

## 憲 法

### 問 1

次のアからオまでの記述のうち、条例に関する最高裁判所の判例の趣旨に明らかに反するものはいくつあるか。後記①から④までの中から選び、解答欄 01 にマークしなさい。(配点：5点)

- ア 条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによって決しなければならない。たとえば、特定事項を規律する国の法令と条例が並存する場合、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんら矛盾抵触は存在しない。
- イ 条例は、地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であり、行政府の制定する命令とは性質を異にし、むしろ国会の議決を経て制定される法律に類するものであるから、条例によって刑罰を定める場合には、法律の授權が相当な程度に具体的であり、限定されていけば足りる。
- ウ ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも民法でも適法な財産権の行使として保障されておらず、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にある。従って、これらの行為を条例をもって禁止、処罰しても憲法および法律に抵触するものとはいえない。
- エ 公衆の集団示威運動は、公共の福祉に反するような不当な目的又は方法によらないかぎり、本来国民の自由とするところであるから、条例においてこれらの行動につき単なる届出制を定めることは格別、一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない。しかしこれらの行動といえども公共の秩序を保持するため、特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、予め許可を受けしめ、又は届出をなさしめてこのような場合にはこれを禁止することができる旨の規定を条例に設けても、これをもって直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限するものと解することはできない。
- オ A市条例7条1号は、「公の秩序をみだすおそれがある場合」を市民会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、本会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれ

る危険を回避し，防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり，その危険性の程度としては，危険な事態を生ずる蓋然性があることで足りる。

- Ⓐ 0個            Ⓑ 1個            Ⓒ 2個            Ⓓ 3個  
Ⓔ 4個            Ⓕ 5個

## 問 2

次の判示 A は、憲法の人権規定の私人間における効力の問題について最高裁判所が判示した部分である。また学説の①説から③説までは、この問題に関する学説を整理したものである。これらを読んで、後記の設問に答えなさい。(配点：各 1 点)

## 【判示 A】

憲法 19 条、14 条は、「その他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」。自由や平等の侵害の程度が許容限度を越えるような場合には、「私的自治に対する一般的制限規定である民法 1 条、90 条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を越える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである」。(最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁)

## 【学説】

- ①説 憲法の人権規定は私人間に適用されないとする見解。
- ②説 民法 90 条の公序良俗規定のような私法の一般条項に人権保障の趣旨を読み込むことにより、憲法の人権規定を私人間にも間接的に適用する見解。
- ③説 憲法の人権規定は私人間においても直接適用されるとする見解。

## 【設問】

次のアからオまでの各記述につき、明らかに誤っている場合には㊸、それ以外の場合には㊹を選び、解答欄 02 から 06 までにマークしなさい。(配点：各 1 点)

- ア 判示 A は、①説をとっているとする見解もある。 (解答欄 02)
- イ 判示 A は、②説に立脚している。 (解答欄 03)
- ウ 判示 A は、③説に立脚している。 (解答欄 04)
- エ ②説は、人権の対国家性を維持する。 (解答欄 05)
- オ ③説は、私的自治の原則を害する。 (解答欄 06)

## 問3

次のアからオまでの記述のうち、精神的自由にかかわる最高裁判所の判例の趣旨に明らかに反するものはいくつあるか。後記㉔から㉙までの中から選び、解答欄 **07** にマークしなさい。(配点：5点)

ア 教科書検定は、教育の中立・公正，一定水準の確保等の要請という観点に照らして不適切と認められる内容を含む図書のみを教科書として発行することを禁ずるにすぎないから，これによる表現の自由の制限は合理的で必要やむを得ない限度のものである。

イ 有罪判決を受け服役したという事実はその者の名誉あるいは信用に直接かかわる事実であるから，その者はみだりにその前科等を公表されないという法的保護に値する利益を有する。したがって，その者が服役を終えた後においてはいかなる場合でもその事実を公表してはならない。

ウ 公立図書館の職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは，その著作者が著作物によって思想，意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものであり，その著作者の人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となる。

エ 法廷における筆記行為の自由は憲法21条1項により直接保障されている表現の自由そのものとは異なるから，その制限または禁止には表現の自由の制約の場合のような厳格な基準が要求されるものではない。

オ 報道機関が公務員に対して秘密を漏らすことを説得することは，それが真に報道の目的からでたものであり，その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるとしても，正当な業務行為とされることはない。

- ㉔ 0個            ㉕ 1個            ㉖ 2個            ㉗ 3個  
㉘ 4個            ㉙ 5個

## 民法

### 問 4

法律行為に関するアからオまでの記述につき、正しい場合には④、誤っている場合には⑥を選び、解答欄 **08** から **12** までにマークしなさい。(配点:各 1 点)

ア 遺言は、法律行為であり、一方からなされる意思表示だけを要素とする点で、契約ではなく単独行為であるが、これは、取消権や解除権と同じく、相手方のある単独行為である。(解答欄 **08**)

イ 埋蔵物の発見は、発見者が一定の要件の下で所有権を取得するという法律効果を発生させることから、法律行為である。(解答欄 **09**)

ウ 法律行為において、使者を用いる場合と代理人を用いる場合とは区別されるところ、伝達手段としての使者の場合には使者には意思能力及び行為能力の双方が必要とはされないのに対し、代理人の場合には代理人には行為能力は必要とされないが、意思能力は必要とされる。(解答欄 **10**)

エ 法律行為において、過去の既に発生した事実を条件として付した場合に、その法律行為は、当該条件が停止条件のときは無条件となり、当該条件が解除条件のときは無効となるのに対し、不発生が確定した事実を条件として付した場合には、その法律行為は、当該条件が停止条件のときは無効となり、当該条件が解除条件のときは無条件となる。(解答欄 **11**)

オ 法律行為において、不法な内容を停止条件又は解除条件として付した場合に、当該法律行為は、無効となるのに対し、不能な内容を停止条件又は解除条件として付した場合には、当該法律行為は、無条件となる。(解答欄 **12**)

## 問 5

売買契約において買主が売主に対して手付を交付していた場合に関するアからオまでの記述につき、民法及び最高裁判所の判例に照らして、妥当な場合には①、妥当でない場合には②を選び、解答欄 **13** から **17** までにマークしなさい。  
(配点：各 1 点)

ア 売買契約書に、「買主に契約不履行があるときは、売主は手付を没収し、売主に契約不履行があるときは、売主は手付金の倍額を損害賠償として支払う」と定められていた場合には、売主は、買主の履行着手前に、手付の倍額を償還して契約を解除することはできない。 (解答欄 **13**)

イ 解約手付が交付された場合に、売主は、買主の履行着手前に、手付の倍額を償還して契約を解除することができるが、その返還については、手付の倍額を償還のために現実に提供することが必要であり、単に提供を申し出るだけでは足りない。 (解答欄 **14**)

ウ 解約手付が交付された場合に、契約当事者は、履行の着手までは、手付を放棄し、また、倍額を償還して、契約を解除することができるが、履行の着手とは、客観的に外部から認識し得るような形で履行行為の一部をなす場合を指し、履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をする場合はこれに該当しない。 (解答欄 **15**)

エ 解約手付が交付された場合に、契約当事者は、履行の着手までは、手付を放棄し、また、倍額を償還して、契約を解除することができるが、履行期以前の行為については、ここでいう「履行の着手」を認めることはできない。 (解答欄 **16**)

オ 解約手付が交付された場合に、契約当事者の一方が履行に着手した場合に、その者が、未だ履行に着手していない相手方に対して、手付を根拠に、契約の解除をすることはできない。 (解答欄 **17**)

## 問 6

消滅時効に関する次のアからオまでの記述につき、民法及び最高裁判所の判例に照らして、妥当な場合には㉔、妥当でない場合には㉕を選び、解答欄 18 から 22 までにマークしなさい。(配点：各 1 点)

ア 消滅時効は、債務者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができないが、除斥期間は、債務者が援用しなくても、裁判所がこれについて裁判をすることができる。(解答欄 18)

イ 売買の目的物に隠れた瑕疵がある場合、買主は、それを発見した時から 1 年以内に担保責任に基づく権利を行使すればよく、その発見が消滅時効の期間を経過していた時でも、消滅時効の規定は適用されない。(解答欄 19)

ウ 消滅時効が完成した後で、債務者がそれを知らないで債務の承認をすると、債務者は債務の時効消滅を知って援用の利益を放棄したものと推定される。(解答欄 20)

エ 登記を経由した抵当権者が、第三者による抵当権の実行としての競売手続において、債権の届出をし債権の一部に対する配当を受けたとしても、その債権の届出や配当の受領は、債権の残部について、差押えその他の消滅時効の中断事由には該当しない。(解答欄 21)

オ 民法 724 条に定める「行為の時から 20 年」という不法行為に基づく損害賠償請求権の期間制限は除斥期間であるが、不法行為の被害者が不法行為の時から 20 年の満了前 6 ヶ月以内の間に、その不法行為を原因として事理弁識能力を失った状況にあるのに法定代理人を有しなかった場合に、被害者につき法定代理人が就職した時から 6 ヶ月を経過するまでの間は上記 20 年の期間制限の効果は生じない。(解答欄 22)



## 刑 法

### 問 7

次のアからクまでの記述に関して、後記設問(1)及び(2)に答えなさい。

- ア 支払意思・能力もなくタクシーを停車させ、目的地まで乗車させた後、代金の支払いを請求され、暴行・脅迫によりその請求を免れた場合、2項詐欺罪と2項強盗罪が成立する。(解答欄 23)
- イ 通貨を偽造してこれを行使し代金を支払った場合、通貨偽造罪、偽造通貨行使罪および詐欺罪が成立する。(解答欄 24)
- ウ 遺失物を拾得し、これを領得した後、さらに拾得物を損壊した場合、占有離脱物横領罪だけでなく、より処罰の重い器物損壊罪が別途成立する。(解答欄 25)
- エ 委託を受けて保管中の不動産に無断で抵当権を設定し、その後当該不動産を所有者に無断で第三者に売却した場合、抵当権設定行為についても、売却行為についても、それぞれ委託物横領罪が成立する。(解答欄 26)
- オ 偽名によりパスポートを申請し、偽名のパスポートの交付を受けた場合、旅券不実記載罪および旅券に対する詐欺罪が成立する。(解答欄 27)
- カ 空き巣ねらいを教唆し、教唆された者がこれを実行した場合、住居侵入教唆罪および窃盗教唆罪が成立する。(解答欄 28)
- キ 被害者をいじめるため暴行を加えていたところ、その所持している現金を奪取する意思が生じ、さらに暴行を加えて反抗を抑圧し、現金を奪取したところ、被害者に傷害の結果も生じていた場合、現金奪取意思が生じる前後いずれの暴行によるものかが明らかでなかったときでも、強盗致傷罪が成立する。(解答欄 29)
- ク 夫婦二人の居住する住居に侵入し、強盗のため二人とも殺害して財物を奪取した場合、住居侵入罪および殺害された夫婦それぞれに対する強盗殺人罪が成立する。(解答欄 30)

### 【設問】

- (1) アからクまでの記述の内容は、それぞれ適切か。適切である場合は㊸、適切でない場合は㊹を選び、解答欄 23 から 30 までにマークしなさい。なお、争いがある場合は判例による。(配点：各<sup>5</sup>/<sub>12</sub>点)
- (2) アからクまでの記述のうち、内容が適切でないものは適切な内容にした上で、その罪数を検討すると、いずれも何らかの形で一罪として処理される



べきものとなる。次表は、その内訳を表にしたものである。欄 **31** から **34** までに入る数は、それぞれいくつか。後記①から⑧までの中から選び、解答欄 **31** から **34** までにマークしなさい。(配点：各<sup>5</sup>/<sub>12</sub>点)

罪数処理	あてはまる記述の個数
包括一罪	<b>31</b>
観念的競合	<b>32</b>
牽連犯	<b>33</b>
単純一罪	<b>34</b>

- ① 0個    ② 1個    ③ 2個    ④ 3個    ⑤ 4個  
⑥ 5個    ⑦ 6個

## 問 8

学生AとBが、ⅠからⅢまでの事例において甲が〈カッコ〉内の罪責を負うか否かについて議論を行い、以下はその記録である。議論中の空欄（ ）内には「事実」または「違法性」の語が入り、空欄 [ ] には、後記語句群中の語句が入る。**35** から **41** までの空欄 [ ] に入る最も適切な語句を選び、解答欄 **35** から **41** までにマークしなさい。(配点：各<sup>5</sup>/<sub>7</sub>点)

## 【事例】

- Ⅰ 甲は、道でXとすれ違った際に身体が僅かに触れ合ったため、Xが自己の鞆をひったくろうとしていると勘違いをし、ひったくりを防ぐためにXを突き飛ばして、Xに全治2週間の怪我を負わせた。〈傷害罪〉
- Ⅱ 甲は、交番で道を聞き、交番から出て来た直後、Xが「お前の鞆をよこせ」と叫びながら近づいて来るのを発見した。そこで、ひったくりを防ぐためにXを突き飛ばして、Xに全治2週間の怪我を負わせた。〈傷害罪〉
- Ⅲ 雑誌記者甲は、政治家Xが賄賂を収受したとの噂を聞きつけ、2日かけて取材をしたが、確証は得られなかった。しかし原稿の締切が近づいたため、多分事実だろうと考えた甲は「Xが収賄した」旨の記事を執筆したが、実際にはそのような事実はなかった。〈名誉毀損罪〉

## 【議論】

- A Ⅰの誤想防衛の事例は、[ **35** ]の錯誤の事例ともいえるね。僕はこれを( )の錯誤として処理することが可能と考えるが、B君はどう思うか。
- B 僕は、( )の錯誤の問題として処理すべきだと思う。[ **36** ]。A君は、なぜ[ **37** ]説の立場を採るのかい。
- A [ **38** ]。
- B たしかに、Ⅲの事例において摘示事実の[ **39** ]を[ **35** ]と解した場合に、A君の立場からは妥当な結論を導くことが可能だ。しかし[ **40** ]。
- A それではB君は、Ⅱの事例も( )の錯誤として処理するのかい。
- B [ **41** ]要件の内容についての錯誤は、僕も( )の錯誤とは考えないよ。

## 【語句群】

- ① 違法阻却事由                      ② 過失準故意                      ③ 客観
- ④ 急迫性                              ⑤ 厳格責任                        ⑥ 構成要件阻却事由
- ⑦ 証明可能性                        ⑧ 真実性                            ⑨ 責任阻却事由
- ⑩ 相当性
- ⑪ 行為者が構成要件に該当する事実を認識している以上、自己の行為が禁じ

られているか否かの問題に直面したのだから、原則として故意責任を問うことが可能であり、責任が否定されるのは、違法・適法の判断を誤ったことがやむを得ない場合に限られるべきだからだ

- ⑩ 行為の違法性を判断する前提としての事実について、正しい認識を有していなかった事例だからだ
- ⑪ 構成要件該当事実の認識があるだけで故意として十分と解することには、疑問がある
- ⑫ 阻却という概念は、構成要件該当性から推定される違法性などについてのみ使うべきではないか

## 問 9

次の文章の①から⑥までの空欄（ ）に後記記述群から最も適切なものを選んで入れ、さらに各記述中の空欄 [ ] に何らか適切な語句を入れると、文書偽造罪に関する記述になる。空欄②、④及び⑥に入る各記述中にある空欄 [ ] に入る最も適切な語句の組合せは、それぞれどれか。後記①から⑥までの中から選び、それぞれ指定された解答欄にマークしなさい。(配点:各<sup>5</sup>/<sub>3</sub>点)

## 【文章】

文書偽造処罰に関する立法主義には ( ① )。その主義の根拠は、( ② ) というところにある。( ③ )。同様に、( ④ )。その例として( ⑤ )。さらに近時の下級審判例には、( ⑥ )。

## 【記述群】

- [ ] による虚言の有害性は、[ ] による虚言のそれと大差がなく、あえて処罰する必要がない
- [ ] と [ ] が存在し、わが国の刑法は基本的に前者を採用する、と解されている
- 「文書」の定義も、偽造罪のそのような性格から導かれるものであり、たとえば、それ自体から [ ] を知り得ない書類は、そもそも [ ] が低いから文書ではない
- 文書は、その [ ] が正しく表示されている限り、文書の [ ] を判断する手掛かりが示されているが、表示が偽られるとその判断すら不可能となり、文書に対する信用を大きく損なう
- [ ] を文書の要件とすることの根拠も、単なる [ ] は、それを作成した者を書類自体から知ることができないから、書類の信用性が低い、というところにあるともいえる
- 他人の氏名を記載した紙片をテープで運転免許証に貼り付けた物を用いて消費者金融会社の無人契約機から金員を借り出そうとした事案について、その運転免許証自体を見れば不正な加工がなされていることが明白であっても、[ ] が成立するとしたものがある。これは、偽造にあたるか否かが、想定される [ ] の態様に応じて判断されるべきだ、という考え方を示したものと解される
- 他人の運営するインターネットの Web ページの内容を勝手に改変した事案について、[ ] の成立を認め、その根拠として当該行為が [ ] の意思に反していることを挙げるものがある

- [ ] 偽造と [ ] 偽造があり，わが国の刑法は双方を等しく処罰している
- [ ] は多くの場合，作成者に関する情報が付記されないままに記録・利用されることから，法は偽造ではなく [ ] を処罰するという形で対応している
- [ ] を不正に作成した場合の文書偽造罪の成否が問題とされる。判例は，これが [ ] と同様の社会的機能と信用性を有するとして，文書偽造罪による保護の客体になりうるとしている

【②に入る記述中の空欄に入る語句】（解答欄 42）

- Ⓐ 口頭， 文書
- Ⓑ 作成， 流通
- Ⓒ 有形， 無形
- Ⓓ 名義人， 内容の真実性
- Ⓔ 作成者， 成立の真正性

【④に入る記述中の空欄に入る語句】（解答欄 43）

- Ⓐ 電磁的記録， 不正作出
- Ⓑ 原本性， 写し
- Ⓒ 有形， 無形
- Ⓓ 図画， 文書
- Ⓔ 名義人， 信用性

【⑥に入る記述中の空欄に入る語句】（解答欄 44）

- Ⓐ 電磁的記録不正作出罪， 作成者
- Ⓑ 支払用カード電磁的記録不正作出罪， 供用
- Ⓒ 公文書偽造罪， 行使
- Ⓓ 私文書偽造罪， 客体
- Ⓔ 偽造罪， 客体

[注記]

①，③及び⑤に入る各記述については，その空欄に入る語句の選択肢は記載してありません。

## 行政法

### 問 10

行政契約に関する次のアからカまでの記述のうち、最も妥当なものはどれか。  
後記①から⑥までの中から選び、解答欄 **45** にマークしなさい。(配点：5点)

- ア 地方公共団体が納品事業者との間で締結する納品契約は、両者の間に権力関係を構成するものではないから、原則としては民法の規定が適用されるが、地方自治法による契約関係の規定のほか、比例原則などの一般原則による修正を受ける。
- イ 地方自治法上、競争入札によって契約を締結することが求められている場合について、競争入札によらないで契約が締結されたとき、契約相手方の信頼が保護に値するときには当該契約は無効にならないとするのが判例である。
- ウ 公務員の勤務関係は、実質的には民間企業における雇用関係と同じであるから、公務員に不利益処分がなされた場合には、行政手続法による固有な規律があることを別にすれば、民間の労働者と同じように、その契約に準ずる地位に関する権利義務が訴訟上争われることになる。
- エ 法令上定められた行政行為に代えて行政契約を用いることは、より権力的でない手段を用いることを意味するから、相手方の同意が有効であるかぎり許容されるというのが判例である。
- オ 地方公共団体の行政指導に従わない私人に対して、当該地方公共団体がその者に対する行政契約の締結を拒否することは原則として禁じられるが、この原理は行政手続法の制定によってはじめて認められたものである。
- カ ある事業者が地方公共団体と行政契約を締結した場合に、競業関係にある事業者は、関係法令によって原告適格が認められるかぎり、当該契約の履行の差止めを求める抗告訴訟を提起することができる。

- ① ア    ② イ    ③ ウ    ④ エ    ⑤ オ    ⑥ カ



## 問 11

行政事件訴訟に関する次のアからオまでの記述のうち、最も妥当なものはどれか。後記①から⑤までの中から選び、解答欄 46 にマークしなさい。(配点:5点)

ア 行政処分に対し行政不服審査法により不服申立てが認められている場合は、その裁決を経た後でなければ訴えを提起できず、また原処分の取消訴訟は当該処分を知った日から起算して1年以内に訴えを提起しなければならない。

イ 不作為の違法確認訴訟においては、行政庁が申請を受けてから相当の期間経過後なんらの行為もしない場合にその不作為が違法である旨の確認を求めることができるほか、当該不作為違法確認訴訟において裁判所が行政庁に対し特定の行為をなすべき旨を命ずることを求めることもできる。

ウ 第三者を名あて人とする処分の義務付け判決には第三者効があるとされているので、名あて人が当該義務付け判決に基づいてされる処分の適法性を争うには、再審の手續によらなければならない。

エ 当事者訴訟には形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟の2つの類型があり、前者は処分の当事者が訴訟によって補償額の確認や給付を求めるという通常の民事訴訟の形態をとるので民事訴訟法が適用され、行政事件訴訟法の適用の余地はないが、後者の場合には、議員の地位の確認訴訟など公法規定の適用が基本的な争点とされるので、行政事件訴訟法のみが適用される。

オ 民衆訴訟は、抗告訴訟および当事者訴訟と異なり、行政法規の正当な適用を確保するという一般的利益のために認められる客観的訴訟の一種である。したがって、民衆訴訟の原告となる者には、とくに取消し等を求める法律上の利益は必要とされていない。

① ア      ② イ      ③ ウ      ④ エ      ⑤ オ

## 商 法

### 問 12

ストックオプションは平成9年改正において議員立法により導入された報酬制度であり、以降の改正で発行要件が緩和される傾向にある。これは法的には、取締役や使用人に発行される新株予約権であり、行使価格に比べて株価が高い場合にはその差額が権利者の利益となるので、権利者は期間内に会社の業績を向上するよう動機づけられる。

ところで、会社の収益を関係者（株主、取締役や使用人など）が分け合うにあたっては、透明性（発行内容の開示・説明）が重要であるところ、ストックオプションには価格算定が困難なものも少なくないことから、発行における透明性をいかに確保すべきかが問題となっている。この問題に関する以下の海外実務家Aと国内実務家Bとの対話中の**47**から**50**までの空欄に入る最も適切な語句を選択肢から選び、解答欄**47**から**50**までにマークしなさい。（配点：解答欄**47**及び**48**は、各2点。解答欄**49**、**50**は、両方正解して2点）

### 【対話】

- A 昔は株式オプション発行に関する法律や会計の解釈は簡単だったんだよね。日本では、ストックオプションの商法上の根拠は平成9年改正までなく、発行もされていなかったけれど、新株引受権と呼ばれる株式コールオプションを社債に付した転換社債や新株引受権付社債であれば商法にも規定があった。これらのオプション付き社債によると、きわめて低金利で資金調達できたので、ゼロコストファイナンスなどと言っていた。
- B 錬金術みたいだな。でも、外資じゃ「ノー・フリーランチ」などと言うようじゃないか。なにか妙なからくりがあるのだろう。
- A 当時の日本市場の上昇傾向を前提とすると、オプション部分は一般に相当の経済的価値を持ち、下手な金利がつくよりも魅力的だった。しかし、それだけではない。発行条件次第では、既存株主に対して有利な条件で株式を得ることができ、剰余金にしても経営権にしても、気がついたときにはオプション買占人に安くかさられる例も海外では結構あった。
- B スtockオプションでも同じことがあり得るね。
- A うん。ただ、ストックオプションの場合には、発行会社の使用人や取締役等のいわば身内に対する付与に限定されていたし、[ **47** ]ことを利用して、隠れた買い占めをある程度予防することは可能だろう。ところで、最近では日本の会社法もストックオプションの発行透明性について相当厳しいんだって？

B 原則としては客観的な数値（理論価格）に基づくルールの透明化が目指されているようだが、簡便法というか、要するに、例外が広く認められるようなんだ。ところで、オプションの理論価格ってどうやって出すんだっけ、ブラックショールズ式とかいうヤツ。

A われわれ法曹が押さえておくべき点はとりあえず、市場はこの式に従ってオプション取引をする場合が多く、その場合、同式の5つ程度の変数に実際の値を代入すれば関数電卓で簡単に理論価格を求められるということだろう。株式を買う権利（コールオプション）の場合、5つの変数が重要だ。まず①[ 48 ]だが、この値が長いほどオプション価格が高くなる。②[ 49 ]は、コールオプションの場合には高いほどオプション権利者に有利であり、逆にプットオプション（一定価格で売る権利）の場合、低いほど有利となる。③[ 50 ]はコールオプションの場合には低いほど有利だ。④株価変動率はいわゆるボラティリティで、過去株価の標準偏差で表される。以上のほか、⑤金利を斟酌する必要がある。取引所等で取引される株式ならば、これらの値のいずれも得られるけれど、ベンチャー企業等の場合はそうではない。上の変数のうち、④など特に難しいだろうね。

#### 【選択肢】

- ① 新株予約権原簿には新株予約権者の氏名又は名称を記載することが要求されている
- ② 募集要項で期日を設けることにより、発行後一定期間の行使を不可とできる
- ③ 全部取得条項付で発行する場合に、発行時点で取得事由を具体化する必要はない
- ④ 全株式譲渡制限会社であるベンチャー企業にしか利用が認められていない
- ⑤ 原資産（行使により取得できる資産）時価
- ⑥ 株価指数（日経平均など）      ⑦ 行使価額      ⑧ 手数料
- ⑨ 発行会社存続期間      ⑩ 満期      ⑪ 公定歩合
- ⑫ 円ドル為替相場      ⑬ 行使期間

## 問 13

問 12 の対話に引き続く以下の対話について、**51** から **55** までの空欄に入る最も適切な語句を選択肢から選び、解答欄 **51** から **55** までにマークしなさい。(配点：解答欄 **51** から **53** までは、全て正解して 2 点。解答欄 **54** 及び **55** は、両方正解して 2 点)

## 【対話】

- B わかったような、わからないような。
- A そんな難しくないよ。別の言い方をしようか。オプション価格は二つの要素に分解できる。第一はいわゆる本源的価値，第二は時間的価値だ。本源的価値 (intrinsic value) は，権利を行使することにより得られる価値で，要するに原資産時価と行使価額との差額だ。時間的価値 (time value) は，満期までの期間に原資産価格が変動することを期待しての価値だ (たとえば，いま時価と行使価格が共に 100 円だったとしても，今後，時価が 1000 円になりそうなら，その期待分がオプション価格に反映する)。本源的価値の計算は引き算の問題だけど，時間的価値はそういうわけにはいかない。
- B その枠組みは，従来の日本の会計や税務の実務の発想に整合的だな。今日でも非上場企業については，会計上，時間的価値はゼロとする簡便法が認められている。ストックオプションを発行するときは，引受人がすぐに行使しないよう，行使価格を時価よりも高く設定するのが一般的なようなので，そういった場合には本源的価値もゼロとなる。要するにストックオプションの価値はゼロ+ゼロ=ゼロというのが，かつての主な，そして今もオプション価格算定が困難な企業の多くについての扱いとなっている。
- A けったいな話だな。その「価値ゼロのストックオプション」を取得する者は，会社法の関係でどういうことに気をつけなければならないだろう。
- B 取締役か使用人かを問わず，引き受けたオプション (新株予約権) の価格が対価との関係で適正かという，いわゆる有利発行の問題が第一にあるね。ストックオプションの場合，その価値の客観評価が難しい労務提供が対価となっているが，ストックオプションが価値ゼロの場合，更に有利に引き受けようがないので，有利発行の問題は考える必要がないと思われているのではないか。なるほど，行使価格が低く，また，本源的価値が相当に大きいといった場合には特別決議が必要となりそうだが，この場合にも「当該新株予約権を無償で発行することにより，本来会社が負担すべき金銭による報酬の額を低く抑えられる」場合には決議不要といわれているようだ (葉玉匡美ほか「新・会社法 千問の道標」(2006) (立案担当者共著) Q435)。いずれにしても，株主総会特別決議が不要となれば，取締役会設置会社ではこの点については取締役会決議で決定できることとなるだろう。

第二に、取締役固有の論点として、取締役報酬について総会決議を得なければならない（ただし定款で当該事項を定めていない場合）という問題がある。ストックオプションがここにいう「報酬」に含まれることに異論はないようだが、定款で予め定めることは難しいから株主総会決議によるのが普通だろう。その場合、会社法 361 条 1 項は、報酬の内容に応じて次の事項について総会決議による決定を求めている。

一号 報酬等のうち額が確定しているものについては、その額

二号 報酬等のうち額が確定していないものについては、その具体的な算定方法

三号 報酬等のうち金銭でないものについては、その具体的内容

ストックオプションが三号に該することは自明だろう。さらに、額が確定しているか否かに応じて一号ないし二号の適用が考えられる。問題は、これまでも少し触れたように、[ 51 ] について、時間的価値を評価し額を確定することが困難な場合があるということだ。一つの考え方として、[ 51 ] の場合には「仕組み全体」を見て会社法 361 条 1 項の [ 52 ] を、そうでない場合には [ 53 ] を適用するという考えもあり得よう（参照、神田秀樹「会社法（第八版）」195 頁（2006）。前掲・葉玉ほか「新・会社法」の Q434）。しかし、会社法の文言は「価額（上限）を定めない場合には二号の決議を要するとする」。[ 51 ] であるか否かを区別していない。実際、[ 51 ] の場合について、「確定額の決議は要求するが、その場合に理論価格を必ずしも要求しない。」とする考え方が少なくとも一時期有力だったようだ。

A 「ベンチャー企業にもストックオプション制度を享受させるべし」という結論が始めにありきのようだね。慢性的に資金不足なベンチャー企業がお金を出さず優秀な人材を集めるには、将来の夢をストックオプションとして売ることも必要だろう。しかし、法律を知らない関係者がぼんやりしている間に、一部の取締役に会社価値の殆どが与えられるとしたら問題だ。

B [ 54 ]（会社法 238 条 1 項）を見ればオプション発行関連情報がわかるから、何を報酬承認決議の対象としようが、実際にはそれほど違いはないかもね。

A 他の関係者の利益をかつさらおうと、いってみればだますような説明を報酬承認決議総会で行った取締役の責任を追及する根拠として、取締役の報酬等に関する 361 条 2 項（「 55 」（条文））なんか使えないの？

B そこは微妙だ。神田教授は、ストックオプションが報酬規制に服することを前提とした上で、未公開企業など簡便法が利用可能な場合でオプション価格がゼロとなる場合にまで公正価値を算定する必要はなく、事情を説明し有利発行手続を踏めば足りるとする（神田・前掲同箇（所および 139 頁））。つまり、理論価格が出せない場合、理論価格は不要とする反面、有利発行手続が踏まれることを期待



しているようだ。他方、江頭教授は、 $X$ 円の非金銭報酬を認められた取締役  
にストックオプションを発行する場合、当該ストックオプションの公正な評  
価額（理論値）が $X$ 円を上回らなければ有利発行規制は適用されないが、こ  
の場合の公正の判断は、会計基準の扱いと異なり、時間的価値を無視すべき  
でないとする。そして、株主の求めがあれば、取締役は理論値がいくらかの  
説明を行わねばならないという（江頭憲治郎・株式会社法  
412-413,415頁（2006））。他方、立案担当者解  
説（前掲・葉玉ほか  
「新・会社法」Q433）は、361条1項1号にいう額は上限額の意味であると  
した上で、他の報酬等の上限等と包括決議ができるほか、その際、公正価額  
ゼロ円とすることも可という見解を示している（注：以上、「公正価値」、「公正な評価  
額」、「公正価額」については原典に  
従ったが、おのおの同じとせよ。「理  
論値」、「理論価格」についても同様）。大まかには、神田説・江頭説は、葉玉ほか説  
よりも取締役側に対して厳格であると整理できるんじゃないか。

### 【選択肢】

- ㉑ 「取締役、会計参与、監査役及び執行役は、株主総会において、株主から  
特定の事項について説明を求められた場合には、当該事項について必要な説  
明をしなければならない」
  - ㉒ 「前項第二号又は第三号に掲げる事項を定め、又はこれを改定する議案を  
株主総会に提出した取締役は、当該株主総会において、当該事項を相当とす  
る理由を説明しなければならない」
  - ㉓ 「……株主は……募集に係る新株予約権の発行をやめることを請求するこ  
とができる。……二号 当該新株予約権の発行が著しく不公正な方法により  
行われる場合」
- ㉔ 市場のない株式      ㉕ 上場株式      ㉖ 譲渡制限付株式
- ㉗ 職務執行の対価として受領した新株予約権
- ㉘ 増加する資本金・資本準備金に関する事項
- ㉙ 第三者割当て      ㉚ 募集要項      ㉛ 定款
- ㉜ 一号      ㉝ 二号      ㉞ 三号



## 民事訴訟法

### 問 14

ある金銭債権に基づき、その一部のみ給付の訴えを提起し、訴求額を上回る債権の存在を理由として請求全部認容判決が確定した後、当該金銭債権の残部について再び訴求したとしても、請求を認容すべきでないとする見解がある。これに対して、残部請求を容認すべきとする見解からなされうる批判として適切なものを次の①から⑩までの中から2つ選び、解答欄 **56** にマークしなさい。(配点：各<sup>5</sup>/<sub>2</sub>点)

- ① この見解の前提である新訴訟物理論を採るべきではない。
- ② この見解の前提である旧訴訟物理論を採るべきではない。
- ③ この見解は、一つの紛争につき分断した訴訟を許すことになるため、紛争解決の効率性が害される。
- ④ この見解は、原告の権利を犠牲にするかたちで紛争の一回的解決を図ろうとするものであり、実体的正義に反する。
- ⑤ この見解は、被告の応訴負担についての配慮が十分でない。
- ⑥ この見解は、原告が試験的に低い手数料額で訴訟を迫る利益についての配慮が十分でない。
- ⑦ この見解は、被告の主観によって既判力の範囲を異にすることを認めており、既判力が制度的効力として認められる趣旨と整合しない。
- ⑧ この見解は、本来地方裁判所で解決されるべき事件を簡易裁判所で扱うことを可能とする点で事物管轄が規定されている趣旨と整合しない。

## 問 15

訴訟物に関する以下の文章中の空欄 57 から 62 までに入る最も適した語を後記①から⑫までの中から選び、それぞれ解答欄 57 から 62 までにマークしなさい。(配点：全て正解して 5 点)

## 【文章】

たとえば、土地所有者たる土地賃貸人が賃貸借の終了後も目的土地を明け渡さない賃借人に対して土地明渡請求訴訟を提起する場合、[ 57 ] の立場からは、原告の土地所有権にもとづいて明渡しを請求する権利と、賃貸借契約の終了により目的土地の返還を求める権利の 2 種類の権利が実体法上認められるから、訴訟物は [ 58 ] 成立しうると考えられる。これに対して、[ 59 ] の立場からは、2 種類の権利が成立するにしても、両者は結局土地の明渡しという [ 60 ] の給付を基礎づけるにすぎないから、訴訟物は [ 60 ] 成立するのみであると考えられる。[ 59 ] の立場からは、[ 57 ] は次のように批判される。

土地所有権にもとづく明渡請求で敗訴した原告が、再度、賃貸借終了に基づく返還請求を提起することを原則として容認する結論は、[ 61 ] の要請に反し、相手方当事者や裁判所に不当な負担を強いる結果になる。

これに対して、逆に [ 57 ] の立場からは、[ 59 ] の立場は、2 種類の権利の [ 62 ] の差異を無視するものであるとの批判がなされている。

- |          |            |          |         |
|----------|------------|----------|---------|
| Ⓐ 新訴訟物理論 | Ⓑ 旧訴訟物理論   | Ⓒ 全規範統合説 | Ⓓ 法条競合説 |
| Ⓔ 法的性質   | Ⓕ 事実上      | Ⓖ 選択的併合  |         |
| Ⓗ 釈明義務   | Ⓖ 紛争解決の一回性 |          |         |
| Ⓚ 1 つ    | ① 2 つ      |          |         |

## 刑事訴訟法

### 問 16

次の設問(1)及び(2)に答えなさい。

#### 【設問】

(1) 次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組み合わせとして最も適切なものを後記①から⑤までの中から選び、解答欄 **63** にマークしなさい。(配点： $\frac{5}{2}$ 点)

ア 検察官と司法警察職員とは相互に独立した捜査機関であって組織法上上下下の関係にはないが、検察官は、個別の事件の捜査について、必要のあるときは、司法警察職員を指揮することができる。

イ 検察庁は法務省に置かれる特別の機関であるから、検察庁の職員である検察官はすべて、他の行政機関における場合と同様に、個別の事件処理について法務大臣の指揮監督を受けた場合、これに従わなければならない。

ウ 森林、鉄道その他特別の事項について司法警察職員として職務を行うべき者を特別司法警察職員といい、海上保安官、麻薬取締官等がこれに当たる。

エ 逮捕状をたまたま所持しないためこれを示すことができない場合において、急速を要するときは、被疑者に対し被疑事実の要旨及び逮捕状が発せられている旨を告げて、被疑者を逮捕することができる。これを緊急逮捕という。

オ 逮捕は人身の自由という最も基本的な権利の制約を伴う処分であるから、慎重を期するため、逮捕状により被疑者を逮捕することのできる者は検察官と司法警察員に限られ、検察事務官と司法巡査はその権限を有しない。

① ア, イ    ② ア, ウ    ③ イ, オ    ④ ウ, エ    ⑤ エ, オ

(2) 次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組み合わせとして最も適切なものを後記①から⑤までの中から選び、解答欄 **64** にマークしなさい。争いのある場合は、最高裁判所の判例による。(配点： $\frac{5}{2}$ 点)

ア 医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、公証人、新聞記者、宗教の職に在る者又はこれらの職に在った者は、業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するものについ

ては、証言を拒むことができる。

イ 公務員又は公務員であった者が保管し、又は所持する物について、本人又は当該公務所から職務上の秘密に関するものであることを申し立てたときは、当該監督官庁の承諾がなければ押収をすることができない。

ウ 何人も、自己の配偶者及び後見人が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けおそれのある証言を拒絶することができる。

エ 日本郵政公社の取扱い中に係る郵便物を差し押さえることは、通信の秘密を害することになるから、許されない。

オ 差押物が証拠物と思料されるものである場合であっても、犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押えによって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし明らかに差押えの必要がないと認められるときにまで、差押えを是認しなければならぬ理由はない。

- Ⓐ ア, ウ    Ⓑ ア, エ    Ⓒ イ, オ    Ⓓ ウ, エ    Ⓔ エ, オ

## 問 17

刑事訴訟法 39 条に定める身体を拘束された被疑者と弁護人又は弁護人を選任できる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見交通に関する権利（以下、単に「接見交通権」ということがある。）とその制限について、次の設問(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) 次の文章は、憲法 34 条と接見交通権及び接見指定制度の関係に関する最高裁大法廷判決の一部を抜粋したものである（出題にあたり一部を省略したほか、文言を置き換えた箇所がある）。後記アからクまでの記述を【文章】中の空欄に入れて文章を完成させた場合において、空欄①、④及び⑧に入る記述を順に示した組合せとして最も適切なものは、後記㉔から㉖までのうちのどれか。解答欄 65 にマークしなさい。なお、空欄②には記述アが入り、各記述は 1 回だけ用いられるものとする。（配点： $\frac{5}{2}$ 点）

## 【文 章】

（ ① ）。したがって、（ ② ）。そして、（ ③ ）。もつとも、（ ④ ）。ところで、（ ⑤ ）。ただし、（ ⑥ ）。それゆえ、（ ⑦ ）。そして、（ ⑧ ）。

## 【記 述】

- ア この規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。
- イ 刑事訴訟法 39 条は、1 項において接見交通権を規定する一方、3 項本文において、検察官、検察事務官又は司法警察職員は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、同条 1 項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる旨を規定し、接見交通権の行使につき捜査機関が制限を加えることを認めている。これは、刑訴法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることが認められていること、被疑者の身体の拘束については厳格な時間的制約があることなどに鑑み、被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る趣旨に出たものである。
- ウ 捜査機関は、弁護人又は弁護人を選任できる者の依頼により弁護人となろうとする者から被疑者との接見等の申出があったときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならない。刑事訴訟法 39 条 3 項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時

等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならない。

エ 憲法 34 条前段の弁護人に依頼する権利は、身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とする。

オ 憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人又は弁護人を選任できる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。また、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。

カ 捜査機関のする接見等の日時等の指定はあくまで必要やむを得ない例外的措置であって、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限することは許されない。

キ 刑事訴訟法 39 条 1 項は、身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる」と規定して、被疑者と弁護人又は弁護人を選任できる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見交通権を保障している。これは、憲法 34 条の趣旨に則り、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものである。その意味で、刑事訴訟法 39 条 1 項は、憲法の保障に由来するものであるということができる。

ク 弁護人又は弁護人を選任できる者の依頼により弁護人となろうとする者から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たる。

- Ⓐ イ, オ, ウ      Ⓑ エ, キ, ウ      Ⓒ エ, オ, ク  
Ⓓ キ, オ, カ      Ⓔ キ, カ, オ



(2) 接見交通権とその制限に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組み合わせとして最も適切なものはどれか。後記㉔から㉙までのの中から選び、解答欄 66 にマークしなさい。争いのある場合は、最高裁判所の判例により、最高裁判所の判例のないときは高等裁判所の判例による。(配点： $\frac{5}{2}$ 点)

ア 身体を拘束されていない被疑者には接見交通権の保障は及ばない。したがって、任意同行後取調べを受けている最中の被疑者は、弁護人または弁護人を選任できる者の依頼により弁護人になろうとする者と自由に面会することはできず、面会の申出があつたとしても捜査機関は原則としてこれを拒むことができる。

イ 検察庁の庁舎内において、弁護人又は弁護人を選任できる者の依頼により弁護人となろうとする者と被疑者との立会人なしの接見を認めても、被疑者の逃亡や罪証の隠滅を防止することができ、戒護上の支障が生じないような設備のある部屋等が存在しない場合、庁舎施設の不備を被疑者の不利益に考慮してその接見交通権の行使を制約することは許されないから、検察官が接見に適した部屋等の不存在を理由に、刑事訴訟法 39 条に基づく接見を認めるよう求める上記弁護人等の申出を拒否することは違法である。

ウ 弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者から被疑者の逮捕直後に初回の接見の申出を受けた捜査機関は、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能なときは、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続く指紋採取、写真撮影等所要の手続を終えた後、たとえ比較的短時間であっても、時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認める措置を採るべきである。

エ 同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕、勾留とが競合している場合、同人は本来接見指定権の行使を受けない被告人としての地位を有している者ではあるが、同時に被疑者としての地位をも有する以上、検察官は、被告事件について防御権の不当な制限にわたらない限り、接見指定権を行使することができる。

オ 身体を拘束されている被疑者と弁護人又は弁護人を選任できる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見と捜査の利益との調整は、日時、場所及び時間を指定することによって行うのが原則であるが、裁判官は、当該被疑者が逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足る十分な理由があるときは、例外的に、検察官の請求により又は職権で、被疑者と弁護人又弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見を禁じ、

又はこれと授受すべき書類その他の物を検閲し、その授受を禁じ、若しくはこれを差し押えることができる。

- Ⓐ ア, イ      Ⓑ イ, ウ      Ⓒ ウ, エ      Ⓓ エ, オ  
Ⓔ ア, オ      Ⓕ ア, ウ