

# 平成25年司法試験論文式試験問題出題趣旨

## 【公法系科目】

### 〔第1問〕

本年の問題も、判例を正確に理解した上でそれらを主体的に検討して判断枠組みを構築すること、そして事案を丹念に拾って個別的・具体的に検討することを求めている。本年の問題は、伝統的に表現活動のために使用されてきた場所である道路と、伝統的には公衆の集会のための使用に供されていない場所である大学の教室という、対比的構造となっている。

まず、本問で制約されている権利・自由を確定することが必要である。

道路の使用が許可されないことによって制約される権利・自由は、デモ行進の自由である。デモ行進の自由が憲法上保障されていることについては、異論がない。ただし、その憲法上の位置付けに関して、憲法第21条第1項の解釈の仕方と関わって、学説は大きく2つの見解に分かれる。そのいずれの見解によるのかを、理由も述べつつ、明らかにする必要がある。

大学の教室使用不許可処分の場合には、大学の教室は公衆に「開かれた」場所ではないし、学生も当然に教室を使用する権利があるわけではない。しかし、その場合でも、学問や表現・集会の意義を踏まえつつ、Cゼミの使用申請に対する不許可処分の平等原則違反を問うことはできる。したがって、Cゼミによる講演会と経済学部のゼミによる講演会の内容・性質の違いが問題となる。

設問1の「原告の主張」においては、違憲という結論を導き出す論拠を十分に書くことが求められている。

本問では、1回目、2回目と許可されたのに、デモ行進のための3回目の道路使用申請が不許可とされた問題であるので、論すべき中心は当該不許可処分の違憲性である。なお、条例自体の違憲性を論ずる場合には、付随的規制という観点や事前規制という観点から検討を加え、きちんと論じていることが求められる。

道路使用不許可処分の違憲性に関しては、道路の場所としての2つの特性が関係する。それは、伝統的に表現活動の場として使用してきたことと、多くの人がその他の目的で利用する場所であることである。その際、デモ行進の重要性、条例に取り込まれた付随的理由による規制の問題性を、用語の觀念的な使用によってではなく、きちんと説明し、検討する必要がある。さらに、「明らか」といえるか否か等について、事案の内容に即して個別的・具体的に検討する必要がある。

教室使用不許可処分の違憲性の場合には、前述したように、教室という場の特性を踏まえた平等原則違反が問題となる。表現の観点に基づいた差別ではないかを、事案の内容に即して検討することもあり得る。Cゼミによる講演会と経済学部のゼミの講演会とでは講演者の職業が異なっている等の相違点もあるが、とりわけ、Cゼミの講演会への評価においては、それが学問研究活動の一環であるのか、それとも実社会の政治的・社会的活動であるのかについて検討することになる。さらに、Aの発言が県政批判といえるか、仮に県政批判といえるとしても、表現の自由として保障されるAの発言を大学側がマイナスに評価することは許されるのか等についても検討する必要がある。

設問2では、まず最初に、想定される県側の反論を書くことになる。ここでは、合憲となる論拠のポイントだけを簡潔に書けばよいのであって、想定される県側の反論の論拠等を詳細に書く必要はない。被告の反論の論拠は、設問2の第2パートである「あなた自身の見解」において、必要に応じて述べればよい。

「あなた自身の見解」は、「あなた自身」が検討しなければならない原告と被告の判断枠組みにおける理論的対立点、そして事実認定・事実評価における相違点を明らかにした上で、

筋の通った理由を記して、「あなた自身」の結論を導き出すことが求められている。

その際、「あなた自身」の見解が、原告とも被告とも異なることがあり得る。その場合には、なぜそれらの見解と異なるのかについて、「あなた自身の見解」を論じる必要がある。また、「あなた自身の見解」が結果として原告あるいは被告のいずれかと同じであったとしても、原告あるいは被告と「同じ意見である」と書いてあるだけでは、全く不十分である。その場合でも、「あなた自身」がいずれかの見解に同調する理由をきちんと述べることが、必要不可欠である。

## [第2問]

本問は、賦課金の新設を内容とする土地区画整理組合（以下「組合」という。）の定款変更の認可（以下「本件認可」という。）に対し、組合員が取消訴訟を提起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、土地区画整理法（以下「法」という。）の趣旨を読み解いた上で、取消訴訟の訴訟要件及び本案における違法事由を論じる力を試すものである。

設問1は、本件認可の処分性を検討させる問題である。組合に行政主体としての法的性格が与えられていることを法の規定から読み取った上で、本件認可が組合員の法的地位に変動を及ぼすか否かにつき、賦課金の仕組みに即して、丁寧に検討することが求められる。解答に当たっては、その前提としてC県側の主張を正確に理解しておくことが必要であることから、行政機関相互の行為で行政組織外部に対する効力を有しないものは処分に当たらないという考え方（いわゆる内部行為論）にC県側が立脚していることを明らかにすることが求められる。

具体的には、組合につき強制加入制がとられていること（法第25条第1項）、賦課金及び過怠金の賦課徴収及び滞納処分申請の権限が組合に付与されていること（法第40条、第41条）、及び、換地処分の権限が組合に付与されていること（法第103条第3項）を、法の規定から読み取り、これらが組合の行政主体としての法的性格を示すものであることを説明しなければならない。また、C県の立場に立った場合には、例えば、知事の組合に対する監督等について定める法第123条、第125条は、知事と組合との関係が上級行政機関の下級行政機関に対する指揮監督関係であることを示すものと解され得ることなどを指摘すべきである。そして、内部行為論について説明した上で、本件認可が外部に対する効力を有するか、すなわち組合員の法的地位に変動を及ぼすかに関して、以下の点を検討することが求められる。

すなわち、費用の分担に関する事項を定款に記載しなければならないとする法第15条第6号の規定を受けて、本件定款変更において、賦課金の収入を本事業の費用に充てること、並びに、賦課金の額及び徴収方法は総会の議決に基づき定めることが規定され、さらにこれを受けて、賦課金の額の設定方法が「賦課金実施要綱」に定められ、これに従い賦課金の賦課徴収が行われる。このような賦課金の仕組みに着目すると、一方で、本件定款変更自体は、個々の組合員に対して具体的な賦課金納付義務を課すものではなく、組合員に個別具体的な権利変動を生じさせるものではない（成熟性に欠ける）とのC県側の主張が考えられる。他方で、これに対する反論として、本件定款変更により組合員は特段の事情がない限り賦課金を徴収される立場に立たされるから、本件認可は、組合員の法的地位に変動を及ぼすものとして処分性が認められる等の主張が考えられる。その際、C県側が、市町村が土地区画整理事業を行う場合には条例で施行規程を定めることとされていることを指摘し、条例の制定行為が処分に当たらないのと同様に本件認可は処分に該当しないと主張しているので、C県の指摘の根拠とされている法第53条を挙げた上で、C県の主張の理論的根拠を分析し、反論を加えることが求められる。

設問2は、本件認可の適法性につき、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ことにより、関係法令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

律論を展開する能力を試すものである。

まず、本件組合が保留地の金額に関する見通しを誤り、資金計画の変更を繰り返した上で賦課金を新設することについて、「土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎及びこれを的確に施行するために必要なその他の能力が十分でないこと」(法第21条第1項第4号)という要件の解釈を通じて、適法か否かを論じることが求められる。次に、署名捺印された白紙の書面議決書に理事Dが自ら議案に賛成の記載を施し、本件臨時総会がこれを議案に賛成の議決権行使として扱ったことについて、定款変更の「決定手続又は内容が法令（中略）に違反していること」(法第21条第1項第2号)という要件に結び付けて、書面による議決権行使を認める法第38条第3項、第4項の趣旨に照らし、適法か否かを論じなければならない。また、賦課金の算定方法について、組合員の約80パーセントが賦課金を免除される等の本件の具体的な事情を踏まえ、法第40条第2項の定める公平の要請を満たすか否かを論じることが求められる。その上で、賦課金の算定方法の違法性が本件認可の違法性をもたらすわけではないという主張に対する反論として、例えば、本件定款変更と本件要綱とは同時に議決されており、本件定款変更の議決において本件要綱の内容が前提とされていたと解され得ることなどを指摘することが考えられる。

なお、受験者が出題の趣旨を理解して実力を發揮できるように、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から甲土地を買うこととしたBが、その代金債務について、Cを代理してCを保証人とする契約を締結し、また、買い受けた甲土地の上に築造した丙建物について、その建設資金の貸主であるDのために抵当権を設定するとともに、丙建物の各部分をF及びGに賃貸し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に加え、その応用を問う問題である。制度の趣旨を踏まえ妥当と認められる解決を説明する能力、当事者間に生じた事態について法律関係の正確な理解に基づき分析する能力及び事案の解決において参考となる判例の趣旨を理解して事案との比較検討を的確に行う能力などが試される。

まず、設問1は、無権代理人が保証契約を締結し、それが後に追認された場合の保証契約の効力を検討する問題であり、保証契約の成立要件についての基礎的知識、特に書面の作成が必要であること（民法第446条第2項）、及びこの要件に関連して従来は必ずしも十分に議論されていなかった問題について、自らの見解を説得的に展開する能力を問うものである。

設問1では、「保証債務の履行を請求するには、どのような主張をする必要があるか」が問われているから、主債務の成立の指摘を含め、保証債務の履行を請求することができるための要件を網羅して掲げる必要がある。

その上で、考察を要する問題点としては、第一に、契約締結時（平成22年6月11日）にはBに代理権がなかったことをどのように考えるべきであるか、第二に、無権代理人Bが作成した契約書が民法第446条第2項の要件を満たすのか、という点が挙げられる。もっとも、前者の問題は、同月15日にCはBから説明を受けた上で承諾したのであるから、追認があったものと評価することができる（同法第116条）。したがって、後者の問題が、本問の中心的な論点となる。

本問の事実関係において、書面の作成という保証契約の要式性を充足するとみるかどうか、については、両様の考え方方が成立可能であると考えられる。同法第446条第2項の規定の趣旨は、保証契約の内容を明確に確認し、また、保証意思が外部的に明らかになることを通じて保証をするに当たっての慎重さを要請するものである、というような説明がされてきた。無権代理人が作成した書面でも本人の追認があったことにより要式性の要件を充足することになる

か、という問題を考察するに当たっても、このような立法趣旨の説明が参考となる。ただし、これのみから直ちに結論を導くことには、やや論理的に無理があり、より説得力のある論述にするためには、有権代理の場合に書面性の要件を充足するのはどのような場合かといった点を含め、更に深く立法趣旨を検討することが望ましい。考え方としては、保証をすることやその契約内容が書面により明確に確認される契機を重視するものと、保証人が主体的に書面を作成することを重視するもの等が想定される。前者は、本問における書面性を肯定する見解に、後者であれば否定する見解に、それぞれ結び付きやすいと思われるが、いずれにしても、立法趣旨について深く検討して理解した上で、本問での事実関係を検討することが求められる。

設問2は、賃借物が破損した場合において、その破損が生じた原因が、賃借人Fからその内装工事の発注を受けたHにある事例を題材として、次の三つの点について、債務不履行責任に関する基本的な理解を問うものである。

第一は、この事例において、賃貸人Bがその修繕に要した費用に相当する金銭の支払を賃借人Fに求めるためにまず考えられるのは、賃借人Fが賃貸借契約によって負担する賃借物の保管義務の違反、つまり債務不履行を理由とする損害賠償請求（同法第415条）という構成であり、そのためには、賃借人がその賃貸借契約上の保管義務に違反し、それにより賠償されるべき損害が発生したこと（損害の発生と因果関係）が必要となることが正確に理解されているかどうかである。

第二は、以上の要件を満たすときでも、同法第415条によると、賃借人に責めに帰すべき事由がないときは、賃借人は損害賠償責任を免れること、そしてそこでは、Hが賃借人Fの負う保管義務の履行補助者に当たることから、本問では履行補助者責任が問題になることが正確に理解されているかどうかである。例えば、伝統的通説によると、履行補助者には、眞の意味での履行補助者と履行代行者があるとされ、本問のHはFとは独立の事業者であることから、後者の履行代行者に相当する。その他の見解では、このような区別はしないものの、履行代行者に相当するものも含めて、履行補助者責任が問題とされている。

第三は、このように履行補助者責任が問題になるとして、賃借人Fが損害賠償責任を免れることができないとすれば、それはなぜであり、責任を免れることができるとすれば、それはなぜであるかを的確に説明し、その当否を論じができるかどうかである。

例えば、伝統的通説によると、履行代行者については、①明文上履行代行者を使用することができないのに使用した場合、②明文上積極的に履行代行者の使用が許される場合、③いずれでもなく、給付の性質上履行代行者を使用しても差し支えない場合が区別され、債務者が責任を負うための要件もそれに応じて区別される。これによると、本問では、FがHとともに内装の仕様及び施工方法につき検討した結果についてBが承諾をしていることが②に当たるかどうかが特に問題となる。もっとも、学説では、このような分類に対して強い批判があり、履行補助者責任を「他人の行為に対する責任」として使用者責任の対比で基礎付けを図る見解のほか、履行補助者責任を契約不履行責任の一般的な枠組みの中に位置付け、その基礎付けを図ろうとする見解も有力に主張されている。本問では、いずれの見解によるとしても、その論旨が説得的に展開されているかどうかが重要であり、それに即して本間に含まれる事実を適切に評価し、それぞれの主張を基礎付けることが求められる。

なお、賃借人Fに対する請求の根拠としては、ほかに、不法行為に基づく損害賠償請求、事務管理による費用償還請求、不当利得返還請求等も考えられるが、本問の具体的な事案の内容に照らせば、少なくとも第一次的には債務不履行責任を検討すべきであり、必ずしもこれ以外の法律構成の検討まで求められているわけではない。

設問3は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権として賃料債権との相殺の意思表示をした賃借人と抵当権の物上代位権に基づき当該賃料債権を差し押された抵当権者の優劣について判断した【参考】判例を提示して、本問の具体的な事案の下でも【参考】

判例にのつとった結論を導くことが相当かどうかを問うものであり、これによって法的思考力や事案に即した分析力を試すことを意図した問題である。また、この点を検討する前提として、必要費償還請求権の成立要件についての理解とその当てはめを的確に行なうことが求められている。

判例法理の射程について議論をする際には、単に【参考】判例と本問とでは事案が異なるから、Dの依拠する判例法理が本問には適用されない、とするのみでは十分でない。【参考】判例の事案におけるどのような特徴が判旨の示すルールの前提となっているのかを論理的に明らかにし、その特徴がどのように変化すれば、ルールがどのように変化するのかを明らかにしなければならない。その上で、本問の事案においては、どのようなルールが適用されることの結果として、Gの主張に沿う結論となるものであるか、を示す必要がある。

また、判例法理の射程を問題とせずに【参考】判例の示したルールそのものを批判する場合であっても、十分な理由付けを示し、説得的な論述をしなければならない。そして、るべきルールを明らかにし、その適用の結果も示す必要がある。

なお、Gのすべき主張について問われているのであるから、仮にDの反論が完全に適切なものであると解答者が考えたとしても、あり得べきGの主張を考察しなければならない。また、賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権行使することができるか、という問題もあるが、「30万円を差し引いて支払う」というGの主張を基礎付けることが求められているのであるから、その問題自体を論じる必要はない。

## 〔第2問〕

本問は、非公開会社である甲社において代表取締役が自己の支配権を確立するために一連の方策を講じた事例に関して、譲渡制限株式の譲渡の効力と名義書換未了の場合の取扱い（設問1）、株主総会における取締役の報酬の増額決議の効力、この決議に基づいて支払われた報酬の返還請求の可否及び範囲（設問2）、株主割当てによる新株発行の差止めの可否及び新株発行の効力（設問3）を問うものである。

設問1前段は、EのFに対する株式譲渡の甲社に対する効力を問うものである。甲社は、株券発行会社であり、非公開会社であるから、甲社株式の譲渡が甲社に対する関係で効力を生ずるには、株券の交付により当事者間における株式譲渡の効力が発生することを前提として、取締役会の決議により株式譲渡の承認がされなければならない。本問では、会社法第145条の規定によるみなし承認の要件を形式的に充足していることを踏まえた上で、代表取締役Aが、取締役会においてFに対する株式譲渡が承認されないことを懸念し、これを取締役会に諮ることを回避して上記のみなし承認の要件を充足させたという事情を指摘する必要がある。そして、このような本来の制度の目的とは異なる目的でみなし承認の制度を利用した点がみなし承認の効力に影響を与えるか否かについて、株式譲渡自由の原則、株式の譲渡制限とみなし承認の制度趣旨、甲社の既存株主又は譲受人Fのいずれの利益を保護すべきか等に触れながら、説得的に論ずることが求められる。

設問1後段では、基準日の定めがなく、株主総会当日の株主に議決権行使させればよいことを前提として、名義書換をしていないFを会社側から株主として取り扱うことができるか否かについて、名義書換が対抗要件であること（会社法第130条）やその趣旨に照らして論ずることが求められる（最判昭和30年10月20日民集9巻11号1657頁参照）。本問では、代表取締役Aの言動が原因となってFから名義書換の請求がされていないことから、Fに法定の手続を履践していないという一定の落ち度は認められるものの、名義書換の不当拒絶に類似する状況であるという視点から論ずることも考えられる。設問1前段において、みなし承認の効力を否定し、EのFに対する株式譲渡は甲社に対して効力を生じていないという結論を採った場合には、株式譲渡の効力要件を具備しながらも名義書換未了の株主を会社側から株主

として取り扱うことができるかという問題とは異なることを意識した上で、論ずることが必要である。

設問1全体を通じて、株式譲渡の当事者間における効力、会社に対する効力及び会社に対する対抗要件について、その制度趣旨、要件、相互の論理的関係等を理解した上で、筋の通った解答をすることが求められる。

設問2前段は、平成25年総会における取締役の報酬の増額決議の効力を問うものである。具体的には、まず、①取締役会設置会社である甲社の株主総会において、その招集の際に定められた株主総会の目的である事項（会社法第298条第1項第2号）以外の事項について決議をしたことについて、同法第309条第5項に違反し、株主総会の決議方法の法令違反という同法第831条第1項第1号の決議取消事由に該当することを指摘する必要がある。また、②Qの死亡により遺産共有状態にある株式の権利行使者の指定（同法第106条）が共有者の持分の過半数の同意により行われたことについて、同条の規定の趣旨、上記の権利行使者の指定の持つ意味、権利行使者の指定に共有者の全員一致を要するとする見解との比較等を踏まえ、その指定の効力を論じた上で、議長AがBによる議決権の行使を認めなかつた取扱いの法的評価につき、上記①と同様の決議取消事由に該当するか否かを論ずる必要がある（最判平成9年1月28日集民181号83頁参照）。さらに、③同法第831条第1項第3号の決議取消事由に関しても、取締役の報酬総額を定める株主総会決議について取締役である株主が特別利害関係人に該当するか否か、その議決権行使によって著しく不当な決議がされたか否かについて、本問の事実関係に即して論ずることが求められる。上記①から③までに加え、設問1において、譲受人Fを株主として取り扱うことができないという結論を採った場合には、Eに株主総会の招集通知を発していないこと及びFの議決権行使を許容したことについても、決議取消事由に該当するか否かを論ずることが考えられる。なお、これらの決議取消事由については、同法第831条第2項の裁量棄却の余地があるか否かを論ずることも期待される。

設問2後段では、平成25年総会における取締役の報酬の増額決議が取り消されると、当該増額決議は遅延的にその効力を失うこと、その結果、平成23年総会における取締役の報酬総額の決議がなお効力を有することとなることを前提として、平成23年総会において定められた報酬総額の枠を超える額の個別報酬額を定めた取締役会決議の効力を論ずる必要がある。具体的には、この取締役会決議が全部無効となるのか又は一部無効にとどまるのか、一部無効となる場合には、各取締役に対する報酬決定について無効となる金額、全部無効となる場合には、全部返還を求め得るのか等の検討を踏まえて、結論の妥当性をも意識しつつ、各取締役に対して不当利得として報酬の返還を求め得ること及びその具体的な金額について、説得的かつ論理的に論ずることが求められる。

設問3前段は、本問のような株主割当てによる新株発行に対し、不公正発行を理由とする差止請求（会社法第210条第2号）ができるか否かを問うものである。同号は、株式の発行が「著しく不公正な方法」により行われることを要件とするところ、本問では、株主全員に申込みの機会を付与する株主割当ての事案であること、新株発行の目的がAによる支配権の確立にあること、Aは、取締役の報酬の増額により、払込資金を用意するために有利な状況を作出していること等の事実を的確に摘示した上で、上記の要件に該当することを説得的に論じ、また、「株主が不利益を受けるおそれ」という要件についても、株主Bが持株比率の低下という不利益を受けるおそれがあることを記述することが必要である。さらに、差止請求の実効性を確保する観点から、これを被保全権利とする仮処分（民事保全法第23条第2項）についても、保全の必要性に関する事情を指摘しつつ、言及すべきである。

設問3後段では、新株発行無効の訴え（会社法第828条第1項第2号）の可否について論ずることが求められる。この訴えに係る無効事由について法の定めがないことを前提として、新株発行により形成された法律関係の安定性や新株発行が会社の業務執行に準ずるものである

ことを重視する見解（最判平成6年7月14日集民172号771頁参照）を踏まえつつ、本問では、甲社が非公開会社であり、株主の持株比率の利益が重視されるべきであること、他方で、Bは、新株発行差止請求権を被保全権利とする仮処分により救済を受けることが可能であったこと等を意識しながら、説得的に論ずることが必要である。

### [第3問]

本問は、二つの相続紛争事案を基に、確認の利益（設問1）、当事者適格（設問2）、弁論主義（設問3）及び判決の効力（設問4）について検討することを求めており、問題文には、事実関係のほか、関係する判例や考え方の方向性等が示されており、受験者にはこれらの情報を踏まえた上でその先の考察を行うことが期待されている。

〔設問1〕は、遺言無効の確認を求める訴えである訴訟Iについて、訴えが確認の利益を欠き不適法であるとする立場からの立論を行うこと、換言すれば、本件には最高裁判所昭和47年2月15日第三小法廷判決・民集26巻1号30頁の判例の射程が及ばず、本件で遺言無効の確認を求ることは確認対象の選択において適切でないと論じることを求めており、

一般に、現在の権利又は法律関係の存否ではなく、その前提に過ぎない過去の事実や法律関係の存否を問題とすることは、多くの場合迂遠であるし、その後の法律関係の変動が考慮されず、現在の紛争の解決に役立つとも限らないことから、過去の法律関係の存否の確認を求める訴えには、原則として確認の利益がないとされている（売買契約の無効の確認を求める訴えにつき最高裁判所昭和41年4月12日第三小法廷判決・民集20巻4号560頁）。【原則及びその根拠】

昭和47年最判によれば、遺言が無効であることの確認を求める訴えは適法として許容される場合があるとされているけれども、同最判の事案は、多数の不動産等を含む全財産を一人の相続人に遺贈するというものであり、そのような場合に個々の財産について原告の共有持分権に引き直してその確認を求めるとすれば、特定の財産を漏らしたりする危険もある。そのようなことを想定すると、遺言が複数の財産を対象とするような事案においては、対象財産全てに共通する遺言という基本的法律行為の無効を既判力により確定する方が、より直接的かつ抜本的な紛争解決につながるものといえる。【昭和47年最判の理解】

これに対し、訴訟Iで問題とされている遺言①の対象財産は、土地甲1だけであり、遺言①の無効の確認を求ることによって多数の紛争を一挙に解決できるという関係はない。Eとしても、Bを被告として現在の法律関係である土地甲1の所有権の確認を求める訴えを提起できれば紛争の解決として十分である。昭和47年最判は本件とは事案を異にし、本件にその判例の趣旨は及ばない。【本件事案への当てはめ】

昭和47年最判についてはより広く遺言無効の訴えを許容したものという理解もあり得るが、設問の趣旨に沿って訴訟Iが確認の利益を欠くというためには、以上のように立論することになろう。

過去の法律関係の存否の確認を求める訴えが許されないという原則の根拠に関し、設問に対する解答を超えて確認の利益の一般論（対象選択の適否、手段としての適否等）を論じても、特に評価の対象とはしない。昭和47年最判との関係では、なぜ上記原則の例外が認められるのか、その理由を説明することが必要である。本件事案への当てはめに関しては、昭和47年最判の事案と本件の事案とが区別できること、換言すれば、二つの事案の相違とその意味することを理解し、答案に表現できていることが必要であるが、重要なのは対象財産の個数であり、相続人の人数の多寡や受遺者が相続人であるか否かがポイントになっているわけではない。

〔設問2〕は、所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えである訴訟IIについて、被告とされた遺言執行者Dが被告適格を欠き、訴えは不適法であるとする立場からの立論を行うこと、

換言すれば、遺言執行者が遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有することを定めた民法の規定や、相続人が遺言執行者を被告として遺言の無効を主張し、相続財産について自己が持分権を有することの確認を求める訴を提起することができる旨述べる最高裁判決があるにもかかわらず、訴訟Ⅱの被告適格は受遺者Cにあり、遺言執行者Dには被告適格が認められないことを、その根拠と共に論じることを求めている。

遺言執行者が相続財産について有する管理処分権、ひいては法定訴訟担当として認められるその当事者適格も、遺言執行という任務に由来するものであるが、訴訟Ⅱで問題とされている遺言②の対象財産は土地甲2のみであり、遺言②に基づく遺言執行の内容も同土地の所有権移転登記を行うことに尽きる。ところが、登記が受遺者Cに移転した以上、この遺言②の執行は終了しており、遺贈目的物の管理処分権も遺言執行者ではなく受遺者Cに帰属することからすれば、所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えは、登記名義人であり本来の登記義務者である受遺者Cを被告として提起すべきである。

遺言執行者Dが被告適格を欠くためには、このように立論することになろう。

相続財産に関する訴訟において遺言執行者に被告適格が認められることの根拠に関しては、遺言執行者の実体法上の地位（問題文に書かれている内容）を再確認し、法定訴訟担当であることなど遺言執行者の訴訟法上の地位に言及すべきであるが、設問に対する解答を超えて「そもそも当事者適格とは…」といった当事者適格の一般論を論じても特に評価の対象とはしない。本件事案への当てはめに関しては、登記の移転により遺言の執行が終了したこと及び遺贈目的物の管理処分権が受遺者に帰属していることの二点を指摘すべきであり、仮に遺言執行者が当事者適格をもち続けることとなれば、遺言執行者がいつまでも相続紛争から解放されないことになって不都合であるといった指摘があれば評価できる。

〔設問3〕及び〔設問4〕は、相続人であるG及びHのうち、Gが相続財産である土地乙を占有し、Hが同土地の登記名義を有しているという事実関係において、GがHに対し売買による土地乙の取得を請求原因として所有権移転登記手続を求める訴え等を提起し、HがGに対し同土地の明渡しを求める反訴を提起した（前訴）ところ、本訴請求及び反訴請求をいずれも棄却する判決がされて確定し、その後、GがHに対し今度は相続を請求原因として土地乙の共有持分権に基づく所有権一部移転登記手続を求める訴えを提起した（後訴）という事案を基に、後訴においてHがした主張、すなわち『前訴の本訴請求についての判決により、土地乙はGの所有でないことが確定しており、この点について既判力が生じているから、Gは相続による共有持分の取得を主張することもできない』との主張にGの立場から反論することを求めている。弁護士L3と司法修習生P3との会話にもあるとおり、前訴判決の認定によれば土地乙はFの遺産に属し、したがって、Gは法定相続分に応じた共有持分権を有していることになるが、単独所有権と共有持分権は実体的に包含関係にあり、一個の訴訟物の一部として共有持分権の限度で請求を認容することは可能であるという理解を前提とする。

〔設問3〕は、まず議論の前提を整理するものである。

小問1では、相続による特定財産の取得を主張する者が主張すべき請求原因を本件の事実関係に即して摘要することが求められている。請求原因事実その他の主要事実とは、法律要件に該当する具体的な事実をいい、抽象的な摘要、例えば、金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の請求原因事実を「返還約束」と「金銭の授受」であると解答するようではいけない。本問では、①『Fは平成15年4月1日死亡』、②『GはFの子』、③『Jは土地乙をもと所有』、及び④『J F売買』を摘要すべきであるが、上記③④の代わりに『Fは①の当時土地乙所有』と書いた答案にも同じ評価をする。

小問2では、小問1で整理した請求原因ごとに各事実が当事者から主張されているか否かを検討することが求められている。具体的にみると、上記①、②及び③については、「父Fから」

「その生前に」などのGの主張から読み取ることができるのに対し、上記④については、Gはこれと矛盾する「J G売買」を主張し、かえってHが④を主張していることから、このように請求原因の一部でありながら原告であるGが主張していない事実を判決の基礎とすることができるか否かということが問題となる。

弁論主義は、裁判所と当事者との間の役割分担を問題とするものであるから、主要事実の主張はいずれの当事者からされてもよく、ある主要事実が既に当事者によって主張されているときは、それがたまたま主張責任を負っていない当事者によって主張されていても、裁判所は、この事実を斟酌でき（主張共通の原則）、そうすると、上記④についても判決の基礎とすることができます。

なお、上記③④に代えて『Fは①の当時土地乙所有』を請求原因として挙げた場合は、この点はGもHも主張していないため、これ自体について主張共通の問題にはならないが、『Fは①の当時土地乙所有』を基礎付ける上記③④のうち④について上記に述べた通り主張共通問題を生じることになる。

このように必要な請求原因事実の主張に欠けるところはない理解すると、弁論主義の本来の趣旨からは、設問の場面において裁判所の釈明は不可欠なものでないことになるが、それが裁判所の心証の所在を敗訴の可能性のある当事者（この場面で言えばH）に対して明らかにし、注意を喚起するためのものであるなどの説明があれば評価できる。

〔設問4〕は、既判力による遮断効の範囲が縮小するという理論構成をし、Gの立場からHの主張に反論することを求めている。遮断効の範囲の縮小に関しては色々な考え方があり得るもの、本問では、問題文において示唆されているとおり、明示的・一部請求の事案において、既判力によっては妨げられない訴えを信義則に基づいて却下した判例と関連付けて論じることが求められている。

前訴でGの所有権確認請求の全部棄却が確定した以上、Gが乙土地について共有持分権を有するとの主張は既判力により遮断されるのが原則である。【原則の確認】

しかし、前訴でHは、反訴請求原因事実としてJ F売買・F H贈与を主張し、裁判所が前者を認め後者を否定した以上、前訴判決には乙土地がFの遺産であるとの裁判所の判断が示されており、設問3で検討したように、本来Gの本訴請求は相続分に応じた共有持分の限度で一部認容されるべきであったことを考えれば、後訴において、Fからの相続による乙土地の共有持分権の取得をGが主張することが紛争の蒸し返しであるとは評価できない。【Gの主張の評価】

かえって、後訴においてHが、前訴裁判所の上記判断を前提としてFの死亡によりその子Gが共有持分権を取得したとするGの主張を、Gの所有権確認請求を全部棄却した内容的に不当な判決の既判力を持ち出して争うことは、上記判断が前訴におけるHの自己責任に基づく訴訟追行の結果であることに照らすと、信義則違反である。【Hの信義則違反】

そうすると、Gの所有権確認請求を全部棄却した確定判決の既判力は、後訴におけるGの上記主張を遮断しない限度で、訴訟物の枠よりも縮小される。【結論】

いずれにせよ、Hの信義則違反に何らかの形で引き寄せて論じることが必要であり、また、信義則という一般条項を用いるからには、どのような事情がいかなる理由により信義則の適用を基礎付けるのかを具体的に論じなければならない。

## 【刑事系科目】

### 〔第1問〕

本問は、暴力団組長の甲が、同組幹部のAを車のトランク内に閉じ込め、車ごと燃やして殺害しようとの計画の下、自らAを自己所有車B（以下「B車」という。）のトランク内に閉じめた上、その事情を秘して配下組員の乙に指示してB車に放火させたが、その前にAが

トランク内で死亡していたという具体的事例について、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、Aを呼び出して自ら運転するB車の助手席に乗車させた上、Aに睡眠薬入りコーヒーを飲ませて昏睡させ、その手足をロープで縛りしてB車トランク内に閉じ込めた後、②配下組員の乙に対し、それらの事情を秘したまま、ひとけのない山中の採石場の駐車場でB車を燃やしてくるよう指示してB車を引き渡し、③その指示を受けた乙が、上記採石場に向けてB車を運転中、Aの存在に気付き、甲のA殺害計画を察知したものの、自らのAへの恨みもあり、AをB車ごと燃やして殺害することを決意し、Aの口をガムテープで塞いでトランクを閉じ、再びB車を発進させて上記採石場に向かったところ、④Aは、同所に至る前に車酔いによりおう吐し、その吐しゃ物に気管を塞がれて窒息死したが、⑤乙は、これに気付かず、周囲にひとけや建物はないが、B車に隣接して他人所有自動車3台が並列に駐車された上記採石場の駐車場において、他車に火が燃え移ることはないだろうと考えながら、B車にガソリンをまいて火を放ち、B車を全焼させた、というものである。各行為に対する甲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、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) 乙の罪責について

##### ア 殺人罪についての検討

本問において、Aは、前記のとおり、乙が企図したよりも早い段階であるB車走行中に窒息死しているが、このような場合にも、乙に殺人罪が成立するのかについての検討が必要となる。この点については、殺人罪の構成要件要素の意義を正確に示した上で、問題文中の各種事情を的確に当てはめることが必要となるが、本問で特に問題となるのは、構成要件の実現が早すぎた場合の実行の着手時期等をどのように考えるのかという点である。この点については、最判平成16年3月22日刑集58巻3号187頁が参考になる。すなわち、乙がAの口をガムテープで塞いでトランクを閉じてB車を走行させた行為を第1行為とし、前記採石場の駐車場でB車に火を放つ行為を第2行為とし、この判例のような考え方からすれば、同判例が挙げる実行着手を判断するための考慮要素、すなわち、①第1行為が第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったこと、②第1行為に成功した場合、それ以降の犯罪計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められること、③第1行為と第2行為との間が時間的場所的に近接していることの各要素を示すなどした上、各種事情を的確に当てはめ、第1行為時に殺人罪の実行着手が認められるかを検討することが必要である。第1行為時に殺人罪の実行着手を認めた場合、更に因果関係や故意の存在についての言及も求められる。また、この判例の考え方からすれば、同判例を意識しつつ、殺人罪の実行着手時期等についての自己の見解を説得的に論証した上で、的確な当てはめを行うことが求められる。

##### イ 監禁罪等についての検討

本問において、前記アの第1行為については、監禁罪の成否を検討することが望まれる。加えて、第1行為によりAが死亡した点については、監禁致死罪の成否も問題となる。そして、監禁罪又は監禁致死罪（以下「監禁罪等」という。）が成立すると考え、かつ、前記アの検討において、前記判例の考え方からすれば殺人既遂罪の成立を認める場合には、監禁罪等と殺人既遂罪との関係についての言及が求められる。

##### ウ 建造物等以外放火罪についての検討

本問において、乙がB車にガソリンをまいて火を放ち、B車を全焼させた点については、刑法第110条の建造物等以外放火罪の成否が問題となる。この点についても、同

罪の構成要件要素を的確に示しつつ、問題文中の各種事情を的確に当てはめることが必要となり、①「放火」「焼損」の意義及び当てはめ、②B車への放火行為が所有者である甲の指示によるものであることから、刑法第110条第2項にいう「自己の所有に係るとき」に該当するか否かの検討が求められる。そして、同罪は、公共の危険の発生を要するところ、乙がB車に放火した場所は、ひとけのない山中の採石場の駐車場であり、B車の周囲には、他人所有の車両が3台駐車されていたものの、建造物等もなかつたことから、本問において、公共の危険が発生したといえるかにつき、その意義や判断基準を明らかにした上で的確な当てはめを行うことが求められる。この点については、刑法第110条の公共の危険とは、同法第108条及び第109条に規定する建造物等への延焼の危険のみに限られず、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当である旨判示した最決平成15年4月14日刑集57巻4号445頁が参考になる。この判例の考え方につく場合には、同判例に示された公共の危険の意義等を示した上、問題文中の各種事情を具体的に指摘して丁寧に当てはめる必要がある。また、この判例と異なる考え方につく場合には、同判例を意識しつつ、公共の危険の意義等についての自己の見解を説得的に論証した上で、的確な当てはめを行うことが求められる。上記検討において、公共の危険が発生したと認めた場合には、乙が他車両に火が燃え移ることはないだろうと思い放火に及んでいることから、更に公共の危険発生の認識の要否についての論述が求められる。この点については、最判昭和60年3月28日刑集39巻2号75頁等の判例が参考になる。

## (2) 甲の罪責について

### ア 殺人罪についての検討

本問において、甲は、A殺害の意図で、AをB車トランク内に閉じ込めていることを秘したまま、乙に対し、B車に火を放つよう指示したが、乙は、走行中にトランク内のAの存在に気付いた上で、A殺害を決意し、前記経過でAを死亡させるに至っており、甲についても、Aを死亡させた点につき、殺人罪の成否の検討が求められる。この点については、大きく分けて、①甲を実行行為者とする殺人罪の成否の検討、②乙との共犯関係の検討が、それぞれ求められる。

まず、①については、間接正犯の成否が問題となり、乙がAの存在に気付いた時点で、乙の道具性が失われるか否かの検討が求められる。乙の道具性が失われると考える場合には、間接正犯における実行の着手時期いかんによって、予備か未遂かなど、甲の罪責に違いが出てくることから、この点に関する自己の見解を明らかにした上で、的確な当てはめを行うことが望まれる。他方、乙の道具性が失われないと考える場合には、因果関係や故意についても、的確な当てはめを行い、実行行為者として甲に成立する罪責を明らかにする必要がある。

次に、②についてであるが、①の検討において、乙の道具性が失われるとの考え方につく場合には、実行行為者としては、甲に殺人既遂の責めを負わせることができない。そこで、A死亡の結果について、甲と乙との共犯関係、すなわち片面的共同正犯の成否や間接正犯の意図で教唆の結果を生じさせた場合の擬律についての検討が求められる。他方、乙の道具性が失われず、甲に実行行為者として殺人既遂罪が成立するとの考え方につく場合には、乙との共犯関係について検討することが望まれる。

### イ 監禁罪等についての検討

本問において、甲は、AをB車に乗車させて疾走させ、更には、Aに睡眠薬入りコーヒーを飲ませて昏睡させ、ロープで縛りしてトランク内に閉じ込めるなどしているが、これらの行為について、監禁罪の成否を検討することが必要である。また、生命身体加害目的誘拐罪の成否も問題となり得る。監禁罪の成否については、Aは、トランク内で

意識を取り戻すまでは、監禁されているとの認識もなく、移動しようとの意思も生じていなかつたことから、そのような場合の監禁罪の成否や成立時期が問題となり、監禁罪の保護法益である「移動の自由」についての自己の見解を明らかにし、的確な当てはめを行なうことが望まれる。さらに、上記行為に監禁罪が成立すると考えた場合、乙にB車を引き渡した後も継続して監禁罪が成立するのかが問題となり（特に、乙がAの存在に気付いた後が問題となろう。）、加えて、甲についても、Aが死亡した点について、監禁致死罪の成否が問題となろう。そして、甲に監禁罪等が成立すると考え、かつ、前記アの検討において、甲に殺人既遂罪等の成立を認める場合には、これらと監禁罪等との関係についての言及が求められる。

#### ウ 建造物等以外放火罪についての検討

本問において、甲は、乙にB車を燃やすよう指示したのであるから、前記(1)ウの検討において、乙に建造物等以外放火罪の成立が認められると考えた場合、甲にも同罪が成立するか否か、共謀共同正犯の成否の検討が求められる。また、甲は、前記採石場の駐車場にB車以外の他車両が駐車されていることさえ認識がなかったものであるところ、(1)ウにおける公共の危険発生の認識の要否についての自己の見解及び当てはめと整合する的確な当てはめが必要となろう。

#### (3) 罪数処理

前記(1)及び(2)の検討において、甲乙に、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、具体的な事案の中から必要な事実を認定し、論理的な整合性はもちろん、結論の妥当性も勘案しつつ、法規範の当てはめを行なうことが求められる。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など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、殺人事件の捜査・公判におい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・評価及び具体的な帰結に至る思考過程を論述することにより、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は、司法警察員P及びQが、男2人組による殺人事件発生の約30分後、その現場から約800メートル離れた路上において、甲及び乙を発見し、両名を同事件の犯人としてそれぞれ準現行犯逮捕した手続（甲につき、【逮捕①】、乙につき【逮捕②】），その後、司法警察員Pが、逮捕されている甲の身体着衣を捜索するため、甲を逮捕の現場から約300メートル離れた交番に連行する途中、転倒した甲のズボンポケットから落ちた携帯電話を差し押された手続（【差押え】）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212条第2項が定める準現行犯逮捕及び同法第220条が定める令状によらない差押え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。

現行犯人（同法第212条第1項）及び現行犯とみなされる者（同条第2項）が、裁判官の令状審査を経るまでもなく何人も逮捕状なくして逮捕することができるとされている理由は、逮捕を行う者が、いずれも逮捕時の状況から被逮捕者が特定の犯罪の犯人であることが明白であると判断できるからであり、犯人であることの判断の客観性が保障されているからである。準現行犯の場合には、現行犯のように「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった」状況には

ないから、「罪を行い終わってから間がない」という犯行との時間的接着に加えて、刑事訴訟法第212条第2項各号の要件により、犯罪と犯人の明白性の保障が図られている。【逮捕①】及び【逮捕②】の適法性を論じるに当たっては、このような準現行犯の構造を踏まえ、設問の事例においていかに犯罪と犯人の明白性が客観的に保障されるのかを意識しながら、準現行犯の要件該当性を論じる必要がある。

【逮捕①】については、当然の前提として、特定の犯罪（本件では、平成25年2月1日午後10時にH公園で発生したVに対する殺人事件）との関係で、甲の準現行犯の要件該当性を論じる必要がある。例えば、甲の着衣及び靴に血が付着していたことについて、これが同項第3号の「被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」に該当すると言うためには、なぜ、Vに対する殺人事件の証跡と言えるのかを論じる必要がある。また、「罪を行い終わってから間がない」ことについては、単に、犯行時と逮捕時との客観的な時間間隔及び距離関係を指摘するだけでは足りず、本件事案のような時間的・場所的近接性が、いかに犯罪と犯人の明白性に結び付くのかを論じる必要がある。さらに、準現行犯逮捕も、現行犯逮捕と同様に、逮捕時の状況から犯罪と犯人の明白性につき逮捕者の判断の客観性が保障されていることが必要であるとの視点からは、乙の自白を、犯罪と犯人の明白性の判断資料として良いかも問題となる。また、Wの通報内容も、逮捕者であるPが直接認識したものではないから、その通報内容を前提として犯罪と犯人の明白性を判断してよいかも問題となり得る。もっとも、準現行犯の場合、現行犯人の現認とは異なり、犯行時と逮捕時とがある程度時間的に隔離していることが想定されているから、逮捕者が直接現認した状況のみから犯罪と犯人の明白性を判断できることまで要求されているとは考え難く、通報内容等を犯罪と犯人の明白性の判断資料とすることは当然の前提とされていると言えよう。

【逮捕①】は、典型的な準現行犯逮捕の事案を素材として、前記のとおりの準現行犯の趣旨及び構造を正確に理解し、これを踏まえた適切な事実関係の抽出と評価が求められる。これに対し、【逮捕②】は、このような準現行犯逮捕の趣旨及び構造を前提として、応用事例に対して自ら法理論を展開する能力が試されている。乙は、甲に対してVの殺害を指示したものの、自らは実行行為に及んでいない上、逮捕時においては、乙自身の身体又は被服には犯罪の顕著な証跡が存在しない。しかし、乙は、逮捕時に、被服に血を付着させた甲と同行していたのであり、この状況を、乙との関係でも同法第212条第2項第3号の該当事由であると考えることができないか問題となる。また、乙が実行行為に及んでいない以上、乙と甲との間の共犯関係自体が、逮捕時の状況から明白であると判断できるのかについても検討しなければならない。確かに、乙は、逮捕時に共犯関係も含めて犯行を自白しているが、前述のとおり逮捕時の状況から犯人性の判断の客観性が保障されている必要があるから、「自白している以上、甲の共犯であることは明白である。」などという短絡的な論理が通用しないことは言うまでもなく、乙の供述内容を認定資料に加えるとしても、あくまで逮捕時の状況に加味して犯人性を判断する一資料と位置付けるべきであろう。逮捕②を適法と考えるか違法と考えるかはともかくとして、前述の準現行犯逮捕の趣旨及び構造を踏まえ、適法・違法を論じる必要がある。

設問1の【差押え】は、逮捕に伴う無令状差押えであるが、逮捕の地点から約200メートル離れた地点において実施されている点が、同法第220条第1項第2号の「逮捕の現場」という要件との関係で問題となる。この点に関しては、最高裁判例（最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁）があるから、同判例の内容を踏まえた上で自説を展開すべきであろう。同判例は、「逮捕の現場」で直ちに被逮捕者の身体を捜索し差押手続を実施することが適當でなかつた場合に、できる限り速やかに被逮捕者を身体の捜索・差押えを実施するのに適當な最寄りの場所まで連行した上で行われた差押手続につき、「刑訴法220条1項2号にいう『逮捕の現場』における差押えと同視することができる」としたものであるが、なぜに「同視することができる」のかについての法理論までは説示しておらず、この点については各自が法理論を

展開することが求められる。また、設問の事例では、司法警察員Pは、甲を連行するに当たり、逮捕の地点から約300メートル離れたI交番をもって、差押えを実施するのに適当な最寄りの場所であると判断したはずであるが、実際には、同交番に向かう途中において差押えを実施しており、この点についても、各自が展開すべき法理論との整合性に配慮する必要がある。

また、甲の携帯電話を差し押さえる前提として、同携帯電話が逮捕被疑事実であるVに対する殺人事件と関連性を有するものであることが必要であり、具体的な事実関係を抽出した上で関連性の有無を論じる必要がある。さらに、その後の捜査において携帯電話と殺人事件との関連性が無いことが判明した場合に、遡って差押えの適法性が問題となり得るのかについても触れることが望ましい。

設問2は、実況見分調書の証拠能力を問うものであるが、【別紙1】においては、目撃者Wの説明に基づき、Wが目撃した犯行状況を司法警察員2名が再現した写真が貼付され、かつ、犯行状況に関するWの説明内容が記載されており、【別紙2】においては、Wが目撃時に立っていた位置から前記再現状況を撮影した写真が貼付され、見通し状況についてのW及び司法警察員Pの説明内容が記載されている。検察官は、実況見分調書の立証趣旨を「犯行状況及びWが犯行を目撃することが可能であったこと」としていることから、【別紙1】が「犯行状況」という立証趣旨に、【別紙2】が「Wが犯行を目撃することが可能であったこと」という立証趣旨にそれぞれ対応することはすぐに理解されよう。このように、設問2は、性質の異なる内容を含む実況見分調書につき、その証拠能力を論じさせることにより、伝聞法則の基礎的理解を問うものである。

【別紙1】は、司法警察員Pが作成した実況見分調書としての性質に加え、Wの供述を録取した書面としての性質をも有しているが、論述に当たっては、【別紙1】で立証しようとする事項が犯行状況そのものであることから、Wの供述内容の真実性が問題となっていることを踏まえ、前述のとおりの書面の性質を論じ、伝聞法則の例外規定が適用されるためには、いかなる要件が求められるのか、本件事案ではその要件が満たされているかを論じていく必要がある。また、【別紙1】は、Wの供述内容を記載した部分と、Wの供述に基づき司法警察員2名が犯行状況を再現した場面を撮影した写真部分とから構成される。写真については、記録過程が機械的操作によってなされることから、Wの供述を録取する過程の正確性は問題とならないようにも見えるが、他面、写真に写っている人物がW自身ではなくその供述に基づいて実演をした司法警察員2名であることから、Wの供述に基づいて司法警察員2名が犯行状況を再現する過程自体において、供述どおりの再現になっていることが担保されていないと見る余地もあり得よう。いずれにせよ、このような問題点をも踏まえつつ、供述記載部分と写真部分とを分けて論じることが求められている。なお、このように犯行状況の再現内容を記載した実況見分調書の証拠能力についても、最高裁判例（最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁）があり、同決定を踏まえつつ論じる必要があろう。

【別紙2】については、「Wが犯行を目撃することが可能であったこと」という立証趣旨に対応するものであるが、このことから、【別紙2】によって具体的にいかなる事実が要証事実となるのかを論じる必要があり、その中で、Wの供述部分はその真実性を立証することになるのか否か、真実性が問題とならないと考えるのであればその理由を論じる必要がある。このような検討を踏まえた上で、伝聞法則の適用される場合か否かを論じることが求められている。

#### 【選択科目】

##### 〔倒産法〕

###### 〔第1問〕

本問は、具体的な事例を通じて、民事再生手続におけるフルペイアウト方式のファイナンス・リース契約の取扱い及び再生計画に基づく事業譲渡の実行をめぐる問題点についての理解

を問うものである。

設問1の前段（いまだB社が本件リース契約の解除の意思表示を行っていない場合）については、フルペイアウト方式のファイナンス・リース契約の法的性質を踏まえた上で、リース物件（本件設備）の継続使用をめぐってリース会社であるB社と協議を行う機会を確保するためにいかなる申立てをすべきかについて、「裁判所における審理の方法に関する問題点」にも触れつつ、論ずることが求められている。本件リース契約の法的性質につき、担保権付消費貸借契約と解する立場に立てば、約定による解除の可能性を指摘した上で、民事再生法第31条の規定の類推適用による担保権の実行手続の中止命令の発令の可能性とその効力を論じ、B社が本件設備の減価が著しいと主張していることなどの具体的な事情に沿って、その発令要件（同条第1項に規定する「再生債権者の一般の利益に適合」するかどうかや、別除権者に「不当な損害を及ぼすおそれがない」かどうか等）の充足可能性について論すべきである。また、中止命令の審理に関しては、B社に対する必要的審尋の実施（同条第2項に規定する「競売申立人」の類推）により、中止命令の発令前に解除の意思表示をする機会を与えてしまう不都合とその解決策を論すべきである。さらに、設問1の後段（既にB社が本件リース契約の解除の意思表示を行っていた場合）については、B社の担保権実行の終了時期を解除の意思表示の時と解するのか、それとも本件設備の引上げ時等と解するのかを明らかにした上で、前段についての解答と比較しつつ、B社の権利行使の方法、すなわち、取戻権又は別除権のいずれの行使であるのかについて、その根拠と共に述べることが求められる。

設問2については、再生計画において定められた事業譲渡について、再生債務者であるA社（及びその代表取締役であり、かつ、唯一の株主であるD）の協力が得られない状況下において、再生手続廃止の決定がされるおそれがあることを明確に示し、それを避ける必要性があることを踏まえて、C社としてはどのような申立てにより再生計画による事業譲渡を実行すべきかについて、論ずる必要がある。再生手続廃止のおそれとそれを避けるべき必要性に関しては、①再生計画の認可だけでは、事業譲渡の効果が生ぜず、会社法の規定に基づく株主総会の特別決議（会社法第467条第1項第1号、第2号、第309条第2項第11号）が必要となるものの、A社ないしDの協力を期待することができず、また、代替許可（民事再生法第43条）も、再生債務者であるA社の申立てが必要となるから、その取得が困難であること、②その結果、C社が提出した再生計画認可の決定がされた再生計画の遂行の見込みがないことが明らかになったときは、同法第194条の規定により再生手続廃止の決定がされるおそれがあること、そして、③この再生計画に基づく事業譲渡により十分な事業再生の可能性が認められるにもかかわらず、再生手続廃止（事業清算）という結果になることは、避けるべきであることを論述することが求められる。また、再生手続廃止を避けるための申立てに関しては、管理命令（同法第64条第1項）の申立ての指摘及びその要件充足の有無の検討を行い、その発令の可能性を導いた上で、管財人による事業譲渡の実行プロセスにおける問題点、すなわち、管財人による新たな事業譲渡契約の締結並びに同法第42条（再生計画認可の決定による代替（包摶）を認める立場もあり得る。）及び第43条の規定による許可の取得等について、丁寧に論ずる必要がある。

## 〔第2問〕

本問は、建設工事に係る元請契約の請負人であり、かつ、下請契約の注文者である株式会社が破産手続開始の決定を受けたという事例を通じて、注文者及び請負人について破産手続が開始されたことに伴う請負契約の取扱いをめぐる問題点についての理解を問うものである。

設問1は、下請契約である請負契約（本件下請契約）の取扱いに関するものであり、そのうち(1)は破産管財人であるYが本件下請契約を解除した場合について、(2)は本件下請契約が継続されることとなった場合について、それぞれその問題点を問うものであるが、まずは、

注文者であるX社について破産手続開始の決定があった時において、本件下請契約が双方未履行の状態にあり、したがって、注文者破産のケースに当たるものとして、民法第642条が適用されるという点を指摘することが必要となる。その上で、(1)については、Yの解除（その効果が出来高には及ばないことに触れることが期待される。）が同条第1項前段の規定に基づくものであり、D社は、既に行った仕事についての9000万円分の未払の報酬請求権を破産債権として行使することができること（同項後段）について、論ずることが求められる。また、(2)については、「本件下請契約に基づく建築工事は、継続されることとなった」ということの法的な意味付けについて検討することが必要となるが、同項前段の規定による本件下請契約の解除権がYだけではなく、請負人であるD社にも帰属していることから、本件下請契約が継続されるということは、これらの双方の解除権が放棄される等して消滅したことを意味するものと考えることができ、この点を明確に意識することが必要となる。それを前提として、D社の権利が破産債権又は財団債権のいずれとなるのかを論ずることが求められるが、継続後にD社が行った建築工事に係る報酬請求権が財団債権となること（その根拠については、破産法第148条第1項第7号等が成り立つであろう。）には異論がないと考えられるものの、既に行われた建築工事に係る報酬請求権については、本件下請契約の一体性を重視し、継続後の報酬請求権と不可分であるとして財団債権であると解する見解のほか、これらの報酬請求権は可分であることを前提に、D社がいわばリスクを引き受けている点を重視して、破産債権であると解する見解等、幾つかの見解が成り立つところであり、他の考え方を批判しつつ、自説を展開することが求められる。

設問2は、元請契約である請負契約（本件請負契約）の取扱いをめぐる問題点を問うものであるが、本件請負契約についても、請負人であるX社に破産手続開始の決定があった時において、双方未履行の状態にあり、したがって、Yが破産法第53条第1項の規定によって解除したものであるという点を押さえることが前提となる。その上で、(1)については、解除の結果として、A社は出来高の未達成部分に相当する既払の5000万円の返還を請求している（設問1における解除と同様に、解除の効果が出来高には及ばないとの解釈が前提となる。）が、この前払金返還請求権の法的性質としては、同法第54条第2項の規定により財団債権となると解する見解のほか、過払の部分は信用供与に当たるものとして破産債権となると解する見解も考えられ、自説を説得的に展開することが求められる。また、(2)については、B銀行が破産手続開始の後に連帯保証債務を履行し、5000万円の求償債権を取得していることから、Yに対する権利行使の方法を明らかにする過程として、まず、この求償債権の法的性質を検討する必要があり、破産手続開始前の原因に基づくものとして破産債権（同法第2条第5項）と位置付けることになると考えられるが、B銀行は、弁済をするにつき正当な利益を有する者として、(1)で検討したA社がX社に対して有する前払金返還請求権について代位することになる（民法第500条）ことを踏まえた検討をも加える必要がある。この検討においては、当該前払金返還請求権を財団債権と解する場合には、B銀行は破産債権である求償債権の満足のため、財団債権の性質を有する原債権たる前払金返還請求権行使することになり、この原債権も破産債権と同様の制約を受けるかどうかが問題となる。これに対し、当該前払金返還請求権を破産債権と解する場合には、破産者に対して将来行うことがある求償債権をどのようにして行使をするか（破産法第104条）について、その制度趣旨に基づき、説得的な論述をすることが求められる。

## [租 稅 法]

### [第1問]

国民の誰しもに密接な関わりのある裁判員制度を素材としつつ、旅費、日当及び宿泊料（以下「旅費等」という。）の支給を受けた場合の所得税の課税関係を問う事例問題である。裁判員

の参加する刑事裁判に関する法律（以下「裁判員法」という。）の仕組みを問題文に現れた範囲で読み取った上で、裁判員候補者及び裁判員が支給を受ける旅費等の性質を所得税法の適用のために必要な範囲で検討し、その課税関係を事案に即して説明する事例解析能力と論理的思考力を試している。実務取扱いに関する知識の有無を問うものではない。

大きな論点としては、Aが支給を受ける旅費等がAの課税所得を構成するか、また、課税所得を構成するとしてどの各種所得に区分されるか、という点が問題となる。これらの点を検討するに当たっては、裁判員候補者及び裁判員に対して裁判員法に基づき支給される旅費等がどのような性質を有するか、より具体的には、労務の対価であるか実費弁償的なものであるか、というような点を意識した上で、給与所得、一時所得、雑所得などへの該当性を判例の基準に照らして検討する必要がある。さらに、Aの支出したホテル代の扱いについては、旅費等をどの各種所得に区分するかに応じて控除の枠組みが異なってくることを正確に認識しつつ、控除の可否を検討することが必要である。いずれも基本的な論点であり、法科大学院で学んだ基本的な知識を基に、法解釈と適用の過程を過不足なく答案に表現することが重要といえよう。

## 〔第2問〕

本問は、所得税法の「必要経費」に関する基本的な論点についての理解と事案に即した思考力を試すものである。

設問1は、必要経費と損金という類似した2つの概念を対比することにより、それぞれの概念の基礎的な事項を理解しているかを問う問題である。まず、両者の「同」の部分については、両者の規定（所得税法第37条、法人税法第22条第3項）に共通する原価及び費用を収入金額及び益金の額から控除すること（所得税法第26条第2項、第27条第2項、第35条第1項第2号、法人税法第22条第1項）の意味を説明する必要がある。次に、両者の「異」の部分については、課税対象が個人所得か法人所得かの違いによって、個別的にどのような取扱いの違いが生じるか、特に一方の法律（例えば所得税法）に規定がありながら、他方の法律（例えば法人税法）に同様の規定がない理由を説明する必要がある。

設問2は、必要経費の判断基準とその当てはめの問題であり、判断基準を自ら定立した上で、事案に当てはめることを求めている。①の講演会参加費等の各支出については、家事費（及び家事関連費）の範囲を意識し、②の脱税工作のための支出については、違法収入も課税所得となること及び費用概念を意識して、それぞれ検討すると良い。③に関する法人税法との対比では、平成18年度改正により法人税法第55条に不正行為等に係る費用等の損金不算入が明記されたが、所得税法には同様の必要経費不算入が明文化されなかったことをどのように考えるのか、その際に法人税法第22条第4項の公正処理基準との関係を意識した検討がなされると良い。また、最高裁判所平成6年9月16日第三小法廷決定（刑集48巻6号357頁）に言及できると更に良い。

設問3については、まず、過納金及び還付加算金の課税所得該当性が問題となる。前者については、過納金が納税者に還付されることによって経済的価値が流入しているが、所得税を納付しても所得金額に影響を及ぼすことがないこと（所得税法第45条第1項第2号）を踏まえて、納付した所得税が過納金として還付された場合に所得金額に影響を及ぼすかを検討する必要がある。後者についても、課税所得である利子的な性格を持つかあるいは非課税の損害賠償金の性格を持つかを検討する必要がある。その上で、課税所得に該当すると考えの場合には10種類の所得区分のどれに該当するかの解答を求めている。また、C税理士に支払った報酬の必要経費該当性については、①訴訟の結果得られたものを課税所得とした場合に、それを稼得するための必要経費と考えるか、また、②そもそも不動産所得を稼得するための必要経費と考えるかにつき、設問2で定立した必要経費該当性の判断基準に従って解答することを求めている。

## [経済法]

### [第1問]

本問は、自動車の重要な構成部品甲のメーカーX社が、保有する甲の新製造方法 $\alpha$ のノウハウ技術を甲の他のメーカーにライセンスするに際し、新製造方法 $\alpha$ の実施のための専用の製造装置をY社から購入することを義務付けることを計画（以下、「本件計画」という。）しているという事案について、独占禁止法第19条が禁止する不公正な取引方法の一般指定第10項が定める抱き合わせ販売等の該当性を問うものである。

まず、一般指定第10項の行為要件のうち、抱き合わせる商品（以下、「主たる商品」という。）が何で、抱き合わせられる商品（以下、「従たる商品」という。）が何であるかにつき言及するとともに、事実関係に照らして、X社が主たる商品の供給をしてこととして従たる商品の購入を余儀なくさせることにつき言及することが求められる。

次に、一般指定第10項の実質要件である「不当に」とは、公正競争阻害性のことであるとともに、何を意味する公正競争阻害性と捉えるのかにつき言及することが求められる。そして、競争の減殺を意味する公正競争阻害性、競争手段の不公正さを意味する公正競争阻害性のいずれと捉えるとしても、事実関係に照らして、従たる商品の市場においてどのような事実が認められれば、公正競争阻害性の要件を満たすことになるのかを示すことが求められる。

さらに、X社は、本件計画について、新製造方法 $\alpha$ のノウハウ技術の秘密性を保持するとともに、Y社との共同開発に要した費用を回収するためであるとして、正当化しようとしているが、このことをどのように考慮・評価するかについて言及することが求められる。

本件計画については、不公正な取引方法の一般指定第11項が定める排他条件付取引の該当性、又は一般指定第12項が定める拘束条件付取引の該当性を問うこととも考えられる。この場合にも、それぞれの行為要件と実質要件とを満たすのかにつき検討することが求められるが、実質要件については競争の減殺を意味する公正競争阻害性と捉えて検討することが求められる。

なお、本件では、短期間のうちに、旧製造方法が全て新製造方法 $\alpha$ に取って代わられるものと予測されたというのであり、そうなると、甲の製造設備は新製造方法 $\alpha$ を実施するための専用の製造設備のみとなり、したがって、X社の本件計画が実施されれば、従たる商品である甲の製造設備の市場がY社の独占となることから、排除型私的独占の成立について言及することも期待される。

### [第2問]

本問は、水上スポーツ用船舶乙のメーカー5社の全てが加入する事業者団体Aによる、同船舶の安全・事故対策のための措置について、独占禁止法上の問題点を分析・検討することを求めるものであり、いずれも、非ハードコアカルテルとして、構成事業者の機能又は活動の不当な制限（独占禁止法第8条第4号）の該当性が問題になるものである。

対策要項（1）は、製品の耐用年限を一律5年とする自主規制であるが、メーカーによる耐用年限の設定は、製品の規格・品質に関する制限として、乙の製造・販売分野における、多様な製品による競争を阻害する効果を持ち得るものである。したがって、まず、従来のユーザーの平均使用期間が8年であったこと、会員メーカーの耐用年限がいずれも5年程度であること、基準の遵守は強制されていないことなどの事情を考慮して、本基準が、5年より長い耐用年限の乙を製造・販売しないというメーカー間の協調行動を生じさせる可能性について検討する必要がある。

ついで、本件における耐用年限の設定は、事故の原因である経年劣化に対処しようとするものであること、5、6年を経過する頃から事故率が上昇するというデータに基づくものであることなどの諸事情を考慮して、安全性の確保の観点から正当化事由が認められるかどうかについて論じる必

要がある。

対策要項（2）は、メーカーが保険料を負担する商品付帯賠償責任保険Wを乙に付帯して販売する行為を義務付ける行為であり、営業・販売方法の制限として、事業者間の競争手段の制限による競争制限効果を持ち得るものである。すなわち、Wの付帯が強制されることにより、乙の販売分野において、保険を付帯して販売するか否かの競争が制限されることになる。なお、この行為は商品に無料の保険を付帯するにとどまり、またメーカーによる保険会社の選択は自由であるから、抱き合わせ販売には該当しないことに注意する必要がある。

ついで、本件における保険Wの付帯が、損害賠償をめぐるトラブルを防止するためのものであり、事故被害者の救済とユーザーの利便の向上という目的に資することであることを、保険期間が1年であること、保険会社の選択は自由であることなどの諸事情を考慮して、正当化事由が認められるか否かを論じる必要がある。

## [知的財産法]

### [第1問]

本問は、物を生産する方法の発明に関する特許を題材にしたもので、設問1では、特許を受ける権利の共有持分譲渡の有効性や、特許権侵害訴訟において主張される幾つかの基本的な抗弁の成否を問い合わせ、設問2では、設問1で検討した抗弁に対して特許権者がとるべき対応、主として特許無効の抗弁に対する対抗主張の要件及び可否を問い合わせ、設問3では、平成23年特許法改正によって新設された特許権移転請求制度（同法第74条）の要件と効果についての理解を問うものである。

設問1は、特許を受ける権利の共有持分譲渡の有効要件（同法第33条第3項）、並びに特許権侵害訴訟において主張される抗弁のうち、先使用による通常実施権（以下「先使用権」という。同法第79条）、職務発明の法定通常実施権（同法第35条第1項）及び特許無効の抗弁（同法第104条の3）の基本的理解と応用力を問うものである。

まず、方法1及び方法2について、Yとしては、先使用権を主張することが考えられる。方法1は本件特許の出願前からYが実施していたことから、先使用権の成立要件を満たすかが問題となる。方法2については、本件特許の出願後に実施された方法2にまで先使用権の効力が及ぶかが問題となる。先使用権の範囲に関しては、発明思想説（最判昭和61年10月3日民集40巻6号1068頁【ウォーキングビーム】）と実施形式説（東京地判昭和49年4月8日無体集6巻1号83頁等）の対立があるが、いずれによるかを、最高裁判決を踏まえて論じ、事案に即して検討すべきである。この点、本問では、方法2では方法1よりも顕著な効果が得られるとされており、仮に発明思想説によった場合、この事実を踏まえて発明思想が異なるといえるかどうかについて検討することが望まれる。また、Yは、方法1の開示を、これをXに開示した発明者でもある乙から受けた者である点で、同法第79条の「特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者」から知得したといえるかも問題となるところ、この問題を論じていれば積極的評価の対象となり得る。

次に、方法1について、Yは、それがYの従業員である甲と乙による発明であることを理由に、職務発明の法定通常実施権（同法第35条第1項）を主張することが考えられる。もっとも、乙からXへの特許を受ける権利の譲渡は、共同発明者である共有者甲の同意（同法第33条第3項）が得られておらず無効と考えられる点で、Xが特許を受けたことが同法第35条第1項の「職務発明について特許を受ける権利を承継した者がその発明について特許を受けたとき」に当たるかについて検討することが望まれる。また、方法2にも職務発明の法定通常実施権が及ぶかという問題も考えられるところ、この問題を論じていれば積極的評価の対象となり得る。

また、方法1について、Yは、本件特許が、特許発明に含まれる方法1の特許を受ける権利

につきXへの譲渡要件（甲の同意）を具備しないまま成立した点で、同法第123条第1項第2号、第38条（Yとの共同出願違反）又は同法第123条第1項第6号（無権利者による出願）違反を無効理由とする特許無効の抗弁を主張することが考えられる。さらに、方法2に対する権利行使についても、この特許を受ける権利はXが有効に取得したと考えられるが、請求項の一部に無効理由が含まれれば当該請求項に係る権利全体が無効となり得るのが原則であることから、特許無効の抗弁が問題となる。なお、Yは方法1を本件特許の出願前から実施しているが、その実施は秘密裏に行われており、公然実施や公知を理由とする無効理由については想定していない。

設問2は、方法2に関するYの抗弁に対するXの対応を問うものである。先使用権等の抗弁に対する反論をここで論じてもよいが、主として、特許無効の抗弁に対する訂正を理由とする対抗主張の可能性を論じてもらうのが出題の意図である。本件特許発明には方法1と方法2の両方が包含されているところ、Xとしては、方法1を除去する減縮訂正により方法2についてのYに対する差止請求の維持を図る余地がある。対抗主張の要件（東京地判平成19年2月27日判タ1253号241頁【多関節搬送装置】参照）を論じた上で、本事案に即して対抗主張の可否を論じることが望ましい。ただし、Yに職務発明の法定通常実施権を認める立場からは、同法第127条の承諾要件を具備しないままでもXの対抗主張を認めることができるかという問題があるところ、この問題について論じていれば積極的評価の対象となり得る。

設問3は、平成23年の特許法改正で新設された特許権移転請求制度（同法第74条）の要件と効果の理解を問うものである。本件特許に同法第123条第1項第2号又は同項第6号違反の事由が存在し、かつYが方法1の特許を受ける権利を有効に譲り受けいれば、Yとしては特許権の移転請求をXに対して行うことができる。ただし、Yが乙の発明した方法2に係る特許を受ける権利までは有していないと考えた場合、Yの請求は共有持分の移転請求にとどまるものと解される。この移転請求が認められた場合、YのXに対する方法1の使用の差止請求については、共有者の実施権（同法第73条第2項）や特許権の移転の登録前の実施による通常実施権（同法第79条の2）が問題となる。しかし、特に同法第73条第2項の適用により差止請求を排斥できるとしても、この結論を妥当と考えるか、問題があると考えるならばどのような法理をもって解決を図るべきかについても検討することが期待される。

## [第2問]

設問1は、本件小説、本件漫画及び本件アニメの関係を通じて、二次的著作物の原著作者の権利（著作権法第28条）の主張の可否及びその権利範囲を問うものであり、設問2は、美術の著作物等の展示に伴う複製に関する権利制限（同法第47条）の成否及び引用（同法第32条第1項）の成否を問うものであり、設問3は、いわゆる応用美術の問題等を問うものである。

設問1については、AがCに対して本件アニメのDVDの製造・販売の差止めを求めるために、まず、本件漫画が本件小説の、本件アニメが本件漫画の、それぞれ二次的著作物（同法第2条第1項第11号）であることを前提として、二次的著作物の原著作者の権利（同法第28条）としての複製権（同法第21条）及び頒布権（同法第26条）侵害を主張することが考えられる。この場合、二次的著作物に当たるか否かについては、判例（最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁【江差追分】）の示す基準等を念頭に置きつつ、論述をすることが求められる。これに対してCは、本件アニメの内容は本件小説に描かれていない独自のものであり、本件漫画で描かれた武将α等の作画はB単独の創作部分であるから、Aの権利は本件アニメには及ばないと主張することが考えられる。この点は、本問と類似の事案に関する判例（最判平成13年10月25日判時1767号115頁【キャンディ・キャンディ】）の判旨を念頭に置きつつ、Bが独自に創作した部分についてもAの権利が及ぶのか否かにつき、説得的な論拠を挙げて論述する必要がある。なお、Aは、本件小説における武将αのキャラクターそのも

のに著作物性があると主張することも考えられるが、この点に関しては、判例（最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁【ポパイネクタイ】）が、具体的な漫画を離れて登場人物のいわゆるキャラクターをもって著作物ということはできない旨を判示していることに留意する必要がある。

設問2については、Bは、Dが本件パンフレットに本件漫画の原画の1枚を掲載し、本件チケットに本件漫画の1コマを印刷してこれらを販売しようとしていることから、複製権（同法第21条）及び譲渡権（同法第26条の2）侵害を理由に差止めを求めることが考えられる。これに対して、Dは、まず、美術の著作物の原作品の所有者の同意を得た者は著作物をその原作品により公に展示することができるところ（同法第45条）、本件イベントにおける本件漫画の原画の展示はその所有者の承諾を得てなされるものであるから、同法第25条に規定する権利（展示権）を害することのないものであるとして、本件パンフレットが同法第47条所定の「小冊子」に当たり、これに本件漫画の原画を掲載することができ、この場合、同パンフレットを譲渡することもできる（同法第47条の10本文）と反論することが考えられる。ただし、本件パンフレットはA5版の大きさであり、そこに掲載された本件漫画の原画は1頁の3分の2の大きさであることから、これが「小冊子」に当たるか否かが問題となる。この点については、同種の裁判例（例えば、東京地判平成元年10月6日無体集21巻3号747頁【レオナル・フジタ】、東京地判平成9年9月5日判時1621号130頁【ダリ】）で示された判断基準等を念頭に置きながら、検討することが求められる。また、Dは、本件パンフレット及び本件チケットについて、引用（同法第32条第1項）を主張することも考えられる。この場合は、判例（最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁【パロディ】）の示す基準等を念頭に置きつつ、引用に当たるか否かの判断基準を明示して当てはめが必要となるが、特に、本件チケットに関しては、Bの再反論として、本件チケットは本件イベントの名称や日時場所が記載されているにすぎない単なる入場券であるところ、引用する側の作品自体に著作物性がない場合には同法第32条第1項が適用されないとの主張が考えられる。この点については、著作物性を要するとの立場（例えば、東京地判平成10年2月20日知的裁集30巻1号33頁【バーンズ・コレクション】）とこれを不要とする立場（例えば、知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁【絵画の鑑定証書】）とがあるので、それらの裁判例の示す論拠を念頭に置きつつ、説得的な論述をすることが求められる。

設問3については、まず、Eの主張として、本件フィギュアは本件漫画に描かれている武将 $\alpha$ をEの従業員である造形師が想像力を駆使して立体的形状に造形したものであるから、本件漫画の二次的著作物に当たり、Eはその著作者（同法第15条第1項）であると主張することが考えられる。これに対し、Fは、本件フィギュアは単なる量産品のおもちゃであって、それ自体「美術の著作物」とも一品製作の「美術工芸品」（同法第2条第2項）ともいえないから、著作物性を有しないと主張することが考えられる。いわゆる応用美術の問題であるが、この点については、著作権法の保護と意匠法等による保護との関係等に照らし、関連する裁判例（例えば、神戸地姫路支判昭和54年7月9日無体集11巻2号371頁【仏壇彫刻】、大阪高判平成17年7月28日判時1928号116頁【チョコエッグ】）で示された基準を念頭に置きつつ、本件事案に当てはめて論述することが求められる。次に、Bの主張に関しては、設問1と同様に、二次的著作物の原著作者の権利（著作権法第28条）の範囲が問題となろう。また、特に本件フィギュアに著作物性がないとした場合、BはFに対し、Fのおまけ人形を製造し、提供する行為が直接本件漫画の複製権（同法第21条）等及び譲渡権（同法第26条の2）を侵害するものであると主張することも考えられる。ただし、本件フィギュアに著作物性がないとすると、このように模倣の対象である作品が応用美術の問題から著作物でないとされる場合でも権利侵害を主張することができるのかということも問題となり、検討することが望まれる。

## [労 働 法]

### [第1問]

本問は、労働契約に設けられた期間の趣旨（雇用の終了又は試用期間）、募集広告等に示された労働条件と労働契約の内容、就業規則の最低基準効等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・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から示された1年間の「契約期間」が試用期間か労働契約の期間か、試用期間と解する場合には本件契約の法的性質（解約権留保付労働契約等）をどう解するかを検討する必要があり、その際には、神戸弘陵学園事件判決（最判平2年6月5日）等の判例の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、これを試用期間と解する見解を探ったとしても、労働契約の期間と解する見解を探ったとしても、Yによる契約終了の通知が権利濫用（労働契約法第16条又は第19条参照）となるかを論じる必要がある。

次に、平成20年に新卒で採用された教員の給与との差額賃金請求の当否を論ずる必要があり、具体的には、募集広告の記載等が本件労働契約の内容となっているかを検討した上で、本件労働契約の内容となっていないと解する見解を探る場合には、労働基準法第15条第1項及び信義則違反により不法行為に基づく損害賠償請求ができるかなどの法律構成に踏み込んだ論述を行う必要がある。その際には、日新火災海上保険事件判決（東京高判平12年4月19日）等の判例の判断の枠組みを意識しつつ、具体的な事実関係に即して論じることが求められる。

最後に、平成24年12月分の賞与の請求の当否を検討する必要があり、その際には、まず、労働契約法第12条を指摘して、就業規則の最低基準効に言及することが求められる。その上で、応用的な論点とはなるが、賞与の不支給に対する教職員の同意が賞与債権の放棄として有効か否かを論じてほしいところである。

### [第2問]

本問は、ロックアウト及び労働組合の統制権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、使用者の争議権の意義、ロックアウトの正当性の判断基準、労働組合の統制権の根拠及び正当性の判断基準等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、Y社の就労拒否が正当なロックアウトと評価される場合には、X1らの賃金請求は認められないこととなることから、使用者の争議権の根拠と正当性の判断基準に言及した上で、ロックアウトの正当性の判断基準を論じる必要がある。その際には、丸島水門事件判決（最判昭50年4月25日）等の判例の判断の枠組みを踏まえ、個々の具体的な労働争議における労使間の交渉態度、経過、組合側の争議行為の態様、それによって使用者側の受け打撃の程度等の判断要素を摘要しつつ、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。

設問2においては、まず、労働組合の統制権の根拠に言及した上で、組合員には労働組合の違法な指令に服従する義務がないとの観点から、本件争議行為の正当性を論じる必要がある。その際には、争議行為の主体、目的、開始時期、手段・態様の相当性等の要素を摘要しつつ、問題文に示された事実を抽出して当てはめを行うことが求められる。そして、仮に、本件争議行為が正当で、Zの行為が統制違反と評価し得るとの結論に至った場合には、更に本件の除名という処分内容が相当と言えるか、統制権の濫用ではないかを論じる必要があろう。

## [環 境 法]

## [第1問]

本問は、水質汚濁防止法の規制システム及びその基本となる考え方に関する理解を問うものである。

〔設問1〕では、同法第12条第1項及び関係規定に関する周到な理解が試される。①排水基準遵守義務の対象行為が「特定施設」からの排水ではなく「特定事業場」からの排水であること（同法第12条第1項、第2条第6項）、②「排出口」とは、「排出水を排水する場所」であること（同法第8条第1項）を踏まえて、設問文にある主張に対する反論をすることが期待される。設問文の主張は、特定施設起因ではない排水は規制対象にはならないとするところ、①からはそのように限定的に解せないことを指摘する。また、「パイプの先」のような場所での排水に関して排水基準遵守が義務付けられるとするところ、②からはそのように限定的に解せないことを指摘する。

〔設問2〕では、水質汚濁防止法違反の有罪確定が、ほかの環境法の運用に対してどのような影響を与えるのかを条文に即して説明できるかが試される。〔小問（1）〕では、以下の作業が期待される。【資料】として添付された廃棄物処理法施行令第4条の6第4号に水質汚濁防止法が掲げられていることに着目し、設問文に記された状況が、廃棄物処理法第7条第5項第4号ハの「その他生活環境の保全を目的とする法令で政令で定めるもの……の規定に違反し……罰金の刑に処せられ」に該当することを指摘する。本問では、産業廃棄物処理施設許可に対する影響が問われているところ、それを踏まえて、同法第7条第5項第4号ハが、同法第14条第5項第2号イを通じて同法第15条の3第1項第1号に規定される許可取消事由となっていることを指摘する。その上で、許可取消が義務的となっていることから、施設許可が取り消されると指摘する。〔小問（2）〕では、2つの環境個別法の連携措置の制度趣旨に対する理解が問われる。ここでは、社会的にコンプライアンスが強く求められる廃棄物処理法について、生活環境保全という目的共通の法令の重大な違反者に廃棄物処理に関する業や施設の許可を与えるのは不適当であるという法政策意図があることを指摘してほしい。

〔設問3〕は、〔設問1〕でも触れられた水質汚濁防止法の排水基準の遵守場所について、これを大気汚染防止法の排出基準の遵守場所と比較することにより、両法における規制の考え方の違いを相対的に理解しているかを問うている。水質汚濁防止法の排水基準は、特定事業場の排水口からの排水を規制する（同法第12条第1項、第8条第1項）のに対して、大気汚染防止法はばい煙発生施設の排出口（開口部）からの排出を規制している（同法第13条第1項、第2条第7項）ことを指摘してほしい。その上で、汚染者支払原則の観点からは事業場主義をとる水質汚濁防止法が望ましいが、大気汚染防止法においては技術的制約から施設主義にならざるを得ないことを説明してほしい。

## [第2問]

〔設問1〕は、環境影響評価法の手続上の瑕疵を理由として、後続する行政決定である許可処分が違法となるかについて、空港予定地の敷地の一部の土地を所有する者が国土交通大臣の許可の取消訴訟においてどのような主張ができるかを問うものである。①評価書に対する免許権者等の意見に対してA県が補正書の中で答えていないこと、②複数案の検討がなされていないことが、同法の手続上の瑕疵になるか、仮になるとして手続上の瑕疵が後続する許可処分を違法とするのはどのような場合かを論じてほしい。①については、環境影響評価法第25条第1項柱書きの「当該事項の修正を必要とすると認めるとき」とは何か、②については、複数案（同法第14条第1項第7号ロ、第21条第2項第1号）の同法における位置付けをどう解するかが問題となる。そして、国土交通大臣が許可をするに当たっては、環境保全に適正な配慮をした審査を行わなければならない（同法第33条第1項）のであり、処分の根拠法により同大臣に付与された裁量権の範囲の逸脱又は濫用があるかが問題とされる。

〔設問2〕は、環境影響評価法における複数案の検討について、同法の2011年改正及びその後に改正された基本的事項が、改正前と比べてどのような相違があるか、計画段階配慮書の段階で複数案の検討を取り入れた同法等の改正の趣旨はどこにあるかを問うものである。同法上は必ずしも明らかでないが（同法第3条の2第1項の「一又は二以上の当該事業の実施が想定される区域・・・における・・・環境保全のために配慮すべき事項」参照）、基本的事項では、第一種事業について、複数案を検討しない場合には理由を付することを要するとしていること（資料参照）を指摘してほしい。環境影響評価の核心は複数案（代替案）にあり、計画段階のような早い段階で複数案を検討することによって、合理的な意思決定という環境影響評価の目的に資することに言及してほしい。

〔設問3〕は、生物多様性基本法第25条と2011年環境影響評価法改正との関係、生物多様性基本法第25条と環境基本法の関係を問うものである。

生物多様性基本法第25条は、生物多様性について計画アセスメントないし戦略的環境アセスメントをすることを内容としていること、この規定の存在が環境影響評価法の2011年改正における計画段階配慮書の規定導入の契機となったこと、他方、計画段階配慮書の規定は計画アセスメントにとどまっており、（本格的な）戦略的アセスメントを規定しているとは言いにくいことなどを指摘してほしい。

また、生物多様性基本法第25条は、事業者等が、その事業に関する計画の立案の段階から生物の多様性に及ぼす影響の調査、予測、評価を行うために、国が必要な措置を講ずるものとしており、環境基本法第20条とともに、同法第19条に対応すると解する余地もあると考えられる。

## 〔国際関係法（公法系）〕

### 〔第1問〕

本問は、国内問題不干渉義務、国家元首の特権免除、対抗措置により影響を受けない義務、会社と株主の外交的保護について問う問題である。

設問1は、不干渉義務に関する基礎的問題である。国際法上の不干渉義務によって禁止されているのは、他の国内管轄事項に対する命令的干与（強制的介入）であるという基本に沿って解答すればよい。まず国の国内管轄事項とは、国際法上国家の自由な規律に委ねられている事項であるが、ある事項が専ら国内管轄事項に属するか否かは、本来相対的なものであり国際関係の発展に依存することを押さえる必要がある。今日では自国民の取扱いであっても、被拘禁者に対する系統的拷問のような重大な人権侵害は、国内管轄事項とはみなされない。次に、国際法が禁止する干渉とは、単なる見解表明や勧告ではなく、命令的干与であることを踏まえる必要がある。命令的干与の典型は武力による介入であるが、政治的又は経済的压力も、他の主権的意思を自国の意思に従属させる目的で行使される場合には違法な干渉となり得る。しかし、違法な干渉となる政治的又は経済的压力と通常の政治的又は経済的政策とを区別することは容易ではなく、ニカラグア事件国際司法裁判所（I C J）判決も示すように、経済援助の停止や禁輸措置が直ちに不干渉義務の違反を構成するとは限らないことに注意しなければならない。以上に鑑みれば、他の拷問行為を国際法違反と非難する外交的声明は、国内管轄事項に対する介入とはいえないし、命令的干与にも当たらない。人権侵害に使用されるおそれのある產品の禁輸措置を実施する行為も、それだけで直ちに国際法が禁止する強制的介入に該当するとはいえない。なお、拷問禁止義務は国際社会全体に対して負う義務であり、その受益者のために被害国以外の国も、違反の停止を求めて適法な措置をとる権利を有する（国連国際法委員会の国家責任条文第54条参照）から設問の行為は違法な干渉には当たらないとする構成をとることも可能である。

設問2（a）は、国家元首が犯した国際犯罪に関連して、国家元首の外国の刑事管轄権から

の免除資格について問う問題である。まず、国家元首は一般的に国を代表する資格が認められており、その地位から外国においては少なくとも外交使節と同等の免除及び不可侵を享有することが慣習国際法上認められてきたことを押さえる必要がある。現職の国家元首が、その任務の性質に照らし、公的資格の行為か私的資格の行為かを問わず、外国の刑事管轄権から完全な免除と不可侵を享有することは、逮捕状事件 I C J 判決からも導くことができよう。他方、人道に対する犯罪や戦争犯罪については、国際刑事裁判所規程の例に見られるように、現職の国家元首も刑事責任からの免責及び国際刑事裁判手続からの免除を認められなくなつておらず、重大な国際犯罪の訴追の場合には現職の国家元首といえども外国の刑事裁判権から免除されないとする議論もあることに注意する必要がある。しかし、公的行為についての事項的免除しか認められない元国家元首とは異なり、現職の国家元首や外務大臣は、その地位に基づき完全な人的免除を享有し、拷問や人道に対する犯罪の場合であっても外国の刑事管轄権からの免除と不可侵について例外が認められていないことを、ピノчет事件英國貴族院判決や逮捕状事件 I C J 判決に基づいて理解しなければならない。そうすれば現職の国家元首への逮捕状の発付と国際手配は、たとえ国際犯罪についての普遍的管轄権が外国裁判所に認められるとしても、現職国家元首の完全な人的免除と不可侵を定める国際法に違反する行為となる。

設問 2 (b) は、国際違法行為に対する対抗措置と外交官の不可侵を尊重する義務の関係を問う問題である。外交官の身柄を拘束及び抑留し、事情聴取する行為が、外交官の不可侵及び刑事裁判権からの免除に違反することは明白である。しかし現職の元首に対する逮捕状の発付と国際手配という国際違法行為が先行しそれが継続している状況下では、被害国は対抗措置をとることができる。しかし対抗措置をとる国は、その手段について無制限の裁量を有するわけではない。均衡性の原則を適用するまでもなく、国際法上禁止されている対抗措置に訴えることはできないことを理解しなければならない。外交法は自己完結的な制度で外交職員等による違法行為に対して取り得る措置（ペルソナ・ノン・グラータや外交断絶）を特定しているとしたテヘラン事件 I C J 判決、武力抗争時にも外交官に退去の便宜を与える義務を定めた外交関係条約の規定などに鑑みれば、国家責任条文第 50 条が定めるように、対抗措置をとる国は、外交官の不可侵を尊重する義務の履行を免れない。

設問 3 は、会社の外交的保護と株主の外交的保護の関係を問う問題である。バルセロナ・トランクション事件 I C J 判決やディアロ事件 I C J 判決の先例に照らせば、外国の国際違法行為によって会社が損害を被った場合、会社の外交的保護権は、原則として、会社の設立準拠法國及び本拠地所在地にあり、会社の株主の国籍は、会社が損害を受けた結果株主が間接的に被った不利益について株主のために外交的保護を行使する権限はないことをまず理解する必要がある。会社が設立準拠法國で実質的営業をしておらず経営の本拠地及び財政的支配の全てが他国にある場合、会社が設立国の法に基づき存在しなくなった場合、会社が国際違法行為を行った国の国籍を有している場合には、一定の条件が満たされれば、法人のヴェールを剥いで、上記の規則の例外が認められる場合がある。しかし、本設問では、これらの例外のいずれにも該当しないように事実設定がなされている。

他方、国の国際違法行為が会社の権利とは区別される株主の権利に直接損害を与える場合には、株主の国籍は、株主が被った損害について外交的保護行使する権限を有する。株主の直接的な権利とされるものには、会社の配当請求権、総会での議決権、解散後の残余資産の配分請求権などがあるが、本設問ではこのような株主の権利に対する直接的な損害は生じていないという事実設定がなされていることを踏まえて解答することが望まれる。

## [第 2 問]

本問は、公海上の船舶内での犯罪についての管轄権行使の態様と、犯罪人引渡しと、国家責任について問う問題である。

設問1は、公海上の船内で自国民が傷害致死の被害にあった国家と船舶の旗国の管轄権の競合に関する問題である。公海上の船舶内の犯罪であるから、旗国主義に基づき船舶の旗国が当該犯罪について管轄権を有していることが明らかである。

他方、当該船舶に対しては、旗国主義に基づく管轄権に加え、被害者の国籍国の受動的（消極的）属人主義に基づく立法管轄権が及んでいることが理解されなければならない。この立法管轄権が及んでいなければ被害者の国籍国の港に当該船舶が入港したときに、当該国が執行管轄権を行使する前提が存在しない。逆に被害者の国籍国が公海上の船舶内の犯罪に立法管轄権を行使していれば、自国の港（領域内）に入港した際に執行管轄権を行使することができるうことになる。また、旗国に当該船舶への刑事手続の執行に関する照会をしたところ異議を唱えておらず、受動的属人主義に基づく被害者の国籍国による管轄権行使に反対する意思がないことに留意する必要がある。

さらに、当該船舶は、被害者の国籍国により強制的に当該国の港に入港させられたのではなく、任意で入港している。被害者の国籍国が自国領域内で管轄権を行使したことはこの点からも正当化される。

設問2は、犯罪人引渡しについて、政治犯罪人不引渡しの原則と関連させながら、普通犯罪を行った犯罪人を引き渡す場合に、政治犯罪で処罰されないように引き渡すにはどのようにすべきかを問う問題である。まず、政治犯罪人不引渡しの原則が理解されなければならない。歴史的には、政治犯罪人をこそ引き渡すという各国君主間の実践があったが、フランス革命を経て政治的自由が認められるようになると、むしろ逆に、政治犯罪人を引き渡さない原則が成立することになった。現在では同原則を国内法上の不引渡し義務として法制化している国もある。また、政治犯罪人を引き渡さないとしても、政治犯罪には、いわゆる政治犯罪だけからなる絶対的政治犯罪と、政治犯罪に関連して普通犯罪が行われる相対的政治犯罪があり、その区別が重要である。

本件では、引渡しを請求されている者が本国では著名な反政府活動家であり、政治犯罪で処罰される可能性はある。けれども、本件の事件は、政治活動や政治的目的とは全く無関係の普通犯罪であることに注意が必要である。普通犯罪を行ったのであるから、当該犯罪人は、普通犯罪人として引き渡すことができる。ただし、当該犯罪人が引き渡されたときに、政治犯罪で処罰されるおそれがないとはいえない。これについては、犯罪人引渡しにおける特定性の原則の遵守が求められることになる。引渡国が引渡請求国に、特定性の原則の遵守を保証するように求める方法を考えられなければならない。

設問3は、権限逸脱により財産を窃取した警察官による国家責任を問う問題である。警察官は適法な令状はないものの、警察官の制服を着て客室を捜索しているのであるから、権限逸脱行為を行っていることがまず認識されねばならない。そして警察官の外観をもって客室を捜索しているのであるから、権限逸脱行為であっても、当該警察官の行為は、国家機関の行為としてその国に帰属し、国家責任が発生することが理解されなければならない。

窃盗の被害者の損害について被害者の国籍国が加害国の国家責任を追及する場合には、被害者の損害を取り上げて外交保護権を行使するのが通例である。そして外交保護権の行使に当たっては、国籍継続の要件（被害の時点から国家責任の追及の時点まで被害者が当該国の国籍を有していること）及び、国内救済を尽くしていることの要件が満たさる必要がある。ただし、本件の場合には被害者は自らの意思で警察官の所属国の領域に入ったわけではないから、国内救済を尽くす義務は免れ得るともいえる。

## [国際関係法（私法系）]

### [第1問]

本問は、養子縁組の成立と効力並びに養子縁組後における親子間の法律関係及び扶養につき、

準拠法の決定と適用を問うものである。

設問 1 の小問（1）は、養子縁組の成立につき、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第 31 条第 1 項前段の解釈・適用とこの規定により指定される養親となるべき者の本国法である日本法中の民法第 795 条の適用を問うている。さらに、この実質規定を適用する過程において通則法第 4 条第 1 項を特定し、この規定が指定する甲国法の下で養子となるべき者が未成年者であることに言及することも求めている。

設問 1 の小問（2）は、養子縁組の方式につき、通則法第 34 条の解釈・適用と各準拠法の適用を問うている。同条第 2 項の「行為地法に適合する方式」に言及しつつ、夫婦が同一の者を養子とする場合、同条第 1 項の「法律行為の成立」には、養父と養子との養子縁組及び養母と養子との養子縁組という二つの養子縁組の成立が包摂されることを認識していなければならない。

設問 2 の小問（1）は、養子縁組の成立により子が嫡出子としての身分を取得するか否かを決定する準拠法を特定し、その適用を問う問題である。養子縁組の直接的効力の問題として通則法第 31 条第 1 項前段を特定し、この規定により指定される養父と養母の各本国法により子の嫡出性を決定しなければならない。

設問 2 の小問（2）は、養子縁組成立後における子の親権につき、その準拠法の決定と適用を問うものである。通則法第 32 条に従い、連結基準の時間的変更の可能性を指摘しながら準拠法を特定し、適用しなければならない。

設問 2 の小問（3）は、養父が子の扶養義務者か否かを決定する準拠法の特定と適用を問うものである。通則法第 43 条に言及した後に扶養義務の準拠法に関する法律第 2 条を特定し、常居所地という連結素の意味に留意しながら、この規定の指定する準拠法を適用しなければならない。

## [第 2 問]

本問は、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第 3 条の 4 第 2 項にいわゆる個別労働関係民事紛争につき、労働者からの事業主に対する訴え及び事業主からの労働者に対する訴えについて、日本の裁判所が国際裁判管轄権を有するか否かを問うている。また、労働契約について労働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、労働者からの事業主に対する訴えについて、外国の裁判所に専属的国際裁判管轄権を付与する契約締結時の合意は、民訴法第 3 条の 7 第 1 項及び第 2 項の要件を充足するものであっても、同条第 6 項の特則に従えば有効か否かを問うものである。

設問 1 の小問（2）は、労働者からの事業主に対する訴えについて、民訴法第 3 条の 2 第 3 項の定める管轄原因が日本にない場合であっても、同法第 3 条の 4 第 2 項が掲げる労務提供地が日本にあることを理由に、日本の裁判所は国際裁判管轄権を有するか否かを問うものである。

設問 1 の小問（3）は、外国法を契約準拠法とする通則法第 7 条の規定に従った合意があつても、同法第 12 条第 1 項及び第 2 項の規定に従い日本の労働契約法中の強行規定が適用されるか否かを問うている。

設問 2 は、事業主からの労働者に対する訴えにつき、労働契約終了の時に労務提供地であった日本の裁判所に管轄権を付与する旨を当事者が当該時点で合意していた場合とそれ以外の場合とを対比し、それぞれの場合につき、日本の裁判所が国際裁判管轄権を有するか否かを問うている。前者の場合には民訴法第 3 条の 7 第 6 項の解釈・適用が、後者の場合には同法第 3 条の 4 第 3 項の解釈・適用が示されなければならない。