

**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
《C日程》 法律科目試験（刑法） 出題趣旨**

本問は、特殊詐欺の事案を通して、成立する犯罪を検討させるものである。

設問Ⅰは、Xの行為について、詐欺罪または窃盗罪のいずれが成立するかを問うものである。窃盗罪と詐欺罪の区別において重要なメルクマールは財産的処分行為の有無である。窃盗罪は被害者の意思に反して財物の占有を侵害する奪取罪であるが、詐欺罪は被害者の意思に基づいて財物または財産上の利益を交付させる交付罪であり、欺く行為が財産的処分行為に向けられていることが必要である。この事例でも、財産的処分行為の有無、すなわちキャッシュカードの交付に向けられた欺く行為の存否が問題となる。Tによる欺く行為が行われたが、Xのすり替えのための待機行為は、計画されたすり替え行為と密接な行為であり、Tによる欺く行為が行われた時点で既にXによるすり替え行為が行われる客観的危険性が飛躍的に高まったといえ窃盗罪の実行の着手が認められるため、窃盗未遂罪が成立する。

設問Ⅱは、Xに窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立するかを問うものである。共謀共同正犯の成立要件を踏まえて、XとY間での共謀、Yについては本事例の中心人物であり指示をしている者であり正犯意思があること、Xが窃盗の実行の着手したことを踏まえて、窃盗未遂罪の共謀共同正犯が成立する。

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
《C日程》 法律科目試験（憲法） 出題趣旨**

本問は、「外国人」の人権享有主体性の問題について、肯定説・権利性質説に立って、選挙権と政治活動の自由について具体的に検討することを求めている。したがって、肯定説・権利性質説についてあらためて検討することは必要ない。

設問1：公職選挙法および地方自治法は、「外国人」の選挙権を認めていない。国政と地方政治の選挙権について、従来、権利の性質上「外国人」に認められないとされてきた根拠は「国民主権」原理であることを説明する。その際、たとえば、判例（最判1995（平7）年2月28日）が、憲法前文および1条の規定に照らし、憲法の国民主権原理：「国民」（15条1項）・「住民」（93条2項）＝「日本国民」＝日本国籍を有する者としたことが参考になるう。

設問2：政治活動の自由について、判例（最大判1978（昭53）年10月4日（マクリーン事件））は、「わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である」とし、学説も、一定の限界を付するのが一般的である。このような判例・学説の考え方を論じ、あるいは、学説には、異論もあることを論じ、また、マクリーン事件を素材に論じることもできよう。

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
《C日程》 法律科目試験（商法） 出題趣旨**

設問1

本設問の事案（以下「本事案」という）は、仮想の払込みの効力について問うもので、最判昭和38年12月6日民集17巻12号1633頁を題材とするもの

本事案は、発起人らは、払込金融機関から借り入れた金銭をもって、出資の払込みを行い、会社の設立後に、それを引き出して借入金の返済を行った事案である。本設例の事案では、発起人らの行った払い込みは、外観上、出資の履行を作出したに過ぎず、出資の履行がなされたとは言えない。

多数説や判例においては、本事案のように、計画的に、借り入れた金銭をもって出資の履行を行い、会社設立後に、払込金相当額を引き出し借入金の返済を行っている場合に、一連を見れば、払い込まれた金銭を会社の資金として運用することが予定されていないのであるから、有効な払込みがあったとはいえない。したがって、本件払込みは無効であるとされる。

なお、会社法は、仮想の払込みが無効であるか否かを明らかにせず、発起人が出資の履行を仮想した場合には、発起人は、設立後の会社に対し、仮想した出資に係る金銭の全額の支払義務を負うと定めている（会52条の2第1項。設立時募集株式の引受人の場合、102条の2第1項）。本事案においては、会社法の規定から、設立後の会社であるA社は、発起人らに対し、出資に係る金銭の全額の支払いを請求することができる。したがって、A社の債権者であるXは、債権者代位権に基づき、発起人らに請求することができる。

設問2

仮想の払込みにより発行された株主の有効性を問うものである。

設問1の解説に従えば、株式の発行は無効とも解せる。

ただし、会社法は、仮想の払込みによる発行された株式が第三者に譲渡される可能性があることから、仮想の払込みを行った発起人らが、出資金額相当額の支払いを行った後でなければ、当該株式の権利を行使することができないとする一方（会52条の2第4項、設立時募集株式の引受人の場合、102条3項）、当該発起人らから株式を、悪意・重過失なく譲り受けた者は、当該出資金額相当額の支払い前でも、当該株式の権利を行使できるとする（会52条の3第3項、設立時募集株式の引受人の場合、102条4項）。

以上の会社法の規定を前提とすれば、株式の発行は有効と考えられる。

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
《C日程》 法律科目試験（民法） 出題趣旨**

I

設問（１）（２）いずれも、詐害行為取消権に関する重要な最高裁判決の知識・理解を正確に記述することが求められる。

設問（１）は、特定物債権を被保全債権とする詐害行為取消権行使の可否を問うものである。

この検討については、最大判昭和36年7月19日民集15-7-1875が参考となる。同判決は、詐害行為取消権の行使を認める。その理由は、「特定物債権」も、究極において損害賠償債権に変わりうるものであり、債務者の一般財産により担保されなければならない点で、金銭債権と同じであるからであるとする。

そうすると、特定物債権者が詐害行為取消権を行使することができるためには、詐害行為取消権行使時まで、特定物給付が金銭給付（損害賠償給付）に変わっていないなければならないことになる。特定物債権では、詐害行為取消権を行使する際に、特定物の引渡しを目的とする債権それ自体としての保護を主張することはできない。あくまでも、共同担保の保全のために詐害行為取消権を行使するのだからである。

もっとも、他の要件については、問題文には記載されていない事実（たとえば、受益者の悪意など）があり、注意して論じる必要がある。

設問（２）は、詐害行為取消権行使後の被保全債権行使（自己への引渡・移転登記請求）の可否を問うものである。

この検討については、最判昭和53・10・5民集32-7-1332が参考になる。判決によると、責任財産への回復対象が特定物債権の対象であった特定物であっても、取消債権者は、これを自己の債権の弁済にあてることができない。詐害行為取消権は、責任財産保全の制度であり、すべての債権者の利益のためにその効力を生じるとする改正前民法425条の趣旨に反するためである。

実際の答案においては、設問（１）（２）で記述が求められた最高裁判決について、いずれも触れる答案がなかった。重要な判決であるため、確認しておく必要がある。なお、両判決ともに改正により意義を失うことはないと考えられるものの、改正後民法の規定などとの関係性（損害賠償請求権への転化〔転形〕の問題、詐害性の判断、425条〔（２）の判決は、改正前民法425条を挙げている〕など）を意識した論述をすることができると、評価が高くなる。

II

この事例においては、被用者の行為によって損害を受けた被害者は、使用者に対して 715 条 1 項に基づく損害賠償を請求することができるかが問われており、特に、使用者責任の成立要件の 1 つである「事業執行性」要件が問題となっている。

「事業執行性」要件について、判例は当初「一体不可分説」の立場で厳格的に判断していたが、現在、「外形標準説」と「職務密接関連説」の立場で判断しており、取引的不法行為に関しては主に「外形標準説」を適用する。それによれば、「事業の執行性」とは、「被用者の職務執行行為そのものには属しないが、その行為の外形から観察して、あたかも被用者の職務の範囲内の行為に属するものとみられる場合をも包含する」。つまり、被用者の行為が「事業執行性」を有するかどうかは外形から判断される。ただ、判例上、取引的不法行為に関しては、外形理論が信頼保護という観点と結びつけられ、当該行為が被用者の職務権限内で適法に行われたものでないことにつき、被害者に悪意または重過失が認められる場合には、事業執行性要件の成立が否定される。

本事例においては、Y 会社の被用者 A は営業課長であり、不動産の売却業務に従事しており、甲不動産を X に売却する A の行為は外形上職務の範囲内の行為に属するものと判断されるため、「事業執行性」要件が成立したと解すべきである。しかし、第三者 B の言葉を信じて、A の職務上の権限について調べずに、不動産の売買取引を行った X は、A が職務権限を超えて甲不動産を売買したことにつき、重大な過失があると評価され、これによって、「事業執行性」要件の成立が否定される。従って、X は Y に対して、715 条 1 項に基づき使用者責任を求めることができないと解すべきである。

以上