

2019 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)

受刑者の新聞閲読の自由に関する第 I 問と、衆議院の解散をめぐる諸説およびその司法審査に関する第 II 問から 1 問を選択する問題であった。大半は第 I 問を選択していた。

第 I 問は、よど号ハイジャック事件に関する新聞記事抹消事件(最大判 S58.6.22)をモチーフに、事実関係を変えたうえで規制態様について単純化して出題したものである。全体として、よく書けている答案が多かった。

設問(1)は、いわゆる知る自由に関する基本的な理解を問う問題である。基本中の基本の論点であるが、本問は、知る自由なる権利が日本国憲法の条文中に明文をもって存在しないながらも、特定の条文に引き付けて憲法上の保障を導く、という法解釈の基本を診るのが狙いである。

多くの答案で、21 条 1 項が保障する表現の自由に引き付けて論述することができており、評価できる。しかし、他方で、「送り手」と「受け手」の分離を指摘するにとどまるなど、教科書のキーワードを咀嚼せずに使用していると思われる解答も目立った。

さらに、判例が「憲法 19 条や憲法 21 条の規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれる」と述べていたことも指摘してほしかったが、そのような解答はごく少数であった。

設問(2)は、問題文中の事実を踏まえて、新聞の閲覧を禁止したことについての合憲性を問うものであった。全体としては、問題となっている自由の性質や X のおかれた状況を踏まえて、合憲性判断の枠組みを立てたうえで、具体的な事実を検討するという論筋がしっかり示されており、評価できる。憲法上の評価をどのようにするかについての学習がしっかりできているということであろう。

本問は、既述したように規制態様について「閲覧禁止」という単純化がなされている(実際にはこのような単純な対応はなされない)が、この点に着目して必要最小限の制約になっていないことを指摘する解答がいくつかあり、この点も評価できる。なお、本問では、処分理由として、刑事収容施設法 70 条 1 項の 1 号と 2 号がそれぞれ示されていたところ、その両方について立ち入って検討している答案は少なかったが、そのような答案については高く評価した。

第 II 問を選択したものはごくわずかであった。(1)は解散権の根拠を憲法 69 条以外に認める見解(69 条非限定説)にどのようなものがあるかを問うものである。69 条非限定説として、7 条説、制度説、65 条説、自律的解散説などがあるところ、それぞれの根拠と批判を踏まえた上で、自説を述べることが求められている。(2)は解散権行使に司法審査が及ぶかについて、本件の訴えが「法律上の争訟」に当たることを指摘した上で、いわゆる苦米地事件判決の採用した、内在的制約説としての統治行為論とその批判を問うものであった。

いずれも典型的な論点であるため、どの答案もそれなりに書けていた。ただし、(2)の統治行為論に対する批判については、正確かつ立ち入って検討できたものはほとんどなかった。

2019 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)

東京地判平成 29・2・1 賃金と社会保障 1680 号 33 頁をモデルにした作問である。設問(1)は処分が実体的に違法であることを主張させるものである。設問(2)は理由提示の違法に関するものであるが、必ずしも違法を主張しなければならないわけではない。

設問(1)

問題文では、まず、生活保護法 63 条が「保護の実施機関の定める額を返還しなければならない」と規定していることの趣旨を解明することが求められている。ポイントは、全額の返還が義務付けられているわけではないという点である。前掲東京地判は、「これは、〔生活保護〕法が、生活に困窮する国民の最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的としていること(1条)に鑑み、現に保護を受けている被保護者や要保護状態を脱して間もないかつての被保護者に対して、現に返還に耐え得る資力を有するか否か等にかかわらず、その受けた保護金品に相当する金額の全額を一律に返還させたのでは、最低限度の生活の保障の趣旨に実質的に反するおそれや、その自立を阻害することとなるおそれがあることから、個々の場合に被保護者に返還を求める金額の決定を、当該被保護者の状況をよく知り得る立場にある保護の実施機関の合理的な裁量に委ねたものと解される」と判示している。

返還すべき額の決定に関して行政庁に裁量があることは否定できないところ、前掲東京地判は、「法 63 条に該当する被保護者について、その資産や収入の状況、その受けた保護金品の使用の状況、その生活実態、当該地域の実情等の諸事情に照らし、返還金の返還をさせないことが相当であると保護の実施機関が判断する場合には、当該被保護者に返還金の返還をさせないことができるものと解される反面、保護の実施機関による返還金額の決定が、上記の諸事情に関し、保護の実施機関による返還金額の決定が、上記の諸事情に関し、判断の基礎とされた事実と誤認があること等により事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が法の目的や社会通念に照らして著しく妥当性を欠くと認められる場合には、保護の実施機関に与えられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと違法となる」と述べている。

そこで裁量権の逸脱濫用が認められるかどうかの問題となるが、C 福祉事務所長は、本件処分に至る過程で、本件処分当時の原告の資産や収入の状況、その今後の見通し、本件過支給費用の費消の状況等の諸事情を具体的に調査しておらず、本件過支給費用の全部または一部の返還を求めることが A に及ぼす影響や、職員による本件過支給費用の全部または一部の負担の可否についての具体的な検討をしなかったというのであるから、「本件処分は、被保護者の資産や収入の状況等検討すべき諸事情についての具体的な事実の基礎を欠き、また、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないことによりその内容が法の目的や社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものと認められる」(前掲東京地判)。

【答案を読んで】

- ・生活保護法 63 条が、その文言上、常に全額の返還を要求しているわけではないという点において、相手方を保護する趣旨が認められるのは明らかであると思われるが、答案では、不正受給の防止の目的を挙げるものが多かった。
- ・生活保護法 63 条にいう「急迫の場合」の該当性について論じる答案があったが、問題文に記載されている通り、同条の要件は充足されることを前提に解答しなければならない。
- ・信義則違反を論じる答案があったが、信義則に言及することは必須ではない。
- ・裁量について全く言及しない答案があったが、そのような答案は低い評価を受ける。

2019 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)

不利益処分 of 理由提示に不備があるかどうかを検討させる出題である。本件処分には行政手続法 14 条の適用があるところ、同条 1 項は理由提示の程度については特に規定していない。最判平成 23・6・7 民集 65 卷 4 号 2081 頁は、「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」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。

本件処分の通知書には、「生活保護法 63 条の規定により」という文言のほか、本件過支給が生じていたことおよび本件過支給費用の額が記載されているので、事実関係および適用法規は示されている。また、C 福祉事務所においては、生活保護法 63 条に基づく処分について処分基準は定められていないとのことであるから、本件処分の通知書における理由提示に不備はないという主張が考えられる(東京地判平成 29・9・1 賃金と社会保障 1696 号 41 頁は、生活保護法 63 条の定める要件が複雑ではないことも指摘して、行政手続法 14 条 1 項本文の理由の提示として欠けるところはないと結論づけている)。

それに対して、理由提示に不備があるとする立場からは、本件不支給費用の全額を返還しなければならない理由が示されていないことを主張することになる。

【答案を読んで】

- ・実務的には、本問のような理由提示でも十分とされるように思われるが、答案では、理由提示が不十分であるとするものが多かった。
- ・本件過支給が生じた理由が示されていないとして理由提示の不備を主張する答案があったが、本件過支給が生じた理由は、本件処分の理由とは異なるのではないか。
- ・理由提示の趣旨を解明していない答案があったが、そのような答案は低い評価を受ける。

民法

I 説明問題

(1) 形成権

形成権とは、権利者の一方的な意思表示により法律関係に変動を生じさせる権利のことをいう。形成権の例としては、取消権、追認権、解除権、売買予約完結権、認知権などがある。解答としては、形成権の行使が意思表示によりなされるものの、契約のように当事者間の合意つまり相手方の同意を要せず、権利者側からの単独行為で法律効果が発生することが指摘できればよい。しかしながら、定義説明があまりない答案が散見され、単に権利の行使により新たな法律効果を生じさせるという点のみを指摘するものもあった。他方で、形成権の具体例をきちんと挙げている答案は大多数であったものの、典型的ではないものを挙げるものもあった。

(2) 強行規定(強行法)

当事者の意思によって適用を排除できない規定のことである。この趣旨を正確に書いているものは多くなかった。解答としては、この趣旨の説明に加えて、当事者の意思で排除できる任意規定(任意法)と対比させたり、109条、177条、388条、467条、678条(最判平成11・2・23民集53巻2号193頁)、739条等の例示をしたり、違反した法律行為の効力(無効)等の説明を加えて説明できればよい。これらについても、契約自由の原則の例外であることや任意規定との対比を説明したものは少なかった。例示についても典型的でない例示があった。誤りとは言えないが、なるべく典型的なものを指摘すべきである。

II 論述問題

選択した問題の記載に誤りのある答案があったが、内容にそって採点した。0点になる危険もあるので、よく気をつけて選択の記載を確認して欲しい。

(1) 代理権濫用の問題

代理権濫用の要件と効果(問1・2)および無権代理人の責任(問3)について、きわめて基本的なことを尋ねたためか、特に問1では、優秀な答案と全然できていない答案に分かれた。

(問1)は、代理権濫用の問題である。A B間の契約は、有権代理として有効な契約となるのが原則である。代金支払方法の変更権限がCにはなかったとして無権代理とし、表見代理の成否を問題にする答案もあり、それも部分的には評価した(代金支払方法の変更に効力がなく、AはBに対する代金債務の不履行であり、Bは契約の解除ができるという処理が首尾一貫するが、そこまで書けているものはなかった)。ただ、代金支払方法の変更は、締結された売買契約の内容の一部変更であり、契約締結の代理人には、その権限があるとみるのが妥当であろう。

代理権濫用は、改正民法107条の素直な適用として考えるほうが要件が明確で解答しやすいが、現行法の93条ただし書類推適用説で書いた答案の方が多かった。それでも、なぜ93条ただし書の類推が可能なのかの説明があれば、同等に評価した。

相手方Aは、Cの代金横領の意図を知ってはいなかったものの、Cが経済的にピンチにあることを知っていた。にもかかわらず、決済日の直前に代金支払方法が持ち逃げの危険のあるものに変更されたことから、Bに意思確認をする義務があり、代理人の権利濫用の意図を知ることができた。Bは、Aの過失の基礎となる以上の事実を立証して、本件契約の効果不帰属を主張し、Bにとどまる所有権に基づき、甲の移転登記の抹消と返還を請求することができる。Aは請求を拒めない。

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

(問2)は、効果不帰属の意味を聞いている。無権代理とされる結果、代金受領の効果はBには帰属せず、かつ、代金の利益をBは実際にも享受していないので、Bは代金返還債務(121条の2第1項)を負わない。そのため、Aは、同時履行の抗弁(533条)をBに対して主張することができない。双務契約の給付利得関係にも同時履行の抗弁権が類推適用されると機械的に覚えているだけでは対応できない。代金返還債務を負わない以上、留置権(295条)を問題にする余地もないが、留置権構成(牽連性要件で否定することになる)も、部分的に評価した。(問1)ができていない回答は、(問2)も書いているものが多かった。

(問3)は、無権代理人の責任を定める117条の問題であるが、なぜかほとんどできておらず、不法行為や不当利得を根拠にする回答が多かった。Cは、無権代理人とみなされる結果、自己の代理権を証明することはできないし、本人Bは(問1)の請求を行って追認を拒絶していることが明らかであるから、117条1項により、Aに対して、履行または損害賠償の責任を負う。Bの態度からみて、Cが、甲の所有権を買い受けてAに移転することはできそうにないので、Aは、Cの損害賠償責任を追及することになる。

AがCの代理権濫用を知っていたときには117条2項1号が、過失によって知らなかったときには同項2号本文が、それぞれ適用されて、無権代理人の責任は生じず、AはCの一般不法行為責任(709条、722条2項の過失相殺もされうる)を追及するしかないかのようにみえる。しかし、本件では、Aは、Cが自らの代理権濫用を知っていたので、同項2号ただし書によって、1項の無権代理人の責任追及が可能である(現行法下でも有力な解釈である)。

無権代理人の損害賠償責任は、履行に代わる損害賠償であり、Aが確実に取得した履行利益にも及ぶため、1億2000万円でのDへの転売契約が結ばれている本件では、同額の損害賠償責任を負う。この損害を416条2項の特別損害として予見可能性を欠くとした答案には加点した。

(2) 履行補助者と使用者責任の問題

AがBに機械甲の修理を注文。Bが、修理の一部をCに下請けさせ、Cの従業員Dが、AB間での約定通りAの工場に機械を搬入する際に、トラックの運転を誤り工場入り口脇に衝突し、250万円の損害を発生させたケースで、AがB、Cにどのような法律根拠でどういう請求できるかが問われている。

第1に、AからBに対する請求であるが、AB間には甲の修理契約(請負契約)が存在し、Bは修理済みの甲をAの工場に届ける約束がされているから、まずBのAに対する債務不履行責任が考えられる。

Bは、Aとの約束に従ってAの工場に甲を搬入する際、信義則上、Aの財産(工場の建物)に対する保護義務を負っている。この保護義務違反は、BのAに対する債務不履行責任を構成し、これによって生じた損害の賠償義務を負う(415、416条)。

ところで、甲の搬入を行ったのはBではなく、Dである。Dのトラック運転上の過失によって生じた損害についてBが賠償責任を負うのか。DはBの下請負人であるCの従業員であり、Bの甲の搬入という債務の履行補助者に当たると考えられる。Aとの関係では、BはCやDの過失であることを理由に免責されない(信義則上Bの過失と同一視される)。

したがって、AはBに対して債務不履行に基づき250万円の請求ができる。

次に検討するとすれば、Bの不法行為責任である。

Aに直接的に損害を与えたのはDであり、Dの不法行為責任(709条)をBが負うことになるかが問題である。考えられるのは、Bを使用者、Dを被用者とするBの使用者責任(715条)であるが、設問の元請負人Bと下請負人Cやその従業員との間に、使用関係(事実上の指揮監督関係)は認められないだろう。また、Bに716条の「注文者の過失」(Bは下請負人との関係では注文者である)に当たる事

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

実もない。B自身のAに対する709条の不法行為責任も考えられないので、Bへの不法行為責任による請求は成り立たないと考えてよい。

第2に、AからCに対する請求であるが、AD間には契約関係がないから、契約に基づく債務不履行責任は根拠にできない。

不法行為責任を考えてゆくと、先述のようにDにはAに対する709条責任が成立するから、Aは、CにDの使用者としての責任(715条)を追及することが考えられる。DはAの従業員であり、Aの指揮命令の下に働いているから使用関係は存在し、Cが修理した甲をトラックでAに届ける行為には、事業執行性も肯定されるから、AはCに使用者責任に基づいて250万円を請求できる。

Bの債務不履行責任については、義務違反の根拠、履行補助者の論点を適切に論じられているものは少なく残念であった。

また、債務者が履行補助者の過失について免責されない理由を、使用者責任の根拠で用いられる報償責任原理で説明してしまったり、使用者責任の事業執行性の解釈で外形標準説に立つあまり、Bのトラック運転にはCの事業の外観がないとしたりする誤りのないよう、基本書で定義を確認されたい。このほか、Dの709条責任とCの715条責任がともに成立するときには、両者の関係は不真正連帯債務(改正された436条以下がそのまま適用されて「不真正」連帯債務概念が不要となるのかどうかについては争いがあるが、本問ではそれを問題にする意図はない)であり、Aはどちらに対しても250万円の請求もできるなど、責任関係についての説明は加点要素である。ただ、この点についても、DとCが共同不法行為責任(719条)となるわけではない。719条の効果は共同不法行為者の不真正連帯債務であるが、複数責任者が存在するときには不真正連帯債務になるのは、それらの者に共同不法行為の成立するときだけではない。

2019 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

約束手形の所持人が、その前者から裏書の連続した約束手形を取得し、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）、たとえ所持人の前者までに無権利者が介在したとしても、所持人は、その事実について善意かつ無重過失ならば、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）。（149 語）

II

〔1〕甲社は、B が甲社の取締役としての競業避止義務（会社 356 条 1 項 1 号）に違反し、適法な取締役会の承認（会社 365 条 1 項）を受けずに競業取引をなしたことにより、取締役としての善管注意義務（会社 330 条・民法 644 条）・忠実義務（会社 355 条）に違反したとして、B の任務懈怠を理由とした損害賠償責任（会社 423 条 1 項）を請求することが考えられる。

取締役の任務懈怠を理由とした責任の追及に際しては、責任を追及する側が、①任務懈怠の事実、②会社の損害、③①と②の因果関係を照明する必要がある。また、責任追及を受けた取締役は④自己に帰責事由がないこと、を証明する責任がある。

①任務懈怠事実については、B が甲社の取締役会において適法な「承認」を受けたといえるかが問題となる。確かに B は、甲社の取締役会に「乙社の全株式を譲り受け、乙社の代表取締役に就任する旨」の議案を提出し、この議案は特別利害関係人である B の退席のもと A および C によって可決されている。しかし、B は、乙社の規模、取引範囲、和装品の取扱いの有無について説明していなかったため、このような説明では、「重要な事実を開示して（会社 356 条 1 項）」承認を受けたといえないのではないのか。取締役が会社のノウハウ、顧客情報を奪う形で会社の利益を害する危険性が高い行為について予防的に規整するという競業取引規制の趣旨からは、たとえ A および C が説明を求めなかったとしても、B には積極的に自己の競業の内容について説明する義務があったといえる。B がそれを怠ったことが、適法な取締役会の承認を受ける義務に違反するとして、任務懈怠事実となるといえる。（なお、A および C に特に質問されなかったため説明しなかったので任務懈怠にならないという解答にも相応の加点はするが、そのように答えた場合、②の損害の認定が難しくなるのではと思う。）

②について、問題文には甲社の損害に関する記述はない。しかし、B が適法な承認を得ていない場合、B の乙社代表取締役としての乙社の経営は競業取引規制（356 条 1 項 1 号）違反となり、その効果として、乙社（第三者）が得た利益の額が甲社に生じた損害額と推定される（会社 423 条 1 項・2 項）。本問の場合、甲社は、乙社が得た純利益の額が甲社の損害に当たると主張することが考えられる。B がこの請求額に不服がある場合、B の側で、当該推定を覆す必要がある。

③B が乙社の代表取締役になりその経営に着手した後に乙社の業績が急速に向上したことから、因果関係の存在が認められる。

④B は自己の任務懈怠（適法な承認を得ない利益相反取引）について、帰責事由がないことを立証しない限り、責任を免れることはできない（会社 428 条 1 項）。

〔2〕X 社が Y 社との間で締結した本件契約が事業譲渡（会社 21 条 1 項）にあたるか。事業譲渡（当時は「営業譲渡」）の定義について、判例（最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1600 頁）は、「一定の営業目的のために組織化され、有機的の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）の全部または一部を譲渡し、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、譲渡会社からの譲渡の限度に応じ法律上当然に〔会社 21 条〕に定める競業避止義務を負うもの」と述べる。本問において、Y 社は、X 社から、本件

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

契約によって「不動産部門の関連資産と従業員の承継等」を行い、実際に不動産業を行っている。X社とY社との間には積極的に競業を認める旨の特約があるため、上記定義とは異なることから、事業譲渡にあたらないとの指摘もありうるが、事業譲渡について株主総会の特別決議による承認(会社467条1項)を要求する会社法の趣旨に鑑み、株主保護の観点から、譲渡人が競業避止義務を負わないとしても、事業譲渡に該当すると考えられる。

本件契約が事業譲渡に該当するならば、本件契約が適法な株主総会の承認を受けていないことが問題となる。判例(最判昭和61年9月11日判時1215号125頁)は、譲渡会社において株主総会の承認を得ない事業譲渡は何人との間でも常に無効であり、譲渡会社、譲渡会社の株主・債権者等の会社の利害関係人のほか、譲受会社もまた右の無効を主張することができる旨を判示する。そのため、本件契約が株主総会による適法な承認を受けていなかったため、Y社への事業譲渡は無効であるという事実を、譲渡会社であるX社の側が主張したこと自体は違法ではない。しかし、上記判例は、譲渡会社が譲渡契約に基づく債務をすべて履行済であり、譲受会社も苦情を申し立てたことがない上、事業譲渡(当時は「営業譲渡」)が有効であることを前提として事業活動を行っていたにもかかわらず、譲渡会社の側から、株主総会決議を経ていなかったことを、事業譲渡契約の20年後に主張した場合、当該主張は信義則に反して、許されないと述べていた。本件事案においても、同様の事情が認められる場合、本件契約から5年を経過してなされたX社の主張が信義則違反として許されず、認められないと考えられる。

(もちろん、信義則を理由として無効の主張を封殺するには5年の期間は短すぎるとして、X社の主張が認められるという考えもありうる。しかし、X社の唯一の株主は同社の代表取締役であるPであり、Pはいつでも有効な株主総会を開催する機会があったことや、株主保護=Pの保護という事実を考慮すると、X社の主張は信義則違反により認められないという結論により説得性があるのではと思われる。)

刑法

I

1 論 点

本問は、大阪高判平成 14 年 9 月 4 日（判タ 1114 号 293 頁）を題材にして、第三者を救助しようとした行為者が当該第三者を傷害し、死亡させた場合の罪責を問題としています。

P に対しては傷害罪の構成要件に該当しますが、正当防衛の成否が問題となります。そこではやむを得ずにした行為といえるかのあてはめが問題となるでしょう。

X に対しては、まず構成要件該当性が問題です。甲には X に対して暴行を加えるつもりも傷害するつもりもないように見えるからです。したがって、X に対する過失犯（過失運転致死罪）が認められるように思われます。他方で、法定的符合説の観点から X に対する暴行の故意を認めるか、あるいは X に対する未必の故意を認めるといった方法で X に対する傷害致死罪の構成要件該当性を認めることができるかもしれません。いずれにせよ、X を助けようとして行った行為のその後の処理が問題となります。

2、P に対する犯罪

（1）構成要件該当性

甲は X を助けるために P のいる辺りに向けて車を後退させ、P の右手に接触させ、さらに驚いた P が転倒して打撲傷を負っているのですから、傷害罪の構成要件に該当します。もっとも、X の打撲傷は車の衝突そのものから発生したものではありませんので、因果関係について一言触れておく必要があるでしょう。また、傷害罪においても故意が必要ですが、204 条と 208 条の条文解釈から、傷害罪は暴行罪の結果的加重犯を含むとして、少なくとも暴行の故意を認定しておく必要があります。

（2）違法性阻却事由

甲は X を P の暴行から救助するために本件暴行に及んでいますから、「他人の権利を防衛するため」の正当防衛が認められるかを検討する必要があります。

正当防衛は、急迫不正の侵害、第三者の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為、という要件の充足を認定する必要があります。

急迫不正の侵害、第三者の権利を防衛するためについては特に争いはないでしょう。では、やむを得ずにした行為、はどうでしょうか。やむを得ずにした行為とは、「急迫不正の侵害に対する反撃行為が、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のものであること」と定義されます（最判昭和 44 年 12 月 4 日刑集 3 巻 9 号 1465 頁）。これは、正当防衛においては単に発生した結果を比較するのではなく、行為と行為を比較することを求めるものです。

そうすると、本件では P は X に対して木刀で殴りかかるという侵害行為と、それに対して甲が P のいる辺りに向けて車を後退させて右手あたりに衝突させるという反撃行為が、X の法益を防衛する手段として必要最小限度といえるかが問われることとなります。

この点について X は木刀で二発殴打された上に、さらに P に木刀で襲いかかられており、甲も、本件車両の中に居たものの、2、3 名から木刀やバールで攻撃を受け、運転席側にも一撃を受けており、両名に対する危険は相当高まっていたと認められます。そうすると、この急迫不正の侵害に対し、P に車両の威力を示して追い払うため、P がいる付近を目がけて車両を発進する行為は、防衛行為としてなお必要最小限度といえるでしょう。したがって、正当防衛が成立し P に対する傷害罪は成立しません。

もちろんこれと異なる判断は可能ですが、その際も、やむを得ずにした行為、の定義に即して事実を評価していくことが必要です。

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

2、X に対する犯罪

(1) 構成要件該当性

X に対してはどのような構成要件が考えられるでしょうか。X に対する故意が認められるとすると傷害致死罪に、故意が認められないとすると過失運転致死罪に該当するようになります。

X に対する故意を認めるためには2つの方法があります。1つは、甲がPに対しては少なくとも暴行の故意を有していることから、法定的符合説を用いてXに対する故意も認めるという方法です。もっとも、甲のPに対する暴行は、正当防衛として犯罪が成立しませんから、そこでいう暴行の認識も「罪を犯す意思」ではないということになるのですから、法定的符合説を支持したとしても、それをもって本件でXに対する故意を認めることはできないことになるでしょう。

他方、甲はPのいるあたりに向けて車を後退させることは認識しています。その時点でPとXは現場でもみあっているのですから、甲にXに対する未必の故意が認められるのではないかと、ということが次に問題となります。

そうすると、甲はXに対する未必の暴行の故意をもって車を衝突させ死亡させたとして、傷害致死罪の構成要件に該当することになります。

(2) 違法性阻却事由

甲の行為になんらかの違法性阻却事由が認められるでしょうか。

まず、正当防衛は急迫不正の侵害者に向けられるものですからXに対する行為をそのようには評価できず、本件では正当防衛の成否は問題となりません。

では、緊急避難はどうでしょうか。被救助者本人の法益を守るために被救助者の法益を侵害することは、場合によって緊急避難と認められる場合もあるかもしれませんが、もっとも、緊急避難は正当防衛と異なり、害の衡量が要求されますから、本件で害の衡量を認めることはできないように思えます(仮にXの生命に危険が及んでいたとしても、Xの命を救うためだからXの命を奪ってもかまわない、ということにはならないでしょう)。

したがって、緊急避難によって違法性を阻却することができません。

(3) 責任阻却事由

違法性が阻却されなかったとしても、甲はXを傷つけることは意図しておらず、むしろXを助けるために行動したという点から、Xに対する非難が減少することは否定できないでしょう。その点をどのように説明するべきでしょうか。

上述の大阪高判は、この点に関して、「被告人(本問にいう甲)が主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、Xに本件車両を衝突させ轢過してしまった行為については、故意非難を向けうる主観的事情は存在しないというべきであるから、いわゆる誤想防衛の一種として、過失責任を問い得ることは格別、故意責任を肯定することはできないというべきである」として、Xに対する傷害致死罪を認めた原判決を破棄して無罪を言い渡しました。

急迫不正の侵害がないのにあると思って暴行に及んだ場合のように、正当防衛の事実的前提に関して誤信がある場合を誤想防衛とよび、厳格責任説を採る見解を除いては、その誤信は事実の錯誤として(責任)故意を阻却するとされています。

故意非難とは、犯罪に当たる事実を認識したならば規範意識を働かせてその行為を避けるべきであったのにあえてその行為を行ったことに対する非難だとすると、行為者の認識する事実が正当防衛であったならば、その行為を避けるべきであったと非難することができないからです。

本件は、典型的な誤想防衛ではありませんが、正当防衛に当たる事実を認識しながら行為をしているという意味で共通だといえるでしょう。ゆえに、「誤想防衛の一種」として故意責任を否定したと考えられます(なお誤信したこと自体については過失を問う余地はあります)。

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

わが国の刑法典には規定がありませんが、本件をいわゆる「免責的緊急避難」として評価することもできるかもしれません。興味がある方は、一度調べてみてください。

4 印象点など (40 点)

本件では、構成要件該当性、違法性、有責性にまたがる議論が必要です。書く成立要件について、三段論法を使いながら事実関係を適切に評価していくことが求められます。

5 答案の講評

P に対する行為については、傷害罪の構成要件に該当するとした上で正当防衛の成立を認めるという答案が多く見られました。

構成要件に該当すると書くべきところ、傷害罪が成立する、と書いている答案が見られました。犯罪は、構成要件該当して違法で有責な場合に成立するのですから、構成要件に該当しただけでは成立しません。犯罪を体系的に理解するように努めてください。

また、正当防衛の成立要件についてあてはめが不十分な答案が見られました。本件では自動車での接近という一見すると危険な行為を行っているのですから、その点については特に慎重に検討するべきであったように思います。

X に対する行為については、何の理由もなく過失運転致死罪の構成要件に該当するという答案が見られました。P に対しては正当防衛が成立するのですから法定的符合説を用いて X に対する故意を認めることはできないとしても、X に対する未必の故意が肯定される余地は十分にあります。したがって、本件を過失犯にするのであれば、未必の故意の点について検討しておく必要がありました。

構成要件該当性の問題はおくとしても、多くの答案が本件で緊急避難を認めていました。一般に緊急避難は、現在の危難、避難行為の必要性と補充性、害の均衡（および避難行為の相当性）が必要だとされています。

しかし、緊急避難が認められるかについて、それぞれの要件に照らして事実を適切に評価しながら判断しているとは評価しがたい答案が多く見られたことは残念でした。

本問では、上述の判例を踏まえて、正当防衛・緊急避難を否定した上で、これを責任の問題として処理するという答案が見られることを期待していましたが、残念ながらそのような解答はほとんど見ることはできませんでした。

上述の判例は、判例百選 I の 28 番に取り上げられているものです。刑法の学習は犯罪の体系的理解と判例に現れた事案の具体的解決が両輪となって学習が進んでいきます。皆さんには、ぜひ百選レベルの判例の理解から始められることを強く期待しています。

II

1 論点

本問は、占有者が意識して短時間手元から離れた財物を、その様子を見ていた乙が、警察に逮捕してもらおう目的で持ち去ったという事案に関する窃盗罪の成否と、その持ち出し直後に持ち出された財物を取り戻そうとして暴行を加え、持出し者に傷害を負わせた甲の罪責を問うものです。

そこでは、乙については、①短時間意識して手元から離れた財物に、まだ、甲の占有が認められるがゆえに乙に「窃取」があるといえるのか、②警察に逮捕してもらおう目的での財物持出しに「不法領得の意思」が認められるのか、といった問題があります。

また、甲については、③不法に持ち出した者からの自己所有物の取戻しとそれによる傷害惹起はどのような罪の構成要件に該当するか、④持ち出し直後の自己所有物の取戻しは「急迫不正の侵害」に対する防衛行為なのか、それとも、侵害終了後の占有回復という自救行為なのか、という問題のほか、⑤取

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

戻しのために乙の顔面を拳で数回殴打し、乙が持っていた甲のカバンの持ち手を手でつかんで引っ張ってそのカバンを取り上げ、それによって乙に加療1か月を要する打撲傷と、カバンを引っ張られた弾みで通路に手を付き、手の平を擦りむくことによる加療1週間を要する擦過傷を負わせた行為は、「防衛の程度」を超えた、または正当な自救行為の限度を超えたものとして違法となるか、といった論点が問題となります。

なお、本問のモデルは、平成27年度司法試験論文式問題刑事系第1問の後半部分です。

2 乙の罪責 (30点)

(1) 窃盗罪における「窃取」

乙は、甲がカバンを置いて自動券売機に向かう様子を見て、甲がベンチにカバンを置いた1分後に、ベンチに置かれた甲のカバンを抱え、待合室を出ています。そこで、この行為が窃盗罪(刑法235条。以下、「刑法」は略)にいう「他人の財物を窃取した」に当たるかどうかの問題となります。

もちろん、当該カバンは乙の所有物ではないので、「他人の財物」に当たることは言うまでもありません(「所持説」によれば「他人の財物」とは「他人の占有する財物」と解されるという理解が一部にありますが、「自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。」と述べている242条にいう「自己の財物」や「他人の財物」は、それぞれ「自己の所有する財物」、「他人の所有する財物」であり、かつ、「他人の財物とみなす。」にいう「他人の財物」は235条のそれですので、これは誤解です。本権説と所持説の争いは、ここではなく、242条の「他人が占有」を、本権の裏付けのない占有ないし本権の保護に役立たない占有も含むと解するか否かの争いです)。

客観的には、甲は当該カバンを意識してベンチに置いてすぐ近くの自動券売機に寄っただけであり、かつ、乙はその様子を見た上で甲がベンチにカバンを置いた1分後にこれを持ち出しています。そうすると、「本件写真機は当日昇仙峡行のバスに乗るため行列していた被害者がバスを待つ間に身辺の左約三〇糎の判示個所に置いたものであって、同人は行列の移動に連れて改札口の方に進んだが、改札口の手前約二間(三・六六米)の所に来たとき、写真機を置き忘れたことに気がつき直ちに引き返したところ、既にその場から持ち去られていたものであり、行列が動き始めてからその場所に引き返すまでの時間は約五分に過ぎないもので、且つ写真機を置いた場所と被害者が引き返した点との距離は約一九・五八米に過ぎないと認められる」と述べて窃盗罪の成立を認めた最判昭和32・11・8刑集11巻12号3061頁などを考慮すれば、本問でのカバンもなお甲の占有下にあり、これを無断で持ち出す乙の行為は「他人の財物を窃取した」に当たるものと思われます(このように、財物が他人の占有下にあることは、窃盗罪においては、「他人の」ではなくて「窃取した」の要件の問題であることに注意してください。最近司法試験予備校でも、そのように教えています)。

(2) 窃盗罪における「不法領得の意思」

もっとも、乙は上記のカバンを警察に逮捕してもらおう目的で持ち出しており、カバン自体を経済的方法に従って利用または処分する意思を持っていません。このような場合には、「権利者を排除してその物の所有者としてその経済的用法に従い利用または処分する意思」という窃盗罪における「不法領得の意思」が欠けるので、乙には窃盗罪は成立しないこととなります。

もっとも、窃盗罪が成立しない場合でも、他人のカバンの無断持ち出しは違法な行為ですので、甲の罪責を論じる上では、これは正当防衛か、または適法な自救行為の余地があることを忘れないでください。

なお、このような逮捕目的での財物の持ち出しについては、広島高松江支判平成21・4・17高刑速(平21)205頁は、『「経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」とは、単純な毀棄又は隠匿の意思をもってする場合を排除するという消極的な意義を有するに過ぎないと解されるのであり、奪った現金

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

を自首の際にそのまま提出するつもりであったというのは、要するに他人の財物を奪って所有者として振る舞う意思であったことに何ら変わりはなく、単純な毀棄又は隠匿の意思をもってする場合には当たらないから、不法領得の意思を否定することにはならないというべきである。」として、本問類似の事例において「不法領得の意思」を認めています。

しかし、「不法領得の意思」が欠けるのは、何も「単純な毀棄又は隠匿の意思」の場合ばかりでなく、「無断一時使用(=使用窃盗)の意思」の場合も含む上、すぐに警察に逮捕してもらう目的で一時的に他人の財物を持ち出す意思は、まさに、「無断一時使用の意思」ですので、この裁判例の理由付けは非論理的だと考えられます。また、その結論も、好意的に受け止められてはいませんので、これには従わないほうがよいでしょう。

(3) 業務妨害その他の罪の可能性

もともと、窃盗罪は成立しなくても、偽計業務妨害罪(233条)その他の罪の要件が充たされれば、それは成立し得ます。本問では、上記のカバンには業務用の書類が入っていましたので、それによって甲の業務が妨害される可能性を乙が認識していたのであれば、偽計業務妨害罪の成立は可能です。

ただ、甲による上記カバンの利用が阻害された事実のみで器物損壊罪(261条)を認めるのは疑問です。確定した判例もありません。当該カバン自体は、物理的にも心理的にもその効用を害されておらず、また、広大な湖沼に逃がされた鯉と異なり、警察署に行けば容易に取り戻せるはずのものだからです。占有がないことで本人が利用できないという点は、信書隠匿罪(263条)などに当たる場合にのみ、刑法上の犯罪となります。

3 甲の罪責(30点)

(1) 暴行を用いた取戻し行為の構成要件該当性

甲の罪責を論じるためには、まず、その行為がどの罪の構成要件に該当するかを検討しなければなりません。その際には、甲の行為が無断持ち出しされたカバンの取戻しであったことは捨象して、「乙の顔を拳で数回殴打し、乙が持っていた甲のカバンの持ち手を手でつかんで引っ張ってそのカバンを取り上げ」て負傷させた行為を評価しなければなりません。

よって、ここでは、強盗致傷罪(240条前段)と傷害罪(204条)のいずれの構成要件を選ぶべきかが問題となります。なぜなら、「自己の財物であっても、他人が占有……するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。」(242条)にいう「他人が占有……する」を、本権の裏付けのない、かつ、本権保護に役立たない占有も含むと解すれば(「純粋所持説」)、上記のカバンに対する乙の占有を害してこれを奪う行為は「他人の財物を強取した」(236条1項)に該当し、それによって「強盗」と評価される甲がその機会に乙を負傷させれば強盗致傷罪になるからです。

これに対して、上記の「他人が占有……する」を、本権の裏付けのある、または本権保護に役立つ占有に限定されると解すれば(「本権説」)、所有者である甲が無断持ち出しをした乙から上記のカバンを取り戻す行為は「他人の財物を強取した」に当たらず、ゆえに乙を負傷させた点だけが傷害罪の構成要件に該当することとなります。

(2) 甲による取戻し行為の評価

違法性の段階では、まず、甲による取戻し行為を「急迫不正の侵害」に対する防衛行為と解するか、それとも侵害終了後の占有回復を図る自救行為と解するかが、問題となります。乙が上記カバンの占有をすでに確保していると解すれば侵害終了後の自救行為となり、まだ確保できていないと考えれば侵害継続中の防衛行為となります。本問では判断が分かれるかもしれません。

次に、この取戻し行為が正当防衛ないし適法な自救行為として違法性を阻却されるか銅貨が問題となります。防衛行為であれば、中心論点は「防衛の程度」を超えているか否かです。そこでは、「防衛行為

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

の相当性」の定義を示して、本問の具体的事実を当てはめた上で、決断することになります。なお、「防衛行為の相当性」の定義は、「急迫不正の侵害に対する反撃行為が、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と」(最判昭和 44・12・4 刑集 23 卷 12 号 1573 頁)です。

自救行為であれば、同じく、それが正当化される要件を示して、事実をこれに当てはまる必要があります。自救行為については、刑法に明文の規定はありませんが、占有回復のための自救行為が一定の範囲で許されることは、「財物を得てこれを取り返されることを防」ぐ目的での暴行・脅迫が強盗として重い罪責を負わせられること(「事後強盗罪」)から推論できます。したがって、①物の占有者が占有を奪われた直後に、②占有回復のために③必要かつ④相当な程度の暴行を加えたときには、当該暴行の違法性は阻却されるものと考えてよいでしょう。なお、正当防衛の場合と異なり、財物取戻しに比して著しく均衡を失するような生命・身体の侵害は、ここにいう「相当」性は認められないものと考えられます。

これらの基準を本問の甲の暴行に当てはめた場合、防衛行為だと考えれば、乙の少々の負傷は権利防衛のために必要最小限度の行為と考える余地があるかもしれません。しかし、自救行為だと考えた場合には、カバン等の財物に比して乙の負傷が均衡を失っていると解する余地があります。その場合には、甲の行為の違法性は阻却されません。

(3) 違法であった場合の甲の罪名

そこで、甲の暴行が違法であったとすると、その罪名が問題となります。(純粹)所持説に依拠すれば、甲の行為は「他人の財物を強取した」強盗であり、ゆえに「強盗が、人を負傷させた」として無期または 6 年以上の懲役に当たることとなります。他方、本権説に依拠すれば、甲の行為は「人の身体を傷害した」ものであり、ゆえに傷害罪として 15 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金に処せられることとなります。

取戻しが行き過ぎた場合ですので、いずれにしても量刑は法定刑の下限近くになると思いますが、その差が重要です。酌量減輕を別にすれば、強盗致傷罪では——酌量減輕しないと執行猶予が不可能な——6 年の懲役ですが、傷害罪ですと 1 万円の罰金になります。とくに、行き過ぎた自救行為では、過剰防衛のような刑の減免の余地はありません。あとは、どちらがバランスの良い結論か、考えておく必要があるでしょう。

4 印象点 (40 点)

本問は、乙につき「窃取」と「不法領得の意思」が、甲につき、強盗致傷罪と傷害罪のいずれの構成要件に該当するかと取戻し行為の違法性が問題となります。それぞれの論点の位置づけを明確にして、かつ論理矛盾なく書かれているかどうか、印象点を左右します。

5 答案の講評

(1) 乙の罪責について

答案は、おおむね、乙の罪責から先に書いてありました。なぜなら、乙の行為を違法と評価しないと、甲の行為の評価ができないからです。もっとも、財物が他人の占有下にあるものでなければならぬ理由を「窃取」要件の問題だと意識せず、「他人の財物」要件の問題だとしている答案が見受けられました。きちんとした文言解釈を心がけてください。

また、警察に逮捕される目的での本件カバンの持ち出しに「不法領得の意思」を認めてしまった答案も散見されました。一時的な持ち出しであること、(窃盗は未遂でも、逮捕されることはできるのですから)カバン自体の経済的用法ではないことを意識してほしいと思います。

さらに、乙の窃取行為を、甲に取り戻されたから未遂だとしている答案も見受けられました。しかし、窃取既遂直後の取戻しもあり得るのですから、この説明は妥当しません。既遂要件である「取得」の意

2019 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

味を正確に押さえてください。

(2) 甲の罪責について

純粹所持説を採用すると甲の財物取戻しは強盗致傷罪になることを意識せず、漫然と傷害罪を検討したものが目立ちました。また、「強取の手段」によって乙が負傷したことを意識せずに、漫然と、強盗と傷害に分けたものもありました。各論の基礎知識ですので、しっかり押さえておいてください。

また、すでに待合室を出ている乙の侵害がなお継続しているといえるかどうかを検討せずに、甲の取戻し行為を防衛行為の枠組みで検討するものが多かったですね。「急迫不正の侵害」の終了時期を意識してください。また、単純に防止しようとした侵害と生じた結果との比較のみで「防衛の程度を超えた」という論証を済ませているものも目立ちました。「相当性」の正確な定義と当てはめを怠らないようにしてください。

最後に、強盗致傷罪を認めた答案については、取戻し行為が少し行き過ぎただけでも（酌量減輕を別にして）6年以下の懲役という結果でよいのか、結論のバランスに配慮することをお勧めします。

2019 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)

I

(1) 民事訴訟では、弁論主義から、当事者が主張しない事実については、裁判所は証拠によって認定して判決の基礎とすることができないが、どちらか一方当事者が主張している事実であれば、判決の基礎とすることができる。本問では、このようなことを字数内で記載することが期待されていた。

(2) 自白が撤回できるのは、一般に、①相手方が撤回に同意した場合、②刑事上罰すべき他人の行為により自白した場合、③真実に反しかつ錯誤があった場合、である。字数に余裕があれば、さらに判例は反真実が証明されれば錯誤は事実上推定しうるとしていること、などの説明も追加することができよう。

II

(1) 本件訴訟においては、Zが当事者となるべきであったという点から、当事者適格がYにはないとして訴え却下判決をすべきであるようにみえる。

しかし、給付の訴えについては、通常の場合、権利者であると主張する原告と、原告によって義務者であると主張されている被告とに、当事者適格があるから、本件訴訟においても、Xによって義務者であると主張されているYに当事者適格があり、XはYに対して貸金返還請求権を持っていないという意味で、請求棄却判決をすべきである。

Zを被告とすべきであるというYの主張から、当事者適格の問題とした答案も見られたが、民事訴訟法の基本を理解していれば正しく答えられたはずである。

(2) 契約が代理人によって成立したかどうかについて、当事者が触れない場合において、証拠資料のみから、代理人によって契約が成立したと認定することができる、とした判例がある。本人によるか代理人によるかはその法律効果に変わりがないことを理由とする。

しかし、本人による契約の成立か代理人による契約の成立かによって意思表示をする者が異なるから、当然要件事実も異なるのであり、代理人によって契約が成立したというのであれば、弁論主義から代理人によることの主張が必要である、とすべきである。したがって、設問のような認定はすることができない。

以上が、標準的なものとして期待される解答内容の概要であるが、さらに、裁判所は、このような場合、事前に釈明権を行使して代理の要件事実について主張させるべきである、という議論や、当事者に不意打ちがなかったのであれば、事後に上告理由や上告受理申立理由とならないとすることはありうる、という議論なども可能であろう。

代理人によったとの事実は主要事実ではないから主張がなくても認定することができる、という答案も見られたが、要件事実論の理解を深める必要がある。

2019 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〕捜査比例の原則について、関連する条文を挙げつつ、説明しなさい。

捜査上の処分について、①目的達成に必要な最小限度の手段であること、かつ、②捜査の必要と捜査による法益侵害の程度が均衡していることを要求する原則。197条1項などが根拠規定となる。

①の必要性の原則や197条1項には、概ね、言及できていた。しかし、②の相当性の原則に言及できていない答案が少なくなかった。

〔2〕予断排除の原則について、関連する条文を挙げつつ、説明しなさい。

公判の証拠調べ前に、被告人を犯人と断ずるような心証を裁判所に形成させないことを要求する原則。256条6項の起訴状一本主義、296条の冒頭陳述の制限などが予断排除の原則の現れとなる。

裁判所の公正さを損なう予断・偏見を防止する手続原則であることや256条6項には、概ね、言及できていた。ただし、証拠調べ前の手続を規制する原則であることに明示的には言及できていなかった。

II

【事例】における搜索・差押え現場の写真撮影は、個人の居宅内に立ち入った無承諾の撮影であり、その法益侵害の重大性にかんがみ、強制処分の検証にあたる処分といわなければならない。このことを前提に論述すべきものとなる。なお、【事例】の写真撮影は、逮捕現場における無令状の搜索・差押え・検証のさいに行われたものであり、令状による搜索・差押え・検証の現場で行われたものではない。この点、後者と思い込んだ答案が一部にあった。【事例】の事実関係は、正確に読みこんでほしい。

写真撮影1は、傷害事件の証拠物であるカッターナイフについて、その証拠物としての証拠価値を明らかにするため、その発見状況を撮影するものであり、搜索・差押えに必要な附随処分として、適法となる。刑事訴訟法220条1項2号、同条3項、222条1項、111条(「必要な処分」)などが根拠規定として挙げられる。

なお、搜索・差押えの附随処分だといわず、写真撮影1自体が独立した検証の処分だという答案も少なくなかった。しかし、カッターナイフは証拠物として差し押えられるため、独立の検証として、写真撮影して証拠保全する必要性はない。

写真撮影2は、傷害事件の証拠物でない運転免許証の撮影であり、搜索・差押えに附随する処分といえないため、違法となる。

ただし、カッターナイフを発見したサイドテーブルについて、Xの使用を立証するため行われる撮影と捉えたとき、①収納の引き出しが異なるが、写真撮影1と同様な理由で、すなわち、搜索・差押えの附随処分の1つとして、適法といえないか、検討してよいし、また、②Xの運転免許証が引出し内にあった状況自体を証拠保全する、独立の検証として、適法といえないか、検討することもできる。答案では、証拠物でない運転免許証の撮影を違法としつつ、上記①の点に踏み込んで、適法性の検討を深めたものがあり、評価できた。

写真撮影3は、拳銃が傷害事件の証拠物でないため、Xの傷害罪逮捕に伴う無令状検証としては、やはり違法といわなければならない。

ただし、拳銃は、所持が許されない法禁物であるため、写真撮影3についても、任意処分(無承諾の撮影)として適法かどうか、特別な検討をすることができる。具体的には、拳銃の撮影について、正当な法益(無断撮影されない権利)の侵害を主張し難いため、強制処分でなく任意処分となることを前提に、(a)拳銃発見後の現行犯逮捕の適法性を担保する撮影として、あるいは、(b)拳銃の差押許可状の請求資料とするための撮影として、必要性(緊急性)・相当性がないか、検討するものとなる。ただし、答案で、これらの点に踏み込んで的確に論述できたものはなかった。

2019 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】

社会組織や人間関係、制度の価値について、徳川社会と現代社会を「である」ということと「する」ということと対比して説明することを求めている。

筆者は、①前者の論理が、身分や属性を重視する論理で、後者の論理が現実的な機能と効用を問う論理であるとして、②徳川時代においては、出生、家柄、年齢という要素が社会関係において決定的な役割を担っており、このような社会では各自が所属している既定の間柄が人間関係の中心になり、③そのなかで「する」ことに基づく関係にしても、できるだけ「である」関係をモデルにしてそれに近づこうとする傾向にあるとしている。これに対し、④現代社会では、社会の政治、経済、教育等様々な作用の間に分業が進み役割関係に変わっていった。⑤このような社会では、人物の評価は、その人が何をしたかという業績が重要となる旨論じている。

上記①～⑤の諸点について、徳川時代と現代社会を対比して概ね論じていたように思われるが、さらに、特に日本の現代社会における、「自由」や「民主主義」の問題に論及すれば高い評価となる。

【設問Ⅱ】

上記の「である」論理から「する」論理への価値評価の変革が近代日本のダイナミックな「躍進」の背景に作用していたといえるが、そのなかで、日本社会においては、「である」価値の浸透と「する」原理の間にどのような混乱があり、一方その克服について筆者はどのように考えているのかについての説明を求めている。

筆者は、①「である」価値から「する」価値への価値規準の転換が、近代日本の「躍進」の背景に作用していたとしつつ、日本では神聖化された制度や「状態」から、具体的な政策が押し出されてくるかのような考え方が意識的無意識的に行われており、②「する」原理をたてまえとする組織が、しばしば「である」社会のモラルによってセメント化されて来たところに、近代日本の「宿命的」な混乱があり、日本人は「である」行動様式と「する」、行動様式とのゴツタ返しのなかで多少ともノイローゼ症状を呈しているとする。さらに、③政治のように「『する』こと」の価値に基づく不断の検証がもっとも必要なところでは、それが著しく欠けているのに対し、例えば、住居や、余暇の過ごし方、さらには学問や芸術という、「する」ことにさほど価値を見いだせない部面で、かえって効用と能率原理が進展しているという問題点を指摘している。④その中で、例えば、「政治化」の時代においては、文化の（文化人ではない！）立場からする政治への発言と行動が本当に生きてくると考えられ、そうした行動によって「である」価値と「する」価値の倒錯を再転倒する道がひらかれ、⑤現代日本の知的世界において、ラディカル（根底的）な精神的貴族主義がラディカルな民主主義と結びと内面的に結びつくことであると主張している。

多くの答案は上記①、③、④等については論じているもの、②の問題点や⑤についてまで論じるものは少なかった。とりわけ、②に記載している日本の社会においては「する」原理の組織が「である」社会のモラルによってセメント化されているという問題点について論及するものが少なかった。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、字数が非常に短いものが散見され、そのような答案は当然のことながら、説得力に乏しかった。