

入試日程 A日程 出題科目名 小論文

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

「指示」「基準」への賛否については、いずれでもかまわないが、自分の見解を述べた上で、そう考える理由をわかりやすく記載する必要がある。改善提案を含む場合は、その内容が明確に述べられ、提案のメリットが明示されていなければならない。

・出題の意図

自分の見解とその理由付けをわかりやすく提示することができるかということを通じて、論理的文章の作成能力を判定しようとするものである。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

学問の自由（憲法 23 条）は、研究の自由、研究成果発表の自由、教授の自由を保障する。X らの文化祭における研究発表の自由は、研究成果発表の自由として、憲法 23 条によって保障される。

学問の自由は、社会の発展や自分らしく生きることに関与するから重要である。X らは、Q 教のある宗派の成立と発展に関する研究を行い、その成果を文化祭で発表することで、文化祭に来た人たちに Q 教のある宗派に関する知識を広め、社会生活の発展に関与することができる。また、X らは、自らの生き方に関連する Q 教のある宗派について研究し、研究の成果を文化祭で発表することを通じて、自分らしく生きることに関与することになる。したがって、X らの文化祭における研究発表の自由は、重要である。

しかし、X らは、Y が文化祭における研究発表を認めなかったことで、研究の成果を文化祭で発表することができなくなるので、X らの文化祭における研究発表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、Y が文化祭における研究発表を認めなかったのは、「公立学校における宗教的中立性」が妨げられるという弊害を防止するためであることに鑑みると、X らの文化祭における研究発表の自由は、間接的付随的に制約されると解することもできる。

これらの点を考慮したうえで、X らの文化祭における研究発表の自由に対する制約の合憲性を検討して欲しい。具体的には、Y が文化祭における研究発表を認めなかった理由は何か、その理由と文化祭における研究発表を認めなかったことにはどのような関連性があるのかを検討していく。すなわち、「公立学校における宗教的中立性」を確保するために、Y が X らの文化祭における研究発表を認めないことの相当性の有無を、X らの信教の自由（憲法 20 条 1 項）との関わりを踏まえて具体的に検討するのである。

・出題の意図

本仮想事例では、校長 Y が公立学校における宗教的中立性を妨げることを理由に、生徒 X らの文化祭における研究発表の自由を制約することの合憲性を検討することが求められている。どのような結論になるにせよ、生徒 X ら及び校長 Y 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

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

まず甲は、乙が通りかかるまでの間、Vの身体に殴る蹴るという有形力を行行使しているため、この行為自体暴行罪の単独正犯たりうる（暴行の故意にも問題ない）。また、甲が乙との間で、甲からの「やっつけよう」との要請に乙が了承したことにより、その後両名が実行した暴行に関する共謀が成り立っており、それに応じて両名がVの身体に殴る蹴るの暴行を加えているので、両名はこの行為自体につき、暴行罪の共同正犯の責を負う（暴行の故意にも問題なし）。その結果、最終的にVは身体各所に各種傷害を負い、その中の一部傷害はVの死亡原因ともなっているが、それらの傷害結果と共謀前の甲による単独暴行、そして共謀後の甲・乙の共同暴行との因果関係が特定できなかった以上、前半の甲には暴行罪の単独正犯、後半の甲・乙の共同暴行には暴行罪の共同正犯しか成立しないように思える。

もっとも、甲はその双方に関与しているため、傷害結果との因果関係が肯定され、傷害罪の責を負うるし、乙についても傷害罪の責を負わせることはできないか。この点、まず承継的共同正犯の構成が考えられるが、最高裁平成24年決定によれば、仮に甲の単独暴行から傷害が発生した場合、その傷害結果と乙の共謀後の加担は因果関係を有しないため、乙には帰責されえない。それゆえ、この構成で乙に傷害罪の共同正犯を肯定することはできない。しかしながら、このようなケースに同時傷害の特例（刑法207条。以下「刑法」略）を適用することができる。なぜなら、本問の場合も207条にいう「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による…傷害を生じさせた者を知ることができない」という要件に該当しうるし、この規定は単独犯同士の場合にも共同正犯関係を擬制するものであるから、ましてや後半部分について共同正犯の関係にある複数人に適用しないのは均衡を失するからである。さらに、甲の単独暴行と甲・乙の共同暴行は相次いで行なわれており、機会の同一性に問題はなく、またそれぞれの暴行は傷害結果を発生させる危険性を有する以上、207条により、甲・乙両名はとりあえず傷害罪の共同正犯の責を負う。そして、そのような傷害の一部とVの死亡結果との間に因果関係が肯定できる以上、両名にはさらに傷害致死罪の共同正犯が成立する。（以上）

・出題の意図

承継的共同正犯及び同時傷害の特例に関する比較的最近の判例の知識があり、それらを的確に理解しているかどうかを試す意図で出題した。「該当する判例がある論点」に関する「平成20年代以降の最高裁判例」としては、①傷害罪をめぐる承継的共同正犯の成否に関する最決平24・11・6刑集66・11・1281、②途中から共謀関係が成立している者たちへの同時傷害の特例適用の可否に関する最決令2・9・30刑集74・6・669、③同時傷害の特例が傷害致死罪についても認められるか否かに関する最決平28・3・24刑集70・3・349を想定している。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

設問1において、XY間でY所有の甲土地に関して賃貸借契約が締結されていたところ、Xが甲をしばらく使用していない間に、Aが所有者Yに無断で占拠するに至っている。XがAに甲の明渡しを請求する方法として考えられるのは、①占有回収の訴え（民法200条）、②賃借権に基づく返還請求（民法605条の4第2号）、③YのAに対する所有権に基づく返還請求権のXによる代位行使（債権者代位権（民法423条）の転用）である。①について、甲を賃借していたXは甲について占有権を有していたところ、Xの占有をAが奪っている。そして、Aが甲を占拠し始めたのは半年ほど前であり、占有を奪われた時から1年を経過していない（民法201条3項）。したがって、XはAに対して民法200条に基づき甲の返還を請求することができる。②について、賃借人は、民法605条の2第1項に規定する対抗要件を具備すれば、民法605条の4第2号に基づき賃借物の返還を請求できる。本問において、Xが民法605条の賃借権の登記を備えている事情はうかがわれず、また、Xは甲を資材置き場として利用していることから、本件契約には借地借家法の適用もなく、借地借家法10条の対抗要件を備えることもできない。したがって、Xは対抗要件を具備しているとは考えられないから、この方法を用いてAに甲の返還を請求することはできない。最後に③について、甲の所有者YはAに対して所有権に基づく物権的返還請求権を有しているところ、Xは自己のYに対する賃借権を被保全債権としてYの有する物権的請求権を代位行使するという方法である（民法423条）。もっとも、債権者代位権は債務者の責任財産を保全する制度であるから、債権者代位権を行使するためには被保全債権が金銭債権であることが必要であるが、本問の被保全債権は特定債権であり、要件を満たさないように思える。しかし、民法423条は被保全債権を金銭債権に限定していないし、債権保全のために債権者代位権の行使を認める必要性和許容性があると評価できれば、債権者代位権の行使を認めるべきである（債権者代位権の転用を認める判例として、大判昭4・12・16）。本問において、確かにXは占有訴権を行使してAを排除できるものの、Xを保護するためには救済の選択肢は多に越したことはなく、上述の通り本問では民法605条の4に基づく返還請求の方法は取りえないのであるから、これに代わる方法として認める必要は高い（必要性）。また、Aは不法占拠者に過ぎないのであるから、Xから請求を受けようとYから請求を受けようと変わらない（許容性）。以上の理由により、XはYに代位してYの物権的返還請求権を行使して、Aに甲の明け渡しを請求できる。

設問では上記3つの方法のうち2つ以上を答えればよいことになっているので、すべて挙げる必要はないが、すべてについて検討を加えている答案は高く評価される。

設問2では、Xが10か月間賃料を滞納しており、履行遅滞に陥っているから、Yは債務不履行解除（民法541条）ができるように思える。もっとも、賃貸借契約は賃借人の生活の基礎となる契約であるから、些細な債務不履行があったからといって直ちに解除を認めるべきではない。そこで、賃貸借契約は賃貸人と賃借人との間の信頼関係を基礎とす

る継続的契約であることに鑑み、当該債務不履行によって信頼関係が破壊されたと評価できない限り、解除できないと解するのが判例（最判昭27・4・25）・通説である。本問の場合、Xの滞納期間は10か月にも及んであり、この行為は信頼関係を破壊する行為と評価できる。しかし、履行遅滞解除できるとしても、民法541条によれば、相当な期間を定めた催告の上で解除の意思表示をすることが必要である。本問ではXY間に無催告解除の特約が存在することから、この特約に基づきYは直ちに解除できるか、無催告解除特約の効力が問題となる。この点、無催告解除特約の有効性を常に認めると、信頼関係が破壊されない限り契約が解除できないとする上記解釈の趣旨が没却される恐れがあるから、右特約の有効性は、催告しなくてもあながち不合理とは認められないような事情、すなわち賃貸借契約の継続を著しく困難とする不信行為があった場合に限り肯定されるべきである。本問ではすでに10か月も履行遅滞が続いており、催告をせずに解除を認めてもXに酷とはいえないから、Yは賃貸借契約を直ちに解除できることになる。

・ 出題の意図

設問1は、賃借目的物の利用が第三者により妨げられている場合に、賃借人がそれを排除するための方法を比較検討させる問題であり、設問2は、賃貸借契約を債務不履行解除する場合における信頼関係破壊の法理と無催告解除特約の有効性を問う問題である。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

※以下、条数はすべて会社法の条数を指す。

1. 〔設問1〕について

甲社は会社法上の非公開会社である。Bが甲社に対し、貸付金の返済を怠ったことについて任務懈怠責任を負うのであれば、甲社の株主Dは、責任追及等の訴え（847条1項以下）を提起することができる。Dは、株主であり、非公開会社においては、提訴時点で株主であれば、甲社に対し提訴請求することができる（847条2項）。では、Bは甲社に対し、任務懈怠責任を負うか。

Bは、甲社の取締役であるところ、自己の住宅建設資金に充てる目的で甲社から金銭1億円を借り入れる行為は、「取締役が自己のために株式会社と取引をしようとするとき」（356条1項2号）に当たり、取締役会設置会社では、取締役会において重要な事実を開示し承認を受けることが必要となる（356条1項柱書・365条1項）。「自己のために」の意味は、実質的利益相反関係を捕捉する356条1項3号との切り分けから、形式的に「自己の名義において」と解されるが、そのように解しても、本件における借入契約の当事者はBであり、Bにとって自己のためにする取引となる。

本件では、取締役会が開催され、Bをその審議・決議から除外したうえで、Bへの貸付けが承認されている。Bは本件決議について、特別利害関係を有するから、Bを審議・決議から除外したことは適法である（369条2項）。また、取締役会においては、貸付資金の用途等を承認すべきかを判断するに必要な事実が開示されており、356条1項柱書の手続は適法に履践されていると評価できる。

もともと、Bが返済を怠ったために、甲社には1億円の損害が生じており、Bは甲社に対し、任務懈怠責任を負う可能性がある（423条1項）。

423条1項によれば、取締役を含む役員等は、その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた責任を賠償する責任を負う。

Bは、取締役であるから責任主体となりうる。本件では、自己取引により株式会社に1億円の損害が生じていると考えられるから、Bは423条3項1号の取締役に当たり、任務懈怠が推定される。Bは自ら返済を怠り甲社に損害を与えているのであるから、任務懈怠の推定を覆す事情も認められない。なお、本件は自己取引であるから、Bの過失の有無は問題とならない（428条1項参照）。以上から、Bは甲社に対し、423条1項に基づき、1億円の損害賠償責任を負う。株主Dは、上述の通り、甲社に対し、責任追及等の訴えを提起することができ、まずは、甲社に対し提訴請求を行うこととなる。

2. 〔設問2〕について

Bが甲社に対して負う借入金債務を免除する行為もまた、Bと甲社との間の利益相反取引（自己取引；356条1項2号）となる。したがって、〔設問1〕で述べた通り、取締役会設置会社においては、取締役会における重要事実の開示と承認が必要となる（356条

1 項柱書)。しかるに、本件においては、取締役会決議を経ることなく代表取締役Aの独断で借入金債務が免除されている。

では、取締役会における適法な手続なくしてなされた利益相反取引は有効であるか。

適法な手続を欠く利益相反取引は会社の内部関係においては、無効と解すべきであり（356条2項反対解釈）、本件における取引の当事者は甲社とBであるから、無効と解しても差し支えない。以上から、AによるBの借入金債務の免除は無効であり、Bの返済義務は消滅していない。

Bが返済を怠れば、〔設問1〕と同様の構成により、Bには甲社に対する1億円の損害賠償責任が生じる（423条1項）。したがって、株主Dは、甲社に対し、責任追及等の訴えを提起するよう請求することができる。

なお、〔設問1〕および〔設問2〕について、利益相反取引にあたることを指摘せずに、一般的な善管注意義務違反ないし忠実義務違反を任務懈怠として構成する答案については評価しない。

・ 出題の意図

株式会社の取締役の利益相反取引に関する任務懈怠責任に関する問題である。〔設問1〕は、取締役会における必要な手続を履践したうえで行った取締役の自己取引について任務懈怠責任が生じるか、生じる場合に株主はどのような手段で当該責任を追及しうるかを問うものとした。〔設問2〕は、借入金債務の免除が代表取締役の独断で行われた場合の当該免除の効力を問うものとした。免除の効力が生じなければ、〔設問1〕と同様の論証および結論となる。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

1、小問 1（証明責任の意義とその分配基準）について

証明責任とは、ある事実が真偽不明の場合、判決で、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生または不発生が認められないこととなる一方当事者の不利益をいう。これは真偽不明による裁判拒否を認めては裁判を受ける権利（憲法 32 条）を害することから、その事実を不存在とみなし、一方当事者に不利益を負担させることで裁判を可能とする法技術である。

証明責任の分配基準については、見解の対立があるが、公平の原理、基準の明確性から、実体法上の条文を基準に、一定の法律効果を主張する者が、その効果の発生を基礎づける適用法条の要件事実について証明責任を負うとする法律要件分類説が通説の見解であり、具体的には、①権利発生を根拠付ける規定の要件事実が権利を主張する者が、②権利発生を妨げる規定の要件事実、③権利を消滅させる規定の要件事実が権利を争う者が証明責任を負うと解する。

2、小問 2（法律上の事実推定の作用）について

前提事実について立証された相手方は、前提事実について反証するか、推定された要件事実の不存在について本証しなければ推定を覆すことができなくなる。これにより本来の要件事実の証明責任が相手方に転換される。また、立証者に証明主題の選択を許すとともに、反対事実の証明責任を相手方に転換し、証明困難な事実についての証明責任を緩和する作用もある。

占有継続の推定を例にすると、例えばある物の時効取得を主張する者は、10 年間（善意占有）又は 20 年間（悪意占有）の占有継続を主張する必要がある（民法 162 条）。しかし、占有継続の推定規定により、ある時点の占有及び当該時点から 10 年又は 20 年経過時の占有の事実を主張すれば 2 地点間の占有継続が推定されるため、取得時効を主張する者は、法律要件である 10 年間又は 20 年間の占有継続を主張しても良いし、前提事実のある時点の占有及び当該時点から 10 年又は 20 年経過時の占有を主張しても良く、どちらを主張しても良いという証明主題の選択が認められる。そして、前提事実を証明した場合には占有継続が推定されるため、相手方は占有継続していないことについて本証する必要性が生じ、証明責任が転換されることになる。

・出題の意図

証明責任に関する一般的な理解を問うとともに、証明責任の転換の一場面である法律上の事実推定について具体的に理解できているかを問う問題である。

以上