

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 憲法

設問 I は、SNS（ソーシャル・ネットワーキング・サービス）における「誹謗中傷表現」規制の合憲性を問うている。本問の規制が、投稿者の表現の自由及び SNS 事業者の営業の自由または表現の自由を侵害することにならないかが問題となるどころ、投稿者と SNS 事業者の双方について検討できていた答案は少なく、いずれか一方しか言及しないものがほとんどであった。中には「表現の自由が制限される」と記述するのみで、誰の表現の自由を問題にするのか明示しない答案も散見された。

SNS 事業者については、営業の自由もしくは表現の自由の問題いずれかの構成がありうるところ、表現の自由の問題として構成する場合には、SNS 事業者じしんは意見表明していないにもかかわらず、なぜ SNS 事業を行うことが表現の自由の保障を受けるのかについて、説得力ある理由が必要である。グーグル検索結果削除請求事件判決（最三小決 2018 年 1 月 31 日民集 71 卷 1 号 63 頁）を参考にすることが考えられるところ、少数ではあるが、この点をしっかり記述できている答案があった。

本問では合憲性判断基準を設定する際に表現内容規制・表現内容中立的規制二分論への言及が必要となるが、「本問は SNS を通じた表現を規制するものであるため、表現方法に対する規制であり、表現内容中立的規制にあたる」とする答案が散見された。しかし、本問は「誹謗中傷表現」という内容に着目した表現方法に対する規制であり、表現内容規制と把握するのが正しい。なお、規制対象が「誹謗中傷表現」であるため、低価値表現にあたり合憲性審査の厳格度を緩和すべきかどうかの問題となる点については、多くの答案が検討できていた。

本問の「誹謗中傷表現」規制について、明確性の原則が問題となること自体は多くの答案が指摘できていたが、表現の自由の萎縮的効果の防止とともに、刑罰規定の告知機能に基づいて明確性が要請されるという点について指摘できたものは少なかった。憲法上要求される明確性を備えているか否かについての判断基準を設定し、それを当てはめている答案が多かったことは評価できる。ただ、本問の規制では、「誹謗中傷表現」を削除しないことで直ちに刑罰が科されるわけではなく、委員会による削除命令に従わない場合に刑罰が科される仕組みとなっているので、こうした仕組みの下では「誹謗中傷表現」自体については高度の明確性は要求されないのかどうか問題となるが、少数ながらこの点に触れている答案もあった、また、明確性の原則の問題を、規制の合憲性判断基準のあてはめの部分で検討する答案が散見されたが、狭義の文面審査と実体審査の位置づけは正確に理解すべきである。

設問 II を選択した者はごく少数であった。ほとんどの答案は、憲法改正にどのような限界があるかを、不十分ではあっても説明できていた。しかし、憲法改正の限界を論じるにあたっては、憲法制定権力と憲法改正権との関係をどのように考えるかがポイントとなるが、この点を十分に検討した答案は少なかった。

# 2021 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】（各 10 点）

#### （1）慣習法上の物権

慣習法上の物権とは、法律に規定のない物権で慣習法に基礎を有するもの。物権法定主義（民法 175 条・民法施行法 35 条）が否定しようとした旧慣に拠らず、公示性を伴うものは、温泉権や譲渡担保権など、判例により有効と認められている。定義、および、物権法定主義にもかかわらずその趣旨に反しないかぎり判例により認められていることを書いていただくことを期待した。民法施行法の摘示までは必要でない。字数が限られるので、説明が足りなくても、例示が適切であればよいとした。民法上の物権も慣習により内容が定まることがあるが（民法 263 条・269 条 2 項・277 条・294 条など）、これらは慣習法上の物権には含まれないので、これらを例示とするのは適切でない。物権法定主義との緊張関係に思い至らない答案が予想した以上に多かった。

#### （2）不法行為における無過失責任

土地工作物の所有者の責任（民法 717 条 1 項）のように故意・過失を問うことなく認められる不法行為責任である。民法 709 条の過失責任が不法行為責任の原則であり、無過失責任はその例外であることを記述した答案は多く見られた。無過失責任の帰責原理は一般に危険責任、報償責任に求められる。民法以外には、鉱業法、大気汚染防止法、水質汚濁防止法、原子力損害賠償法、製造物責任法等の特別法に無過失責任の定めがある。

### II 【論述問題】（各 100 点）

#### 〔1〕

##### （問 1）（50 点）

B の代理行為により、A C 間に 300 万円の金銭消費貸借契約が成立していれば、借主 A の死亡後、300 万円の貸金返還債務は可分債務なので法定相続分の割合で A の相続人、B、D に 2 分の 1 ずつ分割帰属する（最判昭和 34・6・19 民集 13・6・757）。したがって、C は B、D に 150 万円ずつ返還請求権を行使できる。このように相続人の金銭債務は当然分割されることを指摘していない答案が多かった。

B は A に無断で A の実印を持ち出し、A の委任状を偽造して代理行為を行ったもので、無権代理であるから A 本人が追認しなければ、C との金銭消費貸借契約の効果は帰属しない（113 条 1 項）。

A は追認せずに死亡した。この点、答案の中には、D は追認を拒絶できても、B は無権代理人なので追認を拒絶できないので、C は 300 万円を B に請求できるとする答案もあった。しかし判例上は共同相続人全員が追認しなければ無権代理の効果は被相続人 A に帰属しない（最判平成 5・1・21 民集 47・1・265）。したがって、C は B が追認を拒絶できないことを理由に 300 万円を請求できるわけではない点に注意を有する。

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

D が追認しないので無権代理となった場合、C は代理権授与表示の表見代理（109 条）を主張することも考えられる。その場合の D の反論としては、A は全く関与していないので帰責性がなく、代理権授与表示がなかった、あるいは C が本人 A に確認しなかったことを持って過失があるから表見代理が成立しないと主張することが考えられ、そのように回答している答案もあった。

表見代理も成立しない場合には、C は無権代理人 B に 300 万円の返還ないし損害賠償を請求することが考えられる。C が無権代理であることを知らなかったことに過失がある場合でも、B は自分に代理権がないことを知っていたので、C は B に無権代理人の責任を追及できる（117 条 2 項 2 号ただし書）。この点は、良く書けている答案も多かった。

## （問 2）（50 点）

B は無権代理行為をする際に、C に A の賭博による債務の返済のための資金として 300 万円を借りたいと言っている。賭博は公序良俗に反する行為であり、賭博によって生じた債務の弁済のために融資をする行為は、賭博を助長する恐れがある。そこで判例はこのような動機の不法性を知りながらなした金銭消費貸借契約も公序良俗に違反して無効とする（大判昭和 13・3・30 民集 17・578）。D は 1 とは別に、AC 間に金銭消費貸借契約が締結されたとしても公序良俗に違反して無効だから、返還債務もないと主張できる。

C が AC 間の金銭消費貸借契約が無効であるなら、A は 300 万円の不当利得返還債務を負うとして、D に相続分に応じた 150 万円の返還を請求した場合、D は不法原因給付（708 条）を理由にその返還請求を拒否できる。

問 2 については以上のような問題の趣旨を理解していない答案も多かった。教科書等でよく復習しておくことが望まれる。

## 〔 2 〕

### （問 1）（30 点）

B は A との間で締結した売買契約（555 条）の目的物（本件鶏 100 羽）を引き渡した。しかし、本件鶏のうち 10 羽が重度の産卵低下症候群に罹患していた。そこで、A は B に対して、民法 562 条 1 項に基づき追完請求をすべきである。

民法 562 条 1 項本文にいう「契約の内容に適合しない」とは、給付の目的物が通常備えている性能や品質を備えていないこと又は契約当事者の合意によって定められた内容を欠いていることを意味する。本問事案において、重度の産卵低下症候群に罹患している鶏 10 羽は、給付の目的物である鶏が通常備えている「品質」を備えていない。また、本件契約締結に際して AB 間で鶏の品質について合意があったという事情はうかがえないものの、A が採卵養鶏場を営んでおり、AB 間では、B が A の養鶏場に本件鶏を持参して引き渡すという合意がなされているのだから、卵を産める鶏を提供することが AB 間の契約内容になっていたと評価することができる。

## 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

以上のことから、本問事案において、B が産卵低下症候群に罹患した 10 羽の鶏を引き渡した事実は、「品質」に関して「契約の内容に適合しないもの」を引き渡したと評価することができる（562 条 1 項本文）。また、本問事案からは、A の責めに帰すべき事由があったとは評価できず、民法 562 条 2 項は適用されない。

したがって、A の B に対する民法 562 条 1 項に基づく追完請求は認められる。なお、①「品質」に冠する契約内容不適合を理由に追完請求をする前提として、A は、当該不適合を知った時から 1 年以内に目的物に不適合があることを売主に通知し、権利の保存をしなければならない（566 条）こと、②追完としてなされる B からの代替物の引渡しは、A による重度の産卵低下症候群に罹患していた鶏 10 羽の返還と引換えになされることに留意すべきである。

答案の出来は概ね良かった。本件鶏のうち 10 羽が重度の産卵低下症候群に罹患した時期が A への引渡前であるか、後であるかで結論が異なることを、567 条 1 項の解釈をふまえて丁寧に論じる秀逸な答案もあった。しかしながら、本件事案が、「品質」に関する契約内容不適合であることをきちんと指摘できていないものや、「契約の内容に適合しない」の意義を論じていないものが散見された。条文の文理解釈を丁寧に言い、論述に反映させることを心がけていただきたい。

### （問 2）（30 点）

A が「B から 20000 円を返してもらいたいと考えている」ことの意味は、重度の産卵低下症候群に罹患した鶏の代金相当額（2000 円×10 羽）の返還を求めたいということである。したがって、A は B に対して、民法 563 条に基づく代金減額請求をすることが考えられる。

しかし、本問事案においては、民法 563 条 2 項各号に基づく事由がないため、同条 1 項に基づく代金減額請求の前提として、民法 562 条 1 項本文に基づく追完請求をしなければならない。本問においては、（問 1）で検討したように、A は B に対して「品質」に関する契約内容不適合責任を追及することができ、不適合について A の責めに帰すべき事由も存在しないから 563 条 3 項の適用はない。したがって、A は B に対して、代金減額請求の前提として、引き渡された本件鶏のうち 10 羽が重度の産卵低下症候群に罹患している

（品質に関して契約内容に適合しない目的物の引渡しになされた）ことを通知し（566 条）、その上で、相当の期間を定めて代替物の引渡し、すなわち、卵を産める鶏を引き渡すよう請求し（562 条 1 項・563 条 1 項）、当該期間内に B から履行の追完がなければ、A は、不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる（563 条 1 項）。

以上のことから、解答として、A は、20000 円を B から返還してもらうために、代金減額請求をする前提として、まずは民法 562 条 1 項本文に基づく追完請求をすべきであると結論付けることができるように思われる。

## 2021 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、代金減額請求権が認められるとしても、20000 円を請求することはできないであろう。なぜなら、鶏は卵が産めないからといって、商品価値がない（0 円になる）とは考えられないからである（食肉用としての商品価値はある）。A が、20000 円を下回っても代金減額が認められるならそれでよいと考えるのであれば、代金減額請求の前提としての追完請求をすればよいだろう。しかし、A が確実に 20000 円を取り返したいと考えるのであれば、卵を産めない本件鶏 10 羽について本件売買契約を一部解除すべきであろう（564 条・541 条・562 条）。一部解除の結果、AB にはそれぞれ相手方に対して原状回復義務が発生するから（545 条 1 項本文）、A は本件鶏 10 羽を B に返還すると引き換えに B から 20000 円の返還を受けることとなる。

（問 1）と同様に、答案の出来は良く、代金減額請求権の行使について、563 条の文理解釈がきちんと出来ているものが多かった。しかし、代金減額請求が認められるとしても、20000 円を下回る金額の支払しか認められないことを指摘できている答案は少なかった。なお、代金減額請求が認められる場合、A が B に重度の産卵低下症候群に罹患している本件鶏 10 羽の返還と引換えに B から代金の返還を受けうることになる点を押さえていたいただきたい。また、代金減額請求権行使の可否には触れず、契約解除権の行使（541 条・542 条）、不当利得返還請求権の行使（703 条）を論じるものも散見された。本問事案が、追完請求を行った結果、追完がなされなかった時に限り代金減額請求が認められることになるため、確実に減額請求が認められる法的根拠を論じようとしたのであろう。

### （問 3）（40 点）

B が A に本件鶏を引渡してから 1 週間後、本件鶏の残り 90 羽と A が以前から飼育していた別の鶏 200 羽（時価 1 羽 1500 円）も鳥インフルエンザウイルスに感染してしまい、300 羽すべてが死んでしまったという状況は、B が本件売買契約の債務の履行として、引渡し前から鳥インフルエンザに罹患していた鶏 10 羽を給付したことにより生じた拡大損害である。B は A に対して民法 562 条 1 項の「品質」に関して「契約の内容に適合しないもの」を引き渡したと評価でき、これは不完全履行である（564 条・415 条）。そこで、A は B に対して、債務不履行に基づく損害賠償請求をすることが考えられる。

民法 415 条 1 項の要件は、(1)「債務」が存在すること、(2)「債務の本旨にしたがった履行をしない」または「履行不能」であること、(3) 債務者の免責事由がないこと（415 条 1 項ただし書にいう「債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」がないこと）、(4)「損害」が発生していること、(5) 債務不履行 (2) と損害 (5) との間に因果関係があること（415 条 1 項本文「これによって生じた」）である。

B は、本件売買契約締結から 1 週間後に A の養鶏場に本件鶏を持参し引き渡すという債務を負っていたのだから、要件 (1) を充足する。給付された鳥インフルエンザに罹患した鶏は、上述のとおり、「品質」に関して「契約の内容に適合しないもの」であるから

## 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

(562 条 1 項)、「債務の本旨にしたがった履行をしない」と評価でき、要件 (2) も充足する。要件 (3) については、社会通念上、B は給付の目的である鶏の品質保持のために病気がないか細心の注意を払うべきであったのにこれを怠ったとされ、B に免責事由はないと評価されるだろう。また、鳥インフルエンザに罹患した鶏が引き渡されたことによって本件鶏 100 羽と A が所有する鶏 200 羽が死亡してしまったという損害は発生しており、B の不履行（インフルエンザに罹患した鶏 10 羽の引渡し）と損害との間に（事實的）因果関係も認められるから、要件 (4)、(5) も充足する。

したがって、A の B に対する債務不履行に基づく損害賠償請求（562 条 1 項・564 条・415 条 1 項）は認められる。では、A は具体的にいくら損害賠償請求できるであろうか。損害賠償の範囲（416 条）が問題となる。

損害とは、債務不履行がなければ債権者が有していたであろう財産状態と、債務不履行があったために債権者が現に有する財産状態との差額を金額で表したものである（差額説）。本件では、B の債務不履行がなければ、少なくとも、本件鶏 100 羽が死亡したことによる  $100 \text{ 羽} \times 2000 \text{ 円} = 20 \text{ 万円}$  と、A が以前から飼育していた 200 羽の鶏が死亡したことによる  $200 \text{ 羽} \times 1500 \text{ 円} = 30 \text{ 万円}$ 、計 50 万円の損害が生じなかったといえる。したがって、50 万円が損害である。

50 万円は、損害賠償の範囲に含まれるか。引き渡された本件鶏のうち 10 羽がインフルエンザに罹患していたために、A が飼育していた鶏も含めてすべて死亡することは、社会通念上定型的に予見される損害であると評価できるので、通常損害（416 条 1 項）に該当し、したがって、先に算定した 50 万円は損害賠償の範囲に含まれる。

したがって、結論としては、A は B に対して債務不履行に基づく損害賠償として 50 万円の支払を請求することできるということになる。

答案には、A が B に対して不法行為（709 条）に基づく損害賠償請求の可否を論じ、債務不履行に基づく損害賠償請求の可否について全く触れられていないものが一定数見られた。当事者間に契約関係が存在する場合は、まず債務不履行に基づく請求の可否を検討していただきたい。

A が B に対して債務不履行に基づく損害賠償請求が認められることについて論じている答案は、よく書けているものの、損害賠償の範囲に関して全く論じていないものが散見された。また、鳥インフルエンザに罹患した鶏 10 羽の引渡しが 415 条 1 項の「債務の本旨に従った履行をしないとき」にあたる点は明快に論じられている答案が多かった一方で、民法 415 条 1 項の要件定立がきちんと出来ていない点が気になった。415 条 1 項はもちろん、同条 2 項についても、要件と効果を確実に押さえていただきたい。損害賠償の範囲に関して論じている答案には、本件鶏 10 羽が鳥インフルエンザに罹患していたという事情を 416 条 2 項の特別事情であると評価するものが多かったが、誤った理解である。ここでいう特別事情とは、債権者側の特別な事情（目的物を特別に高い価格で転売しようとしていたなど）や経済環境の激変などの客観的環境の変化に関する事情であって、債務者側の

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

事情（設例のように給付すべき目的物の契約内容不適合など）は含まないからである。また、B が A に引き渡した 100 羽の死亡を通常損害、A が以前から飼育していた 200 羽の死亡を特別損害とするものもあったが、これも誤った理解である。民法 416 条 2 項の「特別の事情によって生じた損害」は、契約類型、契約の目的、当事者の職業、取引慣行等に照らして個別的に判断されるものである。

# 2021 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

利得償還請求権とは、手形上の権利が時効又は手続の欠缺により消滅したとき、手形所持人が、振出人・裏書人などの債務者に対し、その受けた利益の限度において、利得の償還を請求する権利である（手形法 85 条）。手形上の権利を失う所持人と、他方で手形の授受により利得を得る債務者との間の衡平を図る趣旨である。

### II

[1] 発起人 A は、甲社が成立する前に B との間で本件請負契約を締結しているが、これはいわゆる開業準備行為に該当する（会社の成立を条件に特定の財産を譲り受ける財産引受け（会社法 28 条 2 号）にはあたらない）。判例（最判昭 33.10.24【会社法判例百選 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、その法律効果は甲社に帰属しない。したがって、B は甲社に対して、本件請負契約に係る報酬を請求することはできない。しかし、発起人が設立中に権限外の行為をした場合には、発起人は無権代理人に類似した地位に立っている（民法 117 条類推）。本件では、B は、A から「甲社代表取締役」との名刺を交付されるなどしているが、A が甲社の代表取締役ではないことについて善意無過失であるなどの事情が認められれば、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（同法 117 条 2 項参照）。

また、A は、まだ甲社が成立していないにもかかわらず、A が甲社代表取締役であると信じこませて本件請負契約を締結していると考えられるが、この行為は設立時取締役または発起人としての善管注意義務違反に違反し、悪意又は重過失によるものと認められる。よって B は、A に対し、会社法 53 条 2 項に基づき、その被った損害の賠償を請求することができる。

[2] 取締役の会社に対する損害賠償責任（会社法 423 条 1 項）の成否を検討する必要がある。まず、本件自己株式の取得は、同法 155 条 3 号に規定する株主との合意による自己株式の有償取得にあたる。また、その行為は、特定の株主からの取得に該当する。したがって、甲社は、本件自己株式の取得について、株主総会の特別決議によりこれを決定し（160 条 1 項、156 条 1 項）、売主追加請求権（同条 3 項）を他の株主に与えなければならない（同条 2 項）。しかし Q は、代表取締役として、これをしないまま本件自己株式の取得を実行しているから、法令違反があり、任務懈怠が認められる。乙社が本件自己株式を取得し、その後本件株式を売却したことにより、乙社には 2500 万円の損害が生じている。違法な本件自己株式の取得がなければ上記損害は生じなかったといえるから、因果関係も認められる（意見は分かれる）。また、Q は他の株主に売主追加請求権を行使される



# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

ことを危惧して、あえて株主総会決議を経なかったのであるから、故意がある。以上より、Q は乙社に対し、会社法 423 条 1 項に基づき、2500 万円の損害賠償責任を負う。

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 刑 法

21 年度前期入試刑法は、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。

I 次の【事例】を読み、甲および乙の罪責について、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい（証拠隠滅罪および特別法違反の点は除く）。

### 【事 例】

(1) 甲（35 歳）は、無職の妻乙（30 歳）及び長女 A（3 歳）と、郊外の住宅街に建てられた甲所有の木造 2 階建て家屋（以下「甲宅」という。）で生活していた。甲宅の住宅ローンの返済は、会社員であった甲の給与収入によってなされていた。しかし、甲が勤務先を解雇されたことから、甲一家の収入が途絶え、ローンの返済ができず、住宅ローン会社から、甲宅に設定されていた抵当権の実行を通告された。甲は就職活動を行ったが、再就職先を見つけることができなかった。

(2) このような状況に将来を悲観した乙は、ある日の夜、甲と A が就寝した後、「A を道連れに先に死のう。」と思い、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、絞め付けて殺害した。その後、乙は、台所に行って果物ナイフを持ち出し、布団の上で自己の腹部に果物ナイフを突き刺し、そのまま横たわった。

(3) 甲は、乙のうめき声で目を覚ましたところ、A が死亡しており、乙の腹部に果物ナイフが突き刺さっていることに気が付いた。甲が乙に「どうしたんだ。」と声を掛けると、乙は、甲に対し、「ごめんなさい。私にはもうこれ以上頑張ることはできなかった。早く楽にして。」と言った。甲は、「助けを呼べば、乙が A を殺害したことが発覚してしまう。しかし、このままだと乙が苦しむだけだ。」と考え、乙殺害を決意し、乙の首を両手で絞め付けたところ、乙が動かなくなり、うめき声も出さなくなったことから、乙が死亡したと思い、両手の力を抜いた。

(4) 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、乙と A の周囲に灯油をまき、ライターで点火した上、甲宅を離れた。その結果、甲宅は全焼し、焼け跡から乙と A の遺体が発見された。

(5) 後に、乙の遺体を司法解剖した結果、乙の死因は、頸部圧迫による窒息死ではなく、頸部圧迫による意識消失状態で多量の一酸化炭素を吸引したことによる一酸化炭素中毒死であることが判明した。

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 1 論 点

本問は、2011（平成 23）年度の予備試験論文式試験問題[刑法]を素材として、嘱託殺人罪に関する因果関係の錯誤および現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪とにまたがる客体の錯誤や死体損壊罪を検討してもらうものです。

## 2 論点解説

### (1) A 殺害に関する乙の罪責

乙は、A を殺害して無理心中を図っています。これは、殺人罪（刑法 199 条）に該当します。この点は、前提論点として軽く触れておく必要があります。

なお、嘱託殺人罪に関する被殺者による教唆の論点に触れている答案もありましたが、もちろん、被殺者に教唆犯は成立しません。触れなくても結構です。

### (2) 嘱託殺人罪に関する因果関係の錯誤

甲は、乙の嘱託を受けてこれを殺害しようとし乙の首を両手で絞め付けたところ、乙が動かなくなったので、乙が死亡したものと即断し、その後、死体遺棄と証拠隠滅の目的で自宅に放火しましたが、実際には、乙は頸部圧迫による意識消失状態で多量の一酸化炭素を吸引したことによる一酸化炭素中毒死でした。この点は、嘱託殺人罪（刑法 202 条後段）につき、結果発生が犯行計画より遅かった「因果関係の錯誤」（「遅すぎた結果発生」）の問題として検討する必要があります。

周知のように、この問題に関して大判大正 12・4・30 刑集 2 卷 378 頁は、被害者が死亡したと即断して犯行発覚を防ぐために行った行為を経て死亡結果が生じた場合に、このような経過は「社会生活上の普通観念に照らし」殺害目的で行った首絞め行為と被害者の死亡との間に因果関係を認めることが正当であると述べています。このように、問題を、殺意を持って首を絞めた行為と最終的な死亡結果との間の因果経過の相当性の有無として考察することが、この種の「遅すぎた結果発生」の処理には有益です。その結果、因果関係が認められれば全体が 1 個の殺人罪となり、因果関係が否定されれば殺人未遂と過失致死との 2 個の罪となります（最初に、「行為は 1 個か 2 個か」と問うと、答が出なくなります）。

その結果、おそらく、因果経過の相当性が認められ、嘱託殺人罪は既遂となるものと思われる。

なお、判例および通説は、因果経過について相当性が認められる場合は、その限りで具体的な事情についての因果経過の錯誤は重要でないと考えています。したがって、この場合には、生じた結果は故意に符合するものとして、故意犯としても既遂が認められます。とくに、通説は、行為者の認識した事情と、同じ立場に置かれた一般人の認識し得た事情を基礎にして、具体的な因果経過が社会生活の経験上予想できるものか否かにより、故意

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

既遂の成否を判断しています。したがって、この立場では、因果経過の相当性が認められるか否かが、故意既遂を認めるか否かを左右することになります。

## (3) 現住建造物等放火罪と非現住建造物等放火罪とにまたがる客体の錯誤

次に、現住建造物等放火罪（刑法 108 条）と非現住建造物等放火罪（刑法 109 条 1 項）とにまたがる客体の錯誤を処理します。その際、甲は自宅に放火していますが、甲宅には抵当権が設定されているので、刑法 115 条にいう「物権を負担」するものとして扱われることに注意してください。

放火時点では乙はまだ生きていますが、甲はこれを知りませんので、甲の行為は重い現住建造物等放火罪に当たることとなることとなる事実を知らなかった（刑法 38 条 2 項）として、108 条では処罰できません。そこで、甲の放火行為は、「物権を負担」して「他人の物」とみなされる建造物に放火したものとして、刑法 109 条 1 項で処断されることとなります。

その際、現実には「現に人がいる建造物」（108 条）に放火した行為が、どのようにして「現に人がいない建造物」（109 条 1 項）と書いてある非現住建造物等放火罪の構成要件に該当するかが問題となります。これについては、立法者意思は 109 条 1 項を 108 条に対する補充関係に置くつもりであった「立法者意思」を尊重して、「現に人がいない」はさらに重い 108 条が存在することを示す「限界設定要素」にすぎないと説明することが適切です。

## (4) 死体損壊罪および罪数

甲については、さらに、A の死体を焼くことで、その死体損壊罪（刑法 190 条）と、解答の必要はありませんが、乙の犯した殺人罪の証拠の隠滅を図るという意味で証拠隠滅罪（刑法 104 条）が、放火罪との観念的競合となります。

なお、嘱託殺人罪は、放火以前に首を絞める行為がありますので、併合罪関係に立つでしょう。

## 3 答案の講評

### (1) 因果関係の錯誤について

この種の因果関係の錯誤が、ほぼ「因果経過の相当性」の問題であることは、かなりの受験生が理解されていたようです。この点は、喜ばしいところです。

他方、まだまだ、錯誤を「故意の有無」の問題と混同して、殺人禁止の規範に直面しているから殺害の故意が認められるので故意既遂になるという答案が散見されました。また、そもそも嘱託殺人は未遂であると述べるだけで、因果関係の錯誤を検討していない答案も散見されました。そのような方には、この機会に、因果関係の錯誤という論点の理解を深めていただければ幸いです。

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

## （2） 客体の錯誤について

この論点についても、単なる故意の符合の問題ではなく、108 条の構成要件と 109 条 1 項のそれとの重なり合いという客観的要件の問題であることを理解している答案が多かったように思います。もっとも、109 条 1 項の構成要件を「放火して建造物……を焼損した」と読むべきであることは多くの受験生に理解されていたようですが、問題は、109 条 1 項にある「現に人がいない」という文言をどのように位置づけるかにあることに気付いている答案は、まだまだ少なかったことです。

この機会に、両罪の保護法益が同一で行為態様も共通しているという事情は、立法者が軽い罪を重い罪に対して補充関係に置きたいという意思の表れを意味していることに気付かれることを、期待したいと思います。

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

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

## 【事例】

(1) 甲は、近くの山林を V2 に転売する目的で入手しようと考え、その登記簿上の所有者である乙のもとをおとずれ自身に山林を売却するように申し入れた。しかし、乙は山林の所有権はすでに V1 に移転し V1 が管理しているが、登記のみが乙のままになっているだけなので売却することはできないと甲に説明した。そこで、甲は V1 方を訪れ山林の売却を申し入れたが断られた。

(2) その後、甲は再び乙のもとを訪れ説得しようとした。乙は何度もそれは無理だということころを、甲は法律のことをよく知らずまた経済的にも困窮していた乙に対して、あの山林はあなたの名義なんだから売却してもいいんだ、自分に山林を売却してもなんの問題はないし何かあれば私の方で何とかするから心配するな、などといって安心させ、ついに乙に売却を承知させた。

(3) 甲は乙に土地の代金 500 万円を支払った後、すぐに V2 に対して、土地を手に入れましたよ、代金を受け取ったらすぐに登記しますので、と行って、V2 に上記事実があることを秘した上で本件土地を正当な所有者から購入したと誤信させ、土地の代金 1000 万円を支払わせた後、中間省略登記によって甲から V2 への所有権移転登記を行った。なお、V2 は余計なトラブルを避けるために乙と甲との間のやり取りを知っていたならば本件山林を購入することはなかった。

## 参考条文

### 民法 177 条

不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

## 1、論点

本問は、不動産の二重譲渡の事例（百選 II 64 事例）を基に、横領罪の成否、横領罪の共犯、詐欺罪の成否を論じてもらおうとしたものです。

## 2、論点の解説

### (1) 乙による横領罪の成否

乙は、既に V1 に所有権が移転し同人が管理している土地について、登記が乙にあることを奇貨として、甲に同土地を売却したことにつき横領罪の成否が問題となります。横領

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

罪が成立するためには「自己の占有する」「他人の物を」「横領する」ことが必要ですので、各要件につき具体的な事実をあてはめていくことになります。

ここで特に問題になるのは、乙が本件土地を占有しているといえるかです。本件土地はすでに V1 が管理しているところ、本件土地の登記を有しているに過ぎない乙に占有があるといえるかが問題となります。

この点、刑法上の占有は自己の支配領域内にあるかという判断であるところ、自己の占有する他人の財物を領得することを内容とする横領罪においては、その占有は当該物をほしいままに利用することができる状態にあることを意味しますから、その占有は「濫用の恐れのある支配」でよいということになります。そうすると、登記を通じた支配を有する乙は濫用のおそれのある支配を有していることになり、当該土地を占有しているといえることになるでしょう。

他人の物とは他人の所有物を意味しますので、V1 の財物たる不動産は他人の物であるといえます。

横領するとは、不法領得の意思の発現たる一切の行為をさすとされているところ、ここでいう不法領得の意思とは「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意志をいう」（最判昭和 24 年 3 月 8 日刑集 3 巻 3 号 276 頁）ので、この定義に従って乙の行為が、不法領得の意思の発現行為といえるかについて事実を適切に当てはめることが必要になります。

最後に問題になるのは、横領罪がいつ成立するか、という既遂時期です。不法領得の意思が発現したことによって既遂に達することになると、いつ発現したかということが問題となります。この点、判例は「所有権取得の登記を完了せしめ以て同不動産を横領したるもの」と判示しています（大判昭和 7 年 3 月 11 日刑集 11 巻 167 頁）。

## （2）甲による横領罪の（共謀）共同正犯

本件では、乙は甲から再三にわたり土地の売却を持ち掛けられているもののこれを断っていたのですが、甲の執拗な説得によりついに本件土地の所有権が乙にあることを認識したうえで売却行為を決意します。このような乙の横領罪の実行に積極的にかかわった甲に横領罪の共同正犯は成立するでしょうか。

この点でまず考えておかなければならないのは、横領罪は占有者を身分とする身分犯であるということです。したがって、占有者の身分を有さない甲には刑法 65 条 1 項によって共犯が成立することを指摘することが必要です。また、身分犯は身分を有さない者には犯しえない犯罪なので、身分を有さない者に共同正犯が成立するのか、という点についても触れておく必要があるでしょう。

その上で、甲の関与に共謀共同正犯が成立するかが問題となります。この点、甲の共同正犯の成否は、甲が背信的悪意者であるかによって決せられるとする見解があります。しかし、背信的悪意者とは民法 177 条にいう第三者に当たるものとは誰かを争点とするも

# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

のであって、乙の行った横領罪に対する刑法上の共同正犯の成否と直接関連するものではありません。

ここでは、乙と甲との間の意思連絡に基づく甲の認識、甲が当該横領罪の成立において果たした役割、甲が当該横領罪から受ける利益などを考慮した上で、判例のいう「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、仍て犯罪を実行した事実が認められなければならない」（最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁百選I75判例）という共謀共同正犯の要件を充足するように事実を評価する必要があります。

## （3）甲によるV2に対する詐欺罪の成否

甲は、本件で取得した土地をV2に売却し、代金を受け取り、V2に対する所有権移転登記を完了しています。もっとも、V2は甲が本件土地を正当な所有者から購入したと誤信しており、また、V2はトラブルを避けるため事情を知っていたならば本件土地を購入することはありませんでした。このような場合、本件土地の取得過程を秘して、1000万円を受領した甲に詐欺罪が成立するでしょうか。

もっとも、民法177条によれば、登記を有するV2はV1に対して対抗できると考えられますから、V2はいわば望んだ通り本件土地の所有権を手に入れており財産上の損害がないのではないかと、という点が問題となります。

これは刑法246条の詐欺罪において、相当対価の支払いがあった場合でも財産犯たる詐欺罪が成立するのか、つまり詐欺罪における損害とは何か、という論点だといえます。

この点は、どの教科書にも述べられている典型的論点であり、全体財産減少説や形式的個別財産減少説、実質的個別財産減少説が主張されているところです。

それらの学説を検討し、この論点がどの要件の問題であるかを明らかとしたうえで、事案を適切に処理することが求められます。

## 3、答案の講評

まず1の横領罪については成立を認める答案がみられました。もっとも、占有の意義や横領の定義については結論のみを書くものや定義の記憶が不確実なものもありました。問題提起をするにせよ、あてはめをするにせよ、それらは正確な規範の記憶の上で成り立っているものですから、まずは基本的な単語をきちんと覚える、という学習が必要になります。

2の点については横領罪が身分犯であることを失念している答案がほとんどでした。業務上横領への非身分者の関与と擬律という有名な論点がありますが、その前提は横領罪が占有者を身分とする真正身分犯であるところにあります。結論が決まっているとしても、適用条文の誤りは避けるようにする必要があります。もっとも、共犯の問題をきちんと



# 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

と共謀共同正犯の枠組みの中で考えられている答案もあり、高い評価が得られたところ  
です。

3の点について、問題の所在を明らかとしないまま、詐欺罪の成否を論じている答案が  
見られました。詐欺罪の最も大きな論点とされるのが本問でも問題となった、相当対価の  
支払いと詐欺罪の成否です。この問題に関する一連の判例（百選Ⅱ48, 49, 50など）が  
詐欺罪の解釈論を前に進めたことから、この問題をきちんと把握し、論じることができ  
る力はこれからの法科大学院での学習でも重要となります。きちんと復習をしていただき  
たいと思います。

以上のような、論点に関する記述のほか、答案作成という観点から見た三段論法の使い  
方、問題提起、規範定立、あてはめといった一連の流れも評価の一部としています。

## 小論文

### 【設問Ⅰ】

筆者のいう「職務の平等」と「社員の平等」がそれぞれ何を意味するかを読み取り、日本の労働者が「社員の平等」をめざした理由及び「社員の平等」が日本で何をもたらしたかを要約して説明することを求めている。

筆者は、日本でもアメリカでも 20 世紀前半までは、雇用主の気まぐれで賃金や仕事内容が決められ簡単に解雇される「野蛮な自由労働市場」だったが、この状態を改善するため、①米国の労働運動は、職務内容を職務記述書で明確化して、同一の職務には同一の賃金を支払うことを目標とする「職務の平等」を志向したが、日本の労働運動は、企業別にかつて職員の特権だった長期雇用、年功賃金、昇進の可能性を社員に均霑する「社員の平等」を志向したことを指摘する。②日本で「社員の平等」が目標とされたのは、企業横断的な運動や基準が弱かったこと、戦争とインフレにより職員が没落し職員・職工に運命共同体意識が高揚したこと、労働組合が企業内組合中心でその主力を比較的学歴の低い中高年の現場労働者が担ったことなどによるが、③「社員の平等」は、社内訓練による技能蓄積を高め、日本製造業の世界的躍進と、格差が比較的少ない社会、現場労働者までも勤労意欲の高い社会を築くのに貢献したが、他方で高学歴女性の排除や、学歴競争による「大企業型」と「地元型」の格差、「正規」と「非正規」の二重構造をもひきおこした、と筆者は指摘している。

3 点を 500 字以内で要約することは工夫がいるが、第 1 問については大多数の答案がよくできていた。優秀な答案と良好な答案は、日本で「社員の平等」が目指された背景や原因への言及が正確にできているかで分かれた。

### 【設問Ⅱ】

「日本社会のしくみ」を改革する上で透明性と公開性の向上が必須となっている理由を述べた上で、筆者が提示した 3 つの改革方向の選択肢の内、なぜ筆者は現代日本においては回答③の方向をめざすべきだと述べたのか、その理由を選択肢①及び②と対比しつつ説明するように求めた問題である。日本では企業単位で年功賃金、長期雇用、福利厚生等の「社員の平等」が制度化され、その下で日本製造業の躍進を支えてきたが、情報化とグローバル化により先進国の成長産業が高度専門知識を必要とする金融や IT 等に移行すると日本のしくみは不利に働くようになり、社会的にも「大企業型」雇用の頭打ち、自営業セクターの衰退と社会関係資本の減少という状況の下で、新たな合意が必要になっているという認識の下に、筆者は、どのような改革を行うにせよ、最低限必要なものとして透明性と公開性の向上を指摘する。筆者のいう透明性及び公開性とは、具体的には採用や昇進、人事異動や査定の結果だけでなく基準や過程を明確に公表し、選考過程を当人に通知すること、これを社内・社外の公募制と組み合わせることであるが、年功賃金や長期雇用の改

## 2021 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

編、日本企業による他国人材の活用、横断的な労働市場の形成、男女の平等、大学院進学率の向上などを実現しようとするれば、透明性及び公開性の向上が不可欠であるというのが筆者の基本的考えである。その上で、回答①はすべての人が正社員になれる社会、年齢と家族数にみあった賃金を得られる社会を目標とするが、もはや正社員拡大には限界があり、その残余である非正規労働者との格差や男女格差等を生じさせるなど限界がある。他方回答②は、年齢、性別、人種、国籍等による差別のない同一労働同一賃金の原則を貫く点では正義を実現するが、職務がなくなれば一時解雇され、職員と現場労働者の間に階級的断絶があることを受け入れなければならず、学位取得競争による格差拡大や学位をもたない中高年労働者の賃金切下げなどの格差を生じさせ、治安悪化などの問題が生じる等の問題がある。これに対し回答③は、賃金については同一労働同一賃金の原則にたちつつ、家庭背景や年齢等に伴う問題は労使関係ではなく児童手当や社会保障政策、資格・職業訓練等の公的保障をめざすもので同一労働同一賃金の原則にたちつつ、同原則でカバーできないひずみを公的制度でカバーする利点があるが税や保険料の負担増大は避けがたくする。しかし、「大企業型」雇用が頭打ちで「地元型」が減少し「残余型」が増大している状況とあわせ考えれば、社会保障の充実によって解決することが望ましいというのが著者の意見である。設問2の小問2つの関係に竜逸しつつ、概念や論点を整理し、比喩的質問と日本社会のしくみを念頭に置きつつ、回答①及び②との対比で③を望ましいと筆者が考えた理由を1500字で整理することが求められる。答えは極めて優秀な答案から十分整理ができなかったものまでかなりばらつきが生じたが、問題の背景にも言及しながら上記の諸論点に適切に回答した答案も相当数あった。