

中央大学法科大学院（大学院法務研究科）
2022 年度入学者選抜 法学既修者コース 法律科目試験 出題趣旨

【憲法】

内閣の意思決定の方法，内閣の首長としての内閣総理大臣の権限，国务大臣の義務，高度に政治的な決定に対する裁判所の審査権限，が主要な論点であり，答案では，以下のような点に触れることが期待される。

内閣は合議制の機関であり，その意思決定は閣議によって全員一致でなされなければならない，と言われているが，それが具体的に何を意味するのかは，必ずしも明確にはされていない。一方で，文字通りの会議を開き，採決して全員一致を確認しなければならない，という立場があり得るが，これとは正反対に，内閣の意思とは実質的には内閣総理大臣の意思であって，内閣総理大臣が表明した見解に他の国务大臣が賛成するか，賛成しないまでも反対しないまま在職し続ければ賛成したものとみなされ，その結果，全員一致が確保される，という考え方もあり得る。本問では，閣議において，《A国との関係は現状維持》という趣旨の総理発言に対して，E大臣は当初反対したが，他の閣僚から賛否の発言はなく，E大臣もそれ以上は発言しなかったという。これをもって，内閣としての意思決定がなされた，と解してよいものであろうか。

かりに，以上の経緯からは，《A国との関係は現状維持》という内閣の意思が形成されたとはいえないとしても，C総理としては，約20年前のD内閣時代の閣議決定を根拠として，A国への大型経済ミッションの派遣をF大臣に指示できるものであろうか。ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決の射程を論じなければならない。逆に《A国との関係は現状維持》という内閣の意思が形成されたとはいえるとしても，大型経済ミッションの派遣まで決定されたとは言えないであろう。それでもC総理は，大型経済ミッションの派遣をF大臣に指示できるものであろうか。これまた，ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決の射程との関連で論じなければならない。

次に，E大臣は，閣内の意見対立の状況を政治記者Hに漏らしているが，在職中の国务大臣がこのような行為をすることは，内閣の一体性を保持しなければならない（一体性を保持していると外部から見えるように行動しなければならない）国务大臣としての義務に反しているのではないか。オフレコという前提なら，外部に漏らすことも許されるのであろうか。

またE大臣は，C総理が自分を罷免したのは違法であるとして，罷免後の報酬の支払いを求めて出訴した。この場合，裁判所としてはどのような判断をすべきであろうか。「内閣総理大臣は，任意に国务大臣を罷免することができる」（憲法68条2項）のであるから，E大臣の罷免を違法（違憲）であると解する余地はなかろうが，裁判所としては，適法（合憲）な罷免であるから罷免後の報酬請求権あるものは存在しない，として請求を棄却する途と，罷免という高度に政治的な判断（あるいは内閣総理大臣の自由裁量行為）の適否を判断することは司法権の範囲に属さない，として訴えを却下する途と，いずれを選ぶべきであろうか。

【刑法】

【事例】のケースは、札幌地判令和元・11・29 LLI/DB L07450952 の事案を参考にしつつも、かなりの変更を加えたものである。特に、被害者Aが殺されることについて内心で同意していたという事実を付け加えている。【設問1】は、客観的に存在する被害者の同意を行為者が認識していなかったケース、したがって、客観的には刑法202条にあたる事実が存在し、行為者が主観的には同199条にあたる事実を認識していた場合に、行為者の罪責がどうなるかを問題としている。刑法202条を違法減少類型として理解するとすれば、客観的に存在する、違法性を減少させる事実について、行為者がこれを認識しなかった場合の法的解決が問われていることになる。それは、存在する違法性阻却事由にあたる事実について、行為者がこれを認識しなかったケース（たとえば、偶然防衛）と平行に解決されることになろう。【設問1】のようなケースで既遂結果が生じた場合の解決については、学説上、①同意殺人罪、②殺人未遂罪、③殺人既遂罪という3つの結論がそれぞれ主張されている。本問のケースにこれを当てはめれば、①説は同意殺人未遂罪の成立を認め、②説および③説は殺人未遂罪とするであろう。発生事実を重視し、普通殺人罪の実行行為性は認められないと考えれば、抽象的事実の錯誤の考え方をここに適用して、同意殺人罪の成立を認めることになる。これに対し、具体的危険説にしたがい、普通殺人罪の成立する危険性は肯定できるとすれば殺人未遂罪の成立を認めることになるであろう。さらに、およそ外部に表明されていない（そして行為者も認識していない）同意は法的に何の意味をもたないと考えるときにも、殺人未遂罪を認めることになる。

【設問2】は、設例の事案で中止犯（刑法43条ただし書）が成立するかどうかを問うものである。中止犯の成否の検討にあたっては、任意性を検討する以前に、そもそも中止行為があったかが問題とされなければならない。中止行為の有無の検討にあたっては、実行の終了時期を論じ、着手未遂か実行未遂かにより中止行為の態様を区別し、どちらに当たるかで判断するというアプローチがかつては通説であったといえよう。これに対し、現在では、中止行為が問題となる時点で、結果防止のためにどのような行為が必要かを論じるアプローチのほうが一般的である。結果に向かい進行する因果関係を遮断できたかどうか、結果防止のために十分な行為（危険消滅行為）が行われたかどうかで決するべきだとするのである。【事例】については、前者の理解では、実行未遂とされるであろうし、後者の理解でも、積極的に危険消滅行為が要求される場合ということになるであろう。この事案では、傷害を与えて相当の時間が経過した後に、病院に搬送して医師に一応の説明を与えたということで中止行為として十分かどうか問われる。判例がいう「真摯な努力」の意味と位置づけは必ずしも明らかでないが、1時間30分も放置していたことに加えて、説明が十分でなかったということから「真摯な努力」を否定するという見解もありえよう。また、甲は被害

者を救命するのに必要不可欠な行為を行っていることから中止行為の要件を充足するという見解も不可能ではない。後者の見解によれば、本件では疑いなく任意性の要件はクリアされるであろうから中止犯の成立が認められることになる。

【設問1】と【設問2】を通じて、結論がどうあれ、論点を的確に把握し、これに対して可能な論理を認識したうえで、自説を説得力をもって理由づけている答案にはきわめて高い評価が与えられる。

【民法】

【設問 1】

設問 1 は、改正法で新設された条文をきちんと発見できるかどうかを求めている。

B は、A に対し、本件売買契約に基づき、本件不動産の引渡を請求すると考えられる。もっとも、412 条の 2 によれば、債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができないとされる。土壤改良費用がマンションの売却代金を超えるために土壤を改良したら明らかに損となるような本件事実関係で、売主 A が買主 B に対し、履行不能を主張できるかどうか問題となる。

原則的には、契約に基づく履行請求権として引渡ができるはずであるが、この原則をきちんと踏まえた上で、例外として、上述の本件のような事実関係において、履行不能の場合に履行請求を認めない 412 条の 2 の条文を摘示できるかどうかを求めている。結論については、どちらも（請求を認めるあるいは認めない）ありうるが、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面も、契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能の概念のもので捉えられるべきものであるとされている（法制審議会民法（債権関係）部会第 90 回会議議事録 45 頁以下）。これに従えば、412 条の 2 が適用され、履行の請求が認められないこととなる。なお、本件は引渡前であるが、土壤に重大な欠陥があるままで引渡がすでにおこなわれていた場合、買主は売主に対し、562 条に基づき追完を請求しうる。

【設問 2】

設問 2 と設問 3 は、民法改正前の判例である複合契約における債務不履行と契約解除に関する最高裁小 3 平成 8 年 11 月 12 日判決を素材にしている。

設問 2 では、前提として、本件クラブ契約について、解除の要件を充たすかどうかを聞いているから、平成 8 年判決（民法百選 I-44 番）を知らなくても解答できる問題であり、3 つの設問の中でもっとも基本的である。販売に際しての広告や案内書等の記載に照らせば、屋内プールを相当時期までに完成して会員利用に供することは、平成 8 年判決に「付随的義務ではなく、要素たる債務の一部であった」と判示された。改正法 541 条は、従来の解釈論をふまえ、相当期間を経過したときにおける債務の不履行がその契約及び取引の社会通念に照らして軽微であるときは催告しても解除はできないことを明記しているから、当該規定にあてはめることになる。

【設問 3】

設問 3 は、同一当事者間において複数の相互に密接な関連を持つ契約が結ばれた場合（複合的契約）の法的処理を聞いている。複合契約の解除の規定は民法改正では見

送られている。上述の平成8年判決は「同一当事者間の債権関係がその形式が甲契約および乙契約といった2個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連づけられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約とあわせて乙契約をも解除することができる」としている。本件会員契約と別の契約である本件売買契約の解除の主張の法的根拠は、複合的契約であることを根拠とすることを指摘し、平成8年の判例法理を事実関係にあてはめて、Bの解除の主張が認められるかどうかを検討してもらうことを求めている。Aの反論としては、法適用については、別個の契約であるという反論、事実のあてはめについては、一方の解除が他方の解除をもたらすような相互に密接な関連性がないことなどがありうる。平成8年判決の正確な理解と過不足のない事実の抽出を求めている。

【民事訴訟法】

【設問1】は既判力の客観的範囲（物的範囲）に関する問題であり，【設問2】は既判力の標準時（基準時）に関する問題である。これらはともに，既判力に関する基本的な知識を正確に身につけているかを試すためのものである。

既判力は確定判決における裁判所の判断に生じる拘束力である。後訴裁判所は既判力ある前訴判決の判断を前提として判断しなければならず（既判力の積極的作用），当事者は後訴において既判力ある前訴判決の判断に反する主張立証をすることは許されない（既判力の消極的作用）。しかし，判決に示された裁判所の判断のすべてについて既判力が生じるわけではない。既判力は，原則として「主文に包含するもの」に限って生じる（同114条1項。例外として，同114条2項）。本案判決の場合，「主文に包含するもの」とは訴訟上の請求（以下，「訴訟物」という）の存否についての判断をいう。これに対し，訴訟物の存否の前提となる先決的法律関係や攻撃防御方法についての判断，すなわち判決理由中の判断には原則として既判力が生じない。原告が訴え提起によって裁判所に求めたのは訴訟物についての判断であり，これをめぐって原告・被告が十分な手続保障のもとに攻防を展開したのであるから，訴訟物の存否についての判断に既判力が生じる（訴訟物について争いの蒸し返しを禁じる）とするのは合理的である（したがって，既判力に拘束されるのは原則として「当事者」のみとなる。同115条1項1号）。逆に，判決理由中の判断についてまで既判力が生じるとすると，どのような理由によって訴訟物の存否を決するか（当事者による争点処分自由の保障）が重要な問題となり，その結果，裁判所の審理の機動性を害することになってしまう。

既判力の標準時は，事実審の口頭弁論終結時であるとされる。つまり，確定判決の既判力はこの標準時における訴訟物の存否についての判断に生じる。判決によって現在に紛争を解決するためにはできる限り新しい権利関係を確定しておく必要があるが，裁判所が判決の基礎として考慮できる事実は事実審口頭弁論終結時までに発生したものであるから，この時点を既判力の標準時とするのが合理的である。また，事実審口頭弁論終結時までに発生していた事実については，当事者にこれを主張する機会があったという意味で手続保障の観点からも正当化できる。事実審口頭弁論終結時を標準時とする結果，前訴既判力の標準時における訴訟物についての判断を覆すことになる標準時までに発生した事実を後訴において主張することは許されない。しかし，既判力は，その標準時までの訴訟物の存否を確定するものではない。また，標準時後に発生した新たな事実の主張を排除するものでもない（民執法35条2項参照）。

解答するにあたって実体法上注意しなければならないのは，利息債権が①基本権たる利息債権と②支分権たる利息債権の区別である。①基本権たる利息債権は元本債権に対する附従性が強く，元本債権が消滅すればこの利息債権も消滅する。②支分権たる利息債権は元本債権に対する附従性が弱く，一度発生すれば元本債権から独立して存在する。元本債権が弁済により将来に向かって消滅しても，この利息に対する弁済がない限り残存する。このよう

な理解を前提にすると、本問における「消費貸借契約に基づく貸金返還請求権」と「利息契約に基づく利息請求権」はそれぞれ別個の訴訟物となる。このことは、新旧訴訟物論のいずれを採用しても変わらない。

以上のことを前提にして、【設問1】および【設問2】を検討する。【設問1】における前訴Aの確定判決に生じた既判力の内容は、XのYに対する「利息契約に基づく利息債権の不存在」である。判決理由中の判断であるXのYに対する「消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の不存在」については、既判力が生じない。したがって、XがYに対して消費貸借契約に基づき貸金の返還を求める後訴Aを提起しても、既判力に抵触しない。また、【設問2】における前訴Bの確定判決に生じた既判力の内容は、標準時におけるXのYに対する「消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の不存在」であり、標準時までの「消費貸借契約に基づく貸金返還請求権」の存否については既判力が生じていない。したがって、XがYに対して、標準時までの「消費貸借契約に基づく貸金返還請求権」の存在を前提として、利息契約に基づく利息の支払いを求める後訴Bを提起しても、既判力に抵触しない。

以上が、本問の解答として求められている。

なお、これに加えて以下の「判決理由中の判断の拘束力」について論じているものについては高く評価するが、「判決理由中の判断の拘束力」のみを取り上げて論じているものについては評価しない。

上述のとおり、判決理由中の判断に既判力を生じさせないのは、それによって当事者の争点処分の自由、裁判所の審理の機動性を保障するためである。しかし、ある争点について当事者が真剣に争い裁判所もこれを判断したのであれば、判決理由中の判断に通用力をもたせても当事者の争点処分の自由、裁判所の審理の機動性の保障を害することはないとの理由から、理由中の判断にも拘束力を認めるべきだとする「争点効」理論が提唱されている。もっとも、争点効の理論においても、当事者は係争利益の程度に応じた訴訟追行をするはずであるという観点から、その発生要件の1つとして「前訴と後訴の係争利益がほぼ同等であること（あるいは、前訴の係争利益が大きいこと）」を要求する。したがって、【設問1】の場合には争点効が生じない。逆に、【設問2】の場合には前訴Bにおける「消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の不存在」という前訴Bの判断に争点効が生じ、後訴BにおいてYがこれを援用すれば、Xはこの判断に反する主張立証が許されず、後訴Aの受訴裁判所はこれと矛盾する判断をすることが許されない。

また、前訴判決の理由中の判断の前提となる、当事者の訴訟行為に基づいて後訴における当事者の主張立証などの権能が失効するという「訴訟上の権能の失効」（ある法律上の地位を基礎付ける事実について一方当事者がすでに主張立証を尽くしたまたはそれと同視できる事情が存在したにもかかわらず敗訴した場合に、それによって相手方が得た法的地位を覆すために行われる後訴における主張立証などの権能が失効する）を採用すれば、【設問1】の場合には元本債権に比べて利息債権の金額がごく小さいことから、原告が元本債権をも含めて主張立証を尽くしたとも、被告において原告がもはや元本債権について訴訟上主張してこない

ことについて信頼が形成されているとも言えない可能性がきわめて高く、したがって訴訟上の権能が失効しているとはしがたいであろう。これに対し、【設問2】の場合には、①基本権たる利息に着目すれば、元本債権の貸し借りの有無について原告被告は主張立証を尽くしているであろうから、原告の利息債権に関する主張立証など権能が後訴において制限されてもやむを得ないことになるであろう。

【刑事訴訟法】

設問（１）は、逮捕が刑事訴訟法 212 条 2 項の要件を充たすかを問うものである。同項の要件は、各号要件を充たすことと、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」ことであるところ、設問の逮捕は、犯行現場から時間的にも場所的にも離れて行われているため、「間がない」要件についての法解釈を示したうえで、設問に示された事実へのあてはめが求められる。

まず、各号要件について、具体的事実が何号に当たるかを示しながら、その有無を検討することが求められる。次いで、犯罪現場と逮捕現場が離れていることについて、「間がない」要件がなぜ法定されているのかの解釈を示したうえで、具体的な理由を示して設問におけるその有無を論ずることが求められる。この際には、現行犯逮捕が裁判官の審査なくして何人にも許されている趣旨を示したうえで、「間が」なければ、なぜその趣旨が充たされるのかの法解釈を示すことが求められ、「間がない」とは、時間的場所的接着性を言う、とするだけでは不十分である。

設問（２）は、刑事訴訟法 220 条 1 項 3 項が「逮捕の現場」での無令状差押えを許しているところ、現場から移動しての差押えに同条が適用されるかどうかを論ずることが求められている。

まず、設問の逮捕現場で差押えをする要件は充たされていることを指摘したうえで、その差押えが、場所を移動して行われることによって、法が保護する何らかの権利に変動が生ずるのかどうかを検討することが求められる。仮に、これに変動がないとすると、逮捕現場での差押えを困難にする事情の有無と、最寄りの場所での差押えであるかどうかを指摘することが求められる。場所を移動することによる権利制約の有無に言及せず、現場で差し押さえができなかったことを指摘するだけでは、法解釈として不十分である。

【商法】

【設問（１）】

本問の事実関係（Aが甲社・乙社の双方の代表取締役であること等）に照らすと、乙社の丙銀行からの借入れに関して甲社を連帯保証人とする事は間接取引に該当し、甲社では取締役会の承認が必要である。また、本問の事実関係に照らせば、当該行為は「多額の借財」にも該当し、やはり取締役会の承認が必要である（以上につき、会社法の具体的な条文番号などを示すこと、問題文の事実を挙げる事が望まれる）。

Dは監査役であるため、会社法385条1項に基づき、取締役Aに対して上記行為の差止めを求めることの可否を検討することになる。同項の要件である「法令に違反する行為（のおそれ）」「会社に著しい損害が生ずるおそれ」について論じることが期待されている。

【設問（２）】

まず、①については、423条1項の対会社責任をAが負うことを、同項の要件と本問の事実と即して論じてほしい。たとえば、甲社に生じた損害の額＝Aが甲社に対して負う賠償責任の額を具体的に示すことが加点につながる。そして、Eは甲社の株主であり、甲社は非公開会社であることから、Eは6か月の継続保有要件なしに株主代表訴訟を提起することができる（847条1項から3項）。

次に、②については、429条1項の対第三者責任をAが負うかを論じることになる。Eの被った損害は、甲社の損害を経由して、Eの保有する甲社株式の価値が下落したというものであり（損害の内容を明記してほしい）、いわゆる間接損害に該当する。同項の「第三者」に株主が含まれるかという問題については、間接損害の場合には見解が分かれている。いずれの立場を採用しても構わないが、理由を付して自己の立場を説明することが求められている。