

[新司法試験サンプル問題（公法系科目）]

科目全般について

公法系科目とは、憲法及び行政法に関する分野の科目をいう。

憲法に関する分野については、これまでの司法試験とその範囲が変わるものではなく、憲法典だけではなく、憲法の基本原理等の憲法総論を含むほか、例えば、地方自治法など憲法から委任された法律等が憲法の趣旨を体現している部分や憲法の直接の委任はないものの憲法の趣旨を具体化している法律の当該部分も含まれる。

また、行政法に関する分野については、実質的、理論的、体系的な観点から、「行政法」として一般的に理解されているものが範囲となる。具体的には、行政法の基本原理、行政手続法、行政不服審査法、行政事件訴訟法、国家賠償法等のいわゆる行政手続・行政救済法のうち基本的部分、行政機関の保有する情報の公開に関する法律等のいわゆる行政情報関係法のうち基本的部分、国家行政組織法、内閣法等のいわゆる行政組織法のうち基本的通則的部分等がこれに該当する。なお、出題に当たり、個別の行政実体法を素材とすることがあるが、当該行政実体法の知識を問うわけではない。そのような場合には、必要に応じて、参照条文を問題文に添付することとする。

なお、行政事件訴訟法については、行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成16年法律第84号。平成16年6月公布）の施行日が、新司法試験の実施前である平成17年4月1日とされていることに鑑み、サンプル問題も、改正後の行政事件訴訟法を前提として作成している。

[短答式試験問題]

短答式試験問題について

公法系の短答式試験においては、上記「科目全般について」記載の試験範囲で、幅広い分野から基本的な問題を多数出題することにより、専門的な法律知識及び法的な推論能力を試すこととし、サンプル問題では、条文、法律の基本的概念についての知識、最高裁判所の判例についての知識や理解、重要判例の理由付けについての理解を確認する問題などを作成している。例えば、地方自治や住民訴訟に関する問題などもサンプル問題に含まれているが、いずれも基本的な内容を問うものである。

また、サンプル問題の一部には、憲法及び行政法にまたがる問題やこれらを融合した問題があるほか、出題範囲の各分野に広くまたがった問題もあり、様々な角度からの出題や幅広い分野の出題を図っている。

出題の形式については、択一方式のみによらず、問題の内容等に応じて適当な数の肢を設定して各肢ごとに正誤を問うもの、空欄に補充する用語を選ばせるもの、正答肢を複数選ばせるものなど、多様化を図っている。配点についても、各問題の出題形式、難易度等を考慮して、各問の配点に差を設けることとするとともに、各肢の正誤を問う問題においては、一定数以上の肢を正答すれば、部分点を与えるなどの工夫をする予定である。

[第1問] 税関検査に関する以下のアからオまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、それが正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい（解答欄は、アからオの

順に[1]から[5])。

ア 税関長は、輸入されようとする貨物のうちに「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」（関税定率法第21条第1項第4号）に該当すると認めるのに相当の理由がある貨物があるときは、当該貨物を輸入しようとする者に対し、その旨を通知しなければならない（同法第21条第3項）が、この通知は行政処分ではないので、取消訴訟の対象とはならない。しかし、通知を受けた者は、輸入ができなくなったことを理由に国家賠償を請求することができる。[1]

イ 税関検査は、「行政権が表現行為に先立ちその内容を事前に審査し、不適当と認める場合にその表現行為を禁止する」ものであるから、憲法第21条第2項のいう「検閲」に該当する。しかし、検閲の禁止も公共の福祉による例外が認められるのであるから、我が国内における健全な性的風俗の維持確保という公共の福祉を実現するためのものであるから、例外的に許容される。[2]

ウ 税関検査によって表現物の輸入を禁止しても、一般に、当該表現物は国外においては既に発表済みのものであるから、事前に発表そのものを一切禁止するというものではない。また、当該表現物は、輸入が禁止されるだけであって、税関により没収、廃棄されるわけではないから、発表の機会が全面的に奪われてしまうというわけでもない。その意味において、税関検査を事前規制そのものということとはできない。[3]

エ 法律をもって表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確のゆえに当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要があるが、関税定率法第21条第1項第4号の「風俗を害すべき書籍、図画」等をわいせつな書籍、図画等のみを指すものと限定的に解釈することによって、合憲的に規制し得るもののみがその対象となることが明らかにされるのであるから、当該規定を広汎又は不明確のゆえに憲法第21条第1項に違反するということはできない。[4]

オ 関税法第109条は、関税定率法第21条第1項所定の輸入禁制品を輸入した者だけでなく、その予備・未遂罪を犯した者をも処罰するとしている（第3項）が、わいせつな書籍、図画の単純所持を処罰することは憲法第13条に反するおそれがあるのであるから、関税法第109条第3項を適用し、個人的な鑑賞の目的でわいせつな書籍、図画等を輸入しようとしたところ税関検査により発見され目的を遂げ得なかった者を処罰することはできない。[5]

【正解】

ア．2（誤） イ．2（誤） ウ．1（正） エ．1（正） オ．2（誤）

〔第2問〕 次の【ア】から【ウ】までの空欄に入れるべき文章を、それぞれ、下記【ア】から【ウ】までの文章群から選びなさい（解答欄は、【ア】から【ウ】の順に[6]から[8]）。

Pは、行政庁から、6か月間の営業停止処分を受けたが、当該処分通知書には、行政事件訴訟法第46条に基づく取消訴訟の被告とすべき者及び出訴期間についての教示とともに、

当該処分不服がある場合には、60日以内に上級行政庁に審査請求できる旨の教示がなされていた。これらの教示が適法になされていた場合、Pは、【ア】

Pが当該処分について審査請求をして、上級行政庁からそれを棄却する判決がされたとき、Pとして当該処分についての取消訴訟と当該判決の取消訴訟のどちらを提起するかという点について、行政事件訴訟法では、【イ】

我が国の行政争訟制度においては、行政処分に対する審査請求、取消訴訟の提起がされた場合に、当該処分の効力、処分の執行や手続の続行を止めるか否かという問題については、【ウ】

【ア】の文章群 [6]

- 1 まず審査請求をして、それを棄却する判決を受けた後でないと、取消訴訟を提起することはできないが、審査請求をした日から3か月を経過しても判決がされないときには、判決を経ることなく取消訴訟を提起することができる。
- 2 処分が違法であると考えるときは、審査請求をしないで、直ちに取消訴訟を提起することができる。
- 3 処分がPに対する聴聞の手続を経てなされたものであったときには、審査請求をしないで、直ちに取消訴訟を提起することができる。

【イ】の文章群 [7]

- 1 原則として、原処分の取消訴訟の提起を予定しており、判決の取消訴訟の提起が許されるのは、原処分の根拠となった個別の法律にその旨の定めがある場合に限られる。
- 2 原則として、判決の取消訴訟の提起を予定しており、原処分の取消訴訟の提起が許されるのは、原処分の根拠となった個別の法律にその旨の定めがある場合に限られる。
- 3 原処分の取消訴訟も、判決の取消訴訟も提起できるが、判決の取消訴訟では、原処分の違法は争えないこととされている。
- 4 原処分と判決のうち、Pにおいて選択したいずれか一方のみについて、取消訴訟を提起することができるとしている。

【ウ】の文章群 [8]

- 1 行政不服審査法は執行停止原則を採っているのに対し、行政事件訴訟法では執行不停止原則が採られているが、前者の場合も、執行不停止の例外が広く認められている。
- 2 行政不服審査法も行政事件訴訟法も、共に執行不停止を原則としているが、前者では、処分行政庁の上級行政庁が行う審査手続であるため、後者における裁判所による執行停止と比べて、執行停止をすべき場合を広く列挙している。
- 3 行政不服審査法も行政事件訴訟法も、共に執行不停止を原則としているが、前者では、処分行政庁の上級行政庁である審査庁は職権によっても執行停止決定ができるとしている点において、後者における裁判所による執行停止と異なっている。

【正解】 【ア】 . 2 【イ】 . 3 【ウ】 . 3

〔第3問〕 米国国籍を有するXは、在留期間を1年とする上陸許可を受けて本邦に入国し、ベトナム戦争及び日米安全保障条約に反対する旨の政治活動をしていた。Xは、在留期間の更新

を申請したところ、法務大臣が同更新を許可しない旨の処分（以下「本件処分」という。）をしたため、Xは、法務大臣を被告として本件処分の取消しを求めた。

以下のアからオまでの文章について、最高裁判所の判例に照らし、それが正しい場合には1を、誤りの場合には2を選びなさい（解答欄は、アからオの順に〔 9 〕から〔 13 〕）。

ア 憲法第22条第1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人が我が国に入国することについては何ら規定していないものであり、このことは、国際慣習法と考えを同じくするものと考えられる。したがって、外国人は、憲法上、我が国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、在留の権利ないし引き続き在留することを要求し得る権利を保障されているものでもない。〔 9 〕

イ 憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである。したがって、外国人が、適法に本邦に入国して在留している以上、その者の在留期間の更新事由の有無の判断をする法務大臣の裁量の範囲は限定的に解されるべきである。〔 10 〕

ウ 外国人の政治活動の自由については、我が国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないとは解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが相当であるから、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されないことまでの保障は与えられている。〔 11 〕

エ 裁判所は、法務大臣の判断がその裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実と誤認があること等により同判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により同判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理することとなる。〔 12 〕

オ 法務大臣がXの本邦での政治活動を日本国にとって好ましいものではないと評価し、また、Xの活動から同人を将来日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者と認め、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるものとはいえないと判断して本件処分をしたとすれば、本件処分は違憲、違法であり、取り消されるべきである。〔 13 〕

（参照条文）出入国管理及び難民認定法

（在留期間の更新）

第21条 本邦に在留する外国人は、現に有する在留資格を変更することなく、在留期間の更新を受けることができる。

2 前項の規定により在留期間の更新を受けようとする外国人は、法務省令で定める手続により、法務大臣に対し在留期間の更新を申請しなければならない。

3 前項の申請があつた場合には、法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる。

【正解】

ア．１（正）　イ．２（誤）　ウ．２（誤）　エ．１（正）　オ．２（誤）

〔第４問〕 次の〔Ａ〕から〔Ｄ〕の空欄のうち，〔Ａ〕及び〔Ｄ〕については語句群１から，〔Ｂ〕及び〔Ｃ〕については語句群２から，それぞれ適切な語句を入れて，津地鎮祭訴訟及び自衛官合祀訴訟の最高裁判所大法廷判決に関する文章を完成させなさい（解答欄は，ＡからＤの順に〔 14〕から〔 17〕）。

憲法第２０条第３項にいう〔Ａ〕とは，宗教とかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく，当該行為の〔Ｂ〕が宗教的意義を持ち，その〔Ｃ〕が宗教に対する援助，助長，促進又は圧迫，干渉等になるような行為をいい，ある行為が〔Ａ〕に該当するかどうかを検討するに当たっては，当該行為の行われる場所，当該行為に対する一般人の宗教的評価，当該行為者が当該行為を行うについての意図，〔Ｂ〕及び宗教的意識の有無，程度，当該行為の一般人に与える〔Ｃ〕，影響等，諸般の事情を考慮し，〔Ｄ〕に従って，客観的に判断しなければならない。

【語句群１】

- １．政教分離原則　２．通常人の宗教意識　３．規範原理　４．宗教行為の禁止
５．非宗教活動　６．倫理原則　７．社会通念　８．宗教的活動　９．公的活動
１０．一般常識

【語句群２】

- １．内容　２．かかわり合い　３．評判　４．趣旨　５．関心
６．宗教的意義　７．効果　８．成果　９．実態　１０．目的

【正解】

- Ａ．８（宗教的活動）　Ｂ．１０（目的）　Ｃ．７（効果）　Ｄ．７（社会通念）

〔第５問〕 次のアからエまでの記述につき，それぞれ，最高裁判所の判例に照らして内容が正しい場合には１を，内容が誤りである場合には２を選びなさい（解答欄は，アからエの順に〔 18〕から〔 21〕）。

ア 供託法には，「供託官ノ処分ヲ不当トスル者ハ監督法務局又ハ地方法務局ノ長ニ審査請求ヲ為スコトヲ得」（同法第１条ノ４）との規定が置かれているが，弁済供託は，弁済者の申請により供託官が債権者のために供託物を受入れ管理するもので，民法上の寄託契約の性質を有するものであるから，供託官が弁済供託に係る供託物の取戻請求を理由がないと認めて却下する行為は，抗告訴訟の対象となる行政処分ではない。〔 18〕

イ 国土交通大臣が土地区画整理事業の施行者となる場合（土地区画整理法第３条第４項）における事業計画の決定（同法第６条第１項）は，事業計画そのものは，特定個人に向けられたものではないが，その計画書に添付されている設計図書に各宅地の地番，形状が表示されており，その後の手続の進展に伴って，仮換地の指定処分（同法第９条），建物の移転・除去命令（同法第７条）等の具体的な権利侵害が生じ得るのであるから，抗

告訴の対象となる行政処分に該当する。[19]

ウ 私法上の契約関係に基づく私企業の従業員の雇用関係とは異なり、国家公務員の任免は、国家公務員法に基づき、同法第55条に規定される任命権者により、同法及び人事院規則に従い、公権力の行使として行われるものであるから、国家公務員としての採用内定通知を取り消す行為も、抗告訴の対象となる行政処分に該当する。[20]

エ 建築基準法は、同法第42条第1項で、同法第3章（都市計画区域等における建築物の敷地、構造、建築設備及び用途）の規定における「道路」の定義を規定するとともに、同条第2項で、同法第3章の規定が適用されるに至った際、現に建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で、行政庁の指定したものを同条第1項の道路とみなす旨規定しているが、行政庁の告示により、同条第1項の道路とみなされる道を「幅員4メートル未満1.8メートル以上の道」と一括して指定する行為は、特定の土地について個別具体的に指定をしたものではなく、一般的基準を定立したものにすぎず、当該告示自体により、直ちに私権の制限が生ずるわけではないから、抗告訴の対象となる行政処分ではない。
[21]

【正解】

ア．2（誤） イ．2（誤） ウ．2（誤） エ．2（誤）

〔第6問〕 次のAからDまでの文章は、いずれも最高裁判所の判決の一節（一部形式的な修正を施したものである。これについて論じたアからオまでの文章について、それぞれその内容が正しい場合には1を、内容が誤りである場合には2を選びなさい（解答欄は、アからオの順に[22]から[26]）。

A 不当景品類及び不当表示防止法第10条第6項にいう「第1項...の規定による公正取引委員会の処分について不服があるもの」とは、一般の行政処分についての不服申立の場合と同様に、当該処分について不服申立をする法律上の利益がある者、すなわち、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者をいう、と解すべきである。右にいう法律上保護された利益とは、行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益であって、それは、行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別されるものである。

B 旧地方鉄道法第21条は、地方鉄道における運賃、料金の定め、変更につき監督官庁の認可を受けさせることとしていたが、同条に基づく認可処分そのものは、本来当該地方鉄道の利用者の契約上の地位に直接影響を及ぼすものではなく、このことは、その利用形態のいかんにより差異を生ずるものではない。また、同条の趣旨は、専ら公共の利益を確保することにあるのであって、当該地方鉄道利用者の個別的な権利利益を保護することを目的として認可権の行使に制限を課していると解すべき根拠はない。

C 取消訴訟の原告適格について規定する行政事件訴訟法第9条にいう当該処分の取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律

上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであるが、当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たる。

D 本件史跡指定解除処分の根拠である県文化財保護条例は、文化財保護法に基づくものであるが、同法により指定された文化財以外の県内の重要な文化財について、保存及び活用のため必要な措置を講じ、もって県民の文化的向上に資するとともに、我が国文化の進歩に貢献することを目的としている。同条例において、県教育委員会は、県内の重要な記念物を県指定史跡等に指定することができ、県指定史跡等がその価値を失った場合その他特殊の理由があるときは、その指定を解除することができることとされている。これらの規定並びに同条例及び同法の他の規定中に、県民あるいは国民が史跡等の文化財の保存・活用から受ける利益をそれら個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を明記しているものはなく、また、右各規定の合理的解釈によっても、そのような趣旨を導くことはできない。そうすると、同条例及び同法は、文化財の保存・活用から個々の県民あるいは国民が受ける利益については、本来同条例及び同法がその目的としている公益の中に吸収解消させ、その保護は、専ら右公益の実現を通じて図ることとしているものと解される。

ア 「不当景品類及び不当表示防止法は一般消費者の利益保護を目的としているから、一般消費者の利益は原告適格を基礎付け得る。」という主張は、Aの理解として正しい。

[22]

イ 「立法者は、原告適格を認めるかどうかをも考慮して諸規定を置いているものとは言い難いのであるから、原告適格が認められる範囲を判定するに当たっては、法律の文言やその趣旨解釈に限定されるべきではない。」との主張は、Cの根拠となっている。[23]

ウ 「当該処分によって、結果的に何らかの不利益を受けたということだけで抗告訴訟の原告適格を認めるのは、抗告訴訟が民衆訴訟と化してしまうことに歯止めが掛からない。」との主張は、AからDのすべてと矛盾しない。[24]

エ 「鉄道利用者のうち、定期券利用者であれば、運賃変更に係る監督官庁の認可による契約上の地位に影響があるので、例外的に原告適格が認められる。」という主張は、Bと矛盾しない。[25]

オ 「公益は、最終的には、何人かの個別的な利益とは切り離せないはずである。」との指摘は、A、B及びDに対する批判となる。[26]

(参照条文) 不当景品類及び不当表示防止法

第1条 この法律は、商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭和22年法律第54号)の特例を定めることにより、公正な競争を確保し、もって一般消費者の利益を保護することを目的とする。

【正解】

ア．2（誤）　イ．2（誤）　ウ．1（正）　エ．2（誤）　オ．1（正）

〔第7問〕 次の文章は、昭和63年12月20日の最高裁判所判決の一部分を抜き出したものである。この文章を読んで、以下の小問に答えなさい。

政党が党員に対してした処分が（A）と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、裁判所の審判権は及ばないというべきであり、他方、右処分が一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情がない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則ってされたか否かによって決すべきであり、その審理も右の点に限られる。

小問1　（A）にあてはめるべき言葉を、以下の語句群の中から選んだ上（解答欄は、〔27〕）、この判決の法理と類似した法理を用いた最高裁判所判決の事例を以下の事例群のうちから二つ選びなさい（解答欄は、〔28〕及び〔29〕で順不同）。

【語句群】

- 1．政党活動　2．党員の政治活動の自由　3．裁量権限　4．司法審査
5．司法権の範囲　6．一般市民法秩序　7．権利利益　8．第三者の権利

【事例群】

- 1 地方議会議員に対する出席停止処分
2 裁判官に対する戒告処分
3 国立大学における単位認定
4 宗教法人の教義にかかわる宗教法人の代表役員の地位確認
5 駐留米軍地に立ち入った者に対する刑事事件

小問2　次の事例において、下記の主張1から主張3は、この判決の法理を用いたものであるか。その法理を用いて主張されている場合には1を、そうでない場合には2を選びなさい（解答欄は、主張1から3の順に〔30〕から〔32〕）。

【事例】

A政党においては、党員に対する処分を定めた規約がないところ、党員SがA政党の政策に反する主張を日刊新聞に公表したため、Aの党大会において、Sに一定の処分を加える旨の決定がされた。

主張1　A政党には処分の手続、内容を定めた党規約がない以上、どのような場合にどのような処分をするかを定めた規範が存在しないのであるから、Sを除名処分とする余地はない。〔30〕

主張2　Sは、先月、2年の任期を有する党の役員に選ばれたばかりであるにもかかわらず、今回の役職就任禁止処分によってその地位を剥奪されたのであって、条理上、このような処分は許されない。〔31〕

主張3 Sは党首選挙の選挙人資格停止処分を受けたにすぎないのであるから、裁判でこの処分を争う余地はない。[32]

小問3 次の事例において、下記の主張4及び主張5は、この判決の法理を用いたものであるか。その法理を用いて主張されている場合には1を、そうでない場合には2を選びなさい(解答欄は、主張4が[33]、主張5が[34])。

【事例】

B政党においては、党規約において、「執行役員会議は、所属する党员に著しい非行があると認められた場合には、除名処分をすることができる」、「執行役員会議が党员を除名処分にする場合には、当該党员に弁解の機会を与えなければならない。ただし、党執行役員の3分の2の賛成がある場合には、その限りでない。」旨などが定められていた。B党の執行役員会議は、3分の2の賛成により、Tの弁解を聴かないまま、党员として著しい非行があったという理由で、Tを除名処分(以下「本件処分」という。)にした。

主張4 執行役員の3分の2の多数決だけで、告知聴聞というTの手続的権利を剥奪するのは公序良俗に反するというべきであるから、何らTに弁解の機会を与えることなくなされた本件処分は、違法である。[33]

主張5 本件処分は、政党が自律的に定めた党規約に従ってされたものであるから、この処分が違法となる余地はない。[34]

【正解】

小問1 A . 6 類似した法理 . 1と3

小問2 主張1 . 2 (誤) 主張2 . 2 (誤) 主張3 . 1 (正)

小問3 主張4 . 1 (正) 主張5 . 2 (誤)

[第8問] 次のアからウまでの記述は、一定の行政処分を求める旨の法令に基づく申請を行政庁が拒否した場合に、その処分をすべき旨を命ずることを求める義務付け訴訟に関するものである。それぞれ、内容が正しい場合には1を、誤りである場合には2を選びなさい(解答欄は、アからウの順に[35]から[37])。

ア 当該義務付け訴訟は、その処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる。[35]

イ 当該義務付け訴訟は、申請者以外の者であっても、行政庁がその処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。[36]

ウ 当該義務付け訴訟を提起するに当たっては、拒否処分についての取消訴訟又は無効確認訴訟を併合して提起しなければならない。[37]

【正解】

ア． 2（誤）　イ． 2（誤）　ウ． 1（正）

〔第9問〕 次のアからカまでの記述につき、法令及び最高裁判所の判例に照らし、内容が正しい場合には1を、誤りである場合には2を選びなさい（解答欄は、アからカの順に〔 38〕から〔 43〕）。

ア 行政処分の取消訴訟の目的たる請求は、一定の場合、当該処分に係る事務の帰属する国又は公共団体に対する損害賠償の請求に変更することができるが、訴えをもって、行政処分の取消しと併せて当該処分に係る事務の帰属する国又は公共団体に対する損害賠償請求をすることは許されない。〔 38〕

イ 国家賠償法第2条の営造物の管理者は、必ずしも当該営造物について所有権等の権原を有している者に限られるものではないので、国又は公共団体が事実上の管理をしているにすぎない場合であっても、同条の管理者として管理の瑕疵について損害賠償責任を負う。〔 39〕

ウ 第三者を名宛人とする行政処分の執行停止を求める場合、名宛人たる第三者に損害を与えるおそれがあるから、執行停止決定に当たり、裁判所の判断により、立担保が求められることがある。〔 40〕

エ 住民訴訟は、住民監査請求に対する監査委員の判断を経ていることを要件としているため、監査委員が住民監査請求を不適法として却下している場合には、当該住民監査請求の対象と同一の財務会計行為を対象とする住民訴訟も不適法却下を免れない。〔 41〕

オ 国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うといった容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法第1条第1項の規定の適用上、違法の評価を受けない。〔 42〕

カ 国家公務員法第100条第1項にいう「秘密」とは、非公知の事実であって実質的にも秘密として保護するに値すると認められるものをいうが、そのすべてが行政機関の保有する情報の公開に関する法律上の「不開示情報」に当たるわけではなく、また、同法上の「不開示情報」のすべてが、ここにいう「秘密」に該当するわけでもない。〔 43〕

（参照条文）国家公務員法

第100条第1項 職員は、職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない。その職を退いた後といえども同様とする。

【正解】

ア． 2（誤）　イ． 1（正）　ウ． 2（誤）　エ． 2（誤）　オ． 1（正）
カ． 1（正）

〔第10問〕 以下の各文章について、それぞれ、それが正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい（解答欄は、アからカの順に〔 44〕から〔 49〕）。

ア 予算については、先に衆議院に提出しなければならないなど、衆議院に優越が認められ

ているから、もし、参議院において衆議院と異なる議決をした場合には、参議院は、衆議院に対して、両院協議会の開催を求めることができる」とされている。[44]

イ 内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負うとされているが、特定の国務大臣も、その所管事項に関しては、個別の責任を負うというべきであるから、衆議院及び参議院のそれぞれにおいて、特定の国務大臣に対する不信任決議が可決された場合には、当該国務大臣は、辞職をすべき法的義務を負うと一般に理解されている。[45]

ウ 憲法は、裁判は、公開法廷で行う旨を定めているから、すべての裁判手続は、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがあると決した場合を除いて、公開しなければならないことになっている。[46]

エ 最高裁判所の判例によれば、我が国が、自国の平和と安全を維持し、その存立を全うするために必要な自衛のための措置を採り得ることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない、とされている。[47]

オ 最高裁判所の判例は、法令公布の方法については、一般的な法令の規定を欠くに至っている、としながら、法令の公布は官報をもってされるものと解するのが相当であり、例え事実上、法令の内容が一般国民の知り得る状態に置かれ得たとしても、いまだ法令の公布があったとすることはできない、としている。[48]

カ 憲法第93条は、地方公共団体に議事機関として議会を設置すべきことを定め、更に地方公共団体の長、議会の議員等についての住民の直接選挙制を定めている。したがって、地方自治法上も、町村において、議会を置かず、選挙権を有する者の総会を設けることはできない。[49]

【正解】

ア．2（誤） イ．2（誤） ウ．2（誤） エ．1（正） オ．1（正）
カ．2（誤）

[論文式試験問題]

論文式試験問題について

公法系科目において出題する2問のうち、1問は、主として憲法分野のテーマから出題し、可能であれば、関連する行政法分野の論点についても問うもの、他の1問は、主として行政法分野から出題し、可能であれば、関連する憲法分野の論点についても問うものとし、サンプル問題では、主として憲法分野のテーマから出題している問題において、行政法分野の論点についても問う問題としている。

また、論文式試験においては、事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を十分に判定するため、多種多様で複合的な事実関係に基づく比較的長文の事例を出題し、十分な時間をかけて、法的に意味のある事柄を取り出させ、その事実関係にふさわしい解決策等を示させたりすることなどにより、法的な分析、構成及び論述をさせることを中心とする。そこで、サンプル問題では、その一例として、主として憲法分野のテーマから出題する問題においては、事実関係に関する相当数の客観的資料や架空の関連法令等を参照しつつ設問に答えさせるものとするとともに、主として行政法分野のテーマから出題する問題については、設例を整理した形で提示することはせず、弁護士とその依頼者との間の長文の会話や関係資料を読み、そこから設例を把握した上で、設問に答えるものとしている。

[第1問] 次の事例につき後掲の資料を参照しつつ問いに答えなさい。

「文化のまち」を目指すA市は、文化振興策の一環として文化事業奨励金条例に基づき、文化事業を行う団体の代表者に対して文化事業奨励金を交付している。A市の市民であるXが主宰する市民劇団「A市芝居集団」は、25周年記念公演に「A市の<輝かしい>過去と今」という劇をA市文化会館ホールで上演することを企画したが、Xは、市教育委員会教育総務課長BよりA市の後援を得た上で文化事業奨励金を申請し、市長Yより交付決定(30万円)を受けた。しかし、その後、市議会でこの劇を市が後援し奨励するのは不相当ではないかといった質問がなされるに至った。こうした動きを受けて、Bは、Xらの劇の内容を検討した上で、Xに対し、「政治的な劇を支援することは市の後援及び文化事業奨励金交付の趣旨に反する。殊更にA市市政を批判する劇を市が後援し文化事業奨励金を交付するならば、市民に市政に関する市の立場を誤解させるおそれがある。文化事業奨励金の交付を受けた者が文化事業奨励金を誹謗することは、市民の文化事業奨励金制度に対する不信感を醸成し、市の文化振興政策を阻害するおそれがある。」として、劇の題名から「A市」を外すとともに、劇の脚本も架空の物語であることが明らかになるよう変更し、さらに、文化事業奨励金への誹謗を外すよう求めた。しかし、Xは、「これは、市当局による検閲である」としてBの要望を拒否した。そこで、BはA市による後援を取り消し、それを受けてYは、市の後援が取り消されたので文化事業奨励金条例第7条第3号に該当するとして、文化事業奨励金交付決定を取り消した(この時点では文化事業奨励金の交付がなされていなかった)。ただし、A市文化会館ホールの使用許可が取り消されることはなく、Xらの劇は予定どおり上演された。

- 1．A市による後援取消・文化事業奨励金交付決定取消を違憲違法と考えるXが，どのような訴訟を提起すると考えられるかについて，簡潔に論じなさい。
- 2．Xから依頼を受けた弁護士が，訴訟において，文化事業奨励交付決定の取消しが違憲であるとしてどのような主張を行うと考えられるかについて，その主張の当否とともに論じなさい。

資料 1

劇団「A市芝居集団」公演「A市の<輝かしい>過去と今」の宣伝ビラ

劇団「A市芝居集団」25周年記念公演

「A市の<輝かしい>過去と今」

輝かしい歴史と文化のまちA市に君臨する「小皇帝」
A市はコネと腐敗のまちか？ 文化事業奨励金すら畏なのか？
ギターかかえた風来坊が小皇帝に挑む
虚実ないませ！ 話題騒然！ 抱腹絶倒！

8月19・20日午後6時開演
A市文化会館ホール
前売り400円 当日500円

宣伝ビラ裏面

あらすじ

A市にやってきた風来坊アキラは、やくざ風の男たちからまれていたのを助けたことから、ミユキと知り合う。アキラはミユキの家の居候となるが、次第に、市長である小中大（こなか・まさる）が小皇帝として20年もA市に君臨していることが分かってくる。輝かしい歴史と文化のまちのはずのA市は、小中や小中とつるむ土建業者「太子根組」（おおこねぐみ）とのコネがもの言う腐敗のまちになってしまっていたのだ。そして、文化事業奨励金を始めとする数々の補助金によって失政がカモフラージュされ、市民は丸め込まれていた。こんなA市を何とかしようとアキラやミユキたちは、文化事業奨励金をもらって、A市の過去と現在を描く風刺劇の上演を計画した。いよいよ小中を招待して抱腹絶倒の劇が始まった。小中の反応は？ A市は変わるのか？

資料2 市議会議事録

C 議員 「私，最近，『A市芝居集団』という市民劇団の劇である『A市の<輝かしい>過去と今』の宣伝ビラを読みまして大変驚きました。この劇は，このビラから判断しますと，市長さらには市政を誹謗し揶揄するもののようなのですが，そのような劇を市が後援しており，しかも市の文化事業奨励金が交付されていると知り，二度驚いたわけです。この劇は市長に対する名誉毀損に当たるようにも思えますが，そんな劇を市が後援し助成することはいかなるものでしょう。あるいは，表現の自由がありますから，市長批判，市政批判の劇を行うことは自由なんでしょう。しかし，市政を誹謗し揶揄する劇を市が資金的に援助するなどというのは，文化事業奨励金の趣旨からして不適當ではないかと思うわけであります。この件につきましての市長のお考えを是非伺いたい。」

市 長 「市民の催し物への後援でございますが，後援名義等の使用承認に関する事務取扱要領に基づき当市の施策の推進に寄与すると認められるものに対して後援をしているところでございます。議員ご指摘の演劇につきましても，本市において長い活動実績のある劇団の25周年記念公演であるところから，文化の振興という市の政策にかなうと考え後援を行うこととしたものであります。また，提出されました奨励金交付申請書に基づきまして，文化事業奨励金条例の定める要件を満たしているとの判断に至り，文化事業奨励金の交付決定を行ったわけでございます。ただ，議員より大変重要なご指摘がありましたので，劇が市政批判という政治的な内容を持つものであることからして市の後援，文化事業奨励金交付にふさわしいものであったか否か，表現の自由との関係も踏まえつつ，再度検討いたしまして，必要であれば対応策を考えたいと思っております。」

資料3 A市文化事業奨励金条例

(趣旨)

第1条 この条例は、市民の文化の向上を図るため、文化事業を行う団体(以下「文化団体」という。)に対して行う奨励金の交付に関し、必要な事項を定めるものとする。

(交付対象)

第2条 奨励金の交付の対象となる文化事業は、次の各号に掲げる要件を備え、かつ、市長が適当と認めるものとする。

- 一 文化団体が主催し、本市が後援するものであること。
- 二 芸術的価値の高いもの又は慰楽として意義のあるものであること。
- 三 不特定又は多数の者に、無料又は低廉な対価により公開するものであること。

(奨励金の額)

第3条 奨励金の額は、予算の範囲内において市長が定める額とする。

(申請)

第4条 奨励金の交付を受けようとする文化団体の代表者は、文化事業奨励金交付申請書(別記様式)を市長に提出しなければならない。

(奨励金の交付決定等)

第5条 市長は、前条の規定による申請があったときは、これを審査し、奨励金を交付することを適当と認めたものについて奨励金の交付額を決定し、その旨を当該文化団体代表者に通知するものとする。

2 奨励金は、前項の文化団体代表者の請求に基づき交付する。

(事業終了の報告)

第6条 奨励金の交付を受けた文化団体代表者は、奨励金の交付の対象となった文化事業が終了したときは、速やかに市長にその旨を報告しなければならない。

(取消し、返還等)

第7条 市長は、奨励金の交付決定又は交付を受けた文化団体代表者ないしその者が代表者を務める文化団体が次の各号の一に該当するときは、奨励金の交付決定を取り消し、若しくは交付額を変更し、又は既に交付した奨励金の全部若しくは一部の返還を命ずることがある。

- 一 不正な行為により奨励金の交付を受けようとし、又は受けたとき。
- 二 奨励金の交付対象となった文化事業を変更し、又は中止したとき。
- 三 奨励金の交付対象となった文化事業が第2条の各号に掲げる要件を欠くに至ったとき。
- 四 その他この条例の規定又は市長の指示に違反したとき。

(報告等)

第8条 市長は、奨励金の交付を受けた文化団体代表者に対して、その事業の実施に関し、報告を求め、又は検査し、若しくは指示を与えることがある。

附則

(施行期日)

1 この条例は、公布の日から施行する。

資料4 近年のA市文化事業奨励金交付の交付状況

	申請数	交付数	1件あたりの奨励金額
一昨年	4	4	50万円
昨年	6	5	30万～50万円
本年	8	6	30万～40万円

資料5 A市の後援名義等の使用承認に関する事務取扱要領

国，地方公共団体，民間団体，民間企業等が主催する博覧会，展示会，講演会，記念式等の行事について，主催者から後援，共催，協賛等の名義（以下「後援名義等」という。）の使用の依頼があった場合は，下記により取り扱うものとする。

記

第1 後援，協賛又は共催の名義の使い分けについて

- 1 「後援」と「協賛」の区分については，原則として「後援」名義の使用を承認するが，特に主催者の要望があるときは，「協賛」名義等の使用を承認することができる。
- 2 「協賛」名義等の使用については，原則として「協賛」名義の使用を承認するものとし，「協賛」名義を除く「協賛」名義等の使用は，既にその承認の実績がある等のやむを得ない事情がある場合に限り承認するものとする。
- 3 「後援」はA市が当該行事を外部的に支援するものであるのに対し，「共催」はA市が主体的に実施すべき行事を他の団体等と共同して実施するものであるから，いずれの名義を使用するかについては，十分検討して承認すること。

第2 後援名義等の使用承認基準等について

- 1 A市が後援名義等の使用を承認することのできる行事は，後援名義等の使用がA市の施策の推進に寄与すると認められるものとし，次の各号のいずれかに該当するときは，後援名義等の使用を承認しないものとする。
 - (1) 行事が公序良俗に反するものその他社会的な非難を受けるおそれのあるものであるとき。
 - (2) 行事が宗教的色彩を有しているとき。
 - (3) 行事が公職選挙候補者の紹介を目的としているとき。
 - (4) 行事が私的な利益を目的としているとき。
- 2 後援名義等の使用承認に当たっては，行事の実施状況の把握等に必要な条件を付するものとする。
- 3 部局長は，前2項に定めるもののほか，各部の事務事業の実情を勘案した具体的基準等を必要に応じて定めるものとする。
- 4 課長は，後援名義等の使用を承認した行事について，A市の施策の推進を妨げる，あるいは，第1項各号のいずれかに該当する，と判断するに至った場合には，後援名義等の使用の承認を取り消すものとする。

第3 後援名義等の使用承認手続について

後援名義等の使用承認は課長が行うものとし、次の各号に掲げる区分に応じ、当該各号に掲げる者に協議するものとする。

(1) 当該年度、前年度又は前々年度に後援名義等の使用承認の実績のない行事に係る使用承認 総務部文書課長及び各部庶務主管課長

(2) 前号に掲げる行事以外の行事に係る使用承認 各部庶務主管課長

第4 後援名義等の使用承認の実績報告について

課長は、後援名義等の使用承認について、その承認の都度、別紙様式2の後援名義等使用承認名簿に記録してその実績を把握するとともに、各年度終了後20日以内に別紙様式1の後援名義等使用承認報告書に当該後援名義等使用承認名簿を添えて総務部長に報告すること。

第5 後援名義等の使用承認の通知について

後援名義等の使用承認の通知は、別記1及び2に定める例により、必要に応じ所要の補正を加えるものとする。ただし、これにより難しいものについては、この限りでない。

資料6 Xの提出した文化事業奨励金交付申請書

<p>(あて先) A市長Y殿</p>	<p>200X年6月10日</p>
<p>申請者の住所・氏名 A市***町1丁目2番地3号 X</p>	<p>申請者が代表する文化団体名 A市芝居集団</p>
<p>A市文化事業奨励金条例第4条の規定により奨励金の交付を申請します。</p>	
<p>事業名 A市芝居集団25周年記念公演「A市の<輝かしい>過去と今」</p>	
<p>事業の目的・内容 劇団員の技量の向上，市民への文化的機会の提供を目的に，これまでの25年間にわたる演劇活動の集大成となる劇を上演する。本劇は，A市を訪れた風来坊がくりひろげるドタバタ喜劇であるが，A市の過去と今を素材にしており，観劇したA市市民がただ楽しむだけでなく，市民としての誇り，自覚を再認識してもらう契機となることを狙いとしている。</p>	
<p>事業実施日 200X年8月19日～200X年8月20日</p>	
<p>場所 A市文化会館ホール</p>	
<p>事業の経費 80万円（文化会館ホール使用料*万円，舞台セット*万円，衣装*万円）</p>	
<p>申請理由 2日間にわたる記念公演を市民に低廉な対価で提供するために，文化事業奨励金の交付を受けたい。</p>	

資料7 後援取消通知

A市芝居集団代表X殿

A市芝居集団25周年記念公演「A市の＜輝かしい＞過去と今」については、A市の文化振興政策の推進を妨げるものであるとの判断に至りましたので、同公演に対するA市の後援を取り消します。

200X年7月30日

A市教育委員会教育総務課長B

【出題趣旨】

演劇公演に対する市の後援及び文化事業奨励金交付決定の取消しという設例をもとに、救済の方法についての理解を確認した上で、表現の自由の保障と公権力による助成との関係（表現の自由は公権力により規制を受けないことの保障にとどまるのか、公権力は表現活動につき自由に助成を与え、助成を拒否することができるのか、取り分け表現内容を理由とする助成の拒否は許されるのか等）等を問うものである。

〔第2問〕 別紙の「甲弁護士と関係者の会話」及び関係資料を読んで、次の問いに答えなさい。

- 1．別紙にいうB社が申請不許可処分の取消訴訟を提起するとした場合、B社から依頼を受けた甲弁護士としては、証拠に照らして廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行規則第4条第1項第7号チ所定の要件を満たしているという主張以外に、不許可処分の違法事由としてどのような主張をすることが適切であると考えられるかを検討しなさい。それぞれの主張について法律上どのような問題点があるかも述べなさい。
- 2．1の取消訴訟において、被告が、新たに「気象条件によっては、近隣市町村であるG町において大気汚染を生じ、生活環境の保全に影響を及ぼすおそれがあるのに、周辺地域の生活環境の保全について適正な配慮がされていない（廃棄物の処理及び清掃に関する法律第15条の2第1項第2号の要件を満たしていない）」ことを不許可の理由として主張した場合、裁判所としてこの主張を取り上げるべきか否かについて検討しなさい。

別紙 甲弁護士と関係者の会話

場 所 : 甲法律事務所第1会議室

日 時 : 平成 年 1 2 月 2 4 日午後 4 時から午後 7 時 3 0 分まで

出席者 : B 産業株式会社 (以下「B 社」という。) の代表取締役社長である B 氏, D 株式会社 (以下「D 社」という。) の従業員である D 氏, 甲弁護士, 乙弁護士

甲 「・・・それでは本題に入りましょう。お電話でお話した時系列は作って来てくださいましたか。それに基づいて説明してください。なお、本日は、当事務所の乙弁護士にも同席してもらいます。乙弁護士は、10 月から当事務所の一員となった新進気鋭の弁護士で、私と一緒に本件を担当いたしますので、よろしく願います。」

乙 「弁護士の乙です。どうぞよろしく願います。」

B, D 「よろしく願います。」

甲 「乙弁護士には概要を伝えてあるだけです、最初から願います。」

B 「はい。これが時系列です (資料 1)。目ぼしいものだけですが、書いてみました。細かな日付は手帳で確認したものです。B 社は、私が脱サラをして、昨年秋に設立した産業廃棄物の収集、運搬、処理と処分等を目的とする株式会社です。私が代表取締役社長を務めています。施設ができていませんし、まだ産業廃棄物の収集、運搬、処理業の許可を受けていませんから、B 社は現在事業を行っておりません。私は、A 市 C 地区の土地を以前から所有しているのですが、今年の夏ごろに、隣地を所有している幼馴染みの友人から土地を買って欲しくないかという話がありました。彼は、資金繰りに困っているとのこと、彼の土地を含めて約 7,000 平方メートルの土地に、産廃、主に廃プラスチック類の焼却施設を作る計画を立てました。ただ、私にはノウハウが乏しいので、環境プラントなどの施工販売や環境コンサルタントをしている D 社に申請手続などのアドバイスをお願いし、本件については D さんが担当して下さっていました。D さんと私が A 市役所に行ったのは今年 2 月初旬のことです。A 市環境事業部業務第 1 課生活環境部廃棄物対策室で、本件の設置計画の説明をし、申請に当たっての手続についていろいろと説明を受けました。」

甲 「乙弁護士に関係法令を調査してもらっています。乙君、本件の処分行政庁はどうなるかな。」

乙 「はい。参照条文を準備しておきました (資料 2)。A 市は、保健所を設置する市ですので、廃棄物の処理及び清掃に関する法律 (以下「法」という。) 第 15 条第 1 項, 第 8 条第 1 項で、産業廃棄物設置の許可権者は A 市長になります。」

甲 「なるほど。B さん、続けてください。」

B 「はい。その後、D 社に対し、本件土地上で B 社が経営する予定の産業廃棄物処理施設の許可申請、設計施工、完成後の運転指導などを正式に依頼しました。そして、A 市の担当者に対し、4 月中旬ごろ、産業廃棄物処理施設設置に伴う生活環境影響調査計画書 (案) を作って D さんと持っていきました。このときは E 主任の上司の対策室長も同席していました。私たちとしても、後から調査をやり直すのは嫌なので、調査計画書案記載の調査で足りるかどうかが、足りないとしたらどのような調査が必要な

のか教えてほしいと依頼して、了承されました。4月末ころですが、A市内部でA市の幹部クラスによる政策調整会議というものが開かれたとのことで、そこでは、この設置許可申請を進めることを認める決定がされた、と私の方に連絡がありました。」

D 「私は、5月上旬に、E主任に申請書類の作成方法について相談に行ったときに、口頭でも同様の説明を受けました。」

甲 「調査についてはどのように言っていたのですか。」

B 「はい。特に行政指導はなかったので、手帳によりますと6月22日に、Dさんと一緒に計画案を再度持参して、E主任に指導をお願いしました。ちょっと専門的なので、Dさんから説明していただけますか。」

D 「はい。調査の方法については、調査コストの問題もありますので、当初、大気汚染予測については現地で1週間の気象観測をする予定だったのですが、これについて、E主任から指摘がありました。つまり、本件土地は山間部谷筋に位置する特殊な地域なので、1週間の観測結果では、地方気象台の風向風速データとは異なるものと考えられる。したがって、同気象台の風向風速の年間データを利用して大気汚染予測をしても、予測結果の精度に問題が生ずるから、本件土地における気象観測を1か月程度行い、その観測結果から予測計算を行うという方法によって、現地調査の実施を進められたい、というものでした。そこで、調査案を再検討することにしまして、Bさんと協議の上、行政指導に従う形で調査案を修正し、7月2日に、E主任に会い、調査実施内容の変更に関して説明をし、了承を得ました。」

B 「そういうお話でしたので、行政指導に従って、調査をやることにしてくださいとDさんに申し上げて、調査をしてもらったのです。その後、E主任に申請書類や記載内容等について相談をしました。そして、8月4日に、許可申請書と生活環境影響調査報告書などの添付書類をA市に提出しました。ただ、A市としては、規模が大きいので一時預かりとして、許可申請書の記載漏れ、添付書類の不備や申請内容に問題がないかを審査するとのことでした。結局、2日後の6日に、本件許可申請に形式面、内容面とも特段の問題点はないということで、正式に受理してくれました。」

甲 「それからどうになりましたか。」

B 「はい。その後、音沙汰がないので、8月下旬ころに、E主任に電話で確認したところ、『今、許可処分が相当であるとして、上司に決裁を求めている。』とのことでした。今から思うと見切り発車だったのですが、友人を待たせるわけにもいかなかったもので、私としては、もうこの段階で不許可にはならないだろうと思って、友人から約4,000平方メートルの土地を1,200万円で購入し、登記も移転しました。ただ、告示・縦覧の手続が済んでいないということで、この手続に入ることになりました。A市としては、8月27日に本件許可申請の告示をし、申請書と生活環境影響調査報告書が縦覧できるようになりました。」

乙 「法第15条第4項の手続ですね。法第15条の2第3項で、専門委員の意見も聞くはずですが。」

B 「そのとおりです。A大学工学部のF教授が専門委員として、意見を求められました。そのころなのですが、告示された関係で、新聞報道がされ、住民の反対運動が起こったのです。反対運動を受けてA市からは周辺住民の理解を得るよという行政

指導があり、B社では、土地の近隣住民に対して9月初旬から10回以上、地元説明会を開きました。ですが、反対されるだけで何の進展もありませんでした。」

D 「10月15日付けで、F教授から意見書が出されました。意見書には細かな指摘が多数ありましたが、E主任が気にしていたのは、大気汚染の関係でして、環境の現況把握のためには1か月ではなく1年間の調査が必要であるという指摘と施設供用後の道路沿道大気質評価結果が、環境基準との対比において不適となっているという点でした。」

甲 「反対運動の方はどうなりましたか。私も新聞などで反対運動が起こったことは知っていましたが。」

B 「それが、反対運動がどんどん盛り上がってしまい、今月初旬には、A市議会では建設反対の決議が採択されてしまいました。」

甲 「A市とのやり取りはどうか。」

D 「私が説明しましょう。10月22日と11月5日、Bさんと二人でE主任に面談し、1か月間の気象調査の結果が、1年間を代表している根拠を説明しました。本件土地が特殊地形だということで、山谷部の地形を考慮した風の流れを考慮して気象予測を行わなければならないとの指摘については、一昨年度の気象データを10月末に入手したので、C地区測定局の年間気象集計、同局の年間、季節別大気安定度集計、本件土地の気象集計、本件土地の大気安定度集計の諸点について、検討を行っており、これらの比較から、谷部における風向、風速の状況の比較検討を行う予定だと回答しました。また、運搬車両の通行に伴う浮遊粒子状物質については、環境基準を超過していたという点ですが、その要因としては、もともとこの地域における濃度が高いこと、現地調査段階では、本件土地が未整備であり、粉塵等が飛散しやすい状況にあったこと、将来的に本件各施設の設置に伴う整備が進めば、これらの粉塵等の飛散は抑えられ、濃度は低下することが予想されると回答しました。しかし、結局、12月17日に不許可処分が出されたのです。その前日にA市内部で政策調整会議が開かれて、許可申請を不許可処分とする決定がされたとのことでした。」

甲 「乙君、審査請求前置とかは大丈夫かな。」

乙 「はい、そのような規定は法にはありません。」

甲 「不許可になった理由はどういうものか、お分かりですか。」

D 「はい。通知書には、不許可の理由としては次のように書かれていました。廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行規則（以下「規則」という。）第4条第1項第7号チ所定の煤塵を焼却灰と分離して排出し、貯留することができる灰出し設備及び貯留設備が設けられていない、というものです。これは、行政指導の中では一度も触れられたことのないもので、全くびっくりしました。」

乙 「これは実際にはどうなのですか。基準を満たしているのでしょうか。」

D 「実は、私は、3年前に、A市で同じような産業廃棄物処理施設を作るのをコンサルタントとして手伝ったことがあります。そのときは、メーカーは違いますが、同じ仕様のもので、規則第4条第1項第7号チの要件を満たすものとして許可されたのです。なぜ、こんなことを急に言われるのか、全く理解できません。それに、こちらとしてはA市の行政指導に従ってずっと作業をしてきたのです。」

乙 「A市の窓口では、産業廃棄物処理施設の許可についての審査基準は公にされていませんでしたか。」

D 「そういうものではありませんでした。もちろん規則に定められている技術上の基準は見ていましたが、規則第4条第1項第7号チ所定の設備としてどんなものが要求されるのかまでは分かりませんでした。ですから、3年前に作ったものと同じ仕様にしておけば間違いないだろうと思ったのです。それに、この点について、E主任からは何も指摘されませんでした。相談に行ったときに、これでは駄目だと言ってもらえれば、変更することは可能だったのです。3年前の件では反対運動がなかったのですが、今回は途中から反対運動が盛り上がってしまったので、慌てて粗探しをしたのではないかと思えてならないのです。もっとも、E主任によれば、この仕様のものについては、他県の実例から周辺環境に悪影響を与えるおそれがあるとの報告があったとのことでしたが。」

B 「私たちは、A市を信頼してここまで準備してきたわけですから、このまま泣き寝入りするというわけにはいきません。」

甲 「そうですね。細かなことはまだまだ伺わなければいけません、大筋どうするか決める必要がありますね。乙君、どうだろうか。」

……

資料1 依頼者B作成の時系列表

平成 年

- 2月初旬 B A市(担当者E) : 本件設置計画の説明, 申請手続の説明を受ける。
- 4.19 B, D A市(担当者E) : 生活環境影響調査計画書(案)交付。行政指導を依頼。
- 4月末 A市において政策調整会議, 許容の決定, Bに通知。B D社 : 手続依頼。
- 6.22 A市(担当者E) B, D : 1か月間のデータが必要と指導。
- 7.2 B, D A市(担当者E) : 調査内容の変更の説明, Eは了承。
- 8.4 B社 A市 : 施設設置許可申請書提出。
- 8.6 正式受理
- 8.27 告示
- 8.28 本件計画につき新聞報道 反対運動の展開。
- 9月 住民説明会(以後, 10回以上)
- 10.15 F A市 : 意見書提出。
- 10.22 B, D Eと協議, 説明。
- 11.5 B, D Eと協議, 説明。
- 12.6 A市議会 : 建設反対決議の採択。
- 12.17 A市長 B社 : 不許可処分通知。

資料2 乙弁護士作成の参照条文

廃棄物の処理及び清掃に関する法律

(一般廃棄物処理施設の許可)

第8条 一般廃棄物処理施設...を設置しようとする者...は, 当該一般廃棄物処理施設を設置しようとする地を管轄する都道府県知事(保健所を設置する市又は特別区にあつては, 市長又は区長とする。第20条の2第1項を除き, 以下同じ。)の許可を受けなければならない。

2 . . .

. . .

(許可の基準等)

第8条の2 都道府県知事は, 前条第1項の許可の申請が次の各号のいずれにも適合していると認めるときでなければ, 同項の許可をしてはならない。

一 その一般廃棄物処理施設の設置に関する計画が環境省令で定める技術上の基準に適合していること。

. . .

2 . . .

. . .

(産業廃棄物処理業)

第14条 産業廃棄物...の収集又は運搬を業として行おうとする者は, 当該業を行おうとする

区域...を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。・・・

5 都道府県知事は、第1項の許可の申請が次の各号に適合していると認めるときでなければ、同項の許可をしてはならない。

一 その事業の用に供する施設及び申請者の能力がその事業を的確に、かつ、継続して行うに足りるものとして環境省令で定める基準に適合するものであること。

二 申請者が次のいずれにも該当しないこと。

イ 第7条第5項第4号イからトまでのいずれかに該当する者

ロ 暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律第2条第6号に規定する暴力団員（以下この号において「暴力団員」という。）又は暴力団員でなくなつた日から5年を経過しない者（以下この号において「暴力団員等」という。）

ハ 営業に関し成年者と同一の能力を有しない未成年者でその法定代理人がイ又はロのいずれかに該当するもの

ニ 法人でその役員又は政令で定める使用人のうちにイ又はロのいずれかに該当する者のあるもの

ホ 法人で暴力団員等がその事業活動を支配するもの

ヘ 個人で政令で定める使用人のうちにイ又はロのいずれかに該当する者のあるもの

・・・

（産業廃棄物処理施設）

第15条 産業廃棄物処理施設（廃プラスチック類処理施設、産業廃棄物の最終処分場その他の産業廃棄物の処理施設で政令で定めるものをいう。以下同じ。）を設置しようとする者は、当該産業廃棄物処理施設を設置しようとする地を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 前項の許可を受けようとする者は、環境省令で定めるところにより、次に掲げる事項を記載した申請書を提出しなければならない。

一 氏名又は名称及び住所並びに法人にあつては、その代表者の氏名

二 産業廃棄物処理施設の設置の場所

三 産業廃棄物処理施設の種類

四 産業廃棄物処理施設において処理する産業廃棄物の種類

五 産業廃棄物処理施設の処理能力（産業廃棄物の最終処分場である場合にあつては、産業廃棄物の埋立処分の用に供される場所の面積及び埋立容量）

六 産業廃棄物処理施設の位置、構造等の設置に関する計画

七 産業廃棄物処理施設の維持管理に関する計画

八 産業廃棄物の最終処分場である場合にあつては、災害防止のための計画

九 その他環境省令で定める事項

3 前項の申請書には、環境省令で定めるところにより、当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類を添付しなければならない。

4 都道府県知事は、産業廃棄物処理施設（政令で定めるものに限る。）について第1項の許可の申請があつた場合には、遅滞なく、第2項第1号から第4号までに掲げる事項、申請年

月日及び縦覧場所を告示するとともに、同項の申請書及び前項の書類を当該告示の日から1月間公衆の縦覧に供しなければならない。

5 都道府県知事は、前項の規定による告示をしたときは、遅滞なく、その旨を当該産業廃棄物処理施設の設置に関し生活環境の保全上関係がある市町村の長に通知し、期間を指定して当該市町村長の生活環境の保全上の見地からの意見を聴かななければならない。

6 第4項の規定による告示があつたときは、当該産業廃棄物処理施設の設置に関し利害関係を有する者は、同項の縦覧期間満了の日の翌日から起算して2週間を経過する日までに、当該都道府県知事に生活環境の保全上の見地からの意見書を提出することができる。

(許可の基準等)

第15条の2 都道府県知事は、前条第1項の許可の申請が次の各号のいずれにも適合していると認めるときでなければ、同項の許可をしてはならない。

一 その産業廃棄物処理施設の設置に関する計画が環境省令で定める技術上の基準に適合していること。

二 その産業廃棄物処理施設の設置に関する計画及び維持管理に関する計画が当該産業廃棄物処理施設に係る周辺地域の生活環境の保全及び環境省令で定める周辺の施設について適正な配慮がなされたものであること。

三 申請者の能力がその産業廃棄物処理施設の設置に関する計画及び維持管理に関する計画に従つて当該産業廃棄物処理施設の設置及び維持管理を的確に、かつ、継続して行うに足りるものとして環境省令で定める基準に適合するものであること。

四 申請者が第14条第5項第2号イからへまでのいずれにも該当しないこと。

2 都道府県知事は、前条第1項の許可の申請に係る産業廃棄物処理施設の設置によつて、ごみ処理施設又は産業廃棄物処理施設の過度の集中により大気環境基準の確保が困難となると認めるときは、同項の許可をしないことができる。

3 都道府県知事は、前条第1項の許可(同条第4項に規定する産業廃棄物処理施設に係るものに限る。)をする場合においては、あらかじめ、第1項第2号に掲げる事項について、生活環境の保全に関し環境省令で定める事項について専門的知識を有する者の意見を聴かななければならない。

4 前条第1項の許可には、生活環境の保全上必要な条件を付することができる。

5 前条第1項の許可を受けた者(以下「産業廃棄物処理施設の設置者」という。)は、当該許可に係る産業廃棄物処理施設について、都道府県知事の検査を受け、当該産業廃棄物処理施設が当該許可に係る前条第2項の申請書に記載した設置に関する計画に適合していると認められた後でなければ、これを使用してはならない。

廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行令

(産業廃棄物処理施設)

第7条 法第15条第1項の政令で定める産業廃棄物の処理施設は、次のとおりとする。

...

八 廃プラスチック類...の焼却施設であつて、次のいずれかに該当するもの

イ 1日当たりの処理能力が100キログラムを超えるもの

ロ 火格子面積が2平方メートル以上のもの

．．．

廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行規則

(一般廃棄物処理施設の技術上の基準)

第4条 法第8条の2第1項第1号...の規定によるごみ処理施設の技術上の基準は、次のとおりとする。

．．．

七 焼却施設...にあつては、次の要件を備えていること。

．．．

チ ばいじんを焼却灰と分離して排出し、貯留することができる灰出し設備及び貯留設備が設けられていること。．．．

．．．

．．．

2．．．

(産業廃棄物処理施設の技術上の基準)

第12条 ．．．

第12条の2 法第15条の2第1項第1号の規定による産業廃棄物処理施設の技術上の基準は、前条に定めるもののほか、この条の定めるところによる。

．．．

5 令第7条...第8号...に掲げる施設...の技術上の基準は、第4条第1項第7号...の規定の例によるほか、次のとおりとする。

一 次の要件を備えた燃焼室が設けられていること。

イ 燃焼ガスの温度が摂氏800度(令第7条第12号に掲げる施設にあつては、1,100度)以上の状態で産業廃棄物を焼却することができるものであること。

ロ 燃焼ガスが、摂氏800度(令第7条第12号に掲げる施設にあつては、1,100度)以上の温度を保ちつつ、2秒以上滞留できるものであること。

二 令第7条第5号に掲げる施設及び同条第12号に掲げる施設(廃ポリ塩化ビフェニル等又はポリ塩化ビフェニル処理物の焼却施設に限る。)にあつては、事故時における受入設備からの廃油の流出を防止するために必要な流出防止堤その他の設備が設けられ、かつ、当該施設が設置される床又は地盤面は、廃油が浸透しない材料で築造され、又は被覆されていること。

．．．

【出題趣旨】

本問は、やや複雑な事実関係の下で、産業廃棄物処理施設設置許可に関する行政庁の判断の法的性質の理解を前提に、その不許可処分の違法事由を、審査基準の設定公表義務、法定の基準についての解釈・運用の変更(平等原則、他事考慮等)、行政指導の過程で形成された信頼の保護の要否(ないし信義則上の諸問題)などの観点からどのように考えるか、また、訴訟段階での処分理由の追加が認められるかを問うものである。

[新司法試験サンプル問題（民事系科目）]

[短答式試験問題]

短答式試験問題について

民法・商法・民事訴訟法の「幅広い分野」から「基本的な」問題を出題する（「新司法試験実施に係る研究調査会報告書」第4，1参照。）ことに特に留意した。また，1問の中で民法・商法・民事訴訟法の三つの法分野の複数にまたがる問題も，一定数出題した。

[第1問] 成年後見制度に関する次のアからオまでの記述のうち，正しいものを組み合わせたものは，後記1から5までのうちどれか（解答欄は，[1]）。

ア 妻子のある者が精神上の障害により事理を弁識する能力を欠くに至ったときは，妻が成年後見人になるのが原則である。

イ 精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な者については，請求により保佐を開始し，保佐人を選任しなければならない。

ウ 本人以外の者の請求によって補助開始の審判をするためには，本人の同意が必要である。

エ 任意後見契約が登記されているときは，任意後見受任者，任意後見人，任意後見監督人が後見開始の審判を請求し得ることになり，本人を除き，配偶者や4等親以内の親族も後見開始の審判の請求をすることができない。

オ 社会福祉法人や福祉関係の公益法人ばかりでなく，銀行などの営利法人も成年後見人になることができる。

1 . ア イ 2 . ア オ 3 . イ エ 4 . ウ エ 5 . ウ オ

【正解】 5

【出題趣旨】 成年後見制度に関する基礎的知識について問う問題である。

[第2問] 次のアからオまでの記述のうち，判例によるとBがCに対して登記なくして所有権の取得を対抗できる場合を組み合わせたものは，後記1から5までのうちどれか（解答欄は，[2]）。

ア AがBに対して自己所有の甲土地を売却して引き渡した後に死亡し，Aの唯一の相続人Dが相続による登記をした上で，甲土地をCに譲り渡し，Cが登記を備えた場合。

イ AがBに対して自己所有の甲土地を遺贈する遺言を残して死亡した後，Aの唯一の相続人Dの債権者CがDを代位してD名義の所有権取得登記を行い，甲土地を差し押さえた場合。

ウ Aには相続人B Dがいた。Aが自己所有の甲土地を残して死亡したところ，Dは相続を放棄し，Bは単純承認した。ところがDの債権者Cが，Dを代位してB D共有名義の所有

権取得登記を行い，甲土地のDの持分を差し押さえた場合。

エ Aには相続人B Dがいた。Aが自己所有の甲土地を残して死亡したところ，Dは遺産分割協議書を偽造して，自らが単独で相続したとして甲土地の相続登記を行った上，甲土地をCに売却し，Cが登記を備えた場合。

オ Aには相続人B Dがいた。Aが自己所有の甲土地を残して死亡したところ，遺産分割協議の結果，甲土地はBが取得することになった。ところが，Dの債権者Cが，Dを代位してB D共有名義の所有権取得登記を行い，甲土地のDの持分を差し押さえた場合。

1 . ア イ 2 . ア オ 3 . イ ウ 4 . ウ エ 5 . エ オ

【正解】 4

【出題趣旨】 相続と登記に関する判例につき正確な理解を問う基本的な問題である。

〔第3問〕 AのBに対する同一の指名債権について，AからCとDに二重に譲渡がされた事例に関する次のアからオまでの記述のうち，正しいものを組み合わせたものは，後記1から5までのうちどれか（解答欄は，[3]）。

ア 確定日付のある通知が2通同時に到達した場合，債務者BはC Dいずれに対しても弁済を拒むことができる。

イ 確定日付のない通知が2通到達した場合，債務者BはC Dいずれに対しても弁済を拒むことができる。

ウ Cへの譲渡の第三者対抗要件具備が債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律に基づく登記でなされ，Dへの譲渡のそれが確定日付のある通知でなされた場合，C D間の優劣関係は，債権譲渡登記がされた時と確定日付のある通知が債務者Bに到達した時の先後によって決定される。

エ 通知同時到達の場合で到達の先後が不明であることを理由にBが供託した場合，C Dは供託金還付請求権確認訴訟において，互いに相手より先に自己についての譲渡通知が債務者に到達していたことを証明できなければ，供託金還付は認められない。

オ Dへの譲渡についての確定日付のある通知が，Cへのそれよりも早くBに到達している場合でも，弁済のされる前にCがさらにこの債権を差し押さえて転付命令を得れば，Cは転付命令の送達があったことを立証してDに優先できる。

1 . ア イ 2 . ア エ 3 . イ ウ 4 . ウ オ 5 . エ オ

【正解】 3

【出題趣旨】

債権譲渡の対抗要件について，債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律も含めての基礎的知識を問う問題である。

〔第4問〕 不動産賃貸借に関する次のアからエまでの記述のうち、正しいものはどれか（解答欄は、〔 4 〕）。

ア 建物賃貸借において、賃借人が無断で建物を第三者に転貸したことを理由として、賃貸人が賃貸借契約を解除した場合に、解除が有効と認められるためには、無断転貸が背信行為と認めるに足りる特段の事情を賃貸人が主張立証することを要する。

イ 土地又は建物の賃貸借契約において、無断増改築を禁止する約定があるときでも、土地又は建物の通常の利用上相当である増改築について当事者間に協議が調わないときは、賃借人は裁判所に賃貸人の承諾に代わる許可を申し立てることができる。

ウ 通常の建物賃貸借契約では、期間の定めがあっても、借主はいつでも解約申入れをすることができるが、定期建物賃貸借契約では、やむを得ない事情により賃借人が建物を自己の生活の本拠として使用することが困難になったときに限り、解約申入れをすることができる。

エ 建物賃貸借において契約期間中に賃料の不払いがあったときは、敷金が当然に未払賃料に充当され、賃借人は敷金の不足額を追加で差し入れる義務がある。

1 . ア 2 . イ 3 . ウ 4 . エ 5 . 正しいものはない。

【正解】 5

【出題趣旨】 不動産の賃貸借についての基礎的知識を問う問題である。

〔第5問〕 次のアからキまでの記述のうち、遺贈と死因贈与の両方に当てはまるものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、〔 5 〕）。

ア 死亡によってその効果が生じる。

イ 18歳であっても単独ですることができる。

ウ 相手方のある意思表示である。

エ 代理人によってすることができる。

オ 遺留分減殺請求の対象となる。

カ 負担付ですることができる。

キ 胎児に対してすることができる。

1 . ア エ カ 2 . イ オ キ 3 . エ オ 4 . ア オ カ 5 . ウ キ

【正解】 4

【出題趣旨】 遺贈に関する基礎的知識を死因贈与との異同も併せて問う問題である。

〔第6問〕 代理に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、〔 6 〕）。

ア 民法上の代理行為を主張する者は、代理人がその行為の法律効果を本人に帰属させようとする意思を有し、かつ、代理人としての意思表示であることを表示したことを主張立証しなければならない。

イ いわゆる代理権濫用の場合、代理人には、その法律行為による利益を自己又は第三者に得させる意図があり、その意思表示の法律的效果を本人に帰属させようとする代理意思はない。

ウ 商行為の代理の場合、代理人に代理意思があることは不要であり、代理人が本人のためにすることを示さなくても、その行為は本人のために効力を生じる。

エ 代理人が本人のためにすることを示さずに民法上の代理行為をした場合、相手方において、代理人が本人のためにすることを知らず、かつ、知らなかったことについて過失がなかったときは、代理人と相手方との間にその意思表示の法律効果が発生し、代理人は、表示と内心の意思との不一致を理由とする錯誤の主張をすることができない。

オ 代理人が本人のためにすることを示さずに商行為の代理をした場合、相手方において、代理人が本人のためにすることを知らず、かつ、知らなかったことについて過失がなかったときは、代理人と相手方との間にも本人相手方間における同一の法律関係が生じ、相手方がその選択権を有する。

1 . ア ウ 2 . ア エ 3 . イ ウ 4 . イ オ 5 . エ オ

【正解】 3

【出題趣旨】

民法及び商法にまたがって、代理の要件である顕名に関する基本的な考え方を問う問題である。

〔第7問〕 権利能力なき社団及び組合に関する次の1から5までの記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものはどれか（解答欄は、〔 7 〕）。

- 1 . 権利能力なき社団の財産である不動産は、社団名義で登記することができるが、組合財産である不動産を組合の名義で登記することはできない。
- 2 . 権利能力なき社団は、社団名で民事訴訟を提起することができるが、組合は組合名で民事訴訟を提起することはできない。
- 3 . 権利能力なき社団の構成員も組合員も、社団又は組合の債務につき個人責任を負わない。
- 4 . 権利能力なき社団の構成員の個人債務の債権者は、当該構成員が出資した財産を差し押さえることはできないが、組合員の個人債務の債権者は、当該組合員の組合財産に対する持分を差し押さえることができる。
- 5 . 権利能力なき社団においては、代表機関が対外的に団体を代表して行為するが、組合に

においては、契約で業務執行組合員が定められていないときは、組合員の過半数が共同して組合を代理する。

【正解】 5

【出題趣旨】 権利能力なき社団及び組合に関する基本的な判例等の知識を問う問題である。

〔第8問〕 担保物権に関する次のアからカまでの記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、[8]）。

- ア 民法上の留置権は債務者が破産すると消滅するが、商法上の留置権は債務者が破産しても消滅しない。
- イ 民法上の留置権が成立するには、被担保債権が対象物に関して生じた物であることを必要とするが、商法上の留置権の場合には、そのような要件を必要としない。
- ウ 民法上の留置権は土地についても成立するが、商人間の留置権は、文理上も動産と有価証券についてしか成立しない。
- エ 同一の不動産所有権の上に成立する特別の先取特権と抵当権の優先関係は、登記の先後によって決まる。
- オ 動産売買の売主が売り渡した動産に対して有する先取特権は、買主からの転得者がそのような先取特権の存在を知りつつ買い受けて占有改定による引渡しを受けた場合であっても消滅する。
- カ 動産の買主が買い受けた動産を用いた請負工事を行って請負代金債権を取得したとすると、この請負代金債権に対しても、売主は、動産売買先取特権に基づく物上代位権を行使できる場合がある。

1 . ア イ 2 . ア エ 3 . イ オ 4 . ウ エ 5 . オ カ

【正解】 4

【出題趣旨】

民法上の法定担保物権についての基本問題である。商法や破産法の関連条文へも目配りしておくことを求めている。

〔第9問〕 BのAに対する債務をCが保証し、AがCに弁済請求する場合に関する次の1から5までの記述のうち、誤っているものはどれか（解答欄は、[9]）。

- 1 . BのAに対する債務が、Bの商行為によって生じたものである場合は、AC間の合意がなくてもCの保証は連帯保証となる。
- 2 . 主債務も保証債務も商行為ではない場合、保証債務の持つ附従性を奪って債権者の権利を強化するために保証契約に付された特約によって連帯保証債務が生ずるとの見解に立つ

- と、A C間の連帯の特約は、催告・検索の抗弁に対する再抗弁としてAに立証責任がある。
3. CがBのAに対する貸金元金債務を保証した場合、特約がなくてもその利息債務も保証したことになるが、遅延損害金債務を保証したことにはならない。
 4. CがBに依頼されて保証人となった場合は、Bの債務の弁済期が到来しているのであれば、CはAに弁済する前でもBに求償することができる。
 5. 連帯保証か普通保証かにかかわらず、Cが弁済する場合にはBにあらかじめ通知しないと、求償権が制限されることがある。

【正解】 3

【出題趣旨】 保証債務についての民法及び要件事実の基礎的知識を問う問題である。

〔第10問〕 AはBに対し、甲動産を代金60万円で売った。この事例に関する次のアからオまでの記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、[10]）。

ア A及びBがそれぞれ自己の債務の履行をした後、売買契約がBのAに対する詐欺を理由に取り消された場合、AのBに対する代金返還債務とBのAに対する甲動産の返還債務とは同時履行の関係に立つ。

イ BがAに対して、甲動産の引渡しを求めた場合、AがBに対する代金債権を第三者Cに譲渡したときは、Aは同時履行の抗弁権を失う。

ウ BがAに対し、目的物の引渡しを求める訴えを提起した場合、同時履行の抗弁権について当事者の行使によって初めて効力を有するとする考え方に立つと、BがAに対して代金を支払ったとの事実は、請求原因事実となる。

エ AがBに対して代金の履行遅滞に基づく損害賠償請求訴訟を提起した場合、同時履行の抗弁権の存在効果により反対債務の不履行の違法性が阻却されるとする考え方に立つと、違法性を基礎付けるため、甲動産の引渡し又はその提供の事実が請求原因事実となる。

オ AがBに対し、代金支払請求訴訟を提起し、Bの同時履行の抗弁が認められた場合、裁判所は、甲動産の引渡しと引き換えに代金を支払うよう命ずる判決を言い渡す。

1.ア イ 2.ア オ 3.イ ウ 4.ウ エ 5.エ オ

【正解】 3

【出題趣旨】

同時履行の抗弁権について、民法、要件事実及び民事訴訟法の基礎的知識を問う問題である。

〔第11問〕 次のアからオまでの債務のうち、消滅時効期間が5年であるものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、[11]）。

- ア 農業協同組合が組合員に対してした消費貸借契約に基づき組合員が負う元利金返還義務
- イ 株式会社甲が商人でない乙との間で締結した不動産の売買契約が甲の債務不履行により解除された場合における甲の乙に対する代金返還義務
- ウ 約束手形の振出人の手形金支払義務
- エ 大学生である甲が友人の大学生乙から勉強用に中古のパソコンを買い受けた場合における甲の代金支払義務
- オ 銀行から消費貸借契約により融資を受けた者の元利金支払義務

1 . ア イ 2 . ア ウ 3 . イ オ 4 . ウ エ 5 . エ オ

【正解】 3

【出題趣旨】

商行為法についての基本的知識を問う問題であり，商法総則や商行為法の分野についても基礎的な学習をする必要があることを示すものである。

〔第12問〕 監査役設置株式会社の取締役会についての次の記述のうち，正しいものはどれか（解答欄は，〔 12 〕）。

- 1 定款で取締役会の招集権者を定めたときは，その定款の定めが商法の招集権者に関する規定に優先して適用されるから，その招集権者以外の取締役が取締役会を招集することはできなくなる。
- 2 取締役会の議事録には企業秘密に属する事柄が含まれている可能性があるから，株主の閲覧請求権は認められていない。
- 3 監査役は，取締役会の構成員ではないから，正当な理由があるときは取締役会は監査役の取締役会への出席を拒否することができる。
- 4 取締役会の決議に基づいてされた行為に関して取締役の会社に対する責任が生ずる場合には，取締役会議事録において異議をとどめなかった取締役は決議に賛成したものとみなされるから，異議をとどめなかった取締役は，当該行為に加わらなかったとしても，会社に対して責任を負うことになる。
- 5 取締役は議題のいかんを問わず取締役会に出席する義務があるから，取締役会の招集通知においては，議題を特定する必要はない。

【正解】 5

【出題趣旨】 会社法のうち，株式会社の機関関係についての基本的知識を問う問題である。

〔第13問〕 監査役設置株式会社の計算に関する商法上の規律に関する次のアからオまでの記述のうち，誤っているものを組み合わせたものは，後記1から5までのうちどれか（解答欄は，

[13])。

- ア 法定準備金の資本組入れは，取締役会の決議で行うことができる。
- イ 法定準備金の取崩しによる資本の欠損の填補は，株主総会の普通決議で行われる。
- ウ 法定準備金は，資本の欠損の填補，資本組入れ以外の目的には使用することができない。
- エ 利益準備金は，資本準備金と併せてその会社の資本の4分の1になるまで積み立てれば足りる。
- オ 任意積立金で特に目的の定められていない別途積立金は，取締役会決議により，いつでも取り崩すことができる。

1 . ア イ 2 . ア ウ 3 . イ エ 4 . ウ オ 5 . エ オ

【正解】 4

【出題趣旨】

会社法のうち，株式会社の計算関係についての基本的知識を問う問題であり，計算関係についても基本的な学習をする必要があることを示すものである。

[第14問] 商法第245条の規定により株主総会の特別決議が要求される営業譲渡の意義について，「営業のために組織化された有機的一体としての財産の譲渡であり，営業活動の承継及び競争禁止義務の負担を伴うものに限られる。」との見解がある。次のアからオまでの記述のうち，この見解に対する批判となるものを組み合わせたものは，後記1から5までのうちどれか（解答欄は，[14] ）。

- ア 取引の安全を害することになる。
- イ 譲渡会社の株主の利益を害するおそれがある。
- ウ 商法という一つの法典の中における同一の用語の意味を異なるものとして解釈することになってしまう。
- エ 会社の全財産の処分を取締役に委ねることになってしまう。
- オ 重要財産の処分が取締役会の専決事項であることと矛盾する。

1 . ア ウ 2 . ア エ 3 . イ エ 4 . イ オ 5 . ウ オ

【正解】 3

【出題趣旨】

会社法における重要かつ基本的な論点についての理解を問う問題であるが，論理的思考力があれば，知識が十分でなくても解ける問題である。条文や判例の知識を問うだけでなく，理解力を試す出題もすることを示すものである。

〔第15問〕 次の弁護士甲の助言のうち、商法の条文及び判例に照らして正しいものはどれか（解答欄は、[15]）。

- 1 株式会社Xは、株主総会において、定款に違反して非株主Bによる議決権の代理行使を許したことから、それを知った株主Aは、当該株主総会の2か月後に決議取消の訴えを提起した。この訴訟において、X側が、Bが法人株主の従業員であった点を強く主張したため、このままでは請求が棄却されかねないと考えた弁護士甲は、提訴後半年が経過した時点で、当該株主総会で株主からの委任状を持参した弁護士Cが入場を拒否されていた事実を取消事由に追加した方が勝訴の可能性が高まると助言した。
- 2 株式会社Xの株主総会において、相当数に上る招集通知漏れがあったことから、それを知った株主Aは、当該株主総会后直ちに決議不存在確認の訴えを提起した。その後、半年が経過して、当該訴訟の原告代理人に加わった弁護士甲は、通知漏れの程度によっては決議が存在しないとはいえないと考え、予備的請求として決議取消の訴えを追加すべきだと助言した。
- 3 株式会社Xは、複数の営業部門のうちの一つを一括して他社に譲渡するに当たり、株主総会で承認を受けたが、その招集通知に営業の譲渡先や対価を記載していなかった。そこで、当日欠席した株主Aは、当該株主総会后直ちに決議取消の訴えを提起しようとしたが、弁護士甲は、A以外の株主が決議に参加して議案に賛成した以上、訴えても裁量棄却されるだけだと助言した。
- 4 名古屋に本店を有する株式会社Xは、株主の大多数が東京在住であることから、定款で定時株主総会の開催地を東京と定めた。定款に基づき東京都内のホテルで開催された定時株主総会に招集通知漏れがあったので、東京在住の株主Aが決議の瑕疵を争いたいと相談に来た。そこで弁護士甲は、株主総会の開催地が東京なので、東京地方裁判所に提訴することができるかと助言した。
- 5 株主Aは、自らが提起した取締役選任決議取消の訴えの係属中に、当該決議によって選任された取締役全員の任期が満了しそうになったので、仮にそれらの者が取締役に再任された場合、決議取消の訴えはどうなるのかを相談に来た。そこで弁護士甲は、再任後も決議取消の訴えは却下されず、それが認容されれば再任決議が無効となると助言した。

【正解】 2

【出題趣旨】

株主総会決議に関する訴訟について、手続面をも視野に入れながら、基礎的な知識を問う問題である。出題の形式に様々なものがあり得ること、手続面を視野に入れた出題をすることもあることを示すものである。

〔第16問〕 Aは、Bから機械を購入し、その代金の支払のため、代金額を手形金額とする約束手形を振り出して、Bに交付した。この事例に関する次の記述のうち、誤っているものはどれか（解答欄は、[16]）。

- 1 AのBに対する代金債務は、AがBに当該手形を交付しても消滅しない。
- 2 Aは、Bから引渡しを受けた機械に瑕疵があったことを理由に、Bに対し、当該手形の支払を拒むことができる。
- 3 BがAに対して当該手形の手形金の支払を求める手形訴訟を提起した場合、AはBから引渡しを受けた機械に瑕疵があったことを立証するためにAの本人尋問の申立てをすることはできない。
- 4 Aは、Bが提起した手形訴訟の認容判決に対しては、控訴をすることができない。
- 5 Bが当該手形をCに裏書譲渡し、Cは、裏書譲渡を受けた後に、BがAに引き渡した機械に瑕疵があることを知った場合、AはCに対して当該手形の支払を拒むことができる。

【正解】 5

【出題趣旨】

手形法と手形訴訟についての基本的理解を問う融合問題である。手形法・小切手法についても基礎的な学習をする必要があること、民事訴訟法との融合問題を出題することもあることを示すものである。

〔第17問〕 北海道札幌市に住所を有していたAは、青森県青森市でBの運転する自動車にひかれ、脳挫傷により意識不明の常況にあるようになった。Bは、宮城県仙台市に本店を有するC会社の従業員で、会社の業務として商品を配達中に事故を起こしたものである。Bは、事故当時仙台市に住所を有していたが、その後、勤務先のC社が本店を福島県郡山市に移転したのを機に、同社を退職し、現在は山梨県甲府市に住所を有している。Aについては、後見開始の審判がなされ、北海道札幌市に住所を有するDが成年後見人に選任された。しかし、Aは、身寄りがないことから、その後、東京都港区にある施設に入所し、同区に住所が移された。DはAを代理し、B及びCを共同被告として不法行為に基づく1億円の損害賠償を求める訴えを提起しようと考えている。

この事例において、次のアからエまでの裁判所のうち、この訴えについての管轄権を有する裁判所を組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。なお、応訴管轄は考えないものとする（解答欄は、〔 17 〕）。

- ア 札幌地方裁判所
- イ 青森地方裁判所
- ウ 仙台地方裁判所
- エ 甲府地方裁判所

- 1 . ア イ 2 . ア ウ 3 . イ ウ 4 . イ エ 5 . ウ エ

【正解】 4

【出題趣旨】 土地管轄に関する基本的知識を問う問題である。

〔第18問〕 民事訴訟における期日への当事者の不出頭に関する次の記述のうち、誤っているものはどれか（解答欄は、〔 18 〕）。

- 1 適法に開かれた最初にすべき口頭弁論期日に、被告は出頭したが、原告は欠席した。この場合、裁判所は、訴状を陳述したものとみなすことができ、被告が原告の主張する事実をすべて自白し、他に何らの主張もしなかったときは、口頭弁論を終結し、判決書の原本に基づくことなく、直ちに請求認容の判決の言渡しをすることができる。
- 2 適法に開かれた最初にすべき口頭弁論期日に、原告は出頭したが、被告は、公示送達による呼出しを受けたにもかかわらず、答弁書その他の準備書面も提出しないまま欠席した。この場合、裁判所は、原告に訴状を陳述させ、被告が原告の主張する事実をすべて自白したものとみなして、口頭弁論を終結し、判決書の原本に基づくことなく、直ちに請求認容の判決の言渡しをすることができる。
- 3 適法に開かれた最初にすべき口頭弁論期日に、被告は出頭したが、原告は、請求の放棄をする旨の書面を提出して、欠席した。この場合、裁判所は、訴状及び請求の放棄をする旨の書面をそれぞれ陳述したものとみなすことができ、放棄が調書に記載された時に、訴訟手続が終了する。
- 4 適法に開かれた最初にすべき弁論準備手続の期日に、被告は出頭したが、原告は欠席した。この場合、裁判所は、原告が期日前に提出した訴状及び準備書面を陳述したものとみなし、被告に事実の主張をさせるなど審理を行うことができる。
- 5 適法に開かれた証人尋問期日に一方当事者が欠席した場合、裁判所は、証人尋問を実施することができる。また、裁判所は、その結果、訴訟が裁判をするのに熟したと判断したときは、口頭弁論を終結し、判決言渡し期日を指定することができる。

【正解】 2

【出題趣旨】

実務上、多く活用されている、いわゆる調書判決の要件を含め、民事訴訟における口頭弁論期日等の期日に一方当事者が欠席した場合の手続に関する基本的知識を問う問題である。

〔第19問〕 Aは、Bからの売買代金支払請求訴訟において敗訴した。この事例に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らして正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。なお、BのAに対する代金債権は、商行為によって生じたものであり、代金の支払時期に関する定めはなかったものとする（解答欄は、〔 19 〕）。

ア Aは、判決確定後10年経過すれば、代金債権が売買契約時から存在しなかったことを理由に、代金の支払を拒むことができる。

イ Aは、判決確定後5年経過すれば、時効による代金債権の消滅を理由に、代金の支払を拒むことができる。

ウ Aは、判決確定後の弁済を異議事由とする請求異議訴訟で勝訴の確定判決を得たときは、

その後提起されたAのBに対する不当利得を理由とする弁済金の返還請求訴訟において、代金債権が売買契約時から存在しなかったと主張することができる。

エ Bの代金債権について事実審の口頭弁論終結時前に消滅時効が完成していた場合、Aは、判決確定後に、当該消滅時効を援用して、代金の支払を拒むことができる。

オ 判決確定後、具体的事情の下でBが確定した判決によって強制執行をすることが権利濫用に該当すると認められる場合には、Aは、請求異議の訴えにより、強制執行の不許を求めることができる。

1. ア エ 2. イ ウ 3. ウのみ 4. ウ エ 5. オのみ

【正解】 5

【出題趣旨】

判決の効力に関する基本的理解を、請求異議の訴えとの関係を含めて問うものであり、民法及び商法上の消滅時効の規律についての基本的知識をも併せて問う融合問題である。

〔第20問〕 Xは、金銭を貸し付けたYとその連帯保証人Zを共同被告として、それぞれ貸金の返還と保証債務の履行を求める一つの訴えを提起した。この事例に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、〔 20 〕）。

ア Yのみが申し出た証拠の取調べの結果は、Zが援用しなくても、裁判所は、XのZに対する請求について、事実認定の資料とすることができるが、証拠調べ後にこの請求についての弁論を分離したときは、事実認定の資料とすることはできない。

イ YがXから金銭を借り受けたことについて、Zがこれを自白しても、Yが当該事実を争えば、その自白は、XのZに対する請求においても、効力を生じない。

ウ Xの訴えに係る訴訟の目的の価額については、Yに対する請求の価額と、Zに対する請求の価額とを合算する必要はない。

エ XがYのみとの間で、Yの債務を一部免除する旨の訴訟上の和解をしたときは、Zは、免除された部分について、自己の保証債務の消滅を主張することができる。

オ XのYに対する請求とZに対する請求について、一つの判決がされた場合において、Yがこの判決に対して控訴をしたときは、この判決のうちZに対する請求部分も確定しない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

【正解】 4

【出題趣旨】

主債務者と保証人とを被告とする訴訟を素材にして、主として、通常共同訴訟の手続のほか、訴額の算定、民法の保証についての基本的知識をも問う問題である。

〔第21問〕 XがYを被告として提起した訴訟の係属中に、係争物がYからZに譲渡された場合について、Yは当事者適格を失わないとする法制度と、Yは当事者適格を失い、Zが新たに当事者適格を有するものとする法制度の二つの法制度があり得る。この二つの法制度に関する次のアからオまでの記述のうち、同じ法制度に関する記述を組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、〔 21 〕）。

ア この法制度は、ドイツの民事訴訟法が採用する制度である。

イ 占有移転禁止の仮処分制度の導入は、この法制度を採る結果である。

ウ この法制度の下では、Zを拘束しない無駄な訴訟追行が行われることがあるのではないかとの問題が存する。

エ この法制度の下では、Yについて、Zのための黙示の任意的訴訟担当が成り立つ場合があると解することが可能である。

オ この法制度の下では、Yについて、Zのための法定訴訟担当が成り立つと解することが可能である。

1 . ア イ 2 . ア ウ 3 . イ エ 4 . ウ オ 5 . エ オ

【正解】 3

【出題趣旨】

訴訟承継主義と当事者恒定主義についての基本的理解を問う問題であり、これらの主義についての基本的知識を問うのみならず、論理的な思考力をも試すものである。

〔第22問〕 決定に対する抗告に関する次のアからオまでの記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、〔 22 〕）。

ア 通常抗告は、決定の告知を受けた日から2週間の不変期間内にしなければならない。

イ 即時抗告についての地方裁判所の裁判に対しては、再抗告をすることはできない。

ウ 抗告は、原決定に対して不服を有する当事者又は第三者が、原裁判所に抗告状を提出して行う。

エ 原裁判所は、抗告が適法で理由があると認めるときは、原決定を更正しなければならない。

オ 抗告審手続は、判決手続であり、厳格な二当事者対立構造となっている。

1 . ア イ 2 . ア オ 3 . イ エ 4 . ウ エ 5 . エ オ

【正解】 4

【出題趣旨】 抗告に関する基本的知識を問う問題である。

[論文式試験問題]

[第 1 問] 別紙 1 「当事者双方の言い分」を読んで、以下の設問に答えなさい。

1 X が Y に対し甲土地の明渡しを求める場合、どのような法律上の問題点があるかを検討せよ。その際、争いのある事実については、X の言い分が真実である場合と Y の言い分が真実である場合のそれぞれについて検討すること。

2 X が Y に対して訴訟を提起し、双方がそれぞれの言い分にある内容の事実を主張した場合、Y の言い分のうち、「私 (Y) は、平成 1 5 年 8 月 2 5 日、D から甲土地を代金 1 , 7 0 0 万円で買いました。」「D の所有権移転登記に原因がなく、架空の登記であったとしても、私は、D との売買契約のとき、D が所有者であると完全に信じ切っていました。」との主張にかかる事実の存否について、その主張・立証責任が X と Y のいずれに存するかについて説明せよ。

3 X の Y に対する訴訟において、双方がそれぞれの言い分にある内容の事実を主張した後に、X は、弁護士 Z に対し、訴訟への対応について相談をした。その際 X は、別紙 2 「X の説明 (1) 」のとおり説明をした。

X の説明どおりの主張をその後の口頭弁論期日において主張することについて、民事訴訟法上、どのような問題点があるかを検討せよ。

4 X の Y に対する甲土地の明渡請求を認容する判決がされ、その判決が確定した後、X は、再び、弁護士 Z に相談をし、その際、別紙 3 「X の説明 (2) 」のとおり説明をした。

(1) Z は、X からのこの相談に対し、どのように回答すべきかについて検討せよ。

(2) 本件において、Y による占有移転に対処するには、X としてはどのような法的手段を採ることができたかについて説明せよ。

別紙 1 当事者双方の言い分

(X の言い分)

私は、 市のアパートに妻と子供 2 人の 4 人家族で居住しています。職業は会社員で、同市から電車で約 30 分ほどの勤務地に通勤しています。

以前からそろそろ同市内に一戸建ての家を建てたいと思い、土地を探していたところ、平成 15 年初めころ、知人から Y の紹介を受けました。この知人はバードウォッチングが趣味なのですが、そのサークル活動の仲間に不動産にも詳しい男がいるということで紹介を受けたのが Y なのです。私が Y に土地を探していることを話すと、Y は、心当たりがあるので同市内の土地を探してあげようと言ってくれたため、お願いすることにしました。

平成 15 年 4 月ころ、Y から、駅から比較的近いところに希望の条件に合う甲土地（地目・宅地、地積 150.00 平方メートル）があるので見てみないかと言われました。その土地は Y の親せきである A 所有の土地で、私は、Y 宅で A を紹介されました。A の話では、A のお父さん（B）が 20 年くらい前に C から買ったもので、買ったときの値段はもう分からないようですが、当時の相場の値段だったらしいです。A のお父さん（B）が平成 10 年 5 月 17 日に亡くなったことから、唯一の相続人である A が甲土地を含む全遺産を相続したのだが、A は既に別の場所に土地と家を所有しているので、甲土地を適当な値段で売りたい、ということでした。

私は、A の案内で現地を見てとても気に入り、甲土地を買うことに決めました。そして、平成 15 年 8 月 10 日、A から甲土地を代金 2,000 万円で買う契約を行い、同日に手付金として 300 万円を A に支払いました。A は交渉当初は 2,200 万円の値段を提示してきましたが、周囲の相場より少し高いと思いましたので、仲介してもらった Y にも間に入ってもらって交渉した結果、最終的に 2,000 万円で決着したのです。もちろん契約書（資料 1）も交わしていますし、手付金 300 万円の領収書（資料 2）も受け取っています。

ただ、この土地は A が相続するに際して、税金対策のため、お父さん（B）が知人の D に代物弁済したことにして所有名義を移転してあるということでした。A によると、実際には、お父さん（B）が D から借金したことは全くなく、代物弁済をしたことはないということでした。もちろん、B と D との間では、借用書や代物弁済の合意書も作られていないということです。仮に B と D が代物弁済契約を交わしていたとしても、B も自分が死亡した場合の税金対策を考えていたもので、B も D も 2 人とも内心では本当は所有権を移転するつもりはなく、虚偽表示であったことは明らかです。確かに、Y の言うとおり、B が知人 E の銀行からの借入金債務の連帯保証人になっていたということはあります。しかし、E が破産して借入金返済できなくなり B が連帯保証債務を履行したという事実は全く知りません。A もそのようなことは聞いたことがないと言っています。また、A が現在、田畑など多くの不動産を所有していることから考えると、その父である B にも同様の資産があったわけであり、仮に、B が連帯保証の履行をすることになったとしても、そのために D から金を借りなければならなくなるはずがありません。

私が登記所で甲土地の所有者名義を確認すると、確かに平成 10 年 5 月 10 日の代物弁済を原因として、同年 6 月 2 日に、B から D に対し、所有権移転登記がされていました。甲土地の名義は、今も D 名義のままだと思います。

そこで、私は、Aに対し、甲土地の名義をDから取り戻して、私に所有権移転登記をするよう申し入れました。Aもなるべく早く名義を取り戻して所有権移転登記をしたいと言っていました。ところが、AがDに対し、甲土地の所有名義を戻すよう話した直後の平成15年8月25日、この土地がDからYに、代金1,700万円で売却され、代金も支払われてしまいました。そして、Yは、甲土地の引渡しを受けて現在甲土地に農機具などを置いています。

私は、Yに対し、甲土地は自分のものであるから立ち退くよう求めましたが、Yは、甲土地は自分のものであると主張して立ち退こうとしません。Yは、甲土地がDの所有であったと信じたなどと主張していますが、前述のように、Yは、私に甲土地の売買を仲介した本人です。甲土地がAの所有であったことを知らないはずがありません。しかも、Yは、私よりも安い値段でこの土地を買っているのです。私に高く売りつけようとの下心があったに違いありません。Yは、私とAとの売買を仲介したこと自体を否定していますが、本当に腹立たしいことで、絶対に許せません。Yが仲介したことはAに聞いてもらえば分かると思います。ただし、私がYとの間で土地の媒介契約書を作っていないことも事実であり、Yが仲介した事実が認められないこともあるかもしれません。しかし、仲介の事実が認められないとしても、YはAやDとは親せきであり、しばしば財産管理の相談も受けていたようであり、また、AやDの資産の状況もよく知っていたはずですから、その事実からも甲土地がDの所有ではないことを十分知っていたことは十分認められると思います。仮に知らなかったとしても、不注意だったことは明らかです。Aも、Dに登記を戻してほしいという話をするまでDとYの売買のことは知らず、Yから甲土地の所有権について何かを聞かれたこともないということです。せっかくよい土地を見つけて購入し、そこに家を建てて家族で住もうと考えたのに、このような結果になって残念でなりません。既に銀行から融資約束を取り付けていますから、移転登記さえしてもらえば、残代金は、その日のうちに支払えるようになっています。

DもYもとんでもないことをすると腹立たしくも思います。Aによれば、Yは近所でもお金の汚いところがあるとうわさのある人物で、職業は農業と言っていますが、裏では人に金を貸して高い金利を取っているという話も聞いたことがあるということです。

私は、せっかく買った土地ですから、何としてもYから取り返し、所有権移転登記を得たいと思っています。

(Yの言い分)

私は、市内に住み、同市内で農業を営んでいます。家族は、両親と妻と子供が1人です。所有する土地は田と畑が多く、主として米と野菜を作り、米を売って生計を立てています。野菜はそれほどたくさん作っているわけではなく、家族で食べる分の外には、近所の青物市場で両親がその日にできた分を売っている程度です。

私とXとの関係ですが、平成15年初めころ、知人から紹介を受けて会ったのが初めてです。私はバードウォッチングが趣味で仲間とサークル活動をしているのですが、Xが自分もバードウォッチングに興味があるということで、サークルの集まりに参加したのが切っ掛けでした。そのときは、Xとの間で、バードウォッチングのことや世間話をしただけで、Xが土地を探しているというような話を聞いた覚えはありません。まして私がXの土地購入を仲介したなどということは絶対にありません。確かに、XにAを紹介したのは私です。平成15年4月ころ、Xが私の家を訪ねてきたことがあり、そのときたまたま私の家を訪れていた親戚のAをXに紹

介したことはあります。しかし、それは不動産の取引のためではありません。バードウォッチングの会で知り合ったXが私の家に遊びに来ていただけなのです。

一方、私は、親せきのDから 市内にある甲土地を買ってほしいとの申入れを受け、平成15年8月25日、代金1,700万円で購入しました。代金は銀行から預金を下ろしたほか、同銀行から、同日1,000万円を借り受け、即日Dに支払いました。銀行から借り受けた1,000万円については、私の所有する宅地の一部に、この借受金のために抵当権を設定しました。この抵当権は登記も済ませています。

私は、Dから甲土地の引渡しを受けて、現在、同土地に農機具などを置いて同土地を占有しています。所有権移転登記はまだ行っていませんが、近いうちにDに登記手続きに協力してもらおうと思っています。土地の売買契約書(資料3)も作っており、銀行から700万円を下ろしたときの預金通帳、銀行からの1,000万円の金銭消費貸借契約書(資料4)もあります。

Dから聞いたところによると、Dは、Aの父(B)に対し、平成8年10月5日、2,500万円を弁済期平成9年10月末日との約定で貸し付けたものの、弁済期を過ぎても返済ができず、そうこうしているうちにBの具合が悪くなってしまい、返済が延び延びになり、Bが死ぬ直前の平成10年5月10日、Bの入院先において、上記借金を返す代わりに甲土地の所有権をDに移転するとの合意をしたとのことでした。Bは知人Eが銀行から借りた金の連帯保証人となっていたそうですが、Eが倒産して返せなくなり、銀行から連帯保証人として債務の履行を求められたために、その資金としてDが貸し付けたのが上記の貸金だそうです。ただ、DとBは生前から大変親しくしていたらしく、消費貸借契約証書などは作らず、代物弁済の合意のときも特に書面は作らなかったものの、代物弁済の合意をしたときの様子は病室でBの看病をしていたAが一部始終を見ていたとのことでした。ところが、その直後、Bの病状が悪化して、所有権移転登記をしないうちに、同月17日に、Bは亡くなってしまったのです。そして、同年6月2日、Bの唯一の相続人であった息子のAがBからDへの直接の所有権移転登記の手続を行ったのですが、Aは、病室でBの約束を見ていたので、名義移転について特に異論はなかったという話です。代物弁済の原因証書はAとDとで作成したものだと思います。Xは、Aの税金対策のため何らの原因もないのにDに架空の名義移転をしたと主張していますが、Dから聞いた限りでは所有権移転登記を取得した経緯は上記のとおりであり、きちんとした代物弁済の合意があったのです。もちろんこの合意が虚偽表示だということもありません。Dが所有権移転登記を備えた以上、もうXは何も言えないのではないのでしょうか。

仮に、百歩譲って、Dの所有権移転登記に原因がなく、架空の登記であったとしても、私は、Dとの売買契約のとき、Dが所有者であると完全に信じていましたし、疑わしい事情も全くありませんでした。私は、AやDとは親せきですが、住んでいる場所を知っている程度で、Aの財産状態は今でも知りませんし、Dの財産状態についても、Dから甲土地を買ってほしいと言われるまでは全く知りませんでした。買い受けるかどうかを決めるに当たっては登記は調べましたが、Dの説明のとおりでしたし、現地も更地でした。売買に当たり、Dの前主であるAにまで事情を聞いたりもしませんでした。

最近になって、Xは、私がXとAとの間の甲土地の売買契約を仲介したなどと主張していますが、先ほども述べたとおり、そのような事実は絶対にありません。Aも私の親せきですが、AがXに甲土地を売っていたということも知りません。確かに、先ほども述べたように、私は、Xとバードウォッチングの同好会で知り合った後、たまたま私の家に来ていたAをXに紹介し

たことはあります。しかし、土地の購入のことで紹介したわけではないのです。

私は、甲土地を所有者であるDから正式に購入し、代金も完済していますから、完全に所有者です。聞くところによると、Xはまだ代金の一部（手付金）しか払っていないということです。そんなXに対して、なぜ正当な所有者である私が甲土地を引き渡さなければならないのでしょうか。確かに、Xが私に明渡しを求めに来た時には、私は農業をしておりこの土地を使う予定は特にないと申しましたが、今は、隣地も購入し、アパートを建てて人に貸そうと思っています。そのため、私は、隣地の所有者と土地購入の交渉も始めており、アパート建築の工事業者と建築の具体的な計画について、現在相談しています。私は、先ほど申しましたとおり、この土地購入のため銀行から1,000万円も借り受けており、農業収入だけでは返せませんから、アパート経営は是非とも必要なのです。したがって、私にとっても甲土地は必要性の高い土地であり、絶対に甲土地をXに引き渡すつもりはありません。

別紙2 Xの説明(1)

1 私は、Yを相手に土地の明渡しを求める訴えを起こしています。これまでに、私とYが裁判所で主張してきた事実は、別紙1の当事者双方の言い分を書いてあるとおりです。この裁判は、現在、双方の主張を整理する弁論準備手続期日というものが終わって、次回には、Aの証人調べが行われる予定です。

2 そこで、本日の相談なのですが、実は、尋問の準備をするに当たって、いろいろと調べた結果、以下のようなことが判明しました。このようなことを主張してもよいものか知りたいのです。

3 まず、BとEとの関係ですが、Aにもう一度記憶を喚起してもらったところ、確かに、Eは、Bの知人でしたが、単なる仕事上の付き合いがあった程度で、とても保証人になるような間柄ではなかったということです。したがって、BがEの連帯保証人になったということはないのです。私としては、息子のAの説明をそのまま信じてしまいましたが、Aももう高齢で記憶があいまいになっていたようです。

また、BがDから借入れをしたとされているときの状況ですが、これもAに確認したところ、Bは、当時、田畑のほかにも、かなりの株式を所有していたようです。また、この甲土地も農作業に使う機具等を置くために使っていたというのです。ですから、Bは、Dからお金を借りる必要はなかったはずですし、少なくとも、この土地を代物弁済に差し出すということは考えられません。

4 次に、Yが平成15年8月25日、Dとの間で甲土地の売買契約を締結したというYの主張についてですが、私は、まさかYがこんなことまでも嘘(うそ)をつく人間だとは思っていませんでしたし、その当時何の証拠もなく、Y本人が言っていることを争ってみても仕方がない、余計なことまで争って裁判所に悪い心証を与えるのはかえって不利ではないかと考えていました。しかし、その後、私が調べたところによると、平成15年8月25日当時、Yはバードウォッチングの団体の一員として海外旅行中であって、この前後の10日間くらいは日本にいなかったのです。したがって、平成15年8月25日にDと売買契約を結ぶということはあり得なかったのです。

また、YがDに対する売買代金の支払のために、銀行から1,000万円借入れたというYの主張です。確かに、Yはその当時銀行から1,000万円を借り入れています。これはYの息子さんが経営する会社の事業資金に当てるためのものであって、Dに対する支払のためではなかったのです。Yの取引銀行に勤務している私の友人の話では、この借入れについていろいろとごたごたしたことがあり、Yのことは銀行内では有名だそうです。

5 最後に、YとDとの関係ですが、実は、YはDの不動産の売却を仲介したことがあることが分かりました。このことは、その不動産の買主にも確認したことです。このように、Yは、Dの財産管理もしていますので、甲土地がDのものではないことはもちろん知っていたと思います。

6 私としては、以上のようなことを主張して、裁判所に私の言い分が正しいことを分かってもらいたいと考えております。

別紙3 Xの説明(2)

- 1 私のYに対する甲土地の明渡訴訟については、全面的な勝訴となり、Yも観念したのか控訴もしないで判決が確定しまして、ほっとしております。
- 2 ところで、昨日、甲土地を見に行ったところ、「本件土地はFが占有するものであり、無断立入りを禁ずる」という看板が立っており驚きました。Fというのは初めて聞く名前ですが、どんな人かは分かりませんが、住所は書いてありましたのでメモしてきました。Yの農機具などはありませんでした。

裁判で、Aの尋問が行われたのは、私やYの尋問が行われた期日の前の期日だったと思いますが、その日に甲土地を見たときには、Yの農機具などが置いてあって、Fの看板や、Fの存在を示すものは何もありませんでした。それから、昨日まで、甲土地を見にいていませんでしたので、いつFが甲土地を占有するようになったのかは不明です。

また、いったいどのような経緯でFが甲土地を占有するようになったかについても全く分かりません。Yが関与していたかどうか分かりません。
- 3 せっかく勝訴判決をもらったのですが、この判決は、Fに対しては何の効果もないのでしょうか。



不動産売買契約書

末尾記載の不動産を、売主を甲とし、買主を乙とし、下記のとおり売買契約をする。

- 1条 甲は、上記不動産を金2000万円を以て、乙に売渡すことを契約し、乙は、これを買受けることを約諾した。
- 2条 乙は、甲に対し、売買代金の内金300万円を手付として支払い、甲はこれを受領した。
- 3条 売買代金の残額は、所有権移転登記と同時に支払い、登記に関する登録税その他の費用は乙の負担とする。本売買登記及び代金決済は、本契約成立後1か月以内に行うものとする。
- 4条 本不動産の所有権は、本契約日に乙に移転するものとする。
- 5条 甲は、所有権移転登記を乙の都合で第三者に変更し又は転売するも、其の名義人の何人たるを問わず、異議なく乙の指定する名義人に登記することを承諾する。
- 6条 本契約に記載しない事項は、甲乙話合の上別に定める。

上記のとおり契約したので本契約書2通を作成し甲乙各1通を所持するものとする。

平成15年8月10日

住 所 略

売 主 (甲) A (印)

住 所 略

買 主 (乙) X (印)

不 動 産 の 表 示

所 在 県 市 (以下略)

地 番 略

地 目 宅地

地 積 150.00平方メートル

領 収 証		No . 002121
		平成 1 5 年 8 月 1 0 日
X	様	
金 三 百 萬 圓 也		
但し 売買代金手付として 上記の金額正に領収いたしました		
A	印	収入 印紙
住 所 略		
TEL () -		



不動産売買契約書

末尾記載の不動産を、売主を甲とし、買主を乙とし、下記のとおり売買契約をする。

- 1条 甲は、上記不動産を金1700万円を以て、乙に売渡すことを契約し、乙は、これを買受けることを約諾した。
- 2条 乙は、甲に対し、1条の売買代金を支払い、甲はこれを受領した。甲は、乙に対し、本不動産を引渡し、乙はこれを受領した。
- 3条 本売買登記は、甲乙協議の上、可及的速やかに行うものとする。登記に関する登録税その他の費用は乙の負担とする。
- 4条 本契約に記載しない事項は、甲乙話合の上別に定める。

上記のとおり契約したので本契約書2通を作成し甲乙各1通を所持するものとする。

平成15年8月25日

住 所 略

売 主 (甲) D (印)

住 所 略

買 主 (乙) Y (印)

住 所

立 会 人

住 所
宅地建物取引主任

総合不動産業	
× × 商 事	
宅地建物取引	
主任者代表者	× × × × 印
住所 略	
()	

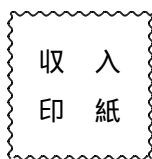
不 動 産 の 表 示

所 在 県 市 (以下略)

地 番 略

地 目 宅地

地 積 1 5 0 . 0 0 平方メートル



金銭消費貸借契約証書

(1) 借入金額	¥ 10,000,000
(2) 利 息	年 3.65% (年 365 日の日割り計算)
(3) 最終弁済期限	平成 20 年 10 月 25 日
(4) 弁済方法	16.10.25 ¥ 2,000,000 17.10.25 ¥ 2,000,000 18.10.25 ¥ 2,000,000 19.10.25 ¥ 2,000,000 20.10.25 ¥ 2,000,000
(5) 利息支払方法	毎年 4 月 25 日及び 10 月 25 日の 2 回, その日までの利息を支払う。
(6) 支払場所	直接貴銀行又は貴銀行の指示した場所に持参します。
(7) 損 害 金	年 14.6% (年 365 日の日割計算)

債務者は、上記条件により金銭を借用し確かに受領しました。ついては、裏面の条項を承認の上、上記条件に従い、債務の履行をします。

平成 15 年 8 月 25 日

株式会社 銀行 御中

債 務 者 住 所 略

氏 名 Y



連帯保証人 住 所 略

氏 名 略



(裏面)

第1条(期限の利益の喪失)

債務者について次の各号の事由が一つでも生じた場合には、貴銀行から通知催告等がなくとも貴銀行に対する一切の債務について当然に期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。

- (1) 債務者又は保証人の貴銀行に対する貯金その他の債権について仮差押え、保全差押え、又は差押の命令、通知が発送されたとき
- (2) 住所変更の届け出を怠るなど債務者の責に帰すべき事由によって、貴銀行に債務者の所在が不明となったとき
- (3) 債務者について支払の停止又は破産、和議開始、会社更生手続開始、会社整理開始若しくは特別清算開始の申立てがあったとき
- (4) 債務者が手形交換所の取引停止処分を受けたとき
- (5) 債務者が債務の一部でも履行を遅滞したとき
- (6) 担保の目的物について差押え又は競売手続の開始があったとき
- (7) 債務者が貴銀行の取引約定に違反したとき
- (8) 保証人が(1)から(7)の一つにでも該当したとき

————— 中 略 —————

第10条(保証)

- 1 保証人は、債務者がこの約定によって負担する一切の債務について、債務者と連帯して保証債務を負い、その履行についてはこの約定に従います。
- 2 保証人は、貴銀行がその都合によって担保若しくは他の保証を変更、解除しても免責を主張しません。
- 3 保証人が保証債務を履行した場合、代位によって貴銀行から取得した権利は、貴銀行の同意がなければこれを行使しません。もし、貴銀行の請求があれば、その権利又は順位を貴銀行に無償で譲渡します。

————— 中 略 —————

第12条(管轄)

債務者及び保証人は、この契約に基づく取引についての訴訟は、 県 市を管轄する裁判所を管轄裁判所とすることに合意します。

以 上

【出題趣旨】

本問は、民法94条2項と177条についての最高裁判所昭和42年10月31日判決（民集21巻8号2232頁）の事例を参考に作成した事例を用いた、民法と民事訴訟法にまたがる問題である。事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を十分に見ることを基本とし、理論的かつ実践的な能力の判定ができるよう、比較的長文の具体的な事例を出題し、現在の司法試験より長い時間（4時間程度）をかけて、法的な分析、構成及び論述の能力を試そうとするものである。

設問1は、当事者双方の言い分から法的に意味のある事実を抽出し、当事者双方の言い分の違いに注意して場合分けをした上で実体法上の問題点を検討させる問題であり、設問2は、当事者の主張の一部についてだれが主張・立証責任を負うかを検討させる問題である。設問3は、当事者の弁護士に対する説明から民事訴訟法上、問題となり得る陳述を抽出し、自白の撤回に関するものを中心として問題点を検討させる問題であり、設問4は判決の効力の主観的拡張の可否について場合分けをした上で検討させるとともに、被告による占有移転に対処するための法的措置についての基本的知識を問う問題である。このように、民事訴訟法に関する分野の出題範囲については、民事訴訟法のほか、民事執行法及び民事保全法等の関連法も、法科大学院の民事訴訟法の講義の中で通常触れられる部分は、これに含まれるものである。

〔第2問〕 甲弁護士は、平成16年6月7日、A株式会社（以下「A社」という。）の株主総会検査役に選任された。そこで、甲弁護士は、株主総会検査役として、同年6月15日、A社の総務部長である乙氏から事情聴取し、その結果を聴取書にまとめるとともに、乙氏から関係書類を受領した。また、甲弁護士は、同年6月29日開催のA社の株主総会に出席し、別紙資料5に記載の出来事を見聞した。

別紙の各資料を読んで、甲弁護士が株主総会検査役として裁判所に報告すべき事項のうち、商法上の論点を箇条書にし、併せて、当該報告を受けた裁判所の立場に立って、当該報告に係る各論点についての見解と、その理由を簡潔に述べよ。

なお、乙氏の甲弁護士への陳述内容及び資料5のうちの関係者の証言内容は、すべて真実であるものとする。

また、別紙の各資料によって認められる事実以外の事実を付加して解答してはならない。

資料1

乙氏からの聴取書

A社総務部長の乙氏は、平成16年6月15日、当職に対し、下記のとおり申し述べた。

記

私は、平成15年7月1日に総務部長となり、現在に至っております。

当社は、昭和53年から東証2部に上場しております。その主たる営業内容は、洋菓子やパンの製造・販売です。

当社の株主数は、単元未満株主も含めると約3,000人ですが、単元株主の数は、約1,500人です。単元未満株主の有する株式の合計数は、10万株です。

なお、当社は、平成16年3月31日時点で、自己株式を保有しておりません。

また、当社には子会社はなく、当社株式を保有している関連会社もありません。

ちなみに、当社が平成13年の商法改正前に発行していた額面株式の1株の金額は50円でした。この額面株券は、回収・再発行の手続きをとっておりません。

当社は、工場設備の大規模な更新を計画していますが、内部留保金の取崩しでは費用の全額を賄えないため、平成16年5月1日を払込期日とする20万株の第三者割当増資を行い、当社の主要取引先であるB社に引き受けていただきました。この新株発行により、当社の発行済株式総数は220万株、資本の額は110億円になりました。

さて、甲弁護士は、平成16年6月29日に開催される当社の株主総会の検査役になられたとのことですが、この株主総会は定時総会です。この株主総会には、株主のCさんから株主提案権が行使されています。Cさんが平成16年3月31日現在で名義書換をしていた株式数は2万株で、同数の株式を平成15年3月31日時点でも名義書換されていました。Cさんは、当社の従業員として永らく当社に勤務された方で、平成16年2月末で当社を退職されたのですが、今回の株主提案権の行使は、ご退職の際の当社の処遇にご不満がおありのためと承っております。

今回の株主総会招集のための取締役会は、平成16年6月10日に開催され、資料4の株主

総会招集通知書は、当該取締役会で承認されたものです。当社は、この招集通知書に議決権行使書用紙、参考書類を添付したものを平成16年6月14日に発送しております。

以 上

資料2

定 款

第1章 総 則

第1条～第4条（略）

第2章 株式

（株式の総数）

第5条 当社が発行する株式の総数は、500万株とする。

（単元未満株券の不発行）

第6条 当社は、1単元の株式の数に満たない株式（以下「単元未満株式」という。）に係わる株券を発行しない。ただし、株式取扱規程に定めるところについてはこの限りでない。

（基準日）

第7条 当社は、毎年3月31日の最終の株主名簿（実質株主名簿を含む。以下同じ。）に記載又は記録された議決権を有する株主（実質株主を含む。以下同じ。）をもって、その決算期の定時株主総会において権利を行使すべき株主とする。

前項のほか、必要がある場合は、取締役の決議によりあらかじめ公告して、一定の日における最終の株主名簿に記載されている株主又は登録質権者をもってその権利を行使すべき株主又は登録質権者とすることができる。

（名義書換代理人）

第8条 当社は、株式につき名義書換代理人を置く。

名義書換代理人及びその事務取扱場所は、取締役会の決議によって選定し、これを公告する。

当社の株主名簿及び実質株主名簿（以下「株主名簿等」という。）は、名義書換代理人の事務取扱場所に備置き、株式の名義書換、単元未満株式の買取り、その他株式に関する事務は、これを名義書換代理人に取り扱わせ、当社においては取り扱わない。

（株式取扱規程）

第9条 当社の株券の種類並びに株式の名義書換、単元未満株式の買取り、その他株式に関する取扱い及び手数料は、法令又は本定款のほか、取締役会において定める株式取扱規程に

よる。

第3章 株主総会

(招集の時期及び議決権)

第10条 当社の定時株主総会は、毎年6月にこれを招集し、臨時株主総会は、必要あるときに随時これを招集する。

(招集権者及び議長)

第11条 株主総会は、取締役社長がこれを招集し、議長となる。

取締役社長に事故があるときは、取締役会においてあらかじめ定めた順序に従い、他の取締役が株主総会を招集し、議長となる。

(決議の方法)

第12条 株主総会の決議は、法令又は本定款に別段の定めある場合を除き、出席した株主の議決権の過半数で行う。

商法第343条に定める特別決議は、総株主の議決権の3分の1以上を有する株主が出席し、その議決権の3分の2以上で行う。

(議決権の代理行使)

第13条 株主は、当社の議決権を有する他の株主を代理人として、その議決権を行使することができる。

株主または代理人は、株主総会毎に代理権を証明する書面を当社に提出しなければならない。

(議事録)

第14条 株主総会における議事の経過の要領及びその結果については、これを議事録に記載又は記録し、議長及び出席した取締役がこれに記名押印又は電子署名を行う。

第4章 取締役及び取締役会

第15条～第25条(略)

第5章 監査役及び監査役会

第26条～第35条(略)

第6章 計算

(営業年度)

第36条 当社の営業年度は、毎年4月1日から翌年3月31日までの1年とする。

(利益配当金)

第37条 利益配当金は、毎年3月31日の最終の株主名簿に記載又は記録された株主又は登

録質権者に支払う。

(中間配当金)

第 3 8 条 当社は、取締役会の決議により、毎年 9 月 3 0 日の最終の株主名簿に記載又は記録された株主又は登録質権者に対し、中間配当を行うことができる。

(配当金の除斥期間)

第 3 9 条 利益配当金及び中間配当金は、支払開始の日から満 3 年を経過してもなお受領されないときは、当社はその支払義務を免れる。

平成16年 4 月30日

A 株式会社

代表取締役社長 殿

A 社株主 C

少数株主の提案権行使

私は、貴社の総株主の議決権の100分の1以上に当たる2万株の株式を、6か月前から所有しております。来る6月に開催される貴社の定時株主総会において、下記の事項を総会の会議の目的とし、かつ同議案の要領を、株主総会の招集通知書に記載されるよう請求いたします。

提 案 事 項

1 第34期利益処分案又は損失処理案の修正及び承認の件

2 議案の要領

会社提案の利益処分案又は損失処理案を次の内容に修正した上で承認する。

- (1) 当期末処分利益又は当期末処理損失の額は、会社提案の利益処分案又は損失処理案のとおりとする。
- (2) 任意積立金のうち別途積立金12億円を取り崩し、これを当期利益処分の対象に加える。
- (3) (1)の当期末処分利益又は当期末処理損失の額に(2)の任意積立金取崩額を加えた当期利益処分の対象金額を次のとおり処分する。

株主配当金として、1株につき20円(ただし、商法によりその許容される1株あたりの配当金の上限が20円を下回るときは、その上限となる金額)

商法288条の規定に基づき利益準備金を積み立てることを要する場合には、利益準備金として、同条に基づき積み立てなければならない最低額

次期繰越利益として、(1)の当期末処分利益又は当期末処理損失の額に(2)の任意積立金取崩額を加えた額から(3)の 及び の処分額を控除した残額

3 提案の理由

当社は、多額の余剰資金を内部留保しているが、本業にはほとんど投資を行わず、その内部留保金は、預金のままかせいぜい有価証券購入に向けられているにすぎない。その結果、当社の製品は時流に遅れ、今後の展開は極めて悲観的であると言わざるを得ない。

現経営者が、このまま経営を続けるならば、企業価値の向上は望めない。現経営者が、経営方針を変えないのであれば、配当金額を増額して株主に還元すべきである。

以 上

平成16年 6月14日

株 主 各 位

東 京 都
A 株式会社
代表取締役社長 D

第 3 4 期定時株主総会招集ご通知

拝啓 時下ますますご清栄のこととお喜び申し上げます。

さて、当社第 3 4 期定時株主総会を下記のとおり開催いたしますので、ご出席下さいますようご案内申し上げます。

なお、当日ご出席願えない場合は、書面によって議決権を行使することができますので、お手数ながら後記の参考書類をご検討いただき、同封の議決権行使書用紙に賛否をご表示、ご押印の上、折り返しご送付下さいますようお願い申し上げます。

敬具

記

1. 日 時 平成16年 6月29日（火曜日）午前10時
2. 場 所 東京都千代田区 × × ホテル 3 階の鳳凰の間

【末尾のご案内図をご参照下さい。】

3. 会議の目的事項

報告事項 第 3 4 期 自 平成15年 4月 1日 営業報告書、貸借対照表及び
至 平成16年 3月31日 損益計算書報告の件

決議事項

- 第 1 号議案 第 3 4 期利益処分承認の件
第 2 号議案 取締役 5 名選任の件

以 上

お願い 当日ご出席の際は、お手数ながら同封の議決権行使書用紙を会場受付にご提出下さいますようお願い申し上げます。

株主総会当日の出来事

1 平成16年6月29日午前10時より、東京都千代田区にある××ホテル3階の鳳凰の間において、A株式会社の第34期定時株主総会が開催された。総会担当者の話では、受付を開始した午前8時半の時点で、既に数名の株主がロビーに集まっており、その中の1人が株主提案権を行使したCであったとのことである。

2 後に述べるように、午前9時25分過ぎから、Cは受付前において会社側の受付担当者と同口論を繰り返した。そこで、その直前のCの様子について複数の関係者から事情聴取したところ、次の事実が判明した。

Cは、受付開始後もしばらくの間は会場に入ることなく、エレベーターを降りてくる何人かの株主を捕まえては、挨拶を交わしていたらしい。そのうちの1人は、CがA社の従業員であったところに懇意にしていたB社の社長だった。その時の会話について、B社の社長は次のように供述している。

「私がエレベーターを降りると、Cは満面に笑みを浮かべながら握手を求めてきました。しばらく談笑した後、『社長の会社は、いつからA社の株主になったのか?』と聞かれましたので、工場設備の更新にお金がかかると社長に泣きつかれたため、先月、増資に応じたことを伝えました。その後、『中に入らないのか?』と尋ねたら、委任状をもらってくる仲間と待ち合わせをしていると言っていました。そこで、私は1人で先に受付を済ませ、会議場に入り、議決権を行使しました。」

3 午前9時25分過ぎ、Cが、受付の前で、ある中年男性の入場を巡って大声を出したので、近くに行き、次の事実を現認した。

「なぜ、入れないんだ!」

Cの怒鳴り声がホールに響き渡った。

「このお方は確かに株主ではないが、ちゃんと5名の株主から委任状をもらって来ているじゃないか。合計10万株だよ、10万株……。それだけの株主から委任状をもらって来た代理人に向かって、このまま帰れというのか。」

Cの剣幕に圧倒された受付の従業員は、震える手で必死に受付マニュアルの該当箇所を開きながら、「5名の株主様のいずれかの会社にお勤めでいらっしゃるとか、顧問弁護士さんでいらっしゃるとか……。そのようなご事情はございますでしょうか。」と尋ねた。

「いいえ。」

Cとは対照的に、問題の中年男性は静かに答えた。

その後、約30分間にわたって押し問答が続いたが、総会の開始時刻が迫ったため、Cはあきらめて1人で会場に入っていった。なお、その後、この中年男性が1階のティー・ラウンジで総会の終了を待ったことは、総会担当者の供述によって明らかになっている。

4 午前10時。定刻どおり総会は始まった。最初に議長であるA社の社長から、議事の進行方法と出席株主数につき、「本日の総会では、営業報告及び計算書類の報告をさせていただいた後、議案をご説明させていただき、その上で、本日ご出席の皆様からのご質問を受けさせていただきたいと思っております。なお、本日は、議決権行使書をご提出いただいております60万株分の株主を含めまして、議決権総数の過半数にあたる120万株を保有する株主にご

出席いただいております。」との説明が行われた。

引き続き、監査役による監査報告がされ、直ちにビデオ上映の形で営業報告及び計算書類の報告が行われた。その後、議長は、第1号議案、第2号議案の順に説明を行った。

「それでは、ここで報告事項並びに第1号議案及び第2号議案の内容に関し、すべてのご質問およびご発言をお受けし、その後に決議事項について採決のみをとらせていただきたいと存じますが、ご異議ありませんでしょうか。」

Cが即座に「議長！」と叫びながら手を挙げた。

指名されたCは、自らが事前に提案した議案が株主に伝わっていないので、その趣旨説明をさせてほしいと迫った。議長は、後ろに控えた顧問弁護士から渡されたメモを読み上げる形で、その必要はないと拒んだ。そこでCは、「ならば質問の形でいいから発言させろ！」と怒鳴ったが、前方に座っていた株主から「議事の進行方法は議長に一任」との声が上がり、議場に「異議なし」の声が響いたため、Cの声はかき消された。

「それでは、ご質問を受け付けます。受付票の番号とお名前をおっしゃった上で、要点を簡潔にご発言ください。」と議長は述べた。

これに対して手を挙げたのはCのみだったので、議長は、受付票の番号と氏名を述べてから発言するよう注意した上で再度Cを指名した。これを受けてCは、質問の形で長々と発言したが、話が徐々に自己の提案内容の趣旨説明に移ってきたので、議長が一旦これを制し、担当役員に質問に答えるよう指示した。Cは激怒し「議長交替！」と叫んだ後、マイクを離すことなく質問を続けた。それを見かねた他の株主が、審議を打ち切るよう動議を出したので、議長がこれを議場に諮ったところ「異議なし」の声が響いた。

そこで、議長は、怒鳴り散らすCを尻目に、第1号議案から順に採決を行った。その際、議長は、第1号議案に関してCから提案が出されていることを告げ、Cの「少数株主の提案権行使」と題する書面の「2 議案の要領」を読み上げた。会社側提案の各議案に対し、会場から「異議なし」の声と拍手が聞こえたのを受けて、議長は、会社側の議案がいずれも賛成多数で可決され、その結果、Cの提案にかかる議案は否決されたことを宣言した。その時、Cは、「なぜ自分の提案を無視するんだ」と叫んで議長席に詰め寄ろうとしたが、係の者に押さえられたため、暴言を吐きながら自ら退場していった。その後、新任取締役の紹介が行われ、午前11時20分、総会は閉会となった。

- 5 なお、議場で「異議なし」と述べた株主の株式数は、B社を含め、少なく見積もっても35万株を下ることはなく、また、総会終了後に確認したところ、会社側提案の各議案に対しては、議決権行使書によって議決権を行使した株主のうち55万株が賛成であった。

【出題趣旨】

本サンプル問題は、株主総会の手続を巡る商法上の問題点について問うものであり、商法についての知識と理解力があるかどうか、及び論述に当たって、論理力、記述力、説得力があるかどうかを試すものである。それとともに、ある程度の分量の資料を読ませて、その中から、弁護士や裁判官として摘出しなければならない法律上の問題点を的確に摘出する能力があるかどうかをも試すものである。

本問題は、新司法試験においては現行の司法試験とは大幅に異なる問題も出題されることがあることを例示するために、形式上は実務的な面に重きを置いた問題を作成することとし

たものである。しかし、本問で問われている問題点は商法の解釈理論にかかわるものである。また、さらに一層理論的な面に重きを置いた出題も考えられるところである。

本問題は、「当該報告を受けた裁判所の立場に立って、」各問題点についての見解と、その理由を簡潔に述べることを求めることにより、法律実務家としての基本的な能力を身につけているかどうかを試している。このため、実務上採用されない極端な少数説に立った見解を展開することは答案としては適切ではないという評価を与えられるであろうが、そのことは、企業法務の実務を追認することを求める趣旨ではないし、少数説による答案でも内容が優れていれば高い評価を与えられることがあろう。

[新司法試験サンプル問題（刑事系科目）]

科目全般について

刑事系科目は、刑法、刑事訴訟法を中心とし、大学（法科大学院）における講義あるいは教科書等で通常触れられる刑事実体法及び刑事手続法に係る関連法分野も出題範囲とする。

[短答式試験問題]

短答式試験問題について

刑事系の短答式問題は、刑法総論・各論、刑事訴訟法・刑事訴訟規則等の幅広い分野から、判例に関する基礎的知識、基本的論点に関する正確な理解及びそれらを前提とした法的判断を問う問題を中心とし、全体として基本的な問題を多数出題することにより、実務家になろうとする者に必要な専門的な法律知識及び法的な推論の能力を有するかどうかを試すことを目的とする。そのために、多角的な観点からの柔軟な出題が可能となるように、現行司法試験の5肢択一形式だけではなく、出題の形式を多様化することとする。

[第1問] 学生AないしCは、「甲は、酒に酔って大声を上げながら土足で甲宅に上がり込んできた乙を退去させようとしたところ、突然乙が素手で殴りかかってきたので、身を守るために、そばにあった果物ナイフで乙の腹部及び腕部に切りつけた。その結果、乙は失血死した。」という事例の甲の罪責について議論している。各発言の（ ）に語句群から適切な語句を入れた場合、（ ）から（ ）までに入るものの組合せとして正しいものは、後記1から5までのうちどれか。なお、参照条文は、語句群中のd又はeの該当部分の抜粋である（解答欄は、[1]）。

【発言】

学生A 甲の行為は（ ）罪の構成要件該当性はあるが、（ ）が定める正当防衛の要件を充足するので、犯罪不成立だと思う。（ ）が定める要件を形式的に充足する限り正当防衛とみなされるべきだ。

学生B A君の意見に反対だ。甲の行為は（ ）罪の構成要件に該当すると思う。また、（ ）が定める正当防衛の要件は刑法の要件と同じと解すべきである。甲の行為には防衛行為の相当性がなく、正当防衛は成立しないと思う。

学生C B君の見解では、（ ）の規定は刑法の正当防衛の一例を例示した解釈規定にすぎないことになるし、A君の見解では、（ ）の余地がなくなりかねず、妥当ではない。なお、この事例から分かる凶器の形状・用法、創傷の部位などの（ ）を総合すると、（ ）の故意の認定には疑問がある。

学生B 故意の認定についてはC君の意見に賛成だ。ただ、果物ナイフで腹部及び腕部に切りつけるという態様からみて、その行為については、少なくとも（ ）罪の構成要件該当性は認められるので、同罪を基本犯とした（ ）としての（ ）罪が成立すると思う。

【語句群】

- a . 殺人 b . 傷害 c . 傷害致死
d . 盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律 e . 暴力行為等処罰ニ関スル法律
f . 正当防衛 g . 過剰防衛 h . 情況証拠 i . 直接証拠
j . 結合犯 k . 結果的加重犯

- 1 . a c h 2 . d f h 3 . e g b 4 . c i k
5 . g b j

(参照条文)

第1条 左ノ各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命, 身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危難ヲ排除
スル為犯人ヲ殺傷シタルトキハ刑法第36条第1項ノ防衛行為アリタルモノトス
一~二 (略)
三 故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅, 建造物若ハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケ
テ此等ノ場所ヨリ退去セザル者ヲ排斥セントスルトキ

【正解】 1

【出題趣旨】 正当防衛及び刑法と隣接する特別法の基本的理解を問う問題である。

[第2問] 次の事例についての以下の【見解】 , 【結論】及び【最高裁判所の判例との比較】
の組合せとして正しいものを, 後記1から6までのうち二つ選びなさい(解答欄は, [2]及
び[3]で順不同)。

【事例】

甲と乙は, 日ごろから仲の悪かったVに傷害を加えることを共謀した上, 共同して, Vに
殴る, 蹴るなどの暴行を加えたが, 甲は, Vが捨てぜりふを吐いたことに激高し, とっさに
殺意を抱き, 持っていた小刀でVの腹部を力任せに一回突き刺し, Vを腹部刺創により失血
死させた。

【見解】

- a 共同正犯の本質について行為共同説の立場に立ち, 共同正犯は共犯者が惹起した結果
について因果性が認められる場合に認められるのであって, 異なる罪名の場合でも共同
正犯の成立を認める見解
b 共同正犯の本質について犯罪共同説の立場に立ち, 同一の罪名の場合しか共同正犯の
成立は認められないとする見解
c 共同正犯の本質について犯罪共同説の立場に立ちながら, 構成要件の重なり合いが認
められる限度で異なる罪名の場合でも共同正犯の成立を認める見解

【結論】

甲, 乙には傷害致死罪の共同正犯が成立し, さらに甲には殺人罪が成立する。

甲には殺人罪の共同正犯，乙には傷害致死罪の共同正犯が成立する。

甲，乙には殺人罪の共同正犯が成立し，乙は傷害致死罪の範囲で科刑される。

【最高裁判所の判例との比較】

ア 最高裁判所の判例の見解に必ずしも反しない。

イ 最高裁判所の判例の見解に明らかに反する。

【組合せ】

1 . a ア 2 . a イ 3 . b ア 4 . b イ 5 . c ア 6 . c イ

【正解】 4 及び 5

【出題趣旨】

重要な最高裁判例及び共犯論に関する基本的論点についての理解を問う問題である。

〔第3問〕 下記アないしコの事例は，最高裁判所の判例に従うと，併合罪と判断されるグループ，観念的競合と判断されるグループ及び牽連犯と判断されるグループの三つに分類される。同じグループに分類されるべき事例の組合せとして正しいものは，後記1から6までのうちどれか（解答欄は，[4]）。

【事例】

ア 酒に酔った状態で自動車を運転し，その運転中の過失により人身事故を発生させて人を死亡させた場合における，酒酔い運転の罪と酒に酔って運転したことを過失の内容とする業務上過失致死罪

イ 同時に同一場所において，無免許で，かつ，酒に酔った状態で自動車を運転した場合における，無免許運転の罪と酒酔い運転の罪

ウ 傷害により人を死亡させた後，さらに死体を遺棄した場合における，傷害致死罪と死体遺棄罪

エ 二人連れのうち，男を不法に監禁した上，女を強姦した場合における，監禁罪と強姦罪

オ 同時に同一場所で数人を監禁した場合における，各被害者につき成立する数個の監禁罪

カ 強盗目的で住居に侵入し，その住居内で強盗行為に及んだ場合における，住居侵入罪と強盗罪

キ 身の代金を取得しようと考えて人を拐取し，身の代金を要求した場合における，身の代金目的拐取罪と拐取者身の代金要求罪

ク 窃盗を教唆し，その窃盗犯人のために盗品の有償処分のあっせんをした場合における，窃盗教唆罪と盗品等処分あっせん罪

ケ 不動産登記簿の原本に不実の記載をさせた上，これを備え付けさせて行使した場合における，公正証書原本不実記載罪とその行使罪

コ 数人に対して刃物を突き付け「動くな」と言って脅迫し、同時に数人から所持金を強取した場合における、各被害者につき成立する数個の強盗罪

1. アイキ 2. イオコ 3. ウカキ 4. エキコ 5. オカク
6. カケコ

【正解】 2

【出題趣旨】 罪数に関する基本的かつ正確な理解を問う問題である。

〔第4問〕 学生AないしCは、刑罰の執行について会話している。各発言中の（ ）内に語句群から適切な語句を入れた場合、（ ）から（ ）までに入るものの組合せとして正しいものは、後記1から6までのうちどれか（解答欄は、[5]）。

【発言】

学生A 執行猶予は、情状によって刑の執行を猶予し、一定期間を無事経過したときは、（ ）は効力を失うという制度である。短期の（ ）については、受刑者の改善には短すぎるし、他の被収容者から悪影響を受けるなどの弊害が指摘されているが、執行猶予は、このような弊害を避けるための制度であると思う。

学生B A君の意見には賛成できない。典型的な短期の（ ）である（ ）が、執行猶予の対象になっていない一方で、財産刑である（ ）が執行猶予の対象になっていることを考えると、現行刑法の執行猶予は、短期の（ ）の弊害を避けることだけを目的としているとは思えない。むしろ、執行猶予は、施設に収容せず、刑が執行されるという心理的強制を背景として、自力で改善更生させるという（ ）の目的があると思う。執行猶予には（ ）を付すことができるとされているのも、その目的に沿うものだと思う。

学生C 執行猶予の目的が短期の（ ）の弊害の回避だけではないという点で、B君の意見に賛成だ。しかし、（ ）の目的に沿うという（ ）も、（ ）の執行猶予の場合は、裁量的に付することとされているにとどまっている。その上、現行刑法の執行猶予制度は、自由を拘束するよりも執行猶予に付する方が改善更正を期待できる場合に広く刑の執行を猶予するという制度になっておらず、一定の前科のないことを要件として、また、対象となる（ ）の上限を3年としている。これらの点を考えると、執行猶予が（ ）の目的だけにあると考えるのも妥当ではないと思う。

【語句群】

- a. 公訴の提起 b. 刑の言渡し c. 自由刑 d. 懲役刑 e. 拘留
f. 労役場留置 g. 科料 h. 罰金 i. 一般予防 j. 特別予防
k. 保護観察 l. 試験観察 m. 再度 n. 初度

1. b c g 2. a f i 3. d e l 4. c h j

【正解】 4

【出題趣旨】

刑法の隣接分野である刑事政策も視野に入れた刑罰論に関する基本的理解を問う問題である。

〔第5問〕 財産犯に関する次の各文章について、それが正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい（解答欄は、アからオの順に〔 6 〕から〔 10 〕）。

ア 窃盗罪ばかりでなく、器物損壊罪も、客体に不動産を含まない犯罪である。〔 6 〕

イ 会社の重要な秘密文書を業務上保管する者が、業務の競合する他社にその秘密を漏らし、同社を利する目的で、秘密文書を一時社外に持ち出し、コピーした後に返却した場合には、判例の見解によると、業務上横領罪は成立しない。〔 7 〕

ウ 13歳の少年が万引きした商品を買取る行為については、前提の犯罪である窃盗罪が不成立である以上、盗品等有償譲受け罪は成立しない。〔 8 〕

エ 質権者の委託を受けて質物を保管する者が、ほしいままに当該質物を所有権者に返還した場合には、委託物横領罪が成立する。〔 9 〕

オ 窃盗罪の保護法益を財物の占有と解している判例は、盗品等関与罪の親族間の犯罪に関する特例の適用の要件として、被害者である占有者と盗品等関与罪の犯人の間に親族関係があれば足りるとしている。〔 10 〕

【正解】

ア . 2 (誤) イ . 2 (誤) ウ . 2 (誤) エ . 2 (誤) オ . 2 (誤)

【出題趣旨】 財産犯に関する基本的かつ正確な理解を問う問題である。

〔第6問〕 下記の事例において、判例の立場に従って甲の罪責を検討した場合の結論として正しいものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、〔 11 〕）。

【事例】

A省の職員（国家公務員）である甲は、他省庁であるB省の課長職（国家公務員）を併任し、法律上、同課の職員に付与されている権限に基づいて、法律違反事案に対する行政調査を担当することとなった（なお、同法律上、「同課職員は、調査により犯罪の心証を得たときは、告発する」とされていた）。

同課では、某会社の社長Xに対する法律違反事案の調査（以下「本件調査」という。）に着手し、甲の部下である同課職員Cらが、甲の指示でその調査に当たっていた。

その数日後、甲は、Xの会社の役員であるYから本件調査に手心を加えてもらいたいとの申出を受けたところ、YがA省出身であり、甲のかつての上司であったことから、甲はYの申出を承諾した。

甲は、Cらに本件調査の進ちょく状況を確認したところ、Cらは、Xについて犯罪の心証を得ており、また、Cらから報告を受けて同様の心証を得た甲も、本件調査を継続して告発すべき事案であると判断した。

しかし、Yの申出を受けていた甲は、Cらの反対を押し切って、本件調査及び告発を打ち切るように指示したことから、Cらも甲の指示に従った。その結果、本件調査は中断し、Xに対する法律違反事案は不問に付されることになった。

その翌年、甲は、B省の課長職の併任を解かれてA省に復帰し、半年後、A省を退職して引き続き国立大学法人の職員（教授）に就任した。

甲が教授に就任したことを知ったYは、本件調査を打ち切ってくれたことに対する謝礼の趣旨を込めて、甲のために、高級料亭に甲及びその妻を招いた上、甲の退職及び教授就任祝い为名目で盛大な宴会を催すことにした。

甲は、Yの上記意図を承知しながらも、妻と相談の上、後に相当程度の商品券でも送り返しておけば問題ないと判断し、この宴会に夫婦一緒に出席して飲食等を楽しんでいたが、その席上、Yが、甲に対し、現金10万円入りの祝儀袋を手渡そうとしたことに立腹して受取を拒否し、宴会半ばで席を立てて帰った。

なお、国立大学法人法第19条は、「国立大学の役員及び職員は、刑法その他の罰則の適用については、法令により公務に従事する職員とみなす」と規定している。

1. 受託収賄罪（刑法第197条第1項）
2. 加重収賄罪（刑法第197条の3第2項）
3. 事後収賄罪（刑法第197条の3第3項）
4. あっせん収賄罪（刑法第197条の4）
5. 犯罪不成立

【正解】 2

【出題趣旨】

比較的長文の事実関係を前提として、賄賂罪に関する基本的理解を問う問題である。

〔第7問〕 以下の記述について、それが正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい（解答欄は、アからエの順に〔 12〕から〔 15〕）。

ア 刑事訴訟法は、証拠調べの手續について「当事者主義」を徹底しているわけではなく、裁判所の職権による証拠調べの権限を認めている。もっとも、裁判所は、当事者の主導による訴訟活動を原則とするという観点から、刑事訴訟規則208条の定める求釈明の権限や訴訟指揮権などを適切に行使することにより、当事者の主張・立証活動を促して、職権証拠調べを行うのと同様の効果を得ることが可能である。〔 12〕

イ 訴因変更命令の制度は、「当事者主義」の原則に対する例外であり、裁判所が、当事者である検察官に対して、審判の対象を変更するよう命令する権限を認めるものである。訴因変更命令の法的性質は裁判所の裁判すなわち「決定」であるから、訴因変更命令が発せられた場合には、検察官が訴因変更の請求をしなくても、訴因変更の効果が生ずる。〔 13〕

ウ 刑事訴訟法248条の定める「起訴便宜主義」は、検察官の訴追裁量権限を認めるものであるが、起訴便宜主義にも例外があり、少年法20条の規定により家庭裁判所が刑事処分を相当と認めて検察官に送致した少年の事件については、検察官は原則として起訴しなければならないと定められている。[14]

エ 一罪の一部を有罪、一部を無罪と判断した第一審判決に対して、被告人だけが控訴した場合について、最高裁判所の判例は、当事者主義を基本原則とする現行刑事訴訟法の基本構造と、当事者の申し立てた控訴趣意を中心として第一審判決に対し事後的審査を加えるという現行控訴審の性格にかんがみ、無罪とされた部分については当事者間において攻防の対象から外されたものと見ることができ、このような無罪部分については移審の効果自体が発生せず、したがって無罪部分について控訴審が職権調査を及ぼし有罪の自判をすることは許されない旨判断している。[15]

【正解】

ア . 1 (正) イ . 2 (誤) ウ . 1 (正) エ . 2 (誤)

【出題趣旨】

刑事手続（上訴及び刑事手続と関連して当然理解しておくべき少年事件の基本的な手続も含まれる。）に関する基本原理・原則についての理解を問う問題である。

〔第8問〕 次のア～オの記述のうち、違法な裁判は幾つあるか（解答欄は、[16]）。

ア I 警察署司法警察員は被疑者甲を窃盗罪で現行犯逮捕したが、同署管内で発生した殺人事件の捜査に人手を取られたため、被疑者甲に対する窃盗被疑事実の捜査が遅延し、逮捕後60時間を経過した時点で被疑者甲を検察官に送致する手続を採った。送致を受けた検察官において逮捕後72時間以内に勾留請求手続を採り、裁判官は勾留状を発した。

イ 覚せい剤の譲渡の被疑事実で通常逮捕された被疑者甲の送致を受けた検察官は、被疑者甲が逮捕時に覚せい剤を所持していたことから、覚せい剤の譲渡の事実と所持の事実の両事実を被疑事実として勾留請求し、裁判官は両事実を被疑事実として勾留状を発した。

ウ 裁判官は、30万円以下の罰金に当たる過失傷害罪を犯した被疑者甲について、住居はあるが罪証を隠滅すると疑うに足りる相当の理由があると認め、勾留状を発した。

エ 裁判官は、窃盗事件を犯した被疑者甲について、勾留の理由及び必要性があると認めたが、捜査に要する期間は7日間で足りると考え、勾留期間を7日間とする勾留状を発した。

オ 裁判官は、勾留及び勾留期間の延長により合計15日間勾留されている傷害罪の被疑者甲について、検察官からの請求により、やむを得ない事由があると認め、更に3日間の勾留期間の延長決定をした。

1 . 1 個 2 . 2 個 3 . 3 個 4 . 4 個 5 . 5 個

【正解】 3

【出題趣旨】

捜査から公訴提起に至るまでの刑訴法の条文等の基本的な知識を問う問題である。

〔第9問〕 次の文章の()及び()には 群の語句のいずれか、【ア】ないし【ウ】には 群の文章のいずれか、[a]及び[b]には 群の文章のいずれかが入る。()及び()に入る語句、【ア】、【ウ】及び[b]に入る文章として正しいものをそれぞれ選びなさい(解答欄は、(), (), 【ア】、【ウ】、[b]の順に、[17] ~ [21])。

最高裁判所の判例は、人の体内に存在する尿を導尿管(カテーテル)を用いて強制的に採取するには()によるべきものとしつつ、処分の性質にかんがみ、()に関する規定を準用し、令状には適当と認められる条件の記載が不可欠だとしている。これに対しては、【ア】という批判が考えられるが、最高裁判所は【イ】ということに着目したと考えることもできる。仮にそうであるとすれば、採尿に関する最高裁判所の考え方は、[a]という場合には当てはまるとしても、[b]という場合には当てはまらないことになる。もっとも、最高裁判所は、()によるべき理由として、【ウ】ということ挙げており、この点を重視すれば、[a]という場合はもちろん、[b]という場合も、()によるべきものと考えられる余地もある。

【 群】

- 1 . 検証令状 2 . 搜索差押令状 3 . 鑑定処分許可状 4 . 身体検査令状

【 群】

- 1 . 体内に存在する尿は生体の一部であって証拠物とはいえない。
- 2 . 身体の搜索には身体の安全や人格の尊厳に対する手続的配慮が乏しい。
- 3 . 身体の秘部への侵入は捜査手続上の処分として許される限度を超えている。
- 4 . 検証として身体検査の場合にも同程度の精神的打撃を伴う場合がある。
- 5 . 尿はいずれは体外に排出される老廃物である。
- 6 . 医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならないとの条件が付される。
- 7 . 体内に存在する尿を証拠として強制的に採取する行為は搜索・差押えの性質を有する。

【 群】

- 1 . 体腔内に隠匿された証拠物を採取する。
- 2 . 体内を流れる血液を採取する。

【正解】

() . 2 () . 4 【ア】 . 1 【ウ】 . 7 [b] . 2

【出題趣旨】 基本的な判例について、その内容と射程の理解を問う問題である。

〔第10問〕 以下の二つの類型は、最高裁判所の判例によると訴因変更が必要となる場合（類型）と、最高裁判所の判例によると訴因変更が可能となる場合（類型）とをそれぞれ並べたものであるが、訴因変更を必要としない場合や訴因変更が許されない場合も含まれている。類型中訴因変更を必要としないものの個数及び 類型中訴因変更が許されないものの個数の組合せとして正しいものは、後記 1 から 8 までのうちどれか（解答欄は、〔 22 〕）。

【 類型】

- 1 . I 市内の路上において、甲が金品強取の目的で V を殺害しようとその首を絞めているとき、これに加功することにして自己が着用していたベルトを甲に手交して V 殺害の目的を達成させたという被告人に対する強盗殺人罪の共同正犯を、同日同所における上記ベルトの手交による殺人罪の幫助犯にする場合
- 2 . I 市内の被告人方において、甲が乙ら 4 名に対して現金各 5 万円を供与した際、その事情を知らず甲を被告人方まで案内したほか乙ら 4 名に対し、受供与を促す等の行為をしたという被告人に対する公職選挙法違反の幫助犯を、同日同所における甲との同法違反の共同正犯にする場合
- 3 . I 市内の路上で帰宅中の女性を追尾し、同女が逃げ込んだ甲方において、仰向けに押し倒し馬乗りになって陰部をもてあそんだという被告人に対する強制わいせつ罪を、同日同所における甲ほか 3 名らの面前での上記行為として公然わいせつ罪にする場合
- 4 . I 市内の路上において、甲と共同して実行した足蹴等により V に傷害を負わせたという被告人に対する傷害罪の共同正犯を、同日同所における被告人が単独で実行した足蹴による暴行罪にする場合

【 類型】

- 1 . I 市内の被告人方において、同市内の倉庫からウイスキー瓶 10 ダースを窃取するのに必要だと甲から頼まれて被告人所有の大型貨物自動車を貸与して甲の犯行を容易にしたという被告人に対する窃盗罪の幫助犯を、同日同所において盗品であることを知らず甲からウイスキー瓶 10 ダースを買い受けたという盗品等有償譲受け罪にする場合
- 2 . 財団法人の外務員として賛助金集金の事務に従事していた平成 16 年 2 月 14 日から同年 3 月 31 日までの間、15 回にわたって集金した現金 1,500 万円を着服横領したという被告人に対する業務上横領罪を、平成 16 年 1 月 31 日まで上記賛助金集金の事務に従事していたが同日付けで解雇されたのに従前同様の地位にあるごとく装って上記期間 15 回にわたって賛助金名下に上記現金を詐取したという詐欺罪にする場合

- | | |
|-------------------------|-------------------------|
| 1 . 【 類型】 1 個，【 類型】 1 個 | 2 . 【 類型】 1 個，【 類型】 2 個 |
| 3 . 【 類型】 2 個，【 類型】 1 個 | 4 . 【 類型】 2 個，【 類型】 2 個 |
| 5 . 【 類型】 3 個，【 類型】 1 個 | 6 . 【 類型】 3 個，【 類型】 2 個 |
| 7 . 【 類型】 4 個，【 類型】 1 個 | 8 . 【 類型】 4 個，【 類型】 2 個 |

【正解】 3

【出題趣旨】

判例を素材にした具体的事実に即して訴因についての基本的な理解を問う問題である。

〔第11問〕 次のアないしカは、下記事例の公判審理における証人尋問の一場面であるが、これに関連する記述を から までのうちから選んで対応させた場合の組合せとして正しいものは、後記1から5までのうちどれか（解答欄は、[23]）。

【事例】

被告人甲は、Aに対する5,000万円の債務を返済する資金に窮したことから、知人Bが所有するI市所在の土地・建物について、知人Cに指示して、同人をして、甲B間の虚偽の売買契約書を作成させ、あたかも被告人甲が所有するものであるかのように装ってVに売却し、売買代金名下に5,000万円を詐取したとの事実で公判請求され、裁判所において審理を受けている。

検察官は、第一回公判期日において、裁判所に対し、A、B及びCの各検察官面前調書並びにそのほかの書証の取調べを請求し、弁護人は、A、B及びCの各検察官面前調書を不同意としたので、検察官は、裁判所に対し、A、B及びCの検察官面前調書に代えて、3名の証人尋問を請求し、裁判所の採用決定を経て、第二回公判期日において、上記3名に対する証人尋問を順次行った。

ア 検察官は、被告人甲がVに売却した土地・建物の所有関係を立証するため、証人Bに対し主尋問を行った際、「あなたは、これまで被告人甲と交友がありましたね。」と質問した。

イ 検察官は、被告人甲の債務状況を立証するため、証人Aに対し主尋問を行った際、「あなたは、被告人に対し、5,000万円の貸付残高がありますね。」と質問した。なお、弁護人は、検察官請求にかかる被告人甲と証人Aの貸借状況に関する捜査報告書を同意し、裁判所において取調べ済みである。

ウ 検察官は被告人甲 B間の売買契約書の虚偽性を立証するため、証人Cに対し主尋問を行った際、証人Cが、上記売買契約書を作成した旨を証言したので、売買契約書と題する書面を示し、「これは、あなたが作成したのですか。」と質問した。なお、検察官請求に係る上記売買契約書については、裁判所において取調べ済みである。

エ 上記ウにおいて、検察官は、証人Cに対し、被告人甲の指示状況を質問したところ、証人Cが、「そんなことは忘れた。」旨の証言を繰り返したため、検察官は、「あなたは、平成 年 月 日、 地方検察庁検察官から取調べを受けた際、この点について事実を述べたことはありませんか。」と質問した。

オ 上記エにおいて、検察官は、証人Cの平成 年 月 日付け検察官面前調書の該当部分の要旨を読み上げた上、「あなたは、以前、検察官に対し、このように供述したではありませんか。」と質問した。

カ 上記オにおいて、検察官は、証人Cの平成 年 月 日付け検察官面前調書末尾の供述人の署名押印部分を示し、「この署名押印は、あなたが自署し押印したのですか。」と質問した。

主尋問においても実質的な尋問に入るに先立ち明らかにする必要のある事項は誘導尋問が許される。

主尋問においても訴訟関係人に争いのないことが明らかな事項は誘導尋問が許される。

証人に対し、書面の成立や同一性を確認する場合、裁判長の許可を受けずに示すことが許される。

主尋問においても証人が証言を避けようとする事項については誘導尋問が許される。

誘導尋問をするに際しては、原則として書面の朗読は避けるべきであるが、刑事訴訟法第321条第1項第2号後段の事由を立証する必要がある場合は、不相当にわたらない限り許される。

1.ア とオ 2.イ とエ 3.ウ とイ 4.エ とウ 5.オ とカ

【正解】 5

【出題趣旨】

事例を素材にして誘導尋問に関する刑事訴訟規則についての基礎的知識を問う問題である。

〔第12問〕 甲ないし丙は、伝聞証拠の意義について会話している。(A)、(E)、(G)、(I)及び(K)に入る語句として正しいものは、後記1から5までのうちどれか。(A)から(K)には、同じ語句は入らないものとする(解答欄は、[24])。

甲 (A)においては、(B)がある事実を(C)し、(D)し、(E)するという過程を経て(F)を行うため、その各段階に誤りが入るおそれがあります。その危険性をチェックするために(G)が重要となります。ところが、(H)においては、(I)に対する(G)が行えないために、その証拠能力が原則として否定されています。今日は、「Xが『俺はVは嫌いだ。』と言っていた。」とのWの証言から、XがVを嫌悪していたことを証明しようとする場合のW証言の証拠能力を考えてみましょう。

乙 そのように、心の状態を述べる(F)であっても、(E)過程における誤りの危険性が残る以上、(H)に当たるのではないのでしょうか。

丙 しかし、そのような(F)の場合、(C)・(D)の過程がないのだから、(H)に当たると解すべき必然性はないのではないのでしょうか。例えば、「Xが『私は宇宙人である。』と言っていた。」とのZの証言からXの精神の異常を証明しようとする場合のように、証言を発言内容とかかわりのない事実を推認する状況証拠として用いる場合にも(E)の正確性・真摯性は問題となりますが、そのような場合については乙さんも、証言の(J)の一つとして(K)であると解しているのではないですか。

乙 確かに、Xが「私は宇宙人である」という発言をしたとの証言からXの精神の異常を推論することには疑問を感じません。しかし、それと「俺はVは嫌いだ。」という発言をしたとの証言からXがVを嫌悪していたことを推論する場合は異なるのではないのでしょうか。後者の場合には、真にXがVを嫌悪していたかどうかを判断するためには、嫌

悪するに至る事情，すなわちそれまでのXとVとの関係をも調べざるを得ず，そのためには，(I)であるXに対する(G)が最も適切かつ有効なのではないでしょうか。

丙 証拠関係上，X発言の真し性に疑問が残る場合には，乙さんの言うようにXを証人として尋問すべきでしょう。しかし，Wに対する尋問によりXがそのような発言をした状況が解明され，X発言の真し性に疑問がない場合についてまで，必ずXの(G)が必要とすることは，訴訟運営を硬直化させ適当ではないのではないのでしょうか。

- 1 . Aに「伝聞証拠」 2 . Eに「証言」 3 . Gに「主尋問」 4 . Iに「供述者」
5 . Kに「非伝聞」

【正解】 5

【出題趣旨】 伝聞法則の意義についての理解を問う問題である。

[論文式試験問題]

[第 1 問] 以下の事例について、甲男、乙女及び丙男の刑事責任を論ぜよ（ただし、特別法違反を除く。）。

【事例】

1 甲男は、平成 12 年 2 月、I 県内に本店を置き自動車部品等の販売等を営む A 部品株式会社（以下、「A 社」という。）の設立と同時に A 社の経理担当の取締役となり、平成 16 年 9 月に本件各犯行が発覚して A 社を懲戒解雇されるまでその職にあった。甲男は、A 社取締役として経理部の担当する会計、経理関係の事務全般を掌理する地位にあり、A 社の資金計画の策定、銀行との交渉、契約、支払の決裁とそれに伴う小切手の振出し、会社の預貯金等会社財産の管理の業務に従事していた。

乙女は、平成 15 年 4 月、A 社に新入社員として採用され、その後、本件が発覚して同社を依願退社するまでの間、同社経理部係員として、上司である甲男の具体的指示に従って小切手の作成等の業務に従事していた。

平成 16 年 3 月、A 社の創業当時の代表取締役社長が死亡し、その後は、A 社の親会社の取締役 B が A 社の代表取締役社長を兼務するようになったが、B は 1 か月のうち数日しか A 社に出勤せず、甲男は、事実上社長代行として A 社の業務全般を統括するようになった。

そして、平成 16 年 4 月 3 日に B が代表取締役社長に就任して以降、A 社では、B が不在のときには、甲男が事実上の社長代行として支払に関する業務について決裁し、その際、「社長代理」と刻した印を決裁文書に押捺することを B が認めていた。また、A 社の約束手形及び小切手の振出しは、いずれも A 社代表取締役 B 名義で行うところ、約束手形については、B が自ら振出手続を行い、必要な会社実印（印鑑登録をしている代表取締役印）は B が保管していたが、小切手については、振出しに必要な銀行届出印（同社の当座預金口座は I 県内の X 銀行 Y 支店に開設されていた。）、会社ゴム印及び小切手帳等は甲男が保管し、甲男の判断によって振り出すことが認められていた上、A 社の業務運営に必要な限り、小切手振出しの使途・金額に制限はなく、甲男の裁量に委ねられており、B に対しては、毎月末に小切手振出し状況の事後報告を行うにすぎなかった。

甲男は、上記銀行届出印等を経理部内の金庫に保管していたが、同金庫の鍵は、自分のほかに乙女にも保管させており、小切手振出しの際は、乙女に額面金額等に関する具体的な指示を行い、同女に小切手を作成させていた。

2 甲男は、かねてから行きつけの高級クラブのホステス C 子と懇ろとなり、遊興費として多額の資金を必要としていたが、取締役の収入だけでは賄いきれない状況だった。

そうしたところ、甲男は、C 子に高級腕時計をプレゼントするため、平成 16 年 6 月 29 日、B が出張中で不在であることを奇貨とし、乙女に対し、取引先への代金支払のためである旨の嘘を言って額面 50 万円の小切手を作成するように指示したところ、乙女は、以前から甲男が自己の個人的用途に費消するために小切手の振出しを行っていた

ことを知っていたが、甲男に密かな恋心を抱いていたことから、同人を手助けしてやろうと決意し、何も気付かぬ振りをして同人の指示どおりA社代表取締役B名義の額面50万円の小切手1通を作成して甲男に手渡した。甲男は、乙女から小切手を受け取ると、同日、I県所在の時計宝石商丙商会に1人で出向き、C子へのプレゼントにするために高級腕時計1個を購入し、同店の経営者である丙男に対し、その代金の支払に充てるため、勝手に振り出した上記小切手1通を交付した。

丙男は、その小切手を持参してX銀行Y支店に出向き、これを支払呈示して所要の手続をとらせた上、同年7月1日、同支店のA社名義の当座預金口座から、I県所在のZ銀行本店にある丙商会代表丙男名義の当座預金口座に50万円を入金させた。

- 3 さらに、甲男は、同年7月14日、指輪をC子にプレゼントしようと考え、Bが不在であることを奇貨とし、乙女に対し、取引先への代金支払のためである旨の嘘を言って額面80万円の小切手を作成するように指示したところ、乙女は、これまでと同様に、甲男が個人的用途に費消する意図であることを知ったが、何も気付かぬ振りをして同人の指示どおりA社代表取締役B作成名義の額面80万円の小切手1通を作成して甲男に手渡した。

ところが、乙女は、同日の終業後、たまたま丙商会に寄ったところ、丙男から、「6月下旬ころ、甲男が女性物の高級腕時計を購入して小切手で代金決済を行った」旨を教えてもらったことから、乙女は、甲男が別の女性にプレゼントをするために腕時計を買ったものと思い、嫉妬の余り、丙男に対し、甲男が勝手にA社代表取締役B名義の小切手を振り出して使っていることを話した。

甲男は、乙女が丙男に上記打ち明け話をした事実を知らないまま、翌7月15日、丙商会に出向き、指輪1個を購入して、その代金の支払に充てるため、丙男に対し、上記小切手1通を交付した。丙男は、前日の乙女の話から、その小切手は甲男が勝手に振り出したものであることが分かったが、甲男が高額の買物をしてくれる上客であったこと、小切手自体は適式に振り出されて決済可能なものであったことなどから、何も気付かぬ振りをして甲男に指輪を交付し、小切手を受け取った。そして、その小切手を持参してX銀行Y支店に出向き、これを支払呈示して所要の手続をとらせ、同年7月18日、A社名義の上記当座預金口座から丙男名義の上記当座預金口座に80万円を入金させた。

- 4 その後、甲男は、同年7月24日、乙女から、勝手に小切手を振り出して個人的用途に費消していた事実を突き付けられ、「100万円を支払わなければBや警察に話す」と言われたことから、乙女の要求に従うことにし、同月25日、Bが不在だった折、乙女に指示して勝手にA社代表取締役B名義の額面100万円の小切手1通を作成させた上、これを持参してX銀行Y支店に1人で出向き、その小切手を支払呈示してA社名義の上記当座預金口座から現金100万円の換金を受け、同日、100万円全額を乙女に交付した。

【出題趣旨】

第1問は、関係者が多数関与する長文の具体的事例を素材とし、一連の事実経過の中から重要な事実を選別することを前提とし、小切手振出権限の有無、預金の占有の成否等の基本的な論点に関する理解を問うとともに、主犯について自己使用目的に係る小切手振出行為の

業務上横領罪あるいは背任罪の成否，関係者について業務上横領罪等の共犯若しくは盗品等
関与罪及び恐喝罪の成否等を検討させることにより，事例解析能力，論理的思考力及び法解
釈・適用能力等を試すこととする。

〔第2問〕 以下の事例について、下記の各設問について論ぜよ。

【事例】

1 平成15年6月1日午後9時15分ころ、警察官Xは、V宅で事件発生との110番通報を受けて臨場した。被害者Vから聴取したところ、Vは、「本日午後9時ころ、帰宅して玄関の鍵を開けようとした際、居間の窓から男が外に飛び出してきたので、泥棒だと思い前に立ちはだかると、いきなり右手で左顔面を殴られた。犯人が路上に逃げたので、追い掛けて捕まえようとしてもみ合いになり、犯人の髪の毛をつかんだが振りほどかれた。更に捕まえようとしたが、犯人がドライバー様の物を取り出し右手で振り回したり顔面に向けて突き出してきたため、ひるんだところ、犯人は逃げていった。凶器を持っていたので、これ以上追い掛けるのは危険だと思い、追い掛けるのはあきらめた。」「暗かったので、犯人の顔や服装はよくは分からない。」「家に入って確認すると、室内が荒らされており、V名義のクレジットカード1枚が盗まれていた。」と供述した。

警察官Xが、Vの立会いで実況見分を実施したところ、玄関ドアの錠がドライバー様の物でこじ開けられていることが判明するとともに、Vが犯人ともみ合った地点の路上に毛髪を、さらに、同所から約10メートル離れた路上にマイナスドライバーを発見したので、これらを領置した。そして、Vが、犯人が居間の窓から出てきた状況や殴打した状況及びドライバー様の物を振り回すなどした状況等を再現しながら供述したので、警察官Xは、実況見分調書に、各位置関係の指示説明とともに、Vが「泥棒だと思い前に立ちはだかると、いきなり右手で左顔面を殴られた。犯人が路上に逃げたので、追い掛けて捕まえようとしてもみ合いになり、犯人の髪の毛をつかんだが振りほどかれた。更に捕まえようとしたところ、犯人はドライバー様の物を取り出し右手で振り回したり顔面に向けて突き出してきた。」と述べたと記載した。

2 同月2日午前10時ころ、Iデパートから、「盗難届の出ているV名義のクレジットカードを使用して50万円の腕時計を購入しようとした男がいる。」との通報を受け、同日午前10時15分ころ、警察官Xは、Iデパート1階腕時計売場に赴いた。Iデパートの店員は、「この男がV名義のクレジットカードを使って腕時計を購入しようとした。」と甲を指しながら申し立てた。すると、甲がいきなり逃げようとしたので、警察官Xは、甲を追い掛け、Iデパート前路上で甲を押さえ付け、同日午前10時20分ころ、「不正に入手したV名義のクレジットカードを使用し、Vになりすまして、腕時計1個を詐取しようとした。」との詐欺未遂の事実で甲を緊急逮捕し、V名義のクレジットカードはIデパートの店員から任意提出を受けた。

同日午前10時35分ころ、警察官Xは、逮捕した甲を車で連行して警察署に到着し、甲に対し、手に持っているリュックサックを提出するように申し向けたが、甲がこれを拒否したため、甲からリュックサックを取り上げ、中を見たところ、V方前路上で発見されたマイナスドライバーと同じメーカーのプラスドライバーと軍手が入っていた。警察官Xは、甲がV方での事後強盗の犯人であるとの疑いを強め、V宅前路上で領置した毛髪と甲の毛髪の異同を鑑定しようと考え、甲に対し、毛髪を提出するよう申し向けたが、甲がこれを拒否したことから、甲の頭を手で軽く押さえながら、甲の毛髪を引き抜

いた。

警察官Xは、部下の警察官Yに指示して、甲から取り上げたリュックサックに在中したプラスドライバー及び軍手の押収手続とともに、甲から引き抜いた毛髪の押収手続及びV方前路上で領置した毛髪との異同の鑑定嘱託の手続をさせた。その1週間後、V宅前路上で領置した毛髪と甲から押収した毛髪が同一人物のものであると推定されるとの鑑定結果が出た。また、V方前路上で発見されたマイナスドライバーと甲が所持していたプラスドライバーは、セットで販売されていることが判明した。

警察官Xが、V名義のクレジットカードの入手状況について甲を取り調べたところ、甲は、「6月1日午後10時ころ、10万円を貸していた知り合いの男と出会い、『金を返してほしい。』というので、その男は、クレジットカードを渡してきて、『盗んだクレジットカードだけど、これで勘弁してくれ。』と言ってきたので、受け取った。盗んできたものであると言っていたので使おうかどうか迷ったが、知人のAから借りた金の返済を迫られていたので、高い物を買って質屋に入れて金に換えようと思い、6月2日、クレジットカードを使って腕時計を買おうとした。」「クレジットカードをくれた男の名前は、言いたくない。」と供述したため、警察官Xは、「クレジットカードは、6月1日にV方に侵入して盗んだものではないか。」と追及したが、甲は頑強にこれを否定した。同月12日、甲は、「甲がVであり、同人名義のクレジットカードの正当な使用権限があり、クレジットカードシステム所定の方法により代金の支払を受けられる旨誤信させて、腕時計1個を詐取しようとした。」という詐欺未遂罪で起訴された。

3 同日、甲は、V方での事後強盗の事実で逮捕された。甲は、逮捕後の取調べにおいて、事後強盗の犯人であることについて否認した上、「V名義のクレジットカードは、顔見知りの男からもらったものである。」「顔見知りの男の名前は言いたくないが、その男から、クレジットカードは民家に盗みに入り盗んだと聞いた。」「自分は日雇の工員をしており、その仕事で使うため、日ごろから、リュックサックにプラスドライバーと軍手を入れて持っていた。」「V方前の路上に自分の髪の毛が落ちていたことについて、全く心当たりはない。」と弁解した。警察官Xが、甲と交遊関係のあったAから事情を聴取したところ、Aは、「1年くらい前、すぐに返すという約束で甲に30万円貸したが、甲に『金がない。』と言われて、ずるずると返してもらっていなかった。6月1日午後11時ころに甲と出会ったとき、甲に『金を返してくれ。』と言うと、甲は、『明日になれば、金を返せそうだ。』と言ってきた。これまで引き延ばされていたため、信用できなかったことから、『どうやって金を作るんだ。』と問い詰めると、甲は黙っていた。また返済を引き延ばされるかもしれないと思ったが、『とにかく、明日、返してくれ。』と言って、甲と別れた。」と供述したため、警察官Xは、これを供述調書に録取した。

V方における事後強盗事件の担当検察官Pが、Vから事情を聴取したところ、Vは、前記のとおり、「6月1日午後9時ころ、帰宅して玄関の鍵を開けようとした際、居間の窓から男が外に飛び出てきたので、泥棒だと思い前に立ちはだかると、いきなり右手で左顔面を殴られた。犯人が路上に逃げたので、追い掛けて捕まえようとしてもみ合いになり、犯人の髪の毛をつかんだが振りほどかれた。更に捕まえようとしたが、犯人がドライバー様の物を取り出し右手で振り回したり顔面に向けて突き出てきたため、

ひるんだところ、犯人は逃げていった。凶器を持っていたので、これ以上追い掛けるのは危険だと思い、追い掛けるのはあきらめた。家に入って確認すると、室内が荒らされており、V名義のクレジットカード1枚が盗まれていた。」と供述したので、検察官Pは、これを供述調書に録取した。

同年7月2日、甲は、「V方において、V名義のクレジットカードを窃取し、逃走しようとした際、逮捕を免れるため、Vの顔面を殴打し、更にドライバー様の物を顔面に向けて突き出すなどの暴行を加えた。」という事後強盗罪で起訴されたが、その後の公判においても、捜査段階と同じ弁解をした。

- 4 同年10月1日に行われた公判において、Vは、顔面を殴打された状況やドライバー様の物を突き出された状況について「犯人ともみ合い、殴打されたり、何かとがった物を突き出されたことは覚えているが、時間がたったので、いつ、どのように殴られたか、何をどのように突き出されたか、今では思い出せない。」「警察官や検察官の事情聴取を受けたときは、記憶しているまを話し、供述調書を読み聞かされ、話したとおりに記載されていたので、署名・押印した。」と証言した。

同年10月22日に行われた公判において、Aは、「1年くらい前、すぐに返すという約束で甲に30万円貸したが、甲に『金がない。』と言われて、ずるずると返してもらっていなかった。6月1日午後11時ごろに甲と会ったとき、甲に『金を返してくれ。』と言うと、甲は、『明日になれば、金を返せそうだ。』と言ってきた。これまで引き延ばされていたため、信用できなかったことから、『どうやって金を作るんだ。』と問い詰めると、甲が『クレジットカードが手に入った。』と言ったので、『盗んだのか。』と聞くと、甲は『知り合いから、借金のカタにもらった。』と語っていた。それなら金を返してもらえるかもしれないと思い、『とにかく、明日、返してくれ。』と言って、甲と別れた。」と証言した。

その後、論告弁論を経て結審したが、裁判所は、証拠調べを尽くしたものの、「甲が事後強盗の犯人であるか、V名義のクレジットカードを盗品と知りながら譲り受けたかのいずれかであることは確かであるが、いずれであるか確信がない。」という心証に至った。

〔設問〕

- 1 本件における犯罪事実（詐欺未遂罪，事後強盗罪）に関する証拠のうち、証拠能力が問題となり得るものを挙げて論じなさい。
- 2 裁判所は、被告人に対し、有罪判決を言い渡すことができるかについて論じなさい（なお、訴因変更の問題については論じる必要がない。）。

【出題趣旨】

第2問は、長文の具体的な事例を素材とし、一連の捜査、公判の経過を踏まえて、捜査、公判手続における問題点（証拠の採取過程の違法性、書証等の証拠能力）を抽出・分析する能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を試すこととする。