

## 憲法

1. 本件法案及び裁判所法 49 条、52 条 1 号（以下、これらを「本件各規定」という場合がある）により裁判官を懲戒することは、裁判官の政治運動の自由を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲とならないか。

(1) 「表現の自由」（憲法 21 条 1 項）は思想・意見を外部に表明する自由である。政治運動の自由は、政治的な思想・意見の外部的表明を伴うものであるから、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。そして、表現の自由は基本的人権の中でも重要な権利であるから、その保障は裁判官にも及ぶ。

(2) 本件各規定は、裁判官の「積極的」な「政治運動」を罰則つきで禁止することで、裁判官の政治運動の自由を制約している。

(3) 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、国家公務員である裁判官については、その政治運動の自由が「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項を根拠に、合理的かつ必要やむを得ない限度の制約に服する。

しかし、政治活動の自由は、国民が言論活動により政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結びつきが強く、立憲民主制の政治過程にとって不可欠の基本的人権であり、民主主義社会を基礎づける重要な権利である。

また、本件各規定は、「政治運動」という、活動の内容に着目したものであるから、表現内容規制に準ずるものとみることができる。

そこで、本件各規定により裁判官を懲戒することの合憲性は、①目的が重要で、かつ、②手段が目的との間で実質的関連性を有するかどうかで判断する。

(4) 本件各規定の目的は、主に裁判所法 52 条 1 号の目的である、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法・行政とのあるべき関係を規律することにある。この目的は、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項の要請に適う重要なものである(①)。

裁判官の政治活動には、裁判官の中立・公正を害するものもあるから、これを罰則つきで禁止することで心理的に抑制することは、目的達成手段として有効であり、手段適合性が認められる。

他方で、政治活動を全面的に禁止している点で手段必要性を欠くのではないか。

本件各規定の文言や趣旨・目的・規制対象である政治運動の自由の重要性、本件法案が処罰規定でもあることに加えて 52 条 1 号違反により 49 条が適用されると懲戒事由となりうることも考慮すれば、52 条 1 号が禁止する「政治運動」とは、裁判官の中立・公正を害する現実的なおそれのあるものに限られることになるから、規制対象という点で手段必要性が否定されることはない。

また、本件法案が処罰規定を定めている点についても、禁止されているヘイトスピーチの態様が懲戒では対処しきれない場合に初めて刑罰を科すという趣旨であると解することができるから、処罰規定が盛り込まれていることについても手段必要性を否定する

事情とはならない。

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(②)から、これに違反した裁判官を懲戒することになっても、そのみをもって21条1項に反するとはいえず合憲である。

2. もっとも、これをYに適用する限りではYの政治運動の自由を侵害するとして違憲とされないか。

(1)確かに、Yは自身の個人アカウントで運営しているSNS上で本件各投稿を行っており、インターネット上の掲示板サイトでは、本件各投稿が裁判官によるものである旨の噂が広まっていたことに加え、本件各投稿は頻繁に引用され、「裁判官でさえ『ヘイトスピーチ処罰法』案に大反対しているよ!」といった発言とともに拡散されるなどしていた。また、本件集会のポスターにもYの指名が大きく掲載されたことからYは本件警告を受けたにもかかわらず、それを受け入れずに本件集会において本件言動を行ったのであるから、Yの一連の言動によって、裁判官の中立・公正を害する危険があったようにも思える。

Yの名前をインターネットで検索することで、同姓同名の裁判官が存在する事実には遭遇し得た。しかし、本件各投稿を見るだけではそれが裁判官によるものと認識することは困難であったのであるし、Yは自身のSNSのプロフィール欄に自身の職業を記載していなかった。

それに加え、Yが本件集会において本件言動を行ったのは職務から離れた私生活におけるものであり、一般人と変わらない態様で参加していたのであるから、これをもって裁判官の中立・公正を害する現実的なおそれは認められない。

したがって、Yによる本件集会への参加及び、その場における本件言動は、裁判所法52条1号の禁止する「政治運動」には当たらない。

(2)にもかかわらず、本件言動を理由としてYに裁判所法52条1号、49条を適用して処罰することは、Yの政治運動の自由を侵害するものとして憲法21条1項に反し違憲である。以上

(コメント)

ここでは裁判官の政治運動の禁止について問われました。

参考判例としては寺西裁判官事件や堀越事件が挙げられますが、これらをどのように答案に落とし込むかが悩みどころです。

後者の判例では「政治的行為」の解釈を狭めにとっているもので、これを参考にしました。

また、本答案では、法令違憲→処分違憲の順で検討することで配点事項を網羅的に拾いに行きました。

細かい解説は出題趣旨や解説・講評が非常にわかりやすかったので、そちらに委ねますが、ここで一番重視されているであろうことは裁判所法52条1項や49条に言及しながら答案を書けたかどうかだと思います(出題趣旨4段落目参照)。とはいえ、これは難しいことであり、本答案も十分に言及できたかといわれるとそうでもないです。ただ、必要な解釈は加えて

いるので、その点で参考になると思います。

そこを中心に答案を展開できれば十分合格答案といえると思います。

科目としてはとても書きづらいものでしたが、とにかく型を崩さずに問題文の事実をたくさん使って検討すればなんとか合格はできるはずです。



## 民法

### 設問1 小問(1)

1. CはBの「債権者」として、BのAに対する所有権移転登記請求権を代位行使(424条の7前段)して、甲土地についてAからBに対する所有権移転登記を請求すると考えられる。
  - (1) 甲土地は不動産(86条2項)であり、「登記...をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産」(424条の7前段)である(177条)。そして、CはBと契約Bを締結することによりそれを「譲り受けた者」に当たる。そして、「その譲渡人」たるBは「第三者」たるAに対して契約αに基づく「登記手続...をすべきことを請求する権利を行使し」ておらず、甲土地の登記名義は未だAのままである。そこで、Cはその権利を行使することができるのが原則である。
  - (2) もっとも、AB間の契約αにおいてはAからBへの所有権移転登記は代金全額と引換えに手続をするという合意があるところ、BはAに対して契約αに基づく代金をいっさい支払っていないのであるから、同時履行の抗弁権(533条)を有しており、これは代位債権者たるCに対しても行使できる(423条の7後段が準用する423条の4)。
2. したがって、Cの請求は認められない。

### 設問1 小問(2)

1. CはBの「債権者」として、BのAに対する所有権移転登記請求権を代位行使(424条の7前段)する際に、甲土地についてAからCに対する所有権移転登記を請求すると考えられる。上記小問(1)1(1)の通り、請求の要件は満たしている。
2. ここで、423条の7後段は金銭及び動産に関する直接請求権を定める423条の3前段を準用していないため、債権者代位権によってAからCへ直接の登記移転を認めることはできない。
3. また、Cが契約Bによって取得した(176条)甲土地の所有権に基づく妨害排除請求としての所有権移転登記請求をしたとしても、物権変動の過程を忠実に反映するという不動産登記法の趣旨から中間省略登記請求が認められない以上、これも認められない。

### 設問2

1. XはYに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求(415条)をされると考えられる。

この請求の要件は、①「債務」の存在②①の不履行③「損害」の発生④②と③の間の相当因果関係⑤債務者の免責事由の不存在(同条1項但書)である。

  - (1) まず、債務の発生原因として一般的には契約が成立していることが必要であるところ、本件においてYは乙の一室の買取りを断っているから、契約は成立していないものの、信義則上の説明義務違反として債務不履行を認めることができないか。
    - ア. 確かに、契約準備段階に入った当事者は、特別の社会的接触に入ったことに基づき契約締結前であっても相手方に損害を被らせないようにする信義則(1条2項)上の義務を負う。

しかし、一方当事者の説明義務違反により相手方が本来であれば締結しなかったはずの契約を締結するに至ったという場合には、その契約は上記説明義務違反の結果と位置付けられるから、上記説明義務を契約に基づく義務であるということは背理とな

る。そこで、説明義務を信義則上の義務と位置付けることはできない。

イ。確かに Y は X に対してレイアウト図を交付したりスペースについて注文を出したりしていたものの、購入資金の毎月の支払額が想定よりも多額であった場合には買取りをしないという事情を説明していなかったものの、これを信義則上の説明義務違反と位置付けることはできないため、Y には債務不履行 (①、②) がなく、X の 1 の請求は認められない。

2. 次に X は Y に対して不法行為に基づく損害賠償請求 (709 条) をすると考えられる。

この請求の要件は、㊦「故意又は過失」行為㊧「権利」または「法律上保護される利益」の「侵害」㊨損害の発生㊩行為と損害の因果関係である。

(1) X は Y が乙の一室を買い取ると信頼して乙の一部スペースを変電室に変更して電気容量を増やしており、Y がその買取りをしなかったことにより上記変更の費用が無駄になっているから、財産権という「権利」を「侵害」され、費用分の「損害」を被っている。

(2) また、Y は X に対して乙の一室を買い受けたいという希望を伝えるにとどまらず、X に対して開業予定の歯科医院のレイアウト図を交付したり、スペースについて注文したりしていた。そうすると、Y は一般的な契約準備段階をこえて、X に契約を締結できると誤信させるほどの特別な社会的接触に入った状態で電気容量について X に大量に使用することを伝えている。そうすると Y には X を誤信させ、乙の一室について変電室への変更分の費用の「損害」を被らせることについて少なくとも「過失」があったといえる。

(3) そして、Y が誤信させたことに「よって」X は乙の一室について変電室への変更を行い、その費用分の「損害」を被っている。

(4) もっとも、X も Y から電気容量について問い合わせを受けた際に Y の意向を確かめることなく上記変更行為を行なっているのであるから、損害発生について過失があると見て過失相殺 (722 条 2 項) が認められる余地がある。

したがって、X の 2 の請求は一部認められる。

以上

(コメント)

#### 設問 1

小問 (1) は債権者代位権の問題でした。424 条の 7 を知っているもしくは見つけられるかどうかですが、本来 B が持っているはずの請求権を勝手に C が行使していると考えれば債権者代位権の問題だとわかり、登記に関して書いてある条文を見つければよいという感じで見つけられると思います。あとは条文に沿って考えて、423 条の 4 を準用しているから無理だと結論づけられます。

小問 (2) も同じようなものですが、424 条の 7 が直接請求に関する 423 条の 3 を準用していないことから無理だとわかります。また、物権的請求でも中間省略登記請求ができないことから無理だと結論づけます。

#### 設問 2

この問題は最判昭 59.9.18 を題材にしたものですが、その後の最判平 23.4.22 が債務不履行は無理だと本答案のように判示しているのでそちらに合わせました。前者の判例を使っても良いとは思いますが、私が判例詳解などを見る限りでは後者に合わせたほうが良いと思い

ました。私が初見で解いた際には不法行為一本で書いてしまった（債務不履行一本よりマシだと採点実感では示されていますが、債務不履行も検討すべきでした）ので、それが現実的かと思います。

#### 問題全体

設問2は難しいと感じました。契約が未だ成立していない段階で信義則上の義務を認める余地を検討しないといけないのはなかなか気付けないので、ここで覚えたからには間違えないようにしたいところです（私もここで学べたので気をつけたいです）。

また、商法と同時開催されることも念頭において、どちらにどれだけ時間を割くのか考えておきたいです。



## 刑法

### 設問1 小問(1)

安楽死には積極的安楽死と消極的安楽死があり、これらは刑法199条や202条に該当するものの、違法性が阻却されるのではないかとされている。消極的安楽死については患者にも自己決定権が憲法13条後段によって保障される結果、医師の延命治療を行う義務がなくなり、適法とする余地もある。もっとも、積極的安楽死については、その許容される要件が一義的に定まらない状態であり、さまざまな形で議論が活発化している。その中で、病者の死期が目前に迫っていることや患者の真摯な同意があることが必要なほどの議論においても争いなく主張されている。

### 設問1 小問(2)

窃盗罪の成立のためには故意に加えて権利者排除意思・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。

権利者排除意思は不可罰な一時使用を窃盗罪から除外するための要件であるから、一般に権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思を指す。

利用処分意思は毀棄罪と窃盗罪の区別のために占有侵害の目的を財物の利用可能性の取得に限定するための要件であり、財物自体のもつ何らかの効用を享受する意思があれば足りる。

また、横領罪における「横領」は不法領得の意思の外部的発現と解されているものの、ここでいう不法領得の意思は委託の任務に背いて権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいうとされている。

### 設問2 小問(1)

1. Yの行為が過剰防衛である場合、YがAの腹部をバットで殴打した行為について、Xには傷害罪の共謀共同正犯(204条、60条)が成立するか。
2. 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であ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正犯性という要件を満たせば認められる。

XはYを呼び出してAと話し合いをすること、喧嘩になったら加勢してほしいことを伝えており、Yもこれを了承しているから、両者間で暴行についての共謀が成立している(①)。そして、その行為の中でYはバットでAの腹部を殴打するという実行行為に出ている(②)。また、XはYにAと喧嘩になる可能性を考慮しつつ加勢を頼んでおり、Yの犯意を誘発しているし、YがAを殴打したバットもXが準備したものであるから、Xには役割の重要性も認められるとして正犯性も認められる(③)。

したがって、XにはAへの暴行罪についてYと共謀共同正犯が成立しうる。

3. では、Yに過剰防衛(36条2項)が成立して刑が任意的に減免される結果、Xにもその効果が及ぶか。
  - (1) 違法性の実質は社会倫理規範違反にあるから、共同正犯者間における違法性の相対化が認められる。そこで、違法性阻却事由のうち、人的違法要素については共同正犯者ごとに判断する。
  - (2) 「急迫」性は積極的加害意思の有無という点については人的違法要素であるとして相対化が認められるところ、Xにも「急迫」性が認められるか。

ア。「急迫」性は、私人の対抗行為が自力救済禁止の例外として許容される緊急状況を表す要件であるから、行為者が積極的加害意思で防衛行為に及んだときなど反撃に出たことが上記趣旨に照らして相当でない場合に「急迫」性が否定される。

イ。XはYにAと話し合いをすることを伝えた際に、喧嘩になるかもしれないとしてAの侵害行為を予期しており、A方に到着したタイミングでYにバットを持ってAとの話し合いをさせているから、XはYをして機会に乗じてAへの加害行為をするという積極的加害意思があるため、「急迫」性が否定される。

したがって、Xには「急迫」性が認められないから、YがAをバットで殴打した際にAが負った打撲傷について傷害罪の罪責を負う。

#### 設問2 小問(2)

1. Yの行為が正当防衛である場合、XがYにAのもとに向かわせた行為について傷害罪の間接正犯が成立するか。

(1) 結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づき②道具として利用した者は、構成要件の結果惹起の原因を支配したものであるとして間接正犯が成立する。

(2) Xはかねてより不仲のAに自身の恋人Bを侮辱されたことから憤激してAに電話でA方へ出向く旨を伝えており、Aと話し合いをすると相当程度の確実性をもって喧嘩になることが予想される。そのような状況下でYにバットを持たせたうえでAのもとに向かわせたことは、Yの正当防衛行為を自己の行為として行う意思があったとして正犯意思が認められる(①)。また、YはXの「もし襲われたら、このバットで身を守れ。」というXの言葉から正当防衛という適法な行為を行なったに過ぎず、規範的障害もないのであるからXはYを道具として利用してAに傷害を負わせたといえる(②)。

したがって、Xに間接正犯が成立するから、Yに命じて殴打行為を行わせたXは自ら傷害罪の実行行為を行なった者として正犯となる。

2. また、XはAと喧嘩になることでAに傷害を負わせる状況を認識していたにもかかわらず、YをAのもとへ向かわせているから認容もあるとして故意(38条1項)も認められる。

3. 以上より、Xには傷害罪が成立し、その罪責を負う。 以上

(コメント)

#### 設問1 小問(1)

私が最低限の知識で書いたものを誤字の修正を除いてそのまま載せてみました。これは普通に刑法を学んでいても誰も書けないので、知っていればラッキーくらいのものだと思います。安楽死については名古屋と横浜でそれぞれ4要件だとか6要件だとかの要件が出されているので興味のある方は見てみてください。

#### 設問1 小問(2)

これをみた瞬間に窃盗罪と横領罪を思い浮かべられたらOKです。あとはその知っていることを貼り付ければ完成です。

## 設問2

ここでは共犯と違法性の連帯のようなことが出題されました。問題では(1)が過剰防衛、(2)が正当防衛となっているのに出題趣旨では逆になっているのですが、これはミスだと思います。ややこしいので勘弁してほしいですね。以下では問題に合わせてコメントします。

(1)については違法性の相対化を認めるべきだという結論から考えました。そこに合わせて人的違法は相対化するとして、「急迫」性について論じました。出題趣旨にも同じようなことが書かれていたのでこれで良いと思います。

(2)については、出題趣旨には制限従属性説の立場から共同正犯のことを検討するとされていましたが、先に間接正犯を検討して不成立だったら書くくらいでいいと思います。

間接正犯の要件を書いて当てはめますが、ここではXが自己の犯罪として行うつもりであったとか、YをしてAに傷害を負わせたなどという方向性で当てはめれば足ります。

科目としてはもう少し基本的なことを聞いてほしいと感じました。それくらい難しいので、総論については深く勉強してみるのもアリかと思います。共犯はわかったつもりになる人が多いので(私も含め)、色々な角度の出題にチャレンジすると力がつくと思います。



## 商法

### 設問 1

1. 表見代表取締役制度（会社法（以下略）354条）の趣旨は、取引において通常会社の代表権を有すると認められる名称に対する第三者の信頼を保護し、取引安全を図ることにある。
2. 次に、その適用要件は①「株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称」の存在②①の名称を「株式会社」が「付した」こと③第三者が善意であることである。
  - (1) ①について、「名称」は通常会社を代表するものと第三者が信頼することが相当であるものであればよく、354条に列挙されているものに限られない。
  - (2) ②は会社の帰責性としての要件であるから、名称使用につき会社の明示または黙示の許諾があれば足りる。
  - (3) ③について、商取引の大量・迅速性に基づく取引安全の要請から、軽過失は保護されるべきであるものの、重過失者は信義則上悪意と同視されるから、「善意」とは善意かつ無重過失を意味する。

### 設問 2

1. 代表取締役には代表権と包括的業務執行権がある（47条1項、349条4項、362条2項1号）ところ、Bは甲社取締役会による適法な選定手続を経ていないから、Bは甲社の代表取締役ではなく、代表権を有しない。したがって、Bが甲社を代表して締結した本件契約の効果は原則として甲社に帰属しない。
2. ここで、乙社は甲社に効果帰属させるために、Bが表見代表取締役に当たるとの主張をしている。
  - (1) まず、本件契約の際にBが使用しているのは「副社長」という名称であり、354条に列挙されている名称であるから、「名称」に当たる（①）。
  - (2) 次に、甲社ではBに対して代表権のない副社長の肩書きを与えていたのであるから、名称使用につき甲社の明示の許諾がある（②）。
  - (3) 確かに、乙社の代表者はBと知り合いではあったものの、Bが甲社の代表権を有しないということまでは知らなかったのであるから、「善意」に当たるとも思える。

しかし、乙社代表者はBが過去に他の会社との取引においてトラブルを生じさせたという事実を知っており、Bが代表取締役ではないかもしれないという疑問を抱いていたのであるから、乙社は本件契約に先立って甲社の必要的登記事項である代表取締役の登記（911条3項14号）を確認するなどしてBの代表権について調査すべきであった。それにもかかわらず、乙社では本件契約に際して甲社の登記簿を確認していないのであるから、Bに代表権がないことを知らないことについて重過失があったといえる。

したがって、乙社の主張は認められない。
3. よって、本件契約の効果は甲社に帰属しないのであるから、それを前提とした甲社の主張は正当である。以上

(コメント)

#### 設問1

ここではただ表見代表取締役の制度趣旨と要件を述べるだけです。正直書いてある通りなので、わからなかった方や間違ってしまった方はそれぞれのテキストや出題趣旨を確認して復習してください。

#### 設問2

ここでは設問1で書いたことを具体的な事案に当てはめていきます。

①と②についてはほとんど問題ないので簡単に認定できます。

③については乙社代表者に重過失があることを認定していくのですが、重過失を基礎付ける事柄が多く載っているわけではないので、しっかりと評価を加えたうえで丁寧に認定していきます。

あとはしっかり問いに答えることを意識して終了です。

科目としての難易度は高くないですが、知らないと詰む問題なので、知識の穴を作らないような勉強が大切です。

唯一あるとすれば、民法で時間を使いすぎたらあまり時間を取れずに雑な答案になりますし、商法で時間を使いすぎたら民法が悲惨なことになるので、そのバランスも過去問をたくさん解いて掴まなければなりません。