

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

憲法

【問題 I】

問題 I の主要な論点は、公営住宅の入居資格を制限——「暴走族の構成員」を排除——することにより明渡請求の根拠となる条例の規定の憲法適合性である。本問の条例改正案の改正部分は、最 2 小判 2015（平成 27）年 3 月 27 日（民集 69 巻 2 号 419 頁）により合憲と判定されている条例の規定に、最 3 小判 2007（平成 19）年 9 月 18 日（刑集 61 巻 6 号 601 頁）により合憲と判定されている条例の規定を、あたかも接ぎ木したかのようにも創作してある。

本問の主要な論点は、(1) 市営住宅から退去させられないことが——そこに入居することとは必ずしも同じでなく——憲法上の権利として保障されるのか、(2) 「暴走族の構成員」の定義が漠然として曖昧不明確ではないにしても過度に広汎であるとする限定解釈は可能か、(3) もっぱら「暴走族の構成員」であることを理由とする明渡請求が不合理な差別に該当しないか、(4) この明渡請求が公共の福祉に基づく必要かつ合理的な制約として十分に正当化されるか、これら 4 点である。答案の全般的な傾向としては、問題文に示されている判例を無批判に前提とする合憲の結論が多数であったが、もちろん結論そのものではなく、それを説得的に基礎づける論述の論理的な完成度こそが評価の主要な対象となる。

以上の論点のうち、(1) については、穏当に憲法第 22 条第 1 項や第 25 条第 1 項を保障の根拠にしている答案のほか、第 13 条後段や第 14 条第 1 項や第 21 条第 1 項を挙げている答案も少なくなかったが、衣食住の住の権利を単に経済活動の自由とは捉えず、いわば複合的な権利として詳しく説明できている良好な答案にも恵まれた。(2) については、法令用語の「又は」と「若しくは」を正しく読み、「暴走族」の定義に「公共の場所において……集団名を表示した服装で、集会……を常習的に行う集団」も含まれる——文字どおりの意味だと、たとえば草野球チームなども含まれてしまいかねない——のでは広きに失するのではないかという論点を発見することができていない答案が残念ながら少なくなかったが、合憲限定解釈に関する最高裁判例を引いたり、問題文に示されている「暴力団」の定義と比べたりする答案もあった。(3) と (4) を双方とも論述することができている答案が相当数あり、具体的な検討の前提となる規範の定立——あるいは基準の設定——に丹念な学修の成果が如実に反映されている答案にも多く恵まれた。第 14 条第 1 項後段の「社会的身分」を定義することなく「暴走族の構成員」も該当すると即断している答案や合憲性判定基準の採用を論理的には説明できていない答案も散見されたが、試験時間の配分にも成功していたと推察される答案のなかには、ここで「暴力団員」との比較を交えるなどして論じる丁寧な検討も少なからず見られた。

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

【問題Ⅱ】

2 問目を選択した者は、極めて少なかった。憲法 76 条 3 項の「法律」に判例が含まれるかどうかについては、判例に法的拘束力が認められるかどうか、事実上の拘束力にすぎないのかについて言及する必要がある。しかし、裁判における法的安定性の要請や憲法改正との関係などを考慮して論述した答案はあったものの、問題の所在を正確に把握した者はほとんどなかった。

以上

民法

I 【説明問題】（各 10 点）

（1）形成権

権利者の一方的な意思表示により一定の法律関係の変動を生じさせる権利のことで、取消権や解除権、売買の予約完結権などがその例である。答案ではこのようなことを的確に記述し、例として時効の援用権や相殺の援用権などの具体例も挙げているものがある反面、形成権の意味を誤解している答案も散見された。基礎的な概念なので教科書等で良く復習しておくことが望まれる。

（2）共同保証

共同保証とは、同一の主たる債務について、複数の保証人が保証債務を負担することである。この趣旨については概ね説明できていたが、一部に連帯保証などとの混同がみられた。上記の説明を前提にして、共同保証人が普通の保証をする場合のほか、連帯保証の場合、保証連帯の場合があることや、共同保証人間に分別の利益があること(456条)、その分別の利益が認められない場合(465条1項)、共同保証人間の求償権(465条)などに関する説明を行うことが求められる。

II 【論述問題】（各 100 点）

〔1〕

（問1）（40点）

不動産の二重譲渡型の事案で取得時効完成前に目的不動産を取得して登記を得た第三者との関係を問う問題である。CはAから甲土地を売買契約により取得したが、登記は移転されないまま、甲土地を占有していた。その後、Aは甲土地を二重にBに売却し、登記も移転した。BとCは対抗関係に立つので、先に登記したBが所有権に基づきCに妨害排除請求権を行使すれば、Cは登記がないので、Bに対抗できない（177条）。

しかし、問題文の現時点（2021年8月20日）では、Cの占有開始（2011年4月30日）から10年の短期取得時効（162条2項）が完成している。従って、Bは取得時効完成時の第三者であり、時効との関係では当事者（CはB所有の甲土地を時効取得）であり、Cは取得時効完成による所有権取得をBに登記なくして対抗できる（判例）。

答案は、こうした論点を正確に把握して記述しているものがある一方、Bが登記を具備した段階ではCの取得時効は完成しておらず、先に登記を備えたBが勝つという誤った記述も散見された。取得時効がいつ完成するかについて問題文を注意深く読み込む必要がある。

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

（問 2）（60 点）

問 1 と異なり C による甲土地の占有の開始が 2010 年 4 月 30 日なので、B は C による甲土地の取得時効完成後に現れた第三者である。従って、C が取得時効による所有権取得を B に主張しても、登記がないので対抗できない（判例）。しかしこのような場合でも、第三者が、取得時効の完成を知らなくても、長年にわたる占有を知っていて背信的悪意者と認定できる場合には登記がないと対抗できない第三者に当たらないとしている（最判平成 18・1・17 民集 60・1・27）。

問題文では、「B は C が長年にわたり甲土地に花壇を作り手入れをしているのを知りながら、C に登記がないことをいいことに A から甲土地を 100 万円で購入し登記をしたらしい。」との記述がある。これは B が C の長年の占有を知りながら、時価（B は甲土地を 2000 万円で購入している）よりも著しく低い値段（100 万円）で甲を買い取り、不当な利益を得ようとしていることを意味し、B は背信的悪意者と認定しうる。従って、C は登記なくして甲土地の取得時効による所有権取得を B に対抗できる。

答案ではこうした論点を正確に把握して記述している者がある反面、取得時効の問題に全く触れないで B は背信的悪意者だから C は登記なくして対抗できるとか、B を背信的悪意者とはいえないという誤った評価をしているものも散見された。法学部の試験にも良く出るような典型的な論点の一つなので、良く復習しておくことが望まれる。

〔2〕

第 2 問は、賃貸借契約に違反した賃借人の建物築造およびその建物の譲渡をテーマとした。賃貸借契約につき自信のある受験生が第 2 問を選択したようであり、全体として比較的出来がよかった。

（問 1）（30 点）

資材やトラックの置き場としての賃借地甲に無断で建物乙が建てられた場合の法律関係を問題にしている。建物の無断建築は、目的外利用として用法遵守義務（616 条の準用する 594 条 1 項）に反する重大な債務不履行であり、賃貸人に対する背信行為であることが明確であるから、X は、催告をすることなく契約を解除することができ（594 条 2 項）、Y に対して、乙の収去と甲の明渡しを求めることができる。541 条の催告や債務不履行の軽微性を論じる答案があったが、端的に 594 条 2 項によれば足りる。

（問 2）（40 点）

借地上の建物所有権の譲渡の効力を問題にしている。まず、X と Z の売買契約により、乙の所有権は Z に移転している。乙の建物所有権の譲渡は、それを存続させるための従たる権利である甲の借地権の移転を伴う。しかし、承諾のない無断譲渡により、賃貸人 X には X Y 間の賃貸借契約の解除権が発生する（612 条）のが原則である。本件では無断譲渡が賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情は存在しないので、X は Y との契約を解除することができる。

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

建物所有権の譲渡が借地権の移転を伴うことが抜け落ちて、転貸借関係であると誤解する答案が散見された。背信行為論に言及できている答案は残念ながら少なかったが、解除権が発生すると書いたものでもよしとした。

（問3）（30点）

建物収去土地明渡請求の相手方が誰になるのかを問うている。Xは契約関係にないZに対しては甲の所有権に基づく妨害排除請求を行うものであり、妨害者は、乙の所有権を有して甲を占有しているZである。また、Zのみが乙の所有権者としてその収去権限を有する。したがって、Zのみが妨害排除請求の相手方となる。

問2でYZ間を乙の転貸借だと誤解するとここでもYに甲の間接占有が残るものと誤ってしまうことになる。

以上

商 法

I 【解答例】

約束手形は振出人が満期における支払を約束する支払約束証券であるため、支払期日（満期）の記載（手 75 条 3 号）と受取人と指図人の記載（同 5 号）が必要であるが、小切手には必要ない。小切手は支払人に支払を委託する支払委託証券であるため支払人（小 1 条 3 号）を記載する必要があるが、約束手形では不要である。（147 文字）

II

〔1〕

（1）D らが本件株主総会決議の効力を争う方法としては、(ア)株主総会決議取消しの訴え（会社法（以下「会」という。）831 条 1 項）を提起し、確定判決を得ることによって本件決議をさかのぼって無効とするか、(イ)本件決議の不存在確認の訴え（会 830 条 1 項）を提起する方法がある。本問では 3 ヶ月経過前に D らがこの事実気付いたため決議取消しの訴えを併せて提起するという前提で解説するが、3 ヶ月経過後は不存在確認の訴えのみが決議の効力を争う手段となる。なお、D らがこれらの訴えを提起する時点で、A 名義の株式につき遺産分割協議が終了しておらず、D らが権利行使者の指定・通知（会 106 条本文）を得られなかったとしても、権利行使者の指定・通知がないことを理由として会社が権利行使を拒否することが信義則に関するといえるような特段の事情がある場合は共有者の一部による権利行使が認められる。本問の事案は特段の事情に該当するため、遺産分割協議中であっても、D らは権利行使者の指定・通知を経ることなく決議取消し・不存在確認の訴えを提起することが可能である（最判平成 2 年 12 月 4 日民集 44 卷 9 号 1165 頁）。(ア)本件決議の取消しを主張する場合、D らは本件決議の日（令和 2 年 6 月 15 日）から 3 ヶ月以内に決議取消しの訴えを提起する必要がある。

本件株主総会決議の取消しの訴えに際し、D らは、A 名義の株式 800 株のうち半分にあたる持分（400 株）を有する自分たちに招集通知が送付されず、その結果、D らが本件株主総会に出席できなかったという瑕疵があり、この瑕疵が招集手続の法令（会 299 条 1 項）違反（会 831 条 1 項 1 号）にあたることを主張すると考えられる。また、D らは、本件株主総会における C の議決権行使についても、同様に、A 名義の株式 800 株につき、これを共有する D らの同意なく権利行使がなされたとして、決議方法の法令（会 106 条）違反（会 831 条 1 項 1 号）にあたる旨を主張すると考えられる。

(イ)また、D らは、D らに招集通知の送付がなかったこと、A 名義の株式にかかる C の議決権行使が D らの同意なくなされたため無効であることを理由として、本件株主総会決議が不存在である旨を主張すると考えられる。

（2）D らの主張は認められるか。

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

(ア)甲社がCにのみ本件株主総会の招集通知を送付したことは、甲社に対する権利行使者の指定および通知がなかったとしても、会社法126条4項により適法であり、決議取消し事由とはならないと考えられる。

CによるA名義株式にかかる議決権行使については、Cが甲社より議決権行使に関する同意を得ていたため、会社法106条但書に基づく株式会社の「同意」があったとして有効であるとも考えられる。しかし、会社法106条但書に該当する場合について、判例（最判平成27年2月19日民集69巻1号25頁）は、共有株式に関する議決権の行使は、その行使が直ちに株式の処分又は株式の内容の変更につながるなどの特段の事情がない限り、管理行為であるから、民法252条本文により各共有者の持分の価格に従いその過半数で決せられると述べる。A名義の株式800株については、Cがその半分、Dらが2人で残りの半分为それぞれ持分として保有しているため、Cは過半数を有しておらず、その議決権行使は有効になされたとはいえない。この瑕疵が本件株主総会決議の取消事由（決議方法の法令違反）となる。発行済株式の8割の議決権行使が無効となるためこの瑕疵は重大であり、裁量棄却（831条2項）の対象ともならないため、Dらの主張は認められる。

(イ)上述の通り、CによるA名義株式の議決権行使は無効であると解すると、発行済株式総数1000株のうち800株にかかる議決権行使が無効となり、本件決議はそもそも不存在である。

〔2〕本件訴えにおいて、Sは、責任追及の訴え（会847条1項）を通じてPおよびQの任務懈怠責任（会423条1項）を追及することが考えられる。任務懈怠責任を追及する前提として、PおよびQのそれぞれについて、①（故意・過失による）任務懈怠（善管注意義務（会330条・民法644条）・忠実義務（会355条）違反）の事実、②損害の発生、③①と②の間の相当因果関係、④取締役の帰責事由が必要となる。④は取締役側の抗弁事由にあたるため、Sが主張すべき事実は①②③となる。以下、順に検討する。

（1）Qの責任

①について、取締役は、会社をして法令に違反させることのないようにする義務を負うのみならず、その職務執行に際して会社を名宛て人とする法令を遵守することもまた、取締役の会社に対する職務上の義務に属することとなる（最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁）。したがって、Sは、本件偽装という法令違反行為（景品表示法違反）を認識しつつこれを行った仕入れ担当常務取締役であるQについて、少なくとも重過失による任務懈怠があったと主張する。②につき、Sは、本件偽装によってX社に生じた5億円の損失はQの上記任務懈怠によって生じた損害であると主張する。③について、Sは、甲社の被った5億円の損害は、Qの主導した本件偽装を原因とするものであり、相当因果関係が認められると主張する。

（2）Pについて

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

①につき、S は、P に、家庭用総菜の製造販売を行う甲社の代表取締役として Q の行為を監視・監督し、未然に防止する義務があったにもかかわらず少なくとも重過失によりその義務に違反したとして、任務懈怠の事実があったと主張することが考えられる。②について、S は、本件偽装によって X 社が被った 5 億円の損失は P の上記任務懈怠による損害であると主張する。③についても、本件偽装による損害は P の監視監督義務違反を原因として生じたものとして相当因果関係が認められる。

なお、P および Q の双方に任務懈怠責任が認められる場合、両者の責任は連帯する（会 430 条）。

（3）S の主張は認められるか。①について、Q については、本件偽装に中心的に関与したことから、任務懈怠の事実が認められる可能性は高い。しかし、P については、X 社の内部統制システムが適切に構築・運用されていたという事実から、任務懈怠責任はないものとする立場もまた成り立ちうる。X 社が公開・大会社であり、内部統制システム構築義務を有する（会 362 条 5 項）ことから、X 社の内部統制システムの構築およびその運用体制に問題がなかった以上（最判平成 21 年 7 月 9 日集民 231 号 241 頁）、P には、特に疑念を差し挟むべき特段の事情がない限り、他の役職員が適法に職務を遂行していると信頼することが認められ、任務懈怠はなかったとの結論に至ることも考えられる。

次に、②については、S の主張に対し、Q および P から、本件偽装の発覚によって甲社が 5 億円の損害を被った一方で、本件偽装発覚前は前年度比で 10 億円の増益があったため、「損害」は発生していないとの反論がなされることが考えられる。しかし、この点については、賄賂行為によって受注した工事による利益があったとしても、それが賄賂による損害を直接に填補する目的、機能を有するものではないから、損害の原因関係との間に相当因果関係がなく、損益相殺の対象とならない（東京地判平成 6 年 12 月 22 日判時 1518 号 3 頁（ハザマ株主代表訴訟事件））という判決が示すように、本件偽装によって得た利益とその発覚によって会社に生じた損失とは相殺することはできず、5 億円はそのまま本件偽装による損害と認められる。

③については、問題文より、Q の本件偽装と甲社に生じた損害の因果関係が認められるため、S の主張は認められそうである。しかし、P については、①において任務懈怠の事実を否定した場合、そもそも因果関係を論じる必要はない。

したがって、S が X 社に生じた損害 5 億円について責任追及の訴えによって P および Q の責任を追及した場合、その請求は、Q に関しては 5 億円の範囲で認められるものと考えられる（P については、損害との因果関係がないものとして認められないという結論もありうる）。

〔講評〕

I については約束手形と小切手の違いのうち満期と支払人の記載の有無についてその性質から述べている答案がよくみられた。II〔1〕について、会社法 106 条およびその但書に

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

関する正しい理解を述べている答えは少なかった。〔2〕については、会社法 429 条 1 項に関する問題と誤解している答えが多数存在していた。問題文をきちんと読んで解答するように気をつけてほしい（問題文では会社の損害のみに言及しており S 個人の損害について触れていないし、「法定の手続きを経て」「責任追及の訴えを提起」という表現も 847 条 1 項を念頭に置いたものである）。

以上

刑 法

22 年度前期入試刑法は、以下のような問題でした。以下、問題 I・II の順で解説と講評をします。

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

【事例】

(1) 甲は、V と知り合い、やがて好意を寄せるようになった。V は、甲に対して、格別の好悪の感情を有していなかったが、甲は、V が自分に好意を抱いていると信じる一方、V が別の男に近づこうとしていると誤信していた。

(2) 5月10日、甲は、別の男とV が会おうとしていると信じて、V を刃物で刺し殺した上で、自分も自殺しよう、と考えた。

甲は、V がソフトボールの経験の有すると聞いていたことなどから、身のこなしが速いV の動きを止めるために自動車を衝突させて転倒させ、その上で包丁で刺し殺す、との計画を立て、うまく転倒させるべく、適当な速度で走行しようとして路上で練習をした。

(3) 同日午後6時20分ころ、V が路上を歩いていたところ、同所に自動車を停めてV を待ち伏せしていた甲は、V を認めて自動車を発進させ、時速約20キロメートル程度の速度でV の右斜め後方から車両前部を衝突させた。しかし、甲の思惑と異なって、V は転倒することはなく、ボンネットに跳ね上げられて、後頭部をフロントガラスに打ち付けた上、甲の車両が停止した後、路上に落下した。その際V は全治10日ほどの頭部挫傷等の傷害を負った。

(4) 甲は、意外にもV がボンネットに跳ね上げられて、路上に落下し、立ち上がろうとするその顔を見て、急に同女を殺すことはできない、との考えを生じ、自動車を停止させた後、包丁を手取ることなく降車した。そして、立ち上がって現場から逃げるV を追い掛け、V に追いつくと「ごめんなさい。」などと述べ、さらに「V さんを殺して死ぬつもりだった。」などと言った。

V は近くの保育園に逃げ込んで警察に通報したところ、臨場した警察官によりその場に立ち尽くしていた甲が逮捕された。

1 論 点

本問は、被告人が被害者に車を衝突させて相手方の足を止めて殺害するという計画の下、被害者に車を衝突させ負傷させたが、その時点で犯行の継続意思を放棄して中止したとい

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

う名古屋高判平成 19 年 2 月 16 日の事案を一部改変したものです。この事案では、衝突行為はあくまでも足を止める手段に過ぎず、その行為単体で殺害するつもりがありませんから殺人未遂罪は成立せず、殺人予備罪と傷害罪にとどまるようにも思います。しかし、行為者は衝突行為を被害者を殺害する計画の一環として行っているのですから、衝突行為を実行の着手とみることもできそうです。そこで、実行の着手をどのような規範によって、どの段階で認めるのか、というのが本問の主要な論点となります。

また本問では中止犯の成否も問題となるのですが、ここで注意する必要があるのは、中止犯は 43 条但し書き、つまり、未遂罪の成立が前提となっているということです（未遂罪がない犯罪においては自己の中止行為によって結果を発生させなければそもそも犯罪が成立しないのですから、中止犯を論じる意味がありません）。

2 論点解説

(1) 実行の着手

本問の甲は車の衝突行為そのもので A を殺害するつもりはありませんし、足を止める程度の衝突にとどめるための練習をしたうえで時速 20 キロ程度で衝突させたにすぎませんから、これをもって未必の故意を認めることもできないでしょう。したがって、衝突行為単体で殺人未遂罪の成立を認めることはできず、せいぜい殺人予備罪と傷害罪が成立するにすぎません（上記判決の原審は、殺人未遂罪の公訴事実に対して、自動車を衝突させる行為はそれほど危険性の高いものではなく、被告人は衝突行為は刺す行為の準備にすぎないととらえていたとして、殺意も認められないから傷害罪の限度で責任を負うとしました）。

しかしながら、相手方を銃で撃ち殺そうとして銃を構えたところで捕まった場合に殺人未遂罪が成立するように、“銃で撃つ”という殺人結果を直接発生させる行為が開始されていない段階でも、実行の着手が認められる場合があるように思われます。ではどのような行為（段階）が実行の着手として認められるのか。この実行の着手論をめぐっては従来から激しい理論の対立があるところです。

実行の着手について判例の蓄積はあったものの最高裁の立場は明確ではありませんでした。しかし、被害者をクロロホルムで昏倒させ、港へ運んで海に投棄させて溺死させるという計画の下に、被害者にクロロホルムを吸引させて昏倒させ海に投棄したところ、クロロホルムの薬理効により死亡していた可能性があったという事案において、最高裁は行為者の犯行計画を前提として、クロロホルムを吸引させた時点で殺人の実行の着手を認めました（最決平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 卷 3 号 187 頁）。

その決定文は以下のようなものでした。

実行犯 3 名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて V を失神させた上、その失神状態を利用して、V を港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであって、第 1 行為は第 2 行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであった

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

といえること、第 1 行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第 1 行為と第 2 行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第 1 行為は第 2 行為に密接な行為であり、実行犯 3 名が第 1 行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である（下線部筆者）。

この最高裁の決定を規範化するとこのようになるでしょう。

行為者の犯行計画は、第 1 行為（準備行為）の後に第 2 行為（結果を生じさせる行為）をするものであるところ、第 1 行為が第 2 行為に密接な行為であり、第 1 行為を開始した時点で既に構成要件の結果に至る客観的な危険性が認められる場合には、第 1 行為を開始した時点で実行の着手が認められる。

上記を認めるためには、第 1 行為が第 2 行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第 1 行為に成功した場合それ以降の犯行計画を遂行する上で障害となるような特段の事情がないこと及び第 1 行為と第 2 行為との間の時間的場所的近接性を考慮する。

本問では・・・(あてはめ)

ここで気を付けておかなければならないのは、最高裁が示した 3 つの考慮要素は、第 1 行為と第 2 行為の密接性及び第 1 行為を開始した時点で既に構成要件の結果に至る客観的危険性が認められるために考慮されるものだということです。

この点について、実行の着手について判例と異なる見解によっておきながら、それを認めるために判例の用いた 3 要素を考慮するとする答案が多数みられました。そこでは判例の規範と自己の規範の異同の根拠を示すことが必要であったのではないのでしょうか。

もちろん、実行の着手をめぐる様々な見解が主張されているところですので、各自の見解に寄りながら、適切にあてはめを行い結論を導くことが必要となります。

なお、第 1 行為の段階で実行の着手が認められれば、それは、「A を刺し殺す」という殺人の実行の着手なのですから、その時点で殺意を認めることができ、結果的に A は死亡していませんから、殺人の実行に着手してこれを遂げなかった、として殺人未遂罪が成立します。

(2) 中止犯の成否

上で書いたように、中止犯を論じる前提は未遂罪が成立していることです。この点、構成要件該当性のところで中止犯を論じる答案が見られますがこれは誤りです。もう一度 43 条みてみましょう。43 条は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。（下線部筆者）」とします。

ここからわかるように、中止犯というのは、未遂の効果である刑の任意減輕を、必要的減免へと強めるためのものであるということです。つまり、中止犯とは犯罪の成否そのものにかかわる問題ではなく、未遂罪が成立した後の刑の問題（任意減輕か、必要的減免か）として論じられるものなのです。

ですので、中止犯を論じるためには、当該犯罪の未遂罪の成立していることが前提となりますので、本問で衝突行為に傷害罪しか成立させなかった場合は中止犯を論じる余地は原則としてありません。

中止犯は、自己の意思によりという任意性と、中止したという中止行為の 2 つの要件からできていますが、それぞれの意味については議論があるところです。特に任意性をめぐっては、主観説、限定主観説、客観説が主張されています。また中止行為についても特に結果の不発生が医者などの第三者の手による場合にどのような行為をすれば中止行為といえるのかという点について争いがあるところです。

これらを解決するためには、中止犯にあたるとなぜ任意減輕ではなく必要的減免となるのかという中止犯の刑の減免根拠論に立ち返る必要があるように思います。

本問では、甲は急に犯行中止を思い立ち、また、A に「ごめんなさい」などと言っていることから、どの説によっても任意性は認められるように思われます。もっとも、甲は A に車を衝突させた後何もしていません。しかしその時点で A に頭部挫傷が生じているのですから、（結果的に全治 10 日という軽傷であったとしても）何らかの行為に出る必要があったといえるのかもしれませんが。

これらの点については、自己の考える減免根拠を意識しながら要件論を展開し、事実を適切に評価することが求められています。

3 答案の講評

(1) 実行の着手については、最高裁が用いた 3 つの考慮要素に当てはめて実行の着手を認めたという答案が多くみられました。もっとも、実行の着手はどのような規範で認められるかについて明示しないものや、最高裁と異なる規範を用いるものも多くみられました。

判例が用いた規範を使う際には、教科書をまるままま信じるのではなく自分の目で元となった判決、決定文に目を通しておくことが必要でしょう。そこで、判例と教科書が異なっている場合には、その違いはどこから生じているのかについて理解しなければなりません。そうでなければその規範が限界となる事案が出たときに、処理できなくなるように思います。

また、皆さんは法曹実務家として現実の訴訟の場で争っていくのですから、その時に判例を正確に用いることができる能力というのも皆さんに必要な力ではないかとも思います。その観点からは、判例の上記の規範や考慮要素を違った言葉にまとめてしまうような使い方は避けたほうがよいでしょう（不正確な記述や、順番を変えているという答案もみられた

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

ところですが、その意味についてはもう一度考えてみる必要があります。

なお、車を衝突させる行為それ自体に構成要件的结果を発生させる現実的危険性があるから殺人の実行の着手が認められるとした答案がありましたが、仮に、衝突行為にそのような危険性があったとしても、衝突行為で死亡させる認識がない以上、故意が認められず、したがって殺人の実行の着手を認めることはできないことに注意しておいてください。

このことを逆に考えてみると、殺人の実行の着手が認められる行為それ自体には、結果発生の実現的危険性は必要ないということにもなりそうです。例えば、上記の最決平成16年の事案で、クロロホルムではなく、全く身体に無害な睡眠薬を使って昏倒させ、港に運んだところで事件が発覚した場合でも殺人未遂罪は肯定されるように思われるからです。この点については、またお友達や先生などと議論してみてください。

ほかにも車の衝突行為に傷害罪の成立を認めただうえで、さらに殺人未遂罪を検討した答案がありましたが、同一行為・同一客体に殺人未遂罪と傷害罪が同時に成立することはありませんから、殺人未遂罪が成立している場合に重ねて傷害罪を検討する必要はありません。

（2）中止犯

殺人未遂罪を成立させただうえで、中止犯を論じる答案が多くみられ、この点では中止犯の位置づけが意識されていてよかったと思います。また中止犯の減免根拠を挙げただうえで、要件論を展開されている方もおり中止犯の論述として十分なものとして評価しました。

他方、傷害にとどまるときは刑は減免されないのであるから、殺人未遂になれば減免されるのは不合理であるとして、中止犯の適用を否定する答案が若干みられました。傷害にとどまる場合には15年以下の懲役又は50万円以下の罰金、殺人未遂罪であれば、死刑無期又は5年以上の懲役ですから、減軽をほどこしたとしても刑の下限はやはり傷害罪の方が低くなるので、そのような不合理が生じるようには思えないのですが、いかがでしょうか。

（3）その他

その他、論点の理解としては不十分であったとしても、構成要件該当性、違法性、責任、刑といった体系的な検討を意識ただうえで、行為、条文、要件、論点、論証、規範、あてはめ、結論という、法的三段論法の流れを表現できている答案については、評価を与えています。

刑法には一定の答案の流れというのがありますので、その点を意識して答案を作成していきましょう。

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

II 次の【事例】を読み、甲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) 甲は、指名手配されて潜伏中、生活費に窮したため、Xという氏名で就職しようと考え、履歴書用紙にXの氏名、虚偽の成年月日、虚偽の住所等を記入した上、Xと刻した印鑑を押捺し、更に甲自身の顔写真を貼付して履歴書を作成した。

(2) その後、甲は、広告で見たA社人事部にその履歴書のPDFファイルを電子メールに添付して送信し、A社人事部長Bの面接試験を受け、A社に入社した。その際、Bは、A社のプリンターで印字された上記PDFのプリントアウトを甲から提出された履歴書として面接の資料に用いた。

(3) A社入社後、甲は、A社人事部から、自己の顔写真入りのXという氏名が記載された従業員証の交付を受けた。甲は、この従業員証を利用し、金融機関C社D支店からX名義で30万円を借りたが、当初の計画に従って期限内に利息分も含め返済した。

1 論点

本問は、旧司法試験平成12年度論文式刑法第2問を素材に、ファクシミリではなくPDFに代えて出題したものです。したがって、その論点は、前半部分が**有印私文書偽造**（159条1項）および**偽造有印私文書行使**（161条1項）の罪の成否、とくに「偽造」の成否とその個数であり、後半部分が**詐欺罪**（246条1項）の「欺罔」行為の有無となります。

2 論点解説

(1) 「偽造」の成否

本問を解くに当たっては、まず、「偽造」の定義を示し、本問の事実をそれに当てはめて判断しなければなりません。というのも、後述のように、一般に、同一人物を指し示す別名である「偽名」を用いて文書を作成することは「偽造」とは解されていないからです。ところで「偽造」については、かつては、「文書偽造」とは「作成権限のない者が他人の名義を冒用して文書を作成すること」と定義されていました。しかし、近年では、「作成者と（作成）名義人の人格の同一性を偽ること」という定義（最判昭和59・2・17刑集38巻3号336頁では「偽造の本質」ですが）が用いられています。そこで、さらに、「作成者」と「（作成）名義人」の定義を示し、本問の事実がそれらの「人格の同一性」を偽っているかどうかを判断しなければなりません。

「作成者」とは、一般に、書面に表示された意思または観念の現実の主体を意味します。そして「（作成）名義人」とは、一般に、書面に表示された意思または観念の書面上の主体、つまり「ここに表示されているのは〇〇の意思・観念である」として名前が指し示す人格を意味します。

さて、本問の履歴書の「作成者」が甲であることは、だれも疑いません。問題は、「X」

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

という名前が誰を指し示しているかにあります。ところで、一般に、「偽名」ないし「ペンネーム」は同一人格の別名ですので、これを用いても「偽造」にはなりません。たとえば「不破遥香（ふわ はるか）」という戸籍名のユーチューバーが「フワちゃん」という芸名を契約書に記しても、それは「偽造」ではないのです（「芸名、ペンネーム等の通称を用いて文書を作成しても、それが名義人と作成者の同一性にそごを生じない性質の文書である場合には、偽造罪は成立しない。」前田雅英編集代表『条解刑法[第4版]』（弘文堂、2020年）457頁。また、「通称」でない「偽名」にも「偽造」を否定した最近の裁判例として京都地判令和2・6・25LEX/DB25566235）。

そこで、本問の「X」が「甲」の別名（＝「偽名」）であるか、それとも別の人格を指し示す名前であるかが問題となります。この点で、最決平成11・12・20刑集53巻9号1495頁は、本問と類似した事案に関し、履歴書などの「文書の性質、機能等に照らすと、たとえ被告人の顔写真がはり付けられ、あるいは被告人が右各文書から生ずる責任を免れようとする意思を有していなかったとしても、これらの文書に表示された名義人は、被告人とは別人格の者であることが明らかであるから、名義人と作成者との人格の同一性にそごを生じさせたものというべきである。」と述べて、「偽造」を認めてしまいました。これに従うと、本問の甲には、有印私文書偽造および偽造有印私文書行使の罪が成立し得ることになります。

もともと、この事件の原判決（東京高判平成9・10・20高刑集50巻3号149頁）では、被告人を「青木〇〇（＝履歴書名）こと高橋〇〇（＝被告人名）」と記しています。つまり、原判決は、本問での「X」に当たる名前を「甲」を指し示すものと理解しているのです（それにも関わらず「偽造」を認めたのは理解に苦しみますが）。

したがって、この点を指摘すると、本問においてすでに（1）で「偽造」を否定することができます。その結果、前半部分の有印私文書偽造および偽造有印私文書行使の罪のいずれもが否定されることとなります。

（2）詐欺罪の成否

この場合、後半の詐欺罪についても、返済の意思があり自己を指し示す名前である「X」を用いて金融機関C社D支店から30万円を借りた甲には何らの「欺罔行為」もありませんので、詐欺罪も否定されることとなります（実際、この年の司法試験では、甲を完全無罪とする答案にA評価が付いています）。

言うまでもなく、「X」という「偽名」でA社に就職できたことは、詐欺利得罪（246条2項）にはなりませんので、改めて触れる必要はありません。

（3）「偽造」を認めた場合

最決平成11・12・20刑集53巻9号1495頁に従って「偽造」を認める場合には、まず、（1）で「偽造」を認める根拠を、「履歴書」という「文書の性質」を示しつつ根拠づけな

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

ければなりません。そこでは、「履歴書」で用いられる場合には、たとえ甲にとっては自己を指し示す「偽名」であっても、「X」は「別人格」を指し示していることになるという理屈を展開しなければなりません（前田編集代表・前掲『条解刑法[第4版]』457頁では、「一定の証明力が認められる文書の性質上、戸籍や登録簿上の氏名を記載することが予定されているものについては、たとえ広く定着した通称名でも、その使用は許されない」としています）。

次に、(1)での履歴書の作成に加えて、(2)でのPDFの作成またはそのプリントアウトが、別の「偽造」ないし「電磁的記録の不正作出」（161条の2第1項）に当たらないかを検討する必要があります。というのも、(1)での履歴書それ自体も1個の文書（＝「原本」）ですが、(2)で「A社のプリンターで印字された上記PDFのプリントアウト」も「面接の資料に用いた」以上、A社にとっては提出された履歴書そのもの（履歴書という「原本」）だからです。ここで「コピー（＝写し）の文書性」という論点があったとした答案もありましたが、甲がPDFを介してA社のプリンターでプリントアウトさせた「履歴書」は「履歴書の写し」ではありませんので、それは勘違いです（もっとも、そういう論点があると気づいた点では、他の答案より優れているのですが）。

また、仮に本問の履歴書PDFそれ自体が提出された履歴書であるなら、それは「不正作出」の対象となり得る「電磁的記録」になります。ただ、本問では、上記PDFそれ自体は「プリントアウトされた履歴書」の「下書き」と考えて、「偽造」は2個だけを認めるのが妥当でしょう。

その結果、甲には、有印私文書偽造が2罪成立し、後の「偽造」のみが偽造有印私文書行使罪と牽連犯になります（後の「偽造」はプリントアウトで成立しますので、残りは併合罪です）。

(4) 詐欺罪の成否

前述のように、「X」という「偽名」でA社に就職できたことは、詐欺利得罪（246条2項）にはなりませんので、改めて触れる必要はありません。これは、履歴書についてその「文書の性質」から「偽造」が認められるとしても、同様です。というのも、A社は「Xこと甲」と労働契約を結び、そして実際に甲から労働を得ることで、その対価である賃金を支払うという契約を結んだにすぎないからです。この労働契約自体は、「Xこと甲」に対しても有効です。したがって、ここには配点していません。

また、「自己の顔写真入りのXという氏名が記載された従業員証」はA社が作ったものですから、甲はその罪責を問われません（私文書に「間接虚偽作成罪」はありません）。よって、ここにも配点していません。

ところで、本問で「偽造」を認めてしまうと、たとえ返済の意思と能力があり後に返済したとしても「金融機関C社D支店からX名義で30万円を借りた」行為には、借主の「人格の同一性」に虚偽がありますから、「欺罔」に当たる可能性が出てきます。

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

そこで、まず詐欺罪の構成要件要素を列挙し、本問では「欺罔行為」の有無が問題となることを示しておきます。ただし、C社D支店（の貸付責任者）が、別に「X」が別人格を指し示しているにもかかわらず、きちんと返済してくれるなら貸し付けに応じたというのであれば、この点の虚偽はC社D支店にとって「経営上重要な事項」について欺罔されたわけではないとして「欺罔行為」を否定することで、未遂も含めて詐欺罪を否定する余地はあります。

ただ、「X」が甲とは別人格を指し示す名前だとすると、（本問では問われていませんが）C社とXとの間に交わされた消費貸借契約書には甲の意思・観念が反映されていないことになり、そのため、C社はこの契約書を用いて甲に対する金銭債権の存在を証明することが出来ないという不都合も生じるのですが。

3 答案の講評

（1）では、「偽名」使用は本来「偽造」にならないことを出発点として「履歴書」の「文書の性質」を論じるべきことを知らない答案が目立ちました。「文書偽造」そのものについての基本からの学習を推奨します。

また（2）では、「A社のプリンターで印字された上記PDFのプリントアウト」がもう一つの独立した「履歴書」であることにも、気づいていない答案が多数を占めました。「原本」とは何で、「文書」がなぜ「原本」でなければならないのかを、再度学習してください。

（3）では、優れた答案として、（仮に人格の同一性に偽りがなく）甲に返済の意思も能力もあったとしても、指名手配中であれば、それが発覚することを恐れて逃亡することがあり得るので、C社D支店（の貸付責任者）はその事実を知っていれば甲に30万円を貸さなかつたであろうという理由で「欺罔行為」を認めたものがありました。これは、高い評価に値します。

他方、A社への就職についての詐欺を論じる（そして肯定する）一方で、C社からの30万円の借入れの詐欺に全く触れない答案が複数見られました。こちらのほうが重要ですので、ぜひ触れてください。

以上

小論文

設問 I

筆者がいう動機づけ推論のメカニズムについて問う問題である。

書いてほしかったのは、①情報選択のバイアスによって、身の回りの情報や自分の記憶の中で、自分の予期に合致する情報に目が行ってしまい、予期と一致しない情報は無視しようとする事、②情報吟味の歪曲によって、目標に合致しない情報は、問題点をいろいろ細かく詮索して、それを否定・却下しようとする一方、目標に合う情報については、無批判にそのまま受け入れてしまう事、③対象に対して自動的に生じる好き・嫌いといった感情によって判断が左右される事、④自分がどの程度世の中を正確に認知できるかに関する認知（メタ認知）に歪みがあり、しかも、そのことを認識しつつも、自分自身はそうしたバイアスに気づくし、それを内省して客観的に修正できると思っている一方、自分と意見が対立する人たちはこの客観性を欠いていると見てしまう事（素朴实在論）の4点である。

①ないし③についてはほとんどの答案で触れられていたが、④について触れていた答案は半数程度であり、この点において評価に差が生じた。

設問 II

筆者が有効だと考えているフェイクニュースへの対策について、フェイクニュースが蔓延していく過程における SNS の役割にも触れつつ論じることを求めている問題である。

まず、フェイクニュースの蔓延における SNS の役割についてであるが、書いてほしかったのは概要以下のとおりである。インターネットとりわけ SNS の普及により、誰でも多くの人に情報を発信できるようになったため、フェイクニュースも横行するようになり、SNS 上にはボットと呼ばれる自動化されたアカウントもあり、同アカウントは内容の真偽をチェックせずに情報を拡散するから、フェイクニュースが無批判に広まる。また、SNS 上では同じような命題を好む人としかつながらない傾向があり、情報接触の偏りが起こり、非常に偏った知識を持つことになる上、集団分極化も起こる。すなわち、自分の意見に近い人の意見に目を向けやすく、自分の考え方を支持するような論拠を様々に得ることでより自分の意見を強固にし（議論の積み重ね）、批判的意見に拒絶的になりきちんと応答せずにブロックすることで目を向けなくて済むようにし（理想化）、さらに、注目してほしさから強い意見を発するようになり肯定的フィードバックで強化されることでより極端になるし（責任の分散）、人々は自分が多数派であると思えば発言するが、少数派だと思えば発言しない傾向もあり、その結果、多数の意見がさらに強まっていく（沈黙の螺旋理論）。その結果、意見の分断が進み、フェイクニュースが正されないまま蔓延の原因になっている。

2022 年度入学試験（前期日程）講評

立命館大学法科大学院

次に、フェイクニュースへの対策であるが、まず、筆者は、自分の意見と異なるような情報には全く目を向けない、自分の意見に合うものなら何の検証もせずに無条件に受け入れるような人にとっては、対策は意味をなさないと言っている。その上で、それ以外の人々にとっては、まず、報道機関などによるファクトチェックを参照することは重要であり、同時に、どのようなニュースメディアならば信頼できるのか知識を持つておくのも意味があるとしている。次に、いったん流れた情報を訂正することにも効果があるとし、特に自分が所属する集団や、自分がイデオロギーを共有するエリートやメディアからの訂正情報には効果があるとしている。さらに、ニュースの受け手側の状況も影響すると述べ、標準的なニュースを多く見ているとフェイクを信じ込むことを防ぐことができるし、分析的思考能力が高い人はフェイクニュースを見破ることも得意であると考えられるから、このような能力を高めることも有効であると述べている。加えて、自分の判断にはバイアスがありうると認識することも重要であり、その際には、素朴実在論の罠についても理解しておくべきであるとしている。

筆者の考えについて聞いている問いであるにもかかわらず、解答者の考えだけを述べる答案があったが、問いに答えていないので論外である。また、SNS の役割について、フェイクニュースを拡散させる局面しか書いていない答案が一定数あったが、拡散された後に消去や修正が難しいことも蔓延の原因なのであるから、この点についても触れる必要がある。

以上