

民事訴訟法

## 2024年度履修免除試験 民事訴訟法の解説・講評

## (1)について

規範的要件とは、過失等のように抽象度の高い要件で、主要事実とは、権利の発生等を判断するのに直接必要な事実である。本問では、それらを前提に、規範的要件における主要事実がその規範的評価の成立を根拠づける具体的事実であることを説明することが求められた。

きわめて基礎的な知識を問う問題であるが、答案では、残念ながら理解ができていないものが多かった。

## (2)について

民事訴訟法 261 条 2 項本文で被告の同意を要するとされているのは、原告による訴え提起に対して、被告が本案について準備書面を提出するなど本案について一定の防御活動を開始した後は、被告にも請求棄却という既判力ある解決を要求する利益があるものと考えられるためである。

答案では、被告の手間や再訴の可能性に触れるにとどまるものが多かったが、既判力という言葉を用いた説明が期待されたところである。

## (1)について

(1)は、訴えの利益の問題である。

すでに確定した給付判決を有する場合に再度同じ給付の訴えを提起することは、通常、訴えの利益を欠いて認められないことになる。同じ権利についていくつも給付判決を取得する必要はなく、二重に強制執行が行われるおそれも防止する必要があるからである。

しかし、その後消滅時効が進行して、時効の完成猶予・更新の必要が生じた場合や、すでにされた給付判決の原本が滅失した場合などには、必要上、例外的に再度訴えを提起することができると解すべきである。

したがって、本件訴えは、このような例外に当たらない限り、不適法であることになる。

答案では、既判力の問題とするもの、二重起訴の問題とするものなど、問題をそもそも誤解しているものも多かった。

## (2)について

(2)は、相殺先行・訴え後行型と呼ぶべき場合についての重複起訴禁止

の問題である。

この問題について、重複起訴とならないとする説は、抗弁は、訴えではなく防御方法にすぎないこと、相殺については審理の弾力性がなく、被告には別訴で早急に債務名義を得る利益があることなどを主張する。

しかし、相殺の自働債権についての判断に既判力が生じること（114条2項）による既判力抵触のおそれがあること、被告の早急に請求する利益については、反訴を提起するか、相殺の抗弁を撤回した上で訴えを提起すれば足りることなどから、重複起訴となるとする説もある。

したがって、後者の立場に立てば、本件訴えは不適法であるというべきであることになる。

答案では、重複起訴に当たるとするものが多かったが、実質的に判断が矛盾するおそれがあるとするのみで114条2項にさえ触れていないものも多かった。また、反対説にも触れることが期待されたところである。

### (3)について

(3)は、一部請求についての判例法理の理解を問う問題である。

このような一部請求の一部勝訴の確定判決の場合、判例（最判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁）によれば、残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない。それは、このような金銭債権の数量的一部請求の当否を判断するためには、債権の全部について審理判断することが必要になり、その請求を全部または一部棄却する旨の判決は、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものであり、その判決確定後の残部請求の訴えは、実質的には前訴で認められなかった請求および主張を蒸し返すもので、被告の合理的期待に反し被告に二重の応訴の負担を強いるからである。

したがって、この判例法理に従えば、本件訴えは、特段の事情がない限り不適法であるというべきであることになる。

答案では、一部請求論の説明にとどまるものも多く、それはそもそもこの判例を全く知らないことによるものと思われた。外側説等に触れた答案もあったが、それらは本問と直接の関係がない議論である。

以上

## 刑事訴訟法

### 2024年度 履修免除試験 刑事訴訟法 出題趣旨・解説

#### I

##### (1)

所持品検査を認める明文の規定はないが、所持品検査は口頭による職務質問と密接に関連し、かつ質問の効果を上げるうえで必要性、有効性が認められる行為であるから、職務質問に付随して行うことができる。(95字)

任意処分としての必要性、緊急性、相当性の点しか説明していない解答が多く見られた。

##### (2)

被疑者勾留は必ず逮捕が先行していなければならない。逮捕は、捜査機関からの資料のみに基づいて、身体拘束要件の有無を暫定的に事前審査し、勾留は、両当事者の主張に基づいて、二重の司法審査を行う意義がある。(99字)

勾留質問において逮捕の違法性について審査するという点を挙げた解答が多く見られたが、この点は、正確に言えば、逮捕前置主義を採用したことの結果であって、逮捕前置主義自体の意義ではない。

#### II

本事例において警察官Pらが行った捜査のうち、刑訴法上、その適法／違法が問題となり得る点は、主として2点ある。

第一に、警察官がAに対して逮捕状を執行するために、A宅1階および2階に立ち入ることが許されるか、という点である。一般に、被逮捕者が住居内に存在する場合に、逮捕状を執行するために住居に立ち入ることができないとすると、被逮捕者は住居内から出なければ逮捕されずに済むという不合理な結論になるから、住居内に立ち入ることができるという結論になるだろうと直感を働かせるのは正しい。しかし、住居への侵入は、それ自体、重大な法益侵害に当たるから、強制処分として、最低限、強制処分法定主義の要求を満たさなければならない。本論点は、刑訴法上、法定されている条文を正しく理解しているか、同条文の趣旨を正しく事案に当てはめることができているかを問うものである。

まず、適用条文は、刑訴法 220 条 1 項 1 号である。同号は、被疑者、すなわち人を捜索対象として、要件を充足した逮捕を執行するために、法が明文で規定した強制処分である。このことを正しく理解していた答案も少なくなかったが、一方で、刑訴法 220 条 1 項 2 号を適用していた答案も少なからず見られた。しかし、刑訴法 220 条 1 項 2 号は、証拠物を捜索・差押えの対象とする強制処分であるから、被疑者の逮捕を完遂するために被疑者を捜

索する場合には当てはまらない。

次に、逮捕のための住居への立入り自体が一般的に刑訴法の明文規定によって根拠づけられるとしても、逮捕の要件を充足してさえすれば、どんな場合にも住居に立ち入ることができるわけではない。住居に立ち入っても、被疑者を逮捕できる蓋然性が存在しないのに、住居に立ち入ることに正当な理由が認められるとは言えないからである。したがって、個別の事案のあてはめとして、逮捕を執行しようとしたときに、被逮捕者が当該住居に存在している蓋然性があるかどうかを検討しなければならない。

そうすると、本事案においては、被逮捕者であるAは、S信用金庫の正社員として、平日は、午前9時から午後7時頃までT支店内で勤務していることが、捜査の結果、判明している。一方、Aに対する逮捕状の執行のために、Aの自宅に赴いたのは、月曜日の午後1時頃である。平日の昼間であるから、Aが在宅している可能性はほとんど考えられない。したがって、月曜日の午後1時にAの自宅で逮捕状を執行しようとしても、Aが存在する蓋然性はないと考えるのが合理的であるから、Aに対する逮捕状の執行には正当な理由が認められないということになる。

以上の論点を正確に理解できていた解答も見られた一方で、逮捕に伴う物に対する無令状捜索の範囲の問題として論じていた解答が散見された。しかし、仮に逮捕着手前の無令状捜索を認める立場に立つとしても、本事案では、最後までAを逮捕できていないのであるから、Aに対する逮捕に伴う無令状捜索として、A宅への立入りを正当化する余地はない。また、甲に対しては、A宅への立入り前に逮捕の要件を充足していたわけではなく、A宅への立入り後に初めて逮捕の要件を充足したに過ぎないから、同様に、A宅への立入りを正当化する余地はない。

さて、Aが在宅していないことが想定されていながら、警察官はなぜ、あえてAに対する逮捕状の執行をするためにA宅に赴いたのであろうか。これが、本事例の2つ目の論点である。もともと、警察官Pらは、甲が自宅で大麻を栽培して売りさばいている疑いを持ち、甲に対する大麻事件を捜査していたが、甲が大麻取引をしていることを根拠づける証拠を得られずにいたのである。したがって、警察官は、甲宅=A宅に立ち入って、大麻栽培の現場を押さえることを喉から手が出るほど欲していたはずである。しかし、甲の大麻事件に対する搜索差押令状や逮捕状は嫌疑が足りずに取得できない状況であった。つまり、本事案は、Aの逮捕状の執行にかこつけて、A宅に立入り、甲の大麻事件に関する証拠を得ようとする別件捜査に当たるのではないか、という点が問題となるのである。

一般に別件捜索は、搜索差押令状を請求した被疑事実（別件）とは関連性のない別の被疑事実（本件）に関する証拠を収集する目的で、別件の搜索差押令状を請求し、執行する行為を指す。そして、このような捜査は、本命の被疑事実に対する令状審査を潜脱して令状の発付を受けている点で、令状主義に反し違法と解される。

ただし、本事案は、第一に、別件の令状が、搜索差押令状の執行ではなくて逮捕状の執行であるという点、第二に、逮捕状請求の時点では、大麻事件に係る搜索・差押えに利用しよ

うとする意図があったとまでは認められないという点で、別件捜索の定義に純粋には当てはまらないところがある。しかし、逮捕状執行の時点では、逮捕という本来的目的を達成する意図はほぼ完全に存在せず、もっぱら大麻事件に係る捜索・差押えを目的としていた。つまり、執行時点では捜索差押令状の審査を潜脱する意図があった。解答では、これらの違法性を否定する方向で働き得る事情と違法性を肯定する方向で働く事情とを総合的に衡量して、結論を導く必要がある。

なお、Aに対する逮捕状執行時に、甲が在宅している可能性はあったから、甲の居室における大麻栽培の現場を押さえてその場で甲を現行犯逮捕する目的で、Aに対する逮捕状を執行したと構成して、別件逮捕の論点として論じることも可能であり、実際、そのような構成を取った解答も見られた。

本問では、刑訴法の条文の意味を正確に理解すること、別件逮捕・捜索における違法性の根拠という基本原理を正しく理解することが問われている。いずれも、条文をその都度確認しながら基本書の読み込むこと、刑訴法の基本原則を基本判例や基本書を通じて正確に理解することといった、地道な学習こそが有効であることを示していると言えよう。