

2025 年度 入学者選抜 学力検査や試験問題の内容（法学研究科）

1) 修士課程 第Ⅰ期 選抜試験（一般/社会人特例）問題

⇒ 志願者なしのため、公開していない。

2) 修士課程 第Ⅱ期 一般選抜試験問題・解答例・出題意図

⇒ 別紙のとおり試験を実施した（社会人特例選抜の志願者なし）。

3) 博士課程 社会人特例選抜 試験問題・解答例・出題意図

⇒ 「英語」科目の試験を実施したが、著作権等の関係で公開していない。閲覧希望者は本学・法学研究科事務窓口（法学部事務室）にて閲覧すること。

令和7年度 大学院法学研究科修士課程第Ⅱ期試験問題

【法律学専攻】

試験科目	刑事訴訟法
------	-------

【六法（判例の記載されていないもの）の参照】

許可・不許可

問題 Xが交番に意味不明な電話をしてきたことを契機に、Xに規制薬物使用の疑いがあると判断した警察は、X運転車両の捜索を開始した。

警察官AがX運転車両を発見し、停止を指示すると、同車は2,3度蛇行した後、11時5分頃、本件現場に停車し、警察車両2台もその前後に停車した。11時10分頃警察官BがXに対する職務質問を開始したところ、Xは目をキョロキョロさせ、エンジンを空ぶかしし、停車中の車両のハンドルを切る仕草をみせたため、Bは車の窓から腕を差し入れ、エンジンキーを引き抜いて取り上げた。11時25分頃、本件現場の警察官にXに覚せい剤取締法違反の前科が4犯ある旨の無線連絡が入った。その後、午後5時43分頃までの間、数名の警察官が順次Xに対し職務質問を継続し、警察署への任意同行を求めたものの、Xは自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行を頑なに拒否し続けた。

午後3時26分頃、現場指揮官であった警察官Cが令状請求のため現場を離れ、強制採尿のための捜索差押許可状の発付を地方裁判所に請求した。午後5時2分頃、「医師をして医学的に相当と認められる方法により採尿が行われる」旨の条件が記載された捜索差押許可状が発付され、5時45分頃、警察官DらがXの両腕をつかみ、警察車両に乗車させて同令状を提示したが、Xは興奮して激しく抵抗した。Xの任意同行及び警察署での尿の任意提出は不可能と判断したDらは、6時32分頃にXの両腕を制圧して警察車両に乗車させたまま、現場を出発し、7時40分頃から52分頃までの間、病院において、Xをベッドに乗せて寝かせ、医師がカテーテルによりXの採尿を行った。

これにより得た尿を鑑定した結果、覚せい剤使用の陽性反応が出たため、Xは覚せい剤自己使用の罪で起訴された。

上記事例における刑事訴訟法上の問題点を抜き出して、是非を論じなさい。

2025 年度Ⅱ期修士課程入試刑事訴訟法試験問題解説

1. 解答例

I はじめに 本問における論点は、①職務質問における停止の法的性質ないし停止・質問のための有形力行使の限界および②所謂「強制採尿令状」による連行の可否である。

II 先ず、職務質問における停止の法的性質について、学説は、a 任意の受忍を前提とする厳格説、b 任意を原則としつつ、犯罪の重大性、嫌疑の濃厚さを要件とする例外的実力説、c 執拗な説得の続行を予定する緩やかな任意説(説得説)、d 任意と強制の中間たる「強制にわたらない実力」までが許され鵜とする実力説、e 即時強制の要件を満たしたならば、強制が可能とする即時強制説、f 心証の発展段階に応じて、場合により身柄拘束に至らぬ程度の自由の制限を認める制約説がある。このうち、a、b 説は窮屈に過ぎ、現実の要請に沿いえないきらいがあるとの批判があり、また、e 説は、停止が強制であればその後の質問も強制とせざるを得ない等の問題点があり、採用できない。他方、c、d、f 説は、いずれも停止の限界を求めるための論理的操作の違いに過ぎず、どの程度の有形力行使を認めるかの結論においてほぼ同じ着地点となるとされる。そこで、「合理的疑いを容れない」段階であれば有罪一刑の執行が可能、「相当な理由」であれば逮捕・勾留が可能であるというように、心証の段階的發展に応じて順次任意から強制へと手続が展開していくのが刑事手続であれば、「何らかの嫌疑」のみの職務質問段階においては、場合により逮捕に至らぬ程度の有形力行使を認める f 説が説明として率直であると考ええる。

判例は、本問と同様の事案に関する最決平 6・9・16 が、積雪で滑りやすい路面で覚せい剤による中毒症状を示す者が自動車を発進させようとした際、エンジンキーを取り上げて発進を阻止した行為を、職務質問のための停止方法として必要かつ相当としたほか、道交法 67 条 3 項(現 4 項)に基づき交通の危険を阻止するために採った必要な応急措置であるとしている。他方、同決定は 6 時間半にわたる現場への留め置きは違法であるとしている。しかし、同決定が留め置き後、強制採尿により得た尿鑑定書の証拠能力を否定するまでには至らなかったため、同様の留め置き事例が多発することになった。そして、高裁レベルの下級審判例において、強制採尿令状の請求準備に着手すると、それ以前の純粹任意段階とは手続の性質が異なって、得られた令状の確実な執行のためにより強く現場へ留まることを要請できるとする二分説(東京高判平 21・7・1 判タ 1314・302 等)が登場した。しかし、警察官による令状準備開始の前後で手続や処分 of 性質が変容するものではなく、二分説は令状発付前に令状による強制力を発付前に先取りするものであり、適切とは言えない。

よって、本問における留め置きは違法と考える。

III 次に、身柄を拘束されていないまま、覚せい剤等の自己使用が疑われる者に対し、強制採尿令状が発付された場合、その者を採尿に適した医療機関等の実施場所へ意に反して連行することが可能かという問題について述べる。

この点につき、強制採尿行為を令状により許可された搜索差押と捉え、「連行」は搜索差押に「必要な処分」であるとする必要な処分説がある。しかし、身柄の連行は刑訴 § 111 に例示されているような搜索差押の実行に密接不可分に付随する行為類型から離れており、強制採尿に「必要な処分」の範囲に入るのは、通常的身體搜索において認められる程度の適切な場所への移動の他、対象者の抵抗を排除するために身体を押さえつける、着衣を脱がす程度に限られるとみるのが妥当な解釈である。

次に、採尿のみならず、採尿実施場所への連行も令状の効力とする令状効力説がある。この説に対しても、刑事訴訟法は、身体検査について、その実施のための対象者の出頭確保手段（召喚・勾引刑訴 § 57・58・132・135）と身体検査そのものの直接・間接の強制手段（§ 137～140）を別個の処分として規律しており、刑訴規定との整合性に問題があると指摘されている。

前出の最決平 6・9・16 は、この点について、任意同行が事実上不可能な場合に、採尿に適する最寄りの場所へ、必要最小限の有形力を行使して連行できるとし、その根拠を「強制採尿令状の効力」であるとして令状効力説に立つことを明らかにし、また、令状に連行を許可する旨の記載や採尿場所の指定もできるとした（令状記載説）。しかし、連行を許可する旨の記載をすれば、魔法の呪文の如く搜索差押許可状が勾引状と兼用できるものよう変容するものではない。強制採尿令状自体が、鑑定処分許可状ではなく、搜索差押許可状に、「医師をして実施」等の条件を記載して「強制採尿令状」とした判例の創出物であり、強制処分法定主義（刑訴 § 197）から言って問題視されるものであるうえ、強制採尿令状+勾引状の二重の創出物として、強制採尿令状による連行は強制処分法定主義の点から更なる問題を有するものと言える。

よって、強制採尿令状による連行は認めるべきでない。

IVおわりに したがって、本設問における職務質問のための長時間の留め置きは違法であり、また、強制採尿令状による連行後の採尿によって得た尿鑑定書の証拠能力は否定すべきである。

2. 出題意図 本問は、最決平 6・9・16（刑集 48・6・420）の事例を基にしたものである。

本問で解答すべきことを期待した論点は、職務質問における停止の法的性質（停止・質問のための有形力行使の限界）及び強制採尿令状による連行であった。但し、強制採尿令状（許容性、令状の種類等）そのものを論点とすることも可とした。

令和7年度 大学院法学研究科修士課程第Ⅱ期試験問題

【法律学専攻】

試験科目	憲法
------	----

【六法（判例の記載されていないもの）の参照】

許可・不許可

問1 憲法の人権規定の私人間効力に関する最高裁判所の判例の見解を説明し、その当否について、主な学説にも触れながら論じなさい。（50点）

問2 現行憲法下における抽象的違憲審査制の導入の可否について、代表的な関連判例・主な学説にも触れながら論じなさい。（50点）

[問題]

問1 憲法の人権規定の私人間効力に関する最高裁判所の判例の見解を説明し、その当否について、主な学説にも触れながら論じなさい。(50点)

[解答例]

憲法の人権規定の私人間効力に関する最高裁判所の判例の見解を示すリーディング・ケースは、いわゆる三菱樹脂事件の最高裁判決である。

それによれば、憲法の人権規定は、国または公共団体の統治行動に対し個人の基本的な自由・平等を保障するためのものであり、専ら国または公共団体と個人との関係を規律するものであって、そのまま私人相互間の関係に適用ないし類推適用すべきものではない、とされ、私人間の関係においては、各人の権利の対立の調整は原則として私的自治に委ねられる、とされる。その理由としては、基本的人権なる観念の成立・発展の沿革、憲法上の基本権規定の形式・内容が挙げられる。同時に、この判決によれば、私的支配関係において、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれの態様・程度が社会的な許容限度を超えるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条・90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用により、私的自治の原則を尊重しつつ私人間の利益相互の適切な調整を図る方途も存する、とされる。

このような判例の見解は、憲法の人権規定の私人間効力に関する学説上の「間接適用説」と呼ばれる見解を採用したものと説明されることが多い(もっとも、判例の見解を後述の「無適用説」と捉える学説もある)。「間接適用説」とは、民法等の私法の一般条項の解釈・適用に際し、憲法の人権保障の趣旨を反映させることにより、間接的に憲法の人権規定の効力を私人間に及ぼそうとする見解であり、従来の学説では通説的見解となっている。

これに対し、学説では、①私人間の関係においても、一方が大企業などの「巨大な私人」であり「社会的権力」に当たる場合に関する限り、憲法の人権規定を直接に適用することを認めるべきであるとする「直接適用説」、②憲法の条項中、私人間での適用が明文で規定されているもの(例、15条4項)以外は、私人間には適用されるべきではない、とする「無適用説」がある。しかし、「直接適用説」に対しては、私的自治の原則・契約自由の原則と相容れないのではないか、公権力に対する権利という憲法上の人権の本質を薄めるのではないか、との批判が加えられており、「無適用説」に対しては、私人間の基本的な自由・平等の侵害を放置することになるのではないか、それに対する救済が不十分となるのではないか、という批判が加えられている。

「直接適用説」・「無適用説」に対するこれらの批判を考慮するならば、「間接適用説」が基本的な枠組みとしては妥当のようにも思える。ただし、ひとくちに「間接適用説」と言っても、私法の一般条項の解釈に際し憲法の人権規定の趣旨をどの程度まで考慮するかによって、実質的に、「直接適用説」に近づくこともあれば、「無適用説」に近づくこともある。その意味では、私人相互間の基本的な自由・権利の調和を図るための比較衡量の基準を

精緻化することこそが重要であるとする。

〔出題意図〕

本学大学院法学研究科修士課程法律学専攻の出願者が、一般入試における専門科目の試験科目として憲法を選択する場合、入学後に憲法に係る授業科目を履修しようとする場合が少なくない。憲法学の基本的な論点に関する基礎知識・理解は、その学修に際し前提となるべきものである。そこで本問は、憲法学における最も基本的な論点の一つである、憲法の人権規定の私人間効力について、基礎知識・理解度・論述能力を問おうとするものである。

〔問題〕

問2 現行憲法下における抽象的違憲審査制の導入の可否について、代表的な関連判例・主な学説にも触れながら論じなさい。（50点）

〔解答例〕

設問においては、現行憲法における違憲審査制の性格が論点となる。

この論点に関連する、最高裁判所の代表的な判例は、警察予備隊違憲訴訟判決である。ここでは、以下のような趣旨が判示されている。①裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、司法権の発動には具体的な争訟事件の提起を必要とする。②現行制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何らの根拠も存しない。

この判決は、そのように解する根拠として、具体的事件を離れて行われる抽象的違憲審査を認めると、違憲訴訟が頻発し、最高裁判所が他のすべての国家機関の上位に立つ観を呈し、三権の独立・均衡、民主政治の根本原理に背馳する恐れがあることを挙げている。

このような判例の見解は、現行憲法における違憲審査制の性格について、学説上の「付随的違憲審査制説」を採用したものと解されている。「付随的違憲審査制説」とは、裁判所の違憲審査権は、司法権に付随してのみ行使し得るものであり、司法権とは、法律上の争訟（具体的な事件・争訟）に関する裁判を行う権限である、とするものである。この説は、（ア）最高裁判所の違憲審査権を定める憲法81条は憲法第6章「司法」の中に置かれている規定であること、（イ）抽象的違憲審査は、比較法的に見ても、司法裁判所とは別に設置される「憲法裁判所」によって担われるものであり、しかも、その提訴権者・判決の効力についても憲法上の明文規定が置かれているのが通常であるところ、日本国憲法にはかかる明文規定がないこと、を挙げている。この説によると、現行憲法下では抽象的違憲審査制の導入は認められず、その導入には憲法改正が必要である。

これに対し、学説では、（1）付随的違憲審査は司法権が裁判所に属することを規定する

憲法 76 条によって認められるものであり、それとは別に憲法 81 条の規定が置かれているのは、付随的違憲審査とは別に、抽象的違憲審査の権限を最高裁判所に認めたものと解すべきである（ただし、その導入にはその手続を具体化する法律の制定が必要である）、とする説、（２）現行憲法は抽象的違憲審査を積極的に認めているとはいえないが、排除しているとも言い切れず、法律によって最高裁判所に抽象的違憲審査の権限を付与することも許容される、とする説もある。

たしかに、警察予備隊違憲訴訟判決が「憲法上及び法令上」何らの根拠も存しないと述べているのは、裏返せば、法律による抽象的違憲審査制の導入も許容されることを示唆している、と見る余地もないではない。また、現行の法律においても、法律上の争訟以外についても裁判所の裁判権を認めている場合があり（例、いわゆる客観訴訟の場合）、判例・通説もそれを違憲としてはいないのであるから、実は、必ずしも法律上の争訟の裁判に付随する形でしか違憲審査を行えないというわけでもない。しかしながら、その場合においても、特定の具体的な措置の効力・適法性についての裁判の前提として違憲審査が行われうるとどまり、法律の規定自体の効力・合憲性を争うものとしての抽象的違憲審査が認められているわけではない。さらに、憲法裁判所型の抽象的違憲審査における法律違憲判決は、法律の規定自体を無効とする一般的効力を伴うものであり、かかる効力を有する判決を下す権限はきわめて強力な権限であって、憲法の明文規定なくしてそのような権限を最高裁判所に認めることは、国会を「国権の最高機関」にして「国の唯一の立法機関」と定める憲法 41 条の規定に必ずしもそぐわないのではないか。そのように考えると、現行憲法下では、少なくとも憲法裁判所型の抽象的違憲審査制の導入は認められない、と解するのが妥当であると思われる。

〔出題意図〕

本学大学院法学研究科修士課程法律学専攻の出願者が、一般入試における専門科目の試験科目として憲法を選択する場合、入学後に憲法に係る授業科目を履修しようとする場合が少なくない。憲法学の基本的な論点に関する基礎知識・理解は、その学修に際し前提となるべきものである。そこで本問は、憲法学における最も基本的な論点の一つである、現行憲法における違憲審査制の性格について、基礎知識・理解度・論述能力を問おうとするものである。

令和 7 年度 大学院法学研究科修士課程第Ⅱ期試験問題

【法律学専攻】

試験科目	刑法
------	----

【六法（判例の記載されていないもの）の参照】

☒ 許 可 ・ ☐ 不 許 可

【1】と【2】の両方に解答せよ。【1】と【2】のどちらから解答しても構わないが、どの設問に対する解答なのかを明確にすること。

【1】以下の事例における X の罪責を検討せよ。但し、特別法違反について論じる必要はない。

事例：X は、A を殺害する意図で、路上を歩いている A に向けて発砲した。弾丸は A に命中したが、意外にも A の近くにいた B にも命中し、A は負傷し、B は死亡した。なお、X には、B に弾丸が命中する認識はなかった。

【2】人の始期について論ぜよ。

【1】の出題意図

具体的事実の錯誤における方法の錯誤の事例を通して、刑法総論の基礎的理解を問うものである。方法の錯誤においては、抽象的法定符合説（数故意犯説）、抽象的法定符合説（一故意犯説）、具体的法定符合説が主張されているので、それぞれの見解の内容、それぞれの見解を当該事例にあてはめた際の結論、それぞれの見解に対してなされている批判を説明する必要がある。その上で、解答者が妥当と考える見解とその理由を示し、解答者が妥当と考える見解の立場から、当該事例を検討することが求められる。

【1】の解答例

1 A に対する X の罪責

X は、殺意をもって A に対して発砲しており、この行為は生命という法益を侵害する現実的危険性を有する行為なので、殺人罪の実行行為といえる。もっとも、弾丸は外れ A は死亡していないので、X には、A に対する殺人未遂罪（203 条、199 条）が成立する。

2 B に対する X の罪責

上述のように、X の発砲行為は殺人罪の実行行為といえる。B が死亡しているので、殺人という結果も発生している。X の発砲行為がなければ、B が死亡することはなかったので、条件関係が認められ、更に、X の発砲行為の危険には、B の生命を侵害する危険性も含まれているので、因果関係も認められる。

もっとも、X は発砲時に A の死亡という事実を認識していたが、実際に発生した事実は B の死亡であったので、行為者が狙っていた客体とは別個の客体に法益侵害結果を発生させた場合である「方法の錯誤」に該当し、B の死亡に対して故意が認められるか問題になる。

この点、犯罪の故意が認められるためには、構成要件該当事実の認識が必要であるが、法益主体の個別具体性が構成要件的评价として重要性を有すると考え、個別具体的な法益主体の認識を要求する具体的法定符合説によれば、A と B は異なる法益主体であり、A の死亡という事実と B の死亡という事実は、客観的にみれば別個の構成要件該当事実であるから、B に対して故意を認めることはできず、X には、せいぜい B に対する過失致死罪

（210 条）が成立するにすぎない。しかし、A であれ B であれ、人を殺す意思で行動してその結果を発生させたのであるから、本来被害を受けるはずのなかった被害者の立場からは、本事例のような行為者の手もとが狂った場合（方法の錯誤）も、行為者が狙い通りの客体に法益侵害結果を発生させたが行為者が思っていた客体ではなかった場合（客体の錯誤）と同様に扱うべきであり、故意に殺されたという素朴な法感情を無視することはできない。また、同説によれば、客体の錯誤の場合には故意が認められ、方法の錯誤の場合には故意が認められないことから、問題となる錯誤が客体の錯誤なのか方法の錯誤なのかの区別が重要になるが、その区別が困難な場合、例えば、「X が A を殺そうとして、ある晩、A の乗用車に爆弾を仕掛けたが、翌朝、意外にも A の妻 B が運転したため B が死亡

した」場合も存在する。よって、この見解は妥当ではない。

以上を踏まえると、犯罪の故意が認められるためには、構成要件該当事実の認識が必要であるが、法益主体の個別具体性は構成要件的に同価値であると評価し得ることから重要ではないと考え、個別具体的な法益主体の認識を要求しない抽象的法定符合説が妥当である。同説の立場からは、行為者の認識しなかった法益主体に対して結果が発生した場合であっても、なお現実が発生した結果について故意が認められることになるため、XにはBに対する殺人罪（199条）が成立する。

もっとも、同説の中には、故意の個数を問題にして、1人の人を殺す意思（1個の故意）しかない場合は、1個の故意犯しか成立しないと考える見解（一故意犯説）も存在する。この見解に対しては、誰に故意犯を成立させるべきかの基準について様々な見解が主張されているが、仮に、「第一次的には重い結果発生客体に故意犯を認め、第二次的には侵害を意図した客体に故意犯を認める」と考えるならば、Aは負傷で、Bは死亡であるから、Xには、Bに対する殺人罪（199条）が成立することになる。しかし、仮に時間の経過によりAも死亡した場合に、Aとの関係では過失致傷罪であったものが殺人罪となり、Bとの関係では殺人罪であったものが過失致死罪に変化することになるため、「故意犯か過失犯かは行為者の認識内容による」という従来の考え方と矛盾が生じる。また、この見解は、具体的に誰に対して故意犯が成立するのかの基準が論者によって分かれており、明確性に欠ける点も問題といえる。よってこの見解も妥当ではない。

従って、1個の故意しかなくても数個の故意犯を認める見解（数故意犯説）が妥当であり、判例もこの見解を採用している。同見解からは、行為者の認識の対象となる事実は同一の構成要件の範囲内で抽象化されると考え、故意の個数は問題にならない。よって、Aの死亡もBの死亡も殺人罪という同一の構成要件に該当する事実であるから、実現事実に対する故意が肯定され、XにはBに対する殺人罪が成立する。同見解に対しては、行為者が1個の故意しかない場合に2個以上の故意犯の成立を認めることは、故意の個数を無視する点で責任主義に反するとの批判があるが、2個以上の故意犯の成立を認めたとしても、刑法54条1項前段の観念的競合として扱うことで、実際の科刑上不当な結論にはならないので、責任主義には反しないと考える。

3 結論

以上から、XにはAに対する殺人未遂罪（203条、199条）と、Bに対する殺人罪（199条）が成立し、これらの結果は1つの行為（発砲行為）によって生じているので、両罪は観念的競合（54条1項前段）の関係に立つ。

【2】の出題意図

人の始期をテーマとして、刑法各論の基礎的理解を問うものである。人の始期については、大別すると、①独立生存可能性説、②陣痛開始説、③全部露出説、④独立呼吸説、⑤一部露出説、が主張されているので、それぞれの見解の内容、それぞれの見解に対する批判を説明する必要がある。その上で、解答者が妥当であるとする見解とその理由を示すことが求められる。

【2】の解答例

人の始期、すなわち出生は、胎児と人を区別する概念であり、胎児を行為客体とする堕胎罪と人を行為客体とする殺人罪等を区別する上で重要な意味を持つが、刑法上、出生とはどの時点をいうのかについては争いがあり、この問題については、大別すると、①独立生存可能性説、②陣痛開始説、③全部露出説、④独立呼吸説、⑤一部露出説、が主張されている。以下、順に検討していくこととする。

① 独立生存可能性説は、母体保護法 2 条 2 項が「この法律で人工妊娠中絶とは、胎児が母体外において、生命を保続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出することをいう」と規定しており、胎児が母体外において生命を保続することのできない時期は、妊娠満 22 週未満であるとされていることから、胎児が母体外で独立して生存する可能性を獲得した時点（妊娠満 22 週）を人の始期とする見解である。しかし、この見解からは、妊娠満 22 週未満の胎児を殺害した場合に、多くの場合は人工妊娠中絶（母体保護法 2 条 2 項）が認められることから堕胎罪は成立せず、一方で妊娠満 22 週以降の胎児を殺害した場合には殺人罪が成立することになるため、堕胎罪の意義が没却されることになることや、独立生存可能性があっても母体内にいる胎児は胎児であり、これを殺人罪や傷害罪の客体としての「人」とみることが罪刑法定主義に反する可能性があるため、この見解は妥当ではないといえよう。

②陣痛開始説は、陣痛開始の時点において、母体の子を外部に排出しようとする動きが開始したことになり、それは母体内における発育の完了を示す自然的な兆候にほかならないとし、人としての刑法的保護を開始すべきと考えることから、陣痛開始時を人の始期とする見解である。しかし、陣痛開始時は人によって異なることや陣痛開始時点を確認することが困難であることに加えて、陣痛がまだ開始されていない時点で帝王切開が行われる場合の出生時点が不明確であることから、この見解は妥当ではないといえよう。

③全部露出説は、危険・困難な出産過程を乗り越えた段階で、初めて人としての保護価値が高まると考えることや、民法 3 条 1 項が「私権の享有は、出生に始まる」とし、この出生は全部露出の時点の意味すると一般的に理解されていることから、民法と刑法とで人の始期を一致させるべきとの考えから、胎児が母体から全部露出した時点の人を人の始期とする見解である。しかし、将来医学の進歩により出産がほとんど危険を伴わなくなった場合には、この見解からは、一部露出以前の段階にある胎児も人ということになりかねない。

また、民法と刑法とで人の始期を必ずしも一致させる必要性はないことや、母体からほぼ全身が露出しているが一部母体内に残っている胎児を殺害した場合に、この見解からは、堕胎罪にしかならないのは人としての保護が遅すぎるといえる。よって、この見解は妥当ではないといえよう。

④独立呼吸説は、全部露出後に、胎児が母体外で独立に肺呼吸を行う状態になった時点人を人の始期とする見解である。しかし、この見解は、③の全部露出説と同様に、人としての保護が遅すぎることや、この見解からは、出産後から独立呼吸までの間は堕胎罪や殺人罪による保護を受けられないことになる。よって、この見解は妥当ではないといえよう。

以上を踏まえると、胎児の身体の一部が外部に露出した時点から、胎児に対する直接の攻撃が可能になることから、その時点から人としての刑法的保護を与えるべきと考え、胎児が母体から一部露出した時点人を人の始期とする、⑤一部露出説が妥当であり、判例も一部露出説を採用している。もっとも、一部露出説に対しては、「人であるかどうかは客体の価値によって決すべきであり、直接に攻撃することができるかどうかという基準は、行為の態様によって客体の性質を区別しようとするものであり、基準として妥当ではない」、「ひとたび胎児の身体の一部が露出した後に再び胎児が母体内に戻った場合に、どう考えるのが不明確である」との批判がある。しかし、前者の批判については、一部露出説は、胎児の身体の一部でも露出すれば胎児に対する直接の攻撃が可能になるから、人としての保護に値すると解しているのであるから、その意味では客体の価値を考慮していないわけではなく、母体内か母体外かで客体の価値は異なると考えているといえよう。このように考えると、後者の批判についても、一部露出説からは、かりに胎児が母体内に戻ることがあったとしても、既に人としての保護に値する段階に達したと判断すべきことになる。また、実際の観点としても、胎児が母体から分離後に死亡した場合に、その原因となった攻撃が、一部露出後のものか全部露出後のものかについては区別することが、実際のところ困難であることが多いが、胎児が母体内にいる時に起きたものか、母体外で起きたものかの区別は可能であることが多いことを踏まえると、一部露出説が妥当であると考え

※なお、【1】と【2】の解答例作成にあたり、参考にした文献については、省略する。