

## 憲 法

## 問 1

次の①から⑤までの記述のうち、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、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。ただし、明らかに誤っていないものがない場合には、①にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 組合員の労働組合への協力義務は労働者の経済的地位の向上を図るという組合の主たる目的達成のために必要な範囲に限られるため、労働組合に特定の政党および候補者の支持のための資金を臨時組合費として納付することは組合員の協力義務の範囲に属さない。
- ② 労働組合が組合員に対し勧告または説得の域をこえて市議会議員選挙への立候補をとりやめることを要求し、これに従わないことを理由に統制違反者として処分しても、組合の統制権の限界をこえるとはいえない。
- ③ 公務員の勤務条件の決定に関し、政府が国会から適法な委任を受けていない事項について、公務員が政府に対し争議行為を行うことは、的外れであるだけでなく、憲法の基本原則である議会制民主主義に背馳するおそれすらある。
- ④ 公務員の争議行為をあおる等の行為のうち、違法性の強い争議行為について、争議行為に通常随伴して行われる行為の範囲を超えたものに限定して処罰することは、不明確な限定解釈であって、明確性を要請する憲法 31 条に違反する疑いすらある。
- ⑤ 人事院勧告の実施が全面的に凍結される場合には、国家公務員の労働基本権に対する代償措置がその本来の機能を果たしていなかったといえることができる。

## 問 2

次の①から⑤までの記述のうち、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、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。ただし、明らかに誤っているものがない場合には、①にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、社会経済政策実施の一手段として、一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと憲法が予定し、かつ許容するところである。
- ② 一般に職業の許可制は、単なる職業活動の内容および態様に関する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限である。
- ③ 職業の許可制が消極的・警察的な目的のための措置として憲法上許されるためには、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容および態様に対する規制によっては、上記目的を十分に達成しえないと認められることを要する。
- ④ 酒税法に基づく酒類販売業免許制については、酒税法の定める納税義務者が酒造業者であって販売業者ではないことからすると、販売業への参入規制により販売業の経営の安定を図ることと確実な税収を確保することとの間に合理的関連性はない。
- ⑤ 水稻等の耕作業務を営む者の農業共済組合への当然加入制は、米の安定供給と米作農家の経営の保護という積極目的に資するものであり、立法府の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理であることが明白であるとは認め難い。

## 問 3

次の①から⑤までの記述のうち、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、明らかに誤っているものを選び、解答欄 03 にマークしなさい。ただし、明らかに誤っているものがない場合には、①にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であることにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばないと解するのが相当である。
- ② 両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布された法律については、裁判所は両院の自主性を尊重すべく、制定の議事手続に関する事実を審理してその有効無効を判断すべきではない。
- ③ 国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、自己の権利利益の保護救済を目的とするものではないことから、他の法律に特別の規定がない限り、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではない。
- ④ 参議院比例代表選出議員の選挙に関して、名簿届出政党等による名簿登載者の除名が不存在または無効であったとしても、そのことは、除名届が適法にされている限り、公職選挙法上の当選訴訟における当選無効の原因とならない。
- ⑤ 主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有する条約の合憲性の判断は、一見極めて明白に違憲無効と認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外にある。

民法  
\*\*\*\*\*

## 問 4

次の①から⑤までの記述のうち、正しいものを選び、解答欄 04 にマークしなさい。ただし、正しいものがない場合には、⑥にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ① 私権は、公共の福祉に適合しなければならない。
- ② 後見開始の審判を受けた者は、成年被後見人とし、これに成年後見人を付する。
- ③ 天然果実とは、物の用法に従い収取する産出物である。
- ④ 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に消滅する。
- ⑤ 日、週、月又は年によって期間を定めたときは、期間の初日は、算入する。

## 問 5

次の㉔から㉞までの記述のうち、正しいものを選び、解答欄 05 にマークしなさい。ただし、正しいものがない場合には、㉟にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ㉔ 占有者の承継人は、自己の占有に前の占有者の占有を併せて主張することができない。
- ㉕ 所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。
- ㉖ 所有者のない動産は、国庫に帰属する。
- ㉗ 留置権者は、債権の全部の弁済を受けるまでは、留置物の全部についてその権利を行使することができる。
- ㉘ 保証債務は、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのものを包含する。

## 問 6

次の㉔から㉞までの記述のうち、正しいものを選び、解答欄 06 にマークしなさい。ただし、正しいものがない場合には、㉟にマークしなさい。(配点：記述ごとに各 1 点)

- ㉔ 売買契約に関する費用は、売主が負担する。
- ㉕ 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる。
- ㉖ 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、その工作物の所有者は、被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。
- ㉗ 認知をするには、父又は母が未成年者又は成年被後見人であるときは、その法定代理人の同意を要する。
- ㉘ 相続人は、単純承認をしたときは、無限に被相続人の権利義務を承継する。

刑 法  
\*\*\*\*\*

## 問 7

次の【記述】の空欄 07 から 16 までに【語句群】から適切なものを選択し、それぞれ解答欄 07 から 16 までにマークしなさい。(配点：各 ½ 点)

## 【記述】

刑の適用には、法定刑、処断刑、宣告刑という三つの段階がある。

法定刑とは、刑罰法規に規定されている刑である。例えば、殺人罪では「死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役」と規定されている。しかし、法定刑のなかには、刑法 216 条の不同意堕胎致死傷罪のように「前条の罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」と規定しているものもある。その意味は、( 07 ) と不同意堕胎罪の法定刑を比較し、( 08 ) 重い方をもって法定刑とするものである。

処断刑は、法定刑に刑の加重・減軽を加えて形成される刑の範囲である。刑を加重・減軽する事由には、再犯加重、( 09 )、併合罪加重、( 10 ) があり、加減順序は、この順序による。もっとも、併合罪について併科の制限があること(刑法 46 条)及び法律上の減軽の方法が刑種ごとに規定されていること(刑法 68 条)からすると、法定刑において複数の刑種が規定されている場合には、処断刑を形成する際にまず刑種を選択することが必要となる。また、確定裁判を経ていない 2 個以上の罪がある場合であっても、併合罪とならない場合もある(例えば、科刑上一罪の場合(刑法 54 条 1 項)など)。そのため、処断刑を判断する前にまず罪数を確定することが必要となる。

併合罪加重は、併合罪とされる数個の犯罪のうちもっとも重い法定刑の長期を 1.5 倍にするものである。ただし、上限については制約があり、それぞれの罪について定めた刑の長期の合計を超えることはできない。また、刑法 14 条に有期刑の加重の場合の上限は( 11 ) とされていることから、( 11 ) を超えることも許されない。短期について規定はないが、科刑上一罪の下限の場合、「最も重い刑により処断する」との文言解釈から、それぞれの罪の下限のうちもっとも重いものによると解されていることからすると、( 12 ) 解すべきであろう。

法律上の減軽には、心神耗弱、( 13 )、未遂犯、中止犯、過剰防衛などがある。これらは、さらに、裁判官がかならず刑を減軽しなければならない必要的減軽と減軽を裁判官の裁量に委ねる任意的減軽とに分かれる。複数の法律上の減軽事由がある場合、( 14 ) ではなく、( 15 ) だけ減軽できる。このほか、刑法は、一定の場合に刑の免除を認めており、中止犯、( 16 )、過剰防衛、過剰避難などに規定されている。いずれにしても、刑の減軽も免除も犯罪が成立することを前提にしている。

被告人が有罪であると判断されるときは、処断刑の範囲内において刑を量定し、判決で刑を言い渡す。これを宣告刑といい、判決書きの主文となる。刑を免除するときは、宣告刑にかえて刑の免除が言い渡されることになる。

## 【語句群】

- |               |              |          |
|---------------|--------------|----------|
| ㉑ 上限のみ        | ㉒ 上限・下限ともに   | ㉓ 親族相盗例  |
| ㉔ 減軽事由の数      | ㉕ 1回         | ㉖ 心身喪失   |
| ㉗ 自首          | ㉘ 20年        | ㉙ 30年    |
| ㉚ 傷害罪         | ㉛ 傷害罪及び傷害致死罪 | ㉜ 同様に    |
| ㉝ 規定されていないものと | ㉞ 酌量減軽       | ㉟ 法律上の減軽 |



## 問 8

次の㉔から㉚までの記述のうち適切でないものをすべて解答欄 17 にマークしなさい。適切でないものがない場合は、㉔をマークしなさい。なお、争いがある場合は判例による。(配点：各 1 点)

- ㉔ ビジネスホテル A は、午後 11 時から午前 6 時まですべての出入り口を施錠し、その間は通用口を暗証番号で解錠して出入りする仕組みをとり、従業員と当日宿泊する泊まり客のみにその日の解錠用暗証番号を知らせていた。甲は、その仕組みを知り、ある日の深夜、ホテル A 内の客室等を物色し、金目のものをとる目的で、ホテルの通用口近くで待ち伏せ、ホテルの泊まり客 B が通用口を解錠して入ろうとするところにたまたま一緒になった泊まり客のふりをして B と一緒にホテル A 内に立ち入った。この場合、甲には、邸宅侵入罪が成立する。
- ㉕ 大型リゾートホテル A は、ホテル本館から少し離れた源泉付近に離れの露天風呂を設営し、宿泊客は、本館から中庭の渡り廊下を通過して露天風呂へといき、風呂に併設された脱衣所で衣服を脱いで、風呂を利用するようになっていた。女性の下着収集癖のある宿泊客甲は、女性宿泊客 B と C が露天風呂を利用している最中に女性用脱衣所に忍び込み、二人の着ていた浴衣や下着など脱衣かごにあるものをすべて持ち去った。そのため、B らは、脱衣所に設置された内線電話でホテルの従業員に頼み、別の浴衣を持ってきてもらう羽目になった。この場合、甲には、窃盗罪だけでなく、B と C に対する監禁罪も成立する。
- ㉖ ゴルフ場 A は、ホテル受付及び入り口付近に「暴力団関係者お断り」との掲示を出していた。もっとも、利用客を受け付ける際には、風体等でそれらしき者かどうかは確認するものの、多少あやしくともそのまま利用を認めていた。ある日、A の会員 B がゲスト客として暴力団 C 組組長甲を A に連れてきて、甲は、自己が暴力団の組長であることは特に明記せず、利用申込書に自己の本名、現住所及び自己が経営する会社(いわゆるフロント企業)の名前を勤務先として記入して、フロントの受付担当 D に提出した。D は、暴力団関係者とは思わなかったので、特に甲が暴力団関係者であるかどうかを尋ねることもなく、そのままゴルフ場の利用を認め、これにより甲は、B とともにゴルフ場を利用した。甲には、ゴルフ場 A に対する詐欺罪が成立しない。
- ㉗ 甲は、いわゆる体感器を使用して不正にパチンコ玉をだし、景品に交換しようと計画し、体感器を仕込んで服を着込み、パチンコ店 A に立入り、50 番のパチンコ台の椅子に着席し、貸し玉器から 1000 円分のパチンコ玉を出した上で、体感器のスイッチを入れてパチンコを始めた。パチンコ店 A は、各パチンコ台に体感器感知装置を設置していたため、すぐさま店員 B が 50 番台に走り寄ってきた。これに気付いた甲は、逃げる

ため隣で遊戯していた客 C の勝ち玉を入れる箱を B に向けてひっくり返し、B の方へ転がっていたパチンコ玉に足をとられた B は、転倒し、頭部を強打し、全治 2 週間の控創を負った。甲には、窃盗未遂罪のみならず、傷害罪が成立し、後者は逃走のために行ったものであるから、強盗致傷罪となる。

- ㊦ 地域課に所属する警察官 A は、担当地域の巡回警らをしていた。すると、その地域では資産家で有名な B 宅の門の前で大きなボストンバッグを携えた甲を発見した。折しも、担当地域内では、同一犯と推測される空き巣狙いの侵入盗が多発し、重点警戒することとなっていた。A は、甲がまさに連続窃盗犯であり、B 宅で一仕事を終え、出てきたものであると判断し、準現行犯として逮捕しようとした。これに対して、甲は、昨日仮釈放により刑務所から出所したばかりで、保護司でもある B のところへ保護観察期間中の生活の相談に訪れてきたものの、道に迷い、ようやく B 宅を発見し、間違いのないように確認していたところであった。そのため、甲は、いきなり窃盗犯呼ばわりして逮捕しようとする A に対して激高し、手けんて 1 発 A の右頬を殴りつけた。甲には、公務執行妨害罪が成立する。

## 問 9

次の【判例】は、最決平成 20 年 5 月 20 日刑集 62 卷 6 号 1786 頁の一部を抜き出したものである。この【判例】についての下記の【記述】のうち、適切ではないものをすべて解答欄 18 にマークしなさい。適切ではないものがない場合は、㊦をマークしなさい。(配点: 各 1 点)

## 【判例】

「 1 原判決及びその是認する第 1 審判決の認定によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) 本件の被害者である A (当時 51 歳) は、本件当日午後 7 時 30 分ころ、自転車にまたがったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中で徒歩で通り掛かった被告人 (当時 41 歳) が、その姿を不審とじて声を掛けるなどしたことから、両名は言い争いとなった。

(2) 被告人は、いきなり A の左ほおを手けんで 1 回殴打し、直後に走って立ち去った。

(3) A は、「待て。」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、上記殴打現場から約 26.5m 先を左折して約 60m 進んだ歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した。

(4) 被告人は、上記 A の攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取出し、A に対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約 3 週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

2 本件の公訴事実、被告人の前記 1 (4) の行為を傷害罪に問うものであるが、所論は、㊦ A の前記 1 (3) の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する旨主張する。しかしながら、前記の事実関係によれば、被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において㊧ 何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」

## 【記述】

㊦ 【判例】が正当防衛を否定した論理は、原判決の判断におけるそれと同じものである。

㊧ 【判例】の下線部㊦は、被告人が A の攻撃をたんに予期していただけにすぎないことを理由とするものである。

㊧ 【判例】の下線部㊧の状況であったか否かを判断の対象としているのは、正当防衛

の個別要件，例えば急迫性や防衛の意思を検討したりすることよりも，正当防衛状況の有無という大きい判断対象を提示することが裁判員裁判においては適当であるとの考えにもつながり得る。

- ㊦ 被告人は，Aを手けんで1回殴打した直後に走って立ち去っているので，積極的加害意思を認めることができないから，【判例】は，下線部②のような判断をしたものである。
- ㊧ 【判例】は，侵害の不正性の要件を否定したものであり，その限りでなお緊急避難の余地を認めるものである。

## 行政法

## 問 10

次のアからオまでの記述について、法令の趣旨に照らし、正しいものには②を、誤っているものには①を選び、解答欄 19 から 23 までにマークしなさい。(配点：各 1 点)

ア 特定商取引に関する法律 7 条に基づく指示に適用される行政手続法の定めは、不利益処分に関する定めであって、行政指導に関する定めではない。(解答欄 19)

(参照条文)

特定商取引に関する法律

第 7 条 主務大臣は、販売業者又は役務提供事業者が第 3 条、第 3 条の 2 第 2 項若しくは第 4 条から第 6 条までの規定に違反し、又は次に掲げる行為をした場合において、訪問販売に係る取引の公正及び購入者又は役務の提供を受ける者の利益が害されるおそれがあると認めるときは、その販売業者又は役務提供事業者に対し、必要な措置をとるべきことを指示することができる。(後略)

第 72 条 次の各号のいずれかに該当する者は、100 万円以下の罰金に処する。

一 (略)

二 第 7 条……の規定による指示に違反した者

2 (略)

イ 行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律 19 条 1 項は、行政手続法上の標準処理期間を定める例の一つである。(解答欄 20)

(参照条文)

行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律

第 18 条 行政機関の長は、開示請求に係る保有個人情報の全部又は一部を開示するときには、その旨の決定をし、開示請求者に対し、その旨、開示する保有個人情報の利用目的及び開示の実施に関し政令で定める事項を書面により通知しなければならない。(後略)

2 行政機関の長は、開示請求に係る保有個人情報の全部を開示しないとき(中略)は、開示をしない旨の決定をし、開示請求者に対し、その旨を書面により通知しなければならない。

第 19 条 前条各項の決定(以下「開示決定等」という。)は、開示請求があった日から 30 日以内にななければならない。(後略)

2 (略)

ウ 講学上の執行罰に該当する制度を条例で定めることは、行政代執行法の定め反して許されない。(解答欄 21)

(参照条文)

行政代執行法

第 1 条 行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法

律の定めるところによる。

第2条 法律（法律の委任に基く命令，規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ，又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為（他人が代つてなすことのできる行為に限る。）について義務者がこれを履行しない場合，他の手段によつてその履行を確保することが困難であり，且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは，当該行政庁は，自ら義務者のなすべき行為をなし，又は第三者をしてこれをなさしめ，その費用を義務者から徴収することができる。

エ 行政事件訴訟法に基づく仮の差止めの申立てがあつた場合に，内閣総理大臣は，裁判所に対し，異議を述べることができ，この場合に裁判所は，仮の差止めをすることができない。 (解答欄 22)

オ Aが，風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律3条1項に基づいて，B県公安委員会に対し，風俗営業の許可を申請したところ，同委員会がこれを不許可とする処分を下した。これに不服のAが，行政事件訴訟法に基づき，同不許可処分の取消訴訟を提起する場合，被告はB県公安委員会とするのが適法である。 (解答欄 23)

〈参照条文〉

風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律

第3条 風俗営業を営もうとする者は，風俗営業の種別（前条第1項各号に規定する風俗営業の種別をいう。以下同じ。）に応じて，営業所ごとに，当該営業所の所在地を管轄する都道府県公安委員会（以下「公安委員会」という。）の許可を受けなければならない。

2 (略)

## 問 11

次のアからオまでの記述について、現行法令の趣旨に照らし、正しいものには④を、誤っているものには⑤を選び、解答欄 24 から 28 までにマークしなさい。(配点：各 1 点)

ア 行政庁の処分について、行政不服審査法に基づく審査請求をする場合は、あらかじめ当該処分についての異議申立てをし、それに対する決定を経なければならぬ。  
(解答欄 24)

イ 行政事件訴訟法に基づく裁決取消訴訟は、行政不服審査法上の審査請求や再審査請求に対する裁決についてのみならず、同法上の異議申立てに対する決定についても提起できる。  
(解答欄 25)

ウ 行政不服審査法によれば、処分庁に上級行政庁がない場合、処分についての不服申立ては、当該処分庁に対する異議申立てか、あるいは、法律や条例の定める行政庁に対する審査請求のいずれかによることとなる。  
(解答欄 26)

エ 行政不服審査法は、法令に基づく申請を棄却する処分を受けた者が、同法に基づき、当該申請を認容する処分をするよう求める義務付けの不服申立てをすることができる旨を定めている。  
(解答欄 27)

オ 行政不服審査法に基づく再審査請求は、法律や条例に再審査請求をすることができる旨の定めがある場合に限ってすることができる。  
(解答欄 28)



## 問 12

次のアからオまでの記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らし、下線部の内容が正しいものには◎を、誤っているものには⊖を選び、解答欄 29 から 33 までにマークしなさい。(配点：各 1 点)

ア 最判平成 25 年 1 月 11 日民集 67 卷 1 号 1 頁によれば、薬事法中の諸規定を見て、そこから、インターネット等を通じた医薬品販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、かかる規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取ることができれば、インターネット等を通じた医薬品販売を規制する省令も、薬事法の委任の範囲を逸脱せず、適法とされる。 (解答欄 29)

イ 最判平成 23 年 6 月 7 日民集 65 卷 4 号 2081 頁によれば、行政手続法上の不利益処分をする場合、当該処分の行政庁は、原則として、当該処分の名宛人に対し、同時に、当該処分の原因となる事実や根拠法条に加え、当該処分の処分基準の適用関係も示さなければならぬ。 (解答欄 30)

ウ 最判平成 24 年 2 月 3 日民集 66 卷 2 号 148 頁は、土壤汚染対策法 3 条 2 項に基づく通知について、同条 1 項に定める義務が発生したことを知らせる觀念の通知にすぎないものであり、それ自体によって相手方に一定の法的義務を課すものではないとしたが、同通知の相手方は、当該義務の履行を怠った場合、相当程度の確実さをもって、同条 3 項に基づく命令を受けることになることを理由に、同通知が行政事件訴訟法上の処分であることを肯定した。 (解答欄 31)

(参照条文)

#### 土壤汚染対策法

第 3 条 使用が廃止された有害物質使用特定施設（中略）に係る工場又は事業場の敷地であつた土地の所有者、管理者又は占有者（以下「所有者等」という。）であつて、当該有害物質使用特定施設を設置していたもの又は次項の規定により都道府県知事から通知を受けたものは、環境省令で定めるところにより、当該土地の土壤の特定有害物質による汚染の状況について、環境大臣が指定する者に環境省令で定める方法により調査させて、その結果を都道府県知事に報告しなければならない。（後略）

2 都道府県知事は、水質汚濁防止法第 10 条の規定による特定施設（中略）の使用の廃止の届出を受けた場合その他有害物質使用特定施設の使用が廃止されたことを知った場合において、当該有害物質使用特定施設を設置していた者以外に当該土地の所有者等があるときは、環境省令で定めるところにより、当該土地の所有者等に対し、当該有害物質使用特定施設の使用が廃止された旨その他の環境省令で定める事項を通知するものとする。

3 都道府県知事は、第 1 項に規定する者が同項の規定による報告をせず、又は虚偽の報告をしたときは、政令で定めるところにより、その者に対し、その報告を行い、又はそ



の報告の内容を是正すべきことを命ずることができる。

- エ 最判平成 21 年 10 月 15 日民集 63 卷 8 号 1711 頁は、自転車競技法 5 条 2 項に基づく場外車券発売施設設置許可処分に対して提起された行政事件訴訟法上の取消訴訟において、当該訴訟の原告適格が認められる者を、当該施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域で学校その他の文教施設及び病院その他の医療施設を開設する者に限定した。 (解答欄 32)

(参照条文)

自転車競技法

第 5 条 車券の発売等の用に供する施設を競輪場外に設置しようとする者は、経済産業省令で定めるところにより、経済産業大臣の許可を受けなければならない。当該許可を受けて設置された施設を移転しようとするときも、同様とする。

2 経済産業大臣は、前項の許可の申請があつたときは、申請に係る施設の位置、構造及び設備が経済産業省令で定める基準に適合する場合に限り、その許可をすることができる。

- オ 最判平成 21 年 12 月 17 日民集 63 卷 10 号 2631 頁は、東京都建築安全条例に基づく安全認定処分を先行処分とする建築確認処分（建築基準法 6 条 1 項）に対して提起された行政事件訴訟法上の取消訴訟において、当該安全認定処分について裁判所が審査できるのは、重大かつ明白な瑕疵があつたか否かに限定されるとした。 (解答欄 33)

商 法  
 .....

## 問 13

次の【第1群】から【第3群】までの記述群のア、イ及びウの各記述について、現行法令又は判例の趣旨に照らして正しいときは○を、誤っているときは×を付した場合の組合せは、後記【組合せ】の㉔から㉒までの中のどれか。記述群ごとに選び（同じ肢を複数回選択しても構わない。）、解答欄 34 から 36 までにマークしなさい。（配点：記述群ごとに各<sup>5</sup>/<sub>3</sub>点）

## 【第1群】（解答欄 34）

なれ合い訴訟を防止するため、会社と取締役との間の訴訟において、会社を代表する者について以下のように規定されている。

ア 監査役設置会社では、監査役が会社を代表する。

イ 委員会設置会社においては、①監査委員が当事者である場合は、監査役が会社を代表し、②監査委員が当事者でない場合は、監査委員会が選定する者が会社を代表する。

ウ その他の会社では、原則として代表取締役が会社を代表するが、株主総会決議によって会社を代表する者を定めることができる。

## 【第2群】（解答欄 35）

ア 株券発行会社の場合、株券の交付は、株式譲渡の効力要件である。

イ 会社法は原則として株式の自由譲渡性を認めるが、例外として、法律による制限、定款による制限、契約による制限、がある。

ウ 株券の交付を受けた者は、悪意又は重過失のない限り、当該株式を善意取得することが出来る。

## 【第3群】（解答欄 36）

ア 少数株主権の共同行使を目指して他の株主を勧誘する場合や、株主提案権の行使及び提出議案の可決を目指して他の株主を勧誘する場合には、株主名簿の閲覧謄写が有益な手段となり得る。

イ 退職慰労金の額は、お手盛りの弊害を避けるため、定款又は株主総会決議又は監査役会で定める。

ウ 定款又は株主総会決議によって取締役の報酬が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり契約当事者を拘束するから、その後、株主総会が当該取締役の報酬を無報酬とする旨の決議をしても、当該取締役は、これに同意しない限り、報酬請求権を失わない。

【組合せ】

- |   |    |    |    |   |    |    |    |   |    |    |    |
|---|----|----|----|---|----|----|----|---|----|----|----|
| ㉑ | ア○ | イ○ | ウ○ | ㉒ | ア× | イ○ | ウ○ | ㉓ | ア○ | イ× | ウ○ |
| ㉔ | ア○ | イ○ | ウ× | ㉕ | ア× | イ× | ウ○ | ㉖ | ア× | イ○ | ウ× |
| ㉗ | ア○ | イ× | ウ× | ㉘ | ア× | イ× | ウ× |   |    |    |    |

## 問 14

次の【第1群】から【第3群】までの記述群のア、イ及びウの各記述について、現行法令又は判例の趣旨に照らして正しいときは○を、誤っているときは×を付した場合の組合せは、後記【組合せ】の㉔から㉒までの中のどれか。記述群ごとに選び（同じ肢を複数回選択しても構わない。）、解答欄 37 から 39 までにマークしなさい。（配点：記述群ごとに各<sup>5</sup>/<sub>3</sub>点）

## 【第1群】（解答欄 37）

ア 解任された役員は、解任について正当な理由があれば、株式会社に対し、解任によって生じた損害の賠償を請求することができないことがある。そこで、経営上の判断の失敗が「正当な理由」にあたるとする裁判例に対しては、「役員を経営判断を制約しかねない」という批判があり得る。

イ 取締役会設置会社における取締役は、取締役会の構成員として、業務執行者による業務執行一般について監視義務を負っており、これに違反すると監視義務違反となる。

ウ 取締役会設置会社においては内部統制システムの構築を取締役会が決定しなければならず、内部統制システムの不構築という事実自体が取締役の任務懈怠となる。

## 【第2群】（解答欄 38）

ア 株主および会社は、なれ合い訴訟の防止等のため、株主代表訴訟の原告側に共同訴訟参加できる。

イ 会社が株主代表訴訟の被告側に補助参加する場合、監査役設置会社では各監査役の同意が、委員会設置会社では各監査委員の同意が必要である。

ウ 会社が取締役等に対する責任追及の訴えを提起したとき、又は、会社が株主代表訴訟の告知を受けたときには、その旨につき、公告することも株主に対し通知することも不要である。

## 【第3群】（解答欄 39）

ア 株式会社における株主総会決議の取消しは、訴えをもってしか主張できず、取消事由、出訴権者及び出訴期間が法定されている。

イ 決議の内容が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不公正なときや、決議方法が定款に違反するときは、株主総会決議を取り消せる。

ウ 株主総会決議不存在確認の訴えと無効確認の訴えとでは，決議につき主張立証すべき事実が，後者では内容が違法であるのに対し，前者では決議の違法性が著しく法律上その存在を認めることができないこと，又は，決議が客観的に不存在であること，というように，異なる。

【組合せ】

- |   |    |    |    |   |    |    |    |   |    |    |    |
|---|----|----|----|---|----|----|----|---|----|----|----|
| ㉑ | ア○ | イ○ | ウ○ | ㉒ | ア× | イ○ | ウ○ | ㉓ | ア○ | イ× | ウ○ |
| ㉔ | ア○ | イ○ | ウ× | ㉕ | ア× | イ× | ウ○ | ㉖ | ア× | イ○ | ウ× |
| ㉗ | ア○ | イ× | ウ× | ㉘ | ア× | イ× | ウ× |   |    |    |    |

## 問 15

次の【第1群】から【第3群】までの記述群のア、イ及びウの各記述について、現行法令又は判例の趣旨に照らして正しいときは○を、誤っているときは×を付した場合の組合せは、後記【組合せ】の㉔から㉒までの中のどれか。記述群ごとに選び（同じ肢を複数回選択しても構わない。）、解答欄 40 から 42 までにマークしなさい。（配点：記述群ごとに各<sup>5</sup>/<sub>3</sub>点）

## 【第1群】（解答欄 40）

ア 株主総会決議無効確認の訴えと株主総会不存在確認の訴えにおいては、判決に対世効はあるが、提訴期間や原告適格、判決の効力の不遡及に関する明示の規定は会社法中におかれていない。

イ 募集株式の発行等の効力が生じると差止めができなくなる。そこで、その効力発生前に、株主は、会社を債務者として、差止請求権を被保全権利とする募集株式の発行等の差止仮処分申請を行うのが通常である。

ウ 判例によれば、株主は、①新株予約権の発行が法令又は定款に違反する場合、又は②新株予約権の発行が著しく不公正な方法による場合、のいずれかの場合で不利益を受けるおそれがあるときは、新株予約権発行差止めの訴えの規定の類推適用により、新株予約権無償割当ての差止めを請求することができる。

## 【第2群】（解答欄 41）

ア 会社の支配権争奪の局面では、現経営陣と敵対的買収者のいずれに経営を委ねるべきかの判断は株主によってされるべきであり、取締役会限りで経営支配権の維持確保を主要な目的として新株予約権が発行された場合、原則として、著しく不公正な方法による発行に当たる。

イ 株式会社解散の訴えでは、解散するのやむを得ない事由があることが認容される要件となっているところ、会社の本来の事業が順調に継続していることは、上のやむを得ない事由の認定をさまたげるとするのが判例である。

ウ 譲渡制限株式を譲渡する場合、譲渡人又は譲受人は、株式会社に対し、譲渡を承認するか否かの決定をすることを請求できる。

## 【第3群】（解答欄 42）

ア 譲渡制限株式の譲渡を会社が承認しない場合、株主は裁判所に売買価格決定申立てをすることができる。この申立てに対し、裁判所は、譲渡承認請求時における株式会

社の資産状態その他一切の事情を考慮して決定することはできず、当該株式に時価がある例外的な場合には時価、時価がない場合には清算価格又は収益還元方式による価格を採用しなければならない。

イ 判例によると、株式買取請求の趣旨は、会社からの退出を選択した株主に対し、当該組織再編がなかった場合と経済的に同等な状況を確認することに加え、当該組織再編行為により生じる企業価値の増加（シナジー）への期待権を確実に分配することで当該株主の利益を保証するというものであり、この点について裁判所に裁量の余地はない。

ウ 株式が上場されている場合には、株式移転に反対する株主の株式買取請求に係る「公正な価格」を算定するに当たって参照すべき市場株価として、基準日である株式買取請求がされた日における市場株価や、偶発的要素による株価の変動を排除するためこれに近接する一定期間の市場株価の平均値を用いることは、具体的事情を踏まえた裁判所の合理的な裁量の範囲内にある。

【組合せ】

- |   |    |    |    |   |    |    |    |   |    |    |    |
|---|----|----|----|---|----|----|----|---|----|----|----|
| ㉐ | ア○ | イ○ | ウ○ | ㉑ | ア× | イ○ | ウ○ | ㉒ | ア○ | イ× | ウ○ |
| ㉓ | ア○ | イ○ | ウ× | ㉔ | ア× | イ× | ウ○ | ㉕ | ア× | イ○ | ウ× |
| ㉖ | ア○ | イ× | ウ× | ㉗ | ア× | イ× | ウ× |   |    |    |    |

## 民事訴訟法

## 問 16

以下の【会話】は、控訴審・上告審に関する A と B の二人の学生の会話である。【会話】中の①から⑤までの各空欄（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までの中から選び、解答欄 43 から 47 までマークしなさい。（配点：空欄ごとに各<sup>1</sup>/<sub>5</sub>点）

## 【会話】

A 「B 君。上訴についてちょっと聞きたいことがあるんだけどいいかな。民事訴訟の第 2 審を控訴審と称して、第 3 審の上告審と区別しているよね。」

B 「ああ、そうだね。」

A 「控訴審と上告審って何が違うんだい？」

B 「え？ そんなのどこの教科書にも書いてあるだろ。上告審は法律審で、法律問題についての判断のみを行うのに対し、控訴審はあくまでも事実審で、第 1 審判決の事実面と法律面の両方を再度審査するんだよ。」

A 「あ、そうなの？」

B 「そうだよ。だから、事実審たる第 1 審で認められている（ ① ）の原則は、控訴審でも認められているけど、上告審では認められて無いんだ。」

A 「それはどこの条文から読み取れるの？」

B 「民訴法 296 条 1 項は、『口頭弁論は、当事者が第一審判決の変更を求める限度においてのみ、これをする。』としているから、口頭弁論を開くことは前提となっているわけだ。また、民訴法 297 条に第 1 審の訴訟手続に関する規定を包括準用する旨の条文があり、総則の規定の適用があることを当然に織り込んでいるんだ。」

A 「でも、似たような規定は上告について規定する民訴法 313 条にもあるじゃないか。控訴の規定を包括準用しているから、上告審にも（ ① ）の原則は当てはまるだろう？」

B 「いや違うよ。民訴法 319 条では、書面審査で（ ② ）と判断されたときに口頭弁論を経ないで判決で上告を棄却できるとされているよ。それが民訴法 313 条にいうところの『特別の定めがある場合』に当たるから、準用が否定されているんだ。」

A 「ああ、なるほど。でも、（ ② ）と判断できる場合以外は口頭弁論を開くんだらう？そこでは事実に関する審理が行われているんじゃないのかい？」

B 「ああ、そうだね。別の条文もあわせて示すべきだったよ。民訴法 321 条 1 項では、『原判決において適法に確定した事実は、上告裁判所を拘束する』とされているから、上告審は原審の認定事実を前提に判断しなければならないんだ。」

A 「ああ、なるほど。でも、それでは上告審において原判決が適法に認定していない事実の存否を審理することは、妨げられていないんじゃないか？」

B 「たしかにね。同条 2 項が（ ③ ）の際に、『原判決における事実の確定が法律に違



反したことを理由として、その判決を破棄することができない』としているから、反対に通常の上告の場合には、原判決における事実認定についての違法性を問うというかたちで、事実認定に関与することは予定されているとも言うるかな。『審理不尽』は上告理由のひとつと考えられないでもないしね。」

- A「なんで、( ③ ) の場合にそんな取扱いするんだろう？ 控訴審を省略したんだから、むしろ、事実認定についても一定の審理をしてくれていいんじゃないか？」
- B「たしかに戦時中、控訴審が省略されたときは、重大な事実誤認があることを疑うに足りる顕著な事由があることを上告理由とすることができるようになっていたね。でも、( ③ ) は、そもそも控訴ができないのではなくて、あえてしなかったのだから、もはや事実の確定に不服はないものと理解すべきなんだよ。」
- A「ということは、上告審が純粋な法律審かどうかさておき、少なくとも控訴審は、上告審と対照的な事実審であるということは、条文上、前提視されているってことなのかね？」
- B「そう思うけど、何か疑問があるのかい？」
- A「ああ、僕はこの前、高等裁判所の民事訴訟を傍聴したんだ。そしたら、第1回口頭弁論期日で結審してしまう事件を見かけたんだ。」
- B「それは、控訴が不適法だったのかな？」
- A「その場合、最初の期日で結審してもいいのかい？」
- B「民訴法 290 条では、控訴が不適法で ( ④ ) とき、口頭弁論を経ずに控訴を却下できる旨を定めているから、最初の期日で控訴却下することはおよそ許容されているよ。」
- A「控訴の適法性を判断するのだって、事実の審査が必要だろう？ なんで口頭弁論を開かなくてよくなるんだい？」
- B「控訴の適法性に関する事項は職権調査事項だからさ。」
- A「職権調査事項について口頭弁論期日で審理する必要がないというのは、どの条文から導かれるんだい？」
- B「ああ、難しい質問だね。弁論主義自体について直接触れる規定もないくらいだからね。ただ、職権調査事項の代表例たる管轄に関しては、民訴法 14 条で裁判所が職権で証拠調べができる旨を規定しているね。」
- A「でも、口頭弁論期日を開いてから管轄について判断するものだろうか？」
- B「通常はそうだけど、移送に関する裁判は口頭弁論を経ることを、条文上、必ずしも予定しているとはいえないね。」
- A「なんでだい？」
- B「( ⑤ ) で裁判するからだよ。」
- A「ああ、そうか。民訴法 87 条 1 項ただし書の方になるのか。でも、それじゃあ、控訴の却下については、どう説明するの？ 民訴法 290 条だって判決だろ？」
- B「民訴法 287 条は、一定の要件が加わるけど、( ⑤ ) で控訴を却下する規定だね。」
- A「でも、職権調査事項一般は説明できないじゃないか。」

B「そうかい？ 訴えの却下一般についても類似の規定はあるよ。」

【選択肢】

- |            |         |                |
|------------|---------|----------------|
| Ⓐ 必要的口頭弁論  | ⓑ 証拠共通  | ⓒ 上訴不可分        |
| Ⓓ 決定       | Ⓔ 命令    | Ⓕ その不備を補正できない  |
| Ⓒ 付帯上告     | Ⓕ 付帯控訴  | Ⓖ 飛越上告         |
| Ⓚ 上告を理由がない | Ⓖ 破棄差戻し | Ⓗ 相手方当事者の同意がある |
| Ⓝ 上告を理由がある | Ⓖ 破棄自判  | Ⓖ 被控訴人に異議がない   |

空欄と解答欄の対照表

空欄	解答欄
①	43
②	44
③	45
④	46
⑤	47

## 問 17

以下の【会話】は前問の【会話】に続く A と B の二人の会話である。【会話】につき、①、②の各空欄に入る最も適切な文を後記【選択肢】から選び、解答欄 48 及び 49 にマークしなさい。(配点：空欄ごとに各<sup>5</sup>/<sub>2</sub>点)

## 【会話】

- A 「じゃあ、控訴や訴えの適法性に問題がなくて、期日に両当事者が出頭するケースなら、控訴審の第 1 回口頭弁論期日においていきなり結審するってことはないんだね。」
- B 「まあ、認諾や放棄、相手方の主張を全部自白するってことがなければ、そうなる、と言いたいところだけど……。」
- A 「『だけど……』なんだい？」
- B 「最近は何当事者が実質的に争っているケースでも、1 回の口頭弁論期日で結審しているケースが増えているようだね。」
- A 「たった 1 回の口頭弁論期日で証拠調べがきちんとできるものなのかい？ 第 1 審だって争いがあるケースでは、続行期日を指定するはずだろう？」
- B 「理屈の上では、第 1 審において 1 回の口頭弁論期日で弁論も証拠調べも行えるよ。( ① )。』
- A 「通常の訴訟への移行申述権が被告に予め保障されていて、その事前の移行がない限り控訴審での審理が予定されない特別な手続で可能だからといって、通常の手続の控訴審でも同様の事が可能であるといえるのかい？」
- B 「なるほど。分かった。撤回して別の論拠を示そう。通常判決手続の第一審手続でも、1 回の口頭弁論で結審することは可能だよ。さっき触れた民訴法 87 条 1 項本文は、口頭弁論期日を開くことのみを要求している。他に、複数回の開催を要求する規定はないよ。」
- A 「でも、事実の存否って、証拠を期日の中でパッと見ただけでわかるものだろうか？ 当事者が争っている事実だぞ。第三者が何で簡単に判断できるんだい？」
- B 「それは違うよ。控訴裁判所は予め第 1 審での訴訟記録を精査しているんだよ。そこはきちんと時間をかけているはずだよ。その上で、第 1 審判決の結論を覆すような理由づけが控訴人から提出されているかどうか判断しているんだ。1 回の口頭弁論期日で結審する場合、新たな証拠調べを要しないということなんだ。」
- A 「それって、さっき上告について君が言ったことと近くないか？」
- B 「そうかい？」
- A 「上告審では『原判決における事実認定についての違法性を問うというかたちで、事実認定に関与する』んだろ？ 控訴審も同じことをしているんじゃないか。」
- B 「控訴審は 1 審で提出された資料を基に事実の判断は自由にできるんだ。事実審の認定事実拘束される上告審とは明らかに異なるよ。」
- A 「でも上告審に対する事実審の判断の拘束は、原審が適法に認定したものに限るんだろ

う？」

B「それだけじゃないよ。( ② )。だからこそ、上告がなされても判決の基準時は事実審たる控訴審の口頭弁論終結時なんだ。」

A「その条文上の根拠はあるのかい？」

B「基準時に関しては民事執行法 35 条 2 項だね。」

A「同項は『確定判決についての異議の事由は、口頭弁論の終結後に生じたものに限る』とされていて、事実審の口頭弁論終結時という限定は明文では付されていないね。上告の規定の中に手がかりはないのかい？」

B「やはり、原判決の確定した事実の拘束力を承認する民訴法 321 条じゃないかな？」

A「じゃあ、明文の根拠規定はないというわけだ。上告審が法律審だということの確信が、そのような解釈の基礎にあるということなのかな？」

B「それは良く分からないけど、控訴に対する実体判断のために控訴審は必ず一度は口頭弁論を開かなければならない。でも、上告審ではその必要はない。その違いは大きいよ。」

A「そのたった 1 回の口頭弁論が形骸化していたとしても？」

B「さらなる証拠調べを不要とする控訴裁判所の判断に対して、当事者は意見を述べる機会があるのだから、ゼロとイチでは大違いだよ。」

【選択肢】

- ① 少額訴訟手続では原則として最初にすべき期日で結審するよう規定されている
- ② 手形訴訟手続では証拠調べを書証に限定し、常に最初にすべき期日で結審するよう規定されている
- ③ 簡易裁判所の訴訟手続では人証の取調べを書面で代替することを認め、なるべく最初にすべき期日で結審するよう規定されている
- ④ 上告審においても職権調査事項に関する審理が許容されている
- ⑤ 上告審では新たな事実や証拠の提出ができない
- ⑥ 上告審は破棄自判し得る
- ⑦ 控訴審は不服の申立てがあった限度でのみ審査する
- ⑧ 控訴審は第 1 審判決について不服申立てがない部分につき、申立てにより仮執行の宣言をすることができる

空欄と解答欄の対照表

空欄	解答欄
①	48
②	49

## 問 18

以下の①から⑩までの証拠に関する理解につき、誤っているものを2つ選び、解答欄50にマークしなさい。(配点：各<sup>3</sup>/<sub>2</sub>点)

## 【選択肢】

- ① 証拠調べは、両当事者が期日に出頭しない場合でもすることができる。
- ② 証拠調べは、争点及び証拠の整理が終了した後でなければすることができない。
- ③ 証拠調べは、裁判所が相当と認めるときは裁判所外においてすることもできる。
- ④ 疎明は、即時に取り調べることができる証拠によってしなければならない。
- ⑤ 証拠の申出は、その証拠によって証明すべき事実につき、証明責任を負わない当事者がすることもできる。
- ⑥ 移送の裁判を基礎づける管轄原因事実につき証明は不要である。

刑事訴訟法  
\*\*\*\*\*

## 問 19

次の㉔から㉑までについて、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 51 にマークしなさい。なお、正しいものがないときは、㉒にマークしなさい。(配点：記述ごとに各<sup>5</sup>/<sub>6</sub>点)

- ㉔ 逮捕後の罪状認否においては、直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げた上、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げ、弁解の機会を与えなければならない。
- ㉕ 被疑者に、住居不定、罪証隠滅のおそれ又は逃亡のおそれのいずれかが認められる場合には、勾留することができる。
- ㉖ 裁判所は、検察官の請求がなくとも、被告人を勾留することができる。
- ㉗ 被疑者勾留の基礎となった犯罪事実で勾留中に起訴された被告人については、何らの手続を経ることなく、起訴前勾留が被告人勾留に移行する。
- ㉘ 被疑者勾留の延長は1回に限られる。
- ㉑ 被告人勾留の延長は1回に限られない。

## 問 20

次の【記述】は、最決昭和 36 年 11 月 21 日刑集 15 卷 10 号 1764 頁の判示である。下記【選択肢】の①から⑧までについて、判示内容と矛盾するものを選び、解答欄 52 にマークしなさい。なお、矛盾するものがないときは、⑨にマークしなさい。(配点：選択肢ごとに各<sup>5</sup>/<sub>7</sub>点)

## 【記述】

「起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けなければならないところであるが、これによって直ちにその取調を違法とし、その取調の上作成された供述調書の証拠能力を否定すべきいわれはなく、また、勾留中の取調べであるのゆえをもつて、直ちにその供述が強制されたものであるということもできない。本件において、第一審判決が証拠に採用している所論被告人の検察官に対する昭和 35 年 9 月 6 日付供述調書は、起訴後同年 9 月 7 日の第一回公判期日前に取調がなされて作成されたものであり、しかも、右供述調書は、第一審公判において、被告人およびその弁護人がこれを証拠とすることに同意している。したがって、原判決には所論のような違法は認められない。」

## 【選択肢】

- ① 被告人は、検察官と対等な訴訟当事者である。刑事訴訟法 198 条 1 項は、「被疑者の出頭を求め、これを取り調べるができる。」と規定して、取調べ対象を被疑者としているから、検察官は、被告人を取り調べるができない。
- ② 刑事訴訟法 197 条は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。」と規定している。同法 198 条 1 項の規定にかかわらず、起訴後においても、捜査官は、その公訴を維持するために被告人を取り調べるができる。
- ③ 第一回公判期日前においては、検察官にも被告人・弁護人にも、裁判官に参考人の取調べを請求することが認められていることから明らかなように、未だ実質的には裁判が始まっていない。だから第一回公判期日前であれば被告人の取調べが許されるのであって、第一回公判期日後に被告人の取調べを行うことは、公判中心主義に反する。
- ④ 被告人の取調べに基づき作成された供述証拠については、被告人および弁護人の同意がなくとも、証拠能力が認められ得る。
- ⑤ 被告人の取調べは、第一回公判期日後であっても認められ得る。
- ⑥ 被告人を取り調べるにあたっては、被告人に取調受忍義務を負わない旨を明示しなければならない。
- ⑦ 被告人を取り調べるにあたっては、それが任意の取調べであることを担保するため、被告人が望んだ場合には、弁護人の立会いを認めなければならない。



## 問 21

次の【記述】は、訴因変更命令について述べたものである。⑥、⑩、⑱、㉓、㉖、㉙、㉛及び㉞の空欄に入る最も適切な語句を後記【語句群】の㉠から㉣までの中から選び、⑥、⑩、⑱、㉓、㉖、㉙、㉛、㉞の順に、解答欄 53 から 60 までにマークしなさい。なお、①から㉣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>8</sub>点)

## 【記述】

刑事訴訟法 312 条 2 項は、「(①) が審理の経過に鑑み相当と認めるとき」には、(②) に訴因の変更を命じることできる、と規定する。(③) に立つならば、証拠調べの結果、(④) が訴因とは異なる心証を抱くに至った場合、その心証に沿った審判ができなければ、審判対象である (⑤) について審判する義務を尽くさなかったことになる。また、(⑥) が訴因変更を命じたのに (⑦) がそれに従わないとすると、被告人の防御を図りつつ審判するという義務を果たせないことになりかねない。したがって、そのような場合には、(⑧) は訴因変更を命じる義務があり、かつ、訴因変更命令を出した以上は、(⑨) がそれに従うか否かにかかわらず、訴因が変更を命じられた新訴因へと変更される、すなわち訴因変更命令に (⑩) が認められなければならない。

最大判昭和 40 年 4 月 28 日刑集 19 卷 3 号 270 頁は、「(⑪) から右命令を受けた (⑫) は訴因を変更すべきである」としながらも、「(⑬) が (⑭) の訴因変更命令に従わないのに、(⑮) の訴因変更命令により訴因が変更されたものとするのは、(⑯) に直接訴因を動かす権限を認めることになり、かくては、訴因の変更を (⑰) の権限としている刑事訴訟法の基本的構造に反するから、訴因変更命令に右のような効力を認めることは到底できない」とした。これは、(⑱) を採用しないことの表明である。他方、(⑲) に立っても、明文で訴因変更命令権限が (⑳) に与えられている以上、(㉑) に (㉒) を求めるにとどまらず、(㉓) の訴追意思に反する訴因への変更を求めることができる。これは、(㉔) の訴因設定権限に対する修正である。

(㉕) からすれば、(㉖) が訴因事実と心証を異にした場合、訴因変更命令を出す義務があるとまでは、(㉗) の職権による修正をどこまで強く認めるかという政策判断である。(㉘) という刑事訴訟法の基本構造を強調すればするほど、義務はないということになるし、(㉙) による修正を強く認めようとするれば、義務まで負う場合が広がることになる。最高裁は、(㉚) を否定した判決の 3 年後、殺人罪で起訴されたが殺意の認定ができず、殺人の訴因を重過失致死の訴因に変更しない限り、被告人を無罪にするほかないという事案において、訴因変更すれば「有罪であることが証拠上明らかであり、しかも、その罪が重過失によって人命を奪うという相当重大なものであるような場合には」、例外的に、(㉛) に対して、訴因変更手続を (㉜) またはこれを命ずべき義務がある、とした(最決昭和 43 年 11 月 26 日刑集 22 卷 12 号 1352 頁)。他方、現場共謀による傷害致死の訴因について、事前共謀の訴因に変更しないと無罪とするほかなく、(㉝) から (㉞) に対し、約 8 年半に及ぶ裁判の最終段階において、共謀の時期・場所に関する



る(35)の従前の主張を変更する意思はないかとの(36)をしたところ、(37)がその意思はない旨の明確かつ断定的な(38)をした、という事案において、「(39)に対し、訴因変更を命じ又はこれを積極的に(40)などの措置に出るまでの義務を有するものではない」とした(最判昭和58年9月6日刑集37巻7号930頁)。

**【語句群】**

- |         |        |        |           |
|---------|--------|--------|-----------|
| Ⓐ 求める   | Ⓑ 求釈明  | Ⓒ 公訴事実 | Ⓓ 拘束力     |
| Ⓔ 訴因対象説 | Ⓕ 形成力  | Ⓖ 促す   | Ⓗ 当事者主義   |
| Ⓘ 訴因    | Ⓚ 指示する | Ⓛ 裁判所  | Ⓜ 公訴事実対象説 |
| Ⓝ 検察官   | Ⓟ 釈明   | Ⓡ 職権主義 |           |

## 空欄と解答欄の対照表

空欄	解答欄
⑥	53
⑩	54
⑰	55
⑳	56
㉓	57
㉕	58
㉘	59
㉚	60