

2018 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)

経済的自由に関する第Ⅰ問と衆議院の解散に関する第Ⅱ問から1問を選択する問題であった。ほとんどの答案が第Ⅰ問を選択しており、第Ⅱ問を選択している答案は非常に少なかった。

第Ⅰ問は、公衆浴場法の距離制限規定についての合憲性を検討させるものである。全体としてはよくできていた。そして、よく勉強している人は特に良くできていたため、しっかりと勉強できている人とそうでない人とで評価に大きな差がついている。

本問は、22条1項で保障されている職業の自由が問題になる。まず、設問(1)は、いわゆる規制目的二分論について正確な理解がされているかが、出題意図である。ここでは、そもそも規制目的二分論とは何か、どんな目的を巡って二分され、それぞれの内容は何か、さらにその目的に応じてどのような違憲審査基準が妥当であると唱えられているのか、を的確に論述することが求められている。そして、さらにその批判について説明することが求められている。

規制目的二分論については、多くの受験者においておおむね理解できているように思われるが、目的によって分ける理由や異なる違憲審査基準の中身が十分でない答案もあり、また、「消極」「積極」を逆に捉えていると思われる答案もごく少数ながらあった。また、多くの受験者において、何らかの批判を述べることができていたが、批判は一つだけではなく、いくつかあるものであり、それを十全に説明できている答案は少なかった。

設問(2)は、公衆浴場法の距離制限規定について合憲性を検討するよう求めるものであるが、設問の文章にあるとおり、「規制目的二分論とその批判」を踏まえた論述をしなければならない。この点が弱い答案が少なからずみられた。まずは問題文の要求どおりに応答しようとする姿勢が必要である。仮に規制目的二分論を採用するにしても、(1)で触れたはずの批判を踏まえて一旦は考えなおしてからにする必要がある。

合憲性の検討に当たっては、どのような場合に合憲・違憲となるのかという判断枠組み(違憲審査基準)を示して、その枠組み(基準)に照らして、公衆浴場法の合憲性を検討する必要がある。判断枠組みの導出に当たって、薬事法距離制限事件最高裁判決(最大判昭和50年4月30日)の論理を使って述べている答案が少なからずあったが、重要判例である同判決をしっかりと勉強できていることが見て取れ、非常に印象がよく、評価も高くなっている。

公衆浴場法の合憲性の具体的な検討に当たっては、問題文に書かれている事情をしっかりと使うことが必要であるが、この点は概ねできていた。立法趣旨が変遷していることを素直に捉えて、それをどのように憲法上の評価に生かすかについて自分の頭で何とか考えようとしていた答案がそれなりにあったことは、評価できる。

なお、設問は「公衆浴場法2条2項の距離制限規定」についての合憲性(法令違憲かどうか)の検討を求めているが、300メートルの距離が不当に長いという答案があった。しかし、これは、距離制限規定(公衆浴場法)そのものを検討しているものではなく、〇県条例を問題にしているのであって、問題文の要求する検討対象からずれてしまっている。また、法令違憲を検討する際に、Xの個別の事情を詳細に考慮に入れる答案も見られたが、これは法令違憲と適用違憲とを混同するものである。

第Ⅱ問は、内閣の衆議院解散権について問うものである。憲法の規定上、内閣が解散権をもつとの明示の規定は存在しない。その中で、69条の手続以外でも内閣が衆議院を解散できるとするとその理由はどういうものか、そして、その解散権に限界はないのか、ということが問われている。

69条所定の手続以外に内閣が衆議院を解散できるとする説は、その根拠として、7条の天皇の国事行為に対する助言・承認に見出す説(7条説)、行政控除説を前提に65条の行政権に衆議院の解散権が含まれていると見る説(65条説)、日本国憲法が採用した議院内閣制という統治制度に見出す説(制度説)

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

などがある。これを踏まえて論述しなければならないが、そのような答えは少なく、出題意図が理解できなかつたと思われる答えが多かつた。

解散権の限界については、解散という立法活動の事実上の停止を伴う行為を行政権の主体が行うことに着目して論じられるべきであるが、この点、自分の頭でなんとか考えようとする答えが多く、その点は評価できる。ただし、その際に「同日選挙」の問題に気づいた答えは極めて少なかつた。

2018 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)

水濁法 8 条 1 項に基づく行政処分(本件計画変更命令)に手続的違法(行政手続法違反)があるかどうかを検討させるものである。本件計画変更命令は行政手続法の適用を受ける不利益処分であり、意見陳述手続(13条)、理由提示(14条)、処分基準(12条)について検討することが期待される。手続的違法があるかどうかを「検討しなさい」という出題であり、違法があることを主張しなければならないわけではない。

1. 行政手続法の適用

問題文にある通り、本件計画変更命令は行政手続法にいう処分に該当する。資料の条文には、水濁法 8 条 1 項に基づく処分について行政手続法の適用を除外する規定はないので、本件計画変更命令には行政手続法の適用がある。行政手続法は申請に対する処分と不利益処分とで異なる手続を定めているところ、本件計画変更命令は特定の名あて人(A)に対して義務を課す処分であり、不利益処分に当たる(申請に対する処分ではない)。そこで、不利益処分手続に関する規定の違反があるかどうかの問題となる。

【答案を読んで】

・本問では不利益処分手続が問題になるが、一部の答案で、申請に対する処分の手続の違反を論じているものがあった。

2. 意見陳述手続

行政手続法 13 条 1 項によれば、不利益処分をしようとする場合には、行政庁は意見陳述手続をとらなければならない。意見陳述手続には聴聞と弁明の機会の付与があるが、資格・地位の剥奪に至らない義務賦課処分の場合には弁明の機会の付与で足りる。もっとも本問では意見陳述手続が全くとられていない模様であり、行政手続法の規定に違反するのではないかとも思われる。しかしながら行政手続法 13 条 2 項 3 号は、「施設若しくは設備の設置……について遵守すべき事項が法令において技術的な基準をもって明確にされている場合において、専ら当該基準が充足されていないことを理由として当該基準に従うべきことを命ずる不利益処分であってその不充足の事実が計測、実験その他客観的な認定方法によって確認されたものをしようとするとき」には、意見陳述手続をとる必要はないものとしている。本問の場合、施設の設置について遵守すべき事項が水濁法 3 条 1 項の排水基準において明確にされており、本件計画変更命令は「専ら当該基準が充足されていないことを理由として当該基準に従うべきことを命ずる不利益処分であってその不充足の事実が計測……によって確認されたもの」ということができる。そうすると、意見陳述手続をとる必要はないから、A が事前に意見を述べる機会を与えられていなかったとしても、行政手続法違反は認められないことになる。

【答案を読んで】

・行政手続法 13 条 2 項該当性について検討していない答案が多かったが、一部の答案で、同項 3 号該当性を肯定しているものもみられた。
・本問の場合は弁明の機会の付与を行わなかったことが問題になるところ、一部の答案で、聴聞手続について論じているものがあった。

3. 理由提示

行政手続法 14 条 1 項によれば、不利益処分をする場合には理由提示が必要である。本問では理由提示はなされているので、理由提示の程度が十分かどうかの問題となる。行政手続法は理由提示の程度については規定していないが、最判平成 23・6・7 民集 65 卷 4 号 2081 頁は、「行政手続法 14 条 1

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

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」との立場から、「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」と述べている。

本問の場合、事実関係と適用法規はかなり詳しく提示されている。処分基準はそもそも存在しないので、処分基準に関する記載がないからといって理由に不備があるとはいえないであろう。

【答案を読んで】

- ・理由提示の趣旨や程度に関する一般論については、よく書けている答案が多かった。

4. 処分基準

本問においては、水濁法 8 条 1 項の処分について行政内部基準が作成されておらず、行政手続法にいう処分基準が存在しない模様である。もっとも行政手続法 12 条は、処分基準の作成を行政庁の努力義務にとどめており、処分基準が存在しないことをもって本件計画変更命令を違法ということは難しい。

2018 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) 瑕疵ある意思表示

瑕疵ある意思表示とは、表示に対応する内心的効果意思は存在するものの、意思表示の成立過程に何らかの欠陥があるものをいい、取消することができる。詐欺あるいは強迫によりなされた意思表示がこれにあたる。答案には、瑕疵ある意思表示を、表示行為から推定される効果意思に対応した内心の効果意思が書いている場合の総称である意思の欠缺（心裡留保・虚偽表示・錯誤）と混同して説明するものが多かった。とりわけ、錯誤と詐欺を同列に取り扱い、詐欺の効果を無効であるとする記述が少なくなく、基本的な概念を理解していないばかりか、条文をきちんと読めていないことが窺えた。基本的な法律用語は、「分かったつもり」になりがちで、いざ説明するとなると窮することが多いので、油断せずに、地道に学習して欲しい。

(2) 対抗要件

「①不動産物権変動における登記（民法177条）のように、②当事者間で効力を有する法律関係をさらに③第三者に対して主張するために満たさなければならない付加的な要件をいう。」が解答例で、①の例示、②の前提（当事者間ではすでに効力が発生していること）、③の定義本体（第三者に対して主張できるための要件であること）を期待した。例示だけでは不足で、定義を書く必要がある。必ずしも正確な理解ができていない答案が多かったので、教科書等で基本概念の理解を確認していただきたい。

①は、178条や467条などでもよく、②の「法律関係」は「権利変動」でもよい。当事者関係と対第三者関係を区別することが必要である。③につき、両立しない権利変動の優劣を決定する基準という定義、または、「ただし、その欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に限る。」と第三者の主観的態様を意識した答案は、高く評価した。

II 論述問題

[1]

Aは、Cに対し、債務者BのCに対する財産分与（民法768条）として本件土地建物の登記名義をCに移したこと、また、離婚に伴い1200万円の慰謝料を支払うとするBC間の合意により、責任財産が逸出し、その結果として債権回収が困難になったとして、当該財産分与、慰謝料支払いの合意を詐害行為として取り消す（民法424条1項本文）との請求を行うことが考えられる。

まず、離婚に伴う財産分与が「身分行為」であり、詐害行為取消の対象から除外される「財産権を目的としない法律行為」（民法424条2項）にあたりと評価され、Aの請求は認められないのではないかが問題となる。離婚それ自体は身分行為であるにせよ、財産分与は財産権の移転を伴う行為である。離婚における財産分与は、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算分配（夫婦共同財産の清算要素）するとともに、離婚後における相手方の生活の維持に資すること（離婚後の扶養的要素）にある。さらに、一切の事情を考慮する中で、離婚による慰謝料としての要素をも含めて分与することができる（最二小判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁）。

離婚に伴う財産分与の額及び方法は、民法768条3項により、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮すべきものである。したがって、分与者が、離婚の際すでに債務超過の状態にあることあるいはある財産を分与すれば無資力になるということも考慮すべき事情のひとつにほかならず、分与者が負担する債務額及びそれが共同財産の形成にどの程度寄与しているかどうかも含めて財産分与の額および方法を定めることができると解すべきであるから、分与者が債務超過であってもなお、相手方は相当な財産分与を受けることができる。判例は、財産分与は、原則として、民法768条3項の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足り

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

るような特段の事情がない限り詐害行為とはならず、民法 768 条の趣旨に照らして不相当に過大な部分については、財産分与に仮託してされた処分行為として詐害行為にあたり、その限度で取り消すことができるとした(最二小判昭和 58 年 12 月 19 日民集 37 卷 10 号 1532 頁)

また、判例は離婚に伴う慰謝料支払いの合意についても、「配偶者の一方が、その有責行為及びこれによって離婚のやむなきに至ったことを理由として発生した損害賠償債務の存在を確認し、賠償額を確定してその支払を約する行為であって、新たに創設的に債務を負担するものとはいえない」ため、原則として詐害行為とはならないが、当該配偶者が負担すべき損害賠償債務の額を超えた金額の慰謝料を支払う旨の合意がされたときは、その合意のうち損害賠償債務の額を超えた部分については、慰謝料支払の名を借りた金銭の贈与契約ないし対価を欠いた新たな債務負担行為であるとして詐害行為となりうる(最一小判平 12 年 3 月 9 日民集 54 卷 3 号 1013 頁)

以上の判断基準に依拠しつつ、本問事案においては、B が離婚時債務超過であり、本件土地建物以外にみるべき財産がない状況であること、本件土地建物を購入した際の C の貢献の大きさ、B の預金残高等を勘案し、A の B に対する請求が認められるか否か検討し、解答を導くことが求められる。

なお、A が B C 間の財産分与と慰謝料の合意について、詐害行為であり取り消す旨を請求する場合、誰を被告として、どのような内容の請求をすればよいか。この点、受益者又は転得者を被告とし、債務者の詐害行為を相対的に取り消したうえで現物の回復またはそれに代わる価額賠償請求をすることになる(大連判明治 44 年 3 月 24 日民録 17 輯 117 頁)。

答案の中には、詐害行為取消権(民法 424 条)の要件につき、細かに規範を定立しようと試みるものの、上記判例を知らないのか、判例理論をふまえずに独自の見解を展開するものが少なからず見受けられた。また、日常の家事に関する債務の夫婦間の連帯責任(民法 761 条)、債権者代位権(民法 423 条)、虚偽表示(民法 94 条 2 項)を論ずる答案も散見されたが。しかし、民法 761 条については、A B 間の金銭消費貸借契約(民法 587 条)は「日常の家事」に関するものであると評価できないし、民法 423 条、民法 94 条 2 項については、B C 間の財産分与、慰謝料支払いの合意が通謀による虚偽の意思表示であると評価できる事実がなく、本問事案においてはいずれの規定も適用される前提を欠く。

[2]

(問い 1) E は C の妻として唯一の相続人であるから、C が有する損害賠償請求権を相続し(民法 890)、また近親者固有の慰謝料請求権を有する(民 711)。C は乙建物の崩壊により死亡したが、震度 5 の地震で乙建物が崩壊したのは、乙建物の構造上の欠陥が原因である。そこで、E としては土地工作物である乙建物に設置・保存の瑕疵があったとして土地工作物責任(民 717)を追及することが考えられる。「占有者」は賃借人である A とも考えられるが、乙建物の構造上の欠陥を A は認識しておらず過失はなかったとして免責の主張をすることが考えられる。そこで、賃貸人も間接占有者であるとして(最判昭和 31・12・18 民集 10・12・1559)、あるいは土地工作物の危険を直接、具体的に管理するものが「占有者」であるとして(最判平成 2・11・6 判時 1407・67)、乙建物の所有者 B に「占有者」兼「所有者」としての無過失責任を追及することが考えられる。

また、乙建物の瑕疵は建築施工者 D が作り出したものであるから、D に建築施工上の過失があるとして民法 709 条の不法行為責任を追及することが考えられる(建築施工者等の建物の基本的な安全性に関する不法行為責任については、最判平成 19・7・6 民集 61・5・1769)。

答案は土地工作物責任を論ぜずに、A の使用者責任(民 715)を論じたり、B の注文者責任(民 716)を論ずるものもあったが的外れである。前者については被用者の不法行為が必要だし、後者については、注文、指図について注文者に過失のあることが必要だが、本問ではそのような要件の充足はない。

土地工作物責任の所有者の責任は無過失責任であって、被害者側に有利な責任原因であり、実務上も理論上も重要な責任である。良く理解しておく必要がある。

(問い 2) 地震で乙建物が崩壊する前に元従業員 F が C を殺害しているのだから、E は F に民法 709 条

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

の不法行為責任を追及することが考えられる。また、F が夜間に乙建物に侵入できたのは、入口の暗証番号が自分が勤めていた時と同じであったからであるが、これについては賃貸人 B から退職者が出たら暗証番号を変えた方が良くと言われていたにもかかわらず、放置していたものである。そこで、使用者 A が C に対して雇用契約上の信義則に従い負っている安全配慮義務違反の債務不履行責任を問うことが考えられる(宿直員が強盗に殺害された最判昭和 59・4・10 民集 38・6・557 が参考になる)。なお判例は遺族が使用者の安全配慮義務違反の債務不履行責任を追求した場合には、死亡した労働者の損害賠償請求権の相続は認めても、遺族は使用者と契約関係になく、また、民法 711 条は債務不履行責任には適用されないとして、遺族固有の慰謝料請求権を否定する(最判昭和 55・12・18 民集 34・7・888)。

答案の中には A の使用者責任を論じているものもあったが、F は C 殺害時に元従業員であって、A の被用者ではないから使用者責任の要件を満たさない。使用者の責任は安全配慮義務違反の債務不履行責任もあることを忘れてはならない。

2018 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 約束手形法における物的抗弁とは、手形により請求を受けた者がすべての手形所持人に対して主張することができる抗弁であり、手形が裏書譲渡されても切断されない抗弁である。例えば、手形要件の欠缺など手形の記載から明らかな事項や、裏書の連続を欠くなど証書の性質より当然に生じる抗弁等が物的抗弁に分類される。一方で、人的抗弁とは、物的抗弁以外の抗弁であり、すなわち、手形の裏書譲渡により切断され、善意の取得者に対して主張することができない抗弁である。手形法17条（手形法77条で約束手形につき準用）が定める「人的関係に基づく抗弁」については、原因関係上の抗弁をその典型例とし、手形外の特約に基づく抗弁や、相殺の抗弁がこれに分類される。

II [1]

本問は、経営悪化時の取締役の対第三者責任の中でいわゆる直接損害事例についての理解を問う問題である。問は、会社法429条1項のみを解答の対象としており、従って、民法の不法行為による責任追及等につき解答した場合は余事記載となる。会社法429条1項（現行法）の法意については、複雑な解釈上の対立が生じていたが、最高裁は大法廷判決をもってその法意を明らかにした（最大判昭和44年11月26日民集23巻11号2150頁）。そこでは、①責任の性質は法定の特別責任であり、②不法行為責任との請求権競合を認め、③責任の範囲は直接責任と間接責任の両方を含み（両損害包含説）、④悪意・重過失は直接損害事例を含めて（第三者への加害についてではなく）会社に対する取締役の任務懈怠について必要なものと判示された。さて、本問事例は、甲社が既に債務超過の状態に陥り資金繰りに窮している中で、甲社の取締役Aらが近い将来の経営破たんの認識を持ちながら乙社と取引した事案であり、債権者である乙社からみて典型的な直接損害事例（会社が損害を被った結果としてではなく、直接的に第三者が損害を被った場合）に分類される。会社法429条1項の要件に順次当てはめていくと、まず、責任主体としてのA・B・Cが取締役であることは既に認定されている（なお、Cはいわゆる名目的取締役である）。次に、「職務を行うについて」の職務であるが、A・Bについては、業務執行取締役として、直接損害事例の場合、会社債権者の損害拡大を阻止するために会社の状況を把握し再建可能性・倒産処理等の適否・タイミングを検討する義務すなわち職務があるものと解される（江頭憲治郎『株式会社法 第6版』（有斐閣・2015年）505頁、判例として例えば、大阪高判平成26年12月19日判例時報2250号80頁）。A・Bは、経営破たんが避けがたいとの認識を持つ中で乙社と取引したことが認定されており、明らかに当該職務を行うについての悪意もしくは少なくとも重過失が認定しうるものといえる。乙社の損害としては、未回収代金元本300万円が訴訟上請求されており、300万円の損害が認めうる（なお、法定の遅延利息も請求しうるが、本問では請求されておらず、当事者主義・処分権主義の観点からは300万円が損害額となる）。また職務上の悪意・重過失により、すなわち、弁済の見込みがない中で乙社と取引したことと300万円の損害発生には因果関係が認められる。よって、会社法429条1項の全ての要件を充たし、A・Bに対する300万円の請求は認容される（AとBは連帯）。続いて、Cの責任につき検討する。Cは名目的取締役であり、A・Bのような業務執行責任は認められない。ただし、最高裁判例は、名目的取締役の監視義務を闊達に認める（最判昭和55年3月18日判例時報971号101頁）。従って、A・Bの責任が肯定される以上、Cについても、原則的に監視義務違反（悪意・重過失）により、300万円の連帯支払義務が認められることとなる（名目的取締役として存在していること自体が監視義務の懈怠と評価されうる）。もっとも、下級審裁判例には、C（名目的取締役）が監視義務の職責を果たしたとしても、A・Bがそれに従うことは合理的に見込めないとして、因果関係の切断により、Cの免責を認めるものもあり、こうした（因果関係不存在）根拠によりCを免責する解答も評価されうる。

II [2]

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

本問は、事業譲渡に関する会社法の規律内容（条文、判例）の理解を問うものである。会社法は、事業の全部の譲渡・事業の重要な一部の譲渡につき株主総会の特別決議を要求する（会社法467条1項、同309条2項）。本問事例では、X社の事業（工作機械の製造・販売と不動産賃貸事業）のうち不動産賃貸事業のみが譲渡の対象となっているため、X社にとり、事業の全部の譲渡には当たらず、それが重要な一部に該当するかが論点となる。まず、本件不動産部門（譲渡資産）の帳簿価格は、X社の総資産の25%と2割を上回るため、簡易事業譲渡には当たらない（会社法467条1項2号）。そこで、重要な一部の意義につき、最高裁判例は、①一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む）の全部または重要な一部を譲渡し、②これによって、譲渡会社はその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、③譲受会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に競業禁止義務を負うもの、と解した（最大判昭和40年9月22日民集19巻6号1600頁。なお、③については、今日では、要件ではなく効果として一般に理解されている）。本問では、①や②の要件を充たすかのように見えるものの、実際には、X社からY社への不動産事業に従事する従業員の移籍は全くなされなかったため、実質的には①②の要件を充たさず、したがって事業の重要な一部の有機的一体譲渡とは評価されない。そうすると、X社としては本件事業譲渡に関して株主総会の特別決議を経ることは不要となり、単なる重要な財産の処分として取締役会決議で足りることとなる（会社法362条4項1号）。X社では取締役会決議による本件事業譲渡の承認は得ていることから、X社が、本件事業譲渡につき、株主総会決議を欠くことを理由に無効の主張をしても、その訴えは認容されないこととなる。

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

刑法

I

1 論 点

本問は、①「強制による緊急避難」行為である甲のC殺害行為について、これが刑法 37 条 1 項本文の「緊急避難」として不処罰ないし無罪となるのか、なるとすればその行為の違法性は阻却されるのか、②違法性が阻却されるとすればその行為を阻止するために甲に傷害を負わせた丙の行為は傷害罪として有罪となるのか、それとも、その行為もまた何らかの理由で不処罰ないし無罪となるのか、なるとすれば、それは正当防衛としてか緊急避難としてか、その場合の緊急避難は違法性阻却事由なのか、さらには、③甲を強制してCを殺害させようとした乙の行為は殺人未遂罪の間接正犯となるのか、その場合は、適法行為を理由とする間接正犯か、それとも責任のない行為を利用する間接正犯か、もしくは、間接正犯ではなくて共同正犯か、といった論点を問うものです（Bを連れ出す目的での教団施設への忍び込みが緊急避難などとして正当化されるかという問題も、一応、ありますが、メインの論点ではありません）。

本問のモデルは、「オウム真理教リンチ殺人事件」に関する東京地判平成 8・6・26 判時 1578 号 39 頁が扱った事案です（背後の教祖については、その妻に関するものですが、東京地判平成 10・5・14 判タ 1015 号 279 頁があります）。ただし、実際の事件と異なり、本問では、乙は甲に「もしできないというのなら、お前をここで撃ち殺す。」と言い、拳銃を向けて殺害を強要しています。つまり、甲の生命に対する危難は差し迫っており、「現在の危難」が存在したと判断できるものになっています。したがって、前述の東京地判平成 8・6・26 と同じ結論では済まない問題となっていることに注意が必要です。

2 甲の罪責（30 点、緊急避難の法的性格に触れていれば 40 点）

殺害のためにロープをCの頸部に巻き付けて強く引いた甲の行為は、殺人罪の構成要件に該当します。

問題は、これが、自己の生命に対する危難を避けるためにやむを得ない行為として、刑法 37 条 1 項本文の緊急避難として無罪となるか否かです。判例では、拳銃を突きつけられて覚せい剤自己使用を強要した被告人に 37 条 1 項本文を適用して無罪としたものがあります（東京高判平成 24・12・18 判時 2212 号 123 頁）。そこで、本問のように他人の殺害を強制された場合でも、そうしなければ自己の生命に対する現在の危難を避けることができないなら、「生じた（厳密には、生じさせようとした）害が避けようとした害の程度を超えない」ので、37 条 1 項本文を適用して無罪とすることはできるように思います（ただし、学説には、生命対生命や重大な身体傷害対重大な身体傷害の場合に本条の適用を認めないという少数説もあります）。

そこで、甲の殺人未遂行為は、刑法 37 条 1 項本文により無罪となる、としてよいこととなります。

このほか、Bを連れ出す目的での教団施設への忍び込みは建造物等侵入罪（130 条前段）に当たるが、B救出のための緊急避難などとして正当化されるかという論点に言及してもかまいません。

3 丙の罪責（30 点、緊急避難の法的性格を乙の罪責で触れていれば 20 点）

もっとも、Cを救出するために、この甲の緊急避難行為を暴行によって阻止し傷害を負わせた丙の行為については、問題があります。仮に、甲の行為が違法性を阻却されるものであるなら、その行為は適法ですから、「不正の侵害」を対象とする正当防衛として丙の行為を正当化することはできません。せいぜい、ここで生じた甲（および乙）の傷害という結果が、丙が避けようとした「殺害によるC死亡」という害の程度を超えなかったとして緊急避難による不処罰を検討するしかありません。もっとも、その場合には、その後に予想される、「命令実行に失敗した甲が乙に撃ち殺される」という結果も、生じた害として衡量しなければならぬのではないかという問題が生じます。これを衡量すると、総合して、生じた害のほうが重くなってしまいうので、丙は傷害罪で有罪ということになるのです（せいぜい、37 条 1

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

項ただし書きの過剰避難によって刑を減免するしかありません)。

これに対して、緊急避難の法的性格を、違法性阻却の場合と責任阻却ないし可罰的違法性阻却の場合とに二分する見解(「二分説」)では、いずれにせよ、甲の行為の違法性は阻却されず、よって「不正な侵害」として丙の行為は正当防衛に当たり得ることになります。あとは、正当防衛の要件を充たせば、丙は無罪です(建造物侵入も、C救出のためですから、今度は違法性阻却事由としての緊急避難に当たります)。

4 乙の罪責 (20点)

乙については、甲の行為が間接正犯における「道具」に当たるのであれば、これを利用した間接正犯として、殺人未遂の罪責を負うことになります。その場合、甲は、強制されるなどの理由で「適法行為の期待可能性がない」として「責任が阻却される道具」か、それとも違法性を阻却される(=適法な)緊急避難であるとする「適法行為をする道具」かの何れに当たるかが、これまでの検討と矛盾の内容に説明されなければなりません。

なお、甲の行為を「違法だが責任(ないし可罰的違法性)のない行為」と見て、これとの間には「犯罪」の共同が可能だから、乙は「共謀共同正犯」であるとする余地もあります。しかし、その場合には、間接正犯と共同正犯のどちらが優先的に成立すべきかを示しておく必要があるでしょう。従来判例では、間接正犯の要件が充たされていれば間接正犯のほうが優先するようです(最決昭和 58・9・21 刑集 37 卷 7 号 1070 頁、最決平成 13・10・25 刑集 55 卷 6 号 519 頁)。

5 印象点など (20点)

答案全体の流れの論理性、とりわけ緊急避難の法的性格と丙の罪責との関係、そして乙の間接正犯性を支える「道具」たる甲の法的性格が重要です。

6 答案の講評

まず、複数の人物について罪責を検討する際には、通常は、実行犯ないし直接行為者から始めるものです。本問では甲になります。しかし、乙から検討を始めた答案も散見されました。しかし、甲の緊急避難の法的性格を決めておかないと、「責任なき道具」か「適法行為をする道具」か、そのいずれを利用した間接正犯かが書きにくくなります。

また、本問の出題趣旨である、「強制による緊急避難」を手掛かりにして緊急避難の法的性格を考察することが理解できていないと思われる答案がかなりみられたことは残念でした。とくに、丙の甲に対する傷害行為を緊急避難とする場合には、命令実行に失敗した甲が乙に射殺されるという運命が待っていることを考慮できていない点に、これが現れています。

次に、甲のCに対する殺害行為について正当防衛を検討したり、反対に丙の傷害行為について正当防衛の可能性を検討していなかったりする答案が散見されました。後者については、甲の緊急避難行為の法的性格を検討しないと書けない論点ですが、前者については、およそ防衛と避難の本質的な相違が理解されていないのではないかと思います。

さらに、甲につき違法性阻却事由としての緊急避難を認めながら、何の留保もなく、丙について正当防衛を認めている答案も散見されました。矛盾答案は大減点に繋がります。常に、答案全体について論理的思考を心がけてください。

II

1 論点

本問の論点は、クレジットカード会員から使用の承諾を得て貸与されたクレジットカードを用いて商

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

品購入の決済をした場合、それは加盟店に対する詐欺罪〔246 条 1 項〕になるのか、あわせて、売上票への会員名の記入は有印私文書偽造〔159 条 1 項〕（および偽造有印私文書行使〔161 条 1 項〕）となるのかにあります。

また、あわせて、貸与者との約束に反して限度額を超えてカードを使用した場合に、これが貸与者との関係で背任罪（247 条）になるか、という論点もあります。

なお、本問のモデルは、平成 29 年度司法試験論文式問題刑事系第 1 問の前半部分です。

2 甲の罪責（60 点：うち詐欺罪 30 点、文書偽造・行使罪 20 点、背任罪 10 点）

(1) クレジットカードについては、通常、カード発行会社からの「このカードの所有権は当社にあり、他に貸与・質入れ・譲渡することはできません。」というメッセージが、カード裏面に記載されています。つまり、カードは会員の所有物ではなく、会員も会員であることを証明する弁護のためにカードを貸与されているだけなのです。

これを重視すると、会員でない者が会員になり済ましてカード決済により商品を購入することはおおよそできないはずなので、それをしてしまった甲には、合計 60 万円の腕時計 2 点について、時計店店主 A を欺罔して財物を交付させたという詐欺罪が成立することになります（246 条 1 項）。

(2) もっとも、たとえば家族内でのカードの貸し借りまでこれによって詐欺とするということは、実務では考えられていません。また、おそらく平成 29 年度司法試験論文式問題刑事系第 1 問のモデルとされた最決平成 16・2・9 刑集 58 卷 2 号 89 頁（実は、この事件では会員の承諾はなく、また、承諾があるという錯誤も認定されませんでした。）では、カードを譲渡したのは会員本人ではなくその承諾を得てこれを利用して友人ですが、その友人については、検察官は詐欺罪として立件していません。

そこで、本問のような友人・同僚関係でのカードの貸し借りについては、やみくもに詐欺罪の成立を認めなくてもよいのではないかという見解が出てきます。それは、甲を、カード決済に関しては乙の「顕名なき代理人」あるいは「使者」と解する方法です。この法的構成によれば、クレジットカード決済での取引をしたのは乙自身ということになりますので、カードは貸与も譲渡もされているわけではなく、乙自身が甲という「顕名なき代理人」または「使者」を通じて使用しただけだとして、カード会員契約違反を否定することができます。ゆえに、取引をしているのはカード会員本人ですから、加盟店には、事実を知ったとしても、取引を拒否する理由はないことになるので、詐欺罪が否定されるのです（この場合、腕時計は、一旦乙が購入し、甲に譲渡される形になります）。

詐欺について積極説を採るか消極説を採るかによって、有印私文書偽造罪および偽造有印私文書行使罪の罪責も変わってきます。「自署性」と「偽造」の成否は、直接には関係がありませんので、「自署」を要求される売上票の「乙」というサインも、「顕名なき代理人」または「使者」甲による代筆だと考えれば、「名義人」も「作成者」も乙になるので、「偽造」が否定されます。

(3) しかし、甲を乙の「顕名なき代理人」または「使者」と解する場合でも、10 万円の腕時計 1 個の購入の限度という約束を破った点については、背任罪（247 条）の成立は可能です。この場合、甲は、乙のクレジットカードの管理という財産的事務を委託された「事務処理者」であり、それが交際相手へプレゼントするために約束に反して 50 万円の腕時計をクレジット決済で購入することは「他人図利目的」で「任務に違背」することによって乙に「財産上の損害を加えた」ことになります。

なお、この 50 万円の腕時計購入につき、後の決済で引き落とされる乙の 50 万円分の預金債権を「財物」と考えて横領罪に当たるとした答案が散見されました。しかし、仮に有体性のない「預金債権」を「財物」だとしても、甲が腕時計のカード決済をした時点では乙の預金には何の増減もなく、ただ、乙が（立替払いをした）B に対して代金債務を負っただけですから、横領罪を認めることはできません。

また、乙のカード貸与行為を B に対する「委託の任務に背き、権限がないのに、その物に対して所有者でなければできないような処分」をしたことに当たるとして横領罪を認めた答案もありました。しかし、この場合でも、カードは B から乙に貸与されているだけであり、かつ、乙は貸与を受けた人物とし

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

てカードを一時的に又貸しただけですから、カードの「不法領得」を認めるは無理だと思われます。

いずれにしても、クレジットカードは、カード発行会社からカード会員に対して、その会員資格を証明するために貸与されている証明書にすぎないことを出発点として、考察をしてください。

3 乙の罪責 (20 点)

乙の罪責については、甲に詐欺罪を認めるか否かで、結論が変わります。

(1) 詐欺罪を認める場合には、乙にも、詐欺罪の共謀共同正犯等の共犯が成立するでしょう。というのも、乙のカード貸与がなければ、Aに対する甲の詐欺罪はおよそ成立しえないからです。この点で、乙の行為は「重要な役割」に当たります。

加えて、有印私文書偽造罪および偽造有印私文書行使罪の共謀共同正犯等も成立します。売上票への乙の名前の記載は、カードを貸与して利用させれば当然予想できることですし、乙のカード貸与行為は、両罪の成立にとって不可欠の重要な行為だからです。

(2) 反対に、詐欺罪を否定する場合には、乙には何の刑法上の罪も成立しません。この場合には、乙は甲の「顕名なき代理人」または「使者」と解することで、両罪の成立を否定することができるからです。

4 印象点 (20 点)

本問は、甲につき詐欺罪の成否、有印私文書偽造罪および偽造有印私文書行使罪の成否、乙につきこれらの共犯の成否が問題となります。他方、甲について詐欺罪を否定するなら、その理論構成をしっかりと提示する必要があります。

そして、否定する場合でも、甲には背任罪が成立することをきちんと指摘しておくことが重要です。

5 答案の講評

「カード会員の承諾」に基づくカード利用の問題の所在があまり理解されないまま、あっさり詐欺罪を認める答案が多いという印象です。しかし、それでは、カードを利用させた乙も詐欺罪の共犯とせざるを得なくなります。そのような結論は、市民的常識から乖離した解釈ではないかと思われます。この点を検討するというのが出題趣旨でしたが、それは、多くの答案では必ずしも理解されていなかったようです。

他方、甲に有印私文書偽造・同行使罪を認めたのに、乙についてその共犯の検討を忘れた答案も目に付きました。横領を論じて背任を忘れた答案も目立ちました。共犯の成立範囲、財産犯の区別方法などにつき、しっかりとした学習が望まれます。

2018 年度入学試験(前期日程) 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)

I について

①は、AがBの訴訟代理人である場合、当事者はBであり、判決の効力はBのみ生じAには及ばないこと、AがBの訴訟担当者である場合は、当事者はAであり、判決の効力はAに生じるほかBにも及ぶこと(115条1項2号)、を指摘することが基本となる。

②は、訴えの取下げは、原告による訴えの撤回であり、それにより訴訟係属が遡及的に消滅すること(262条1項)、請求の放棄は、請求に理由のないことを認める原告の意思表示であり、それを調書に記載すると確定判決と同一の効力を有すること(267条)、を指摘することが基本となる。

いずれも民事訴訟法についての入門的な知識の問題にすぎないが、残念ながら答案では理解の乏しい記述も見られた。

II について

(1) (1)では、裁判上の自白が成立するのかがポイントとなる。

証明責任説は、裁判上の自白の成立要件である自己に不利益な事実とは、相手方が証明責任を負う事実を意味するとする。(1)の場合は、弁済のないことはXが証明責任を負う事実ではないから、この説では、裁判上の自白は成立せず、Aが弁済した旨のYの主張立証は許されることになる。

これに対し、敗訴可能性説は、自己に不利益な事実とは、その事実に基づく判決が敗訴をもたらす場合であれば足りるとする。(1)の場合は、弁済がないとされるとYが敗訴する可能性があるから、この説では、裁判上の自白が成立することになり、Aが弁済した旨のYの主張立証は、自白の拘束力によって原則として許されないことになる。不利益性を要求しない説でも同様の結果となる。ただし、裁判上の自白が成立するとした場合も、真実に反し錯誤に基づくときは撤回が許されるべきであるから、その意味での反真実の立証は許す必要があるだろう。

答案では、証明責任説に立ちながら、弁済のないことはXが証明責任を負う事実であるとして裁判上の自白が成立するとするなど、誤解したものも見られた。

(2) (2)では、既判力で遮断されるのかがポイントとなる。

確定判決における裁判所の判断は、既判力の基準時における権利の有無についての判断であるから、基準時よりも前に存在した事由で基準時における権利の有無に影響するものは、当事者が事前に提出すべきであったとされ、後でその事由を持ち出して基準時の判断を争うことは許されないと考えられる。これが既判力による遮断効の作用であり、民事執行法35条2項は、これを前提に、「確定判決についての異議の事由は、口頭弁論の終結後に生じたものに限る。」と規定している。

これについて、学説上は、基準時前の事由でもその提出がおよそ期待できなかった場合にまでこれを排斥するのは手続保障を欠くことになるので、そのような場合には提出を認めるべきである、とする議論もある。

本問では、Aが弁済した旨のYの主張立証が許されるかについて、これらの観点から答案構成することが期待されたが、答案では、そもそも既判力の遮断効の作用の問題であると認識できないものなども見られた。

2018 年度入学試験(前期日程) 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]

判例が、弁護人と被疑者との間の接見を制限することが認められる場合として示した要件は、以下の通りである。

「現に取調べ中の場合、実況見分、検証等に立ち合わせる必要がある場合、間近いときに確実な取調べ予定がある場合など、接見を認めると、捜査の中断により捜査に顕著な支障が生じる場合。」(86字)判例規範について一応、知識として知っていることが窺われる答案が多かったが、理解が不完全で、「間近いときに確実な取調べの予定がある場合」という基準が抜けている答案がいくつか見られた。また、一部に、「実体的真実の追求の観点」といった抽象的な原則を根拠にして、包括的に捜査の必要性がある場合に接見を制限できる旨の説明している答案があったが、判例規範を正しく理解していないばかりか、防御権の重要性に対する理解を欠いていると評価せざるを得ない。

[2]

本設問は、刑訴法 201 条 2 項が準用する刑訴法 73 条 3 項に基づく逮捕状の緊急執行手続について問うたものである。したがって、刑訴法 73 条 3 項の「勾引状又は勾留状」を「逮捕状」に置き換えて、そのまま書き写せば正答になる。すなわち、答えは、「逮捕状を所持しないためにこれを示すことができない場合において、急速を要するときに、被疑者に対して被疑事実の要旨及び令状が発せられている旨を告げて、逮捕を執行する場合。」(83字)である。

本設問は、正当率があまり高くなかった。非常に多くの答案が、搜索差押え令状の執行にあたって、令状呈示前の搜索場所への立ち入りを認めた事例を逮捕の場合に流用して、「令状を呈示すると罪証隠滅の危険がある場合に認められる」と答えていた。しかしながら、搜索差押え令状の場合は、搜索場所に立ち立った瞬間に令状の執行がスタートしているという前提のもとで、令状の事後呈示という場面が存在することを想定せざるを得ないのに対して、逮捕状の場合は、被疑者を逮捕するために被疑者の所在する住居等に立ち入る行為(刑訴法 220 条 1 項 1 号)自体は、いまだ身体拘束行為そのものではなく、逮捕として位置づける必要はないから、住居等への立ち入り→被疑者の発見→令状呈示→被疑者の身体拘束=逮捕という順序(この順序であれば事前呈示原則は崩されていない)を遵守できない場合は通常、想定し難い。したがって、搜索差押え令状の執行の場合と平行に考えることは適切とはいえない。

II

1. 訴因変更の要否の基準に関する判例規範

本問題は、訴因変更の要否の基準について最決平成 13 年 4 月 11 日刑集 55 卷 3 号 127 頁が定立した規範を正しく理解できているかを問うたものである。訴因が果たすべき 2 つの機能の関係性を正確に理解し、それぞれの機能を果たすためにどのような場合に訴因変更が必要となるかについて、各機能と関連付けて説明できるかを見ようとした問題である。したがって、答案ではまず、判例に従って、規範定立を行う必要がある。判例が定立した規範は以下のとおりである。

第一に、刑訴法 256 条 3 項が、訴因の明示・特定を要求した趣旨は、裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防御の範囲を示すことを目的とするものと解される(最判昭和 37 年 11 月 28 日刑集 16 卷 11 号 1633 頁〔白山丸事件〕)。

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

第二に、このうち、訴因の第一次的機能は、裁判所に対し審判の対象を識別・限定させる点にあり、審判対象識別に必要な事実は、訴因として必須不可欠の中核的事実である。したがって、行為、結果、客体など、審判対象画定にとって必須不可欠な事実に変更があるときは、必ず訴因変更が必要である。

第三に、一方、犯行の日時・場所・方法などは、審判対象画定にとって必須不可欠の事実とまではいえず、訴因を特定するための一手段たる事実にとどまる。しかし、これらの事実は、被告人がアリバイ主張をしたいと考えたときを想定すれば明らかのように、防御権を行使する上では非常に重要な事実である。それゆえ、このような被告人の防御にとって重要な事実について争いがある場合には、争点の明確化などのため、当該事実を明示・特定する必要がある。

第四に、被告人の防御にとって重要な事実を起訴状において訴因として明示・特定した場合には、起訴状に訴因として特定して記載したことを以て、訴因事実とみなされる。したがって、これらの事実を変更して認定しようとする場合には、原則として、訴因変更手続を要する。

第五に、しかし、被告人の防御にとって重要な事実は、訴因の記載として不可欠な事項ではないから、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる事実を認定することも違法ではない。

2. 本事案へのあてはめ

次に、以上の判例規範を本事案にあてはめる。本問の事案自体も、最決平成 13 年 4 月 11 日の事案とほぼ類似しているので、判例が行ったあてはめをそのまま利用することができる。

第一に、殺人罪の共同正犯の訴因としては、被告人が殺人の正犯であり、被害者 B を殺害したという事実さえ特定できれば、審判対象の画定にとっては十分なので、「実行行為者が誰であるかが明示されないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえない」。

第二に、しかしながら、実行行為者が誰であるかは、一般的に被告人の防御にとって重要な事実であるから、実行行為者が甲か A かという点が争点になっている本件においては、争点明確化のために、検察官は実行行為者を特定する必要がある。

第三に、本事案で、検察官は起訴状において実行行為者を「A」と特定しているから、実行行為者が誰かという点は、本件訴訟においては、訴因とみなされ、実行行為者を甲に変更して認定するためには、原則として、訴因変更が必要である。

その上で、第四に、例外的に訴因変更が不要な場合に該当するか否かが問題となるが、本事案においては、例外的に訴因変更が不要な場合には当たらない。なぜなら、検察官は、本件訴訟において、甲が実行行為者であるという主張を一切しておらず、それに応じて、被告人側も、甲が実行行為者であることを前提として、それを否定するための防御活動は一切行っていないからである。甲が実行行為者であることを前提とした防御の実績がない以上、甲を実行行為者であると認定することは被告人から防御の機会を奪い、不意打ち認定をすることになるから許されない。

3. 総評—とくに、「不意打ち認定」の意味について

残念ながら、かなり多くの答案が、そもそも最決平成 13 年 4 月 11 日の規範に沿った解答を行っていなかった。

また、上記判例規範については知っており、学習していることが窺える答案であっても、規範の理解が間違っている答案がいくつか見られた。特に、例外的に訴因変更が不要な要件として求められている「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認

2018 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

められる」場合の意味を誤解して、殺人の共同正犯で起訴されているのだから、甲自身が実行行為者として認定されることも想定できるはずであり、不意打ちはないと結論付けてしまっている答案が散見された。

しかし、検察官が、甲が実行行為者であるという主張をしていない以上、被告人側から、検察官が主張してもいない事実を先回りして防御しなければならない義務も必要性も存在しない。被告人側としては、検察官が主張する範囲で、甲は共謀に加わったという事実を全力で否定すれば、防御として必要十分である。したがって、甲側が実行行為を行っていない点について防御していないことについて、甲には一切非難されるいわれはなく、この点について防御していないことを被告人に不利益な方向での手続的帰結に結び付けることは許されない。言い換えれば、甲側に対して、実行行為者ではない点についても防御しておくべきだったと要求することはできないのである。

要するに、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められる」という要件の意味は、それまでの訴訟活動において被告人側が変更後の事実について防御した実績があるかどうかという過去の行為の有無を問題とするものであって、被告人側が変更後の事実について防御しようと思えばできたかどうか、つまり、防御のチャンスがあったかどうかを問題とするものではない。

判例百選レベルの基本判例について繰り返し学習して、判例の規範を正確に理解するようにしてほしい。

2018 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

【設問Ⅰ】

社会保障のコンテキストにおいて一般的に用いられている対象者の「自立」という概念と、それとは区別されるべきであると筆者が考える「自律」概念について、例をあげて説明することを求めている。

問題文の中で筆者は、「自立」とは、他者に自分の生き方を指図されないような生活条件を充たして他者に依存しないで生きていける状態に至ることであると説明する。一方で「自律」とは、「他者に依存すること」と「他者の意思に依存すること」とを区別して考えたうえで、物理的には他者に依存している場合でも、他者の「意思」に依存せずに生きることであると説明している。多くの答案は、この違いが適確に把握できていたようである。もっとも、あてはめの部分である例示内容については、事実の摘示が薄くなっている答案もあった。例えば、後期高齢者や障害者に対する社会保障の役割を単に「自立」の促進として描く場合には、弱い立場の者が他者の意思のもとにおかれて潜在的な支配＝被支配の関係を作り出してしまいかねないが、これを「自律」として描く場合には、物理的には他者に生活条件を依存しても、人間としての平等な立場は保障され、他者の「意思」に依存しないですむことになるなどの指摘は、少なくともほしいところである。

【設問Ⅱ】

筆者が考える社会的協働の問題点を踏まえたうえで、「社会的・経済的不平等の解消」という観点から社会的協働のあるべき姿を説明できているか否かをまず問うている。そのうえで、その不平等を解消するために社会保障制度がどのように設計されなければならないのか、筆者が引用するロールズの議論を参考に説明することを求めている。

まず、社会的協働について定義する必要があるが、これは、人が互いの活動（例えば、労働）を通じて結びつき、それによって生みだされる利益やそれを維持する負担を分配する関係である。そして、今日の社会は、例えば、就労自立とそれを通じた生活保障の構築を依然として人に求めながらも、安定した就労の機会を提供できずに、市民の間に対等な関係を築くことに失敗していること、すなわち、社会的・経済的不平等が生じている点を筆者は問題にしている。これを前提として、社会的協働のあるべき姿（社会的・経済的不平等の解消）についてどのように考えるべきか。筆者はこれについて、社会的協働への貢献を労働に限定せず、労働市場の外部で行われる多様な仕事、例えば、育児、介護やボランティア活動を含むものとして幅広く捉えて、そうした仕事や活動を公的に支援していくことが大切であると指摘している。このような社会的・経済的不平等の解消について適確に指摘できている答案はそれほど多くはなかった。また、社会的協働のあるべき姿を論じるうえでは、その問題点をきちんと把握しておく必要があるが、この点については省略してしまっている答案が目立ったようである。

次に、筆者が指摘するこれらの不平等を解消するうえで社会保障制度が果たすべき役割について説明しなければならないが、これは、人々がそもそも社会的協働から排除されにくいようにする生活条件を構築・維持することである。そしてそのためには、ロールズが示唆するように、社会保障制度自体が、①単に事後的な保護ではなく、事前の促進する（「人々の生の見通しをつける」）ものでなければならないこと、②資産の分散をはかり、社会的協働に参加しうる条件を保障すること、③教育機会へのアクセスを保障することを重視するものでなければならないのである。①～③の点については、社会保障の今後のあり方を考えるうえで重要な点として問題文（8頁～9頁）に端的にまとめてあるので、これについては最低限触れてほしいところである。これらの諸点をうまく引用したうえで、社会保障の果たすべき役割を説明できていた答案はそれほど多くはなかった。

なお、本設問については1500字以内で説明することを求めているが、答案自体が非常に短いものが目立った。そのような答案は必然的に説得力に乏しいものとなっていた。