

## 【公法系科目】

### 〔第1問〕

1. 本問は、前半が選挙権や自由選挙原則に関する規制、後半が表現の自由に関する規制で構成された架空の法案骨子を素材とするものであり、それぞれの規制の憲法適合性を問うている。これらの権利や原則は、議会制民主主義を支える上で重要なものであることから、本問では、そのことを理解しつつ、参考すべき判例を踏まえた論述が求められている。
2. 施策①は、国政選挙における低投票率に対応するため、有権者に国民主権の下での選挙権行使の重要性を再認識させ、その権利行使を促して投票率を上げることを目的として、強制投票制度を導入するものである。具体的には、(a)投票を義務化し、(b)国政選挙で3回連続して投票を怠った者の国政選挙権を5年間停止する。このような施策は、議会制民主主義の根本に関わる問題であり、人権論のみならず統治機構論にも関係する。そのことを前提に、具体的には以下の論点の検討が求められる。

まず、施策①(a)の、投票の義務化をめぐる憲法適合性である。我が国では伝統的に任意投票制が採用されているが、投票の義務化が違憲かどうかについて憲法学説に理解の一一致があるわけではない。選挙権（憲法第15条第1項等）の権利性を重視する、又は、自由選挙原則の中に任意投票（強制投票制度の禁止）を読み込む立場からは、投票の義務化の違憲性が説かれることが多い。他方、選挙権の公務性を重視する、又は、自由選挙原則に任意投票を含めない立場からは、投票の義務化の合憲性が説かれることが多い。まずはこうした相反する見解があることを踏まえた上で論述する必要がある。あわせて本問では、相当程度の低投票率が続くことで、議会制民主主義の根本を揺るがしかねない状態になるのではないかといった懸念から、本法案骨子が作成されていることに留意し、かようなひつ迫した状況に限っては強制投票制度の導入が正当化されるのかどうかについて考えるべきである。

次に、施策①(b)の、3回連続して投票を怠った者の国政選挙における投票権を一定期間停止することの憲法適合性である。憲法第15条第3項は、成年者による普通選挙の保障を定めており、選挙権の停止は強い権利制限になる。これについてはまず、選挙権を停止する制度自体の合憲性を論じることが必要である。そこで、そうした制限が許されるのかについて、何らかの判断枠組みに基づく審査が求められるが、ここでは一定の厳格性を備える判断枠組みを示した在外国民の選挙権行使制限訴訟の最高裁大法廷判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）が参照されるべきである。同判決は「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許され」ないとしており、前段部分に該当すれば同判決が示す判断枠組みから除外される。そこで、本問ではまず、選挙で連続して投票を怠った者が、公民権停止を受けた選挙犯罪者等と同様に「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」に該当するのかどうかを考える必要がある。そして、本問の制限対象者はそれに該当しないと考えるのであれば、続いて、同判決が示す「選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることができないし著しく困難であると認められる場合」に当たるような「やむを得ない事由」が本件規制をする場合にあるのか否かの判断が必要となる。

本問では、低投票率のままの選挙では十分な民主的正統性が付与された代表者が確保できないのではないかという危惧が抱かれる中で、投票率を上げ、十分な民主的正統性を持つ議員を選出したいといったことが、選挙権を制限するきっかけとなっている。ここでは、このことと「選挙の公正」の確保とが結びつくのか、また、このことが選挙権の制限を正当化する「やむを得ない事由」になるのか、といったことを丁寧に論じなければならない。その際、罰金ではなく選挙権の停止という手段が採られていることに留意してほしい。

3. 施策②は、選挙運動中の街頭演説で、演説者から半径25メートル以内の範囲では、30分以内の間、大声での声援、ヤジ、プラカードの掲示等、演説者が圧迫感を覚え、萎縮して

演説を続けづらくなるような、聴衆による不穏当な行為を禁止する。この規制は、聴衆によるメッセージの発信等を制止することから、憲法第21条第1項に定める表現の自由を制約する。以上を踏まえ、本件規制を検討するに当たっては、次の点に留意すべきである。

第1に、本件規制は、聴衆による意見表明に対する間接的・付隨的制約なのか、それとも直接的制約なのか、という点である。本件規制の目的が候補者の主張や公約等を適切に伝える機会を確保し、自由で公正な選挙を実現することにあるとすれば、聴衆の表現行為を直接的に制約することを意図したものではないと評価される可能性がある。しかし、具体的には、聴衆による大声での声援、ヤジ、プラカードの掲示等を規制するのであるから、それは表現行為に対する直接的制約にもなり得る。

選挙運動規制をめぐる上記の間接的・付隨的制約論は、戸別訪問禁止事件（最判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁）で見られるものの、この議論の下では、禁止により失われる利益と得られる利益との単純な比較較量がされやすく、あらゆる制約が広く合憲とされることになり得る。しかし、聴衆による上記行為が政治的表現の自由として考えられる以上、十分な理由もないままに緩やかな審査で規制が正当化されてよいのかどうかを含めた、丁寧な検討が求められる。

第2に、本件規制をめぐっては、一般的な表現の自由の規制立法ではなく、選挙運動におけるルールとしての側面を持つという議論を展開することも想定し得る。上記とは別の戸別訪問禁止事件（最判昭和56年7月21日刑集35巻5号568頁）での伊藤正己裁判官補足意見は、「選挙運動においては各候補者のもつ政治的意見が選挙人に対して自由に提示されなければならないのではあるが、それは、あらゆる言論が必要最少限度の制約のもとに自由に競いあう場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従つて運動するものと考えるべきである。」として、選挙運動規制には通常の表現の自由規制で用いられる厳格な基準が適用されないことを示す。本件規制も選挙運動中の行為規制であることから、このような選挙運動のルール論に依拠した判断枠組みを提示し、議論を進める方法もある。

第3に、本件規制は、内容規制であるのか、内容中立規制であるのか、といった区分も重要となる。本件規制は、法案骨子の文言上、一定の観点や主題を理由とした規制になっておらず、内容中立規制のようにも見える。しかし、聴衆による不穏当な行為を制止することを、選挙管理委員会によって派遣された者に対して要請するのは、街頭演説の主催者である。この仕組みの下では、演説の主催者が、聴衆の示すメッセージの内容を不穏当なものだと判断しさえすればその要請ができることから、実質的には特定の内容を狙い撃ちした規制となり得る。こうした制度の立て付けと実質的効果との関係を踏まえた検討が求められる。

以上の各ポイントは、憲法適合性を判断する際の基準の設定に密接に関連していることから、ここでは本件規制の性質や態様について検討した上で、説得力ある判断枠組みを示し、具体的な審査をする必要がある。

その他、本件規制が正当化できるのかどうかを考えるに当たっては、この規制によって失われる利益がどのようなものであるのかについて十分に吟味することが求められる。本件では、演説者が圧迫感を覚え、萎縮して演説が続けづらくなることで、ひいては他の聴衆が候補者等の主張や公約等を十分に聞くことができなくなるといったように、前者のみならず後者を含めた不利益の発生防止が強調される可能性はある。もっとも、「選挙の自由妨害罪」に該当するに至らない聴衆による行為をそれほどまでに規制しなければ候補者の主張や公約等の発信はできなくなるのか、を考えるべきである。さらに、本件規制では、一定の時間や距離を設けた上で制約を限定化しようとしているものの、特に30分以内の演説である場合には、演説全体にわたって聴衆の発言等を制限できることとなり、こうした規制の有効性や実質的な強さにも目を向けたい。

いずれにせよ施策②は、既述のように特定の見解に基づく言動のみを排除することが可能な仕組みとして運用できる制度になっている。そうなると、そもそも特定の見解が排除された街頭演説が、議会制民主主義を実現するための健全な選挙運動だといえるのか。こうした根本的な問いを十分に意識して議論を進めることが必要となる。

以上のようなポイントを踏まえた上で、施策②につき、総合的に検討することが求められる。

## 〔第2問〕

生活環境を保全するため家畜を飼養する施設を規制する地方公共団体の条例（本件条例）に基づく勧告・指示等をめぐる紛争を題材に、勧告・指示の处分性（〔設問1〕(1)）、指示の差止訴訟（行政事件訴訟法第3条第7項）の訴訟要件充足性（〔設問1〕(2)）、勧告の実体的違法性（〔設問2〕）につき、関連する最高裁判決を理解していることを前提として、【資料 関係法令】に掲載された諸規定を解釈・適用しつつ、説得力のある論述をすることができるかどうかを試す趣旨の出題である。

〔設問1〕(1)は、本件勧告は处分性を有しないけれども、本件指示は处分であるとする考え方の論拠について、反対の見解にも言及しながら検討することを求めるものである。处分性の一般論に関しては、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成したまはその範囲を確定することが法律上認められるもの」（最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁）は処分に該当するといえるが、处分性が認められる行政活動の範囲は拡大傾向にあること（いわゆる处分性拡大）にも留意が必要である。

本件勧告の处分性については、【資料 法律事務所の会議録】において言及されている最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁の判示を示した上で検討することになる。本件勧告が处分性を有するという立場からは、本件勧告は本件条例第32条に基づくものであり、勧告がされた場合には本件条例第33条に基づく指示や本件条例第34条に基づく公表が可能になること、公表によって相手方にもたらされる不利益は重大であることなどを指摘することになると考えられる。他方、本件勧告が处分性を有しないという立場からは、本件条例第32条に基づく勧告によってその相手方が具体的な行為義務を課されるとは解しがたいこと、本件条例第32条に基づく勧告がされた後に相当程度の確実さをもって指示・公表がされる法的仕組みが採られているとはいえないこと、勧告の次に採られる措置は指示であって公表ではないから、公表がもたらす不利益に着目して指示に先行する勧告の处分性を認めるべきことにはならないことなどを指摘することが考えられる。

次に、本件指示が处分性を有するという立場からは、本件条例の仕組みは、勧告に続く指示によって相手方に具体的な行為義務が課される構造になっていると解することができる、指示によって相手方は本件条例第34条に定める事項を公表される地位に立たされることなどを指摘することが考えられる。本件指示が处分性を有しないという立場からは、本件条例に罰則がないため指示によって相手方に義務が課されるとはいえないこと、指示に続く公表によって相手方に損害が発生し得るとしてもこれは事実上の効果であることなどを指摘することが考えられる。

〔設問1〕(2)は、本件指示が抗告訴訟の対象となる処分であることを前提に、Aが本件指示の差止訴訟を提起した場合、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件（行政事件訴訟法第37条の4第1項本文）が充足されるかを問うものである。同要件に関する最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁の判示を明らかにした上で、それに従って検討することが求められる。本件指示がされた後でその取消訴訟を提起して執行停止の決定を受けることにより容易に救済を受けられると解する立場では、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件の充足は認められないことになる。それに対して、本件指示の取消訴訟を提起して執行停止の申立てをしたとしても公

表がされる前に執行停止の決定を受けられるとはいえないと解する立場では、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件が充足されるという結論も導かれ得る。

〔設問2〕は、本件勧告の実体的違法性について、勧告事項1～3ごとに、反対説にも言及しながら論じることを求めるものである。勧告事項1については、Aとしては、本件条例第29条第2項にいう居住者とは住宅に現に居住している者をいい、Cは居住者に該当しない、仮にCが令和6年9月の時点では同項にいう居住者に該当していたとしても、本件勧告がされた時点においては、Cは本件住宅を一時的に離れているにすぎないと解する立場では、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件が充足されるという結論も導かれ得る。

勧告事項2については、Aとしては、事業者が悪臭防止法第20条第1項に基づく立入検査を拒否したとしても施設が本件条例第32条にいう「悪臭防止法（中略）の規定に適合していないとき」に当たるとはいえないこと、同法第8条第1項の要件が充足されていないのであるから同法第20条第1項に基づく立入検査を行うことはできないこと、同法の規定の違反に対しては同法に定める措置を採るべきであり、本件条例に基づく措置を採ることは許されないことを主張することが考えられる。他方、B市としては、本件養鶏場について同法第20条第1項に基づく立入検査を行うことができるにもかかわらず、立入検査が拒否された場合には、本件条例第32条にいう「悪臭防止法（中略）の規定に適合していないとき」に該当する、立入検査を行う前提として同法第8条第1項の要件が充足されていることが常に必要であるとはいせず、本件養鶏場については同要件の充足が確認されていないとしてもこれに近い状態にあるといえるから立入検査の許容性・必要性が認められる、施設が同法の規定に適合していない場合にその規定への適合を求めることが同法の趣旨に反するとはいえないといった主張が考えられる。

勧告事項3については、Aとしては、本件勧告がされた時点において悪臭防止法の規制基準を超過するアンモニアが排出される見込みがあったとはいわず、本件条例第32条にいう「生活環境を損なうおそれ」も認められないこと、仮に要件裁量があるとしても、本件養鶏場の臭いについて意見を提出した周辺住民は1名のみであり、しかも日常的に不快な臭いが感じられるというわけでもないのであるから、その意見は重視すべきでないことなどを主張することが考えられる。他方、B市としては、「生活環境を損なうおそれがあると認められる」という要件の認定には市長の裁量が認められる、令和7年2月以降0.8ないし0.9ppmのアンモニアが計測されているのであるから生活環境を損なうおそれがうかがわれる、本件養鶏場から65メートル離れた場所に居住している住民から本件養鶏場の不快な臭いが感じられるとの意見が提出されており、そのような住民の意見をも考慮して同要件の充足を肯定したことにより裁量権の逸脱濫用はないといった主張が考えられる。

## 【民事系科目】

### 〔第1問〕

#### 1 設問1について

- (1) 設問1(1)は、事業執行に関連して行われた威嚇行為に起因する自動車事故によって同乗者が負傷した事例に基づき、使用者責任の成否とともに、自動車を運転していた配偶者の

過失による過失相殺の可否についての検討を求めるものである。

設問 1(2)は、同一の損害について複数の加害者が損害賠償債務を負い、そのうちの一人の賠償債務について混同が生じた事例に基づき、混同が他の賠償債務に及ぼす影響とともに、賠償債務者相互の間での求償関係についての検討を求めるものである。

設問 1(3)は、無資格者が委任者を代理して和解契約を締結したことが弁護士法第 72 条の規定に違反する事例に基づき、取締規定（取締法規）違反の契約の効力についての検討を求めるものである。

- (2) 設問 1(1)アでは、D は、下線部⑦において、A の本件威嚇行為による本件負傷について B の使用者責任が成立することを主張している。使用者責任の要件（民法第 715 条第 1 項）を、順次、検討することが求められる。

ア まず、被用者の不法行為の要件については、設問上、A は本件威嚇行為による本件負傷について不法行為による損害賠償責任を負うものとされている。また、A は B の従業員であるので、使用関係要件も満たす。

イ 問題となるのは、事業執行性要件である。本件威嚇行為は、職務の執行行為そのものに属するものではないが、「事業の執行について」されたといえるのか。判例を踏まえた検討が求められる。

判例は、被用者による職務権限の逸脱・濫用行為が問題となる事件類型では、「行為の外形から観察して、恰も被用者の職務の範囲内の行為に属するものとみられる場合」にも事業執行性が認められるとする（最判昭和 36 年 6 月 9 日民集 15 卷 6 号 1546 頁、最判昭和 37 年 11 月 8 日民集 16 卷 11 号 2255 頁ほか）。他方、被用者による暴行が問題となった事件類型では、「事業の執行行為を契機とし、これと密接な関連を有すると認められる行為」に該当する場合に、事業執行性要件を満たすとする（最判昭和 44 年 11 月 18 日民集 23 卷 11 号 2079 頁、最判昭和 46 年 6 月 22 日民集 25 卷 4 号 566 頁）。

A による本件威嚇行為は、暴行に準ずるものであり、執行行為契機性・密接関連性の基準が妥当する後者の事件類型に該当する。A は、業務のため自動車を運転中に他の自動車の運転者と口論となり、口論中に挑発されて本件威嚇行為に出たものであるから、上記基準を満たし、業務執行性が肯定される。

ウ 結論として、本件負傷については B の使用者責任が成立するものと考えられる。

- (3) 設問 1(1)イでは、B は、下線部④の反論において、本件事故の発生についての C の過失による過失相殺を主張しているものと解される。

ア C の過失は、被害者 D の過失ではないことから、まずは、第三者の過失によっても過失相殺が認められるかを検討しなければならない。

判例は、民法第 722 条第 2 項の「過失」は、「被害者側の過失」を包含する趣旨であり、「被害者と身分上ないしは生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者の過失」がこれに該当するとする（最判昭和 42 年 6 月 27 日民集 21 卷 6 号 1507 頁）。「被害者側の過失」による過失相殺が認められる事件類型には、いくつかのものがあるが、配偶者が運転する自動車に同乗していた者が第三者の運転する自動車との衝突により負傷した場合に、配偶者の過失が「被害者側の過失」とされる類型も、その一つである（最判昭和 51 年 3 月 25 日民集 30 卷 2 号 160 頁）。この類型での被害者側の過失による過失相殺の合理性については、求償関係の一挙解決及び紛争の一回的処理がいわれる（前掲・最判昭和 51 年 3 月 25 日）。

設例では、D の配偶者 C にハンドル操作のミスがあったことから、上記の事件類型に該当し、D の損害賠償請求につき、C の過失による過失相殺が認められ得る。

イ もっとも、判例は、同乗被害者の配偶者の過失について、「夫婦の婚姻関係が既に破

錠にひんしているなど特段の事情」がある場合には過失相殺が認められないとする（前掲・最判昭和51年3月25日）。設例では、この例外に該当しないかについても検討が求められる。

例外該当性の検討に当たっては、どの時点において「特段の事情」が存在すべきであるのかが問題となる。この点については、被害者側の過失が結果発生に競合する時点である不法行為時を基準とする立場と、求償関係の一挙解決の要請が現実化する時点である損害賠償請求時を基準とする立場とが、考えられる。CD間の婚姻関係は、本件事故の発生時には円満であったが、その後、請求時までに破綻しているから、いずれの立場をとるかによって、前記の例外に該当するか否かの判断が異なることになる。

- (4) 設問1(2)アでは、Bは、下線部⑦において、Cの損害賠償債務に生じた混同の効力によってBの損害賠償債務が消滅することを主張しており、また、設問1(2)イでは、賠償債務者B C (BD) の間での求償関係が問われている。

ア これらの点を検討する前提として、まずは、CとBの債務が連帶債務の関係にあり民法の連帶債務の規定が適用されるのかについて考察することが必要である。

本件負傷によりDに生じた損害については、Bが使用者責任に基づく損害賠償債務を負うとともに、Cも不法行為による損害賠償債務を負う。民法第719条第1項及び第436条の文言からは、共同不法行為の場合は連帶債務となり、同一の損害について複数の者が損害賠償債務を負う場合全般について同様のことがいえそうである。

しかし、平成29年法律第44号による改正（以下「平成29年改正」という。）前の民法の下で、判例は、同一の損害について複数の者が損害賠償債務を負う場合を不真正連帶債務とし、民法の連帶債務の規定のいくつかにつき、その適用を排除していた（最判昭和45年4月21日集民99号89頁、最判昭和48年1月30日集民108号119頁、最判昭和57年3月4日集民135号269頁など）。

この点に関しては、現行法の下でもなお連帶債務の規定の適用が排除されるべきであるのかも、問われ得る。平成29年改正によって絶対的効力事由に関する規律が大幅な見直しを受けたことにより、連帶債務の規定は、これまで不真正連帶債務とされてきた場合への適用に支障がなくなったともいわれる。他方で、設問1(2)ア・イとの関係で問題となるのは、次述のとおり、平成29年改正において変更されなかった連帶債務の規定であって、同改正前における判例が不真正連帶債務への適用を排除していたものであることにも、留意しなければならない。

そのため、CとBの損害賠償債務が連帶債務の関係にあり連帶債務の当該規律が適用されるか否かについては、両論が成り立ち得る。いずれかの見解を、その根拠とともに述べることが望まれる。

イ 次に、賠償債務者の一人の賠償債務に生じた混同の影響や、賠償債務者相互の間での求償関係について、前記アでの検討を基礎においた検討が求められる。

- (ア) CとBの損害賠償債務が連帶債務の関係にあり民法第440条及び第442条の規定が適用されるとみる立場からは、設例では、DがCについて単独相続をしたことにより、Cの損害賠償債務について混同が生ずる（民法第520条）。連帶債務者Cの債務に生じた混同は、他の連帶債務者Bにも効力を及ぼし、Bの損害賠償債務が全部消滅する（民法第440条）。Bによる下線部⑦の主張は、このことを主張するものである。

この場合に、BD間では、DのBに対する求償権（民法第442条）が問題となる。混同が生じた連帶債務者C (D) は、その損害賠償債務を全額弁済したものとみなされる（民法第440条）から、他の連帶債務者Bに対し、Bの負担部分に応じた額の求償権を取得する。

本件事故についてのAとCの過失割合は2対8であるから、Aの使用者であるBとC（D）の間での責任割合も2対8となり、Dの求償権の額は、損害賠償債務の額の2割となる。

(イ) これと対極的な立場として、CとBの損害賠償債務を不真正連帶の関係にあると解して民法第440条の規定の適用を排除する見解も考えられる。平成29年改正前の民法の下で、判例は、不真正連帶債務には、混同の絶対的効力を定める民法の規定が適用されないとしていた（前掲・最判昭和48年1月30日）。これに従えば、Cの損害賠償債務に混同が生じた場合にも、Bの損害賠償債務は特に影響を受けず、そのまま存続することになる。

この場合に、BD間では、BがDに対しその損害賠償債務を履行したときに、BからDに対する求償が問題となる。平成29年改正前の民法の下で、判例は、不真正連帶債務においては、連帶債務におけると異なり、加害者が自己の負担部分を超えて被害者に損害を賠償したことが求償権の要件となるとしていた（最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁）。これに従えば、Bは、Dに対する損害賠償債務の額の2割を超えて弁済した場合に、その超える部分につき、Dに対する求償権を取得する。

(5) 設問1(3)では、Bは、下線部②の反論において、弁護士法第72条の規定に違反してされた本件和解は無効であると主張している。同条はいわゆる非弁行為を禁じる取締規定に当たり、本件和解に関しては、取締規定違反の契約の効力についての検討が求められる。

ア 取締規定違反の契約が無効となるかは、①取締規定の目的に照らして契約の効力を否定することが要請されるか、また他方で、②契約の効力を否定することによって取引の安全や当事者間の信義・公平が害されないかを、総合的に考慮して判断される。無効とする場合の法律構成は、強行規定違反（民法第91条参照）又は公序良俗違反（民法第90条）による。

イ Eは、弁護士法第72条の規定に違反して、Dとの間で委任契約を締結し、また、Dを代理してBとの間で本件和解を締結している。同条による禁止の目的を達するためには、無資格者がした委任契約は無効とされるべきであるが（最判昭和38年6月13日民集17巻5号744頁参照）、委任者を代理してした和解契約の効力まで否定する必要はない。かえって、和解契約の効力を否定する場合には、紛争が解決されたものと理解している当事者の利益を害するおそれがある。設例におけるBが弁護士法違反を口実に本件和解の無効を主張することは、当事者間における信義・公平に反しよう。

設問に引用した判決も、認定司法書士が委任者を代理して和解契約を締結することが弁護士法第72条に違反する場合につき、当該和解契約は、その内容及び締結に至る経緯等に照らし、公序良俗違反の性質を帯びるに至るような特段の事情がない限り、無効とはならないとしている（最判平成29年7月24日民集71巻6号969頁）。

ウ 結論として、本件和解は無効とならず、Bは、反論②によりDの請求を拒むことができないと考えられる。

以上と異なり、前記判決（前掲・最判平成29年7月24日）の射程が及ぶ範囲についての検討に基づき、本件和解は無効であるとする立論も、考えられる。

## 2 設問2について

(1) 設問2は、未成年者がした動産の交換契約が取り消された後に、当該動産が他に売却されて転売が重ねられた事例に基づき、問のアにおいて、父母の一方が共同の名義でした取消しの意思表示の効力並びに占有改定及び指図による占有移転に基づく即時取得の成否等に関する検討を求め、また、問のイにおいては、転売主に対する不当利得（侵害利得）返還請求について、当該転売主がした転売に係る適正価額を上回る代金相当額の請求の可否及び転売主が原売主に対して支払った代金額の控除の可否に関する検討を求めるものであ

る。

(2) 設問2のアでは、契約①とその取消し、契約②、契約③及び契約④の各段階において乙の所有権がどのように変動したかを順次、検討することが求められる。

ア もともとDに属していた乙の所有権は、契約①に基づき、DからCに移転した（民法第176条）。

しかし、その後、Aが契約①を取り消す旨の意思表示をした。そのため、当該意思表示の効力いかんについて検討する必要がある。

Cは、契約①を締結した時点では未成年であり（民法第4条）、かつ、契約①の締結に関して法定代理人であるA及びB（民法第818条第1項、第824条本文）の各同意（民法第5条第1項本文、第818条第3項本文）を得ていなかった。そのため、AとBとは、契約①を取り消すことができる（民法第5条第2項、第120条第1項）。

契約①を取り消すには、A及びBは、共同して取消しの意思表示をしなければならない（民法第818条第3項本文）。しかし、Aは、Bに無断で、契約①を取り消す旨の意思表示をしており、しかも、Bには契約①を取り消す意思はなかった（【事実II】2及び3）。もっとも、Aによる取消しの意思表示（法律行為）は、Bとの共同の名義でされたものであり、かつ、Dは、当該法律行為がBの意思に反することを知らなかつた（【事実II】3）。それゆえ、契約①の取消しは、その効力を妨げられない（民法第825条）。

したがって、契約①は、遡及的に無効となり（民法第121条）、DからCへの乙の所有権の移転も遡ってその効力を失う。

イ その後、令和7年3月21日に、Eは、Cとの間で、乙を買う旨の契約②を締結した。

Eは、Dとの関係において、取消後の第三者に当たる。しかし、Dは、同月17日、Cから占有改定（民法第183条）の方法によって乙の引渡しを受け（【事実II】5）、取消しによる乙の所有権の回復（CからDへの復帰的物権変動）について対抗要件（民法第178条）を備えていた。その結果、Dによる乙の所有権の回復が確定し、Cは、乙に関して無権利者となった。そのため、Eは、契約②に基づき、乙の所有権をCから承継取得することができない。

ウ それゆえ、Eによる乙の所有権の取得の可否については、即時取得（民法第192条）の成否を検討しなければならない。特に、Eは、占有改定の方法によってCから乙の引渡しを受けた（【事実II】6）にとどまるため、占有改定に基づく即時取得の成否が問題となる。

この問題について、判例（最判昭和35年2月11日民集14巻2号168頁）は、「無権利者から動産の譲渡を受けた場合において、譲受人が民法192条によりその所有権を取得しうるためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要し、かかる状態に一般外観上変更を来たさないいわゆる占有改定の方法による取得をもつては足らない」と説示する。この判例によれば、Eは、乙の所有権を即時取得しないものと考えられる。

エ Eが乙の所有権を即時取得しないとすると、Eとの間で契約③を締結したFもまた、当該契約に基づき、乙の所有権をEから承継取得することができない。

それゆえ、Fによる乙の所有権の取得の可否についても、乙の所有権の即時取得の成否を検討しなければならない。特に、Fは、指図による占有移転（民法第184条）の方法によってEから乙の引渡しを受けた（【事実II】7）にとどまるため、指図による占有移転に基づく即時取得の成否が問題となる。

判例には、指図による占有移転に基づく即時取得の成立を肯定するもの（最判昭和57年9月7日民集36巻8号1527頁）とこれを否定するもの（大判昭和8年2月1

3日新聞3520号11頁)とがあり、このような結論の相違は、各判例がそれぞれの判断の基礎とした事案の特徴の違いに由来するものと一般に理解されている。

とりわけ、即時取得の成立を否定した後者の判例は、Pが、Qから預かり現に占有しているQ所有の動産を、Qに無断でRに売り、占有改定の方法によって当該動産をRに引き渡した後、RがそれをSに転売した上で、Pに対して、以後、その動産をSのために占有することを命じ、Sがこれを承諾した、との事案に関するものである。すなわち、この事案では、動産の占有はPの下から一度も動いておらず、その点において、当該事案は、占有改定による即時取得の成否が問題となる事案と特徴を同じくする。

そして、本問の事案(乙の占有をめぐるC、E及びFの関係)も、まさしく上述の事案と同じものである。したがって、判例の立場によれば、Fは、乙の所有権を即時取得しないものと考えられる。

オ Fが乙の所有権を即時取得しないとすると、Fとの間で契約④を締結したGもまた、当該契約に基づき、乙の所有権をFから承継取得することができない。

しかし、Gは、Fが乙の所有者であると過失なく信じた上で、契約④という取引行為に基づき、乙の現実の引渡し(民法第182条1項)を受けた(【事実II】8)。そのため、Gは、乙の所有権を即時取得する。

(3) 設問2のイでは、Dは、請求2として、Fに対し、不当利得返還請求権に基づき、35万円の金銭の支払を求めているものと解される。

ア まず、DのFに対する不当利得返還請求権(いわゆる侵害利得返還請求権)の成否について論じなければならない。

前記(2)オのとおり、FのGに対する乙の処分は、即時取得の成立要件を全て充足する。その結果、Fは、本来であれば乙の所有者であるDのみが享受することを許される「乙を処分すること」という利益を受け(Fによる受益)、その反面において、Dは、当該利益を失うという損失を被る(Dの損失及び受益と損失との因果関係)。さらに、Fには乙の処分権限がないため、Fが当該利益を受けたことについて、法律上の原因も存在しない。

それゆえ、Dは、Fに対して、不当利得返還請求権を取得する。

イ 次に、DがFに対して不当利得としてその返還を請求し得る利益の内容及びその額について検討する必要がある。

(ア) 不当利得を受けた者(受益者)は、原則として、その者が受けた利益そのもの(原物)を返還すべきである(原物返還の原則)。

しかし、原物を返還することが不可能である場合には、上記利益の価値を金銭に見積もった上で、その額の金銭を支払うという方法(価額返還)によって当該利益を返還しなければならない。

本問では、Fは、「乙を処分すること」という自らが受けた利益そのもの(原物)をDに返還することができない。したがって、Fは、Dに対して、価額返還の方法によって当該利益を返還すべきこととなる。

そして、この上記利益の価額の算定に関しては、大別して、⑦FがGに対して乙を処分した際にGからFに支払われた契約④の代金の額(35万円)と同じ額とすべきである、との見解と、①FがGに対して乙を処分した時点における乙の適正価額(客観的価値)30万円と同じ額とすべきである、との見解の2つが対立している。

判例には、前記⑦の見解に立つかのように見られるものが多く存在する(大判明治38年11月30日民録11輯1730頁、大判大正4年3月13日民録21輯371頁、大判昭和11年6月30日判決全集3輯7号17頁、大判昭和12年7月3日民集16卷1089頁、最判平成19年3月8日民集61卷2号479頁)。

他方において、学説では、前記①の見解が有力である。

このような判例及び学説の議論状況を踏まえつつ、DがFに対して35万円と30万円のいずれの金額の金銭の支払を請求し得るか、について論ずることが期待される。

(イ) 以上とは異なる立場として、FがGから受け取った乙の代金（35万円）又はその一部（乙の適正価額である30万円相当分）を原物の代位物と捉える構成も考えられる。この立場からは、Dは、不当利得返還請求権に基づき、原物の代位物の引渡しとして、代金（35万円）相当額又はその一部（乙の適正価額である30万円相当分）の金額の支払を請求することができるものと解される。

ウ 不当利得返還請求権の額については、さらに、対価控除の可否も問われる。Fは、乙をGに対して処分することによって一定の利益を受けた。他方において、乙をEから入手する際にその対価をEに支払った。そのため、Fが乙の処分によって現実に受けた利益の額、すなわちFがDに対して不当利得の返還として支払うべき金銭の額は、乙に関する契約④の代金の額又は乙の適正価額から上記対価の額（30万円）を控除した額とすべきではないか、が問題となる。

このような対価控除の主張の可否について判断した最高裁判所の判例は、現在のところ、存在しない。

また、学説においては、対価控除の問題の位置付けに関して議論があるものの、結論として、対価控除の主張を認めるべきではない、と唱える見解が有力である。本問で、もしFが乙をGに引き渡す前に、Dが所有権に基づく返還請求権を行使して、Fに対し、乙の引渡しを請求していたとすれば、Fは、Dに対して、対価控除の主張をすることなく乙を引き渡さなければならないはずだからである。物権の返還請求権が消滅し、不当利得返還請求権が発生した途端に、このようなD F間の利益状況が変化するものと考えるべき理由は、見当たらぬ。ただし、対価控除の主張を肯定する見解も学説上、主張されている。

本問においては、以上のような議論状況を踏まえて、Fによる対価控除の主張の可否について検討することが期待される。

## [第2問]

1 本問は、上場会社である取締役会設置会社において、①一見すると取締役会の決議に反するように見える代表取締役が行った設備投資について、当該会社が当該代表取締役の責任を追及する訴えを提起した場合において、当該会社の立場において考えられる主張及びその当否を検討すること（設問1）、②取締役会が株主総会から一任された各取締役の報酬の具体的な配分の決定を代表取締役に再一任する旨の決議に基づき、当該代表取締役が自己の報酬額のみを増額する旨の決定をした行為について、当該会社が当該代表取締役の責任を追及する訴えを提起した場合において、当該会社の立場において考えられる主張及びその当否を検討すること（設問2）、並びに③会計帳簿等の閲覧謄写請求（会社法第433条第1項）に係る訴えを提起した株主が、当該訴えに係る訴訟の係属中の募集株式の発行により、総株主の議決権の100分の3以上という少数株主要件を欠くに至った場合において、当該訴えに係る請求が認められるか否かを検討すること（設問3）を求めるものである。いずれの設問についても、問題点を適切に分析した上で、具体的な事実関係に応じて結論を導き出すことができるかを問うものである。

### 2 設問1について

(1) 設問1は、①主要な取引先である乙社から新製品の供給を打診された甲社の代表取締役であるAが、そのために必要となる4000万円を要する設備投資（工業用機械βの購入及び設置）を行うに当たり、改めて甲社の取締役会で承認を得るものとされていたにもか

かわらず、緊急性があることから、事前に取締役会に諮ることなく当該設備投資を行った、  
②Aは、当該設備投資について事後承認が得られるだろうと考えていたが、実際には事後承認を得ることができず、その後乙社との供給契約を締結することもできなかつたという事例において、Aに対して当該設備投資に係る責任を追及する甲社の立場において考えられる主張及びその主張の当否の検討を求めるものである。

- (2) まず、甲社としては、工業用機械βの購入が「重要な財産の〔中略〕譲受け」（会社法第362条第4項第1号）に該当し、取締役会の決議によらずに工業用機械βを購入した行為は法令に違反するものであり、Aが「その任務を怠った」（会社法第423条第1項）と主張することが考えられる。この点については、重要な財産の処分に関する判例（最判平成6年1月20日民集48巻1号1頁）によれば、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断することとなる。本問の事実関係（例えば、4000万円という工業用機械βの価額が甲社の総資産100億円に占める割合は0.4%にすぎないことや、甲社の内規では、5000万円以上の取引について取締役会の承認が必要とされており、これまででも5000万円未満の取引の承認が取締役会の議題とされたことはなかったことなど）を踏まえると、工業用機械βの購入が「重要な財産の〔中略〕譲受け」に該当すると解するのは、上記判例の判断基準を適用する限りは難しいであろう。
- (3) 次に、甲社としては、Aの行為は善管注意義務に違反するものであり、Aが「その任務を怠った」と主張することが考えられる。Aは、改めて甲社の取締役会で承認を得るものとされていたにもかかわらず、取締役会に諮ることなく工業用機械βを購入しており、一見すると、令和5年10月に開催された取締役会の決議に反する行為であるように見えるため、これをAの善管注意義務違反と評価することができるかが、本問の主要な論点である（本問では、この点に問題意識を持つことなく、経営判断原則について論ずることは求められていない）。他方で、本問では、甲社に大きな利益をもたらすことが見込まれる乙社との供給契約を締結するためには、早急に工業用機械βを購入及び設置して質の良い試作品を製作する必要があったという事情も存在する。

そのため、Aの行為を善管注意義務違反と評価することができるかについて判断するに当たっては、代表取締役が業務執行を行うに際しては基本的には取締役会の決議に従わなければならぬところ、①甲社の企業価値の維持・向上という観点からみて緊急性が高い場合には、一見すると取締役会の決議に反するように見える行為を行う余地が認められる場合があるか、また、②本問の事実関係の下で、緊急性があることを理由に事前に取締役会の承認を得なかつたAの行為は、そのような場合であると評価することができるかなどが問題となる。結論としては、Aの責任を肯定する方向で検討することも、否定する方向で検討することも考えられるであろうが、いずれの立場であっても、本問の事実関係を丁寧に分析し、自らの結論との整合性について説得的に論ずることが求められる。

なお、Aの行為を善管注意義務違反と評価することができるかについて判断するに当たっては、工業用機械βを購入するというAの判断内容自体の合理性についても問題となり得るが、本問の事実関係の下では、判断内容自体の合理性を否定することは難しいであろう。

### 3 設問2について

- (1) 設問2は、取締役の報酬の総額の上限額を3億円とし、①各取締役の報酬の具体的な配分の決定を取締役会に一任する旨の株主総会の決議及び②各取締役の報酬の具体的な配分の決定を代表取締役であるAに再一任する旨の取締役会の決議に基づき、Aが自己の報酬額のみを2億円増額する旨の決定をしたという事例において、Aに対して当該決定をして増額した報酬を受領したことに係る責任を追及する甲社の立場において考えられる主張及

びその主張の当否の検討を求めるものである。

- (2) まず、甲社としては、①各取締役の報酬の具体的な配分の決定を取締役会に一任すること又は②これを代表取締役に再一任することは許容されないと主張することが考えられるが、株主総会では取締役の報酬の総額のみを定め、各取締役の報酬の具体的な配分の決定を取締役会に一任することは許容される（会社法第361条第1項に反しない）と一般に解されており、①が許容されないと解するのは難しいであろう。まずは、その点を指摘した上で、②が許容されるかを検討することが必要となる。この点については、例えば、株主総会の決議で取締役の報酬の総額の上限額は定まっていることや、会社法施行規則第98条の5第6号の存在などを指摘して、②が許容されるとすることが考えられる。これに対し、取締役会による代表取締役に対する監督機能が阻害されることなどを指摘して、②が許容されないとすることも考えられないではないが、甲社では、平成24年以降、各取締役の報酬の具体的な配分を毎年代表取締役に再一任しているため、再一任を否定する旨の主張をすることは自社の長年にわたる報酬実務を否定することになり、さらに令和5年度についてもA以外の取締役に対する報酬支払も不適法だとする主張となることを理解した上で、それが本問で検討が求められる「甲社の立場において考えられる主張」としてふさわしい内容かも考慮することが求められる。
- (3) 次に、甲社としては、各取締役の報酬の具体的な配分の決定を代表取締役に再一任することが許容されるとしても、自らの報酬額のみを2億円増額することを決定したAの行為は善管注意義務に違反するものであり、Aが「その任務を怠った」と主張することが考えられる。この点については、①そもそも代表取締役による具体的な報酬額の決定が善管注意義務違反を構成することがあり得るか、②善管注意義務違反を構成することがあり得るとしても、善管注意義務違反をどのような基準で判断するべきか（代表取締役に経営判断原則と同程度の広範な裁量を認めるべきか）、③本問の事実関係の下で、自らの報酬額のみを2億円増額することを決定したAの行為が善管注意義務違反と評価することができるかが問題となる。

①の点については、例えば、具体的な報酬額の決定は株主総会から委任を受けた取締役会の職務であり、取締役会から再一任を受けた代表取締役の職務であることなどを指摘して、代表取締役による具体的な報酬額の決定が善管注意義務違反を構成し得ることを肯定することも考えられるであろう。これに対し、会社法は取締役の報酬額の決定については株主総会の決議という手続規制を加えるにとどまることなどを指摘して、代表取締役による具体的な報酬額の決定が善管注意義務違反を構成し得ることを否定することも考えられるであろうが、この立場を探る場合であっても、定時株主総会においてAが報酬を増額すべき理由として株主に対してした説明と、自らの報酬のみを2億円増額するという行為の不整合について、これが善管注意義務違反（又は総会決議遵守義務違反）を構成するかについて、検討する必要がある。

②の点については、例えば、具体的な報酬額の決定には専門的・技術的判断が必要であることなどを指摘して、経営判断原則と同じ内容の判断枠組みによるべきとすることも考えられるであろう。これに対し、再一任を受けた代表取締役による自らの報酬額の決定の場面では自己の利益のために恣意的な決定をする危険があるという問題があることは否定できないことなどを指摘して、そのような判断枠組みによるべきではないとすることも十分に考えられる。いずれの立場を採用するにしても、自らが採用する判断枠組みと整合的な理由付けを適切に指摘することが求められる。

③の点については、②において自らが採用した判断枠組みに従い、本問の事実関係を丁寧に分析しつつ、自らの報酬額のみを2億円増額したAの決定が善管注意義務違反と評価することができるかについて、説得的に論ずることが求められる。また、どのような判断

枠組みを採用するとしても、定時株主総会においてAが報酬を増額すべき理由として株主に対してもした説明と、自らの報酬のみを2億円増額するという行為の不整合（株主総会の決議で示された株主の合理的意思から逸脱した行為であるか）にも留意することが望ましい。ただし、この不整合をAの善管注意義務違反の判断における一要素として論ずるか、別途株主総会決議遵守義務違反として論ずるかは、いずれの構成もあり得るであろう。

なお、Aの行った報酬決定が定時株主総会においてAが株主に対してもした説明と不整合であることから、そもそも定時株主総会におけるAの説明が虚偽のものであったと考える余地もある。この場合には、Aが虚偽の説明をしなければ株主総会決議がされなかつたという関係性が認められれば、甲社はAの説明義務違反に基づく損害賠償請求をすることも考えられる。

#### 4 設問3について

- (1) 設問3は、甲社の総株主の議決権の約3.2%に相当する数の株式を保有していたGが、甲社に対して会計帳簿等の閲覧謄写請求（会社法第433条第1項）に係る訴えを提起したところ、当該訴えに係る訴訟の係属中に甲社が丙社に対して募集株式の発行をしたことにより、当該訴訟の口頭弁論終結時には、Gは甲社の総株主の議決権の約2.9%に相当する数の株式を保有することとなったという事例において、当該訴えに係る請求が認められるか否かの検討を求めるものである。
- (2) まず、本問の事実関係によれば、総株主の議決権の100分の3以上という少数株主要件以外の会計帳簿等の閲覧謄写請求の要件が満たされているか検討する必要がある。本問の事実関係によれば、会社法第433条第2項各号が定める会計帳簿等の閲覧謄写請求の拒絶事由は見いだし難く、また、Gによる請求の理由は具体的に明らかにされていると評価することができるであろう。
- (3) 次に、総株主の議決権の100分の3以上という少数株主要件について、これが訴えの提起の時点では充足されていたものの、口頭弁論終結時には充足されていなかったことがもたらす影響について検討する必要がある。

この少数株主要件は、会計帳簿等の閲覧謄写請求が認められるための要件であり、当該請求に係る訴えにおいて、事実審の口頭弁論終結時に充足されていることを要することが原則であることを指摘することが求められる。

もっとも、検査役の選任申立てに関するものではあるが、判例（最決平成18年9月28日民集60巻7号2634頁）の判示を踏まえると、訴え提起の時点では少数株主要件が充足されていたものの、その後の募集株式の発行によりこれが充足されないこととなつた場合には、会計帳簿等の閲覧謄写請求に係る訴えを妨害する目的で募集株式の発行をしたなどの特段の事情がない限り、当該請求に係る訴えは棄却されると解することができ、このことを反対からみると、上記の「特段の事情」がある場合には、訴えの係属中に少数株主要件を充足しないこととなつたときであっても、例外的に当該請求が認められるという立論をすることが可能であろう。このような判断枠組み（なお、判断枠組みとしては、上記の「特段の事情」の有無のほか、信義則違反によるものなども考えられ、具体的な判断枠組みを適切に論ずることができれば、同様に評価される。）を示した上で、本問の事実関係を丁寧に分析し、例外的に請求が認められる場合に該当するかについて説得的に論ずることが求められる。

なお、上記の法律構成とは異なり、株主が自ら株式を譲渡することにより少数株主要件が充足されなくなる場合と、募集株式の発行等の会社の行為により少数株主要件が充足されなくなる場合とで区別をし、後者の場合には会計帳簿等の閲覧謄写請求が認められるとする考え方もあり得、このような考え方を探るべき理由を示した上で、このような考え方を探る場合には、本問の事実関係では、甲社の募集株式の発行により少数株主要件が充足

されなくなる場合に当たることを指摘し、請求を認容するとの結論を導くこととなるであろう。

### [第3問]

本問は、Aの相続人であるXが、本件建物がAの遺産であることの確認を求める訴えを提起したいという事案を題材として、①遺産確認の訴えが固有必要的共同訴訟と解される根拠及び共同相続人のうち本件建物が遺産であることを争わない者をも被告として訴えを提起することについて確認の利益があるといえることについての検討（設問1）、②共同相続人の一人が遺産確認訴訟において重要な証拠となる売買契約書を廃棄していた場合に、そのことが証明妨害に当たり、訴訟当事者間の信義則に反すると評価できるという主張が認められるための立論（設問2）、③本件建物をAがCから買い受けたかどうかが主要な争点となっている場合に、Aが買い受けたが、その後AからYに黙示の贈与があったという認定をすることにつき、黙示の贈与の主張がなかったときに弁論主義に反するといえる理由及び黙示の贈与の主張があつたとしても裁判所がそのような法的観点（法律構成）を採用することを指摘する義務を負うという立論（設問3）のそれぞれにつき検討を求めるものである。

#### 1 設問1について

いわゆる遺産確認の訴えが固有必要的共同訴訟と解されている根拠について、問題文記載の判例（最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁）において示されている根拠を踏まえつつ解答した上、提訴に消極的な当事者を被告として訴えを提起することと確認の利益との関係を、本問の具体的状況に即して検討し解答することを求める問題である。

課題1では、固有必要的共同訴訟となるための要件につき、特に訴訟共同の必要が問題になることを指摘した上、それがどのような基準ないし事情に基づいて判断されるかを、前記判例の判断枠組みを踏まえて論述することが期待される。この点、判例の一般的傾向としては、訴訟物の実体法的性質、特に訴訟物を構成する管理処分権が共同的に帰属し、かつ行使されるかという実体的観点を基礎としつつも、紛争解決の統一性や実効性、矛盾判断の回避等の訴訟法的観点も一定の場合に考慮していることから、これを踏まえての検討が期待される。そして、遺産確認の訴えが、当該財産が遺産分割対象の財産であることを既判力をもって確定し、その後の遺産分割手続を円滑に進行させる機能を持つこと、共同相続人全員の関与が必要となる遺産分割手続の前段階の手続であることから、遺産確認の訴えについても共同相続人全員が当事者となることが必要かつ相当と考えられることなど、前記訴訟法的観点を重視して訴訟共同の必要が肯定される点を指摘できるかがポイントになる。

課題2は、本件建物が遺産に属することについて争いがないXとBとの間で、遺産確認の訴えを適法に提起することができるか（確認の利益、特に即時確定の利益を有するといえるか）を問うものであり、固有必要的共同訴訟となる確認の訴えにおいて、提訴を拒否する一部原告を被告として訴えを提起することができるとした問題文記載の判例（最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁）の射程が問題になる。また、確認の利益が肯定できるという結論を導くための理論構成が問われており、Xの立場からの立論が求められている。これについては、遺産確認の訴えのように合一確定の必要が強く認められる訴えにおいて、一部当事者について、確認の利益が肯定できないことを理由に本案判決をしないことは、その紛争解決機能を弱めるもので妥当ではない、確認の利益を否定することは、提訴を拒否する者を被告とすることを認めて提訴を望む当事者の訴権の保護を図り、違法な権利関係を本案判決によって是正しようとした意味が失われる、遺産確認の訴えの目的ないし存在意義は、遺産帰属性の有無を既判力をもって確定させ、その後の遺産分割手続において遺産帰属性についての蒸し返しを許さないとする点にあるが、このような目的等は、現在遺産帰属性について争いのない当事者間でも等しく妥当する、確認の利益が要求されるのは、およ

そ権利又は法律関係とはいえない事象について訴えによる解決を求めることが妥当ではないという点にあるところ、本問のような場合にはそのような事情はなく、むしろ権利又は法律関係の確定が必要かつ有益な場合である、などといった理由から、確認の利益（即時確定の利益）を肯定することが考えられる。いずれにしても、遺産確認の訴えの目的や固有必要的共同訴訟となる根拠、前記問題文記載の判例の趣旨、あるいは確認の利益が要求される趣旨などに遡って、説得的な根拠を示すことが期待される。

## 2 設問2について

設問2は、訴訟において重要な証拠になると考えられる売買契約書が一方当事者によって廃棄された場合に、相手方当事者としてはどのような主張をすることができるかにつき、本問におけるXからの立場からの検討を求めるものである。問題文にも示されているとおり、提出義務のある文書を滅失させた場合に関する規定として民事訴訟法第224条第2項があるが、本問では、より広く、同条などの規定の基礎にあると考えられるいわゆる証明妨害の法理についての理解を問うものである。まず、課題①において、当事者の一方が相手方当事者による証拠の収集・提出を不可能又は困難にするという証明妨害行為の意義を確認した上で、課題②では、証明妨害の法理の趣旨について、学説上も比較的多数と思われる信義則説によることを問題文で明示し、なぜ証明妨害行為が信義則に反すると評価できるのかを説明するよう求めるとともに、信義則違反との評価を基礎付ける要素として一般的にどのようなものが考えられるかを問い合わせ、課題③において、本問で示されている事実関係に即して、Yによる本件契約書の廃棄について信義則違反が認められるという結論を導くための当てはめを行うことを求めている。

証明妨害法理の根拠を信義則に求める見解においても、証明妨害行為がいかなる意味で信義則に反すると考えるのかについては、様々な考え方があるが、解答に当たっては、必ずしも既存の学説について正確に記憶していることが求められるわけではなく、相手方当事者に証明困難という不利益を課しつつ、その反面で自らは訴訟上有利な地位に立つという利益を獲得するものである、という証明妨害行為の基本的な性格を適切に踏まえた上で、こうした行為の客観的性格や行為者の主觀的態様に照らし、当該行為に対して規範的に否定的な評価が導かれる旨を論じることが期待される。例えば、妨害行為となることを知りながら、相手方当事者に不利益な判断をもたらし、妨害者が利益を得ようとすることは、一種の禁反言として許容されない、と説明することや、当事者には信義則上一定の協力義務が課されている旨を論じた上で、証明妨害行為はこれに違反すると説明することなどが考えられよう。信義則違反という評価を基礎付ける一般的な要素としては、こうした根拠に結び付けた形で、相手方当事者に証明困難という不利益を発生させるという客観的な側面と、行為者の認識又は認識可能性という主觀的な側面を指摘できるかがポイントとなる。

課題③の当てはめにおいても、課題②において述べた一般論と対応させながら、証明困難という結果が現に生じているという客観的側面と、行為者であるYが、その後の訴訟においてAによる建物所有権の取得の有無が争われる可能性や、その場合に本件契約書が重要な証拠となることを十分に認識できたという主觀的側面に関する評価を導き得る事実関係を、説得的に摘要できているかどうかがポイントとなる。前者の客観的側面に関しては、本件契約書がC A間の本件建物の売買契約締結の事実を立証するための重要な証拠（処分証書）であるという事情や、証人となる可能性があったA及びCが死亡し、Cが保管していた売買契約書が焼失していることから代替証拠が乏しいという事情などに触れることが考えられ、後者の主觀的側面に関しては、本件廃棄行為がYも参加した遺産分割協議で本件建物の遺産帰属性という争点が顕在化した後にされているという事情や、Cは、Yから売買契約書の存否について聞かれた際に、Cが所持していた売買契約書は焼失した旨をYに告げたと話しており、Yとしては本件契約書が唯一の有力な証拠であるという事情を認識していたと考えられるこ

となどを述べていくことになろう。また、これらの事情から、Yには本件契約書を保存すべき義務があったなどと論じることも考えられよう。

### 3 設問3について

設問3は、弁論主義の第一原則（主張原則）及び法的觀点指摘義務の意義・適用について、基本的な理解を具体的な事例を通じて問うものである。

課題①では、不意打ち防止と弁論主義の関係を問う前提として、主張原則の内容、主要事実及び抗弁の意義、その具体的な事例への当てはめといった基本的事項について、正確な理解を解答することが求められる。

なお、本問では、黙示的意思表示の要件事実については、いわゆる主要事実説を前提とし、AY間贈与の事実は、所有権喪失の抗弁の主要事実となること、弁論主義の適用が主要事実に限定されるべきか否かについては検討の必要がないことを前提とした。参考判例として、最判昭和55年2月7日民集34巻2号123頁が挙げられる。

課題②では、本件各事実についてYに対して釈明権が行使されたものの、Yが明示的にそれらの事実主張をしない旨の意思表示をした場合に、本件各事実に基づいて贈与の事実を認定することは、不意打ちには当たらないものの、弁論主義の意義との関係では問題があることを、弁論主義の根拠論に遡って検討することが求められる。

弁論主義の根拠論として複数の議論があるが、比較的多数とみられる本質説ないし私的自治説からは、実体法上の私的自治原則の訴訟手続への反映と見ることから、判決の基礎となるべき事実の提出について当事者の権限が及ぶべきこと、求釈明による不意打ち防止は、当事者が真意に基づく攻撃防御を尽くすための機能的（手段的）役割と位置付けられることを論ずることになる。不意打ち防止の要請は、弁論権の実質的保障に係る要請であること、仮に本問でQが述べたような帰結を認めてしまうと、求釈明さえ行えば、当事者からの主張がなくとも裁判所は証拠から事実を認定できることになり、職権探知主義との境界が曖昧になることも指摘できよう。

課題③は、課題②と異なり、本件各事実について当事者から主張がなされた場合であっても、裁判所は、死因贈与という法的構成について当事者に指摘すべき義務を有するかを問うものである。

法的構成についての判断は、原則として裁判所の権限に属するが、法的構成と事実主張・立証は深く結びついており、判決における不意打ち防止の要請は事実のみならず法的觀点（法的構成）にも及ぶべきとするならば、審理過程において、当事者の弁論権を実質的に保障するために、裁判所は法的觀点（法的構成）についても指摘する義務を負うこと、その理論構成として、釈明権行使による不意打ち防止や弁論権の実質的保障の機能を法的構成まで拡充する必要性等を論ずることが求められる。参考判例として、最判平成22年10月14日集民235号1頁が挙げられる。

具体的な事例への当てはめにおいては、弁論準備手続終結時に主たる争点の限定とこれに基づく証拠調べが行われていること、いずれの当事者も死因贈与を念頭においた攻撃防御の機会を得ておらず、期待可能性もなかったこと等の指摘が求められる。

## 【刑事系科目】

### 〔第1問〕

本問は、設問1において

- (1) 乙が、私立A大学（以下「A大」という。）の入試会場において、甲に成り済まして小論文試験の解答用紙（以下「本件用紙」という。）に甲の受験番号である「A123」を記載した上で解答を記入し（以下「本件作成行為」という。）、本件用紙をA大に提出した行為（以下「設問1(1)の行為」という。）について、設問1(1)として、乙に有印私文書偽造・同

行使罪が成立するとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるかについて論じることを求め、その際、特に本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにした上で、株式会社Xの取締役Yがその秘書Zに命じて取締役Y名義の文書を作成させた場合と比較しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することを求め、

- (2) 乙が、B店において、店員Cに対して腕時計の購入を申し込み、その際、甲に成り済まして甲名義のクレジットカード（以下「本件カード」という。）をCに提示し、B店に設置されたカード決済端末機に本件カードを差し込み、その暗証番号を入力し、Cをして、乙が甲本人であり、本件カードの正当な利用権限を有していると信じさせ、乙に対して上記腕時計を交付させた行為（以下「設問1(2)の行為」という。）について、設問1(2)として、乙に詐欺罪が成立するとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるかについて論じることを求め、その際、特に「人を欺く行為」の意義を明らかにした上で、設問1(2)の行為は「人を欺く行為」に当たらないとの立場に反論しつつ論じ、その他の成立要件についても言及することを求め、
- (3) 設問1(1)の行為及び設問1(2)の行為について、設問1(3)として、甲に乙との間で有印私文書偽造・同行使罪及び詐欺罪の共同正犯が成立するとの立場から、その結論を導くために、それぞれどのような説明が考えられるかについて論じることを求め、その論述に当たっては、本件用紙に甲の受験番号である「A123」が記載され、本件カードが甲名義であるにもかかわらず、甲に共同正犯が成立する理由に触れつつ論じることを求めている。
- また、本問は、設問2において
- (1) 甲が、令和6年4月1日に、Dの顔面を拳で殴ってDに全治約2週間を要する顔面打撲の傷害を負わせた行為、及び、丙の顔面を拳で殴って丙に全治約2週間を要する顔面打撲の傷害を負わせた行為（以下「甲の4月1日の犯行」という。）
- (2) 甲が、同年7月1日に、Dの頭部を拳で十数回殴り（以下「本件暴行」という。）、これによりDに硬膜下血腫を生じさせて意識を喪失させ、その後、丙がDを抱えてE病院に向かっていた際に丙及びDが自動車に衝突され、Dが同衝突によって生じた肝臓破裂による失血により死亡したこと（以下「甲の7月1日の犯行」という。）
- (3) 甲がDに4月1日と同様の暴行を加えるかもしれないと思ったにもかかわらず、甲の7月1日の犯行を阻止しなかった丙の態度
- について、甲及び丙の罪責の検討を求めている。

これらにより、刑事実体法の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力及び論理的思考力を問うものである。

#### 設問1について

- (1) 設問1(1)について

設問1(1)では、本件作成行為が「偽造」に当たるかについて検討する上で、まずは、私文書偽造罪における「偽造」の意義を踏まえておく必要がある。偽造の意義については、「作成権限なく他人の名義を冒用して文書を作成すること」と定義するものと「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」と定義するものとがあり、両者は同義だと解されているが（最判昭和59年2月17日刑集38巻3号336頁）、近時は後者を用いることが多いくなっている。

偽造の意義について「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」と解する場合には、文書の名義人及び作成者の意義をそれぞれ明らかにする必要があるが、特に作成者の意義に関しては、文書を事実として物理的に作成した者とする考え方（以下「事実説」という。なお、事実説は、行為説、物体化説などとも称されている。）や、文書に表示された意思又は観念が由来する者とする考え方（以下「観念説」という。なお、観念説は、意思

説、精神性説などとも称されている。) などがあり得るところ、自己の依拠する立場から偽造の意義を明らかにする必要がある。

以上を踏まえて、本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、株式会社Xの取締役Yがその秘書Zに命じて取締役Y名義の文書を作成させた場合（以下「秘書事例」という。）と比較しつつ、論述する必要がある。

事実説に立つ場合、秘書事例及び本件作成行為のいずれについても偽造に当たり得るが、秘書事例においては、公共の信用が損なわれないので違法性が否定されるのに対し、本件作成行為については、名義人が他人に作成を授權できない文書であることから違法性は否定されないと論じることとなろう。その上で、その他の成立要件（「事実証明に関する文書」や「署名（有印性）」など）についても充足することを示し、乙に有印私文書偽造・同行使罪が成立するとの結論を導くこととなろう。

観念説に立つ場合、秘書事例においては、文書の名義人は取締役Yであり、文書に表示された意思又は観念が由来する者も取締役Yであって、名義人と作成者との間で人格の同一性の齟齬は生じていないのであるから、偽造には当たらない。これと同様に考えれば、本件作成行為についても偽造に当たらないとの結論もあり得るが、本件用紙は受験した志願者本人の学力の程度をA大において判断するためのものであり、文書の性質上、その名義人でありA大の志願者である甲自身による作成だけが予定され、他人が代わって作成することのできない文書であると考えれば、作成者は乙ということになり、名義人である甲との間で人格の同一性の齟齬が生じているとして、本件作成行為が偽造に当たることを論じることとなろう。また、文書の性質上、一定の場所的状況において作成されることが予定されている文書については、名義人はそうした属性を備えた者に限定されるので、本件用紙の名義人は単なる甲ではなく、「実際に試験場で受験した甲」という虚無人であると考えれば、観念説の意味では甲が作成者であるとしても、なお名義人と作成者との間で人格の同一性の齟齬が生じているとして、本件作成行為が偽造に当たることを論じることとなろう。その上で、上記と同様に、その他の成立要件（「事実証明に関する文書」や「署名（有印性）」など）についても充足することを示し、乙に有印私文書偽造・同行使罪が成立するとの結論を導くこととなろう。

他の理論構成もあり得るが、いずれの考え方立って論じるとしても、作成者及び名義人の意義に関する自説を、秘書事例と本件作成行為に適切に当てはめながら、両事例の相違点を明らかにしつつ論じ、結論を導く必要がある。

## (2) 設問1(2)について

設問1(2)では、まずは詐欺罪における「人を欺く行為」の意義について、判例（最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁等）を踏まえて論述する必要がある。なお、近時の判例は、本件のように財産的損害の存否が問題となり得る事案では「交付の判断の基礎となる重要な事項」（重要事項性）を偽る行為があったかどうかの判断を重視しているところ、「人を欺く行為」の意義を論述する上でも、この点を意識した論述が必要となろう。

その上で、設問1(2)の行為は「人を欺く行為」に当たらないとの立場に反論しつつ、乙に詐欺罪が成立するとの結論を導く必要がある。

この点につき、名義人の承諾があることによって取引の最終的な決済が現実に見込まれる場合には、クレジットカード会社に財産的損害が発生する具体的な危険がなく、ひいては加盟店にも財産的損害が発生する具体的な危険がないとして、支払意思・能力を偽っていなければ重要事項性についての偽りはなく、人を欺く行為には当たらないとの考え方があり得る。また、名義人の個別的な承諾に基づいて、クレジットカード（以下「カード」という。）を使用する第三者に対するコントロールが及んでおり、その使用に対する決済が名義人の口座によって確実になされる見込みがある場合には、第三者による使用が実質的には名義人によ

る使用と同一視することができるとして、名義人本人と同視し得る者が許諾を得て使用するような場合には人を欺く行為には当たらないとの考え方があり得る。このほかにも様々な考え方があり得るが、これらの考え方方に立った場合、乙は支払意思・能力を偽っていない、あるいは、乙による本件カードの使用は実質的には甲による使用と同一視することができるなどとして、設問1(2)の行為は「人を欺く行為」には当たらないことになる。

これらの考え方に対しては、本件カードの会員規約において、会員は、他人にカードを利用させてはならず、貸与等によりカードの占有を他人に移転することを禁じる旨が定められており、また、本件カードの加盟店規約において、加盟店は、善良な管理者の注意義務をもって、カードを提示した者とカードの名義人の同一性を確認することなどが定められており、B店では名義人以外の者によるカードの利用には応じないことにしていたことや、通常、過失によって同一性確認を怠った場合には、加盟店には規約違反としてカード会社から立替払いを受けられない危険性があることなどを指摘し、カード利用者とカード会員の同一性は、この確認を怠った場合に立替払いを受けられないおそれがあるという意味において、加盟店固有の経済的損害に直結する事情であり、カード利用者が会員か否かは、B店の経営にとって重要な事項に該当するなどといった反論をしつつ、本件カードの名義人である甲に成り済まし、本件カードの正当な利用権限がないのにこれがあるように装った設問1(2)の行為は、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ったものとして、「人を欺く行為」に当たることなどを論じることとなろう。その上で、その他の成立要件についても充足することを示し、乙に詐欺罪が成立するとの結論を導くこととなろう。

### (3) 設問1(3)について

ア 甲に、乙との間で有印私文書偽造・同行使罪の共同正犯が成立するとの結論を導くための説明

名義人が自己名義の文書を作成する行為は、偽造とは言えず、その場合に名義人は私文書偽造罪の実行行為を自ら行うことができず、単独正犯になり得ない。したがって、甲が、本件用紙に甲の受験番号である「A 1 2 3」を記載した上で解答を記入する行為は、偽造とは言えず、その場合に甲は私文書偽造罪の実行行為を自ら行うことができないので単独正犯になり得ないが、それにもかかわらず、本件の場合に共同正犯にはなり得るかが問題となる。

この点につき、単独では私文書偽造罪の主体となり得ない名義人も、私文書偽造をなし得る者との共同実行により法益侵害を惹起することは可能であるとして、共同正犯が成立し得るとの考え方や、文書の性質上、一定の場所的状況において作成されることが予定されている文書については、名義人はそうした属性を備えた者に限定されるので、そうした属性を備えておらず單に名前の使用を承諾しただけの者は、文書作成の名義人ではないから、現実の作成者と共に文書に対する公共の信用を侵害した者として、私文書偽造罪の共同正犯たり得るとの考え方などがあり得る。

このほかにも様々な考え方があり得るが、いずれの考え方立って論じるとしても、上記のような問題の所在を踏まえ、自説の論拠を明らかにした上で、甲に乙との間で有印私文書偽造・同行使罪の共同正犯が成立するとの結論を導くこととなろう。

イ 甲に、乙との間で詐欺罪の共同正犯が成立するとの結論を導くための説明

代金支払の意思・能力のある名義人が自己名義のカードを使用する行為は、詐欺とは言えず、その場合に名義人は詐欺罪の実行行為を自ら行うことができず、単独正犯になり得ない。本件において、甲は、5万円程度であればカードの利用代金支払日までにアルバイトをして工面できると考え、乙の要求に応じており、その後、実際にアルバイトにより5万円を工面しているのであるから、乙が甲名義のカードを利用して5万円相当の物品を購入することに関して、甲にはその代金支払の意思及び能力があつたと言える。したがって、

甲が自己名義のカードを使用したとしても、詐欺とは言えず、その場合に甲は詐欺罪の実行行為を自ら行うことができないので単独正犯になり得ないが、それにもかかわらず、本件の場合に共同正犯にはなり得るかが問題となる。

この点につき、上記私文書偽造罪の場合と同様に、単独では正犯たり得ない者も当該犯罪の不法を実現できる者と共同してであれば正犯たり得るとの考え方によつた場合には、単独では詐欺罪の主体となり得ない甲も、詐欺をなし得る乙との共同実行により法益侵害を惹起することは可能であると考え、甲は、乙と共に謀の上、その共謀に基づいた乙が、Cを錯誤に陥れて上記のような立替払いを受けられないリスクを負わせた状態で上記腕時計を交付させたなどとして、甲に乙との間で詐欺罪の共同正犯が成立するとの結論を導くことなどが考えられる。

このほかにも様々な考え方があり得るが、いずれの考え方によつて論じるとしても、上記のような問題の所在を踏まえ、自説の論拠を明らかにした上で、甲に乙との間で詐欺罪の共同正犯が成立するとの結論を導くこととなろう。

## 設問2について

### (1) 甲の4月1日の犯行について

甲は、故意にDの顔面を拳で殴り、これによりDに全治約2週間を要する顔面打撲の傷害を負わせているのであるから、甲にはDに対する傷害罪が成立する。また、甲は、故意に丙の顔面を拳で殴り、これにより丙に全治約2週間を要する顔面打撲の傷害を負わせているのであるから、甲には丙に対する傷害罪が成立する。これらの点については、傷害罪の各構成要件要素を充足することを簡潔に示せば足りる。

### (2) 甲の7月1日の犯行について

甲は、Dに対して本件暴行を加え、これによりDに硬膜下血腫を生じさせて意識を喪失させ、その後、丙がDを抱えてE病院に向かっていた際に丙及びDが自動車に衝突され、Dは同衝突によって生じた肝臓破裂による失血により死亡した。このように、本件では、本件暴行とDの死亡との間に、自動車の衝突という事情が介在しているため、傷害罪にとどまるか致死結果まで帰責されるかが問題となるところ、本件暴行とDの死亡との間に因果関係を肯定することができるかを検討する必要がある。

この点につき、刑法上の因果関係を肯定するためには実行行為の危険性が結果に現実化したことが必要であるとする考え方によつた場合、介在事情が行為者の行為による危険を上回る新たな結果発生の危険を生じさせていない場合には因果関係が肯定され、介在事情が行為者の行為による危険を上回る新たな結果発生の危険を生じさせている場合には、介在事情につき行為者の行為による誘発・影響があれば因果関係が肯定されるが、介在事情が行為者の行為と独立のものであれば因果関係は否定されることになろう。

また、条件関係の存在を前提として、行為の時点に立ち、社会生活上の経験に照らしてその行為からその結果が発生するということが相当だと認められる場合に因果関係を肯定する考え方もあり得る。

このほかにも様々な考え方があり得るが、いずれの考え方によつて論じるとしても、事案を具体的に分析して問題の所在を的確に示した上で、自説の論拠を明らかにして規範を定立し、その規範を具体的な事実関係に当てはめて結論を導く必要がある。

### (3) 甲によるDに対する暴行を阻止しなかった丙の態度について

#### ア 問題の所在

本件において、甲と丙との間には本件暴行を加えることについての意思連絡が認められないため、丙を共謀共同正犯として処罰することはできない。また、丙は、甲が本件暴行に及んだ際、本件居室内のトイレ内にいただけであって、言葉を發するなど何らかの積極的な行動に出でてはいなかったため、丙を作為による幫助犯として処罰することもできない。そ

ここで、甲がDに対して暴行を加えようとしていることを認識しつつ、何もしなかった丙の態度について、不作為犯として処罰することができないかが問題となる。

#### イ 作為義務の発生根拠について

不作為犯が成立するためには、その関与類型いかんにかかわらず、関与者に作為義務が必要であるところ、本件のような子どもに対する暴行を親が放置する事案では、作為正犯の犯行によって侵害されようとしている法益を保護すべき関係があることが作為義務の発生根拠となる。このような法益を保護すべき関係を根拠付けるものとしては、親権者という法的地位や同居の実態、被害者の生命・身体の安全確保が行為者のみに依存している状態、子に虐待を加える者と同居や交際を継続したことによる法益への危険創出などといった事情が挙げられる。そのため、本件においても、丙がDの母親であり、同居の実態があることや、丙以外に甲による暴行からDを守れる者がいないことなどを指摘して、丙に作為義務があることを論じることとなろう。

#### ウ 作為義務の内容（作為容易性）、一定程度の結果回避可能性（因果関係）について

本件において、本件暴行を阻止するために丙に期待される行為としては、丙が居間に戻って甲がDに本件暴行を加えないように監視したり言葉で制止したりする行為（以下「①行為」という。）と、丙が身を挺して甲を制止する行為（以下「②行為」という。）の2つが想定される。この点につき、作為義務のある者に義務付け得る行為は、当該行為を行った場合に予想される不作為者に生じる法益侵害の程度といった当該行為の容易性や、当該行為によって結果を回避し得る可能性の程度を考慮して、そのような行為を行うことを当該不作為者に要求し得るかどうかを、個別具体的な事例ごとに判断していく必要があろう。

本件では、丙が①行為に及んだとしても、甲が丙に暴行を加える蓋然性は高くなかったのであるから、①行為を行うことは丙にとって相当程度容易であったと考えられ、また、丙が①行為に及んだとしても、本件暴行を確実に阻止できる状況にはなかったものの、丙が①行為に及んでいれば、本件暴行を阻止できる可能性は相当程度あったのであるから、丙に対して①行為を行うことを要求すること（①行為を義務付けること）は許されると考えられる。

他方、丙が②行為に及んでいれば、本件暴行を確実に阻止できる状況にあり、また、丙が②行為に及んだとしても、甲が丙の腹部に暴行を加える蓋然性は高くなかったが、甲が丙に4月1日と同様の暴行を加える蓋然性は高かった。その上で、②行為に及んだ場合に甲が丙に4月1日と同様の暴行を加える蓋然性が高いことや、4月1日に丙が身を挺して甲を制止したところ、甲から顔面を拳で殴られて全治約2週間を要する顔面打撲の傷害を負っていることなどを理由に、②行為により本件暴行を阻止することは著しく困難である（作為容易性がない）と判断した場合には、丙に対して②行為を行うことを要求すること（②行為を義務付けること）は許されないこととなろう。このように考えた場合には、丙に義務付けられるのは①行為のみとなろう。これに対し、②行為に及んだ場合に、甲が丙に4月1日と同様の暴行を加える蓋然性が高かったとしても、甲が丙の腹部に暴行を加える蓋然性は高くなかったことや、4月1日に丙が身を挺して甲を制止したところ、甲から顔面を拳で殴られて傷害を負った事実はあったものの、甲は胎児への影響を考えて丙の腹部に暴行を加えることまではしなかったことなどに鑑みて、②行為により本件暴行を阻止することが著しく困難であるとまではいえない（作為容易性はある）と判断した場合には、丙に対して②行為を行うことを要求すること（②行為を義務付けること）も許されることとなろう。

その上で、不作為による単独正犯の場合は、作為に出れば確実に結果を回避し得た（結果回避の確実性）という意味での結果回避可能性が成立要件とされているのに対し、不作為による帮助の場合は、結果回避の確実性までは必要とせず、確実性よりは低い程度の結

果回避可能性で足りるとする考え方がある。裁判例においても、札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁は、作為義務者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながらその一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にしたことを、不作為による帮助犯の成立要件として挙げ、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たという要件は不必要である旨判示しており、不作為による帮助の因果性を検討する上で参考となろう。

#### エ 関与類型の区別について

不作為による関与は、これをどの関与類型（正犯・共犯）に振り分けるかが問題となるところ、この点につき、作為義務違反がある場合には原則として正犯が成立すると解する考え方や、作為正犯の犯行を阻止しないという態様で犯行に関与した者は原則として帮助犯にとどまるとする考え方、当該不作為が犯罪実現過程において持つ支配力等により個別的に判断し、不作為者が作為に出ていれば確実に結果を回避できたであろう場合には不作為の同時正犯となり、結果発生を困難にした可能性がある場合には不作為による帮助犯になるとする考え方などがあり得る。

このほかにも様々な考え方があり得るが、いずれの考え方立って論じるとしても、自説とは反対の考え方を意識しつつ、自説によれば、これまでの検討を踏まえて認定した丙に義務付けられる作為の内容に応じて、それらの義務を履行しなかったことがどの関与類型に該当するのかについて検討し、結論を導く必要がある。

### 〔第2問〕

本問は、住居侵入・窃盗事件の捜査及び公判に関する具体的な事例を素材として、刑事手続上の問題点、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事實の分析及び評価並びに具体的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基本的学識、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、逮捕に伴う無令状捜索・差押えについて、基本的・応用的論点の検討を通じて、捜索・差押えに対する令状主義の規律とその例外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。すなわち、検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により捜索・差押えをすることができる（刑事訴訟法第218条第1項）ところ、令状主義の例外として、被疑者を「逮捕する場合」において必要があるときは、「逮捕の現場で」無令状で捜索・差押えをすることができる（同法第220条第1項柱書・同項第2号、第3項）とされている。この逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められる実質的根拠については、逮捕現場や被逮捕者の所持品・身体には、被疑事實に関連する証拠が存在する蓋然性が一般的・類型的に高いことそれ自体に着目し、実質的には「正当な理由」（憲法第35条）が存在するに等しく、裁判官による事前の司法審査を介在させるまでの必要性がないとする見解（相当説・合理性説）や、逮捕現場や被逮捕者の所持品・身体には、被疑事實に関連する証拠が存在する蓋然性が一般的・類型的に高いと認められることを前提としつつ、それに加えて、そのような証拠が、逮捕の際に被逮捕者等によって隠滅や破壊されることを防止し、これを保全する緊急の必要性があるためとする見解（緊急処分説）などが主張されているところ、どのような立場を探るかによって、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められ得る時間的・場所的範囲が異なってくると思われる。そのため、本設問では、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められる趣旨や実質的根拠について、自説を明らかにし、時間的・場所的範囲（限界）の解釈を示すことが求められる。

下線部①において、司法警察員Pは、甲の潜伏先であったX方内のリビングで甲を逮捕した後に、同方内の和室の捜索を実施しているため、その捜索の適法性を判断するに当たっては、捜索場所が被逮捕者の甲の自宅ではなく、第三者であるX方内であることなど、本設問の事情

を踏まえた検討をすることが求められる。具体的には、無令状捜索の場所的範囲に関しては、例えば、相当説・合理性説の立場からすると、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所と説明することなどが考えられるが、こうした考え方によれば、甲の逮捕場所たるリビングと捜索実施場所たる和室の管理権が同一か否かについての検討が必要であろうし、緊急処分説の立場からすると、逮捕の際に被逮捕者が証拠を隠滅することが可能な範囲内の場所、すなわち、甲の直接支配下にある場所と説明することなどが考えられるが、こうした考え方によれば、甲を逮捕したリビングと捜索場所たる和室が別室であることや、捜索時に甲が和室には現在しないことなどの検討が必要になろう。また、本設問において無令状捜索をした場所は、前記のとおり、第三者であるX方内であるところ、逮捕に伴う無令状捜索においても、刑事訴訟法第222条第1項により、同法第102条が準用されるため、第三者に属する場所や物が捜索の対象である場合には、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（同条第2項）が必要であることについても、検討する必要があろう。いずれにせよ、本設問では、逮捕と捜索の時間的間隔に関する事情、逮捕の地点と捜索の場所に関する事情、捜索の必要性に関する事情など、様々な事情が存在するので、これらの事情を適切に抽出して評価し、自己の見解に当たはめ、その適法性を論じる必要がある。

下線部②において、司法警察員Pは、X方内のリビングで甲を逮捕した後、リビングの捜索を開始したが、その捜索の際、現場に居合わせた甲の交際相手であるYの上着のポケット内に手を入れて、同ポケット内の物を取り出しているため、その適法性の判断に当たっては、下線部②の行為の対象、すなわち無令状捜索の対象が、たまたま居合わせた第三者の身体であった点に着目した論述をすることが求められる。この点については、相当説・合理性説はもとより、緊急処分説であっても、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められる実質的根拠を、逮捕現場や被逮捕者の所持品・身体には、被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が一般的・類型的に高いことに求めている（あるいはそれを前提としている）ところ、逮捕の現場に居合わせた被逮捕者以外の第三者が、逮捕事実に関連する証拠を所持している可能性は一般的・類型的に高いとは言えないため、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体は無令状捜索の対象にはならないとする考え方（消極説）があり得よう。他方で、刑事訴訟法第220条第1項第2号は、「逮捕の現場」で「逮捕する場合」においてする捜索を許容しつつ、その対象については文言上明示的に限定していないこと、同法第222条第1項は逮捕に伴う無令状捜索の場合にも同法第102条第1項に加え第2項についても（被疑者以外の者の「身体」を特に除外することなく）準用することを認めていたことなどから、逮捕の現場に居合わせた第三者の身体の捜索も許され得るとする考え方（積極説）もあり得よう。ここでは、この点についての自身の立場を明らかにした上で、①消極説に立つのであれば、さらに、場所に対する無令状捜索に付随する措置（必要な処分）の一環として、捜索場所に居合わせた第三者が捜索の実施中あるいはその開始直前に、隠匿・破壊しようとした捜索・差押えの目的物を取り戻すために、同人の身体に有形力を加えてその妨害を排除する、あるいは原状を回復する措置を講じることができないかを検討することが求められよう。また、②積極説に立つのであれば、同法第102条第2項が規定する「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」があるかどうかを検討することになろう。いずれの見解に立つにせよ、逮捕に伴う捜索・差押えが認められる趣旨や実質的根拠を踏まえた上で、それと矛盾のない論理一貫した論述が求められる。そして、司法警察員Pの行為が適法になり得るという見解に立った場合には、本設問における様々な事情を抽出して評価し、Yが証拠物を身体に隠匿している高度の蓋然性が認められるか否かにつき、各見解が提示する枠組みの中に的確に位置付けた上で検討すべきことになろう。

下線部③の捜索は、乙の逮捕に伴う無令状捜索であるが、逮捕の地点から約1キロメートル離れたJ交番において実施されている点が、「逮捕の現場」（刑事訴訟法第220条第1項第2号）との要件との関係で特に問題となる。この点に関しては、J交番自体は「逮捕の現場」

には当たらないことを確認した上で、最高裁判例（最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁）の内容を念頭に置きつつ、同判例において示されている説明を法解釈に落とし込む形で自説を展開する必要があろう。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当でなかった場合に、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当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、なぜそうした捜索・差押えと「同視することができる」のかや、「同視することができる」ということの法解釈上の位置付けまでは説示しておらず、この点については各自が法解釈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、乙を警察車両に乗せて最寄りの警察施設まで移動してから乙の身体着衣を捜索することにし、逮捕の地点から約50メートル離れた駐車場まで乙を連行し、その後、J交番で乙の身体着衣の捜索を実施しているところ、乙が同駐車場に着いたときには落ち着きを取り戻しており、同駐車場で乙の身体着衣の捜索を実施できたことがうかがえる事情が存在する。そのため、本設問における司法警察員Pの行為の適法性を判断するためには、同判例との事案の違いも意識しつつ、J交番が「身体の捜索・差押えを実施するのに適当な最寄りの場所」と評価できるかどうかに関し、様々な事情を抽出、評価して説得的な論述をすることが求められる。

〔設問2〕は、甲の弁護人が、丙証言の証明力を争うために、証拠1（司法警察員作成に係る乙の供述録取書）及び証拠2（司法警察員作成に係る丙の供述録取書）の取調べを請求したことに対し、検察官が、それぞれ理由を付して「取調べに異議あり。」とする証拠意見を述べているところ、それらの理由の当否を問うものである。

〔設問2-1〕は、刑事訴訟法第328条で許容される証拠の範囲を問うものである。すなわち、証拠1は、乙の供述録取書であり、証明力を争う対象となる証言をした丙とは別人の供述を内容とする書面であることから、同条により許容される証拠は自己矛盾供述を内容とするものに限られるか否かを論述することが求められる。

この点については、「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。そうすると、刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者と矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。」と判示した判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）に留意しつつ論述することが求められる。同判例と同様の立場に立つのであれば、同条によって許容される証拠が自己矛盾供述を内容とする証拠に限定される理由につき、伝聞法則との関係を踏まえて説明する必要があろう。そして、この事案においては、証拠1は乙の供述録取書であって丙の自己矛盾供述を内容とする証拠ではないため、同条によって許容される証拠には該当せず、「証明力を争うための証拠として刑事訴訟法上許容される証拠には当たらない。」とする検察官の証拠意見には理由があるということになる。一方、同判決の立場に依拠しない場合には、その結論がどのような道筋で導き出されるのかについて相応の説得力をもって説明することが求められよう。

〔設問2-2〕は、公判前整理手続後の証拠調べ請求の制限（刑事訴訟法第316条の32）について、具体的場面における適用の有無を検討させることを通じて、同条を含めた公判前整理手続の意義及び趣旨の理解や問題解決を導く思考力を試すものである。

公判前整理手続では、検察官と被告人・弁護人の双方が、争点及び証拠を整理して審理計画

を策定するために、証明予定事実やその他の主張を明示するとともに、それを証明するための証拠の取調べを請求することが義務付けられている。そうであるのに、公判で新たな主張や証拠調べの請求が無制限にできるということになれば、審理計画が崩れてしまい、公判前整理手続において争点と証拠を整理した意味が失われてしまう。そこで、同条第1項は、公判前整理手続等に付された事件について、「やむを得ない事由」によって公判前整理手続等において請求することができなかつたものを除き、同手続終了後には証拠調べを請求することができないと定めており、本設問では、こうした同条の趣旨を十分踏まえた上で、「やむを得ない事由」が存在するか否かを論述することが求められる。

本設問では、公判前整理手続を経た公判における丙の証人尋問後に、刑事訴訟法第328条に基づき、証拠2の取調べ請求がなされているところ、検察官は、公判前整理手続において、立証趣旨を「本件犯行状況、共謀状況等」として証拠3（検察官作成に係る丙の供述録取書）の取調べを請求し、同供述録取書が不同意となるや、同じ立証趣旨で丙の証人尋問を請求している。こうした経過に照らせば、公判前整理手続段階において、丙が公判廷において証拠3と同内容の証言をすることが想定されていたといえる。このような場合に「やむを得ない事由」が認められるか否かについては、同条による弾劾証拠は条文上「公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うため」のものとされているから、証人尋問が終了しておらず、弾劾の対象となる公判供述が存在しない段階においては、同条の要件該当性を判断することはできないのであって、証人尋問終了以前の取調べ請求を当事者に要求することは相当でないため、同条による弾劾証拠の取調べ請求については、「やむを得ない事由」があるものと解すべきとする考え方（下級審の裁判例として、名古屋高等裁判所金沢支部平成20年6月5日判決・判タ1275号342頁などがある）や、予想された内容の証言がなされた場合に同条の弾劾証拠としての取調べ請求を認めれば、公判前整理手続の趣旨を没却することになりかねず、同手続における主張及び証拠の整理の実効性を担保するため、「やむを得ない事由」の有無に関しては、できるだけ厳格に考えるべきだとする考え方などがある。いかなる見解に立ったとしても、公判前整理手続の趣旨を十分に踏まえた上で、検察官が付した理由の当否について、結論を導くことが求められる。

## 【選択科目】

### [倒産法]

#### [第1問]

本問は、個人破産の事例を基に、主に、破産者を当事者とする訴訟手続の取扱い、否認に関する破産法上の各規律についての基本的な理解と事例処理能力を問うものである。

[設問1]は、破産手続開始の決定があったときは、破産者を当事者とする破産財団に関する訴訟手続は中断し（破産法第44条第1項）、さらに、破産管財人は、中断した訴訟手続のうち破産債権に関しないものを受け継ぐことができる（同条第2項前段）との規定の適用の可否を、小問(1)及び(2)の具体的な事例について検討することを求めるものである。小問(1)では、不法行為に基づく損害賠償請求権が破産財団に帰属する債権であり、これを訴訟物とする訴訟が「破産財団に関する訴訟手続」に該当することを指摘し、訴訟手続が中断することを説明した上で、上記損害賠償請求権が破産債権ではないことを指摘し、破産管財人が訴訟手続を受継することができることの説明が求められる。小問(2)では、名誉毀損による慰謝料請求権が行使上の一身専属性を有することに着目し、慰謝料の具体的な金額が当事者間において客観的に確定しない間は、原則として破産財団に帰属する債権ではないこと（最判昭和58年10月6日民集37巻8号1041頁参照）を説明した上で、本小問(2)の具体的な事例について慰謝料額が当事者間で客観的に確定していないことを指摘し、本件訴訟が「破産財団に関する訴訟手続」に該当せず、訴訟手続は中断しないことを説明することが求められる。

〔設問2〕は、弁済の事例（小問(1)）と、遺産分割の事例（小問(2)）について、適切な事例分析とその分析に沿った否認類型の成否の具体的な検討を求めるものである。

小問(1)においては、破産法第162条第1項第1号の要件充足の有無を、具体的な事実関係に基づいて検討することになる。検討にあたっては、弁護士Fが令和4年9月5日に送付した受任通知が支払停止に該当するものの（最判平成24年10月19日集民241号199頁参照）、破産手続開始の申立て前一年以内のものではないため、支払不能は推定されないこと（同条第3項）、Cに対する弁済は破産手続開始の申立ての日から一年以上前にした行為であるため、支払停止があった後にされたものであること又は支払停止の事実を知っていたことを理由として否認することはできないこと（同法第166条）に留意する必要がある。そして、上記の受任通知時に支払不能にあったことを検討する中で、本件各和解契約により支払不能を脱したか否か、また支払不能について悪意であったか否かなどを検討することになる。いずれの結論もあり得るところであるが、自ら考えたところを事例に即して説明することが求められる。小問(2)においては、本件遺産分割合意につき無償行為否認（同法第160条第3項）が認められることを前提に、その効果としての価額償還請求に関して、預金については現存利益の有無（同法第167条第2項）、不動産については価額算定基準時（最判昭和61年4月3日集民147号489頁等参照）を、それぞれ検討することが求められる。

## 〔第2問〕

本問は、法人の再生手続に関する具体的な事例を通じて、主に、原則としていわゆるDIP型がとられている趣旨、管理命令をするための要件、再生手続廃止の決定後の破産手続への移行、再度の再生手続開始の申立てについての基本的な理解と事例処理能力を問うものである。

〔設問1〕の小問(1)においては、再生債務者は、再生手続が開始された後も、その業務を遂行し、又はその財産を管理し、若しくは処分する権利を有するとされていること（民事再生法第38条第1項）の趣旨を説明するとともに、再生債務者は、債権者に対し、公平かつ誠実に上記権利を行使し、再生手続を追行する義務を負うこと（同条第2項）に言及することが求められる。小問(2)においては、スポンサー選定において再生債務者が果たすべき債権者に対する公平誠実義務の具体的な内容（債権者の利益を犠牲にして専ら自己又は第三者の利益を図るような選定をしてはならないことなど）を指摘した上で、管理命令（同法第64条第1項）の要件について、事例に即した具体的な検討が求められ、例えば、対価以外の条件はB社が上回っており、Aが専ら自社又はB社の利益を図ろうとしているわけではなく、再生債務者の公平誠実義務に違反するものではないことから、管理命令を発令できないとの解答が考えられる。

〔設問2〕は、再生手続廃止の決定後の破産手続への移行について、同決定の確定前後で場合分けをして説明することを求めるものである。同決定の確定前については、債権者は、破産手続開始の申立てをすることができるが（民事再生法第249条第1項）、同申立てに係る破産手続開始の決定は、再生手続廃止の決定が確定した後でなければすることができない（同条第2項）を説明し、同決定の確定後については、裁判所は、破産手続開始の申立てがされている場合には同申立てに基づいて破産手続開始の決定をし、そうでない場合には、職権で破産手続開始の決定をしなければならない（同法第250条第1項）を説明することが求められる。

〔設問3〕は、再生計画案が否決された後の再度の申立ての事案について、再生手続開始の決定をすることができるかについて、事例に即した具体的な検討を求めるものである。再度の申立てをすること自体は、これを禁止する規定はなく、濫用的な再度の申立ては民事再生法第25条第3号、第4号の要件で防止することができることなどから、同条の規定により棄却する場合に当たらなければ、再生手続開始の決定をすることになる（同法第33条第1項）。本問の事例では、特に、同法第25条第3号、第4号に当たらないかが問題となるところであり、

例えば、再度の申立てが、否決された再生計画案の問題点について改善を図った上でされたものであり、債権者への説明会を開催し、迅速に申立てをしていることなどから不当な目的や不誠実性は認められず、また、E銀行その他の債権者が反対しておらず、再生計画案の作成、可決、認可の見込みがないことが明らかであるともいえないことから、これを棄却する場合に当たらないとして、裁判所は再生手続開始の決定をすることができるとの解答が考えられる。

## [租税法]

### [第1問]

設問1は、生活用資産の災害による滅失という事実関係に適用される所得税法の規定の基本的理解と適切に当てはめを行う能力を問う出題である。設問文の誘導に従い、「生活に通常必要でない資産」に該当する場合とそうでない場合のそれぞれにおける所得税法上の扱いを確認した上で、本件事案を分析することが求められている。所得税法第62条第1項が適用される場合と、雑損控除（同法第72条）の適用がされる場合に分けて論じることが期待される。

「生活に通常必要でない資産」の意義については、参考条文にも挙げた所得税法施行令で定義されているので、まずは条文を正確に解釈する作業が求められる。所得税法第62条第1項の委任を受けた同法施行令第178条第1項第2号・第3号がそれぞれ指示する内容を正確に読み解き、この法令用語の意義を明確に定義した上で、事案への当てはめを行ったことを示してもらいたい。

事案への当てはめにおいては、条文の要件である「災害」該当性や保険金等で補填される部分がないことも、答案上、適切に押さえておきたい。また、本件車両が自家用車ということから、大阪高判昭和63年9月27日高裁民集41巻3号117頁が想起されるであろうが、この判決のように「生活に通常必要でない資産」に当たると論じることもできるし、Aの本件車両の使用態様がむしろ「生活に通常必要な動産」に当たると論じることもできよう。結論よりも、説得的な論証ができているかを重視したい。

設問2は、定住を奨励するために一定の条件の下で公共団体から支給された本件奨励金が、所得税法上、どの所得分類に当たるかを問うものである。本問では、一時所得か雑所得か、という2つの可能性を検討することとなるが、条文構造上、一時所得の要件を一つ一つ事案に即して検討することが求められ、一時所得に該当しなければ雑所得という結論に至ることになる。

所得税法第34条第1項の要件は、①同項記載の「利子所得」から「譲渡所得」までの所得分類に該当しないこと、②「営利を目的とする継続的行為から生じた所得」でないこと、③「一時の所得」であること、④「対価としての性質を有しない」こと、に分解できるところ、要件①・④については特に問題なく処理できると思われる。要件②も、本件奨励金の交付の前提となっている「AがR市に居住すること」それ自体はAの生活の用から生じたものであって「営利を目的とする継続的行為」とは言い難いので、該当しない。

かくして、立ち入った検討が期待されているのは要件③である。収入の一回性・偶発性ゆえに担税力が小さいものとして扱われる一時所得の趣旨に照らしても、継続的な性質を持つ収入は一時所得を構成しない、と考えることが自然であろう。本件奨励金の交付はR市定住条例の制度枠組みの中で原則5年間継続的に発生することが想定されるものであり、一回的・偶発的とは言い難いものと思われる。確かに、毎年、その都度の申請に基づく奨励金交付が行われるという要素だけを取り出せば一回的な収入と言えなくはないが、このように継続的な収入の構成要素を個別に取り出して、その本来的な性質から所得分類を判断するという考え方は、要件②との関わりで判例（最判平成27年3月10日刑集69巻2号434頁）が明確に退けたところである。

設問3は、いわゆるヤミ民泊を素材に、違法な活動から生じる収入の所得税法上の取扱いに

についての理解を問うものである。所得税法は包括的所得概念を採用しているとされており、経済的利益を現に獲得・享受している限りは、違法であったとしても所得たることを妨げられない。

次に、このヤミ民泊による所得がどの所得分類に該当するかを検討する必要がある。営利を目的とした継続的な活動であることに鑑みて事業所得もしくは雑所得、又は不動産の貸付けを中心的要素とする点に着目して不動産所得という3つの所得分類の可能性を挙げて検討することが期待される。その上で、事実関係を丁寧に拾いながら、Aの人的役務提供の要素、社会通念上「事業」に該当するか等の要素を挙げて、どの所得に該当するかを論じてもらいたい。

設問4は、違法な経済活動の遂行上必要な経費は、所得税法の原則どおり控除できることを押さえた上で、所得税法第37条の要件（業務との関連性、客観的必要性）を設問の各支出に当てはめることが求められる。①（祈祷料）については客観的必要性の欠如、②（古井戸の解体・撤去費用）については宿泊客の安全に配慮することが業務に直接関連し客観的にも必要であることの指摘、③（罰金）については「別段の定め」（所得税法第37条第1項）である明文規定（同法第45条第1項第7号）の存在を指摘すればよい。

## 〔第2問〕

本問は、法人の販売促進費の損金算入時期と寄附金該当性（設問1）、法人による役務の提供に係る益金算入時期（設問2）、個人が法人から受けた偶発的な経済的利益に係る所得の種類と収入金額の算入時期（設問3）、給与所得者に付与されたいわゆる株主優待に係る経済的利益の所得の種類及び収入金額の算入時期並びに確定申告の要否（設問4）に関する設問から成る。これらを通して、受験者が、法人税法及び所得税法における所得計算に関する基本構造と典型的な論点を理解できているかや、関係条文を読み解いた上で、説得的な論理を伴って具体的な事案に当てはめる力を備えているかを審査している。

設問1は、法人税法上の費用に係る損金算入時期を問う中で、企業会計と法人税法の関係を理解できているかを確認している。出題自体は、福岡高判平成13年11月15日税資251号順号9023（自動車増販コンテストにおける優秀な従業員を海外旅行に招待するために旅行会社から購入したギフト券の購入費用の損金算入の可否が争われたもの）をベースに調整を加えている。年度末に支出済みの販売促進費でも、金額の合理的な算定可能性の欠如を理由に債務の確定を欠くとして、当該年度の損金算入を否定するという筋の答案を念頭に、債務確定基準（法人税法第22条第3項第2号）の解釈と適用を問うている。ただ、上記裁判例には、金額の合理的算定可能性に関し厳格に過ぎる、あるいは支出済みの費用に同基準は適合しないなどの批判も可能であり、そのような角度からの答案も、その論理性、説得性に応じて評価される。また、当選者へのギフト券の贈与という側面からは、法人税法上の主要な論点の1つである寄附金該当性も問題となるため、経済的合理性や対価性に鑑みつつ、条文に問題文の条件を当てはめて寄附金に該当しない旨を説明できるかを確認している。

設問2では、法人税法上の資産の販売等（役務提供を含む。）に係る益金算入時期をめぐる基本的な理解を問うている。平成30年度改正で法人税法第22条の2が新設されてから既に5年以上経過しており、少なくとも同条の存在は受験者にも浸透していると考え、出題したものである。関係する規定（法人税法第22条第2項・第4項、同法第22条の2第1項）は、「別段の定め」がある場合の除外が重なり、やや分かりづらいが、法人税法第22条の2第1項の文言（及び立法経緯）から、伝統的な権利確定主義や公正処理基準との関わりをどう読むべきかを考え、整理した上で、事案に当てはめ、説得的に結論を導けるかが問われる。特に、返還不要となる部分（1500万円）が問題となる点に着目してもらいたい。これを宿泊の確保という役務の対価とみて、令和6年度の益金算入を肯定するという見解のほか、受領済みの全額（7500万円）のうち宿泊のあった部分が令和7年度の益金だとする見解もあり得よう。

いずれにせよ、上記関係規定の文理と基本原則に照らして、説得的かつ論理的に結論を導けるかが問われる。なお、本問で「収益認識に関する会計基準」の内容に立ち入った知識までは求められていない。

設問3は、法人（会社）から個人が受けた偶発的な利益に係る所得区分と年度帰属を問う出題である。本問の事実関係を踏まえ、(非)対価性と(非)継続性の2点に着目して雑所得と一時所得との区別ができるかが問われる。次に、ギフト券（いわば役務の利用権）に基因する利益の年度帰属については、当選時である令和5年分の経済的利益として収入金額（所得税法第36条第1項）に含めるべきか、それとも、ギフト券の贈呈を受けただけでなく、実際にこれをを利用して旅行をした令和6年分の収入金額とするのかという論点を意識してもらいたい。いずれにせよ、処分可能性と利用期間の制限にも留意した上で、経済的利益の実現の時期の判断ができているかが問われる。加えて、当選者が当該会社の役員であった場合に生じる給与所得該当性の論点を検討できるかも試される。給与所得に該当しないことは自明のようではあるが、できれば、一般に、法人の役員が当該法人から受ける臨時の経済的利益は、「役員の立場と全く無関係に、法人からみて純然たる第三者との間の取引ともいるべき態様によりなされるものでない限り、原則としてその職務執行の対価の性質を有する」（名古屋地判平成4年4月6日行集43巻4号589頁）とも言われるよう、給与所得該当性が広く捉えられる傾向があることを踏まえて、給与所得の意義ないし要件に照らして検討し、問題文の条件の下では、給与所得に該当しない旨を説明することが期待される。

設問4は、いわゆる株主優待の利益に係る所得税法上の扱いを問う中で、配当所得の意義に関し、できれば判例（最判昭和35年10月7日民集14巻12号2420頁等）にも触れつつ、一般に通用する解釈を通じて、事案への当てはめができるかを確認している。会社法の制定後も、所得税法上の配当所得は、資本と利益の区別を維持し、損益計算上の利益を原資としない（その他資本剰余金を原資とする）「剰余金の配当」を配当所得から除外している点を踏まえることで、説得力が高まるはずである。さらに、一時所得該当性の検討を経て、雑所得に当たる旨の評価に至ることが期待される。なお、本設問には、典型的な給与所得者において確定申告が必要となる場合を条文に基づいて答えられるかという、初步的だが欠かせない手続上の知識を確認する問い合わせを付加している。

## [経済法]

### [第1問]

第1問は、事業者団体であるX協会による各決定に基づく行為が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8条各号に違反するかについて、同法上の問題点を検討することを求めるものである。事業者団体の活動を規制する独占禁止法第8条各号に定める各要件の正確な理解を前提に、特に、事業者団体における競争制限等に関する意思形成に係る決定にどのようなものが含まれ得るか、また、同条第1号（一定の取引分野における競争の実質的制限）と同条第4号（構成事業者の機能・活動の不当な制限）との間での法適用の違いなど、事業者団体規制に関する独占禁止法の解釈と適用の基本的な考え方について受験者の理解を問うものになっている。

まず、〔設問〕(1)では、会員が乙市内の建築現場を運搬先に指定する需要者に対してAの特例取引を行うことを禁止する旨の幹事会による決定（以下「本件決定①」という。）が、独占禁止法第8条第4号に違反するかどうかが問題となる。X協会が事業者団体に当たること、幹事会による決定は事実上X協会の決定であり、それに基づく当該団体としての「行為」と評価されること（公正取引委員会「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針（令和2年12月25日改正）」第2(8)）を的確に論じた上で、行為要件の検討では、本件決定①が、品質基準で特例取引も認められているにもかかわらず、本来自由な「構成事業者の機能又は活動を…

・制限すること」に当たる旨を説得的に論証することが重要になる。また、本件決定①が「不当」かどうかの検討においては、同法第8条第4号に定める「不当に」とは、公正競争阻害性のうち自由競争減殺のおそれを意味すること、自由競争減殺のおそれとは、競争の実質的制限にまで至らないものの、価格維持（競争回避）又は市場閉鎖（競争者排除）の意味で競争阻害効果が認められることである旨の解釈を示すとともに、その前提として影響を与えると想定される市場を適切に識別すること（「市場画定」）が求められる。検討対象市場の商品的・地理的な範囲を主として需要者から見た需要代替性の見地等から画定するという標準的理解（例、公正取引委員会「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針（令和元年12月17日改定）」第2の1）を示しつつ、特にその地理的範囲について、禁止対象の特例取引が、甲県乙市周辺の会員を売手とし乙市内の建築現場を運搬先に指定する需要者を買手とするものである点に着目することが重要になる。この市場画定を踏まえて、本問の事実関係を的確に当てはめて、本件決定①が、会員の取引先を制限し、会員間での顧客争奪競争を制限する意味で、上記市場においてAの価格維持効果をもたらす旨を説得的に論証することが求められる。併せて、Aの品質劣化の回避及び合格標章への社会的信頼の維持が、正当化事由として成り立つかについて論じることも求められる。

次に、〔設問〕(2)では、甲県内における過小積載及び不使用返送時の各割増料金の参考となる基準料金を、従来の各割増料金の平均にその10パーセントを上乗せした金額とする旨の総会での決定（以下「本件決定②」という。）が、独占禁止法第8条第1号に違反するかどうかが問題となる。総会決定がX協会の意思決定であり、本件決定②がそれに基づく「行為」であることを論じた上で、同法第8条第1号の条文上も市場画定が求められる。〔設問〕(2)では、X協会が主導する各割増料金に係るカルテルという行為特性に即して、決定対象となっている取引及びそれにより影響を受ける範囲を画定すれば足りる旨の解釈を示しつつ、特に各割増料金がAの販売代金とは別に請求されてきた点に着目することが重要になる。同法第8条第1号における競争の実質的制限とは、「市場が有する競争機能を損なうこと」をいい、「市場支配力の形成又は維持・強化」すなわち特定の事業者が「その意思で…価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと（多摩談合（新井組ほか）事件・最高裁判所平成24年2月20日民集66巻2号796頁）」である旨の解釈を示しつつ、前記の市場画定を踏まえて、本問の事実関係を的確に当てはめて、本件決定②が、検討対象市場において競争の実質的制限をもたらす旨を説得的に論証することが求められる。併せて、本件決定②には競争制限の目的又は効果しか認められず、正当化事由はない点についても論じる必要がある。

## 〔第2問〕

本問は、拘束条件付取引に該当する行為について、その公正競争阻害性をどのように判断するのかを検討することによって、独占禁止法の基本的な理解を問うものである。本問のX農協の計画は、従来、X農協がほとんどのシェアを有していた甲地域におけるαの販売委託の市場において、有力な競争者が出現したことに対応して、取引相手による競争相手の取扱いを制限する内容の拘束条件を付して取引を行うものである。

本問のX農協の計画は、その他、排他条件付取引、取引妨害、抱き合せ販売として捉えることも可能であり、その場合でも、それぞれの行為類型に係る行為要件への当てはめが的確になされていることが求められる

本件における拘束の内容がどのようなものであるかを的確に判断し、市場画定が、まず必要となる。その上で、その市場で公正競争阻害性が生じるか否かを検討することが必要となる。本件での拘束の内容が競争相手との取引を制限するものであることが把握できれば、ここでの公正競争阻害性が自由競争減殺型であることは容易に分かる。拘束条件付取引以外の行為類型に基づき公正競争阻害性を説明する場合も、基本的には、同様な観点からの検討を行うことに

なる。その上で、さらに、自由競争減殺型の中でも市場閉鎖型効果を有するか否かが検討課題であることなどが理解できているか否かが問われる。次いで、市場閉鎖効果が評価される市場の商品・役務範囲、地理的範囲を正しく識別できるか否かが問題となる。本件事例で影響を受ける取引の実態を正確に読み取ることが必要である。思い込みではなく、設間に書かれた事実を把握しなければならない。市場閉鎖効果の判断基準の内容を正しく理解していることが必要である。ここでは、関連要素を本件事例から的確に選び出し、評価していくことが要求される。本件では、行為を行った事業者の地位、拘束の程度の大きさ、その期間、それによって競争事業者が利用できなくなった取引相手の規模、影響を受ける競争者の状況などが重要な関連要素であることは比較的容易に見いだせるであろう。それらの考慮要素から、市場閉鎖効果の存否を評価することになる。

さらに、X農協の主張に対して適切に対応することも必要である。主張のうち、市場画定にも関わるものは、市場画定の段階で考慮することになろう。また、フリーライドを防止するために行われているという主張については、それが正当化事由となり得るか否かについて検討する必要がある。ともに比較的容易に判断できるはずである。

いずれの問題点も、特に高度な知識を必要とするものではない。独占禁止法の基礎的な分析能力を問うものである。

## 【知的財産法】

### 〔第1問〕

- 1 設問の(1)は、試験又は研究のためにする特許発明の実施に対する特許権の効力制限について問うものである。設問の(2)は、同じく試験又は研究のためにする特許発明の実施に対する特許権の効力制限とともに、並行輸入に対する特許権行使の可否について問うものである。設問の(3)は、存続期間経過後に譲渡を行う旨の譲渡等の申出行為の適法性について問うものである。
- 2 設問の(1)については、Xの主張として、本件特許権1に係る発明が物の発明であって、行為①がその物の生産（特許法（以下「法」という。）第2条第3項第1号）に該当し、業としての実施（法第68条本文）として本件特許権1の侵害を理由とする損害賠償請求（民法第709条）の対象となる旨を述べることが求められる。Y1の反論としては、最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁【臍臓疾患治療剤事件】を踏まえつつ、行為①が試験又は研究のためにする特許発明の実施として特許権の効力が及ばない（法第69条第1項）という主張について述べ、その妥当性を具体的に検討することが求められる。
- 3 設問の(2)については、Xの主張として、本件特許権2に係る発明が物の発明であって、行為②がその物の輸入と使用（法第2条第3項第1号）に該当し、業としての実施（法第68条本文）として本件特許権2の侵害を理由とする損害賠償請求（民法第709条）の対象となる旨を述べることが求められる。Y2の反論としては、装置Qの輸入と使用について、A国で適法に譲渡された製品の並行輸入として、最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁【BBS事件】を踏まえつつ、特許権の行使が否定されるという主張について述べ、その妥当性を具体的に検討することが求められる。また、Y2の反論として、装置Qの使用が試験又は研究のためにする特許発明の実施として特許権の効力が及ばない（法第69条第1項）という主張も考えられる。その上で、装置Qはいわゆるリサーチツールに当たると考えられるところ、同項の趣旨を踏まえて、リサーチツールの使用に対し同項が適用されるかについて検討することが求められる。
- 4 設問の(3)については、Xの主張として、本件特許権1に係る発明が物の発明であって、行為③がその物の譲渡等の申出（法第2条第3項第1号）に該当し、業としての実施（法第68条本文）として本件特許権1の侵害を理由とする損害賠償請求（民法第709条）の対象

となる旨を述べることが求められる。Y1の反論としては、申出行為の対象である譲渡自体が存続期間経過後に行われる適法な行為であることを根拠とした主張などが考えられる。その上で、なぜ譲渡等の申出が譲渡等と並んで独立した実施行為と規定されているのかを十分に意識して、その妥当性を具体的に検討することが求められる。

## [第2問]

- 1 設問1は、言語の著作物に係る著作権の侵害を理由とする差止請求のために必要な主張、これに対して考えられる反論とその妥当性を問うものである。設問2は、映画の著作物に係る著作者人格権の侵害を理由とする請求とその妥当性を問うものである。
- 2 設問1については、文章Pの著作物性（著作権法（以下「法」という。）第2条第1項第1号）及びこれを創作した著作者（同項第2号）であるAが著作者の権利を有すること（法第17条第1項）を主張した上で、文章Pを要約した二次的著作物（法第2条第1項第11号）である文章P'のブログ掲載に対して、法第28条を介して有する公衆送信権（法第23条第1項）の侵害を理由として、Bに対し、文章P'の削除を求める差止請求（法第112条）が可能である旨を述べることが求められる。他方、これに対して考えられるBの反論として、引用（法第32条第1項）、公開の演説の利用（法第40条第1項）、時事の事件報道（法第41条）といった権利制限規定の適用のほか、文章Pと文章P'の間に創作的表現の共通性が認められないとして類似性がない（表現上の本質的特徴を直接感得できない）旨主張することが求められる。その上で、要約引用の可否など、これらの主張の妥当性について具体的に検討することが求められる。
- 3 設問2については、動画Qの著作物性（法第2条第1項第1号）及びこれを創作した著作者（同項第2号）であるAが著作者の権利を有すること（法第17条第1項）を主張した上で、動画Qを視聴すると映像がゆがんで表示される再生ソフトRを開発・公開しているCに対する同一性保持権（法第20条）の侵害を理由とする差止請求（法第112条）、損害賠償請求（民法第709条）、名誉回復等措置請求（法第115条）の可否について、最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁【ときめきメモリアル事件】を踏まえて具体的に検討することが求められる。

## [労働法]

### [第1問]

本問は、設問1において、労働者が会社を退職後、当該会社と競業する事業を営む他の会社に就職し当該事業に係る業務に従事したという事例を素材として、退職後の競業禁止義務を定める合意の有効性及び退職金支給制限を定める就業規則条項の有効性についての理解を問うとともに、設問2において、労働者が産前産後休業及び育児休業を取得した後、復職するに当たって、休業前の役職から外れることとされたという事例を素材として、産前産後休業ないし育児休業の取得を理由とする不利益取扱いの適法性についての理解を問うものであり、個別的労働関係法における基本的かつ近時の重要な論点に関して、関係する法令、判例・裁判例等から導き出される規範についての正確な理解と、当該規範への具体的な事実の当てはめ（関係する事実の摘示と評価）の的確さを問うものである。

設問1では、Xに退職後の競業禁止義務を定める合意（本件条項）に違反する行為があり、Y社就業規則の退職金支給制限条項に照らし、Xに支給された退職金の半額は不当利得であるとして、Y社が当該退職金の半額の返還請求をなし得るかが問われている。この問い合わせに答えるに当たっては、①退職後の競業禁止義務を定める合意（本件条項）は、法的に有効な合意か、法的に有効な合意であるとして、本件においてXに本件条項違反が認められるか、②Y社就業

規則の退職金支給制限条項は法的に有効か、法的に有効であるとして、Xの行為が当該条項に該当するかが、主な論点となる。

①については、競業禁止義務条項の有効性に係る一般的な判断枠組みを示す最高裁判例は存在しないものの、下級審裁判例において、労働者を含め何人にも職業選択の自由が保障されている（憲法第22条第1項）ことを踏まえ、その不当な制限とならないよう、競業禁止義務条項の目的（使用者の営業上の秘密等、その正当な利益を保護するものであるか否か）、在職中の職位、職務内容、転職が禁止される範囲（期間、地域、対象業種ないし行為）、代償措置の有無等に照らし、退職後の競業禁止義務を課することに合理性が認められないときは、公序良俗に反するものとして無効となるとの判断基準が形成されており（フォセコ・ジャパン・リミテッド事件・奈良地判昭和45年10月23日下民集21巻9～10号1369頁、メットライフアリコ生命保険競業禁止義務事件・東京高判平成24年6月13日裁判所ホームページ、日本産業パートナーズ事件・東京高判令和5年11月30日劳判1312号5頁等）、こうした判断枠組みを正確に理解し、本件の具体的事實に的確に当てはめることが論述のポイントとなる。

次に、本件条項が法的に有効で、Xに本件条項違反が認められる場合（なお、これらの点について有効でない、違反が認められないと考える場合においても、「検討すべき」法律上の論点を挙げて、意見を述べることが求められていることを踏まえ、仮に有効で、違反が認められる場合について、検討を行うことが求められる。）、②について、類似事案に係る最高裁判決（三晃社事件・最判昭和52年8月9日劳経速958号25頁）等を踏まえて、Y社の退職金の性格（功労報償的性格の有無）に照らし、本件条項違反者については通常の計算額による退職金の半額を支給しないとする本件の退職金支給制限条項が合理的なものか否か（労働契約法第7条）、公序良俗等に反しないか否かを、本件の具体的事實に照らして検討するとともに、Y社の退職金が賃金の後払い的性格をも有していると見得ることを踏まえ、本件の退職金支給制限条項をXに適用することの適否（背信性の有無）を検討すること（中部日本広告社事件・名古屋高判平成2年8月31日劳民集41巻4号656頁等参照）が、論述のポイントとなる。この点に関しては併せて、本件の退職金支給制限条項と労働基準法第24条第1項（全額払原則）との関係についても検討が求められる。

設問2では、Xが産前産後休業及び育児休業を取得した後、復職するに当たって、休業前の役職（マネジャー）より下位の役職（アソシエイト）で、すなわち降格した形での復職とされ、これに伴い月15万円の役職手当が支給されなくなったことの適否が争われている。この問い合わせに答えるに当たっては、上記降格が、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律（以下「均等法」という。）第9条第3項ないし育児休業、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条に照らし、産前産後休業ないし育児休業の取得を理由とする不利益取扱いとして許されないかを論ずべきこととなる。

この点に関しては、妊娠中の軽易業務転換（労働基準法第65条第3項）を契機としてなされた不利益取扱い（降格）が、均等法第9条第3項に違反するか否かが争われた事例に係る最高裁判例（広島中央保健生活協同組合事件・最判平成26年10月23日民集68巻8号1270頁）の判断枠組みが参考となると考えられる（アメリカン・エキスプレス事件・東京高判令和5年4月27日劳判1292号40頁等の裁判例、並びに、平成27年1月23日雇児発0123第1号による改正後の平成18年10月11日雇児発第1011002号（最終改正令和2年2月10日雇均発0210第2号）及び令和7年1月20日職発0120第2号・雇均発0120第1号（最終改正令和7年2月5日職発0205第4号、雇均発0205第2号）参照）。上記判例の判断枠組みは、均等法第9条第3項が強行規定であり、同項に違反する不

利益取扱いが違法であり、無効であることを示した上で、妊娠中の軽易業務転換を契機としてなされた降格の措置は、原則、同項の禁止する取扱いに当たるが、（1）当該労働者が軽易業務転換及び当該措置により受ける有利な影響及び不利な影響の内容や程度、当該措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らし、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき、又は、（2）事業主において、降格の措置を探ることなく軽易業務転換することに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利または不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するとき、のいずれかの場合には、例外として、同項の禁止する取扱いには当たらないとしている。当該判断枠組みを本件の事実関係に即して提示した上で、事例の関連する事実を的確に拾い上げ、当てはめることが求められる（なお、上記判例の判断枠組みは、軽易業務転換という労働者にとって有利な取扱いを伴う場合に限ってのものとみる余地もあるが、そのように考える場合も、上記判例の判断枠組みを他の場合にも妥当するものとする裁判例、行政解釈（上記参照）があることを考慮すれば、上記判例の判断枠組みに言及することが求められ、その上で、本件では、当該判断枠組みが参考されるべき規範ではないことの理由の説明と、これに代わる規範の提示が求められる。）。

## [第2問]

本問は、①ピケッティングを含むストライキを行った労働組合委員長に対する懲戒処分の不当労働行為該当性、②下位職制による不当労働行為の使用者への帰責性、③労働組合員であることを理由とする不利益取扱い及び支配介入の不当労働行為の成否という、集団的労働関係法における基本的な論点の検討を求めるもので、それらの論点に対する最高裁判例や関係条文から導き出される規範の正確な理解と当該規範への具体的事実の当てはめの的確さを問うものである。

①について、Y社は、違法なストライキを指揮したとしてX組合委員長Cを懲戒処分（戒告処分）に処した。成立し得る不当労働行為は不利益取扱い（労働組合法第7条第1号）及び支配介入（同条第3号）であるが、①においては、前者の成立が認められることによって、後者が成立するという関係にあるため、不利益取扱いの不当労働行為の成否を中心に検討をすることになるだろう。

労働組合法第7条第1号は不利益取扱いの不当労働行為の成立要件を定めているが、懲戒処分（「不利益取扱い」）が組合活動を理由に（「故をもって」）行われたことは明らかであるから、本件で争点となるのは本件ストライキの正当性であり、さらにその正当性は手続及び態様という2つの観点から問題となる。

手続に関して、X組合はY社との協定に違反して12時間前倒しで予告リストライキを実施した。この協定上の予告義務違反のストライキをどのように評価するかが問われている。裁判例においては、航空機乗務員組合によって飛行機の出発直前に抜き打ち的に行われた乗員の指名ストにつき、会社がそのストを予測できしたこと、開始後遅滞なく通告がなされたこと、そして業務全般の麻痺をもたらすものでなかったことからその正当性を認めた例（日本航空事件・東京地決昭和41年2月26日労民集17巻1号102頁）がある一方で、スト開始時刻予告後に12時間前倒しで実施されたストライキにつき、列車運行を混乱させたうえ、前倒し実施を正当化するほどの緊急性・重要性はなかったとして正当性を否定した例もある（国鉄千葉勤労事件・東京高判平成13年9月11日労判817号57頁）。予告義務を協定した目的や使

用者の予測可能性、協定違反の具体的影響等を問題文に即して検討することが求められよう。

態様に関しては、ピケッティング行為の適法性が問題となるところ、判例においては、ストライキの本質は労働者が団結して労働力を使用者に利用させないことにあるとし、営業用の車両を説得活動の範囲を超えて排他的に占有したり、その運行を阻止することは許されないとした例がある（御國ハイヤー事件・最判平成4年10月2日集民166号1頁）。問題文に叙述された本件ピケッティングの状況を丁寧に検討することが求められる。

仮に、不利益取扱いの不当労働行為の成立が認められるならば、正当なストライキを理由に組合委員長を懲戒処分する行為は労働組合を弱体化させる行為と評価することができるから、支配介入の不当労働行為も成立することになろう。

②については、現場監督者Aの発言が支配介入の不当労働行為に該当するかが問題となる。一般に、支配介入に該当するさまざまな行為は、経営者自身によってのみならず、管理監督者、一般従業員等によっても行われ得る。このとき、当該行為者の個人的な行為とみなすべきか、それとも使用者（労働組合法第7条柱書）の行為とみなすべきかが問題となるが、その判断においては、使用者の組合に対する日常的な態度や行為者の会社組織内の地位等が考慮されることになる。最高裁においては、使用者の利益を代表する者に近接する職制上の地位にある者が使用者の意を体して労働組合に対する支配介入を行った場合には、使用者との具体的な意思の連絡がなくても、当該支配介入をもって使用者の不当労働行為と評価することができるとした例がある（JR東海事件・最判平成18年12月8日集民222号585頁）。本問においては、Aの会社組織上の立場、その発言内容、発言した際の状況、X組合に対するYの態度等を検討し、Y社にAの行為を帰責し得るかを論じる必要がある。

③については、スト当日に業務に就いた労働者に対して、社長から感謝の気持ちとして「弁当代」が支給されたことが、不利益取扱い及び支配介入の不当労働行為に該当するかが問題となる。③の場合、弁当代支給が支配介入の不当労働行為と評価されるならば、当該行為が不利益取扱いの意思（「故をもって」）の要件を充足させるという関係にあるとし、支配介入の不当労働行為の成否を中心検討することが考えられる。もちろん不利益取扱いの不当労働行為の成否を中心検討することもあるだろう。

支配介入の成立要件は労働組合法第7条第3号の条文だけでは明らかといえない。通説的な理解は、支配介入とは、使用者の組合結成・運営に対する干渉行為や諸々の組合弱体化行為を指すから、支配介入と評価される行為をなそうとする意思は成立要件として不要としつつ、反組合的行為（具体的行為）を行う意思は必要であるとする。

そのような理解を前提とした場合に、シフトに入っている全従業員の面前で、社長からの感謝の気持ちとして本件弁当代が手渡されたこと、割増賃金は就業規則所定どおりに支払われていたこと、これまでこのような金員が支給された例がないこと、また同時期に組合委員長Cを懲戒処分に処したことといった事実をどのように評価するかが問われている。ストライキ不参加者に対する特別な金員の支払いが不当労働行為に該当するとした労働委員会命令として、陸奥製菓事件・青森地労委命令平成3年7月10日、JR東日本（千葉勤労褒賞金）事件・千葉地労委命令平成5年3月29日及び中労委命令平成17年9月7日（東京地判平成18年9月27日、東京高判平成19年5月17日、最決平成19年11月15日（上告不受理））がある。

最後に、①ないし③において不当労働行為の成立を認めた場合に、その救済の方法として、それぞれどのような是正措置が適切かについても検討する必要がある。その際、適切な是正措置を決定することにつき労働委員会には広範な裁量権がある一方で、その行使が認められた趣旨、目的に照らして是認される範囲を超え、または著しく不合理であって濫用にわたるもので

あつてはならないことを踏まえる必要がある（第二鳩タクシー事件・最高判昭和52年2月23日民集31巻1号93頁参照）。この観点からは、特に③の救済措置として、組合員に対する金銭給付まで命じ得るかが問題となり得よう。

## [環境法]

### [第1問]

本問は、土壤汚染対策法（以下「法」という。）上の形質変更時の調査や形質変更時要届出区域の指定及び規制についての基本的理解を問うとともに、当該規制の例外や土壤汚染対策についての民事上の責任範囲の説明を通じて、法の基本的な理解を問うものである。

小問(1)では、一定規模以上の土地の形質変更をしようとする者には、法第4条第1項に基づく届出義務があることを指摘することが求められる。面積の大きい土地の形質変更について土壤汚染の存在の可能性が高く、拡散のリスクが高いため、一定規模の土地の形質変更時に調査の契機としたものであるという制度趣旨を説明することが求められる。

小問(2)では、設例の事情を踏まえて、法第11条第1項の形質変更時要届出区域の指定を指摘し、説明することが求められる。

小問(3)では、【設例】の事実関係を的確に把握して、予定されている工事として、土地の掘削工事と土砂の搬出があることを指摘しつつ、形質変更時要届出区域に指定されている土地の場合、それぞれの工事でどのような規制がされているのかを説明することが求められる。具体的には、土地の掘削工事が土地の形質の変更に当たることを指摘しつつ、法第12条第1項に基づく届出義務のほか、同条第5項の計画変更命令を説明することや、土砂の搬出について、法第16条第1項の届出義務、法第18条の汚染土壤処理業者への委託義務及び法第20条の管理票を説明しつつ、本問におけるXに具体的にどのような義務があるかを説明することが求められる。

小問(4)では、小問(3)において説明をした規制を前提として、自然由来の汚染においてそれらの規制がどのように緩和されているのかを指摘することが求められる。具体的には、法第12条第1項第1号イにより、形質変更の事前の届出が不要であり、同条第4項による事後の届出で足りることや、法第18条第1項第2号により、搬出した汚染土壤について、一定の場合に、汚染土壤処理業者に委託する義務の免除が定められていることをいずれか一つ指摘しつつ、それらの違いがなぜ生じるのかを、「公害」といえるかどうかという観点や「リスク管理」という観点、「人為的活動」という観点等、環境法制の基本的理解を踏まえて、説明をすることが期待される。

小問(5)では、全額請求が可能であるか否かの結論を明示しつつ、その理由について論じることが求められる。具体的には、不法行為に基づく損害賠償請求権における相当因果関係の法的枠組みを前提として、法における汚染除去等の対策の考え方として掘削除去がどのような位置付けとされているかを説明し、形質変更時要届出区域であるため、法第8条が直接は適用されないこと、人の健康に危険が生じるおそれの程度及び他の対策方法の費用の検討の有無といった本問における事情を踏まえた上で、自説の結論とその理由を論理的に説明することが求められる。

### [第2問]

本問は、太陽光発電施設の建設工事の事業を題材に、環境影響評価制度の仕組みと課題に関する理解を問うものである。具体的には、環境影響評価法（以下「法」という。）の第二種事業の判定（スクリーニング）手続及び同手續が導入された目的について説明を求めるとともに、地方自治体が環境影響評価の手續に関する事項を条例で定めることが可能かどうか論じること

を求めている。あわせて、景観訴訟の文脈において、行政処分の相手方以外の第三者が当該処分によって不利益を受けるおそれがあるとして取消訴訟を提起する際の訴訟要件に関する基本的な理解を確認することも目的としている。

〔設問1〕(1)では、第二種事業の判定（スクリーニング）において、法第4条第1項に基づく届出を受理した者が、当該届出に係る事業について法の規定による環境影響評価を行うことが必要であると判定するのはどのような場合かを問うており、同条第3項に基づく解答が求められる。

〔設問1〕(2)では、法に第二種事業の類型が設けられた理由を問うている。法は、規模が大きく環境影響の程度が著しいものとなるおそれがある事業を環境影響評価の対象としている（法第1条、第2条第2項・第3項）。第一種事業が環境影響評価の実施が義務付けられているのに対して、第二種事業は法の規定による環境影響評価の必要性の有無を個別に判定することとされている。第一種事業に準ずる規模（第一種事業の規模に係る数値に対する比が0.75以上の数値の規模。法第2条第3項、環境影響評価法施行令第6条）であっても、環境影響の程度は個別の事業や事業を実施する地域の環境条件によって異なるため、環境影響の程度が著しいものとなるおそれのある事業はあり得ること、また、事業規模で一律に環境影響評価の要否を決めると、環境影響評価が必要とされる事業規模を僅かに下回る規模にすることで、いわゆるアセス逃れが生じ得ること等の説明が求められる。

〔設問2〕(1)の前段は、歴史的・文化的環境などの人工的環境要素について、法に基づく環境影響評価の限界を問うている。事業者は、対象事業に係る環境影響評価を行う方法について、対象実施区域及びその周辺の概況や、対象事業に係る環境影響評価項目並びに調査、予測及び評価の手法（当該手法が決定されていない場合にあっては、対象事業に係る環境影響評価の項目）等を記載した方法書を作成しなければならないが（法第5条）、法第11条第1項に基づき環境影響評価の項目並びに当該項目に係る調査、予測及び評価を合理的に行うための手法を選定するに当たっては、環境基本法第14条各号に掲げる事項の確保を旨として定められた指針（法第11条第4項）を参照することとなる。環境基本法第14条は、環境の保全に関する施策の策定及び実施に関して、第1号で「環境の自然的構成要素の良好な状態の保持」、第2号で「生物の多様性の確保及び自然環境の体系的保全」、第3号で「人と自然との豊かな触れ合い」に関する環境要素を挙げているが、歴史的・文化的環境などの人工的環境要素を含んでいない。（なお、環境省告示「環境影響評価法の規定による主務大臣が定めるべき指針等に関する基本的事項」は、環境影響評価の項目の範囲に、上記三つの環境要素とともに「環境への負荷」、「一般環境中の放射性物質」を含めている。）Aが乙事業の環境影響評価方法書の環境影響評価の項目に歴史的・文化的環境などの人工的環境要素を入れる必要はないと考えた理由については、こうした体系的理解を前提とする説明が期待される。

(1)の後段は、法と環境影響評価条例の関係を問うている。法第61条第2号は、第二種事業又は対象事業に係る環境影響評価の手続について、「この法律の規定に反しないものに限」り、条例で必要な規定を定めることを妨げるものではないとするが、法の評価項目以外の項目への条例による横出しを認めるか否かについては法文上明らかではない。よって、条例により、環境影響評価項目に歴史的・文化的環境などの人工的環境要素を入れることを事業者に義務付けることが、法に抵触するとの結論も、抵触しないとの結論もあり得るが、論理的一貫性をもった理由付けがなされていることが求められる。

〔設問2〕(2)の前段は、環境の保全の見地からの意見を有する者から提出された意見の取り扱いについて、事業者の手続的義務に関する基本的理解を問うている。事業者は、都道府県知事等に対し、方法書の段階では意見の概要を送付しなければならないが（法第9条）、準備書の段階では、意見の概要に加えて、当該意見についての事業者の見解も送付しなければならない（法第19条）。

(2)の後段では、法と環境影響評価条例の関係を再び問うている。条例により、方法書について環境の保全の見地からの意見を述べるに当たり公聴会を開催することをB県知事に義務付けることが、法第61条第2号の解釈として法に抵触するとの結論も、抵触しないとの結論もあり得るが、論理的一貫性をもった理由付けがなされていることが求められる。抵触しないとの結論の場合、公衆参加の観点を取り込んでいる解答は、環境影響評価制度の本質的要素の一つを意識している点で高く評価されよう。

〔設問3〕は、Cの原告適格（行政事件訴訟法第9条第1項）について、B県の反論を踏まえつつ論じることが求められる。行政処分の相手方ではないCが「法律上の利益」を有するか否かについては、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収・解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解されるかどうかを行政事件訴訟法第9条第2項に従って検討することとなる。その検討の過程では、Cの景観利益と、問題文で明らかにされているB県甲川流域保全条例の内容に言及することが期待される。

## 〔国際関係法（公法系）〕

### 〔第1問〕

本問は、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下「社会権規約」という。）と市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」という。）を素材としながら、条約法上の基本問題に関する知識と理解を確認することを目的とする。

設問1について、国際法上、「合意は守られなければならない」の原則に従い、条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）第26条が定めるように、「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない」が、社会権規約及び自由権規約は、「批准されなければならない」（社会権規約第26条第2項、自由権規約第48条第2項）ため、両国際規約はA国について効力を生じていない。しかしながら、このことは国際法上、社会権規約及び自由権規約がA国にとっていかなる法的効果も持たないことを意味するわけではなく、A国は両国際規約に署名していることから、条約法条約第18条に従えば、「条約の趣旨及び目的を失わせることとなるような行為を行わないようにする義務」がある。A国の大統領が行った通告は、国際法上、「条約の当事国とならない意図を明らかにする」ことにより、そのような義務を終了させることを目的としたものと考えられる。

設問2は、条約の留保ないし解釈宣言に関する理解を問うものである。B国の声明は、その表現（「B国は、社会権規約第8条第2項を想起し、自由権規約第22条第2項にいう『軍隊及び警察の構成員』を『軍隊若しくは警察の構成員又は公務員』と解釈するものであることを宣言する。」）からは、条約法条約には規定のない「解釈宣言」と捉えることも可能であるが、条約法条約第2条第1項(d)の「留保」の定義（「国が、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、・・・条約の批准・・・の際に単独に行う声明」）に照らした評価が求められる。この定義に照らしてB国の声明を「留保」と捉える場合には、「いずれの国も、次の場合を除くほか、・・・条約の批准・・・に際し、留保を付することができる。」と規定する条約法条約第19条が適用されることになる。同条に従うと、留保に関する規定を含んでいない自由権規約は、「当該留保〔B国の声明〕を付することを禁止している場合」（同条(a)）にも、「当該留保〔B国の声明〕を含まない特定の留保のみを付することができる旨を定めている場合」（同条(b)）にも該当しないため、「当該留保〔B国の声明〕が条約〔自由権規約〕の趣旨及び目的と両立しないものである」かどうかが、当該留保を付することができるかを判断するための基準となる（同条(c)）。留保に対しては他の締約国が異議を申し立てことがあるが（条約法条約第20条第4項(b)参照。）、B国の声明に対し

C国が異議を申し立てたという問題設定の下で、どのようなことを根拠としてB国の声明は自由権規約の趣旨及び目的と両立しないと主張できるかが問われる。自由権規約は、世界人権宣言を基礎としながら同時に採択された二つの国際規約の一つである。B国の声明は、そのような二つの条約の中の関連する規定において、あえて異なる表現が用いられているにもかかわらず、一方の条約（自由権規約）の規定を他方の条約（社会権規約）の規定に置き換え、その結果として自由権規約第22条第1項の権利の行使について、軍隊及び警察の構成員以外の公務員に対して合法的な制限を課すことが妨げられないように自由権規約の規定の法的効果を変更するものと言うことができる。C国は、例えばそのような点が自由権規約の趣旨及び目的と両立しないと主張し、B国の声明に異議を唱えたと考えられよう。

設問3は、自由権規約からの脱退が認められるかどうかについて、条約法条約第54条（条約又は当事国の同意に基づく条約からの脱退）及び第56条（廃棄又は脱退について規定していない条約）の当てはめを求めるものである。条約法条約第56条第1項によれば、自由権規約のように「終了に関する規定を含まずかつ廃棄又は脱退について規定していない条約」については、「当事国が廃棄又は脱退の可能性を許容する意図を有していたと認められる場合」又は「条約の性質上廃棄又は脱退の権利があると考えられる場合」を除くほか、脱退することができないことになる。例えば、設問にある自由権規約第41条に基づく宣言については、「[国際連合]事務総長に対する通告によりいつでも撤回することができる。」（自由権規約第41条第2項第3文）と明示的に定められているのに対して、自由権規約自体の廃棄又は脱退については規定していないことから、当事国が廃棄又は脱退の可能性を許容する意図を有していたとは認められないと考えることもできよう。

## [第2問]

本問は、海洋法、国家責任法及び慣習国際法と条約との関係という国際法の基本的分野に関する知識と理解を確認することを目的とする。

設問1は、海洋法に関する国際連合条約（以下「国連海洋法条約」という。）の国際海峡に関する条文（第3部）の適切な理解を問う問題である。X海峡が、国連海洋法条約第3部第2節が適用される国際海峡に当たるか否かを論じた上で、問題文において、一方で「X海峡は、A国の排他的経済水域の一部分とA国の排他的経済水域の他の部分との間に位置するA国領海内の海峡となった」とされ、他方で「X島からA国本土と反対の海側に12海里以上離れた水路を航行することもあった」とされていることを踏まえ、同条約第38条（通過通航権）及び第45条（無害通航）に照らして X海峡において外国船舶にいかなる通航権が認められるかについて論じることが求められる。

設問2は、国際司法裁判所（以下「I C J」という。）の1949年コルフ海峡事件判決で実際に争われたような海峡内での軍艦の触雷から生じる国家責任に関する問題である。同事件と同様に、問題文でも、「A国がそれら機雷を設置したという証拠はない」とされているため、機雷の設置自体についてA国の責任を追及することはできないが、「当時A国はX海峡を厳格な監視下に置いており、何者かが機雷を敷設しようとすれば、A国に知られることなく行うことはできなかった」とされていることから、どのような責任を追及することができるかが問題となる。同判決は、爆発の原因となった機雷の敷設はアルバニアが知ることなく行うことはできなかつたとした上で、アルバニアは自国領海における機雷の存在を外国船舶に通告する義務及び機雷に接近する英國軍艦に差し迫った危険を警告する義務を負い、警告を発する時間が十分あつたにもかかわらず、何ら行動をとらなかつたという不作為が、アルバニアの責任を生じさせるとした。同判決はこうした義務を領域使用の管理責任などから導いている。なお、A国は、国連海洋法条約第24条第2項に規定される「沿岸国は、自國の領海内における航行上の危険で自國が知っているものを適当に公表する」義務を負っているが、B国は同条約の非締約

国であり、同条約上の義務違反を追及することはできないため、同条を参照する場合も、条約と慣習国際法との関係に留意しつつ、慣習国際法に基づく議論が必要となる。

設問3は、国連海洋法条約上の紛争解決手続に関する問題であり、関連する条文を的確に理解することが求められる。同条約上の紛争の解決については第15部に規定があり、裁判所への付託に関するのは第286条に始まる同部第2節及び第3節である。問題文では、AC両国とも、国連海洋法条約第287条第1項に従い紛争解決手段として(a)国際海洋法裁判所を選択しており、A国としては、選択の相違を根拠として国際海洋法裁判所が管轄権を有さないと主張することはできない。しかし、C国は、同条約第298条第1項(b)に基づき、「軍事的活動に関する紛争」については同条約第15部第2節に定める手続を受け入れないことを宣言している。第298条第3項によれば、「1の規定に基づく宣言を行った締約国は、除外された種類の紛争に該当する紛争であって他の締約国を当事者とするものを、当該他の締約国の同意なしには、この条約に定めるいずれの手続にも付することができない」とされており、A国としては、同項に依拠して、国際海洋法裁判所が管轄権を有さないと主張することが考えられる。

## 〔国際関係法（私法系）〕

### 〔第1問〕

〔設問1〕は、涉外的な個別労働関係民事紛争に関する事案における国際裁判管轄権及び準拠法についての理解を問うものである。

〔設問1〕の〔小問1〕では、外国裁判所の専属的な国際裁判管轄を合意する①条項に基づき被告が妨訴抗弁を主張しているため、この管轄合意の効力が認められるかが問題となる。本件管轄合意は、民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第3条の7第6項が規定する将来において生ずる個別労働関係民事紛争を対象とするものであるところ、労働契約の終了時にされた合意でない点で同項第1号の要件を満たさず、また、労働者が合意された国の裁判所に訴えを提起しているものでもない点で同項第2号の要件も満たしていないため、その効力は認められず、したがって、①条項に基づくYの主張は認められない。

次に、本件訴えについて日本の裁判所の国際裁判管轄権は認められるかが問題となる。本件訴えは、個別労働関係民事紛争に関する労働者から使用者に対する訴えであるから、民訴法第3条の4第2項の適用がある。労務の提供の地が日本国内にあることから同項に基づき管轄権が肯定され、特別の事情（民訴法第3条の9）は特に認められないことから、本件訴えについて日本の裁判所の国際裁判管轄権が肯定される。

〔設問1〕の〔小問2〕では、労働契約上の安全配慮義務違反を理由として労働者が使用者に対して損害賠償請求をしていることから、本件は労働契約の効力の問題と性質決定され、その準拠法は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第12条及び第7条以下によって決定される。

②条項があるため通則法第7条により甲国法が準拠法となるものの、通則法第12条第1項によれば、当事者が選択した法である甲国法と本件労働契約の最密接関係地法とが異なる場合、最密接関係地法の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を労働者が使用者に対して表示したときは、その強行法規も適用される。そして、労働契約の最密接関係地法は、同条第2項により、「労働契約において労務を提供すべき地の法」と推定される。これを、本件の事情に当てはめて、労務提供地がどこであるかを判断することになる。この点、労働者が採用された当初は甲国で勤務していたが、入社1年後に日本に転勤し、それ以降本件事故当時まで7年間にわたり日本で勤務していることから、労務提供地は日本国内であると判断される（甲国が労務提供地であるとする判断もあり得なくはないが、短期出張先に甲国が含まれていることと給与支払先口座が甲国内にあるということという事情だけでは足りないであろう。）。したがって、本件労働契約の最密接関係地法は日本法と推定され、それを覆す事情もないことから、最密接関係

地法は日本法となる。そして、本件で労働者は、使用者に対し、日本法の「特定の強行規定」である労働契約法第5条の適用を表示していることから、同条も適用されることになり、Y社の主張は認められないことになる。

〔設問2〕は、不法行為の準拠法、特に使用者責任の準拠法や例外条項についての理解を問うものである。

本件は、被用者の不法行為に関する使用者の責任を理由とする使用者に対する損害賠償請求であることから、不法行為の問題であると性質決定され、通則法第17条によって準拠法が決定されることを示す必要がある。同条本文は加害行為の結果が発生した地の法を準拠法としているが、加害行為の「結果」が何を指すかが問題となる。この点につき、「結果」とは法益侵害の直接の結果であって派生的な損害は含まないとするのが通説であり、これによると、交通事故により被害者が人身傷害を負った乙国の法が準拠法となる（同条ただし書きは本件では問題にならない。）。

その上で、例外条項（通則法第20条）により、乙国よりも、被害者の常居所等の関係がある日本が明らかにより密接な関係がある地に当たらないかが更に問題となる。同条が例示する事情である「当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」に関して直接の加害者（被用者）でない使用者も「当事者」に含まれるか、含まれるとすれば法人であるA社の「常居所」はどこにあると考えるべきかを検討し、さらに、「その他の事情」の有無も検討して、同条により通則法第17条によって定まる上記の準拠法決定が覆るかについて検討することになる。

以上の検討の結果、日本法が準拠法となればそれだけが適用されるが、外国法が準拠法となるとの結論に達した場合には日本法も累積適用される（通則法第22条）ことになる。

## 〔第2問〕

〔設問1〕は、涉外事案において日本の裁判所に失踪宣告が申し立てられた場合につき、国際裁判管轄、準拠法及びその適用範囲についての理解を問うものである。

〔設問1〕の(1)は、失踪宣告事件の国際裁判管轄権を定める通則法第6条に照らして、甲国籍を有し甲国に住所を有するAについて、日本で失踪宣告の国際裁判管轄権が認められた理由の説明を求めるものである。同条第1項は、日本国籍を有するか、日本に住所を有する者について、失踪宣告にかかる原則的管轄を定めるが、本件ではこれらをいずれも満たさないため、同条第2項の定める例外的な国際裁判管轄権の有無が問題となる。特に同項にいう「不在者の財産が日本に在るとき」又は「不在者に関する法律関係が日本法によるべきときその他法律関係の性質、当事者の住所又は国籍その他の事情に照らして日本に関係があるとき」につき事案に当てはめて裁判所の判断過程を説明することとなる。

続いて〔設問1〕の(2)では、失踪宣告の直接的効果である死亡の擬制の準拠法を問うているところ、通則法第6条により日本法（民法第31条）が適用される。

〔設問1〕の(3)は、失踪宣告について通則法第6条第2項に基づき例外的管轄が認められる場合につき、失踪宣告の効力の及ぶ範囲について問うものである。同項によれば、不在者の日本所在財産についてのみ、又は不在者の日本に関係がある法律関係についてのみ日本の裁判所による失踪宣告の効力は発生するとされていることから、問題とされている不動産ア（不在者の財産であり日本に所在する。）、不動産イ（不在者の財産であるが日本に所在しない。）、不動産ウ（不在者の財産ではないが、日本に所在している日本人Cを被相続人とする相続の対象財産であり、日本法によりその相続による承継が判断される。）のそれぞれにつき、日本の失踪宣告の効力が発生しているかどうかが問題となる（不動産ア・ウにはその効力が及ぶことになるが、イについて効力が及ぶことを認めるためには、日本に関係がある法律関係であることを説得力を持って論ずる必要があろう。）。

〔設問2〕は、涉外事案において失踪宣告がされた後の処理につき、事案を分けてそれぞれ

の場合に国際裁判管轄権、準拠法及び外国失踪宣告の効力承認などの論点についての理解を問うものである。

〔設問2〕の〔小問1〕は、涉外事案にかかる失踪宣告取消事件の国際裁判管轄権及び準拠法についての理解を問うものである。失踪宣告事件の国際裁判管轄は上記の通り通則法第6条に定められているが、〔設問2〕の〔小問1〕の(1)で問うている失踪宣告取消事件の国際裁判管轄権については、家事事件手続法（以下「家事法」という。）第3条の3に規定が置かれているので、同条の各号に照らして判断すべきところ、本件では日本において失踪宣告があったので、日本の裁判所の国際裁判管轄権が認められる（同条第1号）。

〔設問2〕の〔小問1〕の(2)については、通則法には失踪宣告取消の判断にかかる準拠法を定める明文の規定がないことから、通則法第6条の類推適用又は同条を踏まえた条理により日本法によることとなる。

〔設問2〕の〔小問2〕は、外国裁判所による失踪宣告の効力の承認要件及びそれが認められた後の処理についての理解を問うものである。(1)の戸籍管掌者の判断は、家事法第79条の2が、外国裁判所の家事事件についての確定裁判につき、「その性質に反しない限り」民訴法第118条の規定を準用するとしていることに基づいている。その上で、民訴法第118条第2号は、対審手続における被告の手続的保護を図るものであり、裁判所の後見的機能に基づき利益の対立する相手方のない失踪宣告の裁判については同号の適用はその性質に反するが、民訴法第118条所定の他の要件はその性質に反しないと考えられたことから、戸籍管掌者は、同条第2号の要件のみ検討をする必要がないと判断したと説明することができる。

〔設問2〕の〔小問2〕の(2)では、甲国裁判所による失踪宣告の効力が日本で承認されることを前提に、失踪宣告が婚姻の解消という効果まで当然に生じさせることになるかを問うものである。通則法第6条により失踪宣告がされる場合について、その効果は死亡の推定だけであり、婚姻や相続への影響については、それぞれの単位法律関係の準拠法によるとするのが一般的な理解であり、そのことは外国でされた失踪宣告が承認された場合の日本における効果についても当てはまる説明をした上で、婚姻の解消については、婚姻の効力と法性決定するか、離婚と法性決定するかにより、通則法第25条か第27条のいずれが適用されることになるかを論ずることが求められる。なお、本問ではいずれに性質決定をしたとしても、同一常居所地又は日本人条項により日本法が準拠法になると考えられる。