

【想定出題趣旨速報】 2027年度 慶應義塾大学ロースクール入試 上3法

作成：The Law School Times 編集部

【憲法】

1. 総評

本問は、地方公共団体が、日本国籍を有しない職員について一定の職への任用・配置を禁止する条例改正を行うことの憲法適合性を問うものである。

本問の検討に際しては、まず、日本国籍を有しない者についても、権利の性質上日本国民のみを対象とすると解されるものを除き、憲法上の基本的人権の保障が及び得るとする最高裁判例（マククリーン事件）を踏まえ、本改正案によって制約される憲法上の権利又は利益を適切に位置付けることが求められる。

また、これを踏まえ、外国人の公務就任権を問題とした最判平成17年1月26日に対する理解を示しつつ、単に判例の結論のみを抑えている学生と、当該判例との異同を意識した答案を作成できている学生を区別するために本問を出題したものと思料される。

前掲平成17年判決は憲法22条1項に言及していないが、原告は憲法22条1項・14条1項違反を主張しており、平等権の問題と構成することも、職業の自由の問題と構成することも可能であると思われる。参考答案では便宜上14条1項の問題とした。

2. 具体的検討

憲法は事柄の性質に即応した合理的な差別を許容しているところ、14条1項について憲法適合性を判断する場合、いうまでもなく「誰と誰との間の」「何についての差別」が問題となるのかを特定しなければならない。このことは慶應ローの授業でも再三に渡り注意喚起をされているため、意識されるとよい。本問においては「住民間の紛争の仲介、他部署に対する勧告その他これらに類する権限を有する組織の職に任用され、又は配置されること」について、日本国籍を有する者とそうでない者が区別されている。

また、「事柄の性質」についての分析も必須であり、国籍に着目した区別（もつとも、国籍だからといって機械的に厳格に解するとしてはならない。）であることや、職業の自由に関わる問題であることなどを意識し、各々の答案の方針に沿う評価をするとよい。

また、職業の自由として構成する場合は、答案の型としては薬事法判決の論述に沿うべきである。その上で、住民間の紛争の仲介、他部署に対する勧告その他これらに類する権限を有する組織の職に任用され、又は配置されることが22条1項により憲法上保障されるかについての論述が鍵となる。加えて規制目的やその態様についての論述、公務であることに付

随して、人事についての裁量の有無や裁判所の審査能力についての論述を、審査密度を決定するために充実させる必要がある。

3. 考察

一度答案構成をしていただくと共感も容易いが、22条1項・14条1項違反のどちらの見解に立ったとしても論述が重複することが多い。そのため、どちらの構成を採用するか自体で点差が開くとは考えにくい。

むしろ点差を拡大させるのは、平等権であれば「誰と誰との間の」「何についての差別」という部分の特定、職業の自由であれば、保障・制約・正当化の中でも保障の論証というような答案の出発点をなす部分を外さなかったかどうかである。

また、問題提起の段階で「本課に従事する外国人職員」と限定しないことも重要であると考える。本件改正案の「住民間の紛争の仲介、他部署に対する勧告その他これらに類する権限を有する組織の職」という文言からすると、本課はもちろん前記職にあたるが、本課に限らず、全ての部署の前記職にも制限が及ぶため、この点注意が必要である。

最後に平成17年判決と本件の異同について付言したい。17年判決が合憲となった背景には①国民の生活に直接間接に重大なかわりを有する公権力の行使に関与する職位②一体的な管理職の任用制度が構築されているかと言った事情があるが、本件ではそもそも公権力の伴う地位は問題化されておらず、任用制度に対する言及はない。そこで、17年判決と同様の結論にするかどうか、そしてその際当該判例で意識されていたことは何かを考える必要があったと思われる。

以上

【民法】

1. 総評

本問は、民法の複数分野にまたがる総合的な理解を問うものである。設問1では、建物の使用借人を相続した者が、貸主を相続した登記名義人からの明渡請求に対し、取得時効を主張して拒めるかが問われる。設問2では、代物弁済契約の目的物である絵画の真贋を誤認していた場合の錯誤取消しの可否、及び目的物滅失時の原状回復関係の処理が問われる。設問3では、特定財産承継遺言による承継と第三者対抗の可否が問われる。いずれも判例・条文の正確な理解と、本件事実への丁寧な当てはめが求められる。

2. 具体的検討

設問1については、取得時効の成立要件、とりわけ相続による占有承継と民法185条にいう「新たな権原」の意義を理解した上で、他主占有から自主占有への転換が認められるかを論じたい。使用借権に基づく占有が他主占有であることを出発点とし、最高裁平成8年11月12日判決（百選63）の規範、すなわち相続人自身がその占有が外形的・客観的にみて独自の所有の意思に基づくものであることを立証する必要があるという規範を適切に定立したい。その上で、固定資産税の負担者、登記名義の状況、所有者確認の懈怠といった本件の具体的事情を用いて、自主占有への転換の有無を説得的に論じることが求められる。本件では、これらの事情を踏まえると独自の所有の意思に基づく占有と評価することは困難であり、「新たな権原」の取得は認められないと考えられる。

設問2については、民法95条の要件、すなわち基礎事情の錯誤、当該事情の表示、表意者の重大な過失及び相手方の同一の錯誤を検討したうえで、取消し後の原状回復について121条及び121条の2を踏まえて論じていきたい。Fが乙絵画を500万円相当と認識していたことが基礎事情の錯誤に当たるか、その認識が契約の基礎とされていることがCに表示されていたか（同条2項）を契約に至る経緯に即して検討したい。また、Fが専門家の鑑定を受けていないことから95条3項本文の重大な過失の有無、及びCも真作と認識していたことから同項2号の同一の錯誤の有無を検討したい。錯誤取消しが認められる場合には、乙絵画が火災により滅失していることから、121条の2に基づく価額償還の要否及びその額、並びに代物弁済によって消滅したCの500万円の債務との関係を論じることが求められる。

設問3については、「不動産はEに相続させる」旨の遺言が特定財産承継遺言（1014条2項）であることを前提に、Gの法定相続分に相当する持分がEにとって法定相続分を超える部分に当たり、899条の2第1項により登記なくしてHに対抗できないことを指摘したい。

3. 考察

本問は、いずれの設問においても、規範を正確に抽出した上で本件事実に丁寧に当てはめることが重要である。設問1では「外形的・客観的にみて独自の所有の意思に基づく占有」という規範の正確な理解と当てはめが、設問2では95条の要件を単に列挙するのではなく本件の具体的事情に即した検討ができるか、また目的物の滅失を錯誤取消しの可否とは区別して原状回復の問題として処理できるかがポイントとなる。設問3では、遺言の内容を知らない第三者の取引の安全を、登記による公示を通じて図った制度趣旨を述べることが求められる。

以上

【刑法】

1. 総評

本問は、殴りかかれたと誤信して相手をナイフで刺した事案と、暴行後に財物奪取の意思を生じて現金を取得し、被害者が死亡した事案について、Xの罪責を問うものである。問題1では誤想防衛及び誤想過剰防衛、問題2では暴行後に奪取意思が生じた場合の強盗罪の成否を中心として、刑法総論・各論に関する基本的な理解が問われている。

2. 具体的検討

問題1については、傷害罪の構成要件該当性を確認したうえで、客観的には急迫不正の侵害が存在しないことから正当防衛を否定し、誤想防衛による責任故意の阻却を検討する必要がある。Xの主観面を基準として正当防衛の各要件を検討し、特に、双方の年齢・体格差、認識した攻撃が素手によるものであること、身をかわしながら左腕を刺したこと等を踏まえ、防衛行為の相当性を丁寧に論じたい。

相当性を否定した場合には、誤想過剰防衛に対する刑法36条2項の準用の可否が問題となる。同項の趣旨を責任非難の減少に求めたうえで、狭義の誤想防衛において誤認に過失がある場合との均衡から、刑の免除は認められず、任意的な減軽にとどまることまで検討することが求められる。

問題2については、強盗致死罪の成否を検討する前提として、Xに強盗罪が成立するかが問題となる。先行する暴行時には奪取意思がなかったことを指摘し、奪取意思が生じた後の新たな暴行・脅迫の有無を検討する必要がある。既に反抗が抑圧されていることから、これを維持・継続させる程度の軽度の暴行・脅迫で足りることを踏まえ、Aを睨みつけて「迷惑料としてもらっておく。」と述べた言動を具体的に評価したい。

参考答案では、上記言動について新たな脅迫を否定し、強盗罪及び強盗致死罪の成立を否定する答案と、新たな脅迫を肯定した上で「強盗の機会」の議論を展開する答案を併記した。そのうえで、前者では先行暴行による死亡について傷害致死罪、現金の取得について窃盗罪の成立を認め、両罪を併合罪として処理している一方、後者では強盗の機会性を否定した上、強盗罪と傷害致死罪の併合罪とした。

3. 考察

問題1では、客観的な正当防衛の成否と、Xの主観面を基準とする責任故意の検討を区別できているかが重要となる。侵害の誤認を指摘するだけで終わらず、相当性の当てはめ及び刑の減免の限界まで論じられるかが、得点差のつくポイントとなるであろう。なお、自招侵害にも検討の余地はあるが、本問では相当性の検討に重点を置くべきである。

問題2では、暴行と奪取意思の時間的な前後関係を正確に捉えられるかが重要となる。新たな脅迫の有無については評価が分かれ得るが、結論のみでなく、先行暴行の態様、Aの抵

抗する気力の喪失、両者の関係及びXの言動を用いて、採用する結論を具体的に理由付けることが求められる。

以上