

2024 年度法科大学院 A 日程入試 民法_出題趣旨

民法第 192 条及び第 193 条に関する基本知識を確認する趣旨の出題であり、これらの規定がどのような関係に立つか、指図による占有移転による即時取得は認められるかの検討が求められる。また、甲は盗品であることから、被害者による盗品回復請求権の行使につき、権利行使期間制限を摘示するとともに、占有者=D に対して権利行使しなければならない点に言及する必要がある。

A は、C に対して、甲の所有権に基づく物権的請求権として動産引渡請求を行使している。まずは、これを指摘しておく必要がある。

この A による返還請求に対し、C は、D との間における使用貸借 (593 条) に基づく占有権原があることを主張しているが、この場合、D に正当な所有権がなければならないが、C D 間の使用貸借関係は、契約の相対効により、契約外の A に対抗することができない。

そこで、C は、A の所有権喪失をもたらすために、所有権喪失の抗弁として、D による甲の即時取得 (192 条) を主張することが考えられる。占有の取得については、186 条 1 項により、平穩・公然かつ善意で占有しているものと推定され、188 条により、占有取得者には、取引相手方たる占有者に所有権があると信じることに過失がないものと推定される (最判昭和 41 年 6 月 9 日民集 20 卷 5 号 1011 頁) ことから、A としては D の無過失につき何らかの反論が求められる。また、本問では、B から D に指図による占有移転がなされていることから、これが占有の開始に含まれるかの検討が求められる。

以上の検討により、D の即時取得が認められるとしても、甲は盗品であることから、判例によれば、回復請求までの間も動産の所有権は原所有者に帰属していることになることから (大判大正 10 年 7 月 8 日民録 27 輯 1373 頁)、A は、甲の所有権者として、物権的返還請求権を行使することができる。したがって、193 条による占有の回復の必要性がないため、193 条の問題ではなくなり、併せて、194 条の適用もなくなる (参考：最判平成 12 年 6 月 27 日民集 54 卷 5 号 1737 頁)。

2024年度刑法A日程出題趣旨

Xについては、① a) 本件ハーブ製品に係る説明書の作成について、b) この内容をAに確認させる行為について、②本件ハーブ製品を、YをしてAに手交させ服用させることによりAを殺害しようとしたところ、A・C両名がこれを服用しAに傷害を負わせCを死亡させた行為について、それぞれその罪責が問題となる。

Yについては、Aの飼育に係る犬を殺害する意図でAを死亡させるに至った行為につき、その罪責が問題となる。

*採点基準としては、1項目4点とする。

1. Xの罪責

①本件ハーブ製品に添付されたところの、B社の名称が記載された説明書を作成し、Aをしてその内容を確認させた事実について

a) 本件説明書を作成した行為(8点)

・本件説明書はハーブ製品の品質等に関する、社会生活上重要な事実を証明するものであり、刑法159条1項にいう私文書に当たる。

・同条所定の私文書偽造罪は、作成名義を偽った文書を作成した場合に成立するところ、本件説明書は実在しないB社の名称を名義として記載しているところ、実際の作成者はXであることから、名義人と作成者の不一致が認められ本罪が成立する。

b) 本件説明書につき、Aをしてその内容を確認させる行為(4点)

・本件説明書を真正に成立したものとしてBに対し使用したことから、刑法161条1項所定の偽造私文書行使罪が成立する。

②本件ハーブ製品を、YをしてAに手交し服用させようとしたところ、AとともにCもこれを服用し、両名が中毒症状を生じたがCのみ死亡するに至った事実について

ア) Xが殺意のないYをして、上記手段によりAを殺害しようとした場合における間接正犯の成否(16点)

・間接正犯は、他人の行為を道具のように利用し、自ら構成要件該当事実を実現する場合に認められる。

・本件においては、殺意を有するXが、殺意を有するとはいえないYの行為を介してAを殺害しようとしていることから、情を知らない者の行為を利用した間接正犯の成立が問題となる。

・Yには殺意はない一方、A飼育に係る犬を殺害するという器物損壊の故意は認められる。

・このように他罪の故意のみが認められる者については、Xが実現しようとした殺人の事実自体については規範的障害が認められないことから、Xにつき刑法199条所定の殺人罪の間接正犯を認めうるものと解される。

イ) XがAを殺害する意図で本件行為に出たところ、A・C両名がこれを服用したことか

ら、Aが傷害を負いCが死亡した場合におけるXの錯誤の扱い（16点）

・本件で問題となる方法の錯誤については、結果の発生が意図した以外の客体に生じていることから、当該結果について故意を認めることができるかが問題となる。

・このような場面においては、特定の客体に対する結果発生認識がなければ当該客体に係る結果につき故意を認めることができないとの見解もあるが、判例・通説によれば、当該構成要件に該当する事実の認識があれば、これに対する直接的反対動機に直面するものとして当該故意犯の成立を認めることができるものと解される。

・他方、本間においてはAの負傷とCの死亡という、複数の客体に結果が発生していることから、故意の個数を問題とすべきかを検討する必要がある。

・判例の見解によれば、行為者の意図した事実と発生した結果とが同種の構成要件に該当するものであれば、故意の個数を問題とすることなく故意犯の成立が認められ、それ故に本間においてはa) Aの負傷につき刑法203条所定の殺人未遂罪、b) Cの死亡につき刑法199条所定の殺人（既遂）罪の成立を認めることができる。

③罪数関係（12点）

・①-a)及び①-b)の事実は、刑法54条1項後段所定の牽連犯。

・②-a)及び②-b)の事実は、刑法54条1項前段所定の観念的競合。

・これらの事実は刑法45条所定の併合罪。

2. Yの罪責

Aの犬を殺害する認識のもと、Aの殺害という結果を発生させた場合における錯誤の扱い（16点）

・Yの行為は刑法261条所定の器物損壊罪の事実を認識しつつ、同法199条所定の殺人罪の事実を実現しており、抽象的事実の錯誤の場合に当たる。

・このような場合、刑法38条2項により認識事実より重い罪に当たる発生事実についての故意犯の罪責を認めることはできないところ、軽い罪であるところの認識事実についての故意犯（ないしその刑での処罰）を認めることができるかが問題となる。

・故意犯としての責任は、当該構成要件該当事実について認識しながらあえて当該行為に出たことにつき、直接的反対動機に基づく責任を問うものであるところ、これと別個の構成要件に該当する事実の認識では、そのような故意犯としての責任を問い得ない。

・もともと、判例の見解によると、認識事実と発生事実の間に実質的な構成要件の重なり合いが認められる場合には、その限度で故意犯としての罪責を認めうるものの、本件においては、殺人と器物損壊の間にそのような重なり合いは認められず、故意犯は成立しないことから、Yには刑法210条以下の過失致死罪のみが問題となるに止まる（過失も認められなければ犯罪不成立）。

*その他、記述内容に評価すべき点があれば、8点を限度に加点する。

静穏保持法5条1項（以下「本件規定」とする）は、表現行為について、国会議事堂等周辺地域」という場所(・・・)、および「当該地域の静穏を害するような方法で拡声器を使用」する方法(・・・)に着目して規制するもの、すなわち場所・方法に関する規制で、形式的には内容中立規制といえる。

しかし、「拡声器を使用する」方法での街頭演説等の表現行為は、一般市民にとって容易かつ効果的な表現手段であり、マスメディアに取り上げてもらえないような少数意見である場合が多い。しかも、「国会議事堂等周辺地域」という場所での表現行為は、政治的表現である蓋然性が高く、それゆえ政府による恣意的な抑圧の危険性がある。さらに「国会議事堂等周辺」という場所での政治的表現がもつ特殊な効果からすると、実質的に同等といえる他の表現回路が残されているとはいえないと考えられる。したがって、本件規定の合憲性審査については、表現内容規制と同様の、あるいはそれに準じた厳格審査が妥当であると論じることが考えられよう。重要なことは、内容規制・内容中立規制二分論の根拠(・・・)との関係で、本件規定がいずれの規制に当たるかどうか、想定される反論もふまえて具体的に論じることである。

目的審査において、国会の審議権の確保は、仮に厳格審査基準に依拠するとしても、その憲法上の意義を論じることで、「やむにやまれぬ利益」と位置づけることはできる。手段審査においては、全国の自治体の条例が規制の最低音量を設定していることが示唆するように、本件規定も「静穏を害するような方法」という文言について合憲限定解釈を施さなければ、規制範囲として過剰であるといえる。他方で、制裁として、本件法が間接罰という段階的方式を採用していることは、結果的に禁止・処罰範囲が絞られて、手段は過剰ではないとの方向に導く要素になる。厳格審査基準に依拠する場合は、さらに過少包摂も問題となるが、本件規定が拡声器の使用のみを規制し、それ以外の方法で静穏を害して国会の審議権を実質的に害する態様を規制対象にしていないことは、過少包摂といえる。

また本問では、本件規定が仮に合憲であるとしても、Xの行為に対する本件規定の適用が違憲ではないか問題となる。XとDの置かれた状況がほぼ同じであるにもかかわらず、Xのみ起訴されたという事実からすると、本件起訴は特定の見解に対する狙い撃ち規制と考えられる。適用違憲の判断方法について、比例原則や利益衡量などが考えられるが、いずれにせよ、見解規制と考えられることから、審査は厳格に、司法事実を用いて具体的に検討する必要がある。

本問では、Xによる拡声器の使用が、保護法益である国会の審議権を実質的に害するかどうかを、音量や使用時間を考慮して具体的に検討する一方、本件表現行為の憲法上の価値、すなわち国会議事堂正門前という政治的アピールの強い場所で、テレビでは報道されない国会議員の汚職疑惑について知らしめ批判するという政治的表現行為が民主主義との関係で有する意義や効果について具体的に検討し、それらを衡量することが求められる。

(1)

(a) は帳簿閲覧請求の拒絶事由に関する判例（最判平成21・1・15民集63巻1号1頁）、(b) は株券の発行に関する判例（最判昭和40・11・16民集19巻8号1970頁）、(c) は株式の譲渡につき名義書換が未了でも、会社はその譲渡を認めることができるかが問題となった判例（最判昭和30年10月20日民集9巻11号1657頁）、(d) は株主総会決議により代表取締役を選定する旨の定款の効力が争われた判例（最判平成29・2・21民集71巻2号195頁）について、基本的な理解を問う問題である。

(2)

預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられている場合において、ゴルフ場の営業の譲渡がされ、譲渡人が用いていたゴルフクラブの名称を譲受人が継続して使用しているときには、譲受人が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り、譲受人は、改正前商法26条1項（会社法22条1項）の類推適用により、会員が譲渡人に交付した預託金の返還義務を負うとするのが判例（最判平成16・2・20民集58巻2号367頁）であるところ、最判平成20・6・10判時2014号150頁は、事業譲渡に関する会社法22条1項が会社分割にも類推適用されることを明らかにしている。

本問の事実関係は、概ね上記平成20年最高裁判決と同じものであり、同判決を踏まえて、会社法22条1項の類推適用について、それを認めるべき理由と類推適用されるための要件を示しつつ、本件事実関係への当てはめを行うことが求められる。

2024年度法科大学院A日程入試 民事訴訟法_出題趣旨

本問は、訴訟物理論と前訴確定判決の既判力との関係、一部請求後の残部請求の可否についてという基本的な問題に関する理解を問うものである。

〔設問1〕にあつては、新旧訴訟物理論のいずれの立場に立つかによって、一般的に、後訴請求が前訴確定判決の既判力に抵触するかどうかの判断が分かれることになる。

実務が採用する旧訴訟物理論の立場に立てば、不法行為を理由にする損害賠償請求権と債務不履行を理由にする損害賠償請求権とは訴訟物としては異なるため、Xが、前訴において、不法行為を理由にする損害賠償請求を棄却され、前訴判決が確定した後、債務不履行を理由にする損害賠償請求の後訴を提起することは前訴確定判決の既判力にはなんら抵触しないことになる。

ただし、最高裁判例のみならず下級審裁判例は、実質的に紛争の蒸返しと評価される後訴請求なり後訴主張については信義則を用いて遮断する立場を採っており、前訴確定判決の既判力に抵触しないとしても、信義則により、Xの後訴請求なり後訴における主張なりが遮断されることはあり得る。

〔設問2〕にあつては、本来、同じ損害賠償請求権であっても、一部請求部分と残部請求部分とでは訴訟物が異なるものと理解されている。したがって、一部請求に対していかなる内容の判決が下されても、残部請求については、前訴確定判決の既判力は問題とならないものと解される。

しかしながら、最判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁は、一部請求に対し請求棄却（一部請求棄却を含む）の判決が下された場合、残部請求に関する後訴は信義則上許されないとの判断を下している。

設問1及び設問2に関する理論状況を眺めてみると、後訴請求が許されるかどうかは既判力だけではなく、信義則による遮断も考慮に入れて検討する必要がある。

本問で要求されるのは、いわゆるおとり捜査に関する法の解釈・適用が問題となる架空の事例について、争点となりえる法律上の問題を抽出したうえで、その問題の解決に必要な範囲での法の解釈と、解決のために要する法の適用にとって重要な事実の抽出および意味づけを経たすえの規範のあてはめを論述することである。

問題の中核にあるのは、設問1については、おとり捜査の意義に関する判例・学説を提示・参照して論じること、また、設問2については、一定の場合に刑訴法197条1項にもとづく任意捜査としておとり捜査が許されるという判例の論旨をふまえて、適法性にかかる判断の基準を明らかにしたうえで、導出された基準のあてはめを明確に論じることである。なお、統一・一貫した姿勢で問題の解決にあたっているのかどうかを採点の主眼としている。

論じるべき事項や配点などの詳細については、末尾に示すとおりである。

重要な点については、法の適用に必要な要件・基準の設定に向けて所定の条文に合理的な解釈を施すことや、要件・基準のあてはめに際して重要な事実を適切に抽出して意味づけることなどが必要となる。また、いずれの事項についても、過去の判例・裁判例を意識した論述が求められている（とくに、最決平16・7・12の判例をふまえて論述すべきである）。なお、関係する条文が適切に挙示できているのか否かは、採点におけるポイントの1つとなっている。

I. 設問1について … 20点

1. おとり捜査の定義 : 判例(最(一小)平成16年7月12日決定)を参照
2. 定義のあてはめ : 1.において示した定義を本件捜査にあてはめる
3. おとり捜査が無限定には許されないことの理由について : 行為の法的性質についての論述

II. 設問2について … 20点

1. 本件捜査は「強制の処分」に該当するのか否か
 - : おとり捜査の位置づけ
 - ～ I. 3.において示したおとり捜査の法的性質をふまえて論じる
 - ～ 上記の判例は一定の場合に法197条1項にもとづく任意捜査として許されるものと判示する
 - : 本件捜査について ～ 2.におけるあてはめとあわせて論及するのでよい
2. 本件捜査の適法性について
 - : おとり捜査の適否にかかる基準の設定
 - ～ 上記の判例にそくした法の解釈・あてはめを標準として採点している(この判例をふまえたうえで学説による適切な理解にしたがって設定された基

準も、是認される)

: おとり捜査の適否にかかる基準のあてはめ
