

「 憲 法 」

〈45分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

20××年4月、A県内のA県立公園において酒に酔った花見客が酔った勢いで大暴れし、複数の花見客に暴行を加えて、1人に大けがをさせ、1人を死亡させるという事件が発生した。

この事件をきっかけとして、「飲酒を規制した方が良いのではないか」といった声上がりはじめ、国においても、何らかの対応を取る方向で議論・検討がはじめられた。

その議論・検討の結果、酒類は致酔性、依存性が強い飲料であって、①酩酊者が周囲の者に迷惑を及ぼすことが多いこと、②飲酒によって種々の病気を発症して医療費が増大し公的医療保険制度への影響等、種々の社会的費用が増加すること、といった弊害がある、といった事情から一定の規制が必要であるという意見が大勢を占めた。しかしながら、他方で、自宅や飲食店での飲酒などを含めた飲酒全般を規制することになれば、それは過度な制約であって憲法上問題があるのではないか、との意見も出された。

そこで、国は、屋外や公共施設など、他の人と接触することが多い場所に限定して一定の規制を設けることとし、「道路、公園、駅その他の公共の場所において管理者の許可なく飲酒してはならない。これに違反した者は30万円以下の罰金に処する。」という内容の法律を制定した。

この仮定の法律に含まれる憲法上の問題点について論じなさい。

入試日程 D日程 出題科目名 憲法 **出題趣旨**

本仮想事例では、国が「道路、公園、駅その他の公共の場所において管理者の許可なく飲酒してはならない」という内容の法律（以下、「本件法律」という）を制定したことに伴い生じる憲法上の問題（どのような人権を制約する可能性があるか否か）を検討することが求められている。

本件法律は、公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止するので、飲酒の自由を制約する可能性がある。もっとも、日本国憲法は、飲酒の自由を規定していない。そこで、飲酒の自由が「憲法上の権利」として保障されるか否かを検討する。

日本国憲法 13 条は、包括的基本権として、幸福追求権を保障する。まず、幸福追求権は、個人的人格的生存に不可欠な利益を保障すると解するか、あらゆる生活上の行為を自由に行うことを保障すると解するか、検討して欲しい。例えば、幸福追求権は、個人的人格的生存に不可欠な利益を保障すると解すると、飲酒が、個人的人格的生存に不可欠な利益であるか否かを検討することになる。

仮に、飲酒が個人的人格的生存に不可欠な利益であると解したとしても、「酒類は致酔性、依存性が強い飲料であって、①酩酊者が周囲の者に迷惑を及ぼすことが多いこと、②飲酒によって種々の病気を発症」する可能性があることを踏まえると、飲酒の自由の重要性は、一定程度下がることになろう。

また、本件法律により、公共の場所において管理者の許可なく飲酒することが禁止されるので、飲酒の自由が直接的かつ剥奪的に、さらには罰則を以って制約されることになる。とはいえ、本件法律は、「①酩酊者が周囲の者に迷惑を及ぼすことが多いこと、②飲酒によって種々の病気を発症して医療費が増大し公的医療保険制度への影響等、種々の社会的費用が増加すること」の防止を目的とすることに鑑みると、飲酒の自由は、間接的付随的に制約されると解することもできよう。

これらの点を考慮したうえで、飲酒の自由に対する制約の合憲性を検討して欲しい。まず、本件法律の立法目的は何か、その目的と公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止すること（立法目的達成手段）にはどのような関連性があるのかを検討する。例えば、立法目的を「①酩酊者が周囲の者に迷惑を及ぼすことが多いこと、②飲酒によって種々の病気を発症して医療費が増大し公的医療保険制度への影響等、種々の社会的費用が増加すること、といった弊害」を防止することと捉えたうえで、その立法目的と公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止することには、どのような関連性があるのかを検討するのである。

具体的には、「①酩酊者が周囲の者に迷惑を及ぼすことが多いこと、②飲酒によって種々の病気を発症して医療費が増大し公的医療保険制度への影響等、種々の社会的費用が増加すること、といった弊害」を防止するために、公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止する必要性の有無を検討する。そして、公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止することの相当性の有無

を具体的に検討する。その際には、「自宅や飲食店での飲酒などを含めた飲酒全般を規制することになれば、それは過度な制約である」といった意見をも考慮して欲しい。

どのような結論になるにせよ、立法事実や本件法律の制定過程における議論・検討を踏まえた、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

「 刑 法 」

〈45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の罪責を論じなさい（特別法違反は除く）。

〔設例〕

甲（行為当時満18歳。以下同様）は日頃から父親A（満55歳）が職場から帰ってくると、そのストレスからか、自身や同居の母親B（満50歳）に対し殴る蹴るの暴力を振るうのを心苦しく思っていた。

ある晩、一家の台所でAがBに文句を言い続けていたので、甲は持っていたスマートフォンの録音ソフトを起動させ、Aの言動を収録し始めた。すると、普段はおとなしい性格のBが珍しく声を荒げて反発し、それを聞いたAがBに近づいていく気配を、隣室にいた甲が感じたため、甲はAがBにまた暴力をはたらいている、もうBの身を守らなければどうにもならないと思い、台所に向かい、流し台の引き出しから包丁を取り出して、直ちに、Bと2メートルほど離れて対峙していたAの胸部を包丁で1回突き刺した。包丁の刃はAの肺を貫通して心臓にまで達し、Aはその場にうつ伏せに倒れて動かなくなった。それを見た甲はひとまず安堵し、Bに119番通報をするよう指示した。しかし甲は、Aがいずれ回復すると、この件で仕返しされることはまず間違いないと思ったので、持っていた包丁でAの後頸部を何回も執拗に突き刺した。

Aは失血により、数分後には、その場で死亡したが、この失血の起因となったのは、もっぱら胸部の刺し傷に基づく損傷であった。

なお、その後Bからの110番通報により現場に急行した警察官が、甲のスマートフォンで上記の様子を録音した音声ファイルを再生してみたところ、AとBが激しく言い争っている様子は窺われたが、Bが殴られたりしているような物音はまったく聞き取れなかった。Bも警察官に対し、今回自分は口喧嘩しかしていなかったと供述している。

以上

入試日程 D日程 出題科目名 刑法

出題趣旨

横浜地判平31・2・19判時2455・102の事案を一部変形させ、誤想過剰防衛の認定とその処理、死亡結果との因果関係の評価、(誤想された)急迫不正の侵害の終了、(これも、本問の場合はあくまで誤想されたものに過ぎないが)急迫不正の侵害消滅後の加害行為が量的過剰防衛か普通の犯罪かに関する識別(最決平20・6・25刑集62・6・1859参照)が適切になされているかどうかを判定すべく出題した。

2021年度
法務研究科 法務専攻（法科大学院）D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。）

甲は乙銀行に定期預金債権（ α 債権）を有している。丙は甲から盗取した預金証書及び印鑑を持参して乙を訪れ、自己に対する融資を求めた。乙は、丙を α 債権の債権者であると誤信して丙に貸付を行い、丙が期限までに貸付金を返済しない場合には、貸付金と α 債権とを相殺決済するとの合意が乙丙間でなされた(預金担保貸付)。このような事実をあとで知った甲が、乙の行った預金担保貸付は無効であるとして、甲に対して定期預金の解約・払戻しを求めたところ、乙は、丙から期限までに貸付金の返済がなかったことを理由として貸付金債権と α 債権を相殺した結果として消滅したとして、払戻しを拒絶した。甲の請求は認められるか。

入試日程 D日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

銀行が、預金者でない者を預金者であると誤信して預金担保貸付を行い、貸金債権と預金債権との相殺を行った場合、この相殺が 478 条の類推適用により有効となるかを問う問題である。以下、具体的に説明する。

本問では、甲は乙に定期預金債権 α を有しており、この弁済を求めているが、他方で、乙は α 債権の債権者であると誤信した丙との間で金銭消費貸借契約を締結しており、丙が期限までに貸付金の返済をしなかったため、相殺の合意に基づき貸付金と α 債権を相殺決済し、 α 債権は消滅したと主張している。乙の相殺の主張が認められれば、 α 債権が消滅し、甲の主張が認められないことになることから、乙の相殺の有効性が問題となる。

相殺の要件 (505 条) は、二当事者間に相対立する同種の債権が存在することと、双方の債権の弁済期が到来していること、である。本問では、乙は丙に対して貸金債権を有しているが、 α 債権は甲の乙に対する預金債権であるから、相殺の要件を客観的には満たさない。

しかしながら、乙は丙を α 債権の債権者と誤信して、 α 債権との相殺決済を約することにより、実質的に α 債権を担保に丙に貸し付けを行っているのであるから、この乙の信頼は保護されないだろうか。478 条は債権の受領権者らしく見える者を受領権者と信じて弁済した場合に、弁済者を保護する規定であるところ、本問では、乙は預金を担保に貸付けをしたうえで相殺決済をしている(預金担保貸付)のであって、弁済をしているのではないから、478 条を直接適用はできないものの、同条を類推適用することにより乙を保護できるのではないかが問題となる。

この点、預金担保貸付は、貸付から相殺までの一連の過程を全体としてみれば、その経済的実質は定期預金の期限前払戻しと同視できる(=定期預金はいつでも解約できるのに、解約せずにあえて貸付けを受けている預金者の意図は、満期まで定期預金を解約しない形をとることで満期の利息を獲得したいからであるし、銀行としても預金保有率を下げないためにも、満期前に定期預金を解約される事態を避けることのできるこの方法はメリットがある。この方法をとれば、どうせ相殺決済されるのだから、預金者としては期限までに貸付金を返済する必要はないし、銀行も貸付金の回収に全く手間がかからない。法律上は、貸付金と預金を相殺決済するという形態をとってはいるものの、両当事者の実際の意識としては、定期預金を解約して払戻しを受けているのと変わらない)。そして、定期預金の期限前払戻しは、確かに定期預金の解約が必要であるものの、解約は預金者が望めば銀行がこれを拒むことはなく、普通預金の払戻し(=弁済)との違いは受け取る利息の違いに過ぎないことからすれば、定期預金の期限前払戻しは実質的には普通預金の払戻し(=弁済)と変わらない。したがって、預金担保貸付は弁済と同視できるといえる。また、478 条は弁済の迅速性・簡便性を確保することがその趣旨であるところ、銀行が行う預金担保貸付は約款で義務付けられた定型的行為であり、迅速性・簡便性の要請が同様に妥当する。以上より、預金担保貸付行為について 478 条の類推適用を認めるべきである。

次に、478 条により弁済が有効となるための要件は、受領権者としての外観を有する者に対して、善意無過失で弁済をしたこと、である。丙は預金証書と印鑑を所持しているから、 α 債権の受領権者としての外観を有する者であるといえる。また、478 条の弁済に預金担保貸付と相殺が含まれることは上述の通りである。もっとも、善意無過失に関しては、本問では、乙が丙に貸付

けをした時点では丙が α 債権の受領権者ではないことを知らないが、相殺決済の時点では丙が受領権者でないことを乙が知っていることから、貸付の時点か、相殺の時点か、いずれの時点で善意無過失を判定するのにより結論が変わることになる。この点、預金担保貸付の経済的実質は定期預金の期限前払戻しであることからすれば、実際に丙に金銭が渡った時点、すなわち貸付の時点が実質的に弁済と同視できるのであるから、貸付時を基準とすべきである。また、確かに弁済と同様の債権消滅の効果をもたらすのは相殺という法律行為ではあるものの、相殺は預金債権を消滅させるための事務的な事後処理に過ぎず、その行為自体に特別な意味はないといえる。本問では、貸付の時点で乙は善意無過失であるから、弁済者の善意無過失要件も満たす。

以上より、478条が類推適用される結果、乙の行った預金担保貸付に基づく相殺決済は有効となることから、 α 債権は消滅するので、甲は乙に対して定期預金の払戻しを請求することはできない。

以上

「 商 法 」

〈45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、後記の【設問】に解答しなさい。配点：【設問】（1）・（2）各50点

1. Aは大学時代の友人Bと共同出資して、マルチメディア・コンテンツの企画および開発を目的とする甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立することとした。Aのみが発起人となり、設立手続きが進められた。
2. Aは、Bと相談のうえ、設立時発行株式数を1000株とし、Aが600株、Bが400株を引き受けること、それぞれの払込金額を6000万円、4000万円とし、Aは自己所有の土地（以下「本件土地」という。）を現物出資することを決めた。
3. Aは本件土地について、知人の弁護士Dおよび不動産鑑定士Eに依頼して、土地の評価額が6000万円相当である旨の証明を得たため、裁判所に対し検査役選任の申立てをしなかった。
4. 設立時発行株式について、Aは当該株式引受後遅滞なく本件土地を給付し、他方、BはAが定めた払込期日までに払込取扱銀行の所定口座宛てに、4000万円の払込みを済ませた。その後、甲社の創立総会が開催され、A、BおよびCが甲社の設立時取締役、Dが甲社の設立時監査役に選任された。
5. 甲社は、2020年12月11日、設立登記を了した。

【設問】

甲社が成立した後、次の事実が判明したとして、以下の（1）および（2）のすべてに解答しなさい。なお、設例事実に記載されていない甲社における会社法上の設立手続はすべて適法に履践されたものとする。

（1）本件土地の公正な評価額は3000万円であった。DおよびEは、Aから本件土地の価額について、6000万円である旨の証明を強く求められたため、客観的資料に基づく評価をせず証明書をAに交付していた。A、D、およびEは甲社に対しいかなる会社法上の義務を負うかを検討しなさい。

（2）Bは、払込金額4000万円全額を知人から借り入れて払込みを済ませ、甲社が設立登記を経た翌日に、払込取扱銀行の所定口座から4000万円全額を引き出して当該知人に返済していた。AおよびCは、Bの払込みにかか

る当該事情を知らなかった。Bは甲社に対し、いかなる会社法上の義務を負うかを検討しなさい。

入試日程 D日程 出題科目名 商法 **出題趣旨**

株式会社の設立に関する基礎的理解をみるものである。【設問】の(1)は、現物出資価額が定款に記載された価額に著しく不足する場合の不足額支払義務を、(2)は、仮装払込みにあたると評価される払込みがなされた場合の設立時募集株式の引受人の支払義務について、条文に即して正しくあてはめを行うことが求められている。

1. 【設問】(1) について

本件の設立は、募集設立にあたる。Aは発起人であり、自己が引き受けた株式600株に関する6000万円の出資を自己所有の土地で現物出資した。現物出資がなされる場合には、現物出資者の氏名・名称、当該財産およびその価額、現物出資者に対して割り当てられる設立時発行株式の数を定款に記載しなければ当該現物出資の効力は生じない(会社法28条1号)。加えて、発起人は、現物出資がなされる場合には、定款の認証後遅滞なく、裁判所に対し検査役選任の申立てをしなければならない(会社法33条1項)。ただし、弁護士等専門家の証明を得た場合には、申立てを行う必要はない(同条10項3号)。なお、不動産が現物出資財産であるときには、弁護士等専門家の証明および不動産鑑定士の鑑定評価を得る必要がある(同号第二かっこ書)。本件設立手続においては、Aの知人の弁護士Dと不動産鑑定士Eの評価証明がなされているため、Aが検査役選任の申立てをしなかったことは適法である。

もっとも、甲社が成立した後判明した事実によれば、Aが給付した土地の公正な評価額は3000万円であり、定款に記載された金額6000万円の半額の価値しかなかった。このような場合、会社財産が確保されていないことになるため、会社法は、不足額に関する支払義務を規定して手当てしている。

すなわち、会社法52条によれば、株式会社の成立の時ににおける現物出資財産等の価額が当該現物出資財産等について定款に記載(記録)された価額に著しく不足するときは、発起人および設立時取締役は、当該株式会社に対し、連帯して、当該不足額を支払う義務を負う。ただし、現物出資者以外の発起人および設立時取締役は、検査役の調査を経た場合には責任を負わない。また、現物出資に関する証明をした者も、注意を怠らなかつたことを証明しない限り、上記責任を負う者と連帯して不足額を支払う義務を負う(52条1項・2項・3項、103条1項)。

これを本件にあてはめると、Aは現物出資者であるから、甲社に対する不足額3000万円の支払義務を免れることはできない(設問では問われていないが、募集設立においては無過失の抗弁は許されないため、設立時取締役であるBおよびCも連帯して支払義務を負う)。DおよびEについては、証明について注意を怠らなかつたといえるかが問題となる。DおよびEはAから強く求められたとはいえ、客観的資料に基づかず土地の価額の評価をしていたのであるから、注意を怠らなかつたとは到底いえない。したがって、DおよびEはAと連帯して不足額3000万円を甲社に対し支払う義務を負う。

2. 【設問】(2) について

Bは、払込金額4000万円全額を知人から借り入れて払込みを済ませ、甲社が設立登記を経

た翌日に払込取扱銀行の所定口座から4000万円全額を引き出し、当該知人に返済していた。

知人からの借入金をもって株式の払込みに充てることも、会社成立後それを引き出すことも、それ自体は特段問題となるものではない。しかし、Bは、会社が成立した翌日に払込金をすべて引き出して知人に返済しており、実質的に会社財産は確保されていない。このような払込みの態様は、講学上見せ金と呼ばれ、形式的には金銭の移動があり、有効な払込みのようにみえる一方で、一連の払込みに関する行為を全体としてみると、個々の行為は仮装払込みのためのカラクリの一環をなしているにすぎず、有効な払込みとはいえない。

判例によれば、見せ金にあたるか否かは、①借入金を返済するまでの期間の長短、②払込金が会社資金として運用された事実の有無、③借入金の返済が会社の資産関係に及ぼす影響の有無等を総合的に勘案して判断するとされている（最判昭和38年12月6日17巻12号1633頁）。これを本件にあてはめると、Bは会社成立の翌日には払込金を引き出して知人に返済しており、Bの払込金が会社資産として運用された実態はない。Bからの払込金の引き出しおよび返済により、甲社の財産はその分確保されていない。したがって、本件におけるBの払込みは見せ金にあたり、Bは払込みを仮装した募集株式の引受人として、当該払込金額全額、すなわち、4000万円を甲社に対し、支払う義務を負う（会社法102条の2）。（なお、設問では問われていないが、募集株式の引受人による出資の履行の仮装に関与した発起人および設立時取締役も、その職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明しない限り、当該募集株式の引受人と連帯して同様の支払義務を負うが（会社法103条2項、会社法施行規則18条の2）、本件のAおよびCについては、Bの仮装払込みが巧妙であり容易に知り得なかつた等により事情を知らなかつた場合には、注意を怠らなかつたといえ、支払義務を免れうるかもしれないが、4000万円もの預金の引き出しがあれば、通常取締役であれば、Bに事情を問うなどするであろうから、AおよびCは注意を怠らなかつたとはいえないように思われる）。

以上

「 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、令和2年3月1日に弁済期を同年4月1日としてYに100万円を貸し付けたと主張し、同年5月11日、Yに対し貸金返還請求訴訟を提起した。この訴訟の口頭弁論期日において、Yは、Xから100万円を借り受けたことはないと主張した。裁判所は、証拠調べの結果、Xの主張する貸付の事実は認められないが、同時に、XがYに対して令和2年3月1日に自動車を100万円で売り渡したことが認められるとして、これを理由にXの請求を認容する判決をした。

この判決にはどのような訴訟法上の問題があるか、説明しなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

本問は、民事訴訟法における重要な原則である処分権主義についての理解を問うものである。

処分権主義とは、訴訟の開始・終了、及び、いかなる権利関係についていかなる形式で審判を求めらるかを、当事者の判断に委ねる原則である。訴訟物たる権利関係は、実体法上は私的自治の原則が妥当し、当事者の自由な管理処分委ねられるものである。民事訴訟は、私人間で自主的な紛争解決が図れない場合に、国家機関としての裁判所がその解決にあたるという制度であるが、訴訟物たる権利関係は、本来は私人の自由な管理処分委ねられるのだから、当該権利関係に係る紛争について訴訟を開始するか、いかなる範囲を訴訟の対象とするか、判決によらずに訴訟を終了するかについても、当事者の自由に委ねられるべきである、ということが処分権主義の根拠である。

この処分権主義の現れである規定が民訴法 246 条であり、同条は、裁判所の判決（判決事項）が、当事者の申立ての範囲（申立事項）に限られることを規定する。裁判所が、当事者の申立ての内容である訴訟上の請求を量的に超えるものを判決で認める場合、及び、当事者が設定した訴訟物たる権利関係とは異なる権利関係について判決がされた場合には、判決事項が申立事項を超え、当該判決は民訴法 246 条（処分権主義）違反となる。

本問において、訴訟物たる権利関係は、「XのYに対する消費貸借契約に基づく 100 万円の貸金返還請求権」である。しかし、裁判所は、「XのYに対する売買契約に基づく 100 万円の代金支払請求権」の存在を認めて、Yに対しXに 500 万円の支払を命じる請求認容判決をしている。Xが設定した訴訟物たる権利関係と、裁判所が判決で認めた権利関係は、いずれもXがYに対し 100 万円の支払を求める権利であるが、前者は消費貸借契約に基づく権利、後者は売買契約に基づく権利であり、実体法上は異なる権利関係である。したがって、実体法上の請求権ごとに訴訟物が異なるという立場（旧訴訟物理論）からは、本問で裁判所がした判決は、原告の訴訟上の請求の内容となっている訴訟物たる権利関係とは異なる権利関係について判決をしたものであり、民訴法 246 条（処分権主義）違反となる（なお、給付を求める地位そのものが訴訟物となるという新訴訟物理論からは、申立事項と判決事項は同一となり、処分権主義違反の問題は生じず、弁論主義違反の問題として検討することになる）。

講評

上述のとおり、本問は処分権主義違反の検討が求められている問題であるが、もっぱら弁論主義の問題として論じている答案が多数であり、処分権主義と弁論主義の違いが理解できていないことが伺われた。弁論主義は、当事者が設定した訴訟物たる権利関係の存否の判断に必要な訴訟資料の収集に関わる問題である。すなわち、訴訟物という「枠」の中で問題となる原則であり、訴訟物という「枠」と異なる「枠」について判断がされている本問については、まずは処分権主義違反を検討することになる。処分権主義と弁論主義は、初学者が混同しやすい原則であるが、既修者試験を受験するにあたっては、両者の相違を具体的事例とともに正確に理解していることが求められる。