

2016(平成28)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 」

(60分)

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

下記の仮想事例を読んで、後の設問に答えなさい。

K市で発生した連続児童殺傷事件(2名が死亡し、3名が重軽傷を負った事件)は、犯人が14歳の中学生(当時)であったことから、マスコミは連日大々的に報じた。結局、犯人である男性Aは逮捕され、家庭裁判所に送致され、家裁により少年の審判開始が決定された。精神鑑定の結果、長期間の医療的処置が必要(医療少年院への送致が最も適切な処遇)との提案がされ、家庭裁判所は少年を医療少年院送致が相当と判断し、医療少年院に移された。20XX年に、本人が32歳の時に少年院を退院した。

ノンフィクション作家Yは、このような重大事件は社会の正当な関心事であると考えて、Aの実名を匿名にしたままで、Aの生い立ち、家庭内の親子関係、生育環境、性癖、少年院の生活などを明らかにした本を出版しようと考えた。ところが、この出版の事実を知ったAは、プライバシーや名誉権が侵害されると考えて、出版の差止めを求めた。

〔設問1〕 犯行当時、犯人の男性Aが14歳であることからAの実名は報道されなかったが、それはなぜか。

〔設問2〕 上記のような場合、Aは出版の差止めを求めることができるか。

【参照法令】

◎少年法(抄)

第一章 総則

(この法律の目的)

第一条 この法律は、少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする。

(少年、成人、保護者)

第二条 この法律で「少年」とは、二十歳に満たない者をいい、「成人」とは、満二十歳以上の者をいう。

2 この法律で「保護者」とは、少年に対して法律上監護教育の義務ある者及び少年を現に監護する者をいう。

(略)

第四章 雑則

(記事等の掲載の禁止)

第六十一条 家庭裁判所の審判に付された少年又は少年のとき犯した罪により公訴を提起された者については、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等によりその者が当該事件の本人であることを推知することができるような記事又は写真を新聞紙その他の出版物に掲載してはならない。

以 上

入試日程 B 日程 出題科目名 憲法**出題趣旨**

1. 設問 1 について

報道機関の報道は国民の知る権利に奉仕するものであるから、憲法 21 条 1 項の保障の下にあることは、いうまでもない。通常、犯罪は公共の利害に関する事実とされるために、いかなる人物がどのような犯罪を犯し、またいかなる事情からこれを犯すにいたったのかについて報道機関はこれを報道することが要請されている。しかしながら、少年犯罪の場合には、少年法 61 条によって身元推知報道の禁止を定めている。どのような理由で、少年の氏名などは報道されないのであろうか。少年法 1 条は「少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行う」ことを目的としており、将来性のある少年の更生・社会復帰を容易にするところにある。したがって、少年保護よりも社会的利益の要請が強く優先する特殊の場合を除き、少年法 61 条は新聞などの報道機関に対して少年の実名報道を禁止しているといえる（少年通り魔実名報道損害賠償請求事件・大阪高判・平成 12 年 2 月 29 日）。

2. 設問 2 について

そもそも出版の差止めは、表現の事前抑制であって、表現の自由にとって甚大な影響を及ぼす。もっとも、裁判所が主体となって表現行為を差し止める場合には、憲法 21 条 2 項の「検閲」には該当しないと解されている。検閲ではないとはいえ、事前抑制の一種である以上、差止めには厳格な要件が求められる。判例では、①その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であること、②被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときには、例外的に差止めが許されるとしている（北方ジャーナル事件最大判昭和 61 年 6 月 11 日）。これを本問についてみると、プライバシー権がそこに含まれている点において北方ジャーナル事件とは異なるが、基本的には北方ジャーナル事件の判断枠組みが妥当するといつてよい。また、ノンフィクションは、社会的に重要なテーマを追求し、その記述に説得力をもたせるために実話を収録するものである。それが少年事件の場合では、少年犯罪の背景として加害者の少年の性格や家族を詳細に描くこともありえる。それだけに、A の名誉権やプライバシー権の侵害が大きいといえる。仮に、プライバシー権のみの侵害が大きい場合には、事後規制では救済が困難なために、差止めが認められやすいと考えられる。問題文からは必ずしも明らかではないが、争点になりえるのは②の回復困難な損害の有無であろう。この点、本問では医療少年院の退院後（事件発生後 18 年が経過したこと）であること、匿名にして出版しようとしている点が考える際のヒントになろう。回復困難な損害についてどのような結論になるにせよ、説得力のある論述が望まれる。

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。)

以下の〔設例〕における甲及び乙の罪責を論じなさい(但し、文書偽造罪関係、及び特別法違反については論じなくてよい)。

〔設例〕

甲は不動産取引ビル管理等を営むA社の部長であり、A社からの委託により、B市内にあるA社所有の土地(以下、「本件土地」と呼ぶ)に関する登記書類やA社の会社及び社長の印鑑を保管していた。

甲はギャンブルの趣味が昂じて多額の借金を抱えることとなり、その返済のため、ある日、新たに知人のCから借金することにし、その担保として、本件土地に、A社に無断でCへの抵当権を設定することにした(但し、甲はCに対し、A社からの許可を得ていると偽っている)。それを確認したCは甲に1000万円を貸し付けたが、抵当権設定登記はその後1ヶ月以内に行なうことで甲はCと合意した。この時、甲は抵当権設定登記をできるだけ速やかに行なうつもりでいた。

ところが、それから1週間後、甲が本件土地を自己の借金の担保に供そうとしているとの噂話を聞きつけたA社のライバルであるD社の社長乙が甲のところにやって来て「その土地、A社の所有でしょ。あんた悪いことしとるね。こうなったら、いっそのことうちのお得意さんに売らない?手数料として売値の1割だけうちがいただくけど、高く買い取らせるよ」と甲に持ちかけた。甲は「だめです。Cを裏切ることはできません。まだ抵当権の設定登記も完了してないんですから」と断わったが、乙はさらに「そうか。そりゃあ、むしろいいチャンスじゃないか。でも、別にいやならいいんだよ。おたくの社長さんにあんたのやってること、お伝えするで。そうなったらあんたは会社をクビになるし、逮捕されるし、ご家族も生活できないんじゃない?」と甲にささやいた。甲はそんなことになったら困るとおびえ、乙に「わかりました。よろしく願いします」と答えた。

それから2、3日後、甲は本件土地をA社から、上記の事情をまったく知らない、乙が紹介したEに3000万円で売却する契約を締結し、Eへの所有権移転登記も即座に行なった。甲はEから自己の預金口座に3000万円が振り込まれたことを確認してから、乙に手数料として現金300万円を手渡した。

以 上

入試日程 B 日程 題科目名 刑法**出題趣旨**

非暴力系財産罪の成立要件や重要論点に関する理解が確かかどうか、試すべく、本問を作成した。また、最近学会で活発に議論される「中立的行為による共犯」の知識も有しているかどうか、受験者のレベルを確かめようとも思った。

まず、甲が自分の業務上占有する本件土地につき、Cへの抵当権を設定したのは、不法領得の意思の発現として、業務上横領罪が成立しうるようにも思えるが（判例はその立場）、本問ではCへの抵当権設定登記が完了せず、対抗要件を充足していない段階なので、A社（社長）における財産的実損がまだ発生していないとして、（業務上）横領の未遂（よって、処罰規定が欠けるため不可罰）とする見解が通説的である。その点を知っているかどうか第1のチェックポイントである。

次に、本件土地をEに売却し、所有権移転登記まで了した行為の方は、上記通説によっても、業務上横領罪が成立するし、他方抵当権者Cに対しては背任罪（なぜ業務上横領罪の構成要件には該当しないのか、各自で規定の文言や刑法各論の教科書に照らして確認されたい（しかし、行為者甲にも本件土地の所有権が認めないことから、業務上横領罪を認めてよいとする見解もありうる）。なお、Cへの抵当権設定についてもすでに業務上横領罪の成立を認めた人は、いわゆる「横領後の横領」の問題にも言及が必要となろう。

また、乙はEへの本件土地売却を甲に執拗に持ちかけている。よって、ここまで濃密な関与をしている以上は、原則通り乙に業務上横領罪及び背任罪の共同正犯（教唆犯にとどまるとするのは、少なくとも実務的見解からは不当であろう。なお、そのためにはさらに、両罪につき刑法65条の規定〔共犯と身分〕を介する必要がある）を認めるべきであろう（いわゆる「中立的行為による共犯」の論点）。さらに、軽い脅迫を手段として、この売却を実現させて、手数料を甲から取得している点を捉え、1項恐喝罪の成立も考えられうる（罪数についてはこれら3罪の観念的競合でもよからう）。

以上の罪責を、問題文に書かれた事情を適宜援用しながら論じることができれば、既修者として認定するにやぶさかではない。

以 上

2016(平成28)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 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

未成年者A(18歳)は、父親が死亡したため、土地甲を相続により取得した。その後、Aの唯一の親権者である母親Bは、日頃から何かと世話になっている親戚のC(Aの叔父)の債務を担保するため、CのDに対する債務につき、Dとの間で、Aの所有する甲に代理人として抵当権を設定する契約を締結した。その後成人したAは、Dに対して抵当権設定登記の抹消を請求したいと考えている。以下の問いに全て答えなさい。

- (1) Bのした代理行為は利益相反行為にあたるか検討しなさい。
- (2) Bのした代理行為は代理権濫用にあたるか検討しなさい。

入試日程 B 日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

親権者は子の財産に関する法律行為について代理権を有しているところ、親権者が子を代理して行う行為が、親権者には利益になるが子には不利益になる場合（いわゆる利益相反行為）、子の利益や財産を守るために、親権者の代理権が制限され、代わりに特別代理人が選任されなければならないことが、民法 826 条に規定されている。設問（1）は、BがAの代理人として行おうとしている抵当権設定契約が利益相反行為に該当するか、その判断基準を問うものである。

この点、判例は、利益相反行為に当たるかどうかは、親権者が子を代理して行った行為の外形で客観的に判断すべきであり、親権者の動機や意図をもって判断すべきではないとしている（最判平成 4 年 12 月 10 日）。親権者の主観的事情によって判断すると、法律行為の相手方に不測の損害を及ぼす恐れがあるからである。この基準によれば、親権者が子の法定代理人として、自身の借金の担保として子が所有する不動産に抵当権を設定する契約を結ぶことは利益相反行為に該当するが、第三者の借金の担保として子が所有する不動産に抵当権を設定する契約を結ぶことは、たとえ親権者が第三者の便宜を図る意図を有している場合であっても、利益相反行為とならない。したがって、Bが、CのDに対する債務について、Dとの間でA所有の土地甲に抵当権設定契約を締結する行為は利益相反行為に当たらないことになる。

なお、判例の基準では子の利益は守れないとして、行為の動機、目的、結果など一切の事情を考慮して判断すべきだという見解も主張されている。

次に、Bの代理行為が利益相反行為にあたらなくても、Cの便宜を図るためにBが行った代理行為は、代理権濫用に当たらないかを問うのが設問（2）である。代理権濫用とは、代理人が代理権の範囲内で有効な代理行為を行っているものの、代理人が背信的意図を有し、代理人の行った行為の結果が本人に不利益を与えるような場合を指す。この場合、代理権の範囲内で代理行為が行われている以上、原則として代理人のした代理行為の効果帰属を本人は否定できないが、代理人が背信的意図を有していることを法律行為の相手方が知っている場合に限り、本人は効果帰属を否定できるべきであると考えられている。もっとも、本人への効果帰属を否定する法律構成については議論があるところであり、判例は、93 条但書を類推適用し、行為の相手方が濫用の事実を知り又は知ることができた時には、その行為の効果は本人に及ばないという法律構成を採用している。学説には、濫用の事実について悪意・重過失のある相手方は、本人への効果帰属を主張することが信義則上許されないとする見解もある。

そして、判例は、本問のように、親権者が子に不利益を与えるように見える代理行為を行った場合にも、代理権濫用が問題となり得るとするが、親権者による代理権濫用に関して判例の示す判断基準はかなり厳格である点に注意を要する。親権者が子の財産管理に関して広範な代理権を有しているのは、子の利益を最も配慮できるのは親権者であるという考慮に基づくものであるから、利益相反行為に該当しない限り、親権者が子の利益になると判断して行った代理行為の効果はその有効性が承認されるべきである。このような基本的発想に基づき、判例は、親権者の代理行為が代理権濫用に該当するといえるためには、「子の利益を無視して自己又は第三者の利益を

図ることのみを目的としてなされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」が存することが必要であるとする（最判平成 4 限 12 月 10 日）。本問では、B は日頃から A とともに世話になっている C の恩に報いるために代理行為を行っているのであって、その行為は A の利益を無視して B や C の利益を図ること「のみ」を目的としてなされているとはいえないから、B の行為は代理権濫用に当たらないことになる。

「 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。)

Aは、甲建物を建築した後、甲建物をBに賃貸した。その後、Aは、甲建物を2000万円でCに売却した。Cは、Bに対して、所有権に基づいて、甲建物の明渡しを求める訴訟を提起した。右訴訟の請求原因は、①Aが甲建物を建築し所有していたこと、②AからCが甲建物を代金2000万円で買い受けたこと、③Bが甲建物を占有していることである。

口頭弁論期日において、Bは、「前主Aが甲建物の所有者であったことは認める」という陳述、および「CがAに金銭2000万円を支払った事実は認める」という陳述をした。右2つの陳述は、どのような効果が生じるかを説明しなさい。

入試日程 B 日程 出題科目名 民事訴訟法**出題趣旨**

自白に関する問題のうち、権利自白と間接事実の自白に関する基本的知識を問う問題である。まず、裁判上の自白の定義、要件、効果についてふれる必要がある。

裁判上の自白とは、「当事者が口頭弁論または弁論準備手続において、相手方が主張する自己に不利益な事実を認める陳述」をいう。

要件は、①口頭弁論または弁論準備手続における弁論としての陳述であること、②相手方の主張と一致した陳述であること、③自己に不利益な事実についての陳述であること、の3つである。

自白の効果は、証明不要効、裁判所を拘束すること（弁論主義第2テーゼ）および当事者の不可撤回効（禁反言）である。

口頭弁論期日において、「前主Aが甲建物の所有者であった」とのBの陳述は、事実自白ではなく、権利自白である。裁判上の自白（事実自白）は民事訴訟法 179 条により認められるが、権利自白が認められるかは、争いがあるところであり、自己の採用する見解を中心として、反対説にもふれながら、説明することが必要である。学説として、①否定説（法の適用は裁判所の専権事項であることを理由とする）、②通常人が内容を理解できる日常的法概念について自白を認める説がある。本問の所有権についての権利自白は、判例・多数説が肯定している。

「CがAに金銭 2000 万円を支払った事実は認める」とのBの陳述は、AC間の甲建物売買（主要事実）を推認させる間接事実である。主要事実について自白が成立することは争いがないが、間接事実に関する自白については争いがある。①自由心証主義の観点から、裁判所および当事者に対する拘束力を否定する見解、②当事者に対する拘束力をのみ肯定する見解（禁反言）、③裁判所および当事者に対する拘束力を肯定する見解（主要事実と同じくらい重要な間接事実もあること）がある。自己の採用する見解に基づいて、反対説にも言及しながら、説明することが肝要である。

「 商 法 」

〈60分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

〔設問〕 下記(1)(2)に答えなさい。

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。取締役には、A、BおよびCが、代表取締役にはAが就任し、他に監査役が1名就任している。

代表取締役Aは、平成27年7月1日、取締役会決議を経たが、株主総会の決議を経ずに、Dを引受人、払込期日を平成27年8月1日として、「特に有利な払込金額」で新株100株を発行した(以下、本件新株発行という)。これにより甲社の発行済株式総数は300株となった。

DはAが適法な手続を経て株式を発行したものと信頼していたが、とくに適法な手続を経たことを確認しなかった。その後、Aは代表取締役を解職され、新たな代表取締役としてEが選定された。

(1)平成27年7月15日、甲社株2株を所有しているGは、本件新株発行についていかなる主張ができるか、論じなさい(50点)。

(2)平成27年8月2日、Eは、本件新株発行についていかなる主張ができるか、論じなさい(50点)。

第199条 ①株式会社は、その発行する株式又はその処分する自己株式を引き受ける者の募集をしようとするときは、その都度、募集株式(当該募集に応じてこれらの株式の引受けの申込みをした者に対して割り当てる株式をいう。以下この節において同じ。)について次に掲げる事項を定めなければならない。

- 一 募集株式の数
- 二 募集株式の払込金額
- 三 金銭以外の財産を出資の目的とするときは、その旨並びに当該財産の内容及び価額
- 四 募集株式と引換えにする金銭の払込み又は前号の財産の給付の期日又はその期間
- 五 株式を発行するときは、増加する資本金及び資本準備金に関する事項

②(略)

③第一項第二号の払込金額が募集株式を引き受ける者に特に有利な金額である場合には、取締役は、前項の株主総会において、当該払込金額でその者の募集をすることを必要とする理由を説明しなければならない。

(略)

第201条 ①第199条第三項に規定する場合を除き、公開会社における同条第二項の規定の適用については、同項中「株主総会」とあるのは、「取締役会」とする。この場合においては、前条の規定は、適用しない。

以上

入試日程 B 日程 出題科目名 商法**出題の趣旨**

本問は、第三者割当てによる募集株式の発行（新株発行）の場合で、特に有利な金額で発行した場合、すなわち、第三者有利発行について、新株発行前の既存株主の救済方法（設問（1））、および、新株発行後の会社による是正方法（設問（2））に関して問う問題である。もちろん、検討の前提として第三者有利発行では、誰がどのような不利益を受けるのかについて簡単に述べたほうがよい。

（1）新株発行前の株主のための救済手段

新株発行は、会社に資金需要がある場合に行われる主要な資金調達方法である。しかし、既存株主は、自己の株式の支配的価値と経済的価値が希釈化されることになる。そこで、これを防止するために、会社法は、株主総会において既存株主の承認を経て新株発行を行わせるようにしている（会社 199 条 1 項・3 項）。株主総会の決議を経なかった場合には、既存株主が受ける不利益を是正するために、新株発行の差止請求を申し立てることができる（会社 210 条第 1 号）。新株発行の効力が生じてしまえば、もはや差止請求をしても意味がないので、効力発生前でなければならない。現実には、民事保全法 23 条 2 項によって新株発行差止めの仮処分申請をすることになる。

（2）新株発行後の会社のための救済手段

新株発行の効力発生後は、株式が流通に置かれるおそれがあるため、取引の安全を考慮し、一般に差止事由にはならないと解されている。新株発行無効の訴えを提起するという方法も考えられるが、やはり取引の安全を考えると無効原因と解すべきではない。したがってもはや新株自体の効力を争うことはできない。しかし、経済的損失については、新株発行を実行した取締役に填補させることは認められる。

本問の場合には、新代表取締役 E が甲社を代表として、旧代表取締役 A を相手取り、損害賠償請求をすることができる（会社 423 条）。会社の損害については、本来、公正価額で発行されていれば、会社が得られるはずであった価額が損害相当額となろう。この場合、任務懈怠および損害との因果関係も認められるだろう。

以 上