

配 布 資 料 目 録

(平成22年4月12日)

- 資料1 平成21年新司法試験採点実感
- 資料2 平成21年新司法試験出題の趣旨
- 資料3 平成21年新司法試験論文式試験問題

平成 21 年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法）

1 出題の趣旨の補足

論ずべき具体的事項等については、既に出題の趣旨において説明したとおりである。

憲法では、従前から新しい領域の素材を提示する出題がされているが、これは必ずしも全く新しい議論をさせようとするものではない。法科大学院の授業や基本書の記述から身に付けることが可能な基本的事項を正確に理解し、これを基に、具体的問題に即して思考する力、応用力を試すものである。その際、教科書的知識をただ答案用紙に転記するのではなく、個別・具体の事案に応じて、憲法上の問題点を発見し、説得力のある理由を付して、自らの結論を導くことが求められている。

2 採点方針及び採点実感

各考査委員から寄せられた意見・感想をまとめると、以下のとおりとなる。

(1) 全般的な印象について

ア 今回の出題でも、憲法上の争点を見抜く力が問われているところ、出題趣旨を的確に把握し、重要な論点をほぼ提起した上で、法論理的思考力を発揮しつつ十分な検討を行っている答案もあった。しかし、全体的には、答案における考察の程度、個別具体的な検討という点で、まだ不十分さが残った。受験者の能力差は非常に大きく、自分で考える力を看取することができる答案が自然と高得点になり、基本的な知識や理解を欠く者が低得点にとどまるという具合に、答案の水準には大きな開きがあり、それが点数差となって現れていた。優秀な答案は期待したよりも少なく、下位の答案には、記述内容が稚拙で、法律問題の答案の記述とは言い難いもの、記載内容が乏しく、法的な論理力、思考力を判断する前提を欠くものがあったことも指摘された。

イ 昨年と比べて資料の量が少なかったためか、問題文等を漫然と「書き写す」型の答案は減った。内容面でも、例えば、まず法令違憲の主張を行い、それが認められない場合でも適用違憲（処分違憲）を論じるというように、両者の関係の理解が適切と思われるものが増えるなど、違憲判断の方法に関する理解ができてきているように思われた。

ウ 設問 1、2 の双方バランスよく解答できている答案は少なかった。設問 1 と設問 2 では、総じて、設問 1 の方がよくできていた。設問 1 の解答は、多くの答案でおおむね出題意図に沿った論述となっており、設問 2 で差が付いたように思われる。

エ 出題では、X 側の「主張」を述べた上で、Y 側の「大学の処分を正当化する主張」を想定しながら、「あなた自身の結論及び理由」を記載することが求められている。この点について、X 側の主張、Y 側の反論、自分の見解のそれぞれを独立して書き分ける必要があると思いついておられる答案や、最初に X の主張において、Y 側の反論を先取りした主張や理由も含めて記載し、Y 側の主張として同様のことを書き、更に「見解」も同じように 3 回同内容を繰り返すものがあった。想定される Y 側の主張は、必ずしもそれを独立に詳論する必要はなく、「自身の結論及び理由」の中で、一体として議論に組み込んで示せば足りる。

また、X の「主張」に対しておよそ通らないような Y 側の主張を持ち出し、そ

れを「見解」の部分であっさり否定するといったものも見られた。

なお、Xの弁護士としては、Xの立場に立ってどれだけの確な主張を行うことができるかが問われるが、この点に関する論述の優劣がそのまま答案全体の出来を左右しているようにも思われた。

オ 提供された素材を読みこなし、事案に即して考える力が求められているが、いわば定型的に「問題となるのは、違憲審査基準である。」という趣旨を記載する答案が多く、旧司法試験の場合とはまた別の意味で、答案がパターン化しつつあるのではないかとの懸念がある。例えば、事案の分析をほとんどせずに、直ちに違憲審査基準の議論に移行し、一般論から導いた審査基準に「当てはめ」て、そのまま結論に至るといった答案が相当数見られた。このように、審査基準を具体的事案に即して検討せずに、審査基準の一般論だけで規則の合憲性を判断するのは、事実上即した法的分析や法的議論として不十分である。

カ 問題文や資料をきちんと読んで事実関係を把握することは、適切な論述をするための前提であるが、問題文の誤解、曲解などが目に付いた。例えば、①Y県立大学を国立大学と取り違えたり、県立大学の公権力性に気付かずY県立大学を私人ととらえ、私人間効力の問題を論じているもの、②本研究中止の処分の根拠を遺伝子情報保護規則に違反し情報開示した点にあるととらえて論じたもの、③Cが死亡した、Cの家族が遺伝子の開示を承諾したなどの事実を前提に論じたもの、④「定められた手続に従って・・・審査した」とあるのに、憲法第31条違反を中心的に問題として指摘するもの、⑤遺伝子情報保護規則においては、疾病原因となる遺伝子情報のみが本人に開示されることとされているという点を正しくとらえていないものなどが少なからずあった。

(2) 設問1について

ア ほとんどの答案は、本研究に対する中止処分を学問研究の自由の制約ととらえてその合憲性を検討し、その中の比較的多数の答案が、事例に即して、先端科学研究や医療研究の特殊性に着目してその合憲性を検討するなど、出題意図に沿う論述をしており、好印象が持たれた。また、Cが研究に同意している点については、危険治療であっても受けたいというCの意思を尊重すべきとする意見がある一方、幾ら同意しているとはいえ、専門家ではないCの同意を過度に重要視すべきではないとする意見もあるなど、具体性を持った論述も少なくなかった。

なお、指針の位置付けとY県立大学医学部の規則による規制の可否については、これを検討している答案が1割程度と少数にとどまったが、両者の相違の理由、規則制定の背景・経緯を踏まえて説得力のある論述を行っている答案もあり、そのような答案は、総じて全体的にも高水準の内容となっていた。

イ 答案からうかがわれた課題としては、以下のようなものが挙げられる。

- ① 多くの受験者によって、憲法第23条の自由と規制に関する問題だということが理解され、その制約の限度については、それなりに記述されていた。しかし、同条が規定する学問の自由の中に学問研究の自由が含まれることの解釈を欠くもの、あるいは、学問の自由の精神的自由における位置付けについて、同条の独自の意義を説明できずに、単に、思想良心の自由を具体化したものだとしたり、表現の自由の一態様と解釈するなどの記述をするものも散見された。
- ② 事案に即して考えるのではなく、単純に違憲審査基準を立場によって使い分

け、自分は中間の基準をとるという、パターンとして答案を記載しようとする姿勢のものも目に付いた。例えば、X側の主張として厳格審査基準、Y側として合理性の基準、自分としては中間審査の基準を採るとというのが典型である。その論述過程で、具体的な事案の検討や論理の展開をほとんどすることなく、単に抽象的に、X側として、「精神的自由権だから」、「民主政の過程に影響を与えるから」学問研究の自由は重要だと記載し、Y側として、「本件のような先端医療分野では被験者の生命身体を保護する必要があるから」とし、自説における違憲審査基準については、「原告と大学側の中間を採る」というスタンスしか示されていない答案も見られた。このような内容では事案に即した検討ができていないとは言えない。

- ③ 「明白かつ現在の危険」の基準をその本来的な意味・内容を正確に理解しないまま本件に用いる不適切な論述が散見された。
- ④ 憲法第23条は一方で原告（個々の研究者）の研究の自由を保障するが、他方で研究者の所属する大学の自治をも保障する。大学の自治は通常、学問の自由を保障するための制度的保障であると理解されているが、本問では、両者は対立関係にあるため、これをどう調整するのかという問題を避けて通ることはできない。この点を十分検討している答案は、余り見られなかった。
- ⑤ 処分の要件である「重大な事態」に本件が当てはまるかどうかの検討に終始し、憲法上の問題を論じられていない答案が少数ながらあった。

(3) 設問2について

ア Xは、Cには憲法第13条の自己情報コントロール権があり、Cへの情報の開示はこれにこたえるものであり、インフォームドコンセントの観点からも不可欠の行為であるところ、本件規則はかかるCの権利を侵害すると主張し、これに対してYは、CによるC自身の情報取得がCの自己加害につながるとしてパターンナリスティックな規制を、Cの家族については同条のプライバシー権を保護する規制の必要を主張するという構造を把握できた答案があった。

イ 答案からうかがわれた課題としては、以下のようなものが挙げられる。

- ① 本問で問題となる人権が、被験者Cの知る権利及びその家族のプライバシー権であることに気付いていない答案が予想していた以上にあった。そのため、本件停職処分により侵害される人権に触れることなく、単に停職処分の軽重について違憲性を論じている答案や、侵害される人権を、営業の自由、職業選択の自由や表現の自由、学問成果の発表の自由ととらえる答案も見られた。

知る権利に気付いても、表現の自由との関係における一般論に終始するだけとなってしまいうものもあり、「自律としての自由」と「他律であるパターンリズム」との対立構図において被験者らの知る権利を論ずるものは少なかった。また、パターンリズムの問題に一応触れても、遺伝子情報の保護という特殊性に立ち入ることなく、単に、未成年でないから規制は正当化できないといったことだけで結論付けてしまう論述になっているものもあった。また、家族の遺伝子情報をCに開示したことの規則違反を指摘していても、それがプライバシー権の問題であることを意識していない答案も少なくなかった。

- ② 本件処分の理由は、規則に違反する情報開示であるため、直接的には、被験者であるCの遺伝子情報を知る権利の侵害が問題になる。知る権利は自己の情

報に関する限り、憲法第21条ではなくプライバシー権の発展型としての情報プライバシー権（自己情報コントロール権）として位置付けることも可能である。Cが家族の遺伝子情報を知ることは、家族の情報プライバシー権との間での衝突を生む。それをどう解釈し、どちらを優先させるかが重要な論点となるが、この点を適切に論じたものは多くはなかった。

- ③ 輸血拒否事件判決を理解していれば、Cに対するXの説明責任が問題になることに気付くことができたはずである。
- ④ 第三者の憲法上の権利侵害を理由としてXが違憲主張する適格が問題となるが、この問題に触れていない答案や、触れていても論述に適切さを欠くものも見られた。
- ⑤ 部分社会の法理を展開し、停職処分は大学内部の問題であって、一般市民法秩序と直接かかわらないから司法審査が及ばないと書くものがあつた。富山大学判決の判断枠組みを、本件のような場合にもそのまま用いることの妥当性や部分社会論自体の問題性を論じる必要がある。
- ⑥ Cが何のために自己及び家族の遺伝子情報を知りたかつたのかが分からなかつたためか、「専門的知識に欠けるCが遺伝子情報を知っても無意味なのでCは保護に値しない」と断ずるものがあつたが、このような見方を示すだけで結論とするのでは説得力のある検討とは言えない。

また、関係者の利益状況の分析をするに当たり、Cに開示された第三者の情報が家族の情報であることに着目することはともかく、単に、「家族だから本人と同視できる」、「家族であるのでプライバシー権保護の必要性が低い」とするものも、必ずしも十分な検討とは言えない。

3 答案から見て今後の法科大学院教育に求めるもの

前記2(1)アで指摘したように、憲法に関する基本的理解が十分身に付いていないと思われる答案がそれなりにあつた。法科大学院における教育を通じて、具体的事案に対応可能となるための不可欠の前提である、基本的な理解を着実にさせることが求められるであろう。

また、与えられた事実のごく一部を適当に拾って審査基準に形式的に「当てはめ」ているだけで結論が出たと考えるのではなく、様々な事実を法的観点から分析・評価し、一つの筋道立った結論を導こうとする姿勢を身に付けさせるよう促す必要があると思われる。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（行政法）

1 出題の趣旨等

別途公表している「出題の趣旨」も合わせて、参照いただきたい。

- ・ 設問1は、建築確認の取消訴訟の原告適格、狭義の訴えの利益、建築確認の執行停止について問うものである。取り分け原告適格について、Fらの個別事情を踏まえた丁寧な論述をすることが求められている。
- ・ 設問2は、実体上の違法事由（接道義務違反、地下駐車場と児童室の距離制限違反）、手続上の違法事由（紛争予防条例に定める説明会の開催義務違反、行政手続法上の公聴会開催義務違反）の主張が認められ得るかを検討させ、特にFについて、行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限について問うものである。

2 採点方針

- ・ Fらに原告適格が認められるか、個別の違法事由の主張が認められるかといった個々の結論よりも、結論に至る過程でどれだけ説得力のある論述をしているかを重要視した。したがって、結論それ自体の記載では解答したことにはならず、結論に至る思考過程を説得的に論証することが求められる。
- ・ 建築確認の根拠法令である建築基準法及び関連条例の抜粋から、その目的と各種規制の内容を理解し、根拠法令が建築確認を通してどのような利益を保護しようとしているのかをよく考え、趣旨に基づいた論述をした答案が高く評価された。
- ・ 基本的理解が現れている答案が高い評価を受けた一方で、一知半解の知識のみに基づいて書いた答案は低い評価に止まった。
- ・ 条文を条・項・号までの確に挙げているか、すなわち法文を踏まえているか否かも、評価に当たって考慮した。

3 採点実感

以下は、採点委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。内容の重複する部分も存在するが、受験者等に対する重要な示唆となり得るものとして、紹介する。

- ・ 論ずべき事項が、問題文によってかなり具体的に示されていたことから、全く筋違いの方向で論じる答案は少なく、大部分の答案は、取消訴訟を提起し執行停止を申し立てるべきことを前提に、取消訴訟の原告適格や執行停止の要件について論じていた。
- ・ 全体として、基本的な問題であり、実力がよく測定されてそのまま評価の差に反映した印象である。よく理解できている受験者と勉強が不足している受験者の間で、得点差が明確に出ており、学習の到達度を明確に判定できたと考えている。
- ・ 問題が素直なものであったため、受験者の出来具合は比較的高い感があったが、非常に優れた答案は少なかった。
- ・ 全体として、暗記である程度対応できる一般論については比較的書けているのに対し、具体的な事案の分析、法の解釈・適用、基本的な論述といった場面では、能力の不足が顕著である。
- ・ これまでも言われてきたところではあるが、総じて、訴訟法に関する設問1と比べ、主に行政実体法の解釈に関する設問2の評価が低い傾向にあった。結論部分の

みを示している答案が相当数見られ、自分の頭で考えて答えを導く答案は、多くはなかった。行政実体法に接する学習が足りていないのか、議論の進め方が雑であるという印象が強い。

- ・ 原告適格に関する一般的な判断の枠組みは、言葉として暗記して答案に再現してはいるものの、内容を理解せずに適用されている例、事案に即した具体的な当てはめが弱い例が、かなり多く見られる。ここには、丸暗記に頼った従来型学習の弊害がなお払拭されていない状況がうかがわれる。多くの受験者は、建築確認の根拠条文を丁寧に検討することなく、建築基準法第1条の目的規定とB県中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例の「近隣関係住民」の規定を挙げるにとどめている。建築確認の要件が全く検討されていない答案や建築紛争条例が関連法令に該当するのかといった議論を省いた答案が、相当数見られた。つまり、何が個別的に法令で保護されていると解釈できるのかについて、法令を注意深く、丁寧に分析した答案は極めて少ない。
- ・ 行政事件訴訟法第9条第2項は、法令に違反してなされた場合に害されることとなる利益の内容・性質を勘案することを求めている。しかし、利益の内容及び性質に関して原告適格を論じた答案は少なく、火災からの安全と児童室利用の際の交通安全を区別していない答案も多く見られた。同法第9条第2項の列举する要素を羅列するだけの答案や、小田急訴訟大法廷判決についての知識はあっても、その理解が表面的であり、原告適格判断の基礎が身に付いていない答案が多く見られた。つまり、原告適格の有無が具体的にどのように検討されるべきなのかという基本問題について、理解がなお十分ではない。
- ・ 個別の論点について触れてはいるが、論述の流れや説得力において物足りないタイプの答案が目立つ。
- ・ 工事の完了に伴う取消訴訟の帰趨に関して、議論を落としている答案や、触れてはいるものの、訴えの利益が消滅する理由が全く述べられていない（ないしは不十分な）答案が多かった。
- ・ 執行停止に関して、行政事件訴訟法の要件を解釈した上で、本件を適切に当てはめて利益衡量を行った答案は、極めて少数であった。多くの答案は、侵害される利益や訴えの利益の消滅のおそれにかんがみて執行停止が認められるといった程度の記述にとどまっていた。重大な損害の解釈について論じないまま、結論のみを述べる答案も見られた。効力停止の必要性について論じているものは少ない。
- ・ 法科大学院の教育において、条例制定権に関する問題が憲法と行政法の間の谷間に入り込んでしまっているのか、条例制定権に関しての理解不足が目立つ。
- ・ 資料に挙げられた二つの条例について、法律に基づいて制定された条例なのか、地方公共団体が自主的に制定した条例なのかといった区別や、その性質の違いを意識した答案は少数であった。
- ・ 会議録に出ている事実関係をそのまま転記し、又は要約するだけで結論に持ち込む答案が少なくない。例えば、接道義務及び児童室にかかわる法令違反に関して、そのような答案が見られた。問題文中の情報を切り貼りするだけの答案では、解答したことには全くなならない。
- ・ 接道義務違反、距離制限違反について多くの答案は言及していたが、法律条文の趣旨を踏まえて、その解釈を示し、具体的な事実関係を当てはめて結論を出すとい

う、法的三段論法に沿った論述は少なかった。答案の中には、法律の条文のみを引用して、直ちに結論を示すものが見られ、法律解釈の基本が理解できていない。例えば、児童室が「児童公園、・・これらに類するもの」(B県建築安全条例第27条第4号)に該当するかについて、条文の趣旨解釈から説明しているものは少なく、条文を解釈するという姿勢に欠けている。本件児童室は児童が利用しやすい施設だから児童公園に類するなど、法文に続けて、単純に事実関係を論じるだけで、法令への当てはめの議論になっていない答案、当てはめが見られない答案が少なくない。

- ・ 説明会開催義務違反に関しては、手続的違法による処分の取消し可能性についてのみ論じる答案がかなり多かった。建築基準法と自主条例の関係に関して、この点を論じる必要性に関して意識されていないものも少なくない。
- ・ 公聴会に関しては、多くの答案が行政手続法第10条に基づいて適切に論じていた。しかし、紛争予防条例に基づく説明会と区別ができていない答案や、行政手続法に言及できていない答案も見られた。
- ・ 主張制限については、一通り書き込まれている答案が多かった。しかし、そのような答案のほとんどは、行政事件訴訟法第10条第1項については原告適格と同様に考えればよいといった説明に終わっていた。
- ・ 読みやすい文章、流れのある文章が見られる反面、論点を追うだけで文章が続いていない答案が見られた。
- ・ 対象外の論述を展開している答案、余事記載をしている答案も見られたが、当然ながら、その部分には点数は与えられない。

4 今後の出題の在り方

- ・ 何について論じるのかという点について、一層明確にすべきであるといった意見が見られる一方で、問題文における指示が懇切丁寧すぎるといった意見も見られた。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- ・ 行政法の基礎は、難しい理論の分析以前に、法令の規定を正確に読み解くことであり、そうした技術の訓練が必要である。日ごろから、多くの法令に触れて学習することが、重要な意味を持つ。
- ・ 与えられた事実と法令を基に、自分の頭を使って考えたことを分かりやすく表現するという訓練が不可欠である。判例を始めとする法律知識は重要ではあるが、これも考える素材として重要であるという意識を持って勉強を進めることが望まれる。
- ・ 問題点を発見し、これについてじっくり論理的に考え、その結果を達意の文章にできる能力を身に付けさせることが要請される。知識は基礎的なもので構わず、むしろ、それを掘り下げることができるように、上記能力を磨くことが重要である。
- ・ 実際の行政訴訟の場では、文献や立法資料が乏しい中で行政実体法を手掛かりに、その趣旨を考え、説得力のある論理を検討することが多い。法科大学院では、具体的な事案を素材に、個別の行政実体法の趣旨に基づいた検討ができる能力を学生に身に付けさせる指導を期待する。
- ・ 事案を分析し、法を具体的に解釈、適用する場面において能力の不足が顕著である。マニュアル志向、正解志向に陥ることなく、具体的な事案に基づいて、柔軟かつバランスのとれた実務的な法的思考力を身に付けさせる教育を望みたい。

- ・ 基礎的な理解に乏しい受験者も見られ、修了認定の厳格化が必要である。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（民法）

1 出題の趣旨、ねらい等

民事系科目第2問は、機械の製造販売事業を営む株式会社の取引及び合併をめぐる事例に関し、様々な角度から、民法上及び会社法上の問題点等についての基礎的な理解の有無を問う総合問題である。単に知識の有無の確認をするだけでなく、具体的な事実関係に即して基本的問題を掘り下げて考察する能力、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力、法律上の権利を具体的場面で活用する能力、論理的に一貫した論述をする能力の有無などを試すものである。

民事系科目第2問の前半（設問1から設問3まで）は民法からの出題であり、会社間の売買契約に関する問題である。X社がA社に金属加工機械1台を所有権留保特約付きで売却し、A社がこれをY社に転売し、X社からY社に直接納品されたが、A社のX社に対する代金債務が履行されなかったため、X社がA社との売買契約を解除した上、Y社に対し目的物の返還を求めて提訴したという事案について、多面的な検討を求めることにより、種々の能力の程度を測るものである。

設問1は、X社とA社との間の売買契約について、注文書及び注文請書に誤記があり、両当事者が一致して意図していた目的物の型番とは異なる型番がこれらの書面に記載されたという場合において、売買契約の目的物、誤記が契約の効力に与える影響、錯誤の成否について問うものである。契約当事者の真意は合致しているものの、物理的な表示がそれとは異なっている場合の処理という基礎的な問題ではあるが、結論に至る理由付けを具体的事案に即して述べるためには、理論的考察と事実の評価との両面にわたる能力が求められる。錯誤の成否にも言及することを求めたのは、そうしない場合には、錯誤とはならないと理解しそのように書く答案、錯誤とはならないと理解したためにあえて言及しない答案、錯誤の成否についてはよく分からない（又は問題点に気付かない）ために言及しない答案が出現することが予想されるので、第2類型と第3類型とを識別する必要があると考えたためである。なお、本件では、種類物売買であるという特徴もある。

設問2は、Y社による上記機械の即時取得の要件に関する問題である。（1）①は、「A社とY社との間の売買契約に基づく引渡しが行われたこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問うものである。取引行為に基づく占有取得の要件について、その意義（占有取得の意義、それが取引行為に「基づく」ものであることの意味）を問っている。なお、この事実は、種類物の特定にもかかわるものである。

（1）②は、「Y社が引渡しを受ける際、A社がX社に代金全額を弁済していない事実を知らなかったこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問うものである。ここでは、即時取得の要件である「善意」又は「無過失」に関する一般的な論述よりも、上記事実が即時取得の要件である「善意」とは異なるものであることを正確に指摘した上、その評価をすることが求められる。（2）③及び④は、即時取得における過失の評価に関する問題であるが、それぞれの性格は異なる。（2）③は、具体的事実が過失の認定判断に働くかどうか、その理由は何かの説明を求めるものであり、事実の分析及び評価に係るものである。他方、（2）④は、過失の有無の判断が占有取得時にされるべきであるという理論的性格を持つものである。以上のように、設問2は、要件事実の基本的知識を確認するだけでなく、実体法上の理論的

問題の検討及び具体的事実の慎重な分析と評価を求めるといふ、多面的な性格を持つ問題である。

設問3は、X社がY社に対し、引き渡された機械の返還とともに、その使用料相当額をも請求しようとする場合について、その法的根拠を1つ示した上、いつから請求することができるかの説明を求めらるるものである。法的根拠（不当利得返還請求権、悪意占有者の果実返還義務、不法行為に基づく損害賠償請求権が考えられる。）といつから請求することができるか（引渡時、解除時、返還請求時、返還請求訴訟提起時が考えられる。）との組合せと理由付けが整合的なものとして示されていること、その前提として所有権留保売買の法的構成及びそこでの買主又は転得者の使用権限に関する分析がされていることが求められる。この問題は、他人の物を権原なく使用する場合の清算関係及び所有権留保売買における売主と転得者との関係という民法上の重要問題に関する基本的理解と、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力を問うものである。

2 採点方針

今回の論文式試験においては、新司法試験開始以来、初めて民法と商法との大大問形式での出題がなされることになったが、民法の領域については、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目指した。すなわち、第1に、民法上の基本的な問題についての理解が着実にできているかどうかを確かめることにした。第2に、単に知識の確認をするだけでなく、掘り下げた考察をし、それを明確に表現する能力、論理的に一貫した叙述をする能力、及び、具体的事実を注意深く分析した上、法的観点から評価し構成する能力を確かめることにした。第3に、基本的な問題の奥に存在する、より高度な問題に気が付いて、それに取り組む答案があれば、これを積極的に評価することにした。

なお、採点の基本方針としては、新司法試験の制度理念が遺憾なく発揮されるようにするという観点から、一方では、総花式に諸論点に浅く言及する答案よりも、ある論点についての考察の要所において周到堅実や創意工夫に富む答案には高い評価を与えるようにし、他方では、論理的に矛盾した構成やあり得ない法的解釈をするなど積極的な誤りが著しい答案には低い評価を与えるようにし、しかも全体として適切な得点分布が実現されるようにした。

3 採点実感等

採点実感等については、各考査委員の感想を総合すると以下のとおりとなる。

(1) 概観

出題の意図に即した答案の存否及び多寡については、次のとおりである。設問1については、出題の意図におおむね即した答案が多数であった。設問2については、小問によってばらつきがあり、特に小問(2)①では、出題の意図におおむね即した答案が大多数であったのに対し、同④では、出題の意図を把握できなかった答案が大多数であった。設問3については、出題の意図に即した答案は、少なかった。

出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準については、次のとおりである。設問1においては、予想されたとおり、一応の水準に達するものが過半数あったが、期待した水準に達するものは多くなかった。設問2においては、小問によってばら

つきがあり、そのばらつきは、予想よりやや大きかった。小問（１）①は、期待した水準に達しているものが大多数であり、これは予想を上回った。（１）②及び（２）③は、期待した水準には達していないが、一応の解答をするものが多かった。（２）④は、題意を正確に理解し、一応の水準に達したものは少数であり、これは予想を下回った。設問３については、一応の水準に達していないものが予想以上に多くあった。

答案の水準についての絶対的評価については、全体として、傑出した答案が少なく平板なものが多いことを指摘する意見があった。また、下位の答案には非常に低い質のものがあることを指摘する意見もあった。

(2) 設問１について

本問は、契約の成立に関する基本的問題であるが、多くの答案は、当事者の合致した真意による型番の機械についての売買契約が成立し、錯誤は成立しないという構成をとっていて、その点においては一応の水準に達している。しかし、なぜ錯誤が成立しないのかについて、明確に説明できているものは多くない。錯誤が成立するとした上、妥当な結論に至ろうとして、錯誤の要件を操作したり（錯誤となるが重過失がないというそれ自体は正しいもののほか、「共通錯誤」だから錯誤にならないという奇異なものもあった。）、契約の成立時期を操作したりする（権限のない担当者の協議段階で契約が成立する、履行過程における新契約が成立するなど。）などの苦勞をしているものも相当数あった。また、少数ではあるが、本件売買契約の目的物は誤記された型番の機械（当事者の意図していないもの。）であるとした上、この契約は錯誤により無効であると述べて済ませているものもあったが、これについては、それではどこかおかしいと考え直すことができないのは、法曹となるための資質が疑われるという意見があった。

なお、本件売買が不特定物（種類物）売買であることを正しく指摘したものはごく少数であった。また、特定された後の具体的な機械が目的物であるとする誤答が散見された。

(3) 設問２について

本問は、一見すると要件事実のみにかかわる問題のようであるが、その内容は、提示された「事実」の注意深い分析とその評価、及び、その前提としての実体法の理解を問うものである。力のある者は、「事実」を正確に分析した上、要件事実の理解と実体法の理解をバランスよく論述するが、力のないものは、「事実」の分析を怠り、要件事実の平板な叙述にとどまっていた。

小問（１）①については、おおむね良好な解答状況であった。更に進んで、いわゆる「基づく引渡し」について論じているものも相当数あったが、不特定物の特定に言及しているものはほとんどなかった。

小問（１）②については、「事実②」を単純に即時取得の「善意」を意味するものであると即断し、民法第１８６条第１項の推定の問題として、平板な論述をするものが多かった。提示された事実の慎重な分析をする力の弱さが現れたと指摘する意見が多く出された。

小問（２）③については、規範的要件である「過失」の性質、位置付けについては、おおよその理解ができているものが多かったが、これらについて正確に述べることなく、事実の社会的な評価に係る自らの見解を述べる答案も少なからずあった。

小問(2)④については、基準時の問題に気付かないものが大多数であった。これは、即時取得の要件の判断の基準時についての知識がないのではなく、具体的事実についてその知識を正しく用いて判断するという力が弱いことを示していると思われる。事実を時系列に即して整理することができていないという指摘もあった。

(4) 設問3について

所有権留保の問題に言及していないものが大半であり、そもそも担保物権法の問題だということにさえ気付かないものも多数あり、題意に対応できていない答案が多かった。これは、担保物権法の基礎的理解が極めて不十分であることを示していると考えられる。

また、選択した法律構成と使用料相当額請求の始期との論理的整合性のないものも相当あった。これは、当該法律構成についての基礎的な理解が不十分であるとともに、論理的な思考能力の不足も表していると思われる。

(5) 全体を通じて

設問1と設問3は、多くの受験者にとって、その場で考える必要がある問題であったと思われる。習得した基本的知識に基づいて、自ら考え、妥当な結論に至り、論理的に整合性のある論述をする必要がある。設問2は、一見すると要件事実の知識のみを問うているかのように見えるが、その内容は、事実の分析能力と実体法の理解をも確かめるものである。いずれの問題においても、提示された事実を正確に理解する必要があるが、それが不十分な答案が少なくなかった。

このように、第2問前半は、民法の問題について、基本的知識の有無だけでなく、具体的事実との関係での知識の的確な活用、未知の問題についての考察、論理的な叙述といった、法律家として求められる能力を多面的に測ることを目指したところ、各問題についての出来不出来はあったものの、全体を通して見ると、上記の能力のある者を選別できたのではないかと考える。この意味で、今回の出題は、一定の成果があったように思われる。

もっとも、第2問後半(商法)の問題との関係からか、第2問の前半全体としての解答の分量が少ないという指摘があった。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

前記「2 採点方針」に記載した諸点、すなわち、民法上の基本的な問題についての着実な理解、掘り下げた考察をしそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した叙述をする能力、具体的事実を注意深く分析しこれを法的観点から評価し構成する能力、より高度な問題にも取り組もうとする姿勢は、いずれも法律家になろうとする者に今後とも求められるものであると考える。なお、前述のとおり、下位の答案に非常に質の低いものも見られるとの指摘などもあったことから、取り分けそのような者については、まずは基本的な理解を着実に習得することが必要とされよう。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（商法）

1 出題の趣旨，ねらい等

既に「平成21年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」（以下「出題趣旨」という。）において説明しているとおりであり，特に補足すべき点はない。

2 採点方針，採点実感等

民事系科目第2問の設問4から設問6までが商法からの出題であるが，これらは，いずれも，問題文に示された比較的詳細な事実や議決権行使書面及び委任状といった法的文書を読み解き，分析して，商法上の論点を的確に抽出した上，民事訴訟や民事保全の手続をも活用しつつ，事案に即した有効な法的対応を行うことができるかという，法曹に求められる基本的な知識と能力を試すものである。

設問4については，ほとんどの答案が会社法第360条の差止請求権の問題として検討することができていた。同条の適用に当たっては，X社の取締役の行為が法令違反の行為になるかという問題と，同社に回復することができない損害が生ずるおそれがあるかという問題を検討することとなるが，これらの双方の論点につき，多くの答案が取り上げていたものの，「法令」違反の意義をきちんと論じていた答案は，多くはなかった。例えば，かなりの割合の答案は，独占禁止法違反の行為が当然に会社法第360条に規定する法令に違反する行為に当たると単純に記述していたが，裁判例・学説上重要な問題として論じられている会社法第423条における任務懈怠としての「法令」違反（善管注意義務違反，忠実義務違反）と同様の議論が会社法第360条についても問題になり得ることを意識した答案は少なかったし，合併比率の不公正の点を論じた答案も少なく，応用力が十分でないことがうかがわれた。また，問題文においては，Z社との基本合意をX社が白紙撤回し，それに対し，Z社がX社に対する損害賠償請求の提訴を準備していることを詳しく記述している。この損害賠償が認められれば，X社に損害が発生することから，基本合意を破棄してD社との合併を行おうとしているX社の取締役の行為は，取締役の善管注意義務違反という違法性の問題としても，「当該株式会社に回復することができない損害が生ずるおそれがあるとき」の問題としても，論じられるべきものであることが分かるはずであるが，これを指摘して論じている答案は極めて少なかった。問題文をよく読んでそこに書かれている事実の法的意義を読み解くという姿勢ないし能力の欠如を示すものであろう。

設問5については，出題趣旨で説明しているように，議決権行使書面と委任状，それぞれに関する法制の違いをどこまで理解しているかを試す問題であったが，ほとんどの答案は，これをきちんと理解していなかった。このことは，委任状の受任者であるZ社が会社提案議案に反対の議決権行使をしているにもかかわらず，同議案に賛成との記載のある委任状を特段の根拠を示すことなく同議案への賛成票に算入してしまっている答案がほとんどであったことに端的に示されている。また，賛否の記載のない議決権行使書面の効力については，会社法施行規則第66条第1項第2号という明文の規定があるのに，これに言及する答案はほとんどなく，かえって同号の規定に反する内容を漫然と記述している答案も相当数あったところであり，規則のレベルまで学習が及んでいないことがうかがわれた。

設問6については，出題趣旨で説明しているように，設問5における検討結果を踏

まえ、合併承認の総会決議が成立していないことを論じて、そこから当該総会決議の取消しの訴えを提起するとともに、それを本案とする実効的な仮の地位を定める仮処分命令の申立ての検討を論じることが期待された。しかし、設問5に対するほとんどの答案の内容が上記のようなものとなっていたため、合併承認の総会決議が当然に成立したということを前提とする答案が多く、そもそも、このような期待される論点に入らない答案が多かった。多くの答案は、独占禁止法違反や議長の議事運営の不公正さ（答案によっては、これらに加えて合併比率の不公正さ）による株主総会決議の無効や取消しの問題のみを論じるにとどまっていたが、このような答案も、設問4における検討と同様、独占禁止法違反や合併比率の不公正さが決議無効原因になるかという問題点をきちんと論じているものは、ほとんどなかった。これらの瑕疵につき、合併の効力発生後は合併無効の訴えによらなければ争うことができないことは、多くの答案で触れられていたが、株主総会の決議の無効の確認又は取消しの訴えと合併の無効の訴えとの関係まで論じたものは、少なかったし、独占禁止法違反や合併比率の不公正が合併無効の原因となるかという問題点についても、検討を行っていない答案が多かった。

一般的に言うことができるのは、例年指摘されていることではあるが、問題文に記載されている事実関係の法的意義を読み解くこと（事実関係への当てはめ）が不十分であり、その結果、法的論点についての理解に基づく踏み込んだ議論ができず、また、その前提として、当該論点に関する法令の規定や裁判例への言及もほとんどされていないということである。条文や裁判例を出発点として議論をするという法律実務家に最も必要な姿勢に欠けていると言わざるを得ないであろう。上述したように、議決権行使書面と委任状の違いといった実務的にも重要な基本的制度の理解が不十分であるし、実務的には極めて重要となる仮処分命令について触れている答案も、極めて少なかった。加えて、票数の数え間違い等、法律実務家としての能力以前の初歩的なミスも目立った。

3 今後の出題

本年の出題における試みとして、裁判例・学説等が余りなく、一義的な答えを知識として有していないであろう問題（設問5の②）を出題し、受験者がそのような問題についても自分なりに考え、解答を導く能力を有しているかどうかを問うこととした。各自で考えたそれなりの解答が得られ、有益な試みであったと考えられるが、採点方法が難しくなったことは事実であり、出題形式等における更なる工夫を考えることも必要であろう。なお、独占禁止法違反が取締役の行為の差止め、株主総会の決議の無効、合併の無効等の原因になるかという問題は、会社法の問題であるとともに、独占禁止法の解釈問題としての面も有しているため、他法との境界領域にかかわる出題をする際の課題も感じられた。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

受験生には、議決権行使書面と委任状の問題、民事保全の手続による救済等のように、基本的であり、かつ、実務的にも非常に重要な制度に関する理解ができていない傾向が見られる。これは、法科大学院における商法教育の重点の置き方にも、問題が存在する可能性があるのではなかろうか。また、事実関係を正確に読み解き、そこに

含まれている法的問題を抽出する能力，理論を深く理解して，それを応用する能力等も，不十分である。今後とも，これらの法曹に求められる基本的能力を涵養する教育が求められるであろう。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（民事訴訟法）

1 出題趣旨・ねらい等

基本的には、「出題趣旨」に記載したとおりである。

今年の民事訴訟法の出題は、大大問ではなく、大問形式であったことから、訴訟物の問題など、大大問では出題が比較的難しい分野について受験者の理解力・思考力を試す問題を出題した。第1問、第2問共に、基本的な知識を基礎としつつも、応用力を試す問題を出題することにより、これまでの学習で培った基礎的知識に基づき、具体的事例に即して論理的に分析かつ思考して、妥当な結論を導き出すことができるかどうかを試すものである。

設問1は、いわゆる「相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述」という周知の論点に関するものである。ここでは、弁論主義の第1及び第2テーゼや、自白の意義に関する基本的な理解が前提となる。その上で、設問1では、建物収去土地明渡請求訴訟において建物買取請求権の行使が問題となる設例に基づき、証拠調べの要否という観点から検討させることにより、その応用力を問うことを意図している。取り分け、小問(3)は、擬制自白に関する民事訴訟法第159条第1項が、主張責任を負う相手方の主張する事実について争うかどうかを明らかにしない場合を想定した規定であることを踏まえつつ、主張責任を負う当事者が相手方の主張する事実について争うことを明らかにしない場合にどのように考えるかという新たな論点を提示して、受験者の思考力・分析力を試すものである。

設問2は、訴訟物、訴えの利益、既判力等の民事訴訟法に関する基本的な概念についての理解を前提とするものであり、まずは、これらの概念について正確に理解していることが必要となる。その上で、設問2では、具体的な事案の訴訟経過に即して、訴えの利益の有無、訴訟物及び既判力の内容を、当事者の立場から複眼的に検討・分析することが求められる。取り分け、小問(2)では、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であることを前提としながら、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであるとの被告の主張の論拠について考えさせる問題であり、受験者は、既判力についての基本的な理解を踏まえ、一部認容判決の敗訴部分の既判力や留保付判決の留保部分に生じる効力など、被告の主張の論拠について考えることが求められる。

2 採点実感等

答案を採点した委員から寄せられた意見をまとめると、次のとおりである。

- (1) 解答に当たっては、基礎的な概念について正確に理解することが必要となる。もとより、基礎的な概念や内容そのものを不必要に長々と論じることは求められていないが、条文の趣旨や基本的な理念の理解が不十分なまま論理を展開する答案も少なくなかった。採点に当たっては、基本的な概念の理解が正確であれば一定の評価を与えるようにしたが、例えば、第1問について、弁論主義の第1及び第2テーゼの意義について正確に理解していない答案や、第3テーゼを証拠調べの要否に関するものと誤解しているものが目立った。第2問について、既判力の問題と二重起訴の問題とを混同しているものなどが見られた。応用力を試す問題であっても、飽くまで土台となるのは民事訴訟法の理念についての基礎的な理解力であり、この基礎

がせい弱な場合には説得的な答案を書くのは困難となることに留意すべきである。

- (2) 解答に当たっては、問題の所在を正確に把握した上で、基本的な理念に照らして考えていくことが必要となるが、答案の中には、問題の所在を注意深く検討することなく、既知の論点についての論述から結論を導き出しているものも多かった。例えば、設問1の小問(3)は、前記のとおり、擬制自白に関する民事訴訟法第159条第1項がそのまま適用される場面ではないことから、同項の適用される場面かどうかを考えた上で、同項の趣旨に照らして、証拠調べを要することなく判決の基礎とすることができるかを考察することが必要となるが、そもそも問題の所在に気が付いていない答案も少なくなかった。また、設問2の小問(2)では、「少なくとも建物収去を求める部分については」との出題趣旨について注意深く検討することなく、既判力の一般論から結論を導き出している答案がほとんどであった。
- (3) 採点に当たっては、論理的な一貫性も考慮したが、小問ごとに望ましいと考えられる結論を追求する余り、論理的な一貫性を欠く答案も散見された。例えば、設問1において、建物買取請求権を権利抗弁であるとしながら、小問によっては、事実の主張であるとの立場に立って自白の成否を論じているものが少なくなかった。これは、権利抗弁についての基本的な理解が不十分であることにもよろうが、自説から説明することが困難な問題に直面した場合にどのような議論を展開するかによりその応用力が明らかになるのであり、結論の妥当性を追及する余り、問題に応じて立場を変更し、論理的な一貫性を欠くことがないように注意すべきである。
- (4) 設問では、裁判長又は弁護士と司法修習生との会話の中で解答するに当たり前提とすべき事項、検討する必要がない事項が明示され、その会話を踏まえて、設問に答えるよう指示されている。しかしながら、答案の中には、設問2の弁護士と修習生との会話において、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であるとされているにもかかわらず、その訴訟物が異なることを前提に解答しているものもあった。また、設問1は、証拠調べをすることなく判決の基礎とすることができるかどうか問われているが、結論として自白の成否のみを解答しているものなども散見された。解答に当たっては、問題文全体を注意深く読み、問われていることに正面から答えることが基本である。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

法科大学院の教育においては、民事訴訟法の基本的な概念を正確に理解するように指導をしているところであるが、設問2において既判力が問題となる場面と二重起訴が問題になる場面が異なることが理解できていない答案も散見されたように、基本的な概念を正確に理解することの重要性が改めて認識されるべきであろう。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（刑法）

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点の基本方針等

出題の趣旨にのっとり、具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事実に法規範を適用する能力並びに論理的思考力を総合的に評価することが基本方針である。

その際、基本的な刑法総論・各論の諸論点に対する理解の有無・程度、事実の評価や最終的な結論の具体的妥当性などに加えて、結論に至るまでの法的思考過程の論理性を重視して評価した。

その結果、結論の妥当性と論理的一貫性の両者の調和を意識して問題に迫り、あるいは迫ろうとした答案は高い評価に、論理的整合性さえあれば良しとして結論の妥当性を軽視したり、逆に、結論の妥当性に偏って論理的整合性を軽視したりする答案は低い評価にならざるを得なかった。

また、問題文に示された具体的事実が持つ意味や重さを的確に評価することが求められているが、事実の持つ意味や重さを考慮せず、漫然と問題文中の事実を書き写すことで「事実を摘示し」たものと誤解している答案や、事実の持つ意味や重さについて不適切な評価をし、あるいは、自己の見解に沿うように事実の評価をねじ曲げる答案もあり、これらは低い評価となった。

結局、無理のない自然な事実の評価をした上で、刑法の基本的解釈論を踏まえ、論理的整合性に留意しつつ適切な結論を導き出すことを心掛けることが肝要であって、このような姿勢で本問に臨めば、おのずと一定（「一つ」ではない。）の結論に到達し得るものと思われる。現に、多くの答案の結論は、おおむね一定の範囲に収まっていた。

3 採点実感等

(1) 全体

ほとんどの答案が、Aに生じた合計200万円分の財産的損害に関する甲乙の罪責を中心に論じており、これは出題意図に沿うものである。

後半の狂言行為については、監禁罪や偽計業務妨害罪の成否を論じた答案が多く、犯人隠避ないし証拠隠滅罪の成否に触れた答案も相当数あったが、狂言行為に関する甲乙の罪責に全く触れていない答案も少なくなかった。

(2) 具体例

考査委員による意見交換の結果を踏まえ、答案に見られた代表的な問題点を列挙する。

ア 甲乙の関係について

- ① 甲が、乙の行為及びその結果に対し刑事責任を負うためには、甲乙の関係につき、間接正犯か何らかの共犯の成立が必要であるのに、これらの点に関する言及がないまま、Aに生じた財産的損害について甲に財産犯の成立を肯定する答案。

② 本件では、甲乙間に犯罪を共同実行する意思連絡は一切ないにもかかわらず、積極的に片面的共同正犯を肯定する立場であることを論述することもないまま、甲が事後的に乙の行為やAの損害を承認していることを根拠に共同正犯の成立を肯定したり、犯罪既遂後の乙の関与をもって従犯の成立を肯定したりするなど、犯罪が既遂に達した後の関与等を根拠に共犯関係を肯定する答案。

③ 甲乙に成立するとする犯罪が食い違うのに、それに関する説明が全くなされていらない答案。

例えば、80万円の損害について、甲に業務上横領罪の教唆犯を、乙に電子計算機使用詐欺罪の正犯を認めるもの。

④ 甲の乙に対する200万円に関する指示行為が犯罪に該当するとしながら、そのうちの120万円が甲の利益に帰属しなかったことのみを理由とし、甲の指示行為と乙による120万円の払戻行為との間の因果関係や錯誤の検討もないまま甲の責任を否定する答案。

なお、考査委員からは、②のような答案の背景の一つに、問題文において主要事実が確定しているにもかかわらず間接事実の積み重ねによる事実認定を行うという誤りを犯している場合があるのではないかと、④の点は、刑法の因果関係論や錯誤論によれば、一定限度で「具体的に予見しなかった結果や因果経過」についても因果関係や故意責任を肯定し得るのであるから、この点の検討を欠くのは、刑法の基本的な理解が不十分であるか断片的にしか身に付いていないものと言わざるを得ないのではないかなどの指摘がなされた。ちなみに、④の点について、明確に因果関係の有無を検討し、あるいは、甲の認識と実現結果との食い違いについて、これが（抽象的）事実の錯誤の問題なのか、法的評価の違いにすぎないのか、などの問題意識を有する秀逸な答案もごく少数ながらあった。

イ 財産犯の理解について

① 横領未遂罪の成立を認める答案や80万円をAの口座からBの口座に直接振り込んだ行為を窃盗罪とする答案。

② 同一の被害について、特段の問題意識を持たないまま複数の財産犯の成立を認める答案。

例えば、80万円の送金行為につき、背任罪、横領罪、電子計算機使用詐欺罪のすべてが成立するとするもの。

③ キャッシュカードや通帳等の横領罪の成立を認めるのみで、Aに生じた合計200万円の財産的被害に関する犯罪の成否を検討していない答案。

④ 横領罪と背任罪の関係について、そのいずれを検討すべきか、両罪の区別に関する一般論を長々と論じる答案。

このような点を論じても、結局は、個別の犯罪構成要件の充足を論証しない限り甲乙に成立する犯罪を確定することはできないのであるから、詳細に論述することに余り意味はない。

⑤ 甲の乙に対する指示時点で預金の横領が既遂に達するとする答案。

この結論には、理論的にも実質的にも無視し得ない様々な問題（例えば、乙の行為前にAが預金を払い戻したり、第三者が預金を差し押さえたりした場合に、横領の被害をどう考えるのかなど。）があるのに、この点の検討がないま

まこの結論を採ることには疑問がある。

ウ その他

- ① 狂言行為それ自体がAに対する背任罪を構成するとした答案。

本問で示された具体的事実関係において、果たして背任罪の構成要件の充足を判断できるか疑問と言わざるを得ない。

- ② 具体的事実を構成要件に当てはめる際、抽象的に要件を充足することを指摘するのみで、具体的にどのような法的構成なのか分からない答案。

例えば、「自己の占有する他人の物、の要件を満たす」旨の結論だけを示し、具体的に、占有の対象が「Aの口座に預金として預け入れられた現金」たる物であることや、その所有者・占有者がだれであるかが明示されていないもの。

- ③ 場当たりの筋道が通っていない論述や、読み手の存在を意識しているとは考えにくい論述、基本的な法律用語に関する誤字・当て字などが多数目に付く答案。

エ まとめ

上記各例は、刑法総論や刑法所定の財産犯の構成要件の理解が不十分であるもの、それにとどまらず刑罰法規の解釈・適用に関する根本的な理解が欠如していると言わざるを得ないもの、断片的な知識や典型論点に関する一般論は一応身に付いているものの、問題解決のためにそれを活用・応用することができていないものなどであって、いずれも、低い評価とならざるを得なかった代表例である。

もっとも、全体を見れば、問題文で示された具体的事実を抽出し、これを法的に当てはめるといふ姿勢は定着しつつあり、また、比較的難易度が高い問題を前に、基礎的な知識を応用して論理的な解決を目指そうとする答案も多いことが指摘でき、これらは望ましい傾向である。

4 今後の出題について

出題の在り方について様々な意見があると承知しているが、新司法試験に求められる目的を十分に考慮しつつ、受験者の能力の適正な評価が可能な問題となるべく、今後も工夫を重ねていきたい。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

前述のとおり、事実を抽出して法的に当てはめるといふ問題解決の姿勢は定着しつつあるものの、刑法の基礎的な理解が不十分な答案もなお散見された。その中には、刑法の基本的な原理原則ないし解釈態度がなお十分に身に付いていないと思われるものや、具体的な事実関係から離れた典型論点に関する判例・学説の結論を機械的に当てはめているにすぎないと思われるものも含まれている。

法科大学院においては、引き続き、具体的事案に即して基本的な刑法解釈論を理解させるとともに、修得した知識を具体的事案の解決のためバランス良く総合的に使いこなす能力の涵養になお一層努めていただきたいと考えている。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（刑事訴訟法）

1 採点方針等

本年の問題も、過去3回の試験と同様、比較的長文の事実関係を記載した事例を設定し、そこに生起している刑事訴訟法上の問題点につき、問題解決に必要な法解釈をした上で、法解釈・適用に必要不可欠な具体的事実を抽出・分析し、これに法解釈により導かれた規範の当てはめを行い、一定の結論を筋道立てて説得的に論述することを求めている。法律家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。

出題に当たっては、刑事訴訟法の中でも重要であり、法律家になるために理解しておかなければならない犯罪捜査に関する基本的な問題と証拠法に関する伝聞法則を選定した上、設問において、答案で論じてほしい事項を画定明示することにより、受験者が、一定の時間内に、法解釈と事実の分析等の双方について、必要十分な論述を行うことができるように配慮した。

具体的な出題の趣旨については、公表されているとおりである。設問1では、殺人及び死体遺棄事件を素材として、被疑者の共犯者が経営する会社を適法に発付された捜索差押許可状に基づいて捜索した際に行われた様々な写真撮影について、その適法性を問い、捜索差押えという強制処分の過程における写真撮影についての考え方を示した上、事例への法適用の部分では事実が持つ意味を的確に位置付けて論じることを求めている。設問2では、被疑者による犯行再現実験の結果を記載した実況見分調書について、その要証事実との関係で証拠能力を問い、本件の具体的事実関係を的確に把握・分析した上で、適用可能性のある伝聞例外規定に係る要件等の法解釈とその要件への当てはめについて論じることを求めている。採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。設問1は、法科大学院の授業で直接扱う事例ではないかもしれないが、令状に基づく強制処分の制度趣旨という基本に立ち帰って考える能力を体得していれば、筋道だった論述ができるはずである。また、設問2は、法科大学院で刑事訴訟法をまじめに学習した者であれば、何を論じなければならないかは明白であり、その素材となる判例や学説等も容易に思い浮かぶような事例である。

2 採点実感

次に、採点実感についてであるが、合格判定会議後に各考査委員から様々な意見を聴いているので、そのような意見をも踏まえた感想を述べる。全般的には、新司法試験が志向している法解釈とこれに則して具体的な事実関係を分析した論述がなされている答案が少なからず見られ、これは法科大学院における刑事実務を意識した理論教育が定着の方向にある成果と感じられた。設問1については、強制処分の過程における写真撮影の法的性質についての的確に論じた上で、各写真撮影ごとに個々の事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じられた答案が見受けられ、また、設問2については、本件での要証事実を的確に理解した上で、最高裁判所の判例法理等の理解をも踏まえて的確な論述ができていた答案も見られた。他方、昨年までと同様に、不正確な抽象的法解釈や判例の表現の意味を真に理解することなく機械的に暗記して、これを断片的に記述しているかのような答案も相当数見受けられたほか、関

連条文から解釈論を論述・展開することなく、問題文中の事実をただ書き写しているかのような解答もあり、法律試験答案の体をなしていないものも見られた。

以下、法科大学院における教育と学習の指針に資するため、理解が不十分と思われた点を具体的に述べる。

設問1については、適法に発付された搜索差押許可状に基づいて、憲法第35条の保障が及ぶ屋内を搜索する際に行われた対象者の意に反する様々な写真撮影についてその適法性を問うているにもかかわらず、これを単に任意捜査として許されるか否かという観点からのみ論じている答案や、各写真撮影を刑事訴訟法第111条にいう「必要な処分」として当然のように許されるとのみ論じている答案が見受けられた。また、各写真撮影については、個々の具体的な事実関係（特に撮影対象と被疑事実との関連性を検討する素材になる事実）が被疑者の供述調書など問題文中に現れているにもかかわらず、これを的確に抽出、分析できていない答案もあった。

法適用に関しては、事例に含まれている具体的事実を抽出・分析することが肝要であり、相当数の答案が問題文にある必要かつ十分な具体的事実を抽出できていた。しかし、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を深く考えることが望まれる。例えば、通帳に手書きで記載されていた「→T. K」の意味について、被疑者甲野太郎への殺害報酬の原資となっている可能性があるとの通帳の本件との関連性については論じている答案が少なからずあったものの、さらに、鉛筆での書き込みであって、捜査機関が後に書き込んだものではなく、搜索差押え時からこの書き込みが存在したことを明らかにする必要があるなどとの写真撮影の必要性についても検討している答案は少数であった。学習に際しては、具体的事実の抽出能力に加えて、その事実が持つ法的意味を意識して分析する能力の体得が望まれるところである。

設問2については、本件での具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえ、最高裁判所の判例法理等の理解を踏まえた的確な論述ができている答案は比較的少数にとどまった。本件では正に検察官が設定した立証趣旨が意味を持つ場合であるのに、何らの説明もなく検察官の立証趣旨に拘束される必要がない、あるいは検察官の立証趣旨には意味がないとだけ断じ、最高裁判所の判例の見解が前提としていた事案とは異なるにもかかわらず、刑事訴訟法第321条第3項所定の要件を満たすだけでなく、同法第322条第1項所定の要件をも満たす必要があるとした答案が多数あった。法律家は常に結論に至る理由を示し説明しなければならない。このような答案について、あえて厳しい評価をすれば、事案分析能力・思考能力の不備・欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえて、今後の法科大学院教育においては、手続を構成する制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し、これを具体的事例について適用できる能力を身に付けること、筋道立った論理的文章を書く能力を身に付けること、重要な判例法理を正確に理解し、具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確にとらえることなどが要請される。特に、実務教育の更なる充実の観点から基本に立ち返り、通常の刑事手続、すなわち当たり前の手続の流れを正確に理解しておくことが、当然の前提として求められよう。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（倒産法）

1 出題の趣旨・ねらい等（出題の趣旨に補足して）

個別的な内容については、既に「出題の趣旨」として公表したとおりである。今年の問題作成に当たっては、実務上生起する問題の解決能力や、実体法の理解と関連付けて手続法の問題を考察する能力を試すこと等に重点を置くこととした。

2 採点方針

解答の際に言及すべき点については、既に「出題の趣旨」として公表したとおりである。

第1問については、問題の事例から具体的事実を拾い上げて、事業譲渡についての裁判所の許可等の要件の充足性を十分に、かつ、丁寧に論じることができたかという点に重点を置いた。

第2問についても、具体的な事実を踏まえた論述をすることができたかという点に重点を置いたほか、財産分与の否認可能性、慰謝料請求権についての破産管財人の処分権の有無については、様々な考え方、理由付けがあり得ることから、その結論よりも、自説の根拠の記述の丁寧さ、一貫性に重点を置くこととした。

3 採点実感等

(1) 第1問

設問1の(1)及び(2)については、事業譲渡についての許可、株主総会の特別決議に代わる許可及び担保権消滅の許可の各申立て等の手続を採るという基本的な事項自体は、多くの答案において、正しく指摘されていた。しかしながら、そもそも再生手続開始後の早い段階での事業譲渡をすることが相当である理由、それぞれの許可の要件の本件事案における充足性の有無については、これらを丁寧に論ずる答案と、記述が不十分な答案とに分かれた。なお、事業譲渡についての許可と株主総会の特別決議に代わる許可との区別が的確にされていない答案も見られた。

また、設問1の(3)については、未払金を支払うことを可能とする根拠条文（民事再生法第85条第5項の「少額の再生債権を早期に弁済しなければ再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すとき」に関する部分）を正確に指摘できず、同条第2項や同条第5項の「少額の再生債権を早期に弁済することにより再生手続を円滑に進行することができる」といった他の根拠を掲げる答案が相当数見られた。問題の事例の的確な把握と条文を正確に理解する能力を養うことの重要性を感じた次第である。

次に、設問2については、A社とD社との間の権利関係について、発生する代金返還債務の金額等を含めて具体的に述べる必要があるところ、抽象的な記述にとどまるものが散見された。

総じて、第1問については、多くの答案が基本的な論点自体はとらえていたものの、上記の点等で差が付くこととなった。

(2) 第2問

設問1の(1)については、多くの答案が財産分与の否認可能性という論点に触れていたが、詐害行為取消訴訟が破産管財人によって受継された場合、これが訴え

の変更の手續により否認訴訟に変更されるという点についての理解が不十分であったため、破産管財人において訴訟の受継をするか否かという本件における最終的な結論に至る論理が不適切、不十分なものになっていた答案が相当数あった。後記の点を含め、倒産手續に関連する訴訟法、実体法についての総合的な理解が必要であると感じられた。また、本件における財産分与の否認可能性については、否認のうちどの類型のものが問題となるのか、その要件のうちどの要素が問題となるのかといった視点から整理した上で、具体的事実を丁寧に拾い上げることが期待されたが、そのように丁寧に論じる答案は少なく、事実の拾い上げが不十分であるもの、単に財産分与と詐害行為取消しに関する判例の見解に基づき結論を示すにとどまるもの等が相当数見られた。この点についても、財産分与及び否認権の制度趣旨にさかのぼった考察ができるような能力の養成の必要性が感じられた。

設問1の(2)については、免責手續中の強制執行禁止規定が非免責債権にも適用されるか否かという論点自体に触れた答案が極めて少なかった。この点、条文の文言に照らして結論は明らかと考えた可能性もあるが、免責決定確定後の取扱いと並べて論ずるのであれば、上記の論点に検討を加えるべきであり、その意味で問題の発見能力が必ずしも十分ではなかったのではないかと思われる。

設問2については、離婚に伴う慰謝料請求権が行使上の一身専属権ととらえることができるかどうか、訴え提起、認容判決確定と手續が進行していった場合、その性質がどの段階で失われて破産財団に属することになるのかという論点については、多くの答案が的確にとらえていたが、後者の論点に検討を加えないものも少数ながら見られた。

しかしながら、上記の論点に関しても、単に判例に即して結論を示すにとどまる答案が相当数あり、行使上の一身専属権ということが出来る理由、訴え提起によるその性質の喪失の有無についての理由にまで踏み込んで論ずる答案は、少数であった。

第2問は、総じて言えば、単に結論を示すのではなく、その理由をどこまで丁寧かつ説得的に論じるかで差が付いたが、出題者が期待した程度に十分な理由付けを示した答案は非常に少なかったという印象である。

4 今後の出題について

今後も、特定の傾向に偏することなく、基礎的な事項の理解を確認する問題と受験者の問題発見能力を試す問題、倒産実体法に関する問題と倒産手続法に関する問題、企業倒産に関する問題と個人倒産に関する問題等、幅広い出題を心掛けることが望ましいと考える。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

本年の問題のように、具体的事案から、問題点を発見し、意味のある具体的事実を抽出するには、問題となる法規、制度の趣旨、根拠までさかのぼって考察する能力が必要であると考えられる。

今後も、基礎的な事項の十分な理解に重点を置くべきことは言うまでもないが、上記のような考察が身に付くようにするための教育が必要であると感じられた。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（租税法）

1 出題の趣旨、ねらい等（出題の趣旨に補足して）及び採点方針

出題の趣旨については、既に公表済みであるが、昨年までと同様、法科大学院における租税法の基本的な事項に関する学習を前提として、具体的な事案について、租税法規の解釈論をどのように展開することができるか、どのように事実関係を認定し租税法規に当てはめて判断できるかを試すものである。

第1問の出題のねらいは、公表済みの出題の趣旨で示しているとおりであり、採点の方針も、基本的には、本問の解答に当たって必要な基本的な法的知識・理解が備わっているか、問題の解決に必要な前提事実を適切に把握・分析しているか、これらの把握・分析に即して適切に自説が展開されているかという点に留意して採点した。また、設問1の(1)の課税が許される根拠では、現行所得税法の解釈論を踏まえた検討がされているか、設問2(2)③の減価償却費については、犯罪供用物件について減価償却費控除を許すべきかという問題意識が示されているか、といった点にも着目していた。なお、設問2の(2)①の未精算のコインの控除の可否に関しては、出題者としては、法的な精算義務がないことを前提に債務確定がないとの解答を念頭に置いていたが、答案の中には、コインは次回に入店したときに使用される可能性があり、精算するか否かが確定していないことを理由として債務が確定していないと論じるものも相当数あった。これは事案に即した柔軟な解答といえるので相応の評価を行っている（厳密に言えば、精算が未了だから確定しないとする説と法的に精算義務がないとする説とでは、前者では、客がコインの精算を求めた時点で債務の確定があると考え、後者は、客が精算を求めたとしてもなお債務の確定はなく、現実の支払があった時点で必要経費に算入されるという違いがある。）。

第2問設問1の主たるねらいは、役員の方掌変更に伴って支給される退職慰労金の所得分類に関する判断を求めるところにあるが、その判断に当たって、判例（最判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁等）の立場を踏まえ、退職所得課税の趣旨を退職所得の要件ないし退職の意義の解釈に適切に反映させることができるかどうか、その解釈に照らして本問の事案におけるAの方掌変更をどのように評価するかといった点を重視して、採点を行った。

第2問設問2の主たるねらいは、一つには、役員退職給与に関する法人税法上の取扱いについて正確な理解を問うところであり、もう一つには、B社がAに対して甲土地をもってその時価より低額の簿価相当額で退職慰労金を支給したことについて益金及び損金の両面における判断を求めるところにある。採点に当たっては、法人税法第22条第2項、同条第3項及び第34条の規定並びにそれらの規定の相互関係に関する正確な理解に基づき、論理的に条文を操作し、本問の事案に即した判断を行うことができるかどうかを重視した。

2 採点実感等

第1問は、違法所得という所得税法上の一つの論点であっただけに、全体的な印象では、出題の意図を外した答案は少なく、それなりの水準の答案が多かったと評価できる。もっとも、Cに対する50万円の支払請求権について、その法的な権利行使可能性を検討せずに権利確定ありとした答案が全体の約3割に上っていた。このような

答案を見ると、権利確定主義という基本的事項の知識を得ることだけに学習の目標を置き、事案ごとの実践的な理解を得ようとする姿勢がおろそかになってはいないかとの不安を感じないわけにはいかない。また、所得区分に関してであるが、事業所得の要件の一つである「計算と危険」について、Aは賭博で負けるおそれがあるから危険を負担していると論じた答案があったが、これでは、勝ち負けなど問題とならない通常の物品販売業等は危険を負担していないから事業所得にならないということになりかねない。「計算と危険」という基本的用語を記憶はしているが、理解をしていないことを示すものとなっている。

これらの答案を見る限り、単に基本的用語の知識を得ることを目標とするのではなく、判例等の具体的事案を通じて、実践的にこれを理解するという学習態度を身に付ける必要があるように思われた。

第2問は、設問1については、退職所得課税の趣旨及び退職所得の意義については、確立された判例もあり基本的事項であることから、出題時に予定していた解答水準を満たす答案がかなり多かったと思われる。もっとも、退職所得課税の趣旨を退職所得の要件ないし退職の意義の解釈に反映させようとする事なく、それぞれについて単に記憶した内容を記述するにとどまるように思われる答案も散見された。また、Aの分掌変更を退職所得と給与所得との区別に関してどのように評価するかという点については、常勤の取締役と非常勤の監査役との職務内容、勤務形態等の違いを考慮して適切な判断を示す答案が多かったが、Aが取締役副社長の任期満了後も引き続き役員を務めているという事実を重視し形式的な判断に基づき勤務関係の継続を認める答案や特段の説得的な論拠を示すことなく本件退職慰労金の内訳に拘泥する答案も散見された。そのほか、現物給与に係る収入金額について、所得税法第36条第1項括弧書及び同条第2項の意味内容を理解していない答案も散見された。

設問2では、法人税法における役員退職給与の取扱いに関する基本的な理解が十分でない答案がかなり見られた。取り分け法人税法第34条第1項及び第2項の条文を括弧書も含めて正確に読むことができていると思われる答案も少なからずあった。法曹にとって必須の能力である条文読解力の涵養が強く望まれる。さらに、退職慰労金の現物支給の取扱いについては、出題時に予定していた解答水準を満たす答案は少なかった。本問の事案が法人税法第22条第2項の適用を検討すべき事案であることにさえ気がついていない答案もかなり見られた。法人税法第22条第2項が法人税の課税標準の計算に関する基本規定の一つであることを考えると、このような基本規定を具体的な事案について適用する能力を涵養することが望まれる。本問の事案に関しては、例えば、最高裁判所の判決（最判平成10年6月12日判時1648号53頁）の事案における税務処理が参考になる。

第2問については、設問1及び設問2共に、取り扱った論点がほぼ同じである答案が多数を占めたが、出題時に想定した他の論点にも言及し検討を加えた答案については、加点で対応した。

3 今後の出題について

今後の出題については、租税法の基本である所得税の重要性が再認識される場所である。出題の在り方としては、これまでどおり、具体的な事実関係の下で租税法の基本的な条文や概念の理解とその適用能力を試す問題を出題し、出題形式は、受験者

が出題の意図に従って解答しやすくするよう小問を順次検討していく形式によることが望ましいと考えられる。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な条文や概念を他と関連付けて多角的に検討し理解する学習を基礎にして、そこで習得した知識や能力を事例演習等によって確認し、それらの応用力や総合的判断力を涵養していくというような教育が望まれる。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

1 出題の趣旨について

出題に当たり、独占禁止法上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、事実を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価し得るような問題作成を目指した。

出題した2問は、独占禁止法の基本に基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めものではない。

2 採点方針

出題の趣旨で述べたとおり、独占禁止法違反の成否についての結論ではなく、同法の基本的概念や個別の要件の意義を、その趣旨を踏まえて正しく理解しているか、当該行為が市場における競争に与える影響を十分に洞察しようとして、問題文のどの事実をどのような観点から取り上げるか分析した上で、的確に要件に当てはめているか、それらは論理的で説得的かという観点から、法的な能力を見ようとした。

第1問は、不当な取引制限の成否を問うものであり、①部品の共同購入の計画（以下、「設問①」という。）については、部品購入市場のみならず、製品価格の上限を協議して決定すること及び部品の共同購入によるコスト共通化といった事実に着目して、製品販売市場に関しても、競争に影響を与える共同行為の成否を検討しているかを見た。②共同物流会社の設立の計画（以下、「設問②」という。）は、共同物流会社が行うこととなる事業活動の態様からして、製品販売市場における競争事業者間において重要な競争手段について情報を共有することとなり、このことによる当該市場における共同行為の成否を検討しているかを見た。

第2問は、不当廉売（一般指定第6項。以下、「第6項」という。）の成否を問うものであり、まず、事業者の創意工夫により良質・廉価な商品を供給しようとする努力を助長しようとする独占禁止法がなぜ不当廉売を規制するのかを理解し、その関連で、第6項前・後段の各要件を正確に理解できているかを見た。その上で、第6項前・後段のいずれを適用するか結論自体にはこだわらず、(1)中部地方の廉売（以下、「設問(1)」という。）では、価格要件、継続性要件の検討により、第6項前段又は後段を正確に適用しているか、(2)東日本地域の廉売（以下、「設問(2)」という。）では、37インチテレビと40インチテレビの間で価格設定に違いがあることに着目して、第6項前・後段の適用を論理的・説得的に論じているかを見た。また、設問(1)及び(2)の双方について、他の事業者の事業活動に対する影響を丹念に検討しているか、そこでは、キャンペーン期間、数量、程度のほか、設問(1)では新規開店セール、旧型製品等の要素を、設問(2)ではAの市場における地位、商品の人気等の要素を勘案しているかを見た。

3 採点実感等

(1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡について

第1問の設問①においては、部品購入市場と製品販売市場のそれぞれについて競

争に影響を与える共同行為の成否を検討した答案は多くなく、どちらかの市場についてのみ論じているものが過半を占めた。また、適用法条を私的独占や優越的地位の濫用とする答案が散見された。設問②においては、多くの答案が情報共有の問題を論じていたが、適用法条として、不当な取引制限に触れず、企業結合規制（独占禁止法第4章）のみとする答案が少なからずあった。

第2問については、不当廉売の成否を検討した答案がほとんどであったが、不当廉売に触れずに私的独占や優越的地位の濫用等を検討している答案も少数ながら存在した。採点方針で述べたとおり、第6項前・後段のいずれを適用するか結論自体にはこだわらなかったが、設問（1）では、第6項前段を検討して不当廉売に当たらないとする答案が多く、設問（2）では、37インチテレビ及び40インチテレビを一括して第6項前段又は後段を適用する答案が相当数あった。

(2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準の差異について

第1問の設問①については、問題文の計画の基本的内容が部品の共同購入についてであるために、部品購入市場における競争に影響を与える共同行為の成否を検討する答案が多く、製品販売市場について論じる答案は少ないのではないかと、また、製品販売市場について論じる場合も、製品価格の上限を協議して決定することには比較的容易に着目できても、部品の共同購入によるコスト共通化に着目する答案は少ないのではないかと予想していた。しかし、実際には、部品購入市場には触れず、製品販売市場における競争に影響を与える共同行為の成否だけを論じた答案が一定数見受けられたほか、製品販売市場について論じた答案の多くは、コスト共通化の問題を論じていたものの、製品価格の上限の問題に触れない答案が一定割合あった。設問②については、競争手段にかかわる情報の共有に着目し、具体的に検討した答案が多かったが、製品物流市場における競争への影響を検討するにとどまる答案も散見された。

第2問については、不当廉売の規制理由と、その関連で第6項前・後段の各要件がどのようなものであるかに関し、相応に論ずることを期待していたが、的確に解答できた答案は予想より少なく、第6項前・後段の各要件を区別できていない答案も散見された。また、設問（2）では、37インチテレビ及び40インチテレビを一括して第6項前段又は後段を適用する答案が相当数あったものの、その理由を論理的・説得的に論じるものは少なかった。他の事業者の事業活動に対する影響については、設問（1）において、新規開店セール、旧型製品等の要素を摘示できている答案が多かった一方、設問（2）では、大量仕入れによる廉価販売によって他の事業者が競争上不利になること自体を否定的にとらえているのではないかと考えられる答案も目立った。第2問は、全体として、よく論じられている答案とそうでない答案に二分される傾向が見られた。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方をきちんと理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、論点主義的な記述ではなく、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争へどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめることを論理的・説得的に示すことができるように教育してほしい。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（知的財産法）

1 出題の趣旨、採点方針等

第1問、第2問共に、典型的な論点を含む事例問題であって、両問を通じ、法曹に必要な事実関係の分析力、基本的事項についての正確な知識と理解度、これらを前提とした論理的な思考力、応用力、論理一貫した論述をすることができる力等のみようとしたものである。答案の内容については、一つの結論にこだわるものではなく、きちんとした論拠とともに説得力をもった論述がなされていれば、相応の評価をした。

(1) 第1問（特許法）について

本問は、当事者の関係や論点が絡み合っており、特に職務発明と共同発明が組み合わさっていることにより、必ずしも通り一遍の知識だけで対応できるような問題ではないといえよう。しかし、一つの答えを正解として求めているわけではなく、いかなる結論になるにせよ、きちんと問題の所在を意識し、論理一貫した論述を行っていただければ、相応の評価を与え得る答案として扱った。要は、基本的な知識を前提にしながら、その場で事例に即して問題を解決に導く柔軟な思考力、応用力のみようとしたものである。

(2) 第2問（著作権法）について

本問は、美術の著作物について、多数の関係者が登場する事実関係の中で、問題となる行為がいかなる権利を侵害しているのかを正確に把握し、バランスよく論じる能力のみようとしたものである。論点が多いため、すべてを詳しく論じているのは、時間も答案用紙のスペースも不足するものと思われる。事案に即して論じるべき内容と程度を適切に取捨選択し、メリハリの利いた論述がなされることを期待して出題したものである。

2 採点実感等

期待していた水準に達していると評価できる答案は多くはなかった。論点や出題の意図を理解していないのではないかとと思われるもの、漫然と事実関係を羅列しているもの、自らが有している断片的な知識を並べたにすぎないと思われるものなど、低く評価せざるを得ない答案も少なくなかった。

他方、出題の意図に即し、法律の目的・仕組み・諸原則をきちんと踏まえた条文解釈を行った上、ポイントを押さえた的確な論述がなされている答案も一定数あり、このような答案については高い評価を与えることができた。

(1) 第1問（特許法）について

設問1の1については、本問の発明が共同発明及び職務発明の両者に当たるものであるから、いずれについても論じる必要がある。しかし、甲からA社への及び乙からB社への特許を受ける権利の移転に関し、共有者の同意（特許法第33条第3項）について全く論じていない答案が多かった。このような答案が多かったのは、あたかもA社、B社に原始的に特許を受ける権利が帰属するかのようであったことと関係があるように思われる。すなわち、職務発明に関して、特許を受ける権利は自然人（従業者等）に原始的に帰属し、これが勤務規則等に従って使用者等に承継されるものであるということを理解していないことに起因しているのではないか。さらに、本問の場合、職務発明の成否につき長々と論じるまでもないこと

は明らかであるが、殊更に細かな事実関係をいちいち取り上げて論じている答案が見られるなど、バランス感覚の不足を感じさせるものも少なくなかった。

設問1の2については、最低限、法定通常実施権（特許法第35条第1項）について論じられるべきものと考えていたが、これについてはきちんと指摘されている答案が多く、一応の理解をしているものと推察された。

設問2は、無権利者による出願がなされた場合において、特許権の設定登録前後で権利者がいかなる請求をすることができるのかにつき、共同出願違反の場合と比較しつつ論じさせる問題である。相当数の答案において、相違点を踏まえた論述をしようと努力する姿勢が感じとられ、この点はそれなりに評価できたのであるが、きちんと整理され、スムーズに読み切ることのできるような答案は多くはなかった。中には、対比を全くしていない答案もあり、このような答案については、当然のことではあるが、設問に答えようとしていないものとしてそれ相応の評価しか与えなかった。

本問は、全体として、基本的な裁判例（最判平成13年6月12日民集55巻4号793頁（生ゴミ処理装置事件）、東京地判平成14年7月17日判時1799号155頁（ブラジャー事件））を踏まえた上、自らの主張に即して論述する必要があるが、これらの裁判例を意識していない答案も相当数見受けられたのは残念であった。基本的な裁判例については、しっかりと勉強して理解しておいてほしい。そして、関連する問題が出た場合には、裁判例における考え方と同じ考え方をする場合であっても異なる考え方をする場合であっても、きちんと論拠を示しつつ自説を展開してもらいたい。

(2) 第2問（著作権法）について

設問1の1については、多くの答案は、公表権侵害や譲渡権侵害等、問題となる権利侵害についてそれなりに論じており、その点は評価することができた。しかし、公表に関する同意の推定（著作権法第18条第2項第2号）について全く触れられていない答案や、触れられてはいるが「他人に見せないことを条件に」したこととの関係について触れられていない答案が多かった。また、譲渡権侵害に関し、比較的多くの答案において消尽について触れていたが、その際に適用される規定（著作権法第26条の2第2項第3号）を正確に指摘できていないものが少なくなかった。また、譲渡しない旨の特約と当該規定との関係をきちんと論じていない答案が多かった。

設問1の2についても、多くの答案は、翻案権侵害、同一性保持権侵害、公表権侵害等、問題となる権利侵害についてそれなりに論じており、やはりこの点は評価することができた。しかし、彫刻B（二次的著作物）を通じて働く絵画A（原著作物）の権利に関し、著作権については著作権法第28条を指摘すれば足りるが、著作人格権には同規定が適用されず、例えば公表権侵害であれば、同法第19条第1項後段の適用の問題となることを指摘する必要がある。この点について正確に区別して記載されている答案は少なく、条文を注意深く読み、理解しておいてほしいと感じた。

設問2の1では、頒布権侵害が問題となることに気付くべきであるが、これについて論じられている答案が必ずしも多くなかった。また、論じられていても、それが同法第26条第2項の適用によるものであることまで指摘されている答案は相当

に限られていた。そもそも、本問で直接問われているのは、映画CのDVDを販売する行為である。それにもかかわらず、映画Cを作成した行為だけを論じたり（その行為については、同法第28条により、彫刻Bを通じて働く絵画Aの複製権の侵害が考えられるが、ここで問われているDVDの販売行為について答えるものにはなっていない。）、あるいは、上映権侵害であるなどとする答案が目立ったが、問題文をよく読み、何を問われているのかをよく考えて答えてほしいと感じた。

設問2の2では、多くの答案において同法第46条に言及している点は評価することができたが、説得的な論述ができていない答案は多くはなかった。一方、彫刻Bが映画Cに写っている時間が比較的短いことや、必然的に写り込んだにすぎないのではないかとの観点から、実質的に見て著作権侵害には当たらない旨の指摘は、表現は各人各様ながら、それなりに論じられており、この点は評価することができた。

設問2の3では、同法第46条により制限される著作権は、その原作品が屋外の場所に恒常的に設置されている美術の著作物（ここでは彫刻B）の著作権であって、当該美術の著作物（二次的著作物）の原著作物たる絵画Aについての著作権については制限されるものではない、という主張をすることが考えられるが、この点について論じられている答案が少なかったのは残念であった。

全体的に、基本的な条文や論点の理解が、十分になされていないのではないかと印象を受けた。また、緻密に事案を分析する力が不足しているのではないとも感じた。基本的事項の理解や事案の分析力は、法曹にとって必要不可欠な能力なのであるから、受験者にとっては、これらの能力の涵養に一層心を砕いてほしい。

なお、答案の書き方について一点指摘しておきたい。設問2では、双方の主張を論じる形の答案を求めたものであるが、設問1でも同様の書き方をした答案が散見された。いかなる書き方をするのか特に指定しているわけではないが、設問1につき、双方の主張を論じる形をとったもので良好な答案と評価できるものは、ほとんどなかった。設問2に引きずられたのかかもしれないが、どのような書き方をするかについても論述の展開力にほかならないのであるから、十分に心してほしいと思われた。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

例年指摘していることであるが、法科大学院では、学生に対し、まず基本的事項をしっかりと理解させて身に付けさせるよう努めていただきたい。その上で、事例を丁寧に分析し、法的に意味のある事実関係を抽出した上で法的評価を行い、当てはめを行うという訓練を積み重ねていただきたい。

また、非常に読みにくい、文章力に課題があると思われる答案が見られた。実務において、書面で自己の主張を展開する場面は多い。自分の述べたいことが端的に伝わる文章を書けないようでは、実務家としても心許ない。法科大学院におかれては、適宜、この点にも配慮した指導をしていただく必要があるように思われる。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（労働法）

1 出題の趣旨，ねらい等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。第1問，第2問とも，労働法における基本的な事項を扱った問題であり，法令及び判例に関する正確な知識・理解を前提として，具体的事例から結論を導くために必要な論点を抽出し，法律要件に照らして事実を確定した上，ルールに当てはめて適切・妥当な結論を導くという，法律実務家として求められる基礎的な能力を試そうとするものである。

2 採点方針

出題の趣旨を把握した上，各論点について十分な論述ができているかどうか，及び結論に至る道筋を論理的に示すことができているかどうかを基準として採点した。結論を導くために必要な論点の抽出が的確に行われ，これに関する論述が水準に達していると認められる答案には，おおむね標準以上の得点を与え，それを上回る説得力のある答案構成，重要論点の優れた掘り下げ等が認められる答案には，更に高得点を与えることを目安とした。なお，第2問のうち設問1及び設問2には，ほぼ同程度の配点をした。

3 採点実感等

(1) 第1問について

比較的多くの答案が，論述すべき主要な論点に言及しており，結論に至る道筋もおおむね示し得ていたといえる。もっとも，個々の論点に係る論述については精粗があり，すべての論点について，十分な事実を拾い上げ，根拠となる法令，就業規則等の条項，判例による基準等を示しながら高い説得力を持たせ得たものは，多くなかった。

まず，配転命令権の存否に関しては，XとY社との間に勤務地及び職種についての個別合意が存したのか，就業規則の関係規定が配転命令権の根拠となり得るのかについて論及することが求められるが，これらの点を十分に論じない答案が少なからず見られた。その一方で，配転命令権の根拠に関する一般論を必要以上に詳述するなど，論述のポイントが適切でないと考えられるものも散見された。また，配転命令権の濫用に関して，多くの答案において濫用の有無の判断基準等については一定水準の論述がなされていたものの，判断の枠組みが漠然とした総合考慮になっていたり，事実の評価が一面的であったり，配転命令権の存否に関して論ずべき事項を取り上げるなどする答案も見られた。

次に，解雇の有効性に関しては，Y社がXの無断欠勤を理由として解雇しているという設例を前提として，無断欠勤は就業規則に定められた解雇事由に該当するのか，さらに，Xの態度が無断欠勤と評価し得るのかについて，事実関係に即した十分な論述が求められるところ，配転命令が無効であることから直ちに解雇が無効であるとの結論を導くなど，論述が不十分であるものが散見された。また，変更解約告知について論及する答案も若干見受けられたが，それが何を意味し，本設例でなぜこの点への論及が必要なのか，理解に苦しむものが多かった。

さらに，平成21年2月分から5月分までのXの賃金請求権に関しては，多くの

答案がXの賃金請求権の根拠として民法第536条第2項を指摘することはできていた。しかし、なぜこの規定による処理が適切であるのかを十分に説明し得た答案は多くなく、また、解雇が無効であることを理由に2月分についても賃金請求を可能とするなど、理解が十分でないと思われるものも散見された。中間収入の控除に関しては、労働基準法第26条による平均賃金の6割という基準には多くの答案が言及していたものの、中間収入を得た時期と控除の対象となる賃金請求権の発生時期との対応関係を意識できていないものや、「中間収入が賃金の6割を超えないから控除は許されない」などとする明らかな誤解に基づく答案が多数あり、判例の正確な理解が不十分であることがうかがわれた。また、解雇が無効であれば、受領済みの解雇予告手当は不当利得となり、返還義務が生じることとなるが、この点を明確に指摘した上で相殺の可否まで論じた答案は、少数にとどまった。

(2) 第2問について

まず、設問1の雇止めの可否については、全般的に適切な論述がなされている答案が多かった。

ただ、平成20年9月30日における労働契約の合意解除と同年10月1日における新たな有期労働契約の締結という本設例における特徴的な事情が、解雇権濫用法理(規定)の類推適用の当否や雇止めの適法性の判断にどのように影響するのかについては、十分な考慮が必要であるにもかかわらず、全く論及しない、又は論述が薄い答案が相当数あった。逆に、この点が意識できていた答案は、全体的にもおおむね高評価であったといえ、法的判断の前提として必要な事実を具体的な事例から拾い上げ、的確に評価する能力の涵養が望まれる。

また、雇止めを不当であると評価するのであれば、それを前提としてXとY社との間の労働契約の帰すうはどのようになるのかが論じられなければならないが、その点に論及した答案は少数にとどまった。

次に、設問2については、ストライキの正当性を論じるに当たり、その目的との関係については適切に論述できている答案が多かったが、態様(部分スト)との関係での論述が不十分であるものが多かった。

また、懲戒処分の効力に関して論じるに当たり、労働契約法第15条のみに基づいて立論するか、労働組合法第7条を用いるのか、あるいは憲法第28条、民法第90条等の規定を援用するかについては、いずれの構成もあり得るし、複数のアプローチを併用することも考えられるが、中には、これらの規定の適用関係が整理されず、理解が混乱していると思われる答案が見られた。また、労働組合法第7条を用いる場合には、同条の私法的効果についても論及する必要があるが、これがなされていない答案も散見された。

賃金カットの効力に関する論述については、理由を示さずに結論のみを記述する答案や、ストライキ参加者と非参加者とを区別せずに論じている答案が散見されたほか、非参加者が工場内に滞留していたことについての言及がないものが目に付いた。

総じて、設問1と比べて設問2の論述が低調な答案が目立った。答案作成における時間配分が適切になされていなかったことにも、その原因の一端があるのではないかと感じられるので、解答に当たって留意が望まれる。

(3) 第1問、第2問を通じて、判例の立場が明確である論点については、判例の立場

によらないとしても、少なくとも判例についての理解を示すべきである。その前提として、主要な判例については、単なる要旨だけではなく、背景となった事実関係を踏まえながら、意義と内容を理解しておく必要があるが、そのような学習が不足しているのではないかと感じる答案が間々見られた。

4 今後の出題について

出題方針等について変更すべき点は、特にない。

法令、判例、学説等に関する正確な基礎的知識があることを前提に、具体的事例に即しつつ、主張を組み立て、あるいは、ルールを適用する能力・素養を試す出題を継続することとしたい。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

具体的な事例の中から必要な事実を取捨選択して論点を抽出し、解答者なりの筋道を立てて結論に至るといふ、基本的な能力の伸長が望まれる。基礎的な知識の習得はもちろん不可欠であるが、その適用に当たり、当該事実関係の下での主張及び証拠に飽くまで即しながら、全体として筋の通った解決を目指すという思考方法が身に付くような指導をお願いしたい。

また、上述の点とも関係するが、実務法曹の養成という観点からは、主要な判例について、自ら原典を参照する習慣を身に付けさせることが重要である。当該判例が、いかなる事実関係の下で、どのような法的構成を用い、結論を導いているのかという点に関する分析・理解を深めさせることにより、判例理論を他の事例に応用できる能力を身に付けさせるよう、配意願いたい。

【第1問】

1 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第1問は，環境負荷物質の種類に応じてどのような対応や手法が必要となるかを，論理的に説明できる能力を問う基本的な問題であった。

設問1は，ばい煙に対する規制と有害大気汚染物質対策に関して，対応の仕方を比較し，それぞれの考え方を説明する点については，大気汚染防止法の規定にのっとり，おおむね出題の意図に即した適切な解答をしていた。そして，対応の仕方に相違がある理由については，科学的知見が確実であるか否かによることを正確に指摘している者が多かった。さらに，有害大気汚染物質対策について予防原則に言及する答案が多く見られたが，このような記述は正当なものとして扱った。なお，大気汚染防止法第18条の20の規定の趣旨を誤ってとらえ，有害大気汚染物質は未然防止原則の適用であるが，ばい煙は予防原則の適用であるとする答案が若干見られた。このような混乱は環境法の基本原則の学習が十分ではないことを示している。なお，設問1の問の順序に沿って解答するものがほとんどであったが，中には，対応の仕方の相違の理由から書き出すものなど，問の順序を無視して解答する答案も見られた。問の順序を無視した答案は，出題の趣旨に沿った解答をすることが困難になったためか，結果的に得点を得られないことが少なくなかった。

設問2小問1に関しては，二酸化炭素の特質について，国民の日常生活からも相当量が排出され，発生源を特定しにくいことを挙げるものが多く，この点については出題の意図に沿う者が比較的多かった。もっとも，その上で，二酸化炭素については世界全体での削減が問題となり，国全体での総量削減が問題となることを指摘する者は，意外に必ずしも多くはなかった。設問の「規制的手法と異なった手法」とは，環境基本法第22条にいう経済的手法であるが，二酸化炭素の特質に基づいて，なぜ経済的手法を中心とする手法が有効かの理由を明確に記述するものは余り多くなかった。上記のように，二酸化炭素の発生源を特定できないため通常の規制になじみにくいことについて指摘するものは相当数見られ，この点は出題の意図に沿うものであったが，総量の削減の必要についての認識が乏しいためか，①国全体での削減が必要となること，②その際，二酸化炭素は現在のところ人為的活動に伴って不可避免的に生ずるものであり，その削減にはばく大なコストが掛かるため社会的コストを少なくする点で経済的手法が望ましいこと，③技術革新・技術普及の促進の点で経済的手法の方が（一度基準を決めたら変えにくい）規制的手法に比べて有効であること，を指摘するものは，それほど多くはなかった。

設問2小問2は，経済的手法の中でどういう措置があるかを挙げ，長所短所を問う問題であり，税・賦課金，排出枠（排出量，排出権）取引，補助金の長短を解答するものであるが，小問1で問うた，二酸化炭素の排出削減に経済的手法がなぜ有効かという点を再度述べるものが少なくなかった。このような記述には点数を与えることができなかった。排出枠取引の長所としては，まず，総量の管理ができることを挙げる必要があるが，これが書けているものは意外に少なかった。短所としてモニタリングの困難性や国際競争力への配慮が問題となることなどを書いているものは，比較的多かった。税・賦課金については，経済的手法一般の長所のほか，財源が調達でき

ることを挙げるものが多かった。補助金については、長所として即効性があることなどを書いた答案、短所として財源が確保しにくいこと、汚染者負担原則に反する場合があることなどを書いた答案が比較的多かった。

全体としてみれば、設問1については、総じて出題の意図に即した答案が多く、設問2については、比較的良くできてはいたものの、設問1に比べると出題の意図に沿うものとは言い難い答案も間々見られた。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある場合の原因として考えられること

これは設問2について間々見られたが、なぜ温暖化問題に関して規制的手法ではなく、経済的手法が注目されているかについて、理由付けを含めた勉強が十分になされていない面があったと思われる。原因の一端は、二酸化炭素は世界全体での総量削減が問題となる性質を有しており、そのために国全体としても総量の削減が必要なことを十分認識していない者が少なからずいた点にあると思われる。司法試験用法文に掲載されている重要な法律の一つである地球温暖化対策推進法は、正に京都議定書の法的拘束力のある目標達成を図ることを目的とするものであり、このことに思い至る必要があったといえよう。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

本問のように、環境負荷物質の種類に応じてどのような対応や手法が必要となるかを、資料を使いながら検討する出題は、環境法の大きな柱である環境法政策の根本的部分を扱ったものである。また、中でも設問2については、国内法に直結する（各教科書にも書かれている。）必要最小限の知識に思いが至ることは重要なことであったといえよう。本問の出題により、環境法では法政策に関しても問うことについて改めてメッセージが伝えられたと思う。法科大学院で日ごろから環境法政策の根本的部分についても考察できる素地を与えていただければよい御指導をお願いしたい。

【第2問】

1 出題の意図に即した答案の存否、多寡

- (1) 設問1の①の段階では、空き地が自然公園法第14条第1項の特別保護地区内の場合には、廃タイヤの廃棄・野積み行為が、同法第14条第3項第5号（物の集積・貯蔵）に該当し、県知事は同法第27条第1項に基づき中止命令・原状回復命令を発することができる。この点については大半の答案が指摘していたが、この行為が、自然公園法の目的とする優れた自然の風景地の保護に反する行為であることを指摘した答案は少なかった。これは、「美しい山岳に恵まれた自然公園」において、カタクリ（同法第13条第3項第10号の指定を受けている。）の群生地に近い空き地に廃タイヤが野積み状態にあることの問題性を認識できなかったことによるものと思われる。なお、「ぼや」が同法第14条第3項第6号の「火入れ」に該当するとか、同項第7号の「損傷」に該当するとしてしまった答案も少なくなかった。これでは「ぼや」を自然公園法上の要許可行為とすることになる。要許可行為の趣旨を理解することが必要である。また上記命令に従わなかったときに講じ得る県知事の行政代執行について言及している答案が少なかったのは意外であった。設問1の①ではこの点を挙げるかどうか大きなポイントである。

空き地が同法第13条第1項の特別地域内にあるかどうかについては、場合分けをすることも考えられる。域内にあるとすれば、同条第3項各号の該当性を検討した上で、同法第27条第1項の該当性に言及することになる。

同法第27条1項の条文の読み方について、同法第13条第3項、第14条第3項の許可に付せられた条件に違反した者に対してのみ命令を発することができるとした答案がかなりあったが、同法第27条の命令は同法第13条第3項、第14条第3項の規定に違反しただけで発することができることとされている。

なお県知事の措置として罰則規定を適用すべく刑事告発することについて言及することも可能である。

- (2) 設問1の②の段階では、同法第47条による原因者負担を挙げることが求められるが、この条項を挙げた答案は半数に達しなかった。設問1ではこの条項を挙げるかどうかで大きく差が付いた。なお、民事訴訟を提起して損害賠償請求をすることを挙げた答案が多かったが、本問は行政上の措置を求めているので、採点の対象としていない。
- (3) 設問2ではまず当事者能力について、権利能力なき社団（民事訴訟法第29条）該当性についての主張をすることになるが、この点についての言及がない答案が散見された。団体固有の請求権を根拠としない場合には、当事者適格について、環境保護団体として原告適格があるとの主張が求められるが、任意的訴訟担当や紛争管理権の主張を挙げた答案は少なかった。さらに、この点が判示された最高裁判決（最判昭和60年12月20日裁判集民事146号336頁・豊前火力発電所事件）を挙げた答案はわずかであった。

実体権としての人格権、環境権の主張については、ほとんどの答案が言及していた。ただ本件の原告が団体であることを考慮した主張はほとんどなく、ただ単に環境権を否定するという結論のみを記した答案が多かった。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある場合の原因として考えられること

設問1については、事例に即した法規の読み方ができなかったことが大きな原因である。自然公園法そのものは、法科大学院の環境法の授業では詳しく触れることは必ずしも多くないと思われる。しかし、環境法の基本的法令について、その法の趣旨・目的を読み取り、具体的事例に該当する条文を探索するという基本的能力があれば、自然公園法についての詳細な知識はなくても、本問について解答することは困難ではなかったと思われる。また、条文の読み方の基礎がまだ不足している傾向があった。

設問2は、環境権あるいは環境訴訟における当事者適格という環境法上の大きな論点がテーマであったが、多くの答案は十分な掘り下げがなかった。

3 今後について

- (1) 自然公園法については、細かい条項は無理としても、環境法の基本理念と関連する点については法科大学院で触れていただきたい。環境負荷を与えた者に対しては、環境法の基本的な考え方である汚染者（原因者）負担原則が様々な個別法で具体化されているのであり、自然破壊の回復措置として同法が規定している同法第47条の原因者負担もその一例であることを、環境法教育において論及することが望まれる。
- (2) 環境保護団体の当事者適格は環境訴訟上の大きな論点である。任意的訴訟担当や

紛争管理権は民事訴訟法上の論点でもあるが、環境法に即し学生自身が整理・考察しておくことが必要である。

環境権については、単に肯定、否定という結論のみを整理するのではなく、裁判ではどのような主張がされているのか、なぜ否定するのか等について、理由付けを含めつつ、掘り下げて理解しておくことが期待される。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（公法系））

1 出題の趣旨・ねらい

「出題趣旨」において詳述したが、それに付加すべき点は以下のとおりである。

問題の作成に当たっては、国際法の基本的な考え方と基本的な知識を習得していれば解答できるように努めた。加えて、日々の国際問題に関心を持っている受験者であれば、具体的な問題状況を思い浮かべることができ、答案が充実したものになるように心掛けた。他方で、単なる時事的な知識や細かな派生的知識を有しているかどうかによって評価が決まらないように工夫した。

2 採点方針

特に以下の点に配慮して答案の評価を行った。

第一に、設問にかかわる国際法の基本概念・基本原理を正確に理解しているかどうかを主要な評価基準とした。当然、論述が論理的であって論述相互の間に矛盾がないかどうかについても留意した。また、論述が条約条文の単なる書き写しではなく、受験者の理解が現れているかどうかにも注意深く見た。

第二に、設問から、単一の論理だけではなく、複数の論理の展開が可能であることを理解できているかどうか注目した。

第三に、法規範の事実への当てはめが的確に行われているかどうか、そもそも法規範の解釈と法規範の事実への当てはめとを明確に区別して認識しているかどうかにも注意した。

3 採点実感

(1) 全体

基本概念や基本原理（特にその名称）については一応答えられている答案が多かった。その結果、国際法の考え方についての理解の深浅によって評価が分かれることとなった。

他方、条約条文を引き写しているにすぎない答案や、自分で基本概念・基本原理をかみ砕いて理解し、それを自分の論述の根拠として効果的に組み込もうという工夫が感じられない答案も散見された。また、法規範の解釈とその事例への当てはめを明確に区別できていない答案が目立ち、そのような答案は低い評価となった。

(2) 第1問

国際法の基本というべき安全保障に関する問題を出題した。安全保障は新司法試験では初の出題であったが、おおむね一定の水準に達しており、第1問全体について充実した論述を行った答案もごく少数であるが見受けられた。他方で、国際法の基本中の基本ともいうべき自衛権について十分に理解していない答案もあったのは遺憾であった。

第1問の小問の一部は平成20年度と同様の出題であったところ、当然のことながらそれらについて多くの受験者は準備していたと思われ、それ以外の部分の解答によって評価に差が付くこととなった。

(3) 第2問

設問1、設問2とも、問題文に解答を求める事項を明示したので、多くの受験者

が出題の意図を的確に把握していた。設問1(1)や設問2(2)のように、基本的事項を確認するための問題は比較的良く書けていた。中でも、設問2(2)では、国連海洋法条約の条文を引用しながら、「海賊」や「衝突」だけではなく、それ以外の可能性にも言及するなど、よく考えて論述している答案が予想した以上にあった。

他方、設問1(2)では、立法管轄権と執行管轄権が適切に区別されていない答案が散見された。

4 今後の出題について

今後も国際法の基本的な考え方を習得しているかどうかを第一の評価基準とし、基本的な考え方と基本的な知識・理解がしっかり身に付いていれば細かな派生的知識がなくても解答できるような出題をすることが適切であると考えている。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

法科大学院では、いわゆる“頭が固い”法曹に育て上げないようにすることが望まれるが、この観点からは、国際関係法(公法系)は、格好の素材を提供する科目であると思われる。一つの設問について、複数の考え方や論理の組立て方があり得ること、機械的な既存の条文の解釈論・適用(当てはめ)だけではなく、その背後まで立ち返って(それこそが、「基本原理」を理解することの意味である。)設問を考え、その上で自らの見解を構築するような訓練をしてほしい。

他方、国際関係法(公法系)も法学の一つであることに変わりがないが、解釈と適用(当てはめ)を意識的に区別する訓練が乏しい印象がある。国際関係法(公法系)についても、他の法学諸分野と同様に、学生が解釈と適用(当てはめ)を意識的に区別できるような教育をお願いしたい。

平成21年度新司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（私法系））

1 出題の趣旨、ねらい等

本年度の国際関係法（私法系）の問題は、狭義の国際私法（抵触法）及び国際民事訴訟法から出題されている。これらの法分野に関する理解を問うため、財産法と家族法の双方に関する法の抵触と国際民事訴訟法の分野から出題した。

2 採点方針

採点に当たっては、各問題の各設問につき、法律問題が正しく特定されているか、特定された法律問題に含まれている論点が適確に把握されているかを評価の要点とした。さらに、各論点について関連法規の理解が十分かつ正確にできているか、事例への当てはめが丁寧にできているかも重要な評価の基準とした。

なお、学説が分かれている論点については、結論それ自体によって評価に差を設けることはしていない。むしろ、論拠を示しつつ、自説が論理的に展開できているか否かを基準にして成績評価をした。いまだ確たる判例法が形成されない論点との関連についても同様である。もっとも、新司法試験が将来の法曹としての資質を問うものである以上、自説を展開するに際しては、関連する重要な判例を踏まえたものであることを重視した。

3 採点実感

(1) 第1問について

設問1は、離婚事件の間接管轄を問うものである。いわゆる鏡像理論に従いつつ昭和39年3月25日の最高裁判決が定立した基準を型どおりに事例に当てはめるという平板な答案が比較的多かったように見える。直接管轄の基準よりも緩やかな基準によるとの処理や最後の婚姻住所地を管轄原因とする処理なども答案として排斥されない。そういった処理の可能性と妥当性に言及しながら論理を展開すると、昭和39年判決の基準を踏襲するにせよ、少なくとも答案の平板さを避けることができたように思われる。また、平成8年6月24日の最高裁判決が持ち得る意義について明示的に言及すると積極的な評価を得ることができたであろう。なお、事例の甲国裁判所に間接管轄が認められるか否かという結論それ自体は、評価に影響しない。

設問2は、婚姻の実質的成立要件の準拠法（通則法第24条第1項）を問うものである。要件欠缺の効果を含めて配分的適用という連結方法の趣旨がよく理解できているか否かが評価のポイントとなっている。理解の正確さを判定するために「再婚禁止期間」と「重婚」という要件が用いられている。いわゆる一方的・双方的要件を抵触法の平面でとらえる説を採用するか、実質法の平面でこれをとらえる説を採用するかは評価に影響しない。いずれの説に依拠するにせよ、その理由を明示し、明示した理由に沿って論理的に解決を試みているか否かが決定的である。自らが採った説を咀嚼していないとみられる答案や両説を混同しているとみられる答案が少なくなかった。

設問3は、婚姻の方式の準拠法を問うものである。この問題に正しい理解に基づいて解答した答案の割合は相対的に低かった。これは、外国に所在する当事者間で

挙行される婚姻も通則法第24条第2項及び第3項の規定の適用対象であることが十分に認識されていないことに起因していると思われる（第3項ただし書の日本人条項に言及するものが相当数あった。）。また、民法第741条の規定自体を知らないと思われる答案も多数あった。

(2) 第2問について

設問1は、法人機関の代表権の性質決定と従属法いかんを問うものである。前者については正しくこれを従属法の問題として性質決定する解答が多く、また、多数が従属法を設立準拠法主義としていた。ただし、そのように性質決定すべき理由や（本拠地法主義との比較において）設立準拠法主義のもつ利点を十分に把握しているか疑わしい答案が少なくなかった。

設問2（1）は、国際裁判管轄の合意という外形をとりながら、およそ国際裁判管轄を決定する際に考慮すべき法的利益は何かという基本的な問題に関するものである。訴訟活動の難易に言及する答案は多数あったが、その一方で、法廷地と準拠法の予見可能性や法廷地と執行地の一致がもたらす利点に言及するものは意外に少なかった。

なお、本問において問われているのは法的な利点である。国際裁判管轄に関する相手方の主張を受け容れれば引き換えに他の契約条項につき自己の主張が通るといった、契約交渉技術上の利点ではない。

設問2（2）の解答には、次の論点との関係において通則法第7条と第8条の規定の解釈が求められている。すなわち、①通則法第7条の規定は黙示の法選択を否定するか否か、②第8条第1項と第2項との関係いかん、③特徴的給付という基準の意義である。これらの論点に関する規定の一般的な解釈を前提にして、第8条の規定を事例に当てはめなければならない。当てはめに際しては、「推定」を覆す事情の存否につき言及することが求められている。解釈との関連では、上記③の点につき論述不足の答案が少なくなかった。

設問3は、債権譲渡の債務者に対する効力の準拠法を問うものである。多くの答案は正しく通則法第23条の規定を適用していた。一般的な解釈論として譲渡債権の準拠法によることの合理性、換言すると当該規定の趣旨に言及する答案は、概して、力強く論理を展開できていたように見える。

4 今後の出題について

今後も、狭義の国際私法、国際民事訴訟法及び国際取引法の各分野の基本的事項を組み合わせた事例問題を出題することになると考えられる。もっとも、今年と同様に、これらの法分野の一部からは出題をしないこともあり得る。

司法試験は、論理的に思考する能力など将来の法律実務家としての基本的な能力を判定するための試験であり、個々の分野の専門家としての能力を検定するものではない。来年以降の国際関係法（私法系）も、この点を踏まえた問題とすることが望ましい。

来年からは「外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律」及び「国際物品売買契約に関する国際連合条約」が出題範囲に入ることになるが、特に後者については各法科大学院の教育内容を勘案して出題することが望まれる。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

狭義の国際私法（抵触法）については、受験者の答案を見る限り、基本的知識に関する教育は相当なレベルに達していると思われる。個々の規定の趣旨の理解についてははまだ十分ではないように見えるけれども、これは通則法の施行からそれほど時間が経過していないことも影響していると推測される。

国際民事訴訟法については、法科大学院の授業レベルに大きな差異があるように見える。制度の趣旨を踏まえた基本的な理解を学生に得させる教育が望まれる。

平成 21 年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

【公法系科目】

〔第 1 問〕

今年度も、「憲法」論文式問題は、判例及び学説に関する知識を単に「書き連ね」たような、観念的、定型的、「自動販売機」型の答案を求めるものではなく、「考える」ことを求めている。すなわち、判例及び学説に関する正確な理解と検討に基づいて問題を解くための精緻な判断枠組みを構築し、そして事案の内容に即した個別的・具体的な検討を求めている。

今年の論文問題では、設問 1 及び設問 2 の構成が従来と異なっている。

第 1 に、相異なる理由で行われた 2 つの処分にかかわる憲法問題を、設問 1 と設問 2 とでそれぞれ問う構成になっている。答える「量」が増えたことを考慮して、資料を含めた分量を減らした。そして、問題文の中で、それぞれ何が問題になるのかについて明確なヒントを書き込み、また議論が不必要に拡散しないように注を付したり、文中で（例えば、「定められた手続に従い慎重に審査した」）限定したりしている。第 2 に、X 側の主張に対する大学側の主張を「想定して」検討することを求めている。まず、X 側の主張は、理にかなない、筋の通った主張を十分に行う必要がある。そして、その主張に対応する大学側の「反論」は、「見解」を展開する中でそれと一体としての議論に組み込んで示すべきものであり、「反論」では詳論する必要はなく、ポイントだけを述べればよい（例えば、指針と「規則」の違いを正当化する理由として大学の自治、あるいは研究を承認した大学としてより高度の倫理と責任を持つべきとする等の主張）。「反論」を組み込んだ「あなた自身の見解」は、詳細に検討した上で（例えば、大学の自治の憲法上の位置付け、意味内容等を論じ、研究の自由を制約する根拠としての大学の自治の主張について論じる。）、説得力のある理由を述べて結論を導き出す必要がある。

今年度の問題では、大学の「規則」自体の違憲性の問題と処分違憲が問題となる。

設問 1 における「規則」違憲では、指針と「規則」の違い（それは、法律と条例の関係の問題でも、命令への委任の問題でもない。）、そして憲法第 23 条で保障される研究の自由の制約の合憲性が問題となる。本問で問題となる研究は実験を伴うものであり、思索中心の研究の自由とは異なる側面を有している。また、本問での制約は、研究中止措置に向けられたものであって、何ら言論活動を禁止するものではない。したがって、本問での制約は、表現内容に基づく制約と同じものではない。

設問 2 における「規則」違憲では、被験者の遺伝子情報を知る権利の制約が問題となる。

知る権利は、憲法上明文では規定されていないので、憲法上の位置付けが問題となる。知る権利は、表現の自由との関係で位置付けられているが、本件の場合には、送り手の自由と受ける自由という関係でのものではない。むしろ、本問での知る権利は、憲法第 13 条の幸福追求権に位置付けられている自己情報コントロール権に基づく情報開示請求権といえる。

停職処分を受けた X 自身は、実質的に研究の自由を制約されることになる。ただし、本件処分の違憲性を争う場合には、X は、直接的には、C の情報開示請求権侵害を主張することになるので、特定の第三者の権利侵害を理由として違憲主張をできるかが問題となる。違憲主張適格に関しては、判例の判断枠組みを正確に挙げた上で、それがこの問題に関する唯一の判断枠組みといえるか等も検証した上で、本件のような問題の場合の判断枠組み、そして個別的・具体的な検討が必要である。

知る権利の制約の違憲性に関しては、2 つの異なる問題が存在する。それは、被験者自身の情報の本人への開示の問題と、被験者以外の人の情報の被験者への不開示の問題である。前者では、すべての遺伝子に係る情報を開示することが本人に与えるマイナスの影響への考慮という理由は、いわゆるパターンリスティックな理由であり、制約を正当化する理にかなった理由

といえるか否かについて検討する必要がある。後者では、その開示によって生じるかもしれない様々な問題とは何かを具体的に想定した上で、第三者への情報提供を一切認めない規定の合憲性を、取り分け被験者の疾病の性質との関係で検討する必要がある。

設問1及び設問2の処分違憲に共通する大学側の主張として部分社会論を想定した場合には、「あなた自身の見解」において、部分社会論を展開した判例の判断枠組みを本件にそのまま使用することの適切性、部分社会論自体の問題性等を論じる必要がある。また、設問2における処分違憲に関しては、取り分け、XがCに対して、Cの要望とは異なる「規則」の内容について説明していないことも、問題となる。

〔第2問〕

本問は、建築主事がマンションの建築確認を行ったのに対し、当該マンションの建築に反対する周辺住民Fらが採るべき救済手段について論じさせるものである。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、建築基準法や関連条例の趣旨を読み解いた上で、採るべき救済手段の訴訟要件等を検討するとともに、本案における違法事由を論じる力を試すものである。

設問1は、建築確認に基づく建築を阻止するために考えられる法的手段（訴訟とそれに伴う仮の救済措置）に関して、基本的な理解を問う問題である。資料1において、措置命令や検査済証交付をめぐる行政訴訟は検討の対象から除外されているので、本件確認の取消訴訟を論じることが考えられる。さらに、資料1では、本件確認の処分性、審査請求前置、出訴期間には問題がないとされているので、主として原告適格と狭義の訴えの利益を検討すべきことになる。

原告適格については、行政事件訴訟法の条文と判例を踏まえ、いかなる判断枠組みにより、いかなる点に着目して判断すべきかを明らかにした上で、建築基準法及び関連条例の趣旨目的や、本件においてFらが主張する利益の内容性質に即して、原告適格の有無を論じることが必要である。取り分け、本件では、Fが本件土地から至近距離にあるマンションに居住し、Gが当該マンションを所有し、Hが本件児童室に毎週通っており、Iがその父親であるなど、それぞれ法的地位が異なっていることから、個別具体的に検討を加えることが求められる。

狭義の訴えの利益については、資料1の指示に従い、建築物が完成した場合の問題点を検討することが要求されている。判例を踏まえた上で、説得力のある立論を行うことが期待される。

仮の救済措置としては、本件確認の執行停止が考えられる。行政事件訴訟法に定める要件の該当性について、本件事案でFらが主張し得る利益に即し、「重大な損害」の要件を中心に、具体的に論じることが必要である。

設問2は、上記法的手段の本案で主張すべき本件確認の適法性を検討させる問題であり、実体上及び手続上の違法事由が考えられる。

実体上の違法事由として、まず、接道義務違反が問題となる。建築基準法及び本件建築安全条例から、本件建築物についていかなる内容の接道義務が課せられているかを読み取った上で、本件道路がこの要件を満たしているかを検討しなければならない。特に、本件道路に遮断ゲートが設置されている点について、接道義務が設けられている趣旨に照らし、適切な解釈を行うことが求められる。

次に、本件建築物の地下駐車場と本件児童室の出入口間の距離が問題となる。本件建築安全条例によっていかなる規制がなされているかを指摘した上で、その趣旨に照らし、本件児童室が規制対象に当たるかを論じなければならない。

手続面では、本件紛争防止条例に定める説明会の開催と、行政手続法に定める公聴会の開催が問題となる。それぞれの根拠規定の趣旨を明らかにした上で、本件において義務違反があると認められるか、認められるとして、それが本件確認にいかなる意味を持つかを検討することが必要である。

最後に、本問では、Fが以上の違法事由をすべて主張できるか検討することも求められてい

る。行政事件訴訟法の条文を踏まえ、違法事由ごとに検討を加える必要がある。

【民事系科目】

〔第1問〕

設問1は、一方当事者が主張責任を負う主要事実を、その当事者が主張せず、かえって相手方当事者が主張した場合において、その主張を判決の基礎とすることができるかどうか、当事者の証明を経ないで判決の基礎とすることができるかどうかを、小問(1)ないし(3)の各場合に分けて、論じさせるものである。本問は、いわゆる「相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述」という周知の論点に関するものであるが、建物収去土地明渡請求訴訟において建物買取請求権の行使が問題となる設例に基づき、証拠調べの要否という観点から検討させることにより、弁論主義、事実の要証性などについて、基本的な理解とともに、その応用力を問うことを意図している。被告が主張責任を負う事実である建物買取請求権の行使の事実を原告が主張しているという本問の問題状況を理解し、建物買取請求権の行使の訴訟法的な意義、弁論主義(いわゆる第1テーゼ及び主張共通の原則)との関係、当事者間に争いのある事実の要証性、自白された事実について証明を要しないとする民事訴訟法第179条の趣旨などについて、自己の理解を明らかにした上で、自説の立場から、小問(1)から(3)までの場合について、証拠調べの要否を論じることになる。

小問(1)は、原告が被告による建物買取請求権行使の事実を主張し、被告がこれを否認する場合であり、小問(2)は、被告がその事実を自ら援用した場合である。自白の不要証拠に照準を合わせつつ、自白の意義、自白(先行自白も含む。)の成否等について検討することになる。小問(3)は、裁判所が釈明を求めたにもかかわらず、被告が原告の主張する事実を争うことを明らかにしない場合であり、擬制自白の成否が問題となるが、民事訴訟法第159条第1項は、主張責任を負う相手方の主張する事実について争うかどうかを明らかにしない場合を想定した規定であることから、主張責任を負う当事者が相手方の主張する事実について争うことを明らかにしない場合にそのまま適用できないことを理解する必要がある。同項の趣旨等も踏まえ、証拠調べを要するかどうかを論じることが求められる。

設問2は、訴訟物、訴えの利益、既判力等の民事訴訟法に関する基本的な概念についての理解を前提として、各当事者の立場から、複眼的な思考・検討を求めるものである。

小問(1)においては、訴えの利益が訴訟要件の一つであること、給付訴訟においては原則として訴えの利益が認められること、同一訴訟物について債務名義が存在する場合には訴えの利益が否定されることなどを前提に、設例に即した論述をすることが求められる。

小問(2)は、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であることを前提としながら、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであるとの被告の主張の論拠について考えさせる問題である。受験生は、既判力の意義や積極的・消極的作用についての基本的な理解を踏まえ、一部認容判決の敗訴部分の既判力や留保付判決の留保部分に生じる効力など、被告の上記主張の論拠について考えることが求められる。

小問(3)は、小問(1)及び(2)の被告の主張に対し、原告の立場からいかなる反論をすることが可能かを考えさせるものである。小問(1)の主張に対しては、第1訴訟の確定判決で認容された部分と第2訴訟の請求を対比しつつ、新たに債務名義を得る利益があるという立場から議論をすることが必要となる。また、小問(2)の主張に対しては、既判力の時的限界についての基本的な理解を踏まえ、設例の具体的事実を的確に摘示しつつ、既判力の基準時前の事由を前訴において主張することが期待し得たかなどの観点から論じることが求められる。

〔第2問〕

本問は、機械の製造販売事業を営む株式会社の取引及び合併をめぐる事例に関し、様々な角度から、民法上及び会社法上の問題点等についての基礎的な理解の有無を問う総合問題である。単に知識の有無の確認をするだけでなく、具体的な事実関係に即して基本的問題を掘り下げて考察する能力、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力、法律上の権利を具体的場面で活用する能力、論理的に一貫した論述をする能力の有無などを試すものである。

設問1から設問3までは、会社間の売買契約に関する問題である。X社がA社に金属加工機械1台を所有権留保特約付きで売却し、A社がこれをY社に転売し、X社からY社に直接納品されたが、A社のX社に対する代金債務が履行されなかったため、X社がA社との売買契約を解除した上、Y社に対し目的物の返還を求めて提訴したという事案について、多面的な検討を求めることにより、種々の能力の程度を測るものである。

設問1は、X社とA社との間の売買契約について、注文書及び注文請書に誤記があり、両当事者が一致して意図していた目的物の型番とは異なる型番がこれらの書面に記載されたという場合において、売買契約の目的物、誤記が契約の効力に与える影響、錯誤の成否について問うものである。契約当事者の真意は合致しているものの、物理的な表示がそれとは異なっている場合の処理という基礎的な問題ではあるが、結論に至る理由付けを具体的事案に即して述べるためには、理論的考察と事実の評価との両面にわたる能力が求められる。なお、本件では、種類物売買であるという特徴もある。

設問2は、Y社による上記機械の即時取得の要件に関する問題である。(1)①は、「A社とY社との間の売買契約に基づく引渡しが行われたこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問う。取引行為に基づく占有取得の要件について、その意義(占有取得の意義、それが取引行為に「基づく」ものであることの意味)を問うものである。なお、この事実は、種類物の特定にもかわるものである。(1)②は、「Y社が引渡しを受ける際、A社がX社に代金全額を弁済していない事実を知らなかったこと」という事実をY社が主張立証する必要があるかどうかを問う。ここでは、即時取得の要件である「善意」又は「無過失」に関する一般的な論述よりも、上記事実が即時取得の要件である「善意」とは異なるものであることを正確に指摘した上、その評価をすることが求められる。(2)③及び④は、即時取得における過失の評価に関する問題であるが、それぞれの性格は異なる。(2)③は、具体的事実が過失の認定判断に働くかどうか、その理由は何かの説明を求めるものであり、事実の分析及び評価に係るものである。他方、(2)④は、過失の有無の判断が占有取得時にされるべきであるという理論的性格を持つものである。以上のように、設問2は、要件事実の基本的知識を確認するだけでなく、実体法上の理論的問題の検討及び具体的事実の慎重な分析と評価を求めるといって、多面的な性格を持つ問題である。

設問3は、X社がY社に対し、引き渡された機械の返還とともに、その使用料相当額をも請求しようとする場合について、その法的根拠を1つ示した上、いつから請求することができるかの説明を求めるといって、その法的根拠(不当利得返還請求権、悪意占有者の果実返還義務、不法行為に基づく損害賠償請求権が考えられる。)といつから請求することができるか(引渡時、解除時、返還請求時、返還請求訴訟提起時が考えられる。)との組合せと理由付けが整合的なものとして示されていること、その前提として所有権留保売買の法的構成及びそこで買主又は転得者の使用権限に関する分析がされていることが求められる。この問題は、他人の物を権原なく使用する場合の清算関係及び所有権留保売買における売主と転得者との関係という民法上の重要問題に関する基本的理解と、具体的事実を法的観点から評価し構成する能力を問うものである。

設問4から設問6までは、株式会社の合併に関する問題である。X社がZ社との間の事業の譲渡等に関する基本合意を白紙撤回した上、D社からの吸収合併の申入れを受け入れ、合併契約承認の株主総会を開催し、決議をしたという事案について、合併に関する一連の手続の進行

の過程に応じて、それに係る法的諸問題につき多面的な検討を求めることにより、種々の能力の程度を測ろうとするものである。

設問4は、合併契約の締結や当該合併契約の承認を目的とする株主総会の招集を阻止するための手段となる会社法上の株主の権利について問うものである。その最も有効な権利として考えられるものは、株主による取締役の行為の差止め（会社法第360条）であるが、その要件の充足の検討に当たり、様々な法的論点の分析が求められる。第1に問題となるのは、同条第1項に規定する「法令」の意義であり、善管注意義務や忠実義務（同法第330条、民法第644条、会社法第355条）、さらに、独禁法などの公益を守るための法令も含まれるのかが問題となり、善管注意義務ないし忠実義務については、基本合意違反による損害賠償債務の発生と合併によってもたらされるX社の利益との比較や、合併比率の不公正という問題がX社自身にどのような損害をもたらし得るのか等の分析を行うことが期待される。第2に問題となるのは、会社法第360条第3項に規定する「回復することのできない損害」がX社に生ずるおそれの有無であり、本問の事案に即して、丁寧に具体的な当てはめをする必要がある。

設問5は、株主総会における議決権行使書面による議決権行使や委任状に基づく議決権の代理行使をめぐる法律問題をきちんと理解することができているかどうかについて試すものである。議決権行使書面による議決権行使の場合、書面に記載されたとおりの議決権行使がされたものとして取り扱われるが（会社法第311条第1項、第2項）、委任状に基づく議決権の代理行使は、代理人による投票をもって議決権行使として取り扱われるのであり、このような両制度の趣旨・意義、法的構造の違い等についての基本認識が問われている。①において問題となるのは、まず、賛否の記載のない議決権行使書面について各議案につき賛成又は反対とみなす旨を記載することであるが、これは会社法施行規則第66条第1項第2号により認められており、その有効性を肯定した下級審裁判例も存在する。これに対し、委任状については、そもそも白紙委任が認められるのか、また、代理人が委任状の指示に反したときに代理人による議決権行使の効果はそのまま認められるのかが問われる。これらは下級審裁判例・学説で議論された問題ではあるものの、本問の事例は、かつての多くの例とは異なり、会社経営陣に反対する株主側が委任状を勧誘したという最近の事例を踏まえたものとなっており、従来の議論をどこまで応用できるかという柔軟な法的推論を行う能力も試されている。②において問題となるのは、議決権行使書面と委任状により矛盾する内容の権利の行使を株主が行った場合の効力をどのように考えるかという論点であり、従来、余り論じられていないものである。考え方としては、議決権行使書面の送付と委任状の交付の時点と比較して後のものを優先する考え方、代理人による議決権行使を本人による議決権行使と同視して優先する考え方、矛盾した議決権行使としていずれも無効とする考え方等があり得るが、いずれにしても、自分なりの法律構成を行った上で結論を導く応用能力が必要とされている。

設問6は、合併承認総会後の段階において、合併の効力が発生する前と後とに分けた上、合併の実現を阻止するための手段としての会社法上の権利（設問4で解答した手段を除く。）について問うものである。合併の効力発生の前においては、合併を承認した株主総会の決議について、取消しの訴えや無効確認の訴えを提起するとともに、それらを本案とする仮処分命令の申立てを行うことにより、合併の実現を阻止することが考えられるが、そのような決議の効力を争う根拠として、設問5における自らの解答を前提として特別決議が成立しているかどうか、議長不信任動議や投票数の算入方法に関する抗議を議長が無視して決議の成立を宣言したことが決議の方法の法令違反等となるかどうか、当該合併が独禁法第15条第1項第1号に違反するとした場合にそれが決議の無効事由となるかどうか等が、検討される必要がある。合併の効力発生の後においては、合併無効の訴えによらなければ、合併の無効は主張できなくなるが、合併条件の不公正、独禁法違反等が合併無効事由になるかが、前記の会社法上の効力等の問題を踏まえて論じられる必要がある。

【刑事系科目】

〔第1問〕

本問は、具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事実に法規範を適用する能力並びに論理的思考力を試すものである。

問題文前半は、刑法所定の財産犯に関する理解及び間接正犯ないし共犯に関する理解を問うものである。

まず、Aに生じた合計200万円の財産的損害について、甲乙にいかなる財産犯が成立し得るかが問題となる。この検討に当たっては、刑法所定の財産犯の構成要件に関する正確な理解が必要不可欠である。その上で、本件の具体的事実関係においていかなる犯罪が成立するかを検討することになるが、その際、第1に、いわゆる「預金の占有」の趣旨・根拠についての的確な理解を前提に、Aの口座についての「預金の占有」が対銀行との関係での払戻権限を踏まえて甲乙各人にそれぞれ認められるか否かによって、成立し得る財産犯が異なることに留意する必要がある。例えば、「預金の占有」を有する者には横領罪が成立し得るものの窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪は成立しないと解されることなどに関する正確な理解が必要となろう。第2に、本問の具体的事実関係において甲乙にAの口座の払戻権限が認められるか否かなどについての的確に事実を評価した上で、これに法的な当てはめを行い、甲乙に成立し得る財産犯を確定することが必要である。第3に、以上の検討を前提に、次に述べる甲乙の法的な関係の理解に従って、本問の事実関係に即して甲乙に成立すると考えられる財産犯の各構成要件要素の充足を検討し、最終的に甲乙の罪責を確定する必要がある。その際、単に、問題文に表れた事実を漫然と羅列するのではなく、いかなる事実がいかなる構成要件要素の該当性判断に関係があると考えているのか分かるように論述しなければ、「事実を摘示しつつ」との出題意図に答えたことにはならない。例えば、問題文に記載された各事実関係のうち、どの事実が甲乙の「預金の占有」の有無を基礎付ける事実で、どの事実が甲乙の「(占有の)業務性」の有無を基礎付ける事実であると考えているのか分かるように「事実を摘示しつつ」犯罪構成要件要素が充足されるか否かの結論を導くことが求められている。

次に、甲乙の法的な関係が問題となる。本問では、実際に合計200万円の預金払戻等に及んだのが乙である上、甲が当初認識していた事実と実際に生じた事実との間にそごが生じていることから、乙の行為について甲が刑事責任を負うか否かに関し、いかなる理論構成によるべきか、間接正犯や共犯の各成立要件を踏まえて検討することが必要である。その際、正犯がだけであるかが問題となり、甲を教唆犯、乙を正犯とする考え方のほか、甲を間接正犯、乙を故意ある幫助道具とする考え方などがあり得るところ、後者の考え方によるには乙が甲の意図を認識している点や乙に正犯性を認め得るのではないかとの点が障害となり得ることに留意しつつ、本問の具体的事実関係に即して論理的に考察することが求められている。さらに、乙による120万円の払戻行為に関する甲の刑事責任について、前記そごを理由に因果関係や故意を否定し得るのかどうかの検討も重要である。

また、甲乙の罪責に関する構成によっては、共犯と身分に関する処理が必要となろう。

問題文後半は、甲乙のいわゆる狂言行為についていかなる犯罪が成立するか、主として財産犯以外の刑法各論の基礎的な知識と当てはめの能力を問うものである。

具体的には、監禁罪、偽計業務妨害罪、その他の国家的法益に対する罪等の成否が問題となり得る幾つかの事実関係の中から、問題文において詳細に事実が提示されている甲乙の行為で、理論上重要な問題点を含む事項について犯罪の成否を論述することが求められている。取り分け、甲が乙を自動車のトランクに閉じ込めた行為について、乙がこれを承諾していることが監禁罪の成否に与える影響に関する理論的な対立に留意しつつも、本問の具体的事実関係において当該理論がどのよ

うに適用されるべきかを注意深く検討することが必要であろう。

最後に、甲乙に成立する犯罪相互の關係に留意して罪数判断を示すことも必要である。

論述においては、刑法解釈上の論点に関する学説等の立場・見解の相違によって結論が異なり得る個々の問題点については、自らの採る結論のみならず、それが正当であるとする論拠を説得的に論述することが必要である。ただし、その場合、飽くまでも本問の事実關係を前提に、結論を導くのに必要な点を中心に論ずるべきであって、本問の事実關係からかけ離れた一般論や結論を左右しない論点に関する理論的対立の検討に力を注ぐのは、出題意図にかなうものとは言えないであろう。

また、既知の判例や典型事例等の結論を、それが前提とする事実關係や本問の事実關係との相違を十分検討せずに本問に当てはめたり、逆に、自ら是とする見解に適合しやう恣意的に事実をわい曲して評価したりすることも不適當と言わざるを得ない。

本問においては、事例を丁寧に分析・評価し、基本的な刑法解釈論を踏まえて粘り強く論理的な思考を重ね、それを説得的に論述することこそが求められている。

[第2問]

本問は、捜査・公判に関する具体的事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点の解決に必要な法解釈、法適用にとって重要な具体的事実の分析・評価及び具体的帰結に至る過程を論述させることにより、刑事訴訟法等の解釈に関する学識と適用能力及び論理的思考力を試すものである。

設問1は、殺人及び死体遺棄事件を素材として、被疑者甲の共犯者乙が経営するT化粧品販売株式会社を適法に発付された捜索差押許可状に基づいて捜索した際に行われた様々な写真撮影について、その適法性を論じさせることにより、捜索差押えという強制処分の過程における写真撮影の法的性質についての考え方、ひいては令状主義及び刑事訴訟法第218条第1項の定める捜索、差押え及び検証についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

捜索差押え時に行われる写真撮影の適法性については、当該写真撮影が捜索差押えに付随する処分として許される場合があるとの見解や捜索差押えの意義・内容からその本来的効力として写真撮影が許されるとする見解などがあり得るが、いずれにせよ、まず、令状主義の意義と趣旨に立ち帰ってこの問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論ずる必要がある。その上で、例えば、捜索差押えに付随する処分として許されるとする見解からは、証拠物の証拠価値を保存するため、あるいは手続の適法性の担保のため写真撮影が許されるとの規範を定立することになる。

事例への法適用の部分では、具体的事例の写真①から④のいずれについても、写真撮影の対象が本件捜索差押許可状の差押対象物、すなわち令状の本来的効力の対象である「本件に関連する保険証書、借用証書、預金通帳、金銭出納帳、手帳、メモ、ノート」に該当するか否かをまず検討し、その上で、当該写真撮影が証拠物の証拠価値を保存するためなどに必要であるか否かを検討してその適法性を論ずることになるが、いずれも事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論証すべきである。個々の適法又は違法の結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというのではなく、それぞれの事実が持つ法的な意味を的確に分析して論じなければならない。例えば、写真①については、白壁に書かれた記載の意味について甲の供述調書の記載から、本件との関連性を認定し、差押対象物である「本件に関連するメモ」として、白壁の一部を破壊し取り外して差し押さえるよりも写真撮影にとどめる方が処分を受ける者にとって不利益がより小さいため適法であるなどとの分析が可能であるし、写真②及び③については、通帳はいずれもA名義であるが、乙名義のパスポートやA名義の印鑑などと同じ引き出し内に入っていたことから乙が実質的に管理・使用していた

通帳であることを論じたり、X銀行の通帳にある「→T. K」との鉛筆での書き込みの意味を検査し、通帳が発見された時点からその書き込みがあったことを明らかにする必要性を論じることなどが求められよう。また、写真④については、撮影されたパスポート、名刺等は令状記載の差押対象物ではないが、乙による通帳の管理・使用すなわち、引き出し内にあった預金通帳が本件に関連する通帳に該当する点を明らかにするため、同じ引き出し内にあったパスポート等の乙の名義部分だけを写真撮影するという行為が、差押手続の適法性担保の観点から許されないか等を論じる必要がある。

設問2は、被疑者甲による犯行再現実験の結果を記録した実況見分調書について、その要証事実との関係での証拠能力を問うことにより、伝聞法則の正確な理解と具体的な事実への適用能力を試すものである。

本問では、検察官は「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨を設定したが、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」とであると考へ、本件実況見分調書の証拠調べ請求に対し、不同意の意見を述べている。犯行再現行為が問題となった判例によれば、弁護人が考へるように犯罪事実の存在が要証事実になると見るべき場合には、刑事訴訟法第321条第3項所定の要件を満たす必要があるだけでなく、再現者が被告人である場合には同法第322条第1項所定の要件をも満たす必要があるとされていることから、果たして本件における要証事実をどのようにとらえるべきか、事例中に現れた具体的事実関係を前提にして、的確な分析が求められる。

事案に則した前記判例の正確な理解を踏まえつつ、本件の具体的事実関係を的確に把握すれば、本件は、判例の見解が前提としていた事案とは異なり、検察官が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合などではなく、甲が供述しているような犯行態様が現場の客観的な環境との関係で物理的に可能であるか否かが正に問題になる事案であるとの理解が可能である。

いずれの設問についても、法解釈論や要件について抽象的に論じることどまったり、判例の見解をそのまま書き写すのではなく、事例中に現れた具体的事実関係を前提に、法的に意味のある事実的的確な把握と要件への当てはめを行うことが要請されている。

【選択科目】

〔倒産法〕

〔第1問〕

本問は、具体的な事例を通じて再生手続における事業譲渡に関する制度及び双方未履行の双務契約関係の処理等についての理解を問うものである。

設問1(1)については、まず、Q社の意向を踏まえた上で選択すべき事業承継の方策として、再生手続開始後の早い段階での事業譲渡が考えられることを指摘し、それに必要な手続(具体的には民事再生法第42条及び第43条の裁判所の許可の申立て)について、本件事案の下でそれらの要件を充足するか否かを具体的に検討し、論じる必要がある。

(2)については、B銀行の態度、他の債権者への弁済の必要性等本件の事情に照らして、別除権協定の可能性を含め、担保権実行手続中止命令及び担保権消滅許可の申立てといった再生債務者として採るべき手続を明らかにすることが求められる。さらに、それらの申立てが認められる要件について具体的事案に即して論じる必要がある。

(3)については、再生債権の弁済に関する原則的な取扱いに触れた上で、本件において少額の再生債権を弁済することを可能とする条文上の根拠として考えられるもの、具体的には民事再生法第85条第5項(「少額の再生債権を早期に弁済しなければ再生債務者の事業の継続に著しい支障を来すとき」に関する部分)を正確に指摘するとともに、具体的事案に即して、その要件の充足の有無を論じる必要がある。

設問2については、民事再生法第49条による処理の原則を指摘した上で、A社が履行を選択し、又はD社の催告に確答しなかった場合と、A社が解除を選択した場合とに分けて、A社及びD社間の法律関係に関し、D社の有する債権及び債務が再生手続上どのように取り扱われるかという点や、A社による解除が履行済みの部分に与える効果等について具体的に論じる必要がある。

〔第2問〕

本問は、具体的な事例を通じて、離婚をめぐる生ずる各種の法律関係と破産手続との関係等についての理解を問うものである。

設問1(1)については、詐害行為取消訴訟が破産手続開始とともに中断すること、破産管財人においてこれを受継することができること及び破産管財人が受継した場合には同訴訟が否認訴訟に変更されることを前提とした上で、本件における財産分与の否認の可否を踏まえて、破産管財人の受継の要否等を論じる必要がある。そして、財産分与の否認の可否については、否認類型を意識しつつ、マンションの購入代金の提供者等本件における具体的な事情を踏まえて論じることが求められる。

(2)については、養育費の支払義務に係る債権が非免責債権となることを明らかにするとともに、同義務に係る債務名義による強制執行の可否を免責許可決定の確定前と確定後に分けて論じる必要がある。そして、同決定の確定前については、民事再生法第249条第1項が非免責債権についても適用されることを示した上で、その理由についても論じることが求められる。

設問2については、破産財団に関する訴訟が破産手続開始決定とともに中断するとの原則を明らかにした上で、本件の慰謝料請求権に係る訴訟が上記原則の適用を受けるか否かについて、本件慰謝料請求権の性質をどうとらえるか(行使上の一身専属的なものととらえられるかどうか)、その性質が訴えの提起や判決の確定という事情によって変化を来すのかどうかという点に検討を加え、理由を明確にして自説を論じる必要がある。

〔租税法〕

租税法の出題に関しては、これまで、所得税法を中心とし、これに関連する範囲で法人税法及び国税通則法を含み、いずれも基本的な理解を問うものを出題することとしてきた。

〔第1問〕

本問は、いわゆる不法利得に対する課税の在り方を通じて、所得税法の基礎的な理解と応用力を試すものである。

まず、設問1前段の課税が許される根拠については、包括的所得概念・純資産増加説といった所得概念を踏まえる必要はあるが、所得税法の条文上、不法な利得を所得から除外したり非課税とする規定がないことなど、飽くまでも法解釈論としての根拠を示す必要があろう。設問1後段は、所得区分を問題にしているが、ここでは、主に事業所得か雑所得かの区分が問題となる。

設問2(1)は、不法利得の収入金額の年度帰属の問題であり、権利確定主義、管理支配基準がキーワードになる。利息制限法による制限超過の未収利息についての管理支配基準を適用した最高裁判所の判決(最判昭和46年11月9日民集25巻8号1120頁)が参考になるが、いずれにせよ、Cに対する請求権の行使が法律上可能かどうかを踏まえて、権利確定があったかどうかを検討すれば一定の結論を導くことができる。

設問2(2)は、必要経費に係る問題である。①は、そもそも賭博での負金の支出が、所得税法第37条第1項にいう「必要経費」に当たるかどうか(賭博の負金のような法的支払義務のない支出は、任意の家事的支出で、消費ととらえる考え方もあろう。)、原価なのか販売費等

なのかの問題があり、更に債務が確定しているかどうかを検討されなければならない。必要経費性については完璧な解答までを求めているわけではなく、本問では、主にコインの精算が法的に義務付けられるものかどうかなどに着目して、これに整合的な結論を導けるかどうかを試している。②は、暴力団員に対する指導料名目の支出についてであるが、必要経費の要件である事業関連性、客観的必要性があるかどうかにつき、当該支出の実質を踏まえて、どう評価するかが問題となる。また、公序に反するような支出について必要経費控除が認められるかどうかという、いわゆる違法経費控除の可否についても検討されなければならない。③は、違法な事業に供されている機械についての減価償却費の控除の可否を問うもので、②と同様に違法経費の観点から、控除の可否が問題となる。設問2は、イレギュラーな所得稼得形態の収入金額と必要経費性を問題としているだけに、問題解決に必要な基礎知識と、問題点抽出力、応用力、自説を説得的で整合的に論述する能力が試されている。

〔第2問〕

本問は、役員退職慰労金の支給に関する課税上の問題について、所得税法及び法人税法のそれぞれの観点から検討することを求めるものであり、1つの事案を多角的・包括的に分析する能力及び条文を正確に読解し事実を要件に適切に当てはめる能力を試している。

設問1は、役員の方掌変更に伴って支給される退職慰労金の所得税法上の取扱いについて、①給与所得と退職所得との区別、取り分け所得税法における退職所得課税の趣旨及び同法第30条に規定する「退職」の意義の理解、②現物所得の取扱いに関する所得税法第36条第1項括弧書及び同条第2項の理解を踏まえ、本文の事案に即して検討することを求めるものである。①については、取り分け勤務関係の終了の意義に関する最高裁判所の判決（最判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁等）の立場を踏まえた論述が求められる。

設問2は、役員退職慰労金の支給、特に現物支給を、法人税法に従ってどのように処理すべきかを問うものである。法人税法上の所得算定の基本構造に照らし、役員退職慰労金の現物支給については、1個の取引であるが、益金及び損金の両面において処理しなければならないことを理解した上で、益人及び損金の両面において当該役員退職慰労金の支給を関連規定の要件に当てはめることを求めている。その当てはめの検討においては、法人税法上の所得算定の基本構造及び本問の事案に関連する条文を正確に理解しているかどうかが問われており、取り分け法人税法第22条第2項、同条第3項及び第34条の規定並びにそれらの規定の相互関係に関する正確な理解が重要である。

〔経 済 法〕

〔第1問〕

本問は、コスト削減を一つの契機とする機械メーカーによる部品の共同購入及び共同物流会社の設立等の計画に関する独占禁止法上の問題点を検討させることをその趣旨としている。

このような業務提携は、必然的に競争事業者間の共同行為という性格を有することから、不当な取引制限の構成要件である「行為の共同性」、「事業活動の相互拘束」、「一定の取引分野」、「競争の実質的制限」等についての理解を問うものである。

部品の共同購入については、これが部品の購入市場のみならず製品販売市場における競争にも影響を及ぼすおそれがあることを踏まえ、それぞれの市場における不当な取引制限の成否を検討する必要がある。

まず、部品購入市場においては、共同購入カルテルの成否について、当該市場を一定の取引分野として画定することの可否、本件共同購入計画の具体的な内容に基づく事業活動の相互拘束性の判断、当該市場における競争の実質的制限の有無をいかなる事実によって認定すべきか等についての検討が求められよう。

製品販売市場においては、部品の共同購入が行われることによるコストの共通化が川下市場における製品の販売価格に影響を及ぼす可能性に着眼し、価格カルテルの成否について、部品の調達予定金額の目安を検討する前提資料として製品価格の上限を協議して決定することを含め、行為の共同性や事業活動の相互拘束あるいは競争の実質的制限をどのように認定するかについて検討する必要がある。

また、共同物流会社の設立については、同社が実際に行うこととなる事業活動の態様からすると、競争事業者である共同出資会社間において、競争手段にかかわる情報を共有することにより、一定の共通認識を生ずるおそれがないかという観点から、製品の販売市場における不当な取引制限の成否について検討することになる。

その場合は、当該会社の人的構成、あるいは配送の具体的な方法、製品の販売価格に占める物流コストの比率などの事実関係を踏まえ、当該情報の共有が競争に与える影響をどのように判断するか、行為の共同性や事業活動の相互拘束をいかに理解するか等がポイントとなる。

いずれにしても、本問では、論点主義的な記述ではなく、不当な取引制限の構成要件の意義を正確に理解した上で、当該行為の市場における競争への影響を念頭に置き、事実関係を丹念に検討した上でその当てはめを行うことが求められる。

〔第2問〕

本問は、Aが中部地方で計画しているパソコンの販売及び東日本地域で計画している液晶テレビの販売について独占禁止法に違反しないかどうかを問うことによって、同法上の不当廉売規制に関して基本的な理解ができているかを確認するものである。いずれも一般指定6項の要件を検討することになり、6項前段については、「正当な理由」、「供給に要する費用を著しく下回る」、「継続して」、「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」の要件を、6項後段については、「不当に」、「低い対価」、「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」の要件を検討することになる。

Aが中部地方で計画しているパソコンの販売については、「継続して」の要件、「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」の要件、「正当な理由」の要件を正確に理解し、問題文に示された仕入価格、新規開店セール、キャンペーン期間、旧型製品などから適切に事実を抽出してその当てはめができるかを確認している。本件は、「継続して」の要件をみただうか判断が分かれ、いずれの立場によるかによって6項前段、後段のいずれを適用するかが変わってくる。また、独占禁止法に違反しないとするものが多いと思われる。しかし、それらが唯一の答えであるとする趣旨ではなく、要件を正確に理解した上で、事実関係を検討し正確に当てはめられるか、それらは論理的であるかを確認する趣旨である。

東日本地域で計画している液晶テレビの販売については、継続性の要件を満たすと考えられるが、37インチテレビの販売価格は仕入価格を下回り、40インチテレビの販売価格は仕入価格を上回るが総販売原価を下回る事実関係となっていることから、6項前段、後段の適用関係が問題になり得る。さらに、他の事業者の事業活動を困難にするおそれ及び正当な理由又は不当性（公正競争阻害性）があるか否かも問題文に示された事実から検討することになる。具体的には、価格については、37インチテレビは6項前段、40インチテレビは6項後段を適用するもの、一括して6項前段又は後段を適用するものなどがあり得るし、他の事業者の事業活動を困難にするおそれはAの市場における地位、アンケート調査での当該商品の人気及び家電専門店への影響等からこれを肯定する答案が考えられるが、ここでも一つの答えしかないとする趣旨ではない。

いずれにせよ、本問においても、要件の意義を正確に理解した上で、当該行為の市場における競争への影響を念頭に置き、事実関係を丹念に検討した上でその当てはめを行うことが求められる。

[知的財産法]

[第1問]

特許を受ける権利は発明者に原始的に帰属するが、当該発明が職務発明（特許法第35条第1項）に当たる場合には、あらかじめ契約、勤務規則その他の定めにより特許を受ける権利を発明者の使用者等に承継させることを定めることができる。

特許出願後の特許を受ける権利の承継は、相続その他の一般承継の場合を除き、特許庁長官への届出が効力要件とされ（特許法第34条第4項）、また、特許権の移転は、相続その他の一般承継の場合を除き、登録が効力要件とされる（特許法第98条第1項第1号）。なお、特許を受ける権利の承継の届出（出願人名義変更届）は、譲受人が権利の承継を証明する書面を添付することにより、単独で行うことができ、また、特許権の移転登録手続は、譲渡人と譲受人との共同申請によることを原則とするが、移転登録手続を命じる判決による場合は譲受人が単独で行うことができる。

そして、特許を受ける権利又は特許権が共有に係るときは、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、その持分を譲渡することができない（特許法第33条第3項、第73条第1項）。

以上を前提に、本問は、共同発明が職務発明である場合の法律関係を問うものである。

設問1の1では、α試薬の発明は、甲及び乙の共同発明であるとともに、甲とA社との関係、乙とB社との関係ではそれぞれ職務発明となることを把握した上で、A社及びB社がα試薬の発明の特許を受ける権利を承継するかどうか、承継するとした場合あるいは承継しないとした場合に、A社及びB社は、甲及び乙にいかなる請求をすることができるかについて、本問の事実関係に即して論じる必要がある。A社及びB社が特許を受ける権利を承継するとした場合には、後記の最高裁判所の判決を踏まえた論述が求められる。

設問1の2では、甲のB社に対するα試薬の製造販売の差止請求及び損害賠償請求の可否を論じるに当たり、B社は、職務発明に基づく通常実施権を有するか等について検討する必要がある。

設問2は、共同発明について冒認出願がされた場合における真の権利者の救済手続についての理解を問うものである。特許出願をした特許を受ける権利の共有者の一人の承継人であると称して特許権の設定登録を受けた無権利者に対する当該特許権の持分の移転登録手続請求を認めた最高裁判所の判決（最判平成13年6月12日民集55巻4号793頁・生ゴミ処理装置事件）を踏まえた論述が求められる。

論述を展開するに当たっては、発明者でない丙が無断で特許出願をした場合と共同発明者の一人である甲が無断で単独出願をした場合との対比が必要となる。なお、設問では甲、乙、A社又はB社の丙に対する請求について問われているので、設問1の1で検討したように、A社及びB社がα試薬の発明の特許を受ける権利を承継するか否かが論述の前提となる。

[第2問]

設問1は、甲が作成した絵画Aの贈与を受けて、これを知り合い十数名に見せ、そのうちの丙に売却した乙に対する甲の請求を、また、絵画Aに描かれたキャラクターの彫刻Bを作成し、これを自らが経営する玩具店の店内に置き、丁市に譲渡した丙に対する甲の請求を問うものであり、甲が乙及び丙に対していかなる権利の侵害に基づいてどのような請求をすることが可能であるかを論述させるものである。乙の行為により侵害される権利としては、公表権、譲渡権等が問題となる。公表権に関しては、乙の行為が「著作物でまだ公表されていないもの・・・を公衆に提供し、又は提示する」（著作権法第18条第1項）ものに当たるかどうかや、甲と乙との間の他人に見せない旨の合意と著作権法第18条第2項第2号との関係を論じる必要がある。譲渡権に関しては、乙の行為が著作物の「原作品又は複製物・・・の譲渡により公衆に

提供する」(著作権法第26条の2第1項)ものに当たるかどうか、著作権法第26条の2第2項第3号に該当するものの譲渡に当たるかどうか、甲と乙との間の他人に譲渡しない旨の合意が同号の適用に影響を与えるかどうかを論じる必要がある。丙の行為により侵害される権利としては、翻案権、展示権、譲渡権、同一性保持権、公表権等が問題となる。翻案権に関しては、彫刻Bの作成が翻案に当たる場合について論述することが求められる。彫刻Bの作成が翻案に当たるとした場合、彫刻Bが絵画Aの二次的著作物となることから、展示権、譲渡権については、同法第28条、公表権については、同法第18条第1項後段に言及することとなる。そして、乙及び丙に対する請求として、差止請求や損害賠償請求が可能であるかどうかについて論じる必要がある。

設問2は、甲と、ラストシーンの10秒程度に彫刻Bが写っている映画CのDVDを販売している戊との間の法律関係を問うものである。まず、著作権の侵害を理由とする甲の戊に対する差止請求の主張に関しては、頒布権(著作権法第26条第2項)の侵害等を論述することが求められる。次に、甲の主張に対する戊の反論及び戊の反論に対する甲の再反論に関しては、戊の行為と著作権法第46条との関係(二次的著作物が「屋外の場所に恒常的に設置されている」場合における原著作物についての著作権に対する同条の適用や同条第4号の該当性)、映画Cに彫刻Bが写っていることが著作物の複製に当たるかどうか等について検討する必要がある。

[労働法]

[第1問]

本問は、配転命令を契機として無断欠勤を理由とする普通解雇が行われた事例について、法的問題点を抽出し、具体的な事例に適用することを通じて、配置転換及び解雇をめぐる問題の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といえるが、そのまま適用するかどうかは別として、これらに関する判例の知識が前提となり、それを正確に示した上で自らの考えを述べることが期待される。

まず、本問の事例では、配転命令が普通解雇の前提となっていることから、Xに対する配転命令の効力について論じる必要がある。XとY社との合意内容や就業規則の規定に照らしながら、Y社がXに対して配転命令を出す権限を有していたかを記述し、さらに配転命令が権利濫用に当たらないか否かを、判例による判断枠組みを踏まえながら、本件の具体的な事実関係に即して分析することが求められる。

次に、それを前提に、本件解雇が有効かどうかを検討することになる。本件解雇が就業規則の規定に基づいて行われていることを指摘した上で、Xが本社に出社しなかったことが就業規則に定める解雇事由に該当するか否か、あるいは解雇権の濫用(労働契約法第16条)に当たらないかどうかを吟味すべきである。また、必要があれば、労働基準法第20条の解雇予告の問題にも触れることになる。

最後に、以上を踏まえつつ、XとY社との法的地位、権利関係について整理する必要がある。配転命令や普通解雇が無効である場合、Xが出社しなくなった2月1日から解雇が行われた時点までと、その後5月31日までのそれぞれについて、賃金の支払を求めることができるかを民法第536条第2項を用いて説明することが必要となる。さらに、Xのアルバイト収入が控除されるかどうか、控除されるとするとその金額は幾らか(労働基準法第26条や同法第24条との関係)、支払済みの解雇予告手当はどのように扱うべきかを述べることが求められる。

[第2問]

本問は、期間従業員の労働契約の打ち切りと、それを契機に行われた労働組合のストライキの事例を素材として、有期労働契約の終了、争議行為の正当性、ストライキ時における賃金カット

ト、懲戒処分の根拠・効力といった問題に関する理解を問うものである。事実関係はやや複雑であるが、論点はオーソドックスであり、労働法に関する基本的な理解を求めるものである。

設問1では、Y社がX₁らに対して行った雇用打ち切りの法的性質は何か、これが有期労働契約の更新拒絶（雇止め）であるとすれば、雇用打ち切りについて解雇権濫用規定（労働契約法第16条）は類推適用されるか、類推適用を認めた場合、本件雇止めは法的にどのように評価されるか、本件雇止めが不当と解される場合の効果はいかなるものかが論点となり、事実関係を踏まえた検討が求められる。また、Y社は、平成20年9月30日付けで従来の労働契約をいったん合意解約するとともに、平成21年3月31日をもって退職することを内容とする新契約を締結しており、この事実が解雇権濫用規定の類推適用の当否や、雇止めの当否にどのように影響するのかについても検討する必要がある。

設問2では、まず、Y社がN組合の役員であるRとSに対して行った懲戒処分の根拠と効力が問題となる。懲戒処分の根拠については、本問の事実関係（Y社就業規則の懲戒事由規定の存在）に留意する必要がある。懲戒処分の効力については労働契約法第15条に沿って検討することになるが、本件懲戒処分は、N組合のストライキの計画・指導を理由に行われているので、本件ストライキの正当性が重要な論点となる。特に、X₁ら期間従業員問題の打開を図る目的で実施されたという目的面と、本件ストライキが部分ストという形で実施されたという態様面で、それぞれどのように評価されるかがポイントとなろう。また、懲戒処分の効力に関する法律構成としては、労働契約法第15条だけで構成するか、憲法第28条や民法の公序規定（民法第90条）を用いるか、あるいは不当労働行為禁止規定（労働組合法第7条）を活用するかが問題となる。さらに、懲戒権の濫用に関しては、RとSに対する処分の相当性及び懲戒手続の当否についても検討する必要がある。

[環 境 法]

[第1問]

本問は、環境負荷物質の種類に応じてどのような対応や手法が必要となるかを、論理的に説明できる能力を問う問題である。環境法政策の根本的部分を扱ったものである。

設問1では、ばい煙及び有害大気汚染物質へのそれぞれの対応について条文を挙げつつ説明し、ばい煙については、いわゆる規制的手法が用いられていること、有害大気汚染物質対策に関しては、事業者の責務とされ、罰則もなく、自主的取組手法が中心であることを示し、対応の仕方に相違がある理由については、科学的知見が確実であるか否かによることを説明することが求められている。

設問2の小問1は、二酸化炭素の特質について、①排出者は特定の者ではなく、程度の差は大きい国民全体がかかわっていること、②二酸化炭素については世界全体での削減が問題となり、国全体での総量削減が必要であり、地域的な排出量の偏在は問題とならないこと、③二酸化炭素は現在のところ人為的活動に伴って不可避免的に生ずるものであり、その削減にははく大なコストが掛かるため、いかに社会的コストを少なくして削減するかが重要となること、④前記③と同様の理由から継続的削減が重要であり、削減のために現在の技術では十分でなく、技術革新・技術普及が必要であることなどを指摘することが求められている。そして、経済的手法が重要であることについて、その理由を、上記の特質と対応させて指摘することが求められる。

設問2の小問2は、経済的手法の中でどういう措置があるかを挙げ、長所短所を問う問題であり、税・賦課金、排出枠取引（排出量取引、排出権取引）、補助金の長短を説明することが求められる。

[第2問]

本問は、自然環境保全に関し、自然公園法の全体的理解及び自然破壊という具体的事例における同法規定の適用のされ方の理解並びに環境民事訴訟における環境保護団体の訴訟法上の論点及び環境権等の実体法上の論点についての理解を問うものである。

設問1の①の段階では、廃タイヤの集積という行為に対し、行政上の措置に関する法の規定がどのように適用されるかを正しく示し、検討することが求められる。自然公園法（以下「法」という。）第14条第1項の特別保護地区内では、同条第3項が適用され、その違反に対して県知事は法第27条の中止命令・原状回復命令を発することができる。また、法第13条第1項の特別地域内では、同条第3項の要件に該当する場合に法第27条の適用がある。解答に当たっては、これらの規定がいずれも優れた自然の風景地の保護を目的とすることを考慮することが期待される。なお、法第27条については、県知事の措置として行政代執行について言及することが求められる。

設問1の②の段階では、さらに、公園事業として設置された施設を焼失させた原因者に対しては、法第47条に基づき費用負担を求め得ることも言及することが求められる。なお、本問は行政上の措置を求めているので、民事訴訟の提起は対象とはしていない。

設問2では、本件団体の主張として、まず当事者能力について、権利能力なき社団（民事訴訟法第29条）に該当すると主張が求められる。次に、団体固有の請求権に基づいて請求するのでなければ、当事者適格について、環境保護団体として原告適格があるとの主張が求められる。この点について予想される法的主張としては、選定当事者（同法第30条）、任意的訴訟担当として許されるとの主張のほか、環境利益をめぐる提訴前に重要な解決行動を行った紛争管理権者として当事者適格を有する（紛争管理権説）との主張や、訴訟提起前の紛争解決過程への関与等を任意的訴訟担当の要件として再構築するという主張も挙げられよう。

次に実体権として撤去請求を根拠付けるものとしては、人格権、環境権の主張が予想される。いずれの場合でも、本問の原告が団体であることを考慮した主張を検討することが必要である。

これらに対する乙の反論としては、権利能力なき社団に該当しないとの反論、選定当事者、任意的訴訟担当が認められる要件を満たさないとの反論のほか、紛争管理権説に対しては、最高裁で否定されている（最判昭和60年12月20日裁判集民事146号336頁・豊前火力発電所事件）との反論が考えられる。

また、環境権に対しては、環境権そのものが認められないことのほか、団体としての環境権に対する反論が考えられる。

[国際関係法（公法系）]

[第1問]

本問は、国際紛争が発生したときに、国際法上、紛争当事国や紛争の局外にある第三国がそれに対していかなる対応をすることが可能かを問うている。

設問（1）では、Y国がX国民に対して行った預金凍結措置がそれ自体だけからの判断だと国際法上許されないことを前提にして、それが対抗措置として正当化できるかどうか、具体的には「先行違法行為の存在」等の実体要件や「義務履行要請」等の手続要件がいかなるもので、上記Y国の措置がこれらの要件を満たすか否かを問うている。

設問（2）は、Y国の武力行使が、XY両国が加入する地域機関のA連合平和安全保障理事会の決議によって許されるか否かを問うものである。武力行使は一般的には禁止されているが、自衛の要件を満たすものは例外であり、国連安全保障理事会の決定によるものも許されると通説的には解されている。本問では、A連合平和安全保障理事会の決議が武力行使を正当化し得るかどうか、特に国連憲章第8章「地域的取極」との関係でどのように位置付けられるかが最大のポイントである。

設問（3）は、XY国間の国際紛争に対して、国連が何をできるかを前提にして、紛争の局

外にある国連加盟国が国連に対して何を要請できるかを問うものである。国連では、武力行使が現実に行った状況では、国連安全保障理事会が第一次的な責任を持ち、総会の責任が安全保障理事会の責任を補完するものにすぎないこと、また総会は加盟国に対して勧告を行うにとどまるが、国連安全保障理事会は国際紛争を解決するための勧告にとどまらず（国連憲章第6章）、「平和に対する脅威」等を認定して強制措置を実施することができる。これらの点を踏まえて、解答を作成することが期待される。

設問（4）では、そもそも国際司法裁判所が本件について管轄権を持ち得るか、国際司法裁判所の管轄権があればX国はY国に何を請求すればよいか、また本案判決前に「暫定措置（又は仮保全措置）」（国際司法裁判所規程第41条）を求めることはできるか、暫定措置の有用性はどうかを問っている。

国際関係法（公法系）の場合も、法規の解釈と対象状況への当てはめ（適用）は、きちんと分けて考えることが期待される。

〔第2問〕

＜日本の法曹が直面する事象としての現実性＞

本問の事例は、現在進行形で、日本が国際法上の対応が求められている問題を素材としている。数年にわたり、鯨類資源の利用と保存という問題に係る国際法上の方針として、日本は調査捕鯨を実施している。この調査捕鯨を実施する日本の船舶は、毎年、公海上で外国船舶及びその乗員から妨害行為を受けているが、これらの妨害行為に対して国際法上で日本がいかなる措置を採り得るかの判断は、日本にとって喫緊の課題である。さらに、状況によっては、公海上で妨害行為を行う船舶の船長や実行行為者について、日本の国内裁判所でこれらの個人が訴えられる可能性もある。

設問1 ＜管轄権の種類と国際法上の根拠＞

第一に、管轄権の国際法上の根拠を問っている。管轄権の根拠は属地主義、属人主義及びそれらの亜種、保護主義、普遍主義など、複数存在し、国際社会での承認の程度はそれぞれで相違している。本問でA国の国内法が規定する管轄権の根拠は何か、その根拠が国際法上でどの程度承認されているかを説明した上で、同国内法規定が本問の事実に適用される態様（事例への当てはめ）を明らかにしなければならない。

第二に、管轄権には、立法・執行・裁判という種類ないし機能がある。本問の事例で、A国内水にB国を旗国とする船舶が任意で入港したという事実に着目して、同船舶の船長に対してA国の執行・裁判管轄権が行使されること、その前提としては、A国の国内法の適用が公海上の外国人による妨害行為に及んでいること、すなわち、立法管轄権が及んでいることを説明しなければならない。立法管轄権の行使は、他の種類の管轄権に比較して、国際法による許容性が高いことや、ローチェス号事件が本問における事件と類似性を持つ先例として存在することなども、関連する論点として考えることができる。

設問2 ＜公海制度の基本原則とそれに照らした公海上の措置の法的評価＞

第一に、公海の基本原則である公海自由の原則、公海秩序維持のための旗国主義が問われている。国連海洋法条約（新司法試験用法文搭載法令）の規定群を反復するだけでなく、公海自由の原則と旗国主義につき、その趣旨目的も含めて、「簡にして要を得た」説明が求められる。

第二に、本問の事例で、公海上で旗国以外の国が船舶に対して執行措置を採ることが許されるかを決定するに際しては、妨害行為の性質判断が前提となる。海賊とみなすならば、関連規定群の解釈とともに、本問の事実に即して規定を適用（事例への当てはめ）して結論を導くことが求められる。あるいは、海賊とはみなさずに、妨害行為を衝突とみなすことの適否を論じたり、国連海洋法条約に規定する例外からは離れて、非旗国が公海上の船舶に対して執行措置を採ることを法的に正当化する可能性を導けないか、そのための根拠となる規定が国連海洋法

条約にあるか（例えば、旗国の義務規定）などの検討を行うことも考えられる。

[国際関係法（私法系）]

[第1問]

本問は、外国離婚判決の承認要件である国際裁判管轄の基準を問うと同時に、婚姻の実質的・形式的成立要件に適用される準拠法いかなを問う問題である。いずれの設問においても丁寧な当てはめの作業が示されなければならない。

設問1は、離婚事件の国際裁判管轄（間接管轄）の基準を問うものである。まず、間接管轄と直接管轄の関係に触れ、その上で、最高裁判所の判決（最判昭和39年3月25日民集18巻3号486頁及び最判平成8年6月24日民集50巻7号1451頁）を意識した基準の定立及び設問の事案への当てはめが求められている。

設問2は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第24条第1項の問題であることの認識及び配分的適用と呼ばれる準拠法の適用方法の理解を問うものである。いわゆる一方的要件と双方的要件を抵触法又は実質法のいずれの平面の問題としてとらえるにせよ、再婚禁止期間（小問1）と重婚禁止（小問2）に関する要件の処理方法に言及することが求められている。また、当事者の本国法による婚姻の実質的成立要件が共に充足されない場合の法律効果の処理についても検討しなければならない（小問2）。

設問3は、婚姻の形式的成立要件に適用される準拠法及びいわゆる領事婚に関する民法第741条の理解を問うものである。①と②の方法を婚姻の方式の問題として性質決定することを前提として、①の方法は、通則法第24条第2項又は第3項により指定される甲国法による婚姻の形式的成立要件を満たすものであるが、②の方法は、同条第3項に基づき指定される日本民法第741条の要件を欠くことが示されなければならない。

[第2問]

本問は、国際的な取引の事案を基に、関係する問題の準拠法の決定方法及び専属的裁判管轄合意をめぐる当事者の利益状況を問う問題である。いずれの設問においても丁寧な当てはめの作業が示されなければならない。

設問1は、法人の機関の代表権の準拠法を問う問題である。法人の機関の代表権を法人のいわゆる従属法の問題として性質決定することを前提とし、設立準拠法主義と本拠地法主義のいずれが従属法として採られるべきかという点を中心にした論述を求めるものである。

設問2の小問1は、専属裁判管轄の合意が当事者のいかなる法的利益に影響するかを問うものである。

設問2の小問2は、当事者が契約準拠法を定めなかった場合における準拠法決定のプロセスを問うものである。通則法第7条の規定の適用がないことを確認した後に、いわゆる特徴的給付について言及しながら、同法第8条第1項の「最も密接に関係がある地の法」と同条第2項の「推定」の関係を説明することが求められている。

設問3は、債権譲渡の債務者に対する効力の準拠法を問うものである。通則法第23条の規定の立法の趣旨、特に譲渡債権の準拠法によらない場合の不都合等に言及しながら、債務者との関係における債権譲渡の効力の問題として性質決定すべきことを論述し、当該規定を適用することが求められている。

論文式試験問題集 [公法系科目]

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

遺伝子は、細胞を作るためのタンパク質の設計図である。人間には約2万5000個の遺伝子があると推測されている。遺伝情報は、子孫に受け継がれ得る情報で、個人の遺伝的特質及び体質を示すものであるが、その基になる遺伝子に係る情報は、当該個人にとって極めて機微に係る情報である。遺伝子には、すべての人間に共通な生存に不可欠な部分と、個人にオリジナルの部分とがある。もし生存に不可欠な遺伝子が異常になると、細胞や体の働きが損なわれるので、その個体は病気になることもある。既に多数の遺伝子疾患が知られており、また、高血圧などの生活習慣病や癌、そして神経難病なども遺伝子の影響を受けることが解明されつつある。

遺伝子治療とは、生命活動の根幹である遺伝子を制御する治療法であり、正常な遺伝子を細胞に補ったり、遺伝子の欠陥を修復・修正することで病気を治療する手法である。遺伝子治療の実用化のためには、動物実験の次の段階として、人間を対象とした臨床研究も必要である。遺伝子治療においては、まず、当該疾患をもたらしている遺伝子の異常がどこで起こっているかなどについて調べる必要がある。それを確定するためには、遺伝にかかわるので、本人だけではなく、家族の遺伝子も検査する必要がある。遺伝子治療は、難病の治癒のための新たな可能性を有する治療法ではあるが、安全性という点でなお不十分な面があるし、未知の部分もある。例えば、治療用の正常な遺伝子の導入が適切に行われないと、癌抑制遺伝子等の有益な遺伝子を壊すことがある。さらに、遺伝子という生命の根幹にかかわる点で、遺伝子治療によって「生命の有り様」を人間が変えることにもなり得るなど、遺伝子治療それ自体をめぐって様々なレベルで議論されている。

【注：本問では、遺伝子治療に関する知見は以上の記述を前提とすること。】

政府は、遺伝子を人為的に組み換えたり、それを生殖細胞に移入したりして操作することには人間を改造する危険性もあるが、研究活動は研究者の自由な発想を重視して本来自由に行われるべきであることを考慮し、研究者の自主性や倫理観を尊重した柔軟な規制の形態が望ましいとして、罰則を伴った法律による規制という方式を採らなかった。2002年に、文部科学省及び厚生労働省が共同して、制裁規定を一切含まない「遺伝子治療臨床研究に関する指針」（2004年に全部改正され、2008年に一部改正された【参考資料1】。以下「本指針」という。）を制定した。こうして、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）について研究者が遵守すべき指針が定められ、大学や研究所に設置される審査委員会で審査・承認を受けた後、さらに文部科学省・厚生労働省で審査・承認されて研究が行われている。

2009年に、国立大学法人A大学医学部B教授らのグループによる遺伝子治療臨床研究において、被験者が一人死亡する事故が起きた。また、遺伝子に係る情報の漏洩事件も複数起きた。そこで、同年、Y県立大学医学部は、「審査委員会規則」を改正し、専門機関としてより高度の倫理性と責任性を持つべきであるとして、遺伝子治療臨床研究によって重大な事態が生じたときには当該研究の中止を命ずることができるようにした【参考資料2】。さらに、同医学部は、「遺伝子情報保護規則」【参考資料3】を新たに定め、匿名化（その個人情報から個人を識別する情報の全部又は一部を取り除き、代わりに当該個人情報の提供者とかかわりのない符号又は番号を付すことをいう。）されておらず、特定の個人と結び付いた形で保持されている遺伝子に係る情報について規律した。当該規則は、本人の求めがある場合でも、「遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報」以外の開示を禁止している。その理由は、すべての遺伝子に係る情報を開示することが本人に与えるマイナスの影響を考慮したからである。また、当該規則は、被験者ばかりでなく、遺伝子検査・診断を受けたすべての人の遺伝子に係る情報を第三者に開示することを禁止している。その理由は、その開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等を考慮したからである。

Y県立大学医学部の、X教授を代表者とする遺伝子治療臨床研究グループは、2003年以来難病性疾患に関する従来の治療法の問題点を解決する新規治療法の開発を目的として、動物による実

験を行ってきた。201※年に、X教授のグループは、X教授を総括責任者とし、本指針が定める手続に従って、遺伝子治療臨床研究（以下「本研究」という。）を実施することの承認を受けた。X教授は、難病治療のために来院したCを診断したところ、Cの難病の原因は遺伝子に関係する可能性が極めて高いと判断した。Cは成人であるので、X教授は、Cの同意を得てその遺伝子を検査した。さらに、X教授はCに、家族全員（父、母、兄及び姉）の遺伝子も検査する必要があることを説明し、その家族4人からそれぞれ同意を得た上で、4人の遺伝子も検査した。その結果、Cの難病が遺伝子の異常によるものであることが判明した。X教授は、動物実験で有効であった遺伝子治療法の被験者としてCが適切であると考え、Cに対し、遺伝子治療を行う必要性等、本指針が定める説明をすべて行った。説明を受けた後、Cは、本研究の被験者となることを受諾する条件として、自己ばかりでなくその家族4人の遺伝子に係るすべての情報の開示をX教授に求めた。X教授は、Cの求めに応じて、C以外の家族4人の同意を得ずに、C自身及びその家族4人の遺伝子に係るすべての情報をCに伝えた。Cは、本研究の被験者になることに同意する文書を提出した。

Cを被験者とする本研究が実施されたが、その過程で全く予測し得なかった問題が生じ、Cは重症に陥り、そのため、Cに対する本研究は続けることができなくなった（その後、Cは回復した。）。

Y県立大学医学部長は、定められた手続に従い慎重に審査した上で、X教授らによる本研究の中止を命じた。その後、この問題を契機として調査したところ、「遺伝子情報保護規則」に違反する行為が明らかとなった。任命権者である学長は、X教授によるCへのC自身及びその家族4人の遺伝子に係る情報の開示が「遺伝子情報保護規則」に違反していることを理由に、X教授を1か月の停職処分に処した。

〔設問1〕

X教授は、本研究の中止命令（注：行政組織内部の職務命令自体の処分性については、本問では処分性があるものとする。）の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側の処分を正当化する主張を想定しながら、あなた自身の結論及び理由を述べなさい。

〔設問2〕

X教授は、遺伝子に係る情報の開示（注：個人情報に関する法令や条例との関係については、本問では論じる必要はない。）に関する1か月の停職処分の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側の処分を正当化する主張を想定しながら、あなた自身の結論及び理由を述べなさい。

【参考資料 1】

文部科学省／厚生労働省「遺伝子治療臨床研究に関する指針」平成14年3月27日
(平成16年12月28日全部改正；平成20年12月1日一部改正) (抄録)

第一章 総則

第一 目的

この指針は、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）に関し遵守すべき事項を定め、もって遺伝子治療臨床研究の医療上の有用性及び倫理性を確保し、社会に開かれた形での適正な実施を図ることを目的とする。

第二 定義

- 一 この指針において「遺伝子治療」とは、疾病の治療を目的として遺伝子又は遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与すること及び二に定める遺伝子標識をいう。
- 二 この指針において「遺伝子標識」とは、疾病の治療法の開発を目的として標識となる遺伝子又は標識となる遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与することをいう。
- 三 この指針において「研究者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する者をいう。
- 四 この指針において「総括責任者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する研究者に必要な指示を行うほか、遺伝子治療臨床研究を総括する立場にある研究者をいう。
- 五～九 (略)

第三～第五 (略)

第六 生殖細胞等の遺伝的改変の禁止

人の生殖細胞又は胚（一の細胞又は細胞群であって、そのまま人又は動物の胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成を開始する前のものをいう。以下同じ。）の遺伝的改変を目的とした遺伝子治療臨床研究及び人の生殖細胞又は胚の遺伝的改変をもたらすおそれのある遺伝子治療臨床研究は、行ってはならない。

第七 適切な説明に基づく被験者の同意の確保

遺伝子治療臨床研究は、適切な説明に基づく被験者の同意（インフォームド・コンセント）が確実に確保されて実施されなければならない。

第八 (略)

第二章 被験者の人権保護

第一 (略)

第二 被験者の同意

- 一 総括責任者又は総括責任者の指示を受けた医師である研究者（以下「総括責任者等」という。）は、遺伝子治療臨床研究の実施に際し、第三に掲げる説明事項を被験者に説明し、文書により自由意思による同意を得なければならない。
- 二 同意能力を欠く等被験者本人の同意を得ることが困難であるが、遺伝子治療臨床研究を実施することが被験者にとって有用であることが十分に予測される場合には、審査委員会の審

査を受けた上で、当該被験者の法定代理人等被験者の意思及び利益を代弁できると考えられる者（以下「代諾者」という。）の文書による同意を得るものとする。この場合においては、当該同意に関する記録及び同意者と当該被験者の関係を示す記録を残さなければならない。

第三 被験者に対する説明事項

総括責任者等は、第二の同意を得るに当たり次のすべての事項を被験者（第二の二に該当する場合にあっては、代諾者）に対し十分な理解が得られるよう可能な限り平易な用語を用いて説明しなければならない。

- 一 遺伝子治療臨床研究の目的、意義及び方法
- 二 遺伝子治療臨床研究を実施する機関名
- 三 遺伝子治療臨床研究により予期される効果及び危険
- 四 他の治療法の有無、内容並びに当該治療法により予期される効果及び危険
- 五 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意しない場合であっても何ら不利益を受けることはないこと。
- 六 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意した場合であっても随時これを撤回できること。
- 七 個人情報保護に関し必要な事項
- 八 その他被験者の人権の保護に関し必要な事項
(以下略)

【参考資料 2】

Y 県立大学医学部「審査委員会規則」

第 1 条～第 7 条 （略）

第 8 条 医学部長は、被験者の死亡その他遺伝子治療臨床研究により重大な事態が生じたときは、総括責任者に対し、遺伝子治療臨床研究の中止又は変更その他必要な措置を命ずるものとする。
(以下略)

【参考資料 3】

Y 県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」

第 1 条 本学部において、遺伝子に係る情報であって、匿名化されておらず個人を識別することができるもの（以下「遺伝子情報」という。）の取扱いについては、この規則によるものとする。

第 2 条～第 5 条 （略）

第 6 条 本学部の教職員は、いかなる理由による場合であっても、遺伝子情報を開示しないものとする。

2 前項の規定にかかわらず、総括責任者は、遺伝子検査又は診断を受けた者からの求めがある場合には、遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報に限り、本人に開示しなければならない。

(以下略)

〔第2問〕（配点：100）

建設会社Aは、B県C市内に所在するA所有地（以下「本件土地」という。）において、鉄筋コンクリート造、地上9階、地下2階で、住戸100戸のほか、135台収容の地下駐車場を備えるマンション（以下「本件建築物」という。）の建築を計画した。本件建築物は、高さ30メートル、敷地面積5988平方メートル、建築面積3321平方メートル、延べ面積2万1643平方メートルである。本件土地は、都市計画法上の第二種中高層住居専用地域に位置している。

Aは、平成20年7月23日、本件土地の周辺住民からの申出に基づき、本件建築物の建築計画に関する説明会を開催した。本件土地の周辺住民で構成する「D地域の生活環境を守る会」は、B県建築主事E（C市には建築主事が置かれていない。）に対し、同年9月26日付け申入書をもって、周辺住民とAとの協議が整うまで、Aに対し、本件建築物に係る建築計画について建築基準法第6条第1項に基づく確認をしないこと、また、同計画については、建築基準法等に違反している疑いがあり、周辺住民の反対も強いので、公聴会を開催することを求める申入れをした。

その後、Aと周辺住民の間で何度か協議が行われたが、話し合いはまとまらなかった。同年12月12日、Aは、Eに対し、建築基準法第6条第1項により建築確認の申請を行った。Eは、公聴会を開催することなく、Aに対し、平成21年1月8日付けで建築確認（以下「本件確認」という。）をした。

本件土地の周辺住民であるF、G、H、Iの4名（以下「Fら」という。）は、同年1月22日、B県建築審査会に対し、本件確認の取消しを求める審査請求をしたが、同年4月8日、B県建築審査会は、これを棄却する裁決を行った。

そこで、Fらは、訴訟の提起を決意し、同年4月14日、弁護士Jの事務所を訪問して、同事務所に所属する弁護士Kと面談した。これを受けて、同月下旬、本件に関し、弁護士Jと弁護士Kが会議を行った。

【資料1 法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Kの立場に立って、弁護士Jの指示に応じ、設問に答えなさい。

なお、本件土地等の位置関係は【資料2 説明図】に示してあり、また、建築基準法、B県建築安全条例、B県中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例（以下「本件紛争予防条例」という。）の抜粋は、【資料3 関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問〕

1. Fらが本件建築物の建築を阻止するために考えられる法的手段（訴訟とそれに伴う仮の救済措置）を挙げた上で、それをを用いる場合の行政事件訴訟法上の問題点を中心に論じなさい。
2. 考え得る本件確認の違法事由について詳細に検討し、当該違法事由の主張が認められ得るかを論じなさい。また、原告Fがいかなる違法事由を主張できるかを論じなさい。

【資料 1 法律事務所の会議録】

弁護士 J：本日は F らの案件について基本的な処理方針を議論したいと思います。F らは、本件建築物が違法であると主張しているようですが、その理由はどのようなものですか。

弁護士 K：本件土地は、幅員 6 メートルの道路（以下「本件道路」という。）に約 30 メートルにわたって接しているのですが、F らは、本件建築物のような大きなマンションを建築する場合、この程度の道路では道路幅が不十分だと主張しています。また、本件道路が公道に接する部分にゲート施設として遮断機が設置されているため、遮断機が下りた状態では車の通行が不可能であり、遮断機を上げた状態でも実際に車が通行できる道路幅は 3 メートル弱しかないそうです。さらに、A の説明では、遮断機の横にインターホンが設置されており、非常時には遮断機の設置者である L 社の事務所に連絡して遮断機を上げることができるとしていますが、F らは、常に連絡が取れて遮断機を上げることができるか心配であると話しています。つまり、火災時などに消防車等が進入することが困難で、防災上問題があると述べております。

弁護士 J：どうして、道路に遮断機が設置されているのですか。

弁護士 K：本件道路は、L 社の参道なのですが、B 県知事から幅員 6 メートルの道路として位置指定を受けており、いわゆる位置指定道路に当たるそうです。L 社では、参道への違法駐車は後を絶たないことから、本件道路が公道に接する部分に遮断機を設置しているとのこと。

弁護士 J：なるほど、位置指定道路ですか。宅地造成等の際に、新たに開発される敷地予定地が接道義務を満たすようにするため、位置の指定を受けた私道を建築基準法上の道路として扱う制度ですね（建築基準法第 4 2 条第 1 項第 5 号）。まず、本件土地については、幅員がどれだけの道路に、どれだけの長さが接していなければならないか調べてください。その上で、本件道路との関係で、本件建築物の建築に違法な点がないかを検討してください。

弁護士 K：分かりました。このほか、本件建築物の地下駐車場出入口から約 10 メートルのところに、市立図書館（以下「本件図書館」という。）に設置されている児童室（以下「本件児童室」という。）の専用出入口があります。F らは、地下駐車場の収容台数が 135 台とかなり大規模なものなので、本件児童室を利用する子供の安全性に問題がある、と主張しています。

弁護士 J：本件児童室は一体どのようなものですか。

弁護士 K：本件図書館内であって、児童関係の図書を一箇所に集め、一般の利用者とは別に閲覧場所等を設けたもので、児童用の座席が 10 人分程度用意されています。本件児童室には、本件図書館の出入口とは別に、先ほど触れた専用出入口が設けられ、専用出入口は午後 5 時に閉鎖されますが、本件図書館の他の部分とは内部の出入口でつながっており、本件図書館の利用者はだれでも自由に行き来できるようです。本件児童室内には、児童用のサンダルが置かれたトイレがあり、また、幼児の遊び場コーナーがあるなど、児童の利用しやすい設備が整っています。本件図書館は、総床面積 3440 平方メートル、地下 1 階、地上 4 階ですが、本件児童室は、1 階部分のうち約 100 平方メートルを占めています。

弁護士 J：なるほど。本件児童室との関係で、本件建築物の建築に違法な点がないかを検討してください。確認ですが、本件建築物は、容積率、高さ、建ぺい率の点では法令に合致しているのですね。

弁護士 K：はい、そのようです。

弁護士 J：F らの主張はそれだけですか。

弁護士 K：A は、本件建築物の建築について一応説明会を開催したのですが、情報の開示が不十分で、住民に質問の機会を与えず、一方的に終了を宣言するなど、形ばかりのものだったそうです。

弁護士J：そもそもAには説明会の開催義務があるのですか。

弁護士K：本件紛争予防条例には、説明会の開催についての規定があり、Fらは、Aの行為は条例違反に当たると主張しております。

弁護士J：そうですか。本件において当該条例違反が認められるか、仮に認められるとして、それが本件確認との関係でどのような意味を持つのか、それぞれについて検討してください。

弁護士K：分かりました。最後になりますが、Fらは、本件確認を行う際には、公聴会を開催する必要があったにもかかわらず、建築主事Eはこれを行っていない、という点も強調しておりました。

弁護士J：なるほど。それでは、以上のFらの主張について、その当否も含めて検討しておいてください。

弁護士K：はい、分かりました。

弁護士J：次に、訴訟手段についてですが、本件建築物の建築を阻止するためには、どのような方法が考えられるか検討してください。建築基準法第9条第1項に基づく措置命令をめぐる行政訴訟も考えられますが、これについては後日議論することとして、今回は検討の対象から外してください。また、検査済証の交付を争っても建築の阻止には役立ちませんから、これも除外してください。

弁護士K：了解しました。それでは、本件確認を争う手段を検討してみます。

弁護士J：本件確認が処分当たるとは疑いありませんし、審査請求も既に行われています。出訴期間も現時点では問題ないようですね。訴訟を提起するとして、Fらは本件建築物とどのような関係にあるのですか。

弁護士K：Fは、本件土地から10メートルの地点にあるマンションの一室に居住しています。Gは、Fの居住するマンションの所有者ですが、そこには住んでおりません。したがって、FとGは、本件建築物から至近距離に居住するか、建築物を所有しているといえます。

弁護士J：HとIはどうですか。

弁護士K：Hは、小学2年生で、本件児童室に毎週通っており、Iはその父親です。二人は、本件土地から500メートル離れたマンションに住んでいます。

弁護士J：そうですか。全員が訴訟を提起する資格があるのか、ここは今回の案件で特に重要だと思しますので、個別具体的に丁寧に検討してください。

弁護士K：はい、分かりました。

弁護士J：訴訟を適法に提起できるとして、自らの法律上の利益との関係で、本案においていかなる違法事由を主張できるのでしょうか。まず、Fについて検討してみてください。

弁護士K：分かりました。

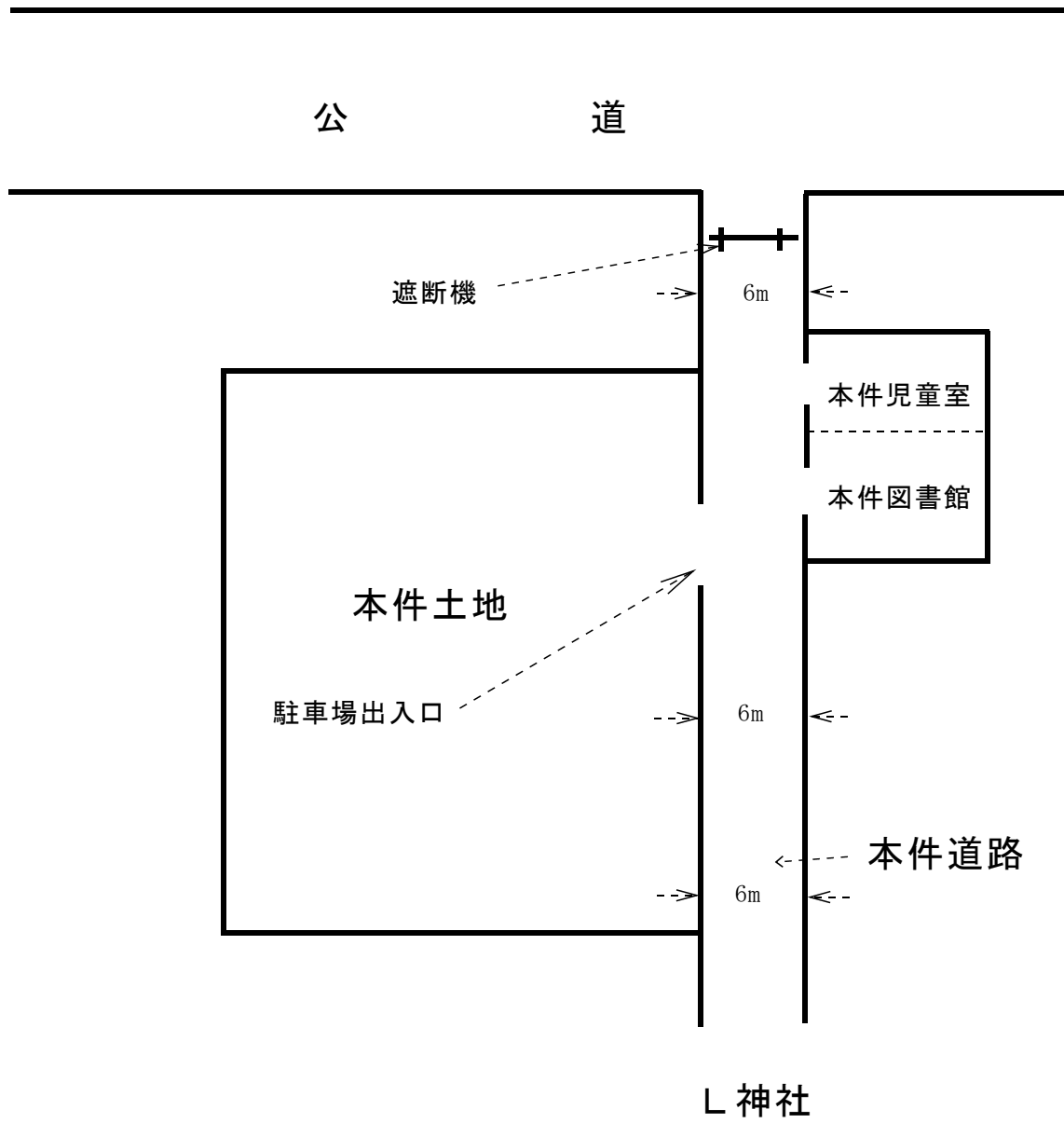
弁護士J：建築工事の進ちょく状況はどうですか。

弁護士K：急ピッチで進められており、この調子でいくと、余り遠くない時期に完成に至りそうです。

弁護士J：Fらが望んでいるのは建築を阻止することですし、本件建築物が完成してしまうと訴訟手続上不利になる可能性もありますね。本件建築物が完成した場合、どのような法的問題が生じるかを整理した上で、訴訟係属中の工事の進行を止めるための法的手段について、それが認容される見込みがあるかどうかも含めて検討してください。

弁護士K：そうですね。よく調べてみます。

【資料2 説明図】



【資料3 関係法令】

○ 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的とする。

（用語の定義）

第2条 この法律において次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一～九 （略）

九の二 耐火建築物 次に掲げる基準に適合する建築物をいう。

イ その主要構造部が(1)又は(2)のいずれかに該当すること。

(1) 耐火構造であること。

(2) 次に掲げる性能（外壁以外の主要構造部にあつては、(i)に掲げる性能に限る。）に関して政令で定める技術的基準に適合するものであること。

(i) 当該建築物の構造、建築設備及び用途に応じて屋内において発生が予測される火災による火熱に当該火災が終了するまで耐えること。

(ii) 当該建築物の周囲において発生する通常の火災による火熱に当該火災が終了するまで耐えること。

ロ （略）

九の三～三十五 （略）

（建築物の建築等に関する申請及び確認）

第6条 建築主は、第1号から第3号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（中略）、これらの建築物の大規模の修繕若しくは大規模の模様替をしようとする場合又は第4号に掲げる建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定（この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下「建築基準法令の規定」という。）その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるものをいう。以下同じ。）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。（以下略）

一～四 （略）

2, 3 （略）

4 建築主事は、第1項の申請書を受理した場合においては、同項第1号から第3号までに係るものにあつてはその受理した日から35日以内に、同項第4号に係るものにあつてはその受理した日から7日以内に、申請に係る建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかを審査し、審査の結果に基づいて建築基準関係規定に適合することを確認したときは、当該申請者に確認済証を交付しなければならない。

5～15 （略）

（建築物に関する完了検査）

第7条 建築主は、第6条第1項の規定による工事を完了したときは、国土交通省令で定めるところにより、建築主事の検査を申請しなければならない。

2, 3 （略）

4 建築主事が第1項の規定による申請を受理した場合においては、建築主事又はその委任を受けた当該市町村若しくは都道府県の職員（以下この章において「建築主事等」という。）は、その申請を受理した日から7日以内に、当該工事に係る建築物及びその敷地が建築基準関係規定に適合

しているかどうかを検査しなければならない。

5 建築主事等は、前項の規定による検査をした場合において、当該建築物及びその敷地が建築基準関係規定に適合していることを認めるときは、国土交通省令で定めるところにより、当該建築物の建築主に対して検査済証を交付しなければならない。

(違反建築物に対する措置)

第9条 特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、当該建築物に関する工事の請負人(請負工事の下請人を含む。)若しくは現場管理者又は当該建築物若しくは建築物の敷地の所有者、管理者若しくは占有者に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。

2～15 (略)

(大規模の建築物の主要構造部)

第21条 高さが13メートル又は軒の高さが9メートルを超える建築物(その主要構造部(床、屋根及び階段を除く。)の政令で定める部分の全部又は一部に木材、プラスチックその他の可燃材料を用いたものに限る。)は、第2条第9号の2イに掲げる基準に適合するものとしなければならない。ただし、構造方法、主要構造部の防火の措置その他の事項について防火上必要な政令で定める技術的基準に適合する建築物(政令で定める用途に供するものを除く。)は、この限りでない。

2 延べ面積が3000平方メートルを超える建築物(その主要構造部(床、屋根及び階段を除く。)の前項の政令で定める部分の全部又は一部に木材、プラスチックその他の可燃材料を用いたものに限る。)は、第2条第9号の2イに掲げる基準に適合するものとしなければならない。

(道路の定義)

第42条 この章の規定において「道路」とは、次の各号の一に該当する幅員4メートル(特定行政庁がその地方の気候若しくは風土の特殊性又は土地の状況により必要と認めて都道府県都市計画審議会の議を経て指定する区域内においては、6メートル。次項及び第3項において同じ。)以上のもの(地下におけるものを除く。)をいう。

一 道路法(昭和27年法律第180号)による道路

二～四 (略)

五 土地を建築物の敷地として利用するため、道路法(中略)によらないで築造する政令で定める基準に適合する道で、これを築造しようとする者が特定行政庁からその位置の指定を受けたもの

2～6 (略)

(敷地等と道路との関係)

第43条 建築物の敷地は、道路(中略)に2メートル以上接しなければならない。(以下略)

一、二 (略)

2 地方公共団体は、特殊建築物、階数が3以上である建築物、政令で定める窓その他の開口部を有しない居室を有する建築物又は延べ面積(中略)が1000平方メートルを超える建築物の敷地が接しなければならない道路の幅員、その敷地が道路に接する部分の長さその他その敷地又は建築物と道路との関係についてこれらの建築物の用途又は規模の特殊性により、前項の規定によつては避難又は通行の安全の目的を十分に達し難いと認める場合においては、条例で、必要な制限を付加することができる。

(容積率)

第52条 建築物の延べ面積の敷地面積に対する割合(以下「容積率」という。)は、次の各号に掲げる区分に従い、当該各号に定める数値以下でなければならない。(以下略)

一 (略)

二 第一種中高層住居専用地域若しくは第二種中高層住居専用地域内の建築物又は第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域若しくは準工業地域内の建築物（中略） 10分の10、10分の15、10分の20、10分の30、10分の40又は10分の50のうち当該地域に関する都市計画において定められたもの

三～六 （略）

2～15 （略）

（建築物の各部分の高さ）

第56条 建築物の各部分の高さは、次に掲げるもの以下としなければならない。

一、二 （略）

三 第一種低層住居専用地域若しくは第二種低層住居専用地域内又は第一種中高層住居専用地域若しくは第二種中高層住居専用地域（中略）内においては、当該部分から前面道路の反対側の境界線又は隣地境界線までの真北方向の水平距離に1.25を乗じて得たものに、第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域内の建築物にあつては5メートルを、第一種中高層住居専用地域又は第二種中高層住居専用地域内の建築物にあつては10メートルを加えたもの
2～7 （略）

○ B県建築安全条例（昭和25年B県条例第11号）（抜粋）

（趣旨）

第1条 建築基準法（以下「法」という。）（中略）第43条第2項による建築物の敷地及び建築物と道路との関係についての制限の付加（中略）については、この条例の定めるところによる。

（建築物の敷地と道路との関係）

第4条 延べ面積（同一敷地内に2以上の建築物がある場合は、その延べ面積の合計とする。）が1000平方メートルを超える建築物の敷地は、その延べ面積に応じて、次の表に掲げる長さ以上道路に接しなければならない。

| 延べ面積 | 長さ |
|-------------------------------|--------|
| 1000平方メートルを超え、2000平方メートル以下のもの | 6メートル |
| 2000平方メートルを超え、3000平方メートル以下のもの | 8メートル |
| 3000平方メートルを超えるもの | 10メートル |

2 延べ面積が3000平方メートルを超え、かつ、建築物の高さが15メートルを超える建築物の敷地に対する前項の規定の適用については、同項中「道路」とあるのは、「幅員6メートル以上の道路」とする。

3 前二項の規定は、建築物の周囲の空地の状況その他土地及び周囲の状況により知事が安全上支障がないと認める場合においては、適用しない。

（敷地から道路への自動車の出入口）

第27条 自動車車庫等の用途に供する建築物の敷地には、自動車の出入口を次に掲げる道路のいずれかに面して設けてはならない。ただし、交通の安全上支障がない場合は、第5号を除き、この限りでない。

一 道路の交差点若しくは曲がり角、横断歩道又は横断歩道橋（地下横断歩道を含む。）の昇降口から5メートル以内の道路

- 二 勾配が8分の1を超える道路
- 三 道路上に設ける電車停留場、安全地帯、橋詰め又は踏切から10メートル以内の道路
- 四 児童公園、小学校、幼稚園、盲学校、ろう学校、養護学校、児童福祉施設、老人ホームその他これらに類するものの出入口から20メートル以内の道路
- 五 前各号に掲げるもののほか、知事が交通上支障があると認めて指定した道路

○ B県中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例(昭和53年B県条例第64号)
(抜粋)

(目的)

第1条 この条例は、中高層建築物の建築に係る計画の事前公開並びに紛争のあつせん及び調停に関し必要な事項を定めることにより、良好な近隣関係を保持し、もつて地域における健全な生活環境の維持及び向上に資することを目的とする。

(定義)

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- 一 中高層建築物 高さが10メートルを超える建築物（第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域（都市計画法（昭和43年法律第100号）第8条第1項第1号に掲げる第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域をいう。）にあつては、軒の高さが7メートルを超える建築物又は地階を除く階数が3以上の建築物）をいう。
- 二 紛争 中高層建築物の建築に伴つて生ずる日照、通風及び採光の障害、風害、電波障害等並びに工事中の騒音、振動等の周辺的生活環境に及ぼす影響に関する近隣関係住民と建築主との間の紛争をいう。
- 三 建築主 中高層建築物に関する工事の請負契約の注文者又は請負契約によらないで自らその工事をする者をいう。
- 四 近隣関係住民 次のイ又はロに掲げる者をいう。
 - イ 中高層建築物の敷地境界線からその高さの2倍の水平距離の範囲内にある土地又は建築物に関して権利を有する者及び当該範囲内に居住する者
 - ロ 中高層建築物による電波障害の影響を著しく受けると認められる者

(知事の責務)

第3条 知事は、紛争を未然に防止するよう努めるとともに、紛争が生じたときは、迅速かつ適正に調整するよう努めなければならない。

(当事者の責務)

第4条 建築主は、紛争を未然に防止するため、中高層建築物の建築を計画するに当たつては、周辺的生活環境に及ぼす影響に十分配慮するとともに、良好な近隣関係を損なわないよう努めなければならない。

2 建築主及び近隣関係住民は、紛争が生じたときは、相互の立場を尊重し、互譲の精神をもつて、自主的に解決するよう努めなければならない。

(説明会の開催等)

第6条 建築主は、中高層建築物を建築しようとする場合において、近隣関係住民からの申出があつたときは、建築に係る計画の内容について、説明会等の方法により、近隣関係住民に説明しなければならない。

2 知事は、必要があると認めるときは、建築主に対し、前項の規定により行つた説明会等の内容について報告を求めることができる。

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100 [設問1と設問2の配点の割合は、4：6])

次の文章を読んで、以下の1と2の設問に答えよ（なお、本問における賃貸借契約については借地法（大正10年法律第49号）の規定が適用されることを前提とする。）。

1 Xは、父Aの唯一の子であったが、Aが平成19年2月に他界したため、Aの所有する土地（以下「本件土地」という。）を単独で相続した。本件土地にはAの知り合いであるYの所有する建物（以下「本件建物」という。）が存在しているが、Yは、現在、家族とともに他県に居住しており、2か月に一度程度、維持管理のため、本件建物を訪れている。Xは、以前、Aから、Yが不法に本件土地を占拠していると聞いたことがあったため、Aの他界後、Yに対し、本件建物を取り壊し、本件土地を明け渡すように求めた。すると、Yは、Aの相続人が明らかになったことから地代を支払いたいとして、30万円をX方に持参したが、Xは、本件土地をYに貸した覚えはないとして、Yの持参した金銭の受領を拒絶した。

Yが本件土地の明渡しに応じなかったことから、Xは、同年12月25日、Yを被告として、T地方裁判所に建物収去土地明渡しを求める訴え（以下「第1訴訟」という。）を提起した。平成20年1月29日に開かれた第1回口頭弁論の期日において、Xは訴状を陳述し、Xが本件土地を現在所有していること、Yが本件土地に本件建物を所有して本件土地を占有していることを主張し、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求めた。これに対し、Yは、同期日において、答弁書を陳述し、Xの主張する事実はいずれも認めるが、Yは、昭和53年3月8日、Aとの間において、本件土地につき、賃料を年額30万円、存続期間を30年とし、建物の所有を目的とする賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結しており、本件賃貸借契約の効力はなお継続しているから、Xの請求には理由がないと反論した。

第1回口頭弁論の期日において、裁判所は、当事者の意見を聴いて、事件を弁論準備手続に付した。平成20年2月26日に開かれた第1回弁論準備手続の期日において、Xは、YからAに対し賃料の支払がされた形跡はなく、AがYとの間に本件賃貸借契約を締結したことはないとして反論した。これに対し、Yは、本件賃貸借契約の成立や賃料の支払に関する書証を提出し、その取調べが行われた。

第1回弁論準備手続の期日の結果を踏まえ、Xは、本件賃貸借契約の成立を前提とする訴訟活動を行うことも必要であると考えに至り、同年3月28日に開かれた第2回弁論準備手続の期日において、Yが主張する本件賃貸借契約の内容及び、仮に本件賃貸借契約の成立の事実が認められる場合であっても、その契約は訴え提起後に30年の存続期間（昭和53年3月8日から平成20年3月7日まで）が満了したので終了したと主張した。また、Xは、同期日において、平成20年3月1日にYから本件賃貸借契約の更新を請求されたが、その翌日、その更新を拒絶したと主張した。

同年4月25日に開かれた第3回弁論準備手続の期日において、Xは、本件賃貸借契約の更新を拒絶する正当事由として、Yは他県に自宅を構えて家族とともに居住しており、今後、本件土地を使用する必要性に乏しいこと、他方、Xは、現在、築45年の木造賃貸アパートに居住しているが、老朽化に伴う危険性から建て替え工事が必要であり、家主からも強く立ち退きを求められていることから、本件土地を使用する必要性が高いことなどを主張したが、Yは、正当事由の存在を争った。

その後、同年5月28日に開かれた第4回弁論準備手続の期日において、Xは、以下の事実を主張した。

「第3回弁論準備手続の期日の2日後である平成20年4月27日、Yから突然電話があり、本件訴訟の件で話し合いをしたいと言われたので、Xの自宅近くの喫茶店でYと会った。Yは、訴

えを提起されている以上、Xの主張に対しては必要な反論をせざるを得ないが、Aの長男であるXと長期間にわたり訴訟で争うことは必ずしも自らの本意ではないと述べて、本件建物をその時価である500万円で買い取ってほしいと依頼してきた。自分としては、弁護士から、建物買取請求権という制度があるとの説明を受けたことがあり、知り合いの不動産鑑定士から、本件建物の時価は500万円程度ではないかと聞いていたことから、本来は、Yの費用で本件建物を収去してほしいところではあるが、Yが本件建物から早期に退去してくれるのであれば、500万円で本件建物を買い取ることもやむを得ないと考えた。そこで、Yに対し、本件賃貸借契約が存続期間の満了により終了したことを認めた上で、本件建物を500万円で買い取ることを請求するのですかと確認したところ、Yは、そのとおりであると回答した。このようにして、Yは、本件建物の買取請求権の行使の意思表示を行った。」

以下は、第4回弁論準備手続の期日が終了した直後に、裁判長と傍聴を許された司法修習生との間で交わされた会話である。

裁判長：本期日におけるXの主張についてはどのように理解すればよいでしょうか。

修習生：Xの主張は、Yが、Xに対し、平成20年4月27日、本件建物の買取請求権を行使する旨意思表示をしたという主張であると理解できます。

裁判長：そうですね。この主張は、本件訴訟の主張立証責任との関係ではどのような意味を有するのでしょうか。

修習生：本件訴訟において、Xは、所有権に基づく建物収去土地明渡しを請求しています。これに対し、Yは、本件土地の占有権原に関する主張として、建物の所有を目的とする本件賃貸借契約をYとの間で締結し、それに基づき本件土地の引渡しを受けたと主張していますが、Xは、更に本件賃貸借契約が存続期間の満了により終了し、その更新拒絶について正当事由があると主張しています。Yによる建物買取請求権の行使は、本件賃貸借契約の存続期間が満了し、契約の更新がないことを前提として、借地権者であるYが、借地権設定者であるXに対し、本件建物を時価である500万円で買い取ることを請求するものです。

裁判長：建物買取請求権の行使は、本件訴訟のように建物収去土地明渡請求がされている場合には、いずれの当事者が主張すべきものですか。

修習生：建物買取請求権の行使の事実を主張するのは、本来、借地権者であるYのはずです。しかし、本件訴訟ではXが主張しています。

裁判長：Xとしては、本件賃貸借契約が認められるのであれば、とにかくYに建物から早期に退去してもらい、土地を明け渡してほしいと望むことも考えられますが、Yによる建物買取請求権の行使の事実が認められると、本件建物の所有権は建物買取請求権の行使と同時にXに移転することになりますから、少なくとも、XはYに対し建物収去を求めることはできなくなりますね。ところで、仮に、裁判所が、Yに対し、本件建物の買取請求権の行使について釈明を求めた場合、Yとしては、どのような対応をすることが考えられるのでしょうか。

修習生：Yの対応としては、①Yが本件建物の買取請求権を行使したというXの主張する事実を争う場合、②Xの主張する事実を自ら援用する場合、③裁判所が釈明を求めたにもかかわらず、Xの主張する事実を争うことを明らかにしない場合、の3通りが考えられるのではないのでしょうか。

裁判長：そうですね。本件賃貸借契約の終了が認められる場合において、Yが本件建物の買取請求権を行使したというXの主張する事実を、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることはできますか。あなたが考えた3通りの各場合について検討してください。

修習生：はい。わかりました。

〔設問1〕

前記会話を踏まえた上で、本件賃貸借契約の終了が認められる場合において、「YはXに対して本件建物を時価である500万円で買い取るべきことを請求した」というXの主張する事実を、(i) Yが否認したとき、(ii) Yが援用したとき、(iii) Yが争うことを明らかにしなかったときについて、それぞれ、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることができるかどうかについて論じなさい。

- 2 第1訴訟のその後の審理において、Yは、Xの主張する建物買取請求権の行使の事実を援用するとともに、本件建物の時価相当額である500万円の支払があるまでは本件建物の引渡しを拒むと申し立てたことから、裁判所は、結局、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けるのと引換えに本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命ずる旨の判決を言い渡し、その判決は平成20年11月21日の経過により確定した。

Xは、平成21年1月ころ、親戚の集う新年会の席上、親戚Bから、「数年前にAと会った際、本件土地をめぐるYとトラブルになっており、その件で、今は亡き兄Cと相談していると言っていた。」と聞いた。そこで、Xは、すぐにAの亡兄Cの家族を訪ねて事情を聞いたところ、確かに、数年前にAが書類を封筒に入れて持参し、Cと2人で相談していたことがあったとのことであり、AがC方に持参した書類は、封筒に入れたまま保管しているとのことであった。そこで、Xは、Cの家族からその封筒を受け取って自宅に戻り、封筒内の書類を整理したところ、AからYにあてた平成18年4月3日付け内容証明郵便が見付かった。同内容証明郵便には、Aが、Yに賃料支払の催告を行い、2週間以内に未払賃料の支払がないときは本件賃貸借契約を解除するとの意思表示を行った旨の記載があり、Yが同内容証明郵便を同月6日に受領したことを示す郵便物配達証明書も同封されていた。

そこで、Xは、Yを被告として、平成21年4月13日、別紙の訴状をT地方裁判所に提出して、新たな訴え（以下「第2訴訟」という。）を提起した。これに対し、Yは、弁護士に委任して答弁書を裁判所に提出し、Xの提起した訴えは、訴えの利益が認められないので却下されるべきであると主張するとともに、第2訴訟におけるXの請求には、第1訴訟の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであると主張した。この答弁書の送達を受けたXは不安になり、自分も弁護士に相談した方がよいと考え、第2訴訟の第1回口頭弁論の期日の前に、D弁護士を訪れた。

以下は、Xから相談を受けたD弁護士と同弁護士の下で修習中の司法修習生との会話である。

弁護士：Xは、第1訴訟の判決確定後に新たな事実が判明したとの理由から、Yに対して第2の訴えを提起したのですね。

修習生：はい。第2訴訟は、賃料不払による賃貸借契約の解除の場合には建物買取請求権の行使ができないことを前提とする訴訟です。建物買取請求権は、誠実な借地人の保護のための規定ですので、借地人の債務不履行による賃貸借契約の解除の場合には、借地人には建物買取請求権は認められないとする最高裁判所の判例があります。

弁護士：よく勉強していますね。次に、第2訴訟の訴訟物について考えてみましょう。第2訴訟において、Xは、Yに対し、本件土地の所有権に基づき、本件建物の収去と本件土地の明渡しを求めています。土地所有者が、土地の上に建物を所有してその土地を占有する者に対して、所有権に基づき建物収去土地明渡しを請求する場合の訴訟物については、どのように考えられますか。

修習生：はい。この場合の訴訟物については、考え方が分かれています。一般的な考え方によれば、この場合の訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権1個で

あり、判決主文に建物収去が加えられるのは、土地明渡しの債務名義だけでは別個の不動産である地上建物の収去執行ができないという執行法上の制約から、執行方法を明示するためであるにすぎないとされています。したがって、建物収去は、土地明渡しの手段ないし履行態様であって、土地明渡しと別個の実体法上の請求権の発現ではないということになります。

弁護士：その考え方に立つと、第2訴訟の訴訟物と第1訴訟の訴訟物が同一かどうかについては、どのように考えるべきでしょうか。

修習生：第1訴訟の判決は、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けるのと引換えに、本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命ずるものです。建物収去土地明渡訴訟の訴訟物について先ほどお話しした一般的な考え方に立つとすれば、建物退去土地明渡訴訟についても、訴訟物は所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権であり、「建物退去」の点については「建物収去」の点と同様に、土地明渡しの手段ないし履行態様にすぎないと考えることができますので、その訴訟物は同一であるといえるかと思えます。

弁護士：そうですね。ここでは、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物は同一であるという考え方を前提として考えてみましょう。ところで、Yは、第2訴訟において、どのような主張をしていますか。

修習生：Xの提起した訴えは、訴えの利益が認められないので却下されるべきであると主張するとともに、第2訴訟におけるXの請求には、Yに対し、本件建物の代金500万円の支払を受けるのと引換えに本件建物を退去して本件土地を明け渡すよう命じた第1訴訟の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであると主張しています。

弁護士：Yの主張を理解するには、建物収去土地明渡請求と、建物代金の支払を受けるのと引換えに建物退去土地明渡しを命ずる判決との関係をどのように考えるかが問題となりそうですね。まず、Yのそれぞれの主張について、その論拠をまとめてみた方がよいかもしれません。その上で、それぞれの主張について、どのような反論をすべきか、検討してください。

修習生：はい。わかりました。

〔設問2〕

- (1) 前記会話を踏まえた上で、Xには第2訴訟について訴えの利益が認められないので、その訴えは却下されるべきであるとするYの主張につき、その考えられる論拠を説明しなさい。
- (2) 前記会話を踏まえた上で、第2訴訟におけるXの請求には第1訴訟の確定判決の効力が及ぶので、第2訴訟の請求は、少なくとも建物収去を求める部分については棄却されるべきであるとのYの主張につき、その考えられる論拠を説明しなさい。
- (3) 上記(1)及び(2)の論拠を踏まえた上で、第2訴訟におけるYの主張に対し、Xとしてはいかなる反論をすべきかについて論じなさい。

【別 紙】

訴 状

平成21年4月13日

T地方裁判所

原 告 X 印

当事者の表示 (省略)

建物収去土地明渡請求事件

訴訟物の価額 (省略)

貼用印紙額 (省略)

第1 請求の趣旨

- 1 被告は、原告に対し、別紙物件目録1 (省略) 記載の建物を収去して同目録2 (省略) 記載の土地を明け渡せ
- 2 訴訟費用は被告の負担とする
との判決を求めらる。

第2 請求の原因

- 1 別紙物件目録2 記載の土地 (以下「本件土地」という。) は、もと原告の父である訴外亡A (以下「亡A」という。) が所有していたところ、平成19年2月3日、亡Aが死亡した。原告は、亡Aの唯一の相続人であったことから、本件土地を相続した。
- 2 被告は、昭和53年8月10日から本件土地上に別紙物件目録1 記載の建物 (以下「本件建物」という。) を所有して、本件土地を占有し続けている。
- 3 よって、原告は、被告に対し、本件土地の所有権に基づき、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求めらる。

第3 事情

- 1 原告は、被告に対し、かつて本件土地につき建物収去土地明渡しを求めらる訴えを提起したが (T地方裁判所 (ワ) 第〇〇号事件)、裁判所は、亡Aと被告間の昭和53年3月8日付け土地賃貸借契約 (以下「本件賃貸借契約」という。) の存在と被告の建物買取請求権の行使を前提に、建物代金500万円の支払を受けるのと引換えに、建物収去土地明渡しを命ずらる旨の判決を言い渡し、この判決は確定した。
- 2 しかし、もともと被告は、平成16年分及び平成17年分の賃料の支払を怠り、平成18年4月6日配達の内容証明郵便によって、亡Aから賃料不払を理由とする解除の意思表示を受けていた。したがって、被告が建物買取請求権を行使した時点で、本件賃貸借契約は消滅していたのであって、本件賃貸借契約の存続を前提にYが行った建物買取請求権の行使は無効な行為というほかない。被告は、原告に対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すべきである。

証 拠 方 法 (省略)

附 属 書 類 (省略)

【資料】

○ 借地法（大正10年法律第49号）

第2条 借地権ノ存続期間ハ石造，土造，煉瓦造又ハ之ニ類スル堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ60年，其ノ他ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付テハ30年トス但シ建物カ此ノ期間満了前朽廢シタルトキハ借地権ハ之ニ因リテ消滅ス

2 契約ヲ以テ堅固ノ建物ニ付30年以上，其ノ他ノ建物ニ付20年以上ノ存続期間ヲ定メタルトキハ借地権ハ前項ノ規定ニ拘ラス其ノ期間ノ満了ニ因リテ消滅ス

第3条 契約ヲ以テ借地権ヲ設定スル場合ニ於テ建物ノ種類及構造ヲ定メサルトキハ借地権ハ堅固ノ建物以外ノ建物ノ所有ヲ目的トスルモノト看做ス

第4条 借地権消滅ノ場合ニ於テ借地権者カ契約ノ更新ヲ請求シタルトキハ建物アル場合ニ限り前契約ト同一ノ条件ヲ以テ更ニ借地権ヲ設定シタルモノト看做ス但シ土地所有者カ自ラ土地ヲ使用スルコトヲ必要トスル場合其ノ他正当ノ事由アル場合ニ於テ遅滞ナク異議ヲ述ヘタルトキハ此ノ限ニ在ラス

2 借地権者ハ契約ノ更新ナキ場合ニ於テハ時価ヲ以テ建物其ノ他借地権者カ権原ニ因リテ土地ニ附属セシメタル物ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得

3 第5条第1項ノ規定ハ第1項ノ場合ニ之ヲ準用ス

第5条 当事者カ契約ヲ更新スル場合ニ於テハ借地権ノ存続期間ハ更新ノ時ヨリ起算シ堅固ノ建物ニ付テハ30年，其ノ他ノ建物ニ付テハ20年トス此ノ場合ニ於テハ第2条第1項但書ノ規定ヲ準用ス

2 当事者カ前項ニ規定スル期間ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ其ノ定ニ従フ

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[民事系科目]

[第2問] (配点：200〔[設問1]から[設問6]までの配点の割合は、1.4：4.8：3.8：3：4：3])

以下の【事実】1から9までを読んで〔設問1〕から〔設問3〕までに、【事実】10から14までを読んで〔設問4〕に、【事実】15から20までを読んで〔設問5〕及び〔設問6〕にそれぞれ答えよ。

【事実】

1. X株式会社（以下「X社」という。）は、機械を製造して販売する事業を営む会社である。X社が製造する機械のうち、金属加工機械は、25の機種があり、それぞれの機種に1つの型番が付されていて、その型番はPS101からPS125までである。

Y株式会社（以下「Y社」という。）は、ナイフやフォークなど金属製の食器を製造する事業を営む会社である。Y社が製造する商品の中でも、合金を素材とするコップは、特徴的なデザインと独特の触感が好評を得ていて、人気の商品である。

A株式会社（以下「A社」という。）は、物品を販売する事業を営む会社である。A社は、従来、Y社に物品を納入してきた実績がある。

2. Y社は、数年ぶりに、主力商品のコップを製造するために使用する金属加工機械を更新することを決定し、これをA社から調達する方針を固め、Y社の役員であるBが、その実行に携わることとなった。Bは、これまでA社との折衝に当たってきた従業員のCに対し、A社との交渉においては、Y社の主力商品の製造に使用する高額な機械の調達であるから、諸事について慎重を期するよう指示した。

3. Cは、A社の担当者と相談したところ、X社製の型番PS112という番号で特定される機種の金属加工機械を調達することが適切であると考えに至った。Cの意向を知ったA社の担当者は、X社に問い合わせをし、型番PS112の機械の在庫があることを確認した。

4. このようにして、YAの両社間で交渉が進められた結果、Y社は、平成20年2月1日、A社との間で、X社製の型番PS112の金属加工機械1台（新品）を代金1050万円（消費税相当額を含む。）で買い受ける旨の契約を締結した。売買代金は、まず、そのうち200万円を契約締結時に、また、残金の850万円は目的物の引渡しを受ける際に、それぞれ支払うこととされた。そして、Y社は、同日、A社に代金の一部として200万円を支払った。

なお、A社は、前記の売買契約を締結する際、型番PS112の機械をX社から近日中に売買により調達することをY社に伝えていた。

5. A社の担当者は、Y社との売買契約が締結された平成20年2月1日の夕刻、改めてX社の担当者に電話をし、Y社に転売する予定であることを告げた上、X社から同社製の型番PS112の金属加工機械1台（新品）を購入するに当たっての契約条件を協議した。この契約条件の中には、AX間の売買代金額（消費税相当額を含む。）を840万円とすること、内金100万円は銀行振込みとし、残金740万円についてはA社が支払のために約束手形1通を振り出して交付すること、引渡しの時期及び場所のほか、次に示す注文書の備考欄①②の内容の条件が含まれていた。契約条件の協議が整った後、A社の担当者はX社の担当者に対し、「後ほど発注権限のある上司の決裁を得て、正式に注文書をお送りしますのでよろしく願います。」と述べた。A社の担当者は、発注権限のある上司に対し、Y社に売り渡す型番PS112の機械をX社から調達するための協議が整ったことの報告をし、その上司の決裁を得た上、次の注文書を作成し、これをX社の担当者に送付した。この注文書の記載は、担当者間の前記の協議内容を反映するものであるが、品名欄には、型番の誤記があった。

平成20年2月4日

注文書

X株式会社 御中

〇県〇市〇区〇町3-5-1

A株式会社

代表取締役 〇〇〇〇 印

下記のとおりご注文いたします。

| | | |
|-----|------|--|
| (1) | 品名 | 貴社製の金属加工機械（型番PS122） |
| (2) | 数量 | 1台 |
| (3) | 金額 | 840万円（消費税を含む） |
| (4) | 支払方法 | 内金100万円は平成20年2月12日に貴社銀行預金口座に振込み。 残金は、引渡完了の際に、弊社振出の約束手形1通を交付（額面額740万円、支払期日平成20年4月30日）。 |
| (5) | 引渡時期 | 平成20年2月15日 |
| (6) | 引渡場所 | Y株式会社工場（〇県〇市〇町1-4-12）に貴社から直接納品。 |

〔備考〕

- ① 本件機械の所有権は、弊社が上記(4)記載の代金を完済するまで貴社が留保し、代金完済時に移転するものとします。
- ② 弊社が上記(4)記載の代金の一部でも支払わない場合、貴社は、催告をすることなく直ちに契約を解除することができるものとします。

6. この注文書を受け取ったX社の担当者は、受注を決定する権限のある上司に対し、A社の担当者と協議した契約条件で型番PS112の機械の販売を受注したいと説明し、その決裁を得た上、平成20年2月7日、【事実】5記載の注文書と同一内容である注文請書をA社に送付した。なお、この注文請書においても、「(1)品名 弊社製の金属加工機械（型番PS122）」と記載されていた。同月8日、これを受け取ったA社の担当者は、確かに注文請書を受け取った旨をX社に連絡した（以下このXA間の売買契約を「本件売買契約」という。）。そして、A社は、X社に対し、同月12日、代金の一部として100万円をX社の銀行預金口座に振り込んだ。

7. X社の納品作業を担当する従業員は、注文請書の写しを参照しながら納品の準備を進め、平成20年2月15日の午前に、A社との約定により直接にY社の工場に、型番PS122の機械1台を搬入しようとした。しかし、Y社の側から、調達しようとしたのは型番PS112の機械であることが指摘されたため、X社の前記従業員は、X社の受注事務担当者と連絡を取ったところ、Y社の指摘のとおりであることが確認された。そこで、いったん搬入を取りやめ、改めて同日午後型番PS112の機械1台をY社の工場に運んだ（以下この1台の機械を「動産甲」という。）。Y社の担当者が、間違いなく動産甲が型番PS112の機械であることを確認し、動産甲は、滞りなく同日中にY社の工場に搬入された。

そこで、同日、Y社は、A社に対し、両社間の売買の残代金850万円を支払った。また、

A社は、X社に対し、支払期日を平成20年4月30日とするA社振出しの額面額740万円の約束手形を交付した。

8. 動産甲の取引を担当したA社の担当者は、平成20年2月20日、Y社を訪ね、搬入の過程で機種の違いがあった不手際を詫び、それにもかかわらず一連の取引が無事に終了したことへの謝辞を述べた。応接に当たったCは、取引を慎重に進めるように求めた【事実】2記載のBの指示を踏まえ、XAの両社間の代金決済について特にトラブルが起きていないか、ということを実した。これに対し、A社の担当者は、代金の一部が既に支払われていること、及び残代金の支払のため平成20年4月30日を支払期日とするA社振出しの約束手形を交付したことを説明したが、代金が完済されるまでX社が動産甲の所有権を留保していることは告げなかった。Cは、この説明を受けたことで一応納得し、直接にX社に対し取引経過を照会することはしなかった。
9. その後、A社は、平成20年4月30日に前記約束手形に係る手形金の支払をせず、そのころに事実上倒産した。そこで、X社は、A社に対し、【事実】5記載の注文書の備考欄②の特約に基づき、同年5月2日到達の書面により、本件売買契約を解除する旨の意思表示をし、また、Y社に対し、同年5月7日到達の書面により、動産甲の返還を請求した。しかし、Y社がこれに応じないので、X社は、Y社に対し、所有権に基づき動産甲の返還を請求する訴訟を提起した（以下この訴訟を「本件訴訟」という。）。

〔設問1〕 本件売買契約は、何を目的物として成立したものであると考えられるか、理由を付して結論を述べなさい。その際、【事実】5記載の注文書及び【事実】6記載の注文請書にあった型番誤記が本件売買契約の効力に影響を与えるか、錯誤の成否にも言及しつつ述べなさい。

〔設問2〕

- (1) X社のY社に対する本件訴訟において、Y社が、自己の即時取得によりX社が動産甲の所有権を喪失したことを主張しようとするときに、「A社が、平成20年2月1日、Y社との間で、【事実】4記載の売買契約を締結したこと」のほか、次に掲げる事実①及び事実②を主張立証する必要があると考えられるか。それぞれ理由を付して説明しなさい。
- ① A社が、Y社に対し、平成20年2月15日、【事実】4記載の売買契約に基づき動産甲を引き渡したこと。
- ② Y社が、①の引渡しを受ける際、A社がX社に対し代金全額を弁済していない事実を知らなかったこと。
- (2) 本件訴訟においてY社のする即時取得の主張に対し、X社から、それへの反論として「Y社は、A社に動産甲の所有権があると信じたことについて過失がある。」との主張がされた場合において、Y社の過失の有無を認定判断する上で、次に掲げる事実③及び事実④は、どのように評価されるか。それぞれ理由を付して説明しなさい。
- ③ 【事実】4記載のとおり、Y社が、A社がX社との売買により目的物を調達することを知っていたこと。
- ④ 【事実】8記載のとおり、Y社が、本件売買契約の残代金が平成20年4月30日を支払期日とする約束手形で支払われることを知っていたこと。

〔設問3〕 X社は、本件訴訟において、Y社に対し、動産甲の使用料相当額の支払も併せて請求したいと考えた。X社は、どのような法的根拠に基づいて、いつからの使用料相当額の請求をすることができるか、考えられる法的根拠を一つ示し、その法的根拠が成り立つ理由及びいつからの請求をすることができるかの理由を付して説明しなさい。

【事実】 以下の10から14までは、**【事実】** 1から9までのX社に関するものである。

10. X社は、監査役会設置会社であり、発行済株式総数（普通株式のみ）10万株、株主数5000人の上場企業である（単元株制度は採用していない）。X社は、財務状況が悪化したため、同じ機械メーカーであり、X社の発行済株式の5%を長年保有して友好関係にあるZ株式会社（以下「Z社」という。）に対し、事業の柱の一つである精密機械製造事業を譲渡するとともに、同社との間に研究、開発、販売等の面における協同関係を築くことにより、この苦境を乗り切ろうと考えた。そして、X社は、平成20年6月2日、Z社との間で、事業の譲渡及び協同関係の構築に向けた交渉を始めるための基本合意を締結した（以下この合意を「本件基本合意」という。）。
11. ところが、本件基本合意の締結後、X社は、財務状況の悪化が急速に進み、キャッシュフローの確保も難しくなったため、本件基本合意に基づくZ社への事業の譲渡によって得ることができる対価による収入や、同社との協同関係の構築だけでは、企業としての存続が危うくなってきた。
12. そのような折、Z社のライバル企業である機械メーカーのD株式会社（以下「D社」という。）がX社に対して合併を申し入れてきた。合併の条件は、X社の普通株式4株にD社の普通株式1株を交付するという合併比率によって、D社を吸収合併存続株式会社とし、X社を吸収合併消滅株式会社とする吸収合併を行うというものであり、D社は、X社の精密機械製造事業に魅力を感じ、同事業を含めてX社の事業全部を吸収合併により取得することを申し入れてきたものであった。
13. X社の取締役会は、Z社よりも企業体力に優るD社に吸収合併されれば、X社は独立した企業ではなくなるものの、同社の財務状況の悪化やキャッシュフロー不足の問題が解決され、事業全体の存続や従業員の雇用の確保につながると考え、平成20年10月8日、Z社との本件基本合意を白紙撤回した上、D社から申入れのあったとおりの合併条件により、X社がD社に吸収合併されることを受け入れることを決めた。
14. これに対し、Z社は、X社の精密機械製造事業を何としても手に入れたいと考え、X社に対し、本件基本合意に基づく事業の譲渡及び協同関係の構築の実現を迫り、D社との合併に反対した。Z社は、本件基本合意に基づき、X社を債務者として、D社との合併の交渉の差止めの仮処分命令の申立てを行ったが、当該申立てが却下されたため、X社に対する本件基本合意違反を理由とする損害賠償請求の訴えの提起を準備している。また、Z社は、X社とD社の合併は、両社の企業規模や1株当たり純資産の比較、X社の培ってきた取引関係や評判等からすれば、その合併比率がX社の株主にとって不当に不利益なものとなっており、また、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という。）第15条第1項第1号に規定する「当該合併によって一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」に当たり、同法に違反するものであると主張し（独禁法違反の点は、実際に認定され得るものであった。）、合併に反対している。

【設問4】 Z社は、X社の株主としての権利を行使し、合併契約の締結や当該合併契約の承認を目的とする株主総会の招集を阻止したいと考えている。Z社は、X社の株主として、どのような会社法上の手段を採ることができるか。理由を付して説明しなさい。

【事実】 **【事実】** 10から14までのX社については、その後、以下の15から20までの経過があった。

15. X社は、Z社の反対にもかかわらず、D社との間で合併契約を平成20年10月15日に締結し、X社取締役会は、当該合併契約の承認を目的とする臨時株主総会を同年12月1日に開催することを決定したことから、同社取締役は、その招集通知を発するとともに、株主総会参考書類及び次の議決権行使書面を株主に交付した。

| | | | | |
|--|-------------|---------|-----|-----|
| <p>議 決 権 行 使 書</p> <p>X株式会社 御中</p> <p>私は、平成20年12月1日開催の貴社臨時株主総会（継続会又は延会を含む。）における議案につき、右記のとおり（賛否を○印で表示）議決権を行使します。</p> <p>平成20年 月 日</p> | 株主番号 | 議決権行使個数 | 個 | (略) |
| <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content;"> <p>議案につき賛否の表示をされない場合は、賛成の表示があったものとして取り扱います。</p> <p style="text-align: center;">X株式会社</p> </div> | 株主 住所 氏名 | | 届出印 | |
| | | | ○ | |
| | | ○ | | |
| | | ○ | | |

16. これに対し、Z社は、合併条件がX社の株主にとって不利益であるとして、X社の株主に対し、合併契約の承認に反対する内容の委任状勧誘を行った。このZ社による委任状勧誘は、次の委任状用紙に基づいて行われており、金融商品取引法に従って行われたものであった。

| | | | |
|---|-------|---------------|-----|
| 委 任 状 | | | |
| 私は、_____を代理人と定め、下記の権限を委任します。 | | | |
| 1 平成20年12月1日開催予定のX株式会社臨時株主総会並びにその延会及び継続総会に出席し、下記議案につき、私の指示（○印で表示）に従って議決権を行使すること。ただし、賛否を明示しない場合、代理人名を記載しない場合及び原案に対し修正案が提出された場合は、いずれも白紙委任します。 | | | |
| 2 復代理人の選任の件 | | | |
| 記 | | | |
| <div style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p>X株式会社とD株式会社が平成20年10月15日に締結した合併契約の承認についての議案</p> </div> | 原案に対し | 賛 | 否 |
| 平成20年 月 日 | | | |
| | | 議決権行使個数_____個 | |
| | | 株主 住所 氏名 | ○ |
| | | | 届出印 |

17. X社に議決権行使書面を提出して行使された議決権の数は、合計3万6000個であった。そのうち、合併契約の承認議案に賛成と記載されていた数は5000個で、同議案に反対と記載されていた数は2000個、さらに、同議案に対する賛否の記載がされていない数は2万9000個であった。これに対し、Z社に委任状を交付した株主の議決権の数は、合計1万2050個であった。そのうち、会社提案の合併契約の承認議案に反対と記載されている委任

状の議決権の数は2000個で、同議案に賛成と記載されている委任状の議決権の数は50個、さらに、同議案に対する賛否の記載がされていない委任状の議決権の数は1万個であった。

18. 平成20年12月1日、X社の臨時株主総会が開催された。この臨時株主総会において議決権を行使することができる者を定める基準日現在において、X社は自己株式を保有しておらず、また、相互保有株式も存在しなかった。
19. Z社は、X社の臨時株主総会の議場に1万2050株分のすべての委任状を持参し、自ら保有する5000株分と合わせて、特に留保なしに、合併契約の承認議案につき、議決権を行使して反対の意思表示を行った。当該臨時株主総会におけるZ社以外のX社株主による議決権行使（議決権行使書面によるものを除く。）は、合併契約の承認議案への賛成が6000個で、反対が1000個であった。議場においては、X社とZ社が議案の当否及び投票内容の賛否への算入方法をめぐって激しく対立し、混乱したが、定款の定めにより議長とされているX社の代表取締役社長Eは、Z社の提出した議長不信任動議や、投票数の算入方法に対する抗議を無視し、合併契約の承認決議の成立を宣言した。
20. その後、X社は、平成21年4月1日を合併の効力発生日とする合併の登記を行うこととしている。

〔設問5〕 X社の臨時株主総会において、合併契約の承認議案に対し、賛否それぞれどれだけの数の議決権の行使があったと考えるべきか。次の①及び②の場合に分け、それぞれ理由を付して説明しなさい。

- ① X社株主には、X社に議決権行使書面を提出しつつ、Z社に委任状を交付した者はいなかった場合
- ② X社株主には、X社に議決権行使書面を提出するとともに、Z社に委任状も交付し、いずれにおいても合併契約の承認議案に対する賛否の欄に賛否を記載しなかったFがおり、同人の有する議決権が100個含まれていた場合

〔設問6〕 X社の臨時株主総会の終了後、Z社が合併の実現を阻止するためには、会社法に基づき、どのような手段を採ることができるか（〔設問4〕で解答した手段を除く。）。合併の効力が発生する前と後とで分け、それぞれ理由を付して説明しなさい。

論文式試験問題集 [刑事系科目]

〔刑事系科目〕

〔第1問〕（配点：100）

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 甲は、「Aクレジット」名で高利の貸金業を営むAに雇われて、同貸金業務に従事していた。甲は、「Aクレジット」の開業時からの従業員であり、Aの信頼が厚かったため、同貸金業の営業について、新規貸付けの可否、貸付金額・貸付条件等を判断し、その判断に従って顧客との間で金銭消費貸借契約を締結し、貸付けを実行する事務を行っていたほか、同貸金業の資金管理について、現金出納、取引先に対する支払や「Aクレジット」名義の銀行預金口座（以下「Aの口座」という。）の預金の出し入れ、帳簿等経理関係の書類作成・保管等の事務を行っていた。

「Aクレジット」では、Aの口座の通帳（以下「Aの通帳」という。）及びその届出印、同口座のキャッシュカード（以下「Aのカード」という。）を事務所内の金庫に入れて保管し、同金庫の鍵は、甲が所持していた。甲は、Aの口座の預金の出し入れをする場合には、自ら金庫の鍵を開けてAのカード及びAの通帳を取り出し、これを甲の部下である経理担当の事務員に手渡した上、金額や出金先等を指示して預金の出し入れに関する事務を行わせていた。なお、「Aクレジット」では、取引先に対する経費の支払は、Aの口座から取引先の銀行口座に直接振り込むことによって行っていたが、顧客に対する貸付けは、その要望に応じて、銀行口座への振込みによるほか、現金を直接顧客に手渡して行うこともあった。

また、甲は、自ら金銭消費貸借契約書、請求書、領収証等を確認して帳簿の記載を行い、同帳簿を自己の机の引き出しに入れて保管していた。

一方、Aは、ほぼ毎日事務所に顔を出すものの、甲が作成・保管する帳簿及びAの通帳に目を通して収入・支出の状況を確認するだけであり、帳簿と金銭消費貸借契約書、請求書、領収証等を突き合わせることはなかった。

乙は、甲の部下として営業を担当する事務員であり、顧客との契約交渉、貸付金の回収等を行っていたが、経理事務は担当しておらず、Aのカードの暗証番号を知らなかった。

2 甲は、愛人との遊興のため浪費が続き、次第に金銭に窮するようになっていたところ、Aが帳簿及び通帳に目を通すだけであったことから、通帳の記載に合う架空の出金事由を帳簿に記載しておけば、Aのカードを使って金銭を手に入れてもAに発覚することはないと考えた。

そこで、甲は、当面の遊興費として200万円を、Aの口座から、甲自身が代表者となっており、自ら通帳、届出印及びキャッシュカードを保管しているB社名義の銀行口座（以下「B社の口座」という。）に振り込むこととする一方、帳簿に広告宣伝費としてB社に200万円を支払った旨記載することとした。

ただ、経理担当の事務員は「Aクレジット」の取引先にB社がないことを知っていたため、同事務員にB社の口座への振込手続を行わせると不審に思われるおそれがあった。そこで、甲は、営業担当の事務員である乙であれば、経費の支払先のことを詳しくは知らないはずなので、自分の不正に気付かれることはないと考え、経理担当の事務員がいない時を見計らって、乙に振込手続を行わせることとした。

3 某日、経理担当の事務員が休暇を取って不在であったため、甲は、前記計画を実行することとし、自ら金庫を開けてAのカード及びAの通帳を取り出し、事務所にいた乙に「今日は経理担当者がいないから代わりに銀行に行ってくれ。B社から支払請求が来ているからB社の口座に200万円を振り込んでくれ。忘れずに記帳してきてくれ。」と指示してAのカード及びAの通帳を手渡すとともに、Aのカードの暗証番号、B社の口座番号等を伝えた。

4 他方、この指示を受けた乙は、かつて甲の机の中にB社名義の通帳があるのを見たことがあつ

た上、他の営業担当の事務員から、B社は甲がAに内緒で代表者となっている実体のない会社で、「Aクレジット」との取引関係が生ずることはあり得ない会社であると聞いたことがあったので、甲がB社の口座に振り込むことにより不正に200万円を手に入れようとしていることに気付いた。

しかし、乙は、甲が上司であったことから、とりあえずその指示に従うこととし、甲から受け取ったAのカード及びAの通帳を持って銀行に向かった。ところが、自己の借金の返済資金に窮していた乙は、銀行に行く途中で、経理事務の責任者である甲が200万円を不正に手に入れようとしているのだから、甲はその範囲内ならば経理関係の書類をごまかせるはずだと考え、この機会に便乗して自分も金銭を手に入れることとした。そして、乙は、すぐにも120万円の借金の返済が必要だったことから、Aの口座から120万円を引き下ろして自己の借金の返済に充て、甲から指示された金額との差額の80万円は、甲の指示どおりAの口座からB社の口座に振り込むこととした。

- 5 銀行に着いた乙は、Aのカードを現金自動預払機（以下「ATM」という。）に挿入し、まず80万円をAの口座からB社の口座に口座間で直接振り込む操作を行ってB社の口座に入金した後、すぐに同じATMにAのカードを再び挿入し、Aの口座から現金合計120万円を引き下ろしてこれを自己のポケットに入れた。そして、乙は、Aの通帳にB社に対する80万円の振込みと120万円の現金出金の取引を記帳した後、直ちに同銀行の窓口に行き、自己の借金の返済のため前記現金120万円をサラ金業者の銀行口座に振り込む手続を行った。

その後、乙は、銀行を出て「Aクレジット」の事務所に戻り、Aのカード及びAの通帳を甲に渡した。

- 6 乙からAの通帳等を受け取った甲は、Aの通帳の記帳内容を見て、B社に80万円しか振り込まれていない上、120万円の現金出金がなされていたことから、乙に問いただしたところ、乙は、甲に「120万円は私の方で借金の返済に使ってしまいました。あなたも同じようなことをやっているじゃないですか。私の分も何とかしてくださいよ。」と言った。

甲は、それまで、乙が甲の不正を知っているとは思っておらず、また、乙がそのような不正をするとは予想もしていなかった。

甲は、乙が指示に従わずに120万円を引き下ろしたことに腹が立ったが、このことがAに発覚すれば、自己の不正も発覚し、暴力団と関係があり粗暴なAにどんなひどい目に遭わされるかわからないため、そのような事態は何としても避けなければならないと考えた。そこで、甲は、乙に「分かった。お前の下ろした120万円は今回は何とかしてやるが、もう二度とこんなことはするな。」と言った。

- 7 「Aクレジット」では、前記のとおり取引先に対する経費の支払は、Aの口座から取引先の口座に直接振り込むことによって行っていたことから、甲は、Aの口座からB社の口座に振り込まれた80万円については、当初の計画どおり帳簿に架空の広告宣伝費を計上しておけばAに発覚せずに済むが、120万円については、現金出金であるため、架空経費の計上を装ってごまかすことは難しいと考えた。

そこで、「Aクレジット」では、前記のとおり顧客に対する貸付けは、現金で行うこともあったので、甲は、120万円の現金出金日に、甲の友人でAと面識のない丙に対して返済期日を10日後とする現金120万円の貸付けを行ったことにした上で、その返済期日に集金した現金を強盗に奪われたように装うこととした。

- 8 その数日後、甲は、乙に「お前が下ろした120万円は、出金日の10日後を返済期日として丙に貸し付けたことにしてある。お前が丙の住んでいるCマンションで丙から集金して帰る途中、その地下駐車場で強盗に襲われて集金した金を奪われたことにしたい。お前は自動車のトランクに入れてくれ。俺がガムテープでお前の手足を縛り、口を塞いでやる。そうすれば、強盗に襲われたように見える。30分くらいしたら俺が警察に通報してやるから大丈夫だ。警察にはけん銃

を持った強盗に襲われたと言ってくれ。」と持ちかけた。乙は、自己の借金の返済に充てた金銭の後始末であることやAが粗暴な人間であることを考えると、甲の言うとおりにするのが最も良いと思い、これを承諾した。

なお、甲は、警察に事情を聴かれた場合に備えて、丙に対し、前記事情を一切告げずに、『Aクレジット』から120万円を借りて10日後に返済したことにしてくれ。迷惑はかけない。」と依頼した。

- 9 前記120万円の返済期日とした日、甲と乙は、Cマンションの地下駐車場で落ち合った。乙は、集金の際に平素から使用している営業用の自動車に乗ってきており、これを同地下駐車場に駐車していた。甲は、その自動車のトランク内に横たわった乙の両手首と両足首をガムテープで縛り、乙の口を更にガムテープで塞ぎ、乙が鼻で呼吸できることを確認した後、トランクを閉めてその場を立ち去った。
- 10 その約30分後、甲は、匿名で警察に電話をかけて、「Cマンションの地下駐車場に駐車中の車のトランクの中からゴトゴトと不審な音がするから調べてほしい。」と通報した。この通報を受けて間もなく同駐車場に駆けつけた警察官により、乙は発見された。乙は、警察官に「けん銃を持った強盗に襲われて丙から集金した現金120万円とその利息を奪われ、自動車のトランクに閉じ込められた。」と説明した。

【第2問】（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。なお、【資料1】の供述内容は信用できるものとし、【資料2】の搜索差押許可状は適法に発付されたものとする。

【事例】

- 1 警察は、平成21年1月17日、軽自動車（以下「本件車両」という。）がM埠頭の海中に沈んでいるとの通報を受け、海中から本件車両を引き上げたところ、その運転席からシートベルトをした状態のVの死体が発見された。司法解剖の結果、Vの死因は溺死ではなく、頸部圧迫による窒息死であると判明した。警察が捜査すると、埠頭付近に設置された防犯カメラに本件車両を運転している甲野太郎（以下「甲」という。）と助手席にいるVの姿が写っており、その日時が同年1月13日午前3時5分であった。同年1月19日、警察が甲を取り調べると、甲は、Vの頸部をロープで絞めて殺害し、死体を海中に捨てた旨供述したことから、警察は、同日、甲を殺人罪及び死体遺棄罪で逮捕した。勾留後の取調べで、甲は、Vの別居中の妻である乙野花子（以下「乙」という。）から依頼されてVを殺害したなどと供述したため、司法警察員警部補Pは、その供述を調書に録取し、【資料1】の供述調書（本問題集8ページ参照）を作成した。
- 2 警察は、前記供述調書等を疎明資料として、殺人、死体遺棄の犯罪事実で、搜索すべき場所をT化粧品販売株式会社（以下「T社」という。）事務所とする搜索差押許可状の発付を請求し、裁判官から【資料2】の搜索差押許可状（本問題集9ページ参照）の発付を受けた。なお、同事務所では、T社の代表取締役である乙のほか、A及びBら7名が従業員として働いている。
Pは、5名の部下とともに、同年1月26日午前9時、同事務所に赴き、同事務所にいたBと応対した。乙及びAらは不在であり、Pは、Bを介して乙に連絡を取ろうとしたが、連絡を取ることができなかったため、同日午前9時15分、Bに前記搜索差押許可状を示して搜索を開始した。Pらが同事務所内を搜索したところ、電話台の上の壁にあるフックにカレンダーが掛けられており、そのカレンダーを外すと、そのコンクリートの壁にボールペンで書かれた文字を消した跡があった。Pらがその跡をよく見ると、「1/12△フトウ」となっており、「1/12」と「フトウ」という文字までは読み取ることができたが、「△」の一文字分については読み取ることができなかった。そこで、Pらは、壁から約30センチメートル離れた位置から、その記載部分を写真撮影した【写真①】。
- 3 同事務所内には、事務机等のほかに引き出し部分が5段あるレターケースがあり、Pらがそのレターケースを搜索すると、その3段目の引き出し内に預金通帳2冊、パスポート1通、名刺10枚、印鑑2個、はがき3枚が入っていた。Pが、Bに対し、その引き出しの使用者を尋ねたところ、Bは、「だれが使っているのか分かりません。」と答えた。そこで、Pらがその預金通帳2冊を取り出して確認すると、1冊目はX銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年6月6日からであり、現在も使われているものであった。2冊目はY銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年10月10日からであり、現在も使われているものであった。X銀行の預金口座には、不定期の入出金が多数回あり、その通帳の平成21年1月14日の取引日欄に、カードによる現金30万円の出金が印字されていて、その部分の右横に「→T.K」と鉛筆で書き込まれていたが、そのほかのページには書き込みがなかった。また、Y銀行の預金口座には、T社からの入金が決定的にあり、電気代や水道代などが定期的に出金されているほか、カードによる不定期の現金出金が多数回あった。その通帳には書き込みはなかった。次に、Pらがその引き出し内にあるパスポートなどを取り出し、それらの内容を確認すると、パスポートの名義が「乙野花子」で、名刺10枚は「乙野花子」と印刷されており、はがき3枚のあて名は「乙野花子」となっていた。印鑑2個は、いずれも「A」と刻印されていて、X銀行及びY銀行への届出印と似ていた。Pらは、その引き出し内にあったものをいずれも元の位置に戻した上、その引き出し内を写真撮影した。
- 4 引き続き、Pらは、X銀行の預金通帳を事務機の上に置き、それを写真撮影しようとする

Bは、「それはAさんの通帳なので写真を撮らないでください。」と述べ、その写真撮影に抗議した。しかし、Pらは、「捜査に必要である。」と答え、その場で、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真②】。さらに、Pらは、Y銀行の預金通帳を事務机の上に置き、同様に、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真③】。なお、Pらは、X銀行の預金通帳を差し押さえたが、Y銀行の預金通帳は差し押さえなかった。

5 次に、Pらは、パスポート、名刺、はがき及び印鑑を事務机の上に置き、パスポートの名義の記載があるページを開いた上、そのページ、名刺10枚、はがき3枚のあて名部分及び印鑑2個の刻印部分を順次写真撮影した【写真④】。なお、Pらは、そのパスポート、名刺、はがき及び印鑑をいずれも差し押さえず、捜索差押えを終了した。

6 その後、捜査を継続していたPらは、平成21年2月3日、甲の立会いの下、M埠頭において、海中に転落した本件車両と同一型式の実験車両及びVと同じ重量の人形を用い、本件車両を海中に転落させた状況を再現する実験を行った。なお、実験車両は、本件車両と同じオートマチック仕様の軽自動車であり、現場は、岸壁に向かって約1度から2度の下り勾配になっていた。

Pらは、甲に対し、犯行当時と同じ方法で実験車両を海中に転落させるよう求めると、甲は、本件車両を岸壁から約5メートル離れた地点に停車させたと説明してから、その地点に停車した実験車両の助手席にある人形を両手で抱えて車外に持ち出した。甲は、その人形を運転席側ドアまで移動させてから車内の運転席に押し込み、その人形にシートベルトを締めた。そして、甲は、運転席側ドアから車内に上半身を入れ、サイドブレーキを解除した上、セレクトレバーをドライブレンジにして運転席側ドアを閉めた。すると、同車両は、岸壁に向けて徐々に動き出し、前輪が岸壁から落ちたものの、車底部が岸壁にぶつかったため、その上で止まり、海中に転落しなかった。甲は、同車両の後方に移動し、後部バンパーを両手で持ち上げ、前方に重心を移動させると、同車両が海中に転落して沈んでいった。その後、Pらが海中から同車両を引き上げ、その車底部を確認したところ、車底部の損傷箇所が同年1月17日に発見された本件車両と同じ位置にあった。

7 Pは、この実験結果につき、実況見分調書を作成した。同調書には、作成名義人であるPの署名押印があるほか、実況見分の日時、場所及び立会人についての記載があり、実況見分の目的として「死体遺棄の手段方法を明らかにして、証拠を保全するため」との記載がある。加えて、実況見分の経過として、写真が添付され、その写真の下に甲の説明が記載されている。

具体的には、岸壁から約5メートル離れた地点に停止している実験車両を甲が指さしている場面の写真、甲が両手で抱えた人形を運転席に向けて引きずっている場面の写真、甲が運転席に上半身を入れて、サイドブレーキを解除し、セレクトレバーをドライブレンジにした場面の写真、同車両の前輪が岸壁から落ちたものの車底部が岸壁にぶつかってその上で同車両が止まっている場面の写真、甲が同車両の後部バンパーを両手で持ち上げている場面の写真、同車両が岸壁から海中に転落した場面の写真、同車両底部の損傷箇所の位置が分かる写真が添付されている。そして、各写真の下に「私は、車をこのように停止させました。」「私は、助手席の被害者をこのように運転席に移動させました。」「私は、このようにサイドブレーキを解除してセレクトレバーをドライブレンジにしました。」「車は、このように岸壁の上で止まりました。」「私は、このように車の後部バンパーを持ち上げました。」「車は、このように海に転落しました。」「車の底には傷が付いています。」との記載がある。

8 その後、同年2月9日、検察官は、被告人甲が乙と共謀の上、Vを殺害してその死体を遺棄した旨の公訴事実で、甲を殺人罪及び死体遺棄罪により起訴した。被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、殺人、死体遺棄の犯人ではない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官が、前記実況見分調書につき、「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨で証拠調べ請求したところ、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」であると考え、証拠とすることに不同意の意見を述べた。

〔設問 1〕 〔写真①〕 から 〔写真④〕 の写真撮影の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問 2〕 【事例】 中の実況見分調書の証拠能力について論じなさい。

【資料 1】

供 述 調 書

本籍，住居，職業，生年月日省略

甲 野 太 郎

上記の者に対する殺人，死体遺棄被疑事件につき，平成21年1月24日〇〇県〇〇警察署において，本職は，あらかじめ被疑者に対し，自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げて取り調べたところ，任意次のおり供述した。

- 1 私は，平成21年1月13日午前2時ころ，V方前の道で，Vの首をロープで絞めて殺し，その死体を海に捨てましたが，私がそのようなことをしたのは，乙からVを殺すように頼まれたからでした。
- 2 私は，約2年前に，クリーニング店で働いており，その取引先に乙が経営していたT化粧品販売という会社があったため，乙と知り合いました。私は，次第に乙に惹かれるようになり，平成19年12月ころから，乙と付き合うようになりました。乙の話では，乙にはVという夫がいるものの，別居しているということでした。
- 3 平成20年11月中旬ころ，私は，乙から「Vに3000万円の生命保険を掛けている。Vが死ねば約2000万円ある借金を返すことができる。報酬として300万円をあげるからVを殺して。」と言われました。私は，最初，乙の冗談であると思いましたが，その後，乙と話をするたびに何回も同じ話をされたので，乙が本気であることが分かりました。そのころ，私にも約300万円の借金があったため，報酬の金が手に入ればその借金を返すことができると思い，Vを殺すことに決めました。そこで，平成21年1月11日午後9時ころ，乙から私に電話があったとき，私は，乙に「明日の夜，M埠頭で車の転落事故を装ってVを殺す。」と言うと，乙から「お願い。」と言われました。
- 4 1月12日の夜，私がV方前の道でVを待ち伏せしていると，翌日の午前2時ころ，酔っ払った様子のVが歩いて帰ってきました。私は，Vを殺すため，その後ろから首にロープを巻き付け，思い切りそのロープの端を両手で引っ張りました。Vは，手足をばたつかせましたが，しばらくすると，動かなくなりました。私が手をVの口に当てると，Vは，息をしていませんでした。
- 5 私は，Vの服のポケットから車の鍵を取り出し，その鍵でV方にあった軽自動車のドアを開け，Vの死体を助手席に乗せました。そして，私は，Vが運転中に誤って岸壁から転落したという事故を装うため，その車を運転してM埠頭に向かいました。私は，午前3時過ぎころ，M埠頭の岸壁から少し離れたところに車を止め，助手席の死体を両手で抱えて車外に持ち出し，運転席側ドアまで移動して，その死体を運転席に押し込み，その上半身にシートベルトを締めました。そして，私は，運転席側ドアから車内に上半身を入れ，サイドブレーキを解除し，セレクトレバーをドライブレンジにしてからそのドアを閉めました。すると，その車は，岸壁に向けて少しずつ動き出し，前輪が岸壁から落ちたものの，車の底が岸壁にぶつかってしまい，車がその上で止まってしまいました。そこで，私は，車の後ろに移動し，思い切り力を入れて後ろのバンパーを両手で持ち上げ，前方に重心を移動させると，軽自動車であったため，車が少し動き，そのままザッブーンという大きな音を立てて海の中に落ちました。私は，だれかに見られていないかとドキドキしながらすぐに走って逃げました。
- 6 その後，私は，乙にVを殺したことを告げ，1月15日の夕方，乙と待ち合わせた喫茶店で，乙から報酬の一部として現金30万円を受け取り，その翌日の夕方，同じ喫茶店で，乙から報酬の一部として現金20万円を受け取りました。

甲 野 太 郎 指印

以上のとおり録取して読み聞かせた上，閲覧させたところ，誤りのないことを申し立て，欄外に指印した上，末尾に署名指印した。（欄外の指印省略）

前 同 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警部補

P

㊦

【資料2】

| 捜 索 差 押 許 可 状 | |
|--|---|
| 被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢 | 甲 野 太 郎 昭和 32 年 9 月 29 日生 |
| 罪 名 | 殺 人, 死 体 遺 棄 |
| 捜 索 す べ き 場 所 , 身 体 又 は 物 | 〇〇県〇〇市桜が岡6丁目24番4号日本橋ビル1階 T化粧品販売株式会社事務所 |
| 差 し 押 さ え る べ き 物 | 本件に関連する保険証書, 借用証書, 預金通帳, 金銭出納帳, 手帳, メモ, ノート |
| 請 求 者 の 官 公 職 氏 名 | 司法警察員警部補 P |
| 有 効 期 間 | 平成 21 年 2 月 1 日まで |
| <p>有効期間経過後は, この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には, これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても, 捜索又は差押えの必要がなくなったときは, 直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p> | |
| <p>被疑者に対する上記被疑事件について, 上記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平成 21 年 1 月 25 日 <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 簡 易 裁 判 所 <input style="border: 1px solid black; padding: 2px 5px;" type="checkbox"/> 裁 判 官 某 <input style="border: 1px solid black; border-radius: 50%; padding: 2px 5px;" type="checkbox"/></p> | |

論文式試験問題集 [倒 産 法]

[倒産法]

[第1問] (配点：50)

1. A株式会社(以下「A社」という。)の代表者Pから次のような相談を受けた弁護士として、以下の設問に答えなさい。Pの相談内容は、すべて証拠により裏付けられる事実であるとする。

【Pからの相談内容】

私はA社の代表取締役をしておりますPと申します。

A社は旅館業を営むことを業としております。A社が経営している旅館は、温泉町の一角にあります木造2階建ての温泉旅館です。私の祖父の代からの老舗で、建物は築50年にもなろうとしておりますが、昔からの従業員による家庭的なもてなしと敷地内に温泉が出ること、ちょっとした散策ができる和風庭園があることが好評で、ひいきにしているお客様もいて、これまでやってきておりました。祖父の跡を継いだ父が2年前に急死してからは、それまで東京で会社勤めをしていた長男の私が呼び戻されて、代表取締役として経営に携わってきました。

しかし、さすがに施設が老朽化して、度々の修繕に費用が掛かることもあり、苦しい経営を続けていましたところ、今般の経済情勢の厳しさから、とうとう手元資金がほとんどなくなり、直近の支払のめども立たなくなってしまいました。民事再生というものを申し立てることにより、破産という最悪の事態を避けることができると聞いて、この度御相談に伺った次第でございます。A社の他の取締役である私の母親と妻も賛成してくれており、裁判所に納める予納金として必要なお金は、何とか工面してまいりました。

A社の財務の概要を御説明いたします。まず、最大の債権者はB銀行で、債権額は約2億円で、A社の唯一の資産であります旅館の土地建物に、第1順位の抵当権を有しております。

仕入れその他の取引業者の債権者は15社、債権総額は約3000万円です。それから、お恥ずかしい話ですが、法人税、社会保険料等の公租公課の未納分が約2000万円たまっており、また、従業員の過去1か月分の給料合計約200万円も遅配となっております。負債は以上のとおりです。

資産としては、先ほども申し上げましたとおり、唯一のものが旅館の土地建物で、B銀行の2億円の抵当権がついております。この土地建物についている担保権はこれだけです。この土地建物の時価は、温泉が出ることを考慮してもせいぜい1億円ではないかと、幾つもの不動産業者が査定を出しており、間違いのないところだろうと考えられます。しかし、B銀行は、この不動産の時価は1億5000万円は下らないはずであり、そのような前提で支払条件を示さない限り、抵当権の実行も辞さないと、強く主張しています。

この土地建物のほかには特段の資産はなく、裁判所への予納金を支払うと、手元の資金はわずかしかなかった状態です。

こうした現状から、A社単独での再生は困難であり、どこかにスポンサーを見つけて支援をしていただかなければならないことは、私も理解しております。そこで、八方手を尽くして探しましたところ、ようやく1社だけ、支援を引き受けていただける会社が見つかりました。この会社は、同じ県内で幾つもの旅館を経営しておりますQ社です。援助の条件といたしましては、出せる金額は1億5000万円が上限で、Q社自らが主体となって施設と従業員を引き受けて経営することを希望していますが、負債や抵当権の負担は引き継がないことを支援の条件としています。私どもも、旅館の経営者としての能力には限界を感じており、Q社に旅館を引き継いでいただけるのは有り難いと思っております。Q社としては、これからのシーズンを控えて、できるだけ早く引継ぎをすることを強く希望しております。私としても、従業員を引き止めるにももう限界で、一刻も早くQ社に入っていたいただかなければならないと感じております。

ただ、A社の株主構成としては、私が株式の60%を有しているほか、遠方に住む2名の弟がそれぞれ20%を保有しておりますところ、弟たちは、民事再生を申し立てることには理解を示

してくれましたが、旅館を人手に渡すことについては強く反対しており、簡単に納得してくれそうにありません。

このような現状ですが、どうかよろしく願いいたします。

〔設 問〕

- (1) 弁護士としてA社を代理して再生手続開始の申立てをし、その手続中において、Q社に対し、同社の希望する条件で、A社の事業を承継させる方針を立てたとする。その場合に再生手続開始決定後に採るべき手続について述べなさい。
- (2) 下線 を引いた部分で示したB銀行の方針に対して、A社として採り得る対応策について述べなさい。
- (3) 再生手続開始直後、Pから以下のような相談を受けた。考えられる対処方法について論じなさい。

【Pからの相談内容】

昔から旅館の日本庭園の手入れをお願いしている庭師のCさんへの昨年秋の庭木の剪定の代金30万円が未払になっています。Cさんから、この30万円を直ちに支払ってもらわない限り、今後の作業はしないとの通告がありました。Cさんは大変な腕利きですし、うちの庭園のことは熟知していますので、他の業者に代えるのは大きなマイナスです。これからの行楽シーズンに向けて、すぐにでも庭園の手入れをしてもらう必要があるのですが、手元にあるお金で未払金を支払ってあげることができないでしょうか。

2. 前記1の相談内容に係る事案において、再生手続開始決定前、A社は建築業者D社に対して、旅館の離れの建物の改修工事を請負代金200万円で発注し、代金の一部として120万円を支払っており、再生手続開始決定時点において、工事は出来高2割の状態であったとする。A社とD社との間の請負契約が再生手続開始決定後にどのように処理されることになるのかについて説明しなさい。

〔第2問〕（配点：50）

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

【事例】

A男とB女は婚姻し、夫婦で飲食店を営んでいた。その後、Aは、家業の飲食店をBに任せ、自らは中古車販売業を始めた。しかし、Aは、仕事上のトラブルから、次第に仕事もせずに昼間から飲酒をするなどの状態になり、Bに対しても、暴言を吐いたり、暴力を振るうことが多くなった。そこで、AとBは、ついに協議により離婚したが、当時AとBには10歳の子Cがおり、CはBに引き取られることになった。

〔設問〕

以下の1及び2については、それぞれ独立したものとして解答しなさい。

1. 【事例】において、Aは、離婚の約1年ほど前から、中古車販売業に関連して多額の負債を抱えるようになり、離婚から約半年後に自ら破産手続開始の申立てをするに至った。

(1) 離婚した当時、Aは、既に無資力の状態にあったが、A名義の唯一の財産ともいえるべき時価1000万円のマンション（以下「甲マンション」という。）を、財産分与として、Bに譲渡していた（以下「本件財産分与」という。）。甲マンションについては、本件財産分与の後、直ちに所有権移転登記がされ、Bが単独で所有権の登記名義人となっている。なお、甲マンションは、Aが中古車販売業を始めてしばらくした後に、Aが家族の住居として購入し、Aが単独で所有権の登記名義人となっていたものである。しかし、Aは、中古車販売によって得た利益のほとんどを酒代等の遊興費に充てていたため、甲マンションについては、そのローンの支払を含め、実質的な購入資金は、すべてBが一家の生計を立てていた飲食店の利益から支払われ、離婚の当時、既にローンは完済されていた。

その後、Aについて破産手続が開始され、破産管財人が選任された。破産手続開始当時、本件財産分与については、Aの破産債権者であるDが詐害行為取消訴訟を提起し、係属中であつた（以下「本件詐害行為取消訴訟」という。）。本件詐害行為取消訴訟は、破産手続開始決定によってどのような影響を受け、これに対して、破産管財人は、どのような対応を採ることが考えられるか。本件財産分与について否認が可能かどうかという点を踏まえて検討しなさい。

(2) Aは、離婚したころからE社で働き始め、E社から給与を支給されていたところ、Cの養育費について、離婚の当時、AB間で話し合いが行われたが、協議は進まず、Bが家事調停を申し立てた。その結果、毎月末日にAがBに対して5万円を支払うことが合意され、その旨の調停調書が作成された。

その後、Aは、自ら破産手続開始の申立てをするとともに、免責許可の申立てをし、Aについて破産手続が開始されることになったが、破産手続開始当時、養育費について2か月分が未払の状態であった。そこで、Bは、破産手続が終了した後に、前記調停調書に基づいて、AのE社に対する給料債権を差し押さえようと考えている。Bによる強制執行の申立てが、破産手続終了後、①免責許可決定確定前にされる場合と、②免責許可決定確定後にされる場合とに分けて、その可否を検討しなさい。

2. 【事例】において、Bは、離婚後も飲食店の経営を続けていたが、原材料費の高騰によって経営は悪化し、生活費を消費者金融業者等からの借入れで賄うようになり、離婚から約半年後、自ら破産手続開始の申立てをするに至った。

ところで、Bは、婚姻中にAから度々受けた暴行及び虐待により、精神的苦痛を被つたとして、離婚後、Aに対して、不法行為を理由に慰謝料の支払を求める訴えを提起していた（以下「本件慰謝料請求訴訟」という。）。)

本件慰謝料請求訴訟の係属中に、Bについて破産手続が開始され、破産管財人が選任された。

- (1) Bは、破産手続開始後も、本件慰謝料請求訴訟を進行することができるか。
- (2) 破産手続開始後、本件慰謝料請求訴訟について慰謝料200万円の支払を命じる判決が確定した場合、破産管財人は、Aに対して、その履行を求めることができるか。

論文式試験問題集 [租 税 法]

[租 税 法]

[第 1 問] (配点 : 5 0)

Aは、喫茶店経営をしていたが、その地域に縄張を持つ暴力団員Bからポーカーゲーム機賭博によるもうけ話を聞かされて、その気になり、Bからポーカーゲーム機10台を購入し、喫茶店の店舗内にポーカーゲーム専用の部屋を設けて、そこにポーカーゲーム機10台を設置し、平成20年1月3日から、ポーカーゲーム機を客に利用させるようになった。

ポーカーゲーム機賭博の方法は、以下のとおりであった。

- ① 客は、コイン1枚につき500円をAに支払って、賭博の元手として必要なだけのコインの交付を受ける。
- ② コインをゲーム機に投入して(1枚から20枚の範囲で投入可能)、ゲーム機の画面に表示される5枚のトランプのカードの絵柄の組合せにより勝負を決するが、絵柄がそろわなければコインはそのまま機械内に回収され、絵柄がそろった場合は、そろう確率の高低に応じて、投入したコイン1枚につき1枚から100枚のコインが機械から排出される。
- ③ 客は、店を出る際に、手元に残ったコインがある場合それを1枚500円で精算するか、あるいは、そのまま持ち帰って次に入店してポーカーゲームをする際に、そのコインを使用する。
- ④ なお、Aはポーカーゲーム機の絵柄のそろう確率を調整することができ、Aが客よりも勝つ確率を高く設定していたが、客との間の個々の勝負は偶然に左右されるものであった。

平成20年1月3日から同年12月31日までの間、Aがコインを交付するときに客から受け取った現金の総額は8000万円、客がコインを精算する際にAが客に支払った現金の総額は5000万円になっていた。

ところで、Aは、常連客のCに対し、後払いの約束でコインを渡していた。Cは、そのコインで勝負したがすべて負け、平成20年12月15日時点でAから後払いの約束で受け取ったコインの枚数は1000枚(50万円分)となっていた。そこで、Aは、Cに50万円の支払を求めたが、結局、Cは支払わず、同年12月31日までに、50万円は回収できなかった。

また、平成20年12月31日時点では、200枚のコイン(10万円分)を客が持ち帰っていて、精算されないままとなっていた。

Aにポーカーゲーム機を売った暴力団員Bは、ポーカーゲーム機賭博に関する経営指導料の名目で、月々20万円を支払うようにAに要求してきたため、Aは、平成20年1月から12月までの12か月分の合計240万円をBに支払った。

ポーカーゲーム機10台の平成20年における減価償却費の合計額は50万円である。

なお、Aは、平成21年1月早々に、常習賭博罪で警察に逮捕され、起訴されて有罪判決を受け、ポーカーゲーム機10台はすべて没収された。

以上を前提に、Aのポーカーゲーム機賭博による利得に対する所得税法の適用に関して、以下の設問に答えなさい。

[設 問]

1. Aのポーカーゲーム機賭博による利得は課税されるが、このような利得に課税が許される理由と、Aのポーカーゲーム機賭博による所得の種類は何かを述べなさい。
2. Aのポーカーゲーム機賭博による所得の種類を踏まえ、平成20年分のAのポーカーゲーム機賭博による所得の計算に関する以下の問題点について論じなさい。
 - (1) Cから回収されていない50万円は、収入金額となるか。
 - (2) 以下の金額は、所得の計算上控除されるか。
 - ① 客がコインを持ち帰ったため、精算未了となっている10万円

- ② 暴力団員Bに支払った240万円
- ③ ポーカーゲーム機の減価償却費50万円

〔第2問〕（配点：50）

Aは、B株式会社（内国法人。以下「B社」という。）の常勤の取締役を20数年間務め、平成20年3月期決算に係る定時株主総会の終結をもって取締役副社長としての任期を満了したが、同株主総会において非常勤の監査役に選任され、その後は監査役としての職務に専念している。AがB社の取締役に就任した当時、同社は倒産寸前の苦境に陥っていたが、Aは長年かけて同社の経営の再建に尽力し株式上場の立役者となった。このことは社内外を問わず衆目の一致するところである。

前記株主総会では、Aは引き続き役員を務めることになったが、これを機にAに役員退職慰労金支給規程に従って退職慰労金を支給することが決議された。その決議を受けて、B社の取締役会では、役員退職慰労金支給規程の定める基準に従ってAに対する退職慰労金の額を1億3000万円とする旨の提案がなされた。これに対して、審議の冒頭で、「Aの我が社への貢献は高く評価するが、それでも上場して間もない我が社の資産、収益等の現状からみて高額すぎるのではないか。」との強硬な反対意見が出され、これに同調する者もいたが、途中から、「もっともな御意見ではあるが、上場会社としてそれなりの配慮があってもよいのではないか。」との賛成意見が優勢になり、結局、原案どおり承認された。決定された退職慰労金の内訳及び内容は以下のとおりである。

① 標準退職慰労金 7000万円

この金額は、役員退職慰労金支給規程の定める基準に従い、役位別の最終報酬月額に役位ごとの在任期間の年数及び役位別の役位係数を乗じて算出したものである。

② 功労加算金 2000万円

この金額は、役員退職慰労金支給規程の定める基準に従い、「在任中特に功績が著しかったと認められる役員」に対して標準退職慰労金の金額の30%を超えない範囲で支給することができるものとされている功労加算金について、算出したものである。

③ 特別功労加算金 4000万円

この金額は、役員退職慰労金支給規程の定める基準に従い、「当社の創業を主導し推進した役員、強力な戦略の成功をもたらした役員、当社の苦境を脱し盛業に導いた役員、その他当社に大いなる貢献をなし、その功績が顕著であったと認められる役員」に対して功労加算金の金額の倍額を超えない範囲で支給することができるものとされている特別功労加算金について、算出したものである。

特別功労加算金については、金銭で支給することにした標準退職慰労金及び功労加算金とは異なり、B社所有の帳簿価額4000万円の甲土地を支給することにした。

B社は、Aに対する退職慰労金（以下「本件退職慰労金」という。）の支給に当たって、1億3000万円について、損金処理をする一方、所得税を源泉徴収した。なお、甲土地の支給時の時価は1億円であった。

以上の事案について、以下の設問に答えなさい。ただし、取締役に対する損害賠償請求の可能性及びそれに伴う課税問題を検討する必要はない。

〔設問〕

1. 本件退職慰労金に係る所得の種類及び収入金額が所得税の課税上どうなるかについて、所得税法における課税の趣旨にも触れながら、条文を摘示しつつ論じなさい。
2. 本件退職慰労金の支給に係るB社の法人税の課税関係がどうなるかについて、条文を摘示しつつ論じなさい。

論文式試験問題集 [経 済 法]

[経 済 法]

[第 1 問] (配点：50)

1 A, B及びCの各社はいずれも、事業者向けの商品Xを製造販売する機械メーカーであり、各社のXの市場占有率(シェア)は、Aが50%, B及びCが各25%である。A及びB(以下「両社」という。)は、Xに関し、最近、需要が低迷し部品の値上がりが著しいことから、コスト削減の方策として、①部品の共同購入及び②共同物流会社の設立を計画している。

2 部品の共同購入について

両社の製造販売するXの主要部品の規格や仕様は共通している。そこで、両社は、共同購入によるスケールメリットを活用して、部品の購入費用を引き下げること考えている。具体的には、個々の部品ごとに両社の購入予定数量を合計した上で、部品メーカーとの交渉窓口をA又はBに一本化し、その合計数量で単価をどこまで引き下げることができるかを交渉し、両社にとって最も有利な条件の購入先1社から同一単価で当該部品を購入することにする。その際、両社は、部品メーカーとの交渉のベースとなる各部品の調達予定金額の目安を設けることにするが、さらに、この調達予定金額の目安を検討する前提資料とするために、Xの販売量が落ち込まない範囲内で想定できるXの販売価格の上限を協議し決めておくことも検討している。

なお、両社のいずれにおいても、この共同購入の対象となる部品の購入費用は、Xの製造コストの約80%であり、Xの製造コストは、製品価格の約80%である。また、この共同購入の対象となる部品は、Xのみに使用されており、我が国でこれを製造している部品メーカーは3社である。

3 共同物流会社の設立について

Aは千葉県千葉市内にある自社の工場、Bは大阪府堺市内にある自社の工場それぞれXの製造をしているが、両社の需要家は全国に散在しているため、従来は、Aは九州の需要家へも千葉市内の工場から、Bは北海道の需要家へも堺市内の工場から、それぞれ自社トラックで配送していた。そこで、両社は、トラックの利用効率の向上や配送時間の短縮等を図るため、Aが51%、Bが49%の割合で出資してXの物流業務を行う共同出資会社甲を設立し、それぞれ保有しているX配送用のトラックを甲に譲渡して、甲において以下のような方法で配送することを考えている。なお、両社とも、物流コストは、製品価格の約10%を占めている。

(1) 甲の従業員は、両社からの出向者とし、いずれからの出向であるかを問わず、両社製のXについて配送業務に従事する。

(2) 千葉市及び堺市の各工場に甲が運営する共同物流センターを設け、各共同物流センターは、両社製のXを一定数在庫し、1台のトラックが両社製のXを積載して配送する混載方式を採る。

(3) 両社は、それぞれの受注に関し、需要家の名称及び所在地並びに受注数量、納期及び販売価格(単価及び値引き額等)を記載した納品書を甲に送付し、甲の従業員は、各共同物流センターの輸送能力や両社製のXの在庫状況を勘案して、最も効率的に配送できるよう、トラック配備及び配送ルート进行调整する。

[設 問]

前記の①部品の共同購入及び②共同物流会社の設立の各計画について、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(以下「独占禁止法」という。)上の問題点を分析して検討しなさい。

〔第2問〕（配点：50）

A電機株式会社（以下「A」という。）は、東京都に本店を置き、家電製品の小売業を営む者である。Aは、平成12年ころから、その販売する家電製品が低価格であることにより顧客の支持を獲得し、関東地方を中心に東日本地域全域で店舗数を急速に拡大するとともに、売上高を伸ばしている。Aは、平成18年以降、東日本地域の家電小売業において売上高第1位になっている。

東日本地域では、Aのような業態をとるいわゆる家電量販店には、AのほかB及びCなどが存在する。A、B及びCはそれぞれ東日本地域の主要な都市に参入しており、各社の都市部におけるシェアは多少異なるが、おおむね次のとおりである。家電小売業全体で見ると、いわゆる家電量販店の合算シェアは50%程度を占め、Aは第1位でシェア25%から30%、Bが第2位でシェア10%前後、Cが第3位でシェア5%前後である。家電小売業全体における家電量販店を除く家電小売店（以下「家電専門店」という。）の合算シェアは50%程度であるが、ほとんどが小規模事業者でありシェア0.5%を超える家電専門店は存在しない。

このような状況において、Aは、5年後には全国の主要な地域において売上高第1位になることを目標に掲げ、全国に本格的に進出することとした。また、Aは、そのため東日本地域における経営基盤を強化することとした。そこで、Aは、次の(1)及び(2)の方針を採ることとした。

(1) Aは、まず中部地方に進出することとし、平成21年6月1日に名古屋に3店舗を開店する。その新規開店セールとして、今後1か月間、毎週末に販売キャンペーンを行い、週末ごとに各店において先着50名に対していわゆる格安パソコンを2000円で販売する。なお、Aはこの格安パソコンを3万円で仕入れたが、その後新型製品が販売されたために、旧型製品となっている。

(2) Aは、その地盤である東日本地域において販売活動を強化するために以下の販売キャンペーンを行う。①我が国で販売されている主要な液晶テレビのメーカー4社（以下「4社」という。）の37インチ及び40インチの液晶テレビ（以下「本件液晶テレビ」という。）を、今後3か月間、それぞれおおむね14万円及び19万円で販売する。②本件液晶テレビの販売台数には制限を設けない。本件液晶テレビをキャンペーンの対象にしたのは、Aが有力市場調査会社Dに依頼して行ったアンケート調査により、消費者が購入したいとする家電製品中トップにあったことから、消費者にアピールすると考えたためである。

Aは、本件液晶テレビを4社から直接仕入れているが、このキャンペーンに際して4社と個別に仕入価格の交渉をした結果、4社からそれぞれ毎月1万台以上を仕入れることを条件に、1台当たりの仕入価格を37インチテレビについては15万円、40インチテレビについては18万円で購入することに成功している。他の家電量販店及びすべての家電専門店は、Aのような大量購入ができないために、本件液晶テレビの仕入価格は37インチテレビでは16万円、40インチテレビでは21万円をいずれも上回るものと見込まれる。

なお、Aにおいて、本件液晶テレビの販売に係る経費及び総務部門や店舗全体を運営し管理するために要する経費等の諸費用は、テレビ1台当たり2万円である。したがって、Aの本件液晶テレビの総販売原価、すなわちテレビの仕入価格にこの諸費用2万円を加えた金額は、37インチテレビについては17万円、40インチテレビについては20万円である。

〔設問〕

弁護士甲は、Aの前記方針が独占禁止法に違反しないかどうかAから相談を受けた。甲は弁護士としていかなる回答をすべきか述べなさい。なお、解答するに当たり付加的な事情を考慮すべき場合には、そのような事情を補って述べなさい。

論文式試験問題集 [知的財産法]

[知的財産法]

[第1問] (配点：50)

A社とB社は、新型インフルエンザの感染の有無を検査する試薬を共同開発することとし、A社の従業員甲とB社の従業員乙が、共同研究を行い、 α 試薬を発明した。A社の勤務規則には、従業員が発明をするに至った行為がその職務に属するときは、当該発明についての特許を受ける権利はA社が承継する旨の定めがあった。また、B社の勤務規則にも、これと同様の定めがあった。

以上の事実関係を前提に、以下の各設問に答えよ。ただし、各設問に記載した追加的な事実関係は別個の独立したものである。

[設問1]

甲は、 α 試薬の発明について一緒に特許出願をしようと乙に持ちかけたところ、乙は、乙の特許を受ける権利はB社に帰属するので、特許出願はB社で行いたいと述べた。しかし、甲が甲及び乙の名義で特許出願することに固執した結果、甲と乙が共同で α 試薬の発明について特許出願をした。

1. A社及びB社は、甲又は乙に対し、どのような請求をすることができるか。また、甲及び乙が前記特許出願について特許権の設定登録を受けた場合はどうか。
2. 甲及び乙が前記特許出願について特許権の設定登録を受けた後、B社が α 試薬の製造販売を開始した場合、甲は、B社に対し、 α 試薬の製造販売の差止め及び損害賠償を請求することができるか。

[設問2]

甲は、 α 試薬について、共同研究に関与していなかったA社の同僚の丙に評価を求めたところ、丙は、無断で、 α 試薬の発明を自己の単独発明として特許出願をした。

甲、乙、A社又はB社は、丙に対し、どのような請求をすることができるか。また、丙が前記特許出願について特許権の設定登録を受けた場合はどうか。

α 試薬の発明を自己の単独発明として特許出願をしたのが、丙ではなく、甲であった場合と対比して論ぜよ。

〔第2問〕（配点：50）

アニメーションのキャラクターデザイナーである甲は、戯れに思い付いたキャラクターの容姿を描いた絵画Aを作成した。甲は、絵画Aを友人である乙に見せたところ、乙が欲しいと言ったので、他人に譲渡しないこと及び他人に見せないことを条件に、乙にこれを贈与した。しかしながら、その後、乙は、借金に困り、その返済のために絵画Aを売ろうと考え、知り合い十数名にこれを見せた。そして、乙は、そのうちの丙に絵画Aを売却した。丙は、絵画Aに描かれたキャラクターが気に入りに入り、そのキャラクターの彫刻Bを作成し、これを自らが経営する玩具店の店内に置いた。その際、丙は、乙が絵画Aは自分が作成したと言ったことを信じ、乙の承諾のみを受けた。丁市の市民公園の担当者は、子供が喜びそうな彫刻を探していたところ、偶然に丙の玩具店において彫刻Bを見て、これが適当であると考えた。そこで、丁市は、丙から彫刻Bを購入し、その市民公園内にこれを設置した。映画製作者である戊は、丁市を中心にストーリーが展開する映画Cを製作し、そのDVDを販売している。映画Cのラストシーン約1分間は、丁市の市民公園を舞台としたもので、そのうちの10秒程度に彫刻Bが写っている。

以上の事実関係を前提に、以下の各設問に答えよ。

〔設問1〕

1. 甲は、乙に対して、著作権法上どのような請求をすることができるか。
2. 甲は、丙に対して、著作権法上どのような請求をすることができるか。

〔設問2〕

1. 甲は、映画CのDVDを販売する戊の行為が甲の有する著作権を侵害することを理由として、戊に対して、その行為の差止めを請求するために、どのような主張をすべきか。
2. 前記1の甲の主張に対する戊の反論として、どのようなものが考えられるか。
3. 前記2の戊の反論に対する甲の再反論として、どのようなものが考えられるか。

論文式試験問題集 [労働法]

[労働法]

〔第1問〕（配点：50）

次の事例について、法的な問題とそれに対する考えを述べた上で、XのY社に対する法的地位、権利関係について論じなさい（金銭債権に関して述べる場合は、平成21年5月31日を基準として、金額を明示すること。遅延損害金は考えなくてよい。）。

なお、Y社の就業規則（抜粋）は、後記のとおりである。

【事例】

Xは、求人雑誌で衣料品等の販売を全国に展開するY社の販売員募集の広告を見て応募し、平成13年4月に期間の定めなく採用された。Xは、希望どおり自宅から徒歩15分のM店で販売員をすることになったが、雇用契約締結の際に、勤務場所や従事する業務について特別の話はなく、雇用契約書にもその記載はなかった。Xの給与は、基本給だけであり、平成20年4月以降は月額30万円で、当月分が毎月25日に支払われていた。Y社では、M店を含めて、就業規則は周知されていた。

ところが、M店店長（以下「店長」という。）は、平成20年12月20日、Xに対し、突然、平成21年2月1日付けでの本社総務課勤務を命じた。Xは、自宅療養中で介護が必要な父親と小学校低学年の子1人の3人暮らしであり、毎年4月と10月に行われる店長との面談で、家族の状況を話し、勤務店を変わることはできないことを伝えていた。Xが「本社は自宅から片道2時間半以上掛かり、通勤は不可能です。病気の父を抱え、家族が転居することはできないし、父と子を残して単身で転居することもできません。それに、これまで、希望していないのに販売員が異動になった例は、聞いたことがありません。」と話すところ、店長は、「会社の方針で、人件費削減のために販売員は期間雇用のパート従業員とすることになり、販売員の中で給与が高いXを最初に異動対象とした。本社での具体的な仕事は、まだ決まっていない。給与は、通勤手当が付くほかは変わらない。本社勤務ができないなら、辞めてもらうしかない。」と話した。

Xは、異動に納得ができず、平成20年12月20日以降、店長に対して、家庭の事情などを繰り返し伝えて異動に応じられないと話したが、店長は、異動に従業員の同意はいらないと断って聞き入れなかった。Xは、平成21年2月1日にM店に行ったところ、異動辞令が出ていると言われ、店内に入れず、その後、出勤しなかった。Xには、Y社から2度電話があり、本社に出勤するように言われたため、M店なら勤務すると答えたが、「本社以外に勤務場所はない、M店では働かせない。」と告げられた。2月25日には給与が振り込まれず、2月27日に、3月1日付けで解雇するとの通知書が送られてきた。Xは、すぐに店長に電話して、解雇は認められないと抗議をしたところ、3月10日に、Xの銀行口座に30万円が送金されるとともに、同日、Y社から、「解雇理由は無断欠勤（就業規則第37条第1号、第5号）であり、送金したのは解雇予告手当である。」と記載された文書と、退職金の支給のための書類が送付されてきた。Xは、Y社に電話して解雇は認めないと伝え、退職金支給書類を返送しなかった。Y社の退職金規程によれば、Xが3月に退職した場合の退職金は105万円であった。

なお、Y社は、Xの後任として、2月1日からパート従業員1名を採用している。また、Xは、生活のため、4月1日から近所のコンビニエンスストアでアルバイトをし、4月と5月に各14万円の収入を得ているが、元のようにM店で働きたいと思っている。

【就業規則（抜粋）】

（転勤等）

第11条 会社は、従業員に対して、業務の都合により、就業の場所又は従事する業務の変更を命じることができる。

(解雇)

第37条 会社は、従業員が次の各号のいずれかに該当するときは、解雇する。

- ① 職務遂行能力が不十分又は勤務態度が不良でその職務に不適合であるとき。
- ②～④ (略)
- ⑤ 前各号に準じる事由があるとき。

【第2問】(配点：50)

次の設例を読んで、後記の設問に答えなさい。

【設例】

1 電機メーカーY社は、主力商品である半導体製品の売上不振によって業績が悪化したため、平成20年7月、主力工場であるA工場の生産縮小を決定した。そして、Y社は、同年8月18日、期間1年の有期労働契約で雇用され、比較的単純な作業に従事する期間従業員であるX₁ら100名の雇用を、期間の満了時期にかかわらず、同年9月末日限りで打ち切る方針を固め、全員に通知した。A工場における平成20年度上半期の生産高は、それ以前に比べて著しく落ち込み、その後も回復を見込めない情勢にあった。

しかし、X₁ら期間従業員がこの打ち切りに強く反発したため、Y社は雇用打ち切りの方針をいったん断念し、同年9月30日付けで労働契約を合意解約するとともに、同年10月1日付けで6か月の期間を定めた労働契約を期間従業員全員との間で新たに締結した。その内容は、「本労働契約の期間は、平成20年10月1日から平成21年3月31日までとし、期間従業員は、3月31日をもって退職するものとする。」というものであった。X₁らは不満を抱いたものの、当面の生活を重視して契約締結に応じた。また、Y社は、A工場の生産体制を縮小する中で、従業員の雇用を確保するため、平成20年10月1日以降、正社員及び期間従業員の労働時間を1日8時間から7時間に短縮した。

2 X₁ら期間従業員は、前記労働契約によって就労を継続したが、A工場の業績は回復せず、Y社全体としても業績が悪化したので(平成20年度下半期の売上高は、前年度比で3割近く減少し、経常損失を生じる見込みである。)、Y社は、平成21年2月20日、期間従業員100名全員について、同年3月31日をもって雇用を終了することを決定し、通知した。通知に際しては、A工場長がX₁ら期間従業員全員を集めて2回にわたって説明会を開き、雇用打ち切りに至る経緯や理由について説明を行った。

これに対して、100名の期間従業員のうち60名は雇用打ち切りに応じたが、X₁～X₄₀の40名は納得せず、Y社に対して労働契約上の地位の確認を求める訴えを提起することを考えている。一方、Y社は、平成21年4月1日以降、X₁ら40名の就労を拒否している。

X₁ら40名は、期間1年の有期労働契約を6回ないし10回更新して就労してきたものである。契約更新に際しては、その都度契約書を取り交わしてきたものの、従来は更新を拒絶された事例はない。X₁らの業務は、ライン製造における補助作業であり、正社員のような熟練作業ではないが、半導体製造にとって不可欠の業務であり、時間外労働に従事することもあった。なお、平成21年2月20日の期間従業員への雇用打ち切り通知当時、Y社には約3200億円の内部留保があり、雇用を打ち切らなくても、直ちに資産状況が債務超過に陥るという状況にあったわけではない。雇用打ち切りに際しては、正社員の労働時間の更なる短縮や、Y社役員、管理職及び正社員の給与・賞与カット等の措置は講じられていない。

3 Y社正社員の約80パーセントを組織するN組合は、当初は期間従業員の人員整理を静観していたが、同じ労働者として放置しておくべきではないという声が高まり、また、Y社が第2段階の人員削減として正社員の人員整理を計画しているとの情報を得て危機感を強め、平成21年4月15日、Y社との間で団体交渉を行った。そして、X₁ら期間従業員のうち雇用期間の長い者25名を再雇用するよう申し入れるとともに、N組合員ら正社員の人員整理計画の有無について明らかにするよう求めた。これに対して、Y社は、「期間従業員の雇用問題は、N組合との団交事項ではない。正社員の人員整理は6月から実施する予定であるが、詳細が確定した段階で交渉に応ずる。」と回答して交渉を1回で打ち切り、その後は交渉に応じていない。

そこで、N組合は、期間従業員問題の打開を図り、また、Y社が正社員の人員整理を予定していることに抗議するため、平成21年4月30日、組合規約所定の手続を経て、A工場にお

けるストライキの実施を決定し、N組合A工場支部に指示した。この指示を受けて、A工場に勤務するN組合員165名のうち、主要製造ラインの班長職組合員及びコンピュータ制御部門に所属する組合員計45名は、5月10日、全日ストライキを決行した。この結果、同日のA工場の生産機能は完全に停止し、約1200万円の損害が発生した。その際、ストライキに参加しないN組合員らは、従事すべき業務がなくなったが、終日、工場内に滞留した。なお、Y社は、A工場に勤務する非組合員については、5月10日の勤務を免除した上、当日分の賃金を支給した。

- 4 Y社は、A工場のN組合員ら165名全員について5月10日分の賃金（基本給）を5月賃金からカットするとともに、6月30日、ストライキを計画・指導したN組合執行委員長R及び書記長Sに対し、「故意に会社業務を妨害したとき」とのY社就業規則の懲戒事由に基づき、Rを出勤停止10日間、Sをけん責の懲戒処分に付した。同就業規則には、懲戒手続について、「会社とN組合によって組織する懲戒委員会を開催し、事実調査及び処分について協議する。」との規定がある。懲戒委員会では、R及びSを呼んでその言い分を聞いた上、Y社とN組合副執行委員長らが2回にわたって協議したものの、決裂した。

〔設 問〕

1. Y社がX₁らに対して行った雇用打ち切りの法的評価について論じなさい。
2. Y社がRとSに対して行った懲戒処分及びN組合員ら165名に対して行った賃金カットの効力について論じなさい。

論文式試験問題集 [環 境 法]

[環 境 法]

[第 1 問] (配点 : 5 0)

環境負荷物質を大気中に排出することを抑制する手法について、以下の設問に答えなさい。

[設問 1]

ばい煙と有害大気汚染物質についての対応の仕方を比較し、それぞれの考え方を説明するとともに、なぜ対応の仕方にそのような相違があるかを論じなさい。解答に当たっては資料 1 も参照すること。

[資料 1]

○ 大気汚染防止法（昭和 4 3 年 6 月 1 0 日法律第 9 7 号）附則（抄）

1～8 （略）

（指定物質抑制基準）

9 環境大臣は、当分の間、有害大気汚染物質による大気汚染により人の健康に係る被害が生ずることを防止するために必要があると認めるときは、有害大気汚染物質のうち人の健康に係る被害を防止するためその排出又は飛散を早急に抑制しなければならないもので政令で定めるもの（以下「指定物質」という。）を大気中に排出し、又は飛散させる施設（工場又は事業場に設置されるものに限る。）で政令で定めるもの（以下「指定物質排出施設」という。）について、指定物質の種類及び指定物質排出施設の種類ごとに排出又は飛散の抑制に関する基準（以下「指定物質抑制基準」という。）を定め、これを公表するものとする。

（勧告）

10 都道府県知事は、指定物質抑制基準が定められた場合において、当該都道府県の区域において指定物質による大気汚染により人の健康に係る被害が生ずることを防止するために必要があると認めるときは、指定物質排出施設を設置している者に対し、指定物質抑制基準を勧告して、指定物質排出施設からの指定物質の排出又は飛散の抑制について必要な勧告をすることができる。

（報告）

11 都道府県知事は、前項の勧告をするために必要な限度において、同項に規定する者に対し、指定物質排出施設の状況その他必要な事項に関し報告を求めることができる。

12 環境大臣は、指定物質による大気汚染により人の健康に係る被害が生ずることを防止するため緊急の必要があると認めるときは、都道府県知事又は第 3 1 条第 1 項の政令で定める市の長に対し、第 1 0 項の規定による勧告に関し、必要な指示を行うことができる。

13 環境大臣は、前項の指示をするために必要な限度において、指定物質排出施設を設置している者に対し、指定物質排出施設の状況その他必要な事項に関し報告を求めることができる。

[設問 2]

環境基本法第 2 2 条は、規制的手法とは異なった手法について規定している。この手法を国内の二酸化炭素排出削減に用いることが有効であるとの議論がある。これについて、資料 2 を参照しつつ、以下の小問に答えなさい。

(1) 前記議論について、その理由は何か。ばい煙と比較しつつ、二酸化炭素の特質に基づいて答えなさい。

(2) 前記議論について、具体的にあり得る措置を複数挙げた上、それぞれの長所、短所を述べなさい。

【資料2】

- 京都議定書目標達成計画（平成17年4月28日策定，平成18年7月11日一部改定，平成20年3月28日全部改定）（抄）

第1章 地球温暖化対策の推進に関する基本的方向

第2節 地球温暖化対策の基本的考え方

1. 環境と経済の両立（略）

2. 革新的技術の開発とそれを中核とする低炭素社会づくり

京都議定書の約束を達成するとともに，更に「低炭素社会」に向けて長期的・継続的な排出削減を進めるには，究極的には化石燃料への依存を減らすことが必要である。

環境と経済の両立を図りつつ，これらの目標を達成するため，既に効果を上げている対策や既存技術の普及を加速することと併せて，省エネルギー，再生可能エネルギー，原子力等の環境・エネルギー技術に磨きをかけ，創造的な技術革新を図り，効率的な機器や先進的なシステムの普及を図るとともに，ライフスタイル，都市や交通の在り方など社会の仕組みを根本から変えていくことで，世界をリードする環境立国を目指す。

3. 全ての主体の参加・連携の促進とそのための透明性の確保，情報の共有

地球温暖化問題は，経済社会活動，地域社会，国民生活全般に深く関わることから，国，地方公共団体，事業者，国民といった全ての主体が参加・連携して取り組むことが必要である。

このため，地球温暖化対策の進捗状況に関する情報を積極的に提供・共有することを通じて各主体の対策・施策への積極的な参加や各主体間の連携の強化を促進する。

また，深刻さを増す地球温暖化問題に関する知見や，6%削減約束の達成のために格段の努力を必要とする具体的な行動，及び一人一人が何をすべきかについての情報を，なるべく目に見える形で伝わるよう，積極的に提供・共有し，広報普及活動を行い，家庭や企業における意識の改革と行動の喚起につなげる。

4. 多様な政策手段の活用

分野ごとの実情をきめ細かく踏まえて，削減余地を最大限発現し，あらゆる政策手段を総動員して，効果的かつ効率的な温室効果ガスの抑制等を図るため，各主体間の費用負担の公平性に配慮しつつ，自主的手法，規制的手法，経済的手法，情報的手法など多様な政策手段を，その特徴を活かしながら，有効に活用する。

また，幅広い排出抑制効果を確保するため，コスト制約を克服する技術開発・対策導入を誘導するような経済的手法を活用したインセンティブ付与型施策を重視する。

5. 評価・見直しプロセス（PDCA）の重視（略）

6. 地球温暖化対策の国際的連携の確保（略）

〔第2問〕（配点：50）

A県にあるB国定公園は、美しい山岳に恵まれた自然公園である。B国定公園にはカタクリ（自然公園法第13条第3項第10号の指定を受けている。）の群落があり、近隣に住む甲は、そのカタクリの群落の保護・生育を図ることを目的とする団体（以下「本件団体」という。）を設立して代表者となり、会則も作成して、これまで約30名の地域住民の会員とともに、10年以上にわたって、そのカタクリの群落の生育調査を行い、年数回の一般向けの観察会や保護・生育のための提言を行ってきた。

ところで、約3年前から、B国定公園の特別保護地区内の遊歩道沿いにある前記カタクリの群落に近接した空き地に、乙が多数回にわたって数百本の廃タイヤを投棄し、廃タイヤが野積みされた状態になっている。そして約1年前から、前記野積みされた廃タイヤからの自然発火により、頻繁に「ぼや」が発生したため、甲ら本件団体のメンバーは、前記野積みされた廃タイヤの処理について、A県に対し、早急に対策を講じるよう何度も交渉をしていた（①）。

その後、前記野積みされた廃タイヤの自然発火により大規模な火災が発生し、B国定公園においてA県が公園事業として設置していたビジターセンターが焼失するとともに、前記カタクリの群落も焼失した（②）。

この場合について、以下の設問に答えなさい。

〔設問1〕

①の段階及び②以後の段階において、それぞれA県知事は乙に対し、行政上、どのような対応措置を採ることができるか。ただし、廃棄物の処理及び清掃に関する法律に基づく措置は除くものとする。

〔設問2〕

①の段階で、本件団体が乙に対し、前記野積みされた廃タイヤの撤去を求める裁判上の請求をしたときに、その請求は認められるか。予想される当事者の法的主張とそれに対する相手方当事者の反論とを指摘しながら論じなさい。

論文式試験問題集 [国際関係法 (公法系)]

[国際関係法（公法系）]

[第1問]（配点：50）

隣接するX国とY国の間では、Y国が実効的な支配を行っている α 地方の領有権が長く争われてきた。最近になってY国が α 地方領有の正当性を声高に主張し、同時に α 地方に駐留する軍隊を大幅に増強したために、両国の関係が極度に悪化し、X国と α 地方を区切る事実上の境界線付近で小規模な軍事衝突も幾つか起こった。

X国は、Y国のこうした行為に反発して、自国内にいるY国民の出国を禁止すると同時に、彼らの資産を没収するという措置を採った。それに反発したY国は、Y国内のX国民の預金を凍結し、さらに、X国及びY国（以下「XY両国」という。）が加盟する地域機関であるA連合の設立条約に基づいて、A連合の「平和安全保障理事会」を緊急招集した。開催された平和安全保障理事会は、X国代表反対のまま3分の2の多数を得て（決議採択のための定足数及び採択要件を満たしている。）、A連合設立条約第4条(a)に基づいて、X国の措置を中止させるためにA連合加盟国に必要な手段を採ることを授權する旨の決議を採択した。その直後、Y国は α 地方からX国内（X国が実効的支配を行い、Y国もX国領土と承認している地域）に軍隊を侵攻させ、Y国民の出国とその資産の回復を要求してX国内の一部の占領を続けた。

XY両国は国際連合加盟国であり、またXY両国は共に、「国際司法裁判所規程第36条第2項の規定に従い、この宣言の日付以後の事態又は事実に関して同日以後に発生するすべての紛争であって他の平和的解決方法によって解決されないものについて、国際司法裁判所の管轄を、同一の義務を受諾する他の国に対する関係において、かつ、相互条件で、当然にかつ特別の合意なしに義務的であると認めることを宣言する光栄を有します。」との宣言を、1960年代に国際連合事務総長にあてて行っている。

また、A連合設立条約第4条(a)は、「重大な状況において、平和安全保障理事会の決定に従って、加盟国に介入する連合の権利」を規定し、第5条(b)は、平和安全保障理事会の権限として、「設立条約第4条(a)に従って、連合のために、重大な状況において、連合が加盟国に介入する方式を承認すること」を挙げる。

[設問]

- (1) Y国が行ったX国民の預金凍結措置を法的に評価しなさい。
- (2) Y国が行った軍事的侵攻を、A連合の対応も含めて法的に評価しなさい。
- (3) Y国によるX国領土の一部占領後、他の多くの国際連合加盟国が事態の深刻性に懸念を持った。これら加盟国が、国際連合を利用していかなる措置を求めることができるかについて説明しなさい。
- (4) 領土の一部を占領されたX国は、Y国の軍事占領を止めさせるために、国際司法裁判所をどのように利用することができるか。管轄権の基礎も含めて説明しなさい。

〔第2問〕（配点：50）

A国の非政府船舶Xが調査捕鯨に向かうために公海を航行していたところ、B国の非政府船舶YとZが、調査捕鯨に抗議する目的で、A国船舶Xに体当たりした。A国船舶Xでは、乗組員の数名が重傷を負った。A国の政府船舶Kが近くの公海上に居合わせたため、救助作業に従事するとともに、B国船舶YとZにA国の港に入港するように要請したところ、B国船舶Yは、自発的にA国の港に入港した。B国船舶Zは、その後も、公海上でA国船舶Xに対する航行妨害や軽微な体当たりを継続した。A国もB国も国際連合海洋法条約の当事国である。A国の刑法では、傷害罪については、「A国外においてA国民に対して傷害の罪を犯した者」にもA国刑法の適用があり、それにより処罰されると規定している。A国は、A国刑法を適用して、B国船舶Yの船長であるB国人甲を傷害罪で処罰した。

〔設問1〕

A国がA国刑法を適用してB国船舶Yの船長であるB国人甲を処罰した点について、国際法上どのように評価されるかを、次の順序で論じなさい。

- (1) 国際法は、国家が管轄権を行使する根拠として何を認めているか、それに関する国際法の原則を明らかにしなさい。
- (2) A国は、A国の港に入港したB国船舶Yの船長甲にA国刑法を適用して傷害罪で処罰したが、A国が公海上で体当たりを行ったB国船舶Yの船長B国人甲の行為について傷害罪で処罰することができると思ったことについて、国際法上の根拠に照らしてどのように評価されるか論じなさい。

〔設問2〕

A国の政府船舶Kが、A国船舶Xに対する航行妨害や軽微な体当たりを繰り返すB国船舶Zに対して、その公海上で停船命令を発して強制的にこれを停止させて乗船検査を行うなどの執行措置を採る場合を想定して、次の順序で論じなさい。

- (1) 国際連合海洋法条約の規定する公海制度の根本をなす原則（管轄権行使に関する原則を含む。）は何かを明らかにしなさい。
- (2) A国の政府船舶Kによる、公海上にあるB国船舶Zに対する乗船検査などの執行措置について、国際連合海洋法条約の根拠に照らして国際法上どのように評価されるか論じなさい。

論文式試験問題集 [国際関係法 (私法系)]

[国際関係法（私法系）]

[第1問]（配点：50）

日本人男Xと甲国人女Yは日本において婚姻し、甲国において婚姻生活を送っていたが、婚姻後しばらくして両者の性格上の相違からその婚姻関係は破たんした。Xは日本に戻り、現在XとYはそれぞれ日本と甲国に居住している。両者がそれぞれの本国において別居を始めて5年を経過したところ、Yは甲国において他の日本人男Aと親しくなり、甲国におけるAとの婚姻生活を望むに至った。そこで、Xとの離婚を決意したYは甲国の裁判所に離婚訴訟を提起した。訴状は、日本と甲国とが締結している司法共助の取決めに従い適法にXに送達された。Xは、急きよ、甲国の弁護士資格を有する者を代理人として選任し、甲国裁判所の国際裁判管轄を争ったが、甲国裁判所はその管轄を肯定した。そして同裁判所は、「12か月以上継続した別居」を離婚原因とする甲国の規定を適用して、XとYとを離婚する旨の判決を言い渡した。判決確定後1か月して、YとAは婚姻しようとしている。

XとYの間に子はない。この事例について、甲国の国際私法からの反致はないものとして、以下の設問に答えなさい。

[設問]

1. 甲国裁判所の離婚判決の効力を日本で承認するための要件である国際裁判管轄は甲国に認められるか。
2. 法の適用に関する通則法（平成18年法律第78号）の下におけるYとAの婚姻の実質的成立要件につき、次の問いに答えなさい。
 - (1) 甲国裁判所の判決が日本において効力を有し、かつ、Yの本国法である甲国法は再婚禁止期間の制度を現在では廃止しているとする。離婚判決の確定後6か月を経過することなく挙行されるYとAの婚姻は有効に成立するか。
 - (2) 甲国裁判所の判決が日本において効力を有せず、かつ、重婚を禁止する甲国の規定は「配偶者のある者が重ねてした婚姻は無効とする」と定めているとして、YとAの婚姻の成立の有効性について論じなさい。
3. 婚姻の実質的成立要件が満たされていると仮定して、Aは、Yとの婚姻を挙行するにつき、
 - ①甲国の機関の関与の下に甲国法に従い婚姻を挙行した後に、甲国機関の発行する婚姻証明書を甲国に駐在する日本の領事に提出する方法又は②日本法の定める婚姻の届書を甲国に駐在する日本の領事に提出する方法のいずれを採るべきか。

〔第2問〕（配点：50）

Xは、日本のS市に本店を置く食品の加工・販売を業とする株式会社であり、日本以外には営業所等を有さない。Xは多くの国から食材を輸入しているが、新たに甲国から冷凍食材の輸入をしたいと考えている。Yは、甲国法に従い設立された会社であって、甲国に本店を有し、専ら甲国において食材の加工・販売を行っており、甲国以外には財産や営業所等を有さない。XがYに取引の開始について打診したところ、YはYのCEO（chief executive officer、最高経営責任者）であるBをXの本社に赴かせ、BはXの代表取締役であるAに対して、Yを売主、Xを買主とする冷凍食材に関する売買契約（以下「本件契約」という。）を締結することを提案した。

〔設問〕

1. BがYを代表して本件契約を締結することができるか否かは、いずれの国の法で判断すべきか。
2. Bに本件契約の締結権限があるとして、次の問いに答えなさい。
 - (1) Xは、外国の会社と契約を締結する場合には、通常、契約書に「当事者はXの本店所在地を管轄する地方裁判所の専属的裁判管轄に服することを合意する」旨の条項を入れている。しかし、Bは甲国の裁判所の専属的裁判管轄に服することに合意するようAに求めている。Bの主張を受け入れた場合の利点と不利な点を、Xの立場に立って説明しなさい。
 - (2) AとBは日本の裁判所の専属的裁判管轄に服することに合意したが、本件契約の準拠法については、Aは日本法を、Bは甲国法をそれぞれ主張して最後まで譲らなかった。そのため、AとBは、当事者間で準拠法の合意がないまま、Xの本店で本件契約を締結した。本件契約にはいずれの国の法が適用されるか。
3. Yは、Xに対する本件契約上の代金債権を乙国の金融機関であるT（乙国法に従い設立された会社であって、乙国に本店を有し、日本を含む世界各国に支店を有する。）に譲渡した。TがXに対して日本の裁判所で本件契約上の代金債権の弁済を求めたとすれば、TのXに対する対抗要件は、いずれの国の法で判断されるか。本件契約の準拠法が日本法であるとし、かつ、YとTとの債権譲渡契約の準拠法が甲国法であるとして答えなさい。