



Title	平成一九年度一学期高等司法研究科試験問題
Author(s)	
Citation	阪大法学. 2008, 57(5), p. 135-221
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/55337">https://hdl.handle.net/11094/55337</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

## 平成一九年度一学期試験問題

平成一九年度一学期試験問題 高等司法研究科

## ▼法理論

三阪佳弘教授他

## レポート試験

わが国における司法的紛争解決のあり方は、現在、大きく変容しつつあるが、そうした動きについて、具体的な事例を一つあげて論じなさい。なお、論述にあたっては、当該変容に関し法理論的な意味付けを行うとともに、さらに西欧における法伝統（法学、裁判、立法）との比較のもとに把握されわが国の近代的な司法的紛争解決の特質についても説明しなさい。

## ▼公法 1

鈴木秀美教授

A ここ数年の間に郊外型の大型ショッピングセンターが

次々と開店したA県では、JRの駅前通りなどの中心市街地の商店街で閉店が相次ぎ、いわゆる「シャッター通り」が続出している。A県では、人口減少や急速な高齢化が進行しており、自動車を保有していない高齢者や、高齢のため自動車の運転ができなくなつた高齢者の間で、このままで自動車を利用しないと日常生活で必要な商品の買い物に支障を来すという不安が広がつたことをうけて、住民が歩いて暮らせ

るコンパクトなまちづくりをめざすことになった。すなわち、A県として「商業まちづくりの推進に関する条例」を制定し、県庁所在地のB市を除き、その他のA県内の市町村では、「中心市街地」から一定の距離を隔てた「郊外」において売場面積一万平方メートルを超える「大規模集客施設」の建設を禁止することにした。

こうしたなかで、全国的に大型ショッピングセンターを開いているX社は、A県内で県庁所在地B市に次いで人口の多いC市において売場面積一万五〇〇〇平方メートルの大型ショッピングセンターを開店するための土地を取得したが、X社がこの土地を取得してまもなくこの条例が制定されたため、売場面積を縮小しないかぎり、C市への出店はできない状況となつた。

そこでX社は、裁判において、右記の条例による規制が憲法二二条に違反すると主張したいと考えている。

〔出題者注〕

①この条例において、「中心市街地」、「郊外」、「大規模集客施設」の定義は明確であることを前提とする。

②本問において法律と条例の関係は考慮しないこととする。

〔設問〕

1 あなたがXから依頼された弁護士だとすれば、憲法二二条に基づいてどのような主張を行うか述べなさい。

2 設問1で述べられたX側の主張に対しA県側からどの

ような反論がありうるかを想定した上で、あなた自身の見解を述べなさい。

B Xの父Aは、二〇〇〇X年八月六日に死亡した。Aの遺産相続については、Aの相続人である妻B、長男C、非嫡出子であるXの間で争いとなつたが、とくに遺言はなかつたので、家庭裁判所は、Aの遺産（六億円相当）について、民法の規定に基づき、Bに「二分の一（三億円）、Cに六分の二（二億円）、Xに六分の一（一億円）」を分割するとの審判を下した。Xはこの審判に不服であり、高等裁判所に抗告を提起し、そこで民法九〇〇条四号但書前段の規定が憲法一四条一項に違反すると主張し、Cと同額の遺産を相続したいと考えている。

〔設問〕

1 あなたがXから依頼された弁護士だとすれば、憲法一四条一項に基づいてどのような主張を行ふか述べなさい。

2 設問1で述べられたX側の主張に対してどのような反論がありうるかを想定した上で、あなた自身の見解を述べなさい。

▼公法3

.....  
村上武則教授

X市において地方公共団体として訴訟を提起する事態が二件発生した。二件とも裁判所法三条の「法律上の争訟」性を満たすかどうかが議論されている。および関連の訴訟問題も議論されている。そこで、以下の文章を読んで設問に答えよ。

問題一

(1) X市では、パチンコ店の建設計画に対する地域住民の反対運動を契機に、平成一五年七月「X市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例」(以下では本件条例という)を制定した。同条例によれば、パチンコ店等の建物を建築しようとする者は、あらかじめ市長の同意を得なければならず(三条)、市長は、施設の位置が市街化調整区域であるとき及び商業地域以外の用途地域であるときは同意をしないとされ(四条)、同意なく建築を進めようとする場合には、市長はその者に対し、建築の中止、原状回復その他必要な措置を講じるよう命じることができる(八条)と規定されていた。ただし命令違反に対する罰則の規定はなかった。

さて、平成一八年九月に、Yは、市内でパチンコ店を営むことを計画し、本件条例三条に基づき、市長に建築の同意を申請したが、市長は、建築予定地が都市計画法上の準工業地域に属することから、同年一〇月同意を拒否した。Yは、同意を得られないまま、X市の建築主事に建築確認の申請を行ったところ、建築主事は同意書の添付がないことを理由に受理を拒否したため、Yは、市の建築審査会に審査請求を行い、審査請求を認容する裁決を得て、平成一九年三月に、建築主事から建築確認を受けた。平成一九年四月一五日、Yはパチンコ店の建築工事に着手したので、市長は、同日Yに

対して、条例八条に基づき、建築中止命令を発したが、Yが

建築工事を続行したため、X市は、Yを相手取って、工事の続行禁止を求める仮処分を申し立て、同年五月に、申立てを認容する決定を得たうえ、Yを被告として、民事執行としての建築工事の続行禁止を求める民事訴訟を提起したい。

ところが、地方公共団体が訴訟提起する場合、最高裁判所判例（平成二十四年七月九日判決民集五六巻六号一二三四頁）によれば、「行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することができる対象は、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」（最高裁昭和五一年（オ）第七四九号同五年四月七日第三小法廷判決・民集三五巻二号四四三頁参照）、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であつて、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるというべきであるが、國又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであつて、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起すること

が許されるものと解される」ということである。

そこで、X市とすれば、裁判所に對してどのような理由づけをすればよいだろうか考察してみよ。

(2) 他方、業者Yは、平成一九年四月一五日になされたX市長の建築中止命令に対し、条例自体が風俗営業適正化等の法令に比し過度の規制ゆえ違法であるとし、違法な条例に基づいて建築中止命令が出され、かつ建設工事差し止めの仮処分を申請したために、営業を開始することができなくなったとして、およそ一億円の損害賠償を求めて裁判所に訴訟を提起したい。この場合、建設中止命令の取消訴訟を提起して勝訴しなければ損害賠償請求できないかどうか考察してみよ。

## 問題二

他方、X市は、同時期に法定外普通税条例としての「勝馬投票券発売所条例」を制定していた。しかし地方税法六六九条に基づいて総務大臣に協議を求めたところ、同大臣は同法六七一条第三号の國の經濟施策に照らし適当でないとの理由で同意しなかった。そこでX市は、地方自治法第二五〇条の一三に基づいて国地方係争処理委員会に對して審査を申し出るが、それとも、いきなり地方裁判所に對して不同意に対し取消訴訟を提起できるかどうか検討している。しかし、この問題に對して地方公共団体が裁判所にどのように訴訟を提起すべきか府内で議論が紛糾している。

A課長の意見では、総務大臣の不同意について、国地方係

争処理委員会による審査を経ないで、「自治権」侵害等を理由として、不同意に対し地方公共団体が主観訴訟としての取消訴訟を地方裁判所に提起できると解すべきであるという。また、B課長の意見では、旧地方税法では法定外普通税は自治大臣の許可制度の下に置かれていたが、現行地方税法では協議制度になり国と地方公共団体との対等性が認められている点を重視して、大臣の不同意を争わないで課税処分を行つて、その後、課税すなわち自治事務の執行にさいして国からなされ得る関与としての主務大臣からは正の要求がなされたときに、それに對して地方自治法第二五〇条の一三第一項に基づいて国地方係争処理委員会に對して審査の申出を行い、同委員会の勧告に不服があるときに、同法第二五一条の五第一項に基づいて高等裁判所に對して客觀訴訟としての取消訴訟を提起できるとする。さらにC課長は、総務大臣の不同意の場合、これを無視して課税するわけにはいかないので、不同意に對しては、これを地方自治法二五〇条の一三第一項のその他公権力の行使とみたて、国地方係争処理委員会に対して審査の申し出を行い、同委員会の勧告に不服があるときには、高等裁判所に對して不同意の取消訴訟を客觀訴訟として提起すべきだと主張している。

そこで、X市は、甲教授に相談したところ、甲教授は、不同意にかかわらず課税処分はでき、国地方係争処理委員会を経ないで、不同意決定が不可争力を生じた後であっても、X

市が行う課税処分に對する主務大臣からの是正の要求に對して主觀訴訟としての取消訴訟ができると解釈されている。同教授によれば、不同意を不可争にした結果、形式的に確定するのは、総務大臣の同意を経ていないという条例の手続的な違法性だけであり、不同意事由が存在しないという実体的な適法性を主張することは不同意の不可争力によつても遮断されることはないとされ、それはあたかも建築確認を受けずに建築された建物であつても、その実体が関係法令に適合しておれば除却等の是正命令を受けるべきではないのと同様であるともされている。

そこで、どのように考へるべきか各自考察してみよ。

#### 【問題二】の参考法条文（省略）

▼公法4 ..... 棟居快行教授

問1 次の①～④につき、それぞれa～cから正しいものを一つ選んで、下記のような解答欄を作成し答えを記入せよ。

（例）①a ②b ③c ④a

- ① a警察予備隊違憲訴訟最高裁判決は抽象的審査の要件を厳しく限定し、原告の訴えがそれを満たさないことを理由として訴えを却下した。b国の私法上の行為は九八条一項の「國務行為」に該当しないというのが判例の立場である。cアメリカでは日本国憲法八一条と同様の規定につき最高裁のみの司法審査権を定めた規定と解している。

- ② a宗教団体の内紛の事案では、住職たる地位の確認請求な

どを部分社会論により退ける判例が主流である。b 富山大学

単位不認定事件判決は、大学の行政裁量権行使の違法を理由に請求を認容した。c 村議会議員出席停止事件判決（S三五）が、今日の部分社会論を形成した。

③ a都教組判決は合憲限定解釈を取った例とされる。b 恵庭

事件一審判決は合憲限定解釈により無罪判決を下した。c 精神的自由の規制立法では合憲限定解釈は行い得ないから、その場合判例は限定解釈を断念している。

④ a ムートネスの法理は、事件としての成熟性を要求する法理である。b 第三者所有物没収事件判決では、被告人に第三

者の代理人たる資格が認められたため、第三者の手続保障がないことを理由とする主張が退けられた。c 取消訴訟の处分性の要件は、ライプネスの法理と類似しているとされる。

問2 次のA～Cから二つ選んで解答せよ。

A (1) 事件性の要件とは何か？ 内容ならびにそれが司法権に課される理由を述べよ。

(2) 教義の対立に根ざす宗教団体の内紛につき、①元住職Xから宗教法人Yに対する団体役員たる地位の確認訴訟、②YからXに対する家屋明渡訴訟 のそれれにつき、裁判所の審理ならびに判決のあり方を検討せよ。

B (1) 司法審査制の目的とされる私権保障と憲法保障につき、兩者のバランスをどうとるべきかという観点から論じられる具体的なテーマを二つ取り上げよ。

## 平成一九年度一学期試験問題

(2)(1)のテーマごとに、あるべき「バランス」を論じよ。

C (1) 小売商判決の「社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要」であり「立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関である」という一節の意味するところを検討せよ。

(2) 上記判示は、その後の薬事法判決や森林法判決における立

法事実論の重視などどのようにかかわっているか（いなか）を述べよ。

▼民法 ････  
問一  
平田健治教授

問一  
平田健治教授

A はBに甲建物を賃貸し（賃料月額一二〇万円）、BはAの承諾を得て甲建物をCに転貸した（賃料月額九〇万円）。CはA、Bの承諾のもとに、もとスーパーマーケット用店舗であった甲建物を七〇〇〇万円を投資してスイミング施設に改装し、甲建物を利用して、スイミングスクールを経営していた（前記転貸料の額はこの事情を反映している）。その後、Bは自己の事業経営が悪化し、Aに対して賃料を支払えなくなったため、AはBに催告の上、甲建物の賃貸借契約を解除した（これは、B C間の転貸借契約の当初の約定期間一〇年が半ば経過した時点であった）。Cは、この事実をその二ヶ月後に知り、Bへの転貸料支払を止めた。Aは、さらにその一ヶ月後に、B、Cを被告として甲建物明渡と賃料相当額損害金の支払を求める訴訟を提起した。Cは訴訟係属中の現在

なお、スクール経営を継続している。

A B C三者の関係をそれぞれの当事者の主張しうる法的構

成を検討しつつ、説明しなさい。

問二 AはBに対する貸金債権三〇〇〇万円を担保するために、

B所有の甲不動産（評価額四〇〇〇万円）と乙不動産（一〇〇〇万円）に共同抵当権を取得した。Bは甲乙不動産以外に見るべき財産として、丙不動産（五〇〇万円）を有している。

そののち、

(1) BがCに甲乙内不動産を一括売却し、その代金で被担保債権が弁済され、共同抵当の登記は抹消された。

(2) Bが、乙不動産をDに贈与し、次いで丙不動産をEに贈与した。

(3) Bが、妻Fと協議離婚し、財産分与として甲丙不動産をFに一括譲渡した。

Bに対して一五〇〇万円の債権を有するGが、上記のBの行為（1)(2)(3)のいずれか）を詐害行為として取り消そうとする場合、裁判所は(1)(2)(3)それぞれの場合にどのように処理すべきだろうか、を検討しなさい。例えば(2)を検討する際には、

(1)(3)の事実は生じていないものと仮定する。

▼商法 1 .....  
.....末永敏和教授

山下典孝准教授  
1. 信託の引受は、個人が、これを営業として行なう場合に、営業的商行為として商法の適用を受けることになる。

I 下記の設問すべてに解答しなさい。問題番号と解答番号を解答用紙に記入すること。

第1問

以下の記述の中で正しいものは、いくつあるのか一つ選択しなさい。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

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. 会社の定款は会社内部の取り決めを定めたものにすぎないで、商法の法源には含まれない。

3. 商法の法源の適用順位に関して、制定法優先主義を定めた法の適用に関する通則法三条により、商慣習は民法よりも劣後して適用されることになる。

4. 国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約は、商事条約として、商法の法源に含まれる。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4

第2問

以下の記述の中で正しいものは、いくつあるのか一つ選択しなさい。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

2. 信用協同組合が組合員と預金契約を締結する行為は、附

属的商行為にも該当しなく、営業的商行為である銀行取引に  
も該当しない。

3. 粘土を買入れて粘土細工を製造し、それを美術商に販  
売する行為は、有償取得したものを加工したことから、投機

購買として絶対的商行為には該当しない。

4. 個人で理髪店を営む理髪業者は場屋取引を行う商人であ  
る。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4

#### 第3問

以下の記述の中で正しいものは、いくつあるのか、一つ選  
択下さい。

1. 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。

2. 個人商人の商人資格の喪失は、営業の終了時である。

3. 風車の製造を内職として行いその対価として賃金を得て  
いる者は、これを反復・継続して行っていても、商人とはな  
らない。

4. 会社法上の会社は、設立登記をなした後に、会社の事業  
目的を実際に行ったときに商人資格を取得する。

5. 個人が店舗を用いて自分の畑で採れた農作物を販売する  
行為は絶対的商行為でもなく、営業的商行為でもない。  
(1) 1と2、(2) 1と5、(3) 2と3、(4) 2と4、(5)

3と5

#### 第4問

以下の記述の中で正しいものは、いくつあるのか、一つ選  
択下さい。見解の相異がある場合には、最高裁判決の立場  
によること。

1. 不動産登記も商業登記簿になされる必要がある。

2. 個人商人の場合であろうが、会社の場合であろうが、商  
人が自己の名称を示すために用いる商号は、必ず登記しなけ  
ればならない事項である。

3. 登記事項が未登記の間は、第三者が登記事項の事実を  
知っていたとしても、対抗することはできない。

4. 取締役でもないのに取締役として登記されることに承諾  
をしていた場合でも、その者は登記申請者ではないことから、  
登記事項が不実であることにつき善意無過失の第三者に対し  
ても、自己が取締役ではないと対抗することができる。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4

#### 第5問

以下の記述の中で正しいものは、いくつあるのか、一つ選  
択下さい。

1. 会社の商号中には、その種類に従い、株式会社、合名会

社、合資会社、合同会社の文字を使用しなければならないが、  
会社から事業譲渡を受けた個人商人は、商号中に譲渡を受け  
た会社の種類の文字を使用することは許される。

2. 未登記商号については、他人がその商号を無断で使用し

ているような場合でも、使用を差し止めたり、損害賠償請求を行うことはできない。

3. 不正の目的があつても、他の商人が使用する商号と類似するものを名称として用いることは許されている。
4. 小商人は商業登記制度を利用することができないので、営業活動の際に自己を表示するものとして用いる名称は商号とはいえないことになる。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4

#### 第6問

以下の記述の中で正しいものは、いくつあるのか、一つ選択しなさい。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

1. 商号使用許諾者（名板貸人）を営業主と誤認したことにつき重過失のある者に対しても、商号使用許諾者（名板貸人）は、商号借用者（名板借人）と共に営業活動から生じた債務の弁済につき連帯して責任を負わなければならない。
2. 他人が自己的商号を使用して営業を行うことを黙認していた者も、それを許諾した者と同様に、当然に商号使用許諾者（名板貸人）としての責任を負うことになる。

3. 他人に自己の商号を使用して営業を行うことを許諾した者は、その他人が自己とはまったく異なる営業の部類に属する取引を行っているときには、商号使用許諾者（名板貸人）としての責任を負うことは一切ない。
4. 商号は、営業の廃止又は営業とともににするのでなければ

4. 商号使用許諾者（名板貸人）の責任の内容は、商号借用者（名板借人）が相手方との間の取引によって生じた債務であることから、商号借用者（名板借人）の交通事故等の不法行為に基づく損害賠償債務や、詐欺等の取引的不法行為に基づく損害賠償債務等については、商号使用許諾者（名板貸人）の責任に含まれる余地はない。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4

#### 第7問

以下の記述の中で正しいものの組合せを一つ選択しなさい。

見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

1. 営業譲渡により、譲受人はその財産を包括的に一括して譲り受けることができるので、営業譲渡契約成立により、一括してその財産が、第三者との関係においても、当然に譲受人に移転することになる。
2. 譲渡される営業により生じた債務について譲受人に移転しない旨約定しても、譲受人が譲渡人の商号を続用した場合には、いかなるときでも、譲受人は譲渡人と共に弁済の責任を負う。
3. 営業譲渡により、譲受人が譲渡人の商号を続用する場合、譲渡される営業により生じた債務については、譲渡を受けた財産の価格を限度として譲受人は債権者に対して弁済の責任を負わない。
4. 商号は、営業の廃止又は営業とともににするのでなければ

譲渡することはできない。

5. 営業の譲渡を受けた譲受人は、同一市町村内であっても、譲渡人の同意があれば、譲渡人の競業する取引を行うことは認められる。

(1) 1と2、(2) 1と5、(3) 2と3、(4) 3と4、(5)

4と5

第8問

以下の記述の中で間違っているものの数を、一つ選択なさい。

1. 個人商人は商業帳簿作成義務を負うと共に、それを一〇年間保存する義務を有するが、これらの義務に違反した場合には、五〇万円以下の過料に処せられる。
2. 小商人が任意に作成する会計に関する帳簿は商業帳簿に含まれる。
3. 商人の私用財産の帳簿（家計簿）は商業帳簿に含まれる。
4. 協同組合が、その事業上の財産及び損益の状況を明らかにする目的で作成される帳簿も商業帳簿に含まれる。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4

第9問

以下の記述の中で正しいものの組合せを一つ選択しなさい。

見解のある場合には最高裁判決の立場によること。

1. 支店長、支社長等の名称を付けている商業使用人であれば、包括代理権を有してなくともその者は、支配人である。

2. 支配人が自己又は第三者の利益のためにその権限を行使して、相手方と取引をした場合、そのことを相手方が知つていたときには、相手方が商人に対してその取引の効果を主張することは信義則違反（民法一条二項）又は権利濫用（民法一条三項）を理由に認められない。

3. 支配人は、商人と競争関係に立つような部類の営業を行うだけではなく、商人の許諾なしに自ら営業を行うこともできないとされている。

4. 支配人の代理権の範囲は、商人の営業に関する一切の裁判上及び裁判外の行為に及ぶが、その代理権に制限を加えても善意の第三者に対抗できない。

5. 小商人は、商業登記制度を利用できないため、支配人の登記ができないことになり、小商人は、支配人を選任することはできない。

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

第10問

以下の記述の中で間違っているものの組合せを一つ選択しなさい。

1. 「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はないので表見支配人の成立は原則として認められない。
2. 表見支配人の要件として、その使用人が属している営業

活動の場所は、商法上の営業所の実質を備えることまでは要求されていない。

3. 小商人は、商業登記制度を利用できることから、表見支配人に関する規定も排除されることになる。

4. 出張所という名称が付されていたとしても、本店から離れて独自の事業活動を決定し、対外的に取引をなし得る地位にある場合には、包括代理権を有しないが、「出張所長」という名称を付された使用人には、表見支配人となりうる。

5. 商人が支配人を解任したにもかかわらずその旨の登記をしていない場合、解任を知らなかつた第三者との関係では、当該商人は、解任の事実を対抗することができない。

(1) 1と2、(2) 1と5、(3) 2と3、(4) 3と4、(5)

4と5

第11問

以下の記述の中で正しいものを一つ選択しなさい。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

1. 商事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。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4  
第12問

以下の記述の中でもう一つ選択しなさい。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

2. 結婚仲介業者、家庭教師・ホームヘルパーの斡旋業者は、商行為の仲立ちを業としないため商事仲立人ではないが、営業として媒介を行うことから商人ではある。
3. 商事仲立人は、委託者に對して報酬を請求できるが、相手方に對しては、相手方に對して事務管理が成立していない限りは、報酬を請求することはできない。
4. 商事仲立人は、特定の商人のために媒介をする媒介代理と同様く、依頼者（委託者）と特定多数の商人間の媒介を行ふものである。
5. 商事仲立人は介入権を行使して、委託者と取引の相手方による権利を当然に有している。

品を顧客に販売する特約店は、会社法上の代理商にあたる。

4. 代理商と委託者（本人）との間の法律関係は代理商契約の定めによって定まるが、締約代理商であればその代理商契約の性質は委任であり、媒介代理商であればその性質は準委任である。

(1) 1、(2) 2、(3) 3、(4) 4、(5) 5

第13問

以下の記述の中で正しいものの組合せを一つ選択しなさい。  
見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

1. 商法五〇四条但書は、相手方を保護するための規定であることから、相手方が重過失である場合は保護する必要はないことから適用は否定されるが、軽過失の場合には、保護する必要があることから適用が肯定される。
2. 本人のための商行為の代理については、代理人が本人のためにすることを示さなくても、その行為は本人に対しても効力を生ずるが、相手方において、代理人が本人のためにすることを知らなかつたときは、相手方と代理人との間にも本人相手方間における同一の法律関係が生じ、相手方が、その選択に従い、本人との法律関係を否定し、代理人との法律関係を主張したときは、本人は、もはや相手方に對し右本人相手方間の法律関係を主張することができない。そのことから、本人が相手方に対して債務の履行を訴求し、その訴訟の係属中に、相手方が債権者を代理人として選択した場合には、本人の請求は、代理人の債権につき時効の中斷の効力は否定されることになる。
3. 代理商と個人商人との間の代理商契約は、個人商人が死亡することによって当然には消滅しない。
4. 民法では代理人が本人のためにすることを明確にして行

平成一九年度一学期試験問題

為をしない限り、その行為は本人に効果が及ばないが、相手方が代理行為であることを知り、又は知るべきであったときのみ代理行為の成立を主張できる。これに対して、商法では、商行為の代理については、代理行為であることを明確にしない場合であつても、代理行為の成立を原則として認める。

5. 商行為の委任の受任者は委任を受けていない行為については、それが委任の本旨に反しないものであつたとしても、行うことが許されていない。
- (1) 1と3、(2) 2と4、(3) 2と5、(4) 3と4、(5) 4と5

第14問

以下の記述の中で間違っているものの数を、一つ選択しなさい。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

1. 商人間の売買において目的物に瑕疵があつた場合には、買主は検査通知義務を履行すれば代金の減額を請求することも認められる。
2. 商人間の売買において目的物に瑕疵があり、買主が検査通知義務を履行し契約を解除した場合、買主と売主の営業所が大阪市と札幌市であつたときには、買主は目的物の保管・供託義務を負わなければならない。
3. 商人間の売買において目的物に瑕疵があり、買主が検査通知義務を履行し契約を解除できるのは、目的物が特定物で

ある場合に限定される。

4. 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、買主は現状回復義務を負うのみで、目的物を返還すれば良い。

(1) 0、(2) 1、(3) 2、(4) 3、(5) 4

第15問

以下の記述の中で、商事消滅時効の適用を受けるものの組合せを一つ選択しなさい。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によること。

- ①金融業者に利息制限法を超過する利息を支払って元本を返済した後、制限超過利息を元本に充当し、元本完済以降に支払った金額を不当利得として返還請求した場合の、不当利得返還請求権

- ②主債務者である商人Aの借入金について保証した非商人Bが、債権者Cに対して当該債務を弁済した後、主債務者Aに対してBが有する求償権

③売買契約の合意解除に基づく前渡代金の返還請求権

④マンション管理費の支払請求権

⑤約束手形の所持人が振出人に対して有する手形金請求権

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

II 以下の真偽問題について、すべて解答すること。見解の相違がある場合には、最高裁判決の立場によって解答すること。

と。正しい場合には○を、間違っている場合には×を、解答用紙に問題番号を示して、解答すること。

1. 数人が一人又は全員のための商行為である行為によって共同して債務を負担したときには、当該債務は特別な合意がなくとも連帯債務となる。

2. 商人が営業の部類に属する契約の申込を受けた場合において、申込とともに受け取った商品（例えば商品見本）があるときは、その申込を拒絶したときでも、物品の価額が保管費用を償うに足りないとき、または、商人が保管により損害を受けることが予想されるとき、以外の場合には、申込者の費用でその物品を保管しなければならない。

3. 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、相手方に對しても当然に報酬を請求することが認められる。

4. 商人に雇用された労働者の賃金請求権についての遅延損害金には商事法定利率が適用される。

5. 代理商は、本人のために代理又は媒介した取引によって自己の占有に帰した債務者所有の物又は有価証券しか留置できない。

6. 無記名債権、指図債権の弁済は、原則として、債権者の現時の営業所が履行場所となるが、手形や小切手においては、第三者方払として、取引銀行が記載されていることが多い。

7. 銀行から消費貸借契約により融資を受けた者の元利金支

私義務については、商事消滅時効の適用がある。

8. 商人がその営業の範囲内において他人のために金銭の立替をなしたときは、当該商人は、当該他人に対しても立替の日以後の商事法定利率による利息を請求することができる。

9. 大阪市営地下鉄、京都市営地下鉄による公営交通事業は商行為にはあたらない。

10. 特定の生命保険相互会社のために媒介・代理を営業として引き受ける代理商は、商法上の代理商にあたらない。

11. 大型飲食店を営む者が無償で客を送迎することを引き受ける行為は、商行為に該当しない。

12. 取引時間外になされた弁済の提供であっても、債権者が任意に弁済を受領し、それが弁済期日内であれば、債務者は履行遅滞の責任を負うことはない。

13. 商事仲立人が媒介したその他人間に契約が成立しない場合でも、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ができる。

14. 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。

15. 信用組合が自らの名称を使用して他人に営業活動を行うことを許諾したとしても、商号使用許諾者（名板貸人）の責任にに関する商法一四条を適用されることはない。

III 以下の「」内に該当する言葉を、解答用紙に問題番

号を記載して、記入すること。

問屋は自己の名をもつて委託者の計算に基づき、物品の「1」を業とする者である。そのことから、取引の相手方にとって法律上の当事者は「2」であり、「3」ではない。

運送取扱人は自「4」の名をもつて委託者の計算において、委託者のために「4」を、運送会社と締結するものであり、その行為は、法的には「5」にあたる。

運送品が到達地に到達する以前には、「6」の運送人にに対する権利は存在せず、運送品の処分等の権利を行使できるのは、「7」である。

商業登記事項には、商人が必ず登記しなければならない「8」と、登記するかどうかは商人の裁量に任せられている「9」とがある。

「10」とは、運送人が運送品の受領を証し、かつ、運送品を目的地において「10」の正当な所持人に引き渡すことを約する有価証券である。

▼商法<sub>2</sub> .....  
吉本健一教授  
【第1問】

以下の各設問について答えなさい。

(1) 株式会社の設立に関する次のアからオまでの各記述のうち、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・会社法ではいわゆる最低資本金制度が廃止され、株式会社はどのような事業目的であっても、その設立に際して、自由に出資額および資本金の額を定めることができるもの。

イ・発起人が現物出資をした場合に、会社成立時における現物出資財産の価額が、定款に記載した額に著しく不足するときは、当該発起人は、会社に対し、当該不足額を支払う無過失責任を負う。

ウ・発起設立でも募集設立でも、出資金の現実の払込みを確保して資本充実をはかるために、銀行等の払込取扱場所を定め、かつ、これらの銀行等は、払込金の保管に関する証明書を交付しなければならない。

エ・会計参与設置会社を募集設立手続により設立する場合には、創立総会の決議によって設立時会計参与を選任しなければならない。

オ・非公開会社では、設立時発行株式の総数は、定款所定の発行可能株式総数の四分の一未満であつてもよい。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ エ 4. イ オ

5. ウ オ

(2) 株式会社の機関設計に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものはどれか。

1・非取締役会設置会社では、監査役会を置くことができない。

2・会計監査人設置会社は、委員会設置会社または大会社であるとは限らない。

3・会計参与設置会社では、委員会設置会社を除く公開会社でも監査役を置く必要はない。

4・公開会社には、三人以上の取締役が必要となる。

5・委員会設置会社でも、取締役会を置くには定款の定めが必要である。

(3) 募集株式の発行等に関する次のアからオまでの各記述のうち、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・非公開会社において株主割当てによる募集株式の発行等を行う場合には、これに関する募集事項等の決定は、定款に別段の定めがない限り、取締役の決定または取締役会の決議による。

イ・募集株式が譲渡制限株式である場合には、募集株式の割当ての決定は、定款に別段の定めがある場合を除き、株主総会(取締役会設置会社にあっては、取締役会)の決議によらなければならない。

ウ・募集株式の引受人は、払込期日または期間内に払込金額全額の払込みをしなくとも、現実に出資の履行をした日に株主となる。

エ・自己株式の処分が法令または定款に違反する場合であつても、株主が不利益を受けるおそれがなければ、会

社に著しい損害が生じるおそれがあつても、当該処分を差し止めることはできない。

オ・公開会社においては、引受人にとって特に有利な払込金額による募集株式の発行につき、株主総会の特別決議

により、決議の日から一年間に内に払込期日または期間の末日が到来するものについて、取締役会にその募集事項の決定を委任することができる。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ エ 4. イ オ

(4) 新株予約権に関する次の各記述のうち、正しいものはどちらか。

1・新株予約権の内容は、会社の定款に定めなければならぬ。

2・新株予約権の引受人は、払込金額の全額を銀行等の払込取扱場所に払い込んだ日に、新株予約権者となる。

3・新株予約権の行使に際してなされる現物出資については、検査役の調査を要しない。

4・会社が保有する自己新株予約権を処分するには、新株予約権の発行手続と同様の手続をとる必要がある。

5・譲渡制限新株予約権につき譲渡による取得の承認請求がなされ、会社がこれを承認しない場合でも、当該新株予約権者は、会社または指定買取人による当該新株予約権の買取りを請求することはできない。

(5) 株主総会決議の取消しの訴えについて、判例の趣旨に照らし正しいものはどれか。

1. 株主総会の招集通知を受領した株主は、他の株主に対する招集通知漏れの瑕疵を理由として、株主総会決議取消しの訴えを提起することはできない。

2. 株主総会の決議取消しの訴えを提起期間内に提起した場合には、決議の日から三ヶ月経過した後も、他の事由を取消原因として主張することができる。

3. 取締役選任決議の取消訴訟の継続中に、選任された者が任期満了等により退任した場合であつても、その者が取締役に再任されたという手段の事情がある場合には、訴えの利益があるので却下されるとははない。

4. 株主総会決議無効確認の訴えにおいて無効原因として主張された瑕疵が取消原因に該当し、決議取消訴訟の原告適格や出訴期間等の要件を満たしているときは、決議取消の主張が出訴期間経過後になされた場合であつても、決議無効確認訴訟の提起時から取消訴訟が提起されたものと取り扱われる。

5. 株主総会決議を取り消す判決が確定したときは、法的安定性を確保するために、判決は将来に向かってのみ効力を有する。

## 【第2問】

以下の文章を読んで、下記の問いに答えなさい。

A株式会社は、甲種普通株式と乙種優先株式を発行しているが、乙種優先株式についてのみ、その譲渡による取得につき、会社の承認を要する旨の定款の定めがある。このほか、A会社の定款には、監査役、監査役会ならびに会計監査人を置く旨の定款の定めがある。

乙種優先株式は、配当優先株式であり、過去においてA会社の業績が不振であった時に、工場設備の拡張資金を調達するために、取引先であるB株式会社を引受先として発行したものである（B会社が全株を保有している）。B会社は、最近自己の資金繰りが苦しくなり、A会社との取引量が減少していることから、A会社の乙種優先株式を譲渡して資金の回収をしたいと考えている。他方A会社は、乙種優先株式が第三者に譲渡されることは避けたいと考えている。

#### 〔設問1〕

A会社とB会社は、乙種優先株式の配当負担を減らすことも考慮して、A会社がB会社から乙種優先株式を合意により買い取ることを前提に協議を続けているが、買取価格について両社間に意見の相違がある。これ以外にB会社が乙種優先株式を譲渡して買い取ってもらい、その後下資本の回収を実現するには、会社法上どのような手段があるか。その手段による場合と、A会社がB会社との合意に基づき乙種株式を買取る場合とで、買取価格の決定方法にどのような違いがあるか。

#### 〔設問2〕

A会社は、B会社の主張する乙種優先株式の買取価格が額であると考えたが、この際、B会社が別に保有するA会社の甲種普通株式も手放し、これを含めてA会社が買いたるのであれば、乙種優先株式の買取価格について譲歩してもよいと考えた。A会社がB会社の有する甲種普通株式を買取るには、どのような手続が必要か。甲種普通株式が上場株式である場合を前提に解答しなさい。

また、A会社がB会社の保有する乙種優先株式を買取るには、どのような手続が必要か。B会社代表取締役CがA会社の取締役を兼ねているときは、この取得に関し、会社法上どのような規制が及ぶか。この規制に違反した乙種優先株式の取得行為の効力はどうなるか。

#### 〔設問3〕

A会社の事業年度は、毎年四月一日から、翌年三月三一日までである。二〇〇六年度事業年度に係る計算書類は、二〇〇六年六月二八日開催のA会社定時株主総会において適法に承認された。

承認された二〇〇六年三月三一日現在のA会社の貸借対照表の要旨は、以下の通りである（単位は百万円）。

A会社がB会社から乙種優先株式を買取る効力発生日は、二〇〇六年一〇月一日である。二〇〇六年三月末日以後、A会社は、同年七月末までに甲種普通株式の一部（一万株）を

平成一九年度一学期試験問題

資産の部（詳細は省略）	一七、七〇〇
負債の部（詳細は省略）	一三、一〇〇
純資産の部	
株主資本	
資本金	四、一〇〇
資本剰余金	一、三〇〇
資本準備金	九〇〇
その他資本剰余金	五〇〇
利益剰余金	四〇〇
利益準備金	二、〇〇〇
その他利益剰余金	五〇〇
別途積立金	一、〇〇〇
繰越利益剰余金	五〇〇
自己株式	△一〇〇
評価・換算差額等	五〇〇
純資産の部合計	四、六〇〇

適法に市場で三億円買付け、七月三一日にこれを全株消却した。A会社の二〇〇六年一〇月一日現在の剰余金の額はいくらか。算定式も示しなさい。

また、A会社がB会社からその保有する甲種普通株式および乙種優先株式を買い取る価格が総額一〇億円で合意された場合に、この額は、A会社の分配可能額の範囲内であるか。根拠も示しなさい。ただし、会社法四六一条二項六号所定の

法務省令で定める各勘定科目に計上した額の合計額はないものとする。

〔設問4〕

A会社の会計監査人Dは、A会社とB会社の間で合意した本件乙種優先株式の買取価格は、その株式価値に比して著しく高額であり、A会社に損害が生じていると考えている。Dは、A会社の代表者であるEにその旨を述べたところ、Eはこれに反発し、Dを解任しようとした。Dを会計監査人から解任するには、どのような手続が必要か（A会社の定款に別段の定めはない）。

後になつてこのことを知ったA会社の株主Fは、Eの責任を追及するために、監査役Gに提訴請求をした上で、株主代表訴訟を適法に提起した。これに対し、弁護士でもある監査役Gは、被告Eの訴訟代理人として訴訟行為を行つた。Gの訴訟行為および監査行為に法的問題はあるか。

〔設問5〕

A会社による乙種優先株式の買取りは、最終段階で決裂しました。B会社としては、その親会社であるH株式会社がA会社の乙種優先株式の保有に関心を示していることから、H会社に乙種優先株式を移転させ、その対価を得たいと考えている。会社法上考えられる手段を複数示し、その可能性を検討しなさい。

▼民事訴訟法2

.....下村真美教授

## 藤本利一准教授

有しない。

I 次のうち、正しいものには○、間違っているものには×

をつけ、根拠となる民事訴訟法の条文（項、号がある場合は、それらも含める。）を示しなさい。

(1) 裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴くまでもなく、事件を

弁論準備手続に付することができる。

(2) 証拠の申出は、期日前においてもすることができる。

(3) 判決に誤記があるとき、裁判所は、申立てまたは職権で、いつでも更正決定をすることができる。この決定に対し

ては、即時抗告をすることができる。

(4) 同時審判の申出は、上告審の口頭弁論の終結の時までにしなければならない。

(5) 証言が証人の叔父にあたる者が有罪判決を受けるおそれがある事項に関するときは、その証人は、証言を拒むことができる。

(6) 控訴が不適法でその不備を補正することができないときは、控訴裁判所は、口頭弁論を経なければ、判決で、控訴を却下することができない。

(7) 文書は、その成立が真正であることを疎明しなければならない。

(8) 補助参加に係る訴訟の裁判は、被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げた場合、補助参加人に対してその効力を

(9) 裁判所は、職権で、当事者を尋問することはできない。

(10) 訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である義務の全部を承継したときは、裁判所は、職権により、決定で、その第三者に訴訟を引き受けさせることができる。

II 次のうち、正しいものには○、間違っているものには×をつけて、そう判断した理由を簡潔に示しなさい。

(1) Xは、Yに対し、履行期にある貸金返還請求権を有しているとして、当該貸金返還請求権の確認の訴えを提起した。このような確認の訴えにも、訴えの利益は認められる。

(2) 土地甲の共有者の一人であるXが、単独で、登記名義を有する第三者であるYに対し、その抹消登記手続を請求することは可能である。

(3) Xは、Yに対し、土地乙をYから買い受けたとして、所有権確認請求および移転登記請求訴訟を提起した。このとき、Zは、土地乙をYから買い受けたのは自分であると主張し、Xに対して、所有権確認請求、Yに対して、当事者参加を申し立てた。このような参加は認められない。

(4) 債権者Aは、債務者Bに対して、一〇〇〇万円の貸金返還請求訴訟を提起した。これを知ったBの一般債権者Cは、Bが敗訴することにより、その一般財産が減少する

ことを理由にして、A・B間の訴訟に補助参加を申し出た。このような補助参加にも、参加の利益は肯定される。

(5) Xは、主債務者Yおよび連帯保証人Zを共同被告として、

貸金返還請求訴訟等を提起した。このとき、裁判所は、

Zにつき、弁論を分離することは違法である。

III 「別紙（省略）」の各人の言い分を読んで、以下の問に理

由を付して答えよ（各問は独立したものとして考えよ）。

問1 Xは、Yに対して、三〇〇万円の支払を求める訴えを提起した（①訴訟）。①訴訟の第一審係属中に、ZがYに対して、三五〇万円の支払を求めて独立当事者参加した。このとき、XとYは、YがXに対して、三〇〇万円を支払う旨の訴訟上の和解をすることはできるか。

問2 ①訴訟の第一審係属中に、ZがXに対しては、自己がYに対する債権を有していることの確認を、Yに対しては、三五〇万円の支払を求めて、独立当事者参加した。

(1) 第一審は、AのYに対する請負代金額は四〇〇万円であると認定したうえ、AからXに対する債権譲渡及びAからZに対する債権譲渡の各事実は認められるが、Xへの

債権譲渡についてのYの異議をとどめない承諾があった事実は認められないとして、XのYに対する請求を棄却した。そして、第一審は、ZのXに対する請求及びZのYに対する請求については三五〇万円の支払を求める限度でそれぞれ認容した。そこで、Xは、Y及びZに対し

て控訴を提起し、Yに対しては、三〇〇万円の支払を求め、Zに対しては、ZのXに対する請求の棄却を求めた。Y及びZは、控訴も附帯控訴もしていない。

控訴審は、審理の結果、請負代金額は第一審と同じ四〇〇万円であるとのままで、AからXへの債権譲渡にかかる平成一八年六月一五日のYの異議なき承諾及び同月二三日、承諾についての確定日付が経由されたとの心証を得た場合、どのような判決をすればよいか。

(2) 仮に、①訴訟の第一審係属中に、ZがYに対して三五〇万円の支払を求める別訴（②訴訟）を提起し、①訴訟と

②訴訟の口頭弁論が併合された場合において、上記第一審の判決がされ、これに対して、Xのみが控訴し、Y及びZは、控訴も附帯控訴もしなかったところ、控訴審が上記の心証を得たときはどうか。

#### ▼刑事訴訟法

………中村雅臣教授

平成一九年七月一二日、司法警察員から検察官に対し、逮捕中の被疑者A及び逮捕中の被疑者Bについて、窃盗の共犯として送致がなされた。

同事件を受理した検察官Pは、被疑者両名の各逮捕事実について勾留を請求し（認容された）、実況見分、捜索・差押、被疑者ら及び参考人らの各取調べを実施するなど、すべての捜査を遂げた結果、次のような証拠を収集した。

1 捜査報告書による捜査の端緒、捜査経過等

(1) 捜査の端緒

平成一九年七月一〇日午後一〇時二〇分ころ、大阪市内で宝石店を営む甲から府警本部通信司令室に、「うちの店にドロボーが入り、ケースから宝石を何個か盗んで逃げたので現在追跡中であるが、直ぐに来て貰いたい。」旨の一〇番通報があり、同司令室から指示を受けたT警察署の警察官K・Lが、直ちにパトカーでサイレンを鳴らしながら甲宝石店付近へ急行した。

(2) 捜査経過

① 甲宝石店付近路上まで急行した警察官K・Lが、その付近に居た甲から事情聴取したところ、甲が、「今日の午後一〇時過ぎころ、二階のリビングに居たところ、一階の店の方から物音がしたので降りて行ったら、知らない男がケース内の宝石を鷲掴みにしているところだったので、『ドロボー』と大声で叫んだ。するとその男は走って逃げたので、私も走って店から一〇〇メートル位追い駆けたが見失ったため、携帯電話で一〇番通報をした。犯人は、中肉中背で白地に黒色の縦縞のシャツ、ズボンを履いていた。」旨供述したことから、警察官K・Lが犯人を逮捕するため付近一帯を捜索したところ、甲宝石店から三〇〇メートルほど離れた民家

の駐車場に、中肉中背で白地に黒色の縦縞のシャツ、紺色のズボンを履いた男（後で「A」と判明）が潜んでいるのを見発し、同行していた甲が、「あの男が犯人です。」と指差したので、警察官K・Lが、「警察だが、そこで何をしている。こっちへ出て来なさい。」と声を掛けたところ、Aが矢庭に駐車場から飛び出し、人通りの多い繁華街の方へ逃げ出したため五〇メートル位追い駆け、警察官Kが犯人Aと格闘となつた。Aは、Kの顔面を手拳で数回殴打し、腹部や胸部を膝蹴りする等の暴行を加えてKを転倒させ、Kがひるんだ隙に再び逃げ出しが、直ちにしが数メートル追い駆け、人ごみの中でAを窃盗の現行犯人として逮捕した。

② 警察官K・Lは、Aを逮捕地点から約一〇〇メートル離れた最寄りの交番まで連行し、同交番において、捜索・差押令状がないままAの身体を捜索し、Aのズボンポケットから宝石三個（指輪二個、ネックレス一本）を差し押さえた。

③ 逮捕されたAは、「古物商のBから『宝石でも何でも金目のものを盗んで来たら、高く買ってやる。』と言われ、遊興費が欲しかったので本件犯行に及んだ。」旨供述したことから、翌二一日、警察官K・Lは、古物商Bを窃盗の共犯として同人の自宅で通常

## 平成一九年度一学期試験問題

逮捕した。

(4) 甲がAの犯行に気づいてから警察官しがAを逮捕するまでは一五分程度、Aの逮捕から交番においてAの身体を搜索し、宝石を差し押さえるまでは五分程度の時間であった。

### 2 被疑者Aの供述要旨

(1) 私は、どの職に就いても長続きせず、パチンコで小遣い稼ぎをしていたものの遊ぶ金に困り果て、平成一九年七月七日ころ、前に何回も古物を買い取つてもらったことがある知り合いの古物商Bに相談したところ、Bから、「甲宝石店で、金目のものを盗んで来たら高く買ってやる。」と言われ、宝石商の甲方に侵入して宝石か貴金属を盗み、Bに高く買って貰おうと決心した。

(2) そこで、平成一九年七月一〇日午後一〇時過ぎころ、甲宝石店裏出入り口の鍵をこじ開けて店内へ侵入し、ウインドウケース内に陳列してあった高そうな宝石類三個を鶯掴みにしたところで、二階から降りて来た甲に発見され、「ドロボー」と大声を上げられたので、なんだ宝石類三個をズボンのポケットに突っ込みながら急いで裏入り口から表へ飛び出したが、甲が追い駆けてきたので走って逃げた。

(3) 少し逃げたところに民家のガレージがあつたので、

その陰に身を潜めて甲の追跡をかわしたと思ったら、間もなくパトカーのサイレンの音がして、ガレージの外から「警察だ。出て来なさい。」と大声で言われ、慌ててガレージから飛び出し走って逃げたが、制服の警察官二人が追い駆けて来て捕まりそうになつたので、何としても逃げ切ろうと思い、振り向きざま、直ぐ後ろから追い駆けてきた警察官の顔を握り拳で思い切り一〇二回殴り、腹と胸に力いっぱい膝蹴りを入れたら、その警察官が仰向けに転倒したので、その隙に再び走つて逃げたが、直ぐにもう一人の警察官に捕まり、手錠掛けられて近くの交番まで連れて行かれ、そのまま交番内で、折角盗つて来た宝石類を三個とも取り上げられてしまった。

### 3 被害者甲の供述

(1) 私は、二階建ての自宅の一階を店舗にして「ジュエリー甲」という屋号で宝石店を営んでいるが、平成一九年七月一〇日の午後一〇時二〇分ころ、自宅一階でテレビを見ていたら、一階の店の方から物音がしたので、忍び足で一階の店へ降りて行つたら、何処から入つたのか見知らぬ男が、ショウウース内へ手を突っ込んで宝石を数個掴んでいるところだったので、『ドロボー』と大声を上げた。

(2) するとその男は、びっくりしたような顔をして宝石

を握ったまま裏入り口から走って逃げ出したので、私は奪われた宝石を取り返そうと思い、裏入り口から表へ出て走って犯人を追い駆けたが、店から一〇〇メートル位行ったところで犯人を見失ったため、持っていた携帯電話で一一〇番通報をした。

(3) 間もなくサイレンの音がして、制服の警察官二名が

パトカーで来てくれたので、犯人の人相・風体である

「中肉中背で白地に黒色の縦縞のシャツに紺色のズボン履き」を警察官に説明し、付近を捜してもらった。

(4) 盗まれた宝石は、ダイヤの指輪一個（時価約一〇〇万円）、高級オパール指輪一個（時価一五〇万円）及び黒真珠のネックレス一本（時価一〇〇万円）であったが、警察官が犯人を逮捕して全ての宝石類を取り戻して呉れたため、被害は無く幸いだった。

被疑者Bの供述要旨

4  
(1) 私は古物商をしているが、一年位前から怪しげな高級時計や貴金属類を売りに来るAから、それらの品物を買い取ってやっていた。

平成一九年七月七日ころ、Aから「パチンコ代に困っているが、何かうまい話は無いか。」と相談され、「それなら甲という宝石店で、宝石でも貴金属でも金目のものを盗って来たら高値で買ってやる。」とだけ言つてやつた。

(2) Aが夜間、甲宝石店ヘドロボーに入り、逃げる途中で追跡して来た警察官に暴力をふるった末に逮捕されたらしく、私も自宅へ逮捕状を持ってやって来た警察官に窃盗の共犯として逮捕されたが、Aは、私が言ったことを実行しようとしたに違ひなく、責任を感じて

いる。

#### (問題)

(1) 檢察官Pは、被疑者A及び同Bを起訴することとしたが、被疑者A、同Bについて各罪責（罪名・罰則とその理由。ただし、特別法違反を除く。）を検討せよ（収集済みの上記各証拠の内容は、いずれも信用できるものとする。）。

(2) 檢察官Pが、前記(1)の検討結果を踏まえて、被疑者A及び同Bを共同被告人として、その各勾留事実につき、法の正当な適用と適切な刑罰権の実現を求めるために訴因を構成して起訴した後の、法廷における証拠調べ及び検察官Pの補充捜査の結果、

警察官Kは、被告人（捜査段階では被疑者）Aを逮捕しようとしてAに顔面を殴打され、胸部・腹部を膝蹴りされて転倒した際 加療約一週間を要する顔面打撲及び加療約二週間を要する肋骨骨折の傷害を負っていたことが明らかになった（上記以外の事実については、一切の変更なし。）。

検察官Pは、「警察官Kに対する公務執行妨害」及び「K

に対する傷害」についても審判と処罰を求めるとしたが、被疑者A及び同Bを起訴するあたり検察官Pが構成したと想定される当初の訴因を前提として、何らかの措置を講じる必要があるか。被告人A及び同Bについて措置の要否、その内容と理由を述べよ。

(3) 警察官K・Lによる、被告人Aの身体に対する搜索及び宝石三個の差押手続きの適否について論じなさい。

(4) 捜査段階において、被告人Aが被疑者として、犯行現場である甲宝石店内で、本件宝石窃取の状況を言語と動作で再現してみせた結果を、警察官Kが見分・録取するとともに、写真撮影して書面に作成した実況見分調書が存在したことから、検察官Pが、被告人A及び同Bについて、再現されたとおりの犯罪が行われたことを立証する証拠として、同実況見分調書を取調べ請求した場合、同調書の証拠能力について、どのような問題があるか。

同実況見分調書には、警察官Kの署名・押印はあるが、被疑者Aの署名・押印はなく、被疑者Aの犯行再現行為を撮影した写真が添付されている。

▼刑事訴訟法 ..... 水谷規男教授

【第1問】 次の設例について、問い合わせなさい。

被告人甲は、以下の事実で起訴されている。

被告人は、

第1 法定の除外事由がないのに、平成一八年八月一日こ

ろ、大阪市内において、フェニルメチルアミノプロパンの塩酸塩若干量を含有する水溶液を自己の身体に注射し、もつて覚せい剤を使用し、

第2 みだりに同月一日、大阪府吹田市内のAマンション駐車場において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩の結晶約三・五グラムを所持したものである。

甲が上記事実について起訴されるまでの経緯は以下のようなものであった。

(1) 平成一八年八月一日午後六時ころ、吹田市内のAマンションの住人Bから、同マンションの駐車場に駐車中の原動機付自転車を壊している不審な男がいるとの通報が警察に寄せられた。付近をパトカーで警邏中であった警察官EとFは、この通報に基づき、Aマンションに赴いた。Aマンション駐車場の状況は次のようなものであった。Aマンション駐車場は、同マンションの南側に設けられており、自動車用の駐車スペースが櫛形に約三〇台分設けられており、中央の建物入口の両側には屋根付きの駐輪スペースがあつた。Eは、駐輪場の前からの来客用駐車スペースにパトカーを止めましたが、パトカーの右前方には、中年の男性と若い男性が言い争いをしながら立っていた。パトカーに気づいた若い男性は、運転席のEに歩み寄り、「警察に電話したBです。ベランダからあの男がバイクをドリルのようなもので壊しているのを見たので通報

しました。バイクは私の隣室のCさんのものですが、あの男はCさんに頼まれてエンジンをかけ、修理に持つて行くところだと言つてます」と述べた。

(2)Eは、中年男性がバイクを壊し、あるいは盗もうとしていたのではないかと考えたので、Fに対し、Bから事情を聞くよう指示したうえ、パトカーを降りて中年男性に近づき、事情を尋ねようとした。これに対し、甲は「自転車屋をやっているDだ」と名乗り、「バイクの所有者であるCから修理を依頼された」と答えた。このとき甲は上半身裸で半ズボン姿であり、服装からして修理業者には見えなかつた。Eがバイクを確認したところ、バイクの鍵穴にドリルで穴が開けられており、バイクのシート上には電気ドリルが置かれてあつた。しかし、ドリルで鍵穴を壊すのは、修理の方法としては不自然であるうえ、周囲には他の工具類も置かれていなかつたので、Eは甲の供述は虚偽であり、窃盗未遂ないしは器物損壊の疑いが強いと考え、「もう少し事情を聞かせてもらおう」と告げて甲に対しパトカー内でさらに質問を続行しようとした。なお、この間FはBの申告に基づき、Cがバイクの修理を依頼したかどうかを確かめるため、B方隣のAマンション二階一〇五号室のCの部屋の前まで移動したが、C方は留守であった。

(3)Eは甲をパトカーの方へ移動させようとしたが、甲の右ボケットが異様に膨らんでいるのに気づき、歩きながら「ボ

ケットに何入れとんや」と聞き、ポケットの中身を出すよう言つた。甲はこれに対して何も答えなかつた。Eが甲の承諾を得ることなく甲の右ポケットに触れたところ、ポケットからタバコの箱二個が転がり落ちた（ただし、このときのEの行為態様には争いがある）。甲は慌ててそれを拾い、再びポケットにねじ込んだが、Eは甲の右手をつかんだうえ、ポケットに手を差し入れた。Eはその際甲のポケット内に鍵束の堅いものがあることを確認したが、これは取り出さず、甲が拾つたタバコの箱二箱のみを取り出し、観察したところ、うち一個の外装フィルムの間に透明のポリ袋入りの白色結晶が拾つたタバコの箱二箱のみを取り出し、観察したところ、うち一個の外装フィルムの間に透明のポリ袋入りの白色結晶が確認された。

(4)そこで、Eは、同日午後六時三〇分ころ、Fを呼び寄せ、甲をパトカー後部座席にFとともに座らせるとともに、「覚せい剤らしきものを所持した男を発見した」と無線連絡し、警察官の応援を要請した。応援の警察官二名が午後六時四〇分ころ、Aマンション駐車場に到着し、ただちに白色結晶の予試験を行つたところ、覚せい剤であることが確認されたので、午後六時四五分、Eは甲を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕し、甲をパトカーで吹田警察署に引致し、刑事課員Gに引き渡した。

(5)これまでの間、Aマンションの住人らはパトカーを遠巻きにして見ていたが、その中にいたBがちょうど帰宅したCを発見し、「お巡りさん、Cさん帰ってきた」と大声で呼んだ

ので、Fは壊されたバイクがCのものであることを確認した

うえで、午後七時ころ、Cから器物損壊事件としての被害届の提出を得て、バイクの写真を撮影するなど必要な初動捜査活動を行った。ただし、器物損壊事件に関しては、後に甲と同居している甲の内縁の妻が被害弁償をするなどしたため、甲は逮捕されることもなく、起訴もされなかった。

(6)吹田警察署への引致後、甲ははじめて本名を名乗ったが、そのことにより、甲に覚せい剤使用の前科が三犯あることが判明した。そこで、Gは甲に対し尿の検査のための捜索差押許可状と注射痕等の確認のための身体検査令状の発付を請求し、その発付を得た。八月三日午前一〇時ころ、Gはこの二通の令状を甲に示したが、甲は「もう降参や。身体検査なんかいらん。注射したんはここや。けど小便はしたないで」と述べた。Gは甲が示した右腕の注射痕らしき痕跡を写真撮影したうえで、なおも自然排尿を促したが、甲がこれを拒絶したので、同日午後一時三〇分ころ、吹田市内の病院に甲を引致したうえで、医師によりカテーテルによる採尿を行った。

(7)甲は、平成一八年八月四日、上記覚せい剤所持の事実について勾留され、勾留延長のうえ、同年八月二三日、上記二件につき起訴された。

問1 上記(1)～(6)までの警察官E、F、Gの活動について、法的問題点を指摘し、検討しなさい（ただし、公判廷で判明した事実は考慮する必要がない）。

（設例続き）

公判では、甲の弁護人乙は、第一回公判期日において、認否を保留したまま本件捜査活動に重大な違法があると主張し、公訴権濫用にあたるとして公訴棄却を求めた。裁判所はこれを容れなかつたが、第二回公判期日において、乙は検察官が証拠申請した上記公訴事実第1にかかる尿、尿の鑑定書、警察官Gの写真撮影報告書（甲の右腕の注射痕を撮影したも）には証拠能力がなく、公訴事実第2にかかる覚せい剤、覚せい剤の分析結果報告書、警察官E、Fの捜査報告書、警察官E作成の現行犯逮捕手続書のいずれについても証拠能力がないと主張した。

そこで、検察官は各証拠の収集を担当した警察官E、F、Gの証人尋問を請求し、これが採用されてE、F、Gの順に取調べられることになった。証人Eは、覚せい剤を発見した経緯について供述したが、乙が反対尋問において「外側からポケットに触っただけなら、タバコの箱が転がり落ちるはずはない」と指摘すると、Eは「ズボン生地が滑りやすかつたから自然に落ちた」と反論した。そこで、乙はその場で持参してきた甲が逮捕時に着用していた半ズボンを取り出し、「ではあなたのその時の動作をやって見せてください」と落

下状況の再現を求めた。これに対し検察官も異議を唱えなかつたので、裁判所はこれをEを立会人とする検証として実施することとし、Eの供述に従つて検察官と乙がそれぞれE

役、甲役となつて再現をした。しかし、Eの言う外側から触る様ではタバコの箱は落不下す（三回試みて三回とも落下しなかつた）、少なくともボケットの外側からボケットの中身を下から上にせり出すようにしなければタバコの箱が転がり出ることはないことが判明した。

乙は、この検証結果を踏まえて、F、Gの証人尋問期日の前に公訴事実第2にかかる覚せい剤等は違法収集証拠であることが明らかになつたと指摘し、かつその違法は公訴事実第1の証拠にも影響を与えるから、結局本件は被告人の自白しか存在しないことに帰する事件であつて、無罪判決を言渡すべきことが明らかであるから、最早被告人の身体拘束を継続することはできないと主張して甲の勾留取消し請求書と保釈請求書を同時に裁判所に提出した。

問2 あなたが乙のした勾留取消し請求および保釈請求について判断すべき裁判所の立場であったとしたら、いかなる判断をするべきか、答えなさい。

参考条文・覚せい剤取締法（省略）

【第2問】次の設例について、問い合わせに答えなさい。

S県K町周辺で平成元年七月から三年一月にかけて、A、B、Cの三人の女性が失踪する事件が発生し、平成三年一月二十七日、通行人の通報により、K町内の雑木林から三人の死体が発見された。S県警では、同一の場所から死体が発見されたことから、同一犯による連続殺人事件と断定し、平成三

年一月二七日夜から、同月二五日に失踪したAの交際相手と外見的特徴が一致する甲を任意で取調べた。しかし同月三〇日まで連日深夜に至るまで続けられた取調べにおいて、甲は事件への関与を否定し、Aが失踪した一月二五日の行動については供述を様々に変遷させたが、結局同日の甲の行動とAとの接点に関して確証が得られないまま、甲の取調べは一旦打ち切られた。

平成三年一〇月三日、甲は覚せい剤使用の罪で逮捕され、勾留された後、一〇月二四日に同事実で起訴された。同年一月二〇日に拘置所に移監されるまでの間、甲はS県警G警察署留置場に収容されていたが、その間甲はA、B、Cに対する殺人事件で取調べを受け、取調べ時間は一日平均約一二時間に及んだ。この間の取調べの初日である一〇月二六日の取調べの開始時には、警察官が「覚せい剤の件では起訴されたが、今日から女性殺人事件について取調べをする。あくまでも任意の取調べであるから、体調が悪いなどで、どうしても取調べを受けたくないときは刑事さんに『言え』と告知していた（この告知を録音したテープ……：「テープ1」という……が存在する）。甲はこの間の同年一月一一日、Aを殺害した旨の概略的な自白をし、同月二〇日までの間に六通の自白調書が作成されたが、各自白調書中には、Aを平成三年一月二五日夜に呼び出したが、金の無心をしたところ断られたので口論となり、被告人の車中で首を絞めてAを殺害した

こと、同様の動機と経緯から、同じく平成元年七月八日にBを、平成二年一二月七日にCを殺害したことを認める記載があつた。なお、平成三年一月二〇日付けの調書に關しては、取調べ状況を録音したテープ（「テープ3」という）が存在し、同年一月一八日に実施された甲の引き当たり捜査についても、その状況を録音したテープ（以下「テープ2」という）が存在する。

捜査本部では、甲の拘置所への移監後も捜査を継続し、上記上申書や自白調書の裏付けとなる証拠の収集に努めたが、結局甲の供述を直接的に裏付ける資料は収集されなかつたため、甲に対する捜査は一旦打ち切られた。

その後Bの事件について時効が完成する直前の平成一六年六月一日、甲はA殺害の犯人として逮捕され、勾留のうえ同年七月二日に殺人罪で起訴され、同日B殺害の犯人としても逮捕され、勾留されて同年七月七日、B事件で起訴され、さらに同月九日、C殺害の犯人として逮捕・勾留のうえ、同月三〇日、C事件でも起訴された。この間、甲は各事件について取調べを受けたが、いずれの事件についても関与を否定し、平成三年秋の取調べの際に自白したのは、取調べ官の執拗な追及とそれによる極度の疲労のためであったと主張した。このため、この間には否認調書を含め、甲の供述調書は一切作成されなかった。

平成一六年一〇月二〇日の第一回公判期日において、甲の

弁護人乙は、検察官から請求のあった書証（平成三年一月二五日夜、甲の車とAの車に似た車両が同じ駐車場に止まつていたとの目撃者Dの検察官に対する供述録取書、死体発見現場および甲の車に関する実況見分調書、A、B、Cの各遺体に関する死因等の鑑定書）について全部不同意とし、弁護人の冒頭陳述では本件起訴は違法な取調べによって得た自白のみによって行われた不当なものであると主張した。その後の公判においては甲に対する取調べの適法性と甲の自白の任意性が争点となり、検察官は甲の取調べにあつた警察官三名の証人尋問を請求し、上記録音テープ（「テープ1」「テープ3」）の取り調べを請求した。検察官の示した立証趣旨は、警察官三名については、甲に対する取調べ状況（甲供述の任意性）および甲の上申書および供述録取書の内容の真実性であり、テープ1については甲に対する取調べの適法性、テープ2については引き当たり捜査状況（検察官はこれを証拠物として証拠調べ請求した旨証明している）、テープ3については、甲の供述録取書の任意性およびその内容の真実性とされている。乙はテープの証拠採用に反対したが、裁判所はこれを公判廷で再生して取り調べた。

問 上記設例中の「テープ1」「テープ2」「テープ3」をA、B、Cに対する殺人事件の証拠として用いる場合、何が問題となるかを検討しなさい。

▼公法5 棟居快行教授

問 次のA～Dから一題を選択して解答せよ。

A XはA市立中学校Yに在学中に、担任Bのからかいに誘発された同級生Cらによる深刻ないじめに会った。その結果、成人した今日でも精神的な障害が残っている。過去と向き合いたいと考えたXは、Y校校長に対してBが作成したXの指導要録、ならびにCらが事件をきっかけに学校の調査に応じて提出した反省文（本人とXとの人間関係の記述を含む。指導にかかわり公文書性を認められる）につき、A市個人情報保護条例に基づきその開示を求めた（本人開示請求）。ところがY校校長は、(1)指導要録の「所見」欄は条例が不開示事項として認めるP条Q号「評価診断指導等情報」（開示することにより評価・診断・指導等の事務の適正な執行が困難となるおそれがある……）に該当し、(2)生徒作成の反省文は、作成者名を不開示としても、生徒指導のために提出させた作文であるのにXら第三者に開示することになると、今後同種の指導が困難になるからやはりP条Q号に該当するなどとして、指導要録の「科目等成績」欄以外は一切開示を認めなかつた（部分開示決定処分）。そこでXは、同処分の取消訴訟を提起した。(1)(2)につき、X側は憲法論ないし人権論としてはどうのような主張をすべきであるか。

B 定住外国人に対して法律で地方選挙権を付与するとしても合憲であるとする「許容説」（H七年判決）は、他国との関係で権利義務を有する外国人が、管理職公務員としてわが

国の公権力を行使することはわが国の「法体系の想定するところではない」とした東京都管理職事件最高裁判決（H一七年判決）と両立しうるかを検討せよ。

C 内閣総理大臣Aが、戦没者遺族の心情を慰めることで支持率の低迷に歯止めをかけようとの政治的意図の下に、靖国神社を秘書官や警護官とともに公用車で訪問し、神式の参拝を行い、記者団に対しても内閣総理大臣としての「公式参拝」であると表明した。これに対してもXらが、政教分離原則違反の國の行為により、宗教的人格権が侵害されたとして慰謝料請求訴訟（國家賠償訴訟）を提起した。國の代理人の立場で、予想されるXらの主張に対してもどのように反論すべきかを記述せよ。

D Y市では、在留資格を有して市内の工場で働く外国人が多数にのぼる反面、外国人とのトラブルを嫌って「外国人入店お断り」などの掲示を店頭に貼りだしている小売店や飲食店が多い。

(1) 同市在住のアフリカ系アメリカ人英語講師Xが、Zレコード店に買い物に入ろうとしたところ、店員が掲示を指しながら入店を拒否し、理由をたずねると「外国人は万引きが多いから」と答えた。そこでXはZに対して、国籍差別・人種差別に基づく入店拒否で精神的損害を受けたとして慰謝料請求訴訟を提起した。憲法論としてはどのような点が問題となり、どのように考えるべきか。

(2)また、この種の事件でY市の国際都市としての品格が損なわれると判断した市議会は、事業者による外国人の入店等の拒否（掲示ならびに口頭での入店拒否ないしサービス提供の拒否）に対し、条例（本問条例）で罰則を設けることとした。同条例にはどのような憲法上の問題がありうるか。理由とともに述べよ。

#### ▼商法4

山下典孝准教授

##### 〈事実の概要〉

平成一四年四月頃、Aは、Y生命保険相互会社との間で、保険契約者被保険者A、保険金受取人B、死亡保険金二〇〇〇万円とする生命保険契約を締結していた。Aは、Aの母であるBとAの父であるCとの間の一人息子であった。

Cは、地元の中小企業に勤務するサラリーマンであったが、病気がちであったことから、Aが大学卒業後に会社を退職をした。Bは、Aが大学を卒業するまで、Aの学費の一部にねればと考え、スーパーで、パートとして勤務していたが、現在は無職である。BC共にCの退職金、月々の年金、そしてAからの仕送りで生計をなしていた。

Aは、両親であるBCに大事に育てられて、東京の有名私立大学の商学院を卒業後、東京の一部上場企業の経理部門に就職した。ところが、Aは、Dという女性と知り合い、Dが勤務する高級クラブに通い、多額の金銭を浪費するようになつた。Aは、給与のみでは不足を生じることとなり、高金

利の貸金業者から多額の借金をし、さらには、勤務先の金銭にも手を付けることとなつた。

Aは、勤務先から使い込みを理由に解雇を言い渡され、さらに貸金業者から毎日のように、返済の連絡が来るようになつた。Aは、無職となり貸金業者数社から合計一五〇〇万円の借財等を返済する目処が立たなく、それを悲観して、大量の睡眠薬を飲み自殺を図った。しかし、勤務先を解雇された事實を知った友人Eが、心配になりAの賃貸マンションを訪れた際、部屋の電気がついているのにAが出てこないのを心配し、マンションの管理人を呼び、部屋を開けてもらい、床に倒れているAを発見し、Aは病院に運ばれて一命を得た。Eからの連絡を受けたBCは、その時に、Aの窮状をはじめて知つた。Aは退院後、地元での新しい就職先を見つけることも視野に入れて両親の元に返ってきた。しかし、その時、既に両親の元に、数社の貸金業者から返済の督促等がなされていた。

BCには、これといった資産はなく、またBも病気がちであつたことから、一五〇〇万円にものぼる借財等を返済することは不可能であった。A、B、C三名は、このような状況下で、将来を悲観し、三人で話し合った結果、いっそ三人で心中にして楽になろうと決心した。

ABC三名は、平成一八年四月一日早朝、B運転の自動車もろとも海に飛び込み、一家心中を図り、これにより三名は

溺死した。その死亡の前後は不明である。

Cには、実の兄Xがおり、X夫婦は、BC夫婦の近所に住んでいた。X夫婦には子供がいなかつたことから、XはAを小さいころから、自分の息子のように可愛がり、Aが東京の私立大学に進学することが決まった際には、入学金、学費、四年間の下宿代、生活費の一部を工面した。

Bには、Zという父がいたが、Bが小学校二年生のときに、亡母と離婚し、Bは母親に引きとられて、Cと結婚するまで亡母と苦労して生活をしてきた。離婚の原因がZの浮気・浪費にあったこと、亡き母が離婚後Bを育てるためにかなり苦労したこと、その苦労が原因で母が五〇代の若さで死亡したことから、BはZをかなり恨んでいた。

A BC三名の死亡による、Bの法定相続人はZのみであり、Cの法定相続人はXのみであった。

Xは、ABC三名が自殺する前日の消印がある封筒を郵送にて受け取り、その封筒の中の手紙には、Aが、Xに対して、今まで自分たち親子に対して様々な点で援助してくれたことに対するお礼と、さらに今回の心中に至る経緯等が記されていた。

その手紙には、Y会社の死亡保険金については、Xがこれを管理し、死亡保険金のうち一五〇〇万円は、借金の返済に充てること、残金については、入学金、学費、大学生時代の生活費の一部を工面してくれたことに対する謝礼として受け

取って欲しい旨、のAのワープロ書きによる記載と、最後にAの自署がなされていた。

Xは、この手紙の中身を見て、何故、三人だけで話をしても自分に何も相談しなかったのか、相談してもらえれば、弁護士に相談し、何らかの対応ができるはずなのだと、非常に悔しい思いを持った。また、Xは、死亡保険金を受け取る意思はなかったが、Aが最後に自分に託した思いを叶えようと考え、Y会社に対して、保険金の請求を行った。

ところが、Y会社はXは保険金受取人ではなく、商法六七六条二項及びそれを敷衍した約款規定によって、死亡保険金受取人は、指定保険金受取人であったBの法定相続人であるZのみであるとして、Xの請求を拒否した。

#### 〈問題〉

以上の事実関係から、次の小問(1)～(3)について検討しなさい。

- (1)あなたが、Xさんから相談を受けた弁護士とした場合、Xさんの請求を認めるための主張を検討しなさい。
- (2)あなたが、Y会社から相談を受けた弁護士とした場合、Xさんの主張に対して、どのような反論をおこなうことができるか検討しなさい。
- (3)あなたが、裁判官だった場合、誰が当該保険契約の保険金受取人となり、またその受取額はいくらとなるか検討しなさい。

▼民事回収法――――――――――

中野貞一郎講師

(第1問)

抵当権者Xの競売申立てにより、平成一八年九月一日、債務者Y所有の賃貸用マンション（鉄骨四階建一棟）に対する執行裁判所の競売開始決定があり、競売手続が進行して、Zを買受人とする売却許可決定がなされ、その確定後、平成一九年七月二五日、Zが売却代金八、一二〇万円の納付を了した。

本件建物の占有関係は、執行記録（執行官の現況調査報告書等）によれば、下表のとおりである。一階はA、二階はBが、平成一五年五月、それぞれYから期間を定めずに賃借して入居しており、また三階はCが平成一七年四月にYから賃借して入居している。四階にはDが住んでいるが、いつごろ、どのような権原で入ったのかは明らかでない。

本件建物上の権利関係は、登記記録では、次のようになっている。（略記）

- (1) 代金を納付した買受人Zが相手方として執行裁判所に不動産引渡命令を申し立てることができる占有者を挙げよ。
  - (2) 本件建物の売却代金から執行費用を差し引いた残余は八、〇〇〇万円である。この金銭は、どのように配分されることになるか。
- （第2問）（結論と簡単なコメントを求める）
- 次の各場合において、Xは、どのような法的手段をとることになるか。

[甲区] 受付年月日	登記の目的・権利者その他
① 平成一五年 四月一日	所有権保存 所有者Y
② 同 一六年一〇月一日	仮差押え 債権者K (競売手続での届出債権額七五〇万円)
③ 同 一八年九月三日	差押え 債権者K Y・Q間の売買による所有権
④ 同 一八年一〇月一日	移転 所有者Q

[乙区] 受付年月日	登記の目的・権利者その他
① 平成一五年六月一日	根抵当権設定登記 債権額五、〇〇〇万円
② 同 一六年七月一日	根抵当権者 H <sub>1</sub> 債務者A 抵当権設定登記 債権額一、五〇〇万円
③ 同 一七年八月一日	抵当権者 H <sub>2</sub> 債務者Y 抵当権設定登記 債権額一、〇〇〇万円

とができるか。

- (1) Xは、その貸金の取立てのため担保にとつていていた土地・家屋の競売を申し立て、競売開始決定がなされたが、誰だか分からぬ者が不動産を占拠しているため、執行官に不動産を保管させる保全処分を申し立てたところ、執行裁判所

は申立てを却下した。

(2) 家屋所有者Yと賃借人Xとの間の家屋明渡請求訴訟において訴訟上の和解が成立した。和解調書によれば、「YはXに対し本件家屋を引き続き賃料一ヶ月一五万円で賃貸期間の定めなく賃貸する」が、「Xが約定賃料の支払を引き続き二回以上延滞したときは、Yは催告を要せず家屋の賃貸借を解除することができ、XはYに家屋を明け渡さなければならぬ」。その一年後、Yは、Xが二回以上賃料の支払を延滞したので賃貸借を解除したと主張し、この和解調書の正本に執行文の付与を受けて家屋明渡しの強制執行を申し立て、執行官からXに対し明渡しの催告があった。しかし、Xは、賃料を一回も延滞した覚えがない。

(3) Xは、A工業株式会社から印刷用紙等を購入し、M銀行のA工業の口座に振り込んで代金支払をしていたが、二年前から取引が途絶えている。他方、Xは、B興業株式会社から会社建物を賃借しており、毎月の賃料をN銀行のB興業の口座に振り込んでいたところ、平成一八年九月分の賃料一五〇万円の支払につき誤ってM銀行のA工業の口座に振り込んでしまった。その二か月後に、YがB興業に対する貸金債権の執行証書に基づいてA工業のM銀行に対する預金債権を差し押さえ、取立てをしようとしている、差し押さえられた預金の残高一八五万円のうち一五〇万円はXが誤って振り込んだ賃料なのである。

(4) Xは、その所有建物をAに賃貸していたが、AがXの承諾なしにこの建物をYに転貸し占有を移転したので、Aに對し無断転貸を理由に賃貸借契約を解除する旨の意思表示をするとともに、Yに対しても、建物明渡請求の訴えを提起し、さらに、それを本案として占有移転禁止仮処分を得て、その執行がなされた。本案訴訟では請求認容の判決があり、確定したが、Yは仮処分の執行後に建物から姿を消し、その代わりにZが入り込んで住んでいる。

#### ▼民事回収法1……………下村真美教授

I 以下の文章の正誤を、簡潔な理由を付して答えよ。

1 弁護士でない者も、執行裁判所でする民事執行手続全

般については、執行裁判所の許可を受けて代理人となることができる。

2 民事保全事件の管轄は、専属管轄であるので、本案について管轄の合意があるときでも、その合意された地方裁判所へ民事保全命令の申立てをすることはできない。

3 不動産を目的とする強制競売と債権を目的とする強制執行の場合は、配当要求できる債権者の範囲に差がある。

4 不動産を目的とする強制競売において、買受人が代金を納付した時点で、不動産上に成立していた担保権はすべて消滅する。

5 債権者が債務者に対して、既に債務名義を有していて

も、「保全の必要性」が認められる場合がある。

II 執行証書は、他の債務名義がない特徴を有している。そ

の特徴を確定判決と比較しながら、一〇行以内で述べよ。

III 設例を読んで、各間に理由を付して答えよ。なお、各問は、相互に独立のものとして考えよ。また、手続費用や利息、遅延損害金については考えなくてよい。

#### 【設例】

Aは、タオルの製造販売を業とする者であるが、平成一八年四月一日、Bから、新型織機の購入資金として、利息年六分、弁済期を平成一九年三月三一日とする約定で一五〇〇万円を借り受けた。Aは、本件消費貸借契約の際、その所有する甲土地について、Bのために譲渡担保権を設定し、Bに対し、平成一八年四月四日、譲渡担保を原因とする所有権移転登記を経由した。

Aは、平成一八年四月一五日、Cから新型織機（以下「本件機械」という。）を一八〇〇万円で購入し、Bから借り入れた一五〇〇万円のうち一二〇〇万円を頭金として支払った。残額については同年五月から毎月一五日限り五〇万円ずつ一二回に分割して支払うこととし、Aが代金を完済するまで本件機械の所有権はCに留保するという合意をした。

1 Aは、Dから原材料の綿糸を購入していたが、買掛金が次第に多額になった。そこで、Dの申立てにより、平成一八年六月一日、AがDに対し、総額二六〇万円を支

払うとの訴え提起前の和解が成立した。その内容は、AがDに対し、同年九月三〇日限り一〇〇万円を、同年一〇月から毎月末日限り二〇万円ずつ八回に分割して支払うこととし、割賦金の未払額が四〇万円に達したときは、当然に期限の利益を失い、二六〇万円から既払額を控除した残額を直ちに支払うというものであった。

(1) Dは、Aが一〇〇万円を支払ったものの、平成一八年一〇月及び一月の割賦金の支払を怠り、未払額が四〇万円に達したとして、強制執行の申立てを考えている。Dは、誰に対して、どのような執行文の付与を求めるべきか。

(2) Dは、Aの財産であるとして、本件機械の差押さえを申し立て、これに基づき、平成一九年一月九日、本件機械が差し押さえられた。Cは、Dの強制執行に対し、何らかの手段をとることができるか。

2 E銀行は、Bに対して、平成一九年一月一五日、一〇〇〇万円の支払を求める支払督促を申し立て、同年三四月四日、E銀行の申立てどおりの仮執行宣言付き支払督促が確定した。そこで、E銀行は、同年四月一日、上記債務名義に基づき、甲土地について、強制競売を申し立て、同日に強制競売開始決定がされ、翌一二日、その旨の差押登記が経由された。

Aは、同年五月一日、元利金及び遅延損害金の全額を

Bに支払い、譲渡担保権の解除を原因として、同月二日、

甲土地の所有権移転登記を経由した。このとき、Aは、

E銀行の強制執行に対して、何らかの手段を執ることが

できるか。

3 Aは、Fに対して、製造したタオルの売却代金一〇〇

万円の債権（以下「本件債権」という。）を有していた。

Cは、Aが最後の割賦金を支払わないので、債務名義を取得して、本件債権のうち五〇万円の差押命令の申立て

をし、平成一九年七月二六日、その旨の差押命令が発令され、同月二八日に、F及びAに差押命令が送達された。

(1) 平成一九年八月六日、Cから五〇万円を支払うよう求められたFは、どうすればよいか。

(2) Aの他の債権者Gが、仮執行宣言付きの少額訴訟判決（債権額三〇万円）に基づき、本件債権の差押命令の申立てをし、平成一九年七月三〇日、その旨の差押命令が発令され、同月三一日にF及びAに送達された場合、Fはどうにすればよいか。Gの債権額が七五

万円である場合はどうか。

(3) Gは、平成一九年七月三一日、C申立ての強制執行手続に、仮執行宣言付きの少額訴訟判決（債権額七五万円）に基づいて配当要求し、その文書が翌八月一日にFに送達された場合、Fはどうにすればよいか。

C・Gの他に債権者が現れないまま配当手続に至った

とき、裁判所はどのように配当すればよいか。  
▼刑法2 島岡まな教授

X子（二歳）は、定職につかず遊んでいたが、ある日帰宅途中の深夜の路上で、不良仲間のY男（二五歳）がX子を驚かそうと急にマンションの影から飛び出してきたのを見た。X子は、Y男に狂い掛けってきたものと思い込み、身を守るために向かって投げつけた。

しかし、手元が狂い植木鉢はY男に当たらず、たまたま通りかかった顔見知りの会社員B子（二三歳）の頭部に命中し、植木鉢は粉々に割れ、B子に重傷を負わせた。

X子とY男は、路上に倒れ、ぐったりしてかすかに呻いでいるB子を見て、「どうする?」「あんたが私を驚かすから、こんなことになるのよ」などと責任を押し付けあっていたが、二人とも以前からB子と折り合いが悪く、悪感情を持っていたため、この際痛めつけてやろうと意思を通じ、二人で同女を道路わきの茂みの中に引きずり込み、Y男がB子を強姦した。その間X子は通行人に見られないよう見張りをしていたが、ふと見ると、目の前の地面にB子のハンドバッグが落ちているのが目に留まり、定職がなく金に困っていたので、強姦行為を続けるY男が見ていない隙に、B子のハンドバッグから三万円入りの財布を盗んだ。その間、B子は恐怖のあまり、目をつぶり身動きできずにいたが、Y男は、頭部から血

を流しごったりしているB子が死亡したものと思ひこみ、顔見知りでない強盗目的の犯行に見せかけるため、同女が身に着けていた高価な腕時計や指輪を取り上げた。

X子とY男は、B子をその場に放置し、それぞれ貴金属と現金を持って逃走し、Y男は貴金属を途中の川に投げ捨てた。ただし実際は、B子は恐怖のあまり気絶した振りをしていただけで、死亡も失神もしていなかった。

X子とY男の罪責について検討せよ。

#### ▼行政救済法

高橋明男教授

XがY港に所有船舶を係留していたところ、Y市長が、Y市船舶の放置防止に関する条例に基づき、Xが「放置船舶」の所有者であるとして、Xに対して船舶を移動すべき旨の勧告を行った。本条例によれば、市長が放置船舶を移動すべき旨の指導または勧告を行った場合において、当該船舶の所有者がこれに従わなかった場合、市長は当該船舶の移動を行うことができるようになった。Xは、Y市に対し、移動措置を阻止し、Xが所有船舶を係留することができることを認めさせ、さらには何らかの金銭的な補填を求めるための訴えを提起しようとしている。

Xに対して勧告が行われるに至った事情として、次の事実があった。

①Y港の港湾区域内に輸入木材の係留・保管施設が設けられており、木材輸入業者Aが一九六〇年に占用許可をY市長

から受け、五年ごとに更新していたが、一九九〇年頃から輸入が行われなくなつてからは、占用許可は更新されないままとなつていた。

②一九九四年に、XらがAから木材の係留・保管施設を譲り受け、プレジャーボートやヨットのためのマリーナに改築する工事を行った。その際、XらはY市港湾局と協議したが、Y市は、Xらに対して改めて占用許可申請を行うよう求めた。に対し、XらはAの占用許可を引き継いでいるので新規の占用許可是必要ではなく、占用許可が更新されるべきだと主張した。両者の協議は折り合わなかつたが、Y市側はXらに工事の中止を求めたことはなかつた。工事完成後、Xらが運営する会員制のYマリーナが当該施設を独占して使用してきた。YマリーナはY市に占用許可の更新を申請し占用料を納付しようとしたが、Y市は更新許可申請を保留として占用料は受領しなかつた。

③Xらが会員制のマリーナによって港湾施設を使用することに対しては、他の市民からは公物の私的利用だとして批判する声が少なからずあり、早朝から深夜まで船舶や駐車中の車のエンジン音、大音響でならす音楽、歓声、花火等がうるさい、マリーナ利用者が投棄するゴミから出る悪臭がひどい、ゴミに集まるカラスを何とかしてほしい、ゴミと船舶からの排水で海域が汚染されているといった苦情が、この間、Y港周辺に建ち並んだマンションの住民から繰り返しY市に

寄せられていた。Y市は、「早朝深夜は静かにしましょう」、「ゴミは持ち帰りましょう」といった立て看板を立てたが、一向に状況は変わらなかつた。

④Y市は、Y市議会でY港のあり方に関連してYマリーナの位置づけが質問項目に挙げられたこともあって、Y港を物流拠点であるとともに、市民が気軽に立ち寄れるウォーターフロントとしても整備することとし、二〇〇五年にY港港湾計画を改定した。この計画において、Yマリーナのある区域は、それまでの物流区域としての位置づけを変更し、新たに緑地や海浜等を配して自然再生を目指した親水型リクリエーション水域とされた。また、その一環として、Xらの船舶を一掃し、Y港の良好な生活環境を確保する目的から、二〇〇六年にY市船舶の放置防止に関する条例を制定した。

⑤Y市長が、条例公布後、直ちにXらに対して船舶を移動するよう求める立て看板を設置し、同様の趣旨のチラシをXらに配付したところ、相当数の船舶が撤去され、Yマリーナの利用は徐々に減つていったが、Xら数人の船主の船舶はなお係留されたままだった。Y市長が二〇〇七年七月二日付でXらに対して条例に基づく勧告を行った段階では、Y市はYマリーナを含む親水型リクリエーション水域として指定された区域の整備計画は具体化していなかつた。

Xが提起する訴え（一つとは限らない）について、訴訟要件、本案要件それぞれについて、考えられる論点をすべて挙

げて、想定される原告側の主張と被告側の主張を対比させながら、適当」と思う結論を導きなさい。

#### 【参考条文】 港湾法（抄）（省略）

○Y港の港湾区域内における水域の占用等に関する条例（趣旨）

第一条 この条例は、港湾法（昭和二十五年法律第二一八号。以下「法」という。）その他の法令に定めるもののほか、Y港の港湾区域内における水域の占用、土砂の採取及び工事の施行について必要な事項を定めるものとする。

#### （定義）

第二条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

（一） 水域占用許可 法第三七条第一項第一号に掲げる行為の許可をいう。

（二） 土砂採取許可 法第三七条第一項第二号に掲げる行為の許可をいう。

（三） 工事許可 法第三七条第一項第三号に掲げる行為の許可をいう。

#### （許可の申請）

第三条 Y港の港湾区域内において、前条各号に掲げる許可を受けようとする者は、あらかじめ、規則で定めるところにより市長に申請しなければならない。

#### （許可期間）

第四条 水域占用許可の期間は、五年以内において規則で定める。

(許可期間満了の場合の許可の申請)

第五条 水域占用許可を受けた者は、当該許可期間満了後引き続き当該水域を占用しようとするときは、当該許可期間が満了する日の三〇日前までに、規則で定めるところにより市長に申請しなければならない。

(許可事項の変更)

第六条 第二条各号に掲げる許可を受けた者は、許可を受けた事項を変更しようとするときは、あらかじめ、規則で定めるところにより市長に申請しなければならない。

(届出事項)

第七条 第二条各号に掲げる許可を受けた者は、次の各号に掲げる場合は、遅滞なく、その旨を市長に届け出なければならない。

(一) 住所又は所在地及び氏名又は名称の変更をした場合

(二) 水域の占用を廃止した場合

(三) 工事に着手し、又は工事がしゅん功した場合

二 第二条各号に掲げる許可を受けた者が死亡し、又は合併により消滅した場合は、相続人（相続人が二人以上ある場合において、その協議により当該許可を受けた行為を引き継ぎ行う相続人を選定したときは、その者）又は合併後存続する法人若しくは合併により設立された法人は、その死

亡又は合併の日から三〇日以内に、その旨を市長に届け出なければならない。

(禁止事項)

第八条 第二条各号に掲げる許可を受けた者は、当該水域を許可された目的以外に使用してはならない。ただし、市長が特に認めた場合は、この限りでない。

二 水域占用許可又は土砂採取許可を受けた者は、水域を占用する権利又は土砂を採取する権利を譲渡し、転貸し、又は担保に供してはならない。

(原状回復義務)

第九条 水域占用許可又は工事許可を受けた者は、許可期間が満了したとき、水域の占用を廃止したとき、工事がしゅん功したとき、又は許可の取消しがあったときは、当該区域を原状に回復し、市長の検査を受けなければならない。ただし、第五条の規定により引き続き水域占用許可を受けた場合又は市長が特に認めた場合は、この限りでない。

(水域占用料及び土砂採取料)

第一〇条 水域占用許可又は土砂採取許可を受けた者は、規則で定める期日までに、別表に定める水域占用料又は土砂採取料（以下「水域占用料等」という。）を納付しなければならない。

(减免)

第一一条 市長は、特に必要があると認めたときは、水域占

用料等を減免することができる。

(不還付)

第二二条 既納の水域占用料等は、還付しない。ただし、市長は、特に必要があると認めたときは、その全部又は一部を還付することができる。

(過怠金)

第一三條 市長は、偽りその他不正の行為により、水域占用料等の徴収を免れた者から、その徴収を免れた金額の五倍に相当する金額以下の過怠金を徴収するものとする。

(委任)

第一四條 この条例に定めるもののほか、この条例の施行に関し必要な事項は、規則で定める。

○Y市船舶の放置防止に関する条例

第一条 この条例は、公共の水面における船舶の放置を防止することにより、市民の良好な生活環境を保持するとともに、快適な都市環境の形成を図ることを目的とする。

(目的)

第二条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

(一) 船舶 水上輸送の用に供する船舟類をいう。

(二) 放置 船舶が正当な権原に基づき置くことを認められた場所以外の公共の水面に置かれている状態をいう。

(定義)

第三条 船舶の製造、輸入又は販売を業とする者（以下「事業者」という。）は、船舶が放置されないよう係留施設等のあつ旋その他の適切な措置を講ずるよう努めるとともに、Y市が策定し、及び実施する総合施策に協力する責務を有する。

(市民の協力)

第四条 市民は、Y市が策定し、及び実施する総合施策に協力をするよう努めなければならない。

(総合施策)

第五条 総合施策には、次の各号に掲げる事項を定めるもの

(三) 所有者等 船舶の所有権、占有権又は使用権を有する者をいう。

(Y市の責務)

第六条 Y市は、船舶の放置を防止するため、関係機関との連携を図るとともに、船舶の放置の防止に関する総合的な施策（以下「総合施策」という。）を策定し、及び実施する責務を有する。

(所有者等の責務)

第七条 所有者等は、その船舶を適正に係留し、又は保管するための施設又は場所（以下「係留施設等」という。）を確保するとともに、Y市が策定し、及び実施する総合施策に協力する責務を有する。

(事業者の責務)

第八条 船舶の製造、輸入又は販売を業とする者（以下「事業者」という。）は、船舶が放置されないよう係留施設等のあつ旋その他の適切な措置を講ずるよう努めるとともに、Y市が策定し、及び実施する総合施策に協力する責務を有する。

とする。

(二) 船舶の放置防止に関する計画

(二) 所有者等、事業者及び市民の協力に関する計画

二 総合施策は、告示するものとする。

(放置の禁止)

第八条 何人も、故なく船舶を放置し、若しくは放置させ、  
又はこれを放置し、若しくは放置させようとする者に協力  
してはならない。

(指導、勧告、命令等)

第九条 市長は、船舶を放置し、又は放置しようとする所有  
者等に対し、当該船舶を係留施設等に移動するよう指導し、  
若しくは勧告し、又は命ずることができる。

二 市長は、前項の規定による指導若しくは勧告又は命令を  
行うため必要がある場合は、当該職員に放置されている船  
舶に立ち入り、所有者等を確認するため必要な調査をさせ  
ることができる。

三 前項の規定による立入調査の権限は、犯罪捜査のために  
認められたものと解釈してはならない。

(船舶の移動)

第一〇条 市長は、所有者等が前条第一項の規定による指導  
若しくは勧告若しくは命令に従わない場合又は同条第二項  
の規定による調査によつても当該船舶の所有者等を確認す  
ることができる場合は、第一条の目的を達成するため必

要な限度において、当該職員に、当該船舶をあらかじめ市  
長が定めた場所に移動させることができる。

(証明書の携帯等)

第一一条 第九条第二項の規定により調査を行う職員及び前  
条の規定により船舶を移動する職員は、その身分を示す証  
明書を携帯し、関係者の請求があつたときは、これを提示  
しなければならない。

(移動した船舶に対する措置)

第一二条 市長は、第一〇条の規定により船舶を移動させた  
ときは、当該船舶を保管し、速やかに、その旨を告示する  
とともに、規則で定めるところにより、その所有者等に当  
該船舶を返還するために必要な措置を講じなければならない  
い。

(費用の徴収等)

第一三条 市長は、第一〇条の規定により船舶を移動させ、  
又は前条の規定により船舶を保管したときは、規則で定め  
るところにより、当該移動又は保管に要した費用を当該船  
舶の所有者等から徴収する。

二 市長は、船舶を放置したことがやむを得ないと認められ  
る規則で定める事由がある場合は、前項の費用の一部又は  
全部の徴収を免除することができる。

(適用上の注意)

第一四条 この条例の適用に当たつては、この条例の規定が

他の法令の規定に基づく措置を妨げるものと解釈してはならない。

(委任)

第一五条 この条例に定めるもののほか、この条例の施行に

関し必要な事項は、規則で定める。

▼税法 .....  
..... 谷口勢津夫教授

I. 以下の各事案に関する設問に答えなさい。

【事案①】 Xは甲株式会社に対し平成一七年七月に一〇〇

〇万円を、貸付期間五年・満期日元本一括返済・利率年一〇%・利息支払期限毎年七月末日という条件で貸し付けたが、甲株式会社は平成一八年五月末に債務超過で倒産したため、Xは元本も利息も一切回収することができなかつた。

【設問】  
1. Xが甲株式会社の役員であるとした場合、上記貸付けに係るXの所得税の課税関係を述べなさい。

2. Xが甲株式会社とは資本関係等の特殊な関係のない会

社であるとした場合、上記貸付けに係るXの平成一八年事業年度（平成一八年四月一日から同一年三月三一日までの事業年度）の法人税の課税関係を述べなさい。

【事案②】 Aは乙株式会社の取締役であったが、平成一九年三月三一日付で取締役として勤続一〇年をもって退職することとなつた。乙株式会社はAの退職に関して、退職手当として五〇〇〇万円の金銭を支給するとともに同社の所有地（一

〇年前に三〇〇〇万円で取得した土地で、時価は五〇〇〇万円である）をAに贈与した。

[設問]

3. 上記の退職手当の支給及び土地の贈与は乙株式会社に対する法人税の課税上どのように処理されるべきか。乙株式会社の税務処理においてAに対する退職給与として相当と認められる金額が六〇〇〇万円であることを前提として解答しなさい。

4. この事案における退職所得に係るAの所得税の課税関係を述べなさい。

【事案③】 Sは、平成一三年一二月に死亡したPから、Pが平成一〇年七月に三〇〇〇万円で取得した土地を相続により取得したが（この土地の相続時の時価は五〇〇〇万円であった）、平成一八年七月に知人Wにその土地を八〇〇〇万円で売却した。

[設問]

5. Sの上記相続が単純承認に係るものであるとした場合、上記土地の売却に係るSの所得税の課税関係を述べなさい（ただし、租税特別措置法の適用はないものとする）。

6. Sの上記相続が限定承認に係るものであるとした場合、上記土地の売却に係るSの所得税の課税関係を述べなさい（ただし、租税特別措置法の適用はないものとする）。

産」と「生活に通常必要でない資産」との関係を整理し、それぞれに該当する資産の範囲を明らかにしなさい。  
（参考条文）

○所得税法施行令第一五条（省略）

○所得税法施行令第一七八条第一項（省略）

▼労働法 小島典明教授

【事例】

A社は、機械部品の製造加工を業とする従業員一〇〇名規模の典型的な中小企業（工場以外に事業場はない）であり、平成一八年一月一日時点では、従業員のうち七〇名の工員がB組合に加入していた。

A社における工員の定年年齢は満六〇歳であったが、B組合は満六五歳までの定年延長を要求し、同年二月以降、A社との間で数回の団体交渉が行われた。

同年三月二二日、団体交渉が平行線をたどったまま決裂したことから、B組合はA社に対して、同月二三日から三一日までの所定休日二日を挟む九日間、怠業（ストーダウン）を実施することを通告し、組合員四〇名がこれに参加した。なお、A社はこの間、B組合に対し、怠業期間中の労務の提供についてはその受領を拒否する旨、再三にわたって警告を發していった。

同年四月一五日、このようなB組合の鬭争方針に疑問を持つた組合員二〇名（怠業には不参加）が、B組合に脱退届

を提出しないまま、それまでいずれの組合にも所属していないかったA社の係長一〇名とともにC組合を結成し、組合員名簿を添えて、A社に組合結成通知を行った。

同年五月一〇日、A社は、月例賃金の支払いに当たって、これまでB組合に対し慣行として認めていた組合費のチェック・オフを中止するとともに、上記怠業に参加したB組合の組合員四〇名について、怠業期間中の賃金を全額カットした。なお、この四〇名のなかには同年三月二三日から三一日までの間にそれぞれ二日の年次有給休暇を取得する旨を同年一月中にA社に届け出て、これを受理された者が五名含まれていた。

A社における賃金の締切日は毎月一〇日、支払日は翌月一日となっている。

【設問】

1 チェック・オフの中止および怠業期間中の賃金カットは、A社の役員会で協議の上、行ったものであるが、法律上の問題はないか。判例法理（最高裁判決）に照らして答えなさい。

2 その後、C組合から組合掲示板貸与の要望が出されたことから、A社としてもこれを貸与することを検討している。法律上、留意すべき点は何か。判例法理（最高裁判決）に照らして答えなさい。

3 A社は、当面六〇歳定年に達する従業員がいないことを

理由として、現在に至るまで高年齢者雇用安定法に定める高年齢者雇用確保措置を講じようとしない。B組合としては、どのような手段に訴えることが可能か。別紙の条文を読んで答えなさい。

## 高齢者等の雇用の安定等に関する法律（省略）

村上正直教授

- 1 最高裁判所第二小法廷平成一八年七月二一日判決（別紙省略）を読み、この判決の国際的及び国内的意義を論じなさい。

▼ 国際江

2 次の設例を読み、設問に回答しなさい。

- 【設例】**隣接するA国とB国との国境の一部は未確定であり、これまでいた。從来よりそれをめぐって両国間で争いがあった。一九八五年から開始された両国間の国境確定交渉も難航し、これにいらだったA国は、一九八七年にB国国境に大量のA国陸軍兵士を集結させた。軍事力においてA国に劣るB国は、A国による武力攻撃をおそれて、同年、A国に有利な国境の確定に同意し、AB両国間で国境の確定と両国間の友好通商関係の設定を定めるX条約が締結された。X条約には、一定の条件を満たす両国国民の相互入国を認めるべき義務を課す規定が含まれていた。

【設例】A国の軍艦A号とB国の軍艦B号は、両国の共同軍事演習の実施の過程で、たまたま公海上で海賊行為を行っていたC国船籍のC号を発見した。A号とB号は共同で当該海賊行為の抑止にあたり、両船の協力によりC号は拿捕された。その後、A国とB国との協議により、C号の船長Yをはじめとする海賊行為の実行行為者（これらの実行行為者全体を示す場合には、以下「Yら」という。）の処罰はA国が行うこととされ、C号はA国に曳航された。A国検察当局はYらを起訴したが、A国的第一審裁判所は、A国との刑法その他の刑罰法規には公海上における海賊行為を処罰する規定はないとして、Yらに無罪を言い渡し、控訴審裁判所及び最高裁判所も第一審判決を支持した。

その結果、Yらは釈放されたが、B国とC国は、自國においてYらを処罰する意思を示し、Yらの自國への引渡しをそれぞれ求めた。しかし、A国はこれを拒否し、Yらは、現在

も身体の拘束その他の自由を制限されることなくA国に滞在中である。その後、B国とC国は、Yが海賊団の首領であり、A国から密かに当該海賊団を指揮し、それによる海賊被害も生じているとして、A国に對してYの取調べと逮捕を要請したが、A国の警察・検察当局は、この要請から相当期間を経た現在でも何らの捜査活動も行っていない。なお、A、B及びC国は、いずれも「海洋法に関する国際連合条約」（「国連海洋法条約」）の締約国である。

#### 【設問】

- (1) A国がYらを処罰しなかったことは、国連海洋法条約に違反するか？
- (2) B国とC国は、A国がYらの引渡請求を拒否したこと、及びA国警察・検察当局がYに対する捜査をしていないことが国連海洋法条約に違反すると主張した。国連海洋法条約上、これらの主張は正当か？

なお、犯罪人引渡しについては、一般国際法上、A国には

YらをB国又はC国に引き渡す義務はなく、また、A国とB C両国との間にはYらを引き渡すべき義務を課す条約は存在しない。

#### ▼国際私法2

- 1 以下のそれぞれの設問に答えよ。なお、いれども日本に裁判管轄が認められ、法廷地が日本であるものとする。

- (1) S国に居住するXは良質のお茶の産地であるT国へ旅行

したことがきっかけで、帰国後もT国産のお茶を飲むようになった。ある日、雑誌をみていたところT国で非常に有名なお茶専門店Yが広告を載せていた。それによるとインターネットのサイトを通じて簡単に購入が可能であるということであった。Xは、早速、インターネットでY社のホームページを開き、そこに載せられていた注文フォームで注文を行った。この注文フォームには契約約款も付されており、そこにY社のホームページを介しての売買契約にはT国法が準拠法となるとの条項が入っていた。

XがY社のホームページから注文をした次の日、たまたま訪れたXの自宅の近くにある百貨店で、Y社のお茶がT国での定価に近い価格で売られていることをXは知った。Y社のホームページから昨日注文したものは、送料を入れると百貨店で売られているものよりも遙かに高額となってしまうことに気がついたXは、Y社に対しても契約の解除を求めた。

このXの請求は認められるか。

なお、S国消費者保護法には、消費者契約に関しては、それがいかなる形態で締結されたものであろうとも、七日以内であれば、消費者から、理由の如何に関わらず、契約の解除をすることが可能とされているが、T国消費者保護法ではこのようなクリーニングオフが認められるのは、訪問販売の場合に限られている。

- (2) (1)のXが、インターネットのサイトではなく、再度T国

を訪れた際に、Y社の店舗を訪れお茶を自分の住所に送って

もらうよう頼んでいたが、帰国後に自宅近くの百貨店でY社

のお茶が売られていることを知ったために、契約締結後七日以内に契約の解除を申し立てた場合はどうか。なお、この場合にも、売買契約書の中にT国法を準拠法とする旨の条項が入っていたものとせよ。

(3) (1)(2)それぞれの場合で、Xはそのまま契約を解除せず、Y社からお茶を購入したとする。ところが、Y社の製造したお茶に、製造過程で人体に有毒な消毒剤が混入してしまい、それを飲んだXは入院して加療を受けなければならなくなつた。

そこでXはY社に対して損害賠償を請求しようとしている。

(1)(2)それぞれの場合に、Xの損害賠償請求について適用される準拠法はいずれの国の法となるか。

▼國際取引法 ..... 野村美明教授

【設問】

1 ラジオなどの輸出販売等を目的とする韓国のY社（日本に営業所がある）は、日本のX社に対し、家電製品の売買契約を締結した。日本のA銀行はX社の依頼を受けて信用状を発行したが、通知銀行である韓国のB銀行の懈怠により、Yに対する信用状通知が大幅に遅れ、Yは売買契約に定められた船積期限を経過しても商品を船積みしない。事件当時、日本も韓国に遅れること〇年、CISGの締結国になっていた

とする。

(1) Xは売買契約を解除できるか。

(2) Xは売買契約の不履行を理由に日本の裁判所でYに対し損害賠償請求訴訟を提起できるか。

2 上記1でB銀行の懈怠がなく無事に信用状が通知され、Yは前記製品の船積みをしたとする。日本のZ商船会社は、Yからその製品の運送委託を受けてこれを船積し、Yに船荷証券を振り出した。Zは製品引渡場所である日本の神戸港に海上運送した。しかし、XがYに対し売買代金の支払をすることができなかつたので、船荷証券はYに返送された。ところがZは船荷証券を所持していないX社に前記製品を引渡した。Yは代金の支払を受けることも、また、前記家電製品の引渡しを受けることも不可能となり損害を受けたとして、Zに対し、日本の裁判所で債務不履行又は不法行為に基づき損害賠償を求めてている。

(3) 運送契約の準拠法は通常どのように決定されるか。

(4) Yの請求は認められるか。

(5) 引渡しを受けるべき日から一年経過して訴訟が提起されたらどうか。

▼知的財産法 1 ..... 茶園成樹教授

Xは、発明 $\alpha$ についての特許権（本件特許権）を有している。発明 $\alpha$ は物の発明であり、構成要件A、構成要件B及び構成要件Cから成る。他方、Yは、イ号物件を製造して、こ

れをZに販売し、Zは、Yから購入したイ号物件を用いて、ロ号物件を製造し販売している。イ号物件は、構成要件Aを充足するものであり、ロ号物件は、構成要件A及び構成要件Bを充足するが、構成要件Cを充足しないものである。

問1

(1) Xは、どのような場合に、本件特許権に基づき、Y及びZに對して、それぞれの行為の停止を請求することができるか。

(2) Zが外国に所在しており、Yがイ号物件を輸出し、Zが当該外国においてロ号物件を製造販売しているとすると、Xの本件特許権に基づくYに対する差止請求は認められるか。

問2

本件においては、次のような事実関係があったとする。Xは、二〇〇四年七月二〇日に、発明αについての特許出願(甲出願)をしたが、甲出願は、Xが二〇〇三年六月一五日にした、発明βについての特許出願(乙出願)より出願分割したものであった。その後、甲出願について特許査定がされ、本件特許権の設定登録がされ、また、乙出願について特許査定がされ、発明βについての特許権の設定登録がされた。他方、Yがイ号物件の製造を開始したのは二〇〇三年五月であり、当初はこれをWに販売していたが、二〇〇四年四月よりZに販売するようになり、Zは、同年五月にロ号物件の製造販売を開始した。

以上の事実関係に基づき、Xの本件特許権に基づくYに対する差止請求に對して、Yの抗弁として問題となりうる論点について、以下の(a)～(c)の場合に分けて、論ぜよ。

(a) 発明αが、乙出願の願書に最初に添付した明細書、特許請求の範囲又は図面に記載した事項の範囲を超えるもの

である場合。

(b) 発明αが、乙出願の願書に最初に添付した明細書又は図面に記載した事項の範囲内にあり、発明βとは同一のものではない場合。

(c) 発明αが、乙出願の願書に最初に添付した明細書又は図面に記載した事項の範囲内にあり、発明βと同一のものである場合。

▼法社会学

.....福井康太准教授

つぎに掲げる二つの設問のうち一問を選択して論じなさい。

設問1

マンション建設紛争等の近隣紛争処理において弁護士に期待される役割について論じなさい。その際、交渉、調停・仲裁等のADR、訴訟等の紛争解決手段の組み合わせ方、マスメディアや行政などの非法的手段の用い方を含めて論ずること。なお、住民側代理人としての視点のみならず、開発事業者側代理人の視点も含め、弁護士の役割を論ずること。

設問2

本件（さいたま地方裁判所「第一審」平成一九年三月一八日）

判決・事件番号平成一六年（ワ）第一三〇一号（省略）は、

原告（依頼人）が、被告（弁護士）に対して、被告が委任の趣旨に反し適切な措置を講じなかつたため原告が取得すべき財産を取得できなかつたとして損害賠償を求める本訴を提起し、これに対して弁護士が名誉毀損を訴える反訴を提起した事案である。本件を手がかりとして、弁護士の善管注意義務の内容について論じなさい。

#### ▼情報法

Y新聞社は、二〇〇X年五月三一日の朝刊に「中国潜水艦火災か／南シナ海 海南島向け曳航／日米が監視」という見出しで、次のような記事を朝刊一面に記載した。この記事は、Y新聞社の記者Xが、Xの情報源の一人である防衛省職員から入手した情報に基づき執筆されたものであった。

#### 〈記事省略〉

この記事には防衛秘密が含まれていたため、防衛省内で問題となり、アメリカ政府・アメリカ軍もこの記事について日本政府に不快感を伝えてきた。記者Xが入手した中国潜水艦の動向に関する情報には、他国が米軍の情報収集能力を推察できる内容が含まれていたという。そこで、職員の秘密漏洩について防衛省は被疑者不詳のまま告発（自衛隊法違反・國家公務員法違反の容疑）、これを受けて自衛隊の警察組織である警務隊と警視庁が異例の共同捜査に着手した。しかし、記者Xに情報を提供した防衛省職員を特定することはできな

かった。

上記の秘密漏洩について警務隊と警視庁による捜査が行われていた二〇〇X年七月二五日、アメリカ下院において、最新鋭ステルス戦闘機「F22アラブター」の技術が日本を通じて中国など第三国に移転する懸念から、禁輸措置を継続することが決定された。日本政府はこの下院決定から約一年後に決定する予定となっている次期主力戦闘機（FX）の最有力候補にF22を据えているが、禁輸措置の継続で、今回の下院決定から二年間、日本政府はF22の情報を得られないことになつた。

こうした背景もあって、防衛省職員から記者Xに防衛秘密が漏られ、報道されたことについて、日本政府では、日米同盟の信頼を搖るがし国益に反すると、米への配慮をにじませる発言が相次いでいた。ただし、潜水艦の火災現場は日本に近く、日本の安全保障にもかかわる可能性があった。また、秘密とされた情報の中身について、政府内で検討を行った形跡がなかつたこともあって、新聞やテレビでは、日本政府が、今回の事件において、秘密保持と、国民の知る権利のどちらを優先すべきかについて考察することなく、米国の顔色だけをうかがっているとの批判も出ていた。

このような状況で、二〇〇X年七月二七日、記者Xは、刑事訴訟法二二六条に基づき裁判所に召喚され、当該記事の情報源が誰であるかについて証言を求められたが拒絶したため

証言拒絶罪（刑事訴訟法一六一条）で起訴された。

〔設問〕

- あなたがXから依頼された弁護士だとすれば、憲法に基づいてどのような主張を行なうか述べなさい。
- 設問1で述べられたX側の主張に対する検察官側の反論を想定した上で、あなた自身の見解を述べなさい。

- ▼環境法 ..... 松本和彦教授  
【問題】  
ダイオキシン類対策特別措置法（以下、単に「法」という。）（省略）を参考しつつ、以下の六つの小間に解答しなさい。

（小問1）

法七条の環境基準と法八条の排出基準の意味を明らかにした上で、両者の関係はどうなっているのか説明しなさい。

（小問2）

法八条三項と法四三条はともに「条例」に言及している。それぞれの規定が条例に委ねた役割は何か。違いが分かるように説明しなさい。

（小問3）

法一二条から一八条までの規定は、特定施設の設置について、事後変更命令付き届出義務を定めたものと解しうる。このような届出制は、許可制を定めた場合と、どこが異なるのか説明しなさい。

（小問4）

特定施設の設置後に法令の基準に反する事態が発生した場合、法令遵守の確保のために、法はどのような制裁手段を定めているのだろうか。少なくとも二つの手段をあげなさい。

（小問5）

法二九条から三一条までの規定は、ダイオキシン類により汚染された土壤に係る措置を定めている。このようなやり方は土壤汚染対策法の仕組みと、どう違うのか説明しなさい。

（小問6）

この法を例にとって、統合的環境汚染規制とは何かを説明しなさい。

▼消費者法

問一

最三判平成一九・四・三とその原審判決（省略）を読んで、(1)何が問題となつたか、(2)問題となつた点につき最判と原審判決はどのように異なる立場を示したか、(3)あなたは、両判断を考慮しつつ、どう考えるか、を述べなさい。

問二

以下の文章は、合意の瑕疵を論じた文章の一部である。文章中の空欄a.からz.を適切な語句で埋めた上で、ここで論じられている問題と以下の消費者契約法の改正動向との関連を論じなさい。なお、異なる記号欄に同一なし同趣旨の語句が用いられている場合もある。

かりに、錯誤を表意者の（a.）の観点からのみ理解すれば、「要素」に錯誤があればつねに錯誤無効が認められるはずであり、表意者が錯誤無効を主張することによって相手方に損害が生じたときに、過失ある表意者は（b.）を負うことになるだけである。しかし、わが民法は、錯誤と表意者の過失に基づく責任とをまったく別個のものとせず、……、表意者に重過失ある場合にかぎり錯誤無効の主張自体を斥けることで、かかる表意者の（c.）という（d.）要素を錯誤無効の構成要素として取り込んでいる。……

重過失要件を上のよう理解すると、次の場合には、この要件を考慮する必要はないことになる。

表意者が事実と意思の不一致について重過失があるという判断は、表意者自身に（e.）義務があることが前提となる。したがって、逆に契約の相手方が（f.）義務があると評価されるような場合には、表意者の重過失は問題とならない。これは、……、事業者に（g.）が認められる場合に問題となる錯誤要件の緩和であり、とりわけ消費者契約について妥当しよう。……

フランス法における（h.）の理論の発展にみられる特徴は、契約当事者が（i.）ことを原則とするような古典的な契約法を修正し、事業者と消費者の（j.）の格差を是正するという役割を（k.）の理論に認めることによって、詐欺の法理に消費者保護の観点からの考慮を付加した点にある。……

（l.）の概念を認める理論的な意義の一つは、合意の瑕疵を、（m.）ではなく当事者の（n.）という新たな視角から検討することを可能にしたことにある。……

次に、（o.）義務の対象となる（p.）の内容に関する限界がある。すなわち、（q.）の対象となる情報とは、消費者が合意を決定するさいの重要な事項に関する事実を対象とするものであって、契約が当該消費者にとって結果として有益なものか、という（r.）に関する情報は当然には含まれないという点である。……

このよう（s.）に関する（t.）は、講学上、……（u.）とは区別された（v.）と呼ばれるものである。……

そもそも、（有償）契約の締結のさいの交渉過程は、一面では（w.）に反する行為によって相手を害してはいけないという意味では協力的関係ではあるが、他面で、潜在的には互いに対立する利益を追求し、その妥協点を探ろうとする関係であるという点で、まさに「対立する協力関係」である。したがって、（v.）を広く事業者に課するということは、かような契約交渉過程のもつ本質的な性格に反するのではないか。

さらに、事業者の側に視点を変えて考えると、情報の内容を（x.）な要素一般にまで広く含めるとすれば、事業者にとって（y.）として（z.）すれば十分であるのかがあまりに不明確にすぎることになる。

問1 Xは単身で生活する七〇歳代の男性である。Xは約〇年前から生活保護を受給していたが、生活保護費の中から毎月不定額を少しづつ蓄え、その額が三〇万円に達した。福祉事務所長Yは、Xにつき保護の決定や変更を行う立場にある者であるが、Xが三〇万円余を保有していることを知った。そこでYは、その全額をXの収入として認定し、翌月以降、六ヶ月間の保護費を減額する措置をとった。Xは持家に居住することが認められていたが、家屋は老朽化し、玄関の土台の腐食や廊下の陥没などが生じており、Xが貯蓄したのも、家屋補修にあてるためであった。

平成一六年の最高裁判所判決をふまえ、Yの措置が妥当であつたかを検討してください。

問2 大学や高校を卒業し、就職したが、二～三年で離職する若年失業者に対して、雇用保険制度ないし雇用政策はどのようにあるべきと考えるか。自由に論じてください。

▼刑法政策 ..... 田村正博講師

以下の問1から問6までのうち、一問を選択して答えよ。

問1 「ストーカー行為等の規制等に関する法律」の立法評価について

(1) この法律の規制態様（处罚及び行政介入）をどう評価するか述べよ。

(2) 規制対象と同じ形態の行為で、「恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかつたことに対する怨恨の

感情を充足する目的」以外の目的によるものについて、処罰対象とする条例が一部で制定されているが、そのような条例制定を適切と考えるかどうか述べよ。

問2 「大阪府安全なまちづくり条例」の立法評価について

(1) 規制部分（第六章及び第八章）を除いた条例内容について、どう評価するか述べよ。

(2) 第一九条及び同条違反を処罰する規定（第二十四条第一号）をどう評価するか述べよ。

問3 平成一二年少年法改正の立法評価について

(1) 事実認定の適正化に係る改正部分のうち、検察官関与と抗告受理申立制度について、どう評価するか述べよ。

(2) 刑事処分の見直しに係る部分（故意行為による被害者死亡事件の場合の原則検察官送致規定及び一六歳未満の刑事処分対象化）について、どう評価するか述べよ。

問4 平成一三年刑法改正（危険運転致死傷罪の創設）の立法評価と、一九年法改正による法定刑上限の引き上げ

（刑法の自動車運転致死傷罪創設、道路交通法の飲酒運転と救護義務違反の引き上げ）の立法評価について

(1) 危険運転致死傷罪の創設について、どう評価するか述べよ。

(2) (1)との関連で、自動車運転致死傷罪の創設並びに平成一九年道路交通法改正で、飲酒運転の罰則と救護義務違反（ひき逃げ）に対する罰則を引き上げたことについて、

どう評価するか述べよ。

問5 平成一六年道路交通法改正（放置駐車違反金制度の創設と民間委託関係部分に限る。）の立法評価について

- (1) 放置駐車違反につき、使用者に対する行政罰を設けたことについて、どう評価するか述べよ。

- (2) 確認事務を民間委託可能としたことについて、どう評価するか述べよ。

問6 平成一二年刑事訴訟法改正（犯罪被害者関連規定）並びに一九年刑事訴訟法改正（被害者の刑事手続参加規定）の立法評価について

- (1) 平成一二年の刑事訴訟法改正のうち、証人の負担軽減規定と被害者等による「心情その他の意見の陳述」制度について、どう評価するか述べよ。

- (2) 平成一九年の刑事訴訟法改正のうち、被害者等の刑事手続参加に関し、どう評価するか述べよ。

▼技術知的財産法 ..... 茶園成樹教授他

レポート試験

1. 明細書の記載要件について説明し、どのような場合に、

発明が未完成とされるかについて述べよ。

2. 特開平10-183990号に開示されている「パイプ連結具」（イ号製品）が、登録実用新案第25541349号

（本件登録実用新案）の請求項1に係る考案の技術的範囲に属するか否か。

つまり、イ号製品が本件登録実用新案を、文言上又は均等論上、侵害するか否か。

- ・前提となる先行技術…

本件登録実用新案の段落0002に記載のように、本件登録実用新案の出願前、足場部材に形成されている孔に棒状のピンを差し込む構成の抜け止め機構しか知られていなかった。

別紙「登録実用新案第2541349号」（省略）

「特開平10-183990号」（省略）

「事案の概要」（省略）

3. 特許要件のひとつである「進歩性（特許法第二十九条第二項）」を有することを主張する際に、発明が奏する効果を主張する意義について述べよ。併せて、侵害の有無を判断する際に、イ号発明の効果と特許発明の効果をいかに比較・判断すべきか、大阪高判平成一四年一一月二二日（平成二三年）（ネ）第三八四〇号）を参考に、論ぜよ。

別紙・大阪高判平成一四年一一月二二日（平成二三年）

（ネ）第三八四〇号）（省略）

大阪地判平成一三年一〇月三〇日（平成二二年

（ワ）第七二二一号）（省略）

4. コンピュータプログラムは、現在の日本国では、①発明として、及び②著作物として保護されうる。コンピュータプログラムを特許法上の発明として保護する場合に問題と

なる点について説明し、発明としての保護と著作物としての保護の違いについて説明せよ。

5. 登録商標と同一又は類似の商標の使用が商標権の侵害となる場合を挙げて論ぜよ。

### ▼ 知的財産法ワークショップ

青江秀史教授

1. 特許法上、審判の請求は成り立たない旨の審決の謄本を

公示送達した場合において、その謄本を当該審判の請求人に何時でも交付すべき旨を官報に掲載した日が平成九年七月三日火曜日であるとき、次の問いに答えて下さい。

- (1) 起算日はいつか？根拠条文をあげて答えて下さい。

- (2) 公示送達の効力発生はいつか？根拠条文をあげて答えて下さい。

- (3) その審決に対する訴えを提起することができる期間の末日はいつか？根拠条文をあげて答えて下さい。

2. 特許法第三〇条について、次の問い合わせに根拠条文をあげて答えて下さい。

甲は、自らした発明 $\alpha$ を刊行物に発表し、発表した日から六ヶ月以内に $\alpha$ 及び $\alpha$ の改良発明 $\beta$ について特許出願を行った。その出願時に $\alpha$ について特許法三〇条第一項の適用を受けるための手続きを行った。この場合、 $\beta$ が刊行物に記載された $\alpha$ に基づいて当業者が容易に発明をすることができたものであることを理由に

拒絶されるか？

(2) 特許を受ける権利を有する者が、特許出願前に出願に係る発明を複数回にわたって公開した場合に、発明の新規性の喪失の例外の適用を受けることはできないか？

(3) 発明 $\alpha$ について特許を受ける権利を有する者甲が試験を行うことにより、 $\alpha$ は公然知られるに至った後に、乙が、独自にした $\alpha$ と同一の発明について特許出願Aをした。Aの出願日の日の後、甲が $\alpha$ について特許法三〇条第一項及び第四項に規定する要件を満たした特許出願Bをしたとき、Bは拒絶されるか？

3. 特許法上の無効審判に関する、次の問い合わせに根拠条文をあげて答えて下さい。

(1) 無効審判の意義について、次のキーワードを含めて説明して下さい。

キーワード：無効理由、無効審判、審決、審決取消訴訟

(2) 次の文章は、最判平成一二・一・二七民集五四巻一号六九頁（クロム酸鉛顔料事件）からの抜粋です。

（ ）内に適切な語句を入れ、「 」内は、どちらかの語句を選んで下さい。

「特許法（①）条は、特許を（②）とする審判の請求（以下「（②）審判請求」）について、（③）の登録があったときは、同一の事実及び（④）に基

づいて（⑤）審判請求をすることはできないと規定するところ、その趣旨は、ある特許につき（⑥）審判請求が成り立たない旨の審決（以下「（⑦）不成立審決」）が確定し、その旨の登録がなされたときは、その登

⑤)、(⑥)、(⑦)等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が(⑧)ことのできる別の著作物を創作する行為をいう。

4. 錄の後に新たに右(②)審判請求におけるのと同一の事実及び(⑧)に基づく(⑨)審判請求をすることが〔⑩許す/許されない〕とするものであり、それを超えて、確定した(⑪)不成立審決の登録により、その時点において係属している(②)審判請求を不適法となるものと〔⑫解すべきである。/解すべきではない。〕

そして、著作権法は思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから既存の著作物に（⑨）として創作された著作物が、思想、感情若しくは（⑩）、（⑪）、若しくは（⑫）など表現それ自身でない部分又は（⑬）において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、（⑭）には当たらないと解するのが相当である。」

的で録音した後に、学校の講義で使用した場合について、著作権侵害か否かを「目的外使用」との関係から二〇〇〇年四月に述べた。

7. 次の著作権に関する文章の中から、誤っているものを選び根拠条文をあげて、その理由を説明して下さい。  
（）～先に～（）～後で～（）～は、（）～（）～

5. 著作者名表示の、「実名」、「ペンネーム」、「匿名」の著作権法上の効果の違いについて根拠条文をあげて説明して

あまりに多いときは、その小説の著作権者の許諾が必要である。

6. 次の文章は、最判平成一三・六・二八民集五五巻四号八三七頁（江差追分事件）からの抜粋です。（ ）内に適

(2) 私的な使用目的の場合において、自分が購入した本を複写することは合法であるが、図書館から借りた本を複写することは法律に違反する。

切な語句を入れて下さい。

「（①）の著作物の翻案とは（著作権法②条）とは、既存の著作物に（③）し、かつ、その（④）の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的な表現に（

- (5) 内で販売することに對して、著作権者は譲渡権を行使することができない。
- (6) 有名な絵画作品の複製画をムード作りのために料亭の玄関に展示する場合は、展示権が適用される。
- (7) 複数の者が共同で一つの著作物を創作した場合、その中心的な創作活動をした者が著作者となり、それぞれの創作者が共同著作者となることは、作成当初より契約で定めておく必要がある。
- (8) 試験問題は受験生の知識の確認を行うために作成するものであり、文化的又は芸術的な分野ではないところから、著作権法で保護されていない。
- (9) 未公表の絵画作品を購入した美術館は、その絵画の著作権者と契約で取り決めをしないで、展示公開すると公表権侵害となる。
- (10) 読者が読めないと思われる漢字を出版社がひらがなにしたり、難解な言い回しを理解しやすいように変更しても、同一性保持権の侵害となることはない。
- ▼国際人権法 ..... 村上正直教授
- テキスト第一五章(二〇九頁)の設例に関し、次の条件について、原告(Xら)の訴訟代理人の立場から、自由権規約及

び児童の権利条約違反の主張を展開しなさい。

- (1) 回答に際して、「当事者の主張例」(二一一一一一頁)に従ってもよいし、従わなくてもよい。

- (2) 回答に際して、何らかの条件を追加する必要があると考えるときは、それを明記して回答しなさい。

- (3) 自由権規約委員会は、テキストに掲載されている規約解釈の他、資料(別紙・省略)に掲げた解釈を示している(関連部分のみ。要旨を含む)。

- ▼国際民事訴訟法 ..... 長田真里准教授
- 以下の事案を読み、間に答えよ。

1. Xは、各種化學工業製品の製造及び販売を主たる業務とする我が国の株式会社である。Yは、フランスに本店を有し、銀行業を営むフランス法人であり、インドのボンベイにボンベイ支店を有するほか、日本に支店(営業所)を有している。訴外Aは、インドに本店を有する光ファイバーの製造販売等を主たる業とするインド法人である。

- Xは、平成一三年四月二三日、Aに対し、次の約定で、光ファイバーの原料であるプリフォームを売渡した(以下「本件売買契約」という)。

- ア Xは、平成一三年六月から同年九月までの間、Aに対し、毎月二〇〇〇キログラムを限度として、プリフォームを売り渡す。

イ 売買価格は1グラム当たり一一〇円とし、運送人  
渡東京条件とする。

ウ Aは代金支払のため、平成一三年五月一五日までに、Xの承認する銀行及び条件により、最大売買数量である八〇〇〇キログラムの購入代金に足りる金額の一覧払いかつ他銀行による買取可能な取消不能の自動

回転式信用状をXに受益者として開設する。

Aは、本件売買契約に基づき、Yポンベイ支店に、上記内容の信用状の開設を依頼し、また、Xは、訴外B銀行を買取銀行とした。Yポンベイ支店は、平成一三年五月八日、上記内容の信用状（以下「本件信用状」とい

う。）を開設した。

本件信用状は、同年五月三〇日および六月一〇日に変更され、次のとおりの内容となつた。

信用状番号 IMLC23129  
発行銀行 Yポンベイ支店

発行依頼人 A

受益者 X

発行日 二〇〇一年（平成一三年）五月八日

有効期限・場所 二〇〇一年（平成一三年）一〇月一五日 日本

信用状の形態 取消不能

金額・条件 本件信用状は、取消不能の自動回転信用

状である。本件信用状は、非累積的の毎月自動回転する信用状であり、信用状の金額（日本円で二億二〇〇〇万円を上限とする。）は、買取銀行による前月分の信用状に合致する書類に関する買取りがされた各翌月の第一営業日に、日本において自動的に復元され利用可能となる。

買取銀行は、当行宛てに当該買取り及び前月の出荷後の残高を確認する。本信用状に基づき、許可される手形振出総額は、日本円で八億八〇〇〇万円を超えないものとする。

そして、Yは、本件信用状の条件と厳密に一致した書類を受領した場合に、買取銀行の指図に従い資金を送金するものとしている。

Xは、本件売買契約に基づき、平成一三年六月一三日に六月分、同年七月一九日に七月分のブリフォームをAに出荷した。そして、B銀行は、Yポンベイ支店に対し、X振出の荷為替手形及び船積書類等を提示して、上記六月及び七月出荷分の代金支払を求めた。Yポンベイ支店は、これらを審査した上、B銀行に対し、本件信用状に定められた金員を支払った。しかし、八月分について、Yは呈示された書類が本件信用状の条件を充足していないと主張して支払を拒否した。

そこでXは、B銀行から書類を買い戻したうえで、Y

2. に対するこの信用状に基づく支払を求めて訴訟提起した。この訴訟について日本の国際裁判管轄権は認められるか。Xは催事のプロデュースなどを主たる業務とする日本法人であり、Yは、サーカス興業を目的とするアメリカ法人Aの代表者である。XとYとは一九九九年から二〇〇〇年の二年間にわたり、Aの日本での公演を開催する権利をXが取得し、Yに対価を払う契約（以下本件契約とする）を締結した。本件契約上Aはアメリカ本国での公演と質・規模等が同等の興業を行うこととされていた。さらに、本件契約中、「本件興行契約の条項の解釈または適用を含む紛争が解決できない場合には、その紛争は、当事者の書面による請求にもとづき、商事紛争の仲裁に関する国際商業会議所の規則及び手続に従って仲裁に付される。Aの申し立てるすべての仲裁手続は東京で行われ、Xの申し立てるすべての仲裁手続はNY市で行われる。各当事者は、仲裁に関する自己の費用を負担する。ただし、両当事者は仲裁人の報酬と経費は当分に負担する」との合意がなされていた。その後Xは、YがAに対してアメリカ本国での公演よりも質・規模等が明らかに劣る興行をさせ、YがXを欺罔したとして不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを日本で提起した。これに対してYは、この訴訟にも先の仲裁契約がおよぶとして本件訴えを却下するよう求めた。

(1) 仮に、本件契約中に、「契約の準拠法をNY州法とする」との条項が入っていた場合、Yの妨害抗弁が認められるか否かについてはいかなる準拠法により判断されるか。

(2) 本件契約中に準拠法に関する合意が含まれていない場合、Yの妨害抗弁が認められるか否かについてはいかなる準拠法により判断されるか。

▼ベンチャー社会と法……………青江秀史教授

【Oulsソリューションズ株式会社組織プロフィール】  
Oulsソリューションズ株式会社は、待兼高司が一九八六年に南北コンピュータ株式会社と石橋商事株式会社からの出資を得て南北コンピュータ株式会社から独立し設立したベンチャーカンパニーである。主なビジネスは、経営情報システムの構築であり設立時は有限会社“Oulsソフトアソシエイツ”と名乗っていた。

待兼高司は一九七〇年に南北コンピュータ株式会社に就職した。南北コンピュータ時代には、汎用コンピュータのシステム構築技術、プログラミング技術、データベース技術を習得した。独立当初は、産業界は情報武装投資ブームであり、世論は情報産業省、大学などのプログラマー緊急育成の必要論などに踊らされていた。そのような状況下で二〇代の新卒プログラマーやネットワークエンジニアを採用し、現在、社員

五〇〇人・売上高六八〇億円規模の会社となつた。

当初の業務内容は、南北コンピュータ株式会社や大手システム開発会社からの経営情報システムの下請け開発であり、注文をくれる大手会社やエンドユーザーから信頼を勝ち得ているシステムエンジニアやプログラマーも数多く育つた。経済市場状況がバブルであつたことも幸いし会社経営は安定していた。金融業、製造業、運輸業、小売・卸売業と広範囲のビジネスを開拓するに至つた。待兼高司の人望と、業界の中で平均を上回つていた給与により残業は多かつたが労働環境も安定し社員も定着していた。

バブル崩壊と共に市場における情報武装への投資控え、コンピュータ業界におけるUNIXやマイクロソフト社が開発したOS、Windowsに代表されるオープンシステムへの移行が進行、また、「二〇〇〇年問題」対策が話題にのぼり始め、経営情報システムのノウハウを元手に、汎用コンピュータメーカーの下請けではなく、独立性を高める会社へ方針転換をした。この大きな方針転換に際して一九九九年に株式会社と社名改称を行つた。CSブームの到来に感化されていたこともあり、顧客課題の解決を目指し「ソリューションズ」という名前を冠し、「顧客の声に真摯に受け取り、顧客の要求を実現する」という顧客中心主義をとつた。具体的には、パソコン通信の個人ユーザ開拓としてワープロやパソコンをネットワークにつなぐ「OUIIServe」というサービスを開始した。

当時は、携帯電話もなく、個人と個人がコミュニケーションをとることができる手段として、ワープロ・パソコン通信は画期的なものであった。ネットワークに接続するには、アクセスポイントに電話をかけて接続していた。速度は三〇〇ボート、実に現在の光一〇〇メガの三〇万分の一である。この仕掛けを利用したビジネスモデルが成功し飛躍的なユーザ数の増加をみた。

この当時、南北コンピュータ会社から、「様々なノウハウ・サービス」を提供して貰つたことが、経営安定に役立つた。また、経営計画には、コンピュータメーカーからの仕事を漸減させ、過去に関係のあった顧客との直接経営を徐々に拡大することが描かれ、一〇年後の二〇〇九年には直接契約化率七〇%、パソコン通信個人ユーザ一〇〇万人とする数値目標が設けられていた。

待兼高司は、「あらゆる機会」を通じ理念を周知を図り、できる限り顧客と接点を持つて問題解決をビジネスにするよう努めた。顧客が現在何を考え、また将来どうしようとしているかを考えるよう指導した。下請け時代は、発注してくれる会社がビジネスの仕様・金額を決め、それを支えるビジネスモデルであったが、これからは直接顧客に向かうのだと、顧客の声を取り込むことがビジネスであると説き些細な顧客の発言の端々からビジネスのヒントがあり、そのソリューション提案を行えば、営業力増強に繋がると確信していた。

理念を徹底し受注獲得に取り組んだことにより、部門の個別情報化と言われる領域の市場開拓、「二〇〇〇年問題」をはさんで業務システムはパッケージ導入も進んできたが、個々の企業の特性にフィットしたシステムを、お客様の言わる通りに、安価に提供できることを強みとして、成長を続けていった。コンピュータ専門学校からの新卒採用を継続すると共に、ビジネスパートナーである、より小規模なソフトハウスへ再委託を増やし対応していった。

また、創業当時からの社員を大切にする気風を守り、各種教育への社員参加に力を入れてきた。インターネットやユビキタスなどの最新技術を習得させるだけでなく、資格取得も奨励し投資を惜しまなかつた。経済産業省が実施する情報処理者試験では、二種資格も含めるとほぼ社員全員が保有するまでに至っている。

こうした様々な取り組みを推進し組織能力を高めてきたが、二〇〇一年頃から収益性が悪化傾向になり、個人ユーザの新規獲得も激変し始めた。将来に極めて強い危機感を覚えるようになつた。顧客の声を聞こうとすればするほど、顧客の意向と微妙にズレが生じてしまうようである。事業が混迷の方に向に走りはじめているのではと感じられるのであつた。

#### 【設問】

問1 Ouls ソリューションズ株式会社立ち上げ時に南北コンピュータ株式会社から提供を受けた様々なノウハウ・サー

ビスの中で、特に Ouls ソリューションズ株式会社の「強み」となるのに有益であつたと思われるものを列挙して下さい。

問2 待兼高司社長が理念（社是）を周知したと思われる具体的な機会を列举して下さい。

問3 Ouls ソリューションズ株式会社が、個人パソコンネットワーク市場で行ったビジネスモデルと留意した法的要因を説明して下さい。

問4 Ouls ソリューションズ株式会社の行おうとしている「Ouls Serve」サービス事業で成功するための戦略を述べて下さい。

尚「コスト削減と売上拡大」といった一般的なものでなく、組織プロフィールから次の項目などを念頭に旧技術のパソコンネットワーク市場との比較をしながら具体的に答えて下さい。

- ・経営環境・資源の有効活用
- ・顧客価値の提供（ビジネスモデル）
- ・法的環境
- ・市場特性（技術進歩など）への適応
- ・組織の望ましい姿
- ・組織の持つ特徴を踏まえた実行可能な計画
- ・競争相手との位置付け
- ・組織が永続するための仕組み
- ・必要な能力（技術力／営業力⋮）

・必要なパートナー

・将来への布石

デミック・ハラスマント』が起ころる恐れがある。

▼医療と法 ..... 松川正毅教授他

【問題】左記の三問中一問を選び、解答しなさい。

1 交通事故により負傷し、治療が必要な場合、患者に対する診療が、保険診療ではなく自由診療で行われることが多い。  
(1)多くの場合に、自由診療が選択されるのは何故か。保険診療と自由診療の違いをふまえて、説明しなさい。

(2)交通事故の際に自由診療がなされた場合、その診療の価格はどのように決められるか。保険診療の場合と比較して、説明しなさい。

2 左記事例で扱われている問題について、どのような法規制が必要か。その根拠を含めて四〇〇字以内で論述しなさい。

【事例】ヒトクローニ胚研究、女性研究者からの卵子提供を禁止（読売新聞二〇〇六年三月六日）

ヒトクローニ胚研究の指針作りを進めている文部科学省は、胚の作製や利用にあたる研究チームが、チーム内の女性や研究者の親族の女性から卵子提供を受けるのを禁止する方針を固めた。

六日の同省科学技術・学術審議会の作業部会で決定する。

研究に必要な卵子の確保は、ボランティアで提供してくれることは少なく、非常に難しいのが実情だ。このため、上司の研究者が、部下の女性研究者に卵子の提供を強要する「アカ

韓国ソウル大の黄禹錫（ファン・ウソン）教授は、研究チームの女性研究者から卵子提供を受け、倫理的問題が指摘されていた。作業部会はそれを教訓にした。

指針では、研究チームに属する女性研究者からの卵子提供は全面的に禁止する。女性研究者の妻や女性親族なども禁止するが、どこまでを禁止の対象とするかは今後検討する。

3 刑法三九条が適用されるためには、認識・制御能力が「精神の障害」に基づいてなくなり、あるいは、著しく減少したのでなければならない。このように、刑法三九条の適用にあたり「精神の障害」の要件がなぜ要求されるのかにつき、「刑法三九条一項は実定法によって特権化された責任阻却事由である」との見解の妥当性を論評しながら、論じなさい。

あわせて、医学的病気概念と法律的病気概念の意義を説明したうえ、「精神の障害」を判断するに際し、いざれによるべきかにつき考えるところを述べなさい。

▼裁判実務基礎（民事） ..... 森崎英二教授

【第1問】

原告が被告に対し、後記本件土地を更地にして明け渡すよう求めて訴訟を提起した。当事者の言い分は別紙1のとおりであることを前提に以下の各問い合わせよ。

1 本件に適切な請求の趣旨を記載せよ（附帯請求及び付隨

的申立ては不要。本問において以下同じ。)。

2 訴訟物を記載せよ。

3(1) 当事者の主張を要件事実に従つて整理せよ。ただし、

主張自体失当の主張（法的に意味のない主張や、誤った法的見解に基づく主張など）は整理の対象としないこと。

また、よって書き部分及び認否は不要とする。

(2) (1)の整理につき、請求原因部分の整理について、整理した理由を簡潔に説明せよ。

また、(1)の整理において、主張自体失当として整理の対象としなかった当事者の主張があれば、(当事者の主

張の問題点)と項目を立て、そのように考えた理由を簡潔に説明せよ。

4 被告から以下の主張がされた場合、その主張は原告の請求に対してもかなる意味をもつか簡潔に説明せよ（なお、

本件土地については、原告からFに対する所有権移転登記がされていないままであること、本件建物については、被告の費用で被告を所有者とする所有権の保存の登記がされているが、被告からFに対する所有権移転登記がされないままであることを前提とする。)。

(1) 原告は、平成一九年五月一五日、第三者であるFに対し、本件土地を五〇〇万円で売った。したがつて、原告

の請求には理由がない。

(2) 被告は、平成一九年五月一五日、第三者であるFに対

し、本件建物を五〇万円で売った。したがつて、原告の請求には理由がない。

〔第2問〕

1 本件に適切な請求の趣旨を記載せよ（附帯請求を含めるが、付隨的申立ては不要。附帯請求については、できるだけ原告に有利な内容となるようにすること。）。

2 訴訟物を記載せよ。

3(1) 当事者の主張を要件事実に従つて整理せよ。ただし、主張自体失当の主張（法的に意味のない主張や、誤った法的見解に基づく主張など）は整理の対象としないこと。

また、よって書き部分及び認否は不要とする。

(2) (被告（逢坂千紗）の言い分)の下線部の言い分を手がかりにした主張を整理した場合には、その整理部分について、整理をした理由を簡潔に説明せよ。

また、(1)の整理において、主張自体失当として整理の対象としなかった当事者の主張があれば、(当事者の主張の問題点)と項目を立て、そのように考えた理由を簡潔に説明せよ。

〔第3問〕

1 原告を半田威朗、被告を逢坂行人とする貸金返還請求事

件の第一回口頭弁論期日において、甲一号証として別紙3の文書の証拠申出がされた。

(1) 被告が、「この文書の債務者欄の印影は、私の実印に よって顕出されたものです。ただし、押印は私自らがし たものではありません。この文書作成当時、私は右手首 を骨折していたことから、実際の押印は、契約の相手方 である半田威朗に印章を渡して私の目の前で押印しても らいました。なお、私は、原告からお金を受け取つていません。」との陳述をした場合、この陳述はこの文書（被告逢坂行人作成部分に限る。）の成立についてどういう意味をもつか説明せよ。

(2) この文書（被告逢坂行人作成部分に限る。）の成立の 真正が認められた場合、この文書（被告逢坂行人作成部 分に限る。）によって、どういう事実が認定できるか説 明せよ。

そのときは原告がなぜそんな大きな紙の真ん中に住所氏 名を書かせるのか不思議だったのですが、この金銭借用 書を見てわかりました。原告は、私にそのように住所氏 名を書かせ、その住所氏名の記載の位置を基準にA4サ イズの用紙（別紙4の参考図の破線で囲まれた部分）を 切り取り、その用紙の白紙部分に契約文言をプリントし、 あたかも私が完成していた金銭借用書の連帯保証人欄に 住所氏名を書いたかのように見せかけているのです。」 との陳述をした場合、この陳述はこの文書（被告逢坂千 紗作成部分に限る。）の成立についてどういう意味をもつか説明せよ。

(2) 上記(1)の陳述を前提として、この文書（被告逢坂千 紗作成部分に限る。）の成立の立証のため、双方当事者が すべき立証活動及びその立証の程度を説明せよ。

#### （別紙1）

##### （原告の言い分）

行請求事件の第一回口頭弁論期日において、甲一号証とし て別紙3の文書の証拠申出がされた。

(1) 被告が、「この文書の私の住所氏名は私が自分で書い たものに間違いありません。しかし、この記載は、原告 から住所と氏名を教えてほしいといわれて、原告の指示 でA3サイズの白紙（別紙4の参考図の実線で囲まれた 部分）の真ん中に私が住所氏名を書いたときのものです。

後記本件土地は、私の父Aが、昭和三〇年、成人したこと を機に、Aの父、すなわち私の祖父であるBから、いわゆる 分家の趣旨で贈与された宅地の一部です。

贈与された宅地（以下「受贈土地」という。）は、一〇〇坪 あったのですが、父Aは、その宅地の半分に自宅を建て、残り五〇坪を、私が将来独立して自宅を建てる用地として残してくれていました。父Aは、私が将来一人前になつて、父A

の自宅の隣に家を建てて住み、親子として交流することを夢見ていたと思うのですが、私は、高校を中退して家出し、その後、いろいろと悪事に手を染め、お恥ずかしい話ですが、

最近まで、北海道のある刑務所で受刑していました。

このような私ですが、今回の受刑を最後に眞面目になろうと考え、今年（平成一九年）一月に二〇年ぶりに故郷であるこの町に帰ってきたところ、父Aは平成一四年一二月一五日に亡くなってしまっていたことを、地元にいる叔父から聞かれました。

私はきょうだいではなく、母親も小さい頃に亡くなっていることから、父Aの財産は全て私が相続するということですので、今回の帰郷に伴い、父Aの財産関係を調査しました。

そうしたところ、父Aが私が家を建てるよう残していくくれた上記土地のうち、道路に面した部分の五坪くらいの土地（以下「本件土地」という。）がフェンス（ただし、ブロックを並べて基礎部分としただけの簡易な作りのもの）で囲まれ、そこに八畳一間程度の木造平屋建ての家屋（以下「本件建物」という。）が建てられており、同じ町内に住む大学院生Sが勉強部屋として使っていることが分かりました。

法務局で念のため調べたところ、同建物は、被告を所有者とする所有権の保存の登記までされていましたから、被告が勝手に建てたものと考え、文句をいいに行つたところ、被告は、父Aから建物所有目的で本件土地を質借したように主張

しています。しかし、私の自宅を建てるのを望んでいた父Aが、一部であっても、その土地を他人に質貸するわけがありません。

被告は、父Aが亡くなつてから、唯一の相続人である私が行方不明になつてゐるとして、毎月の賃料として一ヶ月五〇〇円を弁済供託してきたようであり、そのことも法務局で確認できました。私としては、被告が無断で土地を利用してきたとしか思えませんから、これは父Aが亡くなつたことを奇貨として、被告と父Aとの間にあたかも質貸借契約があつたような外觀を作出するためにされているものと考えています。私としては、質借権があるという被告の言い分は全く受け入れることが出来ません。

また、仮に被告に質借権があるとしても、被告は、本件建物を三年前から同じ町内に住む大学院生Sに勉強部屋として質貸し、毎月五〇〇〇円の賃料収入を得てているようですから、これは無断転貸であつて許容することはできません。そのことは、先日（平成一九年七月一日）、被告と直接面談したおり、賃貸借契約を主張するなら、無断転貸を理由として解除する旨はっきりと伝えていました。

親不孝をしてきた私ですが、たとえわずかな土地でも父Aの遺してくれた財産を他人に勝手に使わることを放置することはできません。本件土地の所有者である私は、土地所有権に基づき、被告に対し、本件土地を更地にして明け渡すよ

う求めます。

(被告の言い分)

私は、原告が所有している本件土地上に、本件建物を所有していますが、これは、平成二〇年四月頃、自宅が手狭になつたことから、離れを建てるため、すなわち建物所有目的で、本件土地の当時の所有者であるAと期間二〇年として賃借する契約をして本件土地の引渡しを受け、工務店に請け負わせて本件建物を建てたものです。Aとは、賃料を毎月五〇〇〇円とする旨合意し、これを支払ってきましたし、A死亡後は、相続人である原告が行方不明となっていたため、わざわざ毎月法務局で弁済供託の手続も執り、土地所有者である原告が現れたときに賃借権について問題が生じないよう対処してきましたつもりです。

なお、本件建物を建てた当初は、本件建物を、長男の勉強部屋として利用していましたが、長男が家を出たので、平成一六年四月からは、同じ町内に住むSに勉強部屋として使用させています。なお、Sは、遠い親戚にあたり、まだ大学院学生ということでお金もないことから、特に期間の約束もせずに、原告に支払うべき毎月五〇〇〇円の賃料だけを支払ってもらっています。先日(平成一九年七月一日)原告と直接面談したり、原告からは、私が賃貸借契約を主張するなら、その契約は、本件建物をSに使用させていることが無断転貸であるから解除すると言われました。私としては、遠い親戚に

あたる学生さんに善意で使わせている程度でのことで無断転貸などといわれることに納得できません。

ところで、私としては、本件土地を含む受贈土地がAから原告に相続され、原告が現所有者であることは認めますが、Aが受贈土地をBから贈与されたとの主張には異議があります。私の聞いたところでは、その土地はBの先代のCの所有地であったのであり、AがCと養子縁組をしていたため、Cが昭和四三年二月一日死亡した際、遺産分割の結果Aが取得したと聞いています。

しかし、いずれにせよ、私は、原告の父であるAから、本件土地を賃借し、賃料も支払ってきているのですから、原告の請求は認められるべきではないと考えています。

(別紙2)

(原告(半田威朗)の言い分)

私は、友人である逢坂行人(A)に後記本件貸付けをしましたが、同人から回収できる見込みがないので、連帯保証人である被告(Aの妻・逢坂千紗)にその支払を求めます。

友人Aは、住所地でブティック「ルパン」を経営していた者ですが、私とは高校時代からつきあいがあり、大人になつてからも、カーマニア同士ということで親しく交際していました。

ところで、私は、金融業を営んでいたわけではないのですが、早くに両親を亡くして莫大な資産を相続しており、その

ことをAもよく知っているので、Aから、ときおり、資金の融通を求められ、何度も貸し付けたことがあります。

今回問題としている貸付けは、平成二年七月一七日に貸し付けた一〇〇万円の問題です。この貸付けは、店の資金繰りに必要であるとAから同年七月初旬頃に頼まれ、貸し付けることになったものです。このような依頼はいつものことであり、今まで返済が滞ったことはなかったので、私は、別紙

3の金銭借用書（以下「本件借用書」という。）記載の内容の貸付け条件としてAの了解をとり、現金一〇〇万円を用意して、約束した同月一七日午前一〇時に、Aの指定する梅田のホテルのロビーに赴きました。

ところが、指定されたホテルのロビーにAは来ておらず、以前、ブティック「ルパン」の店で見かけたことのあるアルバイトの可奈子という女の子（B）が来していました。Bによりますと、Aが忙しいので代わりに行くよう突然いわれてきました。Bは、Aの実印と印鑑登録証明書をAから預かっていましたが、詳しいことは何も聞かされておらず、私に会つたら、私が指示したとおりに書類に印鑑を押して印鑑登録証明書を渡すこと、そうすれば一〇〇万円が渡されるだけAから説明を受けてきたと話していました。そのため私は心配になって、Aに携帯電話で連絡を取りましたが、Aも、Bには詳しい説明は何もしていないということでした。しかし、Aと直接連絡が取れ、そのまま手続を進めて欲しい

と求められたので、私は用意してきた本件借用書にAの実印による押印をBにしてもらうとともに、Aの印鑑登録証明書をBから受け取り、一〇〇万円をBに渡してわかれました（以下、この貸付けを「本件貸付け」という。）。

その後三〇分くらいして、Aから、お金を受け取ったことの報告と、いつも無理をいって申し訳がないというお礼の電話がかかってきました。

私は、その後、別の用事で千里中央に向かっていたのですが、借り入れ時はいつも自分で来るAが、忙しいとはいえアルバイトの子を来させたことや、あとでかかってきたお礼の電話が他人行儀で違和感があったことを思い出し、何かいやな予感がして予定を急遽変更し、途中から引き返してブティック「ルパン」に向かいました。

屋前にブティック「ルパン」につくと、丁度、Aの奥さんの被告（逢坂千紗）が店番をしていましたので、今回の借り入れのことを知っているのか尋ねました。被告はそのことは知っていましたが、被告がひどく疲れた様子であることや、何より、店に来客もなく、ひどく寂れた感じがしたので、更に不安が募り、被告に対し、今回はいつもより多額の貸し付けなので被告に保証人になつてもらえないか頼みました。被告は、一瞬ためらったようでしたが、仕方がないという表情を浮かべて承諾してくれました。しかし、印鑑が手元にないということなので、先ほどBからAの押印をもらつた本件借

用書の連帯保証人欄に住所と氏名だけを書いてもらいました（なお、本件借用書には、予め連帯保証人欄が用意されており、また連帯保証人に関する第三項、第四項の記載がありますが、これは、以前に使った契約書式のデータを用いて本件貸付けのための本件借用書を作成したため、削除し忘れて残ってしまったものです。私は、友人であるAに対する貸付けでは、今まで連帯保証人をつけるよう求めたことはあります。が、今回は、以上のような理由で被告に連帯保証人となるよう求め、その契約書とするため、本件借用書で空欄として残っていた連帯保証人欄に被告の署名を求めたという次第です。）。

その後、Aからは、約定通りの利息の支払が銀行振り込みでありましたが、弁済期である平成一三年七月一七日に利息の入金があったものの、元金の返済ではなく、そのことについてAから何の連絡もありませんでした。

私は、自分の仕事が忙しい上、Aとは長いつきあいでもあるので、Aの仕事が上手くいっていないのだろうと考え、請求を控えて様子をみていたところ、最近になって、ブティック「ルバン」は既に閉鎖され、Aが行方不明になってしまっているということが分かりました。そこで、この際、返してもらうべきものは返してもらおうと考え、Aが行方不明であることから、資産家のお嬢さんだと聞いたことがある連帯保証人である被告を相手取って訴訟を提起した次第です。

なお、被告からは、私が、本件貸付けの債務の返済に代えて、Aが愛車としていたファイアット500（以下「本件自動車」）を譲り受けたという話がでていますが、これは間違います。確かに、本件貸付けの弁済期日と同日に、Aが愛車に登録していた本件自動車を私が引き取り、同日付で私名義に登録変更も済ませましたが、これは別の事情から、Aから贈与されたものです。このことは出来ればいいとなかったのですが、そのころ、Aは女性問題を起こしてトラブルとなっていました。私は、Aから助けを求められ、問題解決のためにある有力者を紹介しました。その有力者の力で女性問題は無事解決できたそうで、本件自動車は、そのお礼としてAから私に贈与されたものです。そういう話ですから、Aは、妻である被告に違う説明をしているはずであり、そのため、被告は、本件自動車譲渡の経緯について、事実とは全く違う主張をしているのです。

また、本件貸付けの債務は時効期間の満了により消滅したから、その時効を援用する旨を記載した被告作成の内容証明郵便が私宛てに配達されたことは間違いがありません。しかし、私は、今年（平成一九年）の元日にAから年賀状を受け取りましたが、その年賀状には、本件貸付けの債務を返さないままでいることをわびるとともに、今年いっぱい働いて、年末には、その債務を全額間違いなく返済する旨が書かれていました。妻である被告は、その事情を知っているは

すでしょから、消滅時効などといって、夫Aの意思を踏みにじるような主張することは許されないと思います。

(被告) (逢坂千紗) の言い分

原告から、本件貸付けの経緯についていろいろ詳しく述べていますが、本件借用書記載の内容のとおり、原告からAに貸付けがされたこと、私が連帯保証をしたことは間違いありません。

原告は、本件貸付けによる債務がまだ返済されていないように主張していますが、その債務は、その弁済に代えて本件自動車を譲渡して済んだはずです。

手元に夫Aと私が本件自動車の前で撮影した写真が残っていたので、はっきり思い出せたのですが、本件貸付けの弁済期に先立つ平成一三年七月七日の夕方、夫Aが悲しそうな顔をして帰宅してきたことがありました。私が尋ねると、夫Aは、本件貸付けについては、利息分は何とか支払ってきたが弁済期に元金まで返せそうにないので、今日、原告と会って、本件貸付けの債務返済の代わりに愛車である本件自動車を譲渡する旨約束をしてきたと話しました。私も、店の経営が行き詰まっていることは分かっていたので仕方がないことと思いましたが、本件自動車には夫婦の思い出がいろいろ詰まっていたので、その日のうちに夫Aと一緒に本件自動車の前で記念写真を撮りました。したがって、その写真の日付である一三年七月七日に、そのような話があつたことは間違

いありません。そして、原告もいうように、本件自動車は原告に引き渡されて名義変更もされているのですから、その譲渡の理由は、本件貸付けの債務の返済のためであることは明らかです。

そうなのに、原告は、本件自動車が贈与されたようについてばかりか、夫Aに女性絡みのトラブルがあり、それを隠すため、夫Aが私に嘘をついていたとまでいっています。嘘つきは原告の方であり、私は原告を決して許すことはできません。また、いずれにせよ本件貸付けの弁済期が過ぎてから相当時間が経っていますので、法律に詳しい友人に相談しながら、

(別紙3)

金 錢 借 用 書	
平成 12年 7月 17日	
大阪府豊中市待兼山町1番6号	
半田威朝 様	
住 所 大阪市北区百天瀬2~1-10 債務者 逢坂行入	
住 所 大阪市北区西天瀬2の1/10 連帯保証人 逢坂千紗	
1 本日、債務者は、半田威朝様より、金1000万円を次の約定で借り受け、受領いたしました。	
弁済期日	平成13年7月17日
利 息	年10パーセント(毎月末払)
2 債務者が次の各号の一にでも該当したときは、債務者は何らの権利を喪失しないで割引の利益を失い、元利金を一時に支払わなければならぬ。	
(1) 第三者から仮差押え、仮処分又は強制執行を受けたとき	
(2) 支払を停止したとき	
(3) 手形交換所の取引停止処分があったとき	
(4) 利息の支払を一度も怠ったとき	
3 連帯保証人は、上記債務を債務者と連帯して保証いたします。	
4 債務者及び連帯保証人は、以上の条項を誠実に履行する誓しとして、本証書を差し入れます。	

その債務は時効期間が満了して消滅しているから、その時効

を援用する旨記載した内容証明郵便を作成し、平成一九年三

月一日、原告宛てに発送しました。同郵便は、同月三日に原告に配達されています。

いえないはずです。

#### ▼憲法基礎Ⅰ

鈴木秀美教授

#### 前掲「公法Ⅰ」と共通問題

#### 憲法應用

棟居快行教授

問 次の1～4から一題を選んで回答せよ。三題以上に回答した場合には、はじめの一題のみを採点対象とする。

1. アパートを経営するYは、以前入居していた外国人が友人を大勢集めては夜通し騒いだりしたため、日本人の入居者とトラブルが続発し、空部屋がなかなか埋まらなくなつた経験を有している。そこで新規の契約条項には「日本国籍の方に限る」とする「国籍要件」を定めていたが、在留資格を有し日本で長く働いてきた日系ブラジル人Xが漢字表記の氏名を用いて入居を申し込み人れてきたため、YはXを日本国籍の者と勝手に誤解し、もっぱらベットの飼育をめぐって話し合いを続けた。Xはいざとなればペットは知り合いに譲るつもりで、運送業者の手配まで済ませていた。ところが契約書作成の段階になりXがブラジル国籍であることが判明したため、Yは最終的に入居の拒否をXに通告した。そこでXが、不当な国籍差別で精神的損害を受けたこと、運送業者に対して違約金の支払い義務が発生したことを理由として、Yに損害賠償請求をした。人権の私人間効力という観点から、X、Y双方の主張を検討し、妥当な結論を導き出せ。

(別紙4) 第3問2(1)の参考図



2. 地球環境に有用な熱帯雨林を大量にわが国が輸入し消費

していることから、国内林業を活性化し国内産木材で代替を図る必要があるとの声が国内外で強まつた。そこで国会では、かつて森林法違憲判決で違憲とされその後廃止された共有分割制限規定（旧「一八六条」の復活をはかることになったとする。具体的には、「規模の利益」を損なう自由な分割請求を制限するために、「共有者の持分の価額に従い、その過半数を有する者からの分割請求に限り許さるものとする」との内容の規定（新「一八六条」）を制定したとせよ。この新規定は合憲か。審査基準の有り様にも触れよ。

3・国立法科大学院Yでは、二〇〇九年から施行される裁判員制度の予行演習を中心とする「特別模擬裁判演習」を三年次の必修科目としている。在学生Xは、他の科目の履修状況は順調であったが、「裁判員制度は違憲である」との強い信念の下に、同科目での役割分担を拒否し、傍聴するのみであつたため、平常点で採点される同科目で不可とされた。なおXは、当該科目の事例が通常の刑事裁判で審理されたとすれば公判はどのように進行すべきかについて、詳細なレポートを毎回提出していた。Xは学外では、「アンチ裁判員フォーラム」なる裁判員制度反対運動の幹部の一人であり、「裁判員制度は法曹でない一般国民に感情に基づいて死刑判決を下させるものであり、人民裁判に他ならない」などと主張し、デモを行つたりしている。次年度もXの学修態度は同様であつたため、Y大学院の規則にいう「学業の継続が不可

能である」場合にあたるとして、退学処分を受けた。そこで同処分に対しXが取消訴訟を提起した。剣道受講拒否事件と比較しながら、Xのなすべき主張と予想される判決を述べよ。なお裁判員制度の合憲性には触れなくてよい（加点事由としない）。

4・Xは重度の「不安神経症」という診断を下された精神疾患の持ち主であり、他人の姿を見ると身体が硬直するなどを理由に、投票所に出かけて投票することが不可能であり、毎回棄権を余儀なくされている（公職選挙法四九条二項の在宅投票制の適用対象には該当しない）。そこで、Xらにもその者の健康状態に応じて郵便投票などを認めるべきであるのに、そのような立法を行つてこなかつた国会は立法不作為によりXの選挙権行使を事実上不可能にしたとして、Xは国を相手取り慰謝料の支払いを求める国家賠償請求訴訟を提起した。争点ならばに予想される判決を述べよ。

#### ▼行政法応用1

大久保規子教授

次の三問の中から二問を選択して答えなさい。

第1問 行政機関の保有する情報の開示という観点から、情報公開制度と個人情報保護制度の関係について述べたうえで、情報公開制度に基づく自己情報の開示請求が認められるべきか否かについて論じなさい。

第2問 二〇〇一年当時、水産物の輸入・販売を行う場合に、食品衛生法一六条により、販売用食品の輸入届け出が義

務付けられており、検疫所長が同法に違反すると判断した食品等については、「輸入食品等監視指導業務基準」により、食品安全法違反通知を行い、積戻し、廃棄等を指導することとされていた。一方、関税法七〇条では、他の法令により輸出入に関して検査等を必要とする貨物については、検査の完了等を税関に証明し、その確認を受けなければならぬと定めており、確認が得られない場合には、税関長の輸入許可も得られないとされている。関税法基本通達では、この証明は食品等輸入届出済証によることとされていたが、食品安全法違反通知がなされた場合には、届出済証は交付されないため、輸入申告書も受理しないとする取り扱いがなされてきた。

このような制度のもとで、マグロの輸入・販売を行うAが輸入届け出をしたところ、食品安全法違反通知書を交付された。そこで、Aは違反通知の取消訴訟を提起しようと考へているが、Aから相談を受けた法学部出身の友人Bは「違反通知は行政処分ではないから取消訴訟は提起できない」との意見であった。AまたはBのいずれかの立場に立って、その主張を根拠付けなさい。

参照条文（当時・抜粋）

〈食品安全法一六条〉（省略）

〈食品安全法施行規則一五条〉（省略）

〈関税法七〇条・六七条〉（省略）

第3問 行政上の義務履行を強制するために、民事執行の方

法によることは可能か。判例の傾向を述べたうえで、私見を展開しなさい。

#### ▼民法基礎1

……吉田光碩教授

問題1 以下の文草を読んで、下記の設問に答えなさい。

Aは銀行から融資を受けようと思い、資産があるように装うため、知人のXに頼んで、X所有の不動産甲をAに譲渡する旨の売買予約契約を仮装し、Aの所有権移転請求権を保全するための仮登記を経由した。ところが、その後Aは書類を偽造してこれを勝手に本登記にしてYに譲渡し、登記もYに移転してしまった。そこで、XはYに対して真正な所有権に基づいて不動産甲の返還と、登記名義の引渡しを求めて訴えを提起した。

〔設問〕 YはXに甲不動産を返還しなければならないか。

Yが偽造の登記について善意（有過失）であった場合はどうか。さらにYが善意無過失であつた場合は、どうか。返還しなくてもよいとする場合は、どのように法律構成するか。

問題2 以下の文草を読んで下記の設問に答えなさい。

A所有の不動産乙をBに譲渡し、AからBに所有権移転の登記がなされた。その後AはBの詐欺に気づいて譲渡契約を取り消した。ところがBは乙不動産をCに売却した。

〔設問〕 AはCから不動産乙を取り戻せるか。Aによる取消の意思表示の前にBがCに譲渡した場合と、取消

の意思表示後にBがCに譲渡した場合とに分けて論じなさい。

### ▼民法基礎2

【問1】 売買に関する次の各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。誤っているものは一つではない。

ア・手付が交付されて約定解除権が留保されたときは、解除権を行使する当事者が自ら履行に着手していても、未だ履行に着手していない当事者に対しては、解除権を行使できる。

イ・民法五七〇条の「隠れた」瑕疵とは、取引上要求される一般的な注意では発見できないということ、つまり、買主が瑕疵について善意・無過失であることを意味する。

ウ・民法五七〇条の準用する民法五六六条三項の期間制限は除斥期間であり、その期間内に裁判上の権利行使をする必要なく、売主の担保責任を問う意思を明確に告げれば、損害賠償請求権は保存される。

エ・他人の権利を売買の目的としたときは、売主がその権利を取得して買主に移転する義務の履行不能が売主の責めに帰すべき事由によるものであれば、買主は、民法五六一条にかわらず、民法四五一条にしたがって損害賠償の請求をすることができる。

オ・数量指示売買とは、一定の面積、容積、重量、員数又は尺度があることを売主が契約において表示した売買であり、

その数量を基礎として代金額が定められていくてもよい。

【問2】 不当利得に関する次の各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。誤っているものは一つではない。

ア・Aが、Xから騙取した金銭によりAの債権者Yに対しても債務を弁済した場合において、金銭が騙取金であることについてYに悪意又は重大な過失があったときは、Yの受益には法律上の原因がなかったことになる。

イ・建物賃借人Aとの間の請負契約に基づき、請負人Xが建物の改修をした場合において、Aが報酬を支払わないまま無資力になったときは、建物の所有者Yは、その改修による利益に相応する出捐ないし負担をしたかどうかにかかわらず、Yの受益には法律上の原因がなかったことになる。

ウ・利得の返還義務は原物返還が原則であり、金銭による価格返還請求は、受益者が悪意のときにのみ認められる。

エ・行為能力の制限を理由とする取消しの場合に、明文の規定はないが、公平の理念を根拠に既履行給付の返還について同時履行の抗弁が認められる。

オ・XがYに対して密輸資金を提供した場合において、Xに不法な原因があるときは、Yにより大きい不法な原因があるときでも、XからYに対する給付物返還請求は認められない。

【問3】 XはY宅の冷暖房工事を請け負い、工事は八割方終了したが、残りの工事の続行をYが拒んだ。このため工事の

完成は不可能となつた。XはYに対して、報酬全額を請求したい。Xはどのような主張をすべきか、また、それに対するYはどのような反論をすべきか。

【問4】 Aの土地を借りているBが同土地をCに転貸した。

Aは転貸を承諾した。その後、A B間で賃貸借契約を合意解除した。AはCに対して、明渡しを請求したい。Aはどのような主張をすべきか、また、それに対してCはどのような反論をすべきか。

Dの土地を借りているEが同土地をFに転貸した。Dは転貸を承諾した。その後、Eが賃料を払わず、債務不履行でDから解除された。DはFに対して、明渡しを請求したい。Dはどのような主張をすべきか、また、それに対してFはどのような反論をすべきか。解答に当たっては、Fによる第三者弁済は考慮しないこと。

【問5】 Aの運転する車とYの運転するトラックが、AとYの過失が競合して（過失割合は五対五）衝突し、Aの車にに乗っていたAの妻Xが負傷した。XはYに対して、損害全額を賠償請求したい。Xはどのような主張をすべきか、また、それに対してYはどのような反論をすべきか。

【問6】 「契約法と不法行為法は、公法・私法を問わず、全ての法領域の基礎となる概念や規範に満ちているし、また、法的推論の典型的なパターンを数多く含んでいる」という言葉を説明しなさい。

▼民法応用1 ..... 平田健治教授  
前掲「民法5」と共通問題

▼民法応用2 ..... 小杉茂雄教授

#### 【事実の概要】

1 A銀行は、Yに対し、以下の甲、乙、丙、丁の本件貸付を行なった。なお、以下の各貸付は、利率変動型であり、下記の利率は、貸付時のものである。

甲・i 貸付日 平成元年八月一日、ii 貸付金額 三〇〇〇

万円、iii 利息 年五・七九六%

iv返済方法 平成二年

一月から平成三年七月まで毎月一〇日を支払日とする  
三五五回分割の元利均等返済、v 遅延損害金 年一四%  
(年三六五日の日割計算) (甲貸付といふ)

乙・i 貸付日 平成元年九月一八日、ii 貸付金額 一二〇〇  
〇万円、iii 利息 年五・七九六% iv返済方法 平成二

年三月から平成三年七月まで毎月一〇日を支払日とする  
三五五回分割の元利均等返済、v 遅延損害金 年一四%  
(年三六五日の日割計算) (乙貸付といふ)

丙・i 貸付日 平成二年七月三一日、ii 貸付金額 九〇〇  
〇万円、iii 利息 年七・五% iv返済方法 平成二年九

月から平成三〇年七月まで毎月一七日を支払日とする三  
三五回分割の元利均等返済、v 遅延損害金 年一四%  
(年三六五日の日割計算) (丙貸付といふ)

丁・i 貸付日 平成五年五月二七日、ii 貸付金額 一二三一

- 万円、iii 利息 年四・九% iv 返済方法 平成五年七月から平成三〇年五月まで毎月一七日を支払日とする二九九回分割の元利均等返済、v 遅延損害金 年一四% (年三六五日の日割計算) 「丁貸付という」
- 2 本件各貸付には、次の a、b の各事由が生じたときに期限の利益を喪失する旨の約定がある。
- a 借主が、貸付に係る当該債務の分割金の支払いを遅延し、銀行から書面による督促を受けても、次に到来する約定支払日までに遅延損害金を含む元利金の支払いをしなかったとき
- b 借主が、貸付に係る当該債務以外の銀行取引上の債務について期限の利益を喪失し、かつ、銀行が、当該債務全額の支払いを請求したとき〔本件約定といふ〕
- 3 Yは、本件甲貸付 乙貸付に係る融資金により、本件 a 土地、 $\alpha$  建物(本件共同住宅という)を購入した。なお、本件共同住宅に、本件甲貸付、乙貸付の合計金を被担保債権、A銀行を抵当権者とする抵当権を設定している。
- また、Yは、本件丙貸付、丁貸付に係る融資金により、本件 $\beta$ 土地を購入し、同土地上に自宅建物(本件 $\beta$ 建物)を建てている。もちろん、本件 $\beta$ 土地、 $\beta$ 建物については、本件丙貸付、丁貸付の合計金を被担保債権、A銀行を抵当権者とする抵当権を設定している。
- 4 Yは、平成二年ころ、本件共同住宅を売却し、その代金

で、本件甲貸付、乙貸付に係る各債務を一括して返済しようと考へ、その売却の仲介等をB建設株式会社に依頼したところ、同社の代表者Hの知人であるFが、A銀行から融資を受けて本件共同住宅を買い受けることとなり、YからB建設への売買契約、同社からFへの売買契約がそれぞれ締結された。そして、Yは、Hから、Yが売買代金の支払いを受ける前に、Fに対する所有権移転登記手続きをすることを提案され、Hを信頼して、FがA銀行から上記融資を受けることができるかどうかを確認することなく、これを承諾し、平成四年三月頃、Fに対する本件共同住宅の所有権移転登記が了された。

しかし、Fは、A銀行から、過去に同人に對する融資に關して問題があったとして、上記融資を断られた。このため、Yは、本件共同住宅の売買代金の支払いを受けることができなかつた。

そこで、Hは、Fと協議のうえ、當面、Hが本件共同住宅の債借人から賃料を集め、これを本件甲貸付、乙貸付に係る各分割金の支払いに充てることとした。Yは、これを了解し、上記返済の手続きをHに任せることとした。

ところが、平成一〇年ころになって、Fは、自ら本件共同住宅の管理をすると主張し、Hの集金を妨害したため、Hは、本件甲貸付、乙貸付に係る各分割金の原資を得ることができず、そのため、Yの支払いが滞るようになつた。

5

Yは、Fとの間の上記問題の解決をHに任せたままで、何ら具体的な対策を講じることなく、本件甲貸付について、平成一〇年三月分の分割金の支払いを怠り、A銀行から書面により支払いの督促を受けても、これを次の分割金の支払日である同年四月一〇日までに支払わず、また、本件乙貸付について、同年七月分の分割金の支払いを怠り、A銀行から書面により支払いの督促を受けても、これを次の分割金の支払い日である同年八月一〇日までに支払うことができず、本件甲貸付、乙貸付に係る各債務について、期限の利益を喪失した。

本件甲貸付の残元本は、二五七万六二三二四円であり、本件乙貸付の残元本は、一〇一三万七三六九円である。Yは、本件甲貸付、乙貸付に係る各債務について、期限の利益を喪失した後は、その返済をしていない。

6 A銀行は、本件丙貸付、丁貸付について、Yが、本件甲貸付、乙貸付に係る各債務について期限の利益を喪失した後も、平成二三年五月分まで、毎月、Yの預金口座から各分割金相当額の引き落としを行い、その返済を受けていた。同月三〇日通知書を送付し、同書面は、同年六月三日、Yに到達した（この請求を、「本件請求」という）。

7 Yは、本件甲貸付、乙貸付に係る各分割金の支払いを滞るようになった後、A銀行の担当者に対し、その事情を何度も説明するとともに、その回収手段として本件共同住宅

について、不動産競売手続きを利用して欲しい旨、これで債権全額を回収することができないときは、その不足額を自ら支払う旨を申し出していた。

また、Yは、本件請求時以降も、本件丙貸付、丁貸付に係る各分割金の支払いのために利用していたYの預金口座に、平成一三年六月分及び七月分の分割金に相当する額の預金を入金していたが、A銀行がこれらの引き落としをしなかった。Yは、A銀行に対し、その引き落としを求めるとともに、それ以降も、返済条件にしたがい支払いを継続する旨を通知した。

A銀行からA銀行とYとの間の取引に関する権利義務のいっさいを承継したXが、Yに対し、本件丙貸付、丁貸付の各債務につき、期限の利益を喪失したとして両債務（丙貸付、丁貸付）の残額合計金の請求の訴えを提起した。

なお、Yの返済能力に変化はなく、特に問題があつたといえなかつた。また、A銀行は、本件甲貸付、乙貸付に係る各債務について期限の利益を喪失した後においても、約三年にわたり本件丙貸付、丁貸付について、毎月の分割金の支払いを遅滞なく受けていた。

問1 Xの上記貸金返還請求について、Yの反論主張を答えなさい。  
答えるにあたっては、まず、法的主張を回答し、それ支える事実を具体的に摘示してください。

問2 前問で答えたYの反論に対するXの再反論の主張を答えなさい。

答えるにあたっては、Yの反論主張をつぶす、具体的な事実の摘示を中心に行なさい。

問3 あなたが裁判官であればどのような判決を言い渡しますか。問1、問2の答を前提にして答なさい（認容する場合、具体的な金額を答える必要はない）。また、丙貸付、丁貸付のYの各分割金支払いに遅滞はないものとする。

#### ▼会社法応用1

未永敏和教授

（設問）次の事例を読んで後の各間に答なさい。

（説例）A株式会社は、コンピュータゲーム機器を製造販売する、資本金一〇億円の会社である。同会社は同族会社で、B家が株式の全部を保有していた。A会社は先代B<sub>1</sub>が創業し、B<sub>1</sub>死亡後、B<sub>1</sub>の弟B<sub>2</sub>が社長（代表取締役）となつたが、その後B<sub>2</sub>が社長を引退し、取締役からも退いた（退職慰労金は一億円であった）。後継者はB<sub>1</sub>の長男B<sub>3</sub>となり、B<sub>3</sub>の経営手腕が発揮され、会社の業績は大きく伸びた。その後、B<sub>3</sub>も経営の第一線から退くことにし、社長を引退し、業務を担当しない平取締役に留まることとなつた。そこで、取締役会の承認でこれが認められ、社長職にはB<sub>3</sub>の弟B<sub>4</sub>が就任した。なお、A会社の取締役はB<sub>3</sub>、B<sub>4</sub>のほか、従業員出身のC<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>、社外取締役で顧問弁護士のC<sub>3</sub>がいた。A会社の株式はすべて議決権のある普通株式であり、株主構成は、B<sub>3</sub>が三〇%、B<sub>4</sub>が二〇%、B<sub>3</sub>の息子B<sub>5</sub>が一〇%、B<sub>1</sub>の妻B<sub>6</sub>（B<sub>3</sub>の母親）が二〇%、B<sub>2</sub>が二〇%を保有していた。この年の定時株主総会では、議題として、「取締役の異動について」が通知されていたが、その議題の中でB<sub>3</sub>の社長退任（平取締役就任）に対して、慰労金を贈呈する議案（内規に従つて取締役会にその金額の決定を一任する）が諮られ、B<sub>2</sub>、B<sub>6</sub>は金額がいくらになるか質問した結果、約一〇億円になるとの回答が得られ（内規は代表取締役社長としての最終年度の報酬×在職年数+功労加算金三割となっていた）、それについて金額が大きすぎるとして、反対したが、その他の株主（B<sub>3</sub>を含む）が賛成したため多数決で可決された。なお、この金額は同社の内規に従つて、計算されたものであり、顧問税理士も、税法上、適法な費用としての支払であることを認めていた。同社は一〇億円の支払の結果、その年度は、二億円の赤字となることが予想された。そこで、定期総会後、B<sub>2</sub>とB<sub>6</sub>が原告となつて、贈呈決議（第一）の取消しを求めて裁判所に提訴した（会社側の訴訟代理人としてC<sub>3</sub>も加わった）。そこで、顧問弁護士C<sub>3</sub>のアドバイスに基づき、A会社は改めて、議題として「代表取締役退任に伴う退職慰労金の支払について」とし、議案を「B<sub>3</sub>に慰労金一〇億円を支払う」として、臨時株主総会が開催され、やはりB<sub>2</sub>、B<sub>6</sub>が反対したが、前回と同様、可決された。そこで、B<sub>2</sub>、B<sub>6</sub>は、同贈呈決議（第二）の取消しも追加提訴した。

(問題)

- 1 C<sub>3</sub>の存在、行動について法的な問題はないか。
- 2 B<sub>2</sub>、B<sub>6</sub>は、どのようなことを主張すればいいか。
- 3 それに対する反論として、会社側は、どのようなことを主張すればいいか。

4 裁判官として、判断を下しなさい。

▼商法基礎 ..... 新井修司講師

問題 以下の問1から問3までのすべてに答えなさい。

問1 会社以外の者が商人資格を取得する時期について、学

説及び判例の状況を説明しなさい。

問2 商法及び会社法にいう「ある種類又は特定の事項の委

任を受けた使用者」にあたるための要件に関し、事実行為の委任（準委任）で足りるとの見解と、代理権の授与を要するととの見解が対立している。それぞれの見解の長所及び短所を比較考量のうえ、自説を述べなさい。

問3 Y信用組合は、中小企業等協同組合法に基づいて設立された、組合員に対する資金の貸付け、組合員及び組合員以外の者からの預金の受け入れ等を事業とする信用協同組合であり、Xは、Y信用組合の普通預金口座に一億円の預金を有する者である。Xが普通預金契約に基づき右預金の払戻しを求めたところ、Y信用組合はこれを拒否した。そこで、XはY信用組合を相手方として、右預金

一億円及びこれに対する支払済みまで商事法定利率年六

分の割合による遅延損害金の支払を求める訴えを提起した。

以上の事実関係の下で、仮にXの一億円の預金払戻請求が認められるとした場合に、商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払の請求も認められるか否かを、判例の立場を前提にして詳しく検討しなさい。

▼民事訴訟法応用1 ..... 下村眞美教授

前掲「民事訴訟法2」と共通問題

▼民事裁判入門 ..... 南川博茂教授

仁木恒夫准教授

一 次の文章のうち、(6) (16) (17) には適切な条文を、他の空欄には適切な語句を記載しなさい。

裁判で適用される個別の法規は、通常、どういう事実があればどういう法律効果が発生するのかを定めている。このような権利の発生・障害・消滅等を定めている法規を(1)といふ。これに対して、権利を実現するための手続を定めている法規を(2)といふ。

訴状の(3)は、請求の内容・範囲を示して、どのような判決を求めているのかを表示する部分である。これに対して、(4)は、その請求を他の請求から区別して特定するために必要な事実を提示する部分である。

(5)は、およそ訴訟というものに当事者として登場でき

るのは、どういう人かという問題である。民事訴訟法（6）

によれば、原則として民法上の（7）をもつ者すべては（5）がある。

（8）では、共同訴訟人は、訴訟上、他の共同訴訟人からの干渉を受けない（9）が妥当する。

相手方の主張に反対する陳述で、相手方が証明責任を負う事実を否定する陳述を（10）といい、自分が証明責任を負う事実の主張を（11）という。

当事者が、本案の申立て、その反対申立てを基礎づけるために出す主張、陳述、証拠の申出などの一切を指して（12）という。（12）のうち、特に（13）は、先頭に立てるもので

なく、セコンダリーなものであり、予備的に主張されるのが普通である。

証拠調べにおいて、裁判官が取り調べる対象となる人あるいは物を（14）という。

相手方当事者または第三者が所持する文書で、その提出義務を負うものについては、（15）によって、書証の申出をおこなう。民事訴訟法（16）によれば、文書の所持者に対して原則的に提出義務を認めているが、法人の内部文書である稟議書は、民事訴訟法（17）の提出義務を免れる除外文書のうちの（18）に該当するかどうかが問題となる。

訴訟要件が欠けている場合、訴えを（19）する。この判決を（20）という。

二次の語句を簡潔に説明しなさい。

（1）処分権主義

（2）職権進行主義

（3）既判力

三 XはYに対して五〇〇万円の返還を求める訴えを提起した。Xは、〇年〇月〇日に金五〇〇万円を貸し渡したという事実を主張していないが、Xの当事者尋問において五〇〇万円の授受の事実が明らかになった。裁判所はこの当事者尋問に表れたことを判決の基礎にすることができるか、できないか。理由を付して答えなさい。

### ▼刑法基礎

島岡 まな教授

甲は、友人乙、丙とともに、甲の居室から飲食店にいる女友達に何度も電話をかけたところ、店長Aから取次ぎを拒否され、侮辱的な言葉を浴びせられたことに憤激し、同店の閉店一〇時以降に押しかけよう決意して、同行を渋る乙、丙を説得し、同夜一時頃、包丁を持って一緒にタクシーで同店に向かった。甲は、Aを殺害することもやむを得ないと考え、タクシー内で「やられたら、これを使え」と、三人の中で一番若い丙に包丁を渡した。同店到着後、甲、乙は少し離れた場所で待機し、丙のみを一人で同店入り口付近に向かわせた。丙は、Aに対し自ら暴行を加える意思はなく、いきなり暴力をふるわれることもないだろうと同店入り口付近にい

たところ、一人で片づけをしていたAから甲と取り違えられ、

いきなりえり首をつかまれ、引きずり回された。丙は、Aに

殴打、転倒させられ、殴り返すなどして応戦したが、頼みと  
していた甲、乙の加勢もなく、再び路上に殴り倒されたため、

自己の生命・身体を防衛する意思で、甲から渡された包丁を使い、Aの肩の辺りを切りつけた。Aは路上に転倒し、肩を

抑えてうめいていたが、急にぐったりして動かなくなつた。

丙が動転して現場から逃げ去つた後、甲と乙が現場にかけつけ、倒れたAの様子を見て、「何だ、死んでいるみたいだな」

「いや、失神しているだけだろう」などと言つてゐるうちに、

Aが高級腕時計や貴金属類を身につけていたのが目に入つた。

甲と乙は、この際これらも奪い取ろうと決意し、高級腕時計

や貴金属類をAの身体からはずし、甲が高級腕時計、乙が貴金属をそれぞれとつた後、Aをその場に放置して逃げ去つた。

Aは、午前一時頃たまたま通りかかった通行人に発見され、救急車で病院に運ばれたが、その時点で心肺停止状態

で、午前二時三〇分に死亡が確認された。司法解剖の結果、

Aの死因は急性心臓死と認定され、死亡時刻は、丙が包丁で

切りつけた直後から救急車で運ばれる二時間余りの間とされた。Aが丙から受けた肩への傷害は全治二週間程度の浅いものであったが、Aには、本人も主治医も気づいていなかった

高度の心臓病変があり、暴行や傷害を受けたショックにより心臓発作が誘発されたことが判明した。

甲、乙、丙の罪責について検討せよ。

#### ▼刑事法律文書作成1

鈴木真理子教授

別添資料の【事例「刑事法律文書作成<sup>2</sup>」と共通】のうち、第1の1～13まで（【丁の供述要旨】、【甲の供述要旨】、【乙の供述要旨】を含む）の記載内容に基づき、甲、乙の罪責を論ぜよ（監禁・罪の成否については触れなくてよい）。

なお、回答に当たっては、以下の①～④に必ず触れること。

- ① 甲、乙、丁の供述の信用性

- ② 甲が丙を殴打した行為に殺意が認められるか。

- ③ 甲の殴打行為と丙の死亡との因果関係

- ④ 甲乙間の意思連絡（共謀）の有無・内容

#### ▼刑事法律文書作成2

鈴木真理子教授

別添資料の【事例】を読み、以下の設問に答えよ。

#### 【設問1】

本件の第一回公判期日において、【事例】第2の2「第一回公判期日」記載の事情が生じた。

裁判所は、今後の訴訟手続をどのように進めるべきか。また、検察官請求証拠に対する上記の各意見を踏まえ、各証拠の採用をどのようにすべきか。

#### 【設問2】

本件の第二回公判期日において、【事例】第2の3「第二回公判期日」記載のとおり、丁の証人尋問が実施され、検察官の主尋問の際、弁護人から異議が述べられた。

弁護人の各異議に対し、検察官はどのような意見（①～④）を述べるべきか。また、それぞれに対する裁判所の判断を示しなさい。

【設問3】

本件の第三回公判期日において、【事例】第2の4「第三回公判期日」記載のとおり、乙の証人尋問が実施されたが、乙はほとんどの質問に答えなかつた。

乙の証人尋問終了後、検察官が、乙のP.S.【事例】第1の13記載のもの）を甲の公判において取調請求した場合、その証拠能力が認められるかにつき検討せよ。

【事例】

第一 事件の認知状況及び捜査経過

1 丙の妻・丁からの通報

平成一九年二月一一日（以下、特に断らない限り、年号は平成一九年とする）。午前一時四〇分ころ、大阪府豊中市在住の個人事業家の妻丁から、大阪府A警察署に電話が入った。丁の中告内容は、以下のとおりであつた。

「昨日（二月一〇日）午後九時三〇分ころ、夫から一〇

〇〇万円を借りている暴力団石橋組の組長甲が自宅に来て、乗ってきた車に夫を乗せて、どこかへ出かけた。甲の子分と思われる者一名が一緒だつた。一日前零時を過ぎても夫が帰つて来ないので心配になり、夫の携帯

2 甲、乙の任意同行  
豊中市及びその近隣市町村には多くの河川があり、上記通報内容では甲の捜索は困難であった。

A警察署の捜査員は、丁に出頭を求め、石橋組関係者を含む多数人の写真帳を示したところ、丁は、躊躇することなく、同組組長甲及び、甲に随行していた者として、乙（同組組員）の写真を選び出した。捜査員は、直ちに石橋組事務所の張り込みを行つたところ、一日前三時ころ、石橋組事務所前に車が停止し、甲、乙が降車したので、両名をA警察署に任意同行した。

3 甲、乙の任意の事情聴取

当初、甲、乙は、いずれも、「知らない。」「関係ない。」と述べて犯行を否認していたが、やがて乙は、捜査員から、「丙の家族が心配しているぞ。本当のことを話してやるのが人の道ではないか。」などと諭されるうちに、

電話に何度も電話したが、なかなか通じなかつた。たつた今通じたかと思うと、夫は、「甲にやられた。逃げたが追いかけられている。警察に連絡したいが、ここがどこか分からぬ。あいつらがすぐそこまで来ている。早く逃げないと捕まつてしまふ。もう川を渡るしかない。」と一方的に言つて電話が切れた。すぐかけ直したがつながらない。夫の安否が心配で警察に連絡した。場所はどこかの川としか分からぬが、夫を探して欲しい。」

一一日午前六時ころ、以下のとおり供述した。

〔甲が、丙からの借金を踏み倒すために丙を連れ出して脅して借用書を取り上げるなどと言つて、私が車を運

転し、二人で丙の家に行つた。最初は、公園の駐車場に停めた車内で金属バットを見せて脅したが、丙が応じなかつたので、山奥の空き地まで連れて行き、甲が丙の頭を金属バットで何回か殴つたら、丙は動かなくなった。

丙を埋めるため、どこかの川の近くに行つたが、穴を掘つているうちに丙が逃げた。しばらく探し回つたが見つからないので諦めて帰つて来たら、警察が来ていた。」

#### 4 乙による穴を掘つた現場の案内と丙の死体の発見

A警察署捜査員は、乙の同意を得て、同人を警察車両に乗せ、丙を埋めるために穴を掘つたという現場を案内させたところ、一一日午前七時三〇分ころ、B川中流付近の沼地に掘り返した跡があることを確認した。付近を捜索すると、同日午前八時三〇分ころ、上記沼地から約二〇〇メートル上流のB川河岸の水中の葦の間に丙の死体が浮かんでいるのが発見された。同所付近は、数日前からの降雪のため増水して急流となつておらず、歩いたり、泳いだりして渡河することは困難な状況であった。丙の死体の上着ポケット内から、丙を債権者、甲を債務者とする一〇〇〇万円の借用書と丙の携帯電話が発見された。

そこで、捜査員は、同所の状況や死体発見状況につき実

況見分し、実況見分調書を作成するとともに、借用書を適法に押収した。

#### 5 甲の逮捕と車両の捜索

A警察署捜査員は、上記4の捜査と並行して、一一日午前八時ころ、甲、乙の逮捕状、及び、甲と乙が石橋組事務所に帰つてきた際に乗つていた車両の捜索差押許可状の発付を得た。そして、直ちに甲を通常逮捕するとともに、上記車両の捜索を実施し、車内後部座席から、白紙の領収証用紙を発見し、押収した。また、同車トランク内から、血痕の付着した金属バット一本を発見し、押収した。この金属バットには、三か所に明瞭な凹損が認められた。

#### 6 乙による暴行現場の案内と、乙の逮捕

捜査員は、さらに、乙の同意を得て、当日の行動経路を案内させたところ、最初に丙を連れて行つて脅した現場は豊中市内のC公園、金属バットで殴打した現場は、大阪府と兵庫県との県境のD山中の空き地であり、C公園とD山中の空き地とは約一〇キロメートル、そこからB川はさらに一〇数キロメートル離れていた（C公園とB川の距離は約二〇キロメートル）。D山中の空き地の地面には血痕が付着しているのが確認されたので、捜査員は、同所の状況につき実況見分し、実況見分調書を作成するとともに、その血液を採取した。

捜査員は、引き当たり捜査終了後の一一日午前九時、

乙を通常逮捕した。

7 内の死体の司法解剖

同日午後二時ころ、鑑定処分許可状を得て、法医学教授の手により丙の死体を司法解剖した結果、死因は溺死と判明した。

しかし、丙の死体には、頭蓋骨に二か所の陥没骨折と高度の硬膜下出血、左前腕部に一か所の骨折が認められ、

これらの受傷は、いずれも、上記5の金属バットで殴打することにより十分に形成可能な形状であるとの鑑定結果が得られた。後日、この鑑定結果につき、上記法医学教授は鑑定書を作成した。

8 甲、乙の送致前の取調べと、乙の供述調書の作成

甲は、逮捕前と同様、事件については一切知らない、関係ないと述べた。

乙は、上記3と同様の供述をしたので、その旨の司法

警察官面前調書（以下、「KS」という。）が作成された。

逮捕後、甲、乙は、それぞれ別の弁護士を弁護人に選任した。

9 丁の供述調書の作成

捜査員は、上記8の被疑者取調べと並行して、丁の取調べを行った。丁は、後記【丁の供述要旨】のとおり供述し、捜査員はKSを作成した。

10 事件送致

A警察署では、二月一二日午後五時、甲、乙を大阪地方検察庁検察官に送致する手続をした（送致事実省略）。

11 甲、乙の勾留

二月一三日午前一〇時、大阪地方裁判所裁判官は、甲、乙について勾留状が発付された。

12 採取された血液のDNA鑑定

甲らの勾留期間中に、大阪府警察科学捜査研究所技官（鑑定の専門家）は、車内から押収された金属バット（上記第1の5）から採取された血液と乙が案内したD山中の空き地で採取された血液（上記第1の6）について、それぞれDNA鑑定を実施し、いずれも丙のものと一致するとの鑑定結果を得た。検査担当の技官は、その結果につき、鑑定書を作成した。

13 甲、乙の逮捕後の供述状況

甲は、後記【甲の供述要旨】のとおり供述し、犯行を否認した。

乙は、検察官の取調べの際に、後記【乙の供述要旨】のとおり供述し、検察官面前調書（以下、「PS」という。）が作成された。

第2 公訴提起と公判経過

1 公訴提起

三月二日、甲と乙は、本件により、大阪地方裁判所に起訴された（公訴事実、罪名は省略。ただし、甲と乙は共犯関係にあるものと認定されている。）

2 第一回公判期日

第一回公判期日は、甲・乙の審理が併合されたまま開かれた。

検察官は、本件を立証するための証拠として、丙の死体の鑑定書（上記第1の7）、金属バット（上記第1の5）、一〇〇〇万円の借用書及びB川の実況見分調書（上記第1の4）、D山中空き地の実況見分調書（上記第1の6）、血液の鑑定書（上記第1の12）、丁のKS（上記第1の9）、乙のPS（上記第1の13）その他必要な証拠を請求した。

乙及びその弁護人は、公訴事実を全部認め、検察官請求証拠すべてにつき、同意し又は取調べに異議はない旨述べた。

甲及びその弁護人は、公訴事実に対し、後記【甲の供述要旨】と同様の供述をして本件の主要部分を否認し、検察官請求証拠については、丁のKS及び乙のPSについて不同意、その余の証拠については同意し又は取調べに異議はないとの意見を述べた。

3 第二回公判期日

甲の第二回公判期日において、検察官請求証人丁の証

人尋問が実施された（適法な手続を経て実施されたものとする）。

検察官による主尋問の際、甲の弁護人は、以下のとおり、検察官の質問に対する異議を述べた。（以下、検察官の発言を「P」、弁護人の発言を「B」と略す）

……（略）……

P ご主人は、でかける際に、何かを持ってでかけましたか。

丁 はい。居間のたんすから借用書を取り出し、それを上着の内ポケットに入れていました。

P あなたは、その借用書の内容を見ましたか。

丁 はい、見ました。

P それが、甲を債務者、丙を債権者とする一〇〇〇万円の借用書だったのですね。

B 異議あり。誘導である。

P ①

……（略）……

P （取調べ済みの借用書を示し）あなたが見た借用書はこれですか。

B 異議あり。裁判長の許可を得ないで示すことは違法である。

P ②  
……（略）……

## 平成一九年度一学期試験問題

P ご主人は、借用書を持ち出す際に、あなたに何か

言っていましたか。

丁 「甲に一〇〇〇万円貸しているんだ。その件で  
ちょっと行ってくる。」と言っていました。

P ご主人は、甲から何かを言われたと言つていません  
でしたか。

B 異議あり。証人が直接体験していない、丙が甲から  
言われた内容につき、供述を求めるものである。

P (3)

…… (略) ……

P あなたは、ご主人が、何のために甲と一緒にでかけ  
るのだと思いましたか。

B 異議あり。意見を求めるものである。

P (4)

…… (略) ……

P 第三回公判期日

甲の第三回公判期日において、検察官請求証人乙の証  
人尋問が実施された（適法な手続を経て実施されたもの  
とする）。

乙は、検察官の主尋問において、乙のP.S（上記第1  
の13）の署名指印部分を示され、自己の署名指印である  
ことを認めたが、その余の質問については、「刑事さん  
や検事さんに述べたとおりです。それ以上のことは言い

たくありません。」と述べて、事件についても、取調べ状  
況に関する質問にも、なぜ答えないのかという質問にす  
ら答えなかつた。法廷には傍聴人が多数いたが、乙は、  
傍聴人の中に石橋組関係者がいるかどうかの質問にも答  
えなかつた。

乙は、弁護人の反対尋問にも、裁判官の質問にも全く  
答えず、そのまま証人尋問は終了した。

### 【丁の供述要旨】

昨日（二月一〇日）午後九時三〇分ころ、私の夫丙の知人  
である暴力団石橋組の組長甲が自宅に来た。私が玄関に出る  
と、甲のほか組員らしい男が一人いて、外に甲が乗ってきた  
らしい車が停まっており、甲が、「丙はいるか。」と言つたの  
で、甲を応接間に通して夫に取り次いだ。もうひとりの男は  
外で待つていた。

夫は応接間で少し甲らと話をしてから、奥の居間に入つて  
きて、居間のたんすから、何か取り出した。私が何だろうと  
思つて聞くと、夫は見せてくれたが、それは、一〇〇〇万円  
の借用書であり、金の貸し主として夫の名前が、借り主とし  
て甲の名前が書かれていた。夫は、その借用書を上着の内ポ  
ケットに入れると、「甲が、金を返すから一緒に来てくれと  
言うので、ちょっと行って来る。すぐに戻る。」と言つて甲と  
一緒に出ていった。夫から、甲に一〇〇〇万円を貸している  
と聞いたことはあったが、借用書を見たのはこの時が初めて

であり、借用書があるかのかどうかもそれまでは知らなかつた。

ところが、二月一一日午前零時を過ぎても夫が帰つて来ないでの心配になり、夫の携帯電話に何度もかけたが「電波の届かない場所にあるか、電源が入っていません。」というアナウンスが流れるだけで一向に通じなかつた。午前一時四〇分ころ、ようやく通じたと思つたら、夫は、焦つた様子で、「甲にやられた。逃げたがあいつらが追つてきている。すぐそこまで来ている。警察に連絡したいのだが、ここがどこか分からぬ。早く逃げないと捕まりそうだ。川に出た。もう川を渡るしかない。」と一方的にしゃべつて、そこで電話が切れた。すぐにかけ直したが再び繋がらなくなつた。夫の安否が心配で警察に連絡した。

#### 【甲の供述要旨】

丙と一緒に貸金業をすることになつていたので、二月一〇日の夜、話し合いをするために丙を呼び出し、C公園に行つた。

ところが、貸金業のやり方について、丙が勝手なことばかり言うので、腹が立ち、少し痛めつけてやろうと思い、車から降り立ち、丙にも車から降りるように行って降ろした後、金属バットを丙の腕を目がけて野球のスイングをするように振り、殴つた。丙は貸金業のパートナーだから、殺すつもりなどはなく、手加減をしたし、一回しか殴つていない。

今回押収された借用書は、確かに私と丙との間で作成した

ものである。ただし、私は丙に金を借りてはいない。私と丙とで開業資金を一〇〇〇万円ずつ出資することになつていたが、私の手元にはまだ資金が準備できていなかつたため、私が出資金一〇〇〇万円を後日支払うことを約束する意味で借用書を作成しただけで、丙から金を借りたのではない。

私が丙を金属バットで殴つたとき、乙は車から降りてそばに立つており、私が丙を殴るのを見ていたが、手出しはしなかつた。

私が金属バットで一回殴ると、丙は、「自分が悪かった。もう自分勝手なことは言わない。」と謝ってきたので、私は、気分が少し收まり、かと言つて車で送つてやるほどの気にもならなかつたので、丙をC公園に残して立ち去つた。その際、丙が瀕死だったということではなく、ピンピンしていた。

どうして、丙がB川の中で死んでいたのか、見当もつかない。

#### 【乙の供述要旨】

1 私は、平成一七年に石橋組の組員となり、組事務所で寝泊りしている。石橋組の組長は甲であり、武闘派と言われている人物である。

二月一〇日午後九時ころ、石橋組事務所で、甲から、「個人事業家の丙から一〇〇〇万円借りているが、最近、金を返せとうるさい。あんまりしつこいので、金なんかあるか、いい加減にしろ」と怒鳴りつけてやつたら、裁

## 平成一九年度一学期試験問題

判所に訴えると言いやがった。あいつなら、本当に裁判所に訴えるかもしれない。この際、丙を脅して借用書を

取り上げ、架空の領収証を書かせて、訴えようにも訴えられないようにしてやろうと思う。今から丙の家に行くから、車を運転してくれ。」と言われた。

2 暴力団では、組長の命令には絶対服従が鉄則であり、

私は甲の言いつけに従うこととした。私が車を出すと、甲は、金属バットを持って、後部座席に乗り込んだ。

午後九時三〇分ころ丙の家に着き、応対に出た丙の女房と思われる女性の案内で、甲は家中に入って行つた。

私は、家には入らず、外で待つていた。

しばらくすると、甲と丙とが連れ立つて出てきた。甲と丙とは後部座席に乗り込み、私は、甲の指示に従つて車を発進させた。

車内で、甲は、丙に「やつとでかい仕事が入つて金ができたんだ。今から金を取りに行く。行き先は、C公園の近くだ。すぐに済む。」などと言っており、丙は、上着のポケットから借用書らしい紙を取り出して眺めながら、「それは良かった。いつ返してくれるのかと待つていたんだ。あまり引き延ばすようなら、裁判に訴えようかとまで思つていた。」などと言つていた。

私は、甲の指示通りに車を走らせ、午後一〇時三〇分ころ、C公園の駐車場に車を停めた。

3 夜間のことであり、駐車場にも公園にも人気はなく、照明もほとんどなくて薄暗い状態だった。

甲は、駐車場に停めた車内で、突然、座席足元に隠してあった金属バットを取り出し、それを丙に見せながら、「お前、やくざもんに金を要求して、ただで済むと思つとるんか。金はあきらめて、借用書を渡せ。」と言い、さらに、市販の領収証用紙を見せて、「これに名前を書け。」と言つて脅した。それで、私は、事務所での話通り、甲が、丙を脅して借金を帳消しにしようとしていることが分かつた。

ところが丙は、「ふざけるな。金を返せ。」と怒鳴り、全く応じる気配はなかった。私は運転席に座つたまま、黙つて、このやりとりを聞いていた。

4 そのうち丙は、「俺は帰る。車を戻せ。」と言つ出した

が、甲は、「帰れるわけねえだろ。」と言い、私に「車を出せ」と命じた。私が車を発進させると、甲が道順を指示して、どんどんD山方面の深い山の中に入つて行つた。私は、甲が、借金の取り立てを諦めさせるため、山の中で、金属バットで内をぶん殴つてやきを入れるのだろうと思った。しかし、やくざの世界で飯を食つている私にとって、組長である甲の命令は絶対であり、もし、甲に逆らえば、石橋組を追い出されるだけでなく、私自身が追い込みをかけられ、半殺しの目に合つかもしれないし、

逆に、甲に認められれば、引き立ててもらい、この世界で出世することができるの、言われるとおりにした。

ただ、私は、甲が丙を殺すとまでは思っていなかつた。

5 しばらく走っているうち、人気のない山中の空き地に出た。甲が「停めろ」と言ったので、車を停めた。二月

一日午前零時ころになっていたと思う。

甲は、金属バットを右手に持ったまま車から降り、丙に「降りろ。」と言った。最初、丙は降りようとしたが、甲が私に「丙を降ろせ。」と言ったので、私が後部座席に入り込んで丙の背中を手で押し出すようにして、外に降りさせた。

丙が降り立つと、甲は、いきなり丙に「まだ金を取る気か。」などと怒鳴り、金属バットのグリップを両手で握って頭上に振り上げ、丙の頭部に振り下ろした。丙は左腕を額の上に挙げて防ごうとしたが、金属バットは左腕もろとも内の前頭部に当たり、丙は、その場に仰向けに倒れた。

ところが丙は、上半身を起こすと、なおも甲に、「俺一生かけて稼いだ金だ。絶対に返してもらうぞ。」と怒鳴り返した。すると甲は、「まだ言うか。」と怒鳴りながら、再び金属バットを頭の上まで振り上げてから丙の頭部めがけて力いっぱい振り下ろした。丙が地面に倒れるとき、また甲は、金属バットを振り上げ、もう一度、その

まま仰向けに倒れている丙の頭部めがけて振り下ろした。手加減する様子はなく、思い切り殴っていた。甲が三回目に殴った後、丙は倒れたまま全く動かなくなつた。そ

の間、私は、甲と丙から五メートルくらい離れた場所に立っていたが、甲の突然の激しい暴行と、その形相のすごさに圧倒され、何をする事も言う事もできず、呆然と成り行きを見守つていただけだった。

甲は、動かなくなつた丙に向かって、「あほか。死んだら金なんか取れんやろ。」と言つた。それから、金属バットで地面をたたき、「ここは、地盤が固いから埋めるのは無理だ。トランクに入れろ。」と言つた。私は、言われたとおり、甲と一緒に丙の体を抱え上げ、車の後部トランクに入れた。丙の死体を埋めにいくのだと分かっていたが、逆らう訳にはいかなかつたので、言われたとおりにした。丙の体はまだ温かかったが、全く動く様子がなかったので、私は、丙は死んでしまつたのだと思つていた。

6 車に乗り込み、甲の指示でしばらく走っていると、広い川に出た。それがB川だった。甲は、「この辺りはやわらかいんじゃないか。ここに埋めろ。」と言つた。あたりは真っ暗で、全く人気はなかつた。このころが午前一時ころだったと思う。

私は、後部トランクから丙を地面に降ろしたが、この

ときにも丙は全く動く様子がなかった。

車から少し離れた場所で、車に積んでいたスコップを使い、私と甲の二人で丙を埋めるための穴を掘った。二〇分くらい経つて、ちょうど人が一人入るくらいの穴を掘り終わり、丙の死体を取りに行くと、驚いたことに、丙はいなくなっていた。

甲は、「探せ。絶対に逃がすな。」と怒鳴り、二人で手分けして丙を探した。一〇分か三〇分くらいの間、川沿いの道を探したが、丙の姿は見つからなかつた。川幅は十数メートル位あり、流れも速く、真冬の夜で水が凍るほど冷たうなので、丙が対岸に渡つたとは思えなかつた。その川沿いの道の脇が深い林になつてゐるので、丙はその林の中に隠れているのだろうと思ったが物音もせず、真っ暗であり、懐中電灯も持つてきていたなかつたので、林の中から丙を見つけるのは無理だった。

甲が、「もういい。帰るぞ。あの体では遠くには行けない。どうせその辺で死ぬだろう。」と言い、その場から車で組事務所に向かつた。甲からは、「今日のことは絶対誰にも言うなよ。」と口止めされた。

7 午前三時ころ組事務所に戻つたら、警察が来ていて事情を聞かれた。

最初は、知らないと言ひ張つていたが、丙の家族が心配していることなどを聞かされるうちに、林の中で人知

れず死んでいるであろう丙の姿が脳裏をよぎり、少しでも早く丙の遺体を家族のところに返してやるのが人の道ではないかと思うようになつた。それで、刑事さんに本当のことを話し、丙を埋める穴を掘つた場所に案内した。その付近の川の中から丙の死体が見つかつたということが、私たちから逃げるために川に入り死んだのだろうと思うと、申し訳ない気持ちで一杯である。だから、刑事さんにも検事さんにも甲のことを含めて、私の知つていることは全部お話しした。

私自身が重い刑を受けることは覚悟している。ただ、甲のいる法廷で、今回の出来事について話すことはできない。甲や組を裏切るようなことをすれば、必ず復讐される。実際に、半殺しの目にあつた組員もいるし、私は田舎に年老いた両親がいるが、両親に危害を加えられないとも限らない。

そのことはわかつてほしい。

#### ▼リサーチ＆ライティング

嶋津裕介講師

新谷俊彦講師

高尾慎一郎講師

#### 平常点

#### ▼現代政治学

上川龍之進准教授

#### レポート試験

以下の二問すべてに解答しなさい。分量は、一問につき一

五〇〇～二〇〇〇字程度とする。なお、引用・参照文献は必ず明記しなさい。

問1・歴史的制度論（構造的制度論）と合理的選択制度論のそれぞれの特徴および問題点について、両者の違いが明確になるよう留意しながら説明しなさい。

問2・「因果的推論の根本問題」とは、どういう問題なのか。具体例を挙げて説明しなさい。

### ▼ネゴシエーション 1

野村美明教授  
大澤恒夫講師

#### レポート試験

(1) 交渉・仲裁日誌..毎日の授業で何が行われ、自分はいかに準備して何をしたか、何を感じたなどを、A4用紙一頁程度で記録し、期日までに整理して提出すること。

(2) 模擬交渉／仲裁の経過および結果報告レポート..交渉経過と結果だけではなく、必ず自分についての自己評価および相手方に対する評価を述べること。

(3) 最終課題..次のテーマについて述べたレポートを提出すること。各テーマについて、A4用紙二枚程度とし、別々に綴じるかファイル添付の場合は改貢しておくこと。  
テーマ1..この演習でのあなたの出来具合を自己評価し、今後よりよき交渉者となるための具体的方針を述べること。

テーマ2..この演習の評価および改善点を、説得的かつ具体的に述べること。

### ▼民事回収法3 出水 順教授

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

#### 【事例】

A株式会社はある商品のメーカーであるが、過去の投資の失敗と平成一八年暮れに大口取引先が倒産し売掛金が回収できなかったことから、債務超過となっていることはもちろん、資金繰りが極めて悪化していた。月末の決済資金はメインバンクからの一時的な繋ぎ融資に頼り、殆どの金融債務の約定

弁済は以前から延滞して、利払いだけをしているという状態であった。平成一九年五月末には、当該期日が満期である約束手形のうち、ジャンプ（期日延期）に応じてもらえたかった手形は何とか決済し、その他の手形や手形以外の大口取引先の買掛債務は支払を待ってもらつたが、メインバンクには、今後は新たな支援はできないと言われるにいたつた。

A株式会社の甲社長は、資金繰りのため、背に腹は代えられないとして、商品を製造するのに必要な最小限の機械を残して他の機械を売却することにし、平成一九年六月一〇日、以前から打診がありA株式会社の現況を知っているY株式会社に五〇〇万円で売却するにいたつた。この売却した機械はそれほど市場性の高いものではないが、その時価は一〇〇〇万円であった。

またA株式会社は、平成一八年一月一日に自社所有の土地に三〇〇〇万円の根抵当権を設定し、メインバンクとは別

のZ銀行から二〇〇〇万円を借り入れていたが、この二〇〇〇万円は返済期が平成一九年一〇月末なので未だ債務不履行にはなっていないものの、A株式会社の状況を見ていたZ銀行は、その後の追加融資に応じてくれなかった。この土地はうまく売れば二五〇〇万円、売り急いだ場合は二〇〇〇万円ほどと言っていたが、偶々二五〇〇万円で買つてもいいという買主が現れた。A株式会社の甲社長は、これを任意売却して資金繰りに使いたいと考え、Z銀行に対し、任意売却したい旨および二〇〇〇万円を返済でなくZ銀行に預金して、当該土地の根抵当権と預金との担保の差し替えをして欲しい旨を依頼した。平成一九年六月二〇日、Z銀行はこれに応じ、根抵当権を解放し、預金に質権を設定した。

しかし、A株式会社の行動に不信感を抱いていた債権者Bが、平成一九年六月二十五日、A株式会社に対する破産手続開始の申立をし、平成一九年七月一〇日、裁判所はA株式会社に対し、破産手続開始、破産管財人にXを選任する決定をした。  
 2 否認権行使の手続の流れについて説明しなさい。

3 Y株式会社に対する機械の譲渡が、売却でなく、A株式会社の債権者であるY株式会社（社長が甲社長の友人でA株式会社の現況を知っているとする）に対する五〇〇万円の代物弁済であった場合、破産管財人Xは、Y株式会社に對し、何を根拠にどういう主張ができるか。考えられるものすべてを挙げ、効果を含めて検討しなさい。

4 破産管財人XとしてはZ銀行に対する担保差し替えについて、それまでの経緯、時期、形式等から、どう評価（判断）すべきか（否認権が行使できるか）を検討しなさい。なお、本問に関しては利息のことは考えなくてよい。

#### ▼労働法演習……………山田長伸講師

平常点

#### ▼金融商品取引法……………末永敏和教授 レポート試験

ブルドックソース事件について、金融商品取引法および会社法の観点から、A4用紙五枚程度で、問題点を指摘し、私見を述べなさい。

#### 【設問】

- 1 破産管財人Xとしては、Y株式会社に対する機械の売却について、否認権を行使することを考えている。この場合、否認権行使の根拠およびどういう内容の請求をすることが考えられるか、考えられるものすべてを挙げ、また否認権を行使されたY株式会社の権利はどうなるかを示しなさい。