

「 憲 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

次の仮想事例を読み、下記の設問に答えなさい。

【仮想事例】

Xは、20**年6月16日施行のA県議会議員選挙に立候補しようとすることを決意した。そして、Xは、その立候補の届出をした日から、同選挙の有権者の自宅等を訪問し、投票の際にXの氏名を記載すること等を依頼して回った。

そのため、Xは、公職選挙法138条1項に違反し、239条1項3号に該当するとして逮捕起訴された。

〔設問〕 本件には、どのような憲法上の論点があるのか、論じなさい。

以上

入試日程 B日程 出題科目名 憲法 **出題趣旨**

本仮想事例では、公職選挙法 138 条 1 項の適用に伴い生じる選挙活動（政治的表現）に対する規制の合憲性（憲法 21 条 1 項に違反するか否か）を検討することが求められている。その際には、最判昭 56・7・21 刑集 35 卷 5 号 568 頁を参考にして欲しい。

憲法 21 条 1 項は、「一切の表現の自由」を保障すると規定する。この点を踏まえると、X による A 県県議会議員選挙の「有権者の自宅等を訪問し、投票の際に X の氏名を記載すること等を依頼して回った」こと（戸別訪問）は、表現行為、とりわけ、判例（最大判昭 49・11・6 刑集 28 卷 9 号 393 頁，最大判昭 61・6・11 民集 40 卷 4 号 872 頁）が特に重要であると解する政治的表現行為として憲法 21 条 1 項により保障されることになる。したがって、戸別訪問に対する規制の合憲性を検討する際には、特に重要である政治的表現行為が直接的に、罰則付きで制限されることに着目しなければならない。

他方で、そもそも選挙運動は、「あらゆる言論が必要最小限度の制約のもとに自由に競いあう場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従って運動するもの」（最判昭 56・7・21 刑集 35 卷 5 号 568 頁伊藤裁判官補足意見）と解することもできる。このように解したうえで、戸別訪問による弊害、すなわち、それが買収の温床になりやすいこと、選挙人の生活の平穏を害すること、候補者が多額の出費を余儀なくされること、投票が情実に流れやすいことを防止するためには、戸別訪問を間接的に、罰則付きで制限すべきである、ということもできよう。

これらの点を踏まえたうえで、公選法 138 条 1 項の合憲性を具体的に検討して欲しい。まず、公選法 138 条 1 項の立法目的は何か、その目的と戸別訪問の禁止（立法目的達成手段）にはどのような関連性があるのかを具体的に検討する。例えば、立法目的を「選挙の自由と公正を確保すること」と捉えたうえで、「選挙の自由と公正」を達成するために戸別訪問を禁止し（公選法 138 条 1 項）、これに反した場合には「1 年以下の禁錮又は 30 万円以下の罰金に処する」（公選法 239 条 1 項 3 号）ことには合理的理由があるのか。更には「選挙の自由と公正」を達成するために、戸別訪問を一律に禁止する必要性があるのかなどについて検討するのである。

どのような結論になるにせよ、両当事者の立場を踏まえた、説得力のある具体的な論述をして結論を導くことが望まれる。

以上

「 刑 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

甲(満40歳, 男性)は自分の小学校1年生の子供A(満6歳, 男性)が顔を腫らしながら帰宅するなり、「何も悪いことをしていないのに、担任の先生に殴られた」と言ったため、即座にその言葉を信じ、Aの通う小学校の職員室まで行き、Aのクラスの担任B教諭(満25歳, 男性)との面会を求めたが、あいにくBは出張中だったため、そのまま自宅に引き返した。

しかし、甲は怒りが収まらず、このような教育現場での暴力を放置しては、同じクラスをはじめとする小学校の他の児童にも害が及びかねないと危惧したため、インターネット上の“Facebook”というSNS(ソーシャル・ネットワーキング・サービス)に、「うちの息子は**小学校の1年生ですが、先日担任のBという若造に理由もなく殴られてしまいました。糾弾します!」との書き込みをし、そのメッセージはFacebook上の「友人」をはじめ、多数の利用者が閲覧するところとなった。

数日たって、このメッセージの存在を知り合いから知らされたBが警察に告訴状を提出したため、その後甲は上記の事実により起訴された。その刑事裁判において、Aの上記発言は虚偽であって、Aは同級生とのけんかにより負傷したこと、そして甲はその発言の真偽を確かめもせず、軽率に内容を信用したことが確認された。

甲の罪責を論じなさい。

以上

入試日程 B 日程 出題科目名 刑法

出題趣旨

名誉毀損罪（刑法 230 条 1 項）の各要件の理解と事案の的確なあてはめ、さらには同様に、いわゆる真実性の証明（刑法 230 条の 2）の要件の理解と的確なあてはめ、そして真実性の錯誤に関する処理が、対立する見解の採否を含めて無難になされているかどうかを見ようとした。

「 民 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

Aは、自動車を運転中、携帯電話呼び出し音に気をとられて前方注視を怠ったため、ボールを追って道路に飛び出してきたB女(当時3歳)を跳ね、その顔に瘀痕を遺す大きな傷を負わせてしまった。C女は、B女の実の母親であり、B女をととてもかわいがって育ててきた。

- (1) B女ならびにC女はそれぞれAに対して損害賠償を請求できるか。
- (2) B女はC女が近所の主婦との立ち話に夢中になっていた際に飛び出したものであったとすると、B女からの損害賠償請求に対して、Aからの過失相殺の主張は認められるか。

入試日程 B日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

本問は、709条の不法行為責任の成否を問うとともに、被害者のみならず、被害者の近親者が慰謝料請求できるか、また、被害者自身が損害拡大に寄与している場合において、被害者が事理弁識能力を欠くときでも、被害者側の過失をもって過失相殺が認められるかを問うものである。

まず、AのBに対する709条責任が成立するかが問題となる。709条の成立要件は、①故意または過失による加害行為の存在、②被害者の権利侵害、③損害の発生、④因果関係である。Aは自動車を運転中に携帯電話の呼び出し音に気をとられて前方注視を怠り、その結果としてBにけがを負わせ、治療費その他の損害を発生させていることから、①～④のすべての要件を満たす。したがって、AのBに対する709条責任は成立する。

その結果、被害者BはAに対して治療費等の財産的損害ならびに顔に瘢痕を残す大きな傷を負ったことによる精神的苦痛について、損害賠償請求・慰謝料請求ができることに問題はない(709条、710条)。

次に、Bの母親であるCは、Bが顔に瘢痕を残す大きな傷と負ったことによりC自身が精神的苦痛を被ったことを理由に、709条、710条に基づいてAに対して慰謝料請求をすることが考えられる。この点、711条は、被害者が死亡した場合に近親者に固有の慰謝料請求を認めているところ、この規定の反対解釈として、被害者が死亡していない場合には慰謝料請求が認められないのではないかが問題となる。711条の制度趣旨は、生命侵害の場合には、被害者の父母・配偶者・子は特に精神的苦痛が大きいことに鑑み、損害の発生および加害行為と損害との間の因果関係の立証責任を軽減した点にあり、709条、710条に基づいて慰謝料請求することを排斥するものではないが、近親者の精神的苦痛は間接的に生じたものであり、安易に不法行為の成立を認めると慰謝料請求を広範に認めすぎることになりかねないので、近親者が慰謝料請求をなしうるのは、被害者の受傷により死亡と比肩すべき精神的苦痛を受けた場合にに限られるとするのが判例である(最判昭33・8・5)。本問では、女の子の顔に瘢痕を残すほどの大きな傷が生じていることから、Cは死亡と比肩すべき精神的苦痛を受けたと評価することができる。したがって、Cは709条、710条に基づいて慰謝料請求をすることができる。

一方で、Bがボールを追って飛び出してきたことをBの過失と評価して、Aからの過失相殺の主張は認められるか。過失相殺は、被害者に生じた損害を回避したり減少させたりするための行動を被害者に期待できるときに、そうした行動をとらなかったことを過失とみて、その不利益を被害者に負担させる制度であるところ、同じく過失を問題とする709条責任は、加害者に過失責任を問う前提として加害者に責任能力が備わっていることを要件としていることからすれば、被害者の過失を過失相殺で斟酌するにあたっては被害者に責任能力が備わっていることが必要なのではないかが問題となる。この点、過失相殺の問題は、不法行為者に対し積極的に損害賠償責任を負わせる問題とは趣を異にし、不法行為責任者が責任を負うべき損害賠償の額を定めるにつき、公平の見地から、損害発生についての被害者の不注意をいかにして斟酌するかの問題に過ぎないから、過失相殺に当たって被害者の責任能力までは要求されないが、被害者が自分がこれから何をしようとしているのかを認識できる能力すらないような場合にまで、その過失を斟酌するのは妥当ではないことから、被害者には少なくとも事理を弁識するにたる知能が備わっている

ことが必要であると解するのが判例である（最大判昭 39・6・24）。本問において被害者 B は 3 歳であるから、事理弁識能力が備わっているとはいえず、したがって B の過失を斟酌することはできない。

しかしながら、たまたま被害者が事理弁識能力を欠く者であったために過失相殺が認められないのは、加害者間の公平を欠くし、事理弁識能力を欠くような者については、その者を監督すべき者がいるはずであり、その者が監督を怠らなければ被害は発生しなかったといえる場合もある。そこで、被害者自身に事理弁識能力がないために過失相殺できない場合でも、損害の公平な分担という理念から被害者本人以外の過失を「被害者側」の過失として斟酌するのが相当な場合があるとして、判例は被害者本人と身分上、生活関係上、一体をなすと見られるような関係にある者の過失も過失相殺の対象となるとする（最判昭 42・6・27）。本問では、C は B の母であり、親は子を監護すべき法定の義務を負うところ（820 条）、C が近所の主婦との立ち話に夢中になり、B の監護を怠っていた隙に B は飛び出したものであるから、C には過失が認められる。したがって、A からの過失相殺の主張は認められる。

2019(平成31)年度

法務研究科 法務専攻(法科大学院) B日程 入学試験問題

「 商 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

次の設例を読み、後記【設問1】(1)および(2)、ならびに【設問2】に答えなさい。【設問1】(1)、(2)、および【設問2】はそれぞれ独立の問いとする。

1. 甲株式会社(以下「甲社」という。)は、その発行する全部の株式の内容として、譲渡による株式の取得について株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けており、かつ取締役会を設置していない株式会社である。唯一の取締役には創業者であるAが就任している。定款上、取締役の員数に関する定めはないものの、取締役の任期は、選任後10年以内に終結する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会終結時までとされている。種類株式を発行する旨の定めはない。
2. 甲社の株式は、創業者であるAが全て保有していたが、平成30年6月、Aは交通事故により急死し、Aが保有していた甲社の株式については、配偶者B、子CおよびDが法定相続分に従い2:1:1の割合で共同相続した。B、C、およびDの間で遺産分割協議は難航しており、未だ成立の見込みがない。

【設問1】

- (1) 唯一の取締役Aが死亡した甲社においては、後任の取締役の選任を行う株主総会の招集権者が不在となる。この場合、後任の取締役を選任する方途はあるか(20点)。
 - (2) 後任の取締役の選任が難航する場合、取締役の欠員状態を一時的に解消することはできるか(20点)。
3. Bは、CおよびDに知らせると紛糾することが予想されたため、設問1のような他の選択肢を検討することなく、Aが死亡した日である平成30年6月28日に甲社の臨時株主総会が開催され、Aが死亡により退任し、自己が取締役に就任したとする株主総会議事録を作成するとともに、その旨の変更登記を自己の一存で了した。

【設問2】

後日、Bの取締役就任登記が勝手にされている事実を知ったCは、平成30年6月28日にされたとするBの取締役選任決議について不存在確認の訴えを提起した。Cの訴えは認められると考えられるか（60点）。

入試日程 B 日程 出題科目名 商法 **【出題趣旨】**

取締役が不在となった非取締役会設置会社における株主総会決議の方法および会社法上の欠員補充措置を問うとともに、株式が共有されている場合の権利行使に関する問題を検討させるものである。

【設問 1】

(1) 取締役は株主総会において選任される（会社法 329 条 1 項）。甲社では後任の取締役を選任するため株主総会を開催する必要があるが、取締役が 1 名のみの非取締役会設置会社における株主総会は、当該取締役が招集に係る事項の決定をし（会社法 298 条 1 項）、招集する（会社法 296 条 3 項）。甲社では、招集決定および招集を行う取締役がいないので、招集手続を経ずに開催できる全員出席総会の方法によることが考えられる（会社法 300 条）。遺産分割協議が未了の場合、当該相続株式は共同相続人間の共有に属すると解されるので（民法 898 条、906 条以下）、本件株式も B、C、D の間で 2 : 1 : 1 の割合で共有されることになる。このような場合には、B、C、D の間で権利行使者を定め会社に通知すれば（会社法 106 条本文）、権利行使者 1 名が出席することにより、全員出席総会となるが、権利行使者の指定・通知が未了である場合には、共有持分権者である B、C、D 全員の出席が必要となろう。なお、少数株主による総会招集の方法も考えられるかもしれないが（会社法 297 条）、設例では、そもそも招集請求先となる取締役が欠けていること、権利行使者の指定・通知が未了である場合には、総会招集権行使について共有持分の価額の過半数の賛成を得ておくか共有持分権者全員による共同行使の必要があること、裁判所の許可を要すること、等の問題がある。

(2) 非取締役会設置会社において取締役が欠けた場合には、利害関係人は裁判所に申し立てることにより、一時取締役を選任してもらうことができる（会社法 346 条 2 項）。株式の共同相続人である B、C、D が利害関係人にあたることは疑いない。利害関係人としては、他に従業員や債権者などが含まれる。

【設問 2】 甲社において株主総会が開催された形跡はなく、B の一存で株主総会が開催されたことを前提に議事録が作成され、B の取締役選任登記がなされている。株主総会の決議が物理的に存在しない場合、確認の利益を有する限り、何人も、訴えをもって当該決議が存在しないことの確認を請求することができる（会社法 830 条 1 項）。株主総会決議不存在確認の訴えに提訴権者の制限が設けられていない以上、株式の共有持分権者であっても、単独で訴えを提起することができるとも考えられる。他方、共有株式については、民法 264 条ただし書の法令上の特別な定めにより該当する会社法 106 条本文が適用されるので、訴えの提起についても、権利行使者として会社に通知された者にしか認められないとも解される（最判平成 2 年 12 月 4 日民集 44 卷 9 号 1165 頁）。なお、会社法 106 条ただし書の適用を受ける会社の同意は、判例によれば、民法 252 条本文に従い、取締役選任のような共有物の管理行為と解される事項については、共有持分の価額の過半数の賛成が得られていることが前提となる（最判平成 27 年 2 月 19 日民集 69 卷 1 号 25 頁）。C について当該過半数の賛成を得ることは難しい設例の状況にあつて、C が適法な会社の同意を

得たうえで提訴権を行使したとは考えられない。したがって、甲社は、C の原告適格を争うことが考えられる。

そのような場合には、本案において会社法 106 条本文またはただし書の手続の履践を前提に決議の存在を主張すべき甲社が訴訟要件レベルで同様の手続が履践されていないことを理由に原告適格を否定する主張を行うことは信義則に反するとして、C の提訴を認めることが可能である（前掲最判平成 2 年 12 月 4 日）。また、そもそも、会社法 106 条は提訴権のような手続的権利には適用されず、共有持分権者は単独で提訴できると解することもできるかもしれない。

以 上

「 民事訴訟法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

XはYに対し500万円を貸し付けたが、弁済期が過ぎてもYは弁済しない。Yは、Zに対し500万円の売買代金債権を有しているのみで、他にみるべき財産を有していない。そこで、XはYに代位し、Zを被告として、YのZに対する売買代金債権の支払を求める訴訟を提起した。

(1) 裁判所の審理の結果、XのYに対する上記貸金債権はすでに弁済済みであることが判明した。裁判所はどのような判決をすべきか。

(2) 裁判所の審理の結果、XのYに対する貸金債権は存在するが、YのZに対する売買代金債権は不存在であることが判明した。裁判所はどのような判決をすべきか。右判決が確定した場合、だれに判決効は及ぶか。

入試日程 B日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

(1) 訴訟担当とは、権利義務の主体以外の第三者が、主体に代わって訴訟物についての当事者適格を認められる場合を指す。法定訴訟担当と任意的訴訟担当がある。法定訴訟担当とは、法律の規定による場合をいい、任意的訴訟担当とは本人の授権による場合をいう。

XのZに対する債権者代位訴訟は法定訴訟担当の一形態であり、YのZに対する売買代金債権(被代位債権)が訴訟物の位置を占め、XのYに対する貸金債権(被保全債権の存在は、右代位訴訟におけるXの当事者適格を基礎づけるものである。

当事者適格(正当な当事者)とは、訴訟物たる権利関係について、本案判決を求め、または求められる訴訟上の地位をいう(訴訟追行権ともいう)。訴訟要件の1つである。

なお、当事者適格は特定の訴訟物との関係できめられる資格であり、当事者能力や訴訟能力のように、個々の事件をはなれた一般的・人格的能力とは区別されなければならない。

弁済によってXのZに対する貸金債権は既に消滅しており、存在しない。このような場合には、Xは当事者適格を欠くこととなり、訴訟要件を欠く。

したがって、裁判所は、訴訟要件が存在しない訴えは不適法として、訴え却下の判決をしなければならない。

(2) YのZに対する売買代金債権(被代位債権)が訴訟物の位置を占め、代位訴訟における判決効の拡張(115上1項2号)により、被担当者に拡張される。また、裁判所は請求棄却判決をすることになる。

債権者と債務者の利害対立が存在することを理由として、法定訴訟担当を、対立型法定訴訟担当と吸収型法定訴訟担当とに区分し、債権者代位訴訟は対立型法定訴訟担当とされ、本人の不利に既判力が及ばされることを否定する見解もある(片面的拡張説ともいわれる。)。批判として、①対立型と吸収型という区分が一義的に明確でないこと、②第三債務者の利益が害されることが指摘されている。