

## 【 憲 法 】

泉佐野市民会館事件最高裁判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）を題材にした出題である。

まず、本件はパブリック・フォーラムにおける表現規制が争点になっていることをおさえてほしい。出題文においては、市民会館が「市民による広範な表現活動の用に供するもの」とされている。限定的または指定的パブリック・フォーラムといえる。

したがってそこにおける表現内容規制には、明白かつ現在の危険のテストが妥当する。泉佐野事件最高裁判決の判旨によるならば、「集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する」必要があるのであり、その危険性とは「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」、ととらえられる。

設問1については、市民会館条例7条が明白かつ現在の危険にそぐわない規定であるとして、文面上違憲であるとみることもありうる。また、市民会館条例7条の規定を憲法適合的に解釈して、明白かつ現在の危険があるときのみ、会館使用を不許可とする規定と解することも可能であろう。

では、市民会館条例7条を憲法適合的に解釈したとして、本設問の事案において、明白かつ現在の危険があるといえるだろうか。設問文では「Xらは、これまで過激な活動を展開してきた。連続爆破事件を起こすなどしており、また、Xらと対立する過激な団体との抗争が頻発している」とされている。明白かつ現在の危険の有無につき、肯定・否定双方の見解があるであろうが、結論はともあれ、説得力のある具体的議論の展開が求められる。

設問2においても、やはり明白かつ現在の危険の有無を問うわけであるが、問題文からすれば、設問1の場合よりは危険性の度合いは低く、切迫していない。その点を加味して判断を下していくことが要求される。

以 上

# 【 民 法 】

## 問題 1 解答の指針

### 小問 1

抵当権に基づく物上代位権の行使と債権譲渡の優劣の問題である。判例（最判平成 10・1・30 民集 52 卷 1 号 1 頁）は、この問題について、物上代位権行使としての差押えと債権譲渡の対抗要件の前後によるのではなく、抵当権の設定登記と債権譲渡の対抗要件の前後によると判示した。この判例法理に基づいて結論を導くことが望まれる。

重要なのは、単に判例法理を当てはめるだけではなく、その根拠を示すことである。というのも、先取特権に基づく物上代位権の行使と債権譲渡の優劣については、判例は、物上代位権行使としての差押えと債権譲渡の対抗要件の前後によると解しており、なぜ、先取特権に基づく物上代位と抵当権に基づく物上代位で結論が異なるのかについての理解を示すことが望ましい。判例は、304 条ただし書の趣旨と 372 条が準用する 404 条ただし書の趣旨は異なると解している。先取特権では、特定性の維持、優先権の保全、第三債務者の保護、に加えて、債権譲受人等の第三者保護の趣旨も含まれるのに対して、抵当権では、主として第三債務者の保護にあり、債権譲受人等の第三者保護の趣旨を含まないと解している。公示のない先取特権では物上代位権行使としての差押に第三者保護の機能を持たせる必要があるのに対し、抵当権設定登記のある抵当権ではその必要がないという理由である。

### 小問 2

転貸料債権に対する抵当権に基づく物上代位権の行使の問題である。判例（最判平成 12・4・14 民集 54 卷 4 号 1552 頁）は、抵当不動産の賃借人を 372 条が準用する 304 条ただし書の「債務者」と解することができないとして、原則として否定しつつ、実質的には直接の賃貸借であるのにダミーを介在させ転貸借を仮装するような場合に、例外的に転貸料債権に対する物上代位を肯定している。問題文には、この例外に相当する事実は見当たらない。

### 小問 3

B が抵当権実行によって甲不動産の所有権を取得し、A が甲不動産を占有していることから、A が B の所有権に基づく返還請求を否定するには、占有権原を有している必要があるところ、AB 間で賃借権等の約定利用権の設定がないことから、唯一可能性があるのは 388 条の法定地上権である。本問のように、土地・建物に共同抵当が設定された後、建物が再築された事案について、判例（最判平成 9・2・14 民集 51

卷2号375頁)は、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない」と判示した。このような場合、抵当権者は土地の担保価値を更地として評価していると考えられるところ、法定地上権が肯定され、底地の担保価値しか実現できないとすると、抵当権者が不測の損害を被るという理由である。なお、本問では、例外に相当する事実は見当たらない。

## 問題2 解答の指針

### 小問1

借地上の建物賃借人Dの供託が有効であるためには、Dが借地人Bの意思に反して地代債務の弁済をなしうる者に該当する必要がある。債権法改正は、この問題に関する474条を改正し、従来は利害関係基準が用いられていたところ、正当な利益基準に改めた。もっとも、実質的な変更はないと考えられる。改正前474条2項に関する判例(最判昭和63・7・1判時1287号63頁)は、この場合に第三者弁済が認められないとすると、建物賃借人は、建物から退去して土地を明け渡す義務を負うことから、第三者弁済をする法律上の利害関係を有すると判示した。改正法の下では、同じ理由で正当な利益があるということになる。

### 小問2

D・C間に直接の法律関係があるわけではないが、Aが供託金の受領によって債権の満足を得ており、また、Dが702条3項によってBに対する求償権を取得すると考えられることから、弁済による代位により(499条)、Cに対して保証債務の履行請求をすることが考えられる。なお、この場合、正当な利益基準を満たすことから、467条の準用は不要である(500条)。

### 小問3

土地賃貸借の終了と借地上の建物賃貸借の帰趨に関する問題である。債権法改正は、類似の問題を生じる転貸借については新たな規定を設けた(613条3項)が、本問の問題については規定を置いていない。しかし、従来の判例・学説が両者の問題をパラレルに扱ってきたことに鑑みると、本問の問題にも613条3項を準用することが考えられる。

そうすると、土地賃貸借の合意解除は原則として借地上の建物賃借人に対抗できないものの、合意解除当時、土地賃貸人が債務不履行による解除権を取得していたときは、合意解除を建物賃借人にも対抗できると解されよう(613条3項ただし

書)。

#### 小問4

事実5から、土地賃貸人の地位はAからEに移転している。問題文ではAE間の賃貸人の地位を移転する合意の有無が明らかでないが、かかる合意がなくても605条の2第1項によって賃貸人の地位はAからEに移転する。この場合、敷金返還債務を負う者の地位も、AからEに移転する(605条の2第4項)。

また、同じく事実5から、借地上の建物所有権の移転により、土地賃借人の地位は、BからDに移転する。土地賃借権は建物所有権の従たる権利であるとの考え方である。それに伴い、敷金返還請求権者の地位も移転するかというと、敷金交付者の利益に鑑み、従来の判例・学説は否定してきた。債権法改正も、その旨を明文の規定で定めた(622条の2第1項第2号)

以 上

# 【 刑 法 】

## 問題 1

「出題の趣旨」

設問 1 は、傷害致死罪の成否の検討を通じて正当防衛の成否を検討させる問題であり、設問 2 は、誤想防衛の処理を問う問題である。事例問題から何が問われているかを読み取り、適用すべき条文を指摘して要件を導き、事実をあてはめて結論を導いてほしい。

「採点基準」

設問 1 は、甲の行為が傷害致死罪（205 条）の構成要件に該当することにつき、実行行為（暴行）、因果関係、結果（傷害の意義、加重結果の発生）を端的に述べてほしい。その上で、正当防衛（36 条 1 項）の成否が問題となることを指摘し、その要件である「急迫不正の侵害」、「自己又は他人の権利を防衛するため」、「やむを得ずにした行為」のそれぞれの意義を述べた上、事例中の具体的事実をあてはめて結論を述べてほしい。

設問 2 は、誤想防衛、すなわち、違法性阻却事由の錯誤を事実の錯誤と捉えるのか、それとも法律の錯誤と捉えるのか、自らの見解を明らかにした上、結論を述べてほしい。

## 問題 2

「出題の趣旨」

不法領得の意思の理解を問う問題である。

「採点基準」

不法領得の意思の要否が問題となることを指摘し、不法領得の意思の意義とその理由付けを述べ、事例中の具体的事実をあてはめて結論を述べてほしい。

以 上

# 【行政法】

## 問題 1 (行政法総論)

### 1. 出題の趣旨

行政庁に裁量が認められる場合であっても、裁量権の踰越・濫用があれば処分は違法と判断される（行政事件訴訟法 30 条）。裁判所はどのような方法で裁量権の踰越・濫用の存否を判断するのか（これを裁量統制または裁量審査という）を、行政庁の作為の裁量（行政処分がなされた場合）と不作為の裁量（行政処分がなされていない場合）とに分けて、それぞれ問うものである。

### 2. 採点基準

#### (1) 行政処分がなされた場合について

行政庁の作為の最良の審査方法としては、いわゆる社会観念審査の方法（重大な事実誤認の存否、法の一般原則（目的・動機違反、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反など）、判断過程審査の方法、手続違反審査の方法などがある。

#### (2) 行政処分がなされていない場合について

行政庁の不作為の裁量に関する審査の方法としては、最高裁判所はいわゆる消極的濫用審査の方法をとっているが、学説や下級審裁判例においては、より具体的な審査基準として、裁量権（ゼロ）収縮論と呼ばれる 5（ないし 4）要件審査の方法をとることが有用であるといわれている。

## 問題 2 (行政救済法)

### 1. 出題の趣旨

取消訴訟（行政事件訴訟法 3 条 2 項）の訴訟要件である処分性について問うものである。取消訴訟は、処分性を有する行為を対象とする。行政事件訴訟法 3 条 2 項は、「処分」を「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。）」と規定している。

### 2. 採点基準

#### (1) 処分性に関する判例法理

行政庁の処分とは、行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、

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(最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁)。

(2) 本件検査合格の処分性

本件検査合格について、(1)の法理を当てはめて、各要件である①行政庁の行為であるか、②法令に基づく行為であるか、③公権力性を有する行為であるか、④特定個人に対する直接具体的な法的効果を有するか検討して、処分性を認め得るか否かを判断する。

以 上

# 【 商 法 】

## 【問1】

本問は、金融商品取引所上場会社であって、取締役会設置会社・監査役会設置会社である株式会社において、代表取締役の選定を株主総会の決議事項とする旨を定款に定めることが適法かどうか（定款自治の範囲の限界）について問うものである。

本件株主提案は、「定款の一部変更」の議題提案（会社法303条）と「代表取締役の選定を株主総会決議事項とすること」の議案通知請求（会社法305条）である。甲社は公開会社で取締役会設置会社であるので、本件株主提案は、6か月前から総株主の議決権の100分の1以上もしくは300個以上の議決権を有する株主に限りすることができる。そして、当該株主は、本件株主提案を株主総会の日の8週間前までに会社に対して請求することが求められる。Aはこれらの要件を満たしている。

株主提案ができる事項は株主総会の決議事項であるので、取締役会設置会社においては、会社法に規定する事項および定款に定めた事項に限られる（会社法295条2項）。そうすると、定款に定めれば、代表取締役の選定を株主総会決議事項とすることは適法であると解し得る（以下「有効説」という。）。他方で、会社法上、代表取締役の選定は、取締役会決議により行う旨が規定されている（会社法362条2項3号）ので、これを定款に定めても、法令違反であり無効であるとも解し得る（以下「無効説」という。）。

有効説は、取締役会設置会社であっても、株主が意思決定の迅速性等を擬制にしても株主総会決議事項にすることをあえて望むのであれば、強行規定に反するものや性質上株主総会の決議事項として馴染まないものを除き、原則として、定款で株主総会の権限事項にすることを否定する必要はない等と解する。これに対して、無効説は、会社法295条2項の趣旨が、株式会社は一般投資家から広く資金を集める仕組みのため、出資者が分散し、頻繁に交替する可能性があるので、そのような出資者が会社の業務執行を行うことはコストや能力の観点から現実的でないとし、同項の趣旨に照らして、経営判断に係る事項や代表取締役の選定等は、取締役会設置会社である株式会社では経営者に委ねられるべきものであり、原則として、定款に定めても株主総会の権限事項とすることはできないと解する。

最決判平成29年2月21日民集71巻2号195頁は、非公開会社における代表取締役の選定を株主総会の決議事項とする旨の定款の定め効力について、「法において、定款で定める事項の内容を制限する明文の規定はない」こと、および「法は取締役会をもって代表取締役の職務執行を監督する機関と位置付けていると解されるが、取締役会設置会社である非公開会社において、取締役会の決議による



ほか株主総会の決議によっても代表取締役の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができることにしたとしても、代表取締役の選定及び解職に関する取締役会の権限（会社法362条2項3号）が否定されるものではなく、取締役会の監督権限の実効性を失わせるとはいえない」ことを理由に挙げて、有効説を採る。この最高裁決定は、取締役会設置会社である非公開会社の事案であり、公開会社の場合について述べたものではない点に注意が必要である。

仮に有効説を採る場合は、実質的に同一の議案につき株主総会において総株主の議決権の10分の1以上の賛成を得られなかった日から3年を経過していないときには、甲社はAの株主提案を拒否できる（会社法305条4項）。

有効説または無効説のいずれの立場を採るにしても、理由を示した上で、自説を説得的に論ずることが求められる。

## 【問2】

1. 本問（1）は、特別支配株主が売渡株式を取得する日（会社法179条の2第1項5号）の前に、売渡株式の対価として交付する金銭の額（以下「売渡株式の対価」という。）が著しく不当であるとする売渡株主が、特別支配株主に対して、会社法上とり得る手段を問うものである。この手段としては、売渡株式の取得の差止請求（会社法179条の7第1項）が考えられる。なお、特別支配株主とは、株式会社の総株主の議決権の90パーセント以上を当該株式会社以外のもの及び当該者が発行済株式の全部を有する株式会社その他これに準ずるものとして法務省令で定める法人が有している場合における当該者をいう（179条1項参照）。甲社は、乙社の総株主の議決権の90パーセントの株式を有しているため、特別支配株主である。

本件売渡請求を受けた売渡株主Bは（会社法179の4第1項1号参照）、株式売渡請求が、（i）法令に違反する場合、（ii）対象会社が売渡株主等への通知もしくは事前開示に関する規制に違反した場合、または（iii）特別支配株主が定めた売渡株式の対価が著しく不当である場合において、売渡株主が不利益を受けるおそれがあるときは、甲社に対し、当該差止めを請求することができる。

（iii）が差止事由として規定されているのは（会社法179条の7第1項3号）、売渡株式の取得には株主総会決議を要しないことを考慮したものである。

2. 本問（2）は、①特別支配株主が売渡株式を取得した日の後に、売渡株式の取得の無効を主張するために会社法に規定されている、売渡株式等の取得の無効の訴え（会社法846条の2第1項）について問うものである。および、②売渡株式の対価が著しく不当であることが、当該無効の訴えの無効事由に当たるかどうかについて問うものである。

①は、形成訴訟である。この制度が規定された趣旨は、会社をめぐる利害関係人が多数に上るため、法律関係の早期の安定や画一的処理による法的安定性を確保する必要があるからである。当該無効の訴えの被告は特別支配株主である甲社

であるので、会社の組織に関する行為の無効の訴え(会社法828条1項各号)には属さないが、これと同様の手続規制に服することが規定されている。取得の無効は、取得日から6か月以内(非公開会社では、1年以内)に、訴えの方法によってのみ主張することができる。当該無効の訴えが認容された確定判決は、将来効(会社法846条の8)項と対世効(会社法846条の7)を有する。無効事由が規定されていないことも、会社の組織に関する行為の無効の訴えと同様であるが、何が無効事由に当たるかについても同様に解すべきかどうかは、以下に述べるように問題となり得る。

②は、無効事由に当たると解し得るし(以下「肯定説」という。)、当たらないと解する余地もある(以下「否定説」という。)。肯定説は、売渡株式等の取得の無効の訴えは、提訴期間内に株式等売渡請求により取得された株式が再び分散して転々流通する可能性は低いので、株式の発行の場合と比べると、株式の取引の安全を考慮する必要性が高いとはいえないことや、合併等の場合と異なり、株式等売渡請求に伴う会社財産の移転はないので、移転した財産関係を前提に会社との間で法律関係が形成されることはないこと等から、会社の組織に関する行為の無効の訴えよりも無効事由を広く解することができると思う。そして、売渡株式等の対価が著しく不当な取得を一般的に抑制する必要があること、株主総会決議の瑕疵を争う機会がないこととの均衡を図るのが妥当であること、および、差止請求では、対価の相当性については十分な審理が期待できないため、事後的な無効主張の余地を認めるべきであること等にかんがみ、売渡株式の対価が著しく不当であることは無効事由に当たると解する。これに対して、否定説は、売渡株式等の取得の無効の訴えが会社法に規定された趣旨に照らして、合併等の場合と同様に、無効事由を厳格に解する。そして、売渡株式の対価の不当性は、売買価格決定手続(会社法179条の8)により争えば足りることや、売渡株式の全部の取得の差止めの申立て(会社法179条7第1項3号)によっても救済される可能性があること等にかんがみ、売渡株式の対価が著しく不当であることは当然には無効事由に当たらないと解する。

肯定説(Bの無効主張を認める。)または否定説(Bの無効主張を認めない。)のいずれの立場を採るにしても、理由を示した上で、自説を説得的に論ずることが求められる。

以 上

# 【民事訴訟法】

出題趣旨

問 1

本問は、設例に関して、将来、民事訴訟が提起された場合の証拠としての文書（契約書）の扱いを問うものである。解答に際しては、民事訴訟法 228 条 1 項・4 項を引用しつつ、「文書の真正」の意味を示し、いわゆる「二段の推定」の内容と実印・印鑑登録証明書の有する意義を明らかにする必要がある。その上で、契約書が処分証書であり、契約書の真正が証明できると A B 間の売買契約の締結を証明できることに言及すべきである。

問 2

本問は、既判力の人的範囲（主観的範囲）のうち、民事訴訟法 115 条 1 項 3 号の理解を問うものである。抵当権の登記がなされていた場合には、同号の「口頭弁論終結後の承継人」に該当することに異論はなかろうが、「承継人」とは何かについて基準を定立し、事例へのあてはめを行う必要がある。抵当権の登記がなされていない場合には、「Z が、X の抵当権は第三者たる Z に対抗できない旨を主張できる（民法 177 条）」との帰結には争いがない。この点をどのように説明するかについて、見解の対立を踏まえて、自らの考えを示す必要がある。

以 上

# 【刑事訴訟法】

## 【出題趣旨】

### 【問題 1】

憲法 38 条 3 項は、「何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、または刑罰を科せられない」と定め、刑事訴訟法 319 条 2 項は、「被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない。」と規定する。被告人本人の自白に高い証明力があり、自白だけでも有罪と確信できる場合でも、なぜ補強証拠を必要とするのか、補強法則の趣旨を問う問題である。また、補強法則の趣旨を前提として、いわゆる「共犯者の自白」に補強証拠が必要か否かについての理解を問う問題である。

具体的には、補強法則の趣旨が十分に示されていること、共犯者の自白に補強証拠を必要とする理由、または不要とする理由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】

令状による捜索の範囲に関連して、最決平成 6 年 9 月 8 日刑集 48 卷 6 号 263 頁、および最決平成 19 年 2 月 8 日刑集 61 卷 1 号 1 頁の理解を問う問題である。

下線部①については、捜索すべき場所を「D マンション 308 号室甲方居室」とする捜索差押許可状に基づき、P 警察官が甲方居室に同居する乙が携帯するボストンバッグを捜索したことの適法性を論じるにあたり、捜索差押許可状に基づき捜索できるとした上記最高裁平成 6 年決定についての理解が示されていることが期待される。

下線部②については、捜索実行中に甲方居室に届いた甲宛の宅配便荷物を P 警察官が開封したことの適法性を論じるにあたり、令状呈示後に搬入された物品についても捜索差押許可状に基づき捜索できるとした上記最高裁平成 19 年決定についての理解が示されていることが期待される。

以 上