

平成26年司法試験論文式試験問題出題趣旨

【公法系科目】

〔第1問〕

本年の問題は、職業の自由に対する制約の合憲性に関する出題である。このテーマに関連する判例に関しては、法科大学院の授業においても、十分に学んでいると思われる。関連する判例それぞれを外在的にではなく、内在的に理解し、判例の動向を的確に捉えた上で、それらを主体的に検討して判断枠組みを構築し、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが求められている。本年の問題でも、定型的・パターン的・観念的な答案は求められていない。

問題となっている条例の規制目的は複合的である。したがって、その違憲性（合憲性）判断の根幹は、規制目的をいわゆる消極目的と見るとか、それとも積極目的と見るとかという点にあるのではない。規制目的が複合的である場合に、その違憲性（合憲性）をどのように判断するのかという点にある。したがって、単純に、原告側主張で消極目的の条例とし、被告側主張で積極目的の条例として論じることは、問題の核心を見誤っている。その意味において、本年の問題では、単純に規制目的二分論を用いて答えを導き出すことはできない。近時、登記手続代理業務を司法書士以外の者に禁止している司法書士法の合憲性をめぐる判決（最三判平成12年2月8日刑集54巻2号1頁）や、農業災害補償法が定める農業共済組合への「当然加入制」の合憲性をめぐる判決（最三判平成17年4月26日判例時報1898号54頁）のように、判例も規制目的二分論に言及することなく判断している。また、酒類販売業免許制をめぐる判決（最三判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁）では、租税の適正かつ確実な賦課徴収という第三の目的の存在が示されてもいる。これらの判例も踏まえつつ、複合的な規制目的をめぐり、条例の違憲性（合憲性）を、どのような判断枠組みの下で、どのように判断するのかが問われている。

そして、仮に職業の自由に対する制約の合憲性を判断する際に、薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）の判断枠組みを参考にして検討するとしても、その判断枠組みが「中間審査の基準」（厳格な合理性の基準）を採用した判決と解するのか、それとも事実に基づいて個別的・具体的に審査した結果、違憲という結論も導かれる「合理性の基準」を採った判決と捉えるのか検討する必要がある。また、積極目的規制の場合に「明白の原則」と結び付いた「単なる合理性の基準」を用いる見解を採ったとしても、その「明白の原則」が法令の合憲性審査を全く排除するものであってよいのかが問われる。さらに、本年の問題では、タクシー会社や運転手の「人格的価値」の実現のための新規参入が問題となっているものではないし、許可要件には主觀的要件と客觀的要件が混在している。したがって、ドイツ流の段階理論を用いれば自動的に答えが導き出せるというものでもないし、利益衡量論であるドイツ流の比例原則で答えを導き出そうとするならば、どのような利益の衝突をどのように衡量するのかを個別的・具体的に示す必要がある。

本年の問題では、職業の自由を規制し得る政策的目的が何を意味するのかも問題となる。生存権の保障と関連する「経済的弱者の保護」のための政策遂行目的に限定されるのか、それとも、「経済的弱者の保護」を超えて、より広く「国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進」等のための政策遂行目的も含むのかである。本年の問題では、地域の企業や業者の保護あるいは優遇・優先策、そして観光の振興であるが、それぞれがどのように位置付けられるかである。さらに、それぞれの目的を達成するための規制手段の合憲性についても検討する必要がある。政策的目的を達成するために、どこまで競争制限的手段が認められるのかである。本年の問題では、地域のタクシー会社を保護するために同じく経済的「弱者」といえるタクシー会社の新規参入を規制することの合憲性が問題となる。その際には、参入規制による消費者利益

の侵害も考慮して、その合憲性を検討する必要がある。

また、本年の問題では、条例の目的として、乗客の安全の確保が挙げられている。この点は、交通死傷事故の発生をできるだけ防止することによって達成される。そこで問題となるのは、一般的にいえば、自由と安全のバランスである。交通死傷事故の防止という目的のために、リスクを排除する全ての手段を探ることができるのか；条例が定めるそれぞれの主観的要件及び客観的要件は、その目的にとって必要不可欠な規制といえるのか、それとも過剰な規制なのか、具体的に検討する必要がある。

上記に加えて、条例の目的として、乗客の安心の確保という主観的要素に関わるものも挙げられている。当該目的の憲法論としての位置付けを検討し、その達成手段の合憲性を個別的・具体的に検討する必要もある。乗客を安心させるために全てのタクシーにAEDを搭載することまで必要なのか；市営の路線バスの場合にはAEDの搭載が義務付けられていないようなのに、なぜタクシーには搭載を義務付けてもよいのか；乗客の安心の確保という目的は市や県の政策なのに、タクシー会社の経費負担で目的を達成しようとするることは認められるのかなどについて、検討することが求められている。

〔第2問〕

本問は、Aが、採石法（以下「法」という。）に基づく採取計画の認可申請に当たり、B県の要綱に従い、岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置に係る保証（以下「跡地防災措置」及び「跡地防災保証」という。）をC組合から受けたが、認可直後に保証契約を解除した事案における法的問題について論じさせるものである。論じさせる問題は、要綱どおりの保証を受けずになされた認可申請に対する拒否処分の可能性（設問1）、Aに採石をやめさせる処分の可能性（設問2）、及び、当該採取計画に係る採取場の周辺に森林を所有し林業を営むDによる義務付け訴訟の可能性（設問3）である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、法及び法施行規則の趣旨を読み解いた上で、各種処分の適法性及び義務付け訴訟の訴訟要件を論じる力を試すものである。

設問1では、法及び法施行規則の関係規定、跡地防災保証を定める要綱、及び認可申請拒否処分の関係を的確に論じなければならない。まず、法第33条の4が採石認可に関する都道府県知事に裁量をどの範囲で認めているかについて、採石認可に係る法及び法施行規則の規定並びに採石認可の性質を踏まえて論じることが求められる。法第33条の2第4号・第33条の3第2項・法施行規則第8条の15第2項第10号は、跡地防災措置につき定めるものの、いずれも跡地防災保証については明示していないが、法第33条の4が「公共の福祉に反すると認めるとき」という抽象的な要件を規定していること、採石業及び跡地防災措置の実態に鑑みて跡地防災保証の必要性が認められ得るが、その必要性の有無や程度は地域の実情によって異なり得ることなどに着目して、跡地防災保証を考慮に入れて認可の許否を決する裁量が都道府県知事に認められないか、検討することが求められる。次に、本件要綱の法的性質及び効果について、上記の裁量を前提とした裁量基準（行政手続法上の審査基準）に当たると解することが可能であり、裁量基準としての合理性が認められれば、必要な書類の添付を求めることが適法といえないか、検討することが求められる。ただし、法規命令と異なり、裁量基準としての要綱により申請者に一律に義務を課すことはできないことを踏まえて、岩石採取に当たり跡地防災保証を求め、さらにC組合という地元の特定の事業者団体を保証人とする要綱の定めがどの程度合理性を有し、逆にどの程度例外を認める趣旨か、検討しなければならない。以上を前提として、Aの事業規模や経営状況等の事実関係に即して、C組合による跡地防災保証をAに対する採石認可の要件とすることの適法性を論じることが求められる。

設問2では、B県知事がAに岩石採取をやめさせるために採り得る処分について、法の関係規定に照らして多面的に検討しなければならない。まず、法第33条の12第1号・第2号に

関して、跡地防災保証は採取計画に定めるべき事項とはされていないものの、保証を前提として採取計画が認可されているという本件の事実関係に照らし、保証契約の継続が認可の「条件」に当たり、又は「採取計画」に含まれるといえるか、また、同条第4号に関して、Aが当初から契約を継続する意思なく保証契約を締結し、本件認可の1か月後に保証契約を解除したことが、「不正の手段により……認可を受けたとき」に当たるか、そして、法第33条の13第1項に関して、本件の事実関係の下で「岩石の採取に伴う災害の防止のため緊急の必要がある」と認められるかについて、検討することが求められる。さらに、認可要件を事後的に満たさなくなつたことを理由とする認可の撤回が、法に直接明文の規定がなくても可能か、また、可能であるとしても、本件の事実関係の下で、本件認可の撤回によってAが被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるかについて、検討することが求められる。その際、法第33条の12が全体として一定の命令違反等を認可の撤回の要件としていることとの関係も考慮すべきである。

設問3は、非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法第3条第6項第1号）に関する基本的な理解を問う問題であり、本件の事実関係の下で、Dの訴えが行政事件訴訟法第37条の2に規定された「一定の処分」、「重大な損害を生ずるおそれ」、「損害を避けるため他に適當な方法がないとき」等の訴訟要件を満たすか否かについて検討することが求められる。特に、Dに原告適格が認められるか否かについては、法第33条の4が林業の利益を損じると認めるときは認可をしてはならないと規定していること、Dは本件採取場から10メートル下方に森林を所有して林業を営んでおり、跡地防災措置が行われなければ土砂災害により所有権及び林業の利益が損なわれるおそれがあることなどを踏まえて、検討することが求められる。

なお、受験者が出題の趣旨を理解して実力を発揮できるように、本年も各設問の配点割合を明示することとした。

【民事系科目】

〔第1問〕

本問は、AがCから賃借した建物が最新の免震構造を備えているとして賃料が高く設定されていたのに、そうではなかったことが判明し、Aがその後の賃料の支払を拒絶した事例（設問1）、Aが死亡し、その妻Bが直接の加害者Eの使用者であるDとの間で、B及びBの妊娠中の胎児がAの相続人であることを前提として和解契約を締結したが、その後Bが流産をした事例（設問2）、丁土地上に丙建物が存在していた場合において、丁土地の持分が順次GからHに譲渡され、丙建物がCからKに譲渡された事例（設問3）に関して、民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である。当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、その前提として、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などが試される。

設問1は、賃貸借契約における解除の要件を問い合わせ、賃借物が約定された性質を有しないことの法的意味を検討することにより、法的分析力及び法的構成力を問うものである。

本問では、Cは、Aに対して、賃料の不払を理由としてAとの賃貸借契約を解除する旨の意思表示をしている。したがって、まず、この解除は、民法第541条に基づき、Aの債務不履行を理由とするものであることが指摘されなければならない。この解除については他の要件も必要となるが、必ずしもその網羅的な指摘及び検討を求めるものではない。

これに対して、Aは、賃料は、本来、月額20万円であるはずなのに、既に2年間、毎月25万円をCに支払ってきたため、120万円を払い過ぎた状態にあり、少なくとも今後6か月分の賃料は支払わなくてもよいはずであると主張している。この主張は、Aに債務不履行は認められないという趣旨のものであるとみることができる。

問題は、このAの主張を基礎付けるために、どのような法的構成が考えられるかである。こ

こでは、①賃料は月額20万円であり、2年間にわたって毎月5万円ずつ賃料を払い過ぎた分については不当利得返還請求権が認められ、それと今後6か月分の賃料とを相殺するという方法と、②賃料は月額25万円であるものの、AはCに対して月額5万円の損害賠償請求権を有しており、それと今後6か月分の賃料とを相殺するという方法が考えられる。①の主張をするためには、毎月の賃料が当初から20万円であったことを法的に説明しなければならず、②の主張をするためには、Aは毎月5万円の損害を受けてきたほか、今後6か月分の賃料についても、毎月25万円の賃料債務を負担しつつ、毎月5万円の損害賠償を請求することができるので、これらを含め、相殺することが可能であることを説明しなければならない。賃貸借契約の性質に照らすならば、①の方が②よりも素直な構成であり、また、設問におけるAの主張により整合的であるといえる。しかし、必ずしも②の考え方を排除する趣旨ではなく、整合的で首尾一貫した法的構成を案出し、これが的確に提示されていれば、それに応じた評価をすることとしている。

①の主張を基礎付けるためには、契約上予定された物を使用収益させてはじめてそれに対応した賃料が発生するという賃貸借契約における一般的な法理や危険負担の法理によるほか、民法第611条第1項を類推する方法などが考えられる。そこでは、前提となる法理や規定の意義と射程を正確に説明し、当初から賃料が減額されることを基礎付ける必要がある。このほか、契約の解釈による方法も考えられるが、この場合は、そのような契約の解釈が許される根拠を的確に説明する必要がある。さらに、錯誤無効を理由とする方法も考えられるが、この場合は、毎月5万円の限度で契約が一部無効となることを説得的に基礎付ける必要がある。

②の主張を基礎付けるためには、最新の免震構造を備えた物を使用収益させるという債務の不履行や説明義務の違反を理由とする損害賠償のほか、瑕疵担保に関する規定の準用（民法第559条による同法第570条の準用）による損害賠償が考えられる。そこでは、Cの債務の内容を正確に理解した上で、損害賠償請求の要件が何であり、それが満たされているか否か、損害額が5万円とされる理由は何かという点について説得的に論じる必要がある。

このように、Aの主張を基礎付けるための法的構成は複数考えられるが、そのいずれかについて、根拠・要件・効果にわたり、説得的で一貫した考え方を提示し、本問の事例に即した検討をすることが期待されている。複数の法律構成を羅列することが求められているわけではない。

いずれの法的構成によるとしても、Aに債務不履行が認められないとするためには、AがCに対して有している債権と賃料債権を相殺する必要がある。したがって、下線部のAの主張には相殺の意思表示が含まれていることも検討しなければならない。

設問2は、被相続人の損害賠償請求権の相続について、胎児の法的地位の理解を前提として、和解契約の法的な意味と効果、法的拘束力の範囲について説得的かつ整合的に説明することができるかを問うものである。

小問(1)は、Dに対するAの損害賠償請求権がどのように相続されるかを確認するものである。DがAに対して民法第715条により使用者責任を負担することを前提に、Aの損害賠償請求権がどのように相続されるかを踏まえ、本件胎児の死産によりAの相続人となったAの兄FがDに対してどのような請求ができるかを問うものである。

小問(2)は、Bが流産したことによって本件和解契約がどのように扱われるかを考え、DのBに対する請求の根拠及び内容を検討させる問題である。胎児の相続に関する法的地位について規定した民法第886条について、解除条件説を前提とすれば、契約締結の時点では権利能力がある胎児について和解がされたことになるのに対し、停止条件説を前提とすれば、当初から権利能力がない胎児について和解がされたことになる。こうした胎児の法的地位を踏まえて、本件和解の効力がどのようになるのかを説明することが求められる。その際、和解契約が効力を失うとすれば、それはどのような理由によるのか、さらに、どの範囲で効力を失うかについ

て説明することが求められている。例えば、解除条件説によれば、解除条件が成就したことにより、停止条件説によれば、停止条件が成就しなかった結果、権利能力がない者についての代理であることをそれぞれの構成に即して適切に説明することが問題となる。このほか、錯誤無効も考えられるが、和解契約における錯誤無効の主張の可否のほか、流産は契約締結後の事情であるため、そもそも契約締結時に錯誤が存在するか否かが問題となる。また、本件和解契約は、Dが負担する損害賠償責任を総額8000万円とする部分とそれをAの相続人にその相続分に応じて分割するという部分からなると考え、本件胎児の死産によりFが相続人となった場合についても、本件和解契約の趣旨に照らして一定の定めがあるものと解釈することも考えられる。

小問(3)は、小問(2)の結論を踏まえて、Bからどのような主張が考えられるかを検討させるものである。ここでは、小問(2)の内容と整合的に論旨を展開することが期待されている。小問(2)で胎児の分である4000万円の不当利得返還請求を認めた場合には、本件和解が一部有効に存続していることを前提に、Bの法定相続分が4分の3となることを踏まえて、どのような主張をすることができるか、また、小問(2)で8000万円の不当利得返還請求を認めた場合には、本件和解契約の効力が否定されたことを前提に、Bは新たにどのような主張をすることができるかを説明することが求められる。

なお、小問(2)及び(3)においては、本件和解がいくつの契約からなるか、本件和解は何について互譲したものであり、どの点についての拘束力を維持する必要があるかなど、和解契約についての分析がされることが望ましい。

設問3は、民事紛争において理論上も実際上も重要度が高い所有権に基づく返還請求権の基礎的理解を問うものである。所有権に基づく返還請求権の要件の基本的構造を理解した上で、それを本問の事例に即して展開し応用する能力が問われる。

丙建物の収去請求及びその敷地の明渡請求における訴訟物は、一般に、所有権に基づく返還請求権であると解されており、Hが丁土地を所有していること及びKが丙建物を所有して丁土地の一部を占有していることが要件となる。具体的には、下線部①②③④の各事実が原告の所有に関わる事実であり、下線部⑤⑥が被告の占有に関わる事実である。これらの事実の法的な意義を踏まえて、本問の原告であるHが被告であるKに対し、所有権に基づく返還請求権行使して、丙建物の収去及びその敷地の明渡しを請求することができるかという問題を適切に検討することが期待される。

本問では、平成24年夏頃当時、丁土地が、Gの持分を3分の2とし、Hの持分3分の1とする共有であったことについては争いがないとみられるため、そのままの権利状態であったとしても、丙建物の収去請求及びその敷地の明渡請求は、共有地である丁土地の保存行為であり、Hが単独でできる（民法第252条ただし書）。もっとも、これとは異なる法的構成として、実体的にGからHへの持分の移転があったと認められる場合において、そのことも主張してHの所有権に基づく返還請求権の行使を認めるという考え方もあり得る。しかし、いずれにおいても、Kは、丁土地の不法占拠者であり、一般に民法第177条の第三者には当たらないと解されているため、その持分の移転をその登記がされるまで認めない旨の権利抗弁を提出することはできないと考えられる。

下線部の事実のうち①②③④については、これらのいずれかの法的構成を提示した上で、それに従って、その法律上の意義を的確に分析することが望まれる。

また、丙建物の収去請求及びその敷地の明渡請求が認められるためには、Kが丙建物を所有して丁土地の一部を占有することも要件となる。Kが丙建物を所有して丁土地の一部を占有しているといえるためには、まず、丙建物が存在する場所が丁土地であることが前提となる。そして、Kが実体上丙建物の所有者であることが認められるならば、Kが丙建物を所有して丁土地の一部を占有していることになる。これは、Kの実体上の建物所有が登記上公示されている

か否かに関わりなく認められる。

下線部の事実のうち⑤⑥については、このような理解に従って、その法律上の意義を的確に分析することが望まれる。

[第2問]

本問は、非公開会社である甲社において、適法な選任手続を経ずに代表取締役の就任登記がされた者がした行為に関し、株主総会及び取締役会の適正な手続を経ることなく行われた募集株式の発行の効力（設問1）、取締役会の決議を経ることなく、また、権限を濫用して、多額の金銭の借入れを行った場合の甲社への効果の帰属（設問2）、一連の行為に関する株主代表訴訟による責任追及の可否及び範囲（設問3）について、事案に即して検討することを求めるものである。

設問1では、新株発行の無効の訴えの提訴期間を経過した後の時点において、瑕疵のある募集株式の発行の効力を争う方法とその法律関係を、事案に即して論ずることが求められる。

本問では、甲社における平成24年6月の本件株式発行については、検査役の調査に代わる弁護士の証明等を受けて現物出資財産の給付が完了しているものの、その時点において、代表取締役として登記されたEは、そもそも取締役としての株主総会の選任決議を欠き、代表取締役としての取締役会の選定決議も欠いており、これらの手続に瑕疵が認められる。また、甲社は、問題文別紙の履歴事項全部証明書によれば、株式の譲渡について取締役会の承認を要する旨の定款の定めを有しており、このような非公開会社では、募集株式の発行は、株主割当ての場合を除き、株主総会の特別決議による必要がある（会社法第199条第2項、第201条、第309条第2項第5号）。しかし、甲社においては、全ての株主が会した席上で、400株の募集株式を発行してその全部をEに割り当てるについて、株主に対して賛同を求めた経緯は認められるが、株主のうち、Cはこの提案に反発して退席し、Aも賛成の意思表示はしておらず、招集手続についての瑕疵が治癒されたと評価する余地があるとしても、それを越えて全ての株主が賛成したという事実までは認められない。

この場合に、本問では、平成26年4月の時点では、本件株式発行がされた平成24年6月10日から既に1年を経過した後であるため、新株発行無効の訴えを提起することはできない（会社法第828条第1項第2号括弧書き）。そこで、本件株式発行の効力を争うためには、訴えの提起について期間制限のない新株発行不存在確認の訴え（同法第829条第1号）を提起することの可否が検討されるべきである。

新株発行不存在確認の訴えは、法文上、どのような場合に募集株式の発行が「不存在」であるかが明らかでなく、不存在の意義を解釈により明らかにした上で、本問の事案に即して当てはめることが必要になる。前述のとおり、本件株式発行に関しては、その発行手続について、Eの取締役への選任手続及び代表取締役への選定手続に瑕疵があり、本件株式発行は代表権のないEによって行われたものであること、また、本件株式発行について株主総会の特別決議を欠くことなど、諸手続に重大な瑕疵があり、これらは本件株式発行を不存在と認定する事情として指摘されるべきである。他方、本件株式発行の実体を肯定し得る事情としては、本件株式発行の対価について現物出資財産の給付がされ、登記が完了していることや、代表取締役Aが、Eについて代表取締役として行動することを容認した上で、役員変更の登記申請を行い、Eが「副社長」という肩書で対外的に活動することを認めていたことなどが挙げられる。

なお、本件株式発行の効力について、新株発行不存在確認の訴えを認容する判決が確定した場合の法律関係としては、現物出資財産の返還を含めた原状回復の在り方が問題となるが、新株発行無効の訴え（会社法第839条）と異なり、新株発行不存在確認の訴えについては、遡及効を否定する規定がない。そこで、本問では、現物出資財産に不動産としての収益が生じているため、新株発行無効の訴えについての同法第840条を類推して原状回復の範囲を限定す

る立場と、新株発行無効の訴えとは異なり、不当利得についての規律（民法第703条、第189条等）の適用による解決を図る立場のいずれかによることが検討されるべきである。他方、新株発行不存在確認の訴えが認容されない場合の法律関係としては、既存株主であるCは、本件株式発行によって持株比率の低下（単独の持株比率が10%から約6%に低下するほか、Aの有する株式数と合わせても発行済株式総数の過半数を占めることができず、会社の支配に及ぼす影響力が低下する。）という損害を受けるので、この損害の賠償を会社法第429条第1項又は不法行為責任に基づき請求することが考えられる。

設問2では、適法な選任手続を経ずに代表取締役の就任登記がされたEが、取締役会の決議を経ることなく、また、権限を濫用して行った本件借入れに関し、その効果が甲社に帰属するかについて、事案に即して適切に論ずることが求められる。

本件借入れに係る借入金の返還請求を主張するHの立場では、①代表権のあるEによる行為であること、②Eに代表権がないとしても、Eは「副社長」という肩書を付されていた点で表見代表取締役についての規定（会社法第354条）を類推適用することができること、③Eに代表権がないとしても、故意に不実の事項を登記した場合の効果（同法第908条第2項）が認められることを、それぞれ主張することが考えられる。これらのうち、②については、Eは使用人にすぎず、取締役の地位にないため、同法第354条を直接適用することはできないが、本問では、A及びDがEに「副社長」の肩書で対外的に活動することを認めていたという経緯があり、「株式会社が…副社長その他株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合」（同条参照）に該当すると評価して、同条の類推適用を主張することが考えられる。また、③については、Eの選任手続に瑕疵がある関係で、甲社による不実の事項の登記があったと評価できるかが問題となり得るが、代表権のあるAが、自らEの代表取締役への就任登記を申請していることから、甲社により不実の事項の登記がされたものと評価する余地があり、これらの点について事案に即して検討する必要がある。

他方、借入金の返還請求を否定する甲社の立場としては、上記①に対してEの選任手続に瑕疵があることを主張し、上記②③に係る瑕疵についてHに悪意又は重過失があったことを主張するほか、④本件借入れは甲社にとって多額の借財（会社法第362条第4項第2号）に該当するところ、その取締役会の決議を経ておらず、かつ、Hは取締役会の決議を欠いていることを知り又は知ることができたこと、⑤本件借入れは、甲社の事業上の必要性によるものではなく、Eの個人的な思惑によるものである点で、権限濫用行為に該当するところ、Hはこれを知り又は知ることができたことを主張することが考えられる。上記④については、本件借入れが、甲社の年商に匹敵する額であり、1株当たりの純資産額から算出される甲社の純資産の額などに照らしても「多額の借財」に該当すると認められることを、具体的な事実を示して指摘することが求められる。そして、Hが甲社の取締役会の決議を欠いていることにつき、悪意であるとまでは評価することができないとしても、取締役会議事録等の確認をしなかった経緯をどのように評価するかについて、言及されるべきである。上記⑤については、Eは、Hに対し、借入金を私的な使途に充てることを疑わせるような事情を説明してはいないが、使途についての説明が曖昧であったという経緯があり、このような事実関係の下で、Hが権限濫用を知り又は知ることができたといえるか否かにつき、事案に即して論ずることが求められる。

設問3では、Cが株主代表訴訟を提起する場合に関し、Eに対しては、本件借入れ及び本件貸付けの結果甲社に生じた損害に関する任務懈怠責任を追及し、また、Eが相続により承継した本件土地の所有権移転登記義務の履行を請求することができるか、Dに対しては、Eの任務懈怠責任に関連したDのいわゆる監視義務違反の結果甲社に生じた損害に関する任務懈怠責任を追及することができるかについて、それぞれ事案に即して法的問題点を論ずることが求められる。

Eに対する株主代表訴訟においては、まず、Eが適法な取締役選任手続を経ておらず、実体

法上は使用人の地位にあるにすぎない点が問題となるが、代表取締役として行動している一連の経緯に照らし、事実上の取締役に該当するなどとして、会社法第423条第1項の類推適用によりEの任務懈怠責任を肯定する余地がある。この場合に、Eの任務懈怠の内容としては、本件借入れによる債務の負担及び本件貸付けによる貸付金の回収不能という具体的な損害と直接の因果関係を認め得るEの任務懈怠が指摘されるべきであり、本件借入れ及び本件貸付けについて、多額の借財及び重要な財産の処分として必要となる取締役会の決議を欠いていることを指摘することも求められる。また、EがFから相続した甲社に対する所有権移転登記義務については、そのような債務も株主代表訴訟の対象とすることが認められるか否かが問題となる。Eの所有権移転登記義務は、取締役間のなれ合いによる請求の懈怠のおそれがあるという点では、任務懈怠責任と共に通の問題点を有しているが、他方、Eが取締役の地位に基づき負担した義務ではなく、相続を原因として承継した債務であること、法律上、甲社がEに対して移転登記請求権行使することは当然としても、この権利を株主代表訴訟によって実現することを認めると、甲社における取引上の裁量的判断を制約することになりかねないが、そのような結論は妥当かなどの観点も踏まえて検討することが求められる。

さらに、Dに対する株主代表訴訟においては、Dの取締役の退任登記はされているが、Eが適法な取締役選任手続を経ていないため、甲社において、A及びCだけでは法律で定められた取締役の員数（会社法第331条第4項）を充たしておらず、任期満了により退任したDがなお取締役としての権利義務を有する地位にあること（同法第346条第1項）を前提に論ずることが必要である。その上で、Dは、Eによる本件借入れ及び本件貸付けに際して、Eからあらかじめ相談を受けながら、「やめた方がよいのではないか。」と述べるだけで、積極的に違法な借入れ及び貸付けの実行を制止するために適切な措置を講じていないが、この点について、損害と因果関係のある任務懈怠として、Dの監視義務違反が認められるか否かを事案に即して検討することが求められる。

[第3問]

本問は、不法行為に基づく損害賠償請求事件を題材として、訴訟上の和解に対する表見法理の適用（設問1）、訴訟上の和解についての訴訟代理人の代理権限の範囲（設問2）、予測できなかった後遺障害の主張と訴訟上の和解における既判力との関係（設問3）について検討することを求めている。受験者には、問題文において与えられた事実関係、関係する判例、示された考え方を踏まえ、問題文の指示に従った考察を行うことが求められている。

〔設問1〕は、XとA及びB社との間で成立した訴訟上の和解について、表見法理の適用によりその効力を維持する議論を行うことを求めるものである。問題文においては、表見法理の適用を否定する見解に関し、取引行為と訴訟手続（訴訟行為）の違いを指摘する判例（最高裁判所昭和45年12月15日第三小法廷判決・民集24巻13号2072頁）の考え方のほか、手続の不安定を招くといった考え方が示され、これらの論拠には説得力がないとする立場から論述することが求められている。また、問題文においては、訴訟上の和解は、私法上の和解契約とその内容を一致して裁判所に陳述する合同訴訟行為との併存であることから、訴訟行為としての和解の効力が否定されたとした場合において私法上何の効果も生じないことになるのか、といった観点も考慮することが求められている。したがって、本設問に対する解答では、先に掲げた考え方が、訴訟上の和解に表見法理の適用を否定する論拠として説得力を欠くことに加えて、訴訟上の和解に係る私法上の和解契約としての側面が表見法理の適用により効力を維持する余地がある一方で、訴訟行為の側面は有効となる余地がないと解した場合に不都合が生じることについて、具体的な理由を挙げて説得力ある論述をすることが求められる。

なお、問題文においては、訴訟上の和解に表見法理を適用することの可否に絞って論述することが求められているから、本問では、表見代表取締役Cに対する訴状送達により訴訟係属の

効力が生じるかについては論じる必要がない。また、本問は、訴訟行為に対する表見法理不適用説に対する一般的、抽象的な反論を求めるものでもない。

〔設問2〕は、Xに対して謝罪することを内容とする本件の和解条項第1項について、和解期日に欠席したAにおいて、こうした内容の和解をする権限をL2に明示的に授与していなかったから、この条項を含めて和解全体が無効である、と後日主張するに至ったため、この条項も和解の訴訟代理権の範囲に含まれているという角度からの検討を求めるものである。問題文においては、訴訟物である貸金返還義務についての分割払いという譲歩を引き出すため、抵当権の設定という訴訟物の範囲外の譲歩を被告側訴訟代理人がした場合につき、明示的に授権がなくてもそれが和解の代理権限に含まれるとした判例（最高裁判所昭和38年2月21日第一小法廷判決・民集17巻1号182頁）が示され、この最高裁判決の内容を踏まえた立論が求められている。そのためには、L2に対して授権された和解権限に一定の制約があるとしても、本件の和解条項第1項のような和解をする権限はその中に含まれているから、Aは本件和解の無効を主張することができないという方向での論述が求められる。例えば、和解の本質が互譲にあることを説明した上で、Xが賠償金額の減額に応じるという譲歩とAがXに謝罪するという譲歩との間には対価性が認められることを踏まえ、抵当権の設定が互譲の一方法として訴訟代理人の和解権限に含まれる以上、謝罪を内容とする和解をすることも同様に本件和解の代理権限の範囲内にある、といった内容の論述が考えられるところである。

なお、弁護士に与えられた和解権限はそもそも無制限であることを根拠とすることも考えられないわけではないが、そのような論述においては、問題文で示された上記最高裁判決を、無制限説を採用するものとして理解することが可能かという問題のほか、訴訟代理人の権限が無制限であるとすることの理由付けについて触れる必要があろう。

〔設問3〕は、訴訟上の和解には既判力があるから、本件後遺障害に基づく損害賠償請求権の主張が遮断される、との主張に対する反論を求めるものである。問題文においては、①本件の和解条項第2項及び第5項（特に第5項）について生じる既判力を本件後遺障害に基づく損害賠償請求権の主張を遮断しない限度にまで縮小させる議論、又は、②本件の和解は本件後遺障害に基づく損害賠償請求権を対象として締結されたものではないから、この請求権不存在とする趣旨の既判力は生じないとの議論という2つの法律構成の可能性が示されている。①は、訴訟上の和解の既判力を確定判決のそれに引き寄せて理解した場合に考えられる法律構成である。これに対し②は、訴訟上の和解の既判力とは、和解の更改的効力に反する蒸し返し的な主張を不適法として遮断する訴訟法上の効力であるが、本件のような後遺障害に基づく損害賠償請求権の主張が本件和解の既判力により遮断されるか否かは、本件の和解条項（特に第5項）がその不存在をも確認する趣旨のものであるか否かに係り、それは本件和解条項の解釈の問題である、とする考え方によればした法律構成である。また、ヒントとして、定期金方式による損害賠償を命じた判決の基礎となった事情に事後的な変動が生じたときには損害額の再調整をすることができるという民事訴訟法第117条が示されている。

これらを踏まえると、上記①・②の論述に共通する前提として、人身損害においては、その性質上将来的に後遺障害の程度の変化により変動する可能性があり、それを全て予測して訴訟追行をし、判決をすることは困難であることから、民事訴訟法第117条は、定期金方式により長期にわたって損害賠償を命じる場合について、将来の事情変動を考慮して損害額の再調整をすることを許しているということを、まず確認する必要があろう。

その上で、①の論述としては、上記のような民事訴訟法第117条が前提とする人身損害の性質は、一時金方式であっても同様であり、したがって、判決当時に予測ができなかつた形で損害が生じたときに、その損害を存在とする趣旨の既判力が作用するからそれを主張することは遮断されるというように、既判力を絶対的なものとして理解すべきではなく、既判力は、正確な将来予測に基づいて完全な攻撃防御を尽くすことが期待できる限度まで縮小されるので

あり、訴訟上の和解の既判力もこれと同じである、といった内容のものが考えられる。

また、②の論述としては、将来生じるかどうか定かではない新たな後遺障害も含めて損害の全体像を正確に把握して和解の合意を行うことは不可能であり、本件訴訟上の和解は、その成立時に当事者双方においてその発生が認識されていたか、又は認識が可能であった損害のみを対象として行われたものと解するのが、当事者の合理的な意思に合致すること、訴訟上の和解に對して付与される既判力の範囲が、和解の更改的効力が及ぶ範囲を超えることはないことからして、本件の和解は成立当時にいまだ生じていなかった後遺障害に基づく損害賠償請求権を対象として締結されたものではないので、当該請求権を不存在とする趣旨の既判力は生じない、といった内容のものが考えられる。

これらの論述は、既判力の縮小（上記①）又は訴訟上の和解における合意内容の限定（上記②）という法律構成を、人身損害の性質や、訴訟上の和解に既判力が認められることの意味などを踏まえて説明するものであり、受験者には、自らの言葉で理論的かつ具体的な説明を試みる姿勢が求められる。このような観点からは、後遺障害については手続保障が欠けるから訴訟上の和解の既判力が縮小されるといった抽象的な論述にとどまるもの、期待可能性の欠如による既判力縮小を抽象的に論じるにとどまるものは、十分かつ的確な論述とはい難いであろう。

【刑事系科目】

〔第1問〕

本問は、乳児Aの母親である甲が、Aを殺害するためAに対する授乳等をやめたところ、甲と同棲中の丙が、これを見て見ぬふりをするなどし、その後、甲とは別居中である甲の夫乙が、甲丙の留守中にAを連れ出し、Aと共にタクシーの運転手による事故に遭ったが、Aのみ死亡したという具体的な事例について、甲乙丙それぞれの罪責を問うことにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解、具体的な事実関係を分析してそれに法規範を適用する能力及び論理的な思考力・論述力を試すものである。

（1）甲の罪責について

甲は、某年7月1日（以下「某年」は省略する。）、Aを殺害するためAに対する授乳等をやめ、Aの脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、後にAは死亡した。授乳等をやめるという不作為に及んだ甲に殺人罪の実行行為性が認められるかを検討するに当たっては、作為義務、作為可能性といった不真正不作為犯の成立要件について見解を示し、その成立要件に事実関係を的確に当てはめる必要がある。その際、甲がAの母親であるという民法上の法律関係に限らず、甲がAを出産して以来、Aと同居してAを養育してきたこと、Aは月齢4か月の乳児であること、ミルクアレルギーがあるため母乳しか飲むことができなかつたこと、甲は7月1日朝までは2時間ないし3時間おきにAに授乳し、Aは順調に成育していたこと等の具体的な事実関係にも着目することが求められる。

甲に殺人罪の実行行為性を認める場合、実行の着手時期、つまり、甲の不作為によってAの生命に対する現実的危険が生じた時期を、Aの体調の変化を挙げつつ認定する必要がある。

そして、甲の実行行為によってAが脱水症状や体力消耗により死亡する現実的危険が生じた後、乙の故意によるAを連れ去る行為やタクシーの運転手の過失による事故という事情が介在してAが脳挫傷により死亡したので、このような場合であっても甲の実行行為と結果との間に因果関係が認められるのかを検討する必要がある。その際、判例をその具体的な事案に留意しながら参考にして、因果関係について見解を示し、これに事実関係を的確に当てはめ、妥当な結論を導くことが求められる。

さらに、故意の存在、甲が授乳を再開したため中止未遂を認定できるかどうかについての言及も求められる。

(2) 丙の罪責について

丙は、7月2日、Aに生命の危険が生じた頃、甲がAに授乳等をしないことに気付き、甲の意図を察知したが、甲に対し、Aに授乳等をするように言うなどの措置は何ら講じず、見て見ぬふりをした。甲と丙の間に殺人罪の共謀はないため、片面的共同正犯を否定する立場では丙甲の間に共同正犯は成立しないが、甲の作為義務とは別に、丙について作為義務を認定できるならば、不作為に及んだ丙に殺人罪の単独正犯又は帮助犯が成立する余地がある。その際、丙は、Aの父親ではなく、Aと同居し始めたのは6月1日頃からであること、当初はAの世話をしていたが、6月20日頃には世話を一切しなくなったこと、Aに対する授乳等は甲が行っていたこと等の具体的な事実関係にも着目しつつ、甲に作為義務を認定した論拠と矛盾なく、丙の具体的な作為義務等を検討することが求められる。一方、片面的共同正犯を肯定する立場に立つとしても、それで直ちに丙甲の間に共同正犯が成立するわけではなく、不作為に及んだ丙に殺人罪の作為義務が認められるか否かの検討が必要である。

また、丙は、7月3日、病院で適切な治療を受けさせない限りAを救命することが不可能な状態となった後、Aを溺愛している甲の母親から電話で訪問したいと言わされたが、嘘をついて断った。丙のこの行為を、作為による殺人罪の単独正犯としての実行行為と認定するか、作為による殺人罪の帮助行為と認定するか、見て見ぬふりの不作為犯を犯している間の一事情と認定するかはともかく、その成立要件に事実関係を的確に当てはめて結論に至ることが求められる。

なお、本問では、甲は丙の意図に気付いていないので、丙に帮助犯を認定する場合には、片面的帮助犯に関する見解を論じる必要がある。

(3) 乙の罪責について

ア 住居侵入罪の検討

住居侵入罪の保護法益について見解を示しつつ、構成要件の意義を明らかにし、これに事実関係を的確に当てはめることになる。甲と乙は夫婦で、甲方は乙名義で借りているが、乙が甲方を出て行くことで別居することとなり、甲の求めに応じて鍵を甲に渡し、甲が家賃を支払うことになったこと、乙は玄関ドアから甲方に立ち入ったが、甲に内緒で所持していた合鍵を使ったものであったこと等の具体的な事実関係に着目することが求められる。

イ 未成年者略取罪の検討

乙は、Aと別居しているが、Aの父親であり、Aに対する親権を有しているので、未成年者略取罪の主体となるかが問題となり、最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁が参考になる。そして、未成年者略取罪の保護法益について見解を示しつつ、略取の意義を明らかにし、これに事実関係を的確に当てはめることが求められる。

ウ 違法性阻却の検討

住居侵入罪、未成年者略取罪の各構成要件該当性が認められるとしても、乙が甲方へ侵入してAを連れ去った行為は、衰弱が深刻なAを救出する行為と評価する余地もあるので、乙の行為の違法性が阻却されるかを検討することとなる。正当行為、緊急避難、正当防衛のいずれを検討するかはともかく、各成立要件の意義を明らかにし、事実関係を的確に当てはめて結論に至ることが求められる。

(4) 罪数処理

前記(1)ないし(3)の検討において、甲乙丙に、複数の犯罪が成立すると考えた場合、それら複数の犯罪について、的確な罪数処理を行うことが求められる。

本問で論述が求められる問題点は、いずれも、刑法解釈上、基本的かつ著名な問題点であり、これら問題点についての基本的な判例や学説の知識を前提に、事案の中にある具体的な諸事実を抽出し、論理的な整合性はもちろん、結論の妥当性も勘案しつつ、それに法規範を適用する

ことが求められる。基本的な判例や学説の学習が重要であることはいうまでもないが、特に判例学習の際には、単に結論のみを覚えるのではなく、当該判例の具体的な事案の内容や結論に至る理論構成等を意識することが必要であり、そのような学習を通じ、結論を導くために必要な事実を認定し、その事実に理論を当てはめる能力を涵養することが望まれる。

[第2問]

本問は、殺人・窃盗事件の捜査及び公訴提起に関連して生じる刑事手続法上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的な事実の分析及び評価並びに結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問1〕 1は、L県M市内で発生した殺人及び窃盗事件に関し、隣県であるS県T市内に居住する甲が被疑者として浮上したことから、司法警察員Pが同人をその住居からM市内所在のM警察署まで任意同行して取り調べた後、同人を同警察署付近のHホテルに宿泊させ、その翌日に行った「①甲の取調べ」、上記「①甲の取調べ」後、同人を引き続き同ホテルに宿泊させ、その翌日に行った「②甲の取調べ」に関し、それぞれの適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者取調べがいかなる限度で許されるか、その法的判断枠組みの理解と、具体的な事実への適用能力を試すものである。

任意同行後の宿泊を伴う取調べの適法性について判示した指導的な最高裁判例（最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁。いわゆる高輪グリーン・マンション殺人事件）は、任意捜査の一環としての被疑者取調べに関し、第一に、強制手段を用いることは許されない、第二に、強制手段を用いない場合でも、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法・態様及び限度において許容されるという二段階の適法性の判断枠組みを示している。ここで第二段階にいう「相当」性については、捜査の必要性と被侵害利益とを比較衡量して判断するとの立場や、捜査機関に対する行為規範としての観点から判断するとの立場等、その判断方法に関する理解が分かれ得るが、いずれの立場に立脚するにせよ、検討の前提として、上記最高裁判例を踏まえつつ、任意同行後の宿泊を伴う取調べについて、その適法性判断の枠組みを明確化しておくことが求められる。

その上で、「①甲の取調べ」及び「②甲の取調べ」のそれぞれについて、設問の事例に現れた具体的な事実がその判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、その適法性を検討する必要がある。

「①甲の取調べ」については、第一段階の判断として、前日に甲をHホテルに宿泊させた上で取調べを行ったことが、強制手段を用いた取調べと評価されるのか否かにつき、宿泊に至った経緯、費用負担、警察による監視の有無、翌日の出頭経緯及び取調べ状況等を具体的に指摘しつつ、それらが甲の意思を制圧するに至っているか、甲の行動の自由を侵害しているかという観点から評価することが求められる。

そして、上記の点につき、「①甲の取調べ」は強制手段を用いたものではないとの結論に至った場合には、第二段階の判断として、任意捜査としての相当性を欠くか否かについて検討することになり、前記判例の例示も踏まえ、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等につき具体的な事情を適切に抽出・評価する必要がある。相当性の判断においては、これら具体的な事情を漫然と並べて判断するのではなく、自らの立場により、捜査の必要性と甲の被侵害利益（意思決定の自由や行動の自由等）との権衡を失していないか、あるいは、社会通念上、捜査機関に許されている任意処分の限度を超えていないか等の観点を定め、それに即した検討が望まれる。

なお、第二段階の相当性の判断においても、宿泊を伴うことは判断要素の一つとなる。第一

段階においては、強制手段を用いることになっていないか、すなわち甲の意思決定の自由及び行動の自由を侵害していないかという視点から検討したのに対し、第二段階においては、強制手段による取調べには当たらないことを前提に、任意捜査としての相当性を欠くか否かという視点から検討するのであり、検討の視点が異なる以上、両者を混同することなく、段階を追った検討が求められる。

「②甲の取調べ」についても、「①甲の取調べ」と同様、二段階の判断枠組みに従って、その適法性を検討すべきであるが、両者は、宿泊の態様が大きく異なっているから、この点を意識して論じる必要がある。

まず、「②甲の取調べ」に先立ち、甲をHホテルに宿泊させたことにより、強制手段を用いた取調べとならないかについては、結論はともかくとして、それを肯定する方向に働く事情及び否定する方向に働く事情の双方を適切に抽出して評価しなければならない。中でも、甲の態度として、当初、帰宅を希望したものの、Pの説得に応じて宿泊を承諾したこと、Hホテルにおいて、一旦は警察官がふすまを隔てた隣室に宿泊することを断ったものの、やはり説得によって諦めたこと、「②甲の取調べ」において中止や途中退出を求めるることはなかったことについては、評価が分かれ得る事情であり、宿泊とそれに引き続く取調べについて有効な承諾があったと見得るかどうかに關し、丁寧な検討と説得的な論述が求められる。

次に、「②甲の取調べ」について強制手段によるものとは認められないとの立場をとった場合、任意捜査としての相当性を論じなければならないが、ここでも「①甲の取調べ」との差異を意識する必要がある。

すなわち、本件が殺人・窃盗という重大事件であることや、甲が窃盗の被害品である指輪を質入れしたとの情報がある一方、それ以外の証拠はなく、甲を取り調べる必要性があること、殺人・窃盗は同一犯人によって実行された可能性が高く、甲には窃盗のみならず殺人の嫌疑も存在することは、「①甲の取調べ」及び「②甲の取調べ」の双方に共通するものの、「②甲の取調べ」の時点では、甲がその前日、窃盗に加えて殺人の事実についても具体的に自白して供述録取書の作成に応じ、凶器の投棄場所を記載した図面を作成したことなど、具体的事情に変化を生じているのであるから、どのような結論をとるにせよ、これらの変化を踏まえて論じるべきである。

なお、「②甲の取調べ」の前提となったHホテルにおける宿泊について、第二段階の相当性の判断においても検討が必要であることは、「①甲の取調べ」と同様である。

〔設問1〕2は、起訴後に行われた「③甲の取調べ」の適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法に直接の規定がない事項につき、刑事訴訟法の原則に立ち返って検討する法的思考力を試すものである。

起訴後は、公判中心主義の要請があり、また、被告人は訴訟の当事者としての地位を有する。したがって、捜査機関が被告人を被告事件について取り調べれば、公判廷外で真相解明に向けた証拠収集活動が行われることになるという観点からは、公判中心主義に抵触する可能性があり、また、検察官と訴訟上対等な地位にある被告人を取調べの対象とするという観点からは、当事者主義に抵触する可能性がある。他方、起訴後、公訴維持のために被告人の取調べを含む捜査が必要になることがあることも否定できない。そこで、起訴後の被告人の取調べに関しては、これらの要請を十分に踏まえ、果たしてまたいかなる限度でそれが許されるか、刑事訴訟法の関連規定も視野に置きつつ、それらと整合的な法解釈を示す必要がある。

その際、公判中心主義の要請との関係では、少なくとも第1回公判期日前には、刑事訴訟法上も公判廷外での証拠収集活動（第1回公判期日前の証人尋問（法第226条、第227条）、証拠保全（法第179条）など）が認められていることを意識する必要があり、また、当事者主義の要請との関係では、被告人の承諾に基づく任意の取調べであっても、被告人の訴訟上の地位を害することになるかどうかの検討が必要である。刑事訴訟法第198条の取調べの客体

は「被疑者」とされていることから、「被告人」の取調べの法的根拠も問題となる。これらの点に関し、起訴後の被告人の取調べは「被告人の当事者たる地位にかんがみ、……なるべく避けなければならない」としつつ、刑事訴訟法第197条第1項の任意捜査として許されることがある旨判示した最決昭和36年11月21日刑集15巻10号1764頁も踏まえつつ、的確に問題を摘示して論じることが求められる。

その上で、「③甲の取調べ」の適法性については、乙の自白及びそれに基づき明らかとなつたその他の具体的な事情に照らし、甲について、公訴維持にいかなる問題を生じているか、その問題を解決するために甲の取調べが必要か、また、どのような方策を講じれば取調べの任意性を確保できるかという諸点を意識して検討し、適法・違法の結論を導く必要があろう。

〔設問2〕は、訴因変更に関する問題であり、訴因と検察官の立証方針とを比較すると、第1事実（殺人）については、犯行の日時に変化を生じており、第2事実（窃盗）については、実行行為が盗品等無償譲受行為へと変化し、犯行の日時及び場所にも変化を生じている。そこで、このような事実の変動に照らし、訴因変更が必要か、また、訴因変更が可能かについて、検討する必要がある。

まず、訴因変更がいかなる場合に必要かについては、刑事訴訟法上の明文規定はないが、一般に「訴因変更の要否」と呼ばれている問題、すなわち、裁判所が訴因と異なった事実を認定するに当たり、検察官による訴因変更手続を経る必要があるか（訴因変更手続を経ずに訴因と異なる事実を認定することの適否）について、一定の基準を示した最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁）が存在する。本問においても、その内容を踏まえ、変動が生じた事が「罪となるべき事実」を特定して記載した訴因においていかなる意味を持つ事実であるかを意識しつつ論じることが望まれる。ただし、検察官による訴因の変更が問題となる場合には、大別して、検察官が起訴状の記載と異なる事実を意識的に立証しようとして、証拠の提出に先立って訴因変更しようとする場合と、証拠調べの結果、起訴状の記載と異なる事実が証明されたと考えられることから、訴因変更しようとする場合とがあることについて、留意する必要がある。本問は、検察官が、公判前整理手続開始前、すなわち具体的な主張・立証を展開する以前に訴因と異なる心証を得て、その心証に基づく主張・立証活動を行おうとする場合に採るべき措置について検討を求めるものであるから、前者の局面の問題である。一般に「訴因変更の要否」と呼ばれ、上記の最高裁判例でも扱われた後者の問題とは局面を異にするから、その差異を意識して論じなければならない。

次に、訴因変更の可否について、刑事訴訟法第312条第1項は、「公訴事実の同一性」を害しない限度で許されるとするものの、公訴事実の同一性を判断する基準については、やはり明文上明らかではない。本問で問題となるいわゆる「狭義の同一性」について、最高裁の判例は、「基本的事実関係が同一」かどうかを基準とした判断を積み重ねてきているが、その判断に当たっては、犯罪の日時、場所、行為の態様・方法・相手方、被害の種類・程度等の共通性に着目して結論を導くものと、両訴因の非両立性に着目して結論を導くものがある（後者の判断方法を採った例として、最決昭和29年5月14日刑集8巻5号676頁、最判昭和34年12月11日刑集13巻13号3195頁、最決昭和53年3月6日刑集32巻2号218頁、最決昭和63年10月25日刑集42巻8号1100頁等がある。）。そこで、一連の判例の立場も踏まえつつ、「公訴事実の同一性」の判断基準を明らかにした上で、本件の各公訴事実につき訴因変更の可否を論じる必要がある。

【選択科目】

〔倒産法〕

〔第1問〕

本問は、具体的な事例を通じて、個人破産手続における破産債権の届出、調査、確定及び免責

の効力についての基本的問題点に関する正確な理解と問題解決能力を問うものである。

設問1の前段については、債権届出期間中に海外に長期滞在していたBが、その帰国後にした破産債権の届出につき、届出の追完制度の適用が認められるか否かが検討されなければならない。届出の追完の要件、すなわち「責めに帰することができない事由」(破産法第112条第1項)により、一般調査期日期間の経過又は一般調査期日の終了までに破産債権の届出をすることができなかつたこと及び「その事由が消滅した後一月以内」(同項)に届出をすることを指摘した上で、本問のBの届出について上記事由の有無を論じ、届出が許されるかどうかに関する結論を導くべきである。

設問1後段は、Bの債権届出ができるとした場合に、管財人はその認否をどのようにすべきかを問うものである。Cによって届け出られた債権の破産債権者表への記載による「確定判決と同一の効力」(同法第124条第3項)が、破産手続内の効力として、Bを含む破産債権者及び破産管財人Xに及ぶことを根拠として、Xとしては、Cの確定届出債権と同一の債権を対象とするBの届出に対しては、認めないという対応をすべきことを論ずることが考えられる。

設問2については、Bが最後配当の実施後に帰国して、Cが配当として受領した100万円の不当利得返還請求をしているというのであるから、債権確定の破産手続外での拘束力が問題になることを指摘すべきである。そして、この点に関する見解の対立、すなわち既判力説、手続内効力説、手続外限定効力説(既判力かどうかの性格付けにこだわらず、破産手続との関連性が強い場合には拘束力を認める見解)の各説の内容を踏まえて、自説を明らかにし、本問におけるBの主張が許されるか(遮断されるか)を論ずべきである。

設問3は、大きく分けて2つの論点を含む。第1は、Dの損害賠償請求権(破産債権)が非免責債権かという点である。AがDからの預り金を自己の借入金の返済に充て、返還できなくなったことにより損害賠償義務を負ったことが、同法第253条第1項第2号の「破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権」といえるかどうかにつき、「悪意」の意義や、AがDから500万円を預かった時点では、投資商品Mの償還金で予定どおり預り金を共同投資に充てるつもりであったことなどの事情を踏まえて、結論を導くべきである。また、Aは、債権者一覧表及び債権者名簿にDの債権を記載していなかったことから、同項第6号の適用も問題になるが、Dは、Aについて破産手続の開始の決定があったことを知っていたのであるから、同号括弧書により、非免責債権とはならないという結論が導かれよう。

第2に、Dの損害賠償請求権が免責の対象になるとすると、免責対象債権を基礎として免責決定確定後にしたAD間の準消費貸借契約の効力が問題となる。まず、免責決定確定の効力、すなわち同法第253条第1項柱書の「破産債権について、その責任を免れる」の意味について、自然債務説と債務消滅説のいずれの立場に立つかを論じ、免責の対象となる債務を目的とする準消費貸借契約の効力について論ずべきである。問題文は、「予想されるA及びDの主張を踏まえて」論ずることを要求しているから、単に自説のみを展開するのではなく、下記のような理論的な対立点を踏まえ、予想されるA及びDの主張を摘要した上で、設例のDの請求が認められるかについて検討する必要がある。

Aとしては、まず、債務消滅説に立ち、準消費貸借契約の成立要件としての旧債務がもはや存在しないとして、準消費貸借契約の成立自体を否定することが考えられる。また、仮に自然債務説に立って、準消費貸借契約の成立要件としての旧債務の存在自体は認めるとしても、そのような契約は個人債務者の経済的再生を目的とする免責制度の趣旨と整合せず無効と解すべきであること、また、かかる準消費貸借契約の有効性が認められるとしても、その前提としてその準消費貸借契約がAの自由意思によって締結されたことが必要であり、その任意性は厳格に認定されるべきことなどの主張をすることが考えられる。これに対して、Dとしては、自然債務説の採用を前提に、Aが任意の判断により準消費貸借契約を締結したときには、免責制度と矛盾せず、その契約は有効であると主張することが考えられる。

自然債務説に立つと、準消費貸借契約締結におけるAの任意性の有無が重要なポイントになると考えられる。本問の設例を踏まえた説得力ある論述と結論が期待される。

[第2問]

本問は、具体的な事例を通じて、敷金の取扱い及び相殺権に関する破産法及び民事再生法の規律の相違並びに再生計画の認可要件についての理解を問うものである。

設問1は、清算型手続である破産法及び再建型手続である民事再生法において規律内容が異なる敷金の取扱い及び相殺権を取り上げ、破産法と民事再生法の規律の相違及び異なる規律がされている理由について正しく理解しているかどうかを問うとともに、これを具体的な事例に当てはめ、分析・検討することを求めるものである。

具体的には、まず、敷金の取扱いについて、破産手続においては、破産法第70条後段に基づき賃料の寄託を請求することができることのほか、破産管財人が賃貸借の目的物を換価（譲渡）した場合には敷金が承継されることを論じることが必要である。他方、再生手続においては、設問において、敷金返還請求権に関する再生計画案の条項がいかなるものであったかを検討することが求められているので、民事再生法第92条第3項の規定により、敷金返還請求権が賃料の6月分に相当する額の範囲内で共益債権となることを踏まえて、考え得る条項の内容を検討する必要がある。その上で、再生計画の効力発生後に具体化する敷金返還請求権について、再生計画による権利変更が当然充当や共益債権化に先行するかどうかなどの問題点について、本問の事例に則して検討することが求められる。

次に、賃金債権については、賃料支払債務を受働債権とする相殺権の行使の可否やその範囲が問題となる。具体的には、破産手続においては自働債権が期限未到来であっても破産手続開始により弁済期が到来したものとみなされること（破産法第103条第3項）、受働債権については期限の利益の放棄が可能であることを摘示した上で、同法第67条第2項により相殺が可能であることを論述すべきである。他方、再生手続においては、破産手続と比較して相殺権の行使が制限され、自働債権が現在化せず、届出期間満了までに弁済期が到来していない場合には相殺することができないこと（民事再生法第92条第1項）、受働債権については、賃料の6月分に相当する額を限度として債権届出期間内に限り相殺することができるにすぎないこと（同条第2項）、更に賃金債権と賃料支払債務とを相殺した場合には、その限りにおいて、敷金返還請求権の共益債権化がされること（同条第3項括弧書）などを論じた上で、事例に則した分析・検討をすることが求められる。

設問2については、倒産手続法の問題であり、再生計画の認可要件について基本的な理解を問うものである。具体的には、まず、同法第172条の3第1項第1号により再生計画案の可決要件として、債権者集会に出席し、又は書面等投票をした議決権者の過半数の同意が必要とされていること及びその趣旨を論述した上で、同法第174条第2項第3号にいう「再生計画の決議が不正の方法によって成立するに至ったとき」には、議決権行使した再生債権者の詐欺、強迫等により再生計画案が可決された場合のみならず、再生計画案の可決が信義則に反する行為に基づいてされた場合も含まれるのかについての自説を展開することが求められる。

その上で、本問の事例に則して信義則違反の評価根拠事実について検討し、本問における決議が同号に該当するかどうかを論ずることが求められるが、信義則違反の評価根拠事実の検討に当たっては、①再生債務者の主觀的意図（可決要件の潜脱目的の有無）、②再生債務者と再生計画案の可決に寄与した議決権者との関係（再生債務者との一体性）、③BによるE銀行からの債権の取得並びにF及びGに対する債権譲渡の経済的合理性、④信義則に反する行為と再生計画案の可決という結果との間の因果関係といった視点が重要であろう。

なお、本問の事例においては、再生手続開始後に再生債務者A社の代表者Bにより債権の譲受けが行われていることから、信義則違反ではなく、再生債務者の公平誠実義務（同法第

38条第2項) 違反を理由として同法第174条第2項第1号又は同項第3号該当性を論じることも考えられる。

[租税法]

[第1問]

本問は、弁護士の業務について、開設した法律事務所の運営の観点から、親族の雇入れ及び事務所の移転に伴って生じる収入及び支出に関する課税関係を問う事例問題である。

設問1は、Aの青色事業専従者であるDに支払った給与の全額が、「労務の対価として相当であると認められるもの」(所得税法第57条第1項)として、Aの事業所得の金額の計算上、必要経費に算入できるかについて、その立法趣旨に言及しつつ、事案に即して解決を求めるものである。Dへの給与が相当であったか否かの判断基準としては、①使用者給与比準、②類似同業者使用者給与比準、③類似同業者青色事業専従者比準が考えられるが、どの方式を探るのが相当であるかにつき、事実を丁寧に拾い上げて論じる必要がある。

設問2は、弁護士である妻に支払った報酬につき、同法第56条(事業から対価を受ける親族がある場合の必要経費の特例)の適用を受けるかを問う問題である。この点については、最高裁判所平成16年11月2日第三小法廷判決(判例時報1883号43頁)において、同条の適用を認める見解が示されたが、この結論には学説上強い批判があるとされている。同判決は、著名な裁判例であり、法科大学院においても、異なる見解からの分析検討がなされているものと考える。自説と反対説をそれぞれ根拠も含めて検討し解答する必要がある。

設問3は、法律事務所として賃借していた部屋の明渡しに当たって受け取った金銭の所得金額計算上の扱いを問う問題である。いずれの金銭も、一時的に支払われており、一見すると一時所得のように見えるが、一時所得は「利子所得・・・及び譲渡所得以外の所得」(同法第34条第1項)であるから、これら他の区分の所得該当性を検討する必要がある。

問題文2(1)の金銭は、部屋の明渡しによって消滅する賃借権の対価の額に相当する金銭であり、賃借権が同法第33条第1項の「資産」、すなわち譲渡性のある資産かを検討する必要がある。賃貸借契約の性質をどのように見るかによって結論が分かれるものと思われる。その際、借家権と借地権の違いや部屋がビルの一室であったことなどを考慮すると良い。

また、問題文2(2)の金銭は、①旧事務所からの引越費用の補填と②新事務所の内装工事費用の補填の2つのものを含んでいる。事務所の移転は、賃貸人Bの都合によりせざるを得なかつた点を、Aの事業所得を生じる業務との関連で、どのように考えるかによって結論が異なるものと思われる。いずれの結論を採用しても構わないが、説得力ある論証が求められる。

[第2問]

本問は、所有する建物の解体費用の一部として支出したアスベスト除去費用等について、所得税及び法人税の課税上の取扱いを問うものであり、所得税法及び法人税法の関連規定の解釈適用に関する基本的な能力を試すものである。すなわち、本問では、甲、乙及び丙という各建物に係る租税法上の資産分類や各建物の解体の目的等を考慮して、甲費用、乙費用及び丙費用に対する適用条文を適切に選択することができるかどうか、選択した適用条文をその文言や趣旨目的に照らして適切に解釈することができるかどうか、その解釈に基づき上記の各費用について条文への当てはめを説得力をもって行うことができるかどうかが試されている。

設問1は、雑損控除制度の趣旨を最高裁昭和36年10月13日判決(最高裁判所民事判例集15巻9号2332頁)等に基づき正確に理解しているかどうか、参照条文として掲げた所得税法施行令第9条に照らして「災害」の意義、必要に応じて同施行令第206条に照らして「政令で定めるやむを得ない支出」の意義を適切に解釈することができるかどうかを問う問題である。解答に当たっては、少なくとも、H社によるアスベストの使用や事後のアスベスト規

制が「人為による異常な災害」に該当するかどうかを検討する必要がある。参考となる裁判例として、大阪高等裁判所平成23年11月17日判決（訟務月報58巻10号3621頁）がある。

設問2では、個人が事業用土地を更地として譲渡するために事業用建物を取り壊す場合における解体費用の取扱いについて、乙の敷地が譲渡所得の基となる資産であるという資産分類に関する基本的理義に基づき、乙の取り壊しやその敷地の譲渡に関する具体的な事情を考慮して、適用条文を選択することが、まず問われている。その際、乙の取り壊しがその敷地の譲渡に関連して行われたこと、Aが乙の敷地は更地にした方が高く売れる前々から聞いており、実際にもかなり高く売れたこと、乙を取り壊しその敷地を更地にするにはアスベスト除去作業が法令上義務付けられていたこと等の事情をどのように評価すべきかも問われている。

設問3は、法人が事業用建物の建替えのために当該建物を取り壊す場合における解体費用について、損金該当性及び損金算入時期の判断を問う問題である。損金に関する基本規定である法人税法第22条第3項各号の規定の中から、当該解体費用の法的性格やB社、P社及びQ社の関係を踏まえて、適用条文を適切に選択しこれに事案を当てはめることができるかを試す問題である。

[経済法]

[第1問]

本問では、「公正な競争を阻害するおそれ」（以下「公正競争阻害性」という。）を要件とする不公正な取引方法と、「競争を実質的に制限すること」（以下「競争の実質的制限」という。）を要件とする排除型私的独占との関係に留意して検討することを期待した。不公正な取引方法に該当し、競争（者）の排除ないし他者排除の効果が認められる行為は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上違法な行為であることから、排除型私的独占の要件である違法な排除行為を構成することになる。しかし、不公正な取引方法に直接言及することなく、排除型私的独占の要件のみを論ずることもあり得るが、この場合には、なぜ本件行為が違法な排除行為を構成するのかにつき言及することが求められる。

本件行為の不公正な取引方法該当性の検討においては、どの類型の不公正な取引方法に該当するのかが問題となり、独占禁止法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第11項の排他条件付取引該当性につき検討することを期待したが、一般指定第12項の拘束条件付取引、独占禁止法第2条第9項第2号の差別対価、同項第6号・一般指定第4項の取引条件等の差別取扱いへの該当性を検討することもあり得ることから、この場合には、それぞれの要件該当性につき検討することが必要となる。

不公正な取引方法該当性、排除型私的独占該当性のいずれの検討においても、「一定の取引分野」あるいは市場の画定が必要であり、基本的に需要者からみた代替性の観点から問題文に即して画定することが求められる。

不公正な取引方法該当性の検討においては、（自由）競争の減殺を意味する公正競争阻害性につき検討し、競争（者）の排除ないし他者排除の効果が認められるか否かに言及することが求められる。排除型私的独占該当性の検討においては、競争の実質的制限につき検討し、競争（者）の排除ないし他者排除の効果を超えて、行為者がその意思である程度自由に価格等を左右すること（により市場を支配すること）ができる状態をもたらすことになるのか検討することが求められる。

本件行為には、価格競争の側面と製造コスト引下げの側面があることから、これらを正当化事由として、その目的と達成方法の合理性及び相当性につき検討することが求められる。

[第2問]

本問では、X市発注の特定舗装工事について15社が入札談合を行った可能性が示唆されている。独占禁止法上は、15社の行為が同法第2条第6項にいう不当な取引制限に該当するかどうかが問題となる。本問では、不当な取引制限の諸要件のうち、15社が「事業者」であることは事実関係から明らかであるし、「公共の利益に反して」の要件の充足が争点となるような事実は示されていない。したがって、これら以外の要件について充足の有無が検討されなければならない。

入札談合事件では、個々の入札物件における受注調整行為それ自体を不当な取引制限とみるのではなく、それらの受注調整行為が何らかの基本合意の下に行われたことを立証した上で、当該基本合意を事業活動の相互拘束として排除の対象とするのが公正取引委員会の実務であり、判例もそれを支持している。本問についても、まずは、ここで示された事実から基本合意の存在を導くことができるかどうかが検討されなければならない。

まず、「共同して」（多摩談合（新井組）事件最高裁判所平成24年2月20日民集66巻2号796頁に従えば、「共同して・・・相互に」）については、通説判例は、これを「意思の連絡」または「合意」があることと解釈している。その意味と本問への当てはめが問われる。本問では、基本合意の存在とその内容を直接に示す事実は提示されていないので、他の事実からそれを推認できるかどうかが問われる。その際、全ての入札物件において受注調整行為が確認されたわけではないことをいかに理解するかが問われる。

「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行する」に関しては、（特に受注希望表明が1社しかなかった35件について）15社の間でどのような意味で事業活動の「拘束」があったといえるのか、また、自ら落札しなかったAないしDの4社をもって不当な取引制限の当事者といえるかどうかといった論点が問われる。ただ、AないしDの4社が不当な取引制限の当事者といえるかどうかについては、確立された考え方があるわけではないので、解答の仕方は複数あり得るだろう。

「一定の取引分野」の画定については、その意味を明確にしながら、当てはめにおいては、基本合意の対象範囲と関わらせながら論じる必要がある。

競争の実質的制限についても、その意味を明確にした上で本問への当てはめを考える必要がある。本問では、受注調整行為に関与しないアウトサイダーの入札への参加の事実、アウトサイダーが落札した入札物件の存在、落札率等をどのように評価するかが問われる。

[知的財産法]

[第1問]

設問1の乙行為1及び2並びに設問2の丙行為1ないし3については、それらの行為が特許法（以下「法」という。）第69条第1項の「試験又は研究のためにする特許発明の実施」に該当するか否かを問う問題であり、設問1の乙行為3については、いわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲等を問う問題であり、設問3は、消尽の成否を問う問題である。

設問1の乙行為1及び2並びに設問2の丙行為1ないし3については、まず、法第69条第1項の制度趣旨に言及し、それを踏まえて、「試験又は研究のためにする特許発明の実施」に該当するか否かの判断基準を示すことが求められる。この点については、試験・研究の対象を特許発明それ自体に限定し、試験・研究の目的を技術の進歩を目的とするものに限るとする説や、試験・研究の目的を「技術の次の段階への進歩」に限ることは相当でなく、実施行為が結果的に広く科学技術の進展に寄与していればよいとする説などの学説上の対立があるから、どのような立場でもよいが、答案としては、法第69条第1項の解釈論を展開し、乙及び丙の各行為について論述する必要がある。

まず、乙行為1は、実施可能要件（法第36条第4項第1号）等を充足するか否かを調査す

ること（いわゆる機能調査・特許性調査）を目的とした実施行行為であり、このような行為に法第69条第1項が適用されるか否かを問うものである。このような調査は、対象が特許それ自身であり、目的も化合物 α を有効成分とする医薬品が所定の効能を有するかを確認することであるから、そのような調査は技術の次の段階への進歩につながるものといえるか否かなどを踏まえ、自説を展開することが求められる。

また、乙行為2は、本件発明の改良発明のための実施行行為であり、このような行為に法第69条第1項が適用されるかを問うものである。改良発明のための実験は、まさに、「技術の次の段階への進歩」のためのものであると思われることなどを踏まえ、自説を展開することが求められる。

次に、乙行為3については、Bカプセルは、本件発明と対比して化合物 α は同一であるもののその製法が異なるため、まず、このような場合、Bカプセルは本件発明の技術的範囲に属するかが問題となる。この点、本件特許の特許請求の範囲はいわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの形式で記載されている。そこで、ここでは、まず、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの意義及び技術的範囲の判断基準を示すことが必要である。この点に関しては、従前、裁判例及び学説において、物同一説、製法限定説などの見解の対立があったが、近時、知財高判平成24年1月27日判例時報2144号51頁【プラバスタチンナトリウム事件(大合議)】がプロダクト・バイ・プロセス・クレーム形式で記載された発明について、これを「真正プロダクト・バイ・プロセス・クレーム」（物の特定を直接的にその構造又は特性によることが出願時において不可能又は困難であるとの事情が存在するため、製造方法によりこれを行っているとき）と「不真正プロダクト・バイ・プロセス・クレーム」（物をその構造又は特性により直接的に特定することが出願時において不可能又は困難であるとの事情が存在するとはいえないとき）に分け、プロダクト・バイ・プロセス・クレームにおける技術的範囲の確定や発明の要旨認定につき、前者であれば、製造方法が異なっていても物として同一である以上発明としては同一であると解し、後者であれば、クレーム記載の製造方法により製造された物に限定されるとする見解を示していることから、この大合議判決を踏まえつつ、場合分けをするなどして、自説を展開することが求められる。この際、立証責任に言及していれば、積極的評価の対象となり得る。なお、仮に、Bカプセルが文言上本件発明の技術的範囲に含まれないと解するときは、均等侵害の成否も問題となり得るので、事案に即して適切に言及すれば、積極的評価の対象となり得よう。

また、本件発明は公知文献によって新規性又は進歩性を欠如する可能性があるので、無効の抗弁（法第104条の3）の成否も問題となろう。すなわち、公知文献には化合物 α の構造が記載されているので（ただし、製法は不明）、プロダクト・バイ・プロセス・クレームにおける発明の要旨認定につき、物同一説に立つかあるいは真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームと認定する場合は、無効審判により無効にされるべきであると主張することが可能となる。この際、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲の確定の場面と発明の要旨認定の場面において、判断基準が同一であるべきか否かについても言及すれば、積極的評価の対象となり得よう。

設問2の丙行為1については、特許権の存続期間中に後発医薬品の製造承認を受けるための実施行行為に法第69条第1項が適用されるか否かが論点であり、最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁【膵臓疾患治療剤事件】に対する理解を問う問題である。同判決は、進歩・改良目的があるとはいえない承認申請の添付資料用の製造及び使用行為にも法第69条第1項が適用されると判示していることから、同判決の判旨に言及しつつ、乙行為1及び2について論じる際に示した「試験又は研究のために特許発明の実施」の判断基準と整合するように自説を展開することが求められる。

また、丙行為2では、Cカプセルの市場調査目的のサンプルの製造・提供に法第69条第1

項が適用されるかが問題となる。なお、このような市場調査目的の実施行為は、一般的にいつて「技術の次の段階への進歩」とは無縁であることを踏まえ、自説を展開することが求められる。

さらに、丙行為3では、単なる製造承認を得る目的の添付資料のための製造及び使用行為を超えて、特許権の存続期間が満了した場合に即時販売できるようにするための保管目的の製造行為についても法第69条第1項が適用されるかが問題となるが、上記判決は、傍論ながらこのような製造行為への法第69条第1項の適用を否定していることなどを踏まえ、自説を展開することが求められる。

設問3は、消尽の意義、判断基準及びその成否を問う問題である。すなわち、丁は、D錠を製造・販売するに当たって、本件発明の技術的範囲に属するAカプセルを市場において購入しているから、本件特許権は既に消尽し、その効力はD錠には及ばないと主張が考えられる。

消尽の成否については、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】が、特許製品の利用行為に特許権が及ぶのは、当該特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造されたと認められる場合であり、特許製品の新たな製造に当たるかどうかは、特許製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様、取引の実情等を総合考慮して判断するのが相当であると判示していることなどを踏まえ、判断基準を示した上、それを本問の事案に当てはめて論じることが求められる。

〔第2問〕

本問は、建築設計図及び建築物を題材として、これらの著作物性、これらの著作物についての著作者人格権及び著作権の内容並びに制限に関する正確な理解を問うものである。設問1及び設問2では、これらの点について論じた上で、どのような請求ができるかについて述べなければならない。

設問1については、まず、Bが著作者人格権及び著作権を有する著作物であって、Aの行為により、その著作者人格権及び著作権の侵害が問題となるものとしては、Bが作成したA住居の建築設計図 α と、Bが考えつき当該設計図に記したA住居が考えられる。建築設計図が著作物（著作権法（以下「法」という。）第10条第1項第6号）となり、また建築物が著作物（同項第5号）となるのはどのような場合であるかについて検討し、本問における設計図 α 及びA住居の著作物性について、A住居が斬新なデザインのものとされていることを踏まえて論述しなければならない。

その上で、Aの行為によって、Bが有する著作者人格権及び著作権のうちで、侵害が問題となる権利としていかなる権利があり、その権利の侵害が成立するかどうかを論述しなければならない。（1）Aが設計図 α をコピーした行為については、設計図 α 及びA住居についての複製権（法第21条）の侵害が問題となる。（2）Aが設計図 α のコピー上のBの氏名を抹消して自分の氏名を記載し、そのコピーを複数の建築業者に見せた行為については、設計図 α 及びA住居についての公表権（法第18条）並びに氏名表示権（法第19条）の侵害が問題となる。この点に関しては、ここで公表権及び氏名表示権の侵害行為として問題となるのは、著作物の公衆への提示であるから、Aが複数の建築業者に設計図 α のコピーを見せた行為が公衆への提示に当たるのかについて論じることが求められる。（3）AがCにA住居を建築させた行為については、法第2条第1項第15号ロにより、A住居についての複製権の侵害が問題となる。この点に関し、実際にA住居を建築したのはCであったことから、Cに依頼したAが侵害責任を負うかどうかという問題に触れることが望ましい。また、当該行為については、A住居についての公表権、氏名表示権及び展示権（法第25条）の侵害という問題、さらにはA住居の建築が私的使用のための複製（法第30条第1項）として許容されるものかどうかという問題（同様の問題は、設計図 α のコピーについても生ずる。）も考えられるところ、これらの点を論じ

ていれば積極的評価の対象となり得る。(4) AがA住居を売却した行為については、A住居についての譲渡権（法第26条の2）の侵害が問題となる。この点に関しては、Aの行為が譲渡権の対象である公衆への譲渡に当たるかどうかについて、Aが不動産業者を介してDに売却したことを探まえて論じる必要がある。また、公衆への譲渡に当たるとしても、法第46条とどのような関係に立つかについても検討していれば積極的評価の対象となり得る。

設問2については、Bが有する、A住居についての著作権人格権及び著作権のうちで、主としてDがA住居を改築した行為との関係で、いかなる権利の侵害が問題となり、その権利の侵害が成立するかどうかを論述しなければならない。Dによる改築については、同一性保持権（法第20条）の侵害が問題となる。この点に関しては、DがA住居の玄関をやや地味な印象を与えるように改築した行為が、著作物の改変に当たるかどうか、また、改変に当たるとしても、法第20条第2項第2号によって許容されるかどうかについて論じなければならない。後者の点については、同号に関する裁判例（東京地決平成15年6月11日判例時報1840号106頁【ノグチ・ルーム事件】）を考慮しつつ、Dが改築したのがA住居の玄関が余りに派手過ぎると感じたためであることを踏まえて論じることが求められる。また、当該行為については、翻案権（法第27条）の侵害も問題となると考えられ、さらに、Aの行為がA住居についての公表権及び氏名表示権の侵害となるのであれば、Dも、同様に、A住居についての公表権及び氏名表示権を侵害することが問題となると考えられる。これらの点を論じていれば積極的評価の対象となり得る。

設問3は、建築の著作物と法第46条との関係に関する理解を問うものである。A住居が建築の著作物であるとすると、同条により、その利用は同条各号に掲げる場合を除き、許容されることになる。そのため、EがA住居のミニチュアを製作販売する行為が著作権侵害となるには、当該行為が同条各号のいずれかに該当するものでなければならない。文言上、同条第2号に該当するためには、Eの製作行為が「建築により複製」するものである必要があり、同条第4号に該当するためには、A住居が美術の著作物の原作品であり、Eの製作行為が「専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製」するものである必要がある。これらの点に関し、Bの主張及びEの主張として、可能な限り説得的な論拠を探究し、それを提示することが求められる。

[労 働 法]

[第1問]

本問は、職種変更命令並びに変更解約告知及び留保付承諾に関する理解を問うものである。いずれも、労働法における基本的な論点であり、関係条文・裁判例に対する知識を前提とし、これらを正確に示した上で自らの考えを述べ、問題文に示された具体的な事実を摘示しつつ当てはめを行うことが求められる。

まず、本問の事例では、X1らに対してなされた職種変更命令の有効性について検討するに当たり、職種変更命令の法的根拠となる労働契約法（以下「労契法」という。）第7条本文及びY社就業規則第8条第1項の一般的配転条項を摘示した上で、Y社とX1らとの間で職種を機械工に限定する旨の合意（労契法第7条ただし書き参照）が成立していたかを論じる必要がある。その際には、日産自動車村山工場事件判決（最判平元年12月7日）等の判例による判断の枠組みを踏まえて規範を定立し、問題文に示された事実を抽出して当てはめを行うことが求められる。その上で、かかる職種限定合意はないとの見解を採った場合には、Y社による職種変更命令が権利濫用（労契法第3条第5項参照）となるかを論じる必要がある。

次に、X2及びX3に対して行われたY社の提案が、いわゆる変更解約告知であることを踏まえ、X2による「後に裁判で争うことを伝えた上で、早期退職募集及び再雇用に応ずる旨」の申し出が留保付承諾として有効かを検討する必要がある。その上で、X3及び（前記留保付

承諾が認められないと見解を採った場合の）X2に対するY社の解雇が有効かを検討する必要があるが、その際には、解雇権濫用法理（労契法第16条参照）の適用に当たって、変更解約告知が労働条件変更の手段として行われるという特殊性を考慮に入れて判断枠組みを構成すべきではないかとの問題意識を念頭に置いた上で、スカンジナビア航空事件判決（東京地決平7年4月13日）等の裁判例による判断の枠組みを踏まえて規範を定立し、問題文に示された事実を抽出して当てはめを行うことが求められる。

[第2問]

本問は、労働組合法（以下「労組法」という。）上の「労働者」の意義に関する理解を問うものであり、労働法における最も基本的な論点の一つである。

本問においては、まず、労組法における「労働者」の概念につき、労働基準法（以下「労基法」という。）におけるそれとの異同に言及しつつ概説することが求められているところ、労組法第3条及び労基法第9条を摘示し、労働者概念の相対的性格を踏まえ、それぞれにおける労働者の考え方を、各法律の目的を説示しつつ論じた上で、労基法上の労働者性の判断基準と比較しつつ、労組法上の労働者性の判断基準を論ずる必要がある。その際には、INAXメンテナンス事件判決（最判平23年4月12日）等の判例による判断の枠組みを踏まえて規範を定立することが求められている（ただし、判例による判断枠組み以外の基準に基づく解答が排斥されるわけではない。）。

次に、本問の事例における甲が、労組法における「労働者」に該当するかを論じることが求められている。具体的には、自己が定立した規範に基づき、事例に示された事実を、例えば、契約形式及びその判断方法、事業組織への組入れ、契約内容の一方的決定、報酬の労務対償性、使用従属性（指揮監督下の労働、時間的・場所的拘束性、仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由）等に類型化した上で摘示しつつ、丁寧な当てはめを行なうことが求められている。

[環境法]

[第1問]

本問は、水質汚濁防止法の2011年改正により導入された有害物質貯蔵指定施設制度を素材として、これをめぐる同法の規制システムの基本的理解を問うものである。

〔設問1〕では、非意図的な漏出が地下水汚染をもたらすという有害物質貯蔵指定施設の規制の妥当性を、①汚染者支払原則（原因者負担原則）、②未然防止アプローチ（未然防止原則）の観点から説明することが期待される。①に関しては、その内容を説明した上で、漏出による環境負荷がないようにするための費用負担責任は設置者にあることを指摘する。②に関しては、その内容を説明した上で、漏出の事実が一定程度確認された以上、既存施設については一層の拡大を防ぐために、また、新規施設については漏出がないことを確実にするために、事前的対応が必要であることを指摘する。

〔設問2〕では、設間に係る地下タンク（以下「本件地下タンク」という。）の設置に当たって適用される水質汚濁防止法上の届出制の仕組みが的確に理解されているかが試される。解答においては、以下の作業がされることが期待される。第1に、テトラクロロエチレンを液体状態で貯蔵する本件地下タンクが同法第5条第3項にいう有害物質貯蔵指定施設であることを、

【資料】として添付された関係法令の条文を引用しつつ説明する。第2に、同意書の添付は同施設の届出に当たって法的に必要とされておらず、必要な書類は提出されていることを指摘する。第3に、届出が適法にされているとしても、同法第9条第1項は、60日間の実施制限を課しており、それが2013年12月9日に制限期間終了となり、翌年1月以降であれば問題がないと指摘する。第4に、弁護士への相談は、刑事責任が問われることを懸念するものであ

ることから、それは届出義務違反の罪（同法第5条第3項違反により第32条・第34条に基づく処罰）をいうものであると説明し、上述の整理に基づけば、届出は適法にされているために刑事責任が問われる余地はないと指摘する。

〔設問3〕では、有害物質貯蔵指定施設の操業に起因する地下水汚染への対応の仕組みの理解が問われる。①本件地下タンクの使用、②地下水の汚染の2つの対応についての解答が求められる。【資料】として添付された関係法令の条文を引用しつつ、①については、バルブ操作ミスは同法第12条の4（具体的な内容は、水質汚濁防止法施行規則第8条の7第1項イ）違反であり、同法第13条の3第1項に基づく改善命令が可能と結論する。②については、地下水環境基準の大幅超過及び飲用井戸の存在によって、同法第14条の3第1項が規定する「人の健康に係る被害が生ずるおそれ」という要件が充たされることを指摘し、同条に基づく浄化命令が可能と結論する。

〔第2問〕

本問は、自然公園法の近時の改正で導入された、自然の積極的・能動的管理のための制度を中心として、同法の規制システムの基本的理解を問うものである。

〔設問1〕では、眺望利益や営業権等の侵害を理由とするCに対する建設工事の差止め請求、及びサンゴの死滅に伴う売上げの減少を理由とするCに対する不法行為に基づく損害賠償請求について指摘することが求められる。差止めについては仮処分の申請についても記述することが期待される。景観利益の侵害を理由とする差止め請求に関して記述した場合についても一定の配慮をする。

甲県に対しては、Cの工事の施工が甲県知事の許可条件に反しているところから、甲県知事が行為の中止を命じ、又は原状回復若しくはそれに代わるべき必要な措置を命ずる（自然公園法第34条）よう義務付け訴訟を提起することが考えられる（行政事件訴訟法第3条第6項第1号、第37条の2）。自然公園法第34条の命令は、同法第32条に基づく許可条件に違反した場合に発出され得ること、本問ではこの許可は同法第20条第3項第1号によるものであることも指摘してほしい。また、Aに行政事件訴訟法上の原告適格があるか否か、非申請型義務付け訴訟の訴訟要件に該当するか否かが論じられるべきである。仮の義務付け訴訟（行政事件訴訟法第37条の5第1項）についても指摘することが期待される。

なお、Cの工事の施工が許可条件に違反していることを理由とする許可の取消（撤回）の義務付け訴訟を提起することも考えられる。

〔設問2〕では、Dにとって、国定公園内の自己の所有する自然の風景地の管理が問題となるため、公園管理団体としての指定を受けている（自然公園法第49条第1項。なお、公園管理団体の業務については第50条第1号）Bが、Dと協定を締結する「風景地保護協定制度」（同法第43条以下）について解答することが求められる。

解答に当たっては、この制度の趣旨についても触れることが期待される。「その制度が法律上規定されていることの意味」としては、協定の認可、公告があった後には、この協定には将来の土地所有者に対する承継効が発生すること（同法第48条）についても指摘してほしい。

〔設問3〕では、国立公園の海域公園地区内での過剰利用を積極的に管理するために、環境大臣が、海域公園地区内に、利用調整地区の指定をすることが考えられる（同法第23条）。利用調整地区制度では、指定された期間、環境省令で定める利用方法に適合すると環境大臣が認定した場合にのみ立入りを認め（同法第23条第3項、第24条）、認定申請の際に手数料を徴収することとされており（同法第31条）、この制度が、利用可能人数の設定等により自然生態系の保全と持続的利用を推進しようとするものであることについて説明してほしい。

また、海域公園地区では、動力船の使用については、環境大臣の指定する区域、期間における同大臣の許可が必要とされており（同法第22条第3項第7号）、問題文との関係でこの点

についても指摘することが求められる。

なお、国立公園に関する公園計画（同法第7条）では、利用規制計画や保護規制計画が定められるが、公園計画の決定について触れている場合には、一定の配慮をする。

[国際関係法（公法系）]

[第1問]

本問は、国際海峡における軍艦の無害通航権、反政府武装集団の行為の国家への帰属、集団的自衛権の行使の要件について問う問題である。国際法の関連規則に対する基本知識の修得と関連国際法判例による実際事件への適用について正確な理解が求められる。

設問1は、自国の国際海峡において外国の軍艦及び特定国向けの武器積載船（以下「軍艦等」という。）の通航を事前許可に服させる海峡沿岸国の措置が、国際法上どのように評価できるかを問う問題である。設問ではA海峡は、国連海洋法条約第45条の規定が適用される国際海峡という設定がされているので、同海峡には通過通航制度ではなく無害通航制度が適用される。このような海峡においては、無害通航権は停止してはならない。

本問では、外国の軍艦等に領海における無害通航権が認められるか否かが問題となっていることから、まず無害通航とは何かの定義を論じることが求められる。無害通航とは沿岸国の平和、秩序又は安全を害しない通航を意味するが、無害性の判断基準をめぐっては船種別規制説と行為態様別規制説という異なる見解があることに留意しなければならない。前者によれば軍艦等の通航自体が沿岸国にとって有害であるが、後者によれば軍艦等が領海通航中に沿岸国に対して有害な活動をしない限り通航自体は無害である。国連海洋法条約第19条第1項は上記の無害通航の定義を踏襲しつつも、無害性の判断基準をより明確にするため同条第2項で無害とみなされない活動を列挙した。このため、列挙された活動が無害でない通航を網羅的に示したものか否かが解釈上問題になっている。最近では国連海洋法条約第17条、第19条第2項、第30条の規定とともに、行為態様別規制を支持する有力な海洋諸国の国家実行を根拠に、同条約第19条第2項に列挙した活動を行わない限り軍艦等にも無害通航権があるとする説が有力になっている。また、国際海峡においては軍艦の無害通航を停止してはならないとしたコルフ海峡事件 I C J 判決は、国連海洋法条約第45条の海峡規定に引き継がれているとされる。この立場に立てば、A海峡の外国軍艦等の通航に事前許可を求め、それに従わない船舶に必要な措置を探る甲国政府の行為は国連海洋法条約に具現された国際法に違反することになろう。しかし他方、無害でない通航は国連海洋法条約第19条第2項に列挙された場合に限られないとする見解を探り、沿岸国の保護権に基づき外国の軍艦等の領海通航に事前許可を要求する諸国も相当数ある。

したがって、甲国政府が行った声明の内容に関する国際法上の評価は分かれ得るが、本問では、無害通航に関する国連海洋法条約の関連規定の整合的な解釈が求められるとともに、上記のような I C J の先例や国家実行についての評価を踏まえた論述が求められる。

設問2は、主要には外国の反政府武装集団の行為の国への帰属を問う問題である。国際違法行為の成立要件は、国際法に基づき、行為が国に帰属し、かつ、その国の国際義務の違反を構成することである。したがって、Z軍の行為が甲国に帰属することが証明されれば、甲国による乙国原油生産施設の破壊行為は武力行使禁止原則及び不干渉原則に違反する行為となり、甲国の国際違法行為が成立する。しかし本問では、Z軍の行為が甲国に帰属するかどうかが問われている。国家責任に関する国際法規則によれば、国家機関の行為は国に帰属するが、私人集団の行為は原則として国には帰属しない。ただし、国家責任条文第8条から第11条に定める事情が存在する場合には、例外的に私人集団の行為も国に帰属することになる。

本設問の場合、記載事実からみて、乙国の反政府武装集団であるZ軍の行為が甲国に帰属する可能性があるのは、①Z軍が事实上甲国の国家機関と同視され、その行為の全てが甲国に帰

属するほど甲国に完全従属しているとみなせる場合か、又は、②Z軍による原油生産施設の破壊行為が国家責任条文第8条に定める条件の下に行われた場合かのいずれかに該当する場合である。これらの問題を解くには、ニカラグア事件及びジェノサイド条約適用事件のI C J判決の行為の帰属に関する判示事項について、基本的知識を備えていることが必要となる。①については、I C J判決が完全従属という条件を満たすために課した高い基準を踏まえて、Z軍の行為が甲国に帰属するかを論じる必要がある。②については、Z軍による原油生産施設の破壊行為を国に帰属させるために、Z軍の作戦行動に対する甲国のどの程度の指揮又は支配が必要になるかが問題になるが、I C Jは反政府武装集団の場合は組織に対する国的一般的支配が及んでいればその行為は国に帰属するというタジッチ基準に対して、個別作戦行動に対する国の一実効的支配を要求するニカラグア基準を採用してきている。この点を踏まえて、結論を導くことが求められる。

設問3は、集団的自衛権行使するための要件に関する問題である。本問ではまず、国際法上集団的自衛権の行使が適法であるための要件を整理しておく必要がある。国連憲章第51条及び慣習国際法に基づけば、自衛権は武力攻撃が発生した場合に安全保障理事会（以下「安保理」という。）が必要な措置を探るまでの間行使できるが、その行使は必要性、均衡性の要件を満たすとともに、採った措置を安保理に報告しなければならない。またニカラグア事件I C J判決は、集団的自衛権の行使には、上記の要件に加えて、武力攻撃を受けた国によるその旨の宣言と、その国からの要請が必要であるとした。

本問では、丙国が国連安保理議長に宛てた書簡において行った主張に甲国として反論することを求められている。丙国の主張に鑑みれば、まず甲国によるY連盟とZ軍に対する武器供与等が武力攻撃に当たるか否かが問題になる。武力攻撃は武力行使のうち最も重大な形態のものを指し、武器援助のようにそれほど重大でない形態の武力行使に対しては均衡のとれた対抗措置のみ採ることができること（ニカラグア事件I C J判決）を根拠として反論が可能である。次に、Z軍の乙国化学工場施設に対する軍事作戦行動の着手を甲国による武力攻撃とみなす丙国の主張に対しては、反政府武装集団（Z軍）による武力行為を理由に他の国（甲国）に対して自衛権行使できるのは、侵略の定義に関する決議第3条（g）に定めるように、当該他の国が武力攻撃に相当する重大な武力行使を外国（乙国）に対して実行する武装集団を自己により若しくは國のために派遣し、又はこの行為に対して國が實質的に関与した場合に限られること（コンゴ領域内の武力活動事件I C J判決）を踏まえた反論が考えられる。また、Z軍の乙国化学工場施設に対する軍事作戦行動の着手についての情報を受け取った段階で丙国による甲国に対する爆撃が行われたことから、先制的自衛についても論点になり得る。さらに本問においては、丙国は集団的自衛権を独自の判断で行使したとされるが、丙国が乙国のためにこの権利を援用できるためには、乙国が甲国により武力攻撃を受けた旨の宣言を行い、丙国に援助の要請をしていることが必要になる。なお仮に丙国の軍事行動が集団的自衛権の行使に該当し得たとしても、丙国による甲国に対する爆撃は、均衡性の要件を充足していたかという問題が残る。

[第2問]

条約の国内的効力と自動執行力、国家の一方的宣言の法的効果、政府承認の要件と要件を欠いた政府承認の国際法上の評価について問う問題である。

設問1は、個人が、国内裁判所で条約規定に基づいて賠償請求をする場合に、条約規定が当該国内法上、どのような条件を満たさなければならないか問う問題である。そこで、設問1は、条約の国内的効力と自動執行力に関わる。個人が国内裁判所で、条約規定を根拠として訴えを提起し、賠償を請求するのであるから、最初に、当該国で条約が憲法体制上、国内的効力をどのように認められるかを考えることになる。続いて、条約が当該国の憲法体制において国内的

効力を持つとしても、個人が条約規定を直接の根拠として裁判所で賠償請求を行えるかについては、当該条約規定が自動執行力を持つかを論じなければならない。条約規定の国内的効力の問題と、自動執行力の問題とは、それぞれ別個の問題である。日本の国内判例では、かつては、条約の国内的効力の問題と条約の自動執行力の問題が必ずしも区別されていなかったが、近年では、両者を区別している。

条約の国内的効力の在り方が、条約の自動執行力の問題にも関わってくることに留意しなければならない。本問では、乙国の憲法体制上、条約の国内的効力が、一般的受容方式で認められるのか、変形理論に従って認められるのか、問題文では明らかにしていないので、いずれの可能性もあることを想定することになる。一般的受容方式の下で、条約に国内的効力が認められても、条約規定が裁判で直接に適用される自動執行力を持つかを改めて問うことになる。

そこで、条約が自動執行力を持つための要件が問題になる。条約起草者の意思に根拠を求める意思説や、条約規定内容の明確性を求める客觀説がある。日本では、条約規定内容の明確性を求める客觀説が有力になっている。仮に、客觀説を採るとすれば、問題文にあるヘーグ陸戦条約第3条が、「前記規則（陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則）ノ条項ニ違反シタル交戦当事者ハ、損害アルトキハ、之カ賠償ヲ負フヘキモノトス。交戦当事者ハ、其ノ軍隊ヲ組成スル人員ノ一切ノ行為ニ付責任ヲ負フ」と規定するが、これが個人の請求権を規定しているか、それが明確であるかを論じて結論を考えなければならない。

設問2は、国家の一方的宣言の法的効果を問う問題である。国際法は、一定の要件を定めて国家に一方的行為をすることを認め、それに法的効果を与えていた。それは、承認・放棄・抗議などである。これらの方的行為は、国際法の既存の枠組み内のものであり、新たな規範を生み出すわけではない。本問では、このような既存の国際法の枠組み内の一方的行為とは異なり、Y政府による国家の一方的宣言であり、それにより国家が新たな義務を負うかが問われている。一方的宣言の法的効果については、国際司法裁判所判例では、核実験事件で、フランスの大統領や閣僚による大気圏内核実験禁止の声明について、「公に発せられ、かつ拘束される意図をもつ」宣言は、信義誠実の原則に基づき法的拘束力を有すると判断した。その後の判例では、宣言が特定の名宛人に向けられることが求められている。

本問では、Y政府の甲乙両国間の戦争に起因する賠償請求権を一切放棄する一方的宣言は、相手方である乙国に対してなされている。この一方的宣言が効果をもって、Aの賠償請求を否定する根拠とができるかについて、これらの実践に基いて論証して結論を導くことが求められる。

設問3は、政府承認に関する問題である。まず、政府承認の要件が考えられなければならない。Y政府は、丙国の軍隊を駐屯させて治安と防衛の役割を担わせているのであるから、Y政府が独立に自らの力で、Y政府の支配地域に実効的支配を及ぼしているわけではない点を認識する必要がある。そのような状況で、丙国は、Y政府を政府承認した。承認の要件を満たさないのに承認を行うことは、尚早の承認である。丙国のY政府承認と比較して、乙国のY政府承認は、丙国の軍隊がY政府支配地域から完全に撤収後、Y政府が自らの支配地域において十分に治安と防衛の役割を果たすようになってからの政府承認である。承認の要件を満たす前の承認と、承認の要件を充足してからの承認の比較の認識が求められている。丙国のY政府承認は、承認の要件である実効的支配を満たす前の尚早の承認であり、X政府は、引き続き甲国を代表しているとの立場から、内政干渉の抗議を行えることを理解しなければならない。

[国際関係法（私法系）]

[第1問]

本問は、離婚の成立及び親子間の法律関係につき、準拠法の決定と適用及び公序原則発動いかんと公序原則発動後の処理を問うものである。

設問1は、離婚の成立につき、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第27条本文及び第34条の解釈と適用を問う問題である。前者の規定が指定する甲国法の具体的適用結果が通則法第42条の公序に反するか否かの論述を求めている。

設問2の小問(1)アは、協議離婚の許否が通則法第27条の「離婚」に包摂されることの論述を求めている。

設問2の小問(1)イは、離婚後における親子の面会交流の性質決定に関する問題である。通則法第32条の「親子間の法律関係」として性質決定し、当該規定を正しく適用しなければならない。

設問2の小問(2)では、まず、離婚の際における親権者指定が、通則法第27条ではなく、通則法第32条の問題と性質決定されなければならない。同条の規定により指定される甲国法の関連規定の適用が通則法第42条の公序則の発動を惹起するか否か、つまり、内國的関連性の有無と具体的適用結果の当否に関する論述が求められている。さらに、公序則の発動があった場合、誰を親権者として指定すべきかを、法的根拠を示して論じなければならない。

〔第2問〕

本問は、売買契約につき国際物品売買契約に関する国際連合条約（以下「条約」という。）の任意規定性の理解を問い合わせ、委任契約につき通則法第8条第2項の解釈と適用及び民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第118条第1項の解釈と適用を問うている。

設問1は、条約第1条を解釈、適用して条約の適用可能性を肯定した後に、条約第18条第2項と第23条を排除し、条約第6条の規定に従いつつ甲国民法を確実に適用する方法いかんを問うている。

設問2は、通則法第7条の適用のないことを指摘した後に、通則法第8条、特に第2項の解釈と適用を問うている。

設問3は、間接管轄に関する民訴法第118条第1号の解釈と適用を問うものである。いわゆる鏡像理論の理解を示した後に、民訴法第3条の3第1号の債務履行地管轄に相当する管轄原因が外国裁判所に肯定されるか否かを、通則法第7条にも言及しながら、論じなければならない。