２０１６（平成２８）年度

法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ａ日程　入学試験問題

「　憲　　法　」

〈６０分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

下記の仮想事例を読んで、後の問いに答えなさい。

20XX 年に文部科学省が調査したところ、国立大学 86 校のうち、卒業式で国旗掲揚したのは 40 校であり、国歌斉唱はわずかに 10 校に過ぎなかった。これを憂慮したＡ文部科学大臣は、卒業式や入学式に国旗掲揚と国歌斉唱をするように行政指導をしたが、各大学はそれに従わなかった。そこで、新たな法律を制定して、国立大学に対して国旗掲揚と国歌斉唱を強制したと仮定する。

〔設問１〕一般の国民に対して、国旗・国歌を強制した場合、憲法上どのような問題があるか、論じなさい。

〔設問２〕仮に、上記のような法律が制定された場合、憲法上どのような点が問題となるか、私立大学の場合と比べながら、論じなさい。

【参考法令】

国旗及び国歌に関する法律（抄）

（平成十一年八月十三日法律第百二十七号）

（国旗）

第一条　国旗は、日章旗とする。

２　日章旗の制式は、別記第一のとおりとする。

（国歌）

第二条　国歌は、君が代とする。

２　君が代の歌詞及び楽曲は、別記第二のとおりとする。

（別記略）

入試日程　A日程　出題科目名　憲法

出題趣旨

１．小中高校は、学習指導要領において「入学式や卒業式などでは国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導する」と定められているが、大学についてはルールがない。こうした事態を受けて、最近、国立大学においても国旗掲揚・国歌斉唱を求める動きが、政府の側からだされている。

本問は、かかる政治状況をヒントにして、仮想事例を作成してみた。すなわち、設問１は国家と個人との関係を問題にし、設問２は国家と国立大学（正確には、国立大学法人である。）との関係を、私立大学との対比をまじえて、検討することを求めている。

２．設問１では、思想・良心の自由を定める憲法19条が問題となりえる。思想・良心の自由は、国民がいかなる国家観、世界観、人生観を持とうと、それが内心にとどまるかぎりは絶対的な自由が保障されると解されている。従来、国旗掲揚や国歌斉唱は国家への忠誠を誓わせる儀式で多く用いられてきた。本問のように国民に国旗・国歌を強制した場合、それは国民に対して一定の外部的行為を伴うことから、特定の思想を持つことを国民に強制することにならないか、また内心に反する外部的行為を強制し、本人の思想に反する行為を強制する（義務づける）ことにならないか。このような問題点を、思想・良心の自由との関係で検討してほしい。

設問２においては、設問１とは異なり、ここでは思想・良心の自由は問題にならない。問題になるのは、学問の自由を保障する憲法23条である。それが私立大学、国立大学であれ、憲法23条は等しく適用される。しかし、私立大学は、創立者の思想、建学の精神などがあるために、私立大学の独自性・自律性は国立大学より一層尊重されなければならない。他方、国立大学の設置者は国であったとしても、憲法23条の学問の自由（ひいては、大学の自治）を享受する。ここでの問題は、国立大学の入学式や卒業式において、時の政府が特定のやり方を法律上求めていることが、憲法23条の学問の自由に違反しないであろうか。さらに、学問の自由を担保するための「大学の自治」に違反しないであろうか。従来、大学の自治の内容として問題になったのは、人事の自治と施設・学生の管理の自治であった。しかし、本問では、国立大学の卒業式・入学式という場面で特定のやり方を政府が強制する点において、従来の争点とは異なる。こうした点を念頭において、そもそも学問の自由とはなにか、大学の自治とはないかを、私立大学と比較しつつ、検討してほしい。どのような結論であれ、筋の通った論理的な展開が望まれる。

以　上

２０１６（平成２８）年度
法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ａ日程　入学試験問題

「　刑　　法　」

〈６０分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

以下の〔設例〕における甲及び乙の罪責を論じなさい（但し，刑法１３０条の罪及び特別法違反は除く）。

〔設例〕

甲（５５歳，男性）は職を失い，生活に困ったことから，犯罪を犯して警察に身柄を拘束され，最終的に刑務所に入れば，タダで生活できると考え，ある日の深夜，出刃包丁とガムテープを携えて２４時間営業のコンビニエンスストアに入った。甲は店内に他の客がいないことを確認してからレジに向かい，そこで仕事をしていたアルバイト店員乙（２０歳，男性）の面前に，隠していた出刃包丁を取り出して突きつけ，「おい，金を出せ。出さないとぶっ殺すぞ！」と怒鳴った。乙はこれに驚き，身体がブルブル震えておびえたが，勇気を振り絞って「それはできません」と断わった。それを聞いた甲は，こいつなかなか頑強な奴だと感心し，急遽方針を変えることにし，乙に対し，引き続き大げさに包丁をかざすポーズをしながらも微笑みつつ，「その気概，すばらしいぞ。気に入った。じゃあ，これならどうだ。レジの金銭を恐る恐る俺に渡してくれないか。俺はそれをわしづかみにして店外に出るが，ゴミ箱の近くに，もらった金の半分を置いておくから，掃除するふりをしながらすぐに回収して，お前の好きなように使えばいい。それなら，監視カメラに写らずにご褒美がもらえるってわけだ。通報はそれから３０分くらいたってからにしてくれないか。警察官がやって来たら，強盗に売上金を奪われたと言えばいいから」と持ちかけた。乙は甲の豹変ぶりに驚いたが，この際言うことを聞いておいた方がこのまま甲が機嫌よく立ち去ってくれそうで，それだと自分の命が守れると思ったので，「わかりました」と答え，甲にレジの中にあった１万円札１０枚をわざと手を震わせながら差し出した。甲は乙に「よくやった。お前に迷惑はかけないからな」とそっと言い置いてその紙幣を取り上げ，コンビニの建物を出て，隣接する駐車場に設置してあったゴミ箱に，そのうちの１万円札５枚を，ゴミ箱内から取り出した使用済みのレジ袋に入れ，それを持参していたガムテープでゴミ箱に貼り付けておき，最寄りの交番に向かった。そこで甲は警察官に対し，「おまわりさん。俺，近くのコンビニでこの包丁を使って強盗してきた。これが奪った金だ」と述べつつ，自首して，１万円札５枚を提出した。

乙は，甲が立ち去ってから１０分ほどしてから，店外のゴミ箱に向かい，箱の周囲を探したところ，上記の５万円入りレジ袋を見つけたので，それをガムテープごとはずし，１万円札５枚を中から取り出して，店内のレジにこっそり戻しておいた。

以上

入試日程 A日程　　題科目名 刑法

出題趣旨

刑法総論及び各論（特に財産罪）に関する基本的知識を正しく習得し，それを事例に即して適切に具体化できる能力の有無や程度を問うべく，作問した。今回はいわゆる強要緊急避難，そして不法領得の意思のうち，経済的利用処分意思に関する限界事例（財物の非経済的利用を目的とした占有取得）の論点も入れておいた。両名の罪責の結論だけ記しておくと，甲には1項強盗未遂罪の単独正犯（窃盗罪の共同正犯は併合罪として追加するか，本罪に吸収させるか），また不法領得の意思を否定した場合は，強要未遂罪と器物損壊罪（共同正犯）の併合罪，乙は窃盗罪の共同正犯の構成要件該当性は認めうるものの（不法領得の意思は特段否定できないと思われる。甲の刑務所入所目的まで知らないため），緊急避難が成立して犯罪不成立。

以上

２０１６（平成２８）年度

法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ａ日程　入学試験問題

「　民　　法　」

〈６０分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

注文者Ａと請負人Ｂとの間で、Ａ所有の土地上にＢが家屋を建築するという請負契約が結ばれた場合において、Ｂは約定の期限までに建物を建築し、これをＡに引き渡したが、この建物は手抜き工事や粗悪材料の使用により倒壊の危険があることが後に判明した。以下の問いに全て答えなさい。

（１）　ＡはＢに対して債務不履行責任（415 条）を追及できるか。

（２）　ＡはＢに対して請負の担保責任に基づく解除、損害賠償を請求できるか。

入試日程 A日程　出題科目名 民法

出題趣旨

本問は、建物建築請負契約において、完成した建物に倒壊の危険があるほど極めて重大な瑕疵がある場合に、注文者は請負人にどのような責任を追及できるかを問うものである。

そもそも、請負契約において、請負人は仕事完成義務を負っており（632 条）、仕事に瑕疵があれば仕事完成義務を果たしたことにならないので、債務不履行となる。このように考えれば、注文者は請負人に対して完全履行請求や債務不履行責任の追及が可能となるように思われる。しかし、仕事が完成した後も請負人が仕事完成債務を負い続けるならば、仕事を一から履行し直す必要が生じ、当初の契約によって引き受けられたリスクを越える負担を強いられる可能性がある。そこで、仕事が一応完成した後は、その完成物を前提として瑕疵への対応を考えれば足りると解するべきであり、そのために規定されているのが請負の瑕疵担保責任の規定群であると考えるべきである。ここで「仕事が一応完成した」とは、仕事が予定された工程を一応終えた場合を指すと解するのが判例・通説である。

（1）では、約定の期限までに建物が建築され、引渡も終わっていることから、「仕事が一応完成した」と評価することができるので、結論として債務不履行責任は追及できない。

そこで、（2）の担保責任を追及することになる。民法 634 条、635 条は、請負の瑕疵担保責任の規定を置いている。これらの規定が適用できるためには、目的物に瑕疵があることが必要であるが、ここでいう瑕疵とは、契約当事者が意図した性質や性能を有していないことを意味するところ、本問の建物は倒壊の危険があり、建物として利用できない状態であるので、瑕疵があることに疑いはない。請負の目的物に瑕疵がある場合、瑕疵修補請求（634 条 1 項）、修補に代えて、あるいは修補とともにする損害賠償請求（634 条 2 項）、契約の目的が達成できない場合には解除（635 条）ができると定められている。もっとも、解除については、635 条但書で、請負の目的物が「建物その他の土地の工作物」であるときは解除できないと定められているところ、本問はまさにこれに当たるので、解除はできないことになる。では、瑕疵修補請求についてはどうか。本問の瑕疵は倒壊の危険があるほどの重大な瑕疵であるからもはや立て替えるしか方法がない状態であるといえ、修補は不可能であるから、修補請求は認められないと考えるべきである。そこで、修補に代わる損害賠償請求として建替費用相当額を損害賠償請求することができるか。仮にこのような請求を認めると、その実質的効果は請負契約の解除を認めるのと同じであるから（請負契約を解除すると、報酬を支払わなくてすむうえ、請負人の負担で建物が撤去されて更地に原状回復されるので、改めて別の請負人に建築を依頼すればよいことになる。これに対して、建替費用の損害賠償を認めることは、解除しない以上、注文者は報酬を支払う債務を負うものの、建替費用の賠償金と相殺決裁し、かつ建物の取り壊し費用も損害賠償請求すれば、注文者は出費なくして更地に原状回復された土地を取り戻すことができることになるので、解除した場合と結果は同じである）、635 条但書が建物の請負において解除を禁止していることの制度趣旨を没却することにならないのかという観点から問題となる。この点、635 条但書が、建物その他土地の

工作物を目的とする請負契約については目的物の瑕疵によって契約を解除することができないと定めた趣旨は、請負契約の目的物が建物その他土地の工作物である場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことにある。しかし、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建て替えるほかない場合に、当該建物を収去することは社会経済的に大きな負担をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条但書の規定の趣旨に反するものとはいえないと解するのが判例・通説である。本問はまさにこのような場合に該当するので、建替費用相当額の損害賠償は認められる。

２０１６（平成２８）年度

法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ａ日程　入学試験問題

「　民事訴訟法　」

〈６０分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

既に確定した本案判決の効力について、具体例を挙げながら説明しなさい。

入試日程 A日程 出題科目名 民事訴訟法

出題趣旨

本問の出題意図は、本案判決の効力を具体的に理解しているか否かを問う点にあります。

本問では、確定した本案判決の効力（判決効）が訴えの類型に応じての種類がどう異なるかにつき簡単に触れ、その上で、特に確定した本案判決すべてに共通して認められる既判力につき、作用する場面を踏まえながら具体的に論じる必要があります。

本案判決は終局判決のひとつで、請求認容判決と請求棄却判決に分けられます。判決が確定すると判決効が生じ、その種類には、既判力、執行力、形成力があり、訴訟類型に応じて判決効の種類が異なります。訴訟類型には、一般的には給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟の三類型があると理解されますが、三類型以外の特殊な訴えとして、いわゆる形式的形成訴訟もあります。

まず、給付訴訟において、請求認容判決が確定すると、給付義務の存在につき既判力が生じ、さらに執行力が生じます。執行力は確認判決や形成判決には認められない効力ですが、広義の執行力（強制執行以外の手続きで判決内容に適合した状態を実現する効力）は、確認判決、形成判決にも生じえます。一方、請求棄却判決には、既判力のみが生じます。

次に、確認訴訟においては、請求認容判決・請求棄却判決いずれも、確定した場合には権利又は法律関係の存否につき既判力が生じます。

また、形成訴訟において、請求認容判決が確定すると、形成要件の存在につき既判力が生じ、さらに形成力が生じます。一方、請求棄却判決が確定すると、当該判決は確認判決ですから、形成要件の不存在につき既判力が生じます。なお、形成判決には形成力のみを認め、既判力を否定する見解も有力です。

なお、形式的形成訴訟（共有物分割の訴え（民法258条）等）にも言及する場合には、請求棄却判決はされえない点に注意しつつ論じることになります。

そして、すべての確定した本案判決に生じる既判力について、詳述する必要があります。

まず、既判力とは、確定した終局判決の内容たる判断の通有性を指し、紛争の蒸し返しを防止するものです。既判力は、原則として判決主文の判断（訴訟物）に対して生じ（民事訴訟法114条1項）、後訴が出現した場合に作用します（消極的作用と積極的作用の両面）。前訴の既判力が後訴に及ぶ関係には、①前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一である場合（例：前訴の原告が再び訴えを起こした場合）、②前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の前提となっている場合（先決関係、例：前訴が所有権確認訴訟で、後訴が移転登記請求の場合）、③前訴の訴訟物と後訴の訴訟物とが実質的に矛盾する場合（矛盾関係、例：前訴の支払請求で敗訴した被告が、後訴で同一債務の債務不存在確認訴訟や同一金銭の不当利得返還請求を提起する場合）があります。

答案作成においては、①～③について自らが挙げた具体例をもとに、どのような作用が働き、その結果裁判所がいかなる判決をすべきことになるのかを論じていく必要があります。

また、既判力には双面性があるとされていますので、当事者相互間においては利益又は不利益に及ぶとされていますので、余裕があればこの点についても触れていただきたいところです。

最後に、執行力や形成力についても条文（民事執行法22条・会社法838条等）・具体例を示して説明することが必要です。

２０１６（平成２８）年度
法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ａ日程　入学試験問題

「　商　　法　」

〈６０分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

〔設問〕次の文章を読んで、下記（１）（２）に答えなさい。

甲株式会社（以下、甲社という）は、会社法上の公開会社である。取締役には、A、B およびC が、代表取締役にはA が就任し、他に監査役が1 名就任している。

A は、取締役会に諮らず、勝手に甲社の総資産額の50%を占める遊休地（時価1 億円）を不動産業者であるD に3000 万円で売却した（以下、本件売買という）。D は、A が適法な手続を経て売却するものと信頼していたが、とくに適法な手続を経たか否か確認しなかった。

数日後、甲社は、D に当該遊休地を引渡し、所有権移転登記を終えるとともに、代金3000 万円を受領した。しかし、A が無断で遊休地を売却したことが発覚し、A は甲社の代表取締役を解職され、新たな代表取締役としてE が選定された。

（１）E は、甲社を代表して、D に当該遊休地の返還を求めた。D は、返還に応じなければならないか、論じなさい（50 点）。

（２）E は、甲社を代表して、会社法上、取締役A、B およびC にいかなる責任を追及できるか、その当否につき論じなさい（50 点）。

（参照条文）会社法

第362 条　①取締役会は、すべての取締役で組織する。

②取締役会は次に掲げる職務を行う。

一　取締役会設置会社の業務執行の決定

二　取締役の職務の執行の監督

三　代表取締役の選定及び解職

③　取締役会は、取締役の中から代表取締役を選定しなければならない。

④取締役会は、次に掲げる事項その他の重要な業務執行の決定を委任することができない。

一　重要な財産の処分及び譲受け

二　多額の借財

三　支配人その他の重要な使用人の選任及び解任

（以下略）

以上

入試日程 A日程　出題科目名 商法

出題趣旨

（1）取締役会決議を経ない取引の効力

甲社の総資産の50%を占める遊休地を代表取締役AがDに売却しているが、これは重要な財産の処分として取締役会の決議を経なければならない取引に当たる（362条4項1号）。ところが、Aは当該遊休地を無断でDに売却している。そこで、本件売買は、取締役会決議を経ずに代表取締役が行った取引の効力が問題となる。

最高裁判例によれば、代表取締役が取締役会の決議を経てすることを要する対外的取引を決議なしでした場合も、内部的意思決定を欠くにとどまり、原則として有効であって、ただ相手方が決議を経ていないことを知り、または知り得べかりしときに限って無効となるにすぎない（民93条但書）。

本問では、Dは取締役会の決議を経たか否か、議事録を確認すれば容易に確認できたのであって、これを怠ったAに少なくとも過失があるといえる。しかし、Aが取締役会の決議を経たことを装って信頼させたとすれば、Dに過失もないということになろう。問題文からはそうした事情はうかがえないので、Dに過失があり、甲社は、Dに対し本件売買の無効を主張し、当該遊休地の返還を請求しうる。

なお、Aがもっぱら自己の利益を図る目的で表面上会社の代表者として、本件売買をした場合にも、不当に廉価で当該遊休地を処分したという場合にも、民法93条但書を類推適用するのが判例の立場である。これはいわゆる代表権濫用として論ずることもできる。

（2）取締役の責任

Aが取締役会の承認を経ずに不当な安値で本件売買契約を締結したことによって、甲社に損害を被らせたことになる。したがって、取締役の会社に対する任務懈怠責任が問題となる。また、BおよびCも代表取締役の職務執行を監督すべき善管注意義務を負っている。もっとも、本件売買が取締役会に上程されなかったため、BおよびCはAの違法行為を認識できなかった可能性もある。もちろん他の取締役は、取締役会上程事項に限らず、監視義務を負っており、代表取締役に違法ないし不正行為の疑いがあれば、取締役会の招集を請求し、必要な是正措置をとることが求められる。しかし、違法ないし不正行為の兆候がなければ、そうした是正措置をとることは期待できない。本問では、そのような事実が明らかでないが、漫然とAの専断的行為を放任していたとすれば、BおよびCも監視義務違反を免れない。

なお、A、BおよびCの責任は連帯債務の関係に立つ。

以　上