

# 平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨

## 【公法系科目】

### 〔第1問〕

本問を解くに当たって、何が憲法上の問題であるかについては比較的容易に発見できたのではないかと思われる。政教分離原則に関する法科大学院での憲法の授業では、関連判決を正確に理解し、かつ、関連判決の判断枠組みの問題点、事実評価の問題点をも適切に検討し学習することが求められている。本問は、このような学習の中で養成されていることが期待される「考える力」を見ようとする問題である。

まず、設問1では、本問における公金支出が憲法に違反するのではないかと考えるB村の住民から相談を受け、弁護士としてどのような訴訟を提起するかが問われている。ここでは、「(なお、当該訴訟を提起するために法律上求められている手続は尽くした上でのこととする。)」という設問の記載に留意しつつ、この種の訴訟で通常採られている訴訟形式で、かつ最も事案に適したものを探査することが求められている。なお、ここでは、法律実務家を目指す者のための試験として、訴訟形式の根拠となる条文を号まで特定して記載することが求められる。

訴訟形式に加えて、設問1では、訴訟代理人として行う憲法上の主張が問われている。ここでは、憲法上の主張を問題文に記載された事実関係を踏まえ丁寧に論じることが求められている。そして、設問2では、かかる原告代理人の憲法上の主張に関する「あなた自身」の見解を、被告側の反論を想定しつつ、設問1におけるのと同様に問題文の事実関係を踏まえ丁寧に論じることが求められる。なお、原告の主張、被告の反論とも、およそあり得ないような極端な見解を述べ、「あなた自身の見解」では中間の立場を探るといった、技巧に走る答案は求められない。

本問では、特に、憲法第89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」への公金支出の禁止が問題となる。問題文では、C宗及びA寺が宗教法人法上の宗教法人であるか否かについて、あえて記述していない。この点については、「宗教上の組織若しくは団体」の定義を述べつつ、遺族会はこれに該当しないとした箕面忠魂碑・慰靈祭訴訟判決（最判平成5年2月16日民集47巻3号1687頁）や、氏子集団がこれに該当するとした空知太神社訴訟判決（最判平成22年1月20日民集64巻1号128頁）を参考にしながら検討すると、C宗及びA寺が「宗教上の組織若しくは団体」に該当することが肯定されることになる。

憲法第89条前段の問題であるとすると、「宗教上の組織若しくは団体」への公金支出は、憲法第20条第1項後段の特権付与の禁止に抵触することにもなり得る。愛媛玉串料訴訟判決（最判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）は、「宗教上の組織若しくは団体」への玉串料の奉納を憲法第20条第3項の「宗教的活動」の禁止の問題を中心として判断した。神社の例大祭等での玉串料の奉納ではなく、火災で延焼した神社再建への公金支出の問題である本問の場合には、B村の「宗教的活動」と捉えるのか、それともB村によるA寺への「特権付与」の問題と捉えるのか、検討することが求められる。

そして、憲法第89条前段の下で、公金支出の禁止は絶対的禁止なのか、それともその禁止は相対化されるのかが、問題となる。ここでは、憲法第20条第3項における「宗教的活動」の禁止の相対化論とも関係して、どのような判断枠組みを構築するのかが問われる。その際、宗教と関わり合いを持つ国家行為の目的が宗教的意義を有するか否か、その効果が宗教を援助、助長等するか否かを諸般の事情を総合考慮して判断し、国家と宗教との関わり合いが相当限度を超えていているとして、問題となった公金支出を合憲とした津地鎮祭訴訟判決（最判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁）、問題となった公金支出を違憲とした愛媛玉串料訴訟判決、そして総合考慮によって私有地の無償貸与を違憲とした空知太神社訴訟判決等、判例動向

を踏まえつつ、原告の主張、被告の反論、そして「あなた自身の見解」における判断枠組みを構築し、一定の筋の通った理由を付して結論を導き出すことが求められている。

A寺への公金支出を正当化するに当たって、B村村長はA寺を「公共的な存在」と位置付けている。しかし、墓地、埋葬等に関する法律上はA寺のDに対する埋葬拒否が「正当の理由」に該当するとしても、B村の村民の誰でもがA寺の墓地に埋葬することを認められるわけではないということから、A寺を「公共的な存在」と位置付けることの妥当性が問題となる。そのような墓地を含めた土地整備費用の助成の合憲性を検討することが求められる。本堂は、A寺が宗教的行為を行う場であるが、他方で一般住民のための場としても利用されている。住職の住居である庫裏は、住居という点にのみ重点を置けば、他の村民の住居と同じ性格のものと位置付けられ得る。他方で、A寺を管掌する僧侶である住職が住むことに重点を置けば、庫裏は単なる住居とはいはず、「宗教上の組織若しくは団体」のための住居と位置付けられ得る。このような複合的な性格を分析しつつ、それぞれへの公金支出の合憲性を個別的・具体的に検討することが求められている。

## 〔第2問〕

本問は、都市計画施設として道路を定める都市計画の事業が40年以上施行されていない区域内に土地を所有し建築制限を受けているPが、土地上の建物を建て替えることが必要になったために、都市計画を定めているQ県に対し、都市計画の適法性を争い、又は建築制限に対する補償を請求する事案における法的問題について論じさせるものである。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、都市計画法及び同法施行規則の趣旨を読み解いた上で、都市計画に関する行政訴訟の訴訟要件、本案における違法事由、及び損失補償の要件を論じる力を試すものである。

設問1は、Q県が都市計画を変更せずに存続させていること（以下、単に「計画の存続」という。）の適法性を争うために、Pがどのような行政訴訟を提起できるかを考える前提として、都市計画決定の処分性を検討させる問題である。全体としては、【資料1】に示された土地区画整理事業の事業計画の決定に処分性を認める大法廷判決の論旨をよく理解した上で、都市計画決定の処分性を判断するためのポイントを押さえること、及び、処分性の判断に関わる都市計画決定の法的効果を、後続する都市計画事業認可の法的効果と関係付け、また比較しながら的確に把握することが求められる。

個別にいえば、都市計画決定が権利制限を受ける土地を具体的に特定すること、都市計画決定が土地収用法上の事業認定に代わる都市計画事業認可の前提となること、及び、都市計画が決定されるとその実現に支障が生じないように建築が制限されることを、都市計画法令の諸規定から読み取らなければならない。その際、都市計画決定と都市計画事業認可の関係図書等や法的効果等を比較することを通じて、都市計画決定においては、収用による権利侵害の切迫性が土地区画整理事業の事業計画の決定に伴う換地の切迫性よりは低いことも、併せて考慮することが求められる。大法廷判決が、建築制限について、それ自体として処分性の根拠になるか否かを明言していない点にも、注意を要する。そして以上の考察を踏まえて、権利救済の実効性を図るために都市計画決定に処分性を認める必要性について、都市計画事業認可取消訴訟、建築確認申請に対する拒否処分取消訴訟及び都市計画に関する当事者訴訟など他の行政訴訟の可能性及び実効性を考慮して、判断することが求められる。

設問2は、計画の存続の適法性について、適法とする立場及び違法とする立場の双方から総合的に検討させる問題である。行政法の基本的な考え方、都市計画法の規定、及び本件の具体的な事情を、説得的に結び付けて法律論を展開することがポイントになる。なお、計画の存続を違法とする立場による場合に、Q県が都市計画を変更しなくとも、都市計画決定及びそれに基づく建築制限が当然に失効していると解釈されるか否かにまで論及することは、求めていな

い。

計画の存続を適法とする立場からは、行政裁量の存在が重要であるから、都市計画変更決定に関する行政裁量の存否及び幅を、都市計画法の文言、都市計画の性質、及び裁量に関する判例を考慮して、判断することが求められる。そして、Q県がR市の旧市街地の活性化という政策目的を考慮することの適法性を論じることになる。これに対し計画の存続を違法とする立場からは、行政裁量が認められるとしても、裁量権行使の前提となる事実の調査及び認定に過誤があれば、裁量権の行使が違法となり得ること、特に都市計画法は、定期の基礎調査及びそれに基づく計画の変更を定めており、前提事実の再検討による計画の見直しを重視していることを、論じなければならない。そして、Q県による将来交通需要推計が旧市街地の現況及び一般的な人口動向等から乖離している点、その背後に旧市街地の事業者の利益の不当な重視が疑われる点を、指摘することになる。

さらに論じるべき点として、道路密度については、都市計画変更決定に係る裁量基準として採用できるとしても、地域の実態及び個別事情を考慮せずに機械的に基準として適用することが正当かを、検討しなければならない。都市計画の実現までに要する期間については、一般に社会的及び財政的制約から長期に及ぶことに着目した上で、本件に関し、本件計画道路の整備状況やQ県の財政状況の推移等に鑑みて、なお計画の存続が正当化できるかという問題を、論じることが求められる。そして以上の考察を通じて、計画の存続の適法性に関する受験者の見解を説得的に示さなければならない。

設問3は、計画の存続を適法と仮定して、建築制限を受けるPに対する損失補償の要否を検討させる問題である。損失補償の根拠として、憲法第29条第3項の直接適用が可能なことを指摘した上で、補償の要否を判断するための考慮要素として、財産権侵害の重大性、公用制限としての性格、土地利用の現況の固定に当たるか否か等を挙げることが求められる。そして、本件における建築制限の内容及び期間等の事情から、補償の要否を判断しなければならない。

本件の損失補償に関しては、都市計画事業として土地が収用される際には、被収用地が建築制限を受けていないとすれば有するであろうと認められる価格で補償するものとされるため、仮に収用前の時点での補償を認める場合、収用時の補償との関係をどう考えるか、という問題がある。しかし、この点を詳細に論じることは試験時間内では困難なため、設問3は損失補償の基本的な根拠及び要件を問う形式にして、配点を下げるにした。

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、料亭を営むための店舗を建設する適地を探していたAが、Bから甲土地を買い受けた後、その料亭の経営を継いだAの子であるFが、その製造した食品の一部を有償で、また他の一部は無償で寄託したが、それらの一部が盜難に遭ったという事例に関して、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。具体的な事実を踏まえ、実体的な法律関係を理解して論述する能力、当事者間に成立した契約の内容を理解して妥当と認められる法律的帰結を導く能力及び具体的な事実を法的な観点から分析して評価する能力などを試すものである。

まず、設問1は、Fが甲土地の所有権を売買契約により取得した場合と、20年の取得時効により取得した場合について、Fの主張が依拠する民法の実体法規範とそれを支える実体法の考え方を正しく理解していること、そして、この理解を各小問で問われている内容に即して規範適用の要件、要件事実及び効果へと結び付けることができているかどうかを問うものである。言い換えれば、設問1では、要件事実とその主張立証責任について平板に述べただけでは足り

ず、要件事実理解の前提となる民法の実体法理論について丁寧な分析と検討をし、これを踏まえて要件・効果面へと展開することが求められる。したがって、設問1は、要件事実の理解のみを問うものではなく、実体法の理解を前提とする要件事実の理解を試すものである。

小問（1）において、Fの主張は、①Bが甲土地の所有者であったことを前提として、②A B間の売買契約により、甲土地の所有権がBからAへと移転したこと、そして、③Aの取得した所有権が、A死亡による単独相続により、Aの相続人であるFに移転したことを基礎としたものである。本問事案で、Bの売却した甲土地は、Bが単独相続したDの相続したCの所有であったところ、Cの死亡により、甲土地につき、DとEによる共同相続が開始し、それぞれの法定相続分での遺産共有状態が生じている（民法第898条）。この遺産共有状態を解消し、甲土地をDの単独所有とするためには、このことを内容とする遺産分割がされなければならない（民法第906条以下）。ところが、DとEは、Cの遺産につき分割の協議をしておらず、遺産分割がされていない。そのため、Dは、甲土地につき、自己の法定相続分による持分権を有しているにすぎない。なお、このことは、Eについても、同様である。

そこで、Dを単独相続したBは、甲土地につき、Dの相続分に対応する持分権しか取得せず、Bから甲土地を売買により取得したAも、Dの相続分に対応する持分権しか取得しない。なお、そもそもA B間での甲土地の売買契約の下で、Aは、Dの甲土地持分権すら取得しないとの考え方もあり得る。したがって、いずれにしても、Fの主張は、失当である。なお、小問（1）は、民法第94条第2項の類推適用についての検討を求める問い合わせではない。

小問（2）は、民法第162条第1項の定める20年の取得時効を前提として、「AとBは、平成2年（1990年）11月15日、甲土地を代金3600万円でBがAに売却することで合意した」との事実が持つ法律上の意義を問うものである。ここでも、前述したように、民法の規範とそれを支える法理としての実体法理論についての分析及び検討をすることが求められ、これを基礎として上記事実の持つ意味についての解答が求められる。具体的には、①Aが甲土地をBとの売買契約により取得したことは、民法第162条第1項の「他人の物」の要件をめぐり、自己の物についても時効取得が可能であることに関する問題となること、②甲土地をAがBとの売買契約により取得したことは、所有の意思の要件、つまり自主占有の要件においても問題となること、③後者にあっては、甲土地をAが売買契約により取得したことは、Aの占有が所有の意思のある占有であることを基礎付ける事実（自主占有権原）となること、④所有の意思についての主張立証責任は民法第186条第1項によりEの側にあること、したがって、小問（2）に掲げられた事実は、Eが主張立証責任を負う所有の意思に関する事実（他主占有権原又は他主占有事情）につき、当該事実の存在を否認する事実として位置付けられることを理解できているかどうかを問うものである。

なお、①については、法文で「他人の物」となっている以上、Aが売買によってBの有していた甲土地持分権を取得したという構成を探る場合には、①の点に関する民法法理をその理由とともに示すことは必須である。なお、A B間での甲土地売買契約により「甲土地の所有権」をAが取得することが意図されているものの、「甲土地の持分権」をAが取得することは意図されていないと考えることも可能である。このように考える場合において、Aは、甲土地について何らの物権的権利も取得しない。その結果として、甲土地は、民法第162条第1項にいう「他人の物」に当たることとなる。

設問2は、契約書を正しく読み取った上で、契約条項をそのままの形で適用するのでは解決が困難である問題について、契約解釈などを通じて、十分な理由付けと論理一貫性の下に、適切な解決を導くことのできる能力を問うものである。

まず、添付の寄託契約書の第4条と第6条が、寄託されている物の数量が寄託された数量に不足する場合には、そのままの形では適用することができない可能性があることが指摘されるべきである。そして、その上で、補充的契約解釈などを行うことによって、妥当な内容の債権

的な返還請求権を導き出し、又は契約では規律されていない場面であることを前提に物権的な返還請求権を考えることになる。

前者の債権的な返還請求権によるときは、なぜそのような契約解釈が可能であるかを丁寧に論じる必要がある。このときは、契約書の各条項の文言のほか、当該契約が全体としてどのような目的と理念を有するものであるかを考察するべきである。後者の物権的な返還請求権によるときは、寄託物の共有状態を正しく把握し、共有持分権者の権利はいかなるものであるかを丁寧に論じる必要がある。また、契約解釈は共有状態の理解によって影響を受け、他方、共有状態の理解も寄託契約によって定まるといったように、両請求権が相互に影響を及ぼすことも踏まえることも必要である。

そして、共有者の方に引き渡されることは、他の共有者の権利を害しないかという問題を発見し、そのことにつき、一定の解決を示すことも必要である。

設問3は、無償の寄託契約において、受寄者に債務不履行があったために受寄物が盜難に遭い、その結果、寄託者が第三者との間における将来の取引に向けた交渉を打ち切られたという事例について、債務不履行に基づく損害賠償の要件を明確にし、【事実】に照らして要件との関係で検討すべき視点を提示した上で、受寄者が寄託者に対し損害賠償を請求することができるか否かの検討を求めるものである。

まず、F H間において、「山菜おこわ」を保管する旨の合意に基づき、丙建物に「山菜おこわ」500ケースが運び込まれることにより寄託契約が成立したこと（民法第657条）、Hは、無償受寄者として「自己の財産に対するのと同一の注意をもって、寄託物を保管する義務」（民法第659条）を負うこと、Hは、丙建物の施錠を忘れるという注意義務違反を犯した結果、丙建物に何者かの侵入を許したことを探した上で、Hには寄託契約上の保管義務違反という債務不履行（民法第415条）が認められることを明らかにする必要がある。なお、Hの注意義務の基準を検討するに際し、同じ丙建物内の「和風だし」の有償寄託契約が先行していることに着目し、Hは、「山菜おこわ」の寄託契約においても「善良な管理者の注意」義務（民法第400条）を負うと分析することも考えられる。

次に、Fが「Q百貨店の全店舗で『山菜おこわ』を取り扱ってもらえなくなったことについての損害賠償」を請求することができるかを検討するに当たっては、一方において損害賠償の要件を念頭に置き、他方において【事実】から読み取ることのできる法律上意味のある事情を汲みながら、考察のための視点を提示することが求められる。その際は、Fには賠償されるべき損害が発生しているといえるか、Hの債務不履行とFが被った損害との間に因果関係があるといえるか、Fの損害は民法第416条第2項に定める特別損害として賠償の範囲に含まれるかなどの着眼点のうち、一つ又は複数のものが提示され得るが、いずれのアプローチを探る場合であっても、問題の所在を適切に指摘し、【事実】との関連を意識しつつ考察の視点として取り上げることの意義を明らかにすることが肝要である。

その上で、提示された視点に【事実】を当てはめて、「損害の賠償を請求することができるか」という問い合わせに答える形で結論を示す必要がある。【事実】の中には、とりわけ6, 11, 12, 14, 16が結論を導くために重要な法律上の意味を持ち、解答者が着眼すべき諸事情が含まれている。解答に当たっては、これら諸事情の一部のみに焦点を当てたり、判例法理を形式的に当てはめたりするのではなく、【事実】に現れた諸事情に広く目を配り、慎重な考察を経た上で結論を示すことが求められている。

## [第2問]

本問は、22年総会における取締役4名（B, C, D及びP）の選任の当否（設問1）、本件貸付けに関する株主A及び監査役Fによる事前（設問2(1)）及び事後（同(2)）の対応並びに23年総会決議に関するA及びFによる決議取消しの訴えの当否（設問3）について、問

うものである。設問2は、会社法の基本的な理解及び事例を踏まえた分析力と論述力を問うものである。他方、設問1及び設問3の主な出題意図は、何が問題となるかを見抜き、これに論理的に対応する能力を問うことにある。また、全体として、会社法の条文を的確に理解し、これを摘示することも求められている。

設問1では、22年総会における取締役4名（B, C, D及びP）の選任の当否が問われている。同総会では、⑦A, B, C及びDの4名を候補者とする取締役選任議案が会社提案として提出され、①甲社の定款には、取締役の員数は6名以内と定められている（任期の満了しない取締役Hがいるため、同総会において選任可能な定款上の取締役の員数は5名以内となる。）一方で、結果的にはB, C, D, P, Q及びRの6名の取締役候補者について会社法第341条の選任のための決議要件が満たされていることから、このような場合に、①取締役として何名が選任され得るか（⑦4名か、①5名か、あるいは⑦決議の瑕疵を生じさせるとどまり6名全員かなど）や、②選任され得る取締役の数を超えて同条の決議要件を満たす候補者がいる場合の決定方法（採決順か得票順かなど）が問題となることを指摘し、自らの考え方を述べた上、当てはめをすることが求められる。どのような結論を探るにせよ、その結論が同条を含む会社法の規定から当然に導かれるものではないことに留意しつつ、他の考え方も意識しながら説得的に自らの考え方を論ずることが期待される。

次に、設問2の本件貸付けに関する株主A及び監査役Fの対応については、事前の対応（小問(1)）としての差止請求と、事後の対応（小問(2)）としての損害賠償請求について、それぞれ論述することが求められる。小問(1)の差止請求については、会社法第360条第1項及び第3項と同法第385条第1項を摘示しつつ、その要件（特に「法令に違反する行為」という要件）を検討し、問題文にある事実を抽出した丁寧な当てはめをすることが求められる。実務的な観点からは、仮処分（同法第385条第2項参照）にも言及することが望ましい。小問(2)の損害賠償請求については、本件貸付けが利益相反取引（同法第365条第1項、第356条第1項第2号）に該当することを指摘しつつ、H, D及びPにつき、それぞれ同法第423条第3項各号により任務懈怠が推定されることを踏まえ（Pについては、更に同法第428条第1項参照）、当てはめをすることが求められる。その上で、株主Aによる責任追及としては甲社に対する提訴請求及び株主代表訴訟（同法第847条）について、監査役Fによる責任追及としてはその提訴権限（同法第386条第1項）について、それぞれ条文を摘示しつつ論述することが求められる。なお、小問(1)及び(2)に共通して、監査役Fの権限を論ずる際には、甲社の監査役会において、Eが「本件貸付けについては問題視しないことを監査役会の方針とする」旨を提案し、Gがこれに賛成していることから、監査役の独任性との関係（同法第390条第2項ただし書）について触れることができることを、また、監査役の調査権限（同法第381条第2項）についても触れることが望ましい。

最後に、設問3の23年総会決議についての決議取消しの訴えの当否については、まず、否決を宣言された議案①については、同議案に係る「否決の決議」がそもそも決議取消しの訴えの対象となるか否かが問題となることを指摘し、これを検討することが求められる。どのような結論を探るにせよ、決議取消しの訴えの制度趣旨に立ち返った上で、その対世効や、決議が取り消された場合には株主は3年経過前でも議案の再提出が可能となること（同法第304条）等を勘案しながら、自らの考え方を述べることが期待される。次に、可決を宣言された議案②（上記の検討において、議案①が決議取消しの訴えの対象となるとの結論を採った場合には、議案①も同様である。）については、Fの主張に関しては、決議取消しにより監査役としての権利義務を有することとなる者（同法第346条第1項）にも明文で原告適格が認められていること（同法第831条第1項後段）を踏まえつつ、監査役の選任に関する意見陳述の機会（同法第345条第4項、第1項）が奪われていることを、Aの主張に関しては、このようなFに関する手続上の瑕疵をAが主張することができるか否かを、それぞ

れ条文を摘示しつつ論ずることが求められる。また、設問1において採った結論によっては、23年総会の招集に係る取締役会決議の瑕疵の存否や、22年総会において取締役に選任されたとも考えられるQやRが監査役に選任されることの適否について論ずることも期待される。

### [第3問]

本問は、原告Xが被告Bに対し連帶保証債務の履行を求める訴えを提起したが、Bの陳述から、その保証契約の締結の際、代理人としてCが関与していた可能性があることが明らかになったため、XがX C間での保証契約の締結という第2の請求原因を追加することを検討しているという事案を基に、書証による証明（設問1・小問（1））、当事者からの主張の要否（同・小問（2））、訴訟告知の効力（設問2）及び同時審判申出共同訴訟の機能（設問3）について論じることを求めている。

〔設問1〕の小問（1）は、連帶保証債務の履行を求める訴えである訴訟1において、原告Xが当初の請求原因②の事実（XB間における連帶保証契約の締結）を立証する場合と第2の請求原因③の事実（BのCに対する代理権授与）を立証する場合のそれぞれについて、書証である本件連帶保証契約書、特に同契約書中にBの印章による印影が顕出されていることが持つ意味を説明することを求める問題である。説明をする際には、問題文にあるとおり、弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえることが求められており、具体的には、本件連帶保証契約書の連帶保証人欄の作成者とされるのが誰であるのかと関連付けつつ、処分証書や二段の推定の意義及び訴訟上の機能を明確にして論じることが期待されている。

本件連帶保証契約書が持つ意味を簡潔に述べるとすれば、『本件連帶保証契約書は、当初の請求原因②の事実（XB間における連帶保証契約の締結）の存在を直接証明するための証拠となるが、第2の請求原因③の事実（BのCに対する代理権授与）を直接的に証明する証拠となることはない。』ということである。

『XB間における連帶保証契約の締結』という要証事実を立証する場合には、本件連帶保証契約書の連帶保証人欄には連帶保証をする旨のBの意思が表現されていることになるから、その成立の真正が認められれば、直ちに『XB間における連帶保証契約の締結』の事実が証明されることになる。文書の成立の真正を認定する際には、いわゆる二段の推定が働く。以上のことを、二段の推定の意味内容も含めて丁寧に説明していけば、処分証書や二段の推定の意義や訴訟上の機能を正確に理解し表現するという課題に応えたことになり、また、二段の推定の意味内容を説明すれば、その中でBを作成者と見る趣旨との関連がおのずから明確にされることになる。

これに対し、『BのCに対する代理権授与』という要証事実を立証する場合には、問題文にあるとおり、本件連帶保証契約書の連帶保証人欄の作成者をCと見る前提に立つ以上、そこにBのCに対する代理権授与の意思が表現されていることはなく、本件連帶保証契約書が『BのCに対する代理権授与』の事実を直接的に証明する証拠となることもない。

本件連帶保証契約書ではなく、そこにBの印章による印影が顕出されていることをもって、『BのCに対する代理権授与』という要証事実との関係で間接証拠となることを論じることは考えられるが、その場合には、それがどのような意味で間接証拠になり得るのか、すなわち、どのような過程をたどって要証事実を推認させるのかを、丁寧に説明する必要がある。例えば、一般に印章の管理は厳格に行われ、それにもかかわらず本件連帶保証契約書の連帶保証人欄にBの印章による印影が顕出されていることからすれば、Bは、本件連帶保証契約書の連帶保証人欄の作成に先立って、自分の印章をCに交付しており、その際、Cに対し本件連帶保証契約の締結についての代理権も授与していたことが推認され得るといった説明である。

〔設問1〕の小問（2）は、司法修習生Pの見解を批判的に検討することを求める問題である。この見解は、最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁〔百選第4版・47〕の説示する内容に沿うものであるが、裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の資料としてはならないという弁論主義の命題との関係で検討すべき点がある。上記命題が主要事実について働くものであることや、代理権の発生原因事実等は主要事実であることを確認しつつ、論じることが期待されている。

〔設問2〕は、訴訟1において表見代理が成立することを理由としてXのBに対する請求を認容する判決が言い渡され、同判決が確定したことを受け、BがCに対し提起した不法行為に基づき損害賠償を求める訴え（訴訟2）において、原告Bが、請求原因として主張した、①Cの顕名及び法律行為、②Cの無権代理の各事実をCが否認することの可否を検討することを求める問題である。

問題文からも明らかなように、訴訟1においてBがした訴訟告知に基づく判決の効力を受けることを回避するための理論構成を、まずは被告Cの立場から検討することが求められており、具体的には、訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性を示した上で、被告知者であるCが受けこととなる効力の性質、効力を制限するための論拠と本件事案への当てはめといったことを明確に論じることが期待されている。

訴訟告知を、専ら告知者の利益保護のための制度であり、第三者に判決効を及ぼすための手段であると見る考え方もあるものの、このような考え方に対しては異論が強く、本問においても、被告知者Cに対する効力が全く制限されないという結論を探りつつ説得力のある論述をすることは容易でない（以上につき、仙台高判昭和55年1月28日高裁民集33巻1号1頁〔百選第2版・111〕、最判平成14年1月22日集民205号93頁〔百選第4版・105〕参照）。

なお、被告知者Cに参加的効力が及ぶか否かを検討する際に、Cに補助参加の利益があつたといえるか否かという観点から論じることも可能ではあるが、一般に補助参加の利益が広く解されていることからすると、Cにとって望ましい結論を得るのは難しく、本問においてそのような観点から論じることの実益は乏しいと思われる。

被告知者が受けこととなる参加的効力を制限する論拠としては、大きくとらえれば、被告知者と告知者との利害対立の可能性に着目することと、参加的効力の及ぶ客観的範囲に着目することの二つが考えられる。

前者の観点からは、参加的効力の趣旨は、補助参加人と被参加人との間で被参加人敗訴の責任の分担を図ることにある以上、被告知者が参加的効力を受ける場合とは、被告知者が告知者と協同して相手方に対し攻撃防禦を尽くすことにつき利害の一致があり、そうすることを期待できる立場にあるときに限られる、そして、B C間にそのような利害の一致はない（BからCに対する代理権授与は、Bにとっては不利であるが、Cにとっては有利である）ことからすれば、①②の事実ともにCには参加的効力が及ばない、と論じることが考えられる。

また、後者の観点からは、次のように論じることができる。すなわち、参加的効力が及ぶ客観的範囲は、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断のほか、その前提として判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶが、判決理由中の判断については、いわゆる傍論が拘束力を持つ理由は乏しく、判決主文中の判断を導き出すために必要かつ十分なものに限られる。これを本件について見ると、訴訟1においては、B敗訴の判決で表見代理の成立が認定されているものの、そのためにCの無権代理の判断が必要であるわけではない。このような論拠からは、参加的効力の客観的範囲に含まれるのは①の事実（Cの顕名及び法律行為）だけであり、②の事実（Cの

無権代理)はこれに含まれないことになる。

〔設問3〕は、同時審判の申出がある共同訴訟において、上訴があった場合の審判の統一がどのように、また、どの程度まで図られるかを検討することを求める問題である。検討をする際には、問題文において与えられた事案において、①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範囲を明確にしつつ、「両負け防止」の趣旨が実現される仕組みやその程度を論じることが求められている。

同時審判申出共同訴訟は、民法第117条の無権代理人の責任と本人の責任のように実体法上併存し得ない請求について、実体法上あり得ないはずの両負けを避けるために設けられたものであり、弁論及び裁判の分離が禁止され(民事訴訟法第41条第1項)，同一手続で審理及び判決がされることによって事実上裁判の統一が図られることが期待できる。もっとも、同時審判共同訴訟の性質はあくまでも通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が妥当する(同法第39条)ことから、共同被告の一方の上訴又は一方に対する上訴の提起があっても、その余の部分は確定してしまい、移審もしないと解されている。

このように、上訴のあった当事者間の請求についてしか確定遮断と移審の効果が生じず、上訴審の審判対象となるのもその範囲のみである(敗訴当事者が上訴しなかった請求については附帯上訴の余地もない)ことから、移審する部分と移審しない部分とで審判の統一が図られない可能性があり、①Cのみが控訴した場合には、控訴審での両負けがあり得る。これに対し、②双方が控訴した場合には、弁論及び裁判の併合が要求され(同法第41条第3項)，第一審段階と同様に事実上裁判の統一が図られることが期待できる。

## 【刑事系科目】

### 〔第1問〕

本問は、A合同会社(以下「A社」という。)所有の土地(以下「本件土地」という。)に対するA社代表社員甲によるA社に無断での抵当権設定行為並びに甲及び甲の知人乙による本件土地のA社に無断での売却行為という具体的な事例について、甲乙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、具体的な事案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。すなわち、本問の事案は、①甲が、自己のDに対する債務を担保するため、本件土地に、A社定款で必要とされている社員総会の承認決議を経ないまま、被担保債権をDの甲に対する債権とする抵当権を設定し、抵当権設定登記を行った(以下「抵当権設定行為」という。)、②甲が、抵当権設定行為を行うため、A社社員総会が開催された事実はなく、抵当権設定行為に対する社員総会の承認決議が存在しないにもかかわらず、A社社員総会において、抵当権設定行為に対する承認決議が行われた旨記載された社員総会議事録と題する文書を作成し、Dに交付した(以下「社員総会議事録作成行為等」という。)、③甲が、乙の勧めに応じて、売却代金を自己の用途に費消する目的で、本件土地をEに売却した(以下「売却行為」という。)というものである。各行為に対する甲及び乙の罪責を論じる際には、事実関係を的確に分析した上で、構成要件該当性、共同正犯の成否等の事実認定上及び法解釈上の問題を検討し、事案に当てはめて妥当な結論を導くことが求められる。

#### (1) 抵当権設定行為についての甲の罪責

本問において、甲は、「A社の委託に基づき業務上本件土地を占有する者」であると同時に「A社の委託に基づきA社の財産上の事務を処理する者」に該当することになる。したがって、抵当権設定行為についての甲の罪責を検討する際には、まず、業務上横領罪を検討すべきか背任罪を検討すべきかが問題となる。

この点について、横領罪の保護法益を「物(個別財産)の所有権及び委託信任関係」、背

任罪の保護法益を「全体財産及び委託信任関係」と捉え、両罪の保護法益に重なり合いを認め、法益侵害が一つであることから、両罪の関係は法条競合であり、重い横領罪が成立すると考える見解からは、まず業務上横領罪の成否を検討することになる。他の見解に立つ場合であっても、簡潔に自己の見解を定立した上で、その見解と論理的に矛盾しない説得力のある論述を展開する必要がある。

本問において、抵当権設定行為について業務上横領罪の成否を検討する場合、業務上横領罪における客観的構成要件要素の意義をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている各種事情を的確に当てはめていく必要がある。本問で特に問題となるのは、抵当権設定行為が横領行為に該当するか否かについてであろう。この点について、判例は、一貫して横領罪の成立を認めている。なお、業務上横領罪の成否を検討した場合には、同罪の既遂時期についても言及すべきである。

本問において、抵当権設定行為について背任罪の成否を検討する場合も業務上横領罪の成否を検討する場合と同様、客観的構成要件要素をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている事情を的確に当てはめていく必要がある。

### (2) 社員総会議事録作成行為等についての甲の罪責

社員総会議事録作成行為等については、私文書偽造、同行使罪の成否を検討すべきである。

本問において、私文書偽造、同行使罪の成否を検討する場合も、客観的構成要件要素の意義をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている各種事情を的確に当てはめていくことが必要となるが、本問で特に問題となるのは、偽造に当たるか否かという点である。偽造の定義を前提に、社員総会議事録と題する文書の作成名義人及び作成者について論述していく必要がある。この点について、判例として、最決昭和45年9月4日刑集24巻10号1319頁が参考となる。この判例の考え方には従えば、本問における作成名義人は社員総会ということになる。また、最決平成15年10月6日刑集57巻9号987頁の考え方には従って、本問における作成名義人を社員総会議事録作成権限が付与された甲と考えることも可能であろう。なお、本問においては、有印私文書偽造、同行使罪が成立するのか、無印私文書偽造、同行使罪が成立するのかについても言及すべきである。

### (3) 売却行為についての甲の罪責

売却行為については、A社に対する関係で成立する犯罪と、Dに対する関係で成立する犯罪とを区別して検討する必要がある（なお、後述するように、売却行為については、乙との共同正犯の成否が問題となる。）。

A社に対する関係で成立する犯罪を検討する際には、抵当権設定行為と同様、業務上横領罪を検討すべきか背任罪を検討すべきかが問題となるが、抵当権設定行為について成立する犯罪を検討する際に定立した規範と矛盾なく論述を展開する必要がある。抵当権設定行為について業務上横領罪の成立を認めた場合、売却行為についても業務上横領罪の成否を検討することになる。この場合、問題となるのは、横領物に対する横領が認められるか否かである。この点については、最判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁が参考になる。この判例は、横領物の横領は不可罰的事後行為であるとしてきた従来の判例を変更し、横領物の横領を認めたものと理解できる。他方、抵当権設定行為について背任罪の成立を認めた場合、売却行為について、背任罪が成立するのか業務上横領罪が成立するのかは、抵当権設定行為について背任罪の成立を認めた理由によって異なることとなるので、論理矛盾のない論述を展開することが求められる。

Dに対する関係で成立する犯罪としては、背任罪を検討すべきである。この場合も、背任罪の客観的構成要件要素をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている事情を的確に当てはめていく必要がある。本問で特に問題となるのは、甲が他人のために事務を

処理する者に当たるか否かである。この点について、最判昭和31年12月7日刑集10卷12号1592頁及び最決平成15年3月18日刑集57卷3号356頁が参考となる。

(4) 甲に成立する犯罪の罪数処理

甲に成立する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。特に、甲について、2個の業務上横領罪の成立を認めた場合の罪数処理については、上記平成15年4月23日最判がこの点に関する判断を示していないことから、同一主体による同一客体、同一保護法益に対する侵害行為の罪数処理をどのように行うかについて、説得力のある論述を行うことが求められる。

(5) 売却行為についての乙の罪責

売却行為については、甲のみではなく、乙が関与していることから、乙に売却行為について甲に成立する犯罪の共同正犯が成立するか、あるいは教唆犯、帮助犯が成立するにとどまるのか検討する必要がある。乙は、実行行為自体を行っていないため、いわゆる共謀共同正犯の成否が問題となるが、検討を行う際には、問題文中に現れている具体的な事実を丁寧に拾い上げて、共謀の成否（特に犯罪を行う意思の相互認識、相互利用補充意思）及び乙の正犯性を論じる必要がある。すなわち、共謀の成否に関して言えば、①乙は、甲がA社に無断で本件土地に抵当権を設定してDから1億円を借りているという事実を認識した上で、甲に本件土地の売却を勧め、甲もこれを了承していること、②乙は、甲の売却行為を利用して仲介手数料という利益を得ることを、甲は、乙の売買仲介行為を利用して売却利益を得ることを、それぞれ企図していることなどの事実が共謀の成否の判断にどのような影響を及ぼすかを論じる必要があるし、正犯性に関して言えば、①乙は仲介手数料という利益を得ることを企図して売却行為に関わっていること、②乙は現実に売却行為により1300万円の利益を得ていること、③乙は売却行為の仲介という重要な行為を行っていること、④甲の犯意は乙が誘発したものであることなどの事実が正犯性の判断にどのような影響を及ぼすかを論じる必要がある。さらに業務上横領罪及び背任罪はいずれも身分犯であることから、身分犯に非身分者が加功した場合の処理を的確に行う必要がある。この点に関しては、各種見解があり、判例としては、最判昭和32年11月19日刑集11卷12号3073頁が参考となるが、いずれの見解に立ったとしても、自己の見解を簡潔に述べた上で、自己の見解と矛盾しない結論を導く必要がある。なお、乙に成立する複数の犯罪についても、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の基本的な問題点であり、これらの問題点についての基本的な判例・学説の知識を前提に、具体的な事案の中から必要な事実を認定し、結論の妥当性も勘案しつつ、法規範の当てはめを行うことが求められる。常日頃から、基本的な判例・学説の学習等を積み重ねることはもちろんあるが、特に判例を学習する際には、単に結論のみを暗記するような学習ではなく、判例の事案の内容や結論に至る理論構成などを意識し、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、覚せい剤取締法違反事件を素材とした捜査・公判に関する具体的な事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法を適用するに当たって重要な具体的な事実の分析、評価及び具体的な帰結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、適用能力及び論理的思考力を試すものである。

設問1は、司法警察員がT株式会社事務所を捜索すべき場所とする搜索差押許可状に基づき、捜索実行中に同事務所社長室に届いた従業員乙宛ての宅配便荷物を開封したこと（捜査①）及びその荷物の中から覚せい剤を発見し、乙を現行犯逮捕した後に同事務所更衣室に設置された

乙の使用するロッカー内を捜索したこと（検査②）に関し、その適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第218条第1項の定める捜索差押許可状に基づく捜索及び同法第220条第1項第2号の定める逮捕に伴う捜索についての正確な理解と具体的な事実への適用能力を試すものである。

同法第218条第1項は、司法警察職員は裁判官の発する令状により捜索することができるとしているが、令状には、被疑者の氏名、罪名、差し押さえるべき物、捜索すべき場所、有効期間等が記載されているのである。捜査機関は、裁判官がその捜索差押許可状によって明示・許可した範囲内でのみ捜索できる。本事例において、H地方裁判所裁判官は、特定の有効期間を付して捜索すべき場所を「H県I市J町○丁目△番地T株式会社」、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、ビニール袋、はさみ、注射器、手帳、メモ、ノート、携帯電話」とする捜索差押許可状を発付したのであるから、捜査機関に対し、特定の有効期間内において、被疑事実（平成23年10月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤、メモ、ノート等の差押えをするために、T株式会社の管理する同社事務所を捜索することを許可したのである。捜査機関は、その許可された範囲内でのみ捜索を行うことができる。

このような令状による捜索の仕組みを踏まえた上で、検査①の事例への適用に当たっては、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係、乙宛ての荷物であることとT株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係、平成23年10月5日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実（同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係に分けて論ずることが必要であり、いずれの検討においても、事例中に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析しながら評価、検討すべきである。個々の適法又は違法の結論はともかく、具体的な事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの事実が持つ法的な意味を的確に分析して論じなければならない。

例えば、有効期間との関係においては、捜索すべき場所に存在する物は、通常その場所の管理権に属することから、裁判官は、捜索すべき場所に存在する物（かばん、アタッシュケース等移動させることが可能な物を含む。）についても捜索すべき場所と一体のものとして併せて捜索する正当な理由を判断していること、捜索差押許可状の有効期間内であれば司法警察員Kは、いつでも適法に捜索差押えを行うことができ、たとえ令状発付後捜索開始前に持ち込まれた物であってもその捜索差押えは適法であること、捜索開始（令状呈示）の前後で適法違法が分かれるとすると、司法警察員Kが乙宛ての荷物が届けられた後に捜索を開始すれば適法に差し押さえることができるのにたまたま捜索開始が早かったために違法になること等を考慮し、裁判官がどの時点における捜索する正当な理由を審査しているのか、各自の見解を説得的に論ずる必要がある。なお、この点に関しては、最高裁判例（最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁）が存在するから、同判例の内容を踏まえた上で各自の見解を展開することが望ましい。

また、T株式会社の管理権との関係においては、被疑事実は代表者甲に対するものであること、荷物の宛名は乙であるが、送付先はT株式会社であること、同社は人材派遣業を営んでおり、裁判官にとっても同社事務所に従業員がいると当然予想されたところ、現に令状発付前から同社事務所で従業員が働いていることが判明していたこと、乙は同社の従業員であること、甲の携帯電話に残されたメール内容等によれば、甲と乙は共同して覚せい剤を密売しており、丙から甲が乙宛ての荷物の中身を分けるように指示されていて甲が乙宛ての荷物の管理・支配を委ねられているとかがえること等を検討し、乙宛ての荷物にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか論ずる必要がある。

さらに、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性との関係においては、被疑事実の中

に営利目的が含まれていること、甲が同社事務所社長室で覚せい剤取締法違反の検挙歴ある者に覚せい剤を売ろうとし、同社事務所に同検挙歴のある者数名が出入りしていて被疑事実についても常習的犯行の一環であると推測されること、前記メール内容等から甲、乙が覚せい剤を共同して密売していることがうかがえ、被疑事実についても乙が共犯者である可能性があること、このメール内容等と符合するように指定された日時場所に甲宛てと乙宛ての2つの荷物が同時に届き、それぞれの伝票の筆跡が酷似し、記載された内容物はいずれも書籍であるだけでなく、同一の差出人名でその所在地の地番が実在せず電話番号も未使用であること、荷物が届いた際の甲、乙の会話内容が不審であり、司法警察員Kから荷物の開披を求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち捜索差押許可状に基づく捜索も同様に、乙使用のロッカーであることとT株式会社の管理権との関係、乙使用のロッカーであることと被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずることが必要である。そして、T株式会社の管理権との関係では、前記のとおり、通常、裁判官は捜索すべき場所に存在する備品等の物や会社事務所に従業員がいることを含めて当該場所を捜索する正当な理由を判断していること、乙は同社の従業員であること、乙がロッカーの鍵を所持し捜索時に施錠していたとはいえ、同ロッカーは同社が管理しており同事務所社長室にマスターキーがあったこと等を検討し、同ロッカ一内にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか、同社から貸与された乙による事実上のロッカーの使用がT株式会社の管理権とは別に独立して保護に値するものかどうか論ずる必要があるし、被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係では、捜査①で述べた事情に加え、現に乙宛ての荷物の中から覚せい剤が発見されたこと、司法警察員Kの質問に対して甲が「隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。」と答えたこと、司法警察員Kから同ロッカーの中を見せるように求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する乙の携帯電話と手帳等が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち現行犯逮捕に伴う捜索については、なぜ「逮捕する場合において」令状なくして捜索を行うことができるのかという制度の趣旨に立ち返り、「逮捕の現場で」の解釈を明確にした上で、各自の見解とは異なる立場を意識して事例中に現れた具体的事實を的確に抽出、分析しながら論ずるべきである。例えば、更衣室は同じT株式会社事務所にあるだけでなく、社長室の隣室であること、同じ同社の管理権が及んでいること、逮捕された被疑者は乙であり、ロッカーも乙以外の他人が使用するものではなかったこと等を検討し、逮捕の現場といえるかどうか論ずる必要がある。また、現行犯逮捕の被疑事実との関連性についても触れるべきであろう。

設問2は、裁判所が甲と丙の共謀を認める方が甲にとって犯情が軽くなると考え、証拠上、共謀の存否はいずれとも確定できないのに、格別の手続的な手当てを講じないまま判決で公訴事実に記載されていない丙との共謀を認定したことに関し、そのような判決の内容及びそれに至る手続の適法性を論じさせることにより、有罪判決における犯罪の証明、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）の意義及び訴因変更の要否についての正確な理解と具体的事實への適用能力を試すものである。

裁判所が、証拠上、共謀の存否がいずれとも確定できないのに、被告人にとって共謀の存在が情状の上で有利であることを理由に共謀を認定できるかについては、共謀を認定すべきであるとする考え方（本事例の裁判所の立場）、「単独又は共謀の上」と択一的に認定すべきであるとする考え方及び訴因どおり単独犯を認定すべきであるとする考え方の3つの考え方があり得るところであり、まずは、本事例において判決でどのような事實を認定すべきなのか、この問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論ずる必要がある。その上で、いずれの立場に立つにせよ、共同正犯と単独犯とはいかなる関係に立つか、判決において証拠に

よって証明されてもいい共謀の事実を存在するものとして認定してよいのか、有罪判決における「犯罪の証明」とは何をいうのか、「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、本来存否に合理的な疑いが残る場合に事実が存在すると認定できることを意味するものではないのか、共謀の存在は必ずしも被告人に有利になることばかりとは限らないのであり事案ごとの犯情の軽重により共謀の事実があつたりなかつたりしてよいのか、共謀を認定しない限り丙の存在を甲に有利な情状として考慮することは許されないので等の理論的に想定し得る諸点について、各自の見解とは異なる立場を意識して自説を説得的に展開し、事例中の判決の内容が適法か否か論ずる必要がある。

また、訴因変更の要否については、かつて、いわゆる具体的防御説と抽象的防御説を中心に多様な考え方があったところ、近時、審判対象を画定するのに必要な事項が変動する場合には、被告人の防御にとって不利益か否かにかかわらず、訴因変更が必要である、審判対象を画定するために必要な事項でなくとも、被告人の防御にとって重要な事項につき検察官が訴因に明示した場合に、裁判所がそれと実質的に異なる認定をするには原則として訴因変更を要するが、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実に比べて被告人にとって不利益であるとはいえない場合には、訴因変更をせずに訴因と異なる認定をしてよいとする最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁）が現れるに至っているのであるから、同判例の内容を踏まえた上で説得的に各自の基本的な立場を明らかにし、訴因変更の要否の一般的な基準を定立する必要がある。

そして、本事例の具体的状況下における当てはめを行うことになるが、本事例が、同判例の事案と様々な点で異なるものであることは明らかであるから、本事例における具体的事実の分析、評価に関しては特に留意を要する。本事例においては、共同正犯と単独犯については構成要件が同一なのか異なるのかということ、処罰する際に適用すべき法条として刑法第60条が新たに加わること、検察官の主張する訴因には一切共謀に関する記載がないこと、裁判所が認定した事実は弁護人が第1回公判期日の罪状認否で主張した事実と同一であること等を検討し、訴因変更を要するか否か論ずる必要がある。なお、論述に当たり共謀の存否は訴因の本質的要素ではなく罪となるべき事実に属しないとの結論を探る場合には、共謀の事実の存否については罪となるべき事実に属し厳格な証明を要するとした最高裁判例（最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁）が存在するから、同判例の内容を意識して論述することが望ましい。

### 【選択科目】

#### [倒産法]

##### [第1問]

本問は、具体的な事例を通じて、破産手続における否認の要件及び破産手続開始の決定が係属中の株主総会の決議の取消しの訴えに与える影響についての理解を問うものである。

設問1については、破産者が実質的破綻時期において設定した債権譲渡担保について、設例における具体的事実関係の下で、支払不能となる具体的な時期を認定した上、適切な否認権に関する規定（支払不能の時期の認定次第ではあるものの、設例においては、破産法第162条第1項第2号が主要な検討対象となろう。）に基づき、否認の要件に当てはめてその可否を論ずることが求められる。その際には、問題文において、予想されるX及びB社の主張を踏まえて論ずることが求められているので、支払不能となる時期に関しては、弁済期が到来した債務についてのみ判断されるとする考え方（B社が主張するものと予想されるであろう。）と近い将来の支払不能が確実に予想される時点で支払不能を認定することができるという考え方（Xが主張するものと予想されるであろう。）の対立が明らかにされる必要があるし、

前者の考え方には原則的に立ちつつも、設例のように返済期日の変更がされた場合において、当該変更が債務者の信用力の反映ではなく、否認を免れるためにされたようなときは、変更前の返済期日が到来した時点で支払不能となるという考え方もあり得るであろう。このような多様な視点を意識しつつ、予想されるX及びB社の主張の内容を整理し、自説による支払不能となる時期の認定を説得的に論ずることが期待される。また、以上の支払不能に関する時期的要件の検討に加え、否認の他の要件（破産法第162条第1項第2号の場合は、破産者の行為が非義務的偏頗行為であることやB社の悪意）についても、XとB社の主張の対立を意識しつつ、設例に当てはめて、否認の可否についての結論を明らかにする必要がある。

設問2については、まず、設例の各株主総会決議の取消しの訴えに係る訴訟が破産法第44条第1項に規定する「破産者を当事者とする破産財団に関する訴訟手続」に当たり、中断するものであるかどうかを論ずることが求められる。破産会社を被告とする株主総会決議取消訴訟は、会社の組織的事項を対象とするのが原則であるが、その財産関係に影響を及ぼす事項を対象とするもの（例えば、設例の③の配当決議の取消訴訟がこれに当たるとする考え方がある。）も存在する可能性があり、設例の①から③までの各決議ごとに、各株主総会決議取消訴訟が同項の規定により中断するものであるかどうかを論じ、中断すると結論付けるときには、破産管財人Xにより受継されるかどうかについても、言及する必要がある。他方、同項の規定により中断しないと考える場合には、従来の取締役であるDがそのまま代表者として訴訟を追行することができるかどうかが論じられなければならない、その際には、委任契約の終了に関する民法第653条第2号の規定の適用の可能性に関する解答者の立場を踏まえて、A社の破産手続開始後の訴訟追行の在り方にについて論すべきであるし、また、設例の①の決議（取締役Dの選任決議）の取消訴訟については、訴えの利益の有無も、論点の一つとなるであろう（最判平成21年4月17日判時2044号74頁等参照）。さらに、本問は、設例の①から③までの各決議の取消訴訟が被告であるA社の破産手続開始決定によってどのような影響を受けるかを問うものであるから、一部の株主総会決議取消請求について訴訟追行者が異なるという結論に至ったときには、弁論を分離して別個に審理・裁判をする可能性についても言及することが期待される。

## [第2問]

本問は、具体的な事例を通じて、再生手続開始の決定が再生債務者や第三者の行為に与える影響及び再生計画案についての決議に付する旨の決定の要件についての理解を問うものである。

設問1については、まず、A社について再生手続が開始された時点では、B銀行が売掛金債権に係る譲渡担保を受けたことにつき対抗要件を具備していないので、そのままでは当該譲渡担保の効力を再生手続において主張することができないこと、すなわち、対抗問題の発生について確認する必要があり、いわゆる再生債務者の第三者性や再生手続開始後の登記等の効力を否定する規定（民事再生法第45条）の趣旨等から、これを理由付けることが求められる。次に、再生手続開始後にされたB銀行による譲渡通知及びC社による承諾の効力を論ずることになる。いずれも、その効力が否定されることになるが、譲渡通知については、B銀行がA社を代理して通知するものである旨を確認する必要があり、その上で、本問では、監督委員が選任されており、譲渡通知は財産処分行為として要同意事項として指定されていることが想定されるので、同意を得ないでした行為として無効となるものと考えられる（同法第54条第4項）が、開始後の登記等の規定（同法第45条）の類推適用や再生債権の弁済禁止（同法第85条第1項）による説明もあり得るであろう。いずれにしても、説得的な論述が求められる。また、承諾については、再生債権につき再生債務者の行為によらないで権利を取得した者に該当すると考えられるので、同法第44条が適用になることを述べる必

要がある。

設問2については、まず、決議に付する旨の決定の要件（民事再生法第169条第1項）として、一定の再生計画の不認可事由に該当しないことが求められていること（同項第3号）を確認する必要がある。その上で、設例の再生計画案において問題となる点として、第1に、清算価値保障原則について定める同法第174条第2項第4号があり、10%の破産配当率と設例の計画案における原則95%免除の一般的基準との比較から論述することが求められる。第2に、D社に対する手続開始後の弁済の問題があり、このような弁済が同法第85条第1項に違反するものであって、同法第174条第2項第1号の不認可事由に該当することになるものの、同法第85条第5項に該当する可能性もあり、事後的な裁判所の許可による不備の補正の可能性について言及することが期待される。最後に、監督委員Xによる勧告として、D社に対する不当利得返還請求権の行使や、清算価値を満たす弁済率への再生計画案の修正（同法第167条）の指摘が求められる。

## [租 税 法]

### [第1問]

個人所得課税においては所得の種類と所得の年度帰属の判断が必ず求められることは、法科大学院における租税法学習上の基本的な事項の一つである。設問1では、その基本を理解していることを前提に、問題文に示された一連の事実関係や契約内容を分析・評価し、法律の当てはめを行い、法人から支払を受けた個人の所得課税において必要となる所得の種類や所得の年度帰属などの判断をすることが求められている。

所得の種類については、脱サラした起業者が開業準備中又は開業初期に、起業中の事業に直結し得るコンペの賞金・賞品を受け取り、コンペをきっかけとして起業者が製造する商品の販売ルートを確保できることになる可能性のある契約も締結したという状況設定の中では、一般に論じられる事業所得と雑所得の違い（事業と事業に至らない程度の業務との違い）だけではなく、事業所得と一時所得の関係、一時所得と雑所得の関係を踏まえ、事実関係を的確に評価しての判断が求められる。この問題では、所得の種類についての基本ルールの理解に加えて、法律の適用上重要と考えられる事実を繰り出して評価し、当てはめを行って結論を導き出すという判断のプロセスないし判断の理由を、いかに説得力をもって論述できるかが問われている。また、設問1では、問題文の中に支払の根拠となる契約文言が契約そのものの形で織り込んであることから、その支払（起業支援金）に係る所得に対する所得税法の適用を論ずる際には、まずはその支払の私法上の性質を契約解釈によって明らかにすることが所得税法適用の前提として求められる。

所得の年度帰属については、法人から個人への支払が複数年にまたがり、かつ場合によっては契約上条件付でなされるという設定であること、また、株式は「金銭以外の物又は権利その他経済的な利益」に該当することから、それらの収入計上時期につき、契約の内容や株式に対する会社法の規律という私法の理解と所得税法における権利確定主義の理解という双方の理解を踏まえた分析に基づく判断が求められる。

次に、設問2では、支払をする側である法人について、法科大学院で学ぶ法人税法の基本的事項の一つである、法人所得計算上損金とされる費用該当性の判断と費用の認識時期の理解が問われている。ここでも、単に適用条文を挙げて結論を示すだけではなく、法人による支払の法人税法上の取扱いを判断する前提として、具体的に、法人の支払の根拠となっている法律関係や契約の内容などの理由を挙げて判断を示すことが求められる。

### [第2問]

本問は、個人と法人との間における資産の譲渡や貸付けに係る所得税や法人税の課税関係を

問うことによって、所得税法及び法人税法上の基本的な規定について具体的な事案に即して解釈適用能力を試そうとするものである。条文への単なる当てはめによってではなく、条文の趣旨目的やその基礎にある考え方をも考慮して解答を導き出す姿勢が重要である。

設問1は、法人成りに伴う個人から法人への資産の譲渡に係る所得税の課税関係を問うものである。主として、①譲渡資産の内容及び種類に応じて資産の譲渡に係る所得の有無及び種類を所得税法の関連規定に則して適切に判断することができるかどうか、②資産の譲渡対価が時価より著しく低い価額である場合を所得税法の規定に則して適切に処理することができるかどうかを試している。①については、特に所得税法第33条第1項及び第2項における資産分類の基礎にある考え方に関する正確な理解のほか、資産によっては収入金額の計上時期を考慮に入れた判断をも求めている。②については、所得税法第59条第1項第2号だけでなく同法第40条第1項第2号をも視野に入れた解答を求めている。

設問2は、個人から法人への土地の負担付贈与及び建物の低額貸付けの当事者双方に対する所得税や法人税の課税関係を問うものである。主として、③本件贈与に関する所得税法の適用条文を同法第59条第1項の趣旨目的に照らして適切に決定することができるかどうか、④本件贈与と本件貸付けについてそれぞれに係るX社の課税関係を法人税法第22条に則して適切に判断することができるかどうかを試している。③については、民法上の贈与概念と所得税法上の贈与概念との関係に関する正確な理解、所得税法における資産の譲渡に係る実現主義と課税繰延べとの正確な関連付け等に基づく解答を求めている。④については、特に法人税法第22条第2項において、無償による資産の譲受けに係る明文の定めはあるのに対して、無償による役務の受入れに係る明文の定めがないことをどのように考えるかを検討した上で解答することを求めている。

## [経済法]

### [第1問]

本問は、石油製品である乙を分解して得られる化学物質を原料とする化学製品甲の製造販売業者であるA社、B社、C社及びD社（以下「4社」という。）が行った、乙価格の上昇を理由とする甲の販売価格の値上げ行動を中心にして、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。）第2条第6項、第3条の不当な取引制限（いわゆる「価格カルテル」）の成否及び離脱の成否などを検討させることにより、不当な取引制限についての基本的な理解を問うものである。

不当な取引制限の成否を検討する場合には、まず、問題とされている行為について事実関係を確定する必要がある。確定された事実が行為要件を充足する場合には、競争の実質的制限の有無を検討することとなり、そこで、一定の取引分野の画定が必要となる。問題文から、甲に関する必要な情報（製品としての特徴、地理的範囲など）を拾い出し、要領よく簡潔にまとめるながら、市場を画定することが求められる。画定した市場を前提として、競争の実質的制限の有無を検討することになるが、甲市場の特色（4社のシェア、競争者のシェア、各種競争圧力など）を正確に把握し、これを的確に論述することが求められる。

設問1は、4社による会合（部長会）の場では、甲の販売価格の値上げに関する4社間には明示の合意が成立していないという前提の下で、上記会合前及び会合後の4社の客観的行動を認定し、これを分析して、不当な取引制限についての默示の合意の成否を検討することが求められる。これを肯定するにしても、否定するにしても、問題文から得られる多くの事実（間接事実）の中から、重要と思われるものを拾い出し、説得力のある論述をすることが期待される。競争の実質的制限の有無の検討に際しても、甲製品の市場の状況を分析し、要領よくまとめることが必要となる。Y社の行為についての検討も忘れてはならない。

設問2は、4社による会合（部長会）の場で、甲の販売価格の値上げに関する合意が成立し

たという前提の下で、その後のC社の行動から、C社について、不当な取引制限の離脱が認められるか否かを検討することが求められる。離脱を肯定するにしても、否定するにしても、説得力のある理由付けが必要となるが、その際、不当な取引制限についての基本的な理解が問われることになる。また、D社の行為を論ずるに際しては、不当な取引制限の成立時期が問題となり、ここでも上記同様に、不当な取引制限についての基本的な理解が問われることになる。

## [第2問]

本問は、特殊な植物から抽出した栄養成分を主とする栄養機能食品 $\alpha$ を、甲というブランド名で販売し、同食品の市場においてシェア40%・第1位を占めるX社が、甲が無店舗のインターネット販売業者に販売されないようにするために、甲を扱っている薬局・薬店に対し、これを専ら一般消費者に対してのみ販売するようにさせたという事案について、独占禁止法上の問題点を指摘し検討することを求めるものである。

本件事案は、横流しないし転売の禁止として、拘束条件付取引（不公正な取引方法一般指定12項）の適用が問題となるものであり、そこにおける、行為要件該当性、競争減殺効果及び正当化事由の有無についての基本的な理解を問うものである。

本件行為は、甲のブランド力を背景にして薬局・薬店の取引先を制限するものであり、その実効性担保手段として、代理店卸売業者による取引停止を伴う監視がなされていると評価すべきものである。なお、本件は、転売を一律に禁止するものであるから、ネット販売業者に対する単独・間接の取引拒絶（一般指定2項）とするのは適切ではないと言えよう。

次に、本件行為の競争減殺効果として問題になるのは、安売り業者であるネット販売業者が甲を購入できないことによる、販売業者間の価格競争の制限であり、競争排除ではなく競争回避が問題となる事案である。まず、判断の前提として、代替品 $\beta$ の評価を含めて、一定の取引分野ないし市場の画定をする必要がある。続いて、本件行為により甲の価格が維持されるおそれがあるか否かを、市場の実態に即して、ブランド内競争の状況（甲のブランド力、流通経路の閉鎖性）、ブランド間競争の状況（参入障壁の高さ、価格競争の活発さ）などを総合的に考慮し判断することが求められる。

最後に、本件行為は、ブランドイメージの保持の観点から、顧客への商品の説明及び品質保持のための温度管理の必要性を理由として行われているから、その正当化事由の有無を検討する必要がある。その場合、商品の説明の必要性については、健康増進法による注意喚起表示の存在を考慮することが必要となろう。また、温度管理については、その必要性自体は否定できないから、一律の転売禁止以外の代替的方法・手段について検討することが重要となろう。

いずれについても、拘束条件付取引の要件の意義及び内容を正確に理解した上で、事実関係を丹念に検討し、本件行為の市場への影響を判断することが求められるものである。

## [知的財産法]

### [第1問]

設問1及び2は、方法の発明についての特許権を題材として間接侵害に関する問題点の理解を問うものであり、設問3は、方法の発明を実施できる装置が適法に市場に流通した場合において、方法の発明についての特許権の消尽の有無ないし黙示の許諾の成否、及び制限の可否についての考え方を問うものである。

設問1は、方法の発明を実施する機能を有する装置に対する特許法第101条第4号と第5号の適用の可否を問うものであり、間接侵害規定の基本的な理解と、各要件への丁寧な当てはめが求められる。

本問では、まず、特許方法による充電機能以外に通常の充電機能を有する装置が問題となっていることから、同条第4号の「のみ」要件をどのように解釈し、適用するかを論じる必要がある。この点については、「のみ」要件について厳格な解釈を行う立場（例えば、東京地判

昭和56年2月25日無体集13巻1号139頁，判時1007号72頁【交換レンズ】)と柔軟な解釈を行う立場(例えば、大阪地判平成12年10月24日判タ1081号241頁【製パン方法】)があるが、「のみ」要件該当性を否定した場合はもとより、肯定した場合であっても、更に同条第5号の適用を検討することが望ましい。同号の適用に当たっては、各要件についての解釈を簡潔に示しつつ、事案への丁寧な当てはめが求められる。

また、問題の装置は家庭内で使用する装置であって、当該発明は家庭での実施が予定されている。さらに、一部は外国市場を指向した仕様で製造されているので、外国での実施が予定されている。これらの点に関し、B製品の製造・販売行為について、直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否を論じる必要がある。いずれの説でもよいが、従属説や独立説による場合にはその理由を説得的に論じる必要があり、通説とされる折衷説による場合には、直接侵害が否定される趣旨を踏まえた論述が求められる。

設問2は、方法の発明の間接侵害品の生産に用いる物に対して間接侵害規定を適用して差止請求をなし得るか否かという点について問うものである。同条第4号については間接の間接侵害の成立を否定した裁判例が存在するが(知財高判平成17年9月30日判時1904号47頁【ワープロソフト】)，この裁判例のように間接侵害規定を制限的に解釈すべきか否かについての見解を示し、これに沿った論述が求められる。

また、問い合わせは「どのような請求をすることができるか」であるから、差止請求の可否とは別に、間接侵害者に間接侵害品の生産に用いる物を供給する行為について共同不法行為を理由とする損害賠償請求権が成立し得るか否か、及び成立するとした場合の損害賠償の範囲を検討することが望ましい。

設問3は、方法の発明を実施する機能を有する装置の製造・販売を許諾された者が適法に装置を市場に流通させた場合において、当該装置を購入した者が方法の発明を実施することの可否と、当該結論を導く理論的根拠の検討、及び装置の製造・販売の許諾に付された用途の制約が、当該装置を購入したDの実施の可否にどのような影響を与えるかについての考え方を問うものである。

物の発明と異なり、実施品の流通が觀念できない方法の発明に対して消尽論を適用できるかを議論の出発点として見解を示し、適用を許容する場合にはいかなる要件を要するかについて論述する必要がある。ちなみに知財高判平成18年1月31日判時1922号30頁【インクタンク】においては、特許発明に係る方法の使用にのみ用いる物、又はその方法の使用に用いる物であってその発明による課題の解決に不可欠なものを譲渡した場合には譲受人がその方法を使用する行為に差止請求権等を行使することは許されないことが述べられている。

権利行使を制限する見解を採用する場合、その理由付けとしては消尽論や默示の許諾といったものが考えられようが、その上で、特許権者が用途制限を定める効果について、当該理由付けとの関係を考えることが必要となる。特に、取引の安全を重視して消尽論を採用した場合、特許権者が権利行使の範囲を任意に定め得るような例外を認めてよいかについては、慎重な考慮が求められよう。

## [第2問]

設問1は、著作権が共有に係る場合において、共有者全員の合意を得ずにレコードを製造販売する行為を問題とするものであり、設問2は、当該レコードを購入した者がこれを再販売する行為を問題とするものである。設問3及び設問4は、いわゆる国際消尽に関する問題の理解を問うものであり、設問3では、外国において製造販売されたレコードを日本国内に輸入し販売する行為が譲渡権を侵害するか否かなどが問題となり、設問4では、外国において製造販売された映画のDVDを日本国内に輸入し販売する行為が領布権を侵害するか否かなどが問題となる。

設問1については、著作権が共有に係る場合において、著作権法は、共有に係る著作権の行使はその共有者全員の合意によらなければならぬが、各共有者は、正当な理由がない限り、合意の成立を妨げてはならないと規定している（同法第65条第2項、第3項）。そのため、BとCの間では、更新拒絶をしたBに正当な理由があつたかどうか、また、正当な理由がなかつたとした場合、それによってCの著作権侵害が否定されることになるのか、あるいはBがAに対して合意を成立させる義務を負うにとどまるのかが問題となると考えられる。Bがなすべき主張としては、これらの点について差止請求が認められるように説得的に論じることが必要となる。

設問2については、BとFとの間では、設問1で取り上げられる問題のほか、FがCレコード購入時に、Bの許諾がないという事情を知らなかつたことから、善意者に係る譲渡権の特例を定める同法第113条の2が適用されるかどうか、また、同条と同法第113条第1項第2号との関係、すなわち、前者が適用されて譲渡権侵害が否定されても、なお、頒布時の知情を要件とする後者の適用により著作権侵害が成立するかどうかが問題となると考えられる。Bがなすべき主張としては、これらの点について差止請求が認められるように説得的に論じることが必要となる。

設問3については、Dレコードの輸入が同法第113条第1項第1号の適用により侵害となるかどうか、また、Dレコードの国内での販売が譲渡権（同法第26条の2第1項）の侵害となるかどうかを、DレコードがX国において同国の著作権者によって製造販売されたものであるという事情を踏まえて、特に譲渡権の国際消尽を定める同法第26条の2第2項第5号について論じることが求められる。なお、同号が外国で譲渡権に相当する権利を有する者が日本の譲渡権者と同一人であることを要件としていないことにも言及することが望ましい。

設問4については、E映画のDVDの輸入が同法第113条第1項第1号の適用により侵害となるかどうか、また、E映画のDVDの国内での販売が頒布権（同法第26条第2項）の侵害となるかどうかを、楽曲 $\alpha$ がX国において同国の著作権者の許諾の下にE映画のDVDに複製されたという事情を踏まえて、論述することが求められる。楽曲 $\alpha$ は、映画の著作物に複製されているから、譲渡権ではなく、頒布権の侵害が問題となることに注意しなければならない。そして、頒布権については、消尽に関する規定は定められていないため、国際消尽を認めるにせよ認めないにせよ、特許権に関して国際消尽に言及した判例（最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁【BBS】）及び家庭用ビデオゲームソフトにつき頒布権のうち譲渡に関する権利の国内消尽を認めた判例（最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁【中古ビデオゲーム】）等を念頭に置きつつ、説得的な論拠を提示しなければならない。

## [労働法]

### [第1問]

本問は、年次有給休暇及び育児休業に関する理解を問うものである。労働法における基本的な論点ではあるものの、関係条文・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要しつつ丁寧に当てはめを行うことが求められる。

まず、本問の事例では、Y社の時季変更権行使の有効性を検討した上で、Y社がXに対して行った懲戒処分及び10日相当分の賃金控除の各措置の当否を論ずる必要がある。具体的には、労働基準法第39条第5項の文言に即し、年次有給休暇権の法的性質及び時季指定権と時季変更権の関係を論じた上で、同項ただし書の「事業の正常な運営を妨げる場合」に該当するか否かを検討する必要がある。その際には、判例による判断の枠組みを踏まえ、例えば、代替勤務者確保の難易、事前の調整の有無、状況に応じた配慮の有無等に関する具体的な要件を摘要しつつ、問題文に示された事実を抽出して当てはめを行い、Y社の時季変更権行使の有効性を論

じることが求められる。

次に、賞与全額不支給の措置の当否を論じる必要がある。具体的には、①賞与支給条件としての育児休業の欠勤扱いの当否（いわゆる90%条項の相当性）、②賞与額算定における育児休業の欠勤扱いの当否、更には、③賞与額算定における年次有給休暇の欠勤扱いの当否を順次検討することが求められる。その際には、関係条文（育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律第10条、労働基準法附則第136条）について、その私法上の効力を意識しつつ検討するとともに、判例による判断の枠組みを踏まえて、具体的な事実関係に即して本件措置の当否を論じることが求められる。

最後に、以上の検討結果から、Y社がXに対して賞与を支給すべきであるとの結論に至った場合には、論理的道筋を示して根拠を明らかにしながら、賞与額の算定において欠勤日数を何日として計算すべきかを説明する必要がある。

## [第2問]

本問は、組合活動及び団体交渉を素材として、労働組合の正当な行為の範囲及び団体交渉権の範囲等に対する理解並びに組合活動に対する使用者の対応に関する理解を問うものである。いずれも労働法の基本的な論点であり、不当労働行為の成立要件及びその救済方法に関する正確な知識が求められるとともに、これら論点をめぐる判例に関する理解が前提となる。

設問1においては、まず、就業規則で禁止されているビラ配布を理由とするBの降格人事が不利益取扱いなし支配介入に該当するかについて、ビラ配布の組合活動としての正当性を中心に、ビラの内容や配布の態様等に着目して具体的に論ずる必要がある。次に、Y社の対応が団体交渉拒否に該当するかについて、Y社による資料提出や説明等で誠実交渉義務を履行しているといえるのか、また、降格人事の撤回及びベース・アップ要求が義務的団交事項に含まれるかを分けて検討する必要がある。

さらに、Y社の総務部長CがX組合員の脱退を勧奨した点及びビラを回収し破棄した点が支配介入に該当するかについて、降格人事の理由とされたビラ配布との異同を意識しつつ、ビラ配布の組合活動としての正当性に言及した上で、Cの行為のY社への帰責性等を論ずる必要がある。

いずれの論点についても、判例による判断の枠組みを踏まえ、具体的な規範を定立した上で、問題文に示された事実を抽出して丁寧な当てはめを行うことが求められる。また、設問が求めている「X組合として採り得る法的措置」については、抽象的な論述にとどまらず、労働委員会によるポスト・ノーティスや、裁判所による団体交渉を求める法的地位の確認等の具体的救済内容に踏み込んで論述することが望ましい。

設問2においては、使用者の採り得る法的措置を論ずる必要があるが、具体的には、営業権や信用毀損等に基づく情宣活動の差止め請求や不法行為に基づく損害賠償請求等が考えられることを示した上で、本問の社前集会について、その目的、態様等に関する具体的な事実を問題文から抽出して、組合活動としての正当性を論じることが求められる。

## [環境法]

### [第1問]

〔設問1〕は、公害防止協定の法的性質及びその限界に関する基本的理解を問う問題である。協定に関しては、伝統的に、紳士協定説と契約説があるが、現在では、個別条項ごとにその性質を検討すべきとされていることを指摘した上で、B町の反論としては、設問中にある規定等の表現振りから、それが法的拘束力を有するとの論述を展開することが期待される。また、協定には比例原則などの法的一般原則に反せないという限界があるところ、2割程度の厳格化がその範囲内といえるかどうかという点も指摘してほしい。さらに、大気汚染に関する行政的対

応は大気汚染防止法に基づくA県の権限のみにより可能という主張に対して、公序良俗に違反しない任意の合意である限りはそうした制約は適用されないと反論することが考えられる。

〔設問2〕は、資料に掲げてある大気汚染防止法の1968年法と1970年改正法の関係条文から、排出基準違反に対して導入された「新たな法政策」が直罰制（大気汚染防止法第33条の2第1項第1号）であることを把握した上で、導入の必要性が理解されているかを問う問題である。通常、指摘される1968年法の問題点としては、命令前置制であるがゆえに、命令がされない限りは刑罰を科すことができないために迅速な違反是正が期待できないことが挙げられる。

〔設問3〕は、大気汚染防止法の2010年改正の一つの柱である、測定データの改ざん対策及びその背景事情についての理解を問う問題である。

小問（1）については、資料から、企業の自主管理に対して全幅の信頼がされていたことを読み取るとともに、排出基準の違反が直罰制になっているものの特定施設の排出口における基準遵守を検査機関が的確に把握することができないために現実には刑罰の適用が困難になっていたことを指摘してほしい。

小問（2）については、C社は、第1に、2011年4月以降については、記録義務（大気汚染防止法第16条）違反により、両罰規定として、30万円以下の罰金が科されること（同法第35条第3号、第36条）を指摘できる。第2に、2007年4月以降2012年3月までの間の排出基準遵守義務（同法第13条第1項）違反に対して、両罰規定として、50万円以下の罰金が科されること（同法第33条の2第1項第1号、第36条）を指摘できる。

## 〔第2問〕

〔設問1〕の小問（1）は、Xが訴訟を提起する場合の訴訟物を問うものである。A県知事の違法な処分又はA県の違法な埋立工事によるA県に対する国家賠償法第1条第1項に基づく損害賠償請求などが考えられる。

小問（2）については、Xが損害賠償を請求する場合の要件を検討し、具体的事實に当てはめて、Xの主張を構成することが求められている。また、Xにとって不利な点をも検討し、被告の予想される反論として指摘してほしい。

本問では、被侵害利益は何か、A県知事の処分又はA県の埋立工事が違法な侵害行為といえるか等を、主な論点として検討することが期待される。

被侵害利益としては、景観利益などが考えられる。例えば、景観利益については、最高裁判決平成18年3月30日民集60巻3号948頁（国立景観訴訟）を踏まえて、その性質・内容、法律上保護される利益といえるかどうかを検討し、Xが当該利益を有するかを、X及び被告の観点で論じることができよう。学説上論じられている景観権、環境権を被侵害利益として記述する場合にも、上記の最高裁判決との関係に触れることが期待される。

また、景観利益を被侵害利益とする場合、上記最高裁判決を参考に、当該利益が違法に侵害されたかどうかを検討することができる。本問においては、公有水面埋立法第4条第1項第2号、第3号、瀬戸内海環境保全特別措置法第13条第1項、同法第3条第1項に基づく「瀬戸内海環境保全に関するA県計画」に照らして、本問における処分又は埋立工事が、行政法規に違反する処分といえるかどうか、代替案を採用しなかったことをどのように評価するなどを踏まえて、違法性をX及び被告の観点で論じてほしい。

〔設問2〕の小問（1）は、Xが訴訟を提起する場合の訴訟物を問うものである。道路の設置管理の瑕疵によるA県に対する国家賠償法第2条第1項に基づく損害賠償請求などが考えられる。

小問（2）では、被侵害利益は何か、道路の設置管理に瑕疵があるといえるか（自動車騒音が受容限度を超えるといえるか）等を、主な論点として検討することが期待される。ここでも、

Xの主張を構成するのみならず、Xにとって不利な点をも検討し、被告の予想される反論として指摘してほしい。

被侵害利益としては、人格権などが考えられる。

また、自動車騒音が受容限度を超えるといえるかについては、最判平成7年7月7日民集49巻7号1870頁（国道43号線訴訟）を踏まえて、判断基準（判断要素）を指摘し、本問の具体的事實に当てはめることが望まれる。その際、環境基準を超える騒音が受容限度を超えるといえるかどうか（環境基準と受容限度との関係）、道路の公共性、受益と被害の彼此相補關係の有無、被害防止措置の有無などについて、検討してほしい。

### [国際関係法（公法系）]

#### [第1問]

本問は、領海、接続水域及び排他的經濟水域（以下「EEZ」という。）に対する沿岸国の立法及び執行管轄権について問う問題を軸としつつ、あわせて、留保と解釈宣言の異同及び国内的救済完了原則の適用例外に関する基本的知識について問う問題である。国際法判例及び事例に対する学習も踏まえて国際法の基礎知識を、具体的な事例に応用する能力を身に付けているか否かを確認することをねらいとしている。

設問1は、国際慣習法となっている条約法に関するウイーン条約（以下「条約法条約」という。）の留保の定義、留保の許容性に関する基礎知識を前提として、海洋法に関する国際連合条約（以下「海洋法条約」という。）第309条及び第310条の規定を解釈し、X国が付した宣言に適用する問題である。条約法条約第2条第1項(d)に従えば、留保とは、用いられる名称のいかんを問わず、「条約の特定の規定の自国への適用上その法的効果を排除し又は変更することを意図して」条約に付される単独の声明をいう。海洋法条約第309条は、この定義に基づいて、「明示的に認められている場合を除くほか」この条約に「留保を付することも、また、除外を設けることも」禁止する。しかし、他方で同条約第310条は、用いられる名称のいかんを問わず、「国が、特に当該国の法令をこの条約に調和させることを目的として」「宣言又は声明」を行うことを排除しない。ただし、この宣言は、「当該国に対するこの条約の適用において、この条約の法的効力を排除し又は変更する」効果を有しない。こうした前提を理解した上で、X国が付した宣言の国際法上の効力について論ずることが必要である。その際には、X国が付した宣言の法的性質及びそれを決定する基準がまず問題になろう。X国の宣言が、同条約第309条が許容しない留保に当たるとすれば当該留保は無効と判断されるが、同条約第309条にかかわらずあえて宣言を付していることからすると、同条約第310条に従って付した「宣言又は声明」とみなすのが普通であろう。その場合には、解釈宣言の国際法上の法的効果に関する論述が求められる。

設問2は、領海内、接続水域内、EEZ内にある外国船舶に対する沿岸国の立法及び執行管轄権について問う問題である。各海域に対する沿岸国の立法管轄権及び執行管轄権に関する基礎知識とその応用力が求められる。まず、A号に対する措置については、沿岸国は自国領海内において、同国の通関上の法令違反を防止するため法令を制定する権利を有すること（海洋法条約第21条第1項(h))、この法令に違反する物品の積卸しは無害通航に該当しないこと（同条約第19条第2項(g))、このような法令違反の外国船舶に対して沿岸国は乗船、拿捕、司法的手続を含む執行措置を探ることができることを踏まえて、X国が採った措置を評価することが求められる。次に、B号に対する措置については、沿岸国がその接続水域内において、海洋法条約第33条第1項(a)及び(b)に定める目的のために必要な規制措置を探ることができることを論じなければならないが、沿岸国が同水域内自体における関税法違反を問うことができるか否かについては見解が分かれているため、X国が採った措置についていずれの解釈を探るかを、その根拠とともに論ずる必要がある。最後にC号に対する措置

については、第2サイガ号事件国際海洋法裁判所判決が、人工島等を除きEEZ内での関税法の適用を海洋法条約違反と判示したことを踏まえた上で、X国の措置に関する評価を論ずることが求められる。

設問3は、国内的救済原則の適用例外について問う問題である。問題の内容から、まず海洋法条約第295条に定める「国内的な救済措置を尽くすことが国際法によって要求されている場合」とは何かとともに、国内的救済原則が適用されない例外について簡潔に説明する必要がある。国家間紛争において国内的救済原則が適用されるのは、外交的保護権など在外自国民が被った身体又は財産損害についてその国籍国が国際請求を提出する場合であるが、この原則の適用には被害者に実効的救済を与える合理的可能性がない場合などいくつかの例外が認められてきた。その一つに、公海上の国際違法行為のように被害者と加害国との間に自発的な管轄権の結び付きがない場合が挙げられる。本問はこの事由に該当するが、設問3が国内的救済の適用例外を「Y国の請求内容」に即して説明することを求めるので、この論点に触ることは必須ではない。先例（インターハンデル事件、サイガ号事件等）が示すように、外国の国際違法行為によって自国民に対する損害と国家損害の双方が発生する場合に、国際請求が自国民の被った損害を優越的な基礎としてなされる場合には、国内的救済を尽くさなければならない。しかし、国家自らが被った損害を国際請求の主要な根拠としている場合には国内的救済原則は適用されない。このことを踏まえて、本問におけるY国の請求内容をどのように評価するかを論じることが必要である。

## 〔第2問〕

本問は、主権免除と外交特権免除を問う問題である。

設問1は、主権免除の考え方の基本を問うている。まず、主権免除の認められる範囲がどのようなものかが明らかにされなければならない。かつては、一部の例外を除く絶対免除主義が認められたが、現在では、国家の行為を主権的行為と、業務管理的行為とに分けて、前者にのみ免除を認める相対（制限）免除主義が主流となっている。日本でも判例変更が行われているが、主権免除が認められる範囲の変遷の背景に対する理解も求められる。背景には、国家が私人の行う商取引のような行為も行うようになってきたこと、取引が国際化してきたこと、そのような場合に主権免除を認めれば相手方の私人の救済が図られず、その結果として国家の取引の相手方が得られなくなることなどがある。次に、国家のいかなる行為が主権的行為か業務管理的行為かを分ける基準を明らかにする必要がある。これについては、行為目的説と行為性質説があるが、一般に客観的な判断を期待できる行為性質説が有力であるが、目的を考慮する実践も排除されているわけではない。こうした前提を論じた上で、本問の事例に当てはめて考えることが求められる。本問のB国の行為は、通常大使館にはあり得ないような遊戯施設建築のための契約締結である。私人がなす契約行為と変わらないことを考慮して、主権免除が認められるかが問われることになる。

設問2は、裁判権免除が認められなかった場合に、確定した判決の執行に関する主権免除が認められるかを問う問題である。裁判権免除と確定した判決の執行免除とを区別した上で同様に処理するかが考えられなければならない。そこでは、裁判権免除と執行権免除とでは、主権に与える影響が異なることを考慮することが必要となる。主権に対する影響の大きさからして、裁判権は免除されない場合でも、判決の執行は免除され得るという学説が優勢であること、差押えの対象となっている、B国大使館がA国内の銀行に開設している銀行口座がいかなる性質の財産かを考慮して、判決の執行についての免除を考えることになる。

設問3は、外交特権免除の中でも、特に公館の不可侵について問う問題である。慣習国際法ともなっている外交関係に関するウィーン条約第22条は、公館の不可侵を規定するが、本問では、遊戯施設が不可侵の保護の対象となるかが問題となる。A国は、遊戯施設が外交機

能に関わるものではないから不可侵は認められないと主張しているが、まず、外交特権免除の根拠は何かが問題となる。治外法権説、威厳説、機能説があるが、現在では、主にそのいずれが主たる根拠となっているかを考慮して、遊戯施設が不可侵であるかを決定することになる。仮に、当該遊戯施設は不可侵を享受するとしている場合には、その例外の有無の問題として、本問における火災の規模や、事後の実況見分であるという事情も、緊急性の観点から考慮される。また、不可侵を否定する場合には、A国警察の立入りの濫用のおそれも考慮すべきである。

設問4は、軍隊の行為の主権免除を問う問題である。軍隊は、主権的行為をする典型的な主体である。設問1で、相対免除主義を採用したという前提に立つとすれば、本問での軍隊の行為がいかなる性質であるかを決定する必要がある。A国との合意でB国より派遣された軍隊が行う救助活動は、典型的な軍事活動ではない。それでは、このような救助活動は、業務管理的行為といえるか、それとも、軍隊ならでは行い得ない行為であり、主権的行為の一部というべきかを検討して、主権免除が認められるかを判断することになる。

## [国際関係法（私法系）]

### [第1問]

本問は、後見開始の審判及び後見人選任の準拠法の決定並びに被後見人による認知に対する後見人の同意に適用される準拠法の決定と適用を問うものである。さらに、死後認知の準拠法の決定について、いわゆる選択的連結と反致に関する論述も求めている。

設問1の小問（1）は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第5条の解釈・適用を問うものである。

設問1の小問（2）は、外国人を被後見人として日本の裁判所が後見開始の審判をした場合に、後見人の選任の準拠法が何かを問う問題であり、通則法第35条第2項第2号を特定しなければならない。

設問1の小問（3）は、被後見人が認知者として任意認知をする場合に、その後見人の同意の要否の問題に適用される準拠法の決定と適用を問うている。認知の問題として性質決定した上で、通則法第29条第1項前段と同条第2項前段との関係を明らかにして、準拠法を決定しなければならない。

設問2については、まず、死後認知の出訴期間が認知の準拠法によるべき問題であるとの前提の下に、通則法第29条第1項前段の規定の他に通則法第29条第3項の規定と結合して理解される同条第2項前段の規定が適用され得ることを指摘しなければならない。これらの規定に従えば選択的な関係にある連結基準がいずれも外国法を本国法として指示していることを確認した後に、当該外国の国際私法規定によると日本法が指定され得ることから、通則法第41条に従った反致の可能性について論ずることが求められている。

### [第2問]

本問は、インターネットを利用して継続的に日本において事業を行う外国会社が書面によって締結した契約から発生した紛争について、国際裁判管轄権の有無と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。）の適用可能性を問うている。さらに、オンラインで締結されかつ消費者を一方当事者とする契約について消費者保護を目的とする強行規定の適用いかんも問うている。

設問1の小問（1）は、民事訴訟法第3条の2第3項等の規定する管轄原因が無いことを確認した上で、同法第3条の3第5号の規定の下で日本の裁判所が国際裁判管轄権を有しているか否かを問うている。

設問1の小問（2）では、通則法に従い日本法が準拠法として選択されていること等、条

約が適用される条件を指摘しながら、設例との関連で条約の適用可能性に言及しなければならない。

設問2は、インターネット上で締結された消費者契約について、消費者に要素の錯誤があったことにつきその重過失の不存在を定める強行規定が消費者の常居所地法の中にあった場合に、この規定が適用されるべき条件を問うている。通則法第11条第1項又は第3項の規定を特定し、その丁寧な適用が求められている。当該規定の適用を除外する同条第6項各号に掲げられている事由のないことも確認しなければならない。