

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（本試験） 法学既修者コース 法律科目試験 出題趣旨

【憲法】

本問は、財産権に関する問題である。事実関係委は複数の憲法上の論点が含まれるが、本問では、「感染症予防のために休業すること自体は仕方がないと考えているが、補償が何も行われぬのはおかしいのではないかという疑問をもっている」X から「相談を受けた弁護士であるあなたは、X の疑問に対してどのような憲法上のアドバイスをするか」が問われている。したがって、休業要請に従った X は、憲法 29 条 3 項「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」により損失補償を受けることができるのか、というのが本問で問われている主たる論点となる。そもそも、X が「感染症予防のために休業すること自体は仕方がないと考えている」こと自体が誤っているとして、休業要請自体の合憲性を問うこともできなくはないが、その場合でも、設問に正面から答えるためには、損失補償に関する検討が必要である。

法 45 条 2 項に基づく要請と、それに従わない場合に用意されている指示（同 3 項）と公表（4 項）という法の仕組みを踏まえて、休業要請によって X の財産権に対する侵害が生じていることについての説明がなされたうえで、損失補償の要否についての検討に進むことになる。憲法上、補償が必要となるのは、私有財産の制限が特定の個人に対して「特別の犠牲」を強いる場合である。この点に関しては、河川附近地制限令事件（最大判昭 43・11・27 刑集 22 卷 12 号 1402 頁）などの判例を参考に、財産権に対する侵害が受忍限度内であるかの検討が必要である。その際、資料を活用しながら、X に対する「特別の犠牲」の有無を説得的に説明できているかが評価のポイントとなる。

また、法には、休業要請に従った施設に対する補償を定める規定は存在していないが、それについての言及も必要となる。この点について判例は、憲法 29 条 3 項から直接に損失補償請求をすることができるから、保障規定を欠く法令は、それだけで違憲無効とはならないとしている。その他、「公共の用に用ひる」や、補償の程度についても、X に対する「アドバイス」としてなし得るだろう。

【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、類似事案に関する最決昭和45・7・28刑集24巻7号585頁の考え方によれば、引きずり込む行為の時点で強制性交等罪の実行の着手が肯定され、同行為による致傷につき、強制性交等致傷罪（181条2項）が成立することの理解を確認する趣旨である。

②は、真正身分犯である横領罪（252条1項）を身分者（占有者）と共同して実行した非身分者（非占有者）には、判例・通説によれば65条1項が適用され、同罪の共同正犯が成立することの理解を確認する趣旨である。

③は、類似事案に関して、共同正犯が成立する場合の過剰防衛の成否は、共同正犯者各人について検討すべきであるとした上で、被害者による侵害は、これを予期して積極的加害意思をもって臨んだ被告人にとっては急迫性を欠くとし、被告人について過剰防衛を否定した最決平成4・6・5刑集46巻4号245頁の理解を確認する趣旨である。

④は、類似事案に関して、不法領得の意思を肯定して窃盗罪（235条）の成立を認めた最決昭和55・10・30刑集34巻5号357頁の理解を確認する趣旨である。

⑤は、殺人犯人が被害者の死亡直後に財物を奪った場合に、生前の占有の継続的保護を認め、一連の行為を全体的に考察して窃盗罪が成立するとした最判昭和41・4・8刑集20巻4号207頁の理解を確認する趣旨である。

⑥は、類似事案に関して、事後強盗罪（238条）の成立要件としての窃盗の機会の継続を認めた最決平成14・2・14刑集56巻2号86頁の理解を確認する趣旨である。

⑦は、法人の代表理事として業務上占有する他人（法人）所有の不動産にほしいままに抵当権を設定すれば業務上横領罪（253条）が成立することの理解を確認する趣旨である。

⑧は、類似事案に関して、建造物等以外放火罪（110条1項）が成立するには、公共の危険の認識は不要であるとして、被告人に同罪の共同正犯の成立を認めた最判昭和60・3・28刑集39巻2号75頁の理解を確認する趣旨である。

⑨は、他人名義のクレジットカードを不正に使用して店員から商品を購入し、その際カード売上票に署名して提出すれば、1項詐欺罪（246条1項）、有印私文書偽造・同行使罪（159条1項、161条1項）が成立することの理解を確認する趣旨である。

⑩は、類似事案に関して、命令に応じる以外の行為を選択できない精神状態に陥らせていた被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は殺人罪の実行行為に当たり、被告人の予期に反して被害者が自殺する気持ちにはならなかった点は、被告人に死亡の現実的危険性の高い行為を強いる認識があった以上、故意を否定することにならないとして、殺人未遂罪（203条、199条）の成立を認めた最決平成16・1・20刑集58巻1号1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、適用されるその他の条文が欠けていても正解とした。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、いわゆる誤想過剰防衛に関する理解（基本判例として、最決昭和62・3・26刑集41巻2号182頁）を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殺人罪の構成要件該当性が認められることや急迫不正の侵害が存在しないために正当防衛（36条1項）は成立しないことの理解を簡潔に示しているか、②故意犯の成否（いわゆる責任故意が阻却されるか）は、Xが主観的に認識していた事実が正当防衛の要件を全て充足しているかにかかっていることの理解を前提に、防衛の意思や（誤信した侵害に対するものとしての）防衛行為の相当性などについて具体的事実を即して的確に検討できているか、③（行為者の認識した事実が過剰防衛にあたりと判断する場合には）36条2項による刑の任意的減免の効果を認めることの可否についての的確に検討できているか、などが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、2017 年改正法により一新された担保責任についての基本的理解を確認する問題である。書いていただきたいのは、請負については担保責任の一般規定を置かず、民法 559 条により売買の担保責任の規定が準用されたこと、そして、担保責任の 4 つの権利につき、それぞれの要件・効果の内容についてである。

(1) 追完請求権

まず、BはAに対して追完を請求できる(民法 559 条、562 条)。その要件が、設置という請負の要素が含まれているため、機械自体には問題はなかったが、設置に原因があったために生じた不適合も「品質」についての契約不適合と認められること、売主の帰責事由(民法 415 条 1 項但書)は必要ではないことを言及する必要がある。追完可能なことも必要であるが(民法 412 条の 2 第 1 項)、本問では特にこの点まで論じる必要はない。追完請求権が履行請求権なのか現実賠償なのかは、アカデミックすぎる議論でありまた結論に影響はないので、論じる必要はない。Bは追完まで代金の支払を拒むことができる(633 条)。

(2) 代金減額請求

次に、追完できる場合には、売主の追完の機会を保障するために、原則として催告して相当期間の経過が必要であり(民法 559 条、563 条 1 項)、ただ売主が追完拒絶をしていれば直ちに代金減額請求(といっても形成権)ができることを確認し(同 2 項)、あてはめを行う。Aは不適合自体を争っており、有償でなければ修理をしないと主張しているので、拒絶と法的には扱ってよく、Bは代金減額請求ができることになる。

(3) 損害賠償請求 BはAに対して損害賠償請求が可能である(民法 559 条、564 条、415 条 1 項)。民法 415 条を適用することになるが、帰責事由について言及すべきである。設置に原因があったために生じた不適合であるが、特段の事情がない限り専門業者であるから過失と認められることから、あてはめとしても過失を認めてよい。賠償範囲は民法 416 条によることになり、営業損失の他、修補費用(修補に代わる損害賠償請求)も可能である。後者については 563 条との関係が問題になることまた過失を問題にしなくてよいことを言及してよい。追完に代わる損害賠償請求権が問題になり(民法 415 条 2 項)、Bは代金債務と損害賠償請求権とを相殺でき、同時履行の抗弁権が認められるため(民法 533 条括弧書き)、差額については相殺の時から遅滞に陥る。

(4) 契約解除

更にBは契約解除もできる(民法 559 条、564 条、541 条または 542 条)。修補可能なので、原則は民法 541 条の催告解除であるが、Aが追完を拒絶しているので民法 542 条 1 項 2 号

により即時解除ができる。ただし、民法 542 条には明記されていない民法 541 条但書同様に「軽微」ではないこと(ないし契約をした目的を達成しえないこと)が必要になり、本問ではあてはめを議論する。確かにそのままでは使用できないが、設置しなおせば機械自体には不適合はないので正常に使用できる。旧規定では議論のあったところであり、改正法に持ち越された問題である。なお、解除しても、損害賠償請求ができることは言及しておくべきである(民法 545 条 4 項)。

2. [設問 2]について

[設問 2]は、同じく契約不適合であるが、賃貸借について考えてもらう問題である。賃借人の権利を確認してもらう問題である。

(1) 修補請求

賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務があり、賃借人DはBに本件機械の修補を求めることができる(民法 606 条 1 項)。賃借人Dの帰責事由による場合だけが例外であり(同但書)、Bに帰責事由がなくてもBは修補義務を免れ得ない。

賃借人が自助的に修補ができるのかについては、賃借人が賃貸人に修補が必要になったことを知らせたにもかかわらず、賃貸人が相当期間内に修補をしないこと、または、急迫の事情があることが必要になる(民法 607 条の 2)。本問ではこの前者の要件を充たしているので、Dは業者に修補をしてもらい、その費用を民法 608 条により償還を請求できる。Bには過失がないので、費用を損害賠償として請求するのは難しい。

(2) 損害賠償請求

賃貸物に不適合があれば契約不履行になるので、賃借人は賃貸人に対して損害賠償を請求できる(民法 415 条 1 項)。ただし、賃借人に帰責事由がなければ免責される。本問では、Bに知りえなかった不適合であり、過失はない。では、Bに損害賠償義務がないのかというと、Bは修補義務があるので、帰責事由がなくても修補をしなければならず、相当期間しても修補を行わなければ責任を免れない(民法 412 条 3 項)。資金がないというのは免責事由にはならない。なお、賃借人DはBが修補しないのをそのまま放置して、損害が発生するままに任せる場合には過失相殺される可能性がある。

(3) 契約解除

また、賃借人は、民法 541 条により解除ができる。ただし、「軽微」な不履行は抗弁事由になるが、本問では欠陥により稼働しないので解除ができそうであるが、先に売買についてみたのと同じ問題がある。業者により修補をさせることが用意にでき、その費用も賃料との相殺により容易に回収できるので、解除を認めるべきかどうか論じる必要がある。

(4) 賃料について

民法 611 条 1 項は改正により、賃料の当然の減額という効果が規定された。既払い分を使用できなかった期間に応じて賃料の返還を求めることができる。ただ工場自体は使用できるので、全額の減額ではなく相当額の減額なのか、操業できないので全額の減額なのかは議論になる。賃料先払いで翌 10 月分については、規定はないが、賃料の支払を拒絶できると考えられる。

【商法】

問1は、発起人がなした定款に記載のない財産引受（会社法28条2号）につき、財産の譲渡人が設立後の会社にかかる請求ができるかを問うものである。

発起人の権限の範囲に関する基本的な考え方をふまえ、定款に記載のない財産引受（本件契約）の効力および設立後の会社による追認の可否（最判昭和61年9月11日判時1215号125頁参照）について、論理一貫した論述がなされているかがポイントとなる。なお、それらをいずれも否定する立場をとる場合には、設立後の会社への不当利得返還請求が問題となりうる（最判昭和42年9月26日民集21巻7号1870頁参照）。

問2は、発起人Aの無権代理人の責任を問うものである。判例は、設立中であるため未だ存在しない会社の代表者（代表取締役）として契約した者（発起人）につき、民法117条の類推適用を認めているところ（最判昭和33年10月24日民集12巻14号3228頁）、本問のAは、「会社の代表者」ではなく、「発起人」として本件契約を締結しており、本問のケースが、上記判例の射程に入るか否かについて適切に論じているかがポイントとなる。

【民事訴訟法】

問 1

訴えの利益を問う問題である。設問の前者については、①民訴法 135 条の定める将来給付の訴えの利益の問題であることが正しく指摘されているか、②将来給付の訴えにおける訴えの利益の解釈と事案への当てはめが適切に論じられているか、などがポイントとなる。設問の后者については、①確認の利益における方法選択の適否の問題であることが正しく指摘されているか、②確認の利益の解釈と事案への当てはめが適切に論じられているか、などがポイントとなる。なお、両者とも、説得的に論理の展開がなされているかどうかの主たる評価対象であり、結論の如何は大きな比重を占めない。

問 2

一部請求訴訟の判決が確定した後における残部請求訴訟の可否を問う問題である。採点のポイントは、①設問の事案が明示的一部請求であることが正しく指摘されているか、②明示的一部請求の前訴と残部請求の後訴の関係が適切に論じられているか、③明示的一部請求の前訴で原告敗訴が確定した場合における残部請求の後訴の可否が適切に論じられているか、などである。なお、説得的に論理の展開がなされているかどうかの主たる評価対象であり、結論の如何は大きな比重を占めない。

【刑事訴訟法】

【設問】は、【事例】を素材としつつ、自白の補強法則についての基本的知識・理解とそのあてはめの能力を有しているかを測定するとともに、訴因変更の制度が機能する具体的場面を理解することができているかを試す趣旨で出題したものである。

(1) 憲法 38 条 3 項、刑訴法 319 条 2 項。なお、さらに刑訴法 319 条 3 項を挙げてもよい。

(2) 自白は自己の犯罪の全部又は主要部分を認める供述であって、一般的には(類型的には)証拠としての価値が高い。しかし、だからこそ、①自白に含まれている(かもしれない)虚偽を見抜くことができなければ、その(表見的な)証拠価値の高さに影響されて事実認定を大きく誤ることになる。また、証拠価値の大きい自白に依存し、自白さえあれば有罪にできるとすれば、②何が何でも自白を得ようとして無理な取調べが行われかねないほか、自白の証拠価値の吟味に役立つ他の証拠の収集が疎かになりかねない。

補強法則は、以上のような特性を有する自白の危険性に鑑み、補強証拠を要求することで自白の証拠価値の過大評価に伴う事実誤認を防止し(①への対処)、併せて、自白以外の証拠を収集する誘因を設定する(②への対処)ことを趣旨とするものである。

解答では、以上に述べたことが指定の分量で的確に説明されていればよい。

* 自白法則(憲法 38 条 2 項・刑訴法 319 条 1 項)と補強法則を混同したり、補強法則を証拠能力の問題として説明したりする答案が目立った。また、自白はその証拠価値が一般的・類型的に小さいことから補強証拠でその不足を補うことが義務づけられている旨の説明を与える答案も多数見られた。教科書を丁寧に読み、授業での説明に真剣に耳を傾けることが肝要であろう。

(3) 教科書で扱われる補強法則に関する論点は、①補強証拠適格、②補強を要する範囲、③補強証拠の証明力、④いわゆる共犯者の自白の4つがある。このうち、④は本問では問題とならないし、③は本問では解答の対象から除外するよう明示的に指示されている。したがって、①②の2つの論点について、設問(2)に対する解答を踏まえて自説を説明した上で、それを適用して結論を得ることが求められる。

①補強証拠適格については、自白の証拠価値の過大評価の防止と自白以外の証拠収集への誘因設定といういずれの趣旨に照らしても、自白から独立した証拠であることが求められることが説明され、かつ、【設問】の証拠②から④までがこの要求を満たすか否かが検討されていることを要する。(なお、伝聞法則についての検討は不要と指示されているから、伝聞例外該当性は論じなくてよい。)

また、②補強を要する範囲については、いわゆる実質説(判例)と形式説(罪体説)が対

置されるが、解答に際してはいずれを採っても差し支えない。自説の立場から補強を要する範囲を明言した上で、証拠②ないし④がその要補強範囲をカバーしているか否かについて、自白の内容と証拠②ないし④の対応関係を具体的に指摘しつつ説明すればよい。

* 形式説にはバリエーションがあるが、通説は、「何人かによる法益侵害の発生」―「被告人による法益侵害の発生」ではない―について補強を要するとする。つまり、実質説はもとより形式説（のうちの通説）からしても、「被告人と犯人の同一性」についての補強は不要である。したがって、【事例】において、甲大学研究室から X ではなく Y の指紋が検出されたにとどまることは、補強法則の要請を満たす妨げにはならない。

また、各補強証拠の「不利益」性を個々に逐一検討する答案も目立ったが、そもそも、単独では中立ないし被告人に有利に見える証拠であっても、他の証拠と組み合わせられることで不利に作用することがあり得る。そして、「不利益」な証拠であることと補強証拠として機能することとは同義ではない（被告人にとって不利益な証拠ではあるものの、被告人の自白と矛盾し自白の補強にはならないという場合があり得る）。したがって、そのような考察方法は適切とはいえない。

(4) 検察官は、X が建造物侵入・窃盗の共同正犯であるという主張を捨て去ったわけではないが、裁判所が X の関与を否定するかもしれないと察知している。そうすると、建造物侵入・窃盗の共同正犯として有罪判決を得られるのが最も望ましいが、それがかなわないときには、せめて盗品を換金した点を捉えて盗品等有償処分あつせんの罪で有罪判決を得たいと考えるはずである。

盗品等有償処分あつせんの罪で有罪判決を得るためには、当然、その事実を主張し立証しなければならないところ、訴因制度のもとでは、起訴時のみならずその後の訴訟の過程を通じて、主張・立証の目標を訴因として明示することが求められる。したがって、検察官が主張・立証の新たな目標を意識的に設定するのであれば、訴因変更（刑訴法 312 条 1 項）の手続をとらなければならない。より具体的には、盗品等有償処分あつせんの訴因の予備的追加を裁判所に請求し、その許可を待って、盗品等有償処分あつせんの事実について主張・立証を尽くすことになろう。

もっとも、訴因変更は、公訴事実の同一性を害さない限度においてしか許されない。【事例】では「公訴事実の同一性（狭義）」が問題となる。判例は、両訴因の間で犯罪の主体・客体、保護法益、罪質、犯行の日時・場所・方法・態様などを比較し、「基本的事実関係」が同一であると評価しうるときにこれを肯定し、ただ、それをストレートに判定し得ないときに補充的に両訴因が両立するか否かという基準を用いている。これに対して、学説上は、非両立性が究極的な基準であるとする見解が有力であり、解答に際しては、いずれに依拠し

てもよい。ただし、前者はもとより後者の見解を採る場合にあっては、両訴因の共通要素を抽出・摘示した上で、「双方が同時に成り立つことはない」ことを説明する必要がある。なぜなら、非両立性は事実の共通性を前提としない限り論じようがないものだからである（共通部分が皆無であれば、両訴因が両立するのは当たり前であり、検察官がそれぞれの証明に成功すれば双方を処罰してよいことは当然である）。

【事例】では、（建造物侵入・）窃盗の訴因と盗品等有償処分あっせんの訴因とでは、主体（X）と客体（パソコン）は同一であり、自ら占有を侵害するか、追求権の行使を困難にするかはともかく、不法に領得された同一のパソコンに X が関与した点では変わりがない。したがって、日時・場所が近接していれば問題なく公訴事実の同一性を肯定し得るであろう（最判昭和 29・9・7 刑集 8 卷 9 号 1447 頁参照）。しかし、【事例】では、日時に数日の隔たりがあり、場所も東京都港区内の大学研究室と品川区内の家電量販店という違いがある。そこで、この点をカバーするために非両立性の基準を補充的に用い、例えば、両訴因の日時の先後や地理的關係を考慮すれば、双方を X が実行したとは考えづらいという意味で両訴因は両立しないから、基本的事実關係は同一であるなどと論ずることになろう（最判昭和 29・5・14 刑集 8 卷 5 号 676 頁）。