



憲法

問1

次のアからオまでの記述のうち、最高裁判決に明らかに反するものの個数を、 から までの中から選び、解答欄 01 にマークしなさい。(配点：5点)

ア 租税法の定立については、立法府の政策的・技術的判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである。租税法の分野における取扱いの区別は、その立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、憲法 14 条 1 項に違反するものということとはできない。

イ 憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によって差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである。

ウ 憲法 25 条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱いをしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているとき、憲法 25 条とは別に、憲法 14 条及び 13 条違反の問題は生じない。

エ 株式会社の就業規則中、女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法 90 条の規定により無効である。

オ 日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位である。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。

0            1            2            3            4            5



問2

次の から までの記述のうち，最高裁判決に明らかに反するものを選び，解答欄02にマークしなさい。（配点：記述ごとに各1点）

政教分離規定は，いわゆる制度的保障の規定であって，間接的に信教の自由を確保しようとするものである。

信教の自由の保障は，何人も自己の信仰と相容れない信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して，それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請している。

一般に，神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して玉串料等を奉納することは，時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し，慣習化した社会的儀礼になっているものといえることができ，一般人は玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価している。

憲法20条1項後段にいう「宗教団体」，憲法89条にいう「宗教上の組織若しくは団体」とは，宗教と何らかのかかわり合いのある行為を行っている組織ないし団体のすべてを意味する。

国有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が，憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては，当該宗教的施設の性格，当該土地が無償で敷地としての用に供されるに至った経緯，当該無償提供の態様，これらに対する一般人の評価等，諸般の事情を考慮し，社会通念に照らして総合的に判断するべきである。



問3

次の から までの見解のうち，最高裁判決に明らかに反するものを選び，解答欄03にマークしなさい。（配点：記述ごとに各1点）

大学は，国公立であると私立であることを問わず，学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であり，その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し，これによって在学する学生を規律する包括的権能を有する。

大学は，国公立であると私立であることを問わず，一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているのであるから，このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではない。

大学構内における学生の集会が，真に学問的な研究又はその結果の発表のためのものではなく，実社会の政治的社会的活動に当る行為をする場合であっても，大学の有する特別の学問の自由と自治を享有する。

憲法26条2項の義務教育の無償は，授業料不徴収の意味である。

国は憲法上，子ども自身の利益の擁護のため，あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため，必要かつ相当と認められる範囲において，教育内容についても決定する権能を有する。



民法

問4

次の から までの記述のうち、判例の趣旨に照らして、正しいものを選び、解答欄04にマークしなさい。(配点：記述ごとに各1点)

各人の生活の本拠をその者の居所とする。

不在者の生死が5年間明らかでないときは、家庭裁判所は、利害関係人の請求により、失踪の宣告をすることができる。

娘の酌婦稼働による報酬を弁済に充てることを約し、父親が消費貸借名義で金員を受領した場合には、酌婦稼働による弁済特約は公序良俗に反し無効であるが、父親の金員受領はそれと可分の関係にあるから、消費貸借は有効である。

詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

代理人は、行為能力者であることを要しない。



問5

次の から までの記述のうち，判例の趣旨に照らして，正しいものを選び，解答欄05にマークしなさい。（配点：記述ごとに各1点）

物権は，民法その他の法律に定めるもののほか，創設することができない。

不特定物の売買においては，原則として目的物が特定した時に所有権は当然に買主に移転する。

占有権は，代理人によって取得することができる。

地上権は，抵当権の目的とすることができない。

債務の履行について不確定期限があるときは，債務者は，履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う。



問6

次の から までの記述のうち，判例の趣旨に照らして，正しいものを選び，解答欄06にマークしなさい。（配点：記述ごとに各1点）

承諾の期間を定めてした契約の申込みは，撤回することができない。

債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは，債務者は，反対給付を受ける権利を失わない。

土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは，その工作物の占有者は，被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。

夫婦は，その協議で，離婚をすることができる。

相続放棄は，法律行為ではない。



刑 法

問 7

不作為犯に関する次の【文章 1】及び【文章 2】の各空欄には、それぞれ【語句群 1】及び【語句群 2】中の語句が入る。空欄 07 から 20 までに入る最も適切な語句を選び、その記号を解答欄 07 から 20 までにマークしなさい。(配点：各 / 点)

【文章 1】

かつては、( 07 ) から不作為犯において因果関係を論ずることができない、という議論があったが、( 08 ) と答えることができる。そして、作為犯よりも仮定的な要素が強い不作為犯の条件関係の認定基準について、判例は、( 09 ) ときにこれを認定するという態度を採っている。

不作為犯のうち( 10 ) 不作為犯については、( 11 ) から( 12 ) に反するという議論もある。しかし、刑法 199 条が不作為による殺人を規定していないと言い切ることにはできない。日常の用語例からも、そのように言うことができる。

【語句群 1】

具体的

罪刑法定主義

真正

責任主義

抽象的

不真正

無から有は生じない

禁止規範違反を処罰する条文を命令規範違反に適用することはできない

結果回避可能性の合理的疑いを超える証明がある

作為犯に比べて不作為犯は処罰範囲が曖昧である

条件関係公式(コンディチオ公式)における付け加え禁止に反する

条件関係公式(コンディチオ公式)の付け加え禁止は作為犯についてのみ妥当する

不作為犯は義務違反を処罰するものであり、結果の惹起を処罰するものではないから、因果関係を問題とする必要はない

80 ~ 90% の結果回避可能性がある

不作為は「期待された行為をしないこと」であるから、期待された行為を付け加えることにより、不作為と結果の条件関係を判断することが可能である

【文章 2】

不作為犯の成立要件で最も問題となるのは、その主体をどのように限定するか、であ



る。語句群 1 の に「期待された行為」という表現があるが、それをを用いるならば、当該結果を回避する作為が誰に期待されていたかを問わなければならないのである。

その判断は、不作為者が（ 13 ）を負うかという（ 14 ）判断として行われるが、その前提として、類型的な すなわち（ 15 ） 判断として、不作為者が（ 16 ）にあったかを問うのが一般的である。かつての通説は、それを基礎づける法令、契約又は条理（先行行為など）の有無を問題としていたが、最近ではより実質的に、不作為者が（ 17 ）又は（ 18 ）とどのような関係に立っていたか すなわち、（ 17 ）に対する保護義務又は（ 18 ）に対する管理義務を負っていたか に着目する見解が有力に主張されている。その内容は論者によってさまざまであるが、不作為者が結果の有無に強い影響関係をもっていたことを（ 19 ）の要素で、他にもない当該不作為者の作為が期待されていたことを（ 20 ）の要素で判断しようとする、といった特徴が見られる。

【語句群 2】

違法性	危険源	危険創出
近親性	行為性	構成要件該当性
後見関係	作為義務	支配領域性
相当因果関係	排他性	法益
保障者的地位	有責性	予備罪の成立





問 8

次の【事例】について【演習】にあるように、刑法のゼミで教師が学生に質問をしながら、授業をしている。これに関する後記〔設問 1〕および〔設問 2〕に答えなさい。（配点：10 点）

【事例】

甲は、深夜あるアパートの一室にある A 宅に、金品を窃取する目的で侵入し、居室内を物色した。ほとんど金目のものはなかったが、バッグの中に財布を発見したので、手にとってその中身を確認したところ、小銭が少々、銀行のキャッシュカードとクレジットカードが各 1 枚あったので、カードだけを抜き取って上着のポケットに入れた。さらに、暗証番号のヒントになりそうなものやその他の金目のものを物色しだしたところ、物音に気づいた就寝中の A が目を覚まし、室内を物色しているのを発見されてしまった。そこで甲は、あらかじめこのような場合に備えて用意しておいたナイフを取り出し、A の首筋に突き付けて、「金を出せ。出さないと殺すぞ。」と脅したところ、「昨日、散財して、ほとんど何もない。」と A が答えたので、「じゃあ、キャッシュカードの暗証番号を教える。教えないと殺すぞ。」とさらに脅して問い詰めた。すると、怯えた A は、暗証番号を甲に教えた。その後、甲は、A にタオルで猿ぐつわをし、電源コードなどで手足を縛り付けて、A 宅をあとにした。

【演習】

教師：甲についてどのような罪責が考えられるのか、誰か答えて下さい。

学生 A：窃盗目的で A 宅に侵入しているので、住居侵入罪が成立します。そのあと、物色して、クレジットカードを抜き取った……。

教師：ちょっと待って下さい。甲が A 宅に侵入する前の段階でナイフを所持していたことについて、刑法上何か犯罪が成立するのでしょうか。

学生 A：住居侵入、窃盗の目的ですから、特別法上の犯罪は別として、犯罪は成立しないと思います。

学生 B：家人に気づかれた場合にはナイフを使用して脅すという意味があったので、強盗予備罪が成立するのではないのでしょうか。

教師：それは、刑法 238 条の事後強盗の目的であって、刑法 236 条の強盗の目的ではないのではないのでしょうか。

学生 B：( ) であれば、事後強盗の目的ですが、この場合、( 21 ) があるので、いわゆる居直り強盗の目的といえ、これは通常の強盗の目的と考えてよいのではないのでしょうか。また、( ) ことから、刑法 236 条 1 項で「強盗の罪とし」と規定されることとあわせて考えると、予備についても同様に扱う趣旨といえ、事後強盗の目的だったとしても強盗予備罪とすべきだと思われます。

学生 A：( 22 ) と思います。

教師：たしかに、二人のいうように、強盗予備罪の強盗目的に事後強盗の目的を含むの



かという争いがあります。ただ、この事例では、そのような解釈論上の問題というより、事実の問題として、事後強盗の目的があったというより、居直り強盗の目的があったとしてよいかもしれません。もっとも、このように( ) ことも、事後強盗の目的も含むとする解釈の実質的な論拠とされています。では、カードを抜き取った点へと進めましょう。

学生A：キャッシュカードとクレジットカードを財布から抜き取ってポケットに入れています。その前の段階、つまり室内を物色した段階で、窃盗罪の実行の着手があり、その後、( ) 段階でその占有がAから甲へと移転したといえ、既遂に達します。

学生C：( ) と考えられるので、( 23 ) 段階ではじめて、占有が移転したものだといえ、その時点ではじめて既遂に達するのではないのでしょうか。

学生A：占有が移転したかどうかは、他の者の支配領域内かどうかだけでなく、客体である財物の大小、搬出の容易性なども考慮して判断すべきです。( 24 ) でしょう。

教師：そうですね。大審院の判例に店頭で商品をポケットに入れた時点で既遂とするものがありますので、あとで確認しておいて下さい。続いて、Aに気づかれた後、ナイフを突き付けて脅迫し、金を出すように要求したことは、どうなるのでしょうか。

学生A：財物を取得するために脅迫を加えています。また、その脅迫の程度は、首筋にナイフを突き付けるもので、一般的にみて、反抗を抑圧するに足りる程度のもので、強盗罪の手段としての脅迫だといえます。ただ、実際に現金等の財物を奪ったわけではないので、強盗未遂罪になります。この場合、キャッシュカードの窃盗と強盗未遂罪は、同一機会の同一被害者の同一法益に対するものといえますので、一罪<sup>ア</sup>として重い強盗未遂罪だけが成立します。

教師：そうすると、そのあと、さらにキャッシュカードの暗証番号を聞き出した点については、どうなるのでしょうか。

学生A：暗証番号は、預金を引き出すために必要な情報ですが、有体物に化体していないので、財物とはいえません。また、情報を取得したとしても、同一の情報は、なおAにも存在しているため、( ) があったとはいえません。そのため、1項強盗も2項強盗も成立せず、無理矢理聞き出した点をとらえて、せいぜい強要罪が成立するにすぎないと思います。

教師：でも、甲は、すでにキャッシュカードを所持していますので、暗証番号を聞き出せば、ATMでAの口座から預金を引き出すことができますよね。Aと甲との間で暗証番号が共有されただけで、Aの利益が失われていないというのは、暗証番号が情報であるということに拘泥しているのではないのでしょうか。

学生B：窃取したカードでATMから預金を引き出した場合、銀行に対する窃盗罪が成立しますから、それでいいのではないのでしょうか。

学生C：また、最初からキャッシュカードを奪い、同時に暗証番号を聞き出すために暴行・脅迫を加えた場合については、キャッシュカードについてだけ強盗罪が成立したはずで、今日の事例では、キャッシュカードの奪取は、すでに窃盗罪として評価されて



いますので、これ以外に財産犯の成立を認めるのは難しいと思います。

学生A：( 25 ) と思います。これは、預金を引き出した場合に、窃盗罪が成立することからも明らかではないでしょうか。

教師：たしかに、( 26 ) ではないでしょうか。さらに、( 27 )。ここに利益の移転を認めることはできないでしょうか。

学生A：そうすると、( 28 ) ことは、もはや必要でないこととなります。

教師：ただ、( 29 ) と解することは可能です。さっきも言ったように、財産的価値のある技術情報が漏洩した場合とは異なるといえるでしょう。最後に、甲は、A に猿ぐつわをし、手足を縛り付けて逃走しています。この点は、逮捕罪等が成立するでしょうか。

学生A：厳密に見ればそうかもしれませんが、それは逃走のためにAの身体を拘束したもので、暗証番号を聞き出すことに強盗罪を認めるのであれば、利益の移転を確保するという点でなお強盗罪に含めて一罪<sup>1</sup>として評価できるのではないのでしょうか。あるいは、甲は、キャッシュカードを窃取しており、窃盗という身分を有しており、逃走する目的でAに反抗を抑圧するに足りる暴行を加えたといえるので、事後強盗罪になります。この場合、暗証番号を聞き出す点の2項強盗と包括して、2項強盗罪一罪が成立するように思います。

教師：そのような考え方もありますが、キャッシュカードの奪取と暗証番号の聞き出しを同時にした場合、1項強盗一罪<sup>2</sup>にするのであれば、財物が客体である事後強盗一罪にするほうがいいかもしれませんね。ところで、2項強盗にするのか、事後強盗にするのかはおくとして、これらの強盗罪と一番最初の強盗予備罪との罪数は、どのようになるのでしょうか。

学生A：強盗予備罪を不可罰的事前行為とよぶ見解もありますが、現に実行された強盗罪に吸収されて一罪<sup>3</sup>になると思います。

#### 〔設問1〕

上記の【演習】における空欄 21 から 29 までに入る適当な発言内容を以下の【発言群】の中から選び、その記号を解答欄 21 から 29 までにマークしなさい。(配点:各 / 点)

#### 【発言群】

刑法 238 条が「強盗として論ずる」と規定している

事後強盗の予備として強盗予備罪の成立を認めることは、実質的に窃盗の予備を処罰することになって妥当ではない

事後強盗の目的と居直り強盗の目的との区別がそれほど明確ではない

気づかれて逃走したり、財物の取戻しを防ぐために使用する意思

さらに財物等を奪取する目的をもって使用する意思

甲がA宅の外に出た



カードをポケットに入れた

カードは、甲がしたように、ポケットに入れてしまえば、それを所持しているかどうかすら判別しがたい大きさ、厚さですし、そのような状態になれば、たとえ被害者の室内であっても、すぐさま取り戻すのは難しい

カードは、A 宅の室内にあったもので、A は自宅におり、その室内の物については A が事実上の支配を及ぼしている

キャッシュカードと暗証番号を併せ持っても、A の預金債権を取得し、あるいは、支配しているわけではありませんが、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことは、ATM 等から容易に預金を引き出すことができるようになりますから、このことによって、正当な預金債権者と同様に預金を支配していると評価できる

甲は、キャッシュカードを所持し、その暗証番号を知ることによって、預金を引き出すことが可能になりますが、これは、事実上それが可能というだけであって、銀行に対する関係で何らかの権利を取得したり、管理・支配しているとはいえない

A からみても、甲がキャッシュカードと暗証番号を併せ持つことによって、A の預金が甲によって払い戻しされうるといふ不利益を被っています

行為者が利益を得る反面として、被害者がそれに対応する財産的な不利益を被るといふ関係は存在しており、2 項強盗という利益の移転はそれで足りる

財物の移転に相当する具体的かつ終局的な利益の移転

被害者から行為者に利益が直接移転する

## 〔設問 2〕

【演習】にある下線部分アからエまでの「一罪」について、次の【事例群】の各事例において成立する犯罪を一罪とする場合と比較して、一罪とされる理由が同じものの組合せとして適切なものをすべて、解答欄 30 にマークしなさい。(配点：組合せごとに各 3/ 点)

## 【事例群】

甲は、支払意思・能力なしに飲食店 A において料理を注文し、料理を食べた後、代金の支払を免れる目的で、店員 B に店外にあるトイレに行きたいと申し出て、B からその場所を聞いたところ、B は一見の客である甲が店外に出ることを認めた。そこで、甲は、店外に出てそのまま逃走した。

甲は、覚せい剤の売人 A から代金を支払う意思がないのにあるかのように装って A から覚せい剤を受け取った後、覚せい剤の支払がないことに気づいた A から覚せい剤の返還か代金の支払を要求されたので、これを免れるため、A を殺害した。

甲は、A から財布をすりとった後、財布から現金を抜き取った上で、すりとった空の財布をゴミ箱に捨てた。

甲は、一夜のうちに、A 社の倉庫から米俵を 10 俵ずつ、3 回にわたって盗み出した。



甲は、日本刀でAに切り付けてこれを殺害するとともに、Aの着衣を損壊した。

甲は、Aの所蔵する名画を手に入れたいと考え、Aに対して「その絵は元々が盗品なので、あなたが所蔵していることが表沙汰になると大変なことになる」とか「その絵は贗物にせものなので、早く売ってしまったほうが良い」などと種々申し向けたが、Aが一向に手放そうとしないので、甲はついにAを殺害してこれを手に入れた。

ア , イ

ア , ウ

ア , エ

イ , ウ

イ , エ

ウ , エ



行政法

問 9

次の から までの記述のうち、判例の趣旨に照らして、正しいものを選び、解答欄 31 にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

行政庁の行為について取消訴訟の処分性が認められれば、当該行為の違法性を理由とした国家賠償請求訴訟において公権力性は当然に肯定される。

不作為違法確認訴訟において、行政庁が行為を怠ることの違法性が確定すれば、当該不作為に基づく国家賠償法 1 条の違法性は当然に肯定される。

行政庁の行為について執行停止が認められれば、当該行為の差止めを求める仮処分は当然に否定される。

行政上の法律関係について争点訴訟が認められれば、当該法律関係について当事者訴訟は当然に否定される。

国の営造物が公物としての機能を有していれば、当該営造物に対する民法上の取得時効の適用は当然に否定される。



問 10

行政手続に関する次の から までの記述のうち、判例の趣旨に照らして、正しいものを選び、解答欄 32 にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

一般に、行政手続は、刑事手続とは性質においておのずから差異があり、また行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものである。

条例に基づく申請に対する処分につき、当該処分により具体的な影響を受ける申請者以外の者の手続的参加を保障するため、行政手続条例以外の条例で、公聴会や説明会を義務付けているときには、行政庁は、これらの意見を聴く機会を設けなければならない。

法律の委任に基づく条例を根拠とする申請について、審査基準を定めるには、行政手続法に基づく意見公募手続を経なければならないが、条例の委任を根拠として地方公共団体の長が規則を定めるときは、同法に基づく意見公募手続ではなく、当該地方公共団体の意見公募手続を経なければならない。

一般旅券の発給を拒否する場合に拒否理由の付記を要求している趣旨は、外務大臣の判断の慎重と公正妥当を担保してその恣意を抑制するとともに、拒否理由を相手方に知らせることによって不服申立ての便宜を与えることにあるから、発給拒否の根拠規定を示すだけでは不十分であり、それによって当該条項の適用の基礎となった事実関係が当然知りうるような場合であっても、当該拒否処分は取消しを免れない。

聴聞は、行政庁が指名する職員その他政令で定める者が主宰し、裁判類似の手続によって実施されるが、公開が義務付けられず、当該聴聞を経てなされた不利益処分については異議申立ても許されない。



問 11

行政裁量に関する次の から までの記述のうち，判例の趣旨に照らして，正しいものを選び，解答欄 33 にマークしなさい。（配点：記述ごとに各 1 点）

公務員に対する懲戒処分については，庁内の事情に通暁した任命権者の裁量に任せるのが妥当であるが，その裁量は恣意的であってはならず，社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し，これを濫用したと認められる場合は違法となる。

外国人の在留特別許可につき，法務大臣がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがある場合は，このような準則は，本来，行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから，処分がその準則に違背して行われた場合は，不当の問題を生ずるに止まらず，違法となるべきものである。

信仰上の理由で剣道実技に参加しなかった学生に対する原級留置処分又は退学処分を行うべきか否かについて，裁判所は，校長と同一の立場に立って判断し，その結果と当該処分とを比較してその適否，軽重等を論ずるべきである。

市立学校施設の目的外使用許可をするかどうかは，市教育委員会の広い裁量に委ねられており，申請のあった教職員組合による教育研究集会が自主的研修という側面を有するものの，他面で労働運動の側面を有していること及び県教育委員会と当該組合が対立し，緊張関係にあったことを理由として行われた使用不許可処分は適法である。

原子炉設置許可処分に関する裁判所の審査は，原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた内閣総理大臣の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきものであって，その際用いられた具体的審査基準の合理性に関する判断には及ばない。





商 法

問 12

次の文章は、資本の諸原則について解説するものである。この文章を読んだ上で、後記【記述】の から までのうち適切なものを選び、解答欄 34 にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

会社法制定前においては……資本は設立時および増資時の財産確保機能を有するとともに、会社の純資産額が資本金と法定準備金の合計額を上回る場合にのみ配当を許すという形で配当阻止数として機能し、不時の損失に備えて一定額の純資産を会社に維持することにより、債権者保護のためのバッファとしての機能を担っていた。そして、資本の同機能を堅持するため、資本維持・充実の原則のほか、資本確定の原則および資本不変の原則がとられていた……会社法の制定に際して、資本はなお配当等に際しての債権者との利害調整装置であるとの位置づけが維持された……そのような位置づけのもとで、会社法の制定に際して資本をめぐる諸規制について改正がなされ、同法のもとでは従来の資本三原則はないという説明も立案担当者からなされている。(『増刊ジュリスト 会社法の争点』(2009) 18 頁)

【記述】

資本維持の原則を、「会社の純資産額が資本額に満たなくなる配当による株主への会社財産の払戻しは許さない。」という意味のものとする場合、会社法下でもこの原則は妥当する。

平成 17 年改正前商法では、資本充実の原則を具体化する規定として、現物出資財産価額が定款記載の額に著しく不足する場合の填補責任を発起人及び設立時取締役を負わせていたが( のここまでの記述に誤りはないものとせよ)、会社法ではそのような責任を一切課していないので、その意味ではこの原則は妥当していない。

資本不変の原則を、「いったん確定された資本額は、法定の手続を踏まねば減少させることはできない。」という意味のものとする場合、会社法下でもこの原則は妥当する。

資本確定の原則を、「株式会社の設立及び増資には定款所定の資本金総額に対する株式の引受けがあり、資本金総額につき出資者が確定しなければならない。」という意味のものとする場合、いわゆる授權株式制度は、会社設立時に授權株式数の四分の一の発行でも可能としているので、この原則の例外にあたるといえる。

会社法は、設立後新株発行のみならず設立時にも払込みがあった部分だけでの設立を認める(打切り発行)に至っており、資本確定の原則は廃止されたといえる(なお、定款所定の出資財産最低額分の出資を要求されることを考慮する必要はない)。



問 13

次の から までの記述のうち、適切なものを選び、解答欄 35 にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

会社法 116 条 1 項各号の行為が効力を生じる日（効力発生日）から 30 日以内に買取請求があった株式の価格決定について協議が調わず、かつ、効力発生日から 60 日以内に裁判所に対し価格決定の申立てがなされない場合、株主は、いつでも、株式買取請求を撤回することができる。

株主総会は、必要がある場合には、いつでも、招集することができる。

会計監査人は、いつでも、株主総会の決議によって解任することができる。

委員会設置会社の執行役は、いつでも、株主総会の決議によって解任することができる。

社債権者集会は、必要がある場合には、いつでも、招集することができる。



問 14

次の文章は、取締役会設置会社のうち、いわゆる二元モデルをとる監査役設置会社と、いわゆるモニタリング・モデルをとる委員会設置会社との異同について解説するものである。この文章を読んだ上で、後記 から までの記述のうち、適切なものを選び、解答欄 36 にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

先進諸国の会社法は、取締役会に業務執行の監督を期待するとともに、経営者支配の行き過ぎを防止するため、経営監視のための仕組みを設けることを義務づける点で共通する。これには大きく分けて 2 つのモデルが存在する。第 1 は、取締役会とは別に業務執行を監査する機関(監査役)を設け、株主総会が選任するものである(「二元モデル」)。第 2 は、社外取締役を中心として、経営者の業務執行を監視するものである(「モニタリング・モデル」)……わが国の会社法は、会社の実情に応じていずれか一方のモデルを選択できるといふ、比較法的に見てきわめて珍しい制度を採用している。(『増刊ジュリスト会社法の争点』(2009) 124 頁)

【記述】

取締役会設置会社は、その規模や公開会社であるか否かに関わらず、上の 2 つのモデルから選択することができる。

大会社でも公開会社でもない委員会設置会社は、監査委員会が企業の財務報告を行うことから、会計監査人を置いてはならない。

監査役設置会社の取締役会は、取締役の職務の執行を監督するほか、株主総会決議事項以外の業務執行の決定を行う。委員会設置会社の取締役会では、業務執行の決定を決議により執行役に委任することができる範囲が監査役設置会社の場合に比べて広い。

委員会設置会社の委員会(指名・監査・報酬)は 3 人以上で構成され、各委員会の過半数は社外取締役でなければならない。監査委員会の委員は他の機関と兼任することができないので、各委員会設置会社において、その社外取締役は、監査委員会の 2 名と指名委員会・報酬委員会の 2 名(兼任した場合)の、少なくとも 4 名が必要である。

取締役会は、各委員会の委員の解職権を持つ。委員会の委員は、取締役であることが要件とされていないので、もともと取締役でなかった委員は、解職によって委員会設置会社の機関としての地位をすべて失うこととなる。



民事訴訟法

問 15

訴えの利益に関する次の から までの記述のうち、判例の趣旨に照らして、正しいものを選び、解答欄 37 にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

現在の給付の訴えは、給付判決を得て強制執行を行う前提として提起されるものであるから、給付判決を得ても給付の実現が不可能か又は著しく困難である場合には、訴えの利益が否定される。

口頭弁論終結時までに履行期の到来していない給付請求権を主張する訴えは、あらかじめその請求をする必要がある場合に限り、提起することができる。

法律関係を証する書面の成立の真否は、過去の事実であるから、その確認の訴えについては、訴えの利益が否定される。

遺言無効確認の訴えは、過去になされた法律行為の効力の確認を求めるものであるから、訴えの利益が否定される。

金銭債務の不存在確認の訴えが係属中に、被告が同一債務についての給付の訴えを反訴として提起した場合、本訴たる債務不存在確認の訴えにつき訴えの利益が失われることはない。

建物賃貸借契約の継続中に賃借人が賃貸人に対して提起した敷金返還請求権の存在確認を求める訴えは、現在の権利又は法律関係の確認を求めるものであるとはいえないから、訴えの利益が否定される。



## 問 16

次の【文章】は、訴訟上の書類を当事者（事業者ではない自然人）に送達する場合に関するものである。【文章】中の空欄 38 から 46 までに入る最も適した語句（同じ番号の空欄には同一の語句が入る。）を、後記【語句群】の から までの中から選び、解答欄 38 から 46 までにマークしなさい。（配点：各 / 点）

## 【文章】

送達に関する事務は、( 38 ) が取り扱う。送達は、( 39 ) 又は郵便の業務に従事する者が実施するのが原則である。送達を実施した者は、送達に関する事項を記載した報告書を作成して、裁判所に提出しなければならない。

送達は、書類の名宛人に書類を直接手渡す交付送達を原則とする。送達場所は、名宛人の住所又は ( 40 ) であるのが原則だが ( 41 ) での送達も認められている。ただ、当事者は、送達場所を届け出る義務を負い、届出があった場合には、その場所で送達が行われる。

送達実施者が交付送達を試みる場合、送達場所（( 41 ) を除く）において名宛人に出会わないときは、同居者で、書類の受領について相当のわきまえのあるもの（以下「代人」と称す。）に書類を交付することができる。これを ( 42 ) 送達という。その場合、名宛人や代人が正当な理由なく送達の受領を拒んだときは、( 43 ) 送達が可能である

( 42 ) 送達や ( 43 ) 送達ができないとき、( 38 ) は、名宛人の住所など所定の場所に宛てて書留郵便等によって送達書類を発送する方法で送達をすることができ、これを ( 44 ) 送達という。この場合、書類の ( 45 ) の時に送達の効力が生ずる。

日本国内においてすべき送達について、送達をすべき場所が不明であるか、又は ( 44 ) 送達ができない場合には、( 38 ) は、申立てにより、( 46 ) 送達をすることができる。

## 【語句群】

執行官	裁判長	裁判所書記官
本籍	居所	就業場所
補充	差置	出会
嘱託	公示	書留郵便等による
書留郵便等に付する	発送	到達



問 17

書証に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らして、誤っているものはいくつあるか。後記 から までの中から選び、解答欄 47 にマークしなさい。（配点：3点）

ア 私文書は、本人又は代理人の署名又は押印がある場合に成立の真正が推定されるが、文書中の印影が本人又は代理人の印章によるとの事実が証明されると、その印影は本人又は代理人の意思に基づいてなされたことが推定されるため、結果として私文書の成立の真正が推定されることになる。

イ 相手方当事者又は第三者が所持する文書を書証として申し出るためには、文書提出命令の申立てを裁判所にすることが考えられるが、そのほか、所持者に当該文書の送付を囑託することを申し立てる余地がある。

ウ 文書提出命令の申立ては、文書の表示及び文書の趣旨を明らかにしてしなければならないが、それらを明らかにすることが著しく困難であるときは、その申立ての時には、これらの事項に代えて、文書の所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項を明らかにすれば足りる。

エ 銀行の貸出稟議書は、専ら銀行内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示されることが予定されていない文書であることから、現行法の下でも文書提出義務が常に否定される。

オ 当事者である所持者が文書提出命令に従わないとき、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができるが、それにとどまらず、当該文書により証明すべき事実に関する相手方の主張を真実であると認める余地がある。

0

1

2

3

4

5



## 刑事訴訟法

### 問 18

下記の【意見 a】は最大判昭和 30 年 12 月 14 日刑集 9 卷 13 号 2760 頁における斎藤悠輔裁判官の補足意見であり，【意見 b】は最大判昭和 36 年 6 月 7 日刑集 15 卷 6 号 915 頁における池田克裁判官の補足意見である。緊急逮捕に関する後記アからエまでの【記述】は，どちらの意見に，より結びつきやすいか。【意見 a】であるときは ，【意見 b】であるときは を選び，解答欄 48 から 51 までにマークしなさい。（配点：各 / 点）

#### 【意見 a】

「憲法 33 条中の『現行犯として逮捕される場合を除いては』とある規定並びに同 35 条中の『第 33 条の場合を除いては』とある規定は，アメリカ憲法修正第 4 条と同じく，合理的な搜索，逮捕，押収等を令状を必要とする保障から除外する趣旨と解すべきものとする。されば，右憲法 33 条の除外の場合には，刑訴 212 条 1 項の現行犯逮捕の場合も勿論同条 2 項のいわゆる準現行犯逮捕の場合及び同法 210 条のいわゆる緊急逮捕の場合をも包含するものと解するを相当とする。従って，右 210 条 1 項後段の場合に逮捕状が発せられないとき，すなわち逮捕につき令状の裏打がないときでも逮捕そのものは適憲であるとしなければならない。」

#### 【意見 b】

「緊急逮捕を規定した刑訴 210 条は，……厳格な条件の下においてのみ被疑者の逮捕（身体を拘束して特定の場所に引致すること）を許容したものであり，且つ引致後直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をとらせることとしているのであるから，この規定により逮捕状が発せられたときは，憲法 33 条のいわゆる令状の裏づけがあるものというべきであり，これを同条の令状主義の例外とみるべきではない。

すなわち，刑訴 210 条の緊急逮捕は，令状主義の要請する人権保障と被疑者逮捕の合理的必要性との調整を，引致後直ちに逮捕状を求める手続をなさしめ逮捕状が発せられないときは，直ちに釈放すべきものとする点に求めたものというべきであって，なお，令状による逮捕として憲法 33 条の容認するところと解される。」

#### 【記述】

ア 刑事訴訟法 210 条 1 項にいう「直ちに」とは，「即時」に近い意味を有する。

（解答欄 48）

イ 緊急逮捕後，逮捕状請求時までに罪名が変わった場合にも，逮捕時の罪名で裁判官に逮捕状を請求しなければならない。

（解答欄 49）



ウ 逮捕状を請求したが、逮捕状の発付が遅延した場合であっても、被疑者を釈放する必要はない。 ( 解答欄 50 )

エ 緊急逮捕後、逮捕の理由となった犯罪事実がないこともしくはその事実が罪とならないことが明らかになり、または身柄を留置して取り調べる必要がないと認め、被疑者を釈放した場合は、逮捕状の請求をする必要はない。 ( 解答欄 51 )





問 19

後記 から までの【記述】のうち、次の【判例】(最決平成 16 年 7 月 12 日刑集 58 巻 5 号 333 頁)に明らかに反するものを選び、解答欄 52 にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

【判例】

「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑法 197 条 1 項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。」

【記述】

機会があれば犯罪を行う意思があるとは疑われない者に対しても、おとり捜査を行うことができる。

銃砲刀剣類所持等取締法違反の捜査においても、おとり捜査を行うことができる。

麻薬及び向精神薬取締法第 58 条は、「麻薬取締官及び麻薬取締員は、麻薬に関する犯罪の捜査にあたり、厚生労働大臣の許可を受けて、この法律の規定にかかわらず、何人からも麻薬を譲り受けることができる」と規定し、あへん法第 45 条は、「麻薬取締官及び麻薬取締員は、あへん又はけしがらに関する犯罪の捜査にあたり、厚生労働大臣の許可を受けて、この法律の規定にかかわらず、何人からもあへん又はけしがらを譲り受けることができる」と規定する。薬物犯罪捜査においておとり捜査を行うことができるのは、このような規定があるからである。

犯罪の捜査は、行われた犯罪を明らかにするものである以上、犯罪が行われてから実施されるものである。しかし、これから行われる高度の蓋然性の認められる犯罪については、捜査機関は捜査を行うことができる。

覚せい剤取引がある旨の通報を受けた捜査機関が、取引現場に張り込み、取引が開始されるのを待って現行犯逮捕する行為は、おとり捜査である。

組織犯罪等の捜査においては、通常の見方よりもおとり捜査を実施した方が犯罪を検挙する上で効率的かどうかを考慮して、おとり捜査を選択することができる。



問 20

以下は、検察官及び被告人が証拠とすることに同意しない場合における、伝聞例外についての記述である。誤っているものはいくつあるか。 から までの中から選び、解答欄 53 にマークしなさい。(配点：3点)

ア 検察官の面前における被告人以外の者の供述を録取した書面でその者の署名又は押印があるものは、公判準備又は公判期日において前の供述と相反するか又は異った供述をしたときで、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の状況の存するときには、証拠とすることができる。

イ 被告人以外の者が作成した供述書は、その供述者の署名又は押印があり、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるときで、特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、証拠とすることができる。

ウ 裁判所又は裁判官の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、これを証拠とすることができる。

エ 司法警察員の面前における被告人の供述を録取した書面で被告人の署名又は押印があるものは、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであり、かつその供述が特に信頼できる状況の下でなされたときに限り、これを証拠とすることができる。ただし、任意になされたものでない疑いがあると認めるときは、これを証拠とすることができない。

オ 検察官が刑事訴訟法 223 条に基づき参考人を取り調べて録取した書面は、公務員がその職務上証明することができる事実についてその公務員の作成した書面として、証拠とすることができる。

カ 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするものについては、その供述者の署名又は押印があり、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるときで、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、証拠とすることができる。

0	1	2	3
4	5	6	