

憲法

第1. 違憲側の論拠

1. Xを法23条2項により処罰することは、Xの表現の自由（憲法21条1項）を侵害するとして違憲である。
2. 「表現の自由」とは、思想・意見・情報を外部に表明して他者に伝達する自由をいう。
Xが県議会委員会の審議の際に特定秘密指定を受けているプログラムの仕様の一部を示し、その危険性を訴える自由は、意見の外部的表明として21条1項で保障される。
3. Xに処罰規定を適用することは、Xの表現行為を理由として刑罰を課すことになり、上記自由に対する制約となる。
4. 違憲審査基準の厳格度は制約されている権利の性質や制約の態様を考慮して決定する。
表現の自由は、自己実現・自己統治の価値との結びつきが強く、とりわけ重要な権利であるし、表現行為を理由とする刑罰法規の適用は極めて強度な制約である。
そこで、Xに処罰規定を適用することの合憲性は、①目的が必要不可欠な利益の保護にあり②手段が目的達成のために必要最小限度のものであるかどうかで判断する。
5. 法は、国民の生命の安全や国家の安全の確保を目的としている（1条）ところ、これは必要不可欠といえるほど重要な利益の保護を目的としているといえる（①）。
しかし、特定秘密指定を受けているプログラムの一部とはいえ、それを開示しないことよりも、開示によって国民に周知させたほうがより国民の安全に資することもあるから、そのような秘密については規定から除外するというより制限的でない他の選びうる手段によっても目的を達成できるため、手段の必要最小限度性が認められない（②）。
したがって、国民にプログラムの仕様の一部を示して国民の安全を確保しようとするという、規定から除外されるべきXの行動に処罰規定を適用することは、Xの表現の自由を侵害するとして21条1項に反し違憲である。

第2. 合憲側の論拠

合憲側からは、Xに処罰規定を適用することは国民の安全保護のための間接的付随的規制にとどまるから厳格な審査基準を用いるべきではなく、との反論が考えられる。

第3. 私見

1. 合憲側の反論を採用し、Xへの処罰規定の適用は、①目的が重要であり、②手段に目的との間で実質的関連性が認められるかどうかで合憲性を判断する。
2. 目的は国家や国民の安全確保にあり、問題なく重要であるといえる（①）。
確かに、制御用コンピュータ・プログラムの欠陥について情報を提供することは国民の知る権利の保障にも役立つものであるため、国家や国民の安全確保という目的を阻害しないようにも思える。しかし、特定秘密の漏えいは一般的に国家の安全を大きく揺るがしうるものであるし、実際にXがプログラムの一部を開示した直後からサイバー攻撃が急増しているため、国家や国民の安全確保という目的を阻害するものである。
そして、Xのように秘密を漏らした者に刑罰法規としての法23条2項を適用することにより、他の者に特定秘密を漏らしてはいけないことを周知させるという一般予防的な効果があるため、目的の阻害を防止できるとして、手段適合性が認められる。
次に、開示する方がより国民の安全に資するものもあるという違憲側の主張も否定でき

ないが、具体的場合にそのようなものを個別に指定して許可を得たうえで表現行為を許すのは現実的でないし、国家が自己に都合の悪い意見の流通を妨害するという表現内容規制にもなりうるから、包括的に特定秘密を漏らしてはならないと規定することもやむを得ず、手段必要性も認められる。したがって、手段と目的の実質的関連性も認められる (②)。

3. 以上より、X に処罰規定を適用することは、憲法 21 条 1 項に反することなく合憲である。 以上

(コメント)

第1について 違憲にするつもりで答案を組み立てていくわけですが、ここでフルスケールに論じてしまうと第3で書くことがなくなるので、節約しながら論じていくことになります。基礎問でたくさん扱われているような法令違憲の形式を守りながら、一番違憲にしやすい厳格な審査基準を使っています。

第2について ここでも根拠をつけすぎると第3で書くネタがなくなるので、かなりコンパクトにしています。

第3について 厳格な審査基準よりは合憲にしやすい実質的関連性の基準を使っていますが、これよりも緩やかな基準を使うのは不自然すぎるので良くないです。

2(2)では、「確かに」以下で自分の見解に不利な意見も入れていますが、「しかし」以下でそれを論破するような構造にすることで自分の見解に説得力を持たせています。

あとは内容規制っぽいよねというそれらしいことを言って締めました。

科目としての難易度は例年通りくらいだと思います。

三者間形式は節約が鍵になってくるので、この形式が出た場合には節約を意識しつつ、攻めの姿勢も忘れないよう練習あるのみだと思います。私も未だ適切な配分をつかめていません。

民法

問題1 設問1

1. AのCに対する請求は、保証契約に基づく保証債務履行請求であり（446条以下参照）、この請求の要件は①主債務の存在②保証の合意③書面性④弁済期の到来である。
2. 以下、それぞれの要件について検討する。
 - (1) BはAから融資契約書により300万円を借り受けている（①）。
 - (2) Cは、上記融資契約書の保証人欄に署名・押印することで保証の合意をしているといえるから、保証契約が存在するようにも思えるが、CはBの借入金額が200万円であることを前提に保証契約を締結したにもかかわらず、BはCに無断で融資金額欄に300万円と記入している。このような保証契約は有効な合意があったものといえるか。
 - ア. 446条2項が保証に書面性を要求していることや、保証人が行為能力者でなければならぬ（450条1項1号）ことからすれば、法は保証人保護のために保証人に保証リスクの最大値を理解させようとして保証させることを目的としていると考えられる。そうすると、保証の合意後に合意があった金額に変化が生じた場合には、その上昇分については一種の無権代理として無効となる（113条1項）とすべきであり、保証の合意は認められない。
 - イ. Cが保証リスクの最大値として理解していたのはBとの合意があった200万円であり、実際に借り受けられた300万円については保証する意思がない。したがって、Bはその差額100万円について代理権がないにもかかわらずCに保証をさせた無権代理人であるとして、その効果はCに帰属しない（113条1項）。よって、AC間では200万円の限度で保証の合意がされている（②）。

また、Cの署名・押印の時点で保証契約が成立しているとするれば、448条2項によりCの責任は200万円の限度と構成できる（②）。
 - (3) そして、AC間の保証契約は融資契約書という書面によりなされている（③）。
 - (4) また、主債務の弁済期はすでに到来している（④）。
3. 以上より、Cの行為能力等に問題はなかった（450条1項1号）ことからしても、AC間の保証契約は200万円の限度で有効であるから、AはCにその限度で保証債務の履行を請求できる。

問題1 設問2

1. AのCに対する請求は設問1と同様である。保証の要件は上記①ないし④であり、このうち設問1と事情が異なるのは②のみであるから、②のみ検討する。
2. Bの借入れが事業目的であった場合、保証の合意の範囲に変化はあるか。
 - (1) 事業のために負担した貸金債務を主たる債務とする保証契約については、事前に公正証書で保証意思が表示されていないと効力を生じない（465条の6）。
 - (2) 主債務たるBの借入れは、Bの事業のためのものであるところ、Cは本問において融資契約書用紙によって保証契約を締結しているものの、公正証書による保証意思の表示がない。したがって、本問の保証契約は無効であり、②を満たさない。
3. よって、請求の要件を満たさないため、AのCに対する請求は認められない。

問題2 設問1

1. 小問(1)

(1) BのDに対する請求は、Dの不貞行為がBの「利益」を侵害したとして、Dの不法行為に基づく損害賠償を請求するものである。

(2) 以下、その要件を検討していく。

ア. Bは、DのAとの不貞行為により夫婦関係が悪化し、離婚(763条)に追い込まれたため、夫婦生活という「法律上保護される利益」を「侵害」され、精神的苦痛を負うという「損害」を被った。

イ. Dは、AからBと婚姻関係にあることを伝えられており、Bの上記利益を侵害することについて少なくとも「過失」があるとも思える。しかし、DはAからBとの婚姻関係について説明を受けた際に、夫婦仲が冷え切っており離婚調停中という説明も受けている。そうすると、裁判例の中に夫婦仲が冷え切っていた場合に不倫をした事案で加害者の「故意」や「過失」を認めなかったものもあることを踏まえれば、Dには「故意」も「過失」もないというべきである。

(3) したがって、Bの請求は認められない。

2. 小問(2)

(1) DはAに対し、共同不法行為者(719条1項)として連帯債務者間の求償権(442条1項)を行使することが考えられる。

(2) まず、AとDは互いに不貞関係にあったため、BのDに対する請求が認められる以上Aは問題なく共同不法行為者であるといえる。

(3) そして、「連帯債務者」の1人であるDがBに損害賠償債務の履行という「弁済」をし、「共同の免責」を得ている。また、連帯債務者ADの内部的負担割合は2分の1ずつである。

(4) したがって、Dは「各自の負担部分」である2分の1についてAに対して求償権を有するため、その行使が可能である。

問題2 設問2

1. AはBに対する財産分与(768条1項)が錯誤取消し(95条1項2号)により無効になった(121条)として原状回復請求権(121条の2)としての甲土地返還請求権を行使している。

2. AはBに甲土地を財産分与により譲渡する際に、それに伴い生じる税金についてBが全額負担すると考えて甲土地を譲渡しているものの、実際にはAが全額負担することとなっているから、Aには動機の錯誤(2号)がある。

(1) 「表意者が法律行為の基礎とした事情」「が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」(2項)といえるためには、その事情が表示を通じて相手方の了承を得ることで法律行為の内容となったことが必要である。

AはBに対して税金の負担について明示的にBが負担するものと表示していたわけではないから、その事情は「法律行為の基礎としたことが表示されていた」とはいえない。

(2) したがって、2000万円の税金の負担がBであるという「錯誤」がAを基準としても一般人を基準としても因果性が認められるとして「重要なものである」という事情があつ

ても、Aによる錯誤取消しは認められないから、Aの返還請求は認められない。

問題2 設問3

1. 小問(1)

- (1) この1番抵当権が有効であるためには、Bが行なった乙土地への抵当権設定登記の効力がCに帰属している必要がある。
- (2) Bは、未成年者(4条)Cの親権者(818条1項、3項)としてCの財産の管理等につき法定代理権を有する。BはCの法定代理人としての地位に基づきEのためにCの財産である乙土地に1番抵当権を設定している(369条1項)。
- (3) 仮にこの行為が利益相反行為(826条1項)に当たるのであれば、特別代理人の選任なしで行われた抵当権設定行為は無権代理(113条1項)として無効である。
- ア. 取引安全の観点から、「利益…相反」の有無は行為の外形から客観的に判断する。
- イ. BがCを代理して乙土地に抵当権を設定する行為は、外形から見ればCが所有する乙土地に抵当権がついただけであり、BC間に利益衝突はない。したがって、Bの行為は「利益…相反」に当たらない。
- したがってBの行為は法定代理権に基づく行為としてCに帰属する。
- (4) よって、Eのために設定された一番抵当権は有効である。

2 小問(2)

- (1) 抵当権の有効要件は小問(1)と同様である。
- (2) BがGの債務を担保するために乙土地に抵当権を設定する行為も、その外形から客観的に観察すると乙土地に抵当権が設定されるだけであり、BC間に利益衝突はないから「利益…相反」には当たらない。
- (3) しかし、Bの行為は代理権濫用として無効とならないか(107条)。
- ア. 親権者の広い裁量に鑑みて、法が代理権を授与した趣旨に著しく反する場合には、親権者の法定代理権の行使が代理権濫用となる。
- イ. 小問(1)では、借受人がBであり、レストランの経営がうまくいけばその子であるCの利益にも繋がるが、本問ではBは親しい友人Gの債務を担保するために乙土地に抵当権を設定している。これにより、Cは乙土地に価値下落という不利益を被るだけであり、このことは法が親権者に法定代理権を授与した趣旨に著しく反する。
- したがって、「相手方」HがBの代理権濫用目的について悪意または有過失であれば、Bの行為は代理権濫用として無権代理となり無効であるから、Cに効果帰属しない。
- (4) 以上より、Hのために設定された2番抵当権はHがBの目的について悪意または有過失であれば無効となる。 以上

(コメント)

問題1 設問1

ここでは保証の要件に引きつけて検討していくのですが、保証の合意の要件のところでは金額が変わったことを指摘して無権代理と構成してみました。

Cは200万円の保証については合意していたので、全部無権代理とするのではなく増加分のみ無権代理にしました。

問題1 設問2

ここでは事業債務の保証が問われていましたが、私が初見で書いたときには465条の6を見つけることができなかつたので、できなくても過度に心配する必要はないと思います。これは出題趣旨を答案化しただけなので、特に解説することはありません。

問題2 設問1

ここでは不法行為に基づく損害賠償請求権について問われましたが、小問(1)は不倫相手への請求の可否であり、DはAから騙されていたのであるので、夫婦仲が冷え切っていた場合に故意や過失を認めなかつた判例があつた気がするという程度の認識で裁判例を絡めて書きました。小問(2)では共同不法行為者が連帯債務者であるから求償関係あるよねというだけの話でした。出題趣旨に「夫の不法性が第三者よりも強いことが第三者の夫に対する求償権行使にどのような影響を及ぼすか検討することが求められる」とありましたが、これはAの不法性が強いから負担割合が変わるという話だと思ひます。こんな攻めたことを書けるわけがないので、これは無視しました。

問題2 設問2

ここではただの錯誤取消しについて問われていました。「表意者が法律行為の基礎とした事情」「が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」の解釈を書いて当てはめた結果それを満たさなかつたので、他の要件はあまり深く検討せずに締めました。

問題2 設問3

小問(1)では利益相反が問われていましたが、いきなりそれに飛びつくのではなく、帰属しているか→代理権ある→利益相反ではないか、というように順を追って検討していかないと論点主義の答案として印象が悪くなります。そして、外形から判断するという解釈を展開して当てはめて終わりました。

小問(2)でも外形から判断して利益相反にならなかつたですが、代理権濫用(107条)で切りました。

問題全体

科目としての難易度は例年通りか少し高めくらいかと思ひます。問題1の事業債務の保証など、早稲田の民法は長いし嫌な問題が多いですが、司法試験でも同じように細かい知識が問われることもあるそうなので、その練習と思ひて頑張ればよいと思ひます。

刑法

第1. 甲の罪責

1. 甲が素手でAの顔面を殴った行為に傷害致死罪（205条）が成立するか。

(1) 「傷害」とは、暴行等により他人の生理機能を害することをいう。

甲は素手で殴るという暴行によりAの意識を失わせており、これは「傷害」に当たる。

(2) もっとも、Aは、Aも知らない脳の病変があったために、甲の殴打で脳組織の破壊が生じて死に至っているところ、甲の行為とA死亡の間の因果関係はあるか。条件関係は問題なく認められるが、法的因果関係の存否が問題となる。

ア. 因果関係には、偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を画定するという機能があるから、法的因果関係の存否は行為の危険性が結果へと現実化したかどうかで判断し、行為の危険性は行為時に存在した全事情を基礎に客観的に判断する。

イ. 大人が素手で顔面を殴打する行為は、当たりどころによっては一発でも失神するおそれのある危険な行為であるし、実際に甲が一発殴っただけでAが倒れ込んでいることから、その危険性がうかがえる。そうすると、Aの脳の病変を前提に判断できる以上、甲のすでの顔面殴打という行為の危険性がAの死亡という結果へと現実化したとして、甲の行為とA死亡の間の因果関係も認められる。

(3) そして、傷害致死罪は二重の意味での結果的加重犯であるから、「暴行」の故意があれば足りる。

甲には少なくとも暴行の故意があるとして同罪の構成要件該当性が認められる。

(4) ここで、甲には正当防衛（36条1項）による違法性阻却の余地がないか。

ア. 「急迫不正の侵害」があるといえるためには、違法な法益侵害が現在し、または間近に押し迫っていることが必要である。

Aがいきなり素手で殴りかかってきたことにより、甲の身体の安全という法益に対する違法な侵害が少なくとも間近に押し迫っているといえるから、「急迫不正の侵害」がある。

イ. 「防衛するため」といえるためには防衛の意思が必要であり、もっぱら攻撃の意思であった場合にはこれが否定される。

甲はAの侵害に対して自分の身を守るためにAの顔面を殴っており、少なくとももっぱら攻撃の意思であるとはいえず、「防衛するため」に行為に及んでいる。

ウ. 「やむを得ずにした行為」とは防衛行為の必要最小限度性を意味している。

口論中にAがいきなり素手で殴りかかってきたことを考慮すると、甲が素手でAの顔面を殴ったことが妥当性を欠くとはいえず、武器対等の観点からも甲の防衛行為には必要最小限度性が認められ、「やむを得ずにした」といえる。

エ. したがって、甲の行為には正当防衛が成立し、違法性が阻却されるから、甲に傷害致死罪は成立しない。

2. 甲が倒れているAの腹部を踏みつけるなどした行為に傷害罪（204条）が成立するか。

(1) 「傷害」とは暴行等で他人の生理機能を害することをいう。

甲はAの腹部を踏みつけるという暴行により、Aの肋骨を骨折させるという生理機能障害を生じさせており、Aを「傷害」したといえる。

- (2) 甲の暴行と A の肋骨骨折の間の因果関係も当然に認められる。
- (3) 傷害罪は暴行罪 (208 条) の結果的加重犯であるから、暴行の故意があれば足りる。
甲には少なくとも A を暴行する故意が認められる。
- (4) ここで、上記 1 の行為と 2 の行為を一個の過剰防衛とみて、36 条 2 項を適用できないか。

ア. ①時間的・場所的近接性②侵害の継続性③防衛の意思の有無等から見て正当防衛の成立要件を満たす第 1 行為と満たさない第 2 行為の間に一体性が認められる場合、緊急状況下での責任減少という過剰防衛の刑の任意的減免の根拠が妥当するから、全体的考察により両行為を対象とした一個の過剰防衛が成立する。

イ. 甲の第 2 暴行は第 1 暴行の直後に行われているから、場所的にも時間的にも近接している (①)。しかし、A は第 1 暴行により意識を失っており、侵害は第 2 暴行の時点で終了している (②) し、甲が第 2 暴行に及んだのは A への怒りの気持ちからであり、防衛の意思はないに等しい (③)。

したがって、2 の行為に過剰防衛は成立せず、傷害罪が成立するのみである。

3. 甲が乙に頼んで A の財布を持ち帰って燃やさせた行為に、器物損壊罪の教唆 (261 条、61 条 1 項) 及び証拠隠滅罪の教唆 (104 条、61 条 1 項) が成立する。
4. 以上より、甲には上記 2 及び 3 の罪が成立し、3 の罪は 1 つの教唆行為により行われているから、責任主義の観点から観念的競合 (54 条前段)、これらと 2 の罪は併合罪 (45 条前段) となる。

第 2. 乙の罪責

1. 乙が A の内ポケットにあった財布を取り出して持ち帰った行為に窃盗罪 (235 条) が成立するか。

(1) A の財布は当然に「他人の財物」である。

(2) では、A の死亡によっても A の財布に対する占有は失われないか。

ア. 死者の占有は原則として認められないが、致死行為を利用して財物を取った者との関係では、死者の生前の占有の要保護性が認められ、占有が認められる。

イ. 乙は、甲が A を殺したことに乗じて A の内ポケットから財布を取り出して持ち帰っているから、致死行為を利用しているとして、A の占有が認められる。

(3) 「窃取」とは、占有者の意思に反して、財物に対する他人の占有を排除して、自己または第三者の事実的支配下に移したことをいう。

乙が財布を持ち帰ることについて A の明示的な意思には反しないが、他人に財布を持ち去られることを許容するはずがないから、A の合理的意思に反する。また、乙は A の内ポケットという高度なプライバシーが及ぶ占有が認められる場所から占有を排除して自己の事実的支配下に移しており、A の財布を「窃取」したといえる。

(4) 窃盗罪の成立には、故意に加えて権利者排除意思および利用処分意思を内容とする不法領得の意思が認められる必要がある。

乙には A の財布を持ち出す故意が当然に認められるし、A という権利者を排除する意思も認められる。では、利用処分意思は認められるか。

ア. 利用処分意思は、領得罪と毀棄罪の適切な区別のために、占有侵害の目的を財物の利

用可能性の取得に限定するための要件である。そこで、利用処分意思が認められるためには、財物から生じる何らかの効用を受ける意思が必要である。

イ。乙は、財布の中身を奪うというような目的ではなく、焼却目的で A から財布を奪っているから、財布から生じる効用を受ける意思がなく、利用処分意思が認められない。

(5) したがって、甲の行為に窃盗罪は成立せず、占有離脱物横領罪 (254 条) が成立するととどまる。

2. 乙が A の財布を燃やした行為に器物損壊罪 (261 条) が成立するか。

(1) A の財布は「他人の財物」である。

(2) 「損壊」とは財物の効用を害する一切の行為をいう。

財布を燃やすことは、財布としての利用を不可能にさせる行為であり、A の財布の効用を害するとして「損壊」に当たる。

(3) また、乙には A の財布を「損壊」することにつき故意も認められる。

(4) したがって、乙には器物損壊罪が成立する。

3. 乙の同行為に、証拠隠滅罪 (104 条) が成立するか。

(1) 物取りが A を殺害したように見せかけるために A の財布を持ち出して焼却することは、甲という「他人の刑事事件に関する証拠」の「偽造」にあたる。

(2) 乙には、証拠を偽造することにつき故意に欠ける事情もない。

(3) したがって、乙には証拠偽造罪が成立する。

4. 以上より、乙には占有離脱物横領罪及び上記 2 及び 3 の罪が成立し、これらは観念的競合 (54 条前段) として一罪となる。 以上

(刑法)

甲の罪責

まず傷害致死罪の検討の中で因果関係について論じましたが、条件関係は普通に認められるので法的因果関係に限って検討しています。

次に正当防衛も問題になりますが、要件に当てはめていくだけなので特に問題ありません。

暴行罪について先ほどの傷害致死罪の行為と 1 つにまとめて過剰防衛にできないかという論点が顕在化します。ここでは全然別の行為であるから 1 個の過剰防衛と捉えることはできないという結論にしました。

また、証拠隠滅罪の教唆についても書きましたが、出題趣旨に記載がなかったので「教唆」の定義から丁寧に検討する必要はないと思っています。

最後に罪数の検討です。罪名を記載せずに「2 の罪」や「3 の罪」と記載していますが、これは 2 で検討した罪ということで伝わるだろうと考えて使っている方法です。

乙の罪責

窃盗罪の検討では死者の占有が問題となります。

次に不法領得の意思が問題となります。

権利者排除意思は問題なく認められるのですが、利用処分意思は毀棄目的であったことから問題となります。結局認められないので占有離脱物横領罪が成立するととどまります。あとは細かい罪名ですが器物損壊罪と証拠隠滅罪を検討して罪数処理をして終わりです。

科目としての難易度は例年より低めかと思います。

刑法は民法ほど癖が強くないので、ここで安定して点数を稼ぎたいところです。

商法

第1. Aの会社に対する責任

1. 乙社代表「取締役」であるAは乙社に対して損害賠償責任（会社法（以下略）423条1項）を負うか。
2. 取締役は、「その任務」として「法令」遵守義務を負う（355条）ところ、ここでいう「法令」に本件条例のような会社を名宛人とする法令も含まれるか。
 - （1）会社が法令を遵守することは当然であるから、会社の手足として業務執行にあたる取締役も会社に法令違反をさせないという意味での法令遵守義務を負う。そこで、「法令」には会社を名宛人とする法令も含む。
 - （2）したがって、本件条例も「法令」に含まれるから、乙社の「取締役」であるAは「その任務」として、本件条例を遵守する義務を負う。
3. にもかかわらず、Aは取締役会において本件条例に反するような本件提案をすることにより、上記「任務を怠っ」ている。
4. 代表取締役であるAが本件提案をしなければ本件提案を内容とする議案が可決されることはなく、ひいては乙社食用乳製品加工工場内のタンクで増殖した細菌によるDの食中毒のための賠償金という乙社の「損害」が発生することもなかったのであるから、Aの任務懈怠「によって」乙社の「損害」が発生しているという相当因果関係も認められる。
5. そして、Aは本件提案が本件条例に抵触することを知りつつ提案をしているから、帰責事由も認められる（428条1項）。

したがって、Aは乙社に対してDへの損害賠償金相当額を支払う義務を負う。

第2. Bの会社に対する責任

1. 乙社の「取締役」であるBは、乙社に423条1項の責任を負うか。
2. 「取締役」である乙は、いかなる「任務」を負うのか。
 - （1）取締役会設置会社の代表権のない取締役は、監督機関たる取締役会(362条2項2号)の構成員たる地位に基づき、他の取締役の業務執行につき監視義務を負い、この義務は取締役会非上程事項にも及ぶ。
 - （2）Bは代表権のない取締役であるところ、代表取締役Aが本件条例に違反する本件提案をした際にそれをやめさせるという意味で、「その任務」として監視義務を負っていた。
3. そして、BはAの本件提案を阻止することもなく、むしろ本件提案に賛成することにより、上記「任務」に加え、善管注意義務（330条、民法644条）という「任務」も「怠っ」ている。
4. Bが監視義務を果たすことによりAに本件提案をやめさせ、自身もそれに賛成しなければ少なくともAとBの反対により「過半数」（369条1項）を下回り、本件提案は可決されず、乙社がDに損害賠償を支払うという「損害」が発生することもなかったから、Bの任務懈怠と乙社損害の間には相当因果関係としての「よって」という要件も認められる。
5. また、Bは食用乳製品製造加工工場の工場長を経験したこともあるのだから、本件条例の存在を当然に知っているはずであり、帰責事由（428条）も認められる。
6. したがって、Bも乙社に対してAと同様の責任を負う。

第3. Cの会社に対する責任

1. 乙社の「取締役」Cは、423条に基づく責任を負うか。
2. CもBと同様に監視義務や忠実義務（355条）、善管注意義務(330条等)を「その任務」として負う。
3. Cは、Aによる本件提案を阻止せず、賛成して可決させているから、上記「任務」を「怠っ」ている。
4. その結果として乙社はDへの損害賠償金相当額の「損害」を負った。
5. しかし、Cは本件条例の存在を全くしらず、このことはCが乙社の酪農部門の使用人出身であることからもうかがえる。

そうすると、Aが監視義務や忠実義務を果たしても、本件条例を知らない以上、正常に本件提案について判断することはできないから、Cの監視義務違反等と損害の間の相当因果関係は認められないし、仮に認められてもCには帰責事由がないといえる。

6. したがってCは428条1項により免責され、423条1項に基づく乙社への責任を負わない。

第4. AとBの債務の関係

AとBの乙社に対する責任は、連帯債務（430条）となる。 以上

(コメント)

出題趣旨ではABCそれぞれに分けずに一気に検討することが想定されていたようですが、私はそのようにすると崩壊的な文章を書いてしまうので分けて検討しました。

Aの責任

Aの責任では主に「法令」に会社を名宛て人とする法令も含むかという論点が問題となりますが、それ以外はただ要件を検討していただければ大丈夫かと思います。

Bの責任

BはAを監視する義務を負っていたのにそれを怠ったというようにしていますが、賛成したことが法令違反としてAと同じように構成することもできると思います。出題趣旨からするとむしろそちらが正解筋の可能性もありますが、さまざまな視点で検討した方が点数も伸びるだろうと考えてこの構成でいきました。

Cの責任

Cは他の取締役と違って法令違反について知らなかったもので、ABと違う結論になりそうだなという推測ができます。

ここでCの責任を切れるのは因果関係か帰責事由くらいしかないもので、そこで説得的な理由をつけてCの責任を否定しました。

AとBの債務の関係

最後にABの債務が連帯債務であることも触れました。

科目としての難易度は例年通りくらいかと思います。

時間が長いわけでもないのに検討事項は多いので、中央や慶應で必要な処理速度はここでも必要になるかと思います。

民事訴訟法

1. Y が後訴でなすべき主張について、前訴の既判力がどのように及ぶかで変わりうる。
2. 既判力とは、前訴確定判決の判断内容に与えられる後訴への拘束力をいう。

114 条 1 項に基づく既判力は、前訴確定判決の「主文に包含するもの」すなわち訴訟物の存否に関する判断に生じる。

本件前訴における訴訟物は X の Y に対する売買契約に基づく代金支払請求権であり、前訴は請求認容判決が確定しているから、それによって当該訴訟物が存在することに既判力が生じる。

3. 前訴確定判決の既判力で生じた既判力は、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾のいずれかの関係にあるときに限り後訴に作用する。

債務不存在確認の訴えは、代金支払請求権の反対形相であり、これらの訴訟物は同一であるとされている。そうすると、後訴の訴訟物が前訴と同じ X の Y に対する売買契約に基づく代金支払請求権であることから、同一関係を根拠として上記既判力が作用する。

4. 前訴判決の既判力は、前訴で対立した「当事者」（115 条 1 項 1 号）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。

既判力の作用のうち消極的作用により、後訴において既判力が生じている判断内容を争う主張が遮断される。では、既判力の基準時についてどのように解するべきか。

- (1) 既判力の正当化根拠は前訴での手続保障を前提とする自己責任にあるところ、事実審の口頭弁論終結時までの事由であれば当事者には主張の機会が与えられていたといえるから、これを基礎とした判決について自己責任を問うことが可能である。また、口頭弁論の一体性から弁論はその終結時点で全て等価値のものとして一体して判断される。そこで、既判力の基準時は事実審の口頭弁論終結時であると解する（民事執行法 35 条 2 項参照）。
- (2) 後訴裁判所は、X 及び Y から本件前訴の事実審の口頭弁論終結時である 2020 年 2 月 20 日において本件売買代金債権が存在することについて、それよりも前の事由が主張された場合にはそれを排斥しつつ、前訴判決主文中の判断に従って、後訴の基準時における訴訟物たる本件売買代金債権の存否について判断することになる。そうすると、当事者は前訴基準時後の事由であれば主張できることになる。

5. A が生前に相殺の意思表示をした場合

- (1) 確かに、Y が A から相続（民法 886 条 1 項、896 条）により取得した本件工事代金債権が、A が死亡する 2019 年 9 月 10 日より前に本件売買代金債権を相殺により消滅させるための自働債権に供されていたのであれば、そのことは前訴基準時である 2020 年 2 月 20 日より前の事由であり、既判力の遮断効により排斥されるようにも思える。
- (2) しかし、既判力の正当化根拠は、前訴における手続保障に基づく自己責任にあるところ、前訴で提出・主張することに期待可能性がない主張については、十分な手続保障が及んでいるとはいえず自己責任を問えないから、既判力により遮断されない。

したがって、Y が本件メモを発見したのが 2020 年 3 月 20 日より後であったことから、前訴においてそのことを主張することは期待できない。そうすると、例外的に基準時

前の事由であっても主張できるから、Yは相殺の主張をすべきである。

6. Aが相殺の意思表示をする前に死亡していた場合

(1) この場合にはYが自ら訴訟内で相殺を主張することになるが、その可否も期待可能性から判断する。

(2) 確かに、相殺権の行使が既判力により遮断されても被告は反対債権を失うわけではないから、例外的に基準時後の相殺権の行使を認める必要はないように思える。しかし、相殺の抗弁を理由とする請求棄却の確定判決には反対債権の喪失という被告の経済的出捐が伴う(114条2項)。そうすると、被告には前訴で相殺権を行使することを必ずしも期待できず、自己責任を問えるだけの手続保障が与えられているとはいえない。そこで、基準時前に相殺適状に達していた相殺権を基準時後に行使することは、既判力により遮断されない。

したがって、Yの相殺の主張は既判力により遮断されないから、相殺の要件を満たしていればYの相殺の主張が認められる。 以上

(コメント)

まず、3までは既判力の型にはめ込んで処理するだけで終わりました。

本問では基準時前の事由の主張や基準時後の相殺権行使が問題となっているので、4で基準時について示しました。

5から場合分けをして記述していくのですが、期待可能性の基準を使って記述していきます。

この基準は総まくりや基礎問でしっかりと解説されているものなので、自由に使いこなせるようにしたいです。

6の場合も期待可能性で処理してみました。(2)のものは基礎問にあった記載をほとんど丸写ししたようなものですが、このように基礎問はその問題だけでなく、事案が変わっても使える記述が豊富にあるので、使いこなせるようにすれば実力は確実に伸びます。

科目としての難易度は少し高めです。問題文が長いわりに使わなければならない事実があまり多くないので、その取舍選択が難しかったです。

刑事訴訟法

設問（１）

１．強制採尿ができるか

（１）カテーテル挿入による強制採尿は、相手方の意思を制圧して、その身体の安全や人格に制約を加えて強制的に採尿という捜査目的を実現する行為だから、「強制の処分」（197条1項但書）に当たる。

このような強制採尿は、身体への侵襲行為であり、精神的苦痛及び身体的な危険を伴うものである。

そこで、強制採尿は、①犯罪捜査上真にやむを得ないと認められる場合に限り②最終手段として③適切な法律上の手続きを経て④被疑者の身体の安全とその人格保護のため十分な配慮が必要である。

（２）覚醒剤自己使用の罪は犯罪として重大であるし、秘密裏に行われるという性質上、採尿をして証拠を保全しなければ当該犯罪の証拠を入手することは著しく困難である。また、Xが尿の任意提出を拒否していることから強制採尿は犯罪捜査上やむを得ないことである（①）し、最終手段として行われるものである（②）。したがって、Kが令状請求や呈示などの適切な法律上の手続きを経た（③）うえでXの身体や人格保護に十分な配慮をしていれば（④）、Xから強制採尿することが可能となる。

２．必要な令状

強制採尿は尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為であり、搜索・差押えの性質を有するから、搜索差押許可状によるべきである。

ただし、強制採尿は身体への侵入を伴い人権侵害のおそれがある点で検証としての身体検査と共通の性質を有するから、218条6項の準用により、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠である。

もっとも、この令状の記載要件の趣旨は、強制採尿が医師により医学的に相当な方法で行われることを担保するところにあるから、医師により医学的に相当と認められる方法により強制採尿が行われたのであれば、令状の記載要件の不備は強制採尿の適法性を損なわない。

設問（２）

１．強制採血ができるか

（１）強制採血も当然に「強制の処分」に当たるものの、対象者から同意を得ずに注射器を用いて強制的に血液を採取することは、身体内部への侵襲は通常軽微であるし、生理現象を他人がコントロールするという面も小さい。もっとも、軽微ではあれ必然的に身体侵襲を伴い、感染症のリスクもある。そこで、犯罪が重大であり、かつ医学的に適切で安全性を保証される方法・手順が履践されていれば強制採血も可能である。

（２）Yは酒臭を漂わせ、ろれつの回らない口調であったところ、この状態で運転することは周囲の人間を巻き込んで死に至らしめる可能性もある危険運転致死傷罪等を引き起こし得るし、実際に電柱に衝突しているから道路交通法等にも違反する重大な犯罪を犯している。

そこで、Lが医師をして医学的に適切で安全性を保証される方法・手順を履践させてい

れば強制採血も可能である。

2. 必要な令状

血液は尿のように排出を待つみの老廃物とは異なり、血液は生命の維持に不可欠の構成要素であるから差押えには馴染まない。そこで、採血が鑑定目的行われることに着目し、鑑定処分許可状（225条3項）によるべきである。もっとも、鑑定処分許可状では直接強制ができない（139条参照）ため、身体検査令状（218条1項後段）も併用すべきである。

以上

（コメント）

設問（1）

強制採尿が強制処分に当たることは明白なので、わざわざ規範を立てる必要性は感じませんでした。そして、強制採尿に関する規範を立てて当てはめました。

令状についても総まくり講座で扱ったものをほとんど丸写しして終了しました。

この問題は知らないとい死レベルの分野なので、穴のない学習をしなければならないです。

設問（2）

強制採血については総まくり等で扱っていなかったなので基本書を参考にしましたが、現場思考でもなんとか捻り出せるレベルのものだと思います。というのも、強制採尿の規範を少しイジればとりあえずの形にはなるからです。また、この分野自体受験生もあまり書けないはずなので、くらいつけば何とか合格レベルの答えは書けるかと思います。

問題全体

科目としては、強制採尿や強制採血というロー入試では見たことのない出題だったため、かなり難しかったです。ただ、先ほど申し上げた通り、受験生みんな書けないと思うので、わからない問題が出たらとにかく知っていることを応用して何かしら書きましょう。