

## 憲法

1. 私が X の弁護士であれば、以下のように検討して条例が違憲であることを助言する。
2. A 市観光促進条例は、X の具体的「財産権」を侵害するものとして、憲法 29 条 1 項に反し違憲とならないか。
3. まず、憲法 29 条 1 項は、私有財産制のみならず、個人が現に有する具体的な「財産権」も保障している。A 市内の土地所有者 X には、所有する土地に対する「所有権」（民法 206 条）の「使用」及び「処分」の権能として、その土地で誰を通行させるかという具体的「財産権」が憲法 29 条 1 項により保障される。
4. A 市観光促進条例は、A 市内の特定の土地所有者 X に対して、観光客等の通行を認めなければならないという制限を課すことにより、X の上記財産権を制約している。
5. 財産権規制の「公共の福祉」（29 条 2 項）適合性は、規制の目的・必要性、規制の内容、規制対象たる財産権の種類・性質、制限の程度などを比較衡量して判断する。

まず、規制の目的は A 市の風光明媚な景観を国内外に周知させ、A 市の観光業を促進し、もって A 市の産業全体を活性化させることにある（条例 1 条）。この目的は A 市の財政を支えていく観光業を活性化させるという点で公共の福祉に適合する正当な目的である。

また、A 市は海岸線の風光明媚さで知られているのであるから、A 市の観光業にとって重要な意味を持つ海岸線辺りで観光客等に不便な思いをさせないように、X の土地を通行させる必要性は高い。

確かに、土地を誰に通行させるかという点は、土地所有権の重要部分であるから、規制対象となる財産権は重要なものである。しかし、規制の内容としては海岸線の水際から 10m の土地を単に通行させるという、決して重大ではない規制である（条例 3 条本文）ことに加え、土地所有権等の行使が著しく侵害される事情がある場合には例外が設けられている（同条但書）点で制限の程度も軽微であるといえる。

そうすると、本件条例は手段の必要性・合理性に欠けることが明らかであるとはいえず、A 市観光促進条例は「公共の福祉」に適合するものであるから、憲法 29 条 1 項に反せず合憲である。

6. 次に、条例 3 条本文は、X の土地という「私有財産」を観光客等という「公共のために用ひる」ものであるため、「正当な補償」が必要（29 条 3 項）であるにもかかわらず、損失補償規定がないから、29 条 3 項に反し違憲とならないか。

- (1) 「補償」が必要な場合とは、財産権に対して特別な犠牲を課す場合である。そして、侵害行為が財産権に内在する社会的制約として受任すべき限度を超えて、財産権の本質的内容を侵すほど強度なものであるときに特別な犠牲が認められる。

本条例は、10m という小さな部分を通行させるという軽微な規制ではあるものの、これを罰則付きで規制する（条例 5 条）という重大な不利益を課すものである。そして、例外的に規制を免れることもある（条例 3 条但書）ものの、「著しく侵害される事情」という極めて限定的な文言で例外を定めているだけであり、土地の一部でも公共に利用されなくなったり、一部でも利用されると新たに柵などを設置しなければならなかったりする者にとっては侵害行為が財産権に内在する制約を超えてその本質的内容を侵すほ

ど強度である。

したがって、本条例には「正当な補償」を定めた損失補償規定が必要である。

(2) では、本条例が損失補償規定を定めていないことは 29 条 3 項に反するか。

ア. 判例は、財産権規制の根拠法令上に補償規定がないことが、一切の損失補償を否定する趣旨ではないことを前提に、直接憲法 29 条 3 項を根拠に補償請求する余地を認めているため、根拠法令に補償規定がなくても、直ちに違憲とはならない。

イ. 本条例は損失補償について明示的に補償を否定するものではないため、X は直接 29 条 3 項を根拠として客観的な市場価格に基づき合理的に算出された額の「正当な補償」を請求することができるから、本条例は 29 条 3 項にも反しない。

7. 以上より、私が X の弁護士になった場合には、本条例が 29 条 1 項に反するという結論を導くのは難しいことを説明しつつ、A 市に対して 29 条 3 項に基づく正当な補償を請求すべきであると助言する。 以上

(コメント)

本問は財産権に関する問題でした。

4 までは特に問題なく財産権の型どおりに進めていきます。

5 で正当化を検討するのですが、これは基礎問や論証集でしっかり当てはめの考慮要素まで記載されていたので、その規範通りに当てはめていけば答案が完成するようになっています。

6 からは損失補償について検討していくのですが、これもまた基礎問や論証集に細かく記載があるところなので、その通りに当てはめていきました。

そして直接憲法 29 条 3 項を根拠に損失補償を請求する余地はあるのかという論点も軽く触れて答案が完成します。

科目としての難易度は例年より低めかと思います。というのも、ロー入試レベルの財産権に関しては型を身につけてしまえば終わるので、他の人権等と比べて対策はしやすいからです。

## 民法

### 問題1 設問1

1. BのAに対する請求は、甲土地の引渡債務の不履行を理由として履行に代わる損害賠償（415条2項1号）を請求するものである。

2. 以下、要件を検討する。

(1) 甲土地はBとCに二重譲渡されており、Cが登記を備えているため、177条によりCがBに優先する。そうすると、Cが甲土地について所有権移転登記を備えた6月20日の時点で「債務の履行が...社会通念に照らして不能である」（412条の2第1項）といえるため、「債務の履行が不能である」（415条1項本文）。

(2) Bは、本件契約の目的物であり現在では1700万円の価値を有する甲土地を入手できないという「損害」を被っている。

(3) また、Aの債務不履行がなければBは甲土地を取得できていたのであるから、Aの債務不履行「によって」Bの損害が発生している。

(4) また、Aは自分の利益のためにCへの売却を決めたのであるから、「債務者の責めに帰することができない事由」はない。

(5) したがって、「前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合」（415条2項柱書）にあたり、履行不能の要件も満たすため、Bの請求は認められる。

3. ここで、請求が認められる範囲が問題となる。

(1) 416条1項は相当因果関係を定めた規定であり、同2項は「特別の事情によって生じた損害」についての相当因果関係の判断基底を定めたものである。そして、「特別の事情」のうち、債務者が債務不履行時に予見可能であった事情が判断基底に取り込まれる。

価格が直線的に騰貴しているところ場合には、買主の転売意思の存否にかかわらず①履行不能時その目的物の価格が騰貴し続けているという特別の事情があり②①について債務者が債務不履行時に予見可能であったときには、賠償額は騰貴した現在の価格となる。

甲土地の価格は本件契約の前から上昇し続けており（①）、履行不能時である6月20日の時点で既に本件契約時の1500万円を大きく超える1600万円となっていたのであるから、債務者Aは甲土地の価格が騰貴し続けていたことを予見可能であった（②）。

したがって、Bは騰貴した現在の価格である1700万円の損害をAに請求できる。

### 問題1 設問2

1. BはDに対して、甲土地所有権に基づく返還請求としての甲土地明渡し及び所有権移転登記手続を請求する。

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すること②相手方が目的物を占有していることの2つの事情が必要である。

DはCから甲土地の引渡しと登記移転を受けており、現在も変わらず占有しているのであるから②は当然に認められる。

2. これに対してDは、CがAから甲土地を購入したことでCが所有権を取得し、かつDがCから甲土地を譲り受けて引渡し及び登記具備を受けているのであるから、登記を有しないBはDに甲土地所有権を対抗できない（177条）と反論する。

3. これに対して B は、D が背信的悪意者であり、B は D に甲土地所有権を対抗できることを再反論として主張する。

(1) 自由競争原理のもと、先行する物権変動の事実を知っているにとどまる単純悪意者は「第三者」に含まれる。もっとも、悪意に加え、当該物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる背信的悪意者は、自由競争の範囲を逸脱するから「第三者」に当たらない。

(2) D は本件契約の存在を知っていたことに加え、B が甲土地を購入できないと苦境に陥ることも知っており、甲土地を B に高値で売りつけることを目的として C から甲土地を購入していた。そうすると、B には先行する AB 間の物権変動についての悪意に加えて背信性も認められるから、背信的悪意者として「第三者」に当たらない。

4. したがって B の甲土地所有権が認められる結果、B の請求は認められる。

## 問題2 設問1

### 1. B に対する請求

(1) A の B に対する請求は、①消費貸借契約に基づく貸金返還請求 (587 条) としての 700 万円の支払請求②履行遅滞に基づく損害賠償請求としての遅延損害金の支払請求の 2 つである。利息請求については、利息が約定なしでは請求できないものである (589 条 1 項) ことから、約定のない本問では請求できない。

(2) ①の請求が認められるためには、㉠返還約束㉡金銭の交付㉢返還時期の合意㉣返還時期の到来が必要であるが、本問では A が B に融資した 700 万円の返還期限が到来しているから、全ての要件を満たし、①の請求は認められる。

(3) ②の請求が認められるためには、債務不履行に基づく損害賠償請求の要件を満たすことが必要であるが当然に満たすため、①の請求も認められる。

### 2. C に対する請求

(1) A の C に対する請求は、保証契約に基づく保証債務履行請求 (446 条 1 項) としての 700 万円及び遅延損害金の請求である。

この請求が認められるためには、a 主債務の存在 b 保障の合意 c 書面性 (同 2 項) d 弁済期の到来が必要である。

主債務は A が B に融資した事実から当然にその存在を認定できる (a) し、その弁済期も到来している (d) 。また、BC 間で当該主債務についての保証の合意を公正証書という書面によってしている (bc) から、遅延損害金も含めて (447 条 1 項) A の請求は認められそうである。

(2) これに対して C は、催告の抗弁 (452 条) 及び検索の抗弁 (453 条) を反論として主張する。AC 間の保証契約において連帯の合意がないことから、この抗弁は妨げられない。  
ア. まず、B が破産手続開始決定を受けたという事情や、その行方が知れないという事情もない (452 条但書) ため、催告の抗弁は当然に認められる。  
イ. 次に、A が B に催告をしてからであっても、B に資力があり、かつ執行が容易であることを C が証明したのであれば検索の抗弁も認められる。

## 問題2 設問2

1. AのDに対する請求は、DがCから保証債務を相続（890条、882条）により取得したことを前提とした同債務の履行請求である。

(1) CとDは婚姻の届出（739条1項）をしていないため、法律上の夫婦関係はない。もっとも、事実上の夫婦関係にも890条が類推適用できるのであれば、Cの保証債務をBとDが2分の1ずつ相続することになるから、Dへの請求が可能となる。

ア. 確かに、法律上の婚姻関係にない者には890条を直接適用することはできない。しかし、890条の趣旨は婚姻という深い関係にあった配偶者に相続権を認めることで配偶者の生活を保護することにある。そこで、内縁関係は、何らかの理由で婚姻関係に至らないだけであり、実質的には婚姻に準ずる関係であるといえる場合もあるから、そのような場合には同条の類推適用ができる。

イ. CとDは婚姻の届出をしていないだけであり、同居しながら事実上夫婦と同様の関係にあったのであるから、実質的に婚姻に準ずる関係であるといえるほどの深い関係にある。

そこで、Dには890条を類推適用することが可能である。

(2) したがって、AのDに対する請求は相続を理由として認められる。

2. 次に、AのDに対する上記請求は日常家事代理権を根拠として認められるか。ここでは内縁関係に761条を類推適用できるか問題となる。

(1) 確かに、「夫婦」は法律婚をした者を指すから、内縁関係に761条を直接適用することはできない。しかし、761条の趣旨は、夫婦間の連帯責任という観点から、日常的な法律行為については夫婦が互いに相手の法律行為をする代理権を有するべきという考えにある。そこで、内縁関係であっても夫婦に準ずる関係があるのであれば761条を類推適用できる。

(2) 本問においては上記1・イの通り、CとDに夫婦に準ずるほど深い関係があり、同条を類推適用することはできるものの、本問でCが保証したのは、子であるBが事業をすすめるための資金の借入債務についてであるが、親子であっても700万円という多額の債務を保証することに日常性は認められないから、761条の要件を満たさない。

(3) したがって、AのDに対する請求は、日常家事代理権を根拠としては認められない。

以上

(コメント)

## 問題1 設問1

ここは債務不履行に基づく損害賠償請求の履行に代わるものを検討する問題です。債務不履行責任を検討して、416条の検討をして終わりという問題なので何を書くかについては迷うことなく書けると思います。416条の話の中で価格騰貴を検討しなければならないのですが、ここは少し迷うこともあるかと思います。

## 問題1 設問2

これは民法の超典型問題なのであまり解説することもないですが、請求から組み立てつつ綺麗な論述を心がけたいです。

## 問題2 設問1

これは典型から少し離れますが、重要分野であることに変わりありません。しっかりと要件を網羅的に検討すること、催告の抗弁や検索の抗弁も最低限書けるようにすることに気をつければ問題なく終わります。

## 問題2 設問2

これは家族法が絡んでくる問題です。私は初見で 761 条には気づけませんでした。そのため、890 条に気づいてそれっぽいことを書けばどうにかなると思います。

これは論証集に載っているようなものではなかったのですが、趣旨から規範らしいものを作ってみました。論証集には準婚理論というものの存在が仄めかされていたので、婚姻に準ずるという言葉を使いました。

761 条についても同じような基準で書いてみました。

これらは正解筋がよくわからないですが、出題趣旨には「受験者の創意に基づく多様な解答」すなわちそれっぽいことを書けばいいという記載があるので、わからない問題が出たら守りの答案を書いておけばどうにかなるのではないのでしょうか。

## 問題全体

科目としての難易度は例年通りか少し低めです。

問題1は典型問題なので絶対落としたいくないですが、問題2は差をつけやすいので、ヤマを張らずに網羅的な勉強をしておきたいです。

## 刑法

### 設問 1

1. まず、丙は甲の切り付け行為から身を守るために花瓶を投げているから、甲との関係では正当防衛が成立するものの、正当防衛は正対不正の対立状況を根拠として違法性阻却を認めるものであるから、A との関係でその状況がない以上、丙に正当防衛は成立せず、これを理由としては丙の傷害罪成立を否定できない。
2. 次に、丙は A に対する傷害の故意は有していなかったものの、丙が認識した甲への傷害と実現した A への傷害は、およそ人を傷害するという点で符合しているため、故意は阻却されず、これを理由としても傷害罪成立を否定できない。
3. そして、丙は「自己...の...身体...に対する現在の危難を避けるため」に行為に及んでおり、害の均衡も当然に認められるから、緊急避難（37 条 1 項）が成立して違法性が阻却されないか。「やむを得ずにした行為」といえるかどうか問題となる。
  - (1) 緊急避難における「やむを得ずにした行為」とは補充性の意味であり、より侵害性の低い危難回避の方法が他に存在しない場合に認められる。
  - (2) 丙は甲がサバイバルナイフで切り掛かろうとするという自らの身体の危険に対して、咄嗟に手元にあった花瓶を投げつけるという方法をとっており、素手ではサバイバルナイフに勝ち目がないことから、より侵害性の低い危難回避の方法は存在しないといえ、「やむを得ずにした行為」であるといえる。したがって、丙には緊急避難が成立して違法性が阻却されるから、A に対する傷害罪が成立しないという結論を導ける。
4. また、丙が甲への反撃と誤信して A への傷害をしており、誤想防衛が成立するか問題となるものの、丙の認識で正当防衛の成立要件を満たすことから、事実の錯誤として責任故意が阻却される。したがって、誤想防衛の成立を理由としても A に対する傷害罪が成立しないという結論を導くことができる。

### 設問 2

#### 1. 甲の罪責

- (1) 甲が丙宅 1 階の金庫に向かった後、目を醒ました丙にサバイバルナイフで切り掛かろうとした行為に事後強盗未遂罪（243 条、238 条）が成立するか。
  - ア. まず、甲が「窃盗」たりうるために、金庫に向かった時点で窃盗罪（235 条）の「実行に着手」（43 条本文）したといえる必要がある。
    - (ア) 未遂犯の処罰根拠は既遂結果発生の現実的危険性にある。そこで、既遂結果発生に至る現実的危険性を含む行為の開始時に「実行に着手」が認められる。
    - (イ) 甲は午後 3 時に丙宅を下見したうえで、計画通り犯罪を遂行するために 1 階の金庫に向かっている。そうすると、障害がなければ金庫に到達していたことが明らかであるから、応接間に入って金庫に向かった時点で窃盗の既遂結果が発生する現実的危険性が認められる。したがって、甲は「実行に着手」したとして「窃盗」にあたる。
  - イ. 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に足りる程度のものをいう。

武器を持たず素手の丙にサバイバルナイフで応戦することは、社会通念上一般に逮

捕行為を抑圧するのに足りる程度の暴行であるから、甲がサバイバルナイフで丙を切り掛けようとした行為は「暴行」にあたる。

ウ. 甲には丙に捕まるのを避ける目的もあるから、上記「暴行」は「逮捕を免れ...るため」のものである。

エ. 事後強盗罪の既遂・未遂は窃盗のそれにより区別されるため、窃盗が未遂に終わっている以上、事後強盗罪も未遂にとどまる。

したがって、甲には事後強盗未遂罪が成立する。

(2) また、乙の罪責で検討するが、金庫に近づいた行為に窃盗未遂罪の共同正犯(60条、243条、235条)が成立する。

(3) 次に、丁に犯人隠避罪(103条)が成立することから、それを依頼した甲に同罪の教唆犯(61条1項、103条)が成立するか。

ア. 確かに、犯人が他人を教唆して自己を「隠避」させる行為は本来不可罰とされる自己隠避の側面を有している。しかし、自己隠避が不可罰とされるのは期待可能性の定型的欠如が根拠であるが、犯人が他人を犯罪に陥れることはもはや期待可能性が定型的に欠如するといえない。したがって、犯人が他人を教唆して自己を隠避させる行為には犯人隠避罪の教唆犯が成立する。

イ. よって、甲が丁に自己の隠避を依頼した行為には犯人隠避罪の教唆犯が成立する。

(4) 以上より、甲には①事後強盗未遂罪②窃盗未遂罪の共同正犯③犯人隠避罪の教唆犯が成立し、①と②は包括一罪、これらと③は併合罪(45条前段)となる。

## 2. 乙の罪責

(1) 甲が丙宅で事後強盗未遂罪を実行した行為につき、乙にも同罪の共謀共同正犯(60条、243条、238条)が成立するか。乙が実行行為を行っていないことから、共謀共同正犯の成否が問題となる。

ア. 実行行為がなくても、共謀や役割分担により共同正犯の処罰根拠である法益の共同侵害を実現することができるから、①共謀②共謀に基づく実行行為③正犯性を要件として共謀共同正犯も認められる。

イ. まず、甲と乙の間で、丙宅に侵入し金品を窃取することについて共謀があり(①)、乙は見張り役という犯罪を実行するにあたって重要な役割を担っており、窃取した金品は甲と乙で分け合うはずであるから利害関係も認められ、正犯性もある(③)。また、甲と乙は、丙が留守の間を狙うのではなく丙の就寝後を狙っているという点で、丙に見つかった際の対処としてサバイバルナイフを準備していたといえる。そうすると、事後強盗罪の実行行為としての切り掛かり行為についても共謀に基づく実行行為であるといえる(②)。

よって、乙には同罪の共謀共同正犯が成立する。

(2) ここで、乙には共犯関係からの離脱が認められないか。

ア. 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あるから、自己の関与行為の因果性が遮断されれば、共同正犯関係からの離脱が認められる。そして、原則として①離脱意思の表明と②他の共犯者による離脱事実の認識により心理的因果性の解消が認められる。もっとも、すでに犯罪の一部を実行した場合には、離脱者の行為から独立

して結果に対する強い因果性が設定されているはずであるから、③犯行継続防止措置も必要である。

イ. 乙は甲が丙宅に侵入した直後に消防車のサイレンの音を聞いて甲に「俺は帰るぞ」と告げて逃げており(①)、甲も乙が自動車を発進させた音を聞いて乙の離脱を認識している(②)。

もともと、乙は甲が事後強盗未遂罪と牽連犯(54条後段)として一罪の関係にある住居侵入罪(130条前段)を犯した後に離脱しており、通常強盗は住居内に侵入すれば完遂できるものであるから、事後強盗罪の結果発生に向けた強い因果性が設定されている。そこで、乙は離脱のために積極的な犯行継続防止措置をする必要があったのに、単に帰ると告げているだけであるからそれを怠っている(③)。そこで、乙には共犯関係からの離脱が認められない。

(3) ここで、乙には窃盗の故意しかないため事後強盗罪は成立しないが、窃盗罪は事後強盗罪に包摂されるものであるから、それらが重なり合う窃盗罪の限度で故意が認められる。

(4) したがって、乙には窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立する。

### 3. 丁の罪責

(1) 丁が警察に呼び出されて甲の友人として甲の行動等について尋ねられた際、虚偽の事実を述べた行為に犯人隠避罪(103条)が成立するか。

ア. 「隠避」とは、蔵匿以外の方法で官憲の発見・逮捕を免れさせる性質の一切の行為をいう。

丁は、虚偽の事実を述べるという蔵匿に当たらない行為により、甲を犯人ではないと誤解させようとしているから、「隠避」行為をしている。

イ. 次に、犯人隠避罪は広義の刑事司法作用に対する抽象的危険犯であるところ、実際に隠避に成功しなくても、虚偽の事実を述べるだけで司法作用への抽象的危険が認められるため、隠避に成功したかどうかは同罪の成立を左右しない。

警察は丁の話信じておらず、甲は釈放されなかったものの、丁の供述はその内容の真实性を確かめるために多少なりとも捜査を攪乱するおそれのあるものだから、実際に隠避に成功していないものの犯人隠避罪の成立は左右されない。

(2) また、丁には当然に故意も認められる。

(3) 以上より、丁には犯人隠避罪が成立する。

以上

(コメント)

#### 設問1

4通りの逃げ方を検討するものです。正当防衛は当然無理、構成要件的故意の阻却も無理ですが、緊急避難ならできそうです。問題となるのはやむを得ずにしたかどうかなので、そこを論じていきます。そして最後に誤想防衛を検討していきますが、ほぼ当然に認められるので、わざわざ長い規範を立てて考える必要もありません。

#### 設問2

甲の罪責 事後強盗罪は窃盗犯であることが前提なので、実行の着手から検討していきます

す。そして暴行の要件も定義を書いて当てはめます。また、事後強盗罪の既遂未遂の区別も検討しています。

窃盗未遂や犯人隠避罪の教唆も軽く検討して罪数処理をして終わりです。

乙の罪責 乙は事後強盗の共謀共同正犯を検討しますが、共謀からの離脱や故意の重なりなども問題となるので検討は少し面倒かと思います。ただ、処理手順を確立して書けば綺麗な答案になると思うので、普段から処理手順を意識すると良いと思います。

丁の罪責 これは犯人隠避罪が抽象的危険犯であることを知っていればすぐ書けます。

科目としての難易度は例年通りです。

全 体 乙の罪責検討が少し苦しいですが、あとは特別難しいということもないと思います。

## 商法

### 設問（1）

#### 1. 甲社について

（1）まず、甲社は公開会社であり、かつ支配権の異動を伴う募集株式の発行（206条の2第1項）に該当するから、募集事項を取締役会決議により決定（199条1項、201条1項）したうえで株主への事前の通知・公告をしなければならない（206条の2第2項、1項）。

また、総株主の議決権の10分の1以上の議決権を有する株主から反対の通知があった場合には、原則として株主総会の普通決議を要する（206条の2第4項・5項）が、「財産の状況が著しく悪化している場合において」甲社の「事業の継続のために緊急の必要がある場合には」株主総会決議は不要となる（206条の2第4項但書）。

（2）次に、募集株式の発行が「著しく不公正な方法」（210条2号）による発行にあたるのであれば、株主から差止請求がなされる可能性がある。

ア．株式会社の権限分配上、取締役は会社支配権の所在について決定権を有しない。そこで、新株発行が特定の株主の持株比率を低下させ現経営陣の会社支配権の維持・確保を主要な目的とする場合には「著しく不公正な方法」に該当する。

イ．本問において甲社は債務超過状態にある甲社が経営の逼迫を救済してもらうために募集株式の発行をするのであるから、主要目的は資金の調達にある。そこで、「著しく不公正な方法」には当たらず、差止請求には注意しなくてよい。

（3）そして、募集株式の発行が「特に有利な金額」（199条3項）である場合には、募集事項の決定の際に株主総会の特別決議が必要である（201条1項、199条3項、2項、309条2項5号）。

ア．会社の資金調達の要請と既存株主の持株にかかる経済的利益との調和を図る観点から、「特に有利な金額」とは、公正な払込金額を10%程度下回る金額を意味し、公正な払込金額とは原則として募集事項決定の直前日における株式の時価を意味する。

イ．本問においても、甲社は乙社に有利な金額として公正な払込金額を10%程度下回る金額で募集株式を発行するのであれば株主総会の特別決議が必要となる。

#### 2. 乙社について

（1）まず、甲社株式の譲受けが「重要な財産の...譲受け」（362条4項1号）にあたるのであれば、その譲受けの際に取締役会決議が必要となる（同条柱書）。

（2）また、乙社取締役は「その任務」（423条1項）として会社の業務執行について善管注意義務を負う（330条、民法644条）ため、株式譲受後に甲社の株式価額が大幅に落ち込んだ場合には乙社に生じた「損害」を賠償しなければならないことがある。

### 設問（2）

#### 1. 共通する点

まず、②及び③のいずれの方法をとるにあたっては、簡易組織再編に該当しない限り、両当事会社において株主総会特別決議が必要である（783条1項、795条1項、309条2項12号）。次に、②の方法において消滅会社の株主には合併対価が交付されるが、③に方法においても株式交換完全子会社の株主にその対価として株式交換完全親会社の株式が交付されるため、その点においても共通している。

## 2. 異なる点

②の方法では存続会社が消滅会社の資産だけでなく負債をも承継するため、消滅会社・存続会社の債権者全員に対して債権者異議手続が必要となる（789条1項1号、799条1項1号）のに対して、③の方法では株式交換完全親会社が有限責任を享受できるため、限られた場合にのみ債権者異議手続が必要となる（799条1項3号、789条1項3号等参照）。以上

（コメント）

実質的な1行問題のようなものでした。

### 設問（1）

甲社では取締役会決議、通知・公告、差止請求、有利発行などが必要となります。

これらのうち差止請求と有利発行は絶対に書きたいです。

乙社では重要な財産の譲受けにあたって取締役会決議が必要な点や423条1項の責任を検討しなければなりません。

### 設問（2）

共通点はいずれも特別決議が必要な点と対価の交付がされることです。これは条文を引けばどうにか分かることですが、「大体こんな手続があったな」となる程度には覚えておいた方が楽だと思います。

異なる点は出題趣旨を答案の形に引き直したのですが、これもまた手続を覚えておくと楽です。

### 問題全体

科目としての難易度は高めです。これは事実から規範を作るなどの手法が通用しないからです。1行問題は0から生み出さなければならないので、論証を覚えるだけでは対応できない点に難しさがあります。

## 民事訴訟法

### 設問（１）

1. Y の立場からは、別訴の提起は重複起訴禁止（142 条）に抵触するとの主張が考えられる。
2. 別訴は、本訴の「係属」中に「更に訴えを提起」するものである。  
重複起訴が禁止される「事件」の同一性は①当事者と②審判対象の同一性から判断される。  
(1) 重複起訴禁止の主たる趣旨は既判力の矛盾抵触の防止にあるため、当事者の同一性は 115 条 1 項 1 号ないし 4 号により既判力が及ぶ者どうしの間に認められる。  
本訴と別訴はいずれも X を原告とし、Y を被告とするものであるから、本訴で対立している「当事者」（115 条 1 項 1 号）として既判力が及ぶ関係に立つ者どうしである。したがって、当事者の同一性が認められる（①）。  
(2) 重複起訴禁止の上記趣旨からすれば、既判力が訴訟物の存否に対する判断に生じるのが原則である（114 条 1 項）ことから、審判対象の同一性は訴訟物の同一性を意味するといえる。  
別訴は本訴で請求しなかった逸失利益の残部 1000 万円を請求するものであるところ、Y の立場である一部請求後の残部請求否定説は、一部請求をした時点でその訴訟物が債権全体であるから残部も訴訟物が同じであるとして請求を否定するものであるから、Y の立場からすれば本訴訴訟物は残部も含めた債権全体である。また、それを前提にすれば別訴訴訟物も残部だけでなく債権全体であるから、訴訟物の同一性が認められることになる（②）。
3. したがって、Y の立場からは別訴は 142 条に反し許されない。

### 設問（２）

1. 最高裁判例の立場からすれば、一部請求であることの明示があれば訴訟物はその明示された範囲に限定される。これは、実体法上は債権の分割行使が可能であることから、実体法上の権利の実現過程である民事訴訟においても一部請求を認めるべきという必要性と、相手方の残部不存在に対する信頼保護という必要性の調和からなるものである。
2. この立場からすれば、本訴訴訟物は不法行為に基づく損害賠償請求権のうち、治療費 100 万円、慰謝料 200 万円、逸失利益のうち明示した 2000 万円の合計 2300 万円の存否であるが、別訴の訴訟物は残部 1000 万円のみであるため、訴訟物の同一性がない（②）。
3. したがって、X は本訴と別訴で訴訟物が異なるため重複起訴禁止に抵触しないと反論できる。

### 設問（３）

1. 確かに、Y の立場は一部請求の場合にも既判力を債権全体に及ぼすことができるため、紛争の一回的解決に役立つから合理的なものであると思える。  
しかし、処分権主義を定める 246 条の趣旨は原告意思の尊重と当事者の不意打ち防止にあるところ、原告としては一部請求により試験訴訟をすることで、今後の債権行使の方針を立てることができるため、一部請求を認めることは原告の意思に合致する。また、一部であることの明示があれば相手方にとって残部請求が不意打ちとなることもないから、残部

請求を認めることの不利益は少ない。

そこで、残部請求が訴訟上の権利濫用にあたるなど特段の事情がない限り、正当な権利の行使として許容される。

2. 本問においても、Xが主張する逸失利益は3000万円であるところ、これについて試験訴訟を認めないとXの負うリスクが大きくなってしまいます。また、Xは本訴において当該請求は損害額の一部である旨を訴状において明示していたから、残部請求がYにとって不意打ちとなることもない。また、別訴の提起は東京地裁において、過去にインストラクターという不安定な職業にかなり理解のある賠償額が認定されたとの情報を得ていたからであり、審理を攪乱するなど訴訟上の権利濫用となるような事情はないため、残部請求は正当な権利の行使として許される。

3. 以上より、私は別訴も142条に反することなく適法であると考えます。 以上

(コメント)

重複起訴禁止に関する問題でした。ここはロー入試で頻出の分野なので、自由自在に操れるくらいまで習得しておきたいです。

設問(1)

Yの立場なので結論は許されないということで確定です。

一部請求の訴訟物は債権全体であると構成することがポイントとなりますが、あとはそのまま苦勞することなく型通りに組み立てていけば完成します。

設問(2)

ここは最高裁の立場なのでいつも勉強している立場と同じということになります。

一部請求の訴訟物は明示した一部であることを書いて②を否定します。

設問(3)

ここは「確かに」で自分の意見と違う立場をフォローしつつ、「しかし」で自分の立場の説得性を上げます。この権利濫用構成は基礎問25問のものを真似したものです。

若干現場思考チックな問題でした。

問題全体

科目としての難易度は例年よりも低めくらいです。

設問(1)と(2)をしっかりやれば不合格レベルは避けられる気がします。

設問(3)については少し工夫が必要ですが、わからない問題については信義則か権利濫用か比較衡量で検討すると決めていたので、そのうちの権利濫用で構成してみました。

## 刑事訴訟法

1. 勾留請求を受けた裁判官は、この勾留請求が違法逮捕後になされたものであるとして、勾留請求を却下すべきでないか。

2. まず、本件の逮捕の適法性を検討する。

(1) K による X の逮捕は現行犯逮捕 (213 条) または準現行犯逮捕 (212 条 2 項) として適法となるか。

(1) 逮捕者における犯罪と犯人の明白性という現行犯逮捕の根拠から、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」にあたるためには、①逮捕者にとって犯罪と犯人が明白であること②①の客観的担保のために、犯罪の現行性又は犯行逮捕間の時間的接着性が必要である。

まず、X が特異な格好をしていたというような事情がないし、午後 7 時 50 分という暗くなる時間に、被害に遭って咄嗟に認識した犯人の特徴には信用性が不高くないから、V が供述した犯人の人相、年齢、服装に X が合致していたことをもって逮捕者 K からみた犯罪と犯人の明白性を肯定することはできない (①)。また、V が恐喝の被害に遭った午後 7 時 50 分から逮捕時の午後 8 時 30 分までは 40 分の時間的間隔があるため、犯行逮捕間の時間的接着性も認められない (②)。

したがって、X の逮捕を現行犯逮捕として適法とすることはできない。

(2) 準現行犯逮捕の要件は、㉞212 条 2 項各号該当性㉟犯行・逮捕間の時間的接着性㊱逮捕者からみた犯罪と犯人の明白性㊲逮捕の必要性 (規則 143 条の 3 準用) である。

まず、X は路上で歩いていただけであり、「犯人として追呼されている」(212 条 2 項 1 号) わけではないし、凶器等を所持していた (2 号) わけでもないし、「身体又は被服に犯罪の顕著な証拠がある」(3 号) ことも「誰何されて逃走しようとした」(4 号) こともない。

そうすると、㉞を満たさないから、X の逮捕は準現行犯逮捕としても違法である。

(3) そうすると、本件逮捕には逮捕状が必要であった (憲法 33 条、刑訴法 197 条 1 項本文、199 条) にもかかわらず逮捕状なくして行われた K による X の逮捕は、逮捕令状主義に反し違法である。

3. では、先行する逮捕の違法性は勾留請求にどのような影響を及ぼすか。

(1) 逮捕前置主義の趣旨は、拘束期間の短い逮捕中にできる限り捜査を尽くさせることで不要な勾留を回避することにある。そうすると、先行する逮捕が違法であっても、その期間中の捜査により身体拘束の必要性が減少するから、逮捕前置主義の趣旨は満たされる。

しかし、司法の廉潔性・将来の違法捜査抑止の観点から、先行逮捕に重大な違法がある場合には、勾留請求を却下すべきである。

(2) K は、被害者である V の供述を全面的に信用し、V の供述通りの特徴をもった X に質問しているが、X は 212 条 2 項各号のいずれにも該当しないことに加え、被疑事実について否認しているにもかかわらず、V が「犯人に間違いはない」と述べたことを契機として X を逮捕している。このような逮捕手続を許容してしまうと、被害者の意見 1 つで罪のない人間を逮捕等により拘束することが許容されてしまい、将来の捜査において警察権

が濫用されてしまうおそれがある。また、現行犯逮捕等は逮捕令状主義の例外として許容されるものであるから、これに違反することも将来の違法捜査抑止の観点から妥当でない。

そうすると、憲法上の根拠を有する逮捕令状主義に殊更に違反した本件の逮捕には重大な違法が認められるから、勾留請求は却下すべきである。 以上

(コメント)

この問題は違法逮捕後の勾留請求ですが、その前提としてまずは逮捕の適法性を検討します。

本問の事情のもとでは現行犯逮捕も準現行犯逮捕も違法なので、逮捕令状主義違反となります。

そして違法逮捕後の勾留請求の論点に入ります。ここでは違法収集証拠排除法則と同じような規範を立てたうえで、事実を使って評価していきます。

科目としての難易度は例年よりも少し高めです。勾留は少し手薄になりがちな分野なので、勾留の部分がわからないとなった場合には逮捕の適法性検討をかなり丁寧にやり、勾留のところはどうか耐えるくらいの検討にするなどの悪あがきも大切になってきます。勾留のうちこの論点は重要なので覚えておきたいです。