

# 2024 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、国籍法第 11 条第 1 項の規定が、憲法第 10 条に基づいて「日本国民たる要件」を定めている国会の立法裁量の限界を超えているのかを検討してもらうことにあり、とりわけ憲法第 22 条第 2 項に定められている「国籍を離脱する自由」から「国籍を離脱」しない不作為の「自由」も導き出されるのかを考えてもらうことにある。本問の焦点は、とかく簡単に否定されがちな無国籍の「自由」ではなく、いわゆる国籍唯一の原則により否定されてきた重国籍の「自由」である。

文字どおり「離脱する自由」の側のみが保障されているのだと解釈するのは、憲法第 18 条前段の「いかなる奴隷的拘束も受けない」という保障と同列に把握していることにもなるだろうが、日本国籍と外国籍を同時に保持すると取り返しがつかないということにはならないだろう。日本国籍を剥奪されない「自由」も保障されていると解釈するのであれば、その制約の立法目的を見定めるとともに、それと「自己の志望によつて外国の国籍を取得したとき」の問答無用の剥奪という手段との対応関係の完成度を吟味するのに最適な規範を定立して、論理的に選定された判定基準により法令違憲の有無を検討するのが穏当である。

出題の文章には、「国家との権利義務関係が複雑になる二重国籍の発生を抑制を許しているという考え方もある」と記してあるが、近年の下級審判例にも立法裁量の範囲を広く認めているものがある。東京高判 2023 (令和 5) 年 2 月 21 日 (裁判所ウェブサイト) は、東京地判 2021 (令和 3) 年 1 月 21 日 (訟務月報 68 巻 2 号 77 頁) に対する控訴を、東京高判 2022 (令和 4) 年 11 月 10 日 (裁判所ウェブサイト) は、東京地判 2021 (令和 3) 年 2 月 18 日 (裁判所ウェブサイト) に対する控訴を、それぞれ棄却している。

これらの合憲判決に共通して、国籍法違憲訴訟の最大判 2008 (平成 20) 年 6 月 4 日 (民集 62 巻 6 号 1367 頁) が引用されている。この有名な違憲判決には、「立法府の裁量判断」(1371 頁) の範囲を限定する事情の 1 つとして、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」(1372 頁) という指摘がある。本問の解答は、憲法上の「自由」の制約を正面から検討することができるから、法律の内容にも要求される相対的平等に違反する不合理な差別の有無を検討しなくてよいが、この部分の判旨を参考にするのは便宜である。

圧倒的多数の答えは、国籍唯一の原則に立脚している現行法の規定を合憲だと結論していた。出題の文章を精読して、憲法第 22 条第 2 項に基づいて保障されている「自由」の本義から「国籍を離脱」しない不作為の「自由」を説明することにより、憲法第 10 条に基づく立法裁量の範囲の逸脱や濫用に該当するのかを検証しようとする手堅い構成の答えに多く恵まれたが、なかには立法裁量という専門用語が登場しない答えもあり、あるいは国籍法違憲判決の影響なのか、もっぱら平等の問題として論述している答えもあった。ただ、比較の対象を明示することなく、不合理な差別の有無を検討するには無理があり、そもそも「自由」の制約の問題として構成するのを簡単に諦めてしまうのも好ましくない。憲法第 13 条後段に基づいて補充的に保障されるのにふさわしい不作為の「自由」の制約として検討している答えも散見されたが、どうして補充的に保

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

障される必要があるのかの説明が不十分な答案もあった。

規範定立にあたり、権利と制約の種別を見極めて厳格な合憲性判定基準を選定している良好な答案が多数あったが、厳格に合憲性を判断すべきだと述べながら、厳格度を緩和すべき事情を何ら挙げることなく中間審査基準を採用している答案も散見された。具体的検討にあたり、目的手段審査を着実に展開している答案が多数あり、基礎学力の高さが窺えたが、あてはめながら基準の厳格度を引き下げている不安定な検討の仕方の答案も散見された。また、国籍法第 11 条第 1 項の「自己の志望によつて」という文言を決め手にして、任意に「日本の国籍を失う」という意味でしかないと説明することにより、本題である国籍唯一の原則の妥当性に論及することなく、重国籍の「自由」が保障されないことを当然視している答案が多数あった。

問題Ⅱは、岩沼市議会事件判決（最大判令和 2 年 11 月 25 日民集 74 卷 8 号 2229 頁）をモデルとしている。まず、司法審査の対象として「法律上の争訟」（裁判所法 3 条 1 項）の定義を示し、X の請求が定義上「法律上の争訟」にあたることを確認する。その上で、地方議会が議事機関として自律的な権能を有することから、X の請求が司法審査の対象にならないのではないかという点につき、上記の新判例の論理を踏まえた論述をすることが求められている。

多くの答案は「法律上の争訟」の定義を正確に再現し、問題の所在を指摘した上で、上記の新判例を意識した論述ができていた。もっとも、X の請求が司法審査の対象となるか否かの問題を、部分社会の法理の問題として論じるものが大半であり、新判例の理由付けを十分に理解できていないものはほとんどなかった。部分社会の法理を本問に無理に適用すれば、論述の説得力は乏しいものとならざるをえないが、その中でも、出席停止の懲罰によって X が住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たせなくなる旨を何らかの形で指摘できていれば相応の評価を与えている。

なお、X の請求を出席停止処分の取消訴訟と、議員報酬の減額分の支払請求訴訟に区別して、後者のみ司法審査の対象とするという答案もあったが、上記の新判例はそのような区別はしていない。また、参考判例として、共産党袴田事件判決や富山大学事件判決を引用する答案もあったが、本問に解答する上では地方議会の出席停止の懲罰に関する上記の新判例を踏まえて論述しなければならない。

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

## 民法

### I

#### (1) 重過失

注意義務に著しく反する過失。軽過失を免責する場合に使われ、失火責任法や商法に例が多い。重過失のある錯誤のように悪意に類し保護に値しないものを指す場合にも用いる。

定義はまずまず出来ていたが、不法行為法と法律行為法の両方にまたがる用語であるということが例示で示せていた答えは少なかった。

#### (2) 姻族

配偶者の一方と他方の血族とを互いに姻族という。この説明を基本として、民法は三親等内の姻族を親族としていること(725条)、姻族関係は離婚によって消滅すること(728条1項)、姻族関係は配偶者の死亡後、生存配偶者の意思表示により消滅すること(728条2項)などが説明されていれば加点した。血族、親族そして民法上の用語ではない家族といった言葉を用いて説明しているが、端的に説明できているものは少なかった。

### II

#### [1]

##### (問1)

Aは、Cに対し甲の代金100万円の返還請求をすることができるかという問いであり、かつ売主Cは模造品であることを知っていたのだから、まず考えられるのは詐欺(96条第1項)であろう。錯誤(95条第1項)の主張もあり得るが、この場合は95条第1項2号の錯誤を主張することになるため、同条2項の検討も必要である。

いずれにしても、代理人に対する詐欺である(101条)であること、本人Aには詐欺や錯誤による取消権があること(120条第2項)を踏まえ、取消権行使のうえ、原状回復として100万円の返還請求ができること(121条の2第1項)を述べる必要がある。

解答にはBが代理行為の際に顕名がないとして、Aへの効果帰属を問題にするものがあつた。しかし、Aは、BがCとした売買契約に基づいて100万円を支払って、甲の引渡しを受けているのであり、有効な代理の成立を疑う余地はない。取消権を行使できる者の範囲や取消後の原状回復については条文がある。よく確認し、答案に正確に引用できるようにすることが望まれる。

契約不適合を理由に解除と構成した答案についても相応に評価した。しかし問われているのは代金の返還であるから、それだけに対して解答すればよく、それ以外の売主の責任等について論じる必要はない。

##### (問2)

Aは、Dに対し、前払済みの乙の製作代金10万円の返還請求をすることができるかという問である。契約に基づいて支払われた代金の返還を求めるためには、契約関係を解消しなければなら

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

ない。その理由として一般的に考えられるのは、解除権の行使、取消権の行使、無効の主張である。

請負人の D には債務不履行はないから、541 条・542 条の解除はあり得ない。D の債務は遅滞に陥っていないし、ケースの作成は可能だから履行不能でもないと考えられる。しかし、請負には 641 条がある。問題文から D の仕事が完成する前であるから 641 条の要件を満たす。ただし、本条で解除する注文者は請負人に生じる損害を賠償しなければならないため、結果的に 10 万円全額の返還とならない可能性はある。

そこで、10 万円の返還請求を考えるなら、A はまず錯誤取消を主張すべきである。A は甲が入手できることを前提に甲を入れるケース乙の製作を注文したが、甲が入手できなくなり請負契約締結の際に基礎とした事情についての認識に錯誤がある(95 条第 1 項 2 号)。ただし、(問 1)でも述べたように 95 条第 2 項の相手方への表示の要件を満たすといえるかは問題になる。

641 条の指摘は比較的良好にできていたが、錯誤取消しという構成をとった解答は多くなかった。95 条に行きついた答案でも、A が請負契約締結に当たり基礎とした事情の判断を誤っているものもあった。また、(問 1)からの流れで、D が 96 条第 3 項の第三者に当たるかどうかを検討しているものもあったが、そもそも AC 間の花瓶の売買と、AD 間のそのケース製作請負契約は別々の契約である。同様の理由で、両契約を複合契約、目的を一つにする一体的な契約と認めることもできず、AC 間の売買の取消や解除と連動して AD 間の契約の効力を喪失させることは妥当でない。最判平成 8・11・12 民集 50 卷 10 号 2673 頁は、同一当事者間における本問と全く異なる事案である。

## [2]

出題趣旨は、継続的売買契約における履行拒絶権と債務不履行による契約解除権という基本を問うほか、解除の前後において目的物を取得した第三者との関係がどうなるのかを尋ねている。

### (問 1)

本件契約は、冷凍の水産加工品甲 100 箱を 20 箱ずつ 5 か月にわたって給付し、代金を引渡し翌月 10 日に支払う売買契約であり、履行期が 5 か月になる継続的契約である。各月の食品甲の引渡しは、代金支払よりも先履行となっており、両者の間には同時履行の関係はない。しかし、3 月に先履行された甲<sub>1</sub>の代金が支払われておらず、5 月 11 日に 3 月分と 4 月分をまとめて支払うという弁済に関する合意の変更が行われた(事実 3・4)。その 2 か月分の代金も支払われておらず、売主 B は、買主 A の支払意思や支払能力に不安を生じている。そのため、継続的給付を内容とする契約においては、公平の観点から売主の不安を解消するため、前の期の分の代金支払と次の期の分の物の給付が同時履行に準じる関係にあるとみて、B は、5 月 11 日の 2 か月分の 40 万円の支払がされるまでは、5 月分の甲の引渡しを拒むことができる(民法 533 条の類推適用)。

わりあい出来が良かった。ただ、同時履行関係にないことが契約からは明らかなので、不安の抗弁権のように後の債務の履行に不安がある場合には 533 条を類推適用できるということを指摘していただきたい。

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

## (問2)

たしかにAはBとの当初約定も弁済に関する変更合意も遵守しておらず、債務不履行に陥っている。しかし、Aの代金40万円の支払は履行不能ではなく、なお履行が可能な履行遅滞であるから、Bは、特約がない限り直ちに本件契約を解除することはできず、541条本文により、相当の期間を定めてその履行の催告を行い、それでもその期間内に履行がないときに初めて契約を解除することができる（なお、代金債務は売買契約の中心的債務なので、その不履行が軽微とされるのは、提供された代金にわずかの額が足りなかったような場合に限られ、本問ではそのような問題は生じていない）。

無催告解除(542条)を無理矢理当てはめようとしたものや、催告がないのに催告解除(541条)を肯定した誤答も少なくなかった。問題文の事実を摘示して要件に該当することを着実に検討していただきたい。

## (問3)

BはAが代金債務を履行しないまま5月分の引渡しを求めてきたので、25日に解除の通知をした。期間を定めた催告はしていないが、Aはすでに確定期限の履行遅滞にあり、相当期間が経過してもAが履行しなければ、Bは本件契約を解除することができる。

しかし、CがAから甲<sub>1</sub>を買い受けたのは、3月30日であり、4月1日にはすでに引渡しも受けていて、すでに甲<sub>1</sub>の所有権を取得している。Bが契約を解除しても、Cは、解除前にすでに目的物に正当な利害関係を取得し、引渡しという対抗要件(178条)も備えて保護に値する状態にあるから、民法545条1項ただし書の「第三者」に該当し、Bは解除によるAからの甲<sub>1</sub>の所有権の回復をCに対して主張することができない。

出来は良かった。545条1項ただし書の適用がきちんと書けていれば解除が前提になることもわかるので、前半部分の解除ができることは、少々簡略でも良いものとした。

## (問4)

Bが本件契約を解除できることは前問と同じである。解除の効果として、判例は、解除には遡及効があると見ているので、甲<sub>2</sub>の所有権は最初からBにあったものとみなされる。解除後の第三者であるDには545条1項ただし書の保護は適用されない。

しかし、動産である甲<sub>2</sub>については、Dが、Aに所有権があると過失なく信じ、Aから代物弁済という取引による引渡しを受けて占有を取得しているので、即時取得(192条)が認められる可能性がある。平穩・公然・善意はDの占有から推定され(186条1項)、無過失はAの占有の適法性から推定されるので(188条)、Bがこれらの推定を覆す事実を主張・立証できない限り、Dに甲<sub>2</sub>の所有権が取得され、Bの請求は認められない。

解除の遡及効と即時取得ができれば満点で、推定(暫定事実)の摘示は、加点事由としたがそこまで書けている答案はほぼなかった。不動産の場合の解除と登記の判断枠組がここでも妥当するという理解も誤りではないので、「178条により甲<sub>2</sub>の引渡しをすでに受けているDがBに優先し、Dが背信的悪意者に当たらなければBの請求は認められない」という趣旨の解答も、即時取

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

得と同等に評価した。問 3・問 4 は、解除と第三者という典型論点なので出来がよかったが、A の支払不能に引きずられたか、詐害行為取消しを論じた答案が散見された。代物弁済を理由とする全部取消しができないと現物返還の請求は難しいため(424 条の 4 による過大な部分のみの取消しと 424 条の 6 第 1 項後段による価額償還請求が原則となる)、詐害行為取消しを論じる答案は評価できない。

# 2024 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

裏書の連続とは、最初の権利者である受取人から現在の約束手形の所持人に至るまで、裏書が手形面上の記載において途切れることなく続いていることをいう。裏書連続の効果については、裏書の連続する手形の所持人は権利者と推定されることである。法文上は、「適法の所持人と看做す」となっているが、最高裁判例は、「推定する」という意味に解している。

### II〔1〕

甲社は、公開会社でない株式会社（以下、「非公開会社」という）であるため、定款により取締役の任期を10年まで延長することができ（会社法332条2項）、同社が、定款により取締役任期を10年としていることは適法である。まず、Dは、その任期途中の本件総会において取締役を全株主の賛成により解任されたが、株主総会は、その普通決議で、いつでも、理由を問わず、取締役を解任することができるため（会社法339条1項）、特段の手続き上の瑕疵もない本件においては、Dは、解任の効力そのものを訴訟で争うことはできない。ただし、「正当な理由」なく解任された場合には、甲社は、Dに対して損害賠償の責めを負う（同条2項）。本件では、認定事実による限り、解任に正当事由がないことは明らかであり（代表取締役社長Aの真意は、Dへ意趣返しにある）、Dは甲社に対する損害賠償請求が可能であり、かつ認容されるものと解される。問題は、その場合にDに生じた損害額であるが、Dの解任時点では、その取締役としての残任期は8年であり、その意味では、年額1200万円（月額100万円×12か月）×8年=9600万円の損害賠償請求が可能なのにも思われる。もっとも、任期は4年間とする合意が甲社とDの間であることから、実際には、1200万円×2年=2400万円が一つの落としどころとなろう。弁護士としては、まず、9600万円の請求をたて、2400万円を下限値として可能な限りの上積を目指すこととなる。一方で退任慰労金の支給については、総会決議がなされていない以上、その甲社への請求は不可能と解される。もっとも、退任慰労金支給に関するAの口約束の存在が立証できれば、上記の損害賠償金額の判断に当たり、その一要因として斟酌されよう。また、その要件を満たせば、（甲社ではなく）、代表取締役A個人を被告として、期待権の侵害による民法上の不法行為の成立による損害倍書請求も可能と思われる。

### II〔2〕

本問における論点は、①相続により準共有に属する株式についての権利行使の方法と、②取締役会設置会社において株主総会の招集通知に記載されていない議案の取扱いである。まず、①につき検討する。本問でその瑕疵（決議取消事由）が問題となる本件総会時点では、亡甲保有の株式（甲社株式の40%）は、遺産分割協議成立前であるため共同相続人である乙・丙・丁の間での準共有に属する。会社法106条本文によれば、（準）共有者は、権利行使者1人を定めて、その氏名等を会社に通知しなければ権利行使をすることができないものとされる。また、判例法理上、その権利行使者の定め（株主総会での役員選解任に関する議決権行使の場合）は、準共有者間の協議により持分価格の過半数により決するものとされる（最判平成9年1月28日百選10）。本件では、そもそも準共有者間での協議はなされておらず、乙による議決権行使は違法なもの

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

考えられる。もっとも、乙は、X社の代表取締役であることから、会社（X社）による同意があったものとして、「ただし、株式会社が当該権利を行使することに同意した場合は、この限りでない。」とする同条但書の法意が問題となりうる。最高裁は、同条但書の法意につき、会社の同意があったとしても、民法の共有に関する規定の原則に戻るだけであり（共有物の管理行為の場合は、持分価格の過半数で決定）、同意をしてもその権利行使は適法とはならないものと判示した（最判平成27年2月19日百選11）。したがって、本問事例においても、甲によるX社株式40%の議決権行使は決議方法の法令違反として、決議の取消事由となる（会社法831条1項1号）。また、その瑕疵は重大であるとともに、また決議に影響を及ぼすため、裁量棄却（同条2項）の余地はない。したがって、丙による本件解任決議の取消しの訴えは認容される。なお、訴訟要件はすべて満たしていることを前提としているため、丙の原告適格については論じる必要はない（実際には、原告適格についての解釈問題があり、判例法理が形成されている）。また、これは全くの蛇足であるが、丙としては、丙と丁を合算すると、準共有株式の持分価格の3分の2を占めるため、相続人間の協議により、持分価格の過半数で、丙を単独の権利行使者として指定できたはずである。

つぎに、②について検討する。X社は、取締役会設置会社であるため、株主総会においては、その招集通知に記載された事項以外の事項については、決議できない（会社法309条5項）。本問本件では、本件解任決議は、本件総会の招集通知に記載されておらず、決議方法の法令違反として、決議の取消事由となる（会社法831条1項1号）。また、その瑕疵は重大であり、裁量棄却の余地はない。したがって、丙による本件解任決議の取消しの訴えは認容される。

以上



# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

## 刑法

2024 年度中期入試の刑法は、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、間接正犯における「実行の着手」時期についての利用者説および被利用者説の各論拠に触れながら、甲の罪責について論じなさい(建造物侵入罪および特別法違反の点は除く。)

### 【事例】

(1) 甲(35歳、女性)は、A市内のアパートにおいて、長女Y(6歳)と2人で暮らしていた。

(2) 某月1日、甲は、Yと共に、Bが店長を務める大型スーパーマーケットC店に入り、果物コーナーを歩いていた際、陳列棚に置かれていた1房3000円の高級ブドウを手にとってYに見せながら、「あんた、これ好きでしょ。」などと話したが、高額であったことから、Yの眼前でそのまま陳列棚に戻した。その後、甲は、何も買わずに店を出たが、その後、Yに上記ブドウを万引きさせようと考え、C店の前において、Yに対し、「さっきのブドウを持ってきて。ママはここで待っているから、1人で行ってきて。お金を払わずにこっそりとね。」と言った。それを聞いたYは、ちゅうちょしたが、甲から「いいから早く行きなさい。」と強い口調で言われたために怖くなり、甲の指示に従うことを決め、「分かった。」と言って、甲から渡された買物袋を持って1人でC店に入っていった。Yは、約10分間掛けて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出た。甲は、上記ブドウの入手を諦め、Yと共に帰宅した。

### 1 論点

本問は、令和4年司法試験予備試験論文式試験(刑法)の【事例1】の前段1および2を素材として、①間接正犯における「実行の着手」時期についての利用者説および被利用者説の各論拠についての理解、および、②6歳の被利用者が窃盗の目的物のある大型スーパーマーケットの店内には入ったが目的物のある場所が分からず何もとらなかった事例について、背後者に窃盗未遂罪が成立しうるかを論点とするものです。

#### (1) 間接正犯とは

まず、甲が6歳の長女Yに大型スーパーマーケット内の高級ブドウを金を払わずに持ってくるよう強い口調で指示したことは、窃盗罪の教唆や共謀共同正犯といった「共犯」ではなく、刑事責任能力はなく、是非弁別能力も十分ではない人間を「道具」として利用する間接正犯の意図であることを指摘しておきましょう。その際、「間接正犯」が成立する事例を網羅的に示す必要はありません。

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

## (2) 利用者説と被利用者説

次に、このような間接正犯における「実行の着手」時期について、1) 利用者説および2) 被利用者説からどのような主張がなされているか、およびそれぞれの論拠を明らかにしましょう。

1) 利用者説というのは、間接正犯における「実行の着手」を、「道具」となる人物の行動ではなくて、背後者の行動の中に見出す見解です。その論拠は、間接正犯では「道具」となる人物の行動は罪責を負うべき行為主体の行為ではなく、因果経過に過ぎないため、その実行の着手は背後者の行動の中に見出すべきだ、そうでなければ、背後者はすでに被利用者に対する利用行為を終えているのに、被利用者が既遂に近い状態になるかならないかで未遂の成否が左右されるがこれは矛盾である、というものです。

2) これに対して被利用者説は、「実行の着手」を犯罪が実行され既遂となる客観的な危険が明らかに認められる時点、ないし既遂結果発生に「密接な行為」に見出す見解です。その論拠は、間接正犯であろうと共犯であろうと、既遂となる客観的な危険が明らかに認められる時点ないし既遂結果発生に「密接な行為」が認められる時点は同じであるべきであり、被利用者が罪責を負うか否かに左右されるべきではないとするところにあります。

なお、日本の判例では、被告人が毒物を被害者宅に郵送してこれを殺害しようとした事案に関する大判大正7・11・16刑録24輯1352頁が、毒物が被害者宅に郵送されて到達した時点で殺人罪の「実行の着手」を認めています。これは、情を知らない郵便配達人等を「道具」として用いた間接正犯の一種と解されているので、一般に、この結論は被利用者説に親和的と言われています(もっとも、殺人未遂罪を認めるという結論から見れば、利用者説が積極的に排除されているわけではありません)。

## (3) 甲の罪責

最後に、利用者説または被利用者説のいずれかに依拠しながら、甲の罪責を論じてください。本問では、背後者である甲は、「いいから早く行きなさい。」と強い口調でYに指示を出しスーパーマーケットの店内に送り込んでおり、背後者としてはやるべきことはすでに終わっています。しかし、Yは、「大型」スーパーマーケットであるためか目的物である高級ブドウのある果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出てしまいました。

これは、1) 利用者説からは、すでに背後者が利用行為を終えているため、窃盗罪の「実行の着手」が認められ、同罪の未遂罪が成立すべき事案となります。

これに対し、2) 被利用者説からは、Yは目的物のある場所に接近できているとまでは言えない(少なくともその証拠がない)ため、とくに判例が窃盗罪で用いる「窃取に密接な行為」には当たらないことになると思います。したがって、背後者である甲は、不可罰の窃盗予備となります。

もっとも、「すり替え窃盗」に関する最決令和4・2・14刑集76巻2号101頁では、被告人が被害者宅を発見できず、そこから約140m離れた地点で職務質問を受け犯行を断念した事案について、窃盗罪の「実行の着手」を認めています。事案を異にするものではありませんが(「すり替え窃盗」とスーパーでの万引き)この判例の理解いかんによっては、「大型」とはいえ、スーパーマー

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

ケットの店内まで入った Y に、同罪の「実行の着手」を認めることも、ひょっとするとできるかもしれません。

## 2 答案の講評

### (1) 間接正犯の意味

ここでは、間接正犯について、「道具」という言葉を用いずに、背後者に「正犯性」、「実行行為」あるいは「行為支配」が認められるか否かの問題だと理解している答案が散見されました。しかし、犯罪実現までに別の人間の行為が介在している以上、背後者の「正犯性」や「実行行為性」ないし「行為支配」は、直接行為者が「規範的障害はない」という意味での「道具」であるか否かに左右されます。これは、背後者の指示が結果発生 of 危険性の高いものであるか否かには左右されません。プロの殺し屋への殺人依頼は間接正犯にはなりません、それは、6 歳の子供に殺人を指示する間接正犯よりはるかに危険な行為であることを考えれば、これは理解できると思います。

また、Y は、12 歳ではなく 6 歳の子供ですから、Y が最初ちゅうちょしたことを捉えて間接正犯を否定してはいけません。Y が「強い口調で言われた」ことは、甲の間接正犯性を補強する事情に過ぎないのです。

### (2) 利用者説と被利用者説

ここでは、両説と結論の対応関係について疑問と思われる答案が散見されました。本問でのスーパーマーケット C 店は「大型」ですから、Y が店内に入っても、すぐには「窃取に密接な行為」とは言えないのです。そのために、Y は、約 10 分間掛けて店内を探したが、果物コーナーの場所が分からず、そのまま何もとらずに店を出たのですから、被利用者説では、「実行の着手」は否定することが自然であると思われます。

なお、学説分類において第三の「個別化説」とも呼ぶべき——個別の具体的事情によって背後者の行為に結果発生 of 客観的な危険性が明らかに認められる場合はこれに「実行の着手」を認め、そうでない場合には被利用者の行為に「実行の着手」を認める——見解を指摘している答案も散見されました。

しかし、被利用者説でも、すでに利用者が被利用者に指示を与えた時点で十分に結果発生 of 客観的な危険が明らかに認められるとして「実行の着手」を認めるべき場合はあります。利用者の行為に拘泥せず客観的な「実行の着手」の基準を用いることで被利用者の行為にも「実行の着手」を認める余地を残す以上、そのような見解をあえて被利用者説と異なるものと理解する必要はないでしょう。

他方、利用者説の論拠については、単に、背後者が処罰されないのは不当であるという「結論の妥当性」のみを指摘する答案も見られました。しかし、これに対しては、それ以上に、共犯が成立し得る場合と比べて「実行の着手」時期が早すぎるという批判が妥当します。

さらに、利用者説に立ちながら、Y による窃盗実現の危険性が高くなかったという理由で、甲の指示に「実行の着手」を認めない答案もありました。しかし、先に述べたように、利用者説による「実行の着手」は、犯行計画の上で被利用者の行為が因果経過にすぎないことを理由として

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

いますので、甲の指示が「不能犯」に当たらないのであれば、素直に「実行の着手」を認めるべきものと思われます。

## (3) 甲の罪責

以上の整理から、利用者説からは窃盗未遂罪が認められ、被利用者説からは不可罰となります。

なお、「甲は、上記ブドウの入手を諦め、Yと共に帰宅した」ことを捉えて中止未遂を検討する答案もありましたが、検討は不要です。

# 2024 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、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい。その際、遺失物等横領罪（刑法 254 条）にいう「横領」に必要な「不法領得の意思」の定義を示すこと（特別法違反の点は除く）。

## 【事例】

(1) 本件自転車の所有者が本件自転車を福岡市所在の自宅アパートの駐輪場に無施錠のまま停めていたところ、令和 2 年 4 月 30 日（以下、断らない限り、月日の表示は同年のそれを示す。）から 5 月 5 日までの間に何者かに盗まれる被害に遭い、翌日、警察に被害届を提出した。

(2) 甲は、5 月下旬、福岡市所在の市営住宅の知人宅において生活するようになったが、その数日後、同市営住宅の駐輪場（以下「本件駐輪場」という。）に無施錠のまま止められていた本件自転車を発見し、以後、甲は本件自転車を必要に応じて乗り回し、帰宅すると本件駐輪場に無施錠のまま停めるようにしていた。

(3) 甲は、6 月 8 日午前 9 時前頃、知人と仕事の話をするため、概ね 1 時間程のうちには戻って来るつもりで、10 分ほどの距離にあるコンビニエンスストアまで本件自転車に乗って行ったが、所用でその場を離れた知人から、仕事の話の続きをするため同コンビニエンスストアで待つように言われて待っていたところ、約 12 時間が経過した同日午後 9 時前頃、警察官から職務質問を受けたことが切っ掛けで、本件が発覚した。

なお、本件自転車につき、甲には窃盗罪は成立しないものとする。

## 1 論点

本問は、福岡高判令和 3・3・29LEX/DB25569468 の事案を素材として、①遺失物等横領罪（刑法 254 条）にいう「横領」に必要な「不法領得の意思」の定義、②概ね 1 時間程のうちには戻って来るつもりで 10 分ほどの距離にある場所まで他人の自転車を無断使用するために持ち出した時点での同罪の成否、③結果的に約 12 時間利用し続け警察官から職務質問を受けたことが切っ掛けで使用が終了した時点での同罪の成否を問うものです。

### (1) 遺失物等横領罪における「不法領得の意思」

窃盗罪における「不法領得の意思」は一般に、「権利者を排除してその物の所有者として（または、所有者のように）物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。これに対して、委託物横領罪（刑法 252 条、253 条）については、「委託の任務に背いてその物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」という定義が用いられます。それでは、委託関係のない遺失物等横領罪における「不法領得の意思」は、どのように定義されるべきでしょうか。

これについては、委託関係のない遺失物等横領罪における「不法領得の意思」は「基本的には窃盗罪において必要とされるそれと同様のものと解される」と考えられます（上記福岡高判令和 3・3・29）。

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

もっとも、窃盗罪における「不法領得の意思」にある「権利者を排除して」という部分については、「占有離脱物横領罪においては、既に本権者等の占有は排除された状態にあるから、重ねて権利者を排除する意思を求めることは無意味」として、『『他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用・処分する意思』をもって必要十分』とする見解もあります（上記福岡高判令和 3・3・29）。

しかし、「権利者排除（意思）」を不要とすることは、窃盗罪における占有排除（意思）が「窃取（の意思）」で表現されていることと矛盾します。つまり、「権利者排除（意思）」とは、「占有排除（意思）」ではなくて、所有権者等の権利者によるその物に対する権利行使を排除することなのです（現に、名古屋高判令 3・12・14LEX/DB25591557 は、福岡高判令和 3・3・29 のような説示は、「被害者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないもの」と評しています）。つまり、「不法領得（の意思）」は「窃取（の意思）」とは異なるのです。

そこで、遺失物等横領罪における「不法領得の意思」も、窃盗罪におけるそれと同じく、「権利者を排除してその物の所有者として（または、所有者のように）物の経済的用法に従って使用または処分する意思」と定義されることとなります。

## (2) 持ち出した時点での「不法領得の意思」

そこで、この「不法領得の意思」が、概ね 1 時間程のうちには戻って来るつもりであった時点で認められるか否かが問題となります。

この点では、概ね 1 時間程のうちには戻って来るつもりでの自転車の窃取は、窃盗罪に当たらない「使用窃盗」の典型例と考えられます。したがって、これを「不法領得の意思」のない「使用窃盗」であるとするのであれば、本問における甲にもこの時点では「不法領得の意思」はなく「使用横領」にすぎないので、遺失物等横領罪は成立しないということになります。

## (3) 約 12 時間後の行為

もっとも、遺失物等横領罪における構成要件該当行為は「横領した」です。これは、「不法領得の意思」を実現する行為をした、すなわち「不法領得した」ことを意味します。その行為は、占有侵害と同時である必要はありません。したがって、甲が本件自転車を持ち出してから後に、「不法領得の意思」を実現する行為をしたというのであれば、その時点で遺失物等横領罪が成立し得ることになります。

これを本問に当てはめると、次のようになります。すなわち、甲は、結局のところ本件自転車を約 12 時間利用しており、かつ、職務質問で終了しなければさらに利用することになっていたはずですが、したがって、遅くともこの職務質問の時点では、約 12 時間にわたる本件自転車の利用は「権利者を排除して」に当たるため、この時点では遺失物等横領罪が成立し得ることになります。

もちろん、約 12 時間では、窃盗罪の場合、まだ「使用窃盗」の域を出ていないというのであれば、遺失物等横領罪の成立も否定されます。

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

## 2 答案の講評

### (1) 遺失物等横領罪における「不法領得の意思」

上記の解説(1の(1))にあるように、遺失物等横領罪における「不法領得の意思」は窃盗罪におけるものと同じです。しかも、窃盗罪では「意思」にとどまるものが、遺失物等横領罪では「横領」行為そのものが「不法領得の意思」を実現する行為ですから、「横領」の故意と別に「不法領得の意思」が本罪の要件となるわけではありません。「不法領得の意思」は本罪の故意そのものなのです。まずは、この構造を理解していない答案が目立ちました。

次に、残念ながら、そもそもの窃盗罪や横領罪の不法領得の意思の定義があやふやな答案も目立ちました。遺失物等横領罪の不法領得の意思を思い付きで論じている答案もありました。「不法領得の意思」の定義は基本中の基本ですから、しっかり頭の中に入れておいてください。

なお、委託物横領罪(252条、253条)で判例が用いている「委託の任務に背いて……」という定義を用いていた答案もありました。しかし、本罪では委託関係はありませんから、それは使えません。この点は、翻って、委託物横領罪における「不法領得の意思」の定義に再考を迫るものでもあるのです。なぜなら、「不法領得(の意思)」は、委託物横領罪と遺失物等横領罪に共通する「横領」行為の定義に関するものだからです。

さらに、解説で指摘しましたが、「権利者排除(意思)」を「占有排除(意思)」のことだと誤解している答案も見受けられました。しかし、「占有排除」は「窃取」のことですから、「占有排除意思」は窃盗罪の故意に属するものであって、「不法領得の意思」にいう「権利者排除意思」とは異なります。この機会に理解を深めてください。

### (2) 持ち出した時点での「不法領得の意思」

本問のモデルとした上記福岡高判令和3・3・29では、問題文の(1)と(2)の事情は公訴事実である(3)に至る事情であって、それに対する罪責は問われていません。本問の出題趣旨も同じです。(2)では、問題文に具体的な日時場所が書いていないのですから、その罪責は問われていないと考えてください。

なお、甲は「帰宅すると本件駐輪場に無施錠のまま停めるようにしていた」のであり、決して自己の占有下に置き続けたわけではありませんので、これをして「不法領得」をしたとは考えないでください。

さらに、持ち出した時点では、まだ「不法領得の意思」のうちの「権利者排除意思」は認められないことを指摘し忘れた答案が目立ちました。

### (3) 約12時間後の行為

ここでは、解説にあるように、約12時間の利用は長すぎると考えて、遅くともこの時点で「不法領得の意思」のうちの「権利者排除意思」も認められるとする答案が多かったと思います。この点は、比較的よくできていました。

なお、本問での被害者を甲だと誤解し、盗難にあった自己の自転車を甲が見つけて乗り回していたと思い込み、しかも、遺失物等横領罪の成立を認めた答案がありました。

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

いうまでもなく、このような答えは問題文をよく読んでいないものですが、加えて、遺失物等横領罪には刑法 242 条のような「自己所有物の特例」はありませんので、自己所有物に対する本罪の成立はあり得ません。注意してください。



# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

## 小論文

設問Ⅰは、排外主義ポピュリズムの意義、及び排外主義ポピュリズムの勢力が拡大した理由について筆者の考えを問うものである。

筆者は、カス・ミュデの定義に従い、ポピュリズムとは、既成政党を腐敗したエリートの代弁者として批判し、これまで無視されてきた人民の意思を直接的に代表すると自称する運動と捉える。そのうえで、今日の特徴として排外主義との結びつきにあるとする。そして外国生まれの人を排斥したり、移民・難民の流入に反対する排外主義と強く結びついた運動を排外主義ポピュリズムと呼ぶ。この排外主義ポピュリズムが近年グローバル化とポスト工業化によって、ワークフェア競争国家と現代リベラルという二つの政治勢力の他に、第三局として勢力を伸ばしたと分析する。

筆者は、このように排外主義ポピュリズムを捉えた上で、その拡大について歴史的に検討する。1970年代から1980年代にかけて、右派ポピュリズム政党（筆者は右派ポピュリズム政党と排外主義ポピュリズムをほぼ同義で使用していると思われる。）は、既成政党をエリートの利益を代弁する腐敗した政治勢力であり、国家による再分配は、一般庶民の利益からかけ離れた、一握りの人びとのための利益誘導策になっていると批判した。そして、税負担を嫌い「大きな政府」に否定的な自営業者、小企業経営に加え、国家による再配分に否定的な工場労働者や事務職の労働者の「反国家」的な心情に訴えることで票を伸ばした。すなわち、「経済的な市場主義+文化的な保守主義」という戦略をとって支持を拡大した。さらに1990年代以降は、グローバル化の進展に伴い、定型的な業務に従事する工場労働者や事務職の労働者は、安定した身分を脅かされ、経済的な不安に直面したため、移民への反発を強め、自国生まれの市民への優先的な福祉や保護を国家に求めるようになった。こうした人びとが排外主義ポピュリズムの主たる担い手となり、これらの人々は、保守的な価値観を持ち、移民を警戒して排外主義的な感情を持つと同時に、国家に対しては自国民優先の福祉を求めた。そこで、「文化的保守（排外主義）+国家による（自国民優先の）福祉」という「福祉排外主義」への戦略転換を図った排外主義ポピュリズムが支持を拡大していったと論じている。

排外主義ポピュリズムの定義についてはほとんどの答案が書けていたが、排外主義についての説明が欠けているものもあった。拡大の理由については、1990年代以降のグローバル化に伴う拡大のみを論じ、1970年代から1980年代の拡大については論じていない答案が多く見られた。歴史的な展開を踏まえ1970年代から1980年代の拡大についても論じている答案は加点したが、1990年代以降の拡大のみにとどまる答案は相応の点しか評価できない。

設問Ⅱは、排外主義ポピュリズムに対するリベラルのジレンマとその対抗策に関する筆者の考えを論じた上で、筆者の考えに対する回答者の見解を問うものである。

筆者は、排外主義ポピュリズムが「文化的保守+国家による福祉」という戦略へと移行したことから、リベラルと排外主義ポピュリズムは、国家による再分配を支持するという点で一致するが、移民の点では、両者は本来相反するはずであると述べる。リベラルは多様な価値観を尊重す

# 2024 年度入学試験(中期日程)講評

立命館大学法科大学院

る社会が望ましく、民族的・宗教的な文化の多元性をできる限り尊重すべきとする「多文化主義(マルチカルチュラリズム)」の立場だからである。この立場からすれば、国家は移民をはじめとした少数派の人びとの文化や言語を守り、経済や政治で積極的差別是正措置を行わなければならないということになる。

しかし、2000年代に入り移民や難民の数が増え、民族的な多様性が増すにしたがって、異質な文化を持つ他者が増え、再配分が移民＝「彼ら」の利益にしかならず、「我々」がコストを負うのは不公平だと考えられるようになった。こうしてリベラルな政策を手厚く行うほど、リベラルへの支持が減るという逆説、すなわち、「進歩派(リベラル)のジレンマ」に直面する。そのため、本来リベラルな価値観を持つ人びとの間ですら、多文化主義政策が支持されなくなっていき、多文化主義への批判は、移民への支援を引き下げるとともに、自民族優先の福祉を強化するという福祉排外主義と合流し、排外主義ポピュリズムが一層強化される可能性もあると論じている。

このような中で、民族的多様性だけでなく、移民の数の急増によって、排外主義は強まりやすくなり、また、福祉制度が「選別的」なものであればあるほど、排外主義が強まると筆者は述べる。そのため、排外主義を抑え込むためには、雇用・福祉政策において、より普遍主義的なアプローチ、すなわち、移民と自国生まれの市民を区別せず、かつ低所得層にも限定しない形で、公教育、高等教育、生涯教育をすべての人に保障し、職業訓練と就労支援の機会をより多くの人びとに提供することであると主張する。また、多文化主義政策の点では、言語・文化・宗教など文化的な水準での相互理解、社会統合の支援という形で展開されることが望ましいとの見解を述べている。

排外主義ポピュリズムに対するリベラルのジレンマについては概ね書けていたが、背景としての排外主義ポピュリズムとリベラリズムの一致点について触れている答えは少なかった。リベラリズムの対抗策については概ね書けていたが、多くの答えがコンパクトすぎて、福祉制度の選別的なものや普遍主義的なものを対比させて論じるなどした答えは少なかった。また、福祉制度と対比して言語・文化・宗教など文化的側面の対抗策について論じている答えも少なかった。そして、筆者の見解に対する私見については、字数も割いて説得的に述べている答えと、簡単に述べているにとどまる答えに分かれた。当然、前者は高く評価した。答えの分量が少なく、短い文章の評価は低いものとなっている。

以上