

入試日程 D日程 出題科目名 小論文

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

就任時に会派離脱をするが党派性を完全に脱しきれていない日本の衆議院議長のあり方につき、中立性に徹したイギリス下院議長、党派性が明らかであるアメリカの下院議長との比較を踏まえつつ、自分の見解をわかりやすく、論理的に述べる必要がある。

・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）

集会の自由（憲法 21 条 1 項）は、集会に開催し、参加することなどを公権力によって妨害、強制されないことを保障する。このように集会の自由は、妨害排除請求権であって、公共施設の利用を求めるための給付請求権ではない。しかし、公共施設の利用が不当に制約されると、集会の自由が実質的に制約されることになる。この点を考慮に入れると、集会の自由は、公共施設の利用を求めることも保障していると解することができる。このように解すると、A が市民会館の使用を申請することは、集会の自由によって保障されることになる。

集会の自由は、自己統治及び自己実現の価値を有するから重要である。A は、講演会を開催することで、講演会に来た人たちに A の関心事などを広め、社会生活の発展に資することができる。また、A は、講演会を開催して、A の関心事について講演することを通じて、団体としての活動を発展させていくことに資することになる。したがって、A が市民会館の使用を申請することは、重要である。

しかし、A は、Y が市民会館の使用を認めなかったことで、市民会館で講演会を開催することができなくなるので、A の市民会館の使用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 A の市民会館の使用を認めなかったのは、「市民生活の平穏」が害されるという弊害を防止するためであることに鑑みると、A の市民会館の使用は、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、A の市民会館の使用に対する制約の合憲性を検討して欲しい。具体的には、A が市民会館の使用を認めなかった理由は何か、その理由と市民会館の使用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、「市民生活の平穏」を確保するために、Y が A の市民会館の使用を認めないことの相当性の有無を、敵対する団体 B の近時の活動、警察の警備による暴力行為の阻止の可能性との関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、Y 市長が市民生活の平穏が害されるおそれがあることを理由に、団体 A の市民会館の使用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、団体 A 及び Y 市長の立場を踏まえた、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）

（１）Vを殴打して負傷させた行為

甲はVの顔面という身体の一部に手拳での殴打という有形力を行使し（よって、これは暴行にあたる）、その結果、後頭部に切創・打撲傷という傷害を負わせている。その際、少なくとも暴行の認識（故意）は甲に存したので、この行為は傷害罪（刑法204条。以下「刑法」略）の構成要件に該当する。

もっとも、この殴打はVが甲に平手打ちを食らわせ、なおも追撃の様子を見せたことに起因しており、甲は自己の身を守るために行動しているので、正当防衛（36条1項）の成否が検討されてよいが、Vからの平手打ちは元々甲とVとの言い争いに起因するものであり、この平手打ちが言い争い（すなわち喧嘩）の経過から大きく逸脱した攻撃であるとも言えないことから、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したという刑法36条の趣旨に照らして許容されるものとは認められない。その結果、甲の殴打行為には急迫性が否定されるため、これに正当防衛及び過剰防衛は成立せず、甲は傷害罪の責を負う。

（２）Vのズボンから現金及びキャッシュカードを抜き取った行為

この1万円札5枚及びキャッシュカードは意識を失っていたとはいえ、なおVが占有していた財物であり、これをVの意思に反して甲の占有下（手提げ袋内）に移転させているので、窃取をしたと言え、故意及び不法領得の意思にも問題ないので、甲には窃盗罪（235条）が成立する。なお、これはVの反抗抑圧状態を利用した占有取得ではあるが、甲は上記暴行の際に、当初からこれを手段とした財物奪取を意図していたわけではないので、強盗罪（236条1項）は成立しない。

（３）キャッシュカードの暗証番号を聞き出した行為

これを強盗罪（236条2項）に問擬できないか。まず、客体として財産上の利益を観念できないか。これについては、暗証番号という情報自体を財産上の利益と解するには抵抗が予想されるが、キャッシュカードの所持と合わせて、容易に預金の払い戻しを受けうる地位と考えれば、これを財産上の利益を肯定することができよう。その際、利益の移転性の点で支障が存するが、完全な利益移転（被害者からの利益喪失）まで要求せず、行為者側が利益を取得することによって反射的に被害者側が財産上の損失を被る、といった程度で十分と解すべきである。よって、このようなケースにも強盗罪の客体たる財産上の利益を観念することができる。

そして、甲は厳しい口調で命じることによって、Vに暗証番号を言わせているが、この程度の指示では相手方の反抗を抑圧しうる程度の害悪告知とは評価できず、強盗罪の手段たる脅迫としては不十分である。しかしながら、甲が上述の暴行により意識の喪失という反抗抑圧状態を作出し、それがVの意識回復後も継続していたと見うるのであれば、その状態を利用した利益の強取と評価できないか。この点、利益の取得を意図した時点（す

なわち、2項強盗の故意が生じた時点)以降に新たな強盗罪相当の暴行・脅迫が必要とすべきであるが、当該反抗抑圧状態を作出したのが甲自身であることに鑑み、その程度は、すでに生じている反抗抑圧状態を維持する程度の暴行・脅迫で十分とすべきである。

この点、甲は「言わないと承知せんぞ」という身体等への害悪告知をしており、これは脅迫と評価でき、この言辞でVはさらなる暴行を恐れて暗証番号を伝えているので、これはVの反抗抑圧状態を維持するに足る脅迫と言ってよい。したがって、この限りで2項強盗罪の成立には支障がないと解する。

もともと、Vが甲に伝えた暗証番号は正しいものではなかったもので、これにより甲が容易に預金の払い戻しを受けうる地位という財産上の利益を取得できたとは言えないため、甲には2項強盗未遂罪(243条)が成立するにとどまる(不能犯にまではならないと解する。暗証番号が間違っていたという事実を行為当時に一般人が認識しえたまでは言えないからである)。

(4) まとめ

以上により、甲には傷害罪、窃盗罪、2項強盗未遂罪が成立するが、窃盗罪は本件でこれと密接に関連する2項強盗未遂罪に吸収させて、後者の罪の包括一罪でもよいと解し、それと傷害罪とは併合罪となる。

・出題の意図

総論では正当防衛の成否に関する基本的な論述(防衛行為の相当性に関しては、判例等の知識が特に重要)、各論ではいわゆる反抗抑圧後の財物盗取意思(本問の場合は、さらに利益取得意思の発生も加わる)と強盗罪の成否、暗証番号等の情報をいかにして財産上の利益として観念するか(あるいはそれを断念するか)といった重要論点の理解と実用がどこまで達成されているかを問うている。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答例

（問題1）

民法は意思表示のみによる権利の移転を認めており（176条）、AB売買、BC売買により、Cは甲の所有権を取得する。ABCの順次移転は対抗問題ではなく、CはAに対し、甲の所有権を主張して、甲の引渡しを求めることができる。

ACは双務契約の当事者ではないから、AはCに対し、代金支払との同時履行（533条）を主張することはできない。しかしながら、Aは、他人の物甲を占有しており、代金債権は甲に関して生じたものであるから、その弁済を受けるまで甲を留置することができる（295条1項）、留置権は物権であるから、Cに対してもこれを主張することができる。

Aは留置権を主張して、代金の支払を受けるまで、甲の引渡しを拒むことができる。

（問題2）

Bには不動産等の資産があり、無資力とはいえないから、債権者代位（423条1項）により、Bに代位してCに代金請求をすることはできず、債務名義により不動産等に対する強制競売をするには時間がかかる。

Aは、甲について動産売買の先取特権を有しているから（311条5号）。甲がA又はBのもとにあれば、甲を競売し、甲の代金及び利息に充当することができる（321条）。

甲が第三取得者であるCに引き渡されれば、Aは、甲自体に対し先取特権を行使することはできなくなるが（333条）、CがBに支払う甲の売買代金に対し、物上代位することができる（304条1項本文）。そのためにはCがBに支払う前に、代金債権を差し押さる必要がある（同項但書）。

（問題3）

AはBに対する1000万円の債務の担保として、甲をBに譲渡する一方で、甲の占有をAに留保しているから、動産の譲渡担保権を設定したものと解される。

この場合、譲渡担保権の設定により、債務者であるAにも、弁済期前に甲を処分されない等の物権的利益は残るものの、甲の所有権自体は債権者Bに移転するため、Aには甲を処分する権限はないことになる。

すると、Dは、処分権限のないAとの売買によっては、原則として甲の所有権を取得することはできず、甲は動産であるから、即時取得（192条）が成立すれば、例外的に甲の所有権を取得することになる。

即時取得が成立するためには、Aの無権利についてのDの善意無過失が必要であるが、甲にはBの財産であることを示すシールが貼られており、少なくとも過失はあるといわざるを得ない。

仮にシールの貼り方等からDが善意無過失とされる場合であっても、Dは甲をAに保管させたままとし、現実の引渡し（182条1項）を受けておらず、何ら外観上の占有状態に変化の生じない占有改定（183条）を受けたに過ぎないから、即時取得を認めるこ

とはできない。

以上によれば、BがAに甲の引渡しを求める際に、Dは自身が甲の所有者であると主張することはできない。

・ 出題の意図

問題1は、意思表示による動産所有権の移転という基礎的事項を出発点として、法定担保物権である留置権の成立の理解を問うものである。問題2は、動産売買の先取特権及びその物上代位についての理解を問うものである。問題3は、動産譲渡担保の法的性質、譲渡担保目的物を債務者が処分した場合の効力、そして即時取得の成否についての理解を問うものである。初学者の場合、民法総則や債権法各論といった領域は一定理解していても、担保物権法にまで勉強が及んでいないことがあるため、その領域についての基礎的な事項を問うた。

以上

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

取締役会の議事運営に関する総合問題である。取締役会の場で議題および議案を追加することの可否、ならびに、取締役会決議に特別利害関係を有する取締役とはどのような者であるか、また、そのような取締役がいる場合、会社法の規定により議決に加わることができないことは論を俟たないが、議長に就任することの可否をも併せて検討させ、当該検討結果を踏まえて最終的に決議の効力を解答させるものである。

1. 取締役会の場において議題・議案を追加することの可否

A が「そのようなことは事前に聞かされておらず・・・」と述べていることから、2024年6月10日の甲社の取締役会の招集通知には、①～④の議案は記載されていないものと思われる。取締役会の招集通知についても、取締役にとっての不意打ちを避け、審議に向けた準備をさせる目的があり、予定された議案を記載する必要はあると思われるものの、株主総会の場合と異なり、会社法上招集通知の記載事項について明文の規定がない（299条4項対比）。これは、取締役会は、株主の信任を得た経営の専門家たる取締役が経営に関する事項を臨機応変に審議する必要があり、事前の通知事項に縛られることなく自由闊達に議論をする場であるためと考えられる。以上から、A が事前に予定されていないことを理由に議案追加の動議を阻止することは許されず、B によって提出された動議を採用した本件役会の手続に瑕疵はない。なお、甲社の取締役会規程等に招集通知の記載事項に関する定めがあったとしても、必要に応じて記載事項以外の事項を取締役会で取り上げることが制限されるものではなく、この結論は変わらない。

2. 取締役会決議における特別利害関係取締役の議決権行使の有無

会社法 369 条 2 項は、決議について特別の利害関係を有する取締役は議決に加わることができない旨を定めている。本件役会では、①A を代表取締役から解職する議案、②B を代表取締役に選定する議案、③A を取締役から解任する旨の議案を本件総会の議案に含める旨の議案、④E を取締役を選任する旨の議案を本件総会の議案に含める旨の議案が B から提出された。これらの議案追加の動議は B と C の賛成により採用されているから、手続的な問題はない（369 条 1 項）と考えられる。もっとも、①、③については A、②については B が特別利害関係取締役にたる可能性があるので、以下、それぞれについて検討する。

会社法 369 条 2 項の特別利害関係取締役とは、一切の私心を去って会社に対し負担する忠実義務に従い公正に議決権を行使することが期待できない、決議に個人的な利益を有する取締役のことを指すと解される。

代表取締役から解職される取締役については、自己保身を図って議決権を行使する可能性が高く、およそ一切の私心を去って会社に対し負担する忠実義務に従った議決権行使が期待できない者にあたると思われる（最判昭和 44 年 3 月 28 日民集 23 卷 3 号 645

頁 百選 63)。したがって、A の議決権行使について全く取り合わなかった議事運営は適正と考えられる。

次に、取締役を解任する旨の議案を株主総会の議案として決定する際の実取締役会決議について、解任候補となっている取締役が特別利害関係取締役に当たるかが問題となる。

この点については、解職される代表取締役の場合と同列に捉え、特別利害関係取締役に当たると判断した下級審裁判例があるが（東京地決平成 29 年 9 月 26 日金判 1529 号 60 頁）、決議により即自らの地位を失うことになる代表取締役の解職の場合とは異なり、あくまでも株主総会の決議を待って取締役の地位を失うこととなる、株主総会への議案の提出の決定とは性格が異なると考えることもできよう。上記裁判例のように考えるのであれば、③について、A の議決を全く顧慮しなかった本件役会の議事運営は適正ということになるが、一方で特別利害関係取締役に当たらないと解する場合には、③については A の議決を集計しなかった本件役会の決議には瑕疵があるということになる。取締役会が二派に分かれて争っている場面であるので、A の議決権を算入したとしても決議の結果に影響はないとして決議の効力を有効とする余地もないものと思われる。

最後に、代表取締役に選定される B について、特別利害関係取締役に当たるかも検討の余地がある。B には代表取締役に選定されるという他の取締役にない期待があり、個人的利益のために議決権を行使する可能性があるからである。もっとも、自己の地位を失う解職の場合とは異なり、そもそも選定の場合には、選定の可能性はすべての取締役に開かれていること、新たに地位を得る局面では自己保身の意識は働かず新たな代表取締役の選定はむしろ会社の経営支配権の変動に過ぎないと考えられることから、B は特別利害関係取締役に当たらないと解される。したがって、B の議決権を採用した本件役会の議事運営は適正である。

3. 特別利害関係取締役の議長就任の可否

2 に付随する問題として、特別利害関係取締役に当たると評価される取締役は当該議案の審議・決議に際し取締役会の議長に就任できるかというものがある。会社法は、取締役会の議長について何ら明文の規定を置いていないが、会社法 369 条 2 項の趣旨に鑑みると自己の利益を優先した議決権行使を行う可能性がある取締役は、自己の利益を図るべく議事を誘導する可能性が高く、このことが取締役会の審議・決議の公正性にもたらす影響は無視できないと思われる。したがって、そのような者は自己が特別利害関係を有する議案について取締役会の議長を務めることができず、議長を務めた場合には、当該決議は瑕疵を帯びると考えられる。

したがって、議案①の決議については、B に交代してなされた本件議事運営は適正である。議案③については、上記 2 の考え方次第で分かれうる。A が特別利害関係取締役に当たらないと解する場合には、本件役会の議事運営には瑕疵があるということになる。

取締役会決議に瑕疵がある場合には、会社法上株主総会決議に瑕疵がある場合のような訴えの制度は置かれていないため、一般私法の原則に則り無効と解される。以上の考察を踏まえると、議案③の決議について瑕疵があると解する立場があり、その立場を採る場合には③の決議が無効となる。

・ 出題の意図

取締役会の議事運営に関する総合問題である。取締役会場で議題および議案を追加することの可否、ならびに、取締役会決議に特別利害関係を有する取締役とはどのような者であるか、また、そのような取締役がいる場合、会社法の規定により議決に加わることができないことは論を俟たないが、議長に就任することの可否をも併せて検討させ、当該検討結果を踏まえて最終的に決議の効力を解答させるものである。

以 上

解答（例）及び出題の意図

・解答例

1. 重複起訴禁止の原則の趣旨については、伝統的には、①既判力の矛盾抵触のおそれ、②審理の重複による訴訟制度上の不経済の回避、及び③相手方の二重の応訴の回避が挙げられることが多かったものの、近時は、①を中心に捉える見解も有力である。

いずれにせよ、重複起訴禁止の趣旨の中に既判力の矛盾抵触が含まれる以上、このような矛盾抵触の生じるおそれのある場合には、民訴法 142 条によってこれを封じるという解釈を導く可能性が開かれる。

2. 相殺の抗弁については、なるほど自働債権として主張される債権は訴訟物ではなく、しかも相殺の抗弁以外の理由で原告の請求に理由がないと判断される場合には、自働債権の存否について判断もされないの、自働債権の存否について判断されるかどうかとも確実ではない。しかしながら、相殺の抗弁が訴訟物に対抗するものとして判断の対象となる以上は、自働債権のうち、相殺によって対抗した額の不存在について既判力を生じることになる（民訴法 114 条 2 項）のであって、既判力の矛盾抵触という問題が生じうる。

3. 小問 1 について

相殺の抗弁についても重複起訴禁止の対象とすることが議論され、少なくとも先行して訴えを提起していた債権を自働債権として、これを後に相殺の抗弁に供することに（訴え先行型）については、判例も重複起訴禁止の趣旨により相殺の抗弁は不適法と解している（最三小判平成 3 年 12 月 17 日民集 45 卷 9 号 1435 頁・百選【35①】）。

ここでは、上記最高裁判例に即して解答することが一つの解答例となる。

4 小問 2 について

先行する別訴が債権の一部であることを明示して請求する訴訟で、その残部の債権を自働債権とする相殺の抗弁と主張する場合には、明示の一部請求の既判力は残部には及ばない。そうではあるものの、債権の一部と残部で異なる判決がされ事実上の判断の抵触が生じるおそれがあることは否定することができない。判例は、このような問題状況を踏まえながら、受働債権と簡易迅速かつ確実な決済を図るという機能を尊重して、訴訟上の権利の濫用に当たるような特段の事情のある場合を除き、相殺の抗弁を主張することは許されると解している（最三小判平成 10 年 6 月 30 日民集 52 卷 4 号 1225 頁・百選【36】）。

小問 2 においては、明示の一部請求における訴訟物と既判力についても論じた上で、残部に既判力が及ばないことを前提にしつつも事実上の判断の抵触についてどう考えるかを記述することが求められている。判例の基準にしたがって解答することが一つの解答例となる。

・ 出題の意図

本問は相殺の抗弁と重複起訴禁止の原則（民訴法 142 条）との関係を問うものである。重複起訴禁止の趣旨、相殺の抗弁についての既判力及び上記各判例の立場を踏まえ、記述することが求められる。

以上