

憲法

1. C自治会による本決定は、Xのように寄付をしたくないと考える者（以下、「Xら」という）の「思想及び良心の自由」を侵害するものとして、憲法19条に反し違憲とならないか。
2. まず、特定の団体に対する寄付はその者の思想等をうかがい知ることができる性質をもつ行為であるから、Xらには自身の金銭等をどこに寄付するか、もしくは寄付しないかということを選択する自由という意味での思想の自由が19条により保障されている。
3. 次に、思想・良心の自由における「侵してはならない」という文言には、思想を理由とする不利益的取扱いの禁止も含まれるところ、本決定によりC自治会が定めた一世帯当たり100円の特別会費を納入しなければ、C自治会規約（以下、「C規約」という）第6条3項及び同4項により、総会における議決権がはく奪されたり退会したとみなされたりする。
そのような不利益を避けるためには、Xらは自身の思想に反する寄付のための特別会費の納入をするほかに手段がない。
エホバの証人剣道受講拒否事件は信教の自由に関する事案ではあるものの、同様の状況で信教の自由に対する間接的制約を認めていることから、本決定は、Xらの寄付に関する思想を理由とする間接的な不利益的取扱いとして、Xらの上記自由を間接的に制約するものである。
4. 違憲審査基準の厳格度は、権利の性質と制約の態様を考慮することにより決定される。
まず、思想・良心の自由は明治憲法下において特定の思想を反国家的なものとして弾圧するという時代背景を根拠として保障されるものであり、とりわけ重要な権利である。
そして、本決定は、上記3のように間接的ではあるものの、退会擬制などの重い処分を用意することによりXらの寄付に関する思想の自由に対する強大な制約となっている。
したがって、本決定の合憲性は、①目的が必要不可欠な利益の保護にあり②手段が目的達成のために必要最小限度のものであるかどうかで判断する。
5. まず、南九州税理士会事件では、税理士会が公益目的で設立されたことや強制加入であることから、様々な思想を有する者がいることが予定されていることを根拠に、思想の自由への制約の是非を慎重に判断している。C自治会は会員相互の親睦や福祉の増進を図り、地域課題の解決などに取り組むことで住みよい地域社会の形成に資することを目的としている（C規約4条）ところ、これは公益目的である。また、本決定は20XX年の台風による豪雨で家屋の浸水などの水害が発生したA市のB地区以外の多くの地域の自治会や町内会へ見舞金として特別会費100円を徴収している。これは、水害という地域課題の解決のためのものであるから「目的の範囲内」（地方自治法260条の2第1項）のものであるといえる。加えて、C自治会は強制加入ではないものの、未加入者にはC自治会の配布物や災害や不幸の際に協力・援助を受けられないから、半強制加入の団体であるとして、上記判例に準じて、Xらの思想の自由に対する制約の是非について慎重に判断すべきである。B地区にある500世帯の約95%に相当する約475世帯がそれぞれ100円を納入すれば、5万円弱集まることになり、水害によりケガを負った人のための包帯や、食料の確保に大きく貢献できるから、本決定は、そのような人たちの身体や生命の安全確保という必要不可欠な利益の保護を目的としている（①）。
そして、本決定により集まった約5万円を利用することで、上記のように包帯や食料を確保できるから、本決定はC自治会の目的達成を促進するとして、手段適合性が認められる。
確かに、本決定により徴収される特別会費は100円と高くなく、その寄付により生活がままならなくなる者がいるとは考えづらいため、100円徴収という手段の必要最小限度性も認められそうである。

しかし、X らのように思想を理由に寄付をしたくないと考える者は、寄付そのものをしたくないのであり、金額の大小は重視していないと思われる。

また、そのように寄付に対する嫌悪感をもつ者は多くなく、ほとんどの会員は「100 円程度であれば良い」と考えるであろうから、X らのようにどうしても寄付をしたくない者は寄付をしなくても C 規約第 6 条 3 項や同 4 項の適用を排除すると定めるというより制限的でない他の選びうる手段によってもある程度目的を達成することはできるから、手段必要性が認められない。

したがって、手段の必要最小限度性が認められない (②)。

6. 以上より、法律家である私のもとに X が相談に来た場合、私は、上記の理由により本決定が X らの思想の自由を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲であるため、X の言う通り法的な問題があると法律家から助言されたら C 自治会に問い合わせると良いと答える。以上

(コメント)

憲法は 19 条が問題になるものでした。

3 ではエホバの証人剣道受講拒否事件で、不利益を避けるためには自身の教義に反する行動をしないとイケないという判旨があったことから、本件に結びつけて認定しました。これは出題趣旨に挙げられている判例ではないものの、一定の評価はいただけるのではないかと思います。

5 でようやく出題趣旨に挙げられている判例の 1 つである南九州税理士会事件を書きました。ここで、問題に挙げられている地方自治法の条文を用いたり、半強制であると評価したりして目的の必要不可欠性を認定しました。

そこからも問題文の事情をかなり多く引用して評価することで、違憲審査基準論で書いた分のマイナスを払拭しようと試みています。

そして 6 でしっかり問いに答える姿勢を見せました。

科目としては過去 5 年分の中で最難関だったと思います。来年以降も同じような難易度の問題となる可能性が高いので準備が必要です。

民法

設問1

1. DのB及びCに対する請求は、甲4階と甲5階の所有権(206条)に基づく返還請求として、その明渡しを請求するものである。この請求が認められるためには、①請求者が目的物を所有していること②相手方が目的物を占有していることが必要である。

まず、請求者Dは2023年3月1日に、当時甲を所有していたAから甲を代金5億円で購入する旨の売買契約(555条)を締結しているから、請求時である同年6月時点で甲の所有権を有する(①)。

次に、相手方であるBとCはそれぞれ甲4階をスポーツショップとして、甲5階をスポーツバーとして使用することで甲を占有している(②)。

したがって、Dの請求は要件を満たす。

2. これに対してBはAから、CはBから甲4階と甲5階について賃貸借契約を締結していることを根拠として占有権原の抗弁を主張することで、Dの請求は認められないと反論する。

Bは2021年5月20日に、当時甲を所有していたAとの間で甲4階と甲5階を賃料月額各100万円で賃借する旨の契約を締結し、それに基づいて同年6月1日に引渡しを受けている。また、Cは甲5階の使用収益権限を有するB(601条)との間で、甲5階に関する賃貸借契約を締結し、それに基づいて引渡しを受けている。

したがって、BもCも賃貸借関係による占有権原を有しているので、Bらの反論も要件を満たす。

3. Dはこれに対する再反論として、Bの無断転貸(612条1項)を理由とする解除(同2項)を主張して、賃貸借の終了に基づく返還請求(601条)をする。

- (1) まず、DはBにとって賃貸人であることをBに対抗するために、賃貸人たる地位の移転を主張する。

BはAから甲を2021年6月1日に引き渡しを受けることで賃借権について対抗要件を具備しており(借地借家法31条)、その状態で2023年3月1日にAからDへ甲という「不動産が譲渡され」ているから、賃貸人たる地位が移転している(605条の2第1項)。したがって、Dは賃貸人たる地位をBに対抗できる。

- (2) そして、「賃借人」Bは、「賃貸人」Aの「承諾を得」ることなく、「賃借物」である甲5階をCに「転貸」して「使用又は収益をさせ」ている。

確かに、転貸時の賃貸人はAであったため、BらはDとの約定に反したわけではないが、AD間の甲に関する売買契約により、DはAから賃貸人たる地位の移転(605条の2)を受けているから、DはAの地位を承継し、無断転貸に基づく解除権を主張できそうである。

4. Bらはこれに対する再々反論として、背信性がないと主張する。

- (1) 612条の趣旨は、個人間の信頼関係を基礎とする賃貸借関係において、無断転貸は原則としてその信頼関係を破壊するとの考えにある。そこで、無断転貸であっても、背信行為でないと認めるに足りる特別の事情があれば、解除権は発生しない。

- (2) 確かに、CはBの妻の弟であり、家族ぐるみで甲におけるスポーツショップを手伝っていたから、赤の他人と比べれば甲の用法等についてよく理解しているはずであるし、BC間の賃料はAB間の賃料と同額の月100万円であり、Bに差額賃料を取得する意思もないといえる。

しかし、スポーツバーはスポーツショップと客層が異なるし、酒類の提供もされうるのであるから、酔った客が甲を破損・汚損等するおそれもある。加えて、Cはスポーツバーの

ために甲 5 階に改装をしており、これも賃貸人 A や D のいずれの意思にも反する。

したがって、B による転貸には背信性が認められるから、B らの反論は認められない。

5. よって、B らの再々反論は認められず、D は、原則通り B らに対する解除権を主張できるから、B らは占有権原なく甲 4 階と甲 5 階を占有していることになり、上記 1 の原則通り、D の請求が認められる。

設問 2

1. 設問前段

まず、5 階建ての甲の屋上部分に亀裂が生じ雨漏りをするようになると、スポーツバーの営業は困難になるから、C が業者に支払った 200 万円は、賃貸目的物である甲 5 階を約定通り使用収益するための費用として「必要費」（608 条 1 項）に当たる。したがって、「賃借人」C は、「賃貸人」B に対してその償還を請求できる。

2. 設問後段

- (1) B が無資力である場合、C は D に対して不当利得返還請求権（703 条、704 条）を行使して補修費用 200 万円を請求すると考えられる。
- (2) まず、C は D の所有物である甲の屋上について、自らの費用 200 万円を用いて修繕しているから、D は C という「他人の財産...によって」200 万円の「利益を受け」ており、反対に C は 200 万円の支払いを B から受けられないことによりその「損失」を被っている。
- (3) 契約上の給付が相手方以外の第三者の利益になった場合、契約上の相手方が無資力であることにより給付をした契約当事者の債権の全部又は一部が無価値となっているときには、給付当事者の損失と第三者の利得の間には、直接の因果関係が認められる。

B が無資力であることで C は本来であれば B に請求できるはずであった（上記 1 参照）補修費用の償還請求権の全部が無価値となっているから、D の利得 200 万円は、C 「の財産...によって」得られたものとして損失との因果関係が認められる。

- (4) 契約上の給付が相手方以外の第三者の利益になった場合、第三者と相手方との契約を全体としてみて当該第三者が対価関係なしにその利益を得たといえるのであれば第三者の利益は「法律上の原因」のないものであるといえる。

BD 間の賃貸借契約では、補修費用に関する特約がないから、原則通り補修費用は D の負担に属するものである。それにもかかわらず、D は B との対価関係なく自身の負担に属する 200 万円の支払いを免れるという利益を得ているから、D の利益は「法律上の原因」のないものである。

- (5) したがって、B が無資力である場合、C は D に対して 200 万円の支払を請求できる。

以上

(コメント)

設問 1

設問 1 は所有権に基づく明渡請求に対して賃貸借の抗弁を主張し、それが認められるかを問われていました。

私は賃貸借を根拠とする占有正権原の抗弁を潰すために、無断転貸（出題趣旨における①の構成）で書きました。これは、出題趣旨の②の構成は 541 条の解除の要件を検討していかなければならず、普段から要件の検討漏れが癖になっていた私にとって、無断転貸構成の方がそのリスクが小さいと考えたからです。①と②のどちらにしても背信行為かどうかという話は書くことになるので、本当にどちらでも良いと思います。

また、B への請求と C への請求を区別せずに書きましたが、これは分けて書いたほうが綺麗ではあるものの、他の科目との関係では、ここでそんな細かいことを気にするよりも他の科目を丁寧にやったほうが総合的な点数は伸びると考えたからです。書けそうなら分けて書いた方が良いことには違いありません。

設問 2

設問 2 の前段は条文に当てはめるだけでした。これは「必要費」の定義を覚えていれば配点を拾えると思います。

後段は①債権者代位権の構成と②転用物訴権の構成がありました。再現答案では①で書きましたが、本答案では②で書いてみました。しかし、明らかに②で書いた方が長いので、個人的には①の構成がオススメです。

問題全体

科目としての難易度は例年通りかと思います。ただ、賃貸借契約の問題は苦手とする人が多いので、しっかりやれば相対的に浮くはずですよ。

刑法

問題 1

1. X が A に組みついて投げつけた行為に傷害致死罪（205 条）が成立するか。

2. 「傷害」とは、暴行等による他人の生理機能への障害をいう。

X は A に対して組み付き、床に投げつけるという暴行によって、A 死亡という究極の生理機能障害を生じさせているから、A を「傷害し」たといえる。

また、A は、X の上記暴行を原因とする急性硬膜下血腫に「よって...死亡」しているとして、因果関係も問題なく認められる。

そして、傷害致死罪は二重の意味での結果的加重犯であるから、その故意（38 条 1 項）としては暴行の故意で足りる。

X には少なくとも暴行の故意は認められるから、傷害致死罪の故意も認められる。

3. ここで、X は B を助けるために上記行為に及んでおり、正当防衛（36 条 1 項）の成否が問題となるが、実際には強盗は B であり、A がゴルフクラブで対峙していた行為に正当防衛が成立して違法性が阻却される以上、B に対する違法な法益侵害がないとして、正当防衛が成立する余地はない。

4. しかし、X は B に対する侵害があると誤信しているから、誤想防衛により責任故意が阻却されないか。

(1) 故意責任を問うためには行為規範の問題に直面して反対動機が形成可能であったことが必要であるが、正当防衛状況の認識がある場合には自己の行為が違法行為であるとの規範に直面することができないから、反対動機が形成できない。したがって、正当防衛状況の認識のもとでなされた行為は事実の錯誤として責任故意が阻却される。

(2) では、X の認識では正当防衛が成立するか。

ア. 「急迫不正の侵害」といえるためには、違法な法益侵害が現在し又は間近に押し迫っていることが必要である。

「強盗だ」という叫び声とともにマスクをしてゴルフクラブを手にしている A が初老の男 B と対峙しており、X の認識では強盗である A が B の身体の安全という法益を違法に侵害する状況が間近に押し迫っているとして「急迫不正の侵害」が認められる。

イ. 「防衛するため」といえるためには防衛の意思が必要であり、専ら攻撃の意思であった場合にはこれが否定される。

確かに、X は A を制圧するために上記行為に及んでおり、攻撃の意思がある。

しかし、X は B に加勢して B を助けるために A と B の間に割って入っているから、防衛の意思もあり、B を「防衛するため」に上記行為に及んだといえる。

ウ. 「やむを得ずにした行為」とは、防衛のための必要最小限度の行為をいう。

確かに、ゴルフクラブを手にしている身長 170cm・体重 65kg の中肉中背の男 A を制圧するためにはある程度強い力でダメージを負わせる必要があった。

しかし、X は身長 185cm・体重 90kg の筋肉質な大学の柔道部のキャプテンであり、一般人と比べて力や制圧能力に大きく長けている。

そうすると、頭から床に思いっきり投げつけることまでしなくても、組みついた状態から軽く足をかけるだけでも十分 A を制圧できたはずであるため、X の行為は B を防衛するために必要最小限度のものとはいえず「やむを得ずにした行為」であるとはいえない。

エ. したがって、X の行為に誤想防衛は成立せず、責任故意は阻却されないが、「防衛の程度を超えた行為」であるとして 36 条 2 項の準用により誤想過剰防衛が成立する。

問題 2

1. X が A の首を両手で数分間にわたって強く締め続けた行為は、殺人罪（199 条）の実行行為にあたる。

そして、A は X の上記行為によって窒息死している。

また、X は気が動転したとはいえ殺意を抱いて行為に及んでおり、故意（38 条 1 項）も問題なく認められる。

したがって、X の上記行為に殺人罪が成立する。

2. X が A のスマートフォンやシステム手帳を持ち帰った行為に窃盗罪（235 条）が成立するか。

(1) まず、窃盗罪の客体となる財物は他人の占有に属していることを要するが、A は X の持ち出し行為時に既に窒息死しており、占有が観念できないのではないか。

ア. 死者の占有は原則として認められないが、致死行為を利用して財物を奪取した者との関係では死者の生前の占有の要保護性があり、占有が認められることもある。

イ. X は自分と A の関係が知られないために、A が窒息死したことを利用してスマホなどを持ち去っているから、X との関係では A の占有が肯定される。

(2) また、A のスマートフォンやシステム手帳は問題なく A という「他人の財物」にあたる。

(3) 次に、「窃取」とは、占有者の意思に反して、財物に対する他人の占有を排除して、自己または第三者の事実的支配下に置くことをいう。

スマートフォンなどの持ち去りは明らかに A の意思に反するし、A の生前の占有を排除してスマートフォンなどを持ち去って自己のバッグのなかに入れて支配しているから、スマートフォンなどを「窃取」している。

(4) 窃盗罪の成立には、故意に加えて権利者排除意思と利用処分意思から成る不法領得の意思が必要であり、利用処分意思が認められるためにはその財物自体を利用する意思が必要である。

X は自己の保身のために自分と A に関わる物を持ち去ることを思いつき、その意思に基づいて持ち去り行為をしているから、故意は当然に認められるし、A が持ち去りを許可するはずはないから権利者排除意思も認められる。

しかし X は、スマートフォンはすぐに破壊し、システム手帳はバラバラにしたうえでシュレッダーにかけようと考えて自分のバッグに入れており、毀棄目的であるといえる。そうすると、その財物自体を利用して収益を上げるなどの目的がないとして、利用処分意思は認められず、不法領得の意思は認められない。

(5) したがって、X の上記行為に窃盗罪は成立せず、財物の効用を害する行為として器物損壊罪（261 条）が成立するにとどまる。

3. X がスマートフォンをハンマー等で破壊した行為には器物損壊罪が成立するが、上記の 2（5）で同じ客体について既に成立しているため、不可罰的事後行為となる。

4. X が A のシステム手帳の中のキャッシュカードを取り出して自室内の物入れの奥に隠匿した行為には、A 死亡により A の相続人等に承継されたキャッシュカードという「占有を離れた他人の物を横領」する行為であるから、占有離脱物横領罪（254 条）が成立する。

5. 以上より、X には 1・2・4 の罪が成立し、これらは併合罪（45 条前段）となる。 以上

(コメント)

問題 1

誤想過剰防衛に関する問題でした。

構成要件該当性は明らかなのでかなり軽く認定するにとどめています。

また、誤想防衛が成立するのは正当防衛が成立しない場合のみなので、それについても 3 で軽く検討しています。

そこから誤想防衛の話をしていますが、これは基礎問で 30 回ほど触れた問題なので何も考えずに淡々と認定しました。「やむを得ずにした行為」の認定において、再現答案ではちょっとした好奇心から大外刈りなどの具体的技名を書きました（もちろん本番でも同じことを書きました）が、ここでは「軽く足をかければ OK でしょう」という内容の認定をしました。

採点基準全てを綺麗に拾ったわけではないですが、私の答案スタイルだとそれを全て拾うのは現実的でないと考え、大きな配点が振られているであろう部分のみ検討しました。

問題 2

死者の占有や不法領得の意思など、窃盗罪の主要部分について問うものでした。

A を殺した行為について、強盗罪は財物奪取意思に担われた暴行・脅迫が必要なので、殺してから財物奪取意思が生じた本件では成立せず、普通に殺人罪が成立するにとどまります。

死者の占有についてはそこまで限界事例でもないので簡単に認定しています。

その後も淡々と構成要件該当性を認定し、故意の後に不法領得の意思について書いています。本来であればそれぞれの内容について「権利者排除意思は～の場合に認められる」などのように規範定立して当てはめるという綺麗な三段論法にする方がもちろん良いのですが、本答案は時間内に書き切ることに重きを置いているので、あえて三段論法を崩しています。

最後に、後に不法領得の意思が発生した場合のキャッシュカードへの窃盗罪について検討しますが、もう占有離れているのだから占有離脱物横領で良いだろうという考えからそのようにしましたが、死者の占有の議論を応用して、「盗んだ者との関係では占有者の元々の占有の要保護性を認める」という感じで占有を認めたくえて窃盗罪を成立させることもできるのかなと思います（これについては完全な妄想であり、学者の先生方に認められるかどうかは分かりません）。

問題全体

科目としての難易度は例年より低めかと思います。これは私が 1 問 1 答よりも事例問題の方が好きということも関係あるかもしれないですが、少なくとも 2023 年度よりは楽でした。

(3 科目通しての戦略)

私は憲法の出題に直感で危機感を持ったので、これを最後に回してゆっくり検討しようと思いました。しかし、結局 50 分も使えなかった記憶があるので、答案の中に妥協する点を作るのも大切だと思います。例えば、刑法であれば構成要件該当性を軽くしているところに私の妥協が見えるかと思います。そもそも完璧な答案をこの時間で書くのは無理なので、出題者が特に聞きたいことを推測して、そこをしっかりと書くくらいでいいと思います。

どちらにせよ、全科目綺麗に 50 分ずつで書くのは厳しいと思うので、科目ごとに大体これくらいの時間を割くという方針を立てる能力も必要だなと思います。

商法

設問 1

1. 株式の譲渡は原則として自由である（会社法（以下略）127条）が、甲社株式は譲渡の際に取締役会の承認を要する（139条1項本文）旨の定めがある譲渡制限株式会社である。そして、もっぱら会社にとって好ましくない者を株主から排除するという定款による譲渡制限の趣旨からすれば、甲社が本件名義書換請求に応じる義務が発生するためには、EF間の本件株式の譲渡が有効である必要がある。

2. そして、EF間の譲渡が有効であるためには、原則として定款通り譲渡承認請求（136条以下）をしたうえで取締役会の承認を受けることが必要である。

「株主」（136条）Eは、Fへの譲渡前に甲社に対して本件株式をFに譲渡することと承認または買取りや買受人指定を求める（140条）記載をした書面を送付している（138条1号）ため、Eによる譲渡承認請求は適法なものである。

しかし、甲社は書面受領後、承認するか否かの決定（139条1項）をしないまま放置しており、承認がないことには変わりはないから、EF間の譲渡は無効なものであるようにも思える。

3. ここで、甲社はみなし承認（145条）により承認を擬制されないか。

（1）みなし承認制度の趣旨は、会社の利益保護にある。そこで、みなし承認の要件を満たしても会社の利益を優先すべき特別の事情がある場合には、みなし承認は成立しない。

（2）「株式会社」甲社はEによる「第三十六条...の規定による請求」としての書面を受領したが、1箇月放置しているから、少なくとも「請求の日から二週間...以内に...通知」をしていない。また、その理由は甲社や関係者に本件株式を買い取る資金の余裕がないという身勝手なものであり、甲社の利益を優先すべき特別の事情はなく、原則通りみなし承認が成立する。

4. みなし承認の成立により、EF間の本件株式の譲渡は有効なものとなるから、EとFがそれを「株式会社その他の第三者に対抗」（130条）するために「共同して」した本件名義書換請求（133条）に対して、甲社は応じなければならない。

また、本件株式は「譲渡制限株式会社」（134条）であるが、「株式取得者」Fの本件株式取得についてはみなし承認が成立しているから、「第三十六条の承認を受けている」（同1号）から、甲社の義務は変わらず成立する。

設問 2

1. 本件選任決議及び本件剰余金配当は、その前提となる本件株主総会決議の「方法が法令...に違反」しているとして「株主」Fによる株主総会決議取消しの訴え（831条1項1号）によって取り消されることで、無効とならないか。

2. 株主総会決議（295条1項）をするためには、その「二週間...前までに、株主に対して」招集「通知を發」する必要がある（299条1項）。

確かに、甲社はA、B及びEに対しては法定事項を記載した適法な招集通知を發している。しかし、EF間の本件株式譲渡は有効であるから、本件株主総会における「株主」はA、B及びFである。にもかかわらず、Fには招集通知が發せられていない。

そうすると、本件株主総会には、Fに対する招集通知漏れがあるから、299条1項という「法令」違反の瑕疵がある。

また、Fは発行済株式総数の20%を支配する株主であり、Fの議決権行使の有無は決議の可否に大きく影響するから、「その違反する事実が重大でな」とはいえないし、「決議に影響を及ぼすものでもあるから、裁量棄却もない（831条2項）。

したがって、「株主」Fは「決議の日から三箇月以内に」（831条1項柱書前段）、「株式会社」甲社を被告として（834条17号）上記瑕疵を主張することにより、本件株主総会決議の効力を取り消すことで、本件株主総会決議は遡及的に無効となる（839条参照）。

3. よって、本件株主総会が無効であるから、適法な株主総会決議を前提とする本件選任決議及び本件剰余金配当も無効となる。 以上

（コメント）

設問1

ここでは、あまり大きな論点があるというよりは条文を大切にしてお答えを書けるかどうかが大きかったのかなと思います。

再現答案では140条を条文としてあげ忘れていましたが、本答案では表記しました（本番で書いたかどうかまでは覚えていませんが、書いていない可能性が高いと思います）。

その後になし承認についてしっかり書きましたが、ここが今回のメインだったのかと思います。

全体的に条文をこれでもかと指摘していますが、問題文にそのような指示がされている以上、条文適示に振られている点数が多いのだろうと考えてとにかくたくさん挙げました。

このように、商法では条文適示に点数が多めに振られているという噂をよく耳にするので、論点がわからなければとりあえずたくさん条文をたくさんあげておくというのも諦めない姿勢として大切だと思います。

設問2

出題趣旨では126条1項を挙げていますが、本番で見つけるのは無理だろうと考えたので挙げませんでした。

299条と絡めながら取消事由を検討していますが、再現答案では裁量棄却について書き忘れた（それに気づいたのが本答案の作成中であつたことから、本番でも忘れていたはずですが）、ので、ここでは条文と絡めながら丁寧に書きました。

問題全体

科目としての難易度は決して高いとまではいえませんが、論点を楽しむようなものではなく条文をとにかく意識する味気ない問題でした。それでも出題趣旨を見るとこれに触れないといけないのかと思わせられることがいくつかあり、深い問題だなと感じます。

民事訴訟法

問1 小問(1)

1. 前訴判決から生じた既判力(114条1項)の遮断効により、Xの後訴提起や解除の主張は遮断されるか。
2. 既判力とは、前訴確定判決の判断内容に与えられる後訴への通用性ないし拘束力をいい、前訴判決の「主文に包含されるもの」すなわち訴訟物の存否に関する判断に生じるのが原則である(114条1項)。

前訴訴訟物はXのYに対する甲地所有権に基づく返還請求権としての甲地明渡請求権であり、前訴は請求棄却判決を下しているから、上記訴訟物の不存在に既判力が生じる。

3. 既判力が作用するのは、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾のいずれかの関係に立つときに限られる。

前訴訴訟物は上記2の通りであり、後訴訴訟物は賃貸借契約の終了に基づく甲地明渡請求権である。訴訟物について、実体法上の請求権ごとに分断して考える旧訴訟物理論を前提とすると、両者は別個の訴訟物ととらえられるから同一ではないし、先決・矛盾の関係にもない。

したがって、前訴判決によって生じた既判力は後訴に作用しない。

よって、前訴判決によりXの後訴提起や主張が遮断されることはない。

問1 小問(2)

1. まず、後訴におけるYの主張は前訴判決により生じた既判力と矛盾するものではないから、既判力は作用せず、既判力により制限されることはない。
2. しかし、後訴におけるYの主張は争点効的作用により信義則上遮断されないか。

- (1) 前訴における主要な争点について、後訴で判断を蒸し返すのは信義則(2条)上許容すべきではない。

また、既判力の正当化根拠は前訴における手続保障に基づく自己責任にあるところ、前訴の主要な争点については当事者が真剣に攻撃防御を展開するはずであるから、自己責任を問いうるだけの手続保障があったといえる。

そこで、①前訴と後訴の主要な要点について②当事者が真剣に攻撃防御を展開し③前訴裁判所が実質的な判断を下している場合には、係争利益が前訴と大きく異ならない後訴において、当該争点に関する前訴の判断に、後訴への拘束力としての争点効を認めるべきである。

- (2) まず、前訴においてYは甲地についてAとの間で15年前に賃貸借契約を締結していたと主張しており、後訴においてはXが賃貸借契約の存在を前提とした請求をしているから、前訴と後訴で共通する主要な争点はAY間の賃貸借契約締結の事実の存否である(①)。

また、Yが唯一の抗弁として賃貸借契約の事実を主張していること、Xがその契約締結の事実を争っていることから、当事者であるXとYは真剣に攻撃防御を展開しているといえる(②)。

そして、前訴裁判所はXの請求原因を認め、Yの賃貸借の抗弁を認めて請求を棄却しているから、上記主要な争点について実質的判断をしている(③)。

- (3) 加えて、前訴も後訴も甲地の明渡しを請求しており、係争利益は変わらない。

3. したがって前訴で認定されたYによる賃貸借契約締結の事実の争点効が生じ、それと矛盾するYの後訴における主張は遮断される。

問2

1. 本件訴えのうち賃料相当損害金の請求は未だ発生していない債権の履行を求める将来給付の訴え（135条）である。この請求に訴えの利益が認められるためには、⑦請求適格があり、⑧「あらかじめその請求をする必要がある」ことが必要である。
- 2（1）まず、将来給付の訴えが認められると、債権者はまだ発生していない請求権についてあらかじめ債務名義を取得できる一方で、債務者は自己に有利な事情変動があった場合は請求異議の訴え（民事執行法35条1項）を提起しなければならないためそのような負担を正当視できる場合に⑦が認められる。具体的には a 請求権の基礎となるべき法律関係や事実関係があり、その継続が予測され b 請求権の成否及び内容について債務者に有利な事情変動があらかじめ予測しうるものに限られており c その事情変動について請求異議の訴えにおいて請求異議事由（2項）として主張しなければならないという負担を債務者に課しても格別不当でないといえれば⑦が認められる。
- （2）Xの所有権に基づく明渡請求が認められれば、Yによる甲地占有が遅くとも判決確定時から不法占有となるが、甲地を農作業に使っていたYは明渡しまである程度の時間を要するから、請求権の基礎となる不法占有という継続性のある事実関係が存在する（a）。
- また、Yに有利な事情変動はYがXと甲地について売買契約や賃貸借契約を締結するなどのものに限られる（b）。
- そして、Yが不法占有者となれば上記事情変動を請求異議の訴えで主張させるという負担を課しても不当ではない（c）。
3. そして、Yに早期明渡しを心理的に強制するためにあらかじめ請求をしておく必要がある（⑧）から、訴えの利益が認められる。 以上

（コメント）

問1

問題文に（1）や（2）という表記があったのでそのように書きました。両方で事情が違うので、一括りにするのはさすがに危険だと思います。

（1）は基礎問で嫌になるくらい見た既判力の典型的なものなので、一筆書きで書くくらいの感覚で書きました。ここにこだわりはなく、基礎問の答案を書き写しただけのような形になっていますが、強いていうなら問題文の指示に旧訴訟物理論を前提にしるとの指示があったので、旧訴訟物理論を理解しているとアピールするためにその定義を軽く書いたうえで訴訟物を特定していることは良いことなのかなと思います。

（2）は争点効でも信義則でも良いとされています。再現答案でもあるように争点効の方がスリムにまとまると思ったのでそれで書きましたが、基礎問67問目が争点効を否定して信義則を書く場合の綺麗な書き方をしているので、気になる方は参考にしてみてください。

私個人としては争点効の方が①②...というようにすることで事情を拾いやすいのでそちらで書きましたが、信義則で書いても何も問題ないです。

問2

ここでは将来給付の訴えの利益に関する規範を書けるかどうかをみられていたように感じます（もちろん出題趣旨③のように適切に当てはめることも重要です）。

出題趣旨①は、そもそもこれが将来給付に関するものなのかを検討することが求められていたのだと思いますが、書き出しの部分で軽めに検討しています。

この将来給付の訴えの利益については総まくり講座や基礎問16問目で詳しく解説されてい

ます。

問題全体

科目としての難易度は例年よりやや低めになるかと思えます。というのも、争点効や将来給付は過去問で出題歴があったので、書ける人が多かったのではないかと考えられるからです。もちろん書けなかった人でも他の科目で取り返すことは可能なので、諦めないで欲しいです。

刑事訴訟法

設問1 小問(1)

まず、訴因制度(256条3項、312条)のもとでは審判対象が検察官の設定した(247条)訴因に限定されるから、裁判所が訴因と実質的に異なる認定をして有罪判決を下すためには、訴因変更を要する。

訴因とは、具体的な「罪となるべき事実」(256条3項後段)である。訴因の審判対象画定機能から、①審判対象の画定に不可欠な事実に変動があれば、訴因変更が必要である。

また、訴因の防御範囲告知機能から、②一般的に被告人の防御にとって重要な事実について、検察官が訴因で明示した場合にこれと異なる認定をする場合にも原則として訴因変更が必要となる。しかし、被告人に不意打ちとならず、かつ認定事実が訴因事実に比べて被告人に不利益でないのであれば、例外的に訴因変更は不要となる。

設問1 小問(2)

1. まず、訴因と裁判所の心証を比較すると、いずれも行為の時間が令和5年1月10日午後10時20分頃であり、場所もH市I町2丁目3番4号所在のX方であるし、被害者もV1である。加えて、その行為態様もV1の頸部をロープで強く締め付けるという点で共通するから論理的に一回しか起こり得ない。したがって、審判対象画定に必要な事実に変動はない(①)。

2. 次に、嘱託の有無は、刑の軽重を大きく左右するから、被告人の防御にとって重要な事実である。また、訴因では「嘱託を受け」と明示されているから、それと異なる殺人罪の認定をするには原則として訴因変更が必要である(②前段)。

そして、Xは軽い嘱託殺人罪(刑法202条)のための防御をしていたのに、重い殺人罪(同199条)が認定されるとXに不意打ちとなるし、認定事実の方が訴因と比べてXに不利益である(②後段)。したがって、原則通り訴因変更が必要となる。

3. よって裁判所が訴因変更をせずに心証通りの殺人の事実を認定することはできない。

設問2

1. まず、起訴状では訴因としてYは住居侵入罪及び窃盗罪の共同正犯(刑法60条)と記載されているのに対し、裁判所は同罪の幫助(同62条1項)との心証を抱いている。ここで、縮小認定として訴因変更を要することなく心証通りの事実を認定できるか。

(1) 訴因事実と包摂関係にある縮小事実を認定する場合には、縮小認定として訴因変更を要しない。なぜならば、検察官により縮小事実も潜在的に主張されていると見られ、またそれ故に被告人の防御に不利益を与えることがないと考えられるからである。

(2) 共同正犯と幫助犯では前者が後者を包摂する関係にある。また、検察官が共同正犯のみによる起訴に固執していたような事情もないから、共同正犯が認められない場合に備えて幫助についても潜在的に主張していたといえる。

したがって、共同正犯についても検察官による黙示的な主張により訴因に含まれていたといえるから、裁判所は縮小認定により訴因変更を要することなく訴因内の事実として共同正犯の事実を認定できる。

よって、訴因変更は不要である。

2. さらに、公判ではYの行為が共同正犯に到達するかどうか争点となっていたのであり、幫助となりうることも訴訟で上程されていたといえるから、幫助の事実を認定しても争点逸脱認定として求積明義務違反(規則208条)ともならない。

3. したがって、裁判所は訴因変更なしで心証通り幫助の事実を認定できる。

設問3

1. 「公訴事実の同一性」(312条)は訴因変更の限界を画する機能概念であるから、新旧両訴因の基本的事実関係の同一性をいう。その判断では、基本的には共通性基準を用いて、補完的に非両立性基準を用いる。
2. 令和4年9月5日午後10時頃にH市のスナックLでCがBに同内容の請託をして30万円を供与した事実は共通しており、異なるのはZがBかCどちらと共謀していたかのみであることから基本的事実関係の共通性があるといえる。また、贈賄と収賄を同時に行うこともできないから、基本的事実関係の非両立性もある。したがって、新旧両訴因の基本的事実関係が同一であるとして、公訴事実の同一性も認められる。 以上

(コメント)

設問1

(1)は基礎問等に載っている規範をそのまま書き写すだけで完成です。

(2)は基礎問34問目以下で扱われている訴因変更の要否の当てはめの視点に気をつけながら認定しています。

当該行為の論理的一回性は加藤先生が特に強調して解説されていた記憶があったので、それを意識して当てはめています。

出題趣旨にもあるように、これは縮小認定の対象ではなく、その真逆の拡大認定です。

設問2

再現答案では普通に訴因変更の要否の規範に当てはめてしまっていますが、出題趣旨によると縮小認定の事案であったようです。縮小認定については基礎問35問目及び37問目でしっかり扱われているので、これはミスではなく単なる実力不足です。

ここでも講義で検察官により縮小事実が潜在的に主張されていたかどうかを認定するという当てはめの視点を意識しながら丁寧に書きました。

そして最後に基礎問37問目でも書かれているように規則208条違反かどうかを軽く検討しています。

設問3

ここでは訴因変更の可否が問われていました。

これも基礎問39問目及び40問目で2つのパターンを学ぶことができるので、怖さなく書けるとおもいます。

ここで新旧両訴因が実体法一罪の関係にある場合に使われる単一性が問題とならないことはいうまでもなく、狭義の同一性の基準を用いています。

再現答案とほとんど変わっていませんが、時間的に丁寧に書くのは不可能であることや、この量でも検討すべき事項は網羅できていると感じたので軽めに当てはめながら「公訴事実の同一性」を肯定しました。

問題全体

科目としての難易度は例年より少し高めになるかと思えます。やはり証拠法や公判に関する分野は苦手とする方が多く、私も出題傾向的に捜査が出ると期待していたのでそういう意味での難易度評価です。そろそろ捜査が出る気がします、またこの分野が出ても文句はいえず、みんな同じ問題を解くことになるので、ヤマを張るのはやめましょう。

(3科目通しての戦略)

私は刑訴と民訴に重量を感じなかったのですが、商法が条文をたくさん引用する問題だと気づいたので、訴訟法を先に終わらせ、商法にたくさん時間を使うという方法とりました。

具体的な時間配分としては、民訴 35 分、刑訴 35 分、商法 45 分だったと記憶しています（残りの時間はよそ見をしたり解く順番を考える時間です）。

3 科目とも得意不得意が分かれる問題なので、過去問を解く中でどういう科目から解くのが自分に合うのかを確かめる必要があります。