

憲法

1. D を邸宅侵入罪に問うことは、D の政治的「表現の自由」を侵害するものとして、憲法 21 条 1 項に反し違憲とならないか。

2. 政治的表現とは、広く国や地方公共団体の政策決定に影響を与えることを目的・内容とする表現をいい、政治的思想に関するビラ投函は、政治的な思想・意見を他者に伝えることで国の政策決定に影響を与えようとするものであるから、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。

そこで、D が派遣を控えた自衛隊員とその家族に派遣計画の危険性を訴え参加を思いとどまるよう呼びかける内容のビラを B 駐屯地宿舎において投函する自由も、国が制定した自衛隊に関する派遣計画に影響を与えることを目的とするものであるから、政治的「表現の自由」として保障される。

3. 確かに、D を邸宅侵入罪に問うことは、D の表現行為を理由として処罰するものに過ぎず、D の「表現の自由」を直接制約するものではない。

しかし、表現行為を理由とする不利益取扱いは、表現行為に対する萎縮効果を生むから、「表現の自由」では特に萎縮除去の要請が大きいことに鑑み、「表現の自由」に対する間接的制約にあたるべきである。

したがって、D を邸宅侵入罪に問うことは、D の政治的「表現の自由」に対する制約にあたる。

4. 違憲審査基準の厳格度は、制約されている権利の性質と制約の態様を考慮して決定される。

政治的表現は、国民が言論活動により政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結びが強いから、民主主義国家の政治的基盤をなす表現の自由の保障の中核にあるものであり、特に重要なものとして尊重されなければならない。

もっとも、本件における D の政治的表現の自由に対する規制は間接的であるうえ、制約の場所・方法を規制する表現内容中立規制にとどまり、表現者には他者の権利侵害を伴わない代替的伝達回路が残されている。

そこで、D を邸宅侵入罪で処罰することの合憲性は、①目的が重要であり、かつ、②手段が目的との関係で実質的関連性を有するかどうかで判断する。

5. まず、D を処罰する目的は、市民団体 C の他のメンバーによる同様の行為を阻止することや B 駐屯地宿舎の秩序を維持することで、ひいては地域の安全を確保することにあると思われ、この目的は重要である (①)。

また、D を邸宅侵入罪で起訴しなければ、C の他のメンバーが B 駐屯地宿舎のみならず、他の建造物においても D と同様の行為に及ぶことで地域の安全が害される。そこで、D を処罰することで C の他のメンバーに対する心理的強制により同様の行為に及ぶことを阻止できるから、手段適合性が認められる。

そして、D に厳重注意をするという、C の他のメンバーによる同様の行為を阻止するより制限的でない他の選ぶ手段によってもある程度目的は達成できるものの、D の起訴と同程度に目的を達成できる手段はないため、手段必要性も認められる。

したがって、目的と手段の間の実質的関連性も認められる(②)。

6. 以上より、Dを邸宅侵入罪で処罰することは、Dの政治的表現の自由を侵害するものではなく憲法21条1項に反せず合憲である。 以上

(コメント)

ここでは、自衛隊官舎ビラ配布事件を題材にした出題がされています。

この判例に忠実に沿って検討してもよいのですが、違憲審査基準論の方が事実を拾いやすいと思います、これで書いてみました。

下手に判例っぽく書いてもやはり採点官にはバレるので、判例のキーワードを使いながら目的の重要性・手段との実質的関連性などを検討していくと最低限答案の形にはなります。

表現の自由の重要性の説示に多くの点が振られているので、4のところでは政治的表現の自由についてしっかり論じました。あとは事実を使いながら当てはめていけば合格点には到達できると思います。

科目としてはとても書きづらい問題でしたが、判例をしっかり勉強することという法律の勉強で一番よく聞くことの大切さを改めて実感する問題でした。

民法

設問 1

1. 意思主義のもと、物権たる所有権の移転は意思表示のみで効力が生じるとされている(176条)から、BがCに本件土地について自己の所有権取得を対抗するためには、BがCに先立って本件土地に関する所有権移転登記を経由していることが必要である(177条)。

本件においてCはBが本件土地の所有権移転登記を具備する前にAから本件土地の贈与を受け、それを原因とする所有権移転登記を具備しているから、Bは「第三者」Cに対して自己の所有権を対抗できないのではないかと問われる。

2. 自由競争原理のもと、先行する物権変動を知っているにすぎない単純悪意者は「第三者」として保護されるものの、悪意に加えて登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる背信的悪意者は自由競争の枠を超えているから「第三者」に当たらない。

Cは先行する物権変動たるAB間売買を知っているだけであるから、「第三者」として保護される。

3. したがって、BはCに対して自己の所有権取得を対抗できない。

設問 2

1. BはAの「債権者」としてCを被告として本件土地の贈与契約の詐害行為取消訴訟(424条1項)を提起して、本件土地についてC名義登記の抹消登記手続を求める(424条の6第1項本文)ことが考えられる。

- (1) 詐害行為取消権の対象は金銭債権に限られるものの、特定物債権も究極において損害賠償請求権という金銭債権に変わりうるから、詐害行為取消権行使時までには損害賠償請求権に転化していれば被保全「債権」に当たる。

Bの所有権移転登記請求権は、詐害行為時に損害賠償請求権に転化させることも可能であるから、「債権」に当たる。そして、それは本件土地に関する贈与契約の「前の原因に基づいて生じた」「債権」であり(424条3項)、「強制執行により実現することができないもの」(同4項)ではない。

- (2) また、AはCへの贈与によって無視力となっている。

- (3) 「債務者が債権者を害することを知ってした行為」(424条1項本文)に当たるかどうかは、行為の主観と客観の相関的考慮によって判断する。

Bは本件土地以外に財産を有しないにもかかわらず、売買目的物である本件土地をCへ贈与しているため、行為の客観的な詐害性は強い。そのため、主観としては行為者を害することの認識で足りる。そして、Aは本件土地以外に財産を有していないことを認識しているはずであるにもかかわらず、Cのために本件土地をCに贈与しているから、Bを害することの認識はある。したがって、本件贈与契約は「債務者が債権者を害することを知ってした行為」に当たる。

- (4) また、本件贈与契約は「財産権を目的としない行為」に当たらないし、「受益者」CもAB間売買を知っていたため、本件贈与契約が「債権者を害することを知らなかった」(424条1項但書)とはいえない。

- (5) そして、詐害行為取消しにおいては詐害行為性や譲受人の悪意等も要件となるから、これについて詐害行為取消しを認めても177条の趣旨に反せず、可能である。

2. したがって、BはAC間の贈与を詐害行為として取り消すことができる。

設問3

1. BはCに対して本件土地の所有権移転登記を得られなかったことによる「損害」について不法行為に基づく損害賠償請求（709条）として賠償を請求すると考えられる。

この請求の要件は①「故意又は過失」行為②「権利」侵害③「損害」発生④①と③の相当因果関係である。

2. 所有権移転登記請求権という債権も「権利」に含まれるか。

(1) 債権発生原因のうち契約の場面においては自由競争原理が妥当するから、第三者による債権侵害が「権利」侵害と評価されるのは、㊦加害行為が自由競争の枠を逸脱した強い違法性を有するもので、かつ㊧加害者の主観的要件も「故意」に限定される。

(2) 確かに、CはAB間売買を知らずながら本件土地の贈与及び所有権移転登記具備を受けているから、故意があり(㊦)、それに「よって」(㊧)Bは本件土地の所有権を確定的に取得できなかったため、その代金1000万円の「損害」を被っている(㊩)。もっとも、CはAB間売買を知っていたに過ぎないから、自由競争の枠内であり、強い違法性は有しない。そこで、本件においてはBの所有権移転登記請求権の侵害は「権利」侵害に含まれない(㊨)。

3. したがって、Bの請求は認められない。

設問4

1. BはCの本件土地明渡請求に対して、Cが所有者であることを前提に、留置権（295条1項）の抗弁を主張すると考えられる。

(1) BはAから本件土地の引き渡しを受けた「占有者」であり、設問1のように本件土地はCの所有に属するから、「他人の物」に当たる。

(2) BはAに対して、AB間売買の解除に基づく原状回復請求（545条、541条）として代金1000万円の返還請求権という「債権」を有する。

(3) では、被担保債権と物の牽連性があるといえるか。

ア. 被担保債権の債務者と物の所有者が別人である場合には、物の留置によって被担保債権の弁済を間接的に強制するという留置的効力が機能しないから、被担保債権が「その物に関して生じた」とはいえず、留置権は成立しない。

イ. 代金1000万円の返還請求権はBC間贈与契約時に発生するところ、その時点における本件土地の所有者は不確定ではあるもののBである。そうすると、上記請求権が「その物に関して生じた」とはいえず、留置権は成立しない。

2. したがって、Dによる留置権の主張は認められない。

以上

(コメント)

設問1

ここでは177条の典型問題が1行問題のような形で出題されました。ここはどの問題集にも載っているものですが、なぜか配点が高いので、こういった基本は絶対落とさないでくれという出題者からのメッセージのように思えます。

設問 2

ここでは詐害行為取消権について出題されました。私の周りでもここは苦手とする方が多いように思えるのですが、逆にいえばできてしまえば勝ちということでもあります。

詐害行為取消の被担保債権が金銭債権に限られるということについて採点基準で明示的には示されていないですが、書いて損はないはずです。

また、177 条との関係も最後に言及しただけですが、あまり分厚く論じるのも変なのでこれで大丈夫だと思います。

設問 3

ここでは不法行為責任が問われましたが、私は第三者による債権侵害として構成しました。

採点基準のところでは「一定の結論」と割と自由度が高いような感じの書き方をされているので、これ以外の書き方でも点は入っていそうです。

設問 4

そして最後に留置権です。

ここはあまり長々と書くところではないですが、初見で書いた際に被担保債権の成立時が贈与契約時なのか登記時なのかわからず、一応契約時としました。このように、「いわれてみればわからない」ということもあると思うのですが、誤魔化し方も大切なのでそのまま答案に反映しました。

問題全体

科目全体としては嫌な出題だなと思いました。1 つ 1 つの難易度は高くなく問題文を読む時間が少ない分、たくさん書かないといけないと思い、私は予備試験型の答案用紙 4 枚分書きました。本番ではどのような答案用紙が配布されるかわからないですが、仮にあまりたくさん書けないようなつくりだった場合には「何を書かないか」を重視して進めるとよいと思います。科目は異なりますが、中央の刑法や商法民訴刑訴などを解いてみるとその感覚は掴めるので、お時間に余裕があればやってみてください。

刑法

1. 甲がAの「財物」であるハンドバッグをひったくろうとしてAのハンドバッグの取っ手を握った行為について、最終的に甲に占有が移転していないから、「窃取」に「着手」（43条本文）したにとどまり、窃盗未遂罪（243条、235条）が成立する。
2. 甲が逮捕を免れるためにBの腹付近をどんと軽く突いた行為について、事後強盗未遂罪（238条、243条）が成立するか。

(1) 甲は「窃盗」に当たる。

(2) 事後強盗罪の「暴行又は脅迫」は社会通念上一般に財物の取戻しや逮捕行為を抑圧するのに足りる程度のものであることを要する。

甲が両手を広げて仁王立ちしていたBに対してスニーカーの右足を高く上げてその足の裏でBの腹付近をどんと軽く突いた行為は、社会通念上一般に人を転倒させるのに足りる行為であり、転倒すれば逮捕行為は抑圧できる。したがって、甲の上記行為はBによる逮捕行為を抑圧するのに足りるものとして、「逮捕を免れ...るため」の「暴行」に当たる。

(3) 強盗罪との罪質の近似性担保のため、事後強盗罪における「暴行又は脅迫」は窃盗の機会の継続中に行われる必要がある。

甲がAへの窃盗行為を諦めて足早に進行方向に逃げ出したときには通りすがりのBがすでに両手を広げて仁王立ちしていたのであるから、甲による上記「暴行」は、窃盗行為から生じた逮捕されうる緊迫状況のもとでなされたものとして、窃盗の機会性が認められる。

(4) そして、事後強盗罪の既遂・未遂は先行する窃盗の既遂・未遂を基準に判断するから、甲には事後強盗未遂罪が成立する。

3. 甲がS公園においてポシェット内の財布から現金1万円とクレジットカードを抜いて持ち去った行為に窃盗罪（235条）が成立するか。

(1) 「窃取」の対象となる「財物」は他人の占有に属することが必要であるものの、甲が現金等を抜き去った時点でそれらに対するCの占有が認められるか。

ア. 窃盗罪における占有は財物に対する事実的支配であり、それは、領得行為時を基準に財物に対する客観的支配と支配意思を総合して社会通念にしたがって判断される。

イ. 確かに、Cはポシェットをベンチ上に置き忘れていったのであるから、支配意思はさほど強くない。

しかし、甲はCがベンチを離れてから20秒後にポシェットを発見しており、甲がベンチを離れてから10秒後にCがベンチに戻っているのであるから、Cとポシェットの時間的・場所的間隔は数十秒、30m程度に過ぎない。また、ベンチは甲がポシェットを発見した時点で無人であったため、不特定多数者に持っていかれそうな状態ではなかった。加えて、Cが用を足したトイレからはベンチを見通せた。そうすると、甲の行為時には、ポシェットに対する客観的支配が強く及んでいたといえる。

したがって、甲の行為時にはポシェットにはCの占有があったとしてポシェットやその中身は「財物」として窃盗罪の客体になる。

(2) 「窃取」とは占有者の意思に反する占有移転を意味するものの、甲は C の意思に反してポシェットの中にあった現金 1 万円やクレジットカードに対する C の占有を排除して自己の事実的支配下に移転させているとして、これらを「窃取」している。

(3) もっとも、甲はポシェットを「誰かが忘れていったのだろう。」と考えており、占有離脱物横領罪の認識で上記行為に及んでいるから、重い罪である窃盗罪は成立しない (38 条 2 項)。

構成要件の犯罪個別化機能から、認識事実と実現事実の構成要件が重なる限度で故意の成立が認められる。

甲が認識した占有離脱物横領罪と窃盗罪は領得という行為態様や保護法益が所有権の範囲内で重なる。そうすると、両者は占有離脱物横領罪の限度で重なるから、甲には占有離脱物横領罪が成立する。

4. 甲が C のクレジットカードを不正利用する目的で D の経営するレストランに入った行為には、管理者 D の意思に反する立ち入りとして建造物侵入罪 (130 条前段) が成立する。

5. 甲が D の経営するレストランにおいて C のクレジットカードを不正利用する目的でステーキ定食とビール 2 本を注文した行為に 1 項詐欺罪 (246 条 1 項) が成立するか。

(1) 「欺」罔行為とは交付の判断の基礎となる重要な事項に関する人の錯誤を惹起する行為をいう。

D や店員が甲に対してステーキ定食などを交付するのは甲が正当な支払い方法で対価を支払うことが前提となっているから、甲がカードの不正利用目的を告げずに注文することで、D らの交付の判断の基礎となる正当な対価の取得という重要な事項について D らの錯誤を惹起しており、「欺」罔行為に当たる。

(2) D らは甲の「欺」罔行為によって錯誤に陥り、ステーキ定食とビール 2 本という「財物を交付」しているから、甲は「人を欺いて財物を交付させた者」に当たる。

(3) また、甲には当然に故意や不法領得の意思も認められるから、1 項詐欺罪が成立する。

6. 甲がカード裏面に記載されていた「他人」である「C」の名を売上表という「権利、義務…に関する文書」の署名欄に「行使の目的」記載して提出した行為には、有印私文書偽造罪およびその行使罪 (159 条 1 項、161 条) が成立するか。

(1) 「偽造」とは文書の作成名義人と作成者の人格の同一性を偽る行為をいうところ、本件の売上表の作成者として記載から認識される作成名義人は C である一方で、実際にこれを作成したのは甲であるから、甲が署名欄に「C」の名を記載した行為は「偽造」にあたり、有印私文書偽造罪が成立する。

(2) また、甲はこれを D のレストランの店員に提出しているから、行使罪も成立する。

7. 以上より甲には 1 ないし 6 の罪が成立し、1 は 2 に吸収され、4 と 5 は牽連犯 (54 条後段) となり、それらと他の罪は併合罪 (45 条前段) となる。 以上

(コメント)

今回は事後強盗罪、窃盗罪、詐欺罪、私文書偽造などがメインの出題でした。

第 1 期は検討事項が少なかったですが、第 2 期では一気に多くなりました。

窃盗未遂を基礎付けるために A が叫んで甲が諦めたことを書くのですが、「きゃー、ひったくり。誰か助けて。」という発言内容はさほど重要でなく、大声で叫んだことが重要なので発言内容は書きませんでした。実際「きゃー」と答案に書くのもどこか憚られるところがあります。

事後強盗罪については特段の論点がないので地道に当てはめていけば良いです。

ポシェット窃盗については占有が認められるかという典型論点が出ました。これは比較的丁寧な検討をしたかったのですが、とにかく量が多いので控えめにしました。また、事実の錯誤についても窃盗の占離なので典型的なものとして薄めに検討しました。

建造物侵入罪についても同様です。

詐欺罪について、挙動による欺罔が問題になりそうでしたが、出題趣旨にも書いておらず、時間も足りなかったなのでそこは削除しました。

また、クレカ支払いをしたことが不可罰的事後行為に当たることについてはとにかく時間がないことと 5 点分にしかならないことから捨てました。

そして文書偽造も条文と事実を絡めながら薄めに書いて、行使罪も一言で書きました。

最後の罪数は複雑すぎてこれが正解なのか正直自信がないですが、条文を示しながら書くことを忘れないようにしたいところです。

科目として問題自体の難易度は高くないですが、とにかく量が多く、時間が足りないので、基本的な部分は条件反射で書けるくらいに仕上げたいところです。