

2026 年度 立命館大学法科大学院
入学試験（前期日程） 講評

小論文	1 ページ
憲法	3 ページ
民法	6 ページ
商法	9 ページ
刑法	11 ページ

小論文

設問Ⅰは、著者が日本の検察官の「法意識」についてどのように考えているのかを問う問題であるので、著者の見解を適確に指摘するだけで足りる。具体的には以下のとおりである。

第一に検察の無謬性へのこだわりがあげられる。検察は検事総長をトップとする一枚岩の行政組織で、同族意識、組織としての一体感が強いから、建前としての無謬性にこだわりやすいという性質がある。第二に検察固有の正義感へのこだわりがあげられる。検察は正義の看板を背負っていることから、誤りのないこと、失点のないことに非常にこだわり、特に無罪判決については検察の最も目立った失点になるので、一度起訴した事件については、再審の局面も含め、組織の面子をかけて最後の最後まで争い続ける特性がある。第三に高い有罪率へのこだわりがあげられる。検察は高い有罪率を確保することが優秀さを示すと考えている閉じた組織なので、高い有罪率への固執が起訴が相当な事件を不起訴にする弊害を伴っているとの外部の声に耳を傾けることはない。第四に検察官は自分たちが法曹の中で圧倒的優位にあると考えている。日本の検察官の本音は、「裁判官も裁判員も自分がやりたい。一切合切一人でやって有罪を確保したい」というところにあり、刑事裁判官を尊敬しておらず、おおむね自分たちの言いなりになると侮っている。また、外部から批判を受けて自省する機会も、裁判官以上に少ない。

上記の内容について適確にまとめている答えは必ずしも多くはなかった。多くの答えは、検察のキャリアシステムやいわゆる人質司法の問題についてその内容について論じてはいるものの、肝心の「検察官の法意識」という観点からは十分には論じられていなかった。具体的には、人質司法の問題点を論じる中でも、検察が被疑者、被告人の人権に関心がうすいことまでは指摘できているものの、それがどのような背景から生まれてきているのかについての説明が足りていない答えが相当数あった。問いに適確に答えられていない答えについては点数が伸びていない。

設問Ⅱは、刑事司法、刑事訴訟手続の後進性について、検察実務、刑事裁判実務担当者双方の法意識、国民一般の法意識の観点から著者の見解を説明したうえで、自らの見解を論理的に展開できているか否かを問う問題である。

まず、検察官の法意識については、設問Ⅰの解答内容を踏まえたうえで、特に著者が例として挙げている特捜検察の問題について指摘する必要がある。特捜検察の手続的な不正義、不透明性は、冤罪事件である郵政不正事件の証拠ねつ造などに現れていること、また、特捜検察は捜査の端緒から起訴まですべて行うので、客観的、合理的チェックが働かないことに加えて、その面子、特権意識から、一度動き出した立件方向は止められない傾向にあることなどがそれである。さらに、特捜検察が政治権力の一部の意向を不明確な形で受けて立件に動いている可能性があり、民主政治の根本を脅かす事態を生みかねないこと、権力が少数の人間に集中し、立件の基準が不明瞭であり、第三者による客観的なチェックが入らない現在の制度が前近代的であることが、検察のそのような法意識を形成していることに触れる必要がある。

次に、刑事裁判官の法意識については、日本の冤罪の大きな問題は刑事系裁判官の判断の針が最初から検察官に傾いていること、刑事系裁判官は社会から隔離された司法官僚裁判官集団の中

でも、もう一重隔離された人々であり、刑事系裁判官の思考パターンは、様々な側面で検察官の思考パターンとシンクロナイズしがちであり、警察や検察が間違いを犯すかもしれないという視点が乏しいのが現実であることがまず指摘されなければならない。そして、刑事系裁判官の多数派にとって「疑わしきは罰せず」は単なるお題目で、そもそも判断にあたっての葛藤や逡巡があまりみられず思考停止しており、キャリアを通じて無罪判決を一度も出していない刑事系裁判官が一定割合存在している点も指摘できていなければならない。問題はこのような刑事裁判官の法意識がなぜ作られるのかであるが、その理由として著者は、①最高裁に対する忖度があり、無罪判決がキャリアに不利に働くとの思惑があること、②刑事裁判は民事裁判に比べてバリエーションの幅が狭く、訴訟指揮、判決についても高度の法的知識を要求される度合いが一般的に低いので、刑事裁判官は自信、自負を持ちにくいこと、③日本の裁判官は行政優位の法文化・伝統の下で、国家権力をチェックすることをためらう傾向にあり、それは国家の直接的権力作用である刑事訴訟において強く現れていること、④検察官が事実上強大な権力を持っていて、個々バラバラな裁判官を侮っていること、⑤刑事系裁判官は世論の影響を受けやすく、検察・警察寄りの世論には弱いことなどを挙げている。答案においてもこれらの理由付けを含めて説明する必要がある。

そして、国民一般の法意識については、ごく一般的、平均的な日本人の冤罪に関する法意識として「日本の刑事司法に問題があるとしても冤罪はまれなこと」「冤罪被害者は気の毒ではあるが、犯罪者が確実に逮捕、処罰される方がより重要」といった内容を指摘したうえで、このような法意識は、おおむね警察・検察の情報を無批判に垂れ流すマスメディアの推定有罪視報道によっても支えられている点を説明する必要がある。

設問は、適正な刑事訴訟手続の後進性について著者が考えるこれらの法意識分析について、解答者自身がどのように考えるのかを問うているので、刑事司法、刑事訴訟手続のあるべき適正性とは何であるのか。各層の法意識に関する著者の分析はいかなる事実に基づいていて、その分析は客観的妥当性を有しているのか。著者が言うところの検察官の法意識、刑事裁判官の法意識、一般国民の法意識について、それぞれ賛否いずれかの立場から、適切な例示を交えつつ、論理的に自己の主張を展開したうえで、一定の結論を導くことができていなければならない。

答案は、三者の法意識を整理したうえで、その適否について自らの見解を論理的に展開しているものから、法意識の観点を説明せずに刑事司法システムの問題点だけを指摘するものまで様々であった。当然のことながら前者については優秀答案として高得点で評価している。これに対して後者については得点は低い。また、解答者自身の考えについても、著者の考えを踏まえたうえでそれを批評しつつ自分の考えを展開できている優秀答案から、著者の考えへの賛否を述べるにとどまる不十分な答案、一般市民の法意識に寄せて自らの見解を述べるにとどまるかなり不十分な答案に分かれた。設問 I 同様、問いに適確に答えられていない答案については点数が伸びていない。

憲法

問題 I の主要な論点は、合憲限定解釈の必要性和可能性の有無である。入学試験要項には、受験上の注意として、「持込許可物件はありません。試験で使用する六法は配布します（全ての試験後、お持ち帰りいただけます）」と記載されているが、この「試験で使用する六法」には、出題の文章に引用してある国家公務員法（昭和 22 年法律第 120 号）第 98 条第 2 項の規定も、行政執行法人の労働関係に関する法律（昭和 23 年法律第 257 号）第 2 条第 2 号、第 4 条第 1 項、第 17 条第 1 項、第 18 条、第 37 条第 1 項第 1 号の規定も、すべて掲載されている。

これらの規定のうち、第 17 条第 1 項に、「職員及び組合は、行政執行法人に対して同盟罷業、怠業、その他業務の正常な運営を阻害する一切の行為をすることができない。また、職員並びに組合の組合員及び役員は、このような禁止された行為を共謀し、唆し、又はあおつてはならない」と定められているが、とりわけ「業務の正常な運営を阻害する一切の行為」という文言を杓子定規に文理解釈すると、若干の遅刻や居眠りでも「禁止された行為」に該当してしまいかねないだろう。これが行政執行法人の労働関係に関する法律の第 4 章「争議行為」の規定であり、第 17 条の見出しが「争議行為の禁止」であることは、もちろん「試験で使用する六法」により確認可能であるが、そもそも何のための規定なのかという立法目的を推察して、それに適合するように解釈されなければならないことだろう。

もっとも、どのような立法目的でもかまわないはずはなく、憲法第 28 条の規定に基づいて公務員にも労働基本権が保障されているのにそぐわない目的があるとすると、そのような目的に適合するように解釈しても、憲法に適合する解釈にはならない。合憲限定解釈が必要だと考える場合には、それが可能でもあるのかを考えなければならない。逆に全面的な「争議行為の禁止」でも合憲だと考える場合には、公務員関係の自律性が憲法秩序の構成要素として組み込まれているにしても、まさか公務就任権と労働基本権が二者択一の関係にあるのではなかろうから、現行法の規定が原則としての「争議行為の禁止」ではなく、例外を許さない一律の制約であると解釈されてよい根拠を考えなければならない。

憲法第 28 条に適合する労働基本権の制約のみが定められているように読まなければならないのかは、合憲限定解釈の要否の問題であり、そのように読むことができるのかは、合憲限定解釈の可否の問題である。「広汎な文言のとおり、ことごとく適用すると、……憲法適合性を欠くことになる場合もありはしないか、という趣旨の指摘……の当否について論じなさい」という本問の出題は、このような合憲限定解釈の要否と可否についての検討を求めている。

出題の文章の末尾に、「なお、その際には、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること」と付記してある。「必要に応じて」というのには、文字どおり「必要」があるということのほか、むやみやたらに「言及すること」はないということも含意している。

本問の解答にあたり「参考とすべき判例」としては、公務員の労働基本権の制約について合憲の場合を限定している全通東京中郵事件の最大判 1966（昭和 41）年 10 月 26 日（刑集 20 卷 8 号 901 頁）や東京都教組事件の最大判 1969（昭和 44）年 4 月 2 日（刑集 23 卷 5 号 305 頁）があ

り、この種の限定を解除している全農林警職法事件の最大判 1973（昭和 48）年 4 月 25 日（刑集 27 卷 4 号 547 頁）や全通名古屋中郵事件の最大判 1977（昭和 52）年 5 月 4 日（刑集 31 卷 3 号 182 頁）もある。いずれも『憲法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕』（有斐閣、2019 年）などに取り上げられている 1960 年代と 1970 年代の最高裁判所大法廷判決であり、教科書などにも引用されているのが普通である。手際よく「自己の見解と異なる立場」を想定して再反論を組み立てるのにも活用するのが得策だろうが、その際には、これらが刑集（最高裁判所刑事判例集）に登載されている刑事事件の判決であることにも留意して、本問の「違反しても処罰されるわけではない」という点も抜かりなく論じることが期待される。

以上のような出題趣旨を的確に把握して、とりわけ「参考とすべき判例」を手際よく活用してくれている答案にも恵まれたが、まったく「自己の見解と異なる立場に言及すること」がない残念な解答の仕方も目立った。公務員にも労働基本権が保障されることを丁寧に説明してから、これが制約される根拠も詳述している良好な答案もあり、とりわけ刑事免責とは別種の保障を誤解することなく俎上に載せて、公務員の労働基本権が制約される範囲を限定することの可否を手堅く検討している優秀な答案もあったが、かなりの数の答案は、的外れに法の下での平等や表現の自由や職業選択の自由を挙げて論じていた。

法律の規定の文言が広汎である場合と曖昧である場合とを混同して狭義の文面審査を展開しており、そこで本問の解答の「参考とすべき判例」ではない徳島市公安条例事件の最大判 1975（昭和 50）年 9 月 10 日（刑集 29 卷 8 号 489 頁）の判旨に準拠している答案も多く見られた。適用違憲になる場合を除外する合憲限定解釈の必要性と可能性の有無を論じることなく、これらの主要な論点について「参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること」もなく、もっぱら法令違憲の有無の論述に終始している解答が多数あった。また、国家公務員法第 102 条第 1 項後段の「人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」という禁止規定と混同しているような答案も散見された。

付言しておく、自由と平等ばかりを学んでいても、法科大学院の入学試験において憲法問題としての人権問題に取り組むのには足りないことがある。同じく当たり前のことであるが、出題の文章を末尾まで読みこなすことも、必要に応じて「試験で使用する六法」を使いこなすことも肝要である。

問題Ⅱは、国会の予算修正権の限界を問うものである。まず国会に予算修正権があることについて、予算の法的性質から論じる必要がある。かつての予算承認説は日本国憲法における財政民主主義・財政国会中心主義の下では適切ではなく、予算法形式説あるいは予算法律説について説明した上で、国会は予算の増減、減額のいずれも修正できることを確認することが求められる。

そして、本問のように予算を増額する場合、国会の予算修正権に限界があるかが問題となる。予算法律説の立場からは、内閣提出法案の審議と同じく、国会による予算の増額修正には限界がないことになる。他方、予算法形式説の立場からは、予算の増額修正に限界があるとする見解と、限界がないとする見解がある。前者の限界があるとする見解は、内閣の予算提案権を侵害しない範囲でのみ認められるとするもので、予算の同一性を損なうような大修正は許されないという。これに対して、国会の予算議決権を制約する憲法上の規定がないことや、財政国会中心主義から

すれば、増額の予算修正に限界を設ける理由はないと考えれば、後者の立場になる。

本問では、以上の学説の理解を踏まえた一貫した論述が求められるが、そもそも予算の法的性質を論じていない答案や、学説への言及に乏しい答案、政治的な適否に終始している答案があった。もっとも、出題趣旨に対応している答案は相当数あり、中には、増額修正に限界があるとする立場を採用した上で、本問の増額が予算全体に占める割合を指摘して論述するすぐれた答案もあった。

民法

[I]

(1) 合同行為

解答例は、「複数人が同じ目的に従って意思表示をすることで法律効果を発生させる法律行為をいう。一人の意思表示の取消し又は無効によっても法律効果は維持される」。合同行為は、当事者間の相対立する意思表示の合致によって成立する契約、一人の者の意思表示で成立する単独行為いずれとも異なるが、法律行為の一種であることを説明してほしい。例示しても良い。

全体として「必要費と有益費」の説明問題と比べてやや出来が良くなかったが、社団や組合の設立という適切な例示をしつつ、これらの目的のために意思表示をすることが指摘できている答案が比較的多く見られた。一人の意思表示の取消し又は無効によっても法律効果が維持されることについてまで説明する満点の答案はなかった。

(2) 必要費と有益費

解答例は、「必要費は物の保存・管理に必要な費用。支出者は支出額の償還を請求できる。有益費は物の改良等に使用した費用。償還する物の所有者は支出額と増価額の償還を選択できる」。両者の定義と両者の対比（弁済期、支出額と求償額の関係）などを説明してほしい。例示が丁寧なものでもよい。

六法の事項索引によって 196 条等の複数の関係条文を参照すれば、少なくとも定義は容易に書けるので、全体として比較的出来がよかった。ただ、両者の対比についてまで論及できた満点の答案はかなり少なかった。なお、事務管理の 702 条 1 項の「有益な費用」は、本人の利益となる支出であり物に関連しないものも含む。これは、事務処理に必要な費用を意味していて必要費も含むので、必要費と対比するのは適切ではない。

[II]

(1)

全体として抵当権の及ぶ範囲を主要なテーマにした出題であり、担保物権は苦手意識のある受験生が多いと想定されるので、この問題を選択した人は第 II 問より少なかった。しかし、逆にこれを選択した人は、ある程度書けるという自信があるのか、よく書けている答案も少なくなかった。

問 1 は、抵当権の優先弁済の効力が及ぶ範囲に関する 370 条を問題にしている。同条の「付加して一体となっている物」には、抵当権設定後の付合物（242 条）のみならず、従物（87 条）も含むと解される。固定した観客席は建物に付合した物であり、デジタル映写機はミニシアターとしての建物の従物と考えられる。そのため、改装後のミニシアター全体が抵当権の目的物であり、抵当権の優先弁済の効力が及ぶ。付加一体物を含めたミニシアターの売却代金は 5500 万円であり、C が最優先順位の担保権者なので 4000 万円全額の弁済を受けられる。

D の不動産工事の先取特権（327 条）は登記により保存されるため（338 条）、登記について問

題文に記述がない以上、問題にならない。Eの動産売買の先取特権（331条5号、321条）は生じるが、登記のある抵当権より後に発生しており、抵当権には劣後する。先取特権について論及する必要はないが、論及する答案は評価した。

370条の問題であると気付かない答案は論外だが（優先弁済効だけを評価）、気付いている答案は高得点になっているものが多い。観客席の付合についてもきちんと論及してほしい。

問2は、債権者平等の原則とその例外を尋ねる。上記のとおり、デジタル映写機の売主Eには動産売買先取特権があるので、無担保の債権者Dよりも優先して弁済を受けることができる。それゆえ配当額は、Eに満額の1000万円、Dには残額の500万円が配当される。

先取特権を見落としていて、債権者平等の原則により債権額に按分して配当される（Dに1000万円、Eに500万円）と書いた答案が多かったが、それなりに評価した。たんなる頭割りだとか、最初の債権額を基準にするのは大きな誤り。

問3は、土地Bの所有者からの所有権に基づく乙の取去・甲の明渡しの請求に対して買受人Cは占有権原の抗弁を主張できるかと問うている。解答も、このような趣旨を正しく理解して構成しているものが期待した以上に多かった。

Cの抵当権の効力は建物乙のみならず、その従たる権利（87条の類推適用）である土地甲に対するAの利用権にも及ぶ。このことを、根拠条文を摘示して正しく指摘してほしい。競売による乙の買受人は、乙の所有権のみならず甲の賃借権をもAから承継取得し、賃貸借契約の当事者である土地所有者Bに主張できる可能性がある。もっとも、競売による賃借権の譲渡は、甲の所有者であり賃貸人であるBとの関係では無断譲渡になってしまうので、612条の賃貸人の承諾または借地借家法20条の承諾に代わる許可が必要である。ここまで書けるものは少ないだろうと想定していたが、優秀答案では書けていた。承諾がなくても信頼関係を破壊しないため解除はできない、とした解答もそれなりに評価した。占有権原につき、法定地上権の成否を検討する答案が少なくなかったが、土地と建物が別所有者なので要件をみたさない。

なお、Aは借地借家法10条の乙の建物登記により、甲の借地権に対抗力を有しており、競売により移転登記を得ている（裁判所の職権による）から、賃借権譲渡が認められれば、それについても対抗力を有し、第三者に対抗できる。もっとも、Bは借地契約の当事者であって第三者ではないので、AやCの対抗要件は不要であるが、対抗要件の具備を正しく指摘する答案は評価した。

[2]

（問1）Dは誰にどのような根拠で損害賠償請求できるかという問である。事故は、発端となるBの足場の金具の取り付けミスから、Cの足場からの落下、Aの転倒、Dに物損の発生という経過をたどっている。したがって、認めるにせよ認めないにせよ、そもそもの原因から損害発生までに関わるB、C、Aそれぞれについての判断が求められる。しかし、1、2名の責任だけを取り上げて、その余については何の言及もない答案も多く、物足りなさを感じた。

まず、検討すべきは、損害発生に直接に関わるAの709条責任であろう。ただし、Aに過失があるのかは判断が分かれよう。結論は、避け方が悪いので結果回避義務違反があるとしてもよいし、Cが転落してきて足場が倒れると思い慌てて逃げたのだから上手に逃げることは要求されないから過失がない、という判断でもよい。また、過失ではなく違法性が阻却されるという理

由で免責することも考えられる。この場合、条文を引用するならば720条1項(正当防衛)である。足場が倒れてくるとAが思ったことから同条2項(緊急避難)としている答案が少なからずあったが、不法行為の緊急避難はその物の損傷の場合にのみ適用される。

Cについて709条責任を認める余地はAよりも大きいと言える。この場合、Cの過失は、工務店従業員であるにもかかわらず、足場に上がる前に十分な点検、安全確認を怠ったというところ等に求められよう。

Cの709条責任を肯定する場合には、Bについては715条1項で使用者責任を認めることができる。使用関係、事業執行性の要件は当然に満たすと考えられる。Bの使用者責任を問うなら、Cに709条が成立することが前提となるので、答案の書き方としては、C、Bの順番に検討する方が分かりやすい。Cを飛ばして、Bの使用者責任を検討している答案の中には、Cの責任を否定していたり、Cに709条責任が成立するかどうか判断しないままCには加害行為があるとしてBの使用者責任を肯定するものがあった。使用者責任の成立要件をよく確認してほしい。Cに責任が成立しないと判断した場合には、Bの709条責任を問うる。

損害賠償の範囲(416条)や複数の者に責任を認める場合にそれらは連帯債務(436条)になる(各人とDの損害との間に相当因果関係を認めるなら改めて719条1項の共同不法行為が成立すると言うまでもない)、足場は建物にも地面にも固定されておらず土地の工作物(717条1項)とはいえない等の説明は加点要素とした。

(問2) Cは誰にけがの治療費と慰謝料をどのような根拠で請求できるかという問である。請求相手はBしか考えられないが、請求根拠はBの安全配慮義務違反(雇用契約上の債務不履行415条1項)と不法行為(709条)が考えられる。問2も安全配慮義務違反か不法行為かどちらかしか書いていないものが多かった。両方を書くときは、請求権競合に言及されていればなおよい。損害項目として治療費と慰謝料が明記されており、それらが賠償範囲(416条)に入るのかの言及も欲しい所である。

(以上)

商 法

I 本件契約は、甲社の取締役 C が、第三者である乙社を代表して、甲社との間で締結したものであるから、第三者のためにする直接取引（356 条 1 項 2 号）に該当する。C は、甲社の取締役会において本件契約について重要な事実を開示して、その承認を受けなければならない（365 条 1 項、356 条 1 項）。

本件では、取締役会の招集手続は取られていないが、A B C の取締役全員が集まっているため、このような A B C の集まりを実質的に取締役会が開催されたものと解する余地がある。そうであるとしても、その場で重要事実が開示されたのかは不明であるし、本件土地を乙社に売却することについては B が反対しており、特別利害関係人である C を除いた A のみの賛成では決議が成立したともいえないから（369 条 1 項 2 項）、取締役会の承認があったと解することはできない。

取締役会の承認を欠く利益相反取引の効力について、判例は、会社が第三者の悪意を主張・立証してはじめて当該取引は無効とする相対的無効説の立場を取っており（最大判昭 46.10.13【会社法判例百選 55】）、悪意には重過失も含まれると解するのが一般的である。

本件において D は、C が甲社と乙社の代表取締役であることを知っており、本件契約について A と B の賛成を得ているのかを確認しているから、本件契約が利益相反取引に該当することを知っていたと考えられる。しかし上記のとおり、重要事実の開示や B の賛成がなければ利益相反取引についての承認があったとはいえない。D は、A が本件契約に賛成していると信じていたが、取締役会の承認の有無や B の同意が得られているのか否かについて確認しなかったのだから重過失がある。以上より、本件契約が無効であるとする甲社の主張は認められる。

II 取締役の会社に対する責任（423 条）の要件は、①取締役による任務懈怠、②損害の発生、③相当因果関係、④帰責事由である。

P については、①本件契約が重要な財産の譲受け（362 条 4 項 1 号）に該当する場合には、取締役会により決定しなければならない。本件契約は、本件土地を 1 億 5000 万円で Y 社から購入するものであり、その額は X 社の資本金の 50%、総資産・負債に占める割合は、3%・3.75%に達する。また、本件契約の目的は、旧友 R に対する便宜であって、本件土地を購入しても X 社の事業に貢献するものではなかったのだから、これらの点から総合的に判断すると、本件契約は、重要な財産の譲受けに該当する（最判平 6.1.20【百選 63】）。しかし P は、独断で本件契約を締結しており、取締役会決議を経ていないため、法令違反があり、任務懈怠が認められる。

②本件契約により、X 社には 5000 万円の損害が生じている。③ ②の損害は、本件契約の締結によって発生したものであるため、相当因果関係は認められる。④取締役である P が会社法の規定を認識すべきことは明らかであり、法令違反について故意、少なくとも過失は認められる。以上より、P は、423 条に基づき、X 社に対し、5000 万円の損害賠償責任を負う。

Q については、①取締役は、取締役会の構成員として他の取締役に対する監視義務を負っている（最判昭 44.11.26【百選 71】）。上述のとおり、本件契約は重要財産の譲受けにあたるため、

QはPから事前に相談を受けており、Pが違法に本件契約を実行しようとしていることを知っていた。Qは、取締役として、取締役会の招集を請求し、取締役会に報告するなどの措置を取ることが可能であったにもかかわらず、本件契約の締結を黙認し、かかる職務を果たしていないから、監視義務違反があり、任務懈怠が認められる。②本件契約により、X社には5000万円の損害が発生している。③QがPから相談を受けた時点で取締役会を招集請求するなどしていれば、本件契約は阻止され、損害の発生を回避し得たと言えるため、相当因果関係も認められる。④Qには、上述のとおり監視義務違反があり、過失も認められる。以上より、Qは、423条に基づき、X社に対し、5000万円の損害賠償責任を負う。

PとQの責任は連帯する（430条）。

刑 法

2026 年度前期入試の刑法は、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解答しなさい（特別法違反の点は除く。なお、甲・乙間の共犯関係については論じる必要はない。）。

【事例】

(1) 甲と A は従来から対立関係にあったところ、ある日 A は甲の発言を聞いて激怒し、甲に殴る蹴るなどの制裁を加えようと考え、強い口調で甲に「いい度胸をしているじゃないか。8時半に B 公園に来い。覚悟しておけよ。」と言った。これに対し甲も「おう、行ってやるよ。」と怒鳴って電話を切った。甲は、高校時代に A と同じ不良グループに所属しており、A が短気で粗暴な性格で、過去にも怒りにまかせて他人に暴力を振るったことが数回あったことを知っていたため、A の前に姿を現せば、A から殴る蹴るなどの暴力を振るわれる可能性が極めて高いだろうと思った。しかし甲も頭に血が上っていたことから、自宅にあった包丁（刃体の長さ 15 センチメートル。以下「本件包丁」という。）をズボンのベルトに差して準備した上で、B 公園に出向き、A を待ち構えていた。A は、同日午後 8 時 30 分頃、B 公園に到着し、甲の姿を見るなり、「お前、ふざけんなよ。ボコボコにしてやるからな。」と怒鳴り声を上げた。これに対し、甲は、「できるものならやってみろ。この野郎。」と大声で言い返した。

(2) A は、甲の態度に逆上し、甲に至近距離まで接近すると、右手の拳を突き出して甲の顔面を殴打しようとした。甲は、A の拳をかわしながら、本件包丁をベルトから抜いて、A の首付近をめがけて突き出した。甲の包丁は A の左肩付近をかすめ、A は全治 2 週間の左肩部切傷の傷害を負ったが、A はひるむことなく更に甲の顔面を殴打しようとして拳を振り上げた。

(3) ちょうどその頃、甲の勤務先の後輩乙は、偶然に B 公園に来て、A が甲を殴打しようとしているのを目撃し、とっさに甲を助けようと考えた。乙は、護身用に携帯していたサバイバルナイフ（刃体の長さ 18 センチメートル。以下「本件ナイフ」という。）を取り出して、直ちに A の背後に回り、同日午後 8 時 31 分頃、何の警告もせずに A の右上腕部を狙って本件ナイフを同部に強く突き刺し、A に加療約 3 週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせた。

(4) このとき、乙は、甲・A 間の上記事情を知らず、また、暗がりだったこともあり、甲が本件包丁を持っていることや、A がけがをしていることも認識しておらず、A が甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思い込んでいた。

1 出題の趣旨

本問は、令和 4 年司法試験〔刑事系科目第 1 問〕設問 2 の問題を改変したものです。司法試験においては乙の罪責のみを論じさせましたが、本問ではその前提となる甲の罪責についても論じさせることによって甲と乙の 2 人の正当防衛の成否について考えてもらおうとしたものです。

2 問題の解説

(1) 甲について

甲について論じるにあたっては、まず構成要件該当性が問題となります。甲は A の首付近をめぐって包丁を突き出したところ、たまたま右肩付近に当たったにすぎません。殺意は、凶器の形状や使用方法、身体の枢要部分を狙ったかなどの点から認定されるものですから、本問の場合殺意の有無を検討する必要があります。

次に正当防衛の検討に入ります。本問では、甲が A の侵害を予期していたことが論点となります。判例は、侵害が予期されたものであったとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない（最判昭和 46 年 11 月 16 日刑集 25 卷 8 号 996 頁）としますが、予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に望んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を満たさないものと解するのが相当であるとして（最決昭和 52 年 7 月 21 日刑集 31 卷 4 号 747 頁）。したがって、甲にこのいわゆる積極的加害意思が認められるかが問題となります。

もっともさらに近時では判例（最決平成 29 年 4 月 26 日刑集 71 卷 4 号 275 頁）が、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきであるとして、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性、⑥侵害場所にとどまる相当性、⑦対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑨行為者が侵害に臨んだ状況及び⑩その際の意味内容等を踏まえて、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で臨んだときなど、刑法 36 条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を満たさないものというべきであるとしています。

このような規範に照らしても急迫性が肯定されるという答えもありえます。もっとも急迫性を肯定した場合でも、やむを得ずにした行為すなわち「急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己の権利を防衛する手段として必要最小限度のもの」（いわゆる相当性）といえるかが問題です。これを否定する場合には、甲の行為に正当防衛は成立せず、また責任阻却事由も認められないことから当該犯罪が成立し、36 条 2 項（いわゆる過剰防衛）が適用されることとなります。

(2) 乙について

乙は主観的には正当防衛状況において行為をしています。客観的に見て当該行為をどのように理解するかが問題となります。

甲の反撃行為に正当防衛が認められなかったとしても、A による甲への侵害行為が正当化されるわけではありませんから、乙にとってみれば A の殴打行為はいずれにせよ急迫不正の侵害に当たると解することもできそうです。その場合は、乙の行為を正当防衛状況における行為であるとして、「他人の権利を防衛するため」、「やむを得ずにした行為」だと認定できるかについて検討していくことが求められます。その際は、A は甲を殴打しようとしたにすぎないにもかかわらず、いきなり本件ナイフで右上腕部を狙った行為の相当性の有無が問題となります。

他方、乙は甲の反撃行為に加わったにすぎないという立場を取れば、甲の防衛行為が正当防衛としては正当化されないとすれば、乙による防衛行為もまた正当化されないということになりま

す。その場合は正当防衛状況を誤信したことにつきいわゆる誤想防衛として（責任）故意を阻却するかという点を検討することになります。

もっとも乙の認識を基準としたとしても、素手の A に対していきなりサバイバルナイフを突刺す乙の行為は、これが甲に対する A の攻撃を止めるために必要最小限度を超えているのであれば相当性はないと考えられますから、誤想防衛であるとして故意を阻却することはできず、故意犯の成立自体を否定することはできないでしょう。その場合でも、乙の認識が正当防衛状況下における行為であったという点を踏まえて、いわゆる過剰防衛（36 条 2 項）の準用を考えることはできそうです。

3 答案の講評

（1）答案全体について

多くの答案が、構成要件、違法性、責任、刑の適用の順で検討しており刑法の答案の型を守ったものでした。中には乙から罪責を検討するものが見られましたが、乙の罪責を検討するにあたっては甲の行為の性質を明らかにする必要がありますので、論理的には甲から書き始めることが正しいといえます。

また、下記のように正当防衛において急迫性を否定したにも関わらず、その他の要件を検討するもの、他の要件を先に検討してから急迫性を検討するものが複数見られました。成立させるときにはすべての要件の充足が必要ですが、1 つでも充足しなかった場合には成立しないのですから、成立しない場合は充足しない要件を示すだけで十分です。

（1）甲の罪責

ア 構成要件該当性

上述のように、甲には殺意を認める余地があります。しかしほとんどの答案がその点について何らの言及もなくただ傷害罪の構成要件該当性を検討していました。

イ 違法性阻却 – 正当防衛の成否

ほぼすべての答案が正当防衛を検討していましたが、本件を自招侵害の事案ととらえた答案が一部見られました、本件では先に挑発したのは A ですし、B 公園においても A の方から声をかけていますから自招侵害を論じる余地はないように思われます（最決平成 20 年 5 月 20 日刑集 62 卷 6 号 1786 頁参照）。

急迫性の検討に当たっては上述平成 29 年決定を踏まえて判断することが求められます。上述の①～③、⑦～⑩の要素は積極的加害意思を認定するために欠かすことができない要素であるように思われます。判例をただ文字として覚えるのではなく、規範として利用できる形で理解することが必要でしょう。

積極的加害意思を防衛の意思の問題として検討する答案が見られましたが急迫性に関する論点ですので、この点について再度確認しておいてください。

やむを得ずにした行為かどうかを検討するにあたって、武器対等という言葉を用いる答案が複数見られました。しかし、判例は見かけ上の手段を比較して判断していません（最決平成 1 年 11 月 13 日刑集 43 卷 10 号 823 頁）し、武器対等という言葉を使って相当性を判断したこともありません。本問も、甲が包丁で A に傷をつけたのちも A はひるむことなく攻撃を継続していますか

ら、甲の包丁による反撃はなお必要最小限度と考える余地もあります。この点は見かけ上の手段を比較することで解決する問題ではありませんので、今後は（実質的）武器対等なる用語を用いて安直に判断するのではなく、「急迫不正の侵害に対する反撃行為が自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度（といえるか）」という定義に従って、慎重に判断することが求められます。

（2）乙の罪責

ア 誰を基準に正当防衛を考えるか

多くの答案は、甲の反撃行為の急迫性が否定され正当防衛が成立しないことを指摘して、乙についても正当防衛に当たらない、と指摘しています。しかし、その論理を示しているものはごく少数にとどまりました。他方で、この点に言及することなく乙の正当防衛を検討している答案もありましたが、なぜ被侵害者の行為が正当化されないのに、乙の行為の違法性が阻却される余地を認めるのかについては説明が必要です。

ごく少数ですが、乙に緊急避難を適用しようとする見解がありました。一般的には、正当防衛は侵害者への反撃行為、緊急避難は危難の第三者への転嫁を対象としますから、侵害者である A に対する行為を緊急避難と解する余地はないように思います。

イ いわゆる誤想防衛

いわゆる誤想防衛の点についてはおおむねよく書けていたと思います。

ウ 過剰防衛の準用

乙の故意が阻却されないとすると、乙には傷害罪が成立することになります。

もっとも、乙は正当防衛状況を認識しながら素手の A に対していきなりサバイバルナイフを突刺す行為に及んでいますから、これが甲に対する A の攻撃を止めるために必要最小限度を超えているのであれば、主観的には過剰防衛に当たることとなる事実を認識していることになります。そこで、本問の乙に 36 条 2 項を準用できるかが問題となります。

乙は正当防衛状況ではありませんので、36 条 2 項を準用するには過剰防衛の減免根拠に照らして、本問の状況が準用を許すかについてのあてはめが必要でした。しかしその点については試験時間の都合上触れられなかったと思われる答案がありました。

4 最後に

本問は、正当防衛の要件の検討、いわゆる誤想防衛、過剰防衛の準用といったごく基本的な論点に関する問題でした。しかし、平成 29 年の最高裁決定が出されているように、基本的、古典的論点ではあるが、今なお深化を続けている分野でもあります。新しい判例がそれまでの判例と比較してどのような意味を持ちうるか、その判例によって判例の射程はどう変化したか。まさに実務家として新しい問題を発見し、対応する能力を試すのに最適なものといえるでしょう。

今後とも、既存の枠組み、用語にのみとらわれることなく、勉強を進めていってほしいと思います。

II 次の【事例】を読み、〔設問1〕および〔設問2〕に解答せよ（特別法違反の点は除く）。

【事例】

(1) 税理士であるAは、甲を含む顧問先からの税理士顧問料等の取立てを、集金事務代行業者であるB株式会社（B社）に委託していた。

(2) B社は、上記顧問先の預金口座から自動引き落としの方法で顧問料等を集金した上、これを一括してAが指定した預金口座に振込送金していたが、Aの妻が上記振込送金先を株式会社C銀行D支店の甲名義の普通預金口座に変更する旨の届出を誤ってしたため、B社では、これに基づき、平成7年4月21日、集金した顧問料等合計75万0031円を同口座に振り込んだ。

(3) 甲は、通帳の記載から、入金される予定のない上記B社からの誤った振込みがあったことを知ったが、これを自己の借金の返済に充てようと考え、同月25日、D支店において、窓口係員に対し、誤った振込みがあった旨を告げることなく、その時点で残高が92万円余りとなっていた預金のうち88万円の払戻しを請求し、同係員から即時に現金88万円の交付を受けた。

〔設問1〕 上記【事例】における甲の罪責について論じなさい。

〔設問2〕 上記【事例】の(3)が以下のような場合の甲の罪責について論じなさい。

(3) 甲は、通帳の記載から、入金される予定のない上記B社からの誤った振込みがあったことを知ったが、これをAに現金で返却しようと考え、同月25日、D支店において、窓口係員に対し、誤った振込みがあった旨を告げることなく、その時点で残高が92万円余りとなっていた預金のうち75万0031円の払戻しを請求し、同係員から即時に現金で同額の交付を受けた。その後、甲は同額をAに交付した。

1 出題の趣旨

本問は、最決平成15・3・12刑集57巻3号322頁（『刑法判例百選II各論 第8版』のNo.52）の事案を題材として、民事では有効に成立し受取人の債権者による有効な差押えに対して誤振込人の第三者異議の訴えも否定される普通預金債権につき（この点につき、最判平成8・4・26民集50巻5号1267頁参照）、誤振込みであることを知りながら、銀行の窓口係員に対してその旨を告げることなく、自己の借金の返済に充てるために振込金額を超える払戻しを受けた場合〔設問1〕と、誤振込者に返却する目的で払戻しを受けた場合〔設問2〕とを比較し、「妥当な結論」を導くことを求めるものです。

なお、ここにいう「妥当な結論」とは、〔設問1〕の結論にかかわらず、〔設問2〕においては犯罪は成立しないというものを意味します。

2 問題の解説

(1) 〔設問1〕について

上記最決平成15・3・12（以下、「本決定」と記す。）は、本問類似の事案について、詐欺罪（刑法246条1項）の成立を認めました。その論理は、以下のものです。

まず、本決定は、このような誤振込みであっても、受取人（本問では甲）と振込先の銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得することを確認します（上記最判平成8・4・26参照）。

しかし、本決定は、ここで、銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、「組戻し」という手続が執られており、また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤（「誤記帳」等）の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられていることを指摘します。しかも、これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができ、また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものであるとします。

その上で、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちに——最終的にはではないことに注意！——その支払に応ずるか否かを決める上で重要な事柄であるといわなければならないが、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があるとしします。

そのため、誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり——この構成は、挙動という作為による欺罔であることに注意！——、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立するというのです。

これを本問に当てはめると、甲は、B社から誤った振込みがあったことを知りつつ、これを銀行の窓口係員に告知することなく、いわば銀行に調査・紹介と「組戻し」等の機会を与えずに、誤振込みなどはないものとして窓口係員に払戻請求をしたことは詐欺罪の欺罔行為に当たり、現金の払戻しを受けたことは「財物を交付させた」ものとして、刑法246条1項の詐欺罪に当たるといふことになります。

もっとも、誤振込みでも預金債権は有効に成立し誤振込みの事実を知っても銀行は払戻しを拒否することはできない（この点につき最判平成20・10・10民集62巻9号2361頁参照）、銀行側に誤振込みであることを告げずに払戻請求をすることが欺罔行為に当たるとすると、後述のように、誰をも加害しない〔設問2〕でも詐欺罪が成立しかねないことになってしまいます。

そこで、〔設問1〕でも、「組戻し」は誤振込金返却の便宜のための銀行側のサービスであって、誤振込みの処理について銀行に独自の財産的利益は存在せず、よって告知義務というものではなく詐欺罪は成立しない（あとは不当利得返還の債務不履行）という見解が可能となります。

なお、詐欺罪を成立させる場合、被害額は、誤振込金額である75万0031円だとするか、あるいは告知せずに受けた払戻金額である88万円とするか、はたまた残高は4万円ほどあるの

だからそれを引いた71万0031円だとするかの争いがありますが、上記最決平成15・3・12の事案では、88万円を被害額としています。しかし、実質的な損害は、誤振込みされた75万0031円であり、さらに、4万円の残高を考えれば71万0031円とするほうが妥当でしょう。

(2) 〔設問2〕について

上記のように、銀行側に誤振込みであることを告げずに払戻請求をすることが欺罔行為に当たるとすると、〔設問2〕のように、誤振込者に現金で返却するための払戻請求も、告知をしていないので、詐欺罪の欺罔行為に当たることになってしまい、その結果、誤振込金が無事誤振込者に返却された場合でも同罪が成立することになってしまいます。この点につき、〔設問1〕で詐欺罪の成立を否定したのであれば、〔設問2〕でも同罪その他の財産犯（たとえば背任罪）は成立せず、あとは不当利得返還債務を甲とB社との間で処理すればよいということになります。

問題は、〔設問1〕で詐欺罪の成立を認めた場合です。この立場からは、①〔設問2〕でも告知をせずに払戻請求をしたのだから詐欺罪が成立するという考え方があり得ます。ただ、冒頭で述べたように、これは「妥当な結論」ではありません。

次に、②〔設問1〕との関係をまったく意識しないで、〔設問2〕では犯罪不成立と書くことが考えられます。これは、もちろん、両設問の関係を意識していない点で、評価に値しません。

さらに、③銀行を被害者とする詐欺罪も、誤振込みでは究極的には誤振込者の利益を保護するものであるから、誤振込者に返却する目的での払戻請求の場合には、告知をしなくても財産損害がなく詐欺罪は成立しないという構成が考えられます。ただ、この場合でも、告知をせずに払戻請求をした点は詐欺罪の「欺罔行為」に当たることにより詐欺未遂は残るのではないかと、という批判を受けることになりそうです。また、何よりも、〔設問1〕でC銀行を被害者とする詐欺罪を認めたのに、なぜここで、C銀行から「組戻し」等の措置を執る機会を奪ったことが存在として考慮されないのかという難点もあります。

この延長で、④誤振込者に返却する目的での払戻請求の場合には「不法領得の意思」がないとする構成も考えられます。しかし、ここでも、詐欺罪を成立させる場合の直接の被害者は誤振込者ではなくC銀行ですから、そのC銀行から「組戻し」等の措置を執る機会を奪ったのに「不法領得の意思」が否定されるのかという疑問が生じます。

3 答案の講評

(1) 〔設問1〕での欺罔は作為か不作為か

先にも述べたように、〔設問1〕で詐欺罪を認める場合には、「誤振込みであることの情を秘して預金の払戻しを請求すること」が欺罔行為となります。これは、単に「誤振込みであることを告知しなかった」という不作為ではなく、「支払の意思も能力もないのに食事を注文した」という無銭飲食における欺罔と同じく、「挙動による欺罔」つまり作為に当たります。

この点につき、かなりの答案が本問を不作為による欺罔と評していましたが、それは妥当ではありません。そういう学説もありますが、それは、最高裁の論理構造を正確に理解したものではありません。注意してください。

(2) 本問において詐欺罪以外の財産犯はあり得るか

答案には、本問で窃盗罪や横領罪、さらには遺失物等横領罪を検討するものがありました。窃盗罪では、「財物の占有」は預金債権には認められていませんし、本問では、あくまで、客体である現金は、C銀行D支店において店長らに占有されているC銀行の所有物ですので、横領罪を検討する余地はありません。また、この現金は銀行の窓口係員から交付を受けたものですから、「窃取」を検討する余地もありません。窃盗罪は論外です。

(3) 〔設問2〕で財産犯の成立はあり得るか

冒頭で述べたように、〔設問2〕で財産犯の成立を認めることも論外です。これは、解釈論の大前提である「結論の妥当性」を害します。

4 最後に

財産犯では、民事の権利義務関係を正確に理解して、設定が変わった場合でも矛盾なく妥当な結論が保障される理論構成を心がけてください。民事は刑事とは異なるというのは、民事法の理解が足りない者の言い訳に過ぎません。

以上