

2011 年合格目標

新司法試験 「戦略的合格法公開セミナー」

論文対策事例分析講義
短答対策解法マスター講義

サンプルレジュメ

TAC W セミナー／新司法試験

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

200-8400-1013-18

平成 20 年度新司法試験論文式試験問題

公法系 第1問(配点:100)

200*年度インターネット白書によると、インターネット利用者数は推計で約8900万人とされ、国民のおよそ4分の3がインターネットを利用していることになる。とりわけ、携帯電話所有者のほぼ100%がインターネットにアクセスしている。インターネットは、既に個人レベルにまで普及しており、インターネットなしの生活は考えられなくなっている反面、様々な弊害も問題視されている。それは、過度の性的表現、過度の暴力や残虐な表現、犯罪や違法薬物への興味を引き起こすような情報等が子どもに及ぼす有害な影響である。また、過度の性的表現等を見たくない大人もあり、そのような大人に配慮することも必要であるという意見も主張されてきていた。

有害な影響を及ぼすインターネット上の情報を子どもが閲覧できないようにする技術的対策として、フィルタリング・ソフトウェア（以下「フィルタリング・ソフト」ともいう。）がある。国は、子どもが使用する携帯電話等へのフィルタリング・ソフトの搭載を促進することが効果的と考え、学校や携帯電話等の販売業者等を通じるなどしてその普及を図ってきた。しかし、前記白書によれば、インターネットを利用する際にフィルタリング・ソフトを使用している利用者は10%にとどまり、フィルタリング・ソフトについて知らないという利用者が70%に上っていた。政府は、過度の性的表現等から子どもを保護することを更に徹底するための対策等の強化について検討し、201×年、インターネット上の有害情報から子どもその他の利用者の保護等を図るためのフィルタリング・ソフトウェアの普及の促進に関する法律（フィルタリング・ソフト法）案を策定して国会に提出し、同法案は衆参両院で可決・成立した。

フィルタリング・ソフト法は、有害情報を定義するとともに、その基準の定めなど細目の事項について内閣府令に委任している。同法によれば、パソコン、携帯電話等のインターネットへの接続機能を有する電子機器（以下「インターネット接続電子機器」という。）を製造する業者は、これを製造する場合には、内閣総理大臣が指定した適合フィルタリング・ソフトウェア（以下「適合ソフト」という。）の一つをあらかじめ搭載しなければならない。インターネット接続電子機器を販売する業者は、法施行前に製造された製品等、適合ソフトが搭載されていないインターネット接続電子機器を販売する場合には、適合ソフトの一つをあらかじめ搭載して販売しなければならない（違反した場合は、罰則が適用される。）。ただし、販売業者はインターネット接続電子機器の購入者から、専ら使用することとなる者が18歳未満の者ではないことを理由として適合ソフトの削除を求める旨の申出を受けたときは、使用者が18歳未満の者ではないことを所定の方法で確認した上で、適合ソフトを削除することができる（当該確認を怠って削除して販売した場合は、罰則が適用される。）。他方で、フィルタリング・ソフト法は、適合ソフトの効果を損なうソフトウェアが蔓延し、18歳未満の者の保護が図れなくなることを防止するため、適合ソフトを削除し又は使用目的に沿うべき動作をさせないプログラムを他人に提供してはならないし、また、適合ソフトが搭載されたインターネット接続電子機器を使用する者は、正当な理由なく、同法に定める手続以外の手続で適合ソフトを削除してはならない旨を規定している（提供又は無断削除した場合は、罰則が適用される。）。なお、同法は、適合ソフト搭載の促進のために国が助成措置を講じることとしており、使用者は、適合ソフト搭載のために上乗せされた価格部分を追加的に自己負担することなく、適合ソフトを搭載したインターネット接続電子機器を購入することができる。また、適合ソフトが搭載されていないインターネ

ット接続電子機器を所有している者も、追加的な自己負担なしに適合ソフトを搭載してもらうことができる（資料1，資料2，資料3参照）。

Aは、平和問題と死刑存廃問題に関する情報を無料で配信するサイト（以下「本件サイト」という。）を運営していた。本件サイトには、戦場における死傷者の無残な画像、拷問を受ける人々の画像、公開処刑の画像等、見る人に不快感を与える可能性のある画像も掲載されていた。フィルタリング・ソフト法施行後、本件サイトに含まれるウェブページの大半が有害情報を含む有害ウェブページとして、かつ本件サイト全体が有害ウェブサイトとして指定された。このため、適合ソフトを搭載したインターネット接続電子機器では、本件サイト内のすべてのウェブページが閲覧できなくなった。

Aは、大人ばかりでなく子どもも真実を知った上で問題を考える必要があるという信念のもとで本件サイトを運営していた。しかも、Aは、見る人に不快感を与える可能性のある画像が表示される前に、「次のウェブページには、不快感を与えるかもしれない画像が掲載されています。」という注意を促す文章を掲げていた。遮断される以前に本件サイトに寄せられていた意見のほとんどは、画像を見てショックを受けたが、平和や死刑の問題を真剣に考えるようになったというものであった。Aは、子どもが全く見ることができず、18歳以上の者も所定の手続を踏まなければ見ることができないことへの対抗策として、適合ソフトが搭載されていても本件サイトを閲覧できるようにするプログラムを開発した上、本件サイトとは別の自分のサイトに同プログラムをアップロードし、無償でダウンロードできるようにした。

このため、Aは、フィルタリング・ソフト法第17条及び第16条第1項第2号が定める、適合ソフトの使用目的に沿うべき動作をさせないプログラムを提供する罪に当たるものとして起訴された。

〔設問〕

1. あなたがAの弁護人であったとして、裁判においてどのような憲法上の主張を行うか、具体的に論じなさい。
2. Aの主張に対する検察官の主張を想定しつつ、憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

＜用語説明＞

ウェブページ：インターネット上に公開されている情報を閲覧ソフトで閲覧した場合に、一度に表示されるデータのまとまりをいう。

サイト：ウェブサイトともいう。複数のウェブページで構成された全体のウェブページ群を指す。また、そのウェブページ群が置いてあるインターネット上での場所を指す。

ソフトウェア：コンピュータの処理の手順を示すプログラムの総称。

アップロード：ネットワークを通じて、利用者のコンピュータに保存されているデータをサーバ・コンピュータ（*）に転送すること。

ダウンロード：ネットワークを通じて、サーバ・コンピュータ（*）に保存されているデータを利用者のコンピュータに転送すること。

*サーバ・コンピュータ：ネットワークにおいて、自身の持っている機能やデータを提供するコンピュー

タのこと。

資料１：インターネット上の有害情報からの子どもその他の利用者の保護等を図るためのフィルタリング・ソフトウェアの普及の促進に関する法律

目次

- 第１章 総則（第１条－第４条）
- 第２章 適合ソフトウェアの指定及びその搭載義務等（第５条－第１２条）
- 第３章 フィルタリング審議会（第１３条－第１５条）
- 第４章 適合ソフトウェア削除プログラムの提供等の禁止（第１６条）
- 第５章 罰則（第１７条－第１９条）

附則

第１章 総則

（目的）

第１条 この法律は、インターネットを利用する子どもを有害情報から保護するとともに、インターネットを利用するその他の国民についても、有害情報にさらされることを希望しない者が有害情報にさらされることを防止するため、フィルタリング・ソフトウェアの普及の促進を図ることを目的とする。

（定義）

第２条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- 一 子ども １８歳に満たない者をいう。
- 二 有害情報 インターネット上で流通している情報で、子どもに対し、著しく性的感情を刺激し、著しく残虐性を助長し、又は著しく自殺若しくは犯罪を誘発するものとして、内閣府令で定める基準に該当し、子どもの健全な成長を阻害するおそれがあると認められるものをいう。
- 三 有害ウェブページ 有害情報が掲載されているウェブページとして内閣総理大臣が指定するものをいう。
- 四 有害ウェブサイト 有害ウェブページを含み内容的に一つのまとまりをなすウェブページ群として内閣総理大臣が指定するものをいう。
- 五 フィルタリング・ソフトウェア 有害ウェブサイトを閲覧できないようにする機能を有するプログラムをいう。
- 六 インターネット接続電子機器 電子計算機、携帯電話その他の電子機器であって、インターネットへの接続機能を有するものをいう。

七 プログラム インターネット接続電子機器に対する指令であって、一の結果を得ることができ
るように組み合わせたものをいう。

(国及び地方公共団体の責務)

第3条 (略)

(保護者の責務)

第4条 (略)

第2章 適合ソフトウェアの指定及びその搭載義務等

(有害ウェブページ等の指定)

第5条 内閣総理大臣は、有害ウェブページ及び有害ウェブサイト指定するものとする。

(適合ソフトウェアの指定)

第6条 内閣総理大臣は、フィルタリング・ソフトウェアを開発した者からの申出を受けて、当該フ
ィルタリング・ソフトウェアが有害ウェブサイトを開覧できないようにするために必要な性能を有
するかどうかを検査し、これを有すると認めるものを適合フィルタリング・ソフトウェア（以下
「適合ソフトウェア」という。）として指定するものとする。

2 適合ソフトウェアの検査の方法は、内閣府令で定める。

(告示)

第7条 内閣総理大臣は、第5条又は前条第1項の規定による指定をした場合には、その旨その他内
閣府令で定める事項を告示するものとする。これを取り消したときも、同様とする。

(適合ソフトウェアの搭載義務)

第8条 インターネット接続電子機器の製造を業として行う者（以下「製造業者」という。）は、これ
を製造する場合には、適合ソフトウェアの一をこれに搭載しなければならない。

2 インターネット接続電子機器の販売を業として行う者（以下「販売業者」という。）は、適合ソフ
トウェアが搭載されていないインターネット接続電子機器を販売する場合には、適合ソフトウェア
の一をあらかじめこれに搭載して販売しなければならない。

(購入者による適合ソフトウェアの削除の求め)

第9条 前条の規定にかかわらず、当該インターネット接続電子機器を専ら使用することとなる者が
子どもでない場合には、これを購入しようとする者は、当該インターネット接続電子機器を製造し
た製造業者又はこれを販売する販売業者に対し、搭載されている適合ソフトウェアを削除するよう
求めることができる。

2 前項に規定する適合ソフトウェアの削除を求められた製造業者又は販売業者は、その削除をする
場合には、内閣府令で定めるところにより、あらかじめ、当該インターネット接続電子機器を専ら
使用することとなる者が子どもでないことを確認しなければならない。

(使用者による適合ソフトウェアの搭載の求め)

第10条 適合ソフトウェアが搭載されていないインターネット接続電子機器を使用する者は、当該

インターネット接続電子機器を製造した製造業者又はこれを販売した販売業者に対し、適合ソフトウェアを搭載するよう求めることができる。

(搭載費用の助成)

第11条 国は、第8条及び前条に規定する適合ソフトウェアの搭載のための費用について、製造業者及び販売業者に対する助成措置を講ずるものとする。

(使用者による適合ソフトウェアの削除の求め)

第12条 適合ソフトウェアが搭載されているインターネット接続電子機器を専ら使用する者が子どもでない場合には、その使用者は、当該インターネット接続電子機器を製造した製造業者又はこれを販売した販売業者に対し、当該適合ソフトウェアを削除するよう求めることができる。

2 前項に規定する適合ソフトウェアの削除を求められた製造業者又は販売業者は、その削除をする場合には、内閣府令で定めるところにより、あらかじめ、当該インターネット接続電子機器を専ら使用する者が子どもでないことを確認しなければならない。

第3章 フィルタリング審議会

(設置)

第13条 内閣総理大臣の諮問に応じて、次項に掲げる事項について調査審議させるため、内閣府に、フィルタリング審議会（以下「審議会」という。）を置く。

2 内閣総理大臣は、次に掲げる場合には、審議会の意見を聴かなければならない。

一 第2条第2号に規定する内閣府令の基準を定めようとするとき。

二 第5条の規定による有害ウェブページ又は有害ウェブサイトの指定をしようとするとき。三 第6条の規定による適合ソフトウェアの指定をしようとするとき。

(組織等)

第14条 審議会は、前条第2項に掲げる事項に関して学識経験のある者のうちから、内閣総理大臣が任命する委員10人以内で組織する。

2 委員の任期は、2年とする。ただし、補欠の委員の任期は、前任者の残任期間とする。

(内閣府令への委任)

第15条 前二条に規定するもののほか、審議会の組織及び運営に関し必要な事項は、内閣府令で定める。

第4章 適合ソフトウェア削除プログラムの提供等の禁止

第16条 何人も、次に掲げるものを他人に提供してはならない。

一 適合ソフトウェアを削除するプログラム

二 適合ソフトウェアの使用目的に沿うべき動作をさせないプログラム

2 適合ソフトウェアが搭載されたインターネット接続電子機器を使用する者は、正当な理由なく、

第9条又は第12条に定める手続以外の手続で、当該適合ソフトウェアを削除してはならない。

第5章 罰則

第17条 第8条又は前条第1項の規定に違反した者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

第18条 第9条第2項、第12条第2項又は第16条第2項の規定に違反した者は、30万円以下の罰金に処する。

第19条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関して前二条の罪を犯したときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても各本条の罰金刑を科する。

附 則（以下略）

資料2：インターネット上の有害情報からの子どもその他の利用者の保護等を図るためのフィルタリング・ソフトウェアの普及の促進に関する内閣府令

（法第2条第2号の基準）

第1条 インターネット上の有害情報からの子どもその他の利用者の保護等を図るためのフィルタリング・ソフトウェアの普及の促進に関する法律（以下「法」という。）第2条第2号に定める基準は、次の各号に掲げる種別に応じ、当該各号に定めるものとする。

- 一 著しく性的感情を刺激するもの 次のいずれかに該当するものであること。
 - イ 全裸若しくは半裸又はこれらに近い状態の姿態を描写することにより、卑わいな感じを与え、又は性的行為を容易に連想させるものであること。
 - ロ 性的行為を露骨に描写し、又は表現することにより、卑わいな感じを与え、又は性的行為を容易に連想させるものであること。
 - ハ 電磁的記録媒体に記録されたプログラムを電子計算機等を用いて実行することにより、人に卑わいな行為を擬似的に体験させるものであること。
- 二 イからハまでに掲げるもののほか、その描写又は表現がこれらの基準に該当するものと同程度に卑わいな感じを与え、又は性的行為を容易に連想させるものであること。
- 二 著しく残虐性を助長するもの 次のいずれかに該当するものであること。
 - イ 暴力を不当に賛美するように表現しているものであること。
 - ロ 残虐な殺人、傷害、暴行、処刑等の場面又は殺傷による肉体的苦痛若しくは言語等による精神的苦痛を刺激的に描写し、又は表現しているものであること。

- ハ 電磁的記録媒体に記録されたプログラムを電子計算機等を用いて実行することにより、人に残虐な行為を擬似的に体験させるものであること。
- ニ イからハまでに掲げるもののほか、その描写又は表現がこれらの基準に該当するものと同程度に残虐性を助長するものであること。
- 三 著しく自殺又は犯罪を誘発するもの 次のいずれかに該当するものであること。
- イ 自殺又は刑罰法令に触れる行為を賛美し、又はこれらの行為の実行を勧め、若しくは唆すような表現をしたものであること。
- ロ 自殺又は刑罰法令に触れる行為の手段を、模倣できるように詳細に、又は具体的に描写し、又は表現したものであること。
- ハ 電磁的記録媒体に記録されたプログラムを電子計算機等を用いて実行することにより、人に刑罰法令に触れる行為を擬似的に体験させるものであること。
- (以下略)

資料3：フィルタリング・ソフト法Q & A（内閣府作成の広報資料から）

ここでは、いわゆるフィルタリング・ソフト法に関してよくある御質問とそれに対する回答を一問一答形式で掲載しています。

Q1 有害情報を規制する方法として、フィルタリング・ソフトの普及の促進を図ることにしたのはなぜですか。

A 有害情報から子どもを保護することが強く求められています。また、有害情報にさらされずにインターネットを使用したいと考える大人の利益にも配慮する必要があります。しかし、インターネット上の情報は、このような保護されるべき又は配慮が払われるべき受け手か、それ以外の受け手を区別することなく流通しています。このようなインターネットのシステムの中で、必要以上に影響を及ぼすことなく、保護されるべき又は配慮が払われるべき受け手の保護等を実現するには、受信する側において有害情報を遮断することが最も効果的な方法であると考えられます。そこで、本法では、表現の自由にも十分に配慮しつつ有害情報を的確に規制する方法として、フィルタリング・ソフトの普及の促進を強力に図ることとしました。

フィルタリング・ソフトは、インターネット上の情報を受信する側において、どのような情報を受信して表示するかをコントロールするプログラムで、これを使うと、情報を発信する側の機能には何ら影響を与えることなく、情報を受信する側において、不適切な情報の表示を拒否することができます。

Q2 本法は、インターネット接続電子機器を購入して子どもが使用する場合に適合ソフトの搭載

を義務付けるだけでなく、インターネット接続電子機器の製造段階等で適合ソフトを搭載させ、購入後に専ら大人が使用する場合で、購入しようとする者から適合ソフトを削除してほしい旨の申出があった場合を除いて適合ソフトを削除しないこととしています。なぜこのような制度にしたのですか。

A 200*年の世論調査では、インターネットを利用していると予想外の有害情報が表示されることがあり、有害サイトに接続するとウイルスに感染したり法外な利用料を請求される心配があるなどの理由で、インターネットの利用に不安を感じるとの回答が60%に達しました。このような不安に煩わされることなくインターネットを利用したいとの国民の利益は十分考慮すべきであると考えられます。このような不安を解消し、安心してインターネットを利用するためには、フィルタリング・ソフトの搭載が効果的ですが、同じ世論調査で、フィルタリング・ソフトについても調査したところ、全く知らないが70%、名称だけしか知らないが15%で、使用している利用者は10%にとどまり、フィルタリング・ソフトについての認識が極めて低いことが確認できました。このため、国民の利益を確実に実現するには、子どもが使用するかどうかにかかわらず、製造段階等であらかじめフィルタリング・ソフトを搭載させておき、購入者から、専ら大人が使用する予定であり、フィルタリング・ソフトを削除してほしい旨の積極的な申出がない限り、そのまま販売させることにより、フィルタリング・ソフトの普及を強力に進めることとしました。

Q3 本法により、インターネット接続電子機器には、内閣総理大臣が指定した適合ソフトが原則として搭載されることになりますが、この適合ソフトによりどのような情報が遮断されるのですか。

A 本法は、一定の有害情報から子どもを保護するとともに、これらにさらされることを欲しない大人の利益を実現することを目的としています。この目的を確実に実現するとともに、有害情報ではない情報に影響を与えない制度とするため、本法は、内閣総理大臣が、有害情報（法2条2号、府令1条）が掲載されているウェブページを、有害ウェブページとして指定・告示することとし、さらに、有害ウェブページを含み、内容的に一つのまとまりをなすウェブページ群を、有害ウェブサイトとして指定・告示することとしています（法5条、7条）。その上で、本法は、内閣総理大臣が、有害ウェブサイトを遮断するのに必要な性能を有するフィルタリング・ソフトを適合ソフトとして指定することとしています（法6条1項）。複数のウェブページで内容的に一つのまとまりをなすものを、一般にウェブサイトといいます。その中に有害ウェブページがある場合は、ウェブサイト全体が子どもの健全な成長を阻害する情報を含むおそれが高いため、適合ソフトにより、そのウェブサイト全体を閲覧できないようにする必要があります。本法は、どの範囲のウェブサイトが閲覧ができなくなるのかを明確にするため、有害ウェブサイトを具体的に指定・告示することとしています。

Q4 適合ソフトを削除したり使用目的に沿うべき動作をさせないプログラムの提供を禁止することにしたのはなぜですか。また、インターネット接続電子機器の使用者が、本法に定める手続以外の手続で適合ソフトを削除した場合に処罰されるのはなぜですか。

A 本法では、インターネット上の有害情報から子どもを確実に保護するため、インターネット接続電子機器の製造業者又は販売業者に、これを専ら使用する者が18歳以上であることを府令で定める方法で確認することを求め、これが確認できた場合に限り適合ソフトを削除できることとしています。適合ソフトを削除したり使用目的に沿うべき動作をさせないプログラムが提供されると、このような手続を踏まずに無断で削除等されてしまうので、子どもが現に使用するインターネット接続電子機器から適合ソフトが削除等されたり、適合ソフトが削除等されたインターネット接続電子機器が子どもの使用に供されるおそれが生じます。このような事態が生ずると、その保護が図られなくなりますから、このようなプログラムの提供は罰則で禁止する必要があります。

また、本法に定める手続以外の手続で適合ソフトを削除する行為は、このような削除プログラムの提供行為が蔓延する温床になります。一般の人々が自分で適合ソフトを削除するためには、削除ソフトを入手する必要があるので、無断で適合ソフトを削除する行為を許しておく、削除ソフトの作成・販売が促されます。反対に、削除ソフトの提供を抑止するには、無断削除を禁止して需要を断つことが不可欠です。

<出題の趣旨> (出所 法務省HP)

本問は、インターネットという「より新しいメディア」における積極的な表現行為に対する表現内容規制をめぐる問題である。インターネット上の有害情報を18歳未満の者が閲覧できないようにするなどのためにインターネット接続電子機器にフィルタリング・ソフトウェアを搭載することを義務付け、また、当該ソフトウェアを削除したり、その効果を損なうプログラムを他人に提供することを禁じる法律が制定されたという想定の下で、問いが設定されている。インターネット上で自らの信念に基づいて表現行為を行なっているAは、18歳未満の者ばかりだけでなく、18歳以上の者も見ることができなくなる可能性があることへの対抗策として、フィルタリング・ソフトウェアによって自分のサイトの閲覧が妨げられないプログラムを作成し、提供したところ、当該行為が違法であるとして、起訴された。

本問で問われているのは、インターネット上の有害情報という問題設定の新しさはあるが、青少年の保護を理由とした「有害」な表現の規制という点で、青少年保護育成条例における有害図書規制の合憲性と同種の問題である。ただし、当該判決とは、重要な事案の違いもある。本問では、最広義説に立っても、18歳以上の者は「解除ソフト」によって規制される情報を見ることができるので、検閲には該当しない(18歳以上の者が当該情報を見るために課せられる「負担」は、検閲の問題ではない。)。また、問題となる法律は、「有害」とされたサイトを削除するものではない。それは、18歳以上の者が当該サイトを読むためには一定の手続を踏まなければならない、と定めるものである。「自己の権利が、直接、現在」侵害されている場合に、それを理由として当該法律の違憲を主張することはできる。本問の場合、サイトを見る人

の「知る自由」の制約も(が)問題となる。したがって、他者の権利の制約が違憲であることを理由に法律や処分¹の違憲性を主張できるか否かを、検討する必要がある。その場合、まずは、第三者所有物没収事件判決を参照することになる。

新しい素材に関して、全く新たに考えることを求めているのではない。法科大学院の授業で学んでいるはずである、表現の自由や憲法訴訟論に関する基礎知識を正確に理解した上で、具体的問題に即して思考する力、応用する力を試す問題である。個別・具体の事案に応じて存在する憲法上の問題を発見し、それについて深く広く検討し、そして説得力のある理由を付して、自らの結論を導くことが求められている。問題文に書かれていることや資料に書かれていることをそのまま書き写すのではなく、与えられている資料等からそれぞれの設問が求める立場での主張を考えることが必要である。

設問1では、Aの弁護人として、本問が仮想する法律の違憲性を主張することが求められている。弁護人としては、当該法律及びAに対する処罰を違憲とするために理論及び事実に関する効果的な主張を行なうことになる。その際、裁判の場で行なう主張であるので、判例と異なる主張を行なう場合には、判例の判断枠組みや事実認定・評価のどこに、どのような問題があるかを明らかにする必要がある。

法令の違憲性に関しては、①「有害情報」と18歳未満の者の健全な育成及び見たくない18歳以上の者の保護との関連性(立法事実)、②表現内容を規制する法律の合憲性に関する判断枠組み、③規制される「有害情報」の不明確性、④有害なウェブページだけでなく、それを含むウェブサイト全体を閲覧できなくする規制の広汎性、⑤仮にAの提供する情報は「有害」であるとしても、第三者の、憲法が保障する表現も規制される可能性、⑥18歳未満の者の「知る自由」への制約、⑦18歳未満の者を保護するための規制によって18歳以上の者の「知る自由」が制約される可能性、⑧18歳以上の者が見ることができるようにするためには一定の手続が求められていることが、「不当な負担」といえるか否か、等が問題となる。

Aに対する処罰の違憲性に関しては、①Aが提供する情報の「有害」性、②Aが提供する情報自体の社会的的重要性、③一般的な解除ではなく、Aのウェブサイト解除するだけなのに刑罰を科するという規制手段の過度性、④見る人に不快感を与える可能性のある画像が出てくる前に注意を促す文章を掲げていることに関する評価等が問題となる。

このように、本問では、多くの問題が存在する。求められていることは、上記の問題点をすべて挙げることではない。試験時間の制約の中で、重要度を自分で判断して重要であると思う(その判断の妥当性は問われるが)複数の問題について、説得力のある主張を展開することが求められている。

設問2では、まず、設問1での主張とは対立する、すなわち、本問の仮想する法律を合憲とする理由付けを想定することが求められる(この部分の記述は、簡潔でよい)。次いで、このような憲法上の問題点に関する相対立する主張を踏まえて、「あなた自身の見解」を述べることになる。

「あなた自身の見解」は、必ずしも、被告人側と検察側の相対立する主張のいずれか、という二者択一であることが求められているわけではない。「あなた自身の見解」は、両者とは異なる「第三の道」であることもあり得る。また、この種の問題に関する判例と同じであることが求められているわけでもない。被告人側と、検察側と、あるいは判例と同じであるという理由では、全く不十分である。なぜその主張に賛成するのかについて、説得力のある理由が述べられていなければならない。

平成20年公法系第1問・答案構成 サンプル①

設問1

1 法令の合憲性

(1) 明確性 (21条1項, 31条)

法令2条, 内閣府令1条

(2) 表現の自由の侵害 (21条1項)

ア どのような意味で表現の自由の制約か

法令の仕組み, 法令5条→8条

∴18歳未満に対しては伝達できず, 18歳以上に対しては伝達が困難となる

イ 違憲審査基準

インターネットによる表現の自由の重要性

∴厳格な審査基準 (目的, 手段)

ウ あてはめ

目的…①18歳以上について, インターネットはテレビ等と異なり能動的メディアであり, 見たくなければ見なければよい

手段…①ソフトウェアの強制は過度, ②有害の指定が恣意的, ③18歳未満については親の監視で足りる

2 処罰の合憲性

(1) 処罰がなされた仕組み, 法令17条→16条1項2号

(2) 同号「使用目的に沿うべき動作をさせない」は, 法令の目的との関係で実質的に判断すべき

(3) あてはめ

①Aの意図, ②Aの配慮 (最終3段落)

設問2

1 法令の合憲性

(1) 検察官の主張

あてはめに対する反論

目的…①18歳以上について, 見たくなくても過って見てしまう時があり, そうした不安感を感じずにインターネットを利用する権利は保護に値する (資料3 Q2のA),

手段…①任意のソフトウェアの使用を促したが普及しなかったこと (第1段落後半), ②法令13条, 14条, ③18歳未満について, 携帯電話からのインターネットへのアクセスは容易で, 親の監視が及びにくい。

(2) 私の考え (法令は違憲)

あてはめについての考え

目的…検察官の主張の①について, 不安感に過ぎない, 個々人で対応可

手段…検察官の主張の①について, 普及しなかったのは周知活動の不十分 (資料3 Q2のA)

2 処罰の合憲性

(1) 検察官の主張

限定的に解釈して適用することは, 明確性に反する

(2) 私の考え (処罰は違憲)

法令が違憲である以上, 違憲

平成20年公法系第1問・答案構成 サンプル②

設問1

1 法令違憲

- (1) 明確性
- (2) 表現の自由

21条1項

↓

自己実現・自己統治・重要

↓

厳格な審査基準

↓

簡単なあてはめ（立法事実を）

(3) 知る権利

ア 第三者の権利主張，第三者所有物没収事件

イ 21条1項・受け手から再構成

↓

重要

↓

厳格な審査基準

↓

簡単なあてはめ（立法事実を）

2 適用違憲

法令違憲である以上，違憲（Aの具体的な事実を）

設問2

1 法令違憲

検察官の主張

- (1) 通常の判断能力を有する一般人は判断でき，明確
- (2), (3) 未成年者だから，基準を緩めるべき

私の考え

検察官の主張と同じ，緩めた基準に詳しくあてはめる（立法事実を）

2 適用違憲

法令合憲であり，合憲

次のアからウは、憲法第89条後段にいう「公の支配」に関する文章である。aはある見解を要約したものであり、bはそれぞれの見解に対する批判である。bがaに対する批判となり得る場合には1を、批判となり得ない場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No31] から [No33])

- ア. a. 「公の支配」とは、国又は地方公共団体がその事業の根本的な方向に重大な影響を及ぼし得るような権力を有することをいう。
b. この見解は、私学の自主性確保を重視するものであるが、現行法の私学助成が違憲となり現実的ではない上、「公の支配」に属する教育事業に公金を支出することを禁じていない憲法第89条後段と矛盾する。[No31]
- イ. a. 「公の支配」に属する事業とは、国家の支配の下に特に法的その他の規律を受けている事業をいう。
b. この見解は、私学助成の現実的な必要性から、「公の支配」の要件を緩和するものであり、憲法第89条後段を空文化してしまう。[No32]
- ウ. a. 「公の支配」の解釈は、憲法第14条、第23条、第25条、第26条など他の憲法条項との体系的解釈によるべきである。
b. この見解は、現行法の私学助成を合憲とするものであるが、体系的解釈によっては学校法人への助成を正当化することにはならない。[No33]

第1問（公法系）**正解**

No. 31—2, No. 32—1, No. 33—1

<質問形式>

新司法試験における短答式問題には、2つの類型がある。1つは、「各記述それぞれの正誤を求める問題」である。もう1つは、「各記述それぞれの正誤を求めない問題」である。

本問は、「批判となり得る場合には1を、批判となり得ない場合には2を」選びなさいである。

したがって、「各記述それぞれの正誤を求める問題」である。

「各記述それぞれの正誤を求める問題」の場合、正誤判断不能の記述は含まれていない。このため、出題ミスの危険性が大きくなる。そこで、出題者心理として保険を掛けることになる。つまり、「問題文（各記述を含む）に答えを書く」ことになる。「問題文（各記述を含む）に答えを書く」といっても、問題文（各記述を含む）をよく読まなければ答えを見つけないことはできないので、答えを見つけるためのトレーニングが必要となる。

本問においては、国語として、誤りの記述か否かが問題となる。

「批判となり得ない」とは、矛盾することを意味する。

したがって、よっぽどの場合でない限り、「批判となり得ない」場合に当たらない。

よって、よっぽどの場合を示す文字が保険として記載されることになる。

ア 批判となり得ない

aは、「公の支配」を厳格に解釈する（厳格説）。

厳格説によると、私学助成は、違憲となる。なぜなら、現行法は、事業の根本的な方向に重大な影響を及ぼし得るような権力を、国又は地方公共団体に認めていないからである。そして、違憲となることは、私学助成なくして私学の経営は成り立たないという意味で、現実的ではない。

しかし、厳格説は、89条後段における「公の支配」の1つの解釈である。

したがって、厳格説は、89条後段と矛盾するという批判自体が成り立たない。

すなわち、89条後段における「公の支配」の1つの解釈が、その条文自体と矛盾するということがありえないという意味で、「批判となり得ない」場合に当たる。

換言すれば、厳格説が、89条後段における「公の支配」の解釈論として存在している事実からして、その条文自体と矛盾するということが有りえない。

【保険】 確かに、矛盾する（記述ア）は、「空文化してしまう（記述イ）」「正当化することにはならない（記述ウ）」と比べて、批判として極めて強い批判となるという意味で、「批判となり得る」場合に当たるようにも見える。そこで、憲法第89条後段の前に『公の支配』に属する教育事業に公金を支出すること禁じていない」というヒント（痕跡）を残すという方法により、保険を掛けた。すなわち、私学は「公の支配に属しない教育事業」なので私学助成は違憲となると解釈するところ、この解釈は、『公の支配』に属する教育事業に公金を支出することを禁じていない」憲法第89条後段に違反しない。したがって、「矛盾する（記述ア）」は、「批判となり得ない」場合に当たる。

イ 批判となり得る

aは、「公の支配」を緩和して解釈する（緩和説）。

緩和説によると、「私学助成」は、合憲となる。なぜなら、現行法上、私学も、国家の支配の下に特に法的その他の規律を受けている事業なので、「公の支配に属する」事業といえるからである。

しかし、『公』の支配」という文字からは、『公』の対立概念は「私」であるという意味で、私学助成

を合憲とすることは、結果として、ほとんどの事業が「公の支配」に属してしまい、「公の支配」に属しない教育事業の存在を否定することにもなりかねない。

したがって、緩和説に対しては、89条後段を空文化してしまうという批判が成り立つ。

ウ 批判となり得る

aは、「公の支配」を体系的に解釈する。

体系的に解釈する説によると、私学助成は、合憲となる。なぜなら、他の憲法条項（14条・23条・25条・26条）を踏まえると、私学助成を合憲とするのが整合的だからである。

しかし、体系的に解釈する説に対しては、他の憲法条項（14条・23条・25条・26条）は主として個人の人權規定であるという意味で、私学生への助成を正当化することはできるが、学校法人への助成を正当化することにはならないという批判が成り立つ。

【記述ウの試験現場における判断】 記述の意味がよく分からないところ、そのような場合、「批判となり得ない」は選択しない。明らかな誤りではないからである。

【コツ】 とりわけ、憲法における記述には、出題趣旨を理解できないものが多い。この場合のコツは、文字にこだわることにある。記述ウの場合、学校法人への助成を正当化することにはならないとあるので、そこには『「〇〇への助成」を正当化することにはなるけれども』という書かれていない文字が含まれている。この書かれていない文字を見付ければよい。見付け方は、記述を踏まえて、学校法人の反対語は何かと考えることによる。そうすると、助成金を受け取る主体は、学校法人以外に学生／学生の親となるので、学校法人への助成を正当化することにはならないという批判は、「批判となり得る」場合に当たる。

商人間の売買に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものを2個選びなさい。（解答欄は、[No.61]，[No.62] 順不同）

1. 判例によれば、商人間の売買において、買主が目的物に直ちに発見することのできない瑕疵があることを目的物受領後6か月以内に発見し、直ちに売主に対してその旨の通知を発したとしても、買主は、売主に対し、代金の減額を請求することはできない。
2. 商人間の売買において、売主がお歳暮用商品である目的物を当該お歳暮の期間内に買主に引き渡さなかった場合には、たとえ売主が同時履行の抗弁権を行使して商品引渡債務を履行しなかったときであっても、買主は、当該売買契約の解除をしたものとみなされる。
3. 判例によれば、商人間の不特定物の売買において、買主が目的物に直ちに発見することのできない瑕疵があることを目的物受領後6か月以内に発見したときは、直ちに売主に対してその旨の通知を発しなければ、買主は、売主に対し、瑕疵のない目的物を引き渡すように請求する完全履行請求権を行使することができなくなる。
4. 商人間の売買において、買主がその目的物の受領を拒んだために売主が相当の期間を定めて催告した後に競売に付した場合において、売主が買主に対してその旨の通知を遅滞なく発しなかったときは、当該競売は無効となる。
5. 商人間の売買において、目的物の瑕疵が隠れていたため、買主が目的物受領後6か月以内に当該瑕疵があることを発見できなかったときは、買主は、当該瑕疵を発見した後、直ちに売主に対してその旨の通知を発すれば、当該売買契約の解除の請求をすることができる。

第2問（民事系）**正解**

No. 61, No. 62—4, 5

<質問形式>

「誤っているもの」を「2個」選びなさい。

消去法で解答できる。

1 正しい

最判昭和29年1月22日 商法526条（買主による目的物の検査及び通知）における契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求は、民法の売買の規定に依拠する。民法570条（売主の瑕疵担保責任）の効果は、民法566条の規定の準用により、契約の解除又は損害賠償の請求であって、代金減額の請求は含まれない。したがって、商法526条における代金減額の請求は、瑕疵を理由とするときは、できない。

その理由は、「商法526条は、（商取引の迅速性から、）民法で認められた売買の担保責任に基づく請求権を保存するための要件に関する規定を定めたものであり、民法で規定するところ以外に新たな請求権をみとめたものではない。」というものである。

商法526条（買主による目的物の検査及び通知）

1項 商人間の売買における買主の検査義務。

2項前段 瑕疵/数量不足を発見したときの買主の通知義務。法律効果は、契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求。

民法565条（数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任）

要件 数量指示売買における数量の不足、物の一部が契約時に既に滅失。

効果 前2条（権利の一部が他人に属する場合）の規定を準用する。

民法563条 代金減額請求/契約の解除。

民法564条 1年以内の権利行使。

民法570条（売主の瑕疵担保責任）

本文要件 隠れた瑕疵。

本文効果 566条（地上権等がある場合等における売主の担保責任）の規定を準用する。

民法566条 契約の解除/損害賠償の請求

【出題の趣旨】 民法570条は誰でも知っている規定であるので、その特別法である商法526条の規定に関する判例も、民法570条との関係で、知っていて当然であるという点にある。その意味で、正誤判断不能ではなく、正しいと判断できなければならない。

2 正しい

最判昭和44年8月29日 確定期売買（定期売買）においては、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときには、契約は解除をしたものとみなされる。その不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくか否か（履行遅滞の有無）に関せず、所定期間の経過という客観的事実によって契約は解除をしたものとみなされる。したがって、同時履行の抗弁権が問題となる余地はない。

その理由は、広く定期行為の場合、履行が客観的に遅滞してしまうと、履行自体が無意味になるからである。

商法525条（定期売買の履行遅滞による解除）

要件 商人間の定期売買の場合で当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したとき。商法 5 2 5 条は、民法 5 4 2 条と異なり、その契約は商人間の定期売買。「履行をしないでその時期を経過したとき」とは、債務を履行しない場合（民法 5 4 1 条）とは異なり、債務を履行しないことが違法である場合を意味しない。したがって、同時履行の抗弁権がある場合、債務を履行しないことが違法である場合には当たらないものの、「履行をしないでその時期を経過したとき」には当たる。

効果 相手方は、直ちにその履行の請求をした場合を除き、契約の解除をしたものとみなす。商法 5 2 5 条は、民法 5 4 2 条と異なり、解除の意思表示も不要。

民法 5 4 2 条（定期行為の履行遅滞による解除権）

要件 定期行為の場合で当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したとき。民法 5 4 2 条は、民法 5 4 1 条と異なり、その契約は定期行為。「履行をしないでその時期を経過したとき」とは、債務を履行しない場合（民法 5 4 1 条）とは異なり、債務を履行しないことが違法である場合を意味しない。したがって、同時履行の抗弁権がある場合、債務を履行しないことが違法である場合には当たらないものの、「履行をしないでその時期を経過したとき」には当たる。

効果 相手方は、前条の催告なしに直ちに契約の解除をすることができる。民法 5 4 2 条は、民法 5 4 1 条と異なり、催告不要。定期行為は、期限後に履行してもらっても意味がないので催告を要求するのは無意味だからである。

民法 5 4 1 条（履行遅滞等による解除権）

要件 当事者の一方がその債務を履行しない場合で相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないとき。債務の履行をしない場合とは、債務を履行しないことが違法である場合を意味する。したがって、同時履行の抗弁権がある場合、債務を履行しないことが違法ではないので、「債務を履行しない場合」に当たらない。

効果 相手方は、契約の解除をすることができる。

【出題の趣旨】 民法 5 4 1 条の要件事実に関しては、民事判決起案の手引・事実摘示記載例集・抗弁 1 6 債務不履行解除（民法 5 4 1 条）において、解除権発生要件として同時履行の抗弁権が消滅したことという説明がある。したがって、一般の契約において、相手方に同時履行の抗弁権があるときは、契約の解除をすることができないことは誰でも知っている。では、定期行為の場合はどうか。定期行為の場合、履行が客観的に遅滞してしまうと、履行自体が無意味になるから、同時履行の抗弁権が問題となる余地はないと推理して欲しい。定期行為は既に論文式試験に出題されているので、論文過去問を徹底的に検討している場合、その推理は容易である。要するに、出題の趣旨は、商法の問題は民法（基本）から考えること、重要な問題は過去問として出題するので過去問を徹底的に検討すべきことにある。

【徹底的に理解しなければならないテキスト】 民事系の場合、裁判官が執筆した、「問題研究要件事実」及び「民事判決起案の手引の後半部分（事実摘示記載例集）」である。

3 正しい

最判昭和 3 5 年 1 2 月 2 日 商法 5 2 6 条（買主による目的物の検査及び通知）は、不特定物売買にも適用される。

その理由は、商取引の迅速性である。

最判昭和 3 6 年 1 2 月 1 5 日 不特定物売買において、給付されたものに瑕疵があることが受領後に発見された場合、「～という事情が存在しない限り」、買主は、完全履行請求権を有する。「～という事情」

は、買主が瑕疵担保責任を問うなど瑕疵の存在を認識した上で右給付を履行として認容したと認められる事情である。

これは、民法570条の規定は、特段の事情のない限り、不特定物売買には適用されないことを意味する（法定責任説）。完全履行請求権（代物請求/瑕疵修補請求）は、570条が準用する566条の効果としては明示されていないからである。

以上より、不特定物売買の場合、特段の事情がない限り民法570条の規定は適用されないが、商法526条の規定は適用される。その意味で、商法526条は、民法570条の特別規定である。その限りで、記述3は、正しい。

最判昭和47年1月25日 商法526条2項後段は、直ちに発見することができない瑕疵がある場合において買主が6か月以内にその瑕疵を発見したときは、直ちに通知をしなければ、買主は、契約解除又は損害賠償の請求をすることができないと規定する。商法526条の趣旨（商取引の迅速性）に照らせば、契約解除又は損害賠償の請求をすることができなくなった後は、買主は、仮に完全な給付が可能であっても、完全履行請求（代物請求/瑕疵修補請求）をすることはできない。

【完全履行請求（代物請求/瑕疵修補請求）】 物の個性に着眼しない不特定物の場合に認められる。完全履行請求権は、契約に基づく効果であって、債務不履行の効果ではないので、要件として債務者に帰責性があることは不要である。不特定物売買にも商法526条が適用されるということは、商法526条の規律の下で完全履行請求権が認められることを意味する。確かに、商法526条の法律効果は、契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求であって、完全履行請求は明示されていない。しかし、完全履行請求は、契約に基づく効果なので、不特定物売買にも商法526条が適用されるとしても、商法526条の規律の下で完全履行請求権が認められることに変わりはない。

商法526条（買主による目的物の検査及び通知）

1項 商人間の売買における買主の検査義務。

2項前段 瑕疵/数量不足を発見したときの買主の通知義務。法律効果は、契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求。

民法570条（売主の瑕疵担保責任）

本文要件 隠れた瑕疵。

本文効果 566条（地上権等がある場合等における売主の担保責任）の規定を準用する。

民法566条 契約の解除/損害賠償の請求

【出題の趣旨】 民法570条は誰でも知っている規定であるので、その特別法である商法526条の規定に関する判例も、民法570条との関係で、知っていて当然であるという点にある。その意味で、正誤判断不能ではなく、正しいと判断できなければならない。

4 誤り

大判大正10年6月10日 競売の通知は、競売の成立要件ではない。なぜなら、商法524条1項は、競売の後、通知を発することを要求しているからである。

したがって、競売の後、通知を発しなかった場合であっても、競売は無効とはならない。通知を発することは、競売に付することができる権利の要件ではない。

商法524条（売主による目的物の供託及び競売）

1項前段効果 売主は、売買の目的物を、競売に付することができる。

1 項後段 競売に付したときは、売主は、買主に対して、その旨を通知しなければならない。

【判断の仕方】 上記判例は有名ではないので知らない、524条は526条と異なり条文も正確に覚えていない以上、記述4の文字から判断する。そうすると、「競売は無効となる」という文字が常識的ではないことに気付く。「競売は無効となる」ということは、買受人に不測の損害を与え、競売に対する信頼を損なうことを意味するので、どうしても買主を保護しなければならない事情があることが必要である。そのような事情は見当たらない。最終的には、本年度の場合、正誤判断不能でよい。

5 誤り

最判昭和47年1月25日 商法526条2項後段は、直ちに発見することができない瑕疵がある場合において買主が6か月以内にその瑕疵を発見したときは、直ちに通知をしなければ、買主は、契約解除又は損害賠償の請求をすることができないと規定する。したがって、買主が6か月以内にその瑕疵を発見できなかったときは、買主は、瑕疵担保責任を追及することはできない。

商法526条（買主による目的物の検査及び通知）2項後段の要件は、直ちに発見することができない瑕疵がある場合で買主が6か月以内にその瑕疵を発見したとき、直ちに通知することである。

したがって、6か月以内にその瑕疵を発見できなかったときは、「買主が6か月以内にその瑕疵を発見したとき、直ちに通知すること」に当たらないので、瑕疵がある場合の法律効果である契約の解除又は損害賠償の請求をすることはできない。

商法526条（買主による目的物の検査及び通知）

1 項 商人間の売買における買主の検査義務。

2 項前段 瑕疵/数量不足を発見したときの買主の通知義務。法律効果は、契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求。

2 項後段 直ちに発見することができない瑕疵がある場合で買主が6か月以内にその瑕疵を発見したとき、直ちに通知すること。法律効果は、同様である。したがって、契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求。

【ヒント】 記述5には、「解除の請求」とあるので、その文字の使い方からして、不自然なので、誤り。

損害賠償は、請求するものである。なぜなら、請求とは、相手方の行為を求めることを意味するからである。しかし、解除は、単独行為・形成権であって、相手方の行為を求めることに当たらないので、「解除の請求」という表現はおかしい。契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求における請求は、「又は若しくは」という接続詞からして、「契約の解除」にはかからない。契約の解除の主張をした場合、法律上の原因がなくなるので、不当利得に基づく返還請求として請求がなされる。

【請求】 相手方に対して、一定の行為をすること/しないことを、求めること。したがって、損害賠償の請求という表現はあるものの、「解除の請求」という表現はない。

【形成権】 権利者の一方的な意思表示により一定の法律関係の変動を生じさせる権利。たとえば、取消権/解除権/相殺権/建物買取請求権等がある。一般に裁判外でも行使できるが、債権者取消権（民法424条の取消しを裁判所に請求）/婚姻の取消権（民法744条1項・747条1項の取消しを家庭裁判所に請求）は裁判上請求しなければならない。私権の作用による分類として、形成権/支配権/請求権がある。

【訴訟上の請求】 原告が、被告を相手として、裁判所に対して、特定の判決を求めること。訴

訟上の請求の場合、相手方の行為を求めるのではなく、裁判所の行為を求めるので、取消請求という表現を用いることができる。つまり、形成権に請求を付ける表現が用いられる。たとえば、債権者（詐害行為）取消請求訴訟、処分取消請求訴訟（行政事件訴訟法3条2項の『取消しを求める訴訟』）。取消しを求める訴訟は、裁判所に対して取消判決をすることを求める訴訟である。これに対して、訴訟外の請求の場合、相手方の行為を求めるので、形成権に請求を付ける表現は用いられない。したがって、記述5の解除の請求という表現はおかしいので、記述5は誤り。

因果関係に関する次の【見解】に従って後記1から5までの各事例における甲の罪責を検討した場合、甲に（ ）内の犯罪が成立しないものはどれか。（解答欄は、[No.6]）

【見 解】

行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合には、行為と結果との間の因果関係を肯定し、そうでない場合にはこれを否定する。行為の危険性は、行為時に存在した全事情を基礎に判断する。

1. 甲は、乙を突き飛ばして転倒させ、同人のひじに擦過傷を負わせた。乙は、重篤な心臓病で心臓発作を起こしやすい状況にあったため、転倒したショックで心臓発作を起こして死亡した。（傷害致死罪）
2. 甲は、乙を殴って転倒させ、同人にそのまま放置すれば死亡する危険のある頭部外傷を負わせた。乙は、病院に行って治療を受ければ死亡することはなかったが、自らの意思で病院に行かなかったため、前記傷害が原因で死亡した。（傷害致死罪）
3. 甲は、夜間、見通しの悪い道路に無灯火のまま駐車させていた普通乗用自動車のトランク内に乙を監禁したところ、その自動車に、たまたま通り掛かった丙運転の自動車が丙の不注意により追突し、それによる傷害が原因で乙は死亡した。（監禁致死罪）
4. 甲は、乙を殴って転倒させ、同人にそのまま放置すれば死亡する危険のある頭蓋内出血の傷害を負わせた。乙は、病院において治療を受けたが、なお死亡する危険のある状態であったところ、乙の入院中に何者かがその病院に放火し、これにより発生した火災が原因で乙は焼死した。（傷害致死罪）
5. 甲は、自己の運転する自動車を不注意により歩行者乙に衝突させ、同人にそのまま放置すれば死亡する危険のある頭蓋内出血の傷害を負わせた。前記衝突により乙は甲の自動車の屋根の上に跳ね上げられたが、甲は、それに気付かないまま自動車を走行させていたところ、助手席に乗車していた丙は、間もなく屋根の上にいた乙に気づき、同人を屋根の上から引きずり降ろして路上に転落させ、乙は、その衝撃で前記傷害が悪化したことが原因で死亡した。（自動車運転過失致死罪）

<質問形式>

「犯罪が成立しないもの」はどれか。

したがって、1個選ぶ。

これは、他の4個と比べて、目立つ1個を選べばよい。

【解き方】 【見解】における判断枠組みは、行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合を判断の基準とし、行為の危険性の有無を判断する際の考慮事情（判断の対象）を行為時に存在した全事情とするものである。判断の基準のみならず考慮事情（判断の対象）をも「判断枠組みとして示している」ので、それなりに結論は安定する。しかし、同じ判断枠組みを用いた場合であっても、あてはめの仕方如何（考慮事情の重みの付け方）によって、結論が異なることもある。したがって、出題ミスの危険性は、高まる。このため、出題者は、問題文に答えを書くことにより、出題ミスを回避する。本問は、記述4の「焼死」を除き、他の記述は「死亡」である。したがって、他の4個と比べて、目立つ1個は記述4なので、記述4を選択する。

1 成立する

行為の危険性の有無を判断する際の考慮事情（判断の対象）は行為時に存在した全事情であるところ、重篤な心臓病で心臓発作を起こしやすい状況にあった事情を考慮すると、判断の基準である行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合に当たる。

2 成立する

死亡する危険のある頭部外傷を引き起こす殴る行為なので、判断の基準である行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合に当たる。

3 成立する

確かに、駐車させていたという行為から、判断の基準である行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合に当たると言えない場合もある。

しかし、夜間、見通しの悪い道路に無灯火のままという事情を考慮すると、駐車させていたという行為から、判断の基準である行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合に当たる。

【試験現場での判断】 正誤判断留保である。行為の危険性の有無を判断する際の考慮事情（判断の対象）は行為時に存在した全事情であるところ、記述3の事情には行為後の事情（丙の運転により衝突）がある。この行為後の事情は、考慮事情（判断の対象）に含まれていないので、無視してよい。しかし、試験現場においてそのような断定判断をするのは危険なので、判断留保とする。なぜなら、それ（追突）による傷害が原因で死亡という文字を重視すると、監禁行為自体の危険性が結果へと現実化したものと認められる場合には当たらないからである。

4 成立しない

死亡する危険のある頭蓋内出血の傷害という結果をもたらす、殴るという行為自体の危険性があるとしても、そこから「焼死」という結果へと現実化したものと認められる場合には当たらない。

あくまでも「設問の条件に従って判断」するのであって、相当因果関係説や前田説のような「設問にない条件（頭の中にある知識）に従って判断」してはいけない。

【あてはめを求める問題】 判断枠組みが特定されている場合であっても、あてはめの仕方により、結論は異なる。論文式試験の場合、結論の正誤はないので、論文式試験にふさわしい問題である。これに対して、短答式試験の場合、結論の正誤があるので、短答式試験には危険な問題である。そこで、答えを問題文に書くという痕跡を残すことにより、出題ミスを回避する。

5 成立する

死亡する危険のある頭蓋内出血の傷害という結果をもたらす衝突という行為自体の危険性からその衝撃で前記傷害が悪化したことが原因で死亡した場合、行為自体の危険性から結果へと現実化したものと認められる場合に当たる。

【出題の趣旨】 問題文にない条件である最判昭和42年10月24日の知識／記憶に従って判断すると、誤る。最判昭和42年10月24日の判断枠組みは、相当因果関係説である。しかし、【見解】で示された判断枠組みは、相当因果関係説ではない。出題の趣旨は、現場思考に基づく判断を求めるものであって、記憶に基づく判断を求めるものではない。