

「 憲 法 」

〈45分〉

(注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。)

次の仮想事例を読み、下記の設問に答えなさい。

【仮想事例】

Xは、週刊誌Aの連載記事「日本が誇る名医50人」のなかで、非常に難しい手術の成功率が高い医師であることが紹介された(以下、当該記事とする。)。そこでXは、自らが経営する病院のホーム・ページに、当該記事をそのまま引用して掲載した。これに対し県知事は、当該記事が医療法第6条の5第1項、同条第4項、医療法施行規則第1条の9に違反するとして、当該記事の掲載を中止することを命じた。ところがXは、一向に当該記事の掲載を中止しなかったため起訴された。

【設問】 本件には、どのような憲法上の論点があるのか、論じなさい。

【参考法令1】医療法(抄)

第6条の5 医業……又は病院……に関しては、文書その他いかなる方法によるを問わず、何人も次に掲げる事項を除くほか、これを広告してはならない。

十一 当該病院……において提供される医療の内容に関する事項(検査、手術その他の治療の方法については、医療を受ける者による医療に関する適切な選択に資するものとして厚生労働大臣が定めるものに限る。)

4 第1項各号に掲げる事項を広告する場合には、その内容及び方法が、医療に関する適切な選択に関し必要な基準として厚生労働省令で定めるものに適合するものでなければならない。(同条1項1～10号、12号、13号、同条2項、同条3項は省略)

第6条の8

2 都道府県知事……は、医業……又は病院……に関する広告が第6条の5第1項若しくは第4項……の規定に違反していると認める場合には、当該広告を行った者に対し、期限を定めて、当該広告を中止し、又はその内容を是正すべき旨を命ずることができる。(同条1項、同条3項、同条4項は省略)

第73条 次の各号のいずれかに該当する者は、6月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

三 第6条の8第2項……の規定に基づく命令又は処分違反した者(同条1号、同条2号は省略)

【参考法令 2】医療法施行規則（抄）

第 1 条の 9 法第 6 条の 5 第 4 項 及び第 6 条の 7 第 3 項の規定による広告の内容及び方法の基準は、次のとおりとする。

- 一 他の病院, 診療所又は助産所と比較して優良である旨を広告してはならないこと
- 二 誇大な広告を行ってはならないこと
- 三 客観的事実であることを証明することができない内容の広告を行ってはならないこと
- 四 公の秩序又は善良の風俗に反する内容の広告を行ってはならないこと

以上

出題趣旨

本仮想事例では、医療法6条の5第1項、同条第4項、6条の8、医療法施行規則1条の9の適用に伴い生じる営利的表現（広告）に対する規制の合憲性（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、最判昭36・2・15刑集15巻2号347頁を参考にして欲しい。

憲法21条1項は、「一切の表現の自由」を保障すると規定する。この点を踏まえると、Xによる「週刊誌Aに掲載された当該記事を、自らが経営する病院のホームページに引用して掲載すること」も、表現行為として憲法21条1項によって保障される。

Xによる表現に対する規制の合憲性を検討する際には、その表現が患者等の知る権利に資すること、その表現が直接的に、罰則付きで制限されることに着目しなければならない。とはいえ、その表現は、営利的表現であることに鑑みると利益追求に走る危険性が皆無であるとはいえず、間接的に制限すべき場合もあろう。

これらの点を考慮したうえで、特に、医療法6条の5第4項を具体化した医療法施行規則1条の9の合憲性を具体的に検討して欲しい。先ず、Xによる表現が患者等の知る権利に資することを考慮すると、同法施行規則1条の9の文言の明確性を検討すべきである。

そのうえで、同法6条の5の立法目的は何か、その目的と同法施行規則1条の9（立法目的達成手段）にはどのような関連性があるのかを具体的に検討する。例えば、立法目的を、一般大衆を惑わすことにより他者の生命や健康への被害の防止と捉えたうえで、この立法目的と「他の病院、診療所又は助産所と比較して優良である旨を広告してはならない」、「誇大な広告を行ってはならない」、「客観的事実であることを証明できない内容の広告を行ってはならない」（同法施行規則1条の9）とし、これに反した場合には「6月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する」（同法73条）とすることには、どのような関連性があるのか、などについて検討するのである。

そしてXに対して、同法6条の5第1項、同条第4項、6条の8、同法施行規則1条の9を適用し、当該記事の掲載の中止を命じたが、中止しなかったため起訴する必要があるのか否かを具体的に検討して欲しい。その際に着目すべき司法事実、Xが「週刊誌Aの連載記事『日本が誇る名医50人』のなかで、非常に難しい手術の成功率が高い医師であることを紹介された」ことであろう。

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。)

甲は、知人であるA(当時40歳)から、平成26年6月2日午後4時30分頃、不在中の自宅(マンション6階)の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から翌日(同月3日)午前3時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つたから待って。けじめとつたから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えられると言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

甲は、自宅にいたところ、6月3日午前4時2分頃、Aから、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅に所持していた実弾入りの拳銃を腹巻きの中に入れ、自宅マンション前の路上に赴いた。

甲を見つけたAがハンマーを持って甲の方に駆け寄って来たが、甲は、Aに拳銃を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いてAに近づき、ハンマーで殴りかかって来たAの攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、拳銃を取り出すと、Aの左側胸部に向けて1回引き金を引いた。すると、弾はAの身体を貫通した上、偶然その場を通りがかった、バイクに乗って新聞配達に回っていたBの頭部をも貫通した。

Bは銃弾が当たったショックでバイクの運転を誤り、そのためバイクが反対車線に出たところ、正面からやって来た対向車と衝突し、Bの身体が電柱に激突し、Bはそれによる腹部の打撲による多臓器不全で即死した。

また、Aは銃弾が胸部を貫通したことによる出血多量で死亡した。

甲の罪責を論じなさい(但し、特別法違反は除く)。

以上

入試日程 A日程 出題科目名 刑法

出題趣旨

問題文前半部分は出されたばかりの最決平29・4・26裁判所HPの事案を下敷きにしている。この反撃者甲がわざわざ相手の挑発に応じて危ない現場に出向いたという落度、そして凶器（最高裁決定では出刃包丁）という殺害が高度に可能な手段を相手方からの相対的に穏和な攻撃に対していきなり用いたという落度を正当防衛の成否に際してどのように考慮すべきか。また、正当防衛のいかなる要件の問題と見るべきかについて、受験者の知識や思考を応用的に試す意図で出題した。また、もしこのような場合に甲に正当防衛が成立しないとすれば（過剰防衛が成立する場合も含め）、Bへの銃弾命中については事実の錯誤（方法の錯誤）が問題となり、もし甲に正当防衛が成立するとした場合は、さらに防衛行為の派生的結果の論点にも遭遇することになる。さらに、甲の銃撃行為とBの死亡結果との間には、Bがバイクの運転を誤って対向車と衝突するという介在事情が存するので、そのことを因果関係の成否に際してどのように評価するのかという点にも論述が必要である。

2018(平成30)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)A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(25歳)はY社の社員として営業職についていたところ、Y社の所有する自動車を運転中、携帯電話の操作に気をとられて前方注視を怠り、付近を歩行中のZを轢いてしまい、Zに重症を負わせてしまった。この事故は、Xが仕事終了後、帰宅途中で起こした事故であったが、Xは会社の許可を得ることなく、勝手に会社の自動車を使用したものであった。Y社は会社の自動車を社員が私用で用いることを禁止していたものの、鍵の管理がずさんで、社員であれば誰でも自由に持ち出せる状態にあった。この場合、ZはY社に対して損害賠償請求することができるか。また、Y社がZに損害の全額を賠償した場合、Y社が支払った賠償額全額をXに対して求償することができるか。

出題趣旨

使用者責任についての理解を問う問題である。本問において、Y社の社員Xが交通事故によってZを負傷させていることから、Y社はZに対して715条の使用者責任を負うかが問題となる。715条の要件は、①被用者自身に709条責任が成立すること、②使用関係が存在すること、③事業の執行について被用者の不法行為が行われたこと、④使用者に免責事由のないこと、である。①の要件が必要なのは、使用者責任が報償責任・危険責任を根拠とする代位責任であるためである。本問では、Xは前方不注意によって交通事故を起こし、Zに重傷を与えているので、①の要件を満たす。②については、実質的な指揮監督関係が存在していればよいと解されているところ、本問ではXはY社の社員であるから、指揮監督関係は存在しているといえる。③については、Xの交通事故が、職務時間外に、Y社の自動車を勝手に使用して起こされたものであることから、Xの不法行為が事業の執行についてなされたといえるかが問題となる。この点、職務行為である場合は勿論、職務行為そのものでなくても、その行為の外形から観察して、あたかも被用者の職務の範囲内の行為に属するものと認められる場合には、そのような外形に対する被害者の信頼を保護する必要があるから、このような行為も③の要件を満たすと解するのが判例である（外形標準説、最判昭39・2・4）。もっとも、この基準は、相手方の信頼保護を図るためのものであって、取引的不法行為には妥当するものの、交通事故のような事実的不法行為には妥当しないとして、交通事故の場合には、加害行為が客観的に使用者の支配領域内の危険に由来するか（使用者が加害行為の発生防止措置をとる可能性があったといえるか）で判断する見解も有力である。判例の見解にたった場合には、XはY社の車を使用して事故を起こしているから、行為の外形から判断して職務範囲内に属するものと評価できる。また、有力説のたった場合も、車の鍵の管理がずさんであって、誰でも車を持ち出せる状態にあったといえるから、XがY社の車を持ち出して起こした事故はY社の支配領域内の危険に由来するものといえることができる。いずれにしても、③の要件は満たされる。そして、本問では、④をうかがわせる事情は存在しない。したがってY社はZに対して使用者責任を負う。

Y社がZに全額賠償した場合、Y社は715条3項に基づきXに求償することができるが、使用者責任は代位責任であるから、Y社は支払った全額につき求償することができるのが原則である。もっとも、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防もしくは損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、被用者の起こした不法行為について使用者にも帰責性が認められる場合には、損害の公平な分担という見地からして、使用者が被用者に全額求償できるとすることは信義に反す

るので、求償権の行使は信義則上相当な範囲に制限されるべきであるとするのが判例である（最判昭和 51・7・8）。本問ではそのような事情はうかがわれないので、Y 社は X に全額求償できる。

以 上

2018(平成30)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)A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。)

口頭弁論期日における当事者の欠席について説明しなさい。

出題趣旨

口頭弁論期日における当事者の欠席に関する理解を問う問題である。

当事者の訴訟期日における出席は、必要的口頭弁論の原則や双方審尋主義の観点から要請される。当事者が欠席すると、訴訟資料が不十分となり審理が尽くされないため、訴訟手続の円滑な進行が阻害される。そこで、当事者が欠席した場合の対策が必要となる。

当事者が欠席する場合としては、当事者双方が欠席する場合と当事者一方が欠席する場合及び第1回期日における欠席とそれ以外の続行期日における欠席に分けられるので、それぞれに分けて説明して欲しい。内容は、以下の図のとおりである。

	第1回期日	続行期日
当事者双方の欠席 (出席しても弁論をしないで退廷した場合も含む)	1 期日終了 2 続行必要な場合 →期日指定(93条1項) 3 続行不要な場合 →「休止」(「追って指定」は休止に当たらない。) →1ヶ月以内に当事者が期日の申立をしない場合には訴えの取下げ擬制(263条前段)	1 期日終了 ただし、251条2項、183条 2 2回連続の欠席 →訴え取下げ擬制(263条後段) ※上訴審への準用による上訴取下げの擬制につき、292条2項、313条、263条 ※原告が欠席し、被告が出頭したが弁論をしないで退廷したときも同様。 3 審理の現状に基づく判決 (244条)
当事者一方の欠席	擬制陳述(158条) 1 原告欠席・被告出席の場合 (1) 争いがある場合 口頭弁論か争点整理手続かを選択して、裁判長が次回期日を指定 (2) 争いがない場合 請求の認諾を認めるか、弁論を終結して請求認容判決(自白判決)をするか、和解期日を指定するか等	1 擬制陳述 (簡裁のみ。277条) 2 審理の現状に基づく判決(出席当事者の申出があれば、終局判決可(244条))

	※期日の延期も可(裁判所の職権) 2 原告出席・被告欠席の場合 (1) 答弁書等の提出有 原告に訴状を陳述させ、その上で、答弁書の陳述を擬制→次回期日の設定 (2) 答弁書等の提出無 ア 欠席判決 原告に訴状を陳述させた上で、擬制自白(159条1項・3項本文)の成立を認め、事件は判決をするのに熟した(243条1項)ものとして、終結させる。 ※公示送達は除外(159条3項但書) →証拠調べ必要。証拠調べの上、結審 イ 期日の続行 擬制自白不成立 ∵擬制自白の成否は、口頭弁論終結時を基準として被告が争ったものと認めるべきか否かによって決定されるため(159条1項但書参照「弁論の全趣旨」) ウ 期日の延期 原告にも訴状を陳述させないで、期日を延期	
--	---	--

2018(平成30)年度
法務研究科 法務専攻(法科大学院)A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、後記の設問(1)および(2)に解答しなさい。

1. 甲株式会社(以下「甲社」という。)は、取締役会設置会社であり、取締役として、A、B、およびCが選任されている。Aは甲社の代表取締役社長であり、BおよびCは代表権のない取締役である。
2. 甲社はホテルを新規開業することとし、その開業準備や運営管理のための業務委託契約を乙株式会社(以下「乙社」という。)との間で締結し、委託料等の名目で500万円を支払った。
3. 甲社では、Aの独断専行による経営が常態化しており、Aはホテルの新規開業計画について、BおよびCに個別に知らせ了解を得てはいたものの、乙社への業務委託および委託料等の支出については、BおよびCに諮ることなく実行していた。

設問

次の各場合の本件業務委託契約の効力について論じなさい。

- (1) Aは乙社の唯一の株主であり、本件業務委託契約の締結を実質的に指揮したが、乙社の取締役ではないため、乙社による本件業務委託契約の締結に法律上の代表権ないし代理権を有しない(50点)
- (2) 上記(1)の場合において、乙社が甲社の唯一の株主であるとする、結論は異なりうるか(50点)

なお、BまたはCが乙社の役員または株主である事実はなく、また、甲社は会社法と異なる定款の定めを有していないものとする。

出題趣旨

本問は、利益相反取引に関する基礎的理解を問うものである。関連条文としては会社法356条1項2号・3号、同条2項、および同365条と明確であるが、設例へのあてはめにあたっては、いくつかの考えかたがあるので、自説の論拠を明確に示したうえで、結論を示すことが求められる。

(1) 「自己または第三者のために」の解釈

甲社と乙社の取引において、Aは甲社の代表取締役であるが、乙社の取締役ではなく、乙社の代表権も代理権も有しない場合、①会社法356条1項2号の直接取引にあたるか、①であたらないとする場合、さらに、②の間接取引にあたる可能性はないか、を検討することが求められる。

①の検討に際しては、同号の「自己または第三者のために」の解釈を示す必要がある。これを「自己または第三者の名において」と解する場合には、同号の直接取引にあたらないという考え方もあれば、同様の解釈に依拠しつつ、Aを乙社の実質的代表者と構成し、2号の直接取引にあたる、あるいは、Aは乙社の全株式を保有しているのであるから、Aと乙社とを一体視して2号の自己取引にあたると考えることも可能であろう。①であたらないとした場合には、さらに②の可能性を検討する。ここでは、Aは乙社の全株式を保有していることから少なくとも会社法356条1項3号の間接取引にはあたると解されよう。

会社法356条1項2号の「自己または第三者のために」を「自己または第三者の計算において」と解する場合には、本件業務委託契約がAの計算においてなされたと解して自己取引と構成することはさほど困難ではない。

(2) 取締役会の承認手続を欠く利益相反取引の効力

上記の通り、構成はいくつか考えられるものの、本件取引は利益相反取引にあたると解される。そうすると、取締役会設置会社である甲社では、取締役会における本件取引にかかる重要事実の開示と承認の手続が必須となるが、設例には甲社においてかかる手続が履践された事実は記されていない。取締役会における開示と承認の手続を欠く利益相反取引は、直接取引の当事者間では当然に無効となる。(1)で間接取引と構成する場合には、乙社が取締役会の承認がなかったことにつき悪意の場合に甲社の無効の主張が可能であると解される(相対的無効)が、設例において乙社は悪意であるといえるであろう。

(3) 完全親子会社間取引の場合

利益相反取引について株主総会や取締役会の承認を必要とする趣旨は、取締役が会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることを防止することにある。したがって、取締役と会社との間に実質的利益衝突の関係が認められない場合には、このような規制を及ぼす前提を欠くといえる。設例では、乙社は甲社の完全親会社であり、甲社と乙社との取引は完全親子会社間の取引である。A、甲社、および乙社の利益は一致する関係にあるから、本件業務委託契約の締結は利益相反取引にあらず、したがって、甲社において取締役会の承認手続は不要であると解される（大阪地判昭和58年5月11日判タ502号189頁、取締役が会社の全株式を保有し実質的個人経営である場合の取締役・会社間の取引について、同様の判断を示したものとして、最判昭和45年8月20日民集24巻9号1305頁）。甲社において取締役会を開催して本件業務委託契約の締結につき、重要事実の開示および承認手続を経ていなかったとしても、効力は維持される。したがって、設問（1）と結論は異なりうる。