

慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）

2021 年度入学試験（追試験） 法学既修者コース 法律科目試験 出題趣旨

【憲法】

本問は、地方議会における紛争と「法律上の争訟」に関する問題である。本問では、Xの提起した訴えの「法律上の争訟」該当性のみが問われており、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」が何を意味するのか、「法律上の争訟」と裁判所による司法審査の関係について理解していることが求められる。

関連する判例として、地方議会における議員に対する懲罰議決の無効あるいは取消を求める訴えについて、除名処分についてはこれを司法審査の対象になるとしつつ、当該事件で問題となった出席停止処分については司法審査の対象外とした村議会議員出席停止事件（最大判昭和35年10月19日民集14巻12号2633頁）がある。この先例と本事案との関係を論じることが、Xの主張およびAの反論に際して必須となる。

この先例と本事案を区別するにあたっては、本判決を引用して「一般市民社会の中にあつてこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならないものと解するのが、相当である」とした富山大学事件（最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁）の定式を用いて、訴訟の形式の違い（本件では国家賠償請求）を指摘したり、あるいは、村議会出席停止処分事件における出席停止処分（3日）との違いを強調するなどの工夫が必要である。他方、「法律上の争訟」に該当しないと論じる際には、地方議会の自律権を保障すべき憲法上の根拠を指摘するなどが必要となる。

なお、近時の判例の展開（最判平成30年4月26日集民258号61頁、最判平成31年2月14日民集14巻2号123頁など）についての知識があればよいが、それらを知らなくてもかまわない。上記の視点から主張、反論を説得的に組み立てることができている答案を評価した。

## 【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の出題である。

①は、類似事案で暴行と死亡の間の因果関係を肯定する判断を示した最決昭和 46・6・17 刑集 25 卷 4 号 567 頁の考え方によれば、傷害致死罪（205 条）が成立することの理解を確認する趣旨である。

②は、インスリンの投与ができない精神状態に陥っていた B を道具として利用し、A の生命維持に必要なインスリンを投与せず、A を死亡させた X に殺人罪（199 条）の間接正犯が成立することの理解（最決令和 2・8・24 裁判所 HP 参照）を確認する趣旨である。

③は、先行者の暴行後、後行者が共謀加担してさらに暴行をした事案において、共謀加担前に先行者が既に生じさせていた傷害結果については、後行者は傷害罪の共同正犯として責任を負わないとした最決平成 24・11・6 刑集 66 卷 11 号 1281 号の考え方によれば、頭部への暴行に起因する脳挫傷による死亡結果を X に帰責できず、傷害致死罪は成立しないことの意味を確認する趣旨である。

④は、類似事案で、共犯者による金員の強取を阻止することなく放任した以上、強盗既遂罪（236 条 1 項）の共同正犯の罪責を免れない旨の判断を示した最判昭和 24・12・17 刑集 3 卷 12 号 2028 頁の理解を確認する趣旨である。

⑤は、X が駅のホームのベンチに置き忘れられた財布を領得した時点において、持ち主 A が約 20 メートルしか離れていないホーム上にいたなどの事実関係のもとでは、なお A の財布に対する占有は失われておらず、領得行為は窃盗罪（235 条）に当たることの意味（公園の置き引き事案に関する最決平成 16・8・25 刑集 58 卷 6 号 515 頁参照）を確認する趣旨である。

⑥は、捨てる意思であり返還意思がないこと、一時的にでもその物を使用していることなどの事情からは不法領得の意思が肯定され（最判昭和 26・7・13 刑集 5 卷 8 号 1437 頁参照）、窃盗罪が成立することの意味を確認する趣旨である。

⑦は、運賃支払いを免れる意思のもとにタクシー運転手を殺害すれば、2 項強盗による強盗殺人罪（240 条後段）が成立することの意味を確認する趣旨である。

⑧は、住人を旅行に連れ出したからといって現住性に変更はなく（最決平成 9・10・21 刑集 51 卷 9 号 755 頁参照）、現住建造物等放火罪（108 条）が成立することの意味を確認する趣旨である。

⑨は、大学入試答案は「事実証明に関する文書」に当たること（最決平成 6・11・29 刑集 48 卷 7 号 453 頁）などの理由で、本件では有印私文書偽造・同行使罪（159 条 1 項、161 条 1 項）が成立することの意味を確認する趣旨である。

⑩は、真犯人のみならず、犯罪の嫌疑により捜査中の者も「罪を犯した者」に当たるとして、類似事案で犯人蔵匿罪（103 条）の成立を肯定した最判昭和 24・8・9 刑集 3 卷 9 号 1440 頁の理解を確認する趣旨である。

採点上は、最も重要な条文が正確に指摘されていれば、適用される他の条文の記載の有

無は問わずに正解とした。また、理由付けの分量が（1行以内に）制限される中で、説明が十分とはいえなくても、問題の所在の理解がうかがわれる限りで正解とした。

問題2は、事後強盗罪の成否などが問題となる事例を素材として、事例から罪名・問題点を適切に抽出して、筋道立てて説明することができる能力を問う趣旨である。①車両を運転し、通行人を追い抜きざまに不意をついて所持品をひったくろうとする行為は、窃盗（未遂）罪を構成すること（最決昭和45・12・22刑集24巻13号1882頁との事案の違いに注意）、②「窃盗」（238条）が、窃盗の機会において、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を、逮捕免脱目的で行えば、事後強盗罪（238条）に当たること、③事後強盗罪の既遂・未遂は先行する窃盗の既遂・未遂によること、④事後強盗の実行行為から傷害結果を生じれば、強盗致傷罪（240条前段）が成立することなどの理解に基づいて、事実関係を適切に評価して罪責を認定できているかが主な採点上のポイントとなった。

## 【民法】

### 1. [設問 1]について

[設問 1]は、Aの所有権留保のCへの対抗、Cによる即時取得(民法 192 条)、所有権留保の実行、Cの留置権(民棒 295 条)などを論じてもらう問題である。契約解除について書いてもらってもよいが、それは所有権留保をしたことが意味がなくなってしまう。

#### (1) 所有権留保と第三者

Aの本件機械についての所有権留保については、所有権移転時期についての特約という形式をとっているが、代金債権の担保目的であることを確認して、担保ではあるが転売は許さないために所有権を移転させていないためBがA所有物を売ったことになること、所有権が移転しないことの対抗は問題にならず、Cの保護については即時取得が問題になることを議論してもらうことになる。そして、即時取得については、Cについて、無過失の証明問題、譲渡証明書を確認しないで購入したことの法的評価などを議論してもらうことになる。

(2) 所有権留保の実行 Cに過失が認められ即時取得が認められないことになると、AはBが期限の利益を失ったため所有権留保を実行できることになる。解除は実行の意思表示に過ぎず、代金債権を目的物から回収することになる。実行により、確定的に帰属した所有権に基づいてAはCに対して、本件機械の引渡を求めることになる。Cがこれに対して留置権(民法 295 条)を主張するための法的構成を考えると、CのBに対する他人物売買ないし担保のついた目的物の売買の損害賠償請求権については留置権が認められない。清算金請求権を持つのは、BでありCではないので、やはり留置権は認められないことになる。代位行使をしても、留置権をこれに組み込むことは無理である。

### 2. [設問 2]について

[設問 2]は、土地所有権の侵害に対する、所有権に基づく物権的妨害排除請求権の相手方、また、土地所有権侵害による不法行為を理由とした損害賠償請求権などを論じてもらう問題である。

#### (1) 物権的請求権の相手方

まず、Eの土地所有権に基づく物権的請求権の相手方であるが、放置した不法行為者ではなく、本件機械の所有者が妨害排除義務を負うことになる。そこで、所有権留保がされている場合に、誰が妨害排除義務を負う所有者なのかを考えてもらうことになる。Bが期限の利益を失って、Aが所有権留保を実行できるようになった後に、その権利関係がどう変わりそれがこの問題にどう影響を及ぼすのか、判例があるので判例を踏まえて検討してもらうこ

とになる。相手方をCと考えると、Cが他人に不利益を与える形で所有権放棄はできないが、Aについては担保のための所有権に過ぎないため、また、目的物が事故により価値のないものになってしまったため、担保のための所有権を放棄して、Cを所有者とすることができるのかも考えてもらってよい。

## **(2) 妨害排除請求の内容、損害賠償請求権について**

妨害排除請求権については、行為請求権かどうかという典型論点を検討してもらうことになる。そして、行為請求権であるとする、本件機械の妨害排除請求の相手方とされた者は、妨害排除という作為義務を負うことになる。そのため、自分が投機等をしたのではないとしても、妨害排除をしないと不作為不法行為について責任を負うことになる。しかし、この点、民法709条の責任を負うためには、故意・過失が必要なので、本件機械がこのような形で放置されていることを知る以前は、故意・過失がないので責任はないことになる。

## 【商法】

問1は、個人商人が営業を現物出資して株式会社を設立し、個人商人の商号に「株式会社」を付した商号を使用したところ、出資者の商号を続用する会社は、出資者の営業に因って生じた債務については、その出資者とならんで弁済の責に任ずべきものとして、事業譲渡に係る商号続用責任（会社法22条・24条2項）が類推適用されるかがポイントである（最判昭和47年3月2日民集26巻2号183頁）。また、同様に、詐害的事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求（会社法23条の2）が現物出資に類推適用されるか、さらに法人格否認の法理についても適切に論じることもポイントとなる。

問2は、問1で示された商号続用責任（会社法22条・24条2項）が類推適用を前提として、会社が事業に失敗し、再建を図る手段として、新会社から旧会社に事業譲渡し、従来の商号に「新」の字句を付加して用いる場合、「新」の字句は、取引通念上、新会社が旧会社の債務を承継しないことを示すための字句であるとする判例（最判昭和38年3月1日民集17巻2号280頁）の理解を試すものである。

## 【民事訴訟法】

### 問 1

証明責任の理解について問う問題である。採点のポイントは、①本件における請求原因と抗弁の整理が適切にできているか、②証明責任の分配基準に関する考え方が適切に論じられているか、③証明責任の効果を踏まえたうえで、本件の処理についての考え方が適切に論じられているかなどである。

### 問 2

既判力の客体的範囲を定めた民事訴訟法 114 条 1 項と 2 項の理解を問う問題である。設問の確定判決の主文は、X の本件請求のうち、300 万円を認容し、200 万円を棄却するものである。同条 1 項に基づく既判力の内容は、本件訴訟の口頭弁論終結時において、X の売買代金債権のうち 300 万円分が存在し、200 万円分が存在しないことを確定するものとなる。同条 2 項に基づく既判力の内容は、判決理由中で相殺の抗弁の判断がなされているので、本件訴訟の口頭弁論終結時において、Y の 200 万円の貸金債権が存在しないことを確定するものとなる。なお、これと異なる見解についても理論的な整合性があれば評価の対象となる。

## 【刑事訴訟法】

【設問】は、【事例】（最決平成7・5・30刑集49巻5号703頁の事案に類似）を素材として、警察官による自動車内の検査の適法性及び収集過程の違法が問題となる証拠物の証拠能力について検討を求めることにより、（職務質問に付随する）所持品の検査及びいわゆる違法収集証拠排除法則についての理解を問うものである。

(1) 警察官による本件自動車内の検査の適法性を判断するには、その前提として、当該検査が、行政警察活動か捜査かが問題となる（適用すべき法令や法原理を異にする）が、上記判例は、職務質問に付随する所持品検査であることを前提として、その適法性について検討している。

所持品検査の適法性に関する最高裁判所の判例（最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁）は、まずその法的根拠に関する問題を取りあげ（侵害留保原理を参照）、「口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為である」ことを指摘して、その根拠を警察官職務執行法2条1項に求めた。

そして、同判例は、所持品等に係るプライバシーの権利に対する制約を伴う所持品検査は、所持人の承諾を得て、その限度で行うのが原則であるが、犯罪の予防や鎮圧という行政警察の責務に鑑み、承諾のない検査も、一定の場合に許容される場合がある、としている。

具体的には、警察官職務執行法2条1項（・2項）に基づく活動は、同3項による制限（刑事訴訟に関する法律の規定によらない、身柄の拘束、意に反する連行、答弁の強要を禁止する。いずれも強制処分に該当する。）に服することから、任意手段である職務質問に付随する所持品検査もまた、同条項による制限を受けることとなる。この点、前掲最判昭和53・6・20は、所持品検査が許容されるには、まず警察官による検査が、「捜索に至らない程度の行為」であって、「強制にわたらない」ものであることを要求する。そして、検査が任意処分と評価される場合であっても、「所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる」ことが必要だとした（警察比例の原則。警察官職務執行法1条2項を参照）。

自動車内の検査が適法か否かを判断するには、こうした枠組みを本件【事例】にあてはめ、まず、職務質問の要件が満たされていることを前提に、Xの明示の承諾なく行われた当該検査が、捜索に至っていないか、強制にわたっていないか、さらに任意処分にとどまる場合は具体的状況のもとで相当といえるかを判断することとなる。本件【事例】では、警察官らは、懐中電灯を使って車外から見える範囲について車内の様子を確認した上で、その範囲を超え、「本件自動車のドアをすべて開け、懐中電灯等を用い、運転席の背もたれを前に倒し、シートを前後に動かすなどして、同車の内部を丹念に調べ」ている。その評価にあたっては、制約された法的利益の性質等を丁寧に検討する必要があるが、前掲最決平成7・5・30が、車内を丹念に調べた行為について、「職務質問に付随して行う所持品検査として許容される限度を超えたもの」で、「違法であることは否定し難い」と説示していることが参考になる



う（なお、原審は、「その態様、実質等においてまさに搜索に等しい」と指摘し、「被告人の承諾がない限り、……所持品検査としての限界を越えたものであって、許されないものであった」と述べ、上告審は、「被告人の任意の承諾はなかったとする原判断に誤りがあると認められない」とした。仮に本件検査が任意処分にとどまるとするならば、自動車の検査がいかなる態様ないし対象に及んだ場合に強制処分たる搜索に該当するかを考えてみるのも、任意処分であるとの評価の合理性を点検するのに有益であろう）。

(2) Xの弁護人は、覚醒剤所持の公訴事実を立証するために、検察官からその取調べが請求された覚醒剤について、それが違法収集証拠であることを理由に、その証拠能力の有無について争っている。

違法収集証拠の証拠能力については、最高裁判所の判例（最判昭和53・9・7刑集32巻6号1672頁）があり、刑事訴訟法の解釈により、違法収集証拠排除法則を採用することを明言した。その説示によれば、証拠物は、収集過程における違法の有無にかかわらずその証拠価値にはかわりがないとしても、「事案の真相の解明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならない」ことに鑑み、「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定される。

本件覚醒剤に証拠能力が認められるか否かを判断するには、刑事訴訟に関係する基本的価値や政策目的を踏まえて証拠排除の基準を導いた上、事実関係に即してその基準が満たされるか、丁寧に検討することが必要である（なお、前掲最決平成7・5・30が違法収集証拠の証拠能力について論じている部分についても合わせて参照されたい）。

前掲の最判昭和53・6・20及び最判昭和53・9・7は、基本的な判例であり、その理解が【設問】の検討に当たっても重要である。