

# 2020 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、札幌税関事件最高裁判決（最大判 1984 年 12 月 12 日）を素材に、検閲の定義および合憲限定解釈の可能性ないし妥当性についての理解を問うものである。

(1)は、検閲について最高裁がどのように定義しているのかを問うている。札幌税関事件の時期とは、問題となる法条が異なっているが、同じように考えてよい。関税法 69 条の 11 第 1 項 7 号の輸入禁止規定について、最高裁が検閲に当たらないとしているその理屈を述べればよいのである。

最高裁は、検閲の定義づけを行い（定義の中身は、各自で確認されたい）、その定義づけに基づいて、①すでに国外で発表済みであり、輸入が禁止されるに過ぎないから、事前規制そのものということではできないこと、②税関検査は、思想内容等それ自体を網羅的に審査し規制することを目的とするものではないこと、③司法審査の機会が与えられているから、行政権の判断が最終的なものではないこと、の三点を理由として、検閲に該当しない、としていた。以上の解答がなされれば、必要かつ十分である。

最高裁が示す検閲の定義について、完全ではなくてもある程度理解できており、それに照らして理由付けを書いていた者はそれなりにいた。他方で、判例の趣旨を聞いているのに、それに答えずに自説を展開したり、検閲に該当しているが本問の DVD がわいせつ表現物に該当するから規制は許される、と述べたりするような、設問の主旨から外れた解答も目立った。

(2)は、「風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」について、「わいせつ表現物」を指すものであると解釈してよいか、すなわち合憲限定解釈ができるのか、してよいか、を問うている。

したがって、どのような解釈が合憲限定解釈として許容されるかの一般的な指針を示したうえで、上記の限定的解釈の許容性を検討することが求められている。問題文からは、文言が不明確だと主張に相対してその不明確性を治癒する目的で限定的な解釈をしようとしていることが窺えるのだが、この意図も含め、問題の所在を正しく捉えられなかった者が多かった。しかし、少数ながら、札幌税関事件判決で法廷意見が示した論理を展開できている者もいた。

不明確だと主張に対応してなされるものである以上、合憲限定解釈によって明確化が目指されるはずであり、この点で明確性の要件が問題になることから、徳島市公安条例事件判決を参照して明確性の要件に触れた答案は少なからずあったが、これらの解答については一定程度評価している。むしろ全体としては、明確性の要件に触れているかいないかで差がついたと言えよう。

なお、あくまでも法令の文言の解釈が問題になっているのであって、本問の DVD がわいせつ表現物に当たることそれ自体は、合憲限定解釈を許容する理由にはならない。また、風俗を害するものの中にわいせつな表現物が含まれるとしても、だからといってそのような包摂関係があるというだけでは、合憲限定解釈の理由としては不十分すぎ、論理的には大きな飛躍がある。

問題Ⅱを選択した者は少なかった。問題の所在は「全国民の代表」（憲法 43 条 1 項）の意義や、選挙による国民代表選出の意義をどのように考えるのかにある。そのことを前提に、比例代表選挙の特性を踏まえて議員と有権者との一致を求めるべきか、すなわち議席喪失が許容されるか、禁止されるか、自己の意思による党籍離脱と除名とを区別するかなどを検討する必要がある。しかし、問題の所在を正確に捉えて、詳細に論述できた答案はきわめて少なかった。

# 2020 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) 自力救済

司法手続によらずに自分の権利を実現することをいう。原則禁止であるが、緊急の事態で公権力による救済が期待できない場合に相当な方法によるもののみが例外的に許容される。

司法手続によらない実力での権利実現が平穏な社会秩序の維持のため禁止されることはおおむね書けていたが、占有侵奪の場面に偏った記述が少なくなかった。また、例外的に許容される場合とその要件については、書けている答案が残念ながらほとんどなかった。

#### (2) 間接占有

直接占有者を介して間接的に占有をすることで、代理占有者を介した代理占有がこれに当たる。賃貸人や委託者が賃借人や受託者を介して目的物を占有している場合などである。

良く書けている答案もあったが、間接占有の定義を示すことなく、占有改定や指図による占有移転の場合の占有とする答案も散見された。説明問題なので、定義を示す必要がある。

### II 【論述問題】 (100 点)

#### 〔1〕

#### 問 1 20 点

解約申入れには、借地借家法 28 条により正当事由が必要であり、A が解約申入れができるかどうか微妙である。しかも、民法 617 条で解約申入れの 3 か月経過後に初めて終了するところ、借地借家法 27 条 1 項があるので 6 か月後になる。したがって、仮に正当事由があっても A は Y に対して即時の明渡を請求することができない。

解除事由がないため解約申入れの効力が民法 617 条では 3 か月後に発生するため即時に明渡しができないことは、ほとんどできていた。しかし、借地借家法に言及していない答案が多く、不動産賃借権の理解としては物足りない。そもそも解除や解約ができないことを最初に示して欲しい。

#### 問 2 20 点

A Y の甲建物譲渡に伴い、従たる権利 (民法 87 条) である丙の借地権も Y に移転する。しかし、賃貸人 X の承諾のない賃借権譲渡は、賃貸借契約の債務不履行となり、X は A との賃貸借契約を解除できる (民法 612 条)。

基本的な法律関係が理解できていない答案が少なくなかった。土地の賃借権が建物の従たる権利として同意がなくても移転することは、書けている答案がほとんどなく、それに伴って、譲渡の効力が生じないとか、無効になるという誤りが多かった。本問が、民法 612 条の問題だと理解できた答案は、よくできていた。

#### 問 3 30 点

贈与契約も諾成契約として合意時に確定的に成立し (民法 549 条)、仮に書面がなくてもすでに履行済なので解除できない (民法 550 条ただし書)。判例によれば、目的物の所有権は登記がなくてもすでに Y に移転している (民法 176 条)。この意味では命題は正しくないが、登記のない Y が甲の所有権取得を第三者 X に対抗できない (民法 177 条) ことの説明としては、成り立ちうる。

全体にできはよかったが、諾成性・契約の拘束力の問題と物権変動における意思主義を混同している答案も少なくない。177 条の問題でないとの指摘は書けている者が多かった。

# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 問 4 30 点

177 条によって先に対抗要件である登記を備えた者が優先する。判例・通説によれば、未登記物権変動によって自らの利益に影響を受ける第三者は、客観的に、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者である。多重契約の譲受人同士は、相互に第三者に該当する。しかしながら、そのような客観的な地位を有していても、すでに他人間に物権変動が生じていることを知ったにとどまらず、未登記譲受人の権利を害する意図（例：復習目的）や不当な利益を得る目的などにより、未登記譲受人の登記の欠缺を主張することが信義誠実の原則（1 条 2 項）に反する場合には、不動産登記法 5 条に類する背信的悪意者として、177 条の第三者に該当しない。このような者は、正当な自由競争の枠をはみ出すものである。

本件では、Y は贈与契約、X は売買契約により A から二重に譲渡を受けており、客観的に相互に第三者である。X は、Y への物権変動を知って、それを前提に土地の賃貸借契約を結んでいるので、その後でそれを否定することは禁反言則に反する矛盾行為であり、背信的悪意者とも考えられる。しかし、X は、むしろ A への所有権の帰属を誤信した善意者とも言えるので、背信的悪意者であるとはいにくい。そうすると原則に戻って、登記を備えた X が所有者として確定する。

問 3 に誤導されたためか、A が無権利で X は 94 条 2 項で保護されるとの解答が予想以上に多かった。無権利の法理と対抗の法理の基本的区別の理解が不十分である。また、背信的悪意者排除の限界的な事例であるという題意は、ほとんど読み取れていなかった。時間配分を誤って書けなかったのかとも思われるが、単純に 177 条の適用により勝敗が決まるというだけでは少々物足りない。

[2]

## (問 1) 50 点

賃貸借契約は使用貸借契約と異なり、借借人の死亡は賃貸借契約の終了事由とはならない（民法 597 条 3 項）。そこで賃貸人の死亡により賃料債務の相続の問題が生じることになる。設問では B は D と既に 2 年間同棲し、2 週間後に婚姻届を出す予定にしていたとはいえ、B 死亡時には、まだ婚姻届を出していなかったのであるから、D は B の法律上の配偶者ではない。従って、D は B の法定相続人ではない。B 死亡時に、D は B の子 E を妊娠していた。胎児は相続に関しては、既に生まれたものとみなされる（886 条 1 項）。しかし、D が B と婚姻中に懐胎した子ではないので、B の子であるとの嫡出の推定はされない（772 条 1 項参照）。ただし、死後認知の制度を利用して、父の死亡の日から 3 年以内に家庭裁判所に認知の訴えを起し、それが認められれば、BE 間に法律上の父子関係が発生する。その場合は、B に既に発生していた A への賃料債務は B の相続人 E が承継することになる。しかし、E 自身はフランス料理店を営めないし、その法定代理人である D も同様であるとすると、A との賃貸借契約を継続する意味がない。そこで、この場合は AE 間の賃貸借契約は E にとって契約目的達成不能であることを理由に解約の申入れをして賃貸借契約を終了させることになる。なお A が途中解約不可の特約を理由に解約申入れを拒絶した場合は、事情変更の原則（最判昭和 29・2・12 民集 8 卷 2 号 448 頁など）を理由にこの特約の効力は信義則上制限されるなどと主張することが考えられよう。

答案では、借借人の死亡が賃貸借契約の終了原因とならないことについては、ほとんどの答案が正しく理解していた。ただ、D は B の内縁の配偶者だから相続人であるとか、E は B の子だからという理由で死後認知について触れることなく相続人と誤解する答案も散見された。良く復習しておいて欲しいところである。

## (問 2) 50 点

## 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

B が C に対して負っている請負代金債務も問 1 の賃料債務と同様、相続人がいれば相続人が継承することになる。ただ問 1 で検討したように、E が死後認知を申し立て、それが認められなければ B の相続人はいないことになる。また、B の預金は F に盗まれて B は無資力の状態であるから、B の責任財産から C が債権を回収することも事実上できない。

そこで C は賃貸人 A が D との話し合いで 300 万円分の内装がされた賃貸目的物の返還を受けたのであるから、C の損失において A が法律上の原因なくして不当に利得をしたとして 300 万円の不当利得返還請求権を行使することが考えられる。いわゆる転用物訴権の問題である。判例は、賃貸建物の修繕費について、賃貸人が賃借人に対する対価関係なくして修繕の利得を得ているような場合は、請負人から賃貸人への不当利得返還請求権により請負代金の回収をすることを認めている（最判平成 7・9・19 民集 49 卷 8 号 2805 頁）。設例の場合には内装は B の負担ですることが契約で定められているが、そのために賃料が安いなどの事情もないので、C の A に対する不当利得返還請求は認められると考えよう。

多くの答案はこのような転用物訴権の法的構成を正しく理解し記述していた。なお、フランスレストランに特化した内装なので普遍性がなく、従って、A にとって利得がないとして A への不当利得返還請求権を否定する答案もあった。賃貸目的物に加えられた改良の普遍性を基準に可否を考える学説もあるので、そのような解答もあり得るところである。

# 2020 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 手形行為独立の原則とはどのようなものか、説明しなさい。(150 字以内)

同一手形上になされる各手形行為は、先行する手形行為が実質的に無効であっても、法定の方式さえ具備していれば、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影響を受けないという原則である(手形法7条・77条2項)。手形取得者は、自己の相手方となる者の手形行為の有効性だけを確認すれば、少なくともその者に対する権利を確保できることになるから、手形取引の安全が図られることとなる。

## II

[1] 乙社は、甲社の株主であるため、決議の日から3か月以内に、本件決議の取消しを請求する訴訟を提起することができる(831条1項)。問題となる取消事由は、乙社の従業員であるD(非株主)が委任状を提示して本件総会に入場しようとしたところ、本件定款規定を理由に入場を断られたことが、決議方法の法令・定款に違反するかどうかである(同項1号)。

株主総会における議決権の代理行使資格を株主に限る旨の定款規定について、判例は、「株主総会が、株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限とすることができる」(最判昭43.11.1【会社法判例百選<第3版>32事件】)として、その有効性を認めている。ただ、このような定款規定が無制限に有効であって、どのような事情があっても、株主以外の第三者が議決権の代理行使をすることはできないとすると、株主は、株主としての意見を表明する機会を奪われ、法が株主の議決権行使の機会を保障した趣旨が没却されかねない。判例も、株主である地方自治体の職員および株主である株式会社の従業員が代理人として出席し、議決権を行使したという事案について、「これら職員または従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させたとしても、特段の事情のない限り、株主総会が攪乱され会社の利益を害するおそれはなく、かえって、右のような職員又は従業員による議決権の代理行使を認めないとすれば、株主としての意見を株主総会決議の上に十分に反映することができず、事実上議決権行使機会を奪うに等しい」(最判昭51.12.24)として、非株主である職員・従業員による議決権の代理行使を認めてきている。

以上の考え方による場合、法人株主である乙社の代表取締役Cから議決権の代理行使を委任された従業員Dを入場させなかったことは、決議方法の法令・定款違反にあたり、本件決議は取り消されるべきものと考えることができる。そして、仮に、Dが本件総会に出席してCの指示通りに乙社の議決権を行使していたならば、会社提案は否決されていたのであるから、決議に影響がなかったとはいえず、裁量棄却はされないから(831条2項)、乙社の請求は認容されるものと考えられる。

[2] 取締役の報酬は、定款または株主総会決議により決定しなければならない(361条)。本件の事案によれば、平成27年6月に開催されたX社の定時株主総会において、期限を定めず取締役Rの月額報酬を100万円とする決議が成立している。問題になるのは、本問のように取締役に具体的報酬請求権が発生した後に、株主総会決議により取締役の報酬を一方的に変更できるかどうかである。

この問題について判例は、「株式会社において、定款又は株主総会の決議(株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。)によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。」とする(最判平4.12.18【前記会社百選62事件】)。これに従え

## 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

ば、本問のような報酬額の変更は、たとえ株主総会決議によるものであっても、R が同意しない限り、認められない。

なお、取締役の報酬額が役職を基準として規定され、任期中の役職変更によって職務内容が変更し、それに応じて報酬額も変わることに付いて取締役の同意が推認される場合には、役職変更とそれに伴う報酬額の変更が認められる可能性がある(福岡高判平 16.12.21 判タ 1194 号 271 頁)。もっとも、本問では、R は、役職にかかわらず月収 100 万円を保証することを条件に取締役への就任を承諾しており、また、期限を定めずに R の月額報酬を 100 万円とする株主総会決議が成立している。そうすると、役職変更に伴う報酬変更についても、R の同意はなかったといえる。

以上より、報酬の減額について R の同意はないといえるから、乙社に対し、平成 30 年 2 月以降の未受領報酬額 630 万円の支払を求める R の請求は認められるものと解される。

以上

# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 刑法

20 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。

次の問題 I・II のうち 1 問を選択して解答しなさい。

I I 次の【事例】を読み、問に答えなさい。

【事例】A は、宝くじに確実に当選する特別抽選に選ばれたことにより当選金を受け取ることができると誤信している V から現金を騙し取ろうと考えた。

そこで 7 月 3 日、A は V に電話をかけ、「V さんの代わりに私が手数料を払っておいたのが銀行にばれてしまい、銀行に対して違約金 300 万円を払わないといけなくなりました。これを払わないとこれ以降の抽選に参加できないので、半分の 150 万円でも払っていただけませんか」などと嘘を言って、V に 150 万円を払わなければならないと誤信させた。

その上で、A は V に対して、A の指定する住所に受取人を B として 7 月 5 日 13 時に着くように 150 万円を箱に詰めて宅配便で送付するように指示した。

7 月 4 日午前中、現金を送付しようとした V が息子に相談したところ、息子からそれは詐欺だと告げられ、同日 V は警察署に赴いて警察官に相談した。警察官は、それは詐欺であると告げたが、詐欺の犯人を捕まえるために引き続きだまされたふりをして欲しいと依頼し、V はそれに応じることとした。

同日正午頃、V は箱に現金を入れずに本をいれて荷物を作り、A から指示された宛先や配達時間を記入し、受取人を B として、コンビニから本件荷物を発送した。

7 月 4 日の深夜、A は知り合いの甲に対して、報酬を支払うから A の指定する住所に赴いて 5 日の 13 時頃に送られてくる現金入りの荷物を、B のふりをして受け取るように依頼した。

甲は A の言い振りから本件の荷物が詐欺によって送付されたものであることを未必的に認識しながら、荷物の受け取りを承諾した。

7 月 5 日 13 時頃、甲は A の指示した住所で待機していたところ、宅配便業者を装った警察官が本件荷物を持って現れ、甲に対して「B さんですか?」と訪ねたところ、甲は「B です」と答え、荷物の受け取り欄にサインをして本件荷物を受け取った。その直後、警察官は甲を現行犯で逮捕した。

問 上記の事例につき、甲に詐欺未遂罪の共同正犯が成立するか具体的事実を指摘しつつ論じなさい(特別法違反の点は除く)。

なお、答案中に、甲が加担した時点で V の錯誤は既に解消されていたのであるから、甲に詐欺未遂罪は成立しない、という主張の検討を含めること。

### 1 論点

本問は、最決平成 29 年 12 月 11 日(刑集 71 卷 10 号 535 頁)をベースとして、だまされたふり作戦が開始された後に、受領行為のみに関与した関与者の罪責を論じさせるものです。

平成 29 年決定は表題の問題に対して、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」として、詐欺未遂罪の共同正犯を認めましたが、その論理が問題となります。

# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

詐欺罪は、欺罔、錯誤、交付が因果的につながっていることが求められますが、事前共謀なく犯行の途中から関わった行為者に関与以前の行為を含めた詐欺罪の共犯を問うことができるかというのが、1つ目の問題です。これは、いわゆる承継的共(同正)犯の問題です。承継的共同正犯については、多数の学説で主張されているところであり、また、傷害罪についてですが第1暴行に引き続き行われた第2暴行にのみ関与した行為者について、承継的共同正犯の成立を認めた原審を否定した最決平成24年11月6日(刑集66巻11号1281頁)及び千葉勝美裁判官の補足意見などさまざまな見解が主張されているところです。

また、仮に詐欺罪の途中から参加した関与者に関与以前の行為を含めて詐欺罪の成立を肯定できたとしても、本問ではさらに問題があります。それは、甲が関与した時点で既にVの錯誤は解消されており、それ以降詐欺罪における財物交付が行われることはなかった、つまりAの欺罔により犯行全体の実行の着手はある(従ってAに詐欺未遂罪の成立は否定できない)ものの、甲の関与時点では既に既遂に至る危険性はなく、したがって甲の行為は詐欺罪の実現(の可能性)への寄与がなかったため、詐欺罪の実行を「承継できなかったのではないか」という点が問題となります。

以下、順に解説します。

## 2 承継的共同正犯について

本問では、甲はAが実行に着手した詐欺罪の途中から事前共謀なく関与していることから、承継的共同正犯の成否が問題となります。

承継的共同正犯には色々な説が主張されているところですが、判例で問題となったものとして、大阪高判昭和62年7月10日(高刑集40巻3号720頁)が挙げられます。大阪高裁は承継的共同正犯について、全面肯定説、全面否定説を批判した後「いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪(狭義の単純一罪に限らない。)を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られる」とする主張を展開します。またその規範を使って、「被告人は、その後Aから、同月28日に予定されたBとの会見を知らされるに及び、自らも喝取金の分配に与りたいという気持になり、同人からの金員の受領役を買って出、同人が、Aらの脅迫により畏怖していることを知りながら、これを積極的に利用して、自らも金員喝取の犯行に共謀加担したものと認められるから、前記説示の当裁判所の見解によっても、被告人につき恐喝の共同正犯(いわゆる承継的共同正犯)が成立する」として恐喝罪につき承継的共同正犯を肯定しました。

他方で、上述の平成24年決定は、「被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足る暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」として、第1暴行については罪責を負わないとしました。この決定に関する千葉裁判官の補足意見では「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありまするので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので(法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない)、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである」としています。

大阪高判のように判断するにせよ、平成24年決定のように判断するにせよ、詐欺罪の途中から関与した甲について関与以前の行為を含めて詐欺罪の成立を認める論拠を考え、事実を適切にあてはめて結論を出すことが求められます。



# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

なお、平成 29 年決定は「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している」ことを理由として詐欺未遂罪共同正犯の成立を認めています。これだけでは被告人が関与以前の行為を含めた全体について罪責を問われる理由が詳らかとされているとはいえないでしょう。未遂の場合でも「犯罪の結果について因果関係を持ち」売る可能性が必要ではないかが問われるからです。そこから次の不能犯の問題が浮上します。

## 3 不能犯について

上述のように本問には不能犯の問題があります。その点については、問の中にも「甲が加担した時点で V の錯誤は既に解消されていたのであるから、甲に詐欺未遂罪は成立しない、という主張の検討を含めること」という形で検討を指示しておいたところです。

不能犯についても、さまざまな説が主張されているところであり、解答者のよって立つ説に応じて、甲の関与行為の危険性について検討することが求められます。

なお、平成 29 年決定の原審（福岡高判平成 29 年 5 月 31 日刑集 71 卷 10 号 562 頁）は「未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性があったか否かが問題とされること、その判断に際しては、当該行為時点でその場に置かれた一般人が認識し得た事情と、行為者が特に認識していた事情とを基礎とすべきである。この点における危険性の判定は規範的観点から行われるものであるから、一般人が、その認識し得た事情に基づけば結果発生の不安感を抱くであろう場合には、法益侵害の危険性があるとして未遂犯の当罰性を肯定して」よい、とします。そうすると、「本件で『騙されたふり作戦』が行われていることは一般人において認識し得ず、被告人ないし本件共犯者も認識していなかったから、これを法益侵害の危険性の判断に際しての基礎とすることは許されない。被告人が本件荷物を受領した行為を外形的に観察すれば、詐欺の既遂に至る現実的危険性があったということが出来る。」として、危険性を肯定します。

なお、表題の平成 29 年決定は、この点については明示的な結論を示しておらず、ただ、「だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず」詐欺未遂罪が成立すると判示するのみです。この点については、下級審においてはいわゆる具体的危険説を用いて判断する見解が多くあるものの、最高裁が不能犯においてどのような解釈で事案を解決するかについて定まっておらずその点を明示することを避けたとの評価もありますが、被告人に罪責を負わせるのですから、いかなる根拠に基づいて危険性を肯定したのかについて明示する必要があったようにも思われます。

## 5 答案の講評

以上の点を踏まえて、結果に対する因果的寄与という意味での承継的共同正犯の問題、及び関与行為の危険性という意味での不能犯に対する解答者の基本的立場を基に事案を解決することが求められていました。

もっとも、解答者の中には甲に共同正犯が成立するか、として共同正犯の成立要件のみを検討するものがありました。もちろん本問でも、共同正犯の成否が問われていることは確かですが、上述の関与行為と結果への因果の問題、関与行為の危険性そのものの問題に気づいていただきたかったと思います。

なお、共同正犯は一部実行全部責任を負うのであるから、たとえ「甲が加担した時点で V の錯誤は既に解消されていた」としても、共同正犯の要件を充足すれば共同正犯が問えるとする見解が複数見られました。

しかし、実行共同正犯、共謀共同正犯のいずれにせよ、互いの行為を利用補充しあうことによって結果発生の危険性に寄与することが求められるはずで。そうすると、共犯の加担行為（実行行為の分担であれ、重要な役割であれ）が、結果の実現に寄与する危険性を有していなければ、共同正犯を問うことは出来ないでしょう。

もちろん、本問承継的共同正犯の問題としつつ、その中でその関与行為の危険性の有無を問う優秀な

# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

答案も見られたところであり、その点は喜ばしく思います。

Ⅱ 次の【事例】を読み、甲の罪責について、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい（特罰法違反の点は除く）。

## 【事例】

甲（男性、25歳）は、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手した上、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考え、某日、金融庁職員に成りすまして、見ず知らずのA（女性、80歳）方に電話をかけ、応対したAに対し、「あなたの預金口座が不正引き出しの被害に遭っています。うちの職員がお宅に行くのでキャッシュカードを確認させてください。」と告げ、Aの住所及びA名義の預金口座の開設先を聞き出した。

同日、甲は、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒（以下「ダミー封筒」という。）と、それと同種の空の封筒をあらかじめ用意してA方を訪問し、その玄関先で、Aに対し、「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう必要があります。後日、お預かりする可能性があるため、念のため、暗証番号を書いたメモも同封してください。」と言った。Aは、それを信用し、B銀行に開設されたA名義の普通預金口座のキャッシュカード及び同口座の暗証番号を記載したメモ紙（以下「本件キャッシュカード等」という。）を甲に手渡し、甲は、本件キャッシュカード等をAが見ている前で空の封筒内に入れた。その際、甲は、Aに対し、「この封筒に封印をするために印鑑を持ってきてください。」と申し向け、Aが玄関近くの居間に印鑑を取りに行っている間に、本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替え、本件キャッシュカード等が入った封筒を自ら持参したショルダーバッグ内に隠し入れた。Aが印鑑を持って玄関先に戻って来ると、甲は、ダミー封筒をAに示し、その口を閉じて封印をさせた上でAに手渡し、「後日、こちらから連絡があるまで絶対に開封せずに保管しておいてください。」と言い残して、本件キャッシュカード等が入った封筒をそのままA方から持ち去った。

## 1 論点

本問は、2019（平成31＝令和1）年度の司法試験論文式刑事系第1問の〔設問1〕を素材とし、窃盗罪（235条）と（財物）詐欺罪（246条1項）との区別基準、およびこれらの罪の成立要件に関する理解を問うものです（類似の事案を扱った裁判例として、京都地判令和1・5・7LEX/DB25563868があります）。

この試験の出題趣旨によると、この問題では、甲が本件キャッシュカード等在中の封筒をダミー封筒にすり替えて取得した行為が窃盗罪と詐欺罪のいずれに当たるかを巡り、両罪の区別基準とされる（Aの）処分行為（＝交付行為）の有無が問題となるということです。具体的には、甲がAに「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」と申し向けて印鑑を取りに行かせた場面が問題となることを的確に指摘した上で、処分行為の意義を示し、本事案における当てはめを行う必要があるということです。その前提として、Aが印鑑を取りに行くに当たり甲に本件キャッシュカード等の所持を許したA方玄関先は、Aの場所的支配領域内であると認められる上、Aが印鑑を取りに行った居間は玄関の近くにあることなどの事情から、この段階では本件キャッシュカード等はまだAの占有下にあるか否かの検討が必要になります。その上で、Aには、飽くまで、玄関近くの居間に印鑑を取りに行き、すぐに玄関に戻ってくるつもりであった上、本件キャッシュカード等が入った封筒については、金融庁職員に後日預けるまでは自己が保管しておくつもりであったことなどの事情を踏まえ、本件キャッシュカード等を甲に交付する意思（交付意思＝246条1項の処分意思）がAにあったか否かを検討しなければなりません。

# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

この意思が否定されれば「交付」(246条1項)が否定されるので、「本件キャッシュカード等が入った封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた」時点で甲は本件キャッシュカード等をAの意思に反してその占有下から離脱させ自己単独の支配下に置いたことになり、窃盗罪にいう「窃取」が認められることとなります。あとは、甲につき、本件キャッシュカード等に関する不法領得の意思など、窃盗罪のその他の成立要件を検討すれば足りります。

もっとも、「交付」を否定しても、甲に「欺く行為」つまり「欺罔」が認められれば、詐欺未遂の可能性は残ることになります。そこで、これをも否定するために、甲には、Aに本件キャッシュカード等を交付させる意思は初めからなかったことを示す必要があります。これについては、甲が「ダミー封筒」を用意していたこと、Aに対して「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう必要があります。後日、お預かりする可能性があるので……」と述べており、Aに本件キャッシュカード等を交付させるのではなく、最初から隙を見てすり替える計画であったことをうかがわせる事実を挙げて、交付させる意思がなかったことを論証すればよいでしょう。

なお、詐欺罪を認めてしまった答案については、本問でなぜ「交付」が認められるのかを説得的に論証しているか否かが重視されます。たとえば、上記の事情があるにもかかわらず、Aが印鑑を取りに行くために玄関を離れた時点で本件キャッシュカード等につき甲単独の占有が認められるので「交付」があるとか、あるいは、甲に本件キャッシュカード等を渡した状態で玄関先を離れることにより、Aには本件キャッシュカード等を持って行ってよいとする交付意思が認められるといった認定が考えられます。もっとも、いずれも常識的には苦しい理屈ですが(前掲京都地判令和1・5・7の事件において詐欺罪を主張した検察官は、詐欺罪を認めた最判昭26・12・14刑集5巻13号2518頁を、本件の先例となると解したようです。しかし、この事件では、被害者側が被告人の欺罔手段に基き「判示の現金を同被告人の自由に支配できる状態に置く意思で判示の玄関上り口に置いた」と認定しており、Aが財物を「保管して」おくつもりであった本問とは事案を異にします)。

したがって、触れるべき論点は、①Aの交付(=処分)行為の有無、②甲の「交付させる」ことを目的とした欺罔の有無、③窃盗罪(または詐欺罪)のその他の成立要件の検討ということになります。もっとも、②で欺罔を否定すれば、①は検討する必要はありません。

## 2 Aの交付(=処分)行為の有無

### (1) 玄関で本件キャッシュカード等はAの占有を離れたか?

まず、A宅玄関内でAが印鑑を取りに行くために玄関を離れた時点で、本件キャッシュカード等はAの占有を離れたか、まだAの占有下にあるかを検討する必要があります。

この時点で占有を離れたとするのであれば、事実上錯誤のないAには「交付」意思があり、よって「交付」行為があったこととなります。あわせて、そのような状態の作出を意図した甲には、「交付させる」ことを目的とする欺罔があったことになり、財物詐欺罪が成立します。反対に、本件キャッシュカード等がA宅玄関内にある間はこれに対するAの占有が排除されていないとすると、「交付」はなく、次の「窃取」の件とうに移ることとなります。

### (2) 「窃取」はあったか?

もっとも、一般には、自宅の玄関内にある財物については、その居住者の占有下にあると解されますので、通常は、この段階では「交付」は認められません。したがって、早くとも「保管」するつもりであったAの意思に反して「本件キャッシュカード等が入った封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた」時点でようやく、甲に「窃取」が認められることとなります(その際、すでに甲にも本件キャッシュカード等の占有があったとしても、Aの占有を排除して単独占有下に置くのは「窃取」に当たるので、結論は変わりません)。

# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## (3) 詐欺罪とした場合

これについては、後述5を参照してください。

## 3 「交付させる」ことを目的とした欺罔の有無

甲に「窃取」が認められるとしても、「交付させる」ことを目的とした欺罔も認められるのであれば詐欺未遂の可能性が残るので、詐欺未遂と窃盗の罪数処理が問題になってしまいます。そこで、先に詐欺未遂の可能性を検討しておく必要があります。

この点については、先に述べたように、甲が「ダミー封筒」を用意していたこと、Aに対して「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう必要があります。後日、お預かりする可能性があるのですが……」と述べていることを指摘して、甲は、Aに本件キャッシュカード等を交付させるのではなく、最初から隙を見てすり替える計画であったと認定しておく必要があります。これにより、詐欺罪にいう欺罔が否定されますので、詐欺未遂と窃盗との罪数処理は不要となります。

## 4 その他の要件

甲に「窃取」が認められれば、あとは本件キャッシュカード等が「他人の財物」であることは簡潔に触れるだけで結構です。

「不法領得の意思」に関しても、甲に「他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手した上、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得よう」とする目的があったことを指摘して、これは「不法領得の意思」に当たると簡潔に述べれば十分です。まさか、本間で「不法領得の意思」の有無が争点となることはないでしょう。

## 5 詐欺罪とした場合

### (1) 「交付」および「交付させる意思」での欺罔

先に述べたように、詐欺罪とするのは非常に困難なのですが、あえて構成すれば、次のようになります。

すなわち、Aが印鑑を取りに行くために玄関を離れた時点で本件キャッシュカード等につき甲単独の占有が認められるので「交付」があるとか、あるいは、甲に本件キャッシュカード等を渡した状態で玄関先を離れることにより、Aには本件キャッシュカード等を持って行ってよいとする交付意思が認められるといった構成です。ただ、後者の構成だと、「ダミー封筒」を用意する必然性がなくなるのですが。

このようにして「交付」が認められれば、これを狙いとして行動している甲には、金融庁職員に成りすましてA方に電話をかけて嘘の話を始めた時点から、「交付させる意思」での欺罔が認められるでしょう。

### (2) その他の要件について

上記のようにして「交付」(＝処分行為)および「交付させる意思」での欺罔(＝欺く行為)が認められた場合には、「他人の財物」や「不法領得の意思」、Aの錯誤に簡潔に触れれば、答案として一応完成します。

## 6 答案の講評

### (1) 窃盗罪と詐欺罪の区別について

本問の中心論点が窃盗罪と詐欺罪の区別にあることについては、これに気付かなかった答案が多くみられました。それでも、窃盗罪のみを検討した場合にはよかったです。詐欺罪の検討を始めると、「交付」意思のないAに「交付」行為を認めることに困難が伴います。中には、詐欺罪の「交付」行為要件が認められなくても詐欺罪になるという極端な答案も見受けられましたが、それは法律論ではありません。

# 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

ません。

他方、後になってから「交付」行為がないことに気づき慌てて窃盗罪の検討に移ったために、時間不足で「窃取」等の要件が十分に検討できなかった残念な答案も見受けられました。

## (2) その他の要件について

キャッシュカードの財物性に暗証番号を考慮している答案が散見されましたが、暗証番号が分かっている場合でも、キャッシュカードが財物であることに異論はありません。暗証番号が財産上の利益であるためにはキャッシュカードの確保が必要だという論証と混同されたのではないかと思います。個々の論証は何を目的とするものなのか、意識した学習を心がけてください。

以上

# 2020 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

解答を求めた内容は以下のとおりである。

第一に、問題文中で筆者が用いている「1989 年の精神」について明らかにすることである。これについては、フランシス・フクヤマの論考である「歴史の終焉？」を指していることを前提にしたうえで、人類のイデオロギーの生成が終点に達し、人類の統治の究極の形態としての西欧型民主主義が普遍化したこと、すなわち、自由主義に対するファシズムや共産主義など他のイデオロギーの相次ぐ挑戦が敗北に終わったことについて説明がなされていればよい。

第二に、この「1989 年の精神」が世界の政治・経済システムにいかなる変動をもたらしたのかについて記述する必要がある。これについては、少なくとも、民主政が急速に広がって憲法体制の構築が急ピッチに進められたこと、EU が地理的に拡大したばかりでなく統合の深化も加速されたこと、そして、国連の役割の見直しが行われ従来にない大きな役割が期待されたことについて説明したうえで、より具体的には、旧社会主義圏を含む膨大な数の人々が新たに市場経済というシステムに参入し、いわゆるグローバル化がかつてなかった規模で世界に浸透し、人びとの生活を大きく変えることになった点について説明できていればよい。

本問については、答案の多くが記述できていたようである。

### 設問 II

本問では、まず民主政の歴史を整理してポピュリズムの誕生につなげることができているかを問うている。

民主政の歴史については、第一次世界大戦の終わりとともに訪れた民主化の第一波である人民の自己統治に始まり、第一次世界大戦と第二次世界大戦の戦間期の金本位体制市場と民主政の不調和、第二次世界大戦後の金本位体制の崩壊による国家主導の利益政治、利益政治の行き詰まりの中での新自由主義の台頭、資本が国を選ぶ時代への突入、「1989 年の精神」による社会主義体制解体の最後のダメ押し、市場の真のグローバル化とアジア諸国の「新興グローバル中間層」の台頭、「豊かな国の下位中間層」としてのアメリカ、ヨーロッパ諸国、日本の中間層の負け組化、リーマンショックの追い打ちによるグローバル化推進勢力の政治的失速、EU 統合深化に伴う各国政府の存在感の喪失と政治的空洞化について順次説明する必要がある。そのうえで、このような歴史的経緯を経て、「下位中間層」を支持基盤としたポピュリズムが誕生したことを指摘できていればよい。

もっとも本問の趣旨は、このポピュリズムが政党政治や民主政に及ぼす影響についての筆者の考えを説明することにあるので、前者については、ポピュリズムが、既成の政党が無視してきた忘れられた人びと（下位中間層）の心情や不満、疑念を政治的に資源化したということ、そして、既成政党が未開拓のままに放置してきた課題領域にウイングを伸ばして、政党政治自体の感応度を高める役割を果たし、政党政治全体のリシャッフルに貢献した面があることを指摘する必要がある。一方で民主政の観点については、ポピュリズム自体は受け身であること、グローバル化に代替する巨大なシステムを見据えた主義主張を持っているわけではなく、移民、難民問題に勢力を集中して、自らのアイデンティティの再確認とその擁護を目的としていること、ポピュリズムの台頭によって、政治全体の軸が利益政治からアイデンティティ・ポリティクスに移行した可能性が否定できないことが指摘できていればよい。

答案の中には、民主政の歴史の流れについて要領よくまとめたものも見受けられたが、そのことがポピュリズムの誕生にいかにつながったかを説明できたものはごく少数にとどまった。また、答案の中には歴史の流れに触れていないものもあった。問いをしっかりと読んだうえで聞かれていることに的確に

## 2020 年度入学試験(中期日程) 講評

立命館大学法科大学院

答えてほしい。ポピュリズムが政党政治や民主政に及ぼす影響については多くの答案が触れてはいたものの、民主政の歴史の大きな流れの中で起こっている現代的課題について、説得的に論述できていた答案はごく少数にとどまった。

以上