

2016(平成28)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)D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。)

「法の支配」原理にたつ違憲審査制度は日本国憲法の最大の特徴の1つであり、裁判所が「憲法の番人」といわれる所以である。裁判所が憲法81条の違憲審査権を行使して違憲判断をする方法には、大別して、法令違憲と適用違憲がある。わが国の最高裁判所が法令違憲の判断を下したのは、これまで10例ある。

〔設問1〕 法令違憲と適用違憲の意味を述べなさい。

〔設問2〕 10例から2つ具体的事例を選び、争点となった憲法上の論点について裁判所の判断を、それぞれ述べなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 憲法**出題趣旨**

憲法の最高法規性を守り基本的人権を保障するために、裁判所に違憲審査権が付与されている。「法の支配」原理にたつ違憲審査制度は日本国憲法の最大の特徴の 1 つであり、裁判所が「憲法の番人」といわれる所以である。本問は、憲法保障の制度として違憲審査制度の論拠とその制度が果たしている役割および違憲判断が下された具体的裁判についての基礎的な理解を問うのが出題趣旨である。

裁判所が憲法 81 条の違憲審査権を行使して違憲判断をするやり方には、大別して、法令違憲と適用違憲がある。法令違憲とは、法令の全部又は一部を違憲とする手法であり、適用違憲とは、法令自体は合憲であるがそれが当該事件の当事者に適用される限度において違憲とする手法である。適用違憲は、法令が適用される「事例」に着眼し、その事例に適用されるかぎり違憲とすることによって、法令自体の違憲判断を避けようとするものである。

わが国の最高裁判所が法令そのものを違憲とした法令違憲の例は、これまで 10 例ある（平成 27 年 12 月現在）。大法廷がはじめて伝家の宝刀を抜いたのは、①刑法 200 条の尊属殺人重罰規定（昭和 48 年、憲法判例百選〔第 6 版〕p.60 参照）。その後、②薬事法距離制限規定（昭和 50 年、百選 p.205）、③④公職選挙法の衆議院定数配分規定（昭和 51 年・昭和 60 年、百選 p.326、p.330）、⑤森林法分割制限規定（昭和 62 年、百選 p.214）、⑥郵便法国家賠償免責規定（平成 14 年、百選 p.286）、⑦公職選挙法の在外日本人選挙権制限規定（平成 17 年、百選 p.324）、⑧国籍法婚外子差別規定（平成 20 年、百選 p.74）、⑨民法婚外子法定相続分規定（平成 25 年、百選 p.62）、そして⑩民法の再婚禁止期間規定（平成 27 年）である。最近下された⑩の違憲判断は民法の規定では 2 例目となる。かつて最高裁判所は合理性があるとして 6 か月の待婚期間を合憲と判断していたが、⑩では立法目的そのものには合理性があると認めながらも、手段については医療や科学技術の発達など社会の大きな変化が影響を与え、「100 日超過部分」に限って違憲とした。また、婚外子の遺産相続を嫡出子の半分としていた民法の規定（⑨）についても、かつて最高裁判所は合憲としていたが、シングルマザーの増加や国民意識の変化などを踏まえて、当該規定の意味合いがどのように変わってきたかを検討して違憲・無効とした。このように、憲法裁判において裁判所は、法律の背後にあってそれを支えている立法事実を踏まえて立法目的とその目的を達成する手段との関連性について検討を加えてい

る。社会経済状況の変化、婚姻・家族実態の変化など立法事実に着目して憲法適合性を判断する審査方法にも注目したい。

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。)

以下の〔設例〕における甲及び乙の罪責を、問題文掲記の事実に基づいて論じなさい(但し、特別法違反を除く)。

〔設例〕

甲(満46歳、男性)と乙(15歳、男性)は賃貸マンション「ラブリー筒井」201号室に住む親子である。甲は、「ラブリー筒井」の南に隣接する敷地に、あらたに13階建ての高層分譲マンション「ロイヤル車道」が建設されたため、自室の日当たりがまったくなくなってしまうことを恨みに思い、乙に対し「乙、あのマンションの住民にいやがらせをしたい。そこで、あのマンションのエントランスホールでボヤ騒ぎを起こしてみたいんだが、おまえ、やってくれないか」ともちかけたところ、乙は「いやだよ、そんな面倒なこと」と断わった。しかし甲は「頼む。もしやってくれたら10万円やるから」と、土下座しながら乙に食い下がったところ、ゲーム機などの欲しかった乙は10万円の現金に魅力を感じ、「わかった。行ってくるよ」と承諾した。そこで、甲はある日の深夜、乙に灯油を入れた500ミリリットルのペットボトル1本と100円ライター1個を渡し、「これで『ロイヤル車道』のエントランスホールに入り込み、共同の郵便受けの近くにゴミ箱ぐらいあるだろうから、そこにこの灯油をいっぱいかけて、ライターで火をつけて、すぐに逃げ帰って来なさい」と指示し、乙もそれを了承した。

乙はその後すぐに「ロイヤル車道」へ行き、その住人が帰宅のためオートロックのドアを開けて入る後をついて、同マンションの1階エントランスホールに入り込んだ(なお、同マンションの1階はエントランスホールしかなく、住戸部分は2階以上となっていた)。乙はホール内に「ビラ・チラシの配布や不審者の立ち入り禁止。発見次第、警察に通報いたします。『ロイヤル車道』管理組合」と大書された張り紙を掲示板に貼ってあるのを見つけ、「この野郎」と敵愾心を抱いたため、とりあえずこれを燃やしてしまい、ここから壁に燃え移ればよいと考えた。そこで乙はエントランスホール内には他に人がまったくいないことを確認してから、上記の張り紙に、甲から手渡された100円ライターで火をつけたが、この張り紙が燃えただけで、掲示板等に炎が移ることはなかった。その時乙は、やっぱりこんなことをしてはいけないと良心に目覚め、それ以上何もせずに「ロイヤル車道」を退出して帰宅した。

以上

入試日程 D 日程 題科目名 刑法**出題趣旨**

各論では住居（建造物）侵入罪及び現住建造物等放火罪の成立要件，そして総論では共同正犯と間接正犯・教唆犯との区別や中止犯（共犯の中止も含む）の基本的理解と，その事案への応用がしっかりできているかを確認する趣旨で出題した。登場人物の罪責（罪名）だけ記しておくで、乙は住居（もしくは邸宅。客体が刑法 130 条前段のどの概念にあたるのかについても論述が必要）侵入罪及び現住建造物等放火未遂罪の責を負うが（両罪は牽連犯。なお、「ロイヤル車道」のエントランスホールが刑法 108 条にいう「現住」建造物にあたることの論証も 1 つの大きな論点）、後者につき、中止犯が成立しうる。他方、甲はこの両罪につき、「共同正犯」（最高裁判例による限り、間接正犯や教唆犯とはならない）となるが、放火未遂罪については中止犯とはならない（そもそも、共犯としての中止行為が存在しないし、中止犯の成否は共犯者間で連帯しない）。

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。)

BはAから、A所有の建物Xを期間3年、月額20万円の賃料で借り受けた。その1年後、事情によりXを利用する必要がなくなったBは、以前からXを借りたいといっていたCに対し、Aの承諾を得て、賃料25万円で転貸した。その後、次のような事態が生じた場合、ABC間の法律関係はどうなるか論じなさい。

- (1) Cのたばこの火の不始末により、Xが焼失してしまった場合
- (2) AがBと相談の上、Bとの賃貸借契約を合意解除した場合

入試日程 D 日程 出題科目名 民法**出題趣旨**

(1) は、賃貸目的物滅失について、賃貸人との関係で賃借人あるいは転借人がどのような責任を負うのかを問うものである。(2) は、賃貸借契約が合意解除された場合に、その解除を転借人に対抗できるかを問うものである。以下、出題趣旨を詳細に説明する。

本問では、前提として、A から B に賃貸された X が、B から C に転貸されている。転貸借をするにあたっては賃貸人の承諾が必要であるところ (612 条)、本問では A の承諾は存在する。転貸借契約が有効に成立すると、転借人は賃貸人に対して直接義務を負う (613 条)。

(1) では、C がたばこの火の不始末により X を滅失させている。賃借人は賃貸目的物について善管注意義務を負うところ、転借人 C はこうした義務を 613 条に基づき賃貸人 A に対して直接負うことになる。したがって、たばこの火の不始末により X を滅失させた C には善管注意義務違反が認められ、これについて A は C に債務不履行に基づく損害賠償請求をなし得る。問題は、A が B に対しても同様に債務不履行責任を問うことができるかである。なぜなら、B も賃貸借契約に基づき A に対して善管注意義務を負うところ、X の滅失の原因は専ら C にあり、B には帰責性がないからである。この点、大判昭和 4 年 6 月 19 日は、C を B の履行補助者とみて、C の過失を B の過失と同視し、B の債務不履行責任を肯定する。判例の見解に対しては、自ら賃貸目的物を支配していない B に酷であるとの批判があり、ここから、612 条のように賃貸人の承諾を得れば転貸が許されているような場合には、善管注意義務の履行について履行補助者を使用することが法律上許されている場合に該当し、この場合において賃借人は選任監督上の過失がない限り、転借人の行為について責任を負わないとする見解も主張されている。また、一方で、本問のような場面では、賃借人が自らの負っている債務を転借人に履行させていると評価することは実感に合わず、単純に利用利益を享受させているだけであるから、履行補助者論を用いるのは適切ではないとしながらも、賃借人も転貸借契約によって利益を得ている以上、転借人の生じさせた損害を負担すべきであるとの考えから、判例と同様に賃借人にも転借人と同じ責任を負うべきであるとする有力説も主張されている。いずれの見解でもかまわないので、A が B に対してどのような法律構成で責任を問いうるかを論じることが要求される。

なお、賃貸目的物が滅失した場合には、目的物を使用収益することが不可能になるから、滅失についていずれの者に帰責性があるかを問わず、賃貸借契約そのものは終了し、後は損害賠償等で精算を図るのが適当であると解されている。したがって、本問における A B 間の賃貸借契約、B C 間の転貸借契約は、期間満了前であっても、目的物の滅失により終了する。

(2) は、A B 間の賃貸借契約が合意解除されると、転貸借契約はどうなるかを問うものである。この点、債務不履行により賃貸借契約が解除された場合について、最判平成 9 年 2 月 25 日は、転貸人が賃貸目的物を転借人に対して使用収益させることができなくなるため、転貸借契約も履行不能により終了すると判示しているところ、合意解除の場合も同様に解すべきかが問題となる。最判昭和 37 年 2 月 1 日ならびに通説は、この場合には賃貸人は解除を転借人に対抗できないとする。その理由として、賃貸人は賃貸借契約の存続を前提として転貸を承諾している以

上、賃貸借契約を終了させる合意解除は、承諾と矛盾する挙動であって信義則（1 条）に反すること、自己の権利が他人の権利の前提となっている場合に、いくら自己の権利であっても放棄することは許されないという趣旨を定めた規定が 398 条、598 条に存在するところ、賃借人が合意解除に応じることは自らの有する賃借権を放棄する行為であり、賃借権が転借権の前提となっていることに鑑みれば、上記の各条の趣旨からしてもこのような場合の放棄は許されるべきではないこと、が挙げられる。

そして、合意解除を転借人に対抗できない結果、A B C の法律関係はどうなるかという点については、従前通り A B 間の賃貸借関係、B C 間の転貸借関係が存続するという見解もあるものの、B は解除に応じているのであるから、B を契約関係に留めなければならない必要性は乏しいし、C が従来の転借権を奪われなければよいのであるから、A が B の地位を引き継ぎ、転貸借契約の契約条件に基づいて A C 間に直接賃貸借契約が成立すると解するのが通説である。

以 上

2016(平成28)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)D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。)

請求の放棄・認諾の要件と効果を説明しなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 民事訴訟法**1. 出題趣旨**

1. 当事者の意思による訴訟終了原因の 1 つとして請求の放棄・認諾がある。その要件と効果の説明を求める問題であり、民事訴訟法についての基本的知識を確認する趣旨で出題した。

2. 要件と効果を説明することが中心であるが、当然その意義から説明しなければならない。

請求の放棄とは、請求に理由のないことを自認する原告の裁判所に対する意思表示をいう。また、請求の認諾とは、請求に理由のあることを認める被告の裁判所に対する意思表示をいう。

3. 請求の放棄・認諾の要件**(1) 訴訟物についての処分権限**

請求が当事者の自由に処分することのできる権利又は法律関係に関するものであることが必要である。

人事訴訟においては、処分権主義を人事法律関係一般について認めることは適当ではないので、請求の放棄・認諾の排除（人訴 19 条 2 項、人訴規 14 条）の規定が定められている。ただし、離婚事件の例外があり、放棄・認諾（37 条 1 項）が可能である。

団体関係訴訟においては、争いがある。通説は、請求の放棄は許されるが、認諾は許されないとする。少数説は、請求の放棄・認諾が許されるとする。その理由として、①正当な理由なく請求を認諾する場合には、取締役や理事の責任が問題となること、②法律上の利益をもつ第三者は、共同訴訟的補助参加の方法によってその利益を守る手段が与えられていること、③私的自治の原則自体を排除する理由に乏しいことが指摘されている。

(2) 訴訟物の内容が、物権法定主義に反しないこと、請求自体または請求原因が公序良俗・強行法規に反しないことが必要である。

(3) 訴訟要件の具備については、争いがある。とくに、訴えの利益・当事者適格が問題とされる。

多数説は、請求の放棄・認諾が本案判決に代わる訴訟終了原因であり、既判力が生じる点に着目して、全面的に訴訟要件の具備を必要と解する。

これに対し、放棄・認諾は、本案判決と異なり、当事者の意思に基づく自主的紛争解決であって、抗弁事項のような、被告の利益保護を目的とする訴訟要件や訴えの利益や当事者適格のように争訟処理の実効性を確保するための訴訟要件については、その具備を要しないとする見解もある。

(4) 請求の放棄・認諾は訴訟行為であるから、当事者に訴訟能力があることが要請される。

4. 請求の放棄・認諾の効果

(1) 訴訟終了効

訴訟は、放棄・認諾のあった限度で当然に終了する。上訴審で請求の全部又は一部につき放棄・認諾がなされると、その限度で訴訟が終了し、下級審判決は失効する。看過した本案判決は違法であり、上訴による取消が可能である。

(2) 判決効

認諾調書が、給付請求に関するときは執行力（民事執行法 22 条 7 号）、形成請求に関するときは、形成力が生ずる。

既判力については、争いがある。

肯定説は、既判力を認め、放棄・認諾の無効・取消しは、確定判決に対する再審事由に該当する事由のある場合に限って（法 338 条 1 項 2 号、3 号、5 号等）、再審の訴えに準じて認められるとする。その理由として、①267 条は「確定判決と同一の効力と規定しており、条文の文言に合致すること、②放棄・認諾の無効・取消しは、再審事由に相当する事由ある場合に限って、再審の訴えに準じて認めれば十分であることを指摘する。

否定説は、既判力は認められないとし、無効・取消しの主張は再審事由（法 338 条）に該当する場合に限られず、意思に瑕疵がある場合は、その無効・取消しを主張して期日指定の申立てができるとする。その理由として、①判決と異なり、放棄・認諾の成立過程では裁判所が常に関与・調査して錯誤や強迫等の瑕疵のないことを確認した上で調書を作成させるものではないこと、② 請求の放棄・認諾では、当事者の意思こそが中核で、これが「確定判決と同一の効力」を有することの根拠であり、したがって、意思の瑕疵の主張を再審事由に該当する場合に限定することは妥当でないことを指摘する。

制限的既判力説は、既判力が認めるが、しかし、再審事由（法 338 条）の有無にかかわらず、詐欺、強迫、錯誤などの無効・取消事由が認められるときには、それを理由として既判力の排除を認めて差し支えないとする。その理由として、①既判力否定説を前提とすれば、執行力や形成力が問題とならない放棄調書及び確認訴訟の認諾調書に関しては、訴訟終了効のみが認められ、判決効はいっさい認められないことになるが、このような結果は立法者の予定しないところであること、②法は、処分権主義に基づく当事者の放棄・認諾の陳述を基礎としながらも、裁判所が一定の要件の具備を確認した上で、当事者の陳述を調書に記載せしめることによって、確定判決と同一の効力を認めているのであり、その内容が既判力を含むと解するのが合理的であること、③同じく既判力が付与されるといっても、裁判所による公権的判断作用に基づく確定判決の場合と同様に厳格に解する必然性はないこと、④放棄・認諾の効力は、調書への記載という簡易な方法に基づくものであるから、意思表示の瑕疵などを主張してその効力を除去する手段として、当事者が期日指定の申立てをなし、それによって開かれる口頭弁論期日で無効原因を主張することを認めてよいことを指摘する。

「 商 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

以下の設例を読んで、設問に答えなさい。

(設例)

- 1 甲株式会社(以下「甲社」という)は、普通株式のみを発行する会社で、発行済株式総数は10万株である。
Xは甲社の株式1万株を有する株主であり、Y株式会社(以下「Y社」という)も甲社の株式1万株を有する株主である。
甲社の定款には、「株主が代理人によって議決権を行使しようとする場合には、その代理人は当会社の株主であることを要する。ただし、その代理人は代理権を証する書面を会社に提出しなければならない。」旨の定めがある(以下「本件定款規定」という)。
- 2 甲社は、平成28年1月10日、適法な招集手続を経て臨時株主総会(以下「本件総会」という)を開催した。本件総会においては、6万株の議決権を有する株主が参加し、Aを取締役に選任することを出席株主の議決権の過半数である3万5000株の株主が賛成して決議した。
- 3 本件総会に先立ち、Xは弁護士Pを代理人に選任して議決権行使させることとし、本件総会当日、PはXの委任状を持参し受付に提出した。Pは甲社の株主ではない。
同様に、本件総会に先立ち、Y社は従業員である営業課長Qを代理人に選任して議決権行使させることとし、本件総会当日、QはY社の委任状を持参し受付に提出した。Qは甲社の株主ではない。
P及びQは、本件総会においてAの取締役選任に反対する予定であった。
- 4 本件総会において、甲社は、本件定款規定を理由に、P及びQを議場に入れず、議決権行使もさせなかった。

(設問)

X及びY社が、本件総会決議後の平成28年1月24日時点で、本件総会決議の効力を争う方法について述べなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 商法 **出題趣旨**

株主は、代理人によって議決権行使をすることが可能であるが（310条1項本文）、甲社のように、定款で議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限る旨規定している例は多い。

上記のような定款規定も、総会が株主以外の者により攪乱されることを防止する合理的理由に基づく相当な程度の制限として有効と解されている（最判昭和43. 11. 1民集22巻12号2402頁）。

しかし、代理人が株主でないという理由で議決権代理行使が拒まれると、実質的にその株主の議決権行使が不可能になってしまうような場合にも、会社は議決権代理行使を拒むことができるのだろうか。代理人によって総会を攪乱される可能性がほとんどない場合にも、会社は議決権代理行使を拒むことができるのだろうか。これらを検討して貰うことが出題の趣旨である。

従業員Qを代理人としたY社について、会社が議決権行使を拒むことは適法であろうか。本問同様、代理人資格を株主に限る旨の定款規定がある会社において、法人従業員の議決権代理行使を拒んだことの違法性が争われた事件で、最高裁は、「右のような定款の規定は、株主総会が株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨に出たものであり、株主である県、市、株式会社がその職員又は従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させても、特段の事情のない限り、株主総会が攪乱され会社の利益が害されるおそれはなく、かえって、右のような職員又は従業員による議決権の代理行使を認めないとすれば、株主としての意見を株主総会の決議の上に十分に反映することができず、事実上議決権行使の機会を奪うに等しく不当な結果をもたらす」と述べて、法人従業員の議決権代理行使を拒めないとしている（最判昭和51. 12. 24民集30巻11号1076頁）。

弁護士Pを代理人としたXについて、会社が議決権行使を拒むことは適法であろうか。この点、下級審判決でも拒めないとするもの（神戸地尼崎支判平成12. 3. 28判タ1028号288頁）と拒むことができるとするもの（宮崎地判平成14. 4. 25金判1159号43頁）とがある。弁護士であれば総会攪乱のおそれがないので代理人資格を認めるべきだと解するか、そのような例外を認めると会社は総会に株主代理人が来場した際に、その都度その者の職種を確認し、総会を攪乱するおそれの有無について個別具体的に検討しなければならないことになり受付事務を混乱させ、円滑な総会運営を阻害すると考えるかによる。

PあるいはQに議決権行使をさせなかったことが違法であると解すれば、決議方法の法令違反となり、決議取消の訴えを提起することができる（831条1項1号）。違反が重大であり、X、Yの株数は大きく決議に影響を及ぼさないものとは言えないので、裁量棄却はみとめられない。

以 上