

**2023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、窃盗罪、事後強盗罪について、総論・各論の議論を踏まえて、基本的な知識を問うものである。

問題文1～3の事実について、XとYは、住居侵入・窃盗を共謀し、Xが金品の物色、Yが見張りという役割分担をしている。Xが、A宅侵入後、金品を物色し10万円の財布に手をかけたという行為について、窃盗罪の実行の着手が認められるかについて、実行の着手の判断基準に照らして、論じる必要がある。本問では、物色行為が開始され財布に手をかけており、他人の財物の占有が侵害される現実的危険性が認められるため、窃盗の実行の着手が認められる。鳴動したスマートフォンを持ち出し、Yが破壊し遺棄した行為については、不法領得の意思の有無が問題となるが、不法領得の意思について、権利者排除意思と利用処分意思が必要であると解する立場に立てば、利用処分意思が認められず、窃盗罪が成立せず、器物損壊罪が成立する。したがって、住居侵入罪、窃盗未遂罪、器物損壊罪が成立し、XとYは共同正犯となる。

問題文4～6の事実について、XとYとに（事後）強盗致傷罪の共同正犯の成否が問題となる。XはA宅から出た後、30メートルの距離、5分後に再度A宅に侵入しようとしたが、Aに発見されて逃亡し、YがXの依頼に応じて追跡してきたAを包丁で脅迫している。この点について、Xに事後強盗罪が成立するかであるが、本問で、事後強盗が成立するためには、窃盗未遂犯人であるXが、逮捕を免れる目的で、窃盗の機会の継続中に反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を加える必要がある。Xは一旦、A宅から逃げ出したが、30メートルと近い場所から5分後という時間的場所的にも最初の窃盗行為と近接した状態で、A宅に再度侵入しようとしていることから、窃盗の機会の継続中と認めることは可能であろう（なお、窃盗の機会の継続中と認めないと解した場合には、脅迫罪と過失致傷罪の成立を検討することになる）。Yの脅迫も包丁で脅していることから反抗を抑圧するに足りる脅迫であると認定できる。なお、YはA宅から30メートル離れたところで待機しているが、当初の窃盗の共謀が継続しており、窃盗未遂の共同正犯であるYがXの逮捕を免れるために反抗抑圧程度の脅迫をしているので、XとYには現場での事後強盗の共謀が成立しており、その結果、Aが全治1週間の傷害を負っていることから、XとYには（事後）強盗致傷罪の共同正犯が成立することになる。

以上

**2023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、憲法上の財産権の諸論点、すなわち①憲法上の財産権（憲法 29 条 1 項）の保障と制限、②「正当な補償」（憲法 29 条 3 項）の要否、③憲法 29 条 3 項に基づく直接補償請求に関して、その基礎的理解を問う問題である。

（1）まず、①については、本問では国会が制定した法律により、X は飼育していた牛のすべてを処分され、多大な損害を被っているため、財産権侵害の有無を論じる必要がある。判例（「森林法共有林分割制限事件」最大判 1987 年 4 月 22 日）を踏まえれば、財産権とは、個人の現に有する具体的な財産上の権利であり、X の飼育していた牛も、憲法 29 条 1 項の財産権として保障されることになる。もっとも、財産権も無制約ではなく、「公共の福祉」（憲法 29 条 2 項）による制約を受ける。そこで、本問の法律が「公共の福祉」に適合するか、その場合、いかなる違憲審査基準を用いるかについて論じることとなる。そして本件において、いわゆる規制目的二分論を採用するとしても、それを機械的にあてはめるのではなく、その目的および規制手段について具体的に検討しているかどうか問われることになる。

（2）次に、②については、本問の法律には補償規定が設けられていないことが問題となる（憲法 29 条 3 項）。「公共のために用ひる」の意味、「補償」の要否、特別の犠牲に該当するかといった諸論点について整理した上で、本件について検討することが必要となる。

（3）最後に、③の憲法 29 条 3 項に基づく直接補償請求の可否も、憲法上の典型的論点である。判例（「河川附近地制限令事件」最大判 1968 年 11 月 27 日）を踏まえ、本件にあてはめ、それを論じることが求められる。

以上

**2023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

株主総会決議に係る代理人の資格制限についての理解を問う問題である。

会社法は、310条1項で、「株主は、代理人によってその議決権を行使することができる」と定め、代理人を介した間接的な議決権行使を株主に認めている。もっとも、実際には、定款で議決権を行使する代理人の資格を制限していることが多い。本問のように、定款で、代理人の資格をその会社の株主に制限するのは、その典型的な例である。そこで、上記のような会社法の定めを照らし、このような定款の制限が無効となるかが問題となる。

かつて、会社法が代理人の資格を制限していないことから直ちに一切の定款制限が排斥されるとする見解も学説には存在したが、現在の学説の多数説は、このような見解を支持していない。そこで、会社法がいかなる範囲で定款自治による代理人の資格制限を許容しているかについて検討する必要がある。

この点、最判昭和43年11月1日は、制限根拠の合理性と制限方法の相当性という一般論を示しながら、会社の利益保護を制限根拠の合理性としてとらえ、当該会社の利益を株主総会の攪乱の防止とした上で、相当性についても認め、結論的に、代理人を株主に限定することを認めている。

以上のような、代理人資格を株主に限るという定款の定めの有効性の理解を前提として、本問では、地方公共団体Nがその雇用する職員を代理人とした点、M株式会社が弁護士を代理人に選任した点が問題となる。前者について、最判昭和51年12月24日は、株主総会が攪乱され、会社の利益が害されるおそれはなく、かえって、このような職員による議決権の行使を認めないとすれば、株主としての意見を株主総会の決議の上に十分に反映することができず、事実上議決権行使の機会を奪うに等しく、不当な結果をもたらすとして、定款の定めを排斥している。後者については、法的請求は異なるものの、神戸地尼崎支判平成12年3月28日が参考になる。

設問2

株主総会決議の取消しの主張に係る総会決議取消事由の追加主張についての理解を問う問題である。

株主総会等の取消しの訴えは、決議の日から3か月以内に提起しなければならない(831条1項)。それでは、訴えの期間内に提起された訴訟における主張について、決議から3か月を経たのちに新たな取消事由を追加することが認められるかが問題となる。この点、株主総会等の決議の取消しの訴えについては、複数の取消事由が主張されたとしても、訴訟物としては一つと考えられており、取消しの訴えにおける主張の追加があったとしても、新たな

訴えの提起と捉えることはできない。

本問では、このような前提の下で、新たな主張の追加が認められるかについて検討する必要がある。学説には、新たな主張の追加を認める学説（肯定説）と認めない学説（否定説）がある。最判昭和 51 年 12 月 24 日は、法的安定性を重視する否定説を採用した。否定説は、法的安定性を主たる論拠とし、総会決議の効力を早期に確定することができることを法の趣旨と解している。一方で、肯定説は、会社にとっての法的安定性は、決議取消の訴えが適された段階で、相当程度破られている都市、原告株主に不利益を課してまで保護されるべき利益ではないとする。本問の検討にあたっては、これらの要素を検討する必要がある。なお、取消事由の追加という論点の関係では、主張の実質的な同一性について検討し、否定説の立場に立っても、実質的に同一の主張がなされたと解することも考えられる。もっとも、この点については、本問の事実関係の中で、「実質的に同一」と理解することの可否について別途検討がなされるべきである。

**2023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**

借地上建物の利用をめぐる、土地買受人との間で不動産賃借権の対抗力が問題とされた設問である。周知のように、土地賃借権の対抗要件としては、賃借権そのものの登記（民法605条）が考えられるものの、現実には稀であり、本件でも土地賃借権登記はなされていない。ただ、この場合でも、借地上建物について賃借人名義の建物所有権保存登記がなされていれば、それにより土地賃借権登記に代わり対抗力が認められている（借地借家法10条1項、旧建物保護法1条）。本問題は、そうした前提との下で、いくつかの点の検討を求める設問である。

第一に、建物保存登記の名義が借地人自身でなく、家族（具体的には賃借人の妻）である場合に、賃借権の対抗力が認められるか。判例は、賃借人の長男名義の保存登記につき、対抗力を否定しているが（最判昭和41・4・27民集20巻4号870頁）、他人名義の建物登記では建物所有権の公示機能すら認められないから、借地権登記の登記に代えることは許されないことなどを根拠とする。この否定説に対して、学説上は、この場合の借地権の対抗力は、建物所有権の公示機能とは別の次元の問題であり、土地所有権を取得しようとする第三者に対して他人の土地利用権の存在を推知せしめるに足りるものであればよいとして、対抗力を認める肯定説もきわめて有力である。

第二に、かりに上記の点に関して肯定説に立った場合、建物登記による対抗力の及ぶ範囲がどこまでかという問題が生ずる。複数の土地の一方のみが建物敷地となっている場合、敷地でない土地には対抗力は及ばないと考えられるからである（登記した建物をもって土地賃借権の登記に代用する趣旨のものとすることから、第三者が建物登記を見た場合に、その建物の登記によってどの範囲の土地賃借権につき対抗力が生じているかを知りうるものでなければならないとするものとして最判昭和44・12・23民集23巻12号2577頁）。

第三に、対抗力を欠く借地権の取扱いや保護を考える場合、考えられる法的構成として、土地買受人は民法177条の「第三者」に該当するかにつき、登記欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとの構成、同じく背信的悪意者として第三者に該当しないとの構成がありうる。またそのほか、177条でなく買受人による明渡し請求等の権利主張が権利濫用（民法1条3項）として許されないとの構成がありえよう。この場合、権利濫用判断の考慮要素として、土地買受人の主観的事実や態様、土地買受人・借地権者の利用の必要性、土地買受人の取得の対価等についての追加的な指摘も必要となろう。

## II

本問題は、委託を受けた保証人の一人が債権者からの請求を受けて債務の全額を弁済した場合に、債務者および他の保証人・物上保証人との間の求償関係を問うものである。

### 設問(1) 委託を受けた保証人の事後求償権

委託を受けた保証人である C は、B に対する事後求償権（459 条 1 項）を取得する。そこで、1200 万円全額を B に対して求償（事後求償）できる。

### 設問(2) 弁済者代位と同一人が保証人と物上保証人を兼ねる場合の扱い

保証人 C は、「弁済をするについて正当な利益を有する者」として弁済者代位（499 条、501 条）できる。そこで、C は、保証人 D にも保証債務の履行を請求でき、かつ、甲・乙上の抵当権も実行できることになる。問題は、保証人と物上保証人の地位を兼ねる D に対してどのような範囲で権利行使できるかということである。

判例（最判昭和 61・11・27 民集 40 卷 7 号 1205 頁）によると、「複数の保証人及び物上保証人の中に二重の資格をもつ者が含まれる場合における代位の割合は、〔旧〕501 条但書 4 号、5 号〔現 501 条 3 項 3 号・4 号〕の基本的な趣旨・目的である公平の理念に基づいて、二重資格をもつ者も一人と扱い、全員の頭数に応じた平等の割合である」とされる（一人説）。

この判例を参考にすれば、本問では、C、D、E はそれぞれ 400 万円を負担することになり（501 条 3 項 4 号本文）、C は、D との関係では、400 万円の限度で、その保証債務の履行をもとめ、または、甲上の抵当権の実行をすることができ、E との関係では、400 万円の限度で、乙上の抵当権の実行をすることができる。（※二人説の場合には、保証人 C・D は、各 300 万円（1200 万円／4 人）を、甲は、400 万円（600×2/3）を、乙は、200 万円（600×1/3）を負担することになる。）

以上