

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

憲法

問題 I は、新型インフルエンザ等対策特別措置法（以下、特措法と略）を改正して、都道府県知事が「新型インフルエンザ等」の感染者について携帯電話の位置情報とクレジットカード使用履歴を収集できるようにすることがどのような憲法上の問題を有するのか、論じることを求めるものであり、ほとんどの答案が問題 I を選択していた。

この特措法改正については、感染者のプライバシーの権利を侵害していないかと、携帯電話会社・クレジットカード会社の営業の自由（職業遂行の自由）を侵害していないか、が問題となる。第一に問題とすべきは感染者のプライバシーの権利であるので、多くの答案が感染者のプライバシーの権利の制約を問題として挙げる事ができていた点は評価できる。携帯電話会社・クレジットカード会社の営業の自由の制約を問題として挙げている答案も多かったが、大多数というほどではなかった。ただ、プライバシーの権利のみを検討している答案であっても、深い検討がされている答案もあり、そうした答案は高く評価した。他方、営業の自由の制約のみを検討している答案は、しっかりと検討できているものとそうでないものが比較的是っきりと分かれた。

少数ではあるものの、消極的表現の自由や、移動の自由、令状主義（憲法 35 条）の問題としている答案もあったが、これらは論点を的確に捉えていたとは言えない。なお、プライバシーの権利（自己情報コントロール権）は、自己の情報を他者が取得・収集、保有、利用、提供することに対してコントロールを及ぼす権利であるのに対して、消極的表現の自由は、言いたくないことは言わない自由である。本問の特措法改正案は、都道府県知事が携帯電話会社やクレジットカード会社が有する感染者の個人情報を収集できるとするものであって、感染者に言いたくないことを言わせるというものではないので、感染者の消極的表現の自由を制限するものではない。

多くの答案が感染者のプライバシーの権利の問題としていたものの、自己情報コントロール権としてのプライバシーの権利の権利内容を正確に捉え、問題の改正案がどのような点で自己情報コントロールを妨げるものなのか正確に記述できている答案は多くなかった。

なお、最高裁判所は、憲法 13 条が「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」を保障しているとしており（住基ネット訴訟判決・最判平成 20 年 3 月 6 日民集 62 巻 3 号 665 頁）、この立場からも問題の改正案の合憲性が検討されうる。しかし、明らかに最高裁判決の立場をとっているとされる答案はほとんどなかった。また、「個人情報が公開されない自由」から論じている答案も一定数あったが、本問改正案は個人情報を「公開」させるものではなく、都道府県知事に対して「開示」させるものであるので、「個人情報を公開されない自由」を制限するものではない。最高裁判決も「開示又は公開」という表現を用いていることに注意すべきである。

自己情報コントロール権としてのプライバシーの権利が人格的生存にとって必要不可欠な権利であることから直ちに、自己情報コントロールの制約に対して厳格な違憲審査基準

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

が用いられるべきであるとする答案が目立った。「人格的生存に必要不可欠な権利」のみが幸福追求権に含まれるという人格的利益説をとった場合、職業選択の自由も人格的生存に必要不可欠な権利であって、理論的には幸福追求権の内容をなす（しかし、優先的に憲法 22 条 1 項が適用されるので、憲法 13 条は適用されない）が、一般に、その制限の合憲性は厳格な違憲審査基準で審査されないと解されている（二重の基準論）。このように人格的生存に不可欠な権利であるということそれ自体から常に厳格な違憲審査基準が導かれるわけではないのである。また、個人情報といっても、他人が通常知っていると思われるようなものから秘匿性の高いものまでさまざまであるから、すべての個人情報について、国や自治体が取得・収集したり、提供したりすることは厳格な違憲審査基準を満たす場合にしか認められない、とは言いがたい。そこで、携帯電話の位置情報、クレジットカード使用履歴という本問で問題となっている個人情報の性格をどう捉えるかがポイントとなる。こうした点を考慮できている答案は高く評価した。

設定した違憲審査基準または合憲性判断の枠組みを用いて本問改正案を検討することは、多くの答案がそれなりにできていた。もっとも、手段審査をするにあたっては、携帯電話の位置情報、クレジットカード使用履歴それぞれについて、「目的達成のために必要最小限度の手段か」とか「目的と実質的に関連している手段か」などと検討する必要があるが、携帯電話の位置情報とクレジットカード使用履歴とを一体のものとして検討している答案が目立った。

問題Ⅱは、国会議員のリコール制の合憲性を地方議会議員のリコール制と対比させつつ論じることを求めるものであるが、選択している答案はきわめて少なかった。国会議員のリコール制の合憲性については、根本的には「国民主権」、「国民代表」をどのように理解するかが重要であり、その上で国会議員は有権者の意思に拘束されない（「自由委任」）とみるべきかがポイントとなる。こうした問題の所在が理解できていることがうかがわれる答案もないではなかったが、「自由委任」、「命令委任」といった概念に言及しているものはなかった。また、一般的に、地方自治については、直接民主制的要素が強い、少なくとも直接民主制と親和性があると解されるがゆえに、地方議会議員のリコール制が憲法違反ではないとされている。こうした点を不十分ながら指摘できている答案はあった。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

民法

I 【説明問題】（各 10 点）

（1）暴利行為

暴利行為とは、他人の窮迫、軽率、無経験などに乗じて、不当な利益や法外な利益を得ることであり、公序良俗違反として無効となる。例えば過大な賠償額の予定や過剰な担保などである。過大な利息を得る行為を例示する答案が多かったが、1954 年の利息制限法制定後は、利息制限法が定める利率を超える超過部分は無効とされているので（同法 1 条）、過大な利息について暴利行為として公序良俗違反による無効を論ずる意味は少ない。

（2）法定担保物権

法定担保物権とは、民法上の一定の要件を満たせば当然に成立する担保物権のことである。留置権と先取特権がこれに当たる。担保の約定が期待できない時でも被担保債権を担保する。これに対して約定担保物権は当事者が契約によって任意に設定されるものである。

解答では、法定担保物権を典型担保と取り間違えて説明し、したがって、抵当権や質権を例示するものも多くみられた。法定担保物権・約定担保物権、典型担保・非典型担保といった概念は、物権法や担保法の最初で必ず習得すべき基礎概念であり、極めて重要である。しっかりと復習しておいていただきたい。

II 【論述問題】（各 100 点）

〔1〕

在学契約や私立学校法人が出てくるので一見とっつきにくく感じられたのか、第 1 問を選択した人は少なかったが、基本的な問題のつもりである。全体として、根拠条文をきちんと摘示できていない答案が少なくなかった。法的な議論は、根拠条文に問題文の事実を適用できるかどうかを論じるのが基本である。それを十分に体得していただきたい。

（問 1）（30 点）

D の合格は A の不正な工作によるものであることから、D には合格して入学する資格が欠けている。このような資格が欠ける者を寄付金と引き換えに入学させる在学契約は、入試の公正という社会的に重要な秩序、すなわち公序に反する内容を有し、無効である（民法 90 条）。この無効は、絶対的なものであるから、そもそもの発端が B 学校法人の理事 A がもちかけたものであったことや、当事者である D がそのような事情を全く知らなかった（事実 3）ことは影響しない。

公序良俗違反となる理由を説明して 90 条に反し、当事者の行為態様に影響されず無効になることが論じられていれば満点。内容が 90 条違反になるという説明だけでも合格点とした。多くの答案がこの点は書けていた。

（問 2）（30 点）

C 夫妻は、裏口工作のことを表に出さず、B 大学に正規の寄付をしたこと、民法的には贈与契

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

約の有効な成立とその履行としての寄付金受領の受取証書（民法 486 条）の交付を求めている（税額控除などに使うのであろう）。しかし、寄付金を C 夫妻から受領した A には、そもそも寄付金を扱う権限はなく（事実 1）、まして、裏口入学の手段として寄付金を募ることはおよそできないから、寄付契約の締結は A の無権代理行為である。無権代理行為は本人である B が追認するか、表見代理が成立しないと本人 B には効果が帰属しない（民法 113 条、109・110・113 条）。私立学校法人の代表権は理事長にのみあり（私立学校法 37 条 1 項）、A が代表（代理）権限を付与されているように見える特段の事情もなさそうであり、しかも、A はそもそもできないことをやっていて C 夫妻もその点は知っているので、本件では表見代理が成立する余地はない。したがって、C 夫妻は B 大学が追認をしない以上、寄付受入れの領収書の発行を求めることはできない。

請求の意味、無権代理による効果不帰属の原則、および、追認または表見代理不成立という筋が明確に示せば満点。請求が有効な契約に基づく受領書の交付請求であることは、残念ながら書いていなかったが、無権代理・追認・表見代理は書いているものも多かった。表見代理の成立を肯定したものも少なくなかった。しかし、私立学校法の規定は小さな六法にはないので書くことを求めているため、その点では減点せず、無過失を判断する書きぶりに応じて点を与えた。

（問 3）（40 点）

この事件は、A が、裏口入学とセットになった寄付契約という名目を使って、C 夫妻から 300 万円を騙し取った詐欺に該当する（民法 96 条 1 項。欺罔の故意による寄付契約の申込みの意思表示の詐欺）。C 夫妻は、寄付契約の申込みの意思表示を取り消して、A に交付した 300 万円の返金を請求するか、無権代理人としての責任を追及するか（民法 117 条）、または、不法行為に基づく損害賠償の請求（民法 709 条）をすることができる。

取消しに基づく返金請求は、民法 121 条の 2 に基づき、A が悪意であるため、現存利益への縮減はない（同条 2 項）。また、裏口入学目的の寄付契約による寄付金の支払は不法原因給付に該当するが、受領者 A の方に不法性が高いため、返還請求ができなくなることはない（民法 708 条ただし書）。

無権代理人の責任追及では、B 大学からの領収書の交付は A にはできないので、損害賠償請求として 300 万円を求める。A からは C 夫妻に悪意または過失がある旨の主張がされるだろうが、代理権があると思えばこそ寄付金を A に渡しているのが悪意はない。また、仮に C 夫妻に過失があっても、A は代理権がないことを知って無権代理行為を行っているため、責任追及を免れない（民法 117 条 1 項 2 号ただし書）。

不法行為責任をみたら欺罔の故意・金銭出捐の財産権侵害と損害、因果関係があることは明らかである（民法 709）。たしかに C 夫妻には、公序良俗に反する契約をしてでも D を B 大学に入学させようとした点で問題があるが、故意で違法性の高い A の詐欺の被害者であるため、過失相殺（民法 722 条 2 項）をするべきではなからう（無権代理人の責任追及と同様）。

責任追及のいろいろな方法とそれに伴って出てくる抗弁をどう考えるかということ問うていて、複数の方法を論じることができれば満点であるが、117 条構成をした答案が多かった。騙取は給付利得か侵害利得かという議論があるため不当利得構成では、703 条を根拠としたものも

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

許容した。

〔2〕

(問1)

(1) 40点

問われている内容が、CからAへの損害賠償請求、Bへの損害賠償請求、AとBとの責任関係と3点あるので、忘れずにそれぞれに答える必要がある。AB間の責任関係について、記述のない答案が結構見られた。

(a) まず、CからBへの損害賠償請求であるが、自転車の対歩行者事故であり、709条によることになる。基本中の基本であるからよくできていた。過失について、事実を指摘して検討したりしてあればなお良いが、全体として問が多いので、時間配分に注意を要する。その意味で、15歳のBについて、責任能力の有無を長々論じるまでもないと思われる。自転車運転について言えば、15歳の者を責任無能力であるとして免責すべき理由はないと考えられるからである。

(b) Bに709条が成立するとき、Aの責任根拠として考えられるのは、まず、715条の使用人責任であろう。解答の中では715条を適用したものは少なく、715条に言及した者でも「事業執行性」がないとして使用者責任を不成立としたものがあつた。今一度、使用者責任における「使用関係」、「事業執行性」の意味を確認していただきたい。本条にいう「事業」とは「仕事」程度の意味であつて、企業活動を意味する事業のようなものに限られない。

責任能力ある未成年者の不法行為に対し、監督義務者が709条により責任を負うことはあるので、親権者Aの709条責任を論じて間違ってはいない。ただし、715条責任の方が容易に認められるのではないかとと思われる。

Aの714条による責任は、Bが責任無能力と言えない以上はあり得ない。

(c) Bに709条、Aに715条または709条による損害賠償責任が成立するとき、AとBはCに対して連帯して賠償責任を負うことになる(432条)。連帯債務を導くために、両者に共同不法行為(719条1項本文)が成立する、したがって関連共同性が存在するというのを、論じる必要はない。

(2) 20点

加害者側からの賠償額減額主張の根拠としては、過失相殺(722条2項)の類推適用が考えられる。被害者である歩行者Cには、設問からは減額事由となるような不注意は認められないから、過失相殺そのものではないが、判例によると、過失相殺を類推適用し、被害者の心因および疾病は減額事由として考慮されるが、身体的特徴に留まる限りは減額事由として考慮されない。過失相殺の条文を指摘し、その類推適用の問題であることを明示できている解答は多くなかつた。

その上で、85歳のCの足腰が弱って転倒しやすくなつており、通常なら骨折しない程度の衝突で骨折したことをどう評価するかが問われる。結論は各自の判断で導いてよいが、過失相殺(の類推適用)は、不法行為当事者間の公平を実現する制度であるから、Cの状態は高齢者であれば広くみられるもので、病気があるとはされていないこと、しかも、Bの加害の態様については、

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

自転車としてはかなり高速の時速 25 キロで、一旦停止しなかったとあり、不注意の程度が重いととも考えられることを考慮する必要がある。

(問 2) (40 点)

AC 間にはこの自転車事故を、50 万円を支払うことで解決する和解契約(695 条)が成立し、A には C に 50 万円を持参して支払う債務が発生している。これが前提となるが、ここからきちんと確認している答案は少なかった。

多くの答案は、D が C から委任状を渡されていたが、それは D がうその説明をして書かせたもので、D は C から何の権限も与えられなかった、ということから、無権代理、表見代理の成否の問題として論じていた。

しかし、本問では、A が C に支払うべき 50 万円を、C から頼まれたと A に説明して D が受け取ったのである。論点は、この支払が、受領権者としての外観を有する者にした弁済(478 条)として有効であるかどうかである。有効であれば、A の C に対する債務は消滅しているから、C は改めて A に支払いを求められないが、有効でないなら支払いを求めることができる。

478 条の要件は、D が取引上の受領権限者としての外観を有することと、A の善意無過失である。そして、テキスト等には前者の例として、自称代理人、詐称代理人も挙げられているところである。

(問 2)は 1 つの問で 40 点であり、配点の比重は大きい。(問 2)の解答にも時間を残すようにして、問題のミスリーディングのないよう心がけて欲しい。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

商 法

I 裏書の連続とは、最初の権利者である受取人が第一の裏書人となり、最後の被裏書人である現在の手形所持人に至るまで、裏書が手形面上に記載において途切れることなく続いていることをいう。その効果としては、裏書の連続する手形の所持人は権利者と推定される（いわゆる形式的資格）。手形法の法文上（手形法16条1項第1文）は、「適法の所持人と看做す」となっているが、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、これを推定の意味に解する（最判昭和36年11月24日民集15巻10号2519頁）。

II〔1〕 本件株主は、甲社の株主であり、株主総会決議の取消しの訴え（会社法831条）の原告適格を充たす（同条1項）。また、設問において、適法な提訴期間内に同訴えを提起していることが認定されている（同条1項）。以上のように訴訟要件は充足している。

以下、議案ごとに検討する。第1号議案（計算書類等の報告の件）は、報告事項であることから、形成訴訟である決議取消しの訴えの対象にはなじまず（報告事項を取り消しても何ら新たな法律関係は形成されない）、そもそも訴えの対象にならない。

第2号議案（取締役7名選任の件）については、否決された2名と、可決された5名に分けて検討する必要がある。なお、取締役選任議案では、取締役候補者1名ごとにつき、各々、取消訴訟の客体としての独立の議案を構成すると解される。まず、否決された2名については、その取消しにより新たな法律関係を形成するものではないため、形成訴訟になじまず、取消訴訟の対象とはならない（最判平成28・3・4民集70-3-827）。

次に可決された5名につき検討する。本件では、本件株主らが定時の開場時に入場したところ、すでに甲社の従業員株主が開場前から入場していた。これは、合理的な理由なく同じ株主総会に出席する株主につき同一の取り扱いをしないものとして、決議の方法の著しい不公正にあたると解される（参考：最判平成8・11・12判時1598-152）。（なお、株主平等原則（会社法109条1項）について、頭数平等も含むと解する立場によれば、決議の方法の法令違反となる。）また、その瑕疵は重大であるとともに、決議の方法の著しい不公正にあたるとすれば、裁量棄却（会社法831条2項）の余地はない。よって、可決された5名について取消しの訴えは認容される。

第3号議案については、上記の第2号議案（可決分）での検討と同様であり、その取消しの訴えは認容される。

II〔2〕 本件訴えは新株発行無効の訴え（会社法828条1項2号）であり、Bは、X社の株主として原告適格を充たす（同条2項2号）。また、X社は、全株式譲渡制限会社（非公開会社）であるところ、Bは、本件新株発行の効力発生日（令和2年9月10日）から1年以内に当該訴えを提起する必要がある（同条1項2号）。

新株発行の無効事由は法定されておらず、解釈に委ねられるが、一般的には、発行手続き

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

の重大な瑕疵がそれに該当すると解される。

会社法は、非公開会社において、株主割当方式以外の方法で新株を発行するにあたり、当該会社の株主総会特別決議により募集事項を定めることを要求する（会社法199条2項、同309条2項5号）。本件新株発行は、X社の株主総会の決議を経ずに、代表取締役Aの独断で実行されたものであり、その発行手続きに重大な瑕疵があるものと考えられる。X社は、非公開会社であるところ、非公開会社では持分比率は既存株主にとって重要な利益であることや、株式の流通性が制限されることから、特別決議を経ない新株発行は、無効事由となると解するべきである（最判平成24・4・24民集66-6-2908〈百選29〉）。よって、本件訴えは認容される。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

刑 法

21 年度中期入試刑法は、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。

I 次の【事例】を読み、甲および乙の罪責について、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい（特別法違反の点は除く）。

【事 例】

(1) 甲は、ある日の午後8時ころ、知人乙と飲食店で飲食していたところ、以前から甲と因縁のあったAが同店にやって来た。Aは、甲を見付けると、甲に対して、「のんきに飯なんか食いやがって。金もないくせに。」などと嫌みを言い始めた。甲は、Aの言動に嫌気がさし、同日午後8時5分、Aに気付かれないようにして、乙と同店を出た。

(2) Aは、甲が同店から出たことに気付いて怒り、同店から出て甲を追い掛け、人気のない暗い路上で、乙と歩いている甲に追い付いた。Aは、甲に対して、「こそそ逃げやがって、この野郎。」と言いながら、甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出した。これに気付いた甲は、Aの右手の拳骨をかわしながら、このままではAから殴られると考え、これを防ぐため、乙に対して、「一緒にAを止めよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、「分かった。」と答えた。そこで、甲と乙が正面からAに体当たりしたところ、Aは路上に尻餅を付いた。しかし、Aは、すぐに立ち上がり、「この野郎。」と言いながら、再び右手の拳骨で甲の顔面に殴りかかろうとした。その様子を見た甲は、しばらくAを押さえ付けておけばAが落ち着き、Aから殴られることもなくなるだろうと考え、乙に対して、「一緒にAを押さえよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、甲に対して、「分かった。俺は上半身を押さえるから、下半身を押さえしてくれ。」と答えた。

(3) そこで、甲は、仰向けに倒れているAの両膝辺りにAの足先の方向を向いてまたがり、Aの両足首を、真上から両手で力を込めて押さえ付けた。乙は、仰向けに倒れているAの腰辺りにAの頭の方を向いてまたがり、Aの両上腕部を、真上から両手で力を込めて押さえ付けた。しかし、Aは、身体をよじらせながら、「離せ。甲、お前をぶん殴ってやる。絶対に許さない。覚悟しろ。」と甲を大声で罵り、更に力を込めて体をよじらせた。乙は、Aのその様子を見て、甲がAから殴られるのを防ぐためには、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えた。そこで、乙は、Aの腰辺りにまたがってAの右上腕部を真上から左手で力を込めて押さえ付けたまま、傍らに落ちていた石（直径10センチメートルの丸形、重さ800グラム）を右手で拾い、右手に持ったその石で、Aの顔面を力を込めて1発殴った。これにより、Aは失神するとともに、全治約1か月間を要する鼻骨骨折

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

の傷害を負った。なお、甲は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識していなかった。また、乙は、Aの顔面を右手に持った石で殴り付けた際、Aを殺そうともAが死ぬかもしれないとも考えていなかった。

1 論点

本問は、2017（平成 29）年度の司法試験論文式試験問題[刑事法第 1 問]の一部を素材として、共同での防衛による傷害行為に関する「防衛行為の相当性」の判断、一部の者が過剰な防衛に至った場合にそれを知らなかった共同防衛者の罪責を問うものです。「共同して犯罪を実行した」ことを要件とする共同正犯の成立範囲、過剰であったことを知らなかった者が「共同して犯罪を実行した」に当たるかどうか、過剰性の認識のない者に「罪を犯す意思」（38 条 1 項）が認められるのか、といったことが論点となります。

2 論点解説

(1) 構成要件該当性

本問に答える際には、まず、A に対する甲と乙による暴行および傷害の構成要件該当性レベルで、いったい幾つの構成要件に該当するのかの判断が必要です。これに関しては、同一の被害者に対して同一の機会に連続して行われた暴行は 1 個の構成要件で評価できること、そして、傷害罪は暴行の故意による結果的加重犯の場合もあること（つまり「暴行致傷罪」の形態を含むこと）を念頭に置いておく必要があります。

したがって、本問においては、甲と乙の暴行が防衛行為であるということを検討しない構成要件該当性の段階では、結果的に A は負傷していますので、1 個の傷害罪の（共同正犯を想定した）構成要件で評価できることを押さえておかなければなりません。

(2) 共同正犯の成立範囲

次に、共同正犯の成立要件に関する予備的考察が必要です。すなわち、刑法 60 条は「二人以上共同して犯罪を実行した」者をみな正犯としています。ここにいう「共同して犯罪を実行した」とは、単にある犯罪の構成要件に該当する行為を共同した場合でも含まれるのか（その場合には、共同での正当防衛も、「共同して犯罪を実行した」に当てはまることになります。）、それとも、「犯罪」というからには、少なくとも「違法な構成要件該当行為」の共同を要するのかを、明らかにしておく必要があるのです。

この点では、仲間の追撃行為を傍観していた被告人につき、「侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の防衛については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべき」とした最判平成 6・12・6 刑集 48 卷 8 号 509 頁が参考になります。

ここでは、共同での正当防衛に続く過剰行為については、すでに共同正犯にいう「犯罪の共謀」が成立し、傍観者についてはそこから離脱したかどうかという問題ではなく、これ

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

から成立する仲間の犯罪について「新たに共謀が成立したかどうかを検討すべき」だとされています。

このように考えると、本問において甲と乙が行った防衛行為が、甲が想定していなかった「乙による石での殴打」がなければ「正当防衛の相当性」の範囲内だった場合には、甲の行為は主観的には正当防衛であり、違法な過剰防衛行為を共同にする意思はありませんので、本問では乙の単独犯を検討すべきこととなります。

(3) 防衛行為の相当性

そこで、甲と乙には構成要件レベルでは傷害罪（204条）の共同正犯の可能性があることを指摘した上で、両者の当初の防衛行為（甲が想定していた防衛行為）が相当性の範囲内にあるか、つまり「防衛の程度を超え」（36条2項）ていないかを検討する必要があります。

ここでは、まず「防衛行為の相当性」の定義を示しましょう。それは、最判昭和44・12・4刑集23巻12号1573頁が示した「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」であることです。その際には、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないことも忘れずに。

この定義に従って、問題となる「乙による石での殴打」を検討します。本問では、「乙は、Aの様子を見て、甲がAから殴られるのを防ぐためには、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えた。そこで、乙は、Aの腰辺りにまたがってAの右上腕部を真上から左手で力を込めて押さえ付けたまま、傍らに落ちていた石（直径10センチメートルの丸形、重さ800グラム）を右手で拾い、右手に持ったその石で、Aの顔面を力を込めて1発殴った。」とあります。「甲がAから殴られるのを防ぐためには、Aを痛めつけて大人しくさせるしかない」という考えを文字通りに解釈すれば、本件殴打は、甲の「権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」とも考えられます。しかし、本問では、Aは二人がかりで押さえつけられており、少なくともその状態を維持すれば、甲がAに殴られることはなかったと考えるなら、「乙による石での殴打」は「防衛の程度を超え」ていたものと考えてよいでしょう。

したがって、少なくとも乙は過剰防衛（36条2項）として、傷害罪で有罪となります。なお、「乙は、Aの顔面を右手に持った石で殴り付けた際、Aを殺そうともAが死ぬかもしれないとも考えていなかった。」のですから、殺人未遂は問題になりません。

このことは、他方で、「乙による石での殴打」を除外すれば、甲と乙の共同での防衛行為は「権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」と考えられます。

(4) 甲は「共同して犯罪を実行した」か？

次に、甲は「共同して犯罪を実行した」といえるか否かを検討します。その際、上記の最判平成6・12・6の考え方を尊重するとしても、本問は侵害現在時の一部の者による過剰行為を甲が知らなかったという事案ですので、「侵害現在時における暴行が正当防衛と認められ

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

場合には……」という考え方をそのまま適用するわけにはいきません。

そこで、甲は知らなかったとしても客観的には甲は乙と共にAに対して防衛の程度を超える行為をしていたのだと考え、両者の共同の防衛行為は「傷害罪の構成要件に該当する違法な行為」であるから刑法60条は適用されるのだと考えることもできます。その場合には、次の「罪を犯す意思」の検討に移ることになります。

また、傷害罪の基本犯である暴行行為を共同にした時点で「共同正犯」の構成要件該当性が認められるとした場合でも、やはり、正当防衛の範囲内での暴行の意思しかない甲については、「罪を犯す意思」の検討が必要になります。

他方、「共同して犯罪を実行した」といえるためには「犯罪」の共謀が必要であり、正当防衛の範囲内での暴行の意思しかない甲には「犯罪」をする意思がないのだから「犯罪の共謀」もないと考えれば、この段階で傷害罪の共同正犯は否定され、甲は無罪となります。

(4) 甲に「罪を犯す意思」は認められるか？

ここでは、先に、甲の想定していた程度の防衛行為では「防衛行為の相当性」は認められるという判断が前提になります。その上で、問題文にある「甲は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識していなかった。」という部分を利用し、したがって甲には、乙が「防衛行為の程度」を超える暴行をしたことの認識がないのだから「罪を犯す意思」がないとし、無罪とすることができます（これは、防衛の程度に関する「誤想防衛」です）。

なお、成人で友人関係でしかない甲には、乙の過剰行為を阻止する作為義務ないし注意義務は認められませんので、不作为による傷害罪も成立しません（同僚の強盗に関する東京高判平成11・1・29東高刑時報50巻1~12号6頁参照）。

3 答案の講評

(1) 構成要件該当性と共同正犯の範囲について

残念ながら、同一の被害者に対して同一の機会に連続して行われた暴行は1個の構成要件で評価できることが忘れられ、Aへの体当たり、Aの押さえつけ、石での殴打を最初からバラバラにして検討するという答案が、多数見受けられました。しかし、これでは、Aが急迫不正の侵害をしてきたという事実がなかったら、少なくとも甲には暴行罪2つと傷害罪の3つの罪が成立し、併合罪加重されることになってしまいます。

そのため、乙による石での殴打行為が、「暴行」というレベルでの意思連絡であれば「共謀の射程」に入ってしまうことが無視され、殴打という具体的な暴行について甲には共謀がないという間違った解答が多数なされることになってしまいました。

これでは、このような事案の場合に、検察官が傷害罪1罪で起訴することや甲を無罪とする論理構成が試験で試されることを理解することはできないと思います。構成要件での罪数評価について、きちんと勉強されることを強く勧めます。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

(2) 「防衛行為の相当性」について

この論点では、「権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」という「防衛行為の相当性」の定義が示されていない答案が散見されました。単に素手の相手に石を用いたことだけで「相当性」が否定されるわけではないので、ここもきちんと論証することが必要です。その際、素手の相手に対して包丁で立ち向かった事案に正当防衛を認めた最判平成 1・11・13 刑集 43 卷 10 号 823 頁が示しているように、単純な「武器対等の原則」は否定されていることも、忘れてはなりません。

なお、「乙は、A のその様子を見て、甲が A から殴られるのを防ぐためには、A を痛めつけて大人しくさせるしかないと考えた。そこで、乙は、A の腰辺りにまたがって A の右上腕部を真上から左手で力を込めて押さえ付けたまま、傍らに落ちていた石（直径 10 センチメートルの丸形、重さ 800 グラム）を右手で拾い、右手に持ったその石で、A の顔面を力を込めて 1 発殴った。」としか書かれていない問題文から、防衛の意思を超える「攻撃の意思」を認定したり、さらには「積極的加害意思」を認めたりした答案も散見されました。しかし、乙はあくまで「甲が A から殴られるのを防ぐために」石で殴打しただけですから、防衛の意思を超える「攻撃の意思」はありません。ましてや、事前に侵害が確実にやってくるという予期を前提とする「積極的加害意思」は、本問では論ずる余地はありません。「攻撃の意思」や「積極的加害意思」という各概念については、正確な理解に努めてください。

(3) 「罪を犯す意思」について

ここでは、傷害罪は暴行の故意でも成立し得ることを忘れて、「石での殴打」という具体的な暴行についての甲の認識がないことから、直ちに、乙との間の「犯罪の共謀」を否定する答案がかなり見られました。これも、A が急迫不正の侵害をしてきたという事実がなかったらと考えればわかるように、甲の認識内容が正当防衛であることを考慮しなければ、「石での殴打」にも「共謀の射程」は及んでしまいます。

甲の認識が正当防衛に該当する暴行であるからこそ、甲には「罪を犯す意思」がなく、したがって「犯罪の共謀」がないこととなるのだということを、常に忘れないようにしてください。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

II 次の【事例】を読み、甲・乙の罪責について、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい（特別法違反の点は除く）。なお答案中、犯人隠避罪と偽計業務妨害罪の関係について触れること。

【事例】

(1) 甲は、A社の営業部員であったが、取引先のB社から集金してきた30万円をギャンブルに使ってしまった。甲には貯金などもなく穴埋めできなかつたことから、自分のことをかわいがってくれている経理部長の乙に「すみません。集金してきた金に手を付けてしまった。何とかしてください。」と相談した。

(2) 今までかわいがっていた甲のことがかわいそうになった乙は「わかったお前が使い込んだ金は取引先のCに貸し付けたことにする。そして、お前がCの所在するDビルに行って集金して返ってくる途中で、強盗に襲われて金を奪われたことにしよう。お前が車のトランクに入って俺がガムテープで手足を縛り、口をふさいでやる。そうすれば強盗に襲われたように見えるだろう。その後30分くらいしたら警察に通報してやるから大丈夫だ。警察には拳銃を持った強盗に襲われて閉じ込められたといえればいい。」と持ち掛けた。

(3) 甲は、それで自分の横領がばれないなら、と考え上記計画に同意した。乙はCに対して事情は告げず「警察が来たら、A社から金を借りていたがきちんと返済したことにしてくれ。迷惑はかけない。」と依頼した。

(4) 上記の返済期日とした日、甲は乙とCの住むDビルの地下で落ち合った。甲は営業用の車で来ておりそれを地下の駐車場に停めた。乙が甲に「いいな、閉じ込めるぞ。」といったところ、甲は「本当にこれで自分の横領はばれないんですよね？」と聞いてきたので「そうだ。」と答えたところ、甲は自分で車のトランクに入り寝転がった。乙はトランク内に横たわった甲の両手首、両足首をガムテープで縛り、甲の口をガムテープで塞いで、鼻で呼吸できることを確認した後、トランクを閉めてその場を立ち去った。

(5) 30分ほどたったところで乙は警察に「Dビルの地下駐車場で駐車中の車のトランクからゴトゴトと変な音がするから調べてほしい。」と通報した。通報を受けた警察官が同駐車場に駆け付け甲を発見した。甲は警察官に「拳銃を持った強盗に襲われてCから集金した現金が奪われて、自動車のトランクに閉じ込められた。」と説明した。甲からの説明を受けた警察官は監禁・強盗事件として緊急配備を行い、捜査を行った。Cのところに警察が向かい事情を聞いたところ、上記事情を知ったCは「乙からA社から金を借りたことにしてくれと頼まれたが、本当は借りていないし返済もしていない」と答えた。

1、論点

本問は平成21年度司法試験問題の後半部分をベースに、部下の業務上横領罪に関しておこなわれた、監禁罪、司法作用に対する罪である犯人隠避とその共犯について考えてもらおうとしたものです。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

2、論点の解説

（1）業務上横領罪

本問では、まず甲が取引先から集金してきた金銭を費消してしまったことに起因しますのでこの点について論じておきましょう。

営業マンが取引先から集金してきた金銭を費消した場合に考え得る犯罪としては業務上横領罪（253条）が思いつくところですので、業務、占有、他人の物、横領、故意、といった成立要件に事実をあてはめて成立を確認してください。この点、その成立を疑う余地はほとんどないので、むやみに論証を張り付けて長く書くのではなく、あてはめに必要な事実を指摘して簡潔に述べるのが肝要です。

（2）監禁罪

乙は、甲からの告白を受け甲の業務上横領を隠ぺいするために、狂言強盗を思いつき甲を自動車に閉じ込めようとしたのですから、監禁罪（220条）を検討することになります。もっとも、自動車のトランク内に閉じ込められることを甲は同意していますから、甲の承諾が監禁罪の成否についてどのような意味を持つかについて検討する必要があります。

まず、甲が同意していることからあたかも自分で部屋に閉じこもったのと同じように監禁とはいえない、という構成が考えられます。しかし、甲は乙から手足を縛られ口をふさがれているのですから、自力でトランクから脱出することは不可能です。したがって、外形的には監禁した、といえることになるでしょう。

もっとも、甲は承諾しているのですから、甲の承諾が監禁罪の違法性を阻却するかという点を検討することになります。

この点、保険金を騙取する目的で被害者の車に承諾を得たうえで自動車を衝突させて傷害した事案において、最高裁（最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁、百選I（7版）22番）は「被害者が身体傷害を承諾した場合に傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決すべきものである」と一般論を述べた上で、「右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであって、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」として、違法性阻却を認めませんでした（もっともこの判例は“傷害罪”の承諾による違法性阻却が問題となった事例であって、監禁罪にそのままの形で適用できるかについては検討の余地があるでしょう）。

注意してほしいのは、違法な目的が承諾を無効にするという答案がみられるところですが、ここでの問題は、有効な承諾が、違法性を阻却するか、という点にあります。ですので、まず当該の承諾が有効な承諾であることを確認して、その承諾が違法性を阻却するかという形で問題提起するようにしましょう。

なお、甲は乙の監禁罪に協力していますが、監禁罪においては被害者として扱われますの

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

で共犯は成立しません。

（3）犯人隠避罪

乙は、甲が行った業務上横領罪の被害金を強盗に奪われたように見せかけることで、業務上横領罪の犯人である甲に捜査の手が及ばないように細工したのですから、犯人隠避罪（103条）に問われることとなります。ここでも犯人、隠避といった成立要件の意義を明らかとしたうえで、具体的事実をあてはめることで確認します。

問題は甲です。甲は自己の犯罪を隠ぺいすることを乙に相談し、乙の犯人隠避罪を引き起こしたのですから、乙の犯人隠避罪に対する甲の共犯関係が問題となります。

もっとも、甲は業務上横領罪の犯人ですから自己の犯罪の隠蔽自体は処罰されないこととの関係で、甲にいかなる共犯関係が成立するかが問題となるでしょう。

甲の関与形態から見ると、共同正犯（60条）に問うこともできるように思いますが、甲は単独では正犯にはなれないのですから共同正犯にもなれないと解することが素直な解釈のように思います。

もっとも、正犯にはなれないとしても教唆犯（61条）といった狭義の共犯は成立しうるのではないかと、問題となります。

これについては、甲は正犯としては処罰されないのであるから（狭義の）共犯たる教唆犯はなおのこと成立しえない、との反論が考えられます。

しかし、判例は大審院時代から「犯人カ其ノ發見逮捕ヲ免レントスルハ人間ノ至情ナルヲ以テ犯人自身ノ單ナル隠避行爲ハ法律ノ罪トシテ問フ所ニ非ス所謂防禦ノ自由ニ屬スト雖他人ヲ教唆シテ自己ヲ隠避セシメ刑法第百三條ノ犯罪ヲ實行セシムルニ至リテハ防禦ノ濫用ニ屬シ法律ノ放任行爲トシテ干涉セサル防禦ノ範圍ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルヲ得サルニヨリ被教唆者ニ對シ犯人隠避罪成立スル以上教唆者タル犯人ハ犯人隠避教唆ノ罪責ヲ負ハサルヘカラサルコト言フ俟タス」（大判昭和8年10月18日刑集12巻1820頁）としています。つまり、犯人自身の自己隠避はやむを得ないものとして防御の自由に属するが、他人を教唆した場合は防御の範囲（防御「権」と言っていないことに注意！）を逸脱したものであって教唆罪が成立するとします。

もっとも、この判例には、有力な反対説があるところですから、相手方の見解を適切に批判して根拠をもって自説を述べることが求められます。

（4）偽計業務妨害罪

さらに問題なのは、甲・乙が共同して、警察へ虚偽の通報・説明をすることによって警察に不要な捜査等をさせたことについて何らかの犯罪が成立するかという点です。もちろん、これらの行為は上述の犯人隠避のために行われた手段にすぎません。他方で、実際に警察はする必要のない捜査をさせられることによって、本来すべき業務の遂行が妨害されたといえますから、偽計業務妨害罪（233条）にあたるようにも思われます。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

この点、そもそも「公務」である警察の活動に対して偽計業務妨害罪が成立するかという点が問題となります。というのも、警察の行う活動は公務ですから、その妨害は公務執行妨害罪（95条1項）によって保護されています。そうするとその妨害の手段は暴行・脅迫に限られ、偽計・威力による妨害からは保護されないという、いわゆる公務と業務の関係性が問題となるからです。

この点については、様々な学説が主張されているところですので、ぜひ手持ちの教科書等で勉強してみてください。この点、警察のように強制力を行使する権力的公務が業務に当たらないのは、偽計・威力による妨害を強制力によって排除しうるからであるから、当該の強制力によって排除することのできない偽計・威力による妨害については、それがなければ遂行されたはずの本来の警察の公務（業務）が妨害される（遂行が困難ならしめられる）として、行われた妨害を強制力によって排除できるかどうかによって業務妨害罪の成立範囲が異なるとする見解が主張されています（東京高判平成21年3月12日高刑集62巻1号21頁参照）。

いずれの見解をとるにせよ、本件のような虚偽の通報・説明によって行われた行為に業務妨害罪が成立しうるかについて、説明する必要があるでしょう。

もっとも、仮に業務妨害罪が成立しうるとしても、上述の犯人隠避罪と業務妨害罪との関係が問題となります。なぜなら、警察への虚偽の通報、虚偽の説明は、犯人隠避の典型的な行為といえるからです。犯人隠避罪は、当該犯罪を犯したとして捜査の対象となり得る者を発見、拘束する作用を妨害することがその本質です。そうすると、警察の目を当該の者からそらす行為、警察の捜査を異なる方向へ導く行為が主たる行為となりますから、その行為は必然的に偽計業務妨害罪に当たることとなります。

そうだとすると、犯人隠避罪において行われた偽計業務妨害行為はすでに犯人隠避罪の中で評価されつくしているのではないか、という問題意識が出てくることになるでしょう。

これを成立の問題とするか罪数の問題とするかは解答者それぞれの見解にゆだねられていますが、以上のような問題意識に気づいて欲しかったというのが出題の趣旨ということになります。

3、答案の講評

残念なことに、第2問を選択した方は極めて少数でした。推測でしかありませんが、刑法各論の勉強の順序として、司法作用に対する罪は最後の方にある関係でなかなか手が回らなかったのではないか、という点や、問題文の「犯人隠避罪と偽計業務妨害罪の関係について触れること」という条件に躊躇を覚えたということもあるかもしれません。

しかし、逆にいえば本問では犯人隠避罪と偽計業務妨害罪が成立すること、が前提になるのですから、それぞれの犯罪類型の成立要件を挙げたうえで、具体的事実を適用してその成立を論じるということ行っていれば、相応の点数がついてくるという考えもあり得たように思います。

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

この点、上述のすべての論点にふれているわけではないものの、上記で成立しうる、業務上妨害、監禁、犯人隠避、偽計業務妨害といった犯罪について、適切なあてはめを行うことでそつなくまとめられた答案も見られたところです。

みなさんには、まず六法の刑法の条文を読むことをお勧めしておきます。刑法はわずか264条しかありません。しかもそのうちで、出題される可能性は3分の2ほどでしょう（内乱罪や、外患誘致罪、あへん煙に関する罪や飲料水に関する罪が出題される可能性はほぼありません）。

まずは、条文をしっかりと読んで、当該条文が適用される事案を思い浮かべること、その作業をまずやってみましょう。そうすることで、問題文を読んだときに適用すべき条文が思い浮かぶはずで、細かな論点や学説を覚える前に、まず条文、条文の文言からスタートすることが法律を勉強することのスタートであるように思います。

今後とも、刑法の勉強を進めていかれることを心より願っています。

小論文

【設問Ⅰ】

科学と似非科学の見分けが困難なことを踏まえて、人間の心理面から似非科学が廃れない理由について、筆者の考え説明することを求めている。

筆者は、冒頭に、①合理と非合理を分ける規準の不明確さ、科学の限界、科学と疑似科学の間のグレーゾーンの存在等という前提のもとに、頼りになるものが存在しないという時代上の中では代にあって、癒やしの気分で似非科学に近づきたくなる人間の心理がある以上、似非科学は永遠に廃れないと結論を述べている。②その上で、第一種似非科学、第二種似非科学、第三種似非科学、それぞれに嵌まる人の特徴を述べ、③これらに共通することは、いずれも人間の心理に深く関係しているから簡単に他人の手では払拭できず、本人は無自覚であることも共通していると述べて、人間の心理面からの問題点を指摘している。④他方で、現代社会では科学と縁を切って暮らせなくなっているという客観情勢が似非科学の考案とつながっていることを論じている。

上記①～④について、多くの受験生は心理的な側面を中心に論じており、科学それ自体の限界や、現代社会が科学と縁を切って暮らすことができている時代であるということについての論述については薄かった。人間の心理的な面のみで似非科学に嵌まるのではなく、外的条件や時代状況についても論じることが求められる。人間の心理面だけでなく、後者についてもバランスよく論じている答案は高く評価される。

【設問Ⅱ】

疑似科学に嵌まらないために、どのようなことが必要であるかということに関し、4つの方向からの処方箋について、筆者の考えの説明を求めている。本論文を注意深く読めば、①言説を受ける側、②言説を教える側、③疑似科学予防、及び④科学者の見分け方に関し、分けて論じられており、それぞれを示唆する表現が認められるので、そのことを手がかりに論じればよい。

①については、正しく疑う心を幼い頃から教育によって自覚させ意識的に育成していくことが重要であること、今の子ども達は与えられた情報を使いこなすことが関心事になっていることから、「疑う技術」を身につけることが肝要であることを述べている。

② 上記のような状況の中で、大人が子どもを挑発し、「疑った上で納得すれば信じる」ような教育をしていくこと、「なぜ」という問いかけて合理と非合理を弁別する感覚を養う必要があるとしている。その際似非科学を題材にするのも効果的であるとも述べる。

③については、筆者は「予防措置原則」との表現で説明している部分を論じればよい。分らないことがあったとき、安全を確認しながら今ある地歩を固めてゆっくり歩む予防措置原則が上策であるというのである。ただし、筆者は、予防措置原則の誤った適用が人権を無視するなどして似非科学化していく危険性があるということを論じているのでこの点に

2021 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

ついでに言及することが望ましい。

④については、当該科学者が謙虚であるか否かが重要な判断規準であると論じている。よく勉強し他人の仕事に学ぶ態度を持続している科学者は謙虚であるとしているのである。

本論文では、前述したように4つの視点についてそれを示唆する表現がある。②の教える側の視点については多少①との絡みでわかりにくいところもあったかもしれないが注意深く読み解けば、さほど難しくはないと思われる。

多くの答案は上記②の点が論述が薄い印象が強かった。その他の点については概ねそれなりに論じていたようなものもある。各論点はわかりやすいと思われたものの、字数が非常に少ないもの、論証が不足しているものが散見され、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ことに照らせば、そのような答案は当然のことながら、説得力に乏しく評価も低いことになる。

以上