

2022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

「 憲 法 」

〈45分〉

（注意：解答はすべて解答用紙に記入すること。）

国は、遺伝子操作を用いる研究活動が、国民の生命健康に害悪の発生をもたらす恐れがあることから、民間の研究施設における遺伝子操作を用いる研究活動を規制するため、次のような内容をもつ法律を制定しようとしていると仮定する。

この法律案に含まれる憲法上の問題点について論じなさい。なお、文言の明確性については検討しなくて良い。

- ①民間の研究施設は、遺伝子操作を用いる研究活動を行うに際して、事前に文部科学大臣に許可を求め、その許可を得なければならない。
- ②文部科学大臣は、①の許可を求める申請があった場合には、その申請内容を精査し、当該研究活動の結果、国民の生命健康に対して取り返しのつかない被害が生じる恐れがあると認める場合には、国の諮問機関である遺伝子操作研究倫理委員会の答申を受けて、申請を不許可とすることが出来る。
- ③民間の研究施設が①の許可を得ないで遺伝子操作の研究を行った場合には、100万円以下の罰金に処せられることがある。

入試日程 D 日程 出題科目名 憲法**出題趣旨**

本仮想事例では、国が「民間の研究施設における遺伝子操作を用いる研究活動」を規制する法律案（以下、「本法案」という）を制定した場合に伴い生じ得る憲法上の問題（どのような人権を制約する可能性があるか否か）を検討することが求められている。

本法案は、「民間の研究施設における遺伝子操作を用いる研究活動」を規制することから、学問の自由（研究の自由：憲法 23 条）を制約する可能性がある。

日本国憲法 23 条は、学問の自由（研究の自由）を保障する。本法案が対象とするのは、「民間の研究施設における遺伝子操作を用いる研究活動」である。遺伝子操作を用いる研究活動は、当然、学問（研究）に該当する。

学問（研究）は、一般に、その成果が社会全体の利益に資する公共的価値があるから、重要なものである。民間の研究施設が遺伝子操作を用いる研究活動を行うことは、人間的にも、資金的にも大規模に研究活動を行うことができ、その成果が社会全体の利益に貢献することにつながることから、重要である。

また、本法案により、①遺伝子操作を用いる研究活動を行うに際して、事前に文部科学大臣の許可を得ることができなければ、遺伝子操作を用いる研究活動ができなくなるので、学問の自由（研究の自由）が直接的かつ剥奪的に制約されることになる。そのうえ、①の許可を得ないで遺伝子操作を用いる研究活動を行った場合、100 万円以下の罰金が科されることになる。とはいえ、本法案は、「遺伝子操作を用いる研究活動が、国民の生命健康に害悪の発生をもたらすおそれ」を防ぐことを目的とすることに鑑みると、学問の自由（研究の自由）は、間接的付随的に制約されると解することもできよう。

これらの点を考慮したうえで、学問の自由（研究の自由）に対する制約の合憲性を検討して欲しい。まず、①遺伝子操作を用いる研究活動を行うに際して、事前に文部科学大臣の許可を得ることが、検閲（憲法 21 条 2 項）に該当するか否かを、判例（最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁）を踏まえて検討する。仮に、①の許可を得ることが検閲に該当しない場合、それが例外的に許容される事前抑制か否かを、判例（最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁）を踏まえて検討する。

そのうえで、本法案の立法目的は何か、その目的と①遺伝子操作を用いる研究活動を行うに際して、①の許可を得ること（立法目的達成手段）にはどのような関連性があるのかを検討する。例えば、立法目的を「遺伝子操作を用いる研究活動が、国民の生命健康に害悪の発生をもたらすおそれ」を防ぐことと捉えたうえで、その立法目的と①の許可を得ることには、どのような関連性があるのかを検討するのである。

具体的には、「遺伝子操作を用いる研究活動が、国民の生命健康に害悪の発生をもたらすおそれ」を防ぐために、①の許可を得る必要性の有無を検討する。そして、①の許可を得ることの相当性の有無を具体的に検討する。その際には、①の許可がも

たらず学問の自由（研究の自由）への萎縮効果，遺伝子操作を用いる研究活動により得られる利益，遺伝子操作を用いる研究活動により国民の生命健康にもたらされる害悪などを考慮して欲しい。

どのような結論になるにせよ，遺伝子操作を用いる研究活動がもたらす利益，害悪に着目した，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〕における甲の罪責を論じなさい（但し、特別法違反は除く）。

〔設例〕

甲（満60歳，男性）は，警察官及び金融庁職員になりすまして老人からキャッシュカードを不正に取得し，それを用いて現金を引き出そうと考え，某日午前11時20分頃，付近に住んでいた一人暮らしのV女（満75歳）方に電話をかけ，電話に出たV女に対し，「私は**警察署の警部補です。実は，先ほど逮捕した詐欺犯人の所持品にあなたのお名前が記載されておりました。つきましては，この犯人があなた名義の口座から出金しているかなどを調査するため，この後金融庁の職員があなたのお宅まで伺います。そして，あなたが今後預金引き出しの被害を受けないよう，その職員の指示に従ってあなたのキャッシュカードを封筒に入れるなどの手続を致しますので，お手元にキャッシュカードをご用意下さい」と，ありもしない事実を述べたところ，気が動転したV女は「はい，わかりました。よろしくお願い致します」と即座に返答した。

そこで，甲は今度は金融庁職員になりすまし，V女が管理する同人名義のキャッシュカード及びその暗証番号を記したメモ用紙を甲の持参した封筒に入れさせた上，V女が目を離した隙に，同封筒を，キャッシュカードと同じ大きさ及び材質のダミーカードが入った同形状の封筒とすり替えてV女のキャッシュカードを取得するという手はずで，同日午後0時15分頃，V女宅付近の路上まで訪れたところ，上記電話の後にこの話はおかしいと気づいたV女からの通報により警戒中の制服を着た本物の警察官Pに職務質問され，甲が上記の計画のためV女方を訪問しようとしていたことが発覚した。

そこで，Pは甲を現行犯逮捕しようとしたところ，若い頃司法試験の受験歴のあった甲は，かつて学習した刑法学の知識に基づけば，ここまでの自分の行動は何の犯罪にも該当しないと確信したため，この逮捕は不当だと判断し，甲の右手をつかんで逮捕しようとしたPの手をふりほどき，なおも逮捕を試みるPの顔面を手拳で一発殴打し，Pに顔面打撲傷を負わせたものの，結局甲は逃げ去ることができず，そのままPに逮捕された。

以上

入試日程 D 日程 出題科目名 刑法 **出題趣旨**

大阪地判令元・10・10 LEX/DB 25566238（本問前半部分と類似の事案につき，窃盗未遂罪の成立を肯定）の事案を一部改変・さらには追加して出題した。窃盗罪と（1項）詐欺罪との区別，実行の着手時期をどこまで早く認めうるのか（その際の理由づけも含め），さらには公務執行妨害罪における職務の適法性の錯誤（上記論点への態度決定によっては，この問題が生じない場合もありうるが）等，短時間でどこまで日頃の学習成果を発揮させることができるか，各人の実力を判定しようと試みた。

2022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。）

未成年者 X は、10 歳の時に父親を病気で失い、以後、母親 A と二人で生活してきた。父親の死後も、父親の実弟にあたる B が二人のことを気かけ、何かと面倒をみてくれていたため、A も B を頼りにしていた。X が 19 歳になったころ、経営する会社の資金繰りに行き詰った B から懇願された A は、お世話になっている B の頼みであるから断るわけにもいかず、B の Y に対する債務を担保するため、X の代理人として Y との間で、X が父親から相続して所有していた土地甲に抵当権を設定する契約を締結した。その後、成人した X は、甲の抵当権設定登記の抹消を Y に対して請求した。

（設問 1）A の行為は利益相反行為に当たるか。

（設問 2）A の行為が利益相反行為に当たらない場合において、A の行為は代理権濫用に当たるか。

入試日程 D 日程 出題科目名 民法 **出題趣旨**

設問 1 では、A は未成年者 X の親権者であるから、X の法定代理人であり、X の財産に関する法律行為について包括的代理権を有する（824 条）ところ、親権者と子の利益が相反する行為については、親権者は代理権を有せず（826 条）、親権者のした利益相反行為は無権代理として子に効果が帰属しない（108 条 2 項）ことから、A の行為は利益相反行為に当たるかが問題となる。

この点、最判平成 4 年 12 月 10 日は、利益相反行為に当たるかどうかは、取引の安全に鑑み、行為の外形から客観的・形式的に判断されるべきであるとする。本問において、A の行為は、B の債務を担保するために子 X の所有する土地甲に抵当権を設定するものであるところ、この行為によって本人 X は物上保証人となるという不利益を被るものの、代理人 A は何らの利益を受けないことから、客観的・形式的みて利益相反行為に当たらない。

設問 2 では、A の行為が利益相反行為に当たらないとしても、A の行為は代理権濫用に当たらないかが問題となる。

107 条は、代理人が自己または第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は代理権を有しない者がした行為とみなすと規定している。本問において、A は、亡父の兄 B の利益を図る目的で、代理権の範囲内の行為をしているから、Y の主観的要件が満たされれば、107 条が適用されるように思える。

この点、107 条の趣旨が本人保護にあることからすれば、親権者が代理権を濫用して法律行為をした場合において、この行為の相手方が右濫用の事実を知り又は知ることができたときにも、107 条が適用されてしかるべきであるが、親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量に委ねられているものと見るべきである。

そこで、上記の最判平成 4 年判決は、「親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は、利益相反行為に当たらないものであるから、それが子の利益を無視して自己または第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると解することはできない」とする。本問において、A は日ごろから世話になっている B のために、X の土地を担保に提供することが、X にとって利益になると判断して代理行為を行ったものであり、子 X の利益を無視して B の利益を図ることのみを目的として行われたものと評価できるような特段の事情は認められないから、A の行為は代理権濫用に当たるとはいえない

以上

「 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】に答えなさい。配点－100点

1. 甲株式会社(以下「甲社」という。)は、平成12年に設立された取締役会設置会社である。その発行する株式を譲渡するに際して取締役会の承認を要するとする旨の定款の定めを有しておらず、また、種類株式発行会社でもない。
2. 甲社の取締役は、A、BおよびCの3名であり、代表取締役はAである。
3. 甲社は、その工場用地とする予定で長年取得し保有していた愛知県名古屋市近郊の土地(以下「本件土地」という。)の価格が、近隣の都市開発の進展に伴い高騰したため、令和3年5月、その取締役会において、継続保有するのではなく、適当な売却先が見つかった時点で売却する旨の方針を決定した。
4. 令和3年11月、Aは、Bが代表取締役を務める乙株式会社(以下「乙社」という。)の物流センター建設用地として本件土地がどうしても欲しいというBの執拗な要請に根負けしてしまい、本件土地を乙社に対し売却することを約束した。
5. 令和4年1月11日、Aは甲社を代表し、Bは乙社を代表し、Cに知らせることなく、甲社から乙社に対し本件土地をその帳簿価額である3億円で譲渡した。なお、令和4年1月11日における本件土地の時価評価額は7億円であった。
6. 甲社の取締役のうち、Bのほかに乙社の役員に就任している者も、株主である者もない。また、甲社は乙社の株式を保有していない。ちなみに、Bは乙社の株式の30%を保有している。

【設問】 Cは、甲社の設立以来、甲社の株式の20%を保有している。Cが甲社から乙社に対する本件土地の譲渡について知ったとき、甲社の利益のためにAおよびBに対しなしうる請求を検討しなさい。

入試日程 D 日程 出題科目名 商法

出題趣旨

取締役会の承認決議を欠く利益相反取引がなされた場合の甲社の利害関係者の救済措置を問うものである。

1. 本件土地取引の利益相反取引該当性

令和 4 年 1 月 11 日に甲社と乙社との間でなされた土地の売買は、甲社の取締役である B が買主である乙社の代表取締役として乙社を代表して行ったものである。甲社においては B の利益相反取引となる可能性があり（会社法 356 条 1 項 2 号（以下法令名省略））、その場合には取締役会における重要事実の開示と承認決議が必要となる（365 条 1 項）。

会社法 356 条 1 項柱書・2 号は、上記手続を要する場合を、「取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき」としている。

ここでの「自己又は第三者のために」は「自己又は第三者の名義で」の意味に解されるから、本件取引は、B による乙社（第三者）のための取引となる。本件では、A と B は、取締役 C に知らせずに取引している。設問に C が甲社の株式の 20% を保有しているとの記載があり、A と B で株主全員の同意があるというような事例でないことがわかるから、甲社において本件取引に関する重要事実の開示および承認はなかったということになる。甲社の取締役会は本件土地を売却する方針を決めていたが、実際に売買契約を締結する際には改めて個別契約に係る重要事実を開示したうえで取締役会の承認決議が必要であることは言うまでもない。

2. C の請求の法的構成

C は、甲社が平成 12 年に設立されて以来の株主であるから、公開会社における責任追及等の訴えの原告適格を有する（847 条 1 項）。そこでまず、責任追及等の訴えによって、A および B の甲社に対する任務懈怠責任を追及することが考えられる。

取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人は、その任務を怠ったときは、株式会社に對し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（423 条 1 項）。

本件では、B は甲社の取締役会の承認を得ずに甲社から土地を買い受けているから、法令違反行為があり、任務懈怠があったといえる。また、当該任務懈怠に過失があったことは明白である。甲社は本件土地を帳簿価額である 3 億円で譲渡しているから時価との差額 4 億円について甲社に生じた損害とみることができる。もっとも、この点については甲社（A）と乙社（B）とが独立対等な交渉によって価額を合意したのであれば、甲社に損害は観念できないと考えることもできるであろう。

仮に差額を損害と考えるのであれば、取締役会で本件取引に係る重要事実が開示されていれば C が反対した可能性があり、本件取引は阻止できたと考えられるので（B は特別利害関係人に当たり議決に加わることができないので（369 条 2 項）、1 名の取締役の反対で阻止できる）、B の任務懈怠と当該損害との間の相当因果関係も認められる。したがって、甲社は B に対し、会社法 423 条 1 項に基づき 4 億円の損害賠償請求を行うことができ、C はこれを責任追及等の訴えによってまずは甲社に対する提訴請求を行い、甲社が提訴しなければ自ら原告となって上記責任を追及することができる。

Aについては、A本人に法令違反の任務懈怠があるわけではないが、Aは、「株式会社が当該取引をすることを決定した取締役又は執行役」（423 条 3 項 2 号）に当たるため、同項により任務懈怠の推定を受ける。甲社の代表取締役でありながら、B の要請に根負けし、もともと取締役会で地価高騰により高額での売却が期待されていた土地を時価よりかなり低価で売却してしまった A に任務懈怠がなかったとは到底いえない。したがって、A は上記推定を覆すことができず、時価と売却価額との差額を損害と捉えるのであれば、会社法 423 条 1 項の任務懈怠責任を負う。当該責任は、B との連帯責任となる（430 条）。C は B に対するのと同様に責任追及等の訴えによって甲社が被った損害の回復を求めることができる。

本件土地の取引に際して甲社内で取締役会決議がなかったことを B は当然知っている。取締役会の承認決議を欠く利益相反取引について甲社は取引の相手方である乙社が悪意・重過失であれば、無効を主張でき、土地の返還請求ができるはずであり、これが最も効果的な甲社の救済であると考えられるが、C が甲社の株主として土地の返還請求をできるわけではない。C が取締役会の招集ないし招集請求をして（366 条 1 項・2 項参照）取締役会で無効の主張の決議をすることも考えられるが、仮に B が特別利害関係人として当該議決に加わることができないと解したとしても、A が反対する可能性が高いので、この方法も現実的ではないであろう。

以 上

「 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。）

XがYに対して貸金1000万円の支払を求める訴え（以下、「前訴」とする。）を提起したところ、YはXY間の金銭消費貸借契約の成立を争うとともに、予備的に、自己がXに対して有する1000万円の売買代金債権（以下、「甲債権」とする。）をもって相殺すると主張した。

前訴の受訴裁判所は、訴求債権の存在及びYの相殺の抗弁を認め、Xの請求を棄却する判決をし、この判決は確定した。

その後、YがXに対し以下の訴えを提起した場合、受訴裁判所はこれをどのように処理すべきか。

- （1）甲債権の支払を求める訴えを提起した場合
- （2）前訴訴求債権は金銭消費貸借契約が成立していないため不存在であったと主張し、相殺に供した甲債権について不当利得返還請求訴訟を提起した場合

入試日程 D 日程 出題科目名 民事訴訟法 **出題趣旨**

本問は、既判力の客観的範囲に関する問題である。

判決が確定すると、既判力が生じるところ、既判力は判決主文で示された判断（民訴 114 条 1 項）、すなわち訴訟物についての判断にのみ生じ、判決理由中の判断には生じないのが原則である。これは、訴訟物たる権利関係の存否の前提問題は、当事者が自覚的に審判対象としたものではなく、理由中の判断にも既判力が生じるとすれば、どのような理由で請求の当否を判断するかが重要になるため、当事者も裁判所も慎重にならざるを得ず、審理の硬直化や遅延を招くおそれが強くなることを理由とする。

この原則の例外が、相殺の抗弁についての判断である。相殺の抗弁について判決理由中で判断が示された場合は、相殺をもって対抗した額に限り、反対債権（自働債権）の存否について既判力が生じる（民訴 114 条 2 項）。同項の趣旨は、①前訴で被告が相殺に供した自働債権が不成立である（もともと存在しない）とされた場合、原告が被告から得たはずの前訴の請求債権相当額の利益を奪うことになるし、②前訴で相殺が有効に認められた場合には、被告は原告から相殺によって債権を回収したはずであるのに、再度同じ債務の履行を要求できるという不当な結果をもたらすため、これらの不都合を避けることにある。

民訴法 114 条 2 項は「相殺のために主張した請求の成立又は不成立」の判断について既判力が生じると規定するが、「成立又は不成立」は、基準時における反対債権の「存在又は不存在」と解されている。また、反対債権が成立（存在）し、相殺が認められることを理由に請求が棄却される場合の既判力の内容について、学説上争いがある。民訴法 114 条 1 項の場合と同様、「反対債権の不存在」に既判力が生じると解するのが多数説である。他方で、原告が反対債権ははじめから不存在であったとして不当利得返還請求をする余地、及び、被告が請求債権は別の理由で不存在であったとして不当利得返還請求をする余地を封ずるために、「請求債権と反対債権がともに存在し、それが相殺によって消滅した」ことに既判力が生じると解する少数説も存する。

多数説を前提とすると、本問においては、請求債権及び反対債権いずれもその存在が認められ、相殺の抗弁が容れられて X の請求を棄却する判決がされているため、まず、民訴法 114 条 1 項により、訴訟物たる権利関係についての判断である、「X の Y に対する 1000 万円の貸金返還請求権の 不存在」に、同条 2 項により、反対債権すなわち「Y の X に対する 1000 万円の売買代金債権（甲債権）の 不存在」に、既判力が生じる。

前訴の既判力が後訴に作用し、後訴裁判所及び後訴当事者を拘束するのは、後訴が訴訟物レベルで前訴の蒸し返しに当たる場面、すなわち①前訴と後訴の訴訟物が同一である場合、②後訴の訴訟物が前訴の訴訟物の先決問題である場合、③前訴と後訴の訴訟物が矛盾関係にある場合、であると解されている。設問（1）においては、前訴で相殺に供された反対債権である甲債権を訴求する後訴が提起されており、甲債権の存否は訴訟物ではないが、民訴法 114 条 2 項により既判力が生じるため、訴訟物に準じるものとして考えると、前訴において既判力が生じる権利関係が後訴の訴訟物とされており、①に準じるものとして考えることができる。そのため、前訴判決の既判力が後訴に作用し、後訴裁判所は前訴判決の既判力ある判断を前提に審理・判断しなければならない、後訴当事者は前訴判決の既判力ある判断と矛盾する主張立証をすることができない。したがって、Y が後訴において甲債権の存在を主張することは既判力に抵触し許されず、後訴裁判所は、

「甲債権の不存在」という前訴判決の既判力ある判断に拘束され、後訴請求を棄却しなければならない。

次に、設問（２）の後訴は、前訴で相殺が認められたはずの甲債権について、不当利得返還請求訴訟を提起するものであるところ、不当利得返還請求権自体は前訴判決の既判力の対象ではないが、甲債権の存否は不当利得返還請求権の発生要件である「法律上の原因」（民 703 条）の有無という先決問題にあたり、上記②に準じるものと考えることができるため、前訴判決の既判力が後訴に作用することになる。したがって、設問（２）の後訴において、Yは不当利得の根拠として甲債権の存在を主張することができず、後訴裁判所は、請求を棄却することになる。

以上