

## 2016 年度前期入学試験問題講評 憲法

取材の自由に関する第 1 問と選挙制度に関する第 2 問から 1 問を選択する問題であったが、ほとんどが第 1 問を選択していた。

第 1 問は 2 つの小問からなり、小問(1)は、取材の自由の憲法上の位置づけにかんする説明を求め、小問(2)は取材の自由の観点から、特定秘密保護法の合憲性、及び、その適用に関する合憲性についての論述を求めている。著しく点数の低い答案は見られず、全体としてのできはまずまずであった。

小問(1)ではまず、取材の自由が「憲法上保障されるとするならば」、憲法の何条が根拠条文であり、なぜそのように考えることができるのか、と問うている。もちろん、憲法 21 条 1 項を根拠条文として示すべきであり、報道の自由との関係、知る権利に資することなどが理由となるが、このように述べるなら、さらに報道の自由や知る自由がなぜ憲法 21 条 1 項で保障されるかまで述べることが求められる。なお、取材の自由を、13 条に根拠づけられるとする解答もあった。これは、人権カタログにない権利だと捉えたことに起因するのであろうが、だとしても、表現の自由との近似性ないし包含性を言うことになるのであるから、端的に 21 条 1 項を根拠とみたほうが論述しやすいであろう。

小問(1)はさらに、取材の自由の位置づけに関する学説と判例の違い、を問うているが、これは当然、判例が「憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するもの」(博多駅事件、最大判 1969.11.26 など)と言っており、これがどういう意味合いを持つかを知っているか、がポイントである。この点について、言及がない、あるいは、ごまかした記述になっている答案が少なからずあったが、取材の自由に関する重要論点であり、勉強不足と考えられる。

小問(2)は、小問(1)で取材の自由が憲法上位置づけられたことを踏まえて、資料として掲載された特定秘密保護法(以下、単に「法」という)の合憲性(法令の合憲性判断)と、Xに適用して処罰することの合憲性(適用の合憲性判断)をそれぞれ解答することが求められている。おおむね、両方について解答がなされていたが、他方で、片方しか述べられていないものや、混同して述べられているものが見受けられた。両方を明確に区別して解答しない限り、点数が伸びないであろう。

本問のような設問の場合、法令の合憲性判断については、その合憲性を判断する基準ないし枠組みを設定し、それを用いて、判断を示すことが必要になってくるが、この基本的な解答フレームはおおむねできていた。しかし、目的手段審査を採用した場合(本問では利益衡量論も可能であるが、それを正しく設定し正しくあてはめている答案はなかった)の、本問における手段について、正確に認定できているものはほとんどなかった。本問は、「取材の自由との関連で」とわざわざ問題文中に述べているのであるから、特定秘密の漏えいを防止するために「共謀、教唆、煽動」が、実際に特定秘密が漏えいすることとは独

立して（独立教唆）禁止されている点に着目すべきである。さらに、法 22 条 2 項の規定についても検討対象である。

本問では、法 22 条 1 項が、基本的人権、とりわけ、「報道又は取材の自由に十分に配慮」すべき旨、定め、同 2 項が、ある範囲の取材活動を「正当な業務による行為」（刑法 35 条を見よ）として違法性阻却事由としている。これは明らかに「外務省秘密電文漏えい事件」最高裁判決（1978.5.31）を意識した規定であるから、適用の合憲性判断は、この規定を手掛かりに検討すればよい。多くの受験生はすでに目的手段審査で法令の合憲性を判断したのであるから、ここでは、Xがどのような人物か（取材の自由の主体として保護に値するか）、Xの具体的な取材行為は憲法上その制約を甘受すべきものか（法が合憲だと判断した場合は、「専ら公益を図る目的を有」した取材行為であるか）、を、問題文に表れた諸事実を用いて具体的に検討することが求められている。この点の論述が弱い答案が少なからず見受けられた一方、法 22 条 2 項の解釈に取り組んだ答案はしっかり書けていた。

なお、小問(1)がきちんと書けている答案は、全体としても高得点になっている。これは、出題自体が誘導的であるので、基本的なところをしっかりと勉強しているか否か、が分水嶺になっていると思われる。

第 2 問は、小選挙区比例代表並立制についての違憲論の評価を問うている。それぞれ、問題文中に検討すべき点が書かれている。(1)の得票と議席数とのアンバランス、という点は、社会学的代表制の議論を想起すべきであるし、(2)については、直接選挙と間接選挙の相違が想起されねばならない。なお、さらに前提として、憲法 47 条が、選挙に関する事項につき、法律にゆだねている点も、考慮されるべきである。

## 2016 年度前期入学試験問題講評 民法

### I

#### (1) 原始的不能

法律行為の成立以前にそれによって成立する債務の履行が不能ことが確定していることで、この場合、その法律行為は無効となる。このように「原始的」の意味、不能の対象、法的効果を書いている必要がある。

答案の中には、瑕疵担保責任が原始的不能を規定したものと書いてある答案があった。確かに、法定責任説に立って、瑕疵担保責任を原始的（一部）不能の問題として論ずる論者もいる。但し、瑕疵担保責任の法的効果は無効ではなく、契約は有効に成立することを前提に契約目的達成不能の場合に解除が認められる（民法 570、566）という問題なので、この点に注意する必要がある。

また法的効果として債務不履行や損害賠償を論じる答案もあった。原始的不能でありながら契約締結をさせたことに過失がある場合には、契約締結上の過失の問題として、債務不履行責任が生じるとの見解や損害賠償を認める見解もある。

危険負担を論じる答案もあったが、これは誤解である。危険負担は契約成立後、契約上の義務の履行までの間に債務者に帰責事由なくして履行不能となる問題である（民法 534-536）。従って、契約成立前の履行不能の問題は危険負担の問題ではない。

#### (2) 認知

認知とは、嫡出でない子について、その父または母との間に、意思表示又は裁判により親子関係を発生させることであり、その効力は第三者の権利を害しないかぎり子の出生の時に遡る。

条文（民法 779 条）上の概念なので、見当はずれの回答はなかったが、認知には当事者の意思による任意認知の他、訴訟（認知の訴え）による強制認知があるが、後者に言及しない答案が多かった。また、認知により嫡出子になるという誤解に基づく解答が少なくなかった。民法 789 条の「準正」規定の誤読によるものかとも思われるが、正確な理解が求められる。

### II

#### [1]

##### (問い1)

1 Aは、Cの詐欺を理由に甲土地をDから取り戻すことはできるか。

(1) 詐欺を理由とするAC間の甲土地売買契約の取消しの要件 本問では、Aは、Cの詐欺を理由に甲土地をDから取り戻すことができるかを尋ねているのだから、まず、詐欺取消の要件をあげて、本問がその要件を充たすかを検討する必要がある。①欺罔行為の存在（詐欺者は、表意者をだまして錯誤に陥れ、意思表示をさせようとする意図を有していたことが必要）。②欺罔行為と意思表示との因果関係の存在（詐欺が原因で意思表示をし

たことが必要)。本問では、これらの要件は充たされる、この点の記載があるかないかで、評価は大きく分かれる。この点の記述が見られない答案も一定数見られた。

(2) 詐欺を理由とするA C間の甲土地売買契約の取消しの効果 遡及的無効であること (121条)。また、遡及的無効を善意の第三者に対抗できないこと (96条3項)。

この点の記載は、ほとんどの答案は書けていた。

(3) 詐欺取消権の行使期間の制限 追認をすることができる時から5年間行使しないときは時効によって消滅 (126条)。追認をすることができる時とは、欺罔行為により錯誤に陥っていた状況から脱して取消権を有することを知った時であるから、本問では、2011年2月末ということになる。現在は、2015年8月2日。したがって、追認をすることができる時より、4年5か月ほどであるから取消権行使はなお可能。この点について言及していない答案が多かったが、間もなく取消権の行使期間の終期が到来するケースであり、また、勘違いして、詐欺による意思表示をした時から5年間と計算すると、5年の期間はすでに経過しており、詐欺取消権を行使しえないケースであるので、この点にも言及した答案は優れた答案といえる。

(3)取消権行使の効果としての遡及的無効を第三者に対抗できるか? 96条3項により、詐欺取消は善意の第三者に対抗できない (96条3項)。不動産の売買の場合、取消権行使前に登場した善意の第三者に対しては、遡及的無効を主張できない。これは、詐欺による意思表示をした者にも、落ち度がないとは言えないので、取消権行使前に、善意で買い受けた第三者を保護する趣旨である。この部分は、多くの答案はきちんと書けていた。

Dは、善意の第三者か? DがCが詐欺により甲土地を取得したことを知らなかったか(善意)、知っていたか(悪意)は、本問では不明である。本問で、Dは善意であると断定した答案も見られたが、そのような断定はすべきではない。このような場合は、場合分けをすべきである。

## 2 その他の方法による取り戻し

### (1)動機の錯誤の主張

動機の錯誤とは、表意者が効果意思を決定するまでの原因・動機・目的における誤解・誤判断であり、表示行為に対応する効果意思は存在するので、その動機が意思表示の内容になっており、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合(要素の錯誤)に限り、錯誤無効の主張が認められる。

本問においては、これらの要件は充たされ、錯誤無効を主張しうるといえる。

(2)錯誤無効を第三者であるDに対抗できるか。 無効であるから、主張期間に制限がなく、また、善意の第三者にも錯誤無効を主張しうるとする見解が多数であるが、主張期間については126条の類推適用、善意の第三者との関係では96条3項の類推適用を認めるべきだとする見解が有力である(錯誤は、自分が勝手に勘違いしたのに対し、詐欺は、相手方などの欺罔行為により瑕疵ある意思表示をしたのであり、詐欺の場合に善意の第三者が保護されるなら、錯誤の場合にも善意の第三者が保護されるべきであるとする)。

本問で、詐欺取消以外の方法による取り戻しの方法を尋ねたのは、取消権の行使期間や第三者に対する主張の点で、一般には、錯誤無効との間に違いがあると考えられているためであるから、この点についても叙述して欲しかったが、この点を論述できた答案は、少な

かった。

(問い2) 本問は、取消後の第三者にも96条3項が適用されるかという問題である。判例・多数学説は、取消し前に現れた第三者との関係では、原則通り遡及的無効を主張するが、取消し後に現れた第三者との関係では、遡及的無効を主張しえず、取消しによる復歸的物権変動と第三者への権利変動との対抗関係(177条)になるとする。したがって、本問のDは、取消後の第三者であるから、AとDは対抗関係となり、登記を備えたDに対しては、Dが背信的悪意者と評価されない限り、Aは、取消による所有権の復歸を対抗できないことになる。この点は、多くの答案がきちんと書けていた。

ただ、なぜ対抗問題として判例は扱っているのかについて言及した答案は、少なかった。取消の遡及効からすると、取消権行使後は、Cは無権利者となり、無権利者からDが買い受けても、登記に公信力がない以上、Dは甲土地所有権を取得できないのが筋である。判例は、取消前の第三者との関係では、取消権者は取消前に予め自分の権利(取消によって復歸する所有権)を登記しておくことができないから、121条の遡及効をそのまま認める必要があるのに対して、取消後の第三者との関係では、取消権者は第三者が権利取得につき登記を備える以前に、自分の権利につき登記を備えることができるのであるから、対抗要件主義を適用してもよいという考えに立っているといえよう。この部分に言及した答案も若干ではあるが存在した。この点は、加点要素となる。

## [2]

(問い1) Aのけが原因となるボールを蹴ったDに賠償責任を追及する根拠としては民法709条が考えられる。Dは未成年であるが高校生なので、責任能力はあると考えてよからう。そうすると、要件において問題となるのは、Dに過失があるかどうかである。過失を注意義務違反だと考えれば、幼児の遊んでいる公園でボールを蹴って遊ぶということは注意義務違反と考えて良いが、「球技禁止」の公園で球技をしていたことだけで過失ありとするのは、やや乱暴な議論であり、実際は、公園の広さや構造、幼児らとの距離等、様々な事情を考慮して判断されることになる。他の要件が充足していることに問題はないが、要件充足については要件ごとに(簡単でよいので)確認してほしい。

本問で問題となるのは、重大な後遺症が生じたことにまでDが責任を負うかどうかであり、基本的には、そこまでDの不法行為の因果関係が及ぶかという問題であるが、注意すべきは、ここでは、けがの程度は軽かったが医師の過失で損害が拡大したのではなく、Dは脳に血腫ができるという重大なけがを負わせているが、医師が適切な診察・治療をすれば、重大な後遺症が生じなかったことをどう考慮するか(しないのか)である。解答には、重大な障害が通常損害か、あるいは、ボールが当たれば重大な障害が発生しうることが予見できたのかどうかを問題にして論ずるものがあつたが、幼児にボールが当たれば脳に重大な障害が発生するのは通常損害(少なくとも予見可能な特別事情損害)であることにあまり異論はなからう。問題は、それだけでDに、その部分まで責任を負わせるべきかどうかである。適切な治療をしておれば後遺症は生じなかったので(医師の過失行為により)因果関係は切断されるとして、そこから先はもっぱら医師の責任と考えることもできるし、

放置すれば重大な後遺症が生ずるけがを負わせたのだからそこまで責任を負うべき（他人の過失行為を理由にDが免責されるべきではない）、あるいは、DとGは共同不法行為の関係にあるとして不真正連帯責任を負う（したがって、Dの責任は後遺症部分にも及ぶ）と考えることもできる。

要件については良く書けていたが、Dの責任範囲に関する問題の意味を必ずしも正確に把握していない答案もあった。

#### （問い2）

ここではG医師の責任が問題となるが、法的構成としては、不法行為責任として構成することも、医療契約上の（債務不履行）責任として構成することも可能である。どちらの場合も、G医師の行動が医療水準からみて適切であったかが問われる（不法行為の場合は過失の有無として、債務不履行の場合は債務の履行が不完全であったかどうかの問題として）。本問の場合、Gの行為に過失（あるいは履行の不完全）を認めることに困難はないと思われるが、その判断を行う際に考慮すべき事情は的確に指摘してほしい。

ここでも問題は、Gの過失（不完全な履行）の前にDの不法行為があることをどう考えるかである。これに関しては最高裁の判例がある（最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁）。最高裁は、同様の事案で医師の責任を部分的なものとした原審を破棄し、医師に損害全体についての責任を認めている。最高裁は、問題を共同不法行為の問題としているが、学説からは、共同不法行為ではないが医師の責任は全損害に及ぶべきとの主張も有力になされている（医師は当該患者のけがの原因が何であれ、適切な治療をする義務を負っており、その義務を履行すれば重大な損害は発生しなかったのだから）。

ここでも、責任要件についての理解は概ねできていたが、けがの原因がDの不法行為であるということがGの責任の成否や判断にどのような影響をもたらすのか（あるいは、もたらさないのか）という検討がしっかりなされている答案は少なかった。

## 2016 年度前期入学試験問題講評 刑法

15 年度前期入試刑法は、以下のような問題でした。

次の問題〔1〕・〔2〕のうち1問を選択して解答しなさい。

〔1〕 以下の事例における甲および乙の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

甲（女性）は、自己の長男A（6歳）および次男B（3歳）を連れて、乙（男性）と同棲生活を開始したが、乙は、AおよびBに折檻を繰り返すようになった。某日、甲・乙が、A・Bを自宅に残して外出して帰宅した際、Bが言いつけを守らなかったと思いこんだ乙が、寝室で、Bの左頬を平手で殴打し、頭部を手拳で5回にわたり殴打したため、Bは悲鳴をあげて倒れ、意識を失った。甲は、台所で、寝室から乙の大声が聞こえ、叩くような音が聞こえたが、いつもの折檻が始まったと思うだけで、夕食の準備を続けていた。その後、甲・乙は、Bを病院に運んだが、Bは、乙の暴行による硬膜下出血等の脳機能障害により死亡した。

### 1 論点

本問の中心論点は、甲について「不作為による幫助」の成否を問うものです。その前提として、正犯である乙の罪責が確定されなければなりません。本問は、札幌高判平12・3・16判時1711号170頁を参考にしたもので、この判決は、刑法判例百選①総論（第7版）168頁に「不作為による幫助」という表題で扱われています。

### 2 乙の罪責（20点）

乙は、Bの左頬を平手で殴打したうえ、その頭部を手拳で5回にわたり殴打し、Bは、この暴行による硬膜下出血等の脳機能障害により死亡したのですから、乙の行為は傷害致死罪に該当することになります。

答案には、傷害の故意があることを詳しく論じているものもありましたが、傷害致死罪には暴行致死も含まれるのですから、暴行の故意があることを示せば十分です。故意について触れていない答案もありました。なお、殺人の未必の故意があったとして、殺人罪とした答案もありましたが、問題文を素直に読めば、傷害致死罪とするのが適切でしょう。

### 3 甲の罪責（60点）

甲の罪責については、いくつかの可能性が考えられますが、傷害致死罪に関しては、乙との共同正犯とすることにも、甲の単独の（同時）正犯とすることにも、無理があり、乙との関係で「不作為による幫助」の成否を検討するのが正解です。不真正不作為犯ですので、「作為義務（保証人的地位ないし保障人的地位）」「作為の可能性・容易性」「因果関係」

(さらに作為との同価値性)の検討を要します。

他方、乙によるBへの暴行の阻止義務を自然現象による身体被害の防止義務と同じと考えるなら、甲には保護責任者不保護致死罪の成否が考えられます。この場合は単独正犯(乙とは同時犯)です。もっとも、この場合には、後述する不作為と結果との因果関係については、結果を阻止できたことについての合理的な疑いを超える証明が必要となります。

「作為義務」については、乙はBの親権者ですので民法 820 条の監護義務を挙げてあれば十分です。

「作為の可能性・容易性」については、上記札幌高裁判決が、乙とBのところに行って乙がBに暴行を加えないように監視すること、乙の暴行を言葉で制止すること、乙の暴行を実力で阻止することを挙げ、これらを段階的に行い、あるいは複合して行うことは可能であったと判示しているのが参考になります。少なくとも同席による監視や言葉による制止それ自体は容易であったといえるでしょう。

不作為による幫助の「因果関係」については、とくに結果発生を防止する可能性が問題になります。札幌高裁判決は、原判決(釧路地判平 11・2・12 判時 1675 号 148 頁)が、傷害致死罪の幫助を認めるためには「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した」ことを要するとして無罪としていたのを、そのような要件は不必要であるとして破棄し、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される」としたうえで、「被告人の右不作為の結果、被告人の制止ないし監視行為があった場合に比べて、乙のBに対する暴行が容易になったことは疑いない」として甲を有罪にしたものです。すなわち、甲の不作為により、甲の作為があった場合に比べて正犯の行為が容易になったという関係があれば、不作為による幫助は認められるとしているのです。もっとも、この点にまで触れた答案は、ほとんどありませんでした。

答案には、乙を、傷害致死罪の共同正犯とするもの、傷害致死罪の正犯とするもの、保護責任者不保護致死罪の正犯とするもの、過失致死罪の正犯とするものなどがありました。理由づけが説得的であればそれなりの配点をしました。他方、乙に殺人罪を認めた答案は問題文を正確に読んでいないものであり、傷害致死罪と不保護致死罪の両者を認めた答案は両罪の関係を理解していないものです。

#### 4 全体の構成・印象点(20点)

##### 【講評】

予想に反して、受験生のほとんどが〔1〕問を選択していました。問題としては〔1〕問の方が〔2〕問よりも難問といえます。それが、もし刑法各論の勉強が不十分なせいでは

あるとすると、入学後の指導の点で気がかりです。合格された方は、入学までに是非、各論の勉強をしておいてください。

〔2〕 刑法 235 条および 246 条 1 項における「財物」の定義を示しつつ、以下の事例における甲および乙の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

甲は、知人である A の母親 B を騙して金銭を得ようと考え、A になりすまして B の自宅に電話し、「母さん、僕だよ。暴力団員と交通事故を起こして 100 万円要求されたんだ。すぐにそいつの口座に 100 万円振り込んでくれないと、殺されるかもしれない。」などと虚偽を申し述べ、C 銀行にある乙名義の普通預金口座に 100 万円振り込むように指示した。驚いた B は、すぐさま、自己の預金口座から乙名義の預金口座に、ATM を用いて振込送金をした。

その後、甲は乙に事情を話したうえで、その 100 万円の払戻しを受けて自己に引き渡すよう命じた。そこで、普段から甲の言いなりになっている乙は、C 銀行にある ATM で払戻しを受けようとしたが、一回の払戻し限度額が 50 万円であったため、50 万円のみを引き出した。翌日、乙は C 銀行の窓口でその行員 D に対して自己名義での 50 万円の払戻し請求書を示し、50 万円の払戻しを受けた。

### 1 論点

本問は、架空の振込め詐欺の事案を用いて、①銀行口座への送金を「財物の交付」（刑法 246 条 1 項）と評価できるか、また、②自己名義の口座から詐欺被害者によって振り込まれた金員を払い戻す行為が何らかの財産犯に該当するか、という問題を考えてもらうものです。

### 2 「財物」の定義（20 点）

まず、「財物」の定義を示しておく必要があります。これについては、A) 財産的価値を持つ「可能性および管理可能性のあるもの」とする管理可能性説と、B) 所有権の対象となる有体物をいうとする有体性説との対立がある中で、そのいずれかを示しておけば足りると思います。

その際、電気窃盗に関する旧刑法時代の判例（大判明治 36・5・21 刑録 9 輯 874 頁）や現行刑法 245 条の電気みなし規定の意味を挙げておくのもよいでしょう。

### 3 「財物詐欺」か「利益詐欺」か？（30 点）

上で示した「財物」の定義を、本問の前段に当てはめる必要があります。もちろん、本

問では、甲の行為は、詐欺罪（刑法 246 条）にいう「人を欺いて」に当たりますが、その上で、「財物を交付させた」のか、それとも「財産上不法の利益を得た」のか、そのいずれかを示す必要があります。

ここでは、詐欺罪の他の要件の定義と当てはめ、それから、上記「財物」概念から見て、B の振込み送金が「財物の交付」に当たるか否かを判断し、当たるのであれば財物詐欺（刑法 246 条 1 項）、当たらないのであれば、財産上不法の利益は得たことを示して利益詐欺（刑法 246 条 2 項）を認めるべきこととなります。もっとも、有体性説を貫きつつ、振込み記帳段階では利益詐欺で既遂、乙による現金化の時点で財物詐欺による既遂という発展的発想も可能です。

その際には、上記「財物」概念との矛盾をきたさないように配慮がなされているかが重要です。おそらく、管理可能性説であれば財物詐欺、有体性説であれば利益詐欺になりますが、上記のように、振込み記帳段階では利益詐欺で既遂、乙による現金化の時点で財物詐欺による既遂という解決も可能です。

#### 4 自己名義口座からの振込み金員の払戻し（30 点）

最後に、口座名義人である乙が、事情を知りながら、自己名義の口座から詐欺の被害者による振込み金員を払い戻した行為（ATM および窓口で）が、問題となります。

判例によれば、誤振込みでも預金債権は有効に成立するとされていますので（最判平成 8・4・26 民集 50 巻 5 号 1267 頁）、口座番号を間違っただけではない本問での B の振込みによって、乙は 100 万円相当の預金債権を得ることになります。また、この振込みは誤振込みではないので、C 銀行に「組戻し」という形で逆送金をさせる機会を与える必要もありません（参照：最決平成 15・3・12 刑集 57 巻 3 号 322 頁）。ゆえに、素直に考えると、乙の払戻し行為は、ATM によるものであれば窓口でのものであれ、なんら財産犯を構成しないこととなります。このような答案でも、かまいません。

もっとも、甲による詐欺行為を、最終的に B からの振込金員が現金で甲の側に渡ったことによって終了すると考えた場合、甲の詐欺行為は、B の振込みによって利益詐欺既遂となるのではなく、乙による現金での払戻しによって財物詐欺既遂になるのだとすることも考えられます（3 の論点で、そのように答えた答案には、相当の評価が与えられると思います）。

このように考えると、乙の行為は、以上の事情を知った上で甲の詐欺を既遂にするものですから、少なくとも甲の財物詐欺に対する幫助にはなると考えることができます（この場合、いわゆる「承継的幫助」の問題になります）。

他方、「振り込め詐欺救済法（犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律）」により、2008（平成 20）年 6 月から、金融機関は被害者が振り込んだ口座を凍結（利用停止）し、被害者からの申請により振り込め詐欺の被害額や凍結された口座の残高に応じて、被害額の全部または一部を被害回復分配金として受けることができるようになりました。そのため、最近の下級審判例にあるように（東京高判平 25・9・4 判時

2218 号 134 頁等)、普通預金規定とこの口座凍結措置を手掛かりに、自己の口座が詐欺等の犯罪行為に利用されていることを知った場合には、銀行に口座凍結等の措置を講じる機会を与えるため、預金契約者には、その旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があるとし、それを告知しないまま払戻し請求をすることは、窓口であれば詐欺に当たり、ATM 利用であれば窃盗に当たるとすることも考えられます。この場合には、乙の行為それ自体に、ATM での 50 万円分については窃盗（甲は、その共同正犯など）、窓口での 50 万円については財物詐欺（甲は、その共同正犯など）とすることになります。

## 5 印象点など（20 点）

以上の諸論点が、矛盾なく論述されているかどうかを、最後に、印象点で評価しています。

### 【講評】

第 2 問については、① 答案の中には、有体性の要否には触れずに、無関係なことを書いてあるものもありましたが、設例が預金債権の移転を財物詐欺（刑法 246 条 1 項）として評価できるか否かを問うものになっていますので、その点に気づいていただくことが必要です。

次に、② 答案の中には、「財物」を有体物と定義しつつ、預金債権の移転のみで財物詐欺が既遂となる処理をしているものが散見されました。もしかすると、解答者には、「振込送金」には有体性がないことに気づかず、現金送金と同じだという誤解があったのかもしれない。

さらに、③ 答案の中には、これらの根拠を挙げずに、単に、正当な払戻し権限がないとか、身に覚えのない振込みであることを告知すべき義務があるとだけ述べて、さらにはそれにも触れずに、窃盗罪や詐欺罪の成立を認めたものがあります。しかし、本来、有効に成立している預金債権については、上記のような特段の事情がない限り、預金債権者は自由にその払戻しを請求する権限があることを忘れてはいけません。そうでないと、身に覚えがない振込みがあれば、それがどのようなものであっても、銀行に何も告知せずに払戻しを受ければ窃盗罪や詐欺罪になってしまうという恐ろしい結果が待っているからです。

最後に、全体として、やはり、総論中心の第 1 問に比べて、各論中心の第 2 問の選択者は 2 割程度と少なめでした。各論の学習不足が懸念されるどころです。もっとも、第 2 問選択者の中には、ほぼ完ぺきな答案もありました。しっかり勉強しておけば、各論中心の問題は容易に高得点を獲得することができると思います。受験生のみなさんのさらなる学習を期待します。

以上

## 2016 年度前期入学試験問題講評 商法

I 手形の変造とは、手形の記載を権限なく変更することをいう（手形の変造の意義）。手形債務の内容は手形に記載されたところによって決まる（手形行為の文言性）が、手形の記載が権限なく変更された場合、署名者の負う手形債務の内容はどのような影響を受けるかが、変造の効果の問題である。手形の変造後の署名者は変造された文言に従って責任を負い、変造前の署名者は原文言（変造前の文言）に従って責任を負う（手形法69条、同法77条）。変造後の署名者が変造後の文言に従って責任を負うことは、手形行為の文言性から当然であるが、変造前の署名者につき、一旦有効に成立した手形債務の内容は変造により影響を受けないことが明確化されている点に同条文の意義がある。偽造と変造の意義、効果を混同したり、刑事法における定義と混同した答案が散見された点は遺憾である。

II〔1〕①一般論として、相続等により準共有状態にある株式の権利行使（株主総会における議決権行使を含む）については、共有者は、共有株式についての権利を行使する者1人を定めて会社はその者の氏名または名称を通知しなければ共有株式についての権利を行使することができないものと規定される（会社法106条本文）。したがって、権利行使者である1名をいかなる共有者間の手続きで定めるかが次の問題となるが、最高裁は、権利行使者は、特段の事情のない限り、共有株主が持分の価格に従いその過半数で決めるものとする（最判平成27年2月19日金融商事1460-30）。また、共有者間に意見の相違があったとしても、被選定者は自己の判断で議決権を行使できるものとされる（最判昭和53年4月14日民集32-3-601）。なお、権利行使者の選定につき共有株主の全員の一致を求める学説もあるが、そのような解釈を採れば、相続人間での紛争時にいつまでたっても権利行使者を定めることができないこととなり、非現実的な解釈と評価される。

②株主総会の決議の瑕疵を争う訴訟類型としては、株主総会決議不存在の訴え（会社法830条1項）、株主総会決議無効の訴え（会社法830条2項）、株主総会決議取消しの訴え（同法831条）の三類型が在る。本問は、決議の効力につき論ぜよという問題設定であり、不存在あるいは取消しの事由が在るかという点につき検討することでよい（無効事由は見当たらない）。まず、甲社は、公開会社であるため取締役会（取締役3人以上）が必置の機関となる（同法327条1項、331条5項）。そこで、株主総会の招集には取締役会決議が必要なところ（同法298条4項）、取締役2名（B、C。Aの死亡により1名法定員数を欠く）の中で、Bを排斥し、Cの単独で株主総会が招集されている。取締役会決議を欠く株主総会の招集として決議の取消事由となる（招集手続きの法令違反、同法831条1項1号）と考えられる。また、Cは代表取締役ではないため、代表権者以外の者による招集として決議不存在事由となる余地もある（参考・最判平成2年4月17日民集44・3・526）。もっとも、BとCが対立する中で、株主総会招集時点で代表取締役を選定す

ることは事実上困難であり、そうした中では、当該瑕疵は決議取消事由に止まるとの考え方もあろう。Bは株主の立場として（Cの独断による）株主総会招集通知を見て始めて当該株主総会の招集を知った訳であるが、同時にBは取締役の地位に基づき、その時点で取締役会の招集（請求）が可能であったわけであり（同法366条2項3項）、漫然と株主総会の開催を消極的に容認していたものとも評価される。とすれば、Bが決議取消訴訟の原告となった場合には、取締役会決議の欠缺の瑕疵は治癒されているとする理解もありえる。次に、Cによる亡A保有株式（持分60%）に関する議決権行使につき検討する。本問①で検討したように、相続により一般承継された亡A保有株式は遺産分割がなされるまでは、法定相続人間（B、C、D間）の準共有の状態にある。そして、準共有株式に関する権利行使については、準共有者の持分過半数により選ばれた者がそれを行行使することとなる（前記最高裁判例）。本件では、C（25%）とD（50%）の合意によりCが単独で議決権を行行使しており、その意味では優に持分の過半数を超える合意による議決権行使として、Cの議決権行使は有効とも思われる。もっとも、CとDの協議のみで、Bとの協議の場を設けずに当該議決権行使がなされたとすれば、その議決権行使は決議方法の法令違反（あるいは著しい不公正）として決議取消事由となり（同法106条違反）、裁量棄却の余地もない（違反事実の重大性）こととなる。この論点については、Bとの協議があった（あるいはその機会を提供した）か否かにより判断が分かれるところであり、（必ずしも事案からは明確ではないため）場合分けによる検討が期待される。

II〔2〕取締役の第三者に対する損害賠償責任（会社法429条1項）に関する判例の理解を問う設問である。特に、いわゆる登記簿上の取締役や、名目的取締役の責任の在り方が論点となっている。なお、本問は、BとCの責任のみを問うており、他の取締役等（A、D）の責任を論じた場合には、減点要素となる。また、設問は会社法上の損害賠償責任のみを問うており、民法上の責任（民法709条の不法行為責任）につき解答した場合は、同じく減点要素となる。会社法429条1項の損害賠償責任が成立する要件は、①取締役に職務を行うについて悪意または重過失があったこと、②第三者に損害が生じたこと、③①と②に因果関係が認められること、である。また、最高裁は、①の悪意・重過失は、任務懈怠についての悪意・重過失であり、②には直接損害と間接損害の両方が含まれるとする（最大判昭和44年11月26日民集23-11-2150・百選77事件）。

以下、BとCの責任につき、順次検討する。取締役Bは、代表取締役Aの妻であるが、乙社の経営には全く関心がなく、取締役会にも出席しておらず（そもそも取締役会が開催されていない）、いわゆる名目的取締役に該当する。いかに名目的取締役とはいえ、他の取締役（A）の職務の執行の監督義務は何ら免除されておらず（会社法362条2項2号）、かりに取締役会が開催されていないのであれば、その招集を求めたり自らこれを招集して監督義務を果たさなければならない。したがって、Bにつき、職務を行うについての悪意・重

過失があることは顕著であり（最判昭和55年3月18日判時971-101）、要件①は充たされた。乙社と丙社が取引した時点では、給与の未払いに見られるように乙社の経営は決定的に悪化しており、丙社の損害（未払い債務）は直接損害にあたる（要件②の充足）。最後に③の要件（因果関係）につき検討する。BはAと別居はしているものの、AはBの諫言に従ってきたことが事実認定されている。したがって、Bが監視義務を果たせば、Aの行為による丙社への損害の発生が防がれた可能性があるため、①と②に因果関係が認められる。よって、Bに対する損害賠償責任の追及は認容される。

次に、Cにつき検討する。Cは、Bと同様に名目的取締役であったが、丙社に対する損害（直接損害）の発生原因（乙社と丙社間の契約）が生じた時点では（平成27年6月）、既に取締役を辞任している（同年5月頃）ことが窺われる（取締役の辞任の効力は、文書で会社＝代表取締役Aに辞任の意思表示が到達した時点で生じる）。もっとも、CはA（代表取締役＝登記申請権者）の要請により、登記簿に自らの取締役としての登記を残存させることに明示的な承諾を与えており（辞任登記が未了となっている）、Cはいわゆる登記簿上の取締役に該当することとなる。最高裁は、辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき明示的な承諾を与えていたなどの特段の事情が存在する場合には、取締役として所定の責任を免れることはできないものとし（最判昭和62年4月16日判時1248-127）、本件でのCはまさしくその要件を充たすものといえる。したがって、Cは丙社への責任を負う主体となりえるが、登記簿上の取締役も他の取締役への監督義務を負うとすれば、要件①と要件②は充足することとなる。問題は、要件③（因果関係）であり、CはAの友人であって、AがBの諫言を聞きいれるといった認定はCに関してはなされていない。とすれば、Cが仮にAに対して監督義務を果たしてもAがこれを聞きいれなかった蓋然性が強いと認定されれば、要件③は否定され、Cは丙社への責任を負わないこととなろう。

以上

## 2016 年度前期入学試験問題講評 行政法

法律で定められた要件を満たす許可申請がなされた場合に、不許可処分をすることができるか、許可を与えるか否かに関する裁量を認めることができるかどうかを問うものである。A の立場から主張することが求められているので、上記のような裁量はないことを論じなければならない。

### 1. 産業廃棄物処分業の許可の性格

不許可処分をする効果裁量を否定するための典型的な論法として、当該許可が警察許可の性格を有することを主張するというものがある。すなわち、産業廃棄物処分業の許可制度は自然の自由（私権）を公共の福祉の観点から制限するものであり、許可に当たって行政庁に裁量が認められるとしても、それは申請が法律に定める要件に適合するかどうかの点に限られ、要件に適合すると認められるときは必ず許可しなければならないと主張するのである（札幌地判平成 9・2・13 判タ 936 号 257 頁参照。この判決は産業廃棄物処理施設の設置許可に関するものであるが、産業廃棄物処理業の許可については効果裁量がないとするのが確立された解釈であることも指摘している）。産業廃棄物の処分が本来自由であることの論拠として、廃掃法 11 条 1 項が「事業者は、その産業廃棄物を自ら処理しなければならない」と規定していることを指摘することが望ましい。

#### 【答案を読んで】

- ・典型的な論点であるにもかかわらず、産業廃棄物処分業の許可の性格について全く論じていない答案が多かった。
- ・要件を満たす申請についてこれを不許可とする裁量はない、と主張しなければならないにもかかわらず、行政裁量を安易に認めてしまう答案が多かった。

### 2. 許可の条件との関係

廃掃法 14 条 11 項が許可に条件を付することを認めていることを理由として、裁量により不許可処分をすることを認めることができるかという点についても検討しなければならない。そのような裁量を否定する立場からは、廃掃法 14 条 11 項は、同条 10 号各号の要件をみたす場合には都道府県知事は許可しなければならないことを前提に、無条件で許可をしたのでは生活環境の保全を図ることが不可能ないし困難な場合に、必要な条件を付することによって不都合な事態を避けることを可能にした規定と解するべきであると主張することが考えられる（和歌山地判平成 12・12・19 判自 220 号 109 頁参照）。

#### 【答案を読んで】

- ・条件付きの処分がなされたかのような議論を展開する答案があったが、本問では不許可

処分が出されているのであって、条件付きの許可が出たわけではない。

### 3. 廃掃法の目的との関係

廃掃法が生活環境の保全を目的とする法律であることを理由として、生活環境の観点から不許可処分をすることも許されるといえるかについても検討を加えておく必要がある。これに関しては、生活環境の保全の目的は、許可の要件が充足されているかどうかや、許可に条件を付するか、どのような条件を付するかの判断の範囲内で達成されるべきものであって、法律が生活環境の保全を目的としているからといって、不許可処分をする効果裁量が認められることにはならないと主張することになる（ちなみに前掲札幌地判の控訴審札幌高判平成9・10・7判時1659号45頁は、廃掃法1条は法の目的とする一般的な理念を定めているものであり、この規定があるからといって、産業廃棄物処理施設の設置許可について知事に裁量権が与えられているということとはできない旨述べている）。

### 4. その他

産業廃棄物処分業の許可を申請した者に対して、行政が地元自治会との協定締結を求め、行為は行政指導であると解されるところ、本件不許可処分は、申請者を行政指導に従わせることを目的とするものであって、不正な目的によるものであるとか、行政権の濫用であるといった主張も考えられる（前掲札幌高判は、事業者は本来その自由意思によって行政指導に従うか否かを決することのできる立場にあるのであるから、事業者が行政指導に従わないまま許可申請をしたとしてもやむを得ない旨述べている）。

#### 【答案を読んで】

・許可の留保の違法性について論じている答案があったが、本問で問われているのは不許可処分の違法性である。

## 2016 年度前期入学試験問題講評 小論文

本問は、藤原正彦「国家の品格」（新潮新書 2005 年）の一部を課題文として二つのことを聞いたものである。

作者は特徴ある思想家であり数学者である。新田次郎、藤原ていの息子であり、岡潔の影響を受けたとされる。

作者の文章は決して難解ではないが、自らの論の証明のために縦横に驚くような事例、実例を読者に提供するのだから、読者はその事例、実例と作者の論が整合しているのかを常に検証しながら進まなければならない。本問の課題文で取り上げたところを読み始めるとすぐ、そのような特徴を知ることになる。

当然反発も生まれようし、やや納得する箇所もでてくる。強引な論に引きずり込まれまいと抵抗しながら読み進めるとというのが実情であろう。そのようにして、この本は10年前に一大ベストセラーになったのである。賛否両論が渦巻いたものであった。

このような作品を入試問題に使う場合は、当然のことながら、受験者にこの作品への賛否を問うことは目的でない。作者の論、言いたいことを読み取れるかどうか目的となる。批判は読み取りの正確さからしか生まれない。

そこで、出題者は、設問1では作者の論と事例、実例との関係を問うた。

答案のほとんどは、英語よりも国語、アメリカで言えばタイプや株式よりも英語（国語）というところまでは書けており、それで一応の合格点は取れるが、作者が英語よりも国語という時の理由付けが書いてない場合はそれ以上の高点にはならない。

また設問2では作者の論の真意を読み取ってもらう問題とした。設問1の高点への道と同様のことを違う角度から聞いたものである。

論理は重要であるが、論理は一つの解ではないし、論理で説明できないことも多い、内容もないのに論理だけに頼ることはやめなければならない、と作者は言っている。答案のほとんどは、これらの結論は読めていたし、その理由付けのために作者の提起する事例を拾っていた。それらにより、一応の合格点となる。さらに高点となるためには、結局は、日本の歴史、日本の伝統に基礎を置いて、国際的にも、国内的にも、それらの上に立った価値観、美意識、情緒、大局観を他者に大いに語り議論することが重要である、というのが作者の意図であることを書けるかということに収斂する。

高点になる解答例を示すと次のようなことである。

#### 設問 1

論理だけに頼る破綻は、アメリカで経済重視という論理のために、小学生にタイプや株取引を習わせたりして、国語力（英語力）を極端に落としてしまっている例や、やむことのない戦争には両当事国共にその国の論理があるものだという例を見ても、明らかである。

国際化時代だから英語が必要、という論理から小学生に英語という方針が出る。しかもこのような方針は、中央教育審議会や文部科学省で誠心誠意考え抜いてたどり着いたものである。しかし英語ができれば国際化社会で通用するということではない。国際人の話題、関心は、日本の文化そのもの（たとえば、縄文土器と弥生土器の違い、2度の元寇の違い、漱石の「こころ」の先生の自殺と三島由紀夫それとの関係、など）に向いているのであり、そのような教養がないと、いくら英語がうまくてもトップエリートとしては扱われない。このような日本人として当然知っておくべき教養を身につけるためには初等教育で国語を重視し、日本の歴史や伝統文化を本で一生懸命読ませる、教え込むことが重要である。

一つの論理にとらわれず、生きたい。

#### 設問 2

論理は重要であるが、論理には欠陥がある。論理は一つの解ではないし、論理で説明できないことも多いのである。

作者がその理由として述べていることは次のようなことである。

すなわち、設問 1 にあったように、小学生から英語という国際化論理は非常に重要なことが抜け落ちているのである。それは国際化の意味を外国人と英語でしゃべることを通じてなしえるものと非常に浅薄な理由で捉えるところからきている。国際化するということは、日本人と外国の人々との交流であるから、相互に相手の国がどのような国であるかを理解することからしか始まり得ない。相手の国がどのような国であるかを理解するためには、言語も重要だが、語られる中身、その国の文化、伝統、歴史への理解が何よりも重要なのである。設例 1 の解答で述べているように、その関心レベルは深いところにあり、歴史と言っても通り一遍のものではなく、我が国の、古代の土器の違いや封建期初期の外国からの侵略の特徴、明治期と昭和期の文学の関係などに及ぶものである。こうなれば、国際化とは自国の歴史、文化を語りうる能力の具備のことだとも

言えるのである。

また作者がその理由として次のようなことも述べる。

数学は論理と思われがちだが、クルート・ゲーテルの不完全性定理により、証明できない命題の存在が証明されているのである。また、戦争では大量に人を殺すことが称賛されるのに、人殺しは悪いことだと論理的には言いにくい。このように一つの論理だけでは説明できない場合は、大人は正しいと思う価値観を子供に押し付けるしかない。いけないことはいけないという風に。その例として作者は、会津藩に伝わった「什の掟」の結論部分の「ならぬことはならぬものです」をあげている。卑怯はいけないというのもそれに入るであろう。子供は、後に別の価値観を見いだすかもしれないが、それまでの間、価値の押し付けをしないと動きが取れないものだと言っている。さらに、野に咲くスミレが美しいこと、モーツアルトが美しいことは論理ではないとも言っている。

そうすれば作者は、論理だけに頼らず何が必要と言っているのか。

内容もない論理だけに頼ることはやめ、初等教育から、しっかり自国語で、日本の歴史、日本の伝統を教え込み（逆から言えば自ら勉強し）、それらに基礎を置いて、国際的にも、国内的にも、それらの上に立った価値観、美意識、情緒、大局観を他者に大いに語り議論することが必要であり重要であると言っている。論理で説明できない部分をしっかり子供に教えることは、日本の国柄であり、高い道德の源泉があったもので、現代社会においてもこのような美德を身につけることを提唱している。