

慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）
2022 年度入学試験 法学既修者コース 法律科目試験 出題趣旨

【憲法】

本問は、私立大学内部での教室使用に関する問題であり、集会の自由（憲法 21 条）がストレートに使える事案ではない。本問の中心的な論点は、むしろ、本問における教室使用を、学生の学問研究の自由（憲法 23 条）として位置づけられるかどうかである（憲法 21 条を中心に理論構成することが完全に否定されるわけではないが、私立大学内部の問題であることを踏まえた周到な戦略が必要であった。パブリックフォーラム論についても同様で、その使用自体は完全に否定されないが、地方自治法上の「公の施設」でない以上、泉佐野市民会館事件判決〔最判平成 7 年 3 月 7 日・民集 49 卷 3 号 687 頁〕のような構成が単純にとれないことは多言を要しない）。したがって、答案構成を行ううえで、ポポロ事件判決（最大判昭和 38 年 5 月 22 日・刑集 17 卷 4 号 370 頁）が頭に浮かんだかどうかで答案の成否を分けるポイントとなった。「学生」が学問の自由の享有主体たりうるかを検討したうえで、本問のシンポジウム（学生の集会）が「真に学問的な研究・発表」といいうるのか、それとも、「実社会の政治的社会的活動」にすぎないのかを、事実を踏まえて丁寧に検討できているかが本問の重要な評価要素であった。

かような検討に加えて重要になるのが、大学の自治が司法審査の具体的なあり様にどのような影響を与えるか、である。一般に、大学の自治を根拠に、大学の施設・学生の管理は大学の自主的判断に基づいてなされなければならないと解されており、本問の大学の判断（使用不許可）に対して裁判所がどこまで、またどのように審査できるか（すべきか）が問題となる（富山大学事件判決。最判昭和 52 年 3 月 15 日・民集 31 卷 2 号 234 頁）。特に本問の B 大学は「比較的保守的な校風を有する大学」であり、司法審査のあり様については、このことも考慮に入れる必要があった。この点で、本問の解答においては昭和女子大学事件判決（最判昭和 49 年 7 月 19 日・民集 28 卷 5 号 790 頁）への言及がほしいところであった。

【民法】

〔設問1〕は、将来債権譲渡の効果について、建物の賃料債権の譲渡を題材にして、賃料債権の譲渡後に賃借人が賃貸人たる所有者から目的物の所有権を取得した場合に、債権譲渡の効果がどのような影響を受けるかを問うものである。将来債権譲渡が有効に成立するための要件を確認したうえで、賃借人が賃貸人たる所有者から目的物の所有権を取得した場合に、賃料債権が消滅する法的根拠をどのように説明するか、それに基づいて賃借人（現在の建物所有者）が賃料債権の消滅を主張した場合に、賃料債権の譲受人としてはどのような反論をすることが可能か、その理由を説明することが、解答のポイントとなる。

EはCに対し、AC間の本件建物の賃貸借契約およびAE間の債権譲渡契約に基づき、2021年7月分以降の賃料（2021年9月時点では7・8・9月分）の支払を請求することが考えられる。

AE間の賃料債権譲渡は、将来債権譲渡であるが、債権の発生原因、始期・終期、および債権額が特定されており、有効であると解される（民法466条の6第1項）。Eは債権譲渡の債務者対抗要件（民法467条1項）も具備している。

これに対し、Cは、本件建物の賃貸人で所有者でもあるAから本件建物を購入し、所有権を取得したことにより、賃借人の地位と賃貸人の地位が同一化し、賃借権が消滅するゆえに、賃料支払債務（Eの賃料債権）も消滅すると反論することが考えられる。その理由として、所有権と物権の混同に関する民法179条1項の法理、債権の混同に関する民法520条の法理等を参考にした論述、将来債権譲渡は、たとえ対抗要件を具備したとしても、将来債権の発生を保証するものではなく、譲受人は「発生した債権」を当然に取得する（民法466条の6第2項）ものである等の主張が考えられる。

これに対するEの反論としては、CのAに対する賃料債権が第三者Eに譲渡されたことにより、すでに第三者の権利の目的となっており、CA間に生じた事情によって消滅しないとの主張（民法179条1項ただし書の法理、520条ただし書の法理等を参考にした論述）も考えられる。これに対し、Cは、これらの法理はまだ発生していない権利については妥当しないと反論することが考えられる。そこで、Eは、たとえ賃借人の所有権取得によって賃料債権が消滅するとしても、賃貸人と賃借人との人的関係（賃貸人Aの代表取締役が賃借人Cの取締役を兼ねている等）、当該建物を譲り受けるに至った経緯（Eへの債権譲渡の直後に本件建物をCが譲り受けている等）、その他諸般の事情に照らして、賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則（民法1条2項）上許されない特段の事情がある等の主張をすることが考えられる。

〔設問2〕は、詐害行為取消権の要件および効果について、債務者が所有する根抵当権付き不動産を時価より安く売却し、売却代金をもって根抵当権の被担保債権を弁済した事案を題材にして、詐害行為が成立するか、成立するとした場合に取消しの効果がどうなるかを問うものである。債権者が主張すべき詐害行為取消しの内容および相手方を明確にし、詐害行為取消権の要件該当性を検討したうえで、受益者が主張しうる反論について、その根拠を

明確にして論じることが、解答のポイントとなる。

債権者Eは受益者Cを相手方として（民法424条の7第1項1号）、債務者Aと受益者Cの間の本件建物の売買契約を詐害行為として取り消し、500万円の価額償還を請求することが考えられる。Eは、詐害行為取消しの要件（民法424条1項）として、AC間の本件建物の売買契約（詐害行為）よりも前にEの債権が存在していたこと、当該債権の履行期が到来していること、Aが無資力（銀行取引停止処分を経て事実上倒産）であって、債権保全の必要性があること、本件建物を3500万円で売却したことによってEの債権の弁済が得られる見込みがなくなることをAが認識していたことを主張する必要がある。

また、詐害行為取消しの内容として、EはCに対し、本件建物の価額（4000万円）からDの被担保債権額を控除した残額（700万円）のうち、被保全債権額（500万円）の限度で価額償還を請求すること（民法424条の6第1項後段、424条の8第2項）が考えられる。その際、EはCに対して直接支払を請求することができ、CがEに支払をしたときはAに対してその支払をすることを要しない（民法424の9第2項、424条の6第1項後段、424条の9第1項後段）。

これに対するCの反論として、CはAC間売買が債権者を害することについて善意であったとの主張（民法424条1項ただし書）、本件建物の売買は相当な代価による処分であるとの主張（民法424条の2）が考えられる。

【刑法】

問題1は、刑法総論・各論全体に関する基本的理解を確認する趣旨である。各事例における成立罪名及び判断のポイントは下記のとおりである（字数制限に鑑み、理由は、何が問題であるかの理解が一応伝わるものであれば十分に評価した）。

①では、抽象的事実の錯誤の場合には構成要件が重なり合う限度で故意既遂犯の成立を肯定する判例の立場によれば、予期に反するために未必的故意も認定できないBの自動車損壊について、器物損壊罪の成立は認められない。そのため、成立するのはAに対する殺人未遂罪（203条、199条）のみである。

②では、死者に占有は認められない上に、殺害犯人が死亡直後に領得する事例のように全体的考察による占有侵害を認めること（最判昭和41年4月8日・刑集20巻4号207頁）もできない。そのため、窃盗罪ではなく占有離脱物横領罪（254条）が成立する。

③では、自らの刑事事件の証拠であっても、他人を教唆して隠滅させるのであれば証拠隠滅教唆罪（61条1項、104条）が成立するというのが判例の立場である。

④では、保険金騙取の目的で得られた承諾によっては違法性を阻却されず、傷害罪（204条）が成立するというのが判例（最決昭和55年11月13日・刑集34巻6号396頁）の立場である。

⑤では、侵入窃盗犯人が誰にも発見、追跡されずに約1キロメートル離れた公園に至り、その後現場に戻った事案で窃盗の機会の継続を否定した判例（最判平成16年12月10日・刑集58巻9号1047頁）によれば、事後強盗罪は成立しない。そのため、成立するのは、住居侵入罪（130条前段）、窃盗罪（235条）、傷害罪（204条）である。

⑥では、交通事件原票中の供述書は、文書の性質上、名義人以外の者の作成は法令上許されないため、他人名義で作成し提出すれば、その他人の承諾を得ていたとしても有印私文書偽造・同行使罪（159条1項、161条1項）が成立するというのが判例（最決昭和56・4・8刑集35巻3号57頁）の立場である。

⑦では、類似する事案で、行為者が不正な行為により自ら侵害を招いたものといえることなどを理由に何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないとした判例（最決平成20年5月20日・刑集62巻6号1786頁）によれば、正当防衛・過剰防衛とはならず、傷害罪（204条）が成立する。

⑧は、いわゆる利益窃盗として不可罰である。なお、タクシー乗車時には代金支払いの意思があるために、逃走時には運転手の処分行為に向けた働き掛けがないために、欺罔行為が認められず、2項詐欺罪も成立しない。

⑨では、公務員が一般的職務権限を異にする他の職務に転じた後に前の職務に関して賄賂の供与があった場合であっても、供与当時に受供与者が公務員である以上、賄賂罪が成立するとの判例（最決昭和58年3月25日・刑集37巻2号170頁）によれば、収賄罪（197条1項前段）が成立する。

⑩では、村長が銀行に預け入れた公金について占有を認める判例（大判大正元年10月8

日・刑録 18 輯 1231 頁) によれば、業務上横領罪 (253 条) が成立する。

問題 2 は、X が刑事未成年者 (13 歳) である長男に指示命令して建造物侵入及び強盜を行わせた事例を素材として、間接正犯及び共同正犯に関する基本的理解、とりわけ各成立要件に関する具体的事実をとりあげて適切に評価する能力を問う趣旨である。事実関係は、刑法総論の学習上の基本判例の 1 つである最決平成 13 年 10 月 25 日・刑集 55 卷 6 号 519 頁をベースとしている。答案における論述が、上記判例の「本件当時 B [=被告人の 12 歳 10 か月の長男] には是非弁別の能力があり、被告人の指示命令は B の意思を抑圧するに足る程度のもではなく、B は自らの意思により本件強盜の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盜を完遂したことなど……の事情に照らすと……間接正犯が成立するものとは認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盜を計画し、B に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盜の実行を指示命令した上、B が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると……強盜の教唆犯ではなく共同正犯が成立する」という判示の理解を踏まえたものになっているかを重視して採点を行った。

【商法】

1.〔設問1〕について

本問は、利益相反取引（直接取引）の相手方である A が議決に参加して行った、当該利益相反取引（直接取引）を承認する取締役会決議の効力について問う問題である。

本問の解答に当たっては、まず、本件取締役会決議について、A が「特別の利害関係を有する取締役」であるため、本来は「議決に加わることができない」（会社 369 条 2 項）にもかかわらず、A が議決に加わっていることを述べる必要がある。その際には、「特別の利害関係を有する取締役」及び「議決に加わることができない」の意義も明らかにすることが望ましい。

そうすると、本件取締役会決議は、特別の利害関係を有する取締役が議決に参加してした取締役会決議であるため、その効力が問題となる。この点については、最判平成 28 年 1 月 22 日・民集 70 卷 1 号 84 頁が、水産業協同組合法における、会社法 369 条 2 項と同様の規定（水産業協同組合法 37 条 2 項）の適用が問題となった事案においてであるが、「漁業協同組合の理事会の議決が、当該議決について特別の利害関係を有する理事が加わってされたものであっても、当該理事を除外してもなお議決の成立に必要な多数が存するときは、その効力は否定されるものではないと解するのが相当である」と判示しているため、かかる見解に立つことが考えられる。ただし、招集通知漏れのある取締役会決議の効力に関する判例（最判昭和 44 年 12 月 2 日・民集 23 卷 12 号 2396 頁）の見解に準じて、「特別の利害関係を有する取締役が議決に参加した場合は、当該取締役の議決への参加が議決の結果に影響を及ぼさなかったと認められる特段の事情がない限り、取締役会決議は無効である」とする見解に立つことにも合理性が認められるであろう。

このように自分がどのような見解に立つのかを明らかにした上で、本問での当てはめをする必要がある。本件取締役会決議については、A の議決権行使を除外すると、決議は成立しないため（B は賛成、C は反対）、上記二つの見解のいずれに立った場合でも無効であると解することになる。

2.〔設問2〕について

本問は、本件契約の効力について問う問題である。仮に本件契約が無効であれば、甲社は A の請求（本件契約に基づく債務の履行の請求）を拒むことができることになる。

この点について、本件契約の締結は直接取引である利益相反取引（会社 356 条 1 項 2 号）に当たること、利益相反取引をするときは、取締役会において当該取引につき重要な事実を開示し、承認を受けなければならないこと（会社 356 条 1 項 2 号・365 条 1 項）、及び、本件契約の締結については本件取締役会決議を経ているが、本件取締役会決議は無効であることから、本件契約の締結は、取締役会決議を欠く利益相反取引（直接取引）となる。そこで、取締役会決議を欠く利益相反取引（直接取引）の効力が問題になるところ、判例（最判昭和 43 年 12 月 25 日・民集 22 卷 13 号 3511 頁）は、「取締役が右規定〔会社法では 356

条1項2号・365条1項)に違反して、取締役会の承認を受けることなく、右の如き行為をなしたときは、本来、その行為は無効と解すべきである。このことは、同条は、取締役会の承認を受けた場合においては、民法108条の規定を適用しない旨規定している反対解釈として、その承認を受けないでした行為は、民法108条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効となることを予定しているものと解すべきであるからである。」と判示しているため、かかる判例の見解に立った論証をすることが考えられる。

なお、本件契約の締結については、「重要な財産の処分」(会社362条4項1号)に当たるかどうか問題になりうる。ただし、この点は容易に否定できるため、(一応検討することが望ましいが)詳細な検討までは不要である。

また、本件契約の締結がいわゆる代表権の濫用に当たるかどうかを問題とする余地もある。もっとも、代表権の濫用は会社の代表者としての権限に属する法律行為について問題とされるところ、上記のように、本件契約の締結は取締役会決議を欠く利益相反取引に当たるため、代表権の濫用は必ずしも問題にしなくてよいと考えられる。

【民事訴訟法】

問1 (50点)

本問は、既判力と相殺の抗弁との関係を問う問題である。ポイントは、①既判力の客体的範囲の原則を定める民訴法114条1項とその例外を定める同条2項の趣旨および関係が正しく理解されているか、②上記の原則と例外を踏まえて本件事案における既判力の具体的な作用が適切に論じられているか、③既判力に抵触する訴えの処理方法が既判力の作用に関する拘束力説を踏まえて、適切に論じられているか、などである。

問2 (50点)

本問は、権利自白について問う問題である。ポイントは、①本問が権利自白の事案であることが正しく理解されているか、②権利自白に事実自白と同様の法的効果が認められるかという問題が適切に論じられているか、③本問で問われているのが、裁判所に対する判断拘束効の問題ではなく当事者に対する撤回制限効の問題であることが正しく理解されているか、④権利自白に撤回制限効を認める立場をとる場合に撤回制限効の作用とその例外が適切に論じられているか、などである。

【刑事訴訟法】

場所に対する捜索令状に基づく捜索の際に捜索場所に居合わせた人物が捜索場所に所在した物件を身体に隠匿した事案を素材として、誘導形式により、令状主義の趣旨や機能についての基本的な知識・理解を問うとともに、法規範のあてはめの基本的な能力を試す。

設問 1

憲法 35 条、刑訴法 218 条 1 項。

※ 多くの答案が憲法上の根拠として、憲法 35 条を挙げていた。しかし、刑訴法に関しては、捜査に関する総則的規定である 197 条 1 項や、「裁判所」が主語である 102 条を挙げる答案が少なくなかった（107 条などを挙げるものも散見された）。憲法および刑訴法について「それぞれ一つ」条文を示せという指示があるにもかかわらず複数の規定を羅列した答案については、「数打ちゃ当たる」を許容しない観点から減点した。

設問 2

憲法 35 条 1 項は、捜索について「正当な理由」を要求する。これを受けて、刑訴法 222 条 1 項が準用する 102 条 2 項は、被疑者以外の者の「住居その他の場所」の捜索の要件として、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」の存在を要求している（押収の目的物に関する 222 条 1 項・99 条 1 項の規定を反映させれば、この要件は「証拠物（・没収対象物）存在の蓋然性」を意味することになる）。そして、そのような状況の存在は、令状の請求に際して疎明しなければならない（規則 156 条 3 項）。（なお、刑訴法 222 条 1 項の準用する 102 条 1 項は、被疑者の住居等の捜索にはそのような要件を課しておらず、規則もこの点につき明示的に疎明を求めているではない。しかし、これは、被疑者の支配する領域については証拠物存在の蓋然性が一般的に推定されることによるものであって、証拠物存在の蓋然性を不要とする趣旨ではない。個別の事案でその存在に疑いが生じれば、当然、疎明を要することになる。）

本問においては、（被疑事実について疎明が成立する程度の嫌疑があることを前提にすれば、その）証拠物は①乙方に所在し丙方には所在しない、②乙方には所在せず丙方に所在する、③乙方と丙方の双方に分散して所在する、④乙方と丙方のいずれにも所在しない、という 4 通りの可能性がある。J が乙方・丙方の双方について令状を発することをせずに「どちらか一方」にするよう M に促していることからすれば、当初の令状請求の時点で J がどのような判断をしていたかは自ずと推測できるであろう。答案では、それを所定の 10 行以内という分量で的確に説明することが求められる。

設問 3

人の身体（身体に密着する着衣を含む）のプライバシーは、住居のプライバシーに包

撰されているとはいえ、かえって、それらとは別個独立の（しかも、より強い）保護に値する。刑訴法 219 条 1 項や 222 条 1 項により準用される 102 条 1 項・2 項が、「身体」と「場所」を書き分けていることもそのような考え方に基づくものというのが一般的な理解である。

このことを踏まえて、下線部④のポケットが下線部③の「搜索すべき場所」に「含まれる」か否かを所定の 5 行以内という分量で端的に述べることが求められる。

※ 設問 4 で問題とされるような事情が存する場合には例外的に着衣も搜索すべき場所に取り込まれるとする見解もあるが、そのような見解も、一般論としては人の着衣が搜索場所に含まれないことを当然の前提としている。しかも、そのような見解は設問 4 の説明で示す 2 つの構成がいまだ明確に示されていなかった古い時代のものである。したがって、本問において「含まれる」という結論を採る場合、前記の一般論について例外を設定することが可能な理由、および、すでに過去のものとなった説を今あえて採用する理由を説得的に述べる必要がある。

設問 4

設問の指示によりポケットが「搜索すべき場所」に含まれないのであれば、ポケットを「丙方」の一部と見て「搜索」の対象とすることはできない。そして、着衣のポケットが「身体」に当たるのならば、ポケットの中身を点検・確認するためには、丙の「身体」の搜索を許す令状を別途得るほかなく、下線部⑤の M の行為は違法と評価するほかないことになりそうである。しかし、この結論は、搜索の実施中に捜査官の面前で行われた罪証隠滅行為を黙認せよと強いるに等しい。そこで、そのような結論を回避すべく、学説上、次の 2 つの構成が主張されている。

① 強制処分は「個人の意思を制圧し」て目的を達することのできる行為である（最三小決昭和 51 年 3 月 16 日・刑集 30 卷 2 号 187 頁＝百選 1 事件）。そして、刑訴法 218 条 1 項は、そのような強制処分としての搜索の権限を捜査機関に付与する規定である。そうである以上、同項は、妨害に遭った場合に実力をもってそれを阻止・排除して搜索の目的を達成する権限を捜査機関に与えているはずである。搜索の対象とすることができる場所の一部を成すはずの「物」（本問では封筒）を、搜索することのできない着衣に移動させる行為も搜索の妨害にほかならないから、同様に、実力でそれを排除する（取り戻す）ことができる。これは、場所についての搜索の最中に、その場に居合わせた人物が床の上に置かれた物件を踏みつけて破壊しようとしたり、机の上に置かれた封筒を手で掴んで窓の外に投げようとしたりした場合に、捜査機関が、それらの妨害行為を実力で制止して搜索を完遂することができるのとまったく同じである。

② 搜索に際しては、「錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができる」ところ（222 条 1 項が準用する 111 条 1 項）、「錠をはずし、封を開き」は例示に過ぎず、これ以外の行為であっても、搜索の実効性確保のために必要であり、かつ社会通念上相当であ

れば（最一小決平成14年10月4日・刑集56巻8号507頁=百選A6事件参照）、「必要な処分」として実施することができる。捜索場所に居合わせた人物が捜索場所に所在し捜索令状の効力が及ぶはずの物件を捜索令状の効力の及ばない着衣に移動させた場合において、当該物件を令状の効力の及ばない着衣から令状の効力の及ぶ場所へと復帰させる行為（原状回復措置）も、捜索の実効性確保のために必要であり、かつ、社会通念上相当と言えるならば、場所の捜索に「必要な処分」として許される。

答案では、いずれかの構成を採用した上で、設問中の事実を摘示して法規範にあてはめ、結論を説得的に導出することが求められる。

※ ポケットの捜索が身体の捜索に当たり許されない以上、Mがポケットに手を入れて封筒を取り出す行為を適法とするためには、Mの行為が「丙の身体への捜索」ではなく、「丙方という場所の捜索」の一環なのだという説明を成立させなければならない。そこで、①「丙方という場所の捜索」を「妨害する行為を排除」しているのだとか、②「丙方という場所の捜索」に「必要な処分」なのだとかいう構成をするのである。ところが、このような議論の出発点を正しく認識することができていない受験生が大多数であり、とりわけ、構成②を採りつつ、「必要な処分」として「ポケットの捜索」（すなわち身体への捜索）をすることができると述べるものが多数見受けられた。学習に際しては、教科書等における論理の運びをよく検討するよう求めたい。（なお、妨害を排除して取り戻すことのできた封筒、あるいは、原状に復帰した封筒の中身を確認する行為は、丙方の室内にあるタンスの引き出しを開けて中身を確認するのとまったく同様に「丙方という場所の捜索」そのものである。）

このほか、「必要な処分」説を採りながらその適法性の判断に任意捜査における有形力行使の適法性の基準（前掲百選1事件）を適用する答案も少なからず存在したが、「必要な処分」を実施するに際して強制に及ぶことはもともと想定されている（例えば、現場に居合わせた者が金庫を開錠しようとする捜査官に殴りかかってきたり金庫の前に立ちどかたりしたならば、捜査官はそれらの妨害行為を実力で排除した上で開錠を実行してよい）から、その適否を判断するのに任意処分の適法性判断基準を持ち出すのは適切でない。また、Mの行為を刑訴法197条1項本文に基づく任意処分あるいは警職法2条1項の職務質問に付随する所持品検査（最三小判昭和53年6月20日・刑集32巻4号670頁=百選4事件）と評価した上で適法性を論ずる答案もあったが、設問の事案に即していない。いずれも低い評価を与えざるを得ない。