

「 憲 法 」

(60分)

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

以下の仮想事例を読んで、後の設問に答えなさい。

2011年3月11日に発生した東日本大震災によって、東京電力福島第一原発は、壊滅的な破壊を受け、大量の放射能物質を放出した。こうした原発事故は、深刻な問題を日本社会にあたえた。原子力発電所を抱えているA町のY町長は、過疎地域に悩むA町の経済的な発展を考えた場合には、引き続き、地元であるA町において原子力発電所は必要であると確信していた。これに対して、A町の住民Xらは、福島原発の惨状を目のあたりにして、原発はもはや必要ないと考え、原発廃止の署名活動を開始した。その結果、3ヶ月間に全住民の約65%に相当する住民から原発廃止賛成の署名を得たので、Y町長に署名簿を提出した。

こうした住民運動に危機感をおぼえたY町長は、この署名簿のなかには、同一筆跡のようにみえる署名が多数存在していることから、正確な民意を確認する必要性を強く感じた。そこで、Y町長は、署名簿を手掛かりにしてA町の職員に署名者の自宅を戸別訪問するように指示し、次のような質問をさせた。①いつ署名したか、②自書したか、③誰に頼まれたか、④原発はA町の経済に役立っていないか、⑤現在でも考えに変更はないか、などである。なお、住民の回答にあたっては、強制にわたらないように心掛けた。

【設問】

上記の事案には、どのような憲法上の問題点が含まれているか、論じなさい。

<参考条文>

請願法

(昭和二十二年三月十三日法律第十三号)

第一条 請願については、別に法律の定める場合を除いては、この法律の定めるところによる。

第二条 請願は、請願者の氏名（法人の場合はその名称）及び住所（住所のない場合は居所）を記載し、文書でこれをしなければならない。

第三条 請願書は、請願の事項を所管する官公署にこれを提出しなければならない。天皇に対する請願書は、内閣にこれを提出しなければならない。

2 請願の事項を所管する官公署が明らかでないときは、請願書は、これを内閣に提出することができる。

第四条 請願書が誤つて前条に規定する官公署以外の官公署に提出されたときは、その官公署は、請願者に正当な官公署を指示し、又は正当な官公署にその請願書を送付しなければならない。

第五条 この法律に適合する請願は、官公署において、これを受理し誠実に処理しなければならない。

第六条 何人も、請願をしたためにいかなる差別待遇も受けない。

附 則

この法律は、日本国憲法施行の日から、これを施行する。

入試日程 B 日程 出題科目名 憲法

1. 出題の意図

2011 年 3 月 11 日の東日本大震災によって生じた原発事故をきっかけにして、原子力発電所をかかえている市町村ならば、どこでもありそうな事案を素材にした。Y 町長は、原発廃止賛成の署名簿のなかに不真正な署名があるのではないかと疑い、町の職員に署名者の自宅を戸別訪問させ、いくつかの質問をさせている。このような Y 町長の行為が、憲法 16 条の請願権をはじめ、いくつかの憲法上の権利を侵害しているのではないかが、問題となろう。

請願権は、近代人権宣言において早くから登場した権利の 1 つであるが、普通選挙など国民の国政参加の道が広がるにつれて、その重要性が相対的に減少した。しかしながら、国民の意思を国政に反映させる方法として、今日でも、重要な役割を果たしているといわれている。請願とは、国または地方公共団体の機関に対して、国務に関する希望を述べることであり、その法的性格は、請願を受理するという国務を請求する権利であると解されている。のみならず、憲法 16 条後段によれば、「いかなる差別待遇も受けない」と規定しており、公権力による請願の介入妨害や、公権力による不当な圧力を禁じていると解することができる。

本問では、町の職員が戸別訪問によって、署名にいたった経緯、署名の真偽、依頼人の存否、原発に対する考え（意見）などにつき、署名者に対して事細かに質問している。たしかに、これは上述の「請願権」の問題が主たる問題であるが、それにとどまらない。署名することによって、自分の意思を表現することは「表現の自由」（憲法 21 条）の問題にはかならず、職員による戸別訪問により私生活上の自由（プライバシー権）を侵害しているとも考えられる。また、原発に対する見解を個別的に聞いているのであるから、「思想・良心の自由」（憲法 19 条）の問題でもある。このように請願権の問題のみならず、いくつかの憲法上の論点をふくんでいる。事案に則して個別具体的に論じてほしい。

2. 講評

多くの答案は、憲法 16 条の請願権の問題を正しく指摘していた。このことは、喜ばしいことであるが、しかし、上述の憲法上の諸論点の一部のみを論じている答案が散見された。時間の制限もあることから、すべての憲法上の論点を論ずることはきわめて困難であったであろうと想定される。ともあれ、①から⑤までの各質問に留意しつつ、それぞれの憲法上の論点を個別具体的に指摘したうえで、Y 町長の行為の目的と目的達成の手段に着目して、その合憲性を論じてほしい。

2013(平成25)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 」

(60分)

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

甲は生活資金に困ったため、自己が所有していた土地(以下、「本件土地」と呼ぶ)をXに売却することにし、平成24年9月1日、Xとの間に売買契約を締結し、代金2000万円は後日、Xから甲の預金口座に振り込むこととした。

ところがその後、甲はXの資力に問題があるとの噂を耳にしたため、まだ本件土地の所有権移転登記をしていないのをいいことに、Yから2000万円を借りることとし、同年9月8日、Yとの間に消費貸借契約を締結して後日2000万円を甲の預金口座に振り込んでもらうこととし、その担保として抵当権を本件土地に設定し、その登記は同年9月18日に甲とYとで行なうこととした。なお、Yは甲とXとの間の上記事情についてはまったく知らなかったが、甲はこの時点では抵当権設定登記まで了するつもりでいた。

その後同年9月11日になり、甲の預金口座にXから2000万円が同日付で振り込まれたことを甲は確認した。

しかし、甲はさらに資金を得たくなかったため、9月14日、上記の事情を一切知らないZに何も打ち明けないまま、上記の土地を売却する契約をZとの間に締結し、同日中にこの土地の所有権移転登記まで了した。

甲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 B 日程 出題科目名 刑法

1. 出題の意図

本問は暴力・有形力を伴わない財産罪に関する基本的論点を十分理解しているかどうかを確認する趣旨で出題したものである。

甲はXとの間に本件土地の売買契約を締結することによって、土地の所有権はXに移転したから（民法176条参照）、その後の本件土地は横領罪の規定（刑法252条1項）にいう「自己の占有する他人の物」（すなわち、所有者Xの委託により占有する土地）になった。それにつき、甲は9月8日、Yへの抵当権をXに無断で設定した。これは、「委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意志」（最判昭24・3・8刑集3・3・276）、すなわち、横領罪版の不法領得の意思を外部に発現したものであるから、一応横領行為と見ることができよう。もっとも、近時の学説においては、抵当権の設定登記を済ませるといった対抗要件を備えるまでは、二重売買等のケースについて横領の既遂（よって、本罪の成立）を認めるべきでないとする見解が通説的なので、本問の甲については、その後登記を了したという事実は一切認められないため、この抵当権設定行為については横領罪は成立しないという結論が常識的かと思われる。但し、従来判例を前提とすれば、不法領得の意思が発現されれば一切横領罪を認めることになる。よって、この点に関する結論自体はいずれでもかまわない。

次に甲は9月14日、同じ土地を今度はZに売却し（上記同様、不法領得の意思の外部発現）、こちらについては所有権移転の登記まで了している。よって、上述の有力学説によっても、この行為についてはXに横領罪が成立する。なお、先の抵当権設定についても横領罪を認めた場合には、いわゆる「横領後の横領」（最大判平15・4・23刑集57・4・467）」の問題に遭遇することになるので、その点への言及も必要となろう。

他方、この売却行為は、抵当権者Yに対する背任罪（刑法247条）も成立させる。抵当権設定者甲はYに対し、その抵当権設定登記に協力し、土地の担保価値を維持するという「他人のためにその事務を処理する者」になるからである。そのXが自己資金を調達するという「自己…の利益を図…る目的」により、上記任務に背く売却行為という本罪の実行行為を行ない、よってYに担保価値をほぼ無に帰せしめるという「財産上の損害」をすでに与えたからである（民法379条、177条等参照）。

以上、甲にはXに対する横領罪及びYに対する背任罪が成立し、両者は併合罪となる。

2. 講評

まず、X～Zに対する詐欺罪を（も）論じた人が大多数であった。たしかに、甲には真実を隠して（なお、その場合も不真正不作為犯ではない。金銭の支払いを求めるという作為による欺罔行為ということになる）金銭を得た（よって、1項詐欺罪に問えるのであって、2項に持ち込む必要はない）ことに間違いないし、最近の最高裁判例では、被害者に実質的財産損害が生じていないケースについて詐欺罪がこれでもかというほど認められている。しかしながら、本問で甲に真っ先に論じられるべき犯罪はXに対する横領罪（但し、「業務上」ではなく、単純横領罪。

売却物の占有は業として行なわれているとの事情は見当たらない。なお、先行する抵当権の設定については、上述の通り、学説の通説を前提とする限りは横領罪不成立) 及びYに対する背任罪であろう。特に、後者の背任罪に気づいた受験者は1人もいなかった。典型的な二重抵当ではなく、先行抵当・後続売却という事例だったため、それでも背任罪であると理解することができなかったのであろうか。もちろん、個々の受験者によって出来は若干相違するが、一般的に言えば、財産罪の基本的理解と簡単な設例へのあてはめがまだまだ不十分だったということであろう。

以上

「 民 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

Aは、妻Bとの間に子C・Dを設けた後、Bと離婚した。それから数年後、AはEと知り合い、共同生活を営むようになった。A・Eは、周りの人から夫婦だと思われるような生活をしていたのであるが、婚姻届は出さないうでいた。A・Eの間に子はなく、A・Eが居住していた建物(甲)は、Aが父親から相続によって取得したものであった。

ある日、Aが横断歩道を青信号で渡ろうとしたとき、飲酒によって酩酊したFの運転する車がAに衝突し、Aは死亡するに至った。その後、C・D間で遺産分割協議が成立し、甲建物はCが取得することになった。ところが、Dは、そのことを隠して、甲建物の相続持分をGに譲渡し、所有権移転登記をしてしまった。

このとき、以下の設問に答えなさい。なお、C・Dは、幼くしてAと別れ、母Bの手で育てられたため、C・DとAの間には、特別受益(民法第903条)や寄与分(民法第904条の2)の関係はないものとして考えなさい。

- (1) Eは、Fに対し、どのような請求をすることができるか。
- (2) C・G間の法律関係について説明しなさい。

入試日程 B日程 出題科目名 民法

1. 出題の意図

小問(1)は、内縁の妻に相続権があるかを問うものである。そして、仮に相続権がないとしても、本問のような事案において、EがFに対して何も請求できないのは不都合だということから、どのような法律構成でEを救うことができるかを考えてもらうことを期待している。

小問(2)は、遺産分割と登記に関する問題で、遺産共有、遺産分割、対抗関係等に関する基本的理解が問われる問題である。

2. 講評

(1) 小問(1)

通説・判例は、内縁は準婚関係であるとして、一般に内縁の配偶者にも、正式の婚姻関係にある配偶者に準ずる地位を認めているが、相続に関しては法律関係を画一的に処理する必要から、内縁配偶者の相続権を否定している。しかし、生存中に内縁関係を解消した場合は、財産分与規定(768条)の類推適用が認められているので、死亡によって内縁関係が消滅した場合においても財産分与規定の類推適用ができないかが争われていた。これに対し、最判平成12年3月10日は、財産分与規定の類推適用も否定した。

上記の判例法理を前提とすると、Eとしては、E自身に発生した損害を709条に基づいてFに請求する必要がある。考えられるのは、①扶養利益侵害による損害、②E固有の慰謝料(711条類推)である。①については、多くの下級審判決がこれを認めている(大阪地判昭和54年2月15日等)。②についても、711条の文言は請求権者が「配偶者」とされているが、判例・通説は請求権者の範囲を拡大する傾向にあり、多数の下級審判決が内縁配偶者からの直接の慰謝料請求を711条の類推適用によって認めている(東京地判昭和43年12月10日等)。

(2) 小問(2)

被相続人が死亡して相続が開始すると、遺産は当然に相続人の共有となる(898条)。前記の判例理論に従うと、内縁の配偶者には相続権が認められないから、本問における相続人はCとDであり、それぞれ2分の1ずつの共有持分を有することになる。この状態でC・D間に遺産分割協議が成立したことにより、甲建物は相続開始時に遡ってCが単独で相続したことになる(909条)。したがって、Dは、甲建物につき無権利者であり、Gは無権利者から甲建物の共有持分を譲り受けたことになる。ここで、909条但書が遺産分割は「第三者の権利を害することはできない」としているのが、Gがこの第三者にあたれば、同条によって保護されることになる。この点につき判例は、909条但書は遺産分割の遡及効によって権利を害される第三者を保護する規定であり、同条の第三者とは遺産分割前に利害関係を有するに至った者であるとしている。そして、本問のように遺産分割後に利害関係を有するに至った者に対する関係では、遺産分割によって新たな物権変動が生じると実質的に異なることを理由として、分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の取得した権利を対抗することができないとした(最判昭和46年1月26日)。この判例理論に従えば、Cは登記を有しておらず、Gが登記を有しているのが、CはGに対して対抗することができないことになる。

「 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。)

Xは、Yに対して、貸金300万円(以下、本件貸金債権という。)の返還を求める訴えを提起した。なお、Yは、Xに対して、300万円の売買代金債権(以下、本件売買代金債権という。)を有している。

- (1) XのYに対する訴訟において、Yは、本件売買代金債権を自働債権、本件貸金債権を受働債権として相殺するとの主張を行ったところ、この相殺の主張は時機に後れた攻撃防御方法として却下された。Xの勝訴判決が確定した後に、YがXに対して上記売買代金債権の支払を求めて訴えを提起した場合、裁判所はいかなる判決をすべきか。
- (2) Yが本件売買代金債権による相殺権を行使しないまま、X勝訴の判決が確定した。その後、XがYに対して強制執行を行った場合、Yは請求異議の訴えを提起して本件売買代金債権を自働債権とする相殺権を行使することができるか。

入試日程 B 日程 出題科目名 民事訴訟法

1. 出題の意図

小問（1）は訴訟における形成権行使の問題である。小問（2）は基準時後の形成権行使の問題である。

まず小問（1）では、訴訟で相殺を主張しているが裁判所に却下されているため、訴訟法上の効果は生じていない。他方、相殺は意思表示により実体法上の効果を生ずることから実体法上の効果は生じているとも思える。そして、ここで実体法上の効果が生じているとすると後訴でYがXに対して売買代金を請求しても裁判所はこれを棄却する判決をすべきという結論に至る。この点については学説上の争いがあり、私法行為説（併存説）、訴訟行為説、新併存説などの見解が対立している。ここでは、これらの見解の理解を示しながら、自己の立場に従って結論を示すことが求められている。

例えば、新併存説の立場に立つと、訴訟上の形成権行使には、私法行為と訴訟行為とが併存し訴訟行為の効力が失われるときは私法行為も失効する（撤回又は条件）と考えるため、相殺の主張が裁判所に却下された場合には私法行為としての相殺も効果は発生しないこととなる。従って、この見解に立つと、後訴で改めて売買代金債権の支払を求めて訴訟提起することは可能であり、裁判所は、売買代金債権の存否を審理して本案判決をすべきという結論になる。

次に小問（2）では、X勝訴の判決が確定しているため既判力が生じている。そして、この既判力は、事実審の口頭弁論終結時を基準時とする。なぜなら、当事者は、事実審の口頭弁論終結時点で主張立証することができたのであり、裁判所もこのときまでに訴訟に提出された資料に基づいて判決をしているからである。根拠条文としては、民事執行法35条2項、民事訴訟法253条1項4号が挙げられる。従って、原則として基準時前の事由は既判力により遮断される（消極的作用）。しかし、形成権は、実体法において権利行使期間が法定されており、これを行使する旨の意思表示をしてはじめて権利変動が生じるとされていることから、前訴で主張しなかった形成権を基準事後に行使することが許されるのか問題となる。そして、取消権については、当該請求自体に内在・付着する瑕疵の存在を主張する権利であることからこれを否定し、相殺権については前訴の訴訟物である請求権とは別個の反対債権を犠牲にするものであること等の理由からこれを肯定するのが判例の立場である。

2. 講評

小問（1）については、そもそも問題の所在を理解できていない答案が散見された。勉強不足と言わざるを得ず残念である。

小問（2）については、著名な論点であることから全くできていないというわけではなかった。しかし、なぜ事実審の口頭弁論終結時を基準時とするか、民事執行法35条2項が根拠となること等に触れられていない答案があり、基本的な理解が不十分と思われた。

受験生の皆さんには、より一層の努力を期待したい。

「 商 法 」

(60分)

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

次の設例を読んで、下記の設問に答えなさい。

(設 例)

自動車部品の製造を業とする甲株式会社(以下「甲社」という)は、取締役会設置会社であるが委員会設置会社ではない。

甲社には、X工場・Y工場の2工場が存在し、売上高においてX工場が7割、Y工場が3割の生産を行っていた。両工場は同じ自動車部品を製造し、同じ取引先に納入している。甲社が保有する資産のほとんどは不動産であり、X工場とY工場それぞれの土地・建物である。X工場の土地・建物とY工場の土地・建物はほぼ同じ価格である。

甲社が倒産の危機に瀕し、資金繰りに一刻の猶予もなくなったため、甲社代表取締役Aは、独断でX工場を処分することを考えた。Aは、取締役会や株主総会の決議を経ることなく、X工場の土地・建物、機械設備、取引先等、X工場の事業を乙社に売却し、併せてX工場の従業員との雇用契約も甲社から乙社に引き継がれることを内容とする譲渡契約を締結した。

なお、甲社・乙社間の確認事項として、X工場の乙社への譲渡後も、甲社は、引き続きY工場において従来どおりX工場と同じ自動車部品を製造し、同じ取引先に納入することができるものとされた。

後日、甲社取締役会でA以外の取締役は、Aが独断で譲渡契約を締結した事実を知ったが、今後、Y工場のみ生産では会社として存続し得ず、X工場を譲渡すべきではないので、何とか譲渡契約を実行しないですむ方向を検討するとの結論に至った。

乙社は、譲渡契約時に、X工場が甲社の売上高において7割を占めること、甲社資産のほぼ半分を占めることは知っていたが、譲渡契約をAが独断で締結することは知らなかった。乙社は、譲渡契約締結に際して、Aに対して、譲渡に関して取締役会決議や株主総会決議を経ているか確認したが、Aは「大丈夫である。」と述べるばかりであった。乙社は、さらにAに対して、譲渡に関する取締役会議事録・株主総会議事録の提出を求めたが、社外に持ち出せない等と断られた。

(設問1) 甲社は、乙社に対して、設例におけるX工場の譲渡契約の無効を主張することができるか。

(設問2) 設例とは異なり、乙社がX工場の土地・建物を倉庫として利用したいと申し入れてきたので、Aが取締役会や株主総会の決議を経ることなく、X工場の土地・建物のみ(機械設備・取引先等は譲渡の対象とせず従業員との雇用契約も承継しない)を乙社に売却する不動産売買契約を締結した場合には、甲社は、乙社に対して、X工場の土地・建物売買契約の無効を主張することができるか。なお、譲渡の対象が設例と異なるのみでそれ以外の事情は設例と同じとする。

1. 出題の意図

- (1) 設問1において、甲社の代表取締役Aが独断で行ったX工場の譲渡契約の性質をどのように考えるべきであろうか。すなわち、「事業の重要な一部の譲渡」(会社法467条1項2号)に当たるかという問題である。

この点、旧商法245条1項1号に関する事件で、最高裁は、株主総会の特別決議を要する営業譲渡とは、①有機的一体として機能する組織的財産の譲渡によって、②譲渡会社が営んでいた営業的活動を譲受会社に受け継がせ、③譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に旧商法25条に定める競業避止義務を負う結果を伴うものであるとした(最大判昭和40.9.22民集19巻6号1600頁)。これは、旧商法24条以下における「営業譲渡」と統一的に解釈することを理由としており、従来の多数説も、最高裁は、上記3要件を必要とするものと解している。これに対して、近時では、最高裁は上記②及び③を要件とするものではないと解する見解も有力である。設問1のX工場譲渡は、判例の要件に照らして、有機的一体として機能する組織的財産という点、営業活動の承継という点は満たすが、乙社が甲社と同じ製品を生産し同じ取引先に納入することから競業避止義務は負わない趣旨であると解される。この場合に事業譲渡には当たらないのか、近時有力説のように競業避止義務は必須の要件ではないと解するのかを論じてもらいたい。

さらには、設問1のX工場が事業の「重要な一部」と言えるのか、重要な一部とはどの程度のものを指すと解するべきであるかが問題となる。判例では、全事業の9割の譲渡事例(東京地判昭和33.6.10下民集9巻6号1038頁)、2つの工場のうち全売上高の8割を占める工場の譲渡事例(東京高判昭和53.5.24判タ368号248頁)などが重要な一部と判断されている。甲社の売上高においてX工場が7割を占めていること、X工場は保有資産の半分を占めることから、重要な一部であると言っていると考えられる。

設問1の譲渡を「事業の重要な一部の譲渡」と解すれば、株主総会特別決議を要するところ(会社法309条2項11号)、それを経ていない場合の効力をどのように解するべきか。無効と解するのが判例であるが(なお、20年を経て譲受人から無効主張をしてきた場合に信義則を用いて無効主張を制限する判例がある 最判昭和61.9.11判時1215号125頁)、無効の主張を制限しようとする学説もある。

- (2) 設問2ではX工場の土地・建物のみを譲渡しているが、この譲渡契約の性質をどのように考えるべきであろうか。

設問2では有機的一体として機能する組織的財産ではなく、営業的活動の承継もないので事業譲渡にはあたらないが、「重要な財産の処分」に該当し、取締役会決議を要することとなるのではないかが問題となる(会社法362条4項1号)。「重要な財産の処分」に当たるか否かは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱等の事情を総合的に考慮して判断すべきものとされているが(最判平成6.1.20民集48巻1号1頁)、甲社の保有資産の半分をしめるX工場は重要な財産にあたると言ってよいであろう。

では、取締役会決議を経ない重要な財産の譲渡の効力はどのように考えるべきか。判例は、取締役会決議を欠いた重要財産の処分行為につき、原則として有効であるが、相手方が決議を経ないことを知りまたは知り得べかりし時は無効であると解している（最判昭和40.9.22民集19巻6号1656頁）。説例では、乙社は取締役会議事録の提出を幾度か求めたが断らており直接的な取締役会決議の存否の確認手続をしていない。これについて過失があるとすれば譲渡は無効となろう。

2. 講評

設問1と設問2は、事業譲渡と重要な財産処分との区別を問う問題であるので、それぞれの意義についての自説を判例を意識しながら述べて欲しかった。

また、事業譲渡や重要な財産処分について規範を定立したうえで、説例中に記載してあるX工場に関する具体的事実を拾って、自分なりにあてはめを丁寧にしてもらいたかった。