

令和 8 年度入学試験 出題趣旨・解答例（採点基準）【憲法】

〔A 日程〕

（出題趣旨・採点基準）

本問の出題趣旨は、政治家の街頭演説において、聴衆の一部が当該政治家に向かって発声等をしたことについて、警察官がこれを制止したことの憲法上の問題を検討することにある。類似の事案として、安倍晋三元内閣総理大臣が参議院議員通常選挙の立候補者応援のため街頭演説をした際、聴衆のうち、「〔安倍首相〕辞めろ」、「増税反対」などと声を上げた者らに対し、警察官らにより移動させられる等したことが、国家賠償法上違法であるとして損害賠償請求がなされたものがある（札幌地判令 4・3・25 判例タイムズ 1504 号 130 頁、札幌高判令 5・6・22LEX/DB25595642）。代表的な判例や標準的な学説を踏まえ、問題となる憲法上の権利・自由とそれに対する制約を適切に特定・把握し、合憲性について具体的に検討する答案には、高い評価が与えられる。

（解答例）

たとえば、次のような記述が求められる。

まず、本文でいかなる権利・自由が問題となるかを特定する必要がある。X 1 及び X 2 は、自身の政治的主張が P に直接届けられなかったと考えているところ、同人らの発言は、名誉毀損等の他人の人格を損なうものでもなく、自身の政治的・社会的見解等に基づく意見表明といえるから、表現の自由（憲法 21 条 1 項）として保障されるものと考えることができる。ある言動が表現として憲法上保障されるか否かは、憲法 21 条の保障の趣旨を踏まえて検討する必要がある。

次に、この自由に対し、どのような制約が課されるかを検討する必要がある。本問では、B 県警の警察官らは、X 1 及び X 2 らに注意をしたものの同人らがこれを聞かなかったので、本件歩道から数百メートル移動させ、街頭演説が終了するまで待機させたところ、X 1 及び X 2 からすると、街頭演説の行われる場所の付近で自身の意見表明することに意味があると思われるので、警察官らの本件行為は、そのような表現活動を制限したものと考えることができる。

最後に、この制約が憲法上許容されるかを検討する必要がある。その際、一般公衆が自由に入出りできる場所は表現のための場として役立つことが少なくないので、そのような場所では表現の自由に可能な限り配慮する必要があるという考え方（「パブリック・フォーラム」論。最三判昭 59・12・18 刑集 38 巻 12 号 3026 頁〔伊藤正己裁判官補足意見〕）は、一つの参考になりうる。もっとも、本問では、政治家自身の街頭演説と、これを平穩に聴取したいという聴衆、そして X 1 及び X 2 らのように自身の政治的意見表明をしようとする者などがおり、本件行為が憲法上許容されるか否かは、これらの間の利害を適切に調整することが求められる。本件行為について、B 県警の警察官らは、警察官職務執行法 4 条 1 項に基づくものと説明しているので、同項の要件について、たとえば、集会の自由の事案であるが、泉佐野市民会館事件（最三判平 7・3・7 民集 49 巻 3 号 687 頁）で示された、「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されること」を要求するものと解釈して、本問に即して検討することなどが考えられる。

〔B 日程〕

（出題趣旨・採点基準）

本問の出題趣旨は、公職選挙法上の郵便等投票制度の対象となる障害に該当しなかった者が、自身の障害により投票所に行き投票することが困難となり、すべての公職選挙において投票することができなかったことについて、憲法上の問題を論ずることにある。なお、類似の事案として、障害等級 4 級の者が郵便等投票制度の対象とならなかったため、当該障害等級を有する者等による同制度の利用を認める立法措置が執られなかったことについて国家賠償請求をした事例（岡山地判令 5・1・25LEX/DB25594645、広島高判令 5・9・5 LEX/DB25596162）がある。代表的な判例や標準的な学説を踏まえ、問題となる憲法上の権利・自由とそれに対する制約を適切に特定・把握し、合憲性について具体的に検討する答案には、高い評価が与えられる。

（解答例）

たとえば、次のような記述が求められる。

まず、本問ではいかなる権利・自由が問題となるかを特定する必要があるが、本問で X は、自身が障害認定を受けて以降、すべての公職選挙において投票することができなかったので、選挙権（憲法 15 条 3 項等）の問題と考えることができるだろう。次に、この権利に対し、どのような制約が課されるかを検討する必要があるが、本問では、X のような障害等級該当者は郵便等投票制度の利用対象にならず、また、X は歩行困難等とされており、現実的に選挙権の行使が不可能となっているので、この点を選挙権に対する制約と捉えることができる。

その上で、このような制約が憲法上許容されるかが問題となるが、選挙権の制限に関する問題については、何よりもまず、在外日本国民選挙権制限事件（最大判平 17・9・14 民集 59 卷 7 号 2087 頁）が参照されるべきであろう。同判決は、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とした。ここに「やむを得ない事由」とは、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合」とされている。以上を踏まえ、本問に即して検討すると、たとえば、かつての在宅投票制度において多くの不正があり、一旦同制度が廃止されたものの郵便等投票制度が復活した経緯を踏まえながら、郵便等投票制度の対象を現在の障害等級の者よりも拡充することが、「選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難」かどうかを検討することが考えられる。

〔C 日程〕

（出題趣旨・採点基準）

本問は、自治体による観光関連業者に対する架空の広告規制条例案を素材としている。本問の目的は、表現の自由（憲法 21 条）または職業の自由（憲法 22 条）について、判例・学説でとられている違憲審査の枠組みを的確に適用して検討する力を問うことにあり、また選択しなかった自由との比較検討を通じて、自由の保障範囲や制限の性質、審査枠組みに関する理解の深さを測るものである。いずれの自由を選択した場合でも論証は可能であり、選択した自由に即した論理構成と具体的なあてはめ、他方の自由との峻別・対照の適切さが答案評価の中心となる。

（解答例）

（１）憲法 21 条（表現の自由）から論じる場合

本条例案は、観光関連業者の広告情報について誤認を招く表現等を禁止するものであり、業者による広告は営利目的であっても表現行為として憲法 21 条の保障を受ける。

もっとも、本件は商業的表現であることから、政治的言論に比べて保障の程度は一定程度緩やかに解される。したがって、その制約の合憲性は、①目的の重要性、②手段の合理性および必要性の観点から判断すべきである。

本条例案の目的は、虚偽又は誤認表示を抑制し、観光地としての信頼を確保する点にあり重要である。また、手段としても、直ちに制裁を科すのではなく改善勧告を経てなお改善がない場合に限り業者名を公表するにとどまり、意見提出の機会も保障されているうえ、より制約の小さい手段では目的達成が困難であるといえる。

したがって、本条例は表現の自由に対する合理的な制約として許容され、憲法 21 条に違反しない。

なお、本件は営業活動の一環としての広告を規律するものであるから憲法 22 条の職業の自由との関係も問題となるが、同条は主として職業選択や営業方法に対する規制を対象とするのに対し、本件は表現内容それ自体を直接規律する点に特徴があるため、21 条を中心に検討するのが相当である。

（２）憲法 22 条（職業の自由）から論じる場合

本条例案は、観光関連業者が広告情報を掲載する際の表現内容を規律するものであり、業者の営業活動の一環である広告活動に制約を及ぼす点で、憲法 22 条 1 項の職業の自由との関係が問題となる。

もっとも、本条例は職業選択そのものを制限するものではなく、営業活動の方法の一部としての広告表示を規律するにとどまる。したがって、規制の合憲性は、公共の福祉の観点から合理的な規制であるかによって判断される。

本条例案は、虚偽又は誤認を招く広告を抑制し、観光客の信頼を確保することを目的としている。また、違反が疑われる場合にも直ちに制裁を科すのではなく、まず改善勧告を行い、それでも改善がない場合に業者名を公表するという段階的措置が採られている。

以上からすると、本条例案は営業活動に伴う広告表示を適正化するための合理的な制約として許容され、憲法 22 条 1 項に違反しないと解される。

なお、本件は広告という情報発信を対象とするため憲法 21 条の表現の自由との関係も問題となるが、21 条は表現内容の自由を中核とするのに対し、本件は営業活動の適正化としての側面が強く、規制の対象が営業方法にある点に特徴があるため、22 条を中心に検討するのが相当である。

令和8年度入学試験 出題趣旨・解答例（採点基準）【民法】

〔A日程〕

（出題趣旨及び解答例・採点基準）

民法508条は、相殺の期待を保護するために、「時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、その債権者は、相殺をすることができる」となっているが、 α 債権の時効完成日は2025年4月1日であり、他方で β 債権の返済期日は同年4月11日であるから、民法505条1項の「双方の債務が弁済期にあるとき」（相殺適状）の要件を満たしておらず、相殺はできない。

Aは β 債権について期限の利益を放棄することが可能であり、これをしていれば β 債権の返済期日を2025年4月1日より前に早めることが可能である。しかし、相殺適状にあるというには、現実に期限の利益の放棄の意思表示をしなければならず、Aがこれをしていなければやはり相殺をすることはできない。

もっとも2025年4月11日に、BがAから α 債権の弁済を求められた際、Bは α 債権の存在を認めており、これは時効完成後の債務の承認に当たる。これは α 債権の時効が完成した後なので、債務の承認には当たらず、また時効完成の事実を知らなかった以上は時効の利益の放棄にも当たらないが、債務の存在を自認した債務者が後から時効の援用を行うことは信義則に反すると考えられる。これによりBは α 債権の時効援用権を失う。

まとめると、民法508条からすると、Aは α 債権が時効により消滅しているならば、 β 債権について期限の利益を放棄して相殺をすることは認められないが、Bは α 債権について時効の援用ができない。両者の関係をどう考えるかで、Bの支払請求の可否が決まる。私見は、Bの時効の援用が認められない以上は、Aの相殺が認められることになり、Bの支払請求は認められないと考える。

〔B 日程〕

(出題趣旨及び解答例・採点基準)

債権者代位権と詐害行為取消権の基礎的な理解を問う問題である。

設問 1 甲土地を B から取得した C が、A のところに残る登記を得る必要がある(中間省略登記および不動産登記法 59 条 7 号については、適切な言及があった場合には適宜加点要素としている)。C は B に、A から B への移転登記の手続きをとるよう頼む必要があるが、事実(4)にあるように、B に連絡がつかない状況では、B が自発的に手続きを取ることを期待できる状況にはない。そのため C は、423 条の 7 に基づき、B の A に対する登記請求権を代位行使する(債権者代位権の問題と捉えられているか、被保全債権が金銭債権でないことについて言及があるか、保全の必要性に関して無資力要件が問題とならないことについて言及があるか、も評価の対象とした。さらにいわゆる転用事例に関する判例法の展開への言及、代位債権者名義への変更の請求はできないことについての 423 条の 3 の言及は加点対象とした)ことが考えられる。

設問 2 事実(5)より、甲土地の所有権の登記名義が B に移転したことが前提となっている。ここでは、D が、詐害行為取消権の行使により A から B への贈与を取り消すことが可能かを検討する必要がある。D の A に対する債権(被保全債権の性質について言及があるかも評価の対象とした)は、事実(1)から、A から B への甲土地の譲渡以前に発生していることは明白であり、また、同様に事実(1)から、A の無資力、及び B の悪意も伺え、さらに、A の甲土地の B への譲渡は典型的な財産減少行為であるため、D は B に対し、424 条の 6 に基づき、A の贈与の取消しと移転した財産の返還を求め、詐害行為取消訴訟を提起することが考えられる(以上の各点につき適切な記述がなされているかを評価対象とした。なお、D が B に対し不法行為責任を追及することも考えうるが、詐害行為として取り消してもなお損害が生じる場合としてどのような場合があるか、債権侵害の不法行為の要件として A・B の主観的態様についてどのような問題が生じるか等の点に関し、適切な言及があった場合には加点対象としている)。D は、C に対しても、A の贈与の取消しと移転した財産の返還を求めることも考えられるが、C との関係では、424 条の 5 第 1 項 1 号における C の悪意の有無について、事実(3)との関係で評価する必要がある(以上各点についても適切な記述がなされているかを評価対象とした)。仮に、詐害行為取消請求の結果、B から A に甲土地の所有権の登記名義が戻った場合、C との関係では先に登記を備えられたことになるので、D としてはその後、不動産執行をかけることが考えられる。

〔C 日程〕

(出題趣旨及び採点基準)

数量指示売買に関する担保責任の効果を問う問題である。

まず、前提として、土地甲の地積不足が債務不履行にあたるかの検討が問題となる。

その際判例法上の数量指示売買の定義を答えなければならない(10 点)。

さらに本件の事実を当て嵌め、数量指示売買の債務不履行であることを導けるかを問う(5 点)。

その上で B の救済として、代金減額請求権及び損害賠償請求権があることを示せるかが問題となる(5 点)。その場合の適用条文が正確に引けるかも加点の対象となる(5 点)。

さらに損害賠償請求の対象として、信頼利益に限定されるか否かについて検討しなくてはならない。＜100 m²の甲土地＞なるものはこの世界に存在しないのであるから、それについての契約が有効に存在している場合の履行利益が賠償の対象になるかが問題となる(20 点)。

その際最高裁の判例法(地積が「売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有する場合」には履行利益が取れるとした)を紹介できるかが問われる(10 点)。

また事案の当てはめとして本件では甲土地の地積が「売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有する場合」に当たることを示し、具体的に B の履行利益がどのようなものかについて言及しなくてはならない(5 点)。

またこれらの救済が 566 条の期間制限にかからないかの検討が必要となる(5 点)。

係るとすれば、「不適合を知った時から」1 年の期間が経過していることを採り上げなければならない(5 点)。

係らないとするためには 566 条が＜物の契約不適合＞のうち数量不足を除外していることを指摘していなくてはならない(10 点)。

それを指摘した上でさらに数量不足も「品質」に関する＜物の契約不適合＞に含まれるとすすめる有力説に言及していれば加点する(5 点)。

566 条の期間制限に係らないとしても、さらに＜物の契約不適合＞を知った時から 5 年以上が経過しているため、166 条の主観的時効の制約に係ることに言及しなくてはならない(10 点)。

(解答例)

不動産の地積不足が、契約責任の対象となる前提として、当該土地の売買は「数量指示売買」に該当するか。最高裁は土地の売買契約書中で地積が参照されている場合でも、本問のような地積に即して代金が決められているような経緯がない事案においては、数量指示売買と認めないが(最判昭和 43・8・20 民集 22 巻 8 号 1692 頁)本問では代金計算の基礎としているので数量指示売買にあたり債務不履行が生じていることとなる。

(1) 損害賠償と代金減額請求

まず、真実の地積 80 m²に基づいて計算すれば、あるべき代金額は $80 \times 20 = 1600$ 万円と

なったはずであるから、400 万円の代金過払分が生じていることになる。そこから 563 条 2 項により、400 万円の代金減額が認められる余地はある。また、同額の損害が、100 m²であると信頼したことによる損害として、564 条によって準用される 415 条に基づき損害賠償の対象となる。しかしこの損害賠償は有効な契約上の義務が存在しないのに存在すると誤信して蒙った損害、すなわち信頼利益賠償にすぎない。

問題は＜100 m²の甲土地＞を譲渡するという A の義務が有効に存在している場合に B が得たであろう利益の賠償、即ち履行利益賠償を B は A に請求できるか、という点にある。

(3) 履行利益賠償

最判昭和 57・1・21 民集 36 卷 1 号 71 頁は、地積が契約内容となっている数量指示売買であることを認めた上で、B に履行利益賠償が認められるかが問題となった事案である。ここでは甲土地の地価が売買契約後 3000 万円にまで上昇した場合に、地積が約定どおり 100 m²であれば土地甲が持っていたはずの価格 3750 万円（＝3000×100／80）との差額が履行利益賠償として請求された事案であったが、最高裁は結論的にはこの差額の賠償を否定している。

しかし同判決の原審は、そもそも地積不足の担保責任としての賠償は履行利益を対象としたものではあり得ないとする特定物ドグマに立って、賠償範囲を信頼利益 400 万円に限定したものであった。最高裁も結論としては原審のこの判断を是認したが、理由は差し替えている。最高裁は、数量指示売買の担保責任は信頼利益に限定されるという立場は採らず、むしろ「売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有する」場合には履行利益として、400 万を超える賠償を認める余地を理論的には残していた。

(4) 「売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有する」場合の例解

それでは「売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有する」場合とはどのような場合か。本問はその場合に当たらないか。○△県ではドラッグストア営業認可基準は、営業する店舗が地積 100 m²以上の土地を敷地とすることとされている以上、本件契約で地積が 100 m²であればこの基準を満たしたであろうとは、B にとって「売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有する」と評価できる。したがってこの営業が可能であった場合に B が挙げうるであろう収益は、本件土地が契約どおりの地積であった場合の契約利益と評価できるから、昭和 57 年最判で 400 万円に限定されない損害賠償として想定していた損害賠償として認められる要件を満たす。具体的には同規模の店舗で B が上げている収益を参考に年間 900 万円程度の収益（すなわち 3000 万円）について B の A に対する損害賠償請求が認められる余地がある。

(5) 566 条の行使期間制限

ただ＜物の契約不適合＞についての売主の担保責任は、564 条を経由した救済も含めて、566 条の 1 年間の期間制限の下に置かれる。すなわち B は「その不適合を知った時から 1 年以内にその旨を売主に通知」しない場合には、代金減額請求権や損害賠償請求権を行使し得なくなる。そうすると令和 7 年 6 月 1 日は、B が上記数量不足を知った令和 6 年 5 月 1 日よ

り1年以上経過しているので、この期間制限にかかるようにも思われる。

しかし566条は、対象となる物の契約不適合として「種類」「品質」の契約不適合のみを挙げ、「数量」に関する物の契約不適合は同条の適用除外としていると解される(562条と比較せよ)。そうすると本問のような数量不足という物の契約不適合に基づく担保責任については、Bが本件のように数量不足を知った令和6年5月1日から1年以内にAにその旨の「通知」をしていない場合であっても、上記の400万円の代金減額請求や、賠償請求はいずれも、566条によっては封じられないことになる。

この取り扱いの根拠としては次のように説かれる。すなわち、数量不足は一見して明瞭であるので、種類・品質の契約不適合とは異なり、売主にとって履行が完了したという信頼を持つことが想定されないから、期間制限によって売主を保護する必要があるところにある、というのである。

ただ、学説には、種類動産売買における数量不足などとは異なり、本件のような不動産売買における地積不足は、売主にとっても不明瞭なことが多く、むしろ、品質の契約不適合と取り扱うべく566条の期間制限をかけるべきだとの主張もある。この立場によれば、Bが令和6年5月1日から1年以内にAにその旨の「通知」をしていない以上、本問でのBに対する諸救済はやはりいずれも封じられることになる。

(2) 566条の期間制限と166条の消滅時効との関係

Bがした数量不足の物の契約不適合についての通知は、数量不足を知ってから1年経過後ではあるが、多数説の立場に立てば、566条の適用はないことになるので、Bの代金減額請求権ないし損害賠償請求権の行使は同条によっては妨げられないことになる。

しかし、Bが権利行使をするまでにBが数量不足を知ってから5年以上が経過している。そこで166条1項1号のいわゆる主観的時効がかかる余地がある。瑕疵担保責任について1年の除斥期間を定めていた旧規定566条3項について判例法は、一年の期間内に売主の担保責任を問う意思を裁判外であれ明確に告げることをすれば、権利行使を保全できるとしつつ(最判平成4・10・20民集46巻7号1129頁)、この権利保全が為された場合であっても166条の一般時効の規定は重疊的に適用されるとしていた(最判平成13・11・27民集55巻6号1311頁)。

新規定の下でも566条の期間制限は、①売主の善意無重過失を要件としている点、また②通知は裁判上の請求による必要はない点で、消滅時効制度とは異質であって、166条の特則とは考えられないため、本問で想定されるBの請求は、566条の期間制限を受けないとされる場合であっても、166条1項1号によって封じられることになる。

〔A日程〕

（出題趣旨・解答例（採点基準））

本問は、最決令和2年8月24日刑集74巻5号517頁を素材として、不作為による殺人罪の成否、間接正犯の成立要件、保護責任者遺棄致死罪の成立要件、故意を異にする者の共犯関係など、刑法総論・各論にまたがる基本的な論点についての理解を問うものである。とりわけ、Xについて、Z（母親）との関係で不作為を道具として利用する殺人罪の間接正犯が成立するか、Y（父親）との関係で保護責任者遺棄致死罪の限度で共謀共同正犯が成立するかを、事実関係に即して適切に構成することができるかが中心的な評価対象となる。

問題文によれば、Aは1型糖尿病に罹患しており、生命維持のためにはインスリンの継続的投与が不可欠な状態であった。Xは、Zから、Aがインスリンを投与されなければ生きられない旨の説明を受けており、インスリンを投与しなければAが死亡する現実的危険性を認識していた。それにもかかわらず、Xは、自らAを完治させられる旨を断言して、Y・Zとの間で治療契約を締結し、その後、Zに対し「インスリンは毒である」などとして不投与を指示し続け、Aの症状悪化後も「大丈夫。私の治療の効果は出ています」などと述べてインスリン不投与の指示を継続している。したがって、Xについては、Aが死亡する可能性を認識（・認容）していたとして、少なくとも未必的な殺意を認定し得る。Xの罪責を論ずるに当たっては、この点を踏まえる必要がある。

そこで、インスリンの不投与については、不作為の殺人罪の罪責を検討する余地があるが、X自身に、Aに対してインスリンを投与する作為義務を肯定しうるかについては、XがAを監護する地位にないことなどから困難がある。そこで、Xについて、殺人罪は、Zの不作為を道具として利用した、作為の間接正犯として構成されるかが問題となる。この点については、単に「Xが背後で操っていた」と述べるだけでは足りず、そもそも間接正犯がどのような場合に成立するか、その一般理論を示すことが必要である。すなわち、正犯性の犯罪成立要件における位置づけ、すなわち、これを実行行為性そのものの問題として理解するのか、それと区別された正犯性の問題として理解するのか等についての理解、間接正犯の成立基準として、たとえば行為支配説に立つのか、あるいは行為媒介者における自律的意思決定の欠如を重視するのかといった視点を提示し、その上で本件への当てはめを行うことが求められる。

本問では、Zは、当初は医師の指示に従ってAにインスリンを投与していたが、Xの執拗かつ強度の働きかけを受け、「Aの生命を救い、1型糖尿病を完治させるためには、Xを信じてその指導に従う以外にない」と一途に考えるに至り、Aに対してインスリンを投与することが不可能な精神状態に陥っている。そして、Xもその精神状態を認識していたと認められる。したがって、Zは形式的にはAに対する保護措置を担う立場にありながら、実質的には自律的な判断に基づいて医療措置を選択・実施することができず、Xの働きかけのもとで不作為に及んだものといえる。このような事情を具体的に摘示した上で、Zの不作為をXが道具として利用したと評価し得るかを説得的に論ずることが必要である。また、この場合のXの実行行為を、単なる助言や指示ではなく、Aに対する生命維持に必要な措置の不履行を継続させた働きかけとして把握し得るかも論点となる。

こうした検討によれば、X については、Z の不作为を利用する殺人罪の間接正犯を肯定し得るものと考えられる。なお、間接正犯ではなく教唆・共同正犯等の構成もあり得るが、その場合にも、判例が間接正犯として構成していることを踏まえて論じていることが必要である。

次に、Y (父) の罪責については、Z を介して X からの指示を受け、インスリンを投与しないという不作为を実行しているが、「X の治療法について半信半疑であり、インスリン投与の中止によって A が死ぬことはないだろうと思っていた」とされており、A の死亡結果を認識 (・認容) していたとはいえず、殺人の故意は認め難い。したがって、不作为の殺人を認めることは困難であり、A の父親として A を保護すべき責任を負う立場にあり、A の生存のためにインスリン投与が必要であることを認識していながら、A に対するインスリン投与を中止し、病院にも連れて行かなかったことにつき、保護責任者遺棄致死罪の成否を論ずることになる。その際、Y においては A の生命維持に必要な措置を取らないという意味での不保護の故意は認め得ることを示す必要がある。

保護責任者遺棄致死罪については、保護責任、要扶助者性、不保護行為、故意、致死結果の各要件を適切に示し、本件に即して当てはめる必要がある。A は 7 歳の病児であり、Y はその父親として保護責任 (作為義務) を負うことになる。そして、A に対して生命維持に不可欠なインスリン投与を中止し、病院にも連れて行かなかったことは、不作为による不保護に当たる。そして、その結果 A は 1 型糖尿病に基づく衰弱により死亡しているから、致死結果も認められる。したがって、Y には保護責任者遺棄致死罪が成立することになる。

さらに、Y については、X との共犯関係をどのように構成するかも重要である。判例は、X との間で保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯を認めているが、X には殺意がある一方、Y には殺意がないから、ここでは罪名の異なる者の共同正犯をどのように基礎づけるかが問題となる。答案を作成するにあたっては、いわゆる部分的犯罪共同説、行為共同説などに言及しつつ、本問では、X・Y が共に A に対する生命維持措置を怠るという不保護行為を共同して実現していることから、少なくとも保護責任者遺棄の限度では共謀共同正犯を認め得ることを説明する必要がある。すなわち、両者は故意内容こそ異なるものの、A に対するインスリン不投与と不受診の継続という共同実行を行っているのであり、この限度で共同実行性を肯定し得るという構成をとることになる。答案を作成する際は、単に「X と Y は共犯である」と述べるだけでなく、罪名の異なる X と Y の間に、いかなる意味で共同実行が成立し得るのかについて、理論的に一定の説明がなされていることが重要である。

最後に、Z の罪責については、A に対するインスリン投与を現実に中止し、病院にも連れて行かなかったのは Z でもあるから、一見すると殺人罪または保護責任者遺棄致死罪の主体となり得るように見える。しかし、本問では、Z は X の強い働きかけにより、A を救い完治させるには X に従うほかないと一途に考えるに至り、インスリンを投与することが不可能な精神状態に陥っていたのであり、X もその状態を認識していた。このため、Z については、A を死亡させるという意味での殺人の故意を欠くだけでなく、A の生命維持に必要な措置を自らの判断であえて取らなかったという意味での不保護の故意も欠けると解される。したがって、Z は X に利用された道具にとどまり、不可罰という結論になる。この点についても具体的事実を踏まえつつ、なぜ故意が否定されるのかを示す必要がある。

以上のように、本問では、X については Z の不作为を利用した殺人罪の間接正犯、Y については X との関係での保護責任者遺棄致死罪の共謀共同正犯、Z については不可罰という結論が最も

標準的であると思われるが、罪責を論ずるに当たっては上述の通り、間接正犯の理論的基礎づけと具体的当てはめ、保護責任者遺棄致死罪の要件と共犯関係等、結論の当否だけでなく、その結論に至るまでの理論構成と事実への当てはめが適切か否かが、答案の評価を左右する。

〔B 日程〕

（出題趣旨）

本問の主たる事実関係は、先行者 X が強盗目的で A に暴行・脅迫を加えて、A の反抗を抑圧した後、後行者 Y が X に指示されて財物を奪取し、その際 A は X の上記暴行によって傷害を負ったというものである。X・Y の強盗致傷罪の成否が問題となるが、とりわけ、X の暴行・脅迫の後に財物奪取のみを行った Y について、同罪の承継的共同正犯を認めることができるかが、主な論点である。このほかに、X が A の両手足を縛り上げ、そのまま X と Y が立ち去った点についての逮捕監禁罪の成否、Y が仲間割れをして X に傷害を負わせたことの評価、Y が通報阻止のために A のスマートフォンを持ち出して投棄したことの評価も問題となる。以上の論点を順序良く論じることが求められる。

（解答の指針）

(1) 先行者 X は、強盗目的で A に暴行・脅迫を加えて A の反抗を抑圧し、その上で、後行者 Y に A 占有の財物の奪取を指示し、Y は、この指示に従い、X と意思を通じて A 占有の腕時計と現金を奪取している。したがって、X には 1 項強盗の既遂が成立するところ、上記暴行によって A に顔面打撲傷を負わせているので、(1 項) 強盗致傷罪が成立する。

後行者 Y は、財物奪取について X との間で意思を通じ、自ら腕時計と現金を奪っている。この点の Y については、窃盗罪にとどまるとする見解もある。Y は暴行・脅迫の実行も共謀もしていないから、暴行・脅迫に対して何ら因果的寄与をしておらず、また、Y にとって腕時計等の奪取は暴行・脅迫を手段とする奪取ではなく強盗罪の行為類型に当たらないと解するのである。なお、本事例では、Y が腕時計等を奪取した時点で、X が先に行った A の両手足の緊縛が続いていたが、これをもって、Y が X と奪取を共謀した時点から奪取までの時点で、X・Y 両名によって財物奪取に向けた新たな暴行が行われたとみることは困難であろう。この緊縛がなくても、既に A は十分に反抗を抑圧されていたといえるからである。

しかし、先行者が強盗の犯意で暴行・脅迫を加えて、相手方の反抗を抑圧した後に、財物奪取のみに関与したという本事例の Y のような後行者については、多くの学説や下級審判例は承継的共同正犯を肯定し、強盗罪の共同正犯の成立を認めている。その理論構成や肯定説の呼称は様々であり（積極的利用説、全体的評価説、結果共同惹起説、不作為の脅迫説など）、特定の見解を示すことは困難であるが、解答においては、強盗罪の肯定又は否定、その理由付けについて、どの見解をとるとしても、適切な理由付けと反対説に対する簡潔な批判が求められる。

後行者 Y について強盗罪の共同正犯の成立を肯定するとしても、X の暴行によって A が頭部打撲傷等の傷害を負ったことを理由に強盗致傷罪の成立を認める見解は今日では少数であろう。傷害罪について承継的共同正犯を否定した最高裁平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 卷 11 号 1281 頁に照らすと、Y は X による上記の傷害結果に因果性を与えておらず、財物奪取のためにその傷害結果を利用したともいえないからである（X は強盗致傷罪、Y は強盗罪となり、強盗罪の限度で共同正犯となる。）。

(2) 両手足を緊縛した点については、強盗行為の一部であるとみれば、別途逮捕監禁罪を構成しない。しかし、本事例では、X と Y は緊縛したまま立ち去って、その状態が翌日まで続く結果と

なっており、XとYも、放置していけば、緊縛が長く続くことは予期していた（故意がある）ともいえる。そうすると、別途、逮捕監禁罪（共同正犯）が成立し、強盗罪とは観念的競合になるという理解も可能である。なお、Yを窃盗罪とする場合には、監禁を継続させた点を不作為の監禁とする構成が考えられるが、Yに対して、緊縛を解く作為義務を課すことは難しいであろう。

(3) Yは、財物奪取の直後、その現場でXに暴行を加えて傷害を負わせている。Yを強盗罪の共同正犯と認めるとしても、仲間割れによって生じた傷害は強盗の危険が現実化したものとはいえないであろう。YのXに対する傷害は、強盗致傷罪を構成せず、別途、傷害罪に当たることになるだろう。

(4) YがAによる通報阻止のためにAのスマートフォンを持ち出して投棄した点については、窃盗罪の不法領得の意思のうち利用処分意思を欠くものとして、器物毀棄罪（単独犯）と解するのが一般であろう。

〔C日程〕

（出題趣旨）

本問においては、(1)XとYがAによる急迫不正の侵害に対し、共同の意思に基づいて防衛行為（暴行）を加えたときの相当性の判断方法、(2)XとYの防衛行為により、かなりの程度、制圧されていたAに対し、立腹したXが窒息の危険のある暴行を加えて、頸部損傷の傷害を負わせたことにつき、Xの正当防衛又は過剰防衛の成否、(3)Xの殺意の有無と中止未遂の成否、(4)YがXの(2)の暴行を認識していなかったときのYの罪責などの論点がある。受験者に対しては、これらのうち、少なくとも主要な論点を指摘して、それぞれについて適切な法解釈を示し、その解釈を正しく適用することを求めるものである。

（解答の指針）

(1) 問題文1項のXとYの反撃については、正当防衛の各要件を満たすことを、簡潔に示せば足りる。問題文2項では、XとYは一緒にAに体当たりをして馬乗りになり、Aの手足などを押さえつけたが、この行為を行うまでの段階では、いまだAの侵害は継続していたというべきである。そして、複数の者が防衛行為をした場合、その複数名が共同の意思のもとに行っている限り、防衛行為の相当性は同人らの行為を全体として評価すべきである。問題文1項と2項の防衛行為については、XとYは互いに意思を通じており、具体的な態様も現に認識していたか、あるいは容認していた範囲のものであり、相当性の評価に当たっても、XとYの行為を合わせたものを全体として評価することになる。このように両名の行為を全体として評価しても、問題文1項と2項の防衛行為については、もっぱら防御的な行為であって危険性も高くはなかったから、問題なく相当性の範囲内であったといえる。

(2) これに対し、問題文3項のXの行為は、うつ伏せに倒れていたAに対し、その後頸部を右前腕で強く押さえつけ、顔の正面を草地に押しつけて、鼻や口を塞いでしまうものであった。しかも、XはYの叫び声を聞いて我に返り、腕を離したのであるから、Xは短い時間だけAの首を押さえるという意図ではなかったと認められ、Xの上記行為は窒息死を生じさせる可能性もある相当に危険な行為であった。そして、この時点では、AはXとYに馬乗りになられており、既にかかなりの程度制圧されていた。そうすると、Xとしては、Aの攻撃から身を守るためとはいえ、Aの窒息死を招きかねないような危険な行為を行う必要はなかったのであり、Xの上記行為は相当性を逸脱していたといえよう。そして、Xは、自己の行為態様はもとより、Aが顔の正面を地面

に押しつけられて、呼吸ができない状態になっていることを認識していたのであるから、過剰性を基礎づける事実の認識があったといえ、Xについて誤想防衛となる余地はない。

他の要件を確認しておくと、i) Xは「かなり腹が立ってきた」とあるが、「もっと強く押さえつけて、Aを大人しくさせようと考え」たのであるから、防衛の意思は肯定できる。ii) Aは、問題文2項の終わりの時点では、かなりの程度制圧されていたが、それでもなお、手足をばたつかせ、起き上がろうとし、悪態をついていたのであるから、Aによる侵害は継続していたといえる。

以上によれば、Xの行為は、同一の機会に、Aの継続的な侵害に対し、防衛の意思をもって、連続性のある反撃をし、それが過剰になったものであるから、Xは、問題文1項から3項の一連の暴行について有責であり、同3項によって生じた頸部損傷の傷害につき、過剰防衛による傷害罪の罪責を負う。この傷害は過剰性のある同3項の行為によって生じているので、Xにとって不利になることはない。

なお、侵害が終了したとみる場合でも、機会の一体性、防衛の意思の連続性等から、1個の過剰防衛とする見解もあり得る。

(3) Xの後頸部の押さえつけ行為は、上記(2)のとおり窒息死を生じさせる危険のある行為であった。Xも、Aの顔が正面から草地に押しつけられていることは認識していたし、短時間だけ押さえつける意図ではなかったと認められる。そうすると、Xには未必の殺意があったとして、殺人未遂罪を肯定する余地もある。その場合、中止未遂が問題となるが、Xは、Yから「手を離せ。」と言われたことがきっかけで中止したのであるから、任意性を認めることは困難であろう。

(4) Yも、問題文3項のXの後頸部の押さえつけ行為の時点で、Xと背中合わせになって、Aの尻の上に馬乗りになっていた。このYの馬乗り行為は、客観的には、XがAの後頸部を押さえつけることを容易にして援助したものであり、また、この馬乗り行為はXとの共同の意思による行為であった。したがって、問題文3項の出来事についても、Xによる後頸部の押さえつけ行為を含む、XとYの行為全体について相当性を判断することになる。とすれば、客観的には、Yについても、Xと共同して相当性を逸脱する防衛行為をしたと評価することができる。

しかし、Yは、Aの足の方を向いていてXの押さえつけ行為を見ていなかった（これを目にしてからは、すぐに止めさせている。）。すなわち、Yは、防衛行為の過剰性を基礎づける事実（Xによる後頸部の危険な押さえつけ行為）を認識していなかったことになる。これは誤想防衛の一類型である。

なお、東京地判平成14年11月21日判例時報1823号156頁は本事例と類似の事案であり、Yに当たる被告人につき、過剰性の認識を欠くとして誤想防衛とした。

そして、Xによる後頸部の押さえつけ行為以外のXとY両名の防衛行為は相当性があるので、Yは不可罰となるであろう（過剰性の認識を欠いたことをもって、過失傷害を認めることも困難であろう。）。