

「 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】

A市は、長く暮らせる「住みやすい街」となることを目指し、A市外からの移住・定住を促進するための施策として、子育て世代の家族等の市営住宅への入居を奨励していた（以下、「本件施策」という）。本件施策の実施により、A市の市営住宅には、多くの子育て世代の家族等が入居するようになった。

そこでA市は、本件施策のより効果的な実施のために、A市市営住宅条例（以下、「本件条例」という）を改正し、市営住宅の明渡を請求できる事項として、新たに「暴力団員であることが判明したとき」との条項を加えた。

他方でXは、本件条例の改正前に、A市から市営住宅への入居決定を受け、市営住宅に入居していた。市営住宅に入居後、Xは、近隣住民とのトラブルを起こすことなく、平穏な生活を送っていた。

ところが、インターネットの暴力団に関するサイトにXの名前が出たことから、市営住宅内でXが暴力団員であるとの噂が出るようになった。そのためA市は、県警察本部に、Xが暴力団員であるか否かにつき照会した。県警察本部は、A市からの照会に対し、Xが暴力団員である旨の回答をした。

この回答を受けて、A市は、「暴力団員であることが判明した」ことを理由に、Xに対して市営住宅の明渡を求めた。

【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。

なお、法の下での平等（憲法第14条第1項）、生存権（憲法第25条）について論じる必要はない。

以上

入試日程 C 日程 出題科目名 憲法**出題趣旨**

本仮想事例では、A 市市営住宅条例（以下、「本件条例」という）の適用に伴い生じる X の居住の自由に対する規制の合憲性（憲法 22 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、最判平成 27 年 3 月 27 日民集 69 卷 2 号 419 頁を参考にして欲しい。

X は、「本件条例の改正前に、A 市から市営住宅への入居決定を受け、市営住宅に入居していた」。このように X が市営住宅に入居していたことは、居住であり、居住の自由（憲法 22 条 1 項）の保障を受けるものである。

居住とは、人が人格的生存をするための基盤（拠点）であることを踏まえると、重要なものである。

また、X は、本件条例の適用（暴力団員であることが判明したこと）により、市営住宅の明渡を求められることで、人格的生存をするための基盤（拠点）を失うことになり、居住の自由が直接的かつ剥奪的に制約されることになる。とはいえ、本件条例が、長く暮らせる「住みやすい街」となることを目的としていることに鑑みると、居住の自由は、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、X の居住の自由に対する制約の合憲性を検討して欲しい。まず、本件条例の立法目的は何か、その目的と暴力団員であることが判明したことによる市営住宅の明渡（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、立法目的を長く暮らせる「住みやすい街」となることと捉えたうえで、その立法目的と暴力団員であることが判明したことによる市営住宅の明渡には、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、長く暮らせる「住みやすい街」となるために、暴力団員であることが判明したことによる市営住宅の明渡を求める必要性の有無を検討する。そして、暴力団員であることが判明したことによる市営住宅の明渡を求めることの相当性の有無を具体的に検討する。その際には、X が「本件条例の改正前に、A 市から市営住宅への入居決定を受け、市営住宅に入居していた」こと、「市営住宅に入居後、近隣住民とのトラブルを起こすことなく、平穏な生活を送っていた」ことを考慮して欲しい。

どのような結論になるにせよ、A 市及び X の立場を踏まえた、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。）

以下の設例の令和2年10月4日における甲及び乙の罪責を論じなさい（特別法違反は除く。）。

〔設例〕

甲（女性、当時満30歳）は前の夫との間にVという子供（男性、当時満3歳）をもうけていたが、離婚した後、あらたにバイト先で知り合った乙（男性、当時満20歳）と交際するようになり、そのうち乙は甲がVと住むアパートに転がり込んで、3人で共同生活を始めることになった。

しかし、乙は自分の子供ではないVに敵意を感じ、しかもVが頻繁に泣き叫ぶ子供であったことから、イライラが募り、Vに対し、何かと暴力を振るうようになった。甲はそのつど、困ったことになった、Vを助けないとかわいそうとは思ったものの、乙に対して止めに入ると暴力が自分に向くのが恐く、同時に乙との関係を何とか続けたいという気持ちもあったため、乙の虐待が終わった後、傷だらけになったVを介抱するくらいのことしかできなかった。

令和2年10月4日の午前8時頃、乙は朝食のごはんやお茶を何度もこぼすVに腹を立て、Vに殴る蹴るの暴力を加え始めた。甲は乙の一段と激しく怒る様子を見て、今日はさすがにVが危ないと思ったが、上記のような事情から、今回もただ手を合わせ、Vの命だけは助かりますようにと祈りながら、薄目で乙の様子を窺うしかなかった。甲は柔道をしていた経験もあり、他方乙は20歳とは言え、さほど体力もなさそうな細身の青年であった。また、甲はたとえ自ら乙の暴行を身を挺して阻止することはできなかったとしても、手元のスマートフォンで110番や119番に通報することは容易にできた。

乙はVに暴力を振るい始めて10分くらいすると、急に腹痛を覚え、トイレに駆け込んだ。甲は泣きじゃくるVのもとに駆け寄って、Vを抱きしめたが、この隙にVと共にアパートを逃げ出すとか、110番通報をすることが十分可能であったにもかかわらず、乙との関係を壊したくない一心から、そのような行動には出なかった。甲はVが一命だけは取り留めるものと信じていた。

それから約10分後、乙がトイレから食卓に戻ってくると、Vへの暴力を再開した。そのうち、乙は突如「こいつ、死んでしまえ！」と叫びながら、Vを自らの頭上からフローリングの床に力いっぱい叩きつけた。これにより、Vは頭蓋骨を骨折し、それが原因となり、死亡した。（以上）

入試日程  C日程  出題科目名  刑法

**出題趣旨**

特に乙について、不作為による幫助犯（ないしは、保護責任者不保護致死罪もしくは傷害致死罪の単独正犯）の成立要件に関する正確な理解と事例のあてはめ・評価の適否を問うものである。また作為による殺人罪が成立しうる甲との共犯関係の成立範囲について、共犯の本質に関する見解との論述の整合性も見ようとした。

「 民 法 」

〈45分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

---

Aは、自己の所有する土地甲を担保に入れてBから3000万円の融資を受けようと考え、事情に詳しいCにこれを委託し、甲の権利証と共に白紙委任状（代理人欄と委任事項欄が空欄）をCに渡した。以下の問題にすべて答えなさい。

（1）Cは、この白紙委任状に、「A代理人C」「土地甲の処分に関する一切の事項」と書き込み、事情を知らないDとの間で、Aを代理してDに甲を4000万円で売却する契約を締結した。この場合、Cの行為の効果はAに帰属するかについて、考えられる法律構成を複数挙げて検討しなさい。

（2）DはCに対して何を主張することができるか。また、問題（1）においてCの行為の効果がAに帰属するとした場合、Aに対する請求とCに対する請求はどのような関係に立つか。

入試日程  C 日程  出題科目名  民法 **出題趣旨**

小問（１）は 109 条と 110 条の表見代理の成否を、小問（２）は無権代理人に対する 117 条責任の成否ならびに右責任と表見代理の競合について問うものである。以下、具体的に説明する。

本問では、A は、C に対して、B との間で甲について抵当権設定契約を締結する代理権を付与し、その際に甲の権利証と白紙委任状を交付している。

小問（１）において、C は白紙委任状の代理人欄に C の名前を、委任事項欄に甲土地の処分に關する一切の事項と記入し、事情を知らない D との間で甲の売買契約を締結している。C には、甲の売買契約を締結する代理権は付与されていないのであるから、C の行為は無権代理であって A に帰属しない（113 条）。しかし、C の行為について表見代理が成立すれば、C の行為の効果は A に帰属することになるところ、本問では、109 条の表見代理と、110 条の表見代理の成立が考えられる。

まず、109 条の表見代理の要件は、①代理権授与表示の存在、②表示された代理権の範囲内で代理行為が行われたこと、③相手方の善意無過失、である。①において、「代理権授与表示」とは、客観的に見て他人に代理権を授与したと評価される表示がなされたことを意味する。本問において、A は D に対して直接代理権授与の表示をしてはいないものの、C を代理人とする甲売買に関する委任状が D に提示されれば、客観的に見て A により C に当該代理権を授与したと評価される表示がなされたと評価できる。もっとも、本問において、A が C に交付したのは白紙委任状であり、これを補充しているのは A ではなく C であるから、A には代理権授与表示について帰責性が認められず、したがって、代理権授与表示があったとは評価できないのではないかが問題となる。この点、誰が白紙委任状を補充しようと、D から見た外観は変わらないのだから、D の要保護性も変わらないし、A は自ら C を代理人として選任している以上、C の行為についての責任は A が引き受けるべきであるといえるから、本問のような場合も代理権授与表示があったものと評価してよい。②については、補充された代理権は土地の処分に関する代理権であり、実際に行われた行為は土地の売買契約である。さらに、③については、D は事情を知らないから善意無過失である。以上、全ての要件を満たすので、109 条の表見代理が成立し、C の行為の効果は A に帰属する。

次に、110 条の表見代理の要件は、①基本代理権の存在、②代理権の範囲を超える代理行為が行われていること、③相手方の善意無過失、である。①については、C は A から抵当権設定契約の代理権を授与されている。②については、C は抵当権設定契約の代理権を与えられているにもかかわらず、実際に C が行った代理行為は甲の売買契約である。③については、上述した通り、D は善意無過失である。以上、全ての要件を満たすので、110 条の表見代理が成立し、C の行為の効果は A に帰属する。なお、109 条、110 条はいずれも効果は同じであるものの、要件が異なることから、D は自分に有利な法律構成を選択して主張することができる。

小問（２）前段では、D は無権代理人 C に対して、117 条に基づき履行責任あるいは損害賠償責任を追及することが考えられる。本問では、C が A の代理人として契約をしているところ、C には甲の売買契約を締結する代理権はなく、かつ 117 条 2 項に定められている免責事由（相手方が取消権を行使したこと、相手方の悪意・有過失、無権代理人が制限能力者であること）は認め

られないので、Aの追認が得られない限り、Cは履行責任又は損害賠償責任を負うことになる（117条1項）。もっとも、Aが追認しない場合には、CがAから甲を取得して履行責任に応ずることは不可能であるから、Cは損害賠償責任を負うことになる。

小問（2）後段の117条責任と表見代理の関係については、そもそも、117条責任が表見代理が成立しない場合に相手方を保護するための補充的責任であるとするれば、相手方の保護要件が、117条責任も表見代理も全く同じであると、有過失ゆえに表見代理が成立しない相手方は、117条で無権代理人の責任も追及できないことになり、補充的責任としての機能を果たしえないから、117条責任の相手方保護要件のうち、過失を無重過失と解するの必要が生じてくるため、両者は併存的に成立する責任なのか、前者が後者を補充する位置づけなのかが問題となりうる。この点が争われたのが、最判昭昭和62年7月7日である。右判決の原審は、117条責任を表見代理の補充的責任と位置づけた上で、117条の「過失」を無重過失と制限解釈すべきであると判示したが、最高裁は原審を否定し、117条が法定の無過失責任という厳しい責任を無権代理人に課したこととの均衡上、それほど厳しい責任を追及するには、相手方としても合理的に行動した者であることを要すること、代理権があると信頼したことを理由として保護を欲するものは、自らも注意深く行動したのであればならぬと考えられることから、117条の「過失」は文言通り過失を意味するのであり、また、117条責任と表見代理は前者が後者を補充する関係になく、選択的に主張できる関係にあることを明らかにしている。これによれば、本問においても、DはAに対して表見代理を主張することも、Cに対して117条責任を主張することも選択的に可能であることになる。

「 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－100点

1. P株式会社（以下「P社」という。）は、会社法上の大会社ではないが、その発行する全部の株式について、譲渡に会社の承認を要する旨の定款の定めを有していない会社であり、取締役会および監査役を設置している。
2. P社の発行済株式に係る議決権総数の99パーセントをP社の創業者でありかつ創業以来代表取締役に就任しているAが保有している。P社には、他にBおよびCが取締役に就任していた。
3. 2018年6月20日の定時株主総会において、A、B、およびCが取締役に再任された。当該定時株主総会においては、A、B、およびCに対する報酬総額を年額6000万円とすることも決議された。この株主総会の定めに基づく取締役会の配分決議に従って、Aに対しては、年額3000万円、BおよびCに対しては、年額各1500万円が支払われていた。なお、P社には、取締役の役職ごとにその報酬額を定める報酬基準は存在しない。
4. 2019年1月ころから、P社の経営方針を巡ってAとBが激しく対立するようになった。2019年9月30日、P社は臨時株主総会を開催し、Bについては、同年10月1日以降、報酬を支給しない旨の決議がされた。
5. 2019年10月1日以降、Bが出社しようとする、Aが複数の従業員を入口に並ばせ、社屋への立入りを阻止したため、Bは出社できなくなり、P社の業務に関与することはなかった。また、同日以降、P社はBに対し報酬を支払っていなかったが、Bは自己が無報酬となることに同意していなかった。
6. Bは、2020年6月17日の定時株主総会の終結時をもって任期満了によりP社の取締役を退任し、再任されることはなかった。

【設問】 Bは、P社に対し、2019年10月1日以降2020年6月17日に任期満了により取締役を退任するまでの間の報酬を支払うようP社に対し請求することができるか。2019年9月30日の臨時株主総会は適法に開催されたものとする。

入試日程 C 日程 出題科目名 商法**出題趣旨**

取締役の報酬に関する会社法の規制枠組みの正しい理解を前提に、代表取締役が総株主の議決権の 99 パーセントを保有している会社において、株主総会の決議を得つつも取締役本人の同意を得ることなく一方的に無報酬とされた場合、当該取締役は自己の報酬請求権に基づき、無報酬となった任期中の報酬の支払を会社に対し求めることができるかを、判例を踏まえて論じることが期待されている。

**(1) 取締役の報酬請求権の発生時期**

取締役の報酬については、会社法上定款で定めるか株主総会の普通決議によって定めることとされている (361 条 1 項)。取締役会ではなく、株主総会に報酬の決定を委ねる趣旨は、お手盛り防止にあると説明されている。

P 社においては、2018 年 6 月 20 日の定時株主総会において、取締役 3 名に対して支給される報酬の総額が決議されている。まず、株主総会において、個別の報酬金額を定めるのではなく、報酬総額を定めることは会社法 361 条 1 項から許容されるか。

この点につき、判例は、株主総会においては個別の報酬を必ずしも定めることを要せず、報酬総額を定め、取締役会にその配分を委ねることで足りる旨を判示している (最判昭和 60 年 3 月 26 日判時 1159 号 150 頁)。会社法 361 条 1 項の手続がお手盛り防止の趣旨にあるとすれば、上限として総額を定めておけばお手盛りの危険は防止でき、その目的を達成できるからである。

その場合、株主総会の報酬総額決議に基づく取締役会の配分決議をもって、取締役の具体的な報酬額が決まり、取締役には、会社に対する当該額の報酬請求権が発生すると考えられる (最判平成 4 年 12 月 18 日民集 46 卷 9 号 3006 頁)。したがって、B は、2018 年定時株主総会後の取締役会での配分決議により、年額 1500 万円の報酬請求権を取得したといえる。

**(2) 任期途中における本人の同意のない報酬額の変更**

2019 年 9 月 30 日の P 社臨時株主総会において、同年 10 月 1 日以降 B に対して報酬を支給しない旨の決議がされた。形式的には株主総会の決議を経てはいるものの、そもそも A が総株主の議決権の 99 パーセントを有しているため、当該決議を得るのはたやすい。P 社は、当該株主総会決議に従って、同年 10 月 1 日から実際にも B に対して報酬を支払うことはなかったが、株主総会決議をもって B の報酬請求権を一方的に剥奪することはできるのか。

この点につき、上記平成 4 年最高裁判例は、次のように判示している。「株式会社において、定款又は株主総会の決議 (株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。) によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に右株主総会決議がされた場合であっても異なる。」

P 社には取締役の役職ごとの報酬基準は存在しないので、仮に設例の無報酬決議が取締役の役職変更に伴うものであったとしても、B に黙示の同意を認めうる事情もない（なお、この点につき、福岡高判平成 16 年 12 月 21 日判タ 1194 号 271 頁参照）。また、2019 年 10 月 1 日以降、B は P 社の業務に関与していないが、当該事実により P 社による B に対する報酬不支給が正当化されるものでもない。A の指示で出社を妨害されたことにより、B が P 社の業務に関与できなくなった事情に照らせば、なおさら正当化の余地はなかろう。

以上から、B は、2019 年 9 月 30 日の P 社の臨時株主総会決議によっても報酬請求権を失うことはなく、2019 年 10 月 1 日から 2020 年 6 月 17 日までの報酬を支払うよう P 社に対し、請求することができると考えられる。

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。）

---

弁論主義及び自由心証主義の妥当する領域について述べたうえで、以下の訴訟契約の適法性について論じなさい。

- (1) 間接事実の自白契約
- (2) 当該訴訟に提出する証拠を書証に限定する証拠制限契約

入試日程  C 日程  出題科目名  民事訴訟法 **出題趣旨**

弁論主義と自由心証主義という民事訴訟法における大原則の基本的な理解を問うとともに、明文なき訴訟契約についての理解を問う問題である。

弁論主義とは、訴訟資料の収集及び提出を当事者の権能かつ責任とする建前をいう。

弁論主義は、①裁判所は当事者が主張しない事実を裁判の資料として採用してはならない、②裁判所は当事者間に争いのない事実（自白された事実）はそのまま裁判の資料として採用しなければならない、③当事者間に争いのある事実を証拠によって認定する際には、必ず当事者の申し出た証拠によらなければならない、という 3 つの内容に要約されている。また、弁論主義の根拠については私的自治の訴訟法的反映と考える本質説や真実発見のための便宜的技術的見地から認められた一つ的手段と考える手段説などの争いがあるが、本質説が通説といえる。

そして、上記第 1 テーゼ及び第 2 テーゼにおける事実とは法律効果の発生・変更・消滅に直接必要な事実である主要事実を指すとされている。なぜなら、弁論主義の根拠を私的自治に求める以上その対象も権利関係の発生・変更・消滅の原因となる主要事実に限られると考えられることに加え、主要事実の存否を推認するのに役立つ事実である間接事実や証拠の信用性に影響を与える事実である補助事実は証拠と同様の機能を有するため、これらの事実弁論主義を適用すると裁判官に対し、あまりにも不自然で、窮屈な判断を強いることになり自由心証主義を不当に制約するからである。

これに対して、自由心証主義とは、裁判所が判決の基礎となる事実を認定するにあたって、口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果を自由な心証にしたがって評価することを認める原則をいう（民事訴訟法 247 条）。自由心証主義は、社会の複雑化に伴い法定証拠主義を採用することは不可能であり、かつ、裁判官の資質の向上・均等化により裁判官の知見に信頼を置けることにその制度的基盤がある。

そして、自由心証主義は、①証拠方法の無制限、②証拠力の自由評価、③経験則の取捨選択の自由、④弁論の全趣旨の斟酌を内容とする。

このように弁論主義は、訴訟資料として主要事実を口頭弁論に顕出させ（第 1 テーゼ）、争いのない主要事実を争点から排除し（第 2 テーゼ）、争いのある事実については当事者に証拠の提出を求める範囲で妥当する。他方、自由心証主義は、弁論主義第 3 テーゼに基づいて当事者から提出された証拠から、弁論主義第 1 テーゼ及び第 2 テーゼで設定された争点たる事実（主に主要事実）を認定する際に妥当する点で、妥当する領域は基本的に異なる。

次に、訴訟契約については明文のない訴訟契約の有効性について議論がある。すなわち、任意訴訟禁止原則から無制約に明文のない訴訟契約を認めることはできないのが原則である。しかし、処分権主義や弁論主義の範囲内では特定の訴訟行為をするかしないかは当事者の自由である。そして、特定の訴訟行為に関する合意が許されるには、合意の効果が訴訟上どのようなものであり、それにより受ける不利益の限度がどこまでであるかが明確でなければならない。そこで、少なくとも、当該合意が処分権主義、弁論主義の範囲内であって、その合意の法効果を明確に当事者が予測できる場合は許されると考えられている。

小問 1 の間接契約の自白契約については、弁論主義第 2 テーゼの「事実」が主要事実を指すこと

から弁論主義の範囲外の合意であり、上記要件を満たさない。したがって、間接事実の自白契約は許されない。次に小問(2)の証拠制限契約は、弁論主義第3テーゼの範囲内の合意であり、かつ、法効果が当該訴訟で提出できる証拠が書証に限定されるという明確な内容であり、当事者に予測できる内容である。したがって、証拠制限契約は許される(以上について、中野貞一郎ら編「新民事訴訟法講義」[第3版]216～226頁、267～269頁、382～387頁等参照)。

受験生の答えは、そもそも明文なき訴訟契約の有効性に関する議論を全く理解できていなかった。また、弁論主義及び自由心証主義の内容の理解も不十分であった。既修者認定を受けようとする以上は民事訴訟法の原理原則をしっかり理解していただきたい。