

2020年度

北海道大学 大学院法学研究科 法律実務専攻  
(法科大学院)

入学者選考試験【後期日程】  
「法律科目試験」問題冊子

試験科目：憲法・行政法

試験時間：10:00～12:00

解答上の注意

1. 試験開始の合図があるまで、この問題冊子を開いてはならない。
2. 問題冊子は、表紙も含めて、6ページある。
3. 解答用紙は、両面印刷のB4版で、憲法【第1問】・【第2問】、行政法の3枚である。
4. 解答用紙は、3枚とも必ず提出せよ。
5. 受験番号（上下2箇所）および氏名（上1箇所）は、すべての解答用紙の指定された箇所に必ず記入せよ。
6. 解答は、すべて所定の解答用紙の指定された欄に横書きで記入せよ。
7. 解答は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記入せよ。
8. 必要以外のことを解答用紙に書いてはならない。
9. 問題冊子の余白は下書きに使用してもさしつかえない。
10. 草稿用紙は回収しない。
11. 書き込み等のない所定の六法の持ち込みを認める。

【後期日程】

試験科目名： 憲法

第1問（配点：40点）

Xは、2000年5月から8年間、A県B市の市長であり、Xが市長を辞した次の年である20XX年4月施行予定のA県知事選挙に、同年2月の時点で立候補する予定であった。

Yは、Xに関する記事（以下「本件記事」という。）を、Yが発行する月刊雑誌の20XX年4月号（同年2月23日発売予定。予定発行部数3万部）（以下「本件雑誌」という。）に掲載する準備をしていた。

本件記事は、A県知事たる者は聡明で責任感が強く人格が清潔で円満でなければならないと立言したうえ、Xは右適格要件を備えていないとの論旨を展開し、Xの人格を「天性の嘘つき」「美しい仮面にひそむ、醜悪な性格」等と評し、その私生活につき「クラブのホステスをしていた新しい女を得るために、罪もない妻を卑劣な手段を用いて離別し、自殺せしめた」ことがあると記し、その行動様式は「常に保身を考え、選挙を意識し、極端な人気とり政策を無計画に進め、市民に奉仕することより、自己宣伝に力を強め、利権漁りが巧みで、特定の業者とゆ着して私腹を肥やし、汚職を蔓延せしめ」「巧みに法網をくぐり逮捕はまぬかれ」ており、知事選立候補は「知事になり権勢をほしいままにするのが目的である。」と記載した。

本件雑誌には、上記A県知事選挙の他の立候補者に関する記事、A県の政治や経済に関する記事、上記A県知事選挙と同時に施行されるA県内の複数の市町村の首長および地方議会議員の選挙の立候補者に関する記事が掲載される予定であった。

Xは、Yの本件記事に関する取材活動によって本件記事の内容を知ると知り、同年2月16日、C地方裁判所に対し、債務者をYとし、名誉権の侵害を予防するとの理由で本件雑誌の執行官保管、その印刷、製本および販売または頒布の禁止等を命ずる仮処分決定を求める仮処分申請をした。C地方裁判所裁判官は、同日、Yの審尋を行うことなく、右仮処分申請を相当と認め、仮処分決定をした。その後、C地方裁判所執行官においてこれを執行した。

この事例に含まれる憲法上の問題点について、関連する判例および学説にふれつつ、論じなさい。

【後期日程】

試験科目名： 憲 法

第2問（配点：40点）

2004年に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」が制定されたことを受けて2009年に始まった裁判員制度については、様々な論点においてその合憲性が議論されてきた。そのうち、裁判官と裁判員の両者によって構成される裁判体が憲法に言う「裁判所」に当たるかという論点について、関連する判例および学説にふれつつ、論じなさい。

【後期日程】

試験科目名： 行政法

問題（配点：40点）

Xは、A県公安委員会から風俗営業の許可を受けて、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下「法」という。）のパチンコ屋の営業に該当する風俗営業を営む株式会社である。Xは、経営する営業店舗に設置された換金所において、同店の遊技客から同店が同人に提供した賞品である特殊景品を買い取る行為を行なったという事実により（法23条1項2号違反）、法52条2号に基づき、罰金30万円の略式命令を受けた。そこでA県公安委員会は、Xに対し、必要な聴聞手続を経た上で、平成30年4月10日付けで、法26条1項に基づき、期間を同年4月20日から同年5月29日までの40日間と定めて、当該営業店舗での風俗営業の停止を命ずる処分（以下「本件処分」という。）を行った。

法26条1項に基づく営業停止命令等につき、A県公安委員会は、行政手続法12条1項に基づく処分の量定等に関する処分基準として、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の量定等の基準に関する規程（以下「本件規程」という。）を定め、これを公にしている。本件規程は、風俗営業者に対し営業停止命令を行う場合の停止期間について、各処分事由ごとに標準となる期間（本件規程にいう「基準期間」）を定めた上で（本件規程4条および別表）、過去3年以内に営業停止命令を受けた風俗営業者に対し同一処分事由に基づいてさらに営業停止命令を行う場合には、上記の基準期間の2倍の期間をその基準期間とする旨を定めている（本件規程5条）。

なお、Xは、本件処分は裁量権の範囲を超える違法な処分である、と考えている。

問1

本件処分を受けた直後において、Xはどのような法的救済手段をとることが考えられるか、簡潔に答えなさい（行政事件訴訟法に規定されている手段に限る。）。

問2

本件処分に至る行政手続に瑕疵があったとした場合、本件処分にどのような影響を及ぼすか、行政手続の内容を踏まえつつ簡潔に答えなさい。

【後期日程】

試験科目名： 行政法

問3

営業停止期間の40日を徒過した後に、Xが訴え（行政事件訴訟法に規定されている手段に限る。）を提起することは認められるか、被告側からの反論も踏まえながら答えなさい（本問は問1とは別個の問題として考えること。）。

参考条文

○風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年法律第122号）

（遊技場営業者の禁止行為）

第23条 第2条第1項第4号の営業（ぱちんこ屋その他政令で定めるものに限る。）を営む者は、……その営業に関し、次に掲げる行為をしてはならない。

- 一 現金又は有価証券を賞品として提供すること。
- 二 客に提供した賞品を買い取ること。……

（営業の停止等）

第26条 公安委員会は、風俗営業者若しくはその代理人等が当該営業に関し法令若しくはこの法律に基づく条例の規定に違反した場合において著しく善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるとき、又は風俗営業者がこの法律に基づく処分……に違反したときは、当該風俗営業者に対し、当該風俗営業の許可を取り消し、又は6月を超えない範囲内で期間を定めて当該風俗営業の全部若しくは一部の停止を命ずることができる。

○風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の量定等の基準に関する規程（A県公安委員会規程第7号）

第4条 風俗営業の取消し又は営業停止命令の量定の区分は、次のとおりとし、各処分事由にかかる量定は、別表に定めるところによるものとする。

（ア）量定A 取消し。

（イ）量定B 40日以上6月以下の営業停止命令。基準期間は3月。

（ウ）量定C 20日以上6月以下の営業停止命令。基準期間は40日。

（エ）量定D 10日以上80日以下の営業停止命令。基準期間は20日。……

第5条 量定がAに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合は、営業の停止を命ずる期間は、第4条に定める基準期間（第5条2項に規定する場合は基準期間の

2020年度 北海道大学大学院法学研究科法律実務専攻（法科大学院）入学者選考試験

【後期日程】

試験科目名： 行政法

2倍の基準期間)とする。

2 量定がAに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合において、次のいずれかに該当するときは、情状により、加重するものとする。

- (ア) 過去3年以内に同一の処分事由により行政処分に出せられたこと。
- (イ) 処分事由に係る行為の態様が著しく悪質であること。
- (ウ) 結果が重大であり、社会的反響が著しく大きいこと。
- (エ) その他処分を加重すべき事由があること。

別表

処分事由	関係条項	量定
賞品買取り禁止違反	第23条1項2号	C

2020年度

北海道大学 大学院法学研究科 法律実務専攻  
(法科大学院)

入学者選考試験【後期日程】  
「法律科目試験」問題冊子

試験科目 : 民法・商法・民事訴訟法

試験時間 : 13:00～15:40

解答上の注意

1. 試験開始の合図があるまで、この問題冊子を開いてはならない。
2. 問題冊子は、表紙を含めて、5ページある。
3. 解答用紙は、両面印刷のB4版で、民法【問1】・【問2】、商法、民事訴訟法の4枚である。
4. 解答用紙は、4枚とも必ず提出せよ。
5. 受験番号（上下2箇所）および氏名（上1箇所）は、すべての解答用紙の指定された箇所に必ず記入せよ。
6. 解答は、すべて所定の解答用紙の指定された欄に横書きで記入せよ。
7. 解答は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記入せよ。
8. 必要以外のことを解答用紙に書いてはならない。
9. 問題冊子の余白は下書きに使用してもさしつかえない。
10. 草稿用紙は回収しない。
11. 書き込み等のない所定の六法の持ち込みを認める。

【後期日程】

試験科目名： 民法

問題（配点：80点）

問1（配点：40点）

Aは、2019年4月1日、Aの所有する甲土地につき、Bとの間で売買契約を締結し、甲を引き渡した。さらに、Aは、甲の所有権登記名義をBに移転した。しかし、Bが甲の代金を支払わなかったため、Aは、同年10月1日、AB間の売買契約を解除した。

以上の事案を前提として、以下の各問いに答えなさい（なお、各問いはそれぞれ独立した問題である。）。解答に際して必要があるときには適宜、場合分けを行うこと。

- (1) 2019年6月1日、Bは、Cとの間で甲に関する売買契約を締結し、甲をCに引き渡した。Aは、同年10月10日、同月1日にAB間の売買契約を解除したことを理由として、Cに対し、甲の返還を請求した。この場合に、AのCに対する請求は認められるか。
- (2) 2019年10月7日、Bは、Cとの間で甲に関する売買契約を締結し、その後直ちに甲をCに引き渡した。同月14日、Aは、同月1日にAB間の売買契約を解除したことを理由として、Cに対し、甲の返還を請求した。この場合に、AのCに対する請求は認められるか。この点に関するありうる法律構成を2つ示して、それらを比較しながら論じなさい。

問2（配点：40点）

Aは、自己の所有する宝石甲を、期限を定めずにBに預けることとし、甲をBに引き渡した。その後、Aは、甲をCに売り渡した。しかし、そのことをBに伝えないまま、長期間の海外旅行に出かけてしまった（そのため、BはAと連絡をとることができない）。

CがBに対して、「自分が甲の所有権をAから適法に譲り受けたので、甲を私に引き渡して欲しい。」と請求したところ、Bは、Cの請求を拒否した。Bによる拒否が①Bが民法178条の「第三者」に当たることを理由とするものである場合、②民法660条2項を根拠とするものである場合の2つに分けて、それぞれの場合におけるBの拒否の当否について論じなさい。

※ なお、以上いずれの問題についても、2017年（平成29年）に改正された民



2020年度 北海道大学大学院法学研究科法律実務専攻（法科大学院）入学者選考試験

【後期日程】

試験科目名： 民法

法典（2020年〔令和2年〕4月1日施行予定）の規定に依拠して解答すること。

【後期日程】

試験科目名： 商 法

問題（配点：40点）

問1

甲株式会社は株券発行会社であり、その発行する全ての株式は普通株式である。甲社は、定款で、定時株主総会における議決権行使のための基準日を3月31日と定めている。

甲社の株式1000株を有する株主Aは、平成31年2月、保有する全ての甲社株式をBに譲渡し、Bに株券が交付された。Bは名義書換を失念していたため、甲社の株主名簿には現在でもAが株主として記載されている。

甲社は、令和元年6月に開催された甲社の定時株主総会の招集通知をAではなくBに対して行い、Bに議決権を行使することを認めた。甲社の株式1000株を有する株主Cは、この株主総会の決議の取消しを求めて訴えを提起した。Cの請求は認められるか。

また、AからBへの株式譲渡が平成31年4月に行われていたとするならば、違いが生じるか。

問2

5名の取締役のうち、取締役ではあるが、名ばかりで、実際には経営に参加していない取締役1名に対する招集通知が欠けていた場合の、取締役会決議の効力について論じなさい。

【後期日程】

試験科目名： 民事訴訟法

問題（配点：40点）

問1

AのYに対する貸金債権について、長年の友人であるYを自ら訴えることを躊躇したAから懇願を受けたXが原告となって提起した給付の訴えの適法性について論じなさい。

問2

X及びYは、甲建物を共有しており、Yは甲全部をいわゆるシェアハウスとして賃貸し、賃料収入を得ていた。Xは、Xの持分割合に相当する部分の賃料収入のうち、判決日までの分の返還を求めて訴訟を提起した（以下「本件訴え」という。）。

- (1) 本件訴えの訴訟法上の問題点を明らかにした上で、当該問題に関する判例の立場をできる限り詳しく述べなさい。
- (2) 判例の立場を前提とした上で、本件訴えの適法性について、これを適法とする方向で立論しなさい。

2020年度

北海道大学 大学院法学研究科 法律実務専攻  
(法科大学院)

入学者選考試験【後期日程】  
「法律科目試験」問題冊子

試験科目：刑法・刑事訴訟法

試験時間：16:20～18:20

解答上の注意

1. 試験開始の合図があるまで、この問題冊子を開いてはならない。
2. 問題冊子は、表紙を含めて、4ページある。
3. 解答用紙は、両面印刷のB4版で、刑法【第1問】・【第2問】、刑事訴訟法の3枚である。
4. 解答用紙は、3枚とも必ず提出せよ。
5. 受験番号（上下2箇所）および氏名（上1箇所）は、すべての解答用紙の指定された箇所に必ず記入せよ。
6. 解答は、すべて所定の解答用紙の指定された欄に横書きで記入せよ。
7. 解答は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記入せよ。
8. 必要以外のことを解答用紙に書いてはならない。
9. 問題冊子の余白は下書きに使用してもさしつかえない。
10. 草稿用紙は回収しない。
11. 書き込み等のない所定の六法の持ち込みを認める。

【後期日程】

試験科目名： 刑法

第1問（配点：40点）

X（女性・45歳）は、生活費に窮したため、近所で1人暮らしをしているA（女性・75歳）からの強盗を計画し、自宅で、中学1年生の長男Y（13歳）に対して、A方に侵入し、覆面をしてモデルガンを突きつけて脅迫するなどの方法で金品を奪い取ってくるように指示した。Yは最初は嫌がっていたが、Xは、「大丈夫。お前は体も大きいから子どもには見えないよ。」などと言って説得し、犯行に使用するために用意した覆面、モデルガン、侵入用の工具等を交付した。

Xの指示内容を承諾したYは、上記の道具を携えて、某日午後11時ころ、1人で覆面をしてA方に赴いたが、侵入用の工具を用いてもA方のドアの鍵を破壊することができず、A方への侵入をあきらめた。Yは、同じく近所でB（女性・70歳）が1人暮らしをしていることを思い出し、B方に赴いたところ、たまたま玄関が施錠されていなかったためにそのまま住宅内に侵入し、室内にいたBに対してモデルガンを用いて脅迫し、その反抗を抑圧して現金20万円を奪った。Xは、自宅に戻ってきたYから現金を受け取り、生活費等に費消した。

Xの罪責を論じなさい。ただし、特別法については論じる必要はない。

【後期日程】

試験科目名：           刑法          

第2問（配点：40点）

Xは、子どもの頃から町の平和を守る警察官に憧れており、高校卒業と同時に警察学校に入学したが、警察学校内での集団行動になじめず、やがて同期の生徒たちからいじめを受けるようになった。Xはいじめに耐えかねて警察学校を退学し、それ以降は家に引きこもるようになった。

Xが引きこもるようになってから2年ほど後の平成31年3月30日、Xは偶然家の前を警察学校の同期であったAが、警察官の制服に身を包み、自転車で巡回している姿を目にした。Xはそのとき初めて、自分をいじめていた同期たちがいまや警察官となっていることに思い至り、警察組織に失望すると同時に、激しい怒りを覚えた。

そこでXは、Aら警察官にいやがらせをしてやろうと考え、平成31年4月29日午後2時頃、日頃から投稿していたインターネット上の有名な掲示板サイトのPCゲームに関するスレッドに、匿名で、「今日はいい天気だから、B駅付近のどこかを爆破します。春の花火大会だね！」と、Aの勤務する警察署の管轄内にあるB駅付近の爆破予告を複数回投稿した。なお、Xには、実際に爆弾を仕掛けたりする意図はなく、単にAらを徒労に出動させて、困らせてやろうと考えていた。当該投稿は、Xが投稿したサイトの閲覧者であるCほか数名が投稿と同時に読んでおり、Cはすぐさま警察に通報した。Cの通報を受けた警察署の警察官たちは、投稿に書かれていたB駅周辺へと急行し、爆発物を探したり、日付が変わるまで厳戒な警備体制を敷くこととなったが、爆発物は発見できず、何の異変も起こらなかった。

Xの罪責を論ぜよ。ただし、特別法については論ずる必要はない。

【後期日程】

試験科目名： 刑事訴訟法

問題（配点：40点）

2019年5月16日、留守中のV方から出火して建物の一部が焼損し、消防による調査の結果、建物内に灯油がまかれて着火された事案であることが判明したことから、現住建造物等放火事件としての捜査が開始された。その捜査の結果、同事件は、女性用の下着を窃取することを目的としたいわゆる「色情盗」の事案であり、V方の窓ガラスを工具等で割って侵入し、女性用の下着を窃取した後、室内に灯油をまいて着火して放火するという手口であった。

一方、捜査の過程において、近隣に居住するXが被疑者として浮上した。Xには、2012年11月に住居侵入、窃盗、現住建造物等放火罪で懲役6年に処せられた前科（以下「前科事実」という。）があり、Xは、2018年9月に服役を終えて出所していた。

Xは、2019年6月3日、V方を対象とする住居侵入、窃盗、現住建造物等放火事件（以下「本件」という。）で逮捕され、その逮捕・勾留期間を通じて黙秘を貫いたが、同月24日、住居侵入、窃盗、現住建造物等放火罪で起訴された。Xは、公判前整理手続において、本件の犯人であることを否定して無罪である旨を主張した。これを受けて、検察官は、Xが犯人であることを立証する証拠の1つとして、Xの前科事実に関する判決書謄本（以下「本件判決書」という。）の証拠調べを請求し、その立証趣旨を「Xが犯人であること」とした。

本件判決書から把握できる前科事実の手口は、あらかじめ下見をして女性が居住する建物であることを確認した上で、その留守中に窓ガラスを工具で割って侵入し、女性用の下着を窃取した後、証拠隠滅の目的で室内に灯油をまいて放火するというものであった。検察官による本件判決書に関する証拠調べ請求に対し、Xの弁護人であるBが「不同意」という意見を述べたところ、検察官は、刑事訴訟法323条3号に該当する書面として改めて証拠調べ請求をした。これに対し、Bは、「本件判決書が323条3号の書面に該当することは争わないが、Xが犯人であることを立証するための証拠として利用する場合には関連性を欠くので、証拠能力が認められない。」という意見を述べた。

本件判決書の証拠能力について、Bによる「関連性を欠く」旨の意見の当否という観点から論じなさい（ただし、本件判決書が伝聞証拠であることに基づく問題を論ずる必要はない。）。

## 憲法

### 問題 1

本問の主要な論点は、名誉権保護のために裁判所が行う出版物の頒布等の事前差止めは、①憲法 21 条 2 項前段にいう検閲に当たるか否か、②いわゆる事前抑制として憲法 21 条 1 項に違反するか否か、である。この点に関する判例としては、北方ジャーナル事件判決（最大判昭和 61・6・11 民集 40・4・872）がある。北方ジャーナル事件判決が採用した判断枠組みとその適用の仕方を正確に理解しているかどうかのポイントとなる。

### 問題 2

本問は、裁判員制度の合憲性に係る典型的な論点を問うものである。この点について、裁判官以外の者が構成員となった裁判体は憲法にいう「裁判所」には当たらず、裁判員制度は憲法 32 条や 37 条 1 項等に反するという見解もあるが、大日本帝国憲法との比較、日本国憲法制定の経緯及び裁判官の身分保障の趣旨等から、裁判官と裁判員の両者によって構成される裁判体も憲法に言う「裁判所」に当たると解する見解が有力であり、最高裁も採用するところである。このような学説および判例の状況を踏まえて論旨を展開できていれば、解答としては十分であろう。

## 行政法

問題は、最判平成 27 年 3 月 3 日民集 69 卷 2 号 143 頁（北海道パチンコ店営業停止命令事件）を素材としたものである。問 1 は、出訴期間内において処分の違法の是正を図るための訴訟類型と仮の権利救済の可能性について検討する問題、問 2 は、手続的瑕疵が行政処分の実体法上の違法を構成するかどうかを行政手続の内容（手続の瑕疵の結果への影響など）に即して検討する問題、問 3 は、公にされている処分基準（行政規則）の外部法化を踏まえて、狭義の訴えの利益の有無を、被告行政主体の主張を想定しつつ検討する問題である。いずれも行政法の基本的な知識を問うものであるが、結論に至るまで丁寧な論証ができていようかどうかを確認することが出題者の主たる狙いである。

## 民法

### 問題 1

本問は、いわゆる「解除と登記」の論点について、①解除前に登場した第三者と解除権者との法律関係（小問（1））および②解除後に登場した第三者と解除権者との法律関係（小問（2））をそれぞれ問うものである。各小問において、(a) 解除の効果、(b) 解



除権者が各第三者に対して解除の有効性を主張する（そして甲の所有権に基づく返還請求を主張する）ために甲の登記を具備することの要否および（c）もし登記の具備が必要とされる場合における当該登記の法的意義（対抗要件か、権利保護資格要件か）に関する分析が主に求められる。

## 問題 2

本問は、寄託契約の目的物たる動産が譲渡された場合における譲受人（新所有者）と受寄者との法律関係について問うものである。具体的には、①上記譲受人が民法 178 条にいわゆる「第三者」に当るか否か、および②新 660 条 2 項の意義（この規定が、受寄者に対して、同条所定の「第三者」に対する引渡し拒否の権原を認めると解すべきか否か）に関する分析が主に求められる。

## 商法

### 問 1

株主名簿には確定的効力が認められており、株式譲渡に際して名義書換が行われていない場合に、会社はたとえ譲渡の存在を知っていても、依然として名簿上の株主（譲渡人）を株主として扱うことで問題ない。しかし、株主名簿の確定的効力は、会社の便宜のために認められるに過ぎないので、基準日前に株式譲渡が行われたときに、会社は、自己の危険において、名義書換未了であっても実質的株主（譲受人）を株主として扱うことができ、これにより譲受人は基準日にかかる権利を行使することができる。

しかし、基準日後に株式譲渡が行われたときには、基準日株主（譲渡人）の権利を害することができず、基準日後に株主になった者（譲受人）は当該基準日に係る権利を行使することができない。

### 問 2

取締役会の招集通知は全ての取締役に対して発しなければならない。判例によれば、取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対して招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵がある場合には原則として取締役会決議は無効になるが、その取締役が取締役会に出席したとしても決議の結果に影響がないと認められる特段の事情がある場合には決議は無効にならないとされる。名目的取締役への招集通知が欠いていたという場合について、同取締役が出席したとしても票数の上で結果に影響がないということだけでは決議が有効となる理由にならない。

## 民事訴訟法

問 1 は、任意的訴訟担当の許容性についての理解を問うものである。A に帰属している貸金返還請求権を訴訟物として、X が原告となって給付の訴えを提起することの可否を問うものであるから、当事者適格が問題となることを指摘したうえで、A から

の委託によってXが原告となること（＝任意的訴訟担当）が「長年の友人であるYを自ら訴えることを躊躇した」という理由で許容されることになるかについて、過去の判例・学説の展開を踏まえて論述することが求められていた。

問2は、将来給付の訴えの可否についての理解を問うものである。（1）では、Xの請求には将来給付部分が含まれており、その適法性が問題となることを指摘した上で、いわゆる大阪空港事件（最大版昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）などの判例が定立した判断基準及び不当利得返還請求の場合の判例の立場（最判平成24年12月21日判時2175号20頁など）を説明することが求められていた。また、（2）では、判例の立場を前提として、平成24年最判の補足意見などを参考にしながら、本件訴えが適法であるとの立場から論述することが求められていた。

## 刑法

### 問題1

本問は、最高裁平成13年10月25日決定の事案に修正を施したものである。

本問で検討すべき点は、2つに大別される。第1点は、刑事未成年者に犯罪を実行させた背後者について、正犯あるいは共犯としていかなる関与形態の罪責が認められるかということである。特に、①間接正犯の一般的成立要件は何か、②（何らの実行行為に出ていないXに関して共謀共同正犯の成否を論じる場合には、その前提として）そもそも刑法60条に共謀共同正犯が含まれるかどうか、含まれるとしてその一般的成立要件は何か、③共同正犯と教唆犯はどのように区別されるか、が争点となる。第2点は、背後者の指示内容と、実行行為者の惹起した結果の間に齟齬がある場合に、背後者にいかなる罪責が認められるかということである。これは、「共犯の錯誤」の問題であるが、単独犯における錯誤の理論が共犯事例においてどのように展開されるかが重要となる。さらに「共犯の錯誤」の前提として、実行行為者の行為が共謀（共犯者間の意思連絡）に基づいているといえるかという因果性の問題（いわゆる「共謀の射程」）にも言及することが望ましい。

### 問題2

本問は、刑法各論のうち業務妨害罪について検討すべき問題であった。

事案の特徴は、①妨害された業務が警察の公務であったこと、②妨害の方法がインターネットでの虚偽の犯行予告であったことである。それぞれ、①公務は業務に含まれるのか、②a. インターネットでの虚偽の犯行予告は「偽計」か「威力」か、また、b. 業務を「妨害した」といえるかという点で重要となる。なお、本問は東京高判平成21年3月21日高刑集62巻1号21頁（百選）を参考にしている。

①公務が業務に含まれるかは業務妨害罪の伝統的な論点である（ゆえに配点は最も高かった）。②aで検討するように、本件は「威力」ではなく「偽計」による業務妨害だと解するのが妥当な事案であるから、限定積極説を用いて、かつまだ警察が強制力を用いる段階に至っていないことを根拠に犯罪の成立を認めるか、修正積極説を用いて、

端的に犯罪の成立を認めるかが一般的な解答方法となろう。

②a. 東京高判平成 20 年 5 月 19 日東高刑時報 59 卷 1～12 卷 40 頁では犯罪予告が「威力」として扱われているが、本件は警察の職務を妨害しようとした場合であるので、「偽計」として扱うのが一般的である。この点を解答する際には、「偽計」と「威力」の定義を確認した上で事例に即して当てはめることが必要であった。

b. 業務妨害罪は抽象的危険犯であるとの古い最高裁判例もある（最判昭和 28 年 1 月 30 日刑集 7 卷 1 号 128 頁）が、近年の裁判例は「威力」や「偽計」を緩やかに認定する代わりに、妨害結果を厳格に認定する傾向にある。また学説も具体的危険犯又は侵害犯として構成すべきとの見解が多い。ゆえに、抽象的危険犯説に立つ場合には、その旨の説明が必要であった。そうでない場合には、侵害結果（又は具体的な危険発生）として警察がいかなる点で業務を妨害されたのか（単に事実を引用だけでなく、本来行うべき業務ができなくなった旨）をきちんと認定しておく必要があった。

## 刑事訴訟法

本問は、同種前科を内容とする証拠に基づく犯人性立証について、証拠能力の要件である自然的関連性及び法律的関連性の存否を検討させるものである。同種の重要判例もある典型論点であることから、刑事訴訟法を一通り学習した者であれば、何を論ずべきであるかは容易に把握できる問題である。

自然的関連性及び法律的関連性の意義並びに同種前科を利用した立証が内包する事実認定上の弊害を具体的に論じさせることによって、証拠法に関する基本的な理解を問う趣旨で出題した次第である。