

2017(平成29)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)D日程 入学試験問題

「 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】

A 県在住の 20 代の男性 X は、管理栄養士の資格を取得しようと考えていた。そこで X は、経済的な余裕がないため、自宅から通える公立 A 女子大学の食物生活学部を志望し、20XX 年秋に入学願書を提出した。

ところが公立 A 女子大学は、X が男性であることを理由として、入学願書の受理を拒否した。

〔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 D日程 出題科目名 憲法 **出題趣旨**

本仮想事例では、入学願書の受理を性別に基づき拒否したことの合憲性（憲法14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。

憲法14条1項は、法内容・法適用の平等を保障し、相対的平等を保障するものである。相対的平等とは、「合理的な理由」のない区別を禁止することをいう。判例（最大判昭39・5・27民集18巻4号676頁）も、憲法14条1項を「国民に対し絶対的な平等を保障したものではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右各法条の否定するところではない」と判示している。

では本仮想事例において、公立A女子大学が入学願書の受理を男性であることに基づき拒否したことには、合理的な理由があるのだろうか。最高裁判所は、区別の合理性の判断に関する一般的な判断基準を示さず、14条1項後段に「列挙された事由は例示的なものであって、必ずしもそれに限るものではない」と述べている（最大判昭39・5・27民集18巻4号676頁）。これに対して学説は、14条1項後段列挙事由を歴史的に偏見の対象となり易く、自分ではどうしようもない事柄であると捉え、14条1項後段列挙事由に基づく区別について厳しい審査を要求すると解している。性別は14条1項後段列挙事由の一つなので、性別に基づく区別はその合憲性が厳しく審査されることになる。

もっとも、国家が個人を形式的に同一に取り扱う（形式的平等・機会の平等）だけでは、実際には実質的平等・結果の平等が実現されないこともある。そのようなときに実質的平等・結果の平等を実現するため、国家による積極的な施策が実施される。たとえば、歴史的に差別されてきた集団に対し優先的な処遇を与える積極的差別是正措置（**affirmative action, positive action**）である。この積極的差別是正措置の具体的な内容・方法については、様々なものを想定することができるので、立法府や行政府の裁量権が尊重されることになる。本仮想事例において、公立A女子大学が入学願書の受理を男性であることに基づき拒否したことにも、女性の高等教育を受ける機会を確保するための積極的差別是正措置としての側面が存する。そうだとすると、公立A女子大学の裁量権が尊重されることになり、合理的な理由に基づく区別として合憲となるということもできよう。

しかしながら、積極的差別是正措置には「逆差別」を生む危険性があることにも注意しなければならない。Xは「経済的な余裕がないため、自宅から通える公立A女子の食物生活学科を志望し」との記述から、Xの自宅から通える範囲内に管理栄養士の資格を取得できる大学がないことが分かる。男性は、公立A女子大学が入学願書の受理を男性であることに基づき拒否したことにより、当該地域において管理栄養士の資格を取得できる大学に進学する機会を奪われたと解することもできる。そして、女性の大学進学率の上昇傾向にあることから、女性の高等教育を受ける機会を確保する必要性は低下してきていることを踏まえると、入学願書の受理を男性であることに基づき拒否することは、合理的な理由に基づかない区別として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。)

以下の設例における甲及び乙の罪責を論じなさい(特別法違反は除く。また、下線を付した甲の行為につき、違法性阻却の可能性は検討しなくてよい)。

〔設例〕

甲(満45歳)は隣人Vの飼育する犬(名前は「シャドー」)がいつもうるさく鳴くのでVに繰り返し注意したが、一向に聞き入れられなかったため、腹に据えかねていた。ある日、Vが「シャドー」の鎖をほどいて解き放ち、「シャドー」に日課の「散歩」(と称する単なる放し飼い)をさせたところ、「シャドー」は甲宅の庭に上がり込んで、例によって大きな声で鳴き出した。その声を聞いて庭に出てきた甲は、こうなったら「シャドー」をどこかのペットショップに売り飛ばしてしまえと思い立ち、用意した段ボール箱に「シャドー」を無理矢理押し込んで、物置の中に一旦収納した。さらに、甲は家屋内に戻ってインターネットで最寄りの店を探し出し、息子の乙(満16歳)にこれまでの事情を話した上、「シャドー」を自動車でペットショップに連れて行くため乙と一緒に再び物置に入り、上記の段ボール箱を開けてみたところ、「シャドー」が箱から飛び出して、甲の足などに激しく噛みついた。甲は「痛い!」と声を上げてその場に倒れ、ズボンが血で赤く染まった。「シャドー」はさらに甲の上半身にも噛みつこうとしたため、その様子を見た乙はこのままでは甲がこの犬に殺されてしまうと思い、とっさに、近くにあった剪定ばさみを、「このクソ犬、くたばってしまえ」と叫びながら「シャドー」に何度も突き刺したところ、「シャドー」はその場で動かなくなり、しばらくして死亡した。甲は乙の119番通報により駆けつけた救急車で病院に搬送され、手当てが功を奏して、一命を取り留めた。

以上

入試日程 D日程 出題科目名 刑法

出題趣旨

各論分野では，受験者が窃盗罪，占有離脱物横領罪，器物損壊（動物傷害罪）相互の区別がしっかりできるか，事例への適用を通じて確認し，合わせて，総論分野では，他人のためにする正当防衛の処理が確実にできているかを問う趣旨で出題した。

以 上

「 民 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

玩具販売業者Aは、Bに対する債務を担保するため、自己が販売する甲倉庫内の玩具全部を目的として譲渡担保権を設定した。その際、ABは、占有改定の方法により引き渡すこと、問屋から新たに仕入れて倉庫内に搬入した玩具も譲渡担保の目的とするとの約定をした。以下の設問に全て答えなさい。

(1) AB間で設定された譲渡担保契約は有効か。

(2) Aは、債務の弁済期前に、甲倉庫内の玩具全部をCに売却し、現実に引き渡した。この場合、CはBに対してこの玩具の所有権を主張できるか。

入試日程 D 日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

本問は、集合動産譲渡担保の有効性やその法的性質、第三者との関係を問うものである。以下、詳細に説明する。

設問 1 では、A が B に対する債務を担保するために、甲倉庫内の玩具全てに譲渡担保権を設定しているが、このような形での担保の設定契約がそもそも有効かが問われている。すなわち、担保の目的物は甲倉庫内にある玩具全部であるが、このような集合物にまとめて 1 つの担保物権を設定することが可能なのが、一物一権主義との関係で問題となることに加え、倉庫内にある玩具は搬入・搬出が予定されているので構成部分の変動する流動物であるところ、このような流動物を担保の対象とすることができるのが、特定性との関係で問題となる。

まず、一物一権主義に反するのではないかという点について、そもそも一物一権主義の根拠は、集合物に一個の物権を認めることの社会的必要性が乏しく、また公示が困難であることにあるところ、集合動産全体を担保とする方が個々の動産よりも担保価値が大きく、全体に対する譲渡担保を認める社会的需要も大きいし、経済的に一体をなす集合物を法律的にも一体の物として公示することが可能であるから、集合動産譲渡担保は一物一権主義に反しないとするのが判例（以下の判例も全て、最判昭和 62 年 11 月 10 日）・通説である。次に、特定性との関係では、目的物の種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどの方法で目的物の範囲が特定されればよいと解するのが判例・通説である。本問では、「甲倉庫内の玩具全て」というように、目的物の種類、所在場所及び量的範囲が指定されているので、特定性を有しているといえる。したがって、A B 間で設定された譲渡担保契約は有効である。

なお、かなり古い時代には譲渡担保そのものの有効性が議論されていたこともあった。具体的には、動産譲渡担保は通謀虚偽表示にあたり無効ではないか（所有権移転の合意をしながら、実質は担保目的である）とか、脱法行為ではないか（質権における占有改定の禁止（345 条）、流質契約の禁止（349 条）の実質的な潜脱である）とかいった議論である。いずれの議論も以下のようにもはや解決済みとなっているので、この点についてまで本問で論じる必要はない。前者については、虚偽表示とは、ある行為を隠匿するものだが、ある目的を他の法律行為によって行おうとする場合には、その法律行為を隠匿しようとする意図はなく、当事者はその法律行為をその効果とともに意欲しているといえ、譲渡担保はこのような場合に該当するから、虚偽表示にあたらぬと考えられている。また後者については、動産譲渡担保の社会的必要性から脱法行為と評価すべきではないと解されている。

設問 2 では、C が B に玩具の所有権を主張できるかが問われている。C は A から玩具を購入しているので、C が所有権を主張できるためには A から有効に玩具の所有権を取得したといえなければならないが、C が引き渡しを受けた玩具は、A の B に対する債務の担保として譲渡担保権が設定されているものであった。そこで、譲渡担保権を設定すると玩具の所有権は誰に帰属することになるのかに関連して、譲渡担保権の法的性質が問題となる。この点、所有権的構成と担保権的構成という大き

な議論の対立があるが、いずれの見解で論じてもかまわないので、それぞれの構成に立つとどのように解決されることになるのかを、以下に説明する。

所有権的構成は、譲渡担保の法形式に着目し、譲渡担保権を設定すると譲渡担保権者に完全に所有権が移転すると解する見解である。これによれば、AがBに甲倉庫内の玩具について譲渡担保権を設定すると、玩具の所有権はBに完全に移転してしまうので、Aは無権利者となる。したがって、CはAから有効に所有権を取得できないことになる。もっとも、Cはこの玩具をAの所有物だと信じて購入していることから、192条の即時取得の要件を満たせば、Cは玩具の所有権を即時取得することができる。即時取得の要件は、目的物が動産であること、前主が無権利者であること、前主に占有があること、無権利者との間に有効な取引行為が存在すること、取得者が平穩・公然と占有を取得し、前主が無権者であることについて善意・無過失であること、である。Cに即時取得が成立すれば、CはBに対して所有権を主張することができる。

これに対して、担保権的構成は、譲渡担保の経済的実質に着目し、譲渡担保権の設定は担保権の設定に過ぎないのであるから、目的物の所有権は担保権の実行までは設定者に留められると解する見解である。この見解によれば、本問では、AがCに玩具を売却したのは、AのBに対する債務の弁済期前であるから、この時点では依然として玩具の所有権はAにあるので、CはAから有効に玩具の所有権を取得することができる。もっとも、玩具には譲渡担保権という担保物権がついているので、この存在をBがCに対抗できれば、Cは譲渡担保権付きの所有権を取得できるに過ぎないことになる。

では、譲渡担保権はどのように対抗要件を備えることになるのか。本問では動産を担保にしているから、他の動産担保と同様、引き渡しに対抗要件となる所、譲渡担保は非占有担保であるから、占有改定をもって対抗要件を具備したことになる。Bは譲渡担保権設定契約をする際に、Aから占有改定による引き渡しを受けているので、対抗要件を備えているとも思えるが、本問では、倉庫内の玩具が出入りすることが予定されているので、譲渡担保権設定契約後に搬入された玩具については、どのように対抗要件を備えればよいのかが問題となる。この点、判例は、譲渡担保権設定時に占有改定により対抗要件を備えれば、その後に構成部分の変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について公示は及ぶとする。本問において、B倉庫内の玩具が出入りしたとしても、玩具という同一性は損なわれていないので、後で搬入された玩具についても、Bは対抗要件を備えている。以上より、BはCに対して玩具に対する譲渡担保権を対抗できるので、BはAからの債務の弁済がなければCの所有物である玩具について譲渡担保権を実行することができる。

もっとも、Cが譲渡担保の負担付きの玩具であることについて善意無過失であれば、Cは上述のように即時取得によって担保の負担のない所有権を取得することは可能である。この場合には、Bは譲渡担保権の実行ができなくなる。

以上

2017(平成29)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)D日程 入学試験問題

「 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。)

当事者の確定について、具体例を挙げながら説明しなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

本問の出題意図は、当事者の確定を具体的に理解しているか否かを問う点にあります。

当事者とは、判決の名宛人となる者をいいます（形式的当事者概念）。そして、当事者が誰であるかは、人的裁判籍（民事訴訟法 4 条）、裁判官の除斥（23 条）、判決効の主観的範囲（115 条）、手続の中断（124 条）、中止（131 条）、重複起訴の禁止（142 条）、証人能力の有無などで基準となるため、当事者の確定が訴訟において必要となる。この点の指摘がない答案は非常に残念でした。

そこで当事者確定基準が問題となるが、代表的な学説としては①原告ないし裁判所の意味内容を基準とする意思説、②当事者らしく振る舞い、当事者として扱われた者を当事者とする行動説、③訴状の記載から合理的に解釈できる者を当事者とする表示説、④これから手続を始めるにあたって誰を当事者とするかの問題（行為規範としての当事者確定）とすでに手続が進行した後回顧的に誰を当事者とするのが適当かの問題（評価規範としての当事者確定）とを区別して、前者については表示説、後者については手続の遡及的覆滅を防止するという観点を重視して、当該者の紛争解決との関係における適格性ならびにその手続保障を加味して決する規範分類説があり、通説は基準が明確である表示説（ただし、訴状の記載一切を合理的に解釈する実質的表示説）である。本問では、これらの学説を複数挙げたうえで、各学説に対する批判にも触れて欲しい。例えば、意思説については意思内容の把握が難しいことや原告を確定するために原告の意思によるというのは背理であるという批判がある。また、行動説に対しては、訴訟には代理人など当事者以外の者も現れるため基準としての明確性を欠くという批判がある。さらに表示説については、以下に触れるような問題点がある。

このような当事者の確定が問題となる事例としては、i) 氏名冒用訴訟（例えば X が Y を相手に離婚訴訟を提起したが、Y は訴訟提起の事実を知らず、X と通謀している Z が Y になりすまして訴状等を受領し、被告として振る舞った結果、X 勝訴の判決がなされるような事例）、ii) 死者名義訴訟（例えば X が Y を被告として貸金返還請求訴訟を提起したが、Y は既に死亡しており、訴状を Y の相続人 Z が受領し、訴訟を進行した結果、X 勝訴の判決がなされるような事例）がある。i) の事例では、表示説の立場に立つと、Y が被告となるため X 勝訴判決の既判力は Y に及ぶため、Y の手続保障が図られない問題などがある。また、原告側に冒用がなされる事例も考えられる。他方、ii) の事例では、表示説の立場に立つと、Y が被告となるため X 勝訴判決の既判力は Z に及ばないことになり、X の訴訟提起が無駄になるという問題や訴訟係属中に Y 死亡の事実が判明した場合にどのような手続を採るべきかという問題などがある。

本問では、これらの問題となる事例を挙げたうえで、それぞれの問題点について、自説の立場から説明をすることが求められている。挙げる事例としては上記の氏名冒用訴訟及び死者名義訴訟のいずれか一方でも良いし、双方を挙げても良い。

そして、表示説に立つ場合、例えば、i) の事例の Y に既判力等の判決効が及ぶ点については、

一種の無権代理と考え上訴（312条）・再審（338条）により争うことができると考える。また、ii）の判決効の問題については、信義則上Zは判決を争えないとする判例がある。これらの各問題についての受験生の理解は極めて不十分だった。

「 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、名古屋市を中心に和菓子の製造・販売を業とする会社法上の公開会社である。甲社の売上高は年1億円で、資産額は5000万円であった。甲社の発行済株式総数100株のうち、Aが80株を所有し、Pが20株を所有している。
2. 甲社の取締役には、A、B、CおよびDが就任し、代表取締役社長にはAが就任し、副社長取締役にはBが就任している。Cは、社外取締役として勤務し、Dは、常務取締役として経理部門を統括している。ほかに、監査役Qが就任している。
3. 乙株式会社(以下、乙社という)は、Aの父親Eが100%出資を行うとともに、Eが取締役および代表取締役を務める運送会社である。Eは、乙社の業績悪化に伴い、経営難に陥っており、資金繰りが危ぶまれていたことから、甲社が乙社に2000万円を貸し付けるように甲社のAに懇請した(以下、本件貸付けという)。
4. Aは、Eの頼みとあらば聞かないわけにいかないと考え、顧問弁護士および監査法人の意見を聴取し乙社の財務状況を精査したうえで、本件貸付けの利率と担保物件を決定した。そして、平成28年7月6日、適法に取締役会を開催し、乙社と本件貸付けに関する契約を締結する旨を提案した。
Bは強固に反対したが、CおよびDの賛成によって決議は成立した。Aは本件貸付けの議案については議決に加わらなかった。同年8月1日、適正な担保物件と利息を付して本件貸付けが実施された。
5. しかし、平成28年9月23日、乙社は債務超過に陥り、Eは乙社の破産の申立てを行った。甲社は、本件貸付けに関する貸付額2000万円の回収が不能になった。

設問(1) Pは、本件貸付けについて、監査役Qに対し甲社の損害を填補するように提訴請求を行ったが、Qは一切無視した。Pは、取締役A、B、CおよびDに対し、会社法上どのような主張ができるか論じなさい(50点)。

6. Aは、本件貸付けによって生じた損失を取り戻そうと、平成28年12月1日、甲社の取締役会の承認を得ず、会社は無断で丙株式会社(以下、丙社という)

から 3000 万円を借入れ、甲社を代表して、先物取引に全額投資した（以下、本件投資という）。

7. A は、本件投資に先立って、経理部の従業員 F と結託して、秘密裏に本件投資を実行した。甲社には、適正な内部統制システムが構築されていたが、B は、甲社の内部統制システムを通じても、まったくそのような兆候に気付かなかった。また、本件投資を予見し得なかったことに重過失も認められなかった。他方、C および D は、A が本件投資を行っていることをうすうす気づいていたが、何ら対策を講ずることはなかった。

8. 平成 29 年 3 月 1 日、結局、甲社の本件投資は失敗に終わり、弁済期を過ぎても丙社に一銭も弁済できなかったことから、丙社は、融資金回収の検討に入った。

設問（2）丙社は、取締役 A、B、C および D に対して、融資金相当額回収のため、会社法上どのような主張ができるか、その当否について論じなさい（50 点）。

以上

入試日程 D日程 出題科目名 商法 **出題趣旨**

設問（1）

株主 P は、甲社のために A、C および D を相手取り、取締役の任務懈怠責任を追究しうるか検討しなければならない。まず、親族の会社に融資を行う取引が取締役会の承認を要する利益相反取引になるか否かが問題となる。取締役が実質的に自己または第三者のために会社と利益が衝突する取引を行う際には、利益相反取引になりそうである。すなわち、間接取引としての利益相反取引に該当する可能性がある（会社 356 条 3 項、365 条）しかし、多数説は、承認の範囲を明確にするために、取締役が取引相手の支配株主であったり、親族と共通して会社を支配している事実が認められないかぎり、承認を要する利益相反取引には当たらないとする。これに対して利益相反取引になるとする見解もないわけではないが、承認の範囲が明確でないと無限に利益相反取引の際の承認の範囲が拡大する可能性が生ずる。本問では、念のため取締役会の承認を経ているということであるが、それでも会社に損害が生じた場合には、これに関与した取締役は責任を負う可能性が生ずる。父親 E に懇請されて実施した利益相反的要素を有する取引である以上、会社に損害を被らせれば、経営判断原則の適用はないと解することもできれば、適用するとしても著しく合理性を欠く取引であるとして、善管注意義務違反を肯定し責任を課すと解することができる。一方、上記のように利益相反取引に該当しないが、念のため取締役会の承認を経て、しかも専門家の意見も聴取しているのであれば、責任を否定するという結論もありうる。結論はどちらでもよいが、利益相反的要素を有する取引をどのように解するか考えてほしい。なお、B は反対しているので、任務懈怠はないと解される。

設問（2）

取締役が独断で丙社から 3000 万円の借入れを行い、これを弁済期に弁済できないことから、丙社は関与した取締役 A、C および D に第三者に対する責任を追究しうる（会社 429 条 1 項）。甲社の規模からすれば、丙社からの借入れにつき、取締役会の承認を経なければならぬところ、A は独断で丙社から借入れを行っており、会社に対する任務懈怠が認められる。少なくとも C および D は A の違法行為を認識しまたは認識することができたことから、監視義務違反が認められ、任務懈怠が肯定される。また、丙社に損害が生じ、損害と A の借入行為に因果関係も認められるので、A、C および D は丙社に対して連帯して責任を負う。B は、A の独断に基づく借入れに気がつかなかった点に過失がないと考えられ、任務懈怠はないと解しうる。

以上