

【憲法】

〔設問1〕では、仏式での市民葬に対する自治体の関与が、政教分離に違反しないかについての検討を求めた。論点は単純であるが、①X自身の具体的な権利侵害がない本問においてどのような訴訟を提起するのか、②政教分離原則は、20条1項後段、20条3項、89条によって導き出されるが、このうちどの条文に焦点を当てて論じるか、③「目的効果基準」を正確に理解しているか、④設定した判断枠組みを用いて、具体的な事実関係を適切に評価できているか、等が問われている。いずれの論点についても、津地鎮祭判決を中心とした最高裁判例の知識とその応用が求められる。採点に際しては、20条1項後段、20条3項で議論を展開する場合、「宗教団体」または「宗教上の組織」該当性が問題になるところ、本問では20条3項の「宗教的活動」に着目して論じるほうが議論を展開しやすいことを理解できているか、目的効果基準は、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断するという点に実質が存する基準であるということを理解して議論を展開できているか、などを中心に行った。

〔設問2〕では、〔設問1〕とは異なる憲法上の問題を、クリスチャンである遺族の立場から論じることを求めている。いかなる実体的権利の問題として構成するか、それがいかなる意味において制約されていると言えるのか、が主たる論点である。この論点について実質的な検討が行われているか、そして、問題構造が類似する自衛官合祀事件を踏まえながら、本事案では自治体の関与が明確に存しており、単なる遺族間の争いにとどまるものではないという事情を解答に反映させることができているかなどを中心に行った。

## 【刑法】

### 〔設問1の主要な問題点〕

①Zが名刺入れを取得した時点で、Aはすでに死亡していた可能性がある。このことが、Zの罪責にどのような影響を及ぼすか。

②逮捕を免れるために行われたZによるBに対する暴行について、その罪責が、それ以前の事実関係によってどのような影響を受けるか。

#### 〈コメント〉

- ・上記の問題点について、最高裁判例の考え方を前提にした上で、事実関係の分析・検討が的確に行われているか（かりに最高裁判例の考え方を支持しないのであれば、㊸最高裁判例の考え方を正確に記したうえで、㊹それを支持しない理由を十分に記述し、㊺事実関係の分析・検討が的確に行われているか）が、主たる採点対象である。
- ・名刺入れに対するAの占有が否定されたとしても、名刺入れに対する窃盗未遂罪成立の余地がある。このことを前提にした上で上記②の問題点に解答している答えは、きわめて少数にとどまっていた。
- ・本問の事実関係を前提にする限りは問題が生じる余地のない論点について、長々と議論している答えが多数見られた。かりに書かれている内容自体には誤りがなくても、「本問の事実関係においては、何が問われているのか」を理解していないと判断された場合には、むしろ減点の対象となり得た（書かれている内容自体に誤りがあれば、減点対象となるのは当然である）。

### 〔設問2の主要な問題点〕

Aの死因を創出した暴行がX・Yのいずれによるものか立証できなかった場合、X・Y間に意思連絡が認められないにもかかわらず、死亡結果の帰責が肯定されることはありうるか。ありうるとすれば、それはどのような根拠によるものであり、また、どのような条件の下においてか。

#### 〈コメント〉

- ・本問の場合にも、最高裁判例の考え方を前提にした上で、事実関係の分析・検討が的確に行われているか（かりに最高裁判例の考え方を支持しないのであれば、㊸最高裁判例の考え方を正確に記したうえで、㊹それを支持しない理由を十分に記述し、㊺事実関係の分析・検討が的確に行われているか）が、主たる採点対象である。
- ・本問の場合にも、事実関係を前提にする限りは問題が生じる余地のない論点について、長々と議論している答えが多数見られた。これらが減点対象となり得たことも〔設問1〕と同様である。

### 1.貸金債権との相殺の主張 1—表見代理

本問では、AはXを代理して契約者貸付けを受ける代理権を有していないので(無権代理)、Yからはまず表見代理による貸金債権の成立を前提に、これを自働債権とする相殺を主張することが考えられる。

(1) 基本代理権 110条の基本代理権については、①XとAが婚姻関係にあったことから761条と110条の問題、及び、②保険契約について代理権が授与されていたことから112条と110条の重畳適用を検討することになる。

(2) 代理権ありと信じる正当理由 110条につき、代理権ありと信じる正当な理由とは、善意無過失の意味であり、過失判断においては、相手方の本人への意思確認義務の有無が問題になる点を指摘すべきである。同居の親族であることまた貸付けであるなどから、本人への確認義務が認められる可能性が高い。

### 2.不当利得返還債権との相殺

(1) 預金債権の成立と不当利得 Aの借入行為が無権代理であるとしても、振込による預金債権の成立には原因が不要と解されるので、Yの振込によりXは有効に預金債権を取得することになる。そこで、YはXに対する不当利得返還債権を自働債権として満期保険金債権との相殺を主張することが考えられる。

(2) 利得消滅の抗弁 これに対して、XはAが振り込まれた預金の払戻しをなしたことから利得が残っていないと主張する。そのためには、478条により弁済が有効であることを債務者たる銀行ではなくXが主張することになるが、478条が適用できるのか、それをXが援用できるのかを検討すべきである。

### 3.貸金債権との相殺の主張 2—478条の類推適用

(1) 478条の趣旨と詐称代理人への適用 まずは、478条の制度趣旨、次に、債権の準占有者(改正法では変更される。)に詐称代理人が含まれることを確認すべきである。

(2) 478条の類推適用 (1)の確認をした上で、以下の点を検討することになる。

(a) 478条の類推適用の可能性 ①経済的・実質的には、本件貸付けは期限前の解約払戻金の支払に相当すること、また、②特約により借り入れることが権利であり、保険会社側は貸付けを義務づけられていることから、弁済ではなく貸付であっても478条の類推適用が考えられる。

(b) 類推適用の対象となる行為の分析 478条の類推適用の対象となる行為が、相殺なのか、貸付(あるいは相殺まで含む一連の行為)なのかを理論的に説明する必要がある。

(c) 善意無過失の判断時期など (b)の分析を踏まえて、善意無過失の判断時期が、貸付時か、相殺時かを検討すべきである。また、貸付時とした場合、表見代理では過失ありとしても、478条の類推適用においては、弁済と同視されることから、過失を否定することが考えられる。

## 【商法】

競業取引の規制についての理解を試す基本的な問題である。

問1では、会社法第356条第1項第1号の「株式会社の事業の部類に属する取引」の該当性の検討を前提として、取締役が具体的な法令に違反した場合の会社に対する任務懈怠責任（会社法第423条第1項）について解答することが求められている。任務懈怠責任の各要件について、着実な検討をなすことが必要であるが、特に、取締役又は第三者のために行われた競業取引について、会社の事前の承認がない場合には、会社法第423条第2項が適用され、本問では、乙社が得た利益の額である1億円がYの競業取引によって甲社に生じた損害の額と推定される点に留意すべきである。

また、問2では、規制に違反した競業取引の効果を解答することが求められている。この点、通説は、競業取引は会社以外の者と取締役の間の取引であり、これを無効としても、会社にとっては救済にならないとして、有効と解している。本問の取引を無効と解する根拠はないであろう（心裡留保や表見代理の法理等を持ち出すまでもなく取引は有効とすべきである）。

## 【民事訴訟法】

### 問 1

本問は、前訴が一部請求の場合における残部請求の後訴の処理を問う問題である。ポイントとなる点は、①前訴が一部請求であることを明示していた場合の処理が、判例（最判昭和 32 年 6 月 7 日，最判昭和 37 年 8 月 10 日）の考え方を踏まえたうえで（判例に対する賛否は問わない）適切に論じられていること、②一部請求の前訴が請求棄却であった場合の処理が、判例（最判平成 10 年 6 月 12 日）の考え方を踏まえたうえで（判例に対する賛否は問わない）適切に論じられていること、③前記の判例は、一部と残部が均質であることを前提とするものであるが、本問の事例では均質性が認められるかどうか適切に論じられていること等である。

### 問 2

本問は、いわゆる将来給付の訴えの利益を問う問題である。ポイントとなる点は、①現在給付の訴えにおける訴えの利益と将来給付の訴えにおける訴えの利益とで考え方が異なる理由が適切に論じられていること、②民訴法 135 条に定める「あらかじめその請求をする必要がある場合」についての解釈論が適切に展開されていること、③不法占拠型の継続的不法行為の場合における将来給付の訴えの利益に関する議論が他の類型との比較を意識しつつ適切に論じられていること等である。

## 【刑事訴訟法】

### 問題 1

手続が作動する仕組みに関する基本的な知識を問う設問である。

(1) 被疑者としての勾留が起訴の時点で 自動的に (=勾留質問や勾留の裁判等の手続を一切経ることなく) 被告人としての勾留に切り替わり、身体拘束がそのまま継続することについて、設問の指示に従い、根拠となる条文 (刑訴法 208 条 1 項 [反対解釈], 60 条 2 項) を示しつつ, 説明することが求められる。

(2) 逮捕の基礎とされた A 事実の嫌疑が消滅した場合に、B 事実でいきなり勾留することの可否について、設問の指示に従い、逮捕前置主義 (・事件単位説) という法原則を摘示しつつ, その趣旨と関連付けながら説明することが求められる。

(3) 本問の調書が刑訴法 321 条 1 項 2 号後段の要件を満たして証拠能力を認められる場合について、設問の指示に従い、設問の事例で予想される「証拠調べ手続の進行」\*に留意しつつ, 事例に即して具体的に説明することが求められる。

\* 「証拠調べ手続の進行」としては、冒頭手続で犯行を全面否認した被告人 X・弁護人が、X の犯人性を示す内容の V の調書について刑訴法 326 条の同意をするか否か、同意が得られないとすれば V の供述を証拠として用いるために検察官はいかなる方策を採ることになるかを考える必要がある。その上で、本問の事例で「前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述」(刑訴法 321 条 1 項 2 号後段) とは具体的に何を意味するか、また、「前の供述を信用すべき特別の情況」(同項ただし書) とは具体的にどのような事情であるのかを「説明」することが求められる (事例が与えられている以上、それに即した説明が求められる。条文の文言を引き写すだけでは本問の要求に応えたことにならない)。なお、V の調書を X の犯人性立証のために用いる場合にそれが伝聞証拠であることは明らかであり、本問はその点について立ち入った説明を求めるものではない。

### 問題 2

簡単な事例を素材としつつ、手続が作動する仕組みに関する基本的な知識を問い(下線部①)、併せて、強制処分と任意処分の区別、任意処分の適法性の判断基準という最も基本的な事項についての正確な知識・理解とあてはめの能力を試す(下線部②)設問である。

#### 下線部①

A 銀行三田支店の支店長が「任意に提出した」ブルーレイディスクを「領置」した上で(刑訴法 221 条)、「押収物」(領置は押収の一種である)についての「必要な処分」(刑訴法 222 条 1 項が準用する 111 条 2 項)として記録された撮影データの解析をすることができることを、根拠条文を挙げつつ説明すれば足りる。なお、押収した証拠物を捜査機関が精査し捜査の続行や起訴・不起訴の判断のための資料として活用することは刑訴法が予定するところだと考えられるので、破壊等を伴わない限り、刑訴法 222 条 1 項・111 条 2 項を持ち出すまでもなく当然に解析をすることができるという説明も可能である。

#### 下線部②

最高裁の指導的判例(最三小決昭和 51・3・16 刑集 30 卷 2 号 187 頁=百選第 9 版 1 事件・第 10 版 1 事件)あるいは通説に従い、強制処分と任意処分の区別の基準(強制処分

の意義)と任意処分の適法性判断基準について正確に述べた上で、それを設問の事例に適用し、結論を導出することが求められる(最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁＝百選第10版30事件への言及の有無は問わない)。本問と類似の事案で同様の行為を任意処分として適法とした最高裁の判例(最二小決平成20・4・15刑集62巻5号1398頁＝百選第9版9事件・第10版8事件)が存在する以上、これと異なる結論を採る場合には、相応に説得的な論証が必要である。