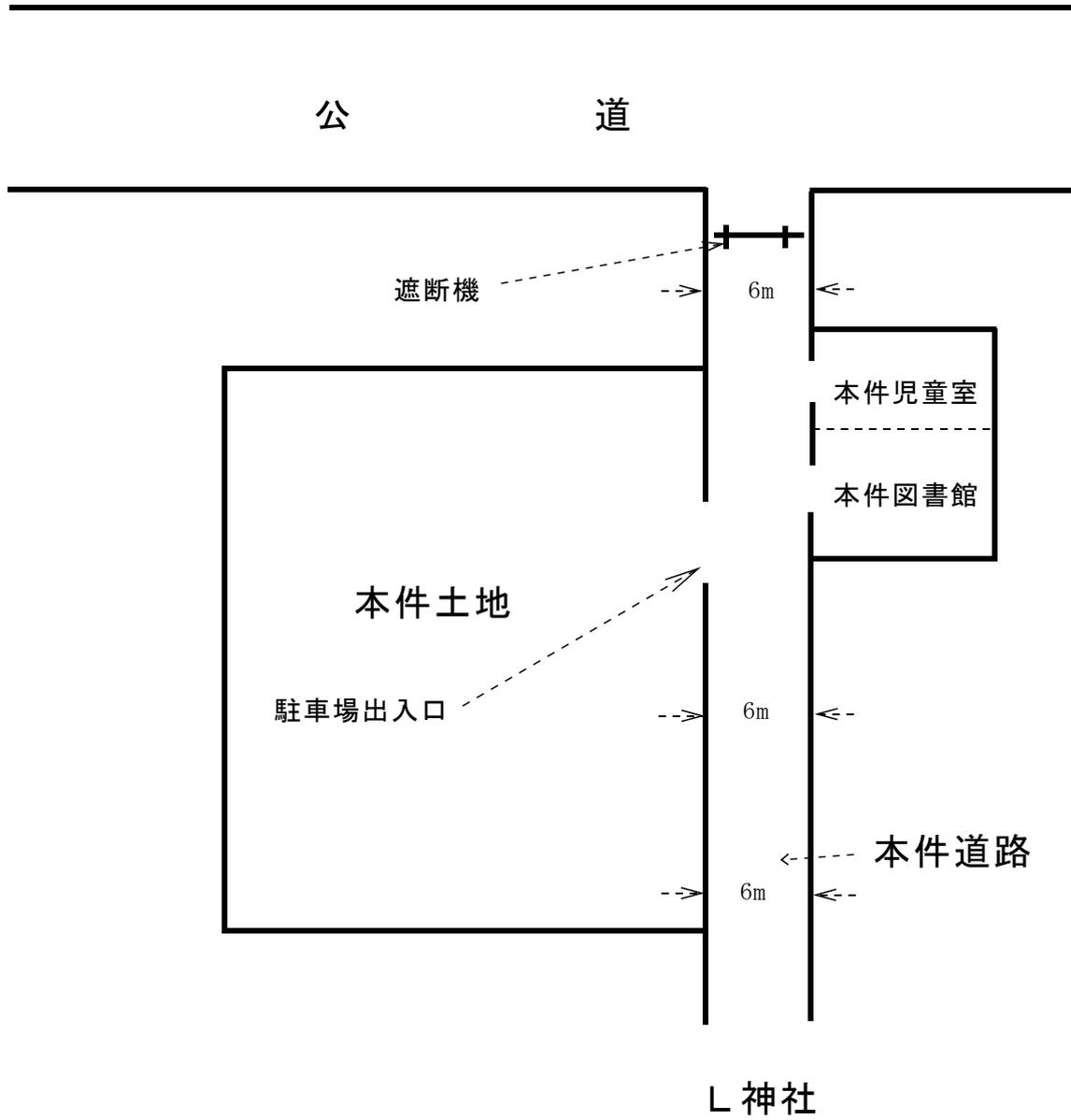
弁護士J：建築工事の進ちょく状況はどうですか。

弁護士K：急ピッチで進められており、この調子でいくと、余り遠くない時期に完成に至りそうです。

弁護士J：Fらが望んでいるのは建築を阻止することですし、本件建築物が完成してしまうと訴訟手続上不利になる可能性もありますね。本件建築物が完成した場合、どのような法的問題が生じるかを整理した上で、訴訟係属中の工事の進行を止めるための法的手段について、それが認容される見込みがあるかどうかも含めて検討してください。

弁護士K：そうですね。よく調べてみます。

【資料2 説明図】



【資料3 関係法令】

○ 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的とする。

（用語の定義）

第2条 この法律において次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一～九 （略）

九の二 耐火建築物 次に掲げる基準に適合する建築物をいう。

イ その主要構造部が(1)又は(2)のいずれかに該当すること。

(1) 耐火構造であること。

(2) 次に掲げる性能（外壁以外の主要構造部にあつては、(i)に掲げる性能に限る。）に関して政令で定める技術的基準に適合するものであること。

(i) 当該建築物の構造、建築設備及び用途に応じて屋内において発生が予測される火災による火熱に当該火災が終了するまで耐えること。

(ii) 当該建築物の周囲において発生する通常の火災による火熱に当該火災が終了するまで耐えること。

ロ （略）

九の三～三十五 （略）

（建築物の建築等に関する申請及び確認）

第6条 建築主は、第1号から第3号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（中略）、これらの建築物の大規模の修繕若しくは大規模の模様替をしようとする場合又は第4号に掲げる建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定（この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下「建築基準法令の規定」という。）その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるものをいう。以下同じ。）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。（以下略）

一～四 （略）

2, 3 （略）

4 建築主事は、第1項の申請書を受理した場合においては、同項第1号から第3号までに係るものにあつてはその受理した日から35日以内に、同項第4号に係るものにあつてはその受理した日から7日以内に、申請に係る建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかを審査し、審査の結果に基づいて建築基準関係規定に適合することを確認したときは、当該申請者に確認済証を交付しなければならない。

5～15 （略）

（建築物に関する完了検査）

第7条 建築主は、第6条第1項の規定による工事を完了したときは、国土交通省令で定めるところにより、建築主事の検査を申請しなければならない。

2, 3 （略）

4 建築主事が第1項の規定による申請を受理した場合においては、建築主事又はその委任を受けた当該市町村若しくは都道府県の職員（以下この章において「建築主事等」という。）は、その申請を受理した日から7日以内に、当該工事に係る建築物及びその敷地が建築基準関係規定に適合

しているかどうかを検査しなければならない。

5 建築主事等は、前項の規定による検査をした場合において、当該建築物及びその敷地が建築基準関係規定に適合していることを認めるときは、国土交通省令で定めるところにより、当該建築物の建築主に対して検査済証を交付しなければならない。

(違反建築物に対する措置)

第9条 特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、当該建築物に関する工事の請負人(請負工事の下請人を含む。)若しくは現場管理者又は当該建築物若しくは建築物の敷地の所有者、管理者若しくは占有者に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。

2～15 (略)

(大規模の建築物の主要構造部)

第21条 高さが13メートル又は軒の高さが9メートルを超える建築物(その主要構造部(床、屋根及び階段を除く。)の政令で定める部分の全部又は一部に木材、プラスチックその他の可燃材料を用いたものに限る。)は、第2条第9号の2イに掲げる基準に適合するものとしなければならない。ただし、構造方法、主要構造部の防火の措置その他の事項について防火上必要な政令で定める技術的基準に適合する建築物(政令で定める用途に供するものを除く。)は、この限りでない。

2 延べ面積が3000平方メートルを超える建築物(その主要構造部(床、屋根及び階段を除く。)の前項の政令で定める部分の全部又は一部に木材、プラスチックその他の可燃材料を用いたものに限る。)は、第2条第9号の2イに掲げる基準に適合するものとしなければならない。

(道路の定義)

第42条 この章の規定において「道路」とは、次の各号の一に該当する幅員4メートル(特定行政庁がその地方の気候若しくは風土の特殊性又は土地の状況により必要と認めて都道府県都市計画審議会の議を経て指定する区域内においては、6メートル。次項及び第3項において同じ。)以上のもの(地下におけるものを除く。)をいう。

一 道路法(昭和27年法律第180号)による道路

二～四 (略)

五 土地を建築物の敷地として利用するため、道路法(中略)によらないで築造する政令で定める基準に適合する道で、これを築造しようとする者が特定行政庁からその位置の指定を受けたもの

2～6 (略)

(敷地等と道路との関係)

第43条 建築物の敷地は、道路(中略)に2メートル以上接しなければならない。(以下略)

一、二 (略)

2 地方公共団体は、特殊建築物、階数が3以上である建築物、政令で定める窓その他の開口部を有しない居室を有する建築物又は延べ面積(中略)が1000平方メートルを超える建築物の敷地が接しなければならない道路の幅員、その敷地が道路に接する部分の長さその他その敷地又は建築物と道路との関係についてこれらの建築物の用途又は規模の特殊性により、前項の規定によつては避難又は通行の安全の目的を十分に達し難いと認める場合においては、条例で、必要な制限を付加することができる。

(容積率)

第52条 建築物の延べ面積の敷地面積に対する割合(以下「容積率」という。)は、次の各号に掲げる区分に従い、当該各号に定める数値以下でなければならない。(以下略)

一 (略)

二 第一種中高層住居専用地域若しくは第二種中高層住居専用地域内の建築物又は第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域若しくは準工業地域内の建築物（中略） 10分の10、10分の15、10分の20、10分の30、10分の40又は10分の50のうち当該地域に関する都市計画において定められたもの

三～六 （略）

2～15 （略）

（建築物の各部分の高さ）

第56条 建築物の各部分の高さは、次に掲げるもの以下としなければならない。

一、二 （略）

三 第一種低層住居専用地域若しくは第二種低層住居専用地域内又は第一種中高層住居専用地域若しくは第二種中高層住居専用地域（中略）内においては、当該部分から前面道路の反対側の境界線又は隣地境界線までの真北方向の水平距離に1.25を乗じて得たものに、第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域内の建築物にあつては5メートルを、第一種中高層住居専用地域又は第二種中高層住居専用地域内の建築物にあつては10メートルを加えたもの
2～7 （略）

○ B県建築安全条例（昭和25年B県条例第11号）（抜粋）

（趣旨）

第1条 建築基準法（以下「法」という。）（中略）第43条第2項による建築物の敷地及び建築物と道路との関係についての制限の付加（中略）については、この条例の定めるところによる。

（建築物の敷地と道路との関係）

第4条 延べ面積（同一敷地内に2以上の建築物がある場合は、その延べ面積の合計とする。）が1000平方メートルを超える建築物の敷地は、その延べ面積に応じて、次の表に掲げる長さ以上道路に接しなければならない。

延べ面積	長さ
1000平方メートルを超え、2000平方メートル以下のもの	6メートル
2000平方メートルを超え、3000平方メートル以下のもの	8メートル
3000平方メートルを超えるもの	10メートル

2 延べ面積が3000平方メートルを超え、かつ、建築物の高さが15メートルを超える建築物の敷地に対する前項の規定の適用については、同項中「道路」とあるのは、「幅員6メートル以上の道路」とする。

3 前二項の規定は、建築物の周囲の空地の状況その他土地及び周囲の状況により知事が安全上支障がないと認める場合においては、適用しない。

（敷地から道路への自動車の出入口）

第27条 自動車車庫等の用途に供する建築物の敷地には、自動車の出入口を次に掲げる道路のいずれかに面して設けてはならない。ただし、交通の安全上支障がない場合は、第5号を除き、この限りでない。

一 道路の交差点若しくは曲がり角、横断歩道又は横断歩道橋（地下横断歩道を含む。）の昇降口から5メートル以内の道路

- 二 勾配が8分の1を超える道路
- 三 道路上に設ける電車停留場、安全地帯、橋詰め又は踏切から10メートル以内の道路
- 四 児童公園、小学校、幼稚園、盲学校、ろう学校、養護学校、児童福祉施設、老人ホームその他これらに類するものの出入口から20メートル以内の道路
- 五 前各号に掲げるもののほか、知事が交通上支障があると認めて指定した道路

○ B県中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例(昭和53年B県条例第64号)
(抜粋)

(目的)

第1条 この条例は、中高層建築物の建築に係る計画の事前公開並びに紛争のあつせん及び調停に関し必要な事項を定めることにより、良好な近隣関係を保持し、もつて地域における健全な生活環境の維持及び向上に資することを目的とする。

(定義)

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- 一 中高層建築物 高さが10メートルを超える建築物（第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域（都市計画法（昭和43年法律第100号）第8条第1項第1号に掲げる第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域をいう。）にあつては、軒の高さが7メートルを超える建築物又は地階を除く階数が3以上の建築物）をいう。
- 二 紛争 中高層建築物の建築に伴つて生ずる日照、通風及び採光の阻害、風害、電波障害等並びに工事中の騒音、振動等の周辺的生活環境に及ぼす影響に関する近隣関係住民と建築主との間の紛争をいう。
- 三 建築主 中高層建築物に関する工事の請負契約の注文者又は請負契約によらないで自らその工事をする者をいう。
- 四 近隣関係住民 次のイ又はロに掲げる者をいう。
 - イ 中高層建築物の敷地境界線からその高さの2倍の水平距離の範囲内にある土地又は建築物に関して権利を有する者及び当該範囲内に居住する者
 - ロ 中高層建築物による電波障害の影響を著しく受けると認められる者

(知事の責務)

第3条 知事は、紛争を未然に防止するよう努めるとともに、紛争が生じたときは、迅速かつ適正に調整するよう努めなければならない。

(当事者の責務)

第4条 建築主は、紛争を未然に防止するため、中高層建築物の建築を計画するに当たつては、周辺的生活環境に及ぼす影響に十分配慮するとともに、良好な近隣関係を損なわないよう努めなければならない。

2 建築主及び近隣関係住民は、紛争が生じたときは、相互の立場を尊重し、互譲の精神をもつて、自主的に解決するよう努めなければならない。

(説明会の開催等)

第6条 建築主は、中高層建築物を建築しようとする場合において、近隣関係住民からの申出があつたときは、建築に係る計画の内容について、説明会等の方法により、近隣関係住民に説明しなければならない。

2 知事は、必要があると認めるときは、建築主に対し、前項の規定により行つた説明会等の内容について報告を求めることができる。

論文式試験問題集 [民事系科目第 1 問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100 [設問1と設問2の配点の割合は、4：6])

次の文章を読んで、以下の1と2の設問に答えよ（なお、本問における賃貸借契約については借地法（大正10年法律第49号）の規定が適用されることを前提とする。）。

1 Xは、父Aの唯一の子であったが、Aが平成19年2月に他界したため、Aの所有する土地（以下「本件土地」という。）を単独で相続した。本件土地にはAの知り合いであるYの所有する建物（以下「本件建物」という。）が存在しているが、Yは、現在、家族とともに他県に居住しており、2か月に一度程度、維持管理のため、本件建物を訪れている。Xは、以前、Aから、Yが不法に本件土地を占拠していると聞いたことがあったため、Aの他界後、Yに対し、本件建物を取り壊し、本件土地を明け渡すように求めた。すると、Yは、Aの相続人が明らかになったことから地代を支払いたいとして、30万円をX方に持参したが、Xは、本件土地をYに貸した覚えはないとして、Yの持参した金銭の受領を拒絶した。

Yが本件土地の明渡しに応じなかったことから、Xは、同年12月25日、Yを被告として、T地方裁判所に建物収去土地明渡しを求める訴え（以下「第1訴訟」という。）を提起した。平成20年1月29日に開かれた第1回口頭弁論の期日において、Xは訴状を陳述し、Xが本件土地を現在所有していること、Yが本件土地に本件建物を所有して本件土地を占有していることを主張し、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求めた。これに対し、Yは、同期日において、答弁書を陳述し、Xの主張する事実はいずれも認めるが、Yは、昭和53年3月8日、Aとの間において、本件土地につき、賃料を年額30万円、存続期間を30年とし、建物の所有を目的とする賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結しており、本件賃貸借契約の効力はなお継続しているから、Xの請求には理由がないと反論した。

第1回口頭弁論の期日において、裁判所は、当事者の意見を聴いて、事件を弁論準備手続に付した。平成20年2月26日に開かれた第1回弁論準備手続の期日において、Xは、YからAに対し賃料の支払がされた形跡はなく、AがYとの間に本件賃貸借契約を締結したことはないとして反論した。これに対し、Yは、本件賃貸借契約の成立や賃料の支払に関する書証を提出し、その取調べが行われた。

第1回弁論準備手続の期日の結果を踏まえ、Xは、本件賃貸借契約の成立を前提とする訴訟活動を行うことも必要であると考えに至り、同年3月28日に開かれた第2回弁論準備手続の期日において、Yが主張する本件賃貸借契約の内容に基づき、仮に本件賃貸借契約の成立の事実が認められる場合であっても、その契約は訴え提起後に30年の存続期間（昭和53年3月8日から平成20年3月7日まで）が満了したので終了したと主張した。また、Xは、同期日において、平成20年3月1日にYから本件賃貸借契約の更新を請求されたが、その翌日、その更新を拒絶したと主張した。

同年4月25日に開かれた第3回弁論準備手続の期日において、Xは、本件賃貸借契約の更新を拒絶する正当事由として、Yは他県に自宅を構えて家族とともに居住しており、今後、本件土地を使用する必要性に乏しいこと、他方、Xは、現在、築45年の木造賃貸アパートに居住しているが、老朽化に伴う危険性から建て替え工事が必要であり、家主からも強く立ち退きを求められていることから、本件土地を使用する必要性が高いことなどを主張したが、Yは、正当事由の存在を争った。

その後、同年5月28日に開かれた第4回弁論準備手続の期日において、Xは、以下の事実を主張した。

「第3回弁論準備手続の期日の2日後である平成20年4月27日、Yから突然電話があり、本件訴訟の件で話し合いをしたいと言われたので、Xの自宅近くの喫茶店でYと会った。Yは、訴

えを提起されている以上、Xの主張に対しては必要な反論をせざるを得ないが、Aの長男であるXと長期間にわたり訴訟で争うことは必ずしも自らの本意ではないと述べて、本件建物をその時価である500万円で買い取ってほしいと依頼してきた。自分としては、弁護士から、建物買取請求権という制度があるとの説明を受けたことがあり、知り合いの不動産鑑定士から、本件建物の時価は500万円程度ではないかと聞いていたことから、本来は、Yの費用で本件建物を収去してほしいところではあるが、Yが本件建物から早期に退去してくれるのであれば、500万円で本件建物を買い取ることもやむを得ないと考えた。そこで、Yに対し、本件賃貸借契約が存続期間の満了により終了したことを認めた上で、本件建物を500万円で買い取ることを請求するのですかと確認したところ、Yは、そのとおりであると回答した。このようにして、Yは、本件建物の買取請求権の行使の意思表示を行った。」

以下は、第4回弁論準備手続の期日が終了した直後に、裁判長と傍聴を許された司法修習生との間で交わされた会話である。

裁判長：本期日におけるXの主張についてはどのように理解すればよいでしょうか。

修習生：Xの主張は、Yが、Xに対し、平成20年4月27日、本件建物の買取請求権を行使する旨意思表示をしたという主張であると理解できます。

裁判長：そうですね。この主張は、本件訴訟の主張立証責任との関係ではどのような意味を有するのでしょうか。

修習生：本件訴訟において、Xは、所有権に基づく建物収去土地明渡しを請求しています。これに対し、Yは、本件土地の占有権原に関する主張として、建物の所有を目的とする本件賃貸借契約をYとの間で締結し、それに基づき本件土地の引渡しを受けたと主張していますが、Xは、更に本件賃貸借契約が存続期間の満了により終了し、その更新拒絶について正当事由があると主張しています。Yによる建物買取請求権の行使は、本件賃貸借契約の存続期間が満了し、契約の更新がないことを前提として、借地権者であるYが、借地権設定者であるXに対し、本件建物を時価である500万円で買い取ることを請求するものです。

裁判長：建物買取請求権の行使は、本件訴訟のように建物収去土地明渡請求がされている場合には、いずれの当事者が主張すべきものですか。

修習生：建物買取請求権の行使の事実を主張するのは、本来、借地権者であるYのはずです。しかし、本件訴訟ではXが主張しています。

裁判長：Xとしては、本件賃貸借契約が認められるのであれば、とにかくYに建物から早期に退去してもらい、土地を明け渡してほしいと望むことも考えられますが、Yによる建物買取請求権の行使の事実が認められると、本件建物の所有権は建物買取請求権の行使と同時にXに移転することになりますから、少なくとも、XはYに対し建物収去を求めることはできなくなりますね。ところで、仮に、裁判所が、Yに対し、本件建物の買取請求権の行使について釈明を求めた場合、Yとしては、どのような対応をすることが考えられるのでしょうか。

修習生：Yの対応としては、①Yが本件建物の買取請求権を行使したというXの主張する事実を争う場合、②Xの主張する事実を自ら援用する場合、③裁判所が釈明を求めたにもかかわらず、Xの主張する事実を争うことを明らかにしない場合、の3通りが考えられるのではないのでしょうか。

裁判長：そうですね。本件賃貸借契約の終了が認められる場合において、Yが本件建物の買取請求権を行使したというXの主張する事実を、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることはできますか。あなたが考えた3通りの各場合について検討してください。

修習生：はい。わかりました。

〔設問1〕

前記会話を踏まえた上で、本件賃貸借契約の終了が認められる場合において、「YはXに対して本件建物を時価である500万円で買い取るべきことを請求した」というXの主張する事実を、(i) Yが否認したとき、(ii) Yが援用したとき、(iii) Yが争うことを明らかにしなかったときについて、それぞれ、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることができるかどうかについて論じなさい。

- 2 第1訴訟のその後の審理において、Yは、Xの主張する建物買取請求権の行使の事実を援用するとともに、本件建物の時価相当額である500万円の支払があるまでは本件建物の引渡しを拒むと申し立てたことから、裁判所は、結局、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けるのと引換えに本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命ずる旨の判決を言い渡し、その判決は平成20年11月21日の経過により確定した。

Xは、平成21年1月ころ、親戚の集う新年会の席上、親戚Bから、「数年前にAと会った際、本件土地をめぐるYとトラブルになっており、その件で、今は亡き兄Cと相談していると言っていた。」と聞いた。そこで、Xは、すぐにAの亡兄Cの家族を訪ねて事情を聞いたところ、確かに、数年前にAが書類を封筒に入れて持参し、Cと2人で相談していたことがあったとのことであり、AがC方に持参した書類は、封筒に入れたまま保管しているとのことであった。そこで、Xは、Cの家族からその封筒を受け取って自宅に戻り、封筒内の書類を整理したところ、AからYにあてた平成18年4月3日付け内容証明郵便が見付かった。同内容証明郵便には、Aが、Yに賃料支払の催告を行い、2週間以内に未払賃料の支払がないときは本件賃貸借契約を解除するとの意思表示を行った旨の記載があり、Yが同内容証明郵便を同月6日に受領したことを示す郵便物配達証明書も同封されていた。

そこで、Xは、Yを被告として、平成21年4月13日、別紙の訴状をT地方裁判所に提出して、新たな訴え（以下「第2訴訟」という。）を提起した。これに対し、Yは、弁護士に委任して答弁書を裁判所に提出し、Xの提起した訴えは、訴えの利益が認められないので却下されるべきであると主張するとともに、第2訴訟におけるXの請求には、第1訴訟の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであると主張した。この答弁書の送達を受けたXは不安になり、自分も弁護士に相談した方がよいと考え、第2訴訟の第1回口頭弁論の期日の前に、D弁護士を訪れた。

以下は、Xから相談を受けたD弁護士と同弁護士の下で修習中の司法修習生との会話である。

弁護士：Xは、第1訴訟の判決確定後に新たな事実が判明したとの理由から、Yに対して第2の訴えを提起したのですね。

修習生：はい。第2訴訟は、賃料不払による賃貸借契約の解除の場合には建物買取請求権の行使ができないことを前提とする訴訟です。建物買取請求権は、誠実な借地人の保護のための規定ですので、借地人の債務不履行による賃貸借契約の解除の場合には、借地人には建物買取請求権は認められないとする最高裁判所の判例があります。

弁護士：よく勉強していますね。次に、第2訴訟の訴訟物について考えてみましょう。第2訴訟において、Xは、Yに対し、本件土地の所有権に基づき、本件建物の収去と本件土地の明渡しを求めています。土地所有者が、土地の上に建物を所有してその土地を占有する者に対して、所有権に基づき建物収去土地明渡しを請求する場合の訴訟物については、どのように考えられますか。

修習生：はい。この場合の訴訟物については、考え方が分かれています。一般的な考え方によれば、この場合の訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権1個で

あり、判決主文に建物収去が加えられるのは、土地明渡しの債務名義だけでは別個の不動産である地上建物の収去執行ができないという執行法上の制約から、執行方法を明示するためであるにすぎないとされています。したがって、建物収去は、土地明渡しの手段ないし履行態様であって、土地明渡しと別個の実体法上の請求権の発現ではないということになります。

弁護士：その考え方に立つと、第2訴訟の訴訟物と第1訴訟の訴訟物が同一かどうかについては、どのように考えるべきでしょうか。

修習生：第1訴訟の判決は、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けるのと引換えに、本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命ずるものです。建物収去土地明渡訴訟の訴訟物について先ほどお話しした一般的な考え方に立つとすれば、建物退去土地明渡訴訟についても、訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権であり、「建物退去」の点については「建物収去」の点と同様に、土地明渡しの手段ないし履行態様にすぎないと考えることができますので、その訴訟物は同一であるといえるかと思えます。

弁護士：そうですね。ここでは、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物は同一であるという考え方を前提として考えてみましょう。ところで、Yは、第2訴訟において、どのような主張をしていますか。

修習生：Xの提起した訴えは、訴えの利益が認められないので却下されるべきであると主張するとともに、第2訴訟におけるXの請求には、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けるのと引換えに本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命じた第1訴訟の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであると主張しています。

弁護士：Yの主張を理解するには、建物収去土地明渡請求と、建物代金の支払を受けるのと引換えに建物退去土地明渡しを命ずる判決との関係をどのように考えるかが問題となりそうですね。まず、Yのそれぞれの主張について、その論拠をまとめてみた方がよいかもしれません。その上で、それぞれの主張について、どのような反論をすべきか、検討してください。

修習生：はい。わかりました。

〔設問2〕

- (1) 前記会話を踏まえた上で、Xには第2訴訟について訴えの利益が認められないので、その訴えは却下されるべきであるとするYの主張につき、その考えられる論拠を説明しなさい。
- (2) 前記会話を踏まえた上で、第2訴訟におけるXの請求には第1訴訟の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであるとのYの主張につき、その考えられる論拠を説明しなさい。
- (3) 上記(1)及び(2)の論拠を踏まえた上で、第2訴訟におけるYの主張に対し、Xとしてはいかなる反論をすべきかについて論じなさい。

【別 紙】

訴 状

平成21年4月13日

T地方裁判所

原 告 X 印

当事者の表示 (省略)

建物収去土地明渡請求事件

訴訟物の価額 (省略)

貼用印紙額 (省略)

第1 請求の趣旨

- 1 被告は、原告に対し、別紙物件目録1 (省略) 記載の建物を収去して同目録2 (省略) 記載の土地を明け渡せ
- 2 訴訟費用は被告の負担とする
との判決を求める。

第2 請求の原因

- 1 別紙物件目録2 記載の土地 (以下「本件土地」という。) は、もと原告の父である訴外亡A (以下「亡A」という。) が所有していたところ、平成19年2月3日、亡Aが死亡した。原告は、亡Aの唯一の相続人であったことから、本件土地を相続した。
- 2 被告は、昭和53年8月10日から本件土地上に別紙物件目録1 記載の建物 (以下「本件建物」という。) を所有して、本件土地を占有し続けている。
- 3 よって、原告は、被告に対し、本件土地の所有権に基づき、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求める。

第3 事情

- 1 原告は、被告に対し、かつて本件土地につき建物収去土地明渡しを求める訴えを提起したが (T地方裁判所 (ワ) 第〇〇号事件)、裁判所は、亡Aと被告間の昭和53年3月8日付け土地賃貸借契約 (以下「本件賃貸借契約」という。) の存在と被告の建物買取請求権の行使を前提に、建物代金500万円の支払を受けるのと引換えに、建物退去土地明渡しを命ずる旨の判決を言い渡し、この判決は確定した。
- 2 しかし、もともと被告は、平成16年分及び平成17年分の賃料の支払を怠り、平成18年4月6日配達の内容証明郵便によって、亡Aから賃料不払を理由とする解除の意思表示を受けていた。したがって、被告が建物買取請求権を行使した時点で、本件賃貸借契約は消滅していたのであって、本件賃貸借契約の存続を前提にYが行った建物買取請求権の行使は無効な行為というほかない。被告は、原告に対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すべきである。

証 拠 方 法 (省略)

附 属 書 類 (省略)

【資料】

○ 借地法（大正10年法律第49号）

第2条 借地権ノ存続期間ハ石造，土造，煉瓦造又ハ之ニ類スル堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ60年，其ノ他ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ30年トス但シ建物カ此ノ期間満了前朽廢シタルトキハ借地権ハ之ニ因リテ消滅ス

2 契約ヲ以テ堅固ノ建物ニ付30年以上，其ノ他ノ建物ニ付20年以上ノ存続期間ヲ定メタルトキハ借地権ハ前項ノ規定ニ拘ラス其ノ期間ノ満了ニ因リテ消滅ス

第3条 契約ヲ以テ借地権ヲ設定スル場合ニ於テ建物ノ種類及構造ヲ定メサルトキハ借地権ハ堅固ノ建物以外ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノト看做ス

第4条 借地権消滅ノ場合ニ於テ借地権者カ契約ノ更新ヲ請求シタルトキハ建物アル場合ニ限り前契約ト同一ノ条件ヲ以テ更ニ借地権ヲ設定シタルモノト看做ス但シ土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合ニ於テ遅滞ナク異議ヲ述ヘタルトキハ此ノ限ニ在ラス

2 借地権者ハ契約ノ更新ナキ場合ニ於テハ時価ヲ以テ建物其ノ他借地権者カ権原ニ因リテ土地ニ附属セシメタル物ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得

3 第5条第1項ノ規定ハ第1項ノ場合ニ之ヲ準用ス

第5条 当事者カ契約ヲ更新スル場合ニ於テハ借地権ノ存続期間ハ更新ノ時ヨリ起算シ堅固ノ建物ニ付テハ30年，其ノ他ノ建物ニ付テハ20年トス此ノ場合ニ於テハ第2条第1項但書ノ規定ヲ準用ス

2 当事者カ前項ニ規定スル期間ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ其ノ定ニ従フ

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[民事系科目]

[第2問] (配点：200〔[設問1]から[設問6]までの配点の割合は、1.4：4.8：3.8：3：4：3])

以下の【事実】1から9までを読んで〔設問1〕から〔設問3〕までに、【事実】10から14までを読んで〔設問4〕に、【事実】15から20までを読んで〔設問5〕及び〔設問6〕にそれぞれ答えよ。

【事実】

1. X株式会社（以下「X社」という。）は、機械を製造して販売する事業を営む会社である。X社が製造する機械のうち、金属加工機械は、25の機種があり、それぞれの機種に1つの型番が付されていて、その型番はPS101からPS125までである。
Y株式会社（以下「Y社」という。）は、ナイフやフォークなど金属製の食器を製造する事業を営む会社である。Y社が製造する商品の中でも、合金を素材とするコップは、特徴的なデザインと独特の触感が好評を得ていて、人気の商品である。
A株式会社（以下「A社」という。）は、物品を販売する事業を営む会社である。A社は、従来、Y社に物品を納入してきた実績がある。
2. Y社は、数年ぶりに、主力商品のコップを製造するために使用する金属加工機械を更新することを決定し、これをA社から調達する方針を固め、Y社の役員であるBが、その実行に携わることとなった。Bは、これまでA社との折衝に当たってきた従業員のCに対し、A社との交渉においては、Y社の主力商品の製造に使用する高額な機械の調達であるから、諸事について慎重を期するよう指示した。
3. Cは、A社の担当者と相談したところ、X社製の型番PS112という番号で特定される機種の金属加工機械を調達することが適切であると考えに至った。Cの意向を知ったA社の担当者は、X社に問い合わせをし、型番PS112の機械の在庫があることを確認した。
4. このようにして、YAの両社間で交渉が進められた結果、Y社は、平成20年2月1日、A社との間で、X社製の型番PS112の金属加工機械1台（新品）を代金1050万円（消費税相当額を含む。）で買い受ける旨の契約を締結した。売買代金は、まず、そのうち200万円を契約締結時に、また、残金の850万円は目的物の引渡しを受ける際に、それぞれ支払うこととされた。そして、Y社は、同日、A社に代金の一部として200万円を支払った。
なお、A社は、前記の売買契約を締結する際、型番PS112の機械をX社から近日中に売買により調達することをY社に伝えていた。
5. A社の担当者は、Y社との売買契約が締結された平成20年2月1日の夕刻、改めてX社の担当者に電話をし、Y社に転売する予定であることを告げた上、X社から同社製の型番PS112の金属加工機械1台（新品）を購入するに当たっての契約条件を協議した。この契約条件の中には、AX間の売買代金額（消費税相当額を含む。）を840万円とすること、内金100万円は銀行振込みとし、残金740万円についてはA社が支払のために約束手形1通を振り出して交付すること、引渡しの時期及び場所のほか、次に示す注文書の備考欄①②の内容の条件が含まれていた。契約条件の協議が整った後、A社の担当者はX社の担当者に対し、「後ほど発注権限のある上司の決裁を得て、正式に注文書をお送りしますのでよろしくお願ひします。」と述べた。A社の担当者は、発注権限のある上司に対し、Y社に売り渡す型番PS112の機械をX社から調達するための協議が整ったことの報告をし、その上司の決裁を得た上、次の注文書を作成し、これをX社の担当者に送付した。この注文書の記載は、担当者間の前記の協議内容を反映するものであるが、品名欄には、型番の誤記があった。

平成20年2月4日

注文書

X株式会社 御中

〇県〇市〇区〇町3-5-1

A株式会社

代表取締役 〇〇〇〇 印

下記のとおりご注文いたします。

(1)	品名	貴社製の金属加工機械（型番PS122）
(2)	数量	1台
(3)	金額	840万円（消費税を含む）
(4)	支払方法	内金100万円は平成20年2月12日に貴社銀行預金口座に振込み。 残金は、引渡完了の際に、弊社振出の約束手形1通を交付（額面額740万円、支払期日平成20年4月30日）。
(5)	引渡時期	平成20年2月15日
(6)	引渡場所	Y株式会社工場（〇県〇市〇町1-4-12）に貴社から直接納品。

〔備考〕

- ① 本件機械の所有権は、弊社が上記(4)記載の代金を完済するまで貴社が留保し、代金完済時に移転するものとします。
- ② 弊社が上記(4)記載の代金の一部でも支払わない場合、貴社は、催告をすることなく直ちに契約を解除することができるものとします。

6. この注文書を受け取ったX社の担当者は、受注を決定する権限のある上司に対し、A社の担当者と協議した契約条件で型番PS112の機械の販売を受注したいと説明し、その決裁を得た上、平成20年2月7日、【事実】5記載の注文書と同一内容である注文請書をA社に送付した。なお、この注文請書においても、「(1)品名 弊社製の金属加工機械（型番PS122）」と記載されていた。同月8日、これを受け取ったA社の担当者は、確かに注文請書を受け取った旨をX社に連絡した（以下このXA間の売買契約を「本件売買契約」という。）。そして、A社は、X社に対し、同月12日、代金の一部として100万円をX社の銀行預金口座に振り込んだ。

7. X社の納品作業を担当する従業員は、注文請書の写しを参照しながら納品の準備を進め、平成20年2月15日の午前に、A社との約定により直接にY社の工場に、型番PS122の機械1台を搬入しようとした。しかし、Y社の側から、調達しようとしたのは型番PS112の機械であることが指摘されたため、X社の前記従業員は、X社の受注事務担当者と連絡を取ったところ、Y社の指摘のとおりであることが確認された。そこで、いったん搬入を取りやめ、改めて同日午後型番PS112の機械1台をY社の工場に運んだ（以下この1台の機械を「動産甲」という。）。Y社の担当者が、間違いなく動産甲が型番PS112の機械であることを確認し、動産甲は、滞りなく同日中にY社の工場に搬入された。

そこで、同日、Y社は、A社に対し、両社間の売買の残代金850万円を支払った。また、

A社は、X社に対し、支払期日を平成20年4月30日とするA社振出しの額面額740万円の約束手形を交付した。

8. 動産甲の取引を担当したA社の担当者は、平成20年2月20日、Y社を訪ね、搬入の過程で機種の違いがあった不手際を詫び、それにもかかわらず一連の取引が無事に終了したことへの謝辞を述べた。応接に当たったCは、取引を慎重に進めるように求めた【事実】2記載のBの指示を踏まえ、XAの両社間の代金決済について特にトラブルが起きていないか、ということを実した。これに対し、A社の担当者は、代金の一部が既に支払われていること、及び残代金の支払のため平成20年4月30日を支払期日とするA社振出しの約束手形を交付したことを説明したが、代金が完済されるまでX社が動産甲の所有権を留保していることは告げなかった。Cは、この説明を受けたことで一応納得し、直接にX社に対し取引経過を照会することはしなかった。
9. その後、A社は、平成20年4月30日に前記約束手形に係る手形金の支払をせず、そのころに事実上倒産した。そこで、X社は、A社に対し、【事実】5記載の注文書の備考欄②の特約に基づき、同年5月2日到達の書面により、本件売買契約を解除する旨の意思表示をし、また、Y社に対し、同年5月7日到達の書面により、動産甲の返還を請求した。しかし、Y社がこれに応じないので、X社は、Y社に対し、所有権に基づき動産甲の返還を請求する訴訟を提起した（以下この訴訟を「本件訴訟」という。）。

〔設問1〕 本件売買契約は、何を目的物として成立したものであると考えられるか、理由を付して結論を述べなさい。その際、【事実】5記載の注文書及び【事実】6記載の注文請書にあった型番誤記が本件売買契約の効力に影響を与えるか、錯誤の成否にも言及しつつ述べなさい。

〔設問2〕

- (1) X社のY社に対する本件訴訟において、Y社が、自己の即時取得によりX社が動産甲の所有権を喪失したことを主張しようとするときに、「A社が、平成20年2月1日、Y社との間で、【事実】4記載の売買契約を締結したこと」のほか、次に掲げる事実①及び事実②を主張立証する必要があると考えられるか。それぞれ理由を付して説明しなさい。
- ① A社が、Y社に対し、平成20年2月15日、【事実】4記載の売買契約に基づき動産甲を引き渡したこと。
- ② Y社が、①の引渡しを受ける際、A社がX社に対し代金全額を弁済していない事実を知らなかったこと。
- (2) 本件訴訟においてY社のする即時取得の主張に対し、X社から、それへの反論として「Y社は、A社に動産甲の所有権があると信じたことについて過失がある。」との主張がされた場合において、Y社の過失の有無を認定判断する上で、次に掲げる事実③及び事実④は、どのように評価されるか。それぞれ理由を付して説明しなさい。
- ③ 【事実】4記載のとおり、Y社が、A社がX社との売買により目的物を調達することを知っていたこと。
- ④ 【事実】8記載のとおり、Y社が、本件売買契約の残代金が平成20年4月30日を支払期日とする約束手形で支払われることを知っていたこと。

〔設問3〕 X社は、本件訴訟において、Y社に対し、動産甲の使用料相当額の支払も併せて請求したいと考えた。X社は、どのような法的根拠に基づいて、いつからの使用料相当額の請求をすることができるか、考えられる法的根拠を一つ示し、その法的根拠が成り立つ理由及びいつからの請求をすることができるかの理由を付して説明しなさい。

【事実】 以下の10から14までは、**【事実】** 1から9までのX社に関するものである。

10. X社は、監査役会設置会社であり、発行済株式総数（普通株式のみ）10万株、株主数5000人の上場企業である（単元株制度は採用していない）。X社は、財務状況が悪化したため、同じ機械メーカーであり、X社の発行済株式の5%を長年保有して友好関係にあるZ株式会社（以下「Z社」という。）に対し、事業の柱の一つである精密機械製造事業を譲渡するとともに、同社との間に研究、開発、販売等の面における協同関係を築くことにより、この苦境を乗り切ろうと考えた。そして、X社は、平成20年6月2日、Z社との間で、事業の譲渡及び協同関係の構築に向けた交渉を始めるための基本合意を締結した（以下この合意を「本件基本合意」という。）。
11. ところが、本件基本合意の締結後、X社は、財務状況の悪化が急速に進み、キャッシュフローの確保も難しくなったため、本件基本合意に基づくZ社への事業の譲渡によって得ることができる対価による収入や、同社との協同関係の構築だけでは、企業としての存続が危うくなってきた。
12. そのような折、Z社のライバル企業である機械メーカーのD株式会社（以下「D社」という。）がX社に対して合併を申し入れてきた。合併の条件は、X社の普通株式4株にD社の普通株式1株を交付するという合併比率によって、D社を吸収合併存続株式会社とし、X社を吸収合併消滅株式会社とする吸収合併を行うというものであり、D社は、X社の精密機械製造事業に魅力を感じ、同事業を含めてX社の事業全部を吸収合併により取得することを申し入れてきたものであった。
13. X社の取締役会は、Z社よりも企業体力に優るD社に吸収合併されれば、X社は独立した企業ではなくなるものの、同社の財務状況の悪化やキャッシュフロー不足の問題が解決され、事業全体の存続や従業員の雇用の確保につながると考え、平成20年10月8日、Z社との本件基本合意を白紙撤回した上、D社から申入れのあったとおりの合併条件により、X社がD社に吸収合併されることを受け入れることを決めた。
14. これに対し、Z社は、X社の精密機械製造事業を何としても手に入れたいと考え、X社に対し、本件基本合意に基づく事業の譲渡及び協同関係の構築の実現を迫り、D社との合併に反対した。Z社は、本件基本合意に基づき、X社を債務者として、D社との合併の交渉の差止めの仮処分命令の申立てを行ったが、当該申立てが却下されたため、X社に対する本件基本合意違反を理由とする損害賠償請求の訴えの提起を準備している。また、Z社は、X社とD社の合併は、両社の企業規模や1株当たり純資産の比較、X社の培ってきた取引関係や評判等からすれば、その合併比率がX社の株主にとって不当に不利益なものとなっており、また、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という。）第15条第1項第1号に規定する「当該合併によって一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」に当たり、同法に違反するものであると主張し（独禁法違反の点は、実際に認定され得るものであった。）、合併に反対している。

【設問4】 Z社は、X社の株主としての権利を行使し、合併契約の締結や当該合併契約の承認を目的とする株主総会の招集を阻止したいと考えている。Z社は、X社の株主として、どのような会社法上の手段を採ることができるか。理由を付して説明しなさい。

【事実】 **【事実】** 10から14までのX社については、その後、以下の15から20までの経過があった。

15. X社は、Z社の反対にもかかわらず、D社との間で合併契約を平成20年10月15日に締結し、X社取締役会は、当該合併契約の承認を目的とする臨時株主総会を同年12月1日に開催することを決定したことから、同社取締役は、その招集通知を発するとともに、株主総会参考書類及び次の議決権行使書面を株主に交付した。

議 決 権 行 使 書	株主番号	議決権行使個数	個	(略)
X株式会社 御中		議案	第 1 号 議 案	
私は、平成20年12月1日開催の 貴社臨時株主総会（継続会又は延会を 含む。）における議案につき、右記の とおり（賛否を○印で表示）議決権を 行使します。 平成20年 月 日		賛 否 表 示 欄	○	
			○	
議案につき賛否の表示 をされない場合は、賛成 の表示があったものとし て取り扱います。 X株式会社		株主 住所 氏名	○	届出印

16. これに対し、Z社は、合併条件がX社の株主にとって不利益であるとして、X社の株主に対し、合併契約の承認に反対する内容の委任状勧誘を行った。このZ社による委任状勧誘は、次の委任状用紙に基づいて行われており、金融商品取引法に従って行われたものであった。

委 任 状			
私は、_____を代理人と定め、下記の権限を委任します。			
1 平成20年12月1日開催予定のX株式会社臨時株主総会並びにその延会及び継続総会に出席し、下記議案につき、私の指示（○印で表示）に従って議決権を行使すること。ただし、賛否を明示しない場合、代理人名を記載しない場合及び原案に対し修正案が提出された場合は、いずれも白紙委任します。			
2 復代理人の選任の件			
記			
X株式会社とD株式会社が平成20年10月15日に締結した合併契約の承認についての議案	原案に対し	賛	否
平成20年 月 日			
		議決権行使個数_____個	
		株主 住所 氏名	○ 届出印

17. X社に議決権行使書面を提出して行使された議決権の数は、合計3万6000個であった。そのうち、合併契約の承認議案に賛成と記載されていた数は5000個で、同議案に反対と記載されていた数は2000個、さらに、同議案に対する賛否の記載がされていない数は2万9000個であった。これに対し、Z社に委任状を交付した株主の議決権の数は、合計1万2050個であった。そのうち、会社提案の合併契約の承認議案に反対と記載されている委任

状の議決権の数は2000個で、同議案に賛成と記載されている委任状の議決権の数は50個、さらに、同議案に対する賛否の記載がされていない委任状の議決権の数は1万個であった。

18. 平成20年12月1日、X社の臨時株主総会が開催された。この臨時株主総会において議決権を行使することができる者を定める基準日現在において、X社は自己株式を保有しておらず、また、相互保有株式も存在しなかった。
19. Z社は、X社の臨時株主総会の議場に1万2050株分のすべての委任状を持参し、自ら保有する5000株分と合わせて、特に留保なしに、合併契約の承認議案につき、議決権を行使して反対の意思表示を行った。当該臨時株主総会におけるZ社以外のX社株主による議決権行使（議決権行使書面によるものを除く。）は、合併契約の承認議案への賛成が6000個で、反対が1000個であった。議場においては、X社とZ社が議案の当否及び投票内容の賛否への算入方法をめぐって激しく対立し、混乱したが、定款の定めにより議長とされているX社の代表取締役社長Eは、Z社の提出した議長不信任動議や、投票数の算入方法に対する抗議を無視し、合併契約の承認決議の成立を宣言した。
20. その後、X社は、平成21年4月1日を合併の効力発生日とする合併の登記を行うこととしている。

〔設問5〕 X社の臨時株主総会において、合併契約の承認議案に対し、賛否それぞれどれだけの数の議決権の行使があったと考えるべきか。次の①及び②の場合に分け、それぞれ理由を付して説明しなさい。

- ① X社株主には、X社に議決権行使書面を提出しつつ、Z社に委任状を交付した者はいなかった場合
- ② X社株主には、X社に議決権行使書面を提出するとともに、Z社に委任状も交付し、いずれにおいても合併契約の承認議案に対する賛否の欄に賛否を記載しなかったFがおり、同人の有する議決権が100個含まれていた場合

〔設問6〕 X社の臨時株主総会の終了後、Z社が合併の実現を阻止するためには、会社法に基づき、どのような手段を採ることができるか（〔設問4〕で解答した手段を除く。）。合併の効力が発生する前と後とで分け、それぞれ理由を付して説明しなさい。

論文式試験問題集 [刑事系科目]

〔刑事系科目〕

〔第1問〕（配点：100）

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲は、「Aクレジット」名で高利の貸金業を営むAに雇われて、同貸金業務に従事していた。甲は、「Aクレジット」の開業時からの従業員であり、Aの信頼が厚かったため、同貸金業の営業について、新規貸付けの可否、貸付金額・貸付条件等を判断し、その判断に従って顧客との間で金銭消費貸借契約を締結し、貸付けを実行する事務を行っていたほか、同貸金業の資金管理について、現金出納、取引先に対する支払や「Aクレジット」名義の銀行預金口座（以下「Aの口座」という。）の預金の出し入れ、帳簿等経理関係の書類作成・保管等の事務を行っていた。

「Aクレジット」では、Aの口座の通帳（以下「Aの通帳」という。）及びその届出印、同口座のキャッシュカード（以下「Aのカード」という。）を事務所内の金庫に入れて保管し、同金庫の鍵は、甲が所持していた。甲は、Aの口座の預金の出し入れをする場合には、自ら金庫の鍵を開けてAのカード及びAの通帳を取り出し、これを甲の部下である経理担当の事務員に手渡した上、金額や出金先等を指示して預金の出し入れに関する事務を行わせていた。なお、「Aクレジット」では、取引先に対する経費の支払は、Aの口座から取引先の銀行口座に直接振り込むことによつて行っていたが、顧客に対する貸付けは、その要望に応じて、銀行口座への振込みによるほか、現金を直接顧客に手渡して行うこともあった。

また、甲は、自ら金銭消費貸借契約書、請求書、領収証等を確認して帳簿の記載を行い、同帳簿を自己の机の引き出しに入れて保管していた。

一方、Aは、ほぼ毎日事務所に顔を出すものの、甲が作成・保管する帳簿及びAの通帳に目を通して収入・支出の状況を確認するだけであり、帳簿と金銭消費貸借契約書、請求書、領収証等とを突き合わせることはなかった。

乙は、甲の部下として営業を担当する事務員であり、顧客との契約交渉、貸付金の回収等を行っていたが、経理事務は担当しておらず、Aのカードの暗証番号を知らなかった。

2 甲は、愛人との遊興のため浪費が続き、次第に金銭に窮するようになっていたところ、Aが帳簿及び通帳に目を通すだけであったことから、通帳の記載に合う架空の出金事由を帳簿に記載しておけば、Aのカードを使って金銭を手に入れてもAに発覚することはないと考えた。

そこで、甲は、当面の遊興費として200万円を、Aの口座から、甲自身が代表者となっており、自ら通帳、届出印及びキャッシュカードを保管しているB社名義の銀行口座（以下「B社の口座」という。）に振り込むこととする一方、帳簿に広告宣伝費としてB社に200万円を支払った旨記載することとした。

ただ、経理担当の事務員は「Aクレジット」の取引先にB社がないことを知っていたため、同事務員にB社の口座への振込手続を行わせると不審に思われるおそれがあった。そこで、甲は、営業担当の事務員である乙であれば、経費の支払先のことを詳しくは知らないはずなので、自分の不正に気付かれることはないと考え、経理担当の事務員がいない時を見計らって、乙に振込手続を行わせることとした。

3 某日、経理担当の事務員が休暇を取って不在であったため、甲は、前記計画を実行することとし、自ら金庫を開けてAのカード及びAの通帳を取り出し、事務所にいた乙に「今日は経理担当者がいないから代わりに銀行に行ってくれ。B社から支払請求が来ているからB社の口座に200万円を振り込んでくれ。忘れずに記帳してきてくれ。」と指示してAのカード及びAの通帳を手渡すとともに、Aのカードの暗証番号、B社の口座番号等を伝えた。

4 他方、この指示を受けた乙は、かつて甲の机の中にB社名義の通帳があるのを見たことがあつ

た上、他の営業担当の事務員から、B社は甲がAに内緒で代表者となっている実体のない会社で、「Aクレジット」との取引関係が生ずることはあり得ない会社であると聞いたことがあったので、甲がB社の口座に振り込むことにより不正に200万円を手に入れようとしていることに気付いた。

しかし、乙は、甲が上司であったことから、とりあえずその指示に従うこととし、甲から受け取ったAのカード及びAの通帳を持って銀行に向かった。ところが、自己の借金の返済資金に窮していた乙は、銀行に行く途中で、経理事務の責任者である甲が200万円を不正に手に入れようとしているのだから、甲はその範囲内ならば経理関係の書類をごまかせるはずだと考え、この機会に便乗して自分も金銭を手に入れることとした。そして、乙は、すぐにも120万円の借金の返済が必要だったことから、Aの口座から120万円を引き下ろして自己の借金の返済に充て、甲から指示された金額との差額の80万円は、甲の指示どおりAの口座からB社の口座に振り込むこととした。

- 5 銀行に着いた乙は、Aのカードを現金自動預払機（以下「ATM」という。）に挿入し、まず80万円をAの口座からB社の口座に口座間で直接振り込む操作を行ってB社の口座に入金した後、すぐに同じATMにAのカードを再び挿入し、Aの口座から現金合計120万円を引き下ろしてこれを自己のポケットに入れた。そして、乙は、Aの通帳にB社に対する80万円の振込みと120万円の現金出金の取引を記帳した後、直ちに同銀行の窓口に行き、自己の借金の返済のため前記現金120万円をサラ金業者の銀行口座に振り込む手続を行った。

その後、乙は、銀行を出て「Aクレジット」の事務所に戻り、Aのカード及びAの通帳を甲に渡した。

- 6 乙からAの通帳等を受け取った甲は、Aの通帳の記帳内容を見て、B社に80万円しか振り込まれていない上、120万円の現金出金がなされていたことから、乙に問いただしたところ、乙は、甲に「120万円は私の方で借金の返済に使ってしまいました。あなたも同じようなことをやっているじゃないですか。私の分も何とかしてくださいよ。」と言った。

甲は、それまで、乙が甲の不正を知っているとは思っておらず、また、乙がそのような不正をするとは予想もしていなかった。

甲は、乙が指示に従わずに120万円を引き下ろしたことに腹が立ったが、このことがAに発覚すれば、自己の不正も発覚し、暴力団と関係があり粗暴なAにどんなひどい目に遭わされるかわからないため、そのような事態は何としても避けなければならないと考えた。そこで、甲は、乙に「分かった。お前の下ろした120万円は今回は何とかしてやるが、もう二度とこんなことはするな。」と言った。

- 7 「Aクレジット」では、前記のとおり取引先に対する経費の支払は、Aの口座から取引先の口座に直接振り込むことによって行っていたことから、甲は、Aの口座からB社の口座に振り込まれた80万円については、当初の計画どおり帳簿に架空の広告宣伝費を計上しておけばAに発覚せずに済むが、120万円については、現金出金であるため、架空経費の計上を装ってごまかすことは難しいと考えた。

そこで、「Aクレジット」では、前記のとおり顧客に対する貸付けは、現金で行うこともあったので、甲は、120万円の現金出金日に、甲の友人でAと面識のない丙に対して返済期日を10日後とする現金120万円の貸付けを行ったことにした上で、その返済期日に集金した現金を強盗に奪われたように装うこととした。

- 8 その数日後、甲は、乙に「お前が下ろした120万円は、出金日の10日後を返済期日として丙に貸し付けたことにしてある。お前が丙の住んでいるCマンションで丙から集金して帰る途中、その地下駐車場で強盗に襲われて集金した金を奪われたことにしたい。お前は自動車のトランクに入れてくれ。俺がガムテープでお前の手足を縛り、口を塞いでやる。そうすれば、強盗に襲われたように見える。30分くらいしたら俺が警察に通報してやるから大丈夫だ。警察にはけん銃

を持った強盗に襲われたと言ってくれ。」と持ちかけた。乙は、自己の借金の返済に充てた金銭の後始末であることやAが粗暴な人間であることを考えると、甲の言うとおりにするのが最も良いと思い、これを承諾した。

なお、甲は、警察に事情を聴かれた場合に備えて、丙に対し、前記事情を一切告げずに、『Aクレジット』から120万円を借りて10日後に返済したことにしてくれ。迷惑はかけない。」と依頼した。

- 9 前記120万円の返済期日とした日、甲と乙は、Cマンションの地下駐車場で落ち合った。乙は、集金の際に平素から使用している営業用の自動車に乗ってきており、これを同地下駐車場に駐車していた。甲は、その自動車のトランク内に横たわった乙の両手首と両足首をガムテープで縛り、乙の口を更にガムテープで塞ぎ、乙が鼻で呼吸できることを確認した後、トランクを閉めてその場を立ち去った。
- 10 その約30分後、甲は、匿名で警察に電話をかけて、「Cマンションの地下駐車場に駐車中の車のトランクの中からゴトゴトと不審な音がするから調べてほしい。」と通報した。この通報を受けて間もなく同駐車場に駆けつけた警察官により、乙は発見された。乙は、警察官に「けん銃を持った強盗に襲われて丙から集金した現金120万円とその利息を奪われ、自動車のトランクに閉じ込められた。」と説明した。

【第2問】（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。なお、【資料1】の供述内容は信用できるものとし、【資料2】の搜索差押許可状は適法に発付されたものとする。

【事例】

- 1 警察は、平成21年1月17日、軽自動車（以下「本件車両」という。）がM埠頭の海中に沈んでいるとの通報を受け、海中から本件車両を引き上げたところ、その運転席からシートベルトをした状態のVの死体が発見された。司法解剖の結果、Vの死因は溺死ではなく、頸部圧迫による窒息死であると判明した。警察が捜査すると、埠頭付近に設置された防犯カメラに本件車両を運転している甲野太郎（以下「甲」という。）と助手席にいるVの姿が写っており、その日時が同年1月13日午前3時5分であった。同年1月19日、警察が甲を取り調べると、甲は、Vの頸部をロープで絞めて殺害し、死体を海中に捨てた旨供述したことから、警察は、同日、甲を殺人罪及び死体遺棄罪で逮捕した。勾留後の取調べで、甲は、Vの別居中の妻である乙野花子（以下「乙」という。）から依頼されてVを殺害したなどと供述したため、司法警察員警部補Pは、その供述を調書に録取し、【資料1】の供述調書（本問題集8ページ参照）を作成した。
- 2 警察は、前記供述調書等を疎明資料として、殺人、死体遺棄の犯罪事実で、搜索すべき場所をT化粧品販売株式会社（以下「T社」という。）事務所とする搜索差押許可状の発付を請求し、裁判官から【資料2】の搜索差押許可状（本問題集9ページ参照）の発付を受けた。なお、同事務所では、T社の代表取締役である乙のほか、A及びBら7名が従業員として働いている。
Pは、5名の部下とともに、同年1月26日午前9時、同事務所に赴き、同事務所にいたBと応対した。乙及びAらは不在であり、Pは、Bを介して乙に連絡を取ろうとしたが、連絡を取ることができなかったため、同日午前9時15分、Bに前記搜索差押許可状を示して搜索を開始した。Pらが同事務所内を搜索したところ、電話台の上の壁にあるフックにカレンダーが掛けられており、そのカレンダーを外すと、そのコンクリートの壁にボールペンで書かれた文字を消した跡があった。Pらがその跡をよく見ると、「1/12△フトウ」となっており、「1/12」と「フトウ」という文字までは読み取ることができたが、「△」の一文字分については読み取ることができなかった。そこで、Pらは、壁から約30センチメートル離れた位置から、その記載部分を写真撮影した【写真①】。
- 3 同事務所内には、事務机等のほかに引き出し部分が5段あるレターケースがあり、Pらがそのレターケースを搜索すると、その3段目の引き出し内に預金通帳2冊、パスポート1通、名刺10枚、印鑑2個、はがき3枚が入っていた。Pが、Bに対し、その引き出しの使用者を尋ねたところ、Bは、「だれが使っているのか分かりません。」と答えた。そこで、Pらがその預金通帳2冊を取り出して確認すると、1冊目はX銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年6月6日からであり、現在も使われているものであった。2冊目はY銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年10月10日からであり、現在も使われているものであった。X銀行の預金口座には、不定期の入出金が多数回あり、その通帳の平成21年1月14日の取引日欄に、カードによる現金30万円の出金が印字されていて、その部分の右横に「→T.K」と鉛筆で書き込まれていたが、そのほかのページには書き込みがなかった。また、Y銀行の預金口座には、T社からの入金が定期的であり、電気代や水道代などが定期的に出金されているほか、カードによる不定期の現金出金が多数回あった。その通帳には書き込みはなかった。次に、Pらがその引き出し内にあるパスポートなどを取り出し、それらの内容を確認すると、パスポートの名義が「乙野花子」で、名刺10枚は「乙野花子」と印刷されており、はがき3枚のあて名は「乙野花子」となっていた。印鑑2個は、いずれも「A」と刻印されていて、X銀行及びY銀行への届出印と似ていた。Pらは、その引き出し内にあったものをいずれも元の位置に戻した上、その引き出し内を写真撮影した。
- 4 引き続き、Pらは、X銀行の預金通帳を事務機の上に置き、それを写真撮影しようとする

Bは、「それはAさんの通帳なので写真を撮らないでください。」と述べ、その写真撮影に抗議した。しかし、Pらは、「捜査に必要である。」と答え、その場で、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真②】。さらに、Pらは、Y銀行の預金通帳を事務机の上に置き、同様に、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真③】。なお、Pらは、X銀行の預金通帳を差し押さえたが、Y銀行の預金通帳は差し押さえなかった。

5 次に、Pらは、パスポート、名刺、はがき及び印鑑を事務机の上に置き、パスポートの名義の記載があるページを開いた上、そのページ、名刺10枚、はがき3枚のあて名部分及び印鑑2個の刻印部分を順次写真撮影した【写真④】。なお、Pらは、そのパスポート、名刺、はがき及び印鑑をいずれも差し押さえず、捜索差押えを終了した。

6 その後、捜査を継続していたPらは、平成21年2月3日、甲の立会いの下、M埠頭において、海中に転落した本件車両と同一型式の実験車両及びVと同じ重量の人形を用い、本件車両を海中に転落させた状況を再現する実験を行った。なお、実験車両は、本件車両と同じオートマチック仕様の軽自動車であり、現場は、岸壁に向かって約1度から2度の下り勾配になっていた。

Pらは、甲に対し、犯行当時と同じ方法で実験車両を海中に転落させるよう求めると、甲は、本件車両を岸壁から約5メートル離れた地点に停車させたと説明してから、その地点に停車した実験車両の助手席にある人形を両手で抱えて車外に持ち出した。甲は、その人形を運転席側ドアまで移動させてから車内の運転席に押し込み、その人形にシートベルトを締めた。そして、甲は、運転席側ドアから車内に上半身を入れ、サイドブレーキを解除した上、セレクトレバーをドライブレンジにして運転席側ドアを閉めた。すると、同車両は、岸壁に向けて徐々に動き出し、前輪が岸壁から落ちたものの、車底部が岸壁にぶつかったため、その上で止まり、海中に転落しなかった。甲は、同車両の後方に移動し、後部バンパーを両手で持ち上げ、前方に重心を移動させると、同車両が海中に転落して沈んでいった。その後、Pらが海中から同車両を引き上げ、その車底部を確認したところ、車底部の損傷箇所が同年1月17日に発見された本件車両と同じ位置にあった。

7 Pは、この実験結果につき、実況見分調書を作成した。同調書には、作成名義人であるPの署名押印があるほか、実況見分の日時、場所及び立会人についての記載があり、実況見分の目的として「死体遺棄の手段方法を明らかにして、証拠を保全するため」との記載がある。加えて、実況見分の経過として、写真が添付され、その写真の下に甲の説明が記載されている。

具体的には、岸壁から約5メートル離れた地点に停止している実験車両を甲が指さしている場面の写真、甲が両手で抱えた人形を運転席に向けて引きずっている場面の写真、甲が運転席に上半身を入れて、サイドブレーキを解除し、セレクトレバーをドライブレンジにした場面の写真、同車両の前輪が岸壁から落ちたものの車底部が岸壁にぶつかってその上で同車両が止まっている場面の写真、甲が同車両の後部バンパーを両手で持ち上げている場面の写真、同車両が岸壁から海中に転落した場面の写真、同車両底部の損傷箇所の位置が分かる写真が添付されている。そして、各写真の下に「私は、車をこのように停止させました。」「私は、助手席の被害者をこのように運転席に移動させました。」「私は、このようにサイドブレーキを解除してセレクトレバーをドライブレンジにしました。」「車は、このように岸壁の上で止まりました。」「私は、このように車の後部バンパーを持ち上げました。」「車は、このように海に転落しました。」「車の底には傷が付いています。」との記載がある。

8 その後、同年2月9日、検察官は、被告人甲が乙と共謀の上、Vを殺害してその死体を遺棄した旨の公訴事実で、甲を殺人罪及び死体遺棄罪により起訴した。被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、殺人、死体遺棄の犯人ではない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官が、前記実況見分調書につき、「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨で証拠調べ請求したところ、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」であると考え、証拠とすることに不同意の意見を述べた。

〔設問 1〕 〔写真①〕 から 〔写真④〕 の写真撮影の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問 2〕 【事例】 中の実況見分調書の証拠能力について論じなさい。

【資料 1】

供 述 調 書

本籍，住居，職業，生年月日省略

甲 野 太 郎

上記の者に対する殺人，死体遺棄被疑事件につき，平成21年1月24日〇〇県〇〇警察署において，本職は，あらかじめ被疑者に対し，自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げて取り調べたところ，任意次のおり供述した。

- 1 私は，平成21年1月13日午前2時ころ，V方前の道で，Vの首をロープで絞めて殺し，その死体を海に捨てましたが，私がそのようなことをしたのは，乙からVを殺すように頼まれたからでした。
- 2 私は，約2年前に，クリーニング店で働いており，その取引先に乙が経営していたT化粧品販売という会社があったため，乙と知り合いました。私は，次第に乙に惹かれるようになり，平成19年12月ころから，乙と付き合うようになりました。乙の話では，乙にはVという夫がいるものの，別居しているということでした。
- 3 平成20年11月中旬ころ，私は，乙から「Vに3000万円の生命保険を掛けている。Vが死ねば約2000万円ある借金を返すことができる。報酬として300万円をあげるからVを殺して。」と言われました。私は，最初，乙の冗談であると思いましたが，その後，乙と話をするたびに何回も同じ話をされたので，乙が本気であることが分かりました。そのころ，私にも約300万円の借金があったため，報酬の金が手に入ればその借金を返すことができると思い，Vを殺すことに決めました。そこで，平成21年1月11日午後9時ころ，乙から私に電話があったとき，私は，乙に「明日の夜，M埠頭で車の転落事故を装ってVを殺す。」と言うと，乙から「お願い。」と言われました。
- 4 1月12日の夜，私がV方前の道でVを待ち伏せしていると，翌日の午前2時ころ，酔っ払った様子のVが歩いて帰ってきました。私は，Vを殺すため，その後ろから首にロープを巻き付け，思い切りそのロープの端を両手で引っ張りました。Vは，手足をばたつかせましたが，しばらくすると，動かなくなりました。私が手をVの口に当てると，Vは，息をしていませんでした。
- 5 私は，Vの服のポケットから車の鍵を取り出し，その鍵でV方にあった軽自動車のドアを開け，Vの死体を助手席に乗せました。そして，私は，Vが運転中に誤って岸壁から転落したという事故を装うため，その車を運転してM埠頭に向かいました。私は，午前3時過ぎころ，M埠頭の岸壁から少し離れたところに車を止め，助手席の死体を両手で抱えて車外に持ち出し，運転席側ドアまで移動して，その死体を運転席に押し込み，その上半身にシートベルトを締めました。そして，私は，運転席側ドアから車内に上半身を入れ，サイドブレーキを解除し，セレクトレバーをドライブレンジにしてからそのドアを閉めました。すると，その車は，岸壁に向けて少しずつ動き出し，前輪が岸壁から落ちたものの，車の底が岸壁にぶつかってしまい，車がその上で止まってしまいました。そこで，私は，車の後ろに移動し，思い切り力を入れて後ろのバンパーを両手で持ち上げ，前方に重心を移動させると，軽自動車であったため，車が少し動き，そのままザッブーンという大きな音を立てて海の中に落ちました。私は，だれかに見られていないかとドキドキしながらすぐに走って逃げました。
- 6 その後，私は，乙にVを殺したことを告げ，1月15日の夕方，乙と待ち合わせた喫茶店で，乙から報酬の一部として現金30万円を受け取り，その翌日の夕方，同じ喫茶店で，乙から報酬の一部として現金20万円を受け取りました。

甲 野 太 郎 指印

以上のとおり録取して読み聞かせた上，閲覧させたところ，誤りのないことを申し立て，欄外に指印した上，末尾に署名指印した。（欄外の指印省略）

前 同 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警部補

P

㊟

【資料2】

捜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	甲 野 太 郎 昭和 32 年 9 月 29 日生
罪 名	殺 人, 死 体 遺 棄
捜 索 す べ き 場 所 , 身 体 又 は 物	〇〇県〇〇市桜が岡6丁目24番4号日本橋ビル1階 T化粧品販売株式会社事務所
差 し 押 さ え る べ き 物	本件に関連する保険証書, 借用証書, 預金通帳, 金銭出納帳, 手帳, メモ, ノート
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	司法警察員警部補 P
有 効 期 間	平成 21 年 2 月 1 日まで
<p>有効期間経過後は, この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には, これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても, 捜索又は差押えの必要がなくなったときは, 直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
<p>被疑者に対する上記被疑事件について, 上記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平成 21 年 1 月 25 日 <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 簡 易 裁 判 所 <input type="checkbox"/> 裁 判 官 某 <input type="checkbox"/></p>	