

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、具体的事実法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こ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實關係を前提に、結論を導くのに必要な点を中心に論ずるべきであって、本問の事實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實關係や本問の事實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實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ものではなく、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

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、その削減にははくだい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。