

本問は、刑法総論の重要論点を問う問題である。Yが事情を知らないXを利用してAを殺害する計画を立てたが、Xが途中から正犯としてAを殺害したという事案であり、XとYについては、それぞれ早すぎた構成要件の実現、Yについては間接正犯と教唆犯の錯誤が問題となる。

Xの罪責について、問題文5の事実から、Aの口をガムテープで塞ぎ自動車に監禁したまま自動車に放火して殺害する計画であったが、Aの死因は焼死ではなく口を塞がれたことによる窒息死であったことから早すぎた構成要件の実現が問題となる。ガムテープで口を塞ぐという行為は、自動車に監禁中のAともども自動車に放火して殺害するために必要不可欠であり、それ以降の殺害行為の遂行に何らの障害もなく、場所的・時間的近接性も認められる。また、因果経過に錯誤が生じても、Xの行為とAの死亡との間に法的因果関係が認められる以上、故意は阻却されない。したがって、Xには殺人罪が成立する。なお、監禁致死罪の成否も問題となるが、監禁は殺害行為の一部であると評価できるので、同一客体に対する侵害であることから、包括一罪と処理することになる。

Yの罪責については、Yの犯罪計画に照らして睡眠薬を飲ませた行為は、車ごと焼死させる行為にとっては必要不可欠であり、睡眠薬で眠らせればその後の殺害行為に何らの障害もないという事実が認められれば、Aの生命に対する現実的な危険性が認められ、殺人罪の実行の着手が認められる。ところが、Xの行為が介在し、Xの行為が死因を形成していることから、因果関係は認められず、殺人未遂罪が成立するにとどまると解することが妥当であろう。さらに、Yは、Xを利用してAを殺害するという間接正犯を実現しようとしたところ、結果的には、Xが途中から正犯に変化している。XとYの間にはA殺害の共謀は成立していないことから、殺人の教唆犯を実現したことになる。間接正犯と教唆犯との錯誤の処理については見解が分かれるが、客観的には教唆犯が成立しており、間接正犯の故意は教唆犯の故意も含んでいると解することができるので、殺人罪の教唆犯の成立を認めてよいであろう。被害者は同一であることから、殺人未遂罪と殺人教唆罪とは包括一罪となる。なお、Aを車に監禁する行為については、殺人行為の一部と評価できると考えれば、包括一罪との処理が可能であり別罪を構成しない。

なお、Y所有の自動車への放火行為については、建造物等以外放火罪の成立が問題となるが、人気のない山奥で放火しており、公共の危険が生じたとは言えないので、犯罪は成立しない。

2021 年度 南山大学大学院 法務研究科 法務専攻（専門職学位課程）入学試験

《B 日程》法律科目試験（憲法）出題趣旨

設問は、衆議院議員選挙における小選挙区制の区割りに関して、各選挙区の人口数との比率において、選挙人の投票価値（いわゆる 1 票の重み）について 1 対 2 を超える不平等が存在する場合に、憲法 14 条 1 項の平等原則に違反するかどうかについて、検討することを求めている。

たとえば、「投票価値の平等」が憲法 14 条 1 項との関係でどのように位置づけられるか、1 票の投票価値の較差の違憲性はどのように審査・判断されるべきか、その際、判例のいう「是正のための合理的期間」論につきどのように考えるかなどが論点となろう。

選挙権の平等は、「一人一票」という意味での平等にとどまらず、投票価値の平等（各投票が選挙の結果に対してもつ影響力の平等）を含むと解されている。また、選挙権の重要性に鑑みて、投票価値の平等は、厳格な審査を要求するであろう。また、最高裁の採用する「合理的期間」論によると、投票価値の較差が憲法に違反する状態に至っていたとしても較差是正のために憲法上要求される合理的期間を徒過していないと判断されると合憲となる。

**2021 年度 南山大学大学院 法務研究科 法務専攻（専門職学位課程）入学試験**  
**《B 日程》法律科目試験（商法）出題趣旨**

取締役会設置会社における取締役会の権限と株主総会の権限との関係について検討してもらう問題です。

- (1) 取締役会設置会社と取締役との間の利益相反取引に関する会社法の条文を挙げ、必要な手続およびその効果を述べることを期待されます。
- (2) 取締役会設置会社において、会社法が取締役会の権限事項としている事柄を株主総会決議事項とするためにどのような手続が必要かを論じてもらう問題です。判例百選 56 事件(最判昭和 49 年9月 26 日民集 28 卷6号 1306 頁)が参考になるはずです。
- (3) 取締役会設置会社において、会社法が取締役会の権限事項としている事柄を株主総会決議事項とするために定款を置くことが認められるかを、会社法 295 条2項を挙げて、論じてもらうものです。結論はどちらでも構いません。

I.

財産隠しのための仮装売買という典型的な通謀虚偽表示に関して、民法94条の要件、効果とりわけ仮装譲受人からの転得者がいる場合の「第三者」の主観的事情との関連を問うものである。

ただ、その前提として、94条2項の保護を受けるために、第三者は善意のみならず無過失をも必要とするか、登記を具備していることを要するかについて、言及が必要であろう。判例は、いわゆる類推適用類型の一部を除き、基本的には第三者は善意であれば足り無過失までは不要とし、多数説も無過失を要しないと、また登記の具備に関しても必要なしとする点は周知のとおりである。

転得者との関係では、小問①でCが悪意、Dが善意の場合、Cは94条2項の適用を受けられず、Aとの関係では土地の返還を余儀なくされるものの、Dは同条の「第三者」として保護を受けられるから、AはDに対して返還請求できない。

他方で、②のように、Cが善意で、転得者Dが悪意の場合は、Cの権利取得の効果を絶対的・確定的なものとするか、相対的なものとするかにより、考え方は分かれている。判例多数説は、Cが94条2項で保護されればCの権利取得は確定し、Dは悪意でもその権利を取得でき当然保護されるとする（絶対的構成）。他方で少数説は、悪意のDを保護する必要はなく、同条の保護は個別に考えればよいとする（相対的構成）。多数説では、悪意の転得者が善意の第三者をダミーとして利用する事態への対応が必要となり、少数説では、悪意のために真実の所有者Aに敗れるDは、自己への譲渡人Cに対して他人の物を譲渡した売主としての義務違反（561条）を追及して契約を解除し（542条1項1号）、代金の返還を請求することができそうであるが（545条）、それでは結果的に善意のCの保護にならないのではないかという問題への対応が必要となる。小問②の解答としては、いずれの構成に立つかで結論が異なりうるが、それらの背景にある議論を踏まえなければならない。

II.

この事例においては、不法行為による損害賠償が認められる場合に、損害賠償の範囲をどのように判断すべかが問題となっている。不法行為の賠償範囲を定める規定がないが、判例は416条が相当因果関係を規定したものであると解釈し、債務不履行のみならず、不法行為にも同条を類推適用して損害賠償範囲を判断するとしている（相当因果関係説）。判例の立場によると、通常損害が損害賠償範囲に入るが、特別損害については特別事情に関する予見可能がある場合に損害賠償範囲に入る。判例の立場に対し、批判する学説が存在し、1つは加害者の行為義務の及ぶ範囲内の損害が損害賠償範囲に入るという義務射程説であり、もう一つは第一次損害と後続損害を分けて、前者が損害賠償範囲に入るが、後者については第一次損害と危険性関連のあるものが損害賠償範囲に入るという危険性関連説である。

不法行為の損害賠償範囲について、以上のような判例および学説の立場に関する説明を行う必要がある。最終的に、どちらの見解に従って、あてはめを行って結論を出すかを問わず、その見解による場合に論ずるべき点について、しっかり論じられれば良い答案として評価される。

すなわち、

判例の立場が妥当であるとする場合は、Xの営業利益の喪失が通常損害にあたるか、それとも特別損害に当たるかを分析し、特別損害に当たる場合、Yに予見可能性の有無について論じる必要がある。

義務射程説が妥当であるとする場合は、Xの東京進出計画の実現に影響を与えないということがYの行為義務の内容になるかどうかを論じる必要がある。

危険性関連説が妥当であるとする場合は、Xの営業利益の喪失が第一次損害であるか、それとも後続損害であるかを説明し、後続損害である場合は、第一次損害との間に「危険性関連」があるかどうかを論じる必要がある。