

令和4年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨  
第二期入試 憲法

**【出題趣旨】**

- ・基本的な憲法判例の主要な判決理由の一節を引用し、単なる知識ではなく実践的・応用的理解度を問う出題とした。
- ・基本判例の事案や理由を全く学んでこなかった受験生については、問題文の誘導だけでは一定の記述レベルに到達することは困難である。したがって本問は、実践的・応用的理解度を確かめる前提として、基本書ないし主要判例の基礎知識の学習力を同時に確認することになる。

**【採点基準】**

- ・小問1について（40点）。問題文にあるように、「伴奏」と「斉唱」という事案の相違が思想の自由の保障という人権の観点から見て異なるという事実認識に言及することにつき、20点。「伴奏」が演奏者本人の内心の思想の自由に深く関わることを、事案や憲法解釈によって提示することにつき、20点。
- ・小問2について（40点）。最高裁判例として問題文で引用した憲法判例を、本問との異同を含めて理解し指摘することにつき、20点。さらに、「斉唱」のみならず「伴奏」の事案にも論証しようとする記述につき、20点。

## 令和4年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨

### 第二期入試 刑法

#### 【出題趣旨】

本事案では、甲は、クロスボウの矢をBに命中させて重傷を負わせているが、Bを何ら認識していないことから、①（構成要件的）故意（38条1項本文）の有無が問題となる。また、甲がクロスボウの矢を発射したとき、BがAに襲い掛かろうとしていたことが事後的に明らかになっていることから、防衛の意思を持たずに防衛の結果が発生した場合（いわゆる「偶然防衛」）、正当防衛（36条1項：本事案は、第三者のための正当防衛）が成立するかが問題となる。

まず、立論（1）は、Bの重傷結果について、殺人未遂罪の成立を主張するものである。①については、具体的事実の錯誤の問題であることを前提に、認識外のBに対する故意を肯定するための論拠を示し、②については、正当防衛の成立を認めない論拠を示す必要がある。

次に、立論（2）は、故意犯はもとより問題とならず、過失犯についても何ら罪が成立しないとの立場である。①については、具体的事実の錯誤の処理として、認識外のBには故意を認めることはできないとする論拠を示し、②については、被害客体に対する故意がなく、なおかつ急迫不正の侵害について認識がない場合でも、正当防衛の効果を認めるための論拠を示す必要がある。

なお、①については、採用する犯罪論体系によっては、構成要件段階の故意（構成要件の故意）の問題ではなく、責任段階の問題として処理する立場もあり得るが、その場合でも、採用する体系に応じて適切な立論をする必要がある。

最後に、（1）、（2）の立論をした上で、自らの見解を示すことが求められる。

①、②ともに刑法総論の教科書では必ず言及される基本的問題であるが、2つの問題が複合した場合には、その処理の道筋は複数考えられるところである。本問は、このような複合問題について、設問の指示に従って適切に理論構成をする能力のほか、最終的に自らの見解を説得的に展開できる能力の有無を問うものである。

#### 【採点基準】

以下の点について論じられているかどうか。

#### 1 立論（1）について 【計35点】

##### （1）主張の骨子 （7点）

- ・①については、通説・判例の法定的符合説の立場から、Bに対する故意を認め、②については、防衛の意思必要説に依拠して、偶然防衛を否定することになる。

##### （2）理由付け （各14点）

- ・①については、予見事実と実現事実との齟齬が構成要件の範囲内にある場合には、構成要件の範囲内で故意を抽象化できることについて、（構成要件的）故意の内実から説き

起こすことが重要である。この立場では、客体の錯誤であろうと方法の錯誤であろうと、具体的事実の錯誤の範疇に属する限りは、故意を阻却することはない。

- ・②については、(i) 36条1項の「防衛するため」との文言の形式的解釈から主観的目的を要求することができること、(ii) 違法性の実質の観点から、規範違反性を吟味するためには、主観面も考慮する必要があることなどを示し、主観的正当化要素である防衛の意思が要求されることを説得的に説明する必要がある。そして、防衛の意思の内実については、異論があるものの、どのような見解に依拠しようとも、本事案のように、急迫不正の侵害について全く認識がない場合には、いかなる意味でも防衛の意思は肯定できないため、正当防衛による違法性阻却を否定することになる。

## 2 立論(2)について 【計35点】

### (1) 主張の骨子 (7点)

- ・立論(2)の場合、①については、いわゆる具体的符合説の立場から、Bに対する故意を否定し、②については、過失による正当防衛の成立を主張することになる。

### (2) 理由付け (各14点)

- ・①について、具体的符合説は、元来、予見事実と実現事実が具体的に符合しない限り実現事実について故意を認めない立場である。この立場を徹底するならば、客体の錯誤の場合であれ、方法の錯誤の場合であれ、予見事実と実現事実の具体的符合を否定することになる。これに対し、近時の有力説は、客体の錯誤については故意を否定しないものの、方法の錯誤については、法益の主体の相違を重視して、故意の成立を否定する(具体的法定符合説)。この立場では、行為者の錯誤が、客体の錯誤、方法の錯誤のいずれに属するのかが重要になる。立論(2)の構成上は、後者の錯誤であることを説明する必要がある。故意が認められない場合、せいぜいBに対する過失が問題となる。たしかに、甲は、クロスボウを発射する際に、A以外の通行人がいないことを目視で確認している。しかし、本件の林道は、普段から警察官Aが警邏中に利用しているだけでなく、地域住民もしばしば利用していたのであり、A以外の人が見られる可能性はある。そもそもクロスボウを発射することが許される場所でもない。また、Bが突然林道の巨木の陰から飛び出しているが、逆からみれば、人が木の陰に隠れやすい箇所で見通しの効かない道路に類するといえる。そうすると、A以外の人間に当たって死傷することの予見可能性は、肯定できるであろう。
- ・過失の余地があるとした上で、②については、過失による正当防衛について検討する必要がある。この場合、防衛の意思不要説の立場からは、(i) 客観的に急迫不正の侵害に対する防衛行為の形になっていれば、なお「防衛するため」といえること、(ii) 違法性の実質との関係でも、法益侵害及びその危険の有無を重視して、客観的に急迫不正の侵害があった以上は、その限度で侵害者の法益は欠落しているとして法益の侵害は観念できないこと等を指摘して、過失による偶然防衛も認めることができることを示すことになる。

- ・なお、通常の犯罪意思で攻撃したところ、結果的に自己の法益を守る形となった偶然防衛の場合は、いかなる意味でも違法な結果であり、正当防衛は認めるべきではないとしても、「第三者の法益」を保護する結果が生じた場合には、現に守られた法益があるとして、第三者のための偶然防衛は認める余地があるとする見解もあり得る。

### 3 私見 (計20点)

- ・以上を踏まえ、自らの見解を示す必要がある。その際、最終的に依拠する立場と対立する立論に対しては、適切に批判をした上で、自説を論拠付けると説得的な論述となろう。たとえば、立論(1)の結論を採用する場合には、立論(2)を適切に批判する必要がある。①の問題について、具体的法定符合説の立場では、客体の錯誤と方法の錯誤の区別が故意阻却の当否を決する上で決定的になるが、本事案のように、「クロスボウの矢の軌道の上にBが飛び込んだ」という場合、果たして方法の錯誤といえるのか判然としない(狙った客体への攻撃の途上に他人が割り込んだのであり、そもそも攻撃がズレたわけではない)。仮に、方法の錯誤として扱うにしても、客体の錯誤との区別は相対的なものとなり、翻って同説の前提に疑義が生じよう。また、②の問題については、違法性の実質の捉え方について、説得力のある論述が期待される。

### 4 裁量点【10点】

- ・上記以外でも、構成力、文章力が優れたもの等には加点する。

上記合計点に0.8を乗する。