

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

〈扱った問題〉

期末試験過去問より

- ・行政法基礎 2019/平成30年度 問3
- ・刑事訴訟法基礎 2021/令和2年度 問1
- ・民事訴訟法基礎 2022/令和3年度 II

〈行政法基礎〉

何について聞かれているか区別して、関係のないことは書かない

今回であれば「適法に提起した」とあるので、本案勝訴要件についてだけ書けば良い

説明の都合上まずは取消訴訟の話

取消訴訟の本案勝訴要件（前提、答案には書かない）

=処分が違法であること

=処分の要件を欠くこと

行政法では個別法が載せられているはずなので、根拠条文、要件と効果を探す

本件許可の根拠条文：法22条→法23条「不相当である場合」=100m未満

原則許可、例外不許可で、不相当でない場合には許可しなければならないと読むべき

問題文には詳しく書かれていないが、大阪市は人口250万人くらいいるので、指定都市として良い=100m以上離れている必要がある(要件=100m以上離れていないこと、になる)

本件は80mしか離れていないのに許可した→違法

取消訴訟ならばここまでで即取消し、認容判決

取消訴訟と無効確認訴訟の違い

取消訴訟は出訴期間あり（行訴法14条1項、2項）

過ぎていなければ取消訴訟、過ぎてしまったら無効確認訴訟による

無効だというためには、処分が違法だというだけでは足りない

+重大性、明白性（法的安定性確保のため、要件を加重した）

答案では、まず違法を特定した方が書きやすい

こういう違法がある→その違法が重大→違法が明白→無効

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

今回は「Xの立場から」書くように指示されているので、立場を間違えないように注意する
相手からの予想される反論とかはあんまりいらない

①重大性（Xの立場から）

- ・処分をする要件の根幹に関わるかどうか

→法の目的が小売店の共倒れ防止、税収入の確保

=近いと共倒れ、税収減少の危険性があるから重大

- ・3割減（補充的に据えるべきで、メインの理由とすべきではない）

- ・大蔵省告示に「約」「程度」という曖昧な記載が無い

→厳密に最低ラインを定めたもの=1mでも近ければアウトという趣旨であると考え

②明白性

：処分の名宛人保護→本件許可によって利益を得ている第三者がいない場合には不要

今回はFという第三者がいるので、明白性要件が必要

どの様な場合に明白であると言えるか？

=外見上一見明白説（講評によれば調査義務違反説で書いても○）

今回は80mしか離れていない=数字が100mを割り込んでいるのだから誰が見ても明らかなので、このあてはめはさらっとで良い

まとめ

本案勝訴要件が何かは最初を書く

無効確認訴訟では、処分が無効であること=処分の要件を欠くこと、重大性、明白性

重大性と明白性は条文上表れていないので説明が必要

本案勝訴要件（無効+重大性+明白性）→処分が要件を欠く→瑕疵が重大→明白（→結論）

出訴期間に触れるときは、いつからの話なのか（起算点）を忘れずに書く

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

〈刑事訴訟法基礎〉

頭の中の整理（必ずしも答案に書けというわけではない）

処分→任意（197条1項本文）→必要性・緊急性 vs 被侵害利益

→必要性・緊急性が勝ったら相当性があるとされる

→強制（197条1項但書）→条文あり→要件の検討

→条文なし→違法（強制処分法定主義違反）

必要性・緊急性・相当性の三本柱で書くのはよくある誤解

必要性・緊急性 vs 被侵害利益で前者が優越したときに相当性が認められる

強制的処分でなかったとしても、任意処分として許されるかは検討する

どこの話をしないといけないのかを把握してから解く

（1）

今回は任意同行か逮捕か？が問題となっている→強制処分、条文あり、要件の検討の部分について検討する

この判例は何についての判断なのか：令和2年5月29日付けの、殺人罪を被疑事実とした勾留請求に対する判断

5月5日 任意同行（死体遺棄）

5月6日～10日 取調べ（死体遺棄）

5月11日 逮捕（死体遺棄）

5月13日 勾留（死体遺棄）

5月27日 通常逮捕（殺人）

5月29日 勾留（殺人）

48時間以内に検察に送致、そこから24時間以内に勾留請求

→5月5日が殺人についての実質逮捕だとしたら、令状・期間について違法あり

今回は、任意同行が実質逮捕に当たるかどうか

殺人の勾留請求について判断するには、任意同行時点での被疑事実について説明する必要がある

答案では、まず逮捕とは何かを述べる

逮捕：被疑者を比較的短時間拘束する強制処分（LQP67、他の基本書の定義によっても○、

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

身体的自由を強制的に奪う処分とか)

198条1項但書＝逮捕されている人は、(出頭を拒んだり、)出頭後に退去したりできなくなる

→実質逮捕といえるかについて、出頭後に退去できる状況にあったかどうかは考慮要素になる(考慮要素については、基本刑事訴訟法ⅡP24参照)

実質逮捕と言えそうな事情

- ・5月6日～10日までの5日間、1日10時間程度の取調べ
- ・トイレの様子を見に来た
- ・休憩時間中もドアは開放して、捜査官が廊下に立っていた
- ・ホテルと警察署の移動は同行
- ・家に帰れずホテルに泊まらせる
- ・ホテル宿泊中も、廊下で捜査官が警戒
- ・宿泊費が被疑者持ち、費用を引き出すときも付き添い

→などの事情を考慮すると、5月5日～10日の間、被疑者に自由な時間はほぼ無し。被疑者はいつでも退去できるような状態にはとてもなかった

＝強制的に身体的自由を奪っている

→実質逮捕に当たる

2つ目の問題、任意同行の被疑事実は何だったのか？

- ・取調べ状況報告書の罪名欄に「殺人」と書いてあった
- ・供述調書10通も、被疑事実は全部「殺人」
- ・被疑者は7日に死体遺棄については認めている→本当に取調べ目的が死体遺棄なら目的は達成されたので、これ以降の取調べは不要＝本当の目的は殺人についての取調べ

5月5日は嫌がっていたって書いていないので任意同行とみて良い

6日以降、殺人についての逮捕

(2)

まず出て来るのが逮捕前置主義(207条)

勾留請求するには逮捕を先行させなければならない

LQP86

逮捕が違法である場合に勾留が却下されるべき根拠①～⑤

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

どれか最低1つ選んで答案に書く、全部書く必要はない

一番シンプルで分かりやすいのは①条文に書いてある場合（206条2項、207条5項）

期間制限を守っていない違法は却下しなければならない

→本件では期間制限を守っていないのでまずここで却下

残った令状貰っていない逮捕をどう説明するのが問題

①に匹敵するほど重大な違法である場合には、勾留請求を却下すべきである、とか

（2）は教科書の説明をどれか1つ書いて、当てはめたら足りるかなというところ

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

〈民事訴訟法〉

答案構成をする段階で、請求が何なのかと、要件（請求原因、抗弁、否認）の整理をしなければならない

どういう請求か＝訴訟物（Stg）

本件では、所有権に基づく返還請求権としての甲建物の明渡請求権

「～に基づく」を自由に決めることができるのが、処分権主義

請求原因（Kg）

本件で原告が請求すべきなのは、

①Xが甲建物を現に所有していること—Aが元所有、相続

②Yが甲建物を現に占有していること

所有が結構厄介

登記には公信力は認められていないので、登記簿に名前があってもそれだけでは所有の証明にならない

次にやらないといけないのが認否

Xの主張を受けて、Yがどういうことを言ってきたのか

認否は4種類：自白、否認、不知、沈黙

自白をすると立証不要（弁論主義の第2原則、証拠上認められなくても判決の基礎となる）

否認をするとXが立証する必要がある、立証できなかった場合には、その事実は無かったものとして扱う

問い1

本件では、X所有を否定して、Y占有を自白

Xの所有を単純に否認したのではなく、理由をつけている

→抗弁（E）：AY間の売買

証拠調べの結果、AY間の売買は認められず、AB間の売買が認められた

→AB間の売買を判決の基礎として良いか？

＝弁論主義の第1原則の問題

AB間の売買は誰も主張していないので、弁論主義の第1原則違反でアウト

問題はここまでだけど、おそらく証拠からA元所有、相続が認定出来てX所有が認められ、Y占有は自白で判決の基礎となるので、Xの請求に対しては認容判決を出さなければならないことになる

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

問い2

請求原因 (Kg)

X 甲所有—A 元所有←認容、相続←証拠上認定できる

Y 甲占有←自白

抗弁 (E) : AY 間の賃貸借契約

=Y は占有に権原がある旨主張

←X は否認、AY 間の使用貸借契約の事実を主張

↓

再抗弁 (R) : 期間の経過

←Y は全否認 (AY 消費貸借も期間の経過も否認)

証拠上は、AY 間の使用貸借○、期間の経過×

X の請求棄却

何が問題になるのか？

AY 間の賃貸借も使用貸借も、本来抗弁だから Y から主張しないといけないのに X が言った

本来主張すべき (立証責任) である Y は、何も主張していない

→弁論主義の第1原則から言うと、Y の占有権限は判決の基礎とすることができず、請求を認容しないといけないのではないか？

=主張共通の原則の問題

立証責任のない者による主張でも、判決の基礎として良い

弁論主義の第1原則違反にはならない

→AY 間の使用貸借の事実は X が言っているから、証拠で認定できるなら裁判所は判決の基礎として良い

問い3

請求原因 (Kg)

X 所有←自白—A 元所有←抗弁、相続

Y 占有←自白

抗弁 (E)

XC 間売買←証拠調べの結果○

第5グループ

第2回再チャレンジ勉強会

XY間賃貸借←証拠調べの結果×

X所有を自白しているのがポイント

→Xの請求認容で良いのでは？

自白、否認、不知は事実に対する応答。権利に対しては出来ない

事実があった/なかったは、個人がやるべきこと

権利のある/なしは裁判所（裁判官）が決めることであって、個人が権利があった/なかった
と言える部分ではない

→所有権について認められる、認められないって言えるのか？

=権利自白の問題

権利自白は原則として認められないことは書いておく

←理由付けは上で見た通り、個人にはその権限がないから

例外的に、所有権は権利自白が認められる

←所有権は日常的に使われる言葉で、当事者が事実と同じような認識で使っているから

→本件は所有権が問題となっていて権利自白が認められるので、Xの請求認容

過失や公序良俗の権利自白が認められるかについては争いあり