

憲 法

1. 本問は、大学の自治と学問の自由との関係、学問の自由の射程とその制約の可否について、問うものである。学問の自由については、学問研究の自由、研究発表の自由、教授の自由が含まれることについても、留意する必要がある。

決定①については、大学が進める研究方針に基づく研究助成の趣旨に合致しないことを理由とした、学問研究の自由の制約が問題となる。決定②については、大学の成績評価として著しく妥当性を欠くことを理由とした、教授の自由の制約が問題となる。決定①、決定②の双方について、大学が研究・教育の内容や方法に関し大学の自治に基づきどこまで自律的に決定できるのか、学問研究と関連する社会的活動にどこまで学問の自由の保障が及ぶのか、特定の見解（観点）に基づく差別的取扱いがなされていないかなどの論点に留意しつつ、議論を組み立てる必要がある。

2. 設問1では、X大学の側から、決定①、決定②が正当であることを基礎付ける憲法上の主張を検討することになる。大学が研究・教育の内容や方法に関し広い裁量権を有していると主張するだけでなく、X大学が大学の自治の主体となり得ることを踏まえ、そうした裁量権を憲法から基礎付けることが求められる。

判例（東大ポポロ事件、最判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁）は、大学の学問の自由と自治は、大学が学術の中心として深く真理を探究し、専門の学芸を教授研究することを本質とすることに基づくから、直接には教授その他の研究者の研究、その結果の発表、研究結果の教授の自由とこれらを保障するための自治とを意味する、と指摘している。判例は、大学の自治の内容として、研究者の人事、大学の施設・学生の管理を挙げているが、判旨を踏まえれば、さらに、大学が、個々の教員の研究・教育の自由に配慮しつつも、大学としてどのような研究に重点を置くかを決定したり、講義や成績評価が適切な範囲でなされているかを判断したりするなど、研究・教育の内容や方法について自律的に決定することも、大学の自治の内容を構成すると論じることは十分に可能であろう。

3. 決定①をめぐるのは、Yが、A研究所からの研究助成金を用いて研究所のサーバー上に開設しているウェブサイト、YやYが主宰する団体Cの政治的な性格を持った活動の様子を記録した動画を掲載していること、また、研究助成金を用いた調査のための出張に際し政治的な内容を含む講演を行ったことの評価が、問題となる。

X大学の側からは、まずは、(a) Yによるこうした活動は、学問の自由として保障される学問研究や成果発表の範囲を超えた社会的活動であって学問の自由の保障を受けない、といった主張をすることが考えられる。さらに、(b) これらが学問研究や成果発表と関連し学問の自由の保障を受けるとみる余地があるとしても、地域経済の振興に資する研究活動を支援するという研究助成金の趣旨に適合せず、また、(c) Yは他の研究資金を得るなどして研究活動を継続することも可能であるから、研究活動に対する制約も軽微であるなどと主張することもできよう。

決定②をめぐるのは、Yが、地域経済論の講義において、ブックレットの執筆者である団体Cの構成員をゲストとして招くとともに、学生に対して団体Cに加入するよう勧誘したこと、また、期末試験において、自身が主宰する団体Cに加入した学生にいずれも高い評価を与える一方、ブックレットの内容を批判した学生の多くに不合格の評価を行ったことが、問題となる。

X大学の側からは、まずは、(d) 大学教員には教授の自由が保障されるが、成績評価は教

員が全く自由になし得るわけではなく、また教授の自由に基づき授業内容だけでなく成績評価をめぐる裁量が認められるとしても、大学は大学の自治に基づき教育の内容・方法を自律的に決定することができ、教授の自由も大学が定める教育目的や科目編成等の方針の範囲内で行使されるべきものであるといった主張を行うことになる。その上で、(e) Yによる成績評価は、政治的観点に強く影響されており、学術的観点からなされるべき成績評価の範囲を明らかに逸脱していること、(f) 地域経済論は必修科目であり、以上のような不適切な成績評価により不合格となった学生の不利益が極めて大きいこと、などを主張することができよう。なお本問では、司法権の限界について論じる必要はないが、この分野において、単位認定や専攻科修了認定について判断した判例（最判 昭和52年3月15日民集31巻2号234頁、最判昭和52年3月15日民集31巻2号280頁）の考え方は、学生の不利益の大きさを論じる上で参考になる。

4. 設問2では、まずは、Yの側からの憲法上の主張を検討することになる。決定①をめぐっては、(ア) Yのような社会科学分野の研究者にとっては学問研究と研究成果に基づいた社会的活動を切り離すことは困難である、(イ) 学問研究と切り離すことができない活動を記録した動画を研究所のサーバー上のウェブサイトに掲載したこと、調査のための出張に際し交流のある団体の集会で講演を行ったことは、いずれも研究の自由や成果発表の自由に含まれる、(ウ) 決定①は翌年度に予定されていた研究活動を困難にするもので、研究活動の自由に対する重大な侵害に当たる、(エ) 決定①は経営審議会での学外委員の発言を考慮してなされたもので、X県の産業政策を批判するという特定の見解に着目してYの研究を差別的に取り扱うものである、といった主張が考えられる。

決定②をめぐっては、(オ) 教授の自由は教育の内容・方法の決定及び成績評価の自由を含み、そうした自由の行使について大学では教員に広い裁量が認められる、(カ) 講義も成績評価も研究成果に基づきなされている、(キ) X県の産業政策を批判する見解に対する否定的な立場から、団体Cに加入した学生への高い評価やX県の政策をめぐるYの主張に批判的な学生への低い評価を問題視し、Yの教授の自由を制約するものである、といった主張が考えられる。

5. 以上のようなYの主張を踏まえ、設問1でのX大学の主張も考慮しつつ、決定①、決定②について自説を展開することになる。

Yの主張のうち、決定①に関わる(ア)(イ)については、X大学側からの(a)(b)の主張も踏まえつつ、社会科学分野の研究者にとっては研究活動と社会的活動とを切り離すことが難しい場合もあることを考慮して、学問の自由の保障範囲を見定め、その制約の可否を論じる必要がある。決定②に関わる(カ)についても、X大学側からの(d)の主張を踏まえ、同様に論じる必要がある。

また、決定①・決定②の双方について、X大学が大学の自治の主体であることにも意識しつつ、学問の自由の制約を論じなければならない。県立大学であるX大学を公権力としてのみ捉え、公権力が精神的自由である学問の自由を侵害しているとして厳格な判断基準を導くといっただけの形式的・図式的な議論では不十分であろう。行政機関とは異なり、大学が研究・教育の内容や方法について自律的に決定し得ること、本来は学問の自由の保障のために認められる大学の自律性に基づく決定が、個々の研究者の学問の自由と対立する側面があることにも、留意しなければならない。

決定①に関する(ウ)については、学問の自由を論じる際には、今日の社会では研究者は学問の自由が保障された大学のような機関に所属しその支援を受けなければ研究の継続が難

しいという点にも留意してほしい。その上で、X大学側からの（c）の主張も踏まえつつ、決定①がYの研究にとってどの程度の制約となるのかを慎重に見極める必要がある。

決定②に関する（オ）については、判例（旭川学テ事件、最判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁）が、普通教育とは異なり、大学教育の場合には、学生が一応教授内容を批判する能力を備えていると考えられると指摘していることが参考になろう。Yが教育の内容・方法の決定や成績評価について広い裁量を有していることを踏まえつつ、X大学側の（e）（f）の主張にも留意して、学問の自由と社会活動の関係や学生の不利益にも配慮しながら、決定②の妥当性を検討することになろう。

（エ）（キ）については、事案も踏まえつつ、見解（観点）に基づく差別的な取扱いがなかったかを検討することになる。表現の自由をめぐる見解（観点）規制に準じて考えることができよう。研究助成という仕組みにおいては大学の裁量が認められるとみることもできるが、これまで研究員全員に一律に研究助成金が配分されてきたことにも留意し、決定①について検討する必要がある。

行政法

林地を開発して一定規模以上の事業場を設置するためには、森林法（以下「法」という。）第10条の2第1項に基づく都道府県知事の許可（以下「開発許可」という。）が必要となる。本問は、A株式会社（以下「A」という。）がB県C市に所在する自己所有地を中心とする区域を事業の用に供するための大規模な開発行為（以下「本件開発行為」という。）に関し、開発許可に係る申請前の段階から開発許可後の開発行為に関する工事の完了までの一連の行政過程の中で、C市や地域住民との間で生じる法的問題について検討するものである。

本問では、Aの申請に係る開発行為の許可を決定する審査段階で行われた、B県担当課長とB県法務室長（弁護士）との【検討会議の会議録】を読んで、地域住民や地権者が原告となって提起することが想定される取消訴訟の訴訟要件と本案の主張に関する法的問題のいくつかについて同法務室長の立場から検討することが求められる。

まず、【設問1】(1)は、Aの申請に係る開発許可の取消訴訟を第三者が提起する場合における原告適格の存否を問うものである。本問では、仮に、B県知事がAの開発行為を許可した後、開発区域内外の土地所有者で立木所有者であるEと、開発区域を水源とする沢（以下「本件沢」という。）に沿って本件開発区域外に居住する者で過去に溢水等による浸水被害を受けたことがあり、かつ、本件沢から取水した水を飲料水や生活用水として使用するFの2名が原告となって同許可の取消訴訟が提起されることを想定し、最判平成13年3月13日民集55巻2号283頁を参考にして、同訴訟におけるE及びFの原告適格の存否を問うものである。行政事件訴訟法第9条に基づき、法第10条の2等の規定を踏まえ、E及びFのそれぞれについて原告適格の存否を検討することが求められる。

次に、【設問1】(2)は、Aの申請時点では開発区域内の土地所有者であるEは本件開発行為に同意していなかったが、仮にEが同意に転じ、Fのみが前記許可の取消訴訟を提起した場合を想定し、同訴訟の係属中に本件開発行為に関する工事が完了した後においても、Fに訴えの利益が認められるかを問うものである。このような場合の訴えの利益はゴルフ場建設を目的とした開発許可の事例に関する最判平成7年11月9日集民177号125頁によれば否定されているが、その理由が必ずしも明確ではない。そこで本問では、建築確認の取消訴訟係属中に当該建築物の建築工事が完了した事例に関する最判昭和59年10月26日民集38巻10号1169頁を参考にしつつ、開発行為に関する工事の完了による開発許可の法効果など、法の仕組みを踏まえ、Fの訴えの利益が否定される理由付けを明確化し、検討することが求められる。

最後に、【設問2】は、B県知事がAの申請に係る許可をし、Fが同許可の取消訴訟を提起した場合を想定して、Fによる違法事由の主張とそれに対するB県の反論を問うものである。

開発行為の許可の判断に当たっては、開発区域内の森林の現に有する水源かん養機能に依存する地域における水の確保に著しい支障を及ぼすおそれがないこと（法第10条の2第2項第2号。以下「水確保要件」という。）のほか、森林の保続培養及び森林生産力の増進に留意する（同条第3項）旨の規定内容から、公益を考慮しつつ、専門技術的判断を基礎とする都道府県知事の裁量権が認められる。この点を踏まえ、【検討会議の会議録】からすると、同一許可の取消訴訟におけるFによる違法事由の主張とそれに対するB県の反論としては、以下の（i）～（iii）が考えられる。

まず、（i）Fの主張する違法事由として、Eの同意がない段階においてB県知事がAの申請に係る開発許可をした場合、森林法施行規則第4条第2号に規定する「相当数の同意」に関し、同知事が審査基準として自ら設定・公表しているB県林地開発行為の許可基準（以下「本件許

可基準」という。）第1－1－①を満たしていない旨の主張が考えられる。この点に関するB県の反論では、開発行為に関する許可につきB県知事に裁量権が認められることから、本問のように開発区域内における権利者が2者である場合、開発区域内でAの所有林が占める面積の割合をも考慮して許可することができるかに関して本問における事実関係に即した検討が求められる。

次に、(ii) Fの主張する違法事由として、C市水道水源保護条例に基づき規制対象事業場として認定（以下「本件認定」という。）されているから、本件許可基準第1－1－②を満たしていない旨の主張が考えられる。この点に関するB県の反論では、いわゆる紀伊長島町水道水源保護条例事件の最判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁を参考にしつつ、本件認定に至るプロセスなどの本問における事実関係に即した検討が求められる。その際、かつて市町村による土地の使用制限に関する処分が違法であると評価して開発許可をしたというB県の運用を踏まえた検討も求められる。

最後に、(iii) Fの主張する違法事由として、Aが設置を計画している貯水池の容量ではFの生活用水に不足が生じ、水確保要件と本件許可基準第4－1を満たしていない旨の主張が考えられる。この点に関するB県の反論では、Aが設置を計画している住民の生活用水確保のための貯水池に関して水確保要件及び本件許可基準第4－1の規定内容を踏まえ、Fが主張する規模の貯水池設置に関する技術的制約とそれに要する費用の問題等について検討することが求められる。

民法

1 設問 1 (1)について

- (1) 設問 1 (1)は、虚偽の外観を信頼して取引をした者の保護をどのような要件の下で図るかという問題に関する理解を問うものである。

設問 1 (1)においては、甲土地の所有権登記が A から B、B から C と順次移転しているが、B は無権利者であり、C が外観を信じて取引をした者として保護されるかが問題となる。虚偽の外観の作出・存続に本人の意思が直接には関与していない事例について、判例は、民法（以下「法」という。）第 9 4 条第 2 項と第 1 1 0 条の法意を重疊的に適用することによって、権利外観法理の伸張を図っている。本問の解答としては、この判例法理の趣旨を正確に理解した上で、本人の帰責性の程度を勘案しつつ第三者に求められる要件を論じ、本問に当てはめて結論を導くことが求められる。

- (2) まず、無権利者からの譲受人は権利を取得できないのが基本であるところ、判例は、虚偽の権利外観の作出・存続が所有者の意思に基づくとは評価される場合に法第 9 4 条第 2 項を類推適用し、登記の外形を信頼して無権利者と取引をした善意の第三者の保護を図っている。解答に当たっては、こうした本問の基本構造が提示されることが求められる。

なお、本問においては、代理権の存在についての信頼を保護することを趣旨とする法第 1 1 0 条の適用が問題となるわけではない。

- (3) 法第 9 4 条第 2 項が類推適用される要件である本人の帰責性が認められる場合としては、本人自らが虚偽の外観を作出したとき（外形意思対応＝外形自己作出型）や、虚偽の外観の作出が他人によるものであっても、本人がその存在を知りつつその存続を明示又は黙示に承認していたとき（外形意思対応＝外形他人作出型）が挙げられる。これに対し、本人が作出した虚偽の外観に他人の行為が加わって更なる虚偽の外観が作出されたが、本人がそれを知らなかった場合（外形意思非対応型）や、本人が他人を信用して交付した書類が濫用されて虚偽の外観が作出されるなど、本人が虚偽の外観作出の原因を与えていた場合（外形与因型）には、判例は、法第 9 4 条第 2 項と第 1 1 0 条の「法意」又は「趣旨の類推」により、善意無過失の第三者を保護するものとしている（最判昭和 4 3 年 1 0 月 1 7 日民集 2 2 巻 1 0 号 2 1 8 8 頁、最判平成 1 5 年 6 月 1 3 日判時 1 8 3 1 号 9 9 頁（以下「平成 1 5 年判決」という。）、最判平成 1 8 年 2 月 2 3 日民集 6 0 巻 2 号 5 4 6 頁【民法判例百選 I <第 8 版> 2 2 事件】（以下「平成 1 8 年判決」という。）。）。

- (4) 本問は、A は、B に対して抵当権抹消登記手続を委託しているものの、甲土地の所有権を B に移転させる意思は有していないことから、上記の「外形与因型」に該当する。「外形与因型」の事例への対処については、判例のように法第 9 4 条第 2 項と第 1 1 0 条の法意に照らし判断するもののほか、学説には、法第 1 1 0 条を持ち出さずに、法第 9 4 条第 2 項類推適用によるものとする見解や、「外形与因型」の事例は法第 9 4 条第 2 項類推適用の許容範囲を超えるものとして第三者保護を否定すべきとの見解もある。論拠が適切に示されているのであれば、判例とは異なる見解に依拠するのであっても等しく評価されるが、いずれの見解によるとしても、法第 9 4 条第 2 項類推適用が認められる事例の限界については言及がされるべきである。

- (5) 本問の解答としては、ここまで述べてきた法的論拠に関する議論を踏まえ、本人 A の帰責性と第三者 C の善意又は善意無過失の要件具備の可否を適切に判断することが求められる。平成 1 8 年判決は、虚偽の外観作出について権利者本人が知らなかった事案におい

て、権利者に不実登記を承認したと「同視し得るほど重い」帰責性がある場合に無過失の第三者が保護されるとした。本問においても、Cの無過失はもとより、Aの帰責性についても、その判断については相当の慎重さが求められる。

Aの帰責性に関しては、所有権移転登記手続に必要な書類をBに言われるまま交付していることが事実4に示されているものの、契約①の契約書がBの偽造によるものであることは重視されるべきである。所有権移転登記それ自体にAの意思的関与はなく、Bによって作出された外観を是正し得る契機も見いだせない。こうしたことからすれば、本問は、上記の平成18年判決の事案よりも平成15年判決の事案に類似しているといえる。法第94条第2項と第110条の法意に照らしても、Cに対抗し得ないとすべき程の帰責性がAにあるとは評価できず、Cに対する権利主張は妨げられないものと解される。ただし、Aの帰責性を是認する答案も、その論拠が説得的に示されていれば、相応に点を与える。

2 設問1(2)について

- (1)ア 設問1(2)は、Aが、甲土地をDとBに二重譲渡した事例であり、登記名義はAからB、BからCへと順次移転している。登記のない譲受人が自己の所有権取得を登記のある譲受人に対抗するための方途としてまず考えられるのは、登記を有する譲受人が背信的悪意者であるとの主張である。通説・判例によれば、法第177条にいう「第三者」には背信的悪意者は含まれず、登記がなくても物権の取得を対抗することができる（最判昭和40年12月21日民集19巻9号2221頁、最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁等）。自由競争の前提となる信義則に違反し、権利濫用法理に違背するような者は、自由競争の範囲を逸脱し、登記による保護を認められるべきではないからであるとされている。背信的悪意者の典型例としては、「不動産登記法第5条の第三者と類似する立場にある第三者」、「不動産取得の目的や方法が著しく信義に反する第三者」、「第1譲受人の不動産取得を害意をもって侵害しようとする第三者」、「譲受人と実質的に同一人格と判断される第2譲受人」などが挙げられる。

もともと、学説上は、悪意者排除論や有過失者排除論も有力であり、これらを論拠とする場合も、判例法理となっている背信的悪意者排除論への疑問を提示しつつ説得的に論じられていれば、同様に点を与える。

設問1(2)において、Bは、第1売買の事実を知り、またDへの第1売買を妨害する意図をもって自己への所有権移転、Cへの転売をしているため、上記の「不動産取得の目的が著しく信義に反する第三者」に該当し、背信的悪意者であると認定することができる。したがって、悪意者排除論に依拠する場合はもちろん、判例・通説のいう背信的悪意者排除論に依拠するのでも、Dは、甲土地について登記なくして自己の所有権取得をBに対抗ことができると解される。

- イ では、Dは、背信的悪意者からの転得者Cとの関係でも、同様に登記なくして所有権の取得を対抗することができるか。背信的悪意者からの譲受人は所有権を取得し得るのか、また、背信的悪意者としての地位を承継することにならないのかが検討されるべきこととなる。判例は、背信的悪意者につき相対的に判断をしており、第1譲受人との関係で登記の欠缺を主張できない背信的悪意者も所有権取得者であって、背信的悪意者から所有権を承継取得する転得者は、自身が第1譲受人との関係で背信的悪意者と評価されるのでない限り、登記を備えれば第1譲受人に対抗できるとしている（最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁【民法判例百選I＜第8版＞61事件】）。

本問では、事実11において、背信的悪意者Bからの譲受人Cが、Dへの第一売買（契約③）を知っていたものとされており、悪意であるということが出来るが、Dを害する意図がBにあったことまでは知らなかったというのであるから、背信的悪意者とはいえないものと解される。したがって、Dは、登記名義人が背信的悪意者であることを理由として、Cに対して、自己に所有権があることを主張し、自己への登記名義の移転を請求することはできない。

- (2)ア 次に、Aは、財産権移転義務・登記移転義務を負っているDを害することを知らながら、評価額よりも低い価額で、唯一のめばしい財産である甲土地をBに売却し、登記移転をしている。Dとしては、この売買契約が詐害行為に当たるとして（法第424条）、転得者Cに対し、法第424条の5に基づいて詐害行為取消権を行使することが考えられる。

本問において、DがAに対して有しているのは甲土地の引渡しや登記の移転を目的とする債権である。一般債権者の共同担保を保全するという詐害行為取消権の趣旨からすれば、被保全債権は金銭債権に限られるのではないか、この見地から、本問において詐害行為取消権の行使は認められないのではないかが問題となる。判例・通説は、特定物債権でも、債務者が目的物を処分することにより無資力になる場合なら、処分行為の取消しは認められるとしている（最判昭和36年7月19日民集15巻7号1875頁【民法判例百選Ⅱ＜第8版＞15事件】）。特定物債権でも窮極において損害賠償債権に変わることが、その理由とされる。

- イ 詐害行為取消権を行使するための要件としては、「債権者を害することを知ってした行為」「受益者の悪意」があり（法第424条）、転得者に対して行使するには、さらに「転得者の悪意」が要件として加わる（法第424条の5第1号）。本問においてこれら要件が具備されているかを事実即して確認することが求められる。

第1に、Aが債務超過状態に陥っていること、甲土地がAの唯一のめばしい財産であることが事実8に示されていること。また、事実7にあるように、甲土地の時価は4000万円であるところ、その半額で売却をしていること。以上より、契約④は詐害行為に当たる。第2に、事実9からすれば、Aに詐害意思があることも明らかであり、受益者Bの悪意も、同事実に示されているとおりである。第3に、事実11において、売買③の存在やAが無資力であることにつき転得者Cは知っていたことが示されているため、転得者の悪意の要件も満たされている。

以上より、本問では、Cに対する詐害行為取消権の行使は認められると解される。

- ウ 詐害行為取消権の行使によって、転得者に対してはどのような内容の請求が認められるか。法第424条の6によれば、債務者のした行為の取消しとともに、転得者が転得した財産の返還を請求することができる。Dは、転得者Cに対して債務者Aに登記を戻すよう請求することはできるが、直接自己に移転登記せよと請求することはできない（法第424条の9の反対解釈。最判昭和53年10月5日民集32巻7号1332頁【民法判例百選Ⅱ＜第8版＞16事件】）。

3 設問2について

- (1) 設問2は、賃貸不動産が債権担保を目的として譲渡された場合における法第605条の2第1項及び第2項の適用可能性を問うものである。事案は、対抗要件を備えた賃借権の負担が付いた不動産が債権担保の目的で譲渡され、その譲渡につき所有権移転登記がされた場合において、被担保債権の弁済期が経過した後、設定者の受戻権が存続する状態で、

設定者が賃借人に対して賃料の支払を請求した、というものである。設定者（譲渡人）FがHに債務αを弁済することなく、賃借人Gに賃料を請求したのに対して、Gが法第605条の2第1項に基づいて、Fは所有権とともに賃貸人の地位をも喪失したと主張して（下線部㉔）Fに対する賃料の支払を拒絶した場合に、Fからの反論として想定される根拠（下線部㉕㉖）の妥当性につき検討することが求められている。

- (2) まず、下線部㉔㉕㉖の各主張の根拠は次のとおりであると考えられる。

下線部㉔が法第605条の2第1項を根拠として、乙建物の所有権移転に伴って直ちに賃貸人の地位がFからHに移転したという趣旨を述べるものであることを示す必要がある。そのために、同項を摘示しつつ、下線部㉔の主張が、乙建物の所有権に伴って賃貸人の地位がFからHに移転したという趣旨を述べるものであること、乙建物に係るGの借家権が引渡しにより対抗要件を備えていること（借地借家法第31条）、乙建物が所有者FからHに譲渡されたことを指摘することが求められる。

次に、下線部㉕の反論の趣旨及び論拠を明らかにする必要がある。反論㉕は、契約㉔に基づく譲渡が債権担保を目的とする譲渡であり、譲渡担保は一般的に法第605条の2第1項の「譲渡」に当たらないから、賃貸人の地位はHに移転することなくFのもとにとどまるという趣旨を述べるものであることを指摘することが求められる。加えて、請求3の時点において債務αの弁済期が経過していること、契約㉔に基づく担保の実行が未了であり、かつHは乙建物を第三者に処分しておらず、Fの受戻権が失われていないことを確認することも必要である。

さらに、反論㉖が、法第605条の2第2項の類推適用により、賃貸人の地位がFに留保されるという趣旨を述べていることを指摘することが求められる。そのためには、①F・H間における乙建物の使用・収益に関する合意は賃貸人の地位をFに留保する趣旨を定めたものと解されること、②Fの設定者留保権に内包される利用権限は賃貸借に類比することができること、③Fの設定者留保権が担保の実行により消滅すると、賃貸人の地位が確定的に譲受人Hに移転することが予定されていることから、同項の類推適用の基礎があるという趣旨の主張であることを指摘する必要がある。

以上を踏まえて、Fの反論の当否を検討しつつ、請求3の可否について結論を述べることが求められる。その際、5月分と6月分との間で違いが生じ得るか、つまり債務αの弁済期経過が本問の検討において意味を持ち得るか、という点にも留意しなければならない。反論㉕は、契約㉔に基づく譲渡が法第605条の2第1項の「譲渡」に当たらないと主張するものであり、反論㉖は、上記の主位的主張が奏功しない場合に備えて、契約㉔に基づく譲渡が同項の「譲渡」に当たると仮定した場合の追加的主張であり、反論㉕を不当とする場合は反論㉖の当否を検討することが不可欠となる一方、㉕の反論を正当とする場合は、重ねて㉖の当否を論じる必要はない。

- (3) Fの反論の当否及び請求3の可否を論じるに当たっては、それに先立ち、法第605条の2第1項の趣旨を確認する必要がある。同項は、不動産の賃借権が対抗力を備えている場合、賃貸不動産の譲渡に伴い、特段の事情がない限り、当然に賃貸人の地位が譲渡人から譲受人に移転するものとした平成29年改正前民法下の判例法理（最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁）の趣旨を明文化したものとされている。その趣旨の理解については、（合理的）当事者意思の推定を根拠とするという説明が一般的になっているが、賃貸人の債務の性質、法律関係の複雑化の回避など、当事者意思の推定以外の説明が記載されていた場合も、その説得力に応じて相応に評価される。

(4) 譲渡担保においては、債権担保の目的の範囲内で所有権が譲渡担保権者に移転することを認める法律構成が定着しつつあるといえる（最判昭和57年9月28日判時1062号81頁）が、確定的な所有権移転と目的物の使用・収益権限との関係につき従来十分な議論がされているとはいえず、譲渡担保と賃貸人の地位の移転の関係について直接判断した最高裁判例は存在しない。よって、譲渡担保の法的構成に関する上記の昭和57年最判の法律構成に依拠する場合、反論④の当否に関しては、理論上、肯定・否定いずれの結論も導くことができる。検討に当たっては、純然たる所有権的構成ではなく、担保的構成に依拠する場合であっても、譲渡担保においては所有権移転という法形式が採られている以上、非占有担保・占有担保いずれの形態も対等に成立し得ることに留意すべきである。また、抵当権においても被担保債権の債務不履行後は果実に抵当権の効力が及ぶ（法第371条）とされていることとの均衡上、譲渡担保においても被担保債権の弁済期到来が譲渡担保権の実体法上の効力にどう影響するのか、特に目的物の処分権限についての制約が撤廃されること以上の変化がないと考えるべきか否か、といった点にも目配りがされることが望ましい。

(5) 次に、反論⑤の根拠とされる法第605条の2第2項は、賃貸不動産の譲渡人と譲受人との間における賃貸人の地位を譲渡人に留保する旨の合意の存在のみをもって譲渡人が賃貸人の立場にとどまり続けることができるとすれば、賃借人の法的地位を不安定なものにしてしまうから妥当でないとした平成29年改正前民法下の判例法理（最判平成11年3月25日集民192号607頁）を受けて、賃借人の法的地位の安定化を阻害しない範囲で、賃貸人の地位の留保合意の効果を認めるものである。そのために、譲渡人に使用・収益権限を留保することに加えて、譲受人との間の賃貸借契約の存在が求められている。譲渡担保契約の当事者間において、譲渡担保権者が設定者に目的物を賃貸するという法律関係は通常予定されていないため、同項前段が定める賃貸借契約の存在という要件を満たさず、同項を直接適用することはできないと考えられる。

もっとも、法第605条の2第2項は、賃貸不動産の譲渡にもかかわらず賃貸人の地位が移転しない場合を完結的に要件化しているわけではなく、同項の類推適用や趣旨の類推により、譲渡人への留保が認められるべき場合が存在し得ることを否定する趣旨まで含んでいないと考えられる。

(6) 請求3の当否を論じるに当たっては、契約⑦に基づく譲渡が、法第605条の2第1項の「譲渡」に当たるかどうかを検討する必要がある。一つの方向性として、同項の「譲渡」に当たるためには、目的物の確定的な所有権が譲渡担保権者に移転していることが必要であり、設定者の受戻権が存続する限りは、その趣旨が妥当しないという立論の方向性が考えられる（構成α-1）。他方で、所有権留保に関しては、担保目的で所有権を留保する売主は、被担保債権の弁済期経過後は、目的物の占有権限を取得し、目的物に関して必要となる管理行為を行うことができるものと解されている（最判平成21年3月10日民集63巻3号385頁）。このような考え方を譲渡担保にも推及し、「譲渡」は、目的物の所有権及び使用・収益の基礎となる占有権限を取得する必要があるが、それで足り、所有権が確定的に譲受人に移転していることまで要求すべきだと考える必然性はないという方向の立論も考えられる（構成α-2）。

(7) 以上のような法律構成に対して、債権担保目的での所有権移転も「譲渡」に当たると解した上で、乙建物に関する使用・収益権限に関するFH間の合意の効果として、賃貸人の地位がFに留保されるかどうかを検討するという方向性の立論もあり得る（構成B）。この

立場による場合、法第605条の2第1項の「譲渡」は所有権の移転があれば足り、それが債権担保目的でなされていれば十分であること、譲受人は、所有権の部分権能である使用・収益権限も観念的には取得した上で間接占有を取得し（譲渡担保は、抵当権と同様に非占有担保として扱われることが多いが、不動産譲渡担保に関しては、所有権移転登記を備えることにより、特段の事情がない限り、同時に占有改定の合意が認められ、譲受人は、目的不動産の（間接）占有を取得しているものと考えられる。）、賃借人に使用・収益させる義務を履行することが可能な状態にあることを指摘することが求められる。以上を踏まえて、反論⑦の可否を検討するに当たっては、まず、譲渡担保に関しては、典型担保（抵当権や質権）と異なり、使用・収益権限の帰属が当事者の合意に委ねられていること、次に、本件合意の内容を解釈し、同第2項の類推の可否を論じ、結論を述べる必要がある。

譲渡担保の場合、被担保債権の弁済期経過後であっても担保権の実行まで使用・収益権限を設定者Fに委ねる趣旨を内包しており、担保権者が担保の実行を遅らせることもしばしば見受けられる。本件においても、弁済期が経過した後もHが担保権を実行しておらず、第三者への目的物の処分もしていないことから、黙示的に期限の猶予がされ、5月分・6月分いずれの賃料もFに賃貸人の地位が留保された状態で発生したものと解するのが合意の趣旨に沿うとする立場があり得る（構成B-1-1）。他方で、本件合意は、債務αの弁済期経過によりHは債権担保目的に伴う制約である処分権の制約から解放され、担保権実行を待つことなく使用・収益権限を取得するものであり、5月分に関してのみ本件合意の効果に基づく賃貸人の地位の留保を認める考え方も成り立ち得る（構成B-1-2）。さらには、法第605条の2第2項の類推適用を否定する考え方もあり得る（構成B-2）。この立場からは、同第1項の原則に従い、賃貸人の地位はHに移転しており、反論⑦は妥当せず、請求3は5月分・6月分ともに認められない、という結論が導かれることになる。

4 設問3について

設問3は、被相続人が死亡前に同一の不動産について死因贈与契約を締結した後に特定遺贈を行っていた場合における、死因贈与契約の遺言による撤回（又は解除（以下では、「撤回」を用いるが、「解除」を用いる答案も「撤回」を用いる答案と同等に評価される。））の可否について、条文を踏まえた考察の能力を問うものである。

本問におけるMの請求は、契約⑧が死因贈与契約（法第554条）であって、Kの死亡によってそれが効力を発したことを理由に、Kの唯一の相続人として贈与者の地位を承継しているLに対し、契約⑧の履行を求めるものである。これに対するLの⑤の主張は、死因贈与契約には遺贈の規定が準用され（同条）、贈与者は遺言の撤回と同様に死因贈与契約を遺言によって撤回することができる（法第1022条・法第1023条）との論拠によるものである。Kが丙不動産をNに特定遺贈する遺言を行っているため、前の死因贈与契約が「後の遺言と抵触するとき」に当たり、死因贈与契約が撤回されたものとみなされることになる（法第1023条第1項準用）。

Lの⑤の主張の可否は、遺言に関する法第1022条及び法第1023条が死因贈与契約に準用されるか否か、法第554条が死因贈与契約に遺贈に関する規定が準用されるのは「その性質に反しない限り」としていることをどのように考えるかによって左右される。Mからの反論としては、遺言の撤回の規定を準用するならば、相手方との間で締結された契約を単独行為である遺言によって一方的に撤回できることとなり、相手方の利益を害するから、それらの規定の準用は死因贈与契約の性質に反し、認められない等の主張が考えられる。

この点について、判例は、死因贈与への遺言の撤回の規定（法第1022条、法第102

3条)の準用を原則として肯定しつつ(最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁)、負担付死因贈与において負担が履行されている場合における類型的な例外(最判昭和57年4月30日民集36巻4号763頁)及び死因贈与の動機や内容等に照らして撤回を否定することが相当と認められる場合における個別事例に即した例外(最判昭和58年1月24日民集37巻1号21頁)を認める立場であるものと一応まとめることができるが、判例の立場をどのように捉えるかは見解が一致しているわけではない。

学説には、準用肯定を原則とすることに批判的な見解が多いが、死因贈与契約と遺贈との共通性を強調する準用肯定説も有力であり、準用の可否を論じるのではなく個々の事案における具体的な諸事情の総合的な考慮によって撤回が認められるかどうかを判断すべきとする説もある。

本問では、第1に、死因贈与契約について遺言の撤回の規定の準用の可否が問題になるという基本的な理解を有することを前提に、第2に、条文の文言を踏まえつつ、契約の相手方の保護と死亡後の財産の処分に係る被相続人の最終意思の尊重との調整をどのように行うかについて検討し、結論を示すことが求められる。その際、第2については、上記のとおり、判例の立場の捉え方も、学説上の見解も、必ずしも一致した状況にあるわけでないことから、判例の知識があれば相応の評価が与えられるものの、判例の知識の有無にかかわらず、上記の調整についての考察を立ち入って行うことができているかどうかが問われる。

商 法

- 1 本問は、公開会社でない株式会社において、①取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともに取締役選任議案が否決されたという一連の経緯によって取締役の地位を失った者が会社に対して損害賠償請求をすることの可否（設問1）、②親会社の圧力の下でいわゆるデュー・ディリジェンスを行うことなく事業を譲り受けたことに関する取締役の任務懈怠責任（設問2）、③事業を譲渡した会社（譲渡会社）の商号の一部が含まれている商標を使用した場合における事業を譲り受けた会社（譲受会社）の責任（設問3）を問うものである。いずれについても、会社法上の重要な制度や判例に関する基本的な理解を前提に、問題点を適切に分析した上で、具体的な事実関係に応じて結論を導き出すことができるか否かを問うものである。
- 2(1) 設問1においては、Dが甲社の取締役の地位を失ったことが実質的な解任であると考えていることを踏まえると、Dとしては、まず、甲社に対して会社法第339条第2項の規定に基づいて損害賠償請求をすることが考えられる。本問では、取締役の任期を短縮する定款変更がされるとともに取締役選任議案が否決されたにすぎず、Dが解任されたわけではないことから、そのことを指摘した上で、同項の規定の類推適用又は適用をすることができるか否かを検討することになる。なお、そのような検討をする前提として、取締役の任期を短縮する定款変更が行われた場合における在任中の取締役の任期について言及することができると、なお望ましい（例えば、取締役の任期を短縮する定款変更が行われた場合には、定款変更の効力が発生した時点において在任している取締役の任期も短縮されると解され、本問のDは、短縮後の任期が既に経過しているので、定款変更がされた時点で取締役の任期が満了したことになると言及することが考えられる。）。
- (2) 会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用を検討する場合には、同項の趣旨を踏まえつつ、類推適用の基礎は何であるか、何をもちて実質的な解任であると評価するかを意識した検討をする必要がある。すなわち、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことを対象とする、取締役選任議案を否決したことを対象とする、その双方を対象とするといった様々な考え方があり得るが、いずれの考え方によるにせよ、どのような行為についての正当な理由の有無が問題になるのか、損害としてどのような主張をすることができるのかといった問題にも関連することから、類推適用又は適用の対象とそれ以外の部分についても一貫した論述が求められる。
- (3) 正当な理由の有無については、判例（最判昭和57年1月21日集民第135号77頁参照）等を踏まえ、取締役でもあり、株主でもあるAらとの間で経営方針をめぐる意見が対立していたなどの本問における事実関係を適切に分析した上で論じることが求められる。なお、正当な理由の有無を検討するに当たっては、会社法第339条第2項の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識して検討することができると望ましい。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、「信任を得る機会を多くし、取締役の業務に緊張感を持たせたい」という定款変更議案の理由の本事案における当否についても検討をすることなどが考えられる。
- (4) 損害については、Dの立場から考えられる主張とその当否を検討することが求められているのであるから、Dが変更前の定款に定められた任期を満了するまで取締役を務めたいと考えていたことを踏まえると、まずは変更前の定款に定められた任期が満了するまでの

期間の報酬相当額に関する主張とその当否を検討し、それが認められないとする場合には、慣例となっていた4年の任期が満了するまでの期間の報酬相当額が認められるか否かを検討することなどが考えられる。そして、その当否を検討するに当たっては、会社法第339条第2項の類推適用又は適用の対象をどのように考えるのかについても意識して検討する必要がある。例えば、取締役の任期を短縮する定款変更をしたことではなく、取締役選任議案を否決したことに対して同項の規定を類推適用又は適用すべきであるという考え方による場合には、変更後の任期以上の期間の報酬相当額を損害として主張することは困難となるはずであるが、そのような理論的な関係も踏まえた検討をすることが求められる。

- (5) 会社法第339条第2項の規定の類推適用又は適用以外の法律構成もあり得るところではあるが、いずれにしても、会社に対する損害賠償請求の可否が問われていることを踏まえた上で、本問の事実関係を適切に分析した上で論じることが求められる。なお、設問1では、定時株主総会の招集の手続及び議事は適法であったものとされていることから、これに反する法律構成（例えば、株主総会の招集の手続等が法令等に違反することを理由とする株主総会決議の取消しを前提として報酬相当額の損害賠償請求をすることなど）を採用しても評価はされない点に留意する必要がある。

- 3(1) 設問2においては、事業譲渡の譲受会社である戊社の少数株主であるJとしては、その代表取締役Gが親会社である甲社の代表取締役Aの圧力の下でデュー・ディリジェンスを行うことなく高値で事業を譲り受けたことについての任務懈怠責任を問うことが考えられるところであり、会社法第423条第1項が定める要件に沿って検討することが求められる。

- (2) まず、Gの義務違反の有無については、①通常であれば、いわゆる経営判断原則が妥当し得るところ、甲社が戊社の親会社であるという関係に着目し、以下に述べるような利益相反関係が存在することを指摘した上で、Gの善管注意義務又は忠実義務違反の有無を判断する基準を提示し、②本問の事実関係の下でデュー・ディリジェンスを行う必要性がどの程度あったかなどを踏まえて検討することが求められる。

①の検討においては、甲社が戊社の総株主の議決権の60パーセントを有する親会社であり、本件事業譲渡が、親会社である甲社の利益にはなるものの、戊社の利益にはならないおそれがあるとともに、戊社には、親会社である甲社だけではなくJをはじめとする少数株主が存在することから、構造的な利益相反が生じる可能性があることを考慮するとともに、Gは、親会社である甲社の代表取締役Aから取締役として再任されない可能性があることを示され、甲社の利益のために戊社にとって不利な事業譲渡を進めるように圧力をかけられており、具体的な利益相反が生じていたことを考慮した上で、どのように義務違反を判断するのかについて検討することが求められる。

また、②の検討においては、戊社の取締役であるHが銀行や弁護士に確認して、デュー・ディリジェンスを行う必要性が高いことを認識し、このことをGに指摘していたという経緯等に言及した上で、本件事業譲渡契約を締結するに当たってはデュー・ディリジェンスを行う必要性が高いことを指摘しつつ、Gとしても、甲社の利益のみを考えていたわけではなく戊社を含む甲社を中心としたグループ全体の利益を考えていたこと、戊社にとって甲社は重要な取引先であることなども踏まえた上で、それでもデュー・ディリジェンスを行わずに本件事業譲渡契約を締結したことが善管注意義務又は忠実義務に違反すると評価することができるか否かを説得的に論じることが求められる。

- (3) 次に、損害については、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったのか、そ

れともデュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったのかのいずれの立場を前提とするのかにもよるが、いずれの立場によるにせよ、自己の立場と整合的な論述をすることが求められる。例えば、そもそも本件事業譲渡契約を締結すべきではなかったと考える場合には、本件事業譲渡契約の対価の額から本件事業譲渡に係る評価損計上後の資産の額を控除した残額にその後に計上した負債の額を加えたものを損害とすることが考えられるし、デュー・ディリジェンスを行った上で公正な対価で本件事業譲渡契約を締結すべきであったと考える場合には、本件事業譲渡契約の対価の額から公正な対価の額を控除した残額を損害とすることなどが考えられる。

- 4(1) 設問3においては、乙社から事業を譲り受けた戊社が、乙社の商号の一部である「乙」が含まれている登録商標Pを使用している場合において、乙社の債務を弁済する責任を負うか否かが問われている。本問において、乙社の事業を譲り受けた戊社の責任の有無を検討するに当たっては、まず、会社法第22第1項の規定を適用することが考えられるが、本問では、戊社が乙社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないことから、そのことを指摘した上で、同項の類推適用をすることができるか否かを検討することになる。
- (2) 会社法第22条第1項の規定の類推適用を検討するに当たっては、譲受会社が、譲渡会社の商号そのものを引き続き使用しているわけではないものの、その使用する登録商標に譲渡会社の商号の一部が含まれているという本問の事情に着目し、同項の規定の趣旨を踏まえ、譲渡会社の商号の一部が含まれている商標を使用した場合にも同項の規定の類推適用をすることができるか、できるとする場合にはどのような要件が求められるのかを論じた上で、本問の事実関係の下で同項の規定の類推適用をすることができるか否かを検討することが求められる。その際には、商号が事業主の表示であることを踏まえつつ、商号と商標の異同、乙社における登録商標Pの意味と戊社による登録商標Pの利用方法、戊社に対して乙社の残債務の弁済を求めている者が銀行であることなどの事情を意識しつつ、説得的に論じることが求められる。例えば、登録商標Pは、商号ではないものの、乙社の商号の一部である「乙」を含むものであり、消費者には譲渡会社である乙社を示すものとして受け取られていたことを指摘しつつ、乙社が登録商標Pを使用した商品を消費者等に対して直接販売することはなかったものの、戊社が、本件事業譲渡後に、その店舗の入口に登録商標Pを描写した看板を掲げたり、ウェブサイトに登録商標Pを掲載したりするなどした上で、乙社が製造していた商品と重複する商品を製造販売して消費者等に直接販売していたことなどから、譲受会社である戊社が譲渡会社である乙社の債務を引き受けたかのような外観が作出されたものと評価し得るか否かを検討することなどが考えられる。なお、本問においては、乙社が戊社に日用品製造販売事業を譲渡したことが事業の譲渡に当たることは明らかであるから、事業や事業譲渡の意味等を詳細に論ずる必要はない。
- (3) 会社法第22条第1項の規定の類推適用のほかには、会社法第23条の2第1項の規定により詐害事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求をすることや、会社法第23条第1項の規定により債務引受広告をした譲受会社の責任に言及することなども考えられるが、いずれにしても、本問の事実関係を適切に分析した上で論じることが求められる。

民事訴訟法

本問は、令和3年4月20日、Xが、その所有する建物の一部（以下「本件事務所」という。）につき、平成30年5月21日設立の会社である甲（商号「株式会社Mテック」）との間で締結した賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）の終了に基づき、「株式会社Mテック」を被告と表示して本件事務所の明渡しを求める訴えを提起した（以下、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」という。）ところ、本件訴訟の提起前である令和3年4月2日、甲の代表者Aが、甲の商号を「株式会社Mテック」から「株式会社Gテック」に変更し、甲の代表取締役としてAの配偶者Bを就任させ、商号の変更等の登記をした一方で、自身を代表取締役とし、商号を「株式会社Mテック」とする乙という会社を新たに設立し、設立の登記をしていたことに加え、Xが訴状の附属書類として添付した代表者事項証明書には「株式会社Mテック」の設立年月日の記載がないため、乙を甲と誤認したまま本件訴訟を提起していたという事案を素材としている。この事案について、①原告が請求の原因として主張した本件賃貸借契約締結及びその解除の事実等を被告が認めたことを踏まえて口頭弁論が終結された後、Aから口頭弁論の再開が申し立てられ、被告と表示された乙はXと賃貸借契約を締結していない等として自白の撤回が主張された場合における当事者の確定の基準及び自白の撤回を主張することの当否の検討（設問1）、②本件訴訟の被告が乙であることを前提とした場合に、Xが甲を被告として追加する主観的追加的併合を申し立てる際に留意すべき4つの問題点の検討（設問2）、③本件訴訟の被告が乙と確定され、Xが甲を被告として本件賃貸借契約の終了に基づき本件事務所の明渡しを求める訴えを提起した場合において、甲が本件賃貸借契約には賃料支払猶予の合意（以下「本件合意」という。）があることを理由に解除することができないと主張し、その証拠として提出された本件合意を記録した電子ファイルを保存したUSBメモリの取調べを書証によってすることができるとの論証（設問3）をそれぞれ求めるものである。

まず、設問1の課題1では、当事者の確定の基準に関する種々の見解から、被告を甲と確定し得る見解と乙と確定し得る見解をそれぞれ一つ取り上げ、これらの見解に従えば被告を甲又は乙と確定し得ることを実際に論証することが求められている。甲は訴状に現れていないため、被告を甲と確定することができる見解としては、例えば、意思説が考えられ、この見解によるならば、この見解が、原告の意思に着目するものであることを指摘した上で、Xが甲を被告とする意思であったことを、訴状の記載等に言及しつつ、説得的に論証することが求められる。次に、被告を乙と確定することができる見解としては、例えば、行動説が考えられ、この見解によるならば、この見解が、被告らしく行動した者は誰であるかに着目するものであることを指摘した上で、実際に訴訟追行をしたのは乙の代表者Aであることに言及するなどして被告らしく行動したのは乙であることを説得的に論証することが期待される。

次に、設問1の課題2では、被告を乙と確定した場合に、第2回口頭弁論期日において乙（代表者A）が請求原因事実を認める旨を陳述したことにより裁判上の自白が成立したことになるか、仮に自白が成立したとして、再開後の第3回口頭弁論期日における自白の撤回が許されるかどうかの検討が求められる。課題2の前半部分では、裁判上の自白の成立要件を明らかにした上で、乙（代表者A）の上記陳述について要件該当性を検討することが求められる。課題2の後半部分では、裁判上の自白が成立した場合には、原則としてその撤回が禁止されることを踏まえ、例外として自白撤回が許される場合を明らかにすることが期待される。本件において問題となる自白撤回の要件としては、自白した事実が真実に反し、かつ、自白が錯誤に基づくことが証明されたことが挙げられるが、個々の要件につき、反真実を錯誤よりも重視する見解、

また、錯誤を反真実よりも重視する見解が主張されていることに鑑み、撤回要件の当てはめに先立ち、自白撤回の要件をどのように構成するかを理由付けとともに明らかにすることが期待される。この理由付けができていない限り、自白撤回の要件をどのような見解に従って構成したかによって評価に差を設けることはない。当てはめにおいては、自らが採用した見解に従い、乙（代表者A）による自白撤回の可否を検討する必要があるところ、反真実については、本件賃貸借契約の締結当時、賃借人は「株式会社Mテック」こと甲であるから、Xと乙との間で賃貸借契約が締結された事実はないことに言及する必要がある。他方で、錯誤については、乙（代表者A）は、請求原因事実を認める旨を陳述した際、本件賃貸借契約の賃借人が乙ではないことを知っていたことに言及する必要がある。

設問2では、本件訴訟の被告が乙と確定されることを想定し、Xが甲に対する給付判決を得る上で便宜な手段として主観的追加的併合の申立てがあるところ、最判昭和62年7月17日民集41巻5号1402頁が主観的追加的併合を認めた場合の問題として主に4点を指摘していることを踏まえ、Xによる主観的追加的併合の申立てが認められるような立論を上記4点を踏まえて検討することが求められている。第1に、新たな当事者に対する別訴に対し、旧訴訟の訴訟状態を利用することができ、それが訴訟経済に資する旨の立論については、Xが乙を甲と誤認して旧訴訟（X乙間の訴訟）に提出した資料は、本来甲に対する新訴訟（X甲間の訴訟）において提出すべきであったことを踏まえ、甲と乙はたとえ別法人であっても、それはAがXに乙を甲と誤認させるように図った結果であるから、信義則上、旧訴訟において形成された乙に不利な訴訟状態が弁論の併合を通じて新当事者が引き継ぐことを甲は拒否することができないのではないか、といった点に言及することが期待される。第2に、主観的追加的併合を認めることにより全体として訴訟が複雑化するという弊害は予測されない旨の立論については、旧訴訟では請求原因事実について乙が自白しているところ、弁論の併合の結果、この訴訟状態が新訴訟に引き継がれることにより、裁判所は事案全体を統一的に把握することができるようになるから、必ずしも訴訟が複雑化するという弊害は生じないのではないか、といった点に言及することが期待される。第3に、主観的追加的併合を認めても軽率な提訴等を誘発するおそれはない旨の立論としては、Xが乙を甲と誤認した主な原因が、甲の商号変更、乙の設立及び甲の旧商号の使用等のAによる一連の行為にあることから、Xは被告の誤認について帰責性が乏しいため、この事案において主観的追加的併合による被告の追加を認めたからといって、必ずしも軽率な提訴は誘発されないのではないか、といった点に言及することが期待される。第4に、主観的追加的併合が訴訟の遅延を招来しない旨の立論としては、例えば、主観的追加的併合の申立ては、甲を被告に追加するXの申立てを伴うところ、追加された甲に対して防御の機会を保障するには新たな期日を設ける必要がある以上訴訟手続の遅延は生じるが、そもそも訴訟手続の遅延はそれが著しい場合に限り不適法となることに鑑みると（民事訴訟法（以下「法」という。）第143条第1項ただし書の類推）、甲を被告に追加する旨をXが申し立てた時期は第1審手続の係属中であり、旧訴訟の訴訟状態が引き継がれることなどからすれば、著しい訴訟遅延が生じるおそれはないといった点に言及することが考えられる。

設問3では、Xが、甲を被告として、本件賃貸借契約の終了に基づいて提起した、本件事務所の明渡しを求める訴えに係る訴訟手続において、第1回口頭弁論期日に出頭した甲の代表者Bが証拠として提出したUSBメモリが、「情報を表すために作成された物件で文書でないもの」（法第231条）に該当し、書証により取り調べることができることの論証が求められている。設問3の課題前半部分では、「文書」の定義を明らかにした上で、USBメモリが「文書でないもの」に該当することの論証が求められる。文書は、「文字その他の記号を使用して人間の

思想、判断、認識、感情等の思想的意味を可視的状态に表示した有形物」(大阪高決昭和53年3月6日高民集31巻1号38頁)のように定義されることから、このような文書の定義に照らして、USBメモリが文書に当たらないことを論証することが期待される。設問3の課題後半部分では、USBメモリを録音テープ等と同様に取り調べることが許される理由の検討が求められる。ここでは、証拠方法の一つとしての書証がどのようなものであるかを明らかにした上で、法第231条においては、USBメモリのようなコンピュータ用の電磁的記録媒体が例示されていないことに留意しつつ、USBメモリに保存された電子ファイルは、適切な出力装置によってこれを閲読可能な状態にすることができる限り、これを閲読し、その結果を証拠資料にすることができることに言及する必要がある。

刑 法

本問は、設問1で、Aが盗んだB所有のバイク（以下「本件バイク」という。）の保管をAから依頼された甲が、甲宅のシャッター付きのガレージに保管していた本件バイクを、Aを困らせるため、甲宅から約5キロメートル離れた場所にある甲の実家の物置内に移動させて隠した行為について、甲に横領罪（刑法第252条第1項）の成立を認める立場から、(1)甲は、Aに頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」（同項）すれば横領罪が成立する、(2)甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」（同項）に当たるといふ各主張がなされた場合のそれぞれの当否を検討させ、設問2で、Aと口論になり公園に呼び出された甲が、Aの前に姿を現せば、Aから殴る蹴るなどの暴力を振るわれる可能性が極めて高いだろうと考え、包丁を準備して同公園に出向いたところ、同公園に現れたAから拳で殴られそうになったため、自らも包丁をAに向けて突き出すなどしたが、その様子を目撃した乙が、Aが甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思い込み、甲を助けようと考えて、Aの背後から、持っていたサバイバルナイフ（以下「本件ナイフ」という。）をAの右上腕部に突き刺し、Aに加療約3週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせた行為について傷害罪の成否を検討させ、さらに、その後、乙が、Aから蹴り付けられて本件ナイフをその場に落とし、更にAから追い掛けられて逃げ出したところ、進路前方の道路脇に、飲食物の宅配業務に従事していたDが一時的に停めていた原動機付自転車（以下「本件原付」という。）を見付け、本件原付を使ってAの追跡を振り切り、安全な場所まで移動したら本件原付をその場に放置して立ち去ろうと考え、Dに無断で本件原付を発進させてAの追跡を振り切った行為について窃盗罪の成否を検討させ、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。

設問1について

- (1) 甲は、Aに頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」すれば横領罪が成立するとの主張の当否について

横領罪は、自己の占有する他人の物を横領したときに成立するところ、本件バイクは、Bが所有する「他人の物」であり、これを甲が自宅のガレージに保管して事実上支配していたのであるから、甲が「他人の物」を占有していたことは明らかである。

もっとも、横領罪における「占有」は、他人からの委託信任関係を原因とするものであることを要するところ、本件バイクは、AがBから盗んだ盗品であり、甲は、その情を知らなかったものの、客観的には窃盗犯人であるAから盗品の保管を委託されたものであったことから、設問1(1)の主張は、このような窃盗犯人からの委託に基づく場合でも本罪の「占有」に当たると解することが前提となっている。そこで、設問1(1)においては、窃盗犯人からの盗品の保管の委託を保護することの当否が問題となることを示した上で、その当否及び根拠を論じる必要がある。

設問の主張の正当性を肯定する立場からは、窃盗犯人からの盗品の保管の委託が保護に値する根拠として、a.窃盗罪において窃盗犯人の占有も保護されていることとの均衡上、横領罪においても窃盗犯人との委託信任関係は保護されるとの説明等が考えられる。

他方、設問の主張の正当性を否定する立場からは、窃盗犯人からの盗品の保管の委託が保護に値しないとする根拠として、b.委託の内容は、客観的には盗品の保管の委託であり、盗品等保管罪を構成する行為であるところ、委託の内容が犯罪を構成する場合には、委託関係

の要保護性を否定すべきであるとの説明や、c.横領罪の委託関係は所有者又は所有者から権限を与えられた者と行為者との間において必要であるから、正当な権限を与えられていない窃盗犯人からの委託関係を横領罪に必要な委託と認めるべきではないとの説明等が考えられる。

- (2) 甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」に当たるとの主張の当否について

甲は、Aを困らせるため、Aに無断で本件バイクを隠匿したものであり、かかる行為は、Aからの委託の趣旨に反する行為とは評価できるものの、バイクの効用に基づいて利用処分したものとは評価できない。設問1(2)の主張は、このような物の効用に基づいた利用処分とはいえない隠匿行為も「横領した」に当たると考える立場に立つことが前提になっている。そこで、設問1(2)においては、「横領した」というため、物の効用に基づく利用処分をすることを不要とすることの当否が問題となることから、かかる問題の所在を示した上で、その当否及びその根拠等を論じる必要がある。

物の効用に基づく利用処分をすることを不要とする立場からの説明としては、a.横領行為とは、委託の趣旨に反する権限逸脱行為であるとの説明（越権行為説）や、b.横領行為とは、不法領得の意思を発現する行為である（領得行為説）とした上、横領罪における不法領得の意思とは「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」であり、目的物をその効用に基づいて利用、処分する意思までは不要であるとの説明等が考えられる。なお、判例は、領得行為説に立ちつつ（最判昭和27年10月17日集刑68号361頁等）、不法領得の意思の内容につき、b説と同様の説明をしている（最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁等）。

他方、物の効用に基づく利用処分をすることを必要とする立場からの説明としては、c.領得行為説に立ちつつ、横領罪における不法領得の意思の内容として、窃盗罪など他の領得罪と同様に、毀棄罪との区別として、客体を何らかの用途に利用、処分する意思が必要であり、客体を専ら隠匿する行為は不法領得の意思を発現する行為とはいえないなどの説明等が考えられる。

設問1は(1)(2)いずれについても、自説の論拠や他説への批判などを踏まえつつ、各主張の当否を論ずることが求められる。

設問2について

- (1) 乙がAを刺突して傷害を負わせた行為について

乙は、Aが甲を殴打しようとしていたところを偶然目撃し、Aが甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思い込み、甲を助けようと考え、Aの背後から、本件ナイフでAの右上腕部を突き刺し、Aに傷害を負わせている。乙の行為は、有形力の行使によりAの生理的機能に障害を与えており、また、乙は少なくとも暴行の故意に基づいて同行為に及んでいることから、傷害罪の構成要件に該当することは明らかである。

もっとも、乙は、甲を助けるため、Aの右上腕部を本件ナイフで突き刺したものであるから正当防衛が成立する余地があるが、被侵害者である甲は、Aからの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいる。そこで、乙の正当防衛の成否を検討するに当たっては、正当防衛状況を基礎付ける侵害の急迫性が認められるか否かが問題となるところ、本事例では、被侵害者と防衛者が同一でないことから、いずれを基準に侵害の急迫性を判断すべきかとの問題の所在を示しつつ、根拠とともに自らの立場を示し、それに基づいて侵害の急迫性を検討する必要があります。

刑法第36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものであるところ、侵害の回避が十分に可能であるのに積極的な態度で侵害に臨んだ者は、侵害にあえて身をさらすことでそれを受け入れているのでその侵害に対する要保護性を欠き、刑法第36条の趣旨が妥当しないと考えれば、正当防衛を否定すべき事情は専ら被侵害者を基準として判断されることとなる。そして、本事例において、被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を検討する場合、甲は、Aからの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいることから、最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁が指摘する事情を踏まえつつ、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討することとなろう。すなわち、当該判例は、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性、⑥侵害場所にとどまる相当性、⑦対抗行為の準備の状況、⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑨行為者が侵害に臨んだ状況、⑩その際の内容意等々を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど、前記刑法第36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には侵害の急迫性の要件を充たさないとすると、甲は、高校時代にAと同じ不良グループに所属しており、Aが短気で粗暴な性格であり、過去にも怒りにまかせて他人に暴力を振ったことが数回あったと知っていたこと、Aの前に姿を現せば、Aから殴る蹴るなどの暴力を振られる可能性が極めて高いだろうと思っていたこと、わざわざ出向く必要はなかったのにAが指定した公園に出向いてAを待ち構えていたこと、その際に自宅にあった包丁を準備していたこと、Aからの実際の侵害の内容は拳で殴打しようとするというものであり、予期された侵害を超えるものではなかったこと、甲もすかさず包丁を抜いてAに向けて突き出すなどしたことなどの事情に照らせば、本件におけるAの侵害行為は、被侵害者甲を基準とすれば、侵害の急迫性の要件を充たさないと解されることとなる。

そして、Aの甲に対する急迫不正の侵害が否定されると考えた場合、防衛者である乙はこれが存在すると認識していることから、急迫不正の侵害があると誤信した上で、主観的には防衛行為に及んでいることになるため、かかる誤信に基づいて対抗行為に及んだ乙に故意犯が成立するかどうかを検討する必要がある。

通説は、故意を認めるためには、「罪」(＝犯罪)を犯す意思が必要である以上、その認識対象は、構成要件に該当する違法な行為として理解すべきであることを前提に、構成要件該当事実の認識・予見があっても、違法性阻却事由を誤信しているときには故意犯の成立を否定する。同説によれば、行為者の認識・予見した事情が正当防衛に該当する事情である場合には、違法性を基礎付ける事実の認識が欠けるとして責任段階で故意が阻却され(その誤信について過失がある場合に限って、過失犯の成立を認める。)、過剰防衛と評価される事実を認識していた場合には、違法性を基礎付ける事実の認識が認められ故意犯が成立する。

そこで、乙に故意犯が成立するか否かを判断するに当たっては、乙の認識・予見した事実が、正当防衛と評価されるか、過剰防衛と評価されるかを明らかにする必要がある。そして、判例実務では、防衛行為の危険性や防衛手段としての必要最小限度性等の事情を考慮して「やむを得ずにした行為」に当たるか否かを判断しているところ、乙が認識していた事実は、Aが甲の顔面を拳で一方向的に殴打しようとしているというものであったのに対し、乙は、Aの背後から、何の警告もせずにAの右上腕部を本件ナイフで強く突き刺し、Aに加療約3週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせており、かかる乙の行為は、明らかにAの行為の危険性を大きく上回るものと評価できる上、甲、乙及びAがいずれも20歳代の男性であり、各

人の体格に大差がなかったことなども併せて考慮すれば、Aを後ろから羽交い締めにするなど、より侵害性が軽微な手段が他に存在したといえることから、乙の行為は、その認識した事実を前提としても「やむを得ずにした行為」とは評価できない。

したがって、故意は阻却されず乙に傷害罪が成立するが、乙の誤信した侵害を前提とすると、乙の行為は過剰防衛としての性質を有することから、刑法第36条第2項の適用（又は準用）の可否も問われることになるため、この点についても根拠とともに自説を論じる必要がある。

他方、前記判例と異なり、自招侵害の場合を除いて先行事情を正当防衛の成立を否定する事情とすることに否定的な立場に立つ場合には、被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を判断するとしても、急迫性が肯定されることになるが、その場合には自説の根拠を十分に論ずる必要がある。

また、防衛者乙を基準に正当防衛状況を判断する立場に立つ場合にも、客観的にAの甲に対する侵害が切迫していた以上、急迫性は肯定されることになるが、その場合、甲自らは（判例の立場によれば）Aに正当防衛として対抗することが認められない状況でありながら、乙が甲のために正当防衛をすることが許される理由に言及した上で、急迫性の判断が相対化する理由を的確に示す必要がある。

そして、侵害の急迫性が肯定されたと考えた場合、正当防衛に関する他の要件の充足性についても論じる必要があるところ、前記のとおり、乙の行為は「やむを得ずにした行為」とは評価できないことから、傷害罪が成立し過剰防衛を認めることとなる。

(2) 乙が本件原付を乗り去った行為について

乙は、Aの右上腕部を本件ナイフで突き刺した後、Aから蹴り付けられて本件ナイフをその場に落とし、更にAから追い掛けられて逃げ出したところ、進路前方の道路脇に停められていたD所有の本件原付を見付け、Aの追跡を振り切るため、Dに無断で本件原付を発進させてAの追跡を振り切っている。同行為については、窃盗罪の成否を検討することとなるため、まず同罪の客観的構成要件要素である「他人の財物」、「窃取」と、主観的構成要件要素である故意及び不法領得の意思が、いずれも認められることについて論じる必要がある。

その上で、乙の行為は、客観的には、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため」の行為であり、緊急避難として違法性が阻却されないかが問題となり得るところ、これに先行する事情として、避難行為者である乙が、自らAを本件ナイフで刺すなどして、乙自身の法益に対する「現在の危難」を自ら招いたという事情が存在するため、かかる事情があるにもかかわらず、自己が招いた危難を回避するために、無関係の第三者Dに侵害を加えることが緊急避難として正当化されるかが問題となる。そこで、かかる問題の所在を示しつつ、根拠とともに自説を論じ、乙の罪責について論じる必要がある。

危難を自招した場合に緊急避難を認めるか否かについては、自招侵害に関する最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁が参考になる。すなわち、当該判例は、自招侵害の状況について、「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」を否定しているが、この実質的根拠は、自らの不正行為によって緊急状況を招いた者の利益は、あえて正当防衛を用いて保護する必要性が乏しいという意味において、被侵害者の要保護性の欠如に求めることができる。そして、被侵害者の要保護性の欠如という観点は、その状況が共通であれば、対抗行為が正当防衛であっても、緊急避難であっても、同様に当てはまると考えられる。このような立場からは、当該判例の考え方が自招危難にも妥当することに触れた上、不正の行為によって危難を招致したといえるか否か（危難が、自招行為によって触発

された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態であるか否か)、危難がその招致行為の程度を大きく超えるものでないかどうかといった当該判例の判断基準を示し、乙による本件ナイフでの刺突行為が違法であること、Aの追跡は同刺突行為によって触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態であること、Aは素手で暴行を加えようとしてきているにすぎず、同刺突行為の程度を大きく超えるものでないこと等の具体的事実を摘示した上で緊急避難の成立が否定されると説明することが考えられる。

また、自招危難に関する判例・裁判例（大判大正13年12月12日刑集3巻867頁、東京高判昭和45年11月26日東高刑時報21巻11号408頁等）によれば、行為者が自己の故意又は過失により有責に危難を招致したといえる場合には緊急避難の成立を否定するという理解もあり得るところである。このような前提からは、乙がAによる侵害を招致することを予見していなかったとしても、予見可能性は認められることなどを踏まえて、緊急避難の成否を検討することが必要となる。

そのほか、危難を自招した場合に緊急避難を認めるか否かについては、緊急避難の成立要件のいずれか（「現在の危難」又は「やむを得ずにした行為」）の存在を否定することにより解決しようとするものや緊急避難の成立要件の外に解決の糸口を求め、社会的相当性や権利濫用などの一般理論を援用することによって解決しようとするものなど、様々な考え方が存在するが、いずれにしても、緊急避難や違法性の本質を意識しつつ、自招危難として緊急避難が否定される具体的な判断基準を示した上で、本件の具体的な事実関係に即して緊急避難の成否を論述することが求められる。

刑事訴訟法

本問は、大麻取締法違反事件及び非現住建造物等放火事件を素材として、捜査及び公判に関する具体的事例を示し、各局面で生じる刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに具体的結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問１〕は、大麻密売の疑いのある者として把握されていた甲に対するおとり捜査の適法性を論じさせることにより、おとり捜査の適法性の判断基準に対する理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

おとり捜査の適法性が争われた事案に関する最高裁判所の判例としては、最決平成１６年７月１２日刑集５８巻５号３３３頁（以下「平成１６年決定」という。）がある。平成１６年決定は、おとり捜査の意義を示した上で、これが許容される場合がある旨判示しているところ、おとり捜査の適法性を検討するに当たっては、おとり捜査に関する法律上の定義規定がないことから、前提として、おとり捜査の意義に関する理解を示すことが求められる。

また、おとり捜査については、刑事訴訟法に特別の根拠規定がなく、平成１６年決定も、おとり捜査が刑事訴訟法第１９７条第１項に基づき任意捜査として許容される場合があるとしていることから、おとり捜査の適法性を検討する際には、おとり捜査の法的性質についても論じることが求められる。そして、その判断には、おとり捜査が違法とされる実質的理由が影響し得ることに留意する必要がある。すなわち、おとり捜査が違法とされる実質的理由については、学説上、不公正な捜査方法であるからとする考え方、国家が犯罪を創出し法益侵害を生じさせるからとする考え方、人格的自律権・個人の尊厳に対する侵害があるからとする考え方などが主張されているところ、これらの理由とおとり捜査の法的性質との整合性に留意して論述する必要がある。

次に、おとり捜査の適法性の判断基準については、学説上、もともと犯意を有していた者に犯罪の機会を提供した場合（以下「機会提供型」という。）と、おとり捜査によって対象者に犯意を生じさせた場合（以下「犯意誘発型」という。）とを区別し、機会提供型は適法であるが、犯意誘発型は違法であるとする考え方や、捜査比例の原則に従い、必要性和相当性という枠組みの下で、比較衡量によりおとり捜査の適否を判断する考え方などが主張されている。いずれの見解に立つにせよ、おとり捜査の適法性の判断基準は、おとり捜査の法的性質や、おとり捜査が違法とされる実質的理由と結び付くものであるから、それらの点を踏まえた上で判断基準と判断要素を示すことが求められる。また、平成１６年決定は、おとり捜査の適法性について、必ずしも機会提供型と犯意誘発型のどちらに当たるかのみで判断しているわけではないことにも留意する必要がある。

このようにおとり捜査の適法性の判断基準について論じた上で、本設問の事例に現れた具体的事実の持つ意味を的確に評価し、判断基準に当てはめて、おとり捜査の適法性を検討することが求められる。

本設問において、おとり捜査の対象となる犯罪は、大掛かりな大麻密売をしている疑いがある者として把握されていた甲による大麻密売事案であり、大麻の密売先は紹介者に限られ、密売に使用される携帯電話の契約名義は架空人名義で、その番号も変わり、甲の氏名や身元などは判明せず、その後、司法警察員らが甲を尾行した際も見失っている。また、捜査協力を申し出たＡにより甲が今でも大麻を密売しているとの情報が得られ、その後、甲はサンプルとして大麻の取引に応じ、その際、１０キログラム程度大麻であれば取り扱うことがある旨述べ

ている。また、大麻密売事案は、直接の被害者がいない犯罪で、さらに、本件で売り渡される大麻は、おとり捜査を通じて司法警察員らにより回収されることが見込まれている。

他方で、甲は、サンプルとして的大麻の取引の前に、司法警察員 P に対し、取引場所を気にする発言をし、気が進まない旨述べ、これに対し、P が取引場所を手配している。また、甲は、本取引の前日には、明日の取引はやめたい旨述べたが、これに対し、P は暴力団 X 組と交遊があるかのように装い、約束した代金の 1.5 倍の代金を払う旨や同じ単価で 10 キログラムの大麻を買っても良い旨述べた上、A に指示し、P が X 組と取引のある信用できる人物である旨甲に告げさせている。

また、本設問では、司法警察員らは、甲からサンプルとして的大麻を譲り受けた際に甲を逮捕せず、その後、より大量の大麻を取引する際に甲を逮捕している。

以上のような本設問の事例に現れた具体的事実を踏まえ、自己の拠って立つおとり捜査の適法性の判断基準を前提に、抽出した事実の持つ意味を的確に評価しつつ、おとり捜査の適法性について論じることが求められる。

〔設問 2〕について、まず〔設問 2－1〕は、非現住建造物等放火事件の犯行態様の一部について公訴事実と裁判所の心証との間にずれが生じた事例について、裁判所が現訴因のまま自己の心証に従って判決をすることができるか否かを問うことにより、訴因変更の要否に関する判断枠組みに対する理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

訴因変更の要否を論じるに当たっては、訴因の本質をどのように考えるかが問題となる。この点について、訴因は検察官がその存在を主張して審判を請求する具体的な犯罪事実を示したものとするいわゆる事実記載説によれば、訴因と異なる事実を認定するには、訴因変更の必要が生じ得ることになるが、その上で、どのような事実の変動が生じる場合に訴因変更が必要となるのが、さらに問題となる。

この点について、学説上、訴因が被告人に防御の範囲を示す機能を有することに鑑み、訴因と異なる事実を認定することによって被告人の防御の利益を実質的に害することになるか否かにより判断する考え方があり、その中でも、被告人の防御活動等具体的な審理の経過に鑑み、それを個々の事件ごとに個別に判定すべきとするいわゆる具体的防御説や、訴因事実と認定事実とを一般的・類型的に対比することにより判定すべきとするいわゆる抽象的防御説などがある。これに対して、判例上、最決平成 13 年 4 月 11 日刑集 55 巻 3 号 127 頁（以下「平成 13 年決定」という。）において、訴因変更の要否に関する判断枠組みが示され、その後、最決平成 24 年 2 月 29 日刑集 66 巻 4 号 589 頁においても、その判断枠組みを踏まえた判断がされている。そのため、訴因変更の要否の判断枠組みにつきどのような見解に立つにせよ、平成 13 年決定を意識した論述が求められる。平成 13 年決定は、まず、審判対象画定に必要不可欠な事実については、防御活動のいかんにかかわらず、訴因と異なる事実を認定するには訴因変更が必要であるとし（第 1 段階の検討）、次に、上記以外の事実で、被告人の防御にとって重要な事実については、それが訴因に明示された以上、訴因と異なる事実を認定するには原則として訴因変更が必要であるが、そのような場合でも、被告人の防御の具体的状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとって不利益であるといえない場合には、例外的に訴因変更を必要としない場合がある（第 2 段階の検討）という判断枠組みを取っているものと考えられる。

〔設問 2－1〕において、公訴事実は犯行態様を「点火した石油ストーブを倒し」と記載しているのに対し、裁判所の認定に係る罪となるべき事実は、「何らかの方法で」と記載している。そこで、例えば、平成 13 年決定の判断枠組みによれば、まず、第 1 段階の検討として、この

点が審判対象画定に必要不可欠な事実の変動に該当するか否かを論じる必要がある。そして、これが審判対象画定に必要不可欠な事実の変動に当たらないと考えた場合、次に、第２段階の検討として、公訴事実「点火した石油ストーブを倒し」と明示されていることから、これを「何らかの方法」と認定することが被告人の防御にとって重要な事実の変動に該当するか否かを論じる必要がある。そして、それが被告人の防御にとって重要な事実の変動に該当すると考えた場合、さらに、被告人の防御の具体的状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとって不利益であるといえない場合に該当するか否かを論じる必要がある。その際には、本設問における火災科学の専門家である証人への尋問状況、尋問結果を踏まえた裁判所の当事者への働きかけとそれに対する当事者の対応等の事情も踏まえて検討することが求められる。判例とは異なる判断枠組みによって論じる場合にも、それぞれの立場を踏まえて、訴因と異なる事実を認定することの適否を論じる必要がある。

次に、〔設問２－２〕は、共謀共同正犯において、検察官が冒頭陳述で釈明した共謀の日と裁判所が心証を形成した共謀の日とにちとの間にずれが生じた事例について、裁判所がその心証に従って判決をすることができるか否かを問うことにより、検察官の釈明の効果及びそれを踏まえた裁判所の採るべき措置に対する理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

〔設問２－２〕において、検察官は、特定の日にちに共謀が成立したと釈明するものの、訴因には「共謀の上」としか記載されておらず、共謀の日にちは記載されていない。そこで、まず、検察官が釈明した内容が訴因の内容になるのかが問題となる。

この点について、検察官が釈明した事項が訴因の明示・特定に必要な事項である場合には、訴因の内容になるとする考えによれば、訴因の明示・特定に必要な事項は何か問題となる。この点について、学説上、訴因は他の犯罪事実から識別可能な程度に特定されていれば足りるとするいわゆる識別説や、訴因は他の犯罪事実と識別できるかだけでなく被告人の防御権の行使に支障がない程度まで具体化される必要があるとするいわゆる防御権説が主張されている。識別説に立ち、共謀の日にちは訴因の明示・特定に必要な事項とはいえないとして、検察官の釈明により訴因の内容になるものではないとする見解や、防御権説の立場から、共謀共同正犯における共謀の日にちは共謀のみに関与した被告人との関係では訴因の明示・特定に必要な事項であるとして、検察官の釈明により訴因の内容になるとする見解などが考えられる。

その上で、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるとする見解を採ると、次に、釈明の内容と異なる共謀の日にちを認定するに当たり、訴因変更の要否が問題となる。

他方で、検察官の釈明した共謀の日にちは訴因の内容にはならず、それゆえ訴因変更の要否の問題にならないと考える場合にも、検察官の釈明の内容と異なる共謀の日にちを認定するに当たり、被告人の防御との関係で、裁判所が何らかの措置を講じる必要がないかが問題となる。

この点、共謀共同正犯の成否が問題となった事案において、被告人の謀議への関与が、検察官の主張する日にちとは異なる日にちになされた旨を、原審が、その成否を審理における争点として顕在化させることなく認定したことの適法性が問題となった最高裁判所の判例として、最判昭和５８年１２月１３日刑集３７巻１０号１５８１頁がある。同判決は、原審の訴訟手続は、事案の性質や審理の経過等に鑑みると、被告人に不意打ちを与え、その防御権を不当に侵害するものであるとしており、同判決を意識した上で、本設問の事例に現れた具体的事実を適切に評価した上で、裁判所として採るべき措置を論じることが求められる。

労働法

〔第1問〕

本問は、配置転換命令の法的根拠、その適法性及び有期労働契約の雇止めの可否という、個別的労働関係法における基本的な論点について検討することを求めるものであり、それらの論点に関する最高裁判例や関係条文から導き出される規範の正確な理解と当該規範への具体的事実の当てはめの的確さを問うものである。設問1では、資格等を有する労働者のキャリア形成への期待を配置転換命令の適法性を判断する上でどのように考慮すべきか、設問2では、更新がない旨を明示する条項（いわゆる「不更新条項」）がある有期労働契約書に労働者が署名をした場合における雇止めの問題、雇止めが不適法であった場合において通算契約期間が5年を超えるときの労働契約法第18条による期間の定めのない労働契約への転換、といった近時の労働法実務において問題となる点が問われており、前記の判例・関係条文の理解を前提に、本問の事例の事実関係に照らして的確に論述をする能力を問うものである。

設問1は、運行管理者の資格を有することや運行管理業務に従事した経験を有することが評価されてY社に採用され、採用後Y社の運行管理者として運行管理業務に従事していた労働者に対し、倉庫部門への配置転換を命ずることの適法性等を問うものである。

本問において配置転換命令の適法性を検討するに当たっては、まずY社がX1に対して配置転換命令権を有するのか、その法的根拠は何かを明らかにすることが求められる。就業規則に配置転換命令権に関する規定があり、その内容が合理的であって、かつ労働者に周知されていたのであれば、これが労働契約の内容になるが（労働契約法第7条本文）、勤務地限定の合意や職種業務限定の合意があれば、当該合意された内容が優先することとなる（同条ただし書）。本問の事例における配置転換命令は、Y社の就業規則の規定に基づいてなされており、労働契約に職種や業務を限定する定めはないが、X1がY社に採用された経緯や採用時のY社の説明等を踏まえると、X1は、職種・業務を限定する合意があったと主張することが考えられるところであり、その当否について検討することが論述のポイントの一つとなる。

使用者が配置転換命令権を有すると認められる場合であっても、それを濫用してはならない（労働契約法第3条第5項参照）。転勤命令（勤務地変更命令）が権利濫用となる場合について判示した最高裁判例（東亜ペイント事件・最判昭和61年7月14日労判477号6頁）の判旨は、配置転換命令の事案にも妥当するものとされており（日産自動車村山工場事件・最判平成元年12月7日労判554号6頁）、それによれば、権利濫用となるのは、①業務上の必要性が存しない場合、②他の不当な動機・目的をもってなされた場合、③労働者に対し通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせる場合等、特段の事情の存する場合である。本問についても、これらの場合に該当するかを、事実を摘示して検討することとなる。特に③に関しては、労働者が自身の能力・経験を活用することの利益や労働者のキャリア形成への期待を、この判断枠組みの中でどのように（どの程度）考慮に入れるかという観点からの検討をすること（安藤運輸事件・名古屋高判令和3年1月20日労判1240号5頁等参照）が、論述の重要なポイントとなる。

設問のとおり、X1は、「運行管理業務に戻すべきである」と主張しており、本問では、法律上の論点として、運行管理者としての地位確認請求（就労請求権）が認められるか、あるいは、倉庫部門における就労義務のないことの確認にとどまるのかについても検討する必要がある。

設問2は、X2について、有期労働契約の期間満了時に契約の更新を拒否すること（いわゆる「雇止め」）の可否等を問うものである。

本問において、X 2 は、採用時に、契約期間を通算した期間が 5 年を超えて更新することはないとの説明を受け、また、令和 3 年 5 月 1 日から令和 4 年 4 月 30 日までを契約期間とする 5 年目の契約締結時には、更新はないことが記載された有期労働契約書に署名をしているものの、その期間満了時に契約が更新されることを X 2 が期待していたことは明らかであり、実際、X 2 は、契約更新拒否は不当であり、同年 5 月 1 日以降も Y 社に雇用され続けていると考えている。本問は、そのような X 2 の見解の当否について検討することを求めるものであるから、労働契約法第 19 条の適用があるか、具体的には、同条第 1 号該当性、同条第 2 号該当性、同条柱書の要件充足性について、それぞれ本問の事案に即して検討し、論述することが、重要なポイントとなる。特に、同条第 2 号該当性に関しては、同号に規定する「当該有期労働契約が更新されるものと期待することについての合理的な理由」の有無の認定について、積極方向に働き得る事実関係と消極方向に働き得る事実関係とがいずれも存在することから、採用時の状況、4 年目の途中で職種を変更した事情、5 年目の契約締結時の状況やその際の Y 社事務担当者の発言等、その判断に必要な事実を的確に拾い上げ、論述することが求められる。また、本問において X 2 に対する契約更新の拒否が不適法とされ、労働契約法第 19 条による更新が認められる場合には、通算契約期間が 5 年を超えることとなることから、X 2 は、同法第 18 条第 1 項による無期労働契約への転換を主張することが考えられる。本問では、この点についても検討し、論じることが求められよう。

〔第 2 問〕

本問は、働き方改革を推進するための関係法律の整備に関する法律（平成 30 年法律第 71 号。いわゆる働き方改革関連法）による短時間労働者及び有期雇用労働者の雇用管理の改善等に関する法律（以下「短時間・有期雇用労働法」という。）の改正（題名も変更）に伴い企業内の賞与制度が改定されたという事案を素材に、労働協約、就業規則、労使慣行など労働法の法源に関する基本問題についての正確な理解と、近時実務上の重要課題となっている有期・無期雇用労働者間の待遇格差の是正をめぐる論点についての法的な理解と事例に即した判断の能力を問うものである。

設問 1 では、労働協約を締結した労働組合の組合員である正社員 X 1 が改定前の基準による賞与の支払を請求できるかが問われている。この問いに答えるに当たっては、①令和 2 年の就業規則改定前の書面化されていない労使合意に労働協約としての規範的効力が認められるか、②30 年間継続して行われてきた賞与支給という取扱いに労使慣行としての法的効力が認められるか、③労働条件を不利益に変更する労働協約について労働組合に協約締結権限が認められ、同協約は規範的効力をもつものといえるか、④労働条件を不利益に変更する就業規則に法的拘束力が認められるかという点が、主たる論点となる。

①書面化されていない労使合意の効力については、労働組合法第 14 条の要件を満たしていない労使合意の効力についての判例の立場と同条の趣旨（都南自動車教習所事件・最判平成 13 年 3 月 13 日民集 55 巻 2 号 395 頁参照）を理解し、自らの見解を述べること、②労使慣行の法的効力については、その要件を考察し（商大八戸ノ里ドライビングスクール事件・大阪高判平成 5 年 6 月 25 日労判 679 号 32 頁等参照）、本件事案に適切に当てはめること、③労働条件を不利益に変更する協約締結権限（規範的効力）の有無については、判例の原則的な立場とその例外（朝日火災海上保険〔石堂・本訴〕事件・最判平成 9 年 3 月 27 日労判 713 号 27 頁等参照）を理解し、自らの見解を述べること、④労働条件を不利益に変更する就業規則の拘束力については、労働契約法第 10 条の周知と合理性の要件を満たしているか否かについ

て本件事案における適切な判断ができること（特に、契約社員の待遇改善のために正社員の待遇を引き下げることの相当性や多数組合との合意〔労働協約〕の存在等が合理性判断にいかなる影響を与えるかについて適切に判断すること）が、それぞれ論述の重要なポイントとなる。

設問2では、契約社員であるX2が正社員との賞与の相違（改正短時間・有期雇用労働法施行以降のもの）について何らかの請求ができるかが問われている。ここでは、①短時間・有期雇用労働法第8条が禁止する不合理な待遇の相違の有無、②同条違反を理由に請求する場合の請求の根拠が主たる論点となる。

①同条の不合理な待遇の相違の有無については、④不合理性の判断枠組み、⑤改正前の労働契約法第20条に関する判例の存在（学校法人大阪医科薬科大学〔旧大阪医科大学〕事件・最判令和2年10月13日労判1229号77頁）とその理解、③改正前の労働契約法第20条と改正後の短時間・有期雇用労働法第8条の不合理性の判断の異同、④判例の事案と本件事案の異同、⑥短時間・有期雇用労働法第14条第2項の事業主の説明義務の遵守状況と不合理性判断との関係等の点を踏まえながら、本件の賞与の相違（正社員については1.8か月分、契約社員には0.5か月分）の不合理性の有無について、同法第8条に則した適切な判断ができるかが、②短時間・有期雇用労働法第8条違反を理由とする場合の請求の根拠については、不法行為損害賠償請求との構成に言及し、労働契約上の賃金請求の可能性（ハマキョウレックス〔差戻審〕事件・最判平成30年6月1日民集72巻2号88頁等参照）を検討することが、それぞれ論述の重要なポイントとなる。

本問では、設問1において、集団的な労働関係を含む労働法の法源に関する基本的な理解が、設問2において、近時の法律改正と判例の動向についての正確な理解と論述の能力が問われている。伝統的な労働法の枠組みとともに近時の法律や判例の動きについて正確に理解し、初見の事案に対しても適切な解釈と判断ができるという、法曹人としての基本的な能力を問う問題である。