

憲 法

問 1

次の①から⑤までの記述のうち、最高裁判所の判例（法廷意見）に照らして、明らかに誤っているものを選び、解答欄01にマークしなさい。明らかに誤っているものがない場合には、①をマークしなさい。（配点：記述ごとに各1点）

- ① 報道関係者の取材源は、民事訴訟法197条1項3号にいう「職業の秘密」にあたり、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲となる真実発見及び裁判の公正との比較衡量によっては、取材源について証言を拒否することが認められる。
- ② 報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではない。
- ③ 捜査機関によるテレビ局の取材テープの差押については、裁判所による提出命令と異なり、直ちに公開の場での調査、検討にさらされるわけではないので、マスメディアの取材の自由を妨げ、あるいはその抑圧を目指して濫用される危険が大きいことから、より慎重に検討する必要がある。
- ④ 各人がさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由は、憲法21条1項の規定の精神に照らして尊重されるべきであり、情報等摂取の補助としてなされる限り、筆記行為の自由は、上記情報等摂取の自由の派生原理として位置づけられる。
- ⑤ 公正な刑事裁判の実現を保障するために、報道機関の取材フィルムを裁判所による提出命令が認められるかどうかは、諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであるが、その際、将来の取材報道活動に対する萎縮効果にかんがみれば、取材の自由に重きをおいて衡量することが求められる。

問 2

次の①から⑤までの記述のうち、最高裁判所の判例（法廷意見）に照らして、明らかに誤っているものを選び、解答欄 02 にマークしなさい。明らかに誤っているものがない場合には、①をマークしなさい。（配点：記述ごとに各 1 点）

- ① 私立大学が中国の国家主席の講演会開催にあたり、学生の参加希望者に学籍番号、氏名、住所、電話番号を記入させた名簿について、警備のために提出するよう警察が大学に求め、これに応じて大学が本人の同意なく名簿の写しを提出した事件で、個人識別等を行うための単純な個人情報についても、本人が自己の欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないとするのは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきであるとされた。
- ② 憲法 13 条により、公権力の行使に対しても保護されるべき個人の私生活上の自由の一つとして、何人も個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するが、住民基本台帳ネットワークシステムには、懲戒処分または刑罰による漏洩の禁止や監視機関の設置など制度的担保が組み込まれており、個人情報がみだりに開示等される具体的な危険はない。
- ③ 前科及び犯罪経歴は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたいくないものの一つであり、公開が許されるためには、その公開が公正な裁判の実現のために必須であり、しかも必要最小限の範囲に限られる。
- ④ 指紋は指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心など個人の内心に関する情報となるものではないので、採取された指紋をどのように利用しても、個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性はない。
- ⑤ 憲法 13 条により、国家権力の行使に対しても保護されるべき個人の私生活上の自由の一つとして、何人もその承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するというべきであり、警察官が正当な理由もないのに個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し許されない。

問 3

次の①から⑤までの事項のうち、いわゆる国会中心立法の原則との関係で議論されるものをすべて選び、解答欄 03 にマークしなさい。(配点：5 点)

- ① 両議院の規則制定権
- ② 一の地方公共団体だけに適用される特別法
- ③ 内閣提出法案
- ④ 最高裁判所の規則制定権
- ⑤ 天皇による公布

民法

問 4

次の①から⑤までの各記述について、民法の規定又は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。正しいものがない場合には、⑥をマークしなさい。  
(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 1 番抵当権者と 3 番抵当権者とのあいだで抵当権の順位の譲渡をおこなうためには、2 番抵当権者の承諾が必要である。
- ② A が動産甲を B に売却したところ、B は、A に代金を支払うことなく甲を C に転売してこれを引き渡し、さらに B は、C への転売代金債権を D に譲渡して確定日付ある証書によって C への譲渡通知をおこなった。この後、A の B に対する売買代金債権の弁済期が到来した。このとき、A は、B に対する売買代金債権を被担保債権とする動産売買先取特権を行使することができない。
- ③ 不動産質権は、登記が対抗要件であり、設定時に目的不動産を質権者に引き渡さなくても成立する。
- ④ 留置権は、その被担保債権の弁済期が到来していなくても行使可能な場合がある。
- ⑤ A がその所有する土地乙に B のために抵当権を設定し登記も経由した後に、C が A から乙につき賃借権の設定を受けてこれを使用している。このとき、その後 B の抵当権が実行されて競売で買受人 D が現れてからも、C は、D の買受け時から 6 か月を経過するまでは、土地乙の明渡しの猶予を受けられる。

問 5

次の①から⑤までの各記述について、民法の規定又は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。正しいものがない場合には、⑥をマークしなさい。  
(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 成年被後見人 A が、後見人 B の同意を得ることなく、A 所有の土地乙を第三者 C に売却する契約をみずから締結したとき、B はその契約を取り消すことができる。
- ② A が、子 B (25 歳) が所有する土地乙につき、B からその旨の代理権の授与を受けていないにもかかわらず、B の代理人であると自称して、C に売却する契約を C と締結し、A は C から代金全額を受け取った。その後、A が遺言を残さずに死亡して相続が開始し、B は単純承認して A の単独相続人となった。B は、A の遺産の整理をしているうちに、A が上記のような無権代理行為をしていたことを初めて知った。このとき、C が土地乙についての所有権移転登記手続を B に求めてきても、B は C の請求を拒むことができる。
- ③ 遺言も法律行為の一種であるから、未成年者 A のした遺言は、A が成年に達する前であれば、A の法定代理人が取り消すことができる。
- ④ A 男は、B 女と婚姻しているにもかかわらず、婚姻外で C 女とのあいだに D という子をもうけた。A みずからが、D につき AB 間の子であるとする出生届を作成しこれが戸籍管掌者によって受理された場合、D は A の嫡出でない子としての地位を有する。
- ⑤ A 所有の建物丙について、B が 1994 年にこれを A から無償で借り受け、それ以来 B は丙での居住を継続してきたところ、2007 年に B が遺言を残さずに死亡し、B の妻であった 2001 年から丙において B と同居してきた C 女が、B を単独相続した。C は、B の死亡後も B の生前と同様の態様で現在 (2015 年とする) に至るまで建物丙で居住しつづけている。このとき、C は、建物丙につき取得時効の成立を主張できる可能性がある。

問 6

次の①から⑥までの各記述について、民法の規定又は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。正しいものがない場合には、⑦をマークしなさい。  
(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① A が B に動産甲を売却する旨の契約が AB 間で締結されたが、その後、甲は C の所有物であることが判明した。C は、動産甲は父親の形見であるから絶対に売る気はない、と言う。このとき、AB 間で締結された上記売買契約は有効である。
- ② A が、その所有する土地乙を 2000 万円で B に売却する旨の契約を 2015 年 6 月 1 日に締結し、A は B から解約手付として 100 万円を受け取った。この契約の締結当時、土地乙は農地であり、A はあらかじめ乙を宅地に整地する工事を完了させたうえで、2015 年 12 月 1 日に代金と引き換えに乙を B に引き渡すべき旨が取り決められていた。A はこの取り決めにしたがって整地工事の手配をし、2015 年 11 月 1 日までに土地乙は宅地の状態になっていた。このとき、A は、B が代金支払債務の履行に着手するまでは、B に 200 万円を支払うことによって土地乙の売買契約を解除することができる。
- ③ 使用貸借契約は、別段の定めがなければ、貸主の死亡によって終了する。
- ④ 無償の委任契約において、別段の定めがなければ、受任者は善良な管理者の注意を用いて事務を処理する義務を負う。
- ⑤ 仕事の目的物の引渡しを必要とする請負契約にあつては、別段の定めがなければ、請負人は、仕事の目的物を引き渡した後でないと、注文者に対し報酬を請求することができない。

刑 法

問 7

次のアからコまでの【記述】のうち、適切なものの組み合わせを下記①から⑤までの【選択肢】の中から選び、解答欄 07 にすべてマークしなさい。適切なものの組み合わせがない場合は、①をマークしなさい。争いがあるときは、判例による。(配点：選択肢ごとに各 1 点)

【記述】

ア 不作為の因果関係は、一定の作為をしていたならば、結果が発生しなかったことがほぼ確実であるという場合に肯定することができる。

イ 過失犯における因果関係は、結果が当該注意義務違反の危険が現実化したものでなければならない。

ウ 不正の侵害を予期したにとどまらず、予期した侵害の機会に乗じてもっぱら侵害者を積極的に加害する意思をもって侵害に臨み、反撃行為を行った場合、もっぱら積極的な攻撃意思しかないため、防衛の意思がなく、正当防衛を肯定することができない。

エ 抽象的事実の錯誤の場合、実際に生じた事実に関する構成要件と行為者が認識した事実に関する構成要件とが重なり合う範囲において故意を肯定することができ、構成要件の重なり合いは、法益と行為態様の共通性により判断する。

オ 責任能力は、生物学的要因と心理学的要因からなっており、生物学的要因は、精神医学的な判断が必要であるから、後者の心理学的要因のみがもっぱら裁判所の判断に委ねられている。

カ 行為者の殺意がいかに強固であろうとも、行為者の行為によっておよそ被害者の死の結果が発生し得ない場合には、不能犯となり、殺人未遂罪が成立することはない。

キ 先行行為者が被害者に暴行を加え傷害を負わせた場合、その後先行行為者と共謀し暴行行為に加担した後行行為者は、共謀とそれに基づく行為が因果関係を有する結果についてのみ共同正犯としての責任を負うから、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって、その加担前に先行行為者が生ぜしめた傷害を重篤化させたとしても、この点について共同正犯としての責任を負うことはない。

ク 従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助

し、他人の犯罪を容易ならしめるものをいう。

ケ 成立すべき共犯の犯罪の個数は、正犯の犯罪の個数に従って決定されるから、正犯が空き巣狙いを実行し、正犯に住居侵入罪と窃盗罪が成立する場合、正犯を幫助した従犯には、住居侵入罪の従犯と窃盗罪の従犯の二つの犯罪が成立し、住居侵入罪と窃盗罪が牽連犯となることから、これらの従犯も牽連犯となる。

コ 刑法1条によると、犯罪行為が日本国内において発生した場合のみ、日本の刑法を適用することができるから、犯罪行為が国外でなされ、結果のみが日本国内で生じたときは、日本の刑法を適用することができない。

【選択肢】

- Ⓐ ア カ                      Ⓑ イ キ                      Ⓒ ウ ク  
Ⓓ エ ケ                      Ⓔ オ コ

問 8

次の①から⑨までの【記述】のうち、適切なものをすべて解答欄 08 にマークしなさい。適切でないものがない場合は、①をマークしなさい。争いがあるときは判例による。(配点: 記述ごとに各 1 点)

【記述】

- ④ 被害者を不法に監禁し、その結果、監禁行為やその手段等として加えられた暴行、脅迫により、一時的な精神的苦痛やストレスを感じたという程度にとどまらず、医学的な診断基準において求められている特徴的な精神症状が継続して発現し、精神疾患の一種である外傷性ストレス障害の発症が認められるにいたったときは、監禁致傷罪の成立を肯定できる。
- ⑤ 公然とは、不特定または多数人に対するものを意味するから、たとえ客が 2 人しかなくとも、ストリップ劇場において、客に対してわいせつな演目を実演した場合、公然わいせつ罪が成立し得る。
- ⑥ 公衆浴場の入り口に「入れ墨のある人は、入浴をお断りします。」と大きく書かれた看板を掲げているものの、たんに暴力団の出入りを牽制するにすぎないもので、入浴の受付に際しても特段厳密に入れ墨の有無を確認することはなく、入浴時に入れ墨をしているのを見つけても、周囲に迷惑をかけているわけでない限り浴場から追い出すなどの措置をとっていない場合、入れ墨があるのにこれを秘匿し、受付の担当者に入浴の申込をし、浴場に立ち入り、入浴したときは、2 項詐欺罪の成立を肯定することはできない。
- ⑦ 強盗を現に実行し、犯人として警察から指名手配されている自分の息子を、たんに嫌疑をかけられているだけで、無実であると確信しているその父親が、その息子を自己の所有する別荘にかくまった場合、客観的には「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」であるから、父親の行為について犯人蔵匿罪の構成要件に該当するが、父親には「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」との認識が欠如することから、同罪の故意を肯定することができず、同罪の成立を認めることができない。
- ⑧ 路上に停車中の自動車内において、被害者を殺害し、その後、車両を発進させ、約 20 キロメートル離れた駐車場に同車両を駐車させ、被害者の遺体の上にレジャーシートをかぶせて外から見えないようにし、同車両を降りて付近で野宿をしつつ、時々、同車両に戻って遺体の様子を確認したり、同車両の駐車位置を変えるなどし、殺害の 3 日後に同車両内において、被害者が使用していた手提げバッグから現金を取得した場合、被害者の死亡から約 3 日経過していたとしても、被害者が生前有していた現金に対する占有はなお継続して保護するのが妥当であり、被害者からその財物の占有を離脱させた自らの行為を利用して同財物を取得した一連の行為者の行為は、これを全体として考察して、他人の財物に対する占有を侵害したものと解され、窃盗罪の成立を肯定できる。

問9

次の【判例】は、最高裁判所平成16年11月30日決定（刑集58巻8号1005頁）の一部を抜粋したものである。この【判例】に関する下記の【記述】のうち適切とはいえないものをすべて解答欄09にマークしなさい。適切ではないものがないときは、㊦をマークしなさい。（配点：記述ごとに各1点）

【判例】

「本件において、被告人は、前記のとおり、郵便配達員から正規の受送達者を装って債務者あての支払督促正本等を受領することにより、送達が適式にされたものとして支払督促の効力を生じさせ、債務者から督促異議申立ての機会を奪ったまま支払督促の効力を確定させて、債務名義を取得して債務者の財産を差し押さえようとしたものであって、受領した支払督促正本等はそのまま廃棄する意図であった。このように、郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である。そうすると、被告人に不法領得の意思が認められるとして詐欺罪の成立を認めた原判決は、法令の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない。」

【記述】

- ㊦ 【判例】は、不法領得の意思の内容のうち、権利者排除意思に関して判断したものである。
- ㊧ 【判例】は、不法領得の意思にもっぱら毀棄・隠匿の意思のみがある場合を奪取罪から排除する消極的意義が認められるにすぎないとする趣旨のものである。
- ㊨ 【判例】は、詐欺罪に関するものであるから、窃盗罪における不法領得の意思について同様に解することはできない。
- ㊩ 【判例】は、奪取した財物それ自体の利用・処分にとどまらず、財物奪取による間接的な財産的利益を得る意思を有している場合にも、不法領得の意思を肯定できるとするものである。
- ㊪ 【判例】によれば、刑務所で服役することを目的とし、最初から自首するつもりで財物を奪取し、直ちにそのまま警察に自首するつもりであった場合にも、不法領得の意思を肯定することは困難である。

行政法

問 10

次の㉔から㉞までの各記述について、法令又は判例の趣旨に照らし、正しいものを選び、解答欄 10 にマークしなさい。正しいものがないときは、㉔をマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ㉔ ある土地を売買契約によって取得した者は、同じ土地を租税滞納処分に基づく公売によって取得した者に対し、当該土地の所有権移転登記を経ることなく所有権を対抗することができる。
- ㉕ 行政庁による許可が成立するのは、当該行政庁が何らかの形で意思決定を外部に表示したときであり、相手方の了知し得べき状態に置かれることは要しない。
- ㉖ 地方公共団体が指名競争入札を実施するに当たり、主たる営業所が当該地方公共団体に存在する事業者のみを指名して入札を行うことは、契約の性質上やむを得ない事情がある場合を除き、平等原則に反して許されない。
- ㉗ 行政庁の事務所に到達した申請書が形式上の要件に適合しないときは、当該行政庁は、速やかに、申請者に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求めなければならない。
- ㉘ 行政庁は、直接明文の規定がなくても、瑕疵ある行政処分を職権で取り消すことができるが、当該処分の不服申立期間を徒過した場合など、職権取消しをすることが公益に反する結果になる場合には、職権取消しをすることができない。

問 11

次の①から⑤までの各記述について、法令又は判例の趣旨に照らし、正しいものを選び、解答欄 11 にマークしなさい。正しいものがないときは、①をマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 抗告訴訟の種類は、行政事件訴訟法 3 条 2 項以下に列記された訴訟類型に限られる。
- ② 営業不許可処分の取消判決が確定した場合において、行政庁は、当該不許可処分に手続的瑕疵のあることが違法事由とされたときを除き、申請者に営業許可を与えなければならない。
- ③ 都道府県知事の処分に対して裁判所が執行停止の決定をした場合において、当該処分の根拠法令を所管する大臣は、即時抗告の手段によることなく、裁判所に異議を述べることができ、一定の要件が充足されるときは、裁判所は執行停止の決定を取り消さなければならない。
- ④ 土地改良法に基づく換地処分を受けた者が、当該換地処分は同法の定める照応原則に違反して無効であると主張してこれを争おうとするときは、行政事件訴訟法 36 条の解釈論上、当該処分の無効確認訴訟を提起することができる。
- ⑤ 無効確認訴訟における原告適格の判断に際して求められる法律上の利益の範囲は、取消訴訟におけるそれと完全に一致する。

問 12

次の①から⑤までの各記述について、法令又は判例の趣旨に照らし、正しいものを選び、解答欄 12 にマークしなさい。正しいものがないときは、①をマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 建築基準法に基づく壁面線指定の公告は、現行の行政不服審査法 57 条 1 項に定める教示制度の適用を受けるが、行政庁は公告に際して一般的に教示をすれば足り、利害関係人に対して個別に教示する必要はない。
- ② 国家公務員の懲戒処分につき人事院の修正裁決があった場合に、被処分者は、修正裁決に固有の瑕疵を理由としてその取消訴訟を提起することができるが、処分事由の不存在など、当初の懲戒処分の違法を理由としてその取消しを求める利益を失わない。
- ③ 土地収用法における損失の補償は、完全補償が求められているわけではないから、土地について建築制限が課せられている場合にも、建築制限による地価の下落分については、当該建築制限が社会通念上受忍すべき範囲にある限り、補償の対象にならない。
- ④ ある公の営造物の設置又は管理に瑕疵があったことにより A に損害が生じた場合において、法律上、当該営造物を管理している B 市と同等の設置費用を負担している C 県は、実質的に B 市と共同して当該営造物による事業を執行し、かつ、当該営造物の瑕疵による危険を効果的に防止し得たときに限り、国家賠償法 2 条 1 項及び 3 条 1 項により、A に対して損害賠償責任を負う。
- ⑤ 児童福祉法に基づく A 県の入所措置により、B 法人の経営する児童養護施設に入所した児童 C が、当該施設の職員による養育監護行為によって損害を受けたとき、C は、B 法人の帰責事由の有無にかかわらず、B 法人に対して損害賠償請求をすることができない。

商 法

問 13

次の【第1群】から【第3群】までの記述群の①、②及び③の各記述について、法令又は判例の趣旨に照らして正しいものを選び、指定の解答欄にマークしなさい。正しいものがないときは、④をマークしなさい。(配点：記述ごとに各<sup>5</sup>/<sub>9</sub>点)

【第1群】(解答欄 13)

以下は、出資の履行に関する記述である。

- ① 発起人が払込みを仮装した場合、それは資本金を形成せず、したがって仮装金額の登記は公正証書原本不実記載罪を構成する。
- ② 出資の履行の仮装方法で多いのは、払込みの仮装である。その一つの方法は、発起人が払込取扱金融機関の役職員と通謀する形（発起人が払込取扱金融機関から払込み金額相当額の金銭を借り入れ、同人がその借り入れを弁済するまで会社として払込み取扱金融機関に対し払込金の返済を要求しない旨を約する等）のもので、「見せ金」とよばれている。
- ③ 出資の履行を仮装した発起人は、支払義務が履行された後でなければ、出資の履行を仮装した設立時発行株式について、設立時株主および株主の権利を行使することができない。

【第2群】(解答欄 14)

以下は株式の併合に関する記述である。

- ① 会社は、株式の併合をしようとするときは、その都度、併合の割合その他の法律で定める事項を、株主総会の普通決議で定めねばならない。
- ② 株式の端数化によって不利益を受ける可能性のある株主に対する情報開示に係る規制は、単元未満株式以外からは一株未満の端数が生じない場合には適用がない。
- ③ 取締役は、株式併合について決議する株主総会において、併合を必要とする理由を説明しなければならない。

【第3群】(解答欄 15)

- ④ 社外取締役は以下の要件を満たさなければならない。
- ①現在、その会社または子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人（業務執行取締役等）でなく、かつ、その就任の前10年間その会社または子会社の業務執行取締役等であったことがないこと、②その就任の前10年内のいずれかの時にその会社または子会社の取締役、会計参与または監査役であったことがある者（業務執行取締役等であったことがあるものを除く）については、当該職への就任の前10年間その会社または子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。
- ⑤ 社外取締役は以下の要件を満たさなければならない。
- ①その会社の自然人である親会社等または親会社等の取締役、執行役もしくは支配人その他の使用人でないこと、②その会社の姉妹法人（会社の親会社等が経営を支配している法人）の業務執行取締役、執行役または支配人その他の使用人でないこと。
- ⑥ 金融商品取引法の適用会社である監査役会設置会社（公開会社かつ大会社であるもの）が、事業年度の末日において社外取締役を置いていない場合には、取締役は、定時株主総会において、社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならない。

問 14

次の【第1群】から【第3群】までの記述群の①、②及び③の各記述について、法令又は判例の趣旨に照らして正しいものを選び、指定の解答欄にマークしなさい。正しいものがないときは、④をマークしなさい。(配点：記述ごとに各<sup>5</sup>/<sub>9</sub>点)

【第1群】(解答欄 16)

以下は多重代表制度に関する記述である。

- ① 株式会社(A)の最終完全親会社等(B)の議決権または発行済み株式の100分の1(定款による引下げは可能)以上を6ヶ月(定款による引下げは可能)前から引き続き有する株主は、Aに対し、特定責任に係る責任追及等の訴えの提起を請求できる。「特定責任」とは、Aの取締役の責任の原因となった事実が生じた日において、Bおよびその完全子会社等におけるAの株式の帳簿価額が、Bの総資産額として法務省令で定める方法により算定される額の5分の1(定款による引下げは可能)を超える場合における、当該取締役の責任である。
- ② 上の①における請求の日から60日以内にAが特定責任追及の訴訟を提起しないときは、当該請求をしたBの株主は、Aのために、特定責任追及の訴えを提起することができる。
- ③ 多重代表訴訟の制度は、持株会社を頂点とする企業グループ等の場合、巨大な子会社の取締役によって主要な業務執行の決定が行われているにもかかわらず、子会社取締役の任務懈怠について、その唯一の株主である親会社が、同取締役との密接な関係のため同人の責任追及等の訴えの提起を懈怠すると、親会社の株主は手をこまねくほかないとの懸念から、親会社株主の権限強化の一環として、平成26年改正によって創設されたものである。

【第2群】(解答欄 17)

- ① 支配株主の異動は合併等に準じる「会社の基礎の変更」であり、これを取締役会のみで決定できてはおかしいと考えられる。しかし、公開会社では募集事項および割当先の決定を取締役会が行うことができる。したがって、たとえ引受の結果、支配株主の異動が生じても、会社は既存の株主に対して何らかの措置をとることを要しない。
- ② 募集株式の発行等の無効事由は法定されておらず、解釈に委ねられている。判例および学説上、無効事由は違法な募集株式の発行等一般ではなく、限定的に解されている。

- ③ 上の①に関連して、募集事項の公告または通知を欠くことは、株主の募集株式の発行等の差止請求権の行使の機会を失わせることになるので、当該公告または通知の欠缺以外に差止事由がないため差止請求が仮にされても差止めは許容されなかったと認められる場合でない限り、無効事由となる。支配株主の異動を伴う募集株式の割当ての通知または公告を欠く場合も同様と解される。

【第3群】(解答欄 18)

- ① 株主が適法に株式買取請求をしたときは、会社にその株式を公正な価格で買い取るべき義務が生じる。買取価格の決定について、株主と会社との間に協議が調ったときは、会社は、効力発生日（会社法 116 条 1 項所定の会社の行為が効力を生じる日）から 60 日以内にその支払いをしなければならない。効力発生日から 30 日以内にその協議が調わないときは、株主または会社は、その期間の満了の日後 30 日以内に、裁判所に対し、価格の決定の申立てをすることができる。
- ② 買取価格の決定があるまでに、会社は、会社が公正な価格と認める額を支払うことができる。これにより、会社は、効力発生日から 60 日の期間の満了日後、裁判所が決定した価格に対する年 6 分の利息の支払いの一部または全部を免れることができる。
- ③ 買取請求時に株券の提出がなかった株式（株券のあるもの）については、株券と引換えでなければ、代金を支払うことができない。会社が株式買取請求権を行使する原因となる行為を中止したときは、株式買取請求はその効力を失う。

問 15

次の【第1群】から【第3群】までの記述群の①、②及び③の各記述について、法令又は判例の趣旨に照らして正しいものを選び、指定の解答欄にマークしなさい。正しいものがないときは、④をマークしなさい。(配点：記述ごとに各<sup>5</sup>/<sub>9</sub>点)

【第1群】(解答欄 19)

- ① 合併が違法に行われた場合、合併の無効が問題となるが、法的安定性を図るため、合併の無効という形成判決によらねば無効の主張はできず、かつ、無効の効力は遡及せず、関係する存続会社または新設会社は、将来に向っていわば分割される。
- ② 消滅会社の株主が不利益をうけるおそれがあり、かつ、(1)合併に法令又は定款違反がある、または(2)略式合併における合併条件が著しく不当であるときは、当該株主は合併をやめることを請求することができる。
- ③ 合併の差止め事由である法令違反とは、会社が合併に適用される法令に違反することである。合併当事会社の取締役の善管注意義務および忠実義務違反は、会社による法令違反ではないから、合併の差止め事由である法令違反にはあたらない。

【第2群】(解答欄 20)

- ① 子会社は親会社にとって実質的に事業の一部である。したがって、親会社が子会社の株式を他に譲渡し、その支配権を手放す場合には、事業譲渡に等しい影響が親会社に及ぶ。
- ② 子会社の株式または持分の全部または一部の譲渡(譲渡)が、①譲渡対象である株式または持分の帳簿価額が親会社の総資産額として法務省令で定める方法により算定される額の2分の1(定款で引き下げることが可能)を超え、かつ、②譲渡の効力発生日において当該子会社の議決権の総数の過半数を有しない結果になるときは、親会社は、株主総会の特別決議によりその契約の承認を受けねばならない。
- ③ 親会社が子会社株式または持分の譲渡につき株主総会の承認を得なければならない場合、その決議がない譲渡契約は原則として無効である。もっともこのような譲渡について、株主による差止め、および、形成訴訟としての無効の訴えの制度は存在しない。

【第3群】(解答欄 21)

- ① 監査等委員会設置会社は、株式会社のうち、定款の定めにより、監査等委員会を置くものである。その機関構成は、指名委員会等設置会社に比べると、指名委員会や報酬委員会がなく、唯一の委員会である監査等委員会が一定程度それらの代替機能を果たすというものである。
- ② 監査等委員会設置会社制度の特色は、組織に対する規制が柔軟であり、当事者の選択の余地が広い点である。すなわち、取締役会が重要な業務執行の決定の大部分を行う形、いかえれば、単に監査役会を監査等委員会に置き換えただけの形をとることもできれば、取締役会の過半数を社外取締役が占め、重要な業務執行の決定を大幅に取締役に委任した、モニタリングモデルの機関形態になることも可能である。
- ③ 会計監査人は、株主総会で選任する。監査役設置会社においては監査役、監査役会設置会社では監査役会、監査等委員会設置会社においては監査等委員会、株主総会に取締役会が提出する会計監査人の選解任または不再任に関する議案の内容について意見を述べることができるが、内容を決定する権限はない。

民事訴訟法

問 16

以下の【会話】は、弁論主義に関する A（ゼミ担当教員）、B 及び C（いずれも学生）の会話である。【会話】の中の①、②、④、⑦、⑧及び⑨の各空欄（同じ番号の空欄には同じ語句が入る。）に入る最も適切な語句を後記【選択肢】の㉓から㉑までの中から選び、解答欄 22 から 27 までにマークしなさい。（配点：空欄ごとに各<sup>5</sup>/<sub>6</sub>点）

【会話】

A：今日は、弁論主義に関する基本的な事項について、皆さんがきちんと理解できているかどうか確認をしたいと思います。まず、弁論主義の定義ですが、B 君、どうですか。

B：はい、弁論主義とは、判決の基礎となる事実と証拠の収集・提出を当事者の権限かつ責任とする建前のことをいいます。

A：そうですね。では、この弁論主義と対置される立場のことを何と呼びますか。

B：弁論主義と異なり、事実と証拠の収集・提出を当事者のみならず裁判所の権限としても認める立場を（ ① ）と呼びます。民事訴訟においては、弁論主義が基本的に妥当します。

A：では、民事訴訟法においてこのような弁論主義を直接定めた規定はありますか。

B：民事訴訟法に直接の根拠となるような条文はなかったと思います。ただし、人事訴訟においては弁論主義を排除して（ ① ）が採られていることから、逆に通常の民事訴訟においては一般原則として弁論主義が妥当するものと考えられています。

A：よく理解できていますね。このように弁論主義に関する直接の明文規定は民事訴訟法に置かれていませんが、人事訴訟法の条文も弁論主義を民事訴訟の一般原則として前提としていると理解できますし、また、自明の法理であるとも考えられています。そして、このような弁論主義が採られる根拠については学説上の争いがありますが、民事訴訟の対象となる事項が私人相互間で自由に処分できる権利関係である以上、民事訴訟においても当事者の意思を尊重するのが望ましいという点、つまり（ ② ）の原則に求めるのが一般的な考え方です。この考え方は本質説と呼ばれています。

さて、弁論主義の内容、いわゆる 3 つのテーゼ（原則）について、C さん、答えてくれますか。

C：はい、まず、第 1 テーゼとは、裁判所は当事者が口頭弁論において主張した事実だけに判決の基礎とすることができ、証拠調べの結果、当事者が主張していない事実の存在が裁判所に明らかになったとしても、裁判所はその事実を基礎として判決することはできない、という原則です。一般的に、この当事者の主張した事実のことを（ ③ ）といい、他方、証拠調べの結果として裁判所が感得した内容を（ ④ ）と呼び、第 1 テーゼはこの（ ③ ）と（ ④ ）を厳密に区別しなければならないことを意味しています。つぎに、第 2 テーゼとは…。

A：ちょっと待って下さい。弁論主義が適用される「事実」とはどのような事実を意味していますか。

C：民事訴訟法における事実は、( ⑤ )、( ⑥ )及び( ⑦ )に分類されています。( ⑤ )とは、権利又は法律関係を直接基礎づけるものとして実体法規が定める法律要件に該当する具体的な事実をいいます。実務上は、要件事実と同義で用いられることもあるようです。そして、その事実が存在すれば一般的に特定の( ⑤ )が存在する蓋然性があるという経験則に基づき、( ⑤ )の存在を推認するのに役立つ事実が( ⑥ )、証拠の信用性に関する事実が( ⑦ )とされています。そして、弁論主義が適用される事実は( ⑤ )に限られるというのが判例の立場で、それ以外の実事、つまり( ⑥ )や( ⑦ )については証拠と同等に扱われるため、弁論主義の第1テーゼが適用されると( ⑧ )を不当に制約してしまい妥当ではないと考えられています。

A：はい、一般的な考え方によれば、そのとおりですね。

A：ところで、弁論主義は訴訟要件についても適用されるのでしょうか。

C：訴訟要件については、原則として( ① )が適用されますが、学説上、例外的に、例えば( ⑨ )については弁論主義が適用されると考えられています。

【選択肢】

- |          |          |              |
|----------|----------|--------------|
| Ⓐ 職権調査主義 | Ⓑ 職権探知主義 | Ⓒ 自由心証主義     |
| Ⓓ 処分権主義  | Ⓔ 私的自治   | Ⓕ 手続保障       |
| Ⓖ 間接事実   | Ⓗ 補助事実   | Ⓖ 主要事実（直接事実） |
| Ⓙ 証拠資料   | ① 証拠方法   | Ⓜ 証拠原因       |
| Ⓝ 訴訟資料   | Ⓐ 当事者能力  | Ⓖ 確認の利益      |

空欄と解答欄の対照表

空欄	解答欄
①	<b>22</b>
②	<b>23</b>
④	<b>24</b>
⑦	<b>25</b>
⑧	<b>26</b>
⑨	<b>27</b>

問 17

以下の【会話】は、弁論主義の第2テーゼ及び第3テーゼに関するA（ゼミ担当教員）、B及びC（いずれも学生）の会話である。【会話】の中の②、③、④、⑥、⑧及び⑨の各空欄（同じ番号の空欄には同じ語句が入る。）に入る最も適切な語句を後記【選択肢】の㉔から㉙までのの中から選び、解答欄28から33までにマークしなさい。（配点：空欄ごとに各 $\frac{5}{6}$ 点）

【会話】

A：弁論主義の内容として、いわゆる第2テーゼと第3テーゼについて説明をして下さい。

C：はい。第2テーゼは、当事者間で争いのない事実（自白された、または（①）の成立した事実）は、裁判所は証拠調べを行うことなくそのまま判決の基礎としなければならない、とする原則です。そして、第3テーゼは、当事者間で争いのある事実を認定するためには、裁判所は当事者がその取調べを申し出た証拠方法のみを取り調べることができる、とする原則です。これは、（②）と呼ばれています。

A：はい、そうですね。では、ここで第2テーゼに関する裁判上の自白について質問をしたいと思います。まず、Bさん、裁判上の自白の定義を答えて下さい。

B：裁判上の自白とは、当事者が、その訴訟の口頭弁論又は（③）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の陳述だとされています。

A：通説ではそうですね。では、自白の効力としてはどのようなものがありますか。

B：はい、まず、裁判所に対する拘束力として、裁判所は自白された事実拘束され、それに反する事実を判決の基礎とすることが禁じられるという自白の（④）があります。これは、先ほどの弁論主義第2テーゼの内容です。つぎに、自白をした当事者に対する拘束力として、原則として自白した事実については撤回することが許されないという自白の（⑤）があります。ただし、例外的に一定の場合には自白の撤回又は取消しが認められるとされています。また、裁判所において当事者が自白した事実は（⑥）として、証拠による証明を必要としないという自白の（⑦）も生じます。この根拠となる条文は、民事訴訟法（⑧）条です。

A：はい、よくできました。では、Cさん、次に第3テーゼについてですが、これについては、何か例外が認められていますか。

C：第3テーゼの（②）については、一定の例外が明文で認められています。例えば、民事訴訟法において（⑨）については、裁判所は職権によりその証拠調べをすることができる規定されています。

【選択肢】

- |         |             |                |
|---------|-------------|----------------|
| ㉔ 訴え提起前 | ㉕ 弁論準備手続    | ㉖ 擬制自白         |
| ㉗ 159   | ㉘ 179       | ㉙ 証明不要効（不要証効）  |
| ㉚ 審判排除効 | ㉛ 職権証拠調べの禁止 | ㉜ 不可撤回効（撤回制限効） |

㊦ 暫定真実

㊱ 顕著な事実

㊴ 不要証事実

㊮ 書証

㊲ 当事者尋問

㊵ 証人尋問

空欄と解答欄の対照	解答欄
②	28
③	29
④	30
⑥	31
⑧	32
⑨	33

問 18

民事訴訟における当事者能力又は訴訟能力に関する次の㉔から㉞までの各記述について、法令又は判例の趣旨に照らして、正しいものを選び、解答欄 34 にマークしなさい。正しいものがないときは、㉟をマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ㉔ 訴訟能力は訴訟行為の有効要件であって、この訴訟能力を欠く者のした訴訟行為は無効であるが、追認によって個別の訴訟行為を有効とすることができる。
- ㉕ 当事者能力は、民法上、権利能力を持つ者に認められるため、民法上の組合には当事者能力が認められない。
- ㉖ 被保佐人が自ら訴えを提起して訴訟行為をするには、保佐人の同意を要するのに対して、相手方が提起した訴えについて訴訟行為をするには、保佐人の同意を要しない。
- ㉗ 未成年者は、法定代理人によらなければ訴訟行為をすることができないが、例外的に訴訟能力が認められる場合がある。
- ㉘ 訴訟能力を欠く未成年者に法定代理人がない場合、この未成年者を被告として訴えを提起しようとする相手方は、遅滞のために損害を受けるおそれがあることを疎明して、受訴裁判所の裁判長に特別代理人の選任を申し立てることができる(なお、人事訴訟の場合を除く)。

刑事訴訟法

問 19

次の㉔から㉘までについて、法令又は判例の趣旨に照らし、正しいものを選び、解答欄 35 にマークしなさい。正しいものがないときは、㉙をマークしなさい。(配点：記述ごとに各<sup>5</sup>/7点)

- ㉔ 被疑者の氏名が搜索差押許可状の記載事項となっているが、それは被疑事件の特定のためであるから、被疑者の氏名のみならず被疑者自体が不明の場合には、「氏名不詳」と記載することが許される。
- ㉕ 搜索差押許可状に被疑事件の罪名と適用法条を示して記載することは、憲法の要求するところである。
- ㉖ 刑事訴訟規則 156 条は、搜索差押令状の請求をするにあたっては、「被疑者又は被告人が罪を犯したと思料されるべき資料を提供しなければならない。」と規定する。したがって、搜索差押許可状の発付にあたり、裁判官は差押えの必要を審査すれば足り、犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押えによって受ける被差押者の不利益の程度等、差押えの相当性を審査する必要はない。
- ㉗ 逮捕状には被疑事実の要旨を記載しなければならないが、搜索差押許可状にはその必要がない。
- ㉘ 搜索差押許可状の「搜索すべき場所、身体又は物」の欄に「場所」のみが記載されている場合であっても、その場所のみならずその場所にある「物」の搜索も許される。他方、携帯品の搜索を行うにあたっては、「身体及び携帯品」とか「身体及び所持品」などと記載されるのが実務である。
- ㉙ 尿を差押え対象とする搜索差押許可状が発付された後、同許可状が到着するまでの必要不可欠な時間身柄を拘束すること、さらに採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行し、その際、必要最小限度の有形力を行使することは、令状の執行に「必要な処分」(刑事訴訟法 111 条)としてこれらを行うことができる。
- ㉚ 「搜索すべき場所」を被疑者方居室等、「差し押さえるべき物」を覚せい剤等とする搜索差押許可状に基づき、被疑者立会いの下に上記居室を搜索中、宅配便の配達員によって被疑者あてに配達され、被疑者が受領した荷物については、搜索開始時に存在しなかつ

た物であるから、警察官は上記許可状に基づき捜索することができない。

問 20

次の【記述】は、最高裁判所昭和 55 年 4 月 28 日決定（刑集 34 卷 3 号 178 頁）の一部を抜粋したものである。下記【選択肢】の㉑から㉔までについて、判示内容と矛盾するものを選び、解答欄 36 にマークしなさい。矛盾するものがないときは、㉑をマークしなさい。（配点：選択肢ごとに各<sup>5</sup>/<sub>4</sub>点）

【記述】

「同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕、勾留とが競合している場合、検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑事訴訟法 39 条 3 項の接見等の指定権を行使することができる」。

【選択肢】

- ㉑ 被告事件でのみ勾留されている被告人につき、その余罪である被疑事件で取り調べる必要がある場合、検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑事訴訟法 39 条 3 項の接見等の指定権を行使することができる。
- ㉒ 在宅起訴されている被告人につき、その余罪である被疑事件で逮捕、勾留した場合、被疑事件の捜査のため必要があるときは、検察官等は、刑事訴訟法 39 条 3 項の接見等の指定権を行使することができる。
- ㉓ 同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕、勾留とが競合しており、両事件の弁護人が同一人である場合、検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑事訴訟法 39 条 3 項の接見等の指定権を行使することができる。
- ㉔ 同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕、勾留とが競合している場合、被告事件についてのみ弁護人に選任された者に対しては、刑事訴訟法 39 条 3 項の接見等の指定権を行使することができない。

## 問 21

次の【記述】は、審判の対象について述べたものである。③、⑧、⑩、⑬、⑱、⑳、㉓、㉔及び㉕の空欄に入る最も適切な語句を後記【語句群】の㉖から㉙までの中から選び、③、⑧、⑩、⑬、⑱、㉓、㉔、㉕の順に、解答欄 37 から 45 までにマークしなさい。なお、①から㉕までの空欄には、同じ文言が入ることがある。(配点：空欄ごとに各<sup>5</sup>/<sub>9</sub>点)

## 【記述】

審判の対象について、(①)といっても、明文で規定されている以上、(②)という観念を無視することは出来ない。また、起訴状一本主義が採用されて捜査と公判が遮断され、公判審理においても当事者主導型の証拠調べにならざるを得ない現行訴訟構造のもとでは、実際に生じた事件は何だったとかという意味での(③)を裁判所が大正 11 年の旧刑事訴訟法の時のように自ら明らかにしていくことは、実際的でない。そこで、代表的見解は、現実的(形式的・表現的)な審判の対象は(④)であるが、潜在的な審判の対象は(⑤)である、などと主張した。(⑥)は必ずしも起訴状に記載された事実に限られないわけであるから、被告人の防御に便宜を図るために審判の対象を顕在化したものが(⑦)である、というわけである。したがって、(⑧)とは、もっぱら被告人の防御のための制度である。その典型は、起訴に際しての罰条とは異なる罰条で被告人を有罪とする場合や、刑が重くなる方向での量刑事情の変更があった場合には、「あらかじめ被告人に告知し、防御の機会を与えなければならない」とのドイツ刑事訴訟法の規定(265条)を参照して、法律構成が変わった場合には訴因変更が必要だとする考え方である。また、(⑨)すべきであったのにそれをせずに、裁判所が起訴状記載の事実以外の事実を認定した場合は、単に被告人の防御を害したにすぎないことになり、(⑩)となる。

(⑪)が審判の対象である以上、審判の請求を受けた事件に対する判断である判決は、(⑫)を同一にする範囲についての判断であることになる。したがって、判決が確定すると、(⑬)は(⑭)を同一にする範囲に及ぶことになる。

これに対して、現行刑事訴訟法は、英米法、とくにアメリカ法の影響を受けて、従来の(⑮)から(⑯)へ移行した。そうである以上、審判の対象は原告である検察官の主張であり、それが(⑰)である。これを(⑱)という。現行法は、検察官の請求に基づき、(⑲)の変更を(⑳)の同一性を害しない限度において認めているが、これは訴訟物の変更であり、訴追意思の表明という点では新たな起訴と変わらない。(㉑)の同一性が認められる範囲とは、(㉒)が可能な範囲であり、それが認められない以上、(㉓)とは別の罪となるべき事実が審判の対象になることはない。

(㉔)が審判の対象とすれば、(㉕)に含まれていない事実について裁判所が判決したら、(㉖)にあたるのではないか。以前はそう考えられた。しかし、(㉗)として記載された事実とは別の事実を裁判所が認定したとしても、別の「事件」について判決したとはいえないのであれば、(㉘)とはならない。最近では、(㉙)の記載内容を審判対象の画

定にとって記載の不可欠な事項とそうでない事項とに分ける考え方が強まっている。その考え方によれば、前者の事項について逸脱認定をすれば別事件について判決したことになるが、後者の事項について逸脱認定しても(30)ということになる。

憲法 39 条は、「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」として(31)を定める。(32)が及ぶ範囲は、伝統的に、(33)の同一性が認められる範囲であるとされてきた。しかし審判の対象は(34)につきるとすると、裁判所の判決は、それを超える事実についての判断を含まない。したがって、(35)として記載された事実以外の事実には(36)は及ばない。(37)に立つと、(38)がその範囲に及ぶことを、(39)とは別の説明をする必要がある。そこで、(40)からは、(41)が可能な限度で審判される可能性があり、有罪となる危険があったとして、被告人の手続上の負担の観点から、(42)の及ぶ範囲の説明が試みられてきた。

【語句群】

- |        |           |             |
|--------|-----------|-------------|
| Ⓐ 訴因   | Ⓑ 公訴事実    | Ⓒ 罰条変更      |
| Ⓓ 訴因変更 | Ⓔ 訴因対象説   | Ⓕ 公訴事実対象説   |
| Ⓔ 職権主義 | Ⓕ 当事者主義   | Ⓖ 不告不理違反    |
| Ⓖ 管轄違い | Ⓖ 法令解釈の誤り | Ⓗ 訴訟手続の法令違反 |
| Ⓗ 既判力  | Ⓗ 拘束力     | Ⓙ 一事不再理の効力  |

空欄と解答欄の対照表

空欄	解答欄
③	<b>37</b>
⑧	<b>38</b>
⑩	<b>39</b>
⑬	<b>40</b>
⑱	<b>41</b>
⑳	<b>42</b>
㉘	<b>43</b>
㉚	<b>44</b>
㉜	<b>45</b>