

憲法

設問 1

1. 内容

明確性の原則とは、表現の自由に対する刑罰法規については明確性が要求されるというものである。

2. 根拠

法適用の恣意を排除して国民に対して公正な告知をするという罪刑法定主義の帰結に加え、萎縮効果の除去という要請が根拠となる。

3. 判断基準

徳島市公安条例事件大法廷判決は、表現の自由に対する刑罰法規の構成要件の明確性について、それが憲法 31 条に違反するかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において具体的場合に当該行為がその適用を受けるかどうかの判断を可能ならしめる基準が読み取れるかどうかにより判断するとしている。

設問 2

1. 見解は、条例 3 条 3 号の「交通秩序を維持すること」とは、「道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穏に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきこと」と解している。

確かに、法令の文言の中に具体的な例示や定義規定などは設けられていないため、明確性に欠けると判断する余地もある。

しかし、通常の判断能力を有する一般人が、自己において行おうとしている行為が禁止されている行為であるかどうかを判断するにあたって、少なくとも各地における道路上の集団行進等に際して往々見られるだ行進、うず巻き行進、座り込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為に当たるほどに過激な行為が「交通秩序を維持すること」という文言に抵触することは容易に想像がつくはずである。

2. また、道路における集団行進等をする際には、ほとんどの場合届出による道路使用許可が必要であるところ、これは集団行進等が必然的に道路の一部を侵害することになる可能性は否定できないものの、集団行進等が表現行為として保障されることとの調整を図るためのものである。そうすると、比較的平穏な集団行進等をする際にその行為が禁止されている行為であるかどうか判断する際には、このことを踏まえて、3 条 3 項における「交通秩序を維持すること」が集団行進等に不可避免的に随伴するものを除外していること、すなわち殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことという基準は、通常の判断能力を有する一般人も読み取ることができる。

3. したがって、設問中の見解は妥当である。

以上

(コメント)

設問 1

ここでは、明確性の原則の内容・根拠・判断基準を本答案と同様、簡単に説明すれば足りると思います。詳しい説明は、出題趣旨の採点基準を見ていただくと大変参考になるかと思います。

ます。

設問 2

設問 2 は、問題文中の見解について論評するという、とても変わった出題でした。

確かに→しかしの流れで、自分の見解に不利なことにも言及できると高い評価が得られます。

ここでやるべきなのは、知識云々ではなく、設問 1 で立てた判断基準に忠実に沿ってこの見解の対象を検討していくことです。通常の判断能力を有する一般人＝普通の考えなので、普通に考えればこうなるよねという価値判断で検討していくことで、出題趣旨にもあるように高い評価が得られます。

ただ、出題としては少し戸惑うことがあると思うので、決して簡単ではありません。

民法

設問 1

1. C の B に対する請求は、本件土地の所有権（206 条）に基づく返還請求としての建物収去土地明渡請求である。

この請求が認められるためには、①請求者が目的物を所有していること②相手方が目的物上に建物を所有していることが必要である。

C は令和 3 年 2 月 8 日に A から本件土地を購入することで本件土地の所有権を取得している（①）。また、B は、本件土地上に本件建物 1 を建築して所有している（②）。

2. ここで B は、A との本件土地に関する賃貸借契約（601 条）の締結により土地賃借権を有するとして、占有権原の抗弁を主張する。

- （1）B は A との間で、建物所有目的で本件土地を賃借し、引渡しをうけることで本件土地について賃借権（601 条、借地借家法 2 条 1 号）を取得した。他方で、C は A から本件土地を売買契約（555 条）により買い受けることで本件土地の所有権を取得している。

所有権は絶対権たる物権であるから、C は A との売買契約により取得した本件土地の所有権を万人に対して主張できる。これに対し賃借権は相対権たる債権だから、対抗要件を具備しない限り賃借人以外の第三者に対抗できない。

確かに、B は本件建物について所有権保存登記をしているものの、その名義人は B の長男 D である。このような登記は有効か。

ア. 他人名義の登記が存在している場合、登記の記載から建物の真の所有者を推知することができず、これをもって借地権の対抗要件を認めてしまうと、公示の役割が果たされず、取引の安全を害するため、たとえ近親者の名義であっても他人名義の登記は対抗要件たりえない。

イ. B は長男 D の名義でしか本件建物 1 の登記を具備していないから、甲土地の賃借権について対抗要件（借地借家法 10 条 1 項）を具備していないことになり、B は C に対して賃借権を主張できない。

- （2）したがって、B の占有権原の抗弁は認められない。

3. よって、C の請求が認められる。

設問 2

1. C の B に対する請求は、本件土地の所有権（206 条）に基づく返還請求としての建物収去土地明渡請求である。

C は令和 3 年 12 月 28 日に A から本件土地を購入することで本件土地の所有権を取得している（①）。また、B は、本件土地上に本件建物 2 を建築して所有している（②）。

2. ここで、B は A と本件土地に関する賃貸借契約を締結しているとして占有権原の抗弁を主張する。

B は本件建物 1 に B 名義の所有権保存登記をしているから賃借権を C に対抗できそうである。ここで、本件建物 1 は令和 2 年 2 月 6 日に全焼し、本件土地は更地になっているところ、土地の借地権は土地上の建物が滅失しても借地権の有効期間内であれば滅失しないとされている（借地借家法 7 条 1 項参照）から、借地権は消滅しないものの、建物が滅失しているため、借地権を第三者に対抗する余地がなく、B は C に借地権の存在を理由に占

有権原の抗弁を主張できない。

3. ここでさらに B は、C が本件土地を購入する際に本件建物 2 が建築途中であることを知っていたことから、C の請求が権利濫用により許されないと主張する。

(1) 権利濫用により権利行使が制限されるかは、①権利行使の制限による権利者の不利益と権利行使による社会的不利益を比較衡量したうえで、②権利者の主観的態様も考慮して判断する。

(2) A は C に対して借地権のない土地として本件土地を売却しており、C は本件土地上で店舗を建ててレストランを経営する予定だったのである。レストランの営業では立地も営業がうまくいくかどうかを大きく左右するものであるから、C の請求が否定されると C は予期に反して大きな機会的・財産的損失を被ることになる。

確かに、C は本件土地を購入する際に本件建物 2 が建築途中であることを知っていたものの、B に対して所有権で対抗できることに乗じて不当な利益を取得するというような意図はない。

これに対して B は、本件建物 2 の取去と本件土地の明渡しによって財産的不利益を受けることになる。しかし、この不利益は C の上記不利益と比べて大きいとはいえない。

したがって、C の B に対する請求は権利濫用に当たらない。

4. よって、C の請求が認められる。

以上

(コメント)

設問 1

ここでは占有権原の抗弁として他人名義の登記で足りるのかという論点が出題されました。加藤ゼミナールのテキストにはそれに関する記述はなかったため、現場思考として解きました。ただ、登記の有効要件として登記に符合する実体関係の存在が必要なことからすれば、結論はわかると思います。そして、理由付けは他人名義登記を対抗要件として認めた場合の不都合を述べればなんとかなります。しかし、それよりもこの論点に辿り着くまでの道筋を大切にしたいところです。

設問 2

ここでは、建物滅失の場合の賃借権という問題と権利濫用について問われました。

前者については全く知らなかったのですが、借地借家法 7 条に消えないことを前提としたような条文があったので、本答案のように書きました。

そして権利濫用に入るわけですが、これは規範を立てて問題文の事実から当てはめるだけなので、他の論点と比べたら書きやすいと思います。

問題全体

科目としての難易度は高いといってよいと思います。知らない論点が出てきたときの逃げ方を知っておくと沈まない答案をかけるので、経験を積んでいくのがよいと思います。

刑法

1. 甲が V1 と V2 を連れて海に入水し、水深 1.3m の地点で V1 の手を離すとともに V2 の全身を沈ませて放置した行為に、殺人未遂罪（203 条、199 条）が成立するか。
2. 実行行為とは構成要件の結果発生の実現的危険性を有する行為をいう。
甲がまだ泳ぐことのできない 6 歳の V1 の手を水深 1.3m の地点で離れた行為及び生後 2 ヶ月の V2 の全身が水中に沈んだまま放置した行為は V1 及び V2 死亡の実現的危険性を有する行為であるとして殺人罪の実行行為に当たる。
3. 甲は上記行為によって殺人罪の「実行に着手」したものの、V1 も V2 も死亡していないため「これを遂げなかった」。
4. 甲は無理心中をしようと考えて上記行為に及んでいるから、V1 及び V2 を殺すことについて認識・認容があるとして故意（38 条 1 項）も認められ、殺人未遂罪が成立する。
5. もっとも、X には中止犯（43 条後段）が成立し、刑が必要的に減免されないか。

(1) 「犯罪を中止した」

ア. まず「犯罪を中止した」として作為が必要とされる場合のその根拠は、そのままにしておくと既遂結果が発生する危険にある。そこで、行為者の行為から独立して既遂結果発生に至る具体的危険が生じた場合には作為が必要であり、そうでない場合には不作為で足りる。

甲はまだ泳ぐことのできない V1 及び V2 を全身が水中に浸かる位置で放置するという V1 及び V2 が死亡する確実性の高い行為に及んでおり、V1 は叫ぶことができるほどの状態であったものの、V2 は海水を飲んで意識を失っており、呼吸を確認できない状態になっていた。そうすると、V2 については殺人罪の既遂結果たる死亡の結果が発生する具体的危険が生じており、作為をもって中止することが必要であるものの、V1 については死亡結果発生危険はないため、不作為で足りる。

イ. 次に、中止犯の必要的減免の根拠は、中止行為に示された行為者の態度が責任を減少させる点にある。そこで、「犯罪を中止した」として必要とされる作為は、責任減少を認めるに足りるだけの既遂結果発生回避に向けた真摯な努力が必要である。

確かに、甲は V1 や A、B などに助けを借りて結果発生を回避しており、自身のみで結果を回避したわけではない。しかし、甲は、防波堤付近ならば釣り人などがいて救急車を要請できると考えて、声が高いため遠くまで声が通りやすい V1 に大声で助けを呼ぶよう指示しており、救命措置も A がテキパキと執っていたことや B が救急車を呼ぶために電話をかけていたことから救命措置は A らに任せており、周囲の人間を使って結果を回避するための最善の策を執っている。また、救急車が到着するまでに A らに V2 の管理を任せて逃げたわけではなく、V2 の横に付き添って A からの質問に答えるなどしていたのであるから、既遂結果発生回避に向けた真摯な努力が認められる。

(2) 「自己の意思により」

ア. 行為者の主観においてできるのにやめたという場合に責任減少という中止犯の必要的減免の根拠が妥当するから、「自己の意思により」が認められる。

イ. 確かに、甲は V2 の泣き声や V1 の「パパ」などと呼ぶ声を聞いて V1 及び V2 を死

なせたくないという気持ちになって中止行為に及んでいるから、完全に甲の自由意思によって中止行為をしたわけではない。

しかし、甲の心の中で放置行為が不可能となったわけではなく、甲はそのまま放置していればV1及びV2を殺すという目的を達成できたにもかかわらず、死なせたくないという気持ちによって中止行為に及んでいるのであるから、自己の主観においてできるのにやめたと認められ、「自己の意思により」犯罪を中止したといえる。

(3) したがって、甲にはV1及びV2両者に対する中止犯が成立する。

6. 以上より、甲にはV1に対する殺人未遂罪とV2に対する殺人未遂罪が成立する。確かに、厳密にはV1には手を離す行為、V2には抱っこひもで抱いたまま全身を沈めるという別の行為として行われているものの、両者は犯罪的意思活動の一回性の認められる行為として行われているから、社会通念上一個の行為として観念的競合(54条1項前段)となる。

以上

(コメント)

まず、本問は中止犯をメインとした問題です。九十九里浜というと椎名林檎を思い出してしまい、少し集中が途切れてしまいますが、このように問題文の事実から関係のないことを思い出して集中できないということは本番でも起こりうるので、問題を解くことだけに集中する訓練もした方が良いでしょう(私も本番で関係ないことばかり考えてかなり時間をロスしてしまいました)。

罪名や未遂に留まることについてはあまり問題がないと思いますが、あまり論じることが多くなく、やろうと思えば20分から30分くらいで検討事項自体は網羅できます。ただ、事実を拾って評価することに大きな点数が入るので、丁寧にやりましょう。

そして、中止犯の処理手順に従って書いていくだけですが、ここもやはり丁寧に問題文の事実を全部拾うくらいの気持ちで書くことが大切です。検討事項が多い場合にはそのようにやると絶対間に合わなくなりますが、検討事項が限られている場合には問題文丸写しくらいのレベルで事実を使いましょう。本答案の水準が最低水準だと思ってください。

また、事実を写すだけでなく評価も丁寧にしましょう。

本答案においては5(1)イのところを参考になるかと思います。「(事実)だから(評価)といえる」という書き方はどの科目でも使えるのでオススメです。

科目としての難易度は低めですが、その分受験生の答案のレベルも高いと思うので、完璧な答案を目指して書かないと沈んでしまいます。とにかく事実をたくさん使うことを意識して頑張ってください。