

## 憲法

1. 私が B であるならば、本件規定は A 市営住宅の入居について、暴力団員とそうでない者を「差別」するものとして憲法 14 条 1 項に反し違憲とならないか検討する。
2. まず、「法の下に平等」には法適用の平等のみならず法内容の平等も含まれる。  
そうすると、暴力団員には、一般人との関係で、A 市営住宅の入居について住生活基本法の内容において平等に扱われるという意味での「平等」権が認められる。
3. 次に、A 市は、A 市営住宅への入居要件として「入居者が暴力団員であることが判明した場合」には、当該入居者に対し「当該市営住宅の明渡しを請求することができる」という規定を設けることにより、暴力団員が A 市の市営住宅を利用することを事実上不可能とすることで、一般人と暴力団員を「差別」している。
4. そして、平等の理念は個人尊重の原理（憲法 13 条前段）に由来するものであるから、「平等」は、合理的理由のない差別を禁止する相対的平等を意味する。では、上記の差別について合理的理由は認められるか。

(1) 差別の合理的理由の厳格度は、事柄の性質によって変わりうる。

まず、差別の理由は暴力団員が市営住宅に入居することで当該市営住宅の秩序が乱されうることや、「常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれがある団体」の拠点となってしまう、犯罪を促進してしまうおそれがあることなどに鑑みて、それらのおそれを払拭することにあると考えられる。

次に、差別対象となる暴力団員の住居を選ぶ自由は、「居住、移転...の自由」にも該当するような権利であり、それ自体として重要である。

また、本件規定は暴力団員の住居を選ぶ自由を直接的に制約するものである。

もっとも、地方公共団体は条例制定権（94 条）のもと、限りある財産をどのように分配するかについて一定の立法裁量を有する。

そこで、本件規定の合憲性は、①立法目的が重要であり、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。

(2) まず、立法目的は、住宅が国民の健康で文化的な生活にとって不可欠であることに鑑みて、低所得者等の住生活の安定の確保及び向上の促進という点に加え、差別の理由と同様、市営住宅の秩序維持や、市営住宅が暴力団の拠点となり、犯罪を促進してしまうおそれを払拭することにあると考えられるところ、これによって市民の生活上の安全を確保できるから、この目的は重要である（①）。

次に、暴力団員が市営住宅を利用することで市営住宅を利用する市民は生活に萎縮効果を伴うため、暴力団員を市営住宅から排除することで、市営住宅を利用する市民は安心して暮らすことができる。したがって、手段適合性が認められる。

確かに、本件規定は明渡しを求めることができる相手方を単に「暴力団員」と規定するにとどまり、その対象が不明確かつ広範囲にわたるとして手段必要性が否定されるとの見解も一応の合理性を有する。

しかし、暴力団対策法では「暴力団」や「暴力団員」を明確に定義しており、本件規定が掲載される予定の条例案では、「暴力団員」について暴力団対策法の定義を用いる旨の

注記が付される予定なのであるから、対象の不明確性や広範性を理由に手段必要性を否定することはできない。

そして、本件規定と同程度に立法目的を達成できるより制限的でない他の手段は存在しないため、手段必要性も認められ、手段が目的との関係で実質的関連性を有するといえる (②)。

5. 以上より、私が B であれば本件規定は暴力団員との関係で憲法 14 条 1 項に反せず合憲であるとの見解を伝える。 以上

(コメント)

ここでは平等原則が問われました。

私の肌感ではありますが、平等原則は私立のロー入試であまりたくさん出ない印象です。

ここでも一定の型を守って解答していれば少なくとも合格水準には到達できると思います。ただ、本問で難しいのは差別の理由を明記していないことや反対の立場にも言及しなければならないことです。差別の理由はどうにかでっち上げてもそれらしい理由になるのですが、反対の立場への言及は正直どこに入れば良いかハッキリしないです。一応問いに答えなければならないので手段必要性のところと言及してみましたが、とにかくどこかで言及する姿勢は重要です。

科目として、やはり書きづらく難しい問題だなと感じます。平等原則の型を守らずに自由作文のように書くとかなり低い評価になってしまうので、平等権は判例以上に型を身につけることが重要だと感じます。

## 民法

### 設問 1

1. BのCに対する請求は、占有回収の訴え（民法 200 条）としての本件絵画の返還請求である。

この請求が認められるためには、①「自己のためにする意思をもって物を所持」していること（180 条）②「占有を奪われた」こと（200 条 1 項）の 2 つを満たすことが必要である。B に本件絵画の占有が認められるのであれば、C が無断で本件絵画を本件建物から持ち出したことをもって②を満たす。

2. C は平成 23 年 6 月に本件絵画を持ち出しているところ、B は成人後に事情があつて疎遠になっており、本件建物に住んだこともなく、同年 7 月まで A 死亡の事実を知らなかったため、B が占有の意識をしていない間に本件絵画が持ち出されたことになる。そのため、B は本件絵画を「自己のためにする意思をもって...所持」していたとはいえないのではないか（①）。

（1）確かに、占有権は物の事実的支配に与えられる権利であるため、「被相続人の一身に専属」する権利（896 条但書）に当たり、相続が認められないように思える。しかし、相続という偶然の事情により占有の有無が左右されるのは妥当でないから、相続人が相続開始の事実を知っているか否かにかかわらず、被相続人の事実的支配下にあった物は相続と同時にその占有が相続人に承継される。

（2）B は本件絵画を持ち出された時点で相続開始の事実を知らなかったものの、同年 5 月の A 死亡と同時に本件絵画の占有が B に承継されることになるから、B は「自己のためにする意思をもって物を所持」している（①）といえる。

3. したがって、B は C に対して占有回収の訴えにより本件絵画の返還を請求することができる。

### 設問 2

1. B は D からの請求に対する反論として、短期取得時効（162 条 2 項）による所有権取得を主張することが考えられる。

2. 相続による占有承継の場合にも 187 条は適用されるから、相続人は自己独自の占有を主張することもできる。そして、相続人が現実的に物の支配を始める場合には、相続人独自の占有と被相続人の占有とでその性質が異なることがあり得るから、相続人保護の観点から、相続を「新たな権原」（185 条）とする自主占有への転換を認めるべきである。もっとも、所有者に対して時効更新の機会を与えるべきであるから、自主占有への転換が認められるためには、相続人による支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくと思われる事情が必要である。

本件において B は平成 23 年 8 月から本件建物について「所有の意思をもって平穩に、かつ、公然」と「占有」を「開始」している。

「善意」及び無過失は占有開始時を基準に判断されるところ、B は D と面識もなく、AD 間の本件土地売買契約が無効であることも知らずに本件土地上にある本件建物を占有し続けていたのであるから、「善意」かつ無過失であり、外形的客観的に独自の所有の意思に基づく占有をしている。そして、令和 3 年 8 月の時点で占有開始時から「十年間」が経過し

ている。そうすると、Bは「新たな権原」として自己独自の占有を主張し、「当事者」として短期取得時効を援用する（145条）ことで本件土地の所有権を時効取得する。

3. したがって、Bの反論が認められる。 以上

（コメント）

#### 設問1

ここでは占有回収の訴えが出題されました。私はこの分野について論文で書いたことがないのでかなり戸惑いましたが、論文の基本として、まずは条文にあたり、それから知っている知識を総動員して書くこととなります。2（1）は占有権が相続されるかというような論点です。これは現場思考で、同じような理由づけで「占有権も相続対象になる」としたのですが、相続人が相続開始を知っているかどうかを書きたいです（最判昭44.10.30参照）。

#### 設問2

ここでは時効取得で相続があった場合に185条や187条を使えるかどうかという論点が出題されました。

ここは取得時効の論点として知っているけど書くとするとよくわからない論点なので、書き方をおさえておきたいです。

私は要件検討のなかで論点にも触れながら書いてみましたが、少し読みづらくなる場合には分けて書くのもアリだと思います。

#### 問題全体

科目としてはとても難しい問題だと思いますが、条文を大切にすることと、その条文の趣旨を覚えておくことが鍵になると思います。

## 刑法

1. 甲がAの本件自動車を運転して駐車場から走り出した行為について窃盗罪（235条）が成立するか。

(1) まず、本件自動車はAという「他人の財物」である。

(2) 「窃取」とは占有者の意思に反して財物に対する他人の占有を排除して自己または第三者の事実的支配下に移転することをいう。

まず、甲が本件自動車を乗り回すことはAの意思に反するし、Aが一時的に駐車していたにすぎない本件自動車を甲が運転して走り出したことでその占有が甲に移転しているから、甲は本件自動車を「窃取」している。

(3) また、甲は本件自動車が他人の物であることを認識しつつ行為に及んでいるから、占有侵害の事実を認識・認容しているとして故意（38条1項）も認められる。

(4) もっとも、甲は一時使用目的で本件自動車を運転しているから不法領得の意思を欠くのではないか。

ア. 窃盗罪の成立のためには故意に加えて権利者排除意思・利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必要である。

権利者排除意思は不可罰な一時使用を窃盗罪から除外するための要件であるから、一般に権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思を指す。

利用処分意思は毀棄罪と窃盗罪の区別のために占有侵害の目的を財物の利用可能性の取得に限定するための要件であり、財物自体のもつ何らかの効用を享受する意思があれば足りる。

イ. 確かに、甲は本件自動車を5、6時間運転したら戻そうと考えていたことや、実際にガソリンスタンド付近に返却していることからすれば、甲は本件自動車を一時使用する目的であったとして権利者排除意思がないと捉える余地はある。しかし、本件自動車が250万円であることや、それを駐車していたのがAの勤務先の取引先であるガソリンスタンドであったこと、通常であれば他人の自動車を乗り回すことはないことに加え、自動車を5時間以上乗り回すことは一般人からして許容限度を超えるものであることからすると、一般に権利者が許容しない程度の利用であるとして、権利者排除意思が認められる。

次に、甲は本件自動車の持つ移動機能を享受する意思があったのであるから、利用処分意思が認められる。

したがって、不法領得の意思が認められるから、甲には窃盗罪が成立する。

2. 甲が本件トイレの壁にスプレーで落書きをした行為について器物損壊罪（261条）が成立するか。

(1) まず、本件トイレは公衆トイレであり、東京都が管理するものとして「他人の物」に当たる。

(2) 「損壊」とは財物の効用を害する一切の行為をいう。

確かに、甲はラッカーズスプレー2本を用いて本件トイレの壁に「〇〇参上」と書いただけでなく、本件トイレの壁を物理的に損壊しているわけではない。

しかし、本件トイレは長方形の床面の上にコンクリートとブロックが「組み合わされて建造されたものであり、公園付近の住民が利用するために外観や美観が工夫されたものであったのであるから、壁をほぼ埋め尽くすほどに文字を書いたことは本件トイレの効用を害している。また、甲が書いた文字は水道水や洗剤では消去することが不可能であり、壁面の再塗装により完全に消去するには約 7 万円の費用を要するのであったことから、甲の上記行為は本件トイレという財物の効用を害する行為であるといえる。

(3) したがって、甲に器物損壊罪が成立する。

3. 以上より、甲には窃盗罪及び器物損壊罪が成立し、両者は併合罪（45 条前段）となる。

以上

(コメント)

まず、窃盗罪について、主に権利者排除意思が問題となります。ここでは、一時使用目的であったことを基礎付ける事情をとにかくたくさん見つけて書きまくることが必要です。問題文の事実があまり長くないのですが、自分なりに「この事実はこうやって使えそう」と目星をつけながら問題を読むと問題文が立体的に見えます。

あとはしっかり書けば OK です。

次に、器物損壊罪について、器物損壊罪が聞かれるとしたらこのような聞き方しかないと思いますが、こちらもとにかく事実を写して評価を加えることだけを意識すれば良いです。

科目としての難易度は低く、解説することはあまりないですが、この問題は事実を全部使い切ることを意識してかくと点数を稼げるのではないかと思います。