

2020 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、大規模建造物の火災事故(ホテル・ニュージャパン火災、川治プリンスホテル火災など)における各関係者の刑責(過失犯の成否)を問うものである。各関係者との関係で、いくつかの論点が組み合わされており、複雑なもののように見えるが、いずれも基本的な論点を問うものであり、きちんと整理したうえで丁寧に検討すれば、さほど困難なものではない。

1 現場の従業員の不適切な避難誘導等によって多数の死傷者が発生したことについては、過失犯の基本的な問題であり、宿泊客の死傷に対する従業員の結果予見可能性(義務)と結果回避可能性(義務)の有無を検討することになる。結論として、Zらに業務上過失致死傷罪の成立が認められる。十分な防火訓練を受けていなかったことに着目して、「期待可能性」を検討する余地はあるが、重要な論点ではない。

2 消防法上の防火管理者である Y については、最低限の防火対策しかできなかったことや、X に進言を拒否され続けていた事情をも加味して、宿泊客の死傷に対する結果予見可能性(義務)と結果回避可能性(義務)を検討することになる。その際、現場従業員の適切な行動を期待してよかったか(「信頼の原則」の適用の有無)も重要な論点である。結論として、Y には業務上過失致死傷罪の成立が認められる。ここでも、期待可能性は重要な論点ではない。

3 消防法上の管理権原者の地位にあった X については、ワンマン経営者で、支出削減にこだわって、防火体制に全く配慮を示していなかったこと等の事情を加味して、宿泊客の死傷に対する結果予見可能性(義務)と結果回避可能性(義務)を検討することになる。その際、X よりも下位の立場(より死傷結果発生に近い立場)にある者(Y および Zら)の適切な行動を期待してよかったか(「信頼の原則」の適用の有無)も重要な論点である。結論として、Y には業務上過失致死傷罪の成立が認められる。

以上

**2020 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**

いわゆる税関検査をめぐる憲法論上の論点を問うものである。

税関検査をめぐるのは複数の論点がありうるが、代表的なものとして、第一、税関検査は憲法 21 条 2 項で禁止される「検閲」にあたるのではないかという点、第二、関係条文の規定は不明確であり、表現の自由（憲法 21 条 1 項）との関係で「明確性」が問題になるのではないかという点が挙げられよう。

税関検査が「検閲」に当たるかが争われた最大判 1984(昭 59)年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁は、憲法 21 条 2 項にいう「検閲」の禁止は絶対的禁止であるとして同「検閲」についての定義を行った。また、同最大判は、当時の関税定率法（現、関税法）の規定にいう「風俗を害すべき書籍、図画」の「風俗」は「専ら性的風俗を意味」し、同規定により輸入禁止の対象となるのは「わいせつな書籍、図画等」であると限定的な解釈ができるので「明確性」に欠けるものではないとした。これらを手がかりに、論述を行うことが期待される。

2020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】

（設問の趣旨）代表取締役の選定・解職権を取締役会が有する趣旨を理解しているか。

①定款自治および株主総会の決議事項の限界を理解しているか

現行会社法では、定款自治が広く認められていることから、強行法規に反しない限り、法令・定款で定められた事項を広く、株主総会で決議できるとされている。ただし、伝統的な学説では、性質上株主総会の決議事項としてなじまないものがあることを認め、それらの事項は、株主総会において決議することは認められないとする。

②非公開会社のガバナンスの基本を理解しているか

現行会社法は、所有と経営が明確に分離して「公開会社」と、所有と経営の分離が不完全または未分離の全株式譲渡制限会社との二つのタイプの会社形態を認めている。

前者は、株主が取締役を選任し、その取締役が選定した代表取締役が具体的な業務の執行を行う機関設計を基本とする。この機関設計では、取締役の選解任権で代表取締役をコントロールすることを基本としている。

後者の全株式譲渡制限会社では、株主が直接経営に参画することを基本としている。

③代表取締役の選定を取締役会権限とする趣旨を理解しているか

全株式譲渡制限会社においても、取締役会を任意に設置することは認められている。取締役会を任意に設置している会社については、公開会社に準じ、取締役会の代表取締役の監督権限を奪うような定款の定めを無効とするかが問題となる。

株主の構成が日々変化することを前提とした公開会社では、株主による業務執行の監督が杜撰になる恐れがあることから、取締役会という監督機関を設置し、それを通じた業務執行の監督を図るという仕組みを採用している。

しかし、株主が固定化している全株式譲渡制限会社では、そのようなおそれもないことから、代表取締役の選定を株主総会の決議事項とすることは有効と考えられる。

【設問2】

（設問の趣旨）無効な決議において、選定された当該代表取締役のなした取引の効力

①無効の確認の訴えを理解しているか

株主総会決議無効確認の訴えは、株主総会の決議内容に法令違反がある場合、その無効を確認する訴えである。この場合、決議の効力は決議の時点に遡って無効が確定する。

②取引の相手方の保護をどのように図るかについて理解しているか。

代表取締役の選定決議の効力を遡って無効とすると、それまでに取引を行った相手方の利益が害されるおそれがあり、どのように保護するかが問題となる。

そこで、その者が行った取引の相手方は、通常表見法理(不実の登記(会 908Ⅱ)、表見代表取締役(会 354)の適用・準用、民法の表見代理(民 109、110、112 等)等)によって、保護されるべきと解される。

**2020 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、「本人の無権代理人相続」に関するものである。本問では、無権代理人 B の相続人である本人 A (889 条 1 項) が①無権代理行為を追認拒絶できるか(民法 113 条), ②無権代理人の責任を負うか(民法 117 条)についての検討を通じて, C による A に対する移転登記請求の可否を問うものである。

①については、無権代理の効果は本人に帰属しないところ、判例(昭和 37・4・20 民集 16 卷 4 号 955 頁)は、本問のような本人の無権代理人相続事例において、無権代理行為が相続とともに当然に有効になるとするのではなく、「相続人たる本人が、被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反することはないから、被相続人の無権代理行為は、一般に、本人の相続により、当然有効となるものではない」と述べる。

②については、判例(最判昭和 48・7・3 民集 27 卷 7 号 751 頁)は、「民法 117 条による無権代理人の債務が相続の対象となることは明らかであって、このことは本人が無権代理人を相続した場合でも異なるから、本人は相続により無権代理人の右債務を承継するのであり、本人として無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあったからといって右債務を免れることはできない」と述べる。

本問では、判例を参考にすると、A は、上記①からすれば、追認拒絶して、履行を拒絶することができることになるにもかかわらず、上記②からすれば、民法 117 条に基づいて、履行責任を負うことになる。そこで、特に本問のような特定物の給付について、この二つの異なる解決策の整合性をどのように考えればよいかをさらに考える必要がある。

II は、債権譲渡の対抗要件制度の趣旨を踏まえたうえで、債権の二重譲渡において優劣をどのように決すべきかを問うものである。

(1) について。債権譲渡において 467 条 2 項の第三者に対する対抗要件は以下のような趣旨を持っている。通常債権を譲り受けようとする者は債務者に対してその存否や帰属を確かめるものであるため、債権が移転した場合債務者にその移転の事実を認識させなければならない。そのため、債務者への通知・承諾により債務者に債権の移転を認識させ、利害関係人からの問い合わせに債務者が回答することで不完全ながらも一種の公示機能をはかっているのである。そのうえで、確定日付のある証書による通知を行う場合には、発信時に付せられる確定日付と到達時とがずれるところ、いずれを基準として優劣を決するかが問題となる。この点について、判例は、通知の債務者への到達の先後によってこれを決定している。債権譲渡の対抗要件は債務者の認識を基準にするのに、確定日付の先後を基準にすると確定日付の早い者は通知が遅れても優先することになってし

まう、また、確定日付で優劣を決すると先に確定日付を得た譲受人は通知を急ぐ必要はなくなり、債務者に情報を集めるという対抗要件主義の趣旨を達成できないからである。

以上によれば、BはDに対して弁済をしなければならない。

(2)について。債権の二重譲渡において、確定日付ある証書による通知が同時に債務者のもとに到達しているところ、債務者は一方の債権者の弁済の求めに応じなければならないか。双方とも対抗要件を備えている以上、判例ではともに債務者に対する関係では完全な債権者として全額の弁済を請求できるとされている。この場合、債務者は一方の債権者に弁済をすれば免責される。

以上によれば、Cは、Bによる本件債権全額の弁済の求めに応じなければならない。