

2016 年度後期入学試験問題試験講評 憲法

自己決定権に関する第Ⅰ問と統治行為論に関する第Ⅱ問から 1 問を選択する問題であったが、ほとんどが第Ⅰ問を選択していた。

第Ⅰ問は二つの小問からなり、小問(1)は、自己決定権の憲法上の保障に関する一般的な考え方に関する説明を求め、小問(2)は、代理母を禁止する法律が自己決定権を違憲的に侵害するのかに関する論述を求めている。非常にしっかりと書けている答案もあったが、他方で、自己決定権に関する理解が不足していると思われる答案もあった。全体としてのできは、著しく悪くはないが、良いわけでもないという程度である。

小問(1)は、問題文上で憲法の条文番号まで示し、なぜその条文で自己決定権が保障されることになるのか、に関する「説明」を求めている。

学説の大半は、自己決定権が憲法上の権利であることを承認するが、13 条には自己決定権は明示されていない。したがって、13 条の条文の意味や法的性質を説明したうえで、基本的人権たるにふさわしい権利を補充的に保障するとの理解を示すことがポイントである。

その際、問題文には、「保障される権利の性質に関する学説の対立に留意」せよ、と指示があることから、人格的利益説と一般的行為自由説の対立状況があることを示す必要がある。この点についての説明が不足している答案が多かった。出題意図は明らかであるから、学説の理解が不十分であると言わざるを得ない。

小問(2)は、小問(1)で述べたことを踏まえ、代理母を禁止する法律について、いくつかの立法趣旨が問題文中に示されているから、自己決定権が憲法上の権利であるとして、この立法趣旨をどう評価するのか、を問うている。

本問のような設問の場合、合憲性を判断する基準ないし枠組みを設定し、それを用いて、判断を示すことが必要になってくるが、この基本的な解答フレームはおおむねできていた。また、ほとんどの答案は、問題文に書かれている立法趣旨を検討しようとしており、評価できる。しかし、そのすべてにきちんと対応しているものは少なかった。なお、本問は法律の合憲性を問うているから、X に適用することが違憲などという叙述は不要である。

第Ⅱ問は、統治行為論の論拠、想定される範囲を説明したうえで、適否に関する評価を論ずることを求めている。論拠としては、自制説、内在的制約説などを示すことになるが、ほとんど書けていない。確かに根拠として民主的責任原理や権力分立原理を挙げているものもあったが、なぜ民主主義的責任原理や権力分立原理から、裁判所が高度に政治的な国家行為につき判断しないよう求められることになるのか、適切に説明できていなかった。範囲についても、最高裁の判例に示されたものは、どのような種類のものなのか、の説明が必要だが、判例を示すのみに終わっており、類型的に整理するものはなかった。

全体として、問題文をきちんと読んで、何を答えればいいのかをきちんと把握してから問題に取り組む、という基本姿勢に欠けているのではないか、と思われる。

2016 年度後期入学試験問題試験講評 行政法

行政処分の手続的違法の有無を検討させる出題である。特に、意見陳述手続（聴聞）に関する違法と、理由提示に関する違法を検討することが必要である。

（１）意見陳述手続（聴聞）に関する違法

本件取消処分には行政手続法が適用される。行政手続法によると、許認可等を取り消す不利益処分をしようとする場合には、聴聞を実施しなければならないのが原則である（同法 13 条 1 項 1 号イ）。しかしながら、本問では聴聞が行われた事実は認められない。したがって、本件取消処分は行政手続法に違反するように思われる。

行政手続法 13 条 2 項各号は、意見陳述手続を省略することのできる場合を列挙している。本問の場合には、「公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、前項に規定する意見陳述のための手続を執ることができないとき」（1 号）に該当するか否かが問題となる。しかしながら、A による違法な砂利の採取に起因する災害は発生しておらず、取消処分することで災害発生の危険が直ちに解消するわけでもないことにかんがみれば、上記の緊急の必要性は認められないのではないか。このように解する立場では、聴聞が実施されなかったことは、やはり行政手続法に違反することになる。A は原状回復を求める指導を 2 回にわたり無視しているが、この点のみを理由として聴聞の省略を正当化することは困難ではないかと思われる。

聴聞を実施すべき義務に違反して不利益処分がなされた場合、当該処分は取り消されるべきであると考えられる（行政手続法上要求されている弁明の機会の付与の手続が執られなかったことを理由に処分を取り消した裁判例として、長野地判平成 17・2・4 判例タ 1229 号 221 頁）。

（２）理由提示に関する違法

本件処分については理由の提示がなされているが、理由提示の程度が十分かどうかを検討する必要がある。最判平成 23・6・7 民集 65 巻 4 号 2081 頁は次のように述べている。

①「行政手続法 14 条 1 項本文が、不利益処分をする場合に同時にその理由を名宛人に示さなければならないとしているのは、名宛人に直接に義務を課し又はその権利を制限するという不利益処分の性質に鑑み、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと解される」。②「そして、同項本文に基づいてどの程度の理由を提示すべきかは、上記のような同項本文の趣旨に照らし、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべきである」。

本問の場合、違反事実と適用法規については通知書に記載があり、処分基準はそもそも

存在しないことにかんがみれば、理由提示義務の違反はないとする立場がまず考えられる。それに対して、砂利採取法 26 条は同法 21 条違反がある場合において砂利採取停止命令をすることも認めているところ、この命令ではなく取消処分が選択された理由が示されていないから、理由提示に不備があるという主張もあり得ないではない。

理由提示義務の違反があった場合は、当該処分は取り消されるべきである（前掲最判も、行政手続法 14 条 1 項本文の定める理由提示の要件を欠いた処分を取り消している）。

（３）処分基準に関する違法？

本問では砂利採取法 26 条に基づく認可の取消しに関する基準は作成されていないとのことであるが、行政手続法は処分基準の作成を行政庁の努力義務にとどめている（12 条 1 項）。したがって、基準が作成されていないことのみを理由として本件処分を違法とすることは難しい。

【答案を読んで】

- ・ 本件取消処分が、行政指導に従わないことを理由としてなされたものであり違法ではないかと論ずる答案があったが、これは実体的違法に関する論点であって、手続的違法に関するものではない。
- ・ 不利益処分の理由提示に関する前掲最判の判示（特に②）を答案上で正しく示すことができない答案があった。
- ・ 本件における理由提示は、条文を示しただけのものにすぎないと主張する答案があったが、本件取消処分の通知書には事実に関する記載もある。したがって、条文のみの理由提示がなされたとする主張はおかしい。

2016 年度後期入学試験問題試験講評 民法

I 説明問題

[1] 一物一権主義

所有権など物を直接に排他的支配する物権は、特定の物の上には一つしか存在し得ず、また対象物は物の一部でなく、一つの独立した物であることを要するという原則である。

どちらか一つの内容しか書いていない答案が多かった。また、前者については、排他的支配をする物権であることが重要である。抵当権などは同じ不動産に複数成立し得る。後者に関連して、集合動産譲渡担保などは一物一権主義の例外とする答案があったが、これは良く勉強している。条文の文言自体にはこのような主義として書かれているわけではないが、民法の基本的な原則の一つとして教科書等で復習しておくことが望ましい。

[2] 面会交流権（面接交流権）

面会交流権とは、監護権を有しない親と子が交流することができる権利であり、民法 766 条に規定されている。かつては民法に規定がなく、家庭裁判所の実務により「面接交流権」として認められてきたが、2011 年の改正によって明文化された。協議離婚の場合は協議で、それが調わない場合は家庭裁判所が定めるとされる。

家族法の基本的な用語であるので、概ね、民法の規定を参考に解答できていたが、全く的外れの解答もあった。家族法についての学習ができていないことによるものと思われるが、既習者として法科大学院に入学するには、家族法の勉強も欠かせないことに留意してほしい。

なお、字数が許せば、この権利は、監護権を有しない親の権利であると同時に、子の権利でもあるので、子の利益を最優先しなければならないことについても触れてほしい。

II 論述問題

[1]

法定代理人が子所有の不動産に第三者のために設定した抵当権設定契約が有効かどうかを問う問題である。

まず、検討の順序としては、法定代理人である母 B が子 C に無断でなした F 銀行のための抵当権設定契約が、利益相反行為（民法 826 条）に当たるか否かを検討する必要がある。

（1）判例は周知のように、形式説をとり、利益相反行為に当たるか否かは、当該法律行為を外形的・客観的に判断して、法定代理人と子との利益が相反するかどうかを基準とする（最判昭和 42・4・18 民集 21・3・671）。この基準からすると、利益が相反するのは、物上保証人 C と債務者 D 会社であって、法定代理人 B と子 C との利益が相反するのではないから、B の代理行為は利益相反行為に当たらない。

この場合、B の代理行為は有権代理となるが、その上で法定代理人がなした行為が代理権

濫用に当たるか否かを検討する必要がある。この点で、判例は、法定代理人は包括的な代理権を持っているので、その代理権行使が代理権濫用に当たると言えるためには、子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的となされるなどの特段の事情が必要だとする（最判平成4・12・10民集46・9・2727）。これを設例に当てはめると、Bの主観としてはCの利益にもなると考えているため、代理権濫用と言える特段の事情があるか否か判断は微妙であり、どちらとも解される。代理権濫用と判断された場合は、判例・通説は、取引の相手方が悪意・有過失であれば民法93条但書を類推適用して当該代理権濫用行為は無効と解す。銀行に過失があると判断すべきか否かも論点となる。

（2）利益相反行為か否かは実質的に子の利益に反するか否かを基準とすべきとする実質説によれば、設例の抵当権設定契約は利益相反行為と判断することも可能である。この場合は、Bの代理行為は無権代理となる。その上で、Bには法定代理人として包括的代理権が与えられているので（民824）、権限外の行為の表権代理（民110）の成否との関係で、本件抵当権設定契約につき、第三者Fが代理人Bの権限があると信ずべき「正当な理由」があったか否かが問題となり、銀行の過失の有無を検討することになる（答案としてはどちらで書いても判断根拠が書いてあれば良い）。

（3）答案の中には、利益相反行為について論じていない答案や代理権濫用について全く触れずに表権代理のみ論じている答案があったが、上記のように順序だててそれぞれ検討する必要がある。なお代理権授与表示の表権代理（民109）を書いている答案もあったが、設例では、本人Cは何ら代理権授与表示をしていないから問題にならない。

[2]

（問い1）

Bが、Aに時計(甲)の修理を依頼したところ、Aの従業員Cが、誤って修理済みの甲を廃棄処分してしまい、AはBに甲を返せなくなった。BはAにどのような請求ができるか。

①Aが甲の保管に対して善良なる管理者の注意を負う(400条)。②CはAの履行補助者であり、Cの過失は信義則上Aの過失と同視すべきである。③Bは、履行不能を理由に契約解除でき(543条)、修理代金の支払いは免れる。④Bは、甲相当の時計の買い替えに要する費用などを損害賠償請求できる(415条、416条)。以上を中心に検討することが求められる。

解答の中には、715条の使用者責任だけを検討するものがあったが、ABは修理請負契約の当事者であり、まずは債務不履行責任を検討すべきである。

（問い2）

Aは、Bから修理代金の支払いを受け、甲を引渡したが、修理を期日に間に合わせるため甲に合わない部品で修理したため、修理済みの甲が遅れてしまう。Bは、Aにどのような請求ができるか。

①甲が以前になく遅れるようになったのは、不適切な部品が組み込まれたためであり、これは瑕疵にあたる。Bは、Aに対して、相当の期間を定めて、瑕疵の修補請求ができる(634

条1項本文)。なお、甲にとってこの瑕疵は重要でないとは言えないから、634条1項但書の適用はない。②修補に代えて、または修補で補えない損害があるときには修補と共に損害賠償請求ができる(634条2項前段)。なお、すでに修理代金は支払い済みなので、634条1項後段の同時履行の抗弁権は意味がない。③部品を交換して修理が可能であれば、契約の目的不達成とは言えないから、解除までは認められない(635条1項本文)。以上を中心に検討することが求められる。

解答の中には、415条の債務不履行責任や570条の瑕疵担保責任について検討しているものがあつたが、請負人の担保責任の規定を適用すべきである。請負契約は、売買契約や賃貸借契約に比べると勉強が進んでいないのかもしれないが、重要な典型契約であり、条文はもちろん、基本的な判例、学説などの知識はマスターしておくべきである。

2016 年度後期入学試験問題試験講評 商法

I 約束手形の所持人が、その前者から裏書の連続した約束手形を裏書によって取得し、権利者の推定を受ける場合（手形法 77 条 1 項 1 号・16 条 1 項）、その前者までに無権利者が介在したとしても、所持人がその事実について善意無重過失ならば、手形上の権利を有効に取得できる（手形法 77 条 1 項 1 号・16 条 2 項）。（146 文字）

手形の善意取得の意義については、手形法 16 条各項に記されている。本問は、為替手形ではなく、約束手形の善意取得について問うているため、準用規定である手形法の 77 条 1 項 1 号を併せて提示する必要がある。

II

〔1〕

（1）甲社と丙社の提携を阻止するために本件新株発行の差止めを主張する乙社は、本件新株発行に差止め事由があることを主張しなければならない。会社法 210 条は、募集株式の発行差止めを請求するためには、請求者が、①当該募集株式の発行によって株主が不利益を被るおそれがあること（会社法 210 条柱書き）に加えて、②当該募集株式の発行手続きに法令・定款違反（同条 1 号）があること、および（または）③著しく不公正な募集株式の発行であること（同条 2 号）のいずれかを主張する必要があることを定める。②は、募集株式の発行がいわゆる有利発行に当たる場合に、本来なら必要とされる株主総会の特別決議を欠くこと（201 条 1 項・199 条 3 項）を理由として、発行手続きに法令違反があるとして主張されることが多い。③は、会社経営支配権に争いがある場合に、募集株式の発行が経営陣の支配権の維持・強化を主たる目的としてなされたときに主張される。

具体的には、乙社は、①本件新株発行によって株主たる乙社が不利益を受けるおそれがあること（210 条柱書）、②本件新株発行が有利発行に当たるにもかかわらず、株主総会の特別決議を経ない点について、法令違反の瑕疵があること（210 条 1 号）、③本件新株発行は、乙社の株式取得に対抗して、甲社の経営陣が自らの支配権を維持することを主たる目的としてなされたとして、いわゆる不公正発行にあたること（同条 2 号）を主張すると考えられる。各主張の当否について、詳しくは、（2）において検討するが、後述するように、本件新株発行はそもそも有利発行に当たらない可能性が高いため、乙社は、①および③のみを主張することで必要かつ十分といえる（②を併せて主張するという解答でも減点はないが、実務的には、②を主張することで裁判所の心証を害する可能性もある）。①と②のみ、あるいは②のみを主張するべきとする答案も見受けられたが、これでは不十分である。なお、③を主張すべきとするものの、①について言及しない答案も多かった。忘れられがちではあるが、①も 210 条に基づく差止めの要件であるため、併せて主張する必要がある。

（2）乙社の請求は認容されるか。以下、順に検討する。

①について、乙社は甲社の買収を目的として株式を買い進めてきた甲社株主であるところ、丙社に対して本件新株発行が行われることにより、持株比率の下落という不利益を被るおそれがある。また、株式の希釈化により、保有する甲社株式の価格が下落する点でも、乙社には不利益が生じるおそれがある。

②については、本件新株発行による株式の発行価額が、甲社の株価の直近 6 ヶ月平均の 95%・直近株価の 90%に設定されていることが問題となる。募集株式の発行価額が有利発行に当たかどうかについては、いわゆる日証協ルールが、「当該増資にかかる取締役会決議の直前日の価格（直前日に売買がない場合は、当該直前日からさかのぼった直近日）に 0.9 を乗じた額以上の価格であること。ただし、直近日または直前日までの価格または売買の状況などを勘案し、当該決議の日から発行価格を決定するまでに適当な期間（最長 6 ヶ月）をさかのぼった日から当該決議の日までの間の平均の価格に 0.9 を乗じた額以上の価格とする事ができる」と定めている。本件新株発行は、この数値を満たしており、一般に、有利発行には当たらないものと解される。

他方、③について、乙社は、本件新株発行が、甲社経営陣が自己の支配権を維持・確保することを目的になされたとして、「著しく不公正」な発行にあたると主張することが考えられる。この「不公正発行」について、裁判所は、いわゆる主要目的ルール（東京地決平成 16 年 7 月 30 日判時 1874 号 143 頁〔ベルシステム 24 事件〕、新株予約権について、東京高決平成 17 年 3 月 23 日判時 1899 号 56 頁〔ニッポン放送事件〕、参照）に基づいて、会社支配権について争いがある場合に、従来の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられる場合に、その新株発行が、特定の株主の持株比率を低下させ、現経営陣の支配権を維持することを主要な目的となされたときは、不当な目的を達成する手段として新株発行が利用される場合にあたるといふべきであるとの判断を示している。

本件では、問題文より、甲社は、丙社との提携強化を目的として本件新株発行を行ったとされる一方、乙社による敵対的買収を警戒していたこともうかがえる。

①乙社の請求が認められる、という解答の前提として、乙社は、本件新株発行が、乙社の敵対的買収を防衛し、甲社経営陣の支配権を維持・確保する目的で行われたことを主張・疎明する必要がある。また、仮に、本件新株発行に丙社との提携強化の意図があったとしても、甲社経営陣の支配権維持・確保が、その目的に優先することを疎明し、裁判所の心証を得ることができれば、本件新株発行の差止めは認められる。②他方、乙社の請求が認められないと結論づけるためには、甲社が、本件新株発行について、甲社と丙社との提携強化の目的が、甲社経営陣の支配権維持・確保に優先するとの疎明をなし、乙社の主張を超えて裁判所の心証を得ることが必要になる。本問からは、甲社と丙社の提携の詳細は判然としないが、丙社との提携計画の詳細、本件新株発行で得られる資金の使途、提携による増益見通しに関するアナリスト等第三者の証明などの客観的事実を根拠として、甲社から具体的な反証がなされたならば、本件新株発行が「著しく」不公正とは判断されず、乙社の請求が退けられる可能性もある（東京地決平成 16 年 7 月 30 日判時 1874 号 143 頁〔ベルシステム 24 事件〕、参照）。

〔2〕

（1）まず、X 社は、R の行為が取締役としての競業避止義務（会社法 356 条 1 項 1 号・365 条 1 項）に反することを主張することが考えられる。取締役会設置会社の取締役は、会社の事業の部類に属する取引をする場合に、その取引について重要な事実を開示して、取締役会から事前の承認を得なければならない（365 条 1 項）。具体的には、X 社は、R が、100% 出資によって Y 社を設立し、自らがその唯一の取締役（Y 社の代表権を有する唯一の人物）となり、大阪、ひいては京都・奈良において X 社と同じ和装用品の製造・販売を行ったことが、「競業（356 条 1 項 1 号）」に当たるにもかかわらず、X 社の取締役である P と Q にその事実を秘匿し、取締役会における承認を得ていないことを、R の X 社に対する競業避止義務違反に当たると主張するものと考えられる。

また、X 社は、R が、その直属の部下に対し、X 社を退職して Y 社で働くように勧誘し、実際に部下のうち数名が X 社を退社して Y 社に雇用されるようになったことが、X 社の取締役としての忠実義務（355 条）に違反することも、併せて主張することができる。

以上より、X 社は、R に対し、X 社に対する競業避止義務および忠実義務に違反して X 社に与えた損害を賠償するように請求することが考えられる。

（2）X 社の請求は認められるか。

まず、R の行為が「競業（356 条 1 項 1 号）」に該当するかについて検討する必要がある。競業行為とは、自己または第三者のために会社の事業の部類に属する取引をなすことを指す。本件事案において、R は、X 社と同じ和装用品の製造・販売を行う Y 社を、自らの 100% 出資によって設立し、その唯一の取締役となった点で、第三者である Y 社のために、X 社の事業の部類に属する取引をなしたといえる。「競業」に当たるというためには、目的物のみならず、地域の競合が必要であるが、X 社の主な商圈が近畿圏であり、Y 社が大阪から京

都・奈良に販路を拡大して行ったことから、要件を満たす。以上より、X 社が、R の行為が取締役としての競業避止義務に違反し、任務懈怠（423 条 1 項）に当たると主張したならば、その請求は認められよう。なお、請求に際しては、第三者である Y 社の得た利益が X 社の損害との推定がはたらく（423 条 2 項）。

R が X 社の従業員である自己の直属の部下に、X 社を退職して Y 社で働くように声をかけた、いわゆる引き抜き行為については、勧誘と退職との間に相当因果関係があれば、勧誘した取締役の忠実義務違反が認められるといわれる（東京高判平成元年 10 月 25 日金判 835 条 23 頁）。本件では、R の直属の部下数名が、R の勧誘の「結果（問題文より）」として、X 社を退社し、Y 社に雇用されていることから、因果関係の存在が認められる。また、従業員の退職に「伴い（問題文より）」、X 社の売上げが前年度同月の半分程度に下落した点で、X 社には、退社を理由とした損害も生じている。以上より、R の行為は X 社に対する忠実義務に違反し、任務懈怠（423 条 1 項）に当たるため、X 社の請求は認められる。

以上

2016 年度後期入学試験問題試験講評 刑法

16 年度後期入試刑法は、以下のような問題でした。

次の問題Ⅰ・Ⅱのうち1問を選択して解答しなさい。

〔1〕以下の事例における甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

- (1) 甲は、A・Bと共謀のうえ、午前3時40分ころ、普通乗用自動車後部のトランク内にCを押し込み、トランクカバーを閉めて脱出不能にし同車を走行させた後、呼び出した知人らと合流するために、テールランプを点灯したまま路上で停車した。その停車した地点は、車道の幅員が7.5メートルの片道1車線のほぼ直線の見通しの良い道路上であった。停車して数分後の午前3時50分ころ、後方からDが運転する自動車が走行してきたが、Dは、前方不注意のために、停車した甲らの自動車に至近距離に至るまで気づかず、同車のほぼ真後ろから時速約60キロメートルでその後部に追突した。これによって、同車後部のトランクの中央部がへこみ、トランク内に押し込まれていたCは、第2・第3頸髄挫傷の傷害を負って、間もなく同所で死亡した。
- (2) 上の事例で、Cが自動車の後部座席に手足を縛られて閉じ込められていたところ、D車の追突により車内で転落し、たまたま打ち所が悪くて死亡した場合ではどうか。

1 論 点

本問は、最決平18・3・27刑集60巻3号382頁を参考にしたもので、いわゆる「第三者の行為の介在と因果関係」に関する問題の1つです（百選Ⅰ総論7版24頁参照）。

最高裁決定は、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」と判示して、監禁致死罪を認めました。

2 監禁罪か監禁致死罪か（20点）

本問では、まず、甲の「普通乗用自動車後部のトランク内にCを押し込み、トランクカバーを閉めて脱出不能にし、同車を走行させた行為」が、監禁罪に当たることを指摘したうえで、C死亡の直接の原因が、「前方不注意のために、停車した甲らの自動車に至近距離に至るまで気づかず、同車のほぼ真後ろから時速約60キロメートルでその後部に追突した」Dの行為であることから、甲の監禁罪（正確には「トランク内に監禁したまま路上駐車した行為」とCの死亡との間に刑法上の因果関係が認められるか否かが問題であること、それが否定されれば監禁罪にとどまるのに対し、肯定されれば監禁致死罪が成立しうること

を、明記する必要があります。

答案の中には、傷害致死罪としたもの、過失致死罪としたもの、さらに殺人罪としたものもありましたが、正解とはいえません。

なお、学説の多数は、結果的加重犯の加重的結果の発生について行為者に過失があることを要しているのに対し、判例は、刑法上の因果関係があれば足りるとしていることの指摘があれば、より適切な答案といえます。

3 刑法上の因果関係 (20 点)

刑法上の因果関係については、条件関係を前提として、結果発生に相当な条件、すなわちその行為から結果の発生することが経験則上通常と認められる場合に、刑法上の因果関係を認める相当因果関係説が、現在もなお通説です。相当因果関係説のうち、行為時に存在する事情および行為後の介在事情につき、一般人が認識・予見可能な事情および行為者がとくに認識・予見していた事情を判断基底とする折衷的相当因果関係説と、行為時に存在する事情はすべて、行為後の介在事情については（科学的）一般人が予見可能な事情を判断基底とする客観的相当因果関係説とが対立しており、前者が多数説ですが、後者も有力です。

行為時に存在する事情としては、被害者の血友病や心臓疾患など、行為後の介在事情としては、自然現象（落雷など）、被害者の行為の介在、第三者の行為の介在、行為者の行為の介在などが考えられます。

米兵ひき逃げ事件決定（最決昭 42・10・24〔百選Ⅰ総論 7 版 20 頁〕）および強盗致死事件判決（最判昭 46・6・17〔百選Ⅰ総論 18 頁〕）を受けて、判例は客観的相当因果関係説に親和的であるといわれていました。

ところが、柔道整復師事件決定（最決昭 63・5・11）において、被告人の行為が被害者の死亡の結果を引き起こしかねない危険性を有していたとして「危険の現実化」という基準が採用され、夜間潜水事件決定（最決平 4・12・17〔百選Ⅰ総論 6 版 28 頁〕）や大阪南港事件決定（最決平 2・11・20〔百選Ⅰ総論 7 版 22 頁〕）においても、同様の基準が採用されたという理解が広まってきました。すなわち、行為者の創出した行為の危険が結果に現実化したと認められれば、刑法上の因果関係（ないし客観的帰属）が認められるということです。

もっとも、この基準によっても、X が殺意を持って O に瀕死の重傷を負わせた後、救急車で搬送中に交通事故で O が死亡したような場合、刑法上の因果関係を認めることはできない（X は殺人未遂）ことに注意が必要です。

4 本問（1）への当てはめ (30 点)

本問で問題になっているのは、第三者の行為の介在です。

通常は、第三者の故意行為が介在する場合は、刑法上の因果関係は認められません。Y が

殺意を持って P に重傷を負わせ、入院中に、Z が、動けない P を絞殺した場合、Y は殺人未遂です。この結論は、Z の行為が予見不可能であることから判断基底から除くことによって相当因果関係説によっても、当該の死亡は Y の行為の危険が現実化したものではないとして危険の現実化論によっても、いわゆる遡及禁止論によっても、説明可能です。

本問の事案で最高裁は、「第三者の甚だしい過失行為」があった場合にも、刑法上の因果関係は否定されないとしました。テールランプを点灯して注射している車に時速約 60 キロメートルで追突した D の行為は正に「甚だしい過失行為」といえます。D の行為は、相当因果関係説に従った場合に行為時に予見可能といえるかどうか、危険現実化論に従った場合に C の死亡が甲の監禁行為の危険の現実化といえるかどうか、遡及禁止論に従った場合に D の行為に遡及禁止が認められるかどうか、微妙な事案といえます。相当因果関係説に立って、深夜の路上に駐車している乗用車に D 車が追突することは十分に予見可能であるとして、危険現実化論に立って、乗用車のトランクに閉じ込めた危険が現実化したものとして、あるいは遡及禁止論に立って、D の行為によって遡及禁止されないとすることによって、刑法上の因果関係ないし客観的帰属を認めることになるでしょう。

答案の多くは、相当因果関係説（折衷説）に立つものでしたが、定義が正確でないものが散見されました。因果関係の問題ではなく過失犯の問題として検討した答案もありましたが、過失以前に因果関係が問題になります。

5 本問（2）への当てはめ（20 点）

本問の基になった事案において、控訴審判決は、被害者がトランク内にいたか否かにかかわらず、D 車の衝突によって C が死亡に至ることはありうるとしましたが、最高裁は、「道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」と判示しました。このことから、最高裁決定によれば、「C が自動車の後部座席に手足を縛られて閉じ込められていたところ、D 車の追突により車内で転落し、たまたま打ち所が悪くて死亡した場合」には、刑法上の因果関係は否定されるのではないかと、ということが問題になります。出題の趣旨は、（2）の場合には、相当因果関係説に立って、追突により後部座席の C が死亡することは通常はあり得ないとするか、危険現実化論に立って、後部座席に C を閉じ込めたことの危険が現実化したものとはいえないとするか、遡及禁止論に立って D の行為によって遡及が禁止されるとすることによって、刑法上の因果関係ないし客観的帰属を否定することにあります。

答案には、（1）で因果関係を否定し、（2）で因果関係を肯定するものもありましたが、出題の趣旨を理解していないといわざるをえません。

6 全体の印象点（10 点）

答案の構成、答案の論理的一貫性・説得性に応じて、全体の印象点が加算されます。

今回は、第1問（総論）の解答者が少なく、第2問（各論）の解答者が多数でした。このこと自体は歓迎すべきことですが、監禁致死罪に思い至らなかった解答者は、やはり各論の知識が不足しています。刑法全体をバランスよく学習してください。

〔2〕以下の問題（1）、（2）および（3）について解答しなさい。

（1）窃盗罪（刑法 235 条、同法 242 条）における「不法領得の意思」の定義を示しなさい。

（2）窃盗罪（刑法 235 条、同法 242 条）における「窃取」の定義を示しなさい。

（3）以下の事例における甲の行為が窃盗罪（刑法 235 条、同法 242 条）の構成要件に該当するか否かを論じなさい。

甲は、駅の自転車置き場においていた自己所有の自転車を、何者かに盗まれた。その2日後、甲は、近所のコンビニエンス・ストア屋外の自転車置き場に、鍵をかけずに置いてあった上記自転車を、その防犯登録ナンバーから自己のものであることを確認した上で、おそらくそれを盗んだ人物がまだ上記コンビニエンス・ストア内にいるであろうと思いつつ（現に、盗んだ人物は上記コンビニエンス・ストア内にいたのであるが）、そのまま持ち帰った。

1 出題の趣旨

本問は、窃盗罪（刑法 235 条、同法 242 条）における「不法領得の意思」と「窃取」の定義を明らかにしたうえで、盗まれた自己所有の財物を盗んだ犯人の占有下から持ち出す行為が同罪の構成要件に該当するか否かを検討してもらうものです。ポイントは、窃盗罪にいう「窃取」には財物に対する占有者の占有を排除する行為が含まれているので、「不法領得の意思」にいう「権利者排除」が、単なる占有排除とは区別された所有権者やその他の本権者の排除を意味するものであることに気づけるか否かにあります。あわせて、そうなると所有権者による自己所有物の取戻しが他人の本権をまったく害しないときには、「権利者排除」を内容とする「不法領得の意思」がないことになるので、所持説でも、このような「不法領得の意思」を必要とする限り、窃盗罪が成立しないのではないかという問題も出てきます。

解答者には、このような問題について自由かつ説得的に論じることが期待されます。

2 「不法領得の意思」の定義（20 点）

「不法領得の意思」については、判例や通説の採用する「①権利者を排除して、②物の所有者として（または、所有者のように）、③その経済的用法に従い使用または処分する意

思」と書いてあれば結構です。これ以上の記述は不要です。

その際、①の「権利者排除」は「占有排除」ではないことに注意してください。

3 「窃取」の定義（10点）

これは、「他人が占有する財物につき、その占有を排除して（または占有者の意に反してその占有下から）、自己（または自己と利害関係のある第三者）の占有下に置くこと」と定義されていれば結構です。

4 甲の罪責（50点）

甲の罪責は、他に何らかの法益を害しているようには見えないので、窃盗罪の成否のみを論じれば足ります。

その際、甲による自転車の持ち出しは、刑法 242 条にいう「自己の財物であっても、他人が占有し」に当たるか否かを検討しなければなりません。近年の受験生答案には、条文解釈を抜きにして、いきなり窃盗罪の保護法益から論じる傾向にありますが、まずは 242 条の解釈であることを示すことが必要です。

（1）本権説の場合

この「他人が占有し」を、本権の裏付けのある占有ないし——泥棒からの泥棒を考えればわかるように——本権の保護に役立つ占有に限るとするのが本権説です。これによれば、甲の行為は 242 条にいう「他人が占有し」でいた財物に当たらないため窃盗罪の構成要件に該当しないことになるでしょう。

（2）所持説の場合

所持説でも、保護の対象となる占有をどのようなものとするかが問題です。これを「平穏な占有」と考える場合（いわゆる「中間説」ですが、これは所持説の一種です。）、本問の自転車が「平穏な占有」状態にあるか否かを検討してください。窃取二日後ですので、泥棒の占有であっても、おそらく、認められると思います。純粹所持説なら、もちろん、「他人が占有し」に当てはまります。

もっとも、この場合でも、前述の「不法領得の意思」にいう「権利者排除」を——占有者排除ではなく——本権者排除と考えるなら、甲にはその意思はありません。ゆえに、結論は本権説の場合と同じになります。

したがって、実は、本問のような場合に所持説によって窃盗罪を認めるなら、それは不法領得の意思不要説（牧野英一など）によらなければならないのではないかという問題が浮上します。つまり、本権説と所持説の対立は、近年の一部の学説がいうように不法領得の意思必要説と不要説の対立と無関係なのではなく、やはり、旧来の考え方のように対応関係にあると考えるべきなのではないか、ということです。

この問題を回避するためには、不法領得の意思の定義を変更する必要があるでしょう。たとえば、「権利者排除」の部分で、窃盗罪として処罰すべき可罰的違法性のある長期の占有者排除の意思に置き換えることが考えられます。反対に、従来の定義を維持すべきなら、所持説は維持できないことになります。そこまで考えられたら、満点の答案ですね。

5 印象点など (20 点)

以上の諸論点が、矛盾なく論述されているかどうかを、最後に、印象点で評価することになります。

6 答案は、比較的よくできていたように思います。残念ながら、「窃取」と「不法領得の意思」の関係から「権利者排除」は単なる「占有者排除」ではないと論証したものは少なかったのですが、意外にも、民法の「占有権」（占有訴権を含みます。）を有する者とする解釈を示すものが目立ちました。ある程度の現場思考ができているように思います。もっとも、民法の「占有権」をいうのであれば、二日前に自転車を盗まれた甲にもそれはあります。

なお、原則的な自力救済の禁止から所持説の妥当性を導く答案が散見されましたが（学説の一部にもそのような主張がありますが）、本権説でも、許される自救行為以外は、その手段が他の犯罪として処罰されますし、所持説でも、緊急性のある場合は自救行為による正当化を認めますので（事後強盗罪の反対解釈から導出可能です。）、これは構成要件該当性と違法性とを混同した議論です。注意してください。

以上

2016 年度後期入学試験問題試験講評 小論文

1. 全体によく書けていました。表音主義とは日本に生まれれば、どんな人間でも日本語を話すことはできる。ということは、どんなに教育を受ける機会を奪われたとしても、〈書き言葉〉というものを〈話し言葉〉をそのまま書き表したものださえ規定すれば人は文章を書けるようになる。つまり、「あいうえお」の五十音と最低限の漢字さえ覚えれば、国民すべてが文章を書けるようになる。

表音主義の問題点としては、例えば[o:]という音を表すのに「おう」「おお」の2通りがあるといったことがある。「遠い」は歴史的かなづかいでは「とほい」であるが、表音主義の場合「とおい」「とうい」とすべきかわからない。同じように「胡瓜」は「きうり」だとウリ科の植物だとわかるが、「きゅうり」ではそうはいかない。すなわち、表音主義にもとづいて綴れば、誰にでも読み書きが学びやすくなるといった長所があるが、古語との関連性が断たれたり、語源の明示性が失われるといった短所がある。また語は他の語と結合したり、文法的機能に応じて語形変化したりすることで発音を変化させる。表音主義は、話し言葉と書き言葉を同じものにすれば誰でも文章を書けるようになるというものだが、文化とはそういうものではない。国民全体を書く主体にすることが教育の理想ではなく、読まれるべき言葉を読む国民を育てることを目標と設定すべきである。なぜなら読まれるべき言葉を読み次ぐのを教えないことは、究極的には文化の否定につながるからである。表音主義が行きつくところは、英語公用論や漢字廃止論といった極端な議論になる。

2. 国語教育の問題点についてもよく書けていました。国語教育の理想をすべての国民が書けるところに設定したということは、逆に言えば、国語教育の理想を〈読まれるべき言葉〉を読む国民を育てるところに設定しなかったということである。しかし、文化とは、〈読まれるべき言葉〉を継承することでしかない。〈読まれるべき言葉〉がどのような言葉であるかは時代によって異なるであろうが、それにもかかわらず、どの時代にも、引きつがれて〈読まれるべき言葉〉がある。そして、それを読みつぐのが文化なのである。日本は戦後五十年のあいだ、平和と繁栄と言論の自由を享受しつつ、知らず知らずのうちに自らの手で日本語の〈読まれるべき言葉〉を読まない世代を育てていったのである。〈書き言葉〉の本質が読むことにあるのを否定し、ついには教科書から漱石や鴎外を追い出そうとまでしたのである。そして、誰にでも読めるだけでなく、誰にでも書けるような文章を教科書に載せるという馬鹿げたことをするようになったのであった。

国語教育の進むべき道は、「日本語」が生きいきしていた時代の「日本近代文学」を学校教育に取り入れるべきである。近代文学は、規範性の持った出版語を基礎として生まれた文学であり、それがあれば話し言葉も安定する。また、西洋の衝撃を受けた日本の現実についてかたるために日本語の古層を掘り返し、日本語がもつあらゆる可能性を探りながら花開いてきたものが明治期の言葉であるので、日本近代文学を読む習慣がつけば近代以前の日本語にも通じることになる。すなわち書き言葉が単なる話し言葉の文字化であるとする「表音主義」ではなく、時空を超越した世界との繋がり、そして日本人がこれまで蓄えてきた叡智を刻む言葉としての「書き言葉」の本質に立ち返るべきである。日本語は〈話し言葉〉としては特別な言葉ではない。だが、その〈書き言葉〉は、世にも特異な表記法をもつ。日本語は、朝鮮語が一時そうしていたように、漢字という表意文字と、自分たちの表音文字を混ぜて書く。それだけでも特異なのに、日本語にはなんと二種類の表音文字—「ひらがな」と「カタカナ」—がある。そのうえ、漢字そのものを「音読み」と「訓読み」という二種類の読みかたをする。しかもその「音読み」も「訓読み」も複雑なことこのうえない。だが、そのような表記法をもつ〈書き言葉〉が地球上に存在するというその事実そのものが、「表音主義」の批判となるのである。

2016 年度後期入学試験問題試験講評 訴訟法オプション試験（民事訴訟法）

第Ⅰ問

1 当事者能力の概念を問うている問題であるが、正確度・充実度において、不十分さがある。民法上の権利能力に対応する、民事訴訟の主体となることの一般的能力であることの説明と、自然人、法人、権利能力のない社団に及ぶことが必要である。

2 訴えの利益とは法律上の利益として、本案判決を求める実効性や必要性の観点から検討される訴訟要件の1つであり、これを欠くと訴えは却下となること、確認の訴えで特に問題となることの指摘がほしいが、不十分であった。

第Ⅱ問

既判力の本質、根拠をどう捉えるかを論じ、その上で、本問にあてはめるとどうなるかと論を進める。すると、前訴の訴訟物は、賃貸借契約の終了に基づく明渡し請求権であるところ、①のXの主張は前訴の訴訟物に正面から衝突するものであることから、Xの主張は既判力に抵触し、Xがそのような主張を維持しても、後訴の裁判所は前訴の判断、すなわち、Xの賃貸借契約の解除の意思表示が有効ではないとの判断に拘束されることと結論を示す。ついで、②の主張であるが、訴訟物を「所有権に基づく妨害排除請求権としての明渡し請求権」である。既判力の客観的範囲を訴訟物と捉える限り、後訴は前訴の判断に拘束されないと一応は言えるだろうと論ずる。しかし、Xがそのような主張をしても、Yは抗弁として本件マンションの賃借権を主張してくる筈である。すると、この賃借権が存続しているかどうかということが後訴においても当然問題となり、結局後訴は前訴の蒸し返しとなる必然性ないし可能性がある。この不合理さを解決するのは、いわゆる新訴訟物論により、前訴の訴訟物はXのYに対する明渡し請求権そのものと論ずるか、あるいは、訴訟物はいわゆる実務・判例の立場である旧訴訟物論によりつつも、信義則（民事訴訟法2条）によって、Xの後訴での主張に制約を加えると論じていく必要があるだろう。訴訟物だけで結論を短絡させて終わってはならない問題である。解答の多くは、①、②についても、突っ込みが不足していた。

なお、既判力に反する主張は、「却下」されるものではなく、「棄却」されるものであることの区別がついていない答案がある。既判力は訴訟要件の問題ではなく、実体判断の問題であることの理解がないと見受けられる。

2016 年度後期入学試験問題試験講評 訴訟法オプション試験（刑事訴訟法）

I

〔A〕

判例が、電磁的記録の差押えを許容するために課した要件は、以下の 2 つの要素からなる。

- ① 電磁的記録媒体のなかに被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められること。
- ② そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険がある場合。

おおむね正しく解答できていたが、複数の答案で、要素①について記述されていないものが見られた。

〔B〕

検察審査会による起訴強制制度についての説明を求めた問いである。被害者等が検察審査会に審査を申し立て、検察審査会が起訴を相当とする議決を行ったにもかかわらず、検察官が再度、不起訴処分にしたことを受けて、検察審査会が再審査を行い、再び起訴相当の議決を行った場合に、被疑者に対する公訴が提起される。

検察審査会による起訴強制手続の説明が問われていること自体は、おおむね正しく理解できていた。また、二度の起訴相当議決が必要である点も理解できていた。ただし、制度上は、職権審査の可能性もあるが（検察審査会法 2 条 3 項）、原則としては、申立てによって審査が開始される点（検察審査会法 2 条 2 項）の記述がない答案が多く見られた。

II

1. 総論

本問題では、逮捕されていない在宅被疑者の取調べ中に弁護人（弁護人となろうとする者を含む）が接見（面会）に訪れた場面における接見（面会）拒否の可否について問うている。つまり、逮捕・勾留中の被疑者と弁護人との接見について規定した刑事訴訟法 39 条が直接適用される場面ではない。多くの答案は、まずこの点を看過しており、刑事訴訟法 39 条の単純な解釈・適用の問題として論じてしまっていた。

もちろん、刑事訴訟法 39 条が直接適用されないからといって、捜査官が弁護人と被疑者との接見（面会）を自由に拒否してよいという結論になるわけではない。このことは、弁護人と被疑者との接見交通権の意義・趣旨に立ち戻れば明らかであり、その点では、逮捕・勾留中の被疑者と弁護人との接見の場合と同じことを論ずればよいことになる。すなわち捜

査、とりわけ取調べのプロである警察官、検察官に素人の被疑者が一人で立ち向かって、取調べの中で有効な反論をし、防御をすることはほとんど不可能であり、被疑者側の有効な防御を可能にし、実質的な当事者の対等を図るには、取調べにあたって弁護人から具体的援助、アドバイスを受けることが必須であるといえるから、弁護人との接見（面会）は、弁護人による有効な援助を受ける権利の一内容として、原則として、自由に保障されなければならないことを論ずればよい。

2. 任意取調べと接見指定

そのうえで、任意取調べと逮捕勾留中の取調べとの間に、取調べの法的性質や被疑者の法的地位に照らして、接見（面会）制限に関して違いが生じるか否かを論じることになる。

この点、まず、条文上、いわゆる接見指定は、逮捕・勾留中の被疑者と弁護人との接見の場合にしか認められていないことを確認する必要がある。つまり、任意取調べの場合に、被疑者と弁護人との間の接見を制限する条文上の根拠は何もないのである。そして、このような条文構造には、実質的な根拠もある。なぜなら、任意取調べは、被疑者がこれに応じるか否かは完全に被疑者の自由な選択に委ねられるべきものであり、そのような任意取調べの法的性質に照らして、捜査官の都合で取調べを優先することが正当化される余地はないからである。別の説明の仕方をすれば、逮捕・勾留中の被疑者については、判例・実務上、いわゆる取調べ受忍義務が課されているから、このような判例実務を前提とすれば、捜査機関は、被疑者に対して取調べを続行して、取調べを受けさせ続けることをある程度強制する権限を有しているとも解しうるから、その限りで、弁護人と被疑者との接見交通権との間に、権利行使と権限行使の調整問題が生じるところ、その調整問題を解決する方法が、接見指定という方法であるが、任意取調べの場合には、そもそも取調べ受忍義務がないので、上記のような調整問題は生じず、それゆえ、被疑者と弁護人との接見交通権が絶対的に優先する、と説明することもできる。

3. 接見（面会）を保障するための手続的保障

以上の論述を踏まえると、任意取調べの場合には、弁護人と被疑者との接見（面会）が優先され、接見（面会）を後回しにして取調べに応じるか、それとも取調べを打ち切って接見（面会）を行うかの選択権は被疑者に完全に委ねられているとの規範が導き出されることになる。しかし、被疑者が、この選択権を行使しようとしても、取調室の中にいる被疑者は、いつ弁護人が面会に来ているかを知ることができないし、逆に弁護人も通常、取調室の中にいる被疑者に連絡する手段がないから、被疑者の選択権行使を実効的に保障するためには、捜査機関は、弁護人が面会を希望して警察署等に来訪していることを被疑者側に伝達する義務、および、被疑者が面会を希望するときは面会を保障する義務を負うものと解すべきことになる（福岡高判平成 5 年 11 月 16 日・判時 1480 号 82 頁⇒『刑事訴訟法判例百選〔第 9 版〕』38 事件）。

4. 本件のあてはめ

以上のような論証に基づく規範定立を行えば、本件へのあてはめ自体は、ごく単純である。捜査機関は弁護人の面会希望を被疑者に伝えることなく、弁護人の要望も無視して、取調べを続行しているから、このような捜査機関の行為は、防御権、弁護権を侵害するものとして明らかに違法と結論付けることになろう。

5. 応用的解答

以上が、本問題に対する標準的な解答の仕方になるが、さらに応用的に以下のような論じ方をすることも考えられるだろう。すなわち、逮捕・勾留中の被疑者と弁護人との接見の場合であっても、弁護人が接見に来た際に、被疑者に弁護人の来訪を伝達し、被疑者に弁護人と接見するかどうかの選択を委ねるとは解されておらず、弁護人が接見に来れば、被疑者の意思を確認するまでもなく、接見指定要件を満たさない限りは、まずは弁護人と接見させるべきと解されており、実際に、実務上もそのように取り扱われているのに、任意取調べ中の被疑者の場合に、弁護人と面会するかしないかを被疑者の選択にゆだねるといった、かえって弁護権の保障が手薄になるような手続しか保障しないのは背理である。したがって、任意取調べの場合は、むしろ弁護人が面会に来たら、被疑者の意思を確認するまでもなく、例外なく直ちに被疑者と面会させなければならない。実際、以上のような考え方は、上記『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』38事件の杉田宗久元判事の解説が採られている立場であり、論理性に富む説得的な議論であるといえよう。

6. 総評

最初に述べたように、今回、多くの答案は、逮捕・勾留中の被疑者と弁護人との接見に対する制限の可否・要件として、本問題を論じてしまっていた。まずは、条文の意味を正確に理解することがすべての学習の出発点であることを確認してほしい。そのうえで、制度が作られた趣旨の根本を理解し、そこから論理的に具体的な基準（規範）を導き出すことができるように、繰り返し基本書に立ち戻って学習する癖を身に付けてほしい。