

論文式試験問題集 [公法系科目第 1 問]

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

Aは、B県が設置・運営するB県立大学法学部の学生で、C教授が担当する憲法ゼミナール(以下「Cゼミ」という。)を履修している。Cゼミの202*年度のテーマは、「人間の尊厳と格差問題」である。Cゼミ生は、C教授の承諾も得て、ゼミの研究活動の一環として貧富の格差の拡大に関して多くの県民と議論することを目的としたシンポジウム「格差問題を考える」を県民会館で開催した。そのシンポジウムでの活発な意見交換を経て、「格差の是正」を訴える一連のデモ行進を行うことになった。そのデモ行進については、Cゼミ生を中心として実行委員会が組織され、Aがその委員長に選ばれた。実行委員会は、第1回目のデモ行進を202*年8月25日(日)に行うこととして、ツイッター等を通じて参加を呼び掛けたところ、参加希望者は約1000人となった。そこで、Aは、主催者として、B県集団運動に関する条例第2条(【参考資料1】参照)の定めにより、B県の県庁所在地であるB市の金融街から市役所、県庁に至る片道約2キロメートルの幹線道路を約1000人の参加者が往復するデモ行進許可申請書を提出した。デモ行進が行われる幹線道路沿いには多くの飲食店があり、市の中心部にある県庁や市役所の周りは県内最大の商業ゾーンでもある。B県公安委員会は、デモ行進は片側2車線の車道の歩道寄りの1車線内のみを使うことという条件付きで許可した。

第1回目のデモ行進の当日、Aら実行委員会は、デモ参加者に対し、デモ行進中は拡声器等を使用しないこと、また、ビラの類は配らず、ゴミを捨てないようにすることを徹底させた。第1回目のデモ行進は、若干の飲食店から売上げが減少したとの県への苦情があったが、その他は特に問題を起こすことなく終えた。そこで、Aら実行委員会は、第2回目のデモ行進を同年9月21日(土)に、第1回目と同じ計画で行うこととし、同月5日(木)にデモ行進の許可申請を行った。これに対し、B県公安委員会は、第1回目と同様の条件を付けて許可した。

B県では、次年度以降の財政の在り方をめぐり、社会福祉関係費の削減を中心として、知事と県議会が激しく対立していた。知事は、同月13日(金)に、B県住民投票に関する条例(【参考資料2】参照)第4条第3項に基づき、「社会福祉関係費の削減の是非」を付議事項として住民投票を発議し、翌10月13日(日)に住民投票を実施することとした。

第2回目のデモ行進も、拡声器等を使用せず、ビラの類も配らずに無事終了した。ただし、住民投票実施ということもあって参加者は2000人近くに達し、「県の社会福祉関係費の削減に反対」という横断幕やプラカードを掲げる参加者もいたし、「社会福祉関係費の削減に反対票を投じよう」というシュプレヒコールもあった。また、デモ行進が行われた道路で交通渋滞が発生したために、幹線道路に近接した閑静な住宅街の道路を迂回路として使う車が増えた。第2回目のデモ行進終了後、市民や町内会からは、住宅街で交通事故が起きることへの不安や騒音被害を訴える苦情が県に寄せられた。また、第1回目よりも更に多くの飲食店から、デモ行進の影響で飲食店の売上げが減少したという苦情が県に寄せられた。

Aら実行委員会は、第3回目のデモ行進を同年9月29日(日)に行うことにして、参加予定人員を2000人とし、その他は第1回目・第2回目と同様の計画で許可申請を行った。しかし、B県公安委員会は、住民投票日が近づいてきて一層住民の関心が高まっており、第3回目のデモ行進は、市民の平穏な生活環境を害したり、商業活動に支障を来したりするなど、住民投票運動に伴う弊害を生ずる蓋然性が高いと判断し、当該デモ行進の実施がB県集団運動に関する条例第3条第1項第4号に該当するとして、当該申請を不許可とした。

この不許可処分に抗議するために、Aら実行委員ばかりでなく、デモ行進に参加していた人たち約200人が、B県庁前に集まった。そこに地元のテレビ局が取材に来ていて、Aがレポーターの質問に答えて、「第1回のデモ行進と第2回のデモ行進が許可されたのに、第3回のデモ行進が不許可とされたのは納得がいかない。平和的なデモ行進であるにもかかわらず、デモ行進を不許可としたこ

とは、県の重要な政策問題に関する意見の表明を封じ込めようとするものであり、憲法上問題がある」と発言する映像が、ニュースの中で放映された。そのニュースを、B県立大学学長や副学長も観ていた。

AたちCゼミ生は、当初から、学外での活動の締めくくりとして、学内で「格差問題と憲法」をテーマにした講演会の開催を計画していた。デモ行進が不許可になったので学内講演会の計画を具体化することとなったが、知事の施策方針に賛成する県議会議員と反対する県議会議員を講演者として招き、さらに、今回のデモ行進の不許可処分に関するC教授による講演を加えて、開催することにした。C教授の了承も得て、Aたちは、Cゼミとして教室使用願を大学に提出した。同じ頃、Cゼミ主催の講演会とは開催日が異なるが、経済学部のゼミからも、2名の評論家を招いて行う「グローバルゼーションと格差問題：経済学の観点から」をテーマとした講演会のための教室使用願が提出されていた。

B県立大学教室使用規則では、「政治的目的での使用は認めず、教育・研究目的での使用に限り、これを許可する」と定められている。この規則の下で、同大学は、ゼミ活動目的での申請であり、かつ、当該ゼミの担当教授が承認していれば教室の使用を許可する、という運用を行っている。同大学は、経済学部のゼミからの申請は許可したが、Cゼミからの申請は許可しなかった。大学側は、Aらが中心となって行ったデモ行進が県条例に違反すること、ニュースで流されたAの発言は県政批判に当たるものであること、また講演者が政治家であることから、Cゼミ主催の講演会は政治的色彩が強いと判断した。

Aは、B県を相手取ってこの2つの不許可処分が憲法違反であるとして、国家賠償訴訟を提起することにした。

〔設問1〕

あなたがAの訴訟代理人となった場合、2つの不許可処分に関してどのような憲法上の主張を行うか。

なお、道路交通法に関する問題並びにB県各条例における条文の漠然性及び過度の広汎性の問題は論じなくてよい。

〔設問2〕

B県側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料1】 B県集団運動に関する条例（抜粋）

第1条 道路、公園、広場その他屋外の公共の場所において集団による行進若しくは示威運動又は集会（以下「集団運動」という。）を行おうとするときは、その主催者は予めB県公安委員会の許可を受けなければならない。

第2条 前条の規定による許可の申請は、主催者である個人又は団体の代表者（以下「主催者」という。）から、集団運動を行う日時の72時間前までに次の事項を記載した許可申請書三通を開催地を管轄する警察署を経由して提出しなければならない。

- 一 主催者の住所、氏名
- 二 集団運動の日時
- 三 集団運動の進路、場所及びその略図
- 四 参加予定団体名及びその代表者の住所、氏名
- 五 参加予定人員
- 六 集団運動の目的及び名称

第3条 B県公安委員会は、前条の規定による申請があつたときは、当該申請に係る集団運動が次の各号のいずれかに該当する場合のほかは、これを許可しなければならない。

一～三 (略)

四 B県住民投票に関する条例第14条第1項第2号及び第3号に掲げる行為がなされることとなることが明らかであるとき。

2 B県公安委員会は、次の各号に関し必要な条件を付けることができる。

一, 二 (略)

三 交通秩序維持に関する事項

四 集団運動の秩序保持に関する事項

五 夜間の静ひつ保持に関する事項

六 公共の秩序又は公衆の衛生を保持するためやむを得ない場合の進路、場所又は日時の変更に
関する事項

【参考資料2】B県住民投票に関する条例(抜粋)

第1条 この条例は、県政に係る重要事項について、住民に直接意思を確認するための住民投票に係る基本的事項を定めることにより、住民の県政への参加を推進し、もって県民自治の確立に資することを目的とする。

第2条 住民投票に付することができる県政に係る重要事項(以下「重要事項」という。)は、現在又は将来の住民の福祉に重大な影響を与え、又は与える可能性のある事項であって、住民の間又は住民、議会若しくは知事の間で重大な意見の相違が認められる状況その他の事情に照らし、住民に直接その賛成又は反対を確認する必要があるものとする。

第4条 (略)

2 (略)

3 知事は、自ら住民投票を發議し、これを実施することができる。

4 住民投票の期日は、知事が定める。

第14条 何人も、住民投票の付議事項に対し賛成又は反対の投票をし、又はしないよう勧誘する行為(以下「住民投票運動」という。)をするに当たっては、次に掲げる行為をしてはならない。

一 買収、脅迫その他不正の手段により住民の自由な意思を拘束し又は干渉する行為

二 平穏な生活環境を害する行為

三 商業活動に支障を来す行為

2 (略)

論文式試験問題集 [公法系科目第2問]

〔公法系科目〕

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕と〔設問2〕の配点割合は、6：4）

Aは、土地区画整理法（以下「法」という。）に基づいて1987年に設立されたB土地区画整理組合（以下「本件組合」という。）の組合員である。本件組合の施行する土地区画整理事業（以下「本件事業」という。）については、当初、国及びC県からの補助金並びに保留地（事業費を捻出するために売却に用いられる土地をいう。）の処分による収入により実施する計画であったが、地価の下落により、保留地の処分が計画どおり進まなかったため、本件組合は、度々資金計画を変更して、補助金の増額や事業資金の借入れにより対応してきた。しかし、なおも地価の下落が続き、事業費不足が生じたため、本件組合は、組合員に対して総額15億円の賦課金の負担を求めることとした。

本件組合は、2012年6月17日に開催された臨時総会（以下「本件臨時総会」という。）において、賦課金の新設を内容とする定款変更（以下「本件定款変更」という。その内容については、【資料1】を参照。）について議決した。また、本件臨時総会においては、賦課金の額及び徴収方法を定める賦課金実施要綱（以下「本件要綱」という。）が議決された。本件要綱によると、300平方メートル以下の小規模宅地の所有者又は借地権者（以下「所有者等」という。）には、賦課金は課されず、300平方メートルを超える宅地の所有者等に対して、300平方メートルを超える地積に比例して、賦課金が割り当てられる。すなわち、各組合員の賦課金の額は、 $\{(地積 - 300 \text{ m}^2) \times \text{賦課金単価}\}$ とされ、賦課金単価は、 $\{15 \text{ 億円} \div (\text{総地積} - \text{総賦課金免除地積})\}$ とされている。本件臨時総会で、本件組合の理事Dは、小規模宅地の所有者等に対する政策的配慮から、小規模宅地の所有者等については一律に賦課金支払義務を免除した旨を説明した。

本件臨時総会における本件定款変更の議決状況は、【資料2】のとおりである。書面による議決権行使の書類については、本件組合の理事Dが組合員により署名捺印された白紙のままの書面議決書500通を受け取り、後で議案に賛成の記載を自ら施していた。

本件組合は、法第39条第1項の規定に基づき、本件定款変更について認可を申請し、C県知事は、2012年12月13日付けで、本件定款変更の認可（以下「本件認可」という。）を行った。

本件事業の施行区域内に2000平方メートルの宅地を所有するAは、本件認可に不満を持ち、C県の担当部署を訪れて、本件認可を見直すよう申し入れるとともに、聞き入れられない場合には、本件認可の取消しを求めて訴訟を提起する考えを伝えた。しかし、C県職員からは、本件認可を見直す予定はないこと、及び、本件認可は取消訴訟の対象とならないことを告げられた。途方に暮れたAは、知り合いの弁護士Eに相談した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Eの指示に応じ、弁護士Fの立場に立って、設問に答えなさい。

なお、土地区画整理法の抜粋は【資料3】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。ただし、土地区画整理法及び同法施行令の規定によると、費用の分担に関する定款変更は総会の特別議決事項とされており、組合員の3分の2以上が出席し、出席組合員の（人数及び地積における）3分の2以上で決することとされているが、これに関する規定は【資料3】には掲げていない。

〔設問1〕

本件認可は、取消訴訟の対象となる処分に当たるか。土地区画整理組合及びこれに対する定款変更認可の法的性格を論じた上で、本件認可の法的効果を丁寧に検討して答えなさい。

〔設問2〕

本件認可は適法か。関係する法令の規定を挙げながら、適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示して答えなさい。

【法律事務所の会議録】

弁護士E：Aさんは、本件認可の取消訴訟を提起したい意向です。そこで、まず、訴訟要件について検討しましょう。本件認可に処分性は認められるのでしょうか。

弁護士F：「認可」という文言からして、処分性は問題なく認められるのではないのでしょうか。

弁護士E：本件では、土地区画整理組合に対する認可である点に注意が必要です。Aさんの話では、C県の職員は、「本件組合は、行政主体としての法的性格を与えられている」と述べたそうです。

弁護士F：本件組合が行政主体であるとは、どういうことでしょうか。土地区画整理法にそのようなことが規定されているのでしょうか。

弁護士E：認可の法的性格を考える上で前提になりますから、検討をお願いします。それから、C県の職員は、「下級行政機関である本件組合に対する本件認可は、処分に該当しない」と明言していたようです。なぜ本件認可の処分性が否定されることになるのか、C県側の立脚している考え方について、整理してください。その際、C県側の主張の論拠となり得る土地区画整理法の規定があれば、挙げてください。

弁護士F：承知しました。ただ、本件認可の法的効果を幅広く検討することによって、処分性が認められる余地があるのではないのでしょうか。

弁護士E：なるほど。本件認可の法的効果を条文に即して幅広く検討する必要がありますね。Aさんの話では、C県の職員は、「市町村が土地区画整理事業を行う場合には、定款ではなく施行規程を条例で定めることとされています。条例の制定行為に処分性が認められないのと同様に、本件認可は処分に該当するものではありません。」と述べたそうです。この主張がどのような法的根拠に基づいており、何を理由に処分性を否定する趣旨なのか、明らかにする必要があります。また、この主張に対してどのように反論すべきかについて、重要な点ですから、賦課金の具体的な仕組みに即した丁寧な検討をお願いします。

弁護士F：承知しました。

弁護士E：次に、本件認可の適法性について検討しましょう。Aさんの話では、本件事業は、地価が高騰しつつあったバブル経済期に計画され、保留地を高値で売却できることが資金計画の前提とされていました。ところが、バブル経済の崩壊により、この前提が大きく崩れたにもかかわらず、本件組合は、地価はいずれ持ち直すという楽観的な見通しのもとに資金計画を変更し、さらに資金計画の変更を迫られるということを繰り返しています。今回の資金計画の変更は、事業当初から数えて7回目に当たります。このような度重なる資金計画の変更は、本件組合が本件事業を遂行できるのかについて大きな疑問を抱かせるものであること、また、本件事業は既に実質的に破綻しており、賦課金の新設を認めることは違法であることなどが、Aさんの主張です。Aさんの主張が本件認可の違法事由として法律構成できるものなのかについて、土地区画整理法の条文に即して検討してください。

弁護士F：承知しました。

弁護士E：それから、Aさんの不満は、本件定款変更が本件臨時総会で議決された経緯にもあるようです。費用の分担に関する定款変更は、特別議決事項とされていますが、本件臨時総会の議決状況を見ると、形の上では、議決の要件を満たしていますね。ただ、書面議決書の取扱いに問題があるように思われますので、この点についての違法性を、C県側の反論も想定した上で、検討してください。

弁護士F：承知しました。Aさんは、賦課金の算定方法が不公平であるという点にも不満を持っておられるようですね。私の方で少し調査しましたところ、本件組合の組合員1人当たりの平均地積は約482平方メートルですが、300平方メートル以下の宅地の所有権等を有し、賦課金が免除される組合員は930名で、総組合員の約80パーセントを占めています。ま

た、賦課金が免除される宅地の総地積は約23万平方メートルで、施行地区内の宅地の総地積の約41パーセントを占めています。

弁護士E：なるほど。そのデータを踏まえ、本件の賦課金の算定方法の違法性につき、土地区画整理法の規定に照らして、検討してください。ただ、賦課金の算定方法は本件定款において直接定められているわけではありませんので、C県側は、賦課金の算定方法の違法性が本件認可の違法性をもたらすわけではないという主張をしてくるかもしれません。これに対する反論についても検討をお願いします。

弁護士F：承知しました。

【資料1 本件定款変更の内容】

賦課金に関する規定を新設し、第6条第2号を挿入して同条第3号以下を繰り下げるとともに、第7条及び第8条を挿入して第9条以下を繰り下げる。変更後の第6条ないし第8条は、以下のとおりである。

(収入金)

第6条 この組合の事業に要する費用は、次の各号に掲げる収入金をもってこれに充てる。

- 一 補助金及び助成金
- 二 次条の規定による賦課金
- 三 第9条の規定による保留地の処分金
- 四 (略)
- 五 寄付金及び雑収入

(賦課金)

第7条 前条第2号の賦課金の額及び賦課金徴収の方法は、総会の議決に基づき定める。

(過怠金及び督促手数料)

第8条 前条の規定による賦課金の滞納に督促状を発した場合においては、督促1回ごとに80円の督促手数料及びその滞納の日数に応じて当該督促に係る賦課金の額に年利10.75パーセントの割合を乗じて得た金額を延滞金として徴収するものとする。

【資料2 本件臨時総会における本件定款変更の議決状況】

総組合員数 1161名

宅地の総地積 56万平方メートル

出席組合員数 907名

(投票者287名、書面による議決権行使者620名)

賛成した出席組合員数 795名

(投票者225名、書面による議決権行使者570名)

賛成した出席組合員が所有権又は借地権を有する宅地総地積 39万平方メートル

(投票者18万平方メートル、書面による議決権行使者21万平方メートル)

【資料3 土地区画整理法(昭和29年5月20日法律第119号)(抜粋)】

(この法律の目的)

第1条 この法律は、土地区画整理事業に関し、その施行者、施行方法、費用の負担等必要な事項を規定することにより、健全な市街地の造成を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とする。

(定義)

第2条 この法律において「土地区画整理事業」とは、都市計画区域内の土地について、公共施設の整備改善及び宅地の利用の増進を図るため、この法律で定めるところに従って行われる土地の区画形質の変更及び公共施設の新設又は変更に関する事業をいう。

2～8 (略)

(土地区画整理事業の施行)

第3条 (略)

2 宅地について所有権又は借地権を有する者が設立する土地区画整理組合は、当該権利の目的である宅地を含む一定の区域の土地について土地区画整理事業を施行することができる。

3 (略)

4 都道府県又は市町村は、施行区域の土地について土地区画整理事業を施行することができる。

5 (略)

(設立の認可)

第14条 第3条第2項に規定する土地区画整理組合（以下「組合」という。）を設立しようとする者は、7人以上共同して、定款及び事業計画を定め、その組合の設立について都道府県知事の認可を受けなければならない。（以下略）

2～4 (略)

(定款)

第15条 前条第1項（中略）の定款には、次に掲げる事項を記載しなければならない。

一 組合の名称

二 施行地区（中略）に含まれる地域の名称

三 事業の範囲

四 事務所の所在地

五 (略)

六 費用の分担に関する事項

七～十二 (略)

(設立の認可の基準等及び組合の成立)

第21条 都道府県知事は、第14条第1項（中略）に規定する認可の申請があつた場合においては、次の各号（中略）のいずれかに該当する事実があると認めるとき以外は、その認可をしなければならない。

一 申請手続が法令に違反していること。

二 定款又は事業計画若しくは事業基本方針の決定手続又は内容が法令（中略）に違反していること。

三 (略)

四 土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎及びこれを的確に施行するために必要なその他の能力が十分でないこと。

2～7 (略)

(組合員)

第25条 組合が施行する土地区画整理事業に係る施行地区内の宅地について所有権又は借地権を有する者は、すべてその組合の組合員とする。

2 (略)

(総会の組織)

第30条 組合の総会は、総組合員で組織する。

(総会の議決事項)

第31条 次に掲げる事項は、総会の議決を経なければならない。

- 一 定款の変更
- 二 事業計画の決定
- 三 事業計画又は事業基本方針の変更
- 四～六 (略)
- 七 賦課金の額及び賦課徴収方法
- 八～十二 (略)

(議決権及び選挙権)

第38条 1, 2 (略)

- 3 組合員は書面又は代理人をもって(中略)議決権及び選挙権を行うことができる。
- 4 前項の規定により議決権及び選挙権を行う者は、(中略)出席者とみなす。
- 5, 6 (略)

(定款又は事業計画若しくは事業基本方針の変更)

第39条 組合は、定款又は事業計画若しくは事業基本方針を変更しようとする場合においては、その変更について都道府県知事の認可を受けなければならない。(以下略)

- 2 (中略)第21条第1項(中略)の規定は前項に規定する認可の申請があつた場合又は同項に規定する認可をした場合について準用する。(以下略)

3～6 (略)

(経費の賦課徴収)

第40条 組合は、その事業に要する経費に充てるため、賦課金として(中略)組合員に対して金銭を賦課徴収することができる。

- 2 賦課金の額は、組合員が施行地区内に有する宅地又は借地の位置、地積等を考慮して公平に定めなければならない。

3 (略)

- 4 組合は、組合員が賦課金の納付を怠つた場合においては、定款で定めるところにより、その組合員に対して過怠金を課することができる。

(賦課金等の滞納処分)

第41条 組合は、賦課金(中略)又は過怠金を滞納する者がある場合においては、督促状を發して督促し、その者がその督促状において指定した期限までに納付しないときは、市町村長に対し、その徴収を申請することができる。

2 (略)

- 3 市町村長は、第1項の規定による申請があつた場合においては、地方税の滞納処分の例により滞納処分をする。(以下略)

- 4 市町村長が第1項の規定による申請を受けた日から30日以内に滞納処分に着手せず、又は90日以内にこれを終了しない場合においては、組合の理事は、都道府県知事の認可を受けて、地方税の滞納処分の例により、滞納処分をすることができる。

- 5 前2項の規定による徴収金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐものとする。

(施行規程及び事業計画の決定)

第52条 都道府県又は市町村は、第3条第4項の規定により土地区画整理事業を施行しようとする場合においては、施行規程及び事業計画を定めなければならない。(以下略)

2 (略)

(施行規程)

第53条 前条第1項の施行規程は、当該都道府県又は市町村の条例で定める。

- 2 前項の施行規程には、左の各号に掲げる事項を記載しなければならない。

- 一 土地区画整理事業の名称
- 二 施行地区(中略)に含まれる地域の名称

三 土地区画整理事業の範囲

四 事務所の所在地

五 費用の分担に関する事項

六～八 (略)

(換地処分)

第103条 換地処分は、関係権利者に換地計画において定められた関係事項を通知してするものとする。

2 換地処分は、換地計画に係る区域の全部について土地区画整理事業の工事が完了した後において、遅滞なく、しなければならない。(以下略)

3 個人施行者、組合、区画整理会社、市町村又は機構等は、換地処分をした場合においては、遅滞なく、その旨を都道府県知事に届け出なければならない。

4 国土交通大臣は、換地処分をした場合においては、その旨を公告しなければならない。都道府県知事は、都道府県が換地処分をした場合又は前項の届出があつた場合においては、換地処分があつた旨を公告しなければならない。

5, 6 (略)

(報告、勧告等)

第123条 国土交通大臣は都道府県又は市町村に対し、都道府県知事は個人施行者、組合、区画整理会社又は市町村に対し、市町村長は個人施行者、組合又は区画整理会社に対し、それぞれその施行する土地区画整理事業に関し、この法律の施行のため必要な限度において、報告若しくは資料の提出を求め、又はその施行する土地区画整理事業の施行の促進を図るため必要な勧告、助言若しくは援助をすることができる。

2 (略)

(組合に対する監督)

第125条 都道府県知事は、組合の施行する土地区画整理事業について、その事業又は会計がこの法律若しくはこれに基づく行政庁の処分又は定款、事業計画、事業基本方針若しくは換地計画に違反すると認める場合その他監督上必要がある場合においては、その組合の事業又は会計の状況を検査することができる。

2～7 (略)

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], [設問2] 及び [設問3] の配点の割合は、3：4：3))

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

I

【事実】

1. 甲土地は、平成22年5月当時、Aが所有しており、Aを所有権登記名義人とする登記がされていた。また、乙土地は、その頃、Bが所有しており、Bを所有権登記名義人とする登記がされていた。
2. Bは、医療機器の製造と販売を主たる事業としていたが、事業用の建物を賃貸して収益を得たいとも考えていた。Bは、事業用の建物を所有するには甲土地が立地として適しているのに対し乙土地が必ずしも適さないことから、乙土地を売却処分して甲土地を取得したいと考え、Aとの間で甲土地の売買について交渉を試みた。この交渉において、Bは、Aに対し、代金を支払うための資金を乙土地の売却処分により調達する予定であることを説明し、Aは、その事情に理解を示すとともに、代金債務の担保として適当な連帯保証人を立てることを求めた。
3. この交渉の結果として、A及びBは、平成22年6月11日、代金を6000万円として甲土地をAがBに売る旨の契約を締結した。この契約においては、代金のうち1500万円は同月中にBがAに支払うこと、残代金4500万円の支払の期限は平成22年8月10日とする事並びに代金の全部が支払われた後に甲土地についての所有権の移転の登記及び甲土地の引渡しをするものとする事が約された。
4. また、保証人を立てることについて、Bは、Aに対し、Bの友人であるCを連帯保証人とする事を提案した。Bは、このことについてCの了解を得ていなかったが、Bと長く交友関係があったCに事情を説明すれば、甲土地を入手するためにCが協力をしてくれるものと想定していた。

Aは、Bの提案を了承し、【事実】3の売買契約が締結された平成22年6月11日、A及びBは、Cがその売買契約に係る代金債務の連帯保証人になる旨の書面を作成した。その書面は、2通作成され、それらの内容は同じものである。すなわち、そこには、【事実】3の売買契約に基づきBが負う代金債務についてCが連帯して保証する旨が記され、A及びBが署名し、Bの署名には、BがCの代理人である旨が示されていた。A及びBは、この書面をそれぞれ1通ずつ持ち帰ることとした。Bは、この書面を作成する際、Cが連帯保証人になることについて、Cから代理権を授与されてはいないが、Cの追認を速やかに得たい、とAに説明した。

5. Bは、平成22年6月15日、Cと会い、Cに対し、【事実】4の連帯保証の書面を示し、その書面に記されているとおり、【事実】3の売買契約に基づきBが負う代金債務についてCが連帯して保証する旨の契約をしたこと、及び連帯保証人になることについてのCの追認を後日に得たいとAに告げたことを説明した。その上で、Bは、Cに対し、Cを連帯保証人にする旨の契約をしたことを認めて欲しい、と要請した。Cは、これを承諾して、その席からAに電話をし、連帯保証人になることに異存はない旨を告げた。
6. 【事実】3の売買契約の代金のうち1500万円は、平成22年6月25日、BがAに支払った。しかし、残代金の支払のためにBが進めた乙土地の売却処分は実現しないまま、やがて平成22年8月10日が到来した。そこで、Aは、同月18日、Bに対し残代金4500万円を速やかに支払うよう求めるとともに、Cに対し同じ額の支払を求めた。

これに対し、Cは、AC間の連帯保証契約は書面でされておらず、その効力を生じないからAの求めに応ずるつもりがないことを告げた。

【設問1】 【事実】1から6までを前提として、次の問いに答えなさい。

Aが、Cに対し、保証債務の履行を請求するには、どのような主張をする必要があるかを検討し、また、その主張に含まれる問題点を踏まえてその当否を論じなさい。

II 【事実】1から6までに加え、以下の【事実】7から16までの経緯があった。

【事実】

7. その後、Bは、乙土地の売却について目途がついたことから、Aと話し合い、Aとの間において、【事実】3の売買契約の残代金を支払う期限を平成22年12月15日とすることに合意した。Bは、乙土地の売却処分によって得た資金を用い、平成22年12月10日、残代金をAに支払った。同日、甲土地はAからBへ引き渡され、また、同月18日、甲土地についてAからBへ売買を原因とする所有権の移転の登記がされた。

8. そこで、Bは、甲土地上に建物を建設するため、銀行であるD及び建設業を営む株式会社であるEと折衝を始めた。

まず、建設資金の融資をBから要請されたDは、平成23年1月頃、甲土地及びその上に建設される建物について第1順位の抵当権の設定を受けることを条件として、Bに対し、建物の建設資金として8000万円を融資する旨の意向を示した。

また、B及びEは、平成23年2月28日、Eが甲土地の上に建物を建設し、これに対する報酬としてBがEに1億3000万円を支払う旨の請負契約を締結した。

9. 【事実】8の請負契約に基づき、Eは、甲土地上に建物を建設し、平成23年8月31日、Bに対し、この建物（以下「丙建物」という。）を引き渡した。同日、DはBに8000万円を貸し渡し、Bは、Bが別に用意した5000万円を加え、請負の報酬として1億3000万円をEに支払った。

10. また、DによるBへの金銭の貸渡しに係る消費貸借の返済条件は、毎月78万円の元利均等払で期間は10年とされた。また、この貸金の返済について2回の債務不履行がある場合にはBは期限の利益を失い、返済されていない額の全部を直ちにDに返済することも約された。

そして、B及びDは、この消費貸借に基づく貸金債権を担保するため、平成23年8月31日、甲土地について抵当権を設定する旨の契約を締結した。これに基づき、同日、甲土地について、Dを登記名義人とする抵当権の設定の登記がされた。この抵当権に優先する担保権の登記はされていない。

丙建物は、平成23年9月14日、Bを登記名義人とする所有権の保存の登記がされた。同日、B及びDは、上記の消費貸借に基づく貸金債権を担保するため、丙建物について抵当権を設定する旨の契約を締結し、これに基づき、Dを登記名義人とする抵当権の設定の登記がされた。この抵当権に優先する担保権の登記はされていない。

11. Bは、Fとの間において、平成23年10月1日、丙建物の1階部分について、コーヒーショップとして使用することを目的とし、賃料を月額40万円として、これをFに賃貸する旨の契約を締結した。この賃貸借契約においては、各月の賃料を前月の25日に支払うものとするのが約された。この賃貸借契約に基づき、同日、Bは、Fに対し丙建物の1階部分を引き渡した。

12. Bは、Gとの間において、平成23年11月1日、丙建物の2階部分について、学習塾として使用することを目的とし、賃料を月額30万円として、これをGに賃貸する旨の契約を締結した。この賃貸借契約においては、各月の賃料を前月の25日に支払うものとするのが約された。この賃貸借契約に基づき、同日、Bは、Gに対し丙建物の2階部分を引き渡した。

13. Fは、【事実】11の賃貸借契約の締結に当たり、丙建物の1階部分の内装について、飲食店の内装工事を専門とし、内装業を営むHに相談し、Bから丙建物の設計図を取り寄せるなどして、Hと共に内装の仕様及び施工方法を検討した。その上で、Fは、その検討結果の概要をB

に説明し、それに従いHに内装工事を行わせることについてBの承諾を得た。これを受けて、Fは、平成23年10月3日、Hに内装工事を発注し、同月25日に工事が完了した。そこで、Fは、平成23年11月1日、丙建物の1階部分において、営業を始めた。

14. 平成24年2月末頃、丙建物の1階部分で雨漏りが発生するようになった。
15. Fから雨漏りを防ぐ措置を求められたBは、Eに調査を依頼した。この調査の結果、【事実】13の工事の際にHが誤って丙建物の一部に亀裂を生じさせたことが雨漏りの原因であることが明らかとなった。
16. Bは、このままでは丙建物の維持に支障が生じると考え、Eに【事実】15の亀裂の修繕を発注し、その修繕の工事は、平成24年3月20日に完了した。そこで、Bは、それに対する報酬として100万円をEに支払った。このBがEに支払った報酬の額は、【事実】15の亀裂の修繕に要する工事の対価として、適正なものである。

〔設問2〕 【事実】1から16までを前提として、Bは、【事実】16においてEに支払った報酬に相当する金銭の支払をFに対し求めるために、どのような主張をすることが考えられるか。また、それに対し、Fは、どのような主張をすることが考えられるか。それぞれの主張の根拠を説明し、いずれの主張が認められるかを検討しなさい。

Ⅲ 【事実】1から16までに加え、以下の【事実】17及び18の経緯があった。

【事実】

17. その後、Bは、医療機器の製造販売の事業に失敗して、資金が不足するようになり、Dに対する平成24年6月分及び7月分の貸金の返済について遅滞が生じた。そこで、Dは、抵当権に基づく物上代位によって貸金の回収を図ることを考え、差し当たり丙建物の2階部分の賃料について、丙建物を目的とする【事実】10の抵当権に基づく物上代位による貸金の回収を始めることとした。また、丙建物の1階部分の賃料については、【事実】16の修繕費用をめぐる問題が解決してから、同様の手順を採ることを考えた。

そこで、Dは、平成24年9月18日、抵当権に基づく物上代位権の行使として、BがGに対して有する賃料債権のうち、平成24年9月25日以降に弁済期が到来する同年10月分から平成25年9月分までについて差押えの申立てをした。この差押えに係る差押命令は、平成24年9月21日、B及びGに送達された。

18. この送達される前の平成24年9月初旬、大型で強い台風が襲い、丙建物の2階部分は、暴風のため窓が損傷し、外気が吹き込む状態となった。そのままでは丙建物の2階部分で児童や生徒に対し授業をすることにも支障が生ずるため、Gは、すぐにこの状況をBに知らせようとしたが、Bの所在を把握することができなかった。

Gは、やむなくEに連絡を取って相談をし、E及びGは、平成24年9月8日、Eが丙建物の2階部分の修繕をし、それに対する報酬としてGがEに対し30万円を支払うことを約した。この報酬の額は、修繕に要する工事の対価として、適正なものである。翌9日にEがこの修繕を完了したことから、同日、Gは、Eに対し30万円を支払った。

〔設問3〕 【事実】1から18までを前提として、次の問いに答えなさい。

平成24年12月7日、Dは、同年10月分から同年12月分までの賃料（それぞれ同年9月25日、同年10月25日及び同年11月25日に弁済期が到来したもの）の合計額である90万円の支払をGに対して求めたが、Gは、【事実】18の報酬の相当額である30万円を差し引き、60万円のみを支払うと主張した。これに対して、Dは、「まず、Gが、報酬の相当額を支払うようBに対し請求する権利を有することについて、説明して欲しい。また、仮にそのような権利があるとしても、判例によれば、それと賃料債権を相殺することをもって、Dに対抗することは

できないから、GはDに対して90万円全額の支払義務を負うはずである。」と反論した。Dが依拠する判例とは、下記に【参考】として示すものである。

このDの反論を踏まえた上で、Gがどのような主張をしたらよいか、理由を付して説明しなさい。

【参考】

最高裁判所第三小法廷平成13年3月13日判決・最高裁判所民事判例集55巻2号363頁

〔事案の概要〕

PがQに対して負う貸金債務を担保するため、Pが所有する建物について根抵当権が設定され、その登記がされた後、当該建物の1階部分について、Pを賃貸人とし、第三者Rを賃借人とする賃貸借契約が締結され、3150万円の保証金がRからPに預託された。

その後、P及びRは、当該建物の1階部分について、それまでの賃貸借契約をいったん解約し、改めて賃料を月額33万円とする賃貸借契約を締結し、その際、保証金を330万円に減額した。その結果、Pは、Rに対し差額の2820万円の返還債務を負った。しかし、この返還債務をPが履行することができなかつたため、PがRに対して負う保証金返還債務の一部については、以後3年間、RがPに対して負う賃料債務と、賃料支払期日ごとに対当額で相殺することがPR間で合意された。

さらにその後、Qは、上記の根抵当権に基づく物上代位権の行使として、PがRに対して有する賃料債権のうち、差押命令送達時以降900万円に満つるまでのものを差し押さえ、差押命令がP及びRに送達された。

そして、Qは、Rに対し、5か月分の賃料の支払を求めて訴えを提起したが、これに対して、Rは、Pとの相殺合意に基づく相殺を主張して争った。

第1審及び第2審では、いずれもQが勝訴し、Rの上告を受けた最高裁判所は、次のとおり判示して上告を棄却する判決を言い渡した。

〔判旨〕

「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。けだし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができるから、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。」

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：100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は、2：5：3])

次の文章を読んで、後記の [設問1] から [設問3] までに答えなさい。

1. 甲株式会社 (以下「甲社」という。) の定款は、別紙のとおりである。
甲社の発行済株式の総数は1000株であり、その資本金の額は4億円である。甲社は、会社法上の大会社ではない。
2. 甲社は、亡Pが創業し、その妻Q、長男A、二男B、三男Cらと共に発展させてきた会社であり、株主構成としては、Qが120株、Aが400株、Bが250株、Cが150株を有し、そのほか、Aの長男Dが30株、亡Pの弟Eが50株を有していた。
甲社における取締役はA、B、C及びQの4人であり、代表取締役社長はAであった。これらの取締役は、いずれも平成23年3月に開催された定時株主総会 (以下「平成23年総会」という。) で再任され、その任期は、平成24年12月31日に終了する事業年度に関する定時株主総会の終結の時までであった。
3. 平成23年総会においては、取締役全員の報酬の総額を年6000万円以内とする旨の決議がされ、その直後の取締役会において、全員一致により、次の定時株主総会までの間の各取締役の報酬の額をAにつき2000万円、Bにつき1500万円、Cにつき1200万円、Qにつき1000万円とする旨の決議がされた。
その後、平成24年3月に開催された定時株主総会の直後の取締役会においても、全員一致により、次の定時株主総会までの間の各取締役の報酬につき、上記と同額とする旨の決議がされた。
4. 平成24年10月、Qが死亡した。Qの相続人は、A、B及びCの3人であり、Qは、遺言をしていなかった。
遺産分割協議では、A、B及びCが互いに譲らない状況が続いていた。A、B及びCは、Qが有していた甲社株式についての権利行使者に関しても協議したが、合意に至らなかったため、平成25年1月20日、B及びCは、上記の権利行使者をBとすることに合意し、甲社に対し、連名でその旨を通知した。
5. 平成25年1月下旬、Aは、Eから、Eの経営する会社が資金繰りに窮したために緊急にその有する甲社株式を換金したい旨の相談を受けた。
Aは、自己の意向に沿う株主を増やすことを企図し、Eに対し、友人である資産家のFを紹介した。Fは、Aから、甲社株式を保有してAを支持すれば、株式の価値も上がり良い投資になる旨説得され、株式の取得を承諾した。
同年2月13日、Eは、Fとの間で、その有する甲社株式50株を代金1億円で売り渡す旨の売買契約を締結し、甲社に対し、会社法所定の記載がされた株式譲渡承認請求書を提出した。
Aは、取締役会においてFが甲社株式を取得することについて承認しない旨の決定がされることを懸念し、他の取締役に対し、Eから株式譲渡承認請求書が提出されたことを伝えなかった。
6. その後、甲社において取締役会は開催されず、甲社からEに対して何の連絡もないまま、2週間が経過した。
平成25年3月1日、Aは、Fに対し、「Fが甲社株式を取得することについて取締役会の承認の効力が生じたので、今後は、株券の交付さえ受ければ、特段の手続を要することなく、Fは、正式に甲社の株主として扱われることになる。」などと伝えた。Fは、Aの発言を信じ、Eに対し甲社株式の代金1億円を支払い、Eから株券の交付を受けた。Fは、甲社に対し、名義書換の請求手続を採らず、甲社において、名義書換の手続はされなかった。
Eは、受領した代金をその経営する会社のために使用した。
7. 一方、Aは、甲社における自己の支配権を確立する目的で、あらかじめ自らの払込金を用意し

た上で、B及びCが短期間に調達することが困難な多額の出資を伴う株主割当てによる募集株式の発行を実施しようと考えていた。そして、Aは、銀行から一定額の融資を受ける見込みとなったが、なお払込金に不足する部分につき、取締役の報酬の増額により捻出しようと考えた。

8. 甲社では、平成25年3月7日に開催された取締役会において、同月16日を開催日として、平成24年12月31日に終了した事業年度に関する定時株主総会（以下「平成25年総会」という。）を招集することとされ、平成25年総会に、①計算書類の承認議案を提案すること、並びに②任期満了を迎えるA、B及びCのほか、D及び甲社の総務部長Gを取締役候補者とする旨の取締役選任議案を提案することが、全員一致で承認された。

平成25年3月8日、甲社は、A、B、C、D及びFに対し、平成25年総会の招集通知を発送した。その招集通知には、第1号議案として上記①の議案が、第2号議案として上記②の議案が記載されていた。なお、平成25年総会における議決権の行使につき、基準日は定められなかった。

9. 平成25年総会においては、A、B、C及びDが出席し、Fは、Dを代理人として、一切の議決権の行使を委任していた。

第1号議案及び第2号議案が満場一致で承認可決された後、Aは、株主総会の席上で、取締役全員の報酬の総額を年3億円以内に引き上げる旨の議案を提案した。Bは、甲社の経営状態を理由に反対する旨述べたが、株主総会の議長であるAは、採決をすることとした。

Aは、Qが有していた甲社株式についてのBによる議決権行使に関しては、その株式についての権利行使者の指定につきAの同意がないから、無効として取り扱うこととし、その結果、賛成した議決権の数が480個（内訳は、A400個、D30個、F50個）、反対した議決権の数が400個（内訳は、B250個、C150個）となり、可決を宣言した（以下「本件報酬決議」という。）。

Aは、閉会の宣言をし、平成25年総会は、終了した。

10. 平成25年総会の直後に開催された甲社の取締役会においては、取締役への就任を承諾したA、B、C、D及びGが出席した。

この取締役会において、Aから、(a)代表取締役としてAを選定すること、(b)次の定時株主総会までの間の各取締役の報酬の額をAにつき2億円、Bにつき1500万円、Cにつき1200万円、D及びGにつき各2000万円とすること、並びに(c)株主割当ての方法により募集株式を発行することが提案された。上記(c)については、株主に対しその有する株式5株につき2株の割当てを受ける権利を与えること、引受けの申込みの期日及び払込みの期日を平成25年4月1日とすること、募集株式1株の払込金額を200万円とすることなど、会社法所定の事項についての提案がされた。

上記(a)から(c)までの議案について、B及びCは反対したが、A並びにAから事前に話を聞いていたD及びGが賛成したため、これらの議案は、賛成多数により可決された。

11. 平成25年3月17日、甲社は、株主に対し、上記10の株主割当てに係る募集事項その他の会社法所定の事項を通知し、その通知は、同日、株主全員に到達した。

12. 平成25年4月1日、甲社は、各取締役に対し、上記10で定められた報酬の全額を支払った。

同日、A、D及びFは、募集株式の割当てを受ける権利を行使し、その払込金額の全額の払込みをした。B及びCは、甲社の経営の主導権を握りたかったが、その払込金額の一部しか資金を用意することができず、募集株式の割当てを受ける権利を行使しなかった。

【設問1】 上記5のEのFに対する甲社株式の譲渡が甲社に対する関係で効力を生ずるかどうかについて検討した上で、甲社が平成25年総会においてFを株主として取り扱うことの当否について、論じなさい。

〔設問2〕

- (1) Bが本件報酬決議の効力を否定するために会社法に基づき採ることができる手段について、論じなさい。
- (2) 甲社は、A、D及びGに対し、上記12において支払済みの報酬の全部又は一部の返還を請求することができるかどうかについて、論じなさい。ただし、取締役の会社に対する任務懈怠責任（会社法第423条）については、論じなくてよい。

〔設問3〕 Bが、①上記11の時点において、募集株式の発行を阻止するために会社法に基づき採ることができる手段、及び②上記12より後の時点において、募集株式の発行の効力を否定するために会社法に基づき採ることができる手段について、論じなさい。

別 紙

甲 株 式 会 社 定 款

(商号)

第1条 当社は、甲株式会社と称する。

(目的)

第2条 当社は、次の事業を営むことを目的とする。

- 一 自動車部品の製造
- 二 不動産の賃貸
- 三 前二号に附帯関連する一切の事業

(本店の所在地)

第3条 当社は、本店を乙県丙市に置く。

(発行可能株式総数)

第4条 当社の発行可能株式総数は、2000株とする。

(株式の譲渡制限)

第5条 当社の株式を譲渡により取得するには、取締役会の承認を受けなければならない。

(株主割当ての方法による募集株式の発行)

第6条 当社は、会社法第199条第1項の募集において、株主に株式の割当てを受ける権利を与える場合には、取締役会の決議により、同項各号に掲げる事項及び同法第202条第1項各号に掲げる事項を定めることができる。

(株券の発行)

第7条 当社は、発行する株式に係る株券を発行する。

(機関)

第8条 当社は、株主総会及び取締役のほか、取締役会及び監査役を置く。

2 当社の監査役の監査の範囲は、会計に関するものに限定する。

(株主総会の招集権者及び議長)

第9条 株主総会は、代表取締役社長が、これを招集し、その議長となる。

(代表取締役社長)

第10条 取締役会は、その決議により、代表取締役社長を選定する。

(事業年度)

第11条 当社の事業年度は、毎年1月1日から12月31日までの1年とする。

以上は、甲社の定款の全部である。

論文式試験問題集 [民事系科目第3問]

[民事系科目]

[第3問] (配点：100 [[設問1] から [設問4] までの配点の割合は、2.5 : 2.5 : 2 : 3])
次の文章を読んで、後記の [設問1] から [設問4] までに答えなさい。

【事例1】

Aは、甲1及び甲2の二筆の土地を所有していたところ、平成24年9月30日、土地甲1をBに遺贈する旨の遺言(遺言①)をし、同年10月31日、土地甲2をCに遺贈し、遺言執行者としてDを指定する旨の遺言(遺言②)をした。Aの夫は、既に亡くなっており、子EがいるもののAとは疎遠となっており、B及びCはいずれもAの友人である。Aは、同年12月1日、死亡した。

遺言①の存在を知ったEは、平成25年1月10日、遺言①はAが意思能力を欠いた状態でされたものであり無効であると主張し、Bを被告として、遺言①が無効であることの確認を求める訴えを提起した(訴訟I)。

以下は、Bの訴訟代理人である弁護士L1と司法修習生P1との間でされた会話である。

L1：遺言無効確認の訴えは、遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えですが、確認の利益は認められるでしょうか。判例はありますか。

P1：はい。最高裁判所昭和47年2月15日第三小法廷判決(民集26巻1号30頁)は、三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈する内容の遺言の効力が争われた事案において、次のように判示しています。

「本件記録によれば、Xら(原告・控訴人・上告人)は、訴外某が昭和35年9月30日自筆証書によつてなした遺言は無効であることを確認する旨の判決を求め、その請求原因として述べるところは、右某は昭和37年2月21日死亡し、Xら及びY1からY5まで(被告・被控訴人・被上告人)が同人を共同相続したものであるところ、右某は昭和35年9月30日第一審判決別紙のとおり遺言書を自筆により作成し、昭和37年4月2日大分家庭裁判所の検認をえたものであるが、右遺言は、右某がその全財産を共同相続人の一人にのみ与えようとするものであつて、家族制度、家督相続制を廃止した憲法24条に違背し、かつ、その一人が誰であるかは明らかでなく、権利関係が不明確であるから無効である、というものである。これに対し、Y1を除くその余の被上告人らは、本訴の確認の利益を争うとともに、本件遺言により右某の全財産の遺贈を受けた者はY2であることが明らかであるから、本件遺言は有効である旨抗争したものである。第一審は、遺言は過去の法律行為であるから、その有効無効の確認を求める訴は確認の利益を欠くとして、本訴を却下し、右第一審判決に対してXらより控訴したが、原審も、右第一審判決とほぼ同様の見解のもとに、本訴を不適法として却下すべき旨判断し、Xらの控訴を棄却したものである。

よつて按ずるに、いわゆる遺言無効確認の訴は、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとに提起されるから、形式上過去の法律行為の確認を求めるとなるが、請求の趣旨がかかる形式をとつていても、遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めると解される場合で、原告がかかる確認を求めるとつき法律上の利益を有するときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。けだし、右の如き場合には、請求の趣旨を、あえて遺言から生ずべき現在の個別的な法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛

争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の無効の当否を判示することによつて、確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らかだからである。

以上説示したところによれば、前示のような事実関係のもとにおける本件訴訟は適法というべきである。それゆえ、これと異なる見解のもとに、本訴を不適法として却下した原審ならびに第一審の判断は、民訴法の解釈を誤るものであり、この点に関する論旨は理由がある。したがって、原判決は破棄を免れず、第一審判決を取り消し、さらに本案について審理させるため、本件を第一審に差し戻すのが相当である。」

L 1：ありがとう。ただ、訴訟Ⅰの事案には昭和47年判決の事案とは異なるところがあるように思います。昭和47年判決を前提としながら、事案の違いを踏まえ、Eが提起した遺言①の無効確認を求める訴えが確認の利益を欠き不適法であると立論してみてください。

〔設問1〕

あなたが司法修習生P 1であるとして、弁護士L 1から与えられた課題に答えなさい。

【事例1（続き）】

Cは、平成25年3月1日、土地甲2につき、遺言執行者Dとともに遺贈を原因とする所有権移転登記手続の申請をし、同日、上記登記が経由された。

Eは、同年5月1日、遺言②はAが意思能力を欠いた状態でされたものであり無効であると主張し、Dを被告として、上記所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した（訴訟Ⅱ）。

以下は、Dの訴訟代理人である弁護士L 2と司法修習生P 2との間でされた会話である。

L 2：EがDを被告として本件訴えを提起したのはなぜだか分かりますか。

P 2：はい。遺言執行者は、遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有しており、遺言執行者がある場合に、相続人は相続財産についての処分権を失い、右処分権は遺言執行者に帰属します（民法第1012条、第1013条）。また、最高裁判所の判決にも、「相続人は遺言執行者を被告として、遺言の無効を主張し、相続財産について自己が持分権を有することの確認を求める訴を提起することができるのである。」と述べるものがあります（最高裁判所昭和51年7月19日第二小法廷判決・民集30巻7号706頁）。Eはその趣旨に従ったのだと思います。

L 2：なるほど。ただ、本件でもそのように言うことができるでしょうか。私としては、本案前の抗弁として、訴訟Ⅱの被告適格は受遺者Cにあり、遺言執行者Dには被告適格がないと主張し、訴えの却下の判決を求めようと考えています。このような立場から立論してみてください。

〔設問2〕

あなたが司法修習生P 2であるとして、弁護士L 2から与えられた課題に答えなさい。

【事例2】

材木商Fは、土地乙をその所有者Jから賃借し、材木置場として利用していたところ、平成15年4月1日、死亡した。Fの相続人は、その子であるG及びHの2名であり、Fの妻I（G及びHの母）はFより先に亡くなっている。

Gは、Fの死亡後、家業を継ぎ、土地乙を引き続き材木置場として利用している。

ところが、土地乙については、平成13年4月1日に同日付け売買を原因とするJからHへの所有権移転登記がされている。

Gは、平成23年1月10日、Hを被告として、土地乙につきGが所有権を有することの確認及びGへの所有権移転登記手続を求める訴えを提起したところ、Hは、土地乙の明渡しを求める反訴を提起した。

この訴訟（以下「前訴」という。）において、Gは、土地乙は、Gの父Fからその生前に贈与を受けた資金でGがJから買い受けたものであると主張し、Hは、Jから土地乙を買い受けたのはGではなく、Hの父Fであり、その後HがFから土地乙の贈与を受けたと主張した。

前訴の裁判所は、審理の結果、土地乙をJから買い受けたのは、GではなくFであると認められるが、HがFから土地乙の贈与を受けた事実は認められないとの心証を得たものの、それ以上、何らの釈明を求めることなく、Gの本訴請求とHの反訴請求をいずれも棄却する判決を言い渡し、同判決は、そのまま確定した。

ところが、その後もHが贈与により土地乙の単独所有権を取得したと主張したため、Gは、平成25年3月15日、Hに対し、土地乙がFの遺産であることを前提として、相続により取得した土地乙の共有持分権に基づく所有権一部移転登記手続を求める訴えを提起した。

この訴訟（以下「後訴」という。）において、Hは、前訴の本訴請求についての判決により、土地乙はGの所有でないことが確定しており、この点について既判力が生じているから、Gは相続による共有持分の取得を主張することもできないと主張している。

以下は、後訴におけるGの訴訟代理人である弁護士L3と司法修習生P3との間でされた会話である。

P3：前訴判決の認定によれば、土地乙はFの遺産に属し、したがって、Gは法定相続分に応じた共有持分権を有していることになるので、前訴において、Gの請求はその限度で認容されるべきであったのではないのでしょうか。

L3：確かにそのような疑問は湧きますね。そもそも訴訟物のレベルにおいてGが単独所有権に基づく請求をしているのに、共有持分権の限度で請求を認容することが一部認容としてできるかについては議論がありますが、両者は実体的に包含関係にあり、一個の訴訟物の一部として共有持分権の限度で請求を認容することは可能であるという前提で考えてください。

P3：分かりました。

L3：それから、今の点とは別に、Gが相続によって不動産を取得したことを主張する場合の請求原因が何であるか確認する必要がありますね。その上で、主張のレベルにおいて、裁判所は、請求原因の一部であってGが主張していない事実を判決の基礎とすることができるかということが問題になりそうです。検討してみてください。

〔設問3〕

- (1) 相続による特定財産の取得を主張する者が主張すべき請求原因は何か。本件の事実関係に即して説明しなさい（共有持分の割合に関する部分は捨象すること。）。
- (2) 前訴における当事者の主張を前提とすると、裁判所は、適切に釈明権を行使したならば、上記請求原因を判決の基礎とすることができるかどうか、検討しなさい。

【事例2（続き）】

以下は、数日後に弁護士L3と司法修習生P3との間でされた会話である。

L3：さて、我々としては、前に検討してもらった諸点を踏まえて、Hの上記主張に対し、Gの法律上の反論を考えることになっていきますが、見通しはどうですか。

P3：法律論としてまとめきれないのですが、前訴ではHの反訴請求も棄却されているにもかかわらず、後訴で前訴判決の既判力を持ち出してGの共有持分権を否定するというH

の態度には問題があるような気がします。既判力によっては妨げられない訴えを信義則に基づいて却下した判例（最高裁判所昭和51年9月30日第一小法廷判決・民集30巻8号799頁，最高裁判所平成10年6月12日第二小法廷判決・民集52巻4号1147頁）と関連付けて法律論を組み立てられないかと考えています。

例えば，平成10年判決は，次のように述べています。いわゆる明示の一部請求の訴訟物は，その債権全体のうちの一部請求部分に限られるという考え方を前提とする判旨です。

「一個の金銭債権の数量的一部請求は，当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり，債権の特定の一部を請求するものではないから，このような請求の当否を判断するためには，おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる。すなわち，裁判所は，当該債権の全部について当事者の主張する発生，消滅の原因事実の存否を判断し，債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し（最高裁平成2年（オ）第1146号同6年11月22日第三小法廷判決・民集48巻7号1355頁参照），現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し，現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し，債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって，当事者双方の主張立証の範囲，程度も，通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は，このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて，当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって，言い換えれば，後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない。したがって，右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは，実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり，前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し，被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと，金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは，特段の事情がない限り，信義則に反して許されないと解するのが相当である。」

L3：そうですね。既判力は前訴の訴訟物の範囲について生じ，その範囲で後訴において作用するのが原則ですが，あなたが指摘してくれた昭和51年判決や平成10年判決のように，判例は，訴訟物の範囲を超えて後訴における蒸し返しを封じる場合を認めています。訴訟物の範囲を超える部分では信義則が働くという論法です。

このように信義則を理由として訴訟物の範囲よりも広く蒸し返しを禁じること（遮断効の拡張）が認められるのであれば，信義則を理由として既判力の作用を訴訟物よりも狭い範囲に止めること（遮断効の縮小）も認められるかもしれません。遮断効の縮小に関しては，色々な考え方があり得ますが，本件では，平成10年判決を参考にして立論することにしましょう。言うまでもなく，信義則は一般条項ですから，これを持ち出す場合には，どのような事情がいかなる理由により信義則の適用を基礎付けるのか，十分検討する必要があります。困難な課題ではありますが，Hの上記主張に対し，Gの立場から考えられる法律上の主張を立論してみてください。

〔設問4〕

あなたが司法修習生P3であるとして，弁護士L3から与えられた課題に答えなさい。

論文式試験問題集 [刑事系科目第 1 問]

【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 暴力団組長である甲（35歳）は、同組幹部のA（30歳）が対立する暴力団に情報提供していることを知り、Aの殺害を決意した。

甲は、Aに睡眠薬を混入させた飲料を飲ませて眠らせた上、Aを車のトランク内に閉じ込め、ひとけのない山中の採石場で車ごと燃やしてAを殺害することとした。甲は、Aを殺害する時間帯の自己のアリバイを作っておくため、Aに睡眠薬を飲ませて車のトランク内に閉じ込めるところまでは甲自身が行うものの、採石場に車を運んでこれを燃やすことは、末端組員である乙（20歳）に指示して実行させようと計画した。ただし、甲は、乙が実行をちゅうちょしないよう、乙にはトランク内にAを閉じ込めていることは伝えないこととした。

- 2 甲は、上記計画を実行する当日夜、乙に電話をかけ、「後でお前の家に行くから待ってろ。」と指示した上、Aに電話をかけ、「ちょっと話があるから付き合え。」などと言ってAを呼び出した。甲は、古い自己所有の普通乗用自動車（以下「B車」という。）を運転してAとの待ち合わせ場所に向かったが、その少し手前のコンビニエンスストアに立ち寄り、カップ入りのホットコーヒー2杯を購入し、そのうちの1杯に、あらかじめ用意しておいた睡眠薬5錠分の粉末を混入させた。甲は、程なく待ち合わせ場所に到着し、そこで待っていたAに対し、「乗れ。」と言い、AをB車助手席に乗せた。甲は、B車を運転して出発し、走行中の車内で、上記睡眠薬入りコーヒーをAに差し出した。Aは、甲の意図に気付くことなくこれを飲み干し、その約30分後、昏睡状態に陥った。甲は、Aが昏睡したことを確認し、ひとけのない場所にB車を止め、車内でAの手足をロープで縛り、Aが自由に動けないようにした上、昏睡したままのAを助手席から引きずり出して抱え上げ、B車のトランク内に入れて閉じ込めた。なお、上記睡眠薬の1回分の通常使用量は1錠であり、5錠を一度に服用した場合、昏睡状態には陥るものの死亡する可能性はなく、甲も、上記睡眠薬入りコーヒーを飲んだだけでAが死亡することはないと思っていた。

- 3 その後、甲は、給油所でガソリン10リットルを購入し、B車の後部座席にそのガソリンを入れた容器を置いた上、B車を運転して乙宅に行った。甲は、乙に対し、「この車を廃車にしようと思うが、手続きが面倒だから、お前と何度か行ったことがある採石場の駐車場に持って行ってガソリンをまいて燃やしてくれ。ガソリンはもう後部座席に積んである。」などと言い、トランク内にAを閉じ込めた状態であることを秘したまま、B車を燃やすよう指示した。乙は、組長である甲の指示であることから、これを引き受けた。甲が以前に乙が行ったことがある採石場（以下「本件採石場」という。）は、人里離れた山中にあり、夜間はひとけがなく、周囲に建物等もない場所であり、甲は、本件採石場の駐車場（以下「本件駐車場」という。）でB車を燃やしても、建物その他の物や人に火勢が及ぶおそれは全くないと認識していた。

- 4 甲が乙宅から帰宅した後、乙は、一人でB車を運転し、甲に指示された本件採石場に向かった。乙の運転開始から約1時間後、Aは、B車のトランク内で意識を取り戻し、「助けてくれ。出してくれ。」などと叫び出した。乙は、トランク内から人の声が聞こえたことから、道端にB車を止めてトランクを開けてみた。トランク内には、Aが手足をロープで縛られて横たわっており、「助けてくれ。出してくれ。」と言って乙に助けを求めてきた。乙は、この時点で、甲が自分に事情を告げずにB車を燃やすように仕向けてAを焼き殺すつもりだったのだと気付いた。乙は、Aを殺害することにちゅうちょしたが、組長である甲の指示であることや、乙自身、日頃、Aからいじめを受けてAに恨みを抱いていたことから、Aをトランク内に閉じ込めたままB車を燃やし、Aを焼き殺すことを決意した。乙は、Aが声を出さないようにAの口を車内にあったガムテープで塞いだ上、

トランクを閉じ、再びB車を運転して本件採石場に向かった。乙は、Aの口をガムテープで塞いだものの、鼻を塞いだわけではないので、それによってAが死亡するとは思っていなかった。

5 乙は、その後、山中の悪路を約1時間走行し、トランク内のAに気付いた地点から距離にして約20キロメートル離れた本件駐車場に到着した。Aは、その間に、睡眠薬の影響ではなく上記走行による車酔いによりおう吐し、ガムテープで口を塞がれていたため、その吐しゃ物が気管を塞ぎ、本件駐車場に到着する前に窒息死した。

6 本件駐車場は、南北に走る道路の西側に面する南北約20メートル、東西約10メートルの長方形の砂利の敷地であり、その周囲には岩ばかりの採石現場が広がっていた。本件採石場に建物はなく、当時夜間であったので、人もいなかった。乙は、上記南北に走る道路から本件駐車場に入ると、B車を本件駐車場の南西角にB車前方を西に向けて駐車した。本件駐車場には、以前甲と乙が数回訪れたときには駐車車両はなかったが、この日は、乙が駐車したB車の右側、すなわち北側約5メートルの地点に、荷台にベニヤ板が3枚積まれている無人の普通貨物自動車1台(C所有)がB車と並列に駐車されていた。また、その更に北側にも、順に約1メートルずつの間隔で、無人の普通乗用自動車1台(D所有)及び荷物が積まれていない無人の普通貨物自動車1台(E所有)がいずれも並列に駐車されていた。しかし、本件駐車場内にはその他の車両はなく、人もいなかった。当時の天候は、晴れで、北西に向かって毎秒約2メートルの風が吹いていた。また、B車の車内のシートは布製であり、後部座席には雑誌数冊と新聞紙が置いてあった。乙は、それら本件駐車場内外の状況、天候や車内の状況等を認識した上、「ここなら、誰にも気付かれずにB車を燃やすことができる。他の車に火が燃え移ることもないだろう。」と考え、その場でB車を燃やすこととした。乙は、トランク内のAがまだ生存していると思っており、トランクを開けて確認することなく、B車を燃やしてAを殺害することとした。乙は、B車後部座席に容器に入れて置いてあったガソリン10リットルをB車の車内及び外側のボディに満遍なくまき、B車の東方約5メートルの地点まで離れた上、丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれをB車の方に投げ付けた。すると、その火は、乙がまいたガソリンに引火し、B車全体が炎に包まれてAの死体もろとも炎上した。その炎は、地上から約5メートルの高さに達し、時折、隣のC所有の普通貨物自動車の左側面にも届いたが、間もなく風向きが変わり、南東に向かって風が吹くようになったため、C所有の普通貨物自動車は、左側面が一部すすけたものの、燃え上がるには至らず、その他の2台の駐車車両は何らの被害も受けなかった。

論文式試験問題集 [刑事系科目第2問]

[刑事系科目]

[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。

【事例】

- 1 平成25年2月1日午後10時、Wは、帰宅途中にH市内にあるH公園の南東側入口から同公園内に入った際、2名の男（以下、「男1」及び「男2」とする。）が同入口から約8メートル離れた地点にある街灯の下でVと対峙しているのを目撃した。Wは、何か良くないことが起こるのではないかと心配になり、男1、男2及びVを注視していたところ、男2が「やれ。」と言った直後に、男1が右手に所持していた包丁でVの胸を2回突き刺し、Vが胸に包丁が刺さったまま仰向けに倒れるのを目撃した。その後、Wは、男2が「逃げるぞ。」と叫ぶのを聞くとともに、男1及び男2が、Vを放置したまま、北西に逃げていくのを目撃した。

そこで、Wは、同日午後10時2分に持っていた携帯電話を使って110番通報し、前記目撃状況を説明したほか、「男1は身長約190センチメートル、痩せ型、20歳くらい、上下とも青色の着衣、長髪」、「男2は身長約170センチメートル、小太り、30歳くらい、上が白色の着衣、下が黒色の着衣、短髪」という男1及び男2の特徴も説明した。

この通報を受けて、H県警察本部所属の司法警察員が、同日午後10時8分、Vが倒れている現場に臨場し、Vの死亡を確認した。

また、H県警察本部所属の別の司法警察員は、H公園付近を管轄するH警察署の司法警察員に対し、H公園で殺人事件が発生したこと、Wから通報された前記目撃状況、男1及び男2の特徴を伝達するとともに、男1及び男2を発見するように指令を発した。

- 2 前記指令を受けた司法警察員P及びQの2名は、一緒に、男1及び男2を探索していたところ、同日午後10時20分、H公園から北西方向に約800メートル離れた路上において、「身長約190センチメートル、痩せ型、20歳くらい、上下とも青色の着衣、長髪の男」、「身長約170センチメートル、小太り、30歳くらい、上が白色の着衣、下が黒色の着衣、短髪の男」の2名が一緒に歩いているのを発見し、そのうち、身長約190センチメートルの男の上下の着衣及び靴に一見して血と分かる赤い液体が付着していることに気付いた。そのため、司法警察員Pらは、これら男2名を呼び止めて氏名等の人定事項を確認したところ、身長約190センチメートルの男が甲、身長約170センチメートルの男が乙であることが判明した。その後、司法警察員Pは、甲及び乙に対し、「なぜ甲の着衣と靴に血が付いているのか。」と質問した。

これに対し、甲は、何も答えなかった。

一方、乙は、司法警察員P及びQに対し、「甲の着衣と靴に血が付いているのは、20分前にH公園でVを殺したからだ。二日前に俺が、甲に対し、報酬を約束してVの殺害を頼んだ。そして、今日の午後10時に俺がVをH公園に誘い出した。その後、俺が『やれ。』と言ってVを殺すように指示すると、甲が包丁でVの胸を2回突き刺してVを殺した。その場から早く逃げようと思い、俺が甲に『逃げるぞ。』と呼び掛けて一緒に逃げた。俺は、甲がVを殺すのを見ていただけだが、俺にも責任があるのは間違いない。」などと述べた。

その後、同日午後10時30分、前記路上において、甲は、司法警察員Pにより、刑事訴訟法第212条第2項に基づき、乙と共謀の上、Vを殺害した事実で逮捕された【逮捕①】。また、その頃、同所において、乙は、司法警察員Qにより、同項に基づき、甲と共謀の上、Vを殺害した事実で逮捕された【逮捕②】。

その直後、乙は、司法警察員P及びQに対し、「今朝、甲に対し、メールでVを殺害することに対する報酬の金額を伝えた。」旨述べ、所持していた携帯電話を取り出し、同日午前9時に甲宛てに送信された「報酬だけど、100万円はどうだ。」と記載されたメールを示した。これを受けて、司法警察員Qは、乙に対し、この携帯電話を任意提出するように求めたところ、乙がこ

れに応じたため、この携帯電話を領置した。

- 3 他方、司法警察員Pは、甲の身体着衣について、前記路上において、逮捕に伴う捜索を実施しようとしたが、甲は暴れ始めた。ちょうどその頃、酒に酔った学生の集団が同所を通り掛かり、司法警察員P及び甲を取り囲んだ。そのため、1台の車が同所を通行できず、停車を余儀なくされた。

そこで、司法警察員Pは、同所における捜索を断念し、まず、甲を300メートル離れたI交番に連れて行き、同交番内において、逮捕に伴う捜索を実施することとした。司法警察員Pは、甲に対し、I交番に向かう旨告げたところ、甲は、おとなしくなり、これに応じた。

その後、司法警察員Pと甲は、I交番に向かって歩いていったところ、同日午後10時40分頃、前記路上から約200メートル離れた地点において、甲がつまづいて転倒した。その拍子に、甲のズボンのポケットから携帯電話が落ちたことから、甲は直ちに立ち上がり、その携帯電話を取ろうとして携帯電話に手を伸ばした。

一方、司法警察員Pも、甲のズボンのポケットから携帯電話が落ちたことに気付き、この携帯電話に乙から送信された前記報酬に関するメールが残っていると思い、この携帯電話を差し押さえる必要があると判断した。そこで、司法警察員Pは、携帯電話を差し押さえるため、携帯電話に手を伸ばしたところ、甲より先に携帯電話をつかむことができ、これを差し押さえた【差押え】。なお、この差押えの際、司法警察員Pが携帯電話の記録内容を確認することはなかった。

その後、司法警察員Pは、甲をI交番まで連れて行き、同所において、差し押さえた携帯電話の記録内容を確認したが、送信及び受信ともメールは存在しなかった。

- 4 甲及び乙は、同月2日にH地方検察庁検察官に送致され、同日中に勾留された。

その後、同月4日までの間、司法警察員Pが、差し押さえた甲の携帯電話の解析及び甲の自宅における捜索差押えを実施したところ、乙からの前記報酬に関するメールについては、差し押さえた甲の携帯電話ではなく、甲の自宅において差し押さえたパソコンに送信されていたことが判明した。

また、司法警察員Pは、同月5日午後10時、H公園において、Wを立会人とする実況見分を実施した。この実況見分は、Wが目撃した犯行状況及びWが犯行を目撃することが可能であったことを明らかにすることを目的とするものであり、司法警察員Pは、必要に応じてWに説明を求めるとともに、その状況を写真撮影した。

この実況見分において、Wは、目撃した犯行状況につき、「このように、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した。」と説明した。司法警察員Pは、この説明に基づいて司法警察員2名（犯人役1名、被害者役1名）をWが指示した甲とVが立っていた位置に立たせて犯行を再現させ、その状況を約1メートル離れた場所から写真撮影した。そして、後日、司法警察員Pは、この写真を貼付して説明内容を記載した別紙1を作成した【別紙1】。

また、Wは、同じく実況見分において、犯行を目撃することが可能であったことにつき、「私が犯行を目撃した時に立っていた場所はここです。」と説明してその位置を指示した上で、その位置において「このように、犯行状況については、私が目撃した時に立っていた位置から十分に見ることができます。」と説明した。この説明を受けて司法警察員Pは、Wが指示した目撃当時Wが立っていた位置に立ち、Wが指示した甲とVが立っていた位置において司法警察員2名が犯行を再現している状況を目撃することができるかどうか確認した。その結果、司法警察員Pが立っている位置から司法警察員2名が立っている位置までの間に視界を遮る障害物がなく、かつ、再現している司法警察員2名が街灯に照らされていたため、司法警察員Pは、司法警察員2名による再現状況を十分に確認することができた。そこで、司法警察員Pは、Wが指示した目撃当時Wが立っていた位置、すなわち、司法警察員2名が立っている位置から約8メートル離れた位置から、司法警察員2名による再現状況を写真撮影した。そして、後日、司法警察員Pは、この写真を貼付して説明内容を記載した別紙2を作成した【別紙2】。

司法警察員Pは、同月10日付けで【別紙1】及び【別紙2】を添付した実況見分調書を作成した【実況見分調書】。

- 5 甲及び乙は、勾留期間の延長を経て同月21日に殺人罪（甲及び乙の共同正犯）によりH地方裁判所に起訴された。なお、本件殺人につき、甲は一貫して黙秘し、乙は一貫して自白していたことなどを踏まえ、検察官Aは、甲を乙と分離して起訴した。

甲に対する殺人被告事件については、裁判員裁判の対象事件であったことから、H地方裁判所の決定により、公判前整理手続に付されたところ、同手続の中で、検察官Aは、【実況見分調書】につき、立証趣旨を「犯行状況及びWが犯行を目撃することが可能であったこと」として証拠調べの請求をした。これに対し、甲の弁護人Bは、これを不同意とした。

〔設問1〕 【逮捕①】及び【逮捕②】並びに【差押え】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〕 【別紙1】及び【別紙2】が添付された【実況見分調書】の証拠能力について論じなさい。

実 況 見 分 調 書

平成25年2月10日

H警察署

司法警察員

P

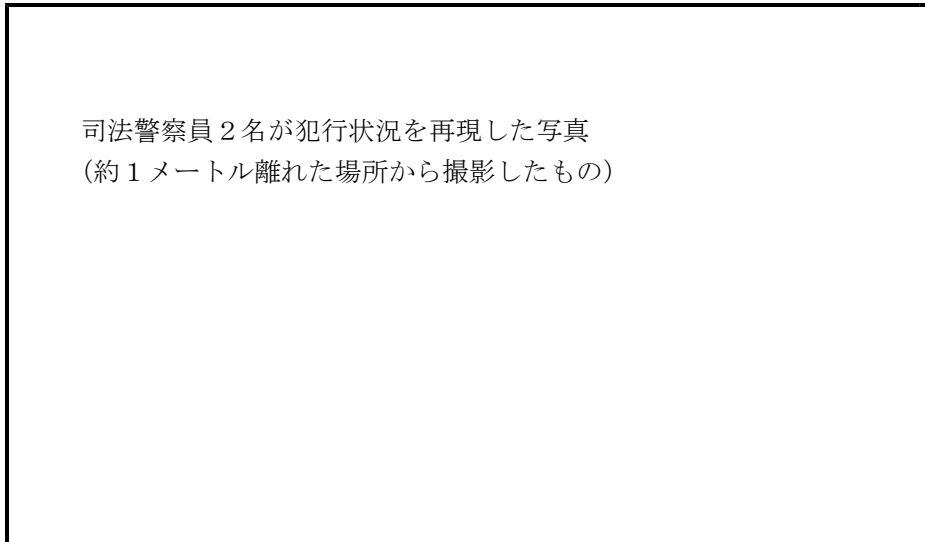
㊟

被疑者甲ほか1名に対する殺人被疑事件につき、本職は、下記のとおり実況見分をした。
記

- 1 実況見分の日時
平成25年2月5日午後10時から同日午後11時まで
- 2 実況見分の場所、身体又は物
H公園
- 3 実況見分の目的
 - (1) Wが目撃した犯行状況を明らかにするため
 - (2) Wが犯行を目撃することが可能であったことを明らかにするため
- 4 実況見分の立会人
W
- 5 実況見分の結果
別紙1及び別紙2のとおり

以 上

【別紙1】



立会人(W)は、「このように、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した。」と説明した。

【別紙 2】

司法警察員 2 名が犯行状況を再現した写真
(約 8 メートル離れた場所 [W が指示した位置] から撮影したもの)

立会人 (W) は、「私が犯行を目撃した時に立っていた場所はここです。」と指示し、その位置において「このように、犯行状況については、私が目撃した時に立っていた位置から十分に見ることができます。」と説明した。

本職も、W が指示した位置から司法警察員 2 名が犯行を再現している状況を目撃することができるか確認したところ、本職が立っている位置から司法警察員 2 名が立っている位置までの間に視界を遮る障害物がなく、かつ、再現している司法警察員 2 名が街灯に照らされていたため、司法警察員 2 名による再現状況を十分に確認することができた。

そこで、本職は、これらの状況を明らかにするため、W が指示した位置から司法警察員 2 名による再現状況を写真撮影した。

論文式試験問題集 [倒 産 法]

[倒産法]

[第1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】

精密機械の製造等を営む取締役会設置会社であるA株式会社（以下「A社」という。）は、経営不振となり、その財産をもって債務を完済することができない状態に陥ったため、再生手続開始の原因があるとして、平成24年4月5日に再生手続開始の申立てを行ったところ、同日中に監督命令を受け、同月10日、再生手続開始の決定を受けるに至った。

〔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. A社は、平成22年4月1日、B株式会社（以下「B社」という。）との間で、精密機械の製造に使用するための機械設備（以下「本件設備」という。）を目的として、契約期間を8年とし、フルペイアウト方式のファイナンス・リース契約（以下「本件リース契約」という。）を締結し、その後、B社から本件設備の引渡しを受けて使用するとともに、本件リース契約の約定に従い、毎月末日にリース料を支払ってきた。本件リース契約には、A社が1回でもリース料の支払を怠った場合に関し、A社は、期限の利益を喪失し、また、B社は、本件リース契約を解除し、本件設備を引き上げることができるとの約定がある。

A社は、再生手続開始の申立ての準備に伴う混乱から、再生手続開始の決定の前である平成24年3月末日を支払期日とするリース料の支払を怠ってしまったものの、再生手続開始の決定の後、B社との間で、改めて本件設備を継続して使用することができるよう、協議を行ってきた。しかし、B社からは、本件設備の使用による減価が著しいことから、同年3月末日支払分を含めたリース料の残りの全額を支払うことができないのであれば、一日も早く引き上げたいとの意向を示されており、このままでは、B社から本件リース契約を解除されるおそれがある。

本件設備は、A社の事業の継続に不可欠な設備であり（なお、本件設備には、他に何らの担保権等の設定はない。）、また、B社以外の者から新たにリース契約等を締結することによって同等の設備を調達することも困難であることから、A社としては、債務不履行を理由にB社から契約を解除され、本件設備を引き上げられてしまう前に、本件設備を継続的に使用することができるよう、B社との合意を成立させたいと考えている。

以上の場合において、A社の依頼を受けた弁護士として、当該合意を成立させるべく、B社との間の協議を行う機会を確保するため、どのような申立てをすべきであるかについて、A社が申立てをした場合の裁判所における審理の方法に関する問題点にも触れつつ、論じなさい。また、既にB社が解除の意思表示を行い、A社に本件設備の引渡しを求めているとした場合に違いが生ずるかどうかについて、B社の権利行使の方法にも触れつつ、論じなさい。

2. C株式会社（以下「C社」という。）は、A社に精密機械の部品を供給している会社であり、A社に対して再生債権として売掛金債権を有している者であるが、かねてより、A社の技術力を高く評価していたため、A社の経営の再建に当たり、そのスポンサー候補として、名乗りを上げた。

A社の経営は、創業者の息子であり、その全ての株式を保有する代表取締役Dがその実権を把握していたが、今般のA社の経営不振は、Dが採算性を十分に考慮することなく、他の分野に業務を拡大し、多額の赤字を出したことに主たる原因があった。そこで、C社は、A社に資金を供給するに当たり、Dの取締役からの退任を求めるとの方針の下、A社との間の交渉に入った。しかし、A社は、Dの退任を拒否し、C社との間の交渉を打ち切った上で、スポンサーを得ることなく、自ら経営を合理化し、今後の経営によって得られる利益から再生債権の弁済

を行うという再生計画案を作成し、裁判所に提出した。

C社は、A社の大口債権者であるE銀行などの複数の再生債権者から、Dが引き続きA社の経営に当たることは望ましくなく、C社がスポンサーとなることが再生債権者全体の利益になるとして、C社がスポンサーとなるのであれば、支援をする旨を伝えられた。そこで、C社は、A社の作成した再生計画案に対抗するため、届出再生債権者案として、A社がその事業を1億円でC社に譲渡し、A社は、当該事業譲渡の代金を弁済原資として、再生計画認可の決定の確定から3か月後に再生債権額の8%を弁済し、弁済時にその余の再生債権額については免除を受けるとの内容の再生計画案を作成し、裁判所に提出した。

その後、債権者集会において、A社が提出した再生計画案は否決され、他方、C社が提出した再生計画案が可決され、裁判所は、再生計画認可の決定をした。

しかし、A社は、当該再生計画認可の決定があった後も、当該事業譲渡の実施を拒み、株主総会を開催しようとしなかった。

以上の場合において、C社は、A社の再生手続が廃止されることを避けるため、どのような申立てをすべきかについて、論じなさい。

〔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】

建設業を営むX株式会社（以下「X社」という。）は、A株式会社（以下「A社」という。）からマンションの建築工事の注文を受け、平成24年9月1日、A社との間で、請負代金総額10億円、工事期間10か月間として、建築工事請負契約（以下「本件請負契約」という。）を締結し、着工した。本件請負契約においては、請負代金の支払条件として、着工時である同日に前受金として4億円を支払い、その後は、同年12月末日に5億円の中間金を支払い、マンションの引渡し時に1億円を支払うことと約定されていた。また、本件請負契約の締結に際し、A社は、B銀行との間で、本件請負契約に基づいてX社が受領した請負代金を何らかの事情によりA社に返還しなければならない場合には、X社の当該返還債務をB銀行が連帯して保証する旨の契約を締結した。

ところが、X社は、C銀行を始めとする金融機関から総額35億円の融資を受けていたほか、下請業者に対して買掛金債務等を合計2億2000万円負担し、総額で、37億2000万円の負債を有しており、平成25年4月15日には、同日を支払期日とする7500万円の約束手形の決済が困難なことが判明した。そこで、X社は、同日、裁判所に破産手続開始の申立てを行ったため、即日に破産手続開始の決定を受けるに至り、弁護士Yが破産管財人に選任された。

当該破産手続開始の決定の時において、X社がA社から請け負ったマンションの出来高は、85%に過ぎなかったが、X社は、前受金を含め、A社から、既に9億円の請負代金を受領していた。また、X社は、本件請負契約に関し、下請業者であるD株式会社（以下「D社」という。）との間で、毎月末日に出来高を確認して翌月末日にその出来高相当額を支払うという条件により、請負契約（以下「本件下請契約」という。）を締結しており、X社に対する破産手続開始の決定があった時点におけるD社の施工の出来高も、本件下請契約の対象となる工事全体の85%であったが、X社は、本件下請契約の請負代金総額6億円のうち、出来高70%相当額の4億2000万円しか支払っておらず、同年3月分の請負代金6000万円と同年4月の15日間の請負代金3000万円の合計9000万円が未払の状態となっている。

なお、本件請負契約及び本件下請契約において、出来高は、A社に帰属するものとされている。

〔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. (1) Yは、本件請負契約に基づく建築工事の継続を断念し、D社との間の本件下請契約も、解除した。この場合において、D社の有する本件下請契約に基づく請負代金請求権の行使方法について、論じなさい。
(2) Yは、裁判所の許可を得て、本件請負契約に基づく建築工事を継続することとし、D社との間の本件下請契約に基づく建築工事は、継続されることとなった。この場合において、D社が有する本件下請契約に基づく請負代金請求権の行使方法について、論じなさい。
2. Yは、本件請負契約に基づく建築工事について、このままD社を含む下請業者へ即時現金払で継続した場合には、資金繰りが続かないおそれがあると判断し、本件請負契約を破産法第53条第1項の規定に基づき、解除した。しかし、出来高がまだ85%に過ぎなかったため、A社は、Yに対し、既にX社に支払った本件請負契約に基づく請負代金9億円のうち、出来高の未達成部分である5000万円の返還を請求した。
 - (1) A社のYに対する請負代金返還請求権の破産手続における法的性質について、論じなさい。
 - (2) A社は、請負代金の返還を求めるに当たり、X社の破産財団が換価手続中であり、いまだ資金がない状態であると考え、連帯保証人であるB銀行に対し、保証債務の履行を求めたため、B銀行は、この連帯保証債務を履行し、5000万円の求償債権を有するに至った。この場合において、B銀行のYに対する権利行使の方法について、論じなさい。

論文式試験問題集 [租 税 法]

[租 税 法]

[第 1 問] (配点：40)

S市に住むAは、S地方裁判所から、裁判員候補者として呼出しを受けた。Aは、職場の上司であるBに対し、「このたび、裁判所から呼出しがありました。休暇を取らせてください。」と依頼した。Bは、「了解しました。大事なことですから、安心して行きなさい。」と応じた。

裁判員を選任する手続の期日は、平成25年1月21日(月曜日)に指定されていた。同日の朝、Aは、自宅からバスと電車を乗り継いで、S地方裁判所に出頭した。当日の手続によりAは裁判員に選任され、直ちに翌日から公判が開始されることになった。Aの自宅からS地方裁判所まではかなりの距離があり、交通機関の乗換えの便も悪かったため、帰宅はかなり遅くなったが、Aは何とかその日のうちに自宅に戻った。

Aは帰宅後、裁判員に選任されたことをBに電話で説明し、さらに休暇を取得した。S地方裁判所でAの合議体を取り扱うこととなった事件は、連日開廷の下で審理が行われ、平成25年1月25日(金曜日)に判決が言い渡された。この間のAの裁判員としての職務従事日数は計4日である。Aは、自宅とS地方裁判所の間を連日往復することに体調面で不安があったこと、期日が連続していたこと、及び、同居する老親の同意を得られたことから、裁判員としてS地方裁判所に通っていた間、S地方裁判所付近のビジネスホテルで3泊し、ホテル代を支出した。

裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下「裁判員法」という。司法試験用法文を参照。)の下で、裁判員候補者及び裁判員は期日に出頭する義務を負い、裁判員は審理に立ち会う職務を担う。裁判員は、特別な知識、能力、経験等を要件とせず国民一般から無作為に抽出された者の中から選任され、一定の事由に該当しない限りは、その辞退を申し立てることができない。正当な理由がなく出頭しないときは過料に処することとされている。また、裁判員は、独立してその職権を行うこととされている。

裁判員候補者や裁判員である者には、裁判員法において、旅費、日当及び宿泊料を支給することとされている(裁判員法第11条、第29条第2項)。Aは、平成25年2月に、裁判員法に基づき、裁判員候補者として出頭したことにつき旅費及び日当の支給を、裁判員として出頭し計4日間職務に従事したことにつき旅費、日当及び宿泊料の支給を、それぞれ銀行振込によって受けた。

[設 問]

Aが裁判員候補者及び裁判員として支給を受けた旅費、日当及び宿泊料、並びに、Aが支出したホテル代は、所得税法の適用上、どのように扱われるか。所得税法の根拠条文を摘示して説明しなさい。

〔第2問〕（配点：60）

Aは、平成10年4月に、それまで勤めていた不動産会社を辞めて、東京都内で、個人で不動産賃貸の事業を開業した。Aは、開業に伴い、個人の不動産賃貸業者が会員となっているB協会に加入した。

B協会は、平成16年4月、不動産の税務会計等に詳しいC税理士を講師に招き、本部事務所の会議室において、B協会の会員の参加による講演会とC税理士を囲んだ懇親会を開催する計画を立てた。同講演会の開催日を同年5月10日とし、参加する会員が負担する費用として、講演会の参加費用を2万円、その後開催される懇親会費用を1万円と決めて、その旨記載した案内状を各会員に送付した。Aは、B協会からの案内状を見て、是非ともC税理士の講演を聴きたいと考え、同年5月10日、本部事務所に行き、会場受付で、講演会及び懇親会の各費用として合計3万円を支払い、C税理士の講演を聴いた。講演会及び懇親会の終了後、Aを含む会員数名で、本部事務所近くの居酒屋において、C税理士を囲んで二次会をすることとなり、その費用についてはC税理士分も含めて参加した会員で割り勘とし、結局、一人4000円を支払った。

ところで、Aは、開業以来、果敢な投資により事業を拡大し、それに伴って売上げも順調に伸ばしてきたが、そのため多額の税金を支払うこととなったため、少しでも納税額を減らそうと考えた。そこで、Aは、平成16年12月10日ころ、取引先であるDに依頼して、額面300万円の架空の請求書と領収証を作成してもらい、その報酬として、Dに対して20万円を支払った。

平成19年になって、Aは、E税務署の職員の調査により、過去3年分の所得を過少申告していたことが発覚した。そのため、E税務署長は、平成19年9月1日、Aに対して、3年分の所得税の更正処分及び過少申告加算税の賦課決定処分（以下、両処分を併せて「本件各処分」という。）をした。

Aは、直ちに、本件各処分にに基づき本税及び加算税等を納付したが、本件各処分を不服として、E税務署長に対して異議申立てをした。しかし、同申立ては棄却され、さらに国税不服審判所長に対して審査請求をしたが棄却された。そこで、Aは、弁護士を選任して、本件各処分の取消しを求めて、平成20年10月1日に東京地方裁判所に提訴した。

Aは、E税務署長に対する異議申立てに始まる一連の手続をするに当たって、C税理士に代理人さらには補佐人として関与してもらえるように頼み、本件各処分が取り消された場合には成功報酬として還付加算金を含めた認容額の10パーセントを支払うことを約束した。

第一審の東京地方裁判所は、Aの請求を棄却したため、Aが控訴したところ、東京高等裁判所は、平成24年10月17日、本件各処分の一部を取り消す旨の判決を言い渡し、同判決は、当事者双方が上訴せず確定した。

E税務署長は、同判決の確定を受けて、平成24年11月1日、Aに対し、過納金2000万円と還付加算金300万円を還付した。Aは、C税理士に成功報酬として、230万円を支払った。

以上の事実関係を前提に、以下の設問に答えよ。

〔設問1〕

所得税法における「必要経費」と法人税法における「損金」の異同を簡潔に論ぜよ。

〔設問2〕

Aは、平成16年分の所得税の申告に当たり、不動産所得の金額の計算上、①講演会への参加費用（2万円）、懇親会費用（1万円）及び二次会の費用（4000円）並びに②Dに支払った報酬20万円を、それぞれ必要経費に算入できるか。②については、Aが法人であった場合と比較しつつ論ぜよ。

〔設問3〕

E税務署から還付された過納金及び還付加算金は、所得税法上、Aの平成24年分の課税所得に含まれるか。課税所得に含まれるとした場合に、いかなる所得区分に該当するか。AがC税理士に支払った報酬230万円は、所得税法上、どのように取り扱われるか。

論文式試験問題集 [経 済 法]

[経 済 法]

[第 1 問] (配点：50)

X社は、自動車の重要な構成部品甲（以下「甲」という。）のメーカーであり、主な取引先は、日本国内の自動車メーカーである。X社の甲の日本国内における販売シェアは40%であり、甲のメーカーは日本国内には他に5社存在している。なお、甲に代替し得る製品は存在しない。

X社は、最近、甲の革新的な新しい製造方法（以下「新製造方法α」という。）の単独開発に成功し、そのノウハウ技術（注）を保有している。新製造方法αは、旧製造方法に比べて、甲の品質を大きく向上させ製造コストも大幅に削減させるものであることから、短期間のうちに、旧製造方法は全て新製造方法αに取って代わられるものと予測された。もともと、開発した新製造方法αを実施するためには、別途、専用の製造装置が必要であった。しかし、X社は、製造装置メーカーではなく、当該製造装置を単独では開発できないため、従来から株式の相互保有関係にあった製造装置メーカーのY社と当該製造装置を共同開発することとし、Y社に対して製造装置の開発に必要な新製造方法αのノウハウ技術を開示した上で、共同開発を行った。X社及びY社による共同開発の結果、新製造方法α向けの製造装置を製造するための技術の開発に成功し、Y社は、当該開発した技術を用いた新製造方法α向けの製造装置βを製造することにも成功するに至った。

甲の製造装置メーカーは、日本国内にY社の他に4社存在する。現時点では、X社及びY社が共同開発した新製造方法α向けの製造装置βの競合品は存在しないものの、甲の製造装置の分野は、技術開発が活発な分野であり、他の4社の技術開発能力に照らして、少なくとも数年のうちには、新製造方法α向けの代替製造装置を製造するための新技術の開発を行うとともに、当該新技術を用いた新製造方法α向けの代替製造装置を製造する見込みが高い。

X社は、今後、新製造方法αのノウハウ技術を甲の他のメーカーにも利用許諾（以下「ライセンス」という。）することを考えているが、ライセンス先のメーカーが、ライセンスを受けた新製造方法αのノウハウ技術を基に甲の他の製造装置メーカーと共同して代替製造装置に係る新技術の開発を行う場合には、甲の他の製造装置メーカーに新製造方法αのノウハウ技術が漏えいするおそれがあると考えている。また、X社は、Y社と行った製造装置βの共同開発に要した費用を回収するには数年掛かると考えている。そこで、X社は、新製造方法αのノウハウ技術の秘密性を保持するとともに、Y社との共同開発に要した費用を回収するために、甲の他のメーカーに対し新製造方法αのノウハウ技術をライセンスするに際し、新製造方法α向けの製造装置を、Y社が製造する製造装置βに限定し、Y社から購入することを義務付けることを計画している（以下「本件計画」という。）。

[設 問]

X社の本件計画について、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。

（注）ノウハウ技術とは、公知となっていない技術的知識及び経験又はそれらの集積であって、その経済価値を事業者自らが保護・管理するものを指し、おおむね、不正競争防止法上の営業秘密のうちの技術に関するものをいう。

〔第2問〕（配点：50）

A協会は、水上スポーツ用の船舶である商品乙（以下「乙」という。）の普及と発展を目的として設立された団体であり、乙のメーカーであるX1-X5の5社及び乙を取り扱う販売店のほとんど全てがその会員となっている。A協会は規約で総会、理事会等を設けており、メーカー5社及び主要な販売店数社が理事会のメンバーになっている。

メーカー5社の合計シェアは、日本国内で販売される乙のほとんど全てを占めている。また、乙の大部分は、メーカーから販売店を経てユーザーに販売されている。なお、乙は、用途・機能が特定されていることから、他に代替品は存在しない。また、乙には大型と小型の区別があり、両者の小売価格には約1.5倍程度の開きがあるが、いずれも、ユーザーにとっての基本的な用途・機能に差異は存在しない。

乙は、マリンスポーツの人気の高まりとともに売上げを伸ばしてきたが、販売台数の増加とともに、船舶の動作不良とユーザーの操縦ミスが複合した転覆や衝突事故が増加し、これがマスコミでも報道されるようになった。また、事故時における損害賠償をめぐるトラブルが多発するようになった。そこで、A協会は、これらの事態に対処して乙に対する信頼を維持するための方策を理事会で話し合い、以下のような内容の「対策要綱」をまとめて、これを実施しようと考えている。

(1) ユーザーによるメンテナンスの不備、並びに長期間使用されることによる船舶の経年劣化が動作不良発生の原因であると考えられたことから、メンテナンスの必要性の認識を喚起するとともに船舶の使用期間の適正化を図ることを目的として、これまでは明確に定められていなかった乙の「耐用年限」についての自主基準を設けることとする。

従来、乙の平均使用期間は約8年であったが、5、6年を経過する頃から事故発生率が上昇するというデータが得られたこと、実際に多くの会員メーカーが、修理や保守の経験に基づき、目安となる耐用年限を5年程度としていたことから、適切な保守・点検により安全性が維持できる期間として、耐用年限の自主基準を一律に5年間とする。

その場合、製品の耐用年限を設定するか否か、また耐用年限を設定する場合に上記の自主基準に従うか否かについては、会員メーカーの自由とし、これより長い、又は短い耐用年限の製品を製造し販売することは制限しないこととする。

(2) 乙については、賠償責任保険の加入者が少ないことが、事故時に損害賠償をめぐるトラブルが多発する主因だと考えられたことから、トラブル防止のため、会員メーカーは、保険会社との間で、メーカーが保険料を負担する乙向けの商品付帯賠償責任保険Wに係る契約を締結し、自社の乙にこの保険Wを付帯して販売しなければならないこととする（注）。

乙に付帯する保険Wの保険期間は1年とし、どの保険会社の保険を選択するかは、会員メーカーの自由に任せる。また、メーカーが負担する保険料を乙の卸売価格に転嫁するかどうかについても、各社の判断に委ねることとする。なお、現在、保険Wを取り扱っている保険会社は2社であるが、本対策要綱の実施を念頭に置いて、更に数社が新たに取扱いを計画している。

〔設問〕

上記の「対策要綱」(1)、(2)について、独占禁止法上の問題点を分析して検討しなさい。

(注) 乙向けの商品付帯賠償責任保険Wは、メーカーを保険契約者、当該メーカーの乙を購入したユーザーを被保険者とする保険で、この保険が付帯された乙を購入したユーザーは、保険料を負担せずに補償を受けることができる。

論文式試験問題集 [知的財産法]

[知的財産法]

〔第1問〕（配点：50）

Yの従業員である甲と乙は、物質Aに物質b1を反応させて化合物Cを生産する方法（以下「方法1」という。）を職務発明として共同で発明した。甲と乙は、Yの職務発明規程に従って、方法1に関する職務発明の特許を受ける権利を、双方同意の上でYに譲渡したが、Yは特許出願をしなかった。しかし、Yは方法1の発明完成の報告を受けて、直ちに秘密裏に方法1の使用による化合物Cの製造を複数の国内工場で開始した。

その後、乙は、Yを退職してYと競合するXの従業員となり、Xでの研究開発に従事したところ、物質Aに物質b2を反応させて化合物Cを生産する方法（以下「方法2」という。）によると、方法1よりも顕著に高い収率で化合物Cを生産できることを発見した。そして、乙は、方法2のみならず方法1についても、自分の単独発明としてXに届け出て、両発明の特許を受ける権利をXに譲渡する旨をXと合意した。Xは、特許請求の範囲を「物質Aに物質Bを反応させて化合物Cを生産する方法」（以下「発明α」という。）とした特許出願を、発明者を乙として行った。その後、Xは、方法1を使用して化合物Cの製造を開始した。なお、物質Bは物質b1と物質b2の両方を含む上位概念であり、明細書には方法1と方法2の実施例がいずれも記載されている。

一方、Xが発明αの特許出願を行った1か月後、Yにおいても独自に方法2が開発され、直ちに、Yは方法1を使用していた国内工場の生産ラインのうちの一部につき、方法2を使用するように変更して化合物Cの製造を開始した。Yは、以来継続して方法1と方法2の両方法を使用して化合物Cの製造を行っている。

Xは、発明αについて特許査定を受けて設定登録を得た（以下、この特許を「本件特許」という。）ので、本件特許に基づき、Yに対し、化合物Cの製造行為の差止めを求めて提訴した。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。

〔設問〕

1. 本件特許に基づくXの差止請求に対し、方法1と方法2のそれぞれについて、Yはどのような抗弁を主張できるか論ぜよ。
2. 設問1で検討したYの抗弁のうち、方法2に関する抗弁に対して、Xはどのような再反論ができるか論ぜよ。
3. Yは、本件特許について、Xに対し特許権の移転請求を行うことができるか、その可否について論ぜよ。また、Yによる特許権の移転請求が認められた場合、Yは本件特許に基づいてXに対し方法1の使用の差止めを請求できるかについても論ぜよ。

【参考】特許法施行規則（昭和35年3月8日通商産業省令第10号）

（特許権の移転の特例）

第40条の2 特許法第74条第1項の規定による特許権の移転の請求は、自己が有すると認める特許を受ける権利の持分に応じてするものとする。

〔第2問〕（配点：50）

小説家であるAは、古代中国の春秋戦国時代に生きた武将 α の数奇な生涯を描いた小説（以下「本件小説」という。）を執筆した。

漫画家であるBは、Aの承諾を得て、本件小説を原作とした連載漫画（以下「本件漫画」という。）を執筆した。その際、Bは、本件小説に登場する主人公の武将 α その他の登場人物の特徴について、本件小説に言語で描かれている特徴を踏まえながらも漫画として描くにふさわしい容姿を自ら考え出し、それぞれが身に着ける甲冑や衣装についても、数々の古代中国の資料を参考にし、さらに漫画としての特徴を出すべく、西洋風の甲冑や衣装の要素も取り入れながら、独自の視点を加味して描いた。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。ただし、著作者人格権について触れる必要はない。

〔設問〕

1. 映画製作会社Cは、本件漫画に登場する武将 α を主人公としたアニメーションを製作し、それをDVDとして販売したいと考え、この企画をBに持ちかけたところBの承諾を得たので、Aの承諾を得ないまま、同アニメーション（以下「本件アニメ」という。）を製作した。本件アニメは、Bが描いた本件漫画の登場人物の作画を忠実にアニメ化したものではあるが、その物語の展開は本件小説には全く描かれていない独自の内容であった。

Aは、Cに対して、本件アニメのDVDの製造・販売の差止めを求めるためにどのような主張をすべきか。

これに対するCの反論としてどのような主張が考えられるか。

双方の主張の妥当性についても論ぜよ。

2. イベント主催会社Dは、各漫画雑誌に掲載された人気漫画の原画を展示して紹介するイベント（以下「本件イベント」という。）を企画し、その際、所有者の承諾を得て本件漫画の原画を展示する予定であるが、その一方で、A及びBに無断で、展示される武将 α が描かれている本件漫画の原画の1枚を、A5版30頁の観覧者向けパンフレット（以下「本件パンフレット」という。）において、1頁の約3分の2の大きさで掲載し、それに簡単な解説を付けた上で、これをイベント会場において観覧者に販売しようとしている。

また、Dは、本件イベントの入場前売りチケット（以下「本件チケット」という。）にも、A及びBに無断で、本件漫画の原画の1コマを印刷して、これを販売しようとしている。なお、本件チケットは、上記原画の1コマを除けば、本件イベントの名称、本件イベントの日時場所が記載されているにすぎないものであった。

Bは、Dに対して、本件パンフレット及び本件チケットの販売の差止めを求めるためにどのような主張をすべきか。

これに対するDの反論としてどのような主張が考えられるか。

双方の主張の妥当性についても論ぜよ。

3. 玩具製造業者Eは、A及びBの承諾を得て、本件漫画の主人公である武将 α の小型のプラスチック製人形（以下「本件フィギュア」という。）を製作し、これを大量に販売している。本件フィギュアは、手足の関節が自由に屈折し、付属の甲冑の着せ替えができる高さ8センチメートルほどのおもちゃの人形ではあったが、その模型原型は、武将 α の全体像についてEの従業員である造形師が想像力を駆使して造形したものであり、本件漫画では十分に描かれていない前後左右から見た武将 α の容姿及び甲冑の立体的形状や色彩、金属としての光沢などがまるで本物のような質感で造形されており、小さいながらも極めて精細かつ色鮮やかで躍動感にあふれる形態のものであった。

菓子製造販売業者Fは、A、B及びEに無断で、自らが製造販売するスナック菓子のおまけ

として本件フィギュアを細部まで模倣して小型化した武将αのプラスチック製人形を製造して、これを消費者に提供しようとしている。

E及びBは、Fに対して、上記行為の差止めを求めるためにどのような主張をすべきか。

これに対するFの反論としてどのような主張が考えられるか。

双方の主張の妥当性についても論ぜよ。

論文式試験問題集 [労働法]

[労働法]

[第1問] (配点：50)

次の事例を読んで、後記の設問に答えなさい。

【事例】

Xは、平成20年3月に大学の理工学部を卒業し、自動車製造会社に勤務していたが、自己が希望していた電気自動車の開発に携わることができず、営業を担当させられたことから、転職したいと考えるようになった。

学校法人Yは、同法人が経営する私立高校（以下「Y高校」という。）について、理数系特進クラスを設けて生徒数を増加させるとの方針を採り、理科系教育に力を入れるべく、物理教員の中途採用を拡充することとし、平成23年6月に、就職情報誌に物理教員の中途採用者募集広告を出した。当該募集広告には、中途採用者の給与に関し、「既卒者でも収入面のハンデはありません。例えば、平成20年3月大卒の方なら、同年に新卒で採用した教員の現時点での給与と同等の額をお約束いたします。」などと記載されていた。

Xは大学在学中に教員を志望し、教員免許を取得していたこともあり、前記募集広告を見て応募し、筆記試験を受け、平成23年9月に実施された採用説明会に出席した。同説明会において、XがYから示された書面では、採用後の労働条件について、各種手当の額は表示されていたものの、基本給については具体的な額を示す資料は提示されなかった。

Xは、同年10月に実施された採用面接の際、Yの理事長から、「契約期間は平成24年4月1日から1年ということに一応しておきます。その1年間の勤務状態を見て再雇用するかどうかを決めたいと思います。その条件で良ければあなたを本校に採用したいと思います。」と言われたが、Xとしては、早く転職して念願の教員になりたかったことから、その申出を承諾するとともに、「私は、平成25年3月31日までの契約期間1年の常勤講師としてYに採用されることを承諾いたします。同期間が満了したときは解雇予告その他何らの通知を要せず、期間満了の日に当然退職の効果が生ずることに異議はありません。」という内容の誓約書をYに提出した。なお、Yは、教員経験のない者を新規採用する際の契約期間については、Xに限らず、これを1年としていたが、同期間経過後に引き続き雇用する場合に契約書作成の手続き等は採られていなかった。

Xは、Yに採用され、平成24年4月1日からY高校において物理教員として勤務し、同僚教員と同程度の週12時限の特進クラスの授業を受け持ち、卓球部の顧問として部活指導等も行っていった。そうした中、Xは、同年8月に至って、自己の給与については、平成24年4月に新卒で採用された教員の給与と同等の給与であることを初めて知らされ、Yに対し、平成20年4月に新卒で採用された教員の現時点での給与と同等の給与への増額を求めたものの認められなかった。

Yの就業規則には、「賞与として、7月10日（算定対象期間：前年12月1日から当年5月31日まで）及び12月25日（同期間：6月1日から11月30日まで）に、それぞれ基本給の1か月分を支給する。」という規定があった。ところが、Yは、特進クラス創設に伴い、大規模な設備投資や多数の教員採用等を行ったことから、経営状態が急激に悪化し、資金繰りに窮するようになり、平成24年12月の賞与を支払えない見込みとなった。そこで、Yの理事長は、平成24年12月14日、教職員に対する説明会を開催し、平成24年12月の賞与を支払えないこと及びその理由を説明したところ、教職員側からは何ら異議は出ず、また、Xを含む教職員全員から、平成24年12月の賞与の不支給について同意する旨の書面が提出された。しかし、Yは、就業規則の変更は行わなかった。そして、その後、Yは、平成24年12月の賞与を教職員に支払っていない。

その後、Yは、父母会からXの授業は特進クラスのレベルに達していないとのクレームが相次いでいるため再雇用はしないとして、Xに対し、平成25年3月31日をもってXの労働契約は期間満了により終了する旨の通知を行った。

〔設 問〕

弁護士であるあなたが、Xから、Y高校で今後も教員として働き続けるため、並びに、本来支給されるべきものと考えた賃金及び賞与を得るため、Yを相手方として訴えを提起したいとの相談を受けた場合に検討すべき法律上の問題点を指摘し、それについてのあなたの見解を述べなさい。

〔第2問〕（配点：50）

次の事例を読んで、後記の設問に答えなさい。

【事 例】

Y社は、従業員数約700名、客室数約500室、収容人員数約2000名のホテルを営んでおり、X1らはいずれもY社の従業員で、Y社の従業員の半数以上により組織されるX労働組合（以下「X組合」という。）の組合員である。また、Zは、Y社の従業員であり、当初X組合の組合員であったが、平成24年8月17日、X組合の最高決議機関である組合大会において、除名処分を受けた者である。

Y社は、平成22年度の決算から営業損失を計上するなど経営が悪化していたため、経営を再建すべく経営コンサルタントであったAを採用した。Y社におけるX組合の活動は活発であり、Y社としては好ましくないと思いつつ勤務時間中の組合活動も黙認している状態が続いていたため、Aは、Y社の人事労務管理についても抜本的に見直すようY社に提案した。そこで、Y社は、平成24年3月14日、100名の人員削減を中心とする大幅な合理化案（経営改善計画）をX組合に提示した上、従来黙認していた勤務時間中の組合活動を行う者に対しては、今後賃金をカットするとともに懲戒処分を行い、職場規律の確立に努める旨をX組合に通知した。X組合は、外部からきたAがこれまでの労使慣行を無視していることに納得せず、勤務時間中の組合活動は既得権であると主張し、また、前記経営改善計画をめぐってY社との間で団体交渉を行ったが合意に達しなかった。Y社は、同年5月8日、これまでの労働協約を全て破棄する旨通知し、同年6月1日、X組合の組合員29名に対し、勤務時間中の組合活動を理由に3日間の出勤停止の懲戒処分を行った。

X組合は、Y社の措置に強く反発し、これらの問題をめぐって同月5日に団体交渉を行ったが、AがY社側の代表となっていることにX組合が拒否反応を示し、実質的な交渉に至らなかった。その後も、X組合は、Aの団体交渉出席に強く反発し、同日以降、現在に至るまで正式な団体交渉は開催されていない。

この状況を打破するために、X組合は、Y社に予告することなく、同年7月10日午後3時から全組合員によるストライキに突入した。Y社は、ストライキの解除を求めたが、X組合は、48時間ストライキを継続するとY社に伝えた。実際には、X組合は同日午後6時にストライキを解除したが、Y社としては、当日と翌日の宿泊客及び予約客をキャンセルせざるを得なかった。このことがあって、その後の宿泊客数は大きく減少することになった。

Y社は、X組合とは何らの協議のないまま、同年8月1日、100名の希望退職者を募集したが、これに対し、X組合はますます反発を強めた。X組合は、Y社の行った前記懲戒処分と希望退職募集の撤回を求めて、同月10日午後3時から、予告なしに、調理部門の組合員のストライキを実施し、同ストライキは48時間継続した。調理部門の従業員の多くが、X組合の組合員であったため、Y社としては、夏休みシーズンの書き入れ時において通常どおりの営業を継続することが困難となったことから、予約客については予約の取消しを要請した上で他のホテルに振り分け、宿泊客についてはアルバイト従業員を利用するなどして何とか急場をしのいだ。

調理部門の組合員であったZは、X組合の戦術は行き過ぎであり、自分としては納得できないとして、同月11日、X組合に対し、今後ストライキには参加しないと通告し、同日からY社に出勤した。X組合は、同月17日、組合大会において、Zのストライキ不参加を「組合の決定に違反して統制を乱したとき」という組合規約の制裁事由に該当するとして、Zを除名処分とした。なお、組合規約には、制裁の種類として、けん責、組合員資格の停止及び除名が規定されていた。また、この除名処分は、組合規約にのっとり行われたものであり、手続的には問題がなかった。

その後、X組合は、同月20日午後3時から、予告なしに、調理部門の組合員による48時間のストライキを行った。

このような状況の中で予約客数が著しく減少し、営業が不可能となったので、ついにY社は同月22日からホテル建物を閉鎖して営業を休止し、以降X1らの就労を拒否し、同日以降の賃金の支払いを拒んでいる。

〔設 問〕

1. X1らは、Y社に対し、平成24年8月22日以降の賃金を請求できるか。なお、Zについては論じなくてよい。
2. X組合によるZの除名処分は有効か。

論文式試験問題集 [環 境 法]

[環 境 法]

〔第 1 問〕 (配点 : 5 0)

A社は、B県C町の海沿いにD製鉄所を設置して操業をしているが、その岸壁に幾つかの亀裂があり、そこを通して排出水が数か月にわたって海に漏出している事実が、海上保安庁によって確認された。同庁の分析によれば、D製鉄所に適用されるpH（水素イオン濃度）に係る排水基準値をはるかに超える高アルカリ水であった。D製鉄所は、公有水面を埋め立てて造成した土地に立地しているが、捜査の結果、原因は、造成の際に用いられた埋立材料であることが判明している。

D製鉄所には、場内で発生する汚水の処理をする水処理施設があり、これは水質汚濁防止法の下の特設施設となっている。その設置届出において、A社は、埋立地全体を特定事業場の所在地としている。D製鉄所の工場長E及びA社は、「特定施設が設置されている工場である特定事業場から、排水基準値違反の排出水を、排水口を通じて排水した」として、水質汚濁防止法違反で起訴された。

〔設問 1〕

A社及び工場長Eは、以下のように主張している。このような主張に対して、どのような反論をすることが考えられるかを論ぜよ。

「水質汚濁防止法が規制対象としているのは、特定事業場内で発生する排水が特定施設の排水と合流してパイプの先から排水されたものに限定されるはずである。本件では、特定施設以外の部分から直接に公共用水域に排水されているのであるから、同法の規制対象外である。したがって、水質汚濁防止法第31条第1項第1号及び第34条に該当しないから、A社及び工場長Eは無罪である。」

〔設問 2〕

結局、工場長E及びA社のいずれに対しても、罰金刑が確定した。ところで、A社は、D製鉄所の場内で発生する産業廃棄物である廃プラスチックを焼却処理するための施設を設置し、B県知事から廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃棄物処理法」という。）に基づく中間処理施設許可を得ている。

- (1) A社が、水質汚濁防止法上、有罪とされたことにより、D製鉄所の許可に対して、廃棄物処理法上、どのような影響があるか。【資料】を参照しつつ説明せよ。
- (2) 法律相互の上記の連携措置を、廃棄物処理法はどのような趣旨から設けたのかを説明せよ。

【資 料】

廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行令第4条の6 法第七条第五項第四号ハに規定する政令で定める法令は、次のとおりとする。

(法律番号は省略)

- 一 大気汚染防止法
- 二 騒音規制法
- 三 海洋汚染等及び海上災害の防止に関する法律
- 四 水質汚濁防止法
- 五 悪臭防止法
- 六 振動規制法
- 七 特定有害廃棄物等の輸出入等の規制に関する法律
- 八 ダイオキシン類対策特別措置法
- 九 ポリ塩化ジフェニル廃棄物の適正な処理の推進に関する特別措置法

〔設問3〕

大気汚染防止法の下でのばい煙に係る排出基準の遵守が求められる場所は、水質汚濁防止法の下での排水基準の遵守が求められる場所とどのように異なっているか。その相違及び理由を説明せよ。

〔第2問〕（配点：50）

環境影響評価について、以下の設問に答えよ。

〔設問1〕

A県は、同県B市に3000メートルの滑走路を持つ本件空港を設置する事業（環境影響評価法の第一種事業に当たる。）を計画し、2003年、B市内のC岳の北側陸上案を採用することを決めた。A県は、2005年、本件空港設置事業について環境影響評価法に基づく環境影響評価手続を開始した。この環境影響評価手続の中では、C岳の北側陸上案しか対象とされず、複数案は検討されていなかった。本件空港予定地周辺の海域には種々の希少なさんご礁が形成されていた。

2008年、A県は、本件空港の許可権者である国土交通大臣宛てに環境影響評価書（以下「本件評価書」という。）を送付し、国土交通大臣は、環境大臣宛てにその写しを送付して意見を求めた。国土交通大臣は、環境大臣の意見の内容を勘案した上でA県に対して、本件評価書についての環境保全の見地からの意見を書面により述べた。その後、A県は、本件評価書について補正を行い、国土交通大臣に対し、補正後の環境影響評価書（以下「本件補正書」という。）を送付し、国土交通大臣は、環境大臣宛てにその写しを送付した。A県は、環境影響評価書を作成した旨その他の事項を公告するとともに、本件評価書等を所定の期間、縦覧に供した。

国土交通大臣の本件評価書についての環境保全の見地からの意見の中では、本件事業実施区域への降雨及び流入水が海域に浸出する場合の水質及び水量並びにそれによるさんご礁への影響について把握し、その結果を評価書に記載することが求められていたが、本件補正書の中では答えられていない。

その後、A県は、本件空港の設置の許可の申請をし、2009年、国土交通大臣は、本件空港の設置を許可する旨の処分を行った。

これに対し、本件空港予定地の敷地の一部の土地を所有するDは、A県が実施した環境影響評価手続に問題があったとして許可の取消訴訟を提起したいと考えている。Dはどのような主張をすることが考えられるか。

〔設問2〕

複数案の検討に関して、2011年に改正された環境影響評価法及びその後に改正された「基本的事項」（環境省告示）（【資料1】参照）ではどのように扱われているか。その趣旨はどこにあるか。

〔設問3〕

【資料2】は、2008年に制定された生物多様性基本法の規定である。

- (1) 2011年の環境影響評価法の改正によって導入された仕組みは、生物多様性基本法第25条とどのような関係にあるか。
- (2) 生物多様性基本法が想定する環境影響評価の仕組みは、環境基本法においてどのように位置付けることができるか。

【資料1】

環境影響評価法第3条の2第3項、第3条の7第2項、第11条第4項、第12条第2項及び第38条の2第2項の規定による主務大臣が定めるべき指針並びに同法第4条第9項の規定による主務大臣及び国土交通大臣が定めるべき基準に関する基本的事項（環境庁告示第87号（平成9年12月12日）。最終改正：平成24年4月2日環境省告示第63号）（抜粋）

第一 計画段階配慮事項等選定指針に関する基本的事項

一 一般的事項

- (1) 第一種事業に係る計画段階配慮事項の選定並びに調査、予測及び評価は、法第3条の2第3項の規定に基づき、計画段階配慮事項等選定指針の定めるところにより行われるものである。
- (2) 計画段階配慮事項の範囲は、別表（略）に掲げる環境要素の区分及び影響要因の区分に従うものとする。
- (3) 計画段階配慮事項の検討に当たっては、第一種事業に係る位置・規模又は建造物等の構造・配置に関する適切な複数案（以下「位置等に関する複数案」という。）を設定することを基本とし、位置等に関する複数案を設定しない場合は、その理由を明らかにするものとする。
- (4) 計画段階配慮事項の調査、予測及び評価は、設定された複数案及び選定された計画段階配慮事項（以下「選定事項」という。）ごとに行うものとする。（以下略）

【資料2】

生物多様性基本法（平成20年6月6日法律第58号）（抜粋）

（事業計画の立案の段階等での生物の多様性に係る環境影響評価の推進）

第25条 国は、生物の多様性が微妙な均衡を保つことによって成り立っており、一度損なわれた生物の多様性を再生することが困難であることから、生物の多様性に影響を及ぼす事業の実施に先立つ早い段階での配慮が重要であることにかんがみ、生物の多様性に影響を及ぼすおそれのある事業を行う事業者等が、その事業に関する計画の立案の段階からその事業の実施までの段階において、その事業に係る生物の多様性に及ぼす影響の調査、予測又は評価を行い、その結果に基づき、その事業に係る生物の多様性の保全について適正に配慮することを推進するため、事業の特性を踏まえつつ、必要な措置を講ずるものとする。

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）

X国では、甲元首の率いる軍事政権の下で専制的統治が続いてきたが、近年急速に民主的政治制度を求める国民運動が高揚した。窮地に立たされた甲元首の軍事政権は、2012年9月に全土に非常事態宣言を発令して反政府諸政党の解散と一切の集会・デモを禁止する措置を採るとともに、同年11月には、反政府諸政党の指導者多数を反逆罪の被疑事実で逮捕し訴追することを決定した。逮捕された多数の被拘禁者に対して、拷問が行われた。

X国の隣国であるY国の政府は、X国からの避難民が急激に増加したために、X国政府の人権侵害に強い懸念を示すようになった。2012年12月1日、Y国政府は、X国政府の一連の行為は拷問を禁止する慣習国際法に対する重大な違反行為に当たるとして、被拘禁者に対する拷問行為を直ちに中止するよう求める外交的声明を発表するとともに、X国民の人権侵害に使用されるおそれのある製品のX国向け輸出を禁止する措置を採ることを決定した。Y国は「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約」の当事国であるが、X国は非当事国である。

さらに2012年12月25日、Y国の裁判所は、同国の拷問等禁止法が拷問及び拷問の共謀の罪はY国外でこの罪を犯した者にも適用され、かつ、この罪には同国の刑事裁判権が及ぶと定めていることを根拠として、甲元首に対し、拷問の共謀を被疑事実とする逮捕状を発付し、国際刑事警察機構を通じて国際手配した。この逮捕状の発付はY国領域内で甲元首に対する逮捕を執行可能にするものであり、国際手配は甲元首が入国する第三国で当該国による甲元首の逮捕とその後のY国への引渡しの法的根拠となり得るものであった。翌12月26日、X国政府は、甲元首に対する逮捕状の発付と国際手配に対する対抗措置として、X国駐在のY国大使及び外交官の身柄を拘束するとともに、甲元首に対する逮捕状の発付について事情聴取するため彼らをX国検察庁建物内に無期限に抑留すると発表した。

2013年2月25日、X国政府は、同国内で海外貿易事業を営んでいた乙社の在X国支店に対して営業活動停止を命じ、国内法上の根拠なくその資産の全てを没収する措置を採った。乙社は、Z国の法律に基づいて設立され、かつ、Z国に本拠地を置く株式会社であるが、その株式の55%はY国の国民丙が保有していた。X国政府による乙社資産の没収措置は、Y国の国民丙が乙社の多数株主であることを実質的理由とするもので、これに対してはいかなる国内的救済手段も利用できなかった。ただし乙社は在X国支店の資産没収後も、Z国において株式会社としての法人格を維持し、一定の事業を継続している。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えなさい。

[設問]

- 2012年12月1日のY国政府の外交的声明及び一定のX国向け製品の禁輸措置について、X国政府が「Y国のこれらの行為は、X国の国内管轄事項に対する重大な介入行為であり、国際法上違法な干渉に当たる」として強く非難したとする。Y国はX国の非難に対して一般国際法に基づいてどのように反論することが可能かを論じなさい。なおX国とY国との間には二国間又は多数国間条約に基づく輸出入に関する特別の権利義務は存在していない。
- (a) 2012年12月25日、Y国の裁判所がX国の甲元首に対して拷問の共謀を被疑事実とする逮捕状を発付し、国際刑事警察機構を通じて諸外国に国際手配した行為は、仮にY国に普遍的管轄権の行使が認められるとして、免除の観点から一般国際法上どのように評価できるかを論じなさい。
(b) 2012年12月26日、X国政府がY国大使及び外交官の身柄を拘束及び抑留して事情聴取する行為は、甲元首に対する逮捕状の発付と国際手配に対する対抗措置として正当

化できるか否かについて論じなさい。なおX国とY国は外交関係に関するウィーン条約の当事国である。

3. 2013年2月25日のX国による乙社の在X国支店に対する没収措置によってZ国で設立された乙社に損害が生じた事件において、乙社の株主丙の国籍国であるY国は、株主丙のためにX国に対して外交的保護権を行使できるか否かについて論じなさい。

〔第2問〕（配点：50）

公海上を航行中のA国を旗国とする豪華旅客船甲において、B国籍の乗組員乙と、旅客として乗り合わせたC国籍の丙が、些細なことで口論となり、激昂した丙が乙を突き飛ばした。乙は、そばにあった階段を転げ落ち、頭部を強打して死亡してしまった。船長の緊急連絡を受け、近くに居合わせたB国のコーストガードの艦艇が当該旅客船甲に接近して、最寄りのB国の港に入港するように呼び掛けた。船長はこれに同意し、当該旅客船甲はB国の港に緊急入港したところ、急遽、B国の警察官数名が船舶内に乗り込み、直ちに旅客丙を逮捕した。丙は、現在、B国における刑事手続に服している。旅客丙の国籍国C国は、自国民丙に対するB国による管轄権の行使に対して抗議している。なお、当該旅客船甲の旗国であるA国は、丙に対する刑事手続の執行に関するB国からの照会に対し、特段の異議を表明していない。

ところで、B国とC国との間には犯罪人引渡条約が締結されており、同条約は、政治犯罪人の不引渡しを規定する条文を含んでいる。C国は、人権抑圧政策で国際社会から非難されている国であり、旅客丙はC国政府に対して、人権擁護運動を積極的に行っている著名な反政府活動家である。このような中C国は、犯罪人引渡条約に基づいて、傷害致死罪を引渡事由としてB国に対して旅客丙の引渡しを求めた。これに対して、丙は、C国に引き渡されれば、傷害致死罪以外の政治犯罪を含む他の罪で訴追される可能性があるかと疑っている。

また、当該旅客船甲にB国警察官が乗り込んだ際に、旅客丙の客室を捜索していた警察官が、適切な令状もないままに隣の客室をも捜索する必要があると述べて丙の客室の隣にあるC国籍の旅客丁の客室内に押し入り、当該客室内にあった高額の宝石類を盗んでいたことが発覚した。当該警察官は、既に宝石類を換金し、手に入れた金銭を全て費消している。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えなさい。

〔設問〕

1. B国による刑事管轄権行使に関し、B国は、自らの執行管轄権の行使を正当化する根拠をどのように主張できるかを論じなさい。
2. C国からの犯罪人引渡条約に基づく旅客丙の引渡要請に対して、仮にB国が丙をC国に引き渡す意思があるとして、政治犯罪人不引渡しの観点から、丙をC国に引き渡すことができるか、また、引き渡す場合、丙が政治犯罪人として訴追されないようにするために、どのように応ずるべきか論じなさい。
3. B国警察官による旅客丁の財産の窃盗により丁が損害を被ったことについて、C国は、国際法上、B国に対しどのような責任追及ができるか事実関係に即して論じなさい。

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）

甲国人女Wは、甲国人男によって懐胎した嫡出でない甲国人子Cを甲国において出生した。Wは、その2年後、甲国において日本人男Hと知り合い、甲国において同国民法の定める方式に従い婚姻した。法の適用に関する通則法（平成18年法律第78号）（以下「通則法」という。）第41条の適用はなく、日本法からみてHとWの婚姻は有効に成立していることを前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、甲国民法は、日本民法の定める普通養子縁組に相当する制度を有しているほか、次の①から⑦の趣旨の規定を有している。

- ① 年齢18歳をもって、成年とする。
- ② 夫婦が未成年者を養子とする場合であっても、共同で縁組をする必要はない。
- ③ 縁組は、甲国の戸籍管掌者に届け出ることによって、その効力を生ずる。
- ④ 養子は、縁組の日から、養親の嫡出子の身分を取得する。
- ⑤ 子が養子であるときは、養親の親権に服する。
- ⑥ 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。
- ⑦ 父母と子は、互いに扶養をする義務がある。

[設問]

1. Wは、Hとの婚姻直後にCと来日し、Hと共に平穏な生活を日本で営んできた。Cも日本の小学校に通学し、日本での生活に慣れ親しんでいる。Hは、WとCが来日して5年が経過した時に、Cと養子縁組をすることを決意するに至った。通則法第31条第1項後段が定める甲国法の要件は、全て満たされているものとして、次の問いに答えなさい。
 - (1) Hは、Wと共同して、Cを養子としなければならないか。
 - (2) HとWが共同してCを養子とする場合、この縁組は、日本の戸籍管掌者への届出によって、方式上有効に成立するか。
2. HとWが共同してCを養子とする縁組が成立した後、Cについて帰化が許可され、現在Cは日本国籍だけを有している。
 - (1) Cは嫡出子か。
 - (2) Cにつき親権を行使する者は誰か。
 - (3) HはCの扶養義務者か。

〔第2問〕（配点：50）

Xは甲国人であり、Yは甲国法に基づき設立されて甲国に主たる営業所を有する会社である。Xは、Yとの間で勤務期間の定めのない雇用契約（以下「本件雇用契約」という。）を締結した。その後、Xは、Yの命令に従い甲国内にあるYの複数の支店において勤務した後、日本と乙国における営業を統括する東京支店への配置転換を命じられた。

設問1と設問2は、各々独立したものとして答えなさい。

〔設問〕

1. Xは、東京支店において継続して勤務していたが、来日後6年が経過した時に、Yから理由を告げられることなく突然解雇された。そこで、Xは、Yによる解雇は日本の労働契約法（平成19年法律第128号）第16条の定める「権利を濫用したもの」であって無効であると主張して、Yに対して本件雇用契約上の地位確認と賃金の支払を求める訴えを、日本の裁判所に提起した。XとYは、本件雇用契約を締結した際、「本契約から発生する一切の紛争については甲国の裁判所が専属的な管轄権を有し、かつ、本契約は甲国法により規律され解釈される」旨の書面による合意をしていた。

なお、甲国法は解雇・退職の自由を原則とし、甲国法上、使用者は勤務期間の定めのない雇用契約をいつでも何らの理由もなしに解約することができ、また、それに対して権利濫用を含む特段の法的規制もない。

(1) Yは、甲国裁判所が専属的な管轄権を有する旨の合意がある以上、日本の裁判所はXの訴えについて国際裁判管轄権を有していないと主張している。この主張の当否について論じなさい。

(2) 国際裁判管轄権に関する合意がなく、かつ、Yの応訴がないとした場合に、民事訴訟法第3条の3に列挙されている管轄原因を除いて、日本の裁判所の国際裁判管轄権を基礎付ける原因は存在するか。

(3) 本件雇用契約の準拠法が甲国法であるとした場合に、日本の労働契約法第16条の規定は適用され得るか。

2. Xは、Yの東京支店に配置転換後、日本と乙国の顧客に対する営業の責任者として好成績を上げていたが、来日後6年が経過した時にYを任意に退職した。Yは、Xが退職後に顧客を奪取することを懸念し、Xとの間で次の①から③の合意を含む競業禁止特約（以下「特約」という。）を締結し、YはXに競業禁止の代償として特別退職金を支払った。①「Xは、2年間、日本と乙国における同業他社には就職しない」、②「Xは、特約に違反した場合には、特別退職金を返還する」及び③「特約から発生する一切の紛争については、甲国又は日本の裁判所が管轄権を有する」。しかし、Xは、退職の約半年後、乙国に主たる営業所を有し、Yと競業関係にある会社Aの勧誘に応じて、Aと雇用契約を締結するに至った。Xは、Aの乙国営業所に勤務するため、乙国に住所を有している。

Yが、特約に基づき、Xに対して特別退職金の返還を求める訴えを日本の裁判所に提起した場合、日本の裁判所は国際裁判管轄権を有するか。前記③の管轄権に関する合意がなかった場合と対比して論じなさい。