

平成26年度  
鹿児島大学法科大学院

A日程

法律学試験問題( I 方式)  
「憲法・刑法」

平成25年9月8日(日)  
12時30分～14時10分

答案作成上の注意

1. 「解答はじめ」の合図があるまで、この1ページ目を表にして、この問題冊子を開かないこと。
2. 問題冊子は、このページを含めて6ページある。
3. 試験(解答)用紙は4枚配布する。
4. 試験用紙の受験番号欄に受験番号、試験科目欄に試験科目(憲法または刑法)を記入すること。
5. 試験用紙右上の「No. 」欄に、試験科目ごとのページ番号を記入すること。
6. 白紙答案がある場合でも、すべての用紙に受験番号(横書き)、試験科目、ページ番号を記入して、必ず4枚すべてを提出すること。
7. 解答は、すべて試験用紙の指定された欄に、横書きで記入すること。
8. 試験終了後、この小論文問題冊子と下書き用紙は、持ち帰ってよい。



## 憲法(配点100点)

以下の設例を読んで、問に答えなさい。

### 【設例】

Xは、K県立高校の生徒であった。Xは、キリスト教のある派の宗教を家族ぐるみで信仰していた。その教派では、「いかなることがあっても武闘にかかわってはならない」とする教義をもち、Xは真摯にその教えを守ってきた。

K県立高校では、文部科学省があらたに制定した高等学校学習指導要領により、体育の時間に必修すべき種目として「武道」が指定され、柔道と剣道が明記され、3年次前期に剣道、後期に柔道を履修することになっていた。

体育科目について、1年次は器械体操、2年次は球技であったので、Xはこれらの科目を受講し、単位を取得したが、3年次前期の剣道の履修について、Xは信教上の理由により実技の履修を拒絶した。

Xは、剣道担当の体育教員Aに対して、あくまで信教上の理由による受講拒否であり、授業をさぼろうとする意図ではないことを説明し、見学・レポートの提出、あるいは他のスポーツ競技で代替してもらえないか、相談した。

しかし、Aは、柔道や剣道など「武道」はあくまで実技をしないと意味がないものであり、見学・レポートでは代替できない、学習指導要領で「武道」は中学・高校での必修科目とされているのだから代替は認められないと考えて、「欠席」扱いとし、3年次前期の体育の単位を認定しなかった。

そこで、Xは卒業必修単位を満たすことができず、第3学年に留め置かれることになった(行政法的には進級拒否処分となる)。

Xは、進級拒否処分を取り消させようと知り合いの弁護士Bに相談した。

弁護士Bは進級拒否処分取消訴訟をK地裁に提起した。資料2は、そのさいの「学校側の説明」「X側の説明」の要旨である。訴訟では、これらを踏まえて、憲法上の主張が闘わされることが予想される。

### 【問1】

あなたが、Xの知り合いの弁護士Bだとしたら、進級拒否処分の取消しを求めて、どのような憲法上の主張をしますか？

### 【問2】

あなたが、学校側の弁護士だとしたら、弁護士Bの主張に対抗して、進級拒否処分を正当化するために、どのような憲法上の主張をしますか？

## 資料 1

### 高等学校学習指導要領「体育」

#### 「F 武道」

武道は、武技、武術などから発生した我が国固有の文化であり、相手の動きに応じて、基本動作や基本となる技を身に付け、相手を攻撃したり相手の技を防御したりすることによって、勝敗を競い合う楽しさや喜びを味わうことのできる運動である。

学校では、基本動作と基本となる技を確実に身に付け、基本動作や基本となる技を用いて、相手の動きの変化に対応した攻防ができるようにすることをねらいとして「基本動作や基本となる技ができるようにする」ことに加えて「得意技を身に付け、相手の動きの変化に応じた攻防を展開できるようにする」ことを学習する。

したがって、技を高め勝敗を競う楽しさや喜びを深く味わい、武道の学習に主体的に取り組む、相手を尊重し、伝統的な行動の仕方を大切にすること、役割を積極的に引き受け自己の責任を果たすことなどに意欲をもち、健康や安全を確保するとともに、武道の伝統的な考え方、技の名称や見取り稽古の仕方、課題解決の方法などを理解し、自己や仲間の課題に応じた運動を継続するためけいの取り組み方を工夫できるようにすることが大切である。」

## 資料 2

### 学校側の説明

(1) 武道の授業は、学校教育法、同法施行規則に従い、高等専門学校設置基準、高等学校学習指導要領を参考にして、体育の授業のなかの一種目として取り入れたものである。このように、高等学校においても必修である格技の種目として選択することができ、健全なスポーツとして大多数の一般国民に広く受け入れられている剣道や柔道を体育の授業の中の一つ目として行うことを決定した措置には何ら裁量権の逸脱も濫用もない。

(2) Xは信教上の理由から武道を拒否しているというが、武道は、体育の内容として、敏捷性、巧ち性の育成、瞬発力の育成、持久力の育成、正しい姿勢の育成などの身体的な側面及び気力の育成、集中力と決断力の育成、礼儀の育成、自主的精神の育成などの社会的態度発達の側面における優れた体育効果を持っている。

(3) Xは代替措置を講ずべきことを主張するが、被告としては次の理由からこれに応じるわけにはいかない。代替措置を講ずることは、予算、教員数の関係から困難であるとともに、個人的理由により代替措置をすることを認めるときは、学生から、他の場合にも代替措置を認めよという要求を生む結果となる。

体育は、体を動かすことによって教育効果を上げる授業であるから、病気でないのにレポートをもってこれに代えることはできない。

(5) 校長がする進級拒否処分は、進級の要件の有無の判断が全く事実上の根拠に基づかないと認められる場合であるか、あるいは教育的な見地からみて社会観念上著しく妥当を欠き判断権者に任された裁量の範囲を超えるものと認められる場合を除き、判断権

者の裁量に任されているものと解することが相当である。

### 資料3

#### X側の説明

(1) 武道を強要されることは、Xの宗教信条に反し、著しい良心の呵責を受けることになる。

武道を行わないという信念は、「聖書の原則」の基本原則から派生したものであり、信仰の重要な内容を形成している。武道実技不受講は、Xの信仰生活全体から帰結されるものであり、それを認めないことは、Xの信教の自由を全面的に否認することに等しい。

武道履修の義務づけは、宗教的禁止事項を行わせて、Xに戒律を侵させることを要求することになる。本件で、武道の実技をXに義務づけることは、Xに対して極めて重大な自由の抑圧をもたらすことになる。Xは、進級するために信仰に反して剣道実技を受講するか、それとも、信教の自由を実践して剣道実技を拒み、進級拒否という不利益を甘受するか、厳しい選択を迫られてしまうのである。

(2) Xが武道実技を拒んだとしても、クラスとして武道の授業を行うことができなくなったとか、他の学生が正当な理由なく実技を拒否して収拾ができなくなったという事実は少しもない。また、他の学生が身体上の理由以外の理由で、体育の授業を受けられないということを教師に申し出た例はなく、Xが宗教上の理由から武道実技を行わないことについて、他の学生たちがXのことを悪く言ったり、うらやましがったりしていない。

(3) 一般論として、教育機関において、ある科目につき単位を認定するかどうかは、担当者の極めて専門的かつ教育的な価値判断に属する行為であることから、専門的、教育的な領域において裁量権が認められるが、その裁量権の行使に逸脱又は濫用があると認められるときには、右単位の不認定が違法とされる。裁量権の制約の最大のものは憲法の規定であり、行政行為一般の違憲審査は、本来、法律による行政の原理の下で、司法審査の方法ないし限界である行政裁量論に優先してなされるべきであって、違憲審査を行政裁量の下位に従属させてはならない。

## 刑法（配点100点）

### 設問1

以下の事例におけるXの罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く）。

#### 【事例】

Xは、かねてから恨みを抱いていたAを殺害しようと考え、日本刀を携えてA宅に向かい、Aが外に出てくるのを待った。しばらく待っていると、Aが外に出て路上を歩き始めたことから、XはAの背後から、「この野郎」と叫びながら殺意をもって日本刀で切りかかったところ、Aは驚いて咄嗟に避けたため、Aの右肩口に切創を負わせるにとどまった。Xは、さらに切りつけてとどめを刺そうと考え、転倒し横たわるAに向けて日本刀を振りかぶったところ、Aは泣きながら命だけは助けてくれるよう懇願してきた。XはそのようなAを見て、にわかにAが可哀想に思えてきて、それ以上殺害行為を続けるのをやめ、Aは自分で病院に行くことができるであろうと考えて、その場から立ち去った。

なお、Aの右肩口の切創は全治2週間の傷害であり、そのまま放置したとしても直ちに生命に危険が及ぶものではなかった。

### 設問2

以下の事例におけるXの罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く）。

#### 【事例】

Xは、恋人Aと別れることを決意し、その旨をAに告げると、Aはそれを拒否して、「別れるくらいなら一緒に死のう」と言ってきたため、心中を装い、Aに死んでもらうことによってAと別れることを思いついた。Xは、そのように考えたことを秘して、Aに対し、心中に同意すると申し述べ、包丁でAを刺して殺害した後に直ちにAを追って死ぬと伝え、AはXの言動を信じてXに包丁で刺されて死ぬことに同意した。そこでXは、Aの首に包丁を突き刺し、それによりAは間もなくして失血死したが、Xは計画通り、Aの後を追うことはなかった。