

憲法

1. 供託金制度は、X の立候補の自由を侵害するものとして、憲法 15 条 1 項に反し違憲とならないか。
2. 確かに、公職選挙に立候補する自由は明文により保障されている権利ではない。しかし、立候補の自由は選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで極めて重要である。したがって立候補の自由も憲法 15 条 1 項により保障される。そこで、X が A 町の町議会議員選挙に立候補する自由が、憲法 15 条 1 項により保障される。
3. 供託金制度は、候補者が選挙管理委員会等に一定の金銭を預けなければ公職選挙に出馬することができないとする制度であり、X のように貧困にあえいでいる者の立候補の自由を制約している。

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する。
確かに、立候補の自由は、代表民主制（前文 1 段、憲法 1 条後段、43 条 1 項）の根幹たる選挙権と表裏の関係にあり、それ自体として極めて重要な権利であるし、供託金制度によって、X のように貧困にあえいでいる者は、選挙のスタートラインである出馬すらすることができず、一定票を得られなかった場合には全額が没収されてしまうため、立候補に萎縮効果が生じるという点で、供託金制度は X の立候補の自由に対する強度な制約を課しているともいえる。

しかし、供託金制度は例えば「数打てば当たる」というような、真摯な思いを持たない者の立候補を防止し、国民の判断を容易にするものであるから、それによる立候補の自由への制約は、国民による選挙権の自由な行使を促進するための間接的・付随的制約にとどまる。加えて、選挙制度の仕組みの決定について、立法裁量が認められている（43 条、44 条本文、47 条）。

そこで、供託金制度の合憲性は、①目的が重要であり②手段が目的との関係で実質的関連性を有するかどうかで判断する。

5. 供託金制度の目的は、真摯な思いを持たない者が立候補することを防止し、国民の自由な選挙権行使を促進することにある、この目的は自由かつ公正な選挙を目指す憲法の要請に適うものであり、重要であるといえる（①）。

また、供託金制度の存在により、真摯な思いを持たない者は、決して低額ではない供託金を納めてまで立候補しようとは思わないのが通常であるから、真摯な思いを持つ者のみが公職選挙に立候補することに繋がり、上記目的の達成を促進するとして、手段適合性が認められる。

また、立候補者は選挙管理委員会の者と面接等することで、その者が真摯な思いを持つかどうか判断するというような方法によっても目的は達成できると考えられるが、内心の判断は困難であるうえ、言葉を並べるだけであれば真摯な思いを持たなくても可能であるから、供託金を納めさせるという手段により、身銭を切っても立候補したいという真摯な思いを持つ者を選抜できるから、より制限的でない他の選ぶ手段があるとはいえず、手段必要性も認められる。

したがって、手段が目的との関係で実質的関連性を有するといえる（②）。

6. 以上より、供託金制度は憲法 15 条 1 項に反せず、合憲である。 以上

(コメント)

2について 立候補の自由については、論証集に A ランクとして記載があったので、その記述を参考にしました。出題趣旨にもあるように、根拠条文を明確にしたうえで、その条文と立候補の自由の関係を説明することが求められているので、単に「立候補の自由も、憲法 15 条 1 項により保障される」とするだけでは足りません。出題趣旨によると、13 条等で立候補の自由を認めることもできるそうですが、選挙権が絡んでいる本問では 15 条でいくのが無難です。

まずは抽象的に立候補の自由一般の話をし、「そこで」以下でそれを X に即して具体化しました。

4について 違憲審査基準定立の指針を立て、権利の性質（重要性など）と制約の態様（直接・間接など）から定立しました。

出題趣旨では、供託金制度の目的は、売名目的の立候補者や泡沫候補等の者の濫立防止にあるとされていますが、特に泡沫候補などという単語は本番で出せないと思うので、法律で使われがちな「真摯」という単語を使ってみました。このように、論証集等に載っていないことが本番で出ることが多いので、問題文の事実を基に自分で導く練習も必要です。

あとは目的手段審査で当てはめるだけです。

科目としての難易度は、例年より低めですが、立候補の自由について知らないとうろしようもないという点で、差がつきやすいのではないかと思います。

民法

設問1

1. Bに対する請求

(1) AのBに対する請求は、甲契約という売買契約(555条)に基づく代金支払請求権の行使としての50万円の支払請求である。

2022年8月1日に、AB間でα内のブリ100尾の所有権という「財産権」を「相手方」Bに「移転」し、BがAに50万円の「代金を支払うこと」が定められているから、甲契約は売買契約として有効に成立しており、Aはその効果としてBに代金の支払いを請求できる。

(2) これに対しBは、536条1項に基づいて「反対給付」たる代金の支払いを拒絶するとの反論をすると考えられる。

ア. 確かに、甲契約の内容であるα内のブリの引渡しを請求するという債権は、目的物が特殊な範囲で制限されている制限種類債権であるため、α内という特殊な範囲のブリが全滅したことで「債務の履行が...取引上の社会通念に照らして不能である」(412条の2第1項)として「債務を履行することができなくなった」(536条1項)といえる。

イ. しかし、甲契約における債務として、Bが8月8日にBがトレーラーでブリを生きたまま引き取るという取立債務があったから、「債務の履行について債権者の行為を要する」場合に当たる。そして、実際にAは同日、α内でブリ100尾を引渡し用の網に取り込んで、Bが引き取りに来ればいつでもそれを引き渡すことができるよう「弁済の準備」をし、Bに引取りの催告という「通知」をしている(493条但書)から、「弁済の提供」があったといえる。しかし、Bは同日、引渡し用のトレーラーを準備できず、Wへ取りに行けなかったのであるから「債権者が債務の履行を...受けることができ」ていないのであるから、Bは受領遅滞の責任を負う(413条1項)。そして、その遅滞中に、プランクトンの異常増殖という「当事者双方の責めに帰することができない事由によって」ブリが全滅し、ブリの引渡し「債務の履行が不能となっ」ているから、Bの帰責事由が擬制される(413条の2第1項)。

したがって、ブリの引渡し債務は、「債権者」Bの帰責事由によって「履行することができなくなった」のであるから、「債権者」Bは、「反対給付の履行」たる代金支払いを「拒むことができない」(536条2項)として、Bの反論は認められない。

(3) よって、AのBに対する請求は認められる。

2. Cに対する請求

(1) AのBに対する請求は、乙契約という売買契約に基づく代金支払請求権の行使としての50万円の支払請求である。

2022年8月5日に、甲契約と日付や当事者のみを異とする内容の乙契約が、売買契約として有効に成立しており、Aはその効果としてCに代金の支払いを請求できる。

(2) これに対しCは、Bと同様の反論をすると考えられる。

上記1・(2)・アのように、Aのブリ引渡し債務は履行不能であり、CにはBのような帰責事由がないため、ブリの全滅という「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなった」として、Cは「反対給付」たる代金支払債務の履行を拒絶できる。

(3) したがって、Cの反論が認められ、AのCに対する請求は認められない。

設問2

1. AはBへの引渡しを拒絶するために、Bの受領義務違反を理由とする甲契約の解除（542条1項5号）を主張すると考えられる。
2. この主張が認められるためには、Bに受領義務が認められる必要がある。
 - (1) 債権を行使するか否かは債権者の自由であり、原則として債権者に受領義務は認められない。しかし、取引の特殊性等の事情により、債権者に信義則上の受領義務が認められる場合もある。
 - (2) 甲契約の目的物であるブリは、特別に生命力の強い生き物ではなく、命はいつ失われてもおかしくないという意味で、その受取人Bには、信義則上、約定通りにブリを受領する義務が発生するというべきである。したがって、トレーラーを調達できずにブリの引取りに行かなかったBは受領「債務の履行を」していないし、8月8日にAが履行の準備をしたうえで催告をしても、同月11日までの4日間応じていないから、「債権者」Aからすれば、Bは履行の意思がないと考えるのが通常であるから、「催告をしても履行がされる見込みがないことが明らか」である。
 - (3) そして、上記不履行に「債権者」Aの帰責事由（543条）はないから、Aは、Bが引き取りにくるまでに解除権を行使する旨の意思表示（540条）をしていれば、ブリの引渡しを拒絶できる。

以上

（コメント）

設問1

まず、パッと見てBは悪そうだけどCは悪くなさそう→両方への請求の可否を聞いているということは一方が請求可能でもう一方が請求不可能という結論になりそう→もしそうならBに請求可能という結論にするのが妥当だから、そのための構成を考えてみよう。という思考が発点になります。

ここで、制限種類債権という全く馴染みのない言葉が出題趣旨で出てきますが、この言葉を使いながら論じると、高い評価が与えられます（出題趣旨11行目～12行目）。

ただ、制限種類債権という言葉を使えば“高い評価が与えられる”だけなので、答案の大枠として、売買契約成立により請求可能→履行不能と536条1項の組み合わせによる反論→受領遅滞という帰責事由の存在により反論は認められない→請求可能。というような流れで条文相互の関係を意識しながら論述できていれば十分合格レベルには到達するのではないかと思います。

1（1）では、甲契約が売買契約であることを丁寧に論じています（出題趣旨17行目）。

（2）イでは、出題趣旨31行目～33行目の①～③をコツコツ認定しています。ここでもやはり、条文と事実を結びつけることを意識しています。逆にこれを綺麗な三段論法にすると、同じことを何度も繰り返し書くことになり、時間も紙面も無駄です（慶應ローでは答案用紙が30行×4頁分あったので、時間内にそれを全部埋めることは不可能ですが、無駄なことに変わりはないです）。

（3）で、しっかり問いに答えています。

2（1）では、乙契約は甲契約とほとんど同じであるというだけで売買契約であることを認定しています。出題趣旨17行目では乙契約についても法的性質決定を丁寧に論じることが求められているのですが、甲契約との違いが日付と当事者くらいしかないので、法的性質は同じであるとして、売買契約であると認定しました。時間がたくさん余っていれば甲契約のときと同じ

ように丁寧にやってもいいですが、この民法と刑法が長すぎることを考えると、時間が余ることは考えられないので、これくらいで十分です。

(2) では、C は B と違って帰責事由がないということを端的に指摘して、短めにまとめています。ここを丁寧に論じてあまり意味がないです。

また、C との関係では C から解除の反論も予想されますが、メインが危険負担であるため、そこに触れていれば十分であり、時間的にも解除に触れることはやめておいたほうがいいです(出題趣旨 28 行目)。

この設問と親和性の高い問題は基礎問にありませんでしたが、基礎問や論証集で学んだことを総動員すれば十分論述できる問題です。

設問 2

設問 2 は考えられそうなものを書くものでした(出題趣旨 42 行目)。

この答案のように解除の構成で書くのは難しいとされています(出題趣旨 3 頁 13 行目以下)が、出題趣旨で挙げられている(1)や(2)を書くのは時間も内容も、現実的にかなり難しいので解除で書きました。

また、出題趣旨では「引取義務が認定できる事例であるかは疑わしい」とされていますが、答案ではブリが特別生命力の強いわけではない生き物であるという理由をつけて引取義務を認定しました。これがゴキブリであれば、生命力が強いので引取義務を認定するのは不可能かと思いますが、ブリなのでそう評価しても悪くないのではないかと思います。

また、「A が解除の意思表示をした事実を拾い出すのは難しい」とされていますが、答案のように意思表示をしていれば拒絶できるという仮定的な認定をすれば、一定の評価はいただけると思います。確かに出題趣旨で触れられているような構成で書いた方が評価は高くなりますが、刑法や憲法のことを考えると、ここで時間をかけて 100%の解答をするよりも時間を節約して 80%の解答をした方が合計点は高くなるかと思えます。「肉を切らせて骨を断つ」みたいなことです。

問題全体

科目としての難易度は例年より高めでした。これは、制限種類債権という耳に馴染まない概念や設問 2 の応用問題の影響です。

刑法

問題 1

1. X が A の頸部をロープで絞めた行為（以下「第一行為」という）に、殺人罪（199 条）が成立するか。
2. A は、X が A を第一行為の現場から約 10km 離れた林の中に放置した行為（以下「第二行為」という）を直接の原因として死亡しているところ、第一行為と死亡の結果に因果関係があるか。
 - (1) 因果関係の存否は、行為の危険性が結果へと現実化したかどうかで判断し、その際には、介在事情の異常性や結果への寄与度を考慮する。
 - (2) 確かに、X の第二行為が A 死亡の直接的原因となっているところ、殺人の実行行為に及んだ者が、被害者死亡の場合に犯行の発覚を防ぐために人気のないところへ放置することは頻繁にあることであるから、第二行為という介在事情の異常性は低い。そうすると、第二行為が A の窒息死という結果に大きく寄与していることを考慮しても、第一行為の危険性が A 死亡という結果へと現実化したといえ、因果関係が認められる。
3. もっとも、故意（38 条 1 項）は実行行為の時点で認められなければならないから、第一行為で殺人を完遂したと誤認している X には因果関係の錯誤がある。この場合、X に故意が認められるか。
 - (1) 故意責任を問うためには行為規範の問題に直面することで反対動機が形成可能であったことが必要である。そして、因果関係に錯誤がある場合、認識した因果経過と実現した因果経過がいずれも因果関係の認められるものとして同一構成要件の範囲内で符合する以上、反対動機が形成可能な行為規範の問題に直面できたとして、故意が認められる。
 - (2) まず、X が認識した因果経過は第一行為によって A を殺害したことであり、実現した因果経過は第二行為によって A を殺害したことである。そうすると、X が認識した因果経過も実現した因果経過も殺人罪の構成要件の範囲内で符合するから、X に故意が認められる。
4. したがって、X に殺人罪が成立する。

問題 2

1. X の罪責

- (1) X が Y に本件土地を売却し、その登記を移転した行為に、A に対する横領罪（252 条 1 項）が成立するか。
- (2) 本件土地は二重譲渡の目的物であるところ、これが「他人の物」に当たるか。
 - ア. 意思主義のもと、民法上は契約成立時に目的物の所有権が移転する（民法 176 条）ところ、刑法上はその保護に値するだけの所有権の実質が必要である。そこで、二重譲渡の目的物が第一譲受人の所有物として「他人の物」に当たるためには、第一譲受人が代金の全部または大部分を支払っている必要がある。
 - イ. X は A に本件土地を 3000 万円で購入し、その代金として 3000 万円全額の支払いを受けていたのであるから、本件土地は、XY 売買契約の時点で A という「他人の物」であったといえる。
- (3) X は A に対する本件土地の売却時点で A への所有権移転登記義務を負うにもかかわらず、Y への売却時点でも自己名義で登記を有していたのであるから、本件土地への法律的支配としての「占有」が認められ、本件土地は X にとって「自己の占有する...物」である。
- (4) X は A に本件土地の登記を備えさせる義務を負うにもかかわらず、本件土地を Y にも売却して Y に登記を移転して A の所有権取得を妨害している。そうすると、X が Y に登記を

移転した時点で、Aとの委託の趣旨に背いて、権限がないのにAでなければできない本件土地の売却という処分をする意思を外部的に発現しているから、Xは本件土地を「横領」している。

(5) したがって、Xには横領罪が成立し、後述の通りYと共同正犯(60条)となる。

2. Yの罪責

(1) YがXから本件土地を購入し、登記移転を受けた行為に横領罪の共同正犯が成立するか。

(2) 「共同して犯罪を実行した」というためには、共謀とそれに基づく実行行為をしたことが必要である。

Yは、本件土地が既にXからAへ売却されていることを知りながら、X名義の登記が残っていたことを奇貨として自己に本件土地を売却させたのであるから、Xとの間で本件土地に関する横領罪について共謀している。

そして、YはXによる「横領」としての本件土地の売却及び登記移転を受けているから、Xとの上記共謀に基づき本件土地を「横領」している。

(3) 65条1項は真正身分犯の成立と科刑における真正身分の連帯的作用を規定したものとされている。

したがって、Xの「占有...者」たる身分がYに連帯し、YはXと「共同して」横領「罪を実行した」として、横領罪の共同正犯の構成要件に該当する。

(4) しかし、Yには違法性阻却が認められないか。

ア. 民法上、自由競争原理を根拠に、単純悪意者は保護される一方で背信的悪意者は「第三者」(民法177条)に当たらないとされているから、刑法上も背信的悪意者でない者は違法性が阻却される。

イ. Yは、本件土地の売買を持ちかけられ「それはさすがにやりすぎだ」と一度拒絶したXにしつこく迫ることでXに本件土地の売買を承諾させた。加えて、既に本件土地の代金3000万円全額支払ったAに対して少なくとも差額分の2000万円で、利益をXと折半する約束で本件土地を売却しようとしている。そうすると、YはXA間売買を知っているのみならず、Aを害することで自己の利益を得ようとしているとして背信性が認められ、背信的悪意者に当たる。したがって、Yは違法性が阻却されないから横領罪の共同正犯が成立する。

問題3

1. XがBに、Aの単車を燃やさせた行為に他人所有建造物等以外放火罪の共同正犯(60条、110条1項)が成立するか。

2. まず、Xは実行行為をしていないが、①共謀②それに基づく実行行為③正犯性を要件として共謀共同正犯が成立し、Xも責任を負うことになる。

(1) 暴走族のリーダーであったXは配下のBに「俺が許可する」としてAの単車を燃やせと指示しており、Bが承諾しているから共謀が認められる(①)。

(2) 上記共謀に基づき、BはA車からガソリンを流出させてサドルシート付近にライターで「放火」し、A車を「焼損」させている。また、A車のサドルシートが1mほどの火柱をあげてA方家屋という建物に延焼しており、不特定多数人の生命等に危険が生じているから、放火行為に「よって公共の危険を生じさせ」ている(②)。

(3) また、XはBの犯意を誘発し、リーダーとしての地位に基づきBに指示しているから役割の重要性もあり、正犯性が認められる(③)。

したがってXには共謀共同正犯が成立する。

3. 108条や109条1項の未必の故意との区別困難性から、「公共の危険」の認識がなくても故意は阻却されない。

よって、BがAの単車のありかを鉄筋コンクリート製かつ周囲に燃えやすいものがないP橋にあると誤信していたことをもって故意は阻却されず、Aの単車を燃やすことを認識している以上、故意が認められる。

4. 以上より、Xに他人所有建造物等以外放火罪の共同正犯が成立する。 以上

(コメント)

問題1

問題1では、問題文に「成立しうるもっとも重い犯罪について」とあるので、遺棄罪などを考慮すると殺人罪を知らない人なのだと思われてしまいます。慶應でこのような指示がなされるのは珍しいですが、この先も事例問題3問構成が出題される可能性はあるので、その場合には検討事項を減らすためにこのような指示がされることも視野にいれながら問題を読むのがいいと思います。結局問題をよく読めということになってしまいます。

1は出題趣旨の採点基準①を拾いました。

2は丁寧に書くのであれば実行行為→結果→因果関係という流れにすべきですが、ただでさえ書く量が多いし、結局検討の中で拾えるので最初から因果関係の指摘をしました。

(1)は基礎問17問目で使われている因果関係の短いバージョンの規範を参考にし、判断基準を短めに指摘して採点基準①のaを拾いました。

(2)は介在事情の異常性と結果への寄与度を長くなりすぎないように当てはめでbを拾いました。

3の因果関係の錯誤は基礎問19問目で出題されていたので、これを参考に当てはめました。ここで重要なのは因果関係の錯誤が故意の問題であることです。名称からすると因果関係の検討の中で触れるのかと勘違いされがちですが、故意レベルの問題であることに注意が必要です(採点を終えての寸評(以下「採点実感」という)参照)。

問題2

問題2では、横領について基本的なことをXで、少し発展的なことをYで聞かれました。採点実感を見ると、基本的な横領罪の構成要件についてはほとんどの人が触れられていたと思われませんが、「他人の物」に関して本答案のようにしっかり検討していれば高い評価が得られました。Yの違法性阻却についても同様ですが、違法性阻却についてはキーワードを拾いながら頑張って検討していれば、相対的に浮くことができると思います。

1(2)で採点実感にある高く評価される答案の対象とされる、他人性の要件の具体的な論述をしました。これは論証集でも基礎問58問目でもしっかり記載があったので、これを見ていれば簡単に書けます。ここで長々と論じると途中答案の危険があるので、端的に当てはめています。あとは採点基準のなかで求められている横領罪の構成要件該当性について論じていますが、「占有」や「横領」については本問でそこまで問題となっておらず、定義(「占有」なら濫用のおそれのある支配力など)を書いて当てはめるという丁寧な検討はやめました。設問が多いなどの事情で長くなりそうな場合には、短くできるチャンスがあれば積極的に活かしていくことが必要です。

2のYの罪責でもっとも重視されていると思われるのは違法性阻却についてです。そのため、最悪の場合、(2)と(3)をまとめて「構成要件該当性については上記1と同様である」とい

うように省略しても、違法性阻却さえしっかり論じられていれば合格ラインを下回らないのではないかと思います。一言でも触れていた方がいいことはいいですが、とにかく書く量が多いので、メイン論点であろうものを見つけ出して優先的に書く練習もしておくといいと思います。

(4)の違法性阻却については論証集にも基礎問にもありましたが、その規範を丁寧に書いていたのでは時間的な現実性を逸脱してしまうので、民法と刑法を簡単に比較した規範にしました。当てはめではYがしつこくXに売買を持ちかけたことや利益を折半しようとしていたことから背信性を認定しました。この程度の事実を引用していれば、採点実感の高い評価に相当するのではないかと思います。

この認定の中で、Yが「少なくとも差額分の2000万円」でAに売却したとしていますが、これは問題文の事実後半あたりに「差額くらい取ったって」と記載されていることや、普通に考えて既に3000万円支払ったAが、現在の価格である約5000万円を支払うわけがないということで、きっと2000万円くらいであろうと推測しました。ここで2000万円と決めつけてしまうと、勝手に事実を作り出したということで印象が悪くなってしまうので気をつけたいです。

問題3

問題3では、放火罪について問われました。採点実感を反対解釈すれば、基本的なことさえ書けていれば相対的に浮くということなので、ここでいう「公共の危険」の認識などの論点を拾えていれば、多少当てはめが雑でも相対的に浮いたと思います。

ただ、ここで出題されたということは、過去問はみんな当然やってくるので、次出題されたときはしっかり書けるように準備したいところです。

2(2)では「放火」と「焼損」について定義を書かずに認定していますが、問題文に、目的物であるA車のサドルシート付近に「火を放った」と書いてあったり「A車が焼損」と書いてあったりしたので、さすがに丁寧な当てはめは不要だと思います。強いていえば「公共の危険」の発生があるかどうかの検討はもう少し丁寧にしても良いのですが、時間的な現実性に欠けるので、あえて削って最低限の量で認定しました。

3では、「公共の危険」に関する故意は不要とただけなので、必要な故意であるAの単車を燃やす認識を認定しました。

この問題については、基礎問67問目でも論証集でもしっかり記載があったので、とても書きやすかったです。

問題全体

科目としての難易度は、この次年度の2024年度も含め過去最高でした。1つ1つの問題の内容自体はそこまで応用的なことでもなく、基礎問や論証集をしっかりとやっている方にとっては簡単に感じるかもしれませんが、これを50分前後で書ききることなど無理だと思います。具体的には3科目通しての戦略で書きます。また、本答案は約2700字であり、紙面が足りないのではと思われる方もいらっしゃると思いますが、慶應は30行×4頁の答案用紙が配布されるので、全て書くこと自体は可能です(憲法と民法で時間を節約することが前提です)。

(3科目通しての戦略)

憲法と民法の量が少なめですが、刑法で書く量が多すぎるので、少ない文章量でもなんとか検討事項を網羅できそうな憲法と民法をこれくらいに抑えないと、途中答案になってしまうからです。

このように、複数科目同時に行われる試験では時間配分が本当に大切です。

憲法では多く書かなければ配点を拾えない問題が出づらいため、私は憲法を 40 分程度で終わらせることを目標にしていました。

憲法はこの量なら 40 分程で十分書き切れるので、とにかくここでどれだけ時間を節約できるかの勝負です。

民法は基本的に 60 分使わないと満足に書ききれないものが多いのですが、今回はそんなことを言われてられないほど刑法の量が多かったので、最低限綺麗な答案を書くにとどめ、充実した当てはめは求めませんでした。そのため、50 分前後で書き切れる量だと思います。

刑法については、例年なら 50 分前後で書き切ることができますが、2023 年度に限っては 60 分ほどかけないと評価項目を網羅するのは無理だと思います。合格ラインという意味では、問題 2 の Y の罪責のところで違法性阻却の議論のみにするなどの工夫をすれば、多少時間が節約できると思いますが、削りすぎるのも怖いので、試験開始後 3 分くらいで問題を全て見て方針を決めるのがいいと思います。今年は民法が多い、今年は刑法が多いなど、年によってバランスが変わってくるので、問題を見て大体これくらいで書くという方針を一瞬で判断する力も必要になってきます。これは慣れなので、過去問 5 年分くらいやれば見えてくると思います。

商法

1. 甲社は、本件契約が「事業の重要な一部の譲渡」（会社法（以下略）467条1項2号）に当たるにもかかわらず、株主総会特別決議（467条1項柱書、309条2項11号）による承認がないため、本件契約は無効であると主張すると考えられる。
2. では、本件契約は「事業の…譲渡」に当たるか。
 - (1) まず、法解釈の統一化による取引安全の要請から、467条1項1号・2号の「事業の…譲渡」は21条以下の事業譲渡と同一意義である。

次に「事業の…譲渡」とは、①一定の事業目的達成のために組織化され、有機的一体として機能する財産を譲渡し②譲渡会社はその財産によって営んでいた事業的活動を承継させ③譲渡会社が法律上当然に21条所定の競業避止義務を負う結果を伴うものを意味する。もっとも、特約により競業避止義務が排除される場合もあるから、③は①と②を満たした場合の帰結にすぎない。
 - (2) まず、甲社は陶器の製造及び販売を業とする会社であって、本件契約の目的物であるQ工場はその目的を達成するために、従業員や取引先を有し、有機的一体として機能する財産である(①)。

次に、本件契約では、甲社がQ工場で営んでいた陶器の製造等の事業を乙社に対して従業員や取引先も引き継いで操業を続ける合意がなされている(②)。

そして、③については不明であるが要件ではない。

したがって、本件契約は「事業の…譲渡」に当たる。
3. 次に、本件契約の目的物である事業が「重要な一部」に当たるか。
 - (1) 「重要な一部」であるかどうかは、譲渡する事業の量と質の両面から見て判断する。
 - (2) 本件契約の目的物であるQ工場は、帳簿価格が3000万円であり、甲社の総資産1億円の3割を占めているし、甲社の唯一の工場であるから、甲社にとって量的にも質的にも重要性が高い。したがって、Q工場は甲社の事業の「重要な一部」に当たる。
4. 本件契約の際に株主総会は開催されていないが、親戚の会合が全員出席総会であるとして決議の不存在という瑕疵を治癒できないか。
 - (1) 株主総会決議がなくても、①株主全員が瑕疵の存在を認識したうえで開催に同意して出席した全員出席総会で②株主総会の決議事項について決議がなされたといえれば決議不存在の瑕疵が治癒される。
 - (2) 甲社取締役であったAは、親戚の会合で居合わせたBとDに了解を求めているものの、Dはまだ生きているCの息子であるにすぎず、Cから詳しく話を聞いたわけでもないから、DをCと同視することはできない。したがって、①を満たさず、決議不存在の瑕疵は治癒されない。
5. そこで、会社の承認を欠く事業譲渡の効力が問題となる。
 - (1) 事業譲渡は会社の基礎的変更として株主等、多数の者の利害に重大な影響を与えるものであるから、承認決議を欠く場合は無効である。また、相手方が善意・無過失であっても、信義則上その主張が制限される事情がない限り相手方に無効主張できる。
 - (2) 本件契約の際に、乙社は甲社内での承認がないことを過失なく知らなかったのであるが、時価6000万円という決して小さくない規模の事業を譲り受けるのであれば、相手方である乙社にも甲社内での承認があったかどうか確認する必要があった。また、取締役として甲社を代表して(349条1項本文)本件契約を締結したAは、乙社に対して甲社内での承認があ

ったと偽っているような事情もない。したがって、信義則上の制限がされる事情もない。
よって、甲社は乙社に対して本件契約の無効を主張できる。 以上

(コメント)

本問は事業譲渡に関する問題でしたが、過去10年ほどの問題を確認しても出題されていなかった(追試を除く)ので、落ち着いて解けたかどうか重要な問題でした。

論点は多いですが、事業譲渡に関する問題という意味では同じなので、論点としてではなく、事業譲渡としてとらえると解きやすくなります。

1は、Dが主張するのか甲社が主張するのかという出発点で悩むかもしれませんが、問題文には「甲社の立場において考えられる主張」とされているので、甲社ベースで考えるのが妥当です。

2と3では、そもそも事業譲渡に当たるのか→それは「重要な一部」なのかというように分けて考えましたが、時間がなければ事業譲渡該当性の認定のなかで「重要な一部」であると認定することもできなくはないです。その場合は、2の問題提起を「では、本件契約は「事業の重要な一部の譲渡」に当たるか。」としたうえで、②の当てはめの後に問題文の事実を使いながら「重要な一部」であることを認定することになります(その場合3(1)の規範は書かずにそれを前提として考えます)。

また、これを「全部の譲渡」(467条1項1号)と考えることもできますが、私は甲社が販売もしていることに着目して、工場では製造のみで販売はしていないだろうと想定し、販売が残っているから「一部」としてしました。出題趣旨では「全部又は重要な一部の譲渡」とされているので、結論はどうであれ、どちらかに当たることを説明できていれば良いということになります。

4は、出題趣旨で全員出席総会にも言及することが求められていたので軽めに認定しました。ここで決議不存在に関する論点(物理的不存在と法律的不存在から認定するもの)を書く余地もありましたが、決議がないことは明らかなので無視しました。書けば加点になると思いますが、他の科目のことを考えるとやめておくのが得策だと思います。

5は承認のない事業譲渡の効力について検討するなかで相手方にも主張できるかを書きました。

事業譲渡に関しては基礎問55問目で詳しく言及されていたので、これだけで7割ほどは答案が完成します。残りの3割は論証集に記載されていることだけで埋められました。

科目としての難易度は、やや高めだと思います。ですが、対策が間に合っていない人にとっては激ムズにもなりうるし、対策ができていない人にとってはやや簡単くらいにもなるかだと思います。

民事訴訟法

問1

1. YはXから融資を受けた事実を認めている（以下「本件陳述」という）が、これと併せてAの生前にAを通じてXに弁済済みである旨を主張しているところ、口頭弁論終結の段階で真偽いずれとも心証を得ることができていない。そこで、裁判所は証明責任にしたがって判断すべきである。

(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。そして、証明責任の分配については、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証明責任を負うことになる。

(2) まず、裁判所が認容判決をするためには原告の請求原因事実が認定されている必要があるから、これが認められるとXは請求を認容されうるという意味で、Xが利益を受ける者として証明責任を負う。では、Yが本件陳述をしたことをもって裁判上の自白が成立し、請求原因事実が認められるか。

ア. 裁判上の自白とは、当事者が訴訟の口頭弁論等においてする、相手方の主張と一致する自己に不利益な事実、すなわち相手方が証明責任を負う事実を認める陳述を意味し、ここでいう事実には少なくとも主要事実が含まれる。

イ. Yは口頭弁論において本件陳述をしており、これは請求原因事実として原告Xが証明責任を負う主要事実を認める陳述であり、裁判上の自白が成立し、請求原因事実が認められる。

(3) 次に、Yによる弁済済みの主張は、請求原因として明らかになった消費貸借契約締結の事実（民法587条）と両立し、その効果を覆滅させるものであるから、弁済の抗弁（民法473条）に当たる。

この弁済の抗弁が認められると、Xの消費貸借契約に基づく貸金返還請求権が消滅するため、請求が棄却されるという意味で、Yが利益を受ける者として証明責任を負う。

そうすると、口頭弁論終結の段階でも弁済の事実について真偽不明である以上、Yは弁済の事実が認められることによって生じる債権消滅という法律効果の発生が認められない不利益を負う。

2. したがって、裁判所は証明責任に沿って、Yから他の抗弁が主張されていない限り請求認容判決をすべきである。

問2

1 Yが控訴（281条以下）をするためには、控訴の利益が必要であるところ、その存否をどのように判断すべきであるか。

(1) 控訴の利益の存否は、原判決確定による判決効によって何らかの請求ないし主張が封じられるか否かによって判断する新実体的不服説により決する。

(2) 確かに、Yは第1審において請求棄却を求めており、原判決はYの抗弁を認めたとえでの請求棄却判決であるから、原判決主文はYの全部勝訴であり、Yの主張は封じられないように思える。

しかし、判決理由中の判断である相殺の抗弁に関する判断には既判力が生じる（114条2項）から、Yの相殺の抗弁を認めた原判決が確定すると、その既判力によってYは反対債権である建設機械の売掛金の累計1億円をXに対して請求することができなくなる。

したがって、控訴の利益が認められる。

2. 以上より、Yは原判決の判決書等を受け取った日から「2週間の不変期間内」、もしくはそ

の判決書等を受け取るまでに控訴を提起していれば、適法に控訴することができる(285条)。

以上

(コメント)

問1

問1は、証明責任に関する問題でした。

出題趣旨では触れられていませんが、民事訴訟の構造が、請求原因が認められるか→抗弁が認められるか→再抗弁が認められるか。というような仕組みである以上、Yによる抗弁の話の前に請求認容の前提となる請求原因について簡潔であっても認定すべきだと思って書きました。この中で自白が問題となりますが、自白が成立することは明らかなのでかなり簡潔に認定しました。

あとは証明責任の定義や分配基準にしたがって当てはめていくだけででした。

問2

まず、控訴の利益の判断基準については①実質的に原判決よりも有利な判決を期待できるかどうかで判断する旧実体的不服説②第1審における本案の申立事項と原判決主文を形式的に比較して判断する形式的不服説③原判決確定による判決効によって何らかの請求ないし主張が封ぜられるか否かによって判断する新実体的不服説の3つの説があります(①説は今だとほとんど主張されていないようです)。出題趣旨では、基本的に②説に立つことを想定されていましたが、他の説に立っても適切に規範を立てて当てはめていけば評価されることが読み取れるので、本答案のような形でも問題ありません。なぜわざわざ③説に立ったのかというと、②説だと、形式的に比較して控訴の利益なし→例外的に認められる場合もある(名古屋高金沢支判平元 1.30参照)という流れで書かなければならず、刑訴に時間を使えなくなるおそれがあるからです。最後の「以上より」以下は、控訴の利益があっても期間内に控訴しないとダメという話を交えながら控訴の利益を認めました。

問題全体

科目としての難易度は例年通りくらいだと思います。証明責任の分配基準に話を知らないと配点項目を拾うのが難しくなってくるという意味では難しめということもできるかと思います。

刑事訴訟法

設問 1

1. 小問 (1)

当事者主義的訴訟構造のもとでは審判対象が検察官の明示した訴因に限定されている。そして、256 条 3 項が具体的な「罪となるべき事実」の記載として訴因の明示を求めている趣旨は、裁判所に対して審判対象を限定することと、被告人に対して防御範囲を告知することにある。もし訴因を明示しなければ、裁判所は審理すべき範囲が不明確となり、被告人も防御すべき範囲が無制限に広がることになり、充実した訴訟追行ができなくなるから訴因を明示すべきなのである。

2. 小問 (2)

(1) 訴因には上記の機能があるところ、訴因を明示した記載といえるためには①被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するか否かを判別するに足りる具体的事実の記載がされていることと②他の犯罪事実と区別可能な程度に事実が記載されていることが必要である。

(2) まず、強制性交等致死罪（旧刑法 181 条 2 項、177 条）の構成要件は、13 歳以上の者に対して暴行又は脅迫を用いて、性交等又はその未遂（同 180 条）をし、よって人を死傷させたことと、強制性交等に関する故意があることである。まず、X が性交目的で V という人間の顔面を手拳で殴打し、胸部や腹部を足蹴にしたり、踏みつけたりするという暴行は、相手方たる V の犯行を著しく困難にさせるに足りる程度の暴行をし、性交しようとするものとして強制性交等未遂罪に当たるし、事前に強制性交目的で V 方に侵入したことや行為態様から考えれば、当然にその故意も認められる。そして、上記暴行に基づいて V は死亡しているから、公訴事実として記載された事実、X の行為が強制性交等致死罪に該当するかどうかを判別するに足りる程度の具体的事実である (①)。

また、公訴事実の記載は、日時・場所・方法のみならず、被害者も記載されているし、人の死は論理的に一回しかあり得ないのであるから、V が死亡したことも記載されている点で他の強制性交等致死罪と区別が可能である。

したがって、本問における公訴事実のうち、V に対する強制性交等致死に係る部分は、訴因を明示した記載といえる。

設問 2

1. 小問 (1)

伝聞証拠は通常、供述証拠であるところ、それが原則として証拠能力を有しないのは、公判廷における供述は人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程について、相手方の反対尋問権の保障（憲法 37 条 2 項前段）や宣誓に加え、偽証罪（刑法 169 条）の制裁の予告によってその信用性や正確性を吟味・確認することができる一方で、公判廷外供述のうち、その内容の真実性が問題となるものについては、そのような確認ができないため、これに無条件に証拠能力を付すと、典型的に事実認定を誤らせるおそれがあるからである。

2. 小問 (2)

P は W の供述のうち、V の「いやらしいことばかりする」という発言部分から、V の生前、X が普段から V に対していやらしいことをしていたという間接事実を推認し、そこから X の強制性交に関する犯行の動機という間接事実を推認し、ひいてはその動機に基づく X の犯行、すなわち X の犯人性という主要事実を立証しようとしていると考えられる。

3. 小問 (3)

(1) 上記小問 (1) における伝聞法則の趣旨から、伝聞証拠とは、要証事実との関係で公判廷

外供述の内容の真実性が問題となるものをいう。

(2) 上記小問(2)の推認過程からすれば、要証事実「XがVにいやらしいことをしていたこと」であり、この要証事実との関係で、Vの公判廷外供述の内容の真実性が問題となるから、Wの第2回公判期日における供述は伝聞証拠に該当する。

(3) これは、X側からの同意(326条)があれば例外的に証拠能力が認められるが、X側から同意が得られるとは考えにくい。そこで、Wの証言が「被告人以外の者の...公判期日における供述で被告人以外の者の供述を内容とするもの」として324条2項により321条1項3号が準用されることから、その要件を満たせば証拠能力が認められる。 以上

(コメント)

この事例は、刑法改正によって問題が成立しなくなりましたが、旧法を使えばこう書くという視点で作成しました。

設問1

設問1は訴因に関する出題でした。訴因は当てはめで差をつけやすい分野の1つなので、今後も備えておきたいところです。

小問(1)は訴因の機能が①審判対象画定と②防御範囲告知にあることを踏まえて説得的に書いていけばOKだと思います。明示がある場合の利益(逆にいえば明示がない場合の不利益)を絡めて説明していくと説得力が出てくるのではないかと思います。

小問(2)は、まず訴因の特定に関する基準を書きました。①の当てはめでは、規範で「特定の犯罪構成要件に～」と書いたのが、構成要件を書き、問題文の事実はこれに当てはまるのかという話を少し丁寧に認定しました。②の当てはめでは、「人の死の論理的一回性」というキーワードを軸にしながらか認定しました。このキーワードは色々な事例で使えるので覚えておくとういことです。基礎問では、自宅全焼の場合も論理的に一回しかないという話が出てきているので、その視点は便利です。

設問2

設問2は伝聞証拠でした。

この問題はいやらしい判例(私が勝手にそう呼んでいるだけです)を素材にしたもので、基礎問52問目でほとんどそのまま解説されているので、基礎問利用者は答えやすかったと思います。

ロー入試受験生で伝聞をしっかり処理できる人はあまり多くないと思うので、このいやらしい判例を理解しているかどうかで差がついたのではと思います。

小問(1)は15行以内の制限がありましたが、15行フルで書けるほどのネタは思いつきませんでした。そのため、反対尋問・宣誓・偽証罪の話で文字数を稼いで説明しました。

宣誓だけ条文番号を書いていませんが、これは本番で見つけるのが簡単ではないため、現実的にはこうなるだろうという想定です(実際は刑訴法154条にあります)。

ここでのこだわりは、1行目の「原則として証拠能力を有しない」という言い方です。これは伝聞例外のことも視野に入れて書いたよと採点官にアピールする目的です。

小問(2)は推認過程を書くものです。これは基礎問の伝聞法則に関する約15問でこれでもかというくらい丁寧に解説されているので、それを活かして書きました。

一発で犯人性という主要事実に到達するのはどう足掻いても無理なので、一歩ずつ間接事実を辿って犯人性にたどり着くのが正しい道です。

小問(3)は、伝聞証拠に当たるかどうかの判断基準→当てはめ→例外。という流れで書きました。規範と対応するように気をつけながら端的に当てはめ、伝聞例外の条文だけ書きました(設問で要件を満たすか否かの検討は不要とされていたため)。

問題全体

科目としての難易度は例年通りかと思います。伝聞法則についてはここで出題された以上はしっかり準備していく必要があります。

(3科目通しての戦略)

商法は時間のかかるものが多いですが、今回は事業譲渡について処理手順を確立させていれば35分くらいで書き切れるかと思います。

民訴は例年時間のかからないものばかりなので、40分もかけずに終わらせたいです。本年度でいえば、問1の証明責任で少し迷って時間を使うかもしれないですが、問2の控訴の利益は知っていればただ書いただけなので、40分かけなくても足りると思います。

刑訴は当てはめで差がつきやすい科目なので、時間をかけたいです。それは捜査法からの出題でも同じです。本年度は設問が2つということで、問題を読むだけでも時間がかかるし、行数制限のある問題は絞るのも時間がかかるので、できれば45分から50分くらい時間を取りたいです。

3科目を通して、削るとすれば民訴の自白の部分を検討せずに自白成立を前提として書いていくことや商法の「重要な一部」の議論を事業譲渡該当性の議論に包摂させることが考えられますが、本年度ではそこまでギリギリになることもないと思うので、丁寧に書きたいところです。