

# 2019 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)

問題Ⅰは、表現内容規制・内容中立規制二分論及びその適用に関する基本問題である。全体として、よく書けている答案と、問題の所在を十分把握できていない答案に大きく分かれた。基本問題であるだけに、基礎的な理解の有無が評価を大きく左右したと思われる。

(1) では、そもそも内容規制及び内容中立規制とは何かについて理解できていない答案が散見された。また、二分論それ自体を知っているものでも、内容規制と内容中立規制とで審査の厳格度を変える二分論の根拠について全く書かれていない答案、あるいは書かれていても不十分な答案が多く見受けられた。たとえば「内容規制は、中立規制に比べて規制態様が厳しい」とだけ書かれていても、なぜ内容規制が「厳しい」といえるのかについて、説明したことにはならない。思想の自由市場論に基づくなどして、根拠についてある程度論じることが求められているのであって、そうした論述ができていない答案も相当数あった。なお、二分論自体を批判した上で二分論以外の立場を採用する論述は加点対象としたが、そのような答案はほとんどなかった。

(2) では、(1) を前提に本問の規制の合憲性を検討しなければならない。ほとんどの答案が本問の規制を内容中立規制と正しく指摘できていたが、あてはめの検討は、一部を除き、全体的に不十分なものであった。とくに多かったのが、手段審査を「30万円以下の罰金」だけに着目して検討するものである。たしかに刑罰は人権に対する厳しい制約ではあるが、人権制約の合憲性審査においては、そもそも当該行為を規制することそれ自体の必要性・合理性を問うべきであって、制裁の大きさや種類は二次的な事情である。すなわち、手段審査は、審査基準の文言が示すように、まさに規制目的との関連性において必要最小限度性を問わなければならない、本問に即していえば、「美観維持のためにすべての地域で電柱への広告物の掲載を禁止することが必要かどうか」を検討しなければならない。規制手段が刑罰であるというだけで、直ちに過剰包摂となるわけではない。

また審査基準として厳格な基準を設定していながら、肝心のあてはめでは立ち入った検討をすることなく、あっさり合憲と判断する答案がいくつもあった。そのような検討では厳格な審査基準を適用したとは言えず、審査基準の意味を十分理解できていないと言わざるを得ない。制約されている行為が「優越的地位」を有する人権である場合には、当該行為によって何らかの迷惑が生じる可能性があるという事情だけでは、規制を簡単に正当化することはできないということを改めて確認する必要がある。

さらに本問は、法令審査(法令違憲か否かの審査)を問っているが、法令審査と適用審査を区別できずに回答している答案が散見された。法令審査の場合には、本件のポスターが政治的表現であるといった個別事情をそのまま用いてはならない。本問の個別事情を参酌するとしても、そこから電柱への広告物掲示の一律禁止の問題性を指摘するなど、法令の一般審査の形式を崩さない限りで行わなければならない、事例の使い方には注意が必要である。

問題Ⅱは、国政調査権の行使について、限界の有無、あるとすればどんな限界か、国会が国権の最高機関である(憲法41条)ことの理解とその限界論とがどのように論理的に関係しているのか、などを答えさせる極めて基本的な問題である。しかしながら、この問題を選択した答案はなかった。

# 2019 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)

本問は、札幌高判平成 28 年 11 月 18 日判時 2332 号 90 頁を素材として、公務員の懲戒処分の違法性を検討させる問題である。内容的にはきわめて基本的なものであり、本件処分が重すぎるという点に着目すれば、解答は容易であったと考えられる。

### 【解説】

#### 1 懲戒処分における行政裁量の存在

公務員の懲戒処分については、処分権者に行政裁量が認められると考えられる。国家公務員法に関するものであるが、判例も(最 昭和 52 年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1225 頁)、公務員に対して「懲戒権者が懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶべきかは、その判断が、懲戒事由に該当すると認められる行為の性質、態様等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、広範な事情を総合してされるべきものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる懲戒権者の裁量に任されているもの」とし、処分権者に裁量を認めている。

したがって、本件処分が違法となるのは、本件処分が、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を逸脱し、あるいは、それを濫用したと認められる場合に限り違法であると考えられる。

#### 2 本件処分が裁量の範囲を逸脱・濫用していたことの検討

本件指針は、裁量基準であり、本問では本件指針に基づいて検討することとなる。本件指針自体が不合理で違法との方向で検討することも可能であろうが、本問に示された事実からはそのような検討はやや困難であろう。

次に、本問では以下のような事情をあげて、本件処分が X の事情等からは、重すぎるという主張を考えることとなる。

第 1 に、B は、本件非違行為が窃盗に類似するものとして、本件指針を適用し、X を懲戒処分としているが、刑事訴訟における量刑の差異を考えると両者を類似するとみることはできないのではないかとという点である。第 2 に、本件非違行為の結果であるが、X が得た額は 10 万であり多額の利益を上げたとは言えないし、また、A 社との間で示談を行い、犯罪として起訴されていないことから、本件処分がなされるほど重大な結果を生じているということとはできないという点を指摘することができる。第 3 に、X の職責(職責は重くない)、勤務態度や過去の非違行為(勤務態度は常に良好であり、過去に非違行為はない)ことから、本件処分は適切とは言えないのではないかと考えられる。

以上のような事実をあげて、本件処分が懲戒処分としては重すぎる処分であるということを検討していれば、解答としては十分である。

### 【答案を読んで】

多くの答案が裁量について何らかの形で触れていたが、どのような裁量が問題になるかについては具体的に示していないものや、裁量が違法となるのはどのような場合かについて、本問の事実を照らして具体的に論じていない答案がみられた。

また、一定数ではあるが、手続的瑕疵を指摘するものが見られた。本問は手続的な違法がないことが前提とされていることから、不要な記載である。

# 2019 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 背信的悪意者

背信的悪意者とは、すでに物権変動があった事実を認識しており、その物権変動について登記の欠缺を主張することが信義則に反すると認められる者をいい、民法 177 条の第三者から除外される。

背信的悪意者は、登記をしなければ対抗できない第三者の主観的範囲にかかわる。答案では、背信的悪意者が問題となる具体的な状況・場面が理解できていないものや、第三者の善意・悪意が何を対象にしたものであるのか、すなわち、すでに不動産の物権変動が生じていることについての善意・悪意であることについて指摘できていない答案、登記の欠缺を主張することができない根拠として、信義則（1 条 2 項）に反することを挙げていない答案も少なくなかった。

#### 2 具体的相続分

共同相続人間の公平を図るため、共同相続人の中に被相続人から遺贈、贈与を受けた者がいた場合の特別受益や、寄与分を考慮して算定される相続分のことである。相続法の基本用語の一つであるが、相続のプロセス全体が理解できておらず、そのどこで、どのように具体的相続分が使われるのか、押さえられていないと思われる解答が多かった。相続法は、司法試験では短答式のみならず論述式試験においても出題されるし、実務でも重要であるから、基礎はしっかり学習しておいてほしい。

### II 論述問題

#### [1]

本問は、X A間の売買契約の意思表示の詐欺取消または債務不履行解除の意思表示の前後に登場した第三者との関係を、不動産と動産について問う。しかも、所有権対所有権ではなく、所有権対抵当権および所有権対譲渡担保であるところが少々応用的であった。

問題文から、他の無効・取消事由や約定解除は検討しなくてよいが、取消し、解除の両方を検討した答案は多くなかった。ただ、取消前・解除前については、第三者保護規定が異なるだけで（96 条 3 項と 545 条 1 項ただし書）、基本構造は同じと考えてよいので、一方だけの答案も最大 70%程度には評価した。他方、取消し後・解除後については、判例は、不動産につき対抗問題（177 条）となるとしているが、動産では 178 条によるか 192 条によるかが明確でなく、どちらで答えても論理が一貫していればよいものとした。後者においては占有改定では即時取得が成立しないことの指摘が必要で、少数だが指摘できていた答案の評価が高い。

このような問題の基本構造について理解できているか否かで点数が大きく別れたが、この点は理解できている答案が少なくなかった。これに対して、抵当権や譲渡担保の場合の特殊性まで考察した答案は残念ながらほとんどなかった。すなわち、Xは所有権移転登記の抹消をAに請求できるが、Yの抵当権の負担が付くか否かが別れ、抵当権設定登記の抹消の可否が問題になる。譲渡担保についても同様に譲渡担保権の負担付の乙の直接占有の回復を認めるのか、所有権的構成を基本としている判例では返還請求はできないが受戻しは可能と思われる点などである。

#### [2]

本問は、アルバイト従業員のBの不法行為について使用者であるA社の使用者責任の成否をめぐる問題である。

使用者責任の成立を論じる前提として、Bの不法行為責任の成立を論じる必要がある。この点を省略している答案もあったが、Bの不法行為責任なしに使用者責任は成立しないのであるから、省略せずに

## 2019 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

論じる必要がある。

本問における使用者責任の成立では、事業遂行性の要件の充足が最大の論点であろう。何故なら、Bは仕事の休みの日に、ピザ配達を偽って、C宅を訪問しており、この行為自体は、事業ではないからである。ただ、判例は、取引的不法行為だけでなく、事実的不法行為においても、外形から見て事業の遂行に見える場合には使用者責任の成立を容認している。本問でも、会社の制服を着てピザ配達を装っているため、外形からすれば事業遂行性は肯定できるだろう。

なお、事実的不法行為の場合は、外形基準説は妥当せず、事業との密接関連性と被用者の行為への使用者の支配・統制可能性を基準にすべきとする学説もあり、この説を基準にして論述しても良い。Cがドアを開けたのは、Bがピザ配達を装ったからであり、この点で事業との密接関連性があり、また、休みの日に勝手に制服を持ち出せるようにしていることに統制上の問題がないかも論点となろう。

権利主体との関係では、生命侵害の場合も死者にいったん不法行為上の損害賠償請求が帰属し、それを法定相続人が相続するという相続的構成を判例は取っている。もっともこの点は確立した判例であるので、論点として独立に論じる必要はない。Cの姪Dが相続人となる理由は条文上の根拠とともに示す方が良い(889条1項2号、同条2項)。また、Dには近親者固有の慰謝料が認められると結論だけ示している答案もあったが、理由を書く必要がある。Dは民法711条が規定する近親者ではないから、D固有の慰謝料を認める場合は、711条の類推適用となる。ただ、Dは唯一の相続人としてCの有する財産的損害と精神的損害についての賠償請求権を相続しているので、それに加えて、固有の慰謝料を711条を類推して認めるべきかどうかは、DがCに扶養されているという事情もない本問では微妙な問題であろう。

# 2019 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 手形の変造とは、手形の記載内容を権限なく変更することをいう。手形債務者の署名を偽る偽造とは異なり、署名がある以上、手形行為としては成立している。したがって、手形行為の文言性により、署名者は署名時の手形内容について責任を負うべきであろう。この点を手形法 69 条は明文化しており、手形の変造後の署名者は変造された文言に従って責任を負い、変造前の署名者は原文言（変造前の文言）に従って責任を負う旨を定めている。

## II

[1] 甲社の取締役 B が D に対して有する債務を甲社が保証する行為は、甲社と第三者 D の取引であるが、甲社と取締役 B との利益が相反する取引であるから、間接取引（利益相反取引）に該当する（会社法 365 条 1 項 3 号）。したがって、取締役が当該取引を行うには、重要事実を開示し、取締役会の承認を受けなければならない（同法 365 条 1 項、365 条 1 項）。ところが、B は、本件保証契約について取締役会の承認を得ていない。

取締役会決議を経ない利益相反取引の効力は、原則として無効であるが、取引の安全のため、会社が第三者に対して無効を主張するには、取締役会の承認を得ていないことについて当該第三者が悪意であることを主張・立証しなければならないと解される（相対的無効説。間接取引につき、最大判昭和 43 年 12 月 25 日【会社法判例百選<第 3 版>（以下、百選）58】）。本件において、D は、A が虚偽の説明をしたことにより本件保証契約について取締役会の承認があるものと信じていたため、取締役会の承認を得ていないことを知らなかったと考えられる。甲社は、善意の D に対して、取締役会決議を欠くことを理由として無効を主張することはできないため、D の請求は認容される。

[2] 会社法 429 条 1 項の要件事実とは、①取締役による任務懈怠、②①についての悪意又は重過失、③損害の発生、④①から③の相当因果関係である。

まず、本件新株発行が有利発行に該当するのであれば、株主総会の特別決議を経る必要があるから（同法 199 条 2 項、201 条 1 項、309 条 2 項 5 号）、P が株主総会決議を経ずに本件新株発行をすれば任務懈怠にあたる。有利発行すなわち「払込金額が募集株式を引き受ける者に特に有利な金額である場合」とは、払込金額が当該株式の公正な価格より特に低い価額をいうが、本件では、乙社が上場会社か否かは明らかではないが、乙社株式の 1 株あたりの公正価格が 5000 円であるとする、払込金額 2500 円はその半額であり、「特に有利な価額」にあたることは明らかである。

そうすると、株主総会特別決議のないまま本件新株発行を実行した P には法令違反が認められ、任務懈怠がある。P は、本件新株発行について株主総会特別決議が必要であることを認識していたから、任務懈怠について悪意がある。X には 200 万円の損害が生じているが、この損害は違法な本件新株発行によって生じたものであるから相当因果関係も認められる。会社法 429 条 1 項の「第三者」には、その会社の株主も含まれるが、直接損害を受けた場合に限り解するものが多く（間接損害については、株主は代表訴訟によって会社の損害を回復すれば足りると解される。なお、東京高判平成 17 年 1 月 18 日【百選 A22】参照。）、X が本件新株発行により株式価値の低下という直接損害を受けた本件では、この要件も見たす。以上より、P は、同法 429 条 1 項に基づき、X に対し、200 万円の損害賠償責任を負う。

Q は、取締役会の構成員として、他の取締役を監視する義務を負っている（364 条 2 項 2 号。最判昭和 48 年 5 月 22 日【百選 71】）。したがって、Q は、P が違法に本件新株発行を実行しようとしているのを認識していたのだから、これを阻止すべき義務があった。それにもかかわらず、Q は黙認してかかる職務を果たしていないから、悪意による監視義務違反がある。X には 200 万円の損害が発生しているが、Q が監視義務を尽くさなくとも損害が発生したといえる事情は見あたらないから、相当因果関係も認められる。以上より、Q は、同法 429 条 1 項に基づき、乙社に対し、200 万円の損害賠償責任を負う。

# 2019 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

なお、P と Q の責任は連帯する (同法 430 条)。

# 2019 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、甲による強盗致傷行為について、暴行脅迫（傷害）終了後に加担した乙に対していかなる範囲で共同正犯が成立しうるのか、について問うたものです。

乙は甲と共同して V の金庫から取り出した 500 万円を詰め込んだだけですので、客観的な行為は窃盗行為に過ぎません。もっとも、この時点において既に V は甲がナイフで刺したことによって反抗が抑圧されていたのですから、強盗（致傷）罪の一部に加担しています。

そこで、乙につきいわゆる承継的共同正犯の論理を用いていかなる範囲の共同正犯の責を問うことができるかが問題となります。

#### 2、甲の罪責

甲は、開錠道具を使用して V 宅に侵入していますから、この点につき住居侵入罪（刑法 130 条前段）が成立します。

また、V をナイフで脅し、V のふくらはぎをナイフで刺して V を反抗抑圧状態にした上で、金庫の場所及び開ける方法を聞き出し、乙と共に金庫から 500 万円を強取し、ナイフで刺したことによって V に刺傷を与えていますから、強盗致傷罪（刑法 240 条）が成立します。

#### 3、乙の罪責

では、乙は、甲の強盗致傷行為の一部に加担していることから、共同正犯が成立するでしょうか。承継的共同正犯の成否が問題となります。

承継的共同正犯については、先行者の犯罪にその途中から共謀加担した後行者に対し、加担前の先行者の行為及びこれによって生じた結果をも含めた当該犯罪全体について、自己の関与前の行為については一切責任を負わないとする全面否定説、先行者の行為等を認識認容して一罪の一部に途中から共謀加担した以上常に全体につき共同正犯の刑責を免れないとする全面肯定説と、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識認容するにとどまらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、当該行為等を現にそのような手段として利用した場合には、それによって生じた結果につき共同正犯が成立するとする限定積極説が主張されているところです（参照：大阪高判昭和 62 年 7 月 10 日）。

乙は、甲が行った刺突行為によって V が抵抗できない状態にあることを知りながら、それを自己の財物奪取のために利用する意図のもとに、甲の強盗行為に加担していますので、強盗罪について承継的共同正犯として共同正犯の責を負うことになるでしょう。

では、致傷の部分についてはどうでしょうか。乙は、甲の傷害行為及び V の傷害結果を利用して財物奪取していると考えられるべきでしょうか。強盗罪は、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行脅迫を加え、相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取する場合に成立します。

そうだとすると、乙が利用したのは甲の暴行・脅迫によって生じた V の「反抗抑圧状態」なのであって、V の「傷害結果」ではありません。

また、暴行・傷害罪は、行為及び結果の発生により完成する犯罪であり、1 個の暴行行為に共謀加担するものではないのですから、共謀加担前に発生した傷害結果について刑責を問うることはできないといえます（参照：最決平成 24 年 11 月 6 日）。

したがって、乙は強盗罪については甲の暴行による反抗抑圧結果を利用して奪取したといえることから共同正犯となりますが、致傷部分については暴行による傷害結果そのものは利用できないのですから共同正犯とはならないということになります。

# 2019 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 4、答案の講評

多くの答案が、実行者である甲の強盗致傷罪を論じていました。もっとも、強盗罪の成立には、「社会通念上一般に相手方の反抗を抑圧する程度の」暴行脅迫を加えることが必要とされており、また、強盗致傷罪については、いかなる行為から結果が発生したといえることが必要か、などの基本的な論点があります。

したがって、結論的には強盗致傷罪が成立するとしても、その過程では、1つ1つの要件について具体的事実を摘示しながらあてはめを行うことが必要です。

このような要件の提示、論点の指摘、要件解釈、具体的事実のあてはめ、といったいわゆる「法的三段論法」を使えていないと判断される答案は大きく減点されています。

なお、Vが強盗の手段たるナイフでの脅迫行為及び刺突行為によって傷害結果を発生していることは明らかにもかかわらず、強盗罪の成立のみを認めている答案もありました。

また、住居侵入罪を書き落としている答案が散見されました。

乙の罪責については、承継的共同正犯という文言が答案に出てこないものが見られました。しかし、これらの答案においても、共同正犯が一部実行全部責任を負うのは共犯者が互いに利用補充しあうことによって、結果発生危険性を高め、結果に因果を持つからであるという、一部実行全部責任の論理に照らして、後行者は共謀加担した以前の行為について因果関係を持つことはないが、先行者の行為及びその結果を自己の犯罪実現に積極的に利用することによって利用補充しあって共謀加担後に発生した結果について因果関係を持ち共同正犯としての罪責を負うとする、実質的には限定積極説と同じように考えるとする答案がいくつか見られました。

もっとも、規範のレベルでは何とか書けたとしても、あてはめの段階において強盗罪と致傷結果を分けることなく、強盗致傷罪全体について(承継的)共同正犯が成立するとする答案が多数見られたことは少し残念です。限定積極説は、先行者の行為及びその結果を自己の犯罪実現のために利用できる場合にしか適用を認めませんので、暴行、傷害罪のように、1つの行為・結果によって1個の犯罪を構成する類型には使えないという点に注意しておくことが必要でしょう。

## II

### 1. 論点

本問は、甲による住居侵入後の、写真撮影行為ならびに財物奪取についての罪責を問うたものです。問題文を見れば、罪に問われるべき行為が三つあることは明らかだと思います。あとは、それぞれの行為がどの犯罪に当たりうるのかを指摘したうえで、その犯罪の成立要件に具体的に当てはめていくこととなります。論点としては、住居侵入罪(130条前段)については、欺罔に基づく同意の有効性、強制わいせつ罪(176条)については性的意図の要否、強盗罪(236条)については、暴行・脅迫後に生じた領得意思が挙げられます。いずれも、学部の刑法各論の授業で必ず扱われる基本的論点です。

### 2. 甲の罪責

#### (1) 住居侵入罪について

まず、住居侵入罪について、甲による欺罔に基づくAの同意の有効性が論点となります。この点、判例上、住居権者が「違法な目的を知っていれば、行為者の立入りに承諾しなかったであろう」場合には、同意の有効性は否定されると解されています(最判昭和23年5月20日刑集2巻5号489頁、最判昭和24年7月22日刑集3巻8号1363頁参照)。本問でも、甲が実際には宅配業者ではないことをAが知っていれば、立入りを許可しなかったであろうことから、住居侵入罪が成立すると考えられます。

#### (2) 強制わいせつ罪について

# 2019 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

甲は復讐目的で、A を脅迫し、その裸を撮影しています。176 条の強制わいせつ罪におけるわいせつ行為には、裸を撮影する行為も入ると理解されています。一方、本罪の主観的要件として、故意のほか性的意図が必要かどうかについては古くから争われてきました。従来、判例上、性的意図必要説が採用され、復讐目的で女性の裸を撮影した行為について強要罪が成立するとされました（最判昭和 45 年 1 月 29 日刑集 24 卷 1 号 1 頁）。この判決にしたがえば、本問の甲も復讐目的しかありませんので、強要罪が成立することとなりそうです。

しかし、最近になって、最高裁は「昭和 45 年判例の解釈は変更されるべき」として判例変更を行いました（最大判平成 29 年 11 月 29 日刑集 71 卷 9 号 467 頁）。一見すると、最高裁は不要説に改説したようにも見えます。しかし、最高裁は「性的意図を一律に本罪の成立要件とすべきでない」としただけであって、必ずしも不要説を全面的に採用したとまでは言い切れない点に注意してください。最高裁は、強制わいせつ罪の判断に当たっては、性的意図も一要素としつつ、「当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮」するとしています。本問の甲の場合、復讐のためにインターネット上に当該写真を公開する目的で A の裸を撮影している以上、その写真は、不特定多数の人にとって、「いたずらに性欲を興奮・刺激させ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害する（名古屋高金沢支判昭和 36 年 5 月 2 日下刑集 3 卷 5=6 号 399 頁）」ものであることが推測できます。そうである以上、当該撮影行為は、甲に性的意図がなくても、総合的に考慮して、強制わいせつ罪に当たると考えられるように思われます。

## (3) 強盗罪について

甲は、強制わいせつ行為終了後に生じた奪取意思にもとづいて、A の金銭を領得しました。このように、先行する暴行・脅迫が、強姦性交等目的や強制わいせつ目的であった場合に、強盗罪が成立するかどうかが問題となります。このような場合、(裁)判例では、強制わいせつ目的でされた暴行、脅迫によって反抗を抑圧された被害者から、その畏怖状態を利用して金員を領得する行為が強盗罪を構成するとされてきました（最判昭和 24 年 12 月 24 日刑集 3 卷 12 号 2114 頁、大阪高判昭和 61 年 10 月 7 日判時 1217 号 143 頁等）。本問においても、強制わいせつ後、A は反抗が困難な状態にあると思われるため、その状況を利用して財物を強取したと評価しうると考えられます。なお、論述に際して、強盗罪の成立要件としての「脅迫」を曖昧に認定することのないようにしてください。本問であれば、甲に財物奪取意思が生じたのちには、脅迫行為がないにもかかわらず、なぜ、「脅迫を用いて」他人の財物を強取したといえるのかについて、理由を示したうえで、結論を示さなければなりません。

## 3. 答案の講評

冒頭で述べた通り、本問では、学部の授業で必ず扱われる基本論点を出題しました。採点ポイントの第一は、当然のことながら、このような刑法の基礎的論点について理解できているかどうかということになります。本問では、三つの論点が最低限指摘されている必要がありました。

第二に、条文から各犯罪の成立要件を読み取り、解釈によりその要件の定義を示したうえで、本問の事例を当てはめるといふ、基本的な作業がしっかりできるかどうかを確認しました。この作業に当たって、どの成立要件について、どの点が「論点」となっているのか、その論点についての規範を示し、当てはめがなされなければなりません。また、自己の規範定立に当たっては、判例の正確な理解が求められます。以上のような解釈の基礎が修得できていないと判断される答案（たとえば、犯罪の各成立要件に当てはめがなされていない場合、論点を指摘しない場合、論点を指摘していても、それについて規範定立せずに結論だけを述べる場合など）は大幅な減点をしています。なお、強制わいせつ罪の性的意図についての最高裁判例は最新のものですので、触れられていなくても、少なくとも性的意図を論点にして論じられていれば、合格点を与えています。

# 2019 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、訴訟行為を有効になしうる（あるいは受ける）能力であること、行為能力に対応する概念であることを指摘した上で、未成年者や成年被後見人などの例を挙げることが考えられる。

本問は、民事訴訟法の基本的な概念を問うもので、多くの受験生はある程度は書けていた。

(2)は、たとえ被告が相殺によって勝訴したとしても債権を失い、その点に既判力が生じるので、相殺以外の事由で勝訴できるのであれば、被告に債権の喪失という不利益を与えるべきではない、という指摘が基本となる。

これも、民事訴訟法の基礎知識であるが、理解が不十分なためか表現として不十分な答案も見られた。

II について

(1) (1)は、本問の訴えについて訴状却下、訴え却下、請求棄却の違いについて例を挙げながら説明することを求めるものである。

訴状却下は、訴状の必要的記載事項（133条2項）に不備がある場合や訴え提起の手数料を納付しない場合に、裁判長が、補正命令を経た上で命令という裁判形式で行うものであり、これに対する上訴は即時抗告となる（137条）。例えば、甲土地の特定が不十分であるのにXが補正命令に応じない場合には、訴状却下となる。

訴え却下は、訴えが不適法である場合に、裁判所が、判決という裁判形式で行うものであり、不備を補正することができないときは、口頭弁論を経ないですることでもできる（140条）。これに対する上訴は控訴である。例えば、YがXの所有権を争っていない場合には、Xの訴えは、確認の利益を欠いて不適法となるので、訴え却下となる。

請求棄却は、訴訟物となっている原告の権利が認められない場合に、裁判所が、判決という裁判形式で行うものであり、これに対する上訴も控訴である。例えば、Xがいったん取得した所有権をその後喪失し、口頭弁論終結時に所有者とはいえないことが判明した場合には、請求棄却となる。

答案としては、残念ながらそもそもこれらの3つの区別がつかないものもあったが、的確に論じられている答案も見られた。

(2) (2)は、Yの別訴の扱いを問題とするものである。

裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴えを提起することができない（142条）。その趣旨は、①被告の応訴の煩、②訴訟不経済、③矛盾審判のおそれ、の各防止にある。

本問の事例では、Xがさらに訴えを提起したわけでもなく、また、Xの訴えの訴訟物は甲土地のXの所有権であり、Yの訴えの訴訟物は甲土地のYの所有権であるから、Xの訴えとYの訴えとで訴訟物も異なる。しかし、民法上の一物一権主義から、甲土地の所有権が同時にXとYに帰属することはあり得ないから、このような場合は、Xの訴えについての判決の既判力は、Yの訴えに作用し、矛盾判断のおそれがあることになる。

そこで、このような矛盾関係にある場合にも、重複起訴として第2の訴えを禁止する必要がある。したがって、Yの訴えが提起された裁判所は、訴えを不適法として却下すべきであることになる。ただし、この点については、Xの訴えの訴訟物とYの訴えの訴訟物とが違うので、併合審理することにすれば問題はなく合理的であるとして、Yの訴えをXの訴えと併合するようにすべきであるとする学説もある。答案としては、前訴の訴訟物も後訴の訴訟物も甲土地の所有権であるとして、訴訟物は同一であるとするものも多かった。しかし、前訴の訴訟物は甲土地のXの所有権で、後訴の訴訟物は甲土地のYの所有権であり、訴訟物は同一ではない。

# 2019 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 以下の〔1〕、〔2〕について、それぞれ 100 字以内で答えなさい。(20 点)

〔1〕 一般探索的令状が禁止される実質的根拠について、説明しなさい。

搜索場所や押収目的物を明示しない令状を一般探索的令状と呼びます。正当な理由なく何かないかと恣意的に探索する処分を許すため、憲法 35 条に違反するものとなります。

一般探索的令状の意味を理解していない答案が少なくありませんでした。その場合、禁止の実質的根拠も説明できません。基本的な勉強の成果が問われます。

〔2〕 無令状の搜索・差押えが逮捕現場で許される実質的根拠について、合理説(相当説ともいう)の立場から説明しなさい。

逮捕現場には、被疑者が支配する範囲で、証拠物が存在する蓋然性が典型的に高いことや、逮捕により捜査の秘密性が決定的に破られた以上、証拠物を保全する緊急の必要もあることが、無令状の搜索・差押えを許す実質的根拠になります。前者の根拠のみ挙げる答案が多かったといえます。

上述の実質的根拠は、逮捕現場の無令状搜索・差押えの範囲や要件(管理権を同一にする範囲、証拠物存在の然性など)を論じるときの基準にもなることですので、正確に敷衍できなければなりません。

II 以下の【事例】を読み、〔問い〕に答えなさい。(80 点)

### 【事例】

A とその妻 B が、夫婦で経営する喫茶店で殺害された。警察官甲は、目撃者 C の供述などから、夫婦殺害の犯行には A と面識がある X のほか、X 宅に出入りする元暴走族仲間も共犯者として関与した疑いが強いと判断した。

そのため警察官甲は、夫婦殺害の犯行から 1 週間後、令状を得ることなく、X 宅の真向かいにあるマンション屋上から望遠レンズを使って、X 宅に接する公道上にいる P、Q 及び R の写真を、X 宅に出入りする様子が分かるように、複数枚、撮影し、これをいわゆる「面割り写真」に入れて、目撃者 C に示した。その結果、P と R も夫婦殺害の犯行に関与していることが明らかとなった。

警察官甲は、目撃者 C の供述調書等を疎明資料として、A・B 夫婦の殺人被疑事件で X、P 及び R の各逮捕状を請求し、令状の発付を得た。

### 〔問い〕

下線部の警察官甲による写真撮影について、判例の立場から、その適法性を論じなさい。

捜査手段として行われた無承諾の写真撮影については、強制処分か、任意処分か、問題となります。任意処分の限界、任意処分と強制処分の異同等を問題とするときに挙げられる典型的事例の 1 つが、この無承諾の写真撮影です。

判例の立場、とくに、無承諾の写真撮影を任意処分として許容する判例の規範を理解し、敷衍できなければなりません。関連の最高裁判例として、少なくとも、つぎの 2 判例を知っておく必要があるでしょう。

①最大判昭和 44・12・24 刑集 23 卷 12 号 1625 頁は、「警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し、許されない〔。〕」「警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうる〔。〕」「撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、(A) 現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも (B) 証拠保全の必要性および

## 2019 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

緊急性があり、かつ(C)その撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるときである。／このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法13条、35条に違反しない」と判示しました。

②最決平成20・4・15刑集62巻5号1398頁は、①の最高裁判例について、「警察官による人の容ぼう等の撮影が、現に犯罪が行われ又は行われた後間がないと認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したのではない」としたうえで、「(A-1)捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、(A-2)前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、(B)これに必要な限度において、(C-1)公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、(C-2)いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるもの〔ビデオ撮影〕である。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、(A)捜査目的を達成するため、(B)必要な範囲において、かつ、(C)相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」と判示しました。

これら①②の最高裁判例は、無承諾の写真撮影について、無令状でよいとした点や、必要性・緊急性・相当性を要件とした点で、「任意処分」として許容する趣旨と解されています。

答案における論述としては、(1)③最決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁(軽微な有形力行使を任意処分として許容した)や、④最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁(GPS捜査を強制処分として違法とした)などの最高裁判例にもとづき、強制処分の一般的定義を述べたのち(たとえば、④の最高裁判例は、「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判示した)、(2)無承諾の写真撮影による肖像権ないしプライバシーの侵害の程度が強制処分のレベル、すなわち、法定の強制処分である検証のレベルに至っていないか、を論じます(検証に至っているという場合は、令状があるか、逮捕現場かなど、適法となる要件の存在を論じる)。(3)権利侵害の程度が強制処分に至っていないときであっても(具体的には、「人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所における」無承諾の写真撮影であるときなど)、一定の法益侵害を伴う以上、比例原則を適用し、たとえば、上記②の最高裁判例の基準に従えば、無承諾の写真撮影の目的は重要か、その目的を達成するため必要か、方法は相当か、などを検討することになります。

設問の事例の場合、(ア)殺人事件の共犯者を割り出すため無承諾で撮影した事実(重大犯罪の共犯者を同定する目的、かつ、目撃者に示す写真を撮影する目的は、それぞれ重要といえる)、(イ)公道上の、被疑者以外の第三者を無承諾で撮影した事実(公道上の被写体については、一定のプライバシー放棄を肯定でき、権利侵害の程度は受忍できる範囲だといえる。これに対し、X宅に出入りする限り、被写体を無差別に選択した点で、権利侵害の程度が大きいということもできる)、(ウ)屋上から、望遠レンズを使った写真撮影である事実(肉眼では確認できない被写体を撮影した点で、権利侵害の程度は大きいといえる)などを挙げ、肖像権ないしプライバシー侵害の程度が強制処分の検証のレベルに至っていないか、また、至っていないとしても、上記のように比例原則に違反していないか、を具体的に論ずべきこととなります。

答案では、設問における無承諾の写真撮影について、任意処分と捉え、比例原則に適しているか否か、を論じたものが多かったといえます。ただし、強制処分を定義しないまま、いきなり任意処分だとする答案も少なくありませんでした。また、強制処分を定義した上記の③や④の最高裁判例には言及できても、無承諾の写真撮影を任意処分として許容した上記①や②の最高裁判例の趣旨にはまったく言及しな

# 2019 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

かった答案も少なくありませんでした。①②の最高裁判例に言及することは、無承諾の写真撮影の適法性を論じるさいの「各論」として必要であり、重要なことですので、なお勉強を深めてほしいと思います。このほか、設問の無承諾の所持品検査を任意処分と捉えたうえで、比例原則に適うか否かを論じた答案も、必要性（目的を達成するため必要か）については詳細に論じる一方で、相当性（方法は相当か）については論証なしに肯定するものが少なくありませんでした。相当性に関しては、処分を受ける者の権利侵害の程度が大きすぎて均衡を失っていないか、という視点から、具体的な論述・論証を行うことが望まれます。設問の事例で、公道上の無断撮影は、一定のプライバシー放棄があるため、権利侵害の程度は小さいといえども、望遠レンズまで使用した無断撮影は、社会的相当性も欠き、権利侵害の程度は大きいともいえます。これらの事実を考慮し、無断撮影による捜査の利益と、被写体とされた者が被る不利益の程度を衡量して、相当性の有無を論ずべきこととなります。

# 2019 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】

筆者の考える「学習」と「学問」の違いを説明した上で、大学での学びが学問であるべき理由について問うている問題である。論じてほしかったのは、概要以下の①ないし④の点である。

①学習とは、先生などから知識（既に判明している客観的な正解）を教わり、それを理解することを主たる目標とする勉強である。②対して、学問とは、教わった知識をいったん自分の中で堰き止め、そもそもそれが正しいのかどうかを問い直す勉強である。③学習は、具体的な問題の解決のために社会の中で役立つ知識などを習得することを目的としているのに対し、学問は、具体的な問題の解決のみを目的としていないので、学問での学びは、社会の中では役に立たないようにも思える。④しかし、社会に出ると、客観的な正解のない問題にばかり直面することになる。そのような問題に向き合わなければならなくなったとき、学習しかしてこなかった学生は対応できない。社会に出る前の最後の教育機関である大学では、学習ではなく学問を行うようにしなければならない。

大体の答案が、上記①ないし④の点を論じることができていた。誤字が多い答案が複数あったのが若干気になった。

### 【設問Ⅱ】

筆者の考えている「知の体力」について、具体例を用いて説明することを求めている問題である。論じてほしかったのは、概要以下の①ないし④の点である。

①社会に出ると、一つの正解のない問題にばかり直面することになる。また、これから自分が生きていくとき、何が起こるのかは誰にもわからない。想定外の問題に出合った場合に、自分なりに対処することができるための体力が、知の体力である。具体的には、情報のインプットだけではなく、アウトプットをする訓練をすることで、その知識を解きほぐし、実際の問題に応用できるようにしておくことである。②知の体力をつけるためには、その知識が、どのような多くの人々の試行錯誤のもとにもたらされたものなのか、その作りだされたプロセスを知り、その知がカバーできる外延をなぞり、かつその知によって自分の既に得ていた知の体系を再構成することが必要である。③例えば、コラーゲンについて、新聞広告などでコラーゲンサプリメントが良く出ているが、コラーゲンはタンパク質であり、コラーゲンを食べたとしても、他のタンパク質と同様に、胃や腸でアミノ酸やペプチドに分解されてしまい、体内で必ずコラーゲンに再合成されるわけではない。食べたタンパク質はいったん体内で分解されるということは、中学や高校の生物で学習する知識であり、この知識があれば、コラーゲンのサプリメントを飲んでも、若返るわけではないということはすぐに分かるはずである。しかし、多くの人は、コラーゲンのサプリメントを飲んでいる。これは、情報が知識として活用される場を想定しないまま、単なる情報として教え込まれているため、習得しているはずの知識が実際に使われることがないからである。④知の体力があれば、現実世界で何か問題が起きたときに、自分が持っている知識、情報の総体を動員して、どうしたら対処できるのかを考えることができる。

一部に①の点についてしか論じていない答案もあったが、設問Ⅰと同様、多くの答案が、①ないし④の点を論じていた。④で、日常使う日本語の語彙の数についても論じている場合は、加点要素とした。