

【 憲 法 】

本事案は、政教分離に関する判例についての基本的な知識を問うものであった。事案の下敷きとなった判例はいわゆる空知太訴訟最判（最大判平成22年1月20日民集第64巻1号1頁）である。

政教分離については、最高裁が伝統的に採用してきた目的効果基準を用いる判例群（津地鎮祭訴訟や愛媛玉ぐし料訴訟など）及び、空知太訴訟や孔子廟訴訟最判にみられる総合考慮型の判例群が存在する。目的効果基準においては公権力がなした行為とその効果についてそれぞれ判断される一方で、総合考慮型の判断枠組みにおいては空知太最判が示した「当該宗教的施設の性格，当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯，当該無償提供の態様，これらに対する一般人の評価等，諸般の事情を考慮し，社会通念に照らして総合的に判断すべき」という定式をまずは押さえておくことが重要である。そのうえで、事案で示された事実関係を適切に拾い上げて議論を展開できているかどうか問われる。

なお設問では裁判官の立場に立った場合にいかなる判断を下すべきかを問うているが、請求の内容からは、本件土地提供それ自体の合憲/違憲の判断に加え違憲とした場合にどのような解決方法がありうるかという点も含めた回答が期待されるところである。この点、破棄差戻審以降の一連の判例を併せて学習しておくことが望ましい。

以上

【 民 法 】

問題1は、平成18年1月17日の最高裁判例の事案をもとに、取得時効と登記に関する基礎知識を確認する問題である。そして、時効期間経過後は、判例に従って対抗問題となることを前提に、背信的悪意者排除の法理の適用について、どのように考えられるかを検討する問題である。

取得時効の主張に対する反論としては、対抗要件の抗弁が問題となり、さらに、それに対して、背信的悪意者排除の再抗弁が問題となるという論理構造となるため、それぞれの論点につき、小問(1)と小問(2)に振り分けて解答してもらいたいところであるが、そのような論理構造であることから、小問(1)ですべて論じたいうえで、小問(2)では一般条項に基づく反論を検討することも考えられる。どちらの解答方法でも問題はないため、それぞれの解答方法で適切に採点することとした。

問題2は、連帯債務の相続について、判例の考え方をもとに、どのような請求及び求償関係になるかを問う問題である。小問(1)は、連帯債務の相続関係について、債権者は各相続人に対してどのような請求ができるのか、一部の相続人は連帯債務者としての地位と相続人としての地位を併有することになるが、その場合には、債権者はどのような請求をなしうるのか論理的に解答することが求められる。

小問(2)では、以上の論理を踏まえたうえで、相続人の一人が債務を弁済した場合、各相続人に対してどのような求償をなしうるかにつき、小問(1)の論理を踏まえて解答することが認められる。いずれも基本的な問題ではあるが、基本的だからこそ解答が難しい問題であり、考え方の基本が示されている答案を評価することとした。

以上

【 刑 法 】

問題1は、甲及び乙が事前に合意した窃盗の計画に基づき、A店に忍び込んだが、途中で乙が犯行計画を中断するために、甲の金庫解錠作業を妨害しようとしたのに対して、甲が、乙を殴打し気絶させた上で、乙抜きで犯行を続行し、A店の金庫から売上金を持ち去ったという事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。

甲については、建造物侵入罪、乙に対する傷害罪、及び窃盗罪の成立が認められることを簡潔に論じることが求められる。なお、甲は、売上金を奪取するための障害となっている乙の反抗を抑圧するために、乙に対して暴行を加えていることから、傷害罪及び窃盗罪ではなく、強盗致傷罪の成否を問題とする余地があるが、その場合には、犯人側の人間である乙を、強盗罪における暴行の相手方に含めることが許されるかについて検討する必要がある。

乙については、まず、共同正犯の成立要件を示したうえで、建造物侵入罪の共同正犯が成立することを簡潔に論述する必要がある。次に、乙は、甲が金庫の解錠作業を開始し、窃盗の実行に着手した後に、これを妨害しようとして、甲から気絶させられているところ、その後の甲の行為から生じた窃盗既遂の結果を、乙に帰責できるかどうかについて検討する必要がある。ここで検討すべきなのは、本件のように他の共犯者によって犯行計画から一方的に排除された場合でも、いわゆる「共犯関係の解消」が認められるかどうかという点である。さらに、この点について、いずれの結論を採るにせよ、最終的に乙に認められる罪責については、自身が採った立場と矛盾のない説明を行うことが求められる。例えば、共犯関係の解消を肯定する場合でも、乙が離脱する以前に既に窃盗の実行の着手に至っていることから、甲との間での窃盗未遂罪の共同正犯の成立は肯定できることなどを的確に論じる必要がある。

問題2は、いわゆる「盗品の横領」の論点につき、横領罪の成否に関する論述を求めるものである。論述に当たっては、横領罪の成立要件として、物の占有が委託関係に基づくものであることが要求されることを前提に、①盗品の保管を内容とする委託関係に要保護性を認めることができるのか、及び②委託関係の相手方は、所有者または所有者から権限を与えられた者に限られるべきではないか、という問題意識を踏まえ、自身の採る立場について説得力のある論述を行うことが求められる。

以上

【民事訴訟法】

【設問 1】

設例の訴訟の訴訟物は、 α 債務（220 万円の売買代金請求権）である。裁判所の審理の結果、原告の申立ての一部が認められた。

一部認容判決の許容性は、246 条に従って判断される。246 条は、「判決事項は当事者の申立ての範囲内とする」旨を定める。本条の趣旨は、訴訟物の設定は原告のみに認められることに由来する。また、原告の設定した訴訟物の枠内で判決が下されることから、被告にとっても負けることがあるべき最大のものが予想できるとの機能が存する。それ故、一部認容判決の許容性は、（1）原告の合理的意思に合致しているか（原告の意思が明確であればそれに従うが、明確になっていない場合には合理的意思を検討することとなる）、（2）被告にとって不意打ちにならないかを基準として考える。

設例を検討すると、（1）原告にとって請求棄却判決が下されるよりも、訴訟物たる α 債務のうち一部のみでも不存在が確認されることが望ましいであろうこと、（2）被告にとって、量的一部の認容は不意打ちとならないことが結論づけられる。したがって、一部認容判決として、120 万円を超えては債務が存在しないこと、原告のその余の請求が棄却されるとの判決が下されることとなる。

【設問 2】

設例の訴訟の訴訟物は、売買代金請求権である。

ケース①：既判力の客観的範囲は、訴訟物の範囲と一致する（民訴法 114 条 1 項）。故に、抗弁は判決理由中の判断にすぎず、既判力が生じないのが原則である。ケース①ではこの原則を覆し例外を認めるべき事情はない。売買代金が弁済済みであるとの理由で棄却されても、消滅時効の完成で棄却されても、既判力は、訴訟物たる売買代金請求権の不存在で変わりがないからである。従って、弁済の抗弁と消滅時効の仮定的抗弁の審理・判断の順は裁判所の裁量に委ねられ、当事者の意思に拘束されることはない。

ケース②：ケース①と同様に、弁済の抗弁と仮定的抗弁（相殺の抗弁）の事例である。しかし、ケース①と異なり、弁済の抗弁が認められて棄却された場合と相殺の抗弁により棄却された場合とでは、既判力の範囲が異なる。すなわち、i) 弁済済みとの理由で棄却されれば、売買代金請求権の不存在が確定するが、ii) 相殺により棄却されると、売買代金の不存在に加えて、反対債権についても 200 万円の範囲で不存在が確定する（民訴法 114 条 2 項）。このように既判力の範囲が異なること

になるので（相殺により棄却された方が抗弁を主張した被告に不利になる）、仮定的抗弁について、抗弁を主張した被告の意思（指定した順）に従い、裁判所は審理・判断することとなる。

以上

【刑事訴訟法】

【出題意図】

序

例年通り、どの大学でも刑事訴訟法の必ず講義で扱い、どの刑事訴訟法教材でも必ず解説されている著名な判例を素材として出題した。

I 設問1について

任意処分であれば、刑事訴訟法上の明文規定は不要であり、令状審査も不要であるが、必要性・緊急性等に鑑み、社会的に相当であれば適法とされる。他方、強制処分であれば、刑事訴訟法上の明文規定が必須であり(法197条1項但書)、原則として事前に令状審査を得ていることが必要となる(法199条1項・218条1項)。

強制処分は、個人の意思を制圧し、身体・住居・財産等に制約を加える処分を指し、例示列举された法益の他、重要なPrivacy(米国判例に倣って「Privacyの客観的期待」とも呼ばれる)への制約も、これに含まれることに学説上、異論を見ない(最(3小)決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁、最大決平成29年3月15日刑集71巻1号13頁)。他方、屋外等、他者に監視される危険性のある脆弱な空間の振る舞いは劣位のPrivacy(米国判例に倣って「Privacyの主観的期待」とも呼ばれる)への制約に過ぎないので、任意処分とされる。

自己の振る舞いを公権力が撮影していることを知れば、誰しも萎縮する筈であるから、捜査当時は気付かなかったとしても、意思の制圧には該当する。他方で、本事案のように、20mも離れ向かい側の建物から、丙方自宅にレースのカーテンがかかった状態でもあるため、肉眼では全然目視できない屋内の状態が監視されるとは思わないので、甲・乙・丙は自らの意思で脆弱な空間に情報を置いたものとは評価し得ない。超感度・超高倍率で撮影した結果、内部の性質・形状・品目も具体的に把握可能な監視ができたとすれば、X線で遮蔽空間を透視するに等しい監視方法(最(3小)決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁)なので、重要なPrivacyを制約したことになり、これを刑事訴訟法上の検証に該当するものと考えたとしても、無令状での撮影を許容する要件が存在しない(法220条1項2号・3項)ので、違法となる(以上につき、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]・第2版』1～23頁、法学教室編集室編『問題演習基本七法2019』[清水真]158～159頁)。

II 設問2について

訴因変更の可否のみが問われているので、事例にてがかりとなる事実がない「訴因の特定・明示」「訴因変更の要否」「訴因変更の許否」等を論じることは厳に避けて欲しい。

訴因変更の可否の要件は、公訴事実の同一性を害しないことである(法 312 条 1 項)。伝統的に①基本的事実の共通性があることが、判断基準とされ、日時・場所の近接性、方法の類似性、被害者・被害物件の同一性等が考慮事項とされてきた。本件事案においては、同一の場所・近接した日時における乙⇨丙⇨甲の現金の授受における丙の行為と言う点で共通性は認められそうであるものの、受託収賄の共同正犯から贈賄の共同正犯への交換的訴因変更であるため、共通性が強いとは直ちには言い難い。

判例・学説は、新旧両訴因に非両立性があるならば、つまり 2 個の別々の訴因が存在しないのであれば、公訴事実の同一性は害されないとの立場を採る(最判昭和 29 年 5 月 14 日刑集 8 巻 5 号 676 頁、最判昭和 34 年 12 月 11 日刑集 13 巻 13 号 3195 頁、最判昭和 35 年 7 月 15 日刑集 14 巻 9 号 1152 頁、最決令和 5 年 10 月 16 日刑集 77 巻 7 号 467 頁。非両立という文言は用いていないものの、同じ発想である判例として、最判昭和 28 年 5 月 29 日刑集 7 巻 5 号 1158 頁)。換言すれば、当初訴因と変更後訴因とが基本的に同一の事実であり、訴因変更の前後を通じて検察官が処罰を請求している事実が 1 個であって、別訴提起が許されないものでなければならない(川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[公訴提起・公判・裁判・上訴篇]・第 2 版』121 頁、法学教室編集室編『問題演習基本七法 2019』[清水真]170～171 頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法・第 3 版』282 頁等は、新旧両訴因の非両立性に基づく公訴事実の同一性概念を「刑罰権実現の一回性」、つまり二重処罰回避に求める)。

同一の現金授受の媒介が甲の共同正犯者として実施されたのか、乙の共同正犯者として実施されたのかは、まさに非両立の関係にあり、公訴事実の同一性を害しないので、訴因変更が可能である(本問に類似の事案で同様の判示をしたものとして、最決昭和 53 年 3 月 6 日刑集 32 巻 2 号 218 頁)。

以上