

第5グループ

第5回再チャレンジ勉強会メモ

第5回再チャレンジ勉強会メモ

〈扱う問題〉

- ・2013（平成25）年度司法試験 刑事系第2問 設問2
- ・2021（令和3）年度司法試験 民事系第2問

〈刑事訴訟法〉

〔設問2〕

公訴事実：殺人罪の共謀共同正犯

構成要件

- ・人を殺したこと
- ・結果と因果関係
- ・故意
- ・共同して
- ・犯人性（←刑法では人が指定されているので問題にならないが、刑事訴訟法では問題になる）

刑事裁判では、検察官が、証拠により公訴事実を立証しなければならない（317条）

甲は完全黙秘→全て検察官側で証明する必要

（甲の）犯人性

←直接証拠：犯行現場の移った防犯カメラ映像など。これによって犯人性を証明

←間接事実：凶器についた指紋、同じ凶器の刃先に被害者の血、現場近くで甲が歩いていたなどの間接証拠により証明する

立証趣旨「犯行状況及びWが犯行を目撃することが可能であったこと」

→つまり何を証明したいのか？

= 甲の犯人性

まず問題になるのは320条1項。そもそも伝聞にあたるのか

実況見分調書の場合はこの点はほとんど問題にならない

Wの証言を司法警察員Pが書面に起こしているから、明らかに伝聞

→大きな論証等はいらず、320条1項「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし」

に当たるから、伝聞証拠に当たるくらいでOK

= 【実況見分調書】は原則として伝聞に当たらない

第5グループ

第5回再チャレンジ勉強会メモ

321 条 3 項の検討

「司法警察職員の検証の結果を記載した書面」

検証は強制処分、実況見分は任意処分

＝強制処分である検証について規定した条文であるから、任意処分である実況見分によって作成された書面（実況見分調書）には適用できないのが原則

321 条 3 項の趣旨

司法警察職員の五官の作用によって認識できたことを記載しただけの書面は、司法警察職員の恣意的な記載がされるおそれが少なく、そのまま証拠として認めても、判断を誤るおそれが典型的に低いから、伝聞例外として良い

→嫌がっている人間を無理やり連れて行けるか以外は、司法警察職員が五官で認識した内容については検証も実況見分調書も変わらない

＝任意処分である実況見分調書にも、321 条 3 項が適用できる

321 条 3 項が適用できるとして、あとはどういう手続を踏めば証拠にできるのか

→供述者である司法警察員 P が、公判期日において証人として尋問を受け、実証見分調書が真正に作成されたものであると供述すれば証拠にできる

ここまでの段階で、実況見分調書全体（別紙 1、別紙 2 を含む全て）について証拠能力が認められたことになる

→本当に実況見分調書全体について、321 条 3 項だけで通していいのか？がここからの問題で、この問題の本質

【別紙 1】について

W「このように、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した」

P が再現状況を見た（知覚）＝321 条 3 項でカバー

犯行を再現させ、写真撮影

→犯行状況を見たのは W（W の知覚を経ている）

＝321 条 3 項によりカバーされていない

＝別紙 1 の内容については証拠能力が無い

→例外的に証拠として採用できないか？

321 条 1 項柱書 別紙 1 について供述者 W の署名若しくは押印が無いので適用なし

＝原則通り別紙 1 の内容については証拠にすることができない

第5グループ

第5回再チャレンジ勉強会メモ

【別紙2】について

「犯行を目撃したときに立っていた場所はここです」「(その場所から犯行を)十分に見ることがができます」

→これはWの証言なのか？

→Wがそう言っているのを、司法警察員Pが場所として特定しただけ

=最初に検討した321条3項でカバーされているため、別紙2は証拠として採用することが可能

第5 グループ

第5 回再チャレンジ勉強会メモ

〈会社法〉

〔設問1〕

甲社は、本件連帯保証契約（甲社代表取締役 A が乙社に 5000 万円を返還する債務を、甲社が連帯保証）が無効だと言いたい。どういう方法があるか？

（1）利益相反（356 条 1 項 3 号）

今回の連帯保証契約が利益相反に当たることは条文そのままなので、条文引いて利益相反にあたる、だけで OK

↓

本来であればどういう手続を踏むべきであったか？

365 条 1 項柱書「株主総会」の承認を、365 条 1 項が「取締役会」に読み替える

= 取締役会の承認が必要だった

本件では甲社取締役会の承認なし

↓

承認が無い利益相反取引の効果

判例・通説は、相対的無効説

原則：無効

例外：取引の相手方の悪意・重過失を、無効主張する側が主張立証してはじめて無効

b/c 取引の安全

悪意・重過失の対象

①利益相反取引であること

②①について承認がないこと

あてはめ

利益相反取引であること（①）については悪意で OK

条文に書いてあることそのままなのであるから、「利益相反だと思いませんでした！」は通らない

評価が分かれるのは②

・ 乙社が本件確認書を見て信用してしまった

→ 仕方ないから過失なし/怪しんで議事録確認すべきだったから重過失あり

・ 5000 万円を借りた理由はレストランをつくるため、甲の事業は食器の製造販売

→ 一定の関連性があるから、甲社が A の債務を保証することもあり得るので過失なし/食器じゃないから全然関係ないので重過失

第5 グループ

第5 回再チャレンジ勉強会メモ

結論はこの評価次第、どっちでもいい

(2) 「多額の借財」(362 条 4 項 2 号)

甲社が連帯保証する=A と共に借金を負うことなので、借財であることは問題ない

5000 万円は甲社にとって多額か？

多額かどうかは会社の規模等によって違う

一応の判断基準：借財の額、資産に占める割合などと比較

- ・ 5000 万円は一般的に多額

- ・ 資本金の 50%

- ・ 総資産額の 5%

- ・ 経常利益の 2.5 倍

- ・ 負債額の 25%

→甲社にとっては多額（評価が分かれるところなので、多額でないとしても OK）

↓

多額の借財に当たるなら、どういう手続が必要か

取締役会の承認（362 条 4 項柱書）

本件では承認なし

↓

承認の無い多額の借財の効力は？

原則：有効

例外：相手方が悪意又は重過失（知り得たとき）の場合は無効

（民法 93 条類推適用）

考慮要素は（1）とほぼ同じ、評価は分けないように

〔設問 2〕

新株の形式的な引受人＝名義人 A

C が株主の地位確認の訴え 訴訟物：C が株主であること

→実質的な株主が誰であるかを判断する問題

実質説に従って回答していく

実質上の引受人が株主

誰が経済的出捐をしたかを重視するが、それに限られない

第5グループ

第5回再チャレンジ勉強会メモ

問題文9の事実を挙げて評価する

〔設問3〕

決議取消しの訴え（831条1項）

→取消しの訴えの場合は、取消し事由が1～3号のどれに当たるかをまず確認

（1）Dの委任を受けた弁護士Gによる議決権行使ができなかった（3号）

議決権代理行使は原則として認められる（310条1項）

→これに従えば、議長Cの「Gに議決権がない」との判断は法令違反

甲社定款には、「株主は、当会社の議決権を行使することができる他の株主1名を代理人として、その議決権を行使することができる」との定め

議決権の代理行使を制限する定款について、判例は、合理的な理由による相当程度の制限であれば、制限も有効としている

→甲社定款による制限が、合理的かつ相当な制限であると言えれば、定款規定は有効となるから、これに従ったCの行為も法令に違反しないことになる。定款が無効であれば、CはGによる代理行使を認めなければならないので、法令違反ありになる

一般論としてはこれで良いが、①株主総会を攪乱し、利益を損なう恐れなし、②代位行使を認めなければ議決権行使の機会が奪われる場合には、非株主の議決権行使は認められる必要がある

あてはめ

判例は、①は否定的に評価することが多い

←受付でいちいち本当に弁護士かを確認する手間が増えるから

今回は株主が4人しかいないから、これは妥当しなそう

=①は認められる

議決権行使の機会保障

弁護士に委任しないと、Dは議決権が行使できないのではないと思われる事情があるか

・A、Cの家庭内紛争

→Dがいずれかに肩入れするのは難しい、第三者Gによらなければ適正な議決権行使ができないという評価は1つ可能

・定款規定をそのまま読むと、Dは、A・C・丙社のいずれかにしか委任できない。A・Cは紛争の当事者なので、実質的には丙社に委任するしかない。しかし、丙は、毎年Aに議決

第5グループ

第5回再チャレンジ勉強会メモ

権行使を委ねている

→やはり弁護士Gに委任するしか、適正な議決権行使はできない

=②は認められる（認められないとの結論も可）

CがGによる議決権代位行使を認めなかったことは、決議の方法が法令（310条1項）違反の場合として、取消事由となる

一応裁量棄却も確認（831条2項）

どう考えてもGの議決権行使があるかないかで決議に影響が及ぶので、裁量棄却はできない

(2) Fによる議決権行使

丙社は既にEを通じてAに包括委任状を送付

FとCが通じて、Fが丙社の代表として出席

→弊社の議決権の委任が2回あった状態

委任の撤回は、原則として各当事者が自由にできる（民法651条）

=原則としては、実際に議場に出てきたFの議決権行使が有効になる

Fの議決権行使の目的：Cと通謀してAを締め出すこと

議決権行使は、本来は特定の人を取締役から追い出すために使ってはいけない

→目的が委任の本旨にそっていないから、丙社から与えられた代理権の濫用（民法107条）に当たる

民法107条「相手方がその目的を知り、又は知ることができたとき」の「相手方」

=濫用ではないと信頼する人、今回は甲社

→甲社は少なくとも知ることができたので、代理権の濫用にあたる

ここで「代理権の濫用だから無効になる」って書かないように気を付ける

代理権の濫用の効果：無権代理行為になる

→無権代理だからといって、必ず無効になるわけではない

無権代理の効力：

民法113条 本人（Fに対して代理権を与えた丙社）に対してその効力が帰属しない

→Fに対する包括委任が無かったことになるので、Aに対する包括委任が撤回されなかった

第5グループ

第5回再チャレンジ勉強会メモ

ことになる

=CがFの議決を有効なものとしたのは、法令違反（民法107条）となるので、決議は取り消される

Fの議決権行使は決議に影響を及ぼす→裁量棄却（831条2項）は今回もできない