

# 2023 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 の出題の趣旨は、現行法の規定に基づく未成年者の選挙運動の全面禁止により「表現の自由」（憲法第 21 条第 1 項）が制約されていることについて、憲法適合性を検討してもらうことにある。選挙運動の自由としても行使される「表現の自由」は、その価値あるいは機能のほか、思想の自由市場の論理などから、司法審査において優越的地位にあると説明することができる。その制約に対しては経済的自由の制約の場合よりも厳格な違憲審査が妥当すると説明するのが、二重の基準の理論である。そこで、格別に手厚く保障される必要のある権利の行使も「公共の福祉」（憲法第 13 条後段）のためには制約されることがあるのが普通であり、未成年者の選挙運動が何らかの意味において「公共の福祉」のために制約されていると把握するのであれば、二重の基準の理論に立脚して、法的三段論法の大前提に相当する規範を定立することになる。

違憲審査の厳格度を説明するのには、もちろん表現内容規制と内容中立規制の二分論を採用しない論じ方もあるが、これを採用するのであれば、はたして表現内容規制であるのか、あるいは内容中立規制であるのかの慎重な見極めに応じて適切な合憲性判定基準を設定することになる。大前提と小前提を重ね合わせて結論を導き出す具体的検討においては、立法事実を推察して、およそ未成年者には選挙運動をさせないという立法目的と本問の X のような成年直前の最末期の未成年者も客体にしている一律禁止という手段を丹念に吟味するのが穏当である。

提出された答案の多数は、本問が未成年者を享有主体とする「表現の自由」の問題であることを理解してくれていたが、あるいは出題の文章に本問の X が「国民主権の原理に基づく自己統治の過程への参加には選挙において投票をすることばかりでなく選挙運動をすることも含まれていると考えて」と記載してあることが副作用として影響していたものか、むしろ「国民固有の権利」（憲法第 15 条第 1 項）としての選挙権や「選挙人の資格」（憲法第 44 条本文）の「差別」禁止（同条但書）などから選挙運動の自由を導き出している答案も少なくはなく、ほかにも未成年者が「社会的身分」（憲法第 14 条第 1 項後段）に該当すると主張している答案が散見された。なお、「両議院の議員の選挙に関する事項」（憲法第 47 条）が法律事項であることから、立法裁量に服する点において他種の「表現の自由」とは異質であることを指摘している答案もあり、そのような答案のなかには、最大判 1999（平成 11）年 11 月 10 日（民集 53 卷 8 号 1704 頁）などの最高裁判例の趣旨や伊藤正己裁判官が最 3 小判 1981（昭和 56）年 7 月 21 日（刑集 35 卷 5 号 568 頁）などに付している補足意見の趣旨の理解が反映されている答案もあり、それらには深い学習の成果がうかがわれた。

全面禁止の客体が未成年者であることについては、そもそも現行法の規定が「日本国憲法の精神に則り……選挙が選挙人の自由に表明せる意思によつて公明且つ適正に行われることを確保し、もつて民主政治の健全な発達を期することを目的とする」（公職選挙法第 1 条）ということから導き出される選挙の公正を「公共の福祉」の内容として説明している答案のほか、パターンリズムに基づくものだと説明している答案も散見された。たとえば、奥平康弘『憲法 III——憲法が保障する権利』（有斐閣、1993 年）416 頁には、当時の「年齢満二十年未満の者」という規定について旧憲法時代の「治安警察法の系譜を受けていると思う。この禁止規定は、青少年健全育成保護の見地からとうてい説明できるものではない」という主張が展開されているが、パターンナリ

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

ズムだと見定めるのであれば、せめて「公共の福祉」の内容であるとも説明する必要があるだろう。

法的三段論法の大前提と小前提を重ね合わせる具体的検討においては、それ自体として明確性が欠乏しているわけではない現行法の規定の杓子定規な適用が本問の焦点であるから、法令違憲の有無を論証するとよいが、あえて最末期の未成年者に対する適用それ自体を問題にするのには、そもそも限定解釈の可能な規定であるのかという問題にも向き合う必要があるだろう。この問題にも正面から向き合い、公職選挙法第 137 条の 3 第 1 項の「年齢満十八年未満の者」という規定を限定解釈して、未成年を理由として投票をすることができない選挙についてのみ、未成年を理由として一律に選挙運動を禁止している趣旨の規定なのだから、選挙時には成年に達しており選挙権を有している本問の X に対する適用に誤りがあると論じている答えは、現行規定の過度の広汎性を上手く指摘することができていると評価することができた。

問題 II は、最高裁判所規則と法律の効力の優劣に関する問題である。「訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項」（憲法第 77 条第 1 項）について、本問の出題は、これらが最高裁判所規則の専管事項であるのかの解釈を要求しているが、従来通説や最高裁判所の判例の趣旨に準拠するのであれば、専管事項ではないと説明して、法律の規定との優劣を論証するのが穏当である。

そもそも本問を選択している答えは少なく、たとえば現に「訴訟に関する手続」を定めている例として、刑事訴訟規則と刑事訴訟法の規定の競合関係を想定することが容易であるが、このような具体例を挙げて、「法律の定める手続」（憲法第 31 条）や「国の唯一の立法機関」（憲法第 41 条後段）という規定との関係も整序している答えは、残念ながら皆無であった。最高裁判所規則の所管事項を仕分けて、うち「裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項」の 2 種については、自律的な司法権の存立に必須の専管事項であると解釈することもできようが、このような分別を基調としている答えも皆無であった。なお、最高裁判所規則と法律の規定が競合する場合には法律の規定の効力が優位すると主張するのに、もっぱら「国権の最高機関」（憲法第 41 条前段）の規定を根拠にしている答えがあったが、この規定に法的な意味があることを前提にしなければ成り立ちにくい主張であろうから、従来通説である政治的美称説を何ら批判することもなく、この規定を本問の解答において排他的な論拠にするのには無理がある。

以上

# 2023 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

#### (1) 白紙委任状

白紙委任状とは、受任者名、委任事項など委任状の一部を記載しないで空白のままにした委任状をいい、交付された者が空白を補充して有効な委任状とすることが予定されている。全体的に出来は良くなく、無権代理と混同するものや、委任状のみ説明し「白紙」について全く言及しないもの、代理権の内容を決めていないとしたり、無制限に代理権を与える機能を果たすなど誤った解答がみられた。他方、白紙委任状に補充して相手方に提示することで代理権授与表示があったと評価されることや、補充権者でない者が白紙委任状を補充したり補充権者が濫用して代理行為がなされた場合に表見代理の問題が生じることを指摘するものには加点した。

#### (2) 従たる権利

解答例「他の権利（主たる権利）に従属する権利。その処分について原則として主たる権利に従う（87条2項の類推適用）。たとえば、借地上の建物を譲渡すると借地権も移転する。」のように、定義と効果、根拠条文、例示を書いてほしい。他の例として、地役権は要役地の所有権に従たる権利であり、担保権（保証人に対する権利を含む）は主たる債務者に対する権利に従たる権利であるから、これらも例として良い。他方、建物の賃借人は、土地については直接の権利を有しないので、例として不適切である。しっかり書けた答えは残念ながら少なかった。

### II

#### (1)

##### (問1)

本件売買契約において給付目的物とされたのは、有名メーカーが生産したマウンテンバイク「甲」であり（事実1）、種類、数量のみで指定されているから、種類債権である（401条1項）。種類債権の目的物は、「物の給付をするのに必要な行為を完了し」と評価できる場合に特定する（同条2項）。Bの甲引渡債務は、AがBのガレージに甲を引き取りに来るという取立債務であるところ、この場合、種類債権の目的物は種類債務を履行するための具体的な目的物を同じ種類に属する他の目的物から分離し、引渡準備を債権者に通知することで特定する（最判昭和30年10月18日民集9巻11号1642頁・百選II-1事件）。

Bは2022年11月25日に自転車10台をメーカーから仕入れ、そのうち1台に「A様用・2022年11月29日引渡し」と書いたタグをつけてショールームからガレージに移したことから（事実2）、甲を他から分離したと評価できる。また、同日、BはAに電話をして「甲のご用意が出来ました。当日お待ちしております。」と伝えていることから（事実2）引渡準備を債権者に通知したと評価できる。したがって、甲は特定されたといえる。

特定された甲は、Aに引き渡す前に地震により大破し（事実4）、Bの甲引渡義務は履行不能（412条の2第1項）となった。したがって、Aの請求は認められない。

答案では、種類債権の目的物の特定について全く言及することなく立論しているものが多く、

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

甲は特定していないとする誤った認定もしばしば見受けられた。また、受領遅滞について延々と論じたり、弁済の提供と種類債権の目的物の特定を混同するなど、(問1)において論じるべき事項を把握できていない答案が多かった。

## (問2)

甲引渡義務は取立債務であるから、493条の「債務の履行について債権者の行為を要するとき」にあたり、Bは事実2より、同条の「弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告」をした、すなわち、弁済の提供を行った。

その後、Aは交通事故に遭い入院し、2022年11月29日にBのガレージに甲を引取りに行けなくなったのだから(事実3)、Aは受領遅滞(413条)に陥った。その結果、Bが負っていた善管注意義務(400条)は、「自己に対するのと同じの注意」義務となった(413条1項)。

Aの受領遅滞中(2022年12月10日)、大地震が発生しBのガレージが崩れ甲は大破し(事実4)、Bの甲引渡義務は履行不能(412条の2第1項)となった。甲の大破について、AにもBにも帰責事由はなく、413条の2第2項「履行の提供があった時以後に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その債務の履行が不能になったとき」に該当し、甲の履行不能はAの帰責事由によるものとみなされる。このとき、甲引渡義務の履行不能について、536条2項が適用され、Aは反対給付の履行を拒むことができない。したがって、Bの代金支払請求は認められる。

答案では、Aの受領遅滞に言及せずに536条2項の適用のみから結論を導くものが多かった。また、解除の可否や損害賠償の可否をなど、問われていない事項について論じるものもしばしばあった。なお、受領遅滞後の不能が当事者双方の責めに帰することができない事由に当たるかどうかについて413条の2に言及しないまま、567条2項に基づき立論している答案も多かったが、同条項の文理解釈に即して丁寧に要件充足を論じているものには加点した。

## [2]

(問1)(1)と(問2)は、「共同相続と登記」、「遺産分割協議と登記」というタイトルで、従来は177条において取り上げられてきた基本論点であるが、現在では899条の2が設けられたことを前提に解答する必要がある。(問1)(2)は、94条2項の類推適用を問う問題で、これも民法総則の極めて基本的な問題である。問題文はシンプルであり、論点を大きく誤解したような答案はまれであった。

## (問1)

(1) BはDに対してどのような請求ができるかが問われており、Bの法定相続分を主張することが考えられる。まず、Aの死亡によりBとCが共同相続し(896条)、その法定相続分はB1/2、C1/2である(900条1項1号)。そして、Cは遺産分割協議書を偽造して単独相続の登記をしても、Bの相続分については無権利であるから、DはCからBの相続分を取得することはない。Bは、法定相続分を超えない範囲では、登記なしに第三者に権利を対抗できる(899条の2第1項)。

おおむね上記の解答の骨子に沿った論述ができていたと思われる。Cの遺産分割協議書の偽造に

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

かかわり法律関係の分析を誤った答案が見られた。偽造とあれば契約の無効取消とか、無権代理とかにすぐ結びつけてしまうパターン化された理解ではなく、その都度問題文をよく読んで分析する習慣を身につけてほしい。

(2) Bが甲のC所有名義のまま放置しているうちに、CがDに売却したとすると、Bの請求に対し、Dからどのような反論が考えられるかを問うている。C名義の登記により、Cが甲の所有者であると信頼したから、その信頼が保護されるべきとの反論が考えられる。BC間に通謀はないから94条2項の本来適用はできないものの、94条2項類推適用の可否が問題になる。次に、94条2項類推適用の適用要件を検討していくことになる。すなわち、① 本人の帰責性、② 虚偽の表示の存在、③ 相手方の保護要件である。②については、遺産分割協議が偽造されてCの単独所有の登記がされているので充足する。①については、BがC名義の登記を放置したとあり、帰責性が認められる可能性がある。しかし、放置の事情や期間によって、通謀に匹敵する帰責性があるのか、それよりは帰責性の度合いは小さいのか、判断が変わってくる可能性もある。このことは、③で相手方に求められる主観的要件に影響を与え、通謀に匹敵するということであれば、虚偽であることについて善意であれば足りるが、そうでなければ善意無過失まで要求されるということになってこよう。

問1(2)は一通り書けている答案が多かった。このような基本的論点でこそ、解釈の理由づけなどについて日ごろから一步突っ込んだ勉強、よく考えて理解していることを示せる論述ができるよう、さらに勉強を積み重ねてほしい。

## (問2)

遺産分割の効力は相続開始時にさかのぼるから、Aの死亡時から甲土地はBの所有となるが(909条本文)、これにより第三者Dの権利を害することはできない(同条ただし書)。そして、Bは相続分を超える権利については登記を備えなければ対抗できないから(899条の2)、Bは自己の法定相続分を超えて甲土地の所有権をDに主張することはできない。

まず、事実関係から、CからDへの売却があり、その後、BC間で遺産分割協議が行われた結果、Bが甲土地を単独所有することになったという、CD間の売買と遺産分割協議との前後関係を押さえる必要がある。この点をあいまいなまま論述構成した答案が見られた。また、従来は遺産分割協議前のDが保護されるためには保護要件としての登記が必要であると説明されてきたが、177条による問題処理となる。

以上

# 2023 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 約束手形の偽造者の民事責任について説明しなさい。(150 字以内) (20 点)

手形法には偽造者の民事責任に関する規定がないが、無権限者によって、名義人が手形上の責任を負うかのような表示がなされるという点は無権代理と共通するため、判例は、無権代理人の責任（手形法 77 条 2 項、同 8 条）を類推適用して、偽造者の責任を認める。偽造者が自ら支払をなしたときは本人と同一の権利を有する。(148 文字)

注) 最高裁判例＝最判昭和 49 年 6 月 28 日民集 28 卷 5 号 655 頁

#### 〔1〕解説

##### 1. 取締役会決議の瑕疵とその効力

取締役会決議の瑕疵については株主総会決議と異なりその瑕疵を争う特別の訴えの制度がないことから、瑕疵の性質如何にかかわらずその決議は当然に無効となると解されている。もっとも、軽微な手続上の瑕疵により決議が当然に無効となると解するべきではないとされる。

##### 2. 本件取締役会の招集手続

###### (1) 甲社取締役会規程と本件動議

取締役会の招集は会日の 1 週間前（定款でこれを下回る期間を定めることは可能）までに各取締役および監査役（監査役設置会社の場合）に通知することによってこれをなす必要がある（会社法（以下「会社」）368 条 1 項）。様式は特に法定されていないが、定款・取締役会規程によって一定の方式（書面等）による旨を定めることは可能である。招集通知に会議の目的事項を記載すべきとの取締役会規程の定めと本件動議の関係であるが、株主総会と異なり、取締役会には業務執行の必要上審議すべきあらゆる事項が付議されるのは当然のことであるため、取締役会規程の定めが取締役会において招集通知に記載していない事項を審議・議決することを禁じていると解することはできず、招集通知に議題として記載されていない事項を決議したとしても違法とはならないと解される（名古屋高判平成 12 年 1 月 19 日金判 1087 号 18 頁）。

###### (2) E への招集通知漏れ

本件取締役会については名目的取締役 E についてのみ招集通知が送られていなかった。取締役会の招集通知は取締役全員に対して送る必要があるが、単に名目的取締役であるというだけで通知を要しないという理由はないとされるが、その場合でも、当該取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、当該瑕疵により決議は無効とならないとされる（最判昭和 44 年 12 月 2 日民集 33 卷 12 号 2396 頁）。E への招集通知漏れが「軽微な手続上の瑕疵」といえるかについては本件決議への影響によって判断されることとなる。

##### 3. 本件動議の取扱い

###### (1) A の退出

本件動議の採決にあたり A に退席を求めた措置は A が特別利害関係人（会社 369 条 2 項）にあたるという判断に基づくものと考えられる。判例によれば、代表取締役の解職決議において解職対象となる者は特別利害関係人にあたる（最判昭和 44 年 3 月 28 日民集 23 卷 3 号 645 頁）ため、この措置は違法とはいえない（もっとも学説上は反対説も根強い）。

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## (2)E の欠席と本件決議への影響

本件取締役会には 5 人の取締役のうち E を除く 4 人が出席していた。本件決議に関しては、特別利害関係人とされる A は定足数から除外されるため、取締役 4 人中過半数の 3 人が出席していれば要件を満たす（会社 369 条 1 項）。本件決議には B・C・D が参加してその全員一致で可決されており、仮に E が出席していたとしても決議の結果に影響を及ぼしたといえる事情はないものと考えられる。

4. 以上より本件決議は有効と解される。

## 〔2〕解説

### 1. R が主張すべき事由

取締役が会社から受ける報酬については定款に定めないときは株主総会の決議によってこれを定める必要がある（会社 361 条 1 項）。X 社の定款には株主総会決議をもって取締役報酬を定める旨の規定があるが、これは単なる確認的意義のみを有する規定といえる。R は、X 社の株主総会決議と定款規定に基づく本件内規の定めに従って 2021 年 6 月まで月額 50 万円の報酬を得ていたが、2021 年 6 月にその報酬を無報酬とする旨の決議がなされた結果、報酬を受領できなくなった。

判例は、「株式会社において、定款又は株主総会の決議（株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。）によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。」とする（最判平成 4 年 12 月 18 日民集 46 巻 9 号 3006 頁）。R はこれを根拠として報酬の減額に同意していない旨を主張するものと考えられる。

### 2. R の請求は認容されるか

取締役の報酬額が役職を基準として規定され、任期中の役職変更によって職務内容が変更し、それに応じて報酬額も変わることにについて取締役の同意が推認される場合には、役職変更とそれに伴う報酬額の変更が認められる可能性がある（福岡高判平 16 年 12 月 21 日判タ 1194 号 271 頁）。X 社の内規には非常勤取締役という役職はなく、またその先例もなかったことから、R には X 社取締役就任時点にこのような処遇変更と報酬減額についての予見可能性がなかったとして報酬減額は認められないという考えを採れば R の請求は認容される。他方、内規も先例もなかったとしても降格により無報酬となるということは一般的な予見可能性の範疇であると解すれば R の請求は認容されないこととなる。

以上

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## 刑法

2023 年度後期入試の刑法は、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 1】および【事例 2】を読み、〔設問 1〕および〔設問 2〕について解答しなさい（特別法違反の点は除く）。

### 【事例 1】

A 村の村長甲は、同村収入役である乙と共謀の上、同村新制中学校の建設資金として寄付され、乙が保管していた金員を、酒食等を買入れてその代金として支払い、もってこれを費消横領した。

### 【事例 2】

甲は、友人の A から、海外旅行の間 A の所有する血統書付きの飼い犬の世話を頼まれた。そこで、昼間は仕事で自宅を不在にすることから、甲は、預った上記の飼い犬を、昼間だけペットホテルの業者乙に預けることにした。

ところが、乙は、事業によって抱えた負債の返済に困り、上記の飼い犬を第三者に売却することの承諾を、その利益の 2 割を甲に渡すことを条件に、甲に求めた。甲はこれを承諾したので、乙は上記飼い犬を第三者に売却した。

### 〔設問 1〕

【事例 1】について甲には、乙と共に業務上横領罪（刑法 253 条）の共同正犯が成立するとする立場からは、甲および乙に対する刑法の関連条文、とくに刑法 65 条 1 項および 2 項の適用関係はどのようになるかを示しなさい。

あわせて、この立場から、【事例 2】について甲および乙に対する刑法の関連条文、とくに刑法 65 条 1 項および 2 項の適用関係はどのようになるかを示しなさい。

### 〔設問 2〕

【事例 1】について甲には乙との間に業務上横領罪の共同正犯は成立しないとする立場から〔設問 1〕で述べた見解を批判したうえで、この立場からの甲および乙に対する刑法の関連条文、とくに刑法 65 条 1 項および 2 項の適用関係とその根拠を示しなさい。その際、【事例 2】の処理についても言及すること。

## 1 論 点

本問の【事例 1】は、業務上横領罪に物の占有者という身分のない者が関わった場合の 65 条 1 項および 2 項の適用に関する最判昭和 32・11・19 刑集 11 卷 12 号 3073 頁の事案を、ほぼそのまま出題しています。また、【事例 2】は、その身分のない者の行為についての公訴時効期間は、その罪名ではなく科刑を基準にすべきだとした最判令和 4・6・9 裁判所ウェブサイトが付された山口



# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

厚裁判官の補足意見を手掛かりに、占有者ではあるが業務者ではない業務上横領罪の共犯者の罪名と科刑を検討するものです。

①まず、〔設問1〕では、甲の罪名は業務上横領罪（刑法 253 条）で科刑のみが横領罪（刑法 252 条）となるとする上記最判昭和 32・11・19 の立場を前提に、その場合の刑法 65 条 1 項および 2 項の適用関係を尋ねています。②その際、【事例 2】では甲に物の占有者という身分があることから、乙との間には刑法 65 条 2 項のみが適用されることになるか否かも尋ねています。

③〔設問 2〕では一転して、甲には乙との間に業務上横領罪の共同正犯は成立しないとする立場から、上記〔設問 1〕で述べた見解を批判してもらいます。とくに、甲について罪名と科刑が分離することは、不真正（加減的）身分犯の通常の処理である 65 条 2 項のみの適用からみても矛盾していることを指摘すれば足ります。④また、【事例 2】の処理については、仮に〔設問 1〕で甲と乙には刑法 65 条 2 項しか適用されず甲の罪名は「横領罪」とどまるとすると、このような「業務上占有者に占有者が加功する場合の取扱いとの均衡」（山口補足意見）からみても、「業務上占有者に非占有者が加功する」場合に罪名を業務上横領罪とするのは妥当でないこととなります。

## 2 答案の講評

### (1) 〔設問 1〕について

〔設問 1〕の【事例 1】では、上記のように、最判昭和 32・11・19 の考え方と結論をそのまま書いていただければ十分です。つまり、業務上寄付金を保管していたのではない甲は、これを業務上保管していた乙と業務上横領罪の共謀共同正犯となり（65 条 1 項）、科刑のみ横領罪の法定刑によることになる（65 条 2 項）ということです。その理由としては、65 条 1 項は真正・不真正を問わず身分犯に対し身分のない者が共犯になる根拠規定であり、同条 2 項は不真正身分犯についてのみ、身分のない者の科刑を規定したものと解される、とすればよいのです。

ただ、答案の中には、上記の最判昭和 32・11・19 という重要判例の事案を知らないまま、村長である甲も業務上の占有者であると思い込んだのか、〔設問 1〕に 65 条の適用はないと解答したものもありました。既修者として入学試験を受ける以上、重要判例の知識は持っておいてください。

さて、【事例 1】について業務上横領罪の共同正犯を認める立場でも、【事例 2】では、判断に迷いが生じることになります。なぜなら、甲と乙は友人 A から預かった飼い犬を A に無断で第三者に売却したことで、これを共同で横領し、乙が業務上の占有者であることから、乙は業務上横領罪になりますが、甲は占有者ではあるので（昼は間接占有、夜は直接占有ですね）、およそ身分のない共犯者ではないからです。

したがって、甲と乙との間には不真正身分の関係しかない以上、山口裁判官の補足意見にあるように、ここでは 65 条 2 項の適用の余地しかないように見えます。その結果、【事例 1】と異なり、甲と乙の間には業務上横領罪の共同正犯は成立せず、横領行為の限度で、あるいは横領罪の限度で両者は共同正犯となり、業務者の身分を有する乙は業務上横領罪が、業務者でない甲には横領罪が成立するという結論が考えられます。これは、通常の不真正身分犯で判例が取っている立場だと考えられます。

これに対して、上記のように 65 条 1 項は真正・不真正を問わず身分犯に対し身分のない者が共

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

犯になる根拠規定だと考えると、少なくとも「業務者」という身分がない限りで甲は非身分者であり、65 条 1 項を用いて罪名を業務上横領罪に統一すべきであって、科刑のみ、65 条 2 項で処断されるという結論になります。

答案では、残念ながら、山口裁判官の補足意見に従ったものは見受けられませんでした。しかし、それでも、65 条 1 項の趣旨を上記のように考えるなら、それはあり得る考え方だと思われま

## (2) 〔設問 2〕について

今度は、甲には乙との間に業務上横領罪の共同正犯は成立しないとする立場から、上記〔設問 1〕で述べた見解を批判することになります。その最大のポイントは、〔設問 1〕で述べた見解では、甲の罪名と科刑が異なることになり、さらには公訴時効期間の基準は罪名によるのか科刑によるのか不明確になるという問題を生じることです。

この立場からは、【事例 1】では、占有者という身分すらない甲には 65 条 1 項を適用して乙との間に横領罪の共同正犯を成立させるとともに、業務上の占有者である乙は業務上横領罪となり、両者は 65 条 2 項によって共同正犯の関係になると解することになります。

さらに、〔設問 1〕で【事例 2】では 65 条 2 項しか適用されないという見解を採った場合には、【事例 1】と【事例 2】とで甲の罪名について齟齬が生じるという矛盾が起きると批判することも可能です。

なお、この立場からは、【事例 2】では、単純に 65 条 2 項のみを適用し、甲と乙は横領行為の限度で、あるいは横領罪の限度で共同正犯となると解して結構です。

単純に甲・乙の罪責を問うのではない設問の形式に戸惑ったのか、問題 I を選択した受験生は多くはなかったのですが、業務上横領罪の共犯は、身分犯と共犯の問題の典型例です。設問の趣旨をよく理解して、相対立する立場それぞれの論拠と矛盾点を明示してください。

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

II 次の【事例】を読み、窃盗罪等の奪取罪における保護法益に触れたうえで、甲および乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点は除く）。

## 【事例】

(1) 甲は、出張に出るため勤め先の最寄駅の待合室にあるベンチに座り、しばらく休んだのち、自動券売機で切符を買うため、自己所有のかばんから財布を取り出して手に持ち、そのかばんを同ベンチに置いたまま待合室を出て、自動券売機に向かった。

待合室の奥にあるベンチに座って甲の様子を見ていた乙は、甲が待合室を出た1分後に、ベンチに置かれた甲の上記かばんを抱え、待合室を出た。この時、甲は、自動券売機に向かって立ち、切符を買おうとしていた。甲が駅の待合室に入ってから乙が甲の上記かばんを持って待合室を出るまでの間、待合室を利用した者は、甲と乙のみであった。

(2) その1分後に甲は、切符の購入を済ませて待合室に戻る途中で、甲の上記かばんを持って改札口を通過する乙を見たことから、自分のかばんのことが心配になって待合室のベンチを見たところ、甲の上記かばんが無くなっていたので、乙が自分のかばんを盗んだことに気づいた。

(3) 甲は、乙から上記かばんを取り返そうと考え、即座に、「待て、待て。」と言って乙を追い掛け、その1分後に改札口を通過してホームに向かう通路で乙に追い付き、乙に、「私のかばんを盗んだな。返してくれ。」と言った。しかし、乙は、甲を無視してホームに足早に向かおうとした。甲は、乙に、「待て。」と言ったが、乙が聞こえないふりをして逃げていくので、「盗んだかばんを返せと言っているだろう。」と言って乙を追いかけ、乙が持っていた上記かばんの持ち手を手でつかんで引っ張ってそのかばんを取り上げようとし、さらに、怒りに任せて乙を蹴り上げて、腹部等に加療3週間を要する傷害を負わせた。その結果、甲は乙から上記カバンを取り戻した。

(4) もっとも、甲の上記蹴り上げ行為は、取戻し行為としては過剰なものであった。

## 1 論点

本問は、平成27年度司法試験論文式刑事系第1問を素材に、窃盗罪等の奪取罪における保護法益と所有者による窃取された財物の取戻し行為の罪名との関係を検討するものです。

①まず、乙の行為が窃盗罪に当たることを、窃盗罪の要件、とくに「窃取」の前提となる財物の「占有」の有無を検討して明らかにすることが必要です（建造物等侵入罪の検討は不要です）。

②次に、甲の取戻し行為がどのような罪の構成要件に該当するかを、とくにこれが強盗致傷罪（刑法240条前段、236条1項）の構成要件に該当するかどうかを検討する必要があります。というのも、強盗罪を含む奪取罪の保護法益を「純粋な占有」と解すると、窃盗犯人である乙による本件カバンの占有も、刑法242条を介して「他人の財物」に当たることとなるからです。その際、とくに注意すべきは、強盗罪にも必要とされる「不法領得の意思」が甲に認められるか否かです。

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

③そこで甲の取戻し行為が強盗罪の構成要件に該当するとしたなら、さらに当該取戻し行為が「違法性を阻却する自救行為」等に当てはまってその違法性が阻却されないか検討しなければなりません。もっとも、本問では、「甲の上記蹴り上げ行為は、取戻し行為としては過剰なものであった」とされていますので、「違法性を阻却する自救行為」に必要な行為の「相当性」ないし「必要最小限度性」がないとして、違法性阻却は否定されるでしょう。

その結果として、甲の行為は強盗致傷罪として、酌量減軽がなければ最低でも 6 年の懲役ということになります。

④他方、取戻し行為なのにそのような重い刑を甲に科すのは妥当でないと考えるなら、何らかの点で、甲の行為は強盗でないとしなければなりません。その際は、強盗罪を含む奪取罪の保護法益を所有権その他本権の保護に役立つ占有と考えるなら、242 条を介しても乙のかばんの占有はこれに含まれませんので、甲の行為は強盗致傷罪の構成要件ではなく、傷害罪（刑法 204 条）のそれに該当することとなります。

なお、この保護法益問題は、「権利者を排除してその物の所有者のように、その経済的用法に従って使用または処分する意思」という「不法領得の意思」の理解にも反映します。ここにいう「権利者」は単なる「占有者」を超える権利者（＝本権者）ですから、そのような権利を持たない乙からの取戻しは「権利者を排除」するものではなく、また、所有者自身による取戻しは所有者でない者が「その物の所有者のように」振る舞う意思ではないことになるからです。

## 2 答案の講評

### (1) 乙の行為

乙の行為が窃盗罪に当たることは、さほど論証を要しないでしょう。本件のかばんは甲の所有するものですから、乙から見れば「他人の物」に当たります。また、本件のかばんは甲が一時的に（2分程度）、かつ意識して、しかもすぐ近くに置いていただけですから、甲の占有は認められます。ゆえに、これを勝手に持ち出して甲の占有を排除した乙の行為は「窃取」に当たります。さらに、状況から見て、乙は使用窃盗や毀棄・隠匿目的等で窃取したわけでもなさそうですので、「不法領得の意思」もあります。

それにもかかわらず、甲の占有を否定して乙を遺失物等横領罪にとどめた答案がありました。判例を見るまでもなく、それは「占有」に関する判断を誤っています。また、甲が最終的に取り戻したことを理由に、乙は窃盗未遂とする答案が見られたことも残念です。窃盗の既遂要件である「取得」の意味と当てはめを復習されることを期待します。

### (2) 甲の取戻し行為

「窃盗罪等の奪取罪における保護法益に触れたうえで」という問題文の指示は、甲の取戻し行為がどの罪の構成要件に該当するかを判断するに際して意味を持ちます。なぜなら、奪取罪の保護法益が純粋に「占有」のみであるなら、かばんを持ち出していったん「占有」を確保した乙からかばんを奪うことは「窃取」や「強取」に当たり、さらに、たとえ所有者による取戻しであっても、自己所有物であっても保護されるべき「他人の占有」（242 条）に当たるからです。しかも、乙は甲に暴行されて腹部等に加療 3 週間を要する傷害を負っています。したがって、甲の行為は

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

強盗致傷罪（240 条前段）に該当することとなります。

その際、強盗罪（236 条 1 項）にも必要な「不法領得の意思」が、少し問題になります。というのも、この意思は、一般に「権利者を排除してその物の所有者のように、その経済的用法に従って使用または処分する意思」と定義されますが、窃盗犯人からの所有者による取戻しは「権利者を排除」せず（「占有排除」は「窃取」ないし「強取」に過ぎず「権利者排除」には当たりません。）、かつ、「その物の所有者のように」装うまでもないからです。したがって、本来であれば、奪取罪の保護法益が純粋に「占有」のみであるなら、このような「不法領得の意思」は不要だとする見解を採用したほうが一貫します。

### (3) 正当な自救行為その他の違法性阻却事由の有無

上記の「占有説」でも、適切な取戻し行為は「違法性を阻却する自救行為」に該当し、従って強盗致傷罪は成立しないとされます。そこで、本問の甲がこれに当てはまるか検討することになります。

しかし、実際の答案では、正当防衛を検討するものが目立ちました。ただ、そうすると、乙は、すでにかばんを持ち出し改札口を通過してホームに向かう通路にいたのですから、防衛行為によって阻止すべき「不正の侵害」はすでに終わっており、違法な状態が残るのみと考えるべきでしょう。したがって、以下では「違法性を阻却する自救行為」を検討します。

自救行為が違法性を阻却されるためには、その必要性（「必要最小限度性」を含む）と緊急性、および保全される利益と害される利益の均衡性という意味での相当性を必要とします。そこにいる緊急性には、国家による保護を求める余裕がないという意味も含まれます。

ところで、本問では、甲は怒りに任せて乙を蹴り上げ、腹部等に加療 3 週間を要する傷害を負わせており、しかも、上記蹴り上げ行為は、取戻し行為としては過剰なものであったのですから、上記の必要性および相当性を逸脱しているものと思われます。したがって、甲の行為の違法性は阻却されず、その結果、酌量減輕がなければ、甲は最低でも 6 年の懲役（実刑）ということになります。急迫の侵害に直面していない自救行為に 36 条 2 項の準用はありません。

### (4) 傷害罪にとどまるとする見解

これに対して、奪取罪の保護法益は「所有権その他の本権」ないし「本権の保護に役立つ限りでの占有」であり 242 条にいう「占有」はこれに限られると解するなら、本問における窃盗犯人乙の占有はこれに当たらず、甲に強盗致傷罪は成立しないこととなります。取戻し行為なのに強盗致傷罪の重い刑を甲に科すのは妥当でないと考えたら、こちらの見解を採用することになります。

なお、その際、上記の「不法領得の意思」の定義を示し、甲にはその意思はないことを論拠とすることも可能です。

その結果、甲の行為は傷害罪の構成要件に該当し、かつ、(3)で検討したように、それは自救行為として違法性を阻却されるものではないので、同罪が成立することになります。

なお、傷害罪の刑の下限は 1 万円の罰金ですから、執行猶予も可能です。

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

## （5） 罪名と保護法益との関係

残念ながら、いくらかの答案では、「窃盗罪等の奪取罪における保護法益に触れたうえで」という問題文の指示と、甲の行為が該当する構成要件との関係が気づかれていないようでした。そのため、保護法益は「占有」であるとしながら、構成要件では強盗致傷罪に全く触れていないものが目立ったのです。保護法益と構成要件との関係、さらには処断刑との均衡を意識した学習が望まれます。

以上

# 2023 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

①不可能性とは、その行為を行うことが不可能であることを証明できれば、なかったことの証明になることである。例えば、犯罪が行われた時間に現場には到達できない場所にいたり、丑の刻参りのように行為と結果との間に因果関係がない場合がこれにあたる。②非合理性とは、物理的・時間的に不可能とはいえないとしても、もし本当にその者がその行為を行ったとするなら、合理性に欠ける場合のことである。このような場合、なぜそのような非合理的な行動をとったのか、その動機が説明されなければ、あったことの証明としては不十分となるから、なかったことの証明の補強材料となる。③不可能性や非合理性のように、非難された内容の蓋然性を問題にするのではなく、相手側の義務の遂行が十分でないことを指摘することができる。例えば、相手がさしたる理由もなく公開討論の申し出を受けなかったような場合である。その結果として、反論する側（なかったことの証明をする側）の立場を強くするというのが、間接補強証拠・要因である。間接といえど、その強さが強ければ、反論された側（なかったことの証明を非難する側）に挙証責任が移行する挙証責任のトランスファーを引き起こすことができる。不可能性は100%の証明が可能な要素であるが、非合理性と間接補強証拠・要因は、補強証拠に過ぎない。だが、複数が合わさって有効な抗弁となる場合もある。

①ないし③の点について指摘できている答案が多数であり、概ね良くできていた。①ないし③相互の関係についても触れている答案には加点している。

### 設問 II

科学とは、論理的・合理的に世の中の事象を説明するための過去に認められた事実と理論の集積、及び、そうした結論に達するための方法論（観察、データ、因果律、統計など）のことであり、客観的な知の集積とも表現しうる。宗教の教義がいう「神がそのように決め、そのようにしたのだ」という説明は、妥当性と再現性を欠いている。例えば、旧約聖書の創世記にある有名なノア方舟の話について、方舟の大きさからして全ての生物のつがいに乗せることは不可能であることや、地球を水没させる量の水は地球はおろか太陽系全体のH<sub>2</sub>Oでも作れないこと、ノアとノアの家族以外の人間が減んだとされた時代にエジプトには人口が何百万人もいたことなどが知られており、このような大洪水は物理的に不可能なものとしてなかったと決定づけられる。科学こそが、実際に世の中の事象を最も的確に説明しうる論理体系なのであり、科学の説明が優先される。

このような科学と宗教の教義との矛盾について、宗教家たちは様々な態度を取ってきた。まず、科学を否定し続けること、すなわち、自分たちは正しいと主張し続ける立場がある。次に、科学を真実と受け止め、聖典に書かれていることや、伝統的に信じられていたことの中には、誤りもあることを素直に認める立場がある。最後に、ある程度まで科学の成果を認

# 2023 年度入学試験（後期日程）講評

立命館大学法科大学院

め、場合によっては聖典の一部が神話かおとぎ話に過ぎなかったことを認めつつも、基本教義に関わる部分は、なんとか科学と矛盾のない説明をつけようとする、そのような解釈の変更を選ぶという立場がある。

古代ギリシアのアリストテレスが始祖とされる演繹的論理学は、過去の事実との無矛盾性と因果律を重視し、種々の事象を前提として、もしそれが正しいのなら推論として導かれる結果や論理も正しいと考える科学的方法論の第一歩であった。しかし、そこに「すべては神がそう決めたから」という理屈を持ち出したのが宗教の体系である。キリスト教の教義が大前提として存在し、その部分は決して変えてはならないとされ、世の中の事象は教義と矛盾しないように説明せよとなったとき、科学的方法論の大部分は失われてしまった。

このような科学を否定し続ける立場は、科学の地位が低かった時代にはある程度通用した。科学を否定する効果的な方法の一つは、人々をして知識にアクセスさせないことである。識字率の低い社会においては、科学が何を言おうと無視できる小さな波に過ぎなかったし、禁書指定や焚書などの隠蔽工作も行われた。しかし、その後の避雷針の発明などがきっかけとなり、宗教家たちが科学を否定し続けることは徐々に不利な地位に移行していったのである。

対して、論理的整合性を重視し、科学的マインドを持っていたキリスト教のアリウス派などは、各地に布教の地を得て東方教会の宗派の一部として長く残った。アリウス派以外にも、科学を拒絶・否定することの多いカトリックから分かれた宗派は、比較的柔軟性を持った宗教として、各地で変化しつつも生き伸びていき、のちの宗教改革の中心になった。

前半の問いについては概ね答えられている答案が多かったが、後半の問いについては、単に三つの立場を指摘するにとどまっている答案が多かった。宗教家たちの科学に対する態度の変遷を、歴史とともに論じる必要がある。

以上