

入試日程 B 日程 出題科目名 小論文

解答（例）及び出題の意図

・解答（例）

〔設問 1〕においては、記事中で引用されている障害者権利条約や文科省の報告の定義等を参考に、「インクルーシブ教育」の内容を簡潔に整理することが求められる。

〔設問 2〕においては、筆者は、日本では、障害のある子とない子が一緒にいるというだけでなく、授業内容がわかり、学習活動に参加している実感・達成感を持ち、生きる力を身に付けていかなければならないという点が重視され、そのために、障害のある子の特性に配慮して通常学級とは違う環境と教育内容の「多様な学びの場」である特別支援学校等を確保することが求められているとする。他方、通常学級・特別支援学級を望んでいるがやむを得ず、あるいは消極的な理由で特別支援学校を選択しているという場合もありうることから、そのようなケースも受け入れることが可能なように通常学級を変えることを国連は要請している、と筆者は主張する。筆者は、以上のような「日本の教育システムや社会の価値観」の存在が原因となって、「議論はかみ合っていない」としている。

・出題の意図

新聞記事に取り上げられたテーマに対して、筆者の主張及びその根拠を適切に読み解くとともに、それを論理的かつ正確な文章として表現することが求められる。それらの評価・結果に照らして、アドミッションポリシーに掲記された学識等の涵養を目的とする教育に耐えうる能力及び素養を有しているか否かを判定する。

以 上

入試日程 B 日程 出題科目名 憲法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

本仮想事例では、A 市が市内全ての寺院の参拝者 1 人 1 回につき、窓口で大人 1,500 円、小人 700 円を拝観料に上乗せする A 市観光協力税を設ける条例（以下、「本条例」とする）を 3 年間の限定で制定することで、A 市内の寺院で僧侶が参拝者に説法する自由（憲法 20 条 1 項）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。

宗教活動の自由は、信教の自由（憲法 20 条 1 項）によって保障される。A 市内の寺院で僧侶が参拝者に説法する自由は、宗教活動の自由として、信教の自由（憲法 20 条 1 項）によって保障される。

宗教活動の自由は、信者が自分らしく生きていくことに資するから重要である。僧侶が参拝者に説法する自由は、僧侶が聖職者として自分らしく生きていくことに資することになり、また、参拝者が自分らしく生きていくための知識や経験を提供することに資することになるから重要である。

しかし、A 市内の寺院は、A 市が本条例を制定して A 市観光協力税を設けることで、参拝者が減り、僧侶が参拝者に説法することが困難になる。これにより、A 市内の寺院で僧侶が参拝者に説法する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、A 市観光協力税を設けることは、参拝者の混雑によるけが等の発生や観光公害（オーバーツーリズム）といった弊害を防止するためであることに鑑みると、A 市内の寺院で僧侶が参拝者に説法する自由は、間接的付随的に制約されると解することもできる。

・出題の意図

これらの点を考慮したうえで、A 市内の寺院で僧侶が参拝者に説法する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、A 市が A 市観光協力税を設ける理由は何か、その理由と A 市観光協力税を設ける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、参拝者の混雑の緩和や観光公害（オーバーツーリズム）対策のために、A 市観光協力税を設けることの相当性の有無を、訪日外国人観光客（インバウンド）の急激な増加、A 市観光協力税の金額、期間を踏まえて具体的に検討するのである。

どのような結論になるにせよ、A 市仏教会及び A 市の立場を踏まえた、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

入試日程 B 日程 出題科目名 刑法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

（１）甲の罪責

まず、甲は乙からの提案に応じ、A町からの委託を受けて旅館運営のため賃借の形で業務上管理、すなわち占有している本件土地に、A町には無断で抵当権（抵当権者C）を設定した。これは、委託の任務に背き、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をしたものであり、横領にあたる。もっとも、甲は抵当権設定登記まで完了していないので、横領はいわば未遂の段階にとどまっていると見るべきである。よって、業務上横領罪（刑法253条。以下「刑法」略）には未遂犯の処罰規定は存しないので、甲には本罪の成立は認められない。

もっとも、甲は本件土地がA町の所有にかかるという重大な事実を隠しながら、Cから3000万円の融資を受けている。これは抵当権の実行の可否に関わる重大な事項であり、Cが融資という処分行為に出るかどうかを決断するにつき重要な事実の偽りといえるので、246条1項にいう「人を欺く行為、すなわち欺罔行為にあたる。その結果、Cは本件土地の所有権も甲にあるとの錯誤に陥り、融資という処分行為を実行している（なお、その結果、B旅館名義の預金口座の残高が増加下に過ぎないが、この預金を容易に引き出しうる状態になったことに鑑み、現金3000万円を直接取得したのと同視できるので、1項詐欺罪と評価してよいと考える）。その際、甲の故意及び不法領得の意思にも特段の問題はない。よって、甲には1項詐欺罪が成立する。この行為は乙との共謀によりなされているので（この犯行に関する役割や利害の度合いも大きい）、同罪については乙との共同正犯となる。

次に、甲は独断で本件土地をDに売却し、同人への所有権移転登記まで了している。この行為も上述した横領行為の定義にあてはまる所為と言えるので、業務上横領罪が成立する。こちらの場合、Dに対抗要件まで備えさせているので、同罪の既遂を認めて差し支えない。この行為は甲の独断で実行されており、先の乙との共謀の範囲を超えていると見うるので、甲の単独正犯と解する。

また、甲はDに対しても、本件土地をA町が処分する意向であるという虚偽の事実を伝えて、土地の代金5000万円という財物を騙し取っているので、やはり1項詐欺罪の成否が問題となるが、果たしてDがこの事実の不存在を認識していたならば、買い取りを拒絶していたであろうかが不明であり、結局対抗要件まで備えて、本件土地の所有権行使に万全の体制が築かれている以上、Dには実質的財産損害が認められない。以上の要因に鑑み、この売却行為について甲は1項詐欺罪の責を負わないものと解する。

（３）まとめ

以上により、甲にはCに対する1項詐欺罪の共同正犯及び業務上横領罪の単独正犯が成立し、両者は併合罪となる。また、乙には1項詐欺罪の共同正犯が成立する。

・出題の意図

本問は二重売買事例に関する罪責，二重の身分犯（業務上横領罪）への非身分犯の共犯（乙。もっとも，業務上横領罪の成立に対抗要件の具備まで要求する有力説に従った場合には，乙についてはこの点を論じる必要なし），二重抵当事例（対C）に関する罪責，抵当権者及び買主に対する詐欺罪の成否等に関し，45分という限られた時間内にどこまでの確な解答を，若干不十分ながらも手際よく無難に論述できるか，受験者の基礎知識，論理的思考力，文章力，及び事務処理能力を試す意図で出題したものである。

以 上

入試日程 B 日程 出題科目名 民法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

設問 1 において、A は B から甲を駐車場として賃借していたところ、C が甲上に無断で建築資材を置いたため、A は甲を使用できないでいる。この場合、まず、賃借人 A は、賃貸借契約に基づき、賃貸人 B に対して、賃貸目的物たる甲を使用させるように請求できるが（民法 601 条、以下、特に断りのない限り引用条文は民法）、やや実効性に乏しい。次に、自己のためにする意思をもって甲を所持していた A は甲について占有権を有していたところ（180 条）、これを C が妨害しているから、C に対して、198 条に基づき妨害の停止請求や損害賠償請求ができる。さらに、賃借人は、605 条の 2 第 1 項に規定する对抗要件を具備すれば、605 条の 4 第 1 号 2 号に基づき、妨害の停止請求及び返還請求ができる。A は甲を駐車場として賃借していることから、605 条の對抗要件を備えているとは考え難く、また、建物所有を目的としていない土地賃貸借には借地借家法が適用されないから（借地借家法 2 条 1 号）、A は 605 条の 2 第 1 項のいずれの對抗要件も具備しているとは考えられず、この方法を用いて C に対し甲から建築資材を除去するように求めることはできない。最後に、甲の所有者 B は C に対して所有権に基づく物権的妨害排除請求権を有しているところ、A は自己の B に対する賃借権を被保全債権として B の有する物権的請求権を代位行使することが考えられる（423 条）。この点、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、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。確かに A は占有訴権を行使して C を排除できるものの、A を保護するためには救済の選択肢は多いに越したことはなく、本問のような場合には A は賃借権に基づく妨害排除請求権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。また、C は不法占拠者に過ぎないのであるから、B から請求を受けようと A から請求を受けようと変わらない。したがって、A は B に代位して B の物権的妨害排除請求権を行使して、C に建築資材の除去を請求できる。なお、債権者代位権の転用事例においては、債務者の無資力要件は問題とならない。

設問 2 において、S は T との間で、乙の賃貸借契約を締結して T に引き渡しており、T は S に敷金として 50 万円差し入れている。まず、設問前段において、S は T が損傷させたドアの修理代と、日差しのために焼けた壁紙の張替え費用を敷金から差し引くことができるかが問われている。そもそも、敷金は、賃貸借契約から生じる賃借人の賃貸人に対する債務を担保するものである（622 条の 2 第 1 項）。そして、賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷について、賃貸借契約が終了したときは、この損傷を原状回復すべき義務を負い（621 条 1 項）、これを賃借人が果たさない場合には、債務不履行に基づく損害賠償債務を負う。本問では、T がドアを損傷させているため、T は契約終了時に原状回復義務を負い、T がこれを果たさない場合には T は S に対して債務不履行に基づく損害賠償債務を負うから、S はこれを敷金によって担保することができ、右損害賠償

債務の弁済に敷金を充てることができる（622条の2第2項）。これに対して、日差しのために焼けた壁紙については、通常の使用収益によって生じた賃借物の損耗にあたり、この種の損傷についてそもそも賃借人は原状回復義務を負っていないから（621条本文かつこ書き）、壁紙の張替え費用は敷金によって担保される債務とは言えず、Sがこれを敷金から差し引くことは許されない。次に、設問後段において、Tは、同時履行の抗弁権を主張して、敷金が返還されるまで家屋の明渡しを拒むことができるかが問われている。同時履行の抗弁権が認められるためには、二当事者間において、一つの双務契約から相対立する債権が生じていることが必要である（533条）。敷金返還請求権は、賃貸借契約から生じる賃借人の賃貸人に対する債務の一切を担保するものであり、右債権は賃貸借契約が終了して賃貸目的物が返還された後に初めて発生するものであるから（622条の2第1項第1号）、賃貸目的物の返還が先履行の関係に立つのであって、同時履行関係は認められない。したがってTの主張は認められない。

・ 出題の意図

設問1は賃借権侵害について、設問2は敷金関係について問うものである。

以 上

入試日程 B 日程 出題科目名 民事訴訟法 **解答（例）及び出題の意図**

・ 解答（例）

前訴の訴訟物は、売買契約に基づく代金支払請求権である。後訴の債務不存在確認請求の訴訟物も、売買契約に基づく代金支払請求権である。したがって、前訴と後訴とでは、訴訟物が同一であり、前訴の既判力は、後訴に及ぶ。

既判力の基準時については、前訴の事実審の口頭弁論終結時ということになるので、その時点において、Y が X に対し、売買契約に基づく代金支払請求権を有することについて既判力が生じていることになる。

本件の場合、後訴になって X は、売買契約が Y の詐欺によるものであったと主張して、取消しを主張しているところ、X が取消権を行使したのは、後訴の訴状の送達によってであるので、取消権の行使自体は、前訴の事実審の口頭弁論終結時よりも後にされている。しかしながら、X の主張する Y の詐欺は、売買契約に際して行われているものであるもので、前訴の事実審の口頭弁論終結前に存在していた事実であり、これによる取消権を前訴の事実審の口頭弁論終結後に行使することができるか否かが問題になる。

前訴の口頭弁論終結時以降の形成権の行使の問題は、取消権のみならず、解除権、さらには相殺権、建物収去土地明渡請求についての建物買取請求権の行使等の場面で問題になるが、この点については形成権の実体法上の立法趣旨、効果の内容、当事者の利害状況などを勘案して判断すると解される（通説・判例）。取消権の行使については、前訴の事実審の口頭弁論終結時までに存在していた取消事由については、当該時点よりも後に取消権を行使することは許されないと解される（最一小判昭和 55 年 10 月 23 日民集 34 巻 5 号 747 頁・百選【72】参照）。その理由は、取消原因は、（前訴の）訴訟物たる権利に内在しないし付着する瑕疵であるので、後訴で取消権行使を認めると、前訴勝訴当事者の権利が遡及的に消滅することになり、勝訴当事者の地位を覆滅させ、紛争を蒸し返すことになるからである。

・ 出題の意図

本問は、既判力の時的限界についての極めて基本的な問題であり、前訴の既判力によって取消権の行使が遮断されるという結論のみを示しただけでは不十分であり、基準時後の形成権の行使が許されるか否かの基準や詐欺取消しについてなぜ取消権の行使が遮断されるのか等について丁寧な説明をすることが求められる。なお、前訴の事実審の口頭弁論終結時において、X が未だ Y の詐欺の事実を知らなかったとしても、基本的には前訴の既判力によって遮断されることに変わりはないが、およそ前訴においては主張することに期待可能性がなかったような事情があれば前訴の既判力によって遮断されないという見解もあり得ようが、この見解に基づいて議論を展開するためには、既判力の制度趣旨等に照らし、さらに丁寧な論述が求められる。

以 上

入試日程 B 日程 出題科目名 商法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

1. 商号続用責任

会社法 22 条 1 項は、事業譲渡における譲受会社が譲渡会社の商号を引き続き使用する場合には、譲受会社も譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負う旨を規定している。本項の責任は、譲受会社が譲渡会社の商号を続用している場合には、事業上の債権者は事業主体の交替があったことを知らないか、知っていても譲受会社による債務の引受けがされたと信じることは無理からぬものというべきであることから、その外觀を信頼した債権者を保護する法定責任である（通説）。

本問では、甲社の事業の重要な一部が乙社に譲渡されたものの、負債は譲渡対象とされていないため、債権者は譲受会社に対し、債務の弁済を請求することができないのが原則である。そのため、譲受会社に弁済を請求する方法のひとつとして、上記の商号続用責任を追及することが考えられる。もっとも、乙社は本件事業譲渡により「甲社」たる商号を続用していないため、会社法 22 条 1 項を直接適用することはできない。他方、乙社は甲社の主力商品のブランドをあらわす登録商標 α を続用しており、消費者からは α といえは甲社を示すものと捉えられていたことからすれば、少なくとも消費者からは α を乙社が使用することになったことにより、乙社を甲社と誤認するような状況が生じているといえる。すなわち、消費者としては、甲社と乙社との事業主体の交替に気づかないまま乙社を甲社と誤認するか、あるいは、事業主体が乙社になったと気づきつつ、乙社による事業上の債務の引受けがなされたと勘違いする可能性がある。そのように考えると、事業主体をあらわす商標が続用されていた場合にも会社法 22 条 1 項の趣旨は及び、類推適用は可能であると考えられる。

会社法 22 条 1 項の要件に照らすと、丙銀行が甲社に対して有していた 5000 万円の貸金債権は、業績が悪化していた雑貨・日用品販売事業のための融資によるものであるから、譲渡対象となった事業から生じた債権であるといえる。

会社法 22 条 1 項は、特段債権者側の主観的事情を問題としていないため、債権者が事業主体の交替等誤認したことについて悪意・重過失があったとしても、債権者は譲受会社に対し弁済を請求することができることとなる。

この点については、消費者のような偶発的取引債権者と銀行とは区別されるべきと考えることもできるであろう。たとえば、消費者に関しては、会社法 22 条 1 項の類推適用が可能であっても、銀行については、与信業務上事業主体の同一性については商号によって判断すべきであると考え、類推適用を否定したり、要保護性が低いとして、保護されるべき債権者に含めないと解釈することも可能であろう。

2. 債務引受けの広告

出題趣旨としては、会社法 22 条 1 項の商号続用責任の有無について検討し論じる答案を想定しているが、そのほか、本問では、事業譲渡後、乙社が自社展開のスーパーマーケットの店舗やウェブサイトで登録商標 α の取り扱い開始を大々的に宣伝した行為が、会

社法 23 条 1 項の譲受会社による債務引受けの「広告」にあたると解する余地があるかもしれない。とりわけ、本問について 1 の「商号」続用を否定する場合には、このような法的構成によることが考えられる。もっとも、 α の取り扱いを宣伝したのみで、甲社の雑貨・日用品販売事業に係る債務の引受けを広告したことになるのかという反論が想定されうるので、その点をしっかり論証する必要がある。

3. 詐害事業譲渡

会社法 23 条の 2 は、譲渡会社が譲受会社に承継されない債務の債権者を害することを知って事業を譲渡した場合には、残存債権者は、譲受会社に対して、承継した財産の価額を限度として当該債務の履行を請求することができる旨を規定する。もっとも、ただし書により、譲受会社が事業譲渡の効力発生時において残存債権者を害することを知らなかったときは、弁済責任を免れうる。

残存債権者は、原則的には譲受会社に請求することができないため、譲渡会社と譲受会社とで相謀ってめばしい財産を譲受会社に移転してしまい、残存債権者の債権回収を著しく困難にするなどの濫用的事業譲渡を防止することにその眼目がある。したがって、同規定は、責任の成否を、当事会社における債権者を害することに関する悪意に係らせている。

本問では、譲渡の対価が簿価より低い金額であったが、これは甲社なりのキャッシュフロー改善のための措置と考えると、これをもって、債権者を害することを知ってということは困難なように思われる。甲社からすれば、業績が悪い事業を切り捨てることによる業績改善のための事業譲渡であり、スキーム全体をみても、詐害性のある譲渡と結論づけるのはハードルが高そうである。他方、乙社側にもそのような認識があったかということ、これもまた問題文の事実からはそのような事情は窺われず、論証の過程で場合分けや条件付けが必要となる構成のように思われる。

・出題の意図

事業譲渡において譲渡の対象となっていない譲渡会社の債務に係る債権者が、譲受会社に弁済を請求できるか否かを問うもので、商標が続用された場合の会社法 22 条 1 項の類推適用の可否などについて検討させる問題である。

以 上