

**2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験  
《A 日程》 法律科目試験（刑法） 出題趣旨**

本事例は、3以降の事実について、大きく2つの論点について検討させることを意図したものである。

1つ目は、Xが飲酒しながらAを殴打し続けた事実に関連して、傷害致死罪の成立の検討を前提としたうえで、XがAに対して殴打を始めた時点では完全責任能力であったものの、最終的な殴打直後には心神耗弱状態であった（過度の飲酒の影響で責任能力が徐々に低下した）ことについて、39条2項の適用が認められるかを問うものである。本事例のような論点について直接的に判示する最高裁判例は存在しないが、「行為と責任の同時存在」に関する重要な論点として見逃せないものであり、刑法の講義やゼミでは必ず触れられる論点である。

2つ目は、Aの致死を招来するまでのXの暴行を阻止することなく傍観したYの刑責を問うもので、具体的には不作為の幫助犯の成否を検討させる趣旨のものである。本事例類似の事案についても最高裁判例は存在しないものの、いわゆる「釧路せっかん死事件」として有名な事案を素材としたものであり、論点としては極めて標準的なものである。不作為犯との関係で検討すべきは、Yの作為義務の根拠を明らかにしたうえで、Xの日頃からの暴力に制圧されていた事情と、実力で暴行（の継続）を阻止できなかったこととの関係で、Yに作為可能性が認められるかである。期待可能性については、特に論点として検討しなくてもよい。また、幫助犯の成否については、幫助犯の処罰根拠である「促進関係」が認められるかが検討されなければならない。

以上について、論点を明示したうえでの検討が望ましいが、論点を理解したうえでの答案であれば減点対象となることはない。

以上

**2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験  
《A 日程》 法律科目試験（憲法） 出題趣旨**

設問は、「外国人の住民投票権」の問題を問うている。今や、外国人に人権保障条項が適用されるか否かを問う時代は終わり、いかなる人権がどの程度保障されるかを具体的に明らかにする時代となっている。

憲法上の論点としては、前提問題として「外国人」の人権享有主体性の議論があるが、それについては簡単に述べ、いわゆる「権利性質説」に基づいて、「外国人」の類型に考慮しつつ、具体的に論じることが求められる。

設問ではX（原告）の立場から憲法論を展開する必要があるが、その場合、憲法上の「住民投票権」の権利性を示す必要がある。

まず、「住民投票権」は、参政権的側面があるものの、選挙権とは異なる要素があることである。参政権については、一般に「公権力の行使のあり方を決定し、それを行使する過程に参加する国民の権利を総称したもの」と定義され、狭義の参政権としては、主として政治過程に参加することを目的として、公的に制度化されている権利（選挙権・被選挙権など）がある。判例は、外国人の地方選挙権について、憲法第8章の地方自治の趣旨、「民主主義社会における地方自治の重要性」に鑑みれば、その居住する区域の地方公共団体と特段に密接な関係をもつに至ったと認められる「永住者等」に対しては、法律によって地方選挙権を保障することは「憲法上禁止されるものではない」とした（最判平成7年2月28日民集49巻2号639頁）。この「地方選挙権」と条例による「住民投票権」には幾つかの違いがある。後者は、直接公権力の行使のあり方を決定する「選挙」という過程には含まれず、あくまでも諮問的効果しかもたらさないことを挙げることができるであろう。

次に、政治的表現の自由（憲法21条）の行使と解釈することが可能である。自治体の政治的決定は、首長と議会による判断が重視されるが、住民としての政治的意見の表明は、政治過程に重要な機能をもつ権利行使となる。諮問的な住民投票は、その一つであると解することも可能であろう。

最後に、平等原則（憲法14条）との関係である。問題文にもあるように、既に多くの自治体では条例上、定住外国人を投票権者とすることを認めており（2005年2月現在177自治体）、実際に投票権を行使している。

なお、設問のケースは、1997年6月に実施された岐阜県御岳町の住民投票条例に関する実際の事件をベースにしている。同町の住民投票条例では投票資格を選挙人名簿登録者に限定したため、同町に居住し外国人登録している定住外国人が投票できなかったことが憲法14条1項、21条1項、国際人権規約B規約等に違反するとして、定住外国人が損害賠償請求をおこなった訴訟である。実際の事件では、最高裁は、当該住民投票条例が「投票の資格を有する者を日本国民たる住民に限るとしたことが憲法14条1項、21条1項に違反する旨をいう部分が理由がない」ことは、「マクリーン事件」最高裁判決の「趣旨に照ら

して明らかである」して、原告の請求を斥けている（最判平成 14 年 9 月 27 日集民 207 号 337 頁）。

以上

**2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験  
《A日程》 法律科目試験（商法） 出題趣旨**

**【設問1】**

Aは、仮装払込（いわゆる見せ金）を行っているため、Aの引受けた株式が有効に成立しているかが問題となる。

仮装払込がされた場合、仮装払込を行った引受人および仮装払込に関与した設立時取締役が払込義務を負い、これらの義務は連帯する。Aは、いずれの立場においても払込義務を負う（会社法第52条の2第1項第①第Ⅲ）。また、仮装払込がされた株式の引受人は、株主としての権利行使を認められない（会社法第52条の2第Ⅳ）。

さらに、仮装払込がなされた株式が有効か否かについては、下記いずれの立場からの議論も可能である。

＜無効説による解答例＞

長い目で見れば、Aの引受けた株式に対する出資は、甲社の運転資金として利用できないことから、Aの引受けた株式には出資がされていないと考えられる。よってAの引受けた株式は会社法第36条Ⅲにより無効である。

＜有効説による解答例＞

Aは払込期日に払込を行い、甲社が設立の登記を経由している以上、その引受けた株式は有効に成立している。ただし、甲社設立後に払込金の払い戻しを受けたため、払込金を甲社の運転資金として利用できなかったことを法的にはどのように解するかが問題となる。新株発行無効原因と解する立場もあるが、新株発行無効事由は同一の手続によって発行されたすべての株式に共通する事由のみが該当すると解するため、新株発行無効事由にも該当しないと解する。

**【設問2】**

発起人の行為の効果が設立後の会社に帰属するための要件を満たしているかを検討してもらう問題である。①発起人の権限の範囲内の行為であること、②変態設立事項に該当する場合には定款の記載があることである。主要判例の立場をもとに論じれば、次のような議論になるとと思われる。

①発起人は定款記載の会社を設立することが任務である。この任務遂行に該当する行為が、発起人の権限の範囲内と考えられる。設立事務所の賃貸借は、会社の設立に必要な手続としての性質を有し、発起人の権限の範囲内である。したがって、マンションの賃料2カ月分は設立費用として認められる。

②定款への記載がない場合、設立費用を会社へ請求することができないか。設立費用は、

設立後の会社が本来負担すべき性質を有するが、無制限の負担を認めると発起人による濫用の危険があるため、定款の相対的記載事項となっている。設立費用であっても、設立に必要な行為または算定に強度の客観性がある設立登記の登録免許税額等は、定款に記載されていなくても、会社に負担させてよいと解される。

しかし、本件マンション賃料には客観性がないため、無制限に設立後の会社に対する請求を認めるとすれば、設立直後の会社の財政基盤を危うくする恐れがある。

よって定款に記載のある限り、その範囲内でしか賃料請求を認めることはできない。

以上

2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験  
《A 日程》 法律科目試験（民法） 出題趣旨

I

本問は、建物所有による土地の不法占拠と建物所有登記の関係をめぐり、土地所有権に基づく物権的請求権としての建物収去・土地明渡請求をする場合、土地所有者たる請求者は所有権移転登記を備えている必要があるかの問題とともに、誰をその相手方とすべきかを問うものである。

前者に関しては、請求者は所有権を有していることで足り、登記を備えていることは必要ない(贈与による X の土地所有権の取得について、土地の不法占拠者は 177 条の第三者には該当しないと解されている)。

これに対して、後者の物権的返還請求権の相手方に関しては、現に無権原で他人の物を占有している者、または妨害物の所有者など他人の物への侵害状態を除去すべき地位にある者とされる。そして、土地利用権原を伴わない建物が他人の土地上に存在している場合、建物所有者は当該建物を収去することによって土地所有権に対する侵害を回復すべき地位にあるため、その建物所有者がその建物に居住するか否かを問わず、建物収去・土地明渡請求の相手方となるものと解されている。

もっとも、本問の各小問のように、無権原建物の実質的な所有者と登記名義人とが異なっている場合に、土地所有者が建物の登記名義人に対して建物収去・土地明渡の請求をなすかについては、従来から争いがあった(これを不可とする実質的所有者説(判例)と可とする登記名義人説。簡単には、平成 6 年度重要判例解説・69 頁(鎌田薫))。

この点について、最判平成 6・2・8 民集 48-2-373 は、実質的所有者説を原則としつつ、相手方は「現実に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」であり、小問(1)のような建物の所有名義人が実際に建物を所有したことがなく、単に自己名義の登記を有するにすぎない者は、土地所有者に対して、建物収去・土地明渡の義務を負わない、とした。他方で、同判決は、一定の場合について最高裁として登記名義人を相手方としうるものとした。すなわち、小問(2)のように、「他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には」「たとい建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡の義務を免れることはできない」とした。その理由付けとして、対抗関係との近似性のほか、かりに実質的所有者説に立つ場合には、土地所有者は、建物の実質的所有者を探索する負担を負うほか、不法占拠者が建物所有権の移転を主張して容易に明渡義務を免れることの回避という公平の要請が重視されている。

これらの議論に言及しつつ、展開する必要がある。

## II

不法行為法において、損害賠償額を確定するにあたって、重要な役割を果たしている過失相殺制度の意味や裁判実務での判断方法などを把握しているかどうかを確認するものである。解答のポイントは、以下のとおりである。

### (1)

ここでは、被害者自身の過失ではなく、被害者と一定の関係を有する人（被害者側）の過失を理由に、損害賠償額を減額することができるかが問題となる。

- ①722条2項に規定されている「被害者の過失」は、不注意で足り、被害者に責任能力ではなく、事理弁識能力があれば、過失相殺を行える。
- ②被害者に事理弁識能力がない場合、判例は、「被害者側」の過失を斟酌し過失相殺を認定している。「被害者側」の範囲について、判例は「被害者本人と身分上、生活関係上、一体をなすとみられるような関係にある者」であるかどうかを基準に判断している。具体的には、幼児である被害者の父母や関係が破綻していない夫婦などが「被害者側」として認められているが、保育園の保育士や恋人同士、職場の同僚などは「被害者側」として認められていない。
- ③あてはめ：本事例では、アルバイトのベビーシッターが被害者と「被害者本人と身分上、生活関係上、一体をなすとみられるような関係にある者」ではないという判断を示したうえで、過失相殺が認められないという結論を出す。

### (2)

ここでは、被害者自身の素因が加害行為と競合して、損害が発生ないし拡大したときに、素因の競合を理由に損害賠償額を減額することができるかが問題となる。

- ①素因の種類（心因的素因、身体的素因、身体的特徴など）について簡単に説明する。
- ②判例は、心因的素因と身体的素因（疾患）については、損害の公平な負担の観点から、過失相殺規定を類推適用して、損害賠償額の減額を認めている。これに対し、身体的特徴（首が長い）については、「平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとして、それが疾患にあたらぬ場合には、特段の事情の存しないかぎり」、損害賠償額の減額が認められないとしている。
- ③学説の中では、被害者の素因を原則として考慮すべきではないとする学説や、「領域原理」に基づき減額すべきかどうかを判断すると主張する学説がある。
- ④あてはめ：素因減額の是非について自分の考えを述べたうえで、この事例において被害者の疾患を理由に損害賠償額の減額を認めるかどうかの結論を出す。

以上