

2016 年度入試 憲法 講評

プライバシーの権利に関する第 1 問と地方公共団体の制度に関する第 2 問から 1 問を選択する問題であったが、ほとんどが第 1 問を選択していた。

第 1 問は二つの小問からなり、小問(1)は、前科及び犯罪経歴がどのような根拠でどのように憲法上保護されるのかの説明を求め、小問(2)は、地方公共団体が、その保有する上記情報を開示することの合憲性に関する論述を求めている。非常にしっかりと書けている答案もあったが、他方で、何を論述しているのか不明な答案もあった。全体としてのできは、著しく悪くはない、という程度である。

小問(1)は、X が憲法違反だと言っているのだから、これがどういう意味であるのか、言い換えれば、憲法違反という時の憲法上の根拠は何なのか、について「説明」を求めている。「違憲か否かを論じよ」と求めているのではないことに注意が必要である。前科は通常はプライバシーの一つであると考えられることだとすると、プライバシーの権利は、憲法何条が根拠条文であり、それはなぜなのか、が解答の核心となる。学説の大半は、13 条を根拠としているが、解答の多くもそれに依拠し、人格的自律に深くかかわる権利としてプライバシーの権利を捉え、13 条で保障される、としていた。ただし、13 条が、一般原則の宣明にとどまらない、包括的な人権規定として裁判的救済をなす法的権利の保障を定めた条文であることも指摘しないと、説明は完結しないことに留意すべきである。

なお、2～3 行程度の極めて簡潔な論点提起のみに終わっている解答もあったが、それでは「説明」としては不十分である。

小問(2)は、小問(1)で述べたことを踏まえ、Y 市が弁護士会に対し X の前科を回答したことの合憲性についての解答者の評価を求めている。つまり、ここで、違憲か否かを論じよ、と要求している。

本問のような設問の場合、合憲性を判断する基準ないし枠組みを設定し、それを用いて、判断を示すことが必要になってくるが、この基本的な解答フレームはおおむねできていた。しかし、もっとも肝心なところは、何について合憲性を検討するのか、ということである。言うまでもなく、「Y 市」の行為の合憲性が問題になっている。解答者の多くは、問題文に登場するさまざまな事情を整理せず、その結果、誰の行為が問題になるのかにつき文章表現上混同をきたしていた。したがって、上記「解答フレーム」が使われてもそれは内実を伴わないものになってしまっていた。Y 市の対応それ自体が中心的な問題であるということを明確に自覚し、そして、Y 市が問題になるときに A や B の事情を出すのがどのような意味を持つのかについて、考慮することが必要である。これできていないのは、問題文をきちんと読んで、何を答えればいいのかをきちんと把握してから問題に取り組む、という基本姿勢がおろそかになっているからではないか、と思われる。

なお、この問題は、いわゆる前科照会事件（最判 1981.4.14）をモチーフにしているが、この事件を知らないと思われる解答がほとんどであった。

第 2 問は、いわゆる道州制を導入し、州についてはその長の直接選挙を行わない制度を導入することの合憲性を問うものである。問題文中に検討すべき点が書かれている。その論点の検討に照らし、上記制度導入を評価すべきであるが、「憲法上の地方公共団体の意義」について検討できていない解答がほとんどであった。そもそも州が憲法上の地方公共団体に当たらないのであれば、州の制度をどのようにするかについては、憲法第 8 章とは無関係ということになる（それゆえ、首長が住民によって直接に選挙されなければならないという憲法 93 条 2 項の要求も及ばない）わけであるから、解答にとって重要な論点が欠落することになる。

2016年度中期日程入試（行政法）講評

行政処分が違法かどうかを検討させる、典型的な出題である。行政処分の違法には実体的違法と手続的違法があるが、本問ではその両方を検討する必要がある。本件取消処分が違法であることを主張しなければならないわけではない。本件取消処分は適法であるとする結論であっても、検討が十分になされており説得力があれば高く評価される。

受験生の答案においては、本件取消処分を違法とするものが多かった。他方で、実体的違法または手続的違法のどちらか一方しか検討していない答案もみられた。

1. 実体的違法

行政処分の実体的違法は、処分の要件に関する違法と効果（裁量）に関する違法に区別することができる。本件取消処分の根拠規定は風営法8条であるが、本問の事実関係からすると、同条に定める取消処分の要件（風営法8条2号＝4条1項2号ル）の充足を否定することは困難である。しかしながら同条は、要件が充足している場合に必ず処分をしなければならないとは規定しておらず（いわゆる「できる」規定）、本件取消処分をしたB県公安委員会の判断に不合理な点があること等により本件取消処分が違法とされる可能性はある。

具体的には、聴聞期日においてA社の代表者が主張した、①不法就労があったのはパチンコ店Cではなく別の焼肉店Dであること、②罰金刑に処せられたことは十分に認識し反省していること、③本件風俗営業許可が取り消されると従業員が路頭に迷うことになること、④従業員には何ら落ち度がないことを、どの程度考慮すべきかが問題となる。本件取消処分を違法とする立場からは、本件取消処分をする必要があるか否かを判断するに当たっては上記の事情を考慮すべきであるにもかかわらず、B県公安委員会は結局のところ処分要件が充足していることを理由に本件取消処分をしているのであるから、本件取消処分は考慮すべき事項を考慮せずになされたものとして違法であると主張することが考えられる。

それに対して本件取消処分を適法とする立場からは、取消処分をするかどうかの判断については公安委員会に裁量が認められることを強調して、風営法4条1項各号のいずれかに該当する者はそもそも風俗営業の許可を受けることはできないのであるから、そのような者の許可を取り消すことは基本的には適法と考えられること、風営法は不法就労が行われたのが別店舗かどうかによって異なる取り扱いをすべきものとはしていないこと、従業員に不利益が及ぶからといって取消処分をすることが禁止されるとはいえないことからすれば、B県公安委員会の判断に裁量権の逸脱濫用は認められないと主張することが考えられる。

【答案を読んで】

・処分の要件が充足されていることを指摘することなく、効果裁量の違法を検討する答案が多かった。

・別店舗での犯罪行為を理由として風俗営業許可取消処分をすることは直ちに違法になるとする答案がみられたが、法律の文言上はそのような処分をすることも可能であり、より詳細な検討が必要である。

2. 手続的違法

本件取消処分は行政手続法にいう不利益処分であり、行政手続法の不利益処分手続の適用がある。行政手続法の不利益処分手続は処分基準、意見陳述手続、理由提示の3つに区別することができる。本問では処分基準に関する事実は与えられておらず、意見陳述手続（聴聞手続）に関しても特に不備は見当たらないので、理由提示に関する検討が最も重要である。

行政手続法14条1項本文は、不利益処分をする場合に同時にその理由を名宛人に示さなければならないとしている。これは、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと解される。そして、同項本文に基づいてどの程度の理由を提示すべきかは、上記のような同項本文の趣旨に照らし、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否・内容、公表の有無、当該処分の性質・内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して決定すべきである（以上、最判平成23・6・7民集65巻4号2081頁）。

本件取消処分を適法とする立場からは、本件取消処分に係る通知書には事実関係と適用法規が示されており、処分基準が作成・適用されたという事情もないから、理由提示に不備はないという主張が考えられる。それに対して、本件取消処分に係る通知書には処分要件が充足されることが記載されているだけであり、いかなる事情を考慮して本件取消処分がなされたのかに関する記載がないから、本問における理由提示は上記の趣旨に反するものとして違法であるという主張も考えられる。ちなみに盛岡地判平成18・2・24判例地方自治295号82頁は、不利益処分の根拠となる規定につき行政庁の裁量性が認められている場合であって、聴聞において裁量性に関する判断が重要な争点であることが明らかとなり、名あて人もその点の判断について強い関心を有しているときには、その判断を支える主要な根拠事実を示さなければならないと述べている。

【答案を読んで】

・理由提示の趣旨について全く説明していない答案があった。

・本件においては条文のみの理由提示がなされていると主張する答案があったが、相手方が犯罪を行って罰金刑に処せられたという事実については記載されているのであって、条文のみの理由提示であるという主張はおかしい。

I

[1]意思無能力

人が法律行為によって発生する効果の意味を理解し、判断できる能力を有しないことである。幼児であったり、薬物中毒状態などが考えられ、意思無能力状態で行った法律行為は無効である趣旨を説明できればよい。

基本的な用語であり、だいたい説明できていたが、中には、責任能力や制限行為能力と混同している説明があった。民法にかかわる色々な能力があるが、整理して確実な知識にしておく必要がある。

[2]信頼関係破壊の法理

「信頼関係破壊の法理」とは、賃貸借（特に、不動産賃貸借）のような継続的契約関係において、賃借人に多少の義務違反があっても、それが債権者と債務者の「信頼関係」を壊すほどのものでなければ解除を認めないとして、解除を制限する法理である。例えば、賃貸目的物の無断転貸があっても、賃貸借関係における信頼関係を破壊するに至らない場合、解除は制限される。

全体として良く書けていたが、「継続的契約関係における法理」であることと、「解除を制限する法理」であることというポイントの理解にやや不正確なものもあった。なお、本来、解除の制限法理として形成されてきたものであるが、それを超えて、信頼関係破壊が破壊されておれば、無催告解除を認めるといったように、解除の要件を緩めるために使われる場合もあるので、その点も記述しておれば、加点した。

II

[1]

虚偽表示の無効と第三者の問題である。

答案では、まず、AB間の贈与契約が通謀虚偽表示により無効であることを、問題文の事実をふまえて論ずる必要がある。その上で、民法94条2項が、虚偽表示の無効は「善意の第三者に対抗できない」としていることとの関係で、この場合の「第三者」の意義、善意・悪意の判断基準時を論ずる必要がある。

問い1はBから甲不動産を取得したEが善意で、Eから甲を取得したFが悪意の場合、問い2は、その反対に、Eが悪意で、Fが善意の場合である。善意・悪意の判断基準時は、取引安全の保護が問題となるので甲不動産取得のための取引時である。転得者Fが出現することから、中間者である第三者Eを基準にしてそこで法律関係が確定すると解するのか（絶対的構成）、転得者が善意か悪意かにより相対的に解するのか（相対的構成）を論ずる必要がある。

判例は、問い2のような場合に、相対的構成をとることを明らかにした（最判昭和45・7・24民集24・7・1116）。しかし、その事案とは反対に、中間者が善意で、転得者が悪意の場合（問い1のような場合）にも相対的構成を貫徹するののかについては、最高裁は、まだ正面から判断を下していない。考え方としては、両方成り立ち得るので、それぞれ論旨を明確にして論ずれば結論はどちらになってもそれなりに評価をした。

答案は全体的にはだいたい論点を把握して書いていた。少数の答案は94条2項の類推適用としていたが、AB間の通謀があるので直接適用の問題である。また、善意・悪意の判断基準時につきふれてい

ない答案もあったがふれるべきである。なお、問い1で絶対的構成、問い2で相対的構成をとる答案が多く、それはそれでよいのだが、問い1では絶対的に解すべきとしながら、問い2ではなぜそうではなく、相対的構成をとるのかについて触れておかないと、場当たりの論旨展開の印象になってしまうので注意する必要がある。

なお、問題文に「仮想贈与」と書いてあったが、これは「仮装贈与」の誤植である。

お詫びとともに訂正しておく。採点にはこの誤植は全く影響を与えていないことを念のため付言しておく。

[2]

Aは、甲をBに平成27年3月1日から3カ月間、賃料15万円で貸す契約をし、15万円を受け取り、甲を引き渡した。Bは、5月1日、Aの承諾なく、甲をCに200万円で売却し、代金を受け取り、甲は引渡しをした。

(問い1)

AはBC間の売買を事後に了承したとして、Bが、甲をCに引き渡すまでに、甲に傷をつけていたとき、CはBにどのような請求ができるかという問いである。

契約成立後、売主Bにより発生した瑕疵であることを押さえて、買主にどのような請求根拠が考えられるか、検討すべきである。570条の責任の性質を契約責任だと考えるときには、買主が調べてようやく分かった瑕疵だから、隠れた瑕疵であるとして570条の適用もあり得るし、570条は原始的瑕疵に限る法定責任だという立場でも、売主Bの善管注意義務違反(400条)による債務不履行責任も考えられる。

問題文からは断定できないと思われるが、履行不能と決めている解答もあった。また、請求できる内容については、損害賠償請求で止まる解答が多く、修補などの完全履行請求、解除の可否には触れていない解答が多かった。

(問い2)

AはBC間の売買を認めず、その結果、Cは甲について無権利者Bから所有権取得したことになる。

問題の前段は、AはCから甲を取り戻せるかである。Aは、甲の所有者として、所有権に基づく返還請求として甲の引渡しを求めることになる。これに対して、Cは、即時取得(192条)の成立を主張して、返還を拒むことが考えられる。Cの即時取得については、言及できている答案がほとんどであった。要件を正確に指摘し、平穩、公然かつ善意無過失の推定(186条、188条)、BのCに対する説明態様からCが無過失であるとの判断、問題文中Cは甲の現実の引渡を受けているから192条の要件を満たすなど、よりていねいな検討は加点要素である。

後段は、AがCから返還を求められないときに、Bにはどのような請求が可能かを問うている。AB間には甲の賃貸借契約があり、Bの無断での売買で返還が不能になってしまったのだから、Bの債務不履行に基づく損害賠償請求が考えられる。5月末日で賃貸期間は終了するので、解除は意味がない。

解答の中には、AからBへの不法行為に基づく損害賠償請求、不当利得返還請求について書くものがあった。それ自体必ずしも誤りとは言えないが、賃借物が返還不能であれば、賃貸借契約に基づく損害賠償請求には触れるべきだろう。

I

為替手形とは、振出人が支払人に宛てて、受取人に対して満期に手形金額を支払うべきことを委託する証券である（手形法 1 条）。為替手形は、約束手形同様、満期まで支払を猶予する手段としても利用されるが（信用証券）、振出人自身ではなく、支払人に支払わせることができるため（支払委託証券）、主に国際的な送金・取立てのために、荷為替手形の形で利用される。

II

（1）特別利害関係人が参加した取締役会決議の効力、取締役会の承認を欠く利益相反取引の効力についての理解を問うものである。

本件連帯保証契約は、乙社と丙銀行との取引であり、乙社と乙社取締役 B との取引ではない。しかし、乙社取締役 B が、第三者である甲社のために（甲社の代理人・代表者として）負担した債務について乙社が保証する場合にも、第三者のためにする直接取引同様、乙社の利益を犠牲して、甲社の利益をはかるおそれがあるといえる。したがって、本件連帯保証契約は間接取引（356 条 1 項 3 号）に該当すると考えられる（最判昭 45.4.2 参照）。なお、乙社取締役 C は甲社の取締役も兼任しているが、本件連帯保証契約の締結にも、甲社の借入に際しても、C は代表・代理もしておらず、従って、C が取締役を兼任しているというだけでは、甲社と乙社の間に利益相反関係が生じていると見ることは難しいだろう（東京地判平 10.6.29 参照）。

そうすると、本件連帯保証契約は利益相反取引に該当するので、B は、乙社取締役会において甲社と乙社の利益相反について重要な事実を開示して、その承認を受けなければならない（365 条 1 項、356 条 1 項）。本件では、B によって借入期間、保証額、保証の目的等が述べられており、重要事実が開示されているといえるが、問題になるのは、特別利害関係人にあたる B が議決に参加している点である。特別利害関係人が参加した取締役会決議の効力については、それを直ちに無効とするのではなく、特別利害関係人を除外しても決議が成立した場合は、原則として無効とはならないと解されるが（最判昭 44.3.28【百選 67】、但し代表取締役解職の事案）、本件では B を除くと 4 名中 2 名の賛成しかなく、可否同数として否決されていることになる。従って、本件取締役会決議は無効である。

取締役会決議を欠くとか、取締役会決議が無効である場合には、それにも関わらず行われた利益相反取引の効力が問題になる。取締役会決議を欠く間接取引の効力については、判例は、取引安全保護のため、会社が第三者の悪意を主張・立証して初めて当該取引は無効とする相対的無効説の立場を取っており（最判昭 43.12.25【百選 58】）、取締役会決議が無効である場合にも同様に解される。そうすると、本問では、乙社が、丙銀行が悪意（①利益相反取引であること、および②取締役会の承認を欠くこと、を知っていること）を主張・立証できれば、本件保証契約

の無効を丙銀行に主張でき、丙銀行の請求は認容されないことになる。

この点、丙銀行は、Bが甲社を代表して負担した債務を乙社が連帯保証するにあたって、Bに対し、Bが代表取締役を務める乙社の保証を要求したうえ、本件連帯保証契約の承認決議の議事録の写しを徴求しているから、利益相反関係の認識があったといえる。また、本件写しから、Bが賛成していることは明らかであり、Bを控除すれば決議は成立していないことは明らかであるのだから、取締役会決議が無効であることについて悪意と同視すべき重過失があったといえる（重過失は悪意と同視すべきとする判決として、上記東京地判平10.6.29）。以上より、丙銀行の請求は認容されない。

（2）株主総会決議を欠く自己株式取得の効力と、それを実行した取締役の会社に対する責任の成否が問題となっている。

株式会社が株主から合意により自己株式を取得するには原則として株主総会決議が必要であるが（155条3号、156条1項）、取締役会設置会社が市場取引や公開買付けの方法により自己株式を取得する場合には、株主総会又は取締役会により、あるいは定款の定めによる取締役会決議によって自己株式を取得することができる（165条1項2項）。本件のX社もかかる定款規定を有している。もっとも本件では、Pは、特定の株主Yから自己株式を取得しているから、本件定款規定の適用範囲外の自己株式取得を行ったことになる。このような場合には、原則にもどって株主総会決議が必要であり、とりわけ特定の株主から取得する場合には、その取得の株主総会は特別決議事項とされる（160条1項、309条2項2号）。なお、特定の株主から取得する場合であっても、市場価格を超えない額で取得する場合には、他の株主の売主追加請求権（160条2項3項）は排除されるが（161条）、本件はこの場合に当たらない。そうすると、株主総会の特別決議が必要であったにもかかわらず、総会を経ておらず、また、売主追加請求権に係る通知を欠いたまま自己株式を取得したものとして、本件自己株式取得には手続規制違反があることになる。

手続規制違反の自己株式取得の効力については、旧法下の判例は、原則としてその取得は無効であるが（最判昭43.9.5）、その無効は会社だけが主張できるものと解してきており（最判平5.7.15等）、この立場によれば、Yの主張は認められないことになる。自己株式取得の規制は会社保護を目的とするものであるから、会社ではない者の無効主張を認めるべきではないとされる。学説上は、会社が無効主張することは期待できない等の理由から、無効の主張権者を制限することに反対する見解が有力であるが、違法な自己株式取得の効力については、善意の相手方との関係では有効と考えている（相対的無効）。本件では、Yは善意（株主総会決議を経ていなかったとは知らなかった）とはいえないから、学説の立場によっても、Yの主張は認められないだろう。

取締役PのX社に対する責任については、財源規制違反もないとすれば、一般的規定である会社法423条によることになる。同条の要件は、①取締役に任務懈怠があったこと、②損害の発生及びその数額、③①と②の相当因果関係であり、④取締役の帰責事由（故意・過失）の

不存在が抗弁となるが、①については、会社法 160 条 1 項、2 項及び 3 項違反の瑕疵があり、株主総会を開催していれば本件自己株式取得は行われなかった(その後の本件売却もなかった)といえるから、③も満たす。法令違反行為であるので、④についての抗弁は困難である。③の損害額について、会社の損害をいくらと考えるかについては難問であり、様々な見解があるが、判例は、取得した自己株式を短期間に処分した場合には、自己株式の取得と処分を一連の行為と考え、自己株式の取得価額から処分価額を差し引いた額を会社の損害と解している(売却差額説。最判平 5.9.9【百選 23】、但し完全親子会社の事例)。この見解によれば、 $(1200 \text{ 円} - 1100 \text{ 円}) \times 4 \text{ 万株} = 400 \text{ 万円}$ が損害額ということになる。

以上

16 年度中期入試刑法は、以下のような問題でした。

次の問題〔1〕・〔2〕のうち1問を選択して解答しなさい。

〔1〕 以下の事例における甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

甲は、従兄にあたるX男から、密通相手のY女との関係が続けるために、Yの夫Aを殺害したいという意図を示された。その後、殺害方法につき何度も相談を持ちかけられるうちに、これをあしらいかね、Xから青酸カリを入手するように依頼を受けるや、A殺害に使用するつもりであることを認識しながら、これを承諾し、知人のBから青酸ソーダを譲り受けたうえXに渡した。しかし、その後、XおよびYは、その青酸ソーダを使用する機会をうかがっていたが、結局、Aの殺害を断念した。

1 論 点

本問は、予備の共犯に関するリーディングケース（最決昭 37・11・8）を参考にしたものです。実際の事案では、X・Yは、Aを絞殺しました。刑法判例百選 I 総論〔第7版〕164頁を参照してください。

最高裁決定の事案につき、第1審判決（名古屋地判昭 36・4・28）は、予備罪の成立には基本的犯罪類型を充足する目的が必要であるから、自らA殺害の意思を有しない甲は、予備罪ではなく、Xの殺人予備の幫助であるとししました。

これに対して、第2審判決（名古屋高判昭 36・11・27）は、予備罪の場合は、修正された構成要件を充足する行為が実行行為であって、予備罪の共同正犯はありうるが、予備罪の実行行為も従犯の行為も無定形・無限定であって、予備の従犯の処罰は著しく拡張されるおそれがあるから、79条のように明文規定がある場合に限定すべきであるとし、甲の行為は殺人予備の共同正犯に当たるとしました。

最高裁は、「殺人予備罪の共同正犯に問擬した原判決の判断は正当と認める」というものでした。

ここから分かりますように、本問の論点は、予備罪は自己予備に限るか他人予備も含まれるか、自己予備に限る場合に予備の従犯は認められるか、それが否定された場合、予備の共同正犯は認められるかという各点にあります。問題は、正犯が実行に着手した場合には、その幫助となるべき行為を、正犯が実行に着手しない場合に予備罪として処罰することは、共犯の実行従属性に反しているのではないかという点にあります。

2 X・Yの罪責

甲の罪責を検討する前に、X・Yの罪責を確定しておかなければなりません。X・Yは「その青酸ソーダを使用する機会をうかがっていたが、結局、Aの殺害を断念した」というのですから、実行の着手に至っておらず、両者が殺人予備罪の同時犯ないし共同正犯としなければなりません。上記判例を想起することができれば、当然そうなるはずですが、答案には殺人未遂罪とするものが、思った以上に多数ありました。殺人未遂罪としたのでは、その後の検討が、すべての外れということになってしまいます。答案の中には、さらに中止犯の成否を検討しているものもありましたが、論外です。

なお、予備罪について、予備行為と予備の結果を区別し、未遂（実行の着手）の具体的な危険の発生を可罰的予備の要件とする立場からは、X・Yの行為を予備罪にもならないとする可能性もありますが、そのような答案はありませんでした（ただし、本問の場合は、そのような立場からも予備罪が認められそうです）。

3 予備の共犯の成否（60点）

（1）予備の単独正犯の成否

まず、甲の行為は、それ自体として、殺人予備の単独正犯になりうるかが問題になります。この点については、甲は自分が「殺人の目的」を有して予備行為を行った（自己予備）のではなく、他人であるXのために予備行為（他人予備）を行ったことが、問題になりません。他人予備も予備罪になるという見解もありますが、否定説が多数です。肯定説からは他人のために青酸ソーダを準備しただけで殺人予備罪が成立することになりえますが（そのような答案もありました）、早すぎるでしょう。

なお、他人予備行為者が凶器を準備したが自己予備行為者に手交しなかった場合を想定すれば分かるように、他人予備は自己予備を介してはじめて実行への危険性を備えるのであるから、他人予備は予備の正犯ではないという主張に対しては、凶器が手交されてはじめて殺人予備として処罰すべき危険性が生ずるのであって、それ以前は不可罰な予備の未遂にすぎないという批判があります。

（2）予備の従犯の成否

他人予備行為は予備ではないとした場合、それでは予備の従犯になるかが問題になります。上記判例の第1審判決は、これを肯定しました。

問題は、刑法 62 条の「正犯」に予備行為も含まれるかという点にあります。一般には、「正犯」とは実行に着手した者を指し、正犯が実行に着手しない限り、幫助は処罰されないと解されています（共犯の実行従属性）。予備の従犯を肯定する説は、予備罪が独立の犯罪として規定されている以上、予備も「正犯」であるという見解に立つものです。

（3）予備の共同正犯の成否

上記判例の第2審判決が、予備罪の実行行為も従犯の行為も無定形・無限定であって、予備の従犯の処罰は著しく拡張されるおそれがあるから、79 条のように明文規定がある場

合に限定すべきであると述べている点は、そのとおりといえます。しかし、そのことから予備の共同正犯や予備の教唆犯を認めることには、飛躍があります。

問題は、刑法 43 条の「実行」と刑法 60 条（および 61 条）の「実行」とを同一のものと解すべきか否かという点にあります。予備の共同正犯を肯定する説は、予備も拡張された構成要件の実行であるから、43 条の実行とは異なってもよいとしたうえ、他人予備行為は単独正犯にはなりえないが共同正犯は可能であり、共同正犯と従犯とは役割の重要性に応じて区別されるというものです。もっとも、支払用カード電磁的記録不正作出準備である電磁的記録の情報取に未遂処罰があるように（163 条の 4 第 1 項および 163 条の 5）、43 条の「実行」と 60 条以下の「実行」は同じであり、ゆえに、予備罪の実行の着手も予備罪の共犯も認められるとしつつ、いわゆる従属的予備罪ではその「実行」が明らかでない点に問題があるという指摘もあります。

なお、199 条の罪を犯す「目的」を 65 条 1 項の「身分」に当たるとして、甲に予備の共同正犯を認めるという見解があり、そのような答案もありましたが、そうすると他人予備が自己予備の共同正犯となり、さらに、65 条 1 項の「共犯」に共同正犯と従犯を含むとする通説・判例によると、両者の区別は「自己の犯罪」か「他人の犯罪」かに置かれていますので、他人予備は共同正犯ではなく従犯ということになりそうです。

予備の共同正犯を否定する説は、共同正犯の共同実行は、基本的構成要件の内容としての行為を共同して行うことであって、予備罪にまで広げるべきではなく、予備行為の範囲は広範で定型性を有しないから、共同正犯もあいまいになるおそれがあるなどと主張しています。

（４）実行従属性からの否定説

共犯の実行従属性とは、「正犯が実行に着手してはじめて教唆・幫助が成立する」すなわち「教唆・幫助の未遂は処罰されない」という意味であり、61 条の「実行」、62 条の「正犯」は、未遂段階を意味します。そうすると、正犯が「予備」の場合、教唆・幫助は成立しないこととなります。

予備罪に他人予備は含まれず、自己予備に限るとしますと、本問の場合、予備の単独正犯も成立しません。そして、刑法 60 条の「実行」と 43 条の「実行」を同義と解する立場からは、そもそも予備の共同正犯も認められないこととなります。

4 印象点など（20 点）

「3 予備の共犯の成否」については、解答の順序や結論が異なることが考えられますので配点はまとめて 60 点とし、その理由づけを重視して採点しました。そのうえで、答案が矛盾なく論述されているかを、印象点で評価しました。前期入試に比べれば若干増えましたが、第 2 問〔刑法各論〕を選択した受験生の少ないことが気になるところです。合格者は、必ず入学前に刑法各論の教科書を通読しておいて下さい。

〔2〕 以下の事例において(1)および(2)の場合を比較しつつ、甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

Aは、B銀行において、自己の債権者であるCの銀行口座に債務履行のため50万円を振込送金しようと考えたが、ATMで送金する際に口座番号を間違え、D銀行にある甲の普通預金口座に50万円の振込送金をしてしまった。翌日、D銀行のATMで預金通帳に記帳をした甲は、身に覚えのない50万円の送金があったことに気付いたが、D銀行の側にこれを告知することなく、その窓口の行員Eに対して自己名義での50万円の払戻し請求書を示し、50万円の払戻しを受けた。

(1) 甲が、自己が他に負っている債務の弁済のためにこの50万円を費消する意図で払戻しを受けた場合

(2) 甲が、Aを知っていることから、この50万円をAに現金で返してやろうという意図で払戻しを受けた場合

1 論点

本問は、振込依頼人が振込先の口座番号を間違えて意図しない人物の口座に金員の振込みを行ったことを知りながら、受取人が身に覚えのない振込みがあることを、その口座のある銀行に告知せずに払戻し請求をして現金を受け取ったという、いわゆる「誤振込み」の事案を用いて、それが、①自己が他に負っている債務の弁済のためにこの50万円を費消する意図でのものであった場合と、②誤振込人を知っていることから振込金員を払い戻して現金で誤振込人に返却する意図のものであった場合とに分けて、詐欺罪などの財産犯の成否を問うものです。

この誤振込みの事案については、銀行の窓口で払戻を受けた場合に関して詐欺罪（刑法246条1項）が成立するとした最決平成15・3・12刑集57巻3号322頁があります。しかし、それは、誤振込みの場合でも振り込まれた金員に相当する預金債権は有効に成立するとする最判平成8・4・26民集50巻5号1267頁を前提にしつつ、誤振込みの場合には銀行に「組戻し」という反対方向の振込みをする機会を与えるために「身に覚えのない振込み」があることを告知すべきであるという判断を理由にしています。ゆえに、有効に成立している預金債権につき預金債権者は払戻し請求権があるのに、なぜ「身に覚えのない振込み」があることの告知義務があるのかという疑問のほか、告知せずに払い戻して誤振込者に振込金員を現金で返却する場合でも、銀行を被害者とする詐欺罪が成立するという不都合な結論が生じるという批判があります。また、海外では、このような場合には払戻しを受けた人物には何の財産犯も成立しないとした裁判例もあります（2000年11月8日ドイツ連邦津城裁判所決定。本決定については松宮孝明「誤振込と財産犯の解釈および立法」立命

館法学 278 号 999 頁参照)。

そこで、本問では、同じく告知をしない①と②を比較し、②の場合に詐欺罪が成立するという不都合な結論を避けるためにはどのように考えたらよいかを試すことにしました。ゆえに、本問では、①の場合と②の場合とで矛盾のない論理構成が必要となります。

2 ①の場合の処理 (40 点)

まず、本件では、どのような犯罪の構成要件が問題となるかを示す必要があります。ここでは、D銀行の窓口でその行員Eに対して、「身に覚えのない振込み」があったことを告げずに 50 万円の払戻しを請求しているのです。この点につき、「欺罔」を手段とする詐欺罪(刑法 246 条 1 項)の成否を検討すべきことになるでしょう (10 点)。

そこでまず、Aが口座番号を間違えて甲の銀行口座に 50 万円を振り込んでしまった点につき、この 50 万円について甲に、D銀行を債務者とする有効な預金債権が成立しているか否かを検討すべきこととなります。なぜなら、この預金債権の成立自体が無効であれば、甲は、無効であることを知りながら、それを銀行側に告げずに、有効な預金債権があるかのように装ってその払戻しを受けたことを理由に、詐欺罪が成立することになると思われるからです。この場合は、告知なしの払戻し請求の意思表示は、「挙動による欺罔」ということになると思われます。

しかし、前述のように、民事の判例(最判平成 8・4・26 民集 50 卷 5 号 1267 頁など)は誤振込みの場合でも預金債権は有効に成立するとしています。「振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である。」というのです。それは、「振込みは、銀行間及び銀行店舗間の送金手続を通して安全、安価、迅速に資金を移動する手段であって、多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため、その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否、内容等を開知することなくこれを遂行する仕組みが採られている」(前期最判平成 8・4・26) ことを理由とします。したがって、預金債権の成立を否定することによる詐欺罪の構成は難しいこととなります。詐欺罪を認めた最高裁決定でも、「このような振込みであっても、受取人である被告人と振込先の銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、被告人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する」(前記最決平成 15・3・12) と明言していることに、注意が必要です。本問では、この点を指摘することが、誤振込みの問題の所在として必要です (10 点)。

そこで、詐欺罪を認めるためには、有効に成立しているとしても、この 50 万円の預金債権については、「受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務がある」のであり、「受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、

誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然」である（前記最決平成 15・3・12）といった理由を付して、不当利得となることを理由に「組戻し」のための告知義務を認め、これを行った払戻請求は「挙動による欺罔」に当たるとする構成をとるべきことになるでしょう。

そうすれば、「組戻し」をすべき金員であることを告げられなかったEは「錯誤」に陥って50万円の払戻しという「財物の交付」をしたことにより、甲に詐欺罪が成立することになります。その場合、被害者は、50万円という現金の所有者であったD銀行です。

なお、告知義務を認めても、告知した上で払戻しを求めた場合、銀行側は払戻しを拒否できないことについても、知っておかなければなりません。それでもD銀行に財産損害が生じているのかどうかの検討も、必要です。それは、「真実を伝えられれば、少なくとも銀行は、当該振込手続について銀行の側に過誤がなかったかどうかを確認するので、少なくとも直ちには払戻しに応じなかったであろう。にもかかわらず、告知されなかったことで50万円を直ちに交付してそれを失ったことが損害だ」という形式的なものにならざるを得ません（同旨、宮崎英一・最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度112頁）。詐欺罪を認めるなら、ここまで論証することが求められます。（20点）

3 ②の場合の処理（40点）

もっとも、このように行員Eを欺いたD銀行を被害者とする詐欺罪を認めた場合、同じく告知しないで払戻を請求した②の場合でも、詐欺罪が成立するという不都合な結論を生じてしまいます。もちろん、中には、②の場合でも詐欺罪が成立するという見解もないではありません。しかし、それは非常識な結論として、一般には否定されています（最判平成20・10・10民集62巻9号2361頁に関する石丸将利・最高裁判所判例解説民事篇平成20年度489頁）。そのため、ここでは、何らかの理由で詐欺罪を否定することが求められます（20点）。

これを避けるためには、もちろん、一方で①の場合でも、有効に成立した預金債権については、受取人はその払戻請求権を有するのであり、その際、「組戻し」は本来、受取人から振込人への反対方向の振込みにすぎないので、これについて銀行に固有の利益はなく、むしろ受取人の意思に反した「組戻し」は無効であり（最判平成12・3・9金法1586号96頁）、ましてや受取人は銀行への告知を義務付けられるものではないとして、詐欺罪の成立を否定することが考えられます。

他方、①の場合には詐欺罪は成立するとしつつ②ではそれを否定するために、告知義務は誤振込人への「組戻し」の機会を銀行に与えるためにあるのだから、払い戻して現金で返却する場合には「組戻し」の必要はなく、ゆえに、「組戻し」のための告知義務もないとする論理が考えられます。前記最決平成15・3・12刑集57巻3号322頁も、「誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然」であるというのですから、誤振込金員を自己のものとするのではな

く返却するつもりなのであれば、銀行への告知は不要だと考えてよいでしょう。

この場合、当初は返却するつもりで払戻を受けたが、その後に返却意思を翻して自己のものにしてしまった場合はどうするか、という問題が生じます。しかし、その場合は、遺失物等横領罪（刑法 254 条）の成立が可能というべきでしょう（20 点）。

なお、答案では、②の場合に A への返却意思があるので甲には、（A という）権利者を排除してその物の所有者として振る舞う意思がないか、あるいは、（D という権利者を）排除する意思はあるが先に返却する以上、その経済的用法に従って利用または処分する意思がないという、「不法領得の意思」不存在を理由として、詐欺罪不成立を認めるものが多数みられました。努力の跡が見える答案だと思います。

しかし、権利者排除意思を否定することについては、①での詐欺罪が D の所有する 50 万円の現金という「財物」を対象とするものである以上、A への返却は第三者に盗品等を領得させることを意味し、D という権利者を排除していることを否定できません。また、経済的利用・処分意思を否定することについては、A への返却は甲が被害者である D 以外の第三者に対して負っている不当利得返還債務の履行、つまり「自己が他に負っている債務の弁済」としての経済的意味を持つので、やはり無理があるように思います。もちろん、この場合、払い戻された 50 万円については、A と甲との間に特別の委託関係がないため（委託の趣旨から払い戻された現金の所有権が委託者に帰属するとしたものに、大判大正 9・3・12 刑録 26 輯 165 頁）、その所有権は甲に帰属するのであり、A は不当利得返還請求債権を有するだけです（前記最判平成 8・4・26）。

4 詐欺罪その他の財産犯の成立を否定する構成（80 点）

もちろん、以上の検討のように、②の場合に不都合な結論をきたし、かつ①との間の事案の相違を見出すこともできないことなどを理由に、有効に成立している預金債権の払戻しは何ら「欺罔」ではなく、さらに何らの財産犯にも当たらず、民事的に A に対して不当利得返還の債務を負うだけだとする結論も可能です。この場合には、①と②とで同じ結論になります。

これに対しては、前述（3）のように、①で詐欺罪を認めても②でそれを否定することは可能であるとする批判が考えられます。しかし、問題は、①のように自己が他に負っている債務を弁済することが、払戻請求それ自体の詐欺罪性を根拠づけうるか、というところにあります。というのも、前述のように D を被害者とする構成では A への返却も「自己が他に負っている債務の弁済」となってしまうほか、「前記最判平成 8・4・26 の事案は、受取人の債権者が、履行期の過ぎた自己の債務の満足のために、誤振込み相当の預金を差し押さえたことにつき、誤振込人による異議の訴えを斥けたものだからです。つまり、最高裁は、誤振込み金員で他の債務の弁済に充てることを、少なくとも債権者の差押えという形では認めたのです。そうであれば、少なくとも履行期の過ぎた債務につき、受取人が誤振込金員の払戻しを受けて弁済に充てることも同じではないか、といえることになります。

それでも①の場合に詐欺罪を認めると、民事と刑事との間に「民法はやってよいと認めているのに刑法がやってはいけないとする」という行為規範レベルでの矛盾が生じ、「法秩序の統一性」に反することになります。

また、受取人が誤振込人に対して負う不当利得返還義務が債務である場合、受取人が破産ないし破産宣告が見込まれる状態であれば、誤振込人に誤振込金員の全額を返済することは、破産法で禁止される特定債権者への優先弁済にもなりかねません。

ゆえに、①と②で同様に詐欺罪等の成立を否定することにも、十分な理由があるのです。

5 印象点など (20点)

以上の諸論点が、矛盾なく論述されているかどうかを、最後に、印象点で評価しています。

全体としては、①で詐欺罪を認めると、②ではいかにしてそれを否定するのか、というのが本問の出題趣旨であることは、よく理解されていたように思います。「不法領得の意思」での解決は、上記のように弱点を抱えていますが、妥当な結論を探ろうとする姿勢を感じさせる答案が多かったように思います。民事法の知識と連携させて、財産犯の学習を深められることを期待します。

以上

設問Ⅰ

筆者は、ある事柄が「確か」であるかどうかは、無数の人間関係の連鎖に支えられ、それをコンテクストとして成立しているが、その人間関係の連鎖をたどれば、その信頼性の重要な部分は、自分が直接知り合った人々の信頼性にに基づいている、ということを主張している。そのうえで、例えば、専門知の確実性として、マンションの耐震構造、医学的治療の正当性等について次のように述べている。すなわち、それらは、つきつめていけば自分では検証できない専門知に依存しているにもかかわらず、圧倒的多数の人が科学を信頼しているのは、その非反省的な「確かさ」が、人間関係の多重的なリンクに依存しており、その網の目をたどっていくと、直接に見聞きし、語り合い、交渉している身近な他人とのつきあいが、その信頼性の核にあるということである。

設問Ⅱ

筆者が言うところの「現象的還元」とは以下のことである。すなわち、科学研究の目標を追求しているときには見えてこない、それを支えている「隠れた」豊かな前提次元に眼を向けようとするのが現象学の営みであるが、そのような次元は、通常は「隠れて」いるにもかかわらず、いつも自明的に生きられていて、その自明的に生きられている経験や現象をあらためて意識化することは十分可能だということである。このプロセスを現象的還元と呼んでいる。

この現象的還元という観点から、通常、われわれが物事を観察する際の「自然的な態度」では見えてこない「自明なもの」の存在を明らかにできる。例えば、知人とのつながりという生活世界のレベルで「自明なもの」の存在を考察してみると、自分が「実際によく知っている人々」から「実際にはあったことがないが知人を介して存在を知っている人」に広がるし、また、自分が「マスコミを通じて知っている人」から「具体的には知らないが存在を推測できるような人」に広がるといった具合に、つながりをたどっていくと、「隠れた」自明的存在が明らかになるのである。また、地平というレベルで「自明なもの」の存在を考察してみると、眼前にある一冊の本の目に見える部分、例えば、表紙、裏返しした際の裏表紙、回転した際の背表紙・上下面から、目には見えていないが、書中に必ず書かれている文字の部分が「自明なもの」として存在することが明らかになるのである。

採点感想

問題文自体が現象学を扱う抽象的な内容であったためか、やや読解に苦労した答案があったようである。限られた時間の中で問題文を何度か読み返して内容を理解しないと出題の趣旨に適確に答えられないことになる。まずは記述時間も含めて時間配分に注意してほしい。

そのような中でも設問Ⅰについては、おおむね多くの答案が、「絶対的な確かさ」がないという概念をおさえたいうで、現実にはそれが無い世界で、「杞憂」の故事のように不安に怯えることなく、それなりに生きていける理由をきちんと指摘できていたようである。もっとも、設問で「専門知の確実性」を例にとって説明することを求めているにもかかわらず、それができていない答案も散見された。設問をよくよんだうえで解答してほしい。

設問Ⅱについては、よく書けている答案とそうでない答案がはっきりとわかれてしまったようである。前者については、筆者の主張を理解したうえで、設問の要件、すなわち、現象的還元の定義、自然的態度では見えてこない「自明なもの」の2つの例示について適確に指摘できていたが、後者については、現象的還元の定義すらなされていないもの、筆者の主張を理解しないままに問題文を引き写しただけに終わっているものが目立った。後者については、当然のことながら、高い得点は与えられていない。読解力を身につける必要がある。

以上

立命館大学法務研究科・入学試験問題（民事訴訟法）出題の趣旨

設問1：基本的な概念・用語の意味をどこまで理解しているかを問う趣旨の問いである。

「訴訟要件」については、これが「本案判決」要件であること、また、具体例、および、訴訟要件を欠くときは訴え却下の訴訟判決が下されること、などが書かれておればよい。

「処分権主義」については、これが実体法上の私的自治の訴訟手続への反映として設けられたものであること（根拠・趣旨）、その意味と具体的内容が書かれておればよい。

設問2：民事訴訟法の基本的論点をどこまで理解できているかを問う問題である。

まず、Xの本件訴訟に対する法的地位が問題となる。Aの相続人であるXはA死亡を原因（当然承継事由）として当然承継によりAの本件訴訟における当事者たる地位を承継することになる（民訴124条1項参照）。

しかも、AにはP弁護士という訴訟代理人が存在するので、訴訟の中断・受継という手続を経ることなく、Xは本件訴訟の当事者（原告）となり（民訴124条2項）、Aの本件訴訟における従前までの法的状態を引き継ぐことになる（法定当事者変更）。

次に、AはBとの売買は虚偽表示のため無効であると主張したが、Bは売買契約に瑕疵はないと反論したとあるが、訴訟上でも、同様の主張がA・B間で行われたとすれば、Aの主張の意味が問題となる。

AがA・B間での売買契約の存在を主張することは、（Bが主張すべき）所有権喪失の抗弁という権利障害抗弁の主張であり、Aにとっては自己にとって不利益な事実の陳述である。そして、それを前提に、売買は虚偽表示のため無効であると主張するわけであるから、この主張は、所有権喪失の抗弁に対する再抗弁の主張ということになる。この分析は証明責任の分配の知識を問うことになる。

いずれにせよ、このAの売買契約存在の主張は、Aにとっては自己にとって不利益な主要事実の陳述となるから、Bの、売買契約に瑕疵はないという主張は、このAの売買契約存在の主張を援用し、その上で、Aの再抗弁の主張を否認するものである。このことにより、売買契約存在については、Aに先行自白が成立し、その裁判上の自白の効力として、自白の撤回禁止効がAに生じる。

Xは前述のように、Aの本件訴訟における従前までの法的状態を引き継ぐことになるので、Aの自白の撤回禁止効もXに生じることになる。

以上から、Xは、AB間の売買契約自体が存在していないと主張することはできなくなる。その主張は、自白を撤回するという主張に他ならないからである。

設問2では、以上の各論点をどこまで理解しているか、ということが問われることになる。

以上。

I

〔A〕

判例がおとり捜査を任意捜査として許容するために課した要件は、以下の 3 つの要素からなる。

- ① 直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、
- ② 通常の見つけ方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、
- ③ 機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象に行うこと。

以上の 3 要素のうち、要素②および要素③についてはおおむね正しく解答できていたが、要素①についての記述がない答案が散見された。また、一部の答案であるが、強制処分と任意処分の区別について一般的に規範定立をした最判昭和 51 年 3 月 16 日と混同して理解しているものが見られた。

〔B〕

領置とは、①任意に提出された物あるいは、②被疑者・被告人その他の者が犯行現場等に遺留した物の占有を取得する行為のことを指す。その法的特質は、③占有の取得は任意処分だが、④領置手続がとられると、目的物を返還する必要がなくなる点で強制処分である、という点にある。

行為の定義に関しては、①あるいは②のいずれかしか解答されていない答案が見られた。法的性質に関しては、③には触れている答案が多かったが、④に言及できていた答案は少数にとどまった。

II

1. 総論

本問題では、覚せい剤およびTシャツの差押えが、逮捕に伴う無令状捜索差押（憲法 35 条、刑事訴訟法 220 条 1 項）として許されるかという点が刑事訴訟法上の論点となる。本問題に限ったことではないが、当該行為が許される条文上の根拠およびそのような行為が許される趣旨を最初に明らかにする必要がある。次に、趣旨から導かれる許容限界について具体的な基準を定立する必要がある。そして、最後に、定立した規範を事案の具体的事実関係にあてはめる作業が求められる。答案では、趣旨についてはおおむね何らかの形で書かれているものが多かったが、趣旨から導かれるはずの具体的な許容基準に関する規範定立をしないままに、あてはめに入っている答案が散見された。このような答案の書き方をすると、条文の趣旨からなぜ本事案でそのような結論が導き出せるのか、という点の論理的なつながりがあいまいになり、結局、自分はそのように思うからそのように結論付けたのだ、という論証になりがちである。言うまでもなく、そのような答案は、異なる価値

観を有する他人を説得することはできない。法律学の答案は、論理的に他人を説得する文章であることを求められる、という基本を確認してほしい。以上の前提を踏まえて、以下、本問題に即して、順を追って検討していくこととする。

2. 逮捕に伴う無令状搜索差押えが許される趣旨

まず、逮捕に伴う無令状搜索差押えが許される趣旨を巡っては、緊急処分説と相当説の2つの考え方がある。もちろん、どちらの考え方に立っても構わない。緊急処分説に立てば、逮捕行為を完遂するために必要な緊急的措置として、被逮捕者の逃亡を防止し、逮捕者の安全を図り、罪障隠滅を防ぐ最小限の行為のみが許されると説明されることになり、相当説に立てば、逮捕令状が出されるような相当な理由がある場合、逮捕現場に証拠の存在する蓋然性が高いので、証拠収集手段として許される、と説明することになる。

3. 場所的・時間的限界

そのうえで、次に、無令状搜索差押えが許される理由から、搜索の許される時間的・場所的範囲について具体的な規範を定立する。緊急処分説に立って論じる場合には、時間的には、逮捕行為に着手した時点から、逮捕行為が完遂した時点までとなり、場所的には、手の届く範囲（直接支配下）に限られることになる。一方、相当説に立って論じる場合には、場所的には、逮捕された現場と同一管理空間内、時間的には、搜索が許される空間を搜索するのに必要な合理的な時間内で搜索が許されることになる。

4. 相当説における「同一管理」の意味について

答案では、相当説に立つものがほとんどであったが、その中の相当多数が、相当説の意味するところを正しく理解できておらず、場所的限界についての「同一管理」の意味を誤解して、Dマンション305号室の甲宅も甲が管理している場所だから、逮捕の現場と同一管理内にあるといえ、搜索は適法であると論じてしまっていた。この点の理解は非常に重要なポイントであるので、以下の解説を読んで、理解を正しておいてほしい。

相当説において、無令状搜索が許される根拠は、逮捕された人が、逮捕された時に現在した現場には、証拠の存在する蓋然性があるという点に求められるが、ここでいう「証拠の存在する蓋然性」とは、具体的には、次のような意味である。すなわち、適法に逮捕されるような人は、犯罪についての嫌疑を有しているのであるから、当該犯罪の証拠を現に所有している可能性がある。そして、少なくとも逮捕された時点から遡って一定の時間は逮捕された現場にいた被逮捕者は、逮捕される直前までのいずれかの時間帯において、逮捕された空間のどこかに証拠をこっそり隠す機会を有している。したがって、被逮捕者が逮捕された地点を基点として空間的に隔たりがない場所については、証拠の存在する蓋然性が認められ、無令状搜索が許される。そして、被逮捕者が逮捕された地点を基点として空間的に隔たりがない場所のことを「同一管理内」と名付けているのである。

以上の意味からして、逮捕に伴う無令状捜索の際に使われる「同一管理」という概念は、法的な権限の意味ではなく、逮捕された現場に対する事実上の支配のことを意味する。したがって、Dマンション 305 号室を法的に甲が借りていたかどうかは関係ない。そのうえで、逮捕された場所とDマンション 305 号室との間には、壁や玄関等で仕切りがあるから、明らかに空間的隔たりがある。したがって、同一管理とは言えないのである。

このように言うと、Dマンション 305 号室は、甲が借りていたのだから、305 号室内に証拠が存在する蓋然性はあるのではないかと疑問を持つ人もいるだろう。しかし、相当説は、逮捕されるような怪しい人物は、証拠を持っている蓋然性があるから、被逮捕者の立ち入るようなところには証拠の存在する蓋然性があるという考えではない。なぜなら、逮捕者から見て、被逮捕者が存在していたと現認していない場所について、逮捕の前どこかの時点で被逮捕者が実際にそこに滞在したと確言することはできないからである。本問題の事例でも、甲は、覚せい剤の取引場所あるいは仕入れ先からDマンション 305 号室に立ち寄ることなく、直接コンビニエンスストアE店に行った可能性を否定できない。この場合、本件被疑事実との関係で、Dマンション 305 号室に証拠の存在する蓋然性は「ない」と評価するしかない。もちろん、逆に、甲は犯行後Dマンション 305 号室にいったん帰ってから再び外出し、コンビニE店に向かったのかもしれない。しかし、甲がどちらの行動を取ったかを逮捕者を確実に知ることはできない。そうだとすると、無令状捜索はあくまでも令状主義に対する例外として認められているに過ぎないのであるから、そのようなあやふやな根拠に基づいて正当化されることはないのである。逆に言うと、逮捕された人がまさに逮捕された時点でいた場所という、証拠の存在する蓋然性が疑いなく認められるレベルの場所でなければ、令状審査をスキップして捜索することが正当化されることはないのである。

令状に基づく捜索差押えにおいて 1 個の令状の効力が及ぶ範囲として、同一管理権内という言葉が使われ、こちらは法的権限の意味合いも有するので、混乱しがちになるが、逮捕に伴う無令状捜索における相当説がいうところの「同一管理」という概念は、以上に縷々説明した意味であるので、このことをしっかりと理解しておいてほしい。

5. 本事案へのあてはめ

さて、ここまで規範についてしっかりお膳立てすれば、本事案のあてはめは、容易であろう。緊急処分説に立つ場合には、逮捕の現場は、E店前路上であり、午後 3 時 15 分に逮捕は完遂している。甲宅は、A店前路上から 20 メートル以上離れており、手の届く範囲とは到底言えないし、時間的にも、捜索に着手した午後 3 時 25 分は、逮捕行為が完遂してから 10 分も経過しており、逮捕行為が完遂するまでという基準も満たさないという結論に至る。相当説に立つ場合にも、逮捕された現場は、E店前路上であるから、逮捕地点を基準に同一管理といえる範囲内、すなわち、逮捕される直前までの一定の時間、被疑者が現在し、したがって、被疑者が証拠を隠すことのできる空間、要するに、証拠の存在

する蓋然性があると確実に言える空間は、E店周辺の路上に限られる。甲宅は、E店路上とは明らかに空間的に隔たりがあり、同一管理空間内とはいえない、という結論に至ることになる。

6. Tシャツの差押えについて

一方、Tシャツの差押えについては、さらに、無令状差押えの物的限界が問題となる。緊急処分説に立つ場合には、逮捕は事件単位で正当化されるので、差押えが許されるのは、逮捕にかかる被疑事実に関連する証拠に限られると規範を定立する。相当説に立つ場合には、逮捕は事件単位で行われ、それゆえ、逮捕にかかる証拠の存在する蓋然性が無令状捜索・差押えの根拠であるので、逮捕にかかる被疑事実に関連する証拠に限られると規範定立する。いずれの説に立っても、本問題のあてはめとしては、差押えは物的限界を越えており、違法となる。この論点については、比較的よく書けていた答案が多かった。ただし、逮捕が事件単位の原則で行われることと関連付けて答えることのできたものはなかったのは、やや残念であった。

惜しくも単位認定されなかった受験生も、単位認定された受験生も、制度がつくられた趣旨の根本をきちんと理解し、そこから論理的に具体的な基準（規範）を導き出すことができるように、繰り返し基本書に立ち戻って学習するような癖を身につけてほしい。