

〔A日程〕

（出題趣旨）

本問の出題趣旨は、インターネット・ゲームへの依存を防止するため、青少年によるインターネット・ゲームの利用等を制限すること等を定めた条例案について、憲法上の問題点を指摘し、それを論ずることにある。類似の事案として、同様の観点から、保護者が子どもとの間でスマートフォン等の使用についてルール作りを行い、その際、ゲームでの利用に上限時間を設けること等を保護者の努力義務として定めた香川県ネット・ゲーム依存症対策条例が、憲法21条等に反するとして争われたものがある（高松地判令4・8・30判例時報2589号90頁）。代表的な判例や標準的な学説を踏まえ、問題となる憲法上の権利・自由とそれに対する制約を適切に特定・把握し、合憲性について具体的に検討する答案には、高い評価が与えられる。

（解答例）

たとえば、次のような記述が求められる。

まず、本問ではいかなる権利・自由が問題となるかを特定する必要がある。Xの志望等からすると、インターネット・ゲームを行う自由が、憲法13条後段で定める幸福追求権の一つとして保障されるかが問題となりうる。周知のように、同条の保障範囲については、人格的利益説と一般的（行為）自由説とが対立すると説明されることが多いが、最近の判例では、同条に含まれる自由について、「人格的生存に関わる重要な権利」であることを示したものがあり（性同一性障害者特例法違憲決定・最大決令5・10・25民集77巻7号1792頁）、これを踏まえると、Xの主張しうる自由が「人格的生存に関わる重要な権利」といえるかが論点となりうる。もっとも、端的にこれに該当しなくとも、公権力による恣意的な権利・自由の制約が認められるわけではないので、一定の憲法的保障は及ぶということもできる。また、仮にこの自由が憲法13条で保障されるとしても、Xは未成年であることから、成年に認められるものと同程度の保障が及ぶかも検討の余地があるだろう。いずれにしても、保障範囲に関する論点を踏まえながら、Xが主張しうる自由を論ずる必要がある。

次に、この自由に対し、どのような制約が課されるかを検討する必要がある。類似の事案である香川県条例は、上記のようなルール作成の努力義務を保護者に課すにとどまっていたが、本問では、学校等に通学する子どもについては、作成されたルールの提出が求められ、それがなければ学校長等による懲戒が可能となっている。学校における懲戒には、事実上のものから法的なものまで様々ありうるが、問題文中の学校教育法施行規則26条が示すように、高等学校の場合には退学も排除されないことになっている。これらの仕組みを、憲法上の権利への制約としてどのように論ずるかも問題となるだろう。

以上を踏まえて、適切な合憲性審査の枠組みを設定し、本件条例の目的と、その目的達成のために採用された手段の必要性・合理性等を、問題文中に示された諸事情を踏まえて説得的に検討することが求められる。

〔B 日程〕

(出題趣旨)

本問の出題趣旨は、拘置所に収容されている死刑確定者に対し差し入れられた書籍について、その一部を抹消し、当該死刑確定者に交付することの憲法上の問題を論ずることにある。類似の事案として、拘置所に収容されている死刑確定者に対し、書籍・パンフレット等の一部を抹消して交付した拘置所長の処分の違法性が争われたもの（名古屋地判平 28・8・30 判例時報 232 号 62 頁）がある。代表的な判例や標準的な学説を踏まえ、問題となる憲法上の権利・自由とそれに対する制約を適切に特定・把握し、合憲性について具体的に検討する答案には、高い評価が与えられる。

(解答例)

たとえば、次のような記述が求められる。

まず、本問では、概説書等という特別な法律関係の下にある者の基本的人権が問題となっていることが前提となる。刑事施設については、監獄法下の事案ではあるが、「よど号」ハイジャック記事抹消事件(最大判昭 58・6・22 民集 37 卷 5 号 793 頁)が参照される必要がある。この事件では、未決勾留にかかる者に対する新聞紙閲読の自由の制限に関し、①新聞紙・図書等の閲読の自由は、憲法 19 条・21 条の趣旨・目的から「派生原理」として導かれること、②監獄内の規律・秩序維持のために一定の制約はやむを得ないものの、未決勾留にかかる者は他の点では一般市民としての自由を保障されるべきであるから、その制限は、監獄内の規律・秩序維持のために「真に必要と認められる限度」にとどめられるべきものであること、③制限が許されるためには、監獄内の規律・秩序が害される一般的・抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、規律・秩序維持上放置し得ない程度の障害が生ずる「相当の蓋然性」があると認められるべきこと、が示されていた。

これを踏まえて本問を検討するならば、まず、本問でも、①図書等の閲読の自由が問題となることから、この点について、「よど号」事件の趣旨を踏まえて論ずる必要がある。また、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下「法」）69 条は、被収容者の自弁の書籍等の閲覧を原則として認めているから、この点も援用しうるだろう。本件抹消処分によってこの自由が制約されているので、次に、合憲性判断の枠組みについては、「よど号」事件が示す ②・③の判断枠組みを本問でも援用することが考えられる。特に、法 70 条 1 項 1 号に定める要件該当性について、「よど号」事件で示された③の基準に照らして解釈することなどが必要となるだろう。以上を踏まえて、本件抹消処分の合憲性について、X の状況や、法 32 条・36 条で定める死刑確定者の処遇の基本原則等も踏まえつつ、具体的に検討することが求められる。

〔C 日程〕

（出題趣旨）

本問は、風俗営業の自由への規制について検討することを求めている。関連する裁判例として、最判平成 28・12・15 集民 254 号 81 頁の事案では、京都府の風俗案内所への規制が問題となった。これは定められた保護対象施設から一定の距離以内の風俗案内所影響を全面的に禁止し、違反者に対して罰則を設けるものであり、本問とはやや設定が異なる。また、当該事案では営利的表現（憲法 21 条）、法律と条例の関係（憲法 94 条）をはじめ、複数の論点が問題となったが、本問では憲法 22 条適合性に焦点を当てている。営業の自由に関する先例は比較的良好に展開している分野であり、関連する判例・学説を適切に引照しながら、自分自身の見解を論理的に明快に展開できている答案については、高い評価が与えられる。

（解答例）

たとえば、次のような記述が求められる。

営業の自由（憲法 22 条 1 項）は、経済的自由の一種として尊重されるが、公共の福祉のために制約を受け得る。本件条例は、青少年保護や地域生活環境の健全性確保を目的とするものであり、正当な立法目的を有する。もっとも、最高裁も風俗案内所規制事件（前掲最判平 28・12・15）で規制の合憲性を肯定した際に規制範囲や影響が争点となったように、規制が許容されるには、目的と手段の合理的関連性に加え、過度に自由を制約するものでないかを考慮しなければならない。本件条例は、対象施設から一定距離（200 メートル）以内での営業を全面禁止するものであるが、地域住民の苦情や青少年保護の必要性を考慮すれば、合理性を認め得る。他方で、規制が営業の存続を著しく困難にする場合には、必要最小限性を欠く可能性もある。以上より、本件条例は合憲と評価し得る余地があるが、規制の射程や個別事情によっては違憲の疑いも残る。

〔D日程〕

(出題趣旨)

人口減少に因る事態への対処目的で、居住移転の自由に制限をかけることができるのか。本問では、憲法の観点から検討することを求めている。なお居住移転に直接制限をかけていた法律として、アジア・太平洋戦争終戦直後に都会地転入抑制緊急措置令を改正する都会地転入抑制法があった。もっとも、これは1年後に廃止されている。

学説で、居住移転の自由については、経済的自由の側面とともに精神的自由の側面をも持つことが指摘されている。これまで最高裁で判断された居住の自由に関する例として成田新法事件（最大判平成4・7・1民集46巻5号437頁）や、暴力団員への公営住宅明渡請求事件（最判平成27・3・27民集69巻2号419頁）などがあり、合憲性は利益衡量によって判断されたが、いずれも事案の特殊性もあり、精神的自由の側面へ言及は薄いものであった。本問のような事案でいかなる枠組みで扱うかは依然として開かれているのであり、居住移転の自由が保障されることの意義も含め、憲法上の問題を論じることが期待される。憲法上の問題点を特定したうえで、関連する判例・学説を適切に引照しながら、自分自身の見解を論理的に明快に展開できている答案については、高い評価が与えられる。

(解答例)

たとえば、次のような記述が求められる。

居住移転の自由（憲法22条1項）は、個人の生活設計の基盤となる自由であり、経済的自由の側面とともに、人格的自律にかかわる精神的自由の側面も持つとされる。本件条例は、過疎対策を目的として一定地域への「転入そのもの」を一律に禁止しており、居住移転の自由に対する極めて強度の制約である。人口減少への対処や財政負担軽減といった公共目的は否定できないものの、転入制限以外にも補助金政策やインフラ調整など、より制約の緩やかな手段があり得る。したがって、必要最小限性の観点から、合理性を欠く。以上より本件条例は憲法22条1項に違反し、違憲となる可能性が高い。

令和 7 年度入学試験 出題趣旨・採点基準・解答例【民法】

〔A 日程〕

(出題趣旨)

詐害行為取消権に関する制度趣旨・要件・効果の基本的理解を広く尋ねている。

〔設問 1〕は、詐害行為取消訴訟提起後に要求される債務者への訴訟告知や弁済が詐害行為となる要件など、平成 29 年改正民法で新設された制度に対する理解が求められている。

〔設問 2〕では、いわゆる非義務的な債務消滅行為が詐害行為となる要件とその事実への当てはめが求められている。

〔設問 3〕では、詐害行為取消権に從來、事実上の優先弁済機能が認められると論じられてきたが、それが平成 29 年改正民法でどのように具体化されたのかを尋ねている。

〔設問 4〕では、改正前から指摘されていた詐害行為取消権の事実上の優先弁済機能やそれを認める結果「遅い者勝ち」となり、いわゆる「勤勉な債権者」が害されるという学説の批判について、判例の動向も踏まえつつ自分の考えを述べることが求められている。按分額の支払拒絶の抗弁を否定した最判昭和 46 年 11 月 19 日民集 25 巻 8 号 1321 頁を知っていることが望ましいが、仮に知らなくても、制度趣旨に遡って説得的に論じた答案には高い評価を与える。

(解答例)

1 設問 1 について

本件訴訟は、A が B の C に対する弁済を詐害行為として取り消し、C に対して 3000 万円の支払いを求める詐害行為取消訴訟であり、その被告は受益者 C である (424 条 1 項)。

また、本件訴訟の原告 A は、遅滞なく、債務者 B に訴訟告知をするよう要求されている (424 条の 7 第 2 項)。原告に遅滞なく訴訟告知をするよう要求されたのは、詐害行為取消請求を認容する判決が確定すれば、その効力は債務者にも及ぶので (425 条)、債務者に自己の主張や反論の機会を与えるためである。

2 設問 2 について

被保全債権である A の B に対する貸金債権は 2020 年 4 月 30 日に成立しているところ、詐害行為取消の対象となる本件弁済は 2024 年 4 月 3 日に行われているから、424 条 3 項の要件を満たす。もっとも、本件弁済は、特定の債権者 C に対する債権消滅行為であるうえ、その弁済期である同年 4 月 15 日が到来する前に行われた非義務的行為である。非義務的行為は、義務でもないのに特定の債権者を優遇している点で悪質であるから、義務的行為の取消し (424 条の 3 第 1 項) より要件を緩和し、当該行為が、①債務者が支払不能になる前 30 日以内に行われたものであり、債務者と受益者が通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものである場合に取消することができるとされている (424 条の 3 第 2 項 1 号、2 号)。

本問では、①Bは2024年4月30日に支払不能に陥っているが、BがCに本件弁済をしたのは同年4月3日だから、本件弁済は「債務者が支払不能になる前30日以内に行われた」といえる。また、②Bは長年の取引相手であるCに迷惑をかけたくないと述べたところ、CはBが支払不能に陥ることを認識しつつ自己の債権に対する弁済を優先的に行うように指示しているから、Bは、Cと「通謀して他の債権者を害する意図をもって」本件弁済をしたということができる。

よって、Aは、BのCに対する本件弁済を詐害行為として取り消すことができる（424条の3第2項1号、2号）。

3 設問3について

Aによる詐害行為取消しが認められると、AはCに対し、Bから受領した3000万円の金銭を直接Aに対して支払うように請求することができる（424条の9第1項前段）。詐害行為取消権が債務者の責任財産の減少を防ぐための制度であることを考慮すれば、詐害行為の目的物はすべて債務者に返還するのが原則とも思えるが、金銭や動産は債務者が受取りを拒絶することがあるため、法は債権者への直接請求権を認めたのである。

もっとも、この3000万円はもともとBのものであるから、AはBに対して3000万円の返還義務を負うが、他方でAはBに対して被保全債権として8000万円の貸金債権を有している。そこで、Aは、これを対当額において相殺（505条）することによって、Bから受領した3000万円を優先的に回収することができる。詐害行為取消権のこのような機能を事実上の優先弁済機能という。

4 設問4について

Cの、債権額で案分して2000万円をAに返還すれば足りるはずだという主張は認められるだろうか。確かに、これを認めないと、先にBから弁済を受けた債権者Cが、その全額を後から詐害行為取消権を行使した債権者Aに返還することになり、「遅い者勝ち」という結果になる。しかし、債権法改正前の判例は、Cが主張する按分弁済について否定した。

現行法が、債権者への直接請求を認めた424条の9を法定し、詐害行為取消権の事実上の優先弁済機能を承認している以上、Cによる按分弁済の主張は認められないのはやむを得ないと考ええる。もっとも、このように遅い者勝ちを承認する判例のもとでは、合理的な当事者は債権回収を急がなくなり、今後は破産手続を通じた債権回収に移行するだろう。

〔B 日程〕

1. 設問 1 について

（出題の趣旨）

本設問は、債権法改正によって導入された定型約款の各規定について、その基本的な理解を問う出題である。

（解答例）

一 問題の所在

A が本件規約（B 社が定めた利用規約）の個別の条項について合意をしたとみなされるかどうかを判断するためには、以下の 3 つの論点、すなわち、本件において民法（以下、民法については条数のみを記す。）548 条の 2 第 1 項柱書のいう定型取引を行うことの合意があったか（二）、本件規約は同項柱書のいう定型約款に当たるか（三）、本件において同項 2 号のいう「表示」があったか（四）という点について、それぞれ論じる必要がある。

二 定型取引合意について

本件においては、「特定の者」である B 社は、本件ポータルサイト（B 社が運営するポータルサイト）にアクセスした「不特定多数の者」を相手方として、「その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的な」取引、すなわち定型取引（548 条の 2 第 1 項柱書）を行おうとしている。また A は、次の三で述べる定型約款の内容について仮に明確に認識していなかったとしても、定型約款が契約の内容になることを黙示的にせよ合意していたと考えられるので「定型取引合意」（同項柱書）をしたと評価できる。

三 定型約款について

本件規約は、本件ポータルサイトを利用しようとする者に提供される各種サービスに関する条項の総体であると考えられるので、定型約款（548 条の 2 第 1 項柱書）に当たる。

四 「表示」について

本件規約は、本件ポータルサイトのページをスクロールして最下部のほうに進むと、（本件規約のページに遷移するための）リンクが小さいものであったにせよ表示されている。このことからすると、本件ポータルサイトを利用しようとする者が定型約款を同一画面上で認識できる状態に置かれていたといえる。したがって、定型約款準備者である B 社が「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していた」（548 条の 2 第 1 項 2 号）場合に当たる。

五 結論

よって、定型取引合意をした A は、本件規約の個別の条項についても合意をしたものとみなされる（548 条の 2 第 1 項柱書、同項 2 号）。

（採点基準）

以下のイからハまでの論点について検討している答案にはフルの得点を与える。また、論点ニについて検討している答案は加点の対象とする。

イ）本件において 548 条の 2 第 1 項柱書のいう「定型取引合意」があったか。

- ロ) 本件規約は同項柱書のいう「定型約款」に当たるか。
- ハ) 本件において同項 2 号のいう「表示」があったか。
- ニ) 本件規約に同条の 2 第 2 項のいう「相手方の利益を一方的に害すると認められる」条項が含まれている場合はどうか。

2. 設問 2 について

(出題の趣旨)

本設問は、問題文で用いられている定型約款の個別の条項について、債権法改正の趣旨にしたがって適切に解釈しているのかどうかについて問う出題である。

(解答例)

一 問題の所在

A は、甲においてジャズのライブ演奏を行う不特定多数の者を相手方とする、定型取引 (548 条の 2 第 1 項柱書) を行おうとしており、また、B は A と利用契約を結ぶ際に、定型取引を行うことの合意 (同項柱書) をしたことに加えて、定型約款、すなわち「定型取引において、契約の内容とすることを目的として」A により「準備された条項の総体」 (同項柱書) である本件規約 (A が定めた利用規約) について、これに従うことについても B は合意をしているので「定型約款を契約の内容とする旨の合意をした」 (同項 1 号) と評価できる。この結果、B は、本件規約の個別の条項についても合意をしたものとみなされる (同項柱書)。よって、A は B に対して、本件規約の条項 2 にしたがって 9 万円の取消料の支払を求めることができるようにも見える。しかし、問題文によれば、本件で B が出演予定日に出演しなかったのは、政府対策本部が緊急事態宣言を行ったことと関連しているものであり、かかる場合でも A は取消料の支払を B に求めることができるのか (二、三) が問題となる。また、本件規約の条項 2 が「相手方の利益を一方的に害すると認められる」条項 (同条の 2 第 2 項) に当たるかどうか (四) についても論じる必要がある。以下、順に検討する。

二 条項 4 の適用可能性

政府対策本部が発出した緊急事態宣言の根拠法は、問題文にあるように新型インフルエンザ等対策特別措置法であるが、東京都は当該措置法に基づき、ライブハウスの使用停止や催物の開催停止の「要請」を行ったにすぎない。したがって、これは、本件規約の条項 4 がいう「法令により甲の営業が禁止された場合」には当たらないので、B は、条項 4 が適用されることを理由に、A に対する取消料の支払を免れることはできないと考える。

三 条項 5 の適用可能性

本件で問題となっている緊急事態宣言は、いわゆる新型コロナウイルス感染症 (COVID-19) の流行に伴って発出されたのであるから、B が「緊急事態宣言が出たので出演は自粛しました。」と A に告げたのは、本件規約の条項 5 がいう「疾病」を理由にキャンセルする場合に当たると考えられる。したがって、B はこの意味でも取消料を支払わなければならない。もっとも、条項 5 がいう「疾病」とは、キャンセルする人 (甲の経営者または乙) 自身が罹患

した疾病のことを指しているようにも見える。すなわち、条項5は、本件のような COVID-19 の流行という B 自身が支配可能な領域内にあるとはいえない不測の事態によるキャンセルという状況をカバーする規定であるとはいえないと解する余地もあるだろう。しかし、条項5は、キャンセルする側の支配可能な領域内にあるとはいえない不測の事態である「災害」についても定めているのであり、このことからすると、条項5の「疾病」とはキャンセルする人自身が罹患した疾病のことであると狭く解することはできないと考える。

四 本件規約と548条の2第2項との関係

本件規約によれば、乙の都合によりキャンセルする場合には9万円の取消料を甲に支払わなければならない(条項2)のに対し、甲の都合によりキャンセルする場合には、乙が前回出演した際の報酬額と1万5000円のどちらか大きい金額の取消料を乙に支払わなければならない(条項3)。このとき、条項2は「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害する」(548条の2第2項)ものといえるだろうか。私はいえないと考える。たしかに、9万円と1万5000円という取消料の違いのみに着目すると、本件規約は出演者の利益を害する側面がないとはいえない。しかし、条項3によれば、乙が前回出演した際の報酬額が1万5000円を超える場合には、甲はその金額を取消料として支払わなければならないのであり、また、条項1によれば、乙は演奏を行う際に必ず売らなければならないチケットの枚数を甲から指定される(いわゆるチケットノルマの制約がある)わけでもなく、また、ライブチャージの額も1000円から5000円までの間で乙が自由に設定でき、そのうち甲が受け取るのは1000円に限定されている。これらにかんがみると、本件規約は全体として、出演者に一方的に不利な内容であるとまではいえない。よって、本件規約について、548条の2第2項の適用はないと考える。

なお、Bは、問題文によれば、ジャズバンドの代表者として、Aとの間で甲の利用契約を結んでいるのであり、このことからすると「事業として又は事業のために契約の当事者となる場合」に当たるので、Bは消費者契約法2条1項がいう「消費者」とはいえない。よって、同法9条や10条などが本件に適用されるかどうかについて論じる必要はない。

五 結論

AはBに対して、本件規約の条項2および5に基づき、9万円の取消料の支払を求めることができる。

(採点基準)

以下のイからハまでの論点について検討している答案にはフルの得点を与える。また、論点ニについて検討している答案は加点の対象とする。

イ) 問題文のような東京都の要請があった場合、本件規約の条項4は適用されるのか。上の解答例では、この点を否定に解したが、「法令」という言葉を広く解して逆の立場を採ってもよい。

ロ) 問題文のような事実関係のもとで、本件規約の条項 5 が予定している状況があったといえるのか。上の解答例では、条項 5 のいう「疾病」を理由とするキャンセルに当たるといいう立場を採ったが、異なる立場も当然ありうる。

ハ) 本件規約の個別の条項が 548 条の 2 第 2 項に該当する可能性はあるか。なお、上の解答例では、ジャズバンドの代表者 B は「消費者」といえないという立場を採ったが、「消費者」といえると解する場合には消費者契約法 9 条の適用はあるのか、また、同法 10 条と 548 条の 2 第 2 項の適用関係をどう理解したらよいのかなどが大きな論点となる。そのような記述を手厚く行っている答案は、イやロの記述がやや薄くても評価する。

ニ) B は A に何も連絡せずに出演予定日に甲に現れなかったのであるが、その一方で A は東京都の要請にもかかわらず営業を継続していた。この点をどう評価したらよいか。例えば、東京都の要請を受けて A が B との間で再交渉を行う (B の出演の意思について再確認を行うなどの) 信義則上の義務を A に認める余地はあるか。

〔C 日程〕

(出題意図)

即時取得制度と盗品に関する基本的な知識を問うもの

(解答例)

本問では C が B との取引行為によって甲の所有権を取得できたか否かが問題となる。

まず C が B との売買契約によって甲の所有権を取得するためには、原則として、B が所有権を有する必要があるところ、B は原所有者から甲を窃取した者である以上、B は A から甲の所有権を取得する余地はない。したがって、B は甲について無権利者であり、C は無権利者からの譲受人となる。このため、原則として C は甲の所有権を取得できず、陳列中の甲の所有権は A に帰属する。

しかし、甲は動産（民 86②）であり、動産の所有権について即時取得が認められている。すなわち、①取引行為によって、②平穩かつ公然に③占有を開始した者が、④善意・無過失である場合には、無権利者からの譲受人であっても動産の所有権を取得できる（民 192）。

本問では、①～③については問題がないが、④善意・無過失の点が問題となる。C は専門店を営む者であるため、甲が盗品であることについて注意義務を怠ったとして過失があると認められる余地がある。C に過失があると認められる場合には、即時取得は成立せず、陳列中の甲の所有権は A に帰属する。

もっとも、C に過失がないと認められた場合でも、甲は盗品である。盗品について、被害者は盗難の時から 2 年間、占有者に対してその物を回復することができるとされている（民 193）。したがって、C に善意・無過失であっても、盗難から 2 年が経過していなければ、C は単なる占有者にとどまり、甲の所有権はなお A に帰属する。

なお、盗難から 2 年以内であっても、占有者が盗品を競売若しくは公の市場において、又はその物と同種の物を販売する商人から善意で買い受けた場合には、代価の弁償を条件として原所有者への返還を拒みうる（民 194）。この場合、動産の所有権の帰属については、占有者に帰属すると考える余地（原所有者帰属説に対して占有者帰属説も有力である）もある。しかし、本問の C はこれらの経路で甲を取得していないため、この点は問題とならない。

以上から、陳列中の甲の所有権は、C が B に所有権があると信じたことについて過失がなく、かつ、B による窃取から 2 年が経過している場合に限り、C が即時取得により取得し、C に帰属するが、それ以外の場合には、原則どおり、甲の所有権は A に帰属する。

(採点基準)

- 1) C が B から甲の所有権を取得するために B が所有権を取得している必要があることを確認したか
- 2) B は窃取により甲の所有権を取得できないことを検討したか
- 3) C が即時取得の要件を満たしている可能性について適切に検討したか

- 4) C が即時取得の要件を満たしている場合であっても甲が盗品であるため、占有開始の時から 2 年間、原所有者 A からの返還請求があれば、C が甲を A に返還しなければならないことを検討したか
- 5) 上記 4)ゆえに、当該 2 年間の間、盗品の所有権の帰属をめぐって生じる問題を適切に検討したか
- 6) この場合に、民法 194 条の適用がないことを適切に考慮できたか
- 7) その他、2 年間の経過の有無で場合分けできたかなど

問 2

(出題意図)

即時取得制度と盗品に関する発展問題として盗品の代価の弁償の法的性質に関する理解を問うもの

(解答 (例))

問 1 で述べたとおり、盗品については、被害者は盗難の日から 2 年以内に占有者に対してその物の返還を請求することができる (民 193)。ただし、占有者が同種の物を販売する商人から善意で買い受けた場合には、原所有者は代価を弁償しなければ返還を請求できない (民 194)。

本問では、A が盗難に遭ってから 2 年が経過しておらず、また D は同種の物を販売する商人から善意で買い受けていると言える。D はニュースで甲が盗品であることを知ると警察に届け出ており、その行動から、D が購入当時甲が盗品であることを知っていたとは到底考えられないからである。

この場合、D がなお甲を占有していれば、A の返還請求に対し、代価が弁償されるまで返還を拒否することができた (民 194)。しかし、実際には甲はすでに A のもとに変換されており、このような場合においても、占有者が原所有者に対して代価の弁償を請求できるか、すなわち代価弁償の法的性質が問題となる。

判例は当初、代価の弁償を単なる抗弁権と解し、動産が原所有者に返還された場合には消滅するとしていた。しかし、これでは、返還を拒んで不誠実に立ち回る占有者が代価を受け取れるのに対し、素直に返還した占有者は代価を受けられないという不均衡が生じる。そこで、現在では、代価の弁償は単なる抗弁権ではなく、占有者から原所有者に対する請求権と解すべきとされている。

本問の D も、ニュースで甲が盗品であることを知ると、任意に甲を警察に提出した「正直」な占有者である。しかも、警察が D の同意なく勝手に甲を原所有者 A に返還している。したがって、D が不誠実に振る舞った占有者よりも不利に扱われるべき理由はなく、D は A に対して依然として代価の弁償を請求できると解すべきである。よって、A は代価を弁償するか、甲を D に返還するかを選択できると解するのが相当である。

(採点基準)

- 1) 問 1 と異なり、D には代価の弁償を請求できる可能性があることについて検討したか
- 2) 代価の弁償の法的性質をめぐって問題（抗弁権説と請求権説の対立等）があることを指摘して適切に検討したか
- 3) 判例（最判平 12・6・27 民集 54 巻 5 号 1737 頁（百選 I 65））の状況を考慮できたか。
- 4) 問 1 の所有権の帰属をめぐって問題（原所有者帰属説を採用した場合における悪意の占有者の使用収益の負担等）との関係について触れながら説明できるとなお良い。

問 3

(出題意図)

即時取得の要件としての占有に関する基礎知識を問うもの

(解答 (例))

本問では、Z が無権利者である X との取引によって乙の所有権を取得できたかが問題となる。

無権利者からの譲受人であっても、①取引行為によって、②平穏かつ公然に、③その占有を開始し、④善意・無過失である場合には、当該動産の所有権を取得できる（民 192 条）。本問では、①および②については問題がない。④についても、「X は乙の所有者であると偽って」とあることから、Z が善意であったと考えられ、Z に過失がなければ要件を満たすと言える。

しかし、乙は展示されたままであるため、X が自己の占有物を以後 Z のために占有する意思表示した、いわゆる占有改定（民 183）によって Z が「占有を始め」といえるか、すなわち占有改定によって即時取得が認められるかが問題となる。

この点について、判例は、譲受人が即時取得により所有権を取得しうするためには、「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要し、かかる状態に一般外観上変更を来さないいわゆる占有改定の方法による取得をもっては足りない」としている。したがって、判例の立場によれば、占有改定による即時取得は認められず、展示中の乙の所有権は Y に帰属にしたままである。

これに対して、学説は、占有改定による即時取得を否定する否定説のほか、これを認める肯定説や両者の中間に立つ折衷説に分かれるが、折衷説が妥当である。

一方では、占有改定による即時取得を認めると、状況が何も変わっていないにも関わらず、原所有者（Y）が占有者（X）に対して返還を請求すると、X が Y に対して第三者（Z）の即時取得を理由にこれを拒むことができるようになり、原所有者から見れば酷であって妥当ではない。他方では、占有改定を全面的に否定すると、譲受人が現実の引渡し等を受けた時点で悪意になった場合に即時取得が否定され、酷である。対して、占有改定によっても即時取得は認められるが、その権利は確定的ではなく、現実の引渡し等によって「一般外観上従

来の占有状態に変更」が生じた時に権利の取得が確定すると解すれば、否定説の上記問題は生じない。したがって、折衷説は妥当である。

以上から、本問でも、判例の立場によれば乙の所有権は依然として Y に帰属するが、折衷説を採れば、現実の引渡し等によって外観上の変化が生じるまでの間は、乙の所有権が Y に帰属するか Z に帰属するかが未確定状態にあると解すべきである。

(採点基準)

- 1) Z が無権利者からの取得者であり、Z が乙の所有権を取得するためには、即時取得の要件を満たさなければならないことを指摘できたか
- 2) Z が占有改定により占有を開始していることを指摘できたか
- 3) 占有改定による即時取得の可能性をめぐる問題（肯定説、否定説、折衷説、さらに他人物売買と二重売買の類型に分けて考える説等）を指摘して適切に検討できたか
- 4) 上記 3)の問題について、反対説を意識しながら一定の立場を説得的に説明できたか 5) その他、問 1・2 との対比で盗品の場合とそうでない場合における原所有者の帰責性に 差があることに言及できるとなお良い。

〔D 日程〕

（出題趣旨及び採点基準）

私人が作成した規約につき、法的な問題の所在を察知する能力を確かめる。

（１）では、本規則の法的性質についての理解を問うている。本規則は約款であるという前提に立つならば、「現行民法の規定が特定の「相手方」への具体的な表示を求めているのに対して、本規則は一般的な「相手方」への抽象的な公示で足りるとしている点に特徴がある」といった叙述が求められる。なお、検討の際の手がかりとして現行民法の定型約款に関する規定を参照することを求めているが、本規則は約款ではないという解答（たとえば第 f 条を考慮に入れて、慣習の一部を明文化したものであるとする解答）を排除するものではない。

（２）では、通信の不着・延着に関する規定についてその趣旨を問うている。現行民法の意思表示に関する規定と対比して違いを指摘した上で、違いが生じている理由を考えることを求めている。「発信主義を採用しているように見えるが、当時は、今日に比べると、通信の状況は不安定であり、時間もかかったと思われるので、到達主義は発信者にとって負担となった」といった叙述が求められる。

（３）は、本規則が対象とする取引につき一定の性格づけをした上で、その趣旨に照らして売主の行為を評価する規定、（４）は、不可抗力によるリスクの分配を定める規定であることを理解しているかを確認するものである。これらの規定の機能について言及できていれば加点する。また、現行民法の規定と比較しているものについても加点する。たとえば、（３）については、「この規定は、商品搬入行為を一律に売買の「委託」（その申込み）であると解する（性質決定する）ものであり、これによって個別に性質決定をする負担を回避するとともに、「売買」であるとの性質決定を退けることによって、加盟問屋に生ずる負担を回避することができる」といった、（４）については、「ここで問題になっているのは売買契約におけるリスク分配ではなく、委託による売却のために商品を一時保管する者の責任の免除である」といった叙述が求められる。

令和 7 年度入学試験 出題趣旨・採点基準・解答例【刑法】

〔A 日程〕

(出題趣旨・解答例(採点基準))

本問は、正当防衛における侵害の急迫性要件の意義、共同正犯が成立する場合における過剰防衛の判断方法、刑法上の因果関係の判断方法など、刑法総論・各論における基本的な論点についての知識・理解を問うものである。

「事例」においては、X と Y の罪責が問われているが、Y は、「たとえ B を死亡させることになっても構わないと決意し」、B の頭部をビール瓶で 1 回殴打し、さらに、底が割れたビール瓶で B の後頸部等を突き刺し、同人に左後頸部刺創による左後頸部血管損傷の傷害を負わせ、B は、3 日後に上記左後頸部刺創に基づく頭部循環障害による脳機能障害により死亡していることから、Y について、殺人罪の構成要件該当性について論ずる必要がある。その際には、「B は無断退院しようとして、体から治療用の管を抜くなどして暴れ」という介入事情について、刑法上の因果関係の存否が問題となるため、判例を踏まえつつ、論ずることが求められる。また、殺人罪の故意への言及も必要となる。

もっとも、Y による上記行為は、B から手けんで顔面を殴打され、足蹴りにされ、殴り倒され、胸腹部を数度にわたり強く足蹴りにされるなどの一連の暴行を契機としていることから、正当防衛ないし過剰防衛の成否が問題となる旨を示し、論ずる必要がある。その際、刑法 36 条 1 項所定の要件について、解釈を示し、事例に含まれる事実在即して、適切な当てはめを行うことが求められる。本事例においては、特に、急迫性、防衛の意思、相当性の各要件充足の有無が問題となる。

また、上記の Y の行為は、X の求めに応じて、B が店長として勤務する風俗店甲に赴いたことから行われており、X の罪責については、Y との殺人ないし暴行(傷害致死)の共謀共同正犯の成否を論ずる必要がある。ポイントとなるのは、いつの時点で X と Y との間に共謀が成立するかである。組事務所において X が Y に B に暴行を加える際の加勢を求め、Y に承諾させているが、この時点で殺人に共謀を肯定することはできない。もっとも、その後、X は、B から先制攻撃を加えられた場合に B を殺害しようと決意して、Y には告げることなく凶器の包丁を用意しており、その後、X の指示によって甲店出入口に向かった Y が殺意をもって B を殺害しているため、X には出発前に条件付き殺意が生じており、B から不正の侵害を受け、Y に殺意が生じた時点で殺人の共謀が生じたという理解もありうる。いくつかの構成が考えられるが、事実関係をよく整理し、筋道を立てて論ずること必要がある。

X と Y に殺人の共謀を認めた場合には、殺人の共謀に基づき、Y が B に対して上述した

殺人の実行行為を行ったものとして殺人罪の共謀共同正犯の成立を認めることになるが、Y には正当防衛または過剰防衛が成立する可能性があるため、正当防衛または過剰防衛を肯定する場合を肯定する場合には、正当防衛としての違法阻却または過剰防衛としての刑の減免が、共同正犯者である X にも及ぶかを論ずる必要がある。その際には、X が侵害を予期した上で、殺傷力の高い凶器を準備して甲に赴いており、「先行事情を含めた行為全般」（最決平成 29 年 4 月 26 日 71 卷 4 号 275 頁）に照らすと急迫性の要件を充たさないと評価される可能性のあることも考慮に入れつつ、判例（最決平成 4 年 6 月 5 日刑集 46 卷 4 号 245 頁）を踏まえ、また、反対説も意識しつつ、上記の点について検討を行う必要がある。

また、X について条件付き殺意を認定せず、Y と暴行の限度で共謀したと構成する場合は、X と Y が暴行の限度で共謀を遂げたにもかかわらず、Y が殺人に及んだという共犯過剰の問題が生ずる。また、事前の共謀は、積極的に B に対して暴行を加えるというものであったところ、実際には、B からの侵害を受けて、殺意をもって反撃した Y が B を死に至らしめたという事態が生じている。こうして、X について暴行ないし傷害致死の限度で共謀共同正犯が成立するかを論ずることになるが、いわゆる罪名従属性の問題、共犯の因果性あるいは共謀の射程の問題、抽象的事実の錯誤の問題などについて検討を加える必要がある。

〔B 日程〕

（出題趣旨・解答例（採点基準））

本問は、傷害罪における承継的共同正犯の肯否、同時傷害の特例の適用要件・範囲、暴行脅迫に領得意思を生じた場合における強盗罪の成否、キャッシュカードの暗証番号を強いて聞き出す行為についての 2 項強盗罪の成否、罪数などの刑法総論・各論における基本的な論点についての知識・理解を問うものである。

「事例」では、X、Y、Z の 3 名が A に対する一連の暴行に関与しているが、Y は X・Y との間でなされた当初の暴行の共謀に加わっていない。問題は、一連の暴行によって A に生じ、A の死因となった急性硬膜下血腫の傷害が、Z が関与する前に X と Y によってなされた共同暴行（第 1 暴行）、Z 関与後の 3 名による共同暴行（第 2 暴行）のいずれによって生じたのかが不明な点である。いわゆる利益原則に従えば、Z に上記傷害の結果を帰責することはできないが、一連の暴行により生じた傷害について承継的共同正犯を肯定する、あるいは、共謀加担前後の第 1 暴行・第 2 暴行により生じた傷害について、同時傷害の特例（207 条）を適用することにより、Z に傷害、さらに、傷害致死についても共同正犯としての刑事責任を肯定できないかが問題となる。以下、詳述する。

まず、X と Y による第 1 暴行については、X と Y は、共謀の上、A に対して頭部、顔面、腹部を殴るという態様の暴行を加えており、この点につき、暴行罪の共同正犯が成立し、これによって生じた傷害につき、傷害罪の共同正犯が成立する。Z が加担したのちの第 2 暴行については、遅れて臨場した Z と共謀の上、A に対して頭部、顔面を手拳で殴り、腹部を足蹴にし、あるいは踏み付けるという態様の暴行を加えており、この点につき、暴行罪の共同正犯が成立する。

A は、急性硬膜下血腫の傷害により死亡しているが、第 1 暴行・第 2 暴行のいずれがその原因であるのかが不明である。しかし、Z と異なり、X・Y は、一連の暴行（第 1 暴行・第 2 暴行）全てを共同実行しており、問題文には、「A の急性硬膜下血腫の傷害は上記一連の暴行の結果生じたもの」（第 1 暴行、第 2 暴行、あるいは両暴行が相俟って）とあるため、X・Y には、傷害致死罪の共同正犯が成立する。

特に問題となり、詳しく論ずる必要があるのは、Z の罪責である。急性硬膜下血腫の傷害は Z の暴行により生じた可能性があるものの、甲・乙の第 1 暴行に起因する可能性もあるため、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によれば、Z は刑事責任を負わないのかが問題となる。この点に関して、まず、Z は A に対する一連の共同暴行に加担しており、先行する甲・

乙の第1暴行とこれにより生じた結果を承継すると構成して、傷害致死罪としての刑事責任の罪責を負わせる余地がないかについて検討を要する。さらに、承継的共同正犯の成立を否定する場合には、第1暴行(X・Y)、第2暴行(X・Y・Z)について、同時傷害の特例(207条)を適用して、Zに傷害罪・傷害致死罪が成立するかについて検討を要する。

承継的共同正犯の肯否については、いずれの結論でもよいが、判例を踏まえた論述をすることが認められる。

Zについて承継を否定する場合に問題となる、同時傷害の特例(207条)を適用の肯否については、判例によっても確認されている2つの前提要件(当該傷害を惹起しうる暴行、同一機会)を提示し、さらに、承継的共犯が問題となる事例(途中から共謀加担した事例)への207条適用の可否について論ずる必要がある。肯定・否定いずれの結論もありうるが、判例による判断も示されているため、これを踏まえた論述をしていることが求められる。

次に、Xら3名は、暴行が一段落した後に、金品を領得する意思を生じ、Aのキャッシュカードを発見したものの、それをただちに取得することせず、一連の暴行によって抵抗が困難な状態になっているAから、暗証番号を聞き出し、Aが意識を失った後にキャッシュカードを持ち去っている。

キャッシュカードを持ち去る行為について窃盗罪が成立することに問題はないが、自己の先行行為(暴行)により生じた反抗抑圧状態を利用してAから暗証番号を聞き出したことについて、2項強盗罪が成立しないかは検討を要する。そこでは、暴行・脅迫により反抗抑圧状態を作出して利得するという強盗罪の予定する因果経過を満たすか、暗証番号という情報が、2項強盗罪の客体たる財産上の利益に該当するの点について解釈論を展開する必要がある。なお、銀行からキャッシュカードを用いて現金を引き出す行為については、窃盗罪が成立することになるが、これとキャッシュカードについての窃盗、暗証番号についての2項強盗については罪数を検討する必要がある。

〔C 日程〕

（出題趣旨・解答例（採点基準））

本問は、近年、大きな社会問題となっている特殊詐欺グループによる犯罪態様の一つである「アポ電強盗」を題材として、共犯の錯誤、共謀の射程、共犯関係の解消、事後強盗罪の成立要件などの論点について、基本的な知識・理解を問うものである。

XはYに対して、A宅に押し込み強盗に入るよう求め、Yはこれを承諾していることから、強盗の共謀が成立している。この点については、共謀の成立要件につき、適切な理解を示した上で、事実在即した当てはめを論ずることが求められる。

ところが、Yは、Xから情報と道具の提供を受けて強盗を実行すべくA宅に赴いたものの、金品を独り占めすべく、Xに虚偽の事実を伝え、これを受けたXは、Aに対して犯行計画の中止を指示している。その後、YはA宅に単独で侵入し、金品の窃取に着手したところで、帰宅したAと鉢合わせとなり、暴行を加えてAに傷害を負わせていることから、この点につき、Yには、住居侵入罪、窃盗未遂罪および傷害罪、あるいは、事後強盗致傷罪が成立することになる。

Yにおける住居侵入罪については簡潔に述べれば足りるが、事後強盗（未遂）罪の成否については、実行の着手の有無が問題となり、住居侵入窃盗についての判例（物色基準）を踏まえた論述がなされていることが望ましい。その上で、事後強盗罪の各成立要件について、適切な解釈を示し、論ずることが必要となる。

Xは、Yに対して犯行の中止を指示しており、YはXを欺くかたちで上記行為に及んでいることから、いわゆる共犯関係の解消（共犯からの離脱）の肯否が問題となる。さらに、途中から奪った金品を独り占めしようと考えていたYによる犯行はY自身による別個の犯行計画であるとも考えられるため、共犯の因果性（共謀の射程）についての検討を要する。解消を否定し、共犯関係を認める場合には、強盗罪と窃盗未遂罪・傷害罪ないし事後強盗罪という共犯の錯誤（抽象的事実の錯誤）が問題となる。共犯関係の解消を肯定する場合には、強盗を共謀した時点での強盗予備罪の共犯の成否が問題となるため、この点について論ずる必要がある。

〔D 日程〕

偽計を手段とする監禁罪の成否、不同意性交等罪の成立要件、不同意性交致死罪における原因行為の意義、窃盗罪における死者の占有、不法領得の意思（利用処分意思）等の諸論点につき、基本的な知識・理解を問うものである。

Xはナンパの目的を秘し、家に送るという嘘を言って、Aを疾走する自動車に乗せていることから、監禁罪の成否が問題となる。この点については監禁罪の保護法益たる場所的移動（行動）の自由の意義を踏まえた論述がなされていることが必要となる。

誘いをAに拒絶されたことでXがAに暴行を加えた上で性交に及んだ点については、不同意性交等罪が成立するが、近時の刑法改正によって施行された同罪の成立要件について適切な理解、事例へのあてはめがなされていることを要する。

性交後、口封じのためにXがAを殺害した点については、不同意性交等致死罪の成否が問題となる。ここは、不同意性交の手段たる行為または性交等から死亡結果が生じていないことに注意が必要である。判例は、結果的加重犯の形式をとる同罪につき、殺人の故意がある場合について、不同意性交等致死罪と殺人罪の観念的競合を認め、また、不同意性交等の手段たる行為・性交等それ自体という基本犯の構成要件該当事実のみならず、これに随伴する行為も原因行為と認めていることから、これらによれば、不同意性交既遂後に犯行発覚を防ぐために殺害する行為についても不同意性交等致死罪の成立を求め、殺人罪との観念的競合とする理解がありそうである。ただし、いずれについても学説からは批判があることに注意を要する。

Xは、Aが死亡した後に所持品を物色し、GPS位置情報が犯行発覚に繋がりがねないスマートフォンを発見し、これを持ち出した上、投棄している。この点については、窃盗罪の成否が問題となるが、いわゆる死者の占有、不法領得の意思（利用処分意思）について、判例を踏まえつつ、丁寧な論述が十分になされていることを要する。