

第5グループ

第4回再チャレンジ勉強会メモ

〈検討課題〉

- ・2017（平成29）年度司法試験 民事系第3問
- ・2013（平成25）年度司法試験 刑事系第2問 設問1

〈民事訴訟法〉

〔設問1〕

X

訴訟物：贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権 ←処分権主義

請求原因：①贈与契約の締結 ←弁論主義

Y

積極否認

贈与ではなくXY間の売買

裁判所の心証：Yの代理人AとXとの間で、本件絵画の売買契約がなされた
これを判決の基礎にして良いか＝設問1

弁論主義の第1原則（主張原則）→主要事実に妥当

代理人の主要事実？ ＊順番を間違えないように注意

①AとXとの間の法律行為

②顕名

③①に先立つ代理権の授与

本件では、AがYを代理して契約したことを、XYのいずれも主張していない

＝原則として、Y代理人AとXの売買契約は判決の基礎とできない

＊民事訴訟法の問題は特に、原則を必ず書く

弁論主義の第1原則の趣旨＝不意打ち防止

今回はXもYも代理人による契約かについては争っていないので、不意打ちにならない

→弁論主義の第1原則には反せず、判決の基礎とすることが許される

（こんなに簡単に弁論主義を取っ払ってしまっても良いのか？という疑問があるが、最高裁判例（昭和33年）が理由付けをせずにとっ払って良いとしているので結論としてはそれに従う。本問は理由付けを考えさせる問題）

〔設問2〕

(1)

第5グループ

第4回再チャレンジ勉強会メモ

裁判所は「200万円の支払いと引き換えに本件絵画を引き渡せ」との判決をしたい
←個別の事実については弁論主義、判決や請求原因自体については処分権主義（246条）が妥当する
＝今回は処分権主義（246条）の問題

246条の「事項」＝訴訟物

贈与契約は片務的契約であるから、原則として受贈者には義務が無い

→贈与契約に基づく本件絵画の引渡請求権を訴訟物とする本件では、引き換え給付判決（受贈者であるXに支払義務を負わせている）を出すことは出来ないのが原則

＊ここまでは1年生の段階でもできていて欲しい この後の①も一応知っておいて、②は要件事実やってからじゃないと思いつくのは厳しかったと思う

では、どうしたら引き換え給付判決を出せるのか？

→訴訟物が「売買契約に基づく本件絵画の引渡請求権」であれば出せる

訴訟物を贈与契約に～から、売買契約に～に変えたらよい

＝訴えの変更（143条）

①Xから訴えの変更の申立てをする必要

訴えの変更の要件：請求の基礎が同一（基本的事実の同一性）＋書面

本件絵画をYがXに渡すか渡さないか、という部分は贈与でも売買でも一緒なので、本件では同一性あり

②Yから同時履行の抗弁の主張が必要

訴えの変更で売買契約をくっつけただけでは、「200万円の支払いと引き換えに」の部分がでてこない

→この部分について、Yから同時履行の抗弁（民法533条）の主張が必要

同時履行の抗弁の主要事実：権利行使の意思表示のみ

＝Yの「本件絵画をXに時価相当額で売却し、その額は300万円である」との主張は、これにあたる

同時履行の抗弁の要件

①権利行使の意思表示

②双務契約（から生じた債権）の存在 →本件では明らか

③履行期の到来 →再抗弁なので原告が主張

④反対給付の未履行 →再抗弁なので原告が主張

第5グループ

第4回再チャレンジ勉強会メモ

(2)

「〇〇万円の支払と引き換えに本件絵画を引き渡せ」

X：200万円、Y：300万円

裁判所：〇〇に220万円/180万円を入れることはできるか？

220万円での売却を認定できるか？

弁論主義の第1原則 原則通りに考えれば、20万円分は主張がないためできない

→でも、XもYもあくまで「時価相当額」で売ったと言っているのだから、双方の主張する時価額である200～300万円に納まっている以上、220万円と認定することも許されるとも考えられる

ここは評価の問題

主張していない以上びた一文許さない派の考えをとると、裁判所は200万円の限度で認容判決をすることが可能

採点実感によれば、代金額がいくらかという問題は、弁論主義の問題にしかないので、処分権主義においては問題にならないというところまで触れる必要がある

訴訟物は「贈与契約に基づく本件絵画の引渡し」

いくらで引き渡すかは処分権主義（引き渡しをするかしないか）の次元においては関係ない（246条の「事項」が訴訟物を意味することを理解していないと、ここに引っかかる）

180万円での引渡しを認定できるか？

びた一文タイプなら220万円の場合と同じ、当事者の主張と違う以上弁論主義違反

当事者の主張する時価相当額（200～300万円）に収まっていないから弁論主義違反

〔設問3〕

「YはXに対し、200万円と引き換えに本件絵画を引き渡せ」（前訴判決）→既判力が生じている

後訴において、売買でなく贈与、200万円でなく150万円と主張することはできるか？

既判力は、「主文に包含するもの（114条1項）」に生じる

「主文に包含するもの」とは、訴訟物に関する判断をいう

判決理由中の判断には既判力は生じない

→贈与であることも150万円であることも判決理由中の判断にすぎないから、主張することができるのが原則

第5グループ

第4回再チャレンジ勉強会メモ

裁判所は、全部の訴訟物について何らかの判断をしなければならない

前訴判決の訴訟物に対する判断は、「売買契約に基づく引渡請求権の存在」と「贈与契約に基づく引渡請求権の不存在」

主文は、「YはXに対し、200万円と引き換えに本件絵画を引き渡せ」

→200万円も、引き換え給付判決であること（＝売買契約の存在）も主文に書いてあるのだから、既判力が及ぶのではないか？

「200万円と引き換えに」は、訴訟物なのか？

あくまで本件絵画を渡す・渡さないが訴訟物なので、金額の話は訴訟物の話ではない
じゃあこれは何か？

民事執行法31条1項 「引き換えに」という言葉が無いと、強制執行ができない

「200万円と引き換えに」の部分は、強制執行のために書かれたものであって、訴訟物ではない

争点効は学説上の問題で、判決は言っていないので書かなくて良い

最判平成10年6月12日が触れているのは、信義則（2条）による遮断

実質的な蒸し返しになる場合には、後訴で主張することは出来ない こっちは書いておく

第5グループ

第4回再チャレンジ勉強会メモ

〈刑事訴訟法〉

基本的な問題なのでしっかり押さえない

〔設問1〕

逮捕①について

準現行犯逮捕（212条2項）の要件

i 各号該当

ii 罪を行い終わって間がない

(iii 逮捕の必要性（規則143条の3：令状逮捕で必要なら、無令状逮捕でも当然必要）)

甲に該当しそうなのは3号

「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」

→この後、いきなり服の上下と靴に血がついているから～と書き始めるのは良くない答案

まずはここでいう「犯罪」とは何か？をはっきりさせる必要がある

現在警察（逮捕者）が確知している犯罪の内容：殺人の共謀共同正犯（60条、199条）

次に、着衣の上下に血、靴に血が付着している事実

これに評価を加える 本件はこういう犯行だから、着衣に血が付着している可能性が高い

→3号に該当する（i、iii）

iiについて

条文上、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」の意味が不明確なので解釈が必要

準現行犯逮捕の趣旨：身体拘束の必要性が大きい＋誤認逮捕のおそれが小さい

規範定立

時間的場所的近接性、犯人と犯罪の明白性

時間的場所的近接性

・目撃から逮捕まで20分

20分間で他の第三者に紛れて、他の人と間違えてしまうリスクがどのくらいあるか？

今回は徒歩で逃げた、時間は夜10時＝人があまり出歩いていない

*20分が長いかわかりは、逃げる手段や場所による

→本件では犯人と第三者を取り違える恐れは小さいから、時間的に近接している

・目撃情報と発見された場所の方角が一緒

第5グループ

第4回再チャレンジ勉強会メモ

- ・800メートル、徒歩で20分

→場所的に近接している

犯人と犯罪の明白性

- ・体格、服装
- ・2人で歩いている（2人とも目撃情報と特徴が一致）

(ii)

→要件を満たし、逮捕①は適法

逮捕②について

要件とかは同じなのであてはめから

iについて、甲には血が付着していたけれど、乙には付着していなかった

=犯罪の証拠が認められるのか？が論点

各号該当事由は個人ごとに判断すべきと考えて、乙の被服に異常はないから違法というのも1つある。出題者が期待している回答ではなさそう

- ・同伴者の被服に血が付着していた（事実）
- ・乙の供述 甲と一緒にやった
- ・Wの証言 乙の供述はこれと内容が一致する

甲に関する各号該当事由を、共犯者の乙についての各号該当事由と見てもよいが
同伴者の甲に認められる各号該当事由は、共犯者たる乙にも認めても不合理ではない
良くない答案は、乙が自白しているからだけで終わるもの。各号該当事由は客観的に評価することになっているから（補充的に使うのはOK）

時間的場所的近接性は甲と同じ

犯人性と犯罪の明白性もほぼ同じなので問題にならない

差押えについて

刑訴法220条1項2号

①現行犯逮捕する場合 ←逮捕①②で見たので問題なし

②「逮捕の現場」

差押をしたのは逮捕現場から200メートル離れた地点

第5グループ

第4回再チャレンジ勉強会メモ

→逮捕の現場と言えるのか？

解釈なので、趣旨を書く

相当説と緊急処分説

平成8年判例 和光大学事件（百25）：連行先の警察署も逮捕の現場と同視できるとしか書いておらず、理由は書いていない

理由部分を考えろというのがこの問題の出題趣旨

まずは答案に判例の言っていることをそのまま書いて、なぜなら～で自分の考えた理由付けをくっつける

差し押さえた携帯電話はどこから出てきたか？

→甲の身体

=場所ではなく身体に対する搜索差押え

=逮捕の現場でもそうでなくても証拠存在の蓋然性は変わらないから許容される

→差押えも適法