

2022 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、大阪地裁 2021 年 2 月 16 日判決をモデルにしたもので、校則案による生徒の髪型の自由の規制の合憲性を問うものである。

答案では、まずは、生徒の髪型の自己決定権（髪型の自由）が幸福追求権（憲法 13 条後段）として憲法上保障されるかを論じ、幸福追求権の内容について、人格的利益説と一般的自由説のいずれかを自説として選択することになる。そこでは、必要に応じて他説を批判しながら、自説を説得的に主張することが求められる。一般的自由説を選択すれば、髪型の自由が幸福追求権として憲法上保障されることに争いはない。他方、人格的利益説を選択する場合は、髪型を自己決定することが、個人が自律的主体として生きていく上で不可欠であるということを説明しなければならない。しかし、この点の説明が不十分な答案が大多数であった。その原因は「人格」の意義を適切に理解できていないためではないかと思われる。

なお、髪型の自由を表現の自由の問題として論じる答案も一定数見受けられた。髪型の自由を表現の自由の行使と捉えることは不可能ではないが、本問のように髪型を一般的に規制する場面で表現の自由を持ち出すのは適切ではない。

次に、一般的自由説を採用した場合、違憲審査基準の設定では、代表的な見解に従って髪型の自由が人格的生存に不可欠かどうかと言及し、その評価に応じて違憲審査基準の厳格度を設定すればよい。他方、人格的利益説を採用して髪型の自由を人格的生存に不可欠と認定した場合は、髪型の自由の性質に照らして違憲審査基準の厳格度を設定する。厳格度を高めるために髪型の自由を精神的自由であるとする答案が散見されたが、髪型の自己決定権は精神的自由とは通常考えられていない。

答案の中には、人格的利益説を採用して、髪型の自由が人格的生存に不可欠でないとしながら、髪型の自由にも一定の憲法上の保障が及ぶと指摘するものもあった。もっとも、人格的利益を貫けば、ある行為が人格的生存に不可欠でなければ、それを規制することが幸福追求権の侵害ではありえないのであるから、そこでいう「一定の憲法上の保障」が論理的にどういうことであるかについて説明する必要がある。しかし、この点を説得的に記述できていた答案はほとんどなかった。この点、代表的な人格的利益説によれば、人格的自律にとって周辺部に位置する事柄も、全体としてそれぞれの人らしさを形成していると考えられるものである場合には、人格的自律を全うさせるために手段的に一定の憲法上の保護を及ぼす必要があるとされている。本問では、この見解を参考にしつつ、本件校則案に対して緩やかな違憲審査を行うことが考えられよう。なお、違憲審査基準の設定の際に学校側の校則制定の裁量権を考慮する答案が一定数見受けられたが、適切に記述されていれば加点事由としている。

あてはめでは、本件校則案の合憲性について不十分な検討にとどまったものが大多数であった。厳格度の高い基準を適用するのであれば、規制側の言い分を追認するのではな

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

く、規制の必要性・合理性について自分の頭で考え、自分なりに検討しなければならない。たとえば、頭髪の乱れが非行に発展する原因の一つといえるのか、非行を防止するために学校がとるべき手段が他にあるのではないか、一般に生徒、保護者に受け入れられていることが規制の合理性を裏付けるのか、自ら選んで受験するからといって人権を放棄したことになるのか、といったことについて立ち入った検討が求められる。

なお、当然のことではあるが答案作成にあたっては、誤字に注意してほしい。例えば、不可欠を「不可決」、保障を「保証」、幸福追求を「幸福追及」とする誤りなどである。

問題Ⅱは、法律案の議決にかかる衆議院の優越について問うものであったが、これを選択した者はいなかった。

以上

民法

I 【説明問題】（各 10 点）

（1）催告

催告とは、相手方に対して一定の行為を要求する意思の通知である。相手方が催告に応じないときに一定の法律効果が生じることから、意思表示（法律行為）ではなく、準法律行為の1つである。答案の多くは、無権代理人や制限行為能力者の行為を追認するか否か確定するよう求めたり、債務者に対して履行請求をするなどの例を挙げつつ概ね説明できていた。しかし、催告の一般的な説明ができていなかったり、催告解除（民法 541 条）の要件および効果についての説明に終始し、催告の意義が理解できていないと思われる答案も散見された。

（2）債権譲渡の第三者対抗要件

解答例は、「債権譲渡を債務者以外の第三者に主張するために必要な行為（467 条 2 項）。確定日付のある証書による通知または承諾が必要。法人の譲渡については債権譲渡登記も使える。」である。債権譲渡には債務者対抗要件と第三者対抗要件があるので、第三者対抗要件が、467 条 2 項の規定するものであること、債務者以外の第三者に対して債権譲渡の効力を主張するために必要なものであること、具体的には確定日付のある証書による通知または承諾が必要なことの3点は不可欠。これ以外には、上記の例のように、法人の行う譲渡については債権譲渡登記も第三者対抗要件であることのほか、第三者の具体例として、多重譲受人、差押債権者、破産管財人などをあげること、将来債権譲渡でも具備可能であること（467 条括弧書き）、債務者が譲渡を認識した時点が重要なので通知の到達時や承諾時が問題になることなどのうちどれかを書いて欲しい。該当条文を見つけ出して上記3つのキーワードを拾えば8点を与えているが、意外とできていなかった。条文をきちんと読む練習を重ねて欲しい。

II 【論述問題】（各 100 点）

〔1〕

配偶者による他方配偶者の定期預金の無断解約がテーマである。

（問1）（30点）

Aの定期預金の解約行為は、Xの委任がない行為であり、日常家事に関する行為でもないので、無権代理である。これを110条または761条の代理権を基礎とした権限外の代理行為に対する表見代理とするか、表見的受領権者に対する弁済（478条）にするかが問題だが、判例・多数説は後者を採用する。定期預金の解約は弁済そのものではないが、弁済に準じたものとして同条が類推適用される。それゆえ、無権代理人を含む表見的受領権者への弁済として、Aに払戻しをした債務者Y銀行が善意・無過失であれば、Xの定期預金

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

債権のうち 30 万円は一部払戻しにより消滅しているので、X の払戻請求は 70 万円分のみ認容され、それ以上は棄却される。

Y の窓口従業員が本人 X に確認することがなかったことが過失であるとされる可能性はある。Y に過失があれば、定期預金債権は消滅しておらず、X の払戻請求は全額認容される。ただ、特段の不審事情がないので、本人に対する確認義務まではないと思われるが、過失の有無は根拠をしっかりと書いていただければ、いずれでも良いものとした。

まず、答案には単純な表見代理（110 条）の問題としたものがかかなりあった。次に、少し踏み込んで日常家事債務の双方代理権があるか、それを基本代理権とする 110 条の類推適用を論じたものもかなりあった。後者の方がまだ良い。払戻しが一部解約であることに着目して日常家事の範囲内であると論じた答案は、必ずしも正解とは言えないが、よく工夫していて感心し、高い評価とした。なお、無権代理の相手方を保護する手段として 94 条 2 項類推を持ち出すものも散見されたが、表見代理制度があるのでその必要はない。478 条の類推適用の問題としてきちんと書いている答案は残念ながら少数であった。

（問 2）（30 点）

不法行為に基づく損害賠償請求（709 条）、弁済無効を理由にする不当利得返還請求（703 条・704 条）、無権代理人の責任（117 条）を論じて欲しい。いずれも、問題文の事実が条文の要件をみたすことを丁寧に検討して欲しい。不法行為の場合、A の故意の無権限解約行為、A への払戻しによる Y の金銭所有権の喪失、Y の 30 万円の損害、故意と所有権侵害と損害の間の相当因果関係。不当利得返還請求の場合、A への払戻しによる Y の 30 万円の喪失という損失、A の 30 万円の受領という受益、両者の因果関係、A の無権限という法律上の原因の欠如。無権代理人の責任の場合、A の無権代理行為、X の追認拒絶、Y の 30 万円の損害、無権代理行為と損害の間の因果関係。なお Y に確認不十分の過失があっても無権代理人 A は悪意であったから責任追及は可能である（117 条 2 項 2 号）。できれば可能なこの 3 つのすべてを書いていただきたいところであるが、どれか 1 つでも要件をきちんと確認で

きていれば相応の評価をした。根拠条文を明示して、その要件充足を着実に確認するという基本的なことが十分でない答案も少なくない。

（問 3）（40 点）

X の A に対する請求は、委任契約の債務不履行（415 条・416 条・643 条以下・761 条）、不法行為（709 条）に基づく損害賠償請求、または不当利得返還請求（703 条・704 条）。要件充足の説明は省略するが、いずれの構成でも丁寧に検討できていればよい。

A は X に対して婚姻費用の分担請求権（760 条）を有することを主張し、その支払を求め、損害賠償債務との相殺（505 条）の抗弁を出す。損害についての過失相殺を主張するかもしれない（418 条または 722 条 2 項）。A X は離婚していない夫婦であり（事実 1 および 4）、X が給与振込口座を無断で変更して生活費を A に渡さなくなっていること（事実 2）が認められるので、双方の収入等の事情次第で額は変わるが、A の婚姻費用の分担請

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

求権は肯定されよう。また、Xの損害賠償債権もAの婚姻費用の分担請求権も金銭債権同士であり、いずれも履行期が到来しているから、相殺適状にあり、Aは相殺の意思表示により相殺が出来るように思われる（505条1項）。もっとも、Aによる本件定期預金の無断解約は、Xの財産権の故意の不法行為であり、その損害賠償債務は「悪意による不法行為に基づく損害賠償の債務」（509条1号）に該当するとして、相殺は否定される可能性が高い。その場合には、Xの請求とAの婚姻費用の分担請求のいずれもが認容されることになる。もっとも、本件定期預金の無断解約しか生活費捻出の手段がなく、必要性と緊急性が高かったと解される場合には、相殺禁止に該当する不法行為には当たらないとされて相殺が認められる可能性がある。また、相殺に代えて、諸事情を考慮した過失相殺により損害賠償債務の一部認容となることもありえよう。

後半はかなり難問で、婚姻費用の分担請求権を論じられた答案は少なく、相殺まで論じているものは優秀である。相殺禁止について論及できていた答案はなかった。Xの婚姻費用の不払の態度との総合考慮でAの行為がやむを得なかったものとして違法性を欠くとか、法律上の原因がないとはいえない、とした答案があった。必ずしも正解ではないが、工夫のみられるものとして評価した。

〔2〕

(問1)

① (30点)

Aは留守中の甲建物の管理をBに委ね、Bもこれを承諾していると認められるので、契約関係が存在していると見るべきであろう。留守中の家の管理であれば、通常は準委任契約(656条)と考えられる。そうすると、屋根の修繕はこの契約にもとづく受任者の義務の履行と認められ、受任者が支出した費用の委任者への償還請求の問題となる(650条1項)。無償の委任であっても、支出の日からの利息の償還請求も可能である。

単に委任契約とするものがほとんどであった。法律行為を委任したのではないから、準委任が正確だが、効果は変わらないので特に減点対象とはしていないが、この際、準委任という用語も覚えておいて欲しい。

契約関係を認定していないものもあったが、論述[2]は、(問1)の①と②、(問2)で少しづつ異なる事実関係を踏まえて解答することが求められているものである。これらの違いから出題の趣旨をくみ取る必要がある。

② (30点)

AはBに依頼していなかったが、Bが親切心から屋根の修理をしたのであるから、②では契約は存在せず、事務管理(697条1項)の問題である。事務管理はあまり時間をかけて勉強していないかとも思うが、事務管理の要件である事務の開始、本人のためにする意思、法律上の義務なし、本人の意思または利益の合致等にまで適切に論及できている答案もあった。

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

事務管理が成立すると、事務管理者が支出した修繕費用は、事務管理者の本人に対する有益費償還請求(702条1項)として請求可能である。なお、本条の有益費は、保存費、必要費も含むものと解されている。本人が隣人に家の管理を頼んでいないからと言って、修繕が本人の意思に反することにはならないから、そのことからただちに、702条3項により請求範囲が現存利益に制限されることはない。

(問2) (40点)

(問1)はBが修理の注文者として修理を頼み修理費用は自ら支出したので、A本人への請求が問題になったのに対し、(問2)では、BはAからの依頼がないのに、C工務店とAを本人とする契約を代理人として締結したのだから、無権代理であり、原則としてAには支払義務は生じない。なお、Bに事務管理が成立しても、代理権の不在は治癒されるものではない。

CからはAの追認、追認なきときは表見代理(109条)の成立を主張していくことになる。しかし、追認がなく、109条の要件を満たさなければ、結局は無権代理人の責任を問うしかない(117条)。

CからAへの不当利得返還請求(703条)を指摘するものもあったが、Cに損失があるか、Aの利得が法律上の原因のないものと言えるか等の検討の必要があろう。

以上

2022 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

無権代理人は、代理人として手形に署名しているから、自己の意思に基づき手形上の責任を負うわけではない。しかし手形法は、取引の安全を図るため、無権代理人は自ら手形上の責任を負うとする（8条1文）。同条の責任は、名義人本人が手形上の責任を負うかのように表示した担保責任である（最判昭和49.6.28【手形小切手百選<第7版>17事件】）。無権代理人（越権代理人を含む。）がその責任を履行したときは、本人と同一の権利を取得する（同条2文）。

II

[1] 甲社は本件保証契約が取締役会決議を経ていないことを理由に、丙銀行の請求を拒もうとしているから、本件保証契約が取締役会決議事項であるか否かが問題となる。

まず、本件保証契約が、甲社にとって多額の借財（会社362条4項2号）にあたるか。判例は、重要財産の処分（362条4項1号）について、「重要な財産処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である」とするが（最判平成6.1.20【会社判例百選<第4版>60事件】）、多額の借財も重要な業務執行の例示の一つであるから、上記の重要性の判断基準を参考にしてよい。これによると、本件保証契約は、甲社の資本金額の約67%、総資産額の10%、負債総額の12%を占めている。また、借財の目的は、かつての取引先で大学時代の旧友の便宜を図るもので、甲社の利益になるものではなく、しかも乙社は経営危機に陥っているから、返済能力にも問題がある。以上を総合的に考慮すれば、本件保証契約は甲社にとって「多額の借財」にあたる。

なお、本件保証契約が取締役・会社間の利益相反取引にあたるか否か（会社356条1項3号、365条1項）も問題になり得る。甲社の取締役Aが乙社の監査役を兼任しているが、監査役は業務執行およびその決定に関与しないから、この事情のみでは利益相反の危険が客観的に認められるとまではいえない（東京地判平成10.6.29判時1669号143頁）。次に、Aが乙社株式を保有している点であるが、その保有割合（10%）は過半数に及ばず、利益相反の危険が客観的に認められるとまではいえないから、本件保証契約は利益相反取引にはあたらないと解される（異論はあり得る）。

本件保証契約は「多額の借財」に該当するものの、取締役会決議を経ていないため、取締役会決議を経ずになされた当該行為の効力が問題になる。判例は、かかる行為も原則有効であるが、相手方が取締役会決議がないことを知りまたは知りうべかりしときは無効であるとする（重要財産処分につき、最判昭和40.9.22【会社百選61】）。本件で丙銀行は、Aに取締役会の議事録を徴求しているから、本件保証契約が「多額の借財」に該当するこ

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

とを知っていたが、取締役会決議を経ていることは知らなかったものと考えられる。そして、A から交付を受けた議事録は巧妙に偽造されたものであったことからすれば、取締役会決議を経ていることについて知らなかったことについて過失はないと解される。なお、利益相反取引に該当すると解した場合、取締役会決議を欠く間接取引は、間接取引の相手方である第三者が悪意であることを会社が主張、立証した場合に無効を主張することができるが（最大判昭和 43.12.25 【会社百選 56】）、これによっても本件には悪意と同視すべき重過失は認められない。

以上より、甲社は、丙銀行の履行請求を拒むことはできない。

[2] 本問では、Q が X 社取締役在任中に、X 社の Y 社の取締役に就任し、Y 社の業務に従事した行為が競業取引に該当するか検討しなければならない。X 社は取締役会設置会社であり、取締役会設置会社の取締役が自己又は第三者のために会社の事業の部類に属する取引をしようとするときは、取締役会の承認を受けなければならない（356 条 1 項・365 条 1 項）、当該取引後は遅滞なく重要な事実を報告しなければならない（365 条 1 項）。

会社の事業の部類に属する取引とは、会社が実際に行っている取引と目的物及び市場が競合する取引をいうところ、本件では、X 社は建築資材を近畿地方で販売し、Y 社も建築資材を全国に販売しているから、目的物と市場が競合している。また、「自己または第三者のために」の解釈については、「自己または第三者の名において」の意味であるとする説（名義説）と「自己または第三者の計算において」の意味であるとする説（計算説）との対立があるが、競業取引の場合には、利益相反取引（356 条 1 項 2 号）と異なり規制に違反しても取引の効力に影響を及ぼさないこと、また、規制の趣旨からしても、誰の経済的利益のために取引が行われるかに着目して判断することが適切であることから、計算説が支持されている。本件では、Q が Y 社の取締役に就任し、Y 社の取締役として建築資材を販売した行為の経済的効果は第三者である Y 社に帰属しているから、第三者のためにする競業取引に該当する。

本設問では、Q の甲社に対する会社法上の責任の検討が求められているから、Q に任務が認められるかを検討しなければならない。取締役が怠ったときは、会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（423 条 1 項）。

本件における Q の行為を承認する取締役会が開催されたかは明らかではないが、Q は P と R に無断で実行しているから、取締役会の承認が得られていたとは評価できない。したがって、Q の行為は会社法 356 条 1 項に違反するものであり、任務懈怠が認められる。X 社が被った損害の額は明示されていないが、Y 社は Q の行為によって、令和 3 年 2 月から 5 月までの間に 1000 万円の利益を得ている一方で、Q は X 社取締役会の承認を得ないまま当該行為を行っているから、X 社が被った損害の額は 1000 万円と推定される（同条 2 項）。

以上より、Q は、423 条に基づき、X 社に対し、1000 万円の損害賠償責任を負う。

以上

刑 法

22 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。

I 次の【事例】を読み、以下の〔設問〕に答えなさい。

【事例】

(1) 甲は V と長年連れ添った夫婦であったが、V は数年前から自力で身の回りのことができない寝たきりの状態であった。ある日、V が風邪をこじらせて肺炎となり A 病院の一般病棟の個室に入院したが、主治医の治療で容態は快方に向かっていた。その間、甲は連日 V の病室を訪れ、V の検温や食事・排せつなどの身の回りの世話をしていた。その様子を見ていた病棟担当の看護師らは、甲を信用して、何かあったら伝えるように甲に伝え病室の巡回を控えめにしていた。

(2) ある日の午後 1 時半ころ、甲がいつもと同じように V の個室を訪れようとナースステーションの前を通ったところ、看護師から「V さんが発熱した午後 1 時ころから解熱剤の点滴を始めました。そのうち熱は下がるとは思います、何かあったら声をかけてください。私も 30 分おきに伺います。」と告げられた。

(3) 甲が V の個室に入ったところ、V は眠っており片付けなどしていると、午後 1 時 50 分頃、V がゼイゼイと息苦しそうにし、顔面に発疹が出ていたことから V に声をかけたが、V から明瞭な返事はなかった。

甲は V が数年前、薬によるアレルギー反応で同様の症状が出て呼吸困難に陥り、生命に危険が及んだことがあり、当時の主治医からもう少し処置が遅れていたら助からなかったかもしれない、と聞かされていたことを思い出し、同様の症状の現状をそのまま放置すると手遅れになるかもしれないと思った。

(4) しかし、甲は V を 1 人で介護している生活を受け、疲れ切っていたことから、このまま V が死んでくれれば介護生活から解放されるのではないかと、以前 V が「こんな生活はもう嫌だ」といっていたことから、このまま死なせてあげた方が V にとっても幸せなのではないかなどと思った。

他方で、長年連れ添った V を失いたくないという思いや、V が死亡したことによって年金の受給額が減るのは困るなどとも思った。

(5) ちょうどその時、看護師が個室のドアをノックしたところ、心を決めかねていた甲はもうしばらく考えてからでも間に合うだろうと思い、ドア越しに「今体をふいでいるので 20 分ほど待ってください。夫に変わりはありません。」などと告げたところ、看護師は「わかりました。また 30 分後に見に来ます。」といてその場を立ち去った。

看護師が立ち去ったのち、甲が V の様子を見てみると、顔にチアノーゼが現れ、呼吸もさらに苦しそうに見えたことなどから、甲は、V の様態がさらに悪化してい

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

ることが分かった。甲はしばらく悩んだ末、今すぐに看護師に知らせれば助かるだろうとも思いながら、V の生死を運命にゆだね、結果がどうなろうともその運命に従うことにした。

- (6) そして、午後 2 時 15 分頃、検温もしていないのに、午後 2 時 20 分の検温結果として 38 度 5 分と記入した上で、午後 2 時 30 分頃、さらに容体が悪化している V を病室に残してナースステーションに向かい、検温表を看護師に見せながら「体を拭いたら気持ちよさそうに寝てしまいました。しばらくそっとしておいてください。熱は下がっているようです。何かあったらお伝えしますので。」といて病室に戻った。

看護師は、忙しかったこともあり V の言葉を信じて、午後 3 時に巡回すればよいと思って午後 2 時半の巡回を取りやめた。

- (7) 午後 2 時 50 分頃、甲は V の呼吸が止まっていることに気付き、甲は助からない運命だったのだと思って帰宅をした。午後 3 時巡回に来た看護師が呼吸が止まっている V に気付き、直ちに救命措置を講じたが、午後 3 時 50 分に V の死亡が確認された。

- (8) のちの司法解剖等の結果、以下のことが分かった。

①V の死因は、医師の指示に対して、看護師が過失により種類を誤って注射した解熱剤のアレルギー反応によるものであった。

②遅くとも、午後 2 時 20 分までに医師等が V の異変に気付いていれば、すぐさま応急措置を開始し、V を確実に救命することが可能であった。それより後になると、V の救命は確実なものとはいえず、午後 2 時 50 分以降に至ると救命の可能性はほとんどなかった。

〔設問〕 以上の【事例】につき、甲の罪責を検討しなさい（特別法違反の点は除く）。

なお、甲の罪責の検討に当たっては、甲の午後何時何分の時点での不作為を問責の対象とするかを明示すること。

1 論点

本問は、平成 22 年新司法試験刑事系第 1 問の事案を素材として、不真正不作為犯としての殺人罪の成否を検討してもらおうとするものです。不作為犯は期待された作為をなさないことによって結果を生じさせたことに罪責を問うものですが、いつの時点のどのような作為をすべき義務が問責の対象となるかが問題となります。というのも、不作為犯における条件関係は期待された作為をなしたならば合理的疑いを超える程度に確実に結果の回避が可能であったかという観点から判断されるところ、不作為犯においては時間の経過とともに救命可能性は徐々に減少し、期待された作為をしたとしても結果が回避できなることとなります。

他方で、被害者の救命可能性が下がるにつれて、行為者の結果発生の可能性の認識は強くなり故意の認定は容易となります。

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

したがって、因果関係の判断と故意の認定の両方をにらみながら、いつの時点での不作為を問責の対象とするかを確定する必要があるというのが、出題の趣旨でした。

2 論点解説

(1) 不真正不作為犯の成立要件

まず大前提として、不作為による行為を作為形式で定められた条文で処断できるのかという、罪刑法定主義上の問題を解決する必要があるでしょう。不真正不作為犯の成立を否定するごく少数説を除けば、何らかの言及が必要となります。また、救助行為をしなかったことを不作為ととらえることは、その成立範囲を無制限に広げることとなりますので、“誰が”助けなかったのか、という主体を限定する必要があるでしょう。

また、助けるべきという義務を問題にするにせよ、被害者の状況に応じてとるべき措置の内容は変わっていくのですから、助けるべきという抽象的な義務を論じても仕方ありません。そこで、被害者の状況を踏まえたうえで当該法益を救助するために必要な具体的措置を確定する必要があります。

さらに「法は不可能を強いない」のですから、上記の具体的措置をとることが可能であったかという作為可能性が問題となります。作為可能性には、当該措置を容易にとることができたのか（作為能力、作為の容易性）という点とともに、当該措置をとった場合に救助することが可能であったのかという救助可能性も問題となるでしょう。なお、この救助可能性は法は不可能を強いないという観点から問題とされるのですから、当該措置をとっても救助することができなかった、という場合に限って否定されるべきです（参考：札幌地判平成15・11・27判タ1159号292頁）。

以上のように、不作為の行為を考えるにあたっては、「誰が」「何を」「できたのに」「しなかった」という視点が必要です。

その上で、結果と因果関係と故意が認められる場合に、不作為による既遂犯が認められることになります。

(2) 不作為の因果関係

不作為の因果関係を考えるにあたっては、作為と同じ判断構造をとることに注意が必要です。「当該作為をなしていたならば、合理的疑いを超える程度に確実に結果を回避することができた」といえる場合に、不作為の因果関係が認められる、とする見解を見かけますが、これは条件関係の判断です。条件関係は、行為なければ結果なし、の関係のことですが、不作為の場合は、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、ということになりますから、上記の判断は条件関係の判断ということになります。

そうすると、作為犯の場合、条件関係のみによって因果関係を判断することは少ないのですから、相当性ないし危険の実現という枠組みを忘れずに考慮するようにしましょう。

最後に、故意ですが以上のような判断構造で不作為の殺人罪を考えると、刑法199条と

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

219 条の区別は、殺意の有無ということになります。もっとも、生存に必要な保護をしないというのは、未必的な殺意がある場合を含むようにも思いますので、殺意を認定するにあたってどのような事情を基に判断するかを示すことが必要となります。

3 答案の講評

(1) 以上の観点から、答案の評価を行いました。問題文に、何時何分の不作為を問責の対象とするかを明示するように指示していたにもかかわらず、不作為の時点、因果関係の判断の基準となる不作為、故意の認定に使った事情の時点がずれている答案が複数見られました。行為、因果関係、故意は同一の時点で判断されるということにもっと注意を払って事実関係を評価することが求められます。

特に、1 時 50 分の時点の救助を要請しなかった不作為を実行行為とする答案が多くみられたのですが、1 時 50 分から 2 時までの間の（4）の事情を基に殺意が認定できるかを考慮すべきところ、2 時 15 分より少し前の時点の事情を基に故意を認定するなど、上記の時点が同じであることが意識されていない答案が多くみられました。

(2) ところで、甲は V を救助すべき地位にいるかという点に関し、甲は妻であるからという点だけを指摘している答案がありました。V はその時点で入院しており、V の看護の一時的な責任は病院にあることから、単に妻であるからという理由だけでそのような地位にいるということはできず、甲が看護師が病室に立ち入ることを防ぎ、自分のみが V を救助できる地位に立ったことを具体的事実を用いて認定する必要があったのですが、この点を具体的事実を拾いながら認定した答案には、高い評価を与えています。

(3) 本問は、以上のように、殺人罪の不真正不作為犯の成立要件を挙げ、具体的事実を的確に指摘しながら、各要件のあてはめができていないかを問う問題であり、各事実が持つ意味を考えながら、適切にあてはめを行った答案が評価されています。

不真正不作為犯は不作為という一定の幅のある行為を問題にするものですが、その認定に当たっては、各要件の趣旨を踏まえたうえで事実関係を適切に評価することが求められますので、判例の事案・判旨などを参考としながら具体的なあてはめのイメージをつかめるように勉強を進めていってください。

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

II 次の【事例】を読み、甲および乙の罪責について答えなさい（特別法違反の点は除く）。

【事例】

(1) 製薬会社の商品開発部長甲は、新薬に関する機密情報をライバル会社に売却して利益を得ようと企て、深夜残業中、自己が排他的に管理するロッカー内から新薬に関する自社のフラッシュメモリー1個を取り出した上、同じ部屋にあるパソコンを操作して同ディスク内の機密データを甲所有のフラッシュメモリーに複写し、その複写メモリーを社外に持ち出した。

(2) その後、甲は、ライバル会社の乙にこの複写メモリーを売却することとし、自社付近のホテルで乙と会ったが、乙は、金を惜しむ余り、「ディスクの中身を自室で確認してから金を渡す。」と告げて、甲からメモリーを受け取って廊下の向かい側にある自己の部屋に戻り、すきを見て逃走しようとした。乙は、自室から甲の様子を数分間うかがっていたが、不審に思った甲が乙の部屋のドアをロックしたことから、この際甲を殺してしまおうと思立ち、部屋のドアを開き所持していたナイフで甲の左胸を刺し、メモリーを持って逃走した。

(3) 重傷を負ってホテルの廊下に倒れていた甲は、同ホテルの従業員に発見されて救急病院に搬送され、その結果、一命をとりとめた。

1 論点

本問は、旧司法試験平成13年度論文式刑法第2問を素材に、その問題文にあったフロッピーディスクをフラッシュメモリーに代えて出題したものです。したがって、その論点は、前半部分(1)が「**不法領得(の意思)**」の有無と**背任罪**(247条)との関係、および**窃盗罪**(235条)と**(業務上)横領罪**(253条)との区別であり、後半部分(2)と(3)が**強盗殺人未遂罪**(236条1項、240条後段、243条)の成否であり、その前提としての、本問におけるフラッシュメモリーに対する甲の占有が乙の刺殺行為時に残っていたかどうかです。

2 論点解説

(1) (1)での甲の罪責

1) 「不法領得」の有無の検討

窃盗罪や(業務上)横領罪のような「**領得罪**」が成立するためには、他人の財物に対する「不法領得」ないし「不法領得の意思」が必要です。しかし、本問の(1)では、甲は商品開発部長であり、彼が持ち出したのは、自社のフラッシュメモリーにあった機密情報を複写して記録してあるとはいえ、自己所有のフラッシュメモリーです。この自己所有のフラッシュメモリーに対しては、もともと自己の所有物なのですから、「不法領得」はあり得ません(242条、252条2項などの自己所有物の特例にも当たりません)。

また、複写された情報それ自体は、「**財物**」に関する多数説である「**有体性説**」または「物

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

理的 management 可能性説」よるなら「財物」に当たりません。したがって、答案では、最初に、以上の前提を示しておくことが推奨されます。

そこで、次に「自社のフラッシュメモリー」に対する「不法領得」の有無を検討します（残念ながら、この検討がない答案が多かったです）。これが「不法領得」に当たらないのであれば、会社に対する背任罪を考えるしかありません。

そこで、窃盗罪や横領罪にいう「不法領得」の定義を示し、この複写行為がこれに当てはまるか否かを検討することになります。もっとも、ここで、窃盗罪における「不法領得（の意思）」と横領罪におけるそれとが、判例では異なっていることが問題となり得ます。

つまり、窃盗罪では「権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用または処分する（意思）」ですが、（委託物）横領罪では「委託の任務に背いてその物につき所有者でなければできないような処分をする（意思）」と定義されているのです。もっとも、情報媒体の横領に関する下級審判例は、このような事案に限っては窃盗罪の定義を用いていますので（東京地判昭和 60・2・13 刑月 17 卷 1=2 号 22 頁等）、気にしないで窃盗罪における定義を用いてください。

本問では、残業中に社内で複写するにすぎずおそらく建物外に持ち出していないフラッシュメモリーについて、複写する目的だけで「権利者排除の意思」に当たるかが問題です。ひとつの方法は、記録されている機密情報を複写して外部に共有させることで、権利者の排他的な情報利用が害されることを「権利者排除」と考えることです。

もっとも、先の東京地判昭和 60・2・13 は、「被告人等が同社の許可を受けずほしいままに本件資料をコピーする目的をもつてこれを同社外に持ち出すにあたっては、その間、所有者である新潟鉄工を排除し、本件資料を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用する意図があったと認められる。したがって、被告人らには不法領得の意思があったといわなければならない。」と判示しています。これによるなら、フラッシュメモリーを社外に持ち出していない本問では、「不法領得」を認めることは難しいことになります。

2) 甲の罪責

2-1) 「不法領得」を否定する場合

したがって、本問において「不法領得」を否定するなら、あとは背任罪を検討するしかありません。これは、「他人のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたとき」という同罪の成立要件に従い、甲の罪責を検討してください。本問では、「財産上の損害を加えたとき」がいつかが問題になります。しかし、最終的には機密情報がライバル会社の乙に渡っているので、遅くともこの時点では認められます。あとは、因果関係ですね（情報漏洩に背任罪を認めたものとして、東京地判昭和 60・3・6 判時 1147 号 162 頁）。

2-2) 「不法領得」を肯定する場合

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

この場合には、次に窃盗か（業務上）横領かを検討しなければなりません。本問では、甲は商品開発部長であり、会社のフラッシュメモリーは自己が排他的に管理するロッカー内から取り出していますので、「窃取」の前提となる「他人の占有」は否定してよいでしょう。その結果、窃盗ではなく横領を検討することになります。被告人が本問と同じような地位にいた先の東京地判昭和 60・2・13 も、業務上横領としています。

（2）（2）および（3）での乙の罪責

1）「財物強取」の有無

1-1）「財物強取」を認める場合

ここでは、前述のとおり、**強盗殺人未遂罪**（236 条 1 項、240 条後段、243 条）の成否が問題です。つまり、この刺殺行為が「強取」（236 条 1 項）に当たるかどうかの問題なのです。これに応えるには、その前提として、本問におけるフラッシュメモリーに対する甲の占有が、乙の刺殺行為時に残っていたかが問われます。

この点では、類似の事案である最決昭和 61・11・18 刑集 40 巻 7 号 523 頁との事案の異同を検討する必要があります（平成 13 年の旧司法試験問題でも、それが必要でした）。というのも、乙は「廊下の向かい側にある自己の部屋」にまでしか持ち出せていない財物を、甲の隙をみて持ち逃げしようとする手段として甲を刺したからです。従来の下級審判例では、ホテルの同じ階で廊下の反対側にある部屋であれば、引き渡した財物に対する被害者の占有はまだ失われていないと解されています（東京高判平成 20・3・11 東高刑事法 59 巻 1～12 号 12 頁）。

そうすると、この刺殺行為は、フラッシュメモリーに対して残っていた甲の占有を排除する目的で、つまり「財物を強取する」目的で行われたものですから、強盗利得罪や事後強盗罪を持ち出すまでもなく、普通の強盗を目的とする殺人未遂、つまり典型的な強盗殺人未遂であって、236 条 1 項と 240 条後段、243 条を適用すれば済むことになります。

上記の最決昭和 61・11・18 でも、原審との異同は殺害行為時の財物の占有の所在だったことに注目する学習をしていれば、この論点に気づけるはずです。

1-2）「財物強取」でなく事後強盗罪や強盗利得罪を検討する場合

反対に、**事後強盗罪**（238 条）や**強盗利得罪**（236 条 2 項）を経ての強盗殺人未遂罪を検討するのであれば、その前提として、乙が甲を刺した時点では、すでに本問のフロッピーディスクの占有は甲から失われていることを論証しなければなりません。それは、端的に、同じホテルとはいえ乙の自室に持ち込まれた以上は、本問のフロッピーディスクに対する甲の占有はすでになく、よって乙の刺殺行為は窃盗または詐欺によって取得した財物につき、その代金支払いを免れ、またはその取戻しを防ぐ目的で行われたとして、事後強盗罪や強盗利得罪を検討することになります。

その際、「甲からメモリーを受け取って廊下の向かい側にある自己の部屋に」持ち込んだ

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

乙の行為を占有移転と解することが前提となりますので、甲には財物交付があったとしなければなりません。したがって、先行犯罪を窃盗とする事後強盗罪ではなく、先行犯罪を詐欺とし代金支払いを免れるという「財産上不法の利得」を目的とする強盗利得罪を経ての強盗殺人未遂罪を認めるほうが無難でしょう。

2) 罪数処理

なお、強盗殺人罪の未遂・既遂は、財物や財産上の利益を得たかどうかではなく、人を死なせたか否かで決まりますので、その点を明記しておいてください。

3 答案の講評

甲の罪責については、何を客体としているのかを明示せずに、あるいは社外に持ち出していない「自社のフラッシュメモリー」を客体として、横領を認める答案が散見されました。論証不足ないし問題の分析が不十分と思われます。また、結論は妥当とはいえ、「不違領得」の可能性を検討せずに背任罪を検討する答案は、物足りません。

乙の罪責については、「強取」の有無という論点に取り組まないで、事後強盗罪や強盗利得罪を検討した答案が散見されたのは残念です。また、問題文に「甲を殺してしまおうと思ひ」と書いてあるのに、強盗致傷罪の成立にとどめる答案も散見されました。窃盗や詐欺と強盗殺人とを併合罪とした答案もありました。今後の学習では、論点を的確に把握することを心がけてください。

以上

小論文

設問Ⅰでは、筆者がとらえる『副読本』における「主権者像」の問題点について、的確に要点をまとめて説明することを求めている。

ここでは、まず、『副読本』における「主権者」及び「政治」の定義について確認する必要がある。この点について『副読本』においては、主権者とは国家意思の形成者であるとしている。そして、現在の政治とは、選挙を通じて有権者に与えられた候補者や政党の考え方や公約を議会で決定される法律・条例や予算などによって決めていくことであるとしている。

そのうえで、当該定義における主権者の「地位」（＝「主権者像」）については、概ね二点が問題であるとしている。

第一に、真の主権者として位置づけられていない点である。上記の定義においては、主権者である市民の活動は重視されておらず、政党や議員が「唯一」の政治のアクターのよう描かれているだけである。主権者教育の基本となるはずの権力と自由の関係に触れずに、議員たちが議会で決定したことに従う義務だけを記述している。

第二に、政治的教養を養うための主権者教育を想定していない点である。『副読本』は「議会の決定」を重視しつつ、一方で「政治的教養」を養うための生徒のディスカッションを勧めているが、その議題は限定的で、主権者教育に不可欠な「選挙制度」「人権問題」などは除かれている。ここでは「特定の見方や考え方」を排除することで、政権批判を含む現代政治の論争点についての主体的かかわりが抑制されてしまっている。

多くの答案において第一の問題に点について触れられていたようであるが、筆者が基本とする主権者、政治の定義について明示したうえで問題点を指摘した答案はそれほど多くはなかった。なお、二つの問題点のいずれかに触れていない答案については点数が伸びていない。

設問Ⅱでは、筆者が言う「公教育の疑似（準）市場化」が「基礎教育（権利教育）」に与えた影響及び解決策について、疑似（準）市場化誕生の背景を踏まえたうえで、具体例をあげながら説明することを求めている。

公教育の疑似市場化（本文の中では「準市場化」という文言が用いられているが、同義である）とは、公立学校の全国学力テストの結果（学校の水準）、学区の自由化を受けた教員のセールの参考にして、保護者が子どもの通うのに最適な学校を一利用者として自由に選択できるようにする現象のことである。学校教育の場に、いわゆる競争原理を働かせて、質の高い教育サービスを提供させようとするものである。

このような公教育の疑似市場化が進んだ要因（背景）は、全国学力テスト、それにとともなう自治体間及び学校間競争、そして、学区の自由化である。

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

全国学力テストは1966年に一度全国停止されて、90年代から2000年代には「ゆとり教育」「学校5日制」が採り入れられた。しかしながら、二つの国際学力テストで日本の児童・生徒の学力の低下が著しいとされた結果をうけて方針が転換され、学力テストによる生徒間、学校間の競争を促すことになった。

2013年以降、全国すべての公立小中学校の最高学年を対象とした悉皆調査型の学力テストが行われことになり、文科省は、都道府県そして政令指定都市別の正答率とそれによるランキングを公表して、自治体間、学校間の競争を高めている。これにより、各学校は、全国学力テストの過去問練習による「傾向と対策」を強化する結果となったのである。

またこれらと並行して、2004年の地方分権改革で学校管理規則が自治体教育委員会の自治事務とされたことによって、公立学校の学区が自由化されたことも、学校によるセールスを促進した。

このような背景の中で生まれた公教育の疑似市場化が基礎教育（権利教育）に与えた悪影響は、一つには、校長や教員が学校の「評判」に気を遣い、校内が穏便であることを装うようになったことである。これによって、いじめや暴力への対応にも消極的になり、教育委員会も自らの責任となる事態を避けようとするようになった。天津市の事件以降も、子どもの自殺の原因究明を求める保護者に対する学校・教育委員会の消極性が、全国各地で問題視されている。疑似市場化が教育責任への眼を曇らせる結果となったのである。

もう一つは、学校が、子どもたちの教育をうける権利、さらには人間としての権利と尊厳を重視した「学びの空間」としての役割を果たせなくなる点が指摘されている。地域には、家庭環境を異にしたり、民族や宗教、母国語をたがえたりするなど多様な子どもが暮らしているにもかかわらず、このような多様性を理解したうえで受容する考え方を身につかないことが危惧されている。イギリスの例のように、特定の集団に偏った学校が存在するようになってしまうと筆者は考えている。

このような問題点を解決するためには、一つには、子どもたちが教室の中で得られる知識には自ずと限界があるので、地域の多様な人々との交流の機会を拡大することが重要であるとしている。これによって子どもたちが多様性を学ぶ機会が増えることになると筆者は考えている。

また、現場の教育の責任を担う教員の自己認識の改革が必要であるとも考えている。教員は、「制度だから」「伝統だから」という考えで煩雑な現状を受け入れてしまっているの、専門職業人としての知見を生き生きと子どもたちに伝える学習指導ができていない。言い換えれば、子どもたちが学ぶ権利を保障できていない。これを解決するためには、過重負担となっている日常業務の軽減、超過勤務手当の支給、教職員の増員、部活動を中心とした課外活動の整理などが必要であると筆者は考えている。

多くの答案において公教育の疑似市場化の背景について概ね説明できていたが、学区の自由化が自治体間、学校間の競争を激化させている点についての言及は少なかったようである。市場化の意味が、競争原理による売り込み合戦であることを考えれば、最も重要な

2022 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

背景事情として指摘する必要がある。この点についての的確に説明できていた答案については点数が伸びている。また、「基礎教育」に与えた悪影響については、筆者が考える「基礎教育」は、いわゆる「権利教育」であって子どもたちの教育を受ける権利を重視していることがわかる。この筆者の主張の骨子を中心にすえたうえで、上述の解決策を論じた答案については一定の評価を与えている。

以上