

【 憲 法 】

北方ジャーナル事件最高裁判決（最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁）を素材として、名誉毀損表現の事前差止めにつき考察することを求める設問であった。

まず、検閲概念該当性につき、検討してほしい。検閲については、税関検査事件最高裁判決（最大判昭和59・12・12民集38巻12号1308頁）がその定義を示している。この定義に従って検討するのがひとつの方法であろうが、それ以外の定義であってもよいだろう。

ともあれ検閲の定義について狭義説をとる場合、続いて、事前抑制の原則的禁止に触れないかが問題となる。北方ジャーナル事件判決では、事前抑制が原則として許されないという立場から、例外的に許されるのは「厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ」という立場をとった。そして「その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」であること、そして原則として手続的適正のため「口頭弁論又は債務者の審尋」がなされること、を条件とした。

この判例理論などを参考にして、事前差止めが許容されるための条件設定を自ら行い、それを本設問の事例に当てはめ、具体的に考察することを求めたい。

以 上

【 民 法 】

問題 1

小問 1、小問 2 いずれも共有物の管理に関する基本事項についての出題である。

小問 1 では、共有物を占有する者が少数持分権者である場合に、多数持分権者が明け渡し請求や使用料相当額の支払いを、どのような法律構成することができるか、また、それに対する少数持分権者の反論を踏まえたうえでの結論を聞いている。

小問 2 では、共有者の一人が共有物を単独で第三者に処分し、登記名義が変更された場合に、他の共有者が登記名義の抹消を単独ですることができるか、また、それに対する第三者側の反論を踏まえた上での結論を聞いている。

いずれの問題も関連判例により示された要件等を示し解答できているか、その上で妥当な結論を導くためにどのような主張や法律構成が考えられるか説得的に論じられているかなどを問う問題である。

問題 2

小問 1 について

まず、本問に具体的に記載された手付条項を正しく解釈できるかを問うた。手付条項の内容から、違約手付であることを導いてもらいたい。

そうすると、本問は、違約手付が解約手付の趣旨を兼ねることができるかを問う問題ということになる。学説上は、違約手付が契約の拘束力を強めるものであるのに対し、解約手付が契約の拘束力を弱めるものであるとの評価に基づき、違約手付が解約手付を兼ねることは矛盾しており許されないとの見解もあり、議論されている。557 条の趣旨に鑑み、何らかの根拠を示しつつ論じることが望まれる。

小問 2 について

他人物売主 B は、所有者 A から甲土地の所有権を取得して買主 C に移転する債務を負う（民法 561 条）。この債務は、C が A から甲土地所有権を取得し移転登記を経由したことにより、社会通念上、履行不能と評価できよう。

この場合、C が B に対して上記債務の履行不能を根拠に損害賠償請求するために問題となるのは、B の帰責事由の存否である（415 条）。その存否は、甲土地を取得できないリスクを B が完全に負う結果債務と解するか、相当な努力をすれば足りる手段債務と解するか、後者だとして、B が C に売却した代金額を超える代金の支払いを A に申し出るべきであったか否かなどによって決せられる。いずれにせよ、上記債務を負う B が具体的にどのような行動をとるべきであったかを明らかにしたうえで、帰責事由の存否を論じることが望まれる。

これに対し、C が B に対して 542 条に基づき解除を主張するために問題となるの

は、Bの帰責事由の存否ではなく、Cの帰責事由の存否である（543条）。解除に関する平成29年民法改正の内容の理解を問う趣旨である。Cの帰責事由の存否は、Bの帰責事由の存否を踏まえて論じることになる。

以 上

【 刑 法 】

出題の趣旨

甲、乙及び丙の罪責の検討を通じて、共同正犯における共謀の射程と承継的共同正犯の肯否を論じさせる問題である。

採点基準

甲は、財物奪取目的でVに睡眠薬を飲ませたのであるから昏酔強盗罪（239条）の実行に着手していること、Vは昏酔していないので、昏酔強盗罪は未遂であることを述べてほしい。Vがなかなか眠らなかったため、甲は、財物奪取の目的でVを殴り、Vの頭部を柵にぶつけて気絶させた上、現金を奪っているため強盗罪（236条1項）の暴行を行っていること、現金を奪っているため強盗罪は既遂となること、Vは柵に頭をぶつけた際に加療2週間を要する頭部外傷を負っているため、甲は強盗致傷罪（240条前段）となることを述べてほしい。乙と丙との間で成立する共同正犯の範囲について述べてほしい。

乙は、現場で眠ってしまったので甲が暴行したことを認識していない。事前の共謀の際、乙は、暴力を振るうことを明確に除外しているが、甲がVを殴って現金を奪った行為について責任を負うのか、共謀の射程が問題となる。共謀の射程が及ぶか否かの判断基準を述べた上、事例中の具体的な事実をあてはめて結論を述べてほしい。共謀の射程が及ばないとすれば、乙は昏酔強盗未遂罪の共同正犯に留まることになる。

丙は、甲がVを殴って気絶させた後に財物奪取の意思を生じて甲とともにVから現金を奪っている。丙は、甲の暴行には関与していないので、窃盗罪に留まるのか、それとも強盗罪の責任を負うのか、承継的共同正犯の肯否を論じてほしい。承継的共同正犯を肯定する場合には、Vの傷害についても責任を負うのかを論じてほしい。

以 上

【行政法】

問題1（行政法総論）

1. 出題の趣旨

行政手続の瑕疵が行政処分の効力にどのような影響を与えるかに関する問題である。

2. 採点基準

[設問1]について：行政手続法制定前においては個人タクシー事件判決（最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁）及び群馬中央バス事件判決（最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁）において、手続の瑕疵がその後に行われた行政処分の効力にどのような影響を与えるかが問題とされた。最高裁判所は、これらの事件を通じて、手続の瑕疵が行政庁による実体判断に影響を与える可能性がある場合、すなわち違法な手続を適正にやり直せば、処分の結果が変わりうるような場合に限って、処分の違法をもたらずと解していた。

[設問2]について：行政手続法の制定により、様々な種類の行政手続が法定されたが、それらのうち、有力学説によれば、①告知・聴聞手続、②理由の提示、③文書閲覧手続、④審査基準の設定・公開手続の4つの手続（いわゆる適正手続4原則）に関する瑕疵は、国民の手続上の権利の侵害に当たるので処分の違法事由になると解されており、裁判例においても同様の判断がなされている。

問題2（行政救済法）

1. 出題の趣旨

本問で問われている訴えの利益は、当該処分を取り消す実際上の必要性である。取消判決が原告にとって必要か否かである。取消訴訟の係属中に、訴えの利益が消滅することがある。その場合には、取消訴訟は却下されることになる。

2. 採点基準

訴えの利益は消滅しないことを、下記のポイントを押さえて、解答することが必要である（最判平成14年2月28日民集56巻2号468頁参照）。

本件条例の規定に照らすと、5条所定の公開請求権者は、本件条例に基づき公文書の公開を請求して、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有するというべきであるから、請求に係る公

文書の非公開決定の取消訴訟において当該公文書が書証として提出されたとしても、当該公文書の非公開決定の取消しを求める訴えの利益は消滅するものではない。

訴えの利益が消滅するとしてしまうと、取消訴訟で敗訴が濃厚となった場合に、当該公文書を書証として提出すればよいということになり、行政側が安易に非公開決定を下す運用を招くおそれもある。

以 上

【 商 法 】

〔第1問〕（会社法Ⅰ）

〔出題趣旨〕

本問は、譲渡による株式の取得者が会社に対し名義書換請求をしたにもかかわらず、会社が過失により名義書換をしなかった場合において、会社が株式取得者に定時株主総会の招集通知を発しなかったことが、招集手続の法令違反として株主総会決議の取消事由となるかを問う問題である。なお、甲社は会社法上の公開会社（会社法〔以下、法律名を省略する〕2条5号）であり、種類株式発行会社でないことから、甲社の発行する株式は譲渡制限株式（2条17号）ではない。

〔採点基準〕

1. Bが本件総会決議の効力を争うためには、株主総会決議の取消しの訴えを提起することが考えられる。まず、株主総会決議の取消しの訴え（831条）について、原告適格、被告、提訴期間を確認する必要がある。
2. 次に、本件総会決議の取消事由の有無を検討しなければならない。
 - (1) 甲社は株券発行会社であるから、AがBに甲社株式を譲渡するには株券の交付を要する（128条1項）。株式取得者Bは、株主として権利行使するためには、甲社に対し、株主名簿の名義書換請求をしなければならない（130条1項・2項）ところ、株券を提示して名義書換請求をしている（133条1項・2項、会社則22条2項1号）。本件株式の譲渡および名義書換請求は適法に行われている。
 - (2) 株式取得者が株主名簿の名義書換を請求したにもかかわらず、会社が過失により名義書換をしなかった場合には、会社は株式取得者を株主として取り扱うことを要し、株主名簿上に株主として記載されている譲渡人を株主として取り扱うことを得ない（最判昭和41年7月28日民集20巻6号1251頁）。本件において、甲社が、株式取得者Bではなく、株主名簿上の株主Aに招集通知を発したことは、本件総会の招集手続が法令（299条1項）に違反する場合（831条1項1号）に当たり、本件総会決議には取消事由が認められる。
 - (3) なお、裁判所による裁量棄却（831条2項）が認められるかを検討することも必要である。甲社の発行済株式総数が10万株であるところ、Bが有する本件株式は1万株であることから、決議の結果に影響を及ぼさないとも考えられる。

[第2問] (会社法Ⅱ)

[出題趣旨]

本問は、会社法上の公開会社でない会社（非公開会社）において、株主総会の特別決議を経ないでされた株主割当て以外の募集株式の発行が新株発行の無効原因に当たるかを問う問題である。

[採点基準]

1. 本件募集株式の発行の効力発生後において、Xがその無効を主張するためには、新株発行の無効の訴えによらなければならない。当該訴えについて、原告適格、被告、提訴期間（非公開会社では1箇年）について確認する必要がある（828条1項2号・2項2号）。
2. 非公開会社において、募集株式の発行を行う場合には、募集事項について株主総会の特別決議を経なければならない（199条2項、309条2項5号）。非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないでされた募集株式の発行の効力が問題となる。

判例は、「非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行の無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である」旨判示している（最判平成24年4月24日民集66巻6号2908頁）。判例の立場によれば、Xは、新株発行の無効の訴えを提起して、本件募集株式の発行の無効を主張することができる。

以上

【民事訴訟法】

【出題の趣旨】

問1〔民事訴訟法Ⅰ〕

文書提出義務に関して基本的理解を問う問題である。

金融機関の貸出稟議書は、融資の申し込みを受けた金融機関の担当者が作成し、融資の是非の審査にあたるための文書である。支店内の関係各者に回覧されたのち、稟議書の内容から最終的な融資の是非と併せて、融資金額や返済期限、利率といった条件面が決定される。

金融機関の貸出稟議書が「自己利用文書」に該当するか否かについてのリーディングケースは、最決平成11年11月12日民集53巻8号1787頁である。この裁判例は、以下のように説く。

ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であって、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は民訴法二二〇条四号ハ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たると解するのが相当である。

この判例を踏まえて、内部文書性、不利益性、特段の事情の不存在といった点について記すことが必要である。

問2〔民事訴訟法Ⅱ〕

上訴の利益、附帯控訴に関する理解を問う問題である。また、請求の拡張を認める場合には、訴えの変更（民事訴訟法143条）の要件の検討も必要である。

(1) Yが控訴していない場合

控訴の利益をどのように把握するかについて理由を付して示した後に、Xに控訴の利益があるかどうか、検討する必要がある。

(2) Yが控訴した場合

Xが附帯控訴できるか否か（すなわち、附帯控訴に控訴の利益が必要かどうか）について、論ずる必要がある。附帯控訴には、控訴の利益が不要であるとの見解を採れば、Xは、附帯控訴により請求の拡張ができる。これとは異なり、附帯控訴に控訴の利益が必要であるとの見解を採っても、訴えの変更（民事訴訟法143条）により、（附帯控訴という手立てを取ることなく）請求を拡張できるとの見解をとることも考えられる。どのような立場に立っても、きちんとした理由を示すことが必要である。

以 上

【刑事訴訟法】

【問題 1】

同種前科による立証に関連して、最判平成24年9月7日刑集66巻3号907頁の理解を問う問題である。

平成24年最高裁判決は、同種前科を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合について、同種前科による立証を制限する趣旨として、「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している。反面、前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。」ことを挙げる。そして、同種前科による立証が例外的に許容されうることについて、「実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである。」と判示する。

従来から、同種前科・類似事実の持つ推認力が、証拠の証明力判断に関わる弊害を凌駕する場合には、その立証を禁ずる理由はないことから、例外的に同種前科・類似事実の立証が肯定されてきたが、平成24年最高裁判決は、被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合について、「前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似する」場合に、前科証拠を用いることが許容されることを明らかにした。問題1においては、なぜそのような判断基準の下に、同種前科による立証が例外的に許容されるのかについての理解を示すことが求められている。

【問題 2】

問題2は、警察署へ連行後に実施された被逮捕者の身体及び所持品の搜索の適法性、及び「逮捕の現場」である場所に対する搜索の適法性を問うことにより、逮捕に伴う搜索・差押えが無令状で許容される理由（憲法35条、刑事訴訟法220条1項、3項）、搜索・差押えが許容される「逮捕する場合」「逮捕の現場」の意義や搜索の範囲についての理解を問うものである。

まず、なぜ「逮捕する場合において」「逮捕の現場で」は令状なしに搜索を行うことができるのか、その趣旨について各自の理解を示すことが求められる。

小問（1）では、警察署へ連行後に実施された甲の着衣のポケット及びセカンドバッグの中の搜索が実施されているが、法220条1項2号の「逮捕の現場で」という要件との関係で問題となる。この点に関しては、最決平成8年1月29日刑集5

0 卷 1 号 1 頁が、「逮捕の場で直ちにその実施をすることが適当でなかったため、できる限り速やかに各被告人をその差押えを実施するのに適当な最寄りの場所まで連行した上で行われたものということができ、刑訴法 220 条 1 項 2 号にいう『逮捕の現場』における差押えと同視することができる」としているが、なぜ最高裁決定が「同視することができる」としたかについての理解も示すことが望ましい。

小問（2）では、甲の逮捕後に、B 携帯電話ショップの休憩室内のロッカーの搜索が実施されているが、法 220 条 1 項の「逮捕する場合」、及び同項 2 号の「逮捕の現場で」という要件との関係で問題となる。前記制度趣旨の理解を踏まえて、「逮捕する場合」「逮捕の現場で」の解釈を明確にしたうえで、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論ずるべきである。

以 上