

「 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】

Xらは、A高速バスターミナル株式会社が管理・運営する「A駅高速バスターミナル」の構内1階階段付近において、同バスターミナル管理者の許諾を受けずに、在日米軍基地の移転問題に関する集会への参加を呼びかける目的で、多数の乗降客や通行人に対して、ビラの配布や携帯拡声器による演説を行っていた。その後Xらは、同管理者やその依頼を受けた警察官によって同バスターミナル構内からの退去要求がなされたが、それを無視して約20分間にわたり同構内に滞留したため、刑法130条後段の不退去罪で起訴された。

〔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。

入試日程 A 日程 出題科目名 憲法 **出題趣旨**

本仮想事例では、刑法 130 条の適用に伴い生じるビラ配布・演説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、吉祥寺駅構内ビラ配布事件最高裁判所判決（最判昭 59・12・18 刑集 38 卷 12 号 3026 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「集会への参加を呼びかけるビラの配布や携帯拡声器による演説を行うこと」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。

そして、X らによるビラ配布・演説に対する規制の合憲性を検討する際には、「A 駅高速バスターミナルの構内 1 階階段付近」という場所がどのような性質を備えているのか、刑法 130 条の適用に伴い生じるビラ配布・演説に対する規制が表現内容規制に該当するのか、それとも表現内容中立的規制（付随的規制）に該当するのかなどについて着目して欲しい。

たとえば、X らがビラの配布や演説を行っていたのは、A 高速バスターミナル株式会社が管理・運営する A 駅高速バスターミナルの構内 1 階階段付近である。そこは、道路・公園・広場などと同様に「一般公衆が自由に出入りすることのできる場所で、本来の利用目的を備えているが、表現のための場として役立つ」パブリック・フォーラムたる性質が必ずしも強くなく、バス利用者など一般公衆の通行が支障なく行われるために A 高速バスターミナル管理者の有する管理権が広く認められるべき場所であると解することもできる。このように解すると、A 高速バスターミナル管理者の有する管理権が X らによるビラの配布や演説よりも優越することになるので、刑法 130 条を X らに適用し、ビラの配布や演説に対して規制することは合憲となるということもできる。

しかしながら、A 駅高速バスターミナルの構内 1 階階段付近は、道路・公園・広場などと同様にパブリック・フォーラムであると解すれば、「パブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要がある」（吉祥寺駅構内ビラ配布事件伊藤正己裁判官補足意見：最判昭 59・12・18 刑集 38 卷 12 号 3026 頁）ということになる。さらに、X らによるビラの配布や演説は「在日米軍基地の移転問題」という政治的テーマに関するものであるから、本仮想事例では特定の政治的テーマに対して規制がなされたと解することもできる。以上を踏まえると、X らによるビラの配布や演説は、A 高速バスターミナル管理者の有する管理権よりも優越することになるので、刑法 130 条を X らに適用し、ビラの配布や演説に対して規制することは違憲となるということもできよう。

どのような結論になるにせよ、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。)

甲は日頃から恨みに思っていたAと、ある日喧嘩となり、その際にAの腹部にひざ蹴りを食わせ、Aはその場に倒れた。すると、その様子を偶然見かけた甲の友人乙が甲に対し「俺もAが大嫌いなんだ。参加してもいいか。」と問いかけたところ、甲は「もちろんだ。一緒にやっちまおう。」と答えたので、乙が甲と一緒に、すでに横たわっていたAの腹部をこもごも足で踏みつけたり、蹴ったりした。

Aは以上の甲らの行為により、内臓破裂で死亡したが、その内臓破裂が上記の甲及び乙のいずれの行為によって生じたり、悪化したのかがまったく確定できなかった。

甲及び乙の罪責を論じなさい(特別法違反は除く)。

以上

入試日程 B日程 出題科目名 刑法 **出題趣旨**

本問は同時傷害の特例（刑法207条）の適用範囲に関する論点を主として問うている。まず、同特例は単独犯同士のいわゆる同時犯のケースを念頭に置いて規定されているが、これが当初は単独犯、そして途中からはすでに共同正犯の関係が成立している複数人のいずれの行為部分から傷害が発生したのかが不明な場合にも適用しうるのかが問題となっている（一部裁判例及び学説はこれを肯定）。他方で、この場合には全部分に加担している行為者には傷害罪の責を負わせられることから、ここまで「疑わしきは被告人の利益に」の原則を排斥する規定を適用させるべきではないとする消極説も学説では有力である。いずれの結論でもよいが、採点に当たっては、およそこの論点を知っており、説得的な理由づけをしているかどうかを重視する。また、本特例が傷害罪の場合以外に、傷害致死罪についても適用されうるのかという点も争われており、学説では同様に消極的見解も有力なところ、最高裁は傷害致死罪についても本特例の適用を認めている（死亡結果がいずれの暴行者から生じたのか不明なケースで）。この点についても、知識があり、結論に向けての理由づけがしっかりしていることが重要である。なお、本問の乙にも傷害致死罪の罪責を負わせる構成として、承継的共同正犯も考えられるが、最近の最高裁判例が、もし乙が加担する前に傷害等の結果が発生している場合には、それを承継することはないとして、少なくとも傷害罪については承継的共同正犯の成立を否定していることから、本問でも乙の傷害致死罪を承継的共同正犯によって正当化するのは、かなり疑問と見られることであろう。

以 上

2017(平成29)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 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

Xは、1990年8月1日、その所有する甲土地をYに贈与し、引き渡したが、税金の関係上、登記名義はXのままであった。ところが、Xは、登記が自己にあることを奇貨として、甲土地をZに売却し登記も移転した。Zは、甲土地を占有するYに対し、甲土地の明け渡しを求めることができるか。XからZへの甲土地の売却が、(1)2000年6月1日に行われた場合と、(2)2001年6月1日に行われた場合について、それぞれ論じなさい。

入試日程 A日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

本問は、不動産の二重譲渡が行われた場合に、177 条に即してどのように二重譲受人間の優劣が決められるのかを問うと共に、177 条で劣後する譲受人が当該不動産を長期間占有している場合に、時効取得を主張して明け渡しを拒めるか、より具体的には、自己物の占有であっても取得時効が成立するか、また、取得時効による所有権取得を主張するために登記が必要かを問うものである。以下、詳細に説明する。

Z が現在甲を占有する Y に対して甲の明け渡しを請求できるためには、Z が甲の所有権を有している必要があるところ、Z は X との売買契約により有効に所有権を取得している。さらに、本問では X を起点として甲が Z と Y に二重譲渡されており、Z と Y の権利は両立し得ず、Z の所有権取得の主張が認められれば Y は権利を失うという意味で、Y は Z の登記欠缺を主張する正当な利益を有する者であるといえるから、Z にとって Y は 177 条の第三者にあたる。Z は登記を備えているので、Y に対して所有権取得を対抗できることから、Z は Y に甲の明け渡しを請求できるように思える。

これに対して、Y は 1990 年から現在に至るまで甲の占有を継続しているので、時効取得を主張して Z からの明渡し請求を拒むことが考えられる。もっとも、本問では Y は甲の贈与を受けており、自己物として占有しているので、「他人の物」であることを定めている 162 条の取得時効は成立しないのではないかが問題となる。この点、時効制度の趣旨は、永続する事実状態の尊重と立証困難からの救済にあるが、この趣旨は占有している物が自己物であっても妥当するので、自己物についても時効取得は認められるとするのが判例（最判昭和 44 年 12 月 18 日）・通説である（なお、本件のような二重譲渡のケースで時効取得を認めることは、177 条の帰結を覆すことになり妥当ではないとして、そもそも他人物での時効取得を認めるべきではないとする見解もある）。また、Y は甲の贈与を受けているので、所有の意思が認められるし、所有権者から贈与を受けているから、他人物であることについて善意無過失である。したがって、10 年の占有期間で足り、かつ平穩公然に占有しているものと認められるから、Y の取得時効は成立する。

取得時効が成立すると、Y は甲の所有権を原始取得することになるが、時効による所有権取得を主張するために登記を備えている必要があるのかが問題となる。本問では、Z への譲渡が（1）時効完成前に行われた場合と、（2）時効完成後に行われた場合に分けて検討することを要求している。

まず、Z への譲渡が（1）時効完成前に行われた場合、Y に取得時効が完成すると Y は甲の所有権を取得しうるが、その反射的効果として現在の甲の所有者である Z は所有権を失うことになるから、Y と Z は恰も物権変動の当事者類似の地位に立つので、Y にとって Z は 177 条の第三者にあたらない。また、時効完成前に現れた Z と

の関係で Y に登記の具備を要求することは事実上不可能であるから、これを要求することは Y に取得時効を認めた意味が失われてしまう。以上より、(1) の場合には、Y は登記なくして時効による所有権取得を Z に対抗することができ、Z の明渡し請求を拒むことができる（最判昭和 41 年 11 月 22 日）。

これに対して、Z への譲渡が (2) 時効完成後に行われた場合、時効の完成によって X から Y への物権変動が生じるところ、一方で X は Z に譲渡することで物権変動が生じており、Y と Z は X を起点とした二重譲渡類似の関係となる。したがって、Y は時効取得を X に対抗するために登記を備える必要がある。このように考えても、Y は時効が完成した後は登記を備えることが可能であったのだから、登記の懈怠により権利を失ってもやむを得ないといえる。以上より、(2) の場合には、Y は登記がなければ時効により所有権取得を Z に対抗することができない（最判昭和 33 年 8 月 28 日）。

なお、学説上は、時効完成前と後とで上記のように結論が逆転することは不当であるとして、Y は常に登記なくして Z に取得時効を対抗できるという見解として、時効の起算点を占有開始時とするのではなく、現時点から 10 年前に設定することで、Z を常に時効完成前の第三者として扱い、登記を不要とする見解などがある。このような見解で論じてかまわない。

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、Zに対し、弁済期の到来している1000万円の貸金債権を有していると主張している。Zは、Yに対し、1000万円の請負代金債権を有しており、他に
見るべき資産は見当たらず、無資力である。

Xは、Zに代位し、Yを被告としてZのYに対する請負代金債権の支払を
求める訴訟を名古屋地方裁判所に提起した。以上を前提に、以下の問いに答えな
さい。

- (1) 訴訟の係属中に、Zが自らYを被告として、同じ請負代金債権の支払を求
める訴訟を名古屋地方裁判所に提起した場合、裁判所はどのような措置をとる
べきか論じなさい。
- (2) Xの請求を棄却する判決がなされ、確定した後に、Zが同じ請負代金債権
の支払を求めてYを被告として、名古屋地方裁判所に訴訟を提起した場合、裁
判所はどのような措置をとるべきか論じなさい。

入試日程 A 日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

本問の出題意図は、債権者代位訴訟（民法 423 条）を題材に、小問(1)では重複訴訟の禁止と当事者適格、小問(2)では既判力についての理解を問う点にある。また、重複訴訟の禁止（民事訴訟法 142 条）と既判力の違いについて理解できているか否かも重要である。

まず小問(1)では、債権者代位訴訟における訴訟物は代位債権であり、被代位債権は当事者適格を基礎付けるものであることから、X Y 間の訴訟の訴訟物は Z の Y に対する請負代金債権であり、Z Y 間の訴訟の訴訟物と同一であることから重複訴訟の禁止に該当するか否かが問題となる。

重複訴訟にあたるか否かは①当事者の同一性及び②事件の同一性で判断する。本問では①が問題となり、通説・判例は、重複訴訟の制度趣旨が、既判力抵触の可能性の回避、審判の重複による不経済、相手方当事者の応訴の煩わしさを避ける点にあることから、当事者の同一性を肯定する。重複訴訟の禁止は消極的訴訟要件であることから、裁判所は重複訴訟に該当すると判断した場合には、後訴を却下しなければならない。ただし、本問のように Z が自ら Y を被告として同じ請負代金債権の支払を求める訴訟を提起している場合には、Z が X の代位権を争っている等の事情が考えられるのであり、直ちに却下しては Z の手続保障に欠け、Z が改めて X Y 間の訴訟に参加する等の手続を要することとなり訴訟不経済でもある。そこで裁判所としては、両訴訟を併合すべきである。

また、Z に当事者適格が認められるか否かも問題となる。判例及び通説は、債権者が適法に代位権を行使することにより債務者はその権利について処分権を失うので債務者は訴えを提起することができなくなるとする。従って、判例・通説の立場に立つと、裁判所は、Z に当事者適格が認められないため訴えを却下することになる。この点については、債権者代位訴訟における債権者は実質的な利益帰属主体であり自己固有の当事者適格を有しており、債務者は当事者適格を喪失しないとする学説（固有適格説）もある。この見解に立つ場合には、Z の当事者適格は失われないこととなる。

受験生の答案については、上記の問題に過不足なく回答できている答案は見当たらなかった。

次に小問(2)では、既判力が問題となる。既判力とは、確定した終局判決の内容たる判断の通有性を指し、後訴が出現した場合に作用する。この点で、訴訟係属中に問題となる二重起訴と異なることを理解して欲しい。既判力は、判決確定後に問題となるということである。

そして、既判力は、当事者間において事実審の口頭弁論終結時における主文に包含される判断、すなわち訴訟物にのみ生ずる（114 条）。従って、本問では、X Y 間において、事実審の口頭弁論終結時における Z Y 間の請負代金債権の不存在について既判力が生じている。そして Z が 115 条 1 項 2 号の「その他人」に該当し既判力が及んでいるのではないかという点が問題となる。

この点、通説は X Y 間の判決の効力は Z にも及ぶとする。他方、債権者代位訴訟においては債権者と債務者との間に対立関係があるため敗訴判決は及ばないとする見解等もある。そして、こ

2017年度愛知大学法科大学院入試問題集

の問題には、債務者の手続保障と第三債務者の手続保障をいかに図るかという問題があることを答案に示して欲しいところであったが、不十分な答案が多く残念であった。

「 商 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

問 次の文章を読んで、後記の設問(1)(2)に答えなさい。

1. 甲株式会社(以下、甲社という)は、洋菓子の製造・販売を業とする会社法上の公開会社である。甲社の発行済株式数1万株のうち、7000株をAが所有し、Bが2000株を所有し、残り1000株を取引先の数社が所有している。
2. 甲社の取締役には、A、BおよびCが、代表取締役社長にはAが、代表取締役副社長にはBが就任し、他に監査役1名が就任している。
3. Aは、地元の小売業を中心に販路を拡大し、売上高を伸ばそうと考えたが、Bは東南アジアを中心に、大々的に販路を拡大しようと考えた。そのためAとBは日常的に経営方針をめぐって対立するようになっていた。
4. 平成27年7月、Bは十分な検討を行わず、海外のコンサルタント会社に業務委託費を支払うなど海外進出の準備をすすめたが、Aの協力を得られず、途中で断念せざるを得ないこととなった。そこで、Aは、Bが海外進出の準備に関し、甲社に多大な損失を被らせたことを理由に、取締役から排除しようと考え始めた。
5. 平成28年7月23日、Aは、「甲社の遊休地の売却その他」を議案として、臨時取締役会(以下、本件取締役会という)を開催し、Cに対してのみ、本件取締役会の招集通知を発した。
平成28年8月1日、予定どおり本件取締役会は開催され、予定された議案の審議が終わると、Aは突如、B代表取締役解職(以下、本件解職という)の議案を提出した。そして、AおよびCの賛成によって、本件解職議案は可決された。
6. 翌日、Bが出社すると、本社ビル正門で警備員に立入りを禁止され、このとき初めて自分が解職された事実を知った。Bは、この解職は不当だとAおよびCに伝えたが、まったく聞き入れられなかった。
7. 甲社は、同年9月30日、取締役B解任(以下、本件解任という)の件を議案として、臨時株主総会を開催した(以下、本件総会という)。Aは、ここでも取締役Bが海外進出の準備のため、甲社に損失を被らせたことを説明したうえで、本件解任議案の採決をとることにした。

8. 本件総会に出席していた **B** は、不当な解任だと主張したが、結局、採決の結果、賛成多数で解任議案は可決・成立した。なお、**B** は取締役の残任期間を務めれば、800 万円の報酬を受領できたはずであった。

設問（1）**B** は、本件取締役会における本件解職の決議について、会社法上どのような主張をすることができるか、論じなさい（50 点）。

設問（2）**B** は、本件総会における本件解任の決議について、会社法上どのような主張をすることができるか、論じなさい（50 点）。

1. 出題の趣旨

本問は、代表取締役の解職および取締役の解任の理解を問うとともに、両制度の手の違ひについて問う問題である。また、経営判断のミスを理由に解任された場合に、正当な事由がない解任として、解任された取締役は、会社に対する損害賠償の可否についての検討も要求される。

代表取締役は、取締役会設置会社では、取締役会で選定されるとともに、取締役会で解職される。要するに取締役会が代表取締役の選定・解職権を有する。解職の対象となる代表取締役は、取締役会の解職決議に際して、特別利害関係取締役にあたるか否かについては議論がある。利害関係性の有無によって、取締役会の招集通知の要否も異なるため、これも検討しなければならない。

他方、取締役を株主総会から解任する場合には、かりに解任対象取締役が株主であっても、株主としての議決権行使は許される。ただし、大株主で特別利害関係株主であれば、事後的に著しく不当な決議になる可能性はあろう。本問もこの点について論じてほしい。

2. 講評

総会における取締役の解任と、取締役会における代表取締役の解職は、近年、大規模な上場会社でもしばしばみられるようになっており、会社法の分野では、一般的な問題になりつつある。総会と取締役会の両制度の違ひを認識したうえで、答案を構成したものは少なかった。根本的な違ひを理解できれば、より会社法のガバナンスに関する理解が深まると思う。

以上