

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 公法(憲法)

適正手続主義に関する第Ⅰ問と委任政令に関する第Ⅱ問から1問を選択する問題であった。

第Ⅰ問は、行政手続について、手続的適正が憲法上要求されているのか、を問うたうえで、その観点から、旅券法19条3項の合憲性を検討せよ、という問題である。行政手続の手続的適正要請は、典型論点であるが、全体としてはこれに正面から答えられていない答案が目立った。したがって、この点の勉強ができていない答案は、高い得点を得ているが、できていないと思われる答案は、極めて低い点になっている。適正手続主義に関する勉強があまりできていない受験者が多いように感じられた。

(1)でこの典型論点についてストレートに問うている。しかも、問題文をよく見ると、「行政手続きに對しても」とあり、憲法上当然に適正手続主義が要求されるものの存在を暗示している。当然それは31条に示された刑事手続である。

したがって本問は、刑事手続における法定の要求を定める31条の条文から、手続の適正さも要求されることが通説・判例の立場(第三者所有物没収事件判決)であることを述べたうえで、そのように刑事手続には要求される適正手続主義が、行政手続についても適用されるのかについて検討する必要がある。その際、刑事手続と行政手続の異同を踏まえるのは当然である。

以上の検討の中で、判例や学説が触れられることになるが、判例として触れられるべきは、成田新法事件判決(百選Ⅱ115)であろう。抽象的に「判例も認めている」と書くだけでは、判例を踏まえたことにならない。事件名や事件の内容が思い出せなくとも、最高裁がどのような論理を展開しているのかを、しっかりと紹介する必要がある。学説の場合は、31条が適用されるという説だけでなく、31条が適用ではなく準用されるとする説や、13条を根拠に認める説もあるから、それらが踏まえられていることが望ましい。このようにして判例や学説が踏まえられていたのは、極めて少なく、典型論点にもかかわらず、このような論点を正しく把握できていない答案が相当数に上っていた。

(2)で、「(1)を踏まえ」「22条1項2項が保障する移転の自由や外国移住の自由」は検討しなくてよい、とされているのだから、旅券法19条3項が行政手続法の適用を除外していることが、適正手続の保障との関係で憲法に違反しているか、が問われている。適正手続の問題とは関係ない論点を展開している答案があったが、それは「(1)を踏まえ」ていない。

ここでは、(1)の検討を踏まえて適正手続主義違反を問題にする前提として、行政手続法の適用除外がどういう意味を持つのか、を確認しておく必要がある。厳密には、適用除外が直ちに何の適正手続もないことを意味するのか、も問題になるが、そこで、問題文中にヒントがある。問題文には「(旅券法13条1項)2号から5号を理由とする場合はいずれも司法手続を経ている」とあるから、この場合は、別途適正手続が担保されていると理解する可能性があるだろう(もちろんこの理解には異論がありうるが、それならばその異論を展開すればよい)。そして7号については、「重大な公益の確保」や「緊急の必要性」が適用除外の理由になるか、を検討することになろう。事案にふさわしい判断枠組みを使って検討することが必要である。本問の場合、目的手段審査が全く不適切というわけではないが、実体的な自由権への公権力の侵害に対して使用されるような手法をそのまま、まるで型紙をはめるかのように使用することが妥当であるかについて、省察されたい。

多くの答案は問題文にある考慮事由の趣旨を使っており、評価できる。ただし、問題文にある考慮事由が果たして本当に妥当なものなのかまで検討した答案は少なかった。

第Ⅱ問は、いわゆる入管法における在留資格についての架空の法改正の合憲性を問うものである。法改正の内容は、「その他の就労」という在留資格を加え、在留資格が認められる就労の業種指定を政令に委ねるものである。したがって、政令に対する立法委任の妥当性という典型論点についての出題である。

(1)では、法律による政令への委任が憲法上許容される根拠と、政令への委任が許されるとして、それは

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

どこまでなのか、という 2 点が問われている。この 2 点に解答することが求められている。

1 点目は、憲法 73 条 6 号で認められているという形式的理由と、41 条で国会が国の唯一の立法機関とされていて実質的意味の立法は国会に権限があるにもかかわらず、なぜ政令に一定の事項を委任できるのか、という実質的理由を解答すべきである。多くの答案はどちらかは書けていたが、両方書けている答案は極めて少なかった。

2 点目で検討されるべき限界は、当然、上記の 41 条の趣旨からくるものである以上、白紙委任などは、41 条の趣旨を没却するから許されないというべきであろう。このように考えれば、委任法律には、政令に委任する具体的内容や範囲が定められていることなどが要求される。

(2)は、(1)で憲法上の限界を検討していれば、その限界との関係で問題文にある事例を検討しさえすればよい。結論として「超えている」「超えていない」のどちらの評価になっても点数には影響しない。

本問は政令の問題であるのに、地方自治を論じた答案があったが、全般的な外れである。典型論点であるがゆえに、学習ができている者とできていない者との、答案の出来不出来の差が大きかった。

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 公法(行政法)

最判平成 23・6・7 民集 65 卷 4 号 2081 頁を素材にした作問であるが、事実関係は改変している。手続的違法(行政手続法違反)を検討することのみを求める出題であり、実体的違法は出題範囲外である。必ずしも違法を主張しなければならないわけではない。

### 1. 理由提示

#### (1) 理由提示の趣旨

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(前掲最判)。

#### (2) 理由提示の程度(一般論)

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(前掲最判)。

#### (3) 具体的検討

本問の通知書では、原因事実と処分の根拠規定は提示されており、「一級建築士の懲戒処分の基準に照らし」という記載もある。したがって、処分基準が適用されたこと自体は認識可能であり、当該処分基準も公にされているので、理由提示に不備はないという主張も考えられる(前掲最判の事案では、処分基準の適用関係は全く示されていなかった)。しかし本問の場合、処分基準ではランクが 16 以上の場合に免許取消をするものとされているところ、建築物の倒壊等に繋がるおそれがある違反設計を行った場合のランクは最大でも 15 であるから、なぜ D のランクが 16 以上になるのかは必ずしも判然としない。この点をとらえて、本問の理由提示には不備があるとする主張も考えられる。もっとも、本問の通知書には「地域社会に多大な不安を与えた」という記載もある。この点は処分基準にいう「社会的影響が大きい場合」か、いずれにしても「特に考慮すべき事情がある場合」に該当するので、D のランクが 16 以上になると判断された理由は認識可能であり、理由提示に不備はないという主張も考えられる。

### 【答案を読んで】

- ・理由提示の趣旨および程度(一般論)に関する論述が完全ではない答案があった。
- ・処分基準の適用に関してどの程度具体的な理由を提示すべきかが最重要論点であるが、この点に関する検討が十分でない答案があった。
- ・処分行政庁が D のランクを 16 以上としたことは適切でないとする答案があったが、これは実体的違法を主張するものであって、手続的違法を論ずるものとはいえない。

### 2. 聴聞主宰者の指名

本問では C マンションの耐震性の調査に携わった職員 E が聴聞の主宰者に指名されており、これが行政手続法に違反するかどうかの問題となる。聴聞を主宰することができない者は行政手続法 19 条 2 項 1 号～6 号に列挙されているが、不利益処分的前提となる調査に携わった職員は各号のいずれにも該当しない。したがって、E を聴聞の主宰者に指名したことを直ちに違法ということは難しい。

もっとも、金沢地判平成 26・9・29 判例地方自治 396 号 69 頁は、「聴聞の主宰者は、行政手続法 19 条 2 項各号に列挙されている事由に該当しないことが求められるだけでなく、手続的公正さの観点から、不利益処分の原因となる事実等に対する当事者等の主張を適切に聴取及び評価することが期待できる

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

者であることが要請されている」として、「処分の決定に至る過程で当該案件に密接に関与した職員は、聴聞の主宰者に指名される資格を有するとはいえない」と述べており、このような観点から聴聞主宰者の指名に関する違法を主張することも考えられる。

ただし、前掲金沢地判の控訴審名古屋高金沢支判平成 27・6・24 判例地方自治 400 号 104 頁は、「当該処分の決定に至る過程で当該案件に密接に関与したからといって、そのことだけで聴聞の主宰者となる資格がないとか、除外されるべきであるというのは、法の予定しない解釈であ[る]」と判示し、聴聞主宰者の指名に関する違法を否定している。

## 【答案を読んで】

- ・聴聞主宰者の指名に関する論点があることを認識できなかったとみられる答案があった。
- ・Eが行政手続法 19 条 2 項 6 号の「関係人」に該当するという答案があったが、そこでいう関係人とは、「当事者以外の者であって当該不利益処分の根拠となる法令に照らし当該不利益処分につき利害関係を有するものと認められる者」(同法 17 条 1 項)であり、当該不利益処分がされた場合に利益または不利益を受けると解される者がこれにあたる。したがって、調査に関与した職員がここでいう関係人に当たると解することは困難である(前掲金沢地判も、そのような立場をとっていない)。

## 3. その他

本問では処分基準が公にされており、行政手続法 12 条 1 項違反を主張することは無理である。行政手続法 12 条 2 項は、処分基準をできる限り具体的なものとするを求めているが、詳細なランク付けを予定している本問の処分基準を具体的でないということは難しいのではないか。

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 民法

### I 説明問題

#### (1) 所有権留保

所有権留保とは、物につき売買契約が締結され目的物が買主に引き渡されても、代金が完済されるまでは売主に所有権が留めおかれることで、代金債権担保のために割賦販売などで利用される。

所有権留保とは、売主に所有権をそのまま留保することである、などとする答案も見られたが、なぜ所有権留保が利用されるかについても記載すべきである。所有権留保は、非典型担保のひとつであるとする答案もあったが、担保の観点からすると、これも適切な答案である。なお、建物建設請負契約においても、請負代金債権の担保のために、所有権留保が利用されることがある。

#### (2) 解約告知

現存する継続的契約関係を招来に向かって消滅させる意思表示のことである。したがって、通常の解除と異なり、契約当事者に原状回復義務は生じない。典型契約では、賃貸借、雇用、委任、組合の契約解除は解約告知と解されている。また、建築請負契約でも解除の際には将来に向かってのみ効果を生じるとの特約がされることが多い(建物等の出来た部分は注文者が対価を支払って引渡しを受け、原状回復しない)。

### II 論述問題

#### [1]

(問い1) 論点は、対抗要件を備えていない地上権と土地賃借権の妨害排除請求権における違いである。

1 AがB所有の甲土地に地上権の設定を受けた場合

(1) Aは、地上権という物権を有しており、物権は、物に対する直接の支配権であり、絶対的・排他的な権利。したがって、地上権者Aは、地上権の行使を妨げている者に対して、物権的返還請求権や物権的妨害排除請求権を行使しうる。

(2) 本問の地上権者Aは、地上権につき地上権設定登記等の対抗要件を備えていない。甲土地上の無権原占有者Dに対して、地上権者Aは、地上権に基づく物権的妨害排除請求権を行使しうるか。177条は、物権の得喪等は、登記なしに第三者に対抗することができないとする。この第三者に、本問のような無権原占有者も含まれるか。177条の「第三者」とは、当事者もしくはその包括承継人以外の者であって、不動産に関する物権の得喪等の登記欠缺を主張する正当の利益を有する者を指す。したがって、何らの権限なくして他人の不動産を不法占有する者は、177条の「第三者」に当たらない(最判昭34・2・12民集13-2-91)。そこで、地上権者Aは、地上権の行使を妨げているDに対して、物権的返還請求権や物権的妨害排除請求権を行使しうる。

2 AがB所有の甲土地に建物所有を目的とする賃借権の設定を受けたが、賃借権につき賃借権設定登記等対抗要件を備えていなかった場合、甲土地上の無権原占有者Dに対して、甲土地賃借人Aは、Dに対していかなる手段をとることができるか。

(1) Aは、甲土地賃借権を有しており、甲土地賃借権は債権。債権は、人に対する権利であり、相対的な権利。Aは、甲土地賃借権につき対抗要件を具備していないときは、甲土地上の無権原占有者Dに対して、直接甲土地上の建物の収去・甲土地明渡しを請求できない。

(2) [債権者代位権の転用] Aは、賃貸人Bに対して無権原占有者Dにバラック建物の収去・甲土地の明渡し請求するよう、請求しうる。Bがかかる請求をしないときは、Aは、423条の債権者代位権の転用により、BがDに対して有する甲土地所有権に基づくバラック建物収去・甲土地明渡し請求権を代位行使することができる(最判昭29・9・24民集8-9-1658)。

物権と債権の基本的差異を問うものである。できている答案も多かったが、十分な理解がない答案も存在した。とりわけ、不動産賃借権につき対抗要件を具備していない場合、判例によれば、債権者代位

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

権の行使によることにまで、気が付いていない答案が多かったことは残念である。

(問い2) 借地権付き抵当建物の競売における買受人と土地所有者との関係の問題で、借地権が地上権の場合と土地賃借権の場合とで違いが生ずるかという問題である。

1 乙建物の土地利用権限が地上権である場合 Aの乙建物につき所有権保存登記が経由されたことにより、Aは地上権につき対抗要件具備(借地借家10条1項)。Cの乙建物抵当権の効力は、乙建物の従たる権利としての地上権にも及ぶ。乙建物の抵当権実行としての競売がなされた場合、乙建物買受人Eは、地上権付き乙建物を買受ける。地上権は物権であるから、AからEへの地上権の譲渡は自由であるから、BからEに対する乙建物収去・甲土地明渡しを請求されても、Eは地上権を主張して、Bの請求を拒むことができる。

2 乙建物の土地利用権限が土地賃借権である場合 Aの乙建物につき所有権保存登記が経由されたことにより、Aは甲土地賃借権につき対抗要件具備(借地借家10条1項)。Cの乙建物抵当権の効力は、乙建物の従たる権利としての甲土地賃借権にも及ぶ。乙建物の抵当権実行としての競売がなされた場合、乙建物買受人Eは、甲土地賃借権付き乙建物を買受ける。土地賃借権は、債権であり、AからEへの賃借権の無断譲渡は許されず、賃貸人Bの承諾(612条)または承諾に代わる許可の裁判(借地借家20条)が必要。これらを得られずに、賃貸人AがEに対して甲土地を使用または収益をさせたときは、賃貸人Bは、賃貸借契約を解除し、乙建物収去・甲土地明渡しを請求できる。

借地権の付いた建物に抵当権が設定され、抵当権に基づく競売がなされた場合、抵当権の効力は従たる権利としての借地権にも及ぶということを理解している答案が少なかった。そこで、建物の買受人は、借地権の付いた建物を買受けることができる。ただし、この借地権が地上権という物権であれば、AからEがこの地上権を譲り受けることができ、Bからの乙建物収去・甲土地明渡し請求に対して、Eは地上権者であることを理由にこれを拒むことができるが、この借地権が不動産賃借権であるときは、無断譲渡転貸が禁止されているので、Bの承諾または承諾に変わる許可の裁判が必要となる。この点についても勉強不足の答案が多かった。いずれも基本的問題であり、既修コースを目指すなら、勉強しておいて欲しいところである。

[2]

問題文をよく読み、AはBに対し500万円の金銭債権を、BはAに対し300万円の金銭債権を、CはAに対し500万円の金銭債権を有していること、そして、AはCへの支払いに代えてAのBに対する上記債権をCに譲渡し、AからBに譲渡通知がなされたこと、および、各債権の発生、弁済、Aの債権譲渡、譲渡通知の年月日(それぞれの前後関係)も、整理して把握する必要がある。

以上の法律関係の下、BがAに対する債権の回収のために行うことで、かつCからの反論があり得ることと言え、まずは、AからCに譲渡された債権を受働債権とする、相殺の主張であろう。

Bは、譲渡通知を受けるまでにAに対して生じた事由をもってCに対抗することができる(468条2項)。この「事由」に相殺による被譲渡債権の消滅も入る。

しかし、譲渡通知前に自働債権を取得しておりさえすれば、弁済期が到来して相殺適状になれば、Bは相殺を主張できるのか(無制限説、最判昭和50・12・8民集29巻11号1864頁、及び相殺と差し押さえが競合した場合の511条に関する最大判昭和45・6・24民集24巻6号587頁参照)。この立場に立てば、本問では、BはCに対し相殺による被譲渡債権の消滅を対抗できることになる。

これに対し、Cからの反論としては、譲渡通知前に自働債権を取得していたとしても、受働債権の弁済期が自働債権の弁済期よりも先に到来するときには、Bは相殺をCに対抗できない(制限説)と主張することが考えられよう。

先述の最判昭和50・12・8は事例判例としての意味しか持たないとの評価もある。511条における無制限説にも批判があるが、債権譲渡と相殺が競合した場合にも511条の解釈と同様に考えてよいのかはさらに議論のあるところであろう。本問は、債権譲渡をめぐるこの基本的な論点に対する正確な理解、知識を問う問題である。

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 商法

I 約束手形または為替手形より生じた権利が時効または遡求権保全手続の欠缺により消滅したとき、所持人は、手形の振出人、引受人または裏書人といった手形債務者に対して、その受けた利益の限度において利得の償還を請求することができる(手形法 85 条)。<sup>[118 字]</sup>

利得償還請求権は、手形の所持人が時効または手続の欠缺により手形上の権利を喪失し、他方で、手形債務者が手形の授受により得た対価を利得している事態を衡平に合しないものとし、その間の衡平を図るために特に認められたものである(最判昭和 34 年 6 月 9 日民集 13 卷 6 号 664 頁【百選 86】)。

答案においては、まず、手形法 85 条の内容を正しく説明することが求められる。一つ目の要件は、手形上の権利が手続の「欠缺(「瑕疵」とする誤答が数件あった)」または時効によって消滅したことであり、二つ目の要件は、手形の授受によって対価を得て利得した者が存在することである。

II (1) 本件訴えにおいて、X は、株主代表訴訟を通じて A および B の任務懈怠責任(会社法〔以下「会」と表記〕423 条 1 項)を追及することが考えられる。任務懈怠責任を追及する前提として、A および B のそれぞれについて、①任務懈怠(善管注意義務(会 330 条・民法 644 条)・忠実義務(会 355 条)違反)の事実、②損害の発生、③①と②の間の相当因果関係、④取締役の帰責事由が必要となる。④は取締役側の抗弁事由に当たるため、X が主張すべき事実は①②③となる。以下、順に検討する。

①について、取締役は、会社をして法令に違反させることのないようにする義務を負うのみならず、その職務執行に際して会社を名宛て人とする法令を遵守することもまた、取締役の会社に対する職務上の義務に属することとなる(最判平成 12 年 7 月 7 日民集 54 卷 6 号 1767 頁【百選 51】)。したがって、X は、本件偽装という法令違反行為(景品表示法違反)を認識しつつこれを主導した B について、任務懈怠が成立すると主張することとなる。また、A については、寝具の製造販売を行う甲社の代表取締役として、製造部門担当取締役である B の行為を監視・監督し、未然に防止する義務があったとして、同じく任務懈怠の事実があったと主張することとなる。

次に、②については、本件偽装に伴って甲社が被った 20 億円の損失を、B および A の任務懈怠による損害であると主張することとなる。

最後に、③について、X は、甲社の被った 20 億円の損害は、B の主導した本件偽装を原因とするものであり、本件偽装がなくとも甲社に損害が生じたという事情がないため、相当因果関係が認められると主張する。A についても、同様に、20 億円の損害はその任務懈怠によって生じたものと主張することが考えられる。なお、A および B の双方に任務懈怠責任が認められる場合、両者の責任は連帯する(会 430 条)。

(2) X の主張は認められるか。①について、B については、本件偽装に中心的に関与したことから、任務懈怠の事実が認められる可能性は高い。ただし、A については、甲社の内部統制システムが適切に構築・運用されていたという事実から、任務懈怠責任はないものとする立場もまた成り立ちうる。甲社が公開・大会社であり、内部統制システム構築義務を有する(362 条 5 項)ことから、甲社の構築した内部統制システムに問題がなかった以上(最判平成 21 年 7 月 9 日集民 231 号 241 頁【百選 54】)、B には、特に疑念を差し挟むべき特段の事情がない限り、他の役職員が適法に職務を遂行していると信頼することが認められ、任務懈怠はなかったとの結論に至ることも考えられる。また、問題文からはそう読むことが素直である。

次に、②については、X の主張に対し、B および A から、本件偽装の発覚によって甲社が 20 億円の損害を被った一方で、本件偽装発覚前に 30 億円の増益があったことから、「損害」は発生していないとの反論がなされることも考えられる。しかし、この点については、賄賂行為によって受注した工事による利益があったとしても、それが賄賂による損害を直接に填補する目的、機能を有するものではないから、損害の原因関係との間に相当因果関係がなく、損益相殺の対象とならない(東京地判平成 6 年 12 月 22

## 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

日判時 1518 号 3 頁 (ハザマ株主代表訴訟事件) とする判決が示すように、X は、本件偽装によって得た利益とその発覚によって会社に生じた損失とは相殺することはできず、20 億円はそのまま本件偽装による損害と認められる。

③については、問題文より、B の本件偽装と甲社に生じた損害の因果関係が認められるため、X の主張は認められそうである。しかし、A については、①において任務懈怠の事実を否定した場合、そもそも因果関係を論じる必要はない。

答案には、上記の任務懈怠責任の要件を A および B のそれぞれについて個別に論じるものもあれば、任務懈怠責任ではなく、取締役の第三者に対する責任 (会 429 条 1 項) や、取締役の解任の訴え (会 854 条) といった全く無関係な論点を検討するものもあった。

[2] (1) 取締役の報酬は、定款に定めがないときは、株主総会の決議によって定められる (会 361 条 1 項)。そして、本件のように、任期途中で取締役の報酬が不支給または減額となる場合について、判例 (最判平成 4 年 12 月 18 日民集 46 卷 9 号 3006 頁【百選 63】) は、「株式会社において、定款又は株主総会の決議 (株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。) によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に右株主総会決議がされた場合であっても異ならない。」と述べる。この判例を前提にすれば、Q が主張すべき事実は、①平成 26 年の株主総会において乙社の取締役に再任された時点において、Q が任期満了まで本件内規に定められた通りの報酬を得る旨の決議がなされていたこと、Q もこれに同意していたこと、②本件取締役会決議による Q の非常勤取締役への降格と平成 27 年 6 月の Q を無報酬とする旨の株主総会決議について自身が合意していないため、この決議には無効事由が存すること (会 830 条 2 項) の 2 点となる。なお、②については、報酬請求の前提として、当該株主総会決議の無効確認を請求するという手続きが必要になる。

(2) Q の請求は認容されるか。①については、平成 26 年の Q の再任時点においては、問題文から特筆すべき事実も見受けられないため、Q は従前通りの報酬を得るという内容の株主総会決議がなされ、Q との間でも、乙社の内規に従って報酬を配分する旨の合意が成立していたと考えられる。②については、問題文より、Q がこれに合意していないことがうかがえる。

なお、Q が本件取締役会決議による降格および株主総会決議による無報酬化に合意していない場合でも、各取締役の報酬が役職ごとに定められ、実際に支払われていた場合は、そのような慣行を了知して取締役就任に応じた者は、明示の意思表示がなくても、取締役報酬の減額をも甘受することを黙示のうちに応諾したとみるべきであるため、会社は、当該取締役の役職の変更を理由とした報酬減額の措置をとることができるとする裁判例も存するが (東京地判平成 2 年 4 月 20 日判時 1350 号 138 頁、参照)、本件において、乙社には取締役の降格の前例もなく、また報酬に関する規定はなかったため、Q がそのような事態を認識して取締役に就任したとは認められない。また、最高裁判例が述べるように、取締役の職務内容に著しい変更があったとしても、就任時になした報酬に関する合意を覆すことはできない。本問において、Q は降格後も従前と同じ職務を遂行しており、実質的にみても職位に変更があったとはいえない。

以上より、Q の請求は認められるものと考えられる。

答案においては、まず、会社法 361 条所定の報酬決定に関する原則を明らかにした上で、本件のような事態において、取締役と会社との間の合意が保護されるための要件を定立し、事実を当てはめていく作業が求められる。このような検討ができていない答案は少ないながらも存在したが、多くの答案は、そこまでの検討に至っていない。



# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 刑法

17 年度中期入試刑法は、以下のような問題でした。以下、問題〔1〕・〔2〕の順で解説と講評をします。

次の問題〔1〕・〔2〕のうち 1 問を選択して解答しなさい。

〔1〕 甲は、A に電話で罵倒されたため憤激し、A 方に赴けば必ずけんかになるだろうと思いながら、この機会に A を痛めつけようと考え、こん棒を用意するとともに、友人の乙に、これから A 方に話合いに行くが、けんかになったら加勢してほしいと依頼した。乙は、けんかには気が進まなかったが、話合いの手助けくらいはしてやろうと考えてこれを承諾し、一緒に A 方に行った。A 方に到着するや、甲は、自分の顔が A に知られていないにもかかわらず、乙に対し、「自分は A に顔を知られており、顔を合わせるとすぐにけんかになるから、おまえが先にいって A と話をつけてくれ。ただ、念のため、もし A がお前に殴りかかるようなら、このこん棒で身を守れ。」と告げ、こん棒を持たせて乙のみを先に A 方玄関先に向かわせた。すると、出てきた A が乙を甲と取り違え、いきなり乙に鉄棒で殴り掛かってきた。そこで、乙は、A の攻撃を防ぐため、鉄棒をかわしながらこん棒で A を殴打し、それによって身を守るとともに、これ以上ここにいると厄介だと考えて、その場から立ち去った。こん棒で殴られた A は、加療約 1 か月の打撲傷を負った。

なお、乙のこん棒での殴打は、身を守るために必要最小限度の攻撃であったものとする。

### 1 論 点

本問は、乙の正当防衛行為によって A が負傷した事例において、この正当防衛を通じた A の負傷が甲にとって「他人の適法行為を利用する間接正犯」とならないかを問うものです。本問のモデルとした判例は最決平成 4・6・5 刑集 46 巻 4 号 245 頁ですが、本問はそれと異なり、乙の行為が過剰防衛ではなく正当防衛と判断されるように設定してあります。その点では、旧司法試験の形成 14 年論文式刑法の問題に類似しています。

ですので、本問の焦点は、まず、①乙の防衛行為の評価にあり、次いで、②この行為を利用して A を負傷させた甲の罪責の評価にあります。

### 2 乙の防衛行為の評価 (40 点)

この論点については、まず、乙の行為が——こん棒での殴打ですから、通常、殺意は認められないものとして——少なくとも暴行の意思による傷害行為として傷害罪の構成要件に該当することを確認した後、それが A の鉄棒での「急迫・不正の侵害」に対する正当防衛にならないかを検討します。

その際、とりわけ「急迫性」の検討に際して、甲が A とけんかになることを乙は予想していたのだから、自招侵害ないし「積極的加害意思」を理由としてそれが否定されるのではないか、あるいは、そうでなくても何らかの程度で正当防衛の範囲が制限されるのではないかという問題を検討してもよいでしょう。ただ、結論的には、A の侵害を招いたのは甲ですし、乙は「けんかには気が進まなかったが、話合いの手助けくらいはしてやろうと考えて」付いていったのですから、これらを理由として「急迫性」を否定したり正当防衛の範囲を制限したりする必要はないと思います。

侵害の「不正性」については、特に検討するまでもなく認めてよいでしょう。

乙の防衛行為については、鉄棒でのいきなりの攻撃にこん棒で防衛したのですから、「必要性」は問題なく認められますし、問題文に「乙のこん棒での殴打は、身を守るために必要最小限度の攻撃であったものとする」とあるので、防衛行為の「相当性」に関する判例（最判昭和 44・12・4 刑集 23 巻 12 号 1573 頁）の定義である「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであるこ

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

と」に当てはまります。ゆえに、乙の傷害行為は正当防衛として正当化され、乙は無罪となります。「防衛の意思」については、問題文に「Aの攻撃を防ぐため」とあるのですから、あっさり認めてください。

乙の行為の評価については、侵害の急迫性・不正性の分析に 20 点、防衛行為の必要性・相当性の分析に 20 点を配点しています。

答案では、乙が甲によるけんかへの加勢を依頼され、Aによる攻撃を予想して現場に行ったのだから、「自招侵害」の一種として、Aによる侵害の「急迫性」が否定されるのではないかとするものがありました。しかし、本問では乙がAの侵害を挑発したわけではなく、かつ、乙は「話し合いの手助けくらいはしてやろうと考えて」付いていったのですから、これまでの判例の傾向から見ても、「急迫性」を否定するのは考え過ぎです(最決平成 20・5・20 刑集 62 卷 6 号 1786 頁は、「Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから」という理由を挙げて、防衛者自身による挑発とその直後の攻撃であることを、正当防衛否定の結論に結び付けています)。

### 3 甲の罪責 (40 点)

問題は、甲の罪責です。モデルとした最決平成 4・6・5 では、直接行為者の行為が過剰防衛とされた、つまり「構成要件に該当し違法な行為」とされたため、背後者には、これに対する共犯——共謀共同正犯——が認められました。しかし、本問で乙の行為を正当防衛とした場合には、これは「構成要件には該当するが適法な行為」なので、これに対して「犯罪」への関与を要する「共犯」、それも「犯罪」の共同実行を要する共同正犯を認めることには問題があります。なぜなら、「適法」な行為に関与することが「犯罪」となることは矛盾ですし、少なくとも通説によれば、「構成要件には該当するが適法な行為」を行う意思ないしこれに関与する意思では「罪を犯す意思」つまり「故意」は認められないからです(誤想防衛について、通説は故意を認めないことを思い越してください)。そのため、仮に適法な行為に対する共犯を認めたとしても、それだけでは、(せいぜい過失の共犯にすぎず) 少なくとも故意の共犯は認められないからです。

この点につき、最決平成 4・6・5 は、背後者に「積極的加害意思」があるとして、背後者との関係では、被害者の攻撃に「急迫性」が認められないから、背後者との関係では「過剰防衛による刑の減免」は認められないとしました。しかし、本問では、乙の行為は「過剰防衛」ではなく「正当防衛」つまり適法なのですから、それは「犯罪」ではなく、ゆえに、そこから派生する共犯としての罪責は、およそ認められないと思われます。

現に、最決平成 4・6・5 の後に言い渡された最判平成 6・12・6 刑集 48 卷 8 号 509 頁は、「侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべき」であるとして、正当防衛に当たる暴行の共謀では、刑法 60 条にいう「犯罪」の共謀にならないことを示唆しています(なお、共同の対象となる「犯罪」の要素については「要素従属性」と同じ考え方が妥当しますが、狭義の共犯の場合とは異なり、正犯者は直接行為者に「従属」するわけではないので、直接行為者に「犯罪」が成立しない場合でも背後者に「正犯」の要件が揃っていれば、正犯として処罰されます。この点で、「従属」と「共同」は異なることを理解しておいてください)。

そこからは、一案として、甲は適法行為のきっかけを作ったにすぎず、負傷したのは「急迫不正の侵害」を自己の意思で行ったAの自己責任なのだから、甲もまた無罪だとする結論が考えられます。なぜなら、乙を襲うのは、たとえ甲とけんかしていたからだとしても、Aの自己責任であり、正当防衛行為によって負傷したのは、文字通りAの「自業自得」だと考えられるからです(Aもまた、間接正犯の道具として甲に操られたのであれば、事情は異なりますが)。

他方、そうはいえども、Aを挑発するとともに乙が正当防衛をせざるを得ない状況に追い込んだのは甲なのだから、甲は、自ら、正当防衛の前提となる緊急状況を作り出し、ここから逃げようとする乙の

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

適法行為を利用してAを負傷させた罪責を負うとすることも考えられます。後者は、通説にいう「適法行為を利用した間接正犯」です。この場合、乙は適法行為をただけですから、行為の反対動機となる「規範的障害」がないので、間接正犯の道具となりえます。他方、Aは甲に操られたわけではありませんが、乙の防衛行為にとっては一種の行為状況、つまり所与の前提として理解されることになるでしょう。

答案では、甲を乙との共同正犯にするのか、それとも乙を利用した間接正犯にするのか、その趣旨が曖昧なものが散見されました。間接正犯論については被利用者が「道具」であるためにはどのような状態でなければならないのかを、共同正犯論では共同の対象となる「犯罪」にはどのような要素が必要なのかを、あらためて整理しておいてください。

## 5 印象点など (20点)

以上の論点に関しては、もちろん、乙の行為を正当防衛と評価しなかった場合には、状況は異なります。その場合には、たとえば乙を傷害罪で過剰防衛として(問題文に「乙のこん棒での殴打は、身を守るために必要最小限度の攻撃であったものとする」とあるのですから、甲による自招侵害への加担を強調するなど、理由づけには相当な説得力が要求されますが)、甲にはその共犯——共謀共同正犯など——を認めるとともに、過剰防衛による刑の減免を認めるかどうかを検討することになるでしょう。

いずれにせよ、甲の罪責を導き出す過程で乙の罪責評価がこれと矛盾しないように、論理的に一貫した論述が要求されます。この点については、20点を置いています。

[2] 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)。

甲は、デパートの洋服売り場で、店員が差し出すブレザー等の試着をしていたが、店員が目を離した隙に、売り物のブレザーを試着したまま逃走した。その後、自動車販売店を訪れ、同店の営業員に自動車を購入すると嘘を言って、試乗したいと言ったところ、単独試乗を勧められたので、その車を同店から発進させて、そのまま乗り逃げした。

## 1 出題の意図

本問は、窃盗罪と詐欺罪について、両罪の成立要件とその違いを問う問題です。同じく財物を移転させたデパートの店員の場合と自動車販売店の営業員の場合とについて、両罪の要件に照らして検討することを求めています。商品のブレザーを試着したまま逃走する事例は、広島高判昭30・9・6高刑集8巻8号1021頁を参考にしたものであり、自動車の単独試乗の事例は、東京地八王子支部判平3・8・28判タ768号249頁を参考にしたもので、前者は窃盗罪、後者は詐欺罪とされています。

## 2 ブレザーの試着・逃走 (40点)

### (1) 窃盗罪の成立要件

窃盗罪(235条)の成立要件は、①他人の財物を、②財物の占有者の意思に反して、③そ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います。ここに占有とは、財物に対する事実上の支配をいい、その財物を自己または第三者が取得した時点で既遂となります(取得説)。詐欺罪(1項詐欺)と窃盗罪の違いは、主として②の点にあり、詐欺罪が相手方の瑕疵ある意思(錯誤)に基づく財物の交付を要件としている(交付罪)のに対し、窃盗罪は相手方の意思に反して財物を取得する(奪取罪)ことを特徴とします。そして交付か奪取かを区別するには、行為者の実行行為の時点で占有が誰にあるかを明らかにする必要があります。

広島高判昭30・9・6は、試着した古着を着用のまま、便所に行くとき欺いて逃走した事案につき「Y(被

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

害者)が上着を被告人に交付したのは、被告人に一時見せるために過ぎないのであって、その際は未だYの上着に対する事実上の支配は失われていないものというべく、従って被告人が右上着を着たまま表へ出て逃走したのは即ち同人の右事実上の支配を侵害してこれを奪取したものに外ならない」と判示して、詐欺罪ではなく窃盗罪を認めました。

## (2) 本問の場合

本問のブレザーは、甲デパートの所有物であるから、①他人の財物に当たる。店員が甲にブレザーを差し出したのは試着のためであって、この時点ではまだ店員のブレザーに対する占有(事実上の支配)は失われていません。そうすると、甲がブレザーを試着したまま逃走した行為は、②店員の意思に反して、③店員の占有を侵害し自己の占有に移すものであり、窃盗罪の要件を充たすこととなります。逃走した時点で、ブレザーに対する自己の占有を取得したのですから、窃盗罪は既遂となります。

答案では、窃盗罪という結論に至ったものが大多数でしたが、占有の移転についてだけ記載して「意思に反して」の要件が欠けているもの、占有の侵害についての記述が不分明なものが目立ちました。

## 3 自動車の試乗・逃走(40点)

### (1) 詐欺罪(1項詐欺)の成立要件

詐欺罪(1項詐欺、246条1項)の成立要件は、①人を欺いて、②相手方を錯誤に陥らせ、③その錯誤に基づいて財物を交付させることです。人を欺く行為(欺罔)は、錯誤に基づく交付(処分行為)に向けられたものでなければなりません。広義の処分行為には、1項詐欺の交付および2項詐欺の狭義の処分行為が含まれています。財物の交付により相手方に財産上の損害を生じたことを要するか否かについては争いがありますが(形式的個別財産説、実質的個別財産説、全体財産説の対立)、この点は本問では(いずれの説からも財産的損害が認められるので)とくに問題にはなりません。

東京地八王子支部判平3・8・28は、検察官の窃盗罪に当たるという主張に対し、「自動車は安西店の従業員等が試乗車に添乗している場合には、試乗車に対する自動車販売店の事実上の支配が継続しており、試乗車が自動車販売店の占有下にあるといえるが、本件のように、添乗員を付けずに試乗希望者に単独試乗させた場合には、たとえわずかなガソリンしか入れておかなくとも、被告人が本件でやったように、試乗者においてガソリンを補充することができ、ガソリンを補給すれば試乗予定区域間を外れて長時間にわたり長距離を走行することが可能であり……、もはや自動車販売店の試乗車に対する事実上の支配は失われたものとみるのが相当である」「そうすると、添乗者を付けなかった本件試乗者の被告人による乗り逃げは、被害者が被告人に試乗者の単独乗車をさせた時点で、同車に対する占有が被害者の意思より被告人に移転しているため、窃盗罪は成立せず……」として、詐欺罪を認めました。

もっとも、検察官が窃盗罪に当たると主張していたのを否定して詐欺罪を認めたものですので、限界は微妙です。

### (2) 本問の場合

甲は、自動車販売店の営業員に自動車を購入すると嘘を言っているのですから、①人を欺いてという要件を充たしています。甲の行為により営業員は実際に甲が自動車を購入する意思を有すると誤信したのですから、②相手方を錯誤に陥らせという要件も充たしています。その結果、単独試乗を勧め、甲に試乗させたこと(当該自動車を交付したこと)は、③その錯誤に基づいて財物を交付させる行為に当たります。そして、甲が自動車を購入すると嘘を言った行為は、営業員が錯誤に基づき単独試乗を勧めて甲に自動車を交付する行為に向けられたものといえます。したがって、甲には詐欺罪が成立し、乗り逃げした時点で既遂ということになります。

少数ですが、窃盗罪とした答案もありました。その場合には、なぜ詐欺罪にはならないのかについて説明が必要です。たとえば、営業員が単独試乗を勧め試乗させた行為は、未だ当該自動車を甲に交付したのではなく、甲が単独試乗を開始した時点でまだ自動車の占有は営業員にあり、その意思に反して甲は自動車を奪取した、といった説明です。同じく財物を移転させたデパートの店員の場合と自動車販

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

売店の営業員の場合とを対比して論じなさいというのが、出題の意図だからです。

詐欺罪とした答案にも、「錯誤に基づく交付」という要件が、明確に示されていないものがありました。

### 3 印象点など (20 点)

以上の点を、窃盗罪と詐欺罪 (1 項詐欺) との違いを明確にして、説得的に解答していれば合格点です。結論だけでなく論証が大事であることに注意してください。

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 訴訟法オプション試験(民事訴訟法)

問題 1 これは基本的な用語の意味・内容を問う問題である。

設問 (1) は「証明責任」の定義・内容を簡潔に書けばよいが、証明責任は結果責任であるということが明確に分かるよう書けていない答案もあった。

設問 (2) は弁論主義の定義・根拠・具体的内容を書けばよいが、書ける字数が少ないので、具体的な 3 つの内容のうち、一つでも書けておればよいことにした。答案としては、3 つの全ての具体的内容にまで言及したものもある一方、証明責任との混同が見られる答案もあった。

問題 2 これは証明責任の分配と裁判上の自白についての理解を問う問題である。

①については、証明責任を負う事実とは何か、また、いかなる分配基準で誰がどの事実につき負うことになるのか、という一般論を述べた上で、本問事案へのあてはめを行うことになる。

否認と抗弁の違いという方向からの論じ方もあり得る。

結論は、本問事案では、売買契約にせよ贈与契約にせよ、それはいわゆる「所有権喪失の抗弁」(権利障害抗弁)に該当することになるので、Bが証明責任を負うことになる。

この問題については、大体書けている答案が多かったが、中には知識に正確さが欠ける答案もあった。

②については、売買契約の存在につき裁判上の自白が成立し、その拘束力として、裁判所は自白内容と異なる認定はできなくなる(自白事実そのまま判決の基礎としなくてはならない)、また、本問事案では、売買契約の存在は抗弁事実なので、それを認めないことから請求棄却をするのはおかしい、ということなどを書けばよい。

そのためには、売買契約の存在という事実は所有権喪失の抗弁事実にあてはまること(これは前述①の通り)、裁判上の自白の成立要件とその裁判所拘束力の内容、を論じる必要がある。

非常によくできた答案もあれば、知識が不十分なため、論点をつかみきれていない答案もあった。

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 訴訟法オプション試験(刑事訴訟法)

I

[A]

判例が、条件付き捜索差押え令状を発付するために課した要件は、以下の通りである。

「被疑事実の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合に、最終的手段として行われること。」

(91 字)

おおむね正しく解答できていたが、捜査上真にやむを得ないと認められるために考慮すべき事情を拾っていないものがあつた。また、本問では、「条件付き捜索差押え令状」を発付できる条件を問うているので、「医師をして適切な方法で」という解答では、問いに答えたことにならない。

[B]

身体検査令状に基づく身体検査と鑑定処分許可状に基づく身体検査の違いは 2 点ある。

第 1 点は、身体への侵襲の深さの違いであり、身体検査令状に基づく身体検査は、裸にして体表・体腔を検査するところまでしかできないが、鑑定処分許可状に基づく身体検査は、体液の採取もできる。

第 2 点は、直接強制の可否についてであり、鑑定処分許可状に基づく身体検査の場合には、直接強制は許されない。

以上をまとめると、「身体検査令状に基づく身体検査は、裸にして体表・体腔を検査するところまでしかできないが、直接強制ができるのに対して、鑑定処分許可状に基づく身体検査は、体液の採取もできるが、直接強制はできない。」(95 字) となる。

答案では、上記 2 点のうち、どちらか一方しか答えられていないものが複数見られた。

II

### 1. 令状主義において捜索場所の特定が要求されている趣旨

本問題は、捜索差押え令状の執行現場に居合わせた者の携帯品に対して令状の効力が及ぶか否か、という論点について問うたものである。憲法 35 条が捜索令状について捜索場所の特定を要求し、さらに各別の令状を要求している趣旨を理解して、令状の効力の及ぶ範囲の解釈に正しく反映させることができるかどうかを見ようとした問題である。

憲法の要求を受け、刑事訴訟法 219 条は、捜索令状には、捜索すべき場所、身体若しくは物を分けて記載すべきことを要求している。その意味するところは、プライバシー等の権利主体が異なれば、別個のプライバシー権などの法益が存在しており、それぞれの権利関係ごとに、嫌疑の有無・濃淡や、証拠の存在する蓋然性の有無・程度には差があるから、それぞれの権利主体ごとに各別に、捜索することにつき正当な理由があるかどうかを審査しなければならないという点にある。

答案においても、まず問題提起として、以上のような令状主義において捜索場所の特定が要求されている趣旨について論じる必要があるのだが、この点の記述が必ずしも十分でなく、いきなり次の基準の議論を始めている答案が多く見られた。このような答案は、「管理権の同一性」という基準は正しく書いても、令状の効力がなぜその範囲に限定されるのか、その根拠が明らかでないので、説得力が弱まってしまふことに留意してほしい。

### 2. 令状の効力の及ぶ範囲—基準

1. の捜索場所の特定が要求される趣旨を踏まえれば、捜索については、おおむね管理権(プライバシー

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

と言い換えても大きく外れていない)の個性が基準として導かれる。すなわち、マンションであれば、一棟ではなくて一戸ごと(101号室と102号室とは管理権者=プライバシーの主体は異なるから)、ホテルでも一棟ではなくて、一室ごとに各別の令状(少なくとも記載の特定)が必要である。また、人は、身体、自己の所有物、支配する住居それぞれにつき、固有のプライバシーを有しており、さらに各プライバシーに加えて、身体については身体の自由を有しており、住居、物についてはそれぞれの財産的権利や利用によって得られる利益を有しているから、個別的に保護の対象となる。刑訴法上も、場所、身体、物それぞれに固有の保護すべき権利利益があることを前提とした規定が置かれている(刑訴法219条は、搜索すべき場所、身体、物を区別して記載すべきことを要求している)。したがって、場所に対する搜索令状で身体の搜索はできないし、別個の管理権に属する物の搜索もできない。

基準についての規範は、ほとんどの答案が正しく理解して、書けていた。ただし、繰り返しになるが、1.の議論を踏まえているかどうかによって、打ち出した基準に説得力があるかどうかは大きく異なる。

### 3. 搜索場所に存在する容れ物に令状の効力は及ぶか—常備性

一般に、部屋に通常常備されている物については、場所に対する搜索令状で一括して搜索することができると考えられる。管理権の一体性を認めることができるし(部屋を管理している人は部屋という空っぽの空間だけを管理しているのではなく、部屋に置かれてある机やたんすなどの物も含めて一体的に管理している)、また、正当な理由との関係でも、部屋に証拠が存在する蓋然性があるかどうかを審査する際には、当然、部屋の中に常置されている容れ物に当該証拠が隠されている蓋然性もあわせて審査されていると考えることができるからである。

この点に関して、最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁の事案では、被疑者の内縁の夫が携帯するボストンバッグが搜索対象になった事例であり、内縁という被疑者との間の密接な人間関係も踏まえて、被疑者にもボストンバッグに対する管理権が存在し、同時に、ボストンバッグが部屋にある程度の時間、存在していたので、証拠物の存在する蓋然性も認めることができる、と解釈する余地もあり得る事案であった。

これに対して、本問題では、搜索対象となったビジネスバッグは、たまたま訪問していた上司のバッグであり、このような丙のバッグに甲の管理権が及んでいたとは容易に考え難いうえ、甲の部屋に常時置かれていたと解すべき事情は何ら存在しない。したがって、本問題においては、甲宅に対する搜索令状の効力を丙のビジネスバッグにまで及ぼすことはできないと言わざるを得ない。

多くの答案は、管理権の同一性を否定して令状の効力はビジネスバッグには及ばないという結論を導き出していた。この点は、管理権の同一性の意味を正しく理解できているものといえ、各自の勉強の成果が表れていると感じた。他方で、証拠物の存在する蓋然性を常置性と関連付けて論じることができていた答案は少数にとどまった点はやや残念であった。

### 4. 第三者の管理物と被疑者に関する証拠の隠滅防止

令状の効力範囲に関しては、さらに、第三者の管理物を介して、被疑事実に関する証拠の隠滅が試みられたような場合には、例外的に、第三者の管理物にも令状の効力が及ぶと解する考え方もあり得る。観念的には、もともと搜索場所に存在し、現に第三者の管理物に隠匿されようとした証拠物について、必要な処分として、もともと存在していた場所に原状回復させようとして、搜索場所に対する令状の効力として差し押さえるという理解になる。

ただし、第三者の管理物に対する搜索はあくまで例外的に認められるものにすぎないから、罪証隠滅行為を現認するか、現認までは要求しないとしても、それに準じる明白な状況が存在しなければならない。本問題では、証拠隠滅を疑わせるような具体的な事実を挙げることは困難であり、また、「会社の機密書類が入っているので見せることはできない」という丙の説明も一応、筋が通っている。したがって、例外には当たらず、証拠隠滅防止の観点からも、丙のビジネスバッグに対する搜索は許されない。



# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 5. 総評

多くの答案は、基本的な論点についてはおおむね理解できていた。しかし、なぜその点が論点になるのかを刑事手続の基本原則に照らして説明するという点では不十分であった。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。

# 2017 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 小論文

### 【設問Ⅰ】

筆者が引用している認知科学上の概念である「スキルの自動化」の意味について、例をあげつつ 500 字で説明するように求めている。例示に制約はないので、問題文中の例を引用してよい。

答案としては、まず、「スキルの自動化」を定義したうえで、人は経験を積むことで物事を習熟していくがそれにはレベルの差があること、熟達者になるといちいち考えなくても必要な行動が必要なときに自然にできることを問題文中の以下の例示を用いて説明すればよい。たとえば、物理熟達者の先生になると物理に関する問題文を読んだだけで一瞬で「何が大事かわかる」、すなわち、状況を一瞬で把握して解くべき問題が何か「本質がわかる」ということ、あるいは、能の演奏の熟達者になると初めて各演奏者が一緒に舞台にたっても、すぐに呼吸を合わせて即興的に舞台を作っていけることなどが指摘できていけばよい。

答案の多くが適切な例を示しながら、「スキルの自動化」という概念について説明できていたようである。

### 【設問Ⅱ】

筆者が引用するところの、「大局観」はどのようにして生まれてくると言っているのかを、問題文以外の事例を想定して 1500 字で説明することを求めている。ここでは設問Ⅰと異なり、「大局観」が養われるプロセスを解答者自身が想定する適切な例を示しながら説明する必要がある。問題文の例示をそのまま使用しても採点の対象にならない。

答案としては、まず文中で使われている「大局観」について定義する必要がある。一言で言えば、この「大局観」は設問Ⅰにおける「スキルの自動化」よりもさらに先にある熟達者の極意を指している。すなわち、スキルが自動化された熟達者になると先読みの力である予測力が伴うようになり、「カン」が働くようになるということである。たとえば、チームスポーツにおける熟達したプレーヤーの臨機応変な状況判断には、現在の状況からこのように行動したら相手チームがどのように行動し、それがどのような結果につながるかということが予測できる「カン」が働くと言える。そして、この「カン」は熟達者の神髄であって、その働き方には、全体の終着点についての「直観」、すなわち「ひらめき」と次の一手（直後の対応）についての「直観」そのものの 2 種類があり、このうち、「大局観」にあたるのは前者の「ひらめき」の部分である。問題を大づかみに捉えて、ゴールが見えない局面でも目指す到達点をイメージできる直感、それが「大局観」と呼ばれるものである。

そのうえで、このような「大局観」はどのようにして養うことができるのかについて説明する必要がある。問題文では、バスケットボール、バレーボール、雛の鑑定などが例示されているので、これら以外の例を想定して、以下の内容を説得的に説明しなければならない。すなわち、豊富な経験を積んで膨大な量の記憶をし、それが必要なときに適切に取り出せることが必要不可欠であること、熟達者の優れた記憶力は、「その場の情報をそのまま記憶する力」によって高められるのではなく、持っている知識によって状況が認識できる「認識力」によって高まるということ、そしてこの「認識力」は「識別力」でもあり、熟達者には普通の人に見えないパターンが見え、見極めができるということの三点である。

答案では、まず、「大局観」と「直感」の区別が不十分なものが目立った。定義が曖昧なままでは、以下の説明につながらないのは明らかであるから、この部分の区別をしっかりと意識してほしい。そのうえで、上述した「大局観」が養われる三つのプロセスにそって、独自の例を挙げながら説得的に論を展開してほしいところであるが、答案の中には、問題文の例をそのまま引用するにとどまったものもあった。設問をよく読んだうえで解答してほしい。また、途中答案となっていたものがいくつか見られたが、それでは点は伸びない。答案構成をしっかりと考えたうえで、1500 字で書ききるようにしてもらいたい。