

【 憲 法 】

私立大学による、講演会参加者リストの警察への提出行為のプライバシー侵害が問題となった早稲田大学江沢民訴訟（最二判平成15年9月12日：民集57巻8号973頁）の事例を素材として（警察に提出された情報のうち、電話番号をメールアドレスとするなど、事例を一部変更している）、憲法の基本的な論点についての判例、学説の知識を問うとともに、反論を踏まえて論じるという、論理的な展開能力を問うことを出題趣旨としている。

出題形式として、ある程度長文の事例に対し、弁護士として相談された場合に、憲法上の問題点につき、法律の専門家の立場でどのような意見を述べるか、という形をとっており、具体的事例における問題解決能力という、実践を意識した問いかけとしている。

憲法上の論点は、Ⅰ，私人間効力、Ⅱ，本件4情報（学生番号、氏名、住所およびメールアドレス）の性質・内容（プライバシーか個人情報か）と憲法上の根拠、Ⅲ，本件4情報提出の必要性への考察を踏まえた上での、憲法違反の有無の検討などとなる。

採点基準としては、論点Ⅰについては、私人間効力についての基本的な理解と判例を踏まえた叙述ができているか、論点Ⅱについては、学説、判例におけるプライバシーと個人情報との相違を踏まえつつ、Xの主張する権利を、憲法何条のどのような権利と捉えるか、Ⅲの具体的検討については、問題文で与えられた条件の下で、学説・判例を踏まえつつ、論理的で妥当な結論を導いているか、を基準とした。

【 民 法 】

問題 1

小問 1 いわゆるサブリース契約に基づく賃料減額の可否について、判例の判断枠組(最三判平成 15 年 10 月 21 日民集 57 卷 9 号 1213 頁)を問う問題である。

まず、賃料減額を請求する法律構成として、借地借家法 32 条 1 項に基づく請求を立てることができるかどうか問題となる。そして、それに対する反論及び請求の当否では、借地借家法の適用の可否に関してサブリース契約の性質が賃貸借契約といえるかを論じ、さらに仮に借地借家法の適用を肯定した場合でも、本件での特殊性—賃料自動増額特約の存在、サブリース契約の特殊性などを相当賃料に反映させるべきかどうか論じられていけばよい。

小問 2 賃借権に基づく明渡請求のうち、本問の事案では妨害排除請求権の代位行使が問題となることを示し、その要件を示すことが求められる。そして、本問の事情に照らして要件充足性を論じ、それに関連して、相手方の賃借権の設定の有無が請求の当否にどう影響を与えるか論じられていけばよい。

問題 2

小問 1 債権譲渡と差押命令の優劣決定の基準を問う問題であり、債権譲渡に関する重要判例の理解を問う問題である。差押命令の効力発生が第三債務への送達時であるところ(民事執行法 145 条 4 項)、確定日付のある証書による債権譲渡の第三者対抗要件が、確定日付時を基準とするのか、証書の債務者への到達時を基準とするのかが問題になる。まず、この点について、通知・承諾を債権譲渡の対抗要件とした趣旨を踏まえ(最判昭和 49 年 3 月 7 日民集 28 卷 2 号 174 頁)、確定日付時を基準とするのか、到達時を基準とするのかを明らかにすることが求められる。次に、到達時説に立った場合に、差押命令の B への送達と債権譲渡通知の B への到達が同時であった場合の処理を明らかにすることが求められる(最判昭和 55 年 1 月 11 日民集 34 卷 1 号 42 頁)。B の対抗要件欠缺の抗弁が認められるかという問題であり、他に同時到達者がいる場合でも第三者対抗要件として認められるかという問題であることを意識して論じることが望ましい。

小問 2 いわゆる債権譲渡と相殺についての問題である。B の A に対する債権と C の B に対する債権とでは債権の対立がないことから、相殺適状になりえず、B は A に対する相殺の抗弁を C に対抗できるかという問題になる。2017 年改正前民法で論じる際には、468 条 2 項の「通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由」の解釈問題

であることを明示する必要がある。そのうえで、通知を受けるまでに、相殺適状になっている必要があるのか、相殺適状でなくても自働債権の弁済期が先に到来する必要があるのか、自働債権を取得してさえいれば弁済期の前後は問わないのかを明らかにすることになる。

改正法で論じるときは、469条1項の問題となるが、同条の趣旨を明らかにしたうえで、相殺の要件を指摘し、あてはめることが求められよう。

小問3 いわゆる差押と相殺の問題であり、相殺が511条によって禁止されるのかという解釈上の問題になる。改正前民法で論じる際には、単に相殺の担保的機能といった政策論から直接結論を導くのではなく、511条の趣旨（差押によって原則できなくなる相殺を例外的に許容する規定なのか、差押があっても原則主張できる相殺を例外的に制限する規定なのか、など）を明らかにしつつ論じることが望ましい。

改正法で論じる際も、改正511条の趣旨を明らかにしたうえで論じることが求められよう。

相殺の要件については、小問2で指摘してあれば、簡潔に示せば足りる。

【 刑 法 】

【第1問】

本問は、甲と乙が共謀のうえVに暴行を加えた後（第1暴行）、甲が立ち去り、乙のみが暴行を加えたところ（第2暴行）、いずれの暴行が原因かは不明であるものの、Vが頸部を骨折し、その後、道路上で自動車に轢過されて死亡したという事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、因果関係、共同正犯に関する基本的理解と事実の当てはめが論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

具体的には、第1に、甲と乙に共同正犯が成立すれば傷害の点について両名に帰責できることから、甲と乙の間に共同正犯関係が成立しているか、甲に共同正犯関係の解消が認められるかを的確に論ずることが必要である。

第2に、甲、乙の共同暴行とVの死の間に自動車による衝突という介在事情が存在しており、介在事情の結果への寄与度が大きいことが因果関係の成否にどのような影響を与えるかを論ずることが求められている。

【第2問】

本問は、窃盗罪、詐欺罪の成立要件に関する基本的理解と的確な罪数処理を問う問題である。

具体的には、第1に、窃盗罪の成否では、甲が店舗内のワイシャツ1着を予め用意した紙袋に入れて隠匿したうえ、これを持ってその場を離れた時点で「窃取」が認められることを述べた上で、不法領得の意思（特に権利者排除意思）が認められる否かを詳細に論ずることが必要である。

第2に、詐欺罪の成否については各要件を充足することを簡潔に論ずればよい。

第3に、窃盗罪と詐欺罪が成立する場合に、両罪の関係をどのようにみるかが問題となる。罪数処理にも簡潔な理由づけを示すことが必要である。

【行 政 法】

問題 1

1. 出題の趣旨

河川法の許可を受けずに建築した本件建物に係る本件命令に対し、本件建物の建築に先立って河川課担当窓口職員による河川区域外にある旨の回答を建築指導課の窓口職員から聞いていたことを理由に、信義則に違反する違法があるとして取消訴訟を提起することができるかどうか、またこれとは別に、本件建物が河川区域内にないことが明らかになれば本件建物は河川法に違反する建築物とはならないので、本件建物が河川区域内にないことの確認を求める実質的当事者訴訟を提起することができるかどうかを、河川法、行政事件訴訟法等の関係法令の規定内容や判例を踏まえて、解答することを求めるものである。

2. 採点基準

次の論点を含めて解答する必要がある。なお、下記の判例の引用にあたっては、主として宇賀克也ほか編『行政判例百選（7版）』（有斐閣）に掲載されたものを記載したが、論述の根拠となる判例であればそれ以外の判例を引用してもかまわない。

まず、設問 1 の取消訴訟の可否について

- ・ 本件命令は、裁量処分であるから、裁量権の踰越濫用があれば、違法となり得る（行政事件訴訟法 30 条）。裁量権の逸脱濫用は、行政処分に信義則違反がある場合には認められる（たとえば、最判昭和 62・10・30 訟月 34 卷 4 号 853 頁・行政判例百選（7版）I 50 頁、最判昭和 56・1・27 民集 35 卷 1 号 35 頁・行政判例百選（7版）I 52 頁など）。
- ・ 信義則が適用される要件として、前掲最判昭和 62・10・30 は、少なくとも、行政庁が相手方に対して信頼の対象となる公的見解の表示をしたこと、相手方がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したところ、後にその表示に反する処分が行われ、そのために相手方が不利益を受けることになったこと、また、相手方がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて責めに帰すべき事由がないことが必要であるとしている。この判例に基づくと、本件では、河川管理の権限を有する河川管理者ではない、河川課の窓口職員が非公式としたうえで自己の判断を述べているだけであるから信頼の対象となる公的見解が表示されたとはいえないし、また X は本件建物を建築するに当たり、本件指定後に土地の形状が大きく変化しているにもかかわらず、測量等必要な確認措置を何らとることなく、河川区域外と判断しただけであるから、X の側に責めに帰すべき事由がないともいえない。

- ・ 以上のことから、本件においては信義則違反は認められず、裁量権の踰越濫用が認められないので、本件命令に違法はないと判断されよう。

次に、設問2の実質的当事者訴訟の可否について

- ・ ある土地が河川区域内にないことの確認を求めて提起された横川川事件（第3次的訴え）において、最判平成元・7・4判時1336号86頁（稲葉馨ほか編『ケースブック行政法（6版）』（弘文堂）441頁）は、同確認を求める法律上の利益を有するとはいえないと判示したが、その後、平成16年の行政事件訴訟法改正により公法上の法律関係の確認を求める実質的当事者訴訟の途が広げられた。そこで、本件建物が河川区域内にないことの確認を求める実質的当事者訴訟を提起することができるかどうかを検討すると、実質的当事者訴訟が認められるためには「確認の利益」がなければならぬところ、確認の利益は、民事訴訟における確認の利益と同様、①方法選択の適切性、②即時確定の利益、③対象選択の適切性によって、その有無が判断される。
- ・ 本件では、本件命令に対する取消訴訟を提起する方法はあるものの、仮に本件命令の取消しが行われても、本件建物が河川区域内にあるという前提が変わらなければ、再び除却命令が発せられるおそれはある。これに対して、本件建物が河川区域内にないことが確認されれば、除却命令が発せられるおそれはなくなるので、上記の3つの要件を満たし、実質的当事者訴訟の確認の利益が認められる可能性があるといえよう。

問題2

1. 出題の趣旨

行政事件訴訟法9条1項は、処分等の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に限って取消訴訟の原告適格を認め、同条2項は、当該「法律上の利益」の有無の判断にあたって考慮すべきことを定めているが、従来の判例は、具体的な処分の態様に応じて、どのような判断をしてきたかを問うものである。

2. 採点基準

まず、設問1について、最判平成9・1・28判時1592号34頁（川崎市開発許可事件、前掲『ケースブック行政法（6版）』353頁）は、開発許可の基準を規定している都市計画法33条1項7号の「趣旨・目的、同号が開発許可を通して保護しようとしている利益の内容・性質等にかんがみれば、同号は、……がけ崩れ等による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の地域の住民の生命、身体の安全等を、個々人の個人的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。そうすると、開発区域内の土地が同号にいうがけ崩れのおそれが多い土地等に当たる場合には、がけ崩れ等による直接的な被害を受けることが予想

される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」に該当すると判示している。

次に、設問2について、最判平成元・6・20判タ715号84頁（伊場遺跡訴訟、前掲『ケースブック行政法（6版）』346頁）は、「本件条例及び法は、文化財の保存・活用から個々の県民あるいは国民が受ける利益については、本来本件条例及び法がその目的としている公益の中に吸収消滅させ、その保護は、専ら右公益の実現を通じて図ることとしているものと解される。そして、本件条例及び法において、文化財の学術研究者の学問研究上の利益の保護について特段の配慮をしていると解しうる規定を見出すことはできないから、そこに、学術研究者の右利益について、一般の県民あるいは国民が文化財の保存・活用から受ける利益を超えてその保護を図ろうとする趣旨を認めることはできない」として、法律上の利益を有する者には該当しない旨判示している。

【 商 法 】

本問は、合併比率が著しく不公正である場合において、合併の効力発生の前後に、消滅会社の株主が会社法上どのような手段を採ることができるかを問う問題である。

[問1]

株主Xは、合併の効力発生前に、1. 株式買取請求、2. 合併の差止請求（差止仮処分申立て）、3. 合併決議の取消しの訴えの提起をすることが考えられる。もっとも、上記の3つの手段は、それぞれ目的と効果が異なる点に留意すべきである。

1 Xは、消滅会社である乙社に対して、株式買取請求をすることができる（会社785条）。株式買取請求は、消滅会社が反対株主の保有する株式を「公正な価格」で買い取ることにより、株主の経済的利益を保障する制度であるが、合併それ自体を阻止するものではない。

2 Xは、本件合併が法令・定款に違反する場合において、不利益を受けるおそれがあるときは、消滅会社である乙社に対し、本件合併の差止請求をすることができる（会社784条の2）、仮の地位を定める仮処分命令の要件を満たせば、差止仮処分申立てをすることもできる（民保23条2項）。もっとも、合併比率の不公正自体は、法令違反には該当しないと解されている。

3 甲社は乙社の総株主の議決権の60パーセントを保有する親会社であるところ、本件合併契約の承認に係る本件合併決議について、甲社は、自社に有利である一方、子会社乙社に不利な合併比率を決定するおそれがあるから特別の利害関係を有する株主である。甲社が特別利害関係株主として議決権を行使したことによって著しく不当な決議がされたときは、決議取消事由が認められる（会社831条1項3号）。Xは、乙社を被告として、本件合併決議の日から3か月以内に、当該決議の取消しの訴えを提起することができる（会社831条1項・834条17号）。

[問2]

株主Xは、本件合併の効力発生後6か月以内に、存続会社である甲社に対して、吸収合併の無効の訴え（会社828条1項7号・2項7号）を提起することが考えられる。もっとも、判例（東京高判平成2・1・31資料版商事77号193頁、その上告審である最判平成5・10・5資料版商事116号196頁）は、合併契約の承認決議に反対した株主は、会社に対し、株式買取請求権を行使できることを理由に、合併比率の著しい不公正は合併の無効原因になるものではないと解している。

【民事訴訟法】

問1は入会団体がどのような形で当事者となりうるかを問うものである。

①全構成員が当事者となる（固有必要的共同訴訟となるが、提訴に同調しない者は被告に回すことが可能である。〔最判平成20・7・17民集62巻7号1994頁、百選5版97事件〕）、②選定当事者の制度を利用する（30条1項。ただし、29条の該当性が明確な場合にはそれによるべきであろうか）、③29条に該当するような場合には、同条により当事者となる、の3方法が考えられ、これらを的確に記す必要がある。

また、③については、多数説と判例にもふれながら自説を展開することができれば優秀答案となる。

具体的には、多数説は、その訴訟限りで実体法上の権利能力も認められるとする。これに対し、判例（最判平成6・5・31民集48巻4号1065頁、百選5版11事件）は、法定訴訟担当により社団が当事者となるとする。

これについては、29条に該当するような場合には、通常取引に基づく債権債務関係に関する訴訟については多数説と同様に考え、土地所有権や入会権のように構成員に総有的に属するという性格が動かしにくい権利に関する訴訟については、上記判例に従い、法定訴訟担当により社団が当事者となることも考えられる。判決の効力は、前者の場合には構成員には及ばず（権利能力のない社団の取引上の債務は、社団の構成員全員に1個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わないとする判例〔最判昭和48・10・9民集27巻9号1129頁〕は、この趣旨に沿うものと思われる）、後者の場合には、115条1項2号によって構成員にも及ぶ。

なお、後者の場合については、代表者の一存で訴訟を行えるとすると、ほかの構成員の権利を害することになる。そこで、上記判例は、法人格のない社団である入会団体の代表者が構成員全員の総有に属する財産について訴えを提起するには、社団の規約等においてその財産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するとしている。これは、適切な規律であろう。

また、登記請求については、登記実務が法人格のない社団の登記能力を認めないこともあり、判例も、これを認めず（最判昭和47・6・2民集26巻5号957頁）、代表者あるいはそのほかの構成員個人への登記請求のみを認め（先の判例は、代表者である旨の肩書を付した個人名義の登記とすることもできないとしている。なお、構成員全員の共有名義への登記を求めることも可能であるが、構成員が多数の場合には、現実的ではないであろう）、その訴訟の原告適格は、当該個人（個人の資格で原告となる）あるいは社団（最判平成26・2・27民集68巻2号192

頁、百選5版10事件。やはり法定訴訟担当と解すべき)が有するとしている。

問2については、固有必要的共同訴訟のメルクマールを明らかにした上で、3つの訴えについて該当性を的確に論じることが必要である。

上記のメルクマールについては、「管理処分権や法律上の利益が、多数人に共同で帰属し、その帰属の態様から判決内容の合一性が要請される場合」といった事柄が掲げられることが多く(管理処分権説)、それは、間違いとはいえないが、固有必要的共同訴訟に当たる場合を総合してみるとそのような言葉でまとめられるといった意味合いでのものにすぎず(つまり、帰納的にそのようにまとめられるということであって、このメルクマールから演繹的に各場合の結論が引き出せるということではなく)、実際には、該当する場合を個別的に検討してゆくことが重要である。

管理処分権説(実体法的考慮に重きを置く説)と訴訟政策説(訴訟法的考慮に重きを置く説)の主張する両要素(実体法的観点と訴訟法的観点)を考慮しつつ決定してゆくのが適切だということである。判例(たとえば、平成元・3・28民集43巻3号167頁、百選5版100事件等)もそうした方向性を採っている。

広い意味での共同所有関係にかかわる場合については、固有必要的共同訴訟であるとする共同訴訟人全員が当事者となつてはじめて当事者適格があることになるため、原告側固有必要的共同訴訟の場合には提訴の自由がかなり制限されるし、被告側固有必要的共同訴訟の場合にも、被告探索の困難、争わない者をも被告にしなければならないなどの問題がある。また、いずれの場合にも、判決確定後に欠けている者がいることが判明した場合には合一確定の要請に照らして判決が無効になるという重大な問題も生じる。

一方、単独の訴訟を認める(通常共同訴訟となる)と、他の共有者等の手続保障に欠ける、複数の訴訟の間の矛盾が生み出す場合があるなどの問題が生じる。

実体法と訴訟法が交錯し、また、純理だけでは割り切れない実際上の要請に対する配慮も必要となってくるため、議論は、混沌としたものとなりやすい。こうした背景を踏まえながら、判例を中心として、大局的に論じる必要がある。

遺産確認の訴えについては、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、これに続く遺産分割審判の手続および審判の確定後において当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないことによって共同相続人間の紛争の解決に資することを理由として、固有必要的共同訴訟であるとされる(最判平成元・3・28民集43巻3号167頁、百選5版100事件。遺産分割審判でこの点が問題となった場合には、次回期日は追って指定として手続は事実上止めておいた上で、遺産確認の訴えを提起してこの点を既判力をもって確定しておく必要がある)。

相続人地位不存在確認の訴えについても、同様の理由から固有必要的共同訴訟であるとされる(最判平成16・7・6民集58巻5号1319頁)。

しかし、遺言無効確認の訴えについては、固有必要的共同訴訟ではないとされる（最判昭和56・9・11民集35巻6号1013頁）。

これに賛成する学説は、共有関係そのものにかかわる訴訟ではないこと、遺言の内容はさまざまであり共同相続人全員に関係するとは限らないこと、相手方となる者の単独所有権や共有持分権の不存在確認に近い実質を有すること、提訴の容易さを確保する必要性が高いことなどを根拠とする。

しかし、これらの理由はいずれも十分な説得力がないように思われる。遺産分割審判の前提となる訴訟であることは前二者と同様であるし、個別の訴えを許すと判決の間の矛盾抵触が起こって收拾がつかなくなるおそれもあり、固有必要的共同訴訟と解するのが適切であろう。

もっとも、遺言無効確認の訴えについては、いずれの結論を採っていても、その理由が適切に述べられていれば、評価する。

【刑事訴訟法】

【問題 1】

逮捕について令状主義の原則を定める憲法 33 条は、「現行犯として逮捕される場合」を、明文でその例外としているが、これを承けた刑訴法は、「現に罪を行い行い終わった者」を現行犯人とするほか（法 212 条 1 項）、同条 2 項各号のいずれかに当たる者が「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」も「現行犯人とみなすとして（同条 2 項）、準現行犯逮捕につき令状なしに逮捕することができる」としている（213 条）。準現行犯逮捕が令状主義（憲法 33 条）の例外として許容される趣旨、及びその趣旨と各要件との関係についての理解を問う問題である。

具体的には、令状主義の例外としての準現行犯逮捕（212 条 2 項、213 条）が許容される趣旨が十分に示されていること、準現行犯逮捕の要件が明確に示されていること、各要件と趣旨との関係についての理解が示されていることが期待される。

【問題 2】

最高裁判所平成 13 年 4 月 11 日第三小法廷決定・刑集 55 卷 3 号 127 頁の理解を問う問題である。審判対象の画定と被告人の防御範囲の明示という訴因の二つの機能を考慮した上で、訴因変更の要否の判断基準を示すこと、及び具体的事案に即して平成 13 年最高裁決定の正確な理解を示すことが求められる。

設問 1 においては、最高裁平成 13 年決定の判断基準を示していること、判断基準を示した理由を、訴因制度の趣旨及び訴因の機能を踏まえて論じていることが期待される。

設問 2 においては、最高裁平成 13 年決定の判断基準に従って、強盗の単独犯の公訴事実で起訴された被告人甲に対して、強盗の共同正犯の事実を認定するために訴因変更が必要か否かについて、具体的事実を適示しつつ論じていることが期待される。その際、乙との共謀の存否が、審判対象の画定の観点から「罪となるべき事実」の特定に不可欠な事実の変動となるか否かの検討が求められる。