

## 憲法

### 第1問

1. まず、国政調査権とは憲法 62 条に規定されているもので、国会又は議院が広く国政、特に行政に対する監督・統制の権限を実行的に行使するために必要な権限をいう。
2. 国政調査権の性質について、国会が「国権の最高機関」である（41 条前段）ことは国会が国権を統括する機関であることを意味していると解する立場から、国政調査権は国会が「国権の最高機関」であることに基づく国権統治のための独立の権能であると解する独立権能説もある。

しかし、国会が「国権の最高機関」であることについては、国会が国政の中心的地位を占める機関であることを強調しているに過ぎないと解すべきである。

そこで、国政調査権は議員が保持する諸権能を実行的に行使するために認められた補助権能であるという補助権能説によるべきである。すなわち、国政調査権とは、国会が国政に関する十分かつ正確な知識を得る必要があることに鑑みて、議院に補充的に与えられた事実の調査権能である。

3. 補助権能説によると、国政調査権の対象は議院権能の及ぶ範囲に限られる。

そうすると、司法権の独立（76 条 1 項、3 項）が、裁判官が裁判をなすにあたって他の国家機関から事実上重大な影響を受けることを禁ずる原則であることから、①司法権の行使に重大な影響を及ぼすような国政調査権の行使は許されない。

また、②調査目的は議院が保持する権能を実行的に行使するためのものでなくてはならないため、調査目的と関連しないものや、不当に個人のプライバシーにわたる質問または資料の提出を求めることも許されない。

### 第2問

1. X は営業禁止自体が違憲と考えているのではなく、補償がないことが違憲と考えているところ、本件法律には補償の定めが憲法 29 条 3 項から必要となるのではないか。
  - (1) X は本来であれば自らの事業によって適法に営業利益を得ることができたにもかかわらず、本件法律によって営業利益が不法なものとなっている。そうすると、本件法律の罰則により、X の営業利益は刑法 19 条 1 項 3 号等を根拠に没収されうるのであるから、本件法律は、その利益という、29 条 1 項で保障される財産権を侵害している。
  - (2) そして、この規制は 203\*年に我が国で爆発的に流行した感染症により医療機関が破綻したことなどに鑑みて、感染症を対策することで国民の生命や健康を保護するためになされているものであるから、X などの事業者は営業利益を「公共のために用ひ」られている。
  - (3) このような制約に補償が必要か問題となる。
    - ア. 「補償」が必要な場合とは、財産権に対して特別の犠牲を課す場合である。そして、財産権の侵害が財産権に内在する社会的制約として受忍すべき限度を超えて、財産権の本質的内容を侵すほどに強度なものである場合に特別の犠牲が認められる。
    - イ. 規制の目的は上記のように感染症から国民の生命や健康を保護することであり、その重要性は高い。しかし、規制の対象として掲げられているのは、人の接触を伴う活動に対するものであり、およそすべての商業活動が禁止されることになるから、対象が

広く規定されている。また、そのような営業を全面的に禁止している点で、侵害の強度は非常に高い。そして、営業は個人が生計維持のために行うものであるから、その財産的価値は高い。そうすると、本件法律は受忍限度を超えて財産権の本質的内容を侵すほどに強度なものとして特別の犠牲が認められる。したがって、29条3項によりXには「正当な補償」が必要である。

(4) ここで、正当な補償に関する規定をおいていない本件法律は29条3項に反し違憲となるか問題となるものの、財産権規制の根拠法令上の補償規定の不存在が一切の損失補償を否定する趣旨とまでは解されないことから、直接憲法29条3項を根拠に損失補償を請求する余地があるため、本件法律が損失補償規定をおいていないことが違憲であるとはいえない。

2. そうすると、本件法律が29条3項違反を理由に違憲となることはないし、補償が必要であるからといってXを処罰することの可否が左右されるわけではない。したがって、本件法律による財産権規制が「公共の福祉」(29条2項)に適合しないとして29条1項に反して違憲であると認められればXを処罰することも許されなくなる。 以上

(コメント)

### 第1問

ここでは、国政調査権について出題されました。私はこの分野についてちょうど短答対策で見たので初見で解いた際にも本答案の水準とまでは言いませんが、なんとなくの形にはなりました。しかし、私がロー入試を受けたときにこの問題が出題されても白紙にするしかなかったと思うので、この問題ができなくても大きく落ち込む必要はありません。ただ、学校によって統治が出題されやすいところもあるので、そのような学校を受験する場合には統治の論文問題を練習するとよいと思います。中央では2022と2023で統治が出題されているので、もし必要であればそちらも目を通すと勉強になります。また、京大でも毎年統治が出ていた記憶があるので、難しい問題にチャレンジしたい方はそちらを見てみると良いです。

本問については出題趣旨にあることを書いただけなので、特段アドバイスのようなコメントはありませんが、わからない問題が出たときにも諦めずにテキストを頭に思い浮かべてなんとか食らいつけば少しでも点数はくると思います。

### 第2問

ここでは財産権のうち損失補償が出題されました。本問ではXは営業禁止に違反した→営業して利益を得たということになるので、どの財産権を侵害されたのか特定するのが大変でした。本答案では、刑法19条を根拠としていますが、出題趣旨にそれに関する記載がなく、いくつか文献を当たってみましたがよくわからないというのが正直なところです。

ただ、ここで重要なのは特別の犠牲に関する議論です。ここでは営業利益を被侵害利益としているので上記のものと矛盾してしまいましたが、どうか書くにはこのように矛盾してでも書いた方がよいと思います。

当てはめでは①規制目的②侵害の個別性③侵害の強度④財産権の価値・性質を意識しています。

最後に、出題趣旨では X の刑事訴追については補償の要否と関係ないとされているので、仮に 29 条 1 項違反があれば許されないとしました。

#### 問題全体

詳細に 29 条 1 項違反について検討してもよいのですが、第 1 問でたくさん考える時間が必要なことや答案のバランスが崩れるおそれがあったことから詳細には検討しませんでした。科目を通して、かなり難しい問題だと思いますが、試験は相対評価なので、誰もが書けるところは絶対落とさないようにしたいです。



## 民法

### 問（１）小問（ア）

1. DのAに対する請求は、甲の所有権（206条）に基づく返還請求としての甲の返還請求であると考えられる。

この請求が認められるためには①請求者が目的物の所有権を有していること②相手方が目的物を占有していることの2つである。

AはBとの本件売買契約1に基づいて甲の引渡しを受けているため、これを占有しているといえる（②）。また、Dは甲の登録名義を有することで所有権を有する（①）。

2. DはCとの間で本件売買契約3を締結しているものの、この契約には所有権留保特約が付されている。所有権留保特約は代金完済を所有権移転の停止条件とするものであるから、Cが代金完済をしていない場合には本件売買契約3を根拠に甲の所有権がDからCに移転したとはいえない。

3. では、Aが甲を即時取得（192条）したとしてDは所有権を喪失したことにならないか問題となるものの登録を受けている自動車については、登録によって公示がされているといえるから即時取得の対象とならない（最判昭62年4月24日参照）。

甲はD名義で登録を受けた自動車であるから、即時取得の対象とならず、これを根拠としてDが甲の所有権を喪失したということもできない。

4. したがって、Dの甲に対する所有権は否定されず、Dの請求が認められる。

### 問（１）小問（イ）

1. DはAに対して、本件売買契約3が債務不履行解除（541条）により解除されたことを前提に、復帰した甲の所有権に基づく返還請求として甲の返還を請求すると考えられる。

2. Cは本件売買契約3に基づき、代金支払「債務」を負っている。

DはすでにCに甲を引き渡しているにもかかわらずCは代金を完済していないのであるから、代金支払「債務を履行しない場合」に当たる。

その後、DはCに期限を定めて残代金債務全額の支払を請求することで「相当の期間を定めて…催告」をしたが、「その期間内に」上記代金債務の「履行がな」かった。

また、「債務の不履行が…軽微である」（541条但書）といえる事情もないし、「債権者」Dの「責めに帰すべき事由」（543条）もない。

したがって、Dには解除権が発生するから解除の意思表示（540条1項）をすれば本件売買契約3を解除できる。

3. ここで、Aは「第三者」として保護されないか（545条1項但書）。

- (1) まず、同条但書の趣旨は解除の遡及効から第三者を保護することにあるから、「第三者」は解除前に解除された契約から生じた法律関係を基礎として新たな権利を取得した者を意味する。

Aは解除前に、解除された本件売買契約3によってCが取得した甲の所有権を基礎として本件売買契約2、本件売買契約1の順で承継された所有権を取得したのだから、「第三者」にあたる。

- (2) 次に、解除について落ち度のない解除権者の犠牲において第三者を保護するためには、第三者には権利保護資格要件を要求すべきであり、これは解除前に具備される必要があ

る。

本件において B から本件売買契約 1 によって甲を買い受けた A は、B から登録名義の移転を受けているのであるから、登録が第三者対抗要件となっている自動車（道路運送車両法 5 条）甲について A は解除前に権利保護資格要件としての登録を具備しているといえる。

(3) したがって、A は「第三者」として保護される。

4. よって、D は A との関係で所有権を失っているから、D の請求は認められない。

問 (2) 小問 (ア)

1. A は B に対して本件売買契約 1 が債務不履行解除 (542 条 1 項 1 号) されたとして、原状回復請求 (545 条 1 項本文) として売買代金の返還を請求すると考えられる。

2. B は本件売買契約 1 に基づき、A に甲の所有権を移転する「債務」を負う (560 条)。

問 (1) 小問 (ア) より、D の請求が認められ、A は D に甲を返還したのであるから、B の上記債務はその「履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」となっている (412 条の 2 第 1 項) ため、「債務の全部の履行が不能である」といえる (542 条 1 項 1 号)。

そして、これについて A に帰責事由もない (543 条) から、A は、解除の意思表示 (540 条) をすることで、それにより発生した原状回復請求権によって自己が支払った代金の返還を請求できる。

3. これに対して B は、売買代金の返還は甲の返還と同時履行関係にあると反論する (546 条、533 条)。

A は D に甲を返還しているため「解除権を有する者が…契約の目的物を…返還することができな」い場合に当たるから、A に「過失」があれば A は価額償還義務を負う (548 条本文) ところ、これと相殺 (505 条 1 項等) することで B は請求を免れるか。

A は B に甲の所有権があることを信頼して本件売買契約 1 を締結しているはずである。そうすると、A が任意に D に甲を返還しなくても強制執行等により甲を返還することになることも考慮すれば、A が任意に D に甲を返還したことについて過失があるということとはできない。したがって、A は価額償還義務を負わない。

4. よって、A の請求は認められる。

問 (2) 小問 (イ)

1. B の請求は原状回復請求の内容としての使用利益返還請求である。

(1) 他人物売買の売主には目的物の使用権限がないが、使用利益の返還を認めることで原状回復の目的が適うから、目的物の引渡しを受けていた買主は原状回復の内容として解除までの使用利益を返還する義務を負う。

A は本件売買契約 1 の締結をした令和 2 年 9 月 4 日に甲の引渡しを受けており、D に返還する令和 3 年 9 月 15 日までは甲を使用していたのであるから、それによって利益を受けていた。そうすると、その使用利益として 45 万円を支払う義務が生じる。

(2) これに対して A は 575 条 1 項、2 項類推適用により、本件売買契約 1 の代金の利息と使用利益が精算されているとして、B の請求を拒むと考えられる。

確かに、575 条 1 項、2 項は解除に関するものではないため直接適用はできない。しか

し、同条項の趣旨は、買主と売主の利害調整にあるところ、解除によって当事者は買主と売主が逆転したような債務を負うのであるから、解除の場合にも同条項は類推適用できる。

したがって、AはBに支払った代金の利息と上記使用利益が清算されているとして、Bの請求を拒めるから、Bの請求は認められない。 以上

(コメント)

#### 問(1)

(ア)では、所有権留保特約と即時取得が問われました。

基本的な問題なので、あまり多く解説することはないですが、問題文の中に判例の判旨が載せられている時点で自動車の即時取得の話だとわかるので、ここから答案を構成していけばOKです。

(イ)では、解除と第三者の関係が問われました。

これも予備校を利用している方は誰でもやったことのある問題だと思いますし、独学の方も基本的にどの基本書や演習書にも載っているはずなので、これができないと相対的に沈んでしまいます。時間がそこそこシビアなので、こういった基本的な問題は瞬時に構成できるようにしたいです。

#### 問(2)

(ア)ここでは解除と同時履行の関係という、あまり見たことのない問題が出ました。546条という条文を使ったのは人生で初めてでしたが、自分が当事者なら何を主張したいかを考えることでこのような発想は出てきます。そして、大体の主張を立法者は想定しているはずなので、条文を探せば見つかることが多いです。

(イ)私が初見で解いた際には(1)の部分しか思いつかず、そのままBの請求は認められるとしたのですが、出題趣旨には(2)のところの話が載っていました。これは書けなくてもそれをもって不合格になるようなものではないので、書けなくてもあまり気にしなくて大丈夫です。

#### 問題全体

全体的にとにかく時間が足りないです。そのため、問(1)のような基本的な問題についてはすぐに処理できるようにしたいです。



## 刑法

### 第1. Yの罪責

1. YがAを殴打してAの現金100万円を自身の鞆にいれた行為について強盗致死罪（240条、236条1項）が成立するか。

(1) 強盗罪における「暴行又は脅迫」は相手方の犯行を抑圧する程度のものであるものをいい、これは社会通念に従って客観的に判断される。

Yが特殊警棒でAの頭部等を何度も殴打した行為は客観的にみて相手方の犯行を抑圧するのに足りる程度の暴行であるから、「暴行」に当たる。

(2) そして、Aの現金100万円は「他人の財物」に当たる。

したがって、「強盗」に当たるYがAを「死亡させた」としてYには強盗致死罪が成立し、後述する通りXと共同正犯（60条）となる。

2. Yが新聞紙に火をつけてA方の居間に投げ入れた行為について他人所有火現住建造物放火未遂罪（109条1項、112条）が成立するか。

(1) ここで、放火時点でAは死亡していたことをもって、現住性が失われるものの、Bが住居として使用しているB方と一体のものとして現住性が認められるか問題となる。

ア. 本罪の重罰根拠は客体内部の人の生命・身体への危険にあるから、複合建造物の一体性は①物理的一体性と②補充的に機能的一体性を考慮して、社会通念上1個の建造物といえるかどうかで判断し、①の判断においては建物の構造のみならず現住部分への延焼可能性も考慮する。

イ. B方はA方と長さ5mの渡り廊下でつながっているものであり、構造上の一体性がある。また、渡り廊下は木造であり、5mと短いことからA方への着火によって渡り廊下を介してB方へ延焼する可能性が高い。したがって、物理的一体性が認められる(①)。

また、Bは毎日頻繁にA方を訪れていたのであるから、機能的一体性も認められる(②)。

したがって、A方はB方と一体性のある客体として「現に人が住居に使用」している「建造物」に当たる。

(2) Yは新聞紙に火をつけてA方の居間に投げ入れることで「放火」している。

(3) 「焼損」は火が媒介物を離れて目的物に燃え移り、目的物が独立して燃焼を継続する状態に達したことを意味する。

本件でYが火のついた新聞紙を投げ入れたことで火がついたのは外すことのできる量の3平方メートルのみであるから、独立して燃焼を継続する状態には達しておらず「焼損」したとはいえない。

(4) もっとも、YはA方とB方が一体の建造物である事実を知らなかったのであるから、現住性の認識がなく、重い罪である現住建造物放火罪は成立しない（38条2項）。

ここで、構成要件の犯罪個別化機能からすれば認識事実と実現事実が構成要件の範囲内で符合する限度で故意犯の成立が認められる。

本問では軽い罪である他人所有火現住建造物放火未遂罪の限度で構成要件が重なるから、同罪が成立する。

3. したがって、Yには上記2つの罪が成立し、両者は併合罪（45条前段）となる。

## 第2. Xの罪責

1. Xには強盗致死罪についてYとの関係で共謀共同正犯が成立するか。

(1) 自手実行がなくても共謀や役割分担によって共同正犯の処罰根拠たる法益侵害の共同惹起が認められるから、共謀共同正犯も①共謀②基づく実行行為③正犯性があれば成立する。

XはYに対してA方への強盗を提案し、Yもこれに同意している(①)。そして、この共謀に基づいてYは強盗致死罪を完遂している(②)。また、XはYに強盗を持ちかけることでYの犯意を誘発しており、奪った現金を折半する予定であったのだから、利害関係もあるとして、正犯性が認められる(③)。したがって、XにはYとの強盗致死罪について共謀共同正犯が成立する。

2. ここで、Xには共犯からの離脱が認められないか。

(1) 共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果に対する因果性にもあるから、自己の関与行為の因果性が遮断されれば共犯関係からの離脱が認められる。そして、実行の着手の段階に至った場合などには構成要件的结果に対する因果経過がすでに設定されていることがあるから、そのような場合には、①離脱意思の表明②他の共謀者による①の認識に加え、③犯行継続防止措置があれば共犯からの離脱が認められる。

(2) 本問においてはYが上記強盗致死罪と牽連犯関係(54条後段)にある住居侵入罪を完了した後にXの離脱意思が形成されている。また、A方への強盗を提案したのがXであることや、Yが強盗を行った際に使用した特殊警棒はXが用意したものであることなどを踏まえると、構成要件的结果に対する強い因果性が設定されている。そうすると、Xの「俺は帰る。分け前もいらぬ。」との離脱意思の表明(①)及びYの「分かった。あとは俺一人でやる。」という離脱意思の認識(②)では足りず、XはYによる犯行継続を防止する措置が必要であった。にもかかわらず、Xは特段の措置を講ずることなく現場から立ち去っており、③を欠くから、自己の関与行為の結果に対する因果性は遮断されていない。

したがって、Xには共犯関係からの離脱が認められないため、Xにも強盗致死罪の共謀共同正犯が成立する。 以上

(コメント)

### Yの罪責

Yに強盗致死が成立するのは当たり前なので、ここは簡潔に指摘すればOKです。放火罪についても複合建造物の一体性を書いてからは条文に当てはめていくだけなので問題ないです。ただ、抽象的事実の錯誤に気付いた方はあまり多くはないのかなと思います。というのも、それを基礎付ける事情が問題文の最後に少し書いているだけなので、問題文をしっかり読んでいないと気づかないです。ただ、気付いてしまえばあとは薄めにも書けば大丈夫です。

また、罪数もそんなに点は振られていないので忘れてしまった方は次から気をつけようくらいに考えておけば大丈夫です。

## Xの罪責

出題趣旨では共謀共同正犯について触れられていなかったですが、それを基礎付ける事情がたくさん転がっていたので、書いておきました。

そしてこのメインである離脱についても因果性が遮断されたかどうかで書きました。そして、問題文の事実をできる限りたくさん使って当てはめまくるという意識で書きました。問題文の事情からして離脱を認めるのは流石に厳しいと思います。

## 問題全体

科目としての難易度は高くないですが、書き方や順序で迷う方も多いと思うので、ちょうどいい問題だなと感じます。予備試験の過去問をやってみると、この問題より少しだけ難しいので、いい訓練になると思います。



## 商法

### 問（１）

1. まず、株式会社である甲社は、「株主総会を招集する」際に「株主に対して」招集「通知」を送付しなければならない（会社法（以下略）299条1項）。
2. 甲社はその発行する株式について譲渡制限を定めている非公開会社（2条5号、17号、107条1項1号）であるため、株式譲渡に際しては譲渡人Eまたは譲受人Bが甲社に対して譲渡承認請求をしなければならない（136条、137条）、取締役会設置会社である甲社では取締役会が承認機関となる（139条1項本文）。本件においてEは取締役会の承認なく自己の有する株式全部をBに譲渡している。そこで、本件株式譲渡が無効なのであれば甲社は譲渡人Eに招集通知を発すべきであり、有効なのであれば譲受人Bに招集通知を発すべきである。
3. 会社にとって好ましくない者が株主となることを防止するという定款による譲渡制限の趣旨と「株式取得者」（137条、138条1項）という文言に鑑みて、会社の承認のない譲渡制限株式の譲渡は会社との関係では効力を生じないが、当事者間では有効である。  
そうすると、本件株式譲渡はEB間では有効であるが、甲社との関係では効力を生じないのが原則である。
4. では、本件株式について甲社はどちらを株主とすべきであるか。
  - （１）上記効力からすれば、会社は譲渡人を株主として扱うべきであるし、会社の裁量を許すとそれが濫用されるおそれがある。そこで、会社は譲渡人を株主として扱う義務がある。
  - （２）そうすると、甲社はEを株主と扱う義務がありそうである。
5. もっとも、Bは元々株主であったのだから、会社にとって好ましくない者が株主となることを防止するという趣旨が妥当せず、例外的に甲社との関係でも譲渡は有効であるとして甲社はBに招集通知を発するべきである。

### 問（２）

1. 甲社は非公開会社であるから、募集株式の発行の際に株主総会特別決議によって募集事項を決定しなければならない（199条2項、309条2項5号）ところ、本件株式発行はAとCだけで行っているため、株主総会特別決議を欠いている。
2. では、そのような場合の募集株式発行の効力はどうなるか。
  - （１）会社法は、非公開会社については法的安定の要請よりも既存株主の支配的利益を重視して、既存株主の意思に反する新株発行を新株発行無効の訴えによって救済する趣旨である（199条2項、309条2項5号、828条1項2号括弧書）。そこで、非公開会社において株主総会特別決議を欠くことは新株発行の無効原因になる。
  - （２）したがって、本件株式発行は、株主総会特別決議を欠いていることを理由に無効となる。

### 問（３）

1. 見せ金による払込みは資本充実の原則に反するから、「払込み」（208条1項）として無効である。  
もっとも、209条2項、3項では仮払込みをした引受人及びその譲受人について一定の要件のもとで権利行使を認めているから、これは株式発行を有効とすることと整合する。

また、既存株主の経済的利益は、仮装払込みに関する責任規定（213条の2、3）によって保護しうる。

そこで、仮装払込みによる募集株式発行も有効である。

2. したがって、A 及び C の払込み自体は仮装払込みであるとして無効であるものの、本件株式発行の効力は有効であり、問（2）の場合と異なる。 以上

（コメント）

#### 問（1）

ここでは譲渡制限株式の譲渡の効力が問われました。

この分野は条文操作が難しくややこしいのですが、問題をたくさん解くことで慣れてきます。特に、135条あたりの条文は条文番号と内容が暗誦できるくらいまでやり込むと楽になります。

最後の5の話は出題趣旨等を見ても書いていませんでしたが、趣旨が妥当しないものであれば取引安全等の観点から有効とすべきであるのでこのように書きました。

#### 問（2）

ここでは株主総会特別決議を欠く募集株式発行の効力が出ました。ここはただ判例の立場を書いて終わりなので、当てはめは特にありません。また、出題趣旨には通知・公告がないことも記載がありましたが、商法・行政法合わせて80分であり、行政法に時間がかかることが想定されるので、商法はこれくらいにとどめたほうがよいです。満点を狙う試験ではないので、このようにバランスを考えることも大事です。

#### 問（3）

次に、仮装払込みによる場合の募集株式発行の効力です。

ここも判例の立場を書いて結論を書けば終わりです。解説ではかなり丁寧に解説されているので、わからなかった方はこれを見てもよいかと思います。

#### 問題全体

科目としては一見難しそうですが、解いてみると意外とできるみたいなのが多いので、しっかり問題文を読んで問いにストレートに答えに行くことを意識するといい答案が出来上がるかと思います。

## 民事訴訟法

### 問（１）

1. まず、本件訴訟の請求額は 200 万円であるから、地方裁判所に事物管轄としての管轄が認められる（裁判所法 24 条 1 号、33 条 1 項 1 号）。
2. 次に、「被告の普通裁判籍の所在地」（民訴法（以下略）4 条 1 項）として被告 Y の住所である大阪地方裁判所にも管轄が認められる。

また、X を債権者・原告とする場合には、「財産上の訴え」における「義務履行地」たる債権者 X の住所地（民法 484 条後段）である名古屋地方裁判所にも特別裁判籍による法定管轄が認められる（5 条 1 号）。

そして、「不法行為地」としての京都地方裁判所にも、特別裁判籍による管轄が認められる（5 条 9 号）。

### 問（２）

1. Z は参加の趣旨及び理由を明らかにして裁判所に申し出る（43 条 1 項）ことで XY 間の本件訴訟に補助参加（42 条）すると考えられる。補助参加のためには補助参加の利益が必要であることから、その存否が問題となっている。
2. 当事者から異議がなかった場合

この場合には、裁判所は補助参加の利益を判断することなく補助参加を許すことができる（44 条 1 項）から、補助参加の利益がなくても Z の補助参加は認められる。

3. 当事者から異議があった場合

（１）補助参加人が第三者の訴訟に参加することにより自身の法的地位・利益を保全する機会を与えるという補助参加の制度趣旨から、「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」（42 条）とは、判決主文又は理由中の判断によって、自身の法的地位・利益が事実上不利な影響を受けるおそれがある者をいう。

（２）本問における Z の参加の理由は、友人である X の手助けをしたいというものであり、本件訴訟の結果如何によって Z の法的地位や利益が不利な影響を受けるおそれはない。

したがって、Z は「利害関係を有する第三者」にあらず、Z には補助参加の利益が認められないから、Z の補助参加は認められない。

### 問（３）

1. 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当する。その一環として、裁判所は、当事者が主張していない事実を判決の基礎とすることができず、ここでいう事実には少なくとも主要事実が含まれる。

権利抗弁については、それを基礎付ける客観的事実たる主要事実が当事者により主張されていることに加え、訴訟上での権利行使の意思表示が必要である。

2. では、過失相殺は権利抗弁にあたるか。

（１）過失相殺の主張を不要とする方が当事者の公平ないし信義則という過失相殺の趣旨に適う。また、過失を基礎付ける事実について当事者から主張されていれば被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する機会が与えられるから、過失相殺の主張を不要としても当事者の不意打ち防止という弁論主義の機能面からも問題がない。そこで、過失相殺は事実抗弁であるとすべきである。

(2) 本問においては、「X が本件事故当時に飲酒酩酊しており左右をよく確認していなかった」という X の「過失」を基礎付ける主要事実が存在するから、裁判所は過失相殺をすべきであるとも思える。

3. もっとも、弁論主義第 1 テーゼにより、証拠資料によって訴訟資料を補完することは禁止される。すなわち、当事者によって主張されていない主要事実は、たとえ裁判所が存在するとの心証を証拠から得ていたとしても、判決の基礎とすることはできない。したがって、過失相殺の事実が当事者によって主張されていない以上、証拠資料から認められたことをもってこの事実を判決の基礎として過失相殺をすることはできない。 以上

(コメント)

#### 問 (1)

ここでは管轄というロー入試でほとんど見ない分野が出題されました。ただ、条文を見れば解決できるので問題ないです。わからない問題が出たらとにかく条文を見ましょう。

#### 問 (2)

ここでは補助参加の利益が出題されました。これもあまりロー入試では見ない分野です(他の学校では見たことないです)。

ここはとにかく覚えてくださいとしかいえませんが、当事者からの異議がない場合の処理は忘れがちなので気をつけてください。

#### 問 (3)

ここでは弁論主義が出題されました。ようやく頻出分野が出題されましたが、過失相殺に関するもので、事実抗弁であることや証拠資料からしかその事実を得ていないことに着目するものです。

#### 問題全体

科目としての難易度は高めです。というよりも、出題範囲が広いので対応しづらいです。ただ、深いことは聞かれないので、穴がないように気をつければ問題ないです。

## 刑事訴訟法

### 問（１）

1. Kらの行為が適法であることの前提として、まず令状の記載が適法であることが必要であるところ、本件強制採尿令状には強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の記載があり、218条6項の準用による令状の記載要件を満たしているため、令状の記載は適法である。
2. 次に、強制採尿令状により採尿場所へ強制連行することはできるか。
  - (1) ①被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能である場合には、強制採尿令状の効力として②採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、③その際には必要最小限度の有形力の行使が許される。なぜならば、裁判官はこのような連行の当否についても審査して令状を発付しているはずだし、それを許容しなければおよそ捜査が成り立たないからである。
  - (2) まず、甲はKらが本件強制採尿令状を呈示して警察署への任意同行及び尿の任意提出を求めた際に明示的に拒否しているし、甲はX市内の公園で半裸になって叫んでいるから、この状態の甲を採尿場所たる警察署に任意に同行することは事実上不可能である(①)。そうすると、Kらは本件強制採尿令状の効力として最寄りのY病院まで甲を連行することができる(②)。また、男である甲がKらの2度にわたる同行要請に対し拒否して抵抗していたのであるから、警察官3人がかりでパトカーに押し込むことが連行のために必要であったし、その有形力行使も相当性を欠くものではなく、必要最小限度のものであったといえる(③)。
3. したがって、下線①のKらの行為は本件強制採尿令状の行使として適法である。

### 問（２）

1. 自白とは、犯罪事実の全部または主要部分を直接認める内容の供述をいう。

下線②の供述は、甲が実家の押し入れにおいて覚醒剤を所持しているという覚醒剤所持罪について直接認める内容の供述であるとして、自白に当たる。
2. 自白法則（憲法38条2項、刑訴法319条1項）の趣旨は、不任意自白は内容虚偽である類型的危険があるため、これを排除して誤判を防止することにある。そこで、「その他任意になされたものでない疑のある自白」とは、①類型的に虚偽内容の自白を誘発する危険が高いと認められる外部的誘因があり、②それによって心理的強制を受けた結果としてなされた自白をいう。

Kは甲がどこかで覚醒剤を隠し持っていると考え甲を追及していたが、甲はそれについて話さなかったことから、甲が交際相手乙女と頻繁に会っていたとの情報を得たことを奇貨として、甲に「乙を取り調べたら、乙は、君と先月会った際に君が覚醒剤を持っているのを目撃したと供述した。」と虚偽の事実を告げている。交際相手には覚醒剤所持を見られていても不自然ではないことや、交際相手の言うことは信用性が高いことを考慮すると、Kの上記の働きかけは、甲に覚醒剤所持に関する自白をさせるための強い誘因力を有するため、類型的にみて虚偽自白を誘発する危険が高いと認められる外部的誘因に当たる。また、甲はそのKの言葉を信じると共に乙が共犯であると疑われるのをおそれて「乙に覚醒剤を目撃されたなら隠し通せないですね。しかし、乙は覚醒剤の事件とは無関係です。」としたう

えで実家にて覚醒剤を所持していると自白しているから、乙に見られたことや乙を巻き込みたくないことによる心理的強制を受けて自白をしたといえる(②)。

したがって、甲の自白は「その他任意になされたものでない疑のある自白」としてその任意性が否定される。

3. よって、下線②の自白には証拠能力が認められないから、甲の公判において、覚醒剤約10グラム所持の事実を立証するためにその自白を用いることはできない。 以上

(コメント)

#### 問(1)

ここでは、最判平6.9.16を踏まえて記述することになります。

連行が適法であることの前提として、令状の記載の適法性を検討していますが、これは出題趣旨にも書かれていないので、書けなければいけないものではなく、最悪飛ばしても全然よいと思います。

次に本題として連行の可否について論じていますが、本答案のように規範を①や②の番号で分けるとメリハリのある当てはめができるのでオススメです。

①を基礎付ける事情としては甲が叫んでいて普通に連れて行くのは無理でしょうということや、甲が実際に拒否していたことを文章化してあげればOKです。

②や③についても問題文のヒントを拾いながら自分のとりたい結論に整合するように書いていけば説得力が出てきます。

#### 問(2)

ここでは、いわゆる偽計自白が問われています。判例としては最大判昭45.11.25が参考になります。自白の定義はどの基本書や予備校本にも書いてあると思うので、それぞれが使っている定義を書いて、本問の甲の供述がそれに当たるかを当てはめます。

次に、任意性についても3つほど学説があるので、それぞれが取りたい立場を説得的に論証していけば確実に合格ラインには届くと思います。

本答案では虚偽排除説に立ったうえで、乙の存在が甲の自白にとって大きかったことを論じています。また、乙も巻き込まれるおそれがあることは上記の判例の当てはめを参考にしています(判例では妻でした)。

#### 問題全体

科目としては2023や2024とあまり難易度が異ならないものでしたが、問(1)はA論点ではない割に知らないと言わようになっていたので、穴のない学習をすべきだと思います。

問(2)は典型問題なので絶対にしっかり書けるようにしたいです。

## 行政法

1. A市の「市長」は、「文化センター」の使用許可主体（本件条例2条前段）として、Xに対して「本件集会と同じ日に、文化センターの各小ホールで複数の講演等が予定されているところ、抗議活動が行われると、それらの開催が事実上不可能となりかねず、その点で、文化センターの管理上支障があること」を理由に、本件条例3条3号に基づき本件拒否処分をしている。しかし、以下の通り「文化センターの管理上支障があるとき」に当たらないため、本件拒否処分は違法である。

2. 本件条例1条ないし3条が地方自治法244条の2第1項による委任を受けて定められたものであること、地方自治法244条2項が「正当な理由」のない限り利用許可という原則許可を定めていること、地方自治法244条3項が住民による「公の施設」の「利用」につき「不当な差別的取扱い」を禁止していること、本件条例3条1号及び2号において具体的な拒否事由を列挙していることなどからすると、敵対する聴衆による混乱発生を理由として本件条例3条3号における「その他文化センターの管理上支障があるとき」といえるためには、同条1号及び2号に比肩し得るほどの危険、すなわち、警察の警備等によってもなお混乱を防止することができないなど特別な事情がある場合に限られるとすべきである。

Xは、普通地方公共団体の長及び議会の議員についての選挙権を永住者に付与する公職選挙法改正の提案をめぐって本件集会を行うために「文化センター」の利用をA市長に申請している。これに対し、団体Cが「永住者といえども、外国人に地方レベルでの選挙権を認めると、地方の政治だけでなく国政まで歪められることになる」として、A市に対して「もし申請を認める処分がなされるのであれば、本件集会の当日、街宣車を使って文化センターの内外で抗議活動を行う」と予告している。これを受けてA市長は上記1のような理由で本件拒否処分を行なっている。Cは、団体構成員が少なくとも50名おり、申請を認める処分がなされた場合に動員される抗議活動を行うための構成員は、それを超えると予想される。そのため、通常の方法によっては、A市長の主張するように、2021年2月28日に文化センターで行われる複数の講演会に支障が出ることは明白である。もっとも、講演会に支障が出るのが1号や2号に比肩しうるほど大きな危険とはいえないし、仮にそのように解されるとしても、警察官を動員することにより、Cの構成員が抗議活動をするについて、心理的にも物理的にも十分抑止することができる。したがって、本件においてCが抗議活動を行うことは「その他文化センターの管理上支障があるとき」に該当せず、それに該当することを前提としてなされた本件拒否処分は本件条例3条の要件を満たさずになされたものとなる。

3. したがって、本件拒否処分は実体的に違法であるため、取り消されるべきである。以上

(コメント)

ここでは、行政法の頻出分野ではないところから出題があったため、はじめは何を書けばよいのか全くわかりませんでした。ですが、本案において主張するということは処分性や原告適格ではなく、シンプルに要件に該当しないという視点で行けばよいのでは？と考え、そ

のような方向性で論述してみました。

出題趣旨では泉佐野市民会館判決の明らかな差し迫った危険の法理にも言及できると書かれていましたが、メインのところだけしっかり書いてあれば合格ラインは絶対に下回らないので、色々論点があってバランスに迷ったらその問題で聞かれているメインのことに深く言及しておけばロー入試ではなんとかなります。

行政法は、条文を使うことに点数があるとよく言われているので、とにかく事実と条文を結びつけて条文を全部使うくらいの気持ちで書けば点数が伸びるのではないかと考えます。