

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

公法(憲法)

宗教法人の解散命令に関する第 1 問と国会議員の議案提出権に関する第 2 問から 1 問を選択する問題であったが、ほとんどが第 1 問を選択していた。

第 1 問は、宗教法人が宗教法人法(以下「法」という。)に基づき裁判所によって解散命令を受けたことについての合憲性を検討するものである。オウム真理教解散命令事件をモチーフにしており、同事件最高裁決定を知っていればたやすく解答できる問題であるが、信教の自由に関する勉強をしっかりとしていれば、十分解答できるはずである。著しく点数の低い答案は見られなかったが、出題意図を正しく見抜いた答案もあまりなかった。

本問は当然、20 条 1 項で保障される信教の自由が問題になる。一般に信教の自由として宗教的結社の自由が保障されると解されているから、それを問題にすればよい。なお、内心と行為の二分類で議論する論者もあるので、その意味では宗教的行為の自由の問題であるとしても良い。この点、21 条 1 項の結社の自由の問題として議論しようとする答案も少なからず見られたが、このように議論しても結局一般的な結社と異なる宗教的結社の意味を問題にせざるを得なくなるのであるから、20 条 1 項で処理する方が素直であるし、そもそも問題文中に「信教の自由の侵害等を理由に」特別抗告した、とある。

ごくまれに、20 条 3 項の政教分離規定違反の問題として処理していた答案があったが、同項にいう「宗教的活動」とは誰の活動のことなのかを、具体的に考えれば、そのような処理がおかしいことに気付くはずである。

宗教的活動が内心にとどまらず外部的行為を伴う場合は、当然、他者や社会との関係で規制の対象となることが一般的にはありうる。多くの答案は、そこに止まっていたが、仮に宗教に中立的な規制であっても、その適用には慎重な配慮が必要である(牧会活動事件、神戸簡判昭和 50 年 2 月 20 日参照)ので、そこまで一步検討を進めてほしかった。

本問のもっとも肝要な点は、宗教法人に対する解散命令がどのような法的意味を持つのか、である。しかしながら、大多数の答案は、そこまで理解が及んでいたようには思われなかった。そのような不完全な理解で法人の人権論を論じてもほとんど意味をなさない。論点は、書けばいいというものではない。問題文中で、わざわざ「宗教団体 A」が法に基づき法人格を取得して「宗教法人 Y」になった、と書かれてある(法も両者を区別している(法 2 条、4 条 2 項))のだから、法に基づく解散の結果、Y は法人格のない宗教団体 A に戻るはずである。とすると、この解散命令ははたして信教の自由を制約することになるのか、ということが問題になるはずである。

この点で、大多数の答案が、宗教法人の解散から直ちに信教の自由の制約を導いていたが、それでは出題意図に対応しきれていない。出題意図としては、宗教法人を解散したからといって宗教団体そのものを壊滅させる法的効果はないのだから、直ちに直接信教の自由が侵害されているとは言えない、それでも宗教活動に全く影響がないとしてしまっているのか、と、ここまで考えてもらうことを想定していた。残念ながら大多数はこの点まで考察は進まなかった。

さて、本問では、そもそも解散命令が法に基づくものであるから、法令違憲の検討と、Y に対する解散命令の合憲性(適用違憲)の検討の両方が可能であり、すべきである。片方しか述べられていないか、両者を混同している答案が多かった。両者を区別してしっかり検討していた答案は比較的高い得点が得られているであろう。

合憲性の判断は、判断枠組みを設定し、それに照らして判断することが必要である。法の合憲性を検討する場合は、なぜ解散命令の制度があるのか(目的)、その目的に照らして解散という措置をどう評価するのか、ということが問題になるし、法が違憲でないことを前提にして Y に対する解散命令の合憲性を検討する場合は、Y の具体的な行状が法 81 条を適用して Y を解散するほどの行為であるのか、その必要性や相当性などを問題にすることになる。この点、「殺人予備行為」に引きずられて法 81 条 1 項

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

1号にある「公共の福祉」を観念的・抽象的に理解してしまう答案があったが、それでは信教の自由に対する制約の合憲性の検討としては雑駁に過ぎる。

なお、ほとんどの答案は何らかの判断枠組みを設定して、判断していたので、この点は評価できる。

第2問は、国会議員の議案を提案できる賛成人数の要件を引き上げて、より多くの賛成を得られない限り議案を提案できないようにするという、架空の法律案の合憲性を問うものであるが、この問題を選択した答案は極めて少なかった。(1)では、国会議員が起案を提案する権限を有すると解される根拠を、立法という行為の流れを想定しつつ、憲法41条で国会が唯一の立法機関であると定められていることとの関係で十分に説明するべきである。(2)では、賛成人数の引き上げが、立法理由として挙げられている充実した審議にとって意味のあるものであるのかを検討する必要がある。後者について、立ち入って検討できている答案もあり、この点は評価できる。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

公法(行政法)

最判平成 18・2・7 民集 60 卷 2 号 401 頁を素材にした作問である。行政財産の目的外使用許可申請に対する不許可処分の実体的違法性(裁量権の逸脱濫用)の有無を検討させるものである。必ずしも違法説に立たなければならぬわけではない。手続的違法については出題範囲外である。

1. 一般論

(1) 行政財産の目的外使用許可と裁量

前掲最判は、「公立学校施設を……設置目的外に使用するためには、同法 238 条の 4 第 4 項〔※現 7 項〕に基づく許可が必要である」ことを指摘して、「地方自治法 238 条の 4 第 4 項〔※現 7 項〕、学校教育法 85 条〔※現 137 条〕の上記文言に加えて、学校施設は、……本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されている(学校施設令 1 条, 3 条)ことからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられている」と判示している。

地方自治法 238 条の 4 第 7 項の許可が行政財産の目的外使用許可であることを示すとともに、資料に掲載されている学校教育法 137 条, 学校施設令 3 条の規定を参照することが必要である。

(2) 考慮要素と裁量の違法の判断方法

前掲最判は、「管理者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであり、その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる」と判示している。

また前掲最判は、「学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないものではない」「職員団体にとって使用の必要性が大きいからといって、管理者において職員団体の活動のためにする学校施設の使用を受忍し、許容しなければならない義務を負うものではない」「従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認させることがあったり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となったりする」ことを指摘している。

考慮要素の全てが列挙されている必要はないが、そのいくつかは指摘されているかどうかは、採点のポイントとなる。ちなみに問題文では、使用日、使用目的、使用の必要性、許可をした場合の弊害、従前の許可の運用に関する情報が与えられている。

【答案を読んで】

- ・地方自治法 238 条の 4 第 7 項の許可が「行政財産の目的外使用許可」であることを指摘していない答案が多かった。
- ・「学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないものではない」(前掲最判)という点が重要であるが、これを指摘していない答案が多かった。
- ・最判が列挙した考慮要素を全く指摘していない答案があった。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

2. 具体的検討

(1) 使用目的

前掲最判は、「被上告人が本件集会前の第 48 次教育研究集会まで 1 回を除いてすべて学校施設を会場として使用してきており、広島県においては本件集会を除いて学校施設の使用が許可されなかったことがなかった」ことを指摘して、使用目的が相当なものであることを認めている。本問の場合も、B は A 県内の公立学校において教育研究集会を複数回開催しているのであるから、使用目的自体は相当と認められるのではないか。

(2) 使用の必要性

前掲最判は、「教育研究集会の中でも学校教科項目の研究討議を行う分科会の場として、実験台、作業台等の教育設備や実験器具、体育用具等、多くの教科に関する教育用具及び備品が備わっている学校施設を利用することの必要性が高いことは明らか」であるとしており、この点は本問の場合にも同様に当てはまると考えられる。

(3) 妨害行動のおそれ・それがもたらす影響

前掲最判は、「過去、教育研究集会の会場とされた学校に右翼団体の街宣車が来て街宣活動を行ったことがあったというのであるから、抽象的には街宣活動のおそれはあった」が、「本件不許可処分の時点で、本件集会について具体的な妨害の動きがあったことは認められず……、本件集会の予定された日は、休校日である土曜日と日曜日であり、生徒の登校は予定されていなかったことからすると、仮に妨害行動がされても、生徒に対する影響は間接的なものにとどまる可能性が高かった」と述べている。

本問の場合も、上記判示と同様に、具体的な妨害の動きや生徒に対する影響の大きさを否定する解答が考えられる。この立場では、学校教育に支障を来すとの理由で不許可処分をした行政庁の判断には裁量権の逸脱濫用があるということになる。

それに対して、B が前回 A 県内の学校施設で教育研究集会を開催した際に妨害行動があったのであるから、今回も妨害行動がなされるおそれを否定することはできず、不許可処分に裁量権の逸脱濫用はないとする解答も考えられる。この立場をとる場合には、「学校教育上支障があれば使用を許可することができない」ことや、「使用の必要性が大きいからといって、管理者において職員団体の活動のためにする学校施設の使用を受忍し、許容しなければならない義務を負うものではない」ことを明確に指摘しておくことが期待される。

【答案を読んで】

- ・従前の許可の運用や、使用の必要性、妨害行動のおそれについては、一応検討できている答案が多かった。
- ・結論として不許可処分を違法とする答案が多かったが、適法説をとる答案もあり、論述の説得力に応じて評価した。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

民法

I 説明問題

(1) 土地の定着物

土地の定着物とは、銅像、線路などのように、取引観念上土地に継続的に固定されて使用されるもので、土地所有権の一部をなし不動産となるが、建物など土地とは別個の不動産とされるものもある。建物のほか、鉄塔、トンネル、線路、鉄管や山林や庭木などがこれにあたる。

土地の定着物と付合物とを勘違いしている答案が多かった。土地の定着物であるということは、その物が不動産であることを意味している。また、建物は、土地の定着物であるから不動産であるが、土地の定着物でないとする答案も見られた。これは、建物は土地の定着物であるが、わが国では、不動産所有権に吸収されず、土地とは別個独立の不動産であるとされていることと勘違いしたためではないかと思われる。なお、石灯籠などは、土地の定着物ではなく、従物に当たる。

(2) 単独行為

単独行為とは、追認、取消し、解除、相殺など、単独の意思表示で法的効果を発生させる法律行為のことをいう。契約、合同行為に対する概念である。

答案の中には、「一人で行う法律行為のこと」とか、「単独で法律行為を行う能力がある場合の行為」のように、単独行為の基本的意味を誤解している答案も散見された。片務契約と混同している答案もあった。このような重要な基本的な概念は教科書で良く復習しておいてほしいものである。

II 論述問題

[1]

(問い1) 無権代理、表権代理の成否の問題である。AはB社にAが所有する甲土地の賃貸借契約締結の代理権を与え、その旨をB社の営業部長Cに伝え、Aの実印や委任状をCに渡した。Aがこの代理権を与えたのは、B社であって、CはBの履行補助者に過ぎない。答案は、この点で、AがCに代理権を与えたと書いているものが相当数いたが、基本的な法律関係を見誤っている。

CはB社がAの代理人で、自分はB社の営業部長であるとして、Dとの間で甲土地の売買契約の代理行為を行っているが、これもCが代理人自身であるとして代理行為をしているのではなく、代理人であるB社の履行補助者として行為をしているに過ぎない。この場合、AはB社に甲土地の売買契約締結の代理権は与えていないのでCがB社の履行補助者として行った代理行為は無権代理であり、Aにはその効果は帰属しない(民法113条)。

そのうえで、CがAの実印と代理権授与の委任状を持参して、これをDに見せて売買契約の締結をB社の履行補助社として代理していることから、民法109条の代理権授与表示の表見代理、ないし、AはB社に甲土地の賃貸借契約締結の代理権を与えたが、しかし、売買契約の代理行為がなされていることから、民法110条の権限外の行為の表見代理が成立しないかを検討する必要がある。そのうえで、Dに代理権を信頼するにあたり故意・過失があれば表見代理は成立しないので、この点を検討することになる。委任状は改ざんのあとがあり、本人Aが書き直したというCの言葉を鵜呑みにして本人に確認していない点ではDに過失があり、表見代理は成立しないことになる。

答案では110条の適用、Dの過失により結局、表見代理は成立しないという点については、だいたい理解されていた。他方で109条については、権限外の行為が行われたから109条は適用されないとする答案が散見されたが、109条の「その代理権の範囲内」というのは、表示との関係で代理権の範囲内の行為だと信頼すれば足りるのであって、実際に与えた代理権の範囲内かどうかとは別問題である。この点の理解を正確にしておく必要がある。

(問い2) 前述したようにCはB社の履行補助者であって、無権代理を行ったのはB社ということに

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

なる。そこで、D が B に無権代理人の責任（民法 117 条 1 項）を追及できないかが問題となる。この場合、D に代理権信託への過失があれば、D は B に無権代理人の責任は追及できない（同条 2 項）。

C 自身の行為は D に対する不法行為となる（民 709）。そこで、D は B に使用者責任（民 715 条）を追及できないかが問題となる。判例は、無権代理行為の相手方 D に故意・重過失がなければ、無権代理行為を行った被用者の使用者に使用者責任を追及できるとしている。

民法 117 条自体およびこれと使用者責任との関係については必ずしも十分な理解をしていない答案が散見された。これらの点も良く復習しておいて欲しい。

[2]

この問題を選択した受験生は少なかった。担保物権法は、ルールさえ理解すれば、頭に入りやすい分野であるから、法科大学院に入学する前に、勉強しておくことを期待しておきたい。

（問 1）論点は、共同抵当の目的不動産の一方が債務者、他方が物上保証人に帰属している場合において、物上保証人所有の不動産が先に競売にかけられ、その後債務者所有の不動産が競売にかけられたときの配当はどうなるか、というものである。

共同抵当における代価の配当については、民法 392 条に規定があるが、これは、共同抵当の目的不動産がいずれも債務者に帰属している場合、または、同一の物上保証人に帰属している場合に適用されるものであり、本問におけるように、一方が債務者、他方が物上保証人に帰属している場合には、392 条 2 項前段を除き、適用されない。つまり、本問の場合、乙土地所有者である物上保証人 B には、甲土地上の C の抵当権に弁済による代位が認められ（500 条・501 条）、C が甲土地から残債権額 6000 万円につき優先弁済を受けた後で、4000 万円の配当を受けることができる。この点の理解が欠けている答案が見られた。

そして、乙土地の 2 番抵当権者 E は、物上保証人 B が弁済による代位で得られるべき 4000 万円分のうち 2000 万円分につき、あたかも、民法 372 条、304 条 1 項本文の規定により物上代位をするのと同様に、優先して弁済を受けることができる（最判昭 53・7・4 民集 32-5-785）。この点についても、理解が欠けている答案が見られた。

（問 2）論点は、甲土地につき抵当権の実行としての競売が行われた場合、更地に土地抵当権設定後に土地所有者により建てられた建物のためには法定地上権は成立するか、というものである。

本問においては、C の抵当権は更地である A 所有の甲土地に設定されたもので、その後、甲土地所有者 A により甲土地上に丙建物が建築されたのであるから、民法 388 条の要件を充たさず、丙建物所有者 A のために法定地上権は成立しない。したがって、C の申立てによる抵当権の実行としての甲土地競売がなされたときは、甲土地買受人 G から丙建物所有者 A は丙建物収去・甲土地明渡しを求められる。

そのため、丙建物賃借権は、目的物の滅失により消滅するから、建物賃借人 F は、建物退去の必要が生ずる。丙建物所有者 A が任意に丙建物収去・甲土地明渡しをせずに、G が丙建物収去・甲土地明渡しの強制執行をする場合には、F は丙建物の無権原占有者として建物明渡しを求められる。

法定地上権の成立を考える場合には、民法 388 条の要件を満たすか検討する必要があるが、検討がなされないまま、直ちに法定地上権の成立に進んだ答案が見られた。また、建物賃借権が登場するため、本問を民法 395 条の問題としたものも見られたが、本問は、建物抵当権の実行の問題ではなく、土地抵当権の実行の問題であるから、建物の明け渡し猶予の問題は生じてこない。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

商法

I 白地手形とは、署名者が後日、所持人をして補充させる意思をもって手形要件の全部または一部をことさらに記載しないで流通においた証券をいう(大判大正 10.10.1)。すなわち、判例上の白地手形の手形要件は、①手形上の責任を負うべき者の署名が一つ以上あること、②手形要件の全部または一部が欠けていること、③署名者による白地補充権の授与があること、④白地手形が交付されていること、である。

II

[1] 甲社の株主である X 社および Y が本件総会決議の効力を争うには、決議の日から 3 ヶ月以内に、株主総会決議取消訴訟を提起することが考えられる(会社法(以下、省略) 831 条 1 項)。取消事由として考えられるのは、①X 社の従業員である E (非株主) が委任状等を提示して本件総会に入場しようとしたところ、「株主総会における議決権の代理行使の資格を株主に限る」旨の定款規定を理由に入場を断られたこと、②Y が、F を取締役として選任する議案(本件株主提案)を提出したにもかかわらず、議長 A はこれを無視し、本件総会に付議しなかったこと、である。

①については、まず、株主総会における議決権の代理行使の資格を株主に限る旨の定款規定の効力が問題になる。会社法 310 条は、株主がその議決権を代理人によって行使することを法的に保障しているが、学説の多数は、その制限が合理的な根拠に基づくものであれば、定款により議決権の代理行使を制限することは有効であると解している。判例も、かかる定款規定の有効性を認めており、「株主総会が、株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限ということができる」(最判昭 43.11.1【会社法判例百選<第 2 版>(以下、百選) 34 事件])としている。もっとも、かかる定款規定が無制限に有効といえるかはなお検討が必要である。なぜなら、どのような事情があっても、株主以外の第三者が議決権の代理行使をすることはできないとすると、株主は、株主としての意見を表明する機会を奪われ、法が株主の議決権行使の機会を保障した趣旨が没却されかねないためである。判例も、株主である地方自治体の職員および株主である株式会社の従業員が代理人として出席し、議決権を行使したという事案について、「これら職員または従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させたとしても、特段の事情のない限り、株主総会が攪乱され会社の利益を害するおそれはなく、かえって、右のような職員又は従業員による議決権の代理行使を認めないとすれば、株主としての意見を株主総会決議の上に十分に反映することができず、事実上議決権行使機会を奪うに等しい」(最判昭 51.12.24)としている。要するに、かかる定款規定の有効性には、「事実上株主の議決権行使の機会を奪わない範囲において」という限界がついているものと解されている。

これを本件についてみると、法人である株主の命令を受けた従業員がその命令に服して議決権行使をすることを認めないと、常に法人の代表者や代表取締役が議決権行使を要求することになり、まさに事実上議決権行使の機会が奪われることになる。そうすると、甲社が E の入場を拒否し、議決権の代理行使をさせなかったことは、決議方法の定款違反にあたり、本件総会決議には取消事由が認められる(831 条 1 項 1 号)。

次いで②であるが、まず、X 社は取締役会設置会社であるので、招集通知に記載された株主総会の目的事項(議題)しか決議できないところ(309 条 5 項本文)、取締役の選任は本件総会の議題として招集通知に記載されている。株主は、株主総会において株主総会の目的事項について議案を提出することができるから(304 条本文)、当該議案が法令定款に違反する場合または実質的に同一議案につき総会において総議決権の 10 分の 1 以上の賛成を得られなかった日から 3 年を経過していない場合に当たるといふ事情もない本件においては(同条但書参照)、議長 A が Y による本件株主提案を無視し、本件総会に付議しなかったことは、決議方法の法令違反にあたるものとして、A、B および C を選任する各決議に関連性がある限り、本件総会決議には取消事由が認められうる(831 条 1 項 1 号)。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

以上より、X 社および Y が提訴期間に提訴した場合、本件総会決議の取消請求は認められる（なお、いずれの取消事由も裁量棄却（831 条 2 項）の可能性がある）。

[2] 取締役 P が取締役会の承認を得ずに行った利益相反取引に関して、取締役 PQR の会社に対する責任（423 条）の成否が問題になっている。乙社としては、当該取引の無効を主張するのではなく、各取締役の任務懈怠責任を追及することが考えられるが、その場合、423 条の要件は、①取締役による任務懈怠、②損害の発生、③相当因果関係、④帰責事由である。

まず、P について、①取締役が会社と自己または第三者のために株式会社と取引をしようとするときは、取締役は、取締役会において、当該取引について重要な事実を開示し、その承認を受けなければならない（356 条 1 項 2 号、356 条 1 項）。本件では、取締役 P 自身が権利義務の帰属主体になっているから、自己のためにする直接取引（自己取引）に該当する。P は、独断で、乙社を代表して、本件不動産を 1 億円で購入する旨の本件売買契約を締結しているから、法令違反行為を行ったという任務懈怠が認められるが、P は、適正価額が 5000 万円の本件不動産を 1 億円で買い取らせており、当該利益相反取引により乙社には 5000 万円の損害が生じているため、P の任務懈怠は推定される（423 条 3 項 1 号）。② 上述のとおり、乙社には 5000 万円の損害が生じている。③ ②の損害は、P による本件売買契約の締結（自己取引）によって発生したものであるため、相当因果関係は認められる。④ P は、自己のために直接取引をしているため、428 条 1 項により、無過失責任を負う。以上より、P は、423 条に基づき、乙社に対し、5000 万円の損害賠償責任を負う。

次に Q であるが、①代表取締役はもちろん、一般の取締役も、他の代表取締役又は取締役の行為に違法行為がないかを監視する義務を負うところ（最判昭 44.11.26【百選 71】）、Q は、P が独断で本件売買契約を締結しようとしていることを事前に部下から知らされており、P が違法行為をしようとしていることを認識していた。それにもかかわらず、Q は取締役会を招集するなど何らの措置も講じていないため、監視義務違反があり、任務懈怠が認められる。なお、Q は、乙社が本件不動産を購入すれば乙社の事業に利点があると考え、本件売買契約の締結を黙認しているが、違法行為を看過してまで会社に利益を上げることは容認できず、監視義務について経営判断原則の適用は認められないというべきであろう。③ 乙社には 5000 万円の損害が発生している。④ Q が取締役会を招集するなどしていれば、損害の発生を回避し得たと言えるため、相当因果関係も認められる。⑤ Q は、P による本件売買契約を回避し得たと言え、過失も認められる。以上より、Q は、423 条に基づき、乙社に対し、5000 万円の損害賠償責任を負う。

最後に R であるが、①監視義務違反が認められるか、即ち P の違法行為（取締役会決議を経ない本件売買契約）を認識し得たか否かが問題となる。しかし、P が株式投資の失敗により多額の負債を抱えていること、および、P が本件不動産を保有していることを認識していたからといって、本件売買契約を認識し得たとするのは困難であろう。R には監視義務違反はないと考えた場合、任務懈怠は認められないので、R は、乙社に対し、損害賠償責任を負わない。

なお、P と Q の債務は連帯債務となる（430 条）。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

刑法

17 年度前期入試刑法は、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、自宅の台所で、包丁を咽喉に突き立てて自殺しようとしていた。そこにちょうど帰宅したその夫乙（男性）は、あわてて、甲の自殺を阻止しようと考え、咄嗟に付近にあった目覚まし時計（重さ約 500g）を甲めがけて投げつけたところ、この目覚まし時計は甲の腕に命中し、それによって甲は包丁を取り落とした。ところが、包丁が落ちたところに甲と乙の間の子である A（生後 2 か月）がいたため、包丁が A の胸部に突き刺さり、それによって A は失血死した。

なお、当時、甲は軽度の鬱の症状を呈していたが、その責任能力に問題はなかった。また、乙が咄嗟にこの目覚まし時計を投げつけなければ甲は包丁を自分の咽喉に突き立てており、それによって死亡する高度の危険があった。

1 論 点

本問は、(甲の) 自殺を阻止する行為が第三者（である赤ん坊 A）に予想外の重大な結果（死亡）を引き起こした場合に、その行為者（夫であり父である乙）の罪責をどのように考えるべきかという問題です。そのため、先決問題として、自殺阻止行為は刑法においてどのように評価されるべきかを論じ、次いで、それが第三者に予想外の結果を引き起こした場合の処理を考える必要があります。さらに、自殺行為を甲に阻止されたことで A を死亡させてしまった乙についても、因果関係や過失の有無をめぐって、(重) 過失致死罪の成否が問題となります。

2 乙の自殺阻止行為の評価 (40 点)

この論点については、自殺自体の法的評価につき 20 点、それに基づく自殺阻止行為の処理に 20 点を配点していますが、自殺自体の法的評価に触れていない答案が散見されたことは残念です。

自殺阻止行為の刑法的評価は、阻止される自殺行為の評価に左右されます。自殺それ自体は適法であるとすると、適法行為を「500g もある目覚まし時計を投げつける」という暴行によって阻止することは、少なくとも正当防衛とはなりません。また、自殺自体が自殺者の適法な自己実現だと考えるなら、死亡結果を阻止することも許されなくなります。ゆえに、甲の行為は違法な暴行に当たり、かつ、それが原因で A が死亡した以上、錯誤論で「法定的符合説」を取れば傷害致死罪に、また、「具体的符合説」でも (重) 過失致死罪にはなりそうです。

しかし、下級審の判例には、妻が自殺すると誤想して暴行を加えた結果、これを死亡させてしまった事案につき、傷害致死罪に誤想過剰避難を認めたものがあります（東京地判平成 9・12・12 判例タイムズ 976 号 250 頁）。これは、自殺行為を「不正」とまで評価はできないが、自殺者の生命に対する「現在の危険」（刑法 37 条 1 項）には当たると見たもので、これによるなら、本問の甲の行為は乙の自殺を阻止したのですから緊急避難として正当化されることになるでしょう。

さらに、最近では、重大な自傷行為を阻止しようとして暴行を加えた被告人に正当防衛を認めたものも出てきました（横浜地判平成 28・1・29LEX/DB 判例番号 25542108）。重大な自傷行為は、被害者自身の生命に対する危険が大きいと、自己決定の基礎たる生命はその保持者によっても放棄ができない法益であり、あるいは嘱託殺人をも犯罪としている刑法の立場からすれば（刑法 202 条）、被害者自身による「急迫不正の侵害」（刑法 36 条 1 項）だということです。これによるなら、ましてや自殺は「急迫不正の侵害」に当たるので、これを阻止する行為は、必要最小限度の範囲内であれば正当防衛になるでし

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

よう。

これらの見解によるなら、本問甲の行為は、暴行罪の構成要件には該当しますが、正当防衛または緊急避難として、乙との関係では、その違法性が阻却されることとなるでしょう。あとは、各違法性阻却事由の要件を挙げて、問題文にある事実をこれに当てはめれば十分です。

3 乙の自殺阻止行為によるAの死亡について (30点)

前述のように自殺阻止行為は違法な暴行であるという前提に立てば、Aの死亡につき、「方法の錯誤」の一事例と考えて、乙には傷害致死罪（法定的符合説を採用した場合）、または（重）過失致死罪（具体的符合説を採用した場合）が成立しうることになります。もちろん、咄嗟のことなので過失が問えない可能性もありますが、阻止行為自体が違法であれば、過失を否定することは難しいかもしれません。

しかし、阻止行為が正当防衛ないし緊急避難として正当化されれば、乙には——構成要件に該当する違法な行為をする意思という意味での——「罪を犯す意思」がないので、方法の錯誤は問題になりません（誤想防衛の一種として捉えるものとして、大阪高判平成 14・9・4 判タ 1114 号 293 頁）。あとは、適法な自殺阻止行為が咄嗟に必要であったことから、傍にAが居ることに気づけず、あるいはAに配慮する余裕がなかったとして、過失を否定し甲を無罪にすることも可能です。

なお、A死亡という結果は甲の自殺を阻止するために「やむを得ない」ものであったとして緊急避難で不処罰とするという見解もないではありません。しかし、この場合は、Aを死亡させることなく甲の自殺を阻止する方法はなかったということ、別途論証する必要があります（なお、A死亡と甲の自殺阻止とを比較して、これを「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」場合に当たらないとした答案が散見されましたが、同じく一人の死亡ですから、そのようには言えません）。

4 甲の罪責 (10点)

乙に目覚まし時計を投げつけられて自殺を阻止された結果、取り落とした包丁でAを死亡させてしまった甲については、咽喉を刺した後に包丁を落とすことは当然予想できるのですから、赤ん坊であるAの傍らで包丁を用いて自殺することが、Aの生命・身体の安全に対する不注意であるとして、（重）過失致死罪を認める余地があるでしょう。

もちろん、乙による阻止行為が経験上予想できないものであるとして、相当因果関係を否定する余地もないではありません。けれども、咽喉を刺した後に包丁を落とすことが当然予想できる以上、そこまで具体的な経過の予見可能性は「因果経過の本質的部分」ではないとして不要とする考え方は、十分に説得的だと思われます。

5 印象点など (20点)

自殺の法的評価、甲への暴行との関係での自殺阻止行為の評価を抜きにして、Aを死亡させてしまった乙の行為をいきなり検討すると、緊急行為（正当防衛、緊急避難）の派生損害問題を見落とします。また、咄嗟の判断であることを忘れて、乙に対して安易に過失を認めることになります。そのあたりの問題分析が十分でない答案が散見されました。注意してください。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

〔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（男性、50歳、身長160cm、体重50kg）は、午後1時頃、A宅が留守であることを確認したうえ、窃盗目的でA宅の玄関のドアをピッキング用具で開け、玄関に続く居間で金目の物がないか物色していたところ、玄関のドアが開く音がした。そこで、甲は、居間の奥にある台所に入り、そこにあった包丁をつかんで居間に戻ったところ、玄関からA（男性、30歳、身長180cm、体重75kg）が入ってきて甲を見、「泥棒！」と大声で叫んだので、逃げるしかないと考え、殺意を持って包丁でAの胸部を狙って突き刺したが、狙いが外れてAの上腕部を傷つけるに止まった。

1 出題の趣旨

本問は、具体的事案を刑法各則の犯罪類型に当てはめる問題であり、問題文を素直に読んで順番に解答しさえすれば、合格答案となるものです。すなわち、住居侵入罪（論点①）、窃盗罪の未遂（論点②）、事後強盗罪の未遂（論点③）、強盗殺人罪の未遂（論点④）、最後に罪数（論点⑤）の各論点を、この順序で解答することを要求しています。論点の②と③は一体ですので、合わせて採点しました。

2 住居侵入罪（10点）

この点は、問題文から明らかですので詳しい説明は要りません。問題文に「窃盗目的でA宅の玄関のドアをピッキング用具で開け、玄関に続く居間に入った」とあるところから、遅くとも玄関に入った時点で住居侵入罪（130条）は既遂となります。

この点は、ほとんどの答案で触れられていました。

3 窃盗罪の未遂・事後強盗罪の未遂（40点）

侵入窃盗（住居侵入しての窃盗）の場合、窃盗の実行の着手は「物色」の時点で認めるのが、判例（最判昭23・4・17刑集2巻4号399頁など）・通説です。問題文に「居間で金目の物がないか物色していたところ」とあるのは、そのことを示したものです。財物を取得した時に既遂となります（取得説）ので、本問の場合は、窃盗の未遂です（235条、243条）。

この点も、多くの答案で触れられていましたが、この点で間違えた答案は、必然的にそれに続く解答も間違えることとなります。なお、甲が包丁を持ち出した時点で、窃盗（既遂）とする答案もあり、そのような解答もありうる場所ですので、それなりに採点しました。

ちなみに、物色で実行の着手が認められるのは、侵入窃盗の場合であって、屋外の窃盗（スリや置き引きなど）の場合は、単なる物色では足りません。たとえば、判例では、スリの場合、財物の存在を確かめるためにポケットに手を触れるアタリ行為（物色）は、まだ実行の着手とはいえませんが、ズボンの尻ポケットの現金をスリ取ろうとしてポケットの外側に手を触れた時に実行の着手が認められている（最決昭29・5・6刑集8巻5号634頁およびその原判決）ことに注意が必要です。

次に、事後強盗罪は、窃盗犯人が、財物を得て取り返されるのを防ぐ目的、逮捕を免れる目的、または罪跡を隠滅する目的で、相手方にその反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫を加えたときに成立します。この暴行・脅迫は、窃盗の機会に行われなければなりません。条文の「財物を得て」は、「これを取り返されることを防ぎ」にのみかかり、「逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅する」にはかかりませんので、窃盗が未遂であっても、後者の目的の場合には事後強盗罪が成立しうることとなります。なお、事後強盗の未遂は、（暴行・脅迫の未遂は観念しづらいところから）窃盗の未遂の場合に認められます（238条、243条）。

本問の場合、Aが甲を見て「泥棒！」と叫んだので、「逃げるしかないと考え、殺意を持って包丁でAの胸部を狙って突き刺した」のですから、逮捕を免れる目的で、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行を

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

加えたものであり、事後強盗罪になります。

答案には、窃盗未遂と殺人未遂としたものもありましたが、正解とはいえません。なお、問題文に甲およびAの性別・年齢・身長・体重を挙げてあることから、反抗抑圧の程度に達していないとする答案や、正当防衛や緊急避難の検討をしている答案もありましたが、問題文のその部分は、甲が台所から包丁を持ち出したことを、それらしく見せるための記載であって、包丁で突き刺すことが反抗抑圧の程度に達していることは明らかであり、ましてや正当防衛や緊急避難を検討するという趣旨ではありません。

4 強盗殺人の未遂 (20 点)

強盗致死傷罪 (240 条) は、強盗犯人が、人を「負傷させたとき」および「死亡させたとき」に成立します。この「強盗」には、事後強盗の犯人も含まれ、「負傷させたとき」「死亡させたとき」には、傷害や殺人の故意がある場合も含まれるとするのが、判例・通説です。すなわち、240 条には、強盗傷人、強盗致傷、強盗殺人、強盗致死の 4 種類の犯罪が含まれていることとなります。そして、本罪の未遂は、強盗の未遂ではなく、殺人の未遂の場合に認められるとするのが、判例 (最判昭 23・6・12 刑集 2 巻 7 号 676 頁)・通説です (240 条、243 条)。なお、暴行を手段とする傷害の未遂は暴行ですので強盗傷人の未遂は強盗になり、強盗致傷・強盗致死に未遂はありませんので、強盗殺人の場合の殺人の未遂のみが 240 条の未遂ということになります。

本問の場合、事後強盗の犯人である甲が、「殺意を持って包丁でAの胸部を狙って突き刺したが、Aの上腕部を傷つけるに止まった」というのですから、強盗殺人の未遂ということになります。

答案には、強盗致傷としたものや、(上記のように窃盗未遂と) 殺人未遂としたものが、かなりありましたが、正解とはいえません。

5 罪数 (10 点)

結局、本問の場合、住居侵入罪と強盗殺人罪 (強盗致死罪) の未遂が成立し、両者は牽連犯になるというのが、結論です。窃盗罪は事後強盗罪に吸収され、事後強盗罪は強盗殺人罪に吸収されますので、窃盗罪・事後強盗罪は成立しません。

住居侵入罪と窃盗罪とが牽連犯でそれと殺人未遂が併合罪になるとする答案もありましたが、もしそれらが成立するとしますと、判例によれば、住居侵入罪が「かすがい」となって、全体が牽連犯となりますので、罪数処理としても適切とは言えません。

6 印象点など (20 点)

各犯罪について要件とあてはめが適切に行われているか、答案全体の記述が論理的かつ説得的かを判定しました。

全体として、優秀答案とそうでない答案との差が著しいことが印象に残りました。後者については、刑法各論の基本的な学習ができていないといわざるをえません。合格者は、入学前に今一度、刑法各論の復習をしておいてください。

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

小論文

伊藤亜沙著「目の見えない人は世界をどう見ているのか」(光文社新書・2015年)の一部からの出題である。

出題した分量は多かったかもしれないが、平易で読みやすい文体で書かれている文章であり、理解は比較的容易であったのではないと思われる。一部に、論理が全く通っていないような答案もあったが、多くの答案は、出題の趣旨を理解して、論理的に論じることができていたように思う。ただし、設問2については、1000字程度の答案が多く、答案の分量として不十分な印象が否めなかったことは残念であった。また、「二つ以上の具体例」について、文中では特に関連して論じられていなかった例をあえて関連づけて(これは、具体例間の関連づけと、具体例と結論との関連づけの両方である。)論じようとしている答案もあったが、本問は、あくまで筆者の考えの要約を求めるものであり、回答者の私見を問うているものではないため、小論文の回答としては不適切である。

なお、解答例は、以下のとおりである。

【設問1】

見えない人は視覚からの情報を得られないため、見える人と比べて少ない情報しか得ることができないが、その少ない情報を解釈して空間を把握しようとする。例えば、見えない人は、大岡山駅から筆者の大学の研究室までの道を歩いている間に、「大岡山という地名」と「足で感じる地面の傾き」という二つの情報しか得ていなかったと思われるが、この二つの情報を結びつけて想像し推論することで、自分は大岡山という山の斜面を歩いているという俯瞰的な空間認識をした。これに対し、見える人は、常に視覚から大量の情報が入ってくるため、見えたものを見えたまま捉えているだけで、見えない人のように、少ない情報から推論したり見えたもの以上の意味を考えたりすることはしない。大岡山駅から大学の研究室まで道も、見える人は出発点と目的地をつなぐ道順の一部である単なる「坂道」と認識するだけである。また、その道を歩いている間も、サークル勧誘の看板や知人との出会い等の様々な情報が次々に目に入ってくるため、自分がどの地形のどのあたりを歩いているかということ想像する余裕もなくなり、見えない人のように俯瞰的な空間把握をすることはさらに難しくなる。

【設問2】

見える人は、見えることによって、三次元のを二次元化してしまう(「奥行きのあるもの」を「平面イメージ」に変換してしまう)傾向がある。例えば、富士山や月のように、あまりに遠くにあるものや、あまりに巨大なものを見るときは、視覚がとらえる二次元的なイメージが三次元のイメージに勝ってしまうため、富士山については、「上がちょっとかけた円すい形」ではなく、「上がちょっと欠けた三角形」としてイメージし、月についても、「ボールのような球体」ではなく、「厚みのない円形」としてイメージしてしまう。こうしたイメージは、絵画やイラストから提供される文化的なイメージによってさらに補強されていく傾向にある。これに対して、見えない人は、二次元的なイメージで物や空間をとらえることがないため、見える人のように三次元のを二次元化してしまうことがない。その結果、富士山については「上がちょっとかけた円すい形」、月については「ボールのような球体」として、三次元のイメージのまま理解することができる。

また、見える人は、視覚を使って空間や物を認識しようとするため、その認識には必ず視角(視点)を伴っている。他方、同じ空間や同じ物であっても、視点によって見え方は全く異なってくる。しかし、一人の人間が一度に複数の視点を持つことはできない。そのため、見える人が見ている空間は、あくまで、「私の視点から見た空間」でしかないということになる。例えば、太陽の塔について、「いくつ顔があるか知っているか」という問いに対して、見える人の多くは、「二つ」と答える。これは、万博公園入口側から太陽の塔を見たときに見える、てっぺんの金色の小さな顔と、胴体の中央の大きな顔のことを

2017 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

指す答えである。しかし、実際には、太陽の塔には、背中側にも「黒い太陽」と呼ばれる顔があるが、見える人の多くはこの顔に気付かずにいる。なぜなら、見える人の多くは、万博公園入口側からの視点に縛られ、その視点から見た姿こそが太陽の塔の姿であると考えてしまうため、太陽の塔には二つの顔しかないと認識してしまっているためである。これに対し、見えない人は、見える人のように視点に縛られることはない。太陽の塔についても、模型等を使って理解するため、見える人のように自分の視点にとらわれることなく、俯瞰的で抽象的な捉え方をすることができる。つまり、見えない人は、物事のあり方を、「自分にとってどう見えるか」ではなく、「諸部分の関係が客観的にどうなっているか」によって把握しようとしているため、三次元のを三次元のまま理解することができるのである。

さらに、見える人にとっては、空間や面には、必然的に価値のヒエラルキーが伴っている。人体であれば顔のある腹面等、「見るのにふさわしい面」が「正面」と呼ばれ、そうではない面、あるいはその反対の面は、「裏面」とされる。そして、見える人は、このようなヒエラルキーを伴った見方をするため、万博公園側から見た太陽の塔の腹面とのいうべき面を正面ととらえ、この正面から見える顔のみが太陽の塔の顔であると考えてしまう。しかし、見えない人は、このようにヒエラルキーを伴ったものを見るということがない。見えない人の発想には、正面も裏面もなく、すべての面を対等に見ている。そのため、見える人のように正面からの見方にのみとらわれることもなく、三次元のを三次元のまま理解しているのである。