

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

憲法

問題Ⅰは、本件条例 6 条 1 号および 3 号が漠然不明確ゆえに無効ではないか、Y 市美術館の使用不承認が X の芸術表現の自由（憲法 21 条 1 項）を侵害するか否かについて検討することが求められているが、前者を検討できていた答案はわずかであった。

参考とすべき判例は、泉佐野市民会館事件判決（最判 1995 年 3 月 7 日）であり、多くの答案がこれに言及できていた。同判決に引きずられて集会の自由の問題として検討する答案が見られたが、多くの答案が芸術表現の自由の問題と捉え、表現内容・内容中立的規制二分論にも言及しながら、泉佐野市民会館事件判決を意識した合憲性判断の枠組みを設定し、これを事案に適用する形で概ね検討できていた。

もっとも、Y 市美術館が芸術表現のために設置された施設であるという、場所の性質（パブリック・フォーラム論）に言及する答案は多くはなかった。また泉佐野市民会館事件判決を参照すれば、本問の適用審査は合憲限定解釈を踏まえてなされることになるが、同判決が用いた合憲限定解釈を正しく再現できていない答案が散見された。本問では泉佐野市民会館事件判決のような合憲限定解釈によることなく、目的手段審査の違憲審査基準を用いた適用審査を行うことも可能である。そのように検討していた答案は一定数あったが、法令審査と適用審査を混同して論じるもの、目的審査において本件条例 6 条ではなく 1 条の目的規定の目的を検討するものが見受けられた。適用審査と法令審査の区別、違憲審査基準のあてはめの仕方には注意すべきである。

なお、違憲審査基準の設定において、X に Y 市美術館の使用を承認することによって想定される害悪の重大性を理由に、基準の厳格度を緩める答案が散見された。しかし、違憲審査基準論は裸の比較衡量による安易な人権制約を正当化することを避けるところに狙いがあるのだから、想定される害悪や人権に対立する利益を持ち出して違憲審査基準の厳格度を簡単に緩和すべきではない。

また厳格度の高められた判断枠組みを設定しているにもかかわらず、その適用の場面では、非常に簡単に不承認の合憲性を認める答案がいくつもあった。X が平穩に個展を開催しようとしている以上、X による Y 市美術館の使用を不承認とするには、X の作品に敵対的な者が X の個展を実力で妨害する現実の危険があること、そしてその妨害行為が警察に依頼して予め防止することが不可能であるということが客観的な事実を照らして認められなければならない（敵対的聴衆の法理）。そうでなければ、爆弾やガソリン放火といった脅迫がされるだけで表現活動を規制できることになってしまい、「言論には言論で対抗すべき」という対抗言論の原則を掘り崩すことになるからである。この点について立ち入った検討ができていなければ、表現の自由の重要性を適切に理解できていないという評価にならざるをえない。

問題Ⅱは、陪審の評決に拘束力を認めるタイプの陪審制を導入することが憲法上許され

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

るか否かを問うものであるが、選択している答案は少なかった。陪審制の合憲性は、憲法の概説書で必ず扱われているが、陪審制の導入が、司法権が裁判所に属するとする憲法 76 条 1 項、司法権の独立（特に裁判官の独立）につき定める憲法 76 条 3 項、公平な刑事裁判を受ける権利を保障する憲法 37 条 1 項、裁判を受ける権利を定める憲法 32 条に違反しないかが主たる論点である。しかし、この論点を取り上げている答案はあまりなかった。この論点については、事実認定が司法の不可欠の要素であるか否かが決定的な意味をもつが、この点に気づいているものはなかった。

他方、問題文が想定している陪審制の詳細（陪審員選任手続、評決に理由が付されないこと、陪審の評決が誤っているとして控訴することができないこと等）を取り上げて検討している答案がほとんどであった。しかし、上記の主たる論点を踏まえた上で、こうした諸点に検討を加えてもらいたいというのが、出題の意図であった。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

民法

I 【説明問題】 各 10 点

(1) 本権

事実的支配である占有を正当化する権利。占有権原、占有すべき権利と同義。具体的には所有権・賃借権などを指す。占有の訴えと本権の訴えは別個独立している（202条）。以上の解答例のように、定義、占有権原などの同義語、例、関連条文などのうち3つくらいを含む記述を期待していた。出来不出来の差が激しく、基本的な語義が書けていないものが多かったので、基本をしっかり押さえて欲しい。六法の事項索引を参照して手がかりを求めることも望まれる。

(2) 片務契約

双務契約のように当事者双方が債務を負うのではなく、贈与契約のように、一方の当事者のみが債務を負う契約。使用貸借のように、法的に対価の意義を有しない契約も含む。大体理解して書いている答案が多かったが、中には、単独行為や無償契約と誤解している答案も少数あった。基本的な概念なので教科書等で良く復習しておいて欲しい。

II 【論述問題】 各 100 点

〔1〕

無権代理の相手方からの転得者と本人の法律関係を問う基本的な問題である。その基本的な法律関係を間違いなく押さえることがまず必要である。

A—B 間は、A はかつて B に融資契約の代理権を付与していたが、現在は終了している。ただし、実印は回収されず、B が所持している。

B—C 間は、B が委任状を偽造し、A の代理人として、A 所有の甲土地を C に売却しているのだから、無権代理行為である。

A は甲土地の所有権を主張しているので、無権代理行為の追認は考えられない。しかし、C に表見代理が成立しないかは検討の余地がある。

C—D 間は、甲土地の売買代金 800 万円の支払と引換えに、D への所有権移転登記が行われている。D はすでに甲土地に乙建物を建てて居住している。

問は、A は甲土地の所有権に基づいて、D に乙建物を取去して甲土地を返還するよう求めているが、その当否を検討せよというものである。

まず、A は、B のした C との売買契約は無権代理であると主張することが考えられる。

これに対し、C は 112 条 2 項の、代理権消滅後に代理権の範囲を超えて行われた場合等の表見代理を主張することが考えられる。

もし、表見代理が成立すれば、AC 間の売買、CD 間の売買によって、D は甲土地の所有

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

権を取得するから、A は甲土地の所有権に基づく明渡請求はできない。

表見代理が成立しない場合、すでに C から D に甲土地は転売されているので、D に対しても明渡請求できるか。

一般に表見代理により保護される相手方は、無権代理行為の直接の相手方に限られる。したがって、D が表見代理によって保護されることはない。

しかし、D は、C に表見代理が成立せず、C は甲土地の所有権を取得していないにもかかわらず、C 名義の登記から C を所有者と信頼して、売買契約を締結したのであるから、94 条 2 項の類推適用により保護される、と主張することが考えられる。

答案の中には、C の保護について 94 条 2 項に言及したり、A と C や D の関係を対抗問題(177 条)と理解しているようなものも見られたが、問題文をよく読んで、正確に問題点を把握することが必要である。また、CD 間の売買で D が代金のうち 200 万円未払である事実が問題文中に述べられているが、それについては C は支払いの猶予を認めており、この部分は問を検討するに当たり関係のない事実として扱ってよい。

〔2〕

詐害行為取消権に関する問題である。

(問 1) 70 点

A は B に貸金債務の弁済を遅滞している。A が有する資産は父親から相続した甲土地（元々の時価は 2000 万円）とその土地上新築した乙建物、A から相続した株式（300 万円くらいの価値）である。A の父は A が B に負っている貸金返還債務の連帯保証人であったが既に死亡しているので、人的担保の意味は無くなっている。A の B に対する貸金債務の残額は 1900 万円である。この段階で、A がこれら不動産を C に 1500 万円で売却している。

そもそも差し押さえが容易な不動産を売却して隠匿が容易な金銭に代える行為は債権者を害する行為として詐害行為になり得る（424 条 1 項）。この場合、A が相当な対価を得ていたと評価できるとしても不動産を金銭に変えて債務者 A が隠匿等の恐れを現に生じさせ、債務者 A が隠匿等の処分を有し、受益者 C が債務者 A のそのような意思を知っていた場合には、B は C を相手に詐害行為取消権に基づき A C 間の本件不動産売買契約の取り消しを請求できる（424 条の 2）。

設例では A が B からの差し押さえを逃れるために、C が A に払うべき代金を A の恋人 D に入金するように依頼しているので、債務者の隠匿の意思と、それを受益者 D が知っていることと解すことができよう。従って、B は C に対して詐害行為取消権に基づき A C 間の本件不動産の売買契約を取り消すことができる。

以上の点について正解に理解して良く書けている答案も多かったが、C が A に対価を支払っていることから 424 条の 2 の適用が問題となることを看過して、その点の根拠条文をあげていない答案も少数あった。重要ポイントなので良く復習しておいてほしい。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

（問2）詐害行為取消権行使の対象である売買契約の目的物が不動産なので、債権者が自己に引渡しを請求することはできない（424条の9の反対解釈）。BにとってAの責任財産の保全として重要なことは、AからCへの本件不動産の所有権移転登記の抹消登記手続を請求することである。またBによりAC間の本件不動産の売買契約が詐害行為取消権により取り消された場合は、受益者Cは債務者Aに対し、その財産を取得するためにした反対給付の返還を請求できるから（425条の2）、CはAに代金1500万円の返還を請求できる。

所有権移転登記の抹消登記手続請求やCのAに対する代金返還に触れていない答案も散見されたが、以上の点につき根拠条文を示して論述することが求められる。

2021 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

（解答例）約束手形によって請求を受けた者は裏書人その他所持人の前者に対する人的関係に基づく抗弁をもって所持人に対抗することができない（手形法 77 条 1 項 1 号・17 条）。善意の手形取得者には抗弁の付着しない「きれいな権利」が移転するものとして手形取引の安全を図り、手形の流通性を高めるための制度である。（144 文字）

【講評】手形法 77 条 1 項 1 号によって準用される 17 条本文（「振出人」を「裏書人」に読み替える）の内容に関する正しい記述が最低限なされていることが求められる。その他、物的抗弁と比較した人的抗弁の性質、17 条但書に関する説明等も加点対象となる。

II

〔1〕

1. E の A に対する請求

E は A に対し会社法（以下「会」という。）429 条 1 項による損害賠償を請求することが考えられる（「会社法上の」損害賠償請求に関する設問であるため、民法 709 条による請求は対象外となる）。会 429 条 1 項の責任を追及するための要件は、①取締役の会社に対する任務懈怠、②①についての悪意または重過失、③損害の発生、④①から④の間の相当因果関係である。①②について、A が、甲社の財務状況が著しく悪化していることを認識しながら、甲社を清算するなどの措置を採らず、徒に取引を拡大し、甲社を代表して E との間で代金支払の見込みのないまま本件契約を締結させたことは、悪意もしくは少なくとも重過失による任務懈怠にあたるといえる。A の任務懈怠により E に甲社の未払代金分（1000 万円）の損害が発生しており（③）、これらの間には相当因果関係が認められる（④）。

2. E の B に対する請求

E が本件契約を締結した時点では B は甲社の取締役の地位にないが、B が甲社の代表取締役である旨の登記は残存していたため、これを根拠として E は B に対しても同様に会 429 条 1 項による損害賠償を請求することが考えられる。B は甲社の取締役および代表取締役を辞任しているが、登記申請権者である A に対し、甲社の代表取締役としての不実の登記の残存につき明示的な承諾を与えているため、会 908 条 2 項の類推適用により、自らが甲社の代表取締役の地位にないことについて善意の第三者に対抗できない（最判昭和 62 年 4 月 16 日判時 1248 号 127 頁（会社法判例百選〔第 3 版〕72 事件）、神田秀樹『会社法〔第 22 版〕』285 頁（弘文堂、2020 年））。したがって、E は B が甲社の代表取締役の地位にないことにつき自己が善意である旨を主張したうえで、B につき会社法 429 条 1 項の要件を満たす旨を主張することとなる（なお E が実際に登記簿を確認することまでは要しないとするのが通説とされる（大隅健一郎『商法総則〔新版〕』284 頁（有斐閣、1978 年）、等））。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

その上で、Bにつき会 429 条 1 項の要件を検討する。B は甲社の代表取締役在任中もその地位は名目的なものであったことが認められている。名目的な平取締役であったとしても監視義務違反が認められるとする最高裁判例（最判昭和 48 年 5 月 22 日民集 27 卷 5 号 655 頁（会社法判例百選〔第 3 版〕71 事件）はあるものの、本問の場合、B はすでに甲社の取締役を辞任しており少なくとも重過失によってその任務を懈怠したとは認められない（①不充足）。あるいは、仮に任務を果たしていたとしても A の独断による業務執行を止めることは不可能であったと思われる（④不充足）として、B の責任を認めないという結論が説得的と思われる。同様に会 429 条 1 項の要件を検討したうえで B の責任を認めるという答案も加点対象にはなるが、その場合 A の責任との連帯（会 430 条）にも触れる必要がある。

【講評】会社法 429 条 1 項と 2 項の責任は異なるにもかかわらず「会社法 429 条の責任」としか記載しない答案が見受けられた。また、A について経営判断原則の適用を検討する答案も目立ったが、本問は取締役の第三者に対する責任を問うものであり、経営判断原則は問題とならない（そもそも本問における A の行為は経営判断の枠を超えたものといえる）。

〔2〕

X 社株主 T は、P が S に対して金銭を交付した行為が株主の権利の行使に関する財産上の利益の供与（会 120 条 1 項）にあたり、P は無過失責任を負う（同 4 項）として、その責任を株主代表訴訟（会 847 条 1 項・3 項）によって追及することが考えられる。

1. 利益供与該当性と P の責任

〔要件〕

会 120 条 1 項は、会社は、誰に対しても、株主の権利の行使に関し、会社またはその子会社の計算によって財産上の利益を供与してはならないと定める。また、会 120 条 2 項は、株式会社が特定の株主に対して有償で財産上の利益を供与した場合において、当該株式会社が得た利益が当該財産上の利益に比して著しく少ないときは、株式会社が財産上の利益を供与したものと推定される旨を定める。利益供与をなした取締役は無過失責任を負う（同 4 項）。

〔請求の当否〕

X 社の代表取締役 P は、S に本件株主総会への対策を要請したうえで、X 社の計算によって S に 100 万円を支払った。甲社はその対価として 100 部の広報誌（1 部原価 100 円相当）を得ているため、これは甲社にとって「無償」ではない。しかし、P が供与した 100 万円に比して得た利益は 1 万円相当であり、これは「著しく少ない」といえる。したがって、T は、S に対し 100 万円の利益供与がなされたとの推定をもとに、利益供与をなした P が無過失責任を負う旨を主張しうる。この推定は覆らないため、P は会 120 条 4 項による責任を負う。

2. 代表訴訟による責任追及

〔要件〕

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

会 847 条 1 項は、6 か月前から引き続き株式を有する株主が株式会社に対し、書面その他の方法によって取締役の責任を追及する訴えを提起するよう請求することができる旨を定める。そして、その請求の日から 60 日以内に会社が責任追及等の訴えを提起しないときに、当該請求をした株主は株式会社のために責任追及等の訴えを提起することができる（同 3 項）。

〔請求の当否〕

X 社株主 T の株式保有期間については問題文から明らかではないが、X 社は公開会社であるため、責任追及等の訴えを提起するためには、T は 6 か月以上 X 社の株式を保有している必要がある。そのような T は、X 社に対してまず P の責任を追及する訴えを提起するよう請求し、60 日の経過後に自ら訴えを提起することが考えられる。1. で述べたように、P の利益供与の推定は覆らないため、T の請求は認められる。

【講評】

設問において「P の X 社に対する会社法上の責任」を問うているにもかかわらず、本件株主総会決議の取消しについて論じる答案が目立った。また、会 120 条 4 項の責任ではなく、会 423 条 1 項の任務懈怠責任を追及するという答案も多くあった。確かに利益供与は会 423 条 1 項の任務懈怠の要件も満たすが、会 423 条 1 項の特則にあたる別個独立した責任であり、独自の推定規定も置かれている（会 120 条 2 項）ため、まず 120 条 4 項の責任を追及すべきである。

なお、〔1〕〔2〕ともに責任追及の「追及」を「追求」と書く者がかなり多数見受けられた。明らかな誤字である。癖になっている者については早急な修正が求められる。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

刑 法

21 年度後期入試刑法は、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、甲の罪責について、以下の〔設問〕に答えなさい（特別法違反の点は除く）。

【事例】

(1) 甲は、A を殺害するため、睡眠薬を A に飲ませて A を眠らせた上で、有毒ガスを用いて自殺に見せ掛けて A を殺害することを計画した。甲の計画は、自車で A 方に行き、ワインに混ぜた睡眠薬を A に飲ませて A を眠らせた後、直ちに自車に戻って車内に置いておいた有毒ガス発生のための薬剤等を取った上で、再度 A 方に赴いて有毒ガスを発生させ、これを A に吸入させて A を殺害するというものであった。

(2) 甲は、前記計画を実行するため、自車内に有毒ガス発生のための薬剤等を置いたまま、ワインと睡眠薬を持って A 方に行った。なお、甲が自車内に置いていた有毒ガス発生のための薬剤等は致死量の有毒ガスが発生する程度の量であった。甲は、A 方において、A がトイレに行った際に、睡眠薬を A のグラス内のワインに混入した。A は、そのワインを飲み干し、間もなく、睡眠薬の影響で眠り込んだ。甲は、計画どおり有毒ガス発生のための薬剤等を取りに行くために同駐車場に戻ろうとしたが、急に A を殺害することが怖くなり、有毒ガスを発生させることを止めた。

(3) A は、覚醒することなく、甲が A 方から立ち去った数時間後に、急性心不全で死亡した。A には、A 自身も認識していなかった特殊な心臓疾患があり、A は、睡眠薬の摂取によって同疾患が急激に悪化して、急性心不全に陥ったものであった。A に同疾患があることについては、一般人は認識できず、甲もこれを知らなかった。

(4) 本件で甲が A のワインに混入した睡眠薬は、病院で処方される一般的な医薬品であった。その混入量は、確実に数時間は目を覚まさない程度ではあったが、A の特殊な心臓疾患がなければ、生命に対する危険性は全くないものであった。また、甲も、本件で混入した量の睡眠薬を摂取しても、A が死亡することはないと思っていた。

〔設問〕 A が睡眠薬を摂取して死亡したことについて、甲に殺人既遂罪は成立しないという結論を前提に、その結論を導くために必要な理論を示しつつ、甲の罪責を論じなさい。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

1 論 点

本問は、2020（令和 2）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、犯行計画を途中で中止したにもかかわらず被害者に隠れた疾患があったために死亡結果が発生した場合に既遂を否定するための理論を尋ねることで、複数の動作を必要とする殺害計画における殺人罪の「実行の着手」の時点、「因果関係」ないし「客観的帰属」の理論と判断、重大な「因果関係の錯誤」の処理等を問うものです。

2 各論点の解説と講評

(1) 甲に殺人既遂罪は成立しないとする方法

本問に答える際には、まず、甲に殺人既遂罪は成立しないとする方法を考える必要があります。それには、以下の複数の考え方があり得ます。

①甲に殺人罪の「実行の着手」は認められず、かつ、予備行為から結果が発生しても、殺人既遂は成立しないとする方法。この場合、殺人予備罪、および、「(相当) 因果関係」ないし「客観的帰属」を認めれば、傷害致死罪や過失致死罪が成立します（この特殊な心臓疾患はA自身も認識していなかったのですから、過失を認めることは難しいと思いますが）。

②睡眠薬の影響でAを眠り込ませた時点で殺人罪の「実行の着手」は認められるが、甲がAに摂取させた睡眠薬は、Aの特殊な心臓疾患がなければ、生命に対する危険性は全くないものであったことから、甲の行為とA死亡結果との間の「(相当) 因果関係」ないし「客観的帰属」が否定されるとする方法。この場合、殺人未遂罪は成立します。もっとも、「因果関係」ないし「客観的帰属」を否定する以上、傷害致死罪や過失致死罪は成立しません。また、殺人未遂罪の刑の上限は死刑ですから、別途傷害罪を認める必要はありません。

③睡眠薬の影響でAを眠り込ませた時点で殺人罪の「実行の着手」は認められ、かつ、現にAに特殊な心臓疾患があり、睡眠薬の摂取によって同疾患が急激に悪化して、急性心不全に陥ってAが死亡した以上、甲の行為とA死亡結果との間の「相当因果関係」ないし「客観的帰属」は否定されないとしつつ、甲の認識した事情を基礎にすればA死亡は予想できない以上、故意と結果は符合しないとして故意既遂を否定する「重大な因果関係の錯誤」があるとする方法。この場合、殺人未遂罪は成立します（「重大な因果関係の錯誤」は故意と結果との符合を否定するだけで、故意の存在を否定するものではありませんから、殺人未遂を否定してはなりません。また、前述のように、殺人未遂罪の刑の上限は死刑ですから、別途傷害致死罪などを認める必要はありません）。

以上のいずれの方法を用いても、正解となります。

(2) 殺人罪の「実行の着手」を否定する方法

この方法を採用の場合には、最高裁の「クロロホルム事件決定」（**最決平成 16・3・22 刑集 58 巻 3 号 187 頁**）が、類似の事案で被害者にクロロホルムを吸引させて昏睡させた時点において殺人罪の「実行の着手」を認めたことと対決しなければなりません。犯行計画、Aが

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

昏睡してから甲が有毒ガスを発生させるまでには（もちろん、昏睡させることが殺害の必要条件であることは前提の上で）犯行計画上障害となるものはなかったし、時間的・場所的にも上記「クロロホルム事件」より近接している本問では、Aを昏睡させた時点で、犯行計画上「殺人に至る明らかな危険のある行為」ないし「殺人に密接する行為」を否定することが必要なのです。しかし、上記「クロロホルム事件決定」と同じ尺度では、これを否定することは難しいでしょう。

それでも、1)「実行の着手」の判断基準をきちんと示して、2)本問の甲がAを昏睡させた時点では、これが認められないと述べ、かつ、3) 予備行為から結果が発生しても、殺人既遂は成立しないので、甲には殺人既遂罪は成立しないと書けば、十分です。もっとも、殺人罪の「実行の着手」を明確に否定した答案は、見当たりませんでした。

(3) 「因果関係」ないし「客観的帰属」を否定する方法

この場合、1)殺人罪の「実行の着手」については、上記最高裁の「クロロホルム事件決定」の判断基準を挙げて、これが認められることを示しておく必要があります。その際、第1行為の必要不可欠性や特段の傷害ないこと、時間的・場所的近接性という「実行の着手」の考慮要素は挙げておきながら、「殺人に至る明らかな危険のある行為」ないし「殺人に密接する行為」という判定基準を明示していなかった答案が目立ちました。この基準の明示を忘れないでください。

その上で、2)「折衷的相当因果関係説」ないし、危険概念において「具体的危険説」を基礎とする「客観的帰属論」を用い、3)「Aに特殊な心臓疾患があることについては、一般人は認識できず、甲もこれを知らなかった。」という事情を手掛かりに、「本件で甲がAのワインに混入した睡眠薬は、病院で処方される一般的な医薬品であった。その混入量は、確実に数時間は目を覚まさない程度ではあったが、Aの特殊な心臓疾患がなければ、生命に対する危険性は全くないものであった。」ことを挙げ、4)甲がAを昏睡させた後、有毒ガス発生を止めた時点では、それにもかかわらず睡眠薬が心臓疾患に作用してAが死亡することは「我々の社会生活における経験上予想できるものではなかった」（「折衷的相当因果関係説」）、または、「Aが死亡する許されない危険の創出はなかった」ないし「生じた結果は睡眠薬投与の持つ危険の実現ではない」（「客観的帰属論」）として、殺人既遂を否定した答案が多数でした。

もっとも、その際、「危険」の定義を明示せずに、本問を「異常な事情の介入」のケースと捉える答案が目立ちました。しかし、「Aの特殊な心臓疾患」は行為後の異常な事情の介入ではなく、「行為時の特殊事情の存在」のケースです。したがって、行為時に存在した事情をすべて考慮する危険概念では、本問の睡眠薬は「特殊な心臓疾患」のあるAを死亡させる危険の極めて大きなものですから、因果関係や危険の創出と実現を否定するためには、この「特殊な心臓疾患」を考慮しない危険概念に依拠することを宣言することを忘れないでください。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

さらに、この場合、5)殺人未遂罪は成立することになります。その際、罪名が未遂である以上、そうなった原因は「自己の意思」であり、法的には殺人既遂は中止されたのですから、中止未遂（43条ただし書き）を認めることも可能です。

なお、答案には、「因果関係」を否定したあと、殺人罪の「実行の着手」の有無を検討しないで殺人予備罪にしてしまったものも散見されました。これは、検討不足です。

(4) 「重大な因果関係の錯誤」を理由に殺人既遂罪を否定する方法

この場合には、1)殺人罪の「実行の着手」については、上記最高裁の「クロロホルム事件決定」の判断基準を挙げて、これが認められることを示し、2)「客観的相当因果関係説」ないし「客観的危険説」を基礎とする「客観的帰属論」を用い、甲の行為にA死亡結果は客観的に帰属されるとしつつ、3)「Aに特殊な心臓疾患があることについては、一般人は認識できず、甲もこれを知らなかった。」という事情を手掛かりに、「本件で甲がAのワインに混入した睡眠薬は、病院で処方される一般的な医薬品であった。その混入量は、確実に数時間は目を覚まさない程度ではあったが、Aの特殊な心臓疾患がなければ、生命に対する危険性は全くないものであった。」ことを挙げ、4)有毒ガス発生を止めた甲には、それにもかかわらず睡眠薬が隠れた心臓疾患に作用してAが死亡することは、甲の認識した事情から予想できないことであって、5)このような重大な「因果関係の錯誤」がある場合には、中止以前の甲の故意は生じた結果に符合しないとして、殺人既遂罪の成立を否定することになります。

その際、6)殺人罪の故意に基づく同罪の「実行の着手」はあったわけですから、殺人未遂罪の成立は否定できません。もっとも、この場合も、罪名が未遂である以上、そうなった原因は「自己の意思」であり、法的には殺人既遂は中止されたのですから、中止未遂（43条ただし書き）を認めることも可能です。

なお、「重大な因果関係の錯誤」は、これを考慮する学説では、故意と結果の符合を否定するだけであって、故意を否定することにはなりません（厳密に言えば、生じた結果に対応する故意は否定するが、未遂を根拠づける故意は否定しないということです）。残念ながら、答案には、「重大な因果関係の錯誤」を理由に殺人罪の故意を否定してしまった結果、本問では殺人未遂罪も成立しないとしてしまったものが散見されました。「錯誤」の意味を再度学習されることをお勧めします。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

II 次の【事例】を読み、以下の設問に答えよ。

【事例】

甲・乙は暴力団P組の組員であり、かねてよりQ組と対立関係にあった。甲・乙はQ組幹部のVを覚せい剤取引の目的で呼び出し、覚せい剤を奪って殺害する計画を立てた。

甲と乙が立てた計画は、まず甲がVを呼び出しXホテル309号室で待たせる。そこに甲が行ってVに嘘を申し向けるなどして覚せい剤を手に入れる。そのまま甲は覚せい剤を持ってホテルから脱出し、309号室の向かいの303号室に潜んでいた乙は、甲が立ち去ったのち309号室に入りVを殺害する、というものであった。

当日、甲はVを呼び出すことに成功し、Vは覚せい剤を持ってXホテル309号室に入った。そこに甲が行き、Vに対して、買い手が向かいの303号室で待ってる。覚せい剤の質を確認して、納得したものであったら金を払うと知っている、と告げた。それに対してVは、先に金を受け取ってからでないと覚せい剤は渡せない、などといって、しばらく問答が続けていたが、最終的にVは甲に対して、「わかった、ならこれをあんたに預ける。」と覚せい剤を甲に渡した。①甲は覚せい剤を持って309号室を出て、303号室に待機していた乙に声をかけ、ホテルから立ち去った。

乙は甲がホテルを出たのを確認したのち、309号室に入ったところ、Vは乙に「誰やお前は。甲の仲間か。覚せい剤返すか、金払うかどっちや!」といったところ、乙はポケットから拳銃を取り出し、②殺意をもってVに向けて5発発射し、その場を立ち去った。

Vはこのような取引をする際には命の危険があることから、防弾チョッキを着用しており、重傷を負ったが一命はとりとめた。

【設問】

以上の事例における甲・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、検討に当たっては、下線部①、下線部②のそれぞれについて何罪が成立しうるかを論じた上で、両者の罪数関係を論じること。

1、論点

本問は、最決昭和61年11月18日刑集40巻7号523頁（刑法判例百選II（第8版）40番）を題材に、窃盗罪と詐欺罪の区別および財物の取り戻し又は代金請求を免れる目的で行われた殺人行為をどのような犯罪として処断するか、また、覚せい剤を持ち去ったことに対する犯罪と、Vを殺害しようとした行為との間の罪数関係についても考えてもらおうとしたものです。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

2、各論点の解説と講評

（1）下線部①について一窃盗罪と詐欺罪の区別

まず、Vに嘘を申し向け、覚せい剤を受け取ったのち、ホテルから覚せい剤を持ち出した行為に何罪が成立するかが問題となります。というのも、Vは甲が覚せい剤の質を確認するために303号室から持ち出し隣室の309号室に運ぶことを許諾しているものの、当該覚せい剤を自由に取り扱うことを許しているわけではないからです。

この点、1項詐欺罪における欺罔というためには、財物の交付に向けて事実を偽ることが必要ですから、Vが甲に覚せい剤を「預けた」行為が、交付といえるかが問題となります。交付といえるのであれば、甲がVに申し向けた嘘は交付に向けられたものとして欺罔行為にあたり、覚せい剤を受け取って309号室を出たところで1項詐欺罪成立することになります。

他方、Vの行為が交付といえないのであれば、甲の申し向けた嘘は交付に向けられたものとはいえ、したがって欺罔行為といえませんが詐欺罪の実行の着手も認められないということになります。その場合は、当該覚せい剤をホテルから持ち出したところで窃盗罪が成立することになるでしょう。

では交付といえるのでしょうか。一般に交付とは瑕疵ある意思に基づく占有の移転とされており、当該占有の移転は終局的な移転を意味するとされています。本問では、303号室に運ぶために309号室から持ち出すことが、終局的な占有の移転、つまりVが占有を失うことを意味するかということになります。

ホテルは1つの建造物ですから、その占有は当該建物、少なくとも当該フロアには及んでいるとも考えられるかもしれませんが、もっとも、ホテルの内部の個室は独立して区画されており、宿泊客の占有は原則的には個々の宿泊している部屋にしか及ばないと考えられますから、自身の部屋から持ち出すことを認めたということは、（瑕疵ある）意思に基づく占有の移転が認められるようにも思われます。

いずれの評価をするにしても、詐欺罪における交付の意味を明らかとしたうえで、交付に当たるかどうか、ひいては欺罔行為にあたるかどうかについて、検討することが求められていました。

（2）下線部②について一強盗殺人未遂罪の成否

下線部②については、強盗罪津人未遂罪の成否が問題となることですが、下線部①で成立した犯罪との関係が問題となります。下線部①について窃盗罪が成立したとすると、甲の拳銃発射行為は、事後強盗罪に該当すると思われれます。というのも、覚せい剤の持ち出し行為に窃盗罪（共同正犯）が成立し、覚せい剤の取り戻しを防ぐという目的のために、窃盗の現場で、拳銃発射という暴行を行っているからです。そして、刑法240条は殺意がある場合を含むとされていますから、甲・乙には（事後）強盗殺人未遂罪が成立することとなるでしょう。

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

では、下線部①に詐欺罪が成立した場合はどうでしょうか。この点、冒頭の最決昭和 61 年は「本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪に当たるといふべき」であるとし、（ただし、先行する覚せい剤の取得行為に詐欺罪が成立するのか窃盗罪が成立するのかを明示していません）。もっともこの点については谷口裁判官の意見がついています。谷口裁判官は先行する行為については詐欺罪が成立するとした上で、債務を免れる動機・目的のため人を殺害したすべての場合について 2 項強盗罪が成立する解すべきではなく、「債務を負担すべき地位にある者が、債務の履行を免れるため、債権を行使すべき地位にある者を殺害して事実上債務の履行を免れ、反面、債権の行使を事実上不能に帰せしめた場合に限つては、二項強盗殺人罪の成立を肯定してよい」とします。

（3）下線部①、下線部②の罪数関係について。

本問では、下線部①、下線部②に成立する犯罪の罪数関係も問題としています。この点、第 1 行為が窃盗罪、第 2 行為が事後強盗殺人未遂罪になるとすると、罪数処理は簡単で、第 1 行為の窃盗罪は事後強盗殺人未遂罪に吸収され 1 罪が成立することになります。

問題は、第 1 行為が詐欺罪、第 2 行為が 2 項強盗殺人未遂となる場合です。この場合、両者は異なる法益を侵害しているように見えますので、併合罪との処理が考えられます。

この点について、最決昭和 61 年は、「先行する本件覚せい剤取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるにせよ、前記事実関係にかんがみ、本件は、その罪と（二項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い后者の刑で処断すべきものと解するのが相当である」とします。最高裁は、包括一財とする理由を明らかとていませんが、上記の谷口裁判官は「両罪が同一場所で同一機会に継続してなされてものであり、社会現象としても一つの事象として評価されることにかんがみ、詐欺（既遂）罪と（二項）強盗殺人未遂罪の包括一罪として重い后者の刑で処断されるべき」としますが、その実質的な理由とするところは、第 1 行為に窃盗罪が成立する場合や、当初から V を殺害して覚せい剤を奪う計画であった場合には、（事後 or 1 項）強盗殺人未遂罪 1 罪が成立するのに対して、先行する行為が詐欺罪と評価されれば、2 項強盗殺人未遂罪との併合罪となるのは不合理であるという点にあるように思われます。

（4）講評

本問は上記のような狙いの中で出題したものでしたが上記論点のすべてに触れている答案は極めて少数でした。特に、下線部②について、甲・乙の先行する犯罪の評価や、動機を前提とせず、単に殺人未遂罪が成立するとするだけにとどまる答案が多かったことが残念です。

下線部①については、交付が問題となる点を指摘する答案は散見されましたが、交付の意

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

味を明らかとしなかったり、そもそもこの論点はどの要件の問題として考えるべきかについてはっきりさせることなく、漫然と交付の有無だけを検討する答案も見られました（交付が認められても、詐欺未遂罪の成否が問題となることには注意が必要です。本問の引き渡し行為が交付に当たらないとすると、甲の申し向けた嘘が欺罔とは評価できない、というところまで踏み込んで検討することが求められます）。

下線部②については下線が分けて引かれていたからでしょうか。下線部①に成立した犯罪を前提とせず、ただ殺人未遂罪が成立するという答案が多くみられました。百選にも掲載される基本的判例ですので、問題文全体の構造の中で、当該行為の評価を行うという姿勢を忘れずに問題に当たってもらいたいと思います。

下線部②を単なる殺人未遂とすると、下線部①の犯罪との罪数問題も生じないのですから、出題で問われている意味を考えれば、異なった答案もありえたのではないかと思います。

司法試験の問題傾向の変化に伴い、出題者の意図を考え問題の流れに乗っていくということもまた大事になっていくように思います。自身の持つ知識を十全に利用するためにも、問題文をよく読み、出題の意図に沿った答案について考えることが求められています。

なお答案の評価に当たっては、上記の各論点についての論述の評価のほか、事案処理の方法特に三段論法の使い方や問題提起などの、答案の形式の優劣についても評価の対象としています。

2021 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】

小論文の文章量はそれほど多くはないが、使用されている概念等によって著者が何をいwanとして提示された文章の範囲内から読み取るには時間がかかったかもしれない。第 1 問は、著者が「必要から離陸した消費の欲望」という概念を用いて何を示そうとしていたのか、「必要から離陸した消費の欲望」ということのひとびとにとっての現実的な意味をよく示す具体例として、著者がどのような例を使用して説明していたのかをまとめてもらう問題である。「必要から離陸した消費の欲望」という言葉が示された問題文 2 頁にはこの言葉の意味を直接わかりやすく説明した文章はないが、問題文 9 頁でも再び「必要から離陸した欲望」という概念にふれられており、双方を見比べれば、「必要から離陸した（消費の）欲望」は、情報消費社会又は現代の情報消費社会がその繁栄のメカニズムとして見出しているものであるが、情報消費社会は、人間に何か必要かということに対応するシステムではなく、マーケットとして存在する需要にのみ相関するものであることが示唆されている。第 1 問で問われた 2 頁「必要から離陸した消費の欲望」ということの、ひとびとにとっての現実的な意味（の基底）というときに著者は「離陸された側としての〈必要〉の地平」を視界に入れるべきことを強調しており、そうすれば、この文章の中でもふれられているセネガルを含むアフリカの実例等を援用して説明することができよう。500 字以内に簡潔にまとめるのはそれほど容易ではないが、答えは、高得点の者からそれほど得点を得られなかったものまで相当開きがあった。中には、「必要から離陸した消費の欲望」という概念について、著者の考え方を簡潔に説明した後、離陸される側としての〈必要〉の地平の具体的例を示したよく整理された答案もいくつか見られた。

【設問Ⅱ】

第 2 問は、まず「〈貧困〉のコンセプトは二重の剥奪である」ということの意味が自分なりに整理できていないと、「南の貧困」に即して述べたこのコンセプトが、「北の貧困」にもそのままあてはまる理由も説明できないことになる。問題文から、著者は「南の貧困」だけでなく一般に貧困のコンセプトを二重の疎外又は二重の収奪という概念を用いて説明をしており、貧困が「貨幣からの疎外」と「貨幣への疎外」から成り立っていると分析し、重要なことは「貨幣からの疎外以前に、貨幣への疎外という目に見えない規定がある」ことを指摘している点である。「南の貧困」も「北の貧困」もこの 2 点において共通性があることを読み取ることが先ず必要である。著者は、「南の貧困」がこの二重の構造を持つことを、GNP の高低によって貧困を説明する議論を批判的に検討することによって明らかにし、南の社会を GNP を必要とするシステムの中に投げ込む第 1 次の引き離し又は原的な剥奪のプロセスを明らかにし、その上でそうしたシステムにおいて GNP が低い状況に置かれることを二重の収奪と規定する。その実例は、中国南部の少数民族及びアメリカの原住民の生活の対

2021 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

比、さらに、現代の情報消費社会に組み込まれる過程でドミニカ農民がたどった実態にふれることで例示されている。これらの分析を、どのように整理して提示するかがまず重要である。他方、「南の貧困」とは貧困ラインとされる所得等に大きな差違のある「北の貧困」についても、同様の二重の剥奪、すなわち「貨幣への剥奪（第1の剥奪）」と「貨幣からの剥奪（第2の剥奪）」が見られるが、問題文から、「北の貧困」には「第1次的な剥奪が巨大であることに応じて、＜必要＞のラインを定義する貨幣の数量も巨大なものとなること」「第1次的な剥奪の重層的なことに応じて＜必要＞であることの根拠も重層的となっていること」を、アジア、アフリカ社会との違い、自動車や電話、さらにはそれらが義務教育の連絡網や、義務教育のもつ社会内での意味を売価として「北の貧困」の巨大で重層的な構造を形づくっていることを提示している。これらの要点をつかんだ上で、分析・整理したことを提示することが解答者に求められる。こちらは1500字以内での会頭であるが、少なくない解答者が2枚目の解答欄を飛ばして3枚目に解答を書いて、1000字以内の解答にとどまっていた。毎回若干こうした答案が見られるが、今回はややこの種の解答が多かった印象を受ける。したがって問題に十分解答仕切れていないものが相当数あった。他方、上記のような要点について、論拠を示しながら論理を展開した優秀な答案も一定数あった。第2問も分布は高得点の答案から低い点数しか評価がでなかったものまで相当のばらつきが見られた。

以上