

令和8年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨
第一期入試 憲法

【出題趣旨】

外国人の公務就任権に関する最高裁判例（最判平成17年1月26日）を踏まえて、外国人に公務就任権は保障されるのか、職業選択の自由、国民主権といったことについて考える問題である。問1では、X側は憲法上どのような主張をすることができるか、問2では、それに対する反論と私見を答える。

公務就任権についての議論が本問の中心になるが、例えば、外国人の参政権については、国政レベルと地方レベルを分ける議論がある。また、外国人と一口にいても、「定住者」「永住者」など在留資格はさまざまである。架空の事例ではあるが、そうしたことも事案に引き付けて考えてほしい。

【採点基準】

- ・ 公務就任権についての理解が正確か。
- ・ 国民主権についての理解が正確か。
- ・ 外国人の公務就任権に関する最高裁判例についての理解が正確か。
- ・ 以上の論点について、問題の事実を抽出・評価しながら論じることができるか。

以上

令和8年度専修大学法科大学院入学者選抜試験 出題趣旨
第一期入試 刑法

【出題趣旨】

【事例1】と【事例2】の2つの事例を通して、刑法総論と各論の基本問題の理解度を問うものである。

【事例1】は、甲単独の第1暴行後に甲乙の共謀に基づく第2暴行が加えられAが死亡した場合について、甲乙の刑事責任を問うものである。本事案では第1暴行と第2暴行のいずれから本件死因が形成されたのか不明であるが、両暴行に終始関与している甲と、第2暴行のみに関与している乙とでは問題状況が異なることから、それぞれ区別して致死結果に関する罪責を検討する必要がある。特に乙については、仮に第1暴行によって本件死因が形成されていた場合には、原則として本件死亡結果について責任を負わないことから、それにも拘らず本件死亡結果について責任を負うかを検討する必要がある。そのための理論としては、**承継的共同正犯の理論と同時傷害の特例(207条)**の適用がありうる。なお、甲乙には、人を傷害する意思はあるが、乙は、AをBと勘違いして殴打行為に及んでいる。客体の錯誤により故意(38条1項)が認められない場合は、甲乙の間に共同正犯(60条)が成立せず、また、「暴行を加えて人を傷害した」といえず207条の適用が認められないと解する余地がある。

【事例2】では、丙が金5万円を持ち去った時点において、5万円の入った財布はなおAの占有下にあったが、丙はAが死亡していると誤信している。この場合、予見した事実は占有離脱物横領罪(254条)であるのに対し、客観的には窃盗罪(235条)に該当する行為がなされている。こうした**抽象的事実の錯誤の場合(38条2項)**、実現事実について故意犯が認められるかが問題になる。

【採点基準】

以下の点について論じられているかどうか。

第1 [設問1] について 【計53点】

1 事案分析 (5点)

両暴行に終始関与している甲と、第2暴行から関与している乙とでは問題状況が異なっていることを理解しているかどうか。

2 甲の罪責 (8点)

第1暴行は甲の単独行為で、第2暴行は甲と乙が現場共謀に基づき共同実行(60条)している。本件死因以外の傷害について甲が傷害罪(204条)の責任を負うことは明らかである。これに対し、本件死因は、第1暴行と第2暴行のいずれから形成されたのか不明であるが、甲は、両暴行に終始関与している。後述の207条が第1暴行と第2暴行に適

用されるかどうかの問題はあるが、いずれの行為から本件死因が形成されたにせよ、両行為に關与している甲は、致死結果について因果性をもつため、最終的には傷害致死罪（205条）の罪責を負う。この点は、後述の207条の適用を否定する論拠（甲が致死結果について責任を負うため、207条を適用するような例外的状況にない）になりうるので、明確にしておく必要がある。

なお、第1暴行と第2暴行に207条を適用し、甲のみならず乙にも傷害致死罪の成立を認める場合には、適条の整合性には留意すること。

3 乙の罪責（計40点）

（1）傷害の共同正犯と客体の錯誤の処理（10点）

甲乙は、第2暴行を行う際、乙が「俺はそいつには恨みがある。良い機会だから俺にも蹴らせてくれ。」と述べたのに対して、「いいぜ。」と甲が応じた上で、それぞれ倒れていたAの頭部を強く数回踏み付け、第1暴行で形成された顔面打撲等を悪化させている。甲乙の第2暴行の結果については、現場共謀による傷害罪の共同正犯（60条、204条）が成立しうるが、乙は、Aをその弟Bと勘違いして殴打しており、**具体的事実の錯誤のうちの客体の錯誤**に陥っている。異論はあるものの、共同正犯の「共謀に基づく実行」（あるいは共同実行の意思に基づく共同実行）があるといえるためには、「特定犯罪の故意」を要すると解される。この点について、乙にAに対する傷害の故意（38条1項）を認めることができるかについて、**故意の内実（構成要件該当事実の認識・実現意思）**を示しつつ、**具体的な判断枠組み（〔抽象的〕法定的符合説ないし具体的法定符合説）に基づいて判断することが求められる**。しばしば、故意の内実の指摘を欠く論証（「故意責任の本質は、反規範的人格態度に対する道義的非難」云々）が見られるが、そうしたものは、事案処理のための有意的な規範を導き出すことも、適切な当てはめを統制することもできないことから、あまり評価に値しない。

（2）本件死因について責任を負う理論（理論20点、あてはめ10点）

傷害の共同正犯が成立しうるとしても、**仮に第1暴行によって本件死因が形成された場合**、乙は、原則として本件死亡結果について責任を負わない。この際、乙が本件死因（さらに致死結果）について責任を負う可能性は二つの方向性がある。

1つは、**承継的共同正犯の理論**により共同正犯としての責任を追及するものである。乙がすでになされた第1暴行の結果について**承継**する場合は、第1暴行を含めた全体の共同正犯が成立し、乙も傷害致死の罪責を負う可能性があるからである。もうひとつは、**同時傷害の特例（207条）**を適用する方向性である。承継が否定された場合は、第1暴行と第2暴行は共同正犯関係には立たない。しかし、第2暴行自体は共同正犯関係にあるが、これを一つの行為とみた場合には、**第1暴行と第2暴行の関係は同時犯**と見ることができる。そうすると、第1暴行と第2暴行は本来の共同正犯ではないにしても、両行為に同時傷害の特例の適用がある場合には、共同正犯が擬制されるため、本件死亡結果について乙も責任を負う余地があるのである。

1) 承継的共同正犯の成否について

承継的共同正犯が乙に成立する場合には、第1暴行の結果についても承継し、本件死亡結果について責任を負う余地がある。もっとも、因果的共犯論の観点からは、承継に否定的になる。傷害に関する承継を否定した判例¹も踏まえ、承継的共同正犯の理論射程を的確に押さえているかを判定するものである。この検討の中で、見解(1)について言及することができる。

2) 同時傷害の特例について

207条は、「2人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯の例による。」と規定する。「共同して実行した者でなくても」とは**意思の連絡がないこと**を意味し、「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができるとき」とは、**因果関係が不明であることを示す**。その適用要件は、①各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであり、②同一の機会に行われたことと解されている(後記平成28年決定参照)。これらの要件は、本規定の適用を主張する検察官が立証することになるが、立証された場合には、共同正犯の場合と同様、共同実行行為と結果との間の因果関係の存在が推定され、被告人側において自己の暴行が当該傷害の原因でないことについて立証する責任が生じ、反証ができない限り、共同正犯としての責任が擬制される。なお、207条が適用される場合、本来の共犯ではないが、法令の適用としては、60条も適用される²。

本規定が本事案で適用できるかについては、**2つの問題**がある。ひとつは、**本事案のように第2暴行について共犯関係が成立している場合にも本規定が適用されるか**である。こうした場合、形式的に207条の要件を充たしていないこと、また甲が全体の責任を負うため(前記2参照)、誰も結果について責任を負わない事態は生じないことを挙げて、本規定の適用を否定して見解(1)を展開することもできる。これに対し、最高裁は、「刑法207条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であって、共謀関係が認められないときとの均衡も失するというべきである。」として本規定の適用を肯定している³。この均衡論は、「全部同時犯でも207条が適用されるなら、一部が共同正犯でも当然適用される」との考えともいえる。

もうひとつは、**傷害結果だけではなく、死亡結果が生じている場合に、本規定が適用**

¹ 最決平成24・11・6刑集66巻11号1281頁[百選I81事件]。

² 名古屋地判平成30・11・26裁判所ウェブサイト(後掲平成28年決定の第二次第一審判決)等。

³ 最決令和2・9・30刑集74巻6号669頁。

されるかである。207条には「傷害」としか規定されておらず、「致死結果」が生じた場合には何ら言及していないこと、207条はあくまで誰も生じた結果について責任を負わない事態を回避するための例外的規定であることを強調すれば、本規定は適用されないとして、見解（1）を展開することができる。これに対して、最高裁⁴は、同規定が適用される客観的要件として前記①②を挙げ、その証明がされた場合は、「各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れない」としている。そして、「共犯関係にない二人以上による暴行によって傷害が生じ更に同傷害から死亡の結果が発生したという傷害致死の事案において、刑法 207 条適用の前提となる前記の事実関係が証明された場合には、各行為者は、同条により、自己の関与した暴行が死因となった傷害を生じさせていないことを立証しない限り、当該傷害について責任を負い、更に同傷害を原因として発生した死亡の結果についても責任を負う」との判断枠組みを示している。つまり、各行為者は、同条により、自己の関与した暴行が死因となった傷害を生じさせていないことを立証しない限り、当該傷害について責任を負い、更に同傷害を原因として発生した死亡の結果についても責任を負う、という論理である。本問題でも、致死結果について直接同規定を適用するのではなく、死因となった傷害について同規定により責任を負うことを前提に、反証がない限り死亡結果についても責任を免れないという論理構造には、相応の合理性があるとして理論展開することができよう。

以上の理論、および見解（1）の論拠となる複数の視点とその当否について示し、自己が示した立場に依拠して、的確に処理することが求められる。

第2 【設問2】について 【計19点】

1 事案分析 （4点）

死者の占有を認める場合には、窃盗の故意を認める余地があるが、判例は、死の原因を与えた者との関係でのみ死亡前の占有を死亡後において保護するとしていることから、本事案の丙のように死亡の原因を与えていない第三者の場合には、窃盗の故意を認める余地はない。この場合、丙は、主観的には占有離脱物横領罪（254条）の意思であるが、客観的には窃盗罪（235条）が実現しており、抽象的事実の錯誤に陥っている。

2 判断枠組みとあてはめ （15点）

抽象的事実の錯誤の場合、実現事実（ないし予見事実）の故意犯が認められるかが問題になる。軽い罪を行うつもりが重い罪を実現した場合は、**38条2項**が「重い罪で処断することはできない」と規定していることから、重い罪（本事案の実現事実である窃盗）の刑で処断できないことは明らかであるが、かといって論理必然的に軽い罪（予見事実である占有離脱物横領罪）が成立し、その刑で処断できるわけでもないことから、抽象的事実の錯誤について、具体的な解釈論を展開する必要がある。通例、予見事実と実現事実との

⁴ 最決平成28・3・24刑集70巻3号1頁 [百選II6事件]。

間に構成要件的な重なり合いがあるかにより判断するが、具体的な判断基準とその根拠を示し、適切に処理することが求められる。

第3 裁量点【8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。

以上