

## 憲法

### 第1問

1. 一部違憲には、①法令の加分な文言の一部を違憲とする文言上の一部違憲と②法令の有する可分な意味の一部を違憲とする意味上の一部違憲がある。

①は、国籍法違憲判決で問題となった。この判例では、非嫡出子が国籍を取得するために父親の認知に加え、父母の婚姻による準正が必要であったものの、父母の婚姻については子の努力によってはどうにもならないものであることなどを根拠に、準正要件のみを違憲とし、認知のみで国籍を取得できるとした。

②は郵便法違憲判決で問題となった。この判例では、郵便物に対する国家賠償責任の対象・範囲を限定する法令の合憲性が争われ、書留郵便物については大量に処理するという都合上、軽過失の場合における免責については合憲性を肯定しているが、通常の業務で故意や重過失で不法行為が起こることは例外的であるため、故意や重過失があった場合には郵便への信頼を損なうことから免責を違憲としている。

2. 裁判所が一部違憲を行うことについては、国籍法違憲判決で問題となり、国会の立法権との関係では、法の趣旨・目的に沿うものであり、この解釈をもって裁判所が新たな要件を創立するものとするのは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても当を得ないとされている。

次に、裁判所による救済の観点からは、認知のみをされている非嫡出子についても届出によって日本国籍を取得できるとすることで、不合理な差別的取扱いを受けている者に対する直接的な救済となるため、相当性を有するとされている。

### 第2問

1. Xの請求は、無罪判決が出た場合に自己のDNA型が削除される権利が存在することを前提に、その権利を侵害する形でXのDNA型をデータベースで保持・利用している警察に対する、妨害排除請求としての削除請求である。そこで、警察によるDNAの保持が正当化されない場合にはXの請求が認められることになる。

2. 個人の人格生存に不可欠な利益が憲法13条後段の「幸福追求...権」として保障される。

そして、国家により個人情報的大量に収集・保有・利用されている現代社会においては、情報の公開だけでなくそれ以前の収集・保有・利用自体が脅威でありうるから、それぞれの段階で自己に関する情報をコントロールすることも個人の人格的生存に不可欠である。

DNA型については、それをもって個人を識別できるような権利であり、Xが何人もみだりにDNA型を採取されない権利も自己情報コントロール権に含まれ保障される。

また、DNA型は同じものが存在せず、生涯変わらないものであることや、原則として公権力により管理されることも他人に開示することも予定していないものであることを踏まえると、XのDNA型についても、公権力により収集されない権利を超えてみだりに保持・利用されないという意味で、必要がなくなった場合には収集されたものを削除される権利（以下、単に「削除される権利」という）も自己情報コントロール権に含まれ、保障される。

3. 警察は捜査の過程で採取したXのDNA型を無罪判決後も保持・利用することでXの削除される権利を制約している。

4. 違憲審査基準の厳格度は、制約されている権利の性質と制約の態様を考慮して決定され

る。

確かに、DNA型は個人の私生活の核心領域に属する情報や思想・信条等と直接の関連を有さないため、その要保護性は低いように思える。

しかし、DNA型はそれぞれが異なるもので死ぬまで変わらないものであるという識別性や検索性を有しているのであり、同じものが存在しうる氏名等よりも秘匿性が高い。また、社会生活において他者に開示することは予定されていない。そうすると、その要保護性は高いといえる。

また、警察のデータベースにおいてDNA型の情報が保持・利用されることで謂れのない疑いをかけられたりその不安を招来したりしうるから、その保持は、Xの削除される権利に対する強度な制約である。

そこで、警察がXのDNA型を保持・利用することの合憲性は①その目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ②手段が目的達成のために必要最小限度のものであるかどうかで判断する。

5. 警察がXのDNA型を保持・利用する目的は、起訴されていた者に関する犯罪捜査における便宜や心理的強制による再犯防止等にあると考えられるところ、この目的は、国民の生活の安全という必要不可欠な利益を保護しようとするものである(①)。

次に、DNA型が削除されると起訴された者が再犯をしやすくなったり再犯をした場合の捜査に遅れが生じたりするため、上記目的を阻害することとなる。もっとも、Xは無罪判決が確定しているのであり、再犯のおそれの前提となる初犯すらしていないため、XのDNA型を削除しても、再犯のおそれや捜査の遅れなどに支障は出ない。そうすると、規制の対象が規制の目的を阻害するおそれが認められず、手段適合性が認められない。

また、仮にXが有罪であり手段適合性が認められても、保持するのみで利用しないというより制限的でない他の選びうる手段によっても心理的強制により再犯は防止できるのであるから、手段必要性も認められない。

したがって、手段の必要最小限度性を欠く(②)。

6. よって、警察によるXのDNA型保持はXの削除される権利を侵害するものとして違憲であり、正当化されないから、Xの削除請求が認められる。 以上

(コメント)

## 第1問

ここでは一部違憲について問われました。これ自体を知識として知っているべきというよりは、現場思考で導けるものだと思います。文言上の一部違憲は有名な国籍法違憲判決を使って説明していきました。判例を読む際には事案の概要とざっくり何を言っているのかを覚えておくと「判例を踏まえて」というような問題のときに使いやすいので便利です。

次に意味上の一部違憲があることはわかっても、判例として私は何も思い浮かびませんでした。出題趣旨を見ると郵便法違憲判決があったそうです。これは言われればわかるくらいの認識だったのですが、総まくりテキスト(現在は基礎・応用完成テキスト)ではCランクに設定されているものだったので、やはりかなりマイナーな出題だったのだと思います。

何か概念を覚える際には判例や典型事例とセットで覚えると書きやすくなるかと思います。

## 第2問

ここでは DNA 型の削除請求についての出題がされました。出題趣旨によると名古屋の地裁で似たような裁判例があったそうなのですが、そんなものは誰も知らないのでただの事例問題として解いていきます。

私はなんでもかんでも違憲審査基準を使って解きたい人間なので、半ば無理やり違憲審査基準を使っていますが、思ったよりも良い出来になりました。

保障に関する一般論を書く→当てはめによる具体化という流れを守って書きますが、保障も段階的に認定しているので少し特殊な形です。

あとは他の答案例でも用いているような違憲審査基準で詳細に検討していきます。

DNA 型の特徴をイメージから具体化していく作業ですが、これは個人によって大きく異なる部分だと思うので、それぞれのイメージを具体化できていればこの答案と同じにならなくても OK です。

そして、正当化されないのだから削除しなければならないという、明文にない請求を成立させていますが、現場でできる限界はこれだと思うので、相対的には浮く答案になっていると思います。

## 問題全体

科目としては 2022、2023 と比べたらかなり書きやすいものでした。第1問も統治ではあるものの人権分野で使う知識が多いので、ここで時間を節約して第2問でたっぷり時間を使って当てはめていく作戦が良いと思います。問題を見て瞬時に時間配分を決められるようになると問題に慣れてきたといえます。



## 民法

### 第1問

1. CのDに対する請求は、保証契約(446条以下)に基づく保証債務履行請求としての1100万円の支払請求である。

この請求が認められるためには①主債務の存在②保証の合意③②の書面性を満たす必要がある(446条1項、2項)。

2. 2022年3月31日にAC間で返済期日を2023年3月31日、利息を年10%としてCがAに1000万円を貸し付ける契約が締結されており、これに基づいてAはCに対して1000万円及び利息の返還債務を負っている(①)。次に、Aの上記債務をDが連帯保証する旨の本件保証契約2が本件契約書という書面によって締結されている(②、③)。

3. もっとも、本件保証契約2の効果は無権代理を根拠に、Dに帰属しないのではないか(113条1項)。

有権代理が成立するためには、①代理行為②顕名③①に先立つ代理権授与が必要である。

Dが不在のなか、Aが本件保証契約2の締結に立ち会っており、この際にDが効果帰属先とされている(①、②)。もっとも、DはAに対して本件保証契約2を締結する代理権を授与していない(③)。また、Dが追認した事実もない(113条1項)。

したがって、本件保証契約2は無権代理によるものであり、原則としてその効果はDに帰属しない。

4. ここで、109条の表見代理が成立しないか。

(1)これが成立する前提としてDが「第三者」C「に対して」A「に代理権を与えた旨を表示したこと」が必要であるところ、本問においてDがCに対してAへの代理権授与を表示した事実はないし、AがDの実印や印鑑登録証を持っていたことをもって代理権授与表示と捉えることもできない。したがって、109条の表見代理は成立しない。

(2)仮に上記要件を満たしても、「正当な理由」が認められないのではないか。

ア.我が国の日常取引において実印が本人の意思確認手段として重要な役割を果たしていることからすれば、本人の実印の所持・使用によって代理権を有すると信じるに足りる「正当な理由」が推認される。

イ.確かに、Aは本件契約書と印鑑証明書を持ってCを訪ねており、CはAがDの実印を所持していることで本件保証契約2を締結したと思われる。しかし、代理人が主債務者であることから、CはAの代理権不存在を疑うべきであり、Dに対して代理意思を確認すべきであった。

にもかかわらず、Cは軽率にAの代理権の存在やEがしたDの記名・押印などを信頼しており、「正当な理由」が認められない。

5.次に、110条の表見代理は成立しないか問題となるものの、本件保証契約1の締結をもって代理権は消滅するから、Aには「権限外」の前提となる権限がないため、110条の表見代理は成立しない。

6.次に、112条の表見代理が成立しないか。

これが成立する前提として、「第三者」Cが「代理人として行為をした」Aの「代理権の消滅の事実を知らなかった」ことが必要であるところ、Cは3月28日にAとBがCを訪

ねた際に B から本件保証契約 1 の事実を伝えられており、これによって A の代理権が消滅したことを知ったため、112 条の表見代理も成立しない。

7. したがって、本件保証契約 2 は D に効果帰属しないから、C の請求は認められない。

#### 第 2 問 問 (1)

1. まず、賃貸人は目的物について修繕義務を負う (606 条 1 項) ため、賃借人 B が駐車場として利用していた甲土地の一部が陥没している本件において賃貸人は修繕義務を負う。

2. もっとも、AC 間売買によって A は賃貸人たる地位を失っているのではないか。

(1) A は B に対して自己所有甲土地のうえに存在する乙建物を賃貸して (601 条) 引渡すことで B は甲土地賃借権について対抗要件 (借地借家法 10 条 1 項) を備えている (605 条の 2 第 1 項)。

(2) 次に、AC 間売買契約 (555 条) によって「その不動産」たる甲土地が「譲渡され」ており、その際に特段の合意もない (同条 2 項前段)。

(3) また、賃貸人たる地位の移転には賃借人の同意は必要ないから、B の同意がなくても足りる。

(4) C は 2021 年 4 月 9 日に甲土地の所有権移転登記を具備しているところ、修繕請求がなされたのは 3 月 23 日であるため、この時点では A は C への賃貸人たる地位の移転を B に対抗できない (同条 3 項)。もっとも、3 月 16 日に A は B に対して以後甲土地の賃料を C に支払うよう求める内容のファクスを送っているため、これによって B が賃貸人たる地位は C に移転していないと主張することは許されなくなるとすべきである。

3. したがって、B の請求は認められないから、A はそれに応じる必要がない。

#### 第 2 問 問 (2)

1. (ア)

(1) C は、B が建物所有目的で甲土地を賃借していたにもかかわらず、甲土地にある乙建物を第三者たる D に譲渡し、それに伴って甲土地賃借権を C に無断で「譲渡」したとして、無断譲渡を主張している (612 条 1 項)。

(2) 建物所有権は土地利用権を前提としているから、建物所有目的で土地を賃借している者が土地の建物を第三者に譲渡した場合には、特段の事情のない限り土地賃借権も譲渡したと解される。

したがって、B は D に甲土地賃借権を無断譲渡していることになる。

(3) 確かに、D は B が代表を務める会社であり、かつ、B が株式全てを保有している個人会社であるものの、法人と自然人では法人格が異なるため、このような場合も無断で賃借権を譲渡した場合に当たる。

(4) そして B はそれに違反して C に無断で乙建物を D に代金 3000 万円で譲渡しており、これに基づいて D は甲土地上で飲食店の経営という「使用」や「収益」(2 項) をしている。

2. (イ)

(1) C の主張は無断譲渡に基づく解除 (612 条 2 項) であり、その要件は満たされている。

(2) もっとも、612 条の趣旨は賃貸借契約が個人間の信頼関係を基礎とする継続的契約であり、無断譲渡・転貸が原則として個人間の信頼関係を破壊するという点にある。そこ

で、背信行為と認めるに足りない特段の事情がある場合には解除権は発生しない。

確かに、BからDに乙建物を譲渡しており、その所有権移転登記も済ませているから、甲土地の賃借権は譲渡されている。しかし、DはBが税金対策のために設立したものであり、Bが唯一の取締役として代表を務め、株式もBが保有していたことに加え、飲食店の経営の実態はDの設立前と全く変わっていない。また、BD間の乙の売買価格はAB間の乙の売買価格と同じ3000万円であり、Bには差額を懐に入れる意図などが無い。

そうすると、Bによる甲土地賃借権の無断譲渡には背信行為と認めるに足りない特段の事情があるとして、Cによる解除の主張は認められない。 以上

(コメント)

### 第1問

ここでは保証契約と代理権について問われました。

保証についてあまり問題はないのですが、有権代理から表見代理3つまで、色々と検討しなければならず、とても面倒な問題です。

そのため、1つ1つを丁寧に検討していくよりは網羅的に配点を拾う方が確実です。

また、3は署名代理が問題となりますが、これについては採点実感で誰もかけていなかったとされているので書けなくてOKです（書けた方が良いのは言わずもがなですが）。

唯一深掘りしたのは「正当な理由」についての解釈です。これは印鑑登録証を渡していることから触れないといけません。

### 第2問 問(1)

ここでは賃貸人たる地位の移転の典型問題が出題されました。唯一引かかるのは2(4)のところですが、採点実感のように「信義則」という言葉を使わなくても「BはCに移転したって知っていたじゃん」という主張をすれば一応通じるのでOKです。

### 第2問 問(2)

(ア)では本当にこれは無断譲渡なのかということを経法的に構成するだけですが、判例は、建物所有権は土地利用権を前提としているから、建物所有目的で土地を賃借している者が土地上の建物を第三者に譲渡した場合には、特段の事情のない限り土地賃借権も譲渡したと解される。というように判示しているのをこれを書いて当てはめる作業も必要です。

(イ)では信頼関係破壊の法理を書いて頑張って当てはめるのですが、ここでは実態が変わっていないことや差額をポケットに入れる意思がないことなどから背信性を否定します。

### 問題全体

科目全体的にはとにかく書く量が多くてキツイです。特に問題1は検討事項が多すぎて嫌になります。

ただ、難易度自体は高くもなく低くもないので基礎をしっかりと固めて情報処理能力を上げることが重要です。



## 刑法

### 第1. Xの罪責

1. XがYの店における飲食代の支払いを免れるために嘘を述べて自宅に帰った行為について、詐欺利得罪（246条2項）が成立するか。

(1) 「欺」罔行為とは交付の判断の基礎となる重要な事項に関する人の錯誤を惹起する行為をいう。

Xが歩いて5分くらいのところにある駅から戻ってくるかどうかはYがXに外出を許可する判断の基礎となる重要な事項であり、これに関して「すぐ戻る」と言ってYの錯誤を惹起したXの発言は「欺」罔行為に当たる。

(2) 「欺」罔行為は人の錯誤に基づく処分行為に向けられていることを要するところ、これが認められるためには①行為の客観面が財産的利益を終局的に移転させるものであること②財産的利益の終局的移転が被欺罔者の意思に基づくことが必要である。

Yが外出を許したことで財産的利益は終局的に移転する(①)ものの、Yは一時的な外出を許可したのみであり、Yの主観に基づいてXへの利益の終局的移転があったわけではない(②)。

(3) したがって、Xの上記行為には詐欺利得罪が成立せず、不可罰な利益窃盗しか成立しない。

2. XがYに暴行を加えるためにAの頸部を絞め付け、顔面を布団で覆うなどしてAを死亡させた行為に傷害致死罪（205条）が成立するか。

(1) 「傷害」とは暴行等により人の生理機能を障害することをいう。

XはAの顔面を布団で覆うなどの暴行によって死亡という究極の生理機能障害を生じさせているから、Aを「傷害」したといえる。

(2) Aは死亡しているところ、Xの暴行に「よって」Vを「死亡させた」といえるか。Aに心臓疾患があったことから問題となる。

ア. 因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を確定する機能があるから、因果関係が認められるためには条件関係に加えて行為の危険性が結果へと現実化したことが必要であり、ここでいう行為の危険性は行為時に存在した全事情を基礎に客観的に判断する。

イ. Xの行為がなければAの心臓疾患と相まって急性心不全を起こすこともなかったため、条件関係が認められる。

また、Xの上記暴行には暴行時に存在していたAの心臓疾患と相まってAを死亡させる危険があったとして、この危険性がA死亡という結果へと現実化したとして、因果関係が認められる。したがって、Xが上記暴行に「よって」Aを「死亡させた」といえる。

(3) よって、Xに傷害致死罪が成立する。

3. XがAを生きっていると誤信して包丁でAの腹部を突き刺した行為に殺人未遂罪（203条、199条）が成立するか。

(1) Xは殺傷能力の高い包丁でAの枢要部である腹部を刺すという殺人罪の実行行為を行っている。

(2) XがAを刺した時点でAは死亡していたため、不能犯の成否が問題となる。

ア. 刑法の一般予防機能及び行為者の主観的事情が違法性判断に影響を及ぼすことから、未遂犯と不能犯の区別は、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎に判断する。

イ. Aの心臓疾患についてXだけでなく、A自身やAの主治医も認識していなかったのであるから、Xの暴行が通常であれば人を死亡されるような程度でないことも考慮すれば、一般人としてはAが死亡していることを認識できないしXも認識していなかったのであるから、A死亡がないことを前提に判断することになる。そうすると、一般的に殺意を持って包丁で腹部を刺す行為が殺人未遂罪の実行行為に当たるから、不能犯は成立しない。

(3) Xは殺人の「実行に着手」したものの、人の死の一回性から、Aが再び死ぬことはないから、殺人罪を「遂げなかった」（43条本文）といえる。

(4) Xは故意に欠けることもないから、Xの上記行為に殺人未遂罪が成立する。

## 第2. Yの罪責

1. YがXを脅して500万円を交付させた行為に恐喝罪（249条1項）が成立するか。

2. 「恐喝」の手段である脅迫は、相手方の反抗を抑圧しない程度に相手方を畏怖させる程度の害悪を告知することを要する。

Yが暴力団の知り合いの存在を仄めかしながらXに5万円の交付を迫った行為は、Xに危害が加わることを示唆するものであるから、Xを反抗抑圧に至らない程度に畏怖させるに足りる害悪の告知として「恐喝」に当たる。

3. そして、これに基づいてXは現金5万円という「財物」をYに「交付」しているため、1項恐喝罪が成立しうる。

4. 恐喝罪は財産犯であるから、書かれざる構成要件として財産的損害の発生が必要である。

損害について実質的に理解すると、Xは5万円の交付により、Yの店での飲食代金債務を免れており、損害はない。

もっとも、恐喝罪が個別財産に対する罪であることから、恐喝による財物の交付自体により財産的損害の発生が認められるから、Xには交付した5万円の財産的損害が認められる。

5. 恐喝罪の成立には故意（38条1項）に加えて権利者排除意思及び利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必要である。

Yには恐喝する故意が当然に認められるし、債務を弁済させることで5万円を回収しようとしているから不法領得の意思も認められる。

6. YはXの飲食代金を回収するために上記行為に及んでいるから、正当な権利行使（35条）として違法性が阻却されないか。

(1) 違法性の実質は社会的相当性を逸脱した法益侵害またはその危険にあるから、権利行使の手段としての恐喝は①権利行使の必要性があること②権利の範囲内であること③手段の社会的相当性があることが必要である。

(2) Yの恐喝は債権額の範囲内であり（②）、Yが飲食代の支払いを何度求めてもXが支払おうとしなかったのであるから、必要性もある（①）。もっとも、YはXに対して暴

力団の知り合いに頼んでなんでもすることや、「痛い目に遭いたいか」と脅しており、実際に X も自己に危害が加えられると考えているから、手段の悪質性が高く、③を欠き違法性阻却は認められない。

7. 以上より、Y には恐喝罪が成立する。

以上

(コメント)

#### X の罪責

まずは 2 項詐欺について、欺罔行為やそれが処分行為に向けられていることを検討した結果成立しませんでした。

次に傷害致死罪で因果関係が問題となりますが、これもいつも通りに処理すれば足りません。

次の殺人未遂罪が少し難しいところですが、不能犯について書けなかった方はロー入試でたまたま出題されるので確認しておいてください。

#### Y の罪責

恐喝罪は覚えることが多くて難しいので、出題されたことには驚きました。

難しいのは答案中の 4 からです。損害を実質的に理解する見解か個別財産であることを重視する見解のどちらかをかけていればとりあえず OK です。

次に、6 の違法性阻却について、ここも忘れがちなのでしっかり検討するようにしたいところです。ただ、当てはめはそこまで難しくないので、そもそも気付けるかどうかの勝負です。

#### 問題全体

科目全体として、難しめだと思います。1 つ 1 つは演習問題をやっていけばできるものですが、組み合わせられるとどこか難しく感じてしまうものなので、短文事例問題だけでなく、本番を想定してこういった難しい問題もやるようにしたいです。



## 商法

### 問（１）

1. まず、取締役会設置会社となるためには取締役を 3 人以上置かなければならず（会社法（以下略）331 条 5 項）、かつ、監査役を置かなければならない（327 条 2 項本文）。そうすると、本件において甲社には A、B、C の 3 人しか取締役となる者がいないのであるから、監査役となる者がおらず、取締役会を設置することはできない。
2. そこで、定款による譲渡制限がなされていない公開会社（2 条 5 号）においては取締役会の設置義務がある（327 条 1 項 1 号）ことから、以下では甲社が非公開会社で、かつ、非取締役会設置会社である場合を想定する。
3. 非取締役会設置会社においては選任される取締役の数に制限はないため、甲社では C を含めた 3 人を取締役に選任することができ、その際に C が業務執行を行わない旨を定めることもできる（348 条 2 項等）。  
また、監査役も任意に選任することができる（326 条 2 項）ため、定款によって定めれば C を監査役に選任することもできる。

### 問（２）

#### 1. ①について

- (1) 本件取得は利益相反直接取引（356 条 1 項 2 号）に該当するとして重要な事実を開示したうえで株主総会普通決議による承認（309 条 1 項）が必要なのではないか。
- (2) 間接取引規制との関係や取引安全の要請から、直接取引における「ために」は経済的利益の帰属先を基準に判断する。  
本件取得は甲社「取締役」A が「自己…のために株式会社」甲社と取引をするものとして甲社との関係で直接取引に該当する。  
したがって、A は本件取得に際して重要な事実を開示したうえで株主総会普通決議による承認を得ることが必要である。
- (3) また、本件取得は甲社の設立後「二年以内」に甲社の「事業」用の「財産」を「取得」するものであり、その取得の対価 700 万円は甲社の純資産 2000 万円前後の「五分の一」を超えるものであるから、事後設立（467 条 1 項 5 号）に該当し、株主総会特別決議による承認が必要である（467 条 1 項柱書、309 条 2 項 11 号）。

#### 2. ②について

- (1) 本件取得の承認のために株主総会を招集しなければならない（298 条 1 項、299 条 1 項）ところ、本件ではそれを欠いている。
- (2) もっとも、全員出席総会としてその瑕疵は治癒されないか。  
ア. 招集手続の趣旨は株主に総会出席やその準備の機会を与えることにある。そこで、①株主全員が瑕疵の存在を認識したうえで出席した全員出席総会において②株主総会の決議事項について決議がなされたときは上記趣旨に反しないから招集手続漏れの瑕疵が治癒される。  
イ. 確かに、C は本件取得について反対であるものの、株主総会を開催すること自体は明示的に反対していない。そうすると、株主である A、B、C の全員が集まった場において (①)、株主総会の決議事項たる本件取得の承認の可否について決議がなされている

(2) から、招集手続漏れの瑕疵は治癒される。

(3) では、A と B の賛成をもって適法に本件取得を行うことができるか。

ア. まず、利益相反を理由とする普通決議について、全員が出席していることをもって定足数は当然に充足し (309 条 1 項)、議決権の 20 分の 8 を有する A 及び 20 分の 6 を有する B が賛成することによって「出席した当該株主の議決権の過半数」となるから、多数決要件も満たし、普通決議は成立する。

イ. 次に、事後設立を理由とする特別決議について、全員が出席していることをもって定足数は充足し (309 条 2 項)、A 及び B の賛成によって「出席した当該株主の議決権の三分の二…以上」となるから、多数決要件も満たし、特別決議も成立する。

(4) したがって、甲社は本件取得を適法に行うことができる。 以上

(コメント)

#### 問 (1)

ここでは機関に関する 1 行問題が出題されました。これは普段から条文をしっかり読みながら問題を解く癖をつけておけば特に考えることなくすぐにできます。348 条 2 項や 326 条 2 項などは少し見つけづらいですが、条文適示に点数が振られているはずなのでしっかり指摘できるようにしたいです。

#### 問 (2)

①ではどのような決議が必要かという出題がされました。取締役会は設置できないので、株主総会だろうという想定はできます。そして、典型的な利益相反であることからそれを指摘して、その該当性を、条文と事実を結びつけながら検討していきます。

また、事後設立であることは少し気づきづらいですが、問題文に設立過程っぽいことが書かれているので想定できるようにはしたいです。

②では全員出席総会であることや、その具体的な決議要件について書きます。これも条文と事実を結びつけて書けば綺麗になります。

#### 問題全体

科目としては時間制限が厳しく、問題もそこそこ難しいので、基本的なところはすぐ書けるようにして、他のところに時間を割けるようにしないと間に合いません。

普段から条文をしっかり使う癖をつけておくことは会社法に限らずとても有効です。

## 民事訴訟法

### 問（１）

弁論準備手続において、文書の取り調べをすることはできるものの、証人尋問をすることはできない（170条2項）。したがって、本件訴訟の弁論準備手続において本件契約書の取り調べをすることはできるが、証人Aの尋問をすることはできない。

### 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. 「本件売買契約書が偽造である」という事実は本件売買契約書の形式的証拠力を判断するための補助事実であるところ、補助事実には弁論主義が適用されるか問題となる。
  - （１）文書の成立の真正にも証明責任を觀念できる（228条4項）。また、成立が真正でないと裁判官が確信している事実について実質的証拠力の評価を裁判官に強いるのは自由心証主義を害するおそれがあるものの、処分証書についてはその成立の真正が認められれば実質的証拠力が認められる。そこで、処分証書の成立の真正については弁論主義が適用されない。
  - （２）本件売買契約書は処分証書であるから、裁判所が当事者から主張されていない上記補助事実を判決の基礎とすることは弁論主義に反しない。
3. 「Xから本件商品を買ったのはZである」という事実は本件売買契約不存在を推認させる間接事実である。そこで、間接事実や補助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、裁判所が当事者から主張されていない上記間接事実を判決の基礎とすることも弁論主義に反しない。
4. よって、本件判決は弁論主義に反しない。

### 問（３）

1. Zは訴訟告知に基づく参加的効力（53条4項、46条柱書）の作用により、本件商品を買っていないと主張することが許されないのではないか。
2. まず、Zに補助参加の利益があったか検討する。
  - （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）Zは「Xから本件商品を買ったのはZである」という本件判決理由中の判断により、自身が本件商品の売買代金を支払わなければならなくなり、自身の財産的利益に事

実上の不利益が生じる。したがって、Zは「参加することができる第三者」(53条1項)。

3. では、Zは酸化的効力の客観的範囲に含まれるか。

(1) 46条の趣旨は、被参加人と共同して訴訟追行をした参加人は、被参加人敗訴の場合の不利益も共同負担すべきであるという考えにある。そこで、46条柱書の効力は、被参加人敗訴の場合に参加人・被参加人間で作用する、既判力とは異なる特殊な参加的効力であり、判決主文の判断に加え、判決理由中の判断のうち、判決主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断について生じる。

(2) 本問における「Xから本件商品を買ったのはAである」という判決理由中の判断は、間接事実に係る認定であるから、主要事実を導き出すために必要なものではない。そこで、Zは参加的効力の客観的範囲に含まれない。

4. よって、波線部のXの主張は失当である。

以上

(コメント)

#### 問(1)

ここでは弁論準備手続について問われましたが、これについて全く知らなくても条文を見ればできるものなので、諦めずに頑張ってください。

#### 問(2)

ここでは弁論主義が補助事実や間接事実に適用されるかという出題がされました。

間接事実については23年の問題でやっているのでもいいと思いますが、補助事実については補助事実にも自白が成立するかという議論を応用してみました。

果たしてこれで正解なのか確固たる自信はないですが、言っていることに説得力はあるはずなので、このような書き方で良いと思います。

#### 問(3)

ここでは補助参加の利益と参加的効力が問われました。22年のところでも補助参加の利益は出題されているので、ここは絶対に押さえないとところです。参加的効力もそこまで難しいことを聞かれているわけではないので、ここもしっかり理解しておきたいです。

きっと受験生の多くはここで失点していると思います。

#### 問題全体

科目としての難易度は少し高めでした。問(2)は補助事実であるということに気づけない方もいると思うので、しっかり学習していればかなり差をつけられるところだと思います。

問(3)についても理解していれば簡単にできますが、理解していないと全くできないという分野なので気をつけたいです。

## 刑事訴訟法

### 第1問

1. Kが甲車の底部にGPSを取り付けて甲車のGPS位置情報を得て甲の行動把握を行なった捜査（以下「本件捜査」）が「強制の処分」にあたるのであれば、これについて刑訴法上の「特別の定」が必要となる（197条1項但書）。

(1) 「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされており、現に法定されている強制処分の手続・要件は令状主義と結合した厳格なものである。そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反して、その重要な権利利益を実質的に制約する処分をいう。

(2) まず、甲には自己の行動を他人によって把握されないという意味でのプライバシー権が帰属しているところ、本件捜査は甲の承諾を得ないで行われているから、本件捜査について権利帰属主体たる甲の現実の承諾はない。また、一般的に普段の生活において自己の行動が他人によって把握されることはないのであり、甲ももちろんそのような前提で生活していたはずであるから、甲の黙示的な承諾があったともいえない。したがって、本件捜査は甲の意思に反する。

次に、前記の通り、人間の行動についてはそれが他人により把握されずになされることを前提としているし、行動はある程度継続的に取得することでその者の生活パターンを具体的に推認することも可能となりうる性質のものであるため、個人情報としての秘匿性は高いといえ、憲法35条1項で保障される「住居、書類及び所持品」に準ずる私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシー権が帰属している。

確かに、Kが本件捜査を行った目的は甲が覚醒剤をどこに隠匿しているのかを探るためであるにもかかわらず、甲は屋根のない、公道から内部が見えるY駐車場でGPS端末の存在に気づいてそれを取り外しているのであるから、X地点からY駐車場までの公道における位置情報しか得られておらず、結果的には甲の上記プライバシー権への制約の程度は決して高いとはいえないように思える。

しかし、本件捜査はその性質上、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含め、個人の行動パターンを逐一把握できる捜査手法であり、実際に甲の行動に関する情報を約30分間にわたって、かつ10kmにわたって継続的・網羅的に私的領域に侵入しているに等しいほどに取得しているため、本件捜査は上記の意味で重要なプライバシー権を実質的に制約するものであるといえる。

したがって、本件捜査は「強制の処分」に当たる。

2. 本件捜査は強制処分法定主義に服するところ、確かにこれは五官の作用によるものではないものの、機械の作用によって対象者の位置情報を認識して保全するものであるから、「検証」（218条1項）に準ずるものであるといえる。したがって、強制処分法定主義には反しない。

3. 次に、検証は令状主義に服する（憲法35条1項、刑訴法218条1項）から、本件捜査に際してKは格別の令状も得ていなかったのであるから、本件捜査は令状主義違反として違法である。

### 第2問

まず、違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定も

おかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当である。

確かに、証拠物については獲得手続に違法があってもその証拠価値に変化はないし、真実発見の要請（1条）を優先して違法収集証拠にも証拠能力を認めるべきであるとも思える。しかし、事案の真相の解明も個人の人権保障を全うして適正な手続のもとでされなければならないのであり、憲法35条が原則として権利侵害を伴う捜査に令状を要求していることや、適正手続の要請（憲法31条）などに鑑みて、証拠収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法捜査抑止の見地から相当でないと認められる場合には、違法収集証拠の証拠能力は否定されるべきである。以上

（コメント）

### 第1問

“本問は、捜査機関において、被疑者の承諾も格別の令状もなく、被疑者使用の自動車にGPS端末を密かに装着するというGPS捜査を行ったところ、結局は、公道等における位置情報しか得られなかったとの事例において、そのGPS捜査の適法性を問うことにより、関係する条文の理解、法解釈能力及び解釈で導いた判断枠組みを具体的事案に適用できるかという法適用能力を試すものである。このGPS捜査の適法性に関しては、大阪GPS捜査事件・最大判平29・3・15刑集71・3・13、判時2333・4、百選(10版)30事件という指導判例があるので、これを踏まえた法解釈が求められる。”（出題の趣旨）

強制処分該当性に関するもののうち、GPS判例（最大判平29.3.15）に関する出題でした。強制の処分について、基礎問では6問ほど取り上げられており、その解釈は有形力行使があるかどうかで意思制圧説と重要権利利益実質的制約説を使い分けているように思えます。そのため、有形力行使がない本問では後者を用いて検討しました。

出題趣旨を見ると、判例を踏まえて論述することが強く求められています。

私が初見でこの問題を解いてみたとき、GPS判例よりも位置情報取得時間が短いこと（判例は約6ヶ月間とされている）や結果的に大した情報が得られていないことなどをどう評価するか迷いましたが、第2問の存在を考えるとこれを強制捜査でないとして任意捜査の限界を論じるほどの余裕もないと考えてどうにかこじつけてでも強制捜査と認定しようと思いました。

強制処分該当性の1段階目として、個人の意思に反するかどうかを検討する必要がありますが、これは明示→黙示の順で検討して比較的容易に認められます。

次に2段階目では、どのような権利利益が帰属して、それをどれほど制約しているのかを意識しながら論述していましたが、ここで判例との違いをどのように扱うか迷いました。

ここでは「確かに」と「しかし」を使いながら、判例との違いを踏まえて検討しているとアピールしました。このように、全く逆方向の2つの事実がある場合には「確かに」と「しかし」を使って「しかし」のほうに自分の持っていきたい結論を持ってくと理解している感じが出て便利です。

「継続的・網羅的」という判例のキーワードを使っているのも採点官へのアピールです。

そして結果的に強制処分該当性を認めました。解説の 3 評価にあるように、規範を明示してそこそこ当てはめていけば合格水準に達します。

出題趣旨でも触れられているように、「強制的処分」にあたることを指摘して終わりではなく、強制処分法定主義や令状主義を検討することも必要です。

「検証」には五官の作用によって対象物の存否・性質・状態・内容等を認識し、保全するものという定義がありますが、GPS がこれに直接当たるかといわれると微妙です（判例もそのようにいっています）が、私にそんな難しい議論をできるほどの実力もないですし、少なくともロー入試レベルでそんな議論は求められていないはずなので、「検証に準ずるもの」と認定しました。あとは令状主義について簡単に触れて終わりです。

## 第2問

“ 本来、問題 1 において、平成 29 年判例の見解を採用するならば、本件 GPS 捜査は違法ということになり、K 作成の位置情報に関する捜査報告書は、違法収集証拠となる。その証拠能力については、憲法や刑訴法にも規定がなく、解釈で導くことになる（もっとも、解答時間を考慮し、問題の所在や法適用についての論述までは求めず、問題 1 とは別に、知識問題として、違法収集証拠の判断枠組みである違法収集証拠排除法則の説明を求めるに止めた。）。”（出題の趣旨）

ここでは違法収集証拠排除法則に関する 1 行問題が出題されました。私がこれを初見で解いた際には答案中の「まず、違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当である。」という問題意識は書けませんでした。が、3 評価にはそれを書けとあったのでここでは付け足しました。

あとは判例（最判昭 53.9.7）を意識して憲法 31 条、35 条などを挙げながら「証拠収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法捜査抑止の見地から相当でないと認められる場合」という規範をそのまま吐き出して終わりました。

## 問題全体

科目を通して、これを民訴と合わせて 80 分で解くのは時間がかなりシビアだと感じます。合格水準に持っていくためには本答案よりも薄い記述で十分足りると思いますが、学費免除を狙うのであればしっかり書くに越したことはないので、普段から事案をすぐに分析して頭の中で構成する練習をしておくと思いいます。また、刑訴を 40 分で解く練習として慶應や中央の問題もやってみると慣れるかと思いいます。



## 行政法

### 問（１）

1. 「許可」とは、公共の福祉の観点から、私人の本来的自由に対する一般的禁止を個別の申請に基づき解除するものである。

「特許」とは、本来的自由に属しない特権・特別の能力を私人に付与するものである。

2. 許可は、私人の本来的自由が制約されていることから、許可をしないという行政裁量の幅は狭いとされているのに対して、特許は、私人の本来的自由に関わるものではないから、行政庁には誰にどのような観点から特許を付与するのかについて広い裁量が認められる。

### 問（２）

1. 上記問（１）の通り、特許の付与については広い裁量が認められるから、道路占用許可が特許に当たるのであれば、道路占用許可の付与について、Yに裁量が認められやすくなる。

2. 道路は、一般交通の用に供される公の営造物であり（道路法（以下「法」という）1条参照）、特定の者が他人の利用を制限する形で独占的に使用することは認められていない。

もともと、その例外として、道路管理者による道路占用許可を受けることで、道路の排他的独占的な利用が認められる。

そうすると、道路占用許可は、本来的自由に属しない道路の排他的独占的な利用する権能を、個別の申請に基づき付与するものであるから、特許に当たる。

また、法33条1項は、32条1項各号該当性などの要件を満たした場合に「許可を与えることができる」と定めている。これは、道路占用許可の高度の公益性に鑑みて、その許否の判断を道路管理者の公益的見地に基づく判断に委ねる趣旨である。そうすると、道路占用許可について、「道路管理者」たるY県に効果裁量が認められることになる。

### 問（３）

1. 裁量処分判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用があるとして取消事由が認められる（行訴法30条）。判断過程の合理性は、他事考慮・考慮不尽・考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如の有無により判断される。

2. 以下、Xの主張ごとに判断する。

#### （１）（ア）の主張について

本件不許可は特許を付与しないものであるところ、上記問（２）・2より、特許付与については効果裁量が認められるのであるから、要件該当性をもって効果裁量の逸脱を認めることはできない。また、（イ）の事情を除いて裁量処分判断過程が合理性を欠くような事情はないから、本件不許可には裁量の逸脱・濫用は認められない。

#### （２）（イ）の主張について

この主張からすると、Yは抜本的な耐震対策として本件道路部分の全面的な工事が必要でないにもかかわらず本件不許可処分をしたことになる。そうすると、Yが予定している標準的な工法とは異なる代替的な工法により、Xが本件区画を明け渡さなくても全面的な工事を実施することができるにもかかわらず、それを考慮しなかった点で考慮不尽が認められる。

したがって、本件不許可処分は考慮不尽により判断過程の合理性を欠く結果として社

会観念上著しく妥当性を欠くものであるといえるから、裁量権の逸脱・濫用が認められる。以上

(コメント)

#### 問(1)

ここの詳細な説明は基本書や予備校本に譲ります。同志社は問1でこのような簡潔な1行問題を出題してくるので、それぞれの分野で出てくる言葉の意味をおさえながら学習すると良いです。

本答案では、総まくりテキスト(現在の基礎・応用完成テキストに当たるもの)の記述を参考にして論述しました。

#### 問(2)

本来裁量の存否は法令の文言と処分の性質を踏まえて決定するものですが、ここではその規範に乗せるよりも、問(1)の存在意義を考えて、道路占用許可が特許なのか許可なのかを考えれば裁量も見えると思ったので、そのように書きました。

最後にオマケ程度に「できる」という文言についても検討しましたが、これは、もし作問者が「できる」という文言から考えるものとしていた場合に丸々配点を落とすことになるので、念のために書いたというのが正しい心境です(結果的に書いてよかったです)。

#### 問(3)

ここでは裁量審査をしました。基礎問で学んだ審査方法が使える場面だと思ったので、それに沿って規範を書き、Xの主張ごとに分けて検討しました。

(ア)は無理という結論先行で、それに合わせてそれっぽいことを書いたにとどまりましたが、出題趣旨を見ていると間違っていないようです。

(イ)は逆にOKという結論先行で、他事考慮ではなく考慮不尽であることに気をつけながら書きました。

#### 問題全体

全体的に典型問題なので書きやすかったですが、とにかく時間が短いので、瞬時に使える知識を増やしておくことが必要不可欠だと感じます。