

【憲法】

P 公立公園のように、国や地方公共団体が公共施設を設置し、それを国民や住民の利用に供すると、国民や住民はさまざまな利益を受ける。けれども、国民や住民には特定の公共施設を設置を要求する憲法上の権利があるわけではなく、国や地方公共団体にもその要求に応じて公共施設を設置する憲法上の義務があるわけではない。公共施設を設置するか否か、設置するとして、どこにどのような公共施設を設置するかは、国や地方公共団体の裁量に委ねられている。そうすると、国や地方公共団体は公共施設を設置することもしないこともできる以上、設置した公共施設を利用する際に条件を付けたり、一定の事項を禁止することもできるのではないか、問題になる。判例も、施設の規模・構造・設備を勘案して利用を不相当と認める事由が存在する場合は、管理者は利用を拒否できるとしている。

本問では、P 公園管理条例は、①昆虫採集、植物採集、②ボール遊び、球技、③宗教的集会、政治的集会（ヘイトスピーチを含む）を禁止事項としている。まず、①～③の行為は憲法上保障されているか、根拠条文は何かを明らかにした上で、それらを禁止しているP 公園管理条例の合憲性を検討してほしい。その際、公園の施設や構造からみて禁止事項が正当なものといえるかを検討することが必要となる。

【刑法】

本問における【事例】は、大小複数の論点を含む設例であるが、設問は、登場人物である甲および乙の刑事責任の全体を問うのではなく、事例に含まれる重要な事実（すなわち、【設問1】においては、Aが甲らの侵入以前にすでに死亡していたこと、【設問2】では、乙がAの寝室に向かう途中でそれ以上の犯行を行う意思を捨てて現場を立ち去ったこと）がそれぞれどのような法的意味を有するかのみを問うものである。

まず、【設問1】は、甲らの犯行に先立ってAが死亡していたことが甲の罪責を検討するにあたりどのような法的意味をもつかを問っている。ここでは、次の3つの点を取り上げられるべきである。まず、①住居侵入罪の成否に関し、居住者（したがって、立入りについての許諾権者）であるAがすでに死亡していることから、その成立が否定されるか、またはせいぜいその未遂罪が成立するにすぎないのではないか。②甲らは、現金や商品券、宝飾品などに対する領得行為を行っているが、占有者のAがすでに死亡していることから、窃盗罪は少なくとも既遂にはならず、むしろ占有離脱物横領罪の既遂が認められるべきではないか。さらに、③殺人罪または（事後）強盗殺人罪が問題となるが、既遂にはならず、せいぜいその未遂罪が成立するにとどまるのではないか、の3点である。これらの点につき、簡単に問題を指摘し、自分のとる結論を述べるとともに、その理由づけを与えることが求められる。

①については、居住者が死亡している以上、法益侵害がないので既遂にはなりえないという考え方もできようが、許諾権が相続人に移行し、その同意が得られない形態の侵入であることから、住居侵入罪の既遂になるとする見解もありえよう。②については、相続人に財物の所有が移るとしても、その占有は肯定できないので、占有離脱物横領罪となり、せいぜい窃盗未遂罪となるにすぎないとするのが1つの見解であろう。ここでは、抽象的事実の錯誤、未遂犯と不能犯の区別、罪数等があわせて問われる。③の解決にあたっては、未遂犯と不能犯の区別を論じるだけでなく、単なる殺人未遂なのか、それとも（事後）強盗殺人未遂となるかについても言及が求められよう。

【設問2】は、乙の離脱により甲乙間の共犯関係の解消が認められるかどうかを問題としている。共同正犯関係の解消が認められれば、乙は財物領得の点についての罪責および殺人予備（さらに強盗予備）の罪責のみを問われることとなり、解消が認められなければ、殺人未遂または（事後）強盗殺人未遂の共同正犯の罪責を問われうることになる。乙は、犯行計画について甲と合意した上、ともに夜間の侵入行為まで行っていること、また凶器の包丁を用意していること等に鑑みると、殺人については実行の着手前の離脱であること、そして乙は（積極的に犯行を持ちかけた側ではなく）甲から計画参加を誘われた側であることを勘案したとしても、共犯関係の解消を認めるのは難しいと考えられよう。なお、かりに共同正犯関係は解消されると考えたときでも、さらに、乙は、（強盗）殺人未遂の幫助となるのではないかが検討される必要がある。

いずれの設問についても、数多くの論点（主要な論点と付随的な論点）があり、これらのすべてに言及していなければ、合格点が付かないというものではない。たとえば、【設問1】の3つの論点のうち、②と③にはぜひ言及していただきたいが、①については記述を落としても致命的とはいえないであろう。より重要なことは、これらの論点に関する記述にあたり、錯誤論・未遂論・罪数論などに適宜、言及することを通じて、刑法学全体についての基礎的な理解が示されることである。【設問2】における離脱によ

る共犯関係の解消は、複数の重要な最高裁判例のある問題点であり、論述を通じて基礎的な理解が示されることが期待されている。

【民法】

本問は、改正民法で新設された「行為基礎事情の錯誤」(95条1項2号・2項)及び売買契約の目的物の契約不適合責任(562・563条)の基本的な内容の理解を確認するものである。そのうえで、基本的な条文理解に基づき、やや長めの事実から条文の適用に必要なものを選び出して丁寧に当てはめて説得力ある論述を展開するという、法曹を目指すために必要な能力を備えているか否かを判定することを目的とする。

【設問1】

Aは、Bに対して、錯誤を理由とする取消しによって甲の売買契約は初めから無効であったとして、無効な行為に基づく給付の原状回復請求(121条の2第1項)を求めているものと考えられる。

ここでいう錯誤は、甲がレース用であるか否かという点に関わっている。Aの言動をふまれば、これは行為基礎事情の錯誤(であり、かつ、その錯誤がAB間の契約の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なもの)であって(95条1項2号)、それが表示されているか否か(95条2項)を、事実をふまえて丁寧に検討することが求められる。

【設問2】

Aは、Bに対して、引き渡された目的物乙の契約不適合を理由として、追完請求権としての代替物の引渡しを求めていると考えられる(562条1項本文)。ここではまず契約不適合の意味を明らかにしたうえで、事実をもとに丁寧に論証することが求められる。

この請求に対して、Bは、Aに不相当な負担を課すものではないとして、Aの主張とは異なるサスペンションの取替えによる履行の追完を主張したものと考えられる(562条1項ただし書)。もっとも、Aは、それではレースの練習のための時間が確保できないとして、「買主に不相当な負担を課するもの」であるとしてこれを拒絶すると主張しているものと考えられる(同)。ここでは、条文の文言に沿って、事実をもとに丁寧な当てはめをすることが求められる。

【設問3】

Aは、「不具合があるのだから、せめて代金は10万円にしてほしい。」と述べている。したがって、AはBに対して、引き渡された目的物丙の契約不適合を理由として代金減額請求をしていると考えられることができる。本来であれば、Aは追完(修補)を請求し、Bがこれに応じなかったとしても、まずはその催告をして、それでもなおBが応じない場合に初めて代金減額請求を行うことができるはずである(563条1項)。

もっとも本問では、Bが「うちでは修理できない。」と断言していることから、履行の追完が不能である（563条2項1号）、またはその追完を拒絶する意思を明確に表示した（同項2号）として、催告なしに直ちに代金減額請求が可能となると考えられる。

ところが、Dの証言により、丙はAの試乗中の衝突事故によって車軸が曲がるという不具合が生じていることが判明した。そこでBは、丙の契約不適合が買主であるAの帰責事由によるものであるとして、Aの代金減額請求に応じる必要はないと主張していると考えられる（563条3項）。

本問でも、条文の文言に沿って、事実をもとに丁寧に論証することが求められる。

【商法】

設問（１）

甲社は株式会社であるので、株主総会の設置が必要である。それに加えて、会社法326条及び327条の定める機関設計のルールに沿って、設置が必要な機関を明らかにする必要がある（なお、331条5項も参照）。その際、必要な条文を適切に上げることが求められている。

なお、機関設計に直接関連しない条項を挙げても（たとえば取締役会に言及する際に362条を挙げるなど）加点されない。

設問（２）

株主総会に来場した株主を会社が入場させない措置をとれば、コロナ禍でなければ総会決議の取消事由となる。そのことについて、決議取消訴訟の法規定、原告適格や出訴期間、被告などについてある程度具体的に論述することが必要である。

他方、コロナ禍は入場者数を制限する措置の必要性を満たすか、抽選による入場者数制限というやり方が相当性を満たすかについては、自由解答である。採点においては、結論の妥当性よりも、現実に出席することにより株主が得られる（書面による議決権行使では得られにくい）メリットとしてどのようなものが考えられるかなど、問題文の示す事実即した現場思考を文章化できているかを、重視した。また、仮に取消事由とならないという立場をとる場合には、そのための法律構成を示す必要があるが、どのような法律構成を挙げたかは採点においてはあまり重視しなかった。

【民事訴訟法】

本問は、既判力の時的限界（既判力の標準後における形成権行使）に関する基本判例についての理解の深さを試す問題である。

確定判決の既判力は、訴訟物たる権利関係についての判断に生ずるのが原則である（民訴法 114 条 1 項）。裁判所は、弁論主義により当事者が提出した事実と証拠に基づいて、訴訟物たる権利関係の存否について判断する。当事者が事実と証拠を提出できるのは、事実審の口頭弁論終結時までであるから、裁判所の判断資料もこの時点によって画され、権利関係の存否もこの時点を基準とする。すなわち、既判力の時的限界または標準時は、事実審の口頭弁論終結時となる（民執法 35 条 2 項参照）。その結果、後訴裁判所は、前訴既判力の標準時における訴訟物の存否についての判断を前提にして判決をしなければならず、かつ、その判断と矛盾抵触する当事者の主張を排斥しなければならない。

では、前訴既判力の標準時前に形成原因が発生していながら、標準時後に形成権行使の意思表示がされ、後訴でその形成権行使の効果が主張された場合に、これをどのように扱えばよいか。たとえ形成権行使が前訴標準時後であったとしても、実体法上、その行使の効果は前訴標準時前の形成原因発生時にまで遡及して生じる（たとえば取消権・相殺権行使の効果の主張を許せば、標準時にその存在が既判力によって確定された訴訟物たる権利関係を否定することになる）ことから、形成原因発生時と形成権行使時のいずれを判断基準とすべきかについて争いがある。

〔a〕前訴標準後の取消権行使について、判例（最判昭和 55・10・23 民集 34 巻 5 号 747 頁）は、形成原因発生時を基準とし、後訴で前訴標準時後の取消権行使の効果を主張することを許さない。その理由は、「前訴において当事者が取消権を行使し、その効果を主張することができたのにこれをしなかった」ことにある。しかし、標準時前に取消原因が存在したとしても未行使であれば、それは標準時における訴訟物たる権利関係の存在と矛盾せず、取消権が標準時後に行使されたとすればそれは標準時後の新事由であり、その事実が標準時における訴訟物たる権利関係の存在と矛盾することもない、との反論がある。

〔b〕前訴基準時後の相殺権行使について、判例（最判昭和 40・4・2 民集 19 巻 3 号 539 頁）は、形成権行使時を基準とし、後訴で前訴標準時後の相殺権行使の効果を主張することを許しているが、その理由としては「相殺の意思表示がない間は債務が消滅しない」とする大審院判例を引用するとどまる。同じく形成権行使時を基準とし、後訴で前訴標準時後の建物買取請求権行使の効果の主張を許す、最判平成 7・12・15 民集 49 巻 10 号 3051 頁によれば、当該形成権が「訴訟物たる権利関係の発生原因に内在する瑕疵の基づく権利」と「これとは別個の制度目的及び原因に基づいて発生する権利」のいずれに該当するかでその許否を判断する（前者であれば既判力によって排斥され、後者

であれば排斥されない)。しかし、このような実質的な価値判断に基づいて形成権行使の効果の主張の許否を決することが、はたして「確定判決の判断に与えられる通有性ないし拘束力」であるという既判力概念と整合するのか、という疑問が生じる。

本問では、以上の諸点を踏まえたうえで、最終的に「判例の立場をどう評価するか」について自説を述べることが求められている。

【刑事訴訟法】

【問 1】

伝聞証拠に関する基本的な理解を問うものである。

実況見分調書は伝聞証拠であるが、伝聞例外が認められることを刑訴法 3 2 1 条 3 項に従って説明したうえで、その要件である「真正に作成されたものであること」が充たされるためには具体的にどのような立証が必要であるのか、何故そのような立証で証拠能力が付与されるのかを説明することが求められる。

【問 2】

訴因変更の可否に関する基本的な知識を問うものである。

刑訴法 3 1 2 条の趣旨を指摘したうえで、「公訴事実の同一性」の意義を説明し、事例にあてはめた場合にどうなるのか説明が求められる。基本的事実の同一性と非両立性との関係をどう考えるかについては、指導的判例である最判昭和 29 年 5 月 14 日刑集 8 卷 5 号 676 頁の正確な理解を問うものである。