

【 憲 法 】

国旗国歌事件最高裁判決（最判平成23年5月30日民集65巻4号1780頁）などを素材として、思想良心の自由（憲法19条）に対する制約の合憲性を検討することを求める設問である。

最高裁はここで、思想良心の自由に対する間接的制約というとらえ方を示し、それに応じた合憲性審査枠組み、およびそれに従った合憲性判断を明示した。重要な憲法判例であり、この判断に従うか否かは各自の自由であるが、判例を十分意識しつつ自説を展開してほしいところである。

設問の「また、……」の部分は、ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決（最判平成19年2月27日民集61巻1号291頁）を素材にして、国旗国歌事件最高裁判決との関係をどのようにとらえるかを問うものである。判例相互間の関係を丹念に検討することが要請される。

以上

【 民 法 】

- 問 1 共同抵当における再築の場面と土地抵当における再築の場面それぞれにおいて、法定地上権の成否について問う出題である。
- 問 2 債権譲渡の対抗要件たる通知の到達と債権差押えの効力要件たる差押命令の送達とが競合した場面で、それぞれが同時到達の場合と先後不明の場合とで、第三債務者との関係はどうか、債権譲受人と差押債権者の関係がどうかについて問う出題である。

以上

【 刑 法 】

問題 1

本問は、行為者が、犯行計画上、第1行為の後に行う第2行為により犯罪の構成要件を実現しようとしていたが、実際には、第1行為により当該犯罪の結果を発生させてしまった場合、すなわち、早すぎた結果の発生の問題である。

本問では、甲の行為に殺人既遂罪が成立するかについて論じることを求めているので、殺人既遂罪の成立を認める見解に立つ場合には、客観的には、第1行為を開始した時点で殺人罪の実行の着手が認められること、主観的には第1行為の時点で殺人罪の故意が認められることを論じる必要がある。

本問に関する重要な判例として最高裁平成16年3月22日第一小法廷決定（刑集58巻3号187頁）があるので、これを参考として、行為者の犯行計画に基づき、第1行為が第2行為に密接な行為であると認められ、第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険が認められれば、殺人罪の実行の着手を肯定できることを述べてほしい。この密接性と危険性の判断要素として、同最決は、犯行計画上、①第1行為が第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、②第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められること、③第1行為と第2行為との間の時間的場所的接性という3つを挙げているので、本問でも、3つの判断要素を挙げた上、事例中の具体的事実をあてはめて結論を述べてほしい。

本問では、第1行為からVの死亡結果が生じたことになっているので、第1行為と死亡結果との間の因果関係を簡潔に認定してほしい。

殺人罪の故意について、上記最決は、第1行為と第2行為を「一連の殺人行為に着手して」とした上、因果関係の錯誤は故意を阻却しない旨を判示している。殺人既遂罪の成立を認める見解に立つ場合には、これにならって、第1行為と第2行為を一体と捉えて第1行為の時点で死の結果の認識認容が認められること、因果関係の錯誤は故意を阻却しないことを述べてほしい。

問題 2

本問は、正当防衛の理解を問う問題である。

36条1項の規定する正当防衛の成立要件である「急迫不正の侵害」、「防衛するため」、「やむを得ずにした行為」のそれぞれの意義を述べた上、事例中の具体的事実をあてはめて結論を述べてほしい。特に、防衛の意思の要否、防衛の意思の意義、防衛の意思と攻撃意思の併存について述べてほしい。

以上

【民事訴訟法】

〔出題の趣旨と学修への指針〕

民事訴訟法の基本的原理である弁論主義と処分権主義にかかわる基礎的理解と応用問題の基礎となる基礎的知識を確認する趣旨で出題した。誰もが知っている原理でありながら、不正確な理解や曖昧な表現に陥りがちな視点を提示して、今後の学修を進めていくうえで気を付けるべき点への注意も促した。

〔設問1〕は、「当事者尋問において、一方当事者が自己に不利益な事実を認める旨の陳述をしても、裁判上の自白は成立しない。」という命題をかかげ、その当否を論ずることを課題とした。その際、弁論主義、訴訟資料、証拠資料、証拠方法の語句に触れることを要求して、民事訴訟で頻繁に使われる道具概念の正確な理解と表現力を測定することを試みた。

多くの答案が、裁判上の自白の定義を示していたが、冒頭の「当事者尋問において」という場面設定の意義を認識していないものが少なくなかった。これでは、弁論主義の第1テーゼ（主張原則）に連動する「訴訟資料と証拠資料の峻別」につながらない。第2テーゼ（自白法則）からしても、弁論に顕出された事実につき自白が成立するのであって、当事者尋問という証拠調べの中で＜証拠方法としての＞当事者本人が供述しても、それは弁論には当たらず、自白は成立しないことに思い至る必要がある。これは基本中の基本であるが、将来の司法試験でも事例問題の形式で出題されることがある。この機会に、抽象的な概念と具体的な手続の進行場面との接合を常に意識する姿勢を身に着けることをお勧めしたい。

〔設問2〕は、土地の売買契約を基に、買主Xが売主Yに対して所有権移転登記請求訴訟を提起したところ、被告Yが代金未払いを理由に同時履行の抗弁権を主張した場合を想定している。民法上は双務契約として相互に登記義務と代金支払義務が発生し、同意履行の関係に立つことになるが、訴訟法上はこれを実現するために、どのような判決を下すべきか。いわゆる「引換給付判決」を下す場面を提示したものである。Xからすれば申立てが全部認容されるわけではなく、引換条件の付された質的な一部認容の可否の問題となる。民事訴訟法246条にかかわり、処分権主義の発現する一場面である。同時履行の抗弁権を主張していることが前提となるが、この点は権利抗弁として司法試験の問題にもつながっており、さらに引換条件は民事執行法上の執行開始要件ともなる。本問はここまで解答を求めているわけではなく、引換給付判決という判決主文の工夫があることを認識していれば正解と言えるが（引換給付判決は判例百選にも掲載されている）、将来の司法試験やその先の実務を見据えた問題の設定である。入学後の授業で理解を深めてもらいたい。

以上

【刑事訴訟法】

【出題趣旨・採点基準】

設問 1

本問は、東京高判昭和 44 年 6 月 20 日高刑集 22 卷 3 号 352 頁を素材とした、被疑者をホテル 1 階ロビーで現行犯逮捕後に行われた 3 階客室内の無令状搜索・差押の適法性を論じさせることにより、逮捕に伴う無令状搜索・差押についての基本的理解を問うた。

法 220 条 1 項 2 号、同条 3 項は、逮捕に伴う無令状での搜索・差押を認めるが、その趣旨については、大別して相当説と緊急処分説の二つの見解がある。両者とも、逮捕現場には証拠が存在する蓋然性が高いことを前提としつつ、前者は、適法な逮捕の場合である限りは、搜索差押許可状発付の要件が充足されているものと考えられ、裁判官による事前の令状審査の必要性に乏しいことを、一方で、後者は、これに加えて罪証隠滅阻止や被疑者の逃亡防止の緊急の必要性を、無令状搜索・差押が許される趣旨とする。従って、両者は「逮捕する場合において」及び「逮捕の現場」の法解釈を異にする。自らの拠って立つ見解に基づき、無令状搜索・差押が許される趣旨及び時間的限界・場所的限界を論じた上、ロビーと客室の管理権等が異なることに留意しながら、本問の事例における搜索・差押の適否を論じることが求められる。

設問 2

取調官による起訴猶予にする旨の発言の後に得られた甲の自白の証拠能力を論じさせることにより、自白法則に関する理解を問うた。

自白法則（憲法 38 条 2 項、法 319 条 1 項）に関しては、虚偽排除説、人権擁護説又は違法排除説が説かれてきたところ、自らの拠って立つ見解に基づき、自白法則の趣旨・証拠能力を否定する基準を的確に示すことが求められる。

その上で、そのような事実はないにも関わらず、検察官が起訴猶予を約束している旨を取調官が発言した後に得られた甲の自白の証拠能力について、甲の心理状態や取調官の行為等の事情を踏まえつつ論じることが求められる。

加えて、本問の事例では、甲が、取調べに弁護人 B の立会いを求めたものの、取調官がこれに応じておらず、このことが自白の任意性に与える影響も検討すべきである。この点については、例えば、現行法上の解釈（法 222 条が 113 条、142 条を準用していないこと等）や、捜査機関による取調べが制約されて捜査目的を達することが困難になること等を根拠としつつ、弁護人の立会いを拒否した取調べが直ちに自白の任意性に疑いを生じさせるものではないとする見解等があり得る。

なお、違法収集証拠排除法則を自白に直接適用する見解に立ち、同法則によって甲の自白の証拠能力を検討することも考えられる。

以上