

本問では、いわゆるヘイトスピーチを刑罰という制裁を伴わせて禁止する条例案 12 条、13 条、14 条、23 条が憲法 21 条 1 項の表現の自由に違反しないかが問題になる。

判例は、同様のヘイトスピーチについて発言者の氏名や名称等の公表を行うことを定めた条例の規定が憲法 21 条 1 項に違反しないかが争われた最近の事案で、「本件各規定の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的な制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である」と述べて、いわゆる比較衡量により合憲性を審査したことが知られる（最判令和 4・2・15 民集 76 巻 2 号 190 頁〔大阪市ヘイトスピーチ条例事件〕）。この事案では、問題となる言動は、民族全体等の不特定かつ多数の人々を対象とする表現活動のように直ちに民事上・刑事上の責任を生じさせるものでなくても、殊更に当該人種若しくは民族に属する者に対する差別の意識、憎悪等を誘発、助長するようなものであるか、又はその者の生命、身体等に危害を加えるといった犯罪行為を扇動するようなものであるといえるから、これを抑止する必要性が高いとする一方で、制限される表現活動は過激で悪質性の高い差別的言動を伴うものに限られ、制限の態様及び程度についても事後的な拡散防止措置等にとどまり、またこの措置の要請に違反しても制裁がなく、氏名等の公表をするにもそれを特定するための強制的な手段がないとして、この制限を合憲と結論づけた。この判例を参照して比較衡量の判断枠組みを用いて合憲性を判断するのだとしても、本問の条例案は刑罰という制裁を伴うものであり制限の程度が強い点で上記判例と事案が異なるので、この点をどう評価するかがポイントになる。

これに対し、学説をベースに考えるならば、本問の規制は内容規制であるので、通説の考え方をそのまま推し進めると厳格審査基準を用いることになる。そうすると、合憲との結論を導くためには、審査基準の適用の場面で相当に説得的な論証をすることが必要になる。そこで、審査基準を緩やかなものにすることも考えられるが、その場合にはその理由づけを説得的に行うことが必要になる。もちろん、厳格審査基準を用いて違憲との結論を導くことも十分にありうるが、ヘイトスピーチの規制が必要ではないかという意見も強いところ、そのような立場の者に対する説得的な論証が求められるだろう。これらの点を論理的かつ説得的に論じられているかがポイントになる。

なお、規定の明確性を論点として出す答案もそれなりに見られたところであるが、徳島市公安条例事件（最大判昭和 50・9・10 刑集 29 巻 8 号 489 頁）や税関検査事件（最大判昭和 59・12・12 民集 38 巻 12 号 1308 頁）など、学説からの批判は強いものの判例はこの論点で違憲としたことはないこと、本問の条例案は、「法」が定める「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」という定義を用い（条例案 2 条 2 号）、さらにその中で規制対象となる言動（とその言動を行う方法）を限定しており（条例案 12 条）、規定の明確性に対する一定の配慮がみられることに留意する必要があるだろう。

なお、本条例は川崎市の「差別のない人権尊重のまちづくり条例」を参考にしている。

（解説）

【設問 1】は、最判平成 9・2・25 民集 51 巻 2 号 398 頁（【民法判例百選Ⅱ第 9 版 56 事件】）の理解を問う基本的な問題である。「建物賃貸借契約において承諾ある転貸借が行われている場合に、原賃貸借契約が賃借人（転貸人）の賃料不払によって債務不履行解除されたことをもって、転貸借契約の効力にどのような影響があるか」（百選解説より）が問われている。B A間の転貸借がCの承諾があり（612 条 2 項）有効であることは、ごく簡単に最初に触れるだけで足りる。

上記最判について、詳細は百選の解説を参照されたい。ポイントになるのは、転貸人の賃借人に対する債務不履行によって原賃貸借契約が解除された後、転貸借契約は、転貸人の「使用収益させる義務」（民法 601 条）が何時から不能となり（412 条の 2 第 1 項）、転貸借関係が終了するか、という点にある（判旨からは転貸借契約の解除は不要で、当然終了とされる）。原賃貸借契約の解除時から直ちに不能となると解する余地もあるが、上記最判は、「原則として、賃借人が転借人に目的物の返還を請求した時点で履行不能となる」とする。本問では、C から B に対して賃貸借契約の解除および目的物の返還の請求がなされていることから、A B間の転貸借契約も終了しており、A の B に対する転貸料債務も存在しない。なお、C B間の解除が効力を生じているのは所与の前提であり、その部分の有効性を長々と論じて A の反論を構成することはできない。原賃貸借契約と転貸借はあくまで別個の契約であることは当然の前提である。

【設問 2】では、民法 613 条 3 項本文により、原賃貸借である C B間の合意解除は転借人である A に対抗できない。契約は相対的効力しかないのが原則であり、解除契約としての合意解除の効果をもって、合意成立前に登場した第三者に対抗できないからである。第三者のためにする契約において、第三者の権利が発生した後に当事者はこれを変更・消滅させることができないとする民法 538 条の法理により、正当化が可能である。したがって、C は、C B間の合意解除をもって A に対抗することができないことから、なお A には甲の占有権原が認められ、A はこれをもって C の返還請求を拒むことができる。

【設問 3】（1）では、【事実】12 における C と D の合意は、民法 605 条の 2 における賃貸人の地位の留保の合意であると考えられる。本件のこの合意は、同条 2 項の要件を充足し、D は C から賃貸人の地位を承継する。よって、D の権利主張は認められる。

【設問 3】（2）において、A が承継された賃貸借関係から離脱する場合、B A間の敷金関係もまた D に承継される（605 条の 2 第 4 項）から、A は費用償還請求権の行使や敷金の返還を求めることが可能である。

第 1. 出題趣旨

本問は、司法試験に出題される可能性が高い財産犯を中心に、正確な理解と論述力を問うものである。

第 2. 採点基準 (80 点満点)

1. X の罪責 (合計 45 点)

(1) 窃盗罪の成否 (合計 25 点)

X は、A 車を後で返却するつもりで A 車を自宅まで無断で運転して持ち出しているので、A 車に対する窃盗罪の成否が問題となる。特に、本問の X は持ち出し行為の段階では一時使用のつもりであったので、不法領得の意思の (権利者排除意思) の有無を説明する必要がある。

①窃盗罪の成立要件 (5 点)

②不法領得の意思の意義 (10 点)

③不法領得の意思の有無に関する評価 (10 点)

X が A 車を持ち出していたのは昼間の約 30 分間であり、この間に A が自動車を使用する可能性があった。次に、A 車は 400 万円相当と高額な財物であり、X が A 車を運転することによりガソリンが消費される。このことから、X が A 車を持ち出す行為は A の使用可能性を制限するものであり、X の使用によって A の車の財産的価値が消耗しうる。したがって、行為時には一時使用のつもりであったとしても、X には権利者排除意思が認められる。

(2) 2 項強盗未遂罪の成否 (合計 20 点)

X は、C を脅してキャッシュカードの暗証番号を聞き出したが、C は反抗を抑圧されることなく半ば同情心から暗証番号を X に告げているので、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことで「預貯金の払戻しを受け得る地位」を強取したとして 2 項強盗罪の成否が問題となる。

①2 項強盗罪の成立要件 (5 点)

②評価 (15 点)

本問では、(i) X の行為が強盗罪の実行行為に該当するか、(ii) 強取しようとした財産上の利益は何か、(iii) 行為と結果との間に因果関係があるかが問題となる。特に、本問では C は同情心から暗証番号を伝えているので、X の行為と結果との間に因果関係がなく、2 項強盗未遂罪にとどまることを説明する必要がある。

(i) ～ (iii) は各 5 点。

2. Y の罪責 (合計 35 点)

(1) 盗品等保管罪の成否 (15 点)

Y は、X が持ち出した A 車を当初は盗品と知らず自宅で預かったが、盗品であると認識した以降も 2 日間自宅で A 車を保管していたので、盗品等保管罪の成否が問題となる。

保管罪が状態犯か継続犯かという議論等を踏まえて、事例に当てはめて評価していれば加点する (結論は問わない)。

（２）横領罪の成否（15 点）

Y は A 車が盗品であることを知りながら保管を続けた後、X に無断で A 車を処分するために公園に乗り捨てているので、横領罪の成否が問題となる。

本問では、窃盗犯人の X から預かった物を無断で処分していることから、（i）X との委託信任関係は保護に値するか、（ii）Y が X との委託信任関係に基づいて物を占有していると解した場合、Y の行為が横領罪における「横領」に該当するかを説明する必要がある。

いずれの結論を採っても構わないが、論理に矛盾がある場合は程度に応じて減点する。

（３）証拠隠滅罪の成否（5 点）

Y が A 車を処分した行為につき、証拠隠滅罪の成否も問題となる。

刑法 104 条では「他人の刑事事件に関する証拠」を隠滅等する行為が処罰されるが、A 車は X の窃盗の被害品であると同時に、Y に盗品等保管罪が成立するとすれば、自己の刑事事件の証拠でもあるといえる。このような場合の証拠隠滅罪の成否につき、判例・学説の理解は様々であるが、矛盾なく説得的な説明ができていれば加点する。

いずれの結論を採っても構わないが、論理に矛盾がある場合は程度に応じて減点する。

【設問 1】

株主による取締役の違法行為差止請求（会社法 360 条）の基本的な理解を試す問題である。前提として B は取締役として A の本件貸付の実行を阻止することは困難である。取締役のうち A と C が賛成している以上、本件貸付けを中止することや A を代表取締役から解職することについて決議が成立する見込みはないからである。

甲社は非公開会社ではあるが取締役会と監査役を設置していることから、差止めの要件は会社法 360 条 1 項のほか 3 項が適用される。他方で非公開会社であることから株式の保有期間の要件は課されない。

差止めの要件については、条文を踏まえて正しく摘示されていることが求められる。そのうえで、本件貸付が具体的にどのような「法令・定款違反」であるかについて、同条の法令定款違反の意義の理解を前提として示す必要がある。「回復することができない損害」については、「回復することができない」ということがどのような状況を指すのかを示した上で、本問において当該要件を充足するかを論じることが求められる。

なお、訴訟による差止めの限界を指摘して仮処分を検討することも考えられる。

【設問 2】

会社法 847 条の責任追及の訴え（以下、株主代表訴訟という）に関する問題である。設問では A が責任追及を回避するための主張の展開が求められていることから、本案である責任の存否の検討ではなく、まず、株主代表訴訟の訴訟要件の充足、具体的には適法な提訴請求の存否を検討する必要がある。

甲社は監査役を置く会社ではあるが、監査役は空席となっている。D は監査役を解任されていることから、D が権利義務監査役（会社法 346 条 1 項）となることはない。会社法上は、監査役が空席であっても「監査役設置会社」であることにはかわりがない（会社法 2 条 9 号）。よって、提訴請求の宛先は甲社監査役ということになるが（会社法 386 条 2 項 1 号）、提訴請求を受領すべき監査役が存在しない。ここで A としては提訴請求の受領権者が存在しないことから適法な提訴請求がなかったことを主張すると考えられる。これに対して、D の立場を踏まえて、このような提訴請求の効力を検討し、あるいは提訴請求を省略して株主代表訴訟を提起することが許されるかどうかについて検討することが求められる。D が仮監査役選任（会社法 346 条 2 項）を裁判所に申し立てた後、仮監査役に対して提訴請求をすることも考えられるが、そのような負担を提訴株主に課すことの当否は検討されてしかるべきであろう。なお、D の監査役解任の決議は「適法」に提案されており、決議方法、決議内容の瑕疵を窺わせる事情もないから、解任決議の効力を争うことには実益はないと考えてよいだろう。

25 C 日程入試 出題趣旨（民訴法）

【設問1】は、訴訟物の前提となる原告の所有権（現所有）を認める被告の陳述（いわゆる権利自白）の裁判所に対する拘束力を検討してもらう問題である。権利自白の意義を明らかにし、その裁判所への拘束力について、法律問題の審理に関する当事者と裁判所の権限の調整という観点から検討してほしい。その上で、裁判所が証拠資料によってXの甲地所有権につき疑義をもったという状況の下で、公平・適正な審判のための判断材料を当事者とどのような方法で共有していくべきかについて、釈明権・法的観点指摘義務等に言及しつつ、具体的に論ずることが求められる。

【設問2】は、Yが甲地のみを紛争対象としてそのX所有を認め、和解により紛争を解決しようとしたが、それが実現せず、他方でXが甲地のみならず、それに隣接する乙地の明渡しまで求めてきたという事例で、Yが権利自白を撤回して甲地についてのXの所有権を争うことができるか、という問題である。自白の当事者拘束力（不可撤回効）の根拠を明らかにしたうえで、当事者間の公平および信義則等の観点から、自白の撤回を認める必要があるかどうかについて説得的に論ずることが求められる。

◎ C日程 刑訴： 出題趣旨および採点基準

本問で要求されるのは、捜査における秘密裏におこなわれる会話の適法性にあって争点となりえる法律上の問題を抽出したうえで、その問題の解決に必要な範囲での法の解釈と、解決のために要する法の適用にとって重要な事実の抽出および意味づけを経たすえの規範のあてはめを論述することである。

論点の中核は、①の聴取・録音と②の聴取・録音のそれぞれについて、「強制の処分」に該当するのか否かという点に関する解釈・あてはめを明確に示すことと、「強制の処分」に該当しないものと評価するのであれば、任意捜査として相当な限度で実施されたのかという点を明らかにするために、これらの点に関する解釈・あてはめを明確に示すことである。なお、統一・一貫した姿勢で問題の解決にあたっているのかどうかを採点の主眼としているため、あえて、①の聴取・録音と②の聴取・録音に分けて設問を立てることはしていない。

論じるべき事項や配点などの詳細については、末尾に示すとおりである。

重要な点については、法の適用に必要な要件・基準の設定に向けて所定の条文に合理的な解釈を施すことや、要件・基準のあてはめに際して重要な事実を適切に抽出して意味づけることなどが必要となる。また、これらの論述の過程では、前記の論点がなぜ生じるのかという点すなわち問題の所在のゆえんも、何らかのかたちで示されていなければならない。さらに、いずれの事項についても、過去の判例・裁判例を意識した論述が求められている。なお、関係する条文が適切に挙示できているのか否かは、採点におけるポイントの1つとなっている。

I. 法の解釈 … 10 点

1. 「強制の処分」に関する法（刑訴法 197 条 1 項・憲法 31 条など）の解釈

： 「強制の処分」該当するのか否かの判断に必要な定義・基準の導出

～ 問題の所在のゆえんを示すのと同時に、強制処分法定主義の意義をもとに定義・

基準を導出する

2. 行為・手段の相当性に関する法（刑訴法 197 条 1 項本文）の解釈

： いわゆる広義の相当性にかかる基準の設定

～ 判断にあたって考慮される各種の要素・事情も提示する

II. 法のあてはめ：①の聴取・録音および②の聴取・録音のそれぞれについて … 合わせて 30 点

1. 当の行為・手段は「強制の処分」該当するのか否か

～ 当の行為・手段の性質を明らかにして基準にあてはめるという態度が要求される

2. 当の行為・手段は相当なものなのか否か

～ 考慮を要する各種の要素・事情に対して評価したうえで、当の行為・手段に