

「 憲 法 」

(60分)

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

【問題】 以下の仮設事例を読んで、後の設問に答えなさい。

学生時代から原発問題に関心を持ってきたA判事補は、政党と労組の呼びかけで市民1000人が参加する「原発反対集会」にゲストとして招聘され、そこで、「本件集会においてパネリストとして参加する予定であったが、所属の地裁所長から警告を受けたので取りやめる」と発言をした。後日、この発言が問題視された分限裁判において、A判事補は裁判所法五二条一号後段「積極的に政治運動をすること」に違反したとして、戒告の懲戒処分を受けた。

その後、A判事補は、母校の法科大学院主催公開シンポジウム『表現の自由をめぐる問題状況』に講師として出席し、最近の裁判判例について解説をした。法科大学院の在学生・教職員をはじめ、一般市民ら約200名が聴講した。講演後、一市民から分限裁判懲戒処分について質問があり、A判事補は「一般論として言えば」と前置きして、つぎのような趣旨の発言を行った。

「裁判官は、不断に考究し、謙虚な自省を重ねつつ、自己の裁判官としての良心に従って、職務を行うべきであると思う。その裁判官の職務は、事実を確定し、憲法以下の法令を適用して裁判をすることだが、現代の複雑かつ変化を続ける社会においてこれを適切に行うためには、単に法律や先例の文面を追うのみでは足りないのであって、裁判官は、裁判所の外の事象にも常に積極的な関心を絶やさず、広い視野をもってこれを理解し、高い識見を備える努力を続けなくてはならない。このような、自主、独立して、積極的な気概を持つ裁判官を一つの理想像とするならば、司法行政上の監督権の行使、殊に懲戒権の発動はできる限り差し控え、だれの目にも当然と見えるほどの場合に限るとすることが、そのような裁判官を育て、あるいは守ることに資するものと思う。」と発言し、暗に自分に対する懲戒処分を批判した。

【設問1】 裁判官には、なぜ積極的に政治運動することが禁止されるのか。

【設問2】 あなたはA判事補の言動をどのように憲法上評価するか。

[参照法令]

◎日本国憲法(抄)

第七十六条

すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

2 特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。

3 すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ

拘束される。

第七十八条

裁判官は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されない。裁判官の懲戒処分は、行政機関がこれを行ふことはできない。

◎裁判所法（抄）

第四十九条（懲戒）

裁判官は、職務上の義務に違反し、若しくは職務を怠り、又は品位を辱める行状があつたときは、別に法律で定めるところにより裁判によつて懲戒される。

第五十二条（政治運動等の禁止）

裁判官は、在任中、左の行為をすることができない。

- 一 国会若しくは地方公共団体の議会の議員となり、又は積極的に政治運動をすること。
- 二 最高裁判所の許可のある場合を除いて、報酬のある他の職務に従事すること。
- 三 商業を営み、その他金銭上の利益を目的とする業務を行うこと。

◎裁判官分限法（抄）

第一条（免官）

裁判官は、回復の困難な心身の故障のために職務を執ることができないと裁判された場合及び本人が免官を願ひ出た場合には、日本国憲法の定めるところによりその官の任命を行う権限を有するものにおいてこれを免ずることができる。

- 2 前項の願出は、最高裁判所を経てこれをしなければならない。

第二条（懲戒）

裁判官の懲戒は、戒告又は一万円以下の過料とする。

入試日程 A 日程 出題科目名 憲法

1. 出題の意図 設問にある判事補の具体的言動が、裁判所法 52 条 1 号にいう「積極的な政治運動」にあたるか、それが懲戒処分にまで及びうるのかが主要な論点である。寺西判事補事件最高裁決定（平成 10・12・1）およびその基礎にある猿払事件最高裁判決（昭和 49・11・6）の論旨をふまえて、自説を説得力ある理由づけで展開することが期待される。

【解説】 基本判例である寺西判事補事件は、ある法案反対の市民集会に出席し発言した言動が裁判所法 52 条 1 号で禁じられている「積極的に政治運動をすること」に該当し、同法 49 条に規定されている懲戒事由の「職務上の義務違反」に当たるとして分限裁判にかけられた事件である。最高裁決定は、1. 裁判官に対する政治運動禁止の要請は一般職の公務員の場合よりも強いこと、2. 裁判所法 52 条 1 号にいう「積極的に政治運動をすること」とは、「組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為であって、裁判官の独立及び中立・公正を害するおそれがあるもの」の意であること、3. 問題の集会は法案廃案に追い込むことを目的とする党派的運動の一環としてのもので、そこでの賛同的言動は単なる個人の意見の表明の域を越えること、という判断枠組みを示して、ある行為が「積極的な政治運動」に該当するか否かは、客観的な事情としての、(イ) その行為の内容、(ロ) その行為の行われるにいたった経緯、(ハ) 行われた場所、それらに加えて、(ニ) 主観的な事情としての、行為をした裁判官の意図、これらを総合的に考慮して決めるとした。

この枠組みを基礎にして設問の事例を考えれば、パネリストとしての発言を控えたものの、A 判事補が政府のとり原発政策を批判する反対集会に行くことは原発関連訴訟を取り扱う可能性のある裁判所の公正・中立性という要請を害することになり、国民の信頼を揺るがしかねない問題を提起すると考えられる。A 判事補の言動は「積極的な政治運動」に該当し、職上の義務違反により懲戒処分が相当であるとも考えられよう。しかし、裁判官の発言とはいえ、民主主義にとってきわめて重要な政治的言論の自由に関する事案という視点からすれば、別の立論も可能である。日々の平穏な生活や生存が脅かされる原発事故の可能性があるなかで反対集会に参加したからといって、「国民の信頼を著しく損ねる積極的な政治運動」にあたるまでとはいえないという考えもあろう。裁判官である前に一市民であり、裁判官が多少の政治的発言をしたからといって、ただちにその独立性が失われ外見上の中立性・公正性が損なわれるとみることは杞憂にすぎないとも考えられる。「一般論として言えば」の発言部分は寺西事件決定の反対意見が

とる見解である。判事補の原発反対集会への出席が、「組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為」といえるのか、疑問ともいえよう。

2. 講評 事例問題では、基礎となる判例を正確に理解した上でそれを主体的に検討して判断枠組みを提示すること、そして事案を個別的・具体的に検討することが求められる。妥当な結論を引き出すためには、何といても基本となる最高裁判例の考え方の枠組みを正確に理解していることが重要である。寺西事件では判断が 10 対 5 と分かれたように、本問でも意見は分かれ得よう。いずれの見解によるのかを、説得力ある理由を述べつつ明らかにする必要がある。また、分限裁判についての理解が不十分な答案もみられた。

2014(平成26)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。)

甲は、街の金融業者Vから借金の返済を執拗に迫られていたが、返済のメドが立たなかったため、この際Vを殺して借金の返済を免れようと決心した。そこで甲は、友人の乙に対し、「俺の職場の上司でパワハラをしてくる奴がいるんだ。名前はVというんだが、こいつを殺してくれないか。もし殺してくれたら、100万円やるから。」と嘘の説明をして、Vの殺害を依頼した。

乙はその話を聞き、100万円の臨時報酬に魅力を感じ、甲の依頼を引き受けた。

そこで乙は、ある日の深夜、甲からその位置を教えられたVの自宅内に忍び込み、持参したロープで、寝室で眠っていたVの首を思い切り絞めたところ、Vは窒息死した。乙はそれを確認したところ、せっかくわざわざV宅まで来たのだから、何か金目の物をいただくと思い立ち、室内を探し回ったところ、現金10万円入りの財布が見つかったので、乙はそれを自分のズボンのポケットに入れて、V宅を後にした。

乙はその後直ちに甲宅を訪れ、たしかにVを殺した旨報告し、甲から現金100万円を受領した。乙はさらに甲に対し、「しばらくこの土地を離れて逃げたいので、便宜を図ってくれないか。」と頼んだところ、甲は他の地方に所有する別荘まで乙を行かせ、そこで1ヶ月間ほどひそかに住ませた。

なお、甲・V間の貸借は第三者に知られておらず、契約書等の証拠書類も作成されていなかったため、甲は以上の経緯により、Vに対する借金の返済を免れることができた。

甲及び乙の罪責を論じなさい(但し、特別法違反は除く)。

以上

入試日程 A日程 出題科目名 刑法

1. 出題の意図

本問は財産罪及び犯人（隠避・）蔵匿罪の基本的論点を中心に、登場人物の認識の相違を的確に評価できるかといった、総論における共犯の具体的取り扱いについても、諸君の実力を測定しようとしている。

甲は借金の返済を免れるという財産上の利益を取得するため、手段として被害者（利益保持者）Vを殺害しようとした。よって、2項強盗による強盗殺人罪の成否が問題となる。甲は借金免脱に関する事柄を知らない乙を、言わば「故意なき道具（他罪の故意を有する道具）」として利用して、殺害させ、その結果、借金の返済を免れるという財産上の利益を取得した。よって、甲には強盗殺人罪の間接正犯が成立する（乙は同罪の故意を有しないので、同罪については責任を負わない）。

他方、乙は殺人に関し、甲と共謀を遂げ（それに相当する兩名のやり取りは指摘しておくこと）、その通りVを窒息死させているので、殺人罪の共同正犯の責を負い（甲についてはこの罪責は強盗殺人罪の間接正犯に吸収されると見てよい）、さらにVの死亡直後に、その所持品の占有を、不法領得の意思をもって取得している。有力学説によれば、これは占有離脱物横領罪を構成するにとどまるが（死者に占有なし）、最判昭41・4・8刑集20・4・207によれば、殺人犯人との関係では、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものというべきであるとして、窃盗罪の成立が認められることになる（この点は単独正犯）。

さらに、甲が乙に別荘を与えて住ませた行為だが、犯人蔵匿罪の成否が問題となる。甲については、自己の強盗殺人罪の間接正犯（及び殺人罪の共同正犯）としての罪責の発覚を防ぐという意味合いも認められるため、言わば自己隠避・蔵匿と同視して、防御権の範囲内の行為と見る考え方もありえようが（西田典之「刑法各論第六版」462頁等）、裁判例には同種事件で、「もはや防禦として放任される範囲を逸脱するものというべきであつて、自己の刑事被告事件の証憑湮滅としての側面をも併有することが、一般的に期待可能性を失わせる事由とはなりえない」として、犯人隠避・蔵匿罪を認めたものがある（旭川地判昭57・9・29刑月14・9・713）。他方、乙については犯人による自身の蔵匿の教唆ということになり、これについても犯人自身の逃亡と同視して、期待可能性なしとする見解も学説では有力であるが（上記西田各論・460頁参照）、判例は犯人（隠避・）蔵匿罪の教唆犯の成立を認めている（例えば、最決平元・5・1刑集43・5・405）。これらの論点については、結論の如何は問わないので、適切で一貫した理由づけによる論述を求めたい。なお、この部分については、甲・単独正犯、乙・教唆犯でよいが、あるいは両者の共謀共同正犯という構成も不可能ではないであろう。

2. 講評

*全体的には、（刑法に関し）既修者として認定していいと思われる答案は受験者11名中1通のみ、あと1通が、他科目の成績がよいのであればやむを得ないかという程度、残りの9名の答

案は、これではとても既修者認定はできないという内容でした。以下、答案の内容に関して個別にコメントします。

*まず、問題文に「…したところ」という表現が繰り返し出て来ていますが、出題者本人が後から読み返しても、稚拙な文章だなと感じます。問題文の点検が疎かだったとも言え、大学教員として恥ずかしい限りです。この点、謹んでお詫び申し上げます。

*さて、本問は甲と乙の「罪責」を論証させています。ということは、成立すべき犯罪の各要件（構成要件要素等。規定に書かれていない解釈上の要件も含む）を、問題文に書かれた事実が充足していることを一々説明しなければなりません（そんなに完璧でなくてもいい場合もあります）。それが抜けていて、いわゆる論点への態度決定と罪名で終わり、という答案では、たとえその答が合っていても、高い点数は付けられません。

*乙のV宅立ち入りにつき、甲にも住居侵入罪の共謀共同正犯（実行行為の分担を必要とする古典的見解であれば、教唆犯にとどまるでしょう）が成立しうるでしょう。甲はV宅の位置まで教えており、V殺害の手段としてV宅立ち入りを乙との間で前提として相互了解していたと言えるからです。

*甲に成立する強盗殺人罪の罪責につき、単独正犯（間接正犯）であることの指摘が欠けている答案が散見されました。

*皆さんは学部の刑法の授業で、実行行為を分担していないと共同正犯にはなれないという命題を教え込まれているのでしょうか？現在では、共謀だけでも共同正犯になれるという共謀共同正犯が学説でもほぼ一致して容認され、共同正犯と教唆犯との区別は、役割や利害の大きさ等による実質的な区別が、少なくとも実務上では優勢です（しかも、教唆犯が裁判で認められる件数は極めて少なく、ちょうど本問で問題となるような、犯人自身による隠避・蔵匿の依頼行為のような特殊ケースに限られています）。他人に犯罪実行の意思を発生させれば、即教唆犯、という書き方は、少なくとも既修者コースを目指す受験者としては、知識不足の感を否めません。

*乙がV殺害後に財物盗取の意思を抱いてVの現金を取得した点につき、上記最判昭41・4・8刑集20・4・207に依拠する場合、この最高裁判決が死者の占有自体を認めているわけではないことに注意して下さい（生前の占有が死亡直後においてはなお保護に値するとしか言っていない）。判決文をじっくり読み返すといいでしょう。

*乙が犯した住居侵入罪は、V死亡後のV宅内での窃盗罪（もしくは占有離脱物横領罪）とも牽連犯の関係に立つと見ていいでしょう（判例の傾向からすれば）。そうなると、殺人罪も含めた3罪の関係は、住居侵入罪をかすがいとする科刑上一罪となるでしょう（かすがい現象を否定する場合は、殺人罪と窃盗罪とは併合罪）。それらと、犯人蔵匿教唆罪（成立させた場合）とはもちろん併合罪です。

*犯人蔵匿罪関係の論点（甲については、同時に自己の犯罪発覚を免れうる場合における本罪の成否、乙については、犯人自身による蔵匿の教唆と本罪教唆犯の成否）が抜けている人もかなりいました。やむをえないことかもしれませんが。

以上

2014(平成26)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。)

以下の各問に答えなさい。なお、各問は、それぞれ独立した全く別個の問題である。

(問1)

Aは、Yに対し100万円の融資を申し込んだところ、連帯保証人をつけることを要求された。そこで、Aは、Xを強迫して連帯保証人になることを承諾させ、連帯保証契約締結の代理権を授与させた。その上で、Aは、Yから100万円を借り受けるとともに、Xの代理人として、Xを連帯保証人とする契約書に署名押印した。XY間の法律関係を論じなさい。

(問2)

Aは、Yに対し100万円の融資を申し込んだところ、連帯保証人をつけることを要求された。そこで、Aは、不動産を全く所有していないにもかかわらず、Xに対し「自分は不動産をたくさん所有しているので、必ず返済することができる。絶対に迷惑はかけないから、連帯保証人になってもらえないか。」と持ちかけた。このAの話を信用したXは、これを承諾し、連帯保証契約書に署名押印した。XY間の法律関係を論じなさい。

以上

入試日程 A日程 出題科目名 民法

1. 出題の意図

問1は、代理権授与行為が強迫を理由に取り消された後の法律関係を問うもので、代理権授与行為の性質、表見代理の成立要件、強迫による取消の効果等について、基本的な理解ができているかどうかを試す問題である。

問2は、主たる債務者が連帯保証人を欺罔して連帯保証契約を締結させた場合の法律関係を問うもので、連帯保証契約の当事者、第三者の詐欺、錯誤（特に動機の錯誤）等に関する基本的な理解を試す問題である。

2. 講評

(1) 問1

AがXの代理人として、Y A間の金銭消費貸借契約についてXが連帯保証する旨の契約書に署名押印したことによって、Y X間に連帯保証契約が成立したが、XはAの強迫を理由にAに対する代理権授与契約（単独行為との理解でもよい）を取り消すことができる（96条1項）。この取消の遡及効により、Aの代理権は最初から存在しなかったことになり、Aの代理行為は無権代理となる。そこで、Yのために表見代理が成立しないかが問題となる。ところが、この表見代理について触れていない答案が非常に多かった。

取引の安全を保護するため表見代理の成立を認めるべきであるとする説は、代理行為が行われた時、Aは代理権を有していたのであるから、112条の表見代理（あるいはその類推適用）を認めるべきであるとする。そして、代理行為が行われた時に委任状が提示されていれば、それは代理権授与表示となるので、109条の表見代理も成立するとする。

これに対し、表見代理の成立を認めないのが多数説である。その理由としては、詐欺取消には第三者保護規定（96条3項）があるのに対し、強迫にはないので、96条3項の反対解釈により、強迫を理由とする取消は善意の第三者にも對抗することができるはずであるのに、表見代理が成立すると96条3項の趣旨が没却されてしまうとする。そして、代理権が遡及的に消滅することにより最初から何の代理権も存在しなかったことになるので、代理権消滅後の表見代理（112条）は成立しないと、109条の表見代理についても、代理権授与表示は観念の通知であり意思表示の規定が類推されると解すべきであるので、代理権授与契約の取消によって代理権授与表示も取り消され遡及的に消滅したものとする。

(2) 問2

XがYとの間における連帯保証契約書に署名押印したことにより、X Y間において連帯保証契約が成立したが、それはAの詐欺によって結ばれたものである。連帯保証契約の当事者は保証人Xと債権者Yであり、主債務者Aは第三者である。したがって、Aの詐欺によって契約が締結された場合は第三者による詐欺になるので、XはYが悪意であったときに限り取り消すことができる（96条2項）。ところが、96条3項の問題であると考え、Yを詐欺によって結ばれた契約を前提に新たな利害関係を有するに至った第三者であるとして、その善意悪意を論じた答案がかなりあった。

次に、XはAが不動産をたくさん所有していると誤信して本件連帯保証契約を締結しており、これが錯誤であるとして95条により本件契約が無効になるか否かも問題になるが、この点には全く触れていない答案も多かった。95条の成立要件は、本来は、内心的効果意思と表示上の効果意思（表示行為から推認される効果意思）が一致していないことが必要である。しかし、本件は、「連帯保証人になる」という内心の効果意思に基づいて「連帯保証人になる」という契約書に署名押印（表示行為）しており、両者に不一致はない。「連帯保証人になる」という内心の効果意思を発生する動機（Aは不動産をたくさん所有しているから）に錯誤があつたに過ぎない。したがって、本来は95条の適用はないはずであるが、実際に起きる錯誤の多くは動機の錯誤であり、これを全て有効とすると、95条が設けられた趣旨が没却される。しかし、動機は漠然と広範囲に存在するものであり、相手方にとっては知り得ないこともあるので、動機に錯誤があつた場合を全て無効にすると、取引の安全を害することが甚だしい。そこで、動機が明示または黙示に表示されて契約の内容になった場合には、95条の錯誤になり、当該契約は無効になるとするのが判例の立場である。

「 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。)

【問題】

以下の各設問に答えなさい。

- (1) 未成年者Xが、Yに対して、貸金返還請求訴訟を提起した。第一審では、Xが未成年者であることを看過してX敗訴の本案判決をしたため、Xは控訴した。控訴審裁判所は、どのように処理すべきか。
- (2) Aは、自己の法定相続人にあたる甲及び乙のうち、乙に全ての相続財産を相続させる旨の遺言を残して死亡した。これに対して甲はこの遺言が無効であると主張し、乙に対して遺言無効確認訴訟を提起した。この訴えは適法か。

参考条文

(未成年者及び成年被後見人の訴訟能力)

第三十一条 未成年者及び成年被後見人は、法定代理人によらなければ、訴訟行為をすることができない。ただし、未成年者が独立して法律行為をすることができる場合は、この限りでない。

(訴訟能力等を欠く場合の措置等)

第三十四条 訴訟能力、法定代理権又は訴訟行為をするのに必要な授權を欠くときは、裁判所は、期間を定めて、その補正を命じなければならない。この場合において、遅滞のため損害を生ずるおそれがあるときは、裁判所は、一時訴訟行為をさせることができる。

2 訴訟能力、法定代理権又は訴訟行為をするのに必要な授權を欠く者がした訴訟行為は、これらを有するに至った当事者又は法定代理人の追認により、行為の時にさかのぼってその効力を生ずる。

3 前二項の規定は、選定当事者が訴訟行為をする場合について準用する。

入試日程 A日程 出題科目名 民事訴訟法

1. 出題の意図

小問(1)は、訴訟能力制度の理解を問う問題である。

本小問において、Xは未成年者であるから、原則として全く訴訟能力は有さず(民事訴訟法(以下、法という。)31条本文)、Xの訴訟行為は当然に無効であるから、第一審裁判所はXの訴えを却下すべきであった(なお、訴訟能力は、訴訟要件ではなく、訴訟行為の有効要件であるとするのが通説的見解である。)

それにもかかわらず、第一審裁判所はX敗訴の本案判決をしており、まず、この判決の効力が問題となる。この点、法は、このような場合のために上訴や再審を用意しているから(法312条2項4号及び338条1項3号)、判決については当然に無効ではないと解されている。

そして、次に、Xは訴訟能力を欠いたまま控訴をしているため、当該控訴の効力が問題となる。この点、上述した原則論に基づけば、当該控訴は当然に無効であり、控訴審裁判所はXの控訴を却下すべきということになる。そうすると、第一審判決は無効ではないから、訴訟無能力者がした訴訟の判決が確定してしまう結果になり、結果の妥当性を著しく欠くと言わざるを得ない。

そこで、結果の妥当性を確保するための方法として、控訴審裁判所が原審に差し戻して補正(法34条2項参照)の機会を与える方法と控訴審裁判所自ら訴え自体を却下するという方法が考えられる。この点は、どちらの結論を採っても、また両方を結論としても評価に差は付けなかった。

小問(2)は、いわゆる確認訴訟の対象選択の適否の理解を問う問題である。すなわち、本小問において、甲は過去の法律関係の確認ともみられる遺言無効確認訴訟を提起しており、同訴訟が確認訴訟の対象は「現在の権利又は法律関係」でなければならないとする原則に反しないかという問題である。

同様の事案で、判例は、遺言の効力発生後にその無効確認を求める訴えは、形式的には過去の法律行為の確認を求めるものであっても、遺言が有効であるとすればそこから生ずべき現在の特定法律関係が存在しないことの確認を求める趣旨と解され、かつ、確認訴訟による紛争解決が期待される場合には、確認の利益が認められるとして、遺言無効確認訴訟の確認の利益を認める余地があるとの判断を示した(最三小昭47.2.15民集26-1-30)。そもそも、他の訴訟類型に比べて確認訴訟の訴えの利益が盛んに議論される理由を説明し、判例の結論を意識し、判例を理解していると推認される表現で自己の結論を導いた答案に高い評価を付けた。

2. 講評

小問(1)については、問題の所在を理解できていない答案が散見された。未成年者が絶対的訴訟無能力者であることや第一審判決が有効であることという前提知識が正確に理解できていない者が大半であった。訴訟能力の問題であることに気づかず、当事者能力・当事者適格と混同した答案も認められ、基礎的な概念の理解が不足していると思われる受験生が少なくなかった。

小問(2)については、著名な論点であるにも関わらず相当数の受験生が問題点に気づいていなかった。また、気づいた者の中でも、なぜ確認訴訟において訴えの利益が問題となるのかという論点以前の問題意識を答案に表現している受験生は少数にとどまった。さらに、上記判例を正確に理解できている者は皆無だった。

「 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〕 下記の文章を読んで後記の問いに答えなさい。

1. Aは、インターネットを利用して独自にアクセサリー等の企画商品を受注し製造・販売を行っていた。最初は趣味でやっていただけだったが、各地のゆるキャラ・キーホルダー等のヒット商品に恵まれ、徐々に売上げを伸ばした。そこで、今度は名古屋市を中心部に出店し、商品を店舗販売することにした。これに伴い普段から事業に協力していた友人BおよびCにも出資してもらい、甲株式会社(以下、甲社という)として事業を継続することにした。
2. A、BおよびCの3人は、発起人として甲社の定款に署名した。そして、甲社の発起人総代をAとし、Aの主導のもとで設立事務を行うことにした。もともと、Aのアパートは3人が集まって話し合いをするには手狭だったことから、Aの友人の乙が所有するマンションの一室P物件を1年間月額5万円(総額60万円)で借りることにした。ただし、定款には、事務所家賃総額30万円と記載されていた。
3. ところで、Aは、アクセサリー等の製作を自宅近所の工場に下請けに出していたが、受注拡大にあたって甲社の自前工場を建てるために、友人の丙が所有するQ土地を2000万円で購入受けることにした。その際、Aは「甲社発起人総代A」名義で丙との売買契約書にサインした。しかし、定款にはQ土地取得に関する記載はなく、裁判所に対し必要な手続の申請もしていなかった。
4. A、BおよびCは、各自を取締役とするほか、Aを代表取締役とし、他に友人のDを監査役に迎え、非公開会社でかつ取締役会設置会社にすることにした。Dは別に仕事を有していたが、Aに名前だけ貸してくれれば月1万円支払うといわれ、監査役への就任を承諾した。
5. AおよびBは金銭の払込みを終え、Aは甲社の設立登記をした。しかし、それから1か月も経たないうちに、Bが甲社の金銭1000万円を横領し行方をくらませた。Aは、Bに全幅の信頼を置いており、経理・財務に関しては一切任せきりにしていたため、アルバイト従業員へのバイト代も支払えず、店舗を休業せざるをえない状態に追い込まれた。
6. P物件の賃料をこれまで一銭も受領していなかった乙は、Aに60万円の支払いを求めた。しかし、Aは甲社定款には、P物件の賃借について30万円と記載されているだけで、定款で記載された賃料を超えていることから無効であると主張している。

7. Q 土地の売買代金をまったく受領していなかった丙もまた、A のもとにかけつけ、売買代金の支払いについて交渉を開始した。

(1) 乙は、P 物件の賃料回収のために誰にどのような請求をすることができるか論じなさい (50 点)。

(2) 丙は、Q 土地の売買代金回収のために誰にどのような請求をすることができるか論じなさい (50 点)。

以上

入試日程 A 日程 出題科目名 商法

1. 出題の意図

一 定款に記載した金額を超える設立費用

本問では、A が甲社設立のための事務所を賃借する契約を賃貸人乙と締結している。しかし、定款で許された金額の範囲は総額 30 万円である。すなわち、A は定款で許された金額の範囲を超え、60 万円で契約しているために、乙が未払賃料を甲社および A にどのように請求できるか問題となる。

①会社に全額請求できるとする見解、②発起人に全額請求できるとする見解、③会社には定款記載の範囲内で、発起人には超える額を請求できるとする見解などがある。

いずれの見解でもよいが、なぜその見解に立つのか理由づけが重要である。設立当初の会社財産の確保を重視すれば、発起人に負担させるべきであろうし、取引の安全を考慮し、乙のような第三者の保護を重視すれば、会社に責任を負担させるべきである。

なお、乙は、未払賃料債権を損害として、発起人および設立時取締役、監査役に対第三者責任を追及することもできる（会社 53 条 2 項）。

二 定款に記載のない財産引受けの効力

定款に記載のない財産引受けは、判例によれば、設立当初の会社の財務基盤を脆弱にすることから、絶対的に無効と解されている。他方、取引の安全と会社の意思を考慮し、追認できるとする見解も有力である。

判例の立場に従えば、本問の丙は、甲社に対して売買代金を請求することができない。一方、追認を認める説に従えば、甲社が追認するか否かによって結論は異なる。ただし、判例の立場でも A が甲社定款に記載のないことを理由に売買の無効と主張することには問題がある。そこで、信義則上、A は無効を主張できないとする理論構成や、無権代理を類推適用するといった理論構成が考えられる。

ここでも丙は、A らに発起人、設立時取締役・監査役として第三者に対する責任を追及することも考えられる。

2. 講評

結論はいろいろ考えられるが、その理由づけが重要である。もっとも、設立費用や財産引受けといった基礎的概念が理解できていない答案が目立った。本問は非常に基本的な問題であるから、教科書をきちんと確認し、なぜそのような規制になっているのか、条文ないし制度趣旨を完全に理解しておいてほしい。

以上