

## 憲法

### 第1問

1. 人事院は特定の行政事務について内閣から独立して行う、複数の委員によりなる合議機関たる独立行政委員会の典型である。このような機関は「行政権は、内閣に属する」と定める憲法 65 条との関係で違憲とならないか。

憲法 65 条は、66 条 3 項と連動して、民主主義の観点から、内閣による行政権の行使が国会のコントロールの下に置かれることを求めている。また、憲法 65 条は内閣が行政全般に統括権を持つことを意味するのみであり、すべての行政について直接に指揮監督を持つことまで要求しているわけではない。そこで、内閣から独立した行政作用であっても、特に政治的な中立性の要求される行政について、例外的に内閣の指揮監督から独立している機関が担当することは、最終的にそれに対して国会のコントロールが直接に及ぶのであれば 65 条に違反しない。

2. 人事院は一般職の国家公務員の人事行政を担当するものであり、国家公務員の採用試験や給与を民間に準拠した適正なものにするための給与勧告等を業務としている機関である。国家公務員にも政治的な中立性が要求されている以上、それを選定する際にも当然に政治的中立性が要求されるし、その給与も政治的な思想によって左右されるべきではない。また、人事院は国会の同意を得て内閣により任命されるものであるし、限定的ではあるが罷免事由も規定されている。そうすると、一般職の国家公務員を選定することや給与勧告をすることを人事院が内閣の直接の指揮命令を受けずに独立して行うことは、最終的に国会が罷免することもできるという点で国会のコントロールが及んでいるとして 65 条に違反しない。

### 第2問

1. 抽象的権利とは、憲法上の権利であって、法的権利ではあるが、具体的権利ではないものをいう。具体的権利であれば、その権利のみで司法的救済を求めることができるものの、抽象的権利は、それだけでは裁判所に対してその保護・救済を求めて法的強制措置の発動を請求することができない。抽象的権利が具体的権利となるためには、法律による具体化が必要である。
2. 抽象的権利の例として生存権が挙げられる。生存権がそのように解されているのは、健康で文化的な最低限の生活という憲法 25 条の文言それ自体が不確定性を持つことから裁判所による判断が困難であり、権利の実現方法が一義的に定まらないことが理由となる。生存権についてはこのような理由から、抽象的権利であると解しないと国家予算的にも不都合な点があるため、抽象的権利と解するべきである。

また、他にも自己情報コントロール権が挙げられるが、この憲法 13 条後段から導かれる抽象的な権利をもって、個人情報削除請求ができるかどうかという問題が挙げられた際に、法律による具体化を待たなければそのような請求ができないとすると、個人情報の流出によって人生に大きな影響が出うる現代においては不合理である。したがって、少なくとも自己情報コントロール権の積極的側面については抽象的権利と解するべきではない。

以上

(コメント)

### 第1問

ここでは人事院の合憲性が問われました。この分野は総まくり講座においてもCランクとされており、論証を覚えて貼り付けることができる人はほとんど0に等しいと思われます。

少なくとも私は出来ません。

ただ、ここでも2022などと同様、テキストを頭に思い浮かべてなんとか食らいつくことが重要です。問題文に人事行政を担当しているとの記載があったので、行政権の問題→内閣の行政権を定めた65条との関係で何かしらの問題があるのでは？という発想で進めていきます。ただ、学説は現場思考で生み出しようがないので、同志社を受験する方は、ここ3年は連続で統治が出題されていることに鑑みて、統治についても人権と同じくらい力を入れて学習することも1つの手段かと思います。

### 第2問

ここでは抽象的権利について論じなさい、という謎問題が出題されました。抽象的権利として真っ先に思い浮かぶのは生存権なので、これを抽象的権利とする理由をいくつか思い浮かべます。文言が抽象的というのは使いやすいと思いますが、それっぽい理由を並べてどうにか自分の意見に説得力を持たせて結論を書きます。

また、これだけではあまりにも少なすぎるので、もう1つ、自己情報コントロール権を書きました。ここでも先ほどと同じような手順で結論に持っていきます。

### 問題全体

科目を通して、やはりとても難しい問題だと思います。私の答案も実際に時間を計って書いたものに修正を加えているものなので、憲法に関しては正直合格ラインギリギリのものかもしれません。ただ、とにかく自分の知っていることを一生懸命書くことでなんとか合格ラインに到達できると思います。

## 民法

### 第1問 問(1)

1. Bの主張は、Bは乙が真作であることを前提にAB間売買契約を締結しているのだから、乙が贋作であった以上、Bの買受けの意思表示は錯誤により取り消すことができ(95条1項2号)、それによってAB間売買契約が遡及的に無効になる(121条)という主張である。
2. BはD作の乙を買い受けようという意思に基づき、それを内容とするAB間売買契約を締結しているから、Bには表示の錯誤(1号)は認められない。もっとも、Bは真作の乙を購入する意思であったのであるから、贋作であると認識していれば購入していなかったといえ、動機の錯誤(2号)がある。
3. したがって、Bの主張は動機の錯誤に基づく取消しによる効力の無効という法的意味を持つ。

### 第1問 問(2)

1. Bは上記問(1)の主張を前提に、無効な行為に基づく原状回復(121条の1第1項)請求として、乙の代金470万円の返還を請求している。

この請求が認められるためには、Bの錯誤取消しの主張が認められる必要がある。
2. 「表意者が法律行為の基礎とした事情」「が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」といえるためには、当該事情が表示を通じて相手方の了承を得ることで当該法律行為の内容となったことが必要である。

本問においてBが「法律行為の基礎とした事情」は、乙が真作であることである。そして、BがAに対して乙が真作であるかどうか問うたうえで、Aが真作であるはずだと述べたことでAB間売買契約が締結されていることから、AB間では、乙が真作であることをBの表示を通じて法律行為の内容としているといえる。

したがって、「表意者」B「が法律行為の基礎とした事情」「が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」といえる。
3. 「錯誤が...重要なものである」(95条1項柱書)とは、①その点につき錯誤がなければ表意者が意思表示をしなかったであろうという主観的因果性と②一般人を基準としても意思表示をしなかったであろうという客観的因果性を内容とする。

乙は真作であれば500万円の価値を有するものの、贋作は2万円の価値しか有しない。そうすると、Bは乙が真作であるという錯誤に陥っていなければ470万円で購入する意思表示をしなかったはずであるし(①)、一般人もそのような場合には購入の意思表示をしなはずである(②)。したがって、Bの「錯誤が...重要なものである」といえる。
4. ここで、Bには重過失(3項柱書)が認められないか。

Bは30年近く絵画や美術品の購入販売業を営んでいるのであり、美術商の間では鑑定書がない高額な絵画を売買する場合には専門家の鑑定を経ることが通例であるにもかかわらず、図柄や筆致等から真作であると考えたことや自身が扱ったEの収集品も全て真作であったことなどから乙を購入しており、錯誤に陥ったことについて重過失がある。
5. もっとも、Aも収集家として名高いEがDの新作として乙を所蔵していたことや自己の取引においても全て真作であったことから乙を真作と信じており、実際に乙は精巧に作成

された贋作で専門家でも見分けるのが難しかったのであるから、「相手方」Aも「表意者」Bと「同一の錯誤に陥っていた」としてBは取消しをすることができる（3項2号）。

6. したがって、Bの錯誤取消しの主張が認められるから、Bの原状回復請求としての代金470万円の返還請求は認められ、これは乙の返還と同時履行となる（533条）。

第2問 問（1）

1. FはBの「債権者」としてBの錯誤取消権（95条1項）を代位行使（423条1項本文）し、これによって発生するBのAに対する原状回復請求権（121条、121条の2第1項）を代位行使すると考えられる。

2. BF間売買契約は、乙が真作であることについてFが錯誤に陥っており、95条1項2号を理由として錯誤取消しをすることができることから遡及的に無効となり（121条）、それによってBはFに対して原状回復の内容としてFが支払った500万円を返還する義務を負う（121条の2第1項）。これがFの被保全債権となる。

第2問 問（2）

1. まず、Bの請求の可否を検討する。

（1）Bの上記被保全債権は「強制執行により実現することのできないもの」（423条3項）ではないし、Bは2022年8月4日の時点で無資力状態にあり、Fの「債権を保全するため必要がある」といえる。

（2）また、FのBに対する原状回復請求権は行使時に弁済期が到来する。

（3）そして、BはAに対してAB間売買契約の錯誤取消権を有するところ、これが「被代位権利」となる。

（4）錯誤を理由とする取消権は表意者保護を趣旨とする権利であるものの、身分上の権利ではないため、債務者が無資力である場合にまで表意者保護を完徹する必要性はない。そこで、錯誤取消権は「債務者の一身に専属する権利」（423条1項但書）ではない。また、「差押えを禁じられた権利」にも当たらない。

（5）また、Bは未だ錯誤取消権を行使していないため、その代位行使が認められる。

（6）そして、それにより発生するBのAに対する原状回復請求権としての代金返還請求権も「被代位権利」として代位行使が認められる。

2. ここで、AはBに対して有する貸金債権との相殺（434条の4、505条1項）を反論として主張する。

この要件は①2つの債権の対立②同種の目的の債権③弁済期の到来④相殺禁止（同条項但書）に当たらないこと⑤相殺適状にあること⑥相殺の意思表示（506条1項前段）である。

（1）BはAに対して470万円の代金返還請求権を有しており、AはBに対して本件消費貸借契約に基づく200万円の貸金返還請求権を有しているため、①及び②を満たす。

（2）代金返還請求権は行使時に弁済期が到来するためFが代位行使した8月4日に弁済期が到来する一方で、本件の貸金返還請求権は2022年4月7日を弁済期としており、両者ともに弁済期が到来している（③、⑤）。

（3）また、両債権はともに自己が有する金銭債権であり、相殺禁止に当たるとい事情はない（④）。

(4) したがって、A の主張が認められ、A が相殺の意思表示をした時点で対当額 200 万円の限度で代金返還請求権は消滅する (⑥)。

3. したがって、F の請求が 270 万円の限度で認められるから、A は 270 万円を F に返還する必要がある。 以上

(コメント)

### 第1問

問(1)では錯誤取消しについて要件と絡めつつ大枠を書けば OK です。

問(2)ではその当否について書きます。錯誤取消しを主張しているというよりは代金返還の根拠として錯誤取消しを使っているだけです。間違えないように気をつけたいです。そして、それぞれの要件について検討し、重過失のところでは事実をたくさん使って書けば点数がかなり稼げます。あとは例外的に同一の錯誤に陥っているなどのことを書いて終わりです。

### 第2問

問(1)では第1問と同様、大枠を書けば OK です。

問(2)でその当否について書きます。とりあえずは債権者代位権が認められるかを条文に沿って検討していき、一身専属権のところでは少し丁寧に検討を加えます。令和2年の予備試験でも似たような話が聞かれていたので、ここはおさえておく必要があります。

そしてAの反論のところではようやく消費貸借契約の話が出てきます。本答案では相殺の要件を出題趣旨に合わせましたが、各人がお使いになられているテキストに合わせれば問題ありません。

### 問題全体

科目として問題自体の難易度は高くないのですが、量が多くて私も時間ギリギリでしたので、情報処理能力を鍛えると良いと思います。また、本答案ほど丁寧に検討しなくても十分合格レベルには到達するはずなのでご安心ください。

やはり難しい話よりも基礎基本が一番大切です。



## 刑法

### 第1. Xの罪責

1. Xが窃盗目的でA宅の敷地内に侵入した行為に窃盗未遂罪(243条、235条)が成立するか。

(1) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の実現的・客観的危険性にあるから「実行に着手」の成否は①実行行為との密接性と②既遂結果発生客観的危険性から判断する。

(2) XはA宅の防犯設備が厳重であったため、侵入する方法を発見できずに引き返しているから、窃盗の実行行為たる「窃取」との密接性もない(①)し、既遂結果が発生する客観的危険性もない(②)。したがって、「実行に着手」したとはいえず、同行為には何らの犯罪も成立しない。

2. XがB商店に侵入して手提げ金庫のあるところに向かって歩き出した時点で、手提げ金庫の物色に取り掛かることができ(①)、既遂結果たる占有侵害が発生する客観的危険性が認められる(②)から、窃盗の「実行に着手」している。

また、故意や不法領得の意思に欠けることもないから、窃盗未遂罪が成立する。

3. そして、B商店の店主Cに追いつかれそうになったXがバールでCの頭部めがけて力任せに何度も殴りかかった行為に、事後強盗傷人罪(238条、243条、240条)が成立するか。

(1) Xは窃盗未遂罪を犯しているところ、未遂犯であっても逮捕回避目的による暴行を加えることはあるため、「窃盗」には未遂も含まれ、Xは「窃盗」にあたる。

(2) 次に、事後強盗罪における「暴行又は脅迫」は社会通念上一般に財物の取戻しや逮捕行為を抑圧するのに足りる程度のものであることを要する。

バールという殺傷能力の高い武器で人体の枢要部である頭をめがけて力任せに何度も殴りかかる行為は、一般的に逮捕行為を抑圧するのに十分な行為であるから、「暴行」にあたる。

(3) そして、強盗罪との罪質の近似性担保のために、「暴行又は脅迫」は窃盗の機会の継続中に行われる必要がある。

CはXを追いかけている間にXを見失うこともなかったのであるから、窃盗の実行行為から生じた逮捕されうる状況が緊迫した対立状況として継続しているとして、バールで殴りかかった時点でも窃盗の機会は継続しているといえる。

(4) そして、Cはバールを避けようとして転倒し、膝を擦りむいて全治10日間の擦過傷を負っており「負傷」しているところ、これは事後強盗の実行行為の一部である暴行行為によって生じたものであるから、事後「強盗が人を負傷させた」に当たるといえる。

(5) したがって、Xには事後強盗傷人罪が成立する。

4. よって、Xには3・4の罪が成立し、3は4に吸収されるから、4の罪のみ成立する。

### 第2. Zの罪責

1. ZがXと協力して窃盗のためにA宅に侵入しようとした行為には、上記の通りXに窃盗罪が成立しない以上、Zにもその共同正犯は成立しない。

2. 次に、B商店における事後強盗傷人罪について、Xと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。

(2) X と Z の計画では窃盗を実行する予定であったところ、強盗については事前共謀していないし、現場で新たな共謀が成立しているともいえないから、X の行為が事前共謀に基づくものかが問題となる。

ア. 共謀に基づく実行行為とは、共謀の因果性が実行行為に及んでいる場合に認められ、因果性が及んでいるか否かは共謀の危険実現の範囲内の実行行為であるか否かで判断する。

イ. X による強盗行為と事前共謀の内容である窃盗行為とでは、被害者が C であることや動機が金欠にあることなどの点で共通している。また、いずれも B 商店での行為であるから、窃盗行為と時間的・場所的に近接しているといえる。そうすると、X による強盗行為は窃盗行為の共謀によって誘発されたものであるといえ、X による強盗行為は窃盗行為の危険実現の範囲内の行為であるとして共謀の因果性が実行行為に及んでいるといえる。したがって、強盗行為も共謀に基づく実行行為である(①、②)。

(3) もっとも、X は追いつかれそうになった時点で事後強盗傷人罪の故意を有している一方で、Y は窃盗の故意しかない。そこで、共同正犯の罪名従属性が問題となる。

ア. 共同正犯の本質は特定の犯罪を共同して実現することにあるから、各共同者間の故意が構成要件的に重なり合う限度では、共同して犯罪を実現したといえるから、その限度で共同正犯の成立が認められる。

イ. 窃盗罪と事後強盗傷人罪は、前者の範囲で重なり合うから、窃盗罪の範囲で共同正犯が成立する。

(4) Z が見張り役として犯罪を容易に実行するために重要な役割を果たし、3 割の分け前を受け取る予定であったことから利害関係もあるとして正犯性も認められ(③)、Z には窃盗未遂罪の限度で共謀共同正犯が成立する。

### 第3. Y の罪責

1. Y が A 宅への窃盗を唆した行為については X に窃盗罪が成立しない以上、Y にも成立しない。

2. では、B 商店における事後強盗傷人罪については教唆犯(61条1項)が成立するか。

(1) 「教唆」とは未だ犯罪の実行を決意していない他人をそそのかして特定の犯罪の実行を決意させることをいう。

Y は X から金に困っている旨相談された際、未だ犯罪意思を有していなかった X に A 宅への侵入及び窃盗を提案しているから、Y は X を「教唆」したといえる。

(2) 次に、Y は B 商店における窃盗までは唆していないため、その因果性が問題となるものの、X は A 宅への侵入が失敗したことから B 商店への窃盗を決意しており、これは Y による教唆行為を契機として実行に至っているとして、因果性も認められる。

(3) そして、Y は窃盗について教唆しているものの、X が実現したのは事後強盗傷人罪であるから、異なる構成要件の間で教唆犯が成立するか問題となる。

ア. 教唆犯は特定の犯罪を実行させるものであるから、教唆当事者の故意が構成要件的に重なり合う限度では、特定の犯罪を実現したといえるから、その限度で教唆犯の成立が認められる。



イ. 窃盗罪と事後強盗傷人罪は、前者の範囲で重なり合うから、窃盗罪の範囲で教唆犯が成立する。

(4) 以上より、Yには窃盗未遂罪の教唆犯が成立する。

以上

(コメント)

#### Xの罪責

Aの門扉を壊しているので器物損壊罪も成立しそうですが、これについては出題趣旨に書いているので無視します。次に、A宅への窃盗未遂は明らかに成立しないですが、後から使うのでここで「実行に着手」の規範を書いておきました。B商店については成立しますが、故意や不法領得の意思は明らかなので簡潔に認定します。

次に事後強盗傷人罪についてですが、(2)の当てはめ方は点数の入りやすい当てはめ方なので参考にしていきたいです。あとは窃盗の機会性などを論じて終了です。

#### Zの罪責

ここでは共謀共同正犯を論じて、故意が異なることを指摘して因果性から判断し、共同正犯の罪名従属性を検討します。ここは複雑すぎて本当に難しいので、何度も繰り返して理解する必要があります。

#### Yの罪責

ここでは忘れがちですが、そもそも「教唆」に当たるかを検討します。そして因果性や従属性を検討しますがこれもまた気づくのが難しいところです。

#### 問題全体

科目としての難易度は高いです。私が共犯周りを苦手としていることもあるかもしれませんが、従属性などが問題になると一気に難しくなるので、少しずつ理解を深めていけるように色々な問題に当たると良いと思います。



## 商法

### 問（１）

#### 1. ①について

- (1) 取締役の報酬は定款または株主総会普通決議において決定されるのが通常である（会社法（以下略）361条1項柱書、309条1項）ところ、株主総会決議で報酬の総額上限のみを定める甲社の決議は適法か。
- (2) 取締役の報酬規制の趣旨は取締役ないし取締役会のお手盛り防止にある。そして、株主総会決議で取締役全員の報酬総額の上限を定めていればお手盛りを防止することができるから、上限の枠内における個々の取締役の報酬額の決定を取締役会に一任することも許される。さらに、取締役会が取締役ごとの報酬額の決定を特定の取締役に再一任することもお手盛りの危険がないため可能である。

甲社では平成20年6月の定時株主総会において取締役全員の報酬総額の上限を12億円とする決議をしていたのであり、このような内容の決議もお手盛りの危険がないため原則として適法である。

- (3) もっとも、甲社は株式を上場した公開会社であり、またその資本金は100億円であるため大会社（2条6号イ）であり、監査役会設置会社でもある。そうすると、甲社には取締役の個別報酬の内容決定に関する方針を取締役会決議によって決定しなければならない（361条7項1号）にもかかわらず甲社ではそれを定めていないから、取締役会が取締役ごとの報酬額の決定を特定の取締役に再一任する内容の決議をした場合には同項違反として無効となる。

#### 2. ②について

- (1) 代表取締役Aが自己の報酬年額のみを増額する決定をしたことは、株主総会決議遵守義務（355条）に違反するとして違法とされないか。

甲社においては取締役全員の報酬総額の上限を12億円とする決議があったにもかかわらず、Aの報酬を6億円とすることにより、他の取締役の報酬総額6億6000万円との合計が12億6000万円となり、上記決議によって定めた12億円を超過しており株主総会決議遵守義務に反し違法である。そうすると、超過分6000万円については「法律上の原因」のない利得であるとして返還義務を負う（民法703条）。

- (2) また、甲社は令和3年度の営業利益が特に好調だったというわけではないのだから、自己の報酬を前年度までの慣例1億6000万円を大きく超える6億円に設定したことは忠実義務（355条）違反となり違法である。

### 問（２）

#### 1. ①について

- (1) Xは甲社「株主」（847条1項本文、2項）として甲社代表「取締役」たるAの甲社に対する損害賠償責任（423条1項）について甲社に提訴請求をし、「六十日以内」に甲社が提訴しない場合には自ら責任追及の訴えを提起する（同3項）と考えられる。
- (2) Aが自己の報酬額を不当に釣り上げたことは、忠実義務（355条）違反となり任務懈怠に当たる。

そして、Aの任務懈怠に「よって」甲社には超過分6000万円の「損害」が生じた。

また、A はそれが不当なものであることを当然認識していたはずであるから、帰責事由もある（428条1項参照）。

したがって、A は甲社に対して6000万円の損害賠償責任を負う。

(3) よって、上記訴えが認められる。

## 2. ②について

(1) 「六箇月...前から引き続き株式を有する」X は甲社「総株主の議決権の百分の一...以上の議決権」を有する「株主」として、株主総会の日八週間...前までに「甲社の取締役の個人別報酬の年額上限を2億円とすることを内容とする議題提案権及び議案提案権を行使することが考えられる（303条1項、2項、305条1項）。

(2) これが認められるためには当該事項が株主総会の権限に属することが必要である（303条1項）ところ、取締役の個々の報酬額の決定は株主総会の権限に属するものである（361条1項1号等参照）から、X の請求は認められる。 以上

(コメント)

### 問(1)

①では取締役の報酬総額の決定を取締役会や代表取締役に一任することの可否が問われました。ここでは典型的な規範を書いて当てはめるだけですが、甲社が公開会社かつ上場会社で、監査役会設置会社であることから異なる規制があるという例外を書かなければなりません（私は初見で解いた際にこれを知らず書けませんでした）。

②ではA の勝手な増額の適法性が問われました。このような考えの是非はともかく、私は条文のなさそうな悪いことをした場合には355条や330条で処理すると決めています。本問はそれがハマったものです。株主総会決議に違反しているから超過分は不当利得になること、理由もないのに増額したことは忠実義務違反となることを指摘して終わりです。

出題趣旨には12億6000万円全体が損害であるなどの細かいことも書いてありますが、とりあえず余裕がない方は無視してOKです（本答案においても無視しています）。

### 問(2)

①では株主代表訴訟が問われました。ここでは特段論点があるわけでもないので、条文をよく見ながら423条と結びつけて綺麗に書けば十分です。

②では議題提案権や議案提案権が問われました。これも条文を見ればそこまで細かい話はないので、条文と事実をうまく結びつけて書けばOKです。

### 問題全体

科目全体としてとにかく時間が厳しいので、コンパクトに規範を書くことと条文の文言と事案を結びつけることを意識してサクサク進めていかないと間に合いません。そのため、基本的なものについては瞬時に処理できるようにしたいです。

## 民事訴訟法

### 問（１）

1. 証明責任とは、ある事実の存否が真偽不明な場合に、その事実を要件とする法律効果の発生が認められないという不利益をいう。証明責任については、実体法の規定に従い、その規定の効果によって利益を受ける当事者が負う。
2. 本件売買契約締結の事実が存在するとした場合に利益を受けるのは原告たる Y であるから、Y が本件売買契約締結の事実について証明責任を負う。

### 問（２）

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。
2. 弁済の抗弁の要件事実とは、①債務者または第三者が債権者に対して債務の本旨に従った給付をしたことに加え②その給付が訴求債権についてなされたことも必要である。  
そうすると、X が主張する 200 万円の支払いが令和 3 年 12 月 12 日に Y から買い受けた彫刻の売買代金であることは、②を否定する理由たる間接事実である。
3. そこで、間接事実にも弁論主義が適用されるか問題となる。

- (1) 主要事実存否の判断において、間接事実は主要事実の推認に役立つものとして、証拠と同じ役割を果たす。そのため、裁判官が証拠から存在するとの心証を得た間接事実について、当事者の主張がない限りそれを事実認定に利用できないとすると、裁判官に不自然・不合理な事実認定を強いることになり、自由心証主義（247 条）が害される。そこで、弁論主義は主要事実のみ適用され、間接事実には適用されないとすべきである。
- (2) したがって、裁判所が X も Y も主張していない上記間接事実を判決の基礎とすることは許される。

### 問（３）

1. 処分権主義のもと、判決事項は原告の申立事項の範囲内でなければならない（246 条）。
2. 本件訴訟は債務の一部不存在確認訴訟であるところ、この訴訟物をどう捉えるべきか。
  - (1) 給付訴訟における一部請求については一部であることの明示があれば訴訟物はその一部に限定されるところ、債務不存在確認訴訟は給付訴訟の反対形相であり、両者の訴訟物は同一であると解されている。そこで、原告が債務の上限を示してする一部債務不存在確認訴訟における訴訟物は、原告が主張する債務上限額から自認額を差し引いた一部の不存在である。
  - (2) したがって、本件訴訟における訴訟物は、300 万円から自認額 100 万円を差し引いた 200 万円の不存在である。  
そうすると、裁判所の「X が支払済みであるのは 250 万円であり、X の債務は 50 万円である」という心証は、X の申立事項を超えるものである。
3. よって、裁判所は X の申立事項の範囲内で、「100 万円を超えては債務が存在しない」という確認判決をすべきである。

### 問（４）

1. Y による反訴提起によって、本件訴訟は確認の利益を欠き不適法となるか。

2. 債務不存在確認訴訟の係属中に同一債権についての給付訴訟が反訴として提起された場合、前者は確認の利益を失い却下される。給付請求権の存在を確定する既判力(114条1項)に加え、執行力(民事執行法22条1号)も認められる後者の判決効が前者の判決効を包含するからである。

したがって、Xの反訴が提起されたことにより本件訴訟は確認の利益を失うため不適法却下される。 以上

(コメント)

#### 問(1)

ここでは証明責任が問われました。これは定義を書いて判断基準を書いて当てはめるといって単純作業で終わりです。

#### 問(2)

ここでは弁論主義が問われました。間接事実について適用されるかという典型問題ですが、ここでいう主要事実は何なのかを捉えながらやらないといけないので注意が必要です。ただ、そこまで複雑な事案ではないのでサクッと終わらせたいです。

#### 問(3)

ここでは債務不存在確認訴訟の訴訟物から処分権主義を考えるような出題がされました。単純に考えれば原告が申し立てた以上の判決はダメだということはわかるので、結論に合わせて書いていくというのも一つの手段です。

#### 問(4)

ここでは確認の利益が失われるかという出題がされました。確認の利益はその判断方法(3要素)が問われることが多いですが、ここでは失われるかどうかという出題でした。

#### 問題全体

科目としての難易度は高くないですが、小問4つそれぞれ違う分野を聞いてきているので、わからない分野や苦手な分野を作らず、広く浅くという学習が有効です。

## 刑事訴訟法

1. 逮捕・勾留されていない被疑者に対する取調べは、任意捜査としてのみ行い得る（198条1項但書）から、「強制的処分」（197条1項但書）に当たるのであれば違法となる。そして、「強制的処分」とは個人の意思を制圧し、身体・住居・財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為などをいう。

(1) 同行が違法であればその違法性が取調べにも承継され得るから、まずは同行の強制処分該当性を検討する。

甲は K から V 死亡について嫌疑を抱かれ X 警察署での取調べに応じるよう求められた際に「わかりました。協力します。」と答えて同意している。この同意を得る過程に強制的の要素は無く、K が甲をパトカーに乗せて連行したというような事情もないから、X 警察署への同行の過程にも強制的の要素はない。そうすると、同行の段階では K が甲の意思を制圧したとはいえ、「強制的処分」に該当しない。

(2) 次に、取調べについては、甲に対して黙秘権及び取調室からいつでも退去できる旨告げることで、取調べにおける心理的圧迫を除去ないし緩和するための手続きが履踐されている。また、確かに、2日午前7時ごろに甲が疲労と眠気を覚え仮眠を申し出た際に仮眠は許さず30分の休憩しか許可していないものの、甲からのトイレの申し出は断っていないし、食事も適宜摂らせ、喫煙・休憩の機会も与えていた。それに加え、K は甲に暴力・脅迫・偽計を用いていないのであるから、甲はある程度の自由な意思決定に基づき取調べに応じていたといえる。したがって、取調べは甲の意思を制圧して甲の取調べを受けるかどうかの自由に制約を加えるほどのものであると評価することはできず、「強制的処分」に当たらない。

2. 任意捜査としての取調べであっても、行動の自由の制限や身体の苦痛・疲労を伴うのであるから、捜査比例原則により、事案の性質・嫌疑の程度・被疑者の態度等を考慮して、社会通念上相当と認められる限度で「必要な」捜査（197条1項本文）として適法となる。

まず、本件被疑事件は、V 殺害という重大事件であるから、犯人検挙のために事案を解明する必要性が高い。また、凶器などの証拠がなかったことから、犯人解明のためにはまず被疑者を取り調べる必要があった。

次に、聞き込み捜査から甲と V の間で別れ話が出て喧嘩が絶えなかったとの情報が得られたことから、甲が V を殺害する動機が窺える。それに加え、V の絞殺死体があった現場には外部からの侵入の形跡がなかったことも考慮すれば、甲に V 殺害の合理的な嫌疑が認められる。したがって、甲を取り調べる必要性は嫌疑の観点からも高い。

他方で、取調べは5月1日の午後1時から約24時間にわたって行われており、それ自体としてかなり長時間である。また、確かに甲は取調べ中に取調べを拒否したり申し出を拒否したりすることもなかったのであるから、取調べによる心身の苦痛・疲労はさほど大きくないようにも思える。しかし、2日午前7時の時点で取調べ事項も尽きてきて、K からも甲も沈黙しがちの状態となり、甲が疲労と眠気を訴えたにもかかわらず、30分の休憩を与えたのみであるから、少なくともこの時点で、甲の取調べは苦痛・疲労を伴うものとなっている。

以上からすると、2 日午前 7 時の時点で、K らによる甲の取調べは社会通念上相当と認められる限度を超えた態様で行われており、違法となる。 以上

(コメント)

ここでは、任意同行後の取調べの限界が問われました。これはどの年度にも共通することですが、判例に近い問題なので判例を踏まえた記述が求められます。

まず、1 (1) では、違法性の承継がされる可能性があるという意味で、そもそも同行に違法がないかを検討しています。ただ、これはさすがに違法にできないので、軽めに検討して (2) で取調べの強制処分該当性を検討しています。

ここで用いている「黙秘権及び取調室からいつでも退去できる旨告げることで、取調べにおける心理的圧迫を除去ないし緩和するための手続きが履踐されている。」という評価は、私が基礎問から使えそうだったものをストックしていたものの 1 つです。このように、基礎問の細かい表現を真似できるようになると上位答案に近づくとと思います。

私が初見で六法のみで答案を作成した際には、(2) 後半の「甲はある程度の自由な意思決定に基づき」という部分の「ある程度」をなくして書いていたのですが、休憩にいけなかったことを踏まえると完全な自由意思は無いと思い、「ある程度」という記述に改めました。

2 の任意取調べの限界では、「事案の性質・嫌疑の程度・被疑者の態度」の 3 点から社会通念上の相当性を判断しています。ここで、1 では 30 分の休憩しか取らせなかったことを OK としましたが、ここでは違法としています。一見矛盾するように思えますが、判断基準が「意思を制圧するもの」か「社会通念上相当といえるもの」かで異なるので、同じ事実も異なる評価になりえます。

科目を通して、2024 に比べれば時間的にまだ余裕はあるのですが、やはり時間が厳しいものであることに変わりはないので、とにかく多くの問題を解いて慣れることが必要です。加藤ゼミナール受講生であれば基礎問をやり込み、他の予備校等を利用されている方はそれぞれの演習書を何度も繰り返し、そのなかで判例を意識した記述をする練習をすると同社社の問題は解きやすくなると思います。



## 行政法

### 問（１）

1. まず、行政行為の取消しとは、成立当初から違法等の瑕疵がある行政処分について、処分庁が職権によりその効力を遡及的に失わせることをいう。

次に、行政行為の撤回とは、行政行為が適法に成立した後、公益上の理由が生ずるなどの後発的な事情の変化により当該行為を維持することが必ずしも適切でなくなった場合に、職権により当該行政行為を将来的に無効とすることをいう。

2. Xは、202\*年のA県沖を震源地とする大地震による本件マンションの被害が大規模半壊である旨の本件証明書を提出している。これは、自身が法2条2号に該当し「被災世帯」（同号柱書）に当たることを前提に、法3条に基づく支援金の支給を受けようとするものである。そして、支援法人Yは、それに基づいて本件支給決定という処分をしている。

3. もっとも、同年9月28日にC区の職員があらためて本件マンションを調査したところ、本件マンションにはほとんど被害がなかったことが判明し、ひいてはXの世帯が大規模半壊世帯という「被災世帯」に該当しないことが明らかになっている。

これは、2月の大規模な地震から9月28日までに本件マンションの修理等が行われたのではなく、本件申請の時点から本件マンションが大規模半壊世帯に該当しなかったことを理由とするものである。

そうすると、本件支給決定は、その成立当初からXが「被災世帯」に該当しないにもかかわらず行われたものであるから、成立当初から違法の瑕疵がある行政処分である。

したがって、本件取消決定は、行政行為の取消しに当たる。

### 問（２）

1. Xは、本件取消決定の違法事由として、本件取消決定が信義則に違反すると主張する。

2. まず、法においては本件支給決定の取消しに関する明文規定がないところ、職権取消のために特別の根拠規定が必要となるか。

(1) 法律による行政の原理からすれば、違法な行政処分を放置することは適切でないから、職権取消の対象となる行政処分の根拠規定が職権取消の根拠となる。そこで、特別の法的根拠は不要である。

(2) そうすると、本件取消決定は、本件支給決定の根拠規定である法3条1項を根拠として行うことができる。

3. 次に、本件支給決定が授益的行政処分であることから、その職権取消の限界が問題となる。

(1) 授益的行政処分の職権取消しにおいては、法律による行政の原理の要請と、処分の相手方の信頼保護・法的安定の維持の要請という2つの利益が衝突する。そこで、取消しによる不利益と取り消さないことによる不利益の比較衡量により、当該処分を取り消さないことが公共の福祉の要請に照らして著しく不当であると認められる場合に限り、授益的行政処分の職権取消しが許容される。

(2) まず、Xは、震災によって損壊した家具を買い替えるなどにより、本件取消決定までにYから支給（法7条2号）された支援金の大部分を費消している。XがC区長やYの判断を信じていることから、この費消は、本件支給決定がなされなければ行われなかった

ものであるといえる。そうすると、Xは、本件申請において自ら偽りなどの不当な手段を用いたわけでもないのに、本件支給決定が取り消されることにより、授受した支援金 150 万円を自費で返還しなければならなくなる。そうすると、本件取消決定により、Xは重大な損失を被ることになる。

他方で、取り消さないことによる Y の不利益は、支援金 150 万円を失うことにとどまるところ、支援金については国がその 2 分の 1 を負担するのである（法 18 条）から、Y が負う不利益は、75 万円の回収不能にとどまる。そうすると、法人が私人と比べて経済的実力において大きく勝ることに鑑みれば、本件支給決定を取り消さないことが公共の福祉の要請に照らして著しく不当であるとはいえない。

4. したがって、本件支給決定を取り消すことは信義則違反として違法となる。

問（3）

1. Y の反論として、本件支給決定は取り消す必要性が高いとの反論が考えられる。

2. 法は自然災害によって生活基盤に著しい被害を受けた者に対して、都道府県が支援金を支給することで、被災者の生活の再建を支援し、もって住民の生活の安定と被災地の速やかな復興に資することを目的としている（法 1 条）。そうすると、要件を満たしていない X への本件支給決定が取り消されなければ、他に支援金を必要とする「被災世帯」（法 2 条 2 号）への支援が届かなくなり、ひいては「住民の生活の安定」という目的が没却されうる。

「自然災害」（法 2 条 2 号）は突然起こるものであるという性質上、被害を予期して貯蓄をしておくことは不可能である。そうすると、支援金を受け取ることでできなかった他の「被災世帯」が被るであろう不利益は甚大である。

そうすると、本件支給決定が取り消されなければ、公共の福祉としての「被災世帯」に該当する住民の生活が安定しないという意味で著しく不当である。

3. したがって、本件支給決定は職権取消しが可能である。

以上

（コメント）

問（1）

ここでは、上記判例は全く関係なく、ただ知識を問われていました。

細かな解説は基本書等に譲りますが、この 2 つの違いは紛らわしいので覚えてしまった方が楽です。

結論だけを出せば良いのであれば答案の 2 の全てや 3 の一部を削ることもできますが、この小問だけで配点が 15 点あったので具体的事実も混ぜて書きました。

問（2）

ここでは、信義則（信頼保護）から取消しが制限されるのではないかという議論が出てきます。上記判例は根拠法令の趣旨や目的をしっかりと解釈して比較衡量をしていますが、講評において「本文の事案にそくして具体的な事実を的確に指摘する答案は少なかった」とあるので、これができていれば十分合格レベルになるといえます。そこで、本答案は、X の不利益はここでしっかり書き、Y の不利益はここでは弱めに書きながら問（3）で Y の不利益をしっかりと書くという流れにしなから、事実や法令を少しだけ引用してみました。

### 問(3)

本答案では、目的規定については書き写す程度にとどめ、本番で時間がないなかでこれくらいなら一応書けるだろうという水準で書いてみました。

法令の引用についても、無理やりでもいいからとにかく引用するという姿勢を見せると印象がいいと思うので、本答案のような無理やり引用も時間がない中での戦略としていいと思います。

判例は公平性や支給の迅速性なども挙げています。公平性に関してはこの問題文から気づきやすいかと思いますが、本番で切羽詰まっている中で2つの観点から論述するのは難しいので、1つの観点を深掘りするという戦略にしました。

### 問題全体

全体を通して、2022年に比べれば書きやすいですが、やはり基本概念をしっかりと知らない点で難しいです。

この年度は商法が時間を節約できるので、行政法に45分くらい使ってもいいという想定で書いたので分量が少し多いですが、これでも足りないくらいなので、書くべきことの選別が重要だと感じました。