

憲法

【設問 1】

第 1 憲法 13 条違反

1 特労法 15 条 8 号が妊娠・出産を決定する自由を侵害し、憲法 13 条に違反すると主張する。

2(1) 保護範囲

ア 憲法 13 条→人格的生存に不可欠な権利を保障

妊娠・出産を決定する自由は、自己決定権の一内容→人格的生存に不可欠
よって、13 条の保障範囲に含まれる。

イ 外国人の人権→「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」の規範
妊娠・出産を決定する自由は、国籍を問わずに認められるべきもの。

(2) 制約

特労法 15 条 8 号が妊娠・出産を禁止→制約あり

(3) 違憲性審査

人権の重要性：自己決定権は人格的生存に不可欠な権利、特に妊娠・出産は選択が可能な期間が限定、それ以降の生活に大きく影響事柄→重要な権利
制約の重大性：一度妊娠すると、無条件に帰国することが強制される→重大な制約
⇒目的がやむにやまれぬもの、手段が必要最小限度であることが必要。

ア 目的審査

目的→特定労務外国人の受け入れに関して必要な措置を定めることにより、特定労務における労働力の円滑な供給を実現し、国民生活の安定及び社会経済政策の発展に資すること（法 1 条）

→特定労務外国人は、我が国の深刻な問題である労働力不足の解決に貢献しており、この者らにのみ負担を課すことにより実現する目的としてやむにやまれるものとはいえない。

イ 手段審査

妊娠した者がかならず定住するとは限らない。など

妊娠した者が必ず定住するとも限らず、目的と手段の間に関連性が認められない。
→必要最小限度とはいえない

3 特労法 15 条 8 号が妊娠・出産を決定する自由を侵害し、憲法 13 条に違反する

第 2 憲法 33 条違反

1 令状によらない身体の拘束が憲法 33 条に反すると主張。

→本問でも令状は必要であり、無令状での身体拘束は憲法 33 条に違反する。

【設問 2】

第 1 憲法 13 条違反

1 審査基準

(1) 反論 外国人の人権は広い裁量→緩やかに

(2) 私見 判例の射程 → 出入国の話（国家の存在を前提とする。）

自己決定権については、妥当しない。

2(1)反論 目的 立法事実（労働力不足が生じている。）拾う→緩やかに

手段 合理的な事実拾う（本来入国できなかったはず ∴緩やかな要件で入国）

(2)私見 目的 重要である

手段 認められない（生まれた瞬間から社会保障を必要とするわけではない）

第 2 憲法 33 条違反

1(1) 反論

憲法 33 条は刑事手続きの条文で本問は行政手続→原告の主張は妥当ではない

(2) 私見

行政手続であり、刑事手続の場合ではない

→成田新法事件 要請手続は多種多様 →①権利・利益の内容、②交易の内容・程度

本問適用される

→原告の主張通り

行政法

設問 1 小問(1)

1 非申請型義務付け訴訟 (3 条 6 項 1 号)

2 訴訟要件

(1)フェンスの撤去という「一定の処分」

(2)「重大な損害を生ずるおそれ」

避難経路につかえないと、生命・身体への危険がある

(3)「他に適当な方法がないとき」

→民事訴訟や当事者訴訟の提起可能であっても、「他に適当な方法」があることにはならないとされている。

(3) 原告適格 (37 条の 2 第 3 項)

設問 1 小問(2)

1 裁量権の逸脱・濫用が (行訴法 31 条) が認められるか。

2 要件:「交通に支障を及ぼす虞」(法 43 条 1 号)・・・抽象的文言

効果:「できる」(法 71 条 1 項)・・・抽象的文言

→道路の監督処分には、地域における道路の利用状況等の専門技術的考察を伴う政策的判断が必要となるため、上記抽象的文言は裁量を付与する趣旨である。

3 A の意見しか聞かなかった点に考慮不尽

将来の廃止を考慮して撤去の必要性を否定しているが、これは他事考慮

4 裁量の逸脱・濫用があり、違法性が認められる。

設問 2 小問(1)

1 処分性

2 処分とは・・・

3 (1) 公権力性・・・Y 市長が一方的に行った ○

(2) 路線の廃止により、制限されていた私権の行使が許される (法 4 条)。禁止行為 (法 43 条) やこれに違反した場合の罰則 (102 条 3 号) を受ける恐れがなくなる。

→法効果性あり

設問 2 小問(2)

1 裁量権の逸脱・濫用が (行訴法 31 条) が認められるか。

2 要件:「一般交通の用に供する必要がなくなった」(法 10 条 1 項)・・・抽象的文言

効果:「できる」(法 10 条 1 項)・・・抽象的文言

→道路の監督処分には、地域における道路の利用状況等の専門技術的考察を伴う政策的判

断が必要となるため、上記抽象的文言は裁量を付与する趣旨である。

3 裁量基準

(1) 隣接土地所有者の同意を必要とする内部基準は審査基準（行手法 5 条 1 項）であるから、裁量基準にあたる。 +合理性

(2) 裁量基準に従わない場合の違法性

ア 裁量基準には法的拘束力がない→従わなくとも直ちに違法とはならない。

もつとも、インターネットで公表している以上、かかる基準に一般国民の信頼が発生→当該基準と異なる扱いをするべき事情がない限り、裁量の逸脱・濫用となる。

イ 本件では、X1 の同意が必要でないといえる特段の事情はない。

ウ 裁量の逸脱・濫用となる。

民法

〔設問 1〕

1 B の C に対する所有権に基づく甲土地の甲 1 部分の明渡請求

- (1) 原告所有 ←○
- (2) 被告占有 ←○

2 C から、土地賃借権の時効取得の抗弁

《他人物賃貸借の肯否》 → 債権関係としては有効

(1) 債権の時効取得

(2) 原則不可能、対抗要件を備えた賃借権であれば認められる。

- i 目的物の継続的な用益という外形的事実が存在し ←○
 - ii それが賃借の意思に基づくことが客観的に表現されている場合 ←○
 - iii i ii の期間が、善意であれば 10 年、悪意であれば 20 年継続していること ←×
- ∴ i の外形的事実が生じたのは、平成 17 年 6 月 1 日であり、未だ 10 年は経過していない。

3 C の反論は認められず、B の請求が認容される。

〔設問 2〕

1 民法 612 条 2 項に基づく解除

i ①の事実

法律上の意義はない。 ∴ 借地上の建物の賃貸は、転貸借にあたらない。

① 事実を理由とする解除は不可能。

ii ②の事実

612 条 1 項の場合の借地の転貸にあたる。

↓

解除のためには信頼関係破壊が必要。

⇒ ② 事実は、信頼関係破壊の評価根拠事実にあたる。

本問では解除できない。 ∴ 信頼関係は未だ破壊されていない。

〔設問 3〕

E の C に対する所有権に基づく本件土地明け渡し請求

- i 原告所有 ←○
- ii 被告占有 ←○

C の占有権限の抗弁

甲 1 部分と乙土地部分

AC 間で賃貸借契約があり引渡も受けており、借地借家法上の対抗要件 (10 条 1 項) もある。
→上記抗弁が認められる。

甲 2 部分

駐車場部分には賃借権の対抗要件は具備されていない。

→AE 間には賃貸人の地位の移転の合意がないのは明らかであるから、E は賃貸人にはならない。

↓

権利濫用 (1 条 2 項)

- ・ A の本件土地賃貸借契約に関する虚偽の説明を、何らの確認もせずに信じた。
- ・ C や D 占有権限がある可能性を本件土地売買契約締結前から十分に認識することができた
- ・ E は本件土地が欲しかったものの、甲 2 部分という一部しか権利を得られないが、E の得る土地がこの甲 2 部分でなければならない事情はない。

商法

〔設問 1〕(1)

- 1 設立中の会社の法的性質：設立中の会社と成立後の会社とは実質的には同一の存在（同一性説）。

発起人の権限の範囲：会社の設立のために事実上・経済上必要な行為にまで及び、定款に記載される限りで成立後の会社に帰属する。

↓

60 万の賃料と 40 万円の報酬は「設立に関する費用」（28 条 4 号）であり、定款に記載される限りで会社に帰属する。

- 2 《未払いの設立費用について債権者は発起人と会社のいずれに請求できるか》

判例：定款に記載があった範囲内でのみ成立後の会社に帰属し、その他の債務は発起人に帰属

判例の可否・・・定款記載額超過の場合も発起人に請求できるため妥当である。

〔設問 1〕(2)

本件購入契約は財産引受け（28 条 2 号）

《法定の手続を欠いた財産引受けの効力・追認の可否》→追認不可

↓

↓新たに契約を締結している必要がある。

↓

事後設立の手続によって取得（467 条 1 項 5 号・309 条 2 項 11 号）

∴本件機械の価額（800 万円）は、純資産額（3000 万円）の 5 分の 1 を超える。

〔設問 2〕

- 1 取消訴訟（会社法 831 条 1 項）

原告適格 「株主」831 条 1 項後段

出訴期間 平成 28 年 7 月 20 日は、同年 6 月 1 日より「3 か月以内」

- 2 取消事由

- i K が H の代理人として議決権を行使したこと

《定款による代理人資格制限の効力》→株主総会が第三者によってかく乱されるおそれがない場合には、定款（16 条）の効力は及ばない。

→K の議決権行使は認められる。

- ii 「株式の併合をすることを必要とする理由」（180 条 4 項）

甲社の支援によって乙社を立て直す目的を述べていない→理由説明として不十分

- iii I の相続人である L に議決権行使を認めなかったこと（124 条 1 項）

相続人に議決権行使を認めなかった点は「決議の方法が法令…に違反」（831 条 1 項 1

号) する。

∵124 条 1 項は、株式の譲渡により株主が変更された場合の、会社の便宜を図る規定だが、
「一切の権利義務を承継する」(民法 896 条) 包括承継の場合には妥当しない。

↓

裁量棄却はされない。

∵議決権の行使を認めないという「違反する事実」が「重大」である。

iv 買収者である甲社代表取締役 C が決議に参加したこと

取消事由にならない。

∵「著しく不当な決議」、すなわち特別利害関係人以外に著しい不利益が生じるような
決議がなされたとはいえない。

3 取消が認められる。

〔設問 3〕

反対株主の株式買取請求権 (182 条の 4 第 1 項)

L の反対株主該当性

「議決権を行使することができない株主」(同項 2 号) にあたる。

∵同号の趣旨は株主総会で反対の意思を表明することのできない者を救済する点にあるが、
L は甲社の不手際により、株主総会で反対の意思を表明する機会を奪われた者で、趣旨が
妥当する。

→株式買取請求は認められる。

民事訴訟法

設問 1

弁論主義

- ・ 定義
- ・ 根拠
- ・ 第 1 テーゼ

《事実》→主要事実

↓

当事者の主張しない事実は、訴訟資料に限られる。

代理の主張は当事者尋問での A の主張→証拠資料

よって、判決の基礎とすることはできない。

設問 2 小問(1)

1 訴訟物

訴訟物：当事者の主張する法律上の権利義務

本問の訴訟物→○贈与契約（民法条）に基づく目的物引渡請求権 1 個

×売買契約に基づく目的物引渡請求権（民法 555 条）

2 必要な申立て主張

売買契約に基づく目的物引渡請求権について判断することはできない。

∴ 処分権主義

↓

訴えの追加的変更（民事訴訟法 143 条）が必要

「請求の基礎に変更がない」（同条）といえるか。

- i 新旧両請求の利益関係が社会生活上共通 →○
- ii 裁判資料の継続利用可能性 →○

↓

同時履行の抗弁権（民法 533 条）は、権利抗弁である。

→被告である Y からの主張が必要。

設問 2 小問(2)

処分権主義

趣旨→①原告の意思の尊重と②被告の不意打ち防止。

これに違反しない場合には処分権主義に反しない。

i 220 万円の場合

原告の合理的意思は、200 万円より少し多い額を支払ってでも引き渡しを受けたい→①○

200 万円～300 万円の間であれば予測可能→②○

よって、処分権主義に違反しない。

ii 180 万円

原告の請求より低額で、原告の利益となる。→①○

被告が想定する最低限の売却価格 200 万円を下回る →②×

よって、処分権主義に違反する。

設問 3

既判力

- ・ 定義
- ・ 趣旨
- ・ 正当化根拠
- ・ 客観的範囲

《引換え給付判決に生じる既判力の範囲と紛争の蒸し返し》

→確かに、主文に記載。

しかし、訴訟物ではなく、強制執行開始要件にすぎない。

よって、既判力は生じない。

→もっとも、既判力の趣旨は紛争の蒸し返し防止

そして、本問では、当事者が前訴で引換え給付の内容について争っており、後訴で争う
と紛争の蒸し返しに。

そこで、信義則（民事訴訟法 2 条）により、後訴を遮断。

刑法

1 背任罪

(甲について) A の承諾なく時計 Y を買った行為 (背任罪)

《横領罪と背任罪の区別》

→横領罪は成立しない ∵クレジットカードの使用は「他人の物」にはあたらない。

↓

- ①「他人のためにその事務を処理する者が」○
- ②「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で」○
- ③「その任務に背く行為をし」○
- ④「本人に財産上の損害を加えた」○

(甲について) 時計 XY の交付に向けてクレジットカードを提示したこと

(詐欺罪 (246 条 1 項)) の検討

- ①「人を欺いて」

欺罔行為：交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ること

→○

∵クレジットカード利用者が本人でない場合、加盟店は立替払いを受けられなくなる
リスクを負う。

- ②「財物を」 →○
- ③「交付させた」 →○
- ④財産上の損害 →時計自体の交付が損害 ∵詐欺罪は個別財産に対する罪

(甲について) 売上票への記載 有印私文書偽造罪 (159 条 1 項) の検討

偽造：作成者と名義人の同一性を偽る行為

→○

∵作成者：売上表に A と書いたのは甲

名義人：A

《名義人の同意》→クレジットカードは自署が前提なので、同意は無効。

(甲について) 売上票の交付 有印私文書行使罪 (161 条) の検討

問題なし。

(甲・乙) 甲及び乙の体当たり 暴行罪の共同正犯 (204 条・60 条) の検討

i 暴行：不法な有形力行使 →○

- ・共謀 →○ ∵現場共謀あり
- ・共同実行 →○

→暴行罪の共同正犯の構成要件に該当。

ii 違法性

急迫性：法益侵害の危険が存在又は切迫していること →○

防衛の意思：急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態 →○

防衛行為の相当性 →○

→正当防衛（36 条 1 項）として違法性阻却される。

（甲・乙）甲及び乙が A を抑えつけた行為 暴行罪の共同正犯の検討

i 暴行：不法な有形力行使 →○ ∵抑えつけた行為

・共謀 →○ ∵現場共謀あり

・共同実行 →○

→暴行罪の共同正犯の構成要件に該当。

ii 違法性

急迫性：法益侵害の危険が存在又は切迫していること →○ ∵A を抑えなければ再度攻撃
されることが明らか

防衛の意思：急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態 →○

防衛行為の相当性 →○

→正当防衛（36 条 1 項）として違法性阻却される。

（甲・乙）乙が A を石で殴った行為 傷害罪の共同正犯（204 条・60 条）の検討

傷害：人の生理的機能を害する行為 →○ ∵A 気絶

共謀→現場共謀なし

ii 違法性

急迫性：法益侵害の危険が存在又は切迫していること →○

防衛の意思：急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態→甲乙○

防衛行為の相当性 →×

→過剰防衛（36 条 2 項）として任意的減免。

iii 有責性（甲について）

乙が殴ったことを知らない（過剰性の不認識）→護送防衛。

《違法性阻却事由の錯誤》→責任故意なし。

→過失致傷罪（刑法 210 条）が成立。

iv 甲→過失致傷罪

乙→傷害罪の過剰防衛。

(甲・乙) 甲乙が A の財布から現金を抜き取った行為

窃盗罪の共同正犯 (204 条・60 条) の検討

1 甲について

i 客観的構成要件

「他人の財物」→○ ∵A の現金

「窃取」→○ ∵A の意思に反している。

ii 主観的構成要件

不法領得の意思 →○ ∵現金を借金返済にする意図

故意 →○ ∵仮に甲の認識通り死亡していても、殺人犯との関係では窃盗罪が成立する。

2 乙について

財布から現金を抜き取ることについて共同実行の意思・共同実行の事実が認められる。

不法領得の意思 →× ∵財布を捨てる意思しかなく、経済的利用意思がない。

→窃盗罪の共同正犯は成立しない。

器物損壊罪 (261 条) の検討 →成立

↓

共犯の錯誤 →窃盗罪と器物損壊罪は器物損壊罪の範囲で重なる→この範囲で共犯成立。

罪数

甲→①A への背任罪、②時計店への詐欺罪、③時計店へ有印私文書偽造罪、④時計店へ同行使罪、⑤A への過失致傷罪の過剰防衛、⑥A への窃盗罪が成立し、②～④は牽連犯 (54 条 1 項前段) となり、その他は併合罪 (45 条前段) となる。

乙→①A への過失致傷罪の過剰防衛、②A への窃盗罪が成立し、両者は併合罪となる。

刑事訴訟法

設問 1

捜査① ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割った行為

《「必要な処分」(222 条 1 項、111 条 1 項)の意義》

→必要性・相当性が認められれば許容。

→○

《令状の事前提示の要否》→規範！！→○

捜査② 乙のハンドバッグの搜索

《被処分者以外の物の携帯物の搜索差押え》

→同居人の携帯物搜索差押え→搜索差押えを受けた者のプライバシーを審査している場合には許される。

→○

捜査③

《その場に居合わせた者の身体の搜索差押えの可否》

→搜索差押対象物を隠匿した疑いがある場合には、認められる。

→○

設問 2 小問 1

④の証拠

《伝聞証拠の意義》→伝聞証拠にあたる。

↓ 328 条の「証拠」にあたるか。

《「証拠」の意義、自己矛盾供述に限られるか》

証拠 1× ∵甲の署名押印がなく、録取過程の伝聞性が問題

証拠 2○

証拠 4× ∵乙の供述であり、自己矛盾供述にはあたらない

設問 2 小問 2

証拠 3 は、証拠 2 により減殺された甲の証言と一致するものであり、回復証拠にあたる。

↓

《「証明力を争う」の意義。回復証拠含まれるか》

基準：公判廷での供述と一致する供述が真実であることを前提としないものに限られる。

→丁が覚せい剤密輸に関わっていたことが真実であることを前提としている。

→証拠 3 は含まれず、証拠として採用できない。