

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 憲 法

問題 I の出題趣旨は、憲法第 22 条第 1 項の「職業選択の自由」を制約している現行法のうち、弁護士法の規定に基づいて禁止されている非弁活動の範囲を、無償の場合にまで拡大する架空の立法措置の憲法適合性を検討してもらうことにある。従前より無償の場合も禁止している現行法としては問題文に例示してある司法書士法があるが、当時の第 19 条第 1 項の禁止規定と第 25 条第 1 項の罰則規定（それぞれ現行の第 73 条第 1 項と第 78 条第 1 項に相当）に基づく職域規制は、前世紀末の最 3 小判 2000（平成 12）年 2 月 8 日（刑集 54 卷 2 号 1 頁）により、次に抜粋するとおり簡略に合憲と判定されている。この抜粋の末尾に引用されている 2 件の大法廷判決のうち、前者は歯科医師法の規定に基づく職域規制の合憲判決であるが、後者は薬事法（当時）の規定に基づく薬局適正配置規制（開設距離制限）の違憲判決である。

司法書士法の右各規定は、登記制度が国民の権利義務等社会生活上の利益に重大な影響を及ぼすものであることなどにかんがみ、法律に別段の定めがある場合を除き、司法書士及び公共嘱託登記司法書士協会以外の者が、他人の嘱託を受けて、登記に関する手続について代理する業務及び登記申請書類を作成する業務を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたものであって、右規制が公共の福祉に合致した合理的なもので憲法 22 条 1 項に違反するものでないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和 33 年（あ）第 411 号同 34 年 7 月 8 日大法廷判決・刑集 13 卷 7 号 1132 頁、最高裁昭和 43 年（行ツ）第 120 号同 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 卷 4 号 572 頁）の趣旨に徴し明らかである。

受験者の過半数により選択されていた本問の答案の過半数は、憲法第 22 条第 1 項に適合する立法措置であるのかという主要な論点を見誤っておらず、さらに、その過半数は、最大判 1975（昭和 50）年 4 月 30 日により、同項が「狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含している」と解釈されているのと同旨の論述を展開していた。少数の優秀な答案は、この判決により、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動である」と説明されているのに束縛されることなく、それ自体としては無償の「職業の内容、態様においても、原則として自由であることが要請される」と指摘していた。たとえば通信販売業者が送料無料を宣伝文句にしている場合の発送は、はたして販売から独立の業務として把握されるべきなのかと連想するとよかろうが、そもそも非営利の「職業」を想定することも困難ではなかろう。なお、職域規制を伴わない資格制が考えづらいことからすると、むしろ「狭義における職業選択の自由」の本質が制約される場合であると理解することもできよう。このような論点に到達していなかった答案のなかには、まことに残念ながら、そもそも憲法第 22 条第 1 項に言及することさえできていなかった答案も散見された。

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

上掲の最3小判2000（平成12）年2月8日を引用している答えは皆無であったが、この判決と同じく「公共の福祉に合致した合理的なもので憲法22条1項に違反するものでないこと」を論証していた答えが過半数であり、この判決に引用されている最大判1975（昭和50）年4月30日と同じように消極（警察）目的の規制であると把握して合憲性を検証していた答えも少なくはなかった。制約される権利の種別を根拠に合憲性の推定を働かせつつ、資格制が対人許可制であることも踏まえ、規制の範囲が拡大しても目的は変質しないと考へて、厳格な合理性の基準を選んでいた答えも少数ながらあった。このような合憲性判定基準による具体的な検討が緻密であったものについては、総じて上出来と評価した。既存の規制の範囲が拡大する場合には、クリアするために充足しなければならない主観的要件が後づけのようになるだけに距離制限などの客観的要件と同じく酷になると論じることにより、不利益変更の捉え方を示していた答えもあり、とくに優れたものと評価した。

問題Ⅱは、憲法第51条の国会議員の免責特権との関係で、国会議員の発言に対して国家賠償責任を追及することができるかを問う問題である。判例として最3小判1997（平成9）年9月9日（民集51巻8号3850頁）があり、これを踏まえて検討することが求められている。

判例に即して考えれば、「多数決原理によって統一的国家意思を形成する活動」と「国家意思の形成に向けられた行為」（質疑等）とを区別し、質疑等の場面では、国会議員が個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うこともあり得ることになる。その上で、国家賠償法第1条第1項の損害賠償責任が肯定されるためには、「当該国会議員が、その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど、国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認め得るような特別の事情があること」が必要であるという判断枠組みを設定することになる。あてはめでは、本問では詳しい事実の記載がないことから、場合分けして解答するか、あるいは「特別の事情」があることが認められないとして国家賠償責任を否定することになる。

今回は、受験者の半数近くが問題Ⅱを選択していたが、ほとんどの者がそもそも問題の所在を正確に理解できておらず、上記の判例を踏まえた論述ができていなかった。例えば、憲法第17条を引用しつつ国家賠償法第1条第1項の要件にあてはめただけのもの、問題文に名誉毀損が成立することを前提に検討するよう指示があるにもかかわらず、名誉毀損が成立するかどうかだけを論じているもの、名誉毀損の成否についての相当性の理論を検討しているものなど、である。

以上

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 民法

### I 説明問題（各 10 点）

#### （1）原始取得

原始取得とは、ある権利を他人の権利に基づかずに独立して取得することをいい、取得者は前の権利者のもとで当該権利に付いていた制限や負担を承継しない。無主物先占（民法 239 条）や取得時効（民法 162 条）などがその例である。原始取得が承継取得とは異なることは理解しているものの、説明するための文章化に苦戦したと思われる答案が多く、全体的にあまり良く書けていなかった。

#### （2）遺産分割の方法

解答例は「遺言により指定があればそれに従う。なければ共同相続人の協議による。協議が整わないときは家庭裁判所の審判に委ねる。現物分割、価格分割、全面的価格賠償がある。」である。出題意図は、遺産分割を何によって決めるのか及びどう決めるのかの両方をたずねるものであった。前者か後者のいずれか一方だけを答えられるものが多かった。それでも 6 点を与えた。親族・相続の基本知識が欠けるとと思われる解答も一部にはあった。重要な制度の仕組みと条文くらいは押さえておいて欲しい。

### II 論述問題（各 100 点） 1 問選択

〔1〕表見代理の成否、無権代理人に対する責任追及、無権代理と相続に関する問題である。

#### （問 1）30 点

A は B に、医療関係施設として利用してくれる人に甲土地を 3500 万円以上で売却する代理権を与えていたところ、B は A から交付された白紙委任状の事項欄に「甲土地売買の一切を B に委任する」と記載し、パチンコ店を立てるための土地を探していた C との間で甲土地売買契約（以下「本件売買契約」とする）を締結した（555 条）。本件売買契約は、上記代理権の範囲を越える行為であり、代理の有効要件を欠く無権代理であり、A の追認がない限り BC 間の本件売買契約の効果は A に帰属しないのが原則である（113 条 1 項）。したがって、C の A に対する本件売買契約に基づく甲土地の引渡請求は認められないように思われる。

しかし、本問のように委任状や関係書類、印鑑が代理人と称する者から提示されるなど、有効な代理権の存在があるかのような外観が存在し、相手方がそう信じることが無理もない場合、民法は例外的に、無権代理行為を有効な代理権があった場合と同様の法的効果を認めて相手方を保護する表見代理制度を設けている。本問においては、代理人である B に上記代理権が与えられているものの、B がその範囲を越える法律行為をしたため、権限外の行為の表見代理（110 条）が成立するかが問題となる。

## 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

民法 110 条の成立要件は、(1) 私法上の法律行為に関する代理権（基本代理権）が存在すること、(2) (1) の代理権の範囲を越える法律行為がなされたこと、(3) 相手方が代理人に代理権があると信じたことについて正当理由があること、すなわち、代理権を有していることを知らず（善意）、かつ、代理権を有していると信じたことについて過失がなかったこと（無過失）である。以上 3 つの要件を充たせば、109 条 1 項本文の規定が準用される、すなわち、表見代理が成立し、B C 間で行われた本件契約の効果が A に直接帰属することになる。かかる要件の定立をもとに、本問事案をあてはめて結論を導き出せばよい。

他方、A は「甲土地売買の一切を B に委任する」という代理権を B に与えたわけではないが、白紙委任状の交付と委任事項欄への B の記載内容とが相俟って、A が C に対して、B に上記代理権を与えた旨表示したところ、B がこの表示の範囲内で D と本件契約を締結したと評価できるから、109 条 1 項の適否について論じる法律構成もあり得る。この場合、(1) 代理権授与表示の存在、(2) 代理権授与表示の範囲内で法律行為が行われたこと、(3) 相手方が代理権の不存在について善意無過失であること、以上 3 つの要件を挙げ、これらの充足を検討して結論を導き出せば良い。

答案の多くは、110 条の適否を論じていた。しかし、A の追認がない限り本件売買契約の効果は A に帰属しない（無権代理）のが原則であることが指摘されていないもの、表見代理の成否を論じるものの何条の適否を問題にしているのかが不明瞭なものもあった。また、109 条 2 項（改正前民法 109 条と 110 条の重畳類推適用）の適否や 94 条 2 項類推適用の適否を論じるものもあったが、本問においては妥当しない。

（問 2）30 点

本件売買契約が A の追認がない限り原則として無効であること（113 条 1 項）を前提として、C は B に対して無権代理人の責任追及（117 条 1 項）をすることが考えられる。117 条 1 項は、無権代理行為をした者が「自己の代理権を証明したとき、または本人の追認を得たときを除き、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う」と規定しており、B が本件売買契約について代理権を有していたことを証明できる事情はなく、A の追認もない本問においては、直ちに 117 条 1 項が適用されるように思われるが、117 条 2 項各号に該当する場合は適用されないことに留意しなければならない。本問事案において、117 条 2 項 1 号および 3 号の事由に該当しないことは明らかであるが、同条項 2 号に該当するか否かについて丁寧に論じる必要がある。C が 117 条 2 項 2 号本文に該当しない、すなわち、B が代理権を有しないことについて無過失であると評価した場合は 117 条 1 項が直ちに適用される。他方、C に過失があり 117 条 2 項 2 号本文に該当する場合、117 条 2 項ただし書の「他人の代理人として契約をした者」すなわち B が、「自己に代理権がないことを知っていた」といえるかどうかについても検討しなければならない。本問においては、たとえ C に過失があったとしても、B は代理権を有していないことを認識しつつ本件売買契約を締結していると評価できるため、117 条 2 項 2 号ただし書が

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

適用される。その結果、117条1項が適用されることになる。したがって、Cは、Bが代理権を有しないことについて過失があろうとなかろうと、117条1項に基づき、Bに対して無権代理人の責任追及としての損害賠償請求をすることができる（無権代理人Bは、本人Aが所有する甲土地を相手方に引き渡すことはできないから、履行請求は現実的に意味がない。）。

意外に良く書いていなかった。117条の適否が問題になることは一応理解しつつも、条文の文理解釈が出来ていないものが散見された。新法（改正民法）に関しては、教科書の知識をインプットするだけでなく、必ず条文を読んで要件と効果を理解するように努めて欲しい。

（問3）40点

BとDは、Aの死亡によりAの権利義務の一切を相続して共同相続人となるため（882条・896条・887条1項・898条・899条）、BとDはAの本人としての地位を引き継ぐ。また、Bには、Aの本人としての地位と無権代理人としての地位が併存する。Cは、BとDに対して本件売買契約に基づく履行請求として甲土地の引渡しを求めらるであろうが、認められるだろうか。

この点、判例は、①無権代理人が本人を単独相続した場合、無権代理人が本人の資格で追認拒絶をすることは信義則（1条2項）上認められないとするものの（最判昭和37・4・20民集16・4・955）、②無権代理人が本人を他の相続人と共に共同相続する場合においては、追認権はその性質上相続人全員に不可分的に帰属し、無権代理行為に関与していない相続人の利益を保護するために、共同相続人全員が共同してこれを行わない限り無権代理行為が有効となるものではないとする（最判平成5・1・21民集47・1・265）。本問事案において、判例①によりBは追認拒絶できないものの、無権代理行為に関与していない共同相続人Dが存在するため、判例②により、CのBに対する甲土地引渡請求の可否は、Dが追認するか、追認拒絶するかによって異なる。以上のことから、Dが追認をしなければCのBに対する甲土地引渡請求は認められない。ただし、Dが追認しない場合、CはBに対して117条1項に基づく責任追及をすることはできる。

判例①については言及されているものの、判例②に関して全く論じられていない答案が散見された。判例は、判旨の判断基準に該当する箇所を理解しインプットすることを意識して学習して欲しい。

〔2〕請負契約における履行不能、危険負担などに関する問題である。

（問1）30点

履行不能となったBの仕事完成義務の債権者（注文者）AがCから購入して請負人Bに引き渡すべき特殊な資材乙を、Aの連絡ミスでAがCから購入できず、その結果、請負人Bの仕事完成義務が履行不能になったのであるから（事実5）、債権者に帰責事由のあ

## 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

る履行不能である。従って、A は履行不能を理由に A B 間の請負契約は解除できない（543 条）。

他方で、A が B から残代金の支払いを請求された場合、A は反対給付の履行を拒絶できないので（536 条 2 項）、A の代金支払債務が存続する。したがって、B は請負代金を A に請求できるが、B が自己の債務を免れたことによって利益を得た場合（資材や人件費を使わずに済んだ分）は A に償還しなければならないので、結局、B が A に請求できるのは、その分を残請負代金 9000 万円から控除した額ということになる（同項ただし書）。答案の中には最後の点を書いていない答案が相当数あったが、条文で良く確認しておく必要がある。

（問 2）30 点

事実 5 と異なり、A が C から乙を調達できなくなった理由が、C が乙を保管していた倉庫が隣家の火事の延焼で焼失してしまったことによる場合なので、問 1 と異なり、B の履行不能について A の帰責事由も B の帰責事由もない場合である。この場合は、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときに当たるから、債権者 A は反対給付の履行（B への残代金支払）を拒否できる（536 条 1 項）。また A は債務の履行の一部（防音工事）が不能で残存部分のみでは契約目的を達成できないとして、履行不能を理由に A B 間の請負契約を解除できる（542 条 1 項 3 号）。ただし、この場合、請負人 B が既にした仕事の結果のうち可分な部分の給付によって注文者 A が利益を受けるときには、請負人はその部分の仕事が完成したものとみなし、注文者が受ける利益の割合で報酬を請求できる。事実 4 から B は甲の建築を半分程度終了していたのであるから、B はこれによって A が利益を受ける限度でこの割合的報酬を請求できる（634 条 2 号）。

割合的報酬については民法改正前の判例が認めていたものを今回の民法改正で明文化したものである。割合的報酬について触れていない答案も相当数あったが、改正民法で明文化された条文なので、良く復習しておくことが望まれる。

（問 3）40 点

事実 5 とは異なり、A が乙を C から調達し甲の建築が無事進行したが、甲を B が完成させる前に大地震で建築途上の甲が倒壊してしまった場合である。この場合も、問 2 と同じく当事者に帰責事由がなく請負人の仕事完成義務が履行不能になった場合である。従って、A は反対給付の履行を拒絶できる（536 条 1 項）。ただ、履行を拒絶してもそれだけでは注文者 A の反対債務である代金支払債務が存続するので、これを消滅させるために A は履行不能を理由に A B 間の請負契約を解除した方が良い（542 条 1 項 1 号）。この場合は、問 2 と異なり、地震で目的物が倒壊してしまったのであるから、残存部分で A が利益を得る場合の割合的報酬の問題も生じない。

なお解除の結果、A は B に対して、既払いの 1000 万円に利息を付して A に返還するよう請求できる（545 条 1 項、2 項）。

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

答案の中には A が反対給付の履行を拒絶できることは書いても、A の解除権やその具体的効果について触れていないものも散見された。ある権利を行使したら、その結果、どうなるのかを設問の具体的事実には当てはめて論じる習慣を普段から身につけておいた方がよい。

以上

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 商 法

I 手形抗弁とは、手形の支払請求を受けた者が、請求者に対して請求を拒むために主張することができる事由をいう。物的抗弁とは、所持人の善意・悪意を問わず、手形により請求を受ける者がすべての手形所持人に対して主張することができる抗弁をいう。これに対して、特定の手形所持人に対してのみ主張することができる抗弁を人的抗弁という。

II〔1〕 株主総会の決議の取消しの訴え（会社法831条）についての理解を問う問題である。

まず、訴訟要件から検討する。①Xは、甲社の株主であり、原告適格を有する（同831条1項柱書き）。②提訴期間は、決議のあった日から3箇月であり（同831条1項柱書き）、本件では、提訴日の令和3年8月1日は、決議の日である同年6月25日から3箇月以内であり、その要件を満たす。また、③甲社は京都市に本店を置くため、組織に関する訴えの専属管轄（京都地裁）の要件を満たす。このように訴訟要件はすべて適法に充足する。なお、以上の①～③のうち、③には触れなくとも減点対象とはならない。

次に、Xの主張するべき取消事由につき検討する。考えうる取消事由としては、①X以外の甲社株主Y（100株を保有）に対して本件総会の招集通知が届いておらず、また、Yを含む200株相当の通知漏れがあった瑕疵（同831条1項1号：招集の手続の法令（同299条1項）違反）。②Xが適法に行使した議題・議案提案権等につき、本件招集通知に、本件提案の要領が記載されなかった瑕疵（同831条1項1号：招集の手続の法令（同305条1項）違反）、および、本件総会において、Xによる本件提案が付議されなかった瑕疵がある（同831条1項1号：決議の方法の法令（同303条）違反）。

その中で、①については、決議取消訴訟の公益的性格から、自らには招集通知が到達している場合に、他の株主への通知漏れも取消事由として主張しうると解するべきである（最判昭和42年9月28日民集21巻7号1970頁。百選〔4版〕33事件）。もっとも、招集通知漏れの200株は、発行済株式総数1万株の2%であり、また、本件決議が出席株主の90%を上回る賛成多数で可決されていることから、裁量棄却（同831条2項）の余地があり、①を事由とする取消しの訴え（1号議案・2号議案）は認容されないこととなる。

②の瑕疵については、重大な瑕疵ではあるものの、本件提案（株主配当）に密接に関連する会社提案の議題・議案は存在しないことから、いわば取消されるべき議題・議案は不存在となるため、結局のところ、Xの請求は認容されない。

II〔2〕 公開株式会社における新株発行無効の訴えにおける無効事由についての理解を問う問題である。

新株発行が効力を生じた後にその効力を否定しようとする場合については、新株発行無

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

効の訴え（会社法 828 条 1 項 2 号）による必要がある。本件新株発行は、令和 4 年 1 月 26 日に Z 社による払込が完了して、その効力が生じていることから、令和 4 年 4 月 10 日に Y 社が本件新株発行の効力を争うには、新株発行無効の訴えによることとなる。

訴訟要件から検討すると、① Y 社は X 社の株主であり、② 同年 4 月 10 日は、効力発生日（同年 1 月 26 日）から 6 箇月以内であるため、訴訟要件はすべて満たす（同 828 条 1 項 2 号、同 2 項 2 号）。

公開会社における同無効事由は、法律関係の安定などの要請から、解釈上、狭く解されており、重大な瑕疵に限定されるべきものといえる。① 募集事項の公示（通知・公告）を欠いた場合は、株主は差止めを請求する機会を奪われることになるため、② 通知・公告がされたとすれば差止め事由がなかったという事情がある場合を除き、無効事由となるものと解される（最判平成 9 年 1 月 28 日民集 51 卷 1 号 71 頁。百選〔4 版〕27 事件）。本問に当てはめると、① 実際の払込金額は、1 株 8000 円であるところ、1 株 9500 円という虚偽の公示がなされている。一般に、公正価格（本件では、1 万円）から、5～10%の割引では有利発行（特に有利な払込金額：同 199 条 3 項）には該当せず、従って公開会社では取締役会権限での発行が可能と解されているところ、その虚偽の公示を見た株主は、「有利発行であるにもかかわらず株主総会特別決議を経由しない」という差止事由（同 210 条 1 号の法令違反）に気が付かないことから、実質的に差止機会を奪われているものと評価される。また、② 実際の払込金額である 1 株 8000 円は公正価格を 20%も下回っており、明らかな「有利発行」として、本来、公開会社においても株主総会の特別決議が要求される（同 201 条 1 項）、これを経由していないという差止事由（法令違反）がある。したがって、本件新株発行の無効の訴えは認容されるべきものといえる。

以上

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 刑 法

22 年度後期入試刑法は、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、小問 1, 2 の両方に答えなさい。

### 【事例】

(1) 不良グループに属する甲らが通行中、前方からヘルメットをかぶらずに原動機付自転車を走行させていた A を発見し腹を立て、原動機付自転車を蹴りつけたがそのまま逃げられた。そこで、自転車で並走していた B を捕まえて A を呼び出すようにいったところ、近くの駐車場に A がやってきた。

(2) そこで、甲らは「てめえ、誰の許可でノーヘルで走ってるんだ。刺すぞ。」などと怒鳴りつけながら、A、B の顔面を手拳やヘルメットで殴り、倒れた A の背中を蹴りつけるなどした。そのころ、甲の仲間が乙に電話をかけ「今、ノーヘルの奴捕まえてやっちゃってる。これから公民館に移動する」などと伝えたことから、乙も現場に行くことにした。

(3) 一方甲らは A、B を連れて公民館へと移動し、金品を強取するためにさらに激しい暴行を加え、抵抗できなくなった A から現金 1 万円、B から 5000 円を奪った。

(4) 乙が現場に到着したところ、甲らに囲まれて顔面から血を流して正座をさせられている A、B を見つけた。さらに甲らが暴行を加えようとしたのを見た乙は、その時点で上記事情をすぐさま理解したうえで、すでに反抗できない状態になっている A、B を殴っても仕方がないと思い、甲らの暴行を阻止した。

そのうえで、乙が「金とりゃいいじゃん」といったところ、甲は抵抗できなくなっている A、B のポケットから、A の免許証の入った財布、B のクレジットカードが入っている財布を取り上げ、甲、乙らは現場を立ち去った。

(5) A、B は、甲らの (3) の暴行により A は全治 1 ヶ月、B は全治 3 週間の傷害を負った。

小問 1 甲の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く）。

小問 2 乙の罪責について、甲に成立した犯罪の内のどの範囲に共同正犯が成立するかを論じなさい（特別法違反の点を除く）。

### 1 論 点

本問は、東京高判 11 月 1 日東高刑時報 56 卷 1~12 号 75 頁を素材に、強盗致傷の後行の強取部分にのみ関与した関与者は、先行者に成立する強盗致傷罪のいかなる部分について共同正犯が成立するのかを、いわゆる承継的共同正犯の考え方をを用いて検討してもらうことが狙いでした。

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 2 論点解説

(1) 本問ではまず先行者である甲についての罪責を論じてもらいました。本問の主たる論点は乙の罪責ですが、乙の罪責の範囲を決めるのは甲の罪責ですので、まず甲の行為から検討していきます。逆にいえば、小問2の乙の罪責の検討に重要なのは甲の行為のうちの強盗致傷罪にあるので、強盗致傷罪の成立を丁寧に論じてもらえばよかったですと思います。

確かに、(1)の暴行も罪責検討の対象にはなりません。もっともこの行為に暴行が成立することは明らか（論点がない）ですし、まして原動機付自転車を蹴ったことに器物損壊罪を検討する必要はなかったでしょう。これらの罪は、結局は、強盗致傷罪に包括されてしまうからです（「包括一罪」）。私見の答案では全体の出題趣旨に照らして、論述の分量のバランスを考えるとすることが必要です。

強盗致傷罪を検討するにあたって注意しておいてほしいことは、強盗の手段たる暴行・脅迫の認定です。強盗の手段たる暴行は、財物の強取に向けて、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫であることが必要です。もっともその認定に当たっては具体的な被害者が犯行を抑圧されたことは必要ありません。被害者の反抗抑圧は“強取”の認定に必要ですが、暴行の認定には必要ありません。例えば、男が包丁を突き付けて「金を出せ」と脅したが、被害者は全く恐れず、男はその場から逃げた、という事案の時であっても、一般に包丁を突きつけるという行為をされれば反抗を抑圧されるのであるから、「暴行」または「脅迫」といえる（もっとも反抗を抑圧できずに何も取らずにその場から立ち去ったから強盗未遂罪が成立する）、と認定することになるはずですが。この暴行の認定にいう相手方は、具体的な当該被害者のことではなく、その暴行が向けられる“一般人”として理解する方がいいと思います。

また、強盗致死傷罪の成立に当たっては致死傷結果が、どの暴行から生じたか、が問題となります。この際、特に考えることもなく常に強盗の機会の論証を書く方がおられますが、強盗の機会説の狙いは、強盗の“手段以外”の行為から結果が生じたときにも240条が成立するかという問題意識であることに注意が必要です。だからこそ、なぜ条文にない「強盗の機会」が要件になるのか、という論証が必要になるわけです。

本問では、財物を強取するための暴行から傷害結果が生じていますから強盗の機会を厚く論じる場面ではなかったといえます。

(2)では、甲に成立する強盗致傷罪の途中から関与した乙にはどの範囲で共同正犯が成立するのでしょうか。乙は甲の行った強盗致傷に参加しているのですから強盗致傷罪の共同正犯となると考えることができます。もっとも、乙が行ったのは甲とともに行ったA、Bから財物をとるという行為に過ぎません。ここだけ考えると窃盗罪の共同正犯となることが考えられます。もっとも、乙が参加した時点で既にA、Bらは甲の暴行によって反抗を抑圧された状態であったのですからその状態を利用して財物をとった乙には少なくとも強盗罪の共同正犯が成立するとも考えられます。

このように、乙に成立する共同正犯の範囲については複数の考え方があるのですから、その中でどの結論をとるべきかを説明することが必要です。講学上、承継的共同正犯と呼ばれ

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

る論点です。承継的共同正犯については、大阪高判昭和 62 年 7 月 10 日高刑集 40 卷 3 号 720 頁が詳細に検討しています。ぜひ検討してください。

一般に、承継的共同正犯には 3 つの学説があるといわれています。まず、自己が関与する行為の前の行為を含めた正犯者に成立する犯罪全体について共同正犯が成立するとする全面肯定説と自己が関与した行為のみについて共同正犯が成立するとする全面否定説があります。前者に従えば、乙には強盗致傷の共同正犯が、後者に従えば、乙には窃盗の共同正犯が成立することになります。

もっとも、全面肯定説については共同正犯は自己の関与が結果に対して因果性を有している限りで成立すると解すべきであるから、自己の関与以前の行為には因果関係を有することはないという批判が、全面否定説については、後行者において、先行者の行為等を認識・認容するに止まらず、積極的にこれを自己の犯罪遂行の手段として利用したと認められる場合には、先行者の行為等に加担してその実現に向けて共同したというべきであるのに、このような場合まで（承継的）共同正犯の成立を否定する見解は妥当ではないという批判が向けられます。

そこで、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は、途中から加担した犯罪について、その既遂ないし結果を共同で惹起したのだから、それが「正犯」に値する重要な寄与である限り、同罪の共同正犯が成立するという中間説が主張されます。

もっとも、中間説に対しても因果性は将来に向かって進行するものであるから、加担前の行為について共同していない以上全体としての共同正犯は成立しないという批判があります。

このように学説上も対立があるところですから、学説の対立からきちんと押さえていくことが必要です。

中間説に従う場合にはどのようなあてはめになるのでしょうか。検討する際は、強盗罪と致傷とを分けて検討することが有用です。

まず、強盗罪は暴行・脅迫と強取からなる犯罪であるところ、乙は甲の暴行・脅迫には関与していません。しかし、甲の暴行及びそれによって生じた A・B の反抗抑圧状態という結果を認識しつつ、「金とりゃいいじゃん」ということで自分の財物奪取の手段として積極的に利用する意思の下に、甲らの強盗罪の途中から共謀加担し、結果的に A・B の財物を奪取していますから、反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取した、強盗罪の（さらなる）結果を惹起した共同正犯ということが出来ます。ここで注意しておいてほしいのは、中間説によって共同正犯を認めるのは、自己の関与する以前の行為に因果性を持つから、ではありません。目の前にある先行者の行為によって得られた効果を利用して先行者と共に自己の犯罪を実現することで、自己が参加した後に成立した犯罪について共同正犯になる、ということです。

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

そのように考えると、暴行・脅迫そのものは乙が参加する以前に終了しており、後行者が先行者の暴行行為等を認識・認容していても、暴行・傷害罪は、一個の暴行行為がもともと一個の犯罪を構成するもので、後行者は一個の暴行そのものに加担するのではないから、他に特段の事情のない限り、先行者の暴行行為を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用し暴行・傷害という結果を共同で惹起したものと認めることができません。

したがって、自己が関与する以前の暴行から生じた致傷結果については乙の行為は因果性を有することはありませんので、強盗致傷罪の共同正犯に問うことはできないということになります。

このように単に学説を覚えるだけではなくて、その学説がどのような背景と限界を持っているか、それが具体的なあてはめの中でどのように表現されるか、という点も本問では問われているといえます

## 3 答案の講評

(1) 甲の罪責については、上で書いたように乙の罪責との関係で問題となる強盗致傷罪の成立を丁寧に、他にも成立が考えられる犯罪については簡潔にという答案のバランスが求められるところでしたが、Aの原動機付自転車を蹴りつけた行為について10数行をかけて論じたうえで、乙の罪責については結論しか述べないといったようなバランスが悪い答案がありました。

また、(1)の事実に暴行罪、(2)の行為に脅迫罪、(3)の行為に監禁罪、暴行罪、傷害罪、強盗罪、(4)の行為に強盗罪の共同正犯、と行為を細かく分けて検討した上で別々に成立させて罪数処理をするといったような答案も見られました。

特に、(3)において傷害罪を成立させて、財物奪取は強盗罪にとどまるとする解答が見られました。(3)の暴行は金品を強取するための暴行ですので、この時点で強盗の実行の着手が認められ傷害結果を負っているのですから強盗致傷罪とすべきでした。

(2) 乙の罪責については、承継的共同正犯の論点であることには気づいており、なんとか中間説の規範まではかけているものの、中間説の限界となるような本事案の限界点について考察が不十分な答案がほとんどでした。また、承継的共同正犯の論点にふれていないものもあり、全体としては厳しい採点になりました。

(3) 刑法の問題は罪責を論じさせるものですが、ある特定の犯罪をあてはめるに際して、異なる結論を導き得る解釈が成り立ちうる場合には、その点こそが論じてほしい点ですので、そのような出題の意図を読みながら、答案のバランスを考えていくということも学んでほしい点だと思います。

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

II 刑法 110 条 2 項は自己所有の建造物等以外の物に対する放火につき「1 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金」に処するとし、同法 116 条 1 項は失火によって同法 109 条 1 項に規定する物を焼損した者を「50 万円以下」の罰金に処するとしている。

これを考慮しつつ、次の【事例】を読み、甲および乙の罪責について答えなさい（特罰法違反の点は除く）。

## 【事例】

(1) 晩秋の候、甲は、路上で吸っていたタバコを、その火を消さずに、落ち葉の舞い散る公園内で投げ捨てた。ところが、そのタバコの火が乾燥した落ち葉に燃え移り、火のついた多数の落ち葉が炎と風にあおられて舞い上がり周囲に飛散し、付近にあった A 所有の無人の物置小屋に降りかかり、これに延焼して焼損させた。

なお、甲は、自己の行為によってタバコの火が落ち葉に燃え移り火のついた落ち葉が降りかかって上記物置小屋が焼損することになるとは夢にも思っていなかった。しかし、注意すれば、当時の気象条件から、その危険は認識可能であった。

(2) 晩秋の寒い朝、乙は B 所有の無人の物置小屋に隣接した自宅の敷地で焼き芋をしようとした。そこで、自宅の庭にあった自己所有の廃材を集め、自宅の敷地にあった自己所有の空のドラム缶に詰めて火をつけ、購入した自己所有のサツマイモをそこにに入れて焼いていた。ところが、突風により火のついた廃材の破片が炎と風にあおられて上記ドラム缶の中から舞い上がり周囲に飛散した。そのため、付近にあった上記物置小屋に降りかかり、これに延焼しそうになった。もっとも、幸いにして、乙およびその家族がバケツで水をかけるなどして廃材の消火に努めたため、上記物置小屋は延焼を免れた。

なお、乙は、自己の行為によって上記物置小屋に延焼する危険が生じるとは夢にも思っていなかった。しかし、注意すれば、当時の気象条件から、その危険は認識可能であった。

## 1 論点

本問は、自己所有の建造物等以外放火罪（刑法 110 条 2 項）について、その成立に「よって公共の危険を生じさせた」ことの故意ないしその認識・予見を要するか否かを、失火罪（刑法 116 条 1 項）との法定刑も比較しつつ論じてもらうものです。そのため、事例の(1)は失火罪に該当する行為を示し、これとの比較において、自己所有の建造物等以外放火について「よって公共の危険を生じさせた」ことの故意ないしその認識・予見のなかった事例(2)について、刑法 110 条 2 項の罪が成立するか否かを、「どちらがより重大な行為か」比較できる形で尋ねています。

刑法 110 条 1 項の罪の「公共の危険」の認識については、**最判昭和 60・3・28 刑集 39 巻 2 号 75 頁**がこれを不要とする見解を示しています。「焼燬の結果公共の危険を発生させることまでを認識する必要はない」というわけです。もっとも、この判決には、本件では、被告

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

人も「公共の危険」の認識を備えていたことが記録上肯認できるとしつつ、仮に被告人に「公共の危険」発生の認識がなかった場合には、その罪責は器物等損壊罪にとどまるという谷口裁判官の「意見」が付されていました。

他方、名古屋高判昭和 39・4・27 高刑集 17 卷 3 号 262 頁は、109 条 2 項および 110 条 2 項の自己所有の非現住建造物等および建造物等以外の物への放火罪の故意には公共危険発生の認識も必要であると明言しています<sup>1</sup>。また、実務では一般に、自己所有の廃材などへの故意の放火の結果、他人所有の建造物などを過失で焼損させた場合には、110 条 2 項よりも法定刑の軽い 116 条 1 項を適用しています（非現住建造物に過失で延焼した事案に関し、東京高判昭和 61・10・9 高刑速（昭 61）号 144 頁等）。

そこで、本問のように自己所有の建造物等以外の物への放火に際して他人所有の非現住建造物に延焼するという「公共の危険」の発生を予見していなかった人物に、その認識がなくても、刑法 116 条 1 項が定める 50 万円以下の罰金よりも重い、「1 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金」を定めている 110 条 2 項の罪が成立するとしてよいかが、先例の射程範囲の理解も含めて、問われることになるのです。

## 2 論点解説

### (1) (1) での甲の罪責——失火罪（116 条 1 項）の検討

まず、甲は失火罪の罪責を負うことを示しておきましょう。同罪は、「失火により、第 108 条に規定する物又は他人の所有に係る第 109 条に規定する物を焼損した」場合に成立します。本問で焼損したのは「A 所有の無人の物置小屋」ですから、刑法 109 条 1 項に規定する他人所有の非現住建造物に当たります。

また、「甲は、自己の行為によってタバコの火が落ち葉に燃え移り火のついた落ち葉が降りかかって上記物置小屋が焼損することになるとは夢にも思ってい」ませんでしたから、109 条 1 項の罪の故意はありませんが、「注意すれば、当時の気象条件から、その危険は認識可能であった。」ので、過失による 109 条 1 項の客体への放火、つまり「失火により、…他人の所有に係る第 109 条に規定する物を焼損した」こととなります。

これにより、甲に失火罪が成立します。

### (2) (2) での乙の罪責——自己所有建造物等以外放火罪の成否

#### 1) 110 条 2 項の成立要件

まず、自己所有建造物等以外放火罪の成立要件を確認しておきましょう。刑法 110 条 21 項は、同条 2 項が「放火して、前 2 条に規定する物以外の物を焼損し、よって公共の危険を生じさせた者は、1 年以上 10 年以下の懲役に処する。」と定めていることを受けて、「前項

---

<sup>1</sup> なお、最判昭和 40・1・22 判時 399 号 20 頁は、これに対する被告人からの事実誤認等を理由とする上告を棄却している。

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

の物が自己の所有に係るときは、1 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金に処する。」と規定しています。

そこで、同罪の成立要件は、「放火して」「刑法 108 条および 109 条に規定する物以外の自己の所有に係る物」を「焼損し」、「よって公共の危険を生じさせた」というものになります。

もっとも、同罪は故意犯ですから（刑法 38 条 1 項）、その成立には、これらの要件のうち、「放火して」「刑法 108 条および 109 条に規定する物以外の自己の所有に係る物」を「焼損し」たことに関する故意、すなわちその認識・予見が必要なことについては、争いはありません。

## 2) 「公共の危険」の認識以外の要件の充足

本問では、乙は「自宅の庭にあった自己所有の廃材を集め、自宅の敷地にあった自己所有の空のドラム缶に詰めて火をつけ」ていますので「放火して」を充たします。また、「自己所有の廃材」を焼いており、かつ、「火のついた廃材の破片が」ありますので、これを「独立に燃焼し得る状態に置いた」つまり「焼損し」たことも疑いありません（「自己所有のサツマイモ」を「独立に燃焼し得る状態に置いた」かどうかは不明です。熱で焦げただけかもしれない）。

また、「突風により火のついた廃材の破片が炎と風にあおられて上記ドラム缶の中から舞い上がり周囲に飛散した……ため、付近にあった上記物置小屋に降りかかり、これに延焼しそうになった。」のですから、108 条及び 109 条 1 項の客体が延焼する危険という「公共の危険」に関する最も狭い定義によっても、これが発生したことは間違いありません。

よって、「公共の危険」の認識以外の自己所有建造物等以外放火罪の要件はすべて充足されています。なお、「上記物置小屋は延焼を免れた。」のですから、延焼罪は成立しません。

## 3) 「公共の危険」の認識の要否

しかし、本問の乙は「自己の行為によって上記物置小屋に延焼する危険が生じるとは夢にも思っていなかった。」ので、火をつけた時点では「公共の危険」の認識・予見はありません。

### 3-1) 認識不要説の検討

このような場合に、刑法 110 条 2 項の成立要件は、客体が自己所有物である点以外は同条 1 項と同じだという点を重視すると、同項の罪に関する上記**最判昭和 60・3・28**の考え方が刑法 110 条 2 項の場合にも妥当すべきだということになります。

そこで、乙には 110 条 2 項の罪が成立し、「1 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金」での処罰が可能ということになります。

### 3-2) 認識不要説の問題点

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

しかし、そうなると、(1) で実際に他人所有の非現住建造物を焼損させてしまった甲が「50 万円以下の罰金」にしかならないのに、「乙およびその家族がバケツで水をかけるなどして廃材の消火に努めたため、上記物置小屋は延焼を免れた。」にもかかわらず、乙には最高で 1 年の懲役も可能というアンバランスが生じます。

また、前述のように、実務では、自己所有の廃材などへの故意の放火の結果、他人所有の建造物などが過失で焼損した場合には、110 条 2 項よりも法定刑の軽い 116 条 1 項を適用していますので、「公共の危険」を生じさせたに過ぎない乙に 110 条 2 項を適用することも、アンバランスといえます。

さらに、「公共の危険」さえ生じなければ自己所有物を燃やすこと自体は違法ではないと考えられるのに、「自己所有物を燃やす」という故意だけで「罪を犯す意思」（刑法 38 条 1 項）になるというのも、不合理な結論です。なぜなら、「適法行為をする意思」は「罪を犯す意思」にはならないからです。

### 3-3) 解決策

この矛盾の解決策には二つの選択肢があります。まず、①このような矛盾を生み出すことから上記**最判昭和 60・3・28** の考え方は誤りであり、また、谷口裁判官の補足意見にあるように、上記判例の事案の解決に関しては「認識不要説」は「判例」ではなく「傍論」にすぎないとして、端的に「認識必要説」を採用し、乙に自己所有建造物等以外放火罪は成立しないとする方法があります。

他方、②上記**最判昭和 60・3・28** の考え方との正面衝突を避け、この判例はあくまで刑法 110 条 1 項の罪に関する「判例」にすぎないとしてその射程を限定し、同条 2 項に罪については、「自己所有物を燃やす」という故意だけでは「罪を犯す意思」にならないとして、「公共の危険」の認識・予見が必要だとする方法もあります。

いずれの解決策も、それなりに妥当な方法だと考えられます。その結果として、乙には、116 条 2 項の「公共の危険」を発生させた失火罪が成立することになります。

### 3 答案の講評

本問を選択した答案は少なかったのですが、乙が 116 条 2 項の失火罪になることを的確に指摘した答案もありました。ただし、その前提として、110 条 1 項に関する上記**最判昭和 60・3・28** の考え方をどう処理するかについて答えていたものは見受けられませんでした。110 条 2 項の故意は、110 条 1 項についての「公共の危険」の認識の要否と関連する問題ですので、意識していただく必要があるかと思えます。

以上

# 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 小論文

### 【設問Ⅰ】

科学教育について西欧の大学と日本の大学を対比して、以下の点について説明することを求めている。

①西欧の大学では、学問の基礎となったのが、「自由七科」という、論理学、文法、修辭学（三科）、天文学、幾何学、算術、音楽（四科）であり、「聖書」と自然を理解し、人に伝える「わざ」を習得することをめざすものであった。②「自然を理解するための体系的知識」という意味での「科学」に対する組織的教育が12世紀初めに西欧で始まったが、通常の意味での技術は、大学の伝統とは全く無縁のところ、いわば職人のギルド、あるいは親方－徒弟制度の中で教育が行われていた。③18世紀末から19世紀に入り西欧社会の中に「専門的」な現場を見出し、自分たちだけの共同体を作ると同時に教育制度の中に自分たちの知識を反映させる途を探り始め、19世紀後半に科学が大学の中に根付くこととなった。④日本においては、1877年に近代的な大学である東京大学は誕生したが、当初から技術、工学が大学という組織のなかに存在していたのであり、このことは、西欧では技術の学校と大学とは常に一線を画して発展していったことと対比されるべきことであって、その発足当時から、むしろ「科学技術教育」であったという解釈が成り立つ。

多くの受験生が、特に③、④を中心に西欧の大学と日本の大学の違いを論じていた。また、②の点についても論じている者も相当数いた。①の点まで、すなわち、西欧における学問の基礎についてまで触れて、西欧の科学に関して論じている者は少数にとどまり、高い評価を与えた。

### 【設問Ⅱ】

社会と科学の変化に伴い、科学教育の新しいあり方はどのようなものであるべきと、筆者が考えているかについて問うている。以下の点について論じる必要がある。

①かつて科学は社会のなかで隔絶された一つの空間を形成し、社会は科学に対して「良き理解者」であることだけであったが、ここ半世紀の間に、科学は社会を動かす不可欠のセクターとなり、科学と社会は相互に有機的に浸透し合うようになったことから、二つの種類の「科学教育」求められている。②一つは、通常の「適性」試験機構ともいべきもの、第二は、「科学リテラシー」と呼ばれ、科学研究が、社会の成員とどのように関係し、社会は科学研究に関し鋭敏な洞察力と判断力を養うような教育である。③第二の新しい「科学教育」は、初等、中等教育に限られず、大学や社会人にとっても必要で、日本の一部の大学でみられる「科学・技術と社会」(STS)というプログラムは、すべての学生に開かれたプログラムとして、学生たちが自分の将来のキャリアを切り開いていくことが、現代社会においては決定的に重要である。④この新しい流れの中では、「専門性」

## 2022 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

についても「資格付けられた専門性」だけでなく、連帯のための共同体で形成される「資格付けられることのない専門性」も重視され、この中では、社会の成員たちが徒に科学を敵視することもなく、徒に盲信することもない社会のために超文理系文化をどうやって創出していくのかということが課題である。

多くの答案は上記①、②については論じ、③についても触れている答案も相当数あった。しかし、④の点についての論述が薄く、課題について触れている答案は少なかった。筆者は、科学と社会の関わりの変化の中で「科学リテラシー」に着目し、その中で「専門性にも変化が認められる」と論じ、その課題を論じている。①、②の点しか論じていない答案は評価は高くなく、特に④について論じ、課題まで論じている答案の評価は高い。字数が非常に少ないもの、論理的とはいえない答案も散見された。的確に文意を捉え、1500字以内という字数で論じる表現力が必要である。字数不足、論理的でない答案は評価も低いことになる。

以上