

「 憲 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

遺伝子操作の研究活動が国民の健康に害悪の発生をもたらす恐れがあることから、その規制の必要性は以前から指摘されていたが、研究者団体は、それらの害悪の発生を防止するために独自に自主的なガイドラインを作成し、これに沿って研究を続けていた。同ガイドラインにおいては、遺伝子操作の研究を行う場合の方法等について詳細に定められていたが、違反者に対する制裁の定めがなかったこともあり、これに違反する研究者も、数は少ないものの、存在しており、その中には遺伝子操作をした動物が野生に放されてしまうなど、生態系にとって重大な影響を与えるような事案も含まれていた。

こうした実態を受け、国は法律による規制が必要と判断し、国会において審議の結果、遺伝子操作の研究活動を規制するため、次のような法律を作ったと仮定する。なお、国会における審議では、研究者団体が自主的に作成したガイドラインでは実効性に乏しい、とか、遺伝子操作研究によって取り返しのつかない弊害が生じる可能性に鑑みた時には事前かつ広汎な制約もやむを得ない、などといった意見が出されていた一方で、遺伝子研究は人類の発展のために極めて重要であるから、これを法律で規制することについては慎重であるべきだ、との意見も出されていた。

この法律の憲法上の問題点を論じなさい。なお、文言の明確性については言及しなくてよい。

＜遺伝子操作の研究に関する法律＞

第1条 遺伝子操作を用いる研究活動を行うに際しては、事前に研究内容を詳細に記載した許可申請書を提出し、文部科学大臣の許可を得なければならない。

第2条 前条の申請があった場合、文部科学大臣は、以下の各号に該当する場合には不許可とすることが出来る。

- ① 当該研究活動の結果、生態系や国民の生命健康に対して取り返しのつかない被害が発生する恐れがある場合
- ② 国の諮問機関である生命倫理委員会によって反倫理的な研究であると判定された場合

第3条 第1条に違反し、文部科学大臣の許可を受けずに遺伝子操作を用いる研究活動を行った者は、3年以下の懲役または200万円以下の罰金に処する。

以 上

入試日程 D 日程 出題科目名 憲法 **出題趣旨**

本問題においては、「遺伝子操作の研究に関する法律」と題する法律が制定されたと仮定し、同法によって遺伝子操作の研究活動に対する規制が為されたことの合憲性（憲法 23 条に違反するか否か）を検討することが求められている。

憲法 23 条は学問の自由を保障しているところ、遺伝子操作の研究などの先端科学技術研究も学問の自由で保障されることをまずもって確認する必要がある。

次に、学問の自由の重要性についての言及が必要であるが、学問の自由が精神的自由権であることや過去の歴史的な経緯などだけでなく、学問の自由が社会の発展にとっても必要不可欠な人権であることについても言及して欲しい。

本件法律は、そのような重要性を有する学問の自由を制約するものであるが、その制約の目的は、遺伝子操作の研究によって生じうる生態系や国民の生命健康に対する被害を回避するということにある。

この点を踏まえ、従前から研究者団体は、自主的に作成したガイドラインに基づいて研究を行ってきた。しかし、国はこうしたガイドラインでは弊害防止のための実効性に乏しいと判断し、本件法律をもって、遺伝子操作の研究について事前の許可制を採用し、許可を得ないままに遺伝子操作の研究を行った者に対して刑事罰を課すことを定めたのである。

本問題においては、そのことの合理性について検討が加えられなければならない、具体的に違憲審査基準を定立し、合憲性を検討することになる。

違憲審査基準を定立する際には、学問の自由（遺伝子操作の研究）の重要性、事前の許可制をとることの是非、刑事罰を設けることの是非、といった事情を考慮する必要がある。更に、遺伝子操作の研究などの先端科学技術研究については、その結果として国民の生命、健康に対してどのような危険をもたらすものか、環境にどのような影響をもたらすものか、についての的確な予想が困難な一方で、一旦それらの危険が現実化した場合には取り返しがつかない事態に陥ってしまう可能性が存するという特殊性について配慮をしたうえで判断を行う必要がある。

そのように、先端科学技術研究による弊害に思いを致すときには、学問の自由の重要性に配慮しつつも、事前の制約がやむを得ない側面もあり、中間的な違憲審査基準によって違憲審査が為されるべきであろう。

これらの点を踏まえた上で具体的に当て嵌めを行うこととなるが、その際には、遺伝子操作の研究に事前の許可制を導入することが生態系や国民の生命健康に対する被害を回避することにつながるのか、反倫理的な研究を阻止することにつながるのか、そのための手段として許可制を用いること、刑事罰をもって強制することが合理的であるのか、などについて検討することが必要になってくる。

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。)

以下の〔設例〕における甲及び乙の罪責を論じなさい(但し、刑法130条の罪、及び特別法違反の点を除く。)

〔設例〕

甲は、とある経緯で入手した、見知らぬ他人であるA名義のクレジットカードを利用して、ノートパソコンを入手しようと思い立ち、自宅付近で営業している中規模の家電販売店「車道電器商会」本店に立ち入った。この車道電器商会はXが個人として経営しており、当該本店においては、店長乙がXからの命により、同店舗で販売する商品の管理をはじめとして、業務全般を統括する任務を負っていた。

甲は車道電器商会本店の店内で、新発売のノートパソコンを見つけ、これを買おうと思い、そのパソコンの品名と売価が記された注文票をレジまで持って行った。そして、応対に出た乙に、上記のクレジットカードを手渡し、それを乙がレジの機器に通して操作したところ、売上票用紙が排出された。乙は甲にその用紙を渡して、署名をしてもらった。甲は売り上げ用紙に、カード名義人としてカードの表面に刻印されたローマ字から勝手に推測した漢字名「愛知太郎」とボールペンで記入して売上票用紙を完成させ、それを乙に返した。

乙は、甲から当該クレジットカードを受け取った際に、甲の若干オドオドとした態度から直感的に、ひょっとしたら目の前にいる甲がカードの名義人とは別人であって甲に同カードを使用する正当な権限がないのではないかと察知した。潔癖なX社長は日頃から、代金支払の手段としてクレジットカードを利用する客に対しては本人確認を何らかの形で行なうよう乙ら社員に指示していた。

しかし乙は、大手家電量販店に押されて経営の危うくなっている車道電器商会の販売実績を少しでも上げないといけないという思いから、もし名義人以外の者によるカード使用であってかまわないと決意した上で、売上票を甲に手渡し、甲が売上票にサインするのをそのまま見届けた上、それを受領し、格別の本人確認措置を講ずることなく漫然と在庫のノートパソコンを甲に引き渡した。

以上

入試日程 D 日程 出題科目名 刑法

出題趣旨

本問は財産罪の領域から，他人名義のクレジットカードの不正使用（但し，乙に見破られているのでせいぜい未遂罪），それをめぐる有印私文書偽造・行使罪の成立，乙における業務上横領罪の適切なあてはめと，専ら本人のためにする意思と不法領得の意思存否，さらには甲の行なった有印私文書偽造・行使・1 項詐欺未遂に関する片面的幫助の可能性という諸論点の検討を求めている。

2019(平成31)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 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

以下の問題について、現行民法を前提として解答しなさい。

(問題) 注文者 X は、請負人 Y との間で、X が所有する土地上に建物を建築してもらい契約を締結した。Y は約定の期限までに建物を建築し、これを X に引き渡したが、引き渡された建物は手抜き工事や粗悪材料の使用により倒壊の危険があることが後に判明した。X は Y に対してどのような請求ができるか検討しなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

瑕疵のある建物が建築された場合における請負人の責任について問う問題である。

まず、請負契約において、請負人は仕事完成債務を負うため、仕事に瑕疵があれば、仕事完成債務の不履行となり、債務不履行責任が問えるように思えるところ、他方で民法は 634 条以下に請負の担保責任を規定していることから、いずれの責任も成立するのか、両者の関係が問題となる。この点、仕事が完成した後も請負人が仕事完成債務を負い続けるならば、仕事をいちから履行し直す必要が生じ、当初の契約によって引き受けられたリスクを越える負担を強いられる可能性があることから、仕事が一応完成した後は、その完成物を前提として瑕疵への対応を考えるべきであるとして 634 条が置かれたものと解するのが判例・通説である。この見解によれば、仕事が一応完成する前であれば、請負人には債務不履行責任を追及できるが、完成後であれば 634 条以下の担保責任しか問えなくなるということになる。なお、ここでいう「仕事が一応完成した」とは、仕事が予定された工程を一応終えた場合に当たる。本問では、建物が一応完成し引き渡されていることから、634 条以下に定める請負の担保責任の成否のみを検討すべきことになる。

本問では、引き渡された建物は手抜き工事や粗悪材料の使用により倒壊の危険がある状態であるから、注文者としては、635 条に基づいて、仕事の目的物に瑕疵があり、契約目的が達成できないことを理由として、請負契約を解除することが考えられる。もっとも、同条但書は、建物については解除を禁止しているので、X は請負契約を解除することはできない。そこで、注文者は、634 条に基づいて、瑕疵修補請求あるいは修補に代えてする損害賠償を請求することが考えられる。まず、634 条 1 項の修補請求であるが、本問の建物は倒壊の危険がある状態であり、修補が事実上不可能であるといえるから、修補請求は困難であろうと思われる。そこで、634 条 2 項の修補に代えてする損害賠償として、建替え費用の損害賠償を請求することが考えられる。もっとも、建替え費用の損害賠償を認めることは、請負契約を解除して代金債務を消滅させるのと実質的に同じ効果を有することから、635 条但書に反するのではないかが問題となりうる。この点、最判平成 14 年 9 月 24 日判決は、次のような理由で建替え費用の損害賠償を肯定する。635 条但書の趣旨は、請負契約の目的物が建物の場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことにある。しかしながら、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建替えるほかない場合に、当該建物を収去することは社会経済的に大きな負担をもたらすものではなく、また、そのような建物を建替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条但書の規定の趣旨に反するものとはいえない。以上の見解によれば、X は建替え費用の損害賠償を請求できることになる。

なお、X が建替え費用の損害賠償を請求する場合、Y は X に対して報酬の支払いを請求することになるが、X は右損害賠償債権と報酬債権との相殺を主張することが考えられる。本来、抗弁権が付着した自働債権での相殺は禁止されているところ、634 条 2 項の損害賠償債権と報酬債権

は 634 条 2 項後段において同時履行関係が認められていることから、それぞれ抗弁権が付着しているといえ、X の上述のような相殺は認められないように思えるが、本問のような場合には、相互に現実の履行をさせなければならないという特別の利益は存在しないし、相殺によって清算した方が当事者にとって便宜であるという理由で、X の相殺は認められるとするのが最判昭和 53 年 9 月 21 日である。

「 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。)

【問題】

XはYに対して500万円の貸金債権を有していたことから、貸金500万円の返還を求める訴えを提起した(以下「本件訴訟」という。)。本件訴訟において、裁判所は、貸金債権不存在を認定して請求棄却判決を下し、この判決は確定した。その後、Xが保証人Zに対して保証債務の履行を求める訴えを提起した場合、本件訴訟の確定判決の効力は、X・Z間の訴訟に影響を及ぼすか。

出題趣旨

債権者と主たる債務者との間の貸金返還請求訴訟において、債権者が敗訴した場合の判決効の拡張を問う問題であり、反射効の可否または既判力の拡張の可否を説得力ある根拠をもって論じる必要がある。

反射効肯定説は、主債務者が債権者に勝訴した場合、保証債務の付従性により、保証人は主債務の請求棄却判決を有利に援用できることを認める考え方を採用する。

その根拠としては、以下のような根拠があげられている。

①保証人の地位にみられるように、第三者の地位が当事者たる主債務者の地位に依存しているか、連帯債務者相互間に見られるように、法的共同関係が存在するときには、第三者が自己の地位の前提として当事者の地位に関する判決の効力を援用することができる。

②同一紛争の蒸し返しの防止。例えば、債権者は主債務者を相手方とする訴訟で十分な手続保障を与えられて敗訴したのであるから、保証人を相手方とする後訴において同一の争点である主債務の存否について債権者に対して重ねて本案の審判を保障することは、紛争の蒸し返しの機会を与えることを意味する。

③反射効を認めないと、主債務者は保証人から求償を受ける可能性があり、その結果、債権者に対して勝訴した利益を実質的に奪われるという不当な結果に陥る。

反射効説否定説は以下のような根拠をあげている。

①第三者の地位が当事者のそれに実体法的に依存する関係などは、口頭弁論終結後の承継人を決定する場合に基準とされるものであり、その際には、口頭弁論終結後に第三者がそれらの地位を当事者から承継取得したことが、既判力の拡張を基礎づける公平性の内容とされた。しかし、反射効は、第三者の地位の取得が、口頭弁論終結の前後かどうか、および当事者からの承継によるものかどうかを問わないものであり、それによって不利益を受ける者としては、なぜ反射効による拘束力を甘受しなければならないかが問題となる。

②手続保障は訴訟物たる権利関係を基準として考えられるべきものである。たとえ同一の事実が争点となるときでも、それぞれについて手続保障を与えなければならないというのが、現行法の原則である。

③反射効を否定した結果生じるとされる実体法上の矛盾は、当該法律についての争いを必要的共同訴訟とせず個別訴訟を認めることから不可避免的に生じる結果にすぎない。

また、主債務者が保証人からの求償請求に応じなければならないのも、自己が求償請求訴訟に敗訴した結果であり、手続的に不当な結果ということとはできない。

④債権者は、主債務者と保証人を共同被告として訴えることも、保証人のみを先に訴えることも選択できるのであり、たまたま主債務者を訴えて敗訴判決を受けたからといって、保証人に対してまで訴求できなくなるという結果は、かえって保証人に不当な利益を生じさせる。

既判力拡張説をとる場合には、①実体法上の帰結と調和する紛争解決を図る必要性があること、および実体法不利に判決効が及ぶ債権者の手続保障が問題とならないことにふれる必要がある。反射効を認める必要がないことにもふれておくことが要求される。

「 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1】および【設問2】に答えなさい(配点【設問1】30点、【設問2】70点)。

1. 甲株式会社(以下「甲社」という。)はその発行する全株式の譲渡による取得について甲社取締役会の承認を要する旨の定款の定めを有する取締役会設置会社であり、A、B、およびCの3名がその取締役に就任し、そのうち、Aが代表取締役に選定されている。また、監査役としてDが選任されている。
2. 甲社は、中京地域において、健康食品の販売を行っていたところ、Aは、BおよびCに相談することなく、自己が全額出資して乙株式会社(以下「乙社」という。)を設立し、インターネットを利用した健康食品の通信販売を始めた。乙社の本店はAの自宅住所と同じで、その取締役にはAの長女Fが就任した。乙社は、その発行する全株式の譲渡による取得について甲社株主総会の承認を要する旨の定款の定めを有する会社であり、取締役会を設置していない。
3. 乙社は、その設立以来、1億円の会計上の利益をあげた。

【設問1】

Aによる乙社の設立および事業遂行に際し、会社法上必要となる手続について説明しなさい。

【設問2】

甲社の株主Eは、Aの知人であったが、次第にAのワンマン経営に批判の目を向けるようになり、最近はAと距離を置いている。Eは、Aが甲社における健康食品販売のノウハウなどを利用して乙社の事業を興し利益をあげているのではないかと疑い、そのことについてAの甲社に対する任務懈怠責任を問いたいと考えている。

Eはいかなる主張をいかなる方法で行うことができるかを検討しなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 商法 **出題趣旨**

設問 1 においては、株式会社の取締役が、自ら全額出資して競争事業を営む別会社を設立し競争事業を営む際、会社法上の競業取引にあたるか否かを検討させるとともに、競業取引にあると判断される際の手続を条文を引いて説明させる。設問 2 においては、取締役が会社法上の手続を履践せずに競業取引を行った場合の株式会社に対する責任および当該株式会社の株主が当該責任を追及する手段を論じさせる。

1. 設問 1 について

取締役が自己または第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするときは、取締役会設置会社においては取締役会において、当該取引について重要な事実を開示し、その承認を受けなければならない（会社法 356 条 1 項 1 号、365 条 1 項）。

中京地域における健康食品の販売を目的とする甲社の代表取締役 A は、他の取締役 B、C に相談することなく、インターネットを利用した健康食品の通信販売を目的とする乙社を設立し、通信販売を始めた。これが、上記会社法 356 条 1 項の承認を要する競業取引にあたるかが問題となる。

会社法 356 条 1 項 1 号の「自己または第三者のために」は、取引が誰の名義でなされたかに関わらず、実質的に取締役または第三者に利益が帰属することを意味すると解される（計算説）。A は乙社の一人株主であるから、取引の名義は乙社でなされたとしても、乙社の利益は A の利益と同視できる。そうすると、本件事業上の取引は、会社法 356 条 1 項 1 号の自己のための取引ということができる。

過去の裁判例（東京地判昭和 56 年 3 月 26 日判時 1015 号 27 頁等）に照らし、A を「事実上の主宰者」と構成し、乙社（第三者）のためにする取引と考えることもできる。A は、乙社の取締役には就任していないものの、同社の一人株主であることに加え、乙社の本店が A の住所と同じであることや取締役に自身の長女を就任させていることは、A が自ら経営を主導していたと推認される事実と捉えられうるからである。

さらに、「自己または第三者のために」を「自己または第三者の名において」と解した（名義説）としても、A を事実上の主宰者とし、乙社（第三者）の名義で取引したと構成することができるとされる。いずれの構成によるにせよ、自己の解釈の道筋を明快に示すことが求められる。

次に、乙社の事業が「株式会社の事業の部類に属する取引」であるか否かが問題となる。甲社と乙社が扱っている商品はともに健康食品であり、また、甲社は中京地域、乙社はインターネットによる通信販売であるから、地理的市場も競合するといえる。

以上から、A は会社法 356 条 1 項 1 号の競業取引を行っており、取引に関する重要な事実を甲社取締役会に開示したうえで、承認を受けなければならない。

2. 設問 2 について

A は、甲社取締役会に諮らずに上記競業取引を行っているので、法令違反に基づく任務懈怠責任を負う可能性がある（会社法 423 条 1 項）。

会社法 423 条 1 項の任務懈怠責任は、役員等が過失によって任務を怠ったことにより、株式

会社に損害が生じたときに生じる役員等の株式会社に対する損害賠償責任である。

A は甲社の代表取締役であるから、役員等に該当する。また、A は取締役会の承認決議なく競業取引を行っているから、法令違反の任務懈怠があり、取締役会の承認決議を得ていないことに少なくとも過失はあったと考えられる。

甲社の損害については、会社法 423 条 2 項により、当該取引によって A または第三者の得た利益の額が損害の額と推定されるから、本件競業取引を自己のためにする取引と解しても乙社のためにする取引と解しても乙社が得た利益 1 億円が甲社の損害と推定される。違法な競業取引と損害との間の因果関係も上記規定により推定される。したがって、甲社は A に対し 1 億円の損害賠償責任を追及することが可能である。

E は甲社の株主であるから、上記 A の甲社に対する任務懈怠責任を株主代表訴訟によって追及する（会社法 847 条 1 項）。E は甲社監査役 D に対し、責任追及等の訴えを提起すべきことを請求し（会社法 386 条 2 項 1 号）、甲社が当該請求の日から 60 日以内に責任追及等の訴えを提起しない場合には自ら原告となって甲社のために責任追及等の訴えを提起することができる（同条 3 項）。

以上