

## 【 憲 法 】

在外国民選挙権訴訟（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）で争われた論点から一部を取り出して素材とした問題であった。

論点としては、①判例が示した選挙権を制約することが正当化される事由に言及した上で、本事案における立法不作為を違憲と判断しうるかどうか、②また違憲であると判断した場合には違憲性と国賠法上の違法の異同について論じた上で、本事案では国賠が認められるかどうか、という 2 点について答案を作成することが求められる。

素材となった在外国民選挙権訴訟の特徴は、選挙制度構築における立法裁量の尊重とは異なり、選挙権の制約についてはその行使の制約も含め厳格に審査を行うことを示した点にある。こうした重要判例に関する基礎的な知識が十分に定着しているか、またそれを具体的な事案に即して論じられるかどうかを意識して学習して欲しい。

以上

## 【 民 法 】

〔設問１〕は、使用者責任の法的性質、つまり、報償責任または危険責任に基づく代位責任という判例の理解を前提にして、使用者が被害者に弁済した場合における使用者から被用者への求償の条文上の根拠と判例に基づく信義則による制限という考え方を問う設問である。

〔設問２〕は、被用者が被害者に弁済した場合におけるいわゆる逆求償が認められるかどうかにつき、判例の理解を前提にして、各求償割合について問う設問である。求償割合については、数値の正確性はともかくとして、基本的な考え方が示されているかどうか採点基準となる。

以上

## 【 刑 法 】

### 〔設問 1〕

本問は、甲が生命に危険のある自傷行為に及ぼうとしていた恋人Aを制止するため、羽交締めにして床に組み伏せた結果、Aに傷害を負わせた事案について、甲に傷害罪が成立するかを検討させるものである。

第一に、傷害罪の構成要件該当性を認めることが必要となる。その際、問題文中に、「甲としてはAに傷害を与える意思はなく」との記載があることから、有形力の行使による傷害罪の主観的要件としては「暴行の故意」で足りることを明らかにしたうえで、甲には暴行の故意が存在することを指摘することが求められる。

第二に、違法性阻却の可否が問題となる。ここでは、Aの自傷行為が刑法36条にいう「不正の侵害」に当たるか否かを、理由づけを含めて論じた上で、これに該当するとした場合には、正当防衛の他の要件を充足するかを検討し（生命に危険のある自傷行為は「不正の侵害」に当たるとして、自傷行為を阻止する行為に正当防衛の成立を認めた事例として、横浜地判平成28年1月29日裁判所ウェブサイト参照）、該当しないとした場合には、刑法37条1項の緊急避難の成否について、具体的事実に基づいて論じることが求められる。

### 〔設問 2〕

本問は、乙がBを殺害した後に、Bの死体から財物を領得した事案について、殺人罪に加えて、領得行為につき窃盗罪が成立すると考える立場からは、どのような説明が可能かを論じさせるものである。

窃盗罪の成立には、客体である「他人の財物」が他人の占有下にあることが必要である。もっとも、領得時にはBが死亡しているため、いわゆる「死者の占有」についてどのように考えるかが問題となる。論述にあたっては、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して当該財物を奪取する一連の行為は、全体的に考察すれば、被害者の生前の占有を侵害したと評価できるとして、窃盗罪の成立を肯定した判例（最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁）を踏まえて、本件においても、乙による殺害行為と財物奪取行為とを「一連の行為」と評価できることを示すことが求められる。

以上

## 【 商 法 】

〔設問１〕は、取締役の利益相反取引（直接取引）について、会社法上要求される手続を問うものである。本件土地の取得は、取締役Ｂにおいて「自己のため」の利益相反取引（直接取引）に該当するため、重要な事実を開示して、取締役会の承認を受けなければならない（会社 356 条 1 項 2 号、同 365 条 1 項）。また、取引後遅滞なく重要事実の取締役会への報告を要する（365 条 2 項）ことを指摘することが求められている。配点 15 点

〔設問２〕は、取締役の第三者に対する責任の追及について、本件が直接損害事例であることを踏まえながら、会社法 429 条 1 項の各要件の充足についての理解を問うものである。その際、丙社が支払見込みのない取引をしたことにより直接損害を受けた旨を指摘するとともに、Ｃには乙社に対する任務懈怠（放漫経営）が認められることの認定として、経営悪化時の取締役には、再建可能性・倒産処理を検討すべき善管注意義務がある旨等、会社に対する任務懈怠の構成についての検討が求められている。配点 25 点

以上

## 【刑事訴訟法】

### 序

例年どおり、各法学部においては必ず学んでいる筈の重要判例を理解していれば解答可能な標準的問題を出題している。尚、設問1に比して設問2は論じるべき点が多いので、設問2の方が配点を多めにしていることを付言する。

### I 〔設問1〕について

問題文に職務質問自体は警職法2条1項の要件を充たし適法であるとの前提を採る旨、記載されているので、所持品検査の適法性のみを論じれば良い。

所持品検査について明文規定はないが、「口頭による質問と密接に関連し、且つ、職務質問の効果をあげる上で必要性、有効性の認められる行為であるから、職務質問に付随してこれを行うことができる場合がある」旨、判例は警職法2条1項の付随処分であるとしている(最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁)。すなわち任意処分である限り、厳格な法定主義は妥当しないが、警職法2条1項の付随処分であるという位置付けであるから、「法律による行政」の原則に反するものではないことになる。

それでは、所持品検査が適法となる要件は、職務質問の適法性以外には何があるのか。まず、警職法2条3項に照らし、強制に至る処分は違法とされる。すなわち、個人の意思を制圧し、重要な法益に制約を加える処分(捜査に関する判例ではあるが、最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁)は所持品検査としては許されない。また、「捜索に至らない程度の行為」(上記昭和53年6月最判)でなければならず、「捜索に類するもの」は違法とされる(最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁)。すなわち、衣服の内ポケットへの物理的侵入と探索があれば、「捜索に類する」措置であるが、鞆等を開披して一瞥するに留まる場合は、「捜索に至らない程度」と理解すれば整合性がある。同様に、運転者への職務質問中、扉の開いた自動車に半身を入れて運転席を前後に動かす措置が「職務質問に付随して行う所持品検査として許容される限度を超えたもの」であるが故に違法とされている(最決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁)。所持品検査は、あくまでも職務質問の付随処分であり、明文規定を持たないのであるから、相当性判断として被処分者のPrivacyへの制約の程度は、開披・一瞥に限って認められ、内部への侵入と探索に至ることは認められないと見るべきであろう。

このように考えれば、本件でBがカバンを開披したのみならず、中に手を差し入れ、タオルを取り除いている。強制的要素はないので刑訴法上の「捜索そのもの」ではないが、物理的侵入・探索的措置であるから、「捜索に類する」措置として違法と見るべきであろう。

## Ⅱ 「設問2」について

施錠されているカバンとは、所持者において他者に中を見られたくないという黙示の意思であるが、しかも本件においては、X自身が「絶対に嫌だ」と拒絶しているのでカバンの開披は明示の意思にも反する。その態様も、強引にカバンを奪い取り、鍵を損壊しているのであるから、財産権と Privacy に対する重大な侵害でもあり、もはや所持品検査の域を超えて事実上の捜索に至っている。刑訴法 220 条 1 項 2 号の要件を充たすことなく、無令状の捜索に及んでいるのであるから、令状主義違反の違法がある。

違法な強制処分の結果、見取図を発見している。違法な警察活動で得られた証拠だからと言って、証拠価値が変わるわけではないが、本件のように令状主義の精神を没却する違法がある場合、将来の同種の違法な警察活動を抑止するため、得られた証拠は排除されるべきである(前出・最判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁)。それでは、見取図を情報源として得られた派生証拠(二次証拠)である盗品のエアコン室外機はどうか。第一次証拠(毒樹)たる見取図が令状主義違反で証拠能力を否定される場合、派生証拠(果実)に証拠能力を認めたのでは、排除法理の趣旨が没却され、違法な手段で発見・獲得された第一次証拠(毒樹)の証拠利用はできなくとも、派生証拠(果実)さえ得られれば良いという警察活動が横行する虞がある。そこで、派生証拠である本件エアコン室外機の証拠能力も否定される点で学説上、争いはない。

尚、設問 2 において、当該軽トラックが公道上の駐車禁止区域ではない場所に駐車されていたという記述の意味を訝しく思う受験者もいた可能性があるが、この点は「不可避的発見の法理」により証拠能力が認められる余地がないことを意味する。すなわち、「公道上に深夜軽トラックが違法駐車されていれば、警察官が重大な関心を抱いて荷台の積載物を観察し、その結果、カバンの令状主義違反による開披と見取図の発見がなくとも、適法にエアコン室外機が発見された筈である」という答案が出て来ないための伏線である。勿論、答案には「不可避的発見の法理」の不適用についてまで、敢えて言及する必然性はない。

### 【参考文献】

設問 1 につき、法学教室編集部編『問題演習基本七法 2019』[清水真](有斐閣)159 頁  
設問 2 につき、同書 174-175 頁

以 上

## 【民事訴訟法】

本設問は、既習者であれば当然理解していきかべき処分権主義、弁論主義（さらに、その系である自白法則、主張共通原則）といった民事訴訟法の審理上の基本原則について、具体的事例を通じてその理解を問うものである。設問（１）では、弁論主義のうち自白法則の、設問（２）では、弁論主義のうち、主張原則（主張共通の原則）の各理解を試すものである。

### 設問（１）

本設問では、弁論主義のうち、第２原則の自白法則が問題となる。

自白の意義につき、相手方が立証責任を負う事実について、これを認める陳述であると解すると（立証責任説・通説）、本件売買契約の締結日（平成３１年（２０１９年）１月１日）は、権利行使可能時（及びそのことを知った日）として、消滅時効の起算点を意味するから、被告であるＢの消滅時効の抗弁の一部である（提訴日である２０２５年１月１日までに消滅時効期間である５年（民法１６６条１項１号）が既に経過し、消滅時効が完成している。）。

したがって、本件売買契約の締結日は、消滅時効の起算点として抗弁であってＢに立証責任があり、Ａに立証責任があるわけではないから（本件売買契約の締結日は、訴訟物を特定する要素（時的要素（要件事実）ではなく、時的因子）に過ぎず、請求原因ではない。）、本件売買契約の締結日の主張の訂正は、特定方法としての請求原因の撤回・変更であって、Ａの自白は成立しない。

したがって、本設問では、本件売買契約の締結日訂正に係るＡの主張は許される。

### 設問（２）

本設問では、弁論主義のうち、第１原則の主張原則が問題となる（なお、Ａの主張する請求原因をＢは争っており、自白は成立していない。）。

Ａは、請求原因として、代理人Ｃによる売買契約締結を請求原因として主張しておらず、これを取り上げることは、弁論主義における主張原則に反するよう見える。しかし、Ｂは、ＡとＢとの間の本件売買契約締結という請求原因を否認する理由として、代理人Ｃによる売買契約締結を主張しており、その主張は、ＡからではなくＢからのものではあるが、当事者の主張は弁論に顕出されている（当事者間の直接契約と代理契約とで、代金支払請求権という訴訟物に変更が生ずるわけではない。）。

そもそも、弁論主義の主張原則は、訴訟資料の提出に関する当事者意思を尊重し、この点に関する当事者と裁判所との役割分担を定めるものであると解されるところ、主張責任（主張原則のコロラリーとして認められる。）を負わない反対当事者からの主張であっても、当事者の主張が弁論に顕出されれば、当事者意思尊重の要請は後退するから、裁判所は、その主張を取り上げなければならない（主張共通の原則）。

したがって、本設問では、裁判所は、Bの代理人CによるAとの間の売買契約の締結の主張を取り上げて、代金支払請求の当否を判断すべきである。

以上