

中央大学法科大学院（大学院法務研究科）
2023 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】

日本国憲法は、国民主権の原理に基づき、主権者たる国民が国政に参加する権利を国民固有の権利として保障している（憲法 15 条 1 項）。国民は、両議院の議員の選挙において投票することにより間接的に、または憲法改正国民投票等で投票することにより直接的に、国の政治に参加する権利を有する。

通説によれば、国民主権における国民とは日本国籍を有する者を意味するのであって、日本国籍を有しない外国人が国政に参加することは国民主権の原理に反し許されない。したがって、憲法 15 条 1 項の保障する権利は、権利の性質上日本国民のみを対象とし、（日本に在留する）外国人には及ばない。仮に国政レベルの選挙権を外国人に付与する法律が制定されれば、その法律は違憲無効である。同様のことは、憲法改正国民投票のほか、直接民主制的制度への参加についても当てはまるだろう。

また、通説は、憲法は国会を「国の唯一の立法機関」として間接民主制を原則としているので、直接民主制的制度、すなわち国の重要な政治問題を国民投票によって決定する制度は、憲法が明文で規定しているものに限られるとする。したがって、国政の重要問題について国民の意思を問う国民投票制を法律で定めることができるかについて、諮問的・助言的なものである場合は許される（合憲である）が、国会を拘束するような形のもの、憲法の改正なしにはとることができない（違憲である）とする（芦部 271 頁など）。すなわち、法的拘束力のある国民投票制度は違憲である。

本問は、地方公共団体の制定する住民投票条例で、外国人（外国籍の者）にも投票権を付与しており（第 Q 条）、かつ市長及び市議会を法的に拘束する（第 R 条）。市議会議員 B はこれらの規定を違憲であると主張している。

第 1 に、判例（最三小判平成 7・2・28 民集 49 卷 2 号 639 頁）によれば、地方レベルでも、「憲法 93 条 2 項にいう『住民』とは、地方公共団体区域内に住所を有する日本国民を意味する」から、「右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものということはできない」。ただし、一定の外国人に「法律をもって、地方公共団体の長、その他の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない」。すなわち、最高裁は、地方公共団体の長や議員の選挙権は外国人には保障されていないとした上で、法律上の根拠があれば、地方参政権を外国人に付与しても違憲ではないとしたのである。

本問で B が Q 条の違憲性を指摘したのは、そもそも外国人に投票権を与えたことが違憲であるという趣旨か、条例で与えたことを違憲であるとする趣旨かは問題文からは明らかではないが、外国人に住民投票の投票権を与えたことの合憲性が問題になる。とくに本条例は原発再稼働の是非という、国のエネルギー政策にもつながるきわめて政治的な問題についての決定権を外国人に与えたものである。

第2に、憲法は、地方公共団体に議会を置くこと（93条1項）、地方公共団体の長と地方議会の議員は住民が直接選挙することを定めているので（同2項）、代表（間接）民主制を原則としていることは明らかである。そうすると、住民投票条例を制定しても、住民投票の結果の拘束力は諮問的・助言的なものに限られ、議会や長を法的に拘束するものは許されないのではないか、問題になる。

本問の条例R条は、市長と議会は投票結果に従わなければならないとしている。このような法的拘束力のある住民投票条例の制定は、国政レベルと同じく地方においても憲法上許されないのではないか。それとも、地方レベルでは国政レベルと異なり、法的拘束力のある住民投票も合憲なのか。

本問では、以上2点の憲法適合性について論じることが求められている。

なお、第1の論点と第2の論点は別個独立の論点とは限らず、第1点で外国人に投票権を認めるのであれば、第2点の効果は諮問的なものでなければならない、逆にいえば第2点で法的拘束力を認めるのであれば、第1点で外国人に投票権を付与することは違憲である、ということもありうる。すなわち、論点を1つ1つ見るとそれぞれ合憲であるが、2つが結びついた場合は違憲であるということもありうるのである。

【刑法】

【設問1】は、このケースにおける甲の刑事責任の検討を求めている。わいせつ目的略取罪（刑法225条）の未遂犯（同228条を参照）が成立することについては、おそらく異論は生じないであろう。問題は、甲がAに対し暴行・脅迫を加え、自動車に乗せようとした時点で強制性交等罪（同177条）の実行の着手が認められるかどうかである（同180条を参照）。これを肯定し、実行の着手後の行為から傷害結果が発生したと解すると、強制性交等致傷罪（同181条2項）が成立することになる。これに対し、実行の着手を否定すれば、傷害罪（同204条）が成立することになる。実行の着手の有無を検討するに当たっては、行為者の計画の内容が重要なポイントとなり、その時点で行為者が目的とした犯行を実現する危険性をすでに肯定できるかどうか論じられる必要がある。強姦罪の実行の着手を肯定した最高裁判例（最決昭和45・7・28刑集24巻7号585頁）の事案では、車内における犯行が予定されていたが、そうではない本問のケースでは、暴行・脅迫の時点において目的とした犯行を実現する危険性がいまだ肯定できないとして実行の着手を否定するのが1つの考え方であろう（なお、東京高判昭和57・9・21判例タイムズ489号130頁も参照）。

【設問2】は、乙の刑事責任の検討を求めている。Aとの関係では、命中してもかまわないと思いながら、Aの顔面のすぐ近くを通過するようにスマホを投げつけたというのであるから、暴行に関する判例の立場（接触不要説）を前提とすると、乙の行為は暴行罪の構成要件に該当する（これに対し、接触必要説の立場からは暴行未遂となり、構成要件該当性が否定されることになろう）。そこで乙の行為が正当防衛（刑法36条1項）として違法性を阻却されうるかが問題となるが、甲の追跡から逃れ、助けを求める趣旨で乙に抱きついてこようとしたAの行為は緊急避難行為（同37条1項本文）として違法性が阻却されると考えるとすれば、それは「不正の」侵害とはいえず、乙のAに対する行為は正当防衛とはならないであろう。ただ、乙はAの接近をいわれのない侵害と誤認していたことから、誤想防衛であり、判例の見解によれば、暴行の故意は阻却され、犯罪を構成しないことになる（かりに誤想に過失があったとしても、過失暴行は処罰の対象とならない）。

それでは、乙は甲との関係でどのような罪責を負うか。Aに対する暴行の故意はあったが、甲との関係では暴行の未必的故意はなかった。ここには方法の錯誤の状況が生じている。判例の立場である法定的符合説（抽象的法定符合説）によれば、甲に生じた傷害との関係で暴行の故意が認められるので、乙の行為は傷害罪の構成要件に該当することになる。そして、正当防衛の成否が問題となる。乙の行為は、甲のAに対する攻撃を阻止し、Aの法益を救う結果を生じさせ、客観的にはそのために必要最小限の行為であったといえるであろう。問題となるのは、偶然にそのような結果にな

ったにすぎず、防衛の意思が欠如するのではないか、である（もちろん、防衛の意思不要説をとれば、こうした問題は生じない）。ここでは、①それがAに向けられたものであるにせよ、とにかく不正な攻撃から権利を守る意思で行為した以上、防衛の意思は肯定できる、という理由づけや、②防衛の意思とは「正当防衛の故意」のことなのであるから、構成要件段階で要求される故意についてAか甲かという違いに法的意味がないのと同様に、違法性阻却の段階においてもその違いに法的意味はない、とする理由づけに基づいて防衛の意思は肯定できる（したがって、正当防衛が成立する）という結論を導くことが考えられるであろう。なお、錯誤について具体的符合説（具体的法定符合説）をとったときは、乙の行為は過失傷害罪の構成要件に該当しうることとなり、正当防衛の成否が問題となるが、過失犯についてはおよそ「侵害から法益を守る意思」さえあれば防衛の意思が認められると考えて正当防衛を肯定することなどが考えられよう。

【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ようとし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、不法行為の一般的不法行為 709 条および共同不法行為の 719 条について、要件を踏まえて事実関係を適切に当てはめられるかを問う問題である。

709 条に基づき損害賠償をするためには、①被害者の権利または法律上保護される利益が侵害されたこと、②行為者の故意または過失、③故意・過失行為、④故意・過失行為と被害者の権利・法益侵害との間の因果関係、⑤損害の発生、権利・法益侵害と損害との間の因果関係が必要である。なお、③と⑤をまとめて、故意・過失行為との因果関係とする立場もある。本件では、③が事例との関係では検討を必要とする部分である。過失とは、嘗て主観的な心理状態（不注意な心理状態）とされたこともあったが、外部に現れた行為の不適切さをもって過失と判断する客観的過失が支持を集めており、この観点からは、過失とは、結果発生の予見可能性がありながら、結果発生を回避するために必要とされる措置を講じなかったこと、つまり結果回避義務に対する違反をいうとされる。結果回避のための適切な行為をすることが期待できる必要があり、結果発生の具体的危険性が存したこと、結果発生が行為者に予見できたものであることが必要であり、本件ではこれを充たすといえる。また、賠償されるべき損害についても、損害の範囲の相当性について 416 条の類推適用で処理する説、これに反対する説などの争いがあるものの、本件では、認められることに争いのない治療費に限定してきているので、損害の範囲の記述を詳細に書く必要はない。

なお、運行供用責任としての自賠法の適用は排除している。

719 条 1 項に基づき損害賠償するためには、A の運転する自動車と B の運転する自動車の衝突の結果被害者 C は負傷したのであり、この AB の行為は関連し合っているから、C の被った損害について全額損害賠償責任を負わせられるかどうか、が問題になる。「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたとき」にあたり、各自が連帯して損害を負うかであるが、各当事者に意思連絡はなくても良く、各人の行為が客観的に見て一体のものとして関連し合っていると評価できれば足りる立場を採用すれば、場所的・時間的に同時に惹起された本件事故は関連共同性が認められることとなる。719 条の適用につき自己の行為が他人に利用されることを認容する意思を持つ場合に限るという立場については、共同不法行為とされて被害者が保護される余地が少なくなることから適切でないという理由で否定することなどが考えられる。

719 条 1 項に基づいて、共同不法行為者は各自が連帯して損害賠償をする義務を負うが、本問のような関係は、改正前民法の下では不真正連帯債務とされ真正連帯債務と異なる処理がなされてきた。この連帯関係に関しては、設問 3 で扱っている。

【設問 2】

設問 2 は、使用者責任について問う問題である。使用者責任は、被用者が事業の執行につき行った不法行為を理由として、被害者に対して損害賠償責任を負う（715 条）。使用者責任は、被用者が負担する責任を使用者が代わって負担する代位責任として位置づけられ、危険責任の原理や報償責任の原理に支えられていると言われている。被用者の行為が不法行為の成立要件を満たすことに加え、使用関係、不法行為が事業の執行につき行われたことが必要である。この事業執行性が、本問では問題になる。

事業の執行につきとは、被用者が使用者から実際に与えられた業務を行っていることのみならず、「被用者の職務の執行行為そのものには属しないが、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に属するとみられる場合を包含するもの」と解されるべきとされている（外形標準説）。もっとも、取引的不法行為と比べ、外形標準説を用いて被用者の交通事故のような事実的不法行為について使用者の責任を導く場合には注意が必要である。たとえば、勤務時間外に従業員が私用のために会社所有の自動車を運転中に交通事故を起こしたときや、従業員が出張の際に自家用車を運転中に交通事故を起こしたときに外形から客観的にみて職務の範囲内に当たるかどうかを基準に業務の執行につきという要件の充足性を判断している判例がある（最判昭和 37 年 11 月 8 日民集 16 卷 11 号 2255 頁，最判昭和 52 年 9 月 22 日民集 31 卷 5 号 767 頁）。本問においては、被用者に与えられた業務の範囲内つまり職務の執行行為そのものであるかどうか、範囲外であったとしても、あたかも職務の範囲内に属するとみられるかどうかについて、最高裁の判例の解釈に基づき、帰宅途中であり帰宅までが勤務時間内であること、ルートが会社の内規で決まっているがそのルートから外れたこと、ルートが決められていた目的、社用車であるがタクシーなどと異なり外形からはわからないことなどの事情を踏まえて、職務の執行につき該当するかどうかを検討してもらうことを求めており、解答はどちらでもよい。

【設問 3】

設問 3 は、共同不法行為者として連帯して責任を負担する者相互の求償の関係を扱っている。一方の加害者（今回の場合は代位責任）が被害者に損害の全部を賠償すると、他方の加害者に対してその負担部分につき求償できるが、本問では賠償金の一部だけ支払っている。改正前民法下の判例（最判昭和 63 年 7 月 1 日民集 42 卷 6 号 451 頁 [ただし全額弁済した事例であり判例は一般論を示したにとどまる]，最判平成 10 年 9 月 10 日民集 52 卷 6 号 1494 頁判例百選Ⅱ 21 番 [一部弁済のケースで昭和 63 年判決を確認しているが事例は共同不法行為者の一人に対する免除の効力である]）は、不真正連帯債務では、損害賠償債務全体に対する負担部分を超える弁済が要件であり、その超過部分が求償範囲となるとしている。改正民法は、弁済額が負担部分を超えない場合であっても、弁済額を基礎として求償を認めるという扱いが 442 条で明記されており、他方で、

相対的効力の原則を強化し（例外は 438 条から 440 条）、不真正連帯債務を民法の規定に取り込もうとしているともされている。改正民法下では、当然に改正前の最高裁判例の準則である〈不真正連帯債務では、損害賠償債務全体に対する負担部分を超える弁済が要件であり、その超過部分のみが求償範囲となる〉が適用になるかは必ずしも明らかでない。

本件では、負担部分が平等であることが示されているから、442 条 1 項の条文を挙げ、その上で、共同不法行為に基づく債務であることの特異性を指摘し、判例を踏まえた一定の論述がされていることを求めている。改正民法下の不真正連帯債務の扱いの変化についても触れられているとなお良い。

【民事訴訟法】

債務不存在確認の訴えが提起された場合を想定して、被告が原告に対して給付請求権の履行を求めるために採りうる手続を検討することを求める問題であり、【設問（１）】はこうした場合に給付の訴えを提起することのねらい、【設問（２）】は、給付の訴えを提起する形式について尋ねている。いずれもどの教科書にも触れられている基本的な問題であり、訴えの適法性に関する基本的な知識を確かめるとともに、具体的状況に応じて、知識を活用できるかを問う問題である。

債務者は、履行済みと考える債権について債権者がなお債権の存在を主張する場合には、債務が存在しないことの確認を求める訴えを提起することができる。この場合には、確認を求めた部分の債権（ないしは給付請求権）が訴訟物となると一般に考えられている。既判力もこの範囲で生じる。

債権者である Y は同一の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 400 万円の支払いを求めている。この訴えは一般に適法と考えられており、それはそのとおりであるが、X が確認の訴えを提起しており、請求認容判決を得れば、当該部分の給付請求権の存在が既判力によって確定されるはずである。それにもかかわらず、給付の訴えを提起できること、すなわち給付の訴えの利益の存在が肯定されているのはなぜか、【設問（１）】では、給付の訴えの存在意義に照らして説明できることが求められている。

このように、被告 Y には給付の訴えを提起する理由があり、訴えを提起すれば、貸金返還請求権の履行期が到来している限り訴えの利益も肯定されるのであるが、Y が提起する給付の訴えの適法性については、なお検討されるべき問題がある。一般に重複する訴えの提起の禁止（142 条）と呼ばれる問題である。この点に関する学説は錯綜しているが、【設問（２）】では、各自の理解をてがかりに、本件事案を検討し、解答することが求められている。

X が Y を被告として債務不存在確認の訴えを提起し、訴訟が係属した後に、Y が同一の給付請求権につき X を被告として給付の訴えを提起した場合、それぞれ別の裁判所が審理すれば、既判力ある判断の抵触のおそれが生じる。他方、給付の訴えを不適法とすれば、被告は債務名義を得る手段を奪われることになる。そこで反訴という手段が考えられるのであるが、反訴を提起すること自体はその要件を充たしており、適法と考えられる。では、独立の訴え（別訴）は適法か。独立の訴えによる審理と反訴による審理の違いを踏まえたうえで、重複する訴えの提起が禁止される理由に照らしてその適法性を論述することになろう。

【刑事訴訟法】

【設問】(1) は、甲に対するおとり捜査の適法性を問うものである。おとり捜査は、刑事訴訟法に定めのない捜査手法であるが、同法 197 条 1 項ただし書にいう「強制の処分」に当たらず、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見方では当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者に行われたものであれば、同法 197 条 1 項に基づく任意捜査として許容される（最決平成 16・7・12 刑集 58 卷 5 号 333 頁参照）。【事例】においては、P が、甲に対する大麻樹脂の有償譲渡の捜査を 1 年にわたって行ったものの、甲の大麻樹脂の有償譲渡の関与の有無及び大麻樹脂の隠匿場所が明らかにならなかったことから、A を捜査協力者としておとり捜査が行われており、甲と P との間でいったん大麻樹脂の取引が成立しなかった後であっても、甲が P に大麻樹脂を有償譲渡しようとしたといった事実を踏まえれば、適法である。

同 (2) は、逮捕されていない被疑事実に基づく勾留請求が認められるか問うものである。勾留請求にあたっては適法な逮捕が前置されている必要があるが、その際に逮捕されていない被疑事実を付加して勾留請求しても、被疑者が勾留されることは変わらず、被疑者の身柄拘束期間が短縮されることから、当該被疑事実に対する勾留は許される。しかし、【事例】においては、強盗罪の勾留請求の時点で、大麻取締法違反（営利目的所持）につき勾留の要件を欠いており、逮捕前置主義の観点から同罪に対する勾留は認められない以上、強盗罪の実体要件をみたしていても、裁判官は、D 宝石店に対する強盗罪の勾留状を発付することはできない。

【商法】

以下では、特に間違いが多かった条文番号、必要性が高いのに挙げられていなかった条文番号のみを挙げているが、解答に当たっては以下に挙げられていない条文も挙げるのが期待されている。

設問（１）

Cが本件新株発行の効力について争う方法は、新株（株式）発行無効の訴えの提起である。原告適格・出訴期間・被告を、問題文の事実即して解答することが必要である。

新株発行の無効事由については、簡単に一般論を述べた上で、問題文の事実に含まれる新株発行の瑕疵を指摘し、それが無効事由にあたるかを検討しなければならない。甲社は公開会社であり、本件新株発行の払込金額は公正な金額であった（有利発行ではない）ため、募集事項の決定は取締役会で行われるが（201条1項，199条3・2項参照）、本問では取締役会での決定は行われていない。もっとも、判例によると、そのことは新株発行の無効事由ではないとされている（特に、本問では所定事項の公告が行われており、不服のある株主には差止めの機会が与えられていたといえる）。もう1つの瑕疵は、引受人Eによる払込金は、甲社から借り受けた金銭によって行われていることである。Eは実質的に見て経済的出捐をなしたとはいえないし、甲社の財産は実質的には増加していないので、当該払込みは「仮装の払込み」に該当すると考えられる。そのことが新株発行の無効事由に該当するかについては、見解は分かれているが、理由を付して解答者の立場を明らかにすることが求められている。仮装の払込みについては、その意義を誤解している答案が目立った。

設問（２）

先述の通り、Eは払込みを仮装しているので、仮装したEについては213条の2による甲社への支払いの責任が、それに関与した取締役のBについては213条の3による甲社への支払いの責任が、それぞれ問題となる（Bは引受人ではないので、仮装をした者ではなく、仮装に関与した者ということになる）。事例問題であるため、誰が誰にいくらの責任を負うのかを、具体的に記載することが求められる。Bについては、213条の3第1項ただし書による免責の可能性についても論じる必要がある。

Bの責任については、423条1項により論じることも可能であるが、その場合には、Bの具体的な行為を指摘したうえで、任務懈怠にあたること、甲社に生じた損害の内容と金額などについて、事例に即して検討することが必要である。Bが会社を代表してEに金銭を貸し付けたことについて、「多額の借財にあたる」「利益相反取引にあたる」との答案が多かったが、いずれも誤りである。また、取締役会の承認を経ずに貸付けを行ったことが任務懈怠に当たるといえるが、それと会社の損害の間の相当因果関係については慎重な検討が求められるところである（むしろ、Eの債務を免除したことを善管注意義務違反と論じるほうが筋が良いといえるだろう）。