

憲法

設問 1

1. (1) を選択した場合

付随的違憲審査制とは、通常の裁判所が、具体的な争訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度でしか適用法条の違憲審査を行わないという必要性の原則を有する方式であり、これと対をなす概念として、特別に設けられた憲法裁判所が具体的な争訟と関係なく抽象的に違憲審査を行う方式としての抽象的違憲審査制がある。付随的違憲審査制は伝統的な司法の観念に立脚するものであり、個人の権利保護を第一の目的とする私権保障型の制度である。また、事件の解決に必要な憲法判断を回避する手法として合憲限定解釈があり、これは条文に合憲的適用部分と違憲的適用部分がある場合に、違憲部分を解釈により切り離す手法であり、文面審査において法文が不明確であったり過度に広汎性を有していたりする場合に用いられる。

2. (2) を選択した場合

憲法 41 条は国会を「唯一の立法機関である」と定めており、この「唯一」の意味について 41 条から導出されるものの 1 つとして、国会による立法は、国会以外の機関の参与を必要としないで成立することという国会単独立法の原則がある。この原則との関係で、内閣に法律案提出権が認められるか問題となる。確かに、法律案の提出も立法作用の一部であるとする余地はある。しかし、法律案の提出は立法過程に不可欠の要素であるものの、国会の議決を拘束するものではないから、立法の契機を与える立法準備行為とみるべきであり、「立法」作用の一部とみるべきではない。また、憲法 72 条の「議案」には法律案も含まれるのであるし、議院内閣制（67 条 1 項、68 条 1 項、69 条等）のもとでは国会と内閣の協働が要請されているのであるから、内閣に法律案提出権を認める必要があるとして、内閣に法律案提出権が認められ、これは憲法 41 条に違反しない。

設問 2

1. A 市が本件起工式を開催したことは「宗教的活動」に当たるとして、政教分離原則を定めている憲法 20 条 3 項に反し違憲とならないか。

(1) 信教の自由の保障の趣旨は、明治憲法下において国家主義・軍国主義の精神のもと、国家神道が優遇される一方で、他の宗教の弾圧が行われたという歴史的背景に鑑み、個人の信教の自由を厚く保障することにある。その趣旨からすれば、憲法は国家と宗教の完全な分離を理想としているが、政教分離原則は制度的保障の規定であるし、完全な分離は現実的でなく、社会生活において不合理な事態を生じさせかねない。

そこで、「宗教的活動」（20 条 3 項）とは、宗教との関わりあいを持つ行為のうち、その関わりあいの程度が我が国の文化的・社会的諸条件に照らし、信教の自由の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものを指す。

そして、問題となる行為に宗教性と世俗性が同居している場合には、相当とされる限度を超えるか否かは、行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助・助長・促進・圧迫・干渉等になるか否かで判断する。

(2) 本件起工式に採用された神道式の地鎮祭は、工事を始める前にその土地の神を祀って工事の無事を祈る儀式であり、神社神道固有の祭式に則って、一定の祭場を設けて一定の祭具を使用して、所定の服装を纏った神職により執り行われたのであるから、A 市は、

本件起工式の開催によって宗教と関わり合いをもったといえる。

他方で、起工式は、もともとは土地の神を鎮め祭るといふ宗教的起源を持つ儀式であったものの、時代の推移を経てその宗教性は希薄化していき、今日では建築着工に際しての慣習化した社会的儀礼という性格を有するようになっており、現実の一般的な慣行として、特に工事の無事安全等を願う建築現場の関係者にとって、地鎮祭は欠かすことのできない行事となっているのである。そうすると、本件起工式は、一般人やこれを主催したA市にとっては世俗的な行事であり、宗教的意義は希薄であったといえる。

また、元来わが国において、多くの国民には冠婚葬祭に際しても異なる宗教を使い分けてきた矛盾を感じるような宗教意識の雑居性が認められ、国民一般の宗教的関心度は決して高くない。そうすると、本件起工式は、それを開催することで参列者や一般人の宗教的関心を高めるものではない。

したがって、本件起工式は、その目的は建築の着工に際して工事の無事安全を願い、社会の慣習に従った儀礼を行うもっぱら世俗的なものと認められ、その効果は神道を援助・助長・促進し、他の宗教に圧迫・干渉を加えるような効果をもたないから、「宗教的活動」には当たらない。

2. よって、A市が本件起工式を開催したことは政教分離原則を定めた20条3項に反せず合憲である。 以上

(コメント)

設問1

問題文では(1)か(2)のどちらかを選べばよいとされていますが、皆様の学習の便宜のために2つとも解答しています。

また、字数について10行程度とされていますが、確認した限りだと答案用紙のサイズが明らかにならなかったため、予備試験や司法試験型の答案用紙で10行分としました。私はこれらの答案用紙だと1行につき35字くらいだったので、それに合わせて350字前後にしています。もしも本番でこれよりも長かったり短かったりしても大丈夫なように準備をしておいていただきたいです。

(1)も(2)も基本書や予備校テキストには必ず載っているものなので、何も書けないということはないと思いますが、私は初見で解いたとき(1)を選択しました。

このような説明問題では、反対概念に言及することで文字数も点数も稼げます。(1)でいえば抽象的違憲審査制です。あとはそれに関連する論点などを書いていけば少なくとも合格水準には到達できます。これらに関する細かい解説はテキストなどを見た方が正確なので割愛します。

設問2

ここでは津地鎮祭事件が少し事案は簡略化されていますがほとんどそのまま問われました。

政教分離の処理手順として私が準備しているのは、答案中の1(1)の論証をそのまま貼り付けられるように暗記し、当てはめの際に行為の外形的側面、行為の場所、行為に対する一般人の評価、行為者の意図、行為の一般人への効果や影響を考慮して、社会通念に従い客観的に判断することを意識するというものです。

政教分離はあまりロー受験生が手厚く準備していない分野だと思うので、ここでしっかり書ければ合格可能性が一気に高まります。

問題全体

科目としては例年通りの難易度といってよいと思いますが、知らないと何も書けないので、狭く深くよりも広く狭く網羅的に準備するのがよいと思います。

民法

設問1 小問(1)

1. CのAに対する主張はBがCに甲を譲渡したことに基づき甲の賃貸人たる地位もCに承継されたことを前提に、賃貸人として2022年6月1日以降に生じる賃料を自己に支払うことを内容とするものである。
2. BはAに対して自己所有の甲を賃貸(601条)し、引き渡している。これによってAは甲の賃借権について「借地借家法第十条...の規定による対抗要件を備えた」(605条の2第1項)といえる。
3. そして、BC間で「その不動産」たる甲の「譲渡」が行われており(同条項)、BC間で「賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及びその不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をした」(同条2項前段)という事情もない。
4. ここで、Aの主張は賃貸人たる地位の移転には賃借人の同意が必要とするものである。もっとも、これに対してCは605条の3前段によって賃借人の承諾を要しないと規定されており、自己が甲について有効な所有権移転登記を具備している以上、賃貸人たる地位が移転したことをAに対抗できる(605条の2第3項)と反論する。そして、この反論は当然に認められる。
5. したがって、Aの下線部の主張は認められない。

設問1 小問(2)

1. CはAに対して賃料不払いを理由とする債務不履行解除(542条1項5号)の主張をし、その原状回復請求(545条1項本文)として甲の明渡しを請求している。
2. 「債務者」Aは2022年6月分及び7月分の甲の賃料「債務」を「履行」しておらず、6月1日にCが「催告」しているものの、その支払いを拒んでいるから、「契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らか」である。
3. もっとも、賃貸借契約は個人間の信頼関係を基礎とする継続的契約であるから、賃貸人による一方的解除が認められるためには、信頼関係を破壊するような背信性が必要である。まず、AB間の甲に関する賃貸借契約においては敷金60万円が支払われており、これは月額賃料の5ヶ月分に相当するものである。そして、この敷金は605条の2第4項によりCに承継されるから、Cはこの中から2ヶ月分の賃料分を差し引けば賃料相当額の損害を被ることはない。また、Aが賃料の支払いを拒絶している理由である下線部の主張は上記小問(1)4の通りAの法知識不足によるものであるため、Cが丁寧に説明すればAも納得してCに賃料を支払うはずである。そうすると、Aの債務不履行にAC間の信頼関係を破壊するような背信性までは認められないから、Cの解除の主張は認められず、解除を前提とする甲の明渡しの主張も認められない。

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1項)をしている。この請求の要件は、①「債務」の存在②①の不履行③損害発生④②と③の相当因果関係⑤債務者の帰責事由がないこと(同条項但書)である。
(1) ここで、Yは乙の売買契約(555条)で指定した日時に受け取らなかったため、受領遅滞(413条1項)に陥っているところ、これをもって債務不履行を認めることができるか。

ア. 債権を行使するかどうかは債権者の自由であり、債権者に受領義務は認められない。

そこで、受領遅滞は債権者・債務者間の利害の公平な負担という観点から履行遅延に伴って生じる不利益を債権者に負わせるための法定責任である。もっとも、取引の特殊性その他の事情により、信義則上の受領義務が認められる場合もある。

イ. 乙の売買契約において X は Y のもとまで乙を引き渡しに行くことになっており、Y は不在であったものの、兵庫県から愛知県は車で約 3 時間の距離であるため、信義則上の受領義務を認めるほどの特殊性はない。したがって、Y に受領義務は認められないため、①を満たさず上記請求は認められない。

(2) もっとも、413 条 2 項に基づき増加額の償還を受けることはできる。

2. X は Y に対して債務不履行解除 (542 条 1 項 2 号) も主張している。

(1) 上記 1 (1) イより、Y に受領義務は認められないため、「債務」は認められないし、Y は一時的に不在だっただけであり、「履行を拒絶する意思を明確に表示した」とまではいえない。したがって、Y のこの主張は認められない。

(2) そして、Y は代金「債務」を未だ履行していないものの、XY 間で代金支払いは乙の引渡後 1 週間以内とされているから、乙が引き渡されていない現在においてはこの不履行を理由に解除することもできない。 以上

(コメント)

設問 1

小問 (1) では貸貸人たる地位の移転に関する条文操作が出題されました。あまり書くことがないので、前提となる部分から丁寧に書いてみました。また、本答案のように条文の文言をたくさん引用すると答案が書きやすくなるので試してみてください。

小問 (2) では信頼関係破壊の法理が問われていましたが、講評によると半分近く的答案でこれに触れていなかったらしいので、ここに触れているだけで受験生の半分には勝ったと思ってください。あとはしっかり解除の要件に引き付けて論じれば OK です。

設問 2

ここでは受領遅滞が問われましたが、ここでも受領遅滞に言及していない答案が多かったと書いてあるので、こういった基本的なところをおさえているだけで少なくとも下位は避けられます。

問題全体

科目としての難易度は低めですが、その分完成度が求められうるので、基礎をしっかり固めたいです。

刑法

設問1 小問(1)

まず、刑法上、過失犯を処罰することができるのは特別の規定がある場合に限定されている(38条1項但書)。そして、過失犯が成立するための中核的な要素として、注意義務が挙げられる。注意義務とは、ある行為にあたって一定の注意をしなければならない負担を内容とする義務をいう。そして、過失犯の成立のためには、注意義務が認められることに加え、行為者がその注意義務を怠ったことが必要である。そして、注意義務の存否の判断においては、結果予見義務と結果回避義務が必要であり、その前提として結果予見可能性や結果回避可能性が考慮される。これらすべてを充足しなければ過失犯の成立を認めることができない。

設問1 小問(2)

財物とは、一般的には経済的価値や効用を有する、財産権の目的となるものをいう。民法上は「物」を有体物であると解する(民法85条)のに対して、刑法上は245条が電気に限って財物であると規定しているから、無体物は財物に含まれないとされている。ここで、無体物であっても管理可能なものは財物に含まれるとする見解もあり、この説からすればエネルギーを無断使用した場合にも窃盗罪に当たりうる。また、この「財物」は必ずしも客観的な経済的交換価値を備えている必要はなく、所有者や所持者の主観的な価値があれば良いとされている。

設問2

1. XがYへの借金の返済を免れるためにYの前頸部をナイフで数回突き刺した行為について2項強盗殺人罪(240条後段、236条2項)が成立するか。
2. 「暴行又は脅迫」は相手方の反抗を抑圧するのに足りる程度のものであることを要し、これは社会通念に従い客観的に判断される。

XがYの枢要部である前頸部を殺傷能力の高いナイフで数回突き刺すという行為は、相手方の死という究極の反抗抑圧をするのに足りる程度のものであるから、「暴行」にあたる。

3. 反抗抑圧を本質的要素とする2項強盗罪において処分行為は不要であるが、処罰範囲の明確化のため、「財産上...の利益」は財物取得と同視しうるだけの具体的な財産的利益に限られる。

YがXに強く借金の返済を迫っていたことから、Xの借金の弁済期は到来していたと思われる。また、Yは無登録で貸金業を違法に営んでいたのであるから、Yの相続人はYの債権の存在を相続開始時点では知り得ない。そうすると、Yが死亡した場合、Yの相続人は債権の行使を相当期間不可能とされることになる。したがって、Xの行為はY殺害により財物取得と同視しうるほど具体的な財産的利益といえる債務免脱利益としての「財産上...の利益」を取得するものである。

4. ここで、Xの弁護人は「Yが無登録で貸金業を営み、各債務者に月1割の利息を請求したものであり、その債権は公序良俗に反し無効なものであるから、このような債務の返済を免れたとしても、刑法上保護すべき客体がない。」と主張しているところ、この主張は認められるか。

(1) 財産犯の趣旨は、財産法秩序が不法な手段により乱されることを防止し、ひいては私人の財産上の正当な権利利益を保護することにある。そうすると、不法な利益であっても、

財産権侵害の外形を備え、正当な財産権を侵害する一般的な危険性のある行為は、財産犯の対象となる。

(2) 確かに、Yは無登録で貸金業を違法に営み、各債務者に対して月1割の利息を求めていたのであるから、この貸付はXに対するものも含めて公序良俗に反するものである。

しかし、Xは返済を免れるためにYを殺害しているから、この行為は、外形的にはYによる債権行使を免れるために行なった行為であるといえるから、Yに消費貸借契約に基づく300万円及び利息の支払請求権がないとしても、Xの行為は「財産上不法の利益を得」るものである。

したがって、Xの弁護人の主張は失当である。

5. そして、XはYを殺害するつもりであったから殺人既遂の故意があるものの、240条後段が「よって」という文言を用いていないことから、「強盗」には殺人の故意を有する者も含む。

したがって、Xは「強盗」にあたる。

6. そして、YはXの行為によって死亡しているから、「強盗が、人を...死亡させた」といえる。

7. よって、Xには2項強盗殺人罪が成立する。

以上

(コメント)

設問1

小問(1)では過失犯における注意義務という、概要を説明するだけなら誰でもできるような出題がされました。過失犯について説明する中で注意義務をあげ、その意義を説明し、具体的な説明をするのが良いと思います。

小問(2)の出題は、考えてみると言語化できないようなものでしたが、ここもその意義を説明し、民法との比較や何が財物に含まれるのかを説明します。正直、これを出題趣旨ほどしっかり説明するのは無理があるので、とにかく知っていることを頑張って書くのが良いと思います。

設問2

ここでは2項強盗殺人罪の客体に不法な利益が含まれるかという論点が誘導つきで出題されました。不法な利益であっても、民法上保護されないだけであり、刑法上は犯人を罰しないと不都合が多いという考えから、不法な利益も客体となることを言語化しながら説明すればOKです。

問題全体

科目としての難易度は普通ですが、設問1はやはり書きづらいものが多いので、表面的な理解に留めず、色々な視点で刑法を勉強すると面白いです。設問2はスタンダードなものなので、事例問題をたくさん解いておけば十分対応できます。

商法

設問 1

1. 「重要な財産の処分」（362条4項1号）に当たるか否かは個々の事情により異なるから、①当該財産の価額②①会社の総資産に占める割合③保有目的④処分行為の態様⑤会社における従来の取扱いなどの事情を総合考慮して判断される。
2. 本件契約の目的物である本件土地の帳簿価格は5000万円であり、それ自体として高額であり(①)、甲社の総資産は2億5000万円であるから、その20%も占めるものである(②)。また、本件土地は甲社の遊休資産であるから、他者への売却を想定していない(③)。そうすると、処分行為が適正価格によるものであること(④)を考慮しても、本件契約は「重要な財産の処分」に当たるといえる。

設問 2

1. 本件契約は「重要な財産の処分」に当たるにもかかわらず取締役会の承認(362条4項1号)を得ていない。
2. 取締役会の承認を受けない代表取締役の個々の取引行為は内部的意思決定を欠くにとどまるから、原則として有効であり、相手方が悪意または有過失である場合には民法93条1項但書の類推適用により無効となる。

乙社代表取締役PはAの友人であったことから甲社の規模について知っていたはずであり、本件契約に際して本件土地が高額であることやその割合が大きいことなどを認識していたといえる。そうすると、Pは本件契約が甲社にとって「重要な財産の処分」に当たることを知っていた。また、PはAから甲社において取締役会決議を経ないことを説明されているのであるから、本件契約が「重要な財産の処分」に当たることや取締役会決議を経ないことについて悪意である。

したがって、本件契約には民法93条1項但書が類推適用され、本件契約は無効となる。

以上

(コメント)

設問 1

これは「重要な財産の処分」該当性について聞かれているのですが、「重要な財産の処分とは何か」という問題文がわかりづらく、判例の言い回しを知っていてもここにそれを貼り付けていいものなのかわからなかった方も多いと思います(私も初見で解いた際には確信を持たずに一応貼り付けた感じです)。ですが、何も書かないよりは知っている確実な知識を貼った方がいいに決まっているので、食らいついていきましょう。

あとは当てはめて終了です。

設問 2

次に、設問1の結論を踏まえて効力を説明していきます。これも判例があるので、その規範を貼り付けて丁寧に当てはめていけばOKです。ここでいう悪意の対象は「重要な財産の処分」該当性と取締役会決議の不存在両方になるので、そのどちらも認定していきます。

問題全体

科目としての難易度は低いので、いかに丁寧に書けるかという勝負になってきます。かなり基本的なことが問われるので、難しい問題に当たるよりも、基礎的なことをしっかり固めるのが良いです。