

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）

「並んでいる人がいなくてもルールを守るべきだ」「実害がないのだから、柔軟に対応すべきだ」というどちらの結論をとってもかまわないが、そう考える理由をわかりやすく記載する必要がある。ルールに関する解答者の考えを、採点者が明確に理解できる答案が望ましい。

・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

入試日程 A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、子供に対する一定の性的犯罪を常習的に犯して有罪判決が確定した者で、かつ、再犯の恐れが高いと医学的に判断された者について、再犯の危険性等の個別の事情に応じて定められた期間、その体内に GPS を埋め込み、行動を監視することができるという趣旨の法律（以下、「本件法律」という）によって、A の自己情報コントロール権（プライバシー権）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。

憲法 13 条後段は、幸福追求権を保障する。A の自己情報コントロール権は、幸福追求権から導き出される権利として、憲法 13 条後段によって保障される。

自己情報コントロール権は、現代の情報化社会において自己の情報を自らコントロールすることが出来て初めて平穏な生活が可能になるという点で人格的生存に資することになるから重要である。A は、体内に GPS を埋め込まれず、監視されずに自由に行動することで、自分らしく生きることができるようになる。したがって、A の自己情報コントロール権は、重要である。

しかし、A は、本件法律に基づき、定められた期間、体内に GPS を埋め込まれ、行動を監視されることで自己の情報をコントロールすることができなくなるので、A の自己情報コントロール権が直接的かつ剥奪的に制約されることになる。とはいえ、本件法律に基づき、定められた期間、体内に GPS を埋め込み、行動を監視するのは、性的犯罪が再び行わ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 の自己情報コントロール権は、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

本仮想事例のように、国家による宗教との関わりが 1 回限りの作為である場合、個々の行為を問題としうる。この点を踏まえると、相当とされる限度を超える関わり合いかを判断するには、目的効果基準が妥当する。すなわち、「当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫干渉になるような行為」に該当するかを判断していく。具体的には、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等を考慮して判断するのである。

どのような結論になるにせよ、A 市市長 X 及び A 市商店街振興組合の立場を踏まえた、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 A 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

甲は出刃包丁をVの胸部に刺して、その場で即死させている。このような、凶器を相手方の身体枢要部に思い切り刺すという行為態様からは殺人の故意も推認できるので、この行為は殺人既遂罪（刑法199条。以下「刑法」略）の構成要件に該当している。

もっとも、甲はVがハンマーを掲げながら接近してきたので、殺害されるのを防ぐため、この行為に出たものである。したがって、正当防衛（36条1項）の成否が問題となる。たしかに甲はこのような事態を自ら招いたとは言えないものの、Vからの予告電話の後、警察に通報する時間的余裕があったにもかかわらず、自らA公園のVのもとに出向いている。しかもその際、用意周到に殺傷用の出刃包丁を持参した。さらには、補助要員として乙を公園に呼び寄せている。そして、A公園でVがハンマーを掲げながら接近してきた際も、まず出刃包丁により威嚇することなく、いきなりそれをVの胸部に刺している。

以上の事情から、この刺殺行為は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、甲の刺殺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、甲は殺人既遂罪の責を負う（その他の罪責については、乙の項で後述する）。

（２）乙の罪責

乙は甲に襲いかかったVに抱きついた。これは身体に対する有形力行使として、それ事態暴行と言えるが、Vの身体に直接拘束力を発揮して、その行動の自由を制限することから、逮捕にも当たる。よって、逮捕罪の構成要件該当性が認められる。

もっとも、乙は甲に対するVの不正な侵害に対して、それを阻止するために逮捕行為を行なった。よって、乙にも正当防衛の成否が問題となる。しかしながら、上述の通り、甲には急迫性が否定され、その根拠となる事情の一部（警察に通報せずに現場に出向く）を認識している以上、乙についても急迫性は否定されるべきである。よって、その余の要件を検討するまでもなく、乙には正当防衛・過剰防衛は成立せず、乙は逮捕罪の責を負う（甲との電話でのやり取りから、この「助太刀」行為についても共謀の範囲内と認めうるので、甲との共同正犯となる）。

・出題の意図

正当防衛に関する比較的新しい重要判例である最決平29・4・26刑集71・4・275の事案を下敷きに、さらに共同反撃者を追加する等の改変を施したものである。正当防衛に関する基本的知識を前提として、この最高裁判例の正しい理解（よって、この最高裁決定を知らないと思われる答案については大幅に減点する）及び事案に即した応用（当該判例にやみくもに従えという趣旨ではない。批判的に処理しても、筋が通っていれば差し支えない。また、本問は上記平成29年決定の事案とは、乙の存在以外にも、若干事案

が異なる部分もある) かなされているかを判定する意図で出題した。

以 上

入試日程 A日程 出題科目名 民法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

第1問

Bは、A所有の甲について、Aのためにすることを示すことをせず、Cとの間で売買契約を締結しているから、代理行為ではなく、契約はB C間に帰属する（民法99条1項）。

通常、売買契約があれば、目的物の所有権は売主から買主に移転するが（176条）、B C売買の時点では、Bは甲の処分権限を有していなかったから、Cがこれによって甲の所有権を取得することはない。

しかし、B C売買は債権的契約としては有効であり、他人物の売主であるBは、甲の権利を取得してCに移転する義務を負う（561条）。

甲はAが2年ほど使用した中古車であり、特定物（400条）であるから、甲と同じ車種であればよいのではなく、BはAが使用した甲をCに移転しなければならない。

Aが「まあいいか」と言って甲の鍵と車検証をBに渡した行為について、AとCとの直接のやり取りはないから（113条2項）、AがCに対し、当初のBの行為を追認したものと解することはできず、民法116条を類推して、B C売買の時点に遡ってCが甲の権利を取得したと解することはできない。

Aが単に甲をBに譲渡したものであるとすると、B C間で他人物売買を行った売主Bが目的物の権利を得たことになるから、特段の行為を要せず、その時点でCは甲の所有権を取得する。

しかしながら、上記Aの行為は、Bに欠けていた権利の追完を得させるにすぎず、B C間でなされた契約の効果をA C間に帰属させるものではない。仮に上記のような追完によってB C売買に基づく債権債務がA C間に帰属することになれば、CがBに対しては対抗できる抗弁があると考えてB C売買に応じた場合や、Bの修理能力を信頼してB C売買に応じたような場合、Cは不測の不利益を受けることになり、妥当ではない。Aにおいて、Cが甲の権利を取得することを認める趣旨でBの行為を追認したとしても、B C売買による債権債務がAに帰属するという債権的效果まで生ずるものではなく、Aが売買の売主になることはない。

そうすると、甲の売買代金をCに請求し得るのは売主であるBである。

また、無償修理の合意も、本件売買に付随するものとしてされているから、Cがエンジンの不具合による無償修理を請求する相手も、売買契約の当事者であるBである。

エンジンの不具合を契約不適合（562条）の問題と考えた場合、車検証上はCの前主はAであるが、売主がBである以上、Cが契約不適合責任を追及する相手方はBである。

以上より、①AがBに甲の車検証と鍵を交付した時に、Cは甲の所有権を取得し、②Cに甲の代金を請求できるのはBであり、③Cが無償修理を請求できる相手もBである。

第2問

賃貸借には、使用貸借における用法遵守義務の規定が準用されており（616条、594条1項）、畑として使用する目的で土地を借りながら、土地上に建物を建築することは

重大な用法遵守義務違反である。

賃貸借契約に債務不履行がある場合、貸主は、原則として、民法541条により催告の上、期間内に履行がなければ賃貸借を解除すべきこととされるが、それは、催告により債務不履行が解消されれば、賃貸借を継続できることが前提である。本件において、賃料の滞納だけであれば、催告の上解除すべきであるが、上記のとおり用法遵守義務違反の程度が大きく、その方法も書類の変造によるのであり、X Y間の信頼関係は完全に破壊されており、催告させる意味がない。以上によれば、本件は、542条1項5号の、催告をしても契約をした目的を達成する見込みがない場合に該当すると解され、無催告でしたXの解除は有効であり、2月18日付け文書の到達により、本件賃貸借は終了した。

Xは、賃貸借の終了に基づく原状回復義務の履行として、建物を収去して土地を明渡すよう求めることもできるが、訴訟では、A土地の所有権に基づく妨害排除請求権の行使として、A土地上にB建物を所有することでA土地を占有するYに対し、B建物の収去及びA土地の明渡しを請求しており、処分権主義の立場から、同請求についての要件を検討すべきことになり、Yは、B建物については、既にZに譲渡しており、Yは所有権者ではないから、建物収去土地明渡し請求の被告とはなり得ない旨を主張している。

土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するには、現実には建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者を相手方とすべきであり、建物について権利は有しないが、登記名義のみを有する者を相手方とすることはできない。例えば、未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡したが、実際には建物を所有したことがないが、その後、その意思に基づかずに譲渡人名義に所有権取得の登記がされたような場合や、建物を所有したことがなく、建物について単に自己名義の所有権取得の登記を有するにすぎない場合に、登記名義があることを理由に、土地所有者による建物収去・土地明渡し請求の相手方にはならないというべきである。

しかしながら、本件において、YはB建物の所有権を原始取得し、自らの意思に基づいて所有権取得の登記を得たのであるから、B建物をZに譲渡したとしても、右登記名義を保有する限り、Xに対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできないものと解するのが相当である。

その理由としては、①登記に関わりなく建物の「実質的所有者」をもって建物収去・土地明渡しの義務者を決すべきものとするならば、土地所有者は、その探求の困難を強いられ、相手方は、たやすく建物の所有権の移転を主張して明渡しの義務を免れることができることになるが、それは不合理であること、②建物所有者が真実その所有権を他に譲渡したのであれば、その旨の登記を行うことは通常はさほど困難ではなく、取引慣行上もそうすべきであるのに、登記を自己名義にしておきながら自らの所有権の喪失を主張し、その建物の収去義務を否定することは信義則に反することを指摘することができる。

以上より、Yを被告とすることに問題はなく、その占有権原も消滅しているから、Xの請求は認められるべきである。

(最判平6・2・8(判例百選I-47事件)が掲げる実質的理由を記載した。同判決が述べる理論的な理由を掲げることもできる。)

・出題の意図

第1問は、民法561条が規定する他人物売買という事象についての正確な理解を問うと共に、他人物売買において、権利の追完あるいは追認がなされた場合、どのような法的効果が生じるかを尋ねるものである。最判平23・10・18（判例百選I-34事件）の理解が問われる。

第2問は、土地所有者が、土地の所有権に基づく物権的請求権の行使として、占有権原消滅後も土地上に存在する建物の収去及び土地明渡しを求めたところ、被告は、建物収去義務を負うのは建物所有者であり、自分は建物の所有権を第三者に譲渡し建物所有者ではないから、請求は棄却されるべきである旨を主張した。最判平6・2・8（判例百選I-47事件）の理解が問われる。

いずれも百選に登載された基本判例に関連する題材である。

以 上

入試日程 A 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）

第 1 小問 1

1 裁判所は、当事者のいずれからも敷金の返還がなされた事実を主張されていないが、敷金返還の事実を認定することができるかが弁論主義第 1 テーゼとの関係で問題となる。

（1）弁論主義第 1 テーゼとは、裁判所は当事者が主張していない事実を判決の基礎としてはならないとするものである。ここでいう「事実」の意義については争いがあり、通説は、主要事実を指すと解している。弁論主義の根拠を私的自治に求める以上、その対象も権利関係の発生・消滅・変更の原因となる主要事実に限られるという結論が導かれる。また、間接事実・補助事実は証拠と同様の機能を有するため、これらの事実には弁論主義を適用すると裁判所に窮屈な事実認定を強いることとなり自由心証主義（民事訴訟法 247 条）を不当に制約することになるからである。

（2）そして、本問における敷金返還の事実、賃貸借契約終了に基づく明渡請求訴訟においては、終了原因を推認させる間接事実であり、弁論主義第 1 テーゼは適用されない。

（3）したがって、裁判所は、敷金返還の事実をもとにして賃貸借契約の終了を認定し、X 勝訴判決を下すことができる。

第 2 小問 2

1 裁判所は、当事者のいずれからもスピード違反の事実を主張されていないが、裁判所はスピード違反の事実を認定することができるかが弁論主義第 1 テーゼとの関係で問題となる。

（1）前述のとおり弁論主義第 1 テーゼの事実とは主要事実を指す。そして、スピード違反の事実とは不法行為に基づく損害賠償請求権との関係では過失を構成する事実である。仮にスピード違反の事実が主要事実であれば、裁判所は当事者のいずれからも主張されていないスピード違反の事実を認定することはできないが、間接事実であれば認定することができる。そこで「過失」の主要事実をどのように考えるべきか、規範的要件事実における主要事実が問題となる。

（2）この点については争いがあり、過失が主要事実であり、これを構成する事実（本問での前方不注視やスピード違反の事実）は間接事実に過ぎないとする見解がある。しかし、この見解によると、裁判所は、本問の事例において当事者のいずれからも主張されていないスピード違反の事実を認定することができることとなり、X が主張している Y の前方不注視の有無について争っている XY にとって不意打ちとなる。また、「過失」は裁判所の評価を伴う規範的要件であるから、評価の前提となる具体的な事実を主要事実と解すべきである。

（3）したがって、本問におけるスピード違反の事実が主要事実となるから、当事者のいずれからも主張されていない以上、裁判所は、スピード違反の事実を認定し、X 勝訴判決を下すことはできない。

・出題の意図

弁論主義第 1 テーゼの理解を問う問題である。解答例は上記記載のとおりであるが、弁論主義の意義、内容、根拠（特に本質説）、機能などについても適宜触れられていれば評価した。

以 上

入試日程 A 日程 出題科目名 商法 **解答（例）及び出題の意図**

・解答（例）

1. 「設問 1」について

乙社は取締役が 1 名のみの非取締役会設置会社であるから、会社法上の非公開会社である（327 条 1 項 1 号反対解釈）。取締役が自己所有の土地を会社に対して売却すれば、「取締役が自己のために株式会社と取引をするとき」（356 条 1 項 2 号）にあたり、株主総会において当該取引につき重要な事実を開示したうえで、その承認を受けなければならない（356 条 1 項柱書）。

乙社ではその目的での株主総会は開催されていないが、B は乙社の唯一の株主である甲社の唯一の取締役である A に相談し、了承を得ている。その際には土地売却の目的、売買価額等の情報開示をしている。したがって、一応、重要な事実を開示したうえで乙社の唯一の株主である甲社の承認を得たとみてよいであろう。

2. 「設問 2」について

（1）B の乙社に対する損害賠償責任

B は乙社に対し、会社法 423 条 1 項に基づく任務懈怠責任を負うことが考えられる。当該任務懈怠責任の成立要件は、①役員等に任務懈怠があること、②株式会社に損害が生じていること、③①と②との間に因果関係があること、である。なお、自己取引をした取締役に自己に帰責性のないことの抗弁は許されない（428 条 1 項）。

乙社は 8 0 0 0 万円程度の価値しかない本件土地を 1 億 5 0 0 0 万円で B から購入している。したがって、乙社には本件土地の売買取引により差額である 7 0 0 0 万円の損害が発生しているといえる。「設問 1」で検討した通り、B と乙社との自己取引には乙社において一応の手続きはとられているといえるから、B に法令違反はないものの、乙社に損害が生じている以上、B には任務懈怠が推定される（423 条 3 項 1 号）。B は近隣取引相場より高値で本件土地を会社買い取らせており、任務懈怠の推定を覆す事情があったとは到底いえないから、B には任務懈怠が認定され、当該任務懈怠により、差額である 7 0 0 0 万円が、本来支払う必要がないにもかかわらず乙社から支払われたのであるから、任務懈怠と損害との間に因果関係も認められる。以上から、B は乙社に対して、7 0 0 0 万円の損害賠償責任を負う（423 条 1 項）。

（2）C が B の乙社に対する損害賠償責任を追及する方法

では、甲社の株主である C はいかなる方法によって B の乙社に対する損害賠償責任を追及することができるか。

甲社は乙社の完全親会社であり、C はその株主であるから、特定責任追及の訴えを提起することが考えられる（847 条の 3 第 1 項以下）。甲社は非公開会社であるから、C は 6 か月間の継続保有要件を要せず（847 条の 3 第 6 項）、総議決権または発行済株式の 1 % を保有していればよい。C は甲社株式の 30% を保有しているから、乙社に対し、会社法 847 条の 3 第 1 項ただし書により不正図利目的がなくかつ完全親会社に損害が生じている限り、B に対する特定責任追及の訴えを提起することを請求することができる。C の提

訴には不正図利目的はなく、また、甲社は乙社の株主として保有する乙社株式の価値が低下するという損害を被っている。併せて、本件土地取引の日における甲社の総資産額に対する乙社株式の帳簿価額は4分の1であり、会社法847条の3第4項の要件も満たしている。以上から、Cは、乙社に対し、会社法847条の3に基づき、特定責任追及の訴え提起の請求をすることができる。

そのほか、Cは、Bに対し、自己が保有する甲社株式の価値の低下分について会社法429条1項の損害賠償請求をすることも考えられる。もっとも、甲社が乙社の完全親会社であればCは特定責任追及の訴えを提起することによって、自己の損害を回復することができるのであるから、救済の対象となるべき第三者にあたらないと解される。

・ 出題の意図

利益相反取引（自己取引）にあたって会社法上必要となる手続、および、当該取引により会社に損害が生じた場合の取締役の任務懈怠責任の構成・責任の性質ならびに完全親会社の株主が当該任務懈怠責任を追及する方途について検討させる問題である。

以 上