

【憲法】

本設問においては、インフルエンザの予防接種を国民に強制している点からして、まず身体への侵襲を受けない自由（性同一性障がい特例法違憲決定・最大決令和5年10月25日民集77巻7号1792頁や旧優生保護法違憲判決・最大判令和6年7月3日民集78巻3号382頁など参照）の制約が許されるかにつき、検討してほしい。基準を設定してその下で合憲性を検討してゆくこととなろう。

仮に強制的な接種が違憲であるならば、それをもとにして国家賠償請求をすることが検討される。立法行為による国家賠償請求などである（女性の再婚禁止期間違憲訴訟・最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁や前出の旧優生保護法違憲判決など参照）。

また、仮に強制的な接種が合憲であっても、公衆衛生の向上・増進という公益のため、少數の人々が重篤な後遺症という負担を負うことになる点からして、憲法29条3項の損失補償の類推適用ないし勿論解釈（東京地判昭和59年5月18日判時1118号28頁など参照）ができないか、を検討する必要がある。生命・身体という法益のほうが財産よりも重要な法益であることを理由とする。また、強制的な接種という制度が合憲でも、その制度を運用する厚生労働大臣側の組織的過失がないか（接種担当医に過失がなくとも大臣側の組織的過失はありうる）、について検討することも有効でありえよう。

以上のように多様な論点が関わるが、要領よくポイントを押さえ、自説を展開することが期待される設問である。

以上

【 民 法 】

設問 1 は、本問の事案が代理権濫用に該当するかを問う問題である。

設問 2 は、品質に関する契約不適合に該当するか、その効果としての修補請求を拒絶することが認められるか。認められた場合に、買主にどのような救済手段が考えられるかを問う問題である。

以 上

【 刑 法 】

第1問

1. 甲の罪責

まず、A宅居間の窓のガラスを切り取った行為につき、器物損壊罪（刑法261条）の成否の検討、A宅居間で物色を開始した行為につき、窃盗罪（刑法235条）の実行の着手の肯否の検討が、それぞれ必要である。

次に、Bに対して、果物ナイフを示して「騒ぐな。外には、仲間がいる。大人しく金を出せ。」と申し向け、これに怯えたBに現金200万円を差し出させた行為について、強盗罪（刑法236条1項）、恐喝罪（刑法249条1項）のいずれが成立するかについて、検討する必要がある。先に着手した窃盗では財物の占有移転を遂げていないことを踏まえて、甲の上記脅迫に財物の占有移転を遂げる手段としての性質を認めることを前提に、甲の上記脅迫が、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度に達しているか相手方を畏怖させるに足りる程度に止まるか（強盗罪の実行行為か、恐喝罪の実行行為か）、Bは反抗を抑圧されたか畏怖したに止まるか、Bが現金200万円を「差し出した」のは任意の交付か否かといった点について検討し、結論を導く必要がある。強盗罪の成立を肯定するのであれば、強盗罪の成立に相手方の反抗抑圧状態の惹起が必要か否か（判例は「不要」、通説は「必要」と解している）についても、検討してほしい（強盗罪の実行の着手を肯定したとしても、相手方の反抗抑圧を必要と解し、Bは畏怖しただけで反抗を抑圧されていないと評価する場合は、強盗未遂罪および恐喝既遂罪が成立するとの結論を導く余地もある）。

強盗罪、恐喝罪いずれの成立を肯定する場合でも、故意および不法領得の意思について言及することも、忘れてはならない。

甲については、乙との共犯も問題となるが、乙の罪責検討において言及するので構わない。罪数処理も必要である。

2. 乙の罪責

まず、乙は、甲が実現した各罪の実行を分担していない。いわゆる共謀共同正犯の肯否が問題となる。刑法60条の文言をどのように読むと共謀にのみ関与した者を共同正犯とする解釈が可能となるのかに言及しつつ（もちろん、共謀共同正犯を否定する解釈を示してもよい）、共同正犯の成立要件（同条適用の要件）を明示してほしい。次に、甲と乙との間に、器物損壊罪および窃盗罪の共謀が成立していること（共謀の成立を認めるためにいかなる事情が必要かについても、言及する必要がある）、甲による器物損壊罪および窃盗罪の実行が「上記共謀に基づくもの」であることを認定する必要がある。

他方、甲の所為に強盗罪、恐喝罪のいずれの成立を肯定した場合でも、乙と甲との間には、強盗罪の共謀も恐喝罪の共謀も成立していない（「人がいたので、カツアゲに切り換えた。」との甲の回答に対し、乙が特段の異論を述べなかったという事実は、「行為後」の事情である）。そのため、甲の上記脅迫の実行が、上記窃盗罪の共謀に基づく実行（共謀の射程内）と評価可能か否か、問題となる。上記共謀の内容となっていた犯行時刻・場所、被害者、行為客体、財物の占有移転等について共通性を認めることができるか否か、Aは長期海外出張により不在であるにもかかわらずA宅に人がいることは想定可能か否か、仮に人がいた場合に果物ナイフを使用した脅迫等の粗暴行為に及ぶことは窃盗罪の遂行に付随するものとして想定内か否か（そのような粗暴行為に及ぶことを絶対に禁止する旨の条件が付されていたか否か）、乙は甲のナイフ携帯を知っていたか否かといった事情を踏まえて、検討してほしい。

甲による上記脅迫の実行が共謀の射程内であるという結論を導いた場合には、乙は、窃盗罪の故意しか有しておらず、甲が強盗罪または恐喝罪を実現することを予見していないので、共犯の錯誤についての検討も必要となる。乙に肯定可能なのは何罪の故意で、乙の行為に成立可能なのは何罪の共同正犯なのか、検討してほしい。乙についても、不法領得の意思について言及することを忘れてはならない。

以上の検討の結果、甲および乙に成立可能な共同正犯の罪名を明示する必要がある。共同正犯関係にある各行為者の罪名は一致しなければならないのか、一致しなくともよいのかについて（犯罪共同説か行為共同説か）、自分の見解を示し、共同正犯の罪名を明示してほしい。乙についても、罪数処理が必要である。

第2問

本問は、いわゆる「強盗殺人の擬律」について、判例および学説の理解を問うものである。刑法240条後段が「人を……死亡させた」という文言を使用していることを踏まえ、行為者が殺人の故意を有している場合に同条後段を適用することが可能か否か、換言すると、同条後段は「強盗罪の結果的加重犯（強盗致傷罪）」のみを規定しているのか結果的加重犯だけではなく故意犯（強盗殺人罪）も規定しているのかについて、結果的加重犯説、故意犯包含説の主張、相互批判および反論の内容を正確に理解できているか、確認する趣旨である。

以上

【 商 法 】

[第1問]

本問は、株式会社の発起設立に際して、発起人が現物出資を行う場合において会社法上要求される手続についての説明を求める問題である。発起人が本件土地を出資することが現物出資（金銭以外の財産の出資）にあたることを指摘したうえで、以下の手続の概要について説明することが求められる。

①発起人Aは、変態設立事項として原始定款に所定の事項を記載・記録しなければならない（会社法28条1号。以下「会社法」を省略する）。②Aは、原則として裁判所に検査役の選任の申立てをし、検査役の調査を受けなければならない（33条。例外的に検査役の調査が免除される場合につき同条10項）、③Aは、設立時発行株式の引受後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、その出資に係る本件土地を給付しなければならない（34条1項）。

[第2問]

本問は、株主総会の決議を経ないで行われた本件新株発行が法令に違反し、株主が不利益を受けるおそれがあるとして、株主がその差止めを請求できるかを問う問題である。

(1)募集株式の発行が①法令・定款に違反する場合または②著しく不公正な方法により行われる場合において、(2)株主が不利益を受けるおそれがあるときは、株主は、株式会社に対し、募集株式の発行の差止めを請求することができる（210条）。本問では、本件新株発行が(1)①の法令・定款違反にあたるかが問題となる（②の不公正発行にあたることを示す事実は認められない）。

公開会社である甲社において、募集株式発行の募集事項の決定は、原則として取締役会の決議で行うことができるが、有利発行にあたるときは、株主総会の特別決議によらなければならない（201条1項、199条2項・3項、309条2項5号）。本件新株の払込金額は乙社に特に有利な金額であるにもかかわらず、株主総会の決議が行われていないから法令に違反する。また、株主

Aは、本件新株発行によって、保有する株式の経済的価値の低下および持株比率の低下という不利益を受けるおそれがある。

よって、Aは、本件新株発行の差止めを請求することができる。

以上

【 民事訴訟法 】

民事訴訟法の基本中の基本である「既判力」の客観的範囲について出題した。民訴法の既修者であれば誰でも知っているはずの114条の規定を基に、その1項と2項の具体的な当てはめを問うたものである。

114条1項では、判決主文の判断に既判力が生ずる旨を規定する。これが大原則である。他方で、114条2項では、相殺の抗弁について判断したときは、例外的に、判決理由中の判断に既判力が生ずる旨を規定する。

それでは、原告の訴求債権250万円に対し、被告が反対債権300万円をもって相殺の抗弁を提出した場合に、既判力はどの判断に生ずるか、その具体的な当てはめを問うたのが本問である。

【設問】では、裁判所が訴求債権につき200万円と認定したことを前提として、以下の各場合につき、判決主文はどうなるかを示した上で、既判力は（主文の判断と理由中の判断としてそれぞれ）どのような判断に生じるかを具体的な数字で明確に示すことを求めている。

（1）裁判所が反対債権につき300万円を認めたとき、（2）120万円と認めたとき、（3）反対債権なしと判断したとき。

解答では、意外にも、判決主文を書けない者または誤解している者が目立った。以下に判決主文の要点を示す。（1）原告の請求を棄却する。（2）被告は原告に80万円を支払え。原告のその他の請求を棄却する。（3）被告は原告に200万円を支払え。その他の請求を棄却する。これを基に、114条1項による既判力（訴求債権に対する存否の判断）が明らかになる。

他方、114条2項による既判力は、相殺をもって対抗した額または対抗しようとした額であるから、結果的にいずれの場合も、反対債権（設問では売買代金債権）200万円の不存在という判断に既判力が生ずることになる。

以上

【 刑事訴訟法 】

〔設問 1〕

本問は、身柄拘束中の被疑者と弁護人との接見指定の問題についての理解を問うものである。

まず、接見指定の要件については、刑訴法 39 条 3 項本文の「検査のため必要があるとき」の意義が問題となる。学説では、限定説、準限定説、非限定説があるが、最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁は、接見交通に関する法 39 条 1 項について、憲法 34 条の保障に由来するとしたうえで、「『検査のため必要があるとき』とは、…接見等を認める」と取調べの中止等により検査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、「弁護人等から接見等の申出を受けた時に、検査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち会わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって、弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中止等により検査に顕著な支障が生ずる場合に当たる」としており、準限定説に立つものと考えられる。

本問では、X の供述の内容や当日の天候等の事情から、K らが直ちに A 川に X を連れていく準備を開始し、間も無く出発しようという頃に、B が接見を申し出たというものであり、上記判例の立場によれば、「検査のため必要があるとき」と言えよう。また、「公訴の提起前」(法 39 条 3 項本文) である。本問では接見指定の要件を充たすと考えられよう。

接見指定の要件が充たされる場合であっても、「検査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防衛の準備をすることができるような措置を採らなければなら」ず(最大判平成 11 年 3 月 24 日)、その指定の内容の適法性はなお問題となる(法 39 条 3 項但書)。

本問では、K と B の間での協議の結果として翌日 13 時からの接見が指定されており、指定の内容も適法と考えられよう。

設問 2

本問では、縮小認定と訴因変更についての基本的な理解を問うた。

最判昭和 26 年 6 月 15 日刑集 5 卷 7 号 1277 頁は、「強盗の起訴に対し恐喝を認定する場合の如く、裁判所がその態様及び限度において訴因たる事実よりもいわば縮少〔原文ママ〕された事実を認定するについては、敢えて訴因罰則の変更手続きを経る必要がないものと解する」とするが、その理由については、最決平成 13 年 4 月 11 日刑集 55 卷 3 号 127 頁との関係をどのように捉えるかで異なることになろう。縮小された事実についても

検察官が当初から默示的・予備的に併せて主張していたものと考えられるので、訴因記と認定事実との間に事実の食い違いはなく、訴因の記載どおりの認定の一つであると考えれば、訴因変更の要否の問題とはならないが、このような場合であっても、争点顕在化等による不意打ち防止の要請は妥当するので、その点からの検討を要する。一方で、訴因と認定事実とでは、訴因特定にとって不可欠な事項が変動しており、本来であれば審判対象の確定の見地からの訴因変更を要する場合に当たるもの、縮小された事実について検察官が潜在的に主張していたものと考えられることからこの見地からの訴因変更は例外的に不要な場合となるため、さらに被告人の防御の観点からの訴因変更について検討をする必要があるとの考え方がある。

本問では、縮小認定が許されるとの結論に至るにあたり、訴因変更の要否と縮小認定との関係についての理解を示しつつ論じることが求められる。

以上