

「 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】

A新聞の記者であるXは、B地方裁判所で行われた公判廷において、強盗殺人事件を新聞記者席で傍聴していた。公判の開廷前に、同裁判所書記官は、「本日の公判廷における写真撮影は、審理の都合上、裁判官が入廷し公判が開始した後、これを許さない」と告知した。その後、裁判官が入廷し、公判が開始し、被告人が人定質問のために証言台に立つと、Xは、記者席から離れ、裁判官席が設けられている壇上に登り、裁判長の制止を無視して、被告人の写真1枚を撮影した。

そこで、裁判所は、法廷等の秩序維持に関する法律2条1項前段に該当するとして、Xに過料を科す決定を行った。

【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。

【参考法令】

刑事訴訟規則(抄)

(公判廷の写真撮影等の制限)

第215条 公判廷における写真の撮影、録音又は放送は、裁判所の許可を得なければ、これを行うことができない。但し、特別の定のある場合は、この限りでない。

法廷等の秩序維持に関する法律(抄)

(制裁)

第2条 裁判所又は裁判官(以下「裁判所」という。)が法廷又は法廷外で事件につき審判その他の手続をするに際し、その面前その他直接に知ることができる場所で、秩序を維持するため裁判所が命じた事項を行わず若しくは執つた措置に従わず、又は暴言、暴行、けん騒その他不穏当な言動で裁判所の職務の執行を妨害し若しくは裁判の威信を著しく害した者は、20日以下の監置若しくは3万円以下の過料に処し、又はこれを併科する。

2 (略)

以上

入試日程 A日程 出題科目名 憲法 **出題趣旨**

本仮想事例では、刑事訴訟規則 215 条等の適用に伴い生じる X の取材の自由（法廷における写真撮影）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、最大判昭 33・2・17 刑集 12 巻 2 号 253 頁を参考にして欲しい。

X による「裁判官席が設けられている壇上に登り」、「被告人の写真 1 枚を撮影した」行為は、X が A 新聞の記者であることを踏まえると、取材行為の一環と捉えることができる。

X による取材行為は、「憲法 21 条の保障のもとにある」「報道機関の報道が正しい内容をもつためには」、その前提作業として保障される必要があること、取材行為が直接的に、罰則付きで制限されることに着目する必要がある。とはいえ、取材の自由は「憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するもの」（最大決昭 44・11・26 刑集 23 巻 11 号 1490 頁）であり、取材行為が法廷で行われると訴訟の運営に障害が生じ得ることに鑑みると、間接的に制限すべき場合もあろう。

これらの点を考慮したうえで、X による取材行為に対する規制の合憲性を検討して欲しい。まず、刑事訴訟規則 215 条の立法目的は何か、その目的と「公判廷における写真の撮影、録音又は放送」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検討する。例えば、立法目的を「公正かつ円滑な訴訟の運営の確保」と「被告人その他訴訟関係人の正当な利益の保障」と捉えたうえで、これらの立法目的と「公判廷における写真の撮影、録音又は放送」を禁止すること（刑事訴訟規則 215 条）、これに反し「秩序を維持するため裁判所が命じた事項を行わず」、「裁判所の職務の執行を妨害し若しくは裁判の威信を著しく害した者は、20 日以下の監置若しくは 3 万円以下の過料に処」すること（法廷の秩序維持に関する法律 2 条）には、どのような関連性があるのかを検討するのである。

そして、本仮想事例において、裁判長が X に対して「裁判官席に設けられている壇上に登り」、「被告人の写真 1 枚を撮影する」ことを制止する必要があったのか否かを具体的に検討して欲しい。

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。)

Aは車道大学のアメリカンフットボール部に所属する同大学2年生(満20歳)であったが、試合で緩慢なプレーをしたとして、同部の監督C(満50歳)により、レギュラーメンバーからはずされた。

ある日、CがAに対し、「もしレギュラーに戻して欲しかったら、今度の笹島大学との定期戦に途中出場させてやるから、あちらのクォーターバックのVに、レイトタックルを装って潰してこい。奴を負傷させないと、お前には『辞めて』もらうからな」と述べた。Aは、先輩に関する同種の先例から見て、もし車道大学の常務理事でもあるAの言うことに従わないと、もはやこの大学に通えないことになるのではないかと恐れ、「わかりました」と答えた。

他方、この車道大学アメフト部のコーチをしているD(満30歳)は、上述の一件はまったく知らぬまま、同様にレギュラーメンバーからはずされていた別の部員B(満20歳)に対し、「おい、今度の笹島大学戦で、クォーターバックのVにタックルしてケガをさせてくれないか。もしうまくいったら、お前をレギュラーに戻すよう、監督に進言してみるから」と依頼した。Bは、これはいいチャンスだと思い、「わかりました」と二つ返事で了承した。

それから数日後の車道大学対笹島大学のアメフト定期戦において、Vがパスをした後、集団を追いかけている際、AがVの背後から飛びついて、Vを前のめりに地面に転倒させた。その様子を見たBは驚いたが、自分もやらないと意味がないと思い、何とかその場から立ち上がってボールの方に向かいかけていたVの背後から飛びついた。そのため、Vはまたもや前のめりに転倒したが、それでも必死に立ち上がり、プレーを続けようとした。Bは、これではまだ不十分だと思い、さらにVを執拗に追いかけて、タックルの機会を窺った。

この光景を目撃した笹島大学アメフト部監督のE(満40歳)は、いかにも異様なAやBのタックルを止めさせないと、Vの生命すら危ないと思い、審判が対応しないため、試合中にもかかわらずグラウンド内に駆け込み、Vを追いかけるBに対し「てめえ、ぶっ殺してやる!」と怒鳴りながら、Bに背後から飛びつき、激しく羽交い締めにした。その結果、Bは窒息死した。

他方、Vは腰部に靱帯損傷を負い、全治1ヶ月との診断を受けたが、その負傷がAのタックルによるものか、Bのタックルによるものか、あるいはその両方が相俟って生じたものなのかがまったく特定できなかった。

A、B、C、D及びEの罪責を論じなさい(特別法違反は除く)。なお、この4名のいずれにも、殺意まではなかったものとする。〈以上〉

入試日程 A日程 出題科目名 刑法 **出題趣旨**

同時傷害の特例(直接の暴行行為者以外にも, その背後にいる間接正犯者・共同正犯者にも同特例の効果が及ぶのか否かは, 新規の論点ではあるが, いずれの結論もありうるものとする), 間接正犯と共同正犯・教唆犯との区別(最決平13・10・25刑集55・6・519参照—なお, 本問においてその結論も微妙なので, それなりの説得的な理由が示されていれば, いずれでも可とする), そして正当防衛・過剰防衛の要件充足の判定を論点として設定した。また, スポーツ競技中の法益侵害事例ではあるが, もはや正当業務行為による違法性阻却の認められないことは明らかであろうが, その点まで詳細に立ち入って記述することは, 試験時間の短さもあり, 出題者としては求めないこととした。

2019(平成31)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)A日程 入学試験問題

「 民 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

Xは、債権者による強制執行を免れる目的で、友人のYと通謀して、真実は売却する意思がないにもかかわらず、X所有の甲土地をYに売却する契約を締結し、甲土地を引渡したうえ登記を移転した。その後、Yは自己に登記があることを奇貨として甲土地をZに譲渡してこれを引渡し、登記を移転した。さらにZは甲土地をTに譲渡してこれを引渡し、登記を移転した。ZはXY間の売買が通謀虚偽表示によるものであることを知らなかったが、Tは通謀虚偽表示の事実を知っていた。XはTに対して甲土地の返還を請求できるか。

入試日程 A日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

通謀虚偽表示により形成された法律関係に基づいて、第三者を経て転得者が現れた場合における、表意者と転得者の法律関係を問う問題である。

本問において、XY 間で行われた甲の売買契約は通謀虚偽表示により行われたものであるので、94 条 1 項により無効である。したがって、Y は甲の所有権を取得できず、Y から甲を購入した Z も、ひいては Z からこれを購入した T も所有権を取得できないため、X は所有権に基づいて T に甲の返還請求ができるように思える。

しかし、94 条 2 項は虚偽表示の無効を善意の第三者に対抗できないと規定する。そこで、転得者たる T が第三者に当たるかが問題となる。94 条 2 項の趣旨は、表意者が作出した虚偽の外観を信頼した第三者を保護するという点にあることからすれば、転得者も第三者が所有者であるかのような虚偽の外観を信頼して取引関係に入っているという意味では第三者と変わらないこと、また転得者の手に渡るまで虚偽の外観を放置していた表意者にも帰責性があるといえることから、転得者も第三者と同様に保護されるべきと解するのが判例である（最判昭 45・7・24）。

もっとも、本問では、T は虚偽表示の事実について悪意である。94 条 2 項の第三者として保護されるためには善意であることが要件とされているから、T は 94 条 2 項の第三者として保護されないことになる。しかし、このように解すると、転得者の善意・悪意によってそれまでの法律関係の有効・無効が変動することになり、法律関係がいつまでも確定せず法的安定性に欠けること、善意の第三者が転得者から債務不履行責任（415 条）を問われる恐れがあり、94 条 2 項が善意の第三者を保護した趣旨が没却されること、善意の第三者が後に虚偽表示の事実を知った場合に、転得者に対して目的物を処分することを躊躇することが考えられ、第三者の処分権が制限される恐れがあることなどの問題がある。そこで、善意の第三者が登場した時点で、法律関係は完全に確定し、善意の第三者は完全な所有権を取得するものと解し、それ以降の転得者が虚偽表示について悪意であったとしても、有効に所有権を取得できると解するべきとするのが判例（最判昭 45・7・24）・通説である。この見解に立つと、T は、Z が善意の第三者であり 94 条 2 項により保護されると主張することによって、自らも Z から有効に所有権を取得できると主張することになる。

そこで、Z が 94 条 2 項の第三者の要件を満たすかが問題となる。

94 条 2 項の第三者とは、通謀虚偽表示に基づいて新たにその当事者から独立した利益を有する法律関係に入ったため、通謀虚偽表示の有効・無効について法律上の利害関係を有するに至った者のことをいう（最判昭 47・7・24）。Z は XY 間の売買契約を前提として Y から甲を購入した者であり、XY 間の売買が無効になると所有権を喪失する関係にあることから、法律上の利害関係を有する者といえる。

次に、94 条 2 項は第三者として保護されるために「善意」であることしか要求していないが、無過失は必要ないのかが問題となるも、表意者は通謀して虚偽の意思表示をしている以上、本人の帰責性は大きいことから、第三者には特別な注意を要求する必要はないと考えられ、無過失は必要ないと解するのが通説である。本問では、Z は通謀虚偽表示の事実を知らなかったので善意である。

さらに、第三者として保護されるために登記が必要かという点についても、本人に帰責性が大きいことを理由に、やはり登記も必要ないと解するのが通説である。なお、Z が 94 条 2 項で保護されると、甲の所有権を取得することになるが、それを X に対抗するために登記が必要か(177 条) という点については、Z が 94 条 2 項の第三者として保護される結果、Z との関係では、XY 間の売買契約は有効として扱われるので、甲の所有権は X から Y、そして Z へと移転したことになり、X と Z は前主後主の関係に立つから、X は第三者に当たらず、対抗要件としての登記は必要ない。

以上から、善意の Z は 94 条 2 項の第三者として保護されるので、T はこれを主張することによって、自らも Z から有効に所有権を取得したことを主張することができる。X は Z との関係で権利を喪失することが確定した以上、Z から所有権を取得した T に対して、所有権に基づく甲の返還請求をすることができない。

「 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】に答えなさい(配点100点)。

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いる取締役会設置会社である。定款上、種類株式を発行する旨の定め、また、取締役の任期および報酬等に関する事項の定めはなく、その事業年度は、毎年3月1日から翌年の2月末日までとされ、基準日は毎事業年度末日とされている。甲社の株式は、Aが40%、Bが40%、Cが13%、および、Dが7%をそれぞれ保有している。
2. 甲社の取締役には、創業者のA、創業者の配偶者であるB、および、AとBとの間の実子であるCの3名が就任しており、監査役Dは、Aの叔父である。代表取締役にはAが選定され、Bは主に経理部門の業務を担当し、Cは主に営業部門の業務を担当している。
3. 平成28年5月の甲社定時株主総会において、A、B、およびCが取締役に再任された際の実績の取締役の報酬総額の上限は5,000万円と定められ、各取締役にはAが定めた報酬が支払われ、Aは月額100万円、Bは月額50万円、Cは月額40万円をそれぞれ得ていた。
4. 平成28年12月ころ、Aの私生活上の非行をBが咎めたのをきっかけに、AとBは不仲になり、同居は継続していたものの、互いに口も利かない状態となった。
5. 平成29年2月、DとDの配偶者がたまたまA、B、およびC家族の居宅を訪ねた折に、Aは、B、C、D、およびDの配偶者の面前で、Bには甲社の経営から退いてもらいたいの、新事業年度から、非常勤の取締役に身分変更をし、報酬の支払も取りやめたいと述べた。BはAの発言に強く反発したが、A・B以外の者は、AとBの情緒的やりとりを黙って見聞するのみであった。Aは、平成29年3月1日を始期とする新事業年度からBの非常勤取締役への身分変更および身分変更に伴い報酬支払を打ち切る(無報酬とする)旨の取締役会決議が成立した旨の議事録を作成した。
6. Bはその後もたびたび甲社社屋に出向いたが、Aが従業員を使ってBの進入を妨害したため、Bは社屋に立ち入ることができず、出社できていない。Bの報酬は平成29年3月1日以降支払われていない。

7. 平成29年5月16日、甲社の定時株主総会が適法に開催され、Bの報酬の支払を平成29年3月1日から打ち切る旨の決議がB以外の株主の賛成を得て成立した。
8. Bは、平成30年5月16日の甲社定時株主総会の終結時をもって任期満了により取締役を退任した。

【設問】

Bは甲社に対し、平成29年3月1日から、平成30年5月16日までの報酬の支払を請求できるか。

入試日程 A日程 出題科目名 商法 **出題趣旨**

取締役の報酬について、報酬決定に関する手続や具体的報酬請求権の発生時期等の基礎的理解を問うとともに、任期途中でその職務内容に著しい変更があった場合も、会社による一方的な報酬の減額ないし無報酬化が可能かどうかの解釈を展開させるものである。

(1) 取締役の報酬

甲社は、監査役設置会社であり、定款に取締役の報酬に関する定めを置いていないから、取締役の報酬は、株主総会普通決議で決定する（会社法 361 条、309 条 1 項・2 項）。その趣旨はお手盛り防止に求められる。甲社では、平成 28 年 5 月の定時株主総会において、報酬総額上限が 5,000 万円と定められた。実務では、各取締役の個別報酬ではなく報酬総額のみを株主総会に提示し、決議する例がほとんどであり、判例もそのような実務を是認するものである（最判昭和 60 年 3 月 26 日判時 1159 号 150 頁）。また、株主総会で定められた報酬総額上限の範囲内で取締役会、さらに取締役会において代表取締役にその配分を一任することも認められる。したがって、甲社において、報酬総額上限の範囲において、代表取締役 A が個々の取締役の報酬を決定したことにも問題は認められない。

(2) 取締役の具体的報酬請求権

上記の手続を経て各取締役の報酬が定められると各取締役には具体的報酬請求権が発生し（最判平成 15 年 2 月 21 日金判 1180 号 28 頁）、定められた報酬額は、会社と取締役との間の任用契約の内容として当事者を拘束するため、取締役の同意なくして一方的に変更できないのが原則である。

(3) 報酬の減額・無報酬化の可否

甲社では、平成 29 年 3 月 1 日からの B の非常勤取締役への身分変更・職務内容変更に伴い、報酬支給を取りやめる旨の株主総会決議を平成 29 年 5 月 16 日に行った。また、かかる B の職務内容変更・報酬不支給に先立ち、平成 29 年 2 月に取締役 A～C、監査役 D、および株主 A～D が一堂に会した中で、B の非常勤取締役への役職変更・報酬不支給の件を諮っており、すでにこの時点でその旨を承認する取締役会決議および株主総会決議は成立していたとみる余地もあろう。B が反対したとしても、いずれの決議も成立する（なお、B は自らの報酬の決定に関する取締役会決議において特別利害関係人には当たらないと解される（名古屋高裁金沢支部判昭和 29 年 11 月 22 日下民 5 卷 11 号 1902 頁参照））。

判例は、このような無報酬化の株主総会決議を経たとしても、当該取締役の同意がない限り、当該取締役は報酬請求権を失わず、この理は取締役の職務内容に著しい変更がありそれを前提として株主総会決議がなされた場合にも及ぶとする（最判平成 4 年 12 月 18 日民集 46 卷 9 号 3006 頁）。

下級審には、取締役の報酬決定に明示・黙示の特約がある場合には、取締役の同意なく、報酬額の変更をなしうると判断するものがあるが、本設例は、非公開会社の例であり、取締役の報酬

決定に何らかの明示・黙示の特約がある（例えば、取締役の報酬が職務内容に応じて客観的に体系化されている等）と認められる場合には当たらない。また、取締役の解任補償（会社法 339 条 2 項）との均衡の観点から、取締役の職務内容の変更が非行等の正当理由に基づくものであれば、無報酬とすべきとの解釈も成り立ちうるが、本設例では、B の職務内容の変更はもっぱら A の B に対する個人的感情に基づくものであると思料され、そのような正当理由も認められない。

以上から、本設例においては、B が無報酬化に同意していない以上、取締役会決議、株主総会決議を経ていたとしても、B は具体的報酬請求権を失わず、不支給となった平成 29 年 3 月 1 日から平成 29 年 5 月 16 日の退任までの月額 50 万円の報酬の支払を甲社に対し請求できると解される。B は平成 29 年 3 月 1 日以降職務執行をしていないが、これは A に出社妨害されたゆえのことであり、当該事実は上記結論に影響を及ぼすものではない。

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。)

- (1) 弁護士代理の原則とその例外について説明しなさい。
- (2) Xは、Yに対して貸金返還請求訴訟を提起したところ、Yは訴訟代理人として弁護士Lを選任して応訴した。YはLを訴訟代理人として選任する際に和解も含めて委任した。口頭弁論期日において、裁判所からY側に対し和解の打診があり、これを不服としたYは退席した。しかし、Lは、Yの同席しないままで、裁判所の和解勧告に応じる方がYのためであると考え、①YのXに対する貸金債務を認め、②同債務を分割弁済すること、③Y所有の不動産について抵当権を設定する内容の訴訟上の和解に応じた。かかる訴訟上の和解は有効か、訴訟代理権の範囲に言及しながら論じなさい。

入試日程 A 日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

小問(1)は弁護士代理の原則に関する理解を問う問題であり、小問(2)は訴訟代理人の代理権の範囲を問う問題である。

まず小問(1)であるが、我が国の民事訴訟法は、弁護士強制主義を採用せず本人訴訟主義を採用しているが、民事訴訟法 54 条 1 項は、本人が他人に訴訟を依頼する場合（訴訟委任による訴訟代理人を選任する場合）には原則として弁護士でなければならないとする弁護士代理の原則を定めている。これは訴訟の専門技術的な性格に鑑みて、当事者の利益保護を確実にし、手続進行の円滑化をはかるとともに、いわゆる事件屋（三百代言）の跋扈を一般的に防止することにその趣旨がある（条解民事訴訟法第 2 版（弘文堂）286 頁）。したがって、事件が軽微であり本人の保護を図る必要性が低い場合にまで弁護士代理の原則を適用する必要はなく、簡易裁判所においては例外的に許可代理の制度が採用されている。なお、弁護士代理の原則の例外として、支配人（商法 21 条 1 項、会社法 11 条 1 項）や船長（商法 713 条 1 項）を挙げた者がいるが、これらは法令による訴訟代理人の具体例であり、訴訟委任による訴訟代理人とは異なるため、弁護士代理の原則の例外には該当しない。

次に小問(2)であるが、和解は民事訴訟法 55 条 2 項により特別授權事項にあたるため、訴訟代理人が和解を締結するためには当事者本人から特別の授權が必要となる。本問では L は Y から和解も含めて委任を受けているため、この点は問題にはならない。しかし、L は、Y が和解を不服として退席しているにもかかわらず Y の訴訟代理人として和解を締結しており、和解の代理権が認められず無効になるのではないか問題となる。換言すると 55 条 3 項が同条 2 項に及ぶかという問題である。

この点、本人の保護を理由に代理権の制限を認める厳格制限説は、訴訟代理権の範囲を訴訟物の範囲に限定するが、かかる見解は代理権の範囲を個別に調査する必要が生じ手続の円滑を阻害すると批判されている。また、手続の円滑を理由に訴訟代理権の制限を否定する無制限説は、本人保護に欠けると批判されている。そこで、本人保護と手続の円滑な進行の調和の観点から、一定程度の制限を認める説（中間説）が多数説とされている。しかし、訴訟代理権の範囲を制限する基準は様々であるとされている。判例（最判昭和 38.2.21 百選第 5 版 19 事件）は、本問と類似の事案において訴訟代理権を認めている。

既修者認定試験を受験する者は、民事訴訟法の一審手続の分野に関し、特定の分野だけでなく全般的な理解をしておいて欲しい。少なくとも基本書や判例百選に記載されている内容については押さえておいて欲しい。