

「 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県O市は、美観を維持することを政策の柱に据えていたことにより、市の評判が良くなった。しかし、転入者が増えたことから、美観を維持しない人物も増えた。

Xは、20XX年5月午後8時頃、O駅に通じる歩道上の街路樹の支柱に、N党演説会の開催を告知する立看板(合計2枚)を針金で一重に括りつけ、2～3回ねじって止めた。この作業中、Xは警察官により警告・制止を受けたが、それを受け入れずに作業を完遂し、警察官を無視して立ち去ろうとした。

そこでXは、A県屋外広告物条例(以下、本条例とする。)違反で現行犯逮捕された。Xは、この逮捕に対して、無罪であると主張しようとしている。

【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。但し、

法律と条例の関係については触れなくてよい。

【参考法令1】屋外広告物法(抄)

(目的)

第1条 この法律は、良好な景観を形成し、若しくは風致を維持し、又は公衆

に対する危害を防止するために、屋外広告物の表示及び屋外広告物を掲出す

る物件の設置並びにこれらの維持並びに屋外広告業について、必要な規制の

基準を定めることを目的とする。

(定義)

第2条 この法律において「屋外広告物」とは、常時又は一定の期間継続して

屋外で公衆に表示されるものであつて、看板、立看板、はり紙及びはり札並

びに広告塔、広告板、建物その他の工作物等に掲出され、又は表示されたも

の並びにこれらに類するものをいう。

(広告物の表示等の禁止)

第3条

2 都道府県は、条例で定めるところにより、良好な景観又は風致を維持する

ために必要があると認めるときは、次に掲げる物件に広告物を表示し、又は

掲出物件を設置することを禁止することができる。

二 街路樹及び路傍樹

(罰則)

第34条 第3条から第5条まで及び第7条第1項の規定に基づく条例には、罰金又は過料のみを科する規定を設けることができる。

【参考法令2】A県屋外広告物条例（抄）

(目的)

第1条 この条例は、屋外広告物法の規定に基づき、屋外広告物（以下「広告

物」という。）及び屋外広告業について必要な規制を行い、もって良好な景

観を形成し、若しくは風致を維持し、又は公衆に対する危害を防止すること

を目的とする。

(禁止物件)

第4条 次の各号に掲げる物件に広告物を表示し、又は掲出物件を設置しては

ならない。

三 街路樹、路傍樹、保存樹及びその支柱

(罰則)

第33条 次の各号のいずれかに該当する者は、30万円以下の罰金に処する。

一 第3条から第5条までの規定に違反して広告物又は掲出物件を表示し、

又は設置した者

以上

出題趣旨

本仮想事例では、A 県屋外広告物条例 4 条 3 号の適用に伴い生じる立看板の設置に対する規制の合憲性（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、大分県屋外広告物条例事件最高裁判所判決（最判昭 62・3・3 刑集 41 巻 2 号 15 頁）を参考にして欲しい。

憲法 21 条 1 項は、「一切の表現の自由」を保障すると規定する。この点を踏まえると、X らによる立看板の設置も、表現行為として憲法 21 条 1 項によって保障されることになる。

X の表現の自由に対する規制の合憲性を検討する際には、X による表現が政治的表現（N 党演説会の開催の告知）であること、そのような表現が直接的に、罰則付きで制限されることに着目しなければならない。とはいえ、表現の自由であっても、他者加害の防止や美観の維持といった観点に鑑みると、それを間接的に制限すべき場合もあろう。

これらの点を考慮したうえで、A 県屋外広告物条例 4 条 3 号の合憲性を具体的に検討して欲しい。先ず、X による立看板の設置が政治的表現であることを考慮すると、特に、同条例 4 条 3 号の「支柱」という文言の明確性を検討すべきである。

そのうえで、同条例の立法目的は何か、その目的と同条例 4 条 3 号（立法目的達成手段）にはどのような関連性があるのかを具体的に検討する。例えば、立法目的を他者加害の防止や美観の維持と捉えたうえで、これらの立法目的の達成のために、「街路樹、路傍樹、保存樹及びその支柱」に「広告物を表示し、又は掲出物件を設置してはならない」（同条例 4 条 3 号）とすること、これに反した場合には「30 万円以下の罰金に処する」（同条例 33 条）とすることは必要最小限度の方法であるのか、などについて検討するのである。

そして、X に対して、同条例 4 条 3 号を適用して、逮捕する必要があるのか否かを具体的に検討して欲しい。その際に着目すべき司法事実は、X が「街路樹の支柱に」立看板を括りつけたこと、立看板を「針金で一重に括りつけ、2～3 回ねじって止めた」こと、「X は警察官により警告・制止を受けたが、それを受け入れずに作業を完遂し、警察官を無視して立ち去ろうとした」ことであろう。

どのような結論になるにせよ、両当事者の立場を踏まえた、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。)

以下の設例における甲及び乙の罪責を論じなさい(但し、特別法違反を除く)。

〔設例〕

甲(満45歳)は、近所に住む一人暮らしの老女A(満75歳)に、遠く離れた地方で暮らす会社員の息子Bがいるという話を聞いていた。そこで11月20日、甲はA宅に電話を入れ、「もしもし、俺だけ。実は会社の金を使い込んでしまって、問題になっているんだ。至急上司の銀行口座に100万円を送金してくれないか。明日までに振り込んでくれたら、今回はクビにならずに済みそうなんだ。よろしく頼むよ。」とAに涙声で訴えた。それを聞いたAは、おかしい、Bはすでに数年前に会社を退職し、現在はコンビニを経営しているのにと思い、この電話が嘘であることを即座に見抜いた。しかし、Aは甲に対して、「わかったよ。明日までなら間に合うんだね。それでは、100万円を用意して振り込むよ。」と答え、甲の述べた振込先の口座番号と名義人をメモして電話を切り、直ちに警察に通報した。警察はそれを受け、銀行に連絡したため、銀行は当該口座に関して取引停止の措置をとった。

甲は同日、知り合いの乙(満30歳)に連絡を入れ、上述の行為を打ち明けた上で、「あさって、この口座から、振り込まれたはずの金を引き出してきてほしいんだ。そのうち10万円はおまえにやるから。ただ、まず残高照会をして、金が振り込まれているか確認してから、預金残高が1万円程度残るように引き出してほしいんだ。」と依頼した。乙は10万円も楽してもらえることに魅力を感じたので、「わかった。」と二つ返事で応諾した。

乙は11月22日、銀行のATMコーナーに行き、甲から預かったキャッシュカードをATM機に挿入し、まず残高照会をしようと、所定のボタンを押してみたが、当該カードが上述の銀行側による措置により、機械内に取り込まれたまま出て来なくなり、「申し訳ございませんが、この口座に関しては現在お取り引きができません。」とのメッセージが液晶画面に表示された。慌てた乙は、そのままそそくさとATMコーナーから立ち去った。

以上

入試日程 C日程 出題科目名 刑法

出題趣旨

詐欺罪の成立要件，承継的共同正犯の可否及びその成立要件（乙に関して），すでに金銭の引き出しができなくなっていた点をめぐる不能犯の成否，残高照会の時点で詐欺罪の実行の着手を認めてよいか，といった諸点を問題文からの的確に発見し，時間内で要領よく処理できているかどうかを試す意図で出題した。

以 上

「 民 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

Aは甲建物を所有していたところ、Aが死亡したため、その相続人である子B・C・Dが甲を共同相続した。以下の問題に全て答えなさい。なお、各問題は独立しているものとする。

(1) Cが、甲を自己が単独で取得する旨の遺産分割協議書を偽造し、甲につき単独所有名義の登記を得た上で、これをEに譲渡し、移転登記も行われた。この場合、BがEに対して、Bの持分権の限度で所有権取得登記を一部抹消するよう求めることができるか。

(2) 甲が雨漏りするので、Cはこれを修理しようと思いBDに相談したが、BDともに修理の必要はないという。この場合、CはBDの意思に反して甲を修理することができるか。

(3) CがBに無断で甲をEに賃貸し、現在Eが甲を独占的に使用している。BDはEに対して甲を明け渡すよう請求することができるか。また、BDはCに対して何が主張できるか。

出題趣旨

設問（１）は、共同相続と登記についての理解を問う問題である。Aが死亡すると、Aの有していた財産を相続人BCDが相続することになる（882条）。そして、BCDの相続分は各3分の1であるから（887条1項、900条4号本文）、BCDが甲を各3分の1の割合で共有することになる（898条）。ところが、本問では、Cが偽造文書を用いて単独所有名義の登記を得て、その後に甲をEに譲渡している。このような場合に、Bは相続による甲の持分権の取得をEに対抗するにあたって登記が必要かが問題となる。なぜなら、不動産物権変動は登記をしなければ第三者に対抗することができないところ（177条）、相続による不動産物権の取得も同様であると考えられるからである。この点、Bは登記なくしてEに自己の持分権の取得を対抗できると解するのが判例（最判昭38・2・22）・通説であり、その理由は以下の通りである。Cは甲の共有者ではあるが、Bの持分権については無権利者であり、したがってCの特定承継人であるEもまた無権利者である。そして、177条の「第三者」とは、「不動産に関する物権の得喪変更の登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者」（大連判明41・12・15）であると解されているところ、ここでいう「正当な利益を有する者」とは当該物権変動について利害関係を有する者を意味し、Eのような無権利者は「第三者」に該当しない。したがって、Bは第三者に該当しないEに対して登記なくして自己の持分権を対抗することができることになる。

設問（２）は共有の内部関係についての理解を問う問題である。民法は、共有物の変更については251条で共有者全員の同意が必要であると規定しており、変更を伴わない利用・改良については、252条本文で各共有者の持分の価格に従い、その過半数の同意が必要であると規定している。本問でCがしようとしているのは雨漏りの修理であり、共有物の現状を維持する行為であるから、変更ならびに利用・改良のいずれにもあらず、252条但書の定める保存行為にあたるため、各共有者が単独ですることができる。したがって、BDの意思に反してもCは雨漏りの修理をすることができることになる。

設問（３）は共有物にかかる権利の主張についての理解を問う問題である。共有者の一人Cが、他の共有者BDに無断で甲をEに賃貸し、Eが甲を独占的に使用している。共有物の賃貸は252条本文に定める利用行為にあたり、過半数の同意が必要であるところ、本問では、BDがこれに反対していることから、甲全部をEに賃貸したCの行為は無効である。この場合、BDはEに対して物権的請求権としての妨害排除請求権を行使し、甲の明渡しを請求できるかが問題となる。この点、持分権を侵害された共有者は、それが過半数を超える持分権を有する者であっても、共有物全部を占有している賃借人に対して、当然には共有物の返還を求めることができないとするのが判例（最判昭63・5・20）・通説である。その理由は、確かに共有

者BDは自己の持分権を侵害されてはいるが、BD自身も共有物「全部」の使用収益権を有するわけではないこと、また共有者Cにも3分の1の持分権があり、持分権の処分は自由であるから、Cは持分権の範囲内であればBDの承諾なく他人に賃貸することができるはずであって、Dへの賃貸借はCの持分権に関する限りで有効であるところ、Bが共有物全部の返還を求めることができるとすると、Cから持分割合に応じた使用収益権を奪うのに等しいことになるから、認められないことになる。したがって、BDがEに主張できるのは、BDの持分割合に応じた共有物の使用収益を妨げるなどという不作為請求だけである。これに対して、Cに対しては、不当利得あるいは不法行為に基づく損害賠償として賃料相当額の金銭の支払いを求めることになる。

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。)

【問題】

XはYに対して、建物収去土地明渡し訴訟を提起した。同訴訟において、Yは建物買取請求権を行使しなかった。同訴訟において、Xの請求を認める旨の判決が下され、その判決は確定した。その後、Xは、右判決に基づいて強制執行を申し立てた。Yは請求異議訴訟を提起し、同訴訟において建物買取請求権を主張できるか。

入試日程 C日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

確定判決には既判力が生ずる（民訴法 114 条 1 項）。そして、標準時における判断と矛盾する主張は、既判力の消極的作用により遮断される（既判力の遮断効）。主張しなかったことに過失があったか否かを問わず遮断される。

既判力は事実審の口頭弁論終結の時点において生ずる。したがって、既判力の標準時（基準時）は事実審の口頭弁論終結時とされる（法 253 条、民執法 35 条 2 項）。その理由は、当事者は口頭弁論終結時点までの事由をすべて主張しえたはずであるからである。

本問は、基準時後の形成権行使が許されるかという問題である。問題の所在は、実体法上の形成権の発生原因が基準時前に存在し、それにもかかわらず基準時後に形成権行使の意思表示がなされたときに、形成権行使の効果を主張することが既判力によって遮断されるかどうかという点にある。形成権は、その行使によりはじめて効果を生ずる（この点を重視すれば、遮断効によって排除されないと言うことになる。）しかしながら、形成権の成立原因は基準時まえにすでに存在している（この点を重視すれば、遮断効によって排除されることになる。）

形成権は種々あるが、一律に遮断効の適用を決定すべきではなく、各形成権の内容（前訴で主張すべきであったか否か）によって決定されるべきであるとされている。

本問では建物買取請求権の場合が問われている。

建物買取請求権（借地借家法 13 条 1 項）についての最判平成 7 年 12 月 15 日民集 49・10・3051 は請求異議での主張を肯定している。

遮断効を否定する説（請求異議事由）は、その理由として、①建物収去土地明渡し請求権に付着した瑕疵ではなく別個の独立した権利であること、②行使を認める方が借地人の保護になること、および③建物の保護にもなることを指摘する。

遮断効を肯定する説は、その理由として、建物買取請求権も土地所有者の建物収去土地明渡し請求権を減縮させる抗弁的なものであることを指摘する。もっとも、別訴による代金請求は認められる。

遮断されないと解する説の中には、建物買取請求権に基づく法律効果は、既判力によって確定された権利関係と矛盾・抵触しないことを指摘するものもある。

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1】および【設問2】に解答しなさい。なお、【設問1】におけるBの事情と【設問2】におけるBの事情とは無関係であるものとする。

1. 外食レストランを運営する甲株式会社(以下「甲社」という。)は取締役会設置会社であり、A、B、C、およびDの4名がその取締役に就任し、そのうち、AおよびBが代表取締役に選定され、その旨の登記がされている。甲社の定款には、取締役・代表取締役の員数に関する定めはない。
2. Aは外食レストランのチェーン網の拡大に努め、チェーン展開を一気に進めたが、その事業計画がずさんであったため、甲社は損失を抱えるばかりであった。甲社はそのうち銀行からの融資を受けることができなくなったが、Aは何ら抜本的対策を講じることなく、高利貸しから漫然と短期借入れを繰り返して事業の継続を図ったため、ついに甲社は支払を停止して倒産するに至った。
3. Aは、甲社の財務状況がすでに著しく悪化していた段階で、代金支払の見込みがないにも関わらず、甲社を代表してEとの間で食材の売買取引を行い、甲社の倒産により、Eは、食材代金相当額の損害を被った。

【設問1】配点50点

設例におけるBには次のような事情があった。

Bは、老齢のため、甲社の取締役を辞任することを決意し、その旨をAに申し入れた。Aは、Bからの申入れを承諾したものの、Bが地元の名士として著名であり、その取締役・代表取締役の就任登記だけでも残しておきたいと思い、Bにその旨を伝え、Bもこれを了承した。したがって、Bの辞任登記はされていない。Bは、Aに辞任の申入れをした後は、甲社の経営には一切関与していない。

Eは、上記食材代金相当額の損害を被ったとして、Bに対し、会社法429条1項に基づき、損害賠償請求することができるか。

【設例2】配点50点

設例におけるBには次のような事情があった。

Bは、老齡のため、甲社の取締役を辞任することを決意し、その旨をAに申し入れた。Aは、Bからの申入れを承諾し、Bについて取締役・代表取締役の辞任登記を了した。しかし、Bは、その後も代表取締役としての職務執行を継続した。

Eは、上記食材代金相当額の損害を被ったとして、Bに対し、会社法429条1項に基づき、損害賠償請求することができるか。

出題趣旨

会社法429条1項に基づく取締役の責任を問うものである。各要件への丁寧なあてはめを行うことはもちろん、設問1・2とも、責任主体である「取締役」の範囲を柔軟に検討することが求められている。

設問1－登記簿上の取締役の責任

会社法429条1項は、「役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う」と定める。この責任の性質を巡っては学説上の争いがあるが、通説・判例は、経済社会における取締役の役割の重要性に鑑み、取締役の第三者に対する責任を強化する特別法定責任であると解する。したがって、取締役の任務懈怠により損害を被った第三者は、その任務懈怠についての悪意・重過失を立証すれば足りる。この損害には、直接損害および間接損害の両者を含みうる。

責任の要件は、①役員等であること、②任務懈怠に悪意・重過失があること、③第三者に損害が生じていること、④第三者の損害との間に因果関係があること、である。

設問ではBの責任の有無のみが問われているので、以下、Bの責任について検討する。

設例で放漫経営を行い、甲社を倒産に追い込んだのはAである。すでに甲社の財務状況が著しく悪化し代金支払いの見込みがないにも関わらず、Eとの取引を行っている。Aの放漫経営により、甲社が倒産し、Eは食材代金相当額の回収をできなくなったのであるから、食材代金相当額の間接損害を被り、また、Aの任務懈怠と当該Eの損害との間の因果関係も認められる。したがって、Aについて会社法429条1項の責任が生じることは疑いないが、その他の取締役についても、Aの業務執行を逐次監督し、放漫経営の事実を把握し次第、適切な是正手段を講じるべき監視義務が課せられていると考えられる。したがって、BがAに経営の一切を委ね、ほとんど何らアクションを起こしていないとすれば、Bにも監視義務違反に基づく会社法429条1項の損害賠償責任が生じるといえる。

問題はBが①の「役員等」にあたるかどうかである。Bが本件甲社とEとの取引時にはすでに甲社の取締役を辞任していたとすると、Bは、辞任後は①の要件を充足しないと考えられる。甲社の定款に取締役・代表取締役の員数に関する定めはないため、甲社の取締役の最低員数は3名である（会社法331条5項）。そうすると甲社にはBを除いて他に3名の取締役がいるのであるから、Bが辞任しても取締役に欠員は生じず、Bが権利義務取締役（会社法346条1項）であるということもできない。

もつとも、辞任取締役について登記がなお残存している事情があるときには、そして、当該登記の残存について、辞任した取締役が不実登記の残存について登記申請義務者である会社の代表者に対し明示的に承諾を与えていた場合には、善意の第三者を保護する構成がとられるべきである（会社法 908 条 1 項または 2 項類推；参考判例・最判昭和 62 年 4 月 16 日）。B は、辞任後は甲社の経営には一切関与していないとしても、第三者に対する関係では責任を免れられないと解される。

設例 2 ー表見上の代表取締役の責任について

A 以外の取締役についても責任が生じうることについては前述した。本設問においてもやはり問題は B が①の要件を充足しうるかである。

B は甲社代表者に対しすでに辞任の意思表示をし、承諾を得ているため、B と甲社との間の委任契約は終了し、内部的には取締役でも代表取締役でもない。また、登記簿上もすでに取締役・代表取締役ではなくなっているため、設問 1 と同様の不実登記の構成を用いて第三者保護を図ることもできない。

もつとも、B は、辞任の意思表示をしながら、その後も代表取締役として職務執行しているので、その外観を信頼した第三者が保護されるような構成が検討されるべきである。具体的には、表見代理類推（民法 111 条 2 項、112 条 1 項類推（責任を負うのは会社であり、また、代表であるので、類推適用））により、E が B の辞任の事実について善意・無過失であれば、B の会社法 429 条 1 項の責任が肯定されると解される。B を裁判例上の概念である「事実上の取締役」と構成することも可能であろう。

以 上