

論文式試験問題集 [公法系科目]

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

市町村長は、個人を単位とする住民票を世帯ごとに編成して、住民基本台帳を作成しなければならない【参考資料1】。生活の本拠である住所（民法第22条参照）の有無によって、権利や利益の享受に影響が生じる。国民の重要な基本的権利である選挙権も、住所を有していないと、選挙権を行使する機会自体を奪われる（公職選挙法第21条第1項、第28条第2号、第42条第1項参照）。また、国民健康保険や介護保険等の手続をするためには、住民登録が必要である。ただし、生活保護法は、「住所」という語を用いておらず、「居住地」あるいは「現在地」を基準として保護するかどうかを決定し、かつ、これを実施する者を定めている【参考資料2】。

ボランティア活動などの社会貢献活動を行う、営利を目的としない団体（NPO）である団体Aは、ホームレスの人たちなどが最底辺の生活から抜け出すための支援活動を行っている。団体Aは、支援活動の一環として、Y市内に2つのシェルター（総収容人数は100名）を所有している。その2つのシェルターに居住する人たちは、それぞれのシェルターを住所として住民登録を行い、生活保護受給申請や雇用保険手帳の取得、国民健康保険や介護保険等の手続をしている。

Xは、Y市内にあるB社に正規社員として20年勤めていたが、B社が倒産し、突然職を失った。そして、失職が大きな原因となり、X夫婦は離婚した。その後、Xは、C派遣会社に登録し、紹介されたY市内にあるD社に派遣社員として勤め始め、Y市内にあるD社の寮に入居した。しかし、D社の経営状況が悪化したために、いわゆる「派遣切り」されたXは、寮からも退去させられた。職も住む所も失ってしまったXは、団体Aに支援を求めた。そして、その団体Aのシェルターに入居し、そこを住所として住民登録を行った。不定期のアルバイトをしながら、できる限り自立した生活をしたいと思っているXは、正規社員としての採用を目指して、正規社員募集の情報を知ると応募していたが、すべて不採用であった。その後、厳しい経済不況の中、団体Aの支援を求める人も急増し、2つのシェルターに居住し、そこを住所として住民登録を行う人数が200名を超えるに至った。シェルターが「飽和状態」となって息苦しさを感じたXは、シェルターに帰らなくなり、正規社員への途も得られず、アルバイトで得たお金があるときはY市内のインターネット・カフェを泊まり歩き、所持金がなくなったときにはY市内のビルの軒先で寝た。

201*年4月に、Y市は、住民の居住実態に関する調査を行った。調査の結果、団体Aのシェルターを住所として住民登録している人のうち、Xを含む60名には当該シェルターでの居住実態がないと判断した。Y市長は、それらの住民登録を抹消した。

住民登録が抹消されたことを知ったXは、それによって生活上どのようなことになるのかを質問しに、市役所に行ったところ、国民健康保険被保険者証も失効するなどの説明を受けた。Xは、胃弱という持病があるし、最近体調も思わしくなかったが、医療費が全額自己負担になるので、病院に行くに行けなくなった。

住民登録を抹消され、貧困ばかりでなく、生命や健康さえも脅かされる状況に追い詰められたXは、生活保護制度に医療扶助もあることを知り、申請日前日に宿泊していたインターネット・カフェを「居住地」として、Y市長から委任（生活保護法第19条第4項参照）を受けている福祉事務所長に生活保護の認定申請を行った。

Y市は、財政上の問題（生活保護のための財源は、国が4分の3、都道府県や市、特別区が4分の1を負担する。）もあるが、それ以上にホームレス【参考資料3】などが市に増えることで市のイメージが悪くなることを嫌って、インターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あるいは「現在地」とは認めない制度運用を行っている。そこで、Y市福祉事務所長は、Xの申請を却下した。Xは、たまたまインターネット・カフェで見っていたニュースで、自分と全く同じ状況にある人にも生活保護を認める自治体があることを知った。その自治体は、インターネット・カフェやビルの軒先も「居住地」あるいは「現在地」と認めている。そこで、Xは、Y市福祉事務所長の却下処分に

対して、自分と同じ状況にある人の保護を認定している自治体もあることなどを理由に、不服申立てを行った。しかし、不服申立ても、棄却された。

Y市は、衆議院議員総選挙における選挙区を定める公職選挙法別表第1によれば、市全域で1選挙区と定められている。Xは、住民登録が抹消された年の10月に行われた衆議院議員総選挙の際に、選挙人名簿から登録を抹消されたために投票することができなかった。このような事態は、従来から、ホームレスの人たちなどの支援活動を行っているNPOから指摘されていた。そして、これらのNPOは、Xの住民登録が抹消された年の10月に行われた衆議院議員総選挙よりも7年前に行われた200*年8月の衆議院議員総選挙の際に、国政選挙における「住所」要件（公職選挙法第21条第1項、第28条第2号及び第42条第1項のほか、同法第9条、第11条、第12条、第21条、第27条第1項参照）の改正を求める請願書を総務省に提出していた。

Xは、無料法律相談に行き、生活保護と選挙権について弁護士に相談した。

〔設問1〕

あなたがXの訴訟代理人として訴訟を提起するとした場合、訴訟においてどのような憲法上の主張を行うか。憲法上の問題ごとに、その主張内容を書きなさい。

〔設問2〕

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

【参考資料 1】住民基本台帳法（昭和 42 年 7 月 25 日法律第 81 号）（抄録）

（目的）

第 1 条 この法律は、市町村（特別区を含む。以下同じ。）において、住民の居住関係の公証、選挙人名簿の登録その他の住民に関する事務の処理の基礎とするとともに住民の住所に関する届出等の簡素化を図り、あわせて住民に関する記録の適正な管理を図るため、住民に関する記録を正確かつ統一的に行う住民基本台帳の制度を定め、もつて住民の利便を増進するとともに、国及び地方公共団体の行政の合理化に資することを目的とする。

（国及び都道府県の責務）

第 2 条 国及び都道府県は、市町村の住民の住所又は世帯若しくは世帯主の変更及びこれらに伴う住民の権利又は義務の異動その他の住民としての地位の変更に關する市町村長（特別区の区長を含む。以下同じ。）その他の市町村の執行機関に対する届出その他の行為（次条第 3 項及び第 2 1 条において「住民としての地位の変更に關する届出」と総称する。）がすべて一の行為により行われ、かつ、住民に関する事務の処理がすべて住民基本台帳に基づいて行われるように、法制上その他必要な措置を講じなければならない。

（市町村長等の責務）

第 3 条 市町村長は、常に、住民基本台帳を整備し、住民に関する正確な記録が行われるように努めるとともに、住民に関する記録の管理が適正に行われるように必要な措置を講ずるよう努めなければならない。

2 市町村長その他の市町村の執行機関は、住民基本台帳に基づいて住民に関する事務を管理し、又は執行するとともに、住民からの届出その他の行為に関する事務の処理の合理化に努めなければならない。

3 住民は、常に、住民としての地位の変更に關する届出を正確に行なうように努めなければならない。虚偽の届出その他住民基本台帳の正確性を阻害するような行為をしてはならない。

4 （略）

（住民の住所に関する法令の規定の解釈）

第 4 条 住民の住所に関する法令の規定は、地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）第 10 条第 1 項に規定する住民の住所と異なる意義の住所を定めるものと解釈してはならない。

（住民基本台帳の備付け）

第 5 条 市町村は、住民基本台帳を備え、その住民につき、第 7 条に規定する事項を記録するものとする。

（住民基本台帳の作成）

第 6 条 市町村長は、個人を単位とする住民票を世帯ごとに編成して、住民基本台帳を作成しなければならない。

2, 3 （略）

（住民票の記載事項）

第 7 条 住民票には、次に掲げる事項について記載（前条第 3 項の規定により磁気ディスクをもつて調製する住民票にあつては、記録。以下同じ。）をする。

一 氏名

二 出生の年月日

三 男女の別

四 世帯主についてはその旨、世帯主でない者については世帯主の氏名及び世帯主との続柄

五 戸籍の表示。ただし、本籍のない者及び本籍の明らかでない者については、その旨

六 住民となつた年月日

七 住所及び一の市町村の区域内において新たに住所を変更した者については、その住所を定め

た年月日

八 新たに市町村の区域内に住所を定めた者については、その住所を定めた旨の届出の年月日（職権で住民票の記載をした者については、その年月日）及び従前の住所

九 選挙人名簿に登録された者については、その旨

十～十四 （略）

（選挙人名簿の登録等に関する選挙管理委員会の通知）

第10条 市町村の選挙管理委員会は、公職選挙法（昭和25年法律第100号）第22条第1項若しくは第2項若しくは第26条の規定により選挙人名簿に登録したとき、又は同法第28条の規定により選挙人名簿から抹消したときは、遅滞なく、その旨を当該市町村の市町村長に通知しなければならない。

（選挙人名簿との関係）

第15条 選挙人名簿の登録は、住民基本台帳に記録されている者で選挙権を有するものについて行なうものとする。

2 市町村長は、第8条の規定により住民票の記載等をしたときは、遅滞なく、当該記載等で選挙人名簿の登録に関係がある事項を当該市町村の選挙管理委員会に通知しなければならない。

3 市町村の選挙管理委員会は、前項の規定により通知された事項を不当な目的に使用されないことがないよう努めなければならない。

【参考資料2】生活保護法（昭和25年5月4日法律第144号）（抄録）

（この法律の目的）

第1条 この法律は、日本国憲法第25条に規定する理念に基き、国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ、必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする。

（無差別平等）

第2条 すべて国民は、この法律の定める要件を満たす限り、この法律による保護（以下「保護」という。）を、無差別平等に受けることができる。

（最低生活）

第3条 この法律により保障される最低限度の生活は、健康で文化的な生活水準を維持することができるものでなければならない。

（実施機関）

第19条 都道府県知事、市長及び社会福祉法（昭和26年法律第45号）に規定する福祉に関する事務所（以下「福祉事務所」という。）を管理する町村長は、次に掲げる者に対して、この法律の定めるところにより、保護を決定し、かつ、実施しなければならない。

一 その管理に属する福祉事務所の所管区域内に居住地を有する要保護者

二 居住地がないか、又は明らかでない要保護者であつて、その管理に属する福祉事務所の所管区域内に現在地を有するもの

2 居住地が明らかである要保護者であつても、その者が急迫した状況にあるときは、その急迫した事由が止むまでは、その者に対する保護は、前項の規定にかかわらず、その者の現在地を所管する福祉事務所を管理する都道府県知事又は市町村長が行うものとする。

3 第30条第1項ただし書の規定により被保護者を救護施設、更生施設若しくはその他の適当な施設に入所させ、若しくはこれらの施設に入所を委託し、若しくは私人の家庭に養護を委託した場合又は第34条の2第2項の規定により被保護者に対する介護扶助（施設介護に限る。）を介護老人福祉施設（介護保険法第8条第24項に規定する介護老人福祉施設をいう。以下同じ。）に委託して行う場合においては、当該入所又は委託の継続中、その者に対して保護を行うべき者は、その者に係る入所又は委託前の居住地又は現在地によつて定めるものとする。

4 前三項の規定により保護を行うべき者（以下「保護の実施機関」という。）は、保護の決定及び実施に関する事務の全部又は一部を、その管理に属する行政庁に限り、委任することができる。

【参考資料3】ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法（平成14年8月7日法律第105号）（抄録）

（目的）

第1条 この法律は、自立の意思がありながらホームレスとなることを余儀なくされた者が多数存在し、健康で文化的な生活を送ることができないでいるとともに、地域社会とのあつれきが生じつつある現状にかんがみ、ホームレスの自立の支援、ホームレスとなることを防止するための生活上の支援等に関し、国等の果たすべき責務を明らかにするとともに、ホームレスの人権に配慮し、かつ、地域社会の理解と協力を得つつ、必要な施策を講ずることにより、ホームレスに関する問題の解決に資することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律において「ホームレス」とは、都市公園、河川、道路、駅舎その他の施設を故なく起居の場所とし、日常生活を営んでいる者をいう。

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、2：4.5：3.5）

A村は、人口が昭和30年には約5000人であったが、年々減少し、平成20年には約2400人にまで落ち込んでいる。その間、過疎地域の指定も受け、村の財政は極めて厳しい状況が続いている。こうした状況下で、A村は、人口減少対策・過疎対策として、A村の保有する土地（10区画）（以下「本件土地」という。）を、希望者を募って平成21年4月20日に売却した。本件土地は、近隣市の中心部まで自動車で30分程度の通勤圏に位置している。前年にもA村は売却を試みたが、相場並みに価格を定めたところ、1区画に応募があったのみであり、この1区画についても契約の締結に至らなかった。そこで今回は、下限の価格を定めずに、「分譲価格と条件は購入希望者と直接相談させていただきます」という内容を記載した村民向けチラシ、近隣市町村における折り込みチラシ、新聞広告、現地看板などにより広報を行い、10区画すべてをそのとおりに売却した。成約価格は結果として、最も高い区画で560万円、最も安い区画で400万円、全区画の売却価格の総額は4800万円であった。購入者の中には、側溝部分など、一部の土地対価について支払を免除された者も多数存在する。また、購入者の中には、A村の部長の弟や売却担当部局職員の妻も含まれていた。さらに、村内の利便性を欠く地区に住む者による買換えが、複数見られた。

ある週刊誌に、本件土地の売買に疑惑があるとする記事が掲載されたことを契機として、村民B及びCは、平成22年3月19日に地方自治法第242条による住民監査請求を行った。B及びCは、本件土地は慎重に時間を掛ければより高価で売却できる物件であったにもかかわらず、性急に破格の安値で売却した村長Eの措置は、村の財政を悪化させ、村の財産を無駄遣いするものであり、また、このような財産の処分のために必要な議会の議決を欠くことのほか、本件土地の売買は村関係者の身内に便宜を図るものであり、売却の方式や相手方の選定に関して公正を欠くことを主張した。しかしA村の監査委員は、B及びCの請求には理由がないと判断し、その旨を同年4月23日にB及びCに通知した。そこでB及びCは、Eによる本件土地の売買契約の締結によって、A村が売却価格と時価との差額分（約3200万円）の損害を被ったとして、Eに損害賠償を求めるための住民訴訟を提起しようとしている。このうちCは、同年5月1日にA村から転出しており、現在は他の市に住んでいる。また、村民Dは、住民監査請求を行っていないが、B及びCが提起を検討している住民訴訟に原告として加わろうとしている。

他方、A村議会の議員の一部は、Eは、平成19年に村長に就任して以来、厳しい環境の中でA村の財政再建に貢献してきた功労者であるし、必ずしも裕福ではないことから、村がEに損害賠償を請求するのは適切でないとして、B、C及びDの3名（以下「Bら」という。）の動きに反発している。これらの議員は、Bらの請求を認容する一審判決が出された場合には、控訴した上で、Eに対する村の損害賠償請求権を放棄する議会の議決を行うことを検討し始めている。A村はこれまで行政訴訟を提起された経験がないことから、Eは、急きよ、そうした訟務に詳しい顧問弁護士Fと同村の総務課職員G、H及びIとで、対応策を検討する会議（以下「検討会議」という。）を平成22年5月6日に開催することとした。検討会議の中では、職員から様々な疑問、質問、課題が提示されたため、弁護士Fが、その整理・検討を任されることとなった。

【資料1 検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、地方自治法施行令の抜粋を【資料2 関係法令】に、また関連する裁判例を【資料3 議会による請求権放棄に関する裁判例】に、それぞれ掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

Bらが提起することが予想される住民訴訟を具体的に示して、これをBらが適法に提起できるかどうかについて検討しなさい。

〔設問2〕

Bらによる住民訴訟が適法とされる場合には、Eが本件土地の売買契約を締結したことの適法性が争点になると考えられる。この契約締結の適法性について、詳細に検討しなさい。

〔設問3〕

Bらの請求を認容する一審判決が出されて、A村議会が請求権を放棄する議決を行う場合を想定して、以下の小問に答えなさい。

- (1) 【資料3】に挙げた二つの判決の間で、地方議会による請求権放棄の議決の適法性に関して考え方が分かれた点を説明しなさい。
- (2) その上で、これらの判決の考え方をそれぞれ当てはめた場合、本件で村議会議員が検討している請求権放棄の議決の適法性についてはどのように判断されることになるか検討して、自らの意見を述べなさい。

【資料 1 検討会議の会議録】

総務課長 G：我が村は本当に小さな所で、これまで村を相手に村民が行政訴訟を起こした例など全くありませんでした。今回の Bらの動きは驚きなのですが、聞くところでは、Bらは弁護士にも相談しながら訴訟の準備を進めているようですので、村としても、対応方針を立てておく必要があります。今日は、行政訴訟に通じた顧問弁護士の F 先生にも出席いただきました。初回の会合ですので、この際、疑問に思っている点を率直に出してください。

職員 H：村の行った売買に、それとは関係のない Bらが裁判を起こすことなんてできないと考えていました。Bらは売買で損をしたわけでもないし、一体どういった権利や利益を根拠にして訴えを起こすつもりなのでしょう。聞くところでは、住民訴訟という特別の制度があるようですが、それであれば利用できるのですか。

職員 I：住民訴訟という特別の制度があるとしても、だれでも無条件に住民訴訟を起こせるわけではないですよね。今回の Bらは適法に住民訴訟を起こせるのですか。

職員 H：BやCの行った監査請求では、違法な契約によって村の土地がたたき売りされて、村が損をした点を問題にしているようですね。住民訴訟ではBらは4号請求で行く意向だといううわさです。

総務課長 G：それは、地方自治法第242条の2第1項各号に挙げられた4つの請求のうち、第4号に規定された請求をするという意味ですね。F 先生の方で、Bらが今回の売却に対して、どういった訴えを起こしてくるのか、4号請求の具体的な内容を示してもらえると参考になります。その上で、Bらが提起する訴えが適法かを、B、C及びDのそれぞれについて検討していただけますか。

弁護士 F：分かりました。それでは、Bらが提起するであろう訴訟について、その具体的内容と適法性を記したペーパーを、早速用意いたします。

総務課長 G：よろしく申し上げます。次に、裁判になったとして、本件土地の売却のいかなる点が違法になるのか、この点の議論に移りたいと思います。本件土地の時価をどのように計算するかという問題もありますが、村としては、適正な対価を得て本件土地を売却したと考えています。ですから、契約の締結には議会の議決は不要であるという立場です。しかし、この点について、Bらは争っていますので、F 先生に御検討をお願いしたいと思います。

弁護士 F：議会の議決というのは、地方自治法第96条第1項第6号、第237条第2項に規定された議決のことですね。このほか、第96条第1項第5号も議決を定めていますが、これは請負契約を念頭に置いた規定ですから、本件では考えなくてもよいでしょう。また、第8号の議決の要否については、Bらは今の段階では問題にしていないので、差し当たり検討の対象から除くことにします。

総務課長 G：これ以外に、契約締結の適法性に関して、遠慮なく、疑問点を出してください。

職員 H：入札手続を採らなかった点など、契約の手続や内容に様々な違法があるとBらは攻撃していますが、村としてはそのようには考えていません。週刊誌には、契約が不透明だと書かれたのですが、一体何が問題なのですか。

職員 I：職員や議員の中では、過疎に悩む本村で採り得る政策として、やっとのことで買手を見付けて本件土地を売却したのは当然のことではないかとか、現に税収面でも貢献しているではないかという意見が圧倒的です。この売却の何が違法と言われるのか、理解に苦しむところです。

職員 H：先日来、総務課でも、地方自治法第234条や同条第2項に基づく政令を検討し始めたのですが、今回の事案にどのように関連するのか、うまくまとめ切れていません。村がどのような手続によって、どのような内容の契約を締結するかは、当然に村長の裁量

で決められると思うのですが。

総務課長G：契約締結の適法性に関する問題、特にH君が挙げている条文の解釈が、最も重要な課題になりそうですね。まず、これらの法律や政令の規定のうち本件にかかわるものの趣旨を御説明いただけませんか。その上で、Bらが、本件土地の売買契約の締結のどういった点を違法だと主張してくるか、また、村の側では、契約締結を適法というためにどのような主張をすることが考えられるか、F先生の方で具体的に検討いただき、契約締結の適法性に関するF先生の御意見をお聞かせいただけますと助かります。契約締結の適法性は、何といたっても村の職員にとって最も関心がある点ですので、できるだけ包括的に検討していただけませんか。

弁護士F：それでは、御質問の点について、次回の会合までに、ここは入念に整理しておくこととします。

総務課長G：お願いいたします。それと、先日もお話ししましたが、議員の間では、Bらの動きに反発する意見が強いのです。週刊誌でたたかれた点が影響しているのかもしれませんが。

職員H：ベテラン議員の中には、どこかの会合で聞いてきたようなのですが、Bらが村長の損害賠償責任を裁判に訴えたとしても、さらに、それを認める判決が出されたとしても、控訴した上で、村の損害賠償請求権を放棄する議決を議会が行えば大丈夫だといった意見を説く者もいます。こうした主張が日増しに強くなっている状況です。議会は、こうした議決を適法に行うことが可能なのですか。この点は、議会事務局も心配しています。

職員I：議決というのは、地方自治法第96条第1項に規定されている議決のことですか。

弁護士F：ええ、その第10号ですね。地方議会による請求権放棄に関しては、これまで出された裁判例で、判断が分かれています。手元にある二つの判決【資料3】が、その例です。

総務課長G：村の請求権がどのような手続によって消滅するのかといった点も、議論する必要がありそうですが、今の段階では差し当たり、請求権を放棄する内容の議決を議会は適法に行うことができるのか、という点に絞って検討したいと思います。

職員H：それぞれの判決がよって立つ考え方の違いを整理していただけないでしょうか。特に、判決の中で「住民訴訟の制度が設けられた趣旨」といわれているのですが、住民訴訟の制度趣旨と議会による請求権放棄とは、どのように関連するのですか。

職員I：私に関心がありますのは、お話のあった二つの判決を本件の事案に当てはめた場合に、どういった判断が予想されるのかという点です。

総務課長G：いろいろと要望や質問が出ましたが、議決の適法性の問題に関しては、本村の議員にも説明する必要があると考えています。H君とI君も申しましたが、二つの判決がそれぞれどのような考え方に立っているのか、そしてそれぞれの判決によれば、今回の案件がどのように判断されるか、住民訴訟制度の趣旨を踏まえて分かりやすく整理していただき、本村議会の議員が検討している請求権放棄の議決の適法性について、F先生の御意見をお聞かせいただけませんか。

弁護士F：了解しました。早速、両判決の分析を進めまして、課題について検討結果を送らせていただきます。

総務課長G：お願いばかりで恐縮ですが、よろしくお願いいたします。他に質問がなければ、本日の会議は終了といたします。

【資料 2 関係法令】

○ 地方自治法施行令（昭和 22 年 5 月 3 日政令第 16 号）（抜粋）

（指名競争入札）

第 167 条 地方自治法第 234 条第 2 項の規定により指名競争入札によることができる場合は、次の各号に掲げる場合とする。

- 一 工事又は製造の請負、物件の売買その他の契約でその性質又は目的が一般競争入札に適しないものをするとき。
- 二 その性質又は目的により競争に加わるべき者の数が一般競争入札に付する必要がないと認められる程度に少数である契約をするとき。
- 三 一般競争入札に付することが不利と認められるとき。

（随意契約）

第 167 条の 2 地方自治法第 234 条第 2 項の規定により随意契約によることができる場合は、次に掲げる場合とする。

- 一 売買、貸借、請負その他の契約でその予定価格（貸借の契約にあつては、予定賃貸借料の年額又は総額）が別表第五上欄（注：左欄）に掲げる契約の種類に応じ同表下欄（注：右欄）に定める額の範囲内において普通地方公共団体の規則で定める額を超えないものをするとき。
- 二 不動産の買入れ又は借入れ、普通地方公共団体が必要とする物品の製造、修理、加工又は納入に使用させるため必要な物品の売払いその他の契約でその性質又は目的が競争入札に適しないものをするとき。
- 三、四 （略）
- 五 緊急の必要により競争入札に付することができないとき。
- 六 競争入札に付することが不利と認められるとき。
- 七 時価に比して著しく有利な価格で契約を締結することができる見込みのあるとき。
- 八 競争入札に付し入札者がいないとき、又は再度の入札に付し落札者がいないとき。
- 九 落札者が契約を締結しないとき。

2 前項第 8 号の規定により随意契約による場合は、契約保証金及び履行期限を除くほか、最初競争入札に付するときに定めた予定価格その他の条件を変更することができない。

3 第 1 項第 9 号の規定により随意契約による場合は、落札金額の制限内でこれを行うものとし、かつ、履行期限を除くほか、最初競争入札に付するときに定めた条件を変更することができない。

4 前二項の場合においては、予定価格又は落札金額を分割して計算することができることに限り、当該価格又は金額の制限内で数人に分割して契約を締結することができる。

（せり売り）

第 167 条の 3 地方自治法第 234 条第 2 項の規定によりせり売りによることができる場合は、動産の売払いで当該契約の性質がせり売りに適しているものをする場合とする。

別表第五（第 167 条の 2 関係）

一 工事又は製造の請負	都道府県及び指定都市	250 万円
	市町村（指定都市を除く。以下この表において同じ。）	130 万円
二 財産の買入れ	都道府県及び指定都市	160 万円
	市町村	80 万円
三 物件の借入れ	都道府県及び指定都市	80 万円
	市町村	40 万円

四 財産の売払い	都道府県及び指定都市	50万円
	市町村	30万円
五 物件の貸付け		30万円
六 前各号に掲げるもの以外のもの	都道府県及び指定都市	100万円
	市町村	50万円

【資料3 議会による請求権放棄に関する裁判例】

○ 適法とする判決：東京高等裁判所平成18年7月20日判決（抜粋）

「住民訴訟が提起されたからといって、住民の代表である地方公共団体の議会がその本来の権限に基づいて住民訴訟における個別的な請求に反した議決に出ることまで妨げられるべきものではない。本件は、(略) 損害賠償請求権（注：長に対する地方公共団体の損害賠償請求権）の発生原因のいかんによって放棄の可否を定めた法令はなく、その放棄の可否は、住民の代表である議会が、損害賠償請求権の発生原因、賠償額、債務者の状況、放棄することによる影響・効果等を総合考慮した上で行う良識ある合理的判断にゆだねられているというほかないのであって、(略) 甲町の住民の代表で構成される甲町議会は、本件議案について質疑、討論を行い、民主主義の原則にのっとり、多数決で本件損害賠償請求権を放棄する旨議決したのであるから、本件議決によって本件損害賠償請求権は消滅しており、そのことによって『法治主義に反する状態が続く』ことになるものでもない。」

○ 違法とする判決：大阪高等裁判所平成21年11月27日判決（抜粋）

「控訴人（注：乙市長）は、地自法（注：地方自治法）96条1項10号により、権利の放棄が議会の議決事項とされている以上、乙市議会がした本件権利の放棄の議決は当然有効であると主張する。しかし、(略) ①(略)、②控訴人は上記財務会計行為（注：乙市による乙市の外郭団体（以下「本件各団体」という。）への補助金等の支出）は適法であるとして争っていたところ、原審は、上記財務会計行為の一部は違法であると認定し、乙市の本件各団体に対する不当利得返還請求権、乙市長に対する損害賠償請求権をそれぞれ一部認めたこと（本件権利）、③控訴人は、この判決に対して控訴し、控訴審において引き続き上記財務会計上の行為は適法であると主張して争ったところ、当裁判所は平成21年1月21日弁論を終結し、判決言渡期日を同年3月18日と指定したこと、④控訴人は、平成21年2月20日、本件権利の放棄を含む(略) 条例を提出し、議会は後記のとおり合理的な理由もないまま本件権利を放棄する旨の決議をなしたこと、⑤控訴人は、平成21年3月4日、弁論再開の申立てをし、当裁判所は、同月11日弁論を再開する旨の決定をしたこと、⑥本件権利は、乙市の執行機関（市長）が行った違法な財務会計上の行為によって乙市が取得した多額の不当利得返還請求権ないし損害賠償請求権であり、この権利の放棄が乙市の財政に与える影響は極めて大きいと考えられること、⑦議会は、上記権利を放棄する旨の決議をした際、本件と同種の事案(略) 等についても、不当利得返還請求権及び損害賠償請求権をいずれも放棄する旨の決議をしたこと、⑧本件権利及び上記⑦の権利を放棄するについて、請求を受けることとなる者の資力等の個別的・具体的な事情について検討された形跡は窺えないことが認められる。

(略) 住民訴訟の制度が設けられた趣旨、一審で控訴人が敗訴し、これに対する控訴審の判決が予定されていた直前に本件権利の放棄がなされたこと、本件権利の内容・認容額、同種の事件を含めて不当利得返還請求権及び損害賠償請求権を放棄する旨の決議の乙市の財政に対する影響の大きさ、議会が本件権利を放棄する旨の決議をする合理的な理由はなく、放棄の相手方の個別的・具体的な事情の検討もなされていないこと等の事情に照らせば、本件権利を放棄する議会の決議は、地方公共団体の執行機関（市長）が行った違法な財務会計上の行為を放置し、損害の回復を含め、その是正の機会を放棄するに等しく、また、本件住民訴訟を無に帰せしめるものであって、地自法に定める住民訴訟の制度を根底から否定するものといわざるを得ず、上記議会の本件権利を放棄する旨の決議は、議決権の濫用に当たり、その効力を有しないものというべきである。」

論文式試験問題集 [民事系科目第1問]

[民事系科目]

[第1問] (配点：100 [設問1と設問2の配点の割合は、2：8])

次の文章を読んで、後記の設問1及び設問2に答えよ。

1. Aは、自己の所有する土地建物（以下「本件不動産」という。）を活用して、株式会社を設立してスーパーマーケット事業を営もうと考えた。しかし、Aは、本件不動産をスーパーマーケットの店舗に改装する資金を有していなかったため、友人Bに対し、同事業を共同して行うことを提案した。Bは、Aからの提案を了承し、両者の間に、株式会社を設立してスーパーマーケット事業を営む旨の合意が成立した。

2. そこで、A及びBは、いずれも発起人となって、発起設立の方法により、会社法上の公開会社であり、かつ、株券発行会社である甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立することとした。

A及びBは、発起人として、Aが金銭以外の財産として本件不動産を出資すること、その価額は5億円であること及びAに対し割り当てる設立時発行株式の数は5000株であることを定め、これらの事項を、書面によって作成する定款に記載した。そして、Aは、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、本件不動産を給付した（以下Aによる本件不動産の出資を「本件現物出資」という。）。

他方、A及びBは、発起人として、Bが割当てを受ける設立時発行株式の数は1000株であり、その株式と引換えに払い込む金銭の額は1億円であると定めた。そして、Bは、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、その出資に係る金銭の全額1億円を払い込んだ。

なお、A及びBは、本件不動産の評価額を5億円とする不動産鑑定士の鑑定評価及び本件不動産について定款に記載された5億円の価額が相当であることについての公認会計士の証明を受けた。そして、A及びBは、裁判所に対し、定款に記載のある本件現物出資に関する事項を調査させるための検査役の選任の申立てをしなかった。

設立中の甲社においては、A、B及びCが設立時取締役として選任され、Aが設立時代表取締役として選定された。A、B及びCは、その選任後遅滞なく、本件不動産に係る不動産鑑定士の鑑定評価及び公認会計士の証明が相当であること並びにA及びBによる設立時発行株式に係る出資の履行が完了していることにつき調査をした。その後、甲社は、本店の所在地において設立の登記をしたことにより成立し、Aが甲社の代表取締役に、B及びCが甲社の取締役にそれぞれ就任した。そして、甲社は、本件不動産をスーパーマーケットの店舗（以下「甲店」という。）に改装し、スーパーマーケット事業を開始した。

3. 甲社は、成立後数年の間は、甲店におけるスーパーマーケット事業を順調に行い、好業績を上げていた。そして、Bは、甲社の取引先に対し、自己の所有していた甲社の株式の一部を譲渡した。

ところが、その後、大手ディスカウントストアが甲店の近隣に出店したことにより、甲社のスーパーマーケット事業には、急速に陰りが出始めた。そこで、甲社は、運転資金が必要となったため、乙銀行株式会社（以下「乙銀行」という。）に甲店の大規模改装に必要な資金の名目で2億円の融資を申し入れた。これに対し、乙銀行の担当者は、甲社の近時における業績の低迷等を見て懸念を感じ、甲社に対し、「甲店の大規模改装に必要な資金2億円のうち、半分の1億円を増資等により自ら調達するなどすれば、残りの1億円につき融資することも考えられないことはない。」と返答した。

そこで、甲社は、Aの提案により、丙株式会社（以下「丙社」という。）を割当先とする募集株式の発行を行うこととした。甲社の取締役会は、募集株式の数1000株、募集株式1株と引換えに払い込む金銭を10万円とするなどと定めた。丙社は、当該募集株式の割当てを受けて、甲社の取締役会が定めた募集株式の払込みの期日に、募集株式の払込金額の全額1億円を払い込ん

だ。そこで、甲社は、募集株式の発行による変更の登記をし、また、その払込み後遅滞なく甲社の株式1000株に係る株券を発行し、丙社に同株券を交付した（以下甲社による当該募集株式の発行を「本件募集株式発行」という。）。

4. その後、甲社は、乙銀行に対し、増資が完了し、現金1億円を確保したことを伝え、大手ディスカウントストアに対抗するため、改めて、甲店の大規模改装に必要となる資金の残額として1億円の融資を申し入れた。これに対し、乙銀行は、甲社に対し、甲社の計算書類及び登記事項証明書等を提示するよう求めた。そこで、Aは、乙銀行に対し、本件募集株式発行がされたこと及び本件募集株式発行に際し払い込まれた現金1億円が甲社にあることを表示している甲社の貸借対照表（資料①は、その概要）等の計算書類及び登記事項証明書（資料②）を提示した。乙銀行は、これらの内容を確認した上で、甲社に対する1億円の融資を決定し、甲社に対し、1億円を貸し付けた。

なお、これに先立ち、甲社の取締役会は、A、B及びCの全員一致で、乙銀行から1億円の融資を受けることを決定していた。

5. ところが、甲社は、乙銀行からの上記融資後も甲店の改装を行わず、甲社の顧客の多くが引き続き大手ディスカウントストアに流れたため、業績を回復させることができなかった。乙銀行は、程なく、甲社が破綻したこと、そのため、乙銀行の甲社に対する貸付債権のほぼ全額が回収不能となったことを知った。
6. その後、乙銀行が甲社の破綻及び乙銀行の甲社に対する貸付債権がほぼ全額回収不能となるに至った経緯を調査した結果、以下の事実が判明した。

(1) 本件不動産は、本件現物出資の当時、土地に土壤汚染が存在し、甲社の定款作成の時及び成立の時における客観的価値は、いずれも1億円にすぎなかった。また、甲社の設立当時、Aは、当該土壤汚染の存在を認識していたが、Bは、当該土壤汚染の存在を認識しておらず、本件不動産に係る鑑定評価や証明を行った不動産鑑定士及び公認会計士は、その当時、当該土壤汚染の存在や、これにより定款に記載された本件不動産の価値が相当でないことを認識していなかった。

(2) 丙社は、Aが実質的に発行済株式の全部を所有していた。本件募集株式発行に際し、丙社の代表取締役Dは、Aの指示を受けて、丁銀行株式会社（以下「丁銀行」という。）から払込金相当額の9割に相当する9000万円を借り入れ、それを丙社がねん出することができた資金1000万円と併せて、本件募集株式発行の払込みに充てた上、Aが、当該払込みがされた日の翌日、募集株式の発行による変更の登記の申請に必要な手続をすると直ちに、当該払込みに係る資金のうち9000万円を甲社の口座から引き出して、丙社の代表取締役Dに交付し、Dが、丙社の代表取締役として、直ちに、この資金をもって、丁銀行に対し、9000万円の借入金債務を弁済した。その後、Aは、甲社の貸借対照表（資料①は、その概要）等の計算書類を作成し、乙銀行に対し、同計算書類や登記事項証明書（資料②）を示していた。

Bは、Aに本件募集株式発行に関する手続を実質的に一任しており、その当時、本件募集株式発行に係る払込みやAのDに対する9000万円の交付等に関する上記一連の事情を認識していなかった。

なお、本件募集株式発行の払込金額は、丙社に特に有利な金額であるとはいえなかった。

〔設問1〕 本件現物出資に関し、会社法上、A及びBが甲社に対して負担する責任について、説明しなさい。

〔設問2〕 本件募集株式発行に関し、①払込みの効力及び発行された株式の効力について論じた上、会社法上、②A、B及び丙社が甲社に対して負担する責任並びに③A及びBが乙銀行に対して負担する責任について、説明しなさい。

【資料①】

貸借対照表の概要
(平成〇〇年〇月〇日現在)

(単位：千円)

(資産の部)		(負債の部)	
流動資産		(略)	
現金	120,000	負債合計	50,000
(略)	80,000	(純資産の部)	
固定資産		株主資本	
建物及び土地	500,000	資本金	350,000
(略)	50,000	資本準備金	350,000
		純資産合計	700,000
資産合計	750,000	負債・純資産合計	750,000

(注) 現金1億2000万円のうち、1億円は、本件募集株式発行の払込みに係るものである。また、建物につき減価償却は考慮しない。

【資料②】

履歴事項全部証明書

〇〇県〇〇市〇〇〇〇一丁目1番1号
 甲株式会社
 会社法人等番号 (略)

商号	甲株式会社	
本店	〇〇県〇〇市〇〇〇〇一丁目1番1号	
公告をする方法	(略)	
会社成立の年月日	平成〇〇年〇月〇〇日	
目的	1. スーパーマーケットの経営 2. 〇〇〇 3. 前各号に附帯する事業	
発行可能株式総数	〇万株	
発行済株式の総数 並びに種類及び数	発行済株式の総数 <u>6000株</u>	
	発行済株式の総数 7000株	平成〇〇年〇〇月〇〇日変更 ----- 平成〇〇年〇〇月〇〇日登記
資本金の額	<u>金3億円</u>	
	金3億5000万円	平成〇〇年〇〇月〇〇日変更 ----- 平成〇〇年〇〇月〇〇日登記
役員に関する事項	取締役	A
	取締役	B
	取締役	C
	〇〇県〇〇市〇〇〇〇二丁目2番2号 代表取締役	
	監査役	〇〇〇〇
取締役会設置会社に関する事項	取締役会設置会社	
監査役設置会社に関する事項	監査役設置会社	
登記記録に関する事項	設立	平成〇〇年〇〇月〇〇日登記

これは登記簿に記録されている閉鎖されていない事項の全部であることを証明した書面である。

平成〇〇年 〇月 〇日

〇〇地方法務局

登記官

法務太郎 (印)

* 下線のあるものは抹消事項であることを示す。

1 / 1

論文式試験問題集 [民事系科目第2問]

[民事系科目]

[第2問] (配点: 200 [[設問1] から [設問5] までの配点の割合は, 3.5 : 4 : 3.5 : 6.5 : 2.5])
次の文章を読んで, 後記の [設問1] から [設問5] までに答えなさい。

I

【事実】

1. 印刷や製版の工場を個人で営むAとその妻であるBとの間には, 昭和58年8月20日にC男が生まれた。やがて平成5年にBが病没すると, Aは, 平成6年2月にDと婚姻した。この時, Dには子としてE女があり, Eは, 昭和60年2月6日生まれである。
Aには, 主な資産として, 工場とその敷地のほかに, 当面は使用する予定がない甲土地があり, また, 甲土地の近くにある乙土地とその上に所在する丙建物も所有しており, 丙建物は, 事務所を兼ねた商品の一時保管の場所として用いられてきた。これら甲, 乙及び丙の各不動産は, いずれもAを所有権登記名義人とする登記がされている。
2. Cは, 大学卒業後, いったんは大手の食品メーカーに就職したが, やがて, 小さくてもよいから年来の希望であった出版の仕事を手がけたいと考え, 就職先を辞め, 雑誌出版の事業を始めた。そして, 事業が軌道に乗るまで, 出版する雑誌の印刷はAの工場で安価に引き受けてもらうことになった。
3. そのころ, Aは, 事業を拡張することを考えていた。そこで, Aは, 金融の事業を営むFに資金の融資を要請し, 両者間で折衝が持たれた結果, 平成19年3月1日に, AとFが面談の上, FがAに1500万円を融資することとし, その担保として甲, 乙及び丙の各不動産に抵当権を設定するという交渉がほぼまとまり, 同月15日に正式な書類を調えることになった。なお, このころになって, Cの出版の事業も本格的に動き出し, そのための資金が不足になりがちであった。
4. ところが, 平成19年3月15日にAに所用ができたことから, 前日である14日にAはFに電話をし, 「自分が行けないことはお詫びするが, 息子のCを赴かせる。先日の交渉の経過を話ししており, 息子も理解しているから, 後は息子との間でよろしく進めてほしい。」と述べ, これをFも了解した。
5. 平成19年3月15日午前Fと会ったCは, Fに対し, 「父の方で資金の需要が急にできたことから, 融資額を2000万円に増やしてほしい。」と述べた。そこで, Fは, 一応Aの携帯電話に電話をして確認をしようとしたが, Aの携帯電話が繋がらなかったことから, Aの自宅に電話をしたところ, Aは不在であり, 電話に出たDは, Fの照会に対し「融資のことはCに任せてあると聞いている。」と答えた。これを受けFは, 同日に, 融資額を2000万円とし, 最終の弁済期を平成22年3月15日として融資をする旨の金銭消費貸借の証書を作成し, また, 2000万円を被担保債権の額とし, 甲, 乙及び丙の各不動産に抵当権を設定する旨の抵当権設定契約の証書が作成され, Cが, これらにAの名を記してAの印鑑を押捺した。
6. この2000万円の貸付けの融資条件は, 返済を3度に分けてすることとされ, 第1回は平成20年3月15日に500万円を, 次いで第2回は平成21年3月15日に1000万円を, そして第3回は平成22年3月15日に500万円を支払うべきものとされた。また, 利息は, 年365日の日割計算で年1割2分とし, 借入日にその翌日から1年分の前払をし, 以後も平成20年3月15日及び平成21年3月15日にそれぞれの翌日から1年分の前払をすることとした。なお, 遅延損害金については, 同じく年365日の日割計算で年2割と定められた。
7. 同じ3月15日の午後にAの銀行口座にFから2000万円が振り込まれた。これを受けC

は、同日中に、日ごろから銀行口座の管理を任されているAの従業員を促し500万円を引き出させた上で、それを同従業員から受け取った。

また、甲、乙及び丙の各不動産に係る抵当権の設定の登記も、同日中に申請された。これらの抵当権の設定の登記は、甲土地については、数日後に申請のとおりFを抵当権登記名義人とする登記がされた。しかし、乙及び丙の各不動産については、添付書面に不備があるため登記官から補正を求められたが、その補正はされなかった。その後、【事実】9に記すとおり、AF間に被担保債権をめぐる争いが生じたことから、乙及び丙の各不動産について抵当権の設定の登記の再度の申請がされるには至らなかった。

8. 翌4月になって、甲、乙及び丙の各不動産の登記事項証明書を調べて不審を感じたAは、Cを問いただした。Cは、乙及び丙の各不動産について手続の手違いがあつて登記の手続が遅れていると説明し、また、自分の判断で2000万円の借入れを決めたことを認めた。
9. 借入れの経過に納得しないAは、弁護士Pに相談した。そして、Aは弁護士Pを訴訟代理人に選任した上で、平成19年6月1日、Fに対し、平成19年3月15日付けの消費貸借契約(以下「本件消費貸借契約」という。)に基づきAがFに対して負う元本返還債務が1500万円を超えては存在しないことの確認を求める訴え(以下「第1訴訟」という。)をJ地方裁判所に提起した。

【設問1】 【事実】1から9までを前提として、Fが、第1訴訟において、AがCに借入れの代理権でその金額に限度のないものを授与したとする主張、及びAがCに借入れの代理権でその金額の限度を1500万円とするものを授与したとする主張とを選択的にしたとする場合、それぞれの主張にとって、次に掲げる事実①及び事実②は法律上の意義を有するか、また、それを有すると考えられるときに、どのような法律上の意義を有するか、それぞれ理由を付して解答しなさい。

- ① 【事実】4に記す事実のうち、AがFに電話をして、3月15日に赴かせるCには交渉の経過を話してあり、それをCが理解しているから、後はCとの間でよろしく進めてほしい、と述べたこと。
- ② 【事実】5に記す事実のうち、Fが、Aの携帯電話に電話をして融資額の変更を確認しようとしたが、Aの電話が繋がらなかったこと。

II 【事実】1から9までに加え、以下の【事実】10から14までの経緯があった。

【事実】

10. Eは、AとDが婚姻して以来、A、D及びCと同居しており、その後は、Cと年齢が近かったこともあって、お互いに様々な悩みについて相談し合ったり、進路についてアドバイスをし合ったりしていたが、平成19年6月中旬ころ、Cの勧めもあって、Eは、Aらとの同居をやめて独立し、幼なじみのG女を誘って一緒に事業を始めることを決意した。そして、Eは、同月、アパートを借りてGと同居生活を始めた。
11. 平成19年7月、Aは、乙土地及び丙建物につきFを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされていないことに乗じて、Eに対し、「いつもCの相談相手になり、励ましてくれてありがとう。私としては、今後もCにとって信頼できる友人として付き合ってもらいたいと願っている。また、独立して自分の道を歩もうとする君を大いに支援したいので、乙土地及び丙建物を君に贈与したい。」と述べた。
12. Eは、AがFから金銭を借り入れた事情や、その担保として甲土地、乙土地及び丙建物にFのための抵当権を設定する契約が結ばれたものの、乙土地及び丙建物については抵当権の設定

の登記がされていないことなどについて、平成19年4月ころにAとCが話しているのを耳にしており、同年7月の時点でも、乙土地及び丙建物については抵当権の設定の登記がされていないことを知っていた。

13. しかし、Eは、Aから乙土地及び丙建物の贈与を受けることができれば、丙建物を取り壊して自分の住居を建築することができると思われ、乙土地及び丙建物にFのための抵当権の設定の登記がされていない事情を十分に認識した上で、Aによる乙土地及び丙建物の贈与の申出を受け入れ、平成19年7月27日、乙土地及び丙建物につき、贈与を登記原因としてAからEへの所有権移転登記がされた。
14. 平成19年8月19日、Eは、乙土地上に自己の居住用建物を建築するため、同土地上にあった丙建物を取り壊した。これを知ったFは、弁護士Qを訴訟代理人に選任した上で、Eに対し、抵当権の侵害による不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起することとした。

【設問2】 【事実】1から14までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) 【事実】14に記す訴えに係る訴訟においてFの損害をどのようにとらえるべきかを検討するに当たり、留意すべき事項を挙げ、それらの事項についてどのように考えるべきか、想定される反論も考慮しつつ論じなさい。
- (2) 弁護士Qは、【事実】14に記す訴えに係る訴訟において、Eから、「丙建物については、Fのために抵当権の設定の登記がされていなかったため、Fは、Eに対し、Eの不法行為を理由とする損害賠償を請求することができない。」と反論されることを想定した。この反論の当否について、どのような再反論をすることができるかを含め、論じなさい。

Ⅲ 【事実】1から14までに加え、以下の【事実】15から17までの経緯があった。

【事実】

15. 平成19年9月10日、Fは「被告E」と訴状に記載して、【事実】14に記す訴え（以下「第2訴訟」という。）をJ地方裁判所に提起した。第2訴訟は、被告側に訴訟代理人が選任されないまま進行した。第1回口頭弁論期日が開かれた後、口頭弁論が続行され、第3回口頭弁論期日までの間に、双方から事実に関する主張及びそれに対する認否が行われた。
16. 弁護士Qは、第4回口頭弁論期日にこれまでどおり出頭し、J地方裁判所の法廷入口に用意された期日の出頭票の原告訴訟代理人氏名欄に自らの名前をボールペンで書き入れようとした際、これまでの口頭弁論期日にEとして出頭していた人物が、同じく出頭票の被告氏名欄にボールペンで「G」という氏名を記載した後に、慌ててその名前を塗りつぶして、「E」と記載したところを目撃した。
そこで、弁護士Qは、不審に思い、第4回口頭弁論期日の冒頭において、Eとして出頭した人物に対し、「あなたは、先ほど、出頭票に「G」という今まで見たことがない名前を書いていませんか。訴状には、「被告E」と記載されています。あなたは、本当にEさんですか。」と問いただした。すると、Eとして出頭した人物は、「実は、私は、Eと同居しているGです。」と述べ、次回期日には、Eを連れてくる旨を確約した。裁判所は、口頭弁論を続行することとし、第5回口頭弁論期日が指定された。
17. その後、第2訴訟に係る経緯をGから聞いたEは、訴訟代理人として弁護士Rを選任した。そして、第5回口頭弁論期日には、弁護士Q並びにE、G及び弁護士Rが出頭した。
第5回口頭弁論期日においては、E本人が訴状の送達を受け、Gに対応を相談したところ、Gが、「この裁判は、あなたの身代わりとして私がするから任せてほしい。」と申し出たので、EがGに対し「任せる。」とこたえた、という事実が確認された。

そして、弁護士Rは、「これまでにGがした訴訟行為は、すべて無効である。」と主張し、裁

判所に対し、これを前提として手続を進めることを求めた。

これに対し、弁護士Qは、「弁護士Rの主張は認められない。Gがした訴訟行為の効力はEに及ぶ。」と主張した。

【設問3】 【事実】 1から17までを前提として、第2訴訟において、訴状の送達後、Gが第3回口頭弁論期日までの間にした訴訟行為の効力がEに及ぶかどうかについて、理由を付して論じなさい。

IV 【事実】 1から9までに加え、以下の【事実】18から20までの経緯があった。

【事実】

18. 第1訴訟の第1回口頭弁論期日は、平成19年7月27日に開かれ、訴状の陳述などが行われた。その後数回の期日を経て、平成20年4月11日に口頭弁論が終結し、同年6月2日にAの請求を全部認容する旨の終局判決が言い渡され、この判決が確定した。

19. 平成21年4月23日に、Aは、弁護士Pを訴訟代理人に選任した上で、Fに対し、被担保債権（被担保債権は、【事実】9に記した本件消費貸借契約上の貸金返還請求権のみであるとする。）の全額が弁済により消滅したことを理由として、J地方裁判所に、甲土地の所有権に基づき甲土地に係る抵当権の設定の登記の抹消登記手続を求める訴え（以下「第3訴訟」という。）を提起した。

20. 第3訴訟の第1回口頭弁論期日において、弁護士Pは、被担保債権に関し、「本件消費貸借契約に基づきAがFに対して負う元本返還債務の金額は1500万円であるところ、AはFに対し、平成20年3月15日に500万円、平成21年3月15日に1000万円をそれぞれ弁済した。」と主張した。

この期日において、弁護士Pは、裁判長の釈明に対し、「平成20年3月15日にされた弁済が第1訴訟において主張されなかったのは、Aが、同弁済が第1訴訟において意味がある事実だとは思わなかったため、私に連絡を怠ったためである。」と陳述した。

これに対し、Fの訴訟代理人である弁護士Qは、弁護士Pの被担保債権に関する主張のうち、平成20年3月15日の弁済については次回の口頭弁論期日まで認否を留保し、その余は認める旨の陳述をした。

【設問4】 【事実】 1から9まで及び18から20までを前提として、第3訴訟に関する次の(1)及び(2)に答えなさい。

(1) 第3訴訟の第1回口頭弁論期日後数日してされた次の弁護士Qと司法修習生Sの会話を読んだ上で、あなたが司法修習生Sであるとして、弁護士Qが示した課題（会話中の下線を引いた部分）を検討した結果を理由を付して述べなさい。

ただし、信義則違反については論ずる必要がない。

なお、貸金返還請求権については、利息及び遅延損害金を考慮に入れないものとする。

Q： 第1訴訟の確定判決の既判力が第3訴訟で作用することは理解できますか。

S： 第3訴訟の訴訟物は、所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求権ですから、抵当権が消滅したかどうか争点になります。そして、抵当権が消滅したかどうかを判断するためには、抵当権の付従性から、被担保債権が消滅したかどうかを判断しなければなりません。つまり、被担保債権である本件消費貸借契約上の貸金返還請求権の存否が、訴訟物である抵当権設定登記抹消登記請求権の存否にとって、いわゆる先決関係にあるということになります。

Q： そのとおりです。ですから、第1訴訟の確定判決の既判力の作用によって、私たちは、第3訴訟で、第1訴訟の口頭弁論が終結した平成20年4月11日の時点で、本件消費貸借契約上の元本返還請求権の金額が1500万円を超えていたことを主張できなくなります。この点は分かりますか。

S： はい。

Q： ところが、Aは、第3訴訟で、第1訴訟の口頭弁論終結前の平成20年3月15日にされた弁済を主張してきましたね。このような主張は許されてよいものでしょうか。

S： 確かにそうですね。信義則に反すると思います。

Q： いきなり信義則違反に飛び付くのは、いかがなものでしょうか。最終的には、信義則違反の主張をすることになるかもしれませんが、その前に、Aの弁済の主張が第1訴訟で生じた既判力によって遮断されるかどうかを検討すべきではないでしょうか。

S： すみません。先走り過ぎました。

Q： 第1回口頭弁論期日が終わってから、私なりに既判力について考えてみました。その結果、二つの法律構成が残ったのですが、そこから先の検討がまだ済んでいないのです。第2回口頭弁論期日のための準備書面をそろそろ書き始めなければなりませんので、あなたにも協力してほしいのです。

S： 分かりました。

Q： では、二つの法律構成を説明します。

第1の法律構成（法律構成①）は、第1訴訟の訴訟物は元本返還債務の全体であって、Aの「1500万円を超えては存在しない」ことの確認を求めるという請求の趣旨は、例えば「1200万円を超えては存在しない」というような、より原告に有利な判決を求めないという意味において、原告が自ら、請求の認容の範囲を限定したものにすぎない、というものです。このように考えると、既判力の対象はあくまでも、元本返還債務の全体ですから、第1訴訟の確定判決の既判力によって、「平成20年4月11日の時点で元本債務は1500万円であった」ということが確定されることになります。

第2の法律構成（法律構成②）も、やはり第1訴訟の訴訟物は元本返還債務の全体であるとするのですが、同債務のうち1500万円についてはAが請求を放棄したために、実際に審判対象となったのは1500万円を超える部分だというものです。このように考える場合には、第1訴訟の確定判決の既判力の客観的範囲は元本返還債務のうち1500万円を超える部分だけになりますが、請求の放棄、正確には請求の一部放棄の既判力により、元本債務の金額が1500万円であったことが確定されることになります。

理解できましたか。

S： はい。

Q： それでは、これから、あなたにお願いする課題を説明します。法律構成①と法律構成②のそれぞれについて、長所と短所を検討してください。ただし、最高裁判所の判例に適合的であるから良い、あるいは、最高裁判所の判例に反するから駄目だ、というような紋切り型の答えでは困ります。

S： 分かりました。頑張ってみます。

- (2) 審理の結果、被担保債権の元本が500万円残っているとの結論に至った場合、裁判所は、Fに対し、AがFに500万円を支払うことを条件として、抵当権の設定の登記の抹消登記手続をすることを命ずる判決をすることができるか、Aの請求を全部棄却することと比較しながら、論じなさい。

なお、貸金返還請求権については、利息及び遅延損害金を考慮に入れないものとする。

V 【事実】 1 から 9 までに加え、以下の【事実】 21 から 25 までの経緯があった。

【事実】

21. Dは平成20年2月16日に病没した。
22. Aは、外国に住んでいる親族の結婚式に出席するため、5日間の外国旅行に出ることとなった。Aは、出発前夜である平成22年1月12日に、CとEを呼び、「今まで隠していたが、実はEは私とDとの間にできた子で、私はEを認知することにした。認知届の書類にもすべて私が必要な項目を埋めて署名押印しておいたから、Eは、私が旅行に出ている間に、認知届の日付を埋めた上で必ず市役所に提出しておいてほしい。」と告げた。突然の話にEは驚いたものの、了解し、認知届の提出に必要な書類一式をAから受け取った。
23. 翌朝、Aは旅行に出発した。同月14日、Aは事故に巻き込まれ、死亡した。Eは、この件の事後処理に忙殺され、認知届を提出しないままになっている。
24. Aの遺品を整理していたCは、同年2月3日に、Aの愛用していた机の引出しの奥に、「遺言」と表面に書かれた1通の封書を見つけた。この封書には自筆証書遺言として適式の証書が入っていて、そこには、「私が死亡したときは、私の遺産はCを2、Eを1とする割合で分けること。」とAの筆跡で記されていた。遺言の日付は平成20年4月6日となっていた。
25. Hは生前のAに対し600万円を貸し付けており、平成22年4月現在、この貸金債権の弁済期は既に到来している。平成22年5月になって、Hが、前記貸金債権に係る元本の返済をC及びEに対し請求してきた。

〔設問5〕 【事実】 1 から 9 まで及び21から25までを前提として、C及びEはHに対し元本の支払義務を負うか、支払義務を負うとした場合、いくら支払義務を負うか、これらについて、EがAの子であるかどうかにも言及しつつ論じなさい。

論文式試験問題集 [刑事系科目]

〔刑事系科目〕

〔第1問〕（配点：100）

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 V（78歳）は、数年前から自力で食事や排せつを行うことができない、いわゆる寝たきりの要介護状態にあり、自宅で、妻甲（68歳）の介護を受けていたが、風邪をこじらせて肺炎となり、A病院の一般病棟の個室に入院して主治医Bの治療を受け、容体は快方に向かっていた。

A病院に勤務し、Vを担当する看護師乙は、Vの容体が快方に向かっている間は、Bの指示により、2時間ないし3時間に1回程度の割合でVの病室を巡回し、検温をするほか、容体の確認、投薬や食事・排せつの世話などをしていた。

一方、甲は、Vが入院した時から、連日、Vの病室を訪れ、数時間にわたってVの身の回りの世話をしていた。このため、乙は、Vの病状に何か異状があれば甲が気付いて看護師等に知らせるだろうと考え、甲がVの病室に来ている間の巡回を控えめにしていた。その際、乙は、甲に対し、「何か異状があったら、すぐに教えてください。」と依頼しており、甲も、その旨了承し、「私がいる間はゆっくりしててください。」などと乙に話し、実際に、甲は、病室を訪れている間、Vの検温、食事・排せつの世話などをしていた。

2 Vは、入院開始から約3週間経過後のある日、午前11時過ぎに発熱し、正午ころには39度を超える高熱となった（以下、時刻の記載は同日の時刻をいう。）。Bは、発熱の原因が必ずしもはっきりしなかったものの、このような場合に通常行われる処置である解熱消炎剤の投与をすることにした。ところが、Vは、一般的な解熱消炎剤の「D薬」に対する強いアレルギー体質で、D薬による急性のアレルギー反応でショック死する危険があったため、Bは、D薬に代えて使用されることの多い別の解熱消炎剤の「E薬」を点滴で投与することにし、午後0時30分ころ、その旨の処方せんを作成して乙に手渡し、「Vさんに解熱消炎剤のE薬を点滴してください。」と指示した。そして、高齢のVの発熱の原因がはっきりせず、E薬の点滴投与後もVの熱が下がらなかつたり容体の急変等が起こる可能性があったため、Bは、看護師によるVの慎重な経過観察が必要であると判断し、乙に、「Vさんの発熱の原因がはっきりしない上、Vさんは高齢なので、熱が下がらなかつたり容体が急変しないか心配です。容体をよく観察してください。半日くらいは、約30分ごとにVさんの様子を確認してください。」と指示した。

3 Bの指示を受けた乙は、A病院の薬剤部に行き、Bから受け取った前記処方せんを、同部に勤務する薬剤師丙に渡した。

A病院では、医師作成の処方せんに従って薬剤部の薬剤師が薬を準備することとなっていたが、薬の誤投与は、患者の病状や体質によってはその生命を危険にさらしかねないため、薬剤師において、医師の処方箋が患者の病状や体質に適合するかどうかをチェックする態勢が取られており、かかるチェックを必ずした上で薬を医師・看護師らに提供することとされていた。仮に、医師の処方に疑問があれば、薬剤師は、医師に確認した上で薬を提供することになっていた。

ところが、乙から前記処方せんを受け取った丙は、Bの処方に間違いはないものと思い、処方された薬の適否やVのアレルギー体質等の確認も行わずに、E薬の薬液入りガラス製容器（アンプル）が多数保管されているE薬用の引き出しからアンプルを1本取り出した。その引き出しには、本来E薬しか保管されていないはずであったが、たまたまD薬のアンプルが数本混入していて、丙が取り出したのは、そのうちの1本であった。しかし、丙は、それをE薬と思い込んだまま、アンプルの薬名を確認せず、それを点滴に必要な点滴容器や注射針などの器具と一緒にVの名前を記載した袋に入れ、前記処方せんの写しとともに乙に渡した。

なお、D薬のアンプルとE薬のアンプルの外観はほぼ同じであったが、貼付されたラベルには

各薬名が明記されていた。

また、D薬に対するアレルギー体質の患者に対し、D薬に代えてE薬が処方される例は多く、丙もその旨の知識を有していた。

- 4 A病院では、看護師が点滴その他の投薬をする場合、薬の誤投与を防ぐため、看護師において、薬が医師の処方どおりであるかを処方せんの写しと対照してチェックし、処方や薬に疑問がある場合には、医師や薬剤師に確認すべきこととなっており、その際、患者のアレルギー体質等については、その生命にかかわることから十分に注意することとされ、乙もA病院の看護師としてこれらの点を熟知していた。

しかし、丙から前記のとおりアンプルや点滴に必要な器具等を受け取った乙は、丙がこれまで間違いを犯したことがなく、丙の仕事ぶりを信頼していたことから、丙が、処方やVの体質等の確認をしなかったり、処方せんと異なる薬を渡したりすることを全く予想していなかったため、受け取った薬が処方されたものに間違いはないかどうかを確認せず、丙から受け取ったアンプルが処方されたE薬ではないことに気付かなかった。また、乙は、VがD薬に対するアレルギー体質を有することを、Vの入院当初に確認してVの看護記録にも記入していたが、そのことも失念していた。

そして、乙は、丙から受け取ったD薬のアンプル内の薬液を点滴容器に注入し、午後1時ころからVに対し、それがE薬ではないことに気付かないままD薬の点滴を開始した。その際、Vの検温をしたところ、体温は39度2分であったため、乙は、Vのベッド脇に置かれた検温表にその旨記載して病室を出た。

乙は、Bの前記指示に従って、点滴を開始した午後1時ころから約30分おきにVの病室を巡回することとし、1回目の巡回を午後1時30分ころに行い、Vの容体を観察したが、その時点では異状はなかった。この時のVの体温は39度で、乙はその旨検温表に記載した。

- 5 午後1時35分ころ、甲が来院し、Vの病室に行く前に看護師詰所（ナースステーション）に立ち寄ったので、乙は、甲に、「Vさんが発熱したので、午後1時ころから、解熱消炎剤の点滴を始めました。そのうち熱は下がると思いますが、何かあったら声を掛けてください。私も30分おきに病室に顔を出します。」などと言い、甲は、「分かりました。」と答えてVの病室に行った。

甲は、Vが眠っていたため病室を片付けるなどしていたところ、午後1時50分ころ、Vが呼吸の際ゼイゼイと音を立てて息苦しそうにし、顔や手足に赤い発しんが出ていたため、慌ててVに声を掛けて体を揺すったが、明りょうな返事はなかった。

Vは、数年前に、薬によるアレルギー反応で赤い発しんが出て呼吸困難に陥って次第に容体が悪化し、やがてチアノーゼ（血液中の酸素濃度低下により皮膚が青紫色になること）が現れるに至ったが、医師の救命処置により一命を取り留めたことがあった。甲は、その経過を直接見ており、後に医師から、「薬に対するアレルギーでショック状態になっていたため、もう少し救命処置が遅れていれば助からなかったかもしれない。」と聞かされた。

このような経験から、甲は、Vが再び薬によるアレルギー反応を起こして呼吸困難等に陥っていることが分かり、放置すると手遅れになるおそれがあると思った。

しかし、甲は、他に身寄りのないVを、Vが要介護状態になった数年前から一人で介護する生活を受け、肉体的にも精神的にも疲れ切っており、退院後も将来にわたってVの介護を続けなければならないことに悲観していたため、このままVが死亡すれば、先の見えない介護生活から解放されるのではないかと思った。また、甲は、時折Vが「こんな生活もう嫌だ。」などと嘆いていたことから、介護を受けながら寝たきりの生活をするより、このまま死んだ方がVにとっても幸せなのではないかとも思った。

他方、甲は、長年連れ添ったVを失いたくない気持ちもあった上、Vが死亡すると、これまで受け取っていた甲とVの2名分の年金受給額が減少するのも嫌だとの思いもあった。

このように、甲が、これまでの人生を振り返り、かつ今後の人生を考えて、これからどうする

のが甲やVにとって良いことなのか思い悩んでいた午後2時ころ、乙が、巡回のため、Vの病室の閉じられていた出入口ドアをロックした。しかし、心を決めかねていた甲は、もうしばらく考えてからでもVの救命は間に合うだろうと思い、時間を稼ぐため、ドア越しに、「今、体を拭いてあげているので20分ほど待ってください。夫に変わりはありません。」と嘘を言った。

乙は、その言葉を全く疑わずに信じ込み、Vに付き添って体を拭いているのだから、Vに異状があれば甲が必ず気付くはずだと思い、Vの容体に異状がないことの確認はできたものと判断し、約30分後の午後2時30分ころに再び巡回すれば足りると考え、「分かりました。30分ほどしたらまた来ます。」とドア越しに甲に言って立ち去った。

- 6 乙が立ち去った後、甲がVの様子を見ると、顔にチアノーゼが現れ、呼吸も更に苦しそうに見えたことなどから、甲は、Vの容体が更に悪化していることが分かった。

甲は、しばらく悩んだ末、数年前にVが同様の症状に陥って助かった時の前記経験から、現時点のVの症状ならば、速やかに救命処置が開始されればVはまだ助かるだろうと思いつつも、事態を事の成り行きに任せ、Vの生死を、医師等の医療従事者の手にではなく、運命にゆだねることに決め、その結果がどうなるかとその運命に従うことにした。

その後、甲は、乙の次の巡回が午後2時30分ころに予定されていたので、午後2時15分ころ、検温もしていないのに、検温表に午後2時20分の検温結果として38度5分と記入した上、午後2時30分ころ、更に容体が悪化しているVを病室に残して看護師詰所に行き、乙に検温表を示しながら、「体を拭いたら気持ち良さそうに眠りました。しばらくそっとしておいてもらえませんか。熱は下がり始めているようです。何かあればすぐにお知らせしますから。」と嘘を言ってVの病室に戻った。

- 7 乙は、他の患者の看護に追われて多忙であった上、甲の話と検温表の記載から、Vの容体に異状はなく、熱も下がり始めて容体が安定してきたものと信じ込み、甲が付き添っているのだから眠っているVの様子をわざわざ見に行く必要はなく、午後2時30分ころに予定していた巡回は行わずに午後3時ころVの容体を確認すれば足りると判断した。

午後2時50分ころ、甲は、Vの呼吸が止まっていることに気付き、Vは助からない運命だと思って帰宅した。

午後3時ころ、Vの病室に入った乙が、意識がなく呼吸が停止しているVを発見し、直ちに、Bらによる救命処置が講じられたが、午後3時50分にVの死亡が確認された。

- 8 その後の司法解剖や甲、乙、丙及び他のA病院関係者らに対する事情聴取等の捜査の結果、次の各事実が判明した。

(1) Vの死因は、肺炎によるものではなく、D薬を投与されたことに基づく急性アレルギー反応による呼吸困難を伴うショック死であった。

(2) 遅くとも午後2時20分までに、医師、看護師等がVの異変に気付けば、当時のA病院の態勢では直ちに医師等による救命処置が開始可能であって、それによりVは救命されたものと認められたが、Vの異変に気付くのが、それより後になると、Vが救命されたかどうかは明らかでなく、午後2時50分を過ぎると、Vが救命される可能性はほとんどなかったものと認められた。

なお、本件において、Vに施された救命処置は適切であった。

(3) VにE薬に対するアレルギーはなく、VにE薬を投与してもこれによって死亡することはなかった。

なお、BのVに対する治療方針やE薬の処方及び乙への指示は適切であった。

(4) E薬用の引き出しには数本のD薬のアンフルが混入していたが、その原因は、A病院関係者の何者かが、D薬のアンフルを保管場所にしまう際、D薬用の引き出しにしまわず、間違えて、E薬用の引き出しに入れてしまったことにあると推測された。しかし、それ以上の具体的な事実関係は明らかにならなかった。

〔第2問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

- 1 暴力団A組は、けん銃を組織的に密売することによって多額の利益を得ていたが、同組では、発覚を恐れ一般人には販売せず、暴力団に属する者に対してのみ、電話連絡等を通じて取引の交渉をし、取引成立後、宅配等によりけん銃を引き渡すという慎重な方法が採られていた。司法警察員Pらは、A組による組織的な密売ルートを解明すべく内偵捜査を続けていたが、A組幹部の甲がけん銃密売の責任者であるとの情報や、甲からの指示を受けた組員らが、取引成立後、組事務所とは別の場所に保管するけん銃を顧客に発送するなどの方法によりけん銃を譲渡しているとの情報を把握したものの、顧客が暴力団関係者のみであることから、甲らを検挙する証拠を入手できずにいた。

平成21年6月1日、Pらは、甲らによるけん銃密売に関する証拠を入手するため、A組の組事務所であるアパート前路上で張り込んでいたところ、甲が同アパート前公道上にあったごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。そこで、Pらは、同ごみ袋を警察署に持ち帰り、その内容物を確認したところ、「5/20 1丁→N.H 150」などと日付、アルファベットのイニシャル及び数字が記載された複数のメモ片を発見したため、この裁断されていたメモ片を復元した〔捜査①〕。

さらに、同月2日、Pらは、甲が入居しているマンション前路上で張り込んでいたところ、甲が同マンション専用のごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。なお、同ごみ集積所は、同マンション敷地内にあるが、居住部分の建物棟とは少し離れた場所の倉庫内にあり、その出入口は施錠されており、誰でも出入りすることが可能な場所にあった。そこで、Pらは、同集積所に立ち入り、同所において、同ごみ袋内を確認したところ、「5/22 1丁→T.K 150」などと記載された同様のメモ片を発見したため、このメモ片を持ち帰り復元した〔捜査②〕。

Pらが復元した各メモ片の内容を確認したところ、甲らが、同年5月中に、10名に対して、代金総額2250万円で合計15丁のけん銃を密売したのではないかと嫌疑が濃厚となった。

- 2 その後、Pらは、更なる内偵捜査により、A組とは対立する暴力団B組に属する乙が、以前に甲からけん銃を入手しようとしたものの、その代金額について折り合いがつかずにけん銃を入手できなかったため、B組内で処分を受け、甲及びA組に対して強い敵意を抱いているとの情報を入手した。

そこで、Pは、同年6月5日、乙と接触し、同人に対し、もう一度甲と連絡を取ってけん銃を譲り受け、甲を検挙することを手伝ってほしい旨依頼したところ、乙の協力が得られることとなった。この際、Pは、乙に対し、電話で甲に連絡をした際や直接会って話をした際には、甲との会話内容をICレコーダーに録音したいこと、さらに会話終了後には、引き続き、乙にその会話内容を説明してもらい、それも併せて録音したい旨を依頼し、乙の了解を得た。

同月7日午前11時ころ、乙は、乙方近くのE公園において、自らの携帯電話から甲の携帯電話に電話をかけ、甲に対し、「前には金額で折り合わなかったが、やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」などと言い、甲から、「分かった。値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」などとの話を引き出した。乙の近くにいたPは、この会話を乙の携帯電話に接続したICレコーダーに録音し、さらに、同会話終了後にされた「自分は、平成21年6月7日午前11時ころ、E公園において、甲と電話で話したが、甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後1時ころ、F喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」という乙による説明も録音した〔録音①〕。

翌8日午後1時ころ、待ち合わせ場所のF喫茶店において、甲と乙は、けん銃の譲渡について話合いをした。その際、甲と乙は、代金総額300万円でけん銃2丁を譲渡すること、けん銃は後日乙の指定したマンションへ宅配便で配送すること、けん銃の受取後、代金を直接甲に支払う

ことなどを合意するに至った。隣のテーブルにいたPは、このけん銃譲渡に関する会話をICレコーダーに録音し、さらに、甲が同店を立ち去った後にされた「自分は、平成21年6月8日午後1時ころ、F喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で、りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め、その時渡すことになった。」という乙による説明も録音した〔録音②〕。

3 翌9日以降、Pらは、乙がけん銃を受け取ったことを確認し次第、甲をけん銃の譲渡罪で逮捕し、関係箇所を捜索しようと考え、度々乙と電話で連絡を取り、甲からけん銃2丁が配送されてきたか否か確認を続けた。しかし、同月14日午後9時ころ、Pらは、乙が電話に出なくなったことから不審に思い、乙の生命又は身体に危険な事態が発生した可能性があることからその安全を確認するため、乙方マンション管理人立会いの下、乙方に立ち入ると、乙が居間において、頭部右こめかみ付近から出血した状態で死亡しているのを発見した。乙の死体付近にはけん銃2丁が落ちており、その近くには開封された宅配便の箱があり、その中を確認するとりんごが数個入っていた。また、机には乙の物とみられる携帯電話1台があった。Pらは、甲によるけん銃譲渡の被疑事実について、裁判官から捜索差押許可状の発付を得た上で、発見したけん銃2丁及び携帯電話1台を押収した。さらに、Pらは、押収した乙の携帯電話の発信履歴や着信履歴を確認したが、すべて消去されていたため、直ちに科学捜査研究所で、消去されたデータの復元・分析を図った〔捜査③〕。その結果、頻繁に発着信履歴のある電話番号「090-7274-△△△△」が確認され、さらにこの契約者を捜査すると丙女であることが明らかとなった。なお、Pらは、乙方では遺書等を発見できず、押収したけん銃2丁には乙の右手指紋が付着していたものの、乙が死亡した原因を自殺か他殺か特定できなかつた上、捜査の必要から、乙死亡についてマスコミ発表をしなかつた。また、宅配便の箱に貼付されていた発送伝票の発送者欄には、住所、人名及び電話番号が記載されていたが、捜査の結果、それらはすべて架空のものであることが明らかとなった。

4 翌15日午後7時ころ、Pらが乙の携帯電話を持参して丙女方を訪ねると、丙女は、当初は乙を知らないと供述したものの、Pらが乙の携帯電話の電源を入れ、丙女の携帯電話番号の発着信履歴が頻繁にあったことを告げると、ようやく、乙と約2年前から交際していたことを認め、乙から、今回警察の捜査に協力していることやそのためにA組の甲からけん銃を譲り受けることを打ち明けられていたなどと供述した。そのような事情聴取を継続中に、突然、乙の携帯電話の着信音が鳴った。Pらは、着信の表示番号が以前に乙から教わっていた甲の携帯電話番号であったので、甲からの電話であると分かり、とっさに、丙女から、電話に出ること及び会話の録音についての同意を得た上で、丙女に電話に出てもらうとともに、乙の携帯電話の録音機能を使用して録音を開始した。すると、甲と思われる男の声で、「もしもし、甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」との話があり、丙女が、乙が死亡してしまったこと、自分は乙の婚約者であることを告げると、甲と思われる男は、「婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」などと強く言ってきた。Pがメモ紙に代金は警察が用意するので待ち合わせ場所を決めるようにと記載して示すと、丙女は、その記載に従って、「分かりました。代金は、乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」などと言い、同月17日に甲とF喫茶店で待ち合わせることになった。Pは、電話終了後、乙の携帯電話の録音機能を停止して再生し、丙女と甲と思われる男の会話内容が録音されていることを確認した〔録音③〕。

5 同月17日午後3時ころ、丙女がF喫茶店に赴いたところ、甲が現れたので、Pらは、甲をけん銃2丁の譲渡罪で緊急逮捕した。

甲は勾留後、否認を続けたが、検察官は、本件けん銃2丁、甲乙間及び甲丙女間の本件けん銃譲渡に関する〔録音①〕、〔録音②〕及び〔録音③〕を反訳した捜査報告書【資料】、丙女の供述等

を証拠に、同年7月8日、甲をけん銃2丁の譲渡罪で起訴した。

被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、乙に対してけん銃2丁を譲り渡したことはない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官は、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」を立証趣旨として、前記捜査報告書を証拠調べ請求したところ、弁護人は、不同意とした。

〔設問1〕 下線部の【捜査①】から【捜査③】の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 【事例】中の捜査報告書の証拠能力について、前提となる捜査の適法性を含めて論じなさい。

【資料】

捜査報告書

平成21年6月18日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警視

P 殿

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 巡査部長

K ㊟

被疑者

甲

(本籍, 住居, 職業, 生年月日省略)

上記の者, 平成21年6月17日, 銃砲刀剣類所持等取締法違反被疑事件の被疑者として緊急逮捕したものであるが, 被疑者は, 乙及び丙女との間で電話等による会話をしており, その状況を録音したICレコーダー及び携帯電話を本職が再生して反訳したところ, 下記のとおり判明したので報告する。

記

1 平成21年6月7日午前11時ころ～午前11時5分ころ, 電話による通話等

(1)乙 「もしもし, 乙ですが, この間は申し訳なかったね。」

「やはり, 物必要なんだ。前には金額で折り合わなかったが, やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」

甲 「今更何言ってるの。物って何のことよ。」

乙 「とぼけないでくださいよ。×××のことですよ。」

甲 「前は, 高過ぎるとか, ほんとに良い物なのかとか, うるさかったじゃない。うちの×××とは違うんだよ。」

乙 「悪かったね。やはりどうしても欲しいんだ。助けてほしい。」

甲 「分かった。うちの回転×××の×××は物が良いので, 値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」

乙 「よく分かったよ。明日1時に前回と同じF喫茶店でどうだい。」

甲 「分かった。明日会おう。」

ここで, 甲乙間の会話が終了し(なお×××部分は聞き取れず), 引き続き, 乙の声で,

(2)乙 「自分は, 平成21年6月7日午前11時ころ, E公園において, 甲と電話で話したが, 甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後1時ころ, F喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」との話が録音されていた。

2 同月8日午後1時ころ, F喫茶店における会話等

(1)乙 「お久しぶり。この前は悪かったね。」

甲 「だから, この間の条件で買ってあげばよかったんだよ。うちの条件は前回と同

じ、1丁150万円、2丁なら×××××、物がいいんだからびた一文負けれないよ。」

乙 「分かったよ。それでいいよ。物どうやって受け取るんだい。」

甲 「うちのやり方は、直接渡したりはしないんだ。そこでパクられたら、所持で逃げようないからね。あんたのマンションへ宅配便で送るよ。りんごの箱に入れて、一緒に送るから。受け取ったら、×××渡してくれよ。場所はまた連絡する。」

乙 「それでいこう。頼むね。」

ここで、甲乙間の会話が終了し(なお×××部分は聞き取れず)、引き続き、乙の声で、
(2)乙 「自分は、平成21年6月8日午後1時ころ、F喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で、りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め、その時渡すことになった。」との話が録音されていた。

3 同月15日午後7時15分ころ～午後7時20分ころ、電話による通話

甲 「もしもし、甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」

丙女 「私は、乙の婚約者の丙女です。乙は死んでしまいました。」

甲 「ええ。死んだ。本当かよ。どうして死んだんだ。××か。」

丙女 「分かりません。でも、遺書はありませんし、近くにけん銃が落ちていました。」

甲 「それはお気の毒だ。でも物は届いたんだろう。それなら、あんたが代わりに300万円払ってくれ。」

丙女 「そんなお金は持っていません。」

甲 「婚約者なんだろ。婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」

丙女 「分かりました。代金は、乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」

甲 「本当に用意できるのか。それじゃあ。明後日の17日午後3時、F喫茶店に金を持ってきてくれ。××には言うなよ。」

丙女 「分かりました。必ず行きます。」

ここで甲丙女間の会話が終了した(なお××部分は聞き取れず)。

論文式試験問題集 [倒 産 法]

[倒産法]

[第1問] (配点：50)

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

【事例】

建設業を営むA株式会社(以下「A社」という。)は、区分所有建物(以下「本件建物」という。)を所有していたところ、金融業を営むB株式会社(以下「B社」という。)から弁済期を2年後として3000万円を借り入れ(以下、この貸付金の返還請求権を「本件貸付債権」という。)、本件貸付債権を被担保債権として、B社のために、本件建物に1番抵当権(以下「本件抵当権」という。)を設定し、その登記がされた。その直後、A社は、C株式会社(以下「C社」という。)に対し、本件建物を賃料月30万円で賃貸し、C社は、ここで店舗の営業を始めた。

ところがその半年後、A社は、経営不振から急速に資金繰りに窮してきた。そこで、A社の内情を知ったB社は、A社との間で、A社が所有していた中古トラック(以下「本件トラック」といい、道路運送車両法第5条第1項の適用を受けるものとする。)を、本件貸付債権のうちの100万円の弁済に代えて譲り受ける旨の合意をし、その引渡しを受けて登録名義もA社からB社に移転した(この代物弁済契約を、以下「本件代物弁済」という。)。そして、B社は、直ちにこれを100万円で第三者に売却して、引き渡した。

それから20日後、A社は、とうとう資金繰りがつかずに、手形の不渡りを出した。そして、その翌日、A社は、自己破産を申し立て、直ちに破産手続開始決定がされて、破産管財人Kが選任された。

Kは、本件トラックについて調査をしたところ、現在の所在は不明で、現物を取り戻すことは不可能であるが、時価は150万円と算定することができることが明らかとなった。また、Kは、本件建物についても調査したところ、C社がそこで店舗の営業を続けており、本件建物の時価は約1500万円であった。

〔設問〕 以下の1及び2については、それぞれ独立したものとして解答しなさい。

- 1(1) 本件代物弁済に関して、KはB社に対してどのような請求をすることができるかを論じなさい。
- (2) 設問の事実関係で、仮に本件代物弁済がされた際に本件トラックの登録名義の移転がされず、登録名義がA社に残ったままであったとしたならば、本件代物弁済に関して、KはB社に対してどのような請求をすることができるか、上記(1)と比較しながら論じなさい。
- 2 B社は、A社の破産手続開始決定後に、本件貸付債権の残額をどのように回収することができるか、その場合の手続はどのようなになるかについて、本件貸付債権の破産手続中での行使と、本件抵当権の行使との両方を踏まえて、説明しなさい。

(参照条文) 道路運送車両法

第5条 登録を受けた自動車の所有権の得喪は、登録を受けなければ、第三者に対抗することができない。

- 2 (省略)

〔第2問〕（配点：50）

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

【事例】

精密機械の製造業を営むA株式会社（以下「A社」という。）は、不況による売上高の低迷によって資金繰りに窮し、これから満期を迎える約束手形の決済資金の確保が困難な状況となった。

そのため、A社は、平成22年4月1日に民事再生手続開始申立てを行い、同月8日に民事再生手続開始決定を受けた。

〔設問〕

以下の1及び2については、それぞれ独立したものとして解答しなさい。

1. A社の再建のためには、部品の継続的供給契約（以下「本件契約」という。）を締結しているB株式会社（以下「B社」という。）が従前どおりに取引に応じることが不可欠であった。本件契約では、B社がA社に対して部品の供給を反復継続的に行い、代金については、毎月末日締めで翌月末日に支払う約定であった。そのため、B社は、民事再生手続開始申立ての時点において平成22年3月末日締めの売掛金1000万円を有していた。

また、本件契約には「A社が民事再生手続開始の申立てを行ったときには、B社は本件契約を解除することができる。」との条項が定められていた。

B社は、高い品質の部品を製造していることから、他社からの引き合いも多い会社であったため、今後の取引継続についての態度は強硬であり、民事再生手続開始決定直後の協議において、次のとおり主張した。

「A社が民事再生手続開始申立てを行った以上、本件契約を解除する。ただし、4月末日までに売掛金全額を支払った場合には、解除せず今後の取引を継続してもよい。」

この場合、A社は、B社との取引を継続するため、どのような主張を行うべきか、B社の主張に対する反論も含めて、検討しなさい。

2. C銀行は、A社に対し、5000万円の貸付債権（以下「本件貸付債権」という。）を有していたところ、A社の財務状況の悪化に伴い、追加担保の差入れを要求していた。

そこで、平成22年3月1日、A社は、C銀行との間で、D株式会社が売掛金の支払のためにA社に対して振り出した額面金1000万円の約束手形2通（以下「甲手形」及び「乙手形」という。）につき、取立委任契約を締結し、C銀行に甲手形と乙手形を裏書譲渡した。A社とC銀行は、銀行取引約定書に基づき銀行取引約定を締結していたが、これらの取立委任契約は、この取引約定の規定に基づくものであった。

その後、同年4月5日に甲手形の満期が到来したため、C銀行は、甲手形につき1000万円の手形金を取り立てた。

次に、A社の民事再生手続開始決定後に、乙手形の満期が到来したため、C銀行は、乙手形につき1000万円の手形金を取り立てた。

A社は、その後、C銀行に対し、甲手形及び乙手形の取立金である2000万円の返還を求めたところ、C銀行は、その返還債務と本件貸付債権を対当額で相殺する旨の意思表示をし、返還を拒絶した。

なお、C銀行は、同年4月2日には、A社の民事再生手続開始申立ての事実を認識しており、この申立てにより、A社は、本件貸付債権の期限の利益を喪失していた。

本件で、甲手形及び乙手形について、それぞれC銀行の相殺の主張が認められるか否かを、相殺権に関する民事再生法の規律と破産法の規律の違いを踏まえて検討しなさい。

論文式試験問題集 [租 税 法]

[租 税 法]

[第 1 問] (配点 : 5 0)

1 Aは、生計を一にする妻B及び子Cと同居し、飲食店を営む青色申告者である。

Aは、毎日夕方の開店から閉店までの間は、Cに調理の手伝いをさせる一方、Cに調理師の資格を得させてAの飲食店で調理師として働かせるため、昼間は、調理師専門学校に通わせていた。Aは、Cに対し、調理の手伝いに見合う給与のほか、調理師専門学校の授業料相当額を、学資金だと伝えて支払っていた。Cは、学資金名目の金員を調理師専門学校の授業料に充てていた。

また、Bは、ピアノの演奏や教授を業としていたが、週末等時間に余裕があるときに、Aの飲食店で、ピアノの演奏を行い、その都度、Aから演奏料を受け取っていた。

2 Aが雇い入れた従業員甲は、自分の借金の返済などに窮したため、飲食店の売上金200万円を持ち逃げして、すべて使い果たした。

以上の事案について、以下の設問に答えなさい。

[設 問]

1 (1) Cが支払を受けた調理師専門学校の授業料相当額の学資金名目の金員は、Cの課税上、どのように取り扱われるか。

(2) AがBに支払った演奏料は、A及びBの課税上、どのように取り扱われるか。

2 (1) 甲の窃盗によりAが失った飲食店の売上金200万円は、Aの課税上、どのように取り扱われるか。

(2) 飲食店がAの経営する法人であり、甲がその役員であったとして、甲が飲食店の売上金200万円を横領して、すべて使い果たした場合、法人税の課税関係はどうなるか。

〔第2問〕（配点：50）

イタリア料理のレストランを経営する個人事業者であるXは、所轄のY税務署長から青色申告の承認を受け、青色申告書により所得税の確定申告を行っていた。

平成21年分の事業所得につき、Xが確定申告書を提出したところ、所轄税務署の担当職員Aは、経費の過大計上を疑い、Xのレストランにおいて臨場調査を行った。Aが平成19年分から同21年分まで（以下「本件各年分」という。）の帳簿書類の提示を求めたところ、Xは、机上に帳簿書類を積み上げ、「このとおり、帳簿書類はきちんと記録して保存してあるが、今は忙しいので見せられない。」と述べて、その提示をせず、その後の調査日程の調整にも言を左右にして応じなかった。その後、Aは、再びXのレストランに出向いて本件各年分の帳簿書類の提示を求めたが、Xは、前回と同様に、多忙などを理由に帳簿書類の提示をしなかった。他方、Xは、その後、繰り返しAに電話をして、顧問税理士を探しているところであるから待ってほしい旨を述べた。Aは、そのいずれの際にも、Xに対し、税理士の選任は別として、帳簿書類を提示するよう求めたが、Xは、「税理士が決まるまで待ってほしい。」あるいは「準備中でありもう少し待ってほしい。」などと答えた。その後、AがXのレストランに出向いて尋ねたところ、Xは、「良い税理士がないので、税理士に依頼するのはやめた。」と述べた。その際、Aは、繰り返し本件各年分の帳簿書類の提示を求めたが、Xがやはり言を左右にしてこれに応じなかったため、Xの帳簿書類の内容を確認することはできなかった。

そこで、所轄のY税務署長は、Xに対し、青色申告承認取消処分を行うとともに、本件各年分の所得税の更正処分を行った。

所轄のY税務署長は、上記更正処分において、Xが経費として計上していた金額は虚偽のものであるとした上で、経費の額について推計により算定した金額を用いて処分を行っている。その推計の方法は、Xのレストランの所在地と同市内でイタリア料理のレストランを営んでいる個人事業者で青色申告書を提出している者の中から、従業員数とテーブル数を基準にXと同規模のレストランを営んでいると認められる者4人を抽出して、その収入金額に対する経費の額の割合の平均値を採って、Xの申告した収入金額に乗じて経費の額を算出するというものであった。

以上の事案について、以下の設問に答えなさい。

〔設問〕

- 1 青色申告制度の趣旨と概要について、簡潔に説明しなさい。
- 2 Xに対する青色申告承認取消処分の適否について、根拠となる所得税法の規定に言及しつつ、具体的に論じなさい。
- 3 推計課税が認められている実質的な根拠とそれが認められる要件について、簡潔に説明しなさい。
- 4 Xに対する推計課税の適否について論じなさい。

論文式試験問題集 [経 済 法]

[経 済 法]

[第 1 問] (配点：50)

A社は、若手デザイナーの手作りアクセサリーを販売する携帯電話専用のウェブサイトα（以下「サイトα」という。）を運営する事業者である。同様のウェブサイト（以下「アクセサリーサイト」という。）を運営している事業者としては、ほかにBないしDの3社があるが、これらのアクセサリーサイトで販売されるアクセサリー（以下「本件アクセサリー」という。）は、①若手デザイナーによる崭新なデザインであること、②手作りであるため同じものが2つとないオリジナル商品であること、③価格が5000円前後と比較的低廉であることなどから、高校生を中心に人気を博している。

アクセサリーサイトに出品するデザイナーは、専ら本件アクセサリーの製作と販売のみを行っているが、これらのデザイナーには一定レベル以上のデザインセンスや製作技術が求められ、そのようなデザイナーの数は限られている現状にある。ちなみに、このようなアクセサリーは、A社等が運営するアクセサリーサイトでのみ販売されており、それ以外のデパート、宝飾店、ブティック等で入手することは困難である。

A社は、サイトαに出品するデザイナーを登録制とし、以下の態様でサイトαを運営している。

- (1) A社に登録したデザイナーは、出品するアクセサリーの写真、材質等の商品情報及び自らが設定した販売価格を電子データでA社に送付し、A社は、これをサイトαに掲載する。
- (2) A社は、サイトαに出品されるアクセサリーの更新情報を消費者に対して電子メールで提供し、登録デザイナーに対しては本件アクセサリーの売れ筋情報（以下「売筋情報」という。）を提供する。なお、売筋情報は、登録デザイナーにとって消費者の嗜好を把握する上で貴重な情報源になっている。
- (3) 本件アクセサリーの購入希望者は、サイトαの画面を通じて商品を注文し、A社は、その注文を出品者である登録デザイナーに取り次ぎ、商品は、当該デザイナーが購入者に直接宅配便で納品する。また、商品代金は、携帯電話会社の料金課金システムを通じてA社に支払われ、A社は、その販売価格に一定率を乗じた手数料相当額を差し引いて出品者である登録デザイナーに送金する。なお、購入された本件アクセサリーの売買契約は、当該デザイナーと購入者間で成立し、商品のクレーム等の責任は、当該デザイナーの負担とすることがサイトα上に明記されている。

AないしD社のアクセサリーサイトにおける売上高の比率は、A社が40%、B社が25%、C社が20%、D社が15%となっており、A社の手数料率は25%、BないしD社のそれは21%である。しかし、サイトαは、アクセサリーサイトの先駆的存在で知名度が高く、そのアクセス数も最多で、携帯電話のディスプレイ上、最上段に表示されることなどから、消費者へのアピールが強く、デザイナーにとって最も重要な出品先と認識されており、有力な国内若手デザイナーのほとんどは、A社に登録している。

以上の状況下、E社は、AないしD社と同様の事業を始めた。E社は、AないしD社と異なり、消費者への更新情報や登録デザイナーへの売筋情報の提供を行わないが、その手数料を15%に抑えているため、近時、E社のアクセサリーサイトにおける売上高が急速に伸びてきている。

そこで、A社が調査した結果、A社のみならずE社にも登録したデザイナー（以下「A・E登録者」という。）が相当数存在することが判明した。A社としては、A・E登録者がA社の提供する売筋情報を利用して本件アクセサリーを製作し、その販売は、より手数料の安価なE社のサイトを利用するというのでは、自社が提供した売筋情報を無償で利用される結果となるので容認できないとの考えから、今後、A・E登録者に対し、A及びE社の双方に登録することは認めない旨申し入れ、仮にA社に登録しているにもかかわらずE社のアクセサリーサイトに出品した場合は、以後、当該デザイナーのアクセサリーの商品情報等をサイトαに掲載しないこととし、そのことをE社に登録していないA社の登録デザイナーにも周知するとの対策を考えている。

〔設 問〕

弁護士甲は、A社から、前記対策が私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）に違反しないかどうかを相談された。甲は弁護士としていかなる回答をすべきか述べなさい。

〔第2問〕（配点：50）

Y市では、昭和30年代に下水道を整備したが、近時、下水道管が老朽化し水漏れ事故が急増している。このような状況は各自治体で起きているが、多くの自治体では、下水道管の取替えよりも大幅な経費の節約となることから、下水道管の内部を補修する下水道管更生工事を行うようになり、その発注件数が増えている。下水道管更生工事には、甲工法及び乙工法の2つの工法がある。甲工法が従来採用されていた工法であるが、この数年、甲工法より高い技術を求められるものの、甲工法より約20%費用を節約できる乙工法が普及しつつあり、大規模及び中規模の建設会社は乙工法を施工できるようになっている。Y市内には、甲工法を施工できる建設業者がA、B、C、D、E及びFの6社あり、乙工法を施工できる建設業者は、そのうちのA、B、C及びD（以下「4社」という。）である。Y市は、下水道管更生工事の契約者を市内業者の中から指名競争入札の方法によって決定しており、工法については甲工法又は乙工法のいずれを採用してもよいこととしている。

Aの営業部長rは、B、C及びDの営業部長s、t及びuに呼び掛けて交渉した結果、平成21年2月1日、Aの会議室で開かれた会合において、これらの間で、(1)同年4月1日以降入札が行われるY市発注に係る下水道管更生工事については、あらかじめr、s、t及びuの間で話し合いにより4社のうち各入札で指名された者の中から受注予定者を決定すること、(2)4社の間でその受注金額ができる限り均等になるようにすること、(3)受注予定者の落札金額については、その者におおむね20%程度の粗利が確保できる水準とし、受注予定者とrの協議により受注予定者を含めた4社のうち各入札で指名された者の入札金額を決定し、rにおいて事前にその金額を当該入札参加者に連絡することを合意した。rが、E及びFの担当者に参加を呼び掛けなかったのは、E及びFの担当者はそれらの従来の入札態度からいずれにせよ談合に協力すると予想されたとし、協力しなくても甲工法はコストが高いことから大部分の談合は成功すると考えたからである。

ところが、AがY市内において労働災害を起こしたことから、Y市は、平成21年3月1日から1年6か月の間、Aを指名停止とした。そこで、rは、同月5日、Aの会議室においてs、t及びuと再度会合を開き、B、C及びDの受注する下水道管更正工事の半分についてAが下請に回り、受注者からその利益の50%を受け取るよう求めたところ、s、t及びuはこれに同意した。

Y市の下水道管更生工事の入札は、平成21年4月1日から平成22年5月9日まで25件が行われ、rが上記の方法で受注調整を行った結果、B、C及びDがそれぞれ8件を落札し、そのうち12件についてAは下請となった。

E及びFの担当者は、これに先立つ平成21年1月20日、Dの営業部長uと偶然会った際に、uから、談合を行うべくr、s及びtと交渉中である旨を聞いた。E及びFの担当者は、それぞれ、近い将来、自ら乙工法の技術を取得できる見込みであることから、談合に協力しておけば、その後は談合に参加させてもらい談合により落札できるようになると考えて、自らは落札できないと考えられる価格で入札してきた。しかし、1件については、Fが想定落札価格の計算を誤り、落札した。

公正取引委員会は、平成22年5月10日、関係各社に立入検査を行った。

〔設問1〕 A、B、C、D、E及びFの行為は独占禁止法に違反するといえるか検討しなさい。

〔設問2〕 上記の事案で、仮に、平成21年3月15日に公正取引委員会が立入検査を行ったことにより、同年4月1日からの入札につき1件も受注調整をすることができなかった場合、A、B、C、D、E及びFの行為は独占禁止法に違反するといえるか検討しなさい。

論文式試験問題集 [知的財産法]

[知的財産法]

[第1問] (配点：50)

甲及び乙は、物の発明であるα発明について、2005年2月3日に特許出願を行い、2007年5月14日に特許権の設定登録を受け、現在、同特許権を共有している。α発明は、構成要件A、B及びCから成るものである。丙は、2008年8月20日から、a、b'及びcの構成を有する製品（以下「イ号製品」という。）と、a、b及びc'の構成を有する製品（以下「ロ号製品」という。）を製造販売している。aは構成要件Aを充足し、bは構成要件Bを充足し、cは構成要件Cを充足するが、b'は構成要件Bを充足せず、c'は構成要件Cを充足しない。もともと、イ号製品及びロ号製品のいずれにおいても、α発明の目的を達することができ、同一の作用効果を奏する。丁は、2009年10月1日から、ロ号製品と同一の製品（以下「ハ号製品」という。）を製造販売している。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。

[設問]

1. a、b'及びcの構成は、2005年2月3日の時点における公知技術と同一ではなく、α発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者（以下「当業者」という。）が同日の時点において公知技術から容易に推考できたものでもなかったが、戊により2003年10月6日に行われ、2005年4月6日に出願公開された特許出願の願書に最初に添付した明細書に記載されていた。丙のイ号製品の製造販売に対する、甲の差止請求は認められるか。
2. α発明における構成要件Cをc'に置き換えることは、2008年8月20日の時点では当業者が容易に想到することができるものではなかった。しかしながら、ロ号製品を解析すれば、それがa、b及びc'の構成を有するものであることは格別の困難なく知ることができた。丙のロ号製品の製造販売及び丁のハ号製品の製造販売に対する、甲の差止請求は認められるか。
3. 丁のハ号製品の製造は乙の依頼によるもので、丁はその製造したハ号製品すべてを乙に納入しているとする。丁のハ号製品の製造販売に対する、甲の差止請求は認められるか。甲と乙が、甲のみがα発明の実施をすることを合意していた場合は、どうか。

〔第2問〕（配点：50）

Aは、Bとの間で、Bの製造する物質分析器に組み込むプログラムの開発に関し、Aが開発するプログラムについてのすべての著作権をBが有し、当該プログラムにその著作者名としてBを表示することを内容とする契約（以下「本件契約」という。）を締結した。そして、Aは、その従業員であるCに物質分析器に組み込むプログラム（以下「 α プログラム」という。）を作成させ、これをBに納入した。 α プログラムには、本件契約に従い、Bがその著作者として表示されていた。Bは、 α プログラムを組み込んだ物質分析器（以下「 α 製品」という。）を製造し販売した。Dは、 α 製品を購入し、これを物質分析器を使用することを欲する者に賃貸する営業を行っている。

その後、Bは、 α 製品の機能向上のために、Aに無断で、Bの従業員であるEに α プログラムを改変したプログラム（以下「 β プログラム」という。）を作成させて、 β プログラムを組み込んだ物質分析器（以下「 β 製品」という。）を製造し販売している。Bの子会社であるFは、Bから β 製品を購入し、新製品の開発のためにこれを使用している。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。

〔設問〕

1. AはBに対して、著作権法に基づき、どのような請求をすることができるか。
2. Aは、著作権法に基づき、Fに対して差止請求をするために、どのような主張をすべきか。
3. BはDに対して、著作権法に基づき、どのような請求をすることができるか。

論文式試験問題集 [労働法]

[労働法]

[第1問] (配点：50)

次の事例を読んで、後記の設問に答えなさい。

【事例】

A社は、加工食品の小売販売を主たる業務として設立された株式会社であり、甲市内に本社を置き、数店の小売店舗を構えている。A社は、平成16年に業務内容を拡大するために自社ブランド製品を製造して販売することを決め、平成17年4月、乙市内に工場を建て、工場部門で働く従業員（管理職を除く。）を新たに50人採用し、自社ブランド製品の製造を始めた。しかし、工場部門の事業は開始直後から不振が続き、その赤字によってA社全体の利益を押し下げ、このまま工場部門を存続させると、A社の経営に深刻な影響を及ぼす状況になった。

そこで、A社は、平成19年12月、工場部門を廃止することを事実上決めたところ、A社とは資本関係のない同業他社のB社から、工場部門の事業を引き継ぎたいとの申入れを受け、平成20年6月、工場の敷地、建物及び設備を含めて工場部門の事業全部をB社に譲渡することを決め、同年8月、A社の従業員に対して工場部門の廃止を説明し、同年12月、B社との間で、事業譲渡日を平成21年4月1日とする事業譲渡契約を締結した。同事業譲渡契約の契約書には、A社工場部門の従業員の労働契約関係の処理に関する条項はなく、同事業譲渡契約時に取り交わされた覚書には、B社はA社工場部門の従業員をできる限り引き受けるよう努力する旨の条項がある。

X₁及びX₂は、いずれも、平成17年4月にA社の工場部門で働く従業員として期間の定めなく雇用された者であり、雇用時に、A社から、業務内容は食品加工工程における技術職であり、工場勤務以外の勤務はない旨の説明を受け、以後、その業務にのみ就いていた。なお、X₁は、工場部門の従業員14人で組織されたC労働組合（以下「C組合」という。）の組合員であり、委員長を務めていた。

A社及びB社は、上記事業譲渡契約後の平成21年1月、X₁及びX₂を含むA社工場部門の全従業員に対し、同年3月をもってA社工場部門を廃止し、同部門の事業をB社に譲渡する契約を締結したこと及び上記覚書の内容を説明した上、さらに、A社からは、A社を退職してB社に就職するよう勧め、B社からは、B社への就職を希望する者については書類選考のみで優先的に採用する旨説明した。その後、A社は、同月31日を退職日とする希望退職を募り、その結果、A社工場部門の従業員50人のうちC組合の組合員14人全員を含むX₁ら45人が退職に応じたが、X₂ら5人は退職に応じなかった。また、A社は、会社再建のため、本社部門及び小売店舗部門の全従業員40人にも希望退職を募り、10人の退職者を得て、同年4月以降、従業員30人体制で業務を続けた。

B社は、同月1日、B社に採用申込みをしたX₁ら45人のA社工場部門退職者及び外部からの応募者15人の中から50人を採用した。不採用となったのは、A社工場部門退職者のうちX₁ら5人（そのうちC組合の組合員は3人）と外部からの応募者5人であった。

希望退職に応じなかったX₂ら5人は、同年2月28日、A社から、工場部門の廃止を理由として、同年3月末日付けで解雇する旨通告された。

[設問]

X₁及びX₂は、下記の点について相談をしたいと考えている。この相談に対し、あなたが弁護士として回答する場合に検討すべき法律上の問題点を指摘し、それについてのあなたの見解を述べなさい。

(1) X₁は、B社に対し、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認並びに賃金支払及び損

害賠償を求めたいと考えている。

- (2) X₂は、A社に対し、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認及び賃金支払を求めたいと考えている。

【第2問】(配点：50)

次の事例を読んで、後記の設問に答えなさい。

【事例】

- 1 Y社は、従業員200人の会社であるが、そのうち110人の従業員で組織されたX₁労働組合(以下「X₁組合」という。)と、70人の従業員で組織されたA労働組合(以下「A組合」という。)の二つの労働組合が存在していた。X₁組合の規約には、「組合費の納入はチェック・オフによる。」との規定があり、また、X₁組合とY社との間で、「会社は、組合員の賃金から組合費相当分を控除し、これを組合に交付する。」との協定が労働協約として締結されていた。X₁組合とY社は、当該チェック・オフ協定を毎年4月1日に更新することとし、更新に際しては、その都度、X₁組合がY社に対し、3月1日にその時点における組合員名簿を提出した上、3月中に協議の場を設けて双方で更新するか否かを確認する手続を行っていた。Y社は、10年間にわたって、このような手続に従い、X₁組合の組合員の毎月の賃金から組合費相当分を控除し、X₁組合に交付してきた。
- 2 ところで、Y社では昨今の景気後退と競争激化を背景に、人員削減を含む合理化方針を強化し、従業員に退職勧奨を行う一方、時間外労働も恒常化していったことから、退職者がX₁組合の組合員を含めて50人にも上り、そのため、従業員の業務負担は更に過重になっていった。X₁組合は、Y社のこうした経営方針や人事管理に強く反発し、Y社の経営方針等を批判し、役員の退陣を求めるビラを従業員食堂等で配布するなど、Y社との対決姿勢を鮮明にした。Y社は、X₁組合に対し、そうした行為の中止を求めるとともに、これに関与した組合員らに対して警告書を発した。これに対し、X₁組合は、抗議活動を強め、社屋前の集会を無許可で行うなどしたため、Y社はX₁組合の委員長を戒告処分とした。このような経緯で、Y社とX₁組合との対立は激化し、Y社は、X₁組合に対する不快感をより強めていった。
一方、X₁組合の組合員には、Y社に対して闘争的な活動方針を採る執行部の姿勢に疑問を持つ組合員も少なからず存在し、その多くがX₁組合を脱退し、Y社に対する協調的関係を重視し、穏健な活動方針を採るA組合に加入した。その結果、平成20年10月1日時点で、全従業員150人中、X₁組合の組合員数は40人にまで減少し、逆にA組合は組合員90人を組織するまでになった。
- 3 Y社は、平成21年1月20日、新たにA組合との間でもチェック・オフ協定を労働協約の形式で締結し、同年2月1日からA組合の組合員についても賃金からの組合費相当分の控除を行うこととし、A組合でもチェック・オフによって組合費を徴収する旨をその組合規約に定めた。
- 4 X₁組合は、同年3月1日、例年どおり、同日時点の組合員名簿をY社に提出したところ、Y社は、同月5日、X₁組合に対し、X₁組合の組合員数が全従業員の過半数を大幅に下回ったこと及び平成20年度のX₁組合とのチェック・オフ協定の期間が満了することの二つの理由により、チェック・オフ協定を更新しないこととする旨通知した。なお、その際、Y社は、X₁組合に対し、「本来は、X₁組合の組合員数が全従業員の過半数に満たないことが判明した時点でチェック・オフ協定を解約すべきところ、労使関係の安定を考慮し、期間満了まで待って、終了させることとした。」旨付言した。X₁組合は、これに強く反対し、チェック・オフ協定の継続を求めてY社に団体交渉を申し入れ、平成21年3月15日、団体交渉が行われた。同交渉において、Y社は、同月5日にX₁組合に通知した二つの理由を繰り返し説明し、その後のX₁組合との団体交渉を拒絶した。
- 5 一方、X₁組合を脱退してA組合に加入した組合員X₂は、A組合の執行部がY社との友好的・協調的関係を重視する余り、Y社の言いなりになっている状況を見て、その姿勢を改めるよう同執行部に要求した。しかし、同執行部がこれを全く無視したことから、X₂は大いに失望し、

同年6月15日、A組合に対し脱退届を提出し、X₁組合への復帰を願い出た。そこで、X₁組合は、直ちに、X₂の加入を認めた上、Y社に対し、書面により、チェック・オフ協定の締結を再度求めるとともに、X₂との連名で、X₂の賃金から控除する組合費相当分の交付先をA組合からX₁組合に変更するよう要求した。

しかし、Y社は、X₁組合の組合員数が現在も40人にとどまっており、全従業員の過半数におよそ満たないことを理由にX₁組合とのチェック・オフ協定の締結を拒絶するとともに、「組合員が脱退するには、組合に届け出て、その承認を得なければならない。」と定めた組合規約に基づきA組合がX₂の脱退を認めておらず、A組合からY社に対してX₂の脱退につき通告がないことを理由に、X₂の賃金から控除する組合費相当分の交付先の変更を拒否し、依然としてX₂の賃金から控除した組合費相当分をA組合に交付し続けた。

〔設 問〕

- 1 X₁組合及びX₂は、それぞれ、Y社を相手方として、どのような機関に対していかなる法的救済を求めることができるか、説明しなさい。
- 2 1の法的手段において考えられる法律上の問題点を挙げ、各問題点に対するあなたの見解を述べなさい。

論文式試験問題集 [環 境 法]

[環 境 法]

〔第1問〕（配点：50）

使用済み物品については、循環型社会形成推進基本法（平成12年法律第110号）の下に、容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律（平成7年法律第112号。以下「容器包装リサイクル法」という。）等の個別リサイクル法が制定されている。これに関して、以下の各設問に答えよ。

〔設問1〕

循環型社会形成推進基本法第11条、第18条では、使用済み物品に関する共通の「考え方」が示されている。

- (1) この「考え方」は容器包装リサイクル法のどのような仕組みに反映されているか。
- (2) 上記(1)で述べた容器包装リサイクル法の仕組みは、循環型社会形成推進基本法に照らして十分なものとなっているか。上記の「考え方」を簡潔に示した上、理由を付して答えよ。

〔設問2〕

デパートを経営するA法人は、自ら販売する商品について用いる包装（容器包装リサイクル法第2条第3項の「特定包装」に当たる。）に関して、循環的利用について何らの対応も採っていない。

- (1) この場合において、主務大臣は、どのような措置を講ずることができるか。
- (2) A法人は、自らが容器包装リサイクル法第2条第13項、同条第11項第4号に該当するなどと主張して、循環的利用について何らの対応も採る必要がないと考えている。この場合、A法人は、主務大臣との関係で、どのような訴訟を提起することができるか。

〔第2問〕（配点：50）

A市に居住しているB（45歳）は、数年前にぜん息を発症し、その後症状が悪化してきている。

Bの居宅から10メートル離れたところにはC鉄鋼会社（以下「C社」という。）の工場があり、このC社の操業に伴うばいじん、窒素酸化物（政令により、大気汚染防止法第2条第1項第3号の「ばい煙」に指定されている。）等の排出が認められる。Bの居宅及びC社の工場は、同法に基づく窒素酸化物に係る総量規制の「指定地域」内にあり、C社の工場は「特定工場等」に当たる（同法第5条の2第1項）。

また、Bの居宅から30メートル離れたところには、高架式で設置されているD高速道路株式会社（以下「D社」という。）の高速道路があり、この高速道路を走行する自動車から窒素酸化物、粒子状物質（共に、政令により、同法第2条第14項の「自動車排出ガス」に指定されている。）が排出されている。

Bの居宅を含む地域では、現在も二酸化窒素、浮遊粒子状物質は、環境基準値を超えており、この地域には、B以外にも、多くの呼吸器系疾患に罹患した人々がいる。

〔設問1〕

Bは、自分がぜん息にかかったのは、居宅周辺の工場、道路からの大気汚染物質の排出が原因であると考え、C社及びD社を被告として損害賠償を求めて訴訟を提起した。この場合における法律上の問題点について論ぜよ。なお、問題文中に記載した以外の政令については、考慮する必要はない。

〔設問2〕

二酸化窒素の環境基準値については、厳しすぎるという科学的知見が蓄積されてきたことから、基準値が緩和されたとする。この措置に不満なBは、その直後に取消訴訟を提起できるか。原告Bの主張と被告の反論について論ぜよ。なお、原告適格については触れなくてよい。

論文式試験問題集 [国際関係法 (公法系)]

[国際関係法（公法系）]

[第1問]（配点：50）

X国の一部を構成するセント州は、X国内で独自の言語と文化を持ち古くから大幅な自治権が与えられていた。しかし、セント州で大きな勢力を持つセント独立党は自治権だけでは満足せず、長年にわたってX国からの独立を主張してきた。2002年3月5日のセント州議会議員選挙でセント独立党が過半数の議席を占めることが確定し、同年4月10日にセント州議会は、セント州全域を国土とする「セント国」の独立と「セント国政府」の樹立を宣言した。セント州議会は、この独立宣言と同時に州内に駐留していたX国軍隊の撤退を要求した。X国は、同日に独立宣言が一部分離主義者の策動だという声明を発表して「セント国」の独立に反対し、また、軍隊の撤退要求を拒否しただけでなく、セント州内を制圧するために同地域内へ軍隊を増派した。セント州地域内各所でセント独立党によって組織された「セント国軍」とX国軍の武力衝突が起こり、戦闘はその後も続いた。時間の経過とともに徐々に「セント国軍」の支配地域が拡大し、2004年1月ころには、「セント国政府」は山岳地域を中心に従来のセント州の約半分の地域を実効支配する状態になった。ただし、このころでも従来のセント州の他の地域はX国軍の支配下にあり、また、いずれの支配下にあるか定かでない地域も各所に存在した。

2002年4月の「セント国独立宣言」直後には、「セント国」の独立に対して特別な意思表明を行う国は少なかった。その中で、X国と対立関係にあったY国は、独立宣言の公表と同時に「セント国の独立を祝する」旨の声明を公表し、時を置かず大使を長とする外交使節団の「セント国」への派遣と「セント国」からの外交使節団の受入れを行った。独立宣言採択当初は、Y国にならって外交使節団の交換を「セント国」と行った国は数か国にとどまった。しかし、前記のとおり「セント国政府」の支配地域が従来のセント州の約半分になった2004年1月には、「セント国」と外交使節団を交換する国は50か国になっていた。

2004年4月に、X国政府は「セント国」情勢について軍事的に巻き返そうと考えてX国と友好関係にあるZ国政府に軍事支援を求め、Z国政府は求めに応じて軍隊を派遣し、従来のセント州でのX国軍の軍事活動を支援した。Z国政府は、「セント国」独立以降に「セント国」に対して何らの意思表明も行っていない国の一つであった。

以上の事実関係を前提に、以下の設問に答えなさい。

[設問]

1. 国際法の観点からY国の行為を評価しなさい。
2. 「国際法上『セント国』は国家である」という命題を、2004年4月を基準年として論評しなさい。
3. 国際法の観点からZ国の行為を評価しなさい。

〔第2問〕（配点：50）

A国とB国は国境を接しているが、国境地帯でA国の国営化学工場が操業しており、そこから排出される有害化学物質を含むばい煙は、B国領域内の農地に及んで農地を汚染したり農作物の生産を阻害するなどの損害を引き起こした。

A国とB国が共に当事国となっている条約で、当該化学物質を含むばい煙の排出を規制する条約は存在しない。

甲はB国籍を有する私人であるが、20数年にわたりB国内で農場を経営しており、A国の工場からのばい煙により、農地や農作物に損害を受けた。一方、私人乙がB国内に所有する農場の農地や農作物も、A国の工場からのばい煙による損害を受けた。乙はC国籍を有していた私人であるが、B国の国籍法は、一定の金額を納入すれば国籍取得を認めていることから、金銭を納入して、この損害が発生する2か月前にB国の国籍を取得していた。乙は、B国内に所有する農場の運営を使用人に任せており、時折B国を訪れるが、生活の本拠はC国に置いていた。

甲は、B国政府が外交保護権を行使してA国の国家責任を追及することで、救済が得られることを望んだ。しかし、B国は、A国との友好関係を維持するという外交上の考慮から、甲の受けた損害について、外交保護権の行使はしないと判断した。他方、乙の受けた損害について、B国は、乙のB国籍は国内法上有効であるが、乙のB国籍を理由とした外交保護権の行使は、外交上の考慮とは別に、国際法上、認められないと判断して、外交保護権の行使を断念した。

以上の事実関係を前提に、以下の設問に答えなさい。なお、国内救済については、論ずる必要はない。

〔設問〕

1. A国が、上記事実関係にあるような領域使用を領域主権の絶対性を根拠として正当化することは許されるか。許されないとすればそれはなぜか。国際法上の根拠に基づいて説明しなさい。
2. 甲の受けた損害に関して、外交保護権の行使はしないとしたB国の判断が国際法上許されるかについて説明しなさい。
3. 乙の受けた損害に関するB国の外交保護権について、次の小問に答えなさい。
 - (1) なぜB国は、国際法上この外交保護権の行使は認められないと判断したと考えられるか説明しなさい。
 - (2) B国は、一方で、「乙のB国籍を理由とした外交保護権の行使は、国際法上、認められない」という判断をしたが、他方で、国内法上、引き続き乙のB国籍は有効としていることの法的な意味を説明しなさい。

論文式試験問題集 [国際関係法 (私法系)]

[国際関係法（私法系）]

[第1問]（配点：50）

Aは現在15歳であり、日本と甲国の国籍を有している。日本国籍を有する母Mは甲国籍を有する父Fと20年前に日本において婚姻し、両者の間にAが出生した。Aの出生後に勤務地が甲国となったFは、A及びMと共に甲国において家族生活を開始したが、しばらくしてFは急死した。甲国において生計を立てることができなかったMはAを伴い日本に帰国し、日本においてAを養育していたところ、Aが13歳の時、Mもまた死亡した。現在、Mの母Xが日本においてAを監護養育している。

甲国国際私法からの反致はないものとして、以下の設問に答えなさい。

[設問]

1. 現在、XはAの後見人となることを望んでいる。
 - (1) 日本の裁判所は、Aの後見人としてXを選任するための国際裁判管轄権を有しているか。
 - (2) 日本の裁判所が国際裁判管轄権を有すると仮定した場合に、XをAの後見人に選任するために日本の裁判所はいかなる国の法を適用すべきか。
2. 日本の裁判所がXをAの後見人に選任したとする。
 - (1) Mが甲国において生前親しくしていた甲国人Bは現在日本に居住している。Aを幼児のころから知っていたBは、Xが高齢であることもあり、Aを日本において自己の養子にしたいと望んでいる。AとBとの間の養子縁組についてXの承諾は必要か。

なお、甲国法によると、「養子となる者が16歳未満の未成年者であるときは、その法定代理人が縁組に承諾しなければならない。」とされている。
 - (2) AとBとの間の養子縁組が日本において有効に成立した場合、Xの後見は終了するか。

〔第2問〕（配点：50）

日本のA会社は甲国のG会社との間で、甲国の港湾都市K市の湾岸部において化学プラントを建設する契約を締結した。K市に所在するAのK支店は、日本のB会社との間で、Aが建設する化学プラント用の機械（以下「本件機械」という。）をBが製造し販売する製作物供給契約（以下「本件契約」という。）を締結した。本件機械はK港にてAのK支店に引き渡された。この事例について、以下の設問に答えなさい。

なお、この事例における日本のA会社及び甲国のG会社は、それぞれ、日本及び甲国で設立され、日本及び甲国に主たる営業所を有するものとし、日本のB会社は、日本で設立され、日本以外に営業所等を有しないものとする。

〔設問〕

1. AのK支店とBとの本件契約には、乙国法を準拠法とし、かつ、日本の裁判所を管轄裁判所とする合意がある。

なお、甲国は国際物品売買契約に関する国際連合条約（平成20年7月7日条約第8号）（以下「条約」という。）の締約国であるが、乙国は条約の締約国ではない。

- (1) 本件機械の瑕疵によりAが建設中の化学プラントの完成が遅れ、このためAはGに損害賠償金を支払った。この場合におけるBのAに対する本件契約上の責任の存否について、日本の裁判所は条約を適用すべきか（なお、条約第2条及び第4条から第6条までの規定は、この設問には関係しないものとする。）。
 - (2) 甲国のH会社がBの発行済株式のすべてを取得したことから、Bは本件契約の準拠法を甲国法に変更することを希望している。このような準拠法の変更は可能か。
2. Aの建設した化学プラントは無事Gに引き渡され、稼働し始めた。ところが、本件機械の欠陥が原因となり化学プラントが損傷してGに多大な損害が生じた。そこで、Gは、Aに対してはAとの化学プラント建設契約中の仲裁条項に従い仲裁による解決を目指すこととし、Bに対しては日本の裁判所において損害賠償請求訴訟を提起することとした。
 - (1) 日本の裁判所がBの責任を判断するために適用すべき法は、いかなる国の法か。
 - (2) 訴えが提起された後にGとBとが日本法を明示的に選択したとすれば、裁判所は日本法を適用することができるか。