

## 【 憲 法 】

最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁をもとにして、営利的言論の内容規制について検討することを求める出題であった。

まず、このような規制の合憲性を、どのような枠組みで判断するか、検討してほしい。一般に学説上、営利的言論の規制については、内容規制に対しても中間審査基準が用いられるとされる。ただし、それはなぜであろうか。表現の自由の価値論、つまり営利的言論については自己統治の価値が希薄であるから、という説明によってもよいし、営利的言論については営利的動機が作用するため萎縮効果があまりないから、という説明によってもよい。ともあれ自らが設定する司法審査の枠組みについて、なぜそういった枠組みを採用するのか、説得的に説明してほしいところである。

さて、中間審査基準を適用するとして、その具体的検討に入ることになる。規制の目的は、虚偽誇大な広告を抑制し、人々が適切な医療の機会を失うようなことのないようにすることであろう。人の生命・身体に関わることでもあり、これは重要な法益といえるだろう。

では、手段はどうか。規制の範囲として、虚偽広告に限定していない。むしろ適切な情報提供すらも抑制しており、広範に過ぎるといえるだろう。そうだとすれば、この点から規制は違憲と判断されると考えられる。

もっとも、結論的に規制は合憲と考える場合であっても、この事案にそくして適用違憲の可能性は検討してほしいところである。

以 上

## 【 民 法 】

問題 1 は、2017 年民法改正も踏まえて、譲渡制限特約付債権の債権譲渡の可否に関して、預金債権に譲渡制限特約付き債権が該当する場合と、そうでない場合に分けて問う出題である。2017 年改正により譲渡制限特約付き債権であっても債権譲渡がされた場合、有効であると解されたので、改正前の判例法理とは異なる規律に服することになる。一方、預金債権については、従来通り譲渡制限特約付き債権の債権譲渡は無効であることになるから、これらの点を踏まえ、解答することを求めている。

問題 2 は、無権代理人に近い者が後見人に就任した場合に、後見人が被後見人に不利な行為の効力を否定できるかどうか、本問の事実に照らして問うものである。まずは、かかる場面で、本問での行為が無権代理行為に該当し、追認拒絶を主張することが考えられることを聞き、その上で、本問の事情に照らして、追認拒絶をすることが信義則に反するか否かを問っている。それに加えて、無権代理人の責任を問う可能性があることの解答を求める出題である。

以 上

# 【 刑 法 】

## 1 出題の趣旨

事例から成否が問題となる犯罪を抽出させ、その成立要件を論じさせる問題である。併せて総論の重要論点をも論じさせる問題である。刑法では、各犯罪の構成要件の理解が重要であり、条文から構成要件を導き、具体的事実をあてはめて犯罪の成否を論じる必要がある。

## 2 採点基準

実行犯については、建造物侵入罪、窃盗未遂罪、事後強盗罪、強盗致傷（傷人）罪の成否が問題となる。条文から各犯罪の構成要件を導き、事例中の具体的事実をあてはめて犯罪の成否を論じる必要がある。論述に当たっては、金庫の鍵穴に鍵を差しダイヤルを回した時点で窃盗罪の実行の着手が認められること、刑法238条の「窃盗」に当たること、逮捕免脱目的、暴行、窃盗の機会といった事後強盗罪の構成要件を満たすこと、被害者に腹部刺創を負わせているので強盗致傷（傷人）罪が成立することを指摘する必要がある。

共犯者については、事前に建造物侵入罪と窃盗罪につき共謀したが、犯行前に離脱意思を表明しているため、共犯関係の解消が問題となる。共犯関係の解消については、共同正犯の成立根拠に遡って論じる必要がある。共犯関係の解消を否定する場合には、実行犯の行為に責任を負うことになるが、実行犯が被害者の腹部をハサミで突き刺して負傷させたことについても責任を負うのかが問題となり、共謀の射程を論じる必要がある。

以 上

# 【行政法】

## 問題 1 (行政法総論)

### 1. 出題の趣旨

不利益処分の内容に応じて執るべき行政手続に違いがあること、そして、当該行政手続に不服がある場合における救済の方法について、行政手続法の規定を正しく理解しているかどうかを問う基本問題である。

### 2. 採点基準

#### [設問 1]について

第 1 に、行政手続法 13 条 1 項 1 号により、次に掲げるイからニのいずれかに該当する不利益処分を行うときには、聴聞手続を執らなければならない。

- イ 許認可等を取り消す不利益処分をしようとするとき。
- ロ イに規定するもののほか、名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分をしようとするとき。
- ハ 名あて人が法人である場合におけるその役員の解任を命ずる不利益処分、名あて人の業務に従事する者の解任を命ずる不利益処分又は名あて人の会員である者の除名を命ずる不利益処分をしようとするとき。
- ニ イからハマまでに掲げる場合以外の場合であつて、行政庁が相当と認めるとき。

第 2 に、行政手続法 13 条 1 項 2 号により、上記イからニまでのいずれにも該当しないときには、弁明の機会の付与をしなければならない。

#### [設問 2]について

聴聞を経た処分については、行政手続法 27 条の規定により、審査請求をすることができないこととされている。この趣旨は、聴聞主宰者による慎重な手続を経てされた処分について、さらに行政機関に対する審査請求を認めることは、手続の重複になると解されたからである。これに対して、弁明の機会の付与については、行政手続法 31 条の規定において、上記の同法 27 条が準用されていないので、審査請求をすることを妨げない。

## 問題 2 (行政救済法)

### 1. 出題の趣旨

「従来の公式」においては、行政事件訴訟法3条にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、実質的に講学上の「行政行為」の概念とほぼ等しいものとされているものであるところ、「従来の公式」を、機械的に当てはめるとすれば、本事例の勧告に「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」としての性質を認めることはできないという結論が導かれることになる。しかし、今日、行政主体と国民との相互関係は、このような単純なものに止まっているわけではなく、一方で、行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっていく、ということである。本事例における医療法30条の11の規定に基づく勧告についても、まさにそういったことが指摘され得る。

## 2. 採点基準

医療法30条の11の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるといった結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法30条の11の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である(最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁参照)。

以 上

# 【 商 法 】

[設問 1] (会社法 I)

[出題趣旨]

発起設立の方法により設立された株式会社の成立時の現物出資財産の価額が定款に記載された額に著しく不足する場合において、発起人・設立時取締役等が当該株式会社に対し負う財産価額填補責任（会社法〔以下、省略する。〕52条）についての説明を求める問題である。

[採点基準]

株式会社の設立時における会社財産を確保するために、会社成立時における現物出資財産の価額が定款に記載された価額に著しく不足するときは、発起人および設立時取締役は、株式会社に対し、連帯して本件不足額を支払う義務を負う（52条1項）。本問では、甲社が発起設立の方法により設立された場合において、発起人かつ設立時取締役であるA及びB、弁護士Cが、甲社に対して本件不足額の支払義務を負うかが問題となる。

Aは、現物出資財産の給付者であるから、発起人として、過失がなくても本件不足額を支払う義務を負う（52条1項・2項柱書括弧書き）。

Bは、所定の免責事由に該当しない限り、発起人または設立時取締役として当該不足額を支払う義務を負うところ、Bについて免責事由は存在するかが問題となる。本問では、検査役の調査を経ていないから、会社法52条2項1号は適用されないが、2号は適用される。したがって、Bは、本件土地の土壤汚染の存在を認識していなかったため、自己の無過失を証明すれば、本件不足額を支払う義務を負わない。

弁護士Cは、現物出資財産の価額の相当性について証明をした者であるが、土壤汚染の存在を認識していなかったため、自己の無過失を証明すれば、本件不足額を支払う義務を負わない。

なお、発起人、設立時取締役は、株式会社の設立についてその任務を怠ったときは、当該株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（53条1項）。AおよびBは甲社の発起人・設立時取締役であるが、甲社の設立について任務を怠った事実が認められなければ、任務懈怠による損害賠償責任を負わない。甲社の損害は、本件土地の土壤汚染の存在によって生じたものであり、またAらは土壤汚染の存在を認識していなかったためであるから、Aらが損害賠償責任を負うとは考えられない。

## [設問2] (会社法Ⅱ)

### [出題趣旨]

本問は、代表取締役の任務懈怠行為によって株式会社が倒産した場合において、会社債権者が当該会社の代表取締役および取締役に対し、会社法429条1項に基づき損害賠償責任を追及できるかを問う問題である。特に、取締役Bについては、辞任登記未了の取締役の対第三者責任が問題となる

### [採点基準]

取締役の第三者に対する損害賠償責任の成立要件は、①取締役の任務懈怠が存在すること、②任務懈怠について悪意・重過失が認められること、③第三者の損害、④取締役の任務懈怠と第三者の損害の因果関係である。

甲社の代表取締役Aが、取締役会の決議を経ることなく銀行から多額の資金を借り入れて新規事業を開始したことは、会社法362条4項2号に違反し、また善管注意義務(会社法〔以下、省略する。〕330条、民法644条)にも違反することから、取締役の任務懈怠を構成する(要件①)。Aの任務懈怠については悪意も認められる(要件②)。Aの任務懈怠によって甲社に巨額の損失が生じ事実上倒産した結果、会社債権者Xが損害を被っていることから(間接損害)(要件③)、Aの任務懈怠とXの損害との間には因果関係が認められる(要件④)。したがって、Aは、Xに対し、本件債権相当額について損害賠償責任を負う。

A以外の取締役はいずれも、Aが独断で多額の借入れをしてリスクの大きい新規事業を開始したことを認識していたが、Aの行為を止めさせることはなかったのであるから、取締役としての監視義務(362条2項2号参照)に違反する。

もっとも、Bは、Aの任務懈怠行為が行われた令和元年11月以前に取締役を辞任している。株式会社の取締役を辞任した者は、辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的または内部的な行為をあえてした場合を除いては、辞任登記が未了であることによりその者が取締役であると信じて当該株式会社と取引をした第三者に対しても、会社法429条1項の損害賠償責任を負わない(最判昭和37・8・28裁判集民事62号273頁)。しかし、取締役を辞任した者が、登記申請権者である当該株式会社の代表者に対し、辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情が存在する場合には、取締役を辞任した者は、会社法908条2項の類推適用により、善意の第三者に対して当該株式会社の取締役でないことをもって対抗することができない結果、同条項にいう取締役として損害賠償責任を免れることができない(最判昭和62・4・16判時1248号127頁)。本問においては、Bが辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情が存在しない。したがって、Bは、Xに対して、甲社の取締役として損害賠償責任を負わない。

以上

## 【民事訴訟法】

被告の提出する防御方法として、解除、弁済、相殺と複数の抗弁が提出されているが、予備的相殺の抗弁はその判断に既判力が生じる可能性があるため、審理順序も他の抗弁が立たない場合の最後の抗弁と位置づけられる。設問は、相殺の抗弁をめぐる特殊性を種々の角度から問うたものである。

(1) の場面は相殺の抗弁を審理する前の段階で、弁済の抗弁が認められた場合を想定している。この場合は、原告の売買代金債権が弁済によって消滅したと認定しているわけであるから、「原告の請求を棄却する。」旨の請求棄却判決が下されることになる。この判決が確定した場合、訴訟物たる X の Y に対する 500 万円の売買代金請求権の不存在という判断に既判力が生じる。

(2) これに対し、相殺の抗弁につき審理判断した (2) の場面では、請求債権 500 万円と反対債権 700 万円のうち対当額 500 万円とが相殺で消滅することになり、判決はやはり「原告の請求を棄却する。」となる。しかし、この判決が確定した場合、民訴法 114 条 1 項により、主文の判断としての X の Y に対する 500 万円の売買代金請求権の不存在という判断とともに、同条 2 項の規定により、判決理由中の判断としての反対債権 500 万円の不存在、すなわち Y の X に対する貸金債権のうち相殺に供された 500 万円の不存在という判断にも、既判力が生じる。

また、Y の貸金債権が 300 万円であると判断した場合は、「被告は原告に対して、金 200 万円を支払え。その余の請求を棄却する。」との一部認容判決を下すことになる。この判決が確定した場合、主文の判断として、X の Y に対する売買代金請求権 200 万円の存在と 300 万円の不存在という判断に既判力が生じるとともに、判決理由中の判断として、Y の X に対する貸金債権のうち相殺に供しようとした 500 万円の不存在（相殺に供された 300 万円と元からの不存在 200 万円）という判断にも、既判力が生じる。

ここまでの、「民事訴訟法 I」対応の問題である。

(3) 本件の反訴は、相殺の抗弁に付された反対債権を訴訟物とするものであるから、反訴の要件である「防御方法との関連性」（民訴法 146 条 1 項）が認められる。Y の反対債権のうち 500 万円を相殺に供し、残り 200 万円を反訴で請求する分には問題がない。しかし、

Y が 700 万円の貸金債権を訴訟物として反訴を提起するときは、民訴法 142 条との関係で、重複訴訟と同様の問題を生じる。すなわち、仮に本訴で相殺の抗弁につき判断した場合、Y の X に対する貸金債権の存否につき既判力が生じる。他方、反訴債権につき別途審理判断すると、二重に判決を下すことにもなりかねない。併合審理が確保されている限りは判決の矛盾は生じないが、仮に弁論が分離されたときは、問題が生じうる。判例は、反訴が先行し、相殺の抗弁が後に提出された場合に、弁論



の分離を禁ずる予備的反訴として扱い、重複した審理と二重の判決を下さないように扱う（最判平成18年4月14日）。こうすれば、仮に訴求債権が存在し、反対債権が700万円認められると判断したときは、原告の請求を棄却するとともに、被告（反訴原告）の貸金債権につき200万円の反訴請求認容、すなわち「反诉被告（X）は、反訴原告（Y）に対して、金200万円支払え。」との判決を下すことになる。また、反対債権が300万円認められると判断したときは、「被告は原告に対して、金200万円を支払え。その余の請求を棄却する。」との判決とともに、Yの反訴につき「反訴請求を棄却する」旨の判決を下すことになる。この場合、結果的に、Yの貸金債権700万円の不存在に既判力が生じる。

（4）上記（2）の場面で、Yの貸金債権が700万円であると認定し、Xの請求を棄却する判決を下した場合に、Yが弁済による請求棄却を求めて控訴したとき、控訴の利益があるか。判例・通説たる形式的不服説によるときは、当事者の申立てと判決主文とを比較し、後者が前者よりも小さいときに控訴の利益を認める。これを形式的に当てはめると、本間のような請求棄却判決について、被告側に控訴の利益はないことになる。ただし、相殺の抗弁を認めて請求棄却した判決に対しては、例外として、被告に控訴の利益を認める。なぜなら、このまま判決が確定すると、民訴法114条2項の規定により、反対債権の不存在という判断に既判力が生じてしまい、弁済の抗弁により請求棄却の判決が下される場合に比べて、Yにとって不利益が生じるからである。

以上（3）と（4）が、「民事訴訟法Ⅱ」に対応した問題である。

以 上

## 【刑事訴訟法】

### 〔第1問〕

有力な学説の中には、任意処分だとしても、明文規定なくして所持品検査は許されない旨説く見解があることは承知しているが、法科大学院において刑事訴訟法講義4単位の履修済に相当する学力があるものと判定するためには、判例法理を正確に理解していることが必須であるため、今回のような出題形式とした。

自動車内の検索は、いわば巨大な所持品に対する所持品検査であると扱われる(最決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁)。所持品検査に関する明文規定はないものの、口頭による職務質問と密接に関連し、且つ、職務質問の効果をあげる上で必要性・有効性の認められる措置なので、警職法2条1項による職務質問に付随して行うことができるとされる(最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁)。もっとも、警職法の付随処分である以上、任意処分でなければならず(警職法2条3項)、「搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある」旨判示されている(最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁)。ここにいう「強制にわたらない」という概念は「個人の意思を制圧」するものではないことであるが(最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁)、「搜索に至らない程度」とは、外界から遮蔽された空間への物理的侵入と網羅的探索を指すものと考えられる。前出の平成7年最決も、本問類似の事案において「搜索に類する」措置として違法である旨判示している。

丙は不平を言いながら降車しているのであって、車内の検索に同意は与えていない。確かに施錠していないので明確な拒絶とは言えないものの、逆に明確な同意・承諾もない状態であることを前記平成7年最決も指摘している。故に、本件措置は強制ではないものの、搜索に類する行為として違法となる。

尚、問題文は丙車から白色結晶を発見した措置の適法性を問うものであって、その後の試薬検査の適法性を問うものではないにも拘わらず、この点を論じている答案が散見された。減点の対象にはしなかったが、事案と問題文を良く読むことが肝要である。

### 参考文献

川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]』29～39頁

清水真「演習」法学教室451号135頁

### 〔第2問〕

本問において、供述証拠の伝聞性の定義から書き始めている答案が大半であった。まさにVの体験した事実に関する内容の真実性が問題となり、Vの供述自体は反

対尋問を経ていないし、公判裁判所による供述態度の観察も経ていないので、伝聞性を有することに相違ない。①V自身の死亡により公判廷での供述利用はできず、②Xの犯人性の有無に関する不可欠の証拠であり、③Vの臨終に際しての自発的供述なので絶対的特信情報もあり、法321条1項3号の要件を充足する。これをWが記載した診療録は、業務の通常過程で作成される書面であるから、法323条2号の要件を充たす。二重に伝聞過程が存在するので、Vの供述は再伝聞供述になる。再伝聞供述の証拠能力を認める明文規定が存在しないことを理由に証拠能力を認めない有力説もあるが、そもそも法320条1項が伝聞供述に証拠能力を認めない趣旨は誤りが介在しやすい証拠により誤判が生じる類型的危険性の排除である。伝聞過程が二重に存在するとしても、各伝聞過程に伝聞例外が認められるのであれば、誤りが介在する危険性は類型的に高いとは言えず、判例は法324条1項の類推適用によって証拠能力を認め得る(最判昭和32年1月22日刑集11巻1号103頁)。

尚、本問においてWはVの救命処置の直後、診療録にVの供述を記載しているのであり、他の救急搬送患者の処置に追われたのはその後のことである。それにも拘わらず、診療録の記載が正確だとは思われない旨の答案が残念乍ら散見された。事案・問題文を正しく把握することが肝要である。

#### 参考文献

川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]』372～375頁・402～407頁・408～412頁

清水真「演習」法学教室462号148～149頁

以上