２０１７（平成２９）年度
法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ｂ日程　入学試験問題

「　憲　　法　」

〈４５分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

次の仮想事例を読み，下記の設問に答えなさい。

【仮想事例】

2015 年 10 月，環太平洋パートナーシップ協定（以下「TPP」とする。）交渉に参加する 12 か国の閣僚会合で，５年半に及ぶ交渉が大筋合意に達した。そこで，TPP 締結反対を表明するために，A 県 B 市内を集団行進しようと計画していた X らは，A 県警 B 警察署に道路の使用許可を申請した。

ところが B 警察署長は，X らの過去の過激な言動を踏まえ，道路交通法 77 条１項４号の委任により制定された A 県道路交通法施行細則９条１項４号に基づき，X らの道路使用の不許可処分を下した。

〔設問〕本件には，どのような憲法上の論点があるのか，論じなさい。

【参考法令】

◎道路交通法（抄）

（目的）

第一条　この法律は，道路における危険を防止し，その他交通の安全と円滑を図り，及び道路の交通に起因する障害の防止に資することを目的とする。

（道路の使用の許可）

第七十七条　次の各号のいずれかに該当する者は，それぞれ当該各号に掲げる行為について当該行為に係る場所を管轄する警察署長の許可を受けなければならない。

一 ～ 三　（略）

四　前各号に掲げるもののほか，……道路に人が集まり一般交通に著しい影響を及ぼすような行為で，公安委員会が，その土地の道路又は交通の状況により，道路における危険を防止し，その他交通の安全と円滑を図るため必要と認めて定めたものをしようとする者

２　前項の許可の申請があつた場合において，当該申請に係る行為が次の各号のいずれかに該当するときは，所轄警察署長は，許可をしなければならない。

一　当該申請に係る行為が現に交通の妨害となるおそれがないと認められるとき。

二　当該申請に係る行為が許可に付された条件に従つて行なわれることにより交通の妨害となるおそれがなくなると認められるとき。

三　当該申請に係る行為が現に交通の妨害となるおそれはあるが公益上又は社会の慣習上やむを得ないものであると認められるとき。

第百十九条　次の各号のいずれかに該当する者は，三月以下の懲役又は五万円以下の罰金に処する。

一 ～ 十二の三　（略）

十二の四　第七十六条（禁止行為）第三項又は第七十七条（道路の使用の許可）第一項の規定に違反した者

◎A 県道路交通法施行細則（抄）

（道路の使用の許可）

第九条　法第七十七条第一項第四号の公安委員会が定める道路の使用の許可を受けなければならない行為は、次に掲げるとおりとする。

一～三　（略）

四　道路において一般交通に著しい影響を及ぼすような通行の形態で集団行進をすること。

五～八　（略）

入試日程　B日程　　出題科目名　憲法

出題趣旨

本仮想事例では，道路交通法（以下，道交法とする。）77条1項4号及びA県道交法施行細則9条1項4号に基づく集団行進に対する不許可処分の合憲性(憲法21条1項に違反するか否か)を検討することが求められている。その際には，エンタープライズ寄港阻止佐世保闘争事件最高裁判所判決（最判昭57・11・16刑集36巻11号908頁）などを参考にして欲しい。

憲法21条1項は，集会の自由を保障すると規定する。この点を踏まえると，Xらによる「A県B市内を集団行進すること」も，「道路における動く集会」として，憲法21条1項によって保障されることになる。

道路は，一般公衆が自由に出入りすることのできる場所で，本来の利用目的を備えているが，表現のための場として役立つ場所（パブリック・フォーラム）であるから，そこでの表現行為は原則として認められるべきである。しかし道路での集団行進は，交通秩序に対して大きな影響を与えうる。そこで道交法は，「道路における危険を防止し」，「交通の安全と円滑を図り」，「道路の交通に起因する障害の発生の防止に資する」（1条）ため，77条1項の「各号のいずれかに該当する者は」，「当該行為に係る場所を管轄する警察署長の許可を受けなければならない」（77条1項）と規定し，集団行進などの表現行為と交通の安全と円滑を図ることとの調整を図っている。

そこで問題となるのは，道交法77条1項4号及びA県道交法施行細則9条1項4号の「一般交通に著しい影響を及ぼす」という文言の明確性である。この点については，判例（徳島市公安条例事件：最大判昭50・9・10刑集29巻8号489頁）に基づき「通常の判断能力を有する一般人の理解において，具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」によって判断して欲しい。

判例（エンタープライズ寄港阻止佐世保闘争事件：最判昭57・11・16刑集36巻11号908頁）は，道交法77条2項を踏まえたうえで，道交法77条1項4号及びA県道交法施行細則9条1項4号に基づき許可を拒むことが許されるのは，当該集団行進が行われることにより「一般交通の用に供せられるべき道路の機能を著しく害するものと認められ」，しかも「条件を付することによっても，かかる事態の発生を阻止することができないと予測される場合」に限られるとしている。これに対しては、集会の自由の保障に資するよう「明白かつ現在の危険」が予見できる場合に限られると解することもできよう。

そのうえで，道交法77条1項4号及びA県道交法施行細則9条1項4号をXらに適用し，集団行進に対して不許可処分を下したことの合憲性を検討して欲しい。

たとえば，Xらが集団行進を行っていたのは，A県B市内の道路である。そこは，確かに一般公衆が自由に出入りすることのできる場所で，本来の利用目的を備えているが，表現のための場として役立つパブリック・フォーラムである。しかし，Xらの過去の言動を踏まえると，集団行進を許可することにより一般公衆等の通行に支障が生じる可能性があるので，Xらによる集団行進に対する不許可処分は合憲であると解することもできる。これに対し，道路がパブリック・フォーラムであることを踏まえると，「パブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには，所有権や，本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても，

その機能にかんがみ，表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要がある」（吉祥寺駅構内ビラ配布事件伊藤正己裁判官補足意見：最判昭 59・12・18 刑集 38 巻 12 号 3026 頁）。X らによる集団行進は，「環太平洋パートナーシップ協定（TPP）締結反対」という政治的見解に関するものであり，「明白かつ現在の危険」が予見できることを証拠に基づき立証することができないので，X らによる集団行進に対する不許可処分は違憲であると解することもできる。

どのような結論になるにせよ，説得力のある具体的な論述をして結論を導くことが望まれる。

以上

２０１７（平成２９）年度
法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ｂ日程　入学試験問題

「　刑　　法　」

〈４５分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

甲は日頃から恨みに思っていたＡと，ある日喧嘩となり，その際にＡの腹部にひざ蹴りを食わせ，Ａはその場に倒れた。すると，その様子を偶然見かけた甲の友人乙が甲に対し「俺もＡが大嫌いなんだ。参加してもいいか。」と問いかけたところ，甲は「もちろんだ。一緒にやっちまおう。」と答えたので，乙が甲と一緒になり，すでに横たわっていたＡの腹部をこもごも足で踏みつけたり，蹴ったりした。

Ａは以上の甲らの行為により，内臓破裂で死亡したが，その内臓破裂が上記の甲及び乙のいずれの行為によって生じたり，悪化したのかがまったく確定できなかった。

甲及び乙の罪責を論じなさい（特別法違反は除く）。

以上

入試日程　B日程　　出題科目名　刑法

出題趣旨

本問は同時傷害の特例（刑法２０７条）の適用範囲に関する論点を主として問うている。まず，同特例は単独犯同士のいわゆる同時犯のケースを念頭に置いて規定されているが，これが当初は単独犯，そして途中からはすでに共同正犯の関係が成立している複数人のいずれの行為部分から傷害が発生したのかが不明な場合にも適用しうるのかが問題となっている（一部裁判例及び学説はこれを肯定)。他方で，この場合には全部分に加担している行為者には傷害罪の責を負わせられることから，ここまで「疑わしきは被告人の利益に」の原則を排斥する規定を適用させるべきではないとする消極説も学説では有力である。いずれの結論でもよいが，採点に当たっては，およそこの論点を知っており，説得的な理由づけをしているかどうかを重視する。また，本特例が傷害罪の場合以外に、傷害致死罪についても適用されうるのかという点も争われており，学説では同様に消極的見解も有力なところ，最高裁は傷害致死罪についても本特例の適用を認めている（死亡結果がいずれの暴行者から生じたのか不明なケースで)。この点についても，知識があり，結論に向けての理由づけがしっかりしていることが重要である。なお，本問の乙にも傷害致死罪の罪責を負わせる構成として、承継的共同正犯も考えられるが，最近の最高裁判例が，もし乙が加担する前に傷害等の結果が発生している場合には，それを承継することはありえないとして，少なくとも傷害罪については承継的共同正犯の成立を否定していることから，本問でも乙の傷害致死罪を承継的共同正犯によって正当化するのは，かなり疑問と見られることであろう。

以　上

２０１７（平成２９）年度
法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ｂ日程　入学試験問題

「　民　　法　」

〈４５分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

ＸはＹに対して 100 万円の代金債権（α）を有しており、その弁済期は 2016 年 7 月 1 日である。一方、ＹはＸに対して 100 万円の貸金債権（β）を有しており、その弁済期は 2016 年 8 月 1 日である。以下の各問題に答えなさい。各設問は独立したものである。

（１）ＸはＹに対するα債権を 2016 年 7 月 20 日にＺに譲渡し、同日、内容証明郵便でＹにその旨の通知がなされた。Ｚが同年 8 月 1 日にＹにα債権の弁済を請求した場合、Ｙは支払を拒むことができるか。

（２）α債権には譲渡禁止特約が付けられていたにもかかわらず、Ｘはこれを 2016 年 7 月 20 日に事情を知っているＺに譲渡し、同日、Ｙに通知がなされたところ、ＹはＺに対し、この譲渡を承認するとの連絡を入れた。ＺはＹにα債権の弁済を請求できるか。

入試日程 B日程 出題科目名 民法

出題趣旨

本問は、債権譲渡における抗弁の接続や譲渡禁止特約付き債権譲渡の効力、異議なき承諾の効力などを問うものである。以下、詳細に説明する。

設問1では、ＸＹ間でα債権とβ債権（共に金銭債権）の対立があり、β債権の弁済期である8月1日が到来すれば、Ｙは相殺が可能であったにもかかわらず、受働債権たるα債権が7月20日にＸからＺに譲渡されてしまった。このような場合、Ｙは相殺をもってＺに対抗することができるか。468条2項は、債務者は通知を受けるまでに生じた事由を譲受人にも主張できると定めているところ、ここでいう「通知を受けるまでに生じた事由」とは、本問のような相殺の場合、具体的にどのような状態であることを意味するのかが問題となる。この点、最判昭和50年12月8日は、通知を受けた時点でＸＹ間に債権の対立状態がありさえすればよく、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より先に到来していること(制限説)や、通知を受けた時点で相殺適状にあること（相殺適状説）を要求するものではない（無制限説）。判例によれば、Ｙに債権譲渡の通知が到達した7月20日の時点で、ＸＹ間には債権の対立状態があるので、Ｙはこの事由をＺに主張することができる。そして、Ｚからα債権の弁済を請求された時点で、β債権の弁済期も到来しているので、Ｙは相殺を主張することによってα債権を消滅させ、その弁済を拒むことができる。なお、468条2項の「事由」の解釈については、学説上は制限説が有力であり、相殺適状説も主張されていることから、必ずしも無制限説に立って論じる必要はなく、それぞれの説に立って矛盾の内容に説明されていればよい。制限説にたった場合には、自働債権の弁済期が先に到来する場合でなければ、相殺の期待は保護に値しないと解されるところ、β債権の弁済期が後に到来する本問では、Ｙは自己のα債務について債務不履行に陥らなければ相殺できないことになるため、Ｙの相殺に対する期待は保護に値しないことになり、ＹはＺに相殺を主張してα債権の弁済を拒むことは許されない。さらに、相殺適状説にたった場合には、通知を受けた時点で自働債権であるβ債権の弁済期が到来していることが必要とされるが、本問では弁済期が未到来であることから、同じくＹはＺに相殺を主張してβ債権の弁済を拒むことは許されない。制限説や相殺適状説は、無制限説が相殺の効力を広く認めることにより、債権取引の安全を害することに配慮した見解である。もっとも、従来の債権譲渡と相殺の議論は、差押えと相殺の議論とパラレルに議論されてきたが、468条2項の「事由」の解釈に関しては、抗弁事由発生の基礎事情があればよいと解するのが判例（最判昭和42年10月27日）であり、このように広く事由を捉える根拠は、債権譲渡が債権の譲渡性を確保するために債務者の承諾を不要にしていることとの関係で、譲渡によって債務者の地位が不利にならないよう、できる限り抗弁事由の接続を認めようとすることにあると説明されている（例えば、解除については、通知を受けるまでに解除事由が発生している必要はなく、譲渡された債権が双務契約から

生じた債権であり、反対債権が未履行であるという事情があれば、未履行の債権が債務不履行に陥って契約が解除される基礎事情があるといえるとする)。差押えと相殺にもこの議論をあてはめると、債権の対立さえあれば、相殺の主張を可能とする基礎事情があるといえるから、無制限説と同じ結論になる。このような立論で、無制限説をとることも可能であろう。

設問2は、まず、α債権に譲渡禁止特約が付いていることについて検討しなければならない。譲渡禁止特約付きの債権は、譲渡契約を結んでも債権移転の効果は生じない(無効)と解されている（物権的効力説)。なぜなら、譲渡禁止特約付き債権の譲渡も債権譲渡契約当事者間では有効であると解すると、466条2項が当事者の合意による譲渡禁止を認めた意味が失われるからである。もっとも、同条項は譲渡禁止特約の効力は善意の第三者に対抗できない。しかしながら、本問では、第三者Zは悪意であるので、原則通り、債権譲渡自体が無効となる。

ところが、本問では、Yがα債権の譲渡を承諾してしまっている。判例によれば、譲受人が悪意でも、その後に債務者が債権譲渡に承諾を与えた場合には、債権譲渡は譲渡時に遡って有効になるとされている。その理由は、判例（最判平成27年8月10日）では、無権利者の処分行為も権利者の追認があれば116条の類推適用によって処分時に遡って有効になると解されているところ、譲渡禁止特約が付けられた場合も、無効行為の追完という点でこれと共通することから、116条の類推適用により、譲渡時に遡って有効と解することができることにある(最判平成9年6月5日)。116条類推適用により本件債権譲渡が有効となれば、次に問題となるのは、設問1と同様、Yが譲渡通知前にXに対してβ債権を有していることから、これとα債権との相殺を主張し、Zに対するα債権の弁済を拒絶することができるかである。

もっとも、本問では、設問1と異なり、Yが異議を留めないで承諾をしている点に注目しなければならない。468条1項は、異議を留めない承諾をすると譲受人に抗弁を主張できなくなると規定している。これは、異議なき承諾を受けた譲受人は抗弁事由がないと信じるであろうから、この信頼を保護するためであり（公信力説)、譲受人の信頼を保護する制度である以上、譲受人は抗弁事由がないことについて善意無過失であることを必要とするのが判例（最判平成27年6月1日）である。本問において、Zが善意無過失であれば、YはZに抗弁事由を対抗できなくなるところ、本問におけるYの抗弁事由は何かが問題となる。これについては、設問1で議論したのと同様、債権の対立状態さえあればよいか（無制限説)、自働債権の弁済期が先に到来する場面に限られるか（制限説)、自働債権が弁済期にあることが必要か（相殺適状説）で見解が分かれ、いずれの見解を採用してもかまわない。無制限説に立つと、異議なき承諾までに債権の対立状態さえあれば、Yは相殺を主張してZに対する弁済を拒絶することができることになる。

以　上

２０１７（平成２９）年度

法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ｂ日程　入学試験問題

「　民事訴訟法　」

〈４５分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

Ｘは、Ｙに対して、500万円の貸金返還を求める訴えを提起した。Ｙは、第１回口頭弁論期日において、「確かにＸから500万円を受け取ったが、それは贈与されたものである。」と陳述した。その後、第２回口頭弁論期日において、Ｙは、「先回期日の陳述を取り消す。Ｘから500万円を受け取った事実はない。」と陳述した。Ｙの右のような陳述は許されるか。

入試日程　B日程　　出題科目名　民事訴訟法

出題趣旨

Xは、Yに対して、500 万円の貸金返還請求訴訟を提起しているが、貸金返還請求権の主要事実は、①金銭の授受と②返還の約束である。

Yは、口頭弁論期日において、「500 万円を受け取った事実は認めるが、それはXとの売買契約の代金として受け取ったものである」と主張している。右主張について、裁判上の自白は成立するか。自白の要件は、①口頭弁論または弁論準備手続における弁論としての陳述であること、②相手方の主張と一致した陳述であること、③自己に不利益な事実についての陳述であることの 3 つである。本問ではすべての要件が存在する。したがって、500 万円の金銭授受について自白が成立するが、右のようなYの主張は、相手方の主張を全体として争いながら、主要事実①の金銭授受について相手方の主張と一致した陳述をするものであり、この部分についてのみ、裁判上の自白が成立する（理由付否にという）。したがって、500 万円の金銭授受について自白が成立する（民訴法 179 条）。

自白の効果として、裁判所拘束力と当事者拘束力がある。裁判所拘束力とは、裁判所は自白された事実に反する事実を判決の基礎と出来なくなるというものであり（弁論主義第２テーゼ）、当事者拘束力とは、自白した当事者はこれを自由に撤回できなくなるというものである。その根拠として、自己に不利益な事実の陳述は真実に合致する蓋然性が高いこと、および、相手方の信頼を保護することである。したがって、原則として、Yは、「500 万円を受け取った事実はなかった」と主張することができない。

もっとも、①刑事上罰すべき他人の行為により自白がなされた場合、②相手方の同意がある場合、③自白内容が真実に反し、かつ錯誤に基づく場合は、自白の撤回を認めることが許される。

２０１７（平成２９）年度
法務研究科　法務専攻（法科大学院）Ｂ日程　入学試験問題

「　商　　法　」

〈４５分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

問　次の文章を読んで、後記の設問（１）（２）に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下、甲社という）は、和菓子の製造・販売を行う会社法上の公開会社である。甲社の株主は、創業者である A がその発行済株式の 70％を保有しており、同時に A が取締役および代表取締役を務めている。

　他方、乙株式会社（以下、乙社という）は、洋菓子の製造・販売を行う会社法上の公開会社であって、A がその発行済株式の 70％を保有するほか、B が 30％を保有している。また、C が乙社の代表取締役および取締役を務めているが、A は、乙社の取締役には就任していない。

2. 甲社は、新たに洋菓子の製造・販売にも進出するとともに、販路を拡大することを計画しており、A は甲社を代表して、乙社の代表取締役 C と、甲社と乙社の提携の協議をすすめていた。協議の結果、甲社を存続会社とし、乙社を消滅会社として、両社は合併することにした。

3.　甲社と乙社の合併にあたり、甲社と乙社の企業価値は 1：1 であったが、これを 10：1 として、乙社の株主に、乙社株式 10 株に対し、甲社株式 1 株を割り当てることにした。また、合併の効力発生日は、平成 28 年 10 月 1 日とされた。

4. 平成 28 年 8 月 1 日、甲社と乙社では、適法な招集手続を踏んで、上記の合併を議案とする臨時株主総会（以下、本件総会という）が開催され、いずれも A の賛成によって合併承認の決議は成立した。

5. 平成 28 年 10 月 2 日、甲社は、合併に関する債権者保護手続も適法に終え、乙社の株主であった B に甲社の株式が交付されたが、公正な価値を基準とする株式価値の 10 分の 1 にすぎないものであった（B の保有する株式の評価額は 1000 万円から 100 万円に縮減した）。

設問（１）平成 28 年 10 月 10 日時点で、B は、会社法上、誰に対しどのような主張をすることができるか、論じなさい（配点 80 点）。

設問（２）平成 28 年 8 月 10 日時点で、B は、会社法上、誰に対しどのような主張をすることができるか、論じなさい（配点 20 点）。

以上

入試日程　B 日程　　出題科目名　商法

出題の趣旨

株式会社の吸収合併において、いわゆる合併条件が不公正である場合に、不利益を受けた消滅会社の少数株主は、どのような方法で自己の不利益を是正し得るかを問う問題である。

第一に、合併比率が不公正に定められた場合、不利益を受ける少数株主は、合併の効力発生日後であれば、合併無効の訴えの無効事由になる可能性がある。しかし、この点については、否定説と肯定説に分かれる。なぜそのような対立が生ずるのか理由を述べて説明できれば、いずれの説に立って説明しても差し支えない。

第二に、不利益を受けた少数株主は、会社または取締役に対し損害賠償を請求しうる。この点についても見解が分かれるが、代表訴訟によって取締役の責任追及をしうるか、対第三者責任の規定を使って損害を賠償し得るのか論ずることが求められる。本問では、第三者責任が問題になる可能性がある。

第三に、合併の効力発生前であれば、平成 26 年会社法改正によって差止請求権が設けられたので、この規定が適用される可能性があるが、合併比率の不公正の場合には議論がある。規定のうえからは適用を否定せざるを得ないが、単に合併比率が不公正というだけでなく、特別利害関係株主による著しく不当な承認決議によって合併比率が不公正に定められた場合には差止めを肯定すべきとする見解が有力である。

合併を含む組織再編には、なかなか手が回らないためか、論点を把握できていない答案もみられた。合併もまた、既存の少数株主が不利益を被るおそれが大きい会社行為であることは疑いないので、第三者割当増資等の延長線上で、合併条件の不公正についても復習してもらいたい。

以　上