

2021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

「 憲 法 」

〈45分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

A新聞社には、数百人にも上る記者が在籍しているが、その中でもBは「A社のエース」と呼ばれるほど、多数のスクープ記事の取材に携わっていた。Bがそのような多数のスクープ記事の取材に成功したのは、Bの幅広い知人、友人関係などの特別な人脈に基づくものであった。

Bは、その人脈の中のとある人物から、「株式会社Cが、老人を狙った大規模で悪質な投資詐欺の勧誘をし、実際に被害者が多数出ているようだ。」との情報を得ることができた。

そこで早速Bは株式会社Cの代表者Dの取材を敢行し、単独インタビューに成功した。

そのインタビューの際、BはDとの会話の内容を、Dの承諾を得た上で録音及び動画撮影を行っていたが、Dはその承諾を為す際、それらの音源や動画データについては報道目的以外には使用しないことを条件としてBに伝えていた。

その後、Bはインタビューを基にして記事を執筆し、A社は「大規模投資詐欺！C社の闇に迫る！」との見出しの下で、大々的に新聞報道を行った。

その新聞記事が掲載されたことが発端となり、警察が株式会社Cに対する詐欺事件の捜査を開始し、その捜査の過程で、警察は、インタビューの際のBとDの会話を録音したICレコーダーと、インタビューの際のDの様子を撮影した動画が記録されているSDカードを差し押さえた。

この事案における憲法上の問題点について論じなさい。

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、A新聞社の記者Bが株式会社Cの代表者Dとのインタビューの際の会話を録音したICレコーダー及びインタビューの際のDの様子を撮影した動画が記録されているSDカードを警察が差し押さえたこと（以下、「本件差押」とする）により、A新聞社及び記者Bの報道の自由、取材の自由が侵害されたことの合憲性（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、最決平成2年7月9日刑集44巻5号421頁を参考にして欲しい。

本問では、まずA新聞社及び記者Bの報道の自由、取材の自由の憲法上の位置づけを明らかにすることが求められる。表現の自由（憲法21条1項）は、現代の情報化社会において、情報流通の権利と捉えられ、報道が国民一般の知る権利に資することから、報道機関における事実を報道する自由も保障すると解されている。なお、報道の自由は、判例においても、表現の自由により保障されると解されている（最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）。

また、取材の自由は、報道の自由の不可欠の前提であること、編集という知的作業が介在していることなどを理由として、表現の自由により保障されると考える見解が有力である。もっとも判例は、表現の自由の精神に照らして十分尊重に値すると説示しているものの、憲法21条1項の保障下にあるとは明示していないことに留意が必要である。

その上で、本件差押によるA新聞社及び記者Bの報道の自由、取材の自由に対する制約が正当化されるか否かについての検討を加えることになる。その際に、まず本件差押は、「公正な刑事裁判の実現」ではなく、刑事事件における「適正迅速な捜査の必要性」の観点から為されていることを指摘して欲しい。

そして、①適正迅速な捜査を遂げるための必要性、②取材結果を証拠として押収されることによって報道機関の報道の自由が妨げられる程度及び③将来の取材の自由が受ける影響、④その他諸般の事情を比較衡量して決することになる。

その際には、「Dの承諾を得たこと」、「報道目的以外には使用しないことを条件としたこと」、「大々的に新聞報道を行ったこと」、「裁判所による提出命令ではなく、警察による差押えであること」、「老人を狙った大規模で悪質な投資詐欺の勧誘をし、実際に被害者が多数出ているようだとの情報を得ていたこと」、といった具体的な司法事実に言及することが求められる。

どのような結論になるにせよ、警察、A新聞社及び記者Bの利益を踏まえた、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。）

以下の設例における甲と乙の罪責を論じなさい（特別法違反を除く。）。

【設例】

甲はここ数年に亘り、地元町内会1組の班長を拝命し、その任務として、某年5月、毎年恒例の町内会費の集金に回り、この日は休日ということもあって、5軒の会員宅から現金計1万8千円を会費として受領した。

甲は集金作業を終えて帰宅する途中、偶然悪友の乙に出くわした。両名は路上でしばらく雑談の後、付近にある焼肉店に入り、酒類を大量に飲みながら、焼肉の食べ放題コースを満喫した。その代金は1万円余りに上った。

そして、いざ会計の段になり、乙は財布を持って来なかったことに気がついた。そこで乙は甲に対し、「町内会費の集金をしてきたんだろ。ちょっとそこからお金を貸してくれないか。」と懇願した。それを聞いた甲は、日頃から町内会長が懇意にしている一部世帯からの会費を免除する等の恣意的運用を図り、町内会を私物化しているとの憤りを感じていたので、こんな会費は納入する必要はないと考えるに至り、乙に対し、「もうこの会費を使い切ってしまい、強盗にでも遭ったことにしてごまかそう。」と提案した。乙は、そこまでしなくても…とは思ったが、飲食代金がタダになるのなら、まあそれもいいかと思い、甲の提案を了承し、両名はさらにデザート等も追加注文して飲食を続け、甲が集金した町内会費1万8千円を全額、同店での代金支払いに充てた。

店外に出た両名は、ひとけのない田園地帯に差しかかった。そこで甲は乙の了解を得て、上記町内会費の費消をごまかすため110番通報し、この場所で覆面をした男が急に近づいてきて、ナイフで脅され集金した町内会費を全額奪われてしまったと虚偽の申告をした。ほどなく警察官が現場に到着すると、甲と乙はそれぞれ「強盗」の一部始終を興奮しながら警察官Pに語り、Pは両名の供述を調書に記録した。

以上

入試日程 B 日程 出題科目名 刑法

出題趣旨

業務上横領罪の各成立要件の理解及びそれへの非身分者の加担に関する刑法 65 条による処理, さらには共犯事件の関与者による自己隠避と犯人隠避罪の成否等(証拠偽造罪の成否や犯人隠避罪におけると同様の論点, 偽計業務妨害罪の成否をも射程距離内とする)について, わずかな時間でどこまでコンパクトに指摘し, 論じられるかという観点から, 各人の既修者コース入学に必要な学力を判定しようと考えた。

2021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

「 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、配偶者があるにもかかわらず、Yとの不倫関係を維持する目的で、自らが所有する甲建物をYに贈与し、引き渡した。その際、Yも、Xに配偶者があること及び甲建物の贈与が不倫関係を維持する目的でなされたものであることを知っていた。甲建物が引き渡された際には未登記であったが、引渡しから1か月後に、Xは甲建物についてX名義の登記をした。それから1年後、Xは、Yと不和になったため、甲建物の贈与契約は公序良俗に反するものとして無効であると主張して、甲建物の返還をYに請求した。XY間の法律関係を論じなさい。

入試日程 B 日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

本問は、不法な動機より締結された契約に基づいて行われた給付を、給付者が取り戻すことができるかという問題について、不当利得と物権的請求権の両面からの検討を求めるとともに、給付を取り戻すことができない場合における給付物の所有権の帰属について問うものである。以下、具体的に説明する。

本問において、Xは、XY間の贈与契約が90条に反し無効であることを理由に甲の返還を請求しているところ、そもそもXY間の贈与契約は90条に反し無効となるかがまずもって問題となる。この点、XY間で行われている贈与契約自体は何ら公序良俗に反するものではないが、贈与契約の目的が不倫関係維持にあることから、その動機が不法であるといえる。このように、不法な動機に基づいて行われた法律行為の効果について、それを理由に無効主張が常に可能であるとする、動機はうかがい知れないことから、相手方が不測の損害を被る恐れがあるため、不法な動機が表示されて相手方がこれを認識している場合に限り無効主張が許されると解するのが判例（最判昭 29・8・31）・通説である。本問では、不倫関係維持目的での贈与であることは双方が認識しているから、贈与契約を無効としても支障はない。したがって、Xは贈与契約の無効を理由に121条の2に基づく原状回復請求として、甲の返還を請求できることになりそうである。

もっとも、121条の2の原状回復請求の本質は不当利得返還請求であるところ、XのYに対する家屋の給付は708条の不法原因給付にあたり、返還請求が認められないのではないかが問題となる。708条の要件は、①不法な原因のために、②給付をしたこと、である。

①にいう不法とは、公序良俗違反に該当する行為のうち、倫理的・道徳的に醜悪な行為を指すと解するのが判例（最判昭 37・3・8）・通説である。このように限定的に解するのは、不法原因給付として返還が否定されると、受益者に利得が残った状態となるが、これ自体は本来不当利得制度の趣旨である公平に反することになるのであるから、このような結果を踏まえてもなお返還を否定すべき場合、すなわち、給付の返還により原状回復できる地位を給付者から奪い取るのであれば契約を無効とした意味がない場合に限定されるべきであると考えられているからである。不倫関係は倫理的・道徳的に醜悪な行為に該当するので、不法な原因のためにという要件は満たす。

②にいう給付とは、債務の履行が終局的に完了したことを指すと解するのが判例・通説である。このように解するのは、不法原因給付の終局的実現に至らない段階で返還請求を否定すると、給付の終局的実現のためにさらに法の強制、国家の助力を要することになり、90条の趣旨に反することになるし、終局的実現に至らない段階では、返還請求を認めることにより不法の実現を抑止することがなお可能といえるからである。本問において、甲建物は贈与契約の時点では未登記建物であったところ、未登記建物の場合には建物の引き渡しが行われれば、保存登記は給付を受けた者が単独でできるから、これをもって終局的に債務の履行が完了したといえる（最判昭 45・10・21）。したがって、②の要件も満たす。

以上より、708条の要件をすべて満たすので、XはYに給付物である甲の返還を請求することはできない。

もつとも、上述のようにXの不当利得返還請求は708条で禁じられるとはいえ、他方で、XY間の贈与契約が無効であれば、右家屋の所有権はXにあるはずであるから、Xは所有権に基づく物権的返還請求としてYに家屋の返還を請求することができるのではないかが問題となるも、このような請求が認められてしまえば、返還請求を否定することにより違法行為を抑止しようとした708条の趣旨が没却されてしまい、708条が骨抜きになってしまうから、所有権に基づく返還請求も708条の類推適用により禁止されると解するべきである。

以上より、XはYに対して、不当利得返還請求によっても、物権的請求権によっても、甲の返還を請求することはできない。

もつとも、本問では甲の登記はXのもとにあることから、YはXに対して右家屋の移転登記請求が可能かが問題となる。この点、給付者は708条で家屋の返還請求が禁止されているのに、なお給付者に所有権が残るのでは法律関係が紛糾すること、また返還請求が否定されたということは、法律上も受領者が受益を保持できると判断されたことを意味すると解することができることから、708条で返還請求が認められないことの反射的效果として所有権は受領者に帰属すると解するのが判例（最判昭45・10・21）・通説である。したがって、Xからの返還請求が708条で否定されたことの反射的效果として所有権はYに移転するから、YはXに対して移転登記請求が可能であることになる。

2021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。）

次の設例を読んで、後記【設問1】および【設問2】に解答しなさい。配点—
【設問1】70点、【設問2】30点

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、会社法上の公開会社であるが、その発行する株式を金融商品取引所に上場していない。また、種類株式発行会社でもない。
2. 甲社は、経営戦略の失敗等により、その財務状況が悪化していた。甲社の株主Aは、甲社の財務状況がこれ以上悪化しないうちに、手持ちの甲社株式のすべてを処分したいと思い、処分先を探していたが、甲社株式が非上場株式であることもあって適当な処分先が見つからなかったため、甲社の代表取締役Bに対し、甲社自らに買い取ってもらうわけにはいかないだろうか、と相談した。
3. 令和元年8月6日、Bは、甲社の定例取締役会に、Aの請求について、甲社として応じるか否かを付議し、甲社の取締役会は、取締役の全員一致により、Aのみから甲社株式を買い取る旨の決定をし、同年8月7日、Bは甲社を代表して、上記取締役会決議に基づき、Aが保有する甲社株式のすべてをAの希望する価格で買い取った（以下「本件自己株式取得」という。）。

【設問1】 ①本件自己株式取得には、会社法上、どのような問題が認められるか。②そのような問題が認められる本件自己株式取得の効力はどのように解されるか。③Aからの取得価格が、甲社の公正な株式の価値より不相当に高額である場合、甲社のA以外の株主は、会社法上どのような救済手段を有するか。ただし、本件自己株式取得の効力発生日（取得日）において、その取得価額は、甲社の分配可能額の範囲内であったものとする。

4. その後、令和元年下半期以降、甲社においては、新規事業計画のひとつが軌道に乗り始めたため、その業績もその財務状況も好転した。

【設問2】 甲社の財務状況の改善に伴い、その純資産額は増加した。そのことを知ったAは、甲社株式を早々に手放してしまったことを後悔するようになった。令和2年3月17日、Aは、甲社に対し、【設問1】①の問題が認められ

ることを理由に本件自己株式取得の無効を主張し、譲渡した甲社株式の返還を求めた。Aの請求は認められるか。

入試日程 B 日程 出題科目名 商法**出題趣旨**

設問 1 は、会社が特定の株主から自己株式を取得する場合の会社法上の手続を確認させ、当該手続を履践しない取得の効力、および、特定の株主以外の株主による救済の可能性について検討させるものである。

設問 2 は、仮に会社法上の手続を履践しない自己株式取得の効力を無効と解するのであれば、当該無効を主張しうるのは誰かを検討させるものである。

1. 【設問 1】について①について

会社が特定の株主から自己株式を取得する場合には、株主総会の特別決議を得る必要があり、原則として、株主総会の招集通知に併せて売主となる株主以外の株主に対し、売主追加請求に係る通知をしなければならない（160 条 1 項・2 項、309 条 2 項 2 号、会社法施行規則 28 条）。また、売主となる株主は、自己株式取得決議について議決権を行使することができない（160 条 4 項）。株主間の平等性を担保するためである。

甲社は取締役会の決議のみに基づいて A から自己株式を取得しているから、上記の手続を履践していないという会社法上の問題がある。

②について

特定の株主からの自己株式取得に関し、会社法上特別に手続規定が設けられている趣旨は、先述のように、特定の株主と会社との関係性から特定の株主に有利な価格・条件で取得が行われる可能性に鑑み、株主間の平等性を担保し、会社および他の株主の利益を保護するためである。そのため、当該手続規定に違反する自己株式の取得は、原則的に無効と解するべきである。もっとも、当該手続違反に善意・無重過失の譲渡株主については保護する必要があるから、かかる譲渡株主に対し会社は無効を主張することができない。本件自己株式取得について譲渡株主 A は甲社が株主総会を開催していない事実を知っている。したがって、甲社は A に対し、A の悪意を立証して、本件自己株式取得の無効を主張することができる。

③について

本件自己株式取得は取得日において甲社の分配可能額の範囲内で行われているため、甲社の株主が会社法 847 条 1 項以下の責任追及等の訴えにより、A および B から甲社の業務執行者等による会社法 462 条の支払義務を追及することはできない。

甲社の株主は、会社法 423 条 1 項の B から取締役の甲社に対する任務懈怠責任を、会社法 847 条 1 項以下の責任追及等の訴えの提起により追及するか、自らに生じた保有株式の価値の下落を損害として会社法 429 条 1 項により B から取締役に損害賠償責任を追及することとなる。もっとも、株主は取締役の会社に対する損害賠償責任が履行されれば自己の損害も回復するので、後者の手段は採り得ないと解される（株主は請求権者である「第三者」に含まれないという解釈であるが、異論もある）。

前者の責任要件は、(1) 役員等、(2) 任務懈怠、(3) 任務懈怠における役員等の帰責性、(4) 損害、(5) 損害と任務懈怠との相当因果関係、である。本件では、代表取締役である B のみなら

ず、取締役会決議において漫然と賛成し決議を成立させた他の取締役全員にも任務懈怠責任を問うと考えられる（Bについて法令違反、他の取締役については善管注意義務違反）。Bら取締役の任務懈怠には過失も認められる。損害は、公正な価額と実際の取得価額との差額と解されるが、これを損害とイイうるかについては、微妙である（これを損害と構成しない場合には、Bら取締役の任務懈怠責任を問うことはできないという結論になる）。他の株主に売主追加請求権の行使の機会があり、また、株主総会特別決議を経ていれば、かかる不当な金額での取引はなされなかった可能性が高いから、損害との因果関係も認められる。以上から、Bら取締役全員が甲社に対し連帯して会社法 423 条 1 項の損害賠償責任を負い、株主は責任追及等の訴えを提起してかかる責任を追及することができる。

2. 【設問 2】について

1 の②で検討したように、本件自己株式の取得は無効であると解される。しかし、自己株式取得に係る手続規制の趣旨は、会社および株主の利益を保護することにある、また、譲渡株主は契約の履行によって契約の目的を達することができるので、無効の主張は会社にのみ許されると解される（ただし、譲渡株主等からの無効主張を認める見解もある）。そのように解すると A の無効主張は許されず、かえってそのような A の主張を認めれば、A に甲社のリスクにより投機を行うことを認めることになり、適切ではない。

以 上

2021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

「 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。）

当事者の確定基準について学説の状況を説明した上で自説を明らかにし、甲が乙に対して売買代金支払請求訴訟を提起したところ実際には乙は訴訟提起の事実を知らず、甲と通謀している丙が乙になりすまして訴訟追行した場合に上記各学説によると被告が誰になるかを明らかにしなさい。

また、自説に基づいて裁判所はいかなる措置をとるべきか論じなさい。

入試日程 B 日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

当事者確定基準に関する学説及び判例の理解を問うとともに、氏名冒用訴訟を題材に当事者確定基準を具体的に理解できているか否かを問うものである。

当事者とは、その者の名において判決を求める者、およびその者を名宛人とする判決を求められる者を指す（形式的当事者概念）。そして、訴状の送達（138）口頭弁論期日への呼出（94）、人的裁判籍（4）、裁判官の除斥原因（23）、判決効の主観的範囲（115）、手続の中断（124）、中止（131）、重複起訴の禁止（142）、人証における当事者本人と第三者証人との区別など、当該訴訟において当事者が誰であるかを基準として決まる。

そして、当事者確定の基準としては、学説上、①原告ないし裁判所の意思内容を基準とする意思説、②当事者らしく振る舞い、当事者として扱われた者を当事者とする行動説、③訴状の記載から合理的に解釈される者を当事者とする表示説、④これから手続を始めるにあたって誰を当事者とするかの問題（行為規範としての当事者確定）とすでに手続が進行した後回顧的に誰を当事者とするのが適当かの問題（評価規範としての当事者確定）とを区別して、前者については表示説、後者については、手続の遡及的覆滅を防止するという観点を重視して、当該者の紛争解決との関係における適格性ならびにその手続保障を加味して決する規範分類説などが主張されている。学説においては、基準の明確さから表示説（表示説の中にも様々な見解の対立があるが、訴状における当事者欄だけでなく、請求の趣旨及び原因を資料として、原告及び被告が確定されるとする見解が有力である。）が通説とされているが、判例は意思説ないしは行動説をとっていると解されている。表示説から、意思説に対してはその意思内容の把握が難しく、原告を確定するのに原告の意思によるというのは背理であり、もしこれを裁判所の意思とするならば処分権主義に反すると批判され、行動説に対しては、当事者らしく振る舞った者といっても裁判所に登場するのは当事者とは限らず代理人もいれば使者もいることを考えると基準としての明確さを欠くと批判されている。

本問の事例を検討すると、本問の訴訟は原告である甲と通謀した丙が被告乙になりすましている氏名冒用訴訟である。表示説に立つと被告は訴状に記載されている乙となり、意思説も原告は売買代金請求の債務者である乙を被告とする意思であるから乙となる。他方、行動説に立つと被告として振る舞っているのは丙であるから被告は丙となる。また規範分類説では、手続開始段階の行為規範では乙、評価規範としては丙が被告となる。

次に、被告を乙とする見解に立った場合には、丙を訴訟から排除し、乙に訴訟追行を行わせる必要がある。乙に対して訴状が送達されていない場合には、訴状の送達からやり直すべきである。また、乙が丙の訴訟追行を追認することはありうる。

他方、被告を丙とする見解に立った場合には、乙と丙との間に人格の同一性が認められないため任意的当事者変更をすることになる（以上について、中野貞一郎ら編「新民事訴訟法講義」[第3版]91頁～、伊藤眞著「民事訴訟法」[第6版]115頁～、藤田広美著「解析 民事訴訟」[第2版]172頁～、上田徹一郎著「民事訴訟法」[第7版]86頁等参照）。

本問は、基本書の中でも最初の方で扱われる著名論点であったが、受験生の出来は極めて悪かった。既修者として法科大学院に入学を希望するのであれば、未修1年目の学習内容をしっかり身

に着けて欲しい。