

「 憲 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

【問題】

A 県議会で少子化対策について質問に立った女性議員に対し、A 県会議員の X が「同性愛をやめて、自分が早く結婚したらいいじゃないか」、「早く結婚して子どもを産まないと駄目だぞ」と女性の尊厳を深く傷つける暴言ヤジを繰り返した。X 議員は記者会見で「本当のことをいったまでのことであり、これくらいのことでは目くじらを立てられるとは、いかがなものか。」と発言したことから、A 県議会事務局には議員辞職を求める抗議が殺到した。日頃から女性蔑視発言や政務活動費の不透明な支出を繰り返す X 議員に対して、A 県議会は議会の信頼を著しく失墜させたとして、所定の手続きを踏んだうえで X 議員の除名を決議した。この除名決議に納得しない X 議員は、その決議の効力を裁判所で争うことができるか。国会議員の場合と対比しつつ、憲法上の論点を述べなさい。

入試日程 P日程 出題科目名 憲法

1. 出題の意図

法科大学院での教育目標は、法律に関する基礎知識、とりわけ裁判判例を踏まえた法的論理を駆使する能力を涵養することにある。本問は、司法権の外在的制約について基礎知識や関連する基本判例を身につけているのかどうか、受験生の能力を見極めるところにその出題趣旨がある。

自律的な法規範をもつ社会あるいは団体内部の紛争に関して、内部規律の問題にとどまるかぎりその自律的処理・自治的措置にゆだね、それについて司法審査が及ぶ範囲には限界があると考えられている。具体的な裁判判例として、地方議会、大学、宗教団体、政党などに関する事例がある。司法権の限界の考えは、地方議会議員の懲罰に関する裁判において示された。地方自治法（135条1項）は4種の懲罰を定めているが、最高裁は出席停止のごとき懲罰は内部規律の問題として司法審査の対象とならないが、除名処分のごときは別だとして、除名処分を議員の権利行使の一時的制限である出席停止とは区別して論じ、「議員の身分の喪失に関する重大事項」であるから裁判所の権限内の事項とした。地方議会の懲罰は、除名に限り裁判所の司法審査の対象となるとするのが判例の立場である（最大判昭和35年10月19日）。議員の議席喪失という内部規律の問題をこえるものについては、裁判所の審査権に服すべきものと解される。いわゆる部分社会論については、「一般市民法秩序」の観念があいまいで、多種多様な団体が一括して論じられ、そもそも地方議会が部分社会といえるか、それぞれの社会・団体の性質や憲法上の根拠づけに応じて個別に考察する必要があるとの指摘もあり、学説のなかには、地方議会の議員が住民代表の地位を有することを考えると、すべての懲戒処分を司法審査の対象とすべきだとする見解もある。

これに対して、国会議員には、憲法51条によって刑事・民事の法的責任を問われない免責特権が与えられている。免責は演説・討論・表決に限定されず、それらに付随する一体不可分の行為にも及ぶと解される。そうであるからといって、「院内の秩序をみだした議員」は何らの責を受けないのではなく、懲罰の対象となりうる。もっとも、議員の身分を剥奪する除名には、「出席議員の三分の二以上の多数による議決」を必要とする（58条2項）。除名は、議院の秩序を乱し、または議院の品位を傷つけ、その情状がとくに重い者について行われる。憲法が議院に高度の自律権を認めていることから、内部的自律を尊重して裁判所の審査権は及ばず、懲罰を受けた国会議員は裁判所に出訴することはできないと解されている。

2. 講評

本問に関連する基本判例として米内山事件決定および昭和35年大法廷判決があるが、その判旨に言及していない答案もあった。問題文に「国会議員の場合と対比しつつ」とあり、地方議会議員と国会議員の相違点を浮き彫りにして論じることが期待されているが、その比較が不十分な答案や、また、司法権の限界として統治行為論を論じた答案がみられた。基本的人権に関する判例の勉強が中心になりがちだが、統治機構の判例の勉強も疎かにしてはならない。

以上

「 刑 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

甲は買い物のためスーパーマーケットの店内に立ち入ったところ、財布を忘れてきたことに気がついた。しかし、一旦自宅に戻るのが面倒になったので、店内に陳列されていたカップラーメンを持参していた手提げ袋の中に入れ、そのまま、何も買う物がなかったかのようなふりをして、店内に備え付けてあったカートを元に戻して店外に出ようとした。

しかし、この様子を不審に思って観察していた私服警備員Vが甲に追いつき、「お客さん、精算を済ませていない品物はありませんか？」と声をかけた。甲はしまった、見つかったかと思い、このまま捕まっては会社をクビになると恐れ、Vの顔面を1回だけ軽く平手打ちしたところ、Vがひるんだので、その隙に駐車場方面に一目散に逃げ出した(なお、この行為によってVは一切けがをしなかったこととする)。

すると、偶然この店に自家用車で買い物に来た甲の友人乙が甲を見かけ、クラクションを鳴らしたところ、甲がそれに気づき、乙の車の助手席に乗り込んだ。甲は乙に対し、「店内で万引きしたら追いかけられた。あの警備員だ。車で追い払って逃げてくれないか。お礼はいくらでもするから」と頼んだ。乙は「わかった」とそれを了承した。

その時、Vが乙の車のところまで駆け付け、助手席のドアを開けようとしたため、乙は車のエンジンがかかっていたのをいいことに、車を急発進させた。その結果、助手席のドアをつかんだままだったVは結局駐車場の路面に転倒し、全治1ヶ月の打撲傷及び擦過傷を負った。

甲及び乙の罪責を論じなさい(但し、特別法違反を除く)。

以上

入試日程 P 日程 出題科目名 刑法

1. 出題の意図

刑法総論・各論の基本的事項を正確に理解し、それを簡単な事例の処理に活用できる能力を試す趣旨で出題した。

甲はスーパーマーケット店長の占有するカップラーメンという財物の占有を、店長の意思に反して自己の下に移転させている（手提げ袋に入れた時点で既遂に達したと見てよい）。甲における不法領得の意思（権利者排除意思及び経済的利用処分意思）にも特段の問題はない。よって、ここまでで甲には窃盗既遂罪が成立している。

そして、甲は声をかけた警備員Vに対し、「このまま捕まっては会社をクビになると恐れ」、すなわち逮捕を免れる意思で、その顔を1回だけ軽く平手打ちした。そこで、この暴行について窃盗犯人である甲に事後強盗罪の成否が問題となるが、この程度の軽い暴行では、本罪の暴行として要求される、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の有形力行使とは言い難い。よって、この行為には単なる暴行罪しか成立しない（Vはこれによって負傷していない）。

しかし、今度は乙との間で、「店内で万引きしたら追いかけられた。あの警備員だ。車で追い払って逃げてくれないか。お礼はいくらでもするから」「わかった」というやり取りをすることにより、事後強盗罪の共謀が成立し、その上で共犯者乙により、車を急発進させてVを振り落とすという暴行を行なった。この暴行はVの生命にさえ危険を及ぼす、相手方の反抗を抑圧するに足りる有形力行使と言えるし、事後強盗罪の他の要件についても、先行する顔面平手打ち時と同じと言える（その際、規定に書かれざる要件である「窃盗の機会」についても、「被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況」（最判平16・12・10刑集58・9・1047）は、車の発進時にも継続していたから、これを肯定できる。よって、甲の所為は事後強盗罪にあたり、その実行行為によりVは負傷しているので、少なくとも甲には強盗致傷罪が成立する。

他方、乙はこの強盗致傷罪の共同正犯になりうるか。ここで事後強盗罪を真正身分犯と解すれば、窃盗身分を有しない乙も、刑法65条1項により本罪の共同正犯になる。また、非身分犯構成（結合犯説）を採る場合にも、承継的共同正犯の構成を採れば、同様の結論が出せる。もっとも、ここでは「先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用」する意思を要求する裁判例が有力と言えるが（大阪高判昭62・7・10高刑集40・3・720等）、乙はこの急発進によりお礼を甲からもらおうと約束されているので、この行為を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用していると言ってよい。よって、いずれにせよ、甲と乙は（事後強盗による）強盗致傷罪の共同正犯にしてよからう（なお、異説を採ってこれ以外の結論に到達しても、理由づけがしっかりなされていれば、減点はしない）。

2. 講評

中には、こちらの求めていた事項についてほぼ過不足なく言及して処理した人もごくわずかな

がらいましたが、大半は既修者として認定するには知識が足りなさすぎるか、本当に理解した上で書かれてあるのか疑わしい答案でした。事後強盗罪の存在すら知らないという答案に至っては、愕然としました（他の答案でも、同罪の成立要件を完全に記憶・理解しているのか、またそれを問題文の事情の評価に使えているのか疑問なものが多数見られました）。まずは法学部の刑法関係の授業をしっかりと受講して、勉強を基本からじっくりやり直して欲しいと思います。また、スーパー内での所為を窃盗にするためには、刑法235条の諸要件（及び不法領得の意思）をこの行為や周辺事情が満たしていることをきちんと「あてはめ」ないと、罪責を論じたことにはならないので、くれぐれもご注意ください（罪名当てクイズではありません）。それから、自動車のアクセルを踏んでもいない甲が事後強盗罪の責を負うのはどうしてでしょうか？それは、乙との間に共謀が成立したからです。この点の認定をしていない人が大多数であったことも、残念でしたし、事後強盗罪の暴行たりえない平手打ちと同罪の暴行たりうる自動車による振り落としを一括して甲の罪責を論じるのは無理です。2つの行為に分けて、それぞれ罪責を論証するしかないでしょう（最後は罪数論でまとめるとしても）。承継的共同正犯についても（正確に）知らない人が複数いましたが、これも残念でした。

以上

「 民 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

以下の設問に全て答えなさい。

(1) Bは、Aからダイヤモンドの指輪甲を借りていたところ、これを自己所有と偽ってCに売却し、占有改定による引渡をした。甲がBの所有に属しないことについてCが善意無過失である場合、Aは所有権に基づいてBに甲の返還を請求できるか。

(2) (1)の事例において、甲がBの所有に属しないことについて悪意のCが、Bに甲を預けたままDに売却し、Bにその旨を通知した場合、Aは所有権に基づいてBに甲の返還を請求できるか。

以上

入試日程 P日程 出題科目名 民法

1. 出題の意図

民法 192 条の即時取得が成立するためには、「占有を始めた」ことが要件とされているところ、本問は、この「占有を始めた」に、同 182 条以下に定める全ての占有移転の方法が含まれるかを問うものである。具体的には、小問（1）における占有改定、小問（2）における指図による占有移転が「占有を始めた」に当たるのかが問題となる。この点、最判昭和 35 年 2 月 11 日は、「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずる」ような占有を取得することが必要であるとしている。この基準によれば、占有改定も指図による占有移転も客観的には占有の態様に変更が生じていないように見えるため、いずれも「占有を始めた」に該当せず、従って即時取得は成立しないことになる。判例は、指図による占有移転のみ「占有を始めた」に該当するとして即時取得を認めている（最判昭和 57 年 9 月 7 日、占有改定はこれに該当しないとした判例として（最判昭和 32 年 12 月 7 日））。そうすると、判例の基準を言葉通りあてはめただけでは、この結論の違いを正当化できないため、上記の判例の基準が実質的に何を意味しているのかを明らかにする必要がある。

学説上各種の正当化根拠が展開されているので、その一つを示すと次の通りである。指図による占有移転では、第三者による占有を通じて譲渡が公示されるが、第三者は譲渡に通常は利害関係を有しないため、この方法による公示は信頼性が比較的高く、したがって、譲受人の物支配が比較的高度に確立されたといえる。一方で、真の権利者の物支配の程度は、目的物の占有が自己と直接の法律関係がない第三者に移ったことにより、それ以前よりも弱まったといえる。このように、指図による占有移転は従来の占有状態に変更を生じさせるものといえる。これに対して、占有改定では、譲渡人の占有を通じて譲渡が公示されるが、譲渡人は譲渡によって不利益を受ける者であるため、この方法による公示は信頼性が相対的に低く、譲受人の物支配の確率度は高いとはいえない。他方で、真の権利者の物支配の程度には、目的物の占有が真の権利者と直接の法律関係のある譲渡人とどまっているため変化があったとはいえない。このように、占有改定では従来の占有状態に変更を生じさせるものといえない。

以上によると、その他の即時取得の要件を満たす限り、小問（1）は即時取得が成立しないが、小問（2）は即時取得が成立することになりそうである。もっとも、小問（2）において、占有を公示する役割を果たす「第三者」に該当するのは、もともと A から目的物を預かった B であって、B を通じた公示は信頼できないことや、A と直接法律関係のある B に占有がとどまっているため、A の物支配に変化があったとはいえないことは、小問（1）と何ら変わらない。従って、小問（2）のような場合には、たとえ指図による占有移転によって「占有を始めた」ときでも、即時取得は成立しない。

このように、小問（2）の正解には、「占有を始めた」に占有改定が該当しない一方で、指図による占有移転が該当するという結論のみならず、こうした結論の違いを正当化する「理由」を正しく理解できていないと、たどり着くことができない。本問では、まさにこの点を確認する問題となっている。

2. 講評

本問において即時取得が問題となっていること、即時取得が成立するために必要な要件の列挙、要件の中で「占有を始めた」に占有改定や指図による占有移転が含まれるかという問題の所在までは、適切に指摘できている答えはいくつかみられたものの、本問で最も問題となるところの「なぜ指図による占有移転だけがこの要件に該当するのか」という点を正しく説明できている答えは見られなかった。それに伴い、小問(2)について正解にたどり着けている答えも存在しなかった。

「 民事訴訟法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

弁論主義について説明した上で、弁論主義と釈明権との関係について論ぜよ。

民事訴訟法149条(釈明権等)

- 1、裁判長は、口頭弁論の期日又は期日外において、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対して問いを發し、又は立証を促すことができる。
- 2、陪席裁判官は、裁判長に告げて、前項に規定する処置をすることができる。
- 3、当事者は、口頭弁論の期日又は期日外において、裁判長に対して必要な発問を求めることができる。
- 4、裁判長又は陪席裁判官が、口頭弁論の期日外において、攻撃又は防御の方法に重要な変更を生じ得る事項について第1項又は第2項の規定による処置をしたときは、その内容を相手方に通知しなければならない。

入試日程 P日程 出題科目名 民事訴訟法

1. 出題の意図

民事訴訟法の基本概念である弁論主義についての理解を問うとともに、弁論主義の補完・修正原理である釈明権についての理解を問うものである

2. 講評

(1) 弁論主義とは、訴訟物である権利関係の基礎をなす事実の確定に必要な裁判資料の収集、すなわち事実と証拠の収集を当事者の権能と責任とする建前のことである。弁論主義の内容には、①裁判所は、当事者の主張しない事実を裁判の資料として採用してはならない(第1テーゼ)、②裁判所は、当事者に争いのない事実は、そのまま裁判の資料として採用しなければならない(第2テーゼ)、③当事者間に争いのある事実を証拠によって認定するさいには、必ず当事者の申し出た証拠によらなければならない(第3テーゼ)、という3つの命題がある。なお、第1テーゼ及び第2テーゼの適用のある事実とは主要事実に限られ、間接事実、補助事実は含まれない。

民事訴訟において弁論主義が妥当するとされる根拠については、主要な学説として私的自治説(本質説)、手段説、多元説等が主張されているが、通説的地位を占めているのは私的自治の訴訟法的反映と説明する私的自治説である。

(2) 弁論主義と釈明権との関係について

釈明権は、事件の内容をなす事実関係や法律関係を明らかにするため、当事者に対し事実上や法律上の事項について質問を発し、または立証を促す裁判所の権能のことである(民事訴訟法149条1項)。先述した通り、民事訴訟においては弁論主義が妥当し、裁判に必要な資料の収集および提出は当事者の責任である。これは、裏を返せば、裁判所は当事者が主張、提出しない事実や証拠については考慮する必要がないといえる。もっとも、収集および責任がもつばら当事者の責任であるとして裁判所がつき放してしまい、勝つはずの当事者が不注意で負けたり、真実と異なる判決が出されることは、当事者には裁判所の不親切と捉えられかねず、ひいては国民一般の裁判所に対する信頼も揺るぎかねない。そこで、弁論主義の形式的な適用による不都合を回避し、事案の真相を解明して真の紛争解決を可能にするため、弁論主義を補充し修正するものが釈明権である。

釈明権行使には、当事者が事案にとって必要な申立てや主張をしているが、それらに不明瞭、前後矛盾などがみられる場合に、これを問い直すもの(消極的釈明)と、当事者が事案の内容上必要な申立てや主張をしていない場合に、これを示唆し、指摘するもの(積極的釈明)とがある。消極的釈明について許されることは争いが無いが、積極的釈明の可否及び程度については、弁論主義との関係で議論がある。

(3) 講評

今回の出題は、民事訴訟法を理解する上で必須の知識を確認するものであったが、受験生のレベルは極めて低く、弁論主義の内容を正確に説明できていない答案や釈明権が弁論主義の補完原理であるという位置づけが理解できていない答案が多数であった。

「 商 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

次の文章を読み、下記の設問に答えなさい。

1. 甲株式会社(以下「甲社」という。)は、電子オルガン等の楽器の製造販売を事業目的とする会社法上の非公開会社で、かつ取締役会設置会社である。種類株式発行会社ではない。取締役は、A、BおよびCであり、代表取締役にはBが就任し、他に監査役が1名就任している。株主構成は、Aが300株、Bが100株、Bの妻Cが50株、および甲社経理部長Dが50株である。
2. 甲社は、電子楽器の製造に関し、優れた技術を有していたが、需要の落込みに対応しきれず、業績不振に陥っていた。そこで、Bは数種の新製品を海外の市場に投入しようと、設備投資に必要な資金調達を計画した。
3. 一方、創業者のAはすでに高齢のため代表取締役を退いていたが、これまでどおり同じ製品を製造し、むしろ国内の販路を拡大するようBに言い聞かせていた。
4. Bは、これ以上、Aに邪魔をされたくないと思い、甲社の支配権を確保しようと考えた。平成26年7月1日、Bは、取締役会を開催し(以下、本件取締役会という。)、新たに株式を500株発行することにし(以下「本件新株発行」という。)、Bに300株、Cに200株を割り当てる議案を提案した。Aは反対したが、Bは、Cと自分の賛成により決議は可決したと宣言し、本件取締役会を閉会にした。なお、一株当たりの払込金額は公正な価額であり、払込期日は平成26年8月1日とされた。
5. 続いて平成26年7月20日、Bは、本社会議室で開催された経営会議において、予定されていた経営事項に関する議案の検討を終えた後、A、CおよびDに対し、突然、この場でも本件新株発行について審議してほしい旨告げた。Aはこれに憤慨して退席した。
6. Bは、予定どおり本件新株発行を実施した。

〔設問1〕平成26年8月2日時点で、本件新株発行の効力を争うためにAの立場において考えられる主張およびその当否について、論じなさい(70点)。

〔設問2〕平成26年7月30日時点で、本件新株発行の効力を争うとした場合に、Aの立場において考えられる主張およびその当否について、論じなさい(30点)。

以上

入試日程 P 日程 出題科目名 商法

1. 出題の意図

(1) 本問は、会社支配権の争奪を目的とする第三者割当てに基づく新株発行に関する問題である。本件新株発行は、いわゆる第三者割当増資であって、既存の株主の支配的利益（議決権比率）と経済的利益を希釈化することになる。他方、取締役は、機動的に資金調達を実施し、株主のために企業価値を高める職責を負っている。そこで、会社法は、比較的小規模で閉鎖性の高い非公開会社の場合には、原則として株主総会の決議を要求し、公開会社の場合には、原則として取締役会の決議で決定できる旨を定めている（会社 199 条・200 条）（ただし、有利発行の場合には、株主総会決議が必要である）。そして、総会決議がない場合には、既存株主の上記のような利益を損なうものであるから、新株発行無効の訴えの無効事由ないし不存事由になる可能性がある。

(2) 甲社は非公開会社であるから、新株発行を決定するには原則どおり株主総会決議を経る必要がある。ところが、甲社は株主総会の決議を経たのか否か明らかでない。

平成 26 年 7 月 20 日、経営会議と称して B は、株主全員がいる場で話し合いを行っている。これは B からみれば、全員出席総会であり、株主総会は一応開催されたと主張できる。しかし、A からみれば、議題を知らされていたわけではなく（会社 309 条 5 項）、途中退席していることから適法な株主総会とはいえない。これは少なくとも株主総会決議の取消事由となり、同時に新株発行の無効事由になるものと考えられる。

全員出席総会が成立していないとすれば、株主総会は不存であり、新株発行不存確認の訴えの不存事由になる可能性もある。

(3) 新株発行に関する取締役会手続にも瑕疵がある。B が自分自身に新株を割り当てる決議を行っており、B は特別利害関係取締役として決議に参加できないにもかかわらず決議に参加しており、取締役会決議は無効となる可能性が高い。

(4) 次に、新株発行が効力を生ずる日よりも前であれば、不利益を受けるおそれのある株主は会社に対し新株発行の差止めを請求できる（会社 210 条）。本件新株発行は、前述のように瑕疵ある株主総会決議に基づき実施されようとしていることから、違法な新株発行として差止事由となる。また、B が会社支配権を奪取する目的であることを主張立証できれば、いわゆる不公正発行として差止事由になる可能性も大きい。これに対して甲社は資金調達のために新株発行を行うことを主張立証できれば、差止めを免れる。

新株発行の効力が発生した後は、もはや差止請求を行っても意味がないので、仮処分の申立てを行う必要がある（民保 23 条 2 項）（10 点）。被保全権利（争いのある権利関係）は、既存株主の新株発行差止請求権となる。会社支配権を失う不利益の大きさを考慮すると、保全の必要性も認められる。

2. 講評

株式会社における新株発行の意味を理解していない答案が目立った。本来、新株発行は、資金調達のために行われることを認識してほしい。

また、株主割当て以外の方法によると、既存株主の利益が損なわれることを理解し、どのような会社の意思決定手続が必要となるか、その手続に違反した場合には既存株主はどのような争い方ができるのか、確認しておいてほしい。

以 上