

2016(平成28)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)C日程 入学試験問題

「 憲 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

日本国憲法第41条に規定されている国会の立法権について、「国会中心立法の原則」および「国会単独立法の原則」を明治憲法と比較しながら述べなさい。

入試日程 C 日程 出題科目名 憲法**出題趣旨**

憲法には、人権を保障するために権力を縛るいろいろな統治機構の仕組みが規定されている。「国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である」国会について、国民主権を支える代表機関の視点から、明治憲法と比較しながら、立法権に関する憲法原則を的確に理解しているかをみるのが出題趣旨である。

国会の中心的な権能は立法権である。明治憲法では、帝国議会は天皇の立法権に協賛（明治憲法 5 条）するにすぎなかった。法律はすべて議会の協賛が必要で（明治憲法 37 条）、国家の歳出歳入も毎年予算として議会の協賛を経るものとされていた（明治憲法 64 条 1 項）。法律や予算の制定権者は主権者であり統治権の総攬者である天皇であり、議会はそれらの制定に参与する地位にとどまっていた。他方、日本国憲法 41 条は国会を「国の唯一の立法機関」と規定し、立法権を国会が独占することとした。①国会中心立法の原則とは、国会が立法権を独占すること、国会のみが立法権を行使しうることを意味する。国会による立法以外の実質的意味の立法は、憲法の特別の例外の定めがある場合（58 条 2 項の衆参両議院の議院規則制定権および 77 条 1 項の最高裁判所規則制定権）を除いて許されない。行政機関による立法を「命令」というが、日本国憲法は委任命令と執行命令にかぎって認めている（73 条 6 号）。また、②国会単独立法の原則とは、国会による立法は国会以外の機関の参与を必要としないで国会の議決のみで成立することを意味する。国会の議決によって法律や予算は確定的に成立し、他の国家機関の関与を許さないという原則である（59 条 1 項）。憲法 95 条は、憲法自体が認める例外である。天皇の国事行為の「公布」（7 条 1 号）は、すでに成立した法律の内容を官報によって知らせるものであり、天皇が立法権そのものに関与するものではない。

明治憲法との比較を述べれば、①国会中心立法の原則の点では、明治憲法は帝国議会の関与しない、しかし法律と同じ効力をもつ行政権（天皇）による立法（明治憲法 8 条 1 項で緊急勅令、同 9 条で独立命令）を広く認めていた。天皇には、このような帝国議会の協賛を経ないものが許されていた。また、②国会単独立法の原則の点では、明治憲法は「裁可」という権能を天皇に認めていた（明治憲法 6 条）。天皇が国の元首で統治権の総攬者（立法・司法・行政の三権を最終的に掌握する者）であったこと（明治憲法 4 条）の現われである。

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(25歳, 男性)は, 高校時代の同級生乙(25歳, 男性)から, 「生活費に困っているので, 弱そうな奴から金を巻き上げよう。俺の運転する車で夜道を走り, カモになりそうな女も見つけたら, 車を停めるから, お前がそいつに『車を通るのを邪魔しやがって。お詫びに金を出さんと, 自動車に乗って一晩付き合ってもらうからな』などと因縁をつけて, 金を脅し取ってくれ。取った金は山分けにしよう。」と持ちかけられ, まあそれも悪くはないかと思い, 二つ返事で「わかった。」と了承した。

そこで甲乙両名は深夜, 乙所有の自動車で, 乙が運転席, 甲が助手席に座り, 夜道を低速度で走行したところ, 乙が前方に一人で歩行中のA(22歳, 女性)を認め, 自動車を運転して徐行・追尾してAに近づき, Aを少し通り過ぎたところで自動車を停車させ, 甲に目配せした。そこで甲は自動車を降り, Aに近づいたが, 因縁を付けずにいきなりAの左肩にかかっているハンドバッグ(現金約5万円等の金品在中)に左手を伸ばして, ハンドバッグの肩ひもをつかんだが, Aがハンドバッグ本体を両手で抱えて離さなかった。そこで, 甲は, ハンドバッグの肩ひもを右手でつかんだまま, さらにAの首に自分の右腕を回して絞め始めた。これに対し, Aは, とにかくハンドバッグを奪われぬために暴れたため, 自ら道路脇の側溝に足を突っ込んでしまい, 全治2週間を要する右足首捻挫, 両膝擦過傷の傷害を負った。甲はさらに, Aからハンドバッグを奪おうとして両手でハンドバッグの肩ひもを引っ張り, Aは奪われまいとしてしばらく抵抗を続けていたが, これ以上ケガをするのも嫌だと考えて力を抜いたため, 甲は, Aからハンドバッグを奪い取り, その場から乙の自動車までそそくさと戻った。その様子を見ていた乙は, どうすることもできずにそのままだったが, 見つかつてはまずいと思ったので, そのまま自動車を急発進させて, 甲と共に乙の自宅へ戻った。

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 C 日程 題科目名 刑法 _____**出題趣旨**

各論では財産罪，そして総論の錯誤論，共犯論の基本的理解を設例事案の処理に具体化する能力を試し，法科大学院 1 年次の刑法関係科目の単位を認定するにふさわしい実力を備えているかどうかをチェックしようとした。

甲と乙は恐喝罪にあたる行為を共謀したが，それに基づいて実行役の甲が実際に行なったのは強盗致傷罪（「強盗の機会」も通説的理解によれば，肯定できよう）だった。そこで，乙は共犯の（抽象的事実の）錯誤に陥っていたことになり，その処理を経て（恐喝罪と強盗〔致傷〕罪の構成要件は実質的に重なり合っていると言ってよい），恐喝罪の故意が，よって同罪の成立が認められることになる。そこで，強盗致傷罪の罪責まで負う甲との間には（またもや「構成要件の重なり合い」処理を経た上で），恐喝罪の限度で（共謀）共同正犯の責を負うことになる（部分的犯罪共同説の場合。行為共同説の場合は，甲には強盗致傷罪の共同正犯が成立することになる）。

以 上

2016(平成28)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)C日程 入学試験問題

「民 法」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

Aは、Bに対する貸金債権5000万円を担保するために、B所有の土地および建物(時価4000万円相当)に抵当権を設定し登記を済ませた。その後、Bは庭に高価な石灯籠(時価100万円相当)を設置したところ、数ヵ月後、これをCに売却する契約を締結しCに引き渡した。CがAに対して背信的悪意を有していた場合、AはCに対して石灯籠を自己に引き渡すように請求できるか。

入試日程 C 日程 出題科目名 民法**出題趣旨**

本問は、抵当権の効力が従物に及ぶか、従物が抵当不動産から分離搬出されたあとも抵当権の効力が及び続けるか、抵当権者は搬出された従物について自己へ引き渡すことを求めることができるかを問うものである。以下、具体的に説明する。

本問では、抵当権者たる A が石灯籠の占有者である C に対して、その引き渡しを請求しているが、このような請求が認められるためには、石灯籠に抵当権の効力が及んでいるにもかかわらず、それが搬出された結果、抵当権侵害が生じているといえなければならない。そこで、まず、石灯籠に抵当権の効力が及んでいるかを検討することになる。石灯籠は不動産ではないので、単体では抵当権の対象とはならないが、民法 370 条が抵当権はその目的となる不動産に付加して一体となっている物にも及ぶと規定していることから、この「付加して一体となっている物（付加一体物）」に石灯籠が含まれれば、抵当権の効力が及ぶことになる。

石灯籠は土地の構成部分ではないが、庭の経済的効用を高めるいわゆる「従物」にあたるので、従物が 370 条の付加一体物に含まれるかが問題となる。考え方は大きく二つあり、一つは、抵当権が目的物の経済的価値を支配する権利であることに着目し、付加一体物とは抵当目的物と経済的一体性を有する物を指すと解する見解である（370 条適用説）。これによれば、従物は抵当不動産の経済的価値を高めるものであるから、経済的一体性を有するといえるので、付加一体物に含まれることになる。もう一つの見解は、付加一体物とは物理的一体物を指すので、石灯籠のように取り外しが可能で独立して取引の対象となりうる従物は付加一体物に含まれないが、従物は主物の処分に従うという 87 条 2 項に従って、抵当権の効力は従物にも及ぶと解する見解である（87 条 2 項適用説）。判例はこの問題についていずれの見解を採っているのかははっきりしないが、結論は同じであるので、いずれの見解に立って論じてもらってもかまわない。なお、石灯籠は抵当権設定後に設置されたものであるが、370 条適用説では、設置時期を問わず、経済的一体性が認められれば抵当権の効力が及ぶと解されることになる。これに対して 87 条 2 項適用説は、「処分」を抵当権設定と捉えると、抵当権設定後に備え付けられた従物に抵当権の効力が及ばないことになってしまうが、近時は、「処分」を抵当権設定から実行までと時間的に広く捉えることで、従物にも抵当権の効力が及ぶと解されるようになっている。

以上の通り、従物たる石灯籠に抵当権の効力が及ぶとしても、次に、これが抵当不動産上から搬出された場合、なお抵当権者は抵当権の効力が従物に及んでいることを主張することができるかが問題となる。この点も見解は分かれているが、通説の見解は、抵当不動産上から搬出されても、抵当権の効力は消滅することはないが、従物に抵当権の効力が及んでいることを公示する手段が失われるため、抵当権が設

定されていることを知らないでそれを取得する者が現れる危険性があるので、取引安全のため、搬出された従物を取得した者に対しては、抵当権の効力を「対抗できない」と解する。そうすると、取得者が背信的悪意者である場合には、いわゆる 177 条の第三者には当たらないので、従物に抵当権の効力が及んでいることの公示がなくても、抵当権の効力を取得者に対抗できることになる。なお、177 条は第三者に主観的要件を付していないものの、不動産登記法 5 条が一定の者を第三者から除外していることに鑑みて、自由競争の範囲を逸脱するような「背信的」悪意者は第三者から排除されると判例上解されている。このような見解に基づくと、本問の石灯籠が B から C に売却され、C に引き渡しがなされているので、A は抵当権の効力が石灯籠に及んでいることを C に対抗できないことになるものの、C は A に対して背信的悪意を有しているので、C は A にとって 177 条の第三者に該当しないから、A は C に対して従物に抵当権の効力が及んでいることを主張できることになる。

では、A は従物を自己に引き渡すように請求できるか。抵当権も物権の一種であるから、抵当権が侵害されれば、物権的請求権を行使できるところ、本問では抵当目的物の一部が搬出されているのであるから抵当権が侵害されているといえるので、A は C に対して物権的請求権を行使できる。もっとも、抵当権は目的物の価値を支配する権利に過ぎず、抵当権者は使用収益権を有していないので、抵当権者が担保目的物を自己のもとに引き渡すように請求することは本来的に許されず、あくまで従物を抵当不動産上に戻すよう請求できるととどまる。しかしながら、抵当不動産に抵当権を侵害するような賃借権が設定された事例において、最大判平成 11 年 11 月 24 日は「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じ内容に抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明け渡しを求めることができる」としている。この考え方を踏まえれば、本問でも、石灯籠を B に返却することにより、B が再びこれを処分しようとするなど、B 自身が石灯籠を適切に維持管理することが期待できない場合には、A への引き渡しを求めることが可能である。

以上の結果、石灯籠には抵当権の効力が及ぶこと、その石灯籠が搬出されても抵当権の効力は消滅せず、抵当権を対抗できなくなるものの、対抗関係に立たない背信的悪意者との関係では、依然として抵当権の効力を主張できること、従物の搬出により抵当権侵害が生じているので、抵当権者は物権的請求権を行使できるが、担保目的物の所有者にその物を維持管理することが期待できない場合に限り、抵当権者自身に引き渡すよう請求できる、ということになる。

以 上

2016(平成28)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)C日程 入学試験問題

「 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。)

処分権主義の意義及び根拠について説明した上で、処分権主義の訴え提起場面における発現について具体例を挙げながら説明しなさい。

入試日程 C 日程 出題科目名 民事訴訟法**出題趣旨**

本問の出題意図は、処分権主義の意義及び根拠を正確に理解していることを確認するとともに、処分権主義の適用場面である訴え提起においてどのように処分権主義が働いているかについて理解していることを問う問題である。従って、本問では、まず処分権主義の意義及び根拠について述べ、訴え提起における具体的な発現場面を処分権主義の意義・根拠と関連づけながら論じる必要があります。

処分権主義とは、訴えの提起、審判範囲の確定、訴訟の終了において、当事者の意思を尊重する建前をいいます。訴え提起の場面では、原告が訴状を裁判所に提出することで訴えが提起されますから、原告の意思を尊重することになります。そして、処分権主義の根拠は、私的自治の訴訟法的反映とされています。すなわち、民事訴訟は、私的自治のもとでの私人間の私的紛争を対象としていることから、訴訟上も私的自治を尊重することが望ましいといえます。また、条文上の根拠としては民事訴訟法 246 条が挙げられます。

次に、処分権主義の訴え提起の場面での発現としては、不告不理の原則が挙げられます。不告不理の原則とは、民事訴訟においては、①当事者の訴え提起行為によってはじめて審理が開始され、かつ、②いかなる権利・法律関係について、どのような裁判を求めるかは当事者の権限・責任とされ、裁判所はこれを超えて裁判することは許されない（246 条参照）ことをいいます。ただし、訴訟費用の負担（67 条）や仮執行宣言については当事者の申立がなくとも例外的に裁判所は職権で行うことができます。

そして、私的紛争の解決のためには和解契約（いわゆる示談）による解決、調停による解決、訴訟による解決等様々な紛争解決手段があり、私的紛争の解決のためにいかなる手段を選択するかは当事者の自由です。そこで、訴訟を選択するか否かは当事者（原告）の意思に委ねられており、処分権主義が発現する場面といえます。

次に、訴訟を選択した場合には、訴えを提起することになりますが、訴えの提起は訴状を裁判所に提出する必要があるため、訴状には当事者及び法定代理人や請求の趣旨及び原因を記載する必要があります（133 条 2 項）。これは、原告及び被告を明確にすることで権利・法律関係の主体を明らかにし、請求の趣旨及び原因で原告が裁判所に審理・裁判を求める内容を明確にさせる趣旨です。これも処分権主義の発現場面といえる。

そして、請求の趣旨及び原因により審判の対象である訴訟物が特定されます。ここで訴訟物をどのように考えるかについては、旧訴訟物理論と新訴訟物理論の対立があります。裁判実務においては旧訴訟物理論が採られています。学説上は新訴訟物理論も有力です。これに関連して、一部請求の可否も問題となります。判例は、処分権主義を重視して、原告が一部であることを明示した場合には、訴訟物は一部に限定されるという立場を採っています。これに対して学説上は、一部請求（正確には、一部請求後の残部請求）を認めない立場も主張されています。

以上の内容を過不足なく論述することを望んでいましたが、実際には処分権主義の定義すら正確に書けていない答案もあり、残念でした。

2016(平成28)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)C日程 入学試験問題

「 商 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

甲株式会社(以下「甲社」という)は、平成20年に設立された取締役会設置会社であり、監査役設置会社である。

甲社においては、代表取締役にA、取締役にB・C・D、監査役にEが就任している。

平成24年1月、甲社の取締役Bは、長男の海外留学費用が必要になったため、甲社から2000万円を借り入れたいと考えて申し入れた。平成24年1月に開催された甲社取締役会において、Bを除外したうえで、取締役全員の賛成により、Bに対する2000万円の貸付(返済期限は平成27年1月)の承認決議がなされ、直ちに代表取締役Aが貸付を実行した。

Bは、平成26年6月、任期満了で甲社取締役を退任した。

平成27年2月、返済期限を過ぎても、Bから甲社に借入金の返済がされていなかったが、甲社は何らの手段も講じなかった。

平成27年6月、甲社取締役会はBに対して借入金債務を全額免除する決議をした。代表取締役Aは、Bに借入金債務全額免除の通知をした。

Xは甲社設立以来の株主である。

(設問1)

Xは、平成27年2月時点で、Bに対して何らかの請求ができるか。できる場合にはその具体的方法について述べなさい。

(設問2)

Xは、平成27年7月時点で、Aに対して何らかの請求ができるか。できる場合にはその具体的方法について述べなさい。

入試日程 C 日程出題科目名 商法**出題趣旨**

本問は、株主代表訴訟についての基本的な理解を問う問題である。

設問 1

平成 24 年 1 月、甲社取締役会は、取締役 B に対する 2000 万円の貸付（以下「本件貸付」という）について承認決議をした。B は特別利害関係を有する取締役であるので、議決に加わることができず（369 条 2 項）、B を除外して決議したことは適法である。本件貸付は、利益相反取引であるが、事前に取り締役会決議をしているので直ちに違法であるとは言えない（356 条 1 項 2 号、365 条 1 項）。

しかし、平成 27 年 1 月の返済期限を過ぎても、B から甲社に借入金の返済がなされておらず、甲社も何らの手段も講じていない。なお、設問 1 では、B の履行期が過ぎたばかりで返済不能になっているわけではなく、会社・取締役間の貸付によって会社に損害が発生しているわけではないという状態を想定している。

X は、平成 20 年の甲社設立以来の株主であるから、会社に対し提訴請求をしたうえで、株主代表訴訟によって取締役 B に貸金の返還請求をすることができるか（847 条 1 項）。株主代表訴訟で追及できる取締役の責任の範囲が問題となる。株主が追及しうる「責任」の範囲について、限定債務説・取引債務包含説・全債務説が対立している。限定債務説によれば、代表訴訟の対象は、任務懈怠責任および資本充実責任に限られ、本問の B に対する代表訴訟の提起はできないこととなる。それ以外の説によれば本問のような取引債務についても追及できることになろう。取引債務についても株主代表訴訟の適用を認める説は、提訴懈怠可能性は会社法上の責任と取引債務とで変わりがないこと、847 条 1 項が単に取締役の「責任」と規定するだけで何らの制限がないこと等を理由として、会社法に規定された取締役の責任のみならず、取締役・会社間の取引により生じた取締役の取引債務についても提起できるとする。一方、限定債務説からは、広く代表訴訟を認めると、会社の経営上の判断の余地を制約しすぎる（たとえば、取引上の債務の履行を猶予することが適当な場合にもそれができない）等の指摘がなされている。本問のような場合でも、会社が B に対して履行を猶予し、回収のためにそれが適当な場合であっても、株主が直接請求してしまうことが考えられる。判例は取引債務包含説に立つものと解されている（最判平成 21 年 3 月 10 日（民集 63 卷 3 号 361 頁））。

次に、B は平成 26 年 6 月に取締役を退任しているので、退任取締役に対する代表訴訟の提起の可否が問題となるが、取締役在任中に生じた責任については、終任後も代表訴訟を提起できると解されている。

設問 2

甲社の B に対する貸付は、既に述べたように利益相反取引（直接取引）である

ところ、平成27年6月の甲社取締役会でBに対する借入金債務を全額免除することを決議しており、免除によって、甲社には貸付金額2000万円の損害が発生しているものと考えられる。本件利益相反取引について甲社では取締役会承認決議をしているものの、会社に損害が生じたときは、①直接取引の相手方である取締役（423条3項1号）、②会社を代表して当該取引をすることを決定した取締役（423条3項2号）、③当該取引に関する取締役会の承認決議に参加した取締役（423条3項3号）に任務懈怠の推定が働き、損害賠償責任を負う。

本問では、Aは会社を代表して利益相反取引を決定した取締役として任務懈怠が推定され、また、借入金債務を全額免除する決議をした取締役としても任務懈怠があるので、回収不能となった2000万円について損害賠償義務がある。Xは、甲社に提訴請求をしたうえで、株主代表訴訟でAの責任を追及することができると考えられる。

なお、通常、Bに対する借入金債務の免除は合理的なものであるとは考えられず、経営判断の原則は働かないものと考えられる。

以 上