

【 憲 法 】

政教分離に関する基本的な理解を問う設問であった。

判例の立場で考察するとすれば、まず、政教分離が完全分離を求めるか限定分離を求めるか、という対立軸に関し検討を加えてほしい。現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは實際上不可能に近いし、さらにまた、完全分離を実現しようとするれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを指摘しつつ、限定分離の立場を妥当することとなろう。

限定分離の立場をとるならば、国家と宗教とが相当とされる限度を超えたかかわり合いを生ずるとき違憲となる。そして、相当とされる限度を超えたかかわり合いになっているか否かは、本設問のような場合、目的効果基準によって判断することとなる。さらに、目的と効果に関しては、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為の行為者の意図・目的、一般人に与える効果・影響などが考慮されよう。

公金支出①は、県護国神社の境内という宗教的な場で（しかも重要な祭祀である慰霊大祭が行われており、宗教色がさらに強まったときに）なされた行為に関わっていることに注意を要する。しかしながら、二拝二拍手一拝という神道固有の方式を避け、また玉串料をも避けていることも留意される。こういった諸点を総合してどのように判断するか、が問われる。

公金支出②は、建物の建設現場であり、宗教的な場でなされたものではない。また現代においては地鎮祭にさしたる宗教的意義を認めなくなっていることも考慮されるであろう。

もちろんこれらの点に関しては、各自、さまざまな見解があるであろう。結論はともあれ、説得力ある議論の展開が求められる。

【 民 法 】

問題1 解答のポイント

小問1 (15点)

- ・盗品の回復請求権(193条)、即時取得(192条)、代価弁償(194条)に関する問題。
- ・Xは、Yが占有する甲はAにより窃取されたものであるとして、Yに対して所有権に基づく返還請求する。
- ・これに対してYは、Bとの有効な売買契約により甲を取得したとの反論。
- ・Yは甲をBから即時取得したとの反論(192条)。
- ・Yの反論に対して、Xは193条により回復請求をする。
- ・Yは、販売業者から購入、Xに対して代価弁償をしなければ(194条)返還に応じられないと再反論。
- ・したがって、Xは代価弁償をすれば、Yに対する甲の返還請求が認められる。

小問2

- ・193条の2年間における盗品等の所有権帰属について、原所有者帰属説(判例)と占有者帰属説(通説)があるが、下記判例は態度を明らかにしていないので、所有権帰属にこだわった解答でなくてよい。
- ・Yが占有取得してから返還請求の訴えの提起までの甲の使用利益相当額の支払請求について。
Yが甲の所有権が自己に帰属することを知らない間の占有は、善意占有者として189条1項により果実(使用利益)はYに帰属する。したがって、Xの使用利益相当額の支払請求は認められない。
- ・返還請求の訴えを提起した日から返還の日までの甲の使用利益相当額の支払請求について。
Yが本権の訴えで敗訴したときには訴え提起の時から悪意の占有者とみなされ(189条2項)、果実(使用利益)の返還が義務づけられる(189条2項)が、判例はこのような立場をとらなかった。
Yは、代価弁償を受けるまで甲の引渡しを拒むことができ、甲の使用収益権を有するとされた(最判平成12・6・27、判例百選・総則物権(7版)134頁)。
理由：上記判旨
- ・したがって、Xの使用利益相当額の支払請求は認められない。

問題2 解答のポイント

小問1 詐称代理人に対する弁済

- ・新・旧478条が問題であること。
- ・Aの委任状は偽造であり、CはAの詐称代理人であること。
- ・詐称代理人も、債権の受領権者としての外観を有する者（または債権の準占有者）に当たると解すべきこと。
- ・それは、Cが本人と称したか代理人と称したかでBの保護を区別するのは妥当でないからであること。
- ・Bは善意・無過失であること（詳細に述べていけば過失ありでもよい）。
- ・よってBのCに対する支払いは有効であり、Aの請求は認められるべきでないこと（または無効であり、Aの請求は認められるべきこと）。

小問2 差押えと相殺

- ・新・旧511条が問題であること。
- ・Dは、転付命令送達後、1週間以上経過しているので、支払請求をすることができること。
- ・しかし、差押えがあっても、第三債務者は、差押え前に取得した債権を自働債権として相殺できること（新511条1項または判例）。
- ・それは、第三債務者の相殺に対する期待を保護するためであること。
- ・本問では相殺適状にあること。
- ・相殺の効果は相殺適状時に遡ること（民506条2項）。
- ・したがってBは、相殺の意思表示をすれば差押債権の消滅を主張できること。

小問3 対抗要件が同一日付での債権の二重譲渡

- ・債権が二重譲渡された場合には、第三者対抗要件が債務者に到達した時の先後で決定すべきこと（判例）。
- ・債権譲渡と差押命令・転付命令はいずれも対抗要件を備えていること（新・旧467条1項）。
- ・このような場合は債権の二重譲渡と同様に解すべきこと（判例）。
- ・対抗要件が同一日付である場合には、いずれも債権を行使できること（判例）。
- ・①したがってEは、第三債務者Bに対して債権全額（200万円）の支払いを請求でき、Bは、これを拒むことができないこと。
- ・②しかし、EとFのいずれにも優先権はないので、Bが供託したときは、Eは競合するFとの按分（100万円）のみ還付請求できると解すべきこと（判例）。

小問4 同時履行の抗弁権と相殺

- ・Aの債権は製品の引渡しと同時履行とする約定があること。

- ・同時履行の抗弁権付の債権を自働債権として相殺することは、性質上相殺が許されないこと（新・旧505条1項ただし書）。
- ・それは、相殺を認めると、相手方の同時履行の抗弁権を奪うことになるからであること。
- ・しかし、債権者による受領遅滞の場合には同時履行の抗弁権を喪失すると解すべきこと。
- ・本問では、Aによる履行の提供があったが、Bが受領遅滞となっていること。
- ・したがって、Bに同時履行の抗弁権はなく、相殺は有効であるから、Aの請求が認められるべきこと。

【 刑 法 】

問題 1

「出題の趣旨」

まず、甲がAの承諾を得て薬物Cを注射した行為につき、被害者の承諾がある場合に傷害罪（傷害致死罪）が成立するのかを検討してほしい。次に、甲が意識を失って倒れているAをホテルの部屋に放置して立ち去った行為につき、不作为による殺人罪が成立するのかを検討してほしい。

「採点基準」

傷害罪の成否では、構成要件該当性につき、傷害の意義を述べ、相当程度の時間継続する意識障害は傷害に当たることを押さえてほしい。その上で、被害者の承諾があることにより、違法性が阻却されるのかにつき、違法性の本質に遡って論述してほしい。

不作为による殺人罪の成否については、不真正不作为犯が罪刑法定主義に違反しないこと、不作为犯の成立には作為義務が必要であること、作為義務の発生根拠、不作为犯の因果関係（仮定的因果関係）について述べ、具体的事実をあてはめて結論を導いてほしい。

最後に、罪数についても触れられればより良い。

問題 2

「出題の趣旨」

乙が電車内に落ちていた財布を持ち去った行為につき、占有離脱物横領罪の成否の検討を通じて、抽象的事実の錯誤の理解を問う問題である。

「採点基準」

論述に当たっては、客観的には、財布が占有離脱物であることを押さえてほしい。そして、乙が近くに居たEが落とした財布だと誤信していることから抽象的事実の錯誤の問題となることを押さえてほしい。抽象的事実の錯誤の処理につき自己の見解を述べ結論を導いてほしい。

【行政法】

問題 1

1. 出題の趣旨

B 町長が行った不同意決定が、取消訴訟の対象たる「行政庁の処分その他公権力の行使」（行政事件訴訟法第 3 条第 2 項）に当たるかどうかを、条例の規定内容を踏まえて、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。

- ・ 行政庁の処分その他公権力の行使の意義については、判例（最判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁ほか）により、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」とされている。
- ・ 本件不同意決定がなされたにもかかわらず、X が本件特殊旅館の新築工事を行えば、町長から当該工事の中止の勧告又は命令を受けるおそれがあるし（本件条例第 7 条）、また、命令に従わない場合には、その旨の公表が行われることになっている（同第 8 条）。それゆえ、X は、本件不同意決定を受けたことにより、工事を続行すると、中止命令・公表という不利益処分等を受ける蓋然性のある法定地位にあるといえることができる。この点を考慮すると、本件不同意決定は、行政庁の処分に該当し、取消訴訟の対象たる処分といえる。

問題 2

1. 出題の趣旨

国の行政機関が定める、行政活動をするための一般的・抽象的な規範ないし基準（行政立法ないし行政基準という）を分類し、また、具体的な法形式の種類を記載することを求めるものである。

2. 採点基準

次の分類により、各種の法形式について、簡潔に説明が書かれてあればよい。

- ・ 行政立法は、国民に対する拘束力を有するか否かの観点から、法規の性質をもつ法規命令と、法規の性質をもたない行政規則に分類される。
- ・ 国の法規命令には、委任命令と執行命令がある。それぞれの法形式による分類としては、政令、内閣府令・省令、外局・独立機関の規則などがある。
- ・ 行政規則については、国家行政組織法第 14 条等に根拠を有する法形式として、告示、訓令、通達がある。

【 商 法 】

【出題趣旨】

〔問1〕

〔問1〕は、会社が、利益相反取引のうちの間接取引(会社法〔以下、法令名は省略する。〕356条1項3号)を行った取締役に対して、任務懈怠責任(423条1項)を追究できるかどうかを問う問題である。

1. まず、①本件取引が間接取引に該当すること、②そうであれば、本件取引を適法に行うために、取締役会設置会社では、取締役は、当該取引につき重要な事実を開示して取締役会の承認を経なければならないこと(356条1項柱書、365条1項。会社と利益相反する取締役は当該取締役会の議決に加わることができない〔369条2項〕)、および、③取締役は当該取引後、遅滞なく、当該取引について重要な事実を取締役会に報告しなければならないこと(365条2項)、を明らかにしておくことが期待される。

本件取引は典型的な間接取引であり、本件では上記の手続はすべて適法に行われている。

2. つぎに、取締役Aについて間接取引に係る任務懈怠責任が発生するかどうかを検討する必要がある。取締役は、その任務を怠ったときは、会社に対して、これによって生じた損害を賠償する責任を負う(423条1項)。利益相反取引に係る任務懈怠責任に関しては、当該取引によって会社に損害が生じた場合は、取締役会の承認等の手続を経た場合であっても、任務懈怠が推定される(423条3項)。

本件では、Aは、会社が当該取引をすることを決定した取締役(423条3項2号)であり、かつ、当該取引に関する取締役会の承認決議に賛成した取締役(同項3号)であるので、任務懈怠が推定される。そして、P社は本件取引によって8000万円の損害を被っている。よって、P社はこれを主張して、Aに対して、任務懈怠責任を追究すると考えられる。

3. このP社の主張に対して、Aは、本件取引につき任務懈怠ないし過失がないことを証明できれば、任務懈怠責任を負わない。任務懈怠と過失の関係の解釈については、見解が対立しているが(一元説と二元説)、いずれの見解によっても、Aに過失がなければ、Aが任務懈怠責任を負うことはない(423条、428条対比)。ただ、二元説によった場合には、過失がないことのほかに、任務懈怠がないことを証明することによって、任務懈怠責任を負わない可能性がある。

本件ではAの過失の有無についての検討も期待される。Aは、BがP社にとって有益な人物であるというのが衆目の一致するところである点を考慮しただけで、一般的な基準の保証料を受け取って、本件取引を行っている。この事実だけで、Aに過失がなかったと解し得るかどうかである。利益相反取引を行う場合にいわゆる経営判断の原

則（最判平成22年7月15日判時2091号90頁等参照）を適用できるかどうかにも注意を払うべきである。

〔問2〕

〔問2〕は、株主代表訴訟（847条）の対象となる取締役の責任の範囲について問う問題である。

1. 前提として、一般的な株主代表訴訟の要件および手続に述べておくことが期待される。847条は、個々の株主が会社のために取締役の責任を追及する訴えをできる旨を規定している。公開会社であれば、6か月前(定款で短縮可能)から引き続き株式を有する株主は、会社に対して提訴請求をすることができる(同条1項)。公開会社でない会社では、保有期間の要件はない(同条2項)。提訴請求の日から60日以内に会社が責任追及等の訴えを提起しない場合、提訴請求をした株主は代表訴訟を提起することができる(同条3項)。

本件のP社が公開会社か否かは不明である。仮にP社が公開会社であればCは保有期間の要件を満たす必要がある。

2. 株主代表訴訟の対象となる取締役の責任に、任務懈怠責任(423条1項)、利益供与に係る責任(120条4項)、剰余金配当等に係る責任(462条1項、465条1項)等の会社法に規定された責任が含まれることは異論がない。問題は、これ以外の責任も株主代表訴訟の対象となるかどうかである。この点について、全債務説と限定債務説とが対立していた。全債務説は、取締役が会社に対して負う債務のすべてについて、会社には提訴懈怠の可能性のあることを主たる根拠として、当該債務のすべてが株主代表訴訟の対象になると解する。これに対して、限定債務説は、取引債務に関する責任には経営者(取締役)の裁量を認めることが望ましい場合があることを主たる根拠として、会社法に規定された取締役責任だけが代表訴訟の対象になると解する。最判平成21年3月10日(民集63巻3号361頁)は、取締役が会社に対して負う取引債務が株主代表訴訟の対象になることを認めた。本判決は限定債務説をとっていないが、全債務説をとったものかどうかは明らかでない。いずれの見解をとるにしても、理由を示して自説を述べることが求められる。

3. 上述のように、株主代表訴訟の対象となる取締役の責任の範囲について見解が対立している点を考慮して、どの見解をとるかによって実質的な違いがあるかどうかにも検討することも期待される。全債務説または判例の見解(「取引債務包含説」と称されることがある。)では、Cの請求が認められるのに対し、限定債務説ではその請求が認められないことになると思われる。しかし、前説によった場合でも、取締役会においてBの債務の支払猶予を有効すれば、結局、株主代表訴訟は認められないことになって、当該支払猶予をした取締役の任務懈怠責任(423条1項)が問題になるのではないか。また、後説によった場合でも、取締役会においてBに償還を請求しなかったことやBの債務の支払猶予をしたことは取締役の任務懈怠責任となり得るのであり、株主代表訴訟でその責任を追及することができるのではないか。仮にこれらの点を肯

定的に解し得るとすると、いずれの見解をとっても実質的な違いはほとんどないという可能性もある。

【民事訴訟法】

証明責任の分配、既判力の客観的範囲、重複訴訟の禁止という基本概念につき、基本的な理解とその具体的適用を問うた問題である。

(1) では売買契約と錯誤に関する証明責任を問うた。証明責任の意義と分配基準を論じたうえで、本問の証明責任の所在を論じることを求めている。一般に、売主と買主のどちらがどんな訴訟物を立てるかにより、売買契約の成立要件についての証明責任が決まってくる。本問では、原告Aが所有権に基づく抹消登記請求訴訟を提起しているので、請求原因はAの所有・Bの登記であり、被告Bが売買契約による所有権の移転、すなわちBの抗弁に当たるAの所有権喪失事由を主張し、Aがその障害事実として売買契約の無効事由、すなわちAの錯誤を主張することになる。したがって売買契約の成立要件については被告Bが、錯誤の事実についてはAが証明責任を負うことになる。

(2) では、前訴と後訴の各訴訟物を確認したうえで、既判力の客観的範囲とその射程を論ずる必要がある。前訴の甲訴訟では、所有権に基づく妨害排除請求権としての抹消登記請求権が訴訟物をなしており、請求棄却の確定判決により、その抹消登記請求権の不存在という判断に既判力が生じる。錯誤に当たらない、契約は有効である、Bに所有権が移転したから、Aに所有権はない、Bに所有権がある、などの判断は、判決理由中の判断であり、既判力は生じない(114条1項)。後訴の乙訴訟の訴訟物は、BのAに対する売買契約に基づく土地家屋の引渡請求権とBの所有権である。前訴と後訴の訴訟物の関係は、同一・矛盾関係・先決関係のいずれにも当たらず、既判力は及ばない。

(3) では、重複訴訟の禁止の適用の可否を問うた。142条の制度趣旨として、既判力の矛盾抵触の防止を挙げるか、それともより広く判決内容の矛盾抵触の防止を挙げるかで、論理構成が違ってくる。ただし、本問では二重起訴の禁止(または重複訴訟の禁止)に当たるか否かに留まらず、裁判所の対応を問うている。訴訟運用論としては、別訴を回避して反訴に誘導するか、弁論の併合を論ずることになるだろうが、既に係属している訴訟が控訴審にあると弁論の併合もできない。この点の比較検討を求め、訴訟感覚を試したものである。

【刑事訴訟法】

【出題趣旨】

【問題 1】 について

最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁も判示するように、憲法 34 条の趣旨に則り刑訴法 39 条 1 項の接見交通権は身柄拘束下の被疑者に保障されている。その制度趣旨は、①違法捜査の防止・是正、②諸権利と刑事手続の展開の告知、③有利な証拠の収集による防禦準備、④示談等の環境整備等であるが、その内、幾つかの的確な指摘が望まれる。

刑訴法 39 条 3 項本文は、「捜査のため必要」があるとき、例外的に接見を制限するが、最判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 卷 5 号 820 頁以降、「捜査の中断による支障」がこれに当たる旨判示されてきた。その具体的内容は、被疑者の身柄を現に又は間近い時に確実に取調べ、あるいは実況見分・検証等に立ち合わせる等、唯一不可分の存在である被疑者の身柄の捜査機関と弁護人が相互排他的に利用する調整であると考えられており、この点の言及が望まれる。

【問題 2】 について

問題となっている X の①②発言の証拠能力が伝聞法則(刑訴法 320 条)との関係で吟味されるべきことから、伝聞法則の趣旨(供述過程に誤りが生じ、誤判を齎す危険の防止)、伝聞証拠の定義(原供述者の過去の体験供述の真実性が問題となっているか否か)を論じることが望まれる。その上で、①は謀議の席上での X の心理状態が問題となっているので、X 自身の知覚・記憶の過程は問われておらず、X の過去の体験供述の真実性が問題ではないので、非伝聞証拠であることを論じ、②は謀議以前の X の体験を謀議の席で X が思い出して言及しているなので、まさに伝聞証拠であることを指摘し、その上で、刑訴法 324 条 1 項に照らし、謀議の席上で X が任意に語った自己に不利益な供述であるため、証拠能力を認め得る旨を論じることが望まれる。