

2026 年度 立命館大学法科大学院
履修免除試験 講評

民事訴訟法 1 ページ

刑事訴訟法 3 ページ

民事訴訟法

I

(1) について

攻撃または防御の方法を訴訟の進行状況に応じて、適切な時期に提出しなければならないという原則で（156 条）、審理が円滑迅速に進行することを目的とする。時機に後れて提出された攻撃防御方法は、当事者に故意重過失があり、訴訟の完結を遅延させるときは却下されることがある（157 条 1 項）。【139 字】

条文を挙げていない答案や、条文にあるにも関わらず「時機に後れた」について「時期」、「遅れた」との誤字が多かった。

(2) について

原告に訴状を陳述させ、被告が答弁書を提出していた場合は、答弁書については陳述を擬制し（158 条）、続行期日を指定し、答弁書を提出していない場合は、訴状記載の事実について擬制自白が成立し（159 条 3 項、1 項）、それで裁判をするのに熟すれば（243 条 1 項）、弁論を終結する。

【135 字】

「被告が欠席」ということに注意を奪われたのか、「原告に訴状を陳述させる」ということを指摘している答案が皆無であった。また被告が答弁書を提出している場合と提出していない場合を区別できてない答案、「被告が提出した訴状」という民事訴訟の基本を理解していないと思わざるを得ない答案も少なくなかった。

II

【問 1】 について

X の主張する請求原因が認められない以上、請求棄却になるようにも思われる。しかし、Y の主張する代理構成であっても、X の Y に対する代金請求は認められる。すなわち、Y の主張は、X の主張とは別個の請求原因を構成する。このように、主張立証責任を負わない側が、自らに不利になる事実を陳述した場合、それに基づいて判決をすることができるかが本問で問われている。

弁論主義の第 1 原則（主張責任の原則）によれば、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎としてはならない。しかし、これは裁判所と当事者の役割分担を定める原則であり、当事者の主張に現れていれば、それが主張立証責任を負わない側によってなされたものであってもかまわない（主張共通の原則）。主張責任を負う側がこの不利益陳述を援用すれば先行自白が成立し、裁判所はそのままそれに基づいて判決をしなければならない（弁論主義第 2 原則＝自白原則。179 条）。

主張責任を負わない側の当事者が不利益陳述を援用せず、先行自白が成立しないとしても、不利益陳述された事実が証拠によって認定できたのであれば、その心証に従った判決をすることは許されることになりそうである。

しかし、主張責任を負わない側の当事者が、相手方の不利益陳述を争っている場合に、その事

実に基づいて判決をすることは不意うちになり、当事者の手続保障を害するおそれがある。このような「相手方の援用しない不利益陳述」について、最判平成 9 年 7 月 17 日判時 1614 号 72 頁【民事訴訟法判例百選第 6 版 46 事件】は、原告が主張立証責任を負う事実について、原告ではなく被告がこれを主張し、原告が争った場合、裁判所としては、この事実を確定した以上は、原告がこれを自己の利益に援用しなかったとしても、適切に釈明権を行使するなどした上でこの事実をしんしゃくし、原告の請求の一部を認容すべきであるかどうか審理判断すべきであるとしている。

したがって、この判例によれば、裁判所としては、X に代理構成の主張を援用するか釈明すべきということになる。ただし、主張共通の原則があり、証拠調べの結果からも代理人による契約であることが当事者双方に認識されているような場合は、釈明せずに、代理構成による請求認容判決をすることも許されるであろう。裁判所から釈明されてもなお X が援用しない場合、当事者の意思を尊重して請求棄却判決をすることができるという立場と、釈明により不意うちは防止できているので、認容判決をするべきという立場が考えられる。

答案では、主張立証責任がない側が不利益陳述をした場合であること、さらにそれを主張立証責任がある側が援用しない場合であることを理解できていないものも少なくなかった。それが分かっていると主張共通の原則や釈明権行使の場面であることに気づくことができない。さらに Y の主張を抗弁としたり、権利自白としたり、間接事実であるとしたりする誤りもあった。また、処分権主義など本問と関係のない論述もあった。「心象」などの誤字も注意してほしい。

【問 2】について

本問では、X は、パソコンの代金が実は 30 万円であったのに、20 万円であると勘違いをして、前訴で 20 万円の請求をしているので、明示しない一部請求をし、それが全額認容されていたことになる。判例は、一部請求後の残部請求について、前訴で一部請求であることを明示していれば、被告は債務不存在確認の反訴を提起することにより、紛争の一回的解決を図ることができ、何度も応訴する負担を回避できるから、訴訟物は明示された一部になり、残部について後訴で請求することは既判力には抵触しないとす【最判平成 10 年 6 月 12 日民集 52 卷 4 号 1147 頁・百選 75 事件】。

これに対して、明示しない一部請求後の残部請求については、既判力に抵触して許されないとす【最判昭和 32 年 6 月 7 日民集 11 卷 6 号 948 頁・百選 76 事件】。この判例については、明示がない場合には債権全体が前訴訴訟物となっており、債権全体に前訴判決の既判力が生じるので、それによって残部請求が遮断されるとの考え方であるとの理解がされている。また、残部請求をすることは、前訴で請求額が全額であるとしていながら、後訴で実は一部であったと主張することは矛盾挙動として許されず、信義則に違反するとの理由で残部請求を認めないという説明の仕方もある。

一部請求の問題であると気づいていない答案も少なからずあり、気づいていても本問は明示されていない一部請求の場面であることを無視して明示的一部請求であるから残部請求が可能であると述べる答案もあった。問題からは明示していたとは読めないはずである。また重複訴訟とするような的外れの答案もあった。重複訴訟は、複数の訴訟が同時に係属している場面である。

刑事訴訟法

I

(1)

実体法上一罪関係にある数個の犯罪事実を分割して逮捕・勾留することを禁じる原則。実体法上一罪の範囲で複数の逮捕・勾留を認めると、身体拘束の不当な蒸し返しや不当な長期化が生じるおそれがあるため。(95字)

一罪一逮捕一勾留の原則の根拠の説明は、「1個の刑罰権実現に向けた手続も1個でなければならぬから」でもよい。

一罪の単位について説明できていない解答が多く見られた。また、そもそもなぜ一罪は一逮捕一勾留でなければならないのか、という原則の根拠が全く説明されていない解答も多く見られた。

(2)

他の犯罪事実との区別を可能にし、かつ特定の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにすることによって、裁判所に対し審判の対象を画定するとともに、被告人に対し防御の範囲を示す。(99字)

訴因が有する2つの機能については、おおむね解答できていたが、訴因がそれらの機能を果たすために、訴因事実がどのような内実を有していなければならないのか、という点の説明が不十分な答案が多く見られた。

II

(1) 論点

本事例の論点は、Xが午後2時15分頃に徒歩で移動し始めたときから午後7時10分頃に朱雀警察署に連行されるまでの約5時間にわたって、また、Xが警察署で尿を任意提出したのち警察署を出た午後8時頃から午後11時35分頃までの約3時間半(合計すると、約8時間半)にわたって、常に6名から10数名の警察官がXに追従し、Xの行動を制止しようとし、Xを取り囲むなどした行為が、強制処分に至っており、違法ではないか、という点である。

憲法および刑事訴訟法は、強制処分法定主義ならびに令状主義を定めているから(憲法31条、33条、刑事訴訟法197条)、刑訴法が定めた要件を充足せず、かつ令状を取得せずに強制処分を行えば、即違法となる。したがって、捜査官の行った行為が違法かどうかを判断するうえでは、いかなる行為が強制処分に該当するのかという点、すなわち、強制処分の定義が鍵となる。

(2) 強制処分と任意処分の区別

この点、最決昭和51年3月16日(刑集30巻2号187頁)が、強制処分とは、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」と定義して

おり、学説は一般にこの判旨を「相手方の意思を制圧し、重要な法益を侵害する行為」とまとめている。また、判例は、強制処分 of 範囲を法益侵害を生じるすべての行為とはせず、「意思制圧＋重要法益侵害」の範囲に限る理由を明示していないが、一般には、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害を生じる場合に限って強制処分と解すべきである」という説明が多用されている。この理由付け自体はトートロジーであるように思うが、入試等において、あえて広く流布している説明と異なる奇抜な説をひねり出す実益はないから、この説明を用いておけば足りる。

ところで、判例・通説による強制処分の理解に従うと、対象者に対する法益侵害を発生させながら任意処分に分類される領域が出現する。対象者に対する法益侵害が生じるのに、任意処分であるからといって、何らの規律も及ぼさずに捜査官に対してフリーハンドの処分権限を認めることは正当化できない。そこで上記判例は、任意処分を適法に行うための条件を付けている。条件付けが必要な根拠も含めて改めて判例規範の該当部分を引用すると、以下の通りとなる。すなわち、任意処分であっても、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのだから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当ではなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」。

本事例において、本判例の規範を定立して本事例の事実関係に当てはめるべきであることは、明らかであろう。実際、答案において、本判例の規範を使わなかった解答は、ほぼ皆無であった。ただし、刑事訴訟法分野において最も基本となる判例の一つでもあるにもかかわらず、規範定立が不十分な解答も少なくなかった。とくに、基準を導き出す根拠となる規範が書かれていない答案が多数見られたのは残念といわざるを得ない。適法／違法を判断する基準は、天から降ってくるものではない。根拠から論理的に導き出すものであるという理解を徹底してほしい。

(3) 移動の自由の本質と本事例へのあてはめ

さて、本事例の解答において、最も問題であったのは、規範定立の点にではなく、あてはめの点にある。すなわち、X が物理的に移動できていたという事実を以って、行動の自由に対する制約は小さいと評価した答案が、非常に多く見られたのである。

行動の自由、移動の自由というのは、単に、物理的に移動できさえすれば足りる自由ではない。移動の自由というのは、本来、その人が移動したいときに、行きたいところに行くことができこそ、はじめて自由として保障されたことになるはずである。人には、移動する自由もあれば、移動しない自由もある。このような移動の自由の本質を踏まえれば、本事例において X が移動の自由を深刻に侵害されているのは明白である。なぜなら、X は、約 5 時間ないし 8 時間半にわたって、京都市内を徒歩と鉄道の乗車を繰り返すという全く無意味な移動を強いられているからである。そして、X がそのような無意味な移動を強いられた原因は、10 数名にも及ぶ警察官が取り囲んで至近距離で追従し、ときにはタクシーの運転手に乗車拒否をするように仕向けたり、X の身体や鞆に手を掛けるなどの有形力を行使したからにはほかならない。もし、皆さんが、本事例のような態様で、自分が住んでいる市内を 8 時間半にわたって無意味に歩き回らされ、乗りたくもない鉄道やバスに乗らざるを得ない状況に陥ったとき、8 時間半後に、「今日は一日、移動の自由を満喫できた」と思うであろうか？。具体的な事実を照らして、もっと想像

力を働かせてほしい。

本事例のあてはめとして、任意処分にとどまるという評価が全くありえないとは言えないが、強制処分に接するほどの重い法益侵害が生じていることを前提に、必要性・緊急性・相当性についてきわめて厳格に審査することが最低限、必要であろう。

（4）必要性先取り思考からの脱却を

加えて、もう1点、学習上の留意点を指摘しておきたい。多くの答案が、本事例の法益侵害の程度を軽く見た理由として、捜査の必要性を先取的に判断する思考が背景にあったのではないかと推察する。実際、少なくない答案が、Xの不審な行動が明らかになった機会を逃さずに覚醒剤関係証拠を収集する必要性が高いであるとか、この機会に覚醒剤証拠の収集やXの身体確保ができないとXが行方をくらます可能性が高い、といった事柄を任意処分の必要性を肯定する事柄として強調していた。しかし、必要性があれば当該捜査を正当化できるというのであれば、刑事訴訟法で手続的規制を及ぼす意味はない。刑事訴訟法は、捜査の必要性があっても許されない権限行使＝対象者の法益侵害を定めることによって、対象者である市民を捜査機関（国家）による不当な権限濫用から守ることを目的とした法律である。したがって、必要性があることは当然の前提ではあるが、そこで思考停止せずに、必要性があってもなお許容されるか、という思考ができるようになってほしい。