

2023 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 の出題趣旨は、未決拘禁者の宗教的行為の自由を制約する拘置所長の裁量権の行使について憲法適合性の有無を検討してもらうことにある。よど号ハイジャック記事抹消事件の最大判 1983（昭和 58）年 6 月 22 日（民集 37 卷 5 号 793 頁）の要所を読み込んだことのある学びの成果を反映させて、この大法廷判決に提示されている憲法適合性の判断枠組みを参考にすると、当時の監獄法ではなく現行の刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律——試験会場において貸与されていた六法に登載されている現行法——の規定を根拠とする制約についても「刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上支障を生ずるおそれがある場合」という規定の文言の合憲限定解釈を答案に展開することができよう。

未決拘禁者の宗教的行為の自由を説明するには、これを宗教的行為の自由と未決拘禁者の自由とに分解して、それぞれの要素の要点を論述することができる。憲法第 20 条第 1 項前段の「信教の自由」には、宗教的行為の自由も含まれ、憲法に基づいて自由を保障される宗教的行為には、礼拝の儀式も含まれるというのが、ごく普通の憲法解釈である。このような宗教的行為の自由が、第 21 条第 1 項の「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由」と重なり合うことも前提にすると、礼拝の儀式という宗教的な「集会」を拘置所内の談話室という公的な閉鎖空間において催すことも、直接には「信教の自由」の構成要素である宗教的行為の自由の行使であると説明することができよう。このような「集会」型の宗教的行為の自由も、他種の「集会」の自由と同じく、場所を自前で用意する場合に限り行使することができるというものではなかろう。あえて第 21 条第 1 項の一般的な「集会」の自由の制約を問題にしていた答案も少なからず見られたが、より多くの答案では、「集会」型の宗教的行為の自由が直接には第 21 条第 1 項ではなく第 20 条第 1 項前段に基づいて保障され、この自由が国の施設の内部において平穏に行使されてよい権利であるということが説明されていた。

無罪の推定を受けている未決拘禁者が自由の権利の行使を制約されているという本問の事例の特質を正しく捉えて、刑事収容施設に収容されていない人々の場合とは異なり、また、既決の受刑者の場合とも同じであるとは限らないことを前提に、制約の根拠を説明するには、最大判 1983（昭和 58）年 6 月 22 日（上掲）の趣旨を参考にするとよい。この大法廷判決には、次のとおり判示されている部分がある。

〔民集 37 卷 5 号、795～796 頁より抜粋〕

未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものであつて、右の勾留により拘禁された者は、その限度で身体的行動の自由を制限されるのみならず、前記逃亡又は罪証隠滅の防止の目的のために必要かつ合理的な範囲において、それ以外の行為の自

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

由をも制限されることを免れないのであり、このことは、未決勾留そのものの予定するところでもある。また、監獄は、多数の被拘禁者を外部から隔離して収容する施設であり、右施設内でこれらの者を集団として管理するにあつては、内部における規律及び秩序を維持し、その正常な状態を保持する必要があるから、この目的のために必要がある場合には、未決勾留によつて拘禁された者についても、この面からその者の身体的自由及びその他の行為の自由に一定の制限が加えられることは、やむをえないところというべきである。

この大法廷判決を参考にしていた答案も少なからず見られ、とくに優れていた答案には、未決拘禁者が人権享有主体である場合の特殊な制約の根拠について、憲法が刑事収容施設の存在や固有の機能を前提として承認しているという解釈も展開されていた。もっとも、本問の A が未決拘禁者であるということが、まったく考慮されていない答案も散見された。

なお、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律第 68 条第 1 項に、「宗教上の儀式行事」を主催する「宗教家」は「民間の篤志家に限る」と定められているが、刑事収容施設の外部から訪れる「宗教家」に限ると定められているわけではなく、被収容者になると「民間の篤志家」から除外されると定められているわけでもない。かつての監獄法にも同じような定めが含まれていたが、違憲のおそれが生じるようには定められていないという積極的な評価の仕方であろう。

権利の種別と主体を説明して、お膳立てが調べば、次に制約の憲法適合性を検討するのに適切な規範（基準）を手堅く定立（設定）するのが、着実な論証の仕方である。最大判 1983（昭和 58）年 6 月 22 日（上掲）の次に抜粋する部分が参考になる。

〔民集 37 卷 5 号、796 頁より抜粋〕

この場合において、これらの自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして認められるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである（最高裁昭和四〇年（オ）第一四二五号同四五年九月一六日大法廷判決・民集二四卷一〇号一四一〇頁）。

〔民集 37 卷 5 号、797～798 頁より抜粋〕

本件におけるように、未決勾留により監獄に拘禁されている者の新聞紙、図書等の閲読の自由についても、逃亡及び罪証隠滅の防止という勾留の目的のためのほか、前記のような監獄内の規律及び秩序の維持のために必要とされる場合にも、一定の制限を加えられることはやむをえないものとして承認しなければならない。しかしながら、未決勾留は、前記刑事司法上の目的のために必要やむをえない措置として一定の範囲で個人の自由を拘束するものであり、他方、これにより拘禁される者は、当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

自由を保障されるべき者であるから、監獄内の規律及び秩序の維持のためにこれら被拘禁者の新聞紙、図書等の閲読の自由を制限する場合においても、それは、右の目的を達するために真に必要と認められる限度にとどめられるべきものである。したがって、右の制限が許されるためには、当該閲読を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、被拘禁者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該新聞紙、図書等の内容その他の具体的事情のもとにおいて、その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解するのが相当である。

これ自体としては、あくまでも「新聞紙、図書等の閲読の自由を制限する場合」が取り扱われているので、複数の未決拘禁者による「集会」型の宗教的行為の自由について制約の憲法適合性を検討するには、それ相応に調整して活用されることが期待される。本問の事例において「集会」型の宗教的行為の自由を行使させない根拠とされているのは、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律の規定の解釈である。「刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上支障を生ずるおそれがある場合」の定めがあるが、この「おそれ」についても、「規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれ」ではなく、「規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性」でなければならないという趣旨の解釈を展開することができよう。合憲限定解釈を展開することができれば、もちろん、それが可能であることを前提とする類型の適用違憲の有無を検討することもできる。

このような合憲限定解釈を展開して適用違憲を論証していた答案は、あまり多くなかったが、適用違憲の類型を明示しないまでも、「規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれ」しがなく、「規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性」がないから、拘置所長の返答の内容を違憲だと論じていた答案は、少なからずあった。また、制約されている精神的自由の重要性を力説するとともに、拘置所長に裁量権があることを指摘するなどして、いわば折衷案のごとく中間審査基準としての厳格な合理性の基準を選び、この合憲性判定基準を用いて返答の目的と手段を審査するという体裁の答案が、かなり多くあった。これらの答案についても、細部の指摘の優れている点を評価した。残念な例としては、返答の根拠として挙げられているわけでもないのに、特定の未決拘禁者らによる宗教的行為の自由の行使を容認して拘置所内の談話室などを使わせると政教分離の原則に違反することになるのではないかという論点を独自に追加している答案も散見されたほか、およそ憲法問題としての人権問題を検討することなく、もっぱら刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律の規定の解釈に徹している答案まであった。出題の内容を正確に理解して、そもそも何の問題であるのかを的確に見定めることは、きわめて重要な解答の前提である。まずは試験科目が憲法であることの意味を誤解することなく、問題の文

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

章を正確に読解してもらいたい。

問題 II の出題趣旨は、憲法第 79 条第 1 項と第 6 条第 2 項に定められている最高裁判所裁判官の任命について、裁判所法第 41 条に定められているように、その資格が法律事項であることを前提にしても、そこに働く余地のある立法裁量には、憲法上の裁判官像から演繹される限界があるのではないか、という問題を検討してもらうことにある。憲法上の裁判官像の骨格は、第 76 条第 3 項に「独立」を旨として定められており、第 78 条に基づく身分保障も、その輪郭を形成するのに寄与している。

本問の但書が裁判所法第 41 条の柱書の末尾に追加されると、それにより直接に制約されることになるのは、内閣の（最高裁判所長官の）指名権や（長官以外の最高裁判所判事の）任命権である（長官を任命する天皇の国事行為に対する助言と承認の権限までは、ことさら考慮しなくてもよい出題にしてある）。これらを新たに制約することになる立法権の行使について、その裁量の限界を画するのに適した憲法規範を論理的に導き出すとともに、それに基づく具体的検討においては、最高裁判所裁判官の憲法上の位置づけなどを独立行政委員会の委員である人事官と比較してもらうことが、本問を選択した答案に期待されていた。

もっとも、本問を選択した答案は、きわめて少なかった。内閣の権限を制約する立法が、そのことを通じて憲法上の裁判官像を歪めることになりはしないかという論点を取り上げていた優れた構成の答案は、まことに稀少であった。むしろ憲法第 14 条第 1 項に基づく法の下での平等が歪められることになるのではないかという別種の問題として論じていた答案の方が多かったが、統治に関する本問を人権問題に見立てて解答しようとするのには、やはり無理がある。

以上

民法

I

(1) 素因減額

素因減額とは、不法行為の被害者の疾患や精神的な性質（素因）が損害の発生・拡大に寄与したときに民法 722 条 2 項を類推適用して素因を考慮した賠償額の減額を認めることをいう。判例により確立された過失相殺規定の類推による減額という法理である。全体的にできは良くなかったが、判例（最判平成 8 年 10 月 29 日・百選Ⅱ-106）が、被害者の身体的特徴（素因）が疾患に当たらない場合には、原則として賠償額の算定に当たり斟酌しないとすることを指摘する答案も散見された。素因減額に限らず、判例を押さえる際は、判断枠組（判旨）の確認と理解に努めていただきたい。

(2) 強制認知

787 条に認知の訴えの規定があり、強制認知とは、子、その直系卑属又はこれらの法定代理人が認知の訴えを提起することによる認知のことである。父または母の死亡の日から 3 年以内の出訴制限がある。通常は、父が任意に認知しないときに問題となるが、母に対する強制認知も認められる。法律上の親子関係を形成する訴えであるが、認知の意味を正確に理解していない解答、嫡出と誤解している答案も見られた。

II

〔1〕

(問 1)

本件売買契約の目的物である甲土地の面積は、測量の結果 160 平方メートルであるとされ、これを基礎として代金額が 1600 万円と決定されたものの、甲土地は実際のところ 150 平方メートルしかなかったのであるから、「数量に関して契約の内容に適合しないもの」であり（562 条 1 項）、この不適合について買主 A の帰責事由はない（562 条 2 項反対解釈）。また、売主 B の A に対する「160 平方メートルの土地を引き渡す」という債務は、測量に誤りがあったことにより契約締結時点から履行不能であり（412 条の 2 第 1 項）、追完不能である。本件不適合について、買主 A の責めに帰すべき事由は存在しないから（563 条 3 項反対解釈）、A は民法 563 条 2 項 1 号に基づき、同 563 条 1 項に規定の催告をすることなく直ちに代金減額請求を行使し、不足分 10 平方メートルの価額 100 万円の支払を請求することができる。

全体として概ね理解ができていることがうかがえた。しかし、民法 563 条 2 項 1 号の適否を論じる前提である数量不足の契約内容不適合であることが指摘できていないもの、追完不能であることが指摘できていないものが散見された。また、追完不能であることの根拠

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

として、甲土地が A に引き渡された後、甲土地上に乙建物が建築されたこと（事実 4）を挙げる答案があったが、誤りである。また、民法 566 条の期間制限が適用される結果、A は不適合を知った 2022 年 7 月 31 日から 1 年以内に B に通知する必要があると論じる答案も散見されたが、誤りである。民法 566 条は、「売主が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を買主に引き渡した場合」に限定されており、数量に関する契約内容不適合には適用されない。日ごろから条文を丁寧に文理解釈する習慣をつけていただきたい。

（問 2）

上述の通り、本件売買契約の目的物である甲土地は「数量に関して契約の内容に適合しないもの」であり（562 条 1 項）、追完不能である。したがって、A は B に対し、債務不履行（履行不能）に基づく填補損害賠償請求をすることが考えられる（564 条・415 条 1 項・同条 2 項 1 号）

民法 415 条 1 項の要件は、(1) 債務の存在、(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「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) 損害の発生、(5) 債務不履行と損害との間に相当因果関係があることである。以上を定立し、あてはめを行いつつ A の請求の可否をまず論じる必要がある。なお、(3) については、B が測量士に甲土地の測量をさせたところ、測量士が面積の算出を誤ったことが免責事由なしといえるか否か判断が分かれる。この点、415 条 1 項ただし書の文理解釈に沿って、丁寧に事案をあてはめていけば、免責事由がないと評価する答案にも、あるとする答案にも相応に加点した。

A の請求が認められるとして、次に賠償額を示す必要がある。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-判例・通説）。そこで、A は、甲土地の面積が 150 平方メートルしかなかったにも関わらず 1 平方メートル当たりの単価 10 万円×160 平方メートル=1600 万円を支払ったことから、過払分の金額 100 万円、そして、甲土地の面積が 160 平方メートルであれば甲土地 1 平方メートル当たりの単価の値上がり利益が得られたであろうとして、甲土地の 1 平方メートル当たりの値上がり利益 5 万円×10 平方メートル 50 万円の計 150 万円の損害賠償を請求することが考えられるが、認められるか。損害賠償の範囲（416 条）が問題となる。

過払分の 100 万円については、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差額 100 万円は損害賠償の範囲に含まれる。

値上がり利益について、判例は、「土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するものでないときは、売主は当該土地が表示どお

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

りの面積を有したとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責めを負わないものと解するのが相当である」とする（最判昭和 57 年 1 月 21 日民集 36 卷 1 号 71 頁・百選Ⅱ-52）。本問事案において、A B 間で本件売買契約の締結にあたり、甲土地の面積が 160 平方メートルであるという表示は、代金額決定の基礎とするためにされたのみであり（事実 2 および 3）、契約の目的を達するうえで特段の意味を有するような合意が形成されたわけではないから、値上がり利益 50 万円は損害賠償の範囲に含まれない。したがって、A の B に対する填補賠償請求は、100 万円について認められる。

答案では、冒頭で「なお、（問 1）と（問 2）はそれぞれ独立した問題である。」と指示しているにも関わらず、（問 2）を（問 1）と関連させ、A が B に対して代金減額請求をした上で損害賠償請求をしようとしているものとして論じているものが散見された。問の指示はきちんと確認し、問われていることに対応する答案を書くことを意識していただきたい。次いで、民法 415 条 1 項の要件定立がきちんと出来ていない答案がしばしば見受けられた。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。また、損害額の算定にあたって、過払代金と値上がり利益を区別せずに論じている答案が散見された。両者を分けつつ、民法 416 条 1 項（通常損害）、2 項（特別損害）のいずれに該当するのかを整理しながら一貫した説明をする必要がある。

（問 3）

数量に関する契約内容不適合にかかり、A の B に対する債務不履行（履行不能）に基づく損害賠償請求権について、民法 566 条の期間制限は適用されないが、債権の消滅時効の一般原則である 166 条 1 項は適用されるどころ、A が権利を行使することができることを知ったとき（2022 年 7 月 31 日）から 5 年（166 条 1 項 1 号）、または、A が権利を行使することができるとき（甲土地の引き渡し時である 2021 年 10 月 20 日）から 10 年の消滅時効期間が経過していない限り、行使することができる。

本問事案において、A は 2032 年 8 月 5 日の時点で甲土地の面積が 15 平方メートルしかないことを知ったのであり、その時点から 5 年経過していないものの、甲土地の引渡し時である 2021 年 10 月 20 日から起算して 10 年目の 2031 年 10 月 20 日に 10 年の消滅時効期間が経過したため、A の損害賠償請求権は時効により消滅し、したがって、A の B に対する債務不履行（履行不能）に基づく損害賠償請求は認められない。

このように、債務不履行に基づく損害賠償請求権は消滅時効にかかるため、これを回避するため、不法行為に基づく請求は考えられる。しかし、B が測量士の報告を受けて甲土地が 150 平方メートルしかないことを知ったのは売買契約締結から約 1 年後で、乙建物も完成した後であることを鑑みると、測量士の測量結果を元に甲土地を売却した B に故意または過失が認められるかという問題はあろう。不法行為責任の成否について論じられている答案には加点したが、要件充足については慎重な検討が必要である。

答案では、債務不履行に基づく損害賠償請求の可否について全く言及せず、不法行為に基づく損害賠償請求の可否のみを論じる答案が散見された。当事者間に契約がある場合、債務

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

不履行責任についてはまず触れるべきであり、不法行為責任についてのみの解答は望ましくない。また、債務不履行に基づく損害賠償の可否について論じているものの、当該請求権が時効により消滅していることを指摘できていない答案もしばしばあった。また、不法行為に基づく損害賠償請求の可否について論じているものの、民法 166 条により当該請求権が時効消滅したため請求が認められないとする誤答もみられた。不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効については、民法 166 条ではなく民法 724 条の特則が妥当する。民法 166 条と民法 724 条は併せて確認し、混同しないように正確に理解していただきたい。

〔2〕

(1) 対抗要件に後れた土地賃借権と土地所有権の関係にまつわる諸問題についての基本知識を小問にして問うもので、良好な答案と全然できていない答案の二極分化した。

(2) 問 1 (1) は、まず、期間の定めのある賃貸借契約が解消できか否かを問う。A に債務不履行がなく、解除権留保がされていないので、原則として解除や解約告知はできない（618 条参照）。合意解除はできる。なお、借主にとって建物建設資金融資が得られるかどうか重要であれば、それが一定期間内に得られないことを解除条件として定めておくなどをすればよかった。解除権留保があれば解約できるという答えは一般的には正解だが、本問の契約にそのような特約は存在しないので事例への当てはめとしては物足りない。

(3) 問 1(2) は、賃借権の設定登記請求権があるか否かを問う。賃借権は債権であり、特約がなければ登記請求権は発生しないと解されているため、B の設定登記請求はできない。物権と債権の基本的な違いにかかわる問題であるとの理解が足りないものが多かった。

(4) 問 2 は、賃借権の対抗要件が土地所有権取得の登記に後れる場合の法律関係を問う。まず、前半は基本的な対抗関係における優劣の構造を問う。賃借権の対抗は、原則として民法 605 条による。B は、賃借権の登記がなければ、土地の所有権を取得した第三者には対抗できない。これを補う規定として、借地借家法 10 条により、土地の上に借地権者が登記されている建物を所有していれば、第三者に対抗できる。本件では、B はたしかに甲の借地権者であり、そのうえに、登記をした建物を所有している（事実 3・6）。しかし、この登記前に、甲は D に贈与され、D が移転登記を備えている（事実 4）。両者は対抗関係と考えられ、先に対抗要件（177 条）を備えた D は、B の賃借権を否認して、建物取去土地明渡を請求できる。借地借家法 10 条の対抗要件までは理解できていても、対抗要件を備えたもの同士の対抗問題が対抗要件具備の先後で決まるという基礎をしっかりと理解できているものがやや少なかった。また、この前半の原則部分を飛ばしていきなり本問での例外的処理を論じるのは、議論の仕方に問題がある。

(5) 問 2 の後半は、前半の原則的処理の例外として、D の主観的態様がどう影響するか

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

を問題にしている。本件では、Dの所有権取得ときに、DはAから甲がすでに賃貸されていることのみならず、すでに建物建築の基礎工事が始まっていることも知っており、自ら出捐したわけでない贈与により所有権を取得しているため、AD間の契約は、賃貸されている甲の贈与であったと考えてもDには不測の損害はない。新築直後の建物を取去させることの社会的損失をも考慮すると、Dの建物取去土地明渡請求が権利濫用として否定される可能性もある。背信的悪意者排除論を適用するという方法もある。

(6) 問3は、対抗要件を欠く所有権取得者による地代請求が可能かどうかを問う。2017年の民法改正前は、否定判例があり、学説に対立があったが、改正により立法的に解決されたため、単純な条文の適用問題になった。そのため、条文をきちんとみれば満点がとれる。Bから所有権を取得したEは、Bの賃借権に対抗要件が欠けたり後れたりしている場合にも、それを承認して、Bの承諾を得ることなく譲渡人Dとの合意により、賃貸人の地位を取得することができる（605条の3の前段）。しかし、賃貸物である甲について所有権の移転の登記をしなければ、その地位の移転を賃借人に対抗することができない（605条の3の後段により準用される605条の2第3項）。したがって、Bは、Eが所有権移転登記をするまで地代の支払を拒むことができる。

以上

2023 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

白地手形とは、署名者が後日、所持人をして補充させる意思をもって手形要件の全部又は一部をことさらに記載しないで流通においた証券をいう。白地手形の補充権とは、白地手形の白地を補充して、白地手形を完成した手形とすることができる権利（ないし権限）をいう。補充権は、権利者（所持人）の補充という一方的行為によって手形上の権利義務関係を発生させる権利であり、形成権の一種と解される。

II〔1〕

会社法上の、取締役の競業避止義務違反ならびに取締役による従業員の引抜行為による忠実義務違反についての損害賠償責任に関する理解を問う問題である。

1. まず、競業避止義務違反（会社法356条1項1号）について検討する。Cは、設問の令和4年7月の時点で、甲社の取締役であり（Cが、甲社の取締役を退任したという認定はなされていない）、また、C自らが乙社株式を100%所得した時点（令和3年6月）でも、甲社の取締役である。乙社の取引が、Cからみて、「自己又は第三者のために」の要件に該当するかについては、Cは、乙社の代表取締役には就任していないものの、Cは、乙社の全株式を保有しており、乙社の損益は最終的にはすべてCに帰属することから、この要件は満たす。なお、「自己のために」か「第三者のために」かについては議論があり得るものの、特に論じる必要まではない。次に、「事業の部類に属する取引」の要件に該当するかについては、甲社と乙社は、美術商として営業の種類（取扱商品）を同じくするとともに、甲社は京都市、乙社は東京都とその本店所在地は異なるものの、乙社のEが京都での仕入れルートを活用していることや、甲社がオンラインにより（東京を含む）全国の顧客を相手として営業していること、また、日用品ではない美術品という取扱商品の特性を踏まえると、この要件（「事業の部類に属する」）も満たすものと考えられる。以上の検討から、Cは、競業取引として、重要な事実を開示し、甲社取締役会の承認をえる必要があるが（同法356条1項柱書き、同法365条1項）、そうした承認はなされていないという任務懈怠が認められる。そうすると、甲社代表取締役Bが、甲社を原告とし、Cを被告として、損害賠償請求訴訟を提訴した場合、会社法423条1項の任務懈怠の要件を満たすとともに、同条2項により、C又は乙社が得た利益の額が、甲社の損害の額と法律上推定されることとなる。

2. 次に、Cによる従業員の引抜行為について検討する。取締役による従業員の引抜行為は、その態様から、会社法356条の規定する競業取引や利益相反取引には該当しない。もっとも、その態様によっては、会社法356条の忠実義務違反による任務懈怠に当たるものとして、取締役の会社への損害賠償責任が生じうる。本問事例について検討すると、Cは、甲社の取締役に在任中に、甲社の中核従業員であるEを主体的に引抜き、C自らが100%その株式を保有し、その損益がすべて帰属する乙社の代表取締役にすえており（Cは、乙社

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

の取締役人事を独断で決めることが出来る）、Cの甲社に対する忠実義務違反という任務懈怠は明らかである（同法423条1項）。甲社の売り上げや利益が、Eの退職を主因として顕著に低下していることが認定されており、甲社の損害の発生や、引抜行為と甲社の損害との間の因果関係も認められる。また、Cの引抜行為は故意によるものであり帰責性も認められる。以上の検討から、甲社が原告となり、Cの引抜行為による損害賠償責任を追及した場合、認容されるものと考えられる。

II〔2〕

会社法上の、株主等の権利の行使に関する利益の供与に関する規律（会社法120条）の理解を問う設問である。まず、Dは、X社の株主であるため、会社法847条の規定により、いわゆる株主代表訴訟によって、X社の取締役であるB及びCの利益供与に関する責任と、X社の株主であるAの受利益供与に関する責任を追及することができる。

本問の事例では、①X社の取締役は、その定時株主総会における株主の質問（未認可の食品添加物の製品への混入）を取りやめさせる目的で、②X社の子会社の計算において、③財産上の利益（1冊の原価1000円の情報誌を、1冊1万円で、200冊売りつける）を、④その株主Aに供与しており、会社法120条1項の要件をすべて満たすとともに、同条2項の要件もあわせて満たすため、推定規定も働く。もっとも、本問事例では、同条2項の推定規定を援用するまでもなく、株主の権利行使に関する利益供与が認定されうる。なお、本問事例では、Aは、結果的には口約束に違反し、定時株主総会の席上で質問（責任追及）を行っているが、この点は、要件該当性を否定したり、違法性を阻却する事由とはならない。

（1）受利益供与者である株主Aの責任は、利益供与を受けた1万円×200冊分の計200万円をX社の子会社であるY社に返還することである（同法120条3項。返還先は、X社ではなくY社であることに留意）。なお、その全額の返還がなされた場合には、情報誌200冊の返還を受けることができる（同法120条3項）。（2）代表取締役Bや、その指示を受けた取締役Cは、故意に利益供与を実行しており、同法120条4項の責任を負う。具体的には、BとCは連帯して、X社に対して（この場合は、子会社のY社ではないことに留意）、200万円（1万円×200冊）を支払う義務がある（（2）では、雑誌の返還は問題とならない）。なお、Aの義務とB・Cの義務が連帯するかという論点があり、連帯しないものと解される（AとB・Cでは支払先が異なる）が、この点については、論じる必要はない。

以上

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

刑 法

23 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、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（建造物等以外放火罪および特別法違反の点は除く）。

【事例】

(1) 暴力団組長である甲は、同組幹部の A が対立する暴力団に情報提供していることを知り、A の殺害を決意した。

甲は、A に睡眠薬を混入させた飲料を飲ませて眠らせた上、A を車のトランク内に閉じ込め、ひとけのない山中の採石場で車ごと燃やして A を殺害することとした。甲は、A を殺害する時間帯の自己のアリバイを作っておくため、A に睡眠薬を飲ませて車のトランク内に閉じ込めるところまでは甲自身が行うものの、採石場に車を運んでこれを燃やすことは、末端組員である乙に指示して実行させようと計画した。ただし、甲は、乙が実行をちゅうちょしないよう、乙にはトランク内に A を閉じ込めていることは伝えないこととした。

(2) 甲は、首尾よく A に睡眠薬を飲ませて昏睡させたうえ A の手足をロープで縛り、古い自己所有の普通乗用自動車のトランク内に入れて閉じ込めた。なお、上記睡眠薬により人は昏睡状態には陥るものの死亡する可能性はなく、甲も、上記睡眠薬入りコーヒーを飲んだだけで A が死亡することはないと思っていた。

(3) その後、甲は、乙に対し、「この車を廃車にしようと思うが、手続が面倒だから、お前と何度か行ったことがある採石場の駐車場に持って行ってガソリンをまいて燃やしてくれ。ガソリンはもう後部座席に積んである。」などと言い、トランク内に A を閉じ込めた状態であることを秘したまま、B 車を燃やすよう指示した。乙は、組長である甲の指示であることから、これを引き受けた。

(4) 乙は、一人で B 車を運転し、甲に指示された本件採石場に向かった。乙の運転開始から約 1 時間後、A は、B 車のトランク内で意識を取り戻し、「助けてくれ。出してくれ。」などと叫び出した。乙は、トランク内から人の声が聞こえたことから、道端に B 車を止めてトランクを開けてみた。トランク内には、A が手足をロープで縛られて横たわっており、「助けてくれ。出してくれ。」と言って乙に助けを求めてきた。乙は、この時点で、甲が自分に事情を告げずに B 車を燃やすように仕向けて A を焼き殺すつもりだったのだと気付いた。乙は、A を殺害することにちゅうちょしたが、組長である甲の指示であることや、乙自身、日頃、A からいじめを受けて A に恨みを抱いていたことから、A をトランク内に閉じ込めたまま B 車を燃やし、A を焼き殺すことを決意した。乙は、A が声を出さないように A の口を車内にあったガムテープで塞いだ上、トランクを閉じ、再び B 車を運転して本件採石場に向かい、持参したガソリン 10 リットルを B 車の車内及び外側のボディに満遍なくま

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

き、B車の東方約5メートルの地点まで離れた上、丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれをB車の方に投げ付けた。すると、その火は、乙がまいたガソリンに引火し、B車全体が炎に包まれてAもろとも炎上した。これにより、Aは死亡した。

1 論点

本問は、平成13年度司法試験論文式刑事系第1問を素材に、情を知らない他人を利用して殺人罪を犯そうとしたが実際にはその他人に事情を見抜かれたうえ意外にも既遂結果に至った場合の利用者（甲）の罪責と、犯行計画を見抜いたにもかかわらずこれを既遂にした人物（乙）の罪責を問うものです。一般には「間接正犯と教唆犯にまたがる錯誤」の問題として扱われますが、殺人罪の「実行の着手」を甲が被害者Aを車（B車）のトランクに閉じ込めて乙に引き渡すまでの間に認めると、甲は「実行の着手」までは直接正犯、その後は間接正犯の複合形態の犯行計画であったこととなります。

なお、建造物等以外放火罪に言及した答案が散見されましたが、本問では、建造物等以外放火罪の点も除くとしているように、乙がB車を炎上させた点については尋ねていません。

2 論点解説

(1) 本問では、まず、A死亡という結果を直接引き起こした乙の罪責から論じましょう。

この点については、たとえ知らないうちに別人が被害者を死亡させるためのおぜん立てを整えていたとしても、それを知った上で被害者の殺害を決意し、実際にB車を炎上させて、「これにより、Aは死亡」という結果を招いた人物には、殺人罪が成立します。それを簡潔に述べた上で、甲との共犯関係の成否については、あとで検討すると書いておけば結構です。

なお、「Aの口を車内にあったガムテープで塞いだ上、トランクを閉じ」た行為には、この時点から監禁罪も成立する可能性があります。もっとも、殺人罪という大きな犯罪があるので、実務では、とくに監禁罪を別罪として起訴しないこともあります。

(2) つぎに、甲の行為が殺人既遂罪に該当しないか検討する必要があります。

この点では、甲は「乙が実行をちゅうちょしないよう、乙にはトランク内にAを閉じ込めていることは伝えないこととした」のですから、それが乙に見抜かれたうえに、そこで犯行がとん挫することなくA死亡の結果を生じてしまったことにつき、甲の行為とAの死亡との間に刑法上の因果関係が認められるかどうか問題となります。そして、これが否定されれば甲にはA死亡という結果は帰責されませんから、甲には殺人罪の「実行の着手」の有無つまり殺人未遂罪の成否が検討されることとなります。

実際、平成13年度司法試験では、被利用者が見抜いたのに殺人という重大犯罪を止めることなく既遂にしてしまうという因果経過は異常であり、それは「情を知らない人物を利用して人を殺害しようとする利用行為の危険」が実現したものではないとして刑法上の因果

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

関係を否定した受験生も、見事合格しました。

しかも、ここで刑法上の因果関係を否定してしまえば、後述する「間接正犯と教唆犯にまたがる錯誤」は論じる必要はありません。したがって、ここで刑法上の因果関係を否定しておくことは、大変巧みな答案戦略といえます。

なお、甲には、「Aに睡眠薬を混入させた飲料を飲ませて眠らせた上、Aを車のトランク内に閉じ込め」た時点ですでに監禁罪が成立しています。もっとも、殺人罪という大きな犯罪があるので、実務では、とくに監禁罪を別罪として起訴しないこともあります。

(3) そこで、甲の行為とA死亡結果との間の刑法上の因果関係を否定したパターンを前提にすれば、ここで、甲がB車を乙に引き渡すまでに殺人罪の「実行の着手」が認められるか否かを検討することになります（「実行の着手」は、常に「因果関係」よりも先に検討しなければならないというものではないことに注意してください）。

ここでは、被害者を昏睡させて海中に投棄し溺死させる犯行計画の事案で被害者を昏睡させた時点で殺人罪の「実行の着手」を認めた最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁（「クロロホルム事件」決定）が参考になります。というのも、「クロロホルム事件」決定では、①被害者を昏睡させるという、被害者を溺死させるための投棄に必要不可欠で、②投棄までに犯行計画上特段の障害がなく、かつ③時間的・場所的にも比較的近接している行為に殺人罪の「実行の着手」が認められたからです。

これを本問にあてはめれば、甲がAを昏睡させてB車のトランクに閉じ込め、これを乙に引き渡すことは①乙による放火・殺害に必要不可欠な行為であり、②放火・殺害までに犯行計画上特段の障害はないのですから、あとは③時間的・場所的の近接性があるか否かのみが問題です。

ところが、本問には、「乙の運転開始から約1時間後」に乙がAの存在に気づいたことは記されていますが、その後の時間と距離は示されていません。そこで、③時間的・場所的の近接性を認めるか否かは、解答者が本問からどのような印象を受けたかという判断に委ねられます。

そこで、気づいた時点から放火まではさほど時間はかからず距離もそれほど離れていないと考える場合には、甲が乙にB車を引き渡す時点までに殺人罪の「実行の着手」を認め、甲に殺人未遂罪を認めることとなります。

他方、ここで殺人罪の「実行の着手」を認めない場合には、甲には殺人予備罪のみが成立することとなります。なぜなら、乙が事情を知った後の出来事については甲の行為には刑法上の因果関係がないので、その後に乙に殺人罪の実行の着手が認められたとしても、それは甲には帰責されないからです。

(4) 他方、甲の行為と乙の殺害行為との間に刑法上の因果関係を認める場合には、情を知らせず利用しようとした人物が計画を見抜きつつ既遂結果をもたらした場合でも刑法

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

上の因果関係が認められる理由を示し、その後に、見抜かれないと思っていたのに見抜かれたうえで結果が起きたことについて「因果関係の錯誤」を検討することになります。

まず、被利用者に計画を見抜かれても「(狭義の)相当因果関係」が認められる、あるいは行為の危険の実現であるとする理由を示さなければなりません。

本問では、甲は「乙が実行をちゅうちょしない」ために、A が閉じ込められていることを乙に伝えませんでした。ところが、実際には、乙は「A を殺害することにちゅうちょしたが、組長である甲の指示であることや、乙自身、日頃、A からいじめを受けてA に恨みを抱いていたことから」、事情を見抜きつつ殺害を実行しています。そこで、甲が考える「乙が実行をちゅうちょ」するというのは、最終的に犯行を間違いなく止めることを意味するのかを考える必要があります。その結果、「ちゅうちょはするけれども組長である甲の指示であることを重視して犯行を決断する可能性はある」と考えるのであれば、現実にもそうした乙の行動は「(狭義の)相当因果関係」を否定するものになりません。同じ理由で、これは甲の指示「行為の危険の実現」を否定するものでもないと考えることができます。

(5) このようにして甲の行為と乙による殺害結果との間の刑法上の因果関係を認めた上で、甲はあくまで情を知らない乙を利用して A を殺害するつもりであったことをどのように評価するかが問題となります。

ここで、甲自身の行為に殺人罪の「実行の着手」を認めないのであれば、これは「間接正犯と教唆犯（あるいは他の共犯形態）とにまたがる錯誤」の問題となります。その上で、処断刑は同じですが、正犯より罪責が軽いと考えられている教唆犯が成立することになります。他方、甲自身の行為に殺人罪の「実行の着手」を認める場合には、「実行の着手」と「結果発生」との間の「因果関係の錯誤」となります。

そこで「実行の着手」を認めない場合、甲の行為を「殺人罪の間接正犯の故意で客観的には殺人罪の教唆に当たる結果を実現した行為」と考えるなら、あとは「客観的には殺人罪の教唆に当たる結果」に対して「殺人罪の間接正犯の故意」が符合するかどうかを検討すればよいでしょう。

もっとも、その際、「間接正犯の故意」とは、あくまで、「他人に犯罪の故意を生じさせずに犯罪を実行させる意思」であり、「教唆犯の故意」は「他人に犯罪の故意を生じさせて犯罪を実行させる意思」をいうのだと考えれば、「間接正犯の故意」は現に犯罪の故意を生じて結果を発生させた事態には符合しないこととなります。それでも本問において甲に殺人の教唆犯が認められるというのであれば（事実、最近では、窃盗罪で類似の事案に関し、松山地判平成 24・2・9 判タ 1378 号 251 頁がそうしています。）、教唆犯というのは「他人に犯罪の故意を生じさせるつもりがなくても、結果的に犯行を決意させたのであれば成立する」のであり、「間接正犯の故意」の中にも含まれている、つまり教唆犯は「他人に犯罪の故意を生じさせるつもりがなくても成立し得る」ことを認めなければなりません。これは、結論は不当ではありませんが、教唆犯の成立に正犯の「故意」が存在しなければならないとする

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

考え方が実際には否定されていることを意味します。

(6) 他方、自らのために乙を利用して A を殺害しようとし、現にそれを達成した甲が「教唆犯」とどまるという結論に違和感を持つ方もおられるでしょう。その場合には、先の「間接正犯と教唆犯（あるいは他の共犯形態）とにまたがる錯誤」という論点に関し、間接正犯を否定しつつ共同正犯を認めた最決平成 13・10・25 刑集 55 卷 6 号 519 頁があることを思い出してください。この判例は、12 歳になる自分の息子を利用して強盗を実行させた被告人には強盗罪の間接正犯ではなく共同正犯が成立するとしています。

そこで、これに応じて、本問では、犯行計画を見抜かれた甲には間接正犯の既遂は成立しないが、見抜いた実行犯とこれを利用しようとした背後者との間に、少なくとも B 車を炎上させるという点では意思の疎通があり、その結果として両者とも殺人既遂罪の罪責を負うのであるから、これは共同正犯であるとするのが考えられます。もっとも、この場合でも、共同正犯は「他人に犯罪の故意を生じさせるつもりがなくても、結果的に犯行の一部を故意で実行させたのであれば成立する」と考えることが必要となります。この結論もまた不当ではありませんが、共同正犯においては他の正犯者との「犯罪についての現実の意思連絡」つまり「故意の共同」が実際には否定されていることを意味します。これを「犯罪の共謀」と呼ぶのであれば、「犯罪の共謀」には、実は、「犯罪の故意の並立」も含まれると理解しなければなりません。

(7) とりわけ、A をトランクに閉じ込めたまま B 車を乙に引き渡すという甲自身の行為に「殺人罪の実行の着手」を認めるのであれば、甲も「一部実行」をしたことになり、以上の考え方をういて乙との「実行共同正犯」を認めることができます。

3 答案の講評

(1) 本問の中心問題は、甲の罪責をどのように考えるかにあります。そのために、甲の罪責について「具体的な事実を指摘」するよう指示しているのです。乙については、共犯関係を除いては、殺人罪の成立に何らの疑問もありませんので、これについては簡潔に述べてください。

(2) 甲自身の行為について殺人罪の「実行の着手」を検討している答案は、少ないながらもありました。よく気づいたと思います。他方、「刑法上の因果関係」が問題となることは、あまり気づかれていなかったようです。しかし、トランクの中に人が閉じ込められていることに気づきつつ火を放ってこれを焼き殺すことは、通常であれば、「社会生活の経験上予見し得られるところ」ではないのですから、検討がほしかったところです。その結果として、暴力団における組長と組員の関係だからという理由でこれを認めることは、もちろん、理由のあるところです。これを指摘した答案は、高い評価をしています。

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

(3) 本問が「間接正犯と教唆犯（ないし他の共犯）にまたがる錯誤」の論点であることに気づいていない答案、「間接正犯」の既遂は、通説によれば、あくまで「情を知らない人物」が「道具」として結果を引き起こした場合に認められるものであることをあまり意識していない答案も散見されました。少数説はありますが、これを書く場合には、通説が採れない理由も書いてください。とくに、甲の自動車にガソリンをかけて火を放つ点で甲と乙との間に意思の疎通があったことなどを理由として殺人罪の共同正犯をあっさり認めた答案には注意が必要です。というのも、故意の共同正犯の要件である「犯罪の共謀」は、通説によれば単なる故意の同時存在ではなく、特定の犯罪を実行する点での意思連絡を必要とするはずだからです。本問で共同正犯を認める場合には、特定の犯罪を実行する点での意思連絡が不要な理由を述べることが期待されます。

(4) そのほか、「間接正犯」、「共同正犯」、「教唆犯」、「従犯」といった他人を利用し、または他人と共同して罪を犯す形態については、基本を押さえた学習が望まれます。

2023 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、甲の罪責について論じなさい（特別法違反の点は除く。論じるにあたって甲と A らとの間で共同正犯が成立することを前提としてよい）。

【事例】

(1) 甲は A らと、現金自動預払機（以下、ATM という）が設置された無人の P 銀行 Q 支店出張所（管理者は Q 支店支店長 R。以下、出張所という）を利用する客のカードの暗証番号などを盗撮し、その後利用客からカードを入手して、カードと暗証番号を使って現金を引き出すという計画を立てた。

(2) 甲と A は上記計画に従って、盗撮用のビデオカメラの入った紙袋をもって営業中の出張所の中に入り、2 台ある ATM のうちの 1 台に利用者の手元を撮影できる角度でビデオカメラを設置した。その後、甲と A は出張所の利用者をビデオカメラが設置された ATM に誘導するために、カメラが設置されていない方の ATM の前に交互に立ち、一般の利用客のように装い、残高照会や入出金など適当な操作を繰り返して、1 時間半の間その ATM を他の利用客が利用できないようにした。その結果、甲らは複数の利用者の口座番号、氏名、暗証番号などの盗撮に成功した。

(3) 甲らは、上記盗撮に成功した利用者のうちの 1 人である V に狙いを定め、V の後をつけ、V の自宅を突き止めた。そして V の自宅に電話をかけ、「V さんのお宅ですか。あなたの口座が不正に利用されていることが分かりました。すぐに口座を凍結する必要があります。今から行員がお伺いします」とうそを告げたところ、V は甲の言うことを信じた。

甲は、その 15 分後に V 宅を訪れ玄関先で「口座の凍結のためにキャッシュカードをお預かりする必要があります。この封筒にカードを入れてください。」と告げ封筒を渡したところ、V は自己の所有する P 銀行のキャッシュカードを封筒に入れた。ちょうどその時、V 宅の電話が鳴り、V は玄関にある靴箱の上にキャッシュカードを入れた封筒を置き、中に入っていった。甲はその際に靴箱の上にある封筒を持って V 宅から立ち去った。

(4) 甲はその足で近くの ATM に向かい、V のキャッシュカードと盗撮した暗証番号を使って V の預金を全額引き出した。

1 論点

本問は、最高裁平成 19 年 7 月 2 日刑集 61 巻 5 号 379 頁の事案を改変・事実の追加を行い刑法各論の基本的知識を試そうとしたものです。

行為者の有する 1 つの違法な目的を達成するため（本問では最終的には現金を手に入れることが目的です）に複数の犯罪が行われることがあります。その一連の事実関係の中から、犯罪となるべき行為を抽出し、適切に論点を処理していくことが求められています。

本問では、①建造物侵入罪、②偽計業務妨害罪、③詐欺罪、④窃盗罪、の 4 つの犯罪の成否が問題となります（場合によっては V の家への住居侵入罪も問題となるかもしれません）。

①においては、営業中の無人 ATM コーナーに外形的には普通の利用者と変わらず中に入

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

った甲らの行為が侵入といえるかが問題となります。

②においては、甲らは ATM の前で残高照会や入出金という、通常の ATM の操作を行っていただけであったにもかかわらず、それを業務妨害というための構成が問題となります。

③においては、V はカードを封筒に入れたものの甲に手渡すことなく家の中に入ってしまったところ、甲がそれを持ち去っていますので、この行為が詐欺罪にいう交付に当たるかが問題となります。

④においては、甲は V のカードと暗証番号を使って ATM からお金をおろしていますが、この行為は誰を被害者とする犯罪であるかが問題となります。

以下、それぞれの論点について解説していきます。

2 論点解説

(1) ATM コーナーに盗撮目的で入った甲らの行為は“侵入”といえるでしょうか。この点については、外形的には普通の利用者と変わらない態様で立ち入っているのだから、建造物の平穏が害されたとはいえず、侵入には当たらないと考えることができます。他方で、刑法 130 条の保護法益を住居権と考えるならば、権利者の意に沿わない立ち入りは侵入といえるという考え方もあるでしょう。

この点については、最判昭和 58 年 4 月 8 日刑集 37 卷 3 号 215 頁が労働争議においてビラを貼るために郵便局内に入った被告人の行為について「管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示していない場合であっても、該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的などからみて、現に行われた立入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは、他に犯罪の成立を阻却すべき事情が認められない以上、同条の罪の成立を免れない」として、建造物侵入罪の成立を肯定しました。

この規範を用いれば、ATM コーナーは入出金や、振込、残高照会などの利用のために設置されたものであり、そこに利用客の情報を盗撮するための機械を設置するために入る行為は、そのような立ち入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断できますから、当該行為をして“侵入”と判断することはできるだろうと思います。

もっとも、この趣旨を貫徹すると万引き目的でスーパーに立ち入る行為はその時点で建造物侵入罪が成立するようにも思われますが、実務上すべての事案においてそのように取り扱われているわけではありません。つまり、上記の規範に当てはまるようであっても、侵入罪が成立するにはさらに 1 時間半といった長時間その場に滞在するなど何か考慮すべき点があるのかもしれない。

(2) 単に ATM を利用しているだけの甲の行為に偽計業務妨害罪が成立するでしょうか。まず、甲らの操作は、銀行や他の利用客からすれば当該 ATM の通常の利用者と誤信するでしょうから、この行為は偽計に当たるといえます。

問題は“妨害”です。なぜなら行われているのは ATM 利用としては通常の操作である以上、単なる ATM サービスの利用であって妨害とはいえない、といえそうだからです。

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

この点、業務妨害罪には妨害結果は不要であり、妨害の恐れがあればよいから、具体的な認定をしなくてもよいかのような考え方をする方もいます。しかし、これは条文上妨害を要求しない公務執行妨害罪についてはいっても、妨害を条文上要求する業務妨害罪においてはきちんとした論証を必要とします。

この問題は、開店前の店舗前に汚物をまき散らしたが店員の機敏な処理によって通常通り営業を開始できたといった場合に、営業自体は通常通り実施できているから妨害結果は発生していないのではないかと、という形で生じます。

しかし本当に業務の妨害は起きていないのでしょうか。本来、店員（店舗）は開店前においては開店準備をすることが業務の内容です。しかし、汚物をまかれていては開店はできませんから、その処理をする必要があるでしょう。そうすると、本来店員がすべき開店準備の時間がその処理に使われるということになります。もちろん、店舗前の清掃も業務に含まれていますが、通常の清掃を超えた汚物の処理まではその内容とはいえ、本来その時間に店員が遂行できた開店準備という業務が、汚物の処理によって妨害されたといえるのです。

このように、条文上妨害が要求される業務妨害罪においては、犯人の行為により本来遂行すべき業務を遂行できなかったという意味での妨害が起きていることを認定することが必要となります。

上記判例においても、被告人らは「一般の利用客のように装い、適当な操作を繰り返しながら、1時間30分間以上、あるいは約1時間50分間にわたって、受信機等の入った紙袋を置いた現金自動預払機を占拠し続け、他の客が利用できないようにしたものであって、その行為は偽計を用いて銀行が同現金自動預払機を客の利用に供して入出金や振込等をさせる業務を妨害するものとして、偽計業務妨害罪に当たるといふべきである（傍点筆者）」としています。

注意しないといけないのは、この妨害とは他の客が利用したくてもできなかったことではないということです。あくまでも銀行が利用客にATMを利用させるという業務なので、他の客がいなかったり、客が他のATMを利用することで困らなかつたりしたとしても、甲らが占拠しているATMを利用させることができない状態にしたことそのものが銀行の業務の妨害に当たるということになります。

(3) ここでの問題は、すでにカードを封筒に入れ、甲に渡すだけの状態で、棚の上に置かれていたものを持ち去っても交付といえるかです。交付を形式的に手渡すこと、と理解すれば、Vはまだ甲に手渡してはいませんので、この段階では交付とはいえ、詐欺罪は未遂にとどまります。

この点について最判昭和28年12月14日刑集5巻13号2518頁は、被告人に欺罔された被害者が玄関先に置いた現金を持ち去ったという事案で、「財物を犯人自身又はその代人若しくは第三者に交付せしむるか或はこれ等の者の自由支配内に置かしむることを謂う」としており、本問のような事例で詐欺既遂罪を認めました。

なお、詐欺既遂罪を否定し未遂にとどまるとした場合、交付がなかったにもかかわらずV

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

の意思に反して V 宅からカードを持ち出した行為に窃盗罪が成立することとなり、さらに詐欺未遂罪と窃盗罪の罪数関係が問題となります（混合的包括一罪として窃盗罪で処断されることになるでしょう）。

（4）最後に、V から入手したカードと暗証番号を使って ATM から現金を引き出した行為につき窃盗罪が成立します。V の預金債権からの引き出しですが、ATM の内部の現金自体は銀行の所有・占有に係るものであり、被害者は銀行です。もっとも、引き出しに使われたカードと暗証番号は真正なものであることから窃取といえるかが問題となります。客観的行為としての窃取は他人が占有する財物を、占有者の意思に反して、その占有を排除して、自己または第三者の占有に移すことをいいますが、銀行は不正に入手したカードと暗証番号からの引き出しを通常は拒否すると思われまから、その引き出しは占有者である銀行の意思に反した移転といえることから窃取が認められることとなります。

3 答案の講評

（1）まず、建造物侵入罪については、盗撮目的の立ち入りは管理者の意思に反した立ち入りであるから侵入といえる、と認定した方が多くおられました。もっとも、答案を読む限りでは、侵入の定義を覚えてそれに機械的にあてはめているのだろうと思われる答案も多くみられました。外形上は通常の立ち入りと変わらないという点や、管理者の意思の認定の仕方など、平成 19 年の判例が一体何を問題にしようとしていたのか、それに先立つ昭和 58 年判決の下級審はなぜ無罪判決を導いたのか、といった点についても理解することで、きちんとした問題提起ができていくように思います。

（2）については、業務妨害罪について全く触れていない答案や、威力業務妨害罪とする答案が複数見られました。威力とは他人の意思を制圧するに足りる程度の勢力のことをいいますが、甲らは銀行や他の利用者の意思を制圧しようとしたのではなく、機械を設置した ATM を使わせるために、他方の ATM の利用を装っているのですから、偽計ととらえるべきです。また、電子計算機使用業務妨害罪を検討する答案もいくつか見られましたが、「電子計算機に使用目的に沿うべき動作をさせず、または使用目的に反する動作をさせ」ることが必要であり、本問では ATM 自体は通常動作をしているにすぎず、成立しません。

一応偽計業務妨害罪に当たるとする答案でも、本問の論点が誰の、何の業務を妨害したといえるのかという点にあることに気付くことができず、妨害結果はいらぬであるとか、盗撮していたから、他人が利用できなかったからなどの理由から妨害といえるといった認定がされていました。

この点では、上記判例のように甲らが ATM を 1 時間半にわたり占拠することで、ATM の利用を求める者にその利用を提供するという銀行の業務が遂行できなかったという点を妨害の内容として認定することが必要であったと思います。

（3）については著名な論点でもあることから、触れている答案も多くみられました。結論としてはどちらもありうると思いますが、上記判例の趣旨を踏まえた認定をすることが求められています。なお、交付を否定した場合であっても、本問では欺罔行為が認められます

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

ので、詐欺未遂罪が成立することに注意が必要です。

（４）については銀行を被害者とする窃盗罪が成立するという点について触れられている答案が多くありました。この行為を電子計算機使用詐欺とする答案も見られましたが、ATMを利用して銀行の意思に反して財物の占有を移転していますので、窃盗罪を検討すべきでした。銀行を被害者とした場合、使われたカードは真正でありまた暗証番号も本物ですから、その場合でもなお窃取といえるのはなぜかに言及しておく必要があります。

（５）最後に、刑法の答案は当該事案の中から問責の対象とする行為を明らかとしたうえで、それぞれの成立要件に具体的事実をあてはめていくことが必要です。それらがすべて充足されると、行為者に刑罰が加えられるという重大な結果を生じます。

刑法の論点とは、機械的に記憶してそれを吐き出す作業ではなく、当該事案の中に行為者に罪を問うことができない可能性のある事実関係を取り出し、それが要件との関係でどのような意味を持つのかを考える作業といえます。

実はそのような形で論点を発見していく作業こそが刑法の学習を進める一番の近道なのではないかと思います。今後とも研鑽を積まれることを期待しています。

以上

小論文

設問Ⅰは、ヨーロッパにおける歴史修正主義の法規制の保護法益について著者がどのように理解しているか、具体例をあげながら説明することを求めている。

保護法益については、少なくとも二つのことが指摘されなければならない。

一つは、歴史修正主義あるいは歴史の否定を法で規制する目的が「歴史の真実」といった抽象的なものの保護ではなく、その出来事を経験した歴史の当事者に対する攻撃から守ることにあるという点である。そしてこうした行為は、ホロコースト否定論やアルメニア人虐殺否定論など、人種偏見や民族差別、特定集団への敵意を煽る行為を伴うヘイトスピーチの一形態と言える点を具体例として示さなければならない。そのうえで、歴史の否定は、個人や集団の尊厳を傷つけ、公共の平穏を乱し、暴力を誘発するヘイトスピーチという理解から法規制の対象とされてきているという筆者の指摘に触れる必要がある。

もう一つは、法規制の目的が、社会一般に対する利益、すなわち、人種偏見を助長し憎悪を煽る言説を処罰することで社会の平穏を守ることにあるという点である。これについては、法規制の目的が当事者（個人的法益）の保護にだけあるのなら当事者が存命する期間だけの時限法でよいはずだが、そのような国はないことにまず触れる必要がある。そして、歴史認識に基づいた社会のアイデンティティの維持、歴史を「教訓」として、二度とそのようなことが起こらないように次世代へ記憶を継承することも目的の一つであることを説明しなければならない。そのうえで、特定の歴史の否定を法で規制することは、社会がよって立つ価値観やこれに基づく制度を守るためでもあるという筆者の見解に触れる必要がある。

前半部分についての説明はできているが、後半部分の説明が欠如している答案が目立った。そのような答案はホロコースト否定論などの具体例を詳しく展開していたが、一方で、限られた文字数の中で記載が不可欠な事項を欠落させる結果となっていたようである。設問で指定された記載要件を、過不足なく、既定の文字数で論述するようにはしなければならない。

設問Ⅱは、ドイツおよびフランスにおける「ホロコースト否定禁止法」の意義と機能を説明すること、それぞれの法規制の限界に関する著者の見解を説明すること、そして、それらに対する自らの見解を論述することをそれぞれ求めている。

まず、ドイツにおけるホロコースト否定禁止法については、それがドイツ刑法 130 条 3 項は 1994 年に制定されたものであることを説明しなければならない。そのうえで、民衆扇動罪（130 条）自体は 1960 年に制定されていたが、これは民族や宗教を理由として暴力を誘発し、人間の尊厳を傷つけ、公共の平穏を乱すようなヘイト行為が禁止されていただけで、集団に関係する歴史の否定を禁止することはできなかったという点を指摘する必要がある。例えば、「アウシュビッツのガス室は捏造である」といった言説を民衆扇動罪で処罰することはできなかったという点である。そこで、歴史修正主義的な言説自体を違法化するために、

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

130 条 3 項が追加され、公共の平穩を乱すのに適した態様で、公然又は集会で、ナチ支配下で行われた行為を是認し、その存在を否定し又は矮小化する者が処罰されるに至ったという点をさらに説明する必要がある。そのうえで、ドイツ憲法裁判所が、ホロコースト否定論は「虚言」であって表現の自由の保障は認められない判断したことに触れ、刑法 130 条 3 項の運用においては、ホロコーストは疑う余地のない「歴史的事実」であって「公知の事実」として扱われ、有罪判決は年間 150 件前後で推移していることを説明すればよいことになる。

そして、ドイツ法による規制の限界に関しては、筆者が、特定の歴史の否定禁止は規制に対する社会的合意がなければ機能せず、表現の自由を一部制限してでも悪意のある歴史の歪曲を禁じるべきだと国民が考えている必要があるとしている点を指摘しなければならない。そのうえで、特定の歴史言説を禁止する権力の側も、思想統制にならないように抑制的に規制を行う必要があり、これに乗じて政治的に対立する勢力の発言を封じ込めようとしていたり、国家権力の乱用につながったりすることがあってはならないと考えている点にも触れる必要がある。

次に、フランスについてもドイツ同様に歴史修正主義を規制する法律が存在し、ニュルンベルク裁判で定義された「人道に対する罪」の否定を禁止する 1990 年「ゲソ法」がその代表である点を説明する必要がある。同法は、親衛隊やゲシュタポ、これらを統括する国家保安部などが、非戦闘員である一般市民に対して行った虐殺、奴隷化などの非人道的行為、政治的・人種的・宗教的な理由による迫害の存在に異議を唱えることを処罰の対象としており、否定よりも広く、異議を唱えることを処罰対象とする点に特徴があること、また、同法によっても多くの有罪判決が下され、一定程度機能していることなどが説明できていなければならない。

そのうえで、ホロコーストを否定したり、矮小化する発言をする者は一種の確信犯であり「信念」を有しているので、いくら有罪判決を受けても一向に意に介することがなく、犯行を繰り返す現状があり、規制法は個人の歴史観を矯正することができないと筆者が述べている点に触れなければならない。また、裁判所の命令で罰金が支払われても死者の尊厳が守られたとも言えず、社会に対するメッセージにとどまっていることを認めざるを得ないので、その意味で限界があること、法規制は歴史修正主義者やホロコースト否定論者を社会的に周縁化することには役立つが、意図的に歴史を否定して論争を起し、注目を浴びることを一種の戦略としている確信犯に対しては抑止とならないことを筆者が問題視している点を指摘する必要がある。

答案においては、「歴史修正主義の規制の前提として、民主主義が十分に機能している必要があること」「法規制をしても、注目を浴びることを一種の戦略としている確信犯に対しては抑止とならないこと」といった筆者の主張を踏まえたうえで、ホロコースト否定禁止法が有する意義及び限界に関する自らの考えを展開することになるが、専ら私見を展開するだけで、その前提となる事実の摘示が不十分な答案が目立ったようである。設問

2023 年度入学試験（中期日程）講評

立命館大学法科大学院

の要諦は、著者の見解をめぐって解答者自らの意見を論理的に展開する点にあるので、前提となる事実の認識が不十分なままでは適確な論述は期待できないことになる。

以上