

2018 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)

第Ⅰ問は、最判 59 年 12 月 18 日(刑集 38 卷 12 号 3026 頁)をアレンジし、私鉄の駅前広場における街頭宣伝及びビラ配布行為を不退去罪(刑法 130 条後段)によって処罰することの合憲性を問うたものである。本件で問題となる人権は表現の自由であり、合憲性審査の対象は刑法 130 条後段そのもの(法令審査)ではなく、X らへ適用(適用審査)である。この点については多くの答案が指摘できていた。

本問において合憲性審査の判断枠組みを導く鍵となるのが、「本件広場」の性質である。「本件広場」が、一般公衆が自由に出入りできる場所であり、本問のモデル判決と異なり公道に接する屋外であるという点にも着目し、表現のための場として役立つパブリック・フォーラムとしての性質を有するかどうかを検討しなければならない(泉佐野市民会館事件判決(最判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁)参照)。この点、多くの答案では「本件広場」の性質について何らかの言及がされており、それ自体は評価できるものであった。ただし、論証上の位置づけが不明確なものや、十分な説明もせずパブリック・フォーラム該当性を否定するといった答案も散見された。

「本件広場」の性質に着目し、厳格審査を採用した場合、あてはめでは X らの表現活動の内容・態様等から他者に対する重大な害悪発生の危険性が認められるかどうかを検討しなければならない。ところが、審査対象とすべき規制目的が何であるか曖昧なまま検討している答案が少なくなかった。仮に不退去罪の保護法益として「管理権者の平穏」を掲げたとしても、問題はその内実であり、単に周囲の人達が街頭宣伝やビラ配布を不快に感じる、交通の妨げになる、管理権者が嫌がっているといった事情を挙げるだけでは、厳格審査をパスすることは難しい。

他方、「本件広場」のパブリック・フォーラム性が弱いと評価したうえで、例えば所有者の許可が必要であるなどと判断する場合であっても、やはり「本件広場」の上記性質を無視することはできないから、所有者の一方的判断が当然に優先されるとすべきではなく、結論はどうあれ表現の自由の保障の重要性との較量を踏まえた論述をする必要がある。

第Ⅱ問を選択した受験生はごくわずかであったが、公的行為という概念をそもそも理解できておらず、問題の所在を正しく捉えられていないものがほとんどであった。

公法(行政法)

本問は、温泉法を素材として、行政指導と温泉掘削許可に関して、そ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、多くの答案が一定のレベルに達するものであった。

1. 設問(1)について

解説

本問は、Xが申請を行っているにもかかわらず、Y県知事が、Xに対して申請を撤回せよとの行政指導を継続し、Xの申請を留保した対応の適法性を問う問題である。

まず、行政指導は任意性が要求されることから、Xに対する本件指導に対して、Xが任意にしたがっていたとすれば、適法と考えられ、直ちに違法と考えることはできないであろう。したがって、まず、検討すべきは本件指導の任意性である(行政手続条例参照)。Xは、本件指導に対して、申請に従う意思のないことを表明していることから、行政指導に従う意思がないことを表明しており、まずは、任意性は認められないとの主張が考えられる。そうすると、Y県知事はXの申請を留保せず審査する必要があるが(行政手続法7条)、Y県知事は標準処理期間を大きく超えて留保を継続しており、このような行政指導を継続してXの申請を留保することは違法と考えられる。

もう一つの立場として、Xは行政指導に従う意思がないことを、例えば「真摯かつ明確に」(参照、最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁)表明したとは言えず、本件指導は適法とする立場も考えられよう。本問は本件指導の違法性の検討を求めるものであり、違法あるいは適法のいずれの解答でも差し支えない。

答案を読んで

行政指導の任意性について何ら触れていない答案が見られたがやや説明不足である。また、行政手続条例に触れない答案も見られた。

2. 設問(2)について

解説

本問は、温泉法上の掘削を不許可とした本件処分 of 違法性を問う問題である。本問では手続的瑕疵はないことを前提としているので、手続法違反について検討する必要はない。

まず、温泉法4条1項は、一定の要件が満たされれば許可をしなければならないとしているが、温泉掘削の許可の判断は、専門技術的な見地から行われると考えられることから、行政庁には一定の裁量が認められる(最判昭和33年7月1日民集12巻11号1612頁)。したがって、本件処分が違法となるのは、その判断が行政庁に認められた裁量権の限界を超える場合に限ると考えられる。

もっとも、温泉法の目的(1条)、や掘削許可の処分要件(4条1項各号)からは、たとえY県知事に裁量があるとしても、温泉の湧出量等以外の点、すなわち、既存の温泉施設の経営状態を考慮してよいかは、問題となりえよう。Xの立場からは、このような利益を考慮することは、他事考慮となり、裁量の限界を超え、違法との主張が考えられるであろう。本問では、既存の温泉の湧出量等には影響がないとの前提が記載されていることから、他事考慮でないかとの主張を組み立てることは容易であろう。

答案を読んで

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

多くの答案が裁量や他事考慮について触れていた。一定数ではあるが、手続手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。また、手続手瑕疵として、不利益処分手続の瑕疵をあげるものも見られたが、本件処分は申請に対する処分であり、不利益処分手続の適用はなく、基本的な理解の誤りと思われる。

民法

I 説明問題

(1) 債権者平等の原則

債務者の破産または強制執行手続において、一般債権者が複数いる場合、債権発生原因や債権発生時期を問わず、債権額に応じて平等に債務者の総責任財産から弁済されること。

この原則が、主に債務者の倒産を前提とすることや、債権の発生原因や時期を問わないということを理解できていない記述が散見された。また、「平等」であることが記述されているものの、何が債権者間で平等であるのかにつき言及されておらず、最初に示した定義の趣旨に全く触れられていない答案も多かった。さらに、債務者の総責任財産から弁済されることについて指摘できているものは皆無であった。

(2) 包括承継

他人の権利及び義務を一括して承継することをいう。特定承継に対する概念である。相続によって相続人が被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する(民法 896 条)などがその例である。

最初に示した定義を明確に書いていない答案や、また、対となっている概念である特定承継に触れていないものが散見された。例としては、相続を挙げている答案が多かった。それ以外に、会社の合併による合併前の権利義務の承継も包括承継である。

II 事例問題

[1]

本問は、権利も権限もない者の動産処分につき、権利取得に対する取引相手方の信頼保護および権利取得ができない場合の保護の違いが理解できているかを問うものである。自己の物と称する売却

(問い 1) と代理人と称した売却(問い 2) を対照することは、解答を誘導する大きなヒントを与えるものであったが、残念なことに、この出題の趣旨や仕掛けを理解した答案は、ほとんどなかった。

問い 1 の(1)では、① X の請求の根拠としての所有権、② 占有者 Y が無権利者 A からは権利を承継取得できないとの原則、③ その例外としての即時取得(192 条)の成否を論じる必要がある。①については、X A 間の賃貸借契約では甲の所有権は X から動かないことから、所有権に基づく返還請求権が成り立つ。解除や詐欺取消しを論じているものがあつたが、X から A に所有権を移転する売買契約とは異なって、X は所有権を取り戻す必要がない。②の「無権利の法理」の原則を確認したうえで③を論じることが重要である。③については、192 条の要件に当てはまる設例の事実があるかどうかを検討することを期待した。Y に過失があるか否かが争点となることを論じて欲しい。186 条や 188 条による平穩・公然・善意・無過失の推定があるから、X が Y の過失を主張・立証できないと返還請求が棄却されることになる。事例に即した検討ができている答案は少なかった。また、比較的丁寧に検討している複数の答案が、192 条でなく 94 条 2 項の類推適用を論じていたのは残念であった。

問い 1 の(1)は、詐欺的な不法行為も成り立ちうるが、A Y の売買契約上の権利移転義務違反(権利の担保責任)として解除や損害賠償(560 条・561 条、415 条)を論じる必要がある。A Y 間に有効な契約関係があるのに、契約上の責任を論じず、取消しも論じないまま不当利得の返還請求が可能とする答案が意外と多かった。

問い 2 の(1)は、① 所有権留保による乙の X への所有権帰属、② X を本人として Z と売買契約を締結する代理権限の欠如(無権代理)、③ 表見代理や追認の事実がなく Z が権利を取得できないこと、④ Z の転売行為や B の加工・転売による X の所有権喪失、⑤ 所有権侵害による不法行為(709 条)、⑥ 他人

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

の所有物からの受益の不当利得(703条)を論じて欲しかった。無権代理は書けている答案がかなりあったものの、Zが本人の意思確認をしているから善意無過失で表見代理が成立するとする誤答が多かった。しかし、109条の代理権授与表示も110条・112条の基礎となる(現在または過去の)代理権も欠けているため表見代理は成立しない。条文に即して、帰責事由がないためXが責任を負うことはない、という基本を大事にして欲しい。

問い2の(2)は、無権代理人の117条責任か一般不法行為責任(709条)を検討していただきたいかった。問い1の(2)と同様、漫然と不当利得とする答案が少なくなかった。

[2]

まず、BがCに自転車を衝突させた行為が民法709条の不法行為に当たることを論じる必要がある。具体的には、Bの徐行ないし停止義務違反の過失が問題となる。次に、Bが11歳であることから責任能力(民法712条)があるか否かを論じる必要がある。判例は12歳前後で責任能力の有無を判断していると言われるが、不法行為の態様にもよる。答案の中には、猛スピードで自転車を走行させていたら、人に衝突するかもしれないことは11歳でもわかるから責任能力があるとしたものもあったが、これは結果発生に対する予見可能性の問題である。責任能力は「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能」(民法712条)とあるように、自己の行為から法律上の賠償責任が生じることを理解しているかが基準となる。その上で責任能力があるともないとも言える微妙な年齢なので、理由が書いてあれば、どちらに判断してもそれなりの点数をつけた。

Bに責任能力がないとした時は、監督義務者の責任の規定(民法714条)の適用が問題となる。この場合は、Bの母親Cが監督義務者である理由(親権者として監督義務を負っている—民法820条)、設例におけるCの具体的な監督義務違反の有無(CはBが自転車を猛スピードで走行させていることを知りながら、1回注意しただけなので監督義務違反があったと認定されよう)を論じる必要がある。なお民法714条の適用がある時は、監督義務者の側で自らに義務違反がなかったことを証明しなければならない。

また、Bの責任能力があるとした場合でも、被害者の方で、監督義務者Cの過失を証明できれば民法709条の不法行為責任を追及できるとするのが判例なので、この点を論じる必要がある。

答案では監督義務違反の主張証明責任を論じていないものが多かった。また、D、EがなぜCの死亡について損害賠償請求権を行使できるのかの根拠として、相続(民法889条1項1号)について明確に書いていない答案や、近親者固有の慰謝料請求(民法711条)なのかCの慰謝料(民法710条)の相続なのか不明確な答案も散見された。これらの点は根拠条文とともに明確にして論じなければならない。

2018 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 約束手形の偽造者の民事責任について説明しなさい。(150 字以内) (20 点)

手形法には偽造者の民事責任に関する規定がないが、無権限者によって、名義人が手形上の責任を負うかのような表示がなされるという点は無権代理と共通するため、最高裁判例は、無権代理人に関する手形法の規定(手形法 77 条 2 項, 同 8 条)を類推適用して、偽造者の責任を認める。(129 文字)
注) 最高裁判例=最判昭和 49 年 6 月 28 日民集 28 卷 5 号 655 頁

II

[1] (1) 本件請負契約は、発起人 A が甲社の成立前に乙社との間で締結したものであり、これはいわゆる開業準備行為に該当する。判例(最判昭和 33 年 10 月 24 日【百選 5】)・多数説によれば、(定款に記載のある財産引受けを除き)発起人には開業準備行為をする権限がなく、その法律効果は会社に帰属しない。したがって、甲社は乙社に対して本件請負契約にかかる報酬を支払う義務を負わない。ただし、甲社が自ら本件請負契約を追認した場合、甲社は報酬支払義務を負う。

(2) 発起人が設立中に権限外の行為をした場合、無権代理人に類似した地位に立つことになる(民法 117 条類推)。本件請負契約の締結時点において、乙社は、甲社が既に存在し、A がその代表取締役であると信じていたため、善意であったといえる。また、乙社の側で、甲社が未成立であって A は権限外の行為をしていると認識すべきであったという事情がない限り、乙社には過失もないため、乙社は、A に対し、無権代理人としての責任を追及することができる(民法 117 条 2 項参照)。また、A が、あたかも甲社が成立しており、A がその代表取締役であるかのように振る舞って本件請負契約を締結したのであれば、A は、発起人としての職務を行うにつき悪意または重過失によって第三者である乙社に対して損害を与えたとして、乙社に対して責任を負う(会 53 条 2 項)のみならず、乙社に対する民法上の不法行為責任(民法 709 条)も成立するといえる。

[2] (1) Y 社は X 社との間で締結した弁当の仕入れ契約に基づく代金の支払いを受けられていないため、Y 社に対して代金債権を有している。しかし、Y 社が本件食中毒の被害者への賠償や取引先への債務の支払ができず、破産宣告を受けたことから、X 社は Y 社から本件食中毒によって被った損害の賠償を受けることができている。そこで、X 社は、P および Q に対して会社法 429 条 1 項に基づいて Y 社の取締役としての責任を追及すると考えられる。429 条 1 項の要件として、①会社に対する任務懈怠、②任務懈怠についての悪意または重過失、③損害、④因果関係、が必要になる。

(2) Q については、①製造部長として工場の責任者 R に対し、自ら食品衛生法に違反する期限切れ食材の再利用を指示した点が任務懈怠に当たる。②自ら R に期限切れ食材の使用を指示した点から悪意といってよい。③Y 社には本件食中毒によって 1000 万円の損害が生じている。④Q の指示により本件再利用が行われ、本件食中毒が起きたことから、因果関係も認められる。

P の責任については、①P は Q から違法な本件再利用の事実を聞きながら、衛生面に気を付けるようにと告げたのみでこれをやめるように指示しなかった点に、食品を扱う株式会社の代表取締役としての任務懈怠がある。②本件再利用を知りながらこれをやめさせなかった点に少なくとも重過失がある。③Y 社には本件食中毒によって 1000 万円の損害が生じている。④P が Q から本件再利用について聞いた段階でこれをやめさせていたら本件食中毒は発生していなかったため、因果関係はある。

以上より、Q および P の責任は認められ、両者は連帯する(会 430 条)。

刑法

I

1 論 点

本問は、主として刑法上の因果関係の存否について問う問題ですが、まず、何罪の成否が問題なのかを明確に示す必要があります。そのうえで、刑法上の因果関係について、どのような基準で判断するかを示し、それを本問に適用した場合の結論を述べることになります。本問に特殊な論点は、被害者が「そのまま病院に運び込んだとしても助からない可能性が高い状態であった」ことをどのように判断するかという点です。この点については、2014 年度の司法試験論文式の問題でも扱われています。なお、本問では甲の罪責のみを問題にしており、Dの罪責については問うていませんが、この機会に考えてみてください（Aに対する自動車運転致死罪としますと、もし甲に傷害致死罪を認めると「死」の二重評価という問題が生じます）。

2 傷害罪・傷害致死罪（20点）

甲が、激高して近くにあった陶製の花瓶（高さ 30 センチメートル）を振り上げてAの頭部を強打した行為は、傷害罪か殺人罪かが問題になります。殺人の未必の故意があれば殺人罪ですが、問題文からは、「Aが死んでも構わない」と甲が思っていたとはいえませんので、傷害罪とするのが適切です。たしかに、凶器は陶製の花瓶、損傷の部位は身体の枢要部である頭部で、極めて危険な行為ですが、動機や行為後の事情も含めて判断すると、殺意を認めるには無理があります。傷害罪とすれば、A死亡との関係で、因果関係が認められれば傷害致死罪、認められなければ傷害罪に止まることになります。なお、判例は結果的加重犯の加重的結果について過失は不要としています。学説の多くが過失を要するとしていることは、周知のとおりです。殺人罪とすれば、殺人未遂か殺人既遂かが問題になります。答案には、甲の責任能力について検討したもの、さらに原因において自由な行為について検討したものもありました。「激高して」という部分から、そのように考えたものと思われそうですが、この程度では心神喪失はもちろん心神耗弱とするのも難しいと思われそうです。そうすると、原因において自由な行為の問題にもなりません。ただし、採点に当たって特に減点はしませんでした。

3 刑法上の因果関係の判断基準（30点）

刑法上の因果関係については、行為時に存在する事情が問題になる場合と、行為後の介在事情が問題になる場合とがあり、本問は後者に当たります。折衷的相当因果関係説が通説であり、条件関係を前提として、行為時に存在する事情および行為後の介在事情について、行為時に一般人が認識・予見可能な事情および行為者が特に認識・予見していた事情を判断基底として、相当性の判断（その行為からその結果の発生することが経験則上通常か否かの判断）を行うという説です。行為時に存在する事情については「認識」、行為後の介在事情については「予見」が問題になります。これに対して、客観的相当因果関係説は、行為時に存在する事情はすべて判断基底に入れ、行為後の介在事情については（科学的）一般人が予見可能な事情を判断基底として、相当性の判断を行うという説です。判例の立場は、客観的相当因果関係説とも言われますが、必ずしも明確ではありません。判例の立場を顧慮して、実行行為の結果発生への寄与度（行為の危険性）、介在事情の異常性（および実行行為との結びつき）、介在事情の結果への寄与度を総合して判断するという説も有力です。多くの答案は折衷的相当因果関係説の立場で書かれていましたが、上記の総合判断説に立った答案もありました。いずれであっても、正確に記述されていれば合格点をつけました。なお、答案の中には、中止犯について検討しているものも複数ありました。問題文の「我に返って大変なことをしてしまったと

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

後悔し、救急車を呼んだ」というところから検討を要すると考えたものと思われませんが、中止犯は、中止未遂と呼ばれているとおり、未遂犯の場合の問題ですので、傷害罪が既遂になっている本問では問題になりません。ただし、殺人罪としたうえで刑法上の因果関係を否定し、殺人未遂ということになれば、理論的には中止犯を問題にする余地もありうることになります。

4 本問へのあてはめ (30 点)

上記の刑法上の因果関係の判断基準を本問に当てはめることとなります。D 運転のトラックが甲の車に激突し A が即死したことと、A は衝突時点ですでに頭部損傷のためそのまま病院に運び込んだとしても助からない可能性が高い状態であったことがどのように判断されるかが問題になります。

折衷的相当因果関係説に立った場合、D の激突行為は、一般人も甲も予見不可能な事情ですので判断基底から除かれることになり、そうすると、その時点で A が死ぬことは相当ではないので、刑法上の因果関係は否定されることとなります。甲は、傷害致死罪ではなく傷害罪ということになります。この場合に、D の激突行為を判断基底から除くと、病院で頭部損傷のために死亡することになると考えてはなりません。刑法で問題なのは、その時点での死亡であり（人はすべて、いずれは死にます!）、瀕死の人を殺害しても殺人だからです。

総合判断説に立った場合、甲の行為が A の死亡をもたらす危険性は、たしかに認められますが、D の激突行為という介在事情は異常であり、甲の行為に誘発されたわけでもありませんし、A が死亡した原因は D の激突行為ですので、会罪行為の結果への寄与度は絶対的です。したがって、この立場からも、A の死亡の結果を甲の行為に帰属することはできません。やはり、甲は、傷害致死罪ではなく傷害罪ということになります。

答案には、大阪南港事件の最高裁決定（最決平 2・11・20 刑集 44 卷 8 号 837 頁）に言及して、D の行為によって A の死期が早められたとしても、甲の行為と A の死亡との因果関係は認められるとしたものがありました。しかし、最高裁決定は、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には」という限定つきのものであるので、死因が異なる本問にはあてはまりません。

4 印象点など (20 点)

傷害罪か傷害致死罪かの問題であるとしたうえで、刑法上の因果関係の判断基準を示し、その本問への当てはめができていれば、一応の合格点です。叙述が論理的に一貫していて説得的であることが高得点に繋がります。

5 答案の講評

ほとんどの答案は傷害罪か傷害致死罪かの問題とし、殺人罪としたものはわずかで、これは予想どおりでした。因果関係については肯定した答案がかなりあり、これは予想を超えていました。学説・判例の正確な理解を心がけてください。なお、第 2 問を選択した受験生が少なかったのが、各論の勉強ができていないことによるとすると、入学後に苦勞することになります。入学前に総論・各論の教科書をもう一度読み直してください。

II

1 論点

本問は、最決平成 14 年 2 月 8 日刑集 56 卷 2 号 71 頁の事例をもとに、文書偽造罪や窃盗罪、詐欺罪という刑法各論でも重要な犯罪類型の基本的な構造の理解を問うとともに、特に本問で成立すると考えられる詐欺罪と窃盗罪との罪数関係を問おうとするものです。

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

本問で詐取されたローンカードは契約極度額の範囲内であれば何度でも金員を借り入れることができるというものです。ということは行為者の認識とすれば、5万円を引き出すためにカードを詐取したということなのですから、5万円分の引き出しはすでに詐欺罪で評価されつくされているのではないかと、という疑問がわいてくるところです。

しかし、最高裁はそのような弁護人の主張に対して、以下のように答えました。

「係員を欺いて同カードを交付させる行為と、同カードを利用して現金自動入出機から現金を引き出す行為は、社会通念上別個の行為類型に属するものであるというべきである。基本契約の締結及びローンカードの交付を担当した同社係員は、これらの行為により、無人契約機コーナー内に設置された現金自動入出機内の現金を被告人に対して交付するという処分行為をしたものとは認められず、被告人は、上記のような機能を持つ重要な財物である同カードの交付を受けた上、同カードを現金自動入出機に挿入し、自ら同機を操作し作動させて現金を引き出したものと認められる。したがって、被告人に対し、同社係員を欺いて同カードを交付させた点につき詐欺罪の成立を認めるとともに、同カードを利用して現金自動入出機から現金を引き出した点につき窃盗罪の成立を認めた原判決の判断は、正当である」。なお、本決定の原審は、両罪について併合罪にあたるとしており、最高裁もその結論を是認しています。

2 配点

もっとも、本事案については、多数の犯罪が成立します。

①落ちていた財布を拾った行為については刑法 254 条の占有離脱物横領罪が、②入会申込書と基本契約書に A の氏名等を記入したことに 159 条 1 項の有印私文書偽造罪が、③それをスキヤナに読み込ませた行為につき 161 条の偽造私文書行使罪が、④ Z に対して自分が A であると誤信させうえて、カードローンを発行させたことについて 246 条 1 項の詐欺罪が、⑤そのカードを利用して X 社の ATM から現金を引き出した行為について窃盗罪が成立します。そして最後に、⑥これらの犯罪の罪数関係が問われることとなります。

それらの犯罪が成立するためには、各罪の要件を挙げたうえで、その定義を示して、具体的事実をあてはめることが要求されます。

①については、本問の財布が占有を離れた他人の財物であることが必要であるところ、刑法上の占有概念とその判断方法を示したうえで、具体的事実を適示しながら本件財布が占有離脱物であることを示す必要があります (15 点)

②については、偽造とは名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうという、定義を示したうえで、文書に表示された意思概念の書面上の主体である名義人と、文書に表示された意思概念の現実の主体である作成者は誰なのかについて、文書に表示された意思概念を示しつつあてはめることが要求されます (20 点)

③については、「偽造文書を真正の文書として他人に認識させ、または認識させうる状態におくこと」という行使概念を示したうえで、スキヤナにおいて読み込ませるという行為が、具体的に行使にあたることを示すことが必要です (15 点)

④については、近時の判例でよくつかわれる、欺罔とは「財物交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ること」をいうという定義を示したうえで、本件の被欺罔者である Z 及び X 社に対して欺罔にあたるのかという点を示したうえで詐欺罪の構成要件該当性を肯定するという判断が要求されていました (15 点)

⑤については、窃取とは「占有者の意思に反して、その占有を排除して自己又は第三者の占有に移すことをいう」という一般的な定義を示したうえで、本件引き出し行為の舞台となった ATM 内にある現金の占有は誰にあったのかを示したうえで、窃取にあたることを適切に述べる必要があります (15 点)

最後に⑥については、④について詐欺罪が成立し、また⑤において窃盗罪が成立したことを確認した

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

うえで両者の罪数関係について、根拠を示したうえで罪数関係についてその論拠を含めて適切な処理を行うことが求められていました (20 点)

3 答案の講評

本問においては成立しうる 6 つの犯罪について、要件の適切な定義を示したうえで、具体的事実を拾いながらあてはめをするという、刑法における罪責検討の基本的なスタンスを問おうというものでした。しかし、上述の 6 つの犯罪全てについて検討を加えている答案はほとんどありませんでした。また、本問で刑法学上最も問題になるのは、詐欺罪と窃盗罪の罪数関係ですが、その前提となる両罪の成立を検討しておらず、結果として罪数の検討が不十分となる答案も見られました。

各罪の成立自体に争いはないと思われるのにそれが検討できなかったとすると、具体的な行為から罪名を特定することそのものができていないこととなります。受験生の皆さんには、まず重要な犯罪類型の典型例を思い浮かべることができるようになっていただきたいと思います。いくら論点の知識があっても、その犯罪評価の対象となる行為を見つけ出すことが出来なければ、何の意味もありません。もう一度、総論・各論の教科書を読み直して、入学後の勉強に備えていただきたいと思います。

訴訟法オプション試験(民事訴訟法)

I 民事訴訟法では、似た概念・用語が全く別の意味を持っている場合があるが、それらの違いを正確に理解しているかを問う説明問題である。(1)は証拠法の基本的な問題であり、(2)はやや応用的であるが、条文を手がかりにすれば説明できるはずであるが、理解が曖昧な答案が多かった。

(1)文書の証拠能力とは、書証としての証拠調べの対象となる適格を意味し、証拠力とはある文書が立証事項たる事実に関する裁判所の心証に寄与する程度をいう。

(2)訴訟手続の中断とは、法定の中断事由が発生した場合に、裁判所や当事者の知不知は関係なく、訴訟手続停止の効果が発生することであり、訴訟手続の中止は、裁判所または当事者が訴訟行為を行うことが不可能にする事由が発生した場合、その事由が止むまで手続が中止されることである。

II

1 甲が訴訟の目的を達成するためには、判決の効力が相手方当事者に及ぶ必要がある。本問において当事者が乙とされる場合には、死者である乙には判決の効力は及ばないため甲はそのままでは訴訟の目的を達成することができない。そこで本問における当事者は誰か、訴状の表示と実際に訴訟を進行していたものが異なるため当事者の判断基準が問題となる。

当事者とは判決の名宛人となるものをいうが、裁判の管轄、訴訟能力の有無等は当事者を基準としてなされるため、その判断基準には明確性が要求される。また訴えは訴状の提出によってなされる(133条1項)のであり、その段階で当事者を確定する資料は訴状しか存在しない。とすれば訴状の記載という明確な判断基準によって当事者を判断するのが合理的である。

本問についてこれを見ると、訴状には乙を被告とする表示がなされていることから当事者は乙であるといえる。もっとも、実際には丙が訴状を受け取り、当事者として訴訟活動をしていたので、訴訟が終結に近い段階で振り返って考えれば丙が当事者であったとみることもできる。そう考えれば、訴状の補正によって被告を乙から丙に変更する方法もあり得る(137条1項参照)。

2 次に訴訟承継(124条1項1号)により、そのまま訴訟を継続するという方法が考えられるが、本条は訴訟の係属が前提となっているため、死者が当事者である本問ではそもそも訴訟係属が生じているとはいえず適用の基礎を欠く。

3 また訴えの変更(143条)により当事者を変更するという方法も、当事者の同一性を前提として請求の変更を認めるものであり、乙から丙への変更は当事者が同一とはいえないから認められない。

4 そこで新たに丙を被告として訴えを提起し、弁論を併合(152条)及び旧訴を取下げることによって(261条)、事実上当事者の変更という効果を認めることはできないか。いわゆる任意的当事者変更の可否が問題となる。

このような方法によれば旧訴の訴訟資料を用いつつ審理を継続することが可能となり原告及び裁判所にとっては有益であるが、旧訴において手続に参加していない被告の利益にも考慮する必要がある。当事者の変更は訴訟承継として明文上別個に定められていることからすると安易にこのようなことを認めるべきではない。

そこで原告の旧訴資料の活用という利益、被告の手続保障、紛争の一次的解決の要請等の調和の観点から、①旧訴の訴訟資料を用いるべき必要性・合理性があり②新しい被告に手続保障が及んでいる場合には、審級の利益を保障するために第一審係属中に限り、任意的当事者変更も認められると解すべきである。

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

本間についてこれをみるに、①については既に訴訟がある程度進行し甲に有利な状況が生じているから訴訟資料を用いるべき必要性があり、同一の手続内で行った方が早期解決につながることから合理性も有する。

また②については、単独相続人の丙は訴状を受領し実際に訴訟を迫行していたのであるから、その中で貸金の返還義務について防御を尽くすことができたのであり、手続保障が及んでいるといえる。よって任意的当事者変更は認められる。なお、弁論の併合をなすかどうかは裁判所の裁量事項とされているが(152 条参照)、このような場合には弁論の併合が義務付けられると解すべきである。

5 少なくとも、訴状の補正か、任意的当事者変更のいずれかについては検討できていなければ、検討不十分といわざるを得ない。

訴訟法オプション試験(刑事訴訟法)

I

(1)

判例(最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁)は、明文の規定がないにもかかわらず、所持品検査が認められる理由を以下のように説明している。

「所持品検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、警職法2条1項による職務質問に付随して行うことができる。」

(88字)

判例の示す理由づけについて一応、知識として知っていることが窺われる答案が多かったが、理解が不十分で、所持品検査許容性の根拠を職務質問の効果を上げるうえでの必要性に偏重して理解している答案がいくつか見られた。明文の規定のない所持品検査という行為を正当化するためには、職務質問という明文の根拠のある行為の一環として行うという論理を取る必要があり、質問内容との密接関連性が、具体的な所持品検査の適否の判断(あてはめ)においても、一つの重要な要素となる。一般論としても、捜査の必要性だけでは捜査行為を正当化することはできないという、刑事訴訟法の思考方法をしっかりと身に付けてほしい。

(2)

本設問は、①X線検査が検証としての性質を有する理由および、②X線検査が強制処分に該当する理由について、判例(最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁)がどのように理解しているかを問うたものである。したがって、答えは、「X線の射影によって荷物の内容物の形状や材質を推知することができる上、内容物によっては品目等を相当程度具体的に特定することも可能であり、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシーを大きく侵害するから。」(99字)となる。このうち、「X線の射影によって～特定することも可能であり」というところまでが①の理由を示したところに該当し、「内容物に対するプライバシーを大きく侵害する」という点が②の理由を示したところに当たる。

本設問は、正当率があまり高くなかった。多くの答案が、理由①の記述を欠いており、もっぱら、②の観点のみを記述していた。また、そもそも判例の事案を知らないのか、人に対するX線検査と誤解して解答している答案も複数見られた。判例の規範は、具体的事実関係と結び付けて学習しなければ、規範の意味を正確に理解できないし、判例規範の射程を見誤る原因ともなる。判例規範の文言だけを抽象的に丸暗記するのでは不十分であることをしっかりと認識してほしい。

II

1. 秘密交通権の侵害

本問題は、警察官Cが被疑者取調べにおいて、被疑者甲に対して、弁護人との接見内容を聴取したことが、秘密交通権の侵害に当たらないかという、刑事訴訟法上の基本論点について問うたものである。ところが、[問い]の形式として、「取調べは適法か、違法か」という聞き方がされていることに引きずられたのか、多くの答案が、被疑者取調べが被疑者を身体的あるいは精神的に疲弊させ、供述するかしないかの自由を抑圧したか否かの観点から検討してしまっていた。

このような検討をした者が、仮に、取調べの違法性が問われる場合に、違法のタイプとして、被疑者を身体的あるいは精神的に疲弊させ、供述するかしないかの自由を抑圧する形式しか存在しないと考えているのだとすれば、取調べの違法に対する理解が不十分であると言わざるを得ない。本事例で

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

は、被疑者に対して暴行・脅迫等の抑圧行為が行われたとか、偽計・約束によって自白を引き出したといった事実関係は存在しない。したがって、被疑者に対する身体的・精神的抑圧の程度を尺度として、強制処分に至っているか、あるいは任意処分として相当性を欠くか、を検討しても、意味はない。端的に言って、そのような答えは、論点でないところを長々と論じているだけと評価せざるを得ないのである。

設問の形式から安易に判断するのではなく、事例をきちんと読み、どこを論点として問われているのかを正確に見極める力を身に付ける学習を進めてほしい。

2. 秘密交通権侵害についての規範

被疑者取調べにおける弁護人との接見内容の聴取については、いくつかの裁判例において判断が示されているが、問題の所在を最も正確に説明しているものの一つとして、福岡高判平成 23 年 7 月 1 日判例時報 2127 号 9 頁が参考になる。なお、同裁判例は、井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選 [第 10 版]』(有斐閣、2017 年) 36 事件および、葛野尋之＝中川孝博＝瀧野貴生編『判例学習・刑事訴訟法 [第 2 版]』(法律文化社、2015 年) 28 事件にも搭載されている基本的な判例である。判例百選レベルの基本判例について繰り返し学習して、判例の規範を正確に理解するようにしてほしい。

同裁判例は、まず、秘密交通権の趣旨について、ア)「刑訴法 39 条 1 項所定の秘密交通権は、憲法 34 条に由来するものであり、同条にいう『立会人なくして』との文言は、接見に際して捜査機関が立ち会ってはならないことを意味することにどまらず、弁護人等の固有権として、接見終了後においても、接見内容を知られない権利を保障したものと解するのが相当である」と解している。

次いで、接見交通権(秘密交通権)と捜査権限との関係について、イ)「憲法が刑罰権の発動ないし刑罰権の発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提としていることに照らし、被疑者等と弁護人等との接見交通権は、刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものとはいえない」と述べて、両者の間に調整が図られるべきことを明らかにしている。

それでは、両者の調整の仕方はどうあるべきか。この点について、同裁判例は、次のように判示する。すなわち、ウ)「被疑者等と弁護人等との接見交通権は、身体を拘束された被疑者等が弁護人等の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人等にとって、その固有権の最も重要なもののひとつであるから、捜査権の行使と秘密交通権の保障とを調整するに際しては、秘密交通権の保障を最大限尊重すべきであり、被疑者等と弁護人等との自由な意思疎通ないし情報伝達に萎縮的効果を及ぼすことがないように留意することが肝要」とする。

そして、この調整原理に従って、取調べ官の聴取行為が違法となる基準が、以下のように示される。すなわち、エ)「捜査機関は、被疑者等が弁護人等との接見内容の供述を始めた場合に、漫然と接見内容の供述を聞き続けたり、さらに関連する接見内容について質問したりすることは、刑訴法 39 条 1 項の趣旨を損なうおそれがあるから、原則として差し控えるべきであって、弁護人との接見内容については話す必要がないことを告知するなどして、被疑者等と弁護人等との秘密交通権に配慮すべき法的義務を負っていると解するのが相当」と結論付けている。

この裁判例は、高等裁判所の裁判例であるから、必ずしも逐一、上記の規範に従う必要はない。とくに、エ)に関して、取調べ官に対して、接見内容を話す必要がない旨告知する義務まで課すことには異論もありうるだろう。しかし、ア)の趣旨に鑑みるならば、イ)で述べられているように、秘密交通権と捜査権とは調整問題であるとしても、少なくとも、取調べ官が、“積極的に”接見内容について問わねばならないことは、明らかに秘密交通権の侵害に当たり、違法と評価されることになるだろう。

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

3. 本事案へのあてはめ

以上の規範を参考に、本事案へのあてはめを考えてみると、以下のようになる。

①の点は、接見の内容を聴取してはいるが、弁護士Bは、甲との接見を通じて認識した「甲が否認している事実」を報道機関に公表しているから、秘密性を弁護士自ら放棄したと評価することができるので、秘密交通権の侵害には当たらないとあてはめることができる。ただし、甲が弁護士Bによる報道機関への公表を了承していない場合には、なお、甲は秘密性を放棄していないとして、保護すべき秘密交通権は喪失していないと解する余地もありえよう。

②の点は、単に供述を変遷させた理由を聴取するだけであれば、供述の信用性を吟味するための通常の取調べの範囲内であり、適法であろう。ただし、甲が、「昨日、弁護士と接見したときに、弁護士からこれこれのアドバイスを受けて～」と供述した場合には、それ以上に、詳しく聴取を続けることは秘密交通権の内容にわたるので、違法となろう。また、エ)の規範を採用するのであれば、取調べ官は、さらに供述する必要がある旨の告知をする義務があり、この義務を怠った時点で違法と評価されることになる。

③、④の点は、取調べ官のほうから積極的に、接見内容について聴取しようと働き掛けているから、明らかに秘密交通権の侵害に当たり、違法と評価するべきであろう。

2018 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 『生きる意味』の自立」とはどのような状態をいうのだろうか、筆者が文中で挙げている例にふれながら、500字以内で説明しなさい。【100点】

【出題趣旨】

第1に、『生きる意味』の自立」の意味を出題文からの確に理解して、表現できているか。第2に、その適切な例を文中から発見し、要約できているか

【解答例（これはあくまで1例にすぎない）】

「生きる意味」とは、生きる価値または人生において「真に求めているもの」といった人の生きがいを意味する言葉として使用されており、「生命の輝き」が「生きる意味」の中核にある。著者によれば『生きる意味の』自立」とは、私たちが、学校、会社、社会などで自分の「生きる意味」を専ら誰か他のひとから与えられているような「生きる意味の病」の状態から脱出して、私たちひとりひとりが自分自身の「生きる意味」を自ら創造していけるような状態に達することをいう。例えば、『釣りバカ日誌』のハマちゃんは、社会の側が与える「生きる意味」という点では、うだつが上がらないサラリーマンで、出世街道にも乗りそびれているけれども、どこが自分の譲れない「濃い」部分でどこが問題にならない「淡い」部分なのかを自覚しており、彼独自の「生きる意味」に支えられている。釣りの世界という自分の「生きる意味」の中心で満たされているという点で、自分の「生きる意味」の創造者となっており、「生きる意味」の自立を成し遂げているといえる。

【評価の留意点】

* 「私たちひとりひとりが自分自身の生きる意味を生み出す創造者となっている状態という中心部分」が書けているか

* 『生きる意味』の自立」と反対の状態を説明し「創造者となっている」ことの意味をよりわかりやすく説明できているか

* 的確な表現、わかりやすさ等

* 『生きる意味』の自立」という言葉が出てくるのは「釣りバカ日誌」のハマちゃんの例が述べられている箇所であるが、ハマちゃんが彼独自の「生きる意味」（釣りの世界）に支えられていることが指摘できているか

【答案の全体的状況】

これらの点について、上記諸点を明快かつ論理的に説明できた優秀な答案は2割程度、上記諸点のほぼすべてを指摘しているが優秀な答案には少し劣る良好な答案が3割程度であった。他方若干の点につき説明が十分とは言えないし、例え方がやや不十分な普通ないしやや不十分な答案は約半数であった。

設問Ⅱ 内的成長とは何か、また、この内的成長を実現するために必要な諸条件とは何か、1500字以内で説明しなさい。【200点】

【出題趣旨】

第1に、内的成長が的確に説明できているかどうか

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

第2に、内的必要性を実現するための必要な諸条件がすべて取り上げられ、それらが的確に説明されているかどうか

【解答例】(これはあくまで1例にすぎない)

内的成長とは生まれてから死ぬまでの私たちの「生きる意味」の成長であり、「生きる意味」は、外からの成長の指標とは異なり、ずっと成長し続けていく。私たちは、生きていく中で私たち自身の「生きる意味」を変化させ、人生地図の濃淡の具合が変わっていく。一人ひとりが「生きる意味」の遍歴をもっており、その「生きる意味」の歴史が積み重なって人生経験となり私たちの生きる意味をさらに深めていく。内的成長の豊かさは、人生の節目節目で「生きる意味」の再創造を行うことができること、すなわち人生の創造性の豊かさによって決定される。

内的成長を実現するためには、2つの契機、すなわち①「わくわくすること」と②「苦悩」や「違和感」への感性が重要であり、③これらのきっかけを内的成長につなげるためには、仲間と仲間との「コミュニケーション」が必要となる。以下、これらの3つの要素が内的成長の実現にどう関わっているかを説明する。まず私たちが私たちの「生きる意味」に気づくためには、「ワクワクすること」と「苦悩」の二つに対する感性を研ぎすますことが必要である。

自分自身が何に「ワクワクする」か、「情熱」をもつかについての感性が、自分自身の「生きる意味」を気づかせる契機となる。「ワクワクすること」が、「生きる意味」の中核である「生命の輝き」を実感し、自分自身の「生きる意味」の創造者になる瞬間をもたらす。「ワクワク」や「情熱」をもっている人とふれあうことによって「生命の輝き」は伝播し、互いに互いを活性化し合うような相乗的エネルギーの場が生まれるのである。つまり「ワクワクすることを大切にすること」が「内的成長」を促す大きなステップである。

内的成長のもう一つのきっかけは「苦悩」である。「苦悩」は「ワクワクする」という「生命の輝き」が現実によって抑えつけられていることから生じるから、「ワクワクする」ことに気づく大きなチャンスとなる。苦悩に向かい合い、苦悩の意味を探求していくことで、自分が本当に何を求めているのかを気づく契機となるのである。苦悩までいかない違和感も自分自身の隠れた「声」を聞き届けることにより、私たちの未来への指針になる。苦悩や違和感は「生きる意味の再構築」に必要不可欠である。生きる意味をいったんはつかんでも時がたつにつれて現実に合わなくなるから、違和感は「生きる意味を創り直すこと」のチャンスでもある。私たちは、違和感、「悩み」、「病」への感受性をもっているから真の癒しや成長が可能となる。

上記のきっかけが「内的成長」に結びつくためにはコミュニケーションが必要である。例えば、相当期間の苦悩を耐え抜き、「生きる意味」へと展開して行くには、仲間と、仲間とのコミュニケーションが必要となる。苦悩が生じて仲間がいればその苦悩は受け止められ、一番苦しい時期をなんとか耐え抜き、その苦悩を内的成長へと育てていく時へとつなぐことができる。数字による意味づけは瞬時に決まるが、「生きる意味」は瞬時には決まらない。「生きる意味」を求めて、時間をかけながら、意味を探り出し、熟成させていく、このようなコミュニケーションは効率的ではないが、生きることの豊かさがある。内的成長を支えるのは、こうした豊かなコミュニケーションなのである。

【評価をする上での留意点】

*内的成長の意味が書けており、成長はずっと継続的なもので生きる意味は再創造を繰り返しながら深化していくことが指摘できているか

*著者が内的成長を実現するための2つの契機として指摘している、「わくわくすること」や「情熱」、ならびに、「苦悩」や「違和感」への感性について、指摘できているか、それが内的成長の実現とどのように関わっているのかについて、指摘ができているか

2018 年度入学試験(後期日程) 講評

立命館大学法科大学院

*これらの契機を内的成長につないでいくために、著者が重視した、仲間と仲間との「コミュニケーション」の必要性について指摘できているか、それが内的成長とどう関わっているかを説明できているか

*文章の論理性、明晰性

【答案の全体的状況】

これらの点について、上記諸点を的確かつ論理的に説明できた優秀な答案は比較的多く 4 割程度あった。また上記諸点のほぼすべてを指摘しているが優秀な答案には少し劣る良好な答案が 3 割程度であった。他方若干の点につき説明が十分とは言えないし普通の答案も 1 割程度だったが、設問Ⅱでは、時間不足で回答しきれない人が 2 割程度あった。