

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 憲法

問題Ⅰは、刑事確定訴訟記録の閲覧請求不許可の合憲性を問うものである(最三小 1990 年 2 月 16 日判時 1340 号 145 頁がモデル)。

まずは本件の閲覧不許可によって、いかなる憲法上の権利が侵害されることになるかを明らかにしなければならない。すなわち、刑事確定訴訟記録の閲覧請求権が憲法上保障された権利であることの論証が、まずもって必要となる。注意を要するのは、この閲覧請求権は、国家に作為を求めるものであって、国家に不作為を求める自由の問題ではないという点である。

したがって、閲覧請求権が憲法上保障されていることの論証としては、「知る自由もしくは知る権利が憲法 21 条 1 項によって保障されている」というだけでは足りない。「憲法 21 条 1 項が抽象的権利として国家に対する情報開示請求権を保障しており、かつ、刑事確定訴訟記録法(以下、記録法)によって具体化されている」ということを論じる必要がある。「知る権利」の自由権的側面と請求権的側面との区別に着目できた答えはわずかであり、多くの答えは、単に「取材の自由の一環として閲覧請求権が保障される」といった記述にとどまっていた。

以上のことから、本問の合憲性審査の対象は、本件不許可——より具体的には、記録法 4 条 2 項 3 号及び 5 号該当性、同項ただし書「正当な理由」該当性についての保管検察官の解釈適用の誤りによってなされた本件不許可——による、具体化された閲覧請求権の侵害(適用審査)である。そして、X の請求に対する本件不許可が 3 号及び 5 号に該当することを理由とされている以上、それぞれの条項の解釈適用が問題となることを踏まえて、憲法に基づく解釈論を展開しなければならない。しかし、問題文末尾の X が関係人の氏名を匿名にするなどの配慮をするという記載に引きずられてか、5 号だけを検討する答えが散見された。

仮に X の閲覧請求が 3 号、5 号に該当するとしても、閲覧が許可される「正当な理由」があるかどうかについて、文言解釈した上でそれを事案にあてはめて検討しなければならない。すなわち、本件が報道目的の閲覧請求という点を強調して「正当な理由」に当たらない場合を限定的に解釈する、あるいは総合衡量を用いて判断するなど、何らかの判断枠組みを設定した上で、本件確定事件の性質、X の閲覧目的、X がジャーナリストとして関係人に十分配慮することを誓っていることといった事情を踏まえて「正当な理由」を充足するかどうかを評価することが求められている。

冒頭で述べた閲覧請求権を憲法上位置づけるための検討は難しいかもしれないが、閲覧請求権の性質を正確に把握できていない答案であっても、本件不許可によって X の「知る権利」が問題となり、その合憲性を判断する何らかの判断枠組みを設定し、事案の事情を十分考慮した検討がされていれば、それは相応に評価している。実際、比較衡量の枠組みを用いて、事案に即してよく検討されている答案が一定数見受けられた。

なお、本問は基本的には適用審査を論じればよいが、3 号、5 号の閲覧請求事由の法令審査を論じている答案は一定の評価をしている。ただし、抽象的権利の具体化立法そのものの合憲性審査は立法裁量との関係で難しいものであり、これを十分論述できた答案はほとんどなかった。

問題Ⅱは、条約の事後承認手続きにおける国会の修正について、そもそも修正が可能であるか、問題文のような修正したうえでの承認の議決はどのような意味を持つのか、などを答えさせる極めて基本的な問題である。しかしながら、この問題を選択した答案はなかった。

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 民法

### I 説明問題

#### (1) 任意代理

任意代理とは、例えば委任に契約により、本人の意思に基づいて代理人に代理権が付与される代理のことである。本人の意思による代理権付与が解答すべき核心部分である。このほか、法律により本人と一定の身分関係にある者を代理人とする法定代理との相違、例えば復代理人の選任の仕方の違いや、両制度の目的の相違、任意代理は本人の法律行為の拡大の意味を有するが、法定代理は本人保護のための制度である等を解答すればよい。多くの解答は、以上の内容をよく踏まえたものとなっていた。

#### (2) 安全配慮義務

安全配慮義務とは、契約その他の法律関係に基づく社会的接触の関係に入った当事者が、当該法律関係の付随義務として互いに相手方の身体・生命等を害されないように配慮すべき信義則（1条2項）上の義務である。この義務を、不法行為法上の義務として捉えたり、雇用契約に基づき発生する義務であると説明するもの、民法上の他の義務と混同していると思われる答案も散見された。しかし、契約上の付随義務として、契約当事者が信義則上負うという基本的な理解ができている答案は多かった。

### II 論述問題

#### [1]

##### (問1)

債権の二重譲渡をめぐる問題につき、基本的な知識を問う問題である。債権の二重譲渡がなされた場合、譲受人としての権利の優劣につき、確定日付ある証書による通知を備え（467条1項・2項）、かつ、それが先に債務者に到達したほうが優先する（最判昭49・3・7民集28・2・174）。小問①において、Dの譲受人としての権利がCに優先し、BはDに弁済しなければならないところ、Bは劣後譲受人であるCに弁済している。この弁済が、「受領権者としての外観を有するものに対してした弁済」といえ、478条の適用により有効な弁済であると評価できれば有効である（最判昭61・4・11民集40・3・558）。

小問②において、BがCに弁済した段階で債権は消滅し、その後、Dへの債権譲渡について確定日付ある通知が到達した時点で債権は存在しないため、DのBに対する弁済請求は認められない。小問③においては、2つの見解があり、いずれかに依拠して解答できていればよい。1つは、C、Dは467条2項の対抗要件を具備していないため、互いに自身の権利が優先することを主張しえず、BはC、Dいずれに対しても弁済を拒むことができるが、C、Dいずれかに弁済すれば免責されるという見解である。もう1つは、C、Dともに、467条1項の債務者対抗要件は具備しているのであるから、債務者はC、Dいずれに対しても弁済を拒むことができず、C、Dいずれかに弁済すれば免責されるという見解である。

答案は、債権譲渡の対抗要件についてはもちろん、債権の二重譲渡をめぐる問題についての正確な理解が窺え、とりわけ小問②、③の出来が良かった。小問①については、優劣の判断基準を判例に依拠して正確に指摘できているにも関わらず、478条の適否について検討を加えていない答案が散見された。

##### (問2)

差押えと相殺の優劣、すなわち、受働債権の差押債権者と第三債務者の自働債権と受働債権の相殺いずれを保護すべきかを問う問題である。差押えの時点で対立する債権が存在する限り、双方の債権の弁済期の先後を問わず、また受働債権の差押えの時点で自働債権の弁済期が到来していなくとも、債権者は、自働債権の弁済期の到来を待って相殺をすることができ、これを差押え債権者に対抗しうる（51

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

1 条 1 項)。この趣旨は、相殺権を行使する債権者からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権については確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができ（相殺の担保的機能）、このような相殺制度の目的および機能は出来る限り尊重すべきであるという点に求められる（最大判昭 45・6・24 民集 24・6・587）。

答えは、511 条 1 項の文理解釈からきちんと解答を導いているものが多い一方で、差押えとの関係で相殺が認められるか否かについて触れず、法定相殺（505 条・506 条）の要件を充足しているか否かという観点のみから相殺の可否を論じるものも散見された。

〔2〕

（問 1）

二重譲渡の背信的悪意者 C からの転得者 D と第一買主 B の法的関係に関する問題である。登記は第二買主 C、転得者 D へと移転している。しかし、C は B が購入した本件不動産でラーメン店を開業することを阻止するために、同一不動産を購入し、登記を得てから D に転売し、移転登記もしている。そのため C はいわゆる背信的悪意者に当たる。

判例は背信的悪意者からの転得者自身が第一買主との関係で信義則上背信的悪意者と評価されるのでなければ、B の登記の欠缺を主張できない第三者には当たらず、B は登記なくして転得者に対抗できないと言う相対的構成説を採っている（最判平 8・10・20 民集 50・9・1506）。

答えは、出題趣旨をよく理解し、この判例を踏まえて答えを構成しているものが相当数見受けられた。ただ中には、先に D が登記を具備したから D は B に移転登記義務を負わないとか、善意・無過失の D は 94 条 2 項類推適用により保護されるなどと言う記述も散見された。しかし、そのような論述は上述した背信的悪意者からの転得者という論点をふまえていないものであり妥当でない。

（問 2）

B は A との本件不動産の売買契約を解除して、支払った代金 1500 万円の原状回復請求権を有している。本問は、その回収方法を問うている。債務者 A にはめぼしい財産がなく、あるのは、A が F に対して有する 5500 万円の代金債権のみである。そこで、B は債権者代位権制度を利用して、A に対する原状回復請求権を被保全債権として、A が F に対して有する売買代金債権を代位行使することが考えられる（423 条 1 項）。そして、この場合の被代位権利は金銭債権で可分なので、B は自己の債権額 1500 万円の範囲で被代位権利を行使することができる（423 条の 2）。また、被代位権利は金銭債権なので、B は F に 1500 万円を直接自己に支払うように請求できる（423 条の 3）。

答案の多くは、こうした債権者代位権の行使とその効果について適切に解答していた。なお A が E から取得した不動産を F に転売した行為に詐害行為取消権を行使できないかを問題にしている答案も少数あった。しかし、そもそも A は E から 5000 万円で購入した不動産を F に 5500 万円で転売しているのであるから、F が売買代金を A に支払うならば A は責任財産を減少させたのではなく増やしているのであり、詐害行為とは言えない。端的に上記の債権者代位権について論ずれば足りる。

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 商法

### I

約束手形の満期に手形が支払われなかった場合、所持人は前者の担保責任を追及して、手形の支払を請求することができる。これを遡求という。遡求によって所持人は、満期に支払があったのと同じ経済的効果を取めることができる。遡求の実質的要件としては、支払呈示期間内に、所持人が振出人に対し、適法な支払呈示をしたにもかかわらず、手形金額の全部又は一部が支払われなかったことが必要である(手形法43条、同77条)。

### II [1]

まず、本件総会決議の取消しの訴えに関する訴訟要件から検討する。Bは甲社の株主であり、また、Bは、甲社による本件株主総会の決議の日(令和元年7月26日)から3か月以内の同年8月26日に同訴えを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満たしている(会社法831条1項)。

次に、①号議案の決議取消しの訴えの認容の可否から検討する。②号議案の目的事項である本件事業譲渡の承認の件については、判例を踏まえ株主総会特別決議を必要とするすべての要件を充たしていることが認定されている。そのうえで、その決議につき、取消事由となる瑕疵があるかが論点となる。具体的には、会社法831条1項3号の取消事由が問題となる。(1)甲社の代表取締役であるAは、同時に乙社の代表取締役でもあり、また、事業の譲渡先である乙社の100%の株主である。そうすると、本件事業譲渡の承認決議に関して、Aは、乙社が甲社に支払う事業譲渡の対価につき可能な限り低価額とすることにつき強い誘因を有することになり、Aは、甲社との関係で、同条1項3号の特別の利害関係を有する者に該当する。(2)また、乙社が甲社に支払う現金対価は100億円であるところ、複数の公認会計士から相当額は200億円ないし250億円とする意見が示されており、本件決議の内容(100億円の対価)は、甲社にとり著しく不当なものと認められる。(3)さらに、Aがその議決権(8000株×10%=800株)を行使しなければ、本件特別決議は否決されることから(賛成3300株、反対1900株)、(1)と(2)の間には因果関係が認められる。このように、本件決議は、会社法831条1項3号の定める取消事由たるすべての要件を充たすこととなり、①号議案の取消しの訴えは、認容される。なお、会社法831条1項3号の取消事由については、裁量棄却制度(同条2項)の適用対象外である。

次に、②号議案の取消しの可否につき検討する。②号議案(株主提案議案)については、Bからの②号議案に関連を有する多くの質問に対して、甲社の取締役(議長など)は、理由を示さず全く回答していないことから、説明義務違反(会社法314条違反)という決議の方法の法令違反が認められ、決議の取消事由を構成しうる(会社法831条1項1号)。もっとも、②号議案は否決されており、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ものではなく、否決された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ことから、-要するに形成訴訟としての株主総会決議取消しの訴えの性格に照らし-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解される(最判平成28年3月4日民集70巻3号827頁)。よって、②号議案の取消しの訴えは、認容されない。

### II [2]

X社は、その発行する全部の株式の内容として、譲渡による株式の取得につき会社の承認を要する旨を定款で定めており(会社法107条2項1号)、いわゆる非公開会社に該当することとなる。また、X社は取締役会設置会社であるところ、定款で、当該譲渡の承認機関は取締役会と定められている。本件におけるBからDへのX社株式200株の譲渡は、定款に定める取締役会の承認を欠くことが認定され

# 2020年度入学試験(前期日程)講評

立命館大学法科大学院

ており、その効力が問題となる。このような会社の承認を欠く、譲渡制限株式の譲渡の効力については、一般に、譲渡当事者間では有効であるが、会社に対する関係では効力を生じないものと解されている(いわゆる「相対説」。最判昭和48年6月15日民集27巻6号700頁)。そうすると、本件での株式譲渡は、X社との関係では効力を生じないのであるから、令和元年7月20日開催のX社の株主総会において、議長のCは、Dによる400株相当(もともと保有する200株とBから譲渡を受けた200株の合計)の議決権行使を認めてはならず、Dがもともと保有する200株についてのみ議決権行使を認めるべきこととなる。なお、本件では直接は認定されていないものの、本件名義書換が、6月10日になされていることから、当該株主総会(7月20日開催)の招集通知が、Dの400株につきなされ、B(200株)につきなされていない可能性がある。この点、D(X社の代表者)は、当該株式譲渡が対会社で効力を有しないことにつき悪意であることから、Dによる株主名簿書換の効果の会社への主張を保護する必要はなく、上記の結論は変わらない。また、B(X社取締役)が本件総会議場に(取締役として)出席していた場合、議長のCが、Bに200株の議決権行使を認めることは適法と考えられるが、たとえ、(招集通知を欠く等の理由により)Bが議決権を行使しなくとも、株主総会の瑕疵とはならないと解すべきであろう。

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 刑法

### 問題. I

#### 1 論 点

本問は、平成 26 年度司法試験刑事系科目第 1 問を簡略化したものを素材として、殺人罪の不真正不作為犯の成否を問うものです。

#### 2 殺人の不真正不作為犯の成否

##### (1) 罪刑法定主義上の問題 (10 点)

不真正不作為犯は、作為形式で定められている条文を不作為によって実現した場合に当該条文を用いて処罰することが罪刑法定主義、特に類推適用の禁止に抵触するのではないか、という刑法の基本原則上の問題を抱えています。

したがって、まず、不真正不作為犯を処罰することは罪刑法定主義に反しないという点を処理しておく必要があります。

##### (2) 不作為のあてはめ (20 点)

不作為とは、何もしないこと、ではなく、当該客体を救助するために必要な義務を果たさないことですが、不作為犯が成立するためには、なぜ作為義務が課されるのか、という作為義務の発生根拠と、当該客体の状態に応じて何をすべきか、という作為義務の具体的な内容を確定する必要があります。

また、不作為も作為と同様の実行行為なのですから、犯罪の評価として、いつの時点の不作為を問題とするかが問われます。

本問での V は乳児用ミルクにアレルギーがあり、また授乳を中止してからすでに 48 時間が経過しているのですから、甲に課される作為義務は、市販ミルクを与えることや授乳を再開するだけでは足りず、病院へ運んで適切な救護義務をとらせることが必要になります。

もっとも、法は不可能を強いませんから、当該具体的作為義務について、作為可能性（作為能力、作為の容易性、救助可能性）があることが必要です。

##### (3) 因果関係判断① 条件関係 (10 点)

不真正不作為犯においても、因果関係の判断が必要です。一般に、不作為の因果関係というと、当該義務を果たしていれば合理的疑いを越える程度に確実に救命が可能であった、という定式を思い浮かべるところですが、これは、条件関係の判断にすぎないことに注意が必要です。

すなわち、条件公式とは「行為なければ結果なし」のことで、不作為においては、

「不作為なければ」結果なし

↓

「『作為義務を果たさない』なければ」結果なし

↓

「作為義務を果たしていれば」結果なし

となります。

もっとも、この作為義務を果たしていれば、というのは仮定的な判断を含むことになるのですから、その結果として、構成要件的结果が発生しなかったことを合理的疑いを越える程度に確実にあったことをいふ必要がありますから、問題文中の事実を適切に評価することが必要となります。

なおこのように考えると、作為義務の内容を 24 時間以内に授乳を再開すること、とした場合には、24 時間以内に授乳を再開しようがしまいが、父親の連れ去りによる死亡結果は発生したのであるから、

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

そもそも条件関係が存在しない、という答えもありうるかもしれません。このような意味においても、一体いつの時点のいかなる作為義務違反をもって不作為としているかという判断が重要であることがわかると思います。

## (4) 因果関係② (20 点)

しかし、本問においてVはタクシーにはねられ、脳挫傷によって死亡しています。この場合でも因果関係はあるのでしょうか。たとえ行為と結果との間に条件関係があったとしても、偶然発生した、あるいは異常な因果経過を通じて結果が発生した場合には、因果関係を否定すべきでしょう(Xが殺意をもってAをナイフで刺したところ、Aは病院へ運ばれたが、その夜病院が火事になったことからAが焼死した、という事案では、Xに殺人既遂を認めるべきではないように思われます)。

本問では、Vは甲の行為後に介在した事情(Aの連れ去り行為及びタクシーの衝突)を原因として死亡していますので、各解答者が是とする因果関係判断の構造を提示したうえで、それぞれの見解に基づいて結論を導く必要があります。

## 3 印象点など (40 点)

殺人罪の不真正不作為犯の全体構造を示したうえで、成立要件を示し、問題とすべき論点を適切に提示し、事実をあてはめて殺人罪の成否を論じていくという答案の全体の論理構造に対して印象点を与えています。

## 4 答案の講評

### (1) 不作為について

まず、不真正不作為犯の根本的な問題について触れている答案はほとんど見られませんでした。多くの答案が、実行行為とは構成要件の結果発生の現実的危険性のある行為のことをいい、不作為もこれに含まれるとした上で、論述を展開していました。

その論証の成否はともかく、不作為とは何もしないことではなく、期待された行為(作為義務)を果たさないことをいうのですから、一体いかなる作為義務の違反が実行行為性を有するのかを論じることが必要であったといえるでしょう。

しかしその点には触れることなく抽象的に作為義務がある、監護義務があると書くだけで、具体的な作為義務(いつの時点で、何をすることが必要であったか)を書いている答案はほとんど見られませんでした。

具体的な作為義務の認定は、作為可能性の判断や、以下で問題となる因果関係の判断においても必要となるものですから、不作為犯を論じるときには特にその認定に注意が必要です。

### (2) 因果関係について

不作為の因果関係というと最高裁平成元年12月15日刑集43巻13号879頁(刑法判例百選I(第7版)の4番の判例)が思いつくところですが、これは不作為の因果関係ではなく、条件関係の判断が問題となった事例です。

本問では、9月2日昼頃以降に授乳を再開する、あるいは9月3日昼以降に病院に連れていけばVの救命は合理的疑いを超える程度に確実であったといえますから、条件関係は肯定できます。

もっとも、Vの死因はタクシーにはねられたことによる脳挫傷です。この点について、「AはVを連れ出した際、Vの状態に気づいていなかったが、たとえVの状態に気づいて直ちに病院に運んで治療を受けさせたとしても、Vが助かる見込みはなく1日ないし2日後には、衰弱により確実に死亡したであろう」という条件に引っ張られてか、授乳しないことによる危険はきわめて高く、タクシーにはねられたことは寄与度が小さい、と評価して甲の行為と結果との間の因果関係を肯定する答案が多数見られました。

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

しかし、甲が授乳せずに24ないし48時間以上放置したことで発生する具体的な死の危険性は、栄養失調による死亡の危険であって、脳挫傷の危険ではありません（授乳をしなければ脳挫傷は起きますか？と問えば常識的に考えると起きない、と答えるはずです）。したがって、Vの脳挫傷による死亡は授乳をせずに放置したことの危険の実現ではないといえるでしょう。

もっとも、行為が直接の死因は生じさせることは出来なくても、その行為に「死の結果を引き起こす行為」を引き起こす（誘発する）危険性が認められる例外的な場合には、なお危険の現実化として評価されることもあるかもしれません（夜間潜水事件（百選Ⅰの12番の判例、高速道路侵入事件（百選Ⅰの13番の判例）など）。

しかし、本件において甲がVに対して授乳をせずに放置したとしてもAがVを連れ出すことや、タクシーの運転手の前方不注意を引き起こす（誘発する）ことはないのですから、その意味においてもやはり当該結果の発生は甲の行為の持つ危険性の現実化とはいえない、ということになるでしょう。

なお、ここでいう危険の現実化の判断はいわゆる狭義の相当性の判断と一致すると考えられます。

## (3) 総評

(1)、(2)を通じて、自身が勉強した教科書の記述や予備校の解説を、きちんと使いこなせていないと思われる答案が散見されました。単に書かれていることを暗記するだけでなく、書かれていることを事案の解決に役立て適切な解答を導くために、今一度自身の持つ規範や論証の意味と限界をしっかりと理解できるように勉強を進めていただければと思います。

## 問題. Ⅱ

### 1 論 点

本問は、2013（平成11）年度の司法試験予備試験論文式刑事系第1問を素材とし、現住建造物等放火罪（108条）と非現住建造物等放火罪（109条）との区別基準、自己の物に対する特例（115条）の適否、および「建造物」自体の焼損の有無、108条と109条（1項）とにまたがる錯誤の場合の処理（38条2項）、この罪と嘱託殺人未遂罪（201条、203条）との罪数関係を問うものです。

### 2 甲の放火について

#### (1) (客観的) 構成要件——「建造物」の焼損はあるか？

放火については、①現実には家屋内の現在者がまだ生きている場合には現住建造物等放火罪の成立可能性があることを前提に、②「建造物」放火の既遂が認められるためには、判例上、「建造物」の少なくとも一部が独立燃焼可能な状態に達したことを要するが、甲宅の畳一枚を30センチメートル四方焼損させるにとどまった場合、取り外しの容易な畳は「建造物」の一部とは言えず、したがって「建造物」自体が独立燃焼しているわけではないことから、客観的には、「建造物」の焼損がないので現住建造物等放火罪の未遂でしかないことを指摘する必要があります。

「30センチメートル四方焼損」という言葉に惑わされて、「畳」の「建造物」該当性の判断を抜きに「建造物」放火の既遂を認めた答案もありましたが、上記のように、「建造物」の少なくとも一部が独立燃焼可能な状態に達したことが必要であることを忘れないようにしてください。

#### (2) 故意——現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪の間の錯誤

③その上で、甲は乙がすでに死亡していると錯誤して放火していることから、刑法38条2項により現住建造物等放火罪の故意がないのでその未遂は成立せず、彼が意図していた非現住建造物放火罪の未遂の成否が問われることを指摘します。これは、各論に絡む総論的論点です。

④その際、甲宅には住宅ローンの担保として抵当権が設定されていたことを指摘し、この家屋が115条にいう「物権を負担し」に当たり、抵当権設定者である甲には当然その認識もあると思われるので、

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

成立するのは 109 条 1 項の他人所有非現住建造物放火罪の未遂であると結論付けておきましょう。

その際、甲は、客観的には「現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物」に放火したわけではないけれども、109 条にいう「現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない」は、より重い現住建造物放火との区別を指摘する限界設定要素であって「みせかけの構成要件要素」であるから、これを無視して 109 条の未遂を認めてよいと理由づけられれば、言うことはありません。

答案の中には、乙が死亡したと誤信している甲には現住建造物等放火罪の故意がなく、この場合には同罪の未遂も成立しえないことを看過して、錯誤の検討をしていないもの見受けられました。各論に絡む総論的論点の検討も、忘れないようにしてください。

## 3 甲の嘱託殺人について

⑤甲は、乙の「早く楽にして。」という言葉を受けて、その殺害を試みましたが、乙は消防隊員の救助と病院への搬送および救急医らの救命措置により「一命を取り止め」ていますので、ここでは嘱託殺人罪の未遂を検討することになります。被疑者が死亡したという錯誤は、未遂を既遂にするものではありませんので、「因果関係の錯誤」を書かないように、注意してください。なお、本問につき、通常の殺人未遂罪を認めた答案も散見されました。問題文を注意深く読んでください。

## 4 甲の罪数その他

⑥他人所有非現住建造物放火罪の未遂と嘱託殺人罪の未遂については、後者が「乙の首を両手で絞め付けた」ことで開始されており、かつ、放火はその後、甲は、「乙が A を殺した痕跡や、自分が乙を殺した痕跡を消してしまいたい。家を燃やせば乙や A の遺体も燃えるので焼死したように装うことができる。」と考えたことで犯意が生じたと考えられますので、併合罪（45 条以下）としておくほうがよいでしょう。

なお、甲宅が全焼して A の死体が焼損し、乙による絞殺の事実がわかりにくくなっていれば、死体損壊罪（190 条）および証拠隠滅罪（104 条）の成立が考えられるのですが、問題文では、甲宅の火災は「甲宅の畳一枚を 30 センチメートル四方焼損させるにとどまった。」とされています。そのため、A の死体が焼損したか否かは不明です。したがって、未遂処罰規定のない死体損壊罪および証拠隠滅罪については、その既遂は証明できず、かつ未遂を論じても意味がないので、これらの罪に言及する必要はありません。

## 5 乙の罪責

乙は、衣装ダンスの中から甲のネクタイを取り出し、眠っている A の首に巻き付けた上、絞め付けて殺害していますので、無理心中を図ったものとして、通常の殺人罪（199 条）が成立します。

## 6 答案の講評

### (1) 放火について

本問は、とりわけ、上記の①から④までの論点に関する各論の学習状況を試すものですので、これらにつき、それぞれの論点の位置づけを明確にして、かつ論理矛盾なく書かれているかどうか、印象点を左右します。この点では、比較的よく書けていた答案が多かったと思います。

### (2) 嘱託殺人について

乙につき、甲の嘱託殺人未遂罪の共犯を認めた答案が散見されました。「被害者は共犯たりえない」という原則、ないし共犯の処罰根拠における「惹起説」により自己の死を目指す場合は「他殺」という 202 条後段の構成要件該当結果の惹起が意図されていないことにより共犯は成立しませんので、注意してください。

# 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

## 小論文

### 【設問Ⅰ】

従前「制度」論的な思考欠けていた理由について、筆者の考えと日本の思想家や哲学者の考えとを対比して説明することを求めている。

筆者は、①日本の思想家や哲学者らは、日本では制度の圧倒的が多く、明治以降、海外から移植されたものばかりであったことから、「制度」論的な思考に欠けていたと考えているようであるが、②明治以前のそれぞれの時代要請に応じて、「制度」と呼べるものがあつたはずであるから、上記の理由づけは、十分な説得力を持つことができないとする。筆者は、③それだけでなく、当時代の人々は、「制度」論的な道具概念によって、諸「制度」を認識もせず評価もせず、総括することもせず、自己利害との関係でアドホックに認識し、そのアドホックな自己の関わるそれぞれの「制度」に単に個別に主観的に接していたから、「制度」論的思考に欠けていた。そして、④社会体制の総体を客観的に認識し、なんらかの意味でこれに批判的な評価をくだそうと欲求する時代精神が出てくるなかで、そのための道具としての「制度」論的な思考、「制度」コンセプトを移入することになったのであるが、そのためにはそれ相応の時の経過が必要であったと論じている。

上記①～②についてはね筆者の考えを概ねの答えが論じていたように思われるが、③の「制度」論的思考が必要とされていなかった理由や、④の「制度」論的思考が必要とされる時代精神、及び「制度」コンセプト移入の点まで十分に論じている答えは少なかった。「制度」コンセプトも明治以降移入されたものであり、そのようなコンセプト必要とされる時代精神との関係を関連付けて論及すれば高い評価となる。

### 【設問Ⅱ】

「制度」とはどのようなものであると筆者は考え、「制度と自由」の関係について文学との関わりを参照して説明を求めている。

筆者は、①制度とは、個人(=主観)に関係しながら、その主観を超えた客観的な存在というべきものであるとして、たとえば、教会、病院、学校、協会、学会、施設などなど、具体的あるいは抽象的なイメージを持って、人々が一定の目的を遂行するために共同して設立した何物かと捉えている。そうしたとき、②文学の場合には、一般的な良識を意味する制度に従わなければならないとすると、文学の機能の大部分は失われてしまうから、文学というものは「反制度的でなくてはならない」という筒井康隆氏の考えも首肯できるものがあるとする。確かに、③制度の中でも、たとえば、ナチスドイツ時代の強制収容所制度という「制度」とかかわっては、文学は「反制度的」以外にありようがない。一方、④病院という制度のような人々が一定の目的を遂行するために共同して設立した合理的なもの場合には、「反制度的な」作品と同程度に、「制度(内)的な」作品もあり得る。⑤そのばあい、「制度的」とは、あることがらに「内在的に」接することによって、よりよく「批判的」であることであり、制度の現状と制度根本理念とのあいだに介在するずれ、すなわち「制度と自由」の緊張関係を文学的に扱うことであって、「反制度的」であることによって文学は当該制度の解体を迫るのではなくて、よりしばしば、制度のあるべき姿をもとめ語るべきではなからうか、と論じている。

多くの答えは上記①、②、③等についてはそれなりに論じているもの、④の問題点や⑤についてまで論じるものは少なく、また、特に「制度と自由」との関係について適格に論じている答えはほとんどなく、あっても論旨が不明確であった。「『制度と自由』の関係について文学との関わりを参照して」とあつたことから、筒井氏の『断筆宣言』に対する筆者の評価の問題と、「制度」に規定され、また、「制度」を支えてきている「一般的な良識」あるいは「常識」を問題にしている憲法学者である筆者から見た「制度」論的な視点の関係の理解が難しかったのかも知れない。

なお、本設問については1500字以内で説明することを求めているが、字数が非常に短いものが多く

## 2020 年度入学試験(前期日程) 講評

立命館大学法科大学院

みられた。そのような答えは当然のことながら、説得力に乏しく評価も低いことになる。

以上