

旧司法試験 憲法 平成 20 年度第 1 問

問題文

A 自治会は、「地縁による団体」（地方自治法第 260 条の 2）の認可を受けて地域住民への利便を提供している団体であるが、長年、地域環境の向上と緑化の促進を目的とする団体から寄付の要請を受けて、班長らが集金に当たっていたものの、集金に応じる会員は必ずしも多くなかった。

そこで、A 自治会は、班長らの負担を解消するため、定期総会において、自治会費を年 5000 円から 6000 円に増額し、その増額分を前記寄付に充てる決議を行った。

A 自治会に所属する X は、上記決議には憲法上の問題があるとして、決議が無効であることの確認を求める訴えを提起した。

以上の事実を前提として、以下の設問に答えよ。

〔設問 1〕

あなたが X の訴訟代理人となった場合において、いかなる憲法上の主張を行うべきかについて論じなさい。

〔設問 2〕

設問 1 における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、A 自治会の反論を想定しつつ、論じなさい。

（一部改題）

〔改題前の問題〕

A 自治会は、「地縁による団体」（地方自治法第 260 条の 2）の認可を受けて地域住民への利便を提供している団体であるが、長年、地域環境の向上と緑化の促進を目的とする団体から寄付の要請を受けて、班長らが集金に当たっていたものの、集金に応じる会員は必ずしも多くなかった。

そこで、A 自治会は、班長らの負担を解消するため、定期総会において、自治会費を年 5000 円から 6000 円に増額し、その増額分を前記寄付に充てる決議を行った。この決議に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

旧司法試験 憲法 平成 21 年度第 1 問

問題文

自動車の多重衝突により多数の死傷者が出た交通事故の発生前後の状況を、たまたまその付近でドラマを収録していたテレビ局 A のカメラマンがデジタルビデオカメラで撮影しており、A がこれを編集の上ニュース番組で放映した後、撮影時の生データが記録されたディスクを保管していたところ、同事故を自動車運転過失致死傷事件として捜査中の司法警察員が、令状に基づき同ディスクを差し押さえた。

また、上記の交通事故を取材していたテレビ局 B が、一般人が撮影したデジタルデータの記録されたディスクを入手し、それを編集の上ニュース番組で放映したところ、同事故に関する自動車運転過失致死傷被告事件の係属する裁判所が、B に対し、同ディスクの提出命令を発した。

A 及び B は、それぞれ上記措置に対して（準）抗告を申し立てた。

以上の事実を前提として、A 及び B の主張並びに想定される国の主張を簡潔に指摘し、その上でこれらの点に関するあなた自身の見解を述べなさい。

（一部改題）

[改題前の問題]

自動車の多重衝突により多数の死傷者が出た交通事故の発生前後の状況を、たまたまその付近でドラマを収録していたテレビ局のカメラマンがデジタルビデオカメラで撮影しており、テレビ局がこれを編集の上ニュース番組で放映した後、撮影時の生データが記録されたディスクを保管していたところ、同事故を自動車運転過失致死傷事件として捜査中の司法警察員が、令状に基づき同ディスクを差し押さえた。

この事例に含まれる憲法上の問題点について、その交通事故を取材していたテレビ局が、一般人が撮影したデジタルデータの記録されたディスクを入手し、それを編集の上ニュース番組で放映したところ、同事故に関する自動車運転過失致死傷被告事件の係属する裁判所が、テレビ局に対し、同ディスクの提出命令を発した場合と比較しつつ、論ぜよ。

平成 27 年予備試験 行政法

問題文

A 県に存する B 川の河川管理者である A 県知事は、1983 年、B 川につき、河川法第 6 条第 1 項第 3 号に基づく河川区域の指定（以下「本件指定」という。）を行い、公示した。本件指定は、縮尺 2500 分の 1 の地図に河川区域の境界を表示した図面（以下「本件図面」という。）によって行われた。

C は、2000 年、B 川流水域の渓谷にキャンプ場（以下「本件キャンプ場」という。）を設置し、本件キャンプ場内にコテージ 1 棟（以下「本件コテージ」という。）を建築した。その際、C は、本件コテージの位置につき、本件図面が作成された 1983 年当時と土地の形状が変化しているため不明確ではあるものの、本件図面に表示された河川区域の境界から数メートル離れており、河川区域外にあると判断し、本件コテージの建築につき河川法に基づく許可を受けなかった。そして、河川法上の問題について、2014 年 7 月に至るまで、A 県知事から指摘を受けることはなかった。

2013 年 6 月、A 県知事は、C に対し、本件コテージにつき建築基準法違反があるとして是正の指導（以下「本件指導」という。）をした。C は、本件指導に従うには本件コテージの大規模な改築が必要となり多額の費用を要するため、ちゅうちょしたが、本件指導に従わなければ建築基準法に基づく是正命令を発すると迫られ、やむなく本件指導に従って本件コテージを改築した。C は、本件コテージの改築を決断する際、本件指導に携わる A 県の建築指導課の職員 D に対し、「本件コテージは河川区域外にあると理解しているが間違いはないか。」と尋ねた。D は、A 県の河川課の担当職員 E に照会したところ、E から「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受けたので、その旨を C に伝えた。

2014 年 7 月、A 県外にある他のキャンプ場で河川の急激な増水による事故が発生したことを契機として、A 県知事は本件コテージの設置場所について調査した。そして、本件コテージは、本件指定による河川区域内にあると判断するに至った。そこで、A 県知事は、C に対し、行政手続法上の手続を執った上で、本件コテージの除却命令（以下「本件命令」という。）を発した。

C は、本件命令の取消しを求める訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）を提起し、本件コテージが本件指定による河川区域外にあることを主張している。さらに、C は、このような主張に加えて、本件コテージが本件指定による河川区域内にあると仮定した場合にも、本件命令の何らかの違法事由を主張することができるか、また、本件取消訴訟以外に何らかの行政訴訟を提起することができるかという点を、明確にしておきたいと考え、弁護士 F に相談した。F の立場に立って、以下の設問に答えなさい。なお、河川法及び同法施行令の抜粋を資料として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問 1〕

本件取消訴訟以外にCが提起できる行政訴訟があるかを判断する前提として、本件指定が抗告訴訟の対象となる処分当たるか否かを検討する必要がある。本件指定の処分性の有無に絞り、河川法及び同法施行令の規定に即して検討しなさい。なお、本件取消訴訟以外にCが提起できる行政訴訟の有無までは、検討しなくてよい。

〔設問2〕

本件コテージが本件指定による河川区域内にあり、本件指定に瑕疵はないと仮定した場合、Cは、本件取消訴訟において、本件命令のどのような違法事由を主張することが考えられるか。また、当該違法事由は認められるか。

【資料】

○ 河川法（昭和39年7月10日法律第167号）（抜粋）

（河川区域）

第6条 この法律において「河川区域」とは、次の各号に掲げる区域をいう。

一 河川の流水が継続して存する土地及び地形、草木の生茂の状況その他その状況が河川の流水が継続して存する土地に類する状況を呈している土地（中略）の区域

二 （略）

三 堤外の土地（中略）の区域のうち、第1号に掲げる区域と一体として管理を行う必要があるものとして河川管理者が指定した区域〔注：「堤外の土地」とは、堤防から見て流水の存する側の土地をいう。〕

2・3 （略）

4 河川管理者は、第1項第3号の区域（中略）を指定するときは、国土交通省令で定めるところにより、その旨を公示しなければならない。これを変更し、又は廃止するときも、同様とする。

5・6 （略）

（河川の台帳）

第12条 河川管理者は、その管理する河川の台帳を調製し、これを保管しなければならない。

2 河川の台帳は、河川現況台帳及び水利台帳とする。

3 河川の台帳の記載事項その他その調製及び保管に関し必要な事項は、政令で定める。

4 河川管理者は、河川の台帳の閲覧を求められた場合においては、正当な理由がなければ、これを拒むことができない。

（工作物の新築等の許可）

第26条 河川区域内の土地において工作物を新築し、改築し、又は除却しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、河川管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

2～5 （略）

（河川管理者の監督処分）

第 75 条 河川管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、（中略）工事その他の行為の中止、工作物の改築若しくは除却（中略）、工事その他の行為若しくは工作物により生じた若しくは生ずべき損害を除去し、若しくは予防するために必要な施設の設置その他の措置をとること若しくは河川を原状に回復することを命ずることができる。

一 この法律（中略）の規定（中略）に違反した者（以下略）

二・三 （略）

2～10 （略）

第 102 条 次の各号のいずれかに該当する者は、1 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する。

一 （略）

二 第 26 条第 1 項の規定に違反して、工作物の新築、改築又は除却をした者

三 （略）

○ 河川法施行令（昭和 40 年 2 月 11 日政令第 14 号）（抜粋）

（河川現況台帳）

第 5 条 （略）

2 河川現況台帳の図面は、付近の地形及び方位を表示した縮尺 2500 分の 1 以上（中略）の平面図（中略）に、次に掲げる事項について記載をして調製するものとする。

一 河川区域の境界

二～九 （略）

平成 28 年予備試験 行政法

問題文

株式会社X（代表取締役はA）は、Y県で飲食店Bを営んでいるところ、平成28年3月1日、B店において、Xの従業員Cが未成年者（20歳未満の者）であるDら4名（以下「Dら」という。）にビールやワイン等の酒類を提供するという事件が起きた。

Y県公安委員会は、Xに対し、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下「法」という。【資料1】参照。）第34条第2項に基づく営業停止処分をするに当たり、法第41条及び行政手続法所定の聴聞手続を実施した。聴聞手続においては、以下のとおりの事実が明らかになった。

- ① 未成年者の飲酒に起因する事故等が社会的な問題となり、飲食店業界においても、未成年者の飲酒防止のために積極的な取組が行われているところ、B店では、未成年者に酒類を提供しないよう、客に自動車運転免許証等を提示させて厳格に年齢確認を実施していた。
- ② 事件当日には、未成年者であるDらとその友人の成年者であるEら4名（以下「Eら」という。）が一緒に来店したために、Cは、Dらが未成年者であることを確認した上で、DらのグループとEらのグループを分けて、それぞれ別のテーブルに案内した。
- ③ Cは、Dらのテーブルには酒類を運ばないようにしたが、二つのテーブルが隣接していた上に、Cの監視が行き届かなかったこともあって、DらはEらから酒類を回してもらい、飲酒に及んだ。
- ④ その後、B店では、このような酒類の回し飲みを防ぐために、未成年者と成年者としてフロアを分けるといった対策を実施した。

聴聞手続に出頭したAも、これらの事実について、特に争うところはないと陳述した。その後、聴聞手続の結果を受けて、Y県公安委員会は、法第34条第2項に基づき、Xに対し、B店に係る飲食店営業の全部を3か月間停止することを命じる行政処分（以下「本件処分」という。）をした。

その際、本件処分に係る処分決定通知書には、「根拠法令等」として「法第32条第3項、第22条第6号違反により、法第34条第2項を適用」、「処分の内容」として「平成28年5月1日から同年7月31日までの間（3か月間）、B店に係る飲食店営業の全部の停止を命ずる。」、「処分の理由」として、「Xは、平成28年3月1日、B店において、同店従業員Cをして、Dらに対し、同人らが未成年者であることを知りながら、酒類であるビール及びワイン等を提供したものである。」と記されていた。

Y県公安委員会は、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の基準」（以下「本件基準」という。【資料2】参照）を定めて公表しているところ、本件基準によれば、未成年者に対する酒類提供禁止違反（法第32条

第3項、第22条第6号)の量定は「Bランク」であり、「40日以上6月以下の営業停止命令。基準期間は、3月。」と定められていた(本件基準1、別表[飲食店営業]〈法(中略)の規定に違反する行為〉(10))。

Aは、処分決定通知書を本件基準と照らし合わせてみても、どうしてもこのように重い処分になるのか分からないとして、本件処分に強い不満を覚えるとともに、仮に、B店で再び未成年者に酒類が提供されて再度の営業停止処分を受ける事態になった場合には、本件基準2の定める加重規定である「最近3年間に営業停止命令を受けた者に対し営業停止命令を行う場合の量定は、(中略)当該営業停止命令の処分事由について1に定める量定の長期及び短期にそれぞれ最近3年間に営業停止命令を受けた回数²の2倍の数を乗じた期間を長期及び短期とする。」が適用され、Xの経営に深刻な影響が及ぶおそれがあるかもしれないことを危惧した。

そこで、Xは、直ちに、Y県を被告として本件処分の取消訴訟を提起するとともに、執行停止の申立てをしたが、裁判所は「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」とは認められないとして、この申立てを却下した。

Xの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、法の抜粋を【資料1】、本件基準の抜粋を【資料2】として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件処分の取消訴訟の係属中に営業停止期間が満了した後には、いかなる訴訟要件が問題となり得るか。また、当該訴訟要件が満たされるためにXはどのような主張をすべきか、想定されるY県の反論を踏まえつつ検討しなさい。

〔設問2〕

本件処分の取消訴訟につき、本案の違法事由としてXはどのような主張をすべきか、手続上の違法性と実体上の違法性に分けて、想定されるY県の反論を踏まえつつ検討しなさい。なお、本件処分について行政手続法が適用されること、問題文中の①から④までの各事実については当事者間に争いがないことをそれぞれ前提にすること。

【資料１】

○ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和２３年法律第１２２号）（抜粋）

（禁止行為）

第２２条 風俗営業を営む者は、次に掲げる行為をしてはならない。

一～五 （略）

六 営業所で二十歳未満の者に酒類又はたばこを提供すること。

（深夜における飲食店営業の規制等）

第３２条

１・２ （略）

３ 第２２条（第３号を除く。）の規定は、飲食店営業を営む者について準用する。

（以下略）

（指示等）

第３４条

１ （略）

２ 公安委員会は、飲食店営業者〔(注)「飲食店営業者」とは、「飲食店営業を営む者」をいう。〕若しくはその代理人等が当該営業に関し法令（中略）の規定に違反した場合において、（中略）少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるとき（中略）は、当該飲食店営業者に対し、当該施設を用いて営む飲食店営業について、６月を超えない範囲内で期間を定めて営業の全部又は一部の停止を命ずることができる。

（聴聞の特例）

第４１条 公安委員会は、（中略）第３４条第２項、（中略）の規定により営業の停止を（中略）命じようとするときは、行政手続法（平成５年法律第８８号）第１３条第１項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。

２～４ （略）

【資料２】

○ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の基準（抜粋）

〔飲食店営業〕

（量定）

１ 営業停止命令の量定の区分は、次のとおりとし、各処分事由に係る量定は、別表に定めるところによるものとする。

Aランク ６月の営業停止命令。

Bランク ４０日以上６月以下の営業停止命令。基準期間は３月。

Cランク～H３ランク （略）

（常習違反加重）

- 2 最近 3 年間に営業停止命令を受けた者に対し営業停止命令を行う場合の量定は、その処分事由に係る量定が A ランクに相当するときを除き、当該営業停止命令の処分事由について 1 に定める量定の長期及び短期にそれぞれ最近 3 年間に営業停止命令を受けた回数の 2 倍の数を乗じた期間を長期及び短期とする。ただし、その長期は、法定の期間を超えることができない。

(営業停止命令に係る期間の決定)

- 3 営業停止命令により営業の停止を命ずる期間は、次のとおりとする。

- (1) 原則として、量定が A ランクに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合は、1 に定める基準期間（2 に規定する場合は当該処分事由について定められた基準期間の 2 倍の期間を基準期間とする。）によることとする。
- (2) 量定が A ランクに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合において次に掲げるような処分を加重し、又は軽減すべき事由があるときは、(1)にかかわらず、情状により、1 に定める量定の範囲内において加重し、又は軽減するものとする。

ア 処分を加重すべき事由とは、例えば、次のようなものである。

- (ア) 最近 3 年間に同一の処分事由により行政処分に処せられたこと。
- (イ) 指示処分の期間中にその処分事由に係る法令違反行為と同種の法令違反行為を行ったこと。
- (ウ) 処分事由に係る行為の態様が著しく悪質であること。
- (エ) 従業者の大多数が法令違反行為に加担していること。
- (オ) 悔悛の情が見られないこと。
- (カ) 付近の住民からの苦情が多数あること。
- (キ) 結果が重大であり、社会的反響が著しく大きいこと。
- (ク) 16 歳未満の者の福祉を害する法令違反行為であること。

イ 処分を軽減すべき事由とは、例えば、次のようなものである。

- (ア) 他人に強いられて法令違反行為を行ったこと。
- (イ) 営業者（法人にあっては役員）の関与がほとんどなく、かつ、処分事由に係る法令違反行為を防止できなかったことについて過失がないと認められること。
- (ウ) 最近 3 年間に処分事由に係る法令違反行為を行ったことがなく、悔悛の情が著しいこと。
- (エ) 具体的な営業の改善措置を自主的に行っていること。
- (3) 量定が A ランクに相当するもの以外のものについて、処分を軽減すべき事由が複数あり、営業停止処分を行うことが著しく不合理であると認められるときは、(1)(2)にかかわらず、営業停止処分を行わないこととする。

別表（抜粋）

〔飲食店営業〕

＜法若しくは法に基づく命令又は法に基づく条例の規定に違反する行為＞

- (10) 未成年者に対する酒類・たばこ提供禁止違反（第 32 条第 3 項、第 22 条第 6 号）の量定 B ランク

旧司法試験 民法 平成 19 年度第 1 問

問題文

買主 X は、売主 A との間で、A が所有する唯一の財産である甲土地の売買契約を締結した。ところが、X が A から所有権移転登記を受ける前に、A は、B に対して、甲土地について贈与を原因とする所有権移転登記をした。

- 1 上記の事案において、(1) A B 間の登記に合致する贈与があった場合と、(2) A B 間に所有権移転の事実はなく A B 間の登記が虚偽の登記であった場合のそれぞれについて、X が、B に対して、どのような権利に基づいてどのような請求をすることができるかを論ぜよ。
- 2 上記の事案において、B は、甲土地について所有権移転登記を取得した後、C に対して、甲土地を贈与し、その旨の所有権移転登記をした。

この事案において、(1) A B 間の登記に合致する贈与があった場合と、(2) A B 間に所有権移転の事実はなく A B 間の登記が虚偽の登記であった場合のそれぞれについて、X が、C に対して、どのような権利に基づいてどのような請求をすることができるかを論ぜよ。

旧司法試験 民法 平成 22 年度第 2 問

問題文

Bは、Aから300万円で購入した鋼材(以下「本件鋼材」という。)を自分の工場で筒状に成形し、それに自己所有のバルブを溶接して暖房設備用のパイプ(以下「本件パイプ」という。)を製造した。その後、Bは、Cから本件パイプの取付工事を依頼され、Cとの間で代金を600万円(その内訳は、本件パイプの価格が500万円、工事費用が100万円である。)とする請負契約を締結した。工事は完成し、本件パイプは壁に埋め込まれて建物と一体化したが、CからBへの代金の支払はまだされていない。

この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問1と小問2は、独立した問いである。

- 1 Bは、Aに代金を支払う際、Dから300万円の融資を受けたので、本件パイプにDのために譲渡担保権を設定し、占有改定による引渡しも済ませたが、BD間の約定では、Bの請け負った工事について本件パイプの使用が認められていた。
 - (1) CD間の法律関係について論ぜよ。
 - (2) BC間で請負契約が締結された直後、BはCに対する請負代金債権をEに譲渡し、確定日付のある証書によってCに通知していたという事実が加わったとする。この場合における、請負代金債権に関するDE間の優劣について論ぜよ。
- 2 AがBに売却した本件鋼材の所有者は、実はFであり、Aは、Fの工場から本件鋼材を盗み、その翌日、このことを知らないBに本件鋼材を売却した。本件鋼材の時価は400万円であるにもかかわらず、Aは、Bに300万円で慌てて売却しており、このようなAの態度からしてBには盗難の事実を疑うべき事情があった。他方、Cは、Bが専門の建築業者であったことから、盗難の事実を知らず、また知ることができなかった。この場合における、BF間及びCF間の法律関係について論ぜよ。

平成 23 年司法試験 民事系第 2 問（商法）

問題文

〔第 2 問〕（配点：100）

次の文章を読んで、後記の設問に答えよ。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、携帯電話の販売を目的とする会社法上の公開会社であり、その株式を P 証券取引所の新興企業向けの市場に上場している。

A は、甲社の創業者として、その発行済株式総数 1000 万株のうち 250 万株の株式を有していたが、平成 21 年 12 月に死亡した。そのため、A の唯一の相続人である B は、その株式を相続した。

なお、甲社は、種類株式発行会社ではない大会社である。

2. 甲社は、携帯電話を低価格で販売する手法により急成長を遂げたが、スマートフォン市場の拡大という事業環境の変化への対応が遅れ、平成 22 年に入り、その経営に陰りが見え始めた。そこで、甲社の代表取締役である C は、甲社の経営を立て直すため、大手電気通信事業者であり、甲社株式 30 万株を有する乙株式会社（以下「乙社」という。）との間で資本関係を強化して、甲社の販売力を高めたいと考えた。

そこで、C は、乙社に対し資本関係の強化を求め交渉したところ、乙社から、「市場価格を下回る価格であれば、更に甲社株式を取得してよい。ただし、B に甲社株式を手放させ、創業家の影響力を一掃してほしい。」との回答を受けた。

3. これを受けて、C が B と交渉したところ、B は、相続税の支払資金を捻出する必要があったため、C に対し、「創業以来の A の多大な貢献を考慮した価格であれば、甲社株式の全てを手放しても構わない。」と述べた。そこで、甲社は、B との間で、B の有する甲社株式 250 万株の全てを相対での取引により一括で取得することとし、その価格については、市場価格を 25% 上回る価格とすることで合意した。

4. そこで、甲社は、乙社と再交渉の結果、乙社との間で、甲社が、乙社に対し、B から取得する甲社株式 250 万株を市場価格の 80% で処分することに合意した。

5. 甲社は、平成 22 年 6 月 1 日に取締役会を開催し、同月 29 日に開催する予定の定時株主総会において、（ア）B から甲社株式 250 万株を取得すること及び（イ）乙社にその自己株式を処分することを議案とすることを決定した。

なお、甲社の定款には、定時株主総会における議決権の基準日は、事業年度の末日である毎年 3 月 31 日とすると定められていた。

6. 5 の（ア）を第 1 号議案とし、5 の（イ）を第 2 号議案とする平成 22 年 6 月 29 日開催の定時株主総会の招集通知並びに株主総会参考書類及び貸借対照表

（【資料①】及び【資料②】は、それぞれその概要を示したものである。）等が同月10日に発送された。

なお、甲社は、B以外の甲社の株主に対し、第1号議案の「取得する相手方」の株主に自己をも加えたものを株主総会の議案とすることを請求することができる旨を通知しなかった。

7. 甲社は、同月29日、定時株主総会を開催した。第1号議案の審議に入り、甲社の株主であるDが、「私も、値段によっては買ってもらいたいが、どのような値段で取得するつもりなのか。」と質問したところ、Cは、Bから甲社株式を取得する際の価格の算定方法やその理由を丁寧に説明した。採決の結果、多くの株主が反対したものの、Bが賛成したため、議長であるCは、出席した株主の議決権の3分の2をкаろうじて上回る賛成が得られたと判断して、第1号議案が可決されたと宣言した。
8. 続いて第2号議案の審議に入り、Cは、株主総会参考書類の記載に即して、乙社に特に有利な金額で自己株式の処分をすることを必要とする理由を説明したが、再びDが、「処分価格を市場価格の80%と定めた根拠を明らかにされたい。」と質問したのに対し、Cが「企業秘密に関わるため、その根拠を示すことはできない。」と述べて説明を拒絶したことから、審議が紛糾した。その結果、多くの株主が反対したものの、乙社が賛成したため、Cは、出席した株主の議決権の3分の2をкаろうじて上回る賛成が得られたと判断して、第2号議案が可決されたと宣言した。
9. 甲社は、定時株主総会の終了後引き続き、同日、取締役会を開催し、Bの有する甲社株式250万株の全てを同月30日に取得すること、同月28日のP証券取引所における甲社株式の最終の価格が1株800円であったため、この価格を25%上回る1株当たり1000円をその取得価格とすることなどを決定した。これに基づき、甲社は、Bから、同月30日、甲社株式250万株を総額25億円で購入した（以下「本件自己株式取得」という。）。
 なお、同年3月31日から同年6月30日までの間、甲社は、B以外の甲社の株主から甲社株式を取得しておらず、また、甲社には、分配可能額に変動をもたらすその他の事象も生じていなかった。
10. また、甲社は、同年7月20日、乙社に対し、250万株の自己株式の処分を行い、その対価として合計16億円を得た（以下「本件自己株式処分」という。）。
 その後、乙社は、同年8月31日までに、50万株の甲社株式を市場にて売却した。
11. ところが、甲社において、同年9月1日、従業員の内部告発によって、西日本事業部が平成21年度に架空売上げの計上を行っていたことが発覚した。そこで、甲社は、弁護士及び公認会計士をメンバーとする調査委員会を設けて、徹底的な調査を行った上で、平成22年3月31日時点における正しい貸借対照表（【資料③】は、その概要を示したものである。）を作り直した。

調査委員会の調査結果によれば、今回の架空売上げの計上による粉飾決算は、西日本事業部の従業員が会計監査人ですら見抜けないような巧妙な手口で行った

もので、甲社の内部統制の体制には問題がなく、Cが架空売上げの計上を見抜けなかったことに過失はなかったとされた。

12. その後、甲社では、その業績が急激に悪化した結果、甲社の平成23年3月31日時点における貸借対照表を取締役会で承認した時点で、30億円の欠損が生じた。

〔設 問〕 ①本件自己株式取得の効力及び本件自己株式取得に関する甲社とBとの間の法律関係、②本件自己株式処分の効力並びに③本件自己株式取得及び本件自己株式処分に関するCの甲社に対する会社法上の責任について、それぞれ説明しなさい。

【資料①】

株主総会参考書類

議案及び参考事項

第1号議案 特定の株主からの自己の株式の取得の件

当社は、今般、当社創業者A氏の唯一の相続人であるB氏から、同氏の有する当社株式全てについて市場価格を上回る額での売却の打診を受けました。そこで、キャッシュフローの状況及び取得価格等を総合的に検討し、以下の要領にて、市場価格を上回る額で自己の株式の取得を行うことにつき、ご承認をお願いするものであります。

(1) 取得する相手方

B氏

(2) 取得する株式の数

当社株式2,500,000株（発行済株式総数に対する割合25%）を上限とする。

(3) 株式を取得するのと引換えに交付する金銭等の内容及びその総額

金銭とし、25億円を上限とする。

(4) 株式を取得することができる期間

本株主総会終結の日の翌日から平成22年7月19日まで

第2号議案 自己株式処分の件

以下の要領にて、乙株式会社に対し、自己株式を処分することにつき、ご承認をお願いするものであります。

(1) 処分する相手方

乙株式会社

(2) 処分する株式の数

当社株式2,500,000株

(3) 処分する株式の払込金額

1株当たり640円（平成21年12月1日から平成22年5月31日までの6か月間のP証券取引所における当社株式の最終の価格の平均値（800円）に0.8を乗じた価格）

(4) 払込期日及び処分の日

平成22年7月20日

(5) 乙株式会社に特に有利な金額で自己株式の処分をすることを必要とする理由

当社は、……（略）。

【資料②】

貸借対照表
(平成22年3月31日現在)

		(単位：百万円)	
科目	金額	科目	金額
(資産の部)		(負債の部)	
流動資産	9,000	(略)	
(略)		負債合計	3,000
		(純資産の部)	
		株主資本	7,000
		資本金	1,500
		資本剰余金	1,500
固定資産	1,000	資本準備金	1,500
(略)		その他資本剰余金	—
		利益剰余金	4,000
		利益準備金	500
		その他利益剰余金	3,500
		純資産合計	7,000
資産合計	10,000	負債・純資産合計	10,000

(注) 「—」は金額が0円であることを示す。

【資料③】

貸借対照表
(平成22年3月31日現在)

		(単位：百万円)	
科目	金額	科目	金額
(資産の部)		(負債の部)	
流動資産	6,000	(略)	
(略)		負債合計	3,000
		(純資産の部)	
		株主資本	4,000
		資本金	1,500
		資本剰余金	1,500
固定資産	1,000	資本準備金	1,500
(略)		その他資本剰余金	—
		利益剰余金	1,000
		利益準備金	500
		その他利益剰余金	500
		純資産合計	4,000
資産合計	7,000	負債・純資産合計	7,000

(注) 「—」は金額が0円であることを示す。

平成 23 年予備試験 民事訴訟法

問題文

次の事例について、後記の設問に答えよ。

【事 例】

Xは、請求の趣旨として「被告は、原告に対し、150万円を支払え。」との判決を求める旨を記載するとともに「原告は、被告との間で、原告が被告に中古自動車1台を代金150万円で売り渡すという売買契約を平成21年1月15日に締結し、同日、当該自動車について、所有者の登録を被告名義に移転するとともに被告に引き渡した。よって、原告は、被告に対し、売買代金150万円の支払を求める。」との主張を記載した訴状を平成22年4月1日に地方裁判所に提出して訴えを提起した。その訴状には、被告として、甲市乙町5番地に住所のあるYの氏名が表示され、かつ、被告の法定代理人として、同所に住所のある成年後見人Zの氏名が表示されていた。

この訴えについて、裁判長は、平成22年4月5日、第1回口頭弁論期日を平成22年4月28日午前10時と指定し、裁判所書記官は、この訴状を送達するため、訴状副本を第1回口頭弁論期日の呼出状とともに、Z宛てに郵送した。

ところで、Yは、甲市乙町5番地の自宅に子であるZとともに居住していたが、平成21年3月に重病のため事理を弁識することができない状態となり、同年6月にYについて後見開始の審判がされて、それまでに成年に達していたZが成年後見人に選任された。そして、Yは、平成22年4月3日に死亡した。Zは、Yが死亡したことを同日に知ったが、その後3か月以内に相続放棄や限定承認の手続をしなかった。Yの配偶者はYより前に死亡しており、ZのほかにはYの子はいなかった。

Zは、平成22年4月7日に、甲市乙町5番地の自宅で上記の訴状副本と口頭弁論期日呼出状を受け取った。Zは、Yが死亡したことを裁判所やXに知らせることなく、Yの法定代理人として第1回口頭弁論期日に出頭し、「Xが主張する売買契約を否認し、請求の棄却を求める。」旨を答弁した上、訴訟代理人を選任することなく訴訟を進行した。第一審では、Xが主張する売買契約があったかどうか争点となり、証拠調べとしてXの尋問とZの尋問とが実施され、Zは、「Yは重病で動けない。私は、平成21年1月当時も現在もYと同居しているが、Yが自動車を買ったと聞いたことはないし、そのような自動車を見たこともない。」旨を述べた。

裁判所及びXがYの死亡を知らないまま、第一審の口頭弁論は平成22年9月に終結され、裁判所は、判決書の原本に基づいて判決を言い渡した。判決書には、原告X、被告Y、被告法定代理人成年後見人Zとの記載があり、主文は「被告は、原告に対し、150万円を支払え。」というものであって、その理由としてXが主張する売買契約が認められる旨の判断が示されていた。

Zは、第一審の判決書の正本の送達を受けた日の2日後に、控訴人をZと表示した控訴状を第一審裁判所に提出して控訴を提起した。その控訴状には、「Yは、平成22年4月3日に死亡していた。その他の主張は、第一審でしたとおりである。」との記載がある。第一審裁判所の裁判所書記官は、控訴裁判所の裁判所書記官に訴訟記録を送付した。

〔設 問〕

Yが平成22年4月3日に死亡していたと認められる場合，控訴審では，どのような事項について検討し，誰と誰を当事者としてどのような内容の裁判をすべきか。

平成 28 年予備試験 民事訴訟法

問題文

〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点の割合は、3：2）

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事例】

Xは、XからY₁、Y₁からY₂へと経由された甲土地の各所有権移転登記について、甲地の所有権に基づき、Y₁及びY₂（以下「Y₁ら」という。）を被告として、各所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した（以下、当該訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。）。本件訴訟におけるX及びY₁らの主張は次のとおりであった。

Xの主張：甲土地は、Xの所有であるところ、Y₁らは根拠なく所有権移転登記を経た。

Y₁らが主張するとおり、XはY₁に対して1000万円の貸金返還債務を負っていたことがあったが、当該債務は、XがY₂から借り受けた1000万円の金員を支払うことによって完済している。

仮に、Y₁らが主張するように、甲土地について代物弁済によるY₁への所有権の移転が認められるとしても、Xは、その際、Y₁との間で、代金1000万円でY₁から甲土地を買い戻す旨の合意をしており、その合意に基づき、上記の1000万円の金員をY₁に支払うことによって、Y₁から甲土地を買い戻した。

Y₁らの主張：甲土地は、かつてXの所有であったが、XがY₁に対して負担していた1000万円の貸金返還債務の代物弁済により、XからY₁に所有権が移転した。これにより、Y₁は所有権移転登記を経た。

その後、Y₂がY₁に対して甲土地の買受けを申し出たので、Y₁は甲土地を代金1000万円でY₂に売り渡したが、その際、Y₂は、Xとの間で、Xが所定の期間内にY₂に代金1000万円を支払うことにより甲土地をXに売り渡す旨の合意をした。しかし、Xは期間内に代金をY₂に対して支払わなかったため、Y₂は所有権移転登記を経た。

〔設問 1〕

本件訴訟における証拠調べの結果、次のような事実が明らかになった。

「Y₁は、XがY₁に対して負担していた1000万円の貸金返還債務の代物弁済により甲土地の所有権をXから取得した。その後、Xは、Y₂から借り受けた1000万円の金員をY₁に対して支払うことによって甲土地をY₁から買い戻したが、その際、所定の期間内に借り受けた1000万円をY₂に対して返済することで甲

土地を取り戻し得るとの約定で甲土地を Y₂のために譲渡担保に供した。しかし、Xは、当該約定の期間内に 1000 万円を返済しなかったことから、甲土地の受戻権を失い、他方で、Y₂が甲土地の所有権を確定的に取得した。」

以下は、本件訴訟の口頭弁論終結前においてされた第一審裁判所の裁判官 A と司法修習生 B との間の会話である。

修習生 B：証拠調べの結果明らかになった事実からすれば、本件訴訟では X の各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることができると考えます。

裁判官 A：しかし、それでは、①当事者の主張していない事実を基礎とする判決をすることになり、弁論主義に違反することにはなりませんか。

修習生 B：はい。弁論主義違反と考える立場もあります。しかし、本件訴訟では、判決の基礎となるべき事実は弁論に現れており、それについての法律構成が当事者と裁判所との間で異なっているに過ぎないと見る事ができると思います。

裁判官 A：なるほど。そうだとすると、それで訴訟関係が明瞭になっていると言えるでしょうか。②あなたが考えるように、本件訴訟において、弁論主義違反の問題は生じず、当事者と裁判所との間で法律構成に差異が生じているに過ぎないと見たとして、直ちに本件訴訟の口頭弁論を終結して判決をすることが適法であると言ってよいでしょうか。検討してみてください。

修習生 B：分かりました。

- (1) 下線部①に関し、証拠調べの結果明らかになった事実に基づき X の各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることは弁論主義違反であるとの立場から、その理由を事案に即して説明しなさい。
- (2) 下線部②に関し、裁判官 A から与えられた課題について、事案に即して検討しなさい。

〔設問 2〕（〔設問 1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

第一審裁判所は、本件訴訟について審理した結果、X の主張を全面的に認めて X の各請求をいずれも認容する旨の判決を言い渡し、当該判決は、控訴期間の満了により確定した。

このとき、本件訴訟の口頭弁論終結後に、Y₂が甲土地を Z に売り渡し、Z が所有権移転登記を経た場合、本件訴訟の確定判決の既判力は Z に対して及ぶか、検討しなさい。

旧司法試験 刑法 平成 15 年度第 2 問

問題文

甲は、20 年以上前から乙という名前で社会生活を営み、運転免許証も乙の名前で取得していた。ところが、甲は、乙名義で多重債務を負担し、乙名義ではもはや金融機関からの借入れが困難な状況に陥った。そこで、甲は、返済の意思も能力もないにもかかわらず、消費者金融 X 社から甲名義で借入れ名下に金員を得ようと企て、上記運転免許証の氏名欄に本名である「甲」と記載のある紙片を貼り付けた上、X 社の無人店舗に赴き、氏名欄に「甲」と記載し、住所欄には現住所を記載した借入申込書を作成した。次いで、甲は、この借入申込書と運転免許証とを自動契約受付機のイメージスキャナー（画像情報入力装置）で読み取らせた。X 社の本社にいた係員 Y は、ディスプレイ（画像出力装置）上でこれらの画像を確認し、貸出限度額を 30 万円とする甲名義のキャッシングカードを同受付機を通して発行した。甲は、直ちにこのカードを使って同店舗内の現金自動支払機から 30 万円を引き出した。

甲の罪責を論ぜよ（ただし、運転免許証を取得した点については除く。）。

平成 25 年予備試験 刑法

問題文

以下の事例に基づき、Vに現金50万円を振り込ませた行為及びD銀行E支店ATMコーナーにおいて、現金自動預払機から現金50万円を引き出そうとした行為について、甲、乙及び丙の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲は、友人である乙に誘われ、以下のような犯行を繰り返していた。

①乙は、犯行を行うための部屋、携帯電話並びに他人名義の預金口座の預金通帳、キャッシュカード及びその暗証番号情報を準備する。②乙は、犯行当日、甲に、その日の犯行に用いる他人名義の預金口座の口座番号や名義人名を連絡し、乙が雇った預金引出し役に、同口座のキャッシュカードを交付して暗証番号を教える。③甲は、乙の準備した部屋から、乙の準備した携帯電話を用いて電話会社発行の電話帳から抽出した相手に電話をかけ、その息子を装い、交通事故を起こして示談金を要求されているなどと嘘を言い、これを信じた相手に、その日乙が指定した預金口座に現金を振り込ませた後、振り込ませた金額を乙に連絡する。④乙は、振り込ませた金額を預金引出し役に連絡し、預金引出し役は、上記キャッシュカードを使って上記預金口座に振り込まれた現金を引き出し、これを乙に手渡す。⑤引き出した現金の7割を乙が、3割を甲がそれぞれ取得し、預金引出し役は、1万円の日当を乙から受け取る。

2 甲は、分け前が少ないことに不満を抱き、乙に無断で、自分で準備した他人名義の預金口座に上記同様の手段で現金を振り込ませて、その全額を自分のものにしようとして計画した。そこで、甲は、インターネットを通じて、他人であるAが既に開設していたA名義の預金口座の預金通帳、キャッシュカード及びその暗証番号情報を購入した。

3 某日、甲は、上記1の犯行を繰り返す合間に、上記2の計画に基づき、乙の準備した部屋から、乙の準備した携帯電話を用いて、上記電話帳から新たに抽出したV方に電話をかけ、Vに対し、その息子を装い、「母さん。俺だよ。どうしよう。俺、お酒を飲んで車を運転して、交通事故を起こしちゃった。相手のAが『示談金50万円をすぐに払わなければ事故のことを警察に言う。』って言うんだよ。警察に言われたら逮捕されてしまう。示談金を払えば逮捕されずに済む。母さん、頼む、助けてほしい。」などと嘘を言った。Vは、電話の相手が息子であり、50万円をAに払わなければ、息子が逮捕されてしまうと信じ、50万円をすぐに準備する旨答えた。甲は、Vに対し、上記A名義の預金口座の口座番号を教え、50万円をすぐに振り込んで上記携帯番号に連絡するように言った。Vは、自宅近くのB銀行C支店において、自己の所有する現金50万円を上記A名義の預金口座に振り込み、上記携帯電話に電話をかけ、甲に振込みを済ませた旨連絡した。

4 上記振込みの1時間後、たまたまVに息子から電話があり、Vは、甲の言ったことが嘘であると気づき、警察に被害を申告した。警察の依頼により、上記振込みの

3 時間後、上記 A 名義の預金口座の取引の停止措置が講じられた。その時点で、V が振り込んだ 50 万円は、同口座から引き出されていなかった。

- 5 甲は、上記振込みの 2 時間後、友人である丙に、上記 2 及び 3 の事情を明かした上、上記 A 名義の預金口座から現金 50 万円を引き出してくれば報酬として 5 万円を払う旨持ちかけ、丙は、金欲しさからこれを引き受けた。甲は、丙に、上記 A 名義の預金口座のキャッシュカードを交付して暗証番号を教え、丙は、上記振込みの 3 時間 10 分後、現金 50 万円を引き出すため、D 銀行 E 支店（支店長 F）の ATM コーナーにおいて、現金自動預払機に上記キャッシュカードを挿入して暗証番号を入力したが、既に同口座の取引の停止措置が講じられていたため、現金を引き出すことができなかった。なお、金融機関は、いずれも、預金取引に関する約款等において、預金口座の譲渡を禁止し、これを預金口座の取引停止事由としており、譲渡された預金口座を利用した取引に応じることはなく、甲、乙及び丙も、これを知っていた。

旧司法試験 刑事訴訟法 平成 22 年度第 1 問

問題文

甲及び乙は、繁華街の路上において、警察官から職務質問を受け、所持品検査に応じた。その結果、両名の着衣からそれぞれ覚せい剤が発見されたため、警察官が両名に対し、覚せい剤所持の現行犯人として逮捕する旨を告げたところ、甲は、警察官の制止を振り切って、たまたまドアが開いていた近くの不動産業者Xの事務所に逃げ込んだ。そこで、警察官は、これを追って同事務所に立ち入り、机の下に隠れていた甲を逮捕したが、甲は、同事務所に逃げ込んだ際手に持っていた携帯電話機を所持しておらず、机の周辺にも携帯電話機は見当たらなかった。そのため、警察官は、Xの抗議にもかかわらず、甲が隠れていた机の引出しを開けて中を搜索した。一方、乙は、所持品検査を受けた路上で逮捕されたが、大声でわめき暴れるなどしたことから、周囲に野次馬が集まってきた。そこで、警察官は、乙を警察車両に乗せて1キロメートルほど離れた警察署に連行し、到着直後に同警察署内で乙の身体を搜索した。

以上の警察官の行為は適法か。

平成 25 年予備試験 刑事訴訟法

問題文

次の記述を読んで、後記〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

甲は、傷害罪の共同正犯として、「被告人は、乙と共謀の上、平成 25 年 3 月 14 日午前 1 時頃、L 市 M 町 1 丁目 2 番 3 号先路上において、V に対し、頭部を拳で殴打して転倒させた上、コンクリート製縁石にその頭部を多数回打ち付ける暴行を加え、よって、同人に加療期間不明の頭部打撲及び脳挫傷の傷害を負わせたものである。」との公訴事実が記載された起訴状により、公訴を提起された。

〔設問 1〕

冒頭手続において、甲の弁護人から裁判長に対し、実行行為者が誰であることを釈明するよう検察官に命じられたい旨の申出があった場合、裁判長はどうすべきか、論じなさい。

〔設問 2〕

冒頭手続において、検察官が、「実行行為者は乙のみである。」と釈明した場合、裁判所が、実行行為者を「甲又は乙あるいはその両名」と認定して有罪の判決をすることは許されるか。判決の内容及びそれに至る手続について、問題となり得る点を挙げて論じなさい。