

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 公法(憲法)

公務員の政治的活動の自由に関する第 I 問と独立行政委員会に関する第 II 問から 1 問を選択する問題であった。

第 I 問は、公務員が国家公務員法で禁止されている政治的行為を行ったとして起訴されたことについて、そもそも政治的行為を禁止していることの合憲性、および、同法違反で処罰することの合憲性を検討するものである。典型的な公務員の政治的行為に関する問題であったためか、おおむねそれなりに解答がなされていた。

本問は、21 条 1 項で保障される表現の自由が問題になる。本問で問題になったのは、拡声器を使って公に政治的目的を有する意見を述べることであるから、これはまさに表現行為そのものである。少数ながら、刑罰規定の規則への委任の問題を指摘している答案もあり、これも問題になるが、やはり憲法 21 条 1 項との抵触関係が中心になる。

したがって、政治的な表現行為の持つ重要性を指摘しつつ、そのような重要な権利にふさわしい判断枠組みを立て、法令の合憲性と X への適用の合憲性とを検討することになる。多くの答案は、法令の問題と X への適用の問題の 2 点についてそれぞれ検討しており、出題意図に的確に応じているといえる。また、本問は、公務員の政治的行為を禁止するものであるから、判断枠組みの設定に当たって公務員であることが影響を与える可能性がないわけではない。記述内容が説得力ある主張として構成できているかはともかく、この点に着目する答案もあった。

判例を念頭においた答案はあまり多くなかった。そして、判例を念頭においたと思われるものでも、猿払事件判決を念頭においたものばかりであった。これはこれで、それなりの学修をしているものとして評価できるものではあるが、それならば堀越事件判決(最判 2012 年 12 月 7 日)まで想起されねばならない。ところが、堀越事件判決をうかがわせるような解答はほとんど皆無であった。さらに判例の学修を積みあげることを強く望む。

法令違憲を論じようとする場合、法令の具体的な規定をしっかりと分析する必要がある。勤務時間外の行為も禁止され、公務員法制上の懲戒処分を超えて刑罰まで科していることなどが検討されるべきであろう。この分析が薄い答案も少なくなかったが、そのような答案は点が伸びない。また、少数ではあるが、法令違憲の検討において、一般的抽象的な必要性のみを断定的に述べて合憲だ、とする答案もあった。これはおよそ憲法的検討をしているとは言えないであろう。

適用上の問題については、X が人事院規則 14-7 第 6 項 11 号に言う行為をなしていることが明らかであり(答案上はこの点もしっかり指摘すべきである)、それにもかかわらず国家公務員法違反で処罰することが合憲なのか、と聞いているのであるから、X が行為をなした具体的状況を検討して合憲性を考えることになる。問題文中には、X が水産庁の職員であること、技術研究の職にあること、自宅から離れた場所での行為であること、国家公務員であることは明らかにしていないこと、などが書かれている。ほとんどの答案は、これらのうちのどれかに触れる、という程度であったが、他方で、少数ながら、事例の具体的中身についてしっかり触れているすぐれた答案もあった。

第 II 問は、架空の法律の話であるが、結局、電波管理委員会なる独立行政委員会を設置することの憲法 65 条との抵触関係を論じればよい問題である。しかし、本問を選択した答案はなかった。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 公法(行政法)

### 設問(1)

行政指導が行政手続法または行政手続条例の規定に違反するか否かを検討させる出題である。必ずしも「違反する」という解答をしなければならないわけではない。

行政手続法は、4章に行政指導に関する規定を置いているが、地方公共団体の機関がする行政指導については、それらの規定は適用されない(3条3項)。したがって、B県の担当者の行政指導が行政手続法の規定に違反するという事はできない。

次に、資料として掲載されているB県行政手続条例(以下「条例」という)31条の規定が問題になる。条例31条1項は、「申請(法律又は法律に基づく命令に基づくものを含む。)に関連する行政指導」を対象としているが、旅館業経営許可を申請したAに対して同意書の提出を求める行政指導は、これに該当するといえる。続いて条例31条1項は、「申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を明確に表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等」をしてはならないと規定している。B県の担当者は、同意書の提出を求める行政指導を申請時と苦情申立時の2度行っているが、申請時については、Aの不服従があるにもかかわらずB県の担当者が行政指導を継続したという事実は認められない。したがって、申請時において条例31条の違反を認定することはできない。

他方でB県の担当者は、苦情申立時においても同意書の提出を求める行政指導を行っており、これは「申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を明確に表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること」に該当するといえる。そうすると、条例31条1項の違反があるのではないかとも思われるが、さらに条例31条2項を検討しなければならない。

条例31条2項によると、「申請者が行政指導に従わないことが当該行政指導の目的とする公の利益を害するおそれがあり、かつ、社会通念上許容できないと認められる特段の事情が存する場合」には、行政指導が許される。同意書の提出を求める行政指導の目的は、Cの設置する保育所の清純な施設環境(旅館業法3条3項)を保全することにあると考えられる。もっとも、清純な施設環境が著しく害されるおそれがあるならば、B県知事はAの申請に対して不許可処分をすることができるのであって、それによってC保育所の清純な施設環境は保全されるとも考えられる。この立場では、条例31条2項にいう「公の利益を害するおそれ」が認められず、B県の担当者が行政指導を継続したことは条例31条1項に違反することになる。

それに対して、Aが行政指導に従わないことがCの保育所の清純な施設環境を害するおそれがあるとする立場では、「社会通念上許容できないと認められる特段の事情」の有無が問題となる。これに関する事実は問題文からは必ずしも明確ではないので、特段の事情は認定できないとする解答も考えられるし(この場合条例31条1項違反が認められる)、Aが同意書を取得するための努力を全くしていないとすれば特段の事情が認められるという解答も考えられる。

### 【答案を読んで】

・行政手続法4章の規定とB県行政手続条例の規定の両方が適用されると解しているようにみられる答案が多かったが、上記の通り、地方公共団体の機関がする行政指導に行政手続法4章の規定は適用されない。

- ・B県の担当者が行政指導を2回行っていることに注意を払っていない答案が多かった。
- ・本問の事実が条例31条1項・2項に該当するかという点を論ずることが期待されているのであるが、条例の規定に全く言及していない答案があった。
- ・特に説明もなく、条例31条2項にいう「公の利益を害するおそれ」がないと断定する答案があったが、そのような答案は高評価を得られない。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 設問 (2)

同意書の不提出を理由とする不許可処分 of 適法性を検討させる出題である。手続上の違法は出題範囲外である。

旅館業法によると、都道府県知事は、同法 3 条 1 項の許可の申請に係る施設の設置によって、同法 3 条 3 項各号の施設の「清純な施設環境が著しく害されるおそれがあると認めるとき」には、不許可処分をすることができる。上記「おそれ」があるか否かの判断については、都道府県知事に裁量（要件裁量）が認められるように思われるが、考慮すべきでない事項を考慮する等、判断過程に不合理な点があり、社会観念上著しく妥当性を欠く場合には、裁量権の逸脱濫用が認められる。

C の設置する保育所は旅館業法 3 条 3 項 2 号の児童福祉施設に該当し、A の申請にかかる施設からおおむね 100 メートルの区域内にあるということが出来るが、上記の「おそれ」があるか否かを判断するにあたっては、A の申請にかかる施設がどのようなものかという点や、C の設置する保育所の周辺環境はどれほど優れているかという点を考慮することが不可欠であると考えられる。しかしながら B 県知事においては、これらの点を考慮した事実は認められず、むしろ A が同意書を提出しなかったことを決定的に重視して、上記の「おそれ」を認定している。旅館業法には保育所の設置者等の同意について定めた規定は見当たらないことにもかんがみれば、B 県知事は、考慮すべき事項を考慮せず、重視すべきでない事項を重視して、不許可処分をしたということできる。したがって当該不許可処分は、裁量権の逸脱濫用が認められるので、違法である。

### 【答案を読んで】

- ・設問 (2) に関しては、よく出来ている答案もあったが、時間内に書き切ることができなかつたとみられる答案もあった。
- ・A の申請にかかる施設がどのようなものかという点や、C の設置する保育所の周辺環境はどれほど優れているかという点を考慮するべきであるということを指摘している答案は少なかった。
- ・行政手続法 3 2 条 2 項（行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。）の違反を主張する答案があったが、この規定は地方公共団体の機関がする行政指導には適用されない。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 民法

### I 説明問題

#### (1) 動機の不法

賭博のための金銭消費貸借契約のように法律行為自体は適法だが、動機に不法がある場合に、取引の相手方が不法な動機を知っていれば法律行為が無効となり得る。答案の中には動機の錯誤と間違えているものがあつたが、良く復習しておいてほしい。

#### (2) 人格権

人が有する個々の人格的利益を目的とする権利である。名誉、プライバシー、氏名、肖像などがある。民法に明文規定はないが、不法行為による損害賠償請求のほか、差止請求も認められている。誤った答案には、「法人格」と混同し、権利能力について説明した答案が目立った。

### II 論述問題

[1]

(問い1)

裏口入学あっせん契約は、入試の公正を害する行為であるから、公序良俗違反で無効(民法 90 条)と解される。法律行為が無効となると、本来ならば、なされた給付については不当返還請求権が発生するはずであるが(民法 704 条)、民法はその例外として不法原因給付の規定を置き、不法な原因で給付したものの返還は請求できないと定めている(民法 708 条)。これは不法に加担したものには法的保護を与えないという英米法でいうクリーン・ハンドの原則と同趣旨の規定と解されている。Aの主張はBがAに給付した2000万円も不法原因給付に当たるから返還請求はできないとの主張と解される。Aが誘ったとはいえ、Bも裏口入学のあっせんを依頼しているのであるから、不法性があり、BからAへの返還請求は認められないであろう。

答案の中には公序良俗違反や不法原因給付であることに触れず、詐欺取消しを論じているものもあつたが、それでは論点を外している。

(問い2)

不法原因給付に当たるような場合であっても、その給付の返還を約束した場合に、判例は、その約束を不法原因給付の契約の合意解除による返還特約と解して、その有効性を認めている(最判昭和28・1・22民集7・1・56)。結局、不法が実現しなかった場合に、一方が利得を保持し続けることは不法な利得の保持に法が消極的に加担している結果にもなるため、このような判例法理も妥当と解されよう。

答案の中には無効な行為であることを知りながら追認した場合には、新たな行為をみなすという規定(民法 119 条)を根拠にこのことを正当化しようとするものもあつた。良い着眼点ではあるが、公序良俗に違反するような行為の場合、その無効を知って追認すれば、それで有効な行為を新たにしたことになるのかという問題が生じるので、単純には正当化できないであろう。

[2]

AB間で甲(特定動産)の売買契約が成立し、代金支払いと引き換えに引き渡す約束がされており、その後、引き渡し時期について繰り延べの合意が成立していた。

(問い1)

AC間で甲の売買契約成立し、代金と引き換えに甲を現実にCに引き渡されたが、BはCに甲の返還を請求できるか。

AB間の契約により甲の所有権はBに移転しているとし(176条)、そして、BがAから占有改定の引き

## 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

渡し(183条)を受けているとすると、Bは甲の所有権につき対抗要件を具備しているから(178条)、Cに対して返還請求できる。

CがAと売買契約した時点で、Aには甲の所有権はないと考えられる。しかし、Cは、即時取得の要件を満たせば(192条)、甲の所有権を取得し、Bからの返還請求に応じなくてよいことになる。

他方、BがAから未だ占有改定の方法で引き渡しを受けていないとみると、AからBとCへの甲の二重譲渡となり、Cは現実の引き渡しを受けているので(182条1項)、Cが先に対抗要件を備えたことになり(178条)、BはCに対し甲の返還請求はできない。

答案には、所有権移転時期の考え方が明確に示されていなかったり、Bが対抗要件を具備することを指摘しないまま、Cの即時取得の成否が論じられたり、論旨に曖昧さの残るものが存在した。

(問い2)

BD間に150万円で甲の転売契約成立がしていたところ、AからBへの履行前に甲が焼失した場合、焼失の原因がAの子Eの過失によるときと、そうでないときに分けてABの法律関係を検討する問題である。

債務者と同居の子の過失は、Aが借家人の場合の履行(利用)補助者の問題として問われることが多い。売買の引き渡し債務についても「債務者の過失と信義則上同視してよい」とするなど、Aに善管注意義務(400条)の違反があり、履行不能責任が発生することが論じられている必要がある。その結果、Bは損害賠償請求(415条)、契約解除(543条)ができる。BのDへの転売利益が損害賠償の範囲に入るのか(416条)にも触れる必要がある。

第三者の放火により甲がAの帰責事由によらず焼失し、履行が不能となったときは、危険負担の問題となり、甲は特定物であるから、BはAに対して代金支払いを免れない(534条1項)。しかし、特定物売買における債権者主義には批判が有力にあり、どちらの契約当事者が危険を支配しているかによって危険負担を決すべきという考え方に立てば、本問では、甲を保管していたAが危険を負担し、Aは代金請求できないことになろう。

答案は、特に第三者の放火によるときについて、不十分な内容のものが多かった。その中には、危険負担の問題ではなく、Aに帰責事由がないので債務不履行責任は生じないとするに留まり、出題趣旨に答えられていないものや目的物が特定物であることを無視して536条1項を適用するものも見られた

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 商法

I 約束手形が裏書によって順次譲渡されると、受取人が第一の裏書人となり、現在の手形所持人を最後の被裏書人とするまでの一連の裏書記載が手形面上に行われることになる。裏書の連続とは、最初の権利者である受取人から現在の手形所持人に至るまで、裏書が手形面上の記載において途切れることなく続いていることをいう。裏書の連続する約束手形の所持人は権利者と推定される(手形法77条1項1号で手形法16条1項を準用)。法文上は、「適法の所持人と看做す」となっているが、裏書の連続する手形の所持人でも権利者でない場合もあることから、所持人が権利者でないという反対事実の立証を許さないとするのは行き過ぎであり、判例は、「看做す」を推定するという意味に解している(最判昭和36年11月24日民集15巻10号2519頁)。

## II

[1] 本件取締役会における本件保証契約の承認決議の法的性格については、①利益相反取引(間接取引・会社法356条1項3号、以下、本解説において「会社法」につき「法」と略す。)に関する承認と、②多額の借財(法362条4項2号)の二つの側面を有しうる。なお、甲社代表取締役Aが全額出資する乙社の取引は、甲社の取締役Aにとり、競業取引に該当しうるもの(法356条1項1号)、本問での設問(保証契約の効力)とは無関係であり、競業取引につき論じた答えは、余事記載となる。

まず、①利益相反取引(間接取引)につき検討する。本件保証契約は、甲社代表取締役Aが、全額出資する乙社が丙銀行からの融資(1億円)を弁済しなかった場合に、甲社による保証契約の履行を迫るものであり、甲社のAにとり利益相反取引(間接取引)に該当するため、甲社の取締役会による承認が必要となる(法356条1項柱書、法365条1項)。本件取締役会では、承認に当たっての重要事項につき、虚偽または不十分な説明しかなされておらず、特別利害関係人であるAが議決に参加しているという瑕疵が認定しうる(法369条2項)。そして、Aの参加・賛成を除くと、そもそも本件承認決議は、定足数を欠くとともに、賛成に過半数を欠き承認されてないこととなる(法369条1項)。ところで、取締役会承認を欠く間接取引の効果につき、最高裁判例は相対的無効とする(最大判昭和43年12月25日民集22・13・3511)。本件では、丙銀行は本件取締役会の議事録を徴求しており、とりわけ銀行という融資者の属性を考慮するとき、丙銀行は、本件融資契約の取締役会承認がないことにつき、悪意もしくは少なくとも重過失があるものと認められる。従って、相対的無効の法理に従い、本件保証契約の効力は無効となり、甲社は、丙銀行に対して、保証契約の実行を拒めるとの結論に至る。念のために、②多額の借財の論点につき検討する。本件保証契約は1億円であり、甲社の資本金1億円に匹敵することから、当該保証行為が、甲社にとり多額の借財に該当し取締役会決議が必要なことは明らかといえる。多額の借財の決議に関しては、Aは特別利害関係人には該当しないことから、多額の借財の承認決議は成立していたと解する余地がある。もっとも、その承認にあたり重要な事実の説明が尽くされておらず承認決議に瑕疵があるとの見方もできよう。さて、取締役会による承認決議のない多額の借財の効果につき、最高裁判例は、心裡留保類推の判断枠組みを採用する(最判昭和40年9月22日民集19・6・1656)。丙銀行は議事録を徴求しており、そこに具体的な説明内容まで記載されていない場合、銀行に過失まで認定するのは困難といえ、その意味で、心裡留保類推の法理に従った場合、多額の借財の承認決議は有効と考えられる。

以上の検討から、利益相反取引の承認につき無効、多額の借財の承認につき有効と解される場合であるが、会社利益の保護規定である利益相反取引につき無効である以上、結局のところ、甲社は、丙銀行に対して、保証契約の実行を拒めるものと解される。

[2] 新株発行が効力を生じた後の時点における発行の瑕疵を争う訴訟類型である新株発行無効の訴え

## 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

(法 8 2 8 条 1 項 2 号) の解釈に関する理解を問う設問である。新株発行の瑕疵を争う訴訟類型としては、その効力発生前につき発行の差止め制度が用意され(法 2 1 0 条)、一方でその効力発生後については、新株発行の無効の訴え(法 8 2 8 条 1 項 2 号)と、新株発行不存在確認の訴え(法 8 2 9 条 1 号)の制度が用意されている。本問では、全額の払込みを終え新株発行の効力が生じた(平成 2 9 年 2 月 2 日)後の時点(平成 2 9 年 5 月)における争訟手段が問われているため、差止めは問題とならない。また、全額の払込みがなされているとともに、法定の手続きは一応履践されていることから、不存在確認も問題とはならない。従って、無効の訴えについてのみ検討することで足りる。法は無効事由につき、具体的には定めておらず、その範囲は専ら解釈問題となる。まず、訴訟要件につき確認すると、B と C は、提訴時点で X 社の株主であるから原告適格を充たす(法 8 2 8 条 2 項 2 号)。また、新株発行無効の訴えの提訴期間は、公開会社の場合、効力発生(本件では、同年 2 月 2 日)から 6 か月であるところ(法 8 2 8 条 1 項 2 号)、同年 5 月はその範囲であるから提訴は可能である。本件新株発行は、1 株 2 万円を上回る X 社株式につき、1 株 1 万円で第三者割当発行がなされており、明らかに「特に有利な払込金額」での発行(以下、「有利発行」と認められる(法 1 9 9 条 3 項)。X 社は公開会社であり、有利発行につき株主総会の特別決議が要求される(法 2 0 1 条 1 項、法 3 0 9 条 2 項 5 号)、本件新株発行は取締役会決議のみによりなされており、この点で、法令違反の差止事由(法 2 1 0 条 1 号)があるが、判例によれば、差止めの仮処分がなされず、一たび、株式の効力が発生すると - 法的安定性の保護の観点から - 無効事由とはならないと解されている(最判昭和 4 6 年 7 月 1 6 日判時 6 4 1 - 9 7)。もっとも、募集事項の通知・公告を欠いた場合で、なおかつ差止事由がないとはいえない場合は、株主は差止請求の機会を奪われることになるため、無効事由となると解されている(最判平成 9 年 1 月 2 8 日民集 5 1 - 1 - 7 1)。本件では、形式的には適法な公告がなされているが、その内容は有利発行該当性につき虚偽のものであり、その意味で、株主の差止機会を実質的に奪っているものと評価できる。よって、前記平成 9 年 1 月 2 8 日最判の判旨に徴して、本件新株発行の無効の訴えは認容される。

一方で、本件新株発行は、資金調達目的(Y 社との提携関係の強化)を仮装し、実際には、代表取締役 A の X 社支配権の維持・強化を主要な目的とすることが - 当初から A による Y 社からの全株の買戻しが仕組まれていたことが窺われるため - 認定しうるため、いわゆる「主要目的ルール」に準拠して、著しく不公正な方法での発行(以下、「不公正発行」としての差止事由(法 2 1 0 条 2 号)に当たるものといえる。また、A は取締役会で虚偽の報告をして B ら反対派の賛成を得ており、仮に、発効目的につきその真意を述べれば本件取締役会の決議自体が否決された蓋然性が高いとともに、またそうでなくとも、B ら反対派は、本件新株発行を差し止めていたものと考えられる。そうすると、有利発行と同様に、不公正発行の観点からしても、差止事由が存し、かつ実質的に差止機会が奪われているものとして、本件新株発行の無効の訴えは認容されるべきである。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 刑法

17 年度後期入試刑法は、以下のような問題でした。以下、問題 I・II の順で解説と講評をします。

問題 I 中止未遂における刑の必要的減免の根拠を述べた上で、以下の事例における甲および乙の罪責を論じなさい(特別法違反の点は除く)。

甲(女性)は、自己の妹 A がプロの歌手として名声を得ているのに自分は歌手として売れないままであることから、A に対して嫉妬のあまり彼女を殺害しようと考えた。そこで、甲はプロの殺し屋乙に報酬を支払って A の殺害を依頼した。しかし、その後、自己の非を悟った甲は、乙による A 殺害を阻止しようとして、これもプロのボディーガード B を雇い、その結果、B は、仕込み銃で A を殺害しようとして狙いをつけ引き金に指をかけた乙を、弾丸発射直前に狙撃して乙に重傷を負わせ、A を救助した。

なお、B はボディーガードとしては超一流で、これまで、狙われた人物の保護に失敗したことは一度もなかった。また、B の上記狙撃は正当防衛に当たるものであった。

### 1 論点

本問は、殺人の教唆者(または共謀共同正犯者)甲が B を通じて正犯乙の殺人の犯行を阻止して未遂に終わらせた事例において、自らは「犯罪の実行に着手」していない甲に、刑法 43 条但書の中止未遂を理由とする刑の必要的減免が適用できるか否か、できるとすればその根拠は何かを、中止未遂における刑の必要的減免の根拠に関連づけて解答してもらうものです。というのも、刑法 43 条は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」について、その刑を減免することができ、これを受けて、「自己の意思により犯罪を中止したときは」、中止未遂としてその刑を必要的に減免するものとしているからです。つまり、自らは「犯罪の実行の着手」しなかった者については、文字通り解釈すれば、43 条但書は何も述べていないということになるのです。

一般に、「共犯と中止」については、実行共同正犯の内の一部の者が事故の意思で中止した場合に、43 条但書が適用できるか否かが論じられており、このように自らは実行しなかった共犯者について解説している教科書は少数にとどまります(たとえば、平野龍一『刑法総論 II』384 頁は、「教唆行為・幫助行為は 43 条の『実行行為』ではないことを強調する立場からすると、同条但書の適用もないというのが一貫しているかもしれない。しかし、共犯も自己の実行行為およびこれによって生じた結果について責を問われるものであるから、その実行行為を止め、または結果を阻止したときは、中止犯の規定を『正犯に準じて』適用すべきである。」と述べています。このように、共犯行為にも刑法 43 条にいう「実行の着手」があるので 43 条但書が直接適用できると解する立場は、「共犯独立性説」と親和性があります。これに対して、共犯には 43 条にいう「実行の着手」は認められないと解する松宮孝明『刑法総論講義(第 4 版)』317 頁などは、43 条但書の類推としています)。

ですので、本問の焦点は、まず、①中止未遂による刑の必要的減免の根拠に触れた上で、次いで、②この根拠に照らして、自らは実行していない甲に 43 条但書を適用または類推できるかどうかを検討することにあります。

なお、B が乙を負傷させた点は傷害罪の構成要件に当たりますが、正当防衛としてその違法性を阻却されますので、これに関する甲の共犯責任は問題になりません(60 条の「犯罪」の共同実行にも、61 条の「犯罪」を実行させたにも当たらないからです)。

### 2 中止未遂による刑の必要的減免の根拠(20 点)

この点については、現在展開されている中止未遂による刑の必要的減免の根拠の概要を示してください。細かな学説の紹介までは不要です。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

学説は、大きく分けて、(A) 法律説と (B) 非法律説に分類されます。(A) はさらに、A-1)違法減少説、A-2)責任減少説、A-3)違法責任減少説に分かれます。(B) は、B-1)刑事政策説、B-2)報奨説(褒賞説)、B-3)刑罰目的説に分かれます。さらに、最近では、(C) これらを組み合わせた見解も主張されています。

ここでは、それらの定義と長所・短所を簡単に説明した後で、自説は何かを示しておくことが望ましいでしょう。なお、現行刑法の立案時には、中止未遂について刑事政策説が採られていたことや、法律説に対しては、実行の着手時点では障害未遂との違いはなく、その後に中止するだけの中止未遂について、未遂成立時期である実行の着手時点で違法性や責任に違いがあるはずはないし、中止行為によって事後的にその違法性や責任が減少するのは奇妙であるとする批判があることに注意してください。

## 3 乙の罪責 (20 点)

乙は、「仕込み銃でAを殺害しようとして狙いをつけ引き金に指をかけた」のですから、これを、殺人罪の実行の着手に当たるとして、殺人未遂(刑法 199 条、43 条、203 条)を認めていただければ結構です。

なお、甲に中止未遂規定が適用ないし類推できるとしても、その効果は乙には及びません。

## 4 甲の罪責

### (1) 殺人未遂の教唆(ないし共謀共同正犯)への43条但書の適用ないし類推(30点)

問題は、上記の刑の必要的減免の根拠に照らして、甲の罪責に関し、殺人未遂の教唆(ないし共謀共同正犯)への43条但書の適用ないし類推をどのように行うかです。これらが実行正犯の着手行為のみを射程にしたものであれば、着手行為をしていない甲については、これらの根拠に照らして43条但書を適用ないし類推する結論が根拠づけられないからです。

ここでは、冒頭で述べたように、教唆などの共犯行為(あるいは、それ自体は直接実行ではない共謀段階の行為)も、刑法43条やその但書にいう「実行に着手」して「自己の意思により中止した」という要件に当たるのか否かという判断を示す必要があります。

### (2) Bの正当防衛に関する甲の罪責(10点)

次に、60条や61条の解釈に関連付けて、Bによる正当防衛としての傷害行為について、甲は罪責を負わないことを論証する必要があります。Bの阻止行為は、少なくとも乙を被害者とする傷害罪の構成要件には該当する行為だからです。

もちろん、問題文にあるようにBの行為は正当防衛に当たるので、B自身が処罰されることはありませんが、甲自身は乙の殺人行為を正当防衛によって阻止したわけではないのですから、甲のBに対する依頼行為自体は正当防衛には当たりません。ゆえに、ここでは、「適法行為に対する共犯はあり得るか」という問いに答えなければなりません。

この点については、通説的な制限従属形式によって、教唆犯の成立には正犯の構成要件に該当する違法な行為が必要だが、Bの行為は違法ではないから、甲には教唆犯が成立しないと書けばよいようにも思われます。しかし、世の中には、——そのような判例はないのですが——(共謀)共同正犯が成立するためには、直接行為者の行為は構成要件に該当するのであれば適法でもかまわないとする見解もあるので、その当否が問われるのです。

これは、刑法60条などにある「犯罪」に、適法行為も含まれるかという問題です。これを否定するならば、甲に罪責がないという解答は簡単に出てきます。反対に、これを肯定するならば、甲のみを傷害罪の共同正犯とするか、あるいは、無罪にするために緊急避難その他の違法性阻却事由を相当に拡張して適用するしかないでしょう。いずれも、あまりお勧めできる解決ではありません。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 5 印象点など (20 点)

答案全体の流れの論理性、とりわけ中止未遂による刑の必要的減免の根拠と「実行」の意味、そして甲への 43 条但書の適用ないし類推が、一貫した論理で流れているかどうかを重視しました。

## 6 答案の講評

全体に、中止未遂による刑の必要的減免の根拠があまり書けていませんでした。これといった決定的な通説がない領域ですので、それぞれの学説の長所・短所を比較しながら、これが議論される意味を理解してほしいと思います。また、共犯行為に 43 条但書が「適用」できるのか、という出題意図に正面から答えられた答案が少数であったことも、気になるところです。いずれも中止未遂の基本ですので、しっかり学習してください。

## 問題Ⅱ 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、中学を卒業後に家出し、アルバイトをしつつ不良仲間の部屋に入り込んで過ごしていたが、家出して半年後、遊ぶ金がなくなったので、自宅に帰って金目の物を持ち出そうと考え、自宅に着いたところ、留守であった。そこで、以前から持っていた鍵を使って中に入り、居間を見渡したが金目のものがないので、父親 A の部屋に入ったところ、机の上に本格的な高級カメラがあった。甲は、それを A の持ち物と考えて持ち出し、売り払った。ところが、そのカメラは、A が友人の B から一時借りていたもので、A の持ち物ではなかった。

### 1 論点

本問の論点は、自分の家に立ち入ることが住居侵入罪になることはあるか、父親の占有する他人の所有物を窃取した場合に親族相盗例の適用はあるか、他人の所有物を父親の所有物と誤信した場合はどうか、という 3 点にあります。

### 2 住居侵入罪の成否 (30 点)

住居侵入罪は、正当な理由がないのに人の住居等に侵入した場合に成立しますが、そこにいう「人」とは他人の意味であり、自分の家に立ち入ることは通常は本罪に当たりません。刑法の現代用語化(1995 年)に伴って、それまでの「故なく」は「正当な理由がないのに」という表現に改められました。本問では、家出して半年後の甲が、自宅から金目の物を持ち出そうと考え、留守だったので持っていた鍵を用いて中に入りました。

最決昭 23・11・25 刑集 2 巻 12 号 1649 頁は、自分の家に立ち入ったことが住居侵入罪にあたるとなりました。この判決の事案は、被告人が共犯者 3 名と共謀して、当時出奔していた実父方に、共犯者には実父の家であることを告げず、午後 11 時 30 分頃、強盗の目的で侵入したというものです。判決は、もし被告人が家出したことを後悔して父に謝罪するつもりで帰宅したとすればもとより住居侵入罪は成立しないが、「強盗の目的で、しかも共犯者 3 名をも帯同して深夜家宅内に侵入したとあっては、たとえそれが嘗ては自らも住み慣れたなつかしい実父の家であるとしても、父としても、世間としても、これを目して正当な『故ある』家宅の侵入とは認めえないであろう」として、住居侵入罪を認めました。

この基準を本問に当てはめた場合、侵入の目的が強盗と窃盗とで異なり、侵入したのが(事情を告げていない)共犯者 3 名と単独とで異なり、侵入方法も(判決の事案では明らかでないが本問では自分の鍵で開けている)侵入時刻(本問では明示されていないが問題文から深夜ではなく白昼であることが窺える)も異なっています。そこで、窃盗目的を重視して、住居権者の意思に反すから「正当な理由がないのに」侵入したと解することも、自宅への平穏な立ち入りであることを重視して「正当な理由がある」立ち入りに過ぎないと解することも可能です。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

なお、「正当な理由がないのに」が「違法に」という意味であるとすれば、すべての犯罪は「違法に」行われることを要件としていますから、この部分は単なる注意規定（構成要件ではない）と解する方が適切のように思われます。

答案では、住居侵入罪の成立を肯定したものが大半でしたが、否定したものもありました。理由が適切に書かれていれば、いずれも正解としました。

### 3 親族相盗例の適用の可否 (30 点)

本問で窃盗の客体となったカメラは、父親Aが占有していますが、Aが友人Bから借りたBの所有物でした。この場合に親族相盗例の適用があるか否かは、周知の論点と思われまゝ。所持説を徹底すれば行為者と占有者との間、本権説を徹底すれば行為者と所有者との間に親族関係があれば良いことになりまゝ、**「法は家庭に入らず」**の趣旨から、あるいは窃盗は占有侵害を通じて本権を侵害するものと解して、行為者と占有者・所有者双方との間に親族関係がなければならぬとするのが通説です。

最判昭24・5・21刑集3巻6号858頁は、「親族相盗に関する規定は、窃盗罪の直接被害者たる占有者と犯人との関係についていうものであって、所論の如くその物件の所有権者と犯人との関係について規定したものではない」と判示しました。これに対して、最決平6・7・19刑集48巻5号190頁は、244条1項の親族関係は「窃盗犯人と財物の占有者との間のみならず、所有者との間にも存することを要するものと解するのが相当である」と判示しました。

両者は一見矛盾していますが、前者は、行為者と占有者との間に親族関係がない事案であって、244条1項が適用されないことが明らかであり、「所有権者と犯人との関係について規定したものではない」という部分は、結論に影響を及ぼさない「傍論」であったのに対し、後者は、行為者と占有者との間に親族関係がある事案であり、行為者と所有者との間に親族関係を要するか否かが正面から問題になったものであって、事案が異なり、この部分が「判例」そのものであることに違いがあります。平成6年決定が、とくに判例変更を要しないものとして小法廷で決定したのは、そのような理由に基づくものといえるでしょう。もっとも、前者は、戦後の最高裁判例が「本権説から所持説へ」と傾斜していたことを反映していたものとみることが出来ます。

答案では、占有者のみならず所有者の間にも親族関係を要するとして親族相盗例の適用を否定するものが大多数でしたが、適切にその理由を述べているものは多くはありませんでした。

### 4 親族相盗例における錯誤の処理 (20 点)

客観的に甲と所有者Bとの間に親族関係はありませんが、「甲は、それをAの持ち物と考えて持ち出し」という問題文から、本問では親族関係の錯誤について論ずる必要があります。これは、244条1項の法的性質にかかわる問題です。これを一身の刑罰阻却事由とすれば、錯誤は無視され、親族相盗例は適用されないこととなります（学説には一身の処罰阻却事由としつつ錯誤を考慮する見解もあります）。他方、これを（可罰的）違法性阻却事由とすれば、違法性阻却事由の事実的前提の錯誤であって、通説・判例によれば（誤想防衛の場合と同様に）故意が阻却され、（過失窃盗罪はないので）無罪ということになります。

なお、広島高岡山支判昭28・2・17判特（高等裁判所刑事判決特報）31号67頁が、国の所有である電線を窃取したが、それを実父の所有と考えていたという事案（原審は単純に無罪としていた）について、「本件についてはなお被告人の認識の限度内において、親族相盗の成立を否定するわけにゆかない。とすると、本件公訴事実については親族相盗の成立を認め、刑法第244条1項に従い刑の免除の言渡をなすべきもの」であるとしていたのが参考になります。

答案では、この点を適切に書けているものは少数で、とくに総論と各論とにまたがる論点について、さらに学習を要すると思われました。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 5 印象点 (20 点)

本問は、上記 3 つの論点を読み取ることができれば、解答は難しくありません。問題文から該当部分を挙げ、論点を明示し、理由を挙げて結論を示す、これは、法科大学院に入学後も事例問題に対する解答の基本です。

## 6 答案の講評

多くの答案で、住居侵入罪の成否および親族相盗例の適用の可否については検討されていましたが、結論に至った理由が説得的とはいえない答案がかなりありました。親族相盗例の錯誤については、触れていない答案がかなりありました。正解の答案と不正解の答案とが歴然としていて、点差が開きました。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 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)

設問Ⅰ 自由な証明とは、証明度は厳格な証明と同じだが、その要件が厳格な証明より緩和されているものをいうとの意義・内容の説明は最低限必要であるが、さらに、その根拠とどういう場合に認められるのか、という点の言及があればより配点は高い。

設問Ⅱ [1] は重複起訴禁止原則の問題で [2] は処分権主義の問題である。

[1] 重複起訴禁止原則に抵触するかどうかの要件は、民訴法 142 条の文言からは明らかではないので、この条文の制度趣旨である矛盾判決回避要請と重複審理回避要請が生じる場合か否かで判断することになる。

矛盾判決回避要請と重複審理回避要請のいずれに重点をおいて要件を考えるかは争いのあるところであるが、①請求については、そのいずれの回避要請も問題とならず、逆に②請求では両回避要請が問題となる。その結果、①請求については、そのまま訴訟手続を続行すればよいが、②請求については、重複起訴禁止原則に抵触するとして訴え却下されることになる。

答案としては、以上の趣旨の内容が論証されておればよい。

[2] この場合は、請求棄却ではなく、引換給付判決をすることになる。それが単純に請求棄却を行うよりも合理的な処理だからである。

そのような解釈をとっても、当事者から要求された内容を超えて判決をすることにはならないので、処分権主義(民訴法 146 条)には反しない。

なぜなら、原告は無条件(無留保)の請求権認容を要求していたところ、条件付き(留保つき)判決が判示されたことになるので、原告の要求内容の全ては認められず、一部棄却(一部認容)されたのと同じことになり、要求内容を超える判決とはならないと解することが可能だからである。

答案としては、以上の趣旨の内容が論証されておればよい。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 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 [1]

最決昭和52・8・9は、別件逮捕・勾留について、「専ら、いまだ証拠の揃っていない『本件』について被告人を取調べる目的で、証拠の揃っている『別件』の逮捕・勾留に名を借り、その身柄の拘束を利用して、『本件』について逮捕・勾留して取調べるのと同様な効果を得ることをねらいとしたもの」と定義した。〈本件の取調べ目的〉、〈証拠のそろっている(通常は軽微な)別件〉、〈別件の身体拘束を利用した取調べ〉などがキーワードとなる。

しかし、それらキーワードをすべて挙げて定義できた答案は一部しかなく、残念であった。

### I [2] (10点)

訴訟対象(審判対象ともいう)である訴因の本質について、罪となるべき具体的な事実を検察官が主張するものと定義される。〈訴訟対象(審判対象)としての訴因〉、〈罪となるべき事実の主張〉、〈検察官の主張〉、また、〈主張の可否を裁判所は判断する〉などがキーワードとなる。

しかし、それらのキーワードを使って訴訟対象としての訴因の本質を正確に定義できた答案は、やはり一部しかなかった。ちなみに、訴因に関する事例問題を論じるときも、総論的な論述として、訴訟対象である訴因の定義から始めるべき場合が多い。あらためて定義の重要性を認識してほしい。なお、罪となるべき事実の検察官による主張こそが訴因だということは、訴因変更命令や訴因変更の要否の問題などを解くうえでも必須の理論的知識となっており、この点も強調しておきたい。

### II [1]

本問では、まず、職務質問のさいに行われる無承諾の所持品検査の適法性について、判例に基づく「規範」を定立しなければならない。

この点で知っておかねばならない最高裁の重要判例、すなわち、最判昭和53・6・20や最判昭和63・9・16は、無承諾の所持品検査の適法性について、「警職法2条1項に基づく職務質問に附随して行う所持品検査は、任意手段として許容されるものであるから、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される場合があると解すべきである」と判示した(以上の引用は最判昭和63・9・16から)。

最高裁判例により定立されたこの「規範」を敷衍するさい、まず、①〈警職法に規定がない〉+〈職務質問に附随する〉、②〈任意手段として許容される(それゆえ、承諾を得てその限度で行うのが原則)〉+〈(例外的に)無承諾の所持品検査も許容される場合がある〉が論述のキーワードとなる。そのうえで、さらに無承諾の所持品検査であっても、(1)〈捜索に至らない程度の行為〉であり、かつ、〈強制にわたらない〉ことが適法性の第1要件となること(すなわち、強制処分に至らないこと)、さらに、この第1要件を充たしたとしても、無承諾の所持品検査が任意処分として適法であるためには、(2)〈必要性〉と〈緊急性〉、かつ、〈個人の法益と公共の利益との権衡〉を考慮事項として、〈具体的状況の下で相当と認められる〉ことが適法性の第2要件となることを述べる。

以上の最高裁判例の「規範」を正確に敷衍した答案も一部にあった。しかし、少なくない答案が、上述のような「規範」を敷衍できないまま、本問の所持品検査について、〈捜索に当たるが、令状がないため違法だ〉というようなラフな論述にとどまっていた。

とまれ、最高裁判例に従い「規範」を定立したのち、この「規範」を本問の事例に当てはめることに

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

なる。この点では、ペーパーバッグの中に手を差し入れ、新聞包みを取り出し、開披する警察官の行為自体が〈捜索に至っている〉か、少なくとも〈捜索に類する〉ために、違法だと論じるべきであった。なお、最判昭和53・6・20が、「被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものである」と判示したことが、本問との関係でも、参考となる(右判例はつづけて、「上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解する」とし、違法とした。

## II〔2〕(40点)

本問では、まず、逮捕に伴う無令状捜索の適法性について、総論的な論述ができねばならない。この点で、〈令状主義の合理的例外〉、〈刑事訴訟法220条1項2号(逮捕現場の捜索・差押え)、同3項(無令状)〉、〈「逮捕の現場」の解釈(単一の住居権が及ぶ場所的範囲。緊急処分説であれば、被逮捕者の身体および手の届く範囲)〉が論述のキーワードとなる。答案では、この総論的論述を行わないか、不十分なものが少なくなく、残念であった。

本問の事例については、さらに、具体的な問題として、捜査機関が逮捕現場を敢えて移動ないし「設定」したときの、無令状捜索の場所的範囲について、判例に基づく規範が定立できたか、を論述すべきものとなる。本問のような、逮捕現場の「設定」があった事案について、福岡高判平成5・3・8は、「本件のように、職務質問を継続する必要から、被疑者以外の者の住居内に、その居住者の承諾を得た上で場所を移動し、同所で職務質問を実施した後被疑者を逮捕したような場合には、逮捕に基づき捜索できる場所も自ずと限定されると解さざるを得ないのであって、K子〔被疑者が父親代わりに面倒を見ている女性〕方に対する捜索を逮捕に基づく捜索として正当化することはできない」と判示した。場所の移動による「逮捕の現場」ないし「無令状捜索の場所」の意図的な設定があった事案について、逮捕にもとづく無令状捜索の範囲は被疑者の周辺に限定される趣旨を判示したものである。

出題者としては、右高裁判例に言及できること、あるいは、言及できずとも、逮捕現場の意図的な「設定」という問題に着目すること——着目したとき、実質的な議論(たとえば、令状主義の合理的例外であるべき逮捕現場の無令状捜索について、逮捕現場を意図的に「設定」した本件ではその相当性を欠くとか、濫用の恐れがあり違法になるとか)を試みることも可能になる——を期待した。しかし、その期待に応えた答案はなく残念であった。ちなみに、上記の福岡高判平成5・3・8は、『刑事訴訟法判例百選』(最新版)にも取り上げられる重要判例であり、それら重要判例の事案や判示については、繰り返し読みこんで、自分のものにしてほしいと思う。

全体として、判例に関する知識がなお不十分だといわねばならない答案が多かった。法曹を目指す者として、判例の知識は必須であり、この点の勉強を一層深めてほしい。

# 2017 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 小論文

### 【設問Ⅰ】

筆者が用いている陪審定理の定義について記述したうえで、その成立条件として重要とされている点が指摘できているかを確認する問題である。

陪審定理については、「人間の理性による判断が、例えばコイントスで罪の有無を決める場合の半々の確率である 50% よりも高いことを前提にすると、陪審員の数が多くなればなるほど、多数決による判断の結果が正しい確率が 100% に近づいていくというもの」と定義することができる。そしてそのうえで、その成立条件としては、陪審員が事件に関する情報を「適切」に与えられていて理性的判断ができること、すなわち、予断や偏見を生じさせるような「不適切」な情報獲得がなされていないこと、そして、陪審員の独立性が担保されていて、有罪無罪の判断が自分自身の判断で行える状況にあることが指摘できるだろう。

設問Ⅰについてはこの二つの点が説明できていれば合格点となる。概ね多くの答案が解答できていたようである。

### 【設問Ⅱ】

筆者は、問題文の中で、陪審評決では「多数派の判断が正しい確率が高いということは正当性を有する」としているが、この考え同様に、法案審議においても「多数派の判断が一般意志に適う確率が高いということは正当性を有する」と言えるのかを問うている。ただし、設問では、「一般意志」「熟議的理性」及び「主権」の内容に触れるように条件付けをしているので、これらの内容、相互関係を踏まえたうえで、上記主題について解答する必要がある。

まず、問題文で用いられている一般意志については、個々の人間が自らの特殊性をいったん離れて意志を一般化したもので、自己利益の追求に何が必要かをひとまず脇に置いて、自分を含む多様な人間がともに必要とするものは何かを探ろうとする意志であることを踏まえる必要がある。次に、熟議的理性については、個人が複数の人との会話のうえで、自らの理性に尋ねて、特殊的な「私」の次元から一般的な「公」の次元へと思考を移すこと、主権については、人が互いを対等な立場として受け入れ合う社会契約の中で自分たちの権利を共同体に渡して一つに束ねたものとそれぞれ理解しておく必要がある。

そのうえで三者の関係性については、主権を有する人民である主権者が投票をするということ、人民が投票を行う際には熟議的理性に基づいて投票が行われるべきであること、そして、このような投票による多数決の結果が一般的意志を形成するということを説明しなければならない。特に、熟議的理性を働かせるため、すなわち、この議論の正当性を担保するための条件については、多数決より上位の審級を防波堤として事前に立てておくこと、複数の機関で多数決にかけること、多数決で物事を決めるハードルを過半数より高くすることなどを説明する必要がある。

そして答案においては、これら三者の関係性を踏まえたうえで、上記の条件を備えた場合には多数派の判断が一般意志に適う確率が非常に高くなり、そのような場合には、陪審定理に基づく陪審評決が正当性を有するのと同様に正当性を持つということが指摘できていなければならない。

設問Ⅱについては、過半数の答案が設問で解答が求められている「一般意志」「熟議的理性」及び「主権」の内容そのものについての言及がなく、論述が淡泊になっていたようである。もっとも、三者の関係性については多くの答案が触れており、出題の趣旨から大きく離れたものはなかったようである。なお、上記の三つの例を挙げながら議論の正当性の根拠を説明した答案については、得点が高くなっている。