

【憲法】

いわゆる「パブリックフォーラム」に関する問題である。基本判例である泉佐野市民会館事件判決との共通点・相違点を踏まえて、本件条例の限定解釈を行うなど、適切な検討を加えているかどうかを評価の対象とした。

具体的な評価事項は以下のとおりである。

1. Y町側の反論①Y町側の反論においては、町の管理する施設における「集会」を憲法上消極的に位置付けることが求められる。そこでは、町の施設管理権に基づき広範な裁量を導出できているかなどがポイントとなろう。また、②Y町側の反論において、本件条例の目的について言及があること、本件集会が目的に反するとの主張が展開されているかなどが考慮される。

2. X側の主張

①X側の主張としてポイントとなるのは、なぜ本件の不許可処分が、「集会の自由」の不当な制限となるのかが適切に論証できているか、である（規範定立までの展開）。具体的には、【参考資料】に挙げられた地方自治法の規定を参照しながら（「パブリックフォーラム論」を意識し、またはこれに言及しながら）、本件施設において原則的に集会が認められるべきことが丁寧に論証されていること（泉佐野市民会館事件判決参照）、本件条例の問題性を指摘し、6条1号の規定を限定的かつ適切に解釈できていることが評価の対象となる。他方で、単純な防御権的構成（保護範囲 - 制限 - 正当化）または単純な違憲審査基準論の展開になっていないことが求められる（本問は、憲法および地方自治法の趣旨を踏まえた丁寧な条例解釈を求めている）。

②また、具体的な検討の段階で、本件条例6条1号の（限定解釈された）拒否事由に当たらないこと、その際に、本件集会の性格への言及があることが求められる（本件集会が参加者を反対派に限定していないことの意味を具体的に検討できているか）。

【刑法】

問題 1 は、刑法総論、各論全体に関する基礎知識ないし基本的理解を確認する趣旨の出題である。

①は、監禁致死罪（221 条）における監禁行為と致死結果の因果関係に関する基本判例（最決平成 18・3・27 刑集 60 巻 3 号 382 頁）の理解を確認する趣旨である。

②は、現住建造物等放火罪（108 条）の成否が問題となる事例において、「焼損」の意義に関する判例の立場の理解、および、既遂が成立する場合には中止未遂（43 条但書）の適用はないことの理解を確認する趣旨である。

③は、強盗罪（236 条 1 項）を共謀したが、同罪の実行の着手前に現場から離脱した者についての共犯関係の解消に関する基本判例（最決平成 21・6・30 刑集 63 巻 5 号 475 頁）の理解を確認する趣旨である。

④は、保護責任者遺棄（不保護）罪（218 条）の成立にとどまるか、同致死罪（219 条）が成立するかが問題となる事例において、不作為の因果関係に関する基本判例（最決平成元・12・15 刑集 43 巻 13 号 879 頁）の理解を確認する趣旨である。

⑤は、事後強盗罪（238 条）における窃盗の機会性に関する基本判例（最判平成 16・12・10 刑集 58 巻 9 号 1047 頁）の理解を確認する趣旨である。窃盗の機会が継続していないと解する場合、当初の侵入時の住居侵入罪（130 条）、窃盗罪（235 条）、再度戻った際の暴行罪（208 条）、脅迫罪（222 条 1 項）等の成立にとどまることになる。

⑥は、いわゆる二重抵当の事例における背任罪（247 条）の成否に関する基本判例（最判昭和 31・12・7 刑集 10 巻 12 号 1592 頁）の理解を確認する趣旨である。

⑦は、13 歳以上の者に対して暴行・脅迫を用いて性交等をする認識、13 歳未満の者に対して性交等をする認識のいずれもなく、故意を欠くために、強制性交等罪（177 条）が成立しないことの理解を確認する趣旨である。

⑧は、建造物等以外放火罪（110 条 1 項）における「公共の危険」の意義に関する基本判例（最決平成 15・4・14 刑集 57 巻 4 号 445 頁）の理解を確認する趣旨である。

⑨は、名義人の承諾を得て交通事件原票の供述書欄に署名した場合における私文書偽造罪（159 条 1 項）の成否に関する基本判例（最決昭和 56・4・8 刑集 35 巻 3 号 57 頁）の理解を確認する趣旨である。

⑩は、身柄拘束中の者を解放させるため身代わりとして出頭する行為についての犯人隠避罪（103 条）の成否に関する基本判例（最決平成元・5・1 刑集 43 巻 5 号 405 頁）の理解を確認する趣旨である。

採点上は、各事例で最も重要な点について理解していると認められる限り、理由付けがやや舌足らずであるなどの場合も、正答として扱った。ただし、罰条が明らかに誤っている場合には、理由の中で問題となる論点の一応の理解が示されていても、誤答として扱った。

問題 2 は、刑法各論における基本的論点の理解とそれを用いて具体的事例を解決する能力を確認する趣旨の出題である。

X が B の写真十数枚を持ち去った行為および C の自転車に乗り逃走を図った行為についての各窃盗罪の成否をめぐり、不法領得の意思が主に問題となる。

写真を持ち去った行為は、廃棄する目的で行っているため、不法領得の意思の中で、いわゆる利用処分意思の存否が特に問題となる。利用処分意思が要求される趣旨およびこの問題に関する重要判例である最決平成 16・11・30 刑集 58 卷 8 号 1005 頁の理解を踏まえて、事例に含まれる事実（廃棄目的であることに加えて、例えば、報酬欲しさに引き受けたこと、翌日 A の面前で廃棄することにより報酬が得られていること）の持つ意味を適切に評価できている答案には高い評価が与えられた。

自転車に乗り逃走を図った行為は、一時的な使用の意思で行っていることから、現在の一般的理解によれば、不法領得の意思の中で、いわゆる権利者排除意思が特に問題である。権利者排除意思が要求される趣旨およびこの問題に関する判例の傾向（例えば、最判昭和 26・7・13 刑集 5 卷 8 号 1437 頁参照）の理解を踏まえて、事例に含まれる事実（例えば、乗り捨てる意思であったこと、人目につかない河原に放置していること）の持つ意味を適切に評価できている答案には高い評価が与えられた。

以上に対して、成立する可能性の乏しい罪の検討に終始する答案、窃盗罪の全要件が形式的に確認されているにとどまる答案、本事例の事実関係を前提とする限り重要な争点とはなりえない論点の検討に終始する答案は、きわめて低い評価となった。また、不法領得の意思が主に問題であることに気づき、それに関する一般的説明を一応示せていても、利用処分意思と権利者排除意思の関係についての理解に混乱がみられる答案、事実の評価において基本的理解の不足を露呈する答案、事実関係の一部のみを表面的に捉え、文脈の異なる議論にひきつけて論じている答案などには、あまり高い評価は与えられなかった。

【民法】

〔設問 1〕では、賃貸借契約における賃借人の債務不履行（用法遵守義務違反）を理由とする解除の可否とその効果を検討することが求められている。

まず、AB間の賃貸借契約において、賃借人Bにいかなる債務不履行があったのかを明らかにすることが必要である（民616条による594条1項の準用。本件契約の趣旨）。その上で、賃貸借契約の解除については信頼関係破壊の法理が妥当すること（その理由も）、そして、賃借人に軽微な債務不履行があるにとどまり、当事者間の信頼関係を破壊するに足りない程度である場合には（たとえ催告を経ても）解除は認められず、逆に債務不履行の程度が著しく、信頼関係が既に破壊されていると認められる場合には、賃貸人は催告なしに解除することができることなど、信頼関係破壊の法理についての基本的な理解が示されるべきである（なお、改正民法に依拠する場合には、542条および541条ただし書の解釈適用において、信頼関係破壊の法理を展開することになる）。さらにその上で、本問の事案における信頼関係破壊についての具体的な検討を行うことが求められる（本問では、事務所とレストランとの設備の違い、火気の使用や人の出入り等による影響なども含めて検討）。また、解除が認められた場合の効果としての原状回復義務の内容（あるいはさらに、損害賠償）についても検討することが求められる。

〔設問 2〕では、CがBから支払われていない請負工事残代金を回収するために、Aに対して請求を行うための主な法律構成として、債権者代位権（423条1項）の行使と、不当利得返還請求（いわゆる転用物訴権）を検討することが求められる。

(1) 債権者代位権　まず、CはAに対して、債権者代位権の行使により300万円の支払を請求することが考えられる。債権者代位権行使のための基本的な要件を掲げて、本問における要件該当性を検討することが必要である。その際、被保全債権（CのBに対する請負残代金債権）に関する要件、被代位債権（BのAに対する300万円の費用償還請求権）に関する要件、債権保全の必要性（Bの無資力）に関する要件を検討することになる。なお、被代位債権は金銭債権であるから、代位債権者は自己への支払を請求できる。

このCの請求に対するAの反論として、相殺の主張について検討することが期待される。AはBに対して未払賃料債権を有するので、これを自働債権とし、BのAに対する費用償還請求権を受働債権として、対当額で相殺をするという主張とその可否についてである。

(2) 転用物訴権　もう一つの法律構成として、CのAに対する不当利得返還請求権の行使が考えられる（転用物訴権）。ここでは、まず、不当利得返還請求のための基本的な要件を確認した上で、特に転用物訴権類型において「法律上の原因なく利益を得た」といえるのはいかなる場合であって、本問の事案でそれが認められるかを検討することが必要とされる（最判平7年9月19日民集49巻8号2805頁参照）。なお、ここでも相殺との関係もさらに問題となりうる（仮に300万円の限度での不当利得が問題になりえたとしても、AがBに対する賃料債権を自動債権とし、BのAに対する費用償還請求権と相殺した場合には、

Aには対価関係なく得た利益は残っていないことにならないかを問題とする)。

【商法】

問1は、会社の建て直しを目的とする取締役の行為につき第三者責任（会社法 429 条 1 項）が適用されるかを問うものである。取締役の第三者責任の趣旨をふまえて、同条同項の要件及びその当てはめが適切に示されているかがポイントである。

問2は、名目的取締役が代表取締役の職務の執行について監視義務を負い、第三者責任を負うかを問うものである。名目的取締役は、選任手続に基づいて取締役に就任した者であり、選任手続を経ずに単に商業登記簿に登録された者ではないことを前提として、そのような者が監視義務を負うかにつき、監視義務の法的根拠（本問の甲社は取締役会設置会社ではないから、会社法 362 条 2 項 2 号は直接適用されない）を示して適切に論じることがポイントである。

【民事訴訟法】

問 1

本問は、既判力の客体的範囲について問う問題である。ポイントは、①既判力の異同は、訴訟物を単位として生じることが、適切に論じられているか（民訴法 114 条 1 項）、②本問の事例では、訴訟物理論の如何を問わず、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が異なることが、正しく指摘されているか、③Y がいずれの工事の支払いもしていない旨の認定は判決理由中の判断であり、後訴の訴訟物には前訴の既判力が及ばないことが、正しく指摘されているか、④争点効や信義則理論によったとしたとしても、前訴における物置小屋の請負代金に関する審理や判断は、前訴の訴訟物である自宅改築の請負代金の支払いに関する背景事情の意味しかなく、前訴において訴訟物と同程度の審理や判断を尽くしているとはいえないので、争点効や信義則理論による影響は考えにくいことが、適切に論じられているか、等である。

問 2

本問は、控訴の利益について問う問題である。ポイントは、①控訴の利益の判断基準に関する考え方（形式的不服説、新実体的不服説等）が適切に論じられているか、②本問の事例では、判決主文においては Y の全部勝訴であること、及び、相殺の抗弁は判決理由中の判断であるので、X には形式的不服が認められるが、Y には形式的不服が認められないことが、正しく指摘されているか、③相殺の抗弁に関する判断には既判力が生じるので（民訴法 114 条 2 項）、形式的不服説でも例外処理がなされるべきであり、Y にも控訴の利益が認められることが（新実体的不服説でも同様）、正しく論じられているか、④本問では、X と Y の双方に控訴の利益が認められるという結論が、正しく論じられているか、等である。

【刑事訴訟法】

【設問】は、【事例】（最大判昭和45・11・25刑集24巻12号1670頁の事案に類似）を素材として、被告人の自白を録取した書面の証拠能力についての理解を問うものである。

(1) 被告人の供述を録取した書面（以下、「本件書面」という。）を、公判期日における供述に代えて証拠とするときには、それが伝聞法則（刑事訴訟法〔以下、省略する〕320条1項）に抵触しないかが問題となる。もっとも、刑事訴訟法は、所定の要件を満たすならば、伝聞証拠である書面を証拠とすることを許容している（伝聞例外）。近時、公判廷における証人尋問や被告人質問が重視される傾向が指摘されるが、被告人が証拠とすることに同意した書面は、裁判所が書面作成時の状況を考慮し相当と認めるときには、321条以下の各規定に定める要件を満たしているか確認するまでもなく、これを証拠とすることができる（326条1項）。また、本件書面は、「被告人の供述を録取した書面で被告人の署名〔又〕は押印のあるもの」（322条1項）であって、その供述は、「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」（自白）であるから、「任意にされたものでない疑」がないならば（任意性）、これを証拠とすることができる（319条1項）。

本件書面の証拠能力を判断するには、上記の各条文の解釈を通じて、証拠能力が認められるための要件を導き、事実関係に即してその要件が満たされるか、検討することが必要である。

(2) 【事例】中の自白は、被告人Xの犯行当時の体験を内容とする供述であり、その供述過程（知覚－記憶－表現－叙述）を経て生み出される。人の供述過程には、見間違い、聞き間違い、記憶の混同など、様々な誤りが含まれる危険があるため、被告人の供述（自白）を、その内容である事実を推認するために用いるときには、供述過程に含まれる誤りを排するため、公判廷において被告人に供述を求め、その内容や供述する態度について、供述がなされるのと同時的に吟味する必要がある。【設問】のように、公訴事実を立証するために被告人の自白を用いる場合、公判廷における吟味により、供述過程に含まれる誤りを排する必要があるにもかかわらず、本件書面に含まれるXの自白は、必要な吟味を経ていないから、伝聞証拠として排斥されるのが原則である（320条1項）。

【事例】では、冒頭手続において、Xが無罪を主張し、弁護人も同意見であると陳述しているため、本件書面につき326条1項の同意が得られるとは考えにくい。しかし、「被告人の供述を録取した書面」であるから、322条1項の要件を満たせば証拠とすることができる。具体的には、本件書面には、（原供述者である）Xの署名指印があるため、これを作成したKの供述過程（書面の作成過程）に含まれる誤りの危険は解消される。そして、犯罪事実の全部又は本質的部分を認める被告人の供述である自白は、公訴事実の認定に当たり、被告人の不利益に作用する典型的な供述であるから、「被告人に不利益な事実の承認を内容とする」供述に該当し、任意性の要件を満たすかが問題となる（不利益事実の承認が自白である場合には、直接319条1項が適用される。322条1項但書は、不利益事実の承認が自白でない場

合についても、319条1項を準用する規定である)。

319条1項が、「任意にされたものでない疑のある自白」(不任意自白)を証拠から排除する理由(自白法則の根拠)については、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説に大別される様々な見解が示されているが、この点の解答に当たっては、いずれかの立場から、319条1項の解釈を通じて、不任意自白の意義を明らかにした上で、一貫した検討・説明がなされていけば足りる。当てはめに際しては、仮に、KがXに告知した妻Yの供述状況が虚偽であるとするならば、そうした偽計がXの供述心理にどのように影響するのか(Kの偽計が、Xをいかなる心理状態に陥らせ、虚偽の供述に至らせるのか〔虚偽排除説〕、いかなる意味でXの心理的圧迫となり、供述の自由を失わせるのか〔人権擁護説〕)、Kの偽計は、単に不当であるにとどまらず、いかなる意味で違法とされるのか(それは、319条1項が列挙する類型と同質・同程度の違法か)(違法排除説)、などの問題点について、各自の採用する自白法則の根拠に照らし、説得的に説明することが必要である。また、KがXに対して妻Yの不起訴と引き換えに自白を促している事実に着目する場合にも、偽計の場合と同様に、そうした利益の供与(約束)が、Xをいかなる心理状態に陥らせ、虚偽の供述に至らせるのか、いかなる意味でXの心理的圧迫となり、供述の自由を失わせるのか、また、利益の供与は、いかなる意味で違法とされるのか、説得的に説明することが必要である。

上記最大判昭和45・11・25や最判昭和41・7・1刑集20巻6号537頁は、自白の証拠能力に関する基本的な判例であり、その正確な理解が、【設問】の検討に当たっても重要である。