

〔公法系科目 第1問〕

1. 本問は、匿名表現の自由の制約（規制①）、結社の自由、団体とその構成員の表現の自由・プライバシーの権利の制約（規制②）の可否を問うものである。

規制①は、集団行進（集団示威運動を含む）における公共の安全を害する行為の抑止を目的に、行進参加者が覆面や仮面等で顔を隠し容貌の確認を困難にする行為を禁止するものである。単に、集団行進への参加の態様の制約にとどまらず、匿名での表現の制約という問題を含むことに留意する必要がある。

規制②は、公共の安全を害する行為を実効的に抑止するため、そのような行為を助長する団体の活動を把握し、集団行進に際し所要の措置を採ることを可能にするという目的のもと、集団行進において公共の安全を害する行為を行った者が一定比率以上含まれる団体を観察対象として指定するとともに、当該団体がその活動のために利用している機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等について、報告を義務付けるものである。また、上記の目的に加えて、団体の活動を観察対象とすることで、団体の表現活動を抑止しようという狙いもうかがえる。かかる措置は、結社の自由、団体の表現活動・プライバシーの制約に加えて、その構成員の表現活動・プライバシーをも制約するものとなっている。

2. 規制①については、匿名で表現を行うことがどこまで憲法第21条で保障されるのかを踏まえておく必要がある。匿名表現の自由は、基本書などでは必ずしも正面から論じられていない。しかし、憲法第21条第1項は、特に限定を付することなく幅広い表現行為を保障しており、本問で問題となる表現行為についても、顕名であるか匿名であるかを問わず、保障されているとみることができよう。表現の匿名性は、発信者情報開示の仕組みなどに関連して、インターネット上の表現をめぐる議論となっている点でもあり、その意義や問題を意識して立論することは十分に可能であろう。表現者が特定されない匿名での表現には、弱い立場の者であっても、社会的圧力にさらされやすい表現行為を萎縮せずに行い得るといったメリットがあり、表現の自由として保護する価値は高いと言える。他方で、顕名であれば行わないような、他者の権利を侵害する行為や違法行為などがなされるおそれもある。以上のような問題の所在が把握できていれば、匿名表現という言葉を使っていなくとも差し支えない。匿名表現を正面から扱った最高裁判所の判例はないが、報道関係者の取材源の秘匿について、情報提供者の匿名性に配慮した判断を行っている決定（最決平成18年10月3日民集60巻8号2647頁）がある。

規制①では、集団行進における匿名表現の規制が問題となっている。集団行進の自由は、「動く集会」とみれば「集会の自由」の内容として、あるいは「その他一切の表現の自由」の一つとして、位置付けることができる。集団行進の規制については、公安条例による集団示威運動の規制をめぐる判決（新潟県公安条例事件、最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁）や、市民会館の利用拒否をめぐる「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見される」ことが必要だとした判決（泉佐野市民会館事件、最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）などが想起されよう。

規制①は、集団行進について不許可としたり条件を付したりするものではない。また、顔を隠す行為自体には、特定のメッセージは込められていないとされており、その限りでは、表現内容に着目した規制が問題になるわけではない。集団行進への参加の態様の規制であり、ひとまずは、内容中立的な規制とみることができよう。ただし、匿名での集団行進への参加が禁止されており、上記の匿名表現の意義を考えれば、社会的圧力にさらされやすい表現行為に対し

て強い萎縮効果を及ぼす規制となっている。それだけに、規制①の憲法適合性の判断に当たっては、匿名表現の意義を踏まえた慎重な検討が必要となる。

全国の大規模なデモで暴力行為が頻発し、現実には身体や財産が侵害される事態が生じていることからすると、上記の立法目的は重要あるいは極めて重要な公共の利益にかなうと言える。

一方、この目的を達成するために採られる措置は、暴力行為が発生する蓋然性などを考慮せず、暴力行為を行っている者や行うおそれが高い者だけでなく、平穩に集団行進に参加している者に対してまで一律に顔を隠す行為を禁止している。かなり広範囲な規制であり、また、その萎縮効果も無視できない。「正当な理由」がある場合には顔を隠すことが許されるが、その運用のいかんでは、過剰な規制ともなり得る。

これに対して、表現内容に着目した規制ではなく集団行進への参加の一態様を規制するにすぎない、顔を隠さなくてもメッセージは十分に伝達可能であり、集団行進において匿名での表現行為を保障する必要性は高くない、といった点を強調した議論を行うことも考えられる。いわゆるデモ隊暴徒化論（東京都公安条例事件，最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁）などを援用し、規制①の必要性を根拠付けることもできる。

3. 規制②では、団体の指定の要件、報告義務を課すこと、さらには観察処分それ自体の合憲性が問題となるが、それらは一体をなしているから、適切な判断枠組みを設定する前提として、規制②全体からどのような憲法上の権利の制約が生じているかを、まずは検討することになる。制約される権利としては、結社の自由、表現の自由、プライバシーの権利が考えられる。これら3つの権利の制約を論じる際には、いくつかの構成があり得る。例えば、規制対象となるのは表現活動を行っている団体であるから、表現活動の制約を結社の自由の制約として論じ、それと関連付けて、あるいはそれとは独立に、団体のプライバシーの権利の制約を論じることが可能である。あるいは、結社の自由それ自体の制約ではなく、団体の表現の自由・プライバシーの権利の制約を論ずることもあり得る。さらに、観察処分を受けること自体が、団体の表現の自由・プライバシーの権利の制約には解消されない団体の活動の制約を含むとみるならば、結社の自由の制約を、他の2つの権利の制約とは別に検討することになる。

結社の自由の制約が問題となる立法としては、破壊活動防止法や、無差別大量殺人行為を行った団体を対象としたいわゆる団体規制法がある。後者は、規制②と同様の観察処分について定めており、下級審ではあるが、同法の合憲性をめぐる裁判例（東京地判平成13年6月13日判時1755号3頁）が本問でも参考となる。ただし、本問の法律案の骨子との違いには留意する必要がある。本問で規制対象となっている団体の危険性は、団体規制法が対象とする団体と比べると、決して高いとは言えない。規制の仕組みも異なっている。

報告義務の対象となるのは、誰もが閲覧可能な表現に係るものである。しかし、団体の名義が直接用いられていない場合には、報告によって、団体の構成員が特定されたり、あるいはその可能性が高まったりすることになる。また、観察処分を受け報告義務を課されることが、萎縮効果を生じさせ、団体による表現活動の抑制につながる可能性もある。なお、個人が利用しているウェブサイトやSNSのアカウントも、団体の活動に用いられている場合には報告の対象となるので、構成員の表現の自由やプライバシーの権利を制約する側面もある。

ウェブサイト、SNS等には、団体の主張や構成員の思想信条など、個人の内面に關わる情報が含まれ得る。公権力によるこれらの情報の収集は、団体及びその構成員双方のプライバシーの権利の制約となり得る。プライバシーの意義や保護範囲をめぐっては、前科照会事件（最

判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁), 指紋押捺訴訟(最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁), 住基ネット訴訟(最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁)などの判決を参考として, 立論することが期待される。

本問の法律案の骨子は, 誰もが閲覧可能な表現に関して報告義務を課するにとどまり, 団体規制法にある立入検査や構成員氏名等の報告義務は含んでおらず, 規制態様は必ずしも強くないとみることもできる。また, 団体規制法と同様に, 団体の政治的主張などではなく, 専ら公共の安全に対する団体の危険性に着目した規制である。一方で, 誰もが閲覧可能なウェブサイトやSNS等が対象とはいえ, 観察処分を受け, 報告義務を課されることで, 上記のように, 団体や構成員の表現活動に対し無視できない影響が生じ得る。また, 個人の内面に关わる情報が収集され, 団体及び構成員の活動が把握され得る。

上記のような問題となる権利の重要性, 制約の態様などを考慮して, 規制②の憲法適合性を判断する適切な判断枠組みを設定する必要がある。

規制②の目的は, 公共の安全を害する行為を実効的に抑止するため, そのような行為を助長する団体の活動を把握し, 集団行進に際し所要の措置を採ることを可能にするというものであり, 規制①と同様に, 重要あるいは極めて重要な公共の利益にかなうものと言えよう。

目的達成の手段としては, まず, 団体の指定の要件が問題となる。規制②では, 過去5年間に公共の安全を害する行為で処罰された者の比率という客観的な指標を基準として, 実際に問題を起こしている団体が規制対象となるような仕組みが採られている。規制対象が一定の危険性がある団体のみに絞り込まれているとみることもできる。しかし, ここで問題となる団体は, 組織の外延が曖昧であり, 構成員の把握は決して容易ではない。規制目的を達成する手段としての実効性には疑問も残る。また, 過去5年間の行為を問題としていること, 処分期間が最長で1年に及ぶことから, 現在は危険性が低い団体が指定対象となる可能性がある。

報告義務の対象となるのは, 誰もが閲覧可能な機関紙, ウェブサイト, SNS等の情報にとどまる。とはいえ, 団体の活動に用いられている媒体について幅広く, また1か月ごとの報告が義務付けられており, 団体や構成員のプライバシーに係る情報が, 継続的かつ網羅的に収集され, 把握されているという点には留意する必要がある。継続的・網羅的な情報収集の問題をめぐっては, GPS捜査に関する判決(最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁)が参考となろう。

〔公法系科目 第2問〕

本問は、A市の市道上で屋台営業を行うために必要な市道占用許可（道路法第32条第1項第6号）を自ら取得せず、他人の名義を借りて屋台営業を行ってきた者（以下「他人名義営業者」という。）であるBが、名義貸し行為の一掃を目指すA市屋台基本条例（以下「本件条例」という。）の施行後も、従前からの場所（以下「本件区画」という。）で屋台営業を続けるため、本件条例第25条所定の屋台営業候補者の公募に応募したところ、A市長（以下「市長」という。）が本件区画についてBを屋台営業候補者に選定しない旨の決定（以下「本件不選定決定」という。）を行う一方で、Cを屋台営業候補者に選定する旨の決定（以下「本件候補者決定」という。）を行ったという事例における法的問題について論じさせるものである。

〔設問1〕(1)は、本件不選定決定の処分性の有無を問うものである。Bは屋台営業候補者の公募に応募して本件不選定決定を受けたことから、まずは、本件条例及び本件条例施行規則の仕組み（屋台営業候補者であることが市道占用許可の要件の一つとなっていること、A市屋台専門委員会（以下「委員会」という。）は選定基準に則して推薦を行い、それを受けて市長は選定を行うこと、市長は選定又は不選定の決定の通知を行うこと等）に即して、屋台営業候補者の選定が申請に対する処分当たるか、したがって本件不選定決定は申請拒否処分当たるかについて検討することが求められる。他方で、Bが最終的に求めているのは市道占用許可であるため、本件不選定決定は中間段階の決定にすぎず、処分当たらないのではないかという問題もある。そこで、本件不選定決定の処分性の有無については、Bが市道占用許可を申請して不許可処分を引き出し、その取消訴訟の中で本件不選定決定の違法性を争うといった訴訟手段との比較も視野に入れて検討する必要がある。

〔設問1〕(2)は、市長が既にCに対して本件候補者決定を行っていることから、Bが本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益が失われていないかを問うものである。この問題については、最判昭和43年12月24日民集22巻13号3254頁を参考にして、BとC及び本件不選定決定と本件候補者決定がいかなる関係にあるかを踏まえ、本件不選定決定の取消判決の効力によって生じることになる事態を正確に追跡し、Bが屋台営業候補者に選定される可能性が残っているかを検討することが求められる。

〔設問2〕は、本件不選定決定の取消訴訟において主張すべき違法事由を問うものである。まず、本件不選定決定の違法事由を検討する前提として、①本件条例の施行の際にBの地位への配慮に欠ける点がなかったか、②委員会の屋台営業候補者の推薦に係る判断に瑕疵はなかったか（より具体的には、屋台営業の実績を考慮して審査を行うという委員会の申合せに不合理な点はなかったか。）という問題の検討が求められる。

①の問題については、Bが本件区画で10年以上も屋台営業を行ってきたという事実を踏まえ、市道占用許可は財産権保護の観点から更新が原則であるという解釈が成り立たないか、屋台営業において他人の名義を借りることは、A市における実害や過去の取扱い、道路法及び本件条例で定める市道占用許可の要件に照らして、営業の実績が全て法的な保護に値しなくなるほど悪質な行為と評価できるかといった検討を行うことが要求される。この①の問題の検討の結果を踏まえ、市長が本件不選定決定を行う際に自身の公約を重視する一方でBの地位に更なる配慮を行わなかったことについていかなる違法事由を主張すべきかが論じられるべきことになる。

②の問題については、委員会の申合せが本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らして是認することができるか、また、新規に屋台営業を始めようとして公募に応募した者の利

益を不当に侵害することにならないかの検討が要求される。前者は、基本的に本件条例施行規則第19条各号の解釈の問題であるが、後者は、とりわけ、屋台営業候補者選定指針は目にしたものの本件委員会の申合せを知るすべもなく公募に応募した者の権利保護といった観点からの検討が期待される。この②の問題の検討の結果を踏まえ、最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁を参考にして、市長が本件不選定決定を行うことによって「特段の合理的な理由」がないにもかかわらず委員会の推薦を覆したとの違法事由を主張し得るかが論じられるべきことになる。

〔民事系科目 第1問〕

1. 設問1について

- (1) 設問1は、民法第192条及び第193条に関する基本知識を確認する趣旨の出題であり、これらの規定がどのような関係に立つか、指図による占有移転による即時取得は認められるか、盗品・遺失物につき被害者が回復請求をするまでの使用利益が誰に帰属するかなどについて理解を問うものである。
- (2) 請求1については、Aが占有者Cに対して甲の所有権に基づく返還請求権を行使するものであることを示す必要がある。これに対し、Cは、下線部⑦において、Dが甲の所有権を即時取得したことにより、Aが所有権を喪失したとの抗弁を主張していると考えられ、この抗弁に言及することが求められる。占有権原を有するとの抗弁を主張していると考え余地もあるが、仮にそのような主張をしようとする場合には、使用貸主が所有権を有していることが前提とされなければならない。また、使用借権は第三者対抗力を欠くから、結局は、Dが甲を即時取得し、それによってAが甲の所有権を喪失したことに言及する必要がある。

Dの即時取得が認められるかを解答するに当たっては、即時取得の要件について、本問における具体的な事実当てはめて検討することが必要になる。その際、要件の一部については推定が認められていること、善意無過失の意義などについても触れておくことが望ましい。本問においては「占有を始めた」という要件がポイントとなり、Dは指図による占有移転によってその間接占有を承継取得したことを指摘する必要がある。

下線部⑦におけるAの反論は、指図による占有移転によっては即時取得に必要な「占有を始めた」という要件は満たされないと主張するものであり、観念的な占有の移転によっては「占有を始めた」とはいえないことを指摘する趣旨のものであることを示す必要がある。その上で、民法第192条の「占有を始めた」という要件が同法第178条の「引渡し」の要件と区別されることから、後者を満たしても前者を満たすとは当然にはいえないことも指摘されていることが望ましい。

次に下線部⑧におけるAの反論は、甲が盗品であることから、たとえ民法第192条の要件が満たされるとしても、同法第193条に基づき、Aは甲の回復を求めることができるという趣旨を述べるものであると考えられる。そこで、甲が盗品であること、Cが甲の「占有者」であること、Aによる回復請求は盗難の日から2年を経過していないことを指摘する必要がある。その際、同条における「占有者」を同法第192条の「占有を始めた者」と同義に解すべき理由がないことも示されていることが望ましい。もっとも、この点に関しては、同法第193条と同法第192条の「占有者」を同義に解したうえで、Dが「占有者」に当たり、Dとの使用貸借関係に基づき甲を占有するCはDと別個独自の地位を主張して甲の回復請求を拒むことはできないとの説明や、盗難時から2年間は同条による即時取得がそもそも生じ得ないとして、同法第193条の要件のうち盗品であることと期間以外のものが充足されているかどうかの検討を経ることなく、Aは所有権に基づき甲の返還請求権を行使することができ、Aとの関係で占有権原を有しないCはこれを拒むことができないという説明も考えられる。

請求1の当否を検討するに当たっては、下線部⑦から⑨までの各主張の趣旨を正確に理解した上でそれぞれの当否を検討する必要がある。まず、下線部⑦のAの反論に関しては、その当否についていずれの立場に立つにしても、民法第192条の「占有を始めた」とは、占有者が「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得すること」を意味するものと解する判例準則（最判昭和35・2・11民集14巻2号168頁）が確立していることを

踏まえ、下線部④におけるAの反論の内容がこの判例準則の理解として適切であるかどうかについて理由を付して述べることが求められる。そして、Dによる即時取得の成否について検討した上で、民法第193条の適用の可否について検討し、CはAからの甲の返還請求を拒絶することができないという結論を述べる必要がある。

- (3) 請求2では、Cが甲の占有を開始した令和2年5月1日から甲をAに返還するまでの間の使用利益が誰に帰属するかが問われている。盗品・遺失物の占有者が占有の開始時から被害者又は遺失者に目的物を返還するまでの間の使用利益の帰属について、民法第194条が適用される事例においては、所有権帰属の観点ではなく、同条の趣旨に基づき、代価弁償の提供があるまでの間の使用収益権が占有者に認められている（最判平成12・6・27民集54巻5号1737頁）。しかし、本問は同条の適用事例ではなく、同法第193条が同法第192条とどのような関係に立ち、どのような効果を定めているのかが別途問題となり得る。

まず、Aは、Aに甲の所有権が帰属するという前提に立ち、使用貸借契約に基づく占有権原を主張することができないCに対し、不当利得返還請求権に基づいて使用利益の返還を請求していることを示す必要がある。

そこで、民法第193条の趣旨に鑑み、盗難又は遺失から回復請求がされるまでの間の所有権が原権利者と占有者のいずれに帰属するかが問題になり、この点について理由を付してその結論を述べる必要がある。判例は、同条の効果について、占有者がいったんその物につき即時取得した所有権その他の本権を回復するのではなく、占有者が盗難又は遺失の時から2年以内に被害者又は遺失主より回復の請求を受けない場合にはじめてその物の上に行使する権利を取得する趣旨を定めたものであると解している（大判大正10・7・8民録27輯1373頁）。原所有者帰属説によると、CはBからDへの譲渡がされた後も無権原でAの所有物である甲を占有し使用していたこととなり、使用利益の返還に関しては同法第189条及び第190条の定めに従うべきこととなる。Cが善意であれば同法第189条第1項に基づき甲の果実收取権を有し、少なくとも回復請求がされるまでの使用利益についても返還する必要がなく、Aは、令和2年5月1日以降回復請求がされるまでの間の甲の使用料相当額の支払をCに求めることができない。もっとも、本権に基づく訴えに敗訴し、悪意占有者とみなされる場合、Cは訴え提起時以降甲を返還するまでの使用料相当額の支払義務を負う。なお、甲を直接占有するCは「占有者」に当たり、間接占有者としてBがかつて存在していた、あるいは現にDが存在するとしても、上記の結論に影響を及ぼさないことも併せて指摘されることが望ましい。

占有者帰属説は、回復請求の効果が遡及するという立場と将来に向かって効力を生ずるという立場に分かれ得るが、効果が遡及するという立場からは、甲の所有権はAの下にとどまっていたことになるため、AC間の法律関係は原所有者帰属説と同様に処理される。他方、将来に向かって効力を生ずるという立場を採る場合には、占有者に使用収益権能が帰属する以上、占有者の主観的態様を問わず、およそ原権利者がその間の使用利益相当額の支払請求をすることができないとする結論が比較的に自然に導かれるが、目的物の所有権の帰属と使用利益の帰属が分離して規律されているとする見方もあり得ないではない。いずれの立場であっても、DがBから甲を譲り受ける令和2年5月15日以前の使用料相当額にかかる請求に関しては、Cは無権原占有であるという評価を免れないから、この間の使用利益の返還については別途検討する必要がある。

2 設問2について

- (1) 設問2は、有償の役務提供契約が途中で終了した場合の法律関係を、特にその場合の報酬及び損害賠償について問うものである。当該役務提供契約の性質決定に関して、当該契約における債務の内容及びその特徴を明らかにし、民法の規定する役務提供型の契約類型の特質を踏まえて、当該契約の性質を決定することができるか、また、それを前提として、その中途終了の場合の報酬や損害賠償に関連する民法の規定の構造を理解しているか、契約類型に伴う異同について理解しているかを問うものである。

- (2) A E間の契約①は有償の役務提供契約であるところ、雇用（労働契約）は使用者との間の指揮命令関係の下での役務提供、請負は仕事の完成という結果の保証、委任は結果保証を伴わない事務の委託と裁量ある他人の事務の処理をもって、それぞれの特質と解されている。A E間には、使用者・労働者の指揮命令関係は認められず、EはAから独立して役務を提供するものであるから、契約①の性質としてあり得るのは、請負、委任（法律行為でないことから準委任（民法第656条））、またはいずれでもない非典型契約（無名契約）である。

契約①の性質をいずれと決定するかに当たっては、それぞれの契約類型の特質とともに、その特質に対応した契約①におけるEの役務提供の内容を明らかにすることが求められる。すなわち、請負の場合には、何をもって仕事の完成・結果保証といえるのか、委任の場合には、何をもってAの事務の委託あるいは裁量ある事務の処理といえるのか、また、無名契約の場合は典型契約の類型に該当しないという判断がどのように基礎付けられるのかを、Eの債務内容に照らして明らかにする必要がある。

契約①の性質の決定に当たっては、月額報酬と成果報酬が組み合わされているという契約①における報酬の定め方の捉え方も手がかりとなるため、契約①におけるEの債務内容の確定とその特質の抽出、契約①の性質決定においては、報酬の定め方を通じて、これらの報酬が何に対して支払われるものかについても考慮することが望ましい。

- (3) Aによる契約①の解除の性質は、任意解除権の行使によるものであると考えられる。請負、委任については、民法に任意解除権に関する規定が設けられている。無名契約であるときは、そのルール自体を構築していく必要があるが、Aのための役務提供であることなどに鑑み、請負や委任等の規定を手掛かりとして、少なくとも、Aからの解除は認められると論じることになろう。それぞれの立場から、根拠条文の要件を踏まえ、【事実】に即して当てはめる必要がある。

Aの解除を債務不履行解除とみる余地がないわけではないが、Eが提供する役務の性質上、Eには相当の裁量が認められるものと解されるので、Aによる改善要求が抽象的なものにとどまっていることも考慮すると、Eによる講座の運営がその裁量を逸脱したものとして債務不履行に当たると評価することは、結論的には困難であると考えられる。

- (4) A E間の報酬の取決めは、Eによる本件講座の提供に対して月々の報酬と、Aの従業員である受講者の乙検定の合格者数に応じた成果の報酬（成功報酬）という2本立てでされている。Eの請求3は、Aによる契約①の解除に伴い、講座提供がされた8月分について未払報酬の支払を求めるものである。

報酬については、準委任の場合も請負の場合も役務提供が先履行であり後払いが原則である（民法第648条第2項、第633条）。約定の月額報酬については、契約①を準委任とみる考え方においては、民法第648条第2項ただし書により準用される同法第624条第2項により、期間経過後に報酬を請求することができる。もっとも、対応する期間に履行がされ

ていることが前提であるから、Eの役務提供が契約に適合した債務の履行であったかが問題となり、債務不履行の該当性を判断することになる。請負の場合は、民法第633条ただし書・第624条第1項により、約定の役務提供が終わった後でなければ報酬を請求することができない。仕事完成前の解除がされた場合には、同法第634条により、既にした役務提供によってAが利益を受けているかどうか問題となる。5か月の役務提供をもって仕事の完成とみるか、月々の講義・役務提供が5か月分用意されるものとみるかによって中途解約であるかどうか異なり、報酬の根拠条文が異なるため、Eの債務内容に即して根拠条文及び請求の可否を示す必要がある。その前提として、債務の履行が必要であることは準委任の場合と同様である。

- (5) 請求4の120万円の支払請求は、役務提供がされていない9月分、10月分についてその月額報酬相当分を損害賠償として請求するものと考えられる。また、通学講座における代替講師のこの間の報酬40万円の支払は、Eが9月・10月の履行の準備のために支出を余儀なくされたものであり、約定どおりの報酬が得られたならばそれに織り込まれる性格の支出である。

中途解除の場合の損害賠償については、任意解除の場合、契約①が準委任であれば民法第651条第2項によることになる。したがって、Eに不利な時期の解除であるとき、契約①が受任者Eの利益をも目的とするものであるときのいずれかの場合には、AはEに対しその損害を賠償しなければならない。設問では、Eは、期間全体にわたり他の講座を断り（他の収入機会の喪失）、また、代替要員の手配（準備費用投下）などを行っており、「不利な時期」の解除に該当する余地がある。そのため、同項第1号にいう「不利な時期」とは何を指すのかを明らかにしつつ、本件のそれらへの該当性を判断し、また、それぞれの場合の損害賠償の内容について検討する必要がある。損害賠償を認める場合、まず、具体的に何が損害賠償の範囲に含まれるかを示す必要がある。損害賠償の範囲は不利な時期に解除したことによる損害に限られるというのが通説であり、そのように解釈される理由についても示すことが望ましい。また、委任契約が解除されなければ受任者が得たであろう利益から受任者が債務を免れることによって得た利益を控除する必要がある。

同項第2号の「受任者の利益」については、報酬を得るだけでは該当しないことが明文化されている。設問では、それ以外に受任者の利益として評価できる事実は見受けられない。任意解除の場合のEの損害賠償請求については、これらについても言及することが望ましい。

準委任の場合には、損害賠償の成否は「やむを得ない事由」の存否に左右されるため（民法第651条第2項柱書ただし書）、それについて検討する必要がある。

請負の場合は、完成前に解除されたと捉えるのであれば民法第641条により損害賠償が必要であり、その場合の損害賠償は履行利益賠償となる。したがって、Eは、9月分、10月分について、報酬から節約できた費用を差し引いた分を請求でき、一方、10月分について他所の講座を引き受けたことで得た報酬分は、損益相殺によって差し引くことになる。

無名契約の場合には、請負と委任のいずれに引き付けて考えるかによる。

3 設問3について

- (1) 設問3は、連帯保証ないし共同保証に関する条文と判例を正確に理解し、これを事例の解決のために適切に用いることができるかを問うものである。
- (2) 小問(1)は、保証人が債権者からの請求を拒絶することのできる事由について問うものである。

HはFに対して保証債務の履行を請求しているが、本問を検討する上では、まずHのFに対する500万円の支払請求についての請求原因を明らかにしておくことが求められる。HのFに対する請求の根拠（請求原因）は、AがHとの間で諾成的消費貸借契約である契約②を締結し、借入金500万円の交付を受けたこと、Fは、Hとの間で本件債務を連帯保証する旨の契約③を書面により締結していることである。

Fは、Hによる保証債務の履行請求に対して、まず、保証債務の消滅時効を援用し、債務の全額の支払を拒むことが考えられる。また、Fとしては主債務の時効消滅を援用することもでき（民法第145条括弧書）、主債務が消滅すれば、付従性によって保証債務も消滅する。解答に当たっては、関連条文を示しながら、事実在即して消滅時効を主張することの可能性を指摘することが求められる。

本問では、Aが令和10年6月20日に弁済の猶予を求める書面を送付して債務を承認しており、これによって時効は更新されている（民法第152条第1項）。本問の場合、令和15年5月10日の時点では、それから5年は経過していないので、消滅時効は完成していないことになる。Fが自身の負う保証債務の消滅時効を援用しようとしても、主債務者による時効の更新は保証人に対してもその効力を生ずるものとされているため、これは認められない。また、Fが主債務の消滅時効を主張しようとする場合も、主債務について消滅時効の更新がされており、保証人はこれを否定することができないから、やはり認められない。Fがどちらの債務の消滅時効を援用するか、ということと、Aの債務承認による時効更新の影響が同債務にどのように及ぶのか、ということとが矛盾なく説明されている必要がある。ここでは、主債務者の債務承認による時効更新の保証債務に対する影響関係が理解できているかが問われることとなる。

次に、AはHに対して絵画丙の売買契約による100万円の売買代金債権を有しており、Aが本件債務についてこの売買代金債権を自働債権とする相殺権を有していることを理由として、保証人であるFは、100万円分の支払を拒むことが考えられる（民法第457条第3項）。ここでは、主債務者の相殺権をもってする履行拒絶の可能性とその根拠条文が摘示されている必要がある。

もっとも、AがHに対して有する売買代金債権の弁済期は令和4年8月31日であり、令和15年5月10日の時点ではそれから11年が経過しているため、FがAの相殺権を理由として履行を拒絶した場合、Hとしては、自働債権が時効消滅しており、Aの相殺（ひいては、そのことに基づくFの履行拒絶）は認められない、と主張することが考えられる。時効によって消滅した債権を自働債権とする相殺をするためには、自働債権の消滅時効期間経過以前に受働債権と相殺適状にあったことを要し、そのためには受働債権の弁済期が現実に到来していたことを要するとした判例があり（最判平成25・2・28民集67巻2号343頁）、解答に当たっては、この判例を正しく理解している必要がある。単に判例の結論を知っていてそれを問題の事例に当てはめる、というだけでなく、なぜそのような解釈が採られるべきなのか、そして判例と同じ結論が本問の事例においても妥当するのかを説明することが求められる。

- (3) 小問(2)は、連帯保証人と主債務者、共同連帯保証人との関係について、弁済をした連帯保証人がすることのできる求償の範囲を問うものである。

連帯保証債務の弁済をしたFは、主債務者Aに対して求償をすることができる。FがAの委託を受けない保証人であるため、求償の根拠は、民法第462条第1項ないし事務管理に基づ

く費用償還請求（同法第702条第1項）に求められる。求償が認められる範囲については、同法第462条第1項が準用する同法第459条の2第1項により、主債務者が弁済の当時利益を受けた限度となる。このことから、FはAに対して弁済以後の法定利息や費用等までは請求できないことを示したうえで、求償額が300万円となることを説明することが求められる。

共同保証人のうちの1人が自己の負担部分を超える額を弁済したときは、他の共同保証人に対して求償をすることができる（民法第465条第1項）。共同保証人間の求償の場合は、弁済額が負担部分を超えていなくても負担部分の割合に応じて認められるという連帯債務者間の求償とは要件が異なり、負担部分を超える額を弁済したことが必要である。本問においては、FがHにした300万円の弁済が自己の負担部分を超えるものであるならば、FはGに対してその分の求償をすることができる。

そこで、共同保証人の内部的負担割合は特約等がなければ各自平等となること、Fが債権者から一部免除を得ていることを踏まえて、本問における具体的な事実関係に当てはめてFの負担部分を算出し、その上で求償の可否及び求償権の額を解答することが求められる。FがHにした免除がGをも免除する趣旨のものと解すべき事情が認められない限り、当該免除があってもFとGの内部的負担部分は各250万円のままであり、Fとしては、弁済をした300万円から250万円を差し引いた50万円をGに対して求償できることとなる。

〔民事系科目 第2問〕

1. 本問は、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）において、①代表取締役が当該株式会社を代表して当該代表取締役が個人として負う債務を連帯して保証する旨の合意をした場合に、当該株式会社がその連帯保証債務の履行を拒絶するために考えられる法的な主張としてどのようなものがあり、そのような主張が認められるのかを問うとともに（設問1）、②誰が株主であるかが争われている場合に、具体的な事実関係の下でどのように株主を認定すべきか（設問2）、③議決権の行使を委任することができる代理人を株主に限る旨の定款の規定がある場合に株主ではない弁護士が代理人として議決権を行使することの可否や、株主である株式会社の代表取締役がその内部的制限に反して当該株式会社を代表して議決権を行使することの可否といった株主総会における議決権行使の在り方（設問3）を問うものである。いずれについても、会社法上の重要な制度や判例に関する基本的な理解を前提に、問題点を適切に分析した上で、具体的な事実関係に応じて結論を導き出すことができるか否かを問うものである。
- 2(1) 設問1においては、甲社としては、①Aが甲社の代表取締役として締結した本件連帯保証契約は、利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会の承認が必要であった（同法第365条第1項）のに、取締役会の承認を得ていないので無効（甲社に効果不帰属）である、②本件連帯保証契約は、多額の借財（同法第362条第4項第2号）又は重要な業務執行（同項柱書）に該当し、取締役会設置会社である甲社においてはその取締役会によって決定されなければならないのに、取締役会によって決定されていないので無効（甲社に効果不帰属）であるなどと主張して、本件連帯保証契約に基づく債務の履行を拒絶することが考えられる。なお、甲社としては、上記①及び②のいずれかの主張が認められれば、上記債務の履行を拒絶することができることになる。
- (2) 甲社の上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、本件連帯保証契約が間接取引に該当するものであるにもかかわらず、甲社の取締役会の承認がないことを指摘した上で、取締役会の承認がない間接取引の効力について、判例（最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁）を踏まえて検討することが求められる。
- (3) 続いて、甲社の上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、甲社の財務状況や本件連帯保証契約に係る主債務の額等の本問の事実関係に照らし、多額の借財又は重要な業務執行に当たるか否かを検討することが求められる。本問の事実関係からすると、これらに当たると判断することが一般的であると考えられることから、更に進んで、甲社の取締役会によって決定されていないことを指摘した上で、その場合の効力について、判例（最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁）を踏まえて検討することになる。
- (4) 上記①及び②の主張のいずれにおいても、判例の立場に立って検討する場合には、本件連帯保証契約の相手方である乙社の主観面の検討が必要となる。まずは、本件連帯保証契約を締結することが間接取引に該当することや、多額の借財又は重要な業務執行に該当することについての乙社の認識を検討することになるが、前者については、本件連帯保証契約の内容からして乙社の悪意が認められるのが自然であろうし、後者についても、甲社の財務状況の概要を確認したという本問の事実関係からすると、乙社の悪意が認められるのが自然であろう。その上で、取締役会の決議がないことについて、自らが立てた規範に沿って、過失又は重過失の有無を中心に検討することになる。その際には、取引をめぐるこれまでの経緯

や本件連帯保証契約に関するやりとりに関する事実関係を丁寧に拾い、それらに対する評価を加えながら検討することが求められる。例えば、甲社との取引を望む小さな事業会社である乙社の代表取締役としては、本件確認書が交付されたにもかかわらず取締役会の議事録の写しを強く求めることは困難であったことなどを指摘して、過失又は重過失がないと評価することも考えられよう。

- 3(1) 設問2においては、Cとしては、名義上の引受人ではなく、実質上の引受人が株主になるという考え方を前提に、本件株式について、引受けの申込みなど引受契約の締結に至るまでCの主導で行われてきたこと、Cの貯金から払い込まれたこと、その発行に至る経緯及び本件株式に係る権利を行使してきたのはCであることなどの本問の事実関係を指摘して、自らが実質上の引受人であって本件株式の株主であると認定されるべきであるなどと主張することが考えられる。
- (2) Cの上記主張の可否を検討するに当たっては、まず、本問のような場合に誰を株主と認定するのかについての考え方を検討する必要がある。すなわち、株式の申込みや引受けに際して名義に現れた者が株主であるとするのか（いわゆる形式説）、名義が誰であるかにかかわらず、一般私法上の法律行為の場合と同じく、実質上の引受人が株主となると考えるのか（いわゆる実質説）、といった考え方の対立がある中で、どのような考え方に立脚するのかを検討する必要がある。

実質説に立つ場合には、本問の事実関係を拾いつつ、それらを適切に評価して結論を導く必要がある。本問では様々な事実関係があるが、払込金額がCの貯金によって賄われたこと、「従業員や取引先の手前、多少の株式を持っておく必要がある」や「金のことは心配しなくていい」といったCの発言、甲社の株主総会においてAを引受人とする決議がされたこと、本件株式の引受けに係る書面に記載された名義はAであったこと、Aが甲社の役員に就任した経緯、Cが本件株式に係る権利を行使してきたことなどの各事実について、単に事実を列挙するだけでなく、それぞれについての評価を加えた上で結論を導くことが求められる。例えば、「金のことは心配しなくていい」というCの発言については、Aに対して払込金額に相当する金銭を贈与する趣旨であったという方向で評価することもできるし、本件株式の実質的な引受人はCであって名義のみAとしたにすぎないという方向で評価することもでき、いずれの方向であっても、自分なりに事実に対する評価を加えて結論を導き出すことが求められる。さらに、本件株式を引き受けた時点における実質的な引受けの意思が問題となることに意識した上で、その後の事情については当時の意思を推認させるものであるなどの評価を加えながら検討するといったように、より実務的な観点からの考察が加えられていると、なお望ましい。

他方で、形式説に立つ場合には、判例（最判昭和42年11月17日民集21巻9号2448頁）が実質説を採用していると評価されていることを踏まえ、より説得的な論述が望まれる。例えば、その根拠として、集团的関係における画一的な取扱いの必要性や、非公開会社においては名義に現れない実質上の引受人を株主とすることによって閉鎖性を維持することができなくなることを指摘したり、事実関係として、本件株式の引受けの申込みをする際に提出すべき書面（会社法第203条第2項）の名義がAであることや、甲社の株主総会において本件株式をAに発行する旨の決議がされたことを指摘したりすることにより、説得的な論述を展開することが望ましい。

- 4(1) 設問3においては、Aとしては、①他の株主1名を代理人としてその議決権を行使する

ことができる旨の定款の規定（以下「本件定款規定」という。）に基づいてDの代理人である弁護士Gによる議決権の行使が認められなかったこと、②丙社の内規に従って包括委任状が提出されていたにもかかわらず、内規によって権限が制限されているFによる議決権の行使が認められ、包括委任状に基づくAの議決権行使が認められなかったことが、それぞれ決議の方法が法令に違反する場合（会社法第831条第1項第1号）に該当すると主張することが考えられる。なお、上記①及び②のいずれについても、株主総会決議取消しの訴えを提起したAではないD又は丙社の議決権の行使に関する事由であることから、株主総会決議取消しの訴えにおいて他の株主に係る事由を主張できることが前提となるし、仮に法令違反が肯定されるとすれば、「決議に影響を及ぼさないもの」（同条第2項）には当たらず、裁量棄却はされないものと考えられることから、これらの点についても言及されていることが望ましい。また、Aとしては、上記①及び②のいずれかが認められれば、本件決議の取消しが認められることになる。

- (2) Aの上記①の主張の当否を論ずるに当たっては、株主は、代理人によってその議決権を行使することができるものとされていること（会社法第310条第1項）を前提に、他の株主1名を代理人としてその議決権を行使することができるという本件定款規定の有効性及び適用範囲について、判例（最判昭和43年11月1日民集22巻12号2402頁等）を踏まえて検討することが求められる。その際には、Dの代理人であるGが弁護士であること、甲社が非公開会社であることなどの本問の事実関係を踏まえ、これらの事実関係がどのように影響するのかについての考察を加えながら検討することが求められる。例えば、Gが弁護士であるという点については、一般的には本件定款規定のような議決権の行使に係る代理人資格の制限は有効ではあるものの、弁護士であるGが代理人とされている本問においては適用されるべきではないといった指摘をすることが考えられる一方、職種により株主総会のかく乱のおそれを個別に判断すれば、円滑な総会運営を阻害し、恣意的な判断を招くおそれがあることを理由に、弁護士であるGにも本件定款規定は適用されるところに立つことも考えられる。また、甲社が非公開会社であるという点については、それゆえに株主ではない第三者の株主総会への参加を排除する必要があるということもできる一方で、本問のように株主間で対立がある場合には代理人を株主に限ることによって株主権の代理行使の機会を実質的に奪うことになりかねないということもできるところである。いずれにしても、これらの事実関係が、本件定款規定の有効性や適用範囲にどのように影響するのかを具体的に考察することが望まれる。
- (3) 続いて、Aの上記②の主張の当否を論ずるに当たっては、まず、丙社の内規によれば、甲社の株式の議決権行使については他の代表取締役であるEに委ねられることとなるが、Fも、「副社長」ではあるものの、丙社の代表取締役であって、丙社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有しており（会社法第349条第4項）、上記内規は、代表取締役であるFのこのような権限を内部的に制限するものであって善意の第三者に対抗することができないということ（同条第5項）を指摘する必要がある。その上で、上記内規による代表権の制限が第三者である甲社との関係で問題となることを前提に、本問の事実関係を踏まえて、甲社の主観面を検討した上で結論を導くことが求められる。その際には、議決権行使という集团的権利行使の場面であること、他方で、甲社が株主数の少ない閉鎖的な非公開会社であることなどの事情がどのように影響するのかについても検討することができれば、なお望ましい。なお、本問の事実関係からすると、Fによる議決権の行使は、

Fがその代表権を濫用したとみる余地もあり得ることから、上記の点に加えて、そのような観点から検討を加えることも考えられるところである。

〔民事系科目 第3問〕

本問は、XがYに対して、土地（以下「本件土地」という。）の賃貸借契約（以下「本件契約」という。）終了に基づいて、Yが本件土地上に所有する建物（以下「本件建物」という。）の収去と本件土地の明渡しを求めて提起した訴えに係る訴訟（以下「本件訴訟」という。）の係属中にYがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づいて本件建物をZに引き渡したという事案を題材として、①原告が一定の額の立退料の支払と引換えに建物収去土地明渡請求訴訟を提起した場合に、原告が申し出た額とは異なる額の立退料の支払との引換給付判決をすることの許否の検討（設問1）、②XがZを引受人とする訴訟引受けの申立てをした場合に、Zが民事訴訟法（以下「法」という。）第50条にいう承継人に該当するか否かの検討（設問2）、③ZがXによる更新拒絶を争うために、BからAに対して権利金が支払われていた旨を主張することが時機に後れた攻撃防御方法として却下されるかどうかの検討（設問3）をそれぞれ求めるものである。

まず、設問1の課題1では、Xが、Yに対して1000万円程度の立退料の支払を申し出た上で、1000万円の立退料の支払と引換えに本件建物を収去して本件土地を明け渡せとの判決を求め、さらに、第1回口頭弁論期日において、1000万円という額には大きなこだわりはない旨の陳述をしたという事実関係において、Xの申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した額の立退料の支払との引換給付判決（以下「増額判決」という。）をすることの許否の検討が求められている。ここでは、法第246条には、原告の意思の尊重と当事者に対する不利益の最大限の予告という二つの趣旨が認められるところ、とりわけ前者の観点から、増額判決の許否につき検討する必要がある。訴状の記載及び第1回口頭弁論期日におけるXの陳述から、Xがいかなる意思であるかを可能な限り具体的に特定するとともに、Xの現実の意思が明らかにならない部分は、原告の合理的意思の推測により補うことが期待される。原告の合理的意思を推測する際には、裁判所が増額判決をし得ないとすれば、どのような判決がされるかを特定した上で、この両者を比較検討しつつ、通常の原告であればいずれを望むかを検討することが求められる。なお、最高裁判所昭和46年11月25日第一小法廷判決・民集25巻8号1343頁は、原告が「立退料として300万円もしくはこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思を表明し、かつその支払と引き換えに（中略）店舗の明渡しを求めている」との事実関係の下で、申出額よりも多額である500万円の支払との引換給付判決をした原判決を是認しているが、本設問では、Xが1000万円又はこれと格段の相違のない一定の範囲内で裁判所の決定する金員を支払う旨の意思しか表明していないと評価することができるか否かが問題であるから、この判決に依拠して、直ちに申出額と格段の相違のない範囲を超えて増額した立退料の支払との引換給付判決をすることができないとするのみでは、課題1に十分に答えたとはいえない。

次に、設問1の課題2では、課題1と同様の事実関係において、Xの申出額よりも少額の立退料の支払との引換給付判決をすることの許否の検討が求められている。ここでも、法第246条の二つの趣旨からの検討が必要となるところ、原告の意思の尊重という観点から行うべき作業は、課題1と基本的に同様であり、課題2では、当事者、とりわけ被告に対する不利益の最大限の予告という観点から詳細な検討をする必要がある。訴状の記載のみならず、第1回口頭弁論期日における陳述も踏まえた上で、Yに対して不利益の最大限として何が予告されていたと評価することができるかについて、Xの申出額と裁判所が正当事由を認める上で必要と考える立退料額との差の大きさが結論に影響を与えるか否かにも留意しつつ、具体的に

検討することが期待される。

設問2では、本件訴訟の係属中に、YがZに対して本件建物を賃貸し、これに基づき本件建物を引き渡したという事実関係において、Zが法第50条の承継人に該当するか否かの検討が求められている。ここではまず、訴訟承継制度の趣旨を明らかにすることが要求される。具体的には、訴訟の係属中に第三者による承継が生じた場合において、従前の訴訟状態を流用して当該第三者との間で訴訟を進めることが訴訟経済に資するとともに、とりわけ相手方が従前の既得的地位を維持することができるという意味で公平の確保に資するという点を指摘することが期待される。次に、このような訴訟承継制度の趣旨と適合的な形で、同条にいう承継の意味内容を具体的に明らかにすることが要求される。この点については、学説上、種々の見解が示されており、いずれを採用するかにより評価に差をつけることは想定していないが、承継の意味内容を具体的に明らかにすることが要求されている以上、最高裁判所昭和41年3月22日第三小法廷判決・民集20巻3号484頁において用いられている「紛争の主体たる地位の承継」というのみでは、十分に課題に答えたことにはならない。この判例に依拠する場合も、そこでいう紛争の主体たる地位とはいかなるものか等の点についてより踏み込んだ記述が求められる。最後に、以上のように具体的に明らかにされた承継の意味内容に照らして、Zが承継人に該当するか否かの検討が要求される。例えば、承継前の訴訟において、被承継人を当事者として適切な者としていた法的地位が第三者に移転し、この地位が相手方の当該第三者に対する訴訟において、当該第三者を当事者として適切な者としている場合に同条にいう承継が認められると考えるのであれば、Yを本件訴訟で被告として適切な者としている法的地位は何か、これはYからZに移転しているか、移転しているとして、このような地位はXのZに対する訴訟においてZを被告として適切な者としているか、といった点を検討する必要がある。

設問3の課題1は、訴訟を引き受けたZが、弁論準備手続の終結及び人証の取調べの後に、従前当事者から主張されていなかった「BからAに対して更新料の前払の性質をも含む権利金が支払われていた」との新主張（以下「本件新主張」という。）をしようとしているという事実関係において、Xの立場から、仮にYが本件新主張をしたとしたら、時機に後れた攻撃防御方法として却下されることの論証を求めるものである。法第157条第1項を摘示した上で、同項の定める各要件の具体的な意味内容を明らかにし、それぞれが充足されることを説得的に述べる必要がある。なお、同項の要件のうち、「訴訟の完結を遅延させること」の検討に際しては、その後予想されるXY双方の主張立証活動を踏まえることが要求される。YがAの証人尋問を申請することは問題文から明らかであるが、Xとしても、立退料額にも関わることであるから、BからAへの振込みの趣旨について反論をする機会を欲するであろうことを指摘することが期待される。また、本件新主張は、弁論準備手続終結後にされるものであるから、法第174条及び第167条により、XからYに対して説明要求がされ得ること、このような要求がされた場合には、Yは説明義務を負い、Yが説明を拒絶し、又は不十分な説明しかし得なかった場合には、法第157条第1項の「時機に後れた」又は「重大な過失」が推定され得ることを指摘することも期待される。

設問3の課題2の前半部分では、Yが本件新主張をしたとしたら、同項により却下されることを前提として、Xの立場から、Zによる本件新主張も却下されるべきであるという立論をすることが求められる。具体的には、まず、法第50条の承継人は、承継原因発生時の訴訟状態を承認する義務を負う旨を、一定の理由をもって論証した上で、そこでいう訴訟状態とはいか

なるものであるかを明らかにする必要がある。その上で、同条にいう承継人であるZは訴訟状態を承認する義務を負い、その結果、法第157条第1項によりY自身がすることができない本件新主張は、Zもすることができないという結論に至ることが期待される。

設問3の課題2の後半部分では、Yが本件新主張をしたとしたら、同項により却下されることを前提として、Zの立場から、そうであるとしても、Zによる本件新主張は、却下されないという立論をすることが求められる。このような立論としては、Zは訴訟状態を承認する義務を負うものの、承継の前後で、Xによる更新拒絶の可否を判断する上での本件新主張の重要性が変容している場合や、Yによる訴訟追行がなれ合いと評価し得る場合には、一定の例外が認められると論じた上で、本件では、そのような例外が認められるとするものと、承継人は、およそ訴訟状態を承認する義務を負わないとするものが考えられる。いずれであっても十分な理由が示されている限り、評価に差をつけることはない。ただし、後者であれば、訴訟状態承認義務を伴わない訴訟承継制度はいかなる意義を持つものであるか、という点についても検討することが期待される。

〔刑事系科目 第1問〕

本問は、設問1で、甲及びB腕時計店（以下「B店」という。）の副店長である丙が、あらかじめ意を通じ、B店に押し入った甲が丙にサバイバルナイフを示すなどして丙を脅すふりをして、B店の売場に陳列されていた商品の腕時計100点（以下「本件腕時計」という。）を持ち去った行為について窃盗罪の共同正犯の成否を、甲と共に腕時計を強奪することを計画していたものの、甲と丙が内通していた事実を知らないで、甲及び丙の前記犯行中に周囲を見張るなどして加担した乙について窃盗罪の共同正犯の成否をそれぞれ検討させ、さらに、丙からの依頼を受け、本件腕時計の一部が入ったボストンバッグ（以下「本件バッグ」という。）を自宅の押し入れ内に保管していた丁が、本件バッグの中に盗品が入っていることを認識するに至った後も保管を継続した行為について盗品等保管罪の成否を検討させ、設問2で、甲が、丙と意を通じ、まず甲が木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第1暴行」という。）が、乙が甲らのB店における犯行を警察に話すなどと言ったことから、丙が乙に暴行を加え、暴行を終了するようにいさめた甲を殴打して気絶させた後、前記木刀で乙の頭部を殴打した（以下「第2暴行」という。）ところ、乙に生じた頭部裂傷（以下「本件傷害」という。）が第1暴行又は第2暴行のいずれか一方だけによって形成されたものであることは明らかであるものの、いずれの暴行から形成されたものか不明であったという事例について、甲が本件傷害に関する刑事責任を負わないとの結論を導くための説明及び甲が本件傷害に関する刑事責任を負うとの立場からの反論を、それぞれ論点ごとに論拠を示しつつ検討させ、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。

設問1について

(1) 甲及び丙の罪責について

甲及び丙は、丙以外に従業員がいない時間帯に甲がB店に来て、丙に刃物を示し、腕時計が保管されているショーケースを開けるように要求すること、丙は、後で怪しまれないように拒むふりをするが、最後にはショーケースを開けるので、甲が直ちに腕時計を持ち去ること、持ち去った腕時計は後で分配することなどをあらかじめ示し合わせた上で、実際に、この犯行計画に従った内容の犯行を実行し、甲が本件腕時計を持ち去っている。

まず、甲及び丙の行為が、強盗罪の構成要件に該当しないことは明らかである。すなわち、強盗罪の客観的構成要件は、相手方に対し、「暴行又は脅迫」を加え、「他人の財物」を「強取」することであるところ、強盗罪にいう「暴行又は脅迫」は、財物の奪取に向けられた相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行又は脅迫を意味すると解されている。確かに、甲が丙に対して、サバイバルナイフを示し、「殺されなくなかったら、これに時計を入れろ。」と要求した行為は、一般的には相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の脅迫と評価することが可能であろうが、甲と丙があらかじめ内通していた事実を隠蔽するために、あたかも丙が犯人から脅されたかのように仮装することを企図し、実際にその計画どおりに犯行を遂行したにすぎない本事例の事実関係の下では、甲が丙にサバイバルナイフを示して前記文言を述べた行為は、財物の奪取に向けられたものと評価することはできず、強盗罪の「脅迫」たり得ないし、また、甲はそのことを認識しているのであるから、強盗罪の故意を認めることもできない。

そこで、甲及び丙の罪責として、窃盗罪の構成要件該当性及び共同正犯の成否を検討する必要があるところ、仮に、本件腕時計の占有が丙の上位者であるCに帰属せず、もっぱら丙に帰属するものであるとすれば、「自己の占有する他人の物」として業務上横領罪の客体となるた

め、本件腕時計の占有の帰属が問題となる。

この点、複数の保管者間に上下関係がある場合には、財物を現実に握持しているのが下位者であったとしても、原則として、占有は上位者に属し、下位者は占有補助者にすぎないとするのが判例の立場であるが（最決昭和31年1月19日刑集10巻1号67頁等）、上位者が下位者に財物の管理を完全に委ねている場合など、下位者が上位者の判断を個別に仰ぐことなく、独立の権限・裁量を有している場合は、財物の占有が下位者に属すると解されることから、本件腕時計の管理に関する丙の権限・裁量の有無及び程度について、具体的事実を摘示して当てはめを行う必要がある。すなわち、B店では、商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定について、丙に権限はなく、全てCの承認を得る必要があるとされていたこと、本件腕時計が店舗という閉鎖された空間の中において、原則として常時施錠されたショーケース内に保管されていたこと、その鍵を丙のみならずCも所持していたこと、B店の売場及び従業員控室の状況は、常時、防犯カメラで撮影録画されていたことなどの事情を踏まえ、占有の帰属を検討することになる。

その上で、Cの占有を肯定した場合は、窃盗罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「他人の財物」、「窃取」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。また、甲丙間に意思連絡があること及び両者が実行行為を分担していることから、窃盗罪の共同正犯が成立することを簡潔に指摘する必要がある。なお、上記各事情にもかかわらずCの占有を否定する結論を採用した場合は、業務上横領罪の構成要件該当性を検討することになり、客観的構成要件要素として「業務上」、「他人の物」、「横領」を、主観的構成要件要素として故意及び不法領得の意思を、それぞれ検討する必要がある。また、この場合、共同正犯の成否を検討するに当たっては、甲丙間に意思連絡があること、甲に正犯性が認められることに加え、財物を業務上占有している丙の犯行に業務上の占有者たる身分を有しない甲が加功したとの構造となることから、刑法第65条の解釈を論じた上で、自説の立場から、甲に成立する罪名を決定する必要がある。

(2) 乙の罪責について

乙は、甲との間で、腕時計販売店に押し入って腕時計を強奪する計画を立てていたところ、甲から、甲がB店内に入って店員に刃物を突き付けて腕時計を奪い取ること、その間、乙は付近に駐車した自動車で周囲を見張り、甲が戻ってきたらすぐに車を発進させること、奪った腕時計は後で分配することを持ち掛けられてこれを承諾し、実際にその計画どおりの行動をとっている。

乙の罪責としては、甲及び丙との共犯の成否を検討する必要があるところ、乙は実行行為を分担していないため、共謀共同正犯か幫助犯かが問題となる。その検討に際しては、共同正犯と幫助犯の区別基準を示した上で、その判断の基礎となる具体的事実を摘示して当てはめを行う必要がある。すなわち、共同正犯と幫助犯の区別基準としては、自己の犯罪を遂行する意思（正犯意思）で犯行に加わっているかによって区別する立場、犯行において客観的に重要な因果的寄与を果たしたといえるかを基準とする立場、他の関与者の行為を支配する地位にあったかを基準とする立場などがあるが、いずれの立場に立ったとしても、甲及び乙は、いずれも金に困った挙げ句に相談して犯行を計画したものであり、両者の積極性に差はないこと、甲乙間に指揮命令関係や支配服従関係までは認められないこと、乙が行った見張り行為や甲を乗車させて自動車を発進させる行為が犯行の遂行に当たって重要であること、乙が相当多額の利益を得ていることなどを重視すれば、乙の正犯性を肯定する結論に至り得る。他方、乙が

真実の犯行計画を知らされておらず、いわば甲及び丙の犯行計画における中核部分に関する意思連絡から排除されていたことなどを重視すれば、乙の正犯性を否定する結論に至ることも可能であろう。

また、乙は、主観的には、強盗罪に該当する行為の認識・認容を有していたところ、甲及び丙によって客観的に実現された行為は窃盗罪であることから、いわゆる共犯の錯誤の処理が問題となる。まず、甲は、当初から窃盗の意思を有していたにすぎない一方で、乙は強盗の意思で謀議を遂げており、謀議の時点で両者の認識に不一致があることから、そもそも、甲乙間での「共謀」の存否が問題となるところ、共同正犯の本質に関する部分的犯罪共同説からは、強盗罪と窃盗罪の構成要件が重なり合う窃盗罪の限度で共謀の要件を満たすと解することになる（なお、強盗罪と（業務上）横領罪の関係を検討する場合、両罪の間に構成要件の重なり合いをそもそも認めることができるか、また、認められるとして、いかなる範囲で認めることができるかについては、構成要件の符合の判断基準によって、結論が異なり得るだろう。）。他方、行為共同説からは、甲乙間において、B店で保管されている腕時計を取得する旨の行為を共同するとの合意があるから、共謀の要件を満たすと考えられる。

さらに、乙に窃盗罪の故意を認めることができるか、いわゆる抽象的事実の錯誤が問題となるところ、甲及び丙の罪責において窃盗罪の共同正犯の成立を認めた場合、判例・通説である法定的符合説からは、強盗罪と窃盗罪の構成要件は窃盗罪の限度で重なり合うことから、乙には窃盗罪の故意を認めることができる（強盗罪と（業務上）横領罪の関係については前記のとおりである。）。この点、共同正犯の本質論と抽象的事実の錯誤の関係については様々な考え方があり得るところであり、共同正犯の本質論を論じれば重ねて抽象的事実の錯誤を論じる必要はないとする立場、もっぱら抽象的事実の錯誤の問題として処理すべきとする立場などがあり得るが、いかなる立場に立つにせよ、自説の論理的整合性を保ちつつ論じる必要がある。

(3) 丁の罪責について

丁は、丙から、本件バッグをしばらく預かっておいてほしいと言われ、これを自宅の押し入れ内に放置していたところ、その後、本件バッグの中に入っていた腕時計全てに値札が付いていたのを見て、丙が自分のものにするためにB店から無断で持ち出した商品であろうと認識したが、本件バッグを丙に返すまでの間、これを押し入れ内に置き続けている。

丁の罪責としては、盗品等保管罪の成否が問題となるところ、同罪の客観的構成要件要素として、「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」、「保管」を、主観的構成要件要素として故意をそれぞれ検討する必要がある。この点、丁は、本件バッグを預かった時点で中に盗品の腕時計が入っていることを知らず、かつ、これを知った後も、従前と同様の形態で保管を続けていたにすぎないため、このような場合でも同罪が成立するかを、同罪の法的性質を意識しつつ検討して論じる必要がある。

すなわち、同罪を継続犯と解する立場からは、保管が継続する限り実行行為が継続しているから、保管途中から盗品等であることの認識が生じた場合であっても、それ以降も本犯者のために保管を継続すれば同罪が成立するとの結論に結び付きやすいと考えられるが、保管開始後に盗品であることの認識を生じた者に委託者への返還や警察への提出等を強制することは困難であること、盗品等有償譲受け罪の場合には占有移転の時点で盗品性の認識が必要と解されていることとの均衡等を強調して、盗品等保管罪の成立を否定することも可能であろう。他方、同罪を状態犯と解する立場からは、盗品等であることの認識は寄託時点で存在していな

ければならないと解され、同罪は不成立となる。

設問2について

(1) 前提事実及び問題の所在について

まず、各立場からの説明及び反論を論じる前提として、本事例の事実関係を的確に分析し、甲が本件傷害に関する刑事責任を負うか否かについて、問題となる論点を正しく把握する必要がある。すなわち、本事例では、第1暴行及び第2暴行がいずれも暴行罪の構成要件に該当する行為であることが明らかであるところ、甲丙間において、乙に暴行を加える旨の事前共謀が成立しており、甲は、この共謀に基づいて第1暴行を実行している。仮に、第1暴行から本件傷害が発生したと認められるのであれば、甲は、傷害罪の共同正犯として本件傷害に関する刑事責任を負うことになるが、第1暴行及び第2暴行と本件傷害の因果関係が不明である。この点、第2暴行も前記共謀に基づくものと評価できるのであれば、一部実行全部責任の法理により、甲には傷害罪の共同正犯が成立する。したがって、甲が本件傷害に関する刑事責任を負わないとするためには、第2暴行が前記共謀に基づくものでないこと、すなわち、第2暴行の前に甲丙間の共犯関係が解消されたことが必要となる（これを共謀の射程の問題として捉え、第2暴行は当初の共謀による犯行計画が大幅に変更され、別個の犯罪が実現したものと評価して甲の刑事責任を否定する構成も考えられるであろう。）。

もっとも、仮に共犯関係の解消が認められたとしても、同時傷害の特例（刑法第207条）が適用されるとすれば、甲は「共犯の例による」ことになり、本件傷害に関して刑事責任を負うことになるから、甲が責任を負わないとするためには、同特例が適用されないと解する必要がある。同特例を適用するための要件として、各暴行が本件傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたことを要する（最決平成28年3月24日刑集70巻3号1頁参照）と解されているが、本事例の事実関係から、これらの要件は充足されていると考えられるので、行為者間に一部共犯関係が存在し、傷害結果について明らかに責任を負う者が存在する場合にも同特例を適用できるか、その適用範囲をいかに解すべきかが問題となる。

(2) 甲は本件傷害に関する刑事責任を負わないとの立場からの説明について

まず、第2暴行に先立って、甲丙間の共犯関係が解消されたとの説明について論じる必要があるところ、共犯関係の解消を認めるための要件を明らかにした上で、それを本事例の具体的な事実関係に当てはめた場合、共犯関係の解消を肯定できるとの説明を、論拠を示しつつ論じることが求められる。この点、通説である因果性遮断説からは、関与者の因果的寄与が解消された場合に共犯関係の解消を認めることから、①第1暴行後、甲は、丙の暴行を制止しようとしたこと、②甲は、丙から殴打されて気絶したこと、③丙は、気絶した甲を放置したまま、第2暴行を実行していること、④事前の甲丙間の共謀には、丙が乙の頭部を木刀で強打する計画は含まれていないこと、⑤第1暴行と第2暴行は動機を異にすることなどの事情を挙げて、甲の因果的寄与が解消されたと説明することが考えられる。

次に、仮に、甲丙間の共犯関係が解消していたとしても、同時傷害の特例が適用されるのであれば、甲は本件傷害に関する刑事責任を負うことになるという論理関係を意識した上で、同特例が適用されないとの説明を、論拠を示しつつ論じる必要がある。この点、同時傷害の特例は、複数人の暴行が競合しているにもかかわらず、傷害結果について誰も責任を負わない不都合を解消するための規定であると解すれば、暴行の行為者間に一部共犯関係が存在し、傷害結果について明らかに責任を負う者（丙）が存在する本事例のような事案では、同時傷害の特例

は適用されないと解される。

(3) 甲は本件傷害に関する刑事責任を負うとの立場からの反論について

この立場からは、まず、第2暴行が行われた時点においても、甲丙間の共犯関係は解消されていなかったとの反論を、論拠を示しつつ論じる必要がある。ここでは、甲の因果的寄与がいまだ解消されていないことを基礎付ける具体的事情、すなわち、①甲は、乙に暴行を加えることを発案し、当初は乗り気でなかった丙を説得して共謀関係を構築しており、首謀者的立場にあること、②甲は、自ら第1暴行を実行することで、丙の犯意を強化していること、③甲は、凶器として木刀を準備しているところ、丙は、第2暴行で同木刀を使用していることなどの事情を挙げて、甲の因果的寄与が未だ解消されていないと説明することが考えられる。

次に、甲丙間の共犯関係が解消されていたとしても、同時傷害の特例が適用されるとの反論を、論拠を示しつつ論じる必要がある。ここでは、暴行の行為者間に一部共犯関係が存在する場合であっても、同特例が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同特例を適用しないとすれば、共犯関係が認められないときとの均衡を失することなどを論じることが考えられる。

〔刑事系科目 第2問〕

本問は、住居侵入強盗事件を素材として、捜査及び公判に関する具体的事例を示し、各局面で生じる刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに具体的結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問1〕は、警察官が行った名刺1枚の差押え（以下「下線部①の差押え」という。）及びUSBメモリ2本の差押え（以下「下線部②の差押え」という。）の適法性を検討させることにより刑事訴訟法の規定する差押えの要件に関する法的問題の理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、証拠物又は没収すべき物と料するものを差し押さえることができる（刑事訴訟法第218条第1項）。搜索差押許可状により差押えできる物は、令状に明示された「差し押さえるべき物」に該当するものに限られる。これは、差押えが対象者の財産権への制約となることから、これを可能な限り限定する趣旨であり、「差し押さえるべき物」は、①令状に明記された物件に当てはまり（憲法第35条、刑事訴訟法第219条第1項）、かつ、②被疑事実との関連性を有すること（憲法第35条、刑事訴訟法第222条第1項、第99条第1項）が求められる。本問では、この要件を踏まえた上で、下線部①の差押え及び下線部②の差押えの適法性について検討する必要がある。

下線部①の差押えについては、本問の搜索差押許可状の「差し押さえるべき物」に「名刺」が含まれていることから、差し押さえられた名刺が令状に明記された物件に当てはまることは明らかである一方、同名刺は本件住居侵入強盗の現場で被害者に示されたりしたものではなく、犯行自体に使用されたものではないことから、被疑事実との関連性の有無が問題となる。

被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲については、被疑事実それ自体を立証する価値を有する物のほかに、情状事実や背景事情に関する物も被疑事実との関連性が認められる証拠に含めるべきか否かについて様々な考え方があり、この点に関する最高裁判例（最判昭和51年11月18日判時837号104頁）の内容も踏まえながら、自己の見解をその根拠も含めて論じることが求められる。その上で、搜索差押許可状の被疑事実を意識しながら、本件住居侵入強盗の事案の性質、差し押さえられた名刺の記載内容、搜索・差押えの現場がどのような場所であるかなど、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の見解に当てはめ、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性を論じることが求められる。

下線部②の差押えについては、可視性・可読性がなく、その外観からは被疑事実との関連性を判断し難い電磁的記録媒体について、その記録内容を確認せずに差押えを行うことの適否が問題となる。

この点に関して、最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）が存在するが、学説上は、①可能な限り搜索・差押えの現場で内容を確認すべきことを前提に、やむを得ない事情のある場合には、内容を確認せずとも、罪の内容や現場の状況等に照らして当該電磁的記録媒体に関連する情報が記録されていると疑うに足りる合理的な理由があれば、被疑事実との関連性が認められ、差押えが許されるとする考え方、②搜索・差押えの現場で、差し押さえるべき物とそうでない物の選別が容易でなく、かつ罪証隠滅の高度の蓋然性がある場

合には、被疑事実との関連性の確認のために、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として、占有を取得した上、事後に選別を行うことも許容され得るという考え方（この考え方は、当該占有取得の法的性質を「差押え」ではなく、あくまでも、搜索に「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）であると理解する点に注意が必要である。）などが主張されている。

いずれの考え方を採るにしても、上記判例の内容を踏まえた上で、各自の考え方を展開することが求められ、その上で、差し押さえられたUSBメモリに関して警察官が事前に得ていた情報、搜索・差押えの現場におけるUSBメモリの発見状況、同現場における立会人乙の言動、本件住居侵入強盗の事案の性質、搜索・差押え実施後の状況など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の考え方に当てはめ、下線部②の差押えの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、乙の公判において証拠調べ請求された乙作成の本件メモ1（〔設問2-1〕）、甲作成の本件メモ2（〔設問2-2〕）について、それぞれの証拠能力の有無を問うことにより刑事訴訟法第320条第1項の伝聞法則についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

まず、前提として、伝聞法則の適用を受ける証拠であるか否か、すなわち伝聞証拠と非伝聞証拠を区別する基準を示す必要があるところ、一般に、伝聞法則の主要な根拠は、公判期日外の供述については、公判期日での供述に比べ、典型的に信用性の担保に欠けるという点に求められ、この根拠に照らすと、公判期日外の供述（原供述）を含む供述ないし書面に伝聞法則の適用があるか否かを判断するに当たっては、原供述を証拠とすることにより何を立証しようとするか、すなわち要証事実が何であるかが重要であり、原供述の内容に示される事実が存在すること（原供述の内容の真実性）を立証するために用いられる場合は、信用性の担保に欠ける証拠を立証に用いることで事実認定の正確性を損なうおそれが生じるため、伝聞証拠に当たり、一定の要件を満たさない限り証拠能力を認めるべきでないこととなる。他方で、一定の内容の原供述の存在が示されれば、その内容の真偽にかかわらず立証の目的を達し得る場合や、原供述についてその生成過程に照らして信用性を担保する必要が低いと評価される場合は、伝聞法則の趣旨が妥当せず、その適用がないと考えることが可能となる。

〔設問2-1〕について、本件メモ1は、「書面」であって、本件住居侵入強盗の被害者Vの名前、住所等や、本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載があるものの、甲乙間における本件住居侵入強盗に関するやり取りがうかがわれる記載はなく、その記載の内容（被害者の名前、住所、500万円の在りか等）の真実性を立証したとしても、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実の認定上直接の意味を持たない。

他方で、犯行計画を記載したメモの証拠能力に関しては、①そのメモの内容が客観的な犯罪事実と一致している場合、偶然の一致は考えにくいような事項の一致が認められ、かつ、それが犯罪発生前に作成されたことが判明していれば、そこから直ちに犯罪がそのメモに記載された犯行計画にのっとって遂行されたことを推認でき、かかる一致の認められるメモの作成者が判明していれば、そのこと自体から、メモの作成者と犯行の実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が推認し得るという考え方、②犯行計画を記載したメモは、その作成者が作成當時に有していた犯行計画ないし犯罪意思を述べたものとして、心理状態の供述に当たり、原供述者の原供述時における心理状態を立証する上では、内心の状態について知覚と記憶の過程は問題にならないため、供述者の外界の事実の存在を示す典型的な供述証拠に比べて誤

りの危険は小さく、また、真摯性、叙述の点について誤りの有無・程度を吟味する必要はあるものの、それは原供述者の尋問によらなくても、その記載内容や作成状況等から誤りの有無・程度の吟味が可能であることなどから、非伝聞証拠として、刑事訴訟法第320条第1項の適用はなく、かつ、その記載内容が客観的な犯罪事実と一致し、当該犯罪をメモの作成者以外の者が実行した場合には、作成者と実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が形成されたことを推認し得るとする考え方などが主張されている。

いずれの考え方を採るにせよ、本件メモ1により甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀を推認し得る推論過程について、自己の理論構成を明示し、その上で、本件住居侵入強盗の犯行状況、本件メモ1の記載内容、その作成時期・作成者など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の理論構成に当てはめ、本件メモ1の証拠能力の有無を論じることが求められる。

〔設問2-2〕では、「書面」である本件メモ2に、「乙から指示されたこと」の記載のほか、本件住居侵入強盗の被害者の名前、住所等と一致する記載及び本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載があることから、本件メモ2は、乙から本件住居侵入強盗を指示された旨を甲が供述した内容を記載した書面であるといえ、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実との関係で、その内容の真実性を立証するために用いられる場合に当たることから、刑事訴訟法第320条第1項の適用を受ける伝聞証拠として証拠能力を検討することが求められる。

本件メモ2は、甲が自己の供述を記載した書面であり、乙との関係では、「被告人以外の者が作成した供述書」に該当することから、伝聞例外となる規定として刑事訴訟法第321条第1項第3号を選択した上で、同号が規定する①供述不能、②不可欠性、③絶対的特信性の各要件を指摘し、それらの要件の意義・解釈についての的確に論じることが求められる。なお、甲は乙との共謀に関する事項について証言を一切拒絶しているところ、このような証言拒絶の場合が「供述不能」に含まれるか否かについては、この点に関する最高裁判例（最大判昭和27年4月9日刑集6巻4号584頁、最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1546頁）の内容を踏まえた上で、自己の見解を展開することが求められる。

その上で、甲の証人尋問実施状況、甲による証言拒絶の具体的状況、本件メモ2以外の証拠の収集状況、本件メモ2の保管・発見状況、同メモの記載内容など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、刑事訴訟法第321条第1項第3号が規定する上記の各要件に当てはめ、本件メモ2の証拠能力の有無を論じることが求められる。