# 問題１　人権享有主体性①

株式会社Ｘは、Ｙ市に所在する企業である。株式会社Ｘは、その会社敷地内に「××法案は不当である。断固として法案可決に反対する」と書かれたポスターを設置した。ところが、Ｙ市は、近隣住民から苦情が寄せられていることから、ポスターを撤去するように行政指導を行おうとしている。Ｙ市による行政指導が行われた場合、株式会社Ｘは憲法上の権利が侵害されると考えている。この場合、問題となる権利は憲法上保障されるのか。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　株式会社Ｘの××法案に反対するポスターを設置する自由が憲法上保障されるか。株式会社Ｘは自然人ではない法人であるため、人権享有主体性が問題となる。

２　この点、法人は一個の社会的実体として社会における重要な構成要素である。そこで法人も、性質上可能な限り人権保障が及ぶと考える。

　本件についてみると、法人も一個の社会的実態として政治的批判をする主体となりうるため、法人の表現活動を観念することは可能である。

　したがって、政治的表現の保障が法人である株式会社Ｘにも性質上及ぶと考える。

３　よって、上記自由は憲法２１条１項で保障される。

以上

# 問題２０　職業選択の自由

Ｙ県では、簡易な設備の理髪店が急増したことから、従来の理髪店の利用客が激減していた。そこで、Ｙ県は、理容師の資格と業務について定めた理容師法の「公衆衛生」の向上を図るという目的で、理髪店に染髪の設備の設置を義務付ける条例を制定した。本件条例には、設置義務に違反した業者に理髪店の閉鎖を要求することができる条項が設けられている。

Ｘの主張の骨子を審査基準定立の部分まで説明せよ。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　本件条例は、理髪店に解説者が染髪設備を設置せずに理髪店を営業する自由を侵害し２２条１項に反しないか。

２　２２条１項は職業選択の自由を保障するが、自己の選択した職業を遂行する自由まで含まれないと無意味となるため、同項は営業活動の自由も保障すると考える。

したがって、上記自由も営業活動の自由の一環として同条で保障される。

３　本件では、本件条例の設置義務に違反した場合、閉鎖を要求され得るという強度の不利益があるため、上記自由は同不利益を背景に事実上制約されている。

まず、上記自由は、各人が自己の個性を全うすべき場所として、個人の人格的価値とも不可分の関連性を有する重要なものである。

他方で、上記自由は、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、公権力による規制の要請が強く、制約の必要性が内在する権利である。

また、上記規制は閉鎖要請という強度な不利益を背景にして、一定のコストのかかる設備の設置を強制するものであるから、設備を設置しない理髪店の営業を事実上禁止する強度の規制である。

さらに、規制目的について積極・消極について二分する考え方もあり得るが、規制の背景が複雑した現代社会では規制の目的が併存することもあるため、単純な二分論は妥当でない。そこで、規制目的を分析しつつ、当該規制が立法府の裁量になじむか否かを考慮するべきである。

４　本件についてみると、確かに従来の理髪店の利用客の減少が規制の契機になっていることに着目すれば、積極目的な要素がある。しかし、本件規制はあくまで。理容師法に基づき公衆衛生の向上という福祉主義（２５条）の要請に叶う目的からなされたものである。そうだとすると、公衆衛生の向上を目指した判断は、必ず政策的判断が尊重されるわけではなく、裁判所の審査に馴染むものと言える。

そこで、目的が重要であり、手段が目的との関係で効果的で過度でない場合には上記制約は正当化されると考える。　以上

# 問題６　行政裁量①

＜ＭＥＭＯ＞

国家公務員Ａは、１００円の商品を万引きしたために懲戒処分として免職処分となった。
Ａが万引きするのは初めてであるし、他に万引きした人であってもいきなり免職処分になることはなかった。
Ａは処分が重すぎるとして取消訴訟を提起したが、免職処分は違法となるか。

〇国家公務員法
第八十二条　職員が、次の各号のいずれかに該当する場合においては、これに対し懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。
一　この法律若しくは国家公務員倫理法又はこれらの法律に基づく命令に違反した場合
二　職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合
三　国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

解答

１　免職処分は、「非行」（国公法８２条１項３号）にあたることは問題ないが、免職処分を課すことは裁量の逸脱・濫用（行訴３０条）として違法とならないか。
２　裁量の有無
まず、国公法８２条１項柱書は、各号に該当する場合は、免職など４つの処分をすることが「できる」と規定している。これは、処分をするかしないか、するとしてどの処分をするかの裁量を認めている規定といえる。また、諸般の事情を考慮して判断するものであるから現場の者にある程度の幅をもって判断させることが望ましい。
したがって、懲戒権者には裁量が認められる。
３　逸脱濫用の有無
判断過程に不合理な点がある場合には、裁量の逸脱濫用となる。
Ａの万引きは初めてであるにも関わらず、一番重い免職処分というのは、判断過程が不合理といえるし、他の人との比較でも判断過程が不合理といえるから、裁量の逸脱濫用がある。
４　したがって、違法である。
以上

# 問題１３　処分性②

Ｘは、病院を開設するにあたり医療法７条１項の許可が必要であったため、病院許可申請をした。もっとも、Ａ県知事Ｙは、当該医療圏における病床数が必要な数に達しているとの理由で医療法３０条の７に基づき中止勧告を行った。

病院を開設するにあたって保健医療機関の指定をしてもらう必要があるが、当時は、勧告に従わなかった場合、保健医療機関の指定が拒否される運用になっていた。

そこで、Ｘは、中止勧告を取り消す取消訴訟を提起したが、中止勧告に処分性は認められるか。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　中止勧告に処分性（３条２項）は認められるか。

２　公権力の主体たる国又は地方公共団体が行う行為のうち（①公権力性）、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められている場合（②具体的な法効果）には、処分性が認められる。

まず、中止勧告は、一方的に行うものであるから、公権力性が認められる（①充足）。

そして、確かに、勧告は行政指導にも思えるし、不服従を理由に病院開設が不許可になるわけでもないため、法効果性が認められないとも思える。

しかし、勧告不服従は、相当程度の確実さをもって保険医療機関の指定拒否という結果をもたらす（②充足）。また、病院開設後に指定拒否処分を争うのは困難であるから、実行的な権利救済の必要がある。

３　したがって、処分性が認められる。

以上

# 問題２　虚偽表示

Ｘは、令和２年７月１日、Ｙから甲土地を購入した。ＸはＹに対して、甲土地の所有権移転登記手続きを請求した。しかし、実際には、Ｙは甲土地の所有者ではなく、Ｚが真の所有者であり、Ｙ からＺへの売買契約はＹがＺに無断で行った実態のないものであるが、Ｚが容認していたという事情があった。Ｘは、かかる事情について知らなかった。

Ｘは、自らが９４条２項の「第三者」にあたり、Ｙ Ｚの売買契約が無効であることを対抗できないのではないかと考えている。かかる主張の当否について検討せよ。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　まず、ＹとＺは通謀して、Ｙ Ｚ売買という虚偽の外観を作出したわけではないため、９４条１項、２項は直接適用できない。

２　しかし、９４条２項の趣旨は、真権利者の帰責性もと作出された虚偽の外観を信頼した者の信頼を保護し、取引の安全を図る点にある。そうだとすれば趣旨が妥当する範囲では取引の安全を図るべきである。

そこで、虚偽の外観が存在し、その作出に本人の帰責性が認められ、第三者の正当な信頼が認められる場合には、９４条２項を類推適用できると考える。

そして本人の帰責性が大きい時は、第三者は善意であり無過失は要求されず保護されると考える。

本件では、甲土地の所有者はＺであるのにＹであるかの様な虚偽の外観がある。また、Ｚかかる状態について容認していたのだから、Ｚに帰責性が認められる。さらに、Ｘはかかる事情について善意であった。

３　よって、本件では９４条２項の類推適用によって、ＹはＹＺ間の売買契約の無効をＸに対抗できない。

以上

# 問題２４　債務不履行に基づく損害賠償請求②

Ｘは、令和２年５月１１日、Ｙに対して、１００万円で甲動産を売却した。もっとも、甲動産は令和２年５月１３日にＹの元へ届ける運搬中にＸの不手際で壊れてしまった。甲動産は、その価値が急上昇しており、Ｘはそのことを知りながら、Ｙに甲動産を売却した。Ｙは令和２年５月１５日には、甲動産をＺに転売する確実な機会があり売却する予定であった。令和２年６月には甲動産は２３０万円まで価値が上昇するはずであったが、２年５月１５日の甲動産は１００万円が客観的な相場だった。

損害賠償の範囲及び価格についてどのように考えるべきであるか。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　４１６条１項は、相当因果関係の原則を規定し、２項はその基礎とすべき特別の事情の範囲を示した規定である。

２　損害賠償の価格算定の基準時が問題となる。

この点、履行不能の場合には、債務者が損害賠償請求権を取得するタイミングは、履行不能時であり、原則として履行不能時である令和２年５月１３日を基準とすべきである。

もっとも、目的物の価値が上昇するという特別な事情があり、債務者がそのことを履行不能時に予見すべきであった場合には、上昇した現在の価格を基準とすべきである。

３　しかし、本件では、Ｙは令和２年５月１５日には、甲動産をＺに転売する確実な機会があり売却する予定であったのだから、甲動産の価値が上昇するまでに確実に処分することが見込まれていたと言えるため、上昇価値をＹが得られることはなかったと言える。

４　したがって、履行不能時である令和２年５月１３日を基準とすべきである。

以上

# 問題１　法人格否認の法理

Ａに対して１０００万円の債務を負う甲社は、Ａからの請求を免れるために全財産を出資して乙社を設立した。
もっとも、甲社と乙社の財産や業務は混同しており、交渉している人間も変わらなかった。
この場合、Ａは誰に対し１０００万円を請求できるか。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　甲社と乙社は別人格であり、Ａの甲社に対する債務が乙社によって引き受けられていない以上乙社に対して直接債務の履行を請求できない。
　では、法人格否認の法理により、甲社と乙社を同一視し、甲社に対して請求することはできないか。
２　法人格否認の法理とは、特定の法律関係についてのみ法人格の独立性を否定し会社とその背後の株主を同視して、事案の衡平な解決をはかる法理である。そして、法人格否認の法理の趣旨は、正義・公平にあるから、法人としての実体がないような場合や法人格が濫用されている場合には、権利の濫用（民法１条３項）として、法人格を否定することが可能であると考える。
　そして濫用事例の場合、背後者に違法不当な目的があるか否かが重要となるから、①背後者が会社を自己の意のまま道具として用いている支配要件に加え、②違法または不当な目的が認められた場合、法人格が否定される。
３　甲社と乙社の財産や業務は混同しており、交渉している人間も変わらなかったのであるから、支配しているといえる（①充足）。そして。請求を免れるために全財産を出資して乙株式会社を設立しているから、不当な目的が認められる（②充足）。
４　よって、Ａは乙社の法人格を否定し甲社に１０００万円請求することができる。

以上

# 問題１５　株主総会決議取消しの訴え②

５月２１日に乙社では株主総会が開かれた。この株主総会では、甲社を吸収合併存続会社、乙社を吸収合併消滅会社とする合併に関する契約・計画に関して、出席株主の６０％の賛成で承認が得られた。

もっとも、乙社株主が著しく安い対価しか受け取れない合併案であるし、議決権６０％を有する甲社が決議に賛成していた。

６月２０日に、乙社の株主であるＸが株主総会決議取消しの訴えを提起した場合、訴えは認められるか。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　株主総会決議取消しの訴え（８３１条）は認められるか。

２　Ｘは「株主」であり、株主総会決議の５月２１日から３カ月以内である６月２０日に訴訟を提起しているから（同条条１項柱書前段）、訴訟要件を満たす。

３　では、取消事由があるか。同条１項３号に該当するか問題となる。

「特別の利害関係を有する者」とは、決議について他の株主と共通しない利害を有する者である。そして、「議決権を行使したことによって」の文言から、議決権の行使と不当な決議の間に因果関係が必要であり、「著しく不当な決議」とは、多数決権の濫用により少数株主の利益が著しく害され、資本多数決の原理を修正してでも効力を否定すべき決議をいう。

甲社は、合併によって利益を得る者であるから、他の株主と共通しない利害を有する者であり、甲が賛成しなければ、決議は承認されなかったといえる。

そして、この合併がなされれば乙社の少数株主の利益が著しく害され、少数株主は為す術もないから、多数決の原理を修正してでも効力を否定すべきである。

よって、３号事由が認められる。

４　したがって、Ｘの訴えは認められる。

以上

# 問題１２　処分権主義①

　ＸはＹが運転する車に轢かれ、重傷を負った。そこで、ＸはＹに対し、裁判によって、治療費５００万円と慰謝料３００万円の計８００万円を請求した。裁判所が、治療費３００万円と慰謝料５００万円が認められるとの心証を抱いた場合、どのような判決をすべきか。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　Ｘは治療費５００万円と慰謝料３００万円と主張しているが、裁判所は心証通り治療費３００万円と慰謝料５００万円という判決をすることができるか。治療費と慰謝料が別個の訴訟物であると考えると、慰謝料の判決が申立て金額を超えた額の認容判決となり、２４６条に反することから問題となる。

２　この点について、実体法を基準に考えると、財産的損害賠償は民法７０９条に基づく請求権であり、精神的損害賠償は同法７１０条に基づくものであるから、訴訟物が異なるとも考えられる。

　しかし、慰謝料の認定は、証拠に基づく厳密な認定ではなく、法的評価であり、財産的損害を積み上げてもなお賠償が十分でない場合にその填補として機能するものである。そうだとすると、被害者保護の観点から、財産的損害賠償と精神的損害賠償は同一の訴訟物と考える必要性がある。

　また、財産的損害賠償と精神的損害賠償はどちらも人の身体に対する一つの不法行為に基づく損害賠償という点では共通しており、訴訟物を一つと考えることも可能である。

　したがって、財産的損害賠償と精神的損害賠償は一つの訴訟物と解する。

　これを本件についてみると、治療費と慰謝料は同一の訴訟物である。

３　よって、Ｘの申立額８００万円に対し裁判所の心証も８００万円になるから、裁判所は心証通り全部認容判決をすべきであると解する。

以上

# 問題２２　既判力②

　ＸがＹに対して売買契約に基づく代金支払い請求をしたところ、Ｙは売買契約の無効と弁済を抗弁として主張した。裁判所がＹの弁済の抗弁を認めＸの請求を棄却し、その判決は確定した。
　その後、ＹがＸに対し、当該売買契約が無効であったとして原状回復請求訴訟を提起した場合、裁判所はどのような判断をすべきか。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　Ｙが原状回復訴訟を提起し、本件の売買契約が無効であることを主張することは、前訴の後訴における通用力ないし拘束力たる既判力（１１４条１項）に反して許されないのではないか。ＸのＹに対する訴訟の既判力が生じる範囲を検討する。

２　まず、審理の弾力化という観点と、当事者の攻撃防御方法が集中する訴訟物に及ぼせば十分であるから、既判力の客観的範囲は主文に包含する訴訟物（同項）である。したがって、本件では売買契約に基づく代金支払請求権（民法５５５条）の存在に既判力が生じる。
　次に、既判力の正当化根拠は手続保障充足に基づく自己責任であるから、既判力の主観的範囲は、手続保障の及ぶ当事者に限られる（１１５条１項１号）。したがって本件ではＸとＹに既判力が及ぶ。
　そして、既判力の正当化根拠は手続保障充足に基づく自己責任であるから、既判力の時的限界は手続きが可能である事実審の口頭弁論集結時である。したがって、本件ではＸのＹに対する訴訟の事実審口頭弁論終結時である。

３　そして、Ｙの原状回復訴訟の訴訟物は、売買契約無効に基づく原状回復請求権（民法１２１条の２）であるから、これと売買契約に基づく代金支払請求権が存在することは売買契約の有効性という観点から両立しない、矛盾するものといえ、Ｙの原状回復訴訟に既判力が及ぶ。

４　したがって、Ｙの主張は前訴の事実審口頭弁論終結前の事情を主張するものであるから、既判力によって遮断される。よって、裁判所は、他に主張がなされない限り請求棄却判決をすべきである。

以上

# 問題７　正当防衛①

甲は、集会を開こうとした際、対立するＡらの襲撃を受け撃退したものの、再びＡらが襲撃するのを予期して反撃の準備をしていた。

そして、Ａらが襲撃してきたため、加害の意思をもって鉄パイプで殴打し、怪我をさせた。

甲の罪責を述べよ。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　まず、甲が暴行を加えた行為は、傷害罪（２０４条）の構成要件に該当する。

２　次に、正当防衛（３６条１項）が成立し、違法性が阻却されないか。

正当防衛は緊急状況下での対抗行為を例外的認めるものであるから、「急迫性」が要求されている。そして、侵害の予期に加え積極的加害意思があった場合には、緊急状況下とはいえないから急迫性は否定される。

本件では、侵害を予期しているし、攻撃の意図で怪我をさせているから積極的加害意思が認められる。

よって、急迫性は認められない。

３　したがって、傷害罪が成立する。

以上

# 問題２３　不法領得の意思

甲は、冬の寒さに耐えかねて刑務所で生活する方がましであると考えた。そこで、甲は窃盗犯人として自首するつもりで、携帯ショップに侵入し、携帯電話を３台持ち帰った。

甲の罪責を述べよ。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　窃盗罪（２３５条）が成立するか。

２　甲は、「他人の財物」を「窃取」し、故意も認められる。では、不法領得の意思が認められるか。

不法領得の意思は、①権利者排除意思と②利用処分意思が必要である。そして、窃盗罪は、財物を利用しようとする動機に基づいて行われることから法的非難が重くなるのである。そこで、②は、財物それ自体から直接利益を得る意思と考えるべきである。

本件では、刑務所に入ろうとしているが、これは財物を奪取したことの結果にすぎず、携帯電話自体から直接得られる利益ではない。

よって、利用処分意思がなく、不法領得の意思が認められないため、窃盗罪は成立しない。

３　もっとも、器物損壊罪（２６１条）が成立する。

以上

# 問題１１　令状の呈示

警察官甲は、大麻等取締法違反の疑いで捜索場所を「Ａの住居」、差し押さえるべき物を「大麻」とする捜索差押許可状の発付を受け、Ａの住居に出向いた。

甲はＡの住居の呼び鈴を鳴らしたところ、中から「やべえ！ポリ公だ！」という声がしたため、鍵の開いていた玄関から室内に入り、部屋の真ん中でＡに令状を呈示した。

令状呈示前にＡの住居に立ち入った甲の行為は適法か。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　甲は、令状を事前に提示することなく甲の住居に立ち入るという捜索行為に着手しているが、かかる行為は適法か。令状の事前提示の必要性が問題となる。

２　この点について、１１０条の趣旨は被処分者の人権保障にあるから、明文の規定はないものの原則として事前呈示が必要となると解する。もっとも、常に令状の事前呈示を要求すると、その間に証拠隠滅の恐れがあり、真実発見の要請（１条）が害される恐れがある。そこで、①捜索・差押えの実効性確保のために必要であり、②短時分の先行にとどまるなど相当性が認められる場合には例外的に執行に着手した後速やかに呈示することで足りると解する。

これを本件についてみると、本件の差し押さえるべき物は大麻であり、大麻はトイレに流すなどして証拠隠滅が容易であるし、部屋の中から「やべえ！ポリ公だ！」という声が聞こえているから、令状を呈示する前に証拠隠滅される恐れがあるから、部屋に入ってＡの行動を制止する必要性があった（①）。

さらに、甲はＡの部屋に立ち入ってすぐに令状を呈示しており、短時分の先行に留まっており、特段有形力を行使したような事情もないから、相当性が認められる（②）。

３　したがって、要件満たすから、甲のかかる行為は適法である。

以上

# 問題２４　逮捕に伴う差押えの物的範囲

警察官甲は、覚せい剤取締法違反の疑いのあるＡについて逮捕状の発付を受け、Ａの居宅に向かい、Ａを適法に逮捕した。

甲は、その場ですぐさまＡの身体を捜索したところ、Ａのズボンのポケットから刃渡り約１０センチメートルのナイフが発見されたため、これを取り上げた。

甲の行為は適法か。逮捕に伴う捜索・差押えが時的・場所的に許されることを前提に論じなさい。

＜ＭＥＭＯ＞

解答

１　甲は、逮捕に伴う捜索・差押え（２２０条１項２号）に際して、嫌疑である覚せい剤取締法違反とは関係のないナイフを取り上げているが、かかる行為は適法か。逮捕に伴う差押えにおける物的範囲が問題となる。

２　この点について、同項が令状主義の例外を認める趣旨は、逮捕現場には被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が高いことに加えて、そのような証拠が隠滅破壊されることを防ぐため、緊急の必要性が高いからである。そこで、逮捕に伴う無令状での差押えは、逮捕被疑事実に関連するものに限られると解する。もっとも、逮捕を妨害するような物については、逮捕に伴う実力行使として、必要かつ相当な範囲で取り上げることが許されると解する。

　これを本件について見ると、確かにナイフは覚せい剤とはなんら関係が無いから、これを差し押さえることはできない。しかし、ナイフを使えば逮捕を妨害しうるから、これを取り上げる必要があり、これを破壊したり無理やり奪ったりしてはいないから、相当な態様で取り上げたと言える。

３　したがって、逮捕に伴う実力行使として、甲の行為は適法である。

以上