

【公法系科目】

〔第1問〕

本年は、犯罪予防目的の行動監視を想定した架空立法を素材に、基本的人権に関わる基本的な法理が予防的権力行使を前にした場合にどのような形で妥当するかを問うこととした。被侵害利益を憲法上の基本権として正確に構成し、その侵害を正当化し得べきものとして問題文中に示される規制目的の性質を読み解いた上で、適切な違憲審査枠組みを自ら設定し、具体的な規制態様に関わる関係事実の中から法的評価にとって重要な要素をより出し、具体的な審査過程を通じて適切な権利侵害性の評価に関する結論を得る、という過程を経た論述が必要になる。この点は近時の司法試験の出題と共通しており、本年の問題も基本的な狙いはこれまでの出題意図を踏襲している。ただ、近未来における予防的権力行使の事例が想定されていることとの関係で、判例や学説に関する知識だけでなく、基礎的な法理の内容や規範構造に関する理解と、こうした法理を応用する能力が試されることになる。

監視に関わる問題であることから、まず、公権力によって自らが所在する位置情報を強制的に収集されない権利をどのように構成するかが問われる。この権利は、判例に多く現れた「私生活をみだりに公開されない権利」としてのプライバシー権とは異質な構造を持つ。本問で侵害された権利を特定するためには、公権力による情報収集に対する意味におけるプライバシー権を組み立て、監視という権力的状況を意識化することによって監視対象者において生じる行動制限が実体的な自由の権利を害するという点をしっかりと把握することが必要となる。

なお、被侵害利益という観点からは、警告・禁止命令（以下「禁止命令等」という。）という後の段階における直接の行動制限が生じ得る点も考察の対象となり得るが、ここでは具体的な禁止命令等の効力を争う段階ではないため、禁止命令等の可能性は単に先取り的な仮想論点であるに留まることに注意すべきである。また、本問の架空立法における身体的侵襲という設定はかなりショッキングなものであり、一読したところで違憲の印象をかき立てるかも知れない。しかし、問題文における限定を通じて「監視措置及びそのための身体的侵襲は刑罰か？」という問い合わせから独立して正当化可能性それ自体を問う文脈に乗せた場合、身体的侵襲による被侵害利益を憲法のどの条項に位置付け、どの程度の保障を与えるかはかなり難しい点となるだろう。

次に、プライバシーや実体的な自由の権利という形で被侵害利益が特定されたとして、こうした権利侵害の正当化可能性を問うためにどのような違憲審査基準を設定するのかに関しても、判例・学説上の手掛かりは少ない。一般的には、本問における被侵害利益との関係で厳格な審査が当てはまると言及するのは容易ではなく、適切な違憲審査の土俵設定自体をどのように説明するのかについても、違憲審査基準一般に関する受験生の深い理解が問われることになる。具体的には、アメリカ型の議論にいう厳格審査なのか、厳格な合理性なのか、合理性審査なのか、何らかのモデルに基づく利益衡量的審査なのか、他方、ヨーロッパ型の議論にいう比例性審査なのかなど、様々な審査枠組みが提唱可能である。したがって、答案の評価は、どのような枠組みを採用したかという点よりも、どのような理由で審査基準の採用が説得的に説明されているかを軸に行われることになる。

この違憲審査基準を適用する際には、まず、本件規制にあっては、法による「既遂の行為に対する制裁」の威嚇を通じた伝統的な基本権制限が問題となっているのではなく、将来における害悪発生を予防するために現時点において個人の行為に制限を課す、いわゆる「規制の前段階化」と呼ばれる傾向の権力行使の憲法上の正当性が問われていることが問題となる。

「被害が発生してからでは遅すぎる」という発想で、被害発生を不可能にすることを狙った公権力行使が行われるわけだが、それは、基本権保障との関係でどのように評価されるべきか。害悪の発生につながり得る行為を包括的に制限し得ると考える「予防原則」を、犯罪予防との関係でも採用し得るのか。伝統的な基本権保障の枠組みでは、もともと、権利行使の

結果として害悪が発生する（ことが立証可能な）場合に限って権利制限が正当化されると考え、その限りにおいて権利保障が原則、権利制限が例外であると位置付けられるが、予防原則を全面的に採用した場合には、この原則・例外関係が逆転し、害悪発生の可能性だけで権利制限が広範に正当化されることになる。

なお、以上に述べた「予防原則」や「規制の前段階化」等の用語を表記することは解答上必須ではないが、本問規制の目的や、その目的がどの範囲における手段を正当化するかを考慮する際には、予防目的を掲げることによって国家の在り方に根本的な変容が生じることを見越した予防目的の位置付けが必要になる。ここまで論証水準に到達することは容易ではないとしても、少なくとも、違憲論を唱えるならば「再犯は国家として予測可能であり、それを放置したことによって生じた被害に対して国はどのような責任の取り方ができるのか」という被害者側の視点を、他方、合憲論を探るならば「現行の犯罪防止システムでは一定範囲の再犯被害については妥協するという社会的決断が前提になっているのであり、潜在的な確率論的リスクによる概括的な正当化によっては過酷な監視措置の憲法上の許容性は基礎付けられない」という監視対象者側の視点を、それぞれ織り込むところまで掘り下げが行われているかどうかが、採点上の重要な分かれ目となる。

違憲審査基準の適用に当たって評価の対象となるのは、まず、自らの設定した違憲審査枠組みが正確かつ一貫した形で記述されているか否かである。さらに、被侵害利益ごとに、権利侵害の度合いを決定する事実や、当該権利制限が規制目的の達成に貢献する度合いを評価する上での重要な事実など、本問の事実関係の中で法的評価を行う際に比重の判定を行うべき事実要素が適切に取り上げられているかどうかも重要な採点基準となる。具体的には、問題文中で示され、かつ侵害度が高いものとされたブレスレット型という他の代替的規制手段の評価や、最長監視期間が20年と長期にわたることに対する評価などにおいて、多面的な侵害状況に対する信頼できる議論の展開が求められる。

配点については、〔設問1〕において原告の主張を、〔設問2〕において被告の主張を、それぞれ想定した上で私の見の展開を求める形を探った。私の見を重視したいという意図は昨年の問題を踏襲しているが、論点提示を〔設問1〕でまとめる形を探ることによって、〔設問2〕では自説の説明に集中することを期待したものである。

[第2問]

本問は、株式会社Aが建築しようとしているスーパー銭湯（以下「本件スーパー銭湯」という。）及びこれに附属する自動車車庫（以下「本件自動車車庫」という。）の建築を阻止しようとする周辺住民のX1ら及びX2らが、特定行政庁Y1市長がした本件自動車車庫の建築に係る建築基準法第48条第1項ただし書に基づく許可（以下「本件例外許可」という。）の取消しを求める訴訟及び指定確認検査機関Y2がした本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫の建築に係る建築確認（以下「本件確認」という。）の取消しを求める訴訟における法的問題について論じさせるものである。論じさせる問題は、本件例外許可の取消訴訟におけるX1ら及びX2らの原告適格の有無（〔設問1〕）、本件例外許可の適法性（〔設問2〕）、本件確認の取消訴訟において本件例外許可の違法事由を主張することの可否（いわゆる違法性の承継の問題、〔設問3〕）、本件建築確認の適法性（〔設問4〕）である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、建築基準法及び関係法令の関係規定の趣旨を読み解いた上で、取消訴訟の原告適格、違法性の承継及び本案の違法事由について論じる力を試すものである。

〔設問1〕については、行政処分の名宛人以外の第三者の原告適格が問題となる。行政事件訴訟法第9条第2項と最高裁判所の判例を踏まえて判断枠組みを提示した上で、行政処分の根拠法規の処分要件及び趣旨・目的に着目し、関係法令の趣旨・目的を参照し、被侵害利益の内容・性質を勘案し、当該根拠法規がXらの主張する被侵害利益を個別的利益として保

護する趣旨を含むか、どの範囲の者が原告適格を有するのかについて論じることが求められる。本件では、Xらの主張する「良好な住居の環境下で生活する利益」について、建築基準法が一般に想定していると解される建築物の倒壊、火災、日照被害等による直接的な被害や、都市計画法に基づく用途地域の指定等によって、地域地区に居住する住民が享受する反射的・間接的利益と比較して、「法律上保護された利益」といえるかについて検討することが求められる。その上で、X1ら及びX2らが主張する利益の内容・性質に即して、原告適格を肯定することができるかについて論じることが求められる。特に、X2らについては、本件要綱において、一定の範囲の者に公聴会に参加する機会が付与されていることとの関係についても検討することが期待される。

〔設問2〕は、本件例外許可の違法事由として、第1に、建築審査会の同意に係る議決の手続上の瑕疵が問題となる。まず、建築審査会の同意には处分性が認められず、本件例外許可の取消訴訟の中で同意の違法性を争うことになることを前提とし、建築審査会制度の趣旨や除斥事由が定められた趣旨を踏まえた上で、除斥事由がある者1名の票を除外しても建築審査会の議決の結論が変わらない場合においても、なお、本件例外許可は違法といえるかについて論じる必要がある。第2に、Y1市長による本件例外許可についての裁量権の範囲の逸脱、濫用の有無が問題となる。本件要綱の法的性質について、例外許可は裁量処分であり、本件要綱は裁量基準（行政手続法上の審査基準）に当たることを示した上、例外許可については裁量処分とはいえ、公聴会制度を設けてその判断の適正が担保されていること、本件要綱で挙げられた事情が考慮されていないことを踏まえて、裁量権の範囲の逸脱、濫用があると主張することができないかを論じることが求められる。

〔設問3〕は、いわゆる違法性の承継の問題であるが、取消訴訟の排他的管轄と出訴期間制限の趣旨を重視すれば、違法性の承継は否定されることになるという原則論を踏まえた上で、まず、違法性の承継についての判断枠組みを提示することが求められる。その上で、最高裁判所平成21年12月17日第一小法廷判決（民集63巻10号2631頁）の判断枠組みによる場合には、違法性の承継が認められるための考慮要素として、実体法的観点（先行処分と後行処分とが結合して一つの目的・効果の実現を目指しているか）、手続法的観点（先行処分を争うための手続的保障が十分か）という観点から、本件の具体的な事情に即して違法性の承継を肯定することができるかを論じる必要がある。

〔設問4〕は、本件建築確認の違法事由として、第1に、本件スーパー銭湯が建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」に該当するかが問題となる。条文の文言解釈、公衆浴場が第一種低層住居専用地域に建築できる建築物とされた趣旨、「一般公衆浴場」とスーパー銭湯との異同を踏まえて検討することが求められる。第2に、本件スーパー銭湯の飲食店部分について、建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」に該当するかが問題となる。第一種低層住居専用地域に建築できる飲食店は兼用住宅に限られ、かつ、面積の制限があること（建築基準法別表第二（い）項第2号、建築基準法施行令第130条の3第2号）などに照らして、本件スーパー銭湯の飲食コーナー及び厨房施設の規模等を踏まえて、「公衆浴場」に該当するかを検討することが求められる。

【民事系科目】

〔第1問〕

本問は、未成年者Cの親権者であるAが、自らの遊興により生じた借金を返済するためにCの所有する甲土地及び乙土地をCに無断でEに売却した後、Dと婚姻したCが死亡してCをAとDが相続し、その後更にEが乙土地をFに売却した事例（設問1）、Eが自己の事業の借金の返済に充てる資金をGの主宰する賭博で得るために、仕入先のH及び知人Kとの間で、Eの叔父Lの連帯保証付きで借金をする契約書を作成した後、貸金をEに交付したHがその

貸金債権をMに売却し、貸金をEに交付しなかったKが、契約書の存在を奇貨としてLに連帶保証債務の履行を請求し金銭を支払わせた事例（設問2）を素材として、民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用力を問う問題である。

当事者の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、その前提として、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などが試される。

設問1は、親権者とその子との間の利益相反行為の成否、親権者による代理権濫用の成否とその効果という事項に対する理解を問うとともに、それを前提として、子について共同相続があった場合の法律関係、親権者の行為の相手方と取引をした第三者の保護について検討することにより、民法の基本的知識及びそれに基づく論理構成力を問うものである。

小問(1)では、Eは、A及びDに対して、甲土地の所有権移転登記手続を請求しており、その根拠は売買契約に基づく債権的請求又は所有権に基づく物権的請求であることを指摘した上で、その請求の当否について検討することが求められる。いずれの請求の場合にも、AがCの代理人としてEとの間で甲土地の売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結したこと、A及びDがCを共同で相続した結果、Cの所有権移転登記手続義務を包括承継したこと（なお、最判昭和36年12月15日民集15巻11号2865頁は、売主の共同相続人の登記義務は民法第430条の不可分債務である旨判示している。）により、Eは、A及びDに対し甲土地の所有権移転登記手続を請求することが可能となる。

まず、これに対するA及びDの反論として考えられるのは、本件売買契約が民法第826条の利益相反行為に該当するという主張である。もっとも、利益相反行為に該当するか否かの判断基準に関して判例（最判昭和42年4月18日民集21巻3号671頁）の外形説を採用する場合には、本件売買契約は利益相反行為に該当しないことになり、それを踏まえた上で、親権者の代理権濫用について論ずることが求められる。この場合、AがC所有の甲土地を売却した行為が判例（最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁）のいう「子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」があるとして代理権濫用に該当するか否かについて、本間に示された事実関係に即して適切な当てはめをすることが求められる。

代理権濫用の効果については、平成4年の判例のように、親権者の行為の相手方が代理権濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法第93条ただし書の類推適用により親権者の行為の効果は子には及ばないという構成が考えられる。それによれば、EはAの代理権濫用の事実について悪意であるから、Aの行った本件売買契約の効果はCに及ばないことになる。ただし、代理権濫用を無権代理とする構成（無権代理説）や、代理権濫用について相手方に悪意又は（重）過失が認められる場合にはその相手方は代理による効果帰属を信義則上主張できないとする構成（信義則説）もあり得るところであり、適切な理由付けによって判例と異なる論じ方をすることは排除されていない。また、民法第826条の利益相反行為について外形説に依拠して検討することが必須ではなく、判例と異なる実質説を探って利益相反行為に該当するとした場合でも、適切な理由付けの下に説得力のある検討が行われていれば、それに相応した評価が与えられる。

次に、CをA及びDが共同相続したことにより、上記で論じた法律関係がどのような影響を受けるのか、いわゆる「無権代理と相続」の論点における無権代理人共同相続型の判例（最判平成5年1月21日民集47巻1号265頁）との関係が問題となる。利益相反行為につき実質説を採った場合や、無権代理説による場合は、この判例がそのまま妥当する。平成5年の判例は、追認権はその性質上相続人全員に不可分に帰属するから、共同相続人全員が共同して行使しない限り無権代理行為が有効となるものではないとしており、本問では共同相

続人の1人であるDが追認を拒絶しているので、Eは甲土地の所有権を取得できない。また、民法第93条ただし書類推適用説による場合には、平成5年の判例がそのまま妥当するわけではないが、民法第116条に基づく追認の可否を問題とした上で、平成5年の判例と同様に追認権の行使について論ずるか、あるいはAの代理権濫用についてEに悪意があることを理由としてEが甲土地の所有権を取得することはないと論ずることが考えられる。もっとも、相続人の追認権については、相続分に応じて可分に帰属するという考え方もあり、判例の立場で論ずることは必須ではなく、適切な理由付けの下に厚みのある検討が行われ、整合的な結論が示されていれば、それに相応した評価が与えられる。

小問(2)では、DのFに対する乙土地の所有権移転登記抹消登記手続等の請求について、民法第252条ただし書の保存行為、あるいは共有持分権に基づく物権的請求権が根拠となることを指摘した上で、無権利者Eと取引をした第三者Fの保護について論ずることが求められる。第三者Fの保護の点に関しては複数の考え方があり得る。

まず、乙土地はAとDの共有物であるのにE名義の登記がされていたことを理由に、民法第94条第2項を類推適用してFを保護する考え方である。これによれば、Cやその地位を包括承継したA及びDが虚偽の外観を作出し、あるいはあえて虚偽の外観を放置したと評価される場合に、Fは乙土地の所有権を取得する可能性がある。本間に示された事実関係からすれば、CやD自身の行為に着目してその帰責性を認めることには困難が伴うが、Cの帰責性を評価する際には、AがCの親権者であるという事情も関係し得る。一般的には、Aは法定代理人であり、Cの意思に基づいてAに代理権が授与されたわけではないから、この事情はCの帰責性を否定する方向に働く。しかし、Cの親権者であるAの包括的な代理権によって私的自治が補充されCが継続的に利益を受けているとして、代理権濫用の危険はCが負担すべきであるとする考え方もあり得る。

また、Fについて民法第94条第2項が類推適用されるとしつつも、その根拠を上記のような虚偽の外観の放置ではなく、代理権濫用について民法第93条ただし書が類推適用されることに求める考え方もあり得る。最判昭和44年11月14日民集23巻11号2023頁は、手形保証についてこのような立場を採っている。もっとも、心裡留保における表意者には虚偽の外観を作出したのと同等の帰責性が認められるが、代理権濫用における本人の帰責性をこれと同視することはできず、また、上記判決は手形保証に関する判断であるから、その射程については慎重な検討をする。

さらに、代理権濫用について信義則説を探った上で、本人Cを相続したA及びDは、第三者Fとの関係では、第三者Fが信義則に反する者でない限り（Aの代理権濫用について悪意又は〔重〕過失が認められない限り）、代理行為の効果帰属を拒むことができない、という考え方もあり得る。

このように、第三者Fの保護の在り方については複数の考え方があり得るが、理由を明示した上で一定の立場を採り、それを本間に当てはめて整合的な結論を導いているものについては、その法的構成力・推論力に照らし、相応の評価が与えられる。

設問2は、賭博目的の消費貸借契約に基づく貸金債権が譲渡された事例と、存在しない貸金債務を主債務とする連帯保証債務が履行された事例を素材として、貸金債権の関係者をめぐる諸々の法律関係を、民法第90条や同法第708条、同法第459条等の正確な理解に基づき分析した上で、事案に即した妥当な解決を導くことができるか否かを問うものである。

小問(1)では、まず、賭博目的の消費貸借契約による債権の成否について的確に検討することができるかどうかが試されている。賭博目的の消費貸借契約は、それ自体が不法なものではなく、不法な動機が一方当事者であるEの心裡にあるにすぎないが、Hは賭博目的を知っているので、EH間の消費貸借契約は公序良俗に違反し無効となり（民法第90条）、その結果、HのEに対する消費貸借契約上の債権は発生しないことになる。

次に、この存在しない債権がHからMに譲渡され、その債権譲渡につき債務者Eが民法第468条第1項の異議をとどめない承諾をしていることから、その債権の不存在をEがMに対抗しうるか否かが問題となる。この点に関しては、賭博の勝ち負けによって生じた債権が譲渡された場合において、その債権の債務者が異議をとどめずに承諾したときであっても、債務者に信義則に反する行為があるなどの特段の事情のない限り、債務者は、その債権の譲受人に対して債権の発生に係る契約の公序良俗違反による無効を主張してその履行を拒むことができるとした判例（最判平成9年1月11日民集51巻10号4077頁）が存在するが、本問の事案は、当該判例の事案とは異なり、賭博の負け金債務ではなく、賭博目的の貸金債権が譲渡されたものであるから、そのことを意識した上で、MがEに対し契約上の債権を行使することができるかについて、事実を的確に分析した上でその請求の当否を検討することが求められる。

小問(2)では、E H間の消費貸借契約が公序良俗違反により無効であることを前提とした上で、HがEに交付した500万円について、HのEに対する「法定債権」である不当利得返還請求権をMが行使することが考えられる。ここでは、HのEに対する不当利得返還請求権の成否について、不法原因給付に関する民法第708条が適用されるか否かを吟味しつつ論ずるとともに、HのEに対する不当利得返還請求権をMが行使するための法律構成を論ずることが期待されている。後者の点については、複数の法律構成が考えられる。

まず、MがHのEに対する不当利得返還請求権を行使するための法的根拠としては、HがMに対し「平成26年4月1日付消費貸借契約に関する債権」を譲渡していることから、その契約の解釈として、貸金債権だけでなく、不当利得返還請求権もHからMに譲渡されたものと認められることが考えられる。このような契約の解釈に当たっては、不当利得返還請求権も譲渡された場合とそうでない場合とを対比して、M及びHやHの一般債権者の利害状況を分析することが求められている。

また、HのEに対する不当利得返還請求権はMに譲渡されていないことを前提とした上で、債権者代位権によって、Mが、HのEに対する不当利得返還請求権を行使することも考えられる。この場合、債権者代位権の要件として、MのHに対する被保全債権の存在及びHの無資力が充足されることと、請求の範囲は被保全債権の額が上限となることを指摘することが期待されている。

小問(3)では、委託を受けた保証人が連帯保証債務の履行として金銭を支払ったものの、主たる債務が存在しなかった場合における主債務者と保証人との間の法律関係についての分析とともに、保証人の主債務者に対する債権が成立するかどうかが問われている。保証債務の付從性自体は基礎的な知識に属するが、ここで示されている問題自体については、判例や学説において必ずしも明確に議論されているわけではない。ここでは結論の妥当性も視野に入れて適切に論ずることが期待されており、応用的な能力を問う問題である。

そもそも、LはEの保証委託を受けた結果としてKに対して584万円を支払っており、その支払の際にEに事前の通知をしているのだから、Kの無資力の危険をLが負うとするのは不合理である。単に付從性のみを論ずるのではなく、こうした結論の妥当性も視野に入れた上で、Lを保護する法律構成を見いだすことが、本問では期待されている。

まず、主債務者と保証人との間に保証委託契約が存在することから、委任の特則である民法第459条に基づき、LがEに対して求償権を有するという構成が考えられる。その場合、民法第459条の求償権の成立要件として、(i)主たる債務の存在、(ii)主たる債務に関する債権者と保証人との間の保証契約、(iii)保証人が債権者に対して保証債務の履行をしたこと、(iv)保証人と主たる債務者との間の保証委託契約を挙げた上で((v)保証人の無過失を要件として挙げる学説もある。)，それらに該当する事実の有無を判断することが求められる。

本問では、KはEに金銭を交付していないため、KのEに対する貸金債権は成立していない

いので、(i)の要件は充足されない。しかし、Lが主債務の存在を前提としてKに584万円を支払った原因は、LがEに事前の通知をしたにもかかわらず、EがLに主債務の不存在を説明しなかったからである。民法第463条第1項が準用する民法第443条第1項により、保証人が事前の通知をせずに弁済をした場合、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その事由をもって保証人に対抗することができるとされていることを踏まえると、保証人が事前の通知をしたが、主債務者が債権者に対抗することができる事由（主債務の不存在）を有している旨の返答をしなかった場合には、主債務者はその事由をもって保証人に対抗できないとの考え方があり得よう。これを本間に示された事実関係に当てはめた場合、EはLからの民法第459条に基づく求償を、主債務の不成立を理由に拒むことはできないことになる。

このほか、Lの請求の根拠としては、民法第650条第1項の費用償還請求権に基づくものも考えられる。この場合には、LのKに対する出捐が、同項の「委任事務を処理するのに必要と認められる費用」、すなわち、事務処理の際に受任者が善良な管理者の注意をもって必要と判断して支出した費用に当たるか否かを確認することが求められる。

また、主債務が存在しない場合に連帯保証債務の履行として金銭を支払うことは保証委託の範囲外であるなどの理由により、Lの出捐は費用ではなく損害であると解釈するならば、LはEに対し民法第650条第3項や同法第415条に基づく損害賠償請求権を行使するという考え方を探る余地もある。

いずれの法律構成を探る場合においても、Lによる事前の通知に対しEが適切に対応しなかつたことが的確に評価されていれば、民法第459条に基づく求償権を認める答案と同等の評価が与えられる。

[第2問]

本問は、① 会社法上の公開会社でない取締役会設置会社において、取締役会の開催に当たり、当該取締役会において解職決議がされた代表取締役に対する招集通知を欠いた場合における当該取締役会の決議の効力（設問1(1)）、② 取締役の報酬の額について、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で取締役会の決議によって役職ごとに一定額が定められこれに従った運用がされていた会社において、役職の変動に伴い、その運用により定まる報酬の額よりも更に減額する旨の取締役会の決議がされた場合に、取締役が会社に対して請求することができる報酬の額（設問1(2)）、③ 株主総会において取締役から解任された者が、その解任について正当な理由がないとして、損害賠償請求をした場合における会社の損害賠償責任（設問2(1)）、④ 役員の解任の訴えの手続と、役員の解任を議題として招集された株主総会が定足数を満たさずに流会となった場合において、役員の解任の訴えを提起することの可否（設問2(2)）、⑤ 役員等の会社に対する損害賠償責任と、大企業である取締役会設置会社における代表取締役等の内部統制システムの構築義務及び運用義務（設問3）に関する理解等を問うものである。

設問1(1)においては、取締役会の招集権者（会社法第366条第1項）や、取締役会の目的である事項の特定の要否を含む招集手続（会社法第368条第1項）、決議要件（会社法第369条第1項、第2項）について正確に理解していることが前提となる。そして、取締役会の開催に当たり、一部の取締役に対する招集通知を欠いた場合には、特段の事情がない限り、その招集手続に基づく取締役会の決議は無効であるが、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情があるときは、決議は有効であるとする判例（最三判昭和44年12月2日民集23巻12号2396頁）や、代表取締役の解職決議については、その代表取締役は、特別利害関係を有する者に当たるとする判例（最二判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁）を意識しながら、会社法上の公開会社でな

い取締役会設置会社において（いわゆる閉鎖会社においては、特別利害関係を有する者に当たらないという見解等もある。），取締役会の開催に当たり、当該取締役会において解職決議がされた代表取締役に対する招集通知を欠いた場合に、上記の特段の事情があると認めることができるかどうかを説得的に論ずることが求められる。その際には、特別利害関係を有する者に当たると、当該取締役会の審議に参加して意見を述べることも認められないか否かや、Aが当該取締役会の審議に参加することが認められる場合であっても、Aの意見が決議の結果を動かさないであろうことが確実に認められるか否かなどについても触れつつ、事案に即して具体的に検討されることが望ましい。

設問1(2)においては、取締役の報酬等の額について、定款に定めていないときは、株主総会の決議によって定めるが（会社法第361条第1項），判例（最三判昭和60年3月26日判時1159号150頁）は、株主総会の決議により、取締役全員に支給する総額の最高限度額を定め、各取締役に対する配分額の決定は、取締役会の決定に委ねてもよいとしていることや、取締役の報酬等の額が具体的に定められた場合には、その額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、当該取締役が同意しない限り、会社が一方的にその報酬等の額を減額することはないと解されていること（最二判平成4年12月18日民集46巻9号3006頁参照）を意識しながら、取締役の報酬等の額について、株主総会の決議によって定められた報酬等の総額の最高限度額の範囲内で、取締役会の決議によって役職ごとに一定額が定められ、これに従った運用がされていた場合に、取締役が、役職の変動に伴う報酬の減額に同意していたと認められるかどうかを事案に即して論ずることが求められる。なお、上記のとおりの運用により定まる報酬の額の範囲内で、Aが、役職の変動に伴う報酬の減額に同意していたと認められるすれば、Aの報酬の額を減額する旨の定例取締役会の決議の後であっても、Aは、甲社に対し、その運用により定まる月額50万円の報酬を請求することができるとなろう。

設問2(1)においては、取締役は、いつでも、かつ、事由のいかんを問わず、株主総会の決議によって解任することができる（会社法第339条第1項）が、会社は、その解任について正当な理由がある場合を除き、任期満了前に取締役を解任したときは、取締役に対し、解任によって生じた損害を賠償しなければならない（同条第2項）ことを理解していることが前提となる。その上で、Aが、事業の海外展開を行うために必要かつ十分な調査を行い、その調査結果に基づき、事業の海外展開を行うリスクも適切に評価していたことから、このような経営判断に基づいた海外事業の失敗が、正当な理由に含まれるかどうかについて、会社法第339条第2項の趣旨や「正当な理由」の意義も踏まえつつ、説得的に論ずることが求められる。そして、このような海外事業の失敗が正当な理由に含まれないとする場合には、会社が取締役に対して賠償しなければならない損害の範囲ないし額について、Aの取締役としての任期が8年と長期間残っていたことをその減額要素として考慮することができるかどうかにも言及した上で、検討することも求められる。

設問2(2)においては、役員の解任の訴えについては、会社法上の公開会社でない株式会社の場合には、役員の職務の執行に関し不正の行為等があったにもかかわらず、当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたときに、総株主（当該役員を解任する旨の議案について議決権を行使することができない株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）の議決権の100分の3以上の議決権を有する株主（当該役員を解任する旨の議案について議決権を行使することができない株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）又は発行済株式（当該株式会社である株主及び当該請求に係る役員である株主の有する株式を除く。）の100分の3以上の数の株式を有する株主（当該株式会社である株主及び当該請求に係る役員である株主を除く。）が、当該株主総会の日から30日以内に提起することができる（会社法第854条第1項、第2項）を説明することが求められる。

また、役員の解任の訴えについては、会社及び当該役員を被告とすること（会社法第855条）や、本問においては、代表取締役Bが株主として甲社及び取締役Aを被告として役員の解任の訴えを提起することとなるため、監査役が甲社を代表すること（会社法第386条第1項第1号）、役員の解任の訴えは、会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属すること（会社法第856条）を説明することも期待される。

その上で、役員の解任を議題として招集された株主総会が定足数を満たさずに流会となつた場合において、役員の解任の訴えを提起することができるかどうかについて、会社法第854条第1項に規定する「当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき」の意義を役員の解任の訴えの制度の趣旨等に照らして解釈するなどしながら、説得的に論ずるとともに、会社資金の流用という役員の職務の執行に関し不正の行為等があったと認められることに言及することが求められる。

設問3においては、取締役は、株式会社に対し、その任務を怠ったこと（任務懈怠）によって生じた損害を賠償する責任を負うこと（会社法第423条第1項）や、任務懈怠責任は、取締役の株式会社に対する債務不履行責任の性質を有するため、任務懈怠、会社の損害、任務懈怠と損害との間の因果関係に加え、取締役の帰責事由が必要であること（会社法第428条第1項参照）について理解していることが前提となる。そして、大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は、内部統制システムの整備を決定しなければならず（会社法第362条第5項、第4項第6号）、善管注意義務（会社法第330条、民法第644条）及び忠実義務（会社法第355条）の一内容として、取締役は、取締役会において、会社が営む事業の規模や特性等に応じた内部統制システムを決定する義務を負い、代表取締役等は、取締役会の決定に基づいて、事業の規模等に応じた内部統制システムを構築して運用する義務を負うことについて、的確に論ずることが求められる。

その上で、まず、甲社について、その事業の規模や特性等に応じた内部統制システムが決定され、構築されているかどうかを事案に即して丁寧に検討することが求められる。

次に、構築された内部統制システムの運用については、C及びDのそれぞれに任務懈怠が認められるかどうかを事案に即して丁寧に検討することが求められる。Cに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、構築された内部統制システムを運用する際に、会社が営む事業の規模や特性等に応じた内部統制システムが外形上機能している場合には、他の役職員がその報告のとおりに職務を遂行しているものと信頼することができるかどうかについても、検討することが期待される。また、Dに任務懈怠が認められるかどうかを検討するに当たっては、これまで甲社において同様の不正行為が生じたことがなく、また、会計監査人からも不正行為をうかがわせる指摘を受けたことがなかったものの、本件通報は甲社の従業員の実名によるものであることなどの事情を踏まえた上で、本件通報があった旨の報告を受けていたDが、本件通報には信ぴょう性がないと考え、本件通報等の調査を指示しなかつたことなどをどのように評価すべきかについても、具体的に検討することが期待される。

そして、任務懈怠及び帰責事由が認められるとする場合には、因果関係が認められる損害の範囲ないし額についても、検討することが求められる。なお、構築された内部統制システムの運用について、Dに任務懈怠があったと認められるとしても、本問において、Dは、平成27年3月末に本件通報があった旨の報告を受けており、甲社は、乙社に対し、同年4月末に残金合計3000万円を支払ったこと、他方で、Cの指示により甲社の法務・コンプライアンス部門が調査をした結果、2週間程度で、EとFが謀り、本件下請工事について不正行為をしていたことが判明したことからすれば、Dの任務懈怠との間で、当然に因果関係が認められる損害の範囲ないし額は、EとFが着服した5000万円の全額ではなく、甲社が乙社に対して同月末に支払った3000万円とする考えられよう。

[第3問]

本問は、権利能力なき社団の構成員に総有的に帰属する財産をめぐる紛争を基本的な題材として、①当該社団の構成員が原告となって総有財産の所有関係を第三者に主張する場合には、それが固有必要的共同訴訟に当たることを前提に、そのような訴訟を現実に遂行した場合に生じ得る問題についての解決方法（〔設問1〕）、②当該社団が原告となり社団の元代表者等を被告として総有財産の帰属関係等を争う訴訟において、元代表者が解任決議の無効や会長の地位確認を求める訴えを反訴で提起することにつき、訴えの利益や反訴要件の有無（〔設問2〕）、③当該訴訟において敗訴した被告の方が他方の被告に対して債務不履行責任を追及する場合に、前訴においても審理された総有財産の帰属に関して改めて審理・判断することの可否（〔設問3〕）に関して、検討をすることが求められている。

これらの課題に含まれる論点は、基礎的なものも少なくないが、全体の分量との関係では、その論点についての正確な知識に基づく解答を端的に論述することが必要であり、また、問題文には関連判例等を踏まえた問題意識が多く示されているから、これらに的確に応答し、論述することが期待されている。

〔設問1〕では、まず、総有権確認請求訴訟という形態で、総有財産の所有関係を第三者に主張することが固有必要的共同訴訟に当たるとされる理由についての分析が求められている。総有財産に関する紛争形態は様々であるものの、本件の訴訟物は総有権を第三者に確認するというものであるから、固有必要的共同訴訟に当たる理由の説明もそれに応じたものとする必要がある。

そして、このことを踏まえつつ、本件のXのように相応に構成員の数の多い権利能力なき社団において構成員を原告として訴えを提起しようとした場合に、実際にどのような問題が生じ得るかを検討し、考えられる解決方法を提示することが求められている。そして、弁護士L1と司法修習生P1との間の会話では、構成員の中に反対者がいた場合にどのようにして訴えの適法性を確保するべきかという問題意識が示されている。典型的には反対者を被告として訴えを提起することが想定されるが、その際には、先に述べた、総有権確認請求訴訟が固有必要的共同訴訟とされる論拠と整合性のある説明を工夫することが期待される。さらに、続いて、訴え提起後に構成員に変動が生じた場合、その中でも新たな構成員が追加的に現れた場合の処理をどうするかという問題意識も示されている。ここでは、様々な方法が考えられるところであるが、代表者として行動しているBの方針に同調しない構成員については、その自発的な行動が想定し難く、原告側のみで行うことのできる方策としてどのようなものが考えられるかという観点から検討することが求められている。

〔設問2〕では、〔設問1〕と異なり、権利能力なき社団であるXが原告となって訴えを提起した事案について問うものである。Bを代表者とするXは、本件紛争の解決のため、本件不動産の所有名義人である元代表者のZと、Zから抵当権の設定を受けてその旨の登記を経たYとを被告として、総有権確認請求と各登記手続請求の訴えとを提起しているが、ここで、被告とされたZは自分がなおXの代表者の地位にあることを認めさせようと、Xを被告としてZ自身の解任決議の無効等を確認する反訴を提起しようとしている。代表権に関する紛争が存在する場合に、このような確認の訴えに訴えの利益が認められることについては異論は少ないと思われるが、ここでは、特に、最高裁判所昭和28年1月24日第一小法廷判決・民集7巻13号1644頁が、訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不適法としていることを踏まえつつ、共にある（別の）訴訟における訴訟要件の存否に関わる判断でありながら、本件における権利能力なき社団であるXの代表権の存否の確認を求める訴えはなぜ適法となるのかを、本件における事実関係も踏まえながら、訴訟代理権と代表権とでは実質的な紛争の広がりが異なるといったことを指摘し、説明することが求められている。

また、〔設問2〕においては、念のため、反訴要件の具備・不具備について検討することも

求められている。本件との関係では、「本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求」といえるか否か、「著しく訴訟手続を遅滞させる」場合に当たらないか否かについて、本件の事実関係に基づいた当てはめの検討が求められている。前者については、仮にBではなくZがXの代表者の地位にあるとすれば、Bを代表者とするXの訴えはそのままで適法なものとしては維持できないから、その点を争うとともにZの代表権の確認を反訴で求めるることは防御の方法と関連する請求となるのではないか、また、本訴としてX代表者としてのBへの登記移転請求の訴えも併合されていることから、本訴請求と関連性を有するといえないかなど具体的に摘示することが望まれる。

〔設問3〕では、〔設問2〕の訴訟（第1訴訟）において原告勝訴の判決（前訴判決）が確定したことを前提に、本件不動産について設定を受けていた抵当権は無効であり、損害を被ったなどとして、YがZに対して債務不履行に基づく損害賠償を求める第2訴訟を提起したとの事実関係の下で、この第2訴訟で本件不動産の所有関係を再度審理・判断することができるのかどうかが問われている。本件の事実関係はやや複雑であるものの、まず、第1訴訟における共同被告であるにすぎないYとZとの間には当然には既判力が生じないことが前提として押さえられなければならない。その上で、裁判官Jと司法修習生P3との会話を見れば、本件については、二つの検討のルート、すなわち、①前訴判決のうちXとYとの間の部分については、Xを当事者としているところ、引用判例（最高裁判所平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁）に従えばXの構成員であるZにも既判力が及ぶため、YとZとの間に既判力が生ずることとなり、本件不動産の所有関係について再度の審理・判断ができないことになるのではないかという権利能力なき社団に特有の法理による解決を模索する方向性と、②権利能力なき社団を離れてより一般的に、前訴で敗訴した共同被告間における担保責任の追及訴訟において二重敗訴の危険を防ぐ手段としてどのようなものが想定され得るかという問題として解決を模索する方向性とが示唆されていることが読み取れる。

まず、①の方向性に関しては、本件において引用判例の法理を援用することができるかを権利能力なき社団及びこれを当事者とする訴訟の性質についての解釈を踏まえつつ検討する必要があり、そこでは、判例法理に素朴に従えば判決効の拡張を受けることになりそうなZがXの相手方として行動しているという本件事案の特殊性を踏まえてどのように結論付けるかについて考察することが求められている（問題文の下線部①参照）。また、この点についていずれの結論を採るにせよ、本件の事実関係の下で、抵当権の設定時点における本件不動産の所有関係という第2訴訟の争点についての審理・判断が前訴判決の既判力によって封じられるのかを具体的に検討することも求められている。すなわち、前訴判決の既判力の基準時よりも「前」の時点における所有関係が争点となっているところ、そのような争点との関係で、前訴判決の口頭弁論終結時に本件不動産がXの総有に属していた（すなわち、Zの所有には属していなかった）という判断につき生じている前訴判決の既判力がそれ自体として意味を持ち得るのかという問題を意識して、解答することが求められている（問題文の下線部②参照）。

他方で、②のルートに関しては、①のルートのような既判力による解決は困難であることを踏まえ、信義則や争点効などによって再審理が不可能であることを結論付けることが視野に入る。もっとも、こうした議論は明文の根拠に乏しく、程度の差はあるものの一般条項に依拠したものとならざるを得ないことからすれば、Yとして事後の訴訟を想定し、第1訴訟の段階で採るべき手段が何かなかったのかという事情は考慮すべき事情となるはずである。そこで、このような方法としてどのような方法があり得るかを検討すると、訴訟告知などが想定される。こうした方法があることを踏まえれば、既判力に基づく説明以外の説明で再審理をすべきでないとするYの主張は否定されざるを得ないのか、それとも一定の方法があるとはいえた本件の事実関係の下ではなおYの主張は認め得るものであるのかを、自らの立場を明らかにしつつ、論

証することが必要となる（問題文の下線部③参照）。

【刑事系科目】

〔第1問〕

本問は、暴力団構成員である乙が、上位の地位にある甲から、V方に押し入って現金を奪うこと（以下「本件強盗」という。）を指示され、甲から資金提供を受けて開錠道具や果物ナイフ（以下「ナイフ」という。）等必要な道具を購入した後、甲から本件強盗を中止するようになされたものの、これに従わずに前記開錠道具を用いてV方に侵入し、Vに暴行・脅迫を加えたところ、乙が強盗するのを手伝うために丙がV方にやって来たことから、丙と共に現金を奪って逃げた事例と、乙らの逃走後、V方に侵入した丁が、Vのキャッシュカードをポケットに入れた後に血を流して倒れているVを見付け、同人から同カードの暗証番号を聞き出して逃走し、同カードを用いて現金を引き出すために近くの銀行支店に行き、同支店内において、前記聞き出した暗証番号を使って現金自動預払機（以下「ATM」という。）から現金を引き出したという事例（なお、丁の逃走後、Vは乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血が原因で死亡した。）について、甲乙丙丁それぞれの罪責を検討させることにより、刑事実体法及びその解釈論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てそれに法規範を適用する能力及び論理的な思考力や論述力を試すものである。

以下では、V方における強盗の実行犯である乙、V方において乙に加担した丙、乙に本件強盗を指示した甲、その後V方に侵入した丁の罪責について順に述べることとする。

（1）乙の罪責

暴力団組織である某組の構成員である乙は、某年9月1日、同組で組長に次ぐ地位にある甲から、組長からまとまった金を作れと言われているので、V方金庫内にある数百万円の現金を、V方に押し入って、Vをナイフで脅して奪って来いと指示された上、奪った現金の3割を分け前として与える旨言わされた。乙は、当初、逡巡したものの、某組内で上位の地位にある甲からの命令であることや、分け前欲しさから、その命令を受け入れ、その後、甲から渡された現金3万円でV方に侵入する際に使う開錠道具、Vを脅すために使うナイフ、現金を入れるかばんを購入した上、某組で自身の弟分の地位にある丙に協力を求めたがこれを断られたので、一人でV方へ侵入することにした。同月12日未明、乙は、V方へ侵入する直前に甲から、本件強盗を中止すると言わされたものの、これに従わずに本件強盗を実行し、用意していた開錠道具を用いてV方へ入り込んだ上、用意していたナイフを示し、Vの顔面を蹴り、Vの右足のふくらはぎ（以下「右ふくらはぎ」という。）をナイフで刺すなどしてVから金庫の場所等を聞き出し、その後、乙が強盗するのを手伝うためにV方にやって来た丙と共に金庫内から現金500万円を取り出して用意していたかばんに入れてV方から持ち出し、その後、同現金のうち150万円を丙に分け前として渡し、残り350万円を自身のものとした。

まず、乙は、Vから現金を奪う目的で、事前に用意した開錠道具を用いてV方へ入り込んでいることから、住居侵入罪が成立することを簡潔に指摘する必要がある。

次に、乙がV方金庫内にあった現金を手に入れた行為について、いかなる構成要件に該当するかを確定する必要がある。すなわち、乙は、Vに対してナイフを顔面に突き付け、「金庫はどこにある。開け方も教えろ。怪我をしたくなれば本当のことを言え。」などと申し向け、それでも金庫の場所等を言わないVから、その場所等を聞き出すためにその顔面を蹴り付け、右ふくらはぎをナイフで刺すなどの有形力を行使していることから、これら乙の行為が強盗罪の暴行・脅迫に該当することにつき、その判断基準や判断要素に関して判例等を意識した上で論じる必要がある。

また、その後Vは死亡しているが、その原因是乙から顔面を蹴られたことによる脳内出

血であることから、死亡結果と因果関係のある乙の行為を的確に指摘し、強盗致死罪の成立を論じる必要がある。

そして、罪数についても論じる必要がある。

なお、後に問題となるように、甲について共犯関係の解消を認めると、甲には強盗予備罪が成立することになる。このような結論を採った場合には、乙につき、強盗予備罪の成否、これと強盗致死罪との関係、予備罪の共犯の成否等に関しても的確に論じる必要がある。

(2) 丙の罪責

丙は、某組では乙の弟分の地位にあり、前述のとおり、乙から本件強盗への協力を頼まれたものの、これを実行する日に別の用事があったためにその依頼を断った。しかし、乙が本件強盗を実行する当日である某年9月12日、前記用事が予定よりも早く終わったことから、乙が強盗するのを手伝おうと考え、また、分け前も欲しかったことからV方へ向かい、開いていた玄関からV方内へ入り込んだ。そうしたところ、乙は、V方寝室内の床にVが右ふくらはぎから血を流して横たわっているのを見付け、その後、V方6畳間にいた乙から、乙がVの右ふくらはぎを刺したこと、Vは身動きがとれないで簡単に現金を奪うことができること、分け前をもらえることなどを聞くと、分け前欲しさから、乙を手伝って現金を手に入れることに決めた。その上で丙は、乙と共にV方金庫内から現金500万円を取り出し、これを乙が用意していたかばんの中に入れ、その後、そのかばんを持ってV方から出て、分け前として前記500万円のうち150万円を受け取った。

まず、丙は、乙の強盗行為を手伝う目的で玄関からV方に入り込んでいることから、住居侵入罪が成立することを簡潔に指摘する必要がある。なお、丙の住居侵入罪に関しては、乙との共謀が成立する前のものであり、単独犯となることも端的に指摘する必要がある。

また、丙は、その後、乙と共にV方金庫内にあった現金をV方外へ持ち出しているが、これが容易に可能となったのは、Vが、乙から右ふくらはぎをナイフで刺されて血を流して動けない状態となっていたためであった。既に検討しているように、乙がVの右ふくらはぎをナイフで刺した行為は強盗罪の暴行に該当することから、さらに、丙がVのそのような状況を利用して乙と共に現金を手に入れた行為につき、丙にいかなる犯罪が成立するかを検討する必要がある。

その検討に当たっては、いわゆる承継的共犯の成否を論じる必要があるところ、その際には問題の所在を意識した論述を行う必要がある。すなわち、丙と乙との間の共謀はV方内で成立した現場共謀であることを指摘しつつ、丙が関与する前（共謀成立前）の乙の行為に関して責任を負うことがあり得るのかについて、共犯の処罰根拠を含めて、承継的共犯の問題につき説得的に規範定立を行い、その上で、定立した自説の規範に、具体的な事実を指摘して的確な当てはめを行うことが求められる。

具体的には、承継的共犯について、いわゆる中間説（限定的肯定説）の立場を採った場合には、丙が乙の先行行為によって生じた状況を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したか否かを論じる必要がある。この点に関しては、丙が分け前をもらえると考えていたことや、丙はVが身動きできないで簡単に現金を奪うことができると思っていたことなどの各事実を的確に指摘して結論を導き出すことが求められ、その上で、Vの傷害・死亡結果について丙もその責任を負うかにつき、丙が何を利用したのかなどを意識し、理由付けも含め的確に論じることが求められる。

また、承継的共犯について、いわゆる全面的否定説の立場を採った場合には、丙に窃盗罪が成立することになると考えられる。その結論を導くに当たっては、Vは丙が関与する前に既に乙の行為によって反抗を抑圧されており、丙はVに一切の暴行・脅迫を加えておらず、かつ、Vも丙の存在を認識していないことなどの各事実を的確に指摘して説得的に

論じることが求められ、さらに、乙とはいかなる範囲で共同正犯が成立するのかをも含め的確に指摘する必要がある。

なお、丙の罪責に関しては、前述以外にも、乙と丙は強盗罪の実行行為の一部を共同しているとして強盗罪の範囲で共同正犯が成立するとする見解や、丙には窃盗罪の他に強盗罪の帮助犯が成立するとする見解などが存する。

このように種々の見解が存することから、承継的共犯の規範定立に当たっては、自説のみを論じるのではなく反対説を意識して論述するのが望ましいものといえ、また、承継的共犯に関しては近時の判例（最二決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁）もあることから、その点も意識した論述ができることがより望ましいものといえる。

そして、罪数についても論じる必要がある。

(3) 甲の罪責

甲は、暴力団組織である某組の組長に次ぐ地位にあり、同組組長からまとまった現金を工面するように指示を受けていたところ、Vが自宅において、数百万円の現金を金庫に入れて保管していることを知り、この現金を手に入れようと計画した上、配下組員の乙に対して、V方へ押し入り、ナイフで脅してその現金を奪ってくるように指示し、ナイフなど必要な物を購入するための資金として現金3万円を交付した。その後、甲は、乙からナイフなど、同現金で購入した物について報告を受けた後、某年9月12日未明、乙からこれからV方に押しに入る旨を告げられた際、乙に対して、組長からの命令として本件強盗を中止するように言った。しかしながら、乙は、これに従わず、準備していたナイフなどを用いて本件強盗を実行し、その後V方にやってきた丙と共にV方から現金500万円を持ち出して手に入れた。

まず、甲は、乙に対して本件強盗の実行を持ち掛け、乙はこれを了承しているところ、甲と乙との間に共謀が成立していることを論じる必要がある。その際には、甲が乙に対してVが金庫内に多額の現金を保管している旨の情報を提供したこと、甲が乙に対してVから現金を奪う際にはナイフを用いるように指示したこと、甲が乙に対してナイフなど必要な道具を購入するための資金として現金3万円を提供したこと、乙は分け前欲しさもあり甲の指示を了承したこと、乙は甲の配下組員であること、甲はVから手に入れた金員の7割を手にすることにしていたこと、甲は組長からの指示で現金を手に入れる必要があったことなどの各事実を指摘した上、これらの事実を用いて共謀共同正犯が成立することをその要件を踏まえて論じることが求められる。

そして、甲は、その後、乙に対して中止するように言ったにもかかわらず乙が本件強盗を実行していることから、甲が乙の実行した本件強盗に関してその責任を負うのか、共犯関係からの離脱が問題となる。これを論じる際には、共犯の処罰根拠を意識した問題の所在の摘示及び規範の定立が求められる。

その上で、甲の離脱を認めるか否かに関しては、甲と乙のやりとり（中止指示と乙の了承を前提に、甲が道具の回収指示をしていないこと）、甲から渡された現金3万円で乙が用意したナイフや開錠用具、かばんといった道具の重要性、甲が首謀者であること、甲から乙への中止指示が犯行直前であり、かつ、その指示方法も、組長から中止指示を受けて直ちに告げたわけではなく、乙が電話をかけてきた際に告げたものであることなどの各事実を踏まえ、定立した規範にこれら事実を的確に当てはめて結論を導き出す必要がある。その結論としては、心理的因果性は除去されていたとしても物理的因果性が除去されていないとして離脱を認めないとするもの、心理的因果性が除去されていることに重点を置き離脱を認めるものなどがあり得るが、離脱を認める場合には、物理的因果性が残っているにもかかわらず離脱を認めたとされた理由につき事案に即してより説得的に論じることが求められる。

甲の離脱を認めないと結論を採った場合には、Vが乙の行為により死亡している点に關しても甲がその責任を負うのかを、理由を含めて簡潔に論じる必要がある。さらに、甲と丙との間に共謀が成立するのかについても、いわゆる順次共謀の考え方（判例として最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁等がある。）に従って論述することが求められる。なお、この場合において、丙につき承継的共犯を否定して窃盗罪の成立を認めたときには、甲に関して共犯間の錯誤も問題となり得るところである。

これに対し、甲の離脱を認めるとの結論を採った場合、甲には強盗予備罪が成立するとの結論が導き出される。その場合には、乙との間で強盗予備罪の共同正犯が成立するかを端的に論じる必要がある。さらに、甲に予備罪の中止等も問題となり得るところである。

そして、罪数についても論じる必要がある。

(4) 丁の罪責

丁（甲、乙及び丙とは面識がなかった。）は、窃盗に入る先を探して徘徊中、V方前を通った際に、V方の玄関扉が少し開いていることに気付いた。そこで丁は、V方から金品を盗もうと考えてV方に入り込み、その後、V方6畳間にあつた扉の開いた金庫内からX銀行のV名義のキャッシュカード（以下「カード」という。）を取り出して自身のズボンのポケットに入れ、更に物色するためV方寝室を行ったところ、そこで右ふくらはぎから血を流して床に横たわっているVを発見した。丁は、Vからカードの暗証番号を聞き出そうと考え、「暗証番号を教えろ」などと強い口調で言ってこれを聞き出し、その後、Vから逃げ出して、同カードを用いて現金を引き出すために、近くの24時間稼動しているATMが設置されているX銀行Y支店に出入口ドアから入り、同ATMに同カードを挿入した上、暗証番号を入力して現金1万円を引き出した。

まず、丁は、V方から金品を盗み出す目的で、開いていた玄関扉からV方へ入り込んでいることから、住居侵入罪が成立することを簡潔に指摘する必要がある。

次に、丁がVのカードをズボンのポケットに入れた点に関しては、その財物性、窃盗罪の既遂時期などについて端的に論じることが求められる。

さらに、丁は、その後、右ふくらはぎを刺されて横たわっているVに対し、強い口調で迫ってVのカードの暗証番号を聞き出しているところ、この行為がいかなる構成要件に該当するかを確定する必要がある。この点に関しては、Vのカードの暗証番号が刑法上保護されるべき財産上の利益に該当するか否かに加え（カードとその暗証番号を併せ持つことは財産上の利益に該当するとした裁判例として東京高判平成21年11月16日判例時報2103号158頁がある。）、丁がVに申し向けた文言が強盗罪の実行行為としての脅迫に該当するか否かが問題となるところである。その結論としては、暗証番号の利益性を肯定すれば2項強盗罪あるいは2項恐喝罪が、これを否定すれば強要罪等が成立するが、いずれの結論を採ったとしても、問題点を意識した上で、理論的に矛盾なく論じられていることが求められる。

また、丁が、Vのカードを用いて現金を引き出すためにX銀行Y支店の出入口ドアから店内に入り、同カードを使ってATMから現金を引き出した点については、建造物侵入罪及び窃盗罪の各成否に関して、簡潔に論ずる必要がある。

そして、罪数についても論じる必要がある。

[第2問]

本問は、覚せい剤取締法違反事件の捜査及び公判に関する事例を素材に、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事實の分析及び評価並びに結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、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、甲による覚せい剤使用及び所持の疑いを抱いた司法警察員Pらが、H警察署で甲から尿の提出を受ける必要があると考え、同署への任意同行を拒む甲に対し、説得を続けながら、30分にわたり、その進路を塞ぐなどして甲を留め置き、その後、甲の覚せい剤使用等の嫌疑が一層強まった下、甲車の捜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする捜索差押許可状の請求準備から甲車の捜索を開始するまで、甲に対し、その進路を塞いだり、胸部及び腹部を突き出しながら甲の体を甲車運転席前まで押し戻すなどし、5時間にわたり、甲を留め置いた措置に関し、その適法性を検討させる問題であり、いわゆる強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界について、その法的判断枠組みの理解と、具体的な事実への適用能力を試すことを狙いとする。

強制処分と任意処分の区別に関し、最高裁判所は、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」と判示しており（最三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁），同決定に留意しつつ、強制処分と任意処分の区別に関する判断枠組みを明確化する必要がある。

そして、Pらの措置（その全部又は一部）が強制処分に至っておらず、任意処分にとどまる場合においては、任意処分として許容され得る限界についての検討が必要であるが、同決定は、強制処分に当たらない有形力の行使の適否が問題となった事案において、「強制手段にあたらない有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的な状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」と判示しているから、ここでも同決定に留意しつつ、任意処分の限界（任意処分の相当性）の判断枠組みを明らかにしておく必要がある。

その上で、本設問の事例に現れた具体的な事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、Pらの措置の適法性を検討する必要がある。

強制処分と任意処分の区別に関しては、Pが甲の前に立ち、進路を塞いだ事実、パトカーで甲車を挟んだ事実、Pが両手を広げて甲の進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、前に進めないよう制止した事実、更には胸部及び腹部を前方に突き出しながら、甲の体を甲車運転席まで押し戻した事実等を具体的に指摘し、甲の態度にも着目しつつ、それらが甲の意思を制圧するに至っていないか、甲の行動の自由を侵害していないかといった観点から評価することが求められる。

そして、前記の点につき、強制処分に至っていないとの結論に至った場合には、任意処分としての相当性について検討することとなるし、また、いずれかの段階から強制処分に至っているとの結論に至った場合であっても、それまでのPらの措置について、任意処分としての相当性を検討することとなる。任意処分の相当性として、特定の捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要との間の合理的権衡（いわゆる「比例原則」）が求められるとすると、甲に対する覚せい剤使用等の嫌疑が次第に高まり、また、【事例】3に至ると、Pらが甲の尿を差し押さえるべき物とする捜索差押許可状等の請求準備を行っているところ、このような嫌疑の高まり等に応じ、当該捜査手段を用いる必要の程度が変化すれば、相当と認められ得る留め置きの態様も変化することとなるから、そのような判断構造を踏まえ、具体的な事実を摘示しつつ、相当性を適切に評価することが求められる。

なお、留め置き措置の適法性に関し、「留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粋に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とからなっていることに留意する必要があり、両者を一括して判断するのは相当でないと解される。」とする裁判例があり（東京高裁平成21年7月1日判決判

タ1314号302頁等), このような考え方へ従って論述することも可能であろうが, もとより同裁判例の考え方へ従うことを求めるものではない。

〔設問2〕は, 接見指定の可否・限界を問うものであり, 接見指定に関する刑事訴訟法第39条第3項本文の解釈及び初回接見であることを踏まえた同項ただし書の解釈並びに具体的な事実に対する適用能力を試すものである。

本設問では, まず, 「捜査のため必要があるとき」という文言の解釈について, 「接見等を認めると取調べの中止等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ, 右要件が具備され, 接見等の日時等の指定をする場合には, 捜査機関は, 弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し, 被疑者が弁護人等と防衛の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして, 弁護人等から接見等の申出を受けた時に, 捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分, 検証等に立ち会わせている場合, また, 間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて, 弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは, 右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは, 原則として右にいう取調べの中止等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである。」と判示した最高裁判所平成11年3月24日大法廷判決(民集53巻3号514頁)を踏まえつつ, 自説を論ずる必要がある。

その上で, 各接見指定において, 接見指定を行ったのが, 刑事訴訟法上要求されている弁解録取手続中であること(下線部①), 甲の自白を得たいとして取調べを実施しようとする段階であること(下線部②)を踏まえ, 具体的な当てはめを行う必要がある。

次に, 刑事訴訟法第39条第3項ただし書では, 接見指定の要件が認められる場合であつても, 「その指定は, 被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない。」とされている。本設問において, 甲は, いまだ弁護人となろうとする者との接見の機会がなく, 弁護士Tによる接見は, 初回接見となる予定であった。この点に関し, 最高裁判所は, 「弁護人となろうとする者と被疑者との逮捕直後の初回の接見は, 身体を拘束された被疑者にとっては, 弁護人の選任を目的とし, かつ, 今後捜査機関の取調べを受けるに当たっての助言を得るために最初の機会であつて, 直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから, これを速やかに行なうことが被疑者の防衛の準備のために特に重要である。」とし, 初回接見の申出を受けた捜査機関としては, 「接見指定の要件が具備された場合でも, その指定に当たっては, 弁護人となろうとする者と協議して, 即時又は近接した時点での接見を認めて接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうかを検討し, これが可能なときは, (中略) 即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであり, このような場合に, 被疑者の取調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし, 被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは, 被疑者が防衛の準備をする権利を不当に制限するものといわなければならない。」(最三判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁)と判示している。同判決とそこに示唆された「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限する」かどうかの判断構造に留意しつつ, 各下線部における接見指定の適法性について, 具体的な当てはめを行う必要がある。

〔設問3〕は, 乙の供述を内容とする証言について, 伝聞法則の適用の有無を問うものである。

ある供述が伝聞法則の適用を受けるか否かについては, 要証事実をどのように捉えるかによって異なるものであり, 【事例】7に記載された本件の争点及び証人尋問の内容を参考に, 具体的な要証事実を正確に検討する必要がある。公判前整理手続の結果, 本件の争点については, ①平成27年6月28日に, 乙方において, 乙が甲に覚せい剤を譲り渡したか, ②その際, 乙に, 覚せい剤であるとの認識があったかの2点であると整理されているところ, 証

人尋問の内容に照らせば、本設問において問題となっているのは②に関することがうかがわれる。そこで、このことを前提に、具体的な要証事実を検討した上、乙の発言内容の真実性が問題となっているかどうかを論じ、伝聞供述に該当するかの結論を導くこととなる。

〔設問4〕は、公判前整理手続で明示された主張に関し、その内容を一部異にする被告人質問を制限することの可否について問うことによって、公判前整理手続の意義及び趣旨の理解並びにそれを具体的な場面において適用し問題解決を導く思考力を試すものである。

本設問に関連し、公判前整理手続で明示されたアリバイ主張に関し、その内容を更に具体化する被告人質問等を刑事訴訟法第295条第1項により制限することの可否について判示した最高裁判所決定がある（最二決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁）。本設問の解答に当たっては、同決定を踏まえた論述まで求めるものではないが、被告人及び弁護人には、公判前整理手続終了後における主張制限の規定が置かれておらず、新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限することはできないことに留意しつつ、公判前整理手続の趣旨に遡り、被告人質問を制限できる場合に関する自説を論じた上、本設問における公判前整理手続の経過及び結果並びに乙が公判期日で供述しようとした内容を抽出・指摘しながら、当てはめを行う必要がある。

〔選択科目〕

〔倒産法〕

〔第1問〕

本問は、法人破産の具体的な事例を通じて、別除権となる動産売買先取特権の担保権実行、双方未履行双務契約の規律、破産管財人が担保目的物を売却した際の財団債権の成否、相殺権と相殺禁止の規律、具体的な事案における相殺の可否を問うものである。

設問1は、担保権者であるB社の動産売買先取特権に基づく担保権実行と契約当事者であるD社との本件売買契約の双方未履行双務契約の処理が組み合わされ、破産管財人も含め、先鋭的に利害対立する場面における、権利関係の調整が問題となる。問題を3つの場面に分割し、順次検討することを求めている。

まず、小問(1)は、B社の売買契約に基づく代金支払請求権（民法第555条）は、破産手続では破産債権であり（破産法第2条第5項）、個別の権利行使が禁止され、破産手続によらなければ行使できず（同法第100条第1項）、債権届出、調査、確定手続を経て、配当を受けることになる。ただ、B社は、機械αにつき、動産売買先取特権を有し（民法第311条第5号・第321条）、破産手続において特別の先取特権は別除権とされることから（破産法第2条第9項）、別除権付破産債権となり、別除権につき破産手続によらないで担保権実行が可能となる（同法第65条第1項）。機械αはA社の自社倉庫内に存在するので、その実行方法は、執行裁判所の動産競売開始許可を得た上で動産競売となる（民事執行法第190条第1項第3号・第2項）。なお、B社は、動産売買先取特権に基づく機械αの返還請求はできず、また、物上代位権の行使の場面ではない。破産配当との関係では、不足額責任主義がある（破産法第108条第1項本文）。

次に、小問(2)は、D社との本件売買契約が双方未履行の双務契約であり、破産管財人Xは、破産法第53条第1項に基づく解除か履行の選択を行う場面となるところ（D社には確答催告権のみ）、Xは機械αの代金を回収して破産財団を増殖させたいと考えており、履行を選択することが想定されている。問題状況としては、XのD社に対する代金支払請求権は破産財団に属する債権であり、D社のA社に対する機械αの引渡請求権は原則として破産債権となるところ、D社には同時履行の抗弁権があり（民法第533条）、XがD社から代金を回収したくてもこのままでは回収できない。そこで、倒産法独自の双方未履行双務契約の規律の制度趣旨が問われることになる。制度趣旨についての学説の優劣を問うものではなく、破産管財人の解除権や破産管財人の選択権に重きを置く見解に立ったとしても、破産管財人が履行を選択した場合の効果として、相手方の請求権（D社の機

械 α の引渡請求権)が財団債権(破産法第148条第1項第7号)になる点につき、当該制度趣旨を踏まえた論述が求められる。また、履行選択には、破産手続上必要とされる手続として、裁判所の許可が必要であること(同法第78条第2項第9号・第3項第1号、破産規則第25条)をその理由も含め論じる必要がある。

さらに、小問(3)では、XがD社から代金を回収しており、B社はその前に差押えをしていないことから、別除権者として物上代位権の行使はできず、優先的な回収はできないところ(民法第304条第1項ただし書)、XがD社から代金を回収したことを知ったB社が破産財団から優先的に弁済を受けることができるか、すなわち財団債権となる法律構成が可能かの問題となる。具体的には、Xが担保目的物を売却したことが不法行為(同法第709条、破産法第148条第1項第4号)や不当利得(民法第703条、破産法第148条第1項第5号)となるかどうかの検討が求められるが、動産売買先取特権は、法定担保であり、もともと弱い担保権とされるところ、破産管財人は破産財団に属する動産を換価すべき立場にあること、動産売買先取特権には第三取得者への引渡し後の追及効がなく(民法第333条)、前述のとおり物上代位権の行使(同法第304条第1項本文、民事執行法第193条第1項)も代金回収前に差押えが必要であること(民法第304条第1項ただし書)などからすると、基本的には成立に消極的な方向となろう。

設問2は、C社のA社に対する本件貸付金債権(破産債権)を自働債権とし、譲渡担保権実行に伴う剩余金返還債務に対応するA社のC社に対する剩余金返還請求権を受働債権とする相殺が認められるか、ここでA社のC社に対する剩余金返還請求権は、停止条件付債権であると考えられるところ、破産手続開始後に受働債権につき停止条件が成就した場合の相殺の可否が問題となる。この問題を検討するには、まず、前提として、民法の相殺(民法第505条第1項)及び破産法の相殺権(破産法第67条第1項)を確認すると、相殺適状との関係では、自働債権である貸付金債権は、破産手続開始決定によって現在化し(破産法第103条第3項)、弁済期が到来している(なお、「A社の支払停止」や「同法第67条第2項後段により相殺可能」との指摘でも良い)。次に、受働債権である剩余金返還債権については、破産法第67条第2項後段は条件付債務についても相殺を可としており、停止条件付債務につき、破産手続開始後に停止条件が成就した場合も相殺可能と思われる。しかし、同法第71条第1項第1号は破産手続開始後の債務負担につき相殺禁止としており、破産手続開始後に停止条件が成就した場合、破産手続開始後の債務負担として相殺禁止となるとも考えられる(かつ、同条第2項の例外規定は適用がない)。解答に際しては、破産法の条文がこのような構造となっていることを確認することが求められる。

以上を前提に、最高裁判所平成17年1月17日第二小法廷判決(民集59巻1号1頁。以下、「平成17年最判」という。)の射程が問題となる。平成17年最判の事案は、破産手続開始前の不法行為(火災保険詐欺)に基づく損害賠償請求権と破産手続開始後の満期返戻金債権、解約返戻金債権の相殺が問題となり、停止条件不成就の利益を放棄したときだけでなく、破産手続開始後に停止条件が成就したときも、特段の事情のない限り、相殺可能と判断した。これに対し、設問2は、会社整理の最高裁判所昭和47年7月13日第一小法廷判決(民集26巻6号1151頁。以下「昭和47年最判」という。)の場面を用い、機械 β が思い掛けず高く売れ、C社が「期待していなかった」剩余金返還債務の負担が破産手続開始後に現実化したことをどのように評価するかを問うものである。平成17年最判の判断を前提に、「特段の事情」の意味合いにつき、相殺に対する合理的期待との関係、停止条件成就前に受働債権の発生いかんも額も不確定の場合か(昭和47年最判)、相殺権の濫用に該当する場合か等を適宜挙げ、説得的に論じることが求められる。

[第2問]

本問は、具体的事例を通じて、再生計画案の適法性及び再生計画の履行確保の方策等についての理解と問題解決能力を問うものである。公平・平等や衡平、関係者の手続保障等の民事再生法の理念や、手続の追行主体が債務者とされていること等の再生手続の基本構造を正確に理

解した上、これらを踏まえて、具体的な事実関係を的確に分析し、それに法規範を正しく適用して論旨を展開する能力が問われている。

設問1は、再生債務者から再生計画案の提出を受けた裁判所が、これを決議に付する旨の決定をすることができるか否かを問うものである。前提として、裁判所は、再生計画案の提出があったときは、民事再生法第169条第1項各号のいずれかに該当する場合を除き、当該再生計画案を決議に付する決定をすることとなり、本件再生計画案を付議するためには、当該再生計画案が「法律の規定に違反」（民事再生法第174条第2項第1号）するものではないことが必要である旨（同法第169条第1項第3号）を指摘する必要がある。また、本設問では、本件再生計画案の第2項（権利変更の一般的基準）の①から④までの各条項の民事再生法上の問題点を踏まえることが求められており、これら各条項の民事再生法への適合性が問題となるが、当該各条項は、それぞれ免除を受ける割合を異にする権利変更の内容を定めているため、これらが「再生計画による権利変更の内容は、再生債権者の間では平等でなければならない。」として平等原則を規定する民事再生法第155条第1項本文に反しないかを検討する必要がある。具体的には、①は、同項ただし書の「第84条第2項に掲げる請求権」に関する定めとして、②は、同項ただし書の「少額の再生債権」に関する定めとして、③は、同項ただし書の「不利益を受ける債権者の同意がある場合」に関する定めとして、④は、同項ただし書の「その他これらの者の間に差を設けても衡平を害しない場合」に関する定めとして、それぞれ同項本文に反しないかを検討する必要がある。これらを検討するに際しては、同項ただし書がそれぞれ平等原則の例外を許容している趣旨を踏まえて論すべきであり、特に、④の条項に関しては、本件における具体的な事情を摘示してこれを的確に当てはめ、具体的に④の条項が「衡平を害しない」か否かを検討する必要がある。

設問2は、再生計画認可後の再生手続について問うものであり、再生計画の履行確保の方策等が問題となる。小問(1)では、再生計画認可後の再生手続において再生債務者（X社）及び監督委員（K）が果たすべき役割が問われている。この点は、再生債務者が、業務遂行権及び財産管理処分権を有し（同法第38条第1項）、債権者に対し、公平誠実にこれら権利を行使し、再生手続を追行する義務を負うこと（同法第38条第2項）を踏まえ、再生債務者が自らの責任において再生計画を履行すること（同法第186条第1項）を論じた上、これが適正になされるよう善管注意義務（同法第60条第1項）を負う監督委員（K）が、履行監督（同法第186条第2項）を行うことについて論じる必要がある。その上で、再生債務者（X社）の採り得る方策としては、再生計画の変更の申立て（同法第187条第1項）が考えられるが、同制度の趣旨を踏まえ、本件において再生計画の変更が認められるか否かを検討する必要がある。また、再生債務者（X社）としては、再生計画が履行される見込みがないことが明らかになつたとして、廃止の申立て（同法第194条）をすることも考えられるが、この点については、前記の再生手続において再生債務者が果たすべき役割を踏まえて、再生債務者において、あえて廃止を申し立てる意義についても論すべきである。

小問(2)では、G銀行が採り得る方策として、再生計画の取消しの申立て（同法第189条第1項第2号）が考えられる。これを検討するに当たっては、当該申立てが同法第189条第1項第2号や同条第3項の要件に該当するか否かの当てはめを行い、その効果として、再生計画の取消決定が確定したときには、再生計画によって変更された再生債権が原状に復すこと（同法第189条第7項）を論ずる必要がある。また、G銀行としては、再生債権者表の記載を債務名義とした強制執行（同法第180条）を申し立てることも考えられ、これらについては、G銀行が、その債権回収の極大化を図るために、いかなる方策を探るのが相当かという観点から検討をすべきである。

[租 稅 法]

[第1問]

本問は、B株式会社（以下「B社」という。）のC研究所に研究員として勤務していた従業員Aが、甲という職務発明を行ってその特許を受ける権利をB社に承継させ、B社が甲に係る特許の設定登録を受けた後当該特許権をD株式会社（以下「D社」という。）に譲渡したという事案である。まず、所得税法の問題として、AがB社から、上記特許を受ける権利の承継の際に受領した本件出願報償金及び上記特許権の譲渡の際に受領した本件実績報償金の所得の種類を問う（設問1(1)）とともに、特許を受ける権利の「相当の対価」（特許法第35条第3項参照）の残額として訴訟上の和解に基づき受領した本件和解金の帰属年度と所得の種類を問うものである（設問1(2)）。次に、法人税法の問題として、D社のいわゆるワンマン社長であるEがD社の食品（以下「本件食品」という。）を無償で取得したことにつき、D社の損金の額への算入の可否を問う（設問2）ものである。なお、問題文冒頭に【注】で明記したとおり、本問は、特許法の解釈を問うものではない。

設問1(1)においては、まず、本件出願報償金の所得の種類が問題となる。主として譲渡所得（所得税法第33条第1項）や給与所得（同法第28条第1項）が問題となるであろうが、一時所得（同法第34条第1項）や雑所得（同法第35条第1項）に該当するとの見解もあり得ないではない。いずれの見解に立つとしても、問題文に明記したとおり、異なる見解にも言及しつつ、自己の見解を説得的に論証する必要がある。また、本件実績報償金の所得の種類について、本件出願報償金との異同を問うたのは、異なる年及び機会に異なる金額が支払われた点を十分考慮した上で、両者につき整合性のある解答をすることを期待したものである。

設問1(2)においては、まず、本件和解金の帰属年度について、いわゆる権利確定主義（所得税法第36条第1項の「収入すべき金額」、最二判昭和49年3月8日民集28巻2号186頁等）の趣旨及び内容を説明した上、本問への当てはめをすることを求めたものである。具体的には、「相当の対価」の支払請求権が発生したのはAがB社に特許を受ける権利を承継させた平成18年であろうが（特許法第35条第3項参照），その残額に係る権利の有無及び金額に争いがあり、平成27年の和解成立によって初めてその点が確定し、平成28年に実際に支払われたことを踏まえ、いつ権利の確定（所得の実現）があったといえるかを問うものである。次に、本件和解金の所得の種類については、和解金一般の所得の種類についてはその法的性質に基づいて判断すべきことを説明した上で、本件出願報償金及び本件実績報償金の所得の種類と整合性のある解答をすることを求めたものである。

設問2においては、本問の具体的な事実関係に基づき、Eによる本件食品の無償取得について役員給与の該当性とその損金の額の算入の可否を条文に基づいて解答することを求めたものである。具体的には、Eは、同族会社（法人税法第2条第10号）の筆頭株主兼代表取締役として実質的にD社を支配していたというのであるが、Eが本件食品を無償で自己取得した行為について、D社によりEに対し現物の「給与」を支給したと評価することができるか否かを検討し、これを肯定した上で、その損金の額の算入の可否について、法人税法第22条第3項柱書きの「別段の定め」である同法第34条の問題として、これら各条文の当てはめを丁寧に行って解答することを求めたものである。

[第2問]

本問は、資産を時効取得した者に関する所得種類と取得費、含み益のある資産が相続により移転する場合の課税関係及び譲渡所得に関する清算課税説と時効取得との理論的関係を問うものである。

設問1について、時効取得による利益は、利子所得ないし譲渡所得以外の所得のうち、営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外の一時の所得で労務その他の役務又は資産の譲渡

の対価としての性質を有しないものに該当するので、一般には一時所得（所得税法第34条第1項）と考えられる。裁判例としては、土地の時効取得による利益を一時所得とした東京地方裁判所平成4年3月10日判決（訟務月報39巻1号139頁）がある。この判決は、一時所得として課税する場合の収入金額（同法第36条第1項、第2項）を時効援用時の土地の価額と解している。

設問2について、上記東京地方裁判所判決の考え方を前提にすると、時効援用時までの甲土地の値上がり益（3000万円）は、一時所得の収入金額としてCに対する所得税の課税対象とされ、他方、Dへの譲渡による譲渡所得の金額の計算上、Cにおける甲土地の取得費は、時効援用時の時価である5000万円となる。ただし、Cの上記収入金額には、含み益に相当しない部分（Aにおける取得費2000万円）も含まれている。

一方で、相続により資産が被相続人から相続人へ移転した場合、相続が限定承認に係るものでなければ、被相続人における資産の取得費は相続人に引き継がれ、課税は繰り延べられる（同法第59条第1項第1号、第60条第1項第1号）。

最高裁判所は、譲渡所得に対する課税について、「資産の値上がりによりその資産の所得者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のもの」と解し（最一判昭和43年10月31日訟務月報14巻12号1442頁）、譲渡所得の本質をキャピタル・ゲインとして捉えている。

このような清算課税説と相続における取得費の引継ぎを本問の事例に当てはめると、甲土地をAが取得してからBが時効により所有権を喪失するまでの間の含み益（3000万円）への課税は、時効取得されたときに、Bに対してなされるべきである。

しかし、現行法の一般的な解釈から、上記含み益3000万円について、時効取得の段階でBに課税すること、あるいはCがBの取得費（Aが支出してBが引き継いだ取得費2000万円）を引き継ぐすることは困難であり、そのように解するならば、本問の事例については、結果として清算課税説に基づくキャピタル・ゲインへの課税が抜け落ちるという「問題点」が生じることになる。

立法論としては、種々の解決策があり得るが、本設問で問われているのは、清算課税説を前提とした場合、各規定の間に必ずしも精緻な整合性がないと考えられる場合が存することを理解できているかどうかである。したがって、上で述べた現行法の一般的な解釈が唯一の考え方というわけではなく、解答に当たっては、「問題点」について自己の見解を論理的に説明できるかどうかが重要となる。

[経済法]

[第1問]

本問では、C社とD社が、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2条第6項に該当する行為（不当な取引制限）を行ったものとして、同法第3条後段に違反するかどうかが問われる。独占禁止法第2条第6項の諸要件についてあるべき解釈を示した上で、本問の事実に当てはめる必要がある。

まず問題となるのは、「共同して」（多摩談合（新井組）事件・最一判平成24年2月20日民集66巻2号796頁に従って、「共同して・・・相互に」というくくり方でもよい。）の要件である。「共同して」又は「共同して・・・相互に」といえるためには「意思の連絡」が必要である（東芝ケミカル事件・東京高判平成7年9月25日審決集42巻393頁）が、本問では、C社とD社との間で乙の価格に関する「意思の連絡」を示す唯一の決定的な事実が明らかにされているわけではない。したがって、「共同して」（「共同して・・・相互に」）の解釈として「意思の連絡」の意味を明らかにした上で、どのような事実の積み重ねから「意思の連絡」が認定され得るかについて一般的な方針が提示されることが望ましい。そして、

実際の「意思の連絡」の認定に際しては、乙の価格に関する情報交換に至った背景、当該情報交換の内容、情報交換を経た後のA社との交渉の状況に着目することが求められる。

本問で注意を要するのは、一つには、各社において価格決定権限を有する役員級の者が乙の価格に関する情報交換に直接には加わっていないことをどのように解するか、換言すれば、本問において事業者としてのC社とD社の間で「意思の連絡」があったと評価できるかについて説明が求められることである。また、情報交換の仕組み作りからA社との交渉妥結に至る一連の過程から、どのような内容の合意が形成されたと見るべきかについても説明が求められる。本問では、特に、A社製造の甲向けの乙の最低価格について意見の一一致が見られたことやC社とD社とで妥結価格が異なったことをどのように見るかが重要となる。

次に、「相互にその事業活動を拘束」の要件については、本問のように、互いに競争関係にある事業者間での共同行為に係る事案では、各当事者が合意内容に事実上拘束される関係にあることが示されれば充足されると解されよう。

「一定の取引分野における競争を実質的に制限」の要件については、まず、本問における「一定の取引分野」の画定の在り方が問題となる。ここでも、「一定の取引分野」の意味と画定の在り方ないし基準を提示した上で、本問の事実に当てはめることが求められる。本問では、制限の対象となった乙という商品は需要者（A社ないしB社）によって異なる仕様と性能を求められるため、一方の需要者向けに製造された乙は他方の需要者向けには転用できないことをどのように評価するかが重要となる。なお、いわゆるハードコア・カルテルを念頭に置いて、「共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲」をもって一定の取引分野を画定すれば足りるとする考え方（例えば、シール談合事件・東京高判平成5年12月14日高刑集46巻3号322頁）が存在するので、この考え方を本問の事実に当てはめることも可能である。ただし、その場合には、なぜ、そのような議論が妥当性を持つのかについて説明が求められる。

「競争の実質的制限」についても、その定義を説明した上で、本問で提示された諸事実のうち、「競争の実質的制限」の認定に関わるものを拾い上げて総合的に評価することが求められる。本問の場合には、C社とD社の合計の市場シェア、本問における意思の連絡の内容のほか、新たにA社製造の甲向けの乙の開発にも乗り出したE社の存在、需要者としてのA社の交渉力等に着目する必要がある。E社については、本件合意の対象となった平成27年4月～6月期の取引においてC社とD社に対する競争圧力として作用したと評価できるかが問われる。なお、ここでも、本件カルテルがハードコア・カルテルであることから直ちに「競争の実質的制限」が充足されたとする議論が考えられるが、その立場に立つのであれば、そのように考える根拠が説明されなければならないことは前述のとおりである。

最後に、「公共の利益に反して」についてだが、本問では、A社からの理不尽な値下げ要求に対抗するため、あるいは、乙の生産基盤を日本に維持するためにカルテルを行ったとの主張が考えられ、このような主張の根拠として「公共の利益」が援用される可能性がある。このような主張が認められる可能性は極めて小さいと考えられるが、いずれにせよ、「公共の利益に反して」の解釈を踏まえた説明が求められる。

〔第2問〕

本問は、健康維持のための消耗品である甲の製造業者であるA社が、自社の製造した甲を小売業者に販売するに際し問題文記載の諸条件を付した行為が、独占禁止法第2条第9項第6号ニ、不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第12項の拘束条件付取引に該当し、独占禁止法第19条に違反するかどうかを問うものである。拘束条件付取引における拘束条件には、理論上は独占禁止法第2条第9項第4号及び一般指定第11項に該当する行為を除き、およそ全ての条件が含まれ得る。設問(1)及び同(2)のいずれにおいても、A

社が取引先小売業者に対して付した条件は小売業者による商品の販売方法に関わるが、設問(1)における条件は広告における小売価格の表示の禁止であり、その価格への影響はより直接的であるのに対して、同(2)における条件は、価格に直接関連しない事柄に関わるので、競争に対する影響が異なると考えられる。そこで、各設問における条件の異同に着目しつつ、それらが競争に与える効果の分析を行うことが求められる。

設問(1)では、まず、A社が、自社の取引先小売業者に対して広告における小売価格の表示を禁止することを決定し、それを依頼の形で納品書に記載し、A社の営業担当者が大規模小売業者を訪問し、出荷停止に言及しながら、小売価格の表示を行わないよう要請する行為が、「拘束する」条件を付けて取引することに該当するか否かを検討する必要がある。和光堂事件・最高裁判所昭和50年7月10日第一小法廷判決（民集29巻6号888頁）などで示された基準を提示した上で本問の事実に当てはめることが求められる。その際には、小売店の営業においてA社製の甲が占める地位をどう評価するのかも重要となる。

次に、一般指定第12項の「不当に」に該当するかどうかを検討する必要がある。それが公正競争阻害性を意味すること、具体的には自由競争減殺であることを指摘した上で、本問では、より具体的に、事業者間での競い合いが減少する効果が問題となることに言及する必要がある。そして、一般論としては、一般指定第12項に該当し得る行為については、拘束の内容や対象となる取引の性質等、種々の事情を勘案して、それが競争に与える効果を評価する必要があるが、広告における価格表示の禁止は、価格維持効果が強く推測される行為であることに留意する必要がある。

このような広告における価格表示の禁止の特質に照らして、市場の画定や画定された市場における競争への影響の詳細な検討を省略して、自由競争減殺の有無を判断することが可能である。ただし、その場合には、広告における価格表示の禁止についてそのような判断方法が妥当性を有することの説明が求められる。他方、他の拘束条件付取引における場合と同様に、市場画定を行い、それを前提として自由競争減殺の有無を判断することも可能である。この場合には、市場画定に加えて、画定された市場における具体的な影響（例えばA社と他社のシェア、甲の差別化の程度、ブランド間競争及びブランド内競争の状況等）を事実に即して検討することが求められる。なお、いずれの場合も、小売業者間の価格競争の減殺の有無が検討されなければならない。

さらに、A社が広告における価格表示の禁止を行う目的に鑑みて、A社の行為が正当化できるか否かを検討することが求められる。

設問(2)では、まず、A社が、新製品甲の販売開始に当たり、小売業者に対して、販売員の研修の受講、研修を受講した販売員による商品説明、必要な機材の購入を求め、これに応じない場合には新製品甲の取引を行わないことを内容とする本決定を行い、これを小売業者に対して実施したことが、「拘束する」条件を付けて取引することに該当するか否かを説明することが求められる。

次に、A社の行為が、一般指定第12項の「不当に」の要件を満たすか否かの検討をする。「不当に」の意味については、設問(1)と同様である。しかし、設問(2)では、一方では、製造業者が、自社のブランド戦略に鑑みて、どのような販売方法を採用するかは、基本的には、製造業者が自由に決められる事項であるとされていることに留意する必要がある。しかし、他方では、小売業者に特定の販売方法を採ることを求める、それを取引の条件とすることは、販売価格の上昇を招来することがあり、そのような行為の競争への影響をどのように分析・評価するかが問われる。具体的には、化粧品の販売方法の制限に関する資生堂東京販売事件・最高裁判所平成10年12月18日第三小法廷判決（民集52巻9号1866頁）によって示された、それなりの合理性と制限の同等性の基準にのっとって検討した上で、価格上昇効果について分析・評価を行うことが期待される。もっとも、前記最高裁判決の位置付け等については、様々

な考え方があるので、他の拘束条件付取引の類型と同様に、市場を画定した上で、画定された市場における競争への影響を事実に即して検討することも可能である。この場合には、画定された市場で、A社の行為によって小売価格が維持されるおそれの有無、A社が条件を付す目的に鑑みてA社の行為が正当化できるか否かなどの検討を要する。

[知的財産法]

[第1問]

- 1 設問1は、特許請求の範囲が機能的に記載されている場合の技術的範囲の確定と記載要件適合性に関する理解を問う問題である。設問2の(1)は、無効審判における訂正請求と侵害訴訟における訂正の対抗主張に関する理解を問う問題であり、設問2の(2)は、共有特許の場合の単独での審決取消訴訟提起の可否に関する理解を問う問題である。設問3は、特許法（以下「法」という。）第104条の4に関する理解を問う問題である。
- 2 設問1においては、製品Aと製品Bの製造販売が本件特許権を侵害するかが問題となるが、その前提として、本件特許の特許請求の範囲に「硬貨の投入行為を妨げる手段」という機能的な記載があることから、いわゆる機能的クレームの技術的範囲の確定が問題となる。この点については、機能的クレームの場合、その発明の技術的範囲は、明細書の発明の詳細な説明の記載を参照し、そこに開示された実施例、あるいは実施例としては記載されていても、明細書に開示された発明に関する記述の内容から当該発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者（当業者）が実施し得る構成に限られるべきであるとする考え方（東京地裁平成10年12月22日判決判例時報1674号152頁【磁気媒体リーダー事件】、知財高裁平成25年6月6日判決裁判所ホームページ【パソコン等の器具の盗難防止用連結具事件】等参照）を念頭に置いた上で自説を明確に論述し、製品A及び製品Bの本件特許発明の技術的範囲への属否について論述することが求められる。

以上のような機能的クレームの技術的範囲の確定につき適切に論じた上で、文言侵害が否定される場合には、均等侵害を主張することが考えられ、この点に的確に言及していれば、積極的な評価が与えられよう。

次に、本件特許の特許請求の範囲が一見極めて広い範囲の技術を含むものである一方、本件特許の明細書等では、そのような広い範囲の技術のごく一部である実施例しか開示されていないことが、法第36条第6項第1号（サポート要件）及び同条第4項第1号（実施可能要件）に違反するとして、法第104条の3の抗弁（無効の抗弁）を行使できないかが問題となる。この点については、各要件の意義を踏まえつつ、自説を展開することが求められる。また、本件において法第36条第6項第2号（明確性要件）を問題とする余地もあり、この点に的確に言及していれば、積極的な評価が与えられよう。

- 3(1) 設問2の(1)の前段については、まず、無効審判が係属している間は訂正請求（法第134条の2第1項第1号）を行うべきことに言及する必要があり、また、本問では通常実施権者であるZがいるため、訂正請求をするにはZの承諾を得る必要があること（同条第9項、第127条）に言及する必要があろう。

同後段においては、Xらの対抗手段として、本件特許の特許請求の範囲を訂正することによって無効原因を回避できる旨の主張が考えられよう。このような訂正の対抗主張が認められるためには、①当該請求項について訂正審判請求なし訂正請求をしたこと、②当該訂正が法の定める訂正要件を充たすこと、③当該訂正により当該請求項について無効の抗弁で主張された無効理由が解消すること、④被告製品が訂正後の請求項の技術的範囲に属すること、を要するというのが裁判例の傾向であり（東京地裁平成19年2月27日判決判例タイムズ1253号241頁【多関節搬送装置事件】、知財高裁平成26年9月17日判決判例時報2247号103頁【共焦点分光分析事件】等）、これらの裁判例を念頭に

置いて論述を展開することが求められる。なお、この四つの要件のうち、①又は②の要件との関係で、前記訂正請求の場合と同様に、通常実施権者であるZの承諾を必要とするか否かが問題となる。Zの承諾が得られない場合に、かかる訂正の対抗主張が認められるかどうかについて的確に論述していれば、積極的な評価が与えられよう。

(2) 設問2の(2)においては、法第132条第3項が共有に係る特許権の共有者がその権利について審判を請求するときは共有者の全員が共同して請求しなければならないとしていることを踏まえつつ、最高裁判所平成14年2月22日第二小法廷判決民集56巻2号348頁【E T N I E S 事件】で問題となった、権利の形成過程と権利成立後における共有者の関係性の違い、単独での審決取消訴訟提起が「保存行為」（民法第252条ただし書）とみなし得るのではないか、審決取消訴訟の判決の効力と合一確定の要請、などの議論に配慮しつつ、自説を説得的に論述することが求められる。

4 設問3においては、まず、本件特許権を無効とする旨の審決が確定しており、このことにより、本件特許権は初めから存在しなかったものとみなされる（法第125条本文）ことから、Yとしては、Xに対して不当利得返還請求（民法第703条）をすることが考えられるが、侵害訴訟の判決がある限り、Xらは「法律上の原因なく・・・利益を受け」たとはいえないため、Yとしては侵害訴訟の判決の効力を再審（民事訴訟法第338条第1項第8号）により失わせる必要がある。この点、法第104条の4によって再審において無効審決が確定したことを主張することは妨げられており、結果としてYが支払った損害賠償金を取り戻すことはできない旨を説得的に論述することが求められる。

また、差止めの効力については、例えば、一般的に特許権侵害訴訟の差止判決の主文は「当該特許権の存続期間中」に限り差止めを認める旨が前提となっていることなど、合理的な論拠を示しつつ自説を論述することが求められる。

〔第2問〕

1 設問1は、英語の小説aの日本語訳である小説b、その題号b及びブックカバーbに対するパロディとして制作された小説c、題号c及びブックカバーcがXの有する著作権及び著作人格権を侵害するか否かにつき、翻案権侵害の有無、二次的著作物の著作者の権利の及ぶ範囲、題号の著作物性、ブックカバーの著作物性、引用の抗弁の成否、さらには著作権法（以下「法」という。）第20条第2項第4号所定の「やむを得ないと認められる改変」の適用の可否等に関する理解を問う問題であり、設問2は、いわゆる自炊代行につき、事業者が自ら書籍を電子ファイル化する事案と利用者が電子ファイル化する事案とを比較しつつ、それぞれの事案において複製の主体は誰か、法第30条第1項の適用の可否、貸与権（法第26条の3）侵害の成否等に関する理解を問う問題である。

2(1) 設問1については、まず、複製・頒布の差止めの前提として翻案権侵害が問題となる。

翻案権侵害の成否に関しては、最高裁判所平成13年6月28日第一小法廷判決民集55巻4号837頁【江差追分事件】が判示しているところを念頭に置いて、翻案に当たるか否かの判断基準を示した上で、事案に当てはめ、特に、小説c及びブックカバーcはパロディとして制作されたことから、パロディされる側の著作物の表現部分がパロディ作品の中に取り込まれて改変され、パロディする側の著作者の創作が付け加えられた結果、全体としてみるともはやパロディされる側の作品の本質的な特徴を直接感得することができない場合もあるとする学説があることをも考慮しつつ、小説c及びブックカバーcがそれぞれ小説b及びブックカバーbの表現上の本質的特徴を直接感得できるか否かにつき論述することが求められる。

また、二次的著作物の著作者の権利の及ぶ範囲については、最高裁判所平成9年7月17日第一小法廷判決民集51巻6号2714頁【ポパイネクタイ事件】が「二次的著作物

の著作権は、二次的著作物において新たに付与された創作的部分のみについて生じ、原著作物と共通しその実質を同じくする部分には生じないと解するのが相当である。」と判示しているところを念頭に置いた上で、本件事案に当てはめて論じることが求められる。

次に、題号の著作物性については、そもそも著作物の題号は著作物を同定識別するための著作物の名称であるから、たとえ著作者の表現上の思想感情が盛り込まれているとしても、題号それ自体は著作物には当たらないとする学説があることをも考慮しつつ、題号は通常短文で構成されることを含めて題号の著作物性を論じるとともに、題号に著作物性があり得るとしても題号 b は題号 a の直訳にすぎないことから、二次的著作物の著作者としての権利の有無及び範囲についても論じることが求められる。

さらに、ブックカバーについては、大量に複製される実用品であることから、その著作物性が問題となるところ、仮に美術の著作物に当たるとしても、応用美術の問題となることから、応用美術の著作物性に関する判断基準を示しつつ論述することが求められる。

最後に、引用の抗弁（法第32条第1項）の適用の可否については、小説 c、題号 c 及びブックカバー c がパロディとして制作されたことを考慮した上、最高裁判所昭和55年3月28日第三小法廷判決民集34巻3号244頁【パロディイモンタージュ事件】が判示するところを念頭に置き、明瞭区別性と主従関係を要件としない近時の知的財産高等裁判所平成22年10月13日判決判例時報2092号135頁【鑑定証書コピー事件】等の判示をも念頭に置きつつ、「引用」の要件に関し自説を展開し、翻案による引用を規定していない法第43条第2号にも触れて論述することが求められる。

- (2) 著作者人格権については、小説 c、題号 c 及びブックカバー c は、それぞれ小説 b、題号 b 及びブックカバー b の改変に当たり、Xの同一性保持権を侵害するか否か、仮に、それらが X の意に反する改変に当たるとしても、それらはパロディであることから、法第20条第2項第4号所定の「やむを得ないと認められる改変」に当たり適法であるか否か、について論述することが求められる。なお、題号 c に関しては、法第20条第1項に「題号」が明記されていることから、その意義についても触れることが求められる。また、本設問上、Xの氏名が表示されていないことは明らかであるから、Xの主張としては氏名表示権侵害も挙げるべきであろう。
- 3 設問2については、いわゆる自炊代行につき、複製の主体が事業者かそれとも利用者かが問題となるところ、この点に関しては、最高裁判所平成23年1月20日判決民集65巻1号399頁【ロクラクII事件】の判示するところを念頭に置きつつ、設問2の(1)と同様の事案に関する知的財産高等裁判所平成26年10月22日判決判例タイムズ1414号227頁【自炊代行事件】の判示するところをも念頭に置いて、複製の主体の判断基準を示した上で法第30条第1項の適用の可否を論じ、特に、設問2の(2)においては、利用者が自ら書籍の電子ファイル化を行っていることから、設問2の(1)の場合とは場面が異なることを意識しつつ、Z2を法的な観点から複製の主体と捉えることができるかについて、自説を展開して論述することが求められる。

また、貸与権侵害に関しては、本設問では、店舗外への持ち出しが禁止されていることから、いわゆるまんが喫茶や美容室に置かれた週刊誌等と同様に、店舗から顧客への書籍の占有移転が認められないとして著作権法上の「貸与」には該当しないと解するのか、利用者が店舗内で借りた書籍をスキャナーに掛けて複製物を作成する行為を重視して、単に店舗内でその書籍を読む行為とは異なると解するのかを含めて貸与権侵害の成否につき、自説を展開して論述することが求められる。

[労 働 法]

[第1問]

本問は、うつ的症状により欠勤している労働者に対する解雇の効力及び傷病休職期間満了前に復職申請を行った労働者に対して、これを拒否したうえで休職期間満了に基づきなされた退職扱いの効果について問うものである。本問は、精神的健康面で不調の状態にある労働者をめぐる法的問題のうち、最近の裁判例において比較的多く見られる紛争事例であり、関係条文・判例から導き出される規範の正確な理解と当該規範の具体的事件への当てはめの的確さが問われている。

設問1においては、長時間に及ぶ労働等を契機として生じたうつ的症状（以下「本件うつ的症状」という。）により欠勤している労働者に対してなされた解雇（以下「本件解雇」という。）の効力を争う場合、法的論点としては、本件解雇が労働基準法第19条第1項及び労働契約法第16条に基づきそれぞれ無効であるか否かが問題となろう。

まず、労働基準法第19条第1項に照らして、本件うつ的症状の業務起因性が問題となるが、判例（東芝うつ病事件東京高判平成23年2月23日）において示された業務起因性の判断枠組みの正確な理解とその本件への的確な当てはめが問われる。次に、本件うつ的症状に業務性が認められない場合であっても、労働契約法第16条に基づき、本件うつ的症状及び使用者の対応などの事情を踏まえて本件解雇の効力を検討する必要があろう。

設問2においては、休職期間満了前に復職申請を行った労働者に対して、使用者が復職を拒否してその後休職期間満了により退職扱いとした場合、法的論点としては、①本件就業規則に基づく傷病休職命令（以下「本件休職命令」という。）の効力、②本件事案において労働者が行った復職申請（以下「本件復職申請」という。）を拒否した状況下における休職期間満了を理由になされた退職扱いの効果が問題となる。

上記論点①については、本件就業規則第24条第1項は「傷病により勤務に堪え得ない場合には、休職を命ずることができる。」と規定し、使用者はこれに基づき本件休職命令を発したが、本件うつ症状の発症の原因等を踏まえて本件休職命令の効力を検討すべきであろう。上記論点②については、判例（片山組事件第一判平成10年4月9日）が示す判断枠組みを踏まえて、本件復職申請が債務の本旨に従った履行の提供に当たるか否か、これに当たるとした場合、使用者がこれを拒否した状況において、休職期間満了により退職の効果が発生するか否かを検討することになろう。その際、本件退職扱いはいわゆる自動退職であり、厳密には解雇と異なることから、仮に退職の効果が発生しないとする場合には、その法的理由にも留意すべきである。

[第2問]

本問は、義務的団交事項の意義、使用者の言論と支配介入行為の関係並びに部分スト不参加者の賃金請求権及び休業手当請求権に関する規範の正確な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るが、法令の規範を明示した上で、主要な判例法理を踏まえ、提示された具体的事案に対して的確な検討を行うことが求められている。

まず、設問1においては、救済機関として不当労働行為を審査し、救済命令を発する労働委員会と、民事紛争を解決する裁判所とが明示されるとともに、それぞれに対応した救済方法の具体的な内容が示されることが不可欠である。そして、平成28年度の新規採用者、すなわち非組合員の基本給の額を前年度の新規採用者の基本給の額に比して減額することに関して、Y社がX組合から要求を受けたにもかかわらず、この点に関する団体交渉を拒否したこと、及びY社が社長名で声明文をY社の全事業所に掲示したことがそれぞれ不当労働行為に当たるかどうかを検討することが必要である。前者については、本件基本給引下げが義務的団交事項に当たるかどうか、及び当たるとした場合にY社が団体交渉を拒否したことの正当な理由があるかどうかにつき、後者については、使用者の言論の自由にも配慮した支配介入行為の判断基準及びその該当性につき、判例法理（前者につき根岸病院事件（東京高判平成19年7月31日）等）、

後者につきプリマハム事件（最二判昭和57年9月10日）等）を踏まえた上で、具体的な事情を適切に指摘・評価して論じなければならない。

次に、設問2においては、X組合の組合員ではあるものの、平成28年3月15日のストライキに参加しなかったZらが、Y社から休業を命じられて同日に就労しなかつたことについて、Zらの労働の無価値性、Y社の責めに帰すべき事由の有無及び賃金請求権と休業手当請求権の関係につき、両請求権の相違をも考慮しつつ、判例法理（ノースウエスト航空事件（最二判昭和62年7月17日）等）を踏まえた上で、それぞれ規範を定立し、的確に当てはめを行うことが必要である。また、Zらの請求の当否について結論を明示することも忘れてはならない。

いずれの設問も、規範の明示と本件事例への当てはめを基軸とし、説得力ある論理が展開されていることが前提となる。

[環 境 法]

[第1問]

第1問は、環境影響評価法に関する基本的な仕組み、大気汚染による健康被害の差止請求に関する法的論点、情報的手法に関する基礎的理解を問う問題である。一つの事例において環境法の様々な分野が関わる場合が多いことから、このように設問した。

〔設問1〕では、意見書の提出の機会全てについて、問題の主体ごとに根拠条文を踏まえて説明しているかが問われている。B県知事とEには、計画段階環境配慮書、方法書、準備書について、意見書提出の機会があり、意見書を事業実施主体宛て提出することができる（同法第3条の7第1項、第8条第1項、第10条第1項、第18条第1項、第20条第1項）。ただし、計画段階環境配慮書における意見書提出の機会（平成23年環境影響評価法改正によってその作成義務が定められた〔第3条の3〕ことに伴って設けられた）の提供は、事業実施主体の努力義務にとどまっている。

〔設問2〕では、Eは、石炭火力発電所から発生する窒素酸化物（NOx）による大気汚染から生じる健康被害の発生を危惧しており、人格権等の侵害に基づき、A社及びF社に対して、A社D発電所及びF社G発電所から排出される窒素酸化物の量の削減を請求することなどが考えられる。複数の考え方がある場合、それぞれを検討して法律上の問題点について広範に論じる必要がある。

まず、既設・操業のG発電所及び新設・操業のD発電所から石炭の燃焼により発生する窒素酸化物（直接排出される一酸化窒素及びその反応物質である二酸化窒素）は健康被害物質（呼吸器系の疾患の原因物質）であることを述べる。窒素酸化物は「有害物質」として大気汚染防止法によって規制され（同法第2条第1項第3号、同法施行令第1条第5号）、二酸化窒素について環境基準が定められている（昭和53年環境庁告示第38号、平成8年環境庁告示第74号最新改正）。

次に、健康被害に対する差止請求権の法的根拠について述べる。本問の事案を解くための議論の立て方を示せば、以下のとおりとなる。第1は、人は、自らの生命・身体の完全性（健康）を害されない権利、すなわち身体的人格権を有しており（憲法第13条、民法第710条参照）、その侵害に対しては人格権に基づき差止めを請求する権利を有しているとし、したがって、人の健康を侵害する蓋然性が高い場合には、身体的人格権の侵害となり、受忍限度論によることなく（受忍限度論は生活妨害のような精神的損害の場合に適用されると考える）、違法性が認められ、健康被害の高度の蓋然性を証明すれば、差止請求が認められるという考え方である。第2は、人格権侵害に基づく差止請求権の要件については、受忍限度論が適用されるとし、健康被害が生ずる蓋然性が高い場合には、公共性が高い場合であっても差止請求が認められるとする考え方である。第3は、環境基準を大幅に超えていることを根拠として健康被害が生ずる高度の蓋然性があることを主張するのではなく、現状の汚染により健康被害が生ずるのではなく

いかという危惧感（精神的損害）を被侵害利益として主張するという捉え方である。そのような捉え方によれば、身体的人格権に直結した平穏生活権の侵害の問題となるが、その場合の要件は受忍限度論となろう。

そして、差止請求が認められるためには、健康被害が既に発生していること、あるいは発生するであろうことが高度の蓋然性をもって証明できることを要する（因果関係証明の原則）。これについて、本問では、既設のG発電所からのばい煙（その中の窒素酸化物）と新設のD発電所からの窒素酸化物が複合して、Eの居住地において、窒素酸化物（大気中で酸化反応して二酸化窒素となっている）の濃度が、常時環境基準を25%超える汚染が現出しているとして、Eは健康被害を危惧しているから、健康被害の蓋然性の問題と、汚染源が複数存在する場合の帰責者の問題を論じる必要がある。

環境基準は、一般的にいえば、達成すべき公害・環境行政上の政策目標であって、健康を保護するための基準値（健康閾値）とは必ずしも一致しない。しかしながら、検出されてはいけないとか、有害性が著しく厳しい基準を定められている健康被害物質については、環境基準を健康閾値である差止基準として主張することは考えられ、窒素酸化物（二酸化窒素を含む）についても、健康被害物質であり、達成時期も比較的に短期であって、健康影響が大きいともいえるから、環境基準を差止基準と仮定して、Eが訴訟上の請求をすることも、一つの考え方としてはあり得る。もちろん、環境基準が政策目標であるため、それを超えていることが差止め（汚染物質の削減）の根拠にできないことを述べることはできるが、その場合には、単なる政策目標として理解しない考え方についても言及する必要がある。すなわち、環境基準の法的性質を述べた上で、本件事案において、なおそれをどのように利用することができるか検討することが求められている。

Eが求めるべき差止めの内容としては、汚染を人格権等の侵害が生じないレベルに低減することであるが、G発電所とD発電所の窒素酸化物が複合してE居住地に到達しているから、複数汚染源に対する差止め（理論的根拠、寄与度と削減義務）をどのように考えるかを論じる。この点については、①個別的差止説、②連帶的差止説、③分割的差止説などがあり、各説に言及した上で、自説を述べることが求められる。

例えば、①は、各汚染源が差止基準を超えて被害者に原因物質を到達させていなければ差止めを請求できないとする説であるが、複数汚染源からの少量の有害物質が複合して差止基準を超えているような場合には、被害者の保護ができないという問題点が指摘されている。

②は、複数汚染源の間に強い関連共同のような一体的関係とか主従の関係があれば妥当な結論となるが、そうでない場合には、狙い撃ち的に、ある汚染源に対して、他の汚染源による排出を含めた基準超過汚染の削減義務を負わせるものであり、公平に反するという問題点が指摘されている。

③は、複数の汚染源を被告にして汚染を差止基準以下にせよと請求でき、各被告の寄与度に応じた差止の義務を負うとする説であるが、各被告の寄与度をどう決めるべきかの問題が指摘されている。そこで、現実の汚染（着地濃度）と差止基準（閾値）を基に一律の削減率を決定し、その削減率に基づいて各被告の排出量の削減を求めればよい、とすることなどに言及することが考えられる。

最後に、請求の趣旨について検討する。排出口における汚染物質の排出量の削減を求める請求と着地濃度の低減を求める請求が考えられるが、着地濃度方式は証明が困難であり、排出口における排出量による請求が実際的である。抽象的不作為請求を立てることになる場合、抽象的不作為請求が適法な請求方式か、すなわち、訴訟物が特定しているか、強制執行の方法をどう解するか、述べる必要がある。強制執行は間接強制となる。なお、抽象的不作為請求の適法性を認めない場合には、その理由を述べる必要がある。

〔設問3〕では、情報的手法の意義に関する説明と規制的手法との比較、すなわち、長所と

短所を記述することを求めている。情報的手法は、持続可能な社会の構築に向けた環境政策における政策手段、社会経済の環境配慮のための仕組みの一つであり、各手法を適切に組み合わせることによって環境政策を推進することとされている。そして、その意義は、(1)事業活動や製品・サービスに関して、(2)行政が、事業者に対して環境負荷などに関する情報の消費者・投資家等利害関係者や行政への開示・提供を求め、行政に提供された情報の公表・公開を行うことによって、(3)製品・サービスの提供者も含めた各主体による事業者や製品の選択等環境配慮行動を促進、または、自主的な取組みに資するという環境政策の手法と説明することができる（第2次・第3次・第4次環境基本計画〔平成12年・同18年、同24年〕参照）。規制的手法との比較としては、長所として、(1)行政リソースの限界に対応できること、(2)各主体による柔軟な対策が可能、(3)科学的不確実性のある分野の場合、比例原則の問題が生じにくいことなどを挙げることができる。短所としては、(1)それ自体では強制力がないこと、(2)このため実効性を確保するためには他制度との組合せが必要であること、(3)市場や国民による監視が必要であることなどを挙げることができる。

〔第2問〕

第2問は、環境法の分野における基本理念と、諸原則や基本的な考え方、各制度との関係についての総合的な理解力、思考力を問う問題である。全ての設問を通じ、人の活動により環境に加えられる影響であって、環境の保全上の支障の原因となるおそれのあるものとしての「環境への負荷」（環境基本法第2条第1項）は、問題となっている法律においては何であると想定されているかが論述の出発点となり、そのような環境への負荷をできる限り低減する上で、それぞれの社会的立場において自主的かつ積極的に行われるべき環境の保全に関する行動の公平な役割分担とは何かを思考することが求められている。

〔設問1〕では、容器包装リサイクル法が目的とする「環境への負荷」の低減が、容器包装廃棄物の排出の抑制並びに分別収集及びその再商品化を促進するための措置を講ずること等によって、廃棄物の適正な処理及び資源の有効な利用の確保を図り、生活環境を保全すること等であること（同法第1条）を踏まえ、そのための公平な役割分担として考えられることを論述する。小問(1)では、いわゆる3R（Reduce＝発生抑制、Reuse＝再使用、Recycle＝再生利用）の容器包装廃棄物の排出の抑制の場面における表れと考えられる、過剰使用の抑制、再使用及び再商品化を促進するための分別収集については、消費者及び利用事業者の活動に負う面が大きいことを指摘し、一方、地球温暖化対策の推進に関する法律が目的とする「環境への負荷」の低減は、温室効果ガスの排出の抑制であること（同法第1条参照）を押さえつつ、日常生活用製品等の利用に伴う温室効果ガスの排出を抑制する上でも消費者等の製品選択及び製品利用の方法に負う面は大きいが、これらを実効性あるものとするためには、製品性能や排出抑制的な利用方法についての専門的情報が不可欠であることから、公平な役割分担上、責務規定の内容が異なっていると考えられることなどを論述する。また、容器包装が再商品化しやすい分別基準適合物であるためには、容器包装の製造事業者においてそのようなものとして製造されることが必要であり、温室効果ガス排出量の少ない日常生活用製品等の製造に係る地球温暖化対策の推進に関する法律第20条の6の規定共々、環境配慮設計を果たすことが、製造事業者の負うべき公平な役割分担であると考えられることも記述する。小問(2)では、特定事業者は、拡大生産者責任の観点から、容器包装の再商品化義務を負い（容器包装リサイクル法第11条ないし第13条）、再商品化費用を負担することが想定されている一方、再商品化費用の多くは実効性ある分別収集がなされるかによって左右される側面が大きいところ、容器包装廃棄物は一般廃棄物であり（同法第2条第4項）、その処理計画や収集・運搬・再生を含む処分は、循環型社会形成推進基本法第10条を踏まえ、市町村において行なうことが予定されていること（廃棄物の処理及び清掃に関する法律第6条、第6条の2第1項）から、市町村は、容器包装廃棄

物の分別収集に必要な措置（容器包装リサイクル法第6条第1項）の一環として市町村分別収集計画を定め（同法第8条），これに従って容器包装廃棄物の分別収集をしなければならないとされていること（同法第10条第1項）をまず押さえる。その上で，容器包装リサイクル法第10条の2は，特定事業者が現実に負担した再商品化費用が一般に想定される再商品化費用よりも低額で済んだ場合には，このような市町村の役割に負う部分が大きいことに鑑み，市町村の寄与度に応じて，想定再商品化費用との差額の一定割合額を市町村に還元することで，一定程度の費用負担の調整を図るとともに，市町村において，公平な役割分担として，合理的な市町村分別収集計画を自主的かつ積極的に策定するよう誘導しようとする制度であることを記述する。

〔設問2〕では，自然公園法が目的とする「環境への負荷」の低減が，優れた自然の風景地の保護とその適正な利用であることを踏まえ，国，地方公共団体，事業者及び自然公園の利用者が，それぞれの立場において，これが図られるように努めなければならないこと（同法第1条，第3条第1項）が，公平な役割分担と考えられることを論述する。小問(1)では，国立公園は，我が国の風景を代表するに足りる傑出した自然の風景地であること（同法第2条第2号）を踏まえ，環境大臣は，風致を維持するために，その海域を除く区域内に特別地域を指定し，景観を維持するために，特別地域内には特別保護地区を区域内の海域には海域公園地区を指定することができ，それぞれ地域又は地区内では風致や景観を破壊するおそれのある行為は許可を受けるべきものとされ，特に保護すべき程度の高い後者では，特別保護地区を除く特別地域におけるより軽微な行為であっても，許可を受けなければ，してはならないとされていることを記述する。また，所有者等において，これらの許可を得られないなど，これらの行為が制限された場合においては，通常生ずべき損失の補償をしなければならないとされている（同法第64条第1項ないし第3項）が，これは地域又は地区に指定されることのみで損失が補償されるものではなく，無条件の許可を受けられることに対して補償されるいわゆる不許可補償であって，公平な役割分担の範囲を超える場合に当たると考えられる特別の犠牲を被った場合に補償がされるべきものであり，その程度に至らない場合は，財産権の内在的制約と考えられることなどを論述する。小問(2)では，【資料】にある法律から，地域自然環境保全等事業は，国立公園等の自然の風景地，名勝地その他の自然環境の保全及び持続可能な利用の推進を図る上で重要な地域において実施する事業であり，「入域料」は，同事業を実施する区域内への入りについて收受する料金であって，当該地域の自然環境を地域住民の資産として保全し，その持続可能な利用を推進するための経費に充てるべきものであることを読み解いた上で，そのような自然環境の保全及び持続可能な利用の推進について，公平な役割分担として，利用者にも自主的かつ積極的に関わってもらうために，地域自然環境保全等事業を実施する区域内に立ち入る者が，いわゆる受益者負担の原則に基づき負担する金銭であると考えられることなどを論述する。

〔国際関係法（公法系）〕

〔第1問〕

本問は，島の帰属をめぐる二国間の争いが，国際連合（以下「国連」という。）の場においてどのように扱われるかについて，司法試験用法文にも登載されている国連憲章の関連規定の的確な把握，及び島の領有に関する国際法の基本的な理解を問う問題である。国連憲章に関しては，設問の趣旨を踏まえて参考すべき適切な国連憲章の条文を見付け，その該当条文を条約の解釈に関する国際法の規則（条約法に関するウィーン条約第31条以下参照。）に即して適切に解釈し，問われている具体的論点に答えることが求められる。また島の領有については，国家の領域や島の帰属に関する国際法の理解と本事案への的確な適用が求められる。

設問1は，A国の要請に基づいてこの事案を扱った国連安全保障理事会（以下「安保理」

という。) の表決手続に関する問い合わせである。特に安保理の表決手続を定める国連憲章第27条の構造的確な理解が求められる。同条第1項は各理事国が1個の投票権を有すること、第2項は手続事項に関する決定は15理事国中9理事国の賛成投票により可決されること、そして第3項は、「その他のすべての事項」(通常「手続事項」)に対比して「実質事項」又は「重要事項」といわれる。) に関する安保理の決定は「常任理事国の同意投票を含む9理事国の賛成投票」により可決されることを規定する。

本事案の決議案の内容は手続事項ではないので、設問の安保理決議案の採択には、国連憲章第27条第3項が適用されることをまず押さえる必要がある。すなわち、本事案のような実質事項に関する安保理の表決には、①「9理事国の賛成投票」及び②「常任理事国の同意投票」の二つの要件が満たされなければならない。②の要件は、常任理事国の1国でも反対すると他の14理事国が賛成していても決議案は否決されるという意味で、一般に「常任理事国の拒否権」と表現されている。

本事案では、投票結果は賛成10票であったので「9理事国の賛成投票」という要件は満たされているが、常任理事国のC国が棄権したために、「常任理事国の同意投票」という要件が満たされているかどうかが問題となる。解釈論としては、棄権は積極的な同意投票ではないので「常任理事国の同意投票」があったとは言えないと解して否決されたとしても可能である。しかし、国連では、安保理の任務の円滑な遂行を確保するために、そしてまた、解釈論としても棄権は反対票とも異なり拒否権の行使には当たらないと解することも可能であることから、国連成立後間もない頃から、棄権は拒否権の行使には当たないとする慣習が成立している。この慣習によれば、本事案の安保理決議案は、国連憲章第27条第3項の二つの要件を満たしているので、採択されたと解することができる。

設問2は、本事案の決議案において、B国の一方的軍事行動を非難する国際法上の根拠を示すことを求めている。この設問を検討するに際しては、B国のX島への一方的軍事行動がA国の領域を侵犯する違法行為と言えるか否かが重要なポイントとなるから、まずは前提として、X島がA国に帰属することを説明する必要がある。本事案では、A国は独立の際に同島を自国の領域に編入する措置をとるとともに、その後数百人の住民に対する一定の行政権を行使してきた。このA国のX島に対する国家としての領域管轄権の行使により、X島を領有するA国の意思が明白に示されているうえに実効的支配(1928年のパルマス島事件に関する常設仲裁裁判所判決参照。)も確立しつつ平穏に継続してきたと言える。一方、その間B国はこれらのA国の主権行使に対して抗議することがなく、B国がX島に対する領有権を主張するようになったのは、両国の独立後30年以上が経過した2002年であり、その主張の主な根拠は、国際法上島の領有の基礎としては学説上も判例上も実効的支配のように十分に確立しているとは言えない地理的近接性を理由とするものである。30年以上A国のX島に対する主権行使を黙認し、2002年になって地理的近接性という理由をもって領有権を主張するようになったB国の立場は、A国の長年にわたる平穏な実効的支配に対抗する主張としては国際法上根拠が弱いと結論することができる。

このことを前提にするならば、B国のX島への一方的軍事行動は、国連憲章第2条第4項が禁止するA国の「領土保全」に対する「武力の行使」に当たり違法である。また、仮にX島についてはA国に帰属することが確定しておらずB国との間に紛争が存在する状態であるとしたとしても、その場合B国はX島への一方的軍事行動の前に国連憲章第2条第3項に従って、同第33条に列記する交渉、審査、仲介、調停、仲裁裁判、司法的解決などの平和的手段による紛争の解決に努めるべきであった。そうしなかったB国の方的軍事行動は、国連憲章第2条第3項が規定する紛争の平和的解決義務にも違反している。

設問3は、仮に本事案の安保理決議案が全会一致で採択された場合、B国は直ちに軍をX島から撤退させA国の漁業者や住民の帰島を可能にする措置をとるべき国際法上の義務が生

するかという問い合わせである。言い換えると、採択された安保理決議はB国を法的に拘束するかという問い合わせである。一般に、国連を含む国際機構（国際組織、国際機関ともいう。）の総会、理事会などの審議機関の決議は、国家が締結した条約とは異なり法的拘束力はないとされている。その場合、決議がどのような票数で可決されたかということは、通常問題とはならない。仮に全会一致で採択された決議であっても、政治的意味はともかく、法的には拘束力がないと見るのが通例である。

ただし、国連憲章のような国際機構設立基本条約において、特定の審議機関の決議が拘束力を有することが明確に規定されている場合は別である。国連の安保理の場合がまさにその例に当たる。国連憲章第25条は、「国際連合加盟国は、安全保障理事会の決定をこの憲章に従って受諾し且つ履行することに同意する」と規定する。この「受諾し且つ履行することに同意する」という文言の意味は、一般に「安保理の決定は加盟国を拘束するもの」と解されている。したがって、B国は、安保理決議に従って、軍をX島から直ちに撤退させ、A国の漁業者や住民をX島に帰島させる措置をとるべき国際法上の義務があることになる。

仮にB国が決議を無視して軍を駐留させ続け漁業者等の帰島を可能にする措置をとらなかつた場合は、安保理は何ができるか。その場合安保理は、国連憲章第7章の下でB国に対して一定の強制措置をとることができ。具体的には、国連憲章第39条に基づいて、B国の軍事行動は「平和に対する脅威、平和の破壊又は侵略行為」であると決定し、同第41条に規定する非軍事的（経済的）措置を、またそれでは不充分であるとされた場合には、同第42条の軍事的行動をとることができる。

設問4は、仮に安保理が決議案を否決した場合、総会が本事案の事態を議題として取り上げ、安保理決議案と同様の内容の決議を採択することができるかを問う問題である。総会は、国連憲章第10条において、「この憲章の範囲内にある問題若しくは事項」に関して討議することが一般的に認められている。また、国連憲章第11条第2項は、本事案のような「国際の平和及び安全の維持に関するいかなる問題も討議」することを総会に認めている。したがつて、総会が本事案を議題として取り上げて討議することは可能である。

なお、総会には紛争解決のために勧告をする権限が認められているが、それには一定の制約がある。それは国連憲章第24条において、安保理に「国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任」を与えていたことに関係する。この規定から、本事案に関しては、まず安保理が扱うのが国連憲章の趣旨である。そして、そのことを確実にするために、国連憲章は第12条第1項において、「安全保障理事会がこの憲章によって与えられた任務をいづれかの紛争又は事態について遂行している間は、総会は、安全保障理事会が要請しない限り、この紛争又は事態について、いかなる勧告もしてはならない」と規定している（前記の国連憲章第10条及び第11条第2項の総会の権限を定める規定も「第12条に規定する場合を除く外」と条件を付けている。）。言い換えると、総会は、安保理が本事案について任務を遂行している間は、特に安保理が要請しない限り、本事案について討議はできても勧告はできないと考えられる。

ところで設問4では、安保理は決議案を否決しているのであるが、これをもって安保理が本事案について任務を遂行しなくなったと判断して総会が本事案を討議し勧告をすることができるかが、国連憲章第12条第1項の規定の解釈上問題になる。安保理が本事案を議題として取り上げて審議している間は、関連する決議案の一つが否決されたとしても議題は継続していると考えられるから、本事案の場合、当該決議案の否決を唯一の根拠として、安保理が本事案に関して任務を終了したとまで断定することはできないだろう（なお、安保理が、常任理事国の全員一致が得られなかったためにその主要な責任を遂行できなくなった場合、一定の手続を踏んで、総会が問題を討議し、加盟国に対して勧告することができることを確認した1950年11月3日の「平和のための結集決議」参照。）。

[第2問]

本問は、外交官に対して認められる国際法上の特権免除及び外交使節団の公館（大使館等）の保護等に関する外交関係法と、国際法上の国家責任をめぐる問題に関する基本的な理解について問う問題である。外交関係法に関しては、外交関係に関するウィーン条約（以下「外交関係条約」という。）に関する国際法上の権利義務の内容が明記されており、同条約の条文は司法試験用法文に登載されている。したがって、本問は、外交関係法に関する国際法の規則の内容をどれだけ「暗記」しているかを問うものではなく、外交関係条約の関係条文を具体的な設問の事例に照らして的確に抽出・解釈し、論理的な論述を展開して適切な結論を導くことを期待する問題である。また、国際法上の国家責任に関しても、国家責任の一般的な成立要件や責任追及の方法など、その基礎的な理解を前提としてこれを具体的な事例に適用する能力を問うものであり、決して過度に専門的で詳細な知識を求めているものではない。

設問1は、外交官の身分を有する者に対して認められる国際法上の特権免除の内容と、これをめぐる接受国と派遣国の国際法上の権利義務に関する理解を問う問題である。具体的には、外交関係条約第29条が規定する外交官の身体の不可侵の規定と、同条約第31条が規定する外交官の裁判権免除のうち特に刑事裁判権からの免除の規定が、B国の外交官Xが引き起こした本件交通事故に関してどのように適用されるかにつき検討する必要がある。論述に際しては、外交官に対して国際法上の特権免除が認められる趣旨及び目的、背景にも触れながら主張を展開することができれば、論旨の説得力が更に増すことが期待できる。

設問1は、A国政府としてY大使の見解に対して国際法上可能な主張を問う内容であるから、外交関係条約は、外交官など特権免除が認められる者に対して接受国の法令を尊重する義務を一般的に課している（第41条）ことをまず指摘する必要がある。また、外交官に認められる裁判権免除に関しては派遣国による免除の放棄が認められる（第32条）ことから、接受国であるA国は派遣国であるB国に対して外交官Xに関する免除の放棄を要請できることに言及する必要がある。さらに、外交関係条約によれば、接受国は「いつでも、理由を示さないで」特定の外交官が「ペルソナ・ノン・グラータ」（好ましからざる人物）であることを派遣国に通知することができ、その場合には派遣国は当該外交官を召還し又はその者の任務を終了させなければならない（第9条）ものとされる。本設問においても、接受国であるA国は、外交官Xが「ペルソナ・ノン・グラータ」であることをB国に対して通告することができ、その場合にはB国は外交官Xを本国に召還するか又は任務を終了させる義務を負うことになる。

設問2は、国際法上認められた外交使節団の公館（本事例ではA国に所在するB国大使館）の不可侵等との関係で、A国がB国に対して負う国際法上の国家責任について問う問題である。一般に国際法上の国家責任が発生するためには、国による国際違法行為が必要であり、国による国際違法行為とは、ある作為又は不作為からなる行為が、①国際法上当該国に帰属し、②当該国による国際義務の違反を構成する場合に存在するものとされる（例えば、国連の国際法委員会（ILC）が作成し国連総会が採択した国家責任条文参照）。

外交関係条約第22条は、外交使節団の公館の不可侵について規定し、特に接受国に対して、「接受国は、侵入又は損壊に対し使節団の公館を保護するため及び公館の安寧の妨害又は公館の威儀の侵害を防止するため適当なすべての措置を執る特別の責務を有する」（同条第2項）と定めている。したがって、A国に所在するB国大使館周辺で発生した事実に照らして、A国当局が「適当なすべての措置を執る特別の責務」を果たしたといえるか否かを個別に検討する必要がある。具体的には、大使館の窓の破損や外壁の落書きといった物理的な「損壊」の発生に加えて、大使館正門の路上でのB国国旗の焼却といった行為が「公館の安寧の妨害又は公館の威儀の侵害」に当たるか否かといった点に関しても、検討が必要とされる。

また、外交関係条約は、外交使節団の任務遂行のための接受国による便宜供与（第25条）、さらに使節団の構成員の移動及び旅行の自由（第26条）等を保障している。B国大使館に対する大規模デモの継続中にB国大使館への自由な出入りが事実上制約され大使館の業務遂行が困難な状態が続いたことは、同条約中のこれらの規定との関係でも国際法上の義務違反を構成する可能性があることに留意する必要がある。

なお、A国政府の側からは、これらの違法行為を行ったのは私人であり、個人の行為は原則として国に帰属しないから、デモ参加者がB国大使館に対して行った行為からA国政府に国際法上の責任は発生しない、といった反論がなされるかもしれない。しかし、設問2で問題とされている外交関係法に基づく外交使節団の公館の保護に関しては、接受国が「相当の注意」をもって外交使節団の公館を保護する国際法上の義務を負うものであり、外交使節団の公館の侵害を防止するための十分な保護措置をとらなかつたというA国政府による不作為の義務違反を問えることに注意する必要がある（例えば、在テヘラン米国大使館員等人質事件国際司法裁判所判決参照）。本事案においては、接受国であるA国は、同国に所在するB国大使館に関して、「侵入又は損壊に対し使節団の公館を保護するため」及び「公館の安寧の妨害又は公館の威儀の侵害を防止するため」適當なすべての措置を執る特別の責務を負っている（外交関係条約第22条第2項）。したがって、A国政府が、多数の警察官を動員してB国大使館の警備に当たらせたとはいえ、投石や落書き等を防げず、その結果としてB国大使館の物理的な「損壊」が発生したことは、A国政府が当該公館を保護する義務を履行できなかつたものであり、また、B国大使館の正門前の路上でB国国旗を燃やすことを制止せず放置したことは当該公館の「安寧の妨害又は公館の威儀の侵害」を防止しなかつたものと解することができ、いずれもA国政府自身による国際法上の義務違反（防止義務違反）を構成するとみなすことができよう。

次に、以上のようにB国大使館に関して十分な保護を行わなかつたことにつきA国に国際法上の国家責任の発生が認められるとした場合、B国はA国に対して国際法上どのような請求を行うことができるかを考察する必要がある。国際法上の国家責任が発生した場合、一般に、被害国は加害国に対して、「原状回復」、「金銭賠償」、「満足」（違反の自認、遺憾の意の表明、公式の陳謝等）等を要求することができるものとされる。本事案においてB国が被つた損害に関しても、物理的に回復が可能な損害に関しては「原状回復」を、原状回復によつては十分に回復されない損害に関しては「金銭賠償」を、原状回復又は金銭賠償によつては十分に回復されない損害に関しては「満足」として公式の陳謝や遺憾の意の表明、違反の自認といった外形的行為による救済を、それぞれ求めることができるものと考えられる（例えば、前述の国家責任条文参照）。

設問3は、外交官としての身分の終了による特権免除の消滅に関する問題について問うものである。外交関係条約第39条第2項は、外交官等が有する特権免除は、当該者の任務が終了した場合には通常その者が接受国を去る時に消滅する、という原則を規定している。同時に、同項ただし書は、前記の者が「使節団の構成員として任務を遂行するにあたって行なつた行為」についての裁判権からの免除は、その者の特権免除の消滅後も引き続き存続すると定めている。

本設問では、B国の外交官Xが引き起こした本件交通事故が、①休暇中に私的な旅行のため自動車を運転中の事故であった場合、②緊急の公務のため自宅からB国大使館に駆けつける途中の事故であった場合のそれぞれについて、前述の規定に照らしてどのように判断すべきかが問われることになる。①の場合には、本件交通事故は外交官Xが「使節団の構成員として任務を遂行するにあたって行なつた行為」であると解することは困難であろう。したがつて、この場合にはB国の元外交官Xには当該事故に関して裁判権免除は認められず、A国検察当局がXをA国の裁判所に刑事訴追したことは外交関係条約の関係規定に違反しないもの

と考えられる。

他方で、②の場合には、本件交通事故は外交官Xが「使節団の構成員として任務を遂行するにあたって行った行為」であると解することができ、その場合には、本件事故に関して外交官Xに認められていた裁判権免除は、XがB国の外交官としての身分を失った後も引き続き存続するものと認められる。したがって、A国検察当局がB国の元外交官XをA国の国内裁判所に刑事訴追したことは、外交関係条約の関係規定に違反するものと解釈できよう。

なお、刑事裁判権を含むA国の裁判権からの免除がB国の元外交官Xに対して引き続き認められる場合であっても、設問1の解説で前述したように、B国はXに関する免除の放棄に同意することができる（外交関係条約第32条）のであり、A国がB国に対してXに関する免除の放棄を求めることも取り得る選択肢の一つと考えられる。

[国際関係法（私法系）]

[第1問]

本問は、夫婦間の日常家事債務の連帯責任及び未成年の子の財産管理の準拠法の決定と適用を問うものである。

設問1は、夫婦間の日常家事債務の連帯責任の法律関係の性質決定を問うものである。これに関しては、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第25条説と第26条説との対立がある。いずれの見解をとるか、その根拠を示した上で準拠法を決定し、条文を丁寧に適用し、結論を示す必要がある。

設問2(1)は、子の財産に対する父母の財産管理権に関する問題である。親子間の法律関係の準拠法に関する通則法第32条によることを導き、問い合わせに則して答えなければならない。

設問2(2)は、父母の財産管理権が及ばない未成年の子の財産管理の問題を国際私法上どのように扱うかを問うものである。甲国法を準拠法とする場合には、甲国法上の財産後見制度が日本法に不知の法制度であるため、わが国手続法でいかに実現するかも問題となる。

[第2問]

本問は、涉外契約の一方当事者につき法人格否認が問題となる事案を素材として、国際私法及び国際民事訴訟法の基礎的理解とその応用力を問うものである。

設問1は、契約当事者とその親会社とを共同被告とする訴えにつきわが国の裁判所が国際裁判管轄権を有するか否かを問う問題である。「手続は法廷地法による」との法原則の下でわが国の民事訴訟法第3条の2以下の諸規定がどのように適用されるかを適切に説明することが求められる。

設問2は、親会社に対して契約責任が追及される場合の準拠法が何かを問う問題である。契約当事者の法人格が否認されるか否かという論点と親会社が当該債務の履行責任を負うか否かという論点との関係をいかに理解するか（同一論点の言い換えとみるか、先決問題対本問題として理解するか）に応じて、法律構成は異なり得る。法人格否認の問題について、これを実質法上の法律構成とは別に、抵触法上の問題として、その法律構成（単位法律関係、法性決定、連結点等）をどのように考えるか（法人従属法説、個別原因関係準拠法説他）等々、触るべき論点は少なくない。法律構成のいかんにかかわらず、それぞれの根拠を示しつつ、準拠法決定の過程を段階を追って正確に説明することが求められる。

設問3は、約定された支払通貨と異なる通貨での支払が認められるか否かの準拠法が何かを問う問題である。債権準拠法説と履行地法説との対立が知られているが、ここでも、どのような根拠に基づいて準拠法を決定するかを丁寧に説明することが期待される。