

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

公法(憲法)

名誉権と表現の自由との調整に関する第Ⅰ問と裁判所の権限に関する第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、ある表現行為が人の名誉を侵害することになる場合、憲法上表現の自由が保障されていることとの関係で、どのような調整が図られるのか、を問う問題である。全体としては答案の出来不出来がはっきり出ており、しっかり学習できている者とできていないものとの差がついたと言える。

本問で問題になっていることは、すでに刑法 230 条の 2 において、立法上の調整がなされている。設問(1)は、同条が発見できれば、極めて簡単な問題だったはずである。同条 1 項では①「公共の利害に関する事実」で、②「もっぱら公益を図る」目的でなされ、③摘示されている事実が「真実であることの証明があったとき」に、刑事責任を問わないこととされている。これを述べさえすれば、おおむね出題意図を満たしているのだが、以上の①②③をしっかり書いていた者は意外にも多くない。試験場では六法が配布されているのであり、問題文で刑事責任に言及している以上、名誉棄損罪に関する条文を見ようとする労をいとわなければ、容易に見えただけである。

もちろん、この条文を指摘するだけでは足りず、③のいわゆる真実性の要件については、「真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるとき」には、刑事責任を問われないとするのが判例(最大判昭和 44 年 6 月 25 日)であり、この点(いわゆる相当性の理論)も指摘されねばならない。さらに、本問は刑事責任ではなく民事上の不法行為責任を問題にしているから、以上の法理は不法行為責任が問われる場合にも当てはまることが指摘されねばならない。

本問は国会議員についての事実の摘示であるから、同条 3 項に着目できれば、さらに良かったであろう。答案の中には、問題文の冒頭の表現に引きずられたのか、「差止め」の要件を問題にしようとしていると見られるものがあったが、問題文に「損害賠償を求めて」とあるのだから、本問では「差止め」のための要件は問題にならない。

設問(2)では、(1)で明らかにした要件に、問題文で示されている諸事情をあてはめて検討することが求められている。ほとんどの答案で、記事の中身や情報源についてしっかり検討していた。この点は評価できる。なお、設問(1)で比較衡量論またはそれに類する枠組みを呈示するもの多かったが、その中身について、設問(2)で上記の要件を実質的に検討しているのであれば、それは評価した。また、ごく少数であるが私人間効力論を展開しているものがあったが、本問においては不要である。

第Ⅱ問を選択した者は極めて少なかった。しかも、問題の所在を的確にとらえたものはほとんどなかった。

本問では、まず、問題文に示された法案が、裁判所に抽象的違憲審査権を与えるものであるか、が問題になる(A党の主張の前半部分)。したがって、抽象的違憲審査とは何か、対立的概念の付随的違憲審査とは何か、を踏まえねばならず、それを踏まえたうえで本問の法案の内容と事件性の要件との関係が検討されねばならない。そして仮に本問の法案が客観訴訟を創設するものだとすると、その憲法上の妥当性も検討が必要である。

公法(行政法)

産業廃棄物処理施設の設置許可申請に対する不許可処分(本件不許可処分)の違法性を問うものである。本件不許可処分が違法かどうかを「検討しなさい」という出題であり、必ずしも違法であることを主張しなければならないわけではない。検討すべき違法性について特に限定は付されていないので、実体的違法性と手続的違法性の両面を検討する必要がある。手続的違法性に関しては行政手続法違反が問題になる。

1. 実体的違法性

本件不許可処分の通知書には、「廃掃法15条の2第1項2号の『周辺地域の生活環境の保全』について適正な配慮がなされたとはいえない」との記載がある。したがって実体的違法性に関しては、廃掃法15条の2第1項2号にいう適正な配慮がなされたかどうかが問題となる。同号については審査基準が定められており、「廃掃法15条3項の調査の結果を記載した書類の内容に基づいて判断するほか、廃掃法15条6項の規定に基づいて意見書が提出されたときは、その内容を十分に考慮する」ものとされている。この審査基準の内容自体を廃掃法に違反するという事は困難である。そこで、調査結果書の内容および廃掃法15条6項に基づく意見書の内容が正しく考慮されたかどうかを問題にすべきである。

問題文をみると、B県の担当者は、「本件調査結果書に明らかな問題点は見受けられないが、周辺住民の意見が尊重された」旨の説明をしており、調査結果書よりも住民の意見が重視された模様である。しかしながら、調査結果書には問題がないにもかかわらず、周辺空民が反対しているというだけで、不許可処分をすることが許されるとすると、周辺住民が施設の設置について実質的に拒否権を有することになってしまい不合理ではないかと思われる。提出された意見書の内容が、Aの実施した調査に関する問題点を指摘するものではなく、ただ単に施設の設置には反対であるというものであった場合には、それは廃掃法15条6項にいう「生活環境の保全上の見地からの意見書」には該当しないとも考えられる。このような場合には、本件不許可処分は、重視すべきではない事項を決定的に重視してなされたものとして違法であると主張することもできる。

それに対して、提出された意見書の内容が、生活環境の保全上の問題点を指摘するものであり、生活環境の保全について適正な配慮がなされたかどうかについては行政庁に裁量権が認められるとすると、意見書の内容を考慮して不許可処分をすることは、社会通念上著しく不合理とはいえないという主張も考えられる。

【答案を読んで】

- ・実体的違法性を論じていない答案があったが、問題文で手続的違法性のみを検討すべきことが明記されている場合を除き、実体的違法性の検討は必須である。
- ・審査基準の内容が廃掃法に適合するかどうかについて論じていない答案が多かったが、そのような答案は高評価を受けることはできない。

2. 手続的違法性

(1) 理由提示の程度

廃掃法15条1項の許可について行政手続法の適用を除外する規定はなく、本件不許可処分は申請拒否処分に該当するため行政手続法8条による理由提示が必要である。本問では理由提示自体はなされているので、理由提示の程度が問題になる。行政手続法8条は理由提示の程度については明記していない

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

が、東京高判平成13・6・14判例時報1757号51頁は「法規が行政処分に理由を付すべきものとしている場合において、その趣旨とするところは、行政庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服の申立てに便宜を与えることにある」との見地から、「許認可等の申請を拒否する処分に付すべき理由としては、いかなる事実関係についていかなる法規を適用して当該処分を行ったかを、申請者においてその記載自体から了知しうるものでなければならず」、「当該処分が行政手続法5条の審査基準を適用した結果であって、その審査基準を公にすることに特別の行政上の支障がない場合には、当該処分に付すべき理由は、いかなる事実関係についていかなる審査基準を適用して当該処分を行ったかを、申請者においてその記載自体から了知しうる程度に記載することを要する」と述べている。

本問においては、いかなる事実関係にいかなる法規が適用されたかについては認識可能といえるが、審査基準に関しては通知書に記載がない模様である。この点に着目して本件不許可処分の理由提示には不備があるとする主張も考えられるが、B県のウェブサイトで公表されている審査基準の内容は単純であり、周辺住民の提出した意見書が考慮されて本件不許可処分がなされたことは通知書の記載から明らかであるから、理由提示の趣旨を没却するような違法性はないとの主張も考えられる。

(2) 審査基準の具体性

本問では審査基準が作成・公表されているが、それが「具体的なもの」(行政手続法5条2項)といえるかどうかという問題がある。審査基準によると、廃掃法15条の2第1項2号該当性については「廃掃法15条3項の調査の結果を記載した書類の内容に基づいて判断するほか、廃掃法15条6項の規定に基づいて意見書が提出されたときは、その内容を十分に考慮する」ものとされているところ、この程度であれば、廃掃法の規定をみればわかるので、行政手続法の要求する具体性を備えた審査基準が作成されたとはいえないという主張が考えられる。それに対して、調査結果書や廃掃法15条6項の意見書に基づいて廃掃法15条の2第1項2号該当性を判断することは廃掃法上明記されておらず、この点を示した審査基準を作成・公表することは申請者の権利利益の保護に資するものであって、行政手続法に違反しないという主張も考えられる。

【答案を読んで】

- ・不利益処分手続について論じている答案があったが、本件不許可処分は、行政手続法の分類では、申請に対する処分である(行政手続法2条4号ロは、申請拒否処分を不利益処分から除外している)。
- ・理由提示に関しては、審査基準の適用関係を記載すべきかどうか論点となるが、このような論点があることを認識していないとみられる答案が多かった。
- ・理由提示に関して、事実に関する記載がないとする答案があったが、周辺住民が意見書を提出したという事実は記載されているから、事実に関する記載がないとはいえない。
- ・今回の入試では、理由提示の趣旨に関して、正しく記述できていない答案が比較的多かった。
- ・審査基準の具体性について論じていない答案があったが、この点を検討することも期待されている。

民法

I 説明問題

(1) 禁反言の法理

禁反言の法理とは、自己のなした行為に矛盾する態度をとることは許されないという原則である。もともとは英米法上のエストップの原則に由来するが、日本でも信義則違反となりうるとみなされている。この法理については、だいたい理解している答案が多かった。具体例として、時効完成後の債務の承認を例に挙げているものが相当数あったが、妥当な例である。

(2) 物権的請求権

物権の実現に対する妨害やその危険がある場合、妨害や危険の除去を求める権利のことである。物権的返還請求権、物権的妨害排除請求権、物権的予防請求権がある。そのほか、物権的請求権に関する説明、例えば、「占有訴権と異なり明文規定はない」などは加点要素とした。比較的よくできていたが、「所有権に基づく請求権」しか想定していないような解答もあり、注意を要するところである。

II 事例問題

[1]

(問い1) D の抵当権を阻止する法的手段は何かを問う問題である。

抵当権は被担保債権が消滅すれば、消滅の付従性により抵当権も消滅する。D の抵当権の被担保債権の残額 200 万円の履行期は、10 年を過ぎている。E は抵当不動産乙の第三取得者なので、被担保債権の消滅時効を援用できる「当事者」(民 145、判例)であり、その消滅時効の援用により抵当権の付従性の結果、D の抵当権は消滅するはずである。

ところで C は債務者 A の相続人としてこの債務を相続しているが、乙建物を売却する際に、D に売却代金からこの債務を弁済すると言った(事実 11)。C は時効完成後に債務を承認しているから、C が D に対して時効を援用することは信義則に反して許されない(最大判昭和 41・4・20 民集 20・4・702)。この場合、第三取得者 E も被担保債権の消滅時効を援用できないのかが問題となる。

考え方としては 2 通りあろう。一つは、信義則は相対的に判断されるべき、あるいは時効利益の放棄は相対効しかないという理由で、C は時効を援用できなくても、E は時効を援用できると考える考え方である。

もう一つは、被担保債権について時効が中断された場合は、その効果は物上保証人や第三取得者に及ぶという判例(最判平成 11・2・26 判時 1671・67 など)の射程距離を本件にも及ぼして、被担保債権について債務者が時効を援用できなくなったのだから債権者(抵当権者)は債務の履行を期待しており、第三取得者も時効を援用できないという考え方である。

答案では、C が債務を承認したことをもって、時効の中断と解するものも散見されたが、すでに時効期間は経過しているので、中断ではなく、時効完成後の債務の承認の問題となる。また、抵当不動産の占有を E

が取得したことをもって抵当不動産の時効取得を論じている答案もあったが、前主の A とその地位を相続により承継した C は抵当権設定者であるから、いくら長年占有をしても抵当権の時効取得は有りえない点に注意すべきである(民 397 の反対解釈)。

なお C が D に負っている債務を E が第三者弁済(民 474)しても D の被担保債権は消滅し、抵当権も消滅するから、E は抵当権の実行を阻止できる。E は 200 万円につき D に代位して C に求償権を行

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

使し得る(民法 501)。

(問い 2) F の死後認知の訴えが認められたことより、F は出征の時に遡って A の子としての地位を遡及に取得し、A の相続人として扱われる。(民 784 本文)。そこで、F は A 所有の乙及び甲土地賃借権、A が D に負う 200 万円の債務を相続分 2 分の 1 で相続するはずである。しかし、すでに相続財産である乙は処分されているので、F は C に乙の対価 1000 万円の 2 分の 1 - 100 万円 (G が相続した A の残債務の 2 分の 1) = 400 万円の価額支払請求ができるのみとなる (910)。

だいたい理解できている答案が多かったが、中には、的外れの答案も少数あった。死後認知の効果の遡及効とすでに処分がなされてしまった場合の価値支払請求について良く復習しておく必要がある。

[2]

問題は、一見非常に複雑に見えるが、法定地上権の成否を除いて、基本問題のつもりであった。各問いのポイントと期待した解答例を手短に説明する。

(問い 1)

土地の抵当権が実行された場合の問 1 については、法定地上権 (388 条) の成否並びに法定地上権成立後の譲渡による影響 (X Z の法律関係)、及び、所有権譲渡による賃貸人の地位の移転、土地と建物の賃借人の違い並びに抵当権実行前の抵当権者の権利 (X Y の法律関係) が問題である。

まず、X Z の法律関係について。土地への X の抵当権設定当時には甲土地は更地なので、原則として、法定地上権は成立しない。しかし、X は乙建物の建築を想定し底地として評価したうえで、乙を利用権の付いた建物として共同抵当権の追加設定を受けたと思われる。乙だけの抵当権を実行していることからそのような理解がうかがえる。さらに、X 自身が買受人となっていて、法定地上権の成立によって不利益を受ける第三者は登場しない。以上から、例外的に法定地上権が成立すると思われる。法定地上権の成立後に、乙が Z に譲渡されて同一所有者でなくなっても、法定地上権の成立は否定されない。A Z 間の約定利用権は抵当権の設定登記に後れて対抗要件 (借地借家法 10 条 1 項) を備えたものであるため、地代の約定を含めて X には対抗できない。X と Z の間に合意が整わない場合には、当事者の申し立てにより裁判所が地代の額を定める (388 条後段)。

次に、X Y の法律関係について。X は甲の所有者であるが、乙の所有者ではなく、所有権に基づく建物明渡し請求など何も請求することができない。X は乙の抵当権者であるが、競売手続を妨害する目的で賃借権が設定され、抵当権の換価権または優先弁済権を侵害する場でなければ、抵当権に基づく妨害排除等の主張をすることもできない。一方、乙の所有者は Z であり、A Y 間で結ばれた乙の賃貸借契約上の賃貸人の地位は、本件のように Y が乙の賃借権の対抗要件 (借地借家法 31 条) を Z への譲渡と対抗要件具備の前に備えている場合には、乙の Z への譲渡により所有者が Z に変わると、Z に承継される。Y は Z に対して乙の 1 階部分の賃借権による使用・収益の継続を対抗できる。Y は占有権原を有しており、賃借権の設定に執行妨害の目的は認められないので、抵当権に基づく妨害排除もできない。

(問い 2)

建物の抵当権が実行された場合の問 2 については、抵当建物の譲受人の地位 (X Z の法律関係)、及び、引渡猶予 (395 条) の成立とその後の法律関係 (X Y の法律関係) が問題である。

まず X Z の法律関係について。抵当権設定時の所有者 A から乙を譲り受けた Z の権利取得は、それより先に対抗要件を備えた X の抵当権に対抗できないから、Z は、抵当権の負担のついた物上保証人的な地位に立つ抵当不動産の第三取得者である。それゆえ、乙について抵当権が実行されて競売されると、抵当権の実行と共に効力を失う (民事執行法 59 条 2 項)。X は、買受によって取得した所有権に基づき、

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

Zに引渡命令（民事執行法 83 条）又は通常の所有権に基づく明渡し訴訟によって、乙の 2 階以上の部分の明渡しを求め、さら 1 階部分の間接占有（直接占有者 Y を介した占有）をも移転するよう（具体的には指図による占有移転を）求めることができる。

次に、XY の法律関係について。Y が A から設定を受けて対抗要件（借地借家法 31 条の引渡し）を受けた乙の 1 階部分の賃借権は、X の抵当権設定登記に後れるものであるため、X には対抗できず、乙の競売に伴って消滅する（民事執行法 59 条 2 項）。もっとも、Y は、抵当権に対抗できない賃借権により抵当建物を競売手続の開始前から使用又は収益をする者（395 条 1 項 1 号）であるから、買受人 X の買受の時より、6 か月間明渡しを猶予される（同条）。これは突然の抵当権実行により生活や営業の拠点を奪われる賃借人の衝撃緩和措置である。

引渡猶予の場合には、すでに賃借権は消滅しており、旧賃借人である Y には積極的な占有・使用権原はないから、Y は X に建物使用の対価（原則として客観的な相場賃料額）を支払わなければならないし、X への支払を 1 か月以上遅らせると引渡命令により 6 か月を待たずに明け渡ししなければならない。なお、保証金 300 万円の返還は貸貸人の地位を譲り受けていた Z に求めることしかできない。

（講評）

非常に残念なことに、問題の趣旨を理解し、法定地上権及び引渡猶予の検討ができていた答案がきわめて少なく、部分点も付けにくかった。問題の趣旨を理解できていた答案においても、低い地代が設定されていること（⇒388 条後段）、XZ の法律関係を XY の法律関係より先に検討させていることの意味などの問題文に埋め込まれたヒントは生かしておらず、優秀と評価できる答案はなかった。なお、法定地上権の成立を否定する見解も十分な理由が示されれば高く評価した。

借地権と借家権の違いを混乱している答案も少なくなかった。さらに、抵当権の設定登記後に対抗要件を備えた不動産の賃借権が抵当権に劣後し、抵当権の実行によって消滅する、という基本についての誤解が多かった。借地借家法 10 条や 31 条によって賃借権の対抗力が拡張されていることは指摘できているのに、買受人の所有権移転登記より早いから、抵当権が実行されても存続する、というような誤解である。

担保関係においては、基本的な問題処理の考え方をしっかり身に付けていただきたいと強く感じた。

2018 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

同一手形上になされる各手形行為はそれぞれ独立して効力を生じ、先行する手形行為の実質的無効によって後行の手形行為は影響を受けないという原則（手形法 7 条・77 条 2 項。なお手形保証につき同法 32 条 2 項・77 条 3 項）。債務負担に関する原則であるため、裏書については担保的効力（債務負担）に関してのみ働く。なお、前提となる手形行為が方式の瑕疵により無効の場合には適用されない。この原則によれば、手形取得者は、手形上に他に無効な手形行為があるか否かを調査することなく、自己の相手方の手形行為の有効性のみを確認して手形を取得できるから、手形の流通性は促進されることになる。

II

(1) 取締役会決議については、株主総会決議とは異なり（830 条・831 条参照）、決議に瑕疵がある場合について特別な訴えの制度は用意されていないため、一般原則に従って決議は無効であり、その無効はいつでも誰からでも主張することができる。

まず、招集通知に記載されていない事項について決議したことが本件決議の瑕疵にあたるか。取締役会の招集通知には、株主総会招集通知の場合と異なり（298 条参照）、会社の目的たる事項すなわち議題を記載する必要はない。本件では、定款に基づく取締役会規定において、取締役会招集通知には議題を記載すべきことが定められていることが問題になるが、かかる定款の定めは、取締役会に出席する取締役に事前準備の便宜を与えるため、原則的な手続を定めたに過ぎず、取締役は、取締役会において、業務執行等に関する事情が議題となりうることを当然に予想すべきであることからすると、招集通知に記載されていない事項が取締役会で審議・議決されたとしても、当該決議は違法とはならないと解すべきであろう（名古屋地判平 9.6.18）。したがって、この点に係る A の主張は認められない。

次に、A が議決に参加できなかったことが本件決議の瑕疵にあたるか。取締役会において、決議に特別な利害関係を持つ取締役は議決に参加できないものとされている（369 条 1 項）。取締役の忠実義務（355 条）違反を事前に予防する趣旨の規定である。解職の対象となる代表取締役が特別利害関係人にあたるかについては争いがあるが、判例（最判昭 44.3.28【百選 66】）は、取締役が一切の私心を去って忠実義務に従い公正に議決権を行使することは期待しがたく、かえって、自己個人の利益を図って行動することすらありうるとして、特別利害関係人に該当するとする。この立場によると、A が議決に参加できなかったことは決議の瑕疵にあたらないから、これに係る A の主張も認められない。

(2) 取締役の会社に対する責任（423 条）の要件は、①取締役による任務懈怠、②損害の発生、③相当因果関係、④帰責事由である。

まず、P について、①本件不動産の時価は 8000 万円であり、乙社の資本金額の 200%に相当するうえ、その総資産・負債に占める割合は 16%・20%に達する。また、本件売買契約の目的は、友人 R に対する便宜であって、通信販売業を事業目的とする乙社の利益になるものでもなかったといえる。以上の点から総合的に判断すると、本件売買契約は、乙社の「重要な」財産の譲受け（362 条 4 項 1 号）に該当するが（最判平 6.1.20【百選 63】参照）、それにも関わらず P は独断で本件売買契約を締結しており、取締役会決議を経ていない。従って、P が独断で本件売買契約を締結したことは法令違反行為にあたり、任務懈怠が認められる。②本件売買契約により、乙社には 2000 万円の損害が生じている。③ ②の損害は、P による本件売買契約の締結によって発生したものであるため、相当因果関係は認められる。④取締役である P は会社法の規定を認識すべきことは明らかであり、法令違反行為について故意、少なくとも過失は認められる。以上より、P は、423 条に基づき、乙社に対し、2000 万円の損害賠償責任を負

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

う。

Q については、①取締役は、取締役会の構成員として他の取締役に対する監視義務を負っている（最判昭 44.11.26【百選 71】）。上述のとおり、本件売買契約は重要財産の譲受けにあたるため、P は違法に本件売買契約を実行しようとしており、これを認識していた Q には、違法な本件売買契約を阻止すべき義務があった。Q は、取締役会の招集を請求し、取締役会に報告することが可能であったにもかかわらず、かかる職務を果たしていないから、監視義務違反があり、任務懈怠が認められる。② 本件売買契約により、乙社には 2000 万円の損害が発生している。③ Q が直ちに取締役会を招集請求するなどしていれば、②の損害の発生を回避し得たと言えるため、相当因果関係も認められる。④ Q には、上述のとおり監視義務違反があり、過失も認められる。以上より、Q は、423 条に基づき、乙社に対し、2000 万円の損害賠償責任を負う。

なお、P と Q の責任は連帯する（430 条）。

刑法

18 年度中期入試刑法は、以下のような問題でした。全体では、総論中心の I を選んだ答案が多かったように思います。ただし、両問題での平均点は、ほぼ同じでした。以下、問題 I・II の順で解説と講評をします。

I

1 論点

本問は、最決平 21・6・30 刑集 63 卷 5 号 475 頁を参考にしたもので、事案もほぼ同じにしてあります。甲の罪責について「共犯関係の解消(共犯からの離脱)」が問題になった事件に関する最高裁決定で、刑法判例百選 I 総論〔7 版〕の 94 事件(橋爪隆解説)でも扱われていますので、記憶している受験生も多いと予想して出題しました。

本問では、甲の罪責を検討する前に、実行正犯である乙の罪責を確定することを求めています。甲・乙の順番ではなく、乙・甲の順番に解答する必要があります。

2 乙の罪責(20 点)

乙(および B)については、問題文に「乙および B は、窓から侵入して内側からドアの錠を開けて侵入入口を確保した」「午前 2 時 55 分頃、現場に残っていた他の共犯者 3 名と共に、そのまま強盗を実行し、被害者 2 名に傷害を負わせた」と明示されていますので、そのまま、住居侵入罪と強盗致傷罪とが成立し、両罪は牽連犯になるという結論を示してあれば十分です。この乙の罪責が、甲の罪責を論ずる上での基本になります。

答案の多くは、この点は正解していましたが、住居侵入罪について触れていない答案もありました。なお、住居侵入罪や強盗致傷罪についての詳細な説明は、本問の場合、必要ありません。

3 甲の罪責(60 点)

(1) 住居侵入罪・強盗致傷罪(20 点)

本問の中心論点は「共犯関係の解消」ですが、それを論ずる前に、甲に何罪が成立しうるのかを検討しておく必要があります。

少なくとも乙・B の住居侵入罪までは、当初の予定どおり進行していますので、甲も罪責を負いますが、甲は住居侵入罪の実行正犯ではありませんので、共謀共同正犯になるのか、幫助犯になるのかが問題になります。

ほとんどの答案は共謀共同正犯としていましたが、共謀共同正犯の要件が正確でないものも散見されました。

乙・B の強盗致傷罪について、甲に共謀共同正犯あるいは幫助犯が成立するか否かは、まさに共犯関係の解消(共犯からの離脱)の成否に関わることとなります。なお、強盗の共同正犯を認めた場合、乙・B に強盗致傷罪が成立する以上、甲にも(強盗にとどまらず)結果的加重犯である強盗致傷罪が成立することに注意が必要です。

(2) 共犯関係の解消(40 点)

甲に「共犯関係の解消(共犯からの離脱)」が認められるか否かが、本問のメインの論点です。この場合、注意を要するのは、中止犯との区別です。中止犯は中止未遂と呼ばれるとおり、通常は、実行の着手後に中止行為がなされ、かつ、既遂の結果が発生しないことを前提としています。共犯関係の解消が問題になるのは、中止犯の要件を充たさない場合なのです。すなわち、実行の着手前の離脱の後に、他

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

の共犯者が実行に着手した場合や、実行の着手後の離脱の後に、他の共犯者によって既遂結果が発生した場合なのです。

答案の中には、強盗の着手後の離脱の問題と誤解したものや、着手の前後を区別していないもの、中止犯の成否についてのみ論じているものもありましたが、問題の所在が分かっていないといわざるをえません。

この問題について、かつての判例では、実行の着手前の離脱と実行の着手後の離脱とを区別し、前者の場合は、離脱の意思の表明があり他の共謀者がそれを了承すれば離脱が認められますが、後者の場合には、さらに犯罪継続の防止に向けた措置を講ずる必要があるとされ、それが一応の基準と考えられていました(最決平1・6・26刑集43巻6号567頁:刑法判例百選I総論[7版]の95事件(島岡まな解説)など参照)。しかし、下級審判例では、実行の着手前であっても、たとえば離脱しようとする者が共謀者を統制支配する立場にあるときは、共謀関係がなかった状態に復元させなければ共犯関係の解消は認められないとするものがあり(松江地判昭51・11・2刑月8巻11=12号495頁)、実行の着手の前・後は必ずしも決定的とはいえないと理解されるようになってきました。

このような観点から、学説では、実行の着手の前後が問題なのではなく、自己が及ぼした心理的・物理的な因果性の解消・消滅が基準になるとする因果性遮断説(=因果的影響力解消説)が有力になってきたのです。最近では、さらに因果性を必ずしもゼロにする必要はないとする立場や、結果をその者に帰属することが適切かという規範的評価を加えて判断すべきであるという主張も見られます。

さて、本問の場合、甲らが現場から立ち去ったのは、乙・Bが強盗(致傷)の実行に着手する前であり、乙・Bも甲らが立ち去ったことを知ったのですから、古い判例の基準を形式的に当てはめれば共犯関係の解消を認めても良い事案のように考えられます。しかし、平成21年最高裁決定は、「当初の共犯関係が解消したということはできず」として、甲にも強盗致傷罪の共謀共同正犯を肯定しました。

答案としては、共犯関係の解消を否定する場合、問題文から、①甲は以前にも数回にわたり乙らと共に強盗を行っていたこと、②犯行の前夜、甲は自動車を運転して行って乙らとともにA方を見下したこと、③乙らの住居侵入までは当初の共謀どおりに進行したことを挙げて、因果的影響力を解消したとはいえないという結論を導くことになります。

もっとも、甲・乙らが「強盗」を共謀して乙らが「強盗」を実行した以上、因果性が完全に解消したといえるのは稀有のことにならざるをえません。本問の場合と異なり、①～③のような事情がない場合には、共犯関係の解消を肯定することも十分にありうることに注意が必要です。また、本問において共犯関係の解消を認めた場合には、さらに強盗予備罪の共犯の成否が問題になることにも留意してください。

4 印象点など(20点)

設問から「共犯関係の解消(共犯からの離脱)」がメインの論点であることを読み取り、乙・甲の順に何罪が成立しうるかを遺漏なく論じてあれば、合格点です。主要な論点を詳しくしてメリハリのある答案になるよう心掛けてください。

5 答案の講評

答案の中には、甲の罪責から論じているものもありましたが、実行正犯がいる場合には、それから叙述したうえで共犯に及ぶという順序で解答するのが適切です。「共犯関係の解消(共犯からの離脱)」について論じていない答案もありましたが、本問のモデルとした平成21年最高裁決定は、すでに基礎的知識に属するものです。甲について住居侵入罪の共謀共同正犯について論じていない答案や、罪数に触れていない答案、触れていても牽連犯の「牽」の字が間違っている答案もありました。気を付けてください。

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

II

1 論点

本問は、暴行を加えて被害者を失神させた後に、被害者が既に死亡したと誤信して強盗の犯行に見せかけるために財物を奪った行為について、①これは窃盗罪（235条）にいう「窃取」に当たるか、②その前提として、被害者を死亡させたと認識しつつその直後に被害者の身につけている物を奪う行為につき、被害者の占有を奪う「窃取」の故意があるかという問題と、③強盗の犯行に見せかけるための財物奪取につき窃盗罪における不法領得の意思が認められるかという問題を検討するものです。

また、同時に、④自らは先行する被害者殺害（と誤想された行為）に関与していない人物が財物を窃取した場合にも、上述の「窃取」の故意があるといえるか、また、⑤その際に、自分だけ財物を不法領得した人物に、窃盗罪または遺失物等横領罪（254条）が成立するか、といった問題も問われています（なお、遺失物等横領罪を、未だに占有離脱物横領罪と表記する答案が目立ちました。しかし、現行法では、254条には「遺失物等横領」というタイトルが付されており、これが本罪の正式名称となっているのですから、こちらの表記をお勧めします）。

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 問の後半部分です。

2 甲の罪責（50点）

(1) 傷害罪

甲は、Aに暴行を加え、結果的に加療約6カ月の重傷を負わせています。ゆえに、甲には傷害罪が成立します。これは、甲の単独犯です。Aを失神させた直後に財物を奪っても、Aがすでに死亡している以上、強取目的での暴行・脅迫はありませんので、強盗罪は成立しません。

なお、最高裁には、被害者を強姦した後、その抗拒不能の状態で財物を強取した事案で強盗罪を認めたものがあります（最判昭和 24・12・24 刑集 3 卷 12 号 2114 頁）。また、近年の裁判例には、強制わいせつ目的で被害者を緊縛した後、新たに財物取得の意思を生じた場合において、被害者が緊縛された状態にあり、実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合には、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立すると述べたものがあります（東京高判平成 20・3・19 判タ 1274 号 342 頁）。しかし、少なくとも、被害者は死亡していると思いついていて、本問では、「暴行・脅迫が継続しているという認識」がないので、強取の故意を認めることはできないように思われます。

(2) 「窃取」行為はあるか？

本問では、Aは失神しているだけで死亡してはいませんので、甲がAのポケットから現金5万円入りの財布を抜き取った行為は、客観的には、窃盗罪にいう「窃取」に当たります。

(3) 「窃取」の故意はあるか？

しかし、甲はAがすでに死亡したものだと思いついていて、この点では、最高裁に、被害者殺害後の盗取について窃盗罪を認めたものがあります（最判昭和 41・4・8 刑集 20 卷 4 号 207 頁＝刑法判例百選Ⅱ各論〔7版〕No.29）。これは、端的に「死者の占有」を認めたものではなくて、被害者を殺害して財物をその占有から離脱させた者に対しては、被害者の生前の占有が死亡直後もなお保護に値すると評価して、窃盗罪を認めたものです。

したがって、この考え方によるなら、Aを死亡させた直後に財物奪取の意思を生じて財布を奪ったと思いついていて甲には「窃取」の故意があることとなります。実際にはAが死んでいないために「窃取」が認められるのですが、この程度の錯誤は、同一の構成要件の範囲内の錯誤として無視できます。

もちろん、占有者が死亡して誰も占有を承継しなくなった状態では「窃取」は認められないとする有力説からは、「窃取」の故意がありませんので、窃盗罪の成立は、この時点で否定されます。

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

なお、この「窃取」および「窃取の故意」という論点は、次の乙の罪責において窃盗罪の成否を論じる際に問題になりますので、甲の罪責においては、以下の「不法領得の意思」を否定して窃盗罪も遺失物等横領罪も成立しないとしておき、乙の罪責のところで論じるという方法もあります。

(4) 不法領得の意思と器物損壊罪

判例および通説によれば、窃盗罪には、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という「不法領得の意思」が必要です。そして、「強盗の犯行に見せかけるために」財物を奪う場合には、少なくともその経済的用法に従い利用または処分する意思がないので、この「不法領得の意思」は認められません。

したがって、「窃取」の故意を認めた場合でも、「不法領得の意思」がないので、最終的には、甲に窃盗罪は認められません。

もっとも、財物である財布を乙に焼却炉に投げ込ませて燃やした限度では、器物損壊罪(261条)が成立します。これと傷害罪とが、併合罪になります。

なお、「窃取」の故意を否定した場合でも、遺失物等横領罪の成立可能性がありますので、「不法領得の意思」は検討する必要があります。

3 乙の罪責(30点)

(1) 「窃取」行為の共同の故意と遺失物等横領罪

本問では、乙自身は、先行する甲の被害者殺害(と誤想された行為)に関与していません。ゆえに、殺害者との関係では被害者の生前の占有が死亡直後もなお保護に値するとする判例の考え方によれば、先行する行為に関与していない乙との関係では、財布の持ち出しの際には「窃取」の故意がないこととなります。ゆえに、こう考えると、乙には甲との間で「窃取行為の共同」の故意はないこととなります。したがって、たとえ、乙が財布の中の5万円を不法領得したとしても、これは一客観的には窃盗罪なのですが一窃盗罪ではなく、一不法領得行為を内容とする一遺失物等横領罪にすぎないこととなります(なお、財布は「付近にあったゴミ焼却炉の中に投棄する」ことになっていたため、乙に不法領得の意思が生じた時には、財布は、まだ、生きているAの占有下にあったと考えるべきでしょう)。

もっとも、これに対しては、甲自身は「窃取」に当たる行為をしており、かつ、その点については乙に事実の錯誤はないので、乙は甲の「窃取」に加担したとして窃取行為の共同を認め(甲に窃盗の構成要件該当行為はないので、承継的共同正犯の問題ではありません)、その際、不法領得する意思があったとして、窃盗罪を認める見解がありうるかもしれません。

(2) 遺失物等横領罪と器物損壊罪

なお、乙は現金5万円を不法領得しつつ、財布は焼却炉に投げ込んでいますので、現金5万円については遺失物等横領罪を認めたとしても、それより法定刑の上限が重い器物損壊罪は成立しないのか、という問題があります。遺失物等横領罪の刑の上限は1年の懲役であるのに対して、器物損壊罪の刑の上限は3年の懲役であり、不法領得のない後者の方が重いからです。

これは、立法の過誤かもしれません。学説には、この点を捉えて、「遺失物等」の「占有を離れた他人の物」の損壊については、量刑において刑の上限を1年までとする運用で解決しようとするものもあります(山口厚、松宮孝明等)。この見解によるなら、財布の損壊は5万円の不法領得によって成立する遺失物等横領罪で包括評価されるべきこととなります。これに対して、あくまで、刑の上限は器物損壊罪のほうが重いとするなら、乙は両罪の併合罪となるか、あるいは、重い器物損壊罪による包括一罪とするという結論も可能となります。

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

4 印象点 (20 点)

本問は、甲につき「窃取」の故意と「不法領得の意思」が、乙につき、同じく「窃取」行為の共同の故意と「不法領得 (の意思)」が問題となります。器物損壊罪と遺失物等横領罪との罪数関係は、少し難しい論点です。それぞれの論点の位置づけを明確にして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

「不法領得の意思」の有無と器物損壊罪の成否については、各答案とも、比較的良好に書けていたと思います。

もっとも、「不法領得の意思」については、強盗の犯行に見せかける目的でもこれを認める答案が散見されました。また、死亡直後の財物持ち去りについては、最判昭和 41・4・8 は「被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為」を窃盗罪に当たるとしているのに、殺害による財物の占有離脱について罪責を負わない乙に、何の説明もなく、窃盗罪の成立を認めているものも散見されました。さらに、甲については、強取目的での暴行・脅迫が認められず、かつ、Aは死んだものと思っているのに、強盗罪の成立を認めたものもありました。

判例の射程およびそれを支える論理について、より深い学習が必要でしょう。一層の努力を期待します。

訴訟法オプション試験(民事訴訟法)

I について

(1)は、前提事実から推定事実が法律上推定されるとするもので、経験則による事実上の推定と異なること、法律上の推定であるから、証明主題の選択が可能であり、相手方がその推定を覆すには本証が必要となること、を指摘することが基本となる。

(2)は、過去の権利や法律関係を確認しても、その後現在までにそれらに変動している可能性があるため、確認対象の選択が適切ではなく、訴訟要件の1つである確認の訴えの利益を欠くことになること、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)は、明示の一部請求の場合に残部に時効中断効が及ぶかという問題である。

判例によれば、明示の一部請求の場合の訴訟物は、その一部に限られるから、それによれば、本問でも、訴訟物は貸金返還請求権のうちの700万円の部分に限られることになる。

裁判上の請求としての消滅時効の中断の効力がその部分について生じるのは明らかであるが、問題は訴訟物とされていない残部に時効中断効が及ぶかである。

同じく判例によれば、明示の一部請求の場合、残部は訴訟物ではないが、一部請求の部分と残部とは請求原因事実を基本的に同じくし、債権者としては、通常、将来残部をおよそ請求しないというつもりではないから、一部請求訴訟の係属中は、原則として、残部についても権利行使の意思が継続的に表示されているとして、残部について裁判上の催告として消滅時効の中断の効力を生ずる、とされる。これによれば、本問でも、残額の300万円の部分には、裁判上の催告があったものとして消滅時効が中断する、と解することになる。

答案では、訴訟物の理解にとどまるものが多かった。

(2) (2)は、一部請求の訴えにおいて被告から相殺が主張され、対当額で債務が消滅するとされる場合に、どのように計算するかという問題である。

これについては、原告の債権総額から控除するという考え方(外側説)、一部請求の額から控除するという考え方(内側説)、一部と残部の額に比例した形で債務の消滅を認めるという考え方(按分説)があり、重要な論点となっている。これらのうち、外側説が一部請求をする当事者の通常の意味にそうと考えられ、判例は同説を採るべきであるとしている。

同説によれば、本問では、Xの債権総額は1000万円で、Yの反対債権は500万円とされているから、1000万円から500万円を控除すると500万円であり、Xの請求は700万円の一部請求であるから、一部請求の一部認容として、500万円を認容し200万円を棄却する判決をすべきであることになる。

答案では、民事訴訟法上の重要な論点であることがそもそも認識されていないものも見られた。

訴訟法オプション試験(刑事訴訟法)

I

〔1〕 解答例

「違法逮捕にもとづく検察官の勾留請求は、適法な逮捕なければ、勾留なしとする逮捕前置主義に反するため、また、準抗告に代わる事後審査の機会を逮捕に保障するため、却下されねばならない。」

逮捕前置主義と、事後審査の保障に言及していればよい。逮捕前置主義の根拠にも言及した答案は加点した。

〔2〕 解答例

「起訴状記載の訴因では無罪とするほかなくとも、証拠上有罪が明らかな訴因に変更でき、その訴因変更後の罪が人命を奪うような相当重大なものであるときは、例外的に、裁判所に訴因変更命令義務が生ずるとした。」

最高裁判例の規範を踏まえた答案はごく一部しかなかった。右規範は基本的知識に属するものであり、残念だが勉強不足といわねばならない。

II

1 誘拐された児童の所在捜査と保護を目的として、児童が所持する携帯電話の位置情報について、児童の保護者の同意を得て(少なくとも、黙示の同意の下で)、警察が携帯電話会社に照会することは、刑事訴訟法197条2項の「公務所照会」として許される。〔問い〕の1は、この条文適用の可否を論じさせるのが出題趣旨であった。しかし、この条文自体に言及し、適用の可否を論じた答案はなかった。ただし、携帯電話の位置情報の照会という捜査手段の性質、すなわち、任意処分か強制処分かを論じ、(1)保護者の同意がある以上、任意処分だという答案や、(2)処分の必要性・緊急性・相当性などから具体的状況の下で相当である、すなわち、任意捜査として適法だという答案は複数あった。実質的な議論をしたものとして評価できた。

2 下線2におけるGPS端末の設置自体(捜査用の機器をカバン内に潜めること自体)は、カバンの所有者であるAの同意があるため(従って、A自身によるカバンの使用とひとしく)、適法な任意捜査の手段となる。Aの同意があるため適法だと述べていけばよい。しかし、Aの同意になんら言及しないまま、GPS端末の設置それ自体を重大な権利侵害であって強制捜査と断じた答案や、また、そもそも下線2と下線3を区別しないでいずれも強制捜査だと論じた答案も一部にあった。いずれも、不十分な、あるいは、論点を外したものといわねばならない。

これに対し、下線3における位置情報の取得については、カバンを所持する第三者のプライバシーを現実に侵害するものと捉えねばならず、強制処分の定義との関係で、その侵害の性質ないし程度が問題となる。カバンは所持者が持ち歩くものであり、カバンに潜ませたGPS端末を使用して、警察が所持者の行動の軌跡を機械的にすべて、かつ、秘密に記録することは、任意捜査の尾行による行動観察以上にカバンの所持者のプライバシーを侵害する程度が大きい。そう捉えるとき、本問の、GPS端末を使用した位置情報の取得は、刑事訴訟法に根拠規定を要求すべき重大な法益侵害を生じさせるものとして、強制捜査にあたるというべきものとなる。

この点で、最高裁平成29年3月15日大法廷判決による強制処分の定義が参考となる。最高裁大法廷判決は、GPS端末を無断で対象車両に取り付け、走行先などその所在を長時間・長期間探知するGPS捜査について、「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

2018 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

G P S 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、刑訴法上、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」とした。車両に G P S 端末を設置した事案だが、その定義は、本問のような、G P S 端末を身代金の入ったカバン内部に設置し、誘拐犯人の所在を捜査する事案についても当てはまる。

さらに、最高裁大法廷判決は、G P S 端末を使用した捜査について、「情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の『検証』と同様の性質を有する」としつつ、「対象車両に G P S 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う」ものと捉え、『検証』では捉えきれない〔すなわち、刑事訴訟法が許さない被疑者の「所在検索」の〕性質を有する」とも述べ(〔 〕は引用者)、対応する強制処分規定がないため、違法とした。この「当てはめ」は、本問のような事案にも妥当する。すなわち、検証の範疇を超えて、所在検索(所在捜索)に当たる本問の位置情報の取得は、刑事訴訟法に明文の根拠規定がない強制捜査となるため、違法だといわねばならない。

下線 3 における位置情報の取得については、上記最高裁大法廷判決を踏まえ、その適法性を論じさせるのが出題趣旨であった。最高裁大法廷判決は、最近のものではあっても、マスコミでも大きく取り上げられた判例であり、また、刑事訴訟法学上も強制捜査の定義という基本問題に関わる重要判例となるものであった。このような最高裁大法廷判決について、基本的な知識と理解を示した答えは、高く評価できた。しかし、そのような答えは一部にとどまり、最高裁大法廷判決を踏まえない答案のほうが多く、残念であった。

小論文

【設問Ⅰ】

因果関係を測定するための手法の一つであるランダム化比較試験(RCT)について、同手法がどのようなものであるかを、「平均介入効果」「介入グループ」「比較グループ」の3つの語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、以下の①ないし④の点である。

①前提として、因果関係は、介入を受けた場合の効果と介入を受けなかった場合の効果の差(介入効果)によって測定することができる。②しかし、同介入効果を1個人について計算しようとする、介入を受けなかった場合の結果とは、実際には起こっていない「もしも」のデータ(潜在的結果)であって観測が不可能であるため、介入効果を計算することもできない(因果的推論の根本問題)。③そこで、1個人についての介入効果を計算するのではなく、複数人の介入効果を平均した値である平均介入効果を計算して、因果関係を測定することが考えられる。④ランダム化比較試験とは、平均介入効果を測定するための一方法であり、その具体的方法は、ランダム(無作為)なグループ分けによって、介入を受けるグループ(介入グループ)と、介入を受けないグループ(比較グループ)をそれぞれ作り、介入グループの平均値と比較グループの平均値との差(平均介入効果)を計算することで、因果関係を測定する方法である。

答案のほとんどが、上記③及び④の点には触れていたが、①及び②の点を論じている答案は比較的少なかった印象である。代わりに、設問Ⅱで論じてほしかったことを書いている答案が相当数あった。間違ったことを書いていなければ点数を与えている。

【設問Ⅱ】

ランダム化比較試験がなぜ因果関係の測定に有効なのかを、「自己選抜」「ランダムなグループ分け」「サンプル数」の3つの語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、以下の①ないし④の点である。

①平均介入効果を計算することで因果関係が測定できるとするのは、介入が存在しない仮の状況を考えた場合、比較グループの平均値と加入グループの平均値は等しくなるとの仮定を前提としている。②しかし、介入グループは現実には介入を経験するので、介入が存在しない仮の状況におけるデータを観測することはできず、上記仮定を証明することはできない。③また、比較グループと介入グループとのグループ分けを、グループに属する個人の意思に委ねる(個人の意思によって介入を受けるか受けないかを判断させる)自己選抜の方法で行うと、介入グループと比較グループとは、様々な面で非常に違った特性を持つグループである可能性が高くなるので、介入要因以外の別の要因が結果に影響を与えている可能性を払拭できなくなり、因果関係を測定することができない。④これに対して、ランダム化比較試験においては、サイコロを振るなどのランダムなグループ分けの方法によって比較グループと介入グループとを振り分けるため、ある程度多くのサンプル数が存在すれば、2つのグループは統計学的には同質の集団となる。そのため、「介入が存在しない仮の状況を考えた場合に、比較グループの平均値と加入グループの平均値は等しくなる」との仮定は成立するし、介入要因以外の要因が結果に影響を与えている可能性も払拭できる。

ほとんどの答案が、①ないし④の点に触れられていたが、②と③の点が区別できていない答案もあった。また、問題文中では、電力消費量の例とオバマ大統領の選挙戦略の例が挙げられていたが、これらの例を用いて説明していた場合には加点要素とした。