

## 憲法

(参考答案)

1. Xらは、B大学による不許可の判断が不法行為に当たるとして不法行為に基づく損害賠償請求(民法709条)訴訟を提起したうえで、「権利…侵害」を基礎付けるために、不許可の判断がXらのB大学教室でシンポジウムを行う自由を侵害するものとして、憲法23条に反し違憲であると主張する。
2. まず、B大学による大学教室使用不許可処分は裁判所の審査対象外とならないか。
  - (1) 裁判所の審査対象たる「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)とは、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって②それが法律の適用により終局的に解決可能なものを指す。

Xらの訴えは、B大学による処分を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権の存否という、XらとB大学との具体的な法律関係に関する紛争であり(①)、憲法23条や民法709条などの適用によりその存否が判断できるから、法律の適用により終局的に解決可能である(②)として、「法律上の争訟」にあたる。
  - (2) 次に、B大学という団体における内部問題に対して司法審査を及ぼすことは可能であるか。
    - ア. 団体の内部問題については、それぞれの団体の自主性・自律性を尊重する要請があるから、その適否がもつぱら団体の自主的・自律的解決に委ねられるべきとして、司法審査の対象外とされるものもある。
    - イ. 昭和女子大事件判決によると、大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であるから、その設置目的達成のために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによって学生を規律する包括的権能を有している。しかし、令和2年の判例において問題となった市議会議員の出席停止と異なり、大学は国から補助金の交付を受けながら運営しているため、その内部において学生の権利を侵害しているおそれのある不当な処分があった場合にはその自主性・自律性を尊重すべき要請が強いとはいえない。したがって、Xらの学問の自由を侵害しているおそれのあるB大学による処分は司法審査の対象となる。
3. まず、XらにB大学教室でシンポジウムを行う自由としての学問の自由が保障されるか。
  - (1) 「学問の自由」には学問研究およびその結果発表の自由も含まれる。そして、東大ポロ事件大法廷判決は、大学の学問の自由と大学の自治は教授等を享有主体とするものであり、学生に認められる学問の自由と大学施設の利用はその効果としてのものであることを前提に、学生の集会が真に学問的な研究またはその結果発表のためのものではなく、実社会の政治的社会的活動にあたる場合には、大学の有する学問の自由と自治を享有できないとしている。
  - (2) 確かに、XらはAが担当するゼミのメンバーであり、そのゼミではAの政治的姿勢への賛否を問わず多くの学生が在籍しており、それらの者の政治的立場の違いを超えて、原発問題を含む日本の政治過程について様々な議論が交わされていたが、Aは少なくともゼミにおいては自らの見解と異なる学生にも公平に接し、政治的立場の違いを踏まえ

て活発な議論を展開していた。また、本件におけるシンポジウムは原発推進派と反対派が混在している A のゼミ生に加え、市民団体代表者 C、原発に対して中立派の D、さらには事前登録を行なった学外の者まで参加することが予定されていたのであることからすれば、X らが行おうとしていたシンポジウムは、原発政策について様々な意見を取り込みながらその是非について議論するという意味で、真に学問的な研究やその結果発表のためのものという側面を有している。

しかし、シンポジウムにおいて基調公演という議論の方針に関する大枠を決定する公演を行う A は、以前から原子力発電に否定的な見解を有しており、市民団体による反原発運動に何度も参加したり、SNS 上での原発推進派を揶揄する発言によって、原発推進派から B 大学内で約 15 分間拡声器を使用した抗議活動を引き起こしたことで、B 大学からけん責処分を受けたりしていた。それに加え、本件におけるシンポジウムも、「日本の原発政策を問う！——『トイレなきマンション』でよいのか」という原発推進派・反対派の両派を強く刺激するような題で、A や A のゼミ生に加えて、環境保護の観点から原発推進派の環境保護団体代表者 E などの参加者が日本の原発政策について議論するものであった。そうすると、シンポジウムにおいて立場を問わず A をはじめとした過激派の議論が加熱し、警備員等では対処できない事態に発展するおそれがあるため、X らによるシンポジウムは日本の実社会の政治的社会的な活動であるといえる。

4. したがって、X らは教授等に認められる学問の自由や大学の自治を享有できないため、X らには B 大学教室でシンポジウムを行う自由としての学問の自由は保障されないから、B 大学による教室利用不許可処分は憲法 23 条に反せず合憲であり、「権利…侵害」は認められず、X らの不法行為に基づく損害賠償請求は認められない。 以上

(コメント)

- 1 について 問題文終盤で「X らは、B 大学を相手に損害賠償訴訟を提起することにした」とあるため、問いに答える姿勢を強調するために「権利…侵害」と結びつける形で書き始めました。これは、基礎問 3 問目の私人間効力の問題における方法論を真似たものです。
- 2 について 司法審査の可否・限界という論点を書きました。出題趣旨では昭和女子大事件判決への言及が求められていましたが、私が入試本番でこの問題を出されても言及できなかったと思うので、ここに言及していなくても、出題趣旨前段の最後の 2 行にあるように、東大ポポロ事件判決との関係を丁寧に検討できていれば合格レベルには到達できると思います。
- 3 について (2) の「確かに」と「しかし」の部分を入れ替えてしまえば X らも学問の自由等を享有できるとして、違憲方向へ議論を発展させることも可能ではありましたが、議論を発展させずに答案が約 2000 字であることと慶應ロー入試の「短時間でどれだけのクオリティの答案を作成できるか」という特徴を考慮すれば、ここでは出題趣旨で最も重点が置かれている東大ポポロ事件を挙げ、事実を踏まえて検討するにとどめるという選択をしました。

これ以上書くのは本番を想定するうえで現実的ではなく、それよりは同じ時間に行われる民法で、細かく配点事項を拾っていく方が合格に向けては確実だと思います。

仮にその後の制約や正当化の議論を書くのであれば、2の部分を限りなく薄くするか、もしくは書かないという選択をすることになりますが、制約や正当化の議論は出題趣旨を見る限り必ずしも重視されているとはいえないと考え、それを書くよりは色々な論点を漏れなく検討する方が優先と考えました。

科目としての難易度は標準より高めかと思います。



## 民法

### 設問 1

1. E は C に対して、本件賃貸借契約に基づいて、C が支払いを拒んだ 2021 年 7 月分から現在までの賃料の支払いを請求している。
2. A は E に対する売掛代金債務の代物弁済（482 条）として、本件賃料債権のうち 2021 年 5 月分から 2022 年 3 月分までを「譲渡」し、その旨の「通知」も内容証明郵便という「確定日付のある証書」によってしているから AE 間の債権譲渡は債務者にも第三者にも対抗できる（467 条 1 項、2 項）はずである。

ここで、AE 間の債権譲渡は譲渡時点で発生していない債権を譲渡する将来債権譲渡（466 条の 6 第 1 項）であるところ、その有効性が問題となる。

- (1) まず、譲渡対象となる将来債権は、適宜の方法で債権発生の始期と終期を明確にするなどして目的債権が特定されている必要がある。

本件債権譲渡は、当事者を A と E、始期は 2021 年 5 月、終期を 2022 年 3 月として特定したうえでなされているから、債権の特定がされているといえる。

- (2) 次に、将来債権譲渡は、①契約内容が譲渡人の営業活動等に著しい支障を加えたり②他の債権者を不当に害したりするものであれば、公序良俗に反するとして無効となる（90 条）。

本件債権譲渡は、期間が 1 年に及ばない短期間であるから、譲渡人たる A の営業活動等には特段の支障を及ぼさない（①）。また、他の債権者たる D には、融資額 3000 万円より時価の高い 4000 万円の本件建物への根抵当権が設定されているから、本件債権譲渡によっても他の債権者を害するとはいえない（②）。

したがって、本件債権譲渡は公序良俗にも反せず有効であるから、E は C に対して賃料支払請求ができる。

3. これに対して C は、2021 年 6 月 10 日に本件建物を A から譲り受けたことで、本件賃貸借契約は、賃料「債権」と賃料「債務」が C という「同一人に帰属」したとして、混同（520 条）により終了したことを主張し、それ以降に支払う予定であった 2021 年 7 月分の賃料債権は発生しないから、E の請求は認められないと反論する。
4. E はこれに対する再反論として、C は信義則上、賃料債権の不発生を主張できないと主張する。

- (1) 確かに、将来債権譲渡契約の当事者は、将来において債権が発生しなかったことのリスクも考慮して契約を締結しているはずである。

しかし、譲渡人らの積極的行為によって債権の発生を妨げることまでは契約リスクに含まれないから、将来債権の譲渡人やその債務者は、信義則（1 条 2 項）上の付随義務として、当該債権の価値を維持する義務を負うとすべきである。

- (2) C は、A と E が本件債権譲渡を行った旨の通知を 2021 年 4 月 11 日に受け取っており、実際に同年 5 月分と 6 月分の賃料を E に支払っているのであるから、2022 年 3 月までは E に賃料債権が帰属し、本件建物を A から譲り受けることで E を害することを知っていたはずである。それにもかかわらず、C は通知を受け取ってから約 2 ヶ月後の 2021 年 6 月 10 日に A から本件建物を購入することで賃料債権の発生を妨げている。

したがって、C は賃料債権の価値を維持する義務に違反しているから、賃料債権が混同により発生しないことを信義則上主張できない。

よって、E の再反論が認められる。

5. 以上より、E の C に対する請求は認められる。

## 設問 2

1. E は A の「債権者」としての地位に基づき、「受益者」C を被告として（424 条の 7 第 1 項 1 号）、500 万円の売掛代金債権を被保全債権として詐害行為取消権（424 条 1 項本文）を行使し、AC 間の本件売買契約の取消しを請求する。

(1) E の A に対する 500 万円の売掛代金債権は、2021 年 3 月 31 日を弁済期としており、本件売買契約の「前の原因に基づいて生じた」「債権」であり（424 条 3 項）、金銭債権であるから「強制執行により実現することができないもの」（同 4 項）ではない。

(2) A は、同年 4 月 5 日に事実上倒産状態に陥っているから、本件売買契約時と現在のいづれにおいても無資力であり、債権保全の必要性がある。

(3) 「債務者が債権者を害することを知ってした行為」（同 1 項本文）であるかどうかは、行為の主観と客観の相関的考慮により判断される。

A は本件建物を 3500 万円で売却しているところ、それは同年 4 月時点での本件借地権付き建物の時価を 500 万円も下回る金額であり、割合としても 1 割以上も下回っているから、行為の客観的な詐害性は強い。そのため、主観面としては債権者を害する認識があれば足りる。

A は事実上の倒産状態に陥ったことを知りながら、その状態に陥った 5 日後の 2021 年 4 月 10 日に本件建物を C に売却しているから、少なくとも債権者たる E を害する認識がある。

したがって、本件売買契約は「債務者が債権者を害することを知ってした行為」に当たる。

(4) 本件売買契約は、本件建物を目的としており「財産権を目的としない行為」（424 条 2 項）ではない。また、「受益者」C は、A の代表取締役 B が取締役を務める会社であるから、A の事実上の倒産について知っているはずであり、本件売買契約が「債権者」である E 「を害することを知らなかった」（同条 1 項但書）とはいえない。

(5) よって、「債権者」E は C に対して、本件建物の時価 4000 万円から D の根抵当権にかかる被担保債権を控除した 700 万円のうち、E の被保全債権 500 万円の限度で「価額の償還を請求する」（424 条の 6 第 1 項後段、424 条の 8 第 1 項、2 項）ことができる。

(6) これに対して C は、本件売買契約が相当価額による処分である（424 条の 2）ため、詐害行為取消請求は認められないと反論する。

ア. 「債務者」A が E の存在にかかわらず本件建物を C に売却したことで、「隠匿等の処分…をするおそれを現に生じさせ」ている（同条 1 号）。

イ. 本件売買契約が事実上の倒産の 5 日後に行われたものであることや、その売却代金の 9 割以上を D への返済に充てていることを考慮すれば、「債務者」A が行為当時に売却代金について「隠匿等の処分をする意思を有していた」（同 2 号）といえる。

ウ. そして、「受益者」Cは、Aの代表取締役Bが取締役を務める会社であり、「債務者」Aが行為当時に「隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていた」（同3号）といえる。

よって、「次に掲げる要件のいずれにも該当する場合」（同条柱書）に当たるから、Cの反論は認められず、本件売買契約は詐害行為取消請求により取り消すことができる。

2. 以上より、Eの請求は認められる。

以上

(コメント)

まず、設問を見ると配点が書かれており、設問1も設問2もそれぞれ50点ずつの配点という事で、おおよそ同じくらいの量を書けば良いということで答案全体のイメージをしました。

#### 設問1

1について 単に「本件賃貸借契約に基づいて賃料を請求している」としてもよかったです。請求の目的物をできるだけ特定したいと思い、Eがいつ請求したのかわからないため「現在までの」とするにとどめました。もしかすると、2022年3月分まで請求できるのかもしれませんが、そのように書いて間違っていた場合のリスクを考慮して、いわば守りの答案として「現在までの」と書きました。

2について 代物弁済であることとその条文の指摘、債権譲渡の一般的な有効要件を条文の文言とひきつけながら軽めに検討しました。そして、本問が将来債権譲渡であることに着目し、その有効性について論述しました。(1)と(2)は総まくり論証集に特定性の話が掲載されていたので、コンパクトな規範を書いて当てはめました。

3について 出題趣旨には混同の根拠条文として所有権と物権の消滅に関する179条と、債権の混同に関する520条が挙げられており、その他にも将来債権譲渡は「発生した債権」を当然に取得する(466条の2第2項)とされていることから、「発生していないから取得できない」という帰結を導くものもありましたが、賃料債権に関する問題であることから、債権との結び付きが強い520条を選びました。

4について (1)の前段は論証集に記載があったことを、意味の同一性を損なわない程度にコンパクトにし、後段は基礎問40問目の論述を本問に合わせて改造したものです。初見でこの問題に取り組んだときにも「これは基礎問のあの問題と似ているな」と感じたので、基礎問をやりこんでいれば比較的容易に解答できるものだと思います。

#### 設問2

問題文中に「無資力」や「倒産」などの文言が出てきた場合、真っ先に423条や424条を思い浮かべるようにしており、本問では「倒産」が出てきたことや、売買に関する事案であったことから、この答案の大枠は424条を使うことで決まりました。

一般的な424条の要件認定や問題提起の方法は基礎問27問目に載っており、これも何度

も繰り返していたので、途中まではほとんどそのまま書くことができました。

(2) の無資力については条文に明記されていないので忘れがちですが、非常に重要な要件なので私は要件の個数を暗記し、条文を見ながら要件を数え、足りないときに「無資力だ」と気づくようにしていました。同じように債権者代位権についても要件の個数を暗記していました。

時間に余裕がなければ、(4) を C が善意であると反論→C が A の代表取締役であるという事情から悪意、という認定をして終了することもできます（どこかしらで C に反論させないと、設問の指示に逆らうことになり、印象はかなり悪くなるかと思います）。出題趣旨には「詐害行為取消権の要件該当性を検討したうえで、受益者が主張する反論について、その根拠を明確にして論じることが、解答のポイントとなる」とされているので、現実的にはそのように終了しても、詐害行為取消権の一般的な要件と効果について条文と絡めつつ丁寧に論じてさえいれば不合格答案とはならないと思います。

(5) からは時間的にそこまで丁寧な検討をできないと思いますが、稀に刑法と憲法が予想以上に早く終わり、民法に多くの時間を割くことができる場合もあるので、参考答案としてはある程度丁寧に検討しました。

#### 問題全体

全体的に年月日を逐一書いていますが、これは採点者が論述を見たときに「これはいつの話をしているのか」と考えさせてしまうと、多少なりとも悪い印象を持たれると考えたので、採点者への配慮として書くように意識しています。確かに法律論文である以上は内容の正確性や説得力が最も重要ですが、採点者が人間である以上は読みやすい文章を書くことも点数アップにつながると考えています。あくまで、人に読んでもらうものであることを念頭において書きたいと考えています。

科目としての難易度は例年通りか、やや高めだと思います。



## 刑法

### 問題 1

①203 条、199 条

殺人未遂罪と器物損壊罪では故意が重ならないため

②254 条

A 死亡により A には財布の占有が認められないため

③104 条、61 条 1 項

他人の教唆には期待可能性の定型的欠如がないため

④204 条

社会通念上の相当性を欠く目的であるため

⑤130 条前段、235 条、130 条前段、204 条

殴打行為には窃盗の機会の継続性が認められないため

⑥159 条 1 項、161 条 1 項

文書の性質上、名義人以外の者の作成が許されないため

⑦204 条

自招侵害として正当防衛状況を欠くため

⑧不可罰

乗車時に支払いの意思があり、利益窃盗となるため

⑨197 条 1 項前段

前職への不信を通じて現職への不信も生じるため

⑩253 条

預金への法律上の占有が認められるため

### 問題 2

1. X が B に命じて A のクリーニング店の売上金を強取させた行為に、建造物侵入罪及び強盗罪（130 条前段、236 条 1 項）が成立するか。

（1）X の指示行為に建造物侵入罪及び強盗罪の正犯性が認められるか。

ア. 結果を直接惹起する他人の行為を①正犯意思に基づき②道具として利用した場合には、構成要件的结果惹起の原因を支配したもものとして、間接正犯が成立する。そして、刑事未成年者（41 条）を利用する者については、自らの言動で当該未成年者の意思を抑圧していた場合に②が認められる。

イ. X は、生活費に窮して犯行を決意しており、実際に B から強取した現金を全て受け取って生活費に費消している。したがって、X には、自己の犯罪の実現のために B を利用するという正犯意思がある（①）。

また、確かに X は「強盗なんてうまくいくのかな。ばれたら捕まっちゃうよ」と反抗に消極的であった B を説得し、B はしぶしぶ承諾しているから、X は B を道具として利用しているように思える。

しかし、X による命令は説得に過ぎず、有形力により B を抑圧しているわけではな

い。また、Bは13歳であり、強盗行為が犯罪に当たることの是非弁別能力は有しており、犯行前には自らの意思で犯行を決意している。そして、Bは、実行にあたって表のシャッターが閉まるのを確認するや、素早くクリーニング店の裏に周り、覆面をして、無施錠の勝手口から店内に立ち入ったり、売上金の回収をしていたAにサバイバルナイフを示して金銭を要求し、防犯ブザーに手をやろうとしたAの腕を掴んで脅したりしていた。そうすると、Bは臨機応変に犯行を完遂しており、Xによる一方的な利用・支配関係は認められず、道具性が否定される(②)。

(2) したがって、Xの行為に正犯性は認められない。

2. では、Xの行為に建造物侵入罪及び強盗罪の共謀共同正犯(130条前段、236条1項、60条)が成立するか。

(1) 自手実行がなくても、共謀や役割分担により共同正犯の処罰根拠たる法益侵害の共同惹起が認められうるから、㊦共謀㊧共謀に基づく実行行為に加え㊨正犯性も認められれば、共謀共同正犯が成立する。

(2) Xは、Bに命じて建造物侵入罪及び強盗罪について計画を話しながら説得しており、Bはしぶしぶながらも承諾しているため、両者は上記2つの罪について共謀したといえる(㊦)。また、Bは上記共謀によって生じた犯罪意思に基づいて、Aのクリーニング店という「建造物…に侵入」し、Aの犯行を抑圧する程度の「脅迫」をすることで、Aから売上金20万円という「他人の財物を強取」している(㊧)。

そして、Xは自らBに犯行計画を話し、説得することでBの犯意を誘発しているし、Bの犯行に用いた大型サバイバルナイフと覆面を準備したことから役割の重要性も認められる。さらに、XはBから強取した売上金20万円を受け取って自ら生活費に費消しているから、利害関係もある。そうすると、Xには正犯性も認められる(㊨)。

したがって、Xには建造物侵入罪及び強盗罪の共謀共同正犯が成立する

3. 以上より、Xには建造物侵入罪及び強盗罪の共謀共同正犯が成立し、両者は目的・手段の関係に立つから牽連犯(54条1項後段)となる。 以上

(コメント)

#### 問題1

問題1は、1問1答形式の問題であり、出題趣旨には「(当該犯罪が成立する)理由は、何が問題であるかの理解が一応伝わるものであれば十分に評価した」とあるため、例えば②であれば、死者の占有について触れられていれば十分に評価されるという解釈ができます。

また、⑤には130条前段が2度出てきますが、問題文の解答記載要項(問題文1頁目)の㉔にも60条が2度出てきているため、成立する個数分書けという指示が読み取れます。

#### 問題2

問題2は、間接正犯の典型事例であり、間接正犯の正犯性から入って②の道具性の当てはめで一方的な利用・支配関係にないことを指摘して間接正犯の成立を否定しました。これは、論証集のかなり序盤のページや基礎問の1問目で扱われていた分野でした。

次に、共謀共同正犯の議論では、3つの要件を定立し(学説によっては、共謀と基づく実行

行為の2要件にするものもあるようですが、加藤ゼミナールでは3要件で整理されています)、㊦の正犯性当てはめでは、犯意誘発・役割の重要性・利害関係という3つの考慮要素から考えることになります。それらに当たる事実を漏れなく丁寧に検討しました。

#### 問題全体

科目としての難易度は、例年より低いと思います。

#### (3科目通しての戦略)

私は過去問に取り組むなかで、自分自身の処理速度を考慮すると民法を50分で終わらせられる見込みがないことから、民法に60分割き、憲法と刑法を余った90分でなんとか終わらせるというタイムマネジメントを確立しました。これについては得意不得意や要領の良さなどで多少前後するので、1年度ずつ、本番と全く同じ時間で取り組むと配分のバランスがわかってくると思います。

憲法はマイナーとまでは言えないですが、東大ポポロ事件という古い判例で書きづらいこと、団体の内部紛争への司法審査の可否という統治に位置付けられる論点も出たことから、ここで少々時間配分が狂う可能性があります。

民法は少し書きづらい債権譲渡でしたが、60分と設定しているので落ち着いて書くべきことを書けばあまり狂うことなく書けると思います。

刑法は難しくない問題で、書く量も決して多くないので刑法は戦略通り、もしくは戦略より早く終わらせることもできるかと思えます。

こうして考えると、憲法が原因で焦って全てダメになるという事態が想定されますが、試験が始まって問題を見て「今回は憲法が難しそうだけど刑法が楽そうだから少し配分を変えよう」というように柔軟に対応できるようになると、途中答案の心配がなくなります。



## 商法

### 設問 1

1. 本件取締役会決議は、「特別の利害関係を有する取締役」（会社法（以下略）369条2項）であるAが出席して議決権を行使しているという瑕疵により、無効とならないか。
2. まず、Aが「特別の利害関係を有する取締役」に当たるか問題となる。
  - (1) 369条2項の趣旨は、取締役の忠実義務（355条）違反を防止し、もって決議の公正を図ることにある。そこで、「特別の利害関係」とは、取締役の忠実義務違反をもたらすおそれのある、会社の利益と矛盾衝突する個人的利害関係を意味する。
  - (2) Aと甲社は、本件契約によって、甲社が得るはずであった貴金属のプレミアム付きの高値での売買金額を得られるかどうかの点で甲社と利益が相反するから、Aは忠実義務違反をもたらすおそれのある甲社の利益と矛盾衝突する個人的な利害関係を有する取締役として、「特別の利害関係を有する取締役」にあたる。
3. そして、特別利害関係取締役であるAが審議に参加するだけで他の取締役等の意見が左右されうるからAは審議にすら参加できないにもかかわらず、本件取締役会において議決権を行使することで「議決に加わ」っているため、本件取締役会決議には、Aが議決権行使をしている点で369条2項違反の瑕疵がある。
4. そこで、瑕疵ある取締役会決議の効力が問題となる。
  - (1) 瑕疵ある取締役会決議は、私法の一般原則に従い、原則として無効である。しかし、法的安定の要請もあるから、当該瑕疵が決議の効力に影響を及ぼさないといえる特段の事情がある場合には、例外的に有効となる。
  - (2) 確かに、本件取締役会にAが出席しなくても、B及びCという「議決に加わることができる取締役の過半数...が出席し」ている（369条1項）。

しかし、最後までCは反対を表明して譲らなかったのだから、Aが議決権を行使していなければ「その過半数」であるBとC両者の賛成がない以上、決議は成立しなかったといえる。

したがって、特別利害関係取締役Aが議決権を行使したという瑕疵が、決議の効力に影響を及ぼさないといえる特段の事情は認められず、本件取締役会決議は原則通り無効である。

### 設問 2

1. 甲社がAから本件契約に基づく貴金属の引渡請求を受けた場合に、本件契約が無効であればそれを拒むことができる。
2. 本件契約の無効事由としては、本件契約が直接取引（356条1項2号）に当たることが考えられる。
  - (1) 間接取引規制との関係や、取引安全の観点からすれば、直接取引における「ために」とは名義を意味する。
  - (2) Aは、個人的に行っていた株式投資で損失を出したことから本件契約を締結しており、本件契約の当事者として「自己...のために」、「株式会社」である甲社「と取引」するものとして、甲社との関係で直接取引にあたる。

3. 本件契約は直接取引にあたるから、Aは本件契約に先立って「取締役会」において「重要な事実を開示し」たうえで、有効な承認を受けなければならない（356条1項柱書、365条1項）。しかし、上記設問1・4（2）より、本件取締役会決議は無効であるから、本件契約は、会社の承認のない直接取引に当たり、その効力が問題となる。

（1）会社の承認のない直接取引は、取引の相手方との関係では一種の無権代理行為（民法108条1項）として絶対的に無効である。そして、利益相反取引規制の趣旨は会社の利益保護にあるから、会社は相手方たる取締役にも無効主張できる。

（2）したがって、甲社は、Aが本件契約に先立って取締役会の承認を得ていない以上、取引の相手方Aに対して本件契約の無効を主張することで、Aの請求を拒むことができる。

4. また、本件契約が「重要な財産の処分」（362条4項1号）に当たるとして、甲社が無効主張できるか問題となるが、本件契約における貴金属の価額は300万円でありそれ自体として高い金額ではないし、甲社の総資産10億円の300分の1にも満たない金額であることから、「重要な財産の処分」には当たらず、それを理由として拒むことはできない。

以上

（コメント）

#### 設問1

1について 問題の所在を端的に指摘すれば足りると思います。本件契約は直接取引に当たる→取締役会決議が必要である（365条等）→特別利害関係取締役のAが議決権行使している→以下答案と同じ。という流れも考えられますが、結局設問2で直接取引に当たることは認定しますし、出題趣旨でも「まず...特別の利害関係を有する～」と記載されているため、答案通りの流れで問題ありません。

2について 特別利害関係取締役に当たるかどうかは、論証集でA論点として取り上げられていたので、しっかり認定しました。基礎問24問目や30問目でも似たような事案があがっていたので、当てはめの際に参考にしました。

3について 出題趣旨では、「議決に加わることができない」の意義を明らかにすることを求められていましたが、「議決」の核心部分となる議決権の行使をしている時点で、どれだけ緩く考えても「議決に加わ」っているはずなので、条文の文言と絡めながら認定しました。また、3の1行目で「取締役等」としたのは監査役Dも取締役会に参加しているからです（Dは議決権の行使はできませんが、参加はします（383条1項））。

4について 出題趣旨では①特別利害関係理事が議決に加わったという瑕疵のある最判平28.1.22の見解と②招集手続に瑕疵があった最判昭44.12.2の見解の2つに合理性を認めていましたが、論証集では①の見解を瑕疵ある取締役会決議一般について、②の見解を招集手続に瑕疵があった場合固有のものとして扱っていたので、①を使用しました。

②を使っても、②を一般化すると①とほとんど同じになるのでそこまで大きな違いはないと思います。

## 設問2

1では、設問が「拒むことができるか」という聞き方だったので、拒むための条件を提示しました。ここで、「拒むためには、本件契約が無効であることが必要である」という書き方をすると、同時履行の抗弁権（民法 533 条）などを行使する余地も否定することになり、少し日本語として不自然になります。そのため、「無効であれば拒める」とすることで、選択肢の一つであることを示しています。細かいことですが、こだわりたいところです。

2では、直接取引該当性について直接取引の典型事例みたいなものなので、わざわざ丁寧に論じる必要はないと判断し、軽めに検討しています。

3では、出題趣旨で、直接取引に当たる→重要な事実を開示して取締役会の承認を受けること→本件取締役会決議は無効だから承認がないことという順序で「書け」とまでは言われていないですが、わざわざ出題趣旨として記載したということはそのように書くことを理想としていると判断し、条文の文言と絡めつつ書きました。そして、判例のいうように無権代理として無効という構成で書きつつ、会社は無効主張権者かという論点もかなり軽くですが触れました。

4では、明らかに認められないであろう「重要な財産の処分」について触れていますが、出題趣旨で問題になり“うる”とされているため、軽く触れるにとどめました。

本来であれば、「重要な財産の処分」に当たるか→当たらない→では直接取引に当たるか。という流れで書く方が綺麗ですが、本問に限っては「重要な財産の処分」の検討に大きな配点が振られているとは考えられないため、最後にオマケ程度に書きました。

このように、答案戦略として「この問題でメインとなるものから優先的に書こう」という姿勢は時間制限の厳しいロー入試で大事な視点になってきます。

## 問題全体

科目としての難易度は例年通りだと思います。





## 民事訴訟法

### 問1

1. 後訴における Y の訴訟物が存在するとの主張は、既判力（114 条 1 項、2 項）の遮断効により遮断され、裁判所は請求を棄却すべきでないか。
2. 既判力は判決主文中における訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である（114 条 1 項）が、相殺の抗弁に供された反対債権については「相殺をもって対抗した額」の限度でその不存在に既判力が生じる（同 2 項）。

2 項の趣旨は、反対債権に関する争いの蒸し返し防止にあるところ、反対債権の存否のうち、現に判断がなされた部分に限って、既判力により反対債権に関する争いの蒸し返しを防止する必要性があるから「相殺をもって対抗した額」について既判力が生じるのである。

本件では、前訴で X の 600 万円の支払請求に対して Y は 400 万円を自働債権として相殺する旨主張し、それが認められている。そうすると、1 項により X の訴求債権が 200 万円の限度で存在することに、2 項により Y の自働債権が存在しないことに、既判力が生じる。

3. 前訴確定判決により生じた既判力が後訴に作用するかどうかは、後訴への作用が問題となっている既判力により確定された事項と後訴訴訟物を比較し、両者が同一・先決・矛盾のいずれかの関係にあるか否かで判断する。

後訴の訴訟物は Y の X に対する家具の売買契約に基づく 400 万円の支払請求権（以下、「Y 債権」という）であるところ、これは、前訴において不存在であると既判力により確定された Y の自働債権と同一であるから、同一関係を理由として 114 条 2 項に基づく既判力が後訴に作用する。

4. 作用が認められた前訴判決の既判力は、前訴で対立した「当事者」である X 及び Y を後訴において拘束するとともに、後訴裁判所も拘束する。そのため、後訴裁判所は、当事者から Y 債権の存否について前訴基準時たる前訴の口頭弁論終結前の事由が主張された場合にはそれを排斥しつつ、前訴主文中の判断にしたがって、後訴の基準時における Y 債権の存否について審理判断することになる。

したがって、後訴裁判所は、Y から Y 債権の存在を基礎付ける前訴基準時後の事由が主張されない限り、後訴の請求を棄却すべきである。

### 問2

1. 民事訴訟において、当事者には訴訟行為の撤回の自由が認められているから、先行する陳述と矛盾する主張をすることで先行する陳述を撤回することも本来的には自由である。

もっとも、当該陳述に裁判上の自白が成立している場合には、例外的に撤回禁止効が生じるから、当該陳述を撤回することはできなくなる。

第 2 回口頭弁論期日における「Y の主張する相殺は、法的にみて有効に成立している」旨の X の陳述は、相手方たる Y が主張する、X の訴求債権が Y 債権と対当額 400 万円の限度で相殺され消滅したという法的効果を認める陳述であるとして、権利自白に当たる。

2. それでは、権利自白にも事実の自白と同様に撤回禁止効を認めることができるか。

(1) 権利自白には法的評価を含むところ、法的評価については裁判所の専権に属する事項

であるし、私人の法的評価には誤りが生じやすいため、権利自白に審判排除効を生じさせると自由心証主義（247条）に反する。そこで、権利自白に審判排除効を前提とする撤回禁止効は生じない。もっとも、日常的な法律概念については私的自治に馴染みやすいから、実質的には事実の陳述であるとして撤回禁止効が生じる。

(2) Yが主張した相殺は、一般人が取引をする際に日常的に行なっているものであり、専門知識が必要とされる概念ではないから、Xがその効果を認めた陳述は、実質的には事実の陳述であるとして撤回禁止効が生じる。

よって、Xが第4回口頭弁論期日において「Yの主張する相殺は法的に重大な瑕疵があるので無効である」と主張することは、先行するYの相殺を認める旨の陳述と矛盾する主張をすることで先行する陳述を撤回するものであり、原則として禁止される。

3. もっとも、①相手方の同意がある場合②自白が他人の刑事上罰すべき行為によってなされた場合③自白の内容が真実に反し、かつ自白が錯誤に基づくものであることが証明された場合などには自白の撤回が許される。

したがって、Xに上記①ないし③に当たる事情があれば、第4回口頭弁論期日におけるXの主張も許される。 以上

(コメント)

#### 問1

本問は既判力と相殺の抗弁について聞かれていました。この論点は誰でも気づけるし、誰でもある程度書けるので、「何を書いたか」よりも「どう書いたか」が重視される分野です。

1について、問題の所在を端的に指摘していますが、結局4の最後に問いに答えるように書くので、時間がなければ最悪省略でき、2から始めることも許容できます。

2は出題趣旨①で指摘されている点を書きました。

3は作用の問題で、出題趣旨②に合致する論述です。「後訴への作用が問題となっている既判力により確定された事項と後訴訴訟物を比較」という規範を立てたので、当てはめでは後訴訴訟物を明らかにしながら、それが「後訴への作用が問題となっている既判力により確定された事項」と同一であるとして作用を認めました。

4は出題趣旨③に合致するもので、わざわざ三段論法で論じるよりも、条文と事実を組み合わせてできるだけコンパクトにしました。

そして最後に問いに答えることを意識して請求を「棄却」すべきとしました。私もロー入試の数ヶ月前までは、既判力に抵触したら「訴え却下」だと思っていたのですが、既判力に抵触する主張が遮断される結果、何も主張していないことになる→何も主張していないのだから当然請求が認容されるわけがない。という整理をすると、「棄却」であると理解できました。ここで「却下」と書くと、それだけで既判力を何も理解しておらず、ただの丸暗記だという印象を持たれてしまうので、ロー入試頻出分野である既判力では気をつけたいところです。

#### 問2

本問は、広く「自白」であることまではほとんどの人が気づきますが、それが「権利自白」であることまで気づけるかどうかポイントになります（出題趣旨①）。

2の「それでは」以下が、出題趣旨②及び③に当たるものです。

本答案では、撤回禁止効を認める場合のみを対象とする出題趣旨④を捨てるために撤回禁止効を認めましたが、本問の場合は相殺なので、撤回禁止効を認めないという結論を出して終わることもできます。その場合の論述としては「確かに、相殺は日常的に用いられているものの、相殺適状にあるかどうか、相殺禁止（民法 505 条 1 項但書）に当たるかどうかなど、専門知識を必要とすることもあるから、純粹に日常的な法律概念であるとはいえ、撤回禁止効は生じない」というようなものが考えられます。その場合には、本問において X の主張は認められるとして問いに答えて終わることになります。

基礎問 48 問目で、権利自白の似たような問題があったので、それを参考にしました。

#### 問題全体

科目としての難易度は例年よりやや高めになるかと思います（問 2 のせいです）。



## 刑事訴訟法

### 設問 1

憲法 35 条、刑事訴訟法 218 条 1 項

### 設問 2

令状発付の際に、令状裁判官は搜索・差押えの「正当な理由」（憲法 35 条 1 項）を審査することとなっている。そしてこれを受けた刑事訴訟法 222 条 1 項が準用する 102 条 2 項や 99 条 1 項は、搜索できる範囲を「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」や被疑事実との関連性が認められる範囲に限定している。そうすると、本件で J が搜索先を「どちらか一方」にするよう要求しているのは、差押え目的物や被疑事実と関連する証拠物が存在する蓋然性を乙宅か丙宅のどちらか一方にしか認めていないからであると考えられる。

### 設問 3

222 条 1 項、102 条 1 項は搜索対象として「場所」と「身体」を区別して規定している。これは、「身体」には、「場所」から独立した利益が帰属しており、「場所」に包摂できないからである。そして、人が着用しているズボンのポケットは身体に準ずる領域だから「搜索すべき場所」（219 条 1 項）に含まれない。

### 設問 4

1. 丙のポケットは「搜索すべき場所」に含まれないから、M が携えた搜索差押許可状の効力として下線部⑤の行為を適法とすることはできない。

2. では、丙のポケットの搜索は、丙方という「場所」の搜索のために「必要な処分」（222 条 1 項、111 条 1 項）として適法とならないか。

(1) 「必要な処分」には、被疑者の被処分者の権利利益の侵害を伴うから、捜査比例原則により①搜索・差押えの実効性確保のために必要であり、かつ②社会通念上相当な態様のものであれば適法となる。

(2) 丙は、丙方室内という、本来であれば搜索差押許可状の効力が及び、搜索が可能であった「搜索すべき場所」に置かれていた小物入れの上にあった封筒を、素早く自らのズボンの右ポケットという「人の身体」に準ずる空間に隠匿することで、搜索を不能としている。そうすると、その封筒を「身体」から「場所」に移動させることは、搜索・差押えの実効性確保のために必要である(①)。

そして、丙が封筒をポケット内に隠匿して外に出ようとする様子を見た M らは、まず声をかけ、封筒をポケットから出して渡すよう説得しており、丙が頑なに応じなかったことから、M が丙のポケットに手をいれて封筒を取り出し、その中身を確認している。このように M らは、封筒を入手するために段階を踏んでおり、最終的にも丙を制圧するというような強度な法益侵害ではなく、単にポケットに手を入れて封筒を取り出すという穏便な方法により封筒を取り出している。そうすると、M らの行為は社会通念上相当な態様のものである(②)。

したがって、丙のポケットの搜索は、「必要な処分」として実施できる。

3. よって、下線部⑤の行為は適法である。

以上

(コメント)

#### 設問 1

憲法の条文について、出題趣旨は単に憲法 35 条としていましたが、35 条 1 項としても間違いではないと思います。

#### 設問 2

この文章の中で直接問いに答えているのは「そうすると」以下ですが、この結論に至るために逆算して組み立てました。設問には「問 1 で答えた条文との関係を意識しつつ」とあったので、憲法 35 条や刑訴法 218 条 1 項に加え、102 条 2 項や 99 条 1 項を（222 条 1 項が捜査機関にもこれらを準用してくれているので、222 条 1 項も）書きました。

102 条 2 項は丙が被疑者ではないことから、99 条 1 項は被疑事実との関連性がないと捜索ができないことから書きました。

出題趣旨に記載されている規則 156 条 3 項については、規則として有名なものではなく、現実的に本番で見つけることはできないため無視しました。

#### 設問 3

これは、設問 4 との関係も意識しました。というのも、設問 4 の最後に「搜索すべき場所」にポケットは含まれないものとするという条件を付しているのです。出題者としてはポケットが「搜索すべき場所」に含まれないことを想定して作問しているといえます。そうすると、設問 3 の結論は含まれないとした方が無難なのだと推定できます。その結論から逆算すると、ポケットはどう頑張っても「場所」には含まれず、どちらかといえば「身体」になる→「身体」は「物」と違って「場所」に包摂させることはできない→含まれない。という流れを作ることができるので、あとはそれを文章化するだけです。

#### 設問 4

設問の指示により、ポケットが「場所」に含まれないため、身体搜索には別途令状が必要ですが、今回は別の令状がないので、それを根拠に適法とすることはできません。そこで、出題趣旨で想定されている 2 つの構成のうち②である「必要な処分」で構成して適法とならないか検討しました。

2 (2) では、ポケットを「人の身体」に準ずる空間としましたが、これは「人の身体」そのものと言い切ってしまうのはリスクがあると考えたからです。出題趣旨を見ると、「身体」と言い切っている印象が強いので、もしかすると学者の先生方の間では「身体」に当たるという結論で一致しているのかもしれないですが、ロー入試の段階で、しかも他の科目も並行して学習しなければならない受験生がそんな学者レベルの細かいことを知る必要もないし知ることなどできないと思うので、「準ずる」という言葉を使って無難に乗り越えています。そして、社会通念上の相当性の当てはめでは、ポケットに手を入れることが大した有形力ではないことや、段階を踏んでいることに着目して、相当性を肯定しました。

これは基礎問の 16 問目と流れが似ていたもので、書きづらは感じませんでした。

#### 問題全体

科目としての難易度は例年通りかと思います。

(3科目通しての戦略)

私の場合は商法 45 分、民訴 35 分、刑訴 40 分という戦略でやっていました。

しかし、2022 年度は刑訴で書く量が少なかったため、他 2 科目を少し多めに書いています。商法は設問 2 つとも有名論点ではあるものの、簡単ではないのである程度時間はかかると思います。民訴でも問 1 は慶應でもよく出題される既判力でしたが、問 2 で権利自白が問われており、書く量も多く取りたいので刑訴と民訴の時間配分を入れ替えるのがちょうどいいかと思います。

やはり慶應は時間配分が合否を分けると言っても過言ではないほど時間配分が重要なので、過去問を 3 科目通して解くトレーニングが必要だと思います。