

**2022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**

本問は、事例を通して逮捕・監禁罪、強盗罪、横領罪の成否を検討させるものである。X と Y との間で、A を逮捕・監禁してその間に A 宅での財物奪取を事前共謀しているので、共同正犯の成立も検討する必要がある。

設問 I では、X の罪責を検討させる。X については、Y と共に A の身柄を拘束して自動車に押し込めて工場跡に連行した行為について逮捕・監禁罪の共同正犯の成否を、A の反抗を抑圧する程度の脅迫により A の鍵を奪い、A の監禁中に Y が A 宅に侵入して 800 万円を奪った行為について住居侵入罪と 1 項強盗罪の（共謀）共同正犯の成否を検討することになる。なお、監禁行為が強盗行為の一部と評価される場合には、別罪を構成するものではないが、本件の場合は、監禁自体も長時間にわたり、監禁行為が強盗行為の一部を構成するものではないと考えられるため、監禁罪も成立すると解してよい。300 万円については Y が着服し、残額の 500 万円を二人で山分けしていることから、強盗罪の成立範囲も問題となりうるが、事前に奪取する金額の詳細について決定しているわけではないので、800 万円全額について強盗罪が成立すると解してよい。

設問 II では、Y の罪責を検討させる。Y については、X との逮捕・監禁罪の共同正犯、A から奪った鍵を利用して A 宅で 800 万円を奪った点について住居侵入罪と 1 項強盗罪（X との共同正犯）が成立する。300 万円については、コイン・ロッカーに預けて着服しているので、この点について横領罪の成否も問題となりうる。この点については、300 万円について委託信任関係に基づいて他人の財物を占有しているかの検討が必要である。盗品等であっても横領罪の客体になりうる。委託信任関係については、二人で現金奪取を計画して Y が現金を奪い 500 万円を山分けしていることから、他人 A の物である現金について X との間で委託信任関係を認めれば横領罪が成立しうるが、刑法上このような委託信任関係が認められないとすれば、横領罪は成立しない。

以上

**2022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**

本問は、疫病まん延防止のために、小売販売業者および飲食店等に対して県知事が出した販売禁止や休業命令が、「営業の自由」との関係でいかに考えられるかを問うものである。

まず、「営業の自由」が憲法 22 条 1 項によって保障されることを述べる必要がある。

営業の自由に対する規制の合憲性審査においては、従来、目的手段審査が用いられ、目的が積極目的か消極目的かに応じて、合憲性審査基準が検討されてきた。これら積極目的、消極目的との関係で、それぞれの典型的な例として、小売市場判決（最大判 1972（昭 47）年 11 月 22 日）、薬事法違憲判決（最大判 1975（昭 50）年 4 月 30 日）を参照しつつ、本問における、「疫病の蔓延防止」の一方策としての「人流抑制」という「目的」は、いかなる目的と評価できるかを考察し、それと目的達成手段としての販売禁止、休業命令との関連性を分析し、どの程度の関連性が見いだされるか、そして、それを審査基準からどのように評価できるか論述する力が試される。

以上

2022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

（1）取締役の会社に対する責任（423条）について基礎的な論述ができているかを問う問題である。

（2）取締役の第三者に対する責任（429条）について基礎的な論述ができているのかを問う問題である。特に Z については間接損害に該当することを明示して論述できるのかを題意としている。

以上

**2022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

本問題は、最判昭和 51 年 6 月 25 日民集 30 卷 6 号 665 頁をもとに、代理の問題において、本人の意思確認に印鑑証明書や白紙委任状が使用された場合につき、その評価を問うものである。

上記判決によれば、「印鑑証明書が日常取引において実印による行為について行為者の意思確認の手段として重要な機能を果たしていることは否定することができず、被上告人会社としては、上告人の保証意思の確認のため印鑑証明書を徴したのである以上は、特段の事情のない限り、前記のように信じたことにつき正当理由があるというべきである。」として、印鑑証明書が原則として、本人の意思を信じたことについて正当理由あるものと評価しながら、事案を詳細に検討して、上記判断の例外たる「特段の事情」を判断すべきものとしている。

ちなみに、上記昭和 51 年最高裁判決は、正当理由の存在を否定している。この問題で、どのような結論になるかは回答者次第であるが、少なくとも、印鑑証明書の正当理由判断における位置を述べ、そして問題文の事案において特段の事情がないかどうかを判断してほしい。しかし、そのような解答が少なかったのは残念である。

II

X 所有の本件風景画を受寄者死亡後その相続人から譲り受けた Y について、即時取得（民法 192 条）の成否が問題とされ、とりわけ、成立要件の一つとされる、Y による目的物の占有取得について、それがいわゆる占有改定で足りるかが問われている。

まず、即時取得が成立する要件としては、無権限処分の事例でいえば、①目的物が動産であること、②処分者（前主）と取得者の間で有効な取引行為がなされたこと、③処分者が無権利または無権限であり、動産を占有していること、④前主が所有者でないことにつき、取得者が善意であり、かつ、過失がないこと、⑤取得者が、平穩に、かつ、公然と、⑥目的物の占有をはじめたこと、とされる。解答に当たっては、主要論点に直行する前に、要件枠組みの全体像・概要に触れることが必要である。

次いで、主たる論点としての、占有取得が占有改定で足りるかについて、判例は、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるような占有を取得することが必要であって、かかる状態に一般外観上変更を生じない占有改定の方法では足りないとする（最判昭和 35・2・11 民集 14 卷 2 号 168 頁）。学説上も占有改定のような外部から認識できない行為で足りるとすると、即時取得行為の存在の判断が困難となり、原所有者に酷となることなどを理由に、否定説が有力である。一方、前主の占有を信頼した者を保護するのが即時取得制度の目的

であるから、買受人の占有取得は占有改定で足りるとする肯定説もあるが、少数とされている。また、近時有力な見解として折衷説が提唱されている。それによれば、占有改定でも即時取得は成立するが、現実の引渡しを受けるまではその取得は確定的でなく、現実の引渡しを受けることによって確定的なものとなると解する。具体的には、判例の否定説との違いは、第一に、善意無過失の判断時点が、否定説では現実の引渡し時であるのに対して、折衷説では占有改定時に善意無過失であれば現実の引渡し時で善意無過失でなくとも即時取得が認められることとなる。第二に、占有改定にとどまる段階では、否定説では目的物の所有権は原所有者にあるのに対して、折衷説では、相互に未確定の状態（両すくみ）で自己の優先を主張できないとされる。

なお、Yによる即時取得の問題とは別であるが、受寄者Aの相続人BがAの遺産と誤信して占有を取得したとしても、Bにつき即時取得の余地はない点はいうまでもない。

以上