

2024 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 の出題趣旨は、最大判 1961 (昭和 36) 年 2 月 15 日 (刑集 15 卷 2 号 347 頁) により合憲と判定されたことがある法律の規定が引き写されている現行法の規定の憲法適合性を検討してもらうことにあり、出題の第 2 段落に 2 つ並べて挙げてある見解は、かつての合憲判決の要旨と現在までの憲法学説による批判の典型である。これらの合憲論と違憲論の単純な二者択一を要求している出題ではなく、同じ段落の末尾に明記のとおり、「そもそも、どのような種類の自由を制約しているのかについても、さまざまな見方がある」ことを示唆して、まずは営業と言論の双方に該当する種類の広告の自由を憲法上の権利として着実に位置づける説明を要求しているのが本問である。まことに当然のことながら、出題と解答には対話のような対応関係が期待される。

柔道整復師法の現行規定に基づき、「柔道整復師の技能、施術方法又は経歴に関する事項」の広告が全面的に禁止されているのは、違反者に対する罰金刑が定められている点も含めて、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律 (昭和 22 年法律第 217 号) の現行規定と同様である。連合国軍最高司令官総司令部 (GHQ) により非科学的な療法として排除されそうにもなった種類の営業に法律上の根拠が確保された制定当初の題名は、あん摩、はり、きゆう、柔道整復等営業法であり、合憲判決当時の題名は、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法である。柔道整復師法の広告に関する規定には、つまり同法が別個の法律として分離されたときに引き写されたという経緯があるので、本問の解答は、たいていの教科書類に取り上げられている大昔の事例の実質的な再検討にもなる。

すでに還暦を過ぎた昔の大法廷判決の法廷意見は、きゆう師 (上告人) 側が「憲法 11 条ないし 13 条、19 条、21 条に違反し無効であると主張する」のを退けるにあたり、要するに「国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない」と断じて、もっぱら「憲法 21 条に違反せず、同条違反の論旨は理由がない」と結んでいるが、それにしても制約対象の権利の説明が皆目見当たらない簡素な判決理由である。垂水克己裁判官の補足意見は、「経済的活動の自由、少なくとも職業の自由の制限としてかなり大幅に憲法上許される場所であり、……憲法 21 条の「表現の自由」の制限に当たるとは考えられない」と主張している。対照的に、奥野健一裁判官の少数意見は、「広告が商業活動の性格を有するからといって……表現の自由の保障の外にあるものということとはできない」という捉え方をして、「真実、正当な広告まで全面的に禁止しなければならない……理由を発見することができない」から「正に不当に表現の自由を制限しているものという外はない」と主張している。なお、これらの個別意見まで抜粋して解説している一般的な参考書類と同様に、ここには条名 (21 などの条文番号) の漢数字を算用数字に変換して引用してある。

本問の「そもそも、どのような種類の自由を制約しているのか」という主要な論点については、垂水裁判官の補足意見のように、もっぱら営業の自由の制約として憲法第 22 条第 1 項に違反していないかを検討している答案も少なくなかった。規制目的二分論には依拠できないという趣旨の答案も散見されたが、これに依拠していた答案の多数は、内在的制約として説明されやすい消極目的規制として検討していた。いずれにしても具体的検討を進める前に、どうして表現の自由

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

の制約としては検討されないのかを説明していない答案が少なからず見られたが、試験時間内に学びの成果を打ち出して書き上げる答案には、容易に想定可能な別の捉え方を学識として盛り込み、それらを批判して自説を展開することも期待される。

より多数の答案は、河村又介裁判官も同調していた奥野裁判官の少数意見のように、憲法第 21 条第 1 項の問題として捉えていた。とくに優秀な答案は、表現の自由の章や節に項目を設けて解説している現在の教科書類の多数と同じく、患者が表現の客体として知る自由（権利）を保障されるべきことにも鋭敏に目配りしていた。営利的言論の自由の制約として、とりわけ司法審査における優越的地位が説明されやすい政治的言論の自由の制約と比較しながら、表現内容規制の合憲性を論じるかたちを整えていた答案は、民主主義の政治過程を成り立たせている種類の言論の自由との仕分けが恣意的な権力の行使になりがちであることなどを指摘して、表現の自由が表現の種別により分け隔てられずに手厚く保障されるように、最高度に厳格な合憲性判定基準により検討すべきことを主張するなどしていた。

出題の第 2 段落に「虚偽ではなく誇大でもない内容の広告までも禁止している」という記述があるのは、柔道整復師法第 24 条第 1 項の柱書に「文書その他いかなる方法によるを問わず」という副詞句があるのと表裏の関係にある。表現内容規制の合憲性を検討していた答案の多数は、営利的言論が政治的言論と比較すると自己統治の価値や機能に乏しく、まったく自由に放任されると重大な弊害の発生が客観的に懸念され、萎縮効果が相対的に小さく見積もられることなどを理由として説明することにより、厳格な合理性の基準あるいは中間審査基準による目的手段審査を展開しており、いかに重要な目的のための禁止であろうとも「虚偽ではなく誇大でもない内容の広告までも禁止している」のは、違憲の過剰な規制であると指摘していた。他方、営利的言論の特性に即応する規制は、それなりに広汎でも、重要な目的との実質的関連性が失われるとまでは認められないという主張の答案も散見された。

なお、「柔道整復師の技能、施術方法又は経歴に関する事項」の広告の全面的な禁止と違反者の処罰という手段が、重要な公益を実現あるいは確保しようとする目的との実質的関連性を欠いてはいないかを検証するにあたり、柔道整復師法第 1 条の「業務が適正に運用されるように規律することを目的とする」という文言を引き写して重要な目的であると断じている答案も散見された。第 1 条に掲げられているのは、あくまでも法律の存在理由である。本問の解答において法的三段論法の小前提を構成することになるはずの制約の目的は、さらに特定されるべきであるから、出題の第 2 段落に挙げてある「不適正な広告が横行して患者が適時に適切な治療を受ける機会を失うことにもなりかねないから」という懸念を変換すると容易に導き出すことができるようにしてある。これに手際よく着目して「患者が適時に適切な治療を受ける機会」が保護法益であることを指摘していた答案などは、出題との対話の成功例としても評価された。

問題Ⅱの出題趣旨は、内閣法第 1 条第 2 項の規定の文言に反映されている議院内閣制の要諦の理解度を問うことにある。憲法第 66 条第 3 項の規定の文言に憲法第 43 条第 1 項の規定の文言を組み込んであることが明らかな内閣法第 1 条第 2 項に「行政権の行使について」の「責任」が定められているのは、憲法の条項に定められているのと同じ意味だと見定めるのが穏当であろう。

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

まさか内閣の失政の「責任」が損害賠償請求や処罰により追及されることもなかろうから、これを民事責任や刑事責任などの法的な責任ではなく、むしろ政治責任であると説明するのが普通である。独任制の大統領などとは異なり、あくまでも合議体である内閣の構成員が「連帯して」の「責任」を負うのは、国民の代表機関としての国会に対してであり、この「責任」の種類や性質を説明するためには、国会の構成員が法的ではなく政治的な代表であることにも論及するとよからう。

何について内閣が「責任」を負うべきなのかを説明するには、憲法第 65 条のキーワードでもある「行政権」の形式的意味と実質的意味を分別するとよい。形式的意味の「行政権」に相当する内閣の「職権」の全般について「責任」を負うべきだと考えて、その理由を説明してもよく、憲法上の「職権」のうち、たとえば天皇の国事行為に対する助言と承認の権限や裁判官を任命したり指名したりする権限などまでは必ずしも含まない実質的意味の「行政権の行使について」の「責任」であるのにとどまると考えて、その理由を説明するのもよからう。憲法第 69 条の規定に基づき、内閣が国会を構成している両議院のうち衆議院から憲法上の政治的な「責任」を追及される仕組みにも論及すると、議院内閣制の設計の要所として「責任」の対象を明らかにすることに資するだろう。

本問を選択していた答えは、ごく少数であった。民主的責任行政という概念を駆使しようとしていた答えがあったが、本問の出題趣旨に正面から応答していなかった。

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

民法

〔1〕

(1) 期限の利益

債務者、債権者が、期限が到来するまで有する利益のことである。債務者が期限まで履行を請求されない利益が一般的であり、136条も期限は債務者の利益のためであると推定している。債権者にも期限の利益はあり得るが言及はなく、消滅時効と混同していると思われる説明が見られた。他方、136条、137条に基づく説明は多く見られたが、当然ながら「期限の利益」そのものの説明は必要である。

(2) 保証債務の付従性

付従性とは保証債務がその成立・存続・態様・消滅について、主たる債務の運命を共にする性質をいう。例えば、主たる債務が弁済されたり時効消滅すれば保証債務も消滅する。

例に変わって、根拠条文として448条を摘示していてもよいし、片面的付従性を述べても、根保証の例外を挙げてよいものとした。

やや不完全な定義と例示が一体となっている答案が多く、根拠条文を正しく摘示できているものは少なかった。どの教科書にも説明されている基本用語であるのでしっかり定義を押さえて欲しい。ただ、条文でその旨を直接定めるものがなく、448条を根拠とするほかない。「従」の文字に惑わされてか447条1項を摘示して説明するものがある程度あったが、同条は付従性とは直接関係のない保証債務の範囲を定めたものであるため、点数を与えなかった。また被保証債権が譲渡された場合の保証債務の随伴性は、たしかに付従性の一内容ではあるが、定義と結び付いた例示でないと点数を与えなかった。根保証の例外を論じたものは見当たらなかった。

〔2〕

(1)

(問1)

1) 設問前段

Aは税金の滞納により甲建物が差し押さえられることを回避するためにAB間における甲建物の売買契約書を偽造した上で甲建物の所有権移転登記をBに移転しているのであるから、当該売買契約および登記移転は虚偽かつ無効であり、甲建物の所有権は依然としてAに帰属する。したがって、AのCに対する立退き請求の趣旨は、所有権(206条)に基づく返還請求としての甲建物明渡請求である。Cは甲建物の賃借権を甲建物の真の所有者Aに主張することはできず、Aの請求に応じなければならないように思われる。

これに対し、Cの側からの反論として、自身は甲建物の所有者がBであることを信賴して本件賃貸借契約を締結したのであるから、94条2項の類推適用によって保護されると主張することが考えられ、この主張の当否を論じることとなる。なお、本問事案において、B名義の所有権移転登記は、甲建物の真正権利者Aが自ら税金の滞納による差押えを回避するために行っていることから、虚偽の権利の外観作出についてAには通謀虚偽表示がなされた場合に比肩する帰責性が認

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

められるから、94 条 2 項の単独類推適用の可否が問題となる。

答案では、94 条 2 項と 110 条との重畳類推適用の可否を論じるものが散見されたが、判例は、真正権利者の意思と第三者の信賴の対象となった虚偽の権利の外観が対応する場合は、94 条 2 項を単独で類推適用している。94 条 2 項類推適用においては、94 条 2 項を単独で類推する場合と 110 条を重畳類推適用する場合とを事案から見分けることができるように学習していただきたい。

2) 設問後段

C が A からの請求に応じなければならない場合、C は、甲建物に入居した後、浴室にジェットバスを取り付けたことは有益費の支出にあたり、これにより甲建物の価値増加が現存しているとして、A に対して有益費償還請求権 (196 条) を有し、これを被担保債権として甲建物について留置権 (295 条) を主張することが考えられ、その当否が問題となる。

答案では、C が A に対して有益費償還請求をすることになるという前提での論述が散見されたが、A からの請求に対して「請求する」というのは妥当ではない。また、C が A に対して有益費償還請求権を有することは指摘できているものの、留置権 (295 条) を主張することになることまで論じられている答案は少なかった。

(問 2)

① BC 間の法律関係

B は A 所有の甲建物を C に賃貸しているから、本件賃貸借契約は他人物賃貸借であるが (559 条・560 条)、債権的に有効に成立している以上、B は C に対し甲建物を使用収益させる義務を負う (601 条)。本問において、C は、真正権利者 A から甲建物明渡請求を受けているところ、C は賃貸権限のない B から甲建物を賃借した以上、A の請求に応じなければならず、C は甲建物を使用収益できなくなる。これにより、B の賃貸人としての債務は社会通念上履行不能 (412 条の 2) となり賃貸借契約が終了するから、C の B に対する履行不能以降の賃料債務は賃貸借契約を解除するまでもなく消滅する。また、履行不能について B は甲建物の所有権がないにもかかわらず、甲建物の所有権移転登記が自己名義になっていることを奇貨として本件賃貸借契約を締結していることから免責事由は認められないため、C は B に対して債務不履行 (415 条 1 項・2 項) に基づく損害賠償を請求することができる。なお、C は上述の通り、有益費を支出しているため、B に対して費用償還請求 (608 条 2 項) することができるかどうかを論じる余地がある。

答案では、本件賃貸借契約が他人物賃貸借であるという指摘ができておらず、それゆえに、C の債務不履行の内容について全く言及されていないものが少なくなかった。なお、(問 1) の論述において、本件賃貸借契約が他人物賃貸借であることを指摘できていた答案には加点した。

② A B 間の法律関係

B に甲建物の賃貸権限がないため、A は B に対し、C から受領した賃料について不当利得返還請求をすることができる (703 条・704 条)。これに対して、A の側から、自身は賃貸権限を有すると信じて C に賃貸したとして、189 条の適用により賃料を返還しなくてよいと主張することが考えられる。しかし、B が甲建物の登記名義が A から B になっていることに気付いたことをもって、

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

賃貸権限を有すると信じた、すなわち善意であると認定することはできないため、Cの主張は失当であり、したがってAの請求は認められる。

また、AはBに対して賃料相当額の損害について不法行為(709条)に基づく損害賠償請求をすることが考えられ、その当否を論じる必要がある。

答案では、AのBに対する不当利得返還請求が認められることについては、概ね良く論じられていた。他方で、AのBに対する不法行為に基づく損害賠償請求の可否については全く言及されていない答案が散見された。全体的な印象として、時間切れにより満足に論じられなかったであろうことがうかがえた。

(2)

(問1)

Aの相続人はBとCであり(887条第1項)、その法定相続分は $\frac{1}{2}$ である(900条第1号)。Cは甲建物所有権につき自己の法定相続分については対抗要件なしにDに主張することができる(899条の2)。したがって、Bの法定相続分についてはDが取得できるが、CはDに対し自己の法定相続分は主張できることになる。

比較的以上の考え方に沿った論述ができていたが、法定相続分について対抗要件なしに権利を主張できることについては、899条の2が設けられているので、判例の趣旨によるのではなく本条を引用する必要がある。Dが94条2項類推適用で保護される可能性を論じた答案も見られたが、類推適用の前提としてのCの帰責性が問題である。

(問2)

(1) (問1)と同様に、甲建物はBとCが $\frac{1}{2}$ の持分で共有となる。CはBの持ち分を超えた使用であるとして償還請求(249条2項)、あるいは不当利得返還請求(704条)ができるので、7月分賃料10万円についても、Cは $\frac{1}{2}$ の5万円Bに請求できることになろう。Cの請求についてはよくできていたが、 $\frac{1}{2}$ の5万円と具体的に請求内容を書いた方がよい。また、今回はすでにBに支払われた7月分の家賃10万円の問題であり、7月分以降の家賃をCがEに請求できるか等は問われていない。

(2)

Cは、Bが乙建物をEに賃貸することに同意していない(251条1項。同条4項3号にも該当しない)。Eは、Cの持分について賃借権を有しないから、乙建物の共有持分権者Cに退去明渡を求めることはできない。また、共有者の一人が単独で占有している場合でも他の共有者が自己への明渡請求をすることは認められず(最判昭和41・5・19民集20巻5号947頁)、BはCに対して返還請求できないから、EがBのCに対する返還請求権を代位行使することもできない(423条債権者代位権の転用)。

Eの賃借権について対抗要件が具備されているあるいはされていない(借地借家法31条)から、C

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

に賃借権を対抗できるあるいはできないとした答案もあったが、乙建物の C の持分に関して、B が E のために賃借権を発生させることはできないので注意が必要である。債権者代位権の転用は加点要素としたが、そこまで論じられている答案は少なかった。

2024 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

【模範解答】

振出は他の手形行為の前提となる基本手形行為であり、同一の約束手形においては、振出がないかぎり他の手形行為（裏書、保証）をなし得ない。しかし、同一の約束手形上になされた各手形行為は、それぞれ独立して効力を生じ、前提となる他の手形行為が実質的に無効であってもその影響を受けない（手形法 77 条 2 項・7 条）。（149 文字）

【採点講評】

問題文に「約束手形」と記載しているにもかかわらず、準用条文（手形法 77 条 2 項）に触れず、手形法 7 条のみを記載している答案が目立った。また、「手形行為独立の原則」について説明するのみであり、「同一の約束手形になされた振出とその他の手形行為の関係」について論じる答案はほぼなかった。問いに正確に答える力の低さが目立った。

II

〔1〕

【解説】

（1）丙社は甲社との間で締結したテナント契約に基づく代金債権を有している。本来この債権は甲社に対して行使すべきものであるが、甲社が破産宣告を受けたことから、丙社は甲社から本件食中毒によって被った損害の賠償を受けることができていない。そこで、丙社は、A および B に対して会社法 429 条 1 項に基づいて甲社の取締役としての責任を追及すると考えられる。429 条 1 項に基づく責任追及の要件としては、①会社に対する任務懈怠、②任務懈怠についての悪意または重過失、③損害の発生、④①と③の因果関係、が必要になる。

（2）B については、①取締役事業本部長として披露宴部門の責任者 C に対し、自ら食品衛生法に違反する料理の再利用を指示した点が任務懈怠に当たる。②自ら C に期限切れ食材の使用を指示した点から少なくとも重過失が認められる（本問に関しては悪意と言ってもよい）。③丙社には、本件食中毒に起因する甲社の経営不振（乙式場・丙デパート内店舗の売上減）から破産宣告に至る過程で 1000 万円の損害が生じている（いわゆる間接損害）。④B の指示により本件再利用が行われ、本件食中毒が起きたこと、本件食中毒が乙式場のブランドイメージの悪化をもたらし、それによって丙デパート内店舗の売上が減少し、甲社が経営不振に陥り、破産宣告を受けたこと、破産宣告に至るまでに甲社の財産が減少し、丙社に対する債務の弁済が不可能になったことから、①と③の間の因果関係も認められる。

A の責任については、①A は B から違法な本件再利用の事実を聞きながら、衛生面に気を付けるようにと告げたのみでこれをやめるように指示しなかった点に、披露宴において食事を提供する株式会社の代表取締役としての任務懈怠がある。②本件再利用を知りながらこれをやめさせなかった点に少なくとも重過失が認められる。③B に関する③でも述べたように、丙社には本件食中毒に起因し、結果として 1000 万円の損害が生じている。④A が B から本件再利用について聞

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

いた段階でこれをやめさせていたら本件食中毒は発生していなかったため、因果関係も認められる。

(2) 以上より、丙社が会社法 429 条 1 項に基づいて A および B の責任を追及した場合、その請求は認容される。なお、両者の責任は連帯する (会 430 条)。

【採点講評】

423 条 1 項・350 条による責任追及の可否を論じる誤答が目立った。本問は、A および B に対して丙社が会社法上の損害賠償責任を追及する手段とその成否を問うており、「A および B の甲社に対する責任」や「甲社の丙社に対する責任」を問う問題ではない。また、会社法上の責任追及方法を問うているため、民法 709 条を根拠とする解答も誤答となる。429 条 1 項を根拠条文として挙げながら、429 条 1 項の条文上の要件を無視し、423 条 1 項の要件 (経営判断原則等の規範を含む) を挙げる解答も目立った。そもそも本件は法令違反の事案であり、仮に同様の事案で 423 条 1 項に基づく責任を追及したとしても経営判断原則の対象外となる。

このような間違いの背景には、責任追及の各類型に関する知識と事案の検討の不足がうかがえる。

〔2〕

【解説】

(1) X 社が Y 社との間で締結した本件契約が事業譲渡 (会社 21 条 1 項。なお、本件契約締結当時は現行会社法施行前のため「営業譲渡」と呼ばれていたが、以下、会社法施行前の判例等に関する言及を含め、「事業譲渡」として説明する) にあたる場合、その効力発生日までに株主総会の特別決議による承認を経る必要がある (会 467 条・309 条 2 項 11 号)。判例 (最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1600 頁) は、事業譲渡の定義について、「一定の営業目的のために組織化され、有機的の一体として機能する財産 (得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む) の全部または一部を譲渡し、これによって譲渡会社はその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社からの譲渡の限度に応じ法律上当然に〔現行会社法 21 条 1 項 (解説者挿入)〕に定める競業避止義務を負うもの」と述べる。

本問において、Y 社は、X 社から、本件契約によって「不動産部門の関連資産と従業員の承継等」を行い、実際に不動産業を行っている。X 社と Y 社との間には積極的に競業を認める旨の特約があるため、上記定義とは異なることから、事業譲渡にあたらないとの指摘もありうるが、事業譲渡について株主総会の特別決議による承認 (会社 467 条 1 項) を要求する会社法の趣旨に鑑み、株主保護の観点から、譲渡人が競業避止義務を負わないとしても、事業譲渡に該当すると解される。

本件契約が事業譲渡に該当するならば、X 社が主張するように、本件契約が、その効力発生日までに株主総会の承認を受けていなかった場合、その効力が問題となる。事業譲渡および会社の成立を条件としてなされた財産引受けに関する判例 (最判昭和 61 年 9 月 11 日判時 1215 号 125 頁) は、譲渡会社において株主総会の承認を得ない事業譲渡は何人との間でも常に無効であり、譲渡会社、譲渡会社の株主・債権者等の会社の利害関係人のほか、譲受会社もまた右の無効をいつでも主張することができる旨を判示する。したがって、X 社の側が、本件契約が株主総会によ

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

る適法な承認を受けていなかったため、Y 社への事業譲渡は無効であるという事実を、譲渡会社である X 社の側が主張したこと自体は違法ではなく、仮に X 社の主張が真実ならば、本件契約は無効となる。

(2) ただし、上記判例は、譲渡会社が譲渡契約に基づく債務をすべて履行済みであり、譲受会社も苦情を申し立てたことがない上、事業譲渡が有効であることを前提として事業活動を行っていたにもかかわらず、譲渡会社の側から、株主総会決議を経ていなかったことを、事業譲渡契約の 20 年後に主張した場合、当該主張は信義則に反して、許されないと述べている。本件事案においても、X 社は本件契約締結後 20 年間一切 Y 社に連絡したことがないため、同様の事情が存すると思われる。ゆえに、本件契約から 20 年を経過してなされた X 社の主張は信義則違反として許されず、本件請求は認容されない。

【解説】

吸収分割に関する設問と誤解している答案が散見された。また、事業譲渡の定義についても、競争を許す特約と前掲昭和 40 年最判の示した規範との関係について、整理して解答できている答案は少なかった（この点は、(新)司法試験の本試験でもすでに 2 度出題されている頻出論点である）。P が一人株主であるため、X 社において本件契約を承認する株主総会特別決議がなされなくとも、実質的に承認があったと同視でき、本件契約は有効となる、という解答も複数あった。しかし、本問と同様に譲渡会社が一人会社であった昭和 61 年最判は、事業譲渡契約は株主総会特別決議による承認を経ない限り絶対的に無効となる旨を判示した上で、一人株主であったからこそ、株主総会特別決議を容易になしえたにもかかわらず、これを放置したことも、譲渡会社側の無効主張が信義則に反すると結論付けた根拠の一つとしている。したがって、このような理解は適切とはいえない。

以上

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

刑法

2024 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】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）。

【事例】

(1) 甲は、乙と共に、以下の計画に基づき、常習的に高齢者から現金をだまし取っていた。その計画は、甲が資産家の名簿を見て、現金をだまし取る対象者を選定し、警察官になりすまして相手方に電話をかけ、「あなたの預金口座が、不正に利用されている疑いがあります。捜査のために必要なので、お持ちの預金口座に100万円を超える残高があるようでしたら、速やかに全額を引き出して自宅に持ち帰った後、こちらに電話をください。」などとうそを告げ、相手方に預金口座から現金を引き出させて、自宅にその現金を持ち帰らせ、その後、相手方からかかってきた電話で、甲が、相手方の現金引出しを確認した上で、その約1時間後、乙が警察官を装って相手方の家を訪ね、捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言い、その交付を受けて現金をだまし取る、というものであった。

(2) 甲は、上記計画に従い、高齢で一人暮らしの男性Aを選んだ上、Aに電話をかけ、その後のAからかかってきた電話で、Aが300万円を引き出して自宅に持ち帰った旨を聞いたことから、電話で「これから警察官がそちらに向かいます。」とAに告げるとともに、乙に対し、Aがうそを信用し300万円を自宅に用意している旨を告げ、計画どおり、捜査のために必要なので現金を預けてほしい旨のうそを言って、300万円をだまし取ってくるように指示し、乙はこれを了承した。

(3) ところが、乙は、A宅に向かう途中で、Aを縛り上げてしまえば、より確実に現金を手に入れることができると考え、Aの手足を縛るためのロープと口を塞ぐための粘着テープを準備した上、警察官であることを告げてAに玄関ドアを開けさせた後、直ちにA宅内に押し入り、Aの手足をそれぞれロープで縛り、口を粘着テープで塞ぎ、Aを床の上に倒し、Aが預金口座から引き出してテーブル上に置いていた上記300万円を奪って逃走した。乙は、甲に対し、いつもどおりのやり方でAから300万円をだまし取ってきたと虚偽の報告をし、それぞれ150万円ずつ山分けした。

1 論点

本問は、2023（令和5）年度の司法試験論文式問題刑事法第1問の一部を素材として、罪責の重い強盗実行犯の乙について①住居侵入罪と強盗罪の成立を認めた上で（牽連犯）、②詐欺未遂の承継的共同正犯（その中で、甲・乙共同での詐欺罪の実行の着手を論じることになります。）および③詐欺未遂と強盗の罪数関係を論じ、甲について④詐欺罪と強盗罪とにまたがる共犯の錯誤の

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

処理を尋ねるものです。もっとも、②については、③において仮に乙に詐欺未遂の共同正犯が成立し得るとしても強盗一罪に包括されるので、詳論する必要はないと考えることもできます。その場合は、代わりに、甲の罪責の検討において、乙との間で詐欺未遂を限度とする(承継的)共同正犯の成否を論じることになります。

(1) 住居侵入罪・強盗罪の成立

乙は、「警察官であることを告げて A に玄関ドアを開けさせた後、直ちに A 宅内に押し入り、A の手足をそれぞれロープで縛り、口を粘着テープで塞ぎ、A を床の上に倒し、A が預金口座から引き出してテーブル上に置いていた上記 300 万円を奪って逃走した。」のですから、A を錯誤に陥れて玄関ドアを開けさせ、直ちに A 宅内に侵入したとして住居侵入罪(130 条前段)の成立が認められます。あわせて、A に対し、その反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、かつ、現に A の反抗を抑圧して 300 万円という財物を強取したとして強盗罪(236 条 1 項)の成立が認められ、両罪は牽連犯となります。

(2) 詐欺未遂の承継的共同正犯

もっとも、すでに甲は「A に電話をかけ、その後の A からかかってきた電話で、A が 300 万円を引き出して自宅に持ち帰った旨を聞いたことから、電話で『これから警察官がそちらに向かいます。』と A に告げるとともに、乙に対し、A がうそを信用し 300 万円を自宅に用意している旨を告げ、計画どおり、捜査のために必要な現金を預けてほしい旨のうそを言って、300 万円をだまし取ってくるように指示し、乙はこれを了承した。」というのですから、甲と乙の間には、この段階で、すでに詐欺罪の実行の着手が認められそうです。

この点については、最判平成 30・3・22 刑集 72 巻 1 号 82 頁が、共犯者はまだ被害者に警察官が向かうと述べただけで、まだ財物を交付するよう求めてはならず、警察官役の被告人が被害者宅に向かう途中で職務質問を受けて逮捕された段階で詐欺罪の実行の着手を認めていることが参考となります。もっとも、この事件の原判決(東京高判平成 29・2・2 刑集 72 巻 1 号 134 頁)は、まだ財物を交付するよう求めてはいなかったという段階では被告人らの行為は「財物の交付へ向けた準備行為を促す行為」にすぎないとして「実行の着手」を認めませんでした。この考え方に従えば、甲にも乙にも詐欺未遂はまだ成立していないということになりますので、③の論点に進む必要はありません。

これとは逆に、上記最判平成 30・3・22 は、「このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれて」いるので、本件の「事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。」と述べています。つまり、すでに詐欺罪の「交付行為」を促す嘘が始まっていると述べているのです。

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

この考え方に従うと、本問の甲にも乙にも詐欺罪の実行の着手が認められ、したがって、両者はその共同正犯となりそうです。

ただし、乙は甲が始めた欺罔行為の途中から加担したことになりますので、その限りで「承継的共同正犯」の成立要件を検討しなければなりません。しかも、乙は、A 宅に向かう途中で強盗へと犯行計画を変更していますので、この時点で「自分に財物を交付せよ」と述べる意思是消滅したのです。つまり、この時点以降は、詐欺罪の既遂は不可能ということになります。

この点については、被害者に詐欺がバレており「だまされたふり作戦」が開始された後に、それを知らずに財物を受け取ろうとした被告人に詐欺未遂罪の（承継的）共同正犯を認めた最決平成 29・12・11 刑集 71 卷 10 号 535 頁が参考になります。ただし、この事件と異なり、本問では、乙が A 宅訪問を了承し A 宅に向かい始めた時点では、まだ詐欺が既遂となる可能性はありますから、「不能犯」を論じるのではなく、詐欺に加担する意思で乙が A 宅に向かい始める行為で、甲が開始した詐欺未遂につき、（承継的）共同正犯にいう「詐欺未遂結果への因果性」、より正確には詐欺既遂の危険を高めたと言えるかどうかが問題になります。

なぜなら、「承継的共同正犯」も共同正犯ですから、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。」（最大判昭和 33・5・28 刑集 12 卷 8 号 1718 頁）はずだからです。「互に他人の行為を利用し」あう関係と、それに「よって犯罪を実行した事実」が必要なのです。したがって、乙の行為が詐欺の実現に利用される、つまり「詐欺既遂に役立つ」行為であることは、「承継的共同正犯」にとっても必要条件なのです。

したがって、本問において乙に詐欺未遂の共同正犯を認めるためには、乙がまだ詐欺を実行する意思で「A 宅に向かう」行為が、「詐欺既遂に役立つ」行為であることを示しておく必要があるでしょう。およそ役に立たない行為で共同正犯を認めるというのは、不合理だからです。

もっとも、冒頭に述べたように、乙について詐欺未遂罪があり得るとしても、強盗罪に包括されると考えるのであれば、この論点は詳しく述べる必要はありません。

(3) 詐欺未遂と強盗の罪数関係

本問では、乙は「A 宅に向かう途中で」犯行計画を強盗に変更し、そして既遂に至っています。したがって、ここでは、計画変更前に詐欺未遂罪が成立していたとしても、同じ被害者に対する同じ財物について強盗既遂となるのだから、詐欺未遂罪を成立させるのは、乙が甲の依頼を受けた当初から計画的に強盗をするつもりであった場合に強盗罪一罪しか成立しないことと比較してアンバランスとなります。したがって、乙については、詐欺未遂罪は、たとえその要件が満たされているとしても、強盗既遂罪に包括されると考えてよいでしょう。

(4) 詐欺罪と強盗罪とにまたがる共犯の錯誤

このようにして乙に強盗罪のみを認めた場合、詐欺の欺罔の一部を実行しその後の実行を乙に委ねた甲には、「詐欺罪と強盗罪とにまたがる共犯の錯誤」の処理が問題となります。いうまでもなく、本問では、甲には強盗罪の故意はありませんから、甲に強盗罪の共同正犯その他の共犯が

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

成立することはありません。

問題は、本問で詐欺罪の実行の着手を認めた場合、甲には詐欺未遂罪の限度で（実行）共同正犯が認められるのか（甲も A を電話で欺罔しているのですから、甲は「実行」共同正犯です。）、それとも、乙による「財物強取」も「財物の移転」という限りでは「財物の交付」と同じだから詐欺既遂罪の共同正犯まで認められるのかという点にあります（なお、詐欺の場合、実務では一般的に、被害者宅の訪問に住居侵入罪を適用することはありません。なぜなら、動機に錯誤があるとはいえ、詐欺師の平穏な住居訪問は、直感的に、平穏侵害ないし錯誤による住居権の侵害とは考えられていないからでしょう。）。

この点については、強盗罪の実行行為である「強取」には「被害者（の意思）による財物交付」は含まれないと考えられます。しかし、詐欺罪にいう「財物交付」には「被害者から財物を強取した」結果としての「財物の占有移転」も含まれると考えるなら、甲には、詐欺既遂罪の限度で乙との共同正犯が認められることになります。

もちろん、素直に、「財物交付」は、瑕疵はあるけれども被害者の意思に基づく財物の占有移転を意味するのであって、これには「被害者の意思を抑圧した財物の占有移転」は含まれないと解するなら、甲は詐欺未遂罪の限度で共同正犯となるでしょう。

もっとも、強盗罪と恐喝罪（249 条 1 項）との間の錯誤の処理で、被害者を畏怖させる程度の脅迫をしたつもりだったのに被害者がすくみ上って「反抗を抑圧されて」財物を差し出したという場合に、軽い恐喝罪の限度で両罪は重なり得ると考えるなら、249 条 1 項の「財物交付」は「強取」でも充たされることになります。それなら、246 条 1 項の「財物交付」も「強取」で充たされることになりませんか。この点は、「奪取罪」と「交付罪」に構成要件の重なり合いが本当にあるのか、という問題につながります。

もっとも、246 条 1 項の「財物交付」が「強取」で充たされると考えたとしても、乙による強盗への犯行計画の変更はもはや当初の甲との「共謀の射程」を超えていると考えるなら、なお、甲は詐欺未遂罪の限度で共同正犯となります。なお、「共謀の射程」という論点は、抽象的レベルで構成要件の重なり合いがないときは論じなくて結構です。なぜなら、「共謀の射程」は、抽象的には構成要件の重なり合いが認められる場合に、具体的に見て、実際の犯行が当初の共謀に基づくものとは認められないときに初めて意義を有するからです（教唆犯の例ですが、最判昭和 25・7・11 刑集 4 巻 7 号 1261 頁が、抽象的には窃盗と強盗は窃盗の限度で重なり合うとしつつ、具体的事案では現実の強盗は実行犯らが決意を新たにして敢行したものだとして、窃盗教唆を否定している点が参考になります）。

2 答案の講評

(1) 住居侵入罪・強盗罪の成立

本問の検討では、罪責の重い乙から検討することが合理的で、実際、多くの答案は乙の罪責から検討していました。ここでは、住居侵入罪と強盗罪の牽連犯をあっさり認めればよいのです。

気になったのは、侵入後に強盗行為をする場合、最判昭和 23・5・20 刑集 2 巻 5 号 488 頁等により、侵入後は住居権者の意に反する滞在であることが明らかになりますから住居等侵入罪を認め

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

るのが判例ですが、これを書き忘れていた答案が目立ったことです。

あわせて、この論点はあっさり処理して以下の中心論点に進まなければならないのに、ここで答案のスペースと時間を使いすぎている答案が目立ったことでした。結論にほとんど異論のない論点は、あっさり済ませるようにしてください。

(2) 詐欺未遂の承継的共同正犯

本問では、甲と乙は常習的に高齢者から現金をだまし取っていましたが、それだけで A を被害者とする「共謀」を認めてはいけません。なぜなら、詐欺罪は個々の被害者ごとに成立する犯罪だからです。したがって、甲と乙との間に A を被害者とする「詐欺罪の共謀」が認められるのは、甲が「乙に対し、A がうそを信用し 300 万円を自宅に用意している旨を告げ、計画どおり、捜査のために必要な現金を預けてほしい旨のうそを言って、300 万円をだまし取ってくるように指示し、乙はこれを了承した」ときです。この時点では、すでに甲による「これから警察官がそちらに向かいます。」という嘘が A に告げられていますので、この時点で詐欺罪の「実行の着手」を認めるのであれば、乙には、その後に捜査のために必要な現金を預けてほしい旨のうそを言う役割がありますが、A に対して開始された欺罔行為の途中からの加担ですから、「承継的」共同正犯の検討が必要となります。

残念ながら、この論点に触れている答案は少なかったですね。詐欺罪は個々の被害者ごとに成立するので、その被害者に対する欺罔が開始されているかというチェックを忘れないようにしてください。

あわせて、乙の罪責において詐欺未遂の成否をまったく検討していない答案も目立ちました。詐欺罪の実行の着手は重要論点ですから、問題文をよく読んで、論点落ちを回避してください。

(3) 詐欺未遂と強盗の罪数関係

本問で乙の罪責についての最大の論点は、計画変更前の時点で詐欺未遂罪の承継的共同正犯を認めるのであれば、その後に成立した強盗罪との罪数関係はどうなるのかという問題です。

そして、この点では、同一被害者に対する同一の財物を目的とした財産犯ですので、乙に強盗罪と別に詐欺未遂罪を成立させる——そして併合罪(45 条以下)とする——というのは、あまりセンスの良くない判断だと思います。強盗罪に身体や意思決定の自由に対する侵害の側面はあっても、財物を客体とする財産犯罪という側面では、詐欺罪(246 条 1 項)と共通しているからです。もちろん、計画変更前の行為と変更後の行為との関係ですから、観念的競合(54 条前段)はあり得ません。

したがって、強盗罪での包括一罪とするしかないのですが、ここでも、併合罪や観念的競合を認める答案が散見されました。包括一罪のセンスを磨いてほしいと思います。

もちろん、仮に詐欺未遂は成立しないという前提であれば、両罪の罪数処理は不要です。その代わりに、詐欺未遂不成立の根拠づけを含めて評価しています。

(4) 詐欺罪と強盗罪とにまたがる共犯の錯誤

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

ここでは、強盗罪の手段である「強取した」と詐欺罪の手段である「交付させた」の関係に触れているかどうかポイントです。なぜなら、詐欺罪は「交付罪」であって、「奪取罪」ではないので、財産犯としては共通していても、このままでは「構成要件の重なり合い」は認められないからです。

しかし、相当数の答案が、「甲は財物である現金 300 万円のうちの 150 万円を A から手に入れたのだから、財物移転罪である詐欺罪の結果は生じている」という理由で、甲に詐欺既遂を認めていました。でも、被害者の瑕疵ある意思で行われる「財物交付」と、その意思に反する「財物奪取」は、本来、排他的関係にあります。つまり、この程度の理由では、両罪の「構成要件の重なり合い」は認められないことを理解してください。

もっとも、「構成要件の重なり合い」が認められないとしても、すでに乙が計画変更をする前の時点で詐欺罪の実行の着手が認められれば甲に詐欺未遂の成立（その限度で甲と共同正犯）は認められるのですから、この前提だと、無罪という結論もあり得ません。

(5) 総合評価

本問は、詐欺罪と強盗罪という性質の異なる財産犯を素材として、「承継的共同正犯」、「罪数処理」、「共犯の錯誤」といった総論的論点を問うものでした。その解答に際しては、基礎となる財産犯の理解が重要ですので、総論を意識しつつ財産犯の学習を深めてください。

2024 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、甲・乙の罪責について小問に答えなさい(特別法違反の点は除く)。

【事例】

(1) 甲は X ビル 4 階のバーの客として来店しており、乙は同店の従業員であった。A は午前 4 時ころ知り合いとこのバーに来店して飲食していたが、代金支払いに際してクレジットカードでの決済がうまくできず、代金のすべてを支払うことができなかった。午前 6 時ころ、A はいらだつた様子になり、残額を支払うことなくバーの外に出た。

(2) 乙は A の後を追って店を出て、ビルの 4 階エレベーターホールで A に追いつき、午前 6 時 30 頃から 50 分頃まで A に暴行を加えた(第 1 暴行)。乙の加えた暴行は、4 階エレベーターホールで A の背中をけて 3 階へ至る階段の踊り場付近に転落させ、さらに壁にその顔面を打ち付け、そばにあった灰皿に頭部を打ち付けたうえ、床に倒れている A の顔面をこぶしで殴り、顔面をつかんで床に打ち付けるといったようなものであった。第 1 暴行により A は頭部顔面に出血を伴う傷害を負った。甲はその間店の中や外で乙の暴行の様子を見ていたが、甲と乙で会話等があったわけではなかった。

(3) 乙は A を店に連れ戻して、飲食代金を支払う旨の示談書に氏名を書かせて運転免許証を取り上げるなどした。A はしばらく店の出入口付近に座っていたが、午前 7 時半ころ突然走って店を出た。ちょうどそのころ甲は電話をするために 4 階エレベーターホール付近にいたところ、A が飛び出してきたので A に対して 10 分間ほど暴行を加えた(第 2 暴行)。甲の加えた暴行は、倒れこんだ A の顔面、頭部、胸部付近を踏みつけた上、A の両足を持ち、3 階まで A を引きずり下ろし、サッカーボールをけるように被害者の頭部や腹部等をけり、いびきをかき始めた A の顔面をけり上げるといったようなものであった。

(4) A はその後病院へ運ばれたが、急性硬膜下血腫に基づく急性脳腫脹のため死亡した。第 1 暴行、第 2 暴行はいずれもが A の急性硬膜下血腫の傷害を発生させることが可能なものであるが、A の硬膜下血腫の傷害が第 1 暴行、第 2 暴行のいずれから生じたかは明らかではなかった。

また、甲の加えた暴行は、単体でも急性硬膜下血腫を生じさせ得るものであるが、仮に乙の第 1 暴行により急性硬膜下血腫を生じていたとしても、それを重篤化させ得る程度の強度があった。

小問 1 甲の罪責を論じよ。

小問 2 乙の罪責を論じよ。なお、論述に際しては、以下の①および②の双方に言及し、その上で、自らの見解(①および②で記載した立場に限られない)を根拠とともに示すこと。

① 乙には傷害致死罪が成立する。

② 乙には第 1 暴行によって生じた傷害の限度で傷害罪が成立する。

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

本問は、最決平成 28 年 3 月 24 日刑集 70 卷 3 号 1 頁を素材に、傷害罪における因果関係の判断、同時傷害の特例の適用のための要件、傷害致死罪への同時傷害の特例の適用に関する一連の判例の理解を試すものです。

事案は、乙による第 1 暴行に続いて、甲による第 2 暴行が行われ、被害者に急性硬膜下血腫を生じさせて死亡させたが、死因となる急性硬膜下血腫は第 1 暴行、第 2 暴行のいずれから生じたかわからなかったというものです。

2 人の間に共犯関係はありませんから、検討順としては死因に近い甲から検討することになります。死因は第 1 暴行か第 2 暴行のいずれかから生じたかはわかりませんが、甲の暴行は、仮に乙の第 1 暴行によって急性硬膜下血腫が生じていてもそれを重篤化させ得るものであったという事実をどのように生かすかが問題となります。判例の見解に従えば、甲には傷害致死罪が成立することになります。

甲に傷害致死罪が成立する場合、乙の罪責は傷害にとどまるのか、傷害致死罪が成立するかが問題となります。ここでは第 1 暴行と第 2 暴行のいずれから死因が生じたかわからないことから、同時傷害の特例を適用できるかが問題となります。

2 甲の罪責

甲は A に対して顔面、頭部、胸部を踏みつけた上で、さらに頭部、腹部をけり上げるという相当程度の強い暴行を加え、結果として A は死亡していますから、傷害致死罪の成否が問題となります。論点となるのは、死因となる急性硬膜下血腫が第 1 暴行、第 2 暴行のいずれから生じたかわからないとされていることからくる傷害結果に対する因果関係の有無です。この点では、死因が①第 1 暴行によってのみ生じた、②第 2 暴行によってのみ生じた、③第 1 暴行と第 2 暴行があいまって生じた、の 3 つの可能性がありますが、このうち①の可能性がある以上、疑わしきは被告人の有利に解することになりますから、傷害罪が成立するにとどまるようにもみえます。ここでは傷害罪における傷害結果の因果関係をどのように判断するかが問題となります。

この点では、先行する第 1 暴行に続いて行われた第 2 暴行にのみ加担した行為者について傷害罪の承継的共同正犯が成立するかが問題となった最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 卷 11 号 1281 頁が参考となります。当該事案について最高裁は「共謀加担前に X らがすでに生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって A らの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」と判示して、被告人を承継的共同正犯として共謀加担前に X らが生じさせていた傷害結果を含めた全体として傷害罪を認めた原審を誤りだとして、被害者の傷害を重篤化させたことについて傷害罪の成立を認めました。

これに従えば、甲の暴行と傷害結果との関係を判断するにあたって、その暴行がどの傷害結果を生じさせたことまでは明らかにできなかったとしても、その発生に寄与したかどうかによって判断されることとなります。

したがって、甲の A の顔面、頭部に対する暴行はそれ自体死因となる傷害を発生させることが

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

可能な強度のものであり、仮に第 1 暴行によって急性硬膜下血腫が生じていたとしても、それを重篤化させ得るものであったのですから、少なくとも当該傷害結果について寄与が認定できますので傷害罪が成立しその結果 A は死亡していることから傷害致死罪が成立することになります。

3 乙の罪責

乙も同様に第 1 暴行を行い、その結果 A が死亡していますので傷害致死罪の成立が問題となります。また、甲と同様、死因となった急性硬膜下血腫が第 1 暴行、第 2 暴行のいずれから生じたかわからないことから、因果関係が問題となります。

もっとも、甲と異なるのは上記の②の可能性があるからです。死因が第 2 暴行によってのみ生じていたならば、その結果について乙は責任を負いませんので、第 1 暴行によって生じた傷害の範囲で傷害罪が成立することになります(米兵ひき逃げ事件を考えてみてください)。

そこで次に、本件の乙の行為に刑法 207 条の同時傷害の特例を適用できるかということが問題となります。

同時傷害の特例は、「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯の例による。」というものです。

本問でも、いずれの暴行によって生じた傷害で死亡したのか分からないのですから、そのまま適用すれば、共同して実行した者でなくても共犯の例によりますから、乙には甲の行為を含めた全体について傷害致死罪が成立します。

もっとも、これを素直に認めるには、多くの問題があります。同時傷害の特例は、因果関係の有無が証明できない場合であっても、共犯としての要件を満たしていなくても、共犯の例によって一部実行全部責任を負わせるというものですから、刑法解釈の基本原則に反する重大な例外規定であるといえます。したがって、その適用範囲については慎重に判断すべきといえるでしょう。そこから、同時傷害の特例の適用についてはいくつかの論点があります。

まず、同時傷害の特例を傷害致死罪に適用できるかという問題があります(ア)。これは、例外中の例外規定である同時傷害の特例の適用範囲はできるだけ限定すべきだという立場から主張されます。これに従えば、乙に同時傷害の特例は適用できず、乙には第 1 暴行によって生じた傷害についてのみ傷害罪が成立するととどまります。

次に、同時傷害の特例がなぜ認められるかという根拠の問題があります(イ)。この点については、承継的共同正犯の判例としても著名な大阪高判昭和 62 年 7 月 10 日高刑集 40 卷 3 号 720 頁があります。大阪高判は承継的共同正犯を否定した後、同時傷害の特例を適用できるかについて「刑法 207 条の規定は、二人以上で暴行を加え人を傷害した場合において、傷害を生じさせた行為者を特定できなかつたり、行為者を特定できても傷害の軽重を知ることができないときには、その傷害が右いずれかの暴行(又は双方)によつて生じたことが明らかであるのに、共謀の立証ができない限り、行為者のいずれに対しても傷害の刑責を負わせることができなくなるという著しい不合理を生ずることに着目し、かかる不合理を解消するために特に設けられた例外規定である。これに対し、後行者たる Y が先行者 X との共謀に基づき暴行を加えた場合は、傷害の結果を生じ

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

させた行為者を特定できなくても、少なくとも X に対しては傷害罪の刑責を問うことができるのであつて、刑法の右特則の適用によつて解消しなければならないような著しい不合理は生じない」として同時傷害の特則の適用を否定しました。これに従えば、本件でも甲には傷害致死罪が成立するので、同時傷害の特則を適用しなければならない不合理は生じていないといえるので、乙には同時傷害の特則を適用できず、乙には第 1 暴行によって生じた傷害についてのみ傷害罪が成立することになります。

さらに、同時傷害の特則を適用できるとしても、その適用に際してなんらかの制限がないのかという点も問題となるでしょう (ウ)。

4 最決平成 28 年 3 月 24 日

このような論点に対して、平成 28 年決定は本問類似の事案について、同時傷害の特則を適用すべきであると判示し、死亡させた結果について責任を負うべきものがいなくなる不都合を回避するための特則である同時傷害致死罪の規定(刑法 207 条)を適用する前提が欠けることになるとして、同条の適用を否定した第 1 審を破棄して差し戻すべきとした控訴審の判断を肯定しました。その後、行われた差戻審において乙に当たる人物に対して刑法 207 条を適用して傷害致死罪が成立するとしました。

最高裁は 207 条を適用できる理由として「同時傷害の特則を定めた刑法 207 条は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によることとしている。同条の適用の前提として、検察官は、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであることの証明を要するといふべきであり、その証明がされた場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れないといふべきである」としたうえで、「共犯関係のない二人以上による暴行によって傷害が生じ更に同傷害から死亡の結果が発生したという傷害致死の事案において、刑法 207 条適用の前提となる前記の事実関係が証明された場合には、各行為者は、同条により、自己の関与した暴行が死因となった傷害を生じさせていないことを立証しない限り、当該傷害について責任を負い、更に同傷害を原因として発生した死亡の結果についても責任を負う」としました。

これを上記の論点に照らして考えてみると、傷害致死罪は、「人を傷害しよつて死亡させたとき」に成立しますから、死亡の原因たる傷害の発生について適用を排除すべき理由がありません(ア)。次に、(イ)については、その後に出された最決令和 2 年 9 月 30 日刑集 74 卷 6 号 669 頁が、「刑法 207 条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であつて、共謀関係が認められないときとの均衡も失するといふべきである。したがつて、他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負つた傷害が共謀成立後の暴行により生じたものとま

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

では認められない場合であっても、その傷害を生じさせた者を知ることができないときは、同条の適用により後行者は当該傷害についての責任を免れないと解するのが相当である」としています。

最後に(ウ)ですが、この点については、上記のように「検察官は、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであることの証明を要するというべき」とします。これは、単にどの暴行によって傷害が生じたかわからなかったという点だけをもって同時傷害の特例が適用できるのではなく、その前提としてどのような条件を満たすことが必要かを示したものです。上記最決令和2年はこの点において、被害者に生じた傷害の一部は、後行者の暴行から生じうるものではなかったとして、一部について傷害罪の成立を否定しました。

4 本問でのあてはめ

以上の検討から、最決平成28年を前提にすれば、「暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであること」のあてはめができれば、乙についても傷害致死罪の共同正犯を認めることができます。乙の第1暴行は死因となる急性硬膜下出血を生じさせ得るものであり、また同一の機会については「各暴行の時間的・場所的間隔の程度を主として、客観的な事実経過からうかがわれる暴行状況の共通性・継続性などを総合的に考慮し、社会通念上同一の機会に行われた一連の行為であり、外形的には共同実行に等しいと評価できる状況において行われたものと認められるか」という枠組みを用いるのが適当でしょう(最決平成28年の差戻第1審)。

5 答案構成

本問では、①乙には傷害致死罪が成立する、②乙には第1暴行によって生じた傷害の限度で傷害罪が成立する、との2つの見解に言及したうえで自らの見解を示すことが必要です。

①に関して言えば、条文の文言に合致することを示したうえで、上記平成28年の見解に沿ってあてはめをしていけば認められます。他方②に関しては、上記の論点のところで示したように、同時傷害の特例の適用についてはいくつかの論点が指摘されていますので、それを示したうえで207条の適用を否定して、したがって第1暴行によって生じた傷害結果についてのみ傷害罪が成立するという見解を示すことになります。

自説においては他説を適切に批判したうえで、自説の根拠を示して規範を定立し本件の事実関係にあてはめていくことが必要となるでしょう。

6 答案の講評

(1) 甲の罪責

甲の罪責を論じるにあたっては、これを因果関係の問題にとらえ、危険の現実化説を用いて因果関係を判断するという答案が散見されました。ここで気を付けておかないといけないのは、危険

2024 年度入学試験(後期日程)講評

立命館大学法科大学院

の現実化説とは、当該行為が有している結果発生の危険性と当該結果の発生のみをもって因果関係を肯定する説ではないということです。危険の現実化説は、当該行為の持つ危険性が、因果経過を通じて結果に実現していくプロセスを論じるものですから、単に甲の行為が硬膜下血腫を生じさせ得る危険性を有していることだけを指摘して因果関係を肯定することはできないといえるでしょう。ここでは平成 24 年決定を前提として、傷害罪の因果関係は傷害結果に寄与したことを認定することが必要であったと言えます。

(2) 乙の罪責

乙の罪責を論じるにあたっては、同時傷害の特例の適用の可否が問題となることを論点として指摘したうえで、その適用を肯定して傷害致死罪の成立を認めるか、適用を否定して傷害罪が成立するにとどまるとするかを論じることが求められました。しかし、この問題を選択された方で 207 条を指摘することができた答案はごく少数にとどまりました。

多くの答案は、この問題においてもこれを乙の暴行の後に甲の暴行が介在した事例であると解して、危険の現実化説を適用できるかという論点とした答案が見られました。

それらの答案においては、危険の現実化説とは、行為の危険性、介在行為の異常性、介在行為の寄与度を総合考慮して因果関係を判断するものであるとして、①は因果関係を肯定でき、②は因果関係を肯定できないとしたうえで、いずれかの結論をとるとするものでした。

しかし、本件においては乙の行為が結果発生の危険性がある行為であるとしても、他の客である甲が突然 A を殴るという行為は相当程度異常である上に、小問 1 での検討において甲の暴行は因果関係が認められるほどの寄与度だったのですから、乙の因果関係を肯定するのは相当困難である（すくなくとも A の死亡結果を、甲も乙も負うことになるという問題点が生じる）と言わざるを得ません。

(3) 総合評価

平成 24 年決定、平成 28 年決定とともに判例百選に登載されるほどの著名な判例です。現在の司法試験は相当程度学習が進まないと気付かないような論点ではなく、百選に登載されるような著名な判例をきちんと理解することが求められています。

基本的な判例からしっかりと勉強を進めていってください。また、近時の予備試験、司法試験では小問形式が取られており、小問の指示に従った答案を作成することが求められています。本問も小問形式での出題でしたが、設問の指示に従わずに解答を進める答案が散見されました。その場合、問に答えていないのですからその評価も低くなることとなります。問題文をしっかりと読んで、何が問われているかを確認してください。