

令和8年度日本大学大学院法務研究科 入学試験

第3期 [既修者]論文式試験

出題趣旨・採点基準

1 憲法

【出題趣旨】

裁判所法52条1号(以下「本件規定」という。)の「積極的」な「政治運動」に当たる行為といえるかどうかの判断につき、場当たりのではなく、判断構造を構想して、憲法論その判断構造の中に位置づけることができる能力を見ようとする出題である。

【採点基準】

- 1 問題文のヒントに従って「積極的に政治運動」をすることの定義をしていること(20点)
  - ・憲法の「司法」の章の条文(76条3項等)を使うなど、三権分立の観点から限定解釈ができていないかを見る
- 2 上記限定解釈を施された本件規定の憲法21条1項適合性判断をしていること(60点)
  - ・しかるべき理由を付した上で判断枠組みを立てているか
  - ・本件規定につき同判断枠組みを適切に適用できているか
- 3 Aの行動について、本件規定の該当性判断をしていること(20点)
  - ・問題文にある事実情報を的確に取り上げ、評価できているか

2 民法

【出題趣旨】

本問は、民法94条2項に関する基本的理解を前提に、同項の類推適用の可否(設問1)を基本問題として、同項の類推適用が肯定される場合、①虚偽表示による善意の第三者と真正権利者からの譲受人との関係(設問2)、②時効取得者と民法94条2項の類推適用による所有権取得者との関係(設問3)を問う問題である。民法94条2項の類推適用、真正権利者からの譲受人との関係及び取得時効と登記に関する基本的な知識が問われるとともに、事実を分析して関係法令を的確に適用していくことが求められる。

1. [設問1]は、Cが甲土地の所有権を取得するかに関して、民法94条2項が類推適用されるための要件、具体的には、所有者が不実の登記のされていることを知りながらこれを存続させることを明示又は黙示に承認していたといえるか(最判昭和45・9・22民集24・10・1424等参照)を本問の事例に即して問うものである。
2. [設問2]は、[設問1]で民法94条2項の類推適用によってCが甲土地の所有者となっ

たことを前提として、虚偽表示による善意の第三者（C）と真正権利者（A）からの譲受人（D）との関係がどうなるか（直接の判例ではないが、最判昭和42・10・31民集21・8・2232を参照）を本問の事例に即して問うものである。

3. [設問3]は、[設問1]で民法94条2項の類推適用によってCが甲土地の所有者となったことを前提として、甲土地の占有者Eに長期の取得時効（民法162条1項）が成立するか、仮に成立するとした場合、時効取得者（E）と民法94条2項の類推適用による所有権取得者（C）との関係がどうなるか（大連判大正14・7・8民集4・412参照）を本問の事例に即して問うものである。

#### 【採点基準】

民法について基本的な知識を前提とした基礎的な理解ができているか否かを重視して採点する。また、特に説得的な論述や論理的思考力に裏打ちされた論述に対しては高い評価を与えるものとする。配点及び採点の目安は、以下のとおりとする。【配点合計は100点】

#### 【設問1】配点【50点】

##### 1. はじめに

- (1) 設問1では、AのCに対する甲土地の所有権に基づく「BからCへの所有権移転登記」の抹消登記手続の請求が認められるか、つまり甲土地の所有権がA又はCのいずれにあるかが問題となる。なお、AのBに対する、甲土地の所有権に基づく「AからBへの所有権移転登記」の抹消登記手続の請求については、検討する必要はない。
- (2) 本設問は、民法94条2項の類推適用における本人の帰責性の判断に関する最判昭和45・9・22民集24・10・1424を参考としたものである。同最判は、意思外形対応型のうち外形他人作出型に関する本人の帰責性に関して重要な判断をしており、以下の判示が本設問の解決にとって参考になる。

すなわち、「不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の専断によってされた場合でも、所有者が右不実の登記のされていることを知りながら、これを存続せしめることを明示または黙示に承認していたときは、94条2項を類推適用し、所有者は、前記の場合と同じく、その後当該不動産について法律上利害関係を有するに至った善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことをもって対抗することをえないものと解するのが相当である。」「被上诉人（注：本設問のA）は、その所有する…土地につき昭和28年6月4日に訴外A（注：本設問のB）が被上诉人（注：本設問のA）の実印等を冒用して被上诉人（注：本設問のA）から同訴外人（注：本設問のB）に対する不実の所有権移転登記を経由した事実をその直後に知りながら、経費の都合からその抹消登記手続を見送り、その後昭和29年7月30日に右A（注：本設問ではB）との婚姻の届出をし、夫婦として同居するようになった関係もあって、右不実の登記を抹消することなく年月を経過し、昭和31年11月12日に被上诉人（注：本設

問ではA)が株式会社新潟相互銀行との間で右土地を担保に供して貸付契約を締結した際も、A(注:本設問ではB)の所有名義のまま同相互銀行に対する根抵当権設定登記を経由したというのであるから、被上告人(注:本設問ではA)からA(注:本設問ではB)に対する所有権移転登記は、実体関係に符合しない不実の登記であるとはいえ、所有者たる被上告人(注:本設問ではA)の承認のもとに存続せしめられていたものということができる。」

以上のことを踏まえて、本設問を検討する。

## 2. 甲土地の所有権帰属について

- (1) AからBに甲土地の所有権移転登記がなされているが、これは、BがAに無断でAの実印などを利用して甲土地の売買契約書を偽造したことによるものである。したがって、AB間に甲土地の売買契約は存在しないので、Bは甲土地の所有権を取得せず、Bから甲土地を買い受けたCも甲土地の所有権を取得しないのが原則である。

もっとも、AB間に通謀による意思表示はないものの、不動産取引の安全を保護する観点から、民法94条2項を類推適用することによって、Bが甲土地の所有者であると信じたCを保護すべきではないかが問題となる。

- (2) 94条2項の趣旨は、虚偽の外形が存在し(①)、その外形作出につき真の権利者に帰責性があり(②)、外形に対する第三者の正当な信頼がある場合(③)には、その信頼を保護すべきであるという点にある(権利外観法理)。そうだとすれば、上記①から③までの要件が備わっている場合には、94条2項を類推適用することができる。これを踏まえて、本設問を検討する。

ア 本設問では、AB間に甲土地の売買契約は存在しない以上、AからBへの所有権移転登記は不実登記であり、「虚偽の外形」は存在する(上記①)。

イ もっとも、上記の登記は、BがAに無断で作出したものであるから、この点だけを見ると、「虚偽の外形作出に対する真の権利者」Aの帰責性は認められないかのようである。しかし、真の権利者が虚偽の外形を作出せずとも、その存続を知らながらあえて放置するなど当該外形の存続を明示又は黙示に承認したと認められる場合は、当該外形に対して真の権利者の意思的関与があったと同程度、つまり真の権利者が外形を作出したのと同程度に評価することができる。

本設問では、Aは甲土地の登記名義がB所有名義であることを認識した後も、その抹消登記手続きにかかる費用を惜しみ、約5年放置しただけでなく、その間にも、甲土地がB所有名義であることを前提に銀行から借り入れて甲土地に抵当権設定登記を経由している。これらの事実からすれば、Aは、不実の登記の存続を知らながらあえて放置するなど不実の登記の存続を黙示的に承認したものと評価できる。それゆえ、Aには「外形作出につき帰責性」があるといえる(上記②)。

ウ 最後に、「外形に対する第三者の正当な信頼」とは、虚偽の外形を前提として法律上利害関係を取得した第三者が、虚偽の外形につき善意であることをいい、それで足

りると解される。そして、善意の判断基準時は、第三者が法律上の利害関係を有するに至った時点である。そうすると、甲土地について法律上の利害関係を有するに至ったCは、Bとの間での甲土地の売買の際、Bが甲土地の所有者であると信じていたのも、善意であったといえる（上記③）。

エ なお、第三者が民法94条2項の類推適用によって保護されるには、善意であることに加えて、所有権移転登記を備えることが必要であるかも知一般的には問題となる。しかし、本設問では、第三者であるCが甲土地の所有権移転登記を備えているので、必ずしもこの点に触れる必要はないが、参考のために述べておく。まず、物権の取得を虚偽表示の当事者に対抗するための登記（対抗要件としての登記）は不要と解される。なぜなら、虚偽表示の当事者は、虚偽表示の無効を第三者に対抗できない結果として、第三者の前主にあたるからである。次に、94条2項による保護を受けるための要件（権利保護資格要件）としての登記も不要と解される。なぜなら、虚偽の外観を自ら作出した表意者の帰責性は大きいからである。

(3) 以上より、本設問は民法94条2項の類推適用の要件を満たし、Cが善意の第三者に該当する。その結果、Aは、Bが甲土地の所有権を有していないことをCに対抗できないので、Cが甲土地の所有権を取得することになる。

### 3. 結論

したがって、AのCに対する甲土地の所有権に基づく「BからCへの所有権移転登記」の抹消登記手続の請求、つまりAのCに対する請求は認められない。

### 4. 評価

以上の2及び3と同趣旨の内容が書けていれば、合計で40点を与える。これに加え、結論と理由付けがしっかりしており、また、論理が明確であるもの、書きぶりの良い答案については、その内容に応じて10点を上限として加点する。

## 【設問2】配点【20点】

### 1. はじめに

Cは、民法94条2項[類推適用]の「第三者」としての保護を受けることにより、甲土地の所有権を取得する。他方、Aは、甲土地をDに売る契約を締結している。そこで、CのDに対する甲土地の明渡請求が認められるかについては、虚偽表示による善意の第三者（C）と真正権利者からの譲受人（D）がどのような関係になるのかにかかわる。

### 2. 虚偽表示による善意の第三者と真正権利者からの譲受人との関係

この点については、甲土地について、①A→B→C又は②A→Cというルートでの所有権移転とA→Dというルートの所有権移転とがあることを踏まえて、CとDとの関係を論ずる必要がある。

(ア) すなわち、①Cが94条2項の「第三者」としての保護を受けるときは、虚偽表示による意思表示の無効をCに対抗できなくなる結果、甲土地の所有権は、A→B→Cと移

転すると捉える見解と、②この場合であっても、AB間の意思表示が有効になるわけではないとして、甲土地の所有権は、A→Cと直接に移転すると捉える見解とが考えられる（最判昭和42・10・31民集21・8・2232は、②に準ずる見解を採ったものであるとされる）。

そこで、まず、②の見解によれば、CとDとの関係は、Aを起点としてCとDに二重譲渡されたような関係になる（A⇒C、A⇒D）。その結果、Cは、甲土地の所有権移転登記を備えているので、甲土地の所有権の取得を177条の「第三者」であるDに対抗できることになる。

(イ) これに対し、①の見解によれば、CとDとの関係は、Aを起点としてBとDに二重に譲渡されたような関係になる（A⇒B⇒C、A⇒D）。そして、Bが登記を備えたことによって、この時点でBが甲土地の所有権を確定的に取得するため、Dは、Aから甲土地の所有権を取得できず、無権利になると理解するならば（①-1）、CのDに対する甲土地の明渡請求は認められない。しかし、善意の第三者Cが登場する前において、Bがたとえ甲土地の登記を有していたとしても、Aから甲土地の譲渡を受けたDに対する関係で、AB間の譲渡の有効性を主張することはできない（Bの登記は無意味である）と考える余地もある（①-2）。このように考えれば、BD間でBがDに優先するとの結論は導けないことになる（その結果、上記（ア）と同様の結論になる）。

### 3. 結論

Cが甲土地の所有権移転登記を備えているので、177条により、甲土地の所有権はCに帰属し、Cは甲土地の所有権の取得をDに対抗できる。したがって、CのDに対する所有権に基づく明渡請求は認められる。

### 4. 評価

以上の1から3と同趣旨の内容が書けていれば、合計で10点を与える。これに加え、結論と理由付けがしっかりしており、また、論理が明確であるもの、書きぶりの良い答案については、その内容に応じて10点を上限として加点する。

## [設問3] 配点【30点】

### 1. はじめに

Cは、民法94条2項[類推適用]の「第三者」としての保護を受けることにより、甲土地の所有権を取得する。他方、Eは、一定期間にわたり甲土地を占有していることから、①Eに取得時効が成立するか、②Eは取得時効による所有権取得を登記なしにCに対抗できるかが問題となる。

### 2. Eの取得時効の成否（①）

(1) Eは、甲土地の占有開始時には甲土地がAの所有であることにつき悪意であったことから、長期の取得時効（162条1項）の成否が問題となる。

この点について、Eは、「所有の意思」をもって、「平穩かつ公然に」「他人の物」で

ある甲土地を占有している。また、時効期間（20年間の占有継続）については、Eが甲土地の占有を開始した時点が「2003年3月3日」であるから、20年経った時点（2023年3月3日の経過）でEの取得時効が完成する。なお、時効取得の要件である占有の継続については、占有開始時における占有の事実とその20年経過時の占有の事実が立証されれば、その間の占有の継続は推定される（186条2項。法律上の推定）。

(2) 以上より、Eによる時効の援用があれば、Eは、時効により甲土地の所有権を取得する（最判昭和61・3・17民集40・2・420参照）。

### 3. Eの取得時効の対抗の可否（②）

(1) Eは、取得時効によって得た甲土地の所有権につき、Cに対して登記なしに対抗することができるか。Cが94条2項の類推適用により甲土地を取得したのは「2024年7月10日」であり、Eによる時効完成（2023年3月3日）の後であるため、CとEとの関係をどのように考えるべきかが問題となる。

(2) この点につき、時効取得者と取得時効の完成後に所有権を取得した者との関係については、二重譲渡の当事者と同様の関係になるから、対抗問題（177条）になると解される（いわゆる時効完成後の第三者。大連判大正14・7・8民集4・412参照）。それゆえ、Eは時効取得してもその登記をしなければ、時効完成後に甲土地を譲り受けたCに対しては、時効による所有権取得を対抗できない。

(3) なお、Eが取得時効の起算点を後ろにずらすことが可能であれば、時効完成の時点もCの権利取得時よりも後にすることができ、その結果、Cは常に時効完成前の第三者（当事者と同視しうる）となり、Eは登記なくしてCに対抗できることになる。しかし、判例は、上記のように取得時効を援用する者（E）において任意にその起算点を選択し、時効完成の時期を早めたり遅らせたりすることはできないとする（最判昭和35・7・27民集14・10・1871）。

### 4. 結論

Cが甲土地の所有権移転登記を備えているので、177条により、甲土地の所有権はCに帰属し、Cは甲土地の所有権の取得をEに対抗できる。したがって、CのEに対する所有権に基づく明渡請求は認められる。

### 5. 評価

以上の1から4と同趣旨の内容が書けていれば、合計で20点を与える。これに加え、結論と理由付けがしっかりしており、また、論理が明確であるもの、書きぶりの良い答案については、その内容に応じて10点を上限として加点する。

## 3 刑法

### 【出題趣旨】

事後強盗罪に途中から関与した者の共犯の成否について、承継的共同正犯、共犯と身分に関する論点を把握し、事案に応じた的確な判断ができるかを問う問題とした。

甲については、万引きした後に、逃げようとして店員に暴行を加えた行為が、事後強盗罪（238条）に当たり、その結果、傷害を負わせているため強盗致傷罪（240条前段）に該当することを論じさせる。乙については、店員への暴行の時点から関与した行為について、事後強盗罪（強盗致傷罪）の共同正犯（60条）が成立するかを論じさせる趣旨である。

### 【採点基準】

#### 1 甲の罪責について

（配点 30点）

事後強盗による強盗致傷罪（240条前段）の成否について、具体的事実即して論じられているか。

##### (1) 窃盗罪の成否

窃盗罪の構成要件該当性、各要件の規範を示した上で、的確に事実のあてはめができているか。

##### (2) 事後強盗罪の成否

事後強盗罪の成立要件を示し、「窃盗」、「暴行」、事後強盗罪の「目的」のそれぞれの要件の規範を示した上で、的確に事実のあてはめができているか。

##### (3) 強盗手段から致傷結果が生じていることが説明できているか。

#### 2 乙の罪責について

（配点 50点）

窃盗犯人が事後強盗の暴行を行う際に、その暴行を共同して実行した者につき、承継的共同正犯、共犯と身分の議論を踏まえ、本問をどのように解決すべきかについて、具体的事実即して論じられているか。

##### (1) 承継的共同正犯の論点

承継的共犯とする見解は、事後強盗罪の実行の着手を「窃盗」行為時とし、乙は事後強盗罪の行為の途中から関与したとすることになるが、事後強盗は、暴行・脅迫時に実行の着手を認めるべきであるとの批判がある。承継的共同正犯とする見解は、この批判に対し的確に反論することが必要である。その上で、承継を認める見解からは事後強盗罪（強盗致傷罪）の成立が認められ、承継を否定する見解からは傷害罪が成立することを的確に示すことが求められる。

##### (2) 共犯と身分の論点

事後強盗罪を、暴行・脅迫罪の加重類型と解し、加減的身分犯であるとする見解からは、乙の関与について、65条2項を適用し傷害罪の共同正犯が成立すると説明することになる（1項、2項両方を適用し、科刑のみ傷害の限度とする見解もあり得る）。しかし、不真正身分犯とする見解に対しては、事後強盗罪は真正身分犯であるとする批判があり、この見解からは65条1項を適用し、強盗致傷罪の共同正犯が成立することになる。

真正身分か不真正身分かを適切に説明した上で論ずることが必要である。また、身分犯とする見解は、本問の事案が承継的共犯とすべきではない理由も論ずることが望ましい。

### (3) 共同正犯の成否

共同正犯の成立要件を的確に説明し、それぞれの要件に具体的事実をあてはめて説明することが必要である。

暴行について甲との間で共謀があること、その共謀に基づいて甲・乙が車の走行とBの突落しという共同実行を行っていること、さらに、乙が自ら重要な役割である車の運転を行っていること等の具体的な事実を指摘しつつ、共同正犯に当たることを論ずることが必要である。

### 3 総合評価

(配点 20点)

各構成要件の理解が正確であるか、各構成要件の成立要件の規範を示した上で、事実のあてはめが明確になされているか、全体に論旨が明快で、説得的な論述となっているかについて、総合的な判断を行う。

#### 【参考解答例】

##### 一. 甲の罪責

甲が、万引きした後に、逃げようとしてBに傷害を負わせた行為が、強盗致傷罪(240条前段)に当たるか。

1. まず、フィギュア2個に対する窃盗罪(235条)が成立するか。窃盗罪は、他人の財物を窃取する行為をいう。

(1) フィギュア2個はA店店長が占有する財物であるから、「他人の財物」に当たる。

(2) また、窃取とは、占有者の意思に反し、財物の占有を侵害し、自己または第三者の占有に移すことをいう。

フィギュアを棚から取って、代金を支払わずにジャケットのポケットに入れる行為は、A店店長が占有するフィギュアを、店長の意思に反して自己の占有に移したといえるから、「窃取」に当たる。

また、ポケットに入れた時点で甲の支配下に置いたといえるから、窃盗は既遂となる。

(3) 甲には他人の財物を窃取する認識があるから、窃盗罪の故意も認められる。

よって、甲が万引きした行為は窃盗既遂罪に当たる。

2. 次に、甲が、乙の運転する車からBを押し出して転倒させ、傷害を負わせた行為が、事後強盗罪による強盗致傷罪(240条前段)に当たるか。

(1) 事後強盗罪(238条)とは、窃盗犯人が、窃盗の犯行の機会継続中に、財物の取り返しを防ぎ、逮捕を免れまたは罪跡を隠滅する目的で、暴行脅迫を加える行為をいう。

(2) 甲がフィギュアを万引きした行為は窃盗罪に当たるから、甲は「窃盗」に当たる。

(3) 窃盗の機会継続中の有無は、窃盗の現場からの時間的場所的接性、被害者等からの追跡の有無を基準に総合的に判断する。乙は、A店でフィギュアを窃取した直後に、同店の駐車場で、追跡してきた警備員に対して暴行を加えているから、窃盗の犯行の機会継続中といえる。

(4) 事後強盗罪の暴行脅迫は、相手の反抗を抑圧する程度でなければならない。

甲がBの肩を押して車外に突き落とそうとする行為は、有形力の行使であり「暴行」に当たる。

また、走行中の車から人を突き落とす行為は、重大な傷害を生じさせるおそれのある行為であり、相手の反抗を抑圧するに足りるといえるから、事後強盗罪の「暴行」に当たる。

(5) 甲は、逃走するために甲を突き落としているから、逮捕を免れるという事後強盗の目的がある。

(6) 甲には、逮捕を免れるために暴行を加えている認識があるから、事後強盗罪の故意もある。

(7) 強盗致傷の傷害は、強盗の手段もしくは強盗の機会から生ずるものに限る。

Bは、甲の事後強盗の手段である暴行により突き落とされて傷害を負っているから、強盗手段による傷害に当たり、強盗致傷罪が成立し、窃盗既遂罪は強盗致傷罪に吸収される。

また、甲の強盗致傷罪は、後述のように乙との共同正犯(60条)となる。

## 二 乙の罪責

1. 乙が、甲を乗せて車を発進させ、Bに傷害を負わせた行為が、強盗致傷罪の共同正犯(60条、65条1項、240条前段)に当たるか。

乙は窃盗犯人ではないので、窃盗の身分のない者に共同正犯が成立するかが問題となる。

2. 乙は、甲の一連の行為の途中から関与しているから、承継的共犯に当たるようにみえる。しかし、事後強盗罪の着手時期は、暴行脅迫の開始時点であり、甲のBに対する暴行開始は、乙と意思を通じて車を発進させた時点であるから、乙は事後強盗罪の開始時点から関与していることになる。よって承継が問題となる余地はない。

3. ただし、事後強盗罪における「窃盗」を身分と解し、乙に身分犯として65条による共犯の成立を認める余地がある。事後強盗罪の身分については、暴行脅迫罪が窃盗の身分により加重された不真正身分犯とする考え方もあるが、財産犯である事後強盗罪の基本類型が暴行罪、脅迫罪であるとする見解は採用できない。事後強盗罪は、窃盗の身分のある者でなければ犯すことのできない真正身分犯であると解すべきである。

真正身分犯に関する65条1項は、身分のない者が加功した場合、身分のない者にも共犯が成立すると規定する。本項の「共犯」には、共同正犯も含むと解される。

4. では、甲乙間に共同正犯が成立するか。共同正犯が成立するためには、共謀、共謀に基づく共同実行、正犯者意思が必要となる。

(1) 乙が、Bがしがみついた状態のまま、Bを振り落とそうとして車を走行させた行為は「暴行」に当たる。この「暴行」は、甲から逃走のための発進を頼まれ、甲と意思を通じて行っているから、甲乙間には車を走行するというBに対する暴行につき共謀がある。

また、乙には、甲が万引きをした事実を認識し、犯人の甲を逃走させる目的で車を走行させる認識があるから、乙には事後強盗罪の故意があり、甲との間で事後強盗罪の共謀がある。

さらに、この共謀に基づいて、甲は車を走行させているから、共謀に基づく共同実行があ

る。

(2) 正犯者意思は、共謀における主体的な立場の有無、共同実行における役割の重要性、報酬の有無等により総合的に判断される。

乙は、甲の依頼に基づいて行動しているから必ずしも主体的とはいえない面もある。しかし、車による逃走は乙の運転がなければ行えず、重要な役割を担っていること、また、乙自らBを振り落とそうとして走行を続けていることから、乙に正犯者意思があると認められる。

以上から、乙には甲との間で事後強盗罪の共同正犯（65条1項、60条）が成立する。

以上