

民事訴訟法

I

(1)

【解答例】

裁判における事実の認定を、弁論の全趣旨を含む審理に現れたすべての資料・状況に基づいて、裁判官の自由な判断によって形成される心証にゆだね、経験則の取捨選択も裁判官の自由にゆだねる建前である（247 条）【100 字】

(2)

【解答例】

当事者能力は訴訟物が何であるかに関わりなく、民事訴訟の当事者になるための一般的な要件であるが、当事者適格は当該事件の訴訟物について、当事者として訴訟を迫行し、本案判決を求めることができる資格である【98 字】

【講評】

(1) は、247 条を見つけられれば、それほど難しい問題ではないため、比較的良くできていた。

(2) は、当事者能力と行為能力をパラレルに解している答案が散見されたが、権利能力の誤解である。当事者適格について、「本案」判決を求める資格という点が指摘できておらず、判決を受ける資格としている答案もあった。

II

【解説】

当事者は、前訴確定判決の基準時より前に存在した事由に基づいて、前訴で確定した既判力のある判断を後訴で争うことは許されず、このような主張をしたとしても裁判所はその審理に入らずに排除しなければならない。これを既判力の遮断効という。そして、遮断効は、基準時以前にその事由が存在したことについて当事者が知っていたかどうか、また基準時以前に主張をしなかったことについて過失があるかどうかに関わらず、画一的に生じると解するのが従来の通説である。

前訴確定判決の基準時後に、実体法上の形成権を行使した結果として権利関係が変動したことを後訴で当事者が主張した場合、この主張が前訴判決の既判力によって遮断されるかが本問での問題である。

形成権を行使した時に新たな権利変動が生じるという実体法上の法律関係をそのまま反映すれば、前訴の基準時後に行使された形成権に基づく主張には既判力の遮断効は及ばないはずである（遮断効否定説）。

2021 年度履修免除試験講評

立命館大学法科大学院

しかし、多数説は、形成原因（解除権や取消権の発生原因）が基準時より前に発生している場合には、基準時まで形成権を行使することが可能なのであるから、それをしなかった場合には基準時後の形成権行使は既判力によって遮断されると解している（遮断効肯定説。詐欺による取消権について判例同旨。最判昭和 55・10・23 民集 34・5・747）。

その理由としては、解除権などは請求されている権利そのものに付着する瑕疵であり、このような瑕疵に基づく主張は法定安定性を図るための判決の作用である既判力によって最初の訴訟の段階で遮断されるべきであること、前訴での行使が期待できることなどが挙げられる。

これに対しては、既判力は基準時の権利の存否を確定するだけで、将来にわたる変動可能性がないことについてまで確定するわけではないこと、形成原因が基準時前にあっても形成権行使が常に期待できるわけではないこと、実体法上いまだ行使可能な形成権（民法 126 条参照）を訴訟法上の理由により制約することはおかしいことなどが反論として挙げられている。

また、既判力の根拠を当事者の手続保障と自己責任に求めるのであれば、前訴で主張することについて期待可能性がなかった事由については、遮断されないという見解も有力である。期待可能性による調整論に対しては、既判力の画一的適用ができないこと、どのような場合に期待可能性がなかったと認めるか基準が一義的ではないことなどの批判もある。以上の議論を前提に各小問の場合を検討する。

小問 1

Y の A に対する無断転貸は第一訴訟係属中である 2020 年 3 月 20 日ころになされており、X もそのころにその事実を知っていたのであるから、基準時（2020 年 6 月 20 日）前に解除権を行使することは可能であった。

したがって、遮断効否定説以外の説からは、X が第二訴訟で無断転貸を理由とする解除の主張をすることは遮断されるが、遮断効否定説では遮断されない。もっとも遮断効否定説でも信義則（民訴 2 条）による主張制限の余地は認める見解はあり、X が第一訴訟の裁判所の積明にも関わらず無断転貸による解除は主張しないと明言していたような場合は、信義則によって主張が認められないと解する考え方もあり得る。

小問 2

本問でも無断転貸は基準時前になされているが、X がその事実を知ったのは基準時後であった。遮断効肯定説をそのまま適用すれば、X の知不知・過失の有無に関わらず、X の第二訴訟での解除の主張は遮断される。しかし、原則どおりだと X に酷ではないかということが本問では問題となる。すなわち、既判力の遮断効は現実に主張することが可能であった主張をしなかったことによる自己責任を根拠とするものであると考えると、基準時に知らなかった事実に基づく主張は不可能であったのだから遮断効の根拠を欠くと解することもできる。X が甲建物の現状を確認すれば、容易に A への転貸に気付くことができたような場合には、X に帰責性があるといつてもよいかもしれないが、それが困難であったような事情があ

2021 年度履修免除試験講評

立命館大学法科大学院

れば、無断転貸による解除の主張は遮断されないと解することもできる。

遮断効肯定説を取る場合には、この賃貸借に関する紛争は基準時以前に発生した事由に関しては解決済みと考える Y の期待や、既判力による法的安定性を強調する必要があるだろう。

【講評】

本問が既判力の基準時の問題であることは多くの答案が指摘できていたが、「基準時後の形成権行使」の場面であることが十分理解できておらず、単に基準時後の事情の主張の可否として述べているものが多かった。

刑事訴訟法

I

(1)

「強制処分法定主義は、強制処分は必ず適正な法律に基づく必要があるという民主主義的要請による原則であるのに対して、令状主義は、強制処分は裁判所による事前抑制が必要であるという自由主義的要請に基づく。」(97 字)

強制処分法定主義と令状主義の主な相違点は、以下の通りである。

	強制処分法定主義	令状主義
統制主体	立法府（国会）	司法府（裁判所）
統制原理	民主主義的	自由主義的
統制方法	一般的規範定立	個別事案ごとの審査

(2)

「強制採血は、身体的苦痛、精神的屈辱感は低いので憲法上は許容される。しかし、血液は身体組成物であるから、鑑定処分許可状による必要があり、直接強制をするためには、身体検査令状と併用する必要がある。」(96 字)

II

検挙の現場に「偽装」をほどこして被疑者の逮捕にいたったという【事例】の捜査活動は、捜査機関が一種の「詐術」を用いてひとを犯罪の実行へと誘引するという点で、いわゆるおとり捜査と共通する問題性をもつ。答案の多くも、おとり捜査に準じて、【事例】の捜査活動の適法性を論じていた。具体的には、最高裁判例（最決平成 16・7・12 刑集 58 卷 5 号 333 頁）が明らかにしたおとり捜査の定義や、おとり捜査を任意捜査として許容する要件を述べたうえで、【事例】への当てはめが行われていた。そのような論述の仕方自体は、十分に評価できた。

ただし、おとり捜査では、捜査機関ないしその協力者が捜査対象者に直接的な働きかけを行って、犯罪を実行するように強く誘引する。これに対し、【事例】の捜査活動には、そのような直接的働きかけがない。犯罪を行いやすい状況があらかじめ作り出されていたにすぎない。そのような捜査活動について、おとり捜査と区別し、「なりすまし捜査」と呼ぶ裁判例もある（鹿児島地加治木支判平成 29・3・24 判時 2343 号 107 頁）。答案でも、両者の違いを踏まえた論述が望まれた。

すなわち、おとり捜査とは異なる類型の捜査方法だと捉えるとき、あらためて、【事例】のような「なりすまし捜査」の強制処分性（ないし任意処分性）が真正面から論じられねば

2021 年度履修免除試験講評

立命館大学法科大学院

ならない。具体的には、意思の制圧（事案により、合理的に推認される意思に反する場合も含む）がないか、重要な法益の侵害（刑事訴訟法明文の根拠規定がなければ許容されないような法益侵害）がないか、を論じる。【事例】では、犯行容易な状況が作り出されたとしても、その状況自体は日常的な、ありふれたものにすぎない。そのため、特別な「意思の制圧」的要素を認めがたい。また、【事例】の「なりすまし捜査」が引き起こす法益侵害も、身体自由を制限する、物を破壊する、というような重大なものではない。それゆえ、強制処分性は否定されてよい。

任意捜査だとしたとき、【事例】について、「詐術」を用いた「なりすまし捜査」までする必要性があったか、問題にされねばならない。なぜなら、連続とはいえ軽微な「車上狙い」の窃盗事件でしかなく、ひとの目に付きやすい駐車場での犯行であった。つまり、おとり捜査の対象になる薬物犯罪のような重大性も密行性もない。また、尾行・張り込み・監視カメラ設置など通常の見守り方法では検挙が特に困難であったという事情もうかがわれない。むしろ、【事例】では、手っ取り早く効率的に検挙するため、「なりすまし捜査」が敢行されたといえる。

【事例】の「なりすまし捜査」について、その必要性はなかったか小さかったとすると、犯人検挙の効率化のため、捜査機関が一定程度であっても自ら犯罪発生を促進したという問題性が大きくクローズアップされる。すなわち、「なりすまし捜査」の相当性が否定されることになる。

そのように、【事例】の「なりすまし捜査」には違法とすべき理由があった。これに対し、答案では、【事例】の「なりすまし捜査」が、犯罪実行の意思をすでにもった者に対し、犯行の機会を与えただけであるため相当性は否定されず、適法であると簡単に論述、結論したものが多かった。おとり捜査を任意捜査として許容した、上述の最高裁判例に依拠した論述、結論であったかと思う。しかし、【事例】では、たんに判例に寄りかからず、一歩踏み込んで、おとり捜査と「なりすまし捜査」の類型的違いを考慮に入れた論述が望まれていた。一部だが、そのような論述がなされた答案もあり、高く評価できた。