

2019 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)

外国人の権利に関する第Ⅰ問と、司法審査の範囲に関する第Ⅱ問から 1 問を選択する問題であった。大半は第Ⅰ問を選択していた。

第Ⅰ問は、マクリーン事件の事案を単純化して出題したものである。したがって、同事件判決をしっかり理解できているかを、評価した。同事件判決は、憲法判例として基本中の基本に属するものである。

また、本問は明らかに外国人の権利享有主体性について問うているのだから、それについて検討する必要があるのだが、この論点の教科書的な内容に触れるような答えはそれほど多数ではなかった。

判例は、外国人に入国の自由や引き続き在留することを要求する権利はない、としており、学説も権利性質説に立ちつつ入国の自由はないと考えている。しかし、本問の事実では、毎年大過なく在留更新を続けてきた外国人が、特定の内容を持つ発言、しかもその内容を理由にして在留更新が拒絶されたのだから、憲法上自由であるはずの表現(政治活動)により不利益を受けているという問題でもある。ここに外国人の基本的な権利享有主体性の問題が生じているのである。

結局、判例・通説である権利性質説を前提にしたとき、仮に権利の性質上外国人に保障されるとしても、憲法上保障されるはずの行為を在留更新にあたって更新拒絶の理由にされてしまったら、外国人に権利保障したことにならないではないか、という問題提起であるから、単純に在留の権利の有無のみを問題にすればよいのではない。マクリーン事件判決が引き起こしたのはこういう問題であるが、このことをきちんと検討した答えはほとんどなかった。

なお、法務大臣の裁量の問題に触れている答えもあったが、裁量権があるとしても、外国人に表現の自由が憲法上保障されるなら、それが行政権の裁量権行使を抑制するのではないか、ということになる。ところが、そのように考えた答えはほとんど皆無であり、逆に広い裁量があるから憲法上の権利が退くように捉えるものばかりであった。とはいえ、外国人の基本的な権利は在留制度の枠内で保障されるに過ぎないとする判例からすれば、この答えはつまるところ判例と同趣旨であることになるから、その観点から評価した。しかし、判例と同趣旨であるならば、在留制度と人権保障との関係に触れなければならぬだろう。ほとんどの答えはその点に無自覚である。

第Ⅱ問では、そもそも「司法審査の対象になるか否か」と問うているから、司法権の限界という訴訟の入口の問題として、「法律上の争訟」性及び「部分社会」論について言及しつつ、本件命令の適否を裁判所が判断することになるのかを答えなければならないのであって、表現の自由の侵害の合憲性などという実体問題を解答することは求められていない。第Ⅱ問を選択した者はわずかであったが、問題の所在を適切に把握できた答えはほとんどなかった。

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

公法(行政法)

本問は、東京地判平成 25 年 7 月 19 日判例自治 386 号 46 頁を素材として、行政指導の継続による許可の留保の違法性と行政権限の濫用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、法学部で学習する主要な判例を理解していれば、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

本問では、Y 県公安委員会の担当者は、申請の取り下げを X に求めている。このような行政指導を行うこと自体は必ずしも違法ではないが、Y 県行政手続条例にあるように、一定の場合には違法となりうる。

判例によると(最判昭和 60 年 7 月 16 日民集 39 卷 5 号 989 頁)、建築確認の留保につき、「建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確にしている場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない筋合のものであるといわなければならない、建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法であると解するのが相当である」とされる。

本問においては、同判例に基づいて考えることとなるが、第 1 に X が「行政指導に不協力・不服従の意思を表明している」かどうか、第 2 に、「特段の事情」が存在するかどうかにつき、X の立場から検討することができていれば、解答としては十分である。

2 小問(2)について

本問では、Z 市が、X による本件店舗の設置を妨害するために、図書館条例を改正して駅前に図書館を設置したことの違法性が問題となる。本問からは、Z 市による図書館条例改正の主たる目的が、本件店舗の妨害にあることは明らかであろう。

判例には(最判昭和 53 年 5 月 26 日民集 32 卷 3 号 689 頁)、個室付浴場の設を妨害するために行われた児童遊園の設置認可について、個室付浴場の営業を阻止することを直接の動機、主たる目的としてなされた場合には、行政権の著しい濫用であるとして違法とするものがある。本問の場合にも、X の立場からは、同判例と同様の視点で、図書館条例の改正は違法であると主張することができるであろう。X の立場からは、以上のような主張を検討できていれば、本問の解答としては十分である。

答案を読んで

- ・時間的な理由から途中答案になっているものを除くと、多くの答案は一定の水準に達していた。
- ・小問(1)については、行政手続条例の規定に基づいて、検討している答案が多く見られた。しかし、前掲・最判昭和 60 年 7 月 16 日の判断基準に触れている答案は多くはなかった。また、小問(2)についても、前掲・最判昭和 53 年 5 月 26 日を踏まえて論じている答案は多くはなかった。

2019 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

(1) 要式行為

一定の方式に従って行わないと不成立又は無効とされる法律行為であるとの定義は不可欠である。婚姻・認知、手形行為、保証契約などの例を挙げる良い答案は少なかった。要物契約との混同があったほか、そもそも中身を知らないと思われる答案もあった。要式性が要求される理由（法律関係の明確化、取引の安全、慎重な意思決定）の1つにでも言及するとなお良い。

(2) 特別損害

特別損害とは、特別の事情によって生じた損害であり、債務者がその事情を予見すべきであったときには、債権者はその賠償を請求できる(416条2項)。不法行為責任にも類推適用される。416条2項に規定する損害のことであれば知っていれば規定内容を書けばよいが、それができていないものもかなり見られた。基本的な条文であり、416条についての正確な理解が望まれる。

II 論述問題

[1]

(問い1)は、BのAに対する本件売買契約の解除・損害賠償請求の可否を問うている。

本件売買契約は、「ヒノキの板材100枚」と、目的物を種類のみ指定する種類物売買(401条)であり、本件板材の引渡債務は買主Aによる取立債務であるところ、売主Bは、本件板材の加工を終え、いつでも引き渡せる状態にして、履行期(2018年6月15日)に取りに来るようAに通知しているから(事実4)、弁済の提供(493条)が認められる。これにより、BはAから債務不履行責任(415条)を追及されないし、Aの同時履行の抗弁権(533条)も消滅する。これらについて、本件売買契約の解除の可否を論じる前提として、きちんと論じられているとよい。Aは、履行期を過ぎた2018年7月20日現在においてもBに対し代金支払債務を履行していないため(415条)、これを理由とするBによる本件契約解除(540条・541条)は有効である。この点、現行法、改正法いずれに依拠しても同様である。

答案においては、上述の債務不履行解除を根拠とするものが多かったが、Bによる本件契約解除を、Aの受領遅滞(現行法・改正法ともに413条)に基づき構成することも可能である。受領遅滞の効果について、通説は、債務の履行を受けることは債権者の権利であり義務ではないため、原則として債権者に受領義務はなく、したがって、売買契約の解除や損害賠償請求は認められないとするも、判例は、契約の趣旨から受領義務を認めるべきであると考えられる場合、例外的に、信義則(1条2項)上、債権者の受領義務を認め、その結果、受領遅滞に基づく契約解除・損害賠償請求を認めている(最判昭和46・12・16民集25巻9号1472頁)。

BのAに対する損害賠償請求について、解除権の行使は損害賠償請求を妨げないから(545条3項)可能であるところ、その範囲が問題となる。損害賠償請求の可否のみならず、損害賠償の範囲につき検討していればなおよい。履行利益として、本件板材の価格150万円が基準となるも、BがAに対する債務の履行を免れ、本件板材をCに転売したことによって100万円を得ている。この100万円は損益相殺的に控除され、Aの債務不履行ないし受領遅滞により生じた50万円の運用益損失相当額は、通常損害(416条1項)として算定されることになろう。この点も、現行法、改正法いずれに依拠しても同様である。

(問い2)は、売買契約の目的物滅失につき、債権者、債務者いずれにも帰責事由がない場合、代金債務は消滅するのか残るのか、すなわち、債権者、債務者いずれが危険を負担するのかを問うている。ヒノキの板材の売買契約は種類物売買であるところ(401条)、事実4の時点で「給付をするのに必要な行為を完了」しており、目的物的物は特定した(401条2項)。この点、現行法、改正法いずれに依拠

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

しても同様である。

現行法を前提とした場合、本件板材は、落雷を原因とする山火事により引渡しが無効になったのであり、債務者Bに帰責事由はないため、特定の効果として、危険は買主Aに移転し、買主Aは代金を支払わなければならないことになる(534条2項)。これに対し、目的物の実質的な支配が移転するまで、すなわち、本件板材が現実に引渡されるまで危険は移転しないとAの反論が考えられる。確かに、本件板材が滅失したのは、Aに引き渡される前であるから、危険は未だBからAに移転していないといえるが、Aの受領遅滞により危険がAからBに移転したと解釈することが可能になる。この点について指摘できている答案は一定数見受けられた。

改正法を前提とした場合、現行法534条が削除されているが、413条(受領遅滞)、413条の2第2項(受領遅滞後の双方の責めに帰することができない履行不能)、567条(特定および引渡しまたは受領遅滞)を適用することで、現行法を前提とした場合とほぼ同じ結論に至る。その結果、AはBに対し、売買代金の支払を請求することができる。

[2]

事案の概要は、AがBに対し甲(大型犬)の散歩を命じ、その途中で甲が自転車運転中のCに負傷させた。Cにも甲を回避する際に自転車の操縦を誤った可能性がある。誰がどのような根拠で誰に損害賠償請求できるかを問われているが、請求できるのは被害者Cである。

請求根拠としては、まず、甲を散歩させていたBに718条の動物占有者等の責任、709条責任が考えられる。718条の占有者、占有者に代わる保管者とはどういう者をいうのかについては、解釈の分かれるところであり、Bをいずれかに該当するものとして責任を認めるか、あるいはBはAの占有補助者であり、718条では責任を負わないとするのかで評価に違いはつけていない。

718条の免責事由は問題文からは認められ難いだろう。甲が扱いにくい性質の大型犬であり、BにはAに付き添われずひとりで散歩させた経験がないとされているから、相当な注意が払われたとは言い難いからである。

Aについても、飼主、所有者として718条の責任が認められるかを検討すべきであろう。Aは、Bに甲の散歩を命じているので、715条の使用者責任を論じる余地もあるかと思われたが、答案には少なかった。

Aの714条の監督義務者責任を論じるものもあったが、その場合は、Bが責任能力のない未成年であることが前提となる。しかし、Bは中学3年生だから、一般的には責任能力が認められる年齢である。ただし、責任能力ある未成年の不法行為に対し、親権者が709条により監督責任を負うことは排除されていないと考えられているので、これの検討の余地はあり得る。

AとBに責任が肯定される場合には、一つの同じ損害全部に対して賠償債務を負っていることになり、両者の関係は不真正連帯債務となる(ただし、719条の共同不法行為が成立する結果ではない)。

甲を回避する際にCの自転車操縦のまずさも手伝って、側溝への転落を生じている。この点も様々な評価があり得る。Cは小学3年生であるから、過失相殺能力は具備しているが、しかしこの程度では相殺の対象とすべき過失は認められないというようにも考えられるし、AやBの責任を認めた上で過失相殺をするということも考えられる(事案は多少異なるが、最判昭和58・4・1判時1083号83頁。多数意見は7歳の児童の自転車操縦につき90%過失相殺)。さらには、因果関係を否定し、A、Bには責任はないという見方も全く否定できるものではない(前掲判例の反対意見)。

2019 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 手形行為は、金銭債務の弁済のため、あるいは資金融通のためなど、何らかの原因に基づいて行われる。しかし、手形行為は、それを行う原因となった法律関係（原因関係）から切り離され、原因関係の存否および有効・無効により影響を受けない無因行為であると解されており、このことを手形行為の無因性とよぶ。手形行為の無因性により、手形権利の行使に際して、その原因関係を主張・立証する必要がなくなる。

II [1]

まず、訴訟要件から検討する。乙社は甲社の株主であり、また、乙社は、甲社の株主総会決議取消しの訴えにつき、本件株主総会（平成30年6月3日）の決議の日から3か月以内の同年7月15日に提起していることから、原告適格、提訴期間の訴訟要件をいずれも充たしている（会社法831条1項）。

まず、②議案の決議取消しの訴えの認容の可否から検討する。②議案については、議長である代表取締役Aは、正当な理由がなく株主からの質問に回答しておらず、取締役の説明義務違反（会社法314条違反）として、決議の方法の法令違反による決議取消事由の存在が一応は認められる（会社法831条1項1号）。もっとも、②議案は反対多数で否決されているため、否決された決議が取消訴訟の対象となるかが論点となる。この点につき、従前の下級審判例の態度は分かれていたが、近時、最高裁は、ある議案を否決する株主総会決議によって新たな法律関係が生ずることはなく、当該決議を取り消すことによって新たな法律関係が生ずるものでもないとして、ある議案を否決する株主総会決議の取消しを請求する訴えは不適法であるとした（最判平成28年3月4日民集70巻3号827頁）。よって、②議案の取消しの訴えは認容されない。

次に、①議案の取消しの可否につき検討する。①議案そのものは、賛成多数で可決されたことが一応は認められる。もっとも、議長は、適法に株主から提案された①議案と同一議題（取締役選任の件）である③議案を採決に付すことなく閉会宣言を行った。甲社の定款では、取締役の員数に関する特段の定めはなく、①議案と③議案は互いに排他的なものではなく両立することから、議長が③議案を採決に付さなかったことは、明らかに決議の方法の法令違反あるいは、著しい不公正として決議取消事由を構成するとともに（同831条1項1号）、その瑕疵は重大なものとして裁量棄却の余地もない（同831条2項）。①議案と③議案は密接に関連し、株主は取締役選任議題につき、選択の機会を奪われていることから、一応適法に可決された①議案につき取消しの訴えが認容されると解することが相当である。

II [2]

①は、会社法429条1項に基づく、取締役の対第三者責任の追及事案に関して、株主の第三者性に関する理解を問う問題である。YとZは、ともにA社の取締役であり、また、Xは、A社の株主である。最大判昭和44年11月26日民集23・11・2150（百選70）は、いわゆる両損害包含説を採用し、直接損害と間接損害の両方が、取締役の対第三者責任の対象となるものとした。ところで、本問において株主Xは、取締役YおよびZの悪意または重過失による任務懈怠との因果関係のもとで、株価の下落という損害を被っているものと一応はいえる。YおよびZには、積極的または消極的に本件不適正事象の隠ぺいに加担するという悪意または重過失による任務懈怠が認められるし、またその割合はともかくとして、内部告発等によって生じた株価下落という損害と当該任務懈怠の因果関係も認定しうる。ここでのXに生じている損害は、株価の下落によるものであり、任務懈怠により会社に損害が生じその結果として株価が下落していることから、間接損害に該当する。判例によれば、上記の最大判にかかわらず、株主が第三者である場合には、会社法429条1項による責任追及は直接損害に限定されるものとされ、その理由としては、株主には別途、株主代表訴訟による取締役の責任追及権が認められており（会社法847条）、基本的に当該訴訟によるべきこと等が挙げられる（東京高判平成17年1月18

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

日金判1209・10他)。したがって、判例によれば、①の訴えは認容されない。

②については、A社の株主Xは、3年前からA社の株式100単元を保有しており、公開会社である社取締役に対する株主代表訴訟の原告適格を有する(会社法847条1項)。また、YおよびZは、本件における任務懈怠行為時のA社取締役である。前期①で検討したように、Yは積極的に、また、Zは消極的ではあるが、本件不適正事象に関する隠ぺいに加担しており、故意または少なくとも過失によるA社に対する任務懈怠が認められる。また、当該任務懈怠行為によりA社に生じた損害が拡大していることが容易に認められるため、-10億円のうちの幾らかは別論として-少なくとも社のA損害との因果関係も認められる。したがって、会社法423条1項の要件と、会社法847条の手続要件をすべて充たすため(問題中で認定)、②の訴えは認容される。

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

刑 法

I

1 論点

本問は、判例（最決平成 20 年 6 月 25 日刑集 62 卷 6 号 1859 頁）の事案をモデルとしています。本問の甲は、V の攻撃に対する反撃として、V の顔面を 1 発殴打しています（第 1 暴行とする）。その後さらに、動かなくなってしまった V の腹部に対して暴行を加えています（第 2 暴行とする）。第 1 暴行については、正当防衛が肯定されますが、第 2 暴行の段階ではすでに V は意識を失っているのですから、急迫不正の侵害は終了しているといえるでしょう。それにもかかわらず、甲は「憤激のあまり」、「動かなくなっている V の様子を十分に認識しながら」攻撃を行っています。このような第 2 暴行はどのように評価されるべきでしょうか。つまり、本問の論点は、正当防衛状況が終了しているにもかかわらず、なお暴行を続けたことについて、過剰防衛による刑の任意的減免（36 条 2 項）が認められるかということにあります。

2 甲の罪責

（1）第 1 暴行について

問題文に、V の死因は第一暴行であると明記してあることから、第一暴行によって V が死亡した点について、傷害致死罪（205 条）の成否が検討されなければなりません。そのうえで、正当防衛（36 条 1 項）の成否が検討されることとなります。V による甲に対する灰皿の投げつけが急迫不正の侵害であり、甲の反撃はそれに対する自己の権利の防衛のためであることは明らかです。一方、甲の防衛行為によって V が死亡するという重大な結果が発生している点について、「やむを得ずにした行為」といえるかが論点となります。この点判例は、「急迫不正の侵害に対する反撃行為が、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、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、したがって侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、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」（最判昭和 44 年 12 月 4 日刑集 23 卷 12 号 1573 頁）とします。そうすると、比較すべきは行為そのものなのであって、結果ではないという観点から、甲の第一行為も「やむを得ずにした行為」だとして、正当防衛が成立すると認められます。

（2）第 2 暴行について

次に、第 1 行為の後、第 2 行為により V に傷害結果が発生していますので、この点について傷害罪（204 条）を検討することになります。傷害罪の構成要件該当性は簡単に肯定できます。次に、違法性阻却事由ですが、第 2 暴行の時点では V はすでに意識を失っているのですから、それ以上甲に対して侵害をすることがなく、急迫不正の侵害はこの時点ですでに終了しているといえます。そうすると、この段階で違法性阻却事由は存在せず、また、責任を阻却する事由もありませんから、傷害罪が成立することになりそうです。

しかし、ここで登場する論点が、(量的) 過剰防衛の成否です。

過剰防衛において刑が減免されるのが、正当防衛状況に置かれた防衛者が、恐怖・驚愕・興奮・狼狽のために防衛の程度を超えて反撃したことに對する責任の減少に求められるのであれば、たとえ急迫不正の侵害が終了していたとしても、恐怖や興奮のためにさらなる暴行に出た場合には減免根拠が妥当し両暴行を一体のものとして過剰防衛の効果を認めるべきということになるでしょう（本問では傷害致死罪が成立し過剰防衛となるという結論になります。もっとも第 1 暴行に正当防衛が成立するという点は量刑判断で考慮されます）。

そうすると、ここでの判断のポイントは甲の第 2 暴行が責任非難を減少させる心理状況下において行わ

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

れたといえるのか、という点にあります。その点を見てみると、甲はすでに急迫不正の侵害が終了したことを十分に認識したうえで、さらに憤激のために暴行を続けているのですから、その暴行は急迫不正の侵害下における興奮状態というよりは、新たな暴行意思に基づくものであって過剰防衛の減免根拠が妥当しないということになります。

前出の判例でも、「両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、Vによる侵害の継続性及び甲の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、甲が前記発言をしたうえで抵抗不能の状態にあるVに対して相当に激しい態様の第二暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべき」として、第2行為について過剰防衛の成立を否定しています。

3 答案の講評

本問は判例の事案ほぼそのままだったにもかかわらず、論点をしっかりと理解していないと思われる答案が見られました。本判例は判例百選にも掲載されている、最重要判例の一つですので、教科書などで必ず確認をしておいてください。

採点に当たっては、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(本問では、正当防衛の要件への当てはめも)。答案の中には、甲のどの行為が、傷害致死罪の傷害行為に当たるのかが判然とせず、第1暴行と第2暴行を一体として扱っているものも見られました。もちろん、第1暴行と第2暴行を一体としてみるという結論自体はありえます。しかし、判例のように、通常、両暴行は「断絶している」と理解しますので、一体とみる以上は、そのように判断する理由を示さなければなりません。

第1暴行と第2暴行を分断して扱っていても、それぞれの行為を単に時系列に沿って、形式的に犯罪の成立要件に当てはめていってしまうと、行為の前後関係に意識が行かず、結果として、「過剰防衛の成否」という論点に気づかないという事態を招いてしまいます。結論的には、第2暴行に傷害罪が成立するという点でいいのですが、ここでも過剰防衛の成立が否定される理由を示す必要がありました。

そのほかの注意点として、論点ではないことは長々と書かないようにしてください(たとえば、傷害致死罪が成立することが一目瞭然なのに、答案用紙の半分以上も使用するのとは時間の無駄です)。また、死因が第1暴行であるにもかかわらず、第2暴行に傷害致死罪の成立を肯定する答案もありました。しかし、そのような理解は、「身体を傷害し、よって人を死亡させた者」とする205条の文言を無視しているという点に気づいてほしかったところです。

II

1、本問は、抗拒不能に陥っている被害者の財産について、キャッシュカードという物に対する犯罪と、暗証番号を聞き出すという財産的利益に対する犯罪の成否、および、キャッシュカードと暗証番号を使って銀行のATMから現金を引き出したことについていかなる犯罪が成立するかという点について検討してもらおうとしたものでした。

2、キャッシュカードについて

まず、検討外のAによって強奪され投げ捨てられたVの財布からキャッシュカードを抜き取ったことについて何罪が成立するかが問題です。

考えられる罪名は窃盗罪か占有離脱物横領罪でしょう。両者の違いは、取得された財物が誰かの占有下にあったかどうかという点にあります。しかし、この点多くの答案に見られたのは、窃盗罪における「他人の財物」を他人が「占有する」財物と定義したうえで、Vの占有の有無を検討している答案でした。

少し考えればわかるのですが、では、誰も占有していない財物は「誰の」財物になるのでしょうか?無

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

主物になるのでしょうか？

占有離脱物横領罪における客体は「占有を離れた他人の物」ですが、占有を離れても、「他人の物」。これはどう理解すればよいのでしょうか。

条文をよく読んでもらいたいのですが、他人の占有を問題にするのは 235 条でしょうか？

違いますよね。他人の占有が問題になるのは刑法 242 条です。刑法 242 条は「自己の財物であっても、他人が占有・・・するものであるときは、・・・、他人の財物とみなす」と規定しています。つまり、他人が占有するときに他人の財物とされるのは、自己の財物、つまり自己の所有物であるときだけです。そうするとやはり 235 条における他人の財物とは、他人の所有物と考えることが素直であるように思います。

では、本件の論点はどの要件と関係するのでしょうか。それは、「窃取」です。一般に窃取とは「他人の占有する財物を、その占有者の意思に反して自己又は第三者の占有に移転すること」と定義されます。つまり、窃取が成立するためには、まずその財物が誰かの占有下にないといけないわけです。

ということは、本問では、A の投げ捨てた財布にいまだに V の占有が及んでいるか、を検討することになるわけです。刑法上の占有は、必ずしも握持は必要なく支配領域内にあることで足りませんが、それは何人も首肯するところの社会通念にしたがって検討することになります(最判昭和 32 年 11 月 8 日刑集 11 卷 12 号 3061 頁)。

3、暗証番号の聞き出しについて

では、V を脅かして暗証番号を聞き出したことについてはどうでしょうか。この点では、まず暗証番号の聞き出しがどういう意味を持つかを検討する必要があります。暗証番号は単なる 4 桁の数字ですので、それ自体には何の価値もありません。しかし、キャッシュカードを持っている者が暗証番号を聞き出すことに成功すれば、その 2 つを併せ持つことによって預金を引き出すことが可能になります。

つまり、暗証番号そのものに意味があるのではなくキャッシュカードと暗証番号を併せ持つことによって得られる、「預金を自由に引き出すことができる地位」こそがいわゆる 2 項犯罪における財産上の利益といえます。また利益の反対には損害が必要ですがこれは必ずしも利益の移転を意味しているのではなく、行為者が利益を得る反面で被害者に損害が生じればいいでしょう。本問でも、V は自分の貯金が引き出されかねない危険という損害を被っています(東京高判平成 21 年 11 月 16 日判時 2103 号 158 頁参照)。

暗証番号の聞き出しが 2 項犯罪に当たるとすると、それを脅迫によって得たことに強盗罪が成立するのでしょうか。ここでの問題は、甲の脅迫が強盗罪にいう、社会通念上一般に相手方の反抗を抑圧する程度の脅迫に達しているといえるか、です。本問ではすでに V は A の脅迫によって反抗抑圧状態に至っているのですから、その状況を利用した脅迫行為の評価が問われます。その程度に達さない場合には恐喝罪が成立するにとどまります。

4、ATM からの引き出しについて

取得したキャッシュカードと暗証番号を用いて、ATM から現金を引き出した行為はどう評価すべきでしょうか。まず、ATM は人ではないのですから、詐欺罪は成立しません。では窃盗罪が成立するのでしょうか。ATM 内の現金は銀行の現金ですから「他人の財物」です。では窃取はどうでしょうか。窃取とは「占有者の意思に反した」占有の移転です。銀行は、もし不正に得られたキャッシュカードと暗証番号によって現金が引き出されることが分かっていたら、引き出しを拒否するはずですから、本問での甲の引き出しは、占有者である銀行の意思に反した占有の移転として、窃取にあたるといえます。

5、講評

本問を選択した方はそれほど多くはありませんでしたが、ほとんどの答えは上述の点に言及したうえで答案を作成されていました。また、行為を特定し、条文から要件を導き、事実から問題を提起して、

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

要件解釈とともに、あてはめを処理していくという、いわゆる法的三段論法を用いて作成された答案には高い評価を与えています。

各論においては、構成要件要素、成立要件の理解こそが最も重要です。定義とともに、どういう事実関係において、その要件の解釈が論点となるかまで含めて学習を進めていくことが望まれます。

2019 年度入学試験(中期日程) 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、確定判決の訴訟物の判断について生じる拘束力であること、確定判決後、後訴で同一の訴訟物が問題となったときに紛争の蒸し返しを防止すること、後訴の訴訟物が前訴と同一の場合のほか、矛盾関係や先決関係の場合にも作用すること、などを指摘することが基本となる。基本概念であるが、曖昧で不正確な答案も見られた。

(2)は、直接主義が問題となることを押さえた上で、249条2項と3項の内容を指摘すべきであることになる。これも民事訴訟法の基礎知識であるが、きちんと指摘した答案と全く書けない答案とに分かれた。

II について

(1) (1)は、主に訴えの利益があるのかを問う問題である。

金銭請求の被告が無資力である場合には、判決による強制執行が不能となるであろうから、事実上、原告が訴えの取下げや訴訟上の和解をしようとする可能性が高まることは考えられる。

しかし、原告が訴訟を続けようとする場合、たとえ判決による強制執行が現在できないとしても、財産が発見されたときや資力が回復したときに直ちに強制執行ができるように給付判決を取得することは、十分意味のあることである。また、裁判上の請求は、消滅時効の中断ともなる(民法147条1号)。したがって、訴えの利益はなくなるものではない。

よって、Yが無資力であっても、訴えの利益は肯定され、そのほかの点でもとくに問題にならないと言ってよい。

答案では、訴訟上の救助(82条以下)を大きく取り上げたものも見られたが、題意を理解したものとはいえない。

(2) (2)は、弁論主義の適用について問うものである。

まず、その第1テーゼは、当事者が主張しない事実については、裁判所は、それを判決の基礎とすることができない、というものであるが、その事実とは、一般に主要事実を意味すると解されていること、その根拠はどういうものであるのかも論ずべきである。

貸金返還請求においては、かつて被告が無資力であって金銭を貸してくれる者を懸命に探していたという事実は、主要事実を推認させる間接事実にとどまるから、そうした事実が証拠から判明したというのであれば、その事実についてXもYも主張していなかったとしても、弁論主義の点では問題がないことになる。これは、弁論主義の基本の応用である。

残念ながら、答案では、処分権主義と弁論主義とを混同するなど、弁論主義について全く理解していない答案もみられた。

2019 年度入学試験(中期日程) 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

[1]

司法警察員が逮捕状により被疑者を逮捕したのちにとるべき措置については、刑事訴訟法 203 条において規定されている。同条によると、「直ちに犯罪事実の要旨および弁護人を選任することができる旨を告知し、弁解の機会を与え、留置の必要がなければ直ちに釈放し、留置の必要があるときは、48 時間以内に検察官に送致しなければならない。」(93 字) とされている。以上の基本項目に加え、「引き続き勾留を請求された場合には国選弁護人選任請求権がある旨を告知する」ことも要求されており、字数の範囲内で、基本項目のいずれかの要素の代わりに国選弁護人選任請求権の告知を挙げてもよい。ただし、答案では、国選弁護人選任請求権の告知の点を挙げたものはなかった。条文知識を問うた問題であったためか、比較的正確に書けていた答案が多かった。

[2]

本設問は、刑事訴訟法 201 条 2 項が準用する刑事訴訟法 73 条 3 項に基づく逮捕状の緊急執行手続について問うたものである。執行するための条件のみならず、適法に執行を完了するための要件をも問うているので、「逮捕状を所持しない場合において、急速を要するときに、被疑者に対して被疑事実の要旨及び令状が発せられている旨を告げうえで執行し、」という点に加えて、「逮捕後、できる限り速やかに逮捕状を被疑者に示すこと」(89 字) という点まで答える必要がある。

本設問は、正当率があまり高くなかった。多くの答案が、緊急逮捕(刑事訴訟法 210 条)の要件を記述していたが、緊急逮捕は、重大事件を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある被疑者に対し、急速を要する場合に、令状が発付されていない状態で逮捕を執行し、事後的に逮捕状を請求する手続を行うもので、すでに逮捕状が発付されている場合についての手続である逮捕状の緊急執行とは全く別個の概念であり、手続である。条文に明記されている基本的手続について、正確に理解するように心がけてほしい。

II

1. 無令状捜索・差押が許される理由および範囲

憲法 35 条は、捜索・差押に令状を要求しているが、その憲法自身が、例外的に令状によらない捜索・差押を認めている。すなわち、被疑者を逮捕する場合は、令状なくして捜索・差押をすることができる。刑事訴訟法は、この憲法 35 条を受けて、逮捕する場合に必要があるときは、逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすることができる(刑事訴訟法 220 条 1 項)。本設問は、逮捕に伴う無令状捜索・差押が許される理由を正確に理解したうえで、その理由にもとづいたときに無令状捜索・差押が許される場所的・時間的・物的範囲の限界を整合的に導き出し、事例にあてはめることができるかを問うたものである。

逮捕に伴う無令状捜索・差押が認められる理由については、二つの考え方がある。一つは、限定説(緊急処分説)と言われる考え方で、逮捕行為を完遂するために必要な緊急的措置、すなわち、逮捕される者の逃亡を防止し、逮捕する者の安全を図り、罪証隠滅を防ぐ最小限の行為のみが許されるとする。緊急処分説に立つ場合、許される捜索・差押は被疑事実にかかる逮捕行為を完遂するために行われるものであるから、許容される捜索・差押の範囲は、時間的には、逮捕行為に着手してから、逮捕行為が完遂して、逃亡、罪証隠滅のおそれがなくなるまでの間に限られ、場所的にも逮捕の現場で、かつ被疑者の手の届く範囲に限られるということになる。

もう一つは、合理説(相当説)と呼ばれる考え方である。この考え方によれば、ある人物について逮捕されるような相当な理由のある場合、そのような人が現存する逮捕現場には証拠の存在する蓋然性が高

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

いので、証拠収集手段として許される、とされる。合理説に立つ場合、逮捕現場に証拠の存在する蓋然性が高いことが捜索・差押が許される理由なので、逮捕の機会を捉えてある程度積極的に捜索・差押活動を行うことができることになり、許容範囲も、証拠を隠す機会のある領域、つまり、おおよそ逮捕の現場に接続し被疑者による同一の管理下にある範囲（ここでいう管理下とは、法的権限の意味ではなく、物理的な支配力の意味である）と、広く捉えられることになる。したがって、たとえば被逮捕者が不法に侵入した倉庫で逮捕された場合に、当該倉庫に対して、被逮捕者は法的な管理権を有していないが、その倉庫に証拠を隠すチャンスは存在したといえるから物理的支配は認められ、逮捕場所たる倉庫を捜索することも認められる。

判例は、合理説に立ち、「令状によることなくその逮捕に関連して必要な捜索、押収等の強制処分を行なうことを認めても、人権の保障上格別の弊害もなく、且つ、捜査上の便益にも適なう」と説明している（最判昭和 36 年 6 月 7 日刑集 15 卷 6 号 915 頁）が、解答は、いずれの立場に立って論じてもよい。

2. 緊急処分説からのあてはめ

それぞれの説を本事例にあてはめると、次のような結論が得られる。まず、緊急処分説に立つ場合、逮捕現場は S ホテル 1 階フロント前ロビーであるから、捜索・差押が許される場所的範囲は、ロビーのうち、乙が逮捕されたときに、乙の手の届く範囲（乙の身体を中心にして概ね半径 1 メートルくらいと考えられよう）に限られる。また、時間的には、乙に対する現行犯逮捕が完遂し、乙が手錠をかけられた時点で、逃亡・罪証隠滅の危険は消滅しているので、その時点を越えて、捜索・差押を続行することは許されない。さらに、物的限界については、逮捕は、事件単位で行われるところ、逮捕に伴う無令状捜索・差押は、逮捕に係る被疑事実に関連する証拠に限って正当な理由があるといえるから、捜索・差押が許されるのは、乙の大麻所持に関連する物に限られる。

本事例では、S ホテル 1 階フロント前ロビーからはるかに離れた同ホテル 7 階の客室を捜索しているから、場所的限界を逸脱している。また、ロビー内で逮捕行為は完遂しているから、時間的限界も逸脱している。さらに、乙ではなくて、甲の所持品を捜索する目的で甲の客室である 712 号室に侵入し、甲の所持品を差し押さえているから、物的限界も逸脱している。

3. 相当説からのあてはめ

次に、相当説に立つ場合、逮捕現場は S ホテル 1 階フロント前ロビーであるから、捜索・差押が許される場所的範囲は、広めに見ても、せいぜい乙が逮捕される直前に存在しており、証拠を隠すチャンスがあったと言いうるロビー全体というのが限界であろう。また、時間的には、当該ロビーを捜索するのに合理的に必要とされる時間に限って許容される。さらに、物的にも、乙の大麻所持という被疑事実に関連する証拠存在の蓋然性が、捜索・差押を許容する根拠であるから、捜索・差押が許されるのは、乙の大麻所持に関連する物に限られる。

本事例では、S ホテル 1 階フロント前ロビーからはるかに離れた同ホテル 7 階の客室を捜索しているから、場所的限界を逸脱している。また、そもそもロビーを捜索しているわけではないから、ロビー内捜索に必要な合理的な時間を算出する根拠となる事実が存在せず、時間的限界については検討するまでもない。さらに、乙ではなくて、甲の所持品を捜索する目的で甲の客室である 712 号室に侵入し、甲の所持品を差し押さえているから、物的限界も逸脱している。

なお、相当説において、証拠の存在する蓋然性が高いと言えるのは、あくまでも被逮捕者が現にそこにいるので、当該場所について、証拠を隠す機会があったことが明白だからである。つまり、被逮捕者は、少なくとも逮捕される直前の時間帯にはその場所にいたことが疑いようもなく明白なので、その直前の時間帯に逮捕現場となった場所に証拠を隠す機会があったことが明白だからである。換言すれば、無令状捜索が許される根拠は、逮捕されるような「人」が立ち入りそうな場所には証拠を隠す可能性が高い、ということにあるのではない。立ち入ったところを現認していない以上、証拠の存在する蓋然性が類

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

型的に存在するとはいえないからである。したがって、乙が宿泊していた客室だから何となく怪しいという理由で、714号室の無令状捜索・差押が正当化されることはない。ましていわんや、別人である甲の客室である712号室の捜索・差押が正当化されることなどありえないのである。

4. 両説に共通する論点についての補足説明

さらに、両説に共通する論点をいくつか補足しておこう。まず、物的範囲の限界について。この点、甲と乙とが共犯関係にあると見られることから、甲の所持品の捜索・差押も、乙の大麻所持に関連する証拠の捜索・差押と評価し得るという考え方は、一般論としては、あり得なくはない。しかしながら、仮にその一般論を本事例にあてはめると、本事例では、乙の大麻所持に関連する証拠を収集しようとしているはずの警察官Aらが、乙の客室(714号室)を捜索することなく、いきなり甲の客室を捜索していることになるが、このような行動は、およそ合理的なものとは言えない。したがって、本事例では、712号室の捜索は、乙の大麻所持に関連する証拠を収集する目的・行為であったと認定することはかなり不自然であると言わざるを得ない。

また、本事例では、最終的に外出先から戻った甲を逮捕しているので、甲に対する逮捕に伴う無令状捜索・差押として712号室の捜索を正当化する余地があるのではないかと考える人もいるかもしれない。しかし、逮捕着手前の捜索・差押を適法とした最判昭和36年6月7日刑集15巻6号915頁は、あくまで捜索着手前の時点で、適法に逮捕要件は充足していた事案である。これに対して、本事例は、712号室に対する違法な捜索を行った結果、はじめて甲所持の大麻樹脂が発見され、形式的に逮捕の要件を充足するに至ったものであり、そもそも逮捕の要件を適法に充足した事例ではないから、最判昭和36年6月7日とは事案を異にするとする言わざるを得ない。

なお、本事例については、大麻取締法違反でXを宿泊中のホテル5階待合所で逮捕し、35分後に7階の部屋を捜索し、Yの荷物から大麻タバコを発見、差押えたのち、1時間半ほどしてYが部屋に帰ってきたので、Yを逮捕したという事案において、部屋も、逮捕の現場を越えるものではない、と判断した裁判例(東京高判昭和44年6月20日高刑集22巻3号352頁)を思い浮かべて、適法と結論付けた者もいるかもしれない。しかし、同裁判例は、上述した緊急処分説、相当説のいずれからでも、理論的に説明することができないうえに、最高裁判例でもないから、同裁判例に依拠することはできない。ましてや東京高判昭和44年6月20日は、Yも同宿していた7階の部屋を捜索した事案であるのに対して、本事例は、逮捕された乙が宿泊していない712号室を捜索した事例であるから、一層、正当化することはできないと言わざるを得ない。

5. 講評

本問は、残念ながら、ほとんどの答案が、壊滅的に出来ていなかった。本事例は重大事件であり、証拠を直ちに収集する必要が高かったので、例外的に、無令状捜索・差押は許されると論じた答案が、非常に多く見られた。しかし、捜査機関が何らかの捜査活動をしようとするときに、捜査の必要性が存在しない状況というのはほぼ存在しない。捜査の必要性があるのは当然の前提であり、そのうえで、強大な国家権限の行使である捜査が濫用されないようにするために、憲法・刑事訴訟法が手続的規制・手続的保障を定めているのである。にもかかわらず、捜査の必要性があるから許されると論じてしまっただけでは、刑事訴訟法は要らない、と言っているのに等しい。本事例に関しても、無令状捜索・差押が認められる理論的根拠を正確に理解し、そのうえで、理論的根拠から導かれる許容範囲を論理的に導く力を身に付ける必要がある。そのためには、基本書をしっかり読み込み、判例の規範を事案と結び付けて正しく理解するという地道な方法で勉強を続けることが大事である。

2019 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

小論文

【設問Ⅰ】

筆者は、「役割葛藤」と「役割移転」について、問題文の中で具体的な例をあげて説明している。「役割葛藤」については、友人が運転する自動車の交通事故での証言の例を用いて、法を優先する立場（普遍主義）に立つのか、人間関係を優先する立場（個別主義）に立つのか、そのジレンマについて説明している。そのほか、日本文学、西洋文学の例を用いても説明している。また、「役割移転」については、人間はすべて何らかの「役割」をもって人生を送っているが、「親」としての立場、「子ども」としての立場、あるいは「社員」としての立場、「上司」としての立場といったあまたの役割を移動していることについて説明している。

もっとも、設問では両概念の区別を論述することを求めているので、これらの具体例を羅列しただけでは解答にならない。そこで、両概念を一般的抽象的に定義したうえで両概念の違いを説明する必要がある。

答案の多くは具体例の比較に終わっているものが多かったが、答案のなかには両概念を自らの言葉で一般的抽象的概念として定義したうえで具体例を提示し、両概念を比較したものもあった。そのような答案については高く評価している。

【設問Ⅱ】

設問では、まず結論を示すことを要求しているので、筆者が、人間という「存在」は仮面をかぶって行動する「役割人間」であるので、その様々な役割であるラッキョウの一枚ずつ剥がしてもシンはない、すなわち「自我」は虚無であるとする結論について端的に述べる必要がある。

そのうえで、なぜ「役割人間」であるとシン（自我）がないのか。その理由について説明する必要がある。これについて筆者は、人間は毎日の生活の中でお面をかぶって様々な芝居の舞台上で演技をしながら過ごす存在であり、常に、「他人の目」にどう映るか気にしながら仮面をかぶっている。人間は「一般化された他者」、すなわち「世間の眼」を意識しつつ存在する「見られる自我」に過ぎないのであるから、他者との関わりで生きていく限り、自己が自己であることの証明、「ほんとうのじぶん」、すなわち「アイデンティティ」は存在しないと説明している。答案では、この理由付け（規範）部分について説明したうえで、次の「社会的分類」の観点から具体的なあてはめを行う必要がある。

問題文で筆者は、「見られる自我（わたし）」を個別に認識し、他人から区別するモノサシとしての「社会的分類」が無数にあるとしている。例えば、「学歴」というモノサシで見ると「東大でのくせに能力がない」とか、「大学も出ていないのに事業を成功させた」とかいった「世間の眼」によって評価されるが、それは、「ほんとうのじぶん」とは異なるといった具合である。その他、「社会的分類」のモノサシとして「人種」「年齢」「性別」などさまざまなものが挙げられているので、答案では、これらのモノサシを2つ以上用いて上記規範部分のあてはめを行う必要がある。なお、結論部分は冒頭に示すことを要求しているので、あらためて最後に記載する必要はない。

結論について誤った認識している答案はなかったが、理由付け（規範）について一般的抽象的な定義ができていないものは少なくなかった。また、答案の中には、「社会的分類」の観点からの論述という条件設定を無視して、問題文の別の例を挙げているものもあった。そのような答案は大きく減点している。設問内容には忠実に答えるようにしてもらいたい。