

第4回（2013）事例演習問題コンテスト応募作品

◇ 憲法部門

【作品1】

【事実】

- 1 平成25年10月30日、大阪市のX市長は、新聞社Yからの取材を今後一切拒否することを短文投稿ブログ・ツイッターで表明した。
- 2 Yは、平成25年10月29日付の朝刊新聞紙面にて、いわゆる従軍慰安婦問題に関するXの一連の発言を一部抜粋・変更し、Xの真意を汲まずに一面に掲載した。Xの発言とそれに対するYの報道は次の通りである。

< Xの発言 >

歴史的には、世界の当時の状況は日本国軍だけではなく、他の軍でも慰安婦制度を活用していたことが明らかだ。

慰安婦制度が当時の状況で必要とされていたのは、誰でもわかるはずである。

< Yによる報道 >

「X市長は従軍慰安婦が必要であると発言した。」

- 3 Xは、実際に平成25年10月31日から同年11月7日現在まで、定例の囲み取材におけるYからの公務に関する質問を拒否した。その結果、Yは市政に関する報道をすることができなくなった。

【問題】

事実3下線部におけるXのYへの対応について、憲法上の問題点を論ぜよ。

【出題の趣旨】

- 1 取材の自由についてはコアカリキュラムにも掲載され、有名判例も多く勉強する機会はずがある。しかし、取材拒否という論点については、取材の自由の法的性質を理解していなければ対処することが難しいと思われる。そこで、近年記憶に新しい時事事例を題材に、これを扱った。
- 2 Xの対応がYのいかなる憲法上の権利を侵害しているか検討する必要があるところ、まずYの人権共有主体性を確認する必要がある。
- 3 Yが侵害されているのは直接的には報道の機会であろうが、その不可欠な前提たる取材の自由はそもそも憲法上保障されているのか一応論じる必要がある。
- 4 かような前提を確認した上で、取材の自由から請求権的側面が導き出せるか。裏返していえ

ば、公務員に取材を受ける義務を認めることができるかという論点につき論じなければならない。取材の自由の法的性質の理解が必要である。

- 5 取材を受ける側にも取材を拒否する自由があると想起されるが、Xの地位から取材を拒否できない場合を規範として定立するべきであろう。
- 6 もっとも、取材の自由は抽象的であり不明確であることから、抽象的権利であるとの構成もできよう。とはいえ、取材の自由の意義を無視することにもなりかねないので、下記裁判例のように「特段の事情」があれば取材拒否は許されないという例外を認めるべきである。

参考判例

大阪地方裁判所堺支部判決平成9年11月28日判タ1009号250頁。

◇ 民法部門

【作品1】

【事案】

- 1 Xは、株取引・外国為替取引等の金融取引を業として取り扱う株式会社である。
Xの従業員であるAは、電話帳から抽出した電話番号を用いて個人投資家を勧誘していたところ、Yが興味を示した。
Yは今まで資産運用や金融商品を購入する等の株や金融取引の経験は無かったが、定年を迎え退職金を受け取っており、手持ちの資金に余裕があったため、説明を受けた上で適当な運用をXに任せたいと考えていた。
Xは目下いわゆる証拠金取引の形態による資産運用を売り出しており、Aもこの形態による運用をYに勧め、Yもこれを了承した。
証拠金取引とは、出資者が業者に証拠金を差し入れることにより、業者の信頼において証拠金以上の金額の運用を行う取引である。Xでは、証拠金の10倍を限度とする取引を行うことができるが、運用によって既預入証拠金を超える損害が発生した場合は、出資者に追加の証拠金を請求することとしていた。
- 2 平成19年4月、AがY宅に出向き、Xの証拠金取引の説明をした上で、資産運用契約（以下本件契約）が締結された。
契約書には、「取引決済の結果によって、証拠金以上の損害が生じた場合、乙（Y）は甲（X）の請求により、運用額と既預入証拠金との差額を追加の証拠金として差し入れる義務を負う。」旨の条項があった。
Yは、投資とは一般に預け入れた金額以上の損をすることはないと認識を持っていたため、この条項の意味についてAに質問したところ、Aは、「運用上損害が生じた場合は追加で証拠金

を預入れてもらう旨の条項であるが、これは万が一という時のための保険的な取り決めである。決済はオンラインコンピュータで行っているため、通常は既預入証拠金分の損害が出た時点で取引を停止する。心配は無い旨の返答をし、Yは、これを聞いて、本件契約によって、自己に投資金額以上の損害は生じないであろうと判断した。

YはXに150万円の証拠金を差し入れ、平成19年4月から平成20年4月まで1年間資産を運用して清算、運用金額1500万円を上限とする本件契約が締結された。

3 平成19年8月頃、運用益が200万円ほどになっていたところ、XはYに対し、証拠金をさらに150万円差し入れ、300万円とすれば3000万円まで運用できる旨提案した。

Yは手元に資金が無いことを理由に断ろうとしたが、Xから、清算時に運用益の払戻金から150万円分を相殺する予定でXが立て替える旨の提案を受け、清算時の受領金額が少なくなるという事だけであろうと判断し、これを了承した。

4 平成20年1月、運用損害が生じたが、決済が集中したため、実際に決済されたのは損害が既預入証拠金の額を超えて、運用上限の3000万円の損害が生じた時点であった。

証拠金取引においてしばしば既預入証拠金を超える損害が生じ、追加の証拠金を差し入れる事態が生ずることは、証拠金取引を行う者にとってはよく知られた事実であった。

上記事情を前提として、以下の問いに答えよ。

なお、各問は独立した問いであり、各問に書かれた事情は互いに影響を与えない。また、特別法については考慮しないこと。

【設問】

問1

平成20年5月、XはYに対し、本件契約に基づいて追加の証拠金2850万円の支払を求めた。これに対し、Yはいかなる主張をなしうるか。また、その当否について検討せよ。

問2

Xは平成24年12月、Yに対し、本件契約に基づいて追加の証拠金2850万円につき全額を支払うよう催告した。

Yは支払に応じなかったため、平成25年4月、Xは追加の証拠金のうち150万円の支払を求め、2850万円の一部の請求であることを明示して請求訴訟を提起した。

平成25年8月、請求を全部認容する判決が下され、判決は同月確定した。

平成25年9月、Xは残部の2700万円の支払を求め、請求訴訟を提起した。

これに対し、Yはいかなる主張をなしうるか。特に消滅時効に留意しつつ、その当否について検討せよ。

【出題の趣旨】

問1について

1 近年個人投資家を多く取り込み、FX取引等によって問題が生じている証拠金取引を題材と

して、最高裁平成 23 年 4 月 22 日第二小法廷判決（民集 65 卷 3 号 1405 頁、判時 2116 号 53 頁、判タ 1348 号 87 頁）および最高裁平成 18 年 6 月 12 日第一小法廷判決（判時 1941 号 94 頁）を参考に、契約締結上の説明義務違反について問う趣旨で作成した。

契約締結上の説明義務違反については、錯誤無効ないし詐欺取消、債務不履行責任、不法行為による損害賠償請求等の主張が考えられるが、これらについて順次論述し検討することが求められる。

本問においては、A は専門知識を持つ者として勧誘時に説明すべきリスクの説明を怠っていると思われる事実がある。しかし、Y もまた損害の発生を気にするような言動はあるものの、疑問を特に確認することなく、運用開始後も A のすすめに応じて漫然と増資を行っている。追加の証拠金を差し入れる事態が生ずることは取引を行う者の間ではよく知られた事実であったのだから、Y にこれまで金融取引の経験がなくとも、A に明確に確認しなかったことについて全く過失なしとは言い切れないであろう。

これらの事実を十分に考慮し、論ずる必要がある。

- 2 錯誤無効については、X が増資の段階においても自らが追加の出捐をすることはないと認識を持っていたことから認められそうにも思えるが、契約締結時のやりとりのみで動機が表示されたといえるか、また、150 万円の出資額で 1500 万円を運用できるという取引の特殊性や、軽々しく増資を決定するなど、X に重過失が認められる余地もあり、無効を認めるのは難しいと思われる。また、A の説明は完全な虚偽とは言いがたく、勧誘時の宣伝文句の域にとどまっているため、詐欺取消の主張も難しいであろう。

もっとも、これらについて説得的な論を展開するのも不可能ではないとも思われる。

- 3 A は金融取引業者の従業員として、本件取引についても専門知識を有していたのであるから、追加の証拠金を差し入れる事態がしばしば生ずることは当然知っていたといえる。A はこの点について、信義則に基づき、契約締結の是非を判断するにつき必要な情報を提供すべきであったとして、説明義務違反が認められそうである。
- 4 本件において信義則上の説明義務違反を認めるのは難しくないと思われるが、問題は、説明義務違反がどのような責任を構成するかである。

上記平成 23 年の参考判例において、原審は債務不履行責任を認めているが、最高裁が破棄自判したように、説明義務違反の結果締結された契約に基づいて、債務履行義務が契約時に遡って生じると考えるのは無理があると言わざるをえない。

同判例のように、自己決定権の侵害による不法行為責任を認めるのが自然であろう。

- 5 なお、本問においては特別法の適用を除外したが、金融商品の販売等に関する法律の適用があれば、A の勧誘行為は不利益事実の不告知にあたる可能性が高く、損害賠償責任が生ずると思われる。

問 2 について

- 1 最高裁平成 25 年 6 月 6 日第一小法廷判決（判タ 1390 号 139 頁、金商判例 1422 号 8 頁）をもとに、消滅時効の中断事由、特に催告と 153 条にいう裁判上の請求について問う趣旨で作成した。

2 同判決は、明示的一部請求の残部については時効が中断しない（最高裁昭和 34 年 2 月 20 日判決）が、債権者が将来にわたって残部をおよそ請求しない旨の意思を明らかにしているなど、残部につき権利行使の意思が継続的に表示されているとはいえない特段の事情のない限り、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の催告の効力を生じ、債権者は、当該訴えに係る訴訟の終了後 6 か月以内に民法 153 条所定の措置を講ずることにより、残部について消滅時効を確定的に中断することができるかと判示している。

さらにその上で、催告を繰り返しても 153 条にいう裁判上の請求を提起するまでの 6 か月の期間は延長しないとし、明示的一部請求の残部について認められる裁判上の催告についても同じであると判断した。

3 本問においても同様に、153 条の 6 か月の請求の期間は、裁判上の請求がなかった残部についても平成 24 年 12 月の裁判外の催告から起算することとなる。前訴において請求されなかった残部については 153 条の措置が講じられなかったため、Xにとって商行為であるところの本件契約に基づく請求権は、平成 25 年 1 月に消滅時効が成立していると解される。

よってYに、残部 2700 万円について消滅時効の援用が認められることとなる。

4 判例を知っていればストレートに解答できる問題ではあるが、仮に知らなくても、一部請求訴訟における訴訟物についての理解から残部について時効は中断しないこと、催告を繰り返して 153 条の 6 か月の期間が延長されることの不合理に思い至れば十分に解答が可能であると考ええる。

5 当初、Xが請求を取り下げた場合や、支払督促を申立てたが仮執行宣言の申立てが行われなかった場合などを事案として出題しようとも考えたが、このような場合については判例が無く、裁判上の催告の効果については学説も分かれていたため、判例とほぼ同様の事案を設問として作成した。上記判例が裁判上の催告一般にまで適用されるかについては議論の余地があると思われる。

以上

◇ 刑法部門

【作品 1】

【事実】

1 2013 年 7 月 24 日、X(41 歳)は自身の遊興費を得るために、返済のあてがなくかつ返済する意思もないのに知人である A(39 歳)に「10 万円貸してほしい」と述べた。これに対して A は、Xがこう言うからにはXには返す当てがあるのだろうと考えて、Xに対して事情を聞かずに「分かった。来月の末までに返してくれ。」と述べて直ちに 10 万円を取り出してXに差し出した。Xは「わかった」と述べて 10 万円を取って懐にいれ、その後 X と A は雑談などをして別れた。

- 2 2013年8月31日、AはXからの連絡を待っていたが連絡はなかった。翌朝、AはXに電話をかけたが繋がらず、結局XはAからの弁済を受けられなかった。
- 3 2013年9月18日、Aが街でぶらぶらしていると、同じくぶらぶらしているXの姿を見つけた。しかし、Aはその場でXに声をかけずにXの後をつけてXの新しい部屋を見つけることができた。
- 4 2013年9月18日夜20時ごろ、AはXの新しい部屋の玄関のチャイムを押したところ、Xが玄関から出てきた。Xはえらいことになったと思いながらも、弁済を免れるために、愛想よくAを出迎えてAを部屋に招き入れた。このとき、Xの部屋にはX以外誰もおらず、隣接する部屋の住人はすべて不在であった。Xは借金の弁済を求めるAに対して、「申し訳ない。返す金がない。金は暫く待ってくれ。」と述べて床に手を突いて頭を下げた。しかし、実際にはXは博打の勝ち金30万円余を懐に入れており、弁済は可能であった。
- 5 Aは、Xが頭を下げた際にXの懐にある札束を目撃し、おもむろにナイフを取り出してXに突きつけて「よくも嘘をついたな。その懐にあるものは何だ。おとなしく金を返せばよし。しかし事と次第によってはこのナイフが承知しない。」と満面に怒りを湛えて打ち震えつつ述べた。これに対して頭を上げてAの様子を見たXは、これはもう口でごまかすどころではなく、何とかしなければ自分の命が危ないと考えて、普段から携帯していたナイフを抜いて立ち上がってAに相対した。
- 6 Aは、ナイフを抜いて立ち上がったXを見て、Xが応戦すると考えてナイフでXに切りつけた。しかし、XはAのナイフをかわし、XのナイフでAの手の甲を深く切ったため、Aは持っていたナイフを取り落とした。すかさずXはナイフを捨ててAの腹を殴り、もがくAを部屋から引きずり出して部屋の前に放置したまま部屋の鍵をかけて締め出した。
- 7 結局、AはXの上記行為によって手の甲に全治6か月の重傷と腹部に打撲傷および足に引きずられた際に生じた擦過傷が生じた。

【問題】 Xの罪責を論じなさい

【出題の趣旨】

この問題が対象とする分野は、詐欺罪、正当防衛、罪数である。また、間接的には、権利行使と恐喝罪について知っておく必要がある。

まず、事実1が詐欺罪を構成することは間違いないはずである。この部分は行為について構成要件を挙げて当てはめるといふ基本を問う部分である。

次に、事実4はXがさらに詐欺を行おうとする部分である。ここでは、Xが嘘を述べて債務の弁済を免れようとしたことが詐欺罪の実行の着手に当たるかを問うている。この部分について想定する解答は、財物の処分行為に向けられた欺罔行為をした時点で実行の着手に当たるというものである。

次に、事実5はAがXを恐喝する部分である。ここではAが自己の債権を取り立てるために恐喝をしているので、このような恐喝が違法かどうかを判断することになる。ここで恐喝が違法と

するならば事実6のXの行為は不正の侵害に対するものとして正当防衛として立論することになる。もし、恐喝に違法性がないとするならば、刑法36条1項にいう不正の意義を説明した上で、Aの行為が正当防衛に適する違法性を有するかどうかを別途論じる必要がある。その結果、正当防衛が認められないのであれば緊急避難として論じることとなる。その他、やむをえずにした行為であるかどうかについては、必要性の面からは、部屋にXしかおらず、助けを求めても誰もこないであろう状況を提示してあるし、相当性の面からは、同年代でかつ武器が対等である事実を提示してあるので問題とはならないと考える。また、Aの恐喝は、Xの詐欺に向けられた欺罔行為が引き金となっていることから、原因において違法な行為の理論を使って自招防衛の問題と考える余地もあるかもしれない。しかし、本問のXはAの恐喝行為を誘発するために欺罔行為を行ったわけではないので、Xの行為が違法であっても急迫性に欠けるとはいえないように思われる。

次に、事実6はXの暴行行為を具体的に述べた部分であって、過剰防衛または過剰避難の可能性を検討する部分である。この部分については、過剰を認める事実として、Aがナイフを落としたにもかかわらずさらに殴っている事実があり、これに対して過剰を認めない事実としてAがナイフを落とした後はXもナイフを捨てているという事実や、部屋の外に出した後には何もしていない事実がある。また、腹を殴る以降の暴行とそれ以前の暴行が場所的にも時間的にも接着していることも過剰を認めない方向に働くはずである。

最後に罪数については、事実1の詐欺と事実4で未遂となった詐欺の客体が同じ10万円であるので、これを併合罪とする説明が必要であると思われる。これは、Aの財産が10万円減少したことはすでに事実1の詐欺罪で評価しつくされたと考える余地があることによる。ここでは詐欺罪の損害とは何かから説き起こすのが適当であると考えられる。

以上