

【 憲 法 】

外務省秘密漏洩事件最高裁判決（最判昭和53・5・31刑集32・3・457）を素材として、取材の自由と国家秘密の保護の調整につき考察することを求める設問である。

設問1においては、まさに報道機関の取材の自由と国家秘密の保護とが緊張関係に立つ。そこで、報道機関の取材の自由を憲法上いかに位置づけるかが問われる。判例によれば、憲法21条の精神に照らし十分尊重に値する、とされている。これに倣ってもよいし、そうでなくともよい。次に、報道機関の取材の自由と国家秘密の保護をいかに調整するか、である。真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らして相当なものとして社会観念上是認されるものであるかぎり、正当業務行為である、として違法性段階での調整をするというのが判例のあり方である。ここでも、判例に倣ってもよいし、それ以外にも適切な手法を考察できるならば、それでもよい。あとは、本設問において、具体的に考察を展開することになる。

設問2では、当事者が報道機関の者ではなく、弁護士である。そうだとすると、外務省秘密漏洩事件判決が前提としているものと異なる。そこで、判例の射程がここまで及ぶか否か、かりに及ばないとしても何らかの救済の手法はないか、自分なりに考察を展開してほしいところである。

以 上

【 民 法 】

問題Ⅰは、いわゆる取消後の第三者の問題について、判例がどのような法律構成によって規律しているかを理解した上で、第三者からの転得者がいる場面で、第三者および転得者の主観的態様の相違によって、それぞれどのような規律がされるかを問う出題である。

問題Ⅱは、売買契約において買主が直接の契約の相手方ではない、建物を設計施工した請負人に対し、不法行為に基づいて瑕疵修補に代わる損害賠償を請求することについて、要件を提示した上、どのような基準によって充足すると考えるべきか、そして請求が認められるかを問う出題である。

以 上

【 刑 法 】

出題の趣旨

1. 〔設問1〕について

設問1は、甲が、生活費を浮かせるために刑務所に服役する目的で、乙のビジネス鞆を置き引きしたという事例について、甲の罪責、具体的には甲に窃盗罪が成立するかどうかを問う問題である。

窃盗罪が成立するためには、他人の占有が財物に対して及んでいなければならないところ、本問では、甲による持ち去り行為の時点において、乙は本件ビジネス鞆を公園のベンチに置いたまま、約10メートル離れたトイレにいたことから、このような状況においても、乙の占有が肯定されることを示す必要がある。論述に際しては、窃盗罪における「占有」について簡潔にその定義を示したうえで、甲による持ち去り行為の時点での、乙と本件ビジネス鞆との間の時間的・場所的な近接性や、乙は本件ビジネス鞆を置き忘れていたわけではなく、すぐに戻るつもりで意識的にその場所に置いているといった具体的な事情を踏まえて、乙による本件ビジネス鞆に対する実力的支配がなお及んでいることを的確に説明することが求められる。

さらに、窃盗罪の成立には、主観的要件として故意のほかに、不法領得の意思が要求されるというのが判例・通説の理解であるが、本問では、甲は専ら服役の目的で本件ビジネス鞆を窃取しており、証拠品として提出する以外の用途に使用しようという意思はないことから、不法領得の意思のうち、特に利用処分意思について検討の必要がある。その検討に際しては、まず利用処分意思の定義を明らかにし、これを要求する根拠について簡潔に述べたうえで、本問において利用処分意思が肯定できるかどうかを具体的に判断する必要がある。現在の判例によれば、利用処分意思を肯定するためには、間接的に経済的な利益を得ようという動機があるだけでは足りず、「財物それ自体」を利用・処分する意思が必要であるとされており（詐欺罪につき、最決平成16年11月30日刑集58巻8号1005頁参照）、これを前提とすれば、本問においても、甲が「本件ビジネス鞆それ自体」を利用・処分する意思が求められることになろう。この点については、刑務所入所は犯罪の効果であり本件ビジネス鞆の利用によって得られる効用ではないため利用処分意思は否定されるという評価と、犯行の証拠品としての提出は本件ビジネス鞆それ自体の利用であるとして利用処分意思を肯定できるとの評価のいずれもありうるが、どちらの評価を採用にせよ、自身の見解を丁寧に示す必要がある。なお、利用処分意思を否定する場合には、さらに、本件ビジネス鞆を持ち去ることで、乙の利用を阻害したことに器物損壊罪が成立しないかどうかについて、「損壊」の意義を明らかにして検討することが求められる。

2. 「設問2」について

設問2は、乙が、乙自身の所有する本件ビジネス鞆を甲から取り返した行為について、窃盗罪が成立するという立場からの説明と、成立しないという立場からの説明の双方の検討を通じて、窃盗罪の保護法益、とりわけ、242条にいう「他人が占有」の意義をめぐる見解の対立についての基本的な理解を問う問題である。

窃盗罪の客体である「他人の」財物というためには、原則として他人の所有する財物である必要があり、本件ビジネス鞆は乙自身の所有する財物である以上、この意味での「他人の」財物とはいえない。もっとも、242条はその例外として、「自己の財物であっても、他人が占有」するものであるときは「他人の財物とみなす」と規定している。そこで、乙に窃盗罪が成立するという立場からは、本件ビジネス鞆は乙自身の財物であるが、現に占有しているのは甲であることから、242条にいう「他人が占有」するものにあたるとして「他人の財物」とみなされ、その窃取行為は窃盗罪の構成要件に該当するとの説明が考えられる。このような説明をする場合、甲の占有は、正当な権原のない占有であるところ、このような不法な占有も242条にいう「占有」に含めて一律に保護する立場（いわゆる「占有説」）を支持する根拠を述べるのが望ましい。また、占有説を採るとされる判例（最決平成元年7月7日刑集43巻7号607頁）も、行為の相手方に「社会通念上……受忍を求め限度を超え〔ない〕」場合に違法性が阻却される余地を認めているところ、本問の具体的事情のもとではそのような違法性阻却の余地も認められないことを指摘できていれば、より周到な論述といえる。

これに対して、窃盗罪の成立を否定する立場からは、①242条にいう「他人が占有」の意義について、民事法上の正当な権原（本権）に基づく占有に限られるとする本権説に立ち、甲による不法な占有はこれに当たらないとする説明のほか、②占有説を前提に窃盗罪の構成要件該当性は認めつつも、乙による取戻しは、置き引きの被害に遭ってから時間的に間がない出来事であり、甲の身元も不明であることから、直ちに取戻さなければ権利保全が困難になるという緊急性があると考え、自救行為としての違法性阻却を認めるべきであるとする説明が考えられる。

いずれにせよ、本問の解答に際しては、235条における「他人の財物」の意義や、242条における「他人が占有」の解釈をめぐる判例・学説の見解の対立といった基本的な事項を十分に踏まえた論述が求められるところであり、こうした点に一切言及することなく、窃盗罪の保護法益に関する論証パターンをいくら展開しても、高い評価には結びつかないことに注意が必要である。

以上

【民事訴訟法】

【出題の趣旨】

民事訴訟法の基本的論点である、既判力の客観的範囲を問う問題である。法 114 条 1 項は、判決主文の判断にのみ既判力が生じること、逆に言うと判決理由中の判断には既判力が生じないことを意味する。これが大原則である。これに対して、同条 2 項は、例外的に、相殺の抗弁について判断したときは、判決理由中の判断に既判力が生じる旨を定める。本問は、典型的な一事例をもとに、どのような判断に既判力が生じるか、その具体的な帰結を問うたものである。

【解答の要点】

第 1 項が定める大原則の意義、すなわち、「主文に包含するもの」の意味を明らかにしたうえで、その制度趣旨を書いて欲しい（当面の主題のみ解決すれば足りる、柔軟な審理順序、審判の弾力性の確保等を適切に書ければ加点）。

また、第 2 項は、上記の大原則に対する例外として、相殺の抗弁に対して判断したときは判決理由中に示される反対債権の存否の判断にも既判力が生ずる旨を定める。

事案に当てはめると、判決主文は「原告の請求を棄却する」との全部棄却判決となり、それゆえ、訴訟物たる X の Y に対する 500 万円の売買代金請求権の不存在（という判断）に既判力が生ずる。

それと同時に、被告 Y の X に対する 800 万円の請負代金債権との間で対当額 500 万円が相殺によって消滅することになるから、（基準時における）その 500 万円の不存在という判断に既判力が生じる。訴求債権の範囲を超える 300 万の部分については、既判力は生じない。これが通説・判例の立場である。立法者によれば、Y が相殺によって自らの債権を実質的に回収しておきながら、後にこの債権を二重に行使することを許さない、というのがその制度趣旨とされる。（これに対して、訴求債権の存在・反対債権の存在・相殺による消滅、という 3 段階のプロセスにも既判力が生ずる、とする有力説もある。この立場でも的確に書けていれば正解と評価する）。

以 上

【刑事訴訟法】

【解答の指針】

実質的な解答時間が45分間であることから、法科大学院入学後も最重要論点の一つとなる伝聞法則に絞り、最判昭和30年12月9日刑集9巻13号2699頁に素材を求めた。この判例は、要証事実を被害者の被告人への嫌悪の情とすれば非伝聞供述、被告人の被害者への性的に不快な感情を催す言動の有無とすれば伝聞供述に当たることを判示したものである。後者を証明すれば、被告人の平素の被害者に対する邪な感情が推認され、その結果、更に、実行行為当時の被告人の被害者に対する邪(よこしま)な感情が推認されることになる。

しかし本問の立証趣旨は、「Xが、Vに対して性的に不快感を催すような言動をしていた事実」であり、上記最判において破棄差戻に際して審理するよう判示されたのと同様、過去の体験事実に関する供述内容の真実性が問われている。

Wの作成した「相談記録」は、Wが業務の通常過程で体験した事実を記録した書面であって、本問においては、その記載内容の真実性が問題となっている。もとより、記載内容そのものへの反対尋問は不可能であるから伝聞証拠に該当するが、業務上、即時・克明に記載されるものであるから、法323条2号該当文書として伝聞法則の例外に当たる。

また、そこに収録されたVの供述については、「Xが、Vに対して性的に不快感を催すような言動をしていた事実」との要証事実との関係で、Vの過去の体験に関する供述内容の真実性が問題となるので、やはり伝聞性がある。故に、伝聞証拠中に収録された伝聞証拠となり、再伝聞証拠となる。再伝聞証拠の証拠能力を認める旨の規定は現行法上存在しない。しかも伝聞過程が二重に存する以上、誤りが介在する危険性が一般的には高い。しかし判例は、法324条1項又は2項を類推し、再伝聞証拠についても、証拠能力を認め得る場合があるとする。そもそも法320条の伝聞法則の趣旨は、信用性の吟味ができない証拠によって誤判の危険性が生じることを防ぐ点にある。それならば、各々の伝聞過程に特信状況ある場合には、典型的な誤りの危険性を防ぐことができるので、証拠能力を認め得ると考えられる。

「相談記録」中のVの供述は、公判期日又は公判準備期日外に、裁判官又は検察官以外の者の前でなされた供述であるから、法321条1項3号の要件を充たせば、上述の法324条2項の類推適用の余地がある。法321条1項3号の要件は、①必要性②不可欠性③絶対的特信性である。①Vが死亡した以上、V自身の法廷供述を利用できないのであるから、必要性があり、②Xの罪責として強制性交致死罪の成否が争点となっているので、Vの供述でXの性的不快な言動を立証し、Xの平素の性的に邪な感情を推認し、実行行為当時のXの性的に邪な感情をも推認することには不可欠性がある。更に、③Vは自身の羞恥心を抑え、勤務先の適切な対処を求め、自己

の上司である X にとって不利となる事実を W に告白しているのであるから、特に信用すべき情況も認められる。故に法 321 条 1 項 3 号の諸要件を充たす。

法 321 条 1 項 3 号の要件を充たす供述が、法 323 条 2 号書面の中に収録されているのであるから、法 324 条 2 項類推適用により証拠能力を認め得る。

【参考文献】

川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]・第 2 版』（立花書房）

405～408 頁・422～426 頁・454～457 頁・461～464 頁

後藤 昭『伝聞法則に強くなる』（日本評論社）

2～20 頁・61～64 頁・127～144 頁

法学教室編集室編『問題演習基本七法 2019』[清水 真]（有斐閣）

180～181 頁

以 上