

入試日程 C 日程 出題科目名 小論文

解答（例）及び出題の意図

・ 解答（例）

「禁止されています」という書き方は、建物管理者が禁止しているのではなく、役所等によって禁止されているというニュアンスがあることを指摘した上で、「禁止します」「禁止です」と比べて、どれが適切と考えるか、解答者自身の見解とその理由をわかりやすく記載する必要がある。

・ 出題の意図

自分の見解とその理由付けをわかりやすく提示することができるかということを通じて、論理的文章の作成能力を判定しようとするものである。

以 上

入試日程 C 日程 出題科目名 憲法**解答（例）及び出題の意図**

・ 解答（例）

本仮想事例では、A 裁判所がテレビ局に対して発した本件ディスクの提出命令が、ニュース番組で交通事故の状況を放映するために撮影する自由（取材の自由：憲法 21 条 1 項）を制約することの合憲性を検討することが求められている。

表現の自由は、「一切の」表現の自由を保障する。表現とは、情報の発信・受領・収集を意味する。テレビ局など報道機関の報道は、電波を使用した情報の発信であるから、報道の自由は憲法 21 条 1 項によって保障される。そして、取材は、確かに表現行為ではないが、取材が報道という表現行為の不可欠の前提であることを踏まえると、取材の自由も、憲法 21 条 1 項によって保障される。テレビ局がニュース番組で交通事故の状況を放映することは、電波を使用しようとした情報の発信であるから、ニュース番組で交通事故の状況を放映する自由は、憲法 21 条 1 項によって保障される。そして、その交通事故の状況を撮影することは、ニュース番組で交通事故の状況を放映することの不可欠の前提であるから、ニュース番組で交通事故の状況を放映するために撮影する自由も、憲法 21 条 1 項によって保障される。

報道の自由は、一般的に、自己統治及び自己実現の価値を有するから重要である。そして、これらの価値を有する報道の自由の不可欠の前提である取材の自由もまた重要であるといえる。テレビ局がニュース番組で交通事故の状況を放映することは、交通事故の惨状などを周知させることで、交通マナーの向上など社会生活に資することになるから自己統治の価値を有する。また、テレビ局がニュース番組で交通事故の状況を放映することは、視聴者の多様な「知る権利」に奉仕するというテレビ局の役割に資することになるから、自己実現の価値を有する。したがって、テレビ局がニュース番組で交通事故の状況を放映する自由は、重要である。そして、これらの価値を有するテレビ局がニュース番組で交通事故の状況を放映する自由の不可欠の前提であるニュース番組で交通事故の状況を放映するために撮影する自由もまた重要であるといえる。

しかし、テレビ局は、A 裁判所が発した本件ディスクの提出命令によって、偶然に遭遇した交通事故の状況を自由に撮影することができなくなるので、ニュース番組で交通事故の状況を放映するために撮影する自由が直接的かつ剥奪的に制約されることになる。とはいえ、A 裁判所が本件ディスクの提出命令を発したのは、「公正な刑事裁判を実現する」ためであることに鑑みると、ニュース番組で交通事故の状況を放映するために撮影する自由は、間接的付随的に制約されると解することもできる。

・ 出題の意図

これらの点を考慮したうえで、ニュース番組で交通事故の状況を放映するために撮影する自由に対する制約の合憲性を検討して欲しい。A 裁判所が本件ディスクの提出命令を発した目的は何か、その目的と本件ディスクを強制的に提出させることにはどのような関連性があるのかを検討する。「公正な刑事裁判の実現」のために、本件ディスクを強制的に提出させることの相当性の有無を、A 県 B 市内の繁華街の交通量も通行人も多い交差

点であること、多数の防犯カメラが設定されていること、多数の死傷者が出た多重衝突であること、ニュース番組で放映後であることを踏まえて具体的に検討するのである。

どのような結論になるにせよ、説得力のある具体的な論述をして結論を導くことが望まれる。

以 上

入試日程 C 日程 出題科目名 刑法**解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

（１）キャッシュカードのすり替え行為について

甲は令和 7 年 10 月 1 日における 2 回の警察官になりすましたうそ電話により、V の占有する同人名義のキャッシュカードの不正取得を試みた。この電話の時点では、当該カードを V から交付してもらうつもりなのか、現場で V の隙を見てその占有を取得するつもりだったのかは必ずしもはっきりしないが、10 月 2 日の甲による V 宅訪問時には、V の用意したカードをダミーカードとすり替えて取得するという手口によっており、これは当時まだ V の占有下にあったキャッシュカードという財物の占有を、V の意思に反して取得するものとして、「窃取」のようにも思える（その際、不法領得の意思にも問題ない）。よって、この限りでは甲に窃盗既遂罪（刑法 235 条。以下「刑法」略）が成立しそうである。

しかしながら、この時点で V は甲の計画を察知して、残高僅少のカードを意図的に甲の占有下に置かせている。そうすると、この占有移転は「占有者の意思に反する」ものではないため、およそ窃取行為が客観的には存在しなかったことになる。よって、窃盗既遂罪は成立しない。とはいえ、一般人の認識しえた事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、窃盗が既遂に至る危険がなお存するのであれば（不能犯の否定）、窃盗未遂罪（243 条）は成立しうる（占有移転行為には着手されている）。この点、すでに甲の不正取得計画が V に見破られていたという事情は、一般人にも認識できなかったと考えられるため、判断基底から除外される結果、窃取の危険はなお存在していたと評価されるため、窃盗未遂罪の成立には支障ない。かくして、甲の当該カード取得行為には窃盗未遂罪が成立する。

（２）ＡＴＭ機でＶの預金を引き出そうとした行為について

この行為が成功すれば、Ａ銀行の当該ＡＴＭ機を管理する銀行支店長等の占有していた機内の現金という財物を、占有者の意思に反して自己の占有下に置いたとして、窃盗罪が成立するところである（故意や不法領得の意思にも問題ない）。しかし、甲は現金を引き出せなかったので、窃盗既遂罪は成立しない。

もっとも、預金引き出しの前提行為として、甲は残高照会を行なっている。これは直接の現金の占有取得行為にあたる出金操作のために必要不可欠な行為といえ、それに成功すれば出金操作に至るまでに特段の支障となる事情はなく、残高照会と出金操作は同じＡＴＭ機に対して相次いでなされるため、出金操作との時間的場所的近接性にも問題ない。よって、この残高照会にもＡＴＭ機内の現金を取得する客観的危険性を発生させる行為として、窃盗罪の実行の着手を認めてよい。

また、出金の失敗は暗証番号の誤りによるものであったが、誤った暗証番号を V から教えられているという事実は、この行為当時一般人には認識しえなかった事情と見うるため、その事実を除外して判断すれば、当該残高確認行為にも窃取の危険性が認められ、その結果この行為は不能犯とはならない。それゆえ、キャッシュコーナーにおける甲の所為にも窃盗未遂罪が成立する。

(3) まとめ

以上により、甲には2つの窃盗未遂罪が成立し、両者は併合罪となる。

・出題の意図

本問は事案こそ社会問題化している特殊詐欺事例であるが(ちなみに、甲が意図していた犯罪は正しくは窃盗罪であったが〔最近の実務・学説におけるほぼ一致した見解〕、うそ電話が手段となっていることから、詐欺罪と勘違いした人もいたのではなかろうか)、その実行の着手については、最決令4・2・14刑集76・2・101のような早期化を図らなくても、本問のケースでは伝統的理解によっても優に認められよう。問題はむしろそこではなく、Vに計画を見破られて、残高10円にとどまるカードをVの意思に反しない形で占有取得している点である。これはそもそも「窃取」(刑法235条)の定義にあてはまらない占有取得なので、せいぜい窃盗未遂罪にしかならない(その際、不能犯の検討も必要となろう)。さらに、銀行キャッシュコーナーでの預金引き出しの失敗についても同様に、残高照会行為の時点で新たな窃盗罪(被害者A銀行)の実行の着手と評価してよいかについての記述、また、暗証番号違いによる引き出し不能の点への言及(不能犯か否か)が求められることとなる。以上、未遂犯論を中心とした単調な問題である(上述した、窃盗罪と詐欺罪の識別といった財産犯的論点も含まれてはいるが)。

以 上

入試日程 C 日程 出題科目名 民法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

第 1 問

A B 間の売買①により、A は B に甲の登記及び占有を移転しなければならず（以下本件債務という。）、履行期の定めもなく、内装の改修は口実であり、B は A に代金を支払済みであるから、A に本件債務の履行を拒む理由はない（533 条）。

売買②で A が甲を C にも売却したことで、甲は二重に譲渡されたことになり、その時点では、B も C も登記なくしては甲の取得を相手方に対抗できない（177 条）。しかし、同月 20 日に C が甲の登記を取得したことにより、B は、甲の所有権取得を第三者に対抗できないことが確定し、本件債務は履行不能となった。

二重譲渡をした A に解除権はなく、B は履行不能を理由に売買①を解除し（542 条 1 項 1 号）、代金の返還と利息（545 条 1 項、2 項）、履行不能による損害賠償（同条 3 項、415 条 1 項）を求めることもできたが、B はこれによらず、415 条 2 項 1 号により、本件債務の履行に代わる填補賠償を請求したものと解される。

売買①時の甲の価格は 5000 万円であったが、その後価格が上昇していることから、B が請求し得る填補賠償の額が問題となる。

民法 416 条は、債務不履行と相当因果関係の範囲にある損害を賠償することを定めており、1 項により、債務不履行により通常生ずべき損害（通常損害）が原則的な賠償の対象となり、2 項により、特別の事情により生じた損害（特別損害）であっても、当事者において予見可能であったものは賠償の対象となることを定めている。

B は、本件債務により甲の引渡しを求めていたのであり、A が甲の登記を C に移転した時点で本件債務は履行不能となり、B の A に対する権利は填補賠償請求権に転じたといえる。また A は、本件債務が履行不能になれば B に賠償しなければならないこと、及びその時点での甲の評価額を認識しながら、登記を C に移転して本件債務を履行不能としたのであるから、その時点での甲の価額は、416 条 1 項の通常損害といえることができる。

履行不能時点の評価額を通常損害とした場合、その後の目的物の価格の上昇は 416 条 2 項の特別の事情であるから、これによる損害を賠償させるには、当事者において予見可能であったことが必要である。

本件においては、甲の価格が上昇し続けていることは広く認識されていたから、口頭弁論終結時まで甲の価格が上昇し続けることは、本件債務を履行不能とした時点で、A において予見可能であったといえる。

そうすると、口頭弁論終結時の甲の価格である 7000 万円は、416 条 2 項の特別損害として、賠償の対象になる。

なお A は、B は居住目的で購入したのであるから、売買①時の 5000 万円、あるいは履行不能時の 6000 万円を賠償の基準とすれば足り、転売を予定しない以上、高騰時の 7000 万円は基準とはならない旨を主張するものと解される。

しかしながら、B は、A の債務不履行がなければ、甲を現に保有しえたはずであるから、右履行不能の結果 B が受ける損害額は、騰貴した現在の甲の価格を基準として算定す

るのが相当である。Aの主張は理由がない。

よってBは、本件債務の履行に代わる填補賠償として、Aに対し7000万円の支払いを求めることができる。

第2問

BCはいずれもAより甲を譲り受けた者であり、互いに177条の第三者であって、甲について所有権移転登記を経なければ、相手方に対し、甲の所有権取得を対抗することができない。

Cは、AB間の売買①がなされたことを知って、Aより甲を譲り受けているが、177条自体が、不動産が二重に譲渡され、対抗要件具備の先後で決着を付けることを予定しているし、177条に第三者の主観的要件に関する文言も存しないから、単に先行する不動産売買があることを知って不動産を取得した者であっても、自由競争の範囲で行われていれば、177条の第三者から除かれるものではない。

しかしながら、不動産登記法5条は、詐欺又は強迫により登記の申請を妨げた者、あるいは、他人のために登記を申請する義務を負う者については、相手方の登記の不存在を主張することができない旨を定めている。

同条に直接該当しない場合であっても、相手方の権利について悪意であることに加え、その登記の不存在を主張することが信義に反すると認められる事情のある第三者については、背信的悪意者として民法177条の第三者から排除するのが相当である。

本件においてCは、単にAB間の売買①を知るだけでなく、甲の引渡しを受けられずに困っているBの窮状を利用して、甲をAより取得して登記を得れば、困窮するBに高値で甲を売り付けることを予定して、売買②を行って甲の登記を得ているのであるから、Cは背信的悪意者というべきである。

(第1問で検討したとおり、Bとしては、Cが甲の登記を得た時点で売買①は履行不能になったものとして、売買①を解除し、代金5000万円の返還及び利息の支払を求めることもできるし、売買①を解除せず、履行に代わる填補賠償を請求することもできるが、いずれも金銭の請求である。)

本件のようにCが背信的悪意者にあたる場合、Bは登記なくして、第三者であるCに対し、甲の所有権を対抗できるから、甲を占有し登記名義を有するCに対し、甲の所有権に基づき、占有及び登記名義をBに移転するよう請求することができ、居住目的で売買①をしたBにとっては、それが最も有利な請求であると解する。

・出題の意図

第1問は、不動産がBとCに二重に譲渡され、一方の買主Cに登記が移転された場合、買主Bの関係では債務が履行不能になることの基本的理解、その場合に、Bとしては履行不能を理由に売買を解除して代金の返還や損害賠償を求めることもできるが、売買を解除せず、本来の債務の履行に代わる填補賠償を請求することができることの理解、さらに目的物の価格が変動している場合に、填補賠償の額をどのように算定するかを問うものである。

第2問は、Cは、先行するAB売買の事実を知りながら、Bが困窮していることに乗

じて利益を得る意図で、Aに対し、Cに二重に譲渡するよう働きかけ、登記も取得したとの事案である。177条の第三者から、背信的悪意者が排除されることの基本的理解を問うものである。

以 上

入試日程 C 日程 出題科目名 民事訴訟法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

1、証明責任の意義と分配基準について

(1) 証明責任の意義

証明責任とは、ある事実が真偽不明の場合、判決でその事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生または不発生が認められないことになる一方当事者の不利益をいう。

裁判において、ある事実を確定するには、裁判官がその旨の確信を抱く程度の心証を形成する必要があるが、心証がその程度に達しない場合には、事実は真偽不明の状態となる。しかし、真偽不明を理由に裁判所が裁判を拒否することは、当事者の裁判を受ける権利（憲法 32 条）を害することとなる。そこで、その真偽不明の事実を不存在とみなし、一方当事者に不利益を負担させることで裁判を可能とする法技術が証明責任である。以上から、証明責任は、ある事実が真偽不明の場合に、その事実を不存在とみなすことで、裁判所の裁判拒否を防止する意義がある。

(2) 証明責任の分配基準

証明責任の分配基準については、学説上争いがあるが、民事訴訟における証明責任は弁論主義と結びついて、当事者の主張・立証活動や裁判所の訴訟指揮の指標として重要な機能を有している。そのため、証明責任の分配基準は可能な限り明確にすべきである。

そこで、基準として明確な実体法上の条文の文言を基準に、一定の法律効果を主張する者が、その効果の発生を基礎づける適用法条の要件事実について証明責任を負うと解する（法律要件分類説）。具体的には、①権利の発生を基礎づける規定の要件事実については権利を主張する者が、②権利の発生を障害する規定の要件事実、③権利の消滅に関する規定の要件事実については権利を争う者が証明責任を負うと解する。

2、法律上の事実推定の作用について

(1) 法律上の事実推定

法律上の事実推定とは、法が前提事実甲に基づいて法規の構成要件事実乙が推定されるべきことを定める場合をいう。この規範が裁判規範として働く結果、事実認定の責任を負う裁判所は、前提事実甲の存在について確信を得たときには、推定事実乙についても確信が形成されたものとして取り扱わなければならない。その結果、乙事実について証明責任を負う当事者としては、甲事実について裁判所の確信を形成することによって、乙事実についての証明責任を果たしたものとして扱われる（証明責任の転換）。

また、当事者としては、前提事実を証明して推定規定及び本来の放棄の適用を求めることも可能であるし、推定規定の適用を求めずに乙事実について証明責任を果たし、法規の適用を求めることも可能である（証明主題の選択）。

このように法律上の事実推定の作用としては、証明責任の転換と証明主題の選択がある。

法律上の事実推定の具体例としては、占有継続の推定（民法 186 条 2 項）が典型例であり、その他にも民法 619 条 1 項や破産法 15 条 2 項などがある。

(2) 占有継続の推定（民法 186 条 2 項）の具体例

ア 証明責任の転換

民法 186 条 2 項の適用場面を具体的に挙げると、例えば短期取得時効を主張する当事者としては、10 年間の継続占有を主張立証するのではなく、ある時点の占有とその時点から 10 年経過時の占有を主張立証することで 10 年間の継続占有が推定されることになる。そのため、相手方当事者は、この推定を覆滅させるため占有の継続を覆滅させる事実（例えば占有を喪失している事実）を本証する必要がある。これにより相手方当事者が反対事実（占有の不継続）の証明責任を負うことになる。

イ 証明主題の選択

短期時効取得を主張する当事者は、10 年間の継続占有を主張立証しても良いし、186 条 2 項による前提事実（2 地点間の占有）を主張立証しても良いことになり証明主題の選択が認められることになる。

・出題の意図

証明責任の意義及び分配基準についての理解を確認するとともに、民法 186 条 2 項を題材に法律上の事実推定についての理解を確認する趣旨である。

以 上

入試日程 C 日程 出題科目名 商法**解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

X が甲社に対し行った会計帳簿の閲覧謄写請求は会社法 433 条 1 項に基づくものである。同項によれば、総株主の議決権の 100 分の 3 以上または発行済株式の 100 分の 3 以上を有する株主は、株式会社の営業時間内に請求理由を明らかにして、会計帳簿の閲覧謄写の請求をすることができる。X は、甲社の総株主の議決権の 6% を有する株主であるから、甲社の営業時間内に請求理由を明らかにして会計帳簿の閲覧謄写請求を行うことができる。そして、当該請求を適法に行った。もっとも、当該請求について争いが生じ、裁判上請求するに至った場合には、訴訟提起時点では上記の議決権比率を充足していたとしても、その後、会社の発行済株式数や自己株式数に変動が生じ、当該比率を充足しなくなることも考えられる。そのような場合には、原則として提訴は不適法となり却下されることになる。以下、(1) から (4) の場合について順次検討する。

(1) 募集株式の発行は、払込期日においてその効力を生じる (209 条 1 項 1 号)。X が甲社を被告として提起した訴訟の係属中に甲社が乙社に対し大量に募集株式を発行することにより、既存株主の議決権割合が 3 % に満たないこととなった場合、X は上記の原則通り請求資格を失い、訴訟を維持することができない。もっとも、会社が資金調達の必要性が全く認められないにもかかわらず、もっぱら株主の少数株主権の行使を妨害する目的で募集株式を大量に発行したような場合には、請求資格は維持されると解される (最判平成 18 年 9 月 28 日民集 60 卷 7 号 2634 頁 百選 57 参照)。

以上から、会社が募集株式を発行した目的によって結論は異なり、もっぱら X の請求権行使を妨害する目的で発行したような特段の事情がない限りは、X が提起した訴訟は不適法となり却下される。

(2) 甲社が本件訴訟係属中に乙社との間で株式交換を行い、甲社の株主には乙社の株式が対価として交付され、効力発生日において乙社の完全子会社となった場合、甲社の株主は乙社のみとなる。甲社の株主であった者は、株式交換の効力発生後は乙社の株主となる。会計帳簿の閲覧謄写請求に関しては、責任追及の訴え (株主代表訴訟) のように株主でなくなった者の訴訟追行を認める規定 (851 条参照) がない。したがって、X が提起した訴訟は不適法となり却下される。もっとも、本件株式交換後、X は乙社の総株主の議決権の 3% を保有しているから、親会社社員の資格で改めて権利を行使するため必要があることおよび請求理由を示したうえで、裁判所に甲社の会計帳簿の閲覧謄写の許可を求めることができる (433 条 3 項)。

(3) 種類株式発行会社において、特定の種類の株式についてのみ併合することは会社法上認められている (180 条 1 項 3 号)。そのため、株式併合により特定の種類の株主の持株ないしは議決権比率が低下することは法が予定するところである。とはいえ、本件では、株式併合に当たり、損害を被るおそれのある普通株式の株主による種類株主総会の承

認決議が必要となる（322 条 1 項 2 号）。会社は定款で当該種類株主総会決議を要しない旨を定めることができるため（322 条 2 項）、その場合には種類株主総会決議は要しないが、株主は株式買取請求権を行使することができる（116 条 1 項 3 号イ）。種類株主総会決議を要しない旨の定款の定めがなく種類株主総会決議を得ていない場合には株式併合の手續に重大な瑕疵があり、株式併合自体が無効となりうるが、そのような事情がない場合には、議決権比率が 3% を切った段階で訴訟は不適法となり却下される。

（4）新株予約権の行使期間が到来して新株予約権が行使され、新株あるいは自己株式が交付された結果、X の議決権比率が 3% を割り込んでしまった場合も、甲社が新株予約権を発行した目的によって結論が左右されると解される。甲社が新株予約権を発行した時点で X が提訴していなかったような場合はもちろんのこと、X の議決権比率を低下させることによって少数株主権の行使を妨害する目的で発行した等の特段の事情が認められない限り、X の議決権比率が 3% 未満となった時点で訴訟は不適法となり却下されることが考えられる。

・ 出題の意図

株主と会社との間で少数株主権行使の可否が裁判上争われ、訴訟係属中に原告株主が所定の議決権比率または持株比率を欠くに至った場合の訴訟追行の可否について、事情の違いを踏まえて検討させる問題である。

以 上