

**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
《B日程》 法律科目試験（刑法） 出題趣旨**

本問は正当防衛の成否と不作為犯の問題である。

侵害の予期と急迫性をめぐる問題であるが、本問は、万が一 C が攻撃してきたら護身用の果物ナイフで反撃する意図で、A が当該ナイフを準備していたケースである。

本問においては、正当防衛（刑法 36 条 1 項）における「急迫性の要件」が欠けるか否かという論点が見抜けるかどうかで、高得点かどうかが決まることに注意されたい。

「急迫性の要件」が欠けず正当防衛を認める見解、「急迫性の要件」が欠け正当防衛にも過剰防衛にもならないとする見解等が考えられるが、(かなり微妙であるが) 出題者としては正当防衛が認められると解する(傷害罪の構成要件に該当するが、違法性が阻却される)。

ただ、最決平成 29 年 4 月 26 日など、近時、侵害の予期の事例で正当防衛の成立を否定する判例も出現しており、受験生のうち正当防衛にも過剰防衛にもならないとする見解を支持していた者に対しても減点はしなかった。

不作為犯の作為義務がどこから生ずるのかに関しては、先行行為説、事実上の引受け説、支配領域性と排他的支配に着眼する説の主要三者が存在している。もし、A に正当防衛が認められるのなら、可罰的な行為が A に肯定できないため、A や B に不作為犯が成立しない可能性も出てこよう (A に正当防衛も過剰防衛も成立しないとの見解を支持するならば別。ただ、本問の答案を作成する上で先行行為説に与するのは推奨できない)。他方、A や B は遺棄の意図で乗用者に C を収容しているので、事実上の引受け説だと A を不作為犯に問擬できない可能性も出てくるであろう (従って、本問の答案を作成する過程で事実上の引受け説に立脚することも推奨できない)。となると、支配領域性と排他的支配に着眼する説を採るのが無難であるように思われる。本説に依拠すれば、A と B に保証人的地位を肯認することができるであろう。なお、C が他者から発見困難である A の乗用車に収容されている部分は重要視されなければならない。「救急車で搬送しない」不作為態度、「医師による治療を受けさせない」不作為態度が認められるため、A と B に保証人的地位を認めることは容易であろう。しかも、2020 年 12 月 11 日午後 1 時から午後 2 時 30 分の間に、C を病院に運んでいれば、C は確実に救命されていたことが裁判時に判明しており、かかる事情を考慮すれば、不作為の因果関係も肯定される。上記の理由で、A と B に殺人罪ないし保護責任者遺棄致死罪を認める答案には高い評価をした (ただ、A と B に殺意が抱いているケースであるため、保護責任者遺棄罪とするのは苦しいだろう。出題者は、本問では、A と B に不作為による殺人罪の共同正犯が認められるものと解する)。

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
《B日程》 法律科目試験（憲法） 出題趣旨**

本問は、公務員の労働基本権（憲法 28 条）を制約する国公法の合憲性について検討することを求めている。全農林警職法事件判決（最大判 1973（昭 48）年 4 月 25 日）は、「公務員の地位の特殊性と職務の公共性」を強調した上で、財政民主主義・市場の抑止力の欠如・代償措置の存在等を理由として、国家公務員の争議権を一律かつ全面的に禁止し、争議行為のあおり行為に刑事罰を科す国公法が合憲であるとした。地方公務員の争議行為が争われた岩手教組学テ事件判決（最大判 1976（昭 51）年 5 月 21 日）と現業公務員の争議行為が争われた名古屋中郵事件判決（最大判 1977（昭 52）年 5 月 4 日）も、同様の結論を導いている。

これに対して、諸判例が示す理由付けは国公法が合憲である理由付けとして妥当か、国公法上の労働基本権の制限は必要最小限度の範囲にとどまっているか（芦部信喜『憲法（第 7 版）』（岩波書店、2019 年）289 頁）等の観点から検討することが想定される。後者に関して、争議行為のあおり行為に対して刑事罰を科すことについては、刑罰謙抑主義（憲法 31 条、名古屋中郵事件判決団藤反対意見）の観点から、合憲限定解釈／「二重の絞り」（可罰対象を、争議行為の違法性が強く、あおり行為が争議行為に通常随伴するものではない場合に限定すること）をせずに適用することの合憲性を問うことも想定される。

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
《B日程》 法律科目試験（商法） 出題趣旨**

（問1）次のような瑕疵があり、本件新株発行の効力に影響を与えられらる。

株主に対する募集事項の公示の欠如は、原則として募集株式発行の無効原因となる（最判平成9年1月28日民集51巻1号71頁）。その他、募集株式発行の差止原因となる法令違反として、取締役会決議および株主総会決議の欠缺がある。また、通説によれば、本件新株発行においてAが特定引受人となるため、会社法206条の2が定める手続を欠いていることが、無効原因となる。

（問2）新株の効力発生前の手続として、会社法210条2号の差止事由があるほか、それを本案とする民事保全法23条2項の仮地位仮処分をとることが可能である。

新株の効力発生後には、代表取締役が対外的に募集株式の発行を行った場合には、新株発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があることに鑑みれば、その効力を画一的に判断する必要がある、たとえAおよびその関係者が本件新株を現在も保有していたとしても、有効と解すべきである（最判平成6年7月14日判時1512号178頁）。ただし、会社法206条の2違反を新株発行無効原因と解する立場も認められる。

また、取締役の対第三者責任の追及も可能であろう。

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
《B日程》 法律科目試験（民法） 出題趣旨**

I

この事例においては、所有権が侵害された場合に、所有者の権利主張は権利濫用であるかどうか、つまり、権利濫用の判断基準が問題となっている（設問1）。また、権利濫用として権利行使が禁止された場合に、権利者の利益がどのように保護されるべきかが問題となっている（設問2）。

[設問1] について

現在の判例・学説によれば、権利濫用であるかどうかは、権利行使の意図・目的・動機といった権利者の主観的要素と、権利行使によって得られる権利者の利益と、権利行使が阻止されることにより保護される相手方の利益との客観的な利益衡量という客観的な要素を総合的に勘案して判断されている。なぜなら、客観的な利益衡量のみによって権利濫用の有無を判断するならば、不法になされた既成事実を結果として追認してしまうおそれがあり、また、相手方の利益が公共性を持つ場合には私的利益に対する公益の一方的優先を認める結果ともなる恐れがあるからである。

本事例においては、XはYの引湯管が本件土地の上に設置されていることを知りながら、本件土地を購入したうえで、時価4万円程度であったにもかかわらず、600万円での買い取りをYに要求しことからみると、Xの本件土地を購入した目的は、不当な利益を得るためであると言える。また、本件土地は、非常に急な傾斜地にあって利用価値がほとんどないのに対し、Yは引湯管を本件土地から移転して再度設置するには1500万円程度の費用がかかり、しかも温泉街も約一年間の休業を余儀なくされ、多くの村民の生計に大きな影響を与える。このように、権利行使が阻止されることにより保護されるY側および地域の利益は、権利行使によって得られたXの利益より遥かに大きい。Xの主観的要素からしても、客観的な利益衡量からにしても、Xの権利行使が正当な範囲を超えるものであり、権利濫用に該当すると解すべきである。従って、本件土地から引湯管の除去を求めるXの請求が認められない。

[設問2] について

民法1条3項の権利濫用の禁止は、権利の行使が否定されるのみであり、権利そのものを否定するものではないため、権利濫用の禁止は紛争の当面の解決には資するものの、根本的・終局的な解決をもたらすものではない。本件においては、権利濫用として、Xの主張が認められないが、Xは本件土地の所有権を有していることと、Yの行為はXの所有権を侵害していることに変わりはない。問題を根本的に解決するためには、Xから本件土地の利用権の設定、あるいは土地の買い取るといった措置をYに対して要求することがで

き、Y はこれを拒否することが許されない。また、Yによって侵害された分については、不当利得として、XはYに対して返還請求をすることができる。

II

本問は、スポーツ施設の完成が遅れたことが債務不履行にあたるとして、本件会員権契約のみならず、本件売買契約まで解除することができるかという問題の理論構成を問うものである。「本件売買契約」において債務不履行がなされているわけではないが、「本件会員権契約」における債務不履行（施設の完成の遅延）を理由として、「本件売買契約」を解除することができるかが問題となる。すなわち、一方の契約における債務不履行を理由として、他方の契約を解除することができるか、できるとすれば、どのような要素が判断基準となるか、である。

判例によると、「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった2個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができる」としたうえで、「本件不動産は、……スポーツ施設を利用することを主要な目的としたいわゆるリゾートマンションであり、……本件不動産をそのような目的を持つ物件として購入したものであるとうかがわれ、……完成の遅延という本件会員権契約の要素たる債務の履行遅滞により、本件売買契約を締結した目的を達成することができなくなった」というべきであるとして、履行遅滞を理由として、改正前民法 541 条により本件売買契約を解除することができる判断している（最判平成 8・11・12 民集 50-10-2673）。

最高裁は、複数契約のうち、1つの契約上の債務の不履行を理由に他の契約まで解除することができるかの判断基準として、各契約が相互に密接に関連づけられていること、契約締結の目的が全体として達成されないことを挙げている。この点を正確に記述することが求められる。

もっとも、その判断基準へ本問の事実を当てはめる際には、注意を要する。屋内プールの着工・完成を求める X の再三の要求にもかかわらず、最終的に Y は当初の予定を変更し、屋内プールの着工しないことを明示していることから、X の解除の根拠は、改正後民法 542 条 1 項 3 号となると考えられる。そうすると、本問における事実をふまえ、「残存する部分のみでは契約をした目的を達することができない」といえるかどうかを検討する必要があるといえる。本問においては、X は「水泳を趣味としており、屋内プールの利用にひかれ」、本件売買契約および本件会員契約を締結しており、「屋内プールの完成を心待ちにしていた」。他方で、X は予定通りに完成したマンションに入居・居住しており、未 completion となった屋内プール以外の各スポーツ施設は利用している。以上のような前掲平成 8 年

最高裁判決の事案とは異なる点について意識しつつ、結論にどのような影響を及ぼすかについて丁寧に検討することが求められる。

以上