【公法系科目】

〔第１問〕

１．純粋な言論によるコミュニケーションの場合は別として、表現の自由を実際に行使する際には、公道や公民館のような「表現を行う場」や、インターネットやＳＮＳのような「表現を行う手段・媒体」が必要になる。本問は、集会の自由の保障を中心にして、「表現を行う場」の確保に関わる憲法上の諸問題についての基本的理解と応用力を問うものであり、具体的には次の論点の検討が求められる。論点①：管理上の支障（本件条例第５条第３項第５号）を根拠とする不許可処分の可否との関係で、集会の主催者の主義・主張と対立する集団（敵対的聴衆）が暴力事件等を起こす可能性を理由とする利用拒否の可否。論点②：本件公園の夜間の利用禁止（本件条例第８条第１項）を根拠とする不許可処分の可否との関係で、（ａ）一般には利用が禁止された場所における象徴的表現の制約の可否と（ｂ）パブリック・フォーラムには該当しない場所（非パブリック・フォーラム）における観点（見解）に基づく差別の可否。

論点①に関して参考になるのが、泉佐野市民会館事件最高裁判決（最判平成７年３月７日民集４９巻３号６８７頁。以下「泉佐野判決」という。）である。論点①では特に、基本判例に関する正しい理解を示した上で、判例の事案と本問の事案との違いを踏まえた説得力のある憲法論を展開することが期待される。一方、論点②では、「表現を行う場」の確保に関する憲法論を、本問の事案に即して展開することが期待されている。

２．各論点を検討する前提として、集会（デモ行進等の集団行動の自由を含む。以下同じ。）の特性を踏まえて、集会の自由を憲法で保障することの意義を確認しておく必要がある。表現の自由の価値として、自己統治の価値と自己実現の価値を挙げるのが一般的であるが、集会の自由の保障には、表現の自由の保障一般には解消されない固有の価値がある。すなわち、集会は、その参加者にとっては意見交換を行ったり、連帯感を高めたりする機会となり、部外者に対しては街頭で広くメッセージを伝達したり、参加人数（の多さ）を通じて問題の重要性を訴えたりする機会となる。

この点について最高裁も、「現代民主主義社会においては、集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法２１条１項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならないものである」と述べている（成田新法事件・最大判平成４年７月１日民集４６巻５号４３７頁）。一方、集会の自由は、純粋の言論と異なり、多数の人々が集合したり、一緒に行動したりする場所を必要とするため、他者の権利や利益との調整が不可欠である。そのため、集会の自由の制約を論ずる際には、表現の自由の制約一般には解消されない特有の問題への配慮が必要となる。

３．論点①が問題になるのは、Ｂと対立する外国人排斥を訴える諸団体の関係者が暴力事件等を起こす可能性を理由として、管理上の支障（本件条例第５条第３項第５号）が生ずる危険性があるとの判断に基づいて、Ａ市が不許可処分を行う場合である。泉佐野判決は、「公の施設」（地方自治法第２４４条）の管理者が、「公の秩序をみだすおそれがある場合」や「管理上支障があると認められる場合」に該当するとして施設の利用を拒否するためには、「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」と判示した。その上で同判決は、「主催者が集会を平穏に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に

反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法２１条の趣旨に反するところである」としながらも、主催者団体は空港建設に対する「反対運動の主導権をめぐって他のグループと過激な対立抗争を続けて」いるとの認定に基づいて、「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見される」ので、不許可処分は憲法第２１条と地方自治法第２４４条に違反するものではないとした。なお、上尾福祉会館事件最高裁判決（最判平成８年３月１５日民集５０巻３号５４９頁）も参考になるが、同判決に基づいて解答するならば、同判決の判示の文言を尊重して本問の事案を検討する必要がある。

本問の事案では、本件活動を通じてＸが伝えようとしている主義・主張（住宅費高騰問題）と、Ｂが対立抗争している諸団体の主義・主張（外国人排斥）が異なるため、泉佐野判決のいう「危険の発生」を認定できるのか、慎重に検討する必要がある。他方、ＢがＳＮＳで本件活動に関して積極的に発信していることを捉えて、「危険の発生」を認定できるのかも検討すべき論点である。なお、「夜間に行われる長時間の抗議活動なので……警察官の配備をするのも容易では」ないと甲が発言している以上、この発言を無視して、「警察の警備等によって混乱を防止できる」と断ずるのは安易である。

４．論点②の（ａ）について。言論ではなく、一定の行動を通じて主義・主張を外部に表現する行為を象徴的表現と呼ぶが、本件プロジェクトに呼応して本件活動（公園内で寝袋や段ボールで一夜を過ごすこと）を行うことは、象徴的表現として評価することが可能である。そのため、本件公園の夜間の利用禁止（本件条例第８条第１項）を根拠として本件申請に対して不許可処分を行った場合、論点②の（ａ）の問題が生ずる。なお、一定の行動が象徴的表現として評価されるためには、その行動によって何らかのメッセージが聴衆に伝わる客観的可能性が必要であるが、本問の事案では、この条件は十分に担保されていると評価すべきであろう。

Ｘによる本件活動が象徴的表現に当たるとしても、不許可処分を合憲・合法とする立場からは、本件条例第８条は表現内容中立的に治安目的により時間・場所・方法について管理を行うものであり、表現の自由の抑圧と直接の関係のない間接的・付随的規制であって、市長の裁量は広く、不許可処分は裁量権の濫用ではないと主張できる。

これに対して、市長の不許可処分を違憲・違法と評価する立場からは、裁量権を統制する立論として、いくつかの方法が考えられる。なお、この評価を指して処分違憲や適用違憲という用語を用いても構わない。

第一に、不許可処分に至る判断過程を審査し、判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討する方法である。本件でいえば、夜間に開催することの象徴的意味や不可欠性を踏まえ、不許可処分が表現活動に及ぼす実質的な制約につき、本事案に即して論じることとなる。

第二に、夜間の利用禁止の目的が治安上の懸念の防止にあることに鑑み、その禁止が及ぶ範囲を憲法適合的に限定して解釈する方法である。例えば、夜間における象徴的言論の意義が大きく、具体的な治安上の支障が認められない本件についてまで夜間の利用禁止を及ぼすことは許されず、本件には同規定の適用が及ばない、又は不許可処分の要件を満たさないと構成することが考えられる。

第三に、本件における夜間の利用禁止の性質、制限されている権利の性質、制約の態様・程度等を丁寧に論じた上で、不許可とされることによって失われる表現の利益と、不許可によって保護される公共的利益を、具体的・実質的に比較衡量する方法も考えられる。

５．論点②の（ｂ）について。道路・公園・広場など一般公衆が自由にアクセスできる場所は、パブリック・フォーラムに該当するので、他者の利用を害しない限り、その場所での自由な表現活動が認められる。しかし、本件公園は夜間について一般公衆のアクセスが認められていないため、パブリック・フォーラムには該当しない可能性がある。アメリカの判例法理を参考にしつつ、学説では一般に、非パブリック・フォーラムにおいては、主題に基づく規制を含めて政府による規制が広く認められ、合理性の基準による審査に服するが、観点（見解）に基づく規制に対しては厳格審査が行われると説明される。本問の事案では、観点に基づく差別として評価できる事情がある以上（「新幹線延長を求める市民の会」のケースのように政治的中立性が疑問視された許可事例がある）、不許可処分の違憲性を主張する場合、本件公園の夜間の独占使用についてもパブリック・フォーラムに該当するので厳格審査を適用すべきと論ずるよりも、非パブリック・フォーラムにおける観点に基づく差別の問題として不許可処分の当否を検討したほうが事案に即した説得力のある議論となろう。

一方、不許可処分を合憲とする立場からは、観点による差別に該当しないと反論するのも一案であるが、本件事案との関係で説得力が乏しいと解されるので、パブリック・フォーラム論の採用について消極的な最高裁判例（最判昭和５９年１２月１８日刑集３８巻１２号３０２６頁〔吉祥寺駅事件〕、最判令和５年２月２１日民集７７巻２号２７３頁〔金沢市庁舎前広場事件〕等）に依拠して、夜間の独占使用の許可に関する市長の広い裁量を正当化することになろう。

〔第２問〕

高齢者虐待の疑いがある紛争を題材に、高齢者緊急一時保護事業実施要綱に規定のある一時保護を求める行為の法令に基づく申請該当性（〔設問１〕）、特別養護老人ホームへの入所措置決定に対する取消訴訟における子の原告適格（〔設問２〕）、入所措置決定がされたこと及び措置解除がなされないことによって生じた財産的損害の賠償を求める国家賠償訴訟における措置決定・措置解除の要件充足性に関する主張・反論（〔設問３〕）につき、関連する最高裁判決を理解していることを前提として、【資料】の関係法令等に掲載された諸規定を解釈・適用しつつ、説得力のある論述をすることができるかどうかを試す趣旨の問題である。

〔設問１〕は、要綱に規定のある一時保護の法的性格を検討し、それを求める行為が法令に基づく申請に該当するかを検討することを求めるものである。【法律事務所の会議録】でも言及されているように、一時保護は、老人福祉法第１１条第１項第２号の措置に該当し、これを迅速に採ることができるようにするものであるから、同条の措置が処分に該当することを論じることがまずは必要である。その際には、同条には処分であることを示す決定的な手がかりはないものの、同法第１２条の２で、措置解除に対する行政手続法の適用除外が定められており、措置解除が処分であることが前提とされているから、これと表裏の関係にある措置決定も処分であると解するのが一般的な理解と考えられ、また同措置がその対象者に及ぼす法的効果に着目した立論も求められる。次に、入所措置決定を求める法令に基づく申請（権）が認められるかどうかを検討しなければならない。高齢者緊急一時保護事業実施要綱は法令の委任に基づくものではないから、そこに「申請」の文言があるというだけで、法令に基づく申請であるとは言えない。ただし、同法第１１条第１項第２号の規定が、措置を求める者からの申請を排除しているとまでは言えず、要綱がこの趣旨を具体化したものであると解釈することができれば、老人福祉法の規定に基づく申請権があるとする見解もあり得る。なお、本問は、行政不服審査法に基づく不作為の審査請求に関する設問ではあるものの、上記のとおり、行政上の不服申立

てに固有の論点を問うものではない。しかし、行政不服審査法に関する正確な理解を深めておくことは、将来実務家として活躍する重要な前提を形成するものと考えられる。

〔設問２〕は、入所措置決定の取消訴訟を、措置を受けた高齢者の子が提起することができるかを検討することを求めるものである。児童虐待の場合と比較し、また老人福祉法と高齢者虐待防止法の関係を適切に解釈した上で、反対の見解にも留意しながら、論述を進めることが求められる。入所措置は、それまで居宅で生活していた高齢者を施設に入所させることとなり、またこれに続く負担金額決定の前提となるものでもある。しかし、児童虐待の場合と異なり、高齢者の子には親権のような養護の権利が認められているわけではないため（参考：児童福祉法第２８条第１項第１号）、処分の法的効果として、こうした権利が侵害されたことを理由に取消訴訟を提起することは困難であろう。また、老人福祉法の関係法令である高齢者虐待防止法第１条の目的規定には養護者に対する支援も含まれており、同法第１４条第１項には養護者に対する相談・指導・助言の措置を講ずるものとする規定がある。しかし、入所措置決定は高齢者の生命・安全・健康を守るためになされ、虐待事例の場合の養護者はこれと対立する立場にあるものであるから、養護者の支援が法律の目的に含まれているということだけで、養護者である子に法律上保護された利益があるとまでは言えないと考えられる。

〔設問３〕は、入所措置決定がされたこと及び措置解除がなされないことによって生じた財産的損害の賠償を求める国家賠償訴訟において、入所措置の要件及び措置解除の要件が充足されているかに関する主張・反論を検討することを求めるものである。まず、入所措置の要件は（高齢者虐待防止法ではなく）老人福祉法第１１条第１項第２号に規定されていること、また措置解除はその撤回に当たるものであって、考慮すべき要件もまた同号に規定されていることを条文から見抜く必要がある。次に、同号の規定の中には、常時の介護を「居宅においてこれを受けることが困難」（困難性）であって、介護保険法に基づく施設サービスを受給することが「著しく困難であると認めるとき」（補充性）との規定があり、高齢者の状況の個別性の高さや、その処遇の決定に当たって様々な事情を考慮する必要があることから、措置の要否に関する判断は市町村の合理的な裁量に委ねられていると考えられる。そこで、措置の要否に関する市町村の判断が、事実の基礎を欠くか、又は、考慮すべきでない事項を考慮し若しくは考慮すべき事項を十分考慮せず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるものと考えられる。この判断枠組みを前提に、①入所措置決定時と②その後の事情の変化のそれぞれについて、子の側の主張と、市の反論とを、問題文及び【法律事務所の会議録】を手がかりに丁寧に事実を分析・評価して、説得的な議論を展開することが求められる。具体的には、子の側の主張としては、①入所措置決定時において、そもそも虐待に該当する行為を行っておらず、市は事実に関する慎重な調査を行うことなく措置を採っていることが裁量権の逸脱・濫用に当たるという主張、②その後、子は、居宅において適切な介護をすることや、施設入所に協力することを誓約しており、措置を継続する前提となる要件が既に失われているのに、そのことを考慮せずに措置を継続していることは裁量権の逸脱・濫用に当たるという主張等が考えられる。これに対して市の側の反論としては、①子が居宅において適切な食事を提供していないことが高齢者の生命の危険を生じさせているから、入所措置決定の要件に該当することを認めた行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用はないという反論、②その後、誓約書は出されたものの、高齢者の認知面での状況が悪化していることに加え、子が本当に施設入所のための契約締結に協力するのかは定かではなく、子以外の第三者によって契約締結を手助けする状況も整ってはいないから、措置を要する事実は現時点でもなお存在しているとした行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用はないと

いう反論等が考えられる。なお、本問は、要件充足性の有無（及び裁量権の逸脱・濫用の有無）を問うものであって、国家賠償法第１条第１項の全ての要件の充足性や要件相互間の関係を論述させるものではない。しかし、国家賠償法に関する正確な理解を深めておくことは、将来実務家として活躍する重要な前提を形成するものと考えられる。

【民事系科目】

〔第１問〕

１　設問１について

⑴　設問１⑴について

設問１⑴は、土地の所有権について取得時効が完成した後に同地に抵当権が設定され、その旨の登記が具備された後に、更に時効期間が経過した事案に関して、再度の取得時効の成否と、再度の時効取得の成立が認められる場合における時効取得者と抵当権者との関係について論じることをそれぞれ求めるものである。具体的には、Ａは、下線部㋐において、甲土地を時効取得したことを前提として、その所有権に基づいてＣ及びＤに対し、それぞれ本件登記①及び本件登記②の抹消登記手続請求をしており、その可否を検討することが求められている。なお、本問における基本的な問題状況は、最判平成２４年３月１６日民集６６巻５号２３２１頁（以下「最判平成２４年」という。）の事案に類似する。

ア　本問では、まず、Ａが甲土地の占有を開始した令和２年１月１０日を起算点とする１回目の取得時効（以下「第１取得時効」という。）の完成を認定するために、取得時効の各要件が充足されているかを検討する。Ａは、過失なく甲土地を自己所有地の一部と誤信して占有を開始しているため、善意無過失であると評価することができ、民法第１６２条第２項の短期取得時効を検討することが基本となる。本問では、短期取得時効の要件（自主占有、平穏・公然、善意無過失、１０年の占有継続）を認定することは容易である。

その上で、第１取得時効との関係で、時効取得者ＡがＣ及びＤに対して時効取得を対抗することができるかが問題となる。この点は、「時効取得と登記」として古くから論じられている問題であり、学説上は様々な見解が主張されているが、判例は、時効完成時にそれまでの所有権者から占有者に所有権が移転したのと同様に解することを前提に、登記を具備した第三者が時効完成前に取引を行った第三者（以下、このような第三者のことを「時効完成前の第三者」という。）であるか、それとも時効完成後に取引を行った第三者（以下、このような第三者のことを「時効完成後の第三者」という。）であるかによって問題を区別する。すなわち、時効完成前の第三者に関しては、当該第三者は取得時効の当事者に該当するとして、占有者が当該第三者に対し時効取得を対抗するにはその旨の登記を具備することを要しないとする一方で、時効完成後の第三者に関しては、当該第三者が出現する問題場面は二重譲渡に類似するため民法第１７７条が適用される結果、占有者は、当該第三者に対しては、登記を具備することなく自らの所有権の取得を対抗することができないものとしている（大判大正７年３月２日民録２４輯４２３頁、大連判大正１４年７月８日民集４巻４１２頁）。

本問では、第１取得時効の完成時点は令和１２年１月１０日経過時であり、Ａは同日に甲土地の所有権を一旦時効取得するものの、その後、令和２２年４月２０日にＣがＢから甲土地上に抵当権の設定を受けているため、判例の立場に立つ場合には、Ｃは、時効完成後の第三者に該当する。そのため、Ｃが、Ａによる所有権移転登記の具備に先んじて抵当権設定登記を具備した以上、Ａは、もはや時効取得を対抗しＣの抵当権の存在

を否定することができないことになる。Ｄもまた、令和３３年２月１５日にＢから甲土地上に抵当権の設定を受けたため、時効完成後の第三者に該当することになる。

イ　本問では、Ｃが抵当権設定登記を具備した時点から更に１０年以上が経過しているため、Ａによる甲土地所有権の再度の時効取得が認められるかが問題となる。

まず、再度の取得時効の一般的な可否に関して、最判平成２４年は、更なる時効期間の経過によって再度の時効取得が完成し、占有者が時効取得をもって登記名義人に対抗することができる旨を判示した。その理由として、最判平成２４年は、「取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了したならば、占有者がその後にいかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に応じて保護すべきものとする時効制度の趣旨に鑑みれば、是認し難い」と述べている。本問の解答に当たっても、再度の取得時効を認めるべきか否かを検討することが求められる。

その上で、これを認める立場に立つ場合には、本問において２回目の取得時効（以下「第２取得時効」という。）が完成したといえるか、取得時効の要件充足が問題となるが、具体的な認定の在り方は第１取得時効の場合と同様である。

なお、再度の取得時効の完成については、どの時点を起算点とするかも重要である。最判平成２４年は「権利の対立関係」が生じた時点であると述べており、具体的には、第１取得時効の完成後、最初の抵当権者が抵当権の設定を受け、その旨の登記を具備した時点であるとしている。どの時点を起算点とするかについては、再度の時効取得を肯定する根拠を踏まえつつ検討することが求められる。

ウ　さらに、再度の時効取得を第三者に対抗することができるかを検討する必要がある。

まず、Ｃに関して、「取得時効と登記」の問題について判例と同様の立場に立つ場合には、Ｃは第２取得時効との関係では時効完成前の第三者に当たり、Ａは、第２取得時効に関する登記なくして時効取得を対抗することができる。したがって、Ｃの抵当権は消滅し、Ａは抵当権の負担のない甲土地の所有権を有することになる。

他方で、Ｄに関してはやや複雑な考慮を要する。Ｄは後順位抵当権者であり、後順位抵当権者が最先順位抵当権者と独立の物権法的地位を有すると考えるべきかが問題となる。仮に、各抵当権者が完全に独立の物権法的地位を有すると解する場合には、各抵当権が設定された土地に関する所有権の再度の取得時効期間が各々独立に進行すると考えることが論理的であると思われる。これに対して、再度の取得時効としては、現存する最先順位の抵当権についてのみ、その設定登記具備時を起算点とする１つの取得時効期間が進行し、これが完成したときには、その結果として、全ての抵当権が同時に消滅するとの理解も成り立ち得る。これは、後順位抵当権はあくまで最先順位の抵当権が把握する担保価値の余剰分を把握するに過ぎず、その意味で最先順位抵当権に従属するという理解を基礎とするものである。このような理解を前提とすれば、本問では、時効起算点はＣ及びＤいずれとの関係でも令和２２年４月２０日となり、１０年後の令和３２年４月２０日経過時にいずれの抵当権も消滅することとなる。

ただし、最先順位抵当権と後順位抵当権の独立性を、時効期間の進行の場面と時効完成による権利消滅の場面で別個に考える立場もあり得ないわけではない。例えば、次のように考える余地がある。時効期間の進行を考えるに当たっては、一体的処理による簡便性等の観点から、最先順位抵当権の設定登記時を唯一の起算点として進行するものとする一方で、後順位抵当権も、最先順位抵当権が弁済等で消滅すれば順位が上昇して最

先順位抵当権になることを考えれば、後順位抵当権の存続・消滅が最先順位抵当権のそれに従属する必然性はなく、後順位抵当権の設定時期が上記起算点から起算して時効期間経過前である場合であれば時効完成により消滅するものの、時効期間経過後である場合には、再度の時効完成後の第三者となり、Ａは登記なくして時効取得を対抗することができないと考えられる。このような立場からは、時効起算点はＣ及びＤいずれとの関係でも令和２２年４月２０日となるが、その時効完成後の第三者であるＤの抵当権は存続することになる。

以上のいずれの見解に立つにせよ、ＡがＤに対して再度の時効取得を対抗することができるかに関しては、後順位抵当権の独立性に関する問題として検討することが求められる。

なお、取得時効の完成に伴う抵当権の消滅に関しては、民法第３９７条の意義や適用範囲に関して学説が分かれているものの、本問のように純然たる第三者が時効取得した事例に関して抵当権消滅を認める結論に争いはない（当該結論を、時効取得による当然の効果とするか、民法第３９７条の固有の効果とするかは両様の説明があり得る。）。したがって、本問でも、Ｃの抵当権は取得時効の完成に伴って消滅することになる。

エ　以上の検討の結果、Ｃ及びＤいずれの抵当権も消滅し、Ａが抵当権の負担のない甲土地の所有権を有すると結論付けられる場合には、本件登記①及び本件登記②の抹消登記手続請求はともに認容される。これに対し、Ｃの抵当権は消滅するもののＤの抵当権は存続すると結論付けられる場合には、本件登記①に関する抹消登記手続請求は認容される一方、本件登記②に関する抹消登記手続請求は棄却される。

⑵　設問１⑵について

設問１⑵は、遺言執行者を指定して不動産の特定遺贈がされた一方で、遺言者の相続人が当該不動産の自己の法定相続分に相当する部分を第三者に処分した事例についての法律関係の検討を求めるものである。

ア　Ｆは、下線部㋐において、丙土地の所有権に基づいて本件登記③の抹消登記手続をＫに請求している。

本件遺言は遺言者Ｅの所有する丙土地をＦに遺贈するものであって、Ｅの死亡によりこの遺言の効力が生じる（民法第９８５条第１項）一方、丙土地の共有持分に関するＫ名義の本件登記③が存在するから、Ｆの請求は認められるようにも思われる。なお、本問では、遺言執行者Ｇも、Ｋに対し、遺贈・遺言の実現・執行を妨げている本件登記③に関する抹消登記手続を請求することができるが、そのことは、受遺者Ｆの前記請求を妨げるものではない（最判昭和６２年４月２３日民集４１巻３号４７４頁（以下「最判昭和６２年」という。）及び最判昭和３０年５月１０日民集９巻６号６５７頁を参照）。

イ　丙土地について、Ｆは所有者Ｅから遺贈され、他方、ＫはＥの相続人Ｈから本件売買契約によりその法定相続分（２分の１。民法第９００条第４号本文）に対応した持分を譲り受けている（以下「本件持分処分」という。）。

判例によれば、この場合のＦとＫは対抗関係に立つ（最判昭和３９年３月６日民集１８巻３号４３７頁。遺贈は贈与と同じく意思表示による物権変動であることがその理由の一つとして挙げられる。）。よって、Ｆが特定遺贈による丙土地の所有権の取得を第三者に対して対抗するには、その旨の登記（民法第１７７条）を具備する必要がある。

もっとも、遺贈による不動産物権変動について民法第１７７条を適用しないとする立場もある。これは、受遺者が遺言の存在を認識しているとは限らないため、この者による対抗要件の速やかな具備を期待することが必ずしもできないことを主たる理由とする。

この立場によれば、本件遺言による遺贈に基づいて丙土地の所有権は既にＦに移転しており、その後になされた相続人Ｈによる本件持分処分は無効である（無権利者からの譲受人の保護の可能性についてはエで触れる。）。

ウ　Ｋは、本件売買契約によりＨから丙土地の持分を譲り受けた者であり、判例によれば、民法第１７７条の「第三者」に該当する。

もっとも、本問では、本件遺言による遺贈についてＧが遺言執行者に指定され（民法第１００６条第１項）、Ｇは就職を承諾している（民法第１００７条第１項）。遺言執行者は遺言の実現に必要な範囲で相続財産の管理処分権を有し（民法第１０１２条第１項）、相続人は、当該遺言の執行を妨げる行為を禁止されるという意味で当該相続財産の管理処分権を失う（民法第１０１３条第１項参照）。なお、同項の「遺言執行者がある場合」とは、遺言執行者が遺言で指定されている場合については、その承諾時以後を指すのではなく、遺言執行者を指定する遺言の効力が生じた時点以後を指す（最判昭和６２年）。最判昭和６２年を踏まえると、丙土地の管理処分権は、遺言の効力が生じた時点から遺言執行者Ｇに帰属し、相続人Ｈによる本件持分処分は、遺言執行者に指定されたＧがその就職を承諾する前になされたものであっても、遺贈の執行を妨げる行為として無効である（民法第１０１３条第２項本文）。

しかし、同項ただし書は、この無効をもって善意の第三者に対抗することができない、と規定している。この規定は、平成３０年民法改正（法律第７２号）によるものであり、相続人による遺言執行妨害行為の無効を第三者にも対抗することができるとした判例（最判昭和６２年）の立場を改めたものである。ここでの「善意」について、無過失は要求されていない。第三者に遺言の内容及び遺言執行者の有無を調査すべき義務を負わせるのは相当でないからである。本問のＫは、本件売買契約の締結時、本件遺言の存在を知らず、よって遺言執行者Ｇが存在し、丙土地の管理処分権がＧに帰属していることを認識していなかった。したがって、Ｋは善意の第三者に該当する。この場合、丙土地に関するＨの管理処分権の欠缺は治癒され、本件持分処分は有効な処分となると理解されている。その結果、丙土地については、Ｆへの遺贈と、Ｋに対するその持分（２分の１）の処分とがいずれも有効にされていることになるから、ＦとＫとは対抗関係に立つ。そのため、遺贈による丙土地の所有権の取得について登記を具備していないＦは、Ｋに対し、当該取得を対抗することができない。よって、ＦのＫに対する本件登記③の抹消登記手続請求は認められないことになる。

エ　判例とは異なり、遺贈による不動産物権変動について民法第１７７条を適用しないとする見解に立った上で、Ｈによる本件持分処分を無効とする場合には、その相手方であるＫの保護が問題となる。法律構成としては、民法第９４条第２項や民法第３２条第１項後段を類推適用することが考えられる。この立場では、虚偽の権利外観の存在、当該外観の出現・存続に関する本人（受遺者Ｆ）の帰責性、当該外観に対する第三者（Ｋ）の信頼の正当性について、本問の事案に即してそれぞれ具体的に検討することが求められる。

２　設問２について

⑴　設問２⑴について

設問２⑴は、建物建築工事請負契約に関して、注文者と請負人との間に、当該契約が解除された場合に出来形部分の所有権を注文者に帰属させる旨の合意が存在する事例において、当該契約が請負人の債務不履行を理由として中途で解除されたときに、出来形部分の所有権が、注文者と、材料の全部を自ら提供して出来形を築造した下請負人のいずれに

帰属するのかについて、反対の立場の論拠にも触れつつ論じることを求めるものである。

ア　本件出来形の所有権が注文者Ａに帰属するという立場の論拠は、ＡとＢの間の建物建築工事請負契約（本件契約①）において、契約が解除された場合に出来形部分の所有権をＡに帰属させる旨の特約（以下「本件特約」という。）が合意されており、本件特約の定める要件が本問において充足されていることに求められる。

もっとも、本件特約は、本件契約①を締結した注文者Ａと（元）請負人Ｂとの間で合意されたものであるため、本件契約①の当事者ではない下請負人Ｃは、本件特約には拘束されないようにも思われる。しかし、最判平成５年１０月１９日民集４７巻８号５０６１頁（以下「最判平成５年」という。）は、この点に関して、「建物建築工事を元請負人から一括下請負の形で請け負う下請契約は、その性質上元請契約の存在及び内容を前提とし、元請負人の債務を履行することを目的とするものであるから、下請負人は、注文者との関係では、元請負人のいわば履行補助者的立場に立つものにすぎず、注文者のためにする建物建築工事に関して、元請負人と異なる権利関係を主張し得る立場にはない」と判示し、元請契約における特約に基づいて出来形部分の所有権が注文者に帰属することを認めている。

さらに、下請負人Ｃは、自らの意思に基づいてＢとの請負契約（下請契約）を締結しているのであるから、仮にＢが無資力となり、ＣがＢから報酬の支払を受けることができなくなったとしても、そのような不利益は、Ｃ自身が甘受するべきものであり、Ａに、出来形部分の所有権を取得するために報酬の二重払いを強いることになるのは適当でないなどとも指摘されているところである。

イ　これに対して、本件出来形の所有権が下請負人Ｃに帰属するという立場の論拠としては、建物建築工事請負契約において、完成した仕事の目的物及び出来形部分の所有権は材料の全部又は主要部分を提供した当事者に原始的に帰属するという考え方を挙げることができる。判例（最判昭和４０年５月２５日集民７９号１７５頁など）も、一般的に、このような立場に立つものと解されている。本問においては、下請負人Ｃが本件工事①に必要な材料の全部を調達しており、また、ＢとＣの間の契約（本件契約②）において当該契約が解除された場合における所有権の帰属に関する特段の合意はされていない。そのため、この立場によると、本件出来形の所有権は、Ｃに帰属するようにも思われる。

もっとも、本問においては、上記のとおり、ＡとＢの間で本件特約が合意されているため、Ｃに本件出来形の所有権が帰属すると考えるには、Ｃが本件特約には拘束されないといえなければならない。そのためには、最判平成５年がその判断の基礎とした事実関係と本問の事案との間には重要な相違が存在し、本問の事案には最判平成５年の判断の射程が及ばないことを示すことが必要である。この点については、最判平成５年の事実関係は請負人と下請負人が注文者に無断で一括下請負を行ったものであるのに対して、本問の事案では、注文者Ａは下請負について書面による承諾を与えており、Ｂの無資力のリスクをＡに負担させてもＡに不測の不利益を与えることにはならないという事情などに着目することが考えられる。

⑵　設問２⑵について

設問２⑵は、請負人の債務不履行を理由とする注文者による損害賠償請求の可否と損害賠償の内容、及び、請負人の注文者に対する割合報酬債権を自働債権とし、注文者の請負人に対する損害賠償債権を受働債権とする相殺の可否についてそれぞれ検討することを求めるものである。

ア　注文者Ａは、下線部㋐において、請負人Ｂの債務不履行を理由とする損害賠償を請求している。ＡのＢに対する請求が認められるには、民法第４１５条第１項及び同第２項の定める要件が充足される必要がある。

本問におけるＢは、本件契約①に基づいて、引渡日と合意された令和８年９月１日までに本件工事①を完成し、仕事の目的物をＡに引き渡す債務を負っていたところ、当該債務の不履行が認められる。

そして、Ｂの債務不履行によってＡに損害が発生したと考えられる。具体的には、Ａは、Ｂが施工しなかった部分（本件工事②に対応する部分）の工事のためにＤに６５０万円の報酬を支払っているが、もしＢの債務不履行がなければ、Ａは、当該部分をＢに対する４００万円の報酬の支払と引換えに手に入れることができたはずである。すなわち、Ｂの築造した本件出来形の引渡しによってＡが受けるべき利益は、本件工事①が完成したとすればＡが受けたであろう利益の６割に相当するものであったことから、残りの４割に対応する報酬は４００万円となる。そうすると、Ａは、もしＢの債務不履行がなければ、Ｂが施工しなかった部分を４００万円の報酬と引換えに手にすることが可能であったのであるから、Ａは、Ｂの債務不履行によって、２５０万円の損害を被ったと解される。なお、この点については、判例にも、請負契約において仕事が完成に至らないまま契約関係が終了した場合、残工事の施工に要した費用については、注文者は未施工部分の報酬に相当する金額を超える部分についてのみ賠償を請求することができると判示するものがある（最判昭和６０年５月１７日集民１４５号１３頁）。

さらに、Ａの請求は、本件工事①のうちＢが施工しなかった部分（本件工事②に対応する部分）について、Ａが新たにＤと請負契約（本件契約③）を締結して当該部分の工事を実現するのに要した費用の賠償を求めるものであるため、民法第４１５条第２項の要件も充足されることが必要であるとも考えられる。本問においては、Ａによる催告解除の要件（民法第５４１条）が充足されており、さらに、Ａは、令和８年１０月１日、Ｂに対し、本件契約①を解除する旨の意思表示をしている。これらの事実から、本問においては民法第４１５条第２項第３号の要件が充足されていると考えられる。

また、Ａによる損害賠償請求は、Ｂの債務不履行が債務者Ｂの責めに帰することができない事由によるものであるときは認められない（民法第４１５条第１項ただし書）。もっとも、本問においては、Ｂの債務不履行が不可抗力によるものであるなど、Ｂの免責を認めるべき事実は存在しない。

イ　注文者Ａからの損害賠償請求に対して、請負人Ｂは、下線部㋑において、自らがＡに対して取得する割合報酬債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張していると考えられる。

Ｂの割合報酬債権が発生する要件は、民法第６３４条第２号において規定されている。同号によると、請負が仕事の完成前に解除された場合において、請負人が既にした仕事の結果のうち可分な部分の給付によって注文者が利益を受けるとき、その部分が仕事の完成とみなされ、請負人は、注文者が受ける利益の割合に応じて報酬を請求することができる。本問におけるＡが本件出来形の引渡しによって受けるべき利益は、本件工事①が完成したとすればＡが受けたであろう利益の６割に相当するものであった。そのため、Ｂは、報酬１０００万円の６割、すなわち６００万円の報酬の支払をＡに請求することができると考えられる。

もっとも、Ａは、令和８年３月３日、Ｂに対し、報酬の一部として４００万円を既に支払っている。よって、ＢがＡに対して取得する割合報酬債権の額は、２００万円であ

る。

そして、Ｂは、当該割合報酬債権（２００万円）を自働債権とし、ＡのＢに対する損害賠償債権（２５０万円）を受働債権とする相殺をすることができる。その結果、ＡのＢに対する請求は、５０万円の範囲で認容されることになる。

〔第２問〕

１　設問１は、会社法上の公開会社でない取締役会設置会社において、株式譲渡の条件としてされた譲渡制限に係る合意の効力（小問１）及び当該合意が有効であるとした場合に二重に譲渡されたことになる株式の帰属（小問２）について検討することを求めるものである。

設問２は、払込みの実質がないと考えられる募集株式の発行に関して、当該募集株式の発行の効力を否定するための訴え（小問１）及び当該募集株式の発行に係る株式を引受人から取得した者が株主総会で議決権を行使した場合に当該株主総会決議の効力を争うための訴え（小問２）について検討することを求めるものである。

設問３は、瑕疵のある株主総会決議の効力及び当該決議を事後的に「追認」する決議の効力並びに正当な理由なく解任された取締役による損害賠償請求（会社法第３３９条第２項）の許否について検討することを求めるものである。

いずれの設問についても、問題点を適切に分析した上で、具体的な事実関係に即して結論を導き出すことができるかを問うものである。

２　設問１について

⑴　設問１は、株式譲渡の条件としてされた譲渡制限に係る合意において、一定の条件を満たすことにより、一方当事者が他方当事者から株式を買い戻す旨が定められたにもかかわらず、上記の条件が満たされた後、当該合意において買戻しの対象とされていた株式が第三者に譲渡されたため、二重に譲渡されることになった株式の帰属を問うものである。小問１においては、ＡとＢの間でされた合意（本件合意）に基づき、ＡとＢの間で、ＡがＢに譲渡した株式（本件株式）のＡによるＢからの買戻し（本件取得）の効力が生じたといえるかを検討することが求められる。小問２においては、ＡとＢの間で本件取得の効力が生じたことを前提とした上で、ＣがＢからの本件株式の譲受け（本件譲渡）により本件株式を取得したことを甲社及びＡに対抗できるかを検討することが求められる。

⑵　小問１においては、Ｃの立場から、ＡとＢの間で本件取得の効力が生じていないことを基礎付ける主張を挙げた上で、それらの当否を検討することが求められる。

まず、甲社は株券発行会社ではないため、意思表示のみで本件株式の譲渡の効力が発生する。そして、本件取得は、本件合意のうち本件書面の③の事項に係る合意（以下「本件合意③」という。）に基づくものであるから、その効力を否定することができるかを論ずる必要がある。

本件合意③は、本件株式について、譲渡の時期・相手方（甲社からの退職時にＡに対する譲渡を強制するものであること）及び譲渡の価格（Ａに対する譲渡の価格をＢの取得価格と同額とすること）に関して、譲渡の自由を制限するものである。したがって、Ｃは、これらが譲渡制限株式に関する会社法の規定を潜脱する場合又はその趣旨に反する場合には、本件合意③は、公序良俗違反として無効になると主張することが考えられる。

具体的にＣの立場から考えられる主張として、まず、株式の譲渡制限に係る合意の当事者の属性を重視する学説（会社と株主との間で会社法が認めていない譲渡制限の合意をすることは、譲渡制限株式に関する会社法の規定の潜脱であるから、原則として無効と解する学説）を踏まえて、Ａは甲社の創業者であり、甲社の取締役会に一定の影響力を行使し

ているから、本件合意③は会社と株主の合意と評価されるべきであるとの主張が考えられる。この主張に対しては、譲渡制限株式に関する会社法の規定は、株主間で譲渡制限の合意を行うことを直接制約するものではないから、原則として、当事者の自由意思が尊重されるべきであるとして、株式の譲渡制限に係る合意の当事者の属性を重視する必要はないこと、また、Ｂは本件株式の譲渡制限の内容を理解した上で、本件株式を取得していることを挙げることが考えられる。このほか、Ｃの主張に対して、株式の譲渡制限に係る合意の当事者の属性を重視する学説に依拠した上で、本件合意③における甲社の関与の程度は低く、本件合意③は株主間の合意として扱われるから、原則として、当事者の自由意思が尊重されるべきであることを挙げることも考えられる。

次に、Ｃの立場からは、本件合意③の実質的な内容を根拠として、それが譲渡制限株式に関する会社法の規定を潜脱する又はその趣旨に反するとの主張が考えられる。その際には、本件合意③に類似する内容を含む株式の譲渡制限に係る契約の効力が有効となる場合を認める判例（最判平成７年４月２５日集民１７５号９１頁、最判平成２１年２月１７日判時２０３８号１４４頁）を踏まえる必要がある。したがって、Ｃの立場からは、本件合意③には、上記の判例において株式の譲渡制限に係る合意の効力を基礎付けるとされた要素が認められないことを主張することが考えられる。

本件合意③が譲渡の時期・相手方を制限するものである点について、Ｃの立場からは、会社法は譲渡制限株式を第三者に譲渡すること自体を制約していないから、譲渡制限株式に関する会社法の規定を潜脱する又はその趣旨に反するとの主張が考えられる。これに対しては、非上場株式である本件株式の譲渡は困難であるから、むしろ、本件合意③はＢに譲渡の機会を保障するものであり、譲渡制限株式に関する会社法の規定の趣旨に反しないと主張することが考えられる。

本件合意③が譲渡の価格を制限するものである点について、まず、譲渡制限株式に関する会社法の規定の趣旨として、会社が株主の請求に基づき譲渡制限株式の譲渡を承認せずに当該株式を自ら買い取り、又は指定買取人に買い取らせる場合の価格について協議が成立しない場合には裁判所が売買価格を決定することにより、投下資本回収の機会を保障する点にあることに言及する必要がある（会社法第１４４条第２項）。その上で、Ｃの立場からは、Ａに対する譲渡価格がＡからの取得価格と同額に固定されているため、Ｂは本件株式についてキャピタルゲインを得る機会を奪われていること等を挙げ、本件株式について投下資本回収の機会が奪われていると主張することが考えられる。これに対して、本件株式について投下資本回収の機会を奪われていないとの評価を基礎付ける事情として、Ａからの取得価格を基準とすると、継続的に剰余金の配当を受けていることにより、Ｂは投下資本を十分に回収していること等を挙げることが考えられる。

(3)　小問２においては、本件株式が、Ｂを起点として、本件取得によるＡと、本件譲渡によるＣに、二重に譲渡されたことを前提として、本件訴えが認められるかについて検討することが求められる。

甲社は株券発行会社ではないから、Ｃが本件譲渡によって本件株式を取得したことを甲社及びＡに対抗するためには株主名簿の名義書換が必要である（会社法第１３０条第１項）ところ、Ｃは本件譲渡について名義書換を済ませていない。しかし、Ｃは、Ａよりも先に甲社に対して名義書換請求（本件請求）をしたにもかかわらず、甲社からＡについて名義書換をしたことを理由に本件請求を拒絶されている。仮に、甲社による本件請求の拒絶が不当であるならば、甲社はＣを株主として扱わなければならないことになる（最判昭和４１年７月２８日民集２０巻６号１２５１頁）ため、甲社による本件請求の拒絶が不当であ

るかを論ずることが求められる。他方で、甲社による本件請求の拒絶が不当であっても、名義書換未了のＣが本件譲渡によって本件株式を取得したことをＡに当然に対抗できるわけではないから、Ａに対する請求が認められるとは限らない。

本件請求が適法な名義書換請求でなければ不当拒絶は成り立たないことから、まず、この点を論ずることになる。本件株式は譲渡制限株式であり、甲社は本件譲渡を承認してはいない。しかし、本件請求の時点（令和２年１０月１日）で、みなし承認が成立しているならば、本件請求は適法な名義書換請求になる（会社法第１３４条第１号及び第１４５条第２号）。そして、甲社がＢに対して本件譲渡を承認しないことを決定した旨の通知を行った日（同年８月１０日）から４０日以内に、甲社はＢに対して甲社が本件株式を買い取る旨等の通知をしなかったため、本件請求の時点では、甲社は本件譲渡を承認したとみなされることになる（同号）。なお、譲渡制限株式の二重譲渡の事案に関する判例（最判平成２１年２月１７日判時２０３８号１４４頁）があるが、本件とは譲渡の前後関係等が異なる点に留意が必要である。

みなし承認の成立を認める場合には、次に、甲社が、本件請求よりも後にされたＡによる名義書換請求に応ずることが、本件請求を不当に拒絶したことになるかを論ずることになる。不当拒絶であるとの主張を基礎付ける理由としては、株主名簿を譲渡による取得の対抗要件とする趣旨から、要件を充足する名義書換請求に会社は形式的に応ずるべきであること等が考えられ、不当拒絶であるとの主張を否定する理由としては、みなし承認よりも正規の手続によって譲渡承認した株式取得者による名義書換請求を優先することが譲渡制限株式に関する会社法の規定の趣旨に適合すること等が考えられるが、これらに限られるわけではない。

このほか、仮に甲社による本件請求の拒絶が不当であっても、Ａが本件取得について名義書換を済ませたことにより、Ｃは、Ａとの関係だけではなく甲社との関係でも、本件株式の株主としての地位を失うとの立場もあり得る。このような立場は、甲社がＡについて名義書換を行ったことが適法であることが前提となるから、Ａによる譲渡承認請求と名義書換請求が適法に行われたこと、甲社がＡの名義書換請求に先行するＢの名義書換請求を拒絶したことが不当拒絶に該当するとしても、Ａへの名義書換が当然に無効になるわけではないこと等を論ずる必要がある。

３　設問２について

(1)　設問２は、払込みの実質がないと考えられる募集株式の発行に関して、当該募集株式の発行の効力を否定するための訴え及び当該募集株式の発行に係る株式を引受人から取得した者が株主総会で議決権を行使した場合に当該株主総会決議の効力を争うための訴えについて問うものである。

(2)　小問１においては、Ｅの立場からは、新株発行無効の訴え（会社法第８２８条第１項第２号）又は新株発行不存在確認の訴え（会社法第８２９条）を提起して、本件募集株式発行の引受人である丙社による払込みに瑕疵（仮装払込み）があり、このことが新株発行の無効事由又は不存在事由となると主張することが考えられることを指摘した上で、その当否について検討することが求められる。具体的には、次の点について検討することが必要となる。

第一に、本件における丙社による払込みにいかなる瑕疵があるか（仮装払込みといえるか）という点である。判例（最決平成１７年１２月１３日刑集５９巻１０号１９３８頁、最決平成３年２月２８日刑集４５巻２号７７頁、最判昭和４２年１２月１４日刑集２１巻１０号１３６９頁、最判昭和３８年１２月６日民集１７巻１２号１６３３頁など）で言及

されている判断要素等も参考にしつつ、本件における新株発行の具体的スキームに照らして、払込みとしての実質があったかどうかを論ずることが求められる。本件では、丙社によって払い込まれた資金は甲社が間接的に融資したものであり、実質的には甲社自身の資金であったこと、甲社は丁社に対する貸金債権は有しているが、この債権は丁社が丙社から弁済を受けない限りその弁済を求めることができない上に、丙社には丁社に対する弁済能力がなく実質的に価値があるとはいえないこと、このような本件のスキームが甲社の主導で計画され、甲社・丙社・丁社もその内容を了解しており、甲社には実質的に資金調達の意図があったとはいえないと考えられること、等の理由を挙げて、丙社による払込みによって甲社に実質的に資金が確保されたとはいえず、払込みに瑕疵がある（仮装払込みである）と判断することが考えられる。

第二に、（丙社による払込みが仮装払込みであるとして）仮装払込みが新株発行無効事由（又は不存在事由）となるかという点である。Ｅの立場からは、仮装払込みの実質的な問題点（払い込まれた資金を会社は利用することができないこと、株式の価値が希釈化され他の株主の利益を害すること、会社法第２１３条の２が仮装出資者に支払義務を課していることは仮装払込みが払込みとして無効であると解するのと整合的であること等が考えられる。）を指摘した上で、これが新株発行無効事由となると主張することになろう。この主張の当否については、平成１７年改正前商法の下において仮装払込みは新株発行無効事由とはならないとした判例（最判平成９年１月２８日民集５１巻１号７１頁）を参考に否定説を採ることが考えられる一方で、上記判例の存在を踏まえた上で肯定説を採ることも考えられるが、いずれの立場を採るにせよ、そのような立場を採る理由を説得的に示すことが求められる。

否定説を採る場合には、仮装払込みに対しては会社法第２１３条の２及び第２１３条の３による金銭的解決が予定されており、新株発行を無効にする必要はないこと、仮装払込みをした者も失権するとはされていないこと、株主総会決議を経ない有利発行など株式の価値が希釈化するような他の類型も新株発行無効事由と解されていないこと、会社法第２０９条第２項及び第３項は仮装払込みのあった株式も有効である（株主の権利を行使できないにとどまる）と解するのと整合的に読めること等を理由として挙げることが考えられる。なお、判例（最判昭和３８年１２月６日民集１７巻１２号１６３３頁）の立場とは異なるが、仮装払込みも払込みとして有効であり、したがって新株発行無効事由とはならないと解することも、判例とは異なる立場であることを踏まえつつあえてその立場を採る説得的な理由（会社法第２０９条は仮装出資した者も株主となることを前提としていること、会社法第２１３条の２の文言は仮装払込みをした者に払込みの義務ではなく払込金額相当の支払義務を課していること、仮装払込みであっても形式的には払込行為が存在していることなど）が示されていれば、評価される。

肯定説を採る場合には、払込みが仮装された株式であっても善意の譲受人は株主の権利を行使することができる（会社法第２０９条第３項）ことから、既存株主が株式の希釈化を防ぐためには株式の譲渡禁止の仮処分を行わなければならないが、払込みが仮装された株式も無効事由はないと解するとその被保全権利が想定できなくなってしまうことや、会社法第２１３条の２又は第２１３条の３の責任は履行されないことも多く、既存株主の利益の保護にとって不十分であることなど、否定説の問題点を適切に指摘した上で、仮装払込みをした者や悪意の譲受人の手元にある株式は、会社法第２１３条の２又は第２１３条の３による支払義務が履行されるまでは無効事由がある（又は未成立であって不存在事由がある）と解することなどが考えられる。

(3)　小問２においては、払込みが仮装され、会社法第２１３条の２又は第２１３条の３による支払もされていない株式を譲り受けた者である丁社は、悪意・重過失があり、株主としての権利を行使することができない(会社法第２０９条第３項ただし書)にもかかわらず、本件定時株主総会において丁社が議決権を行使したことが、招集手続・決議方法の法令違反であるとして、株主総会決議取消しの訴え（会社法第８３１条第１項第１号）を提起することが考えられる。その当否を論ずるに当たっては、会社法第２０９条第２項並びに第３項本文及びただし書の要件該当性について、本問の事実から適切に検討することが求められる。

4　設問３について

設問３は、瑕疵のある株主総会決議の効力及び当該決議を事後的に「追認」する決議の効力並びに正当な理由なく解任された取締役による損害賠償請求の許否について問うものである。

まず、Ｆとしては、本件臨時株主総会①には、株主に対する招集通知が一切発出されていなかったという瑕疵があり、Ｆの取締役からの解任の決議には効力がないため、本件臨時株主総会①の後も取締役の地位を有しており、未払分の取締役としての報酬を請求できると主張することが考えられる。本件臨時株主総会①の決議の効力を争うためには、本件臨時株主総会①の決議は、その招集手続における瑕疵が著しいために法的に株主総会決議と評価することができないとして、その不存在を主張することが考えられる。判例・裁判例（最判昭和３３年１０月３日民集１２巻１４号３０５３頁、東京地判令和元年５月２０日金判１５７１号４７頁）を踏まえれば、招集通知が一切発出されていないという本件臨時株主総会①の決議における瑕疵は、株主総会決議不存在事由となると評価することが可能であろう。なお、招集手続の法令違反を取消事由として株主総会決議取消しの訴え（会社法第８３１条第１項第１号）を提起したとしても、本件では提訴期間を徒過している。

次に、本件臨時株主総会①の決議が不存在であるとしても、本件では本件臨時株主総会②においてＦの解任決議が「追認」されており、これによってＦの解任の効力は本件臨時株主総会①の時点に遡って発生していると解することができるかが問題となる。この点については、不存在の株主総会決議について追認によって遡及的に効力を発生させることは、第三者であるＦの利益を害すること等から認められないと解することが考えられよう。もっとも、本件臨時株主総会②の決議自体には瑕疵は存在せず、Ｆを取締役から解任する旨の株主総会の意思が有効に示されていることから、（追認によって本件臨時株主総会①の時点に遡るのではなく）本件臨時株主総会②の決議によってＦの取締役からの解任の効力が生じたとみることができよう。

なお、Ｆがいずれかのタイミングで株主総会決議によって取締役から解任されたとした場合には、正当な理由なく解任された取締役は会社に対して解任によって生じた損害の賠償を請求することができる旨の規定（会社法第３３９条第２項）の適用を主張することの是非についても検討することが望まれる。解任による損害としていかなる損害を主張することが考えられるかという点や、Ｆの解任に正当理由があるかという点について、学説等も踏まえて検討することが求められるが、本件においては、病気であって取締役としての職務を遂行することが不可能となっているＦが取締役の地位にあり続けることは株主の利益を著しく害する一方で、職務を遂行できない取締役の地位を確保するべき利益は大きいとはいえないことから、解任に正当理由があると解することが考えられる。

以上の検討と矛盾しない形で、具体的にＦが会社に請求することができる金額について、結論を示すことも求められる。例えば、本件臨時株主総会②の決議によって初めてＦの解任

の効力は発生し、かつ、その解任に正当な理由があると解するのであれば、Ｆが取締役の地位にあったにもかかわらず報酬が未払の令和７年２月から４月までの分の取締役報酬合計３００万円の請求が可能であると結論付けることになろう。

〔第３問〕

本問は、Ｙ１から部品の製造を請け負ったＸが、請負代金の支払を求める訴えを提起したという事案を題材として、①通常共同訴訟の共同訴訟人間における主張共通の適否についての検討（設問１）、②文書提出義務に関して、技術の秘密、弁護士が職務上知り得た秘密に該当するかについての検討（設問２）、③既判力の遮断効についての検討（設問３）を求めるものである。

１　設問１について

通常共同訴訟の共同訴訟人間における主張共通の適否について、弁論主義との関係ではなく共同訴訟人独立の原則との関係の問題として整理した上で、主張共通の意義や問題点についての理解を問うものである。課題１及び課題２の全体を通じて、共同訴訟人間の主張共通を否定する根拠を、共同訴訟人独立の原則との関係で的確に理解して論述すること、反対説の問題点を具体的に説明することがポイントである。

課題１では、主張共通肯定説が、共同訴訟人の一人がした主張について、それが他の共同訴訟人にとっても有利なものであれば他の共同訴訟人も主張したものとして扱うとする考え方であることを説明した上で、本事例における（ア）（イ）の各主張がＹ２にとって有利なものであるかを具体的に検討することが期待される。

課題２では、共同訴訟人独立の原則の趣旨について、合一確定の必要のない通常共同訴訟において、共同訴訟人の各自が独自の判断で自由に訴訟追行することを認めるものであることを指摘し、本事例のＹ２についてＹ１と同一の主張をしているものと扱うことの適否を検討することが期待される。検討に当たっては、応訴態度を明らかにしていない被告について、他の共同被告と同一の主張をしているものと扱うことが共同訴訟人独立の原則の趣旨と両立するかなど、共同訴訟人独立の原則と関連付けて説明することが期待される。また、主張共通を肯定する考え方の問題点について、上記のＹ２の応訴態度や、Ｙ１の（ア）及び（イ）の主張に即して指摘することが期待される。

２　設問２について

課題１では、技術秘密該当性につき、職業秘密該当性について判示した平成１８年判例及び平成２０年判例の判断枠組みについて説明することが求められている。平成１８年判例が、報道関係者の取材源の秘密について、設問においても引用されている平成１２年判例が示す要件（「技術又は職業の秘密」とは、その事項が公開されると、当該技術の有する社会的価値が下落し、これによる活動が困難になるもの又は当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいう。）を満たすことに加えて、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決せられるとしたことを、その要素を示しながら説明をすること、平成２０年判例が、取材源の秘密以外の秘密が記載された文書の場合も同様の判断枠組みを採用し、当該情報が保護に値する秘密であるかどうかは、その情報の内容、性質、その情報が開示されることにより所持者に与える不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、当該民事事件の証拠として当該文書を必要とする程度等の諸事情を比較衡量して決すべきとしたことを説明することがそれぞれ求められる。

その上で、本問の具体的な事実関係に即した検討をすることが期待されるが、文書の開示によりＺの事業活動が困難になるおそれがあること、争点である不適合部分がどこにあるのかについてのＹ１の主張内容が定まっておらず、修理業者やＸによる証拠提出の可否が不明である段階では本件文書の証拠としての重要性や必要性が高いということができないこと、本件訴訟は公益性が高いものではないことなどを指摘して、提出義務を否定する立論をすることが考えられる。

課題２では、民事訴訟法第１９７条第１項第２号の秘密の該当性の判断基準について、同号の趣旨を踏まえて検討を求めるものである。同号の趣旨については、専門的職業従事者を信頼して秘密を開示した者の利益を保護するものという考え方、専門的職業に対する信頼を確保することで職業の存立自体を政策的に保護するものという考え方、この両者の利益を保護するものという考え方があり得る。いずれの考え方によるかを示した上で、同項第３号の趣旨との異同を考えながら、課題１で説明した判断基準と同一の基準によるべきか（利益衡量によって決することが果たして妥当といえるか）又は異なる基準によるべきかを論じることが期待されており、応用的な思考が必要となる。

３　設問３について

課題１では、既判力による遮断効の必要性及び正当性についての基本的な理解を確認するとともに、本件と類似点のある昭和５１年判例が、仮に反射効を認める立場に立ったとしても保証人による主債務者勝訴判決の援用が許されないとした理由を理解しているかを問うものである。既判力による遮断効の必要性及び正当性については、判決確定後の蒸し返しの防止と判決の実効性確保の必要性があること、既判力の拘束を受ける者が審判対象である訴訟物について前訴において十分な攻撃防御の機会を与えられていたことを指摘することが求められる。昭和５１年判例のような事案において保証人による主債務者勝訴判決の援用が許されない理由については、遮断効の必要性及び正当性についての説明を踏まえ、保証人敗訴判決の基準時前に生じていた事由を主張して前訴判決を争うことは許されず、主債務者勝訴判決の援用を認めると実質的には基準時前の事実に基づいて保証債務履行請求権の存在を争うことを認める結果となってしまうことを説明することが期待されている。なお、昭和５１年判例の判示について反射効一般との関係でどのように理解されるかについては議論があるものの、この点に立ち入って検討することまでは求めていない。

課題２では、昭和５１年判例とは異なり、主債務者勝訴判決が相殺を理由としてされた場合の取扱いについて検討を求めるものである。相殺などの形成権について、基準時前に形成原因が存在していたものの形成権行使の意思表示は基準時後にされた場合に、既判力によってその主張が遮断されるかどうかについて議論があるところ、異議の事由として相殺権の行使の主張を認めた昭和４０年判例がある。そこで、本問事例と昭和４０年判例及び昭和５１年判例の事案との異同を整理することが求められており、昭和４０年判例の事案と異なる点として、自働債権がＹ２の債権ではなくＹ２は相殺権者ではない点を指摘し、昭和５１年判例の事案と異なる点として、主債務者勝訴判決の理由が保証人敗訴判決の基準時後に現実化した点を指摘することが考えられる。これらの点を踏まえ、Ｙ２の主張の当否について、本件訴訟においてＹ２が自身の債権ではない損害賠償請求権の主張立証をすることは困難であると考えられること、Ｙ２が前訴である本件訴訟を欠席等したのは本件訴訟の対応をＹ１に任せたためであり、弁論が分離された上で敗訴判決となることを受け入れる意思まではなかったと考えられること、弁論が分離されずに審理がされていればＹ２としても相殺の効果を主張する可能性があったと考えられることなどを指摘し、遮断の有無との関係でどのような

意味を持つかを検討することになる（もとより、上記のような事実評価はあくまで一つの考えであり、他の評価も可能である。）。いずれの結論をとっても差支えないが、基準時後の形成権行使と既判力の遮断効との関係についての基本的知識を踏まえた応用的な思考が求められるものとなっており、昭和４０年判例及び昭和５１年判例との関係を適切に整理しながら具体的な事案に即して議論を展開することが期待される。

【刑事系科目】

〔第１問〕

本問は、

⑴　設問１において、甲及び乙が、勤務先であるＢ社の同僚のＡと甲方で飲酒していた際にＡがＢ社からの独立を主張したことを腹立たしく思い、Ａが死んでしまっても構わないと考え、暗黙のうちに意思を通じ、共謀の上、いずれも完全責任能力を有する状態で、約３時間にわたって、甲方洋室において、断続的に、それぞれ手拳でＡの頭部を殴打し、Ａの背部を足蹴りする暴行（以下「①行為」という。）を加え、Ａが甲方トイレに逃げ込んだことなどから暴行が中断したものの、約１時間後には、甲方台所において、乙が、Ａの両足を押さえ付けて逃げられないようにし、甲が、確定的な殺意をもって、約１０分間にわたって、Ａの頭部及び背部を思い切り足で踏み付けた上、重さ約１キログラムの鉄製フライパンで頭部を１０数回激しく殴打する暴行（以下「②行為」という。）を加え、乙は終始完全責任能力を有していたもの、甲は②行為開始時点で心神耗弱状態に至っており、さらに、甲及び乙が、②行為によりＡが意識を失った時点でＡが死亡したと誤信し、死体を燃やすために港まで運ぼうと考え、Ａを甲所有のスーツケースに押し込んで、同スーツケースをＡ所有車両（以下「Ａ車」という。）に積み込み、乙がＡ車を運転して走行させた（以下「③行為」という。）ところ、同スーツケースの密閉性が高かったことから、約１０分後に走行中のＡ車積載の同スーツケース内でＡが窒息死したという事案において、「①行為と②行為の関係をどのように把握するか」及び「『行為と責任の同時存在の原則』の意義とその根拠」に言及しつつ、甲及び乙の罪責について論じることを求め、

⑵　設問２において、甲及び乙が、いずれも完全責任能力を有する状態で、人のいない駐車場に駐車したＡ車後部座席にＡの死体を横たえ、乙が車内に灯油約２リットルを撒き、甲が点火して放火し、Ａ車を全焼させ、Ａ車から約３メートルの位置に駐車されていたＣ所有の無人の自動車（以下「Ｃ車」という。）及びＡ車から約２メートルの位置に設けられたゴミ集積場内の可燃性のゴミ約３００キログラムに延焼の危険が及んだものの、Ａ車から約２５メートルの距離にあった最寄りの建造物に延焼する危険は生じなかったところ、甲は本件火災による火がＣ車や前記ゴミに燃え移るかもしれないと思っていたが、乙は、その火がそれらに燃え移るとは思っていなかったという事案において、甲及び乙の罪責について論じることを求め、これらにより、刑事実体法の知識及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的思考力及び論述力を試すものである。なお、設問１及び２は、いずれも甲及び乙の罪責について論じることを求めているが、刑法第１０４条の罪、同法第１９０条の罪及び特別法違反の点は除いているので、それらを除いた成立罪名及び罪数を示す必要がある。

設問１について

⑴　①行為と②行為の関係について

設問１では、甲と乙の罪責について論じる上で、「①行為と②行為の関係をどのように把握するか」について言及することが求められているところ、行為の一体性を構成要件該当性

の問題として論じる立場又は責任能力の処理のために論じる立場が考えられるが、いずれにせよ、なぜ一体性を論じるのかを示す必要がある。

続いて、行為の一体性を論じるに当たっては、長崎地判平成４年１月１４日判時１４１５号１４２頁が、犯行の初めには単純酩酊であったが、犯行の中核的行為を行った際に複雑酩酊であったという事案において「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は、心神耗弱下において、犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなかったが、犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に軽減すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法３９条２項を適用すべきではないと解するのが相当である。」と判示しているのが参考になる。

本問で、①行為及び②行為は、いずれも犯行現場が甲方であること、約４時間１０分の間に断続して行われた行為であることからすると、時間的場所的近接性が認められ、機会の同一性を肯定できるとも考えられるが、他方で、①行為終了から②行為開始まで約１時間程度暴行が加えられなかった時間があることなどを重視すれば、直ちに時間的場所的近接性があるとはいえないとして機会の同一性を否定する方向に傾く。

また、甲の根本的な動機は、①行為直前に「長年の恩を仇で返すようなことを主張するＡに憤った」ことであり、同憤りによって①行為時点で、甲は「Ａに殺意を覚え」ていた。その上で、甲は、同憤り及び殺意が継続したまま、②行為時点で「頭を強打し、そのことで一層激怒・興奮」したのであって、①行為時点で抱いていた殺意がより強まったに過ぎず、行為態様も、より強度なものに発展しているものの殴打という共通性があることからすると、意思の連続性も肯定できるとも考えられる。他方で、「手拳でＡの頭部を殴打し、背部を足蹴りする暴行」にとどまった①行為に対し、②行為では「Ａの頭部や背部を思い切り足で踏み付け、台所にあった重さ約１キログラムの鉄製フライパンでＡの頭部を１０数回にわたり激しく殴打する暴行」に発展しており、その結果も、①行為によってＡは「頭部及び背部打撲による皮下出血の傷害を負ったが、これらの傷害は致命傷になり得ないものであった」のに対し、②行為では「頭部及び背部打撲による皮下出血並びに肋骨骨折による胸腔内出血の傷害を負ったほか、脳挫傷の傷害を負い、意識を失っており、…（同）脳挫傷は、そのまま放置すれば死に至る程度のものであった」ことを重視すれば、行為態様の同質性を認めることは困難であり、また、②行為時点で、甲が「洋室と台所の間にある敷居につまずき、台所に設置された冷蔵庫の扉に頭を強打し、そのことで一層激怒・興奮」という経緯に着目すれば動機も異質であるとも評価でき、さらに、甲らが居眠りしていた時間帯があったことも重視すれば、意思の連続性を否定する方向へ傾く。

このように、本問では、①行為と②行為の一体性を肯定する方向の事実と否定する方向の事実が混在していることから、いずれの結論であろうとも、別の結論を導き得る事実関係も指摘した上で、丁寧に分析して当てはめていくことが求められる。

⑵　①行為と②行為を一体として把握した場合

ア　甲及び乙は、共謀の上、殺意をもって、Ａの身体の枢要部である頭部をそれぞれ手拳で殴打した後、乙がＡの両足を押さえ付けた状態で、甲がＡの頭部を、思い切り足で踏み付けた上、重さ約１キログラムの鉄製フライパンで１０数回激しく殴打しているから、殺人の共同実行が認められる。これらの点については、各要素を充足していることを簡潔に示せば足りる。

イ　その上で、Ａ死亡の直接原因は③行為による窒息死であることから、殺人行為と結果との因果関係及び故意に関し、いわゆる「遅すぎた構成要件の実現」が問題となることを指摘する必要がある。具体的には、Ａの死の結果を直接惹起した③行為は、それ以前の行為時の意思（殺意）とは全く別の「Ａの死体を運ぶ」という意思決定に基づいて敢行されているため、③行為を先行行為（①行為及び②行為）と一体として捉えることは困難であるところ、先行行為（①行為及び②行為）の時点では殺意があるものの、後行行為（③行為）時には殺意がない点をどのように考えるべきかを意識した論述が必要となる。

この点については、大別すると、後行行為（③行為）が介在して結果が発生することが先行行為（①行為及び②行為）の危険の現実化として評価できるのであれば先行行為（①行為及び②行為）のみを実行行為と評価した上で、死亡結果との間に因果関係を認めることは十分に可能である（なお、大判大正１２年４月３０日刑集２巻３７８頁が、先行行為がなければ犯行発覚防止目的の後行行為も発生しなかったとして「社会生活上ノ普通観念ニ照シ…（先行行為とＡの死との間に）原因結果ノ関係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク」と判示しているのが参考になる。）として、後行行為（③行為）を介在事情と捉え、Ａの死の結果を先行行為（①行為及び②行為）に帰責する見解と、行為者が認識した先行行為（①行為及び②行為）の危険性が消滅した後に行為者が認識しなかった別の要因によって結果が発生していることを重視して、Ａの死の結果を直接の結果惹起行為である後行行為（③行為）のみに帰責する見解がある。

前者の見解に立ち、死亡結果との因果関係を認めた場合には、続いて、主観面で因果関係の錯誤が問題となり得るところ、因果関係の錯誤に関して、通常の錯誤論との関係をどのように考えるかを意識して論じることが求められる。また、後者の見解に立てば、先行行為（①行為及び②行為）は殺人未遂罪の共同正犯、後行行為（③行為）は過失致死罪の共同正犯となろう。

いずれの見解に立って論じるとしても、「遅すぎた構成要件の実現」の問題の所在及び自説を的確に示し、各事実を丁寧に分析して当てはめながら、結論を導く必要がある。

ウ　続いて、甲につき、②行為開始時点から心神耗弱状態に陥っているため、①行為及び②行為の全体について、殺人（未遂）罪の共同正犯の完全責任能力が認められるかが問題となることを指摘する必要がある。

その前提として、「『行為と責任の同時存在の原則』の意義とその根拠」への言及が必要となるところ、「行為と責任の同時存在の原則」は責任主義の当然の帰結とされているものの、その意義については見解が分かれており、「責任能力は実行行為時に存在することが必要であり、実行行為遂行中、終始、責任能力を備えている必要がある」とする見解及び「責任能力は実行行為時に存在することが必要であるが、実行の着手時点で責任能力が存在すれば足りる」とする見解に大別され、後者について、その原則を維持する見解、一定の修正を認める見解などがある。

また、①行為と②行為を一体として把握した場合、本問は、いわゆる「実行行為途中での責任能力低下」が問題となるところ、実行行為開始時点で完全な責任能力を備えている点で、実行行為開始時点で責任無能力（又は限定責任能力）となっている「原因において自由な行為」の典型的な場面ではないことを前提に、「行為と責任の同時存在の原則」の意義に関する自説との整合性も意識しながら論じる必要がある。

「実行行為途中での責任能力低下」については、「原因において自由な行為」とは無関係だとする見解など様々な理論構成があり得るが、いずれの見解に立って論じるとしても、行為と責任の同時存在の原則との整合性を意識しつつ、各事実を丁寧に分析して当てはめ

ながら、結論を導く必要がある。

⑶　①行為と②行為を分断して把握した場合

ア　①行為は、Ａの身体を主に手拳で殴打等したに過ぎず、①行為単体で殺人の実行行為性を認定することは困難であり、傷害罪の共同正犯が成立するにとどまるとするのが一般的であろう。一方、②行為については、甲及び乙が、殺意をもって、事前の打合せどおり、乙がＡの両足を押さえ付けた状態で、甲がＡの頭部を、思い切り足で踏み付けた上、重さ約１キログラムの鉄製フライパンで１０数回激しく殴打しているのであるから、殺人の共同実行が認められる。これらの点については、各要素を充足していることを簡潔に示せば足りる。

イ　その上で、Ａ死亡の直接原因は③行為による窒息死であることから、殺人行為と結果との因果関係及び故意に関し、いわゆる「遅すぎた構成要件の実現」が問題となることを指摘する必要があるが、この点は、⑵イ記載のとおり。

ウ　続いて、甲につき、②行為開始時点から心神耗弱に陥っているため、殺人罪の共同正犯の完全責任能力が認められるかが問題となることを指摘する必要がある。

その前提となる点は、⑵ウ第２段落記載のとおり。

なお、①行為と②行為を一体として把握した場合とは異なり、①行為と②行為を分断して把握した場合は「原因において自由な行為」の典型的な場面であることを前提に、本問の特殊性及び自説との整合性も意識しながら論じる必要がある。

「原因において自由な行為」については、原因行為（①行為）を実行行為と捉える見解、結果行為（②行為）を実行行為と捉える見解など様々な理論構成があり得るが、いずれの見解に立って論じるとしても、本問の特殊性（甲が心神喪失には至っていないこと、甲が心神耗弱状態を積極的に利用する意図までは認められないこと）及び（①行為と②行為を分断して把握する理由を含む）自説との整合性を意識しつつ、各事実を丁寧に分析して当てはめながら、結論を導く必要がある。

設問２について

⑴　前提

甲及び乙は、共謀の上、乙がＡ車内に灯油を撒き、甲が同車内に火の点いたハンカチを放り投げてＡ車に火を放ち全焼させているところ、この行為が刑法第１１０条第１項の要件を満たしているかについて、同罪の構成要件要素を的確に示しつつ、簡潔に当てはめれば足りる。

⑵　公共の危険について

建造物等以外放火罪は、公共の危険の発生を要するところ、その意義が問題となることを指摘する必要がある。すなわち、甲及び乙は、未明に、港に着き、同港の人がいない駐車場で放火しているところ、同放火時、Ａ車の周囲には、Ａ車から約３メートルの位置にＣ車が駐車されており、その反対方向にはＡ車から約２メートルの位置のゴミ集積場内に可燃性のゴミ約３００キログラムが置かれていたが、Ａ車から最寄りの建造物までは約２５メートルの距離があった。このような状況で、公共の危険が発生したといえるかにつき、問題の所在、その意義及び判断基準を明らかにした上で、各事実を丁寧に分析して当てはめながら、結論を導く必要がある。

この点について、「刑法１１０条１項にいう「公共の危険」は、必ずしも同法１０８条及び１０９条１項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当である。」旨判示し、公共の危険について、刑法第１０８条及び第１０９条第１項に規

定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるとする限定説を採用しないことを明らかにした最決平成１５年４月１４日刑集５７巻４号４４５頁が参考になるが、同判例が市街地の駐車場での事案だったのに対し、本問では周囲に人がいない港の駐車場であり、延焼の危険性のある財物がＣ車１台にとどまることも意識して検討すべきである。

なお、限定説のほか、限定説を採用しない非限定説の中にも適用範囲が無限定とならないように一定の制限を設けるものもあって、様々な見解があり得ることから、判断基準を明らかにする際には、他説との違いを意識して的確に反論を加えつつ、自説を示す必要があり、特に前掲最決平成１５年４月１４日が否定した限定説に立つ場合には、同判例の見解に言及しつつ、的確な反論を加えるなどして限定説を採用する理由を説得的に論じる必要がある。

また、本問で、公共の危険が発生したと認めた場合、甲は火がＣ車及び前記ゴミに燃え移るかもしれないと思っていたのに対し、乙はその火がそれらに燃え移るとは思わずに放火に及んでいることから、更に公共の危険の発生の認識の要否が問題となるところ、同認識を不要とした最判昭和６０年３月２８日刑集３９巻２号７５頁が参考になるが、同認識を必要とする見解もあるため、いずれの見解に立とうとも、問題の所在及び自説を明らかにした上で、公共の危険の発生の要否に関する自説との整合性及び本問の特殊性を意識しつつ、各事実を丁寧に分析して当てはめながら、結論を導く必要がある。

〔第２問〕

本問は、覚醒剤取締法違反事件の捜査及び公判に関する具体的な事例を素材として、刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに具体的結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問１－１〕は、覚醒剤の使用が疑われる対象者に対し、医師に委託した上、対象者の抵抗を排してカテーテルを尿道に通し、人為的に尿を採取する手段（以下「強制採尿」という。）について、実施に必要な令状の種類並びに令状発付の適法性及び実施の適法性を論じさせることにより、令状の効力及び強制採尿の適法性の判断基準に対する正確な理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

強制採尿にいかなる令状を必要とするかという点について、最決昭和５５年１０月２３日刑集３４巻５号３００頁（以下「昭和５５年決定」という。）は、強制採尿は、体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為であり、捜索・差押えの性質を有するものとみるべきとした上で、その実施には身体検査に準ずる配慮が必要であって、刑事訴訟法第２１８条第５項（令和８年１月１日時点では第６項。以下、条文を示す際は、同日現在において施行されている法令に基づいて記載する。）を準用し、捜索差押許可状に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旨の条件の記載が不可欠であるとする考え方を示している。他方、この点について、学説上は、強制採尿の法的性質及び直接強制の法的根拠との関係で、見解が分かれているところである。すなわち、①身体検査令状説（検証としての身体検査（同法第２１８条第１項）は、身体の外部検査のみならず、内部検査をも含み、社会通念上是認される程度の軽微な身体の損傷も許されるとする立場から、身体検査令状を要するとする考え方）、②鑑定処分許可状説（検証としての身体検査は外部検査に限定され、身体の損傷を伴う内部検査は専門的知識と技術を必要とするから性質上鑑定処分（同法第２２５条第１項、第１６８条第１項）に属するとする立場から、鑑定処分許可状を要するとする考え方）、③身体検査令状と鑑定処分許可状の併用説（身体の損傷を伴う内部検査は鑑定処分に属するとする立場に立ちながらも、鑑定処分許可状では直接強制が許されないことを前提として、直接

強制を要する場面では身体検査令状を用いる必要があるから、これらの令状を併用すべきであるとする考え方）などがある。いずれの考え方を採る場合であっても、強制採尿の法的性質をどのように捉えるかを論じた上で、各令状の効力の解釈との関係で整合的な論述をすることが求められる。

令状発付の適法性については、昭和５５年決定が、捜索・差押えの形式による場合の令状発付の実体的要件として、捜索差押許可状の通常の発付要件を満たせば足りるものとはせず、犯罪の捜査上、真にやむを得ないと認められる場合であることが必要であると判示した上で、その考慮要素として、①被疑事実の重大性、②嫌疑の存在、③証拠の重要性と取得の必要性、④適当な代替手段の不存在といった事情を掲げていることを踏まえつつ、下線部①の令状発付に至る具体的事情を的確に評価する必要がある。とりわけ、適当な代替手段の不存在については、甲が警察官から令状発付までの約８時間に７回にわたり尿の任意提出を求められたのに対し、明確に拒否しているわけではないものの、これに応じず、一切水を飲もうとしなかったことといった具体的事情に基づき、甲に任意での尿の提出が期待できたかという点について検討することが求められる。

実施の適法性についても、昭和５５年決定が、被疑者の身体の安全とその人格の保護のため十分な配慮を施すことが必要であると判示しており、そこから、強制採尿を実施する段階においても、これに先立って任意の排尿を促したり、被疑者の健康状態等に配慮したりする努力をすべきであることが求められるものと解されることから、警察官が下線部②の強制採尿の実施直前にも約３０分間にわたり甲を説得し、尿の任意提出の機会を与えたこと、経験豊富な専門医により合理的かつ安全な方法による強制採尿が実施されたこと、強制採尿の実施時、警察官８名が甲の手足を押さえたこと及びその目的が甲の尿道が傷付くのを防ぐことにあったことといった具体的事情を適切に評価して検討することが求められる（実施の適法性が問題になった下級審裁判例として、東京高判平成２４年１２月１１日判タ１４００号３６７頁などがある。）。

〔設問１－２〕は、対象者の体内をＸ線により撮影するＣＴ検査を実施するために必要な令状を問うものであり、〔設問１－１〕で検討した強制採尿の場合との異同を意識しつつ、論理的に整合した論述を求めることにより、令状の効力に対する正確な理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

下線部③のＣＴ検査は、覚醒剤取締法違反（譲渡し）の証拠となり得るマイクロＳＤカードを飲み込んだ可能性の高い乙に対して、同マイクロＳＤカードの存在等を確認するために実施するものであり、必要な令状を検討するに当たっては、具体的な事実関係を前提とする必要がある。すなわち、下線部③のＣＴ検査は、専門家である医師をして実施させなければならない性質のものであること、体内をＸ線により撮影するものであること、直接的にはマイクロＳＤカードが体内にあること及びその位置を確認することを目的としていること、最終的には、同マイクロＳＤカードの押収を考えていることなどを踏まえて検討することが求められる。その上で、強制採尿との比較として、直接的な身体内部への侵襲はないこと、ＣＴ検査自体により差押えが実施されるものではないことなどを指摘することが考えられる。これらの事情をどのように評価するかにより、必要な令状は、身体検査令状、鑑定処分許可状、これらの併用、条件付捜索差押許可状（又は捜索許可状）等が考え得るが、どのような結論を採るにせよ、前記のような事情を的確に評価し、〔設問１－１〕で強制採尿に必要な令状を論じた際の理由と矛盾のない論理一貫した論述が求められる。

〔設問２〕は、差し押さえたスマートフォンに残っていた動画データ内の撮影者の発言部分及び同動画データの一場面を写真として出力して添付した捜査報告書について、その証拠能力

を問うことにより、伝聞法則の正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

前提として、刑事訴訟法第３２０条第１項のいわゆる伝聞法則の趣旨を踏まえ、伝聞証拠の定義を示すことが求められる。伝聞証拠該当性は、当該証拠によって何をどのように証明しようとするか（すなわち、立証趣旨を踏まえて確定されるところの要証事実（立証事項）が何であるか）によって決まり、具体的には、公判期日外の供述（原供述）を内容とする書面又は公判供述を、公判期日外の原供述の内容の真実性（同供述の内容どおりの事実の存在）を証明するために用いるか否かによるとされるのが一般的である。その上で、本件動画データ内の発言部分及び本件捜査報告書について、本事例において検察官が掲げる立証趣旨を出発点として、本事例の争点及び証拠構造の下で想定される立証上の使用方法に鑑みて各々の要証事実を確定し、伝聞証拠該当性を検討するとともに、その該当性が認められる場合には、各証拠に相応する伝聞例外規定を摘示した上、その要件を充足するか否かについて、的確かつ丁寧な検討、説明を行うことが求められる。

〔設問２－１〕で問題となっている下線部④の発言部分は、まず、動画の撮影者であるWの供述を内容とするものであり、さらに、同供述内に被告人である乙の供述が含まれるものであることを意識して論述する必要がある。本件ＤＶＤの立証趣旨は「乙が令和８年１月２０日昼頃にＪ公園で甲と会ったこと」とされているところ、同立証趣旨のとおりの事実が立証されると、同日昼頃にＪ公園で乙から密売用の覚醒剤を受け取ったとする甲供述の存在と相まって、本事例の争点である甲乙間の共謀の立証につながるから、同立証趣旨がそのまま要証事実になる。このような要証事実との関係では、W及び乙のいずれの供述についても、供述内容の真実性が問題となる。具体的に言うと、下線部④の発言部分は、まず、全体について、Wの公判期日外の供述を内容とする証拠であるとともに、要証事実との関係では、当該供述（W供述）の内容の真実性、すなわち、Wが、乙の発言それ自体を正確に知覚・記憶・表現・叙述しているか否かが問題となるから、Wの公判期日外の供述を内容とする伝聞証拠に当たる。その上で、次に、Wが乙の発言に言及している部分は、乙の公判期日外の供述を内容とする証拠であるとともに、要証事実との関係では、当該供述（乙供述）の内容の真実性、すなわち、乙が、自己の体験事実（１月２０日にＪ公園で甲と会っていた事実）を正確に知覚・記憶・表現・叙述しているか否かが問題となるから、乙の公判期日外の供述を内容とする伝聞証拠に当たる。したがって、本件ＤＶＤの動画データ中、下線部④の発言が記録されている部分のうち、Wが乙の供述に言及している部分は、再伝聞に当たる。

そこで、伝聞例外に該当するかどうかを検討するに当たっては、まず、W供述については刑事訴訟法第３２１条第１項第３号の要件を検討し、さらに、W供述中の乙供述については、再伝聞の証拠能力に関する最高裁判例である最判昭和３２年１月２２日刑集１１巻１号１０３頁を踏まえて検討する必要がある。すなわち、W供述が伝聞例外の要件を満たすことにより、Wの「公判期日における供述に代えて」証拠とすることができることになり、その意味で、Wの「公判期日における供述」と同視できることになること、そして、その場合、「被告人以外の者」であるWの公判期日における供述と同視できるものの中に「被告人」である乙の供述が含まれていることになるため、同法第３２４条第１項が類推適用されることを論じた上で、同項が準用する同法第３２２条第１項の要件（署名・押印を除く）を検討する必要がある。

刑事訴訟法第３２１条第１項第３号の要件の検討に当たっては、前提として、本件動画データは被告人以外の者であるWが撮影したものであることを踏まえ、同項柱書の供述書又は供述録取書のいずれに該当するのかについて示した上で、同号が規定する①供述不能、②不可欠性、③絶対的特信情況の各要件を指摘し、それらの要件の意義・解釈について的確に論じることが求められる。本件動画データは、Wが撮影したものであるから、基本的にはWが作成した供述

書に準ずるものといえよう。そして、同号が規定する要件のうち、とりわけ、まず、②不可欠性については、裁判所が最終的な事実判断に到達する過程でその供述が実質的に重要な寄与をなすものである場合に認められ、その供述が当該事実を立証し得る唯一の証拠であることまでは要しないといった解釈を示した上で、W供述が、本事例の争点である甲乙間の共謀の立証に当たり、甲供述（共犯者の供述であり、慎重な信用性評価が求められる）を裏付ける役割を果たすものであること等を指摘し、そのことが持つ意味を的確に分析する必要がある。また、③絶対的特信情況は、供述の信用性そのものではなく、当該供述の信用性を保障し得るような、供述時の外部的付随事情を意味し、その判断材料として補充的に供述内容も考慮し得るとの解釈を示した上で、Wは乙と約２年半にわたり交際している交際相手であること、本件動画データは、Wが乙の誕生日を祝って乙のスマートフォンを用いて撮影したもので、誕生日を祝う中でのWと乙の日常会話が収録されていること、誕生日を祝う動画は、Wが令和６年から毎年撮影しているものであること、Wと甲が知人関係にあることをうかがわせる事情はないこと等を指摘し、これらの事情が持つ意味を的確に分析して論じなければならない。

刑事訴訟法第３２２条第１項の要件の検討に当たっては、令和８年１月２０日昼頃にＪ公園で甲と会っていた旨の乙供述が、甲の前記供述に照らすと、甲供述を一部裏付け、乙が覚醒剤の譲渡しに関与した共犯であることを推認させる間接事実を内容とするものであるから、被告人に不利益な事実の承認に当たることを論じ、また、交際相手との日常会話の中での発言であるとの事実を的確に評価し、任意性を検討することが求められる。

〔設問２－２〕で問題となっている司法警察員Ｐ作成の捜査報告書についても、まずは検察官が掲げる立証趣旨を踏まえて要証事実を確定し、伝聞証拠該当性を検討する必要があることに変わりはない。同捜査報告書の立証趣旨は、「覚醒剤の密売人が客に交付することの多い未使用の注射器１２本を乙が所持していたこと」とされているところ、同事実は、乙が覚醒剤の密売人であり、本件譲渡しに関与している可能性を示す事情であるといえるから、これがそのまま要証事実になる。そして、同捜査報告書は、作成者であるＰの公判期日外の供述を内容とする証拠であるとともに、要証事実との関係では、当該供述の内容の真実性、すなわち、Ｐが自身の体験事実（見分の内容）を正確に知覚・記憶・表現・叙述しているか否かが問題となるから、Ｐの公判期日外の供述を内容とする伝聞証拠に当たる。なお、Ｐによる見分の内容が真実であるなら、そこから、乙が注射器１２本を所持していた事実が推認できる。

そして、伝聞例外の検討に当たっては、本捜査報告書は、司法警察員Ｐが、スマートフォンの見分の結果発見した本件動画データの一部を静止画として機械的に保存し、その写真を添付したものであり、捜査官が五官の作用によって事物の存在・状態等を認識する作用である検証の結果を記載した書面に類似した書面であるということができるから、刑事訴訟法第３２１条第３項により、作成者であるＰが公判廷において真正に作成されたものであることを供述すれば伝聞例外として証拠能力が付与される旨を論じる必要がある。

その上で、本捜査報告書に添付された写真の説明文については、別途検討が必要である。同説明文は、「この写真の注射器は、覚醒剤の密売人が客に交付することが多い未使用の注射器である。」というもので、写真そのものからは通常読み取ることのできない、「覚醒剤の密売人が客に交付することが多い」という注射器の用途までを記載しているものであり、見分の結果に関する供述にとどまらないから、刑事訴訟法第３２１条第３項により証拠能力を認めることはできない。当該部分は、司法警察員Ｐが過去の捜査の経験上知り得た事実について、その記憶に基づき表現・叙述するものであるから、同条第１項第３号に従って証拠能力を検討することが求められる。

【選択科目】

［倒産法］

〔第１問〕

第１問は、法人破産の具体的事例を通じて、破産手続における相殺禁止の該当性（設問１）、偏頗行為否認の可否（設問２）及び財団債権の立替払がされた場合の取扱い（設問３）についての理解を問うものである。

１　設問１について

本問では、Ｘが、Ｂ銀行に対して本件定期預金１及び本件定期預金２の払戻請求をすることができるか否かに関し、各定期預金と借入金債権とを対当額で相殺する旨のＢ銀行の意思表示が、破産法第７１条第１項第２号に定める相殺禁止に該当するか否かについて、根拠となる条項を指摘しつつ論ずることが求められる。

まず、同号の相殺禁止の該当性を判断するに当たっては、Ａ社の支払不能の有無について検討する必要があるところ、Ａ社は、デジタル化の進展により業績が悪化し、令和４年以降、紙やインクの仕入先への支払も滞りがちとなり、本件借入金についても分割金の支払を遅滞し、令和６年１１月２０日に期限の利益を喪失したことを踏まえれば、この時点で支払不能であったと考えられる。

本件定期預金１は、Ａ社が本件借入金について期限の利益を喪失する前から預け入れていたものであり、Ａ社が支払不能となった後にＢ銀行が負担した債務ではないから、本件定期預金１を受働債権とする相殺は、同号の相殺禁止には当たらないことを指摘することが考えられる。

他方で、本件定期預金２は、支払不能後に締結された本件合意によりＢ銀行が負担することとなった債務であると考えられることから、同号の要件を満たすか否かについて個別に検討する必要がある。具体的には、①本件合意についての「財産の処分を内容とする契約」（財産処分契約）の該当性、②専ら相殺に供する目的の有無、及び③支払不能の悪意の有無について、事実を摘示して論ずることが求められる。なお、本件合意は、上記のとおり、これによりＢ銀行が預金返還債務を新たに負担することとなる合意であるから、財産処分契約に当たると判断することが可能と考えられる（東京高判令和５年５月１７日金融・商事判例１６８５号２６頁は、従前の普通預金口座の金銭を同じ銀行の別段預金に振り替える旨の合意について、普通預金債務の取引条件等を変更するものにすぎず、財産処分契約に該当すると解したとしても、この合意によって同銀行が債務を負担したとみることはできないとして同号の相殺禁止に当たらないとしており、本問とは事案を異にしている。）。

以上を論じつつ、本件定期預金１及び本件定期預金２のそれぞれに関する相殺禁止の有無を踏まえ、Ｘの請求の可否について結論を示すことが求められる。

２　設問２について

本問は、従前貸付けと本件貸付けに対する合計１５０万円の弁済（本件弁済）について、破産法第１６２条第１項第１号イの偏頗行為否認を検討することを求めるものである。

前提として、同号イに該当するといえるためには、本件弁済が支払不能の後にされたものであることが必要であり、令和７年３月５日の本件弁済がＡ社の支払不能後であったことを指摘する必要がある。

そして、本件弁済のうち従前貸付けに対する弁済と本件貸付けに対する弁済とでは、貸付けの時期が異なっていることを踏まえ、これらを区別して同号イの要件を満たすか否かを検討することが求められる。

同法第１６２条第１項は、「既存の債務」についてされた担保の供与又は債務の消滅に関す

る行為について適用されるものとされている。従前貸付けによる債務は「既存の債務」であるといえるが、本件貸付けによる債務は、危機時期において生じた債務であることから、これに対する弁済が「既存の債務」についてされた債務消滅行為に該当するものか否かを論ずる必要がある。その際、新規債務の弁済が否認対象とされていない理由（新規に出捐して債権を取得する者については、責任財産の平等分配を期待する既存債権者との間の平等を確保する必要がないなど）についても言及しながら、論述をすることが求められる。また、本件弁済のうち「既存の債務」についての債務消滅行為に当たる部分に関しては、同項第１号イの要件の該当性についても検討する必要がある。

３　設問３について

本問は、財団債権の立替払をした者の破産財団に対する権利行使の方法について問うものである。

まず、Ｄは、本件立替払により求償債権を取得したとして権利行使をする方法が考えられるが、この求償債権は、本件破産手続との関係では破産債権となる。

他方で、Ｄは、本件立替払による弁済代位により原債権（未払給料債権）を取得したとして権利行使をする方法も考えられる。すなわち、Ａ社の元従業員らに対する立替払（本件立替払）に係る未払給与２００万円は、破産手続開始前３か月間の使用人の給料債権であり、財団債権となる（破産法第１４９条第１項）ことから、これを権利行使する方法である。

財団債権については、破産債権に先立って、破産手続によらないで破産財団から随時弁済を受けることができるところ、Ｄが財団債権である労働債権の立替払により取得した原債権を財団債権として行使することができるか否かについて、求償債権が破産債権としての性質を有することとの整合性にも言及しながら、判例（最判平成２３年１１月２２日民集６５巻８号３１６５頁）の考え方も踏まえて論述することが求められる。

〔第２問〕

第２問は、株式会社について再生手続が開始された具体的事例を通じて、再生手続における担保権消滅許可制度、民事再生法による資本構成の変更の手続及び再生債権として届け出た共益債権の取扱いについての基本的な理解と事例処理能力を問うものである。

１　設問１について

本問は、担保権消滅許可申立ての要件該当性について具体的な検討を求めるものである。本件不動産に設定された乙信用金庫の抵当権は、再生手続開始時に再生債務者の財産につき存する担保権として別除権であり、原則として再生手続によらずに権利行使できるが（民事再生法第５３条第２項）、Ａ社より担保権消滅許可の申立てがされている。担保権消滅許可の申立てに関しては、民事再生法第１４８条第１項に定める要件を摘示し、「再生手続開始の時に再生債務者の財産につき担保権が存する場合」という要件に該当すること、本件不動産が遊休不動産として売却を予定したものであるため、「当該財産が再生債務者の事業の継続に欠くことのできないものであるとき」という要件（以下「事業継続不可欠性の要件」という。）に該当するか否かが問題となることを指摘することが求められる。

担保権消滅許可制度は、再生債務者の事業の再生のために設けられた制度であるが、担保権の不可分性の例外であり、担保権者の換価権の行使時期の選択権を奪うものであることから、事業継続不可欠性の要件の判断に当たっては、担保権者の利益にも配慮して、その要件が定められた趣旨を踏まえ、当該財産がなければ再生債務者の事業の継続が不可能となるような代替性のない財産であることが必要であることを示し、本事例の事情を丁寧に拾い上げて具体的な検討を行うことが期待される。

Ａ社としては、本件不動産に多額の維持管理費用が発生し、本件不動産の売却がスポンサー支援の条件とされ、売却を実現しなければ、スポンサーの支援も得られず、再生計画案の立案も困難となることを重視し、ホテル事業の継続のためにも本件不動産の売却が必要不可欠であるとして、事業継続不可欠性の要件を認めるべきであるとの主張を示すことになる。これに対して、乙信用金庫としては、本件不動産が遊休不動産であり、ホテル事業の継続に必要な財産ではないため、本件不動産がなければホテル事業の継続が不可能になるような代替性のない財産ではないとして、事業継続不可欠性の要件を否定すべきであるとの反論を示すことになる。

２　設問２について

本問は、民事再生法による株式会社の資本構成の変更の具体的手続及びその手続が設けられた趣旨の理解について、再生手続における株主の地位を踏まえて確認するものである。

解答に当たっては、まず、民事再生法によりＡ社の株主の交代と資本構成の変更を行うためには、再生計画案において、①Ａ社の発行済株式の普通株式２０００株全部をＡ社が取得する旨の条項（民事再生法第１５４条第３項参照）、②Ａ社の資本金５００万円全額を減少させる旨の条項（同法第１５４条第３項参照）、③新たに普通株式１株につき金５万円で２０００株の募集を行い、Ｃ社を募集する普通株式全部の引受人とする旨の条項（同法第１５４条第４項参照）を定める必要があることについて指摘することが求められる。

再生債務者が株式の取得を定める条項や資本金の減少を定める条項を定めた再生計画案を提出するには、裁判所の許可を得ることが必要であり（同法第１６６条第１項）、再生債務者が債務超過である場合に限って、裁判所は許可できる（同法第１６６条第２項）。再生債務者が募集株式の募集に関する条項を定めた再生計画案を提出するにも裁判所の許可を得ることが必要であるが（同法第１６６条の２第２項）、その許可には、再生債務者が債務超過であることに加え、当該募集株式を引き受ける者の募集が再生債務者の事業の継続に欠くことのできないものであると認められることが必要である（同法第１６６条の２第３項）。本問では、Ａ社は債務超過であり、かつ、Ｃ社のスポンサー支援を受けるため、募集株式の募集に関する条項も設けることがＡ社の事業の継続にとって不可欠であることから、許可要件の充足は認められると考えられる。

民事再生法において株式会社の資本構成の変更の手続が設けられた趣旨については、再生手続における株主の地位を踏まえて説明することが求められる。再生手続は原則として株主の地位には影響がなく、株主の権利は再生計画の定めによる権利変更の対象とされず、再生債務者の組織的な事項も基本的に再生計画による変更の対象とされない。一方で、再生手続においては、再生債権者の権利の変更（債務免除）が必要となる場合に株主責任の明確化のため資本金の減少を要請される場合があることや、事業の再生のために増資を必要とする場合がある。債務超過にある株式会社の株主は株主権の実質的価値を失い、会社経営への関心を失っていることが多く、減資や増資に必要な株主総会の決議を成立させることが困難となるため、株式会社の資本構成の変更の手続が設けられている。

３　設問３について

本問は、双方未履行双務契約の解除による原状回復請求権の性質、共益債権の権利行使、再生債権として届け出た共益債権の取扱いについて理解を確認するものである。

解答に当たっては、まず、①再生手続開始時点では本件利用契約に基づくＡ社の宴会場の利用提供義務とＥ社の料金支払義務が未履行であり、本件利用契約が双方未履行双務契約に該当することから、Ａ社による本件利用契約の解除が双方未履行双務契約の解除（民事再生法第４９条第１項）であると考えられること、②本件利用契約の解除に基づく既払料金２０

０万円の返還請求権は双方未履行双務契約の解除に基づく原状回復請求権として共益債権に該当すること（同法第４９条第５項、破産法第５４条第２項）、③共益債権は再生手続によらずに随時弁済を請求することができること（民事再生法第１２１条第１項）について指摘することが求められる。

もっとも、本問では、Ｅ社は既払料金２００万円の返還請求権を単なる再生債権として届出を行い、再生手続ではＥ社の再生債権額が２００万円に確定し、このことを前提に再生計画案が作成され、再生計画案の決議に付する旨の決定もされ、再生計画認可の決定も確定している。共益債権を再生債権として届け出た場合の取扱いに関しては、共益債権としての権利行使を制限する見解（制限肯定説）と共益債権としての権利行使は制限されないとする見解（制限否定説）があり、判例（最判平成２５年１１月２１日民集６７巻８号１６１８頁）は、再生手続の安定を図るという同法第９５条を指摘し、「民事再生法上の共益債権に当たる債権を有する者は、当該債権につき再生債権として届出がされただけで、本来共益債権であるものを予備的に再生債権であるとして届出をする旨の付記もされず、この届出を前提として作成された再生計画案を決議に付する旨の決定がされた場合には、当該債権が共益債権であることを主張して再生手続によらずにこれを行使することは許されない」と判示する。いずれの見解によるにせよ、実質的な理由と法的根拠を指摘して結論を導くことが求められる。本問では、制限肯定説であれば、Ｅ社は、既払料金２００万円全額の返還請求は認められず、再生計画に基づき既払料金２００万円の５％相当額である１０万円の返還を受けることになる。これに対し、制限否定説であれば、Ｅ社は共益債権として権利行使ができ、既払料金２００万円の返還請求が認められることになる。

［租税法］

〔第１問〕

本問では、国庫補助金と圧縮記帳に関連する法人の所得計算及びその効果（設問１）、個人の副業に係る所得の種類（設問２）、自己の著作に係る著作権を法人に低額譲渡した場合における、みなし譲渡の扱いとその趣旨（設問３）、人為的な外注費及び内縁関係にある者に対する支払賃料の必要経費算入の可否（設問４）を問うている。いずれも所得税法と法人税法の課税標準の計算に関する基本的な理解を確認するものである。

設問１は、国庫補助金と減価償却資産の取得に関し、法人にとって一般に有利になる処理の説明を求めるものである。よって、これらの取得が、法人の益金の額（無償による資産の譲受け）と損金の額（償却費）の計算上、原則的にどのように扱われるのか（法人税法第２２条第２項・第３項、同法第３１条第１項）を起点に、別段の定め（同法第４２条第１項）に従った圧縮記帳の処理を、同項の要件（損金経理を含む。）に即しつつ、有利となる理由（課税の繰延べ）や、できれば同項の政策目的（当該資産の取得促進）に言及して説明することが期待されている。圧縮記帳に関する知識が不十分な場合でも、一般に、同項に従った帳簿価額の減額（圧縮）によって、将来の償却費（損金の額）が減って法人税額が増えるという影響を、関係条文から読み取ることができるかが問われる。

設問２では、会社の代表取締役が、専門的な技能をいかし、副業として行うソフトウェア創作に関する委託業務から継続的に得る多額の利益に係る所得の種類を問うている。具体的には、事業所得と雑所得の区分が問われるところ、事業所得の要件とそこでの一般的解釈において、同所得の該当性を高める要因を明示した上で、問題文から関係する事実と状況を拾い、当てはめる作業ができるかが問われる。本問は、標準的な学習を重ねている受験者であれば、比較的容易に答案を構成できるはずである。

設問３では、「各種所得の金額」（所得税法第２条第１項第２２号。本問では譲渡所得の金額）と「総所得金額」（同法第２２条第２項）の計算構造を、条文に基づいて理解しているかを暗に確認するとともに、著作権が「資産」に該当し、その譲渡が、資産の譲渡（同法第３３条第１項）に該当することの説明を求めている。その上で、問題文の事実関係の下では、個人から法人に対する低額譲渡に係るみなし譲渡課税（同法第５９条第１項第２号）の適用があり、この扱いが、法人に対する贈与等の場合と同様に、増加益清算説の下で、増加益に対し所得税を課せなくなる事態を防止することを趣旨とする（最判令和２年３月２４日集民２６３号６３頁参照）点を理解できているかを問うている。さらに、自己の著作に係る著作権の譲渡は常に長期譲渡とされる点を、関係法令の定めを読み解いて見いだし、その場合は、総所得金額には譲渡所得の金額の２分の１のみが含まれる（同法第２２条第２項第２号）という構造を、条文に則して理解できているかを問うている。なお、自己製作ソフトウェアは、自己の業務での利用に係るものを含めて減価償却資産としてその取得価額を計算する扱い（同法施行令第１２６条第１項第２号、所得税基本通達４９―８の２、同４９―８の３（２）参照）を踏まえ、本問では、ソフトウェア（著作物）に係る著作権自体の取得費はゼロという条件を与えている。もっとも、所得計算におけるソフトウェアとその著作権の関係は難解なところがあるため、ソフトウェアの譲渡として処理する趣旨の答案でも、その論旨の一貫性等に応じて評価する。

設問４⑴では、まず必要経費の金額を控除する制度の趣旨と控除の要件（必要性と業務関連性）を説明できるかを確認している。そして、個人事業主が、自らが代表者で事業目的の異なる同族会社に形式的な外注費を支払った事案で、当該外注費が必要経費に該当しない旨を判示した裁判例（大阪高判平成３０年１１月２日税資２６８号順号１３２０６（原審である大阪地判平成３０年４月１９日税資２６８号順号１３１４４を引用））を素材に出題している。本問では、当該外注費と同様の状況で支出された外注費に関し、必要経費算入の要件の充足の有無に加え、やや発展的ながら、税負担の軽減をもくろむ形式的な合意に従った必要経費算入の適否について、納税者と税務署長の双方の立場から主張することが期待されている。加えて、設問４⑵では、内縁関係にある者が、同法第５６条にいう配偶者に該当するかという点を、借用概念論（統一説）や同条の趣旨、また、できれば配偶者控除等に関する判例（最判平成９年９月９日訟務月報４４巻６号１００９頁）との関わり等も踏まえた上で、説得的に論じられるかが問われている。

〔第２問〕

本問は、法人税法における資産譲渡と、販売手数料に仮装された役員給与（設問１）、個人が事業を廃止した後に生じた貸倒損失の所得計算と、それを踏まえた所得税法上の更正の請求（設問２）、青色申告制度とその趣旨、事業廃止時の青色申告承認の効力、さらに租税法律関係における信義則の適用（設問３）について問うものである。租税法総論・所得税法（租税手続を含む。）・法人税法をまんべんなく、かつこれまで出題されてきた論点以外についても学んでいるか、また思考が及び得るかを試している。仮にこれらを十分に学んでいなくても、条文を見付けてそれに事実を当てはめれば解答できる問題もある。

設問１は、法人が保有する暗号資産（全部で２００単位）を、それが役員退職慰労金であることを隠蔽し、かつ販売手数料と仮装した上で譲渡した場合、その譲渡をした法人における法人税法上の取扱いを問うものである。現物役員退職給与については過去にも出題されているが、資産を譲渡した側面と、役員退職給与を仮装して支払った側面を分けて考えることが肝要である。

暗号資産を含む短期売買商品等の譲渡については、資産譲渡に関する法人税法第２２条第２

項・第３項第１号の原則的な処理（総額経理）とは異なり、対価額から原価額を控除した譲渡利益額又は譲渡損失額を益金又は損金に算入する純額経理が明定されている（同法第６１条第１項）。なお、本件資産の譲渡に関する「譲渡に係る契約をした日」（同項柱書）はいつであるかや、契約締結日と引渡日が異なった時の処理なども問題になり得るが、本設問ではそこまでは問うていない。

役員給与については既に繰り返し出題されているが、本問では退職給与（本件資産の２００単位分）であることを隠蔽し、販売手数料と仮装したことを題材にして、法人税法第３４条第１項・第２項・第３項の適用順序を正確に理解しているかを問うている。なお、隠蔽仮装行為に基づく確定申告書が提出された場合などの費用・損失の額の損金不算入を定める同法第５５条第３項の適用について、本設問では明示的に排除されている。

設問２は、事業の遂行上生じた売掛金につき、事業廃止後に生じた貸倒損失に関する所得税法上の実体的処理（所得計算）とそれを踏まえた手続的処理を問うものである。

事業遂行上生じた売掛金の貸倒損失は、所得税法第５１条第２項では、その貸倒れが生じた年の事業所得等の必要経費（同法第３７条第１項）に算入する旨が定められており、貸倒損失の必要経費算入については、資産状況など諸般の事情を踏まえて客観的に回収不能かどうかが判断されることになる（例えば大阪高判平成３１年１月３１日税資２６９号順号１３２３６。実務上の取扱いとして所得税基本通達５１－１２）。本件売掛金の貸倒損失のように事業廃止後に生じた（債権回収が客観的に不能と判断された）場合には、事業所得等がないのでそもそも必要経費に算入する余地がない。そのため、同法第６３条は、事業廃止後に生じた（事業廃止がなければ）必要経費に算入されるべき金額について、事業廃止年又はその前年の事業所得等の必要経費に算入することにより、その所得計算を遡及的にやり直すことを定めるとともに、同法第１５２条はこのような遡及的な所得計算により必然的に生じる過大納付税額について、更正の請求手続を定めている。本問では、このような実体法・手続法の仕組みを理解し、適切に表現できるかを問うものである。なお、資産譲渡代金等の回収不能に関する同法第６４条は、本問のような事業所得の売掛金回収不能の場合には適用されないことに注意されたい（同条第１項括弧書き）。

設問３は、青色申告制度の趣旨、事業廃止時の青色申告承認の効力及び同制度の適用の文脈における信義則の適用の可否を問うものであり、最判昭和６２年１０月３０日訟務月報３４巻４号８５３頁が出題のベースになっている。青色申告制度の趣旨に加え、業務の廃止後は青色申告承認がその効力を失うこと（所得税法第１５１条第２項）を説明できるかどうか、さらに、青色申告承認を受けずに青色申告書を提出し、しばらく後にいわゆる白色申告として更正処分を受けた場合に信義則の適用があるかどうかを、上記最高裁の判断枠組みに従って判断できるかどうかを問うている。

［経済法］

〔第１問〕

再販売価格拘束及び拘束条件付取引に関して、その法律要件を的確に把握し、法適用できる能力及び公正競争阻害性の理解を確認することに主眼がある。不公正な取引方法の公正競争阻害性の中でも、自由競争減殺型で相手方が販売する市場での競争回避（価格維持効果）が問題となるケースについて、関連する市場要因を的確に取り出し判断できていることを問うものである。

設例１は、典型的な再販売価格拘束であるが、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第２条第９項第４号イの各要件を正確に理解し、法適用が

できているかどうかを確認する。公正競争阻害性については、「正当な理由がないのに」という文言が公正競争阻害性であり、その中でも競争回避・価格維持の効果が問題となることを理解できているかどうかが問われる。なお、この文言を原則として公正競争阻害性が事実上推定されるという意味だと解釈する立場を採る場合、単に文言だけを根拠にするのではなく、その論拠を適切に示すことが求められる。また、その事実上の推定が破られていないことの確認もする必要がある。

そのような解釈を採るのでない場合は、公正競争阻害性を個別に判断することが求められる。まず、行為の影響を受ける取引の範囲（以下「市場」という。）を画定することから出発する。市場の範囲の判断基準及びそれへの当てはめが重要であるが、首尾一貫した立場であれば、市場の範囲の定め方いかんにかかわらず、十分に評価する。その市場で悪影響を判断する場合の考慮要因を適切に見極めることが重要である。本問では、価格維持効果が生じていることを説得的に示すことが重要である。なお、どの市場を対象として選択するかで分析の容易さは変化する。価格維持効果の分析に関して、本設例では、本件はいわゆるブランド内競争の制限であるから、ブランド間競争（に相当する競争）からの影響なども勘案して、結論として価格維持効果があることを示すのが一般的な方法である。これらの分析は第一段階でのいわゆる市場画定の定め方によって、叙述に違いが生じるが、全体として首尾一貫して価格維持効果を認定できていればよい。最後に、行為者が本件行為を行った意図が公正な競争を阻害しない正当な理由に当たるか否かの吟味であるが、行為者の見解から読み取れるのは、相手方間の価格競争を回避させることが可能であること、それを行えば相手方にとって利益になるという事実以上のものがうかがわれない。したがって、行為者の見解が示している目的は、それ自体としては適切な目的でないことは容易に示せる。

設例２は、一般指定１２項の拘束条件付取引に関するものである。各要件を正確に理解し、法適用ができているかどうかを確認することに主眼がある。まず、本件の拘束内容に照らして、不当性＝公正競争阻害性を判断することになる。本件も自由競争減殺型で競争回避＝価格維持効果を判断するのがポイントとなる。この場合、市場（行為の影響を受ける取引の範囲）を示す必要がある。設例２の市場は厳密には設例１と異なった側面も見られるが、それは主として分析の便宜に関わるものであり、設例１と同様に市場を定めても本件の市場要因を適切に判断して首尾一貫した結論を出していればよい。本件の拘束は一見したところ販売方法の拘束に該当するようだが、単なる販売方法ではなく、既存顧客についての顧客争奪を制限するような目的・効果も持つことから、その側面からの自由競争減殺である競争回避・価格維持効果を見ることができる。顧客の乗換えに負担が生じること、既存顧客を有する販売代理店の対応策が可能となることから、顧客争奪を行うインセンティブが低下することなどに注目すれば、価格維持効果を比較的容易に認定することができる。ただし、別の結論であっても首尾一貫して根拠を示していれば評価する。なお、この拘束の目的として標榜されている事由が公正競争を阻害しない正当な事由に当たるかどうかであるが、目的が正当であったとしても不必要に過重な負担であることは容易に示せるであろう。これ以外に市場閉鎖効果に注目した論述であっても首尾一貫した議論を展開していれば評価する。

〔第２問〕

本問では、化学製品甲の主要メーカーであるＡ社、Ｂ社、Ｃ社及びＤ社（以下「４社」という。）について、甲の主要な原材料となる化学物質 α の価格上昇を契機とした α の取引交渉の一元化と購入価格に関する合意が、独占禁止法第２条第６項、第３条の不当な取引制限に当たるかどうかを検討させ、不当な取引制限の要件についての基本的な理解を問うことを趣旨と

している。α の供給者との交渉を一元化することは共同購入に当たり、α の購入の合理化を図ろうとする共同購入は直ちに３条違反を構成するものではないが、本問では、単なる共同購入を超えて α の購入価格の方針に合意した購入価格カルテルとして検討する必要がある。

不当な取引制限の行為要件である、「共同して」、「相互にその事業活動を拘束する」（「共同して…相互に」と理解することも可能である）について、設例の⑴ないし⑶の各段階に摘示されている４社間の事前の連絡交渉の過程、連絡交渉の内容及び供給者との価格交渉状況に関する事実関係を踏まえて、４社間の「意思の連絡」又は「合意」の有無、更に「相互拘束」を説明することが求められる。ここではとりわけ、⑶の段階で示されるＤ社の行動や事実関係に留意しなければならない。Ｄ社は、「目標上限値」以下の価格で α を購入する交渉を行い、そのうち相当数は成功しているものの、Ａ社、Ｂ社及びＣ社（以下「３社」という。）は、Ｄ社との間で、かかるＤ社の購入価格について共通した認識を持っていないことが読み取れる。したがって、Ｄ社による目標上限値以下での購入交渉は、４社間の意思の連絡に基づいて行われたと評価することは困難であろう。ここから、購入価格に関して、４社間における意思の連絡の存在を認定することはできず、ひいては、４社間における相互拘束を認めることも難しい。

効果要件を検討する前提としての「一定の取引分野」は、α の購入価格に関する合意が影響を及ぼす競争の範囲として画定される。α のほとんどが甲の製造に用いられており、α のメーカー１０社は甲メーカー７社に供給し、α の購入費用は甲の製造費用の相当部分を占めていることを踏まえ、原材料である α の購入に係る市場のみならず、甲の販売市場を画定する必要がある。その上で、それぞれの市場における「競争の実質的制限」の認定を行い、不当な取引制限の成否を検討することになる。これらの市場における競争の実質的制限については、設例で示されている事実関係に即して、的確に評価し論述することが求められる。

まず、国内における α の購入市場についてである。本件の共同購入については、α の購入の合理化についての協議を出発点とするという側面もあるが、α の購入価格に関する合意を中心にして検討することが重要である。⑴の段階におけるＢ社及びＣ社の２社間の合意については、２社の市場シェアや２社が「目標上限値」以下での購入にほとんど成功していなかったことに鑑みれば、「競争の実質的制限」の認定は困難である。これに対して、⑵の段階では、３社による「目標上限値」以下での購入が実現していること、３社の市場シェア等を勘案すれば、α の購入市場において競争の実質的制限が生じていることは、容易に認めることができる。最後に、本件における購入価格に関する合意について、公共の利益に反しないとする事情は見当たらない。

さらに、α の購入に関する合意が、川下市場である甲の競争にどのような影響を与えるかについて論じることも求めた。設例に摘示されている、甲の国内販売市場における市場シェアの状況、α の購入費用が甲の製造費用に占める割合、３社が甲の製造・販売を独自に行っていることを的確に捉えた上で、競争制限効果の有無を論理的に評価できているかが問われることになる。甲の販売市場における競争制限効果の有無については、いずれの結論も、その論拠となる考慮要因を適切に示し、甲の販売市場における競争にどのように影響を与えるかの議論を展開していれば評価する。

［知的財産法］

〔第１問〕

１　設問１は、主に職務発明規程に基づく特許を受ける権利の承継、冒認出願を理由とする特許権の移転請求の可否、特許を受ける権利の二重譲渡と対抗要件について問うものである。

設問２は、主に数値限定発明についての文言侵害及び均等侵害の成否、特許公報発行前の侵

害行為に対する過失推定規定の適用（あるいは推定覆滅）の可否について問うものである。

2　設問１については、本件発明が職務発明（特許法（以下「法」という。）第３５条第１項）に該当する旨を論じた上で、Ｘ２社の請求として、Ｘ１社による特許出願が冒認出願に当たること（法第１２３条第１項第６号）を理由に、特許権の移転請求（法第７４条第１項）をすることが考えられる旨を述べることが求められる。また、Ｘ２社は、冒認出願を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求（民法第７０９条）をすることも考えられる。Ｘ１社の反論としては、Ｘ１社の職務発明規程に基づいてＺから本件発明の特許を受ける権利を承継した（法第３５条第２項の反対解釈）上で、Ｚから特許を受ける権利の二重譲渡を受けたＸ２社よりも先に特許出願したことにより、法第３４条第１項の対抗要件を具備したため、権利の承継をＸ２社に対抗できる旨を述べることが求められる。その上で、Ｘ２社による上記請求の可否について検討する必要がある。

3　設問２については、Ｘ１社が行った請求は、Ｙ社の行為が本件発明（「物の発明」）に係る物の生産と譲渡（法第２条第３項第１号）に該当し、業としての実施（法第６８条本文）として本件特許権の侵害を構成することを理由にＹ製品の製造販売の停止請求（法第１００条第１項）及び廃棄請求（同条第２項）並びに損害賠償請求（民法第７０９条）であることを述べた上で、その可否について論じる必要がある。その際、Ｙ社の行為が、本件特許権の文言侵害や均等侵害に該当するかについて、本問の事実関係を踏まえて検討することが求められる（均等侵害の成否は文言侵害が否定されて初めて問題となるため、まず文言侵害の成否について論じる必要がある。）。また、Ｘ１社による損害賠償請求に関しては、本件特許権に係る特許公報発行前に行われたＹ社の行為について、過失推定規定（法第１０３条）が適用されるのか（あるいは推定覆滅されるのか）について検討することが求められる。さらに、Ｙ社の反論としては、冒認出願という無効理由（法第１２３条第１項第６号）、実施可能要件（法第３６条第４項第１号）違反という無効理由（法第１２３条第１項第４号）、サポート要件（法第３６条第６項第１号）違反という無効理由（法第１２３条第１項第４号）に基づく無効の抗弁（法第１０４条の３第１項）が考えられる。

〔第２問〕

1　設問１は、言語の著作物に係る著作権の侵害を理由とする差止請求を行うために必要な主張、これに対して考えられる相手方の反論及びそれらの妥当性を問うものである。設問２は、言語の著作物を原著作物とする二次的著作物である映画の著作物に関する行為について著作権の侵害を理由とする差止請求を行うために必要な主張、これに対して考えられる相手方の反論及びそれらの妥当性を問うものである。

2　設問１については、小説Ｐの著作物性（著作権法（以下「法」という。）第２条第１項第１号）及びこれを創作した著作者（同項第２号）であるＸが著作権を有すること（法第１７条第１項）を主張した上で、Ｙ１が公衆（法第２条第５項）に当たると考えられる教室の参加者に対して行った、①Ｐから数行を翻訳する行為、日本語原文を投影する行為及び英訳を投影する行為がそれぞれ翻訳権（法第２７条）、上映権（法第２２条の２）及び二次的著作物（法第２条第１項第１１号）の利用について法第第２８条を介してＸが有する上映権の侵害に当たり、②Ｐの一部を素材とした文法クイズを作成してテストとして配布する行為が、複製権（法第２１条）及び譲渡権（法第２６条の２）の侵害に当たり、差止請求として当該侵害の予防を請求できる（法第１１２条第１項）ことを述べる必要がある。他方、これに対して考えられるＹ１の反論として、①については、非営利無料の上映（法第３８条第１項）及び引用（法第３２条第１項）、②については、教育機関における複製（法第３５条第１項）、試験

問題としての複製（法第３６条第１項）及びこれらに伴う譲渡（法第４７条の７）といった権利制限規定が適用される旨の主張のほか、上記の「数行」には著作物性がなく著作物の利用に当たらない等の主張が考えられることを述べた上で、これらの主張の妥当性について検討することが求められる。

３　設問２については、小説Ｐの著作物性及びこれを創作した著作者であるＸが著作権を有することを主張した上で、最判平成１３年１０月２５日集民２０３号２８５頁【キャンディ・キャンディ事件】及び知財高判令和７年９月２４日（令和６年（ネ）第１０００７号）【木枯し紋次郎事件】を踏まえて、③ドラマＱはＰを原著作物とする二次的著作物に当たり、Ｑのラストシーンも当該二次的著作物の一部に当たるといえる以上、本件Ｔシャツの印刷及び販売はＸが法第２８条を介して有する複製権及び譲渡権の侵害に当たること、そして、④イラストＲはＰを原著作物とする二次的著作物Ｑの映像を変形して創作された二次的著作物である以上、ＲもＰを原著作物とする二次的著作物に当たるといえ、Ｒのオンライン販売はＸが法第２８条を介して有する公衆送信権（法第２３条第１項）の侵害に当たり、差止請求として侵害の停止を請求できることを述べる必要がある。他方、これに対して考えられるＹ２の反論として、③二次的著作物とは原著作物の表現上の本質的特徴を直接感得できるものである必要があるところ（最判平成１３年６月２８日民集５５巻４号８３７頁【江差追分事件】参照）、本件ラストシーンは、Ｐの創作的表現を直接感得できないためＰを原著作物とする二次的著作物に当たらないという主張や、④主人公Ａの外見を描写した記述は抽象的に過ぎるため「表現」（法第２条第１項第１号）に当たらず（最判平成９年７月１７日民集５１巻６号２７１４頁【ポパイ・ネクタイ事件】）、ＲはＰを原著作物とする二次的著作物に当たらない等の主張が考えられることを述べた上で、これらの主張の妥当性について検討することが求められる。

［労働法］

〔第１問〕

本問は、企業間の人事交流、労働者のキャリア形成等の多様な目的で、多くの企業において行われている出向を素材として、使用者が労働者に対して出向を命ずる権利（以下「出向命令権」という。）の有無及び使用者が出向命令権を有すると認められる場合における出向命令権の濫用の有無という出向命令の有効性等についての検討を求めることを通じて、関係する法令、判例・裁判例等から導き出される規範についての正確な理解及び当該規範への具体的事実の当てはめ（関係する事実の摘示と評価）の的確さを問うものである。

設問１では、Ｙ社がＸ３に対して行ったＡ社への出向命令が有効である場合、Ｘ３は当該出向命令に従わなければならないことから、検討すべき法律上の論点は、第一に、Ｙ社が従業員に対する出向命令権を有しているか否か、第二に、Ｙ社によるＸ３に対する出向命令が出向命令権の濫用に当たるか否かとなる。

そこでまず、第一の論点に関して、労働契約法（以下「労契法」という。）第１４条は、「使用者が労働者に出向を命ずることができる場合において、当該出向の命令が、その必要性、対象労働者の選定に係る事情その他の事情に照らして、その権利を濫用したものと認められる場合には、当該命令は、無効とする。」と規定するにとどまり、出向命令権がいかなる場合に存するのかについては具体的に定めていないため、出向命令権の存否については解釈問題である。そして、出向は、使用者が労働者に対して有する権利（労務提供請求権等）を出向先企業に譲渡することとなるから、「使用者は、労働者の承諾を得なければ、その権利を第三者に譲り渡すことができない。」と規定する民法第６２５条第１項の適用があることを指摘する必要がある。

その上で、同項に規定する労働者の「承諾」（以下「同意」という。）について、出向の対象となる労働者本人の個別的同意を要するか、あるいは労働者の包括的同意で足りるかを検討すべきこととなる。その際には、判例（新日本製鐵（日鐵運輸第２）事件・最判平成１５年４月１８日判時１８２６号１５８頁参照）の正確な理解が求められる。この判例は、就業規則において会社が労働者に対し業務上の必要によって出向をさせることがある旨の規定があること、労働協約において出向先を含む出向の定義、出向期間、出向中の社員の地位、賃金、退職金、各種の出向手当、昇格・昇給等の査定その他処遇等に関して出向労働者の利益に配慮した詳細な規定が設けられていること等の事情の下においては、出向の対象となる労働者本人の個別的同意なしに、労働者に対し出向命令を発することができる旨判示している。この判示を踏まえ、労働者本人の同意がない場合における出向命令権の存否を判断するに当たっての適切な規範を定立し、その上で、本事例の具体的事実の当てはめが的確になされているか、すなわち、Ｙ社就業規則及びＹ社出向規程の関係規定の摘示と評価が的確になされているかが論述のポイントとなる。そして、Ｙ社が出向命令権を有すると認められる場合には、使用者は出向期間の途中においても出向中の労働者に復帰を命ずることができると解されており（古河電気工業・原子燃料工業事件・最判昭和６０年４月５日民集３９巻３号６７５頁参照）、また、Ｙ社就業規則第１３条第４項にその旨が規定されていることから、Ｙ社は、Ｘ３をいったん復帰させることで、Ｘ３に対し、Ａ社への出向を命ずることができることとなる。

次に、第二の論点である出向命令権の行使の濫用については、労契法第１４条が定める考慮要素、つまり出向命令の「必要性」と「対象労働者の選定に係る事情その他の事情」に基づき、具体的に検討することが求められる。この点に関する裁判例は、上記の考慮要素である「対象労働者の選定に係る事情その他の事情」について、具体的には、人選の合理性のほか、出向者である労働者に与える職業上又は生活上の不利益、当該出向命令に至る動機・目的の不当性の有無、手続の相当性等を考慮するとした上で、出向を命ずる業務上の「必要性」と「対象労働者の選定に係る事情その他の事情」を比較考量した上での総合判断により、出向命令権の濫用の有無について判断すべきであるとしている（学校法人日本国際学園事件・東京地判令和７年１０月３１日 LLI/DB 判例秘書 L08033001、地位確認等請求事件・大阪地判令和６年９月１８日 LLI/DB 判例秘書 L07950718、全国共済農業協同組合連合会ほか事件・東京地判平成３０年２月２３日 LLI/DB 判例秘書 L07330742、リコー事件・東京地判平成２５年１１月１２日判時２２１０号１１３頁、笹野マックス事件・東京地判平成２３年１１月２２日 LLI/DB 判例秘書 L06630943 等参照）。これらの出向命令権の濫用の有無を判断する上での考慮要素を指摘して本事例の具体的事実への当てはめが的確になされているか、すなわち、それぞれの考慮要素について本事例の具体的事実の関係部分の摘示と評価が的確になされるかが論述のポイントとなる。とりわけ、「対象労働者の選定に係る事情その他の事情」の検討においては、Ｙ社がＸ３に対し、Ａ社へ再出向を命じた経緯に照らして対象労働者にＸ３を選定したことについての不当な動機・目的の有無その他の合理性の有無、Ａ社への再出向によってＸ３が被ることとなる職業キャリア上の不利益（裁判例として、前掲リコー事件・東京地判等参照）や、Ｙ社において、出向対象者を選定するに際し出向未経験者２７名も対象者となり得るのに、これらの者を全く検討せず、緊急性を理由として現在出向中の者の中からＡ社への出向対象者を選定すること及びその中で勤務年数が最も長いとはいえ、Ｃ社に出向してまだ２か月ほどしか経っていないＸ３をＡ社に再出向させたことについての評価（労契法制定前の裁判例として、ＪＲ東海事件・大阪地決昭和６２年１１月３０日判時１２６９号１４７頁がある。）などが論述のポイントとなる。なお、職業キャリア上の不利益の検討に際しては、労働施策の総合的な推進並びに労働者の雇用の安定及び職業生活の充実等に関する法律（以下「労働施策総合推進法」という。）第

６条第１項が、労働者の意欲及び能力に応じて就業することができる環境の整備に努める事業主の責務を定めていることに留意すべきである。

設問２は、Ｘ１がＣ社への出向命令に従わなかったことを理由としてＹ社が行ったＸ１の解雇の有効性を問うものであり、検討すべき法律上の論点は、第一に、Ｘ１の出向拒否がＹ社就業規則第５５条（６）に規定する「正当な理由なく業務上の指示・命令に従わなかったとき。」に該当するかどうか、第二に、Ｙ社が行ったＸ１の解雇が労契法第１６条により解雇権の濫用とならないかである。同条は、解雇について「客観的に合理的な理由」（以下「客観的合理的理由」という。）があり、かつ、「社会通念上相当であると認められる場合」（以下「社会通念上の相当性」という。）でなければ、権利の濫用として無効とする旨規定しているから、Ｘ１の解雇について「客観的合理的理由」及び「社会通念上の相当性」の有無を検討しなければならない。

そこで、これらの論点の検討に当たっては、まず、Ｙ社がＸ１に対して行ったＣ社への出向命令が無効であれば、当該出向命令に従わなかったことに「正当な理由」があることとなるから、その有効性が問題となり、これについて、具体的には、Ｙ社が出向命令権を有することを前提（設問１）にＸ１に対して出向を命ずることができるか、及びその出向命令が出向命令権の濫用に当たるか否かについての論述が求められる。

出向命令権の濫用の有無についての判断の手順は、設問１において示したとおりである。まず、Ｙ社がＸ１に対してＣ社への出向を命ずる「必要性」（労契法第１４条）については、急ぎＸ３に代わる労働者をＣ社に出向させる緊急の必要性があったと考えられることや、出向者の交替が必要となった直接の原因は、Ａ社への出向中に反抗的な態度をとったＸ１自身にあるといえること、他方で、その遠因としては、Ｘ１がＡ社への出向に消極的であったにもかかわらず、Ｙ社がそのようなＸ１をＡ社に出向させた点にあること等の事情を丁寧に拾い上げ、的確に評価することが論述のポイントとなる。そして、「対象労働者の選定に係る事情その他の事情」（同条）の検討においては、とりわけ、Ｙ社がＸ１に対し、Ｃ社へ再出向を命じた経緯に照らして対象労働者にＸ１を選定したことについての不当な動機・目的の有無その他の合理性の有無、使用者に対し労働者の仕事と私生活との調和に対する配慮が法律上求められるようになっている中で（労契法第３条第３項、育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律第２６条、労働施策総合推進法第６条第１項）、Ｃ社への再出向によってＸ１が被ることとなる私生活上の不利益について、その内容及び程度等を踏まえ、Ｙ社が定める出向手当１及び２（Ｙ社出向規程第６条及び第７条）等の措置により解消され得るか、どの程度緩和され得るかといった評価（上記諸法制定前の裁判例として、新日本ハイパック事件・長野地松本支決平成元年２月３日労判５３８号６９頁がある。）や、Ｙ社において、出向対象者を選定するに際し出向未経験者２７名も対象者となり得るのに、これらの者を全く検討せず、緊急性を理由として現在出向中の者の中からＣ社への出向対象者を選定したこと、Ａ社に出向してまだ２か月ほどしか経っていないＸ１をＣ社に再出向させたこと及びＣ社への着任日までの１週間の間にＸ１に対しＣ社への出向に応じるよう説得を繰り返したことの評価が論述のポイントとなる。

以上の検討により、Ｙ社がＸ１に対して行ったＣ社への出向命令が出向命令権の濫用に当たるとの判断に至った場合には、当該出向命令は無効であるから（労契法第１４条）、Ｘ１が当該出向命令に従わずＣ社への出向を拒否したことは「正当な理由」によるものであってＹ社就業規則第５５条（６）に該当せず、Ｙ社によるＸ１の解雇は「客観的合理的理由」を欠くものとして無効となる（同法第１６条）。

次に検討することが求められるのは、Ｘ１の解雇についての「社会通念上の相当性」の有無である（なお、先立つ検討において、出向命令権の濫用であると判断して、Ｘ１の解雇は認め

られないとの結論に至った場合であっても、「検討すべき」法律上の論点を挙げて意見を述べることが求められている以上、Ｘ１の解雇に「社会通念上の相当性」が認められるかどうかの検討を行うことが求められる。)。この検討においては、解雇に至る経緯及び手続等や、行為と処分とのバランスに着目して、Ｃ社へ着任日までの１週間の間に、Ｙ社がＸ１に対しＣ社への出向に応じるよう説得を繰り返したことが必要な解雇手続の履践と評価し得るか、また、出向拒否を含むＸ１の一連の言動等が解雇を相当とする程度のものと評価し得るか（高知放送事件・最判昭和５２年１月３１日労判２６８号１７頁参照）などについて説得的に論じることがポイントである。

〔第２問〕

本問は、労働協約の規範的効力及び成立要件としての書面性の意義についての基本的な理解を問うもの（設問１)、また、使用者による労働組合との団体交渉の拒否、労働組合員であることを理由とする不利益取扱い及び支配介入による不当労働行為の成否という基本的な論点について、関係条文等から導き出される規範の正確な理解と当該規範への具体的な事実の当てはめの的確さ、論述の一貫性等を問うもの（設問２）である。

設問１について、労働組合法（以下「労組法」という。）第１６条によれば、労働組合と使用者との間で締結された労働協約の規範的効力により、個々の労働組合員と使用者との間に「労働条件その他の労働者の待遇に関する基準」に関する具体的な権利及び義務が発生するところ、本件において、Ｙ社がＸらＺ組合員に対して夏季賞与を支給していない理由は、Ｙ社とＺ組合間において労働協約（労組法第１４条）が存在しておらず、個々の組合員に対する夏季賞与支払義務が発生していないと考えているためである。そこで、Ｘらが夏季賞与の支払を求めて裁判所に提訴した場合に、その請求が認められるか否かは、Ｙ社がＺ組合に宛てて出した本件会社回答とそれに対するＺ組合からの「妥結通告について」と題する書面（以下「本件組合回答」という。）の往復（このように往復された本件会社回答と本件組合回答を一体のものとして、以下「本件往復文書」という。）により労働協約が成立したといえるかによる。

この点について、まず、労組法第１４条が定める書面性の要件の意義について明らかにすることが求められる。都南自動車教習所事件・最判平成１３年３月１３日民集５５巻２号３９５頁は、書面性の要件の意義について「口頭による合意又は必要な様式を備えない書面による合意のままでは後日合意の有無及びその内容につき紛争が生じやすいので、その履行をめぐる不必要な紛争を防止するために、団体交渉が最終的に妥結し労働協約として結実したものであることをその存在形式自体において明示する必要がある」とし、「書面に作成され、かつ、両当事者がこれに署名し又は記名押印しない限り、仮に、労働組合と使用者との間に労働条件その他に関する合意が成立したとしても、これに労働協約としての規範的効力を付与することはできないと解すべき」とする。学説においては、労組法第１４条の書面性の要件を厳格に解して労働協約の成立を否定する見解もあれば、当事者の合意が一つの文書にまとめられていない場合でも、両当事者の署名又は記名押印があり、当事者の最終的意思が客観的に確認することができれば労働協約と認めることに障害はないとする見解もある。また、裁判例としては、医療法人南労会事件・大阪地判平成９年５月２６日労判７２０号７４頁（否定説)、ノースウエスト航空事件・千葉地佐倉支決昭和５６年９月１日判時１０２１号１３４頁（肯定説）が挙げられる。

以上の基本的な理解を基に、本件往復文書に労働協約としての規範的効力が認められるか否かを論じることが求められる。

設問２は、Ｚ組合が労働委員会に対して不当労働行為の救済申立てをする場合において、Ｚ組合がする主張及び求める救済の内容並びに当該申立てに対して労働委員会が発する命令の

内容について具体的な検討を求めるものである。

Ｚ組合がする主張及び求める救済の内容について、まず、Ｚ組合は、①Ｙ社が本件労働時間問題の解決が先であるとして夏季賞与に関する交渉に応じなかったことが正当な理由によらない団体交渉の拒否（労組法第７条第２号）に当たる、②Ｚ組合員であるＸらに本件夏季賞与を支給しなかったことが不利益取扱い（同条第１号）に当たると主張して、Ｘらに対して本件夏季賞与を支払うことや、同様の対応を行わない旨の謝罪文を掲示すること（ポスト・ノーティス）等を求めることが考えられる。次に、Ｚ組合は、③Ｙ社が組合ニュースをレターケースから回収したことが支配介入（同条第３号）に該当すると主張して、同様の対応を行わない旨の謝罪文を掲示すること等を求めることが考えられる。さらに、Ｚ組合は、④Ｙ社がＺ組合に許可している掲示板の使用を１か月間停止したこと、⑤再度同じことが行われた場合に、Ｚ組合執行委員長であるＸに対し懲戒処分を行う可能性があることを示唆したこと、⑥掲示板の使用許可を取り消すつもりである旨を伝えたことが、いずれも支配介入（同条第３号）に該当すると主張して、同様の対応を行わない旨の謝罪文を掲示すること等を求めることが考えられる。そして、これら①から⑥までの主張にある各不当労働行為について、判断枠組み（各条文の文言及びそこから導き出される法律解釈）を示し、これに具体的な事実を的確に当てはめてその成否を判断した上で、適切と考えられる救済命令を示すことが求められる。

このうち、①及び②について、Ｙ社とＺ組合との間で令和８年度夏季賞与に関する交渉が行われなかったこと、その結果、賞与の支給に係る協定書が作成されず本件夏季賞与が支給されなかったことの原因は、Ｙ社が本件労働時間問題を先行して解決することに固執したことにある。団体交渉は労使の代表者を通じた取引・ルール形成を目的とするものであり、交渉に際して、駆け引きや譲歩等、どのような戦略を採るかは、基本的に当事者の自由であって、法の関知するところではない。しかし、使用者側が、特定の労働条件、とりわけ労働組合側にとって不利な条件を提示してこれに応じること（譲歩）と引換えに賞与の支給交渉を行う等、いわゆる「差し違え条件」を提示して団体交渉を行う場合において、当該差し違え条件が不合理なものであれば、不誠実な団体交渉を行ったものとして団交拒否の不当労働行為が成立し得るし、その結果、組合員に賞与を支給しなかったことは「労働組合の組合員であること」を理由とする不利益取扱いの不当労働行為に当たるといい得る。さらに、個別具体的な事情によっては、使用者側が労働組合の組織の動揺や弱体化を意図し、労働組合に対する団結権の否認ないし嫌悪の意図が決定的動機となって行われたものと認められる場合があり、そのような場合については、支配介入の不当労働行為が成立し得る。

いずれの不当労働行為、あるいは複数の不当労働行為の成否について検討するにせよ、Ｙ社が、賞与支給に関する団体交渉において本件労働時間問題解決の優先に固執したことについて、どのような事実を考慮して、どのように評価するか、つまり当事者による自由な交渉の一環であるとみるか、夏季賞与に関する正常な交渉を阻むものであり不合理であるとみるか等を説得的に論じることが必要となる。この点、差し違え条件による団体交渉が問題となった裁判例（併存する複数の労働組合での事案として日本メールオーダー事件・最判昭和５９年５月２９日民集３８巻７号８０２頁、単一の労働組合の事案として葦原運輸機工事件・大阪地判昭和５１年９月２０日労判２６３号４７頁）に照らせば、当該条件の合理性・具体性、当該条件に関する使用者からの説明の有無及び労働組合がその受諾を拒否する理由の有無等が考慮すべき事実として挙げられる。

次に、③について、Ｙ社がレターケースに投函された組合ニュースを回収したのは、Ｚ組合による組合ニュースのレターケースへの投函行為が、Ｙ社の「備品」を「みだりに使用」し、又はＹ社の「許可なく私用に用い」たものであり（Ｙ社就業規則第２０条）、かつ、Ｙ社の許可

を得ないで行うことが禁じられる「ビラの配布」（Ｙ社就業規則第２２条第２項）に当たることを理由とするものであり、法的には、Ｙ社の施設管理権に基づく行為であると解される。施設管理権と団結権との利益調整に関して、判例（国鉄札幌運転区事件・最判昭和５４年１０月３０日民集３３巻６号６４７頁）は、労働組合又はその組合員が使用者の許諾を得ないで企業の物的施設を利用して組合活動を行うことは、これらの者に対し、その利用を許さないことが当該物的施設につき使用者が有する権利の濫用であると認められるような特段の事情がある場合を除いては、当該施設を管理利用する使用者の権限を侵し、企業秩序を乱すものであり、正当な組合活動として許容されないとの見解に立つ。本設問においても、組合ニュースのレターケースへの投函行為を許さないことがＹ社の施設管理権の濫用と認められるような特段の事情があるかを検討し、それが認められるか否かにより支配介入の不当労働行為の成否が判断されることになる（東海旅客鉄道（浜松運転区）事件・静岡地労委平成７年３月２８日命令不当労働行為事件命令集１０１集３５５頁、中労委平成１２年６月７日命令不当労働行為事件命令集１１７集６０５頁参照）。

続いて、④⑤⑥は、前記③において、Ｚ組合によるレターケースを利用した組合ニュースの配布行為をＹ社就業規則違反とみるか（以下便宜上「㋐」とする。）、そうではなく、Ｙ社による組合ニュースの回収撤去行為につき、それが施設管理権の濫用であり支配介入に当たるとみるか（以下便宜上「㋑」とする。）によって結論が異なることになる。そのため、④⑤⑥の論述においては、まずもって、前記③での検討・判断と論理一貫した記述をすることが求められる。まず④（掲示板の使用停止措置）については、㋐を前提とすると、Ｙ社は施設管理権の行使として許容される範囲で当該措置を採ったにすぎないとみることができようが、㋑を前提とする場合には、Ｙ社の当該措置には正当な根拠がないこととなり、Ｚ組合の組合活動を不当に抑圧するものとして支配介入の不当労働行為が成立し得る。同様に、⑤（Ｘに対する懲戒処分の示唆）について、㋐を前提とすると、Ｙ社（取締役Ｂ）のＸに対する発言は今後起こり得る人事上の不利益を説明したにすぎないとみることができようが、㋑を前提とする場合には、Ｘ及びＺ組合の組合活動を不当に抑圧するものとして支配介入の不当労働行為が成立し得る。さらに、⑥（掲示板の使用許可取消しの示唆）についても、㋐を前提とすると、Ｚ組合による組合ニュースの配布は基本労働協約第４１条に定める「それに準ずる行為」（基本労働協約第４０条第２項の規定（「組合は、所定の掲示板以外の場所において、貼紙及び掲示をしてはならない。」）に違反する行為に準ずる行為）に該当するとして、同様の行為がなされた場合に掲示板の使用許可を取り消すとの予告をすることは施設管理権の範囲内といえ、不当労働行為に該当しないとみることができる一方で、㋑を前提とする場合には、組合ニュースの配布について「それに準ずる行為」に該当する（基本労働協約第４０条第２項の「貼紙及び掲示」に当たらないとして、そもそも使用許可の取消事由がないとすることも考えられる。）としても、Ｚ組合の正当な組合活動にほかならないから、これを理由にＹ社が掲示板の使用許可を取り消すことはできないにもかかわらず、これを取り消すとの予告をしたことはＺ組合の組合活動を不当に抑圧するものとして支配介入の不当労働行為が成立し得ると解される。

［環境法］

〔第１問〕

本問は、廃棄物の不適正処分事例を題材として、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」という。）に基づく行政の初期対応、生活環境保全上の支障の除去等の措置に関する基本的理解を確認する。さらに、排出事業者の費用負担責任、一般廃棄物の区域外処理における関係自治体間の法的関係について、廃掃法の趣旨や関係政省令を踏まえて多角的かつ論理的

に検討することを求める。また、家庭系一般廃棄物処理の有料化について、その理論的背景・政策的効果を論じることを期待する。

〔設問１〕は、許可された埋立容量を超える廃棄物の不適正処分が疑われる事案において、Ｂ県知事及びＣ市長が状況把握のために採り得る初期対応について問うている。Ｂ県知事及びＣ市長は、廃掃法違反の事実関係を的確に把握し、その後の適切な対応の検討に資するため、第１８条第１項に基づくＡ社への報告徴収、第１９条第１項に基づく本件処分場への立入検査等を実施することができる。

〔設問２〕では、廃棄物の不適正処分が確認され、本件処分場からの浸出水による生活環境保全上の支障が生じている場面において、Ｂ県知事及びＣ市長がＡ社に対して採り得る対応について、複数の選択肢を挙げることを要する。本件処分場には一般廃棄物と産業廃棄物が搬入されているという事態を踏まえ、Ｂ県知事及びＣ市長がそれぞれ有する権限の根拠条文を正確に摘示し、いずれの対応が適切か説明することが求められている。

産業廃棄物に係る生活環境保全上の支障については、Ｂ県知事が、第１９条の５第１項第１号に基づき、Ａ社に対して、期限を定めて、その支障の除去等のために必要な措置を講ずべきことを命ずることができる。一般廃棄物に係る生活環境保全上の支障については、Ｃ市長が、第１９条の４第１項に基づき、Ａ社に対して、期限を定めて、その支障の除去等のために必要な措置を講ずべきことを命ずることができる。

また、Ｂ県知事は第１９条の３第２号に基づき、Ｃ市長は第１９条の３第１号に基づき、Ａ社に対し、それぞれ期限を定めて、廃棄物の適正な処理の実施を確保するため必要な措置を講ずべきことを命ずることができる。しかし、もはやＡ社が大量の廃棄物を他に移動させることは困難であろう。

他に、事業停止命令（Ｃ市長につき第７条の３、Ｂ県知事につき第１４条の３）、業の許可の取消し（Ｃ市長につき第７条の４、Ｂ県知事につき第１４条の３の２）、施設の改善・使用停止命令（いずれもＢ県知事につき第９条の２（一般廃棄物処分場）、第１５条の２の７（産業廃棄物処分場））、施設の許可取消し（いずれもＢ県知事につき第９条の２の２（一般廃棄物処分場）、第１５条の３（産業廃棄物処分場））が考えられるが、支障の除去等は望めない。

答案においては、対応の種類を羅列するにとどまらず、周辺住民の生活環境の保全を速やかに図る観点から、支障の除去等の措置命令が最も実効的な対応であると評価するなど、事案に即した論旨展開が期待される。

〔設問３〕は、廃棄物処理業者の破産という事態に伴い、行政が自ら汚染防止措置を講じた場合における費用負担の帰属及び自治体間の関係について、廃掃法及びその政省令の解釈を通じて考察することを求めている。

(1)は、Ｂ県知事らがＡ社に対して措置命令を講じる前にＡ社が破産手続開始決定を受け、本件処分場からの浸出水の本件河川への流入量が増加したことを受けて、緊急の必要性からＢ県知事らが自ら汚染防止措置を講じたという時系列構造になっている。この場合、第１９条の８第１項第４号（措置命令をかけるいとまがない緊急時の措置）に該当し、同条第４項に基づき、第１９条の６第１項各号の要件を具備すると認められるときには、排出事業者であるＥ社等に対して措置費用を負担させることができることとなる。検討に当たっては、破産したＡ社のみでは支障の除去等の措置を講ずることが困難であること、Ｅ社等が産業廃棄物の処理に関し適正な対価を負担していなかったことなどの具体的事実を論理的に当てはめることが求められる。

(2)では、Ｃ市が事務管理に基づきＤ市に費用償還請求を行った際、Ｄ市は、区域外において汚染防止措置を講ずる具体的義務を定めた法令の規定がないと主張している。これに対するＣ

市の反論を構築するには、最判令和７年７月１４日民集７９巻５号２２１１頁の趣旨等を踏まえ、まず第６条の２第２項等を根拠に、市町村は区域内の一般廃棄物の適正処理責任を負っていることを示す必要がある。そして、【資料】に掲げられた立地市町村に対する事前通知義務（施行令第４条第９号イ）及び年１回以上の実地確認義務（同号ロ、施行規則第１条の８）が課されていることを指摘して、区域外処理を行う場合であっても、排出市町村は委託後も適正処理の確保に関する責任を免れるものではないと論じることが求められる。

〔設問４〕は、家庭系一般廃棄物の処理有料化の背景にある考え方と効果について、事業系一般廃棄物と比較しつつ論じることを求めている。

事業系一般廃棄物は、排出事業者に処理責任が課されており（自己処理の原則、第３条第１項）、汚染者負担原則が適用されている。これに対して、家庭系一般廃棄物は、従来、行政サービスとして処理されてきたが、一般住民もごみの排出という環境負荷を生じさせている主体であることに変わりはない。有料化は、排出量に応じた処理費用を負担させることで汚染者負担原則を家庭系一般廃棄物にも適用しようとする考え方に基づいている。そして、一般住民に対して、家庭系一般廃棄物の排出量を減らせば支出を回避できるという経済的インセンティブを与え、その排出量が減る効果をもたらす。以上のように、事業系一般廃棄物との違いを意識した考察を示すことが求められる。

〔第２問〕

本問は、自然公園法の解釈問題として、日本の自然公園が地域制（ゾーニング）公園であり、財産権保護と自然保護との調整の問題を抱えていること及び生態系・生物多様性保護の重要性についての理解を問うものである。

設問１は、自然公園が地域制公園であることに伴う利点と弱点を問うている。例えば自然公園法第５条第１項が「国立公園は、環境大臣が、…区域を定めて指定する」と規定するように、日本の自然公園は、私有地であっても自然公園として地域指定をされて設置される地域制公園である。現在、国立公園内の陸地面積の約４分の１が私有地である。この点で、敷地の権原が地方公共団体など公的主体に帰属する営造物公園である都市公園（都市公園法）と異なり、自然公園には私人である土地所有者の財産権保護との調整の要請が生じる。財産権の過度な制約となる規制は、憲法第２９条に反する財産権侵害となるおそれがある。自然保護と財産権保護の調整の仕組みとして、不許可補償制度（自然公園法第６４条）が規定されている。このような弱点はあるものの、保護すべき自然の風景地を所有権等の権原を取得することなく自然公園に指定できるので、予算の制約にとらわれることなく迅速に自然公園に指定でき、速やかな自然の風景地の保護を可能にする。

設問２は、草原Ｂのような二次的自然の風景地が国立公園の特別地域に指定されて保護される理由について問うている。草原Ｂは、風景の雄大さが魅力の自然の風景地であったので、「優れた自然の風景地を保護する」（自然公園法第１条）ために、従前より、国立公園の特別地域に指定されていた。生物多様性条約の締結以降、生態系・生物多様性の保護が重要視されるようになると、里山的な二次的自然である草原Ｂも生態系の多様性を構成するものとして、生物多様性保護の観点から保護対象と位置付けられるようになった。自然公園法も、「生物の多様性の確保に寄与することを目的とする」（同法第１条）、あるいは「自然公園における生態系の多様性の確保その他の生物の多様性の確保を旨として、自然公園の風景の保護に関する施策を講ずる」（同法第３条第２項）という規定を加えるに至っている。さらに、答案において、自然の風景は生態系を反映するので、風景の保護が生態系保護の役割を果たしていたことが触れられていると、理解の深さが伝わってくる。

設問３は、草原Ｂのような二次的自然の風景地の維持・管理に必要な人手が不足し、荒廃放置されること（過少利用）への対策として、二次的自然の適正な維持・管理の実現を目的として導入された風景地保護協定（自然公園法第４３条）について、理解を問うものである。自然公園は、レクリエーション等のために利用されることも目的として掲げている（同法第１条）ので、多数の来訪客によって生態系ダメージが引き起こされるオーバーユース（過剰利用）の問題も抱えている。このような過少利用問題と過剰利用問題への対応という構図の理解が問われている。(1) は、過剰利用対策である利用調整地区制度（同法第２３条） による利用制限の仕組みと対比して、過少利用対策として導入された風景地保護協定（同法第４３条以下） 及びその担い手である公園管理団体の制度（同法第４９条以下） について、条文に即して説明することを期待している。 (2) では、草原Ｂの縮小は、牧畜業従事者の高齢化等によって火入れなどの維持・管理行為の担い手が不足してきたことが原因で生じていることから、本協定は、ＮＰＯ法人Ｅが牧畜農家に代わって、あるいは協力して、火入れ、竹などの侵入防止の作業を行うことを内容とするものと予想される。また、設例に草原Ｂの草原風景維持回復事業計画が挙げられているので、ＮＰＯ法人Ｅがこの事業の担い手となることを協定に盛り込むことも予想される。

設問４は、不許可補償制度（自然公園法第６４条）とその前提となる特別保護地区内における開発等許可申請（同法第２１条第３項）に対する不許可処分についての理解を問うている。国としては、第二種特別地域内の土地を開発して貸別荘を建築することは、雑木林としての利用の枠をはみ出すので当該土地に内在する制約として許容されないものであることを主張するのが通例である。落雷による山火事で雑木林が一部焼失することは、森林の遷移のサイクルの一部なので、本件雑木林内の土地が受ける内在的制約に影響を与えないと論じることが想定される。本件不許可処分は当該土地所有権の内在的制約ゆえにそもそも建物を建築できる実体的権利が存在していないことを確認したにすぎず、不許可によって新たな損失は生じていないという法論理構造が示されることが期待される。なお、不許可補償の請求が、権利の濫用と構成することもあり得る。

(2) では、山火事で樹木が焼失したことにより土地所有権の内在的制約も消滅しているという解釈を示すことが、先例との関係で必要となる。これとともに、許可基準に適合するＸの建築計画は原則として許可されるべきであるのに、焼失した雑木林の再生という政策目的の実現のために本件不許可処分がされたという解釈を示し、Ｘが本件不許可処分によって被る損失は雑木林再生という政策を実現するためにＸに課せられた「特別な犠牲」に当たるので、損失補償されるべきと主張することが考えられる。

［国際関係法（公法系）］

〔第１問〕

本問は、外交的保護や、犯罪人の引渡し、外交官の特権免除に関する国際法の知識と理解を確認することを目的とする。

設問１は、国際法上の外交的保護に関する知識と理解を問うものである。外交的保護は、国の領域内にいる外国人の待遇に関する国際法の違反があったとされる場合に、外国人の国籍国が領域国の責任を追及するために国際請求を行うものであるが、国籍国が外交的保護を行使するためには、国籍継続の原則と国内救済完了の原則という二つの要件を満たしていることが求められる。Ａ国内で出生したＸは、出生時にはＡ国国民であったところ、その後にＢ国の国籍を取得し、それに伴いＡ国の国籍を喪失しているが、外交的保護における国籍継続の原則は、大国による外交的保護の濫用を防止する目的で、個人が損害を被

った時から国籍国が外交的保護を行使するまでの間、その国の国籍を継続して有していなければならないとするものであり、Ｃ国による財産の没収の時点でＢ国の国籍を有していたＸについては、この要件は満たされている。国内救済完了の原則は、損害を被った外国人が領域国内で利用可能な法的手段を尽くしていることを求めるものであり、ＸがＣ国内で利用可能な法的手段を尽くした後にのみ、Ｘの国籍国であるＢ国は、外交的保護を行使してＣ国に対して国際請求を行うことが認められる。ただし、Ｃ国の法制度では、いずれの救済手段についても、外国人は利用できないと規定されており、そのことを、国内救済完了の原則の要件については領域国の国内法上実効的な救済が得られないことが明白である場合には適用されないとされていることと関連付けて論ずることが期待される。

設問２は、犯罪人の引渡しに関する国際法についての知識と理解を問うものである。慣習国際法上、それぞれの国は、自国領域内にいる者（例えば、逃亡犯罪人）について他国が引渡しを求めてきた場合でも、その者を引き渡す義務は負わない。したがって、Ｃ国とＤ国との間で犯罪人引渡条約が締結されていない場合、Ｄ国は、国際法上、Ｃ国に対してＰを引き渡す義務を負わないことになる。他方で、Ｃ国とＤ国との間で相互に犯罪人の引渡しを義務付ける犯罪人引渡条約が締結されている場合、当該犯罪人引渡条約の効果として、Ｄ国は、国際法上、Ｃ国に対してＰを引き渡す義務を負う可能性がある。ただし、例えば、日本国とアメリカ合衆国との間の犯罪人引渡しに関する条約第４条第１項第１号や犯罪人引渡しに関する日本国と大韓民国との間の条約第３条（ｃ）は、引渡しの請求に係る犯罪が政治犯罪である場合は引渡しは行われないと規定している（政治犯不引渡しの原則）。Ｃ国とＤ国との間で締結されている犯罪人引渡条約が同種の規定を含んでいれば、Ｃ国が請求するＰの引渡しがＣ国の刑法上の内乱の罪についてＰを訴追するためであることを考慮すると、政治犯罪に当たる可能性があり、その場合は、当該条約上もＤ国はＣ国に対してＰを引き渡す義務を負わないということになる。

設問３は、国際法上、外交官が享有する裁判権免除についての知識と理解を問うものである。Ｑの派遣国であるＣ国も、接受国であるＥ国も外交関係に関するウィーン条約（以下「外交関係条約」という。）の当事国であることから、Ｅ国におけるＱの外交官としての特権免除は、外交関係条約により規律される。同条約第３１条第１項は、「外交官は、接受国の刑事裁判権からの免除を享有する。外交官は、また、次の訴訟の場合を除くほか、民事裁判権及び行政裁判権からの免除を享有する。」と定めており、民事裁判権及び行政裁判権からの免除については、刑事裁判権からの免除の場合と異なり、例外となる訴訟を明示している。Ｑは、「国際法上、私は民事裁判権からの免除を享有する。」と主張していたが、Ｅ国の国内裁判所は、Ｑが、「この講演は個人的な利得を目的とするものである。」と言い、講演料をＱ個人の銀行口座に振り込ませたことから、甲がＱを被告として提起した民事訴訟は、外交関係条約第３１条第１項（ｃ）が定める「外交官が接受国において自己の公の任務の範囲外で行なう職業活動又は商業活動に関する訴訟」に該当することを理由として、「Ｑは本件訴訟においてＥ国の民事裁判権からの免除を享有しない。」と判示したと考えられよう。

〔第２問〕

本問は、難民の地位に関する条約（以下「難民条約」という。）の解釈、武力行使禁止原則の意義及び法源性、国際司法裁判所（以下「ＩＣＪ」という。）における選択条項受諾宣言及び留保に関する基本的な知識と理解を確認することを目的とする。

設問１は、難民条約の適切な理解と適用を求める問題である。難民条約は難民の定義に関し

て時間的及び地理的制約を設けており、それらは難民の地位に関する議定書によって取り除かれたが、その点については論じる必要はないとしている。そのため、難民該当性に関しては、まず、難民条約第１条Ａ(2)の、「人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であつて、その国籍国の保護を受けることができないもの又はそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護を受けることを望まないもの」という要件を満たす必要があり、事実の要件該当性を整理することとなろう。難民条約の適用を受けるためには、これらの要件に加えて、同条約第１条Ｃ―Ｆに該当しないことも満たす必要がある。

設問２は、国際連合憲章（以下「国連憲章」という。）に規定される武力行使禁止原則の意義を問う問題である。ＩＣＪ１９８６年ニカラグア事件本案判決は、①機雷敷設、港湾等への攻撃は武力行使禁止原則の中でも最も重大な形態（武力攻撃を構成するもの）に当たる、②反政府団体への武器供与及び訓練は、それより重大でない形態の武力行使禁止原則の違反あるいは干渉に当たる、③反政府団体に対する資金の供与は干渉行為だが武力行使を構成しない、と整理した。Ｂ国による β 自由戦線への武器供与はこのうちの②に該当すると考えられる。なお、同判決は、実際には慣習国際法上の武力行使禁止原則について検討したものだが、そこで示された同原則の上記内容に関する理解は国連憲章上の同原則にも当てはまる。

設問３は、ＩＣＪにおける選択条項受諾宣言及び留保並びに武力行使禁止原則の法源に関する基本的な知識と理解を問うものである。本件紛争は武力行使禁止原則の違反をめぐるものであり、同原則は国連憲章第２条第４項に規定される一方で、慣習国際法上も認められる。Ｂ国の多数国間条約留保により国連憲章に関する紛争については同留保が適用されＩＣＪは管轄権を有さないが、慣習国際法に関する紛争については同留保の射程外となり管轄権を有するものと考えられる。ＩＣＪ１９８４年ニカラグア事件管轄権・受理可能性判決において、米国が多数国間条約留保を付していたためＩＣＪは国連憲章の適用を控えなければならないとした上で、ニカラグアの主張を慣習国際法に基づいて決定するとしたことが参考となろう。

［国際関係法（私法系）］

〔第１問〕

〔設問１〕は、公海上の船舶衝突をめぐる紛争に関し、国際裁判管轄及び準拠法を問うものである。

〔設問１〕の〔小問１〕⑴では、ＡのＢに対する訴えは「船舶の衝突…に基づく損害賠償の訴え」であり、Ａの船舶αは、損害を受けた後、日本に寄港しており、「損害を受けた船舶が最初に到達した地が日本国内にあるとき」に該当する（民訴法第３条の３第９号）。訴えを却下する「特別の事情」の有無（同法第３条の９）については判断が分かれ得るが、具体的事情から、Ｂに日本で訴えられることについての予測可能性があったか、また、日本に審理のための証拠が欠如しているかという点を論じることとなる。

〔設問１〕の〔小問１〕⑵では、ＡのＢに対する損害賠償請求は不法行為と法性決定され、通則法第１７条以下が適用される。通則法第１７条は、結果発生地を連結点としているが、当該船舶衝突は公海上で発生しており、結果発生地に適用されるべき法が存在しない。従来、裁判例・学説では、衝突した船舶双方の旗国法を累積適用する見解、被害者の本国法を適用する見解、法廷地法を適用する見解、通則法第２０条の趣旨を踏まえ端的に最密接関係地法を適用する見解等が示されてきた。根拠を示しつつ、これらのいずれかの見解を規範として示し、設問の事案に当てはめて結論を示すこととなる。

〔設問１〕の〔小問２〕は、保険金の直接支払請求についての法性決定を問うものである。

丁国法の適用を求めるＡの主張は、当該請求をＢＣ間の保険契約の効力の問題（通則法第７条以下）と法性決定するものであり、保険金の直接支払請求を保険契約の対外効と捉える考え方に基づいている。これに対し、ＡのＢに対する損害賠償請求の準拠法と同一の法の適用を求めるＣの主張は、当該請求を不法行為（通則法第１７条以下）と法性決定するものであり、保険金の直接支払請求を、被害者に対する救済として明文規定により法が特別に認めた権利であり、不法行為債権そのものの効力であるという考え方を根拠としている。以上を踏まえ、根拠とともに私見を示し、準拠法についての結論を示すこととなる。

〔設問２〕は、当事者の一方のみに選択権を認める管轄合意条項の有効性を問うものである。国際的管轄合意の有効性については民訴法第３条の７が定めているが、当該管轄合意条項の効力を否定する規定は特にない。他方、判例上、国際的管轄合意は、「はなはだしく不合理で公序法に違反する」場合には無効とされている（最判昭和５０年１１月２８日民集２９巻１０号１５５４頁）。民訴法第３条の７にはこの点に関する規定はないものの、立案担当者の解説や学説上の多数説によれば、同要件は現行法の下でも妥当すると解されている。そこで、運送人のみが管轄裁判所を選択できる当該管轄合意が当事者の公平に反し、「はなはだしく不合理」であるといえるかが問題となる。この点につき、理由を示し、Ａの主張が認められるか否かについての結論を示すこととなる。

〔設問３〕は、外国判決承認に関する民訴法第１１８条の各要件のうち、第３号にいう手続的公序の理解を問うものである。手続的公序の要件は、被告を中心とする関係当事者にとって、外国での訴訟手続を通して適切な手続的保障がなされていたことを確保することを趣旨としている。この点につき、最高裁は、外国判決書の送付が問題となった事例において、訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより、不服申立ての機会が与えられないまま当該外国判決が確定した場合には、その訴訟手続は手続的公序に違背すると判示している（最判平成３１年１月１８日民集７３巻１号１頁）。同判決に言及しつつ規範を示し、判決書がＡに届かなかったことからＡに内容が了知されたとはいえないとしつつ、了知する機会が実質的に与えられていたか否かにつき、具体的事情を踏まえて検討し、Ａの主張が認められるか否かについて結論を示すこととなる。

〔第２問〕

〔設問１〕は、離婚の準拠法についての理解を問うものである。日本に常居所を有しないＡＢの協議離婚届が受理されるか否かの判断には、そもそも協議による離婚が認められるか（離婚の実質的成立要件としての離婚の方法）、また、それが認められるとして、日本での協議離婚届の提出は有効か（離婚の方式）につき検討が求められる。前者については、離婚の問題として通則法第２７条による準拠法の確定、後者については親族関係についての法律行為の方式の問題として通則法第３４条による準拠法の確定が求められるところ、その確定の過程においては、通則法第３８条第１項を踏まえたＢの重国籍の適切な処理が必要となる。

〔設問２〕は、嫡出親子関係に関連する諸問題について、準拠法をいかに決定するかに係る理解を問うものである。

〔設問２〕の〔小問１〕は、嫡出親子関係の成立の準拠法の理解を問うものである。すなわち、ＡＢは現時点では既に婚姻を解消しているが、そのような場合でも嫡出親子関係成立の問題として法性決定をし、通則法第２８条第１項により嫡出子としての推定が及ぶか否かを検討することになる。なお、ここでもＢの重国籍の処理については注意が必要である。

〔設問２〕の〔小問２〕は、嫡出否認に係る準拠法の処理の理解を問うものである。まず、嫡出否認も嫡出親子関係の成立の問題として法性決定されることを押さえた上で、〔小問１〕の

検討の結果、Ｄについては、Ａの本国法でもＢの本国法でも嫡出子としての推定を受けることを踏まえ、いずれの法によって嫡出否認が可能となるかを検討する必要がある。すなわち、通説は、このような場合には、Ａの本国法及びＢの本国法いずれによっても嫡出否認が認められることを要するとしているところ、その理解を正確に踏まえた上で、事案に当てはめた処理が求められる。他方、嫡出否認についても選択的適用を認める少数説もあるところ、このような見解を採る場合には、その理由を説得的に論じる必要がある。また、通説の理解に立てば、本問では、嫡出否認が認められなくなる甲国法の適用により、嫡出否認の訴えが不適法となるところ、そのような結果が通則法第４２条による公序に反しないかの検討も必要となろう。

〔設問３〕は、扶養の問題に関する準拠法についての理解を問うものである。まず、「夫婦、親子その他の親族関係から生ずる扶養の義務」については、通則法の準拠法決定規則は適用されない（通則法第４３条第１項）ことを踏まえ、扶養義務の準拠法に関する法律（以下「扶養法」という。）の対象となることを押さえる必要がある。その上で、本問の対象となる子の扶養に関しては、扶養法第２条により準拠法を決定することになる。扶養法第２条は、いわゆる補正的連結による準拠法決定を定めており、第１段階で扶養権利者の常居所地法、その法によれば扶養を受けることができない場合には当事者の共通本国法、その法によっても扶養を受けることができない場合には日本法が準拠法となる。ここでは、扶養権利者であるＥの常居所地が甲国にあることを踏まえて、甲国法によりＥが扶養を受けることができるか否かを検討する必要がある。甲国法では成年年齢が１６歳とされており、かつ、子については未成年である場合にのみ扶養が受けられることとされているところ、Ｅが未成年であるか否かをいずれの法によって判断するかを決しなければならない。この点については、行為能力の問題として通則法第４条により定まる準拠法によるとする見解と、扶養義務の問題として扶養法により定まる準拠法による見解とに分かれるが、前者の見解に立つ場合には、Ｅの重国籍を適切に処理する必要があることにも注意すべきであり、後者の見解に立つ場合には、理由付けを丁寧にすることが求められる。また、いずれの見解に立つか、Ｅが成年として扱われるか未成年として扱われるかにかかわらず、最終的な準拠法は、扶養法第２条が補正的連結を採用している点に注意を払って決定することが重要である。