OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	平成一八年度一学期高等司法研究科試験問題
Author(s)	
Citation	阪大法学. 2007, 56(5), p. 189-253
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/54892
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

平成一八年度一学期試験問題　高等司法研究科

▼公法1　……鈴木秀美教授

問　以下の事例について問に答えなさい。

Xは、新興宗教A会の信者であるが、入会勧誘のため、他の信者らとともに男性CをA会B市支部の一室に案内し、数時間にわたって退出させず、強引な勧誘を行ったとして監禁容疑で逮捕されたが、監禁時間が比較的短時間だったことなどから起訴猶予となった。Xは、取調べの段階で、男性Cの勧誘に自分は立ち会っていなかったと容疑を否認していたが、事件が発生したとされる時間帯に、Xが他の信者らとともに、男性CをともなってA会B市支部に入っていく様子を撮影した写真を示されたことがきっかけとなって、容疑を認めざるを得ない状況となった。

Xは、取調べにあたった警察官から、当該写真は、B市支部と道路を挟んで反対側に位置しているコンビニエンスストア（以下「コンビニD店」という）に設置されたカメラによって撮影されたものであるとの説明を受けた。当時、コンビニD店には全部で三台のカメラが設置されていたが、そのうちの二台は店内に、一台は店外にあった。警察官の説明によると、店外に設置されたカメラは、店の入り口近くのひさしに設置されており、普通車三台の駐車が可能なコンビニD店の駐車場を撮影しているが、高性能であるため、駐車場だけでなく、その先の道路の様子まで鮮明に撮影することが可能である。A会B市支部の玄関は、コンビニD店の真向かいにあるため、駐車場を撮影するために設置された店外のカメラによって、結果的に、A会B市支部の出入りの状況も撮影されていた。

コンビニD店の経営者Yは、警察官から犯人と思われる者が撮影されている可能性があるからとの説明を受け、どのような犯罪の捜査をしているのか確認せずに、警察官の求めに応じて、事件発生時間帯の店外のカメラの画像データを任意で提出した。当時、コンビニD店にも、加盟契約を締結しているフランチャイズチェーン本部にも、カメラによって撮影された画像の保管や外部提供のあり方について定めた内規のようなものはなかった。

B市では、コンビニ店内での万引きや強盗、駐車場での車上荒らしが頻発していたため、コンビニD店では、加盟契約を締結しているフランチャイズチェーン本部からの勧めもあって、Xらによる男性C監禁事件が発生した半年前にカメラ三台を設置していた。同店のカメラはいずれも、ドーム型カメラと呼ばれ、カメラにカバーを取り付けてあり、一見しただけではカメラと気づかれないタイプのものだった。問題の写真が撮影された当時、コンビニD店には「防犯カメラ作動中」などの表示はいっさいなかった。Xをはじめ B市支部

に出入りするA会信者の多数も、コンビニD店を頻繁に利用していたが、カメラの設置に気づいている者はいなかった。

Xが事件後に現地で確認したところ、店外に設置されたカメラは誘蛾灯のようなかたちをしており、カメラであると説明されないかぎり、自分が撮影されていることに気づく者はいないであろうと思われた。Xがさらに調査したところ、コンビニD店に設置されたドーム型カメラを製造しているメーカーは、このタイプのカメラを「シークレットカメラ、それと知れず、がっちりガード」などと宣伝していることが明らかとなった。

なお、コンビニD店のカメラは、従来のビデオテープに代わって、店内に設置したパソコンのハードディスクに画像を記録するシステムを採用しており、画像がデジタル化されるため劣化しにくいだけでなく、画像を長期間記録すること、必要な画像を鮮明化することも容易であった。そのうえ、このシステム自体は、フランチャイズチェーン本部と加盟店をネットワークで結んで、本部が加盟店のハードディスクにアクセスし、そこに記録された画像を取り出すこともできるものであった。ただし、コンビニD店側は、技術的には可能であっても、実際には画像利用のためのネットワークを本部と結んだことはないと説明している。

あなたが、Xから、Yを相手取って損害賠償を請求したいとの依頼を受けた弁護士であった場合、憲法に基づいてどのような主張を行うか、述べなさい。

▼民法1 ……吉田光碩教授

1 下記の事例に関して、(1)~(3)の問いに答えなさい。

〔事例〕 AはB、C、Dから各三〇〇〇万円、四〇〇〇万円、五〇〇〇万円の借金があるが、資金繰りに窮し、各弁済期の弁済が困難になった。そこでAは、Bなどの債権者から自己所有の土地建物（甲）に強制執行をかけられることを恐れて、友人のFに頼んで、甲をFに売却したことにし、登記名義をFに移した。ところがFは自己に登記名義があることをよいことにして、これをMに売却し、MはさらにこれをNに転売して、登記名義もNに移転した。

その後AはFが甲を無断譲渡したことを知り、Nからこれを取り戻すべく、訴えを提起した。

(1) 事例を変更して、仮にMからNへの転売がなく、また、登記がFからMに移転する前に、AがFの無断売却に気づいて、Fに対して売買の無効を主張し、AからFへの移転登記抹消請求訴訟を提起した場合、Mはその訴訟に参加して、自己へ登記を移転するよう、請求できるか（民事訴訟法上の論点は無視すること）。Mの善意・悪意、過失の有無等にわけて論じなさい。

(2) 事例を変更しないで、MはAが真実の所有者であることを知っていたが、Nは事情を知らずに、無過失でMから甲の転売を受けた場合、AはNから甲を取り戻すこと

ができるか。

(3) 上記(2)とは逆に、Mが善意・無過失で、Nが悪意であった場合はどうなるか。

2 下記の事例に関して、(1)、(2)の問いに答えなさい。

〔事例〕 Aは自己所有不動産（乙）をBに売却して登記名義もBに移転したが、間もなくBにだまされていたことに気づき、詐欺を理由に乙の売買契約を取り消した。ところが、Bは乙をCに売却していた。

(1) Aが取り消す前にBがCに売却していた場合、Aは詐欺による取り消しをCに対抗できるか。Cに登記が移っている場合と、そうでない場合に分けて論じなさい。

(2) Aが取り消した後、Bに登記が残っていることをよいことに、BがCにこれを売却した場合、Aは取消をCに対抗できるか、Cに登記が移っている場合と、そうでない場合とにわけて論じなさい。

▼民法2 ……小杉茂雄教授

〔設例1〕 民事裁判の修習中のP修習生は、民事裁判の判決書の起案のため、結審した裁判記録から事実整理をし、以下のように事実をまとめた。

① 平成一三年七月一二日、Yは、A信用保証協会の保証により、F銀行から借入をすることとなり、Xは、Yの委託により、A保証協会のYに対する求償権を担保するためX所有の二六物件にのぼる不動産に、根抵当権者A、根抵当権設定者X、債務者Y、極度額三六〇〇万円などとする根抵当権を設定した。

② 平成一八年三月三〇日、Yの債務不履行により、A保証協会は、F銀行に対し、保証債務の履行をなした。A保証協会は、上記三六〇〇万円の根抵当権の実行を申し立て、競売開始が決定した。

③ 上記二六物件のうち、五物件について、売却許可決定がされ、配当が実施され、手続き費用は、A保証協会が取得し、それ以外は、乙農協に配当された。

④ 上記五物件の一番抵当権者は、乙農協であり、一番抵当権の債権者は、Yではなく、Xであった。

⑤ 上記抵当権実行が申し立てられた平成一八年三月三〇日に、遅くとも、上記根抵当権は確定し（民法三九八条二〇、二号）、被担保債権の弁済期は、それ以前に到来している。

上記、事実整理について、指導裁判官は、その程度でよいであろうとのチェックをし、あらたに、裁判官から、A保証協会に対するYの残元本額が三三〇〇万円であったが、別のY所有の甲宅地の売却により、A保証協会は、七二〇万円の弁済を受けているので、残元本債務は、二五八〇万円となる、との事実を付加した。五物件の競売の記録などから、上記二六物件のうち、二一物件の競売による予想売却価額は、合計で二〇〇〇万円前後くらいではないか、との予想ができた。

そのうえで、Xは、Yが二五八〇万円の求償請求をしてきている。合議事件ではないのであるが、P修習生の意見を聞きたい、P修習生と合議しようではないか、ということになった。

まず、前提問題として、XのYに対する求償請求は、法律論として認められるかどうかを検討してほしい、ということになった。裁判官は、否定的に考えているので、肯定する説の論拠を踏まえて、否定説の理論武装をしてほしい、どうしても否定説がおかしいというのであれば、否定説を論破する理論を明らかにしてほしい、とP修習生はいわれた。

問1　上記指導裁判官のいう前提問題（右記傍線部分）をP修習生に代わって答えなさい。

問2　あなたが裁判官であって、また、肯定説にたった場合、いくらの具体的な求償金額を認容するか、理由を付して答えなさい。

〔設例2〕　甲1乃至甲3は、M社の大阪造船所で、橋梁等鉄鋼製品、ディーゼルエンジン、原動機などの製品を製作する仕事に従事してきた。

甲1乃至甲3はいずれも難聴に罹患した。この難聴は騒音性に基づくものであり、M社大阪造船所での作業によるものとの相当因果関係が認められた。

甲1乃至甲3は、いずれもM社から受注した元請企業の乙社の従業員ではなく、乙社の傘下にある別会社の下請企業の丙社に勤務する従業員であった。甲1乃至甲3の就業形態は、下請企業である丙社を通じて元請企業乙社の指定した場所に配置され、元請企業乙社の供給する設備、器具を用いて、または、元請企業乙社の指示の下に労務提供を行うというものであった。もちろん、甲1乃至甲3と乙社とは直接の雇用契約関係にはない。元請企業乙社と下請企業丙社とは、請負契約が締結されている。

問3　甲1、甲2、甲3は、乙社に対し、債務不履行責任は問えるか否かについてできるだけ詳しく論じなさい。

▼法理論　……三阪佳弘教授他

レポート課題：司法における正義と衡平

司法とは、法律を解釈適用することによって「法律上の争訟」を解決する作用のことです。もっとも、今般の司法制度改革では、そのような「狭義の」司法機能の拡充ばかりでなく、裁判外紛争解決、総合法律支援制度といった、より広い意味での司法アクセスに関わる改革も進められました。そこでは、法律以上に「正義と衡平」の原理が重視されるとも言われています。今般の司法制度改革では、「法の支配」と同時に、「正義と衡平」原理もまた推し進められているのです。そこで、今年度の法理論期末レポートでは「司法における正義と衡平」について考えてもらおうと思っています。

今日の法制度は、歴史的に見れば「正義と衡平」の原理に誘導されて発展してきたと言うことができます。他方、要件

事実論を基本とする今日の司法実務と「正義と衡平」原理にはかなり距離があるようにも思えます。今日の裁判では、「正義と衡平」に基づく判断は例外的にしか行われていません。しかし、興味深いことに、社会の変化の激しさから、既存の法律によって解決できない問題、またそもそも裁判になじまない問題が増えてきていることも事実です。それゆえにこそ「正義と衡平」が新たに問われるようになってきているのです。そこで、みなさんには司法における「正義と衡平」について、下に挙げる問題のいずれかを選んで論じていただきたいと思います。

所定字数　八〇〇〇字程度

【選択問題】

1　司法制度の形成の歴史を踏まえて、司法における「正義と衡平」の役割について論じなさい。その際、近代法実証主義の形成以前と、近代法実証主義が確立されて以降の段階とで「正義と衡平」の位置づけがどのように変わってきたかを明らかにすること。

2　法的思考独自の推論様式において「正義と衡平」の果たす役割について論じなさい。その際、事件の解決のために適切な法規が存在しない場合（ハード・ケース）における「正義と衡平」の役割について十分に論ずること。

3　裁判外紛争解決（ＡＤＲ）における「正義と衡平」の役割について論じなさい。その際、裁判所における紛争解決とＡＤＲ手続による紛争解決とで「正義と衡平」が果たす役割の違いについて明らかにすること。

▼法律実務基礎　……松本和彦教授他

平常点

▼公法３　……村上武則教授

以下の二問のうち一問を選択して論述せよ。

（第1問）

わが国の赤貝はほとんど中国からの輸入に頼っている。そこで、Ａ町が町おこしの一環として制定した「赤貝養殖技術開発に関する補助金交付要綱」に基づいて、養殖業を営むＸ（法人）が五〇〇万円の補助金の交付を申請したところ、町長は、非交付の決定を行った。しかし、Ａ町の中で同様の技術開発を行っている漁業協同組合甲および乙に対しては、それぞれ五〇〇万円の交付が認められた。しかるに甲および乙と競争関係に立つＸは、これまでの準備状況といい、設備の充実さ等、自分の方がはるかに能力的に、甲および乙よりも優れているように思っており、非交付決定に対して非常に不満であって、裁判所で争いたい。この場合、Ａ町の補助金交付規則四条（後掲）によれば、町長は「交付の決定をする」という文言が使われているが、特段の不服申立てに関する定めも、刑罰等に関する規定もない。どのような訴訟手段が考えられるだろうか。はたして行政事件訴訟法四条の「公法上の法律関係に関する確認訴訟」で争うことが可能だろうか、

もし可能として、どのように理論構成をしたら請求が認められ得るだろうか。それとも取消訴訟で争う以外に道はないものかどうか。取消訴訟を提起するとして、どのように理論構成したらよいのだろうか。この場合、給付行政に関しては予算があることを前提とするが、必ずしも法律や条例の定めがなくともよいという学説に一応基づきながら論じたい。

以下の法律や条例・規則を参考にしながら、問題点を分析して考察せよ。その場合、特に国の補助金適正化法や行政手続法の仕組み、大阪府補助金交付規則や大阪府行政手続条例の仕組み、鳥取県の補助金等交付規則や鳥取県行政手続条例の仕組み、そしてA町補助金交付規則やA町行政手続条例の仕組みの違いに注意しながら論ぜよ。

【参考法令】

行政事件訴訟法第三条（抗告訴訟）

同法第四条（当事者訴訟）

補助金等適正化法（補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律のこと）（昭和三〇年八月二七日・法律一七九号）

A町補助金交付規則

A町行政手続条例

大阪府補助金交付規則（昭和四十五年十月一日・大阪府規則第八十五号）

大阪府行政手続条例（平成七年三月十七日・大阪府条例第二号）

鳥取県補助金等交付規則（昭和三二年四月三〇日・鳥取県規則第二二号）

鳥取県行政手続条例（平成六年一二月一九日）

行政事件訴訟法第三三条

同法第四一条（抗告訴訟に関する規定の準用）

（第2問）

まず、行政の不作為に対して、現行法上どのような救済手段があるかについて概観せよ。それをうけて、行政の不作為に対して損害賠償責任を追求する場合、どのような理論構成をすべきだろうか。いくつかの判例を参考にしながら考察したい。この場合、特に千葉県野犬等捕獲条例事件（東京高判昭和五二年一一月一七日判時八七五号一七頁）、新島漂着砲弾暴発事件（最判昭和五九年三月二三日民集三八巻五号四七五頁）、宅地建物取引業法事件（最判平成元年一一月二四日民集四三巻一〇号一一六九頁）、筑豊じん肺訴訟事件（最判平成一六年四月二七日民集五八巻四号一〇三二頁）の判例を参考にしながら、以下の事例について、国家責任を根拠づける理論を考察してみよ。

甲医薬品に対して厚生労働大臣は製造承認をしたが、多くの国民が甲医薬品を常用していたところ、その効能、効果を著しく上回る有害な副作用があることが判明してきた。しかるに国はなんらの措置もとらず放置していた。そこで甚大な被害を被ったXは国（Y）を相手取って損害賠償を請求した

い。どのような理論構成が可能か。

【参考法令】

薬事法（昭和三五年八月一〇日・法律一四五号）

警察官職務執行法（昭和二三年七月一二日・法律第一三六号）

宅地建物取引業法（昭和二七年六月一〇日・法律第一七六号）

▼民法5 ……平田健治教授

問一　AはBに対して一〇〇〇万円の貸金債権を有しており、Cがその保証人である。この債権について消滅時効期間が満了した。その後、CはAの請求に応じて元利全額一一〇〇万円を支払った。CはBに求償できるか。BC間の保証委託契約に事前事後の通知を不要とする特約があった場合となかった場合に分けて検討しなさい。

問二　最大判昭四一・四・二〇は、「債務者が、自己の負担する債務について時効が完成したのちに、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかつたときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されないものと解するのが相当である。けだし、時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えるであろうから、その後においては債務者に時効の援用を認めないものと解するのが、信義則に照らし、相当であるからである。また、かく解しても、永続した社会秩序の維持を目的とする時効制度の存在理由に反するものでもない。」と述べる。

主たる債務につき消滅時効が完成した後に、主たる債務者が債務承認し、続いて保証人が保証債務を承認した場合に、保証人が主たる債務の消滅時効を援用することが許されるか否かという問題を上記判決に関連づけつつ検討しなさい。

問三　別紙（省略）の、同一事案に関する最高裁判決、高裁判決と上告理由を比較し、最高裁が上告理由におけるどのような主張を考慮して、高裁判決と異なる判断ないし法的構成を採用したと考えられるかを、項目分けして説明しなさい。

損害賠償請求事件

最高裁判所第一小法廷平成六年（オ）第七九九号

平成一〇年四月三〇日判決

損害賠償請求控訴並びに附帯控訴事件

東京高裁平三（ネ）三五一〇号・同四（ネ）四〇一号

平五・一二・二四民四部判決

▼商法1 ……青竹正一教授

山下典孝助教授

1～7までの問題すべてに答えなさい。解答用紙には、問

題の番号を記載した上で、解答しなさい。

1　以下の記述の中で、正しいものの組み合わせはどれか。

①　陸上物品運送人は、当該運送における運送品に関する報酬、運送賃又は立替金の支払いのために、当該運送契約によって委託を受けた運送品を留置することができる。

②　代理商の留置権の目的物は、本人の所有に属するものでなければならない。

③　商人間の留置権は、破産財団に対し特別の先取特権とみなされ優先弁済を受ける権利を有する。

④　代理商の留置権は、民事留置権同様に、被担保債権と留置権の目的物との間に牽連性が必要とされている。

⑤　商人間の留置権は、商人である債権者を保護するための制度であることから、特約でこれを排除することは許されない。

(1)　①と③、(2)　①と⑤、(3)　②と④、(4)　②と⑤、(5)　④と⑤

2　以下の記述の中で、正しいものはどれか。見解の相違がある場合には最高裁の見解による。

(1)　普通取引約款の拘束力は、当該取引分野においては、約款によって取引関係が規律されるという商慣習又は商慣習法が存在することにある。

(2)　絶対的商行為の一つである投機売却の目的物には不動産も含まれる。

(3)　相対的登記事項は、登記するか否かは当事者の自由に任されているので、その事項を登記した後、その変更または消滅が生じた場合に、その変更登記をしなくとも、善意の第三者に対抗されることはない。

(4)　医療法人が患者を診察する行為は、営業的商行為に該当する。

(5)　信用組合が組合員に対して貸付を行う行為は、営業的商行為である銀行取引にはあたらない。

3　以下の記述の中で、正しいものはどれか。見解の相違がある場合には最高裁の見解による。

(1)　個人商人の商号の譲渡は、営業の譲渡がなされる場合又は営業を廃止する場合に限りこれを行うことができる。

(2)　個人商人であるか会社であるかに関係なく、商号は必ず登記しなければならない。

(3)　取引の相手方が商号使用許諾者を営業主と誤認したことに過失があった場合には、商号使用許諾者は取引の相手方に対して責任を負わない。

(4)　商法二五条、会社法一四条一項による代理権限を主張する者は、当該使用人が商人・会社からその営業・事業に関するある種類又は特定の事項の処理を委任された者であること及び当該行為が客観的にみて右事項の範囲内に属すること、そしてこれらの事項につき代理権の授与がされていることまで主張・立証しなければならない。

(5)　「支店庶務係長」「支店長代理」という名称は、営業の主任者を示す名称であり、表見支配人の成立は原則として認められる。

4　以下の記述の中で、正しいものの組み合わせはどれか。

①　仲立人の見本保管義務は、委託者と相手方との間で法律行為が成立した時点で、その義務から解放されることになる。

②　問屋が委託者の指示に基づき物品の販売又は買入をした場合の当該売買契約の当事者は、問屋と相手方である。

③　最高裁の立場によれば、民事仲立人の報酬請求権については、商法五五〇条二項が類推適用され、相手方に対しても当然に報酬を請求することが認められる。

④　商事仲立人が媒介したがその他人間に契約が成立しない場合には、商事仲立人は媒介に係った費用の一部を依頼者に請求することはできない。

⑤　代理商が本人のために代理又は媒介を行った場合、本人である委託者からの請求をまって代理商は、その旨の報告をする義務を負う。

(1)　①と③、(2)　①と⑤、(3)　②と④、(4)　②と⑤、(5)　④と⑤

5　以下の記述の中で、正しいものの組み合わせはどれか。

①　商人間の売買において目的物に品違いがあり、買主が契約を解除した場合にも、商法上、買主は目的物の保管および供託義務を負う。

②　確定期売買が商人間の売買である場合、履行期を経過し、相手方がただちに履行を請求しない限り、催告なしに契約を解除できるが、解除の意思表示をしなければならない。

③　商人間の売買において、受領拒否又は受領不能があった場合、売主は売買契約の目的物を供託するか、買主に対して相当の期間を定めて催告した上で、裁判所の許可を得た後に競売を行うことができる。

④　判例によれば、買主が負う目的物の検査通知義務の対象となるのは特定物に限定されるのではなく、不特定物も含まれる。

⑤　判例によれば、商人間の売買の目的物に瑕疵があった場合、通知義務をはたさなくとも、買主は売主に対して代金の減額請求を行うことが認められる。

(1)　①と③、(2)　①と④、(3)　②と⑤、(4)　③と④、(5)　④と⑤

6　陸上運送に関する以下の記述の中で、正しいものの組み合わせはどれか。

①　運送状は証拠証券にすぎないから、荷送人の過失によって運送状に不正確な記載をしても、荷送人は運送人に損害賠償責任を負わない。

②　判例によると、運送人が実際に運送品を受け取ること

なく貨物引換証を発行した場合、証券は無効であり、証券所持人の保護は運送人に対する不法行為責任によることになる。

③　判例によると、運送品の全部滅失による実損害額が法定額である運送日の引渡をすべきであった日における到達地の価格より下回る場合でも、運送人は法定額の賠償責任を負うことになる。

④　荷送人が運送を委託するに当たり高価品の種類および価格を明告しなかった場合は、運送人の故意により高価品を滅失させたとしても運送人は全く責任を負わない。

⑤　判例によると、運送人の運送契約上の損害賠償責任額を制限する約款は、運送人の荷送人に対する不法行為に基づく損害賠償責任には適用されないことになる。

(1)　①と②、(2)　②と③、(3)　②と④、(4)　③と④、(5)　③と⑤

7　非商人であるXは、貸金業者であるY株式会社（以下、「Y社」と略す）との間で、金銭消費貸借契約を締結した。Xは、Y社から、利息制限法一条一項所定の制限利息を超える利息の約定で各金員の借入を行い、その金員の弁済を繰り返し行ってきた。Xは、利息制限法所定の制限の範囲内で充当計算すると、Y社に対して過払金が生じていることが判明した。

XからY社に対して過払金に対して不当利得返還請求訴訟を引き受けたあなたは、過払金の利息について商法五一四条による商事法定利率を主張した。これに対して、Y社から依頼を受けた相手方弁護士が、別紙資料の通り、最判一小昭和五五年一月二四日民集三四巻一号六一頁を根拠に、不当利得返還請求権は法律の規定によって発生する債権であり、商行為から生じた債権やそれに準じたものではないとして、民法四〇四条所定の年五分を主張してきた。あなたは、この主張に対して、どのような反論を唱えて、年六分の主張を正当化すべきか検討しなさい。

［別紙資料］

不当利得金返還請求事件

昭和五三年(オ)第一一二九号

同五五年一月二四日最高裁第一小法廷判決

▼商法2　……吉本健一教授

【第1問】

(1)　株式会社の設立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。

ア．株式会社の設立においては、定款の認証後に定款を変更するには、発起人全員の同意が必要である。

イ．発行可能株式総数は、発起人全員の同意があるときは、定款に記載することを要しない。

ウ．発起人が株式の引受後遅滞なく出資を履行しないとき

は、当然に株主となる権利を失う。

エ．募集設立において、現物出資財産の価額が定款に記載・記録された価額に著しく不足するときは、発起人および設立時取締役（設立時取締役および現物出資者以外の発起人は検査役の調査を受けた場合を除き）、その過失の有無に関わらず、連帯して、不足額を支払う義務を負う。

オ．募集設立において、一人しかいない発起人が引き受けた株式につき失権したときは、会社設立の無効原因となる。

①　ア　イ　②　イ　エ　③　ウ　エ　④　ウ　オ　⑤　エ　オ

(2)　株式会社の計算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。

ア．株式会社は、会社法四三九条所定の場合を除き、事業報告および計算書類を定時株主総会に提供または提出し、その承認を受けなければならない。

イ．大会社は、定時総会の終結後遅滞なく、貸借対照表および損益計算書またはその要旨を公告しなければならない。

ウ．会計監査人設置会社は、任意で連結計算書類を作成することができるが、大会社でかつ有価証券報告書提出会社は、連結計算書類の作成義務がある。

エ．資本金の額を減少させるには、原則として株主総会の特別決議が必要であるが、準備金の額を減少させるには、原則として株主総会の普通決議があればよい。

オ．会社が、株主の株式買取請求に応じて株式を取得する場合において、当該請求をした株主に対して支払った金銭の額が当該支払の日における分配可能額を超えるときは、当該株式の取得に関する職務を行った業務執行者は、その無過失を証明しない限り、会社に対し、連帯してその超過額を支払う義務を負う。

①　ア　エ　②　ア　オ　③　イ　エ　④　ウ　エ　⑤　エ　オ

(3)　株式会社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。

ア．定款に記載のない財産引受であっても、会社成立後に所定の手続（株主総会または取締役会決議）をもって追認することができる。

イ．株式の譲渡につき会社の承認を要する旨の定款の定めがある会社において、譲渡人以外の株主が譲渡を承認している場合には、譲渡につき承認機関による承認がなくても、譲渡は有効である。

ウ．公開会社において、募集株式の発行等に関する通知ま

たは公告（二〇一条三項、四項。二〇一条五項の場合を除く）をしないまま募集株式の発行等を行うことは、募集株式の発行等の差止請求事由の有無に関わらず、新株発行または自己株式処分の無効原因となる。

エ．取締役である者を監査役に選任する株主総会決議は無効ではない。

オ．委員会設置会社の執行役の解任を議題とする取締役会決議において、当該解任の対象となる執行役が取締役を兼ねている場合には、当該取締役による公正な議決権行使が期待できないので、当該取締役は、決議につき特別の利害関係を有する者として、議決に加わることができない。

①　ア　ウ　②　ア　エ　③　イ　ウ　④　ウ　エ　⑤　ウ　オ

【第2問】

以下の文章を読んで、以下の問いに答えなさい。

A株式会社は、食料品卸売業を営む取締役会設置会社でかつ監査役設置会社である。A会社は、創業者であるBが発行済株式総数の全部を保有していたが、Bが死亡した結果（遺言書なし）、相続人間に遺産相続争いが生じたため、A会社株式についても分割協議が調わないままであった。その後まもなく、A会社は、定時株主総会（本件総会）で、従前の役員に代わって、C（Bの後妻）、D（Bの次男）、E（Bの三男）が取締役に、またF（Bの娘婿）が監査役に選任され、総会後に開催された取締役会においてDが代表取締役に選任されたとして、そのような事実がないにもかかわらず、その旨の登記を行った。G（Bの先妻の子でBの長男）は、A会社の本件総会における取締役および監査役選任決議の不存在確認を求めて訴えを提起することを検討中である。

(1)　相続財産となった株式について相続人間の分割協議が調わないときは、その株式の帰属はどうなるか。

(2)　このような場合において、相続財産である株式について、株主権を行使するためには、どのような手続が必要か。

(3)　Gが提訴した場合に、予想されるA会社からの反論はどのようなものか。

(4)　Gの請求は認められるべきか。裁判所としての判断と理由を述べなさい。

(5)　この訴訟の継続中に、上記の取締役および監査役の任期が満了して、新たに株主総会において取締役および監査役が選任された場合には、この訴訟の行方はどうなるか。

【第3問】

新株発行の無効に関する別紙の四つの判決を読んで、以下の問いに答えなさい。なお、判決Dは、判決Bについての参考判例である。

判決A：最判昭和三六・三・三一民集一五巻三号六四五頁

判決B：最判昭和四六・七・一六判時六四一号九七頁
判決C：最判平成六・七・一四判時一五一二号一七八頁
判決D：最判昭和四〇・一〇・八民集一九巻七号一七四五頁

(1) 判決A、B、Cそれぞれについて、新株発行が無効とならない理由を述べなさい。

(2) 判決Aと判決Cを比較すると、その理由付けについて、どのようなことがいえるか。

▼民事訴訟法2 ……池田辰夫教授／下村眞美教授／藤本利一助教授

以下の設例を読んで、各問いに理由を付して答えよ。なお、各問いは独立したものとして考えよ。

【設例】

C会社製造のエレベーターが設置されているB市の高層市営住宅甲の七階に居住していたAは、平成一五年七月三〇日、同建物のエレベーターに乗ろうとしたところ、ドアに挟まれ、そのまま動き出したエレベーターと天井との間に挟まれて死亡した。

C会社製のエレベーターは、B市内の高層市営住宅乙、同丙にも設置されていたが、平成一四年ころから、ドアが開いたまま動き出したり、物がドアに挟まって動かなくなったり、人が閉じこめられたりする不具合が生じていた。高層市営住宅乙、同丙の住民らは、B市に対し、不具合が生じるたびエレベーターに欠陥があるのではないかと申し入れたが、C会社は、不具合はエレベーターの保守点検を業として行っているD会社のミスであると報告していた。B市は、D会社からの報告を求めることなく、C会社の報告を信じ、エレベーター事故に対する対策はとってこなかった。

Aの相続人は、X_1（妻）とX_2（長男）の二人だけである。

(1) X_1、X_2は、C会社及びD会社を被告として損害賠償を求める訴えを提起した。その訴訟でC会社は、A死亡事故の原因がD会社の保守点検の不良であると主張して、C会社の製造担当者であるEを証人として申請し、採用された。C会社の主張及びEの証言は、X_1、X_2のD会社に対する請求との関係でも裁判資料となるか。

(2) X_2は、訴えを提起するのはどうしても気が進まない。そこで、X_1は、平成一八年七月一日、一人でC会社及びD会社を被告として訴えを提起した。この訴えは適法か。

(3) X_1、X_2がC会社及びD会社を相手として提起した損害賠償請求訴訟において、第一審裁判所は、C会社に対する請求を棄却し、D会社に対する請求を認容した。D会社は、自ら控訴するとともに、X_1、X_2の補助参加人として、C会社に対する請求を棄却した判決についても控訴することができるか。仮に、できるとすれば、通常の補助参加と異なるのはどのような点か。

▼刑事訴訟法 ……中村雅臣教授

平成一八年七月一三日、いずれも強盗未遂の共犯として通常逮捕された被疑者A、同B及び同Cの三名につき、司法警察員から検察官送致がなされた。

同事件を受理した検察官Pは、被疑者らの勾留を請求し（認容された。）、捜索・差押、取調べを実施するなど全ての捜査を遂げた（あらゆる捜査を終了した）結果、検証調書、押収した凶器（ナイフ一丁）、被害者甲の供述、被疑者A、同B、同C及び関係者らの各供述等の全証拠から、

1　被疑者Aは、定職に就かずにパチンコで小遣い稼ぎをしていたが、遊興費に窮して古物商の被疑者Cに相談したところ、Cから、

「資産家の甲は、貴金属を沢山所有しているので、盗んで売ったら遊ぶ金くらい簡単に出来る」

と言われ、Aは、資産家として名高い甲方に侵入して貴金属を窃取することを決意した。

2　Aは、パチプロ（パチンコで小遣い稼ぎをしている者）仲間の被疑者Bに、

「盗みをするので、見張りをしてくれ。」

と依頼し、見張り役をして貰う謝礼としてBに現金三万円を前金で渡した上、平成一八年七月一日の午前二時頃、B運転の車に同乗して甲方付近までBを案内し、路上に駐車した車内でBに見張りをさせ、マスクとサングラスで顔を隠して甲方風呂場の無施錠の窓から屋内に侵入し、応接間内でテーブルやサイドボードの抽斗（ひきだし）を開けて物色中、物音で目を覚ました甲から「何者だ。」と誰何された。

3　Aは、直ちに所携のナイフを甲の喉元に突きつけ、「騒ぐと殺すぞ。金庫はどこにあるか。」と脅迫して寝室まで案内させ、寝室の金庫を甲に開けさせたが、同金庫内が空であったため、Aは金品の強取を諦め、甲の両手をガムテープで後ろ手に緊縛し、甲を突き飛ばして床上に転倒させた上、甲方玄関から表へ出た。

4　その間、甲方付近路上に駐車した車の中で見張りをしていたBは、Aが甲方へ侵入して何か金品を盗んで来たものと思い、Aを車に乗せてその場から逃走した。

5　甲方の応接テーブルからAの指紋が検出され、前科のあるAの取調べ・供述により、B及びCが順次逮捕された。

との事実を最終的に認定した。

（問題）

(1)　検察官Pは、被疑者A、同B及び同Cを共同被告人として起訴することとしたが、各被疑者について、どのような処理（検察官Pの事実認定を前提として、罪責、罪名、罰条とその理由）をすべきか（特別法違反を除く。）。

(2)　検察官Pは、Aを強盗未遂、Bを窃盗未遂の幇助、Cを窃盗未遂の教唆、として起訴したところ、起訴後の法廷に

おける証拠調べ及び検察官Pの補充捜査の結果、

① Aは、甲方玄関から出る際に、同玄関横の飾り棚内にあった甲の陶磁器コレクション十数点の中から骨董品の茶碗一個（時価九〇万円相当）を持ち出し、その三日後、Bから指示されてこれをCの店に持ち込み、Cが盗品と知った上でこれを四〇万円で買い取ったこと。

Aらの起訴後に、当該茶碗一個が無くなっていることに甲が気づき、警察に被害届を提出したことから、茶碗奪取の件が発覚したこと。

② 「Cから唆されて窃盗を決意した」というAの供述は虚偽で、CがAに窃盗を唆した事実は認定困難であるが、Cはいわゆる故買屋（盗品を売買する闇業者）で、A・B・Cは逮捕される直前、「CがA・Bから茶碗を買い取ったことは、決して口外しない。」旨、口裏合わせをしていたため、Aは、「甲方で金品を奪うことを諦めた。」旨の虚偽供述をしたこと。

③ Cは、AがB・Cとの口裏合わせの約束を守って茶碗をCに売却した事実を捜査官に供述していないことを察知し、Aの「Cから窃盗を唆された。」旨の苦し紛れの供述に迎合して、これをほぼ認める供述をしていたこと。

④ Aを唆したのは、Aの兄貴分のBであり、Bは、Aから遊興費に窮している旨相談された際、Aに対し、

資産家の甲方から貴金属を盗んで売ったら、遊ぶ金くらい直ぐに出来る。俺は甲方の事情をよく知っているが、甲は一人暮らしの上、貴金属を沢山持っている。風呂場の窓から簡単に屋内へ入れる。

念のために、マスクとサングラスで顔を隠して行け。貴金属は、応接間のサイドボードの抽斗（ひきだし）の中にある筈だ。

俺が表でしっかりと見張りをしてやるから、安心して盗みをしてくれ。

貴金属が手に入ったら、故買屋のCに買い取って貰おう。Cから貰う金は、俺とお前の山分けだ。

と申し向けてAにその旨決意させた上、甲方屋内の見取り図を書いてAに手渡し、犯行前日、甲方付近までAを連れて行って下見させ、犯行当日は、Aを車に同乗させて甲方付近に至り、Aを降車させて甲方へ向かわせ、自分は路上に駐車した車内で見張りをしていたが、Aがナイフを携帯していたことを知らず、甲に気づかれずにAが貴金属を盗み出して来るものと思っていたこと。

⑤ Bは、甲方から出て来たAを車に乗せて逃げる途中、Aから「貴金属は見つからなかったが、甲をナイフで脅して骨董品の茶碗一個を分捕って来た。」旨報告を受け、故買屋Cに電話を架けて「盗品を持ち込むので買い取って欲しい。」と予め連絡した上、その三日後、AをCの店へ行かせて盗品の茶碗一個を四〇万円でCに買い取ら

せ、Aに一五万円を渡し、自分が二五万円を取得したこと。

Aが Bに前金で渡した三万円は見張りの対価ではなく、車のガソリン代であったこと。

⑥ Aは、兄貴分のBをかばって、Bに見張りをして貰ったことのみを供述していたこと。

⑦ 甲は、Aから床上に突き飛ばされて転倒した際、加療約二週間を要する顔面打撲の傷害を負っていたこと。

が明らかになった（上記①ないし⑦以外の事実については、一切の変更なし。）。

検察官Pは、「甲方への住居侵入」及び「Aが甲に傷害を負わせた事実」についても審判と処罰を求めることとしたが、被告人A、同B及び同Cについて、それぞれどのような措置を講じなければならないか。措置の内容とその理由を述べよ。

(3) 起訴後の補充捜査で、Bの妻が検察官Pに任意提出したBのセカンドバッグの中から、Bの運転免許証と共に、「平成一八年七月一日午前二時に決行。用意する物……マスク、サングラス。甲方へはAが忍び込む。その間、俺が見張り。盗品はCに買い取らせる。金は、俺とAが山分け。」などと記載された手書きのメモ一枚と、「茶碗の売却代金四〇万円の内から一五万円を確かに受領した。」旨記載された、平成一八年七月五日付けのAの署名のあるB宛の領収書一通を発見し押収したことから、検察官Pは、①Bが本件犯行を計画したものであることを立証する証拠として同メモ一枚を、②盗品等の売却代金のうち一五万円をAが取得したことを立証する証拠として、若しくは当該領収書の存在及びその記載事項を立証する証拠として同領収書一通を、それぞれ取り調べ請求したいと考えたが、証拠法（証拠能力）上、どのような問題があるか。

▼刑事訴訟法 ……水谷規男教授

問題1 次の設例を読み、下の問いに答えなさい。

被告人Aは、「法定の除外事由がないのに、平成一七年一月二八日に近接する日時に、大阪府豊中市内またはその周辺において、覚せい剤であるフェニルアミノプロパンを含有するカプセルを服用するなどの方法により体内に摂取し、もって覚せい剤を施用した」との事実で起訴されている。起訴に至る経過は以下の通りである。

平成一七年一月二九日午前三時ころ、大阪市北区内の路上で、A、およびその知人であるBが路上に車を止めて仮眠しているところを警察官P_1に発見された。P_1は、車中で眠っている二人がいずれも未成年者ではないかと思われたこと、そして運転席で眠っているBが無免許で車を運転していた可能性があると判断したことから、所持していた警棒で運転席のウインドーを叩き、Bを起こして車から降りるよう指示した。Bは「寝てただけやんけ」などと文句を言いながら車から降

りたが、P_1が車の前に立たせたところ、Bの呼気からわずかにアルコール臭が漂い、免許証提示の要求にも応じないで、「じゃまなら車どけるわ、それでええやろう」などと質問を遮って再び車に乗り込み、逃走しようとする気配を見せた。そこで、P_1は、「免許あるかどうか確認でけんのに、行かせるわけにはいかん」と述べ、ドアを開けたままエンジンを始動しようとしたBの右手をつかみ、エンジンキーを抜き取って再びBを車の外に引っ張り出した。Bはこの時点から、「何にもないんや、免許証見せるから勘弁してや」などと哀願する口調になり、エンジンキーの返却も求めなかったが、P_1はさらに質問を続行する必要があると判断し、派出所への同行を求めた。Bは同行には応じるそぶりを示したが、助手席を倒して眠ったままのAについては「こいつはほんまに具合が悪いんや。寝かしといたってくれ」などと述べ、自分だけが派出所に行く意思を示した。P_1は、Aひとりを車中に残しておくわけにはいかないと考え、派出所に無線連絡して警察官P_2に応援を求め、五分後にパトカーで到着したP_2とともにAを起こすことにした。ところが、P_1がAの肩を揺すって起こしたところ、Aは制服姿のP_1を見て慌てて逃げだそうとし、車から這い出たが、すぐにP_1、P_2に取り押さえられた。P_1、P_2はAを両脇から抱えてパトカーに乗せようとしたが、Aは体に力が入らない様子で、意味不明の言葉を発し、身をよじって抵抗しようとしたものの、そのままパトカーの後部座席に乗せられ、Bとともに同日午前三時三〇分ころ最寄りのX警察署に連れて行かれた。

X警察署では、BはP_1に対し、素直に免許証を提示し、二八日午後六時ころから豊中市内のスナックでビール、水割りなどを飲んだが、仕事帰りに一緒に店に来たAが「気分が悪い。帰る。」と言い出したので、午後八時ころに店を出て、車でAが一人でアパートを借りて住んでいる大阪市住吉区方向に向かったこと、途中Aがさらに様子がおかしくなったこと、自分も飲酒運転で捕まってはまずいと考えたので、路肩に車を止めて仮眠していたことを認めた。そこで、P_1は、二九日午前六時、呼気検査によってもアルコールが検出されないことを確認したうえで、Bを大阪府堺市内の自宅に帰宅させた。ところが、Aの方は、X警察署到着後も意味不明の言葉をつぶやき、冷や汗を大量にかくなど、様子がおかしかったため、P_1は薬物の使用を疑い、Aを保護室に収容したうえで「ションベンしたないか？　したかったらこれにせいや」と申し述べて署内にあったペットボトルを差し出した。Aは一月二九日午前七時ころ、そのペットボトルに排尿し、そのまま横になっていたが、保護室内からペットボトルを回収したP_1がその尿を鑑識に回したところ、アルコールと覚せい剤成分が検出された。P_1は「酩酊者として保護室に収容したAが任意に提出した尿中から覚せい剤成分が検出された」との報告書を作成し、これと鑑識の検査結果報告書を疎明資

料としてAの逮捕状を請求し、同日午前一一時、その発付を得てAを覚せい剤自己使用の罪で通常逮捕した。

逮捕後、P_1の取調べに対し、Aは覚せい剤使用の事実を否認し、二八日にBと飲酒した際に、スナックの常連客から「悪酔い止めの薬」としてもらったカプセルが覚せい剤だった可能性があり、そのカプセルを飲んだ後急に体調がおかしくなったので、尿中に覚せい剤成分が出たというのであれば、それが原因だと思う、と弁解した。しかし、P_2がAの前歴を照会したところ、Aには覚せい剤使用の前歴が二件あり、スナック店主に架電してAにカプセルを渡したという常連客について心当たりを尋ねても、店主が「心当たりはない」と答えたので、一月三〇日午後一時、Aの弁解を録取した調書と鑑識の検査結果報告書、スナック店主からの電話聴取報告書を付してAを検察官に送致した。

検察官も、Aの弁解は虚偽であるとの心証を得たので、覚せい剤の入手先や施用方法についてAを取調べるとともに、Aの自宅、上記スナック店内について捜索差押許可状の発付を得て、覚せい剤使用の事実に関する証拠を収集しようとした。しかし、取調べに対しAは上記弁解を繰り返し、捜索によっても、結局何も発見できなかった。また別途令状を得て行われたAの身体検査によっても、注射痕などの覚せい剤使用の痕跡は発見することができなかった。しかし身体検査の際に尿を提出させて行った検査では、再度覚せい剤成分が検出された。そこで、検察官はAが否認した状態のまま、一月三一日午前一〇時に勾留請求を行い、勾留状の発付を得てAを勾留し、覚せい剤の使用方法や使用場所について確証が得られないまま、二月九日、Aを上記公訴事実で起訴した。

問い1　上記設例の捜査活動について、具体的事情を摘示して問題点を検討しなさい。

問い2　あなたがAの弁護人であったとしたら、公判においていかなる主張をすることができるかを検討しなさい。なお、Aはあなたとの接見の際、覚せい剤使用の事実を否認し、スナックの常連客からもらったカプセルが原因であるとの主張を維持したものとする。

問題2　次の設例を読み、下の問いに答えなさい。

被告人Aは「平成一八年二月一三日午後一一時頃、大阪府豊中市内のH電鉄T線のJ駅とK駅の間を走行中の同線下り電車車両内において、隣に座ったB女（二一歳）の太ももを数回にわたってなで回し、もって同女を著しく羞恥させる迷惑行為を行なった」として逮捕・勾留され、平成一八年二月二五日、起訴された。

逮捕の経緯は、次のようなものであった。平成一八年二月一三日午後一一時過ぎ、K駅の駅務員室にBがAの腕を抱え、抵抗するAの背中を他の男女数名が押すような格好で現れた。Bは駅員Cに対し、「この人痴漢です。警察を呼んで下さい。」と述べたので、Cは警察に痴漢の被害女性が自ら犯人

を連行してきている旨を通報した。通報により駆けつけた警察官がBから事情を聞いたところ、Bは「K駅につく少し前に、隣に座っていたAが体を急に寄せてきたので避けようとしたが、混雑のため避けることができず、スカートの上から太ももに手を触れたAがそのまま何度もいやらしい手つきで太ももを撫でるのを我慢していた。K駅に着いたところで、勇気を振り絞ってAの手をつかむとともに、「痴漢です！」と叫んだところ、自分とAを周りの人がホームに押し出してくれた」と述べたので、警察官はAを大阪府迷惑防止条例違反の現行犯人と認め、身柄をCから受け取ってそのまま警察署に連行し、留置した。

警察署において、Aは「電車が揺れた時にBの膝に手をついてしまったことは認めるが、撫で回してはいない」と弁解し、「明日も会社があるんだ、早く帰してくれ」と述べたが、警察官が「逮捕したので帰らせるわけにはいかない。今日はもう遅いので、留置場に入ってもらうが、明日朝から取調べをする。どう答えたらいいかは一晩頭を冷やして考えろ」と取り合わなかった。Aは翌日の取調べでも同じ弁解を繰り返したが、同日中にはBの詳細な調書が作成され、Aは否認のまま勾留された。勾留後の二月一七日、本件犯行を再現する実況見分が行なわれ、実況見分調書(ア)が作成された。実況見分調書は、警察署の通路において、長いすの上にBと犯人役の女性警察官が並んで座り、Bが電車内で隣に座った犯人から痴漢の被害を受けた状況を再現し、これを別の警察官Xが見分し、写真撮影するなどして記録したものである。同調書には、Bの説明に沿ってBと犯人役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真一二葉が、それぞれ説明文付きで添付されている。うち写真八葉の説明文には、Bの被害状況についての供述が録取されている。

この実況見分調書を見せられたAは、「わざと触ったと言われても仕方ないな」と犯行を認め、警察官に対し、「電車が揺れたときに、思わずBの太腿に手をついてしまった。そのとき、Bは一瞬驚いたようだったが、特に手をどけて欲しそうな仕草も見せなかったので、しばらくそのままBの様子を窺っていた。Bが何も言わないので、臀部の方へそろそろと手を動かしていったが、駅に着くときに電車がさらに揺れ、手で太腿をつかむような格好になったところで、Bに手を摑まれた。最初は偶然だったが、若い女性に恥ずかしい思いをさせてしまったことは事実で、申し訳なく思っている。」との自白をし、その旨の調書(イ)が作成された。この自白を得て、警察官はAの供述を固めておく意図で、Aの供述をA自身に再現させ、その様子を写真に撮った写真撮影報告書(ウ)を作成した。写真撮影報告書は、警察署の取調室内において、並べて置いた二脚のパイプいすの一方にAが、他方に被害者役の男性警察官が座り、Aが犯行状況を再現し、これを別の警察官Xが写真撮影するなどして、記録したものである。同調書

には、Aの説明に沿って、Aと被害者役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真一〇葉が、それぞれ説明文付きで添付されている。うち写真六葉の説明文には、Aの犯行状況についての供述が録取されている。

しかし、Aは、その後の検察官の取調べに対しても、接見した弁護人に対しても、「偶然手が触れただけで、撫で回したりはしていない」と犯行を否認し、結局否認のまま、大阪府公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例（迷惑防止条例）違反として起訴された。

公判において検察官は、「被害状況」を立証趣旨としてBの証人尋問を請求し、書証としては、立証趣旨を「被害再現状況」として実況見分調書（上記(ア)）及び立証趣旨を「犯行再現状況」として写真撮影報告書（上記(ウ)）の証拠調べを請求した。

Aの弁護人Dは、Bの証人尋問については「しかるべく」と意見を述べたが、(ア)の実況見分調書及び(ウ)の写真撮影報告書について、いずれも証拠とすることに不同意との意見を述べた。そこで、検察官は両書証の共通の作成者である警察官Xを「被害再現状況」、「犯行再現状況」を立証趣旨として証人尋問することを請求し、これが認められてXの証人尋問が実施された。同証人尋問終了後、検察官は、「本件(イ)の自白調書について三二三条により、(ア)、(ウ)の両書証につき、いずれも刑訴法三二一条三項により取り調べられたい。」旨の意見を述べ、これに対しDはいずれも「異議あり。」と述べた。

問い　裁判所は、(ア)、(イ)、(ウ)の書証の証拠能力についていかなる判断をすべきか、設例中の具体的事情を挙げつつ検討しなさい。

〈参考〉大阪府公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例

▼裁判実務基礎（民事）　……古谷恭一郎教授他

［第1問］別紙1の当事者の言い分を読んで、次の各設問に答えよ。

設問1　原告が、被告に対し、本件土地の明渡しと本件土地の登記の移転を求める訴訟を提起したとする。

(1)　請求の趣旨を記載せよ。（主たる請求についてのみ記載し、附帯請求については記載しない。以下小問(2)、(3)についても同じ。）

(2)　訴訟物を記載せよ。

(3)　当事者の主張を整理せよ。（整理した理由及び認否はいずれも記載しない。）

設問2　証拠調べの結果、AB間の売買契約書（本件土地を一〇〇万円で売買する旨の契約書）の売主欄のAの印影及び買主欄のBの印影が、それぞれの実印により顕出されたものであることが明らかになり、また、平成三年七月二〇日付けのB宛の一〇〇万円を受領した趣旨の領収書の受取人欄の印影がAの実印によって顕出されたも

のであることが明らかになった。

これらのことからどのような事実が推定されるかについて説明し、その推定される事実が主要事実の立証にとっていかなる意味を有するかについて簡潔に説明せよ。

設問3　設問1の訴訟において、原告は勝訴し、被告は同訴訟の口頭弁論終結後にPに本件土地を売却し、Pを所有名義人とする所有権移転登記がされたとする。

原告は、Pに対して、所有権移転登記手続請求訴訟を提起した。原告は、その訴訟で「前訴（XY間の訴訟）の判決の既判力により、Pは本件土地の所有権取得を主張できない」と主張している。この原告の主張の当否を簡潔に論ぜよ。

別紙1（原告の言い分）

私（原告）の父BとAは、中学校時代からの知合いです。別紙物件目録記載の土地三〇坪（以下「本件土地」という。なお、別紙は省略する。）は、Aが所有していたものですが、平成三年、バブルが崩壊した関係で資金難に陥っていたAは、Bに対して本件土地の購入を強く求めてきました。本件土地は交通の便の悪いところにあり、Bとしては購入したところで何の役にも立たないと考え、当初は購入の話に乗り気ではなかったらしいのですが、Aが大幅に売却の値段を下げ、また当時、Bに資金的余裕があったこともあり、一〇〇万円で購入することにしたようです。BとAは、平成三年七月二〇日、本件土地を一〇〇万で買い受ける内容の契約をし、売買契約書も作成しました。Aが一〇〇万円の調達を急ぐということだったので、Bはその日に一〇〇万円をAに支払い、登記を移転するための書類はその一週間後に必ず揃えるという約束をしました。今、思えば、登記を移転するより前に代金を支払ったのが父Bの大きな間違いでした。その後、Bは、Aに対し、何回か登記を移転するよう求めたようですが、結局、Bに登記が移転されることはありませんでした。Bは、平成三年八月には、業者を入れて雑草がのび放題だった本件土地をきれいにし、「私有地」と書いた立て看板を打ち込んでおいたようです。その後の管理状況については、あまりよく把握していません。

Bは、平成一二年三月五日に他界し、私と私の母親C、弟Dが相続をしたのですが、同年五月一日の遺産分割協議の結果、Bが住んでいた土地建物をCが相続し、株券をDが相続し、預貯金と本件土地を私が相続することになりました。登記簿を調べると本件土地はAの所有名義になっていましたが、AB間の売買契約書と一〇〇万円の領収証が手元にあったことから、登記の移転は後日行えばいいだろうと考えていました。そのころ、本件土地を見に行きましたが、雑草が深く茂っていました。立て看板があったかどうかはよく記憶していません。

今年（平成一八年）になって、私も少し時間にゆとりがで

きたので、本件土地に行ったところ、本件土地上に簡易なプレハブ造りの平屋の建物（以下「本件建物」という。）が建てられていました。中は機械置場になっており、私が行ったときには、建物内に人はいませんでした。

本件土地を今後どのように使うかについては具体的に考えていませんが、本件土地の所有者は私であることは間違いのないことですから、被告には、本件建物を取り壊して更地にした上で返してほしいと思います。また、被告名義になっている登記も移転して私の所有名義にしてほしいと思います。

登記簿上は、本件土地について平成一五年六月二〇日の売買に基づきAからWに所有権が移転し、同日付で移転登記がされ、同年一一月一五日の売買に基づきWから被告に所有権が移転し、同月二〇日付けでその旨の移転登記がされています。

しかしながら、Wは、Aと私の父（B）のことを昔からよく知っており、Bに対しては良い感情を持っていなかったとのことです。最近Aを問いつめたところ、AはWと売買契約を締結するに際して、Bに本件土地を売却済みであることをWに打ち明けたと言っています。Aの話によれば、Wは、登記さえ移せば本件土地はWのものになると考えて、本件土地を私に売りつけるつもりだったそうです。

被告は、そのような悪質なWから本件土地を買い取ったのですから、所有権を取得することはあり得ないというべきですし、被告とWの関係からすると、前記のWが本件土地をAから買い受けるに至った経緯、目的等を被告は知悉しているはずですから、その意味からも被告は所有権を取得することはないはずです。

なお、万が一、前記の主張が認められなかったにしても、AB間で売買契約を締結してから、Bも私も本件土地が自分達のものだと信じて立て看板を立てるなどし続けてきたのですから、時効によってその所有権を取得しているはずです。先日、念のため、本件土地を時効によっても取得したので、本件土地から出ていくようにという趣旨の書面を被告に送り、平成一八年七月二〇日、被告にその書面は到達しました。

（被告の言い分）

私が本件土地を取得したのは、平成一五年一一月一五日で、知合いのWから代金七〇万円で買い受けたもので、同月二〇日に、登記を移転するのと引換えに七〇万円を支払いました。本件土地は、私が経営している建築関係の工場の近くにあり、機械置場にでもしようかと考えて購入しました。平成一五年一二月にプレハブの建物（本件建物）を自分で建築し、そのときから今日まで機械置場として利用しています。

本件土地は、もともとはAのものだったようですが、AB間で売買契約がされたことは知りません。AB間の売買契約書をよく読むと、第七項に「本件土地の代金は、所有権移転登記終了後に支払うこととする」とあり、Bに登記がされて

いなかったことからすると、本件土地代金は支払われていないはずです。また、Wの話によると、そもそもAB間の売買契約書は、Bの関係者に見せるためだけに作成したもので、実際に売買する意図はAにもBにもなかったようです。代金支払もなく、売買の意図もない以上、原告が本件土地の所有者になる余地はないというべきです。WがAから本件土地を買い受けるまでの間、本件土地の固定資産税をAがずっと払い続けてきたことも、Bが所有者になったことがないことの証拠だと思います。

もし、仮に、AB間の売買契約が有効であったとしても、Wは、Aから平成一五年六月二〇日に代金五〇万円で本件土地を購入し、登記を行い、その後、私がWから本件土地を買い受けて登記を完了しているのですから、本件土地の所有者は間違いなく私で、原告が文句をいう筋合いではないと思います。

原告は、Wの本件土地取得の態様が悪質であることを盛んに強調しているようですが、私は、AやBとは何の面識もなく、WとA、Bの関係や、Wが本件土地を買うことになった経緯などは知るはずもありません。ですから、そのあたりの事情は私の所有権とは全く関係がないものだと思います。

最後に、時効の点については、前記のとおり、平成一五年末から、私が本件建物を建てて機械置場として利用し、本件土地を使っていることが明白ですから、時効はおよそ成り立たないものと考えます。また、万が一、時効が成立することがあったとしても、私又はWの本件土地取得が時効成立後であり、登記の取得も時効成立後であることからすれば、結局、時効が成立する余地はないと考えられます。

［第2問］ 別紙2の事実経過を読んで、次の各設問に答えよ。なお、設問1と設問2は独立した問題である。

設問1 原告は、被告に対して、本件建物から退去して本件土地を明け渡すことを請求する訴訟を提起した。

原告は、所有権に基づいて前記の請求を行ったところ、被告は、本件建物を（Cではなく）Bから賃借しているから本件建物に居住する権利があると反論した。原告は、これに対し、BからCへの本件土地の賃借権の無断譲渡を理由とする民法六一二条二項に基づく解除を再抗弁として主張することを考えている。

ところで、民法六一二条二項に基づく解除の要件については、賃貸人と賃借人間の賃貸借契約の締結及び同契約に基づく引渡しに加え、何が必要かについて、次の二つの考え方がある。

〔A説〕 賃貸人に解除権が認められるには、① 第三者に賃借権を譲渡し、又は賃借物を転貸したこと、② 第三者が①の契約に基づき使用収益したこと、がそれぞれ必要である。

〔B説〕 賃貸人に解除権が認められるには、① 第三

者が賃借物を使用収益したこと、②　第三者の使用収益が賃借人の意思に基づくこと、がそれぞれ必要である。

(1)　〔A説〕及び〔B説〕のそれぞれの考え方に立って再抗弁を記載し、そのように記載した理由を簡潔に説明せよ。その際、BC間の譲渡担保設定契約がどのように位置付けられるかについても併せて説明せよ。なお、譲渡担保の法的構成については担保的構成に立って検討すること。

(2)　〔A説〕及び〔B説〕の考え方の長短を簡潔に記載せよ。

設問2　原告は、Bに対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すことを請求する訴訟を提起した（なお、譲渡担保の法的構成については所有権的構成に立って検討すること）。

考えられる訴訟物のうち、原告にとって有利であると考えられる訴訟物一つを選択した上でその訴訟物を記載せよ。また、その訴訟物を選択した理由を簡潔に記載せよ。

別紙2（事実経過）

原告は、平成四年三月一〇日、知人Aから土地（本件土地）を購入し（同日、原告を所有者とする所有権移転登記がされた。）、平成六年二月一〇日、Bとの間で、期間を同日から三〇年、賃料月額五万円、敷金五〇万円、建物所有目的の約定で本件土地を賃貸する旨の契約を締結し、本件土地をBに引き渡した。

Bは、平成六年一二月に、本件土地上に木造二階建ての建物（本件建物）を建築し、本件建物で妻子と共に生活を始めた。本件建物については、同月一五日、Bを所有者とする所有権保存登記がされた。

Bは、平成一六年ころから、従来から行っていた酒類販売事業の資金繰りに窮するようになり、平成一七年五月三〇日、Cに対して本件建物を譲渡担保に供してCから一〇〇〇万円を、弁済期同年一一月三〇日、利息年一割五分の約定で借り受けた。本件建物については、平成一七年五月三一日に、同月三〇日の譲渡担保を原因としCを所有名義人とする所有権移転登記がされた。

Bは、その半年後の平成一七年一一月、その家族と共に本件建物を出て、他県で居住するようになった。Bは、本件建物を出る際に、特にCに連絡をとることはしなかった。

被告は、平成一七年一二月一〇日、Cとの間で、賃料月額一二万円で期限の定めなく本件建物を賃借する旨の賃貸借契約を締結し、同契約に基づき本件建物の引渡しを受け、同月二〇日から本件建物に居住している。

本件土地の地代は、Bが本件建物に居住していた平成一七年一一月までは、Bが原告の銀行口座に送金し、それ以降は、

被告がB名義で原告の銀行口座に毎月五万円を送金し、一二万円との差額七万円をCの銀行口座に送金して支払っている。

原告は、平成一八年三月、本件建物に見ず知らずの被告が居住していることを知り、その後、登記を調べ、本件建物の所有名義人がCとなっている所有権移転登記がされていることを知った。

そこで、原告は、平成一八年五月二五日、Bに対し、原告とB間の本件土地の賃貸借契約を同土地の賃借権の無断譲渡を理由に解除する旨の意思表示をした。

▼比較憲法論 ……松本和彦教授

《設問》

以下に掲げる文章は、一九九五年五月一六日にドイツ連邦憲法裁判所が下した、いわゆる「十字架判決」の事実の概要と判旨である。これを読んで次の二つの問いに答えなさい。

［問1］ 「十字架判決」の事案と同様の事件が日本で発生したと仮定する。その場合、連邦憲法裁判所の基本法四条一項の解釈は、日本国憲法二〇条一項の信教の自由の解釈にも妥当するのだろうか。

［問2］ 上記と同じ事案は、日本国憲法の政教分離原則の観点から見ると、どのように判断されるのだろうか。

【事実の概要】

一九八三年六月二一日のバイエルン州国民学校規則（VSO）一三条一項三文は、同州の国民学校の「全ての教室には、十字架が設置されなければならない。教師と生徒は、あらゆる宗教観を尊重しなければならない」としていた。R・シュタイナーによって興された「人智学」を信奉する両親（S）は、その信仰の故に、入学予定の子どもたちが通うことになる教室から、磔刑像（キリスト像のついた十字架）を撤去するように学校当局と交渉していた。

実際に長女が入学する時点（一九八六年九月）で、同州の国民学校の教室には六〇～八〇cmの磔刑像が黒板の横に設置されており、両親はこれが撤去されるまでは娘を学校には送らないとしていた。学校はその妥協として、キリスト像のない、小さな十字架とすることを提案し、問題は一旦は収まったが、その長女の転校とさらに二番目と三番目の子ども達が入学するに及んで、問題は繰り返された。一定の期間は、私立のシュタイナー学園にこの子ども達は通ったが、金銭的な問題で両親には多大な負担が課せられ、両親は国民学校への通学を再度希望した。

これらの子ども達の教育権を有する両親はバイエルン行政裁判所に、その子ども達が通う全ての教室から十字架を取り去る事を求めた行政訴訟を起し、訴訟手続きの終了まで磔刑像を撤去する仮命令を申し立てた。レーゲンスブルグ行政裁判所は、次の理由で仮命令を却下した（一九九一年三月一日）。「十字架は授業の対象としてあるのではなく、異議申立人がもつ消極的な信仰の自由は、他の積極的な信仰の自由に

絶対的に優位するわけではない」。これにたいして、さらに両親はバイエルン上級行政裁判所に異議を申し立てた。同裁判所は、以下の理由により仮命令発布の要件が欠けているとして、申立人の異議を却下した（同年六月三日）。「これまでさまざまな妥協がなされてきており、また、十字架ないし磔刑像の設置も、比較的わずかな負担を課しているにすぎないので異議申立人に取り返しのない損失が生ずるわけではない。また、信教の自由の保障も絶対的ではなく、十字架の存在はこれに体現された観念や信仰心との一致を求めているのではなく、積極的な活動を求めているわけではないので、不当な侵害が生じているようには見えない」。なお、本訴に関して連邦憲法裁判所に提起された磔刑像撤去を命ずる仮命令の請求は、この仮命令を命ずる積極的な理由を見いだされることなく、第一部法定決定で却下されている（同年一一月五日、BVerfGE 85, 94）。両親とその子ども達は、先の行政裁判所の決定（仮命令の却下）に対して、さらに以下の理由で連邦憲法裁判所の憲法異議の申し立てをおこなった。この憲法異議は、直接的には仮命令の却下決定に対してであり、間接的にはＶＳＯ一三条一項に対してのものとなる。本件での異議申立の主張は、①バイエルン上級行政裁判所が仮命令を却下したことは、基本法一九条四項の「実効的基本権保護義務」の保障に違反して違憲であり、②同上級行政裁判所の判決が基本法四条一項（国家の中立性の義務に反し、個人の信教の自由を侵害する）、六条二項（両親の子どもの教育権を侵害する）に違反している、というものであった。

【判旨】

1　憲法異議は認められる。行政裁判所が仮命令を却下したかぎりで、行政裁判所の決定は基本法一九条四項に反する。仮命令の却下は、基本法四条一項、六条二項一文に反する。また、争点の根底にあるバイエルン国民学校規則一三条一項三文は、当該基本権に反し、無効とされる。本案がバイエルン行政裁判所に係っているので、事案は、バイエルン行政裁判所に差し戻される。

2　基本法一九条四項は、公権力の行使により生じた主観的な権利の侵害にたいしての法的救済の道を開いている。有効な法的な救済は、適切な時間内での法的な保障ということになる。裁判所が仮命令を発するのもそのためであり、本案の判断ではもはや除去できないような権利への侵害を未然に防止するためである。

「行政裁判所の決定は、こうした要請を充たしてはいない」。この決定は、求められた仮命令が必要とした根拠、つまり、事例の緊急性を否定している。この間、訴願者は十字架の設置に耐えなければならなかった。学校当局と共に、訴願者に期待される暫定的解決を求めることこそが、当該裁判所の課題であった。

3　基本法四条一項は、ある信仰を持つ自由だけでなく、

「自分が関わらない信仰行為から離れる自由も含んでいる」。さらに、同条からはさまざまな宗教からの国家の中立の原則が導かれる。

異議申立人は、磔刑像の撤去を求めていたが、行政裁判所はキリスト像の無いものも十字架として想定していた。

「一般的な就学義務に伴い、教室における十字架は生徒が授業中、国家によりかつ不可避的にこの象徴と直面し、十字架の下で学ぶことを強要することになる」。その及ぼす効果の面でも、他の場所での十字架とは、継続性と程度において異にしている。

「十字架は特定の宗教の象徴であり、キリスト教に影響をうけたヨーロッパ文化の現われではない」。十字架はキリスト教徒にとっては崇拝と信仰心の対象となるが、非キリスト教徒ないし無神論者にとっては特定の宗教確信の表現となる。

「生徒への影響を、十字架から否定することはできない」。生徒の感性を発展させるという意味で、教室での十字架は意味がある、とした行政裁判所の判断は正しい。しかし、それはキリスト教を信じる生徒にたいしてのことである。

基本法七条一項から、国家に教育権が委譲されており、「国家は宗教・世界観との関係を全くもたないというわけではない」。義務教育においても、国家は宗教に基づく教育を望む両親の信教の自由を配慮することもできる。基本法七条五項は、世界観学校と宗派学校を認め、正式な科目として宗教の授業を認めている（同条三項）。しかし、義務教育の性格からして、あらゆる宗教の観念を考慮することは困難である。そこで、「立法者の役割として、この信教の自由の間の緊張関係を、寛容のルールで解消するために、公の意思形成過程での全てに期待しうる妥協が求められる」。バイエルン憲法にあるキリスト教共同学校（一三五条二項）は、創造された文化・教育的要素としてのキリスト教を認めたものにすぎない。

「教室への十字架の設置は、学校に宗教・世界観を調整するために提示されてきた限界を超えるものである。十字架はキリスト教の信仰内容との特別な関係を失っているわけではなく、ヨーロッパの文化伝統の一般的な徴表とされるものでもない。十字架はキリスト教の信仰確信の本質をなすものであるが、その確信は世界ではさまざまな形で変形されており、全ての社会構成員により受容されているのではなく、基本法四条一項の権利を行使する者の全てがこれを認めているわけではない。したがって、キリスト教の宗派学校でないかぎり、公立の義務教育学校での十字架の設置は、基本法四条一項に反する。

「十字架の設置は、キリスト教の両親と生徒の積極的な信仰の自由を正当化するものではない。」積極的信仰の自

由は、あらゆる宗教を信じる者に保障されている。しかし、信仰の自由の基本権こそ少数者を保護しようとするものであるから、この自由に関わる紛争は多数決原理によって解決すべきものではない。学校が宗教の授業、学校の祈り等の宗教的な行事を行う場合、任意性の原則を考慮し、差別にならないように配慮しなければならない。「意見の異なる者の感情を完全に抑圧し、キリスト教の信仰をもつ生徒が、宗教の時間や任意の礼拝だけでなく通常の授業でもその象徴の下で学ぶことができるようにすることは、実践的整合性の原理にも反することになる」。

資料：ドイツ連邦共和国基本法

▼行政救済法 ……高橋明男教授

次の文章［1］～［4］を読んで、各設問に応えなさい。

［1］ A県B市の山中に谷を埋め立てて産業廃棄物最終処分場を設置する計画をPが立て、二〇〇五年九月一日にA県環境生活部廃棄物対策課に事前相談に行ったところ、A県職員A_1はA県産業廃棄物適正処理指導要綱（【資料1】）があることを指摘して、要綱に従って地元住民に対する説明会を行い、必要な承諾を得ると共に、地元のB市と公害防止協定を締結するよう指導した。そこで、Pは、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下、「廃棄物処理法」という。）によって設置許可申請に必要とされる環境影響評価等の手続を進めながら、二〇〇五年一〇月以降、地元自治会の代表者Q_1らとの会合を数回にわたって行ったが、Qらからは全く理解を得られなかった。一方、PはB市の生活環境課と協議を行った結果、二〇〇六年一月三一日付でA県、B市、Pを当事者とする公害防止協定が締結された（【資料2】）。本件処分場が予定されている谷は森林法が定める地域森林計画の対象地域であり、造成のためには林地開発許可が必要であったため、Pは、二〇〇六年二月六日にA県森林保全課に林地開発許可申請を行ったところ、A県森林保全課長A_2は廃棄物処理法上の許可が得られる見通しとなったときに許可を行うと回答した。そこで、Pは、二〇〇六年三月八日に、設置許可申請に必要な書類を整えた上、A県に対し最終処分場設置許可申請を行おうとしたところ、担当のA県廃棄物対策課長A_3は、公害防止協定には要綱を遵守することも規定されていることを指摘して、要綱に基づく地元住民の承諾を得てから申請を行うよう指導した。一方、地元住民Q_1らは、処分場設置が計画されている地点は急傾斜の峡谷であり、地盤がもろく、地滑りないし表層崩壊の頻発地帯であること、用地内にB市公共水道の水源である一級河川B川の支流の源流となる国有水路があり、処分場において地滑りやえん堤の崩壊等による土石流が発生した場合には容易にB川まで流出した土砂が到達しうること、Pの社員には他県におい

て違法な廃棄物処理を行ったとされる廃棄物処理業Rの元社員が含まれており、Pが適法に廃棄物処理を行う保障がないことなどを理由として、A県とB市に対し設置許可反対の陳情を繰り返した。

(1) この段階で、Pが設置許可を得たいと考えたとき、どのような訴訟が可能か、その成否にかかる理論的問題を論じよ。

(2) この段階で、Q_1らが設置許可を阻止したいと考えたとき、どのような法的手段が可能か、Q_1らが満たすべき要件を論じよ。

［2］ A県はPに対し、二〇〇六年七月三一日付で安定型産業廃棄物埋立処分場としての最終処分場設置許可及び林地開発許可を行った。また、A県土木事務所長A_1は、Pの申請に基づき、同日付で用地内の国有水路の用途廃止を行った。

(3) この段階で、Q_1らがPの処分場設置を阻止しようとするとき、どのような法的手段が可能か、その成否にかかる理論的問題を論じよ。

［3］ Pの処分場造成工事が完了し、二〇〇七年六月から廃棄物の搬入と埋立が開始されたが、同年七月一〇日にB市附近を襲った集中豪雨により本件処分場の集水口附近において本件えん堤が部分崩落し、小規模な土石流が発生した。そのため、Pは、A県の指導により集水口附近のえん堤の強化工事を行った。このとき、Q_1らがB川の水質調査を行ったところ、検出されるはずのない水銀化合物が環境基準を超えて検出された。Q_1らはA県及びB市に対し、本件処分場の調査を申し入れたが、B市は、同市広報において、Pから報告を求めた結果、何ら法令違反の疑いはないと見られること、Pに対し法令を遵守するよう指導した旨の情報提供が行われたに止まった。

(4) この段階で、Q_1らがPの埋立続行を阻止しようとするとき、どのような法的手段が可能か、その成否にかかる理論的問題を論じよ。

［4］ Pによる本件処分場における廃棄物処理は予定通り二〇一二年五月末で終了した。二〇一〇年頃から、本件処分場近くに居住する住民の間に水銀中毒の疑いがある症状が散見されるようになっていたが、二〇一五年に本件処分場近くの住民で、地下水を日常的に飲用水として常用していたQ_2が水銀中毒と認定されて死亡するに至って、本件処分場からの水銀汚染の疑いが高まり、A県が調査したところ、埋立土砂の中から高濃度の水銀含有物が発見された。しかし、Pは二〇一二年一二月に倒産していた。

(5) この段階で、Q_2の遺族ら地元住民はどのような法的手段が可能か、その成否にかかる理論的問題を論じよ。なお、解答にあたっては、A県の事務をB市が代わっ

て行うことはないと仮定すること。また、各段階の設問に解答するにあたって、前段階における訴えに対して、後の段階の展開と矛盾しない判決が出され、確定しているものと仮定すること。

【資料1】

A県産業廃棄物適正処理指導要綱（抄）

（事業計画書の提出）

第六条　処理業者等は、処理施設（排出事業者が排出事業場内に設置し、当該排出事業場から生ずる産業廃棄物のみを処理するものを除く。以下この章において同じ。）の設置又はその構造若しくは規模の変更（構造若しくは規模の変更にあっては、知事が別に定める軽微なものを除く。以下「処理施設の設置等」という。）をしようとするときは、あらかじめ、生活環境の保全に関する事項について必要な調査を行い、次に掲げる事項を記載した廃棄物処理施設設置事業計画書（以下「事業計画書」という。）を知事に提出し、事前審査を受けなければならない。

(1)　氏名又は名称及び住所並びに法人にあっては、その代表者の氏名

(2)　処理施設の種類及び当該処理施設において処理する産業廃棄物の種類

(3)　処理施設の設置の場所

(4)　処理施設の処理能力（当該処理施設が最終処分場である場合にあっては、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）

(5)　処理施設の位置、構造等の設置に関する計画

(6)　処理施設の維持管理に関する計画

(7)　廃棄物の最終処分場である場合にあっては、災害防止のための計画

(8)　汚泥等及び焼却灰等の処分方法

(9)　廃棄物の最終処分場である場合にあっては、埋立処分の計画

(10)　処理施設に係る廃棄物の搬入及び搬出の時間及び方法に関する事項

(11)　着工予定年月日及び使用開始予定年月日

(12)　その他知事が必要と認める事項

2　事業計画書には、次に掲げる書類及び図面を添付しなければならない。

(1)　生活環境の保全のための措置及びその効果を明らかにする書類

(2)　処理施設の設置等をしようとする土地の使用権原を明らかにする書類

(3)　処理施設の設置等をすることについて、前号の土地に隣接する土地の所有者及び法律上の権原に基づき現に当該隣接する土地を使用している者の承諾を得ていることを明らかにする書類

(4)　その他知事が必要と認める書類及び図面

（現地調査）

第七条　知事は、事業計画書の提出があったときは、必要に応じ、現地調査を行うものとする。

（関係地域の協議）

第八条　処理業者等は、処理施設の設置等が生活環境に影響を及ぼすおそれのある地域であって当該地域の住民に対して事業計画書の内容を周知することが適当と認められる地域（以下「関係地域」という。）の設定について、関係地域設定協議書を知事に提出し、協議しなければならない。

2　知事は、関係地域設定協議書の提出があったときは、関係地域を管轄する市町村長（以下「関係市町村長」という。）に、事業計画書及び関係地域設定協議書の写しを添えて、生活環境の保全上の見地から意見を聴くものとする。

（説明会の開催）

第九条　処理業者等は、前条第一項の規定による協議が整ったときは、関係地域の区域内において事業計画書についての説明会（以下「説明会」という。）を開催しなければならない。ただし、関係地域の区域内に説明会を開催する適当な場所がないときは、関係地域の区域外において開催することができる。

2　処理業者等は、説明会を開催するときは、あらかじめ知事の意見を聴いてその開催予定の日時及び場所を定め、知事及び関係市町長に通知するとともに、説明会を開催する旨及び次に掲げる事項を関係地域の住民に周知するものとする。

(1)　氏名又は名称並びに法人にあっては、その代表者の氏名

(2)　事業計画書の概要

(3)　関係地域の範囲

(4)　説明会の日時及び場所

3　処理業者等は、その責めに帰することのできない理由で説明会を開催することができない場合には、当該説明会を開催することを要しない。この場合、処理業者等は、事業計画書について、その概要を記載した書類の配布その他の方法により関係地域の住民に周知するよう努めなければならない。

4　処理業者等は、その事業計画について、次に掲げる者の承諾を得るよう努めなければならない。

ア　関係地域の自治会の代表者又は関係住民（世帯を構成する場合は、その世帯主）の三分の二以上

イ　産業廃棄物処理施設等（安定型最終処分場にあっては法第一五条第一項又は第一五条の二の五の申請にかかる者に限る。）から排水を放流する場合は、放流先の河川、水路等の管理者（国又は地方公共団体の長が管理者である場合を除く。）、水利権者及び漁業権者

ウ　産業廃棄物処理施設等の設置場所に隣接する土地の所有者（国又は地方公共団体が所有者である場合を除く。）又は管理者

5　処理業者等は、知事及び関係市町村長に第三項の説明会実施状況報告書及び第四項の承諾に関する状況報告書を提出しなければならない。

（指導及び助言等）

第一〇条　知事は、事業計画書について生活環境の保全上の見地から、当該処理業者等に対し必要な指導及び助言を行うことができる。

2　知事は、前項の指導又は助言を行おうとするときは、事業計画書について関係市町長の生活環境の保全上の見地からの意見を聴くものとする。

（指導及び助言に対する措置）

第一一条　処理業者等は、前条第一項の指導又は助言があったときは、当該指導又は助言に基づいて必要な措置を講じなければならない。

（生活環境の保全に関する協定の締結）

第一三条　処理業者等は、関係市町長と処理施設の設置等についての生活環境の保全に関する協定（以下「協定」という。）を締結しなければならない。

2　処理業者等は、第一項の規定により協定を締結したときは、速やかに知事に届け出なければならない。

3　知事は、協定の内容について必要な指導及び助言を行うことができる。

（事前審査の終了）

第一四条　知事は、処理業者等が第九条の規定による報告及び第一三条の規定による届出を行った場合は、事業計画書に係る処理施設の設置等に対する事前審査が終了したものと認め、その旨を事前審査終了通知書により当該処理業者等に通知するものとする。

2　処理業者等は、前項の規定による通知を受けた後でなければ、事業計画書に係る処理施設の設置等に係る法に基づく許可の申請をし、又は当該処理施設の設置等の工事に着手してはならない。

第二一条　知事は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、必要な措置を講ずべき旨の勧告をすることができる。

(1)　第八条第一項の規定による協議をせず、又は虚偽の協議を行った者

(2)　第一一条の規定に違反して必要な措置を講じなかった者

(3)　第一四条第二項の規定に違反して、許可の申請をし、又は工事に着手した者

2　知事は、前項の規定による勧告を受けた者が当該勧告に従わないときは、その旨及びその勧告の内容を公表することができる。

【資料2】

B廃棄物最終処分場にかかる公害防止協定書（抄）

A県（以下「甲」という。）、○○（以下、「乙」という。）及びB市（以下、「丙」という。）は、乙がB市××に設置するB廃棄物最終処分場（以下「処分場」という。）に関して、次のとおり協定を締結する。

（目的）

第一条　この協定は、処理場の管理運営に起因する公害及び処分場に投棄された廃棄物による公害を防止し、周辺地域の生活環境の保全を図ることを目的とする。

（処理場の公害防止対策）

第二条　乙は、処理場の運営管理に当たり、公害を防止するため、次の対策を実施する。

(1)　悪臭防止対策

悪臭防止法に基づく規制基準を遵守するとともに、施設設備の改善等により周辺地域への臭気の排出の一層の低減に努める。

(2)　その他の公害防止対策

廃棄物の処理及び清掃に関する法律、下水道法、水質汚濁防止法等諸法令及びA県産業廃棄物適正処理指導要綱を遵守する。

第三条　乙が受け入れる廃棄物は、別表に掲げる種類のものに限る。

第四条　乙は、処理場の各設備及び装置について故障による公害が発生しないよう常に点検、整備を行い、必要に応じ装置、部品等を交換するなど性能の保持に努める。

2　乙は、浸出水処理施設から排出する放流水について、環境基準に適合するよう処理しなければならない。

（生活環境保全のための措置）

第五条　丙は、処分場を原因とする生活環境の保全上の支障が発生する恐れがあると認められるときは、乙に対し、その支障発生の防止のために必要な措置を求めることができるものとする。

（事故が生じた場合の措置）

第六条　乙は、処分場の施設に故障、破損その他の事故が発生したことにより、生活環境の保全上の支障が生じたとき又はそのおそれがあるときは、甲及び丙と協議し、操業停止その他必要な措置を講ずるものとする。

（立入調査等）

第七条　丙は、地域住民の生活環境の保全を図るため、乙に対し必要な報告をさせることができる。

2　乙は、丙が地域住民の生活環境の保全を図るため必要と認める場合、丙の職員及び丙の指定する地域住民等の処分場への立入調査を受け入れるものとする。

（処理場にかかる記録及び環境の調査）

第八条　乙は、処理場の処理量、管理運営の状況等を記録し、

甲から要求のあったときはこれを提示する。

2　乙は、毎年一回、処理場において排出する臭気の測定を実施するとともに、必要に応じ排水等について測定を実施する。

3　乙は、前項の測定データを遅滞なく公表する。

（処理場にかかる記録及び環境の調査）

第一〇条　乙は、毎年一回、処分場周辺地域の井戸、河川等の水質のモニタリング検査を実施する。

2　乙は、前項の検査データを遅滞なく公表する。

（協定違反時の措置）

第一一条　丙は、乙がこの協定に違反したときは、乙から事情を聴取した上で、改善措置が講ぜられ又は違反状態が解消されるまでの間の操業停止を指示することができるものとする。

別表（略）

参考法令：廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和四十五年十二月二十五日法律第百三十七号）省略

▼税法　……谷口勢津夫教授

【Ⅰ】　A（個人）は、毎年一二月二〇日を履行期として当該年分の利息の支払を受けることを約して、利息制限法所定の制限利率を超過する利率でBに金銭を貸し付けたが、平成一五年分の利息三〇〇万円については、平成一六年七月二〇日になってようやくその支払を受けることができた。そのうち一二〇万円が制限超過部分であったが、元本充当計算の結果五〇万円の充当によって元本が完済となった。Bは平成一六年一二月頃になってその元本充当計算の結果を知り、上記制限超過部分のうち元本に充当されなかった部分の金額につき不当利得の返還を請求したところ、平成一七年四月二〇日にその返還を受けることができた。

以上の事実関係の下で、(1)Aが個人的な貸付けを行ったとした場合と(2)Aが貸金業者である（しかも平成一八年八月現在も貸金業を続けており貸金業からの所得につき毎年所得税の確定申告を行っている）とした場合とに分けて、Aに対する①平成一五年、②平成一六年及び③平成一七年の各年分の所得税に係る課税関係について述べなさい。

【Ⅱ】　T社は、M銀行らが設立母体となって昭和五一年六月に設立された住宅金融専門会社（いわゆる住専）である。M銀行は、T社の設立の際に主導的な役割を果たし、当時の独禁法で許容される上限の五パーセントまでT社株を保有し、T社に対し役員及び職員を派遣し他の金融機関に比べて最も多額の融資を行うなどしてT社の経営に深くかかわってきた。

T社はバブル経済の崩壊によって融資債権が不良債権化する等財務状況が急激に悪化したため、M銀行らは大

蔵省の指導に従いT社の再建を目指したものの、結局のところ、T社の経営が破綻したため、平成七年九月に、M銀行ら母体五社がT社を整理する方針を確認した。ところが、T社の整理に伴う損失の負担をめぐって、T社に相当額の融資を行っていた農協系統金融機関は、いわゆる完全母体行責任を主張し、同金融機関がT社に対して有する債権の元本損失部分についても母体行が責任を負うよう求めたのに対して、M銀行らは貸付債権の全額放棄を限度とするいわゆる修正母体行責任を主張し、両者が激しく対立したことから、大蔵省が仲介に入った結果、平成七年一二月に、M銀行らは貸付債権の全額放棄等を内容とする処理案を受け入れた。内閣は、その翌日、第Ⅳ分類債権に係る損失（一次ロス）につき母体行債権の全額放棄等を内容とする処理計画を閣議決定し、平成八年一月には、第Ⅲ分類債権に係る損失（二次ロス）の処理方策についても閣議了解をした。その後、平成八年二月には、母体行債権の全額放棄や公的資金の投入による住専の損失の処理を内容とするいわゆる住専処理法案が国会に提出されたが、野党がこれに強硬に反対したため同年三月二五日まで国会審議が中断しており、その当時は、住専処理法の成立は危ぶまれる情勢であった。

M銀行は、それまでの経緯を踏まえ、以上のような状況の下では、せいぜい修正母体行責任を主張してそれ以上の責任を回避することしかできず、そうしなければ今後より大きな経営的損失を蒙ることになると判断し、平成八年三月二九日に、T社に対する残高合計三八〇〇億円の貸付債権（以下「本件債権」という）を全額放棄し、本件債権相当額を平成七年四月一日から平成八年三月三一日までの事業年度（以下「本件事業年度」という）の損金の額に算入した。

なお、平成八年三月末において、T社の資産のうち回収見込額は、T社の総債務額の四〇パーセントほどあったが、それでも、母体行以外の金融機関がT社に対して有する債権の合計額を下回っていた。また、農協系統金融機関は機関投資家としてM銀行の金融債を引き受ける立場にあった。さらに、住専処理に係る公的資金を盛り込んだ平成八年度予算は平成八年五月一〇日に成立し、住専処理法は同年六月一八日に成立し同月二一日に施行されたが、これを受けて、T社は株主総会の特別決議を経て平成八年九月一日に解散した。

以上の事案について、以下の設問に答えなさい。

(1) 本件事業年度における本件債権相当額の損金算入という税務処理について、どのような法律構成が可能であろうか。考えられ得る法律構成を二つ簡潔に示しなさい。

(2) 上述の事実関係に加えて、以下の二つの事実が認められるとする。

○M銀行は、本件債権を全額放棄するに当たって、T社の解散の登記が平成八年一二月末までに行われないことを債権放棄の解除条件とした（以下「本件解除条件」という）。

○M銀行は、平成七年一一月以降、T社の整理による損失を考慮して保有株式を積極的に売却したところ（以下「本件株式売却」という）、平成八年三月までの売却益の合計額は四六〇〇億円に上った。

これに対して、課税庁は以下の二つの主張を行った。

① 本件事業年度の末日である平成八年三月三一日現在では、本件解除条件の成就又は不成就は未確定であり、また、その条件が成就した場合には本件債権が復活するから、本件債権の放棄による損失が確定しているとは認められず、したがって、本件債権相当額を本件事業年度の損金の額に算入することはできない。

② 本件解除条件付き債権放棄は、本件株式売却による利益に対する課税負担を回避するためのいわば「苦肉の策」ないし利益操作の具であり、そのような法人側の都合で損金計上時期を人為的に操作することは公正処理基準（法人税法二二条四項）に適合しないから、本件債権相当額を本件事業年度の損金の額に算入することはできない。

課税庁のこれらの主張について、それぞれ、反論を述べなさい。

【Ⅲ】 以下に掲げる(1)所得税基本通達五一―一七及び(2)同七二―一について、それぞれ、①当該規定の基礎にある考慮ないし考え方を述べ、②当該規定の問題性や許容性を論じなさい。

(1) 所得税基本通達五一―一七

（金銭債権の譲渡損失）

五一―一七 金銭債権を譲渡したことにより生じた損失の金額については、当該損失が当該譲渡により実質的に贈与したと認められる場合に生じたものである場合を除き、当該損失の金額に相当する金額の貸倒れによる損失が生じたものとして、法第五一条第二項若しくは第四項、第六三条《事業を廃止した場合の必要経費の特例》又は第六四条《資産の譲渡代金が回収不能となった場合等の所得計算の特例》の規定を適用する。

［参考］

（譲渡所得の基因となる資産の範囲）

三三―一 譲渡所得の基因となる資産とは、法第三三条第二項各号に規定する資産及び金銭債権以外の一切の資産をいい、当該資産には、借家権又は行政官庁の許可、認可、割当て等により発生した事実上の権利も含まれる。

(2) 所得税基本通達七二―一

（事業以外の業務用資産の災害等による損失）

七二―一　不動産所得、山林所得又は雑所得を生ずべき業務（事業を除く。）の用に供され又はこれらの所得の基因となる資産（令第八一条第一号《譲渡所得の基因とされないたな卸資産に準ずる資産》に規定する資産を含み、山林及び生活に通常必要でない資産を除く。）につき災害又は盗難若しくは横領（以下七二―七までにおいて「災害等」という。）による損失が生じた場合において、居住者が当該損失の金額及び令第二〇六条第一項各号《雑損控除の対象となる雑損失の範囲》に掲げる支出（資本的支出に該当するものを除く。）の額のすべてを当該所得の金額の計算上必要経費に算入しているときは、これを認めるものとする。この場合において、当該損失の金額の必要経費算入については法第五一条第四項《資産損失の必要経費算入》の規定に準じて取り扱うものとし、法第七二条第一項の規定の適用はないものとする。

（注）この取扱いの適用を受けた資産につき、修繕その他原状回復のため支出した費用の額があるときは、五一―三の適用がある。

［参考］

（原状回復のための費用）

五一―三　法第五一条第一項又は第四項に規定する資産が損壊した場合において、当該資産の修繕その他の原状回復のために支出した費用の額があるときは、その費用の額のうち、当該資産について令第一四二条又は第一四三条の規定を適用して計算した金額から当該損壊直後における当該資産の価額を控除した残額に相当する金額までの金額は資本的支出とし、残余の金額を当該支出をした日の属する年分の必要経費に算入するものとする。

参考条文（省略）

【国税通則法】　一二三条

【所得税法】　三三条・三六条～三八条・四九条・五一条・六二条～六四条・六九条～七二条・一五二条

【所得税法施行令】　八一条・八五条・一二〇条・一四〇条～一四三条・一七八条・二〇六条・二七四条

【法人税法】　二二条・三七条

▼労働法　……小嶌典明教授

A社の従業員Bは、平成一七年五月一五日に長男を出産したが、その前後一四週間休業（産前六週間、産後八週間）し、これに引き続き育児のため長男が一歳になるまでの間、一日につき一時間三〇分の勤務時間短縮措置を受けた。また、この間、Bは、平成一七年一二月五日から同月六日までの二日間、A社の労働組合が実施したストライキ（全日スト）に組合員として参加した。さらに、A社には、平成一八年五月末をもって、一身上の都合により同社を退職した従業員（非組合員）Cがいた。

他方、A社は、就業規則で賞与の算定基礎期間（六月一五

日を支給日とする夏季賞与は前年一一月一六日から当年五月一五日まで、一二月一五日を支給日とする冬季賞与は当年五月一六日から当年一一月一五日まで）における出勤率が九〇％以上であること、および支給日に在籍していることを賞与の支給要件として定めており、これらの規定が存在することを理由に、A社は、平成一七年の夏季賞与および冬季賞与をBに支給せず、また平成一八年夏季賞与をBおよびCの両名に支給しなかった。

そこで、BおよびCは、それぞれ支給されなかった賞与の全額支給を求めて訴えを提起した。

なお、A社の就業規則は「賞与の支給額は、各期ごとに別に定める」と規定し、具体的な算定基準は、平成一七年の夏季賞与については同年五月一六日に、冬季賞与については同年一一月一六日に、平成一八年の夏季賞与については同年五月一六日に、それぞれ次のように定められ、その内容が従業員に周知されていた（注①および②は従来から同じ、③は平成一七年冬季賞与から新設）。

平成一七年夏季賞与＝（基本給×三）＋職階手当－（基本給÷二〇）×欠勤日数

平成一七年冬季賞与＝（基本給×四）＋職階手当－（基本給÷二〇）×欠勤日数

平成一八年夏季賞与＝（基本給×四）＋職階手当－（基本給÷二〇）×欠勤日数

注①　基本給とは、月額基本給のことをいう。

②　ストライキ中の期間、産前産後の休業期間、育児休業期間、その他私傷病等により勤務しなかった期間は、欠勤したものとして扱う。

③　育児休業に代えて、勤務時間の短縮措置を受けた者については、当該短縮措置を受けた総時間数を七時間三〇分（一日の所定労働時間）で除して算出した日数を欠勤日数に加算する。

設問(1)　あなたが原告（BおよびC）の代理人であれば、どのような主張をするか。

(2)　あなたが被告（A社）の代理人であれば、どのような主張をするか。

(3)　あなたが裁判官であれば、どのように判断するか。

なお、A社では完全週休二日制が採用されており（年間所定労働日数は二四〇日）、BおよびCのいずれにも、上述したもの以外に私傷病等による欠勤はなかったものとする。

▼民事回収法1　……下村眞美教授他

設例を読んで、各問に理由を付して答えよ。［問1］ないし［問3］は、相互に独立のものとして考えよ。また、手続費用や遅延損害金については考えなくてよい。

【設例】　Aは、甲不動産を所有していたところ、平成一六年一二月二〇日、Bから融資を受けるに際して、甲不動産に

Bのために抵当権を設定し、その旨の登記がされた（現在の被担保債権額は一五〇〇万円）。Aの債権者Cは、一二〇〇万円の売掛金債権を被保全権利とする甲不動産の仮差押命令を得て、平成一八年三月一日、その旨の登記がされた。Aは、平成一八年三月一五日、Dのために抵当権（現在の被担保債権額一二〇〇万円）を設定した。

［問1］ Aの債権者Eは、仮執行宣言付支払督促（債権額六〇〇万円）に基づき、甲不動産について強制執行を申し立て、平成一八年四月一日、差押えの登記がされた。

E申立ての強制執行手続が進行し、甲不動産が三〇〇〇万円で売却された。本日（平成一八年八月二日午後三時）が配当期日と指定されたが、Cの本案訴訟については帰趨が決まっていない。執行裁判所は、どのような措置をとればよいか。

［問2］ Bは、甲不動産について競売を申し立て、平成一八年四月一四日、差押登記がされた。Aは、平成一八年五月一日、甲不動産をFに売り渡し、同日売買を原因とする所有権移転登記がされた。

(1) Aの債権者G（債権額二〇〇万円）は、平成一八年五月一〇日になって、この競売手続に加入して配当に与りたいと考えた。どのようにすればよいか。

(2) B申立ての競売手続が進行し、買受人Hに売却許可決定がされ、Hが代金三二〇〇万円を納付した。このとき、Fの所有権移転登記はどのように処理されるか。

(3) 本件競売事件にGが適法に手続加入し、また、Cが本案訴訟において、Aに対して一部勝訴（一〇〇〇万円のみ認容）して、その判決が確定した。このとき、甲不動産の売却代金三二〇〇万円は、どのように配当・処理されるか。

［問3］ Bは、甲不動産について競売を申し立て、平成一八年四月二一日、差押登記がされた。その手続が進行し、競売申立人であるBが甲不動産を買い受け、平成一八年七月三一日、売却許可決定がされた。Aは、平成一八年八月二日、Bの当該抵当権は、Aの長男Jの無権代理行為によって設定されたもので抵当権は存在しないと主張して、売却許可決定について執行抗告を申し立てた。

Aの主張が真実であるとして、このような執行抗告は許されるか。反対説を批判して自説を述べよ。

▼刑法2 ……島岡まな教授

X（五〇歳、身長一六〇センチメートル）は、知人A（四〇歳、身長一七六センチメートル）に二〇〇万円の借金があったが、返済の目途が立たず、Aからしつこく返済を迫られたため、一人暮らしで身よりもないAを殺せば借金を返済せずに済むと考え、Aの殺害を決意した。しかし、ただ殺すのではなく、Aの怒りっぽくすぐ暴力を振るう性質を逆手にとり、Aを怒らせて自分を攻撃するよう仕向け、これに対す

る反撃として正当防衛行為に見せかけようと考えた。そこで、Xは、友人Y（五二歳、身長一六三センチメートル）を電話で呼び出し、「Aは空手二段だし怒りっぽいから、何かあったときのために俺は果物ナイフを持っておくし、お前もAが俺に暴力を振るってきたら、一緒にやり返してくれ」と頼み、二人でA宅に向かった。

A宅に着いたXが、Aに借金を減額してくれるよう頼んだところ、Aは予想通り怒り出し、「この野郎、返済期限を過ぎても返さないどころか減額しろとは何だ！」と怒鳴りながらXの顔面を二～三回強く殴ったため、Xはその場に倒れこんだ。Aはさらに興奮し、Yに向かって「お前は何だ？　何しに来た！」と怒鳴りながらYの胸倉をつかんだ。そのとき、起き上がったXが隠し持っていた果物ナイフを取り出し、Aの背中を切りつけたため、Aは激昂し、大声でわめきながらX、Yに向かってきた。このとき、XはYと協力してAを殺してしまおうと考え、Yも、自分たちの命を守るため、Xと協力してAを殺してもやむをえないと考えた。AがXを殴ったりけったりし始め、Xの手から果物ナイフが落ちたため、Yは「このままでは二人ともAに半殺しにされてしまう。やられる前にAの息の根を止めなければ……」と考え、そばにあったゴルフのクラブを手にとり、Aの頭を背後から二～三回思いっきり殴ったところ、Aはうめき声を上げてその場に倒れ、動かなくなった。

XとYはAが既に死んだと思い、気が動転して正当防衛を主張しようとしたことも忘れ、Aの身体を隠そうとした。しかし、車を持っていなかったため、車を所有している共通の友人Z（四八歳）に頼んでAを山中に捨ててもらおうと話し合い、Xが電話をし、事情を話してA宅に来るように頼んだ。三〇分後Zが車で到着し、X、Y、Zの三人がかりでAをZの車のトランクに入れ、X、YはA宅を去ってそれぞれの自宅に帰り、Zのみが車を運転して五〇キロメートルほど離れた山中のがけの上からAを突き落とした。そのため、Aは全身打撲で死亡した。

三日後登山者によってAの遺体が偶然発見され、司法解剖されたところ、直接の死因はがけから突き落とされたことによる全身打撲であったが、ゴルフ・クラブで殴られた際に脳に致命的な傷害を負っており、すぐに病院に運んだとしても、現在の医学では救命の可能性は一〇％以下であったことが判明した。

X、Y、Zの罪責について検討せよ。

▼刑事法律文書作成　……鈴木眞理子講師

以下の事例を読んで、後記の設問1～4に答えなさい。

【事例】

1　捜査の端緒

平成一八年八月一日（以下、年号は「平成一八年」とする。）午後五時ころ、大阪府豊中市（所番地省略）所在の

ホームセンター「待兼山」から、「万引き犯人が警備員を殴り、警備員が怪我をした。犯人は二人組で、ひとりは逃げてしまったが、もうひとりは捕まえた。すぐに来てほしい。」との一一〇番通報があった。

2　被害者からの事情聴取

同所を管轄する大阪府X警察署の警察官Kが「待兼山」に急行すると、同店の警備員室内に、甲（三〇歳。男性。坊主頭。身長一七〇センチメートル、体重六五キログラム）が椅子に座っており、同店店長丁は、甲を指し示しながら、「私がこの店の店長で、さきほど一一〇番した者です。この男が、万引き犯人のひとりで、警備員の丙を殴って逃げようとしたものの、丙が捕まえました。」と供述した。

その場にいた丙（五五歳。男性。身長一六〇センチメートル、体重六〇キログラム）は、「私は、この店の私服警備員をしています。本日午後四時三〇分ころ、私が店内を巡回していると、この坊主頭の男（以下、「坊主頭の男」という。）と、茶髪の二五歳くらいの男（以下、「茶髪の男」という。）とが一緒に一台のカートを押しているのを見つけました。男性同士で買い物に来て、しかも一台のカートを一緒に押すというお客さんはあまりいないのと、ふたりが手当たり次第という感じで、どんどんカートに、パソコン用のソフトやDVDソフト、携帯電話の充電器、車に付けるアクセサリー、男性用の下着やTシャツ、スリッパなどを多量に入れていくので、これは万引きをするつもりではないかと気になり、様子を見ていました。すると、案の定、ふたりの男は、なにくわぬ顔をして、使っていないレジを代金を払わないままに通過し、そのままサッカー台という精算済みの商品を袋詰めする台に向かいました。そして、茶髪の男が、上着のポケットから、当店の名前入りのビニール袋四枚を取り出すと、ふたりで手分けして商品を袋詰めし、ふたりが二袋ずつ持って、堂々と出入り口から店外に出て行きました。この時刻が、午後四時五〇分ころでした。私は、一部始終を見ていて、ふたりが万引き犯人だと確信したので、ふたりが店外に出たところで、後ろから、『お客さん、すみません。警備員ですが、商品の代金を払われてないですね。』と声をかけるとともに、坊主頭の男の左肘のあたりを私の左手で掴みました。すると、茶髪の男は両手に二袋の商品を持ったまま、一目散にその場から逃げ出しました。坊主頭の男は、右手に持っていた袋をその場に投げ捨て、右手の拳で、私の左手の甲をがんがんと殴ってきました。私が思わず手を離すと、坊主頭の男は、振り向いて、私と向かい合わせになったと同時に、右手で私の首をしめるように押してきたので、私は後ずさりする形になり、そのまま地面に仰向けに倒れてしまい、後頭部を地面に打ち付けて怪我をしました。私は、一瞬意識がぼーっとしたものの、急いで起き上がり、地面に投げ捨てた袋を拾おうとしていた坊主頭の男にタックルし、地面に仰向けに倒して押

さえ込みました。そこへ、騒ぎを聞いて同僚の警備員が駆け付けてきたので、ふたりで協力して坊主頭の男を逮捕したのです。ちょうどそのころ、茶髪の男が、当店の駐車場に止めた白い乗用車に乗り込み、急発進して走り去るのが見えました。この車のナンバーは4321でした。」と供述した。また、警察官Kが、丙の後頭部を見せてもらったところ、出血していることが確認できた。

3　甲の引致、弁解録取

警察官Kは、甲に対して、「そのとおりか。」と尋ねると、甲は、「はい、知り合いの乙という男と一緒になって万引きをしたのですが、店の外に出たところで、この警備員さんに捕まりそうになったので、私は、なんとか捕まらずに逃げたいと思って警備員さんに暴力をふるったのですが、結局、その場で捕まってしまいました。乙は、そのまま逃げてしまいました。」と供述した。警察官Kは、丙と甲の供述などから、甲が（事後）強盗致傷の犯行を犯し、被害者である丙が甲を現行犯人として逮捕したものと判断し、同日午後五時一〇分、「待兼山」警備員室で、丙から甲の引渡しを受けた。

そして、Kは、甲をパトカーでX警察署に連れて行き、同日午後五時四〇分、同署の警察官（司法警察員）Lに引致した。Lは、甲に対し、直ちに弁解録取を行ったところ、甲は上記Kに対するのと同様の供述をした。

さらに引き続き、Lが、甲に供述拒否権を告知した上、取調べを行ったところ、甲は、次のとおり供述した。

4　甲の供述要旨（八月一日）

私は、東京都内で生まれ、両親や兄姉と一緒に暮らしていましたが、都内の高等学校を卒業後、実家を出て、各地を転々としながらフリーターをして暮らしていました。両親や兄姉とは一〇年以上音信不通です。これまでに、事件を起こして警察のお世話になったことは、ありません。現在は自分の家というのはありませんが、二週間くらい前から、乙のアパートで寝泊りさせてもらっていました。乙とは、二か月ほど前に、大阪市内のサウナで知り合いました。その後も時々顔を合わせるうちに気が合い、二週間くらい前に、乙から、「泊まるところがないのなら、うちで寝泊りすればいいじゃないか。」と言われ、私は仕事もしておらずお金がなくて、公園でときどき野宿していましたので、ありがたい話だと思い、乙に世話になることにしたのです。乙の家は、アパートの一階にあり、豊中市内だということはわかりますが、地番までは知りません。ただ、案内していくことはできます。

今回、私がホームセンター「待兼山」で商品を万引きしたことは間違いありません。乙に誘われて万引きしました。商品を持って乙と一緒に店の外に出たところで、後ろから、警備員の男の人に声をかけられ、左肘のあたりを掴まれました。私は、万引きが見つかった、捕まってしまう、と思い、頭の中が真っ白になり、必死で警備員を振り払おうとして手を振

り回すなどしたところ、その勢いか、警備員は地面に倒れてしまいました。私はその隙に逃げようとしたのですが、起き上がった警備員や応援に駆け付けた別の警備員から、反対に押さえ込まれてしまい、捕まってしまったのです。その間に、乙は逃げてしまいました。私が、具体的にどんな暴力を警備員に対してふるったのかは、一瞬頭が真っ白になったせいか、今はよく思い出せません。隠すつもりはないので、時間をかけて落ち着いて思い出したいと思います。

5　「待兼山」からの被害届、丙の診断書の提出（八月二日）

「待兼山」の店長丁は、X警察署において、担当警察官に対し、「今回の犯人たちが万引きする商品をカートに入れるのを見ていた警備員丙の話、商品の棚卸結果、捕まえた犯人甲が持っていた商品の種類と数などを総合して、盗まれたことがはっきりした商品について、被害の届け出をします。逃げてしまったもうひとりの犯人を早く捕まえていただき、ふたりとも厳しく処罰してください。」と述べ、被害届を提出した。

同被害届によると、被害金品は、「パソコン用ソフト一〇点、DVDソフト二〇点、パソコン用のUSBメモリー二〇点、携帯電話の充電器五個、カーアクセサリー一〇点、下着やTシャツ等の衣類一〇点、スリッパ五足」である。

なお、甲が逮捕された時にビニール袋二袋に入れて持っていたのは、「パソコン用ソフト五点、携帯電話の充電器五個、下着やTシャツ等の衣類一〇点、スリッパ五足」であった。

また、丙は、X警察署において、担当警察官に対し、「万引き犯人に押し倒された際に後頭部を地面に打ち付けて怪我をしました。病院で治療を受け、診断書を発行してもらったので、提出します。万引きが見つかり、警備員に暴力をふるって逃げようとするなど、許せることではありません。厳しい処罰を求めます。」と述べ、「後頭部打撲傷により、安静加療約一週間を要する。」との内容のY病院医師作成の診断書を提出した。

6　甲の検察官送致と勾留請求（八月三日）

八月三日午後一時、X警察署の警察官は、甲を強盗致傷の事実により、大阪地方検察庁検察官に送致する手続をし、同日午後二時三〇分、同検察庁検察官は事件を受理した。検察官は、本件の記録を精査した上、同日午後四時、甲の弁解を録取する手続を行ったところ、甲は、警察官の弁解録取と同様の供述をした。

検察官は、同日午後五時三〇分、大阪地方裁判所裁判官に対し、甲につき、強盗致傷の事実で勾留請求するとともに、刑訴法三九条一項に規定する者以外の者との接見を禁止する裁判を請求した。

【設問1】

甲の勾留請求及び接見禁止請求を受けた裁判官は、これら

の請求を認めるべきか。それぞれの要件を踏まえて答えよ。

【事例（続き）】

甲の勾留請求が認められたとする。勾留後の警察官Lの取調べに対し、甲は次のとおり供述した。

7　勾留後の甲の供述要旨（八月一二日）

私が、今回、乙と一緒に万引きをしたいきさつについてお話しします。

私が実際に乙の家に世話になってみると、乙は一週間のうち半分くらいしか自宅に帰らず、ほかの日には、付き合っている「戊」という名前の彼女の家に泊まっていることがわかりました。そのため、私は気兼ねすることなく乙の家で寝泊りすることができたのです。乙は、自宅に帰ってくるときには、いつも、食料品などのたくさん入ったスーパーの袋を持って帰ってきており、私は、いつも乙が持ち帰ってくるこれらの食料品をもらって食べていました。そのほか、乙は、時々、新品のパソコンのソフトやパソコンの周辺機器、ゲーム機やゲームソフトなども持ち帰っていました。私は、当初、どうして、乙がいつもいろいろな物を持ち帰ってくるのかわかりませんでしたが、今から一週間くらい前に、どうやら乙は商品を万引きして来ているらしいと思うようになりました。なぜそう思ったかというと、一度、乙が、前日に持ち帰ってきたパソコン関連やゲーム機関連の新品の商品一〇点くらいを、中古ソフトなどの買取りをする店に売りに行くのを手伝ったことがあり、もしお金を出して買ってきたものならば、使いもしないで翌日に売却するのはおかしいと思ったからでした。それに、乙は、きちんとした仕事をしている様子がなく、決まった収入がないようなのに、いつも大量の商品を持ち帰ってくるというのも不思議な話で、きっと商品を万引きして、食料品は自分で食べ、その他の商品は売却して金に換えて生活しているんだ、とわかったのです。そう思ってみると、乙の家には、いろんなスーパーやホームセンターなどの、買い物をした際に商品を入れてくれるビニール袋がたくさん置いてあり、乙は、でかけるときには、それらのビニール袋を持ってでかけ、帰りには商品のいっぱい入ったビニール袋を持って帰ってきていました。

私は、戊の家にも、一度連れて行ってもらったことがあります。戊は、大阪駅のすぐ近くのワンルームマンションでひとり暮らしをしており、このワンルームマンションの名前や地番まではわかりませんが、場所は覚えていますから、案内することはできます。

今回、ホームセンター「待兼山」で商品を万引きしたのは、乙から一緒に万引きしようと言われたからでした。万引きした日の前日にあたる七月三一日の夜は、乙は自宅に帰ってきませんでした。翌日の八月一日の昼過ぎころ、乙から、私の携帯電話にメールが入りました。その内容は、「今日の午後四時に、豊中市のホームセンター『待兼山』の駐車場に来て

ほしい。手伝ってほしいことがある。」というものでした。私と乙とは、ふだん、用事があるときには、お互いに携帯電話で電話をかけたり、メールを送ったりしており、このときも、乙は、自分の携帯電話からメールを送ってきたものでした。ちなみに、乙の携帯電話の番号は、０９０―××××―××××で、私の携帯電話の番号は、０８０―△△△△―△△△です。私は、呼び出された場所がホームセンターであること、手伝ってほしいことがあると書いてあったことから、乙は私に万引きを手伝わせようとしているのだとピンときました。私はそれまでに万引きなどしたことはなく、そんな犯罪に手を染めるようなことはしたくないと思いました。しかし、乙にはずっと寝るところや食べるものの世話になっていたし、これまで私が食べてきたのは乙が万引きしてきた食料品だろうと思っていましたから、私は、断るわけにはいかないと思い、指定された時間に「待兼山」の駐車場に行きました。

　すると、乙はすでに来ており、ナンバーが「４３２１」の白い乗用車の運転席に乗った状態で私を待っていました。この乗用車は戊の車であり、名義も戊だと思いますが、ふだんから乙がよく借りて乗っており、乙は、戊から車のスペアキーももらっているようでした。私が車に近付くと、車には乙ひとりが乗っており、乙は、私に助手席に乗り込むようにと指示したので、私は言われたとおりに乗り込みました。乙は、「今から、この店の商品を持ち出す。店内に入ったらカートに商品をどんどん入れろ。できるだけ、よそで下取りしてくれそうな商品を選べ。俺が合図をしたら、カートを押してそのまま無人のレジを通過しろ。あとは俺の指示に従ってビニール袋に商品を入れ、店の外に出て、この車に集合しよう。」と言ってきたので、私は思ったとおり乙が万引きをしようとしているのだとわかりました。私は、「わかった。」と答え、乙と一緒に店内に入り、一緒にカートを押しながら、どんどん商品をカートに入れていきました。そして、無人のレジを金を払わずに通り抜け、商品を、乙が持ってきていた「待兼山」の名前の入ったビニール袋に詰め、ふたりが二袋ずつ手に持って店の外に出ました。私は、両手に一袋ずつビニール袋をぶら下げていました。

　ところが、外に出たところで、後ろから、「警備員ですが、商品の代金を払ってないですね。」と声をかけられ、私の左肘を掴まれてしまったのです。乙は、その声を聞くやいなや、商品の袋を持ったまま、走ってその場から逃げ出しました。私は、このままでは警備員に捕まってしまう、警備員を殴ってでも何とかこの場を逃げ出さなければ、と思いました。そして、私は、右手に持っていた袋をその場に投げ捨て、右手の拳で、私の左肘を掴んでいる警備員の左手の甲を数発殴りつけました。すると、警備員が手を離したので、私は、この機会に警備員にもっとダメージを与えておけば、追いかけて

くることもないだろうと考え、後ろを振り向いて、警備員と向かい合わせの体勢になると同時に、私の右手の平を警備員の首のあたりに押し当て、警備員の首をしめるような感じで押したところ、警備員は数歩後ずさりした後、地面に仰向けに倒れました。そこで、私は、先ほど投げ捨てたビニール袋を拾って逃げようとしたのですが、ビニール袋を拾おうとかがんだところに、いつの間に起き上がったのか、警備員が体当たりしてきて、私は、反対に地面に仰向けに押さえつけられてしまいました。そこへ、別の警備員もやってきて、結局私は捕まってしまったのです。

私は、逮捕された直後に刑事さんに事情を尋ねられたときには、具体的にどんな暴力を警備員に対してふるったのかよく思い出せない、と話しましたが、今では、随分気持ちも落ち着きましたので、当時のできごとを順番にたどって考えているうちに、自分のふるった暴力の内容が、さきほど話したようなものであったことを思い出しました。

逃げ出した乙がどうしたのかわかりませんが、私が警備員に捕まった後で周りを見ると、乙の乗ってきた車がなくなっていましたので、乙は、自分ひとりだけ車に乗って逃げたものと思います。

8　甲による犯行状況の再現（八月一五日）

甲の勾留延長（一〇日間）が認められた後の八月一五日、警察官Lが、甲に対し、「店外に出たところで警備員に声をかけられた状況、警備員に暴力をふるった状況、反対に警備員に押さえつけられて捕まった状況について、君の記憶にあるとおりに再現して説明してほしい。もちろん、君には供述拒否権があるので、嫌ならやらなくてもかまわない。」と言ったところ、甲は、「わかりました。これまでにも、正直に自分の記憶にあるとおりにお話ししてきたのですから、再現して説明します。」と述べた。

そして、「待兼山」の駐車場に見立てたX警察署の柔道場において、被害者丙役を警察官Mが、甲役を甲自身が、それぞれ担当し、甲の指示説明に従って犯行当時の双方の言動を再現した。Lは、その再現状況を見分し、補助者の警察官数名に指示して写真撮影・位置関係の測定などを行った上、実況見分調書を作成した。

9　乙方の捜索差押許可状請求（八月一六日）

一方、X警察署の警察官は、乙が「待兼山」における本件窃盗の共犯であると判断し、甲の供述等に基づいて所在捜査を進めたところ、乙は、豊中市（所番地省略）のSアパート一号室に居住していることが判明した。そこで、警察官は、裁判官に対し、乙に対する本件窃盗の被疑事実について逮捕状を請求するとともに、同被疑事実に関連する証拠品が乙方に隠匿されているおそれが高いと判断し、Sアパート一号室の捜索差押許可状を請求することにした。

【設問2】

警察官は、捜索差押許可状請求書の「差し押さえるべき物」（法二一八条一項、規則一五五条一項一号参照）として、どのような物を挙げるべきか。

【事例（続き）】

10　戊方の捜索・差押え（八月一九日）

警察官は、乙の逮捕状及び乙方の捜索差押許可状を得て乙方に赴いたが、乙は不在であり、アパートの家主の立会いを得て、乙方の捜索を実施したものの、差し押さえるべき物の発見に至らなかった。そこで、警察官は、乙が頻繁に出入りしている戊方についても捜索・差押えを実施する必要があると判断し、乙に対する本件窃盗の被疑事実につき、大阪市北区（所番地省略）のTマンション一〇二号室であることが判明していた戊方の捜索差押許可状を請求し、その発付を得た（同許可状の「捜索すべき場所」は「Tマンション一〇二号室戊方」、「差し押さえるべき物」は設問2で検討したとおりの記載であるとせよ。）。

警察官Nら五名が、上記捜索差押許可状に基づき、戊方に捜索等に赴いたところ、戊方には戊ひとりがいた。Nが、玄関先で、戊に対し、捜索差押許可状を示しながら、「乙さんをご存知ですね。乙さんが起こした事件の関係で、裁判官から、あなたの家の捜索差押えをしてもよいという許可状が出たので、捜索に来ました。」と告げると、戊は、「家の中が散らかっていますので。」と言いながら、室内に戻ろうとしたので、警察官らは、その後に続いて戊方室内に入った。Nらは、再度捜索差押許可状を提示した後、戊を立会人として室内の捜索を開始したが、戊は、大型のボストンバッグを両手で抱えるように持ち、そわそわした様子で室内をうろうろ歩き回っており、警察官から「そのボストンバッグは誰のものですか。中に何が入っているのですか。」と尋ねられても、何も答えなかった。

【設問3】

Nらは、所持している捜索差押許可状により、このボストンバッグを捜索することができるか。

【事例（続き）】

11　甲の起訴と公判審理

甲は、検察官による取調べにおいても、上記7記載の内容の供述を維持した。その供述内容は、被害者である丙の供述とも一致しており、検察官は、甲につき、強盗致傷罪の刑責を問えると判断し、八月二二日、甲を同罪で公判請求した。

ところが、甲は、第一回公判期日の罪状認否において、万引きの事実は認めたものの、「万引きした商品を持って店外に出たところで、丙から声をかけられ、逃げようとしたが、後ろから丙に両手で私の左腕を掴まれてしまった。そこで、丙の両手を振りほどこうとして、左腕をいったん前に引き寄せてから、強く後ろに振ったところ、丙が転倒してしまったものであり、丙の手を殴ったり、首をしめるようにして押し

倒したりしたことはない。」と述べた。弁護人も、甲の陳述を前提に、「暴行の態様を争う。甲の暴行の程度は軽微であり、強盗致傷罪は成立せず、窃盗罪及び傷害罪が成立するに止まる。」と主張した。そして、弁護人は、検察官請求証拠のうち、丙の検察官に対する供述調書（内容は、上記2に記載の丙の供述内容に同じ。以下、「証拠①」という。）、甲の警察官に対する供述調書及び検察官に対する供述調書（内容は、いずれも、上記7に記載の「勾留後の甲の供述要旨」に同じ。以下、順に、「証拠②」、「証拠③」という。）、実況見分調書（上記8に記載のとおり、甲による犯行再現状況をL字が見分し、その結果を文章及び写真で明らかにしたもの。以下、「証拠④」という。）を不同意とした。

【設問4】

証拠①から④に証拠能力が認められるのは、それぞれ、いかなる場合か。

▼**法社会学** ……福井康太助教授

レポート試験

課題：紛争解決交渉、和解の仲介、仲裁による紛争解決における弁護士の役割について考える。

【出題趣旨】

企業での法務ニーズの増大や、紛争の多様化・専門化によって、弁護士の役割は、訟務を中心とする業務から、より裁判外の法律事務へと重心を移しつつある。その際とりわけ、紛争解決交渉や和解の仲介、仲裁による紛争解決に期待される役割が大きくなっていると指摘されている。みなさんは紛争解決交渉や和解の仲介、仲裁による紛争解決が適切に利用されるようにする上で、弁護士にどのような役割が期待されると考えるか。つぎの二つの選択問題から一題を選んで論じなさい。

所定字数　八〇〇〇字程度

【選択問題】

1．廣田尚久弁護士の『紛争解決学〔新版〕』の講義時配付資料を手がかりとして、紛争解決、とりわけ交渉、和解仲介、仲裁における弁護士の役割について論じなさい。

2．知的財産紛争における弁護士の役割について論じなさい。その際、知的財産専門訴訟における弁護士の役割ばかりでなく、交渉、和解仲介、仲裁による知財紛争解決における弁護士の役割について十分に論ずること。

▼**アメリカ法** ……松井茂記講師

レポート試験

▼**ジェンダーと法** ……三成美保講師

レポート試験

▼**ＥＵ法政論** ……戸澤英典講師

レポート試験

▼**国際法1** ……村上正直教授

以下の設例に関し、設問に回答しなさい。

【設例】

二〇〇六年九月一九日、A国の首都にあるB国大使館から出火し、折からの強風にあおられて大使館全体に火が回った。その後、間もなく、同大使館と同一敷地内にあるB国総領事館にも飛び火し、さらに、隣接する民家にも火が迫った。

この時点で、現場に到着していたA国消防署職員で現場責任者であったXは、大使館及び総領事館の敷地外に避難していたB国の大使及び総領事に対して、火災の鎮火と民家への延焼を防ぐためには大使館・領事館の敷地・建物内に立ち入って消火活動を行うことが必要である旨を述べ、立入許可を求めたが、B国の大使及び総領事はこれを拒否した。その後、実際に民家に火が及び、炎上するに至って、Xは、B国の大使及び総領事がなお立入に反対しているにもかかわらず、消防車・消防機材及び他の消防署員を率いて大使館・総領事館の敷地・建物内に立ち入り、消火活動を行った。消火活動の結果、大使館は全焼し、総領事館は半焼、隣接する民家二軒が全焼したが、その他の民家への延焼はくい止められた。

なお、AB両国は、本件火災発生以前から「外交関係に関するウィーン条約」(「外交関係条約」)及び「領事関係に関するウィーン条約」(「領事関係条約」)の当事国である。また、A国の消防法によれば、消防署員による消火活動を妨害する行為は、懲役五年以下の犯罪である。

【設問】

(1) 大使館・総領事館の敷地・建物内での消火活動を行ったXの行為は、外交関係条約又は領事関係条約に違反するか?

(2) この火災で全焼した民家の所有者Sは、XがB国の大使及び総領事に対して立入許可要請を行った時点で敷地・建物内で消火活動が行われていれば自宅への延焼は防げたのであって、同大使及び総領事がこの要請を拒否したことが違法であるとして、両名を相手方として裁判所に損害賠償請求訴訟を提起したいと考えている。

また、B国大使館の事務機器類の納入業者であるTは、すでに大使館に納入した高額の事務機器に関して、B国大使館側が火災による目的物の消滅を理由に代金の支払いを拒否したため、B国を相手方として代金の支払いを求める訴訟を裁判所に提起したいと考えている。

A国が日本であるとして、S及びTから相談を受けた弁護士であるあなたは、S及びTに対してどのように回答するか?

参考資料:省略

▼**国際私法1** ……長田真里助教授

1 日本人男X_1とその妻X_2(日本人)は長い間子供ができないことを悩んでいた。不妊治療などの策が尽きてしまい、半ば子供を持つことをあきらめかけていたときにアメリカのC州で代理母契約が法律で認められていることを知った。

そこでX_1とX_2はC州へ赴き、A女（C州人）から卵子の提供を受け、B女（C州人）に出産をしてもらうという代理母契約を同地で締結した。なお本契約の準拠法はC州法とされており、同州法によれば、代理母契約によって子供が出生した場合には、その子は卵子の提供、分娩の事実にかかわらず依頼者の実子とされる。その後B女は無事に子供Cを出産し、Cを連れてX_1とX_2は帰国した。その後K市の市役所でCをX_1・X_2夫婦の嫡出子とする出生届を提出したところ、その受理を拒絶されたため、二人はX_1・X_2とCとの間の嫡出親子関係の確認とCの日本国籍を取得していることの確認を求めてK地方裁判所に訴えを提起した。このX_1・X_2の訴えは認められるか。

2　日本人夫婦であるX女とY男は二〇年にわたる婚姻生活の大半をフランスで送っていたが、平成一〇年に同地で離婚が成立した。Y男はフランスにおいてレストランを経営する著名なシェフでありX女はフランスにおいてはいわゆる専業主婦として生活していたため、離婚判決においては離婚後の扶養料支払額が月五〇〇〇ユーロ（離婚後一〇年間）とされていた。その後X女Y男とも日本に帰国し、Y男はフランスでの成功をもとに、日本でのレストラン経営をはじめた。一方X女は近所の主婦を集めて小さなフランス料理の教室をはじめたが、非常に好評で、次第に生徒が増え、教室もどんどん大きくなり、平成一四年にはカリスマ主婦としてテレビに出演したり料理の本を出版するような状況になっていた。Y男はX女の成功の噂を耳にし、扶養料支払の必要がなくなったと判断し、平成一四年一〇月に支払を停止した。そこでX女は東京地方裁判所に扶養料支払を命じたフランス裁判所の判決の日本における執行を求めて訴えを提起した。このX女の訴えは認められるか。

▼国際取引法　……野村美明教授

日本の輸入業者である南洋物産（「N」）は、甲国の輸出業者であるマリン・ソルト（「M」）からサンゴ砂を主体とする健康食品（以下「本件商品」）を買受ける旨つぎのような契約（以下では「本件売買契約」という）を締結した。

売買目的物　サンゴ砂健康食品　二万袋、代金　米貨金一一万四〇〇ドル。FOBコラール港ICCインコタームズ二〇〇〇による。決済条件　取消不能荷為替信用状による決済（ICCのUCP五〇〇、一九九三年による）。契約の準拠法は日本法とし、契約から生じた紛争は、日本商事仲裁協会大阪支部で仲裁により解決する。

Nは、株式会社三友銀行梅田支店にM宛の米貨金一二万五〇〇〇ドルの信用状を開設させ、これを支払手段としてMに右売買代金を支払った。Mは、荷送人として、乙国オズ市に本店をおき甲国や日本など全世界に代理店を持つ海運業者であるウンソー・ラインズ（「U」）と海上運送契約を締結し、Uから二〇〇X年一月四日付U発行の船荷証券を取得し、こ

れを荷受人であるNに交付した。UはMとの契約に基づき、本件商品をパナマ共和国のオーナー社が所有しUが傭船したドロシー号に船積して甲国コラール港から大阪港まで海上運送し、ドロシー号は同年三月一日大阪港に到着した。

なお、この設例の当時、日本、甲国および乙国もCISGおよび一九六八年ハーグ改正船荷証券統一条約の締約国となっている。

【設問】 以上の事実を前提として、以下の設問に答えなさい。

1 Uはドロシー号の発航当時、船を堪航能力及び堪貨能力のある状態におくことについて注意義務を怠ったので、多数の本件商品を入れた袋に海水濡れを生じ、一六〇万円以上の毀損を生じさせた。(1)本件海上運送契約の準拠法はどこの国か。(2)NはUに対して損害賠償を請求できるか。

2 大阪保険株式会社（「O」）は、Nとの間に締結した本件商品を保険目的とする積荷海上保険契約に基づき、一三七万六一八〇円の保険金を支払ってNのUに対する上記1の請求権を代位取得した。Oは、Uに対し右同額の損害賠償金及びこれに対する商事法定利率による遅延損害金の支払を求める訴訟を提起したい。日本に裁判管轄はあるか。

3 上記1の事実がないとする。日本の食品メーカーであるフード社（「F」）は、本件商品がFの特許を侵害しているとして、本件商品を大阪港で差し押さえたので、Nは商品を販売できなくなり、大損をしてしまった。Nはこの損害をMに請求するため、仲裁を申し立てたい。(1)準拠法はなにか、(2)損害賠償を請求できるか。

……武田邦宣助教授

▼経済法

次の事案について、独禁法上の評価を加えよ。

一 (一) A協同組合（以下「A」という。）は、神奈川県及び東京都において生コンクリート（以下「生コン」という。）の製造業を営む者を組合員として、中小企業等協同組合法に基づき、組合員の製造する生コンの共同販売事業を行うこと等を目的として設立された事業協同組合である。

(二) Aは組合員から生コンを買い受けてこれを生コンの販売業者に販売しており、その販売数量は、共同販売事業区域における生コンの総販売数量のほとんどすべてを占めている。組合員は、販売業者からの生コンの引き合いについて、Aからあらかじめ割り当てられた出荷比率に従い配分を受け、生コンを出荷している。

(三) Aは、生コンの販売業者との間に「代行販売店取引基本契約」（以下「代行販売店契約」という。）又は「特約販売店取引基本契約」（以下「特約販売店契約」という。）を締結し、これらの販売業者を「代行販売店」又は「特約販売店」（以下これらを「販売店」という。）と称し、販売店に同協組が行っている生コンの共同販売事業に係る生コンの販売を行わせている。なお、Aの販売

する生コンを取り扱っている販売店は、共同販売事業区域に所在する生コンの販売業者の大部分を占めている。

二(一)　Aは、前記代行販売店契約及び特約販売店契約において、販売店がAの供給する生コン以外の生コンを取り扱う場合は、あらかじめAに対して報告しなければならない旨を規定している。なお、Aは、販売店がこの規定に違反して同報告を怠った場合は当該契約を解除することとしている。

(二)　Aは、かねてから、共同販売事業によって生コンの市況の立て直し及び組合員の生コンの出荷数量の増大に努めてきたが、同協組の組合員でない生コンの製造業者（以下「員外者」という。）の存在によりその目的が十分達成できなかった。このため、Aは、代行販売店契約及び特約販売店契約の前記(一)記載の各条項に基づき、販売店から員外者の生コンを取り扱いたい旨の報告がなされた場合でも、組合員により出荷が可能なときは、Aと取引するよう慫慂すること等により員外者との取引を認めず、また、同報告をせずに員外者の生コンを取り扱った販売店に対しては取引を一定期間停止する等の措置を採るようにしている。

三　Aは、共同販売事業区域内では、生コンの需要者である建設工事業者が員外者の生コンのみを使用して工事を行うことは困難な状況であるところ、組合員の生コンの出荷数量の増大を図るため、員外者の生コンを使用している需要者に対し組合員の生コンを使用するよう要請し、この要請に応じない者に対しては、今後、組合員の生コンは供給しない旨を申し入れている。Aのこのような行為により、一部の生コンの需要者は、既に員外者の生コンを使用して施行していた工事について、途中から組合員の生コンに切り替えることを余儀なくされている。

四　Aは員外者の生コンの出荷数量を抑制させる方策として、理事会において、組合員及び主要な員外者を生コンの原材料であるセメントの仕入先製造業者ごとに区分し、員外者の生コンの出荷については、その数量を当該員外者と同一の区分に属する組合員の出荷数量とみなすことを含む「系列別責任体制」と称する措置を決定し、セメントの製造業者九社に対しこの旨を通知した。たとえばAは、員外者であるBに関し、同社が出荷した生コンのうち一定の比率で算出された数量を越える出荷数量（以下「超過数量」という。）については、同社にセメントを供給している組合員Cの出荷数量とみなすことを決定した。これに基づきAは、Cに対し、超過数量に一定金額を乗じた額を特別赤黒調整金と称して請求し、支払わせている。

▼知的財産法1　……茶園成樹教授

甲は、二〇〇二年一二月に、特許出願Aを行った。出願Aの願書に添付した特許請求の範囲には、甲が同年八月に発明

した発明αが記載されていた。二〇〇四年六月に、出願Aについて出願公開がされたが、同年七月、甲は、乙が販売する製品Bが市場において出回っていることを知った。製品Bは、丙が独自に開発したもので、最初は丙が自ら需要者に対して販売していたが、二〇〇四年一月以降は、丙は乙に販売し、乙が需要者に対して販売するようになった。

甲は、製品Bが発明αの実施品であると思い、乙に対して、発明αの内容を記載した書面を提示して警告をした（以下「本件警告」という。）。その後、出願Aの願書に添付した特許請求の範囲について補正がなされ、そこに記載される発明は発明α'となった。製品Bは、発明α'の技術的範囲に属するものである。

二〇〇六年一月に、出願Aについて特許が付与されたが（以下「本件特許」という。）、現在に至るまで、引き続き、丙は製品Bを製造し、乙はこれを丙から購入し販売している。

(1) 甲は、乙に対して、出願公開に基づく補償金支払請求をするためには、本件警告後に再度の警告をすることが必要であったか。

(2) 甲は、本件特許が付与された直後に、丁との間で、丁に対して、範囲を全部とする専用実施権を設定する契約を締結し、その旨の登録がなされた。甲は、乙に対して、出願公開に基づく補償金支払請求並びに特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求をすることができるか。なお、本問については、補償金支払請求に関して再度の警告の要否を考慮する必要はない。

(3) 丙は、二〇〇二年一〇月に、製品Bの試作品を完成させ、その後量産体制を整えて、二〇〇三年四月より、製品Bの製造販売を開始したとする。専用実施権者である丁による、乙に対するその製品Bの販売の差止請求が認められないのは、どのような場合であるか。

▼環境法 ……松本和彦教授

【設問1】 環境政策の手法としての情報的手法とはどのようなものか、その意義と効果を説明しなさい。また、現行の環境法の中で情報的手法を採用しているものの具体例を三つ挙げて、それぞれにつき説明しなさい。

【設問2】 以下の文章は、東京地裁平成一五年一〇月二一日判決において、原告が主張した被告の違法行為についての記述（一部）である。これを読んで、被告の立場から反論する法律論を展開しなさい。

ちなみに本件は、原告が、若年時より長期間にわたって喫煙を継続したため、肺がん、喉頭がん、肺気腫に罹患したとして、被告らがたばこと健康に関する正確な情報を提供するなどの有効な喫煙規制対策をとらずにたばこを販売し、又は販売させたことなどが違法であるとして、被告日本たばこ産業株式会社（以下「被告JT」という。）に対して民法七〇九条に基づき、被告国に対しては国家賠償法

一条に基づき、原告の損害を連帯して賠償するよう求め、平成一〇年（一九九八年）五月に提訴した事案である。

1　被告ＪＴの違法行為についての原告の主張

(1)　被告ＪＴの一般的注意義務

一九六二年、ロンドン王立医師協会は「喫煙と健康」と題する報告書の中で、シガレット喫煙は、近年世界的に見られる肺がんによる死亡数の増加の最も考えられる原因であると結論を出し、さらに、肺がん、慢性気管支炎、肺気腫、心疾患などの喫煙による危険を予防するには安全な喫煙習慣への移行と禁煙が必要であると指摘し、一九七一年に第二次、一九七七年に第三次、一九八三年に第四次報告書において、喫煙が肺がんのみならず心臓病を含む多くの疾病の原因であると発表した。また、一九六四年、米国公衆衛生総監諮問委員会は「喫煙と健康」と題する報告書を作成し、喫煙が肺がんの原因と評価し、肺がん以外の各たばこ病についても喫煙との関連性を認めた。日本専売公社は、一九六四年報告書の全訳をし、一九六四年三月三日にこれを刊行し、喫煙の有害性の認識を持つに至った。その後、喫煙が肺がん、喉頭がん、肺気腫等のたばこ病の原因となる旨の研究報告が続々と出され、一九八〇年には米国精神医学会の「精神障害の診断・統計マニュアル第三版」においてニコチン依存が公的な診断分類として取上げられたことにより、被告ＪＴは、遅くとも一九八〇年には、喫煙の有害性のみならず、たばこの依存性について認識し、又は容易に認識しうべき状況にあった。

このような状況のもとでは、被告ＪＴは、たばこの製造販売業者として、自らが製造販売したたばこから発生するたばこ煙に含まれる危険物質等を調査し、人体等に害がないように製品を製造し、安全性に疑念が生じた場合には、製造を中止し、製品を回収するなどして危害を防止し、安全性を確認するまでは販売を控えるなどの喫煙規制対策をとるべき業務上の注意義務があった。

また、被告ＪＴは、自らたばこを製造・販売し、購入者に喫煙習慣を身につけさせたという先行行為に基づく作為義務として、ニコチンの依存性を克服するに足りる体制の整備、すなわち、たばこの製造販売を中止し、製品を回収してニコチン依存に陥った消費者が安全性の不確かな製品を使用できないようにするか、有害物質を含まない安全なたばこやニコチンレスたばこの製造販売に切り替えるか、強力な警告表示をし、禁煙を選択した者に対する禁煙支援体制を整えるなどニコチンの依存性を凌駕し克服するに足りる措置を講ずべき義務があった。

(2)　その他の実体法上の注意義務

被告ＪＴの不法行為法上の注意義務（作為義務）は、次の法令によっても根拠づけることができる。

消費者保護基本法四条は、事業者が「その供給する商品及び役務について、危害の防止・適正な計量及び表示の実施等

必要な措置を講ずる」責務を有することを定めている。

また、家庭用品規制法三条は、「家庭用品の製造又は輸入の事業を行う者は、その製造又は輸入に係る家庭用品に含有される物質の人の健康に与える影響をはあくし、当該物質により人の健康に係る被害が生ずることのないようにしなければならない」と定めている。

家庭用品規制法は、従来の食品衛生法、薬事法等の規制対象から外れていた商品を、保健衛生上の見地から全て規制の対象にするという趣旨で制定されたものであるから、たばこも家庭用品であり、被告ＪＴは、上記各法の事業者であるから、遅くとも上記家庭用品規制法が施行された一九七四年の時点では、たばこに含有される物質の人の健康に与える影響を把握し、対策をとる必要があった。

⑶　被告ＪＴの義務違反

被告ＪＴは、以上の義務を負っているにもかかわらず、有害表示や喫煙規制対策をせず、違法にたばこを製造・販売し続けている。特に次の点を考慮するべきである。

被告ＪＴは、日本専売公社時代から喫煙の有害性を認識していたにもかかわらず、一九七七年ころの喫煙の影響に関する報告書をマル秘文書として一般国民から隠蔽した。そして、一般国民に対しては、「たばこと健康Ｑ＆Ａ」というたばこの有害性を否定又は曖昧化するようなリーフレットを作成し、全国のたばこ販売店を通じて配布し、消費者の選択を誤らせる工作をした。

被告ＪＴは、上記のとおりたばこの有害性を知りながら、たばこのコマーシャルを流し続け、全国に五〇万台を超えるたばこ自動販売機を設置し、未成年者の喫煙を助長し続けている。

また、外国では「喫煙は肺がんの原因になる」「喫煙は心臓病の原因になる」などの明白な警告表示を付してたばこを販売しているにもかかわらず、国内では「あなたの健康を損なうおそれがありますので吸いすぎに注意しましょう」という注意表示をしているにすぎない。この注意表示は、何本から吸い過ぎかも不明であり、吸い過ぎなければ害がないような誤解を与え、警告になっていないばかりか注意表示としても欠陥があり、ニコチン依存症を克服するには到底足りない。上記の諸外国の有害表示と比べればその欠陥は明らかであり、被告ＪＴの注意表示は他の国には例を見ないほど悪質で欺瞞的で犯罪的である。

２　被告国の違法行為についての原告の主張

⑴　国の作為義務の根拠

本件は、単なる一私企業ではなく、国の監督権限が直接及びうる専売公社による加害行為である。また、国自身も戦時の配給などにより、積極的に喫煙者を作出する行為に加担している。かかる国の行為によって、本件原告らも喫煙者とされ、喫煙習慣を身につけ、あるいは喫煙習慣を強化されてし

まった以上、その先行行為に基づき、被告国には、原告らの喫煙習慣を取り除く措置を講じる義務、少なくとも、喫煙を継続するかどうかの正確な判断ができるだけの情報開示をし、禁煙することを選択した場合には、依存性を克服できるような体制を整えるべき作為義務が生じていた。

国、すなわち行政庁の権限の行使には、一般的に裁量権が認められているものの、〔1〕国民の生命、健康に対する重大な具体的危険が切迫しており、〔2〕行政庁が右危険を知っているか又は容易に知りうる状態にあり、〔3〕規制権限を行使しなければ結果発生を防止し得ないことが予想され、〔4〕国民が規制権限の行使を要請し、期待しうる事情にあり、〔5〕行政庁において、規制権限を行使すれば、容易に結果発生の防止をすることができるという五要件を満たす場合には、権限の行使、不行使につき裁量の余地がなくなり、規制権限の不行使は違法となる。

本件では、被告国は、一九七〇年のWHOの勧告の際には、喫煙の危険性については十分に認識していたし、少なくとも、容易に知りうる状況にあったことは明らかであること、たばこの依存性や喫煙率の高さからすれば、国が規制権限を行使しなければ現在の喫煙者が喫煙を中止したり、若年層が喫煙開始を思いとどまるという行動に出ることはなく、喫煙により肺がん等に罹患する国民が増加していくことは容易に予想されていたこと、一九六四年のアメリカの公衆衛生総監報告を受けて以降、特に警告表示を中心として喫煙対策を求める国民の声が高まっており、喫煙対策を求める市民運動が盛んとなっていたのであるから、国民が規制権限の行使を要請し、期待しうる事情にあったこと、製品の回収、販売禁止、安全なたばこ、ニコチンレスたばこへの切替、有害表示の義務づけ、広告の禁止、喫煙者への禁煙指導等、国が規制権限を行使すれば容易に喫煙により肺がん等の疾病に罹患する者の多発という結果発生を防止できたことから、上記五要件はいずれも満たされており、国に裁量の余地はなかった。

(2) 製品回収、販売禁止の措置を取るべき義務

厚生大臣（現厚生労働大臣）は、厚生省官制や厚生省設置法から、公衆衛生の向上及び増進に努める責務を負い、喫煙と健康に対する正しい情報を提供すべき義務を負っている。そして、上記のとおり、一九七〇年には権限不行使についての裁量の余地はなくなっていた以上、厚生大臣は、厚生省設置法第四条の責務として、有害性が強く疑われるたばこを回収、販売禁止する強力な行政指導等をすべき義務があった。

また、食品衛生法四条、六条、一一条、一二条は、有害な食品又は添加物の販売等を禁じ、化学的合成品等の販売等を禁じ、厚生大臣が表示の基準を定めて、それに合った表示をし、虚偽の表示を禁ずることなどを定めている。たばこ及びその添加物は、その成分が喫煙を通じて呼吸器官はもとより、消化器官にも直接摂取するものであるから、一種の食品又は

これに準ずるものである。本件では、一九七〇年には、同法二二条による製品回収、販売禁止等の規制権限行使の要件も充足していたのであるから、厚生大臣は、食品衛生法に基づいてたばこの販売を禁ずるべきであった。

また、消費者保護基本法は、厚生大臣に危害防止の具体的施策と国民への情報提供を義務づけているのであるから、厚生大臣は、消費者保護基本法に基づいて、被告ＪＴに喫煙規制対策を求めるべきであった。

さらに、一九七四年の家庭用品規制法施行後は、家庭用品である「たばこ」によって、同法六条二項にいう「人の健康に係る重大な被害」が生じており「当該被害の態様等からみて当該家庭用品に当該被害と関連を有すると認められる人の健康に係る重大な被害を生ずるおそれがある物質が含まれている疑い」があった以上、厚生大臣は同法四条による指定を待つまでもなく、たばこの回収、販売禁止の措置を採るよう命じる義務が発生していた。また、仮に「人の健康に係る重大な被害」が発生していたとまではいえなかったとしても、たばこを家庭用品として指定した上でニコチン・タールその他の発がん物質等の有害物質等の基準を定めた上で、同法六条一項により製品回収、販売禁止等の措置を取るべき義務が発生していた。

また、法律によっても規制権限行使の義務が認められない場合には、厚生大臣は、直ちに、新たな立法あるいはたばこに対して上記の規制権限が行使できるよう上記各法規を改正する義務が生じていた。

(3) 安全なたばこ、ニコチンレスたばこの販売に切り替えるように命令指導すべき義務

厚生大臣は、有害性が強く疑われるたばこについて、製品回収という強力な行政措置が取れなかったとしても、次善の策として、厚生省設置法第四条の責務に基づき、同法五条の権限として、「公衆衛生等の向上及び増進を図る」という観点から、国民の保健、公衆衛生という厚生省所管の行政に関する資料として、たばこの情報の収集、整理、分析を行い、その結果を閣議に提供し、あるいは「国民の健康増進及び資質の向上」を図るべく、安全なたばこあるいはニコチンレスたばこへの販売切替を閣議にかけて、大蔵大臣を通じて、被告ＪＴ前身である専売公社にこれを実施させる義務が発生していたというべきである。

また、上記のような食品衛生法、家庭用品規制法の規制も安全なたばこ、ニコチンレスたばこへの切替が含まれることは言うまでもないことであり、かかる義務についても、一九七〇年ころには、発生していたというべきである。

(4) 強力な警告表示した上で販売させるよう命令指導しなかった違法

厚生大臣は、仮にたばこに対して上記の各措置ができなかったとしても、厚生省設置法第四条の責務に基づき、同法

五条の権限として、「公衆衛生等の向上及び増進を図る」という観点や、食品衛生法、家庭用品規制法の観点から、ニコチンの依存性を凌駕できる程度にたばこの有害性を正確に表示させる法的な義務を負っていた。

(5) 厚生大臣は、上記の義務をいずれも果たさず、むしろ、喫煙規制対策を怠り、喫煙によって負う健康上のリスクについて正しい情報を殆ど提供せず、テレビ等電波媒体での宣伝（平成一〇年四月一日から自粛された）やたばこの自動販売機の設置を容認した。わが日本の喫煙規制対策は諸外国より三〇年以上遅れてしまい、先進国の中では一人日本だけが喫煙被害を拡大させることとなった。

したがって、国は、国家賠償法一条に基づき、原告らに対して賠償責任を負う。

参照条文：省略

(1) 家庭用品規制法
(2) 消費者保護基本法
(3) たばこ事業法
(4) 厚生省設置法
(5) 食品衛生法

▼消費者法 ……平田健治教授

問一 民法に消費者保護法を取り込むこと、民法とは別に消費者法典を作ること、民法に消費者や事業者の定義のみを置くことなどが立法として考えられるが、それぞれの長所短所を比較しなさい。

問二 学納金返還訴訟につき、消費者契約法施行前後の変化、入学金と授業料の差異、一般入試と推薦入学の差異、平均的損害の立証責任などに留意しつつ、論じなさい。

問三 以下に引用する判決（の一部）は、使用者責任にもとづく損害賠償請求事件に関するが、どのような考え方（法理）を論じているのかを説明しなさい。

(1) 一般に、銀行の顧客が保険への投資をするために、銀行に融資を申し込み、銀行がそれに応じる場合、保険契約と融資契約は法律上別個であり、保取法九条で銀行は保険の募集をすることは行政取締法上できないから、銀行が顧客に保険の説明をする義務は原則としてなく、保険会社の説明義務だけが生じうる。ただし、すべての場合に右原則を貫くことはできず、保険勧誘への銀行のかかわり方等によっては、特段の事情のある場合、保取法九条の趣旨に反しない限度で、銀行にも保険の説明ないしそれに類似した行為をとる義務が生じうるとするのが信義則にかなうであろう。

(2) これを本件についてみるに、前記1(2)(3)(5)(6)(9)の各認定事実によると、倉本は、自ら変額保険を電話及び訪問により原告方に持ち込み、「損はしない、儲かりますよ。」などと勧誘し、その後山崎を同行し、同席の上説明させ、保険料計算をなした上、後日の健康診断にも被

告銀行の車で運転をして同行し、被告アリコの審査後、山崎から直接連絡を受けて本件融資に関する書類作成のために原告事務所に赴いている。また、前記1(1)(5)(10)の認定事実によると、倉本は、原告の取引銀行である被告銀行の原告担当者であり、その倉本が持ち込み勧めたことも動機となり、今中が本件変額保険に加入したのであり、前後の状況からして、倉本には右動機を容易に認識できたと推測される。

右のような本件変額保険に対する倉本の深い関与の外、原告と被告銀行の関係、今中の本件変額保険加入動機とその認識可能性からすると、本件は特段の事情が認められる場合であり、倉本には、被告銀行の一員として、変額保険の内容について積極的な説明をする義務はないものの、少なくとも、山崎の説明によって、今中が変額保険の内容について誤解している時は、誤解を解くための説明を自らするか、山崎に再度の正確な説明を促すべきであるという消極的な説明義務が生じるというべきである。そして、このような消極的な義務は、変額保険の加入を必ずしも促すとはいえないから（誤解は、通常、変額保険を実態以上に期待する場合に問題になるであろうから、誤解を解くことは、変額保険の加入を抑制する方向に働く。）、生命保険募集人等以外の保険勧誘を禁じた保取法九条の趣旨に反しない。

しかるに、前記1(3)の認定事実によると、今中は、途中解約の場合、解約返戻金が元本を割る可能性があることを具体的に認識できず、変額保険では利益が上がるだけで損失は生じないものだとの誤解をすることとなったのに、倉本は、誤解を解くための説明を自らしたり、山崎に再度の正確な説明を促したりしていないことが明らかであるから、消極的な説明義務違反として違法であり、過失もあるといわざるをえない。もっとも、前記1(2)の認定事実によると、倉本は、変額保険について一応の概要を知っていただけで、正確には理解していなかったようであるが、自ら本件変額保険を持ち込み、以後深い関与をした以上、正確に理解しておくべきものであって、倉本の理解不足は、右消極的説明義務違反の存否の判断を左右しない。

▼社会保障法　……水島郁子助教授

医療保障に関する以下のテーマの中から一つを選択し、最近の判例もしくは制度改正の議論や動向に言及しつつ問題点を論じたうえで、それに対する自分の意見を述べなさい。

○　医療制度のあり方について
○　混合診療について
○　保険医療機関の指定について

▼証券取引法　……末永敏和教授

レポート試験

▼国際人権法 ……村上正直教授

レポート試験

次の設例を読み、設問に回答しなさい。

〔設　例〕

Xは、一九八〇年に日本で出生し、それ以来、日本を生活の本拠とする、いわゆる在日韓国人であり、「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」（「入管特例法」。一九九一年）に基づく「特別永住者」である。

Xは、保育園から高校に至るまで日本で教育を受け、一九九八年に日本の大学に進学し、さらに、二〇〇二年に研究者をめざして同大学大学院に進学した。Xは、二〇〇五年、アメリカの大学院への留学を希望し、奨学金（二〇〇六年から二〇〇八年までの二年間の留学経費を支給するもの）を得たうえで、留学希望先の大学に入学申請を行ったところ、入学許可を得た。

そこで、Xは、二〇〇六年にアメリカの大学院への留学を理由として、「出入国管理及び難民認定法」（「入管法」）第二六条にいう再入国許可の申請を行ったが、法務大臣は再入国不許可処分を行った。その理由は、Xが、二〇〇〇年以降、「外国人登録法」（「外登法」）第一三条が定める、外国人登録証の常時携帯義務を不当とし、公然と不携帯を唱道したほか、自らも二度にわたって登録証の不携帯により、外登法第一九条にいう過料に処されていることにあった。

Xは、本件不許可処分が「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（「自由権規約」）第一二条四項、並びに第二条及び第二六条に違反するなどと主張して、法務大臣（Y）を相手方として本件不許可処分の取消しを求めて裁判所に提訴した。なお、Xには、旅券法第一三条が定める、一般旅券の発給拒否事由に該当する行為を行った事実はない。

X及びYの主張の骨子は、次の通りである。

1．Xの主張

(1) Xは、日本で生まれ育ち、永住権を有するから、Xにとって、自由権規約第一二条四項にいう「自国」とは日本をいう。この解釈は規約人権委員会も認めるところであり、その解釈はそれ自体合理性を有する。

従って、Xには海外渡航を行い、再び日本に戻る権利を有するから、入管法第二六条にいう再入国許可制度をXの如き特別永住者に適用する場合には、原則として再入国許可を行うべきであり、例えば、旅券法第一三条が定める旅券の発給拒否事由に該当する限りにおいて、これを制限することができるといったように、一般の日本人の渡航制限の場合と同様の解釈・適用が行われるべきである。

本件において、Xは外国人登録証常時携帯義務違反を理由として過料に処せられているが、それは、旅券法第

一三条が定める旅券の発給拒否事由に相当するような重大な刑罰法令違反ではない。従って、Yによる本件不許可処分は、自由権規約第一二条四項に違反し、違法である。

(2) Xは、その生活実態において日本国籍をもつものと何ら異なるところはなく、特段の理由がない限り、日本人と同等の取扱いをするのが原則である。出入国の場面、特にXの如き留学のための海外渡航の場合には、一般の日本人と異なる取扱いをするべき合理的な理由はない。本件の場合、(1)で述べたように、日本人の場合に海外渡航制限を行わなければならない事情は存在しないから、Yによる本件不許可処分は、自由権規約第二条一項及び第二六条に違反し、違法である。

2. Yの主張

(1) 自由権規約第一二条四項にいう「自国」は国籍国を意味する。このことは、文理解釈からも、同規約第一二条二項及び第二五条が定める「自国」との対比からも明らかである。

(2) 規約人権委員会の規約解釈は有権的解釈ではなく、また、同委員会が表明する「一般的な性格を有する意見」や「見解」、日本に対する「総括所見」も法的拘束力を有するものではなく、日本の裁判所を拘束しない。

(3) Xらの特別永住者が、通常の外国人とは異なる特殊な地位にあることはその通りであるが、Xらは通常の外国人の場合に比して比較的に容易に帰化ができるのであって、それを行わない以上、日本の法令の適用上、外国人として取り扱うことは当然であり、日本人と生活実態が同様であるからといって、日本国籍を保持するものと同等の取扱いをするべき理由はない。

(4) いずれにせよ、日本の関係法令は、Xらの特殊な地位を十分に考慮し、Xらを優遇する措置をとっている。これは再入国許可制度においてもそうである。すなわち、再入国許可の有効期間について、通常の外国人の場合には最長三年であるところ（入管法第二六条三項）、特別永住者にはこれを最長四年とし（入管特例法第一〇条一項）、また、延長許可により、再入国許可の有効期間は、通常の外国人の場合には最長四年であるところ（入管法第二六条四項）、特別永住者にはこれを最長五年としている（入管特例法第一〇条一項）。従って、Xらに適用される再入国許可制度が不合理な差別を行う制度であるということはできない。

(5) Xは、外国人の適正な管理に不可欠な外国人登録証の常時携帯義務について、公然と日本の法令を無視するよう扇動し、自らも一度ならず過料の処分を受けており、Xの当該諸行為は悪質である。法務大臣が、本件不許可処分に際してこれを考慮することは何ら違法ではない。

【設　問】

この事件の担当裁判官として、上記の規約違反の主張に関して判決文を作成しなさい。なお、その際、テキスト第一二章を十分に参照するほか、同第五章をはじめとする差別に関連する記述を参考にすること。

【関係法令の関連規定】（省略）

1．出入国管理及び難民認定法
2．日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法
3．外国人登録法
4．旅券法

▼国際経済法　……川瀬剛志助教授

平常点

▼技術知的財産法　……茶園成樹教授

レポート試験

1　テーマ

以下の三つのものから、一つを選択すること。

(1)　未完成発明について

(2)　明細書のサポート要件（特許法三六条一項一号）について

(3)　機能的クレームの解釈について

2　分量

六〇〇〇字程度、又は四〇字×三五行で五～七枚

▼知的財産法ワークショップ　……青江秀史教授

平常点

▼ベンチャー社会と法　……青江秀史教授

平常点

▼インターネット法　……佐久間修教授他

1　プロバイダーの責任について、判例、立法、外国の議論等を手がかりに論じなさい。

なお、検討にあたって、日本の判例の分析とか、判例と立法の比較など、いずれに重点を置いて書くかは自由とする。

2　インターネット取引における消費者保護を国際私法的観点から論じなさい。

3　多様な電子決済の方法（デビットカード、電子マネー、ICカード、マルチペイメントなど）はどのような観点からまとめるとわかりやすくなるだろうか。観点は複数あり得、その組み合わせも考慮して、妥当なまとめ方を提案しなさい。

4　インターネットにおける著作物の流通と、著作権侵害の主体

5　以下の事案における被告人の刑事責任を論じなさい。

被告人は、パソコン通信のネットを通じて、氏名不詳の「A」と名乗る人物から、「郵送によって銀行口座開設の申込みをすれば、銀行による身分証明書の確認を免れるこ

とができる」とか、「私書箱を開設してそれを自己の住所とすれば、他人名義で容易に架空口座が開設できる」など、他人名義で架空口座を作る方法を教えられたこともあり、自らがプログラムしたハッキングソフトを利用して、ニフティ会員のクレジットカード情報及びＩＤや仮パスワードを探り当てた。

その上で、被告人は、これらの情報を利用して、ニフティの会員になりすました上、ネットオークションを装って商品代金を騙し取ろうと考えて、

(1) かねてから入手していたＭ銀行の普通預金（兼総合口座）申込書（入金票）の氏名欄に「Ｂ」と署名するとともに、生年月日欄に「４７・４・２」、住所欄に「渋谷区甲野６１１―Ａ11号」、勤務先欄に「フリーター」、口座開設希望店欄に「渋谷」などと記入して、Ｂ名義の普通預金新約申込書一通を作成した上で、これをＢが真正に作成したものであるかのように装って、千葉県浦安市所在のＭ銀行マイバンクセンターＳ係に郵送し、事情を知らない同係係員をして、右申込書を東京都渋谷区にあるＭ銀行渋谷支店に送付させ、翌日には、同支店に到達して係員が口座開設の処理をした。

(2) つぎに、パソコン通信サービス「ニフティサーブ」の提供元であるニフティ株式会社の事務処理を誤らせる目的で、自宅にある被告人所有のパーソナルコンピュータを操作し、東京都大田区所在のＦ株式会社情報処理システムラボラトリ内のコンピュータに、電話回線を通じて、前記ニフティ会員のＢの住所が「埼玉県入間市乙野」から「東京都渋谷区甲野６１１―Ａ11号室」に、電話番号が「〇四二九―〇〇―〇〇〇〇」から「〇三―〇〇〇〇―〇〇〇〇」にそれぞれ変更された旨の虚偽の情報を送信して、事情を知らない右ニフティ株式会社メンバーサービス部係員をして、その旨の情報を、東京都品川区所在のＰベルポートＡ館ニフティ株式会社経営情報システム部内に設置されたコンピュータの記憶装置内の「顧客データベースファイル」に記憶させた。

(3) その後、当初計画したように、売買代金名下に金銭を詐取しようと企て、被告人には、オークションに出品する商品がなく、これを他者から調達する意思もないにもかかわらず、そうした意思と能力があるかのように装って、他人であるＢのパスワードを使ってニフティ内に勝手に潜り込み、前記ニフティの電子掲示板に、ニフティ会員であるＢの名義で、「貴重なお宝グッズを売ります。購入方法は、どの商品についても、まず一〇パーセントの手付け金を先に支払った後、残金を品物到着時に配送者に支払って下さい。」などと虚偽の情報を書き込んだ上、その後一ヶ月ほどの間に、右掲示板を見て商品の購入申込みをしたＣほか数十名に対して、手付け金さえ支

払えば、注文した商品を郵送する旨の虚偽の内容の電子メールを送信するなどして、被害者らを信用させた上で、前後十数回にわたり、前記M銀行渋谷支店のB名義の普通預金口座に合計二五万円の振込入金を受けた後、数日後には、これらの金員をATMから引き出して、自己の遊興費に費消したものである。

6　インターネットと法をめぐる法的諸問題について、各授業で話題になったものを素材に論じなさい。

▼医療と法　……松川正毅教授他

下記の八問の中から任意に一問を選択して解答せよ。解答用紙に第何問を選択したかを明記すること。

第一問　医師法二一条における「異状死体の届け出義務」について、医療事故（医療関連死）との関連性の見地から述べよ。

第二問　医療過誤事件において、実体法上、民事責任と刑事責任ではどこが違うのか、また、これらの違いを踏まえて、手続法上の証拠保全では、どのような違いがあるのかを論じなさい。

第三問　下記の事例について、どのような法規則が適切か。二〇〇字以内で論述しなさい。

［事例］　同じ白血球型の子選び出産、病気の兄姉救えると米で（共同通信二〇〇四年五月五日）白血病や再生不良性貧血の兄や姉に移植用の血液幹細胞を提供するため、受精卵の遺伝子検査で同じ白血球型を持つ赤ちゃんを選んで出産させることに五組の夫婦で成功したと、米シカゴの「生殖遺伝学研究所」が五日付の米医師会（JAMA）に発表した。受精卵の遺伝子診断は遺伝病や先天性障害などを避けるため、欧米で四〇〇〇件以上の実施例があるとされるが、同研究所は「病気の兄や姉に拒絶反応の心配がない細胞を提供できる子を産む方法としても有効だ」としている。しかし、特定の目的で子供をつくることには反対意見も根強く、生命倫理をめぐり論議も予想される。同研究所のラナ・リチスキー医師は「もう一人子供が欲しいとの希望が先にあり、上の子の治療のためだけに出産したのではない。また病気の子を救う有効な方法を試してみたいと考えるのは当然のことだ」と話した。

第四問　心神喪失者等医療観察法のもとで、刑法三九条の責任能力の判断は、どのように行われることとなるか、触法精神障害者に関する処遇はどうあるべきか、につき、ゲストスピーカーによる話題提供をふまえ、考えるところを述べなさい。

第五問　介護契約の特徴を、診療契約と比較しながら、論じなさい。

第六問　次の事例を読み、授業で学習した内容を踏まえ、医師Xに考えられうる罪責（細かい条文は不要で、適用しう

る法律と罪名、要件、判例等を書けばよい）と、このような問題についての日本の現状に関するあなたの考えを述べなさい。

二〇〇六年五月五日、交通事故による頭蓋骨骨折、出血多量のため心肺停止状態に陥ったA（男性、二三歳）が甲病院に救急車で搬送された。集中治療室で救命に努め、心臓は再び動き出したものの、自発呼吸は戻らず、Aの両親の希望で人工呼吸器が設置された。

その後、CTスキャンで脳の内部を調べたところ、脳細胞の大部分が壊死していることがわかり、甲病院外科部長Xは、家族にその旨を伝えた。五月一二日、Xは、Aの両親から「息子の部屋に残されていた日記にこのような記述を見つけた」と日記の一ページを見せられた。その中には、「僕が万が一不治の病に冒されたり、脳死になったりしたときは、無用な延命治療はしてほしくない。もし僕に健康な臓器がまだ残っているなら、臓器を必要としている人に臓器を移植して欲しい」と書かれていた。Aの両親は、Xに「息子もこう書いていることだし、もう脳死で二度と生き返らないのであれば、彼の希望通り人工呼吸器を止め、臓器を摘出してください」と頼んだ。

Xは、数年前から、患者の家族に頼まれると、病院や周囲の医師に相談することなく、独断で末期患者の人工呼吸器を止めてきたこともあり、Aの両親からAに対する脳死判定への同意書と臓器移植に対する同意書を得た後、法律に従って脳死判定を行い、心臓、肺、腎臓などの臓器を摘出した。

第七問　妻は夫の死後に夫の凍結精子を用いて生殖補助医療を受けて出産した。このようにして生まれてきた子の法的地位について、関連する裁判例、学説に留意しながら自らの法理論を展開せよ。

第八問　別紙最高裁判決（平成一二年二月二九日第三小法廷判決　平成一〇年(オ)第一〇八一号、一〇八二号事件）（省略）の判決理由について、批判的に論じよ。