

【 憲 法 】

経済的自由の分野からの出題である。素材とした判例は、最1小判平成28年12月15日（裁時1666号6頁）である。

同判決の事例は、風俗営業を行う店（いわゆる「風俗店」）の案内をする風俗案内所を規制し、違反者には刑罰も定めるという京都府条例の合憲性が争われたものである。同条例では、学校などの公共施設から200メートル以内の風俗案内所の営業を禁止しており、これにより営業ができなくなった風俗案内所の元経営者によって違憲訴訟が提起された。営業の自由などを争点とした元経営者の訴えに対し、1審（京都地判平成26年2月25日、判時2275号27頁）は一部認容とし、2審（大阪高判平成27年2月20日、判時2275号18頁）は請求棄却とした。最高裁は、本件営業の自由の規制について、「公共の福祉のために必要性、合理性があり、規制は合憲」であるとし、この種の条例についての初めての憲法判断を下している。

本事例では、営業の自由以外にも多くの憲法上の論点が提起されたが、本問では、解答時間が45分であることを考慮し、営業の自由（22条1項）という憲法の基本的な論点を設問中に示し、同論点に絞っての出題とした。本件のような事業の営業の自由の規制について、下級審において合憲論、違憲論が対立している中で、判例、学説の知識を問い、具体的事例について反論を踏まえつつ論じること、すなわち、基本的な知識を論理的に展開する能力を問うことを出題の狙いとしている。

本問を解くうえでのポイントは、Ⅰ 営業の自由の意義、Ⅱ 審査基準の選定と理由、Ⅲ 引用判例と引用する理由などである。採点にあたっては、営業の自由の意義について十分な論述がされているか、審査基準の選定については、そもそも営業の自由が経済的自由であることが念頭におかれているか、判例については、経済的自由についての重要な判例である小売市場判決と薬事法判決の二つの最高裁判決の事例、判旨を踏まえて自説に取入れているかなどに留意した。

以 上

【 民 法 】

問題 1

小問 1 について

個人差はあるが、概して不法行為責任を負うための要件である責任能力は、小学校卒業頃の年齢であれば認められ、BCは、15歳であるAに責任能力がある以上、714条の反対解釈から、Aの保護者であるBCらは責任を負わない旨主張することが考えられる。

これに対して、Fとしては、たとえAに責任能力が認められるとしても、保護者であるBCらは自身の義務として未成年者の監督義務を負っており、BCはAがいたずらをしても注意をせず、監督を果たしてきたとはいえないとして、709条に基づく損害賠償請求をすることが考えられる。

709条の要件は、①故意または過失、②権利または法益の侵害、③損害の発生、④加害行為と損害の発生との因果関係、⑤責任能力であるところ、①はBCからの監督義務違反、②はFに治療費及び給料の損害が発生していること、③監督義務違反の結果、Aが暴走行為を行い、その結果、Fは負傷している、⑤BCは15歳の少年の親であり、充足していると解される。

小問 2 について

BCは、FがEの妻であることから、Eとの社会的経済的一体性を理由に被害者側の過失を主張することが考えられる。これに対して、FがEの恋人であるにすぎない場合、まだEF間には社会的経済的一体性を認めることはできないから、被害者側の過失を主張することは認められない。したがって、FがEの妻であるとき、Fの損害賠償請求は、Eの過失の分だけ相殺され、50万円のうち3割が減額されるから、35万円の請求が認められ、FがEの恋人であったときは、BCの主張は認められないから50万円の請求が認められる。

小問 3 について

Dの請求に対し、Eは、AとDは一体となって暴走行為を行っていたから、被害者側の過失ないし、被害者の過失としてAの過失を相殺できると主張することが考えられる。通常の被害者側の過失であれば、身分上生活関係上の一体性が必要とされ、とりわけ、経済的な一体性が求められる。この基準によれば、AとDは単なる友人に過ぎないから、被害者側の過失を考慮することは認められないように思われる。しかしながら、本問では、AとDは共同して暴走行為を行っており、互いに運転を代わるなどしているから、暴走行為の主体として両者の間には一体性を認めることができる。かかる場面で判例では、被害者の過失の被害者として、他人の過失

を考慮することが認められている。以上から、Dの請求に対し、Eは、Aの過失を主張して過失相殺をすることができ、7割の減額がされることになるから、30万円の範囲で損害賠償は認められることになる。

問題2

本問は、解除と登記をめぐる極めて基本的な問題である。

小問1について

まず、Cがいわゆる解除前の第三者であることを指摘して、できれば解除の効果論にも言及してうえで、民法545条1項但し書の「第三者」に該当することを指摘してもらいたい。その際、同項ただし書の趣旨と、「第三者」の意味に触れてもらいたい。

小問2について

まず、Dが解除後の第三者に当たり、判例によればADが対抗関係に立つこと、および、Dが配信的悪意者に該当すると考えられることを指摘してもらいたい。次に、Eが背信的悪意者Dからの譲受人にあたることから、EがAの登記の欠缺を主張しうる「第三者」に該当するかが問題となる。これが明らかにしてほしい解釈上の問題点である。そのうえで、BからDへの承継取得の当否や背信的悪意者としての地位の承継の当否などの視点から論じることが求められる。

小問3について

本問は、177条の第三者に該当するために登記を要するかを問う。もとより、不要である。

以上

【 刑 法 】

出題趣旨

第1問は、その前半は、覚せい剤を輸入することを共謀したところ実行担当者が麻薬を輸入してきたという事案において、共謀共同正犯、共同正犯の成立要件、共同正犯の錯誤を論じさせる問題であり、後半は、ピストル発射により殺害しようとしたところ、倒れた被害者を海中に沈めた行為により溺死した事案において、実行行為、因果関係、因果関係の錯誤などを論じさせる問題である。

第2問は、窃盗罪の実行の着手、事後強盗罪における「暴行」の程度・時期、強盗致傷罪の適用要件などについて説明させる問題である。

いずれも刑法の重要論点に関する基本的な理解と事案の的確な分析能力を問う問題である。

以 上

【行 政 法】

問題 1（行政法総論）

1. 出題の趣旨

行政情報公開法が適用される行政文書の定義と不開示の対象となる情報に関する基本的な知識を問う問題である。事例は、大阪地裁平成 31 年 3 月 14 日判決（判時 2411 号 5 頁、『令和元年度重要判例解説』ジュリ臨時増刊 1544 号 40 頁〔行政法第 3 事件〕）を素材として作成した。

2. 採点基準

〔設問 1〕について

行政情報公開法により開示の対象となる行政文書とは、原則として、①行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書、図画及び電磁的記録であって、②当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、当該行政機関が保有しているものをいう（同法 2 条 2 項）。

本件設立趣意書は、国有財産である土地の賃貸借を希望する X が国（K 財務局長）に対して提出した文書であって、K 財務局の担当職員が当該契約につき諾否を検討するために組織的に用いるものとして保有している文書であるから、行政文書に該当する。

〔設問 2〕について

不開示情報に係る行政情報公開法 5 条 2 号イ所定の「正当な利益を害するおそれ」について、最判平成 23 年 10 月 14 日（判時 2159 号 53 頁）は、「正当な利益が害される蓋然性が客観的に認められる」場合をいうと判示している（なお、宇賀克也『行政法概説 I』（第 7 版、有斐閣、2020 年）211 頁参照）。

そして、裁判例においては、行政文書の情報が、抽象的である場合や、実質的に公知の内容であるような場合には、正当な利益が害される客観的蓋然性を認めず、開示対象となると解されている。

上掲大阪地裁平成 31 年 3 月 14 日判決も、本件不開示部分は「学校法人としての経営戦略に関する情報としては概括的かつ抽象的なものにとどまり、小学校の運営・経営上のノウハウというべきものではない上、その程度の情報は、既に、実質的に公にされていたと認められるから、これが公にされた場合に、M 学園の権利、競争上の地位その他正当な利益が害される蓋然性があったなどとは到底いえない」と判示している。

問題 2 (行政救済法)

1. 出題の趣旨

現行の行政事件訴訟法(以下「行訴法」と略す)上の主観訴訟と客観訴訟の性格の違いについて問うものである。

2. 採点基準

立法担当者は「抗告訴訟、当事者訴訟と民衆訴訟、機関訴訟とは性格を異にし、前二者はいわゆる主観的訴訟、すなわち個人的な権利利益の保護救済を目的とするものであり、これに対し後二者は、客観的訴訟、すなわち、法規の適用の適正または一般公共の利益の保護を目的とする特殊の訴訟である」(杉本良吉「行政事件訴訟法の解説(一)」曹時 15 卷 3 号(1963 年)33 頁)と解説する。参照、塩野宏『行政法Ⅱ行政救済法[第六版]』(有斐閣、2019 年)83 頁。

行訴法 42 条は、「民衆訴訟及び機関訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」と規定し、どのような訴訟を民衆訴訟・機関訴訟として許容するかの判断を立法政策に委ねる。

立法者が認めなければ裁判することのできない行訴法上の客観訴訟は、「法律上の争訟」(裁判所法 3 条 1 項)ではあり得ない。

以 上

【 商 法 】

[第1問] (会社法Ⅰ)

[出題趣旨]

本問は、取締役会決議について特別の利害関係を有する取締役が議決権を行使した取締役会決議の効力等について問う問題である。

[採点基準]

1. Cは、本件決議の効力を争うために、取締役会決議の無効確認の訴えを提起することが考えられる。取締役会決議に瑕疵がある場合については、株主総会決議の瑕疵を争う訴え（会社法830条・831条。以下、会社法を省略する。）のような法定の訴えの制度は設けられていないが、確認の利益が認められる限り、取締役であるCは取締役会決議の無効確認の訴えを提起することができる。

2. Cは、Aが本件決議について特別の利害関係を有する取締役であるにもかかわらず、議決権を行使したことが法令（369条2項）に違反すると主張することが考えられる。

3. 本件議案はAと甲社との間の不動産の売買に関するものであり、当該売買はAと甲社との間の利益相反取引（直接取引）に当たることから、取締役会において重要な事実を開示してその承認を受けなければならない（356条1項1号・365条1項）ところ、Aはこの手続を履践している。しかし、取締役の利益相反取引を承認する取締役会決議における当該取締役は、当該取締役会決議について特別の利害関係を有する取締役に当たることから、議決に加わることができない（369条2項）。それにもかかわらず、特別利害関係取締役が取締役会決議について議決権を行使したときは、法令（369条2項）に違反するものであり、決議方法の法令違反となる。

4. よって、本件決議が無効である旨のCの主張は認められる。

[第2問] (会社法Ⅱ)

[出題趣旨]

本問は、分配可能額の規定に違反した剰余金の配当に関する株主および業務執行取締役等の会社法上の責任について問う問題である。

[採点基準]

1. 剰余金の配当等により株主に交付する金銭等の帳簿価額の総額は、その行為を生じる日における分配可能額を超えてはならない（461条1項）。本問では、本件

剰余金配当の効力が生じる日における分配可能額が100万円であったにもかかわらず、乙社はこの分配可能額を超えて、株主Pらに対し、帳簿価額の総額が200万円の本件剰余金配当を実施している。

2. 462条1項責任

- (1) 株式会社が分配可能額を超えて剰余金の配当を行った場合には、①金銭等の交付を受けた株主、②剰余金の配当に関する職務を行った業務執行取締役、および③株主総会または取締役会に剰余金の配当の議案を提案した取締役は、当該株式会社に対し、連帯して、株主が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負う(462条1項6号)。ただし、上記②および③の責任は、立証責任の転換された過失責任である(同条2項)。
- (2) 株主Pらは、乙社に対し、交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭(200万円)の支払義務を負う。
- (3) 取締役Aは、業務執行取締役(348条1項)および総会議案提案取締役として(462条1項6号イ)、乙社に対し、株主が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負う。Aは、自ら粉飾決算を行っているため、違法な本件剰余金配当を行ったことについて過失が認められる。
- (4) 乙社は、株主Pらおよび取締役Aに対し、200万円の支払請求をすることができる。これらの支払義務を負う者の債務は連帯債務である(462条1項柱書)。

3. 423条1項責任

- (1) Aは、乙社に対して、423条1項に基づく任務懈怠責任を負う可能性もある。
 - ①Aは甲社の役員等である。
 - ②Aが461条1項に違反する本件剰余金配当を行ったことは故意による任務懈怠を構成する。
 - ③本件剰余金配当の実施によって甲社に少なくとも100万円(分配可能額を超える部分)の損害が生じている(ただし、違法に行われた剰余金の配当額200万円の損害が発生したと認定することも可能であろう)。
 - ④Aの任務懈怠と甲社の損害との間には因果関係が認められる。
- (2) よって、乙社は、423条1項に基づき、Aに対し、本件剰余金配当によって生じた乙社の損害につき賠償請求することができる。

以上

【民事訴訟法】

出題趣旨

問 1 (民事訴訟法 I)

交通事故等において基準時後に新たな後遺症が発生した場合については、これを認めるのが判例通説である。

これについては、①訴訟物が異なると考える、②既判力の基準時後の新事由として認める、③一部請求後の残部請求として認める（伝統的にはこの考え方が多数である）、④既判力の縮小で処理する等の考え方があ

①説は、後遺症の場合にはそもそも債権の全額を前訴において明らかにすることはできないのであるから、この問題を一部請求の問題として考えることには無理があるとし、同一の不法行為に基づくものではあるが別個の被侵害利益によるものであるから訴訟物も別個であり、したがって、後訴が前訴の既判力にふれることはありえないとする。

しかし、この説については、同一の不法行為に基づく損害は一体と考えるのが通常であることとの関係が問題となり、また、後発後遺症ほどに損害発生時点が別個であることが明確ではない後発損害の場合についてはどのように考えるべきかがあいまいであるという難点がある。

②説についても、同様の問題点を指摘できよう。

③説は、上記のとおり従来の多数説であり、判例も学説の多数も後訴を認める（認めないことは明らかに不当であるから）が、学説の考え方についてはヴァリエーションがある。

まず、判例は、一部請求の考え方をこの場合についても適用し、前訴が明示の一部請求であった場合には後訴を認めるとし、また、この場合の明示については、口頭弁論終結時までに判明した損害を求める趣旨が明らかにされていれば足りるとする（最判昭和 42・7・18 民集 21 卷 6 号 1559 頁、百選 5 版 82 事件。なお、判旨自体は消滅時効に関するもの）。

学説の理由付けは分かれるが、多くの学説は、前訴当時通常の注意を払っても予見しえなかった後遺症に基づく請求については、請求しようがなかったものであるから、前訴で一部であることを明示していなくても、後訴を認めるべきであるとする。

判例は、一般的な一部請求の場合との整合性を図るために明示を要求するものの、その明示についてはほぼ実質がないもので足りるとしており、かなり擬制が目立つ。

一部請求後の残部請求についての多数説である信義則規整説（一部請求における訴訟物は債権の一部であるとし、残部請求の後訴については信義則あるいは禁反言によって調整しようとする）によれば、後訴は信義則に反しない限り認められることになる。

判例との相違は、債権の一部であることの明示といった基準を用いず、信義則をダイレクトに適用してゆく点である。

④説は、事実の提出に関する既判力の縮小を認める考え方（基準時前の事実であっても、当事者がこれを提出することをおよそ期待できなかった、すなわち期待可能性がなかった場合には、既判力の根拠である手続保障を欠くのだから、例外的に基準時後の提出を認めてよいとする考え方）によるものである。理屈としては最もスマートかもしれない。

答案としては、判例を含めて③と④の骨子を述べていられれば高得点となる。

問2（民事訴訟法Ⅱ）

（1）典型的な権利主張参加の事案である。

Zは、Xに対しては、ZがYに対する貸金債権の債権者であることの確認を、Yに対しては貸金の給付を求めることになる。

（2）民事訴訟法47条4項による40条1項の準用により、2当事者XY間の訴訟行為は、他の当事者Zに不利なものであればその効力を生じない。

したがって、Yの「Xから金員の交付を受けたこと」についての自白は効力を生じないから、設問については消極に解することになる。

以 上

【刑事訴訟法】

【問題 1】

ビデオ撮影の適法性に関連して、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁の理解を問う問題である。

平成20年決定では、ビデオ撮影が強制処分に該当するか否かを明示的には判断を示していないが、他方で、最高裁判所は、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」と判示している。強制処分と任意処分とを区別する基準に関し、この昭和51年決定が示した基準、あるいは「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分」か否かという有力学説の示す基準を前提に、ビデオ撮影の適法性について判断を示した平成20年決定についての理解を示すことが、設問（1）では求められる。

現行法上、何らかの権利・利益を制約する捜査活動であれば、直ちに強制捜査と評価されているわけではなく、「身体・住居・財産等」あるいは「重要な権利・利益の制約」がある場合に強制処分と評価されている。したがって、ビデオ撮影の法的性質を踏まえて、強制処分法定主義の法的規律の下におくべき処分行為か否かの観点からの理解を示すことが望ましい。具体的には、平成20年決定にいう「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所における」ビデオ撮影によって制約を受ける権利・利益とは何か、他方で、住居等の他人から要ぼう等を観察されることがない場所におけるビデオ撮影によって制約を受ける権利・利益とは何かについて、権利・利益の具体的内容を指摘することが期待される。また、撮影対象者によって認識されることなく行われるビデオ撮影において、「個人の意思の制圧」あるいは「相手方の意思に反して」の意味をどのように解するかについて、判例の理解を示すことが求められる。

設問（2）については、任意捜査としてのビデオ撮影の許容性に関する平成20年決定の判断枠組みが、いわゆる「比例原則」に基づくものであることに加えて、任意捜査としてのビデオ撮影において比較考量すべき対象者の法的侵害の内容について、ビデオ撮影の法的性質を踏まえた理解を示すことが求められる。

【問題 2】

甲を取り調べた警察官Kの「余罪について正直に話せば、後輩の乙は起訴猶予になるようにしてやる」という勧めを受け入れ、甲は乙の起訴猶予を期待して、余罪の侵入窃盗について自白している。この自白内容を録取した甲の供述録取書と、甲

の自白に基づく捜索により発見されたクレジットカードについて、証拠能力の検討を求める問題である。

刑事訴訟法319条1項により不任意自白の証拠能力が否定される根拠及び判断基準についての理解を示すとともに、不任意自白に由来する派生証拠の証拠能力の判断枠組みについて整合性のある理解を示すことが期待される。例えば、甲の供述録取書について、虚偽排除の観点から証拠能力が否定されると解した場合に、虚偽排除という趣旨がクレジットカードという派生証拠の証拠能力にまで影響を及ぼすかについて検討することが望ましい。

以 上