

## 【 憲 法 】

問題の事案は、中学校から高校に提出される内申書の記載と生徒の人権が問われた、麴町中学校内申書事件（最判昭和63・7・15、昭和57年（オ）915号、判例時報1287号65頁、以下、「内申書事件」という。）を素材としたものである。内申書事件に関しては、中学校が作成した内申書の記載と、生徒の思想・信条の自由との関係が注目され、この点が解説などでも取り上げられることが多いが、実際の裁判では表現の自由等も問われている。

本問では、Xの中学生時代の行動が内申書に記載されていることから、まず、未成年者の人権の問題となることについて指摘し、論述してほしいところである。Xが中学生であり、未成年であることは、Y中学校の側からすると、制約の論拠にもなるからである。ついで、Xは、「ビラ100枚を配付し、同趣旨の内容の落書きを校舎の壁にした。」ということから、憲法21条1項の表現の自由の意義を述べるとともに、さらに、「ビラ配布」、「落書き」という表現形態とその制約について、それぞれ表現の自由の保障との関係の中で、その意義、重要度、制約の在り方などをふまえ、判断枠組みを示して論述することになる。また、Xは、受験した高校をすべて不合格となっているが、このことにつき、憲法26条の教育を受ける権利の観点から、Yの内申書記載における裁量の在り方も検討を要するところである。

なお、内申書事件の最高裁は、表現の自由の制約について、放置できない弊害発生の相当の蓋然性があり、弊害を未然に防止するため、一般的較量により本件のような規制は必要性かつ合理的な範囲の制約であるとしているが、「弊害発生 of 蓋然性」について、事件当時と今日との時代背景の相違も踏まえて判旨を読むことも視野に入れる必要がある。

採点実感としては、未成年者の人権について、表現の自由の中で論じてもよいが、論点として取り上げたものが大変少なかったこと、また、表現の自由一般の問題について述べるにとどまり、「ビラ配布」、「落書き」という表現形態に着目して論述をしたものが少なかったことを指摘したい。事例問題において、きめ細かく論点を拾うことに留意してほしい。

以 上

# 【 民 法 】

出題の趣旨

問題Ⅰは、夫婦の日常家事代理権の範囲および日常家事代理権を基本代理権として表見代理(ないしその類推適用)の成否について、それぞれ判例に照らして論述する問題である。

問題Ⅱは、請負契約において無断で一括下請がなされ、下請人が建物建築工事を中断した段階でまだ建前(未完成建物)の段階までしか至っていなかった後、別の請負人が建物として完成させた場面で、下請人が注文者に償金請求を認めることができるかについて、判例に照らして論述する問題である。

以 上

# 【 刑 法 】

## 〔問1〕

本問は、第1に、刑法における因果関係の意義および判断方法に関する理解を問うものである。因果関係の検討に入る前に、前提として、①甲が「両手でVの胸のあたりを突く行為」が「人の身体に向けた不法な有形力の行使」として、「暴行」に当たること、②Vが負った「脳挫傷」が「人の生理的機能障害」として「傷害」に当たることを論じたうえで、③最終的にVは死亡しているが、甲の上記①行為とVの死亡結果との間に、「V自身が、入院中の病院から無断で帰宅しようとして、Vの身体につながれていた点滴の管や医療機器を取り外して病院の外に出て転倒する行為」が介在している事実を指摘し、Vの死亡結果を甲の上記①行為に帰責するためには、両者の間に因果関係を肯定できるか否かについて検討する必要がある旨の問題提起をする必要がある（刑法205条に規定されている「よって」という文言の解釈問題であることを指摘できると、なお良い）。

因果関係については、まず、因果関係を論じる意義（偶発的結果、異常な経過をたどって発生した結果を行為に帰責することを排除し、適正な帰責範囲を画定する）と、それを達成するための判断枠組み（「条件関係」を前提に、「危険の現実化公式」または「相当性」の判断によって帰責範囲を限定する）を明らかにしてほしい。次に、上記の判断枠組みに従って、甲の上記①行為と「Vが負った脳挫傷（中間結果）」、さらには「脳内出血を原因とするVの死亡（最終結果）」との間の「条件関係（その行為が行われなかったとしたら、その結果は発生しなかったという関係）」を認定しなければならない（上記①行為がなければ、「Vが転倒してテーブルの角に後頭部を打ちつけること」も「脳挫傷を負うこと」もなく【中間結果との条件関係】、脳挫傷を負わなければ、Vが病院から帰宅しようとしたとしても「めまいに襲われて転倒すること」も「転倒の際に道路に頭部を強打して脳内出血を起こして死亡すること」もなかった【最終結果との条件関係】）。なお、条件関係の認定において、上記中間結果に関する判断を省略してはならない。

次に、「危険の現実化公式（当該行為によって創出された危険が現実発生した当該結果へと実現したといえるか否か）」または「相当性（その種の行為からその種の結果が発生することは経験的に通常といえるか否か）」の判断に関する論述においては、「判断基底（いかなる事実を判断材料として考慮するか）」と「判断基準（いかなる知見に基づいて判断するか）」について明らかにしてほしい。そのうえで、上記①行為と上記中間結果、上記最終結果とについて、危険の現実化または相当性を判断し、それぞれの結果について因果関係を肯定するか否かを論述することになる。なお、上記中間結果に関する判断を省略してはならない。そして、とくに、上記最終結果との関係においては、上記のV自身の「一見すると異常とも受け

取られかねない行為」が介在している事実を意識して論述する必要がある。行為後に介在事情がある事案に関する「危険の現実化公式」の判断方法の一例をあげるならば（もちろん、以下の判断方法が唯一絶対の方法ではないことは当然であり、これと異なる判断方法に基づく検討をしても構わない）、㉠結果に対する介在事情の寄与度の大小を検討し、（寄与度が低い場合は、上記㉠行為に「上記経過をたどって上記最終結果発生に至る危険」が備わっていたといえるか否かを検討することになるが）寄与度が高く無視できない場合には、㉡介在事情が行為者の行為によって誘発されたものといえるか否かを検討し（誘発されたものである場合は、上記㉠行為に「介在事情を経由して上記最終結果発生に至る危険」が備わっていたといえるか否かを検討することになるが）、誘発されたものとはいえない場合には、㉢介在事情は「当該最終結果が発生するために成就する必要がある条件である外部的事情」と位置づけられ、その条件が、その時、その場所で成就することの異常性の大小を検討し、（異常性が高い場合は、条件が成就したのは「たまたま」であって、当該最終結果発生は上記㉠行為によって創出された危険と無関係という結論となるが）異常性が低い場合には、行為者は「行為後に条件が成就したとしても不思議とはいえない状況」で行為していたこととなり、上記㉠行為に「結果発生条件が成就した場合には、その事情と相まって、当該最終結果発生に至る危険」が備わっていたといえるか否かを検討することになる。本問においては、問題文に示された事実が有している意味を評価しながら、上記㉠㉡または㉠㉡㉢について検討し、上記㉠行為と上記最終結果との間に危険の現実化を肯定するか否かについて、各自の結論を明示する必要がある。その際には、上記㉠行為の時点でVの背後にテーブルが存在した事実、上記中間結果である脳挫傷が重症であった事実、搬送先のY病院における緊急手術中にVが死亡する可能性もあった事実、緊急手術の結果Vが一命をとりとめた事実、上記手術から5日後の時点ではVの容体が安定し継続して治療を受けて経過が良好であれば1ヶ月後に退院可能であった事実、退院時期等について医師から説明を受けてVも理解していた事実、Vが帰宅しようとしたのが上記手術の10日後であった事実、死因である脳内出血の直接の原因はV自身が転倒して頭部を強打したことである事実、Vが転倒した原因は上記中間結果である脳挫傷に起因したためまいであった事実等に言及し、これらの事実が上記㉠㉡（㉢）を検討するうえでいかなる意味を有するかについて評価を示しながら論述することが求められるのである。

以上の検討の結果、上記㉠行為と上記最終結果との間に刑法上の因果関係を肯定する場合には傷害致死罪（刑法205条）、否定する場合には傷害罪（同204条）の「客観的」構成要件該当性が肯定されることを明示してほしい。

第2に、本問においては、上記㉠行為時における甲の故意について検討することが求められている。甲の故意が暴行の故意なのか傷害の故意なのかについて、問題文に示された事実の意味を評価しながら検討し、結論を明らかにしてほしい。本問においては、Vの背後にテーブルが存在した事実を甲が認識していたか否か、Vの

胸のあたりを両手で1回突く行為によってVが転倒してテーブルに激突する可能性、テーブルへの激突によってVが負傷する事実を甲が予見していたといえるか否かを検討することになる。そして、暴行の故意を認定した場合には、暴行罪（刑法208条）と傷害罪の関係について検討し、行為者に暴行の故意しかない場合でも傷害罪または傷害致死罪が成立可能か否かについて自己の見解を示してほしい。傷害罪の故意を認定した場合には、確定的故意を肯定することに合理的な疑いが残らないか検討し、確定的故意と未必の故意のいずれを肯定するのかについて自己の見解を示してほしい。最後に、甲の行為に成立するのが傷害罪なのか傷害致死罪なのか、結論を明示してほしい。

第3に、甲が「次やったら、殺すぞ。」とVに対して申し向けた行為が、「Vの生命に対する加害の告知」として「脅迫」行為に該当し、脅迫罪（刑法222条1項）が成立するか否かについて検討し、結論を明示してほしい。

最後に、「傷害罪または傷害致死罪」と脅迫罪の二罪の成立を肯定した場合、両罪について罪数処理をする必要がある。手段と目的の関係にない2個の行為がそれぞれ別罪に該当する場合であるから、両罪は併合罪（刑法45条）となる。

## 〔問2〕

本問は、Aから預かって保管している「ダイヤル式の鍵で封緘されたケース」の中に収められたB選手のカードを乙が抜き取った行為について、窃盗罪（刑法235条）と単純横領罪（同252条）のいずれの罪が成立するのか検討することを求めるものである。この問題を処理するにあたっては、封緘内容物である上記カードの占有がAに帰属するのか乙に帰属するのかを明らかにする必要がある。窃盗罪の行為客体である「他人の財物」は「他人が占有し、かつ他人が所有する財物」であると解されるのに対して、単純横領罪の客体は「自己の占有する他人の物」であり、他人所有の当該財物の占有主体が行為者からみて「他人」か「自身」かによって、両罪の行為客体が区別されているからである（上記カードの所有者はAであるから、同カードは「他人の所有物」である）。

封緘内容物の占有主体を特定する検討においては、「封緘が施されている」という事実が、占有主体を特定するうえで「いかなる意味を有しているか」について、各自の理解が問われる。「Aの占有意思が極めて強いことを表示するための措置」という意味を有し、内容物の占有主体がAであることを基礎づける事実なのか、

「受託者・乙が勝手に封緘を解いて内容物を処分等することを禁ずるという趣旨の意思表示」という意味を有するにすぎず、内容物についてAは乙に対して返還請求権（占有回復請求権）を有するのみで、内容物の占有主体が乙であることを基礎づける事実なのかについて、理由を明示して検討しなければならない。また、窃盗罪における占有は「実力的・事後的支配」であるのに対して、横領罪における占有は「濫用のおそれのある支配」であるが、封緘内容物に対してAの実力的支配が及んでいるといえるか、乙による濫用が容易で濫用の危険の方が高いと評価される事実

状態なのか、という観点からの検討も、必要有益である。さらに、本問において乙が上記カードを領得する意思を生じたのは、上記ケースに封緘が施されている時点ではなく、偶然に上記ケースが開いてしまって封緘が解除された後の時点である。乙が領得意思を有した時点で封緘が解除されていた事実をどのように評価するべきか、封緘が施されていたという事実が有する意味が希薄化し弛緩したと評価する必要があるか否かという視点も、重要かつ有益である。以上のような検討を経て、上記カードの占有主体がAなのか乙なのかを特定してほしい。

なお、前提として、両罪の行為客体に共通する「財物（財産的価値を有し、所有の対象となりうる物）」との関係で、プロ野球の某球団が「無料で」配付したものである上記カードに「財産的価値」を肯定可能か否かについて検討すると、さらに良い。乙の上記行為時において、上記カードに「1万円相当の経済的交換価値」が客観的に備わっていた事実、またはAが鍵のかかるケースに保管して大切にしていたという事実（主観的価値）に基づいて、同カードに財産的価値が備わっていたことを認定すれば足りる。

次に、上記カードの占有主体が特定できたら、その特定を前提として乙の罪責を検討すればよい。占有主体をAと特定した場合には、上記カードは刑法235条にいう「他人の財物」であるから、窃盗罪の構成要件に乙の上記行為が該当するか否か、検討することになる。「窃取」の意義（相手方の意思に反する財物の占有移転）を明らかにしたうえで、乙の上記行為が「窃取した」に該当すること、「不法領得の意思」の意義を明らかにしたうえで、同意を乙が有していることを認定すれば足りる。他方、占有主体を乙と特定した場合には、上記カードは刑法252条にいう「自己の占有する他人の物」であるから、単純横領罪の構成要件に乙の上記行為が該当するか否か、検討することになる。「横領行為」の意義を明らかにしたうえで、乙の上記行為が「横領した」に該当すること、横領罪における「不法領得の意思」の意義と体系的な位置づけ（横領行為を「不法領得の意思を発現する一切の行為」という意味に理解した場合は、奪取罪における「不法領得の意思」とは内容が異なること、そして不法領得の意思は「横領行為に対応する（超過的要素でない）意思」として横領罪の故意に解消されること）を明らかにしたうえで、同意を乙が有していることを認定すれば足りる。

最後に、乙の行為に成立するのが窃盗罪なのか単純横領罪なのか、結論を明示してほしい。

以上

# 【民事訴訟法】

## 出題の趣旨

確認の訴えにおける確認の対象は論理的には無限定でありうるため、原告の権利または法律関係について存在する不安を除去し、法的紛争を適切に解決あるいは予防するという観点から、訴えの利益（確認の利益）を限定する必要性が大きい。

確認の利益の有無を判断するための指標としては、①確認訴訟選択の適否、②確認対象（訴訟物）選択の適否、③即時確定の利益（解決すべき紛争の成熟性）が挙げられ、③については、具体的には、(i)原告の地位に与えられる不安・危険の態様（切迫性）と(ii)原告の利益ないし地位の現実性が問題となるといわれる。①、②はおおむね古典的な考え方のいう権利保護の資格に対応し（したがって、比較的類型的な判断が可能）、③はおおむね権利保護の利益に対応するといえようか。

本問では、①の点は問題がない。

(1)では、②の点が問題となる（③の点は遺言者死亡後のものなので、問題がない）。

②の原則は「現在」の「法律関係」の確認であるといえる。民事訴訟は、現在の法律上の紛争の解決を図るものだからである。

しかし、現在の法律上の紛争解決のために有効適切である場合には、過去の法律関係、過去の法律行為の有効無効等の確認が認められる。それらについて確認することによって派生する多数の紛争が一举に解決するような場合である。その典型として、遺言無効確認の訴えがある。

なお、遺言無効確認の訴えについて確認の利益を肯定した初めての最高裁判例である最判昭和47・2・15（民集26巻1号30頁、百選5版23事件）は、遺言が有効であるとすればそれから生じるべき現在の法律関係の確認を求めるものと解される場合には遺言無効確認の訴えも許容されるとしている（「現在の法律関係」の確認をなお原則としている）が、同じ年度の最判昭和47・11・9（民集26巻9号1513頁、百選5版A10事件。学校法人の理事会または評議員会の決議が無効であることの確認を求める訴え）は、過去の法律関係についてもその確認によって現在の法律関係の抜本的な解決を図ることができる場合には確認の利益があるとしており、後者の判例が、その後の判例の方向を決しているといえる。

(2)では、②および③が問題となる。そして、確認対象としての適格性を欠き、即時確定の利益も欠くものとして許されないとされる（最判平成12・2・24民集54巻2号523頁、百選5版25事件）。具体的相続分は遺産分割の過程で問題となる計算上の価額またはその価額の遺産総額に対する割合をいうものであって、それ自体を実体法上の権利関係ということはできず、これだけを独立して確認してみても紛争解決に直接に役立たないからである。ここでは、確認の対象となる法律関係の適

格性がまず問題となり、これが否定される結果そのような事柄の確認をしてみても原告の地位の不安除去に役立たないという意味で即時確定の利益を欠くことになる。

なお、ここでいう確認の対象となる法律関係の適格性の問題は、もっぱら原告の利益ないし地位の現実性にかかわってくる事柄なので、③に含めて考察するという考え方も可能であろう。

以 上

# 【刑事訴訟法】

## 設問 1

### 〔出題趣旨〕

最決平成 14 年 10 月 4 日刑集 56 卷 8 号 507 頁（以下、最決平成 14 年）を素材とし、捜索・差押の実施に伴う手続についての基本的理解を問うた。令状呈示前にマスターキーによって被疑者の宿泊する客室のドアを開けて入室した措置の適法性が問題となる。

### 〔採点基準〕

被疑者が差押対象物件を破棄隠匿するおそれが認められる状況下において、警察官らが、捜索差押許可状の呈示に先立ってホテル客室のドアをマスターキーで解錠し入室した措置を適法とした最決平成 14 年は、「必要な処分」の適法性が比例原則に基づき判断されること、及び、令状は事前呈示が原則であるが、「捜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ない」場合には、例外として事後呈示も許容され得ることを示した。

本事例中の措置についても、警察官らによる捜索・差押の動きを被疑者に察知されれば、差押対象物件が容易に破棄隠匿されるおそれがあること等を指摘して、最決平成 14 年に従って、適法との結論を導くことができよう。ただし、それにあたっては、「必要な処分」についての 222 条 1 項・111 条 1 項をどのような規定として解するかを踏まえた上で、当該捜索・差押の目的を達成するために必要かつ相当な範囲内のものとして許されるのかを、事例中に示された具体的事実を指摘・分析して論ずるべきである。また、令状の呈示（222 条 1 項・110 条、犯罪捜査規範 141 条 1 項）について、その趣旨・事前呈示を原則とすべき理由を踏まえた上で、事例中に示された具体的事実を指摘・分析しながら、例外的に事後呈示が認められる場合に当たるかを論じることにも求められる。

## 設問 2

### 〔出題趣旨〕

違法収集証拠排除法則に関する理解を問うた。差押対象物件である覚醒剤の差押え後、被疑者の言動に立腹した警察官が暴行に及んだことが、当該覚醒剤の証拠能力に影響を与えるか否かが問題となる。

### 〔採点基準〕

警察官による事後的な違法行為が証拠能力に影響を与え得ることは最判平成 15 年 2 月 14 日刑集 57 卷 2 号 121 頁の示すところであるから、警察官による事後的違法行為が証拠収集手続との因果関係を有しないことをもって直ちに証拠能力を肯定し得るとはいえず、最決平成 8 年 10 月 29 日刑集 50 卷 9 号 687 頁も踏まえれば、違法行

為と証拠収集手続との時間的先後関係や警察官が違法行為に及んだ動機等も考慮して判断すべきであると考えられよう。

これらを踏まえつつ、事例中の暴行が本件捜索・差押の一部といえるか否かを検討した上で、当該覚醒剤の証拠能力について論じることが求められる。

以 上