

### 第 3 回（2012）事例演習問題コンテスト応募作品

#### 【民法部門】作品 1

##### 【問題】

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕、〔設問 2〕について民法上の問題点を答えなさい。なお、解答に当たっては、割賦販売法の適用の検討は考慮に入れないものとする。

##### 【事 実】

- 1 Xは、平成 15 年 3 月 15 日頃、S 株式会社の A と名乗る女性から電話を受けた。その内容は、「ジュエリーに関して興味関心がありますか。我々の商品に関して買わせることはないのですが、意見を聞かせていただきたい。」として面談を求めてくるというものであった。
- 2 Xは、商品に関する市場調査と思い、同月 29 日午後 1 時頃、T 駅で面談することを了解した。しかし、同日、X が T 駅に赴くと、その場に現れたのは A ではなく、B と名乗る女性であり、A は用事があって来れないと言われた。B は、X に対し、近くのファミリーレストランに行くことを誘い、X と B は、レストラン「G」に入った。そこで、X と B は、約 1 時間程度雑談した後、B は、X に対し、ファッションや貴金属の話をし出した。その後、午後 8 時頃までの間、X は、B の話相手をさせられ、気が付くと、B の周りには仲間らしい数名の男女がおり、その中の C と名乗る男性が X の指のサイズを測ったり、B や仲間の女性が商品を勧めてその購入を迫った。X が、購入を断ると、C は、「こんなに親身になっているのに、その対応はまずいだらう。」などと威圧的態度を示したため、X は、怖くなり、本件売買契約書（売買契約・宝飾品 3 点の合計 157 万 5000 円）と Y 株式会社との間のクレジット申込書（本件クレジット契約・支払総額 218 万 9250 円）に署名捺印した。本件クレジット契約は、Y 株式会社が S 株式会社に本件商品の代金を立替払し、X が Y 株式会社に上記代金額に分割払手数料を加えた 218 万 9250 円を平成 15 年 5 月から平成 20 年 4 月まで 60 回に分割して支払う内容の立替払契約であった。
- 3 平成 15 年 3 月 30 日、Y 株式会社の担当者が X に電話をして、本件立替払契約の申込みにつき、その意思、内容等を確認した上、X との間で、本件立替払契約を締結した。X は、上記の確認の際、上記担当者に対し、本件売買契約や本件立替払契約の締結につき、特に苦情を述べることはなかった。
- 4 Xは、平成 15 年 5 月頃、本件販売業者から本件商品の引渡しを受け、本件立替払契約に基づく割賦金として、同月から平成 17 年 9 月までに合計 106 万 850 円を支払った（以下、これを「本件既払金」という。）。  
なお、本件商品については、後日、複数の宝石・貴金属取扱店において、併せて 10 万円程度であるとの査定がされた。
- 5 その後の調査で、Y 株式会社の代表取締役 N と S 株式会社の代表取締役 F とは、夫婦であること、そして互いに資本関係などはないことが判明した。また Y 株式会社は、遅くとも平成 14 年頃から、S 株式会社と取引があり、平成 15 年 1 月 23 日頃、S 株式会社との間で、加盟店契約を締結した。S 株式会社の販売行為については、平成 14 年には、各地の消費生活センターに、購入者からの相談が年間 70 件ほど寄せられていたが、Y 株式会社が S 株式会社との間の取

引につき購入者から初めて支払停止の申出を受けたのは、平成15年4月15日であり、Y株式会社がそれまでに契約解除、取消し等をめぐって消費生活センター等からS株式会社の販売行為に関する苦情、相談を受けたことはいわがわれない。

- 6 平成17年10月7日頃、Xは、Y株式会社に対し、「解約を強く祈願させていただきます」などと記載した書面を送付し、平成18年1月15日、「商品は返すから後はそっちで貸し倒れにしてほしい」などと告げた。
- 7 Xは、平成17年10月以降、本件立替払契約に基づく割賦金を支払っておらず、上記割賦金のうち合計112万8400円が未払である。
- 8 その後、Bから、Xに対し、電話やメールが時々あったが、しばらくすると連絡がなくなり、5か月後には電話もつながらなくなった。また、S株式会社にもつながらなくなった（Sは、休業又は廃業の状態にある）。

#### [設問1]

【事実】1から7を前提として、Xは、S株式会社に対して本件既払金相当額の返還を求めていることを考えている。上記主張を支える法的根拠を1つ選び、具体的事実を指摘して検討しなさい。

#### [設問2]

仮に、XとS株式会社の売買契約が無効であったとする。そこで、【事実】1から8を前提として、Xは、Y株式会社に対して、本件既払金の返還及び未払いの割賦金の支払を拒絶することを主張したいと考えている。上記主張を支える法的根拠を1つ選び、具体的事実を指摘して検討しなさい。

### 【出題の趣旨】

当事者間で、2個以上の契約が締結された場合に、1個の契約につき債務不履行を理由として他の契約を解除することができることとされた判例(最判平8年11月12日民集50巻10号2673頁)を根拠に3当事者間取引においても、契約に密接な関連性がある場合に契約の解除や抗弁を認めるべきとの議論がある。本事例問題演習では、その後に現れた判例(債務不存在確認等請求及び当事者参加事件:最判平23年10月25日民集65巻7号3114頁)を素材として、具体的な事実についてどのように評価するかを主眼において作成した。

#### (1) 設問1

本事例では、XがSに対して、公序良俗を理由として契約の無効を主張することを想定している。そして、これが認められるかについて、事実を元の的確にあてはめることができることが重要である。一般条項を適用するに当たっては、その濫用を防ぐべく、厳密な運用が求められるのであるから、具体的な考慮事項を挙げて、事実を適示し、評価を加えること的能力を試すことは重要な意義がある。ゆえに、①Sから勧誘があったこと、②その場で署名押印(印鑑を持参)していること(リスクの認容を推認させる)、③売価と時価に差があること、④契約締

結に際して、詐欺ないし脅迫まがいの行為がなされたこと、等を事実を羅列することなく具体的に評価して検討する必要がある。結論として、公序良俗違反が認められるのが妥当な結論だろう。

## (2) 設問2

売買契約の無効を原因として、クレジット契約について信義則違反として無効を主張できるかという問題である。原則として、3当事者間でなされた契約は、その効力について互いに影響を及ぼすものではないが、問題は、いかなる場合に互いの影響を認めるかである。ゆえに、本事案ではこれを検討する際に、2当事者間の複数契約を参考として、①いかなる事情を、②どのように評価するか、を吟味する能力を試す問題である。

本問では、3当事者間であるが、2当事者間の関係と同視できる要素は何か、契約の相互の関係を検討する要素は何かをまず検討すべきである。ゆえに、判例<sup>(1)</sup>のように①YとSの一体的な関係が認められるか、②クレジット契約締結につきSとYがどのような関わりのていどであったか、③YはSの不法な行為をどの程度認識していたのか、について検討すべきである。そこで、SとYに具体的な資本関係等の事情はないこと、NとFが夫婦であること(①)、Yもクレジット契約についてXに確認するなどかわりがあること(②)、他の契約者からの相談の有無や公的機関(消費者センター)からの指摘(③)を具体的に評価して回答すればよいのである。

## 【刑法部門】作品1

### 【問題】

以下の事案につき、甲と乙の罪責を論ぜよ(特別法を除く)。

### 【事案】

1 甲は、K美術大学に通う、22歳の男子学生であり、東洋美術を専攻している。半年前から、K市内の多数の寺院を毎日のように周り、安置されている仏像を熱心にスケッチしていた。

そのような日々を過ごす中で、甲は、特にK寺の阿修羅像の姿に、心を強く打たれるようになった。

最近では、毎日、K寺だけを訪問し、阿修羅像を四方から凝視し、四方の姿をスケッチするようになった。

もう、甲は、勇猛果敢な阿修羅像の姿に惚れこんでしまった。いわば、甲は阿修羅像に夢中になり、愛するようになってしまったのである。

甲は、阿修羅像は、勇猛果敢で、自分を、今後、永遠に守り続けてくれる最良のパートナーだと信じるようになった。もはや、甲は、阿修羅像を人間だと思い込むようになった。

そして、最近では、毎日のようにK寺に通っては、阿修羅像に話しかけている甲の姿が目撃されていた。

2 そんな中、K 寺の阿修羅像が、上海万博に出展されるため、1 か月後に、長期にわたり K 寺から上海に移されることが発表された。

甲は、この発表を知り、ひどく動揺して、大学内で会った、友人である乙の前で泣き叫んだ。

甲は乙に対して、「愛するパートナーの阿修羅像がいなくなると、自分は生きていけない。」と、興奮しながら、泣きながら大声で言いのけた。

乙は、眼前で、甲の様子を見ていたが、まさか、甲が阿修羅像と恋愛するなんてあり得ないという考えの下、甲は、冗談を言っているのだろうと思い、まともに甲の言い分を相手にしなかった。

それで、乙は、冗談で、甲に対し「そんなに、阿修羅像と別れるのが寂しいならば、阿修羅像と心中すればいいじゃないか」と言い。「阿修羅像は、炎がよく似合う、本堂に火を付けて、炎の中で心中するべきだ」と言いのけた。

乙は、ポケットにあったマッチ箱を甲に手渡し、乙の自宅内の駐車場にある灯油を好きだけ使ってもいいぞと言いのけ、その後、甲と別れた。

乙は、その後、大学から家に帰る電車内で、甲が、2 年前、宮崎駿のアニメに夢中になり、ホウキで空が飛べると思い込み、自宅の2 階からホウキで飛び降り、怪我をしたことを思い出した。そして、甲の阿修羅像への恋愛感情は、本物かもしれない、本気で心中を試みるかもしれないと不安になった。しかし、あり得ないという考えが勝り、帰宅してからは、かかる思いはなくなった。

3 甲は、乙の話聞き、帰宅するバスの中で、最愛の人が、奪われるくらいならば、心中することを選ぶべきだと決意するに至った。他人に奪われうる阿修羅像を殺して、自分も、その場で死のうと決意した。

やはり、乙が言うように阿修羅像は、炎がよく似合う。しかも、大きな、大炎上の中で心中することが、自分の愛を阿修羅像に示すことができると確信するに至った。そして、K 寺の本堂ごと、すべて燃やしてしまおうと決意した。

甲は乙が、自分の阿修羅像との恋を、積極的に応援してくれていると信じ、強く感謝していた。そして翌日の正午、乙の自宅の駐車場内にあった灯油の入ったポリタンクを勝手に持ち去った。

4 甲が、灯油を持ち去った直後、乙は、灯油がなくなっていることを、偶然に気が付いた。

そして、甲が、本気で、K 寺に火を付ける気ではないかと心配になった。念のため、乙は甲に対し、携帯電話からメールを打ち、「灯油を持って行った？」と尋ねた。

すると、甲から「応援ありがとう、今から愛の成就をする」という旨の返信が、直ちに返ってきた。乙は、どうしようと不安になったが、仏像と恋愛するなんてあり得ないという良識があり、仮に放火しても自分には関係がないと思い、何もせずにアルバイトへ出かけた。

5 甲は、昼は、実行しづらいので、当日の深夜に実行することを決意し、深夜0 時に、閉門された K 寺に侵入した。そして、乙からもらった大量の灯油を阿修羅像が安置されている本堂内に散布した。

そして、直後に、甲は、阿修羅像に抱き着き、乙からもらったマッチを点火させ、本堂内に投げつけた。炎が一気に本堂内に燃え広がり、本堂内は、炎に包まれた。

しかし、本堂は、スプリンクラー、警報機が設置されており、直後に、消防、警察が駆けつけて、本堂、阿修羅像は半焼したが、甲は奇跡的に無事だった。ただ、残念ながら、真っ先に駆け付けた警備員である丙1名が、煙を大量に吸い込み亡くなった。その場で、甲は現行犯で逮捕された。

- 6 K寺は、大伽藍であり、本堂、庫裏、その他の建物は、全て独立構造で別々に建てられたが、太平洋戦争中に、周辺住民のために寺内に防空壕が掘られた。それが戦後、拡張され、全ての建造物が地下通路で行き来できるようになっていた。しかし、外からは、かかる地下の構造は確認することはできない。庫裏には事件当日も、住職である戊が家族4人とともに暮らしていた。
- 7 乙は、事件のあった3日後、警察から事情聴取を受け、甲が利用したマッチ箱、灯油が乙の所有であることから、事件の関与を強く疑われている。

### 【出題の趣旨】

- 1 本件において、甲に対し、K寺に対する①建造物侵入罪（刑法130条）、②放火罪が成立することは争いがない。では、半焼した本堂に現住性は認められるか。甲は阿修羅像を人と信じていたのだから、本堂への現住性の認識はあったことは疑いないが、客観的事実が甲の主観に一致するのか。  
ここで、建物の機能的一体性論が問題となる。しかし、参考判例の事例は外観から一体性が確認できる場合である。本件のように地下で一体化されている場合にまで、判例の射程が及ぶのか。
- 2 甲は、殺意をもって本堂に火を付け、結果的に警備員丙が死亡した。「人を殺すつもりで人が死んだ」ことになり、法定的符合説では殺人罪が問われうるが、仏像への殺意で、殺人罪の故意を充たすのか違和感が残る。ならば、具体的符合説による解決が期待される。法定的符合説の限界を示す事例ではないか。
- 3 甲の責任能力には問題がある。しかし甲は、犯行時、明確な意識（事理弁識能力）を有し、自己の行為を制御する能力（行動制御能力）を有していた。かかる甲の状態が、従来心神喪失、心神耗弱の定義に、あてはまるであろうか（刑法39条）。
- 4 乙に甲との共犯性が認められるか。本件では、乙が、本堂への放火、殺人（心中）を発案し、甲に提案している。しかも放火道具まで貸し渡している。まさに、主犯格そのものであるが、本件で、乙に罪責を負わすことは不当である。ならば、帰責を回避する方法として、共同実行の意思（共謀）の否定、相当因果関係の切断、客観的帰属論の展開が考えられよう。
- 5 ただ、乙は犯行日において、甲が犯行を実行すると、相当程度に認識、認容していた。そして、本件、放火事件は、そもそも、乙の提案が端緒である。ならば、犯行日において、乙は、甲と不作為による共犯関係（幫助）が成立していたのではないか。乙は、甲からの携帯メールを見ており、乙のみが、甲の犯行の実行危険性を知っていた。甲の犯行に至る因果の経過を排他的に支配していたと評価できないか、また、条理上または、乙の先行行為によって、乙の作為義務が肯定されるのではないか。乙が携帯メールを見てから、甲が深夜の犯行に至るまで、

かなり時間があったのだから、甲の犯行を止めるのは容易かつ可能であったと評価できる。

参考判例 最決平成1・7・14（刑集43巻7号641頁）

## 【刑法部門】 作品 2

### 【問題】

以下の事例における甲の罪責を論じなさい。

### 【事例】

A（27歳，166センチメートル，58キロ）とB女（23歳，149センチメートル，40キロ）は窃盗団の構成員である。

平成24年9月1日の午後9時頃，AとB女は共同して，閑静な住宅街である札幌市P町にあるCの屋敷に窃盗目的で侵入しようとしていた。Cの屋敷の周辺は，夜は25メートル間隔で立っている街灯が薄暗く灯るだけで非常に暗いため，夜になると通行人はほとんどなく，また，その日Cは家族で旅行に出かけており屋敷が留守であることをAらは事前調査で知っていた。もっとも，Cの屋敷は周囲を高さ2メートル30センチの塀に囲まれており，門には防犯装置が付いているため，2人は，まずAがB女を肩車してB女を塀の内側に侵入させ，B女が防犯装置を解除した後内側から門を開けてAを侵入させることにした。

AとB女がC宅への侵入を試みていたところ，現場近くを野球部の活動が終わり帰宅途中の甲（18歳，185センチメートル，90キロ）が偶然通りかかった。AらがいるC宅の塀から25メートルほど離れたところから，街灯で微かに照らされているAらを見た甲は，塀の方を向いてAがB女を肩車して，Bが塀の上に手をかけようとしている状況を，身長2メートルを超える大柄な男が塀を乗り越えようとしているのだと勘違いした。

そこで，甲は携帯電話で110番に通報し，「今，P町にいるんですが，かなり大柄な男が家の塀を乗り越えて侵入しようとしています。」と伝えた。通話をしているうちに，目の前で事件が起きていることに興奮してきた甲は，ここであいつを捕まえて侵入を阻止すれば，警察から表彰されたり新聞社が取材に来たり一躍有名人になれると考え，電話口で警察官が「これから警察官を向かわせるので，君はそこでじっとしていなさい。」というのも聞かずに電話を切り，大男を捕まえる方法を考えた。

そしてすぐに，Aらから約15メートル離れたところに石（直径7センチ，重量190グラム）が落ちているのをみつけた甲は，大男に石をぶつけて悶絶させ，警察が来るまでの時間を稼ごうと考えた。甲は，Aらに気が付かれないように石を拾い，大きく振りかぶって大男の背部，実際にはB女の腰部付近を狙って利き手である右手で石を投げた。野球部では投手をしており，試合では時速155キロの速球を投げる甲が投じた石は，甲の狙いはずれ，塀に登ろうとしたB女の後頭部に直撃した。B女は仰け反ってそのまま頭から地面に転落し，これによりB女は頭蓋骨

折及び脳挫傷により即死した。また、バランスを崩したAも転倒して加療約1か月間を要する左肘の亀裂骨折、腰背部打撲等の傷害を負った。

約1分後、Aは、「この野郎、よくもやりやがったな。」と言ってゆっくりと起き上がった。そして、倒れているB女を見るや、「てめえ、よくもB女を。絶対に殺してやる。」と叫んで、呆然とする甲を睨みつけると、C宅の金庫を開けるために用意していたバール（全長50センチメートル、重さ1300グラム）を振り上げながら、甲に向かって突進してきた。甲は、あいつは本当に俺を殺す気だ、と身の危険を感じ、Aの攻撃を紙一重で避けると同時にAからバールを奪い取り、左手の拳で腹部を1回強く殴打した。

甲は、頭から大量の血を流し両目を見開いたまま倒れているB女と、自分の足元に倒れ、腹部を押さえながらうめき声を上げているAを見て、大変なことになってしまったと思い、すぐにその場から逃げることにした。しかし、逃げようとした甲は、B女のズボンのポケットからブランド物の財布とB女の家への鍵がはみ出ていることに気が付き、盗んでも警察にはわからないだろうと考え、これらを奪い取って自分のバッグの中に入れ、さらにAのズボンのポケットからも財布を抜き取り、これも自分のバッグの中に入れた。

同日午後9時15分頃、C宅前から逃げてきた甲はAとB女が倒れている現場から200メートルほど離れた同じP町内で、甲からの通報を受けて駆けつけた警察官2名が乗ったパトカーに出会い、「このあたりで不審な男を見ませんでしたか。」と尋ねられた。

夜間だったこともあり、その場からは倒れているAとB女が直接見えることはなかったが、甲と警察官がいる場所から事件現場までは一直線であったため、甲は、このまま真っ直ぐ進ませれば、C宅前でAとB女を発見されてしまい、C宅方向から歩いてきて、かつ2人の財布を持っている自分はすぐに捕まってしまうと考えた。そこで、すぐそばに見えるDの家の塀を見ながら、「男は2、3分前までそこの塀のあたりにいましたが、向こうに走っていきました。」と言ってC宅とは逆方向の道を指さした。すると、警察官は甲の言葉を信じ、1名はD宅の塀のあたりを不審な形跡がないか調べ始め、もう1名は他の目撃者を探すために甲の指さす方向に歩いていった。それをみた甲は、「急いで家に帰らないといけないので。」と塀の近くにいる警察官に告げてその場から立ち去った。甲が嘘を告げたことで、警察官がAとB女を発見したのはそれから1時間後だった。

甲が警察官と出会ってから40分後の同日午後10時頃、B女の財布に入っていた運転免許証からB女が住んでいたマンションの住所を知った甲は同所へと向かった。B女宅に着くと、甲はB女の所持していた鍵を使ってB女宅に侵入し、現金30万円と200万円相当の宝石類を盗んだ。

### 【出題の趣旨】

本問は、①具体的事実の錯誤、②正当防衛の成否、③自招侵害の成否、④死者の占有、⑤暴行後に財物奪取の意思が生じて財物を奪取した場合と強盗罪の成否、⑥公務の執行を偽計によって妨害した場合における偽計業務妨害罪の成否、⑦住居侵入罪の客体である「人の住居」の「人」に死者が含まれるか、について問うものである。

④と⑦の論点については、2つの見解のいずれも有力であるため、厚く論じることになるだろう。

う。③の論点はいわゆる「ひっかけ」として用意したつもりである。

以下は各論点についてである。

まず、投石行為をした甲には傷害の故意を認定できるだろうが、甲は1人の大男に傷害を加える故意をもって結果としてAとB女の2人に傷害結果を負わしているため、①具体的事実の錯誤の問題となる。数故意犯説に拠れば2つの傷害の故意を認めることができるので問題ないが、具体的符合説に拠った場合に2つの問題が生じる。すなわち、1つは本問を方法の錯誤と客体の錯誤のどちらと考えるかであり、もう1つは、客体の錯誤と解した場合に故意をいくつ認めるかである。

次に、甲の投石行為は、Cのもつ住居に対する事実上の支配・管理権を守るためになされており、②正当防衛（36条1項）の問題となる。正当防衛といっても本問はいわゆる緊急救助の成否であるため、「急迫性」や「防衛の意思」といった要件を満たすかの判断が通常の正当防衛よりは難しいのではないだろうか。また、「やむを得ずにした行為」の要件を満たしていないことは明らかなので、他の要件を充足していても過剰防衛（36条2項）になる。

突進してきたAを甲が殴打した行為は正当防衛にあたりそうだが、甲の投石行為を挑発行為とする③自招侵害とも考え得る。しかしながら、そもそも自招侵害は自招行為と防衛行為の間に一連性があることが前提であるところ、本問の投石行為と殴打行為に一連性があるとは言い難く、自招侵害の問題にはならないといえる。殴打行為には正当防衛が成立すると解される。

甲が、死亡したB女の財布と鍵を持ち去った行為とB女宅から現金等を盗んだ行為については、どちらも④死者の占有が問題となる。判例（最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁）は、死亡直後にはまだ占有が継続していると解しており、何罪が成立するかは致傷行為と財物奪取行為の一体性から判断している。本問の場合、窃盗罪（235条）と占有離脱物横領罪（254条）のいずれと解することもできるだろう。

甲がAの財布を持ち去った行為について、⑤暴行後に財物奪取意思が生じた場合の処理が問題となる。裁判例（東京高判昭和48年3月26日高刑集26巻1号85頁）は、暴行後に財物奪取が生じた場合、奪取後にさらなる暴行脅迫がなければ強盗罪（236条1項）は成立しないと解しており、通説もこれを支持する。

甲が警察官に嘘の情報を伝えた行為について、偽計による公務の妨害に公務執行妨害罪（95条1項）は成立しないが、⑥公務も業務に含まれるとして偽計業務妨害罪（233条後段）の成立を認めることはできないか。判例・通説は、被告人らに強制力を行使する権力的公務については公務執行妨害罪しか適用がないが、非権力的公務については公務執行妨害罪と業務妨害罪の両方の適用があるとする。この見解に拠れば、偽計によって逮捕を免れるという甲の行為に偽計業務妨害は成立しないだろう。なお、近時の裁判例に、偽計がなければ遂行されたはずの本来の警察の公務は、強制力のある権力的公務も含めて、全体が偽計業務妨害罪の「業務」にあたる、とするもの（東京高判平成21年3月12日判タ1304号302頁）があり、この立場を支持すれば甲の行為に偽計業務妨害罪が成立する。

甲は死亡したB女宅に侵入しており、⑦住居侵入罪（130条）の客体である「人の住居」の「人」に死者が含まれるかが問題となる。学説は、死者は「人」に含まれないとする見解が支配的だが、裁判例（東京高判昭和57年1月21日刑月14巻1=2号1頁）は、被害者宅の平穏は被告人が侵

入した時点においても被害者の生前と同様に保護されるべきものであるとして、その法益を侵害した被告人に住居侵入罪の成立を認めた。本論点は、本罪の保護法益をめぐる対立と関連しているので、前提としてその点についても論じる必要があるだろう。