

論文式試験問題集 [公法系科目]

[公法系科目]

[第 1 問] (配点 : 1 0 0)

A 教団は、理想の社会を追い求めて集団生活を営む信者のみが救済されるという教義を信奉しつつ活動する宗教団体であった。A 教団には、「暗黒」な部分を除去しなければ理想社会は実現できないという信条を強く持つ信者も少なくなく、200X 年、一部の過激な信者達が、複数の官庁・企業周辺で同時爆弾テロを実行し、その計画、指示、実行に当たった教団幹部や信者は逮捕された。この同時爆弾テロは、A 教団の活動として行われたわけではなかったが、A 教団は自発的に解散せざるを得なくなった。その2年後、A 教団の元信者達は、同教団の幹部であった甲を代表として、新たにB 教団を結成した。B 教団は、A 教団当時に行われたテロ行為について深い反省の意思を表明し、A 教団との決別を宣言している。しかし、同時爆弾テロ事件で逮捕されなかったA 教団の元幹部が全員B 教団の幹部となっており、B 教団の教典もA 教団の教典と同一である。

B 教団の教義によると、信者は集団で居住して修行しなければならないことになっており、B 教団結成に伴い、集団居住のための新たな施設を建設する必要が生じた。B 教団は、かつてA 教団の施設があった幾つかの都道府県で本部施設の建設を計画したが、いずれも反対運動が起こり、断念せざるを得なかった。そこで、B 教団は、新たに信者となった乙がC 市にまとめた土地（敷地面積1200平方メートル）を所有していたことから、同土地の上に本部施設を建設することを計画した。当該施設は、本部機能を有するとともに、信者が集団で居住し、修行する施設となるものである。

C 市は、特例市（地方自治法第252条の26の3第1項に基づき、政令による指定を受けた市）である。C 市では、以前から、市民の間に良好な住環境を守ろうとする意識が強く存在し、行政もそれに積極的に対応してきている。C 市は、安心して暮らせる安全で快適な住環境の維持に特に注意を払い、独自の「C 市まちづくり条例」（以下「条例」と表記）を制定している。この条例は、都市計画法（都市計画法及び都市計画法施行令については、資料1 参照）上の許可制とは別に、C 市内の「まちづくり推進地区」に指定されている地域における1000平方メートル以上の開発事業（大規模開発事業）について許可制を導入しており、大規模開発事業を行おうとする者に対して、事前手続として、「周辺住民」の過半数が同意する開発事業協定の締結及び市との協議を義務付けている。そして、条例第18条第2項に定める要件に該当する場合には、市長は、当該開発事業を許可しないことができる（条文については、資料2 参照）。

B 教団本部施設の建設が計画されているD 地区は、都市計画法上は都市計画区域のうちの市街化区域であり、条例上は「まちづくり推進地区」に指定されている。D 地区は、C 市の中でも住宅地区として人気が高く、常に各種ランキングで住んでみたい街の上位に位置していた。C 市の相談窓口には、「周辺住民」ばかりでなく、B 教団の本部施設建設計画を知った市民からも、問い合わせや要望が多数寄せられるようになった。

B 教団の本部施設建設計画は、都市計画法上の許可要件を満たしている。B 教団は、条例に基づいて「周辺住民」を対象とする事前説明会を開催した。この説明会には該当する住民の90%以上が出席し、出席した住民からは「テロリスト集団を引き継ぐB 教団の本部新設は絶対に認められない。」といった趣旨の発言が相次いだ。これに対して、B 教団の信者から威圧的な発言があり、出席した住民は一層強い不安をかき立てられた。そして、B 教団との間での開発事業協定の締結に同意する「周辺住民」は、一人もいなかった。市長は、B 教団との事前協議（その内容については、資料3 参照）の結果を踏まえ、条例第17条第2項に基づいて開発事業の中止を勧告した。しかし、B 教団は、これに従わず、計画を実施する構えを見せた。そこで、市長は、条例第18条に基づいて、C 市まちづくり審議会の意見を聴いた上で、B 教団の開発事業計画を不許可とする処分を行った。

B 教団は、C 市を相手どって当該不許可処分の取消し等を求める訴えを提起した。

(出題者注：本問においては、「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」(平成11年12月7日法律第147号)については考慮しないこととする。)

〔設問〕

1. あなたがB教団の訴訟代理人だとすれば、この訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか、述べなさい。
2. 設問1で述べられた教団側の主張に対する市側の反論を想定した上で、憲法上の諸問題を検討し、あなた自身の見解を述べなさい。

資料 1：都市計画法及び都市計画法施行令

1 【都市計画法（昭和43年6月15日法律第100号）（抜粋）】

（目的）

第1条 この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

（都市計画の基本理念）

第2条 都市計画は、農林漁業との健全な調和を図りつつ、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと並びにこのためには適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきことを基本理念として定めるものとする。

（定義）

第4条 1 （略）

2 この法律において「都市計画区域」とは次条の規定により指定された区域を...いう。

3～11 （略）

12 この法律において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう。

13～16 （略）

（都市計画区域）

第5条 1 都道府県は、市...の中心の市街地を含み、かつ、自然的及び社会的条件並びに人口、土地利用、交通量その他国土交通省令で定める事項に関する現況及び推移を勘案して、一体の都市として総合的に整備し、開発し、及び保全する必要がある区域を都市計画区域として指定するものとする。（以下略）

2～6 （略）

（区域区分）

第7条 1 都市計画区域について無秩序な市街化を防止し、計画的な市街化を図るため必要があるときは、都市計画に、市街化区域と市街化調整区域との区分（以下「区域区分」という。）を定めることができる。（以下略）

2 市街化区域は、すでに市街地を形成している区域及びおおむね十年以内に優先的かつ計画的に市街化を図るべき区域とする。

3 （略）

（開発行為の許可）

第9条 1 都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事（地方自治法...第252条の19第1項の指定都市、同法第252条の22第1項の中核市又は同法第252条の26の3第1項の特例市（以下「指定都市等」という。）の区域内にあつては、当該指定都市等の長。以下この節において同じ。）の許可を受けなければならない。ただし、次に掲げる開発行為については、この限りではない。

- 一 市街化区域，区域区分が定められていない都市計画区域又は準都市計画区域内において行う開発行為で，その規模が，それぞれの区域の区分に応じて政令で定める規模未満であるもの
二～十二（略）
- 2，3（略）

（開発許可の基準）

- 第33条 1 都道府県知事は，開発許可の申請があつた場合において，当該申請に係る開発行為が，次に掲げる基準...に適合しており，かつ，その申請の手續がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは，開発許可をしなければならない。
- 一～十四（略）
 - 2～8（略）

（出題者注：第33条にいう「都道府県知事」には，第29条第1項により「特例市の長」も含む。）

2 【都市計画法施行令（昭和44年6月13日政令第158号）（抜粋）】

（法第29条第1項第1号の政令で定める規模）

- 第19条 法第29条第1項第1号の政令で定める規模は，次の表の第1欄に掲げる区域ごとに，それぞれ同表の第2欄に掲げる規模とする。（以下略）

第1欄	第2欄	第3欄	第4欄
市街化区域	1000平方メートル	（略）	（略）
（略）	（略）	（略）	（略）

- 2（略）

資料2：C市まちづくり条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、本市のまちづくりについて、その基本理念を定め、市、市民及び事業者の責務を明らかにするとともに、市民参加によるまちづくりを推進するための基本となる事項を定めることにより、市民が安心して生活できる安全で快適な、かつ、環境保護にも配慮したまちづくりを推進し、もって、C市らしい個性豊かで住み良い都市環境の形成に寄与することを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 開発事業 都市計画法第4条第12項に規定する開発行為をいう。
- 二 大規模開発事業 開発事業に係る土地の面積が1000平方メートル以上の開発事業をいう。
- 三 事業区域 開発事業に係る土地の区域をいう。
- 四 事業者 開発事業を行おうとする者をいう。
- 五 市民 C市内に住所を有する者をいう。
- 六 周辺住民 事業区域の境界線からの水平距離が200メートル以内における土地を所有する者又は建築物の全部若しくは一部を所有し、若しくは占有する者をいう。

（市の責務）

第3条 1 市は、まちづくりについての必要な調査を行うとともに、まちづくりのための基本計画（以下「基本計画」という。）を策定し、これを実施しなければならない。
2 市は、前項の基本計画の策定及び実施に当たっては、市民の意見を十分に反映させるよう努めなければならない。

（市民の責務等）

第4条 1 市民は、安全で快適な居住環境の享受を妨げられない。
2 市民は、自らまちづくりに努めるとともに、市が実施する施策に協力しなければならない。

（事業者の責務）

第5条 事業者は、開発事業を行うに当たって、まちづくりに必要な措置を講ずるとともに、市が実施する施策に協力しなければならない。

（推進地区の指定等）

第14条 1 市長は、次の各号のいずれかに該当する地区において、市街地整備を中心としたまちづくりが必要であると認めるときは、当該地区をまちづくり推進地区（以下「推進地区」という。）として指定することができる。

- 一 基本計画により、重点的なまちづくりを推進することが必要な地区
 - 二 現に市街地が形成されている地区で、安全で快適なまちづくりの実現を図るために、拠点的な市街地整備が必要な地区
- 2 市長は、推進地区の指定に当たっては、当該地区の住民その他利害関係者の意見を反映させるため、説明会の開催その他必要な措置を講ずるとともに、C市まちづくり審議会（以下「審議会」という。）の意見を聴かなければならない。
- 3 市長は、推進地区を指定したときは、その旨を告示しなければならない。

(推進地区での開発事業の許可)

第15条 事業者は、推進地区において、大規模開発事業を行おうとするときは、あらかじめ、規則で定める開発事業計画書を市長に提出し、市長の許可を受けなければならない。

(説明会の開催、協定書の締結)

第16条 1 事業者は、前条に定める開発事業計画書を提出したのち、開発事業の内容、工事施工方法等について、周辺住民を対象とする説明会を開催しなければならない。

2 事業者は、前項の説明会を開催したのち、周辺住民との間で開発事業協定を締結しなければならない。開発事業協定の締結には、周辺住民の過半数の同意を必要とする。

(事前協議、改善勧告)

第17条 1 事業者は、前条の説明会等と並行し、又は説明会等ののちに、当該開発事業の内容、工事施工方法等について、市長と協議しなければならない。

2 市長は、前項の協議を踏まえ、事業者に対し当該開発事業計画の変更、中止、その他の必要な勧告を行うことができる。

(開発事業許可の基準)

第18条 1 市長は、次項の規定により許可しない場合を除き、第15条の許可をしなければならない。

2 市長は、第16条の開発事業協定が締結されていない場合、又は事業者が前条第2項の勧告に従わない場合において、当該開発事業が次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、当該開発事業を許可しないことができる。

一 本条例に基づくまちづくり基本計画に適合しない場合

二 災害防止に対する支障等、市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある場合

3 市長は、前2項の処分をしようとするときは、あらかじめ、審議会の意見を聴かなければならない。

4 市長は、第1項の処分をしたときはその旨を、第2項の処分をしたときはその旨及び理由を、遅滞なく事業者へ通知するものとする。

(中止命令等)

第19条 市長は、事業者が第15条の許可を受けずに開発事業に着手したときは、当該事業者若しくは当該事業者から工事を請け負った者又は当該工事の現場を管理する者に対して、当該開発事業の中止を命じ、又は相当の猶予期間を付して、原状の回復、建築物の除却その他の必要な措置を命ずることができる。

資料3： B教団とC市との事前協議メモ

- B教団：我々は、本市D地区にある、信者である乙が所有する土地に教団本部施設を建設したい。教団本部施設は、我々の信仰生活の拠点となるものであり、正に我々の信仰を实践する場所である。このことを、市には十分配慮していただきたい。
- C市：市としては、「まちづくり条例」が定める要件を満たすことを求めている。市は、どのような方が開発事業者であっても変わりなく、同じように条例を執行している。
- B教団：我々が建設する施設は、教団と信者にとって神聖な場所である。信者は集団で居住し、代表である甲に従って修行に励む。このような形態が、我々B教団の信仰の在り方である。したがって、この施設は、我々教団の信仰にとって絶対に欠くことのできないものである。
- C市：市には、あなた方の信仰自体を否定するつもりなど毛頭ない。ただ、条例が定める条件を満たすことを求めているだけである。問題の一つは、周辺住民の同意が全く得られていないことである。
- B教団：周辺住民は、我々の教団とA教団との関係を疑い、A教団当時の事件と同じようなことが起きるのではないかと思っているようである。それは、根拠のない憶測である。根拠のない憶測によって、住民は我々を危険視し、敵視している。そのような状況で、周辺住民の過半数から同意を取りつけることは、極めて困難である。
- C市：C市では、古くから、宅地乱開発問題やマンション建設問題等から住民による景観論争や環境保全のための開発反対運動が展開されてきた。そのような住民による運動から、良好な住環境を守ろうとする住民の高い意識が醸成されてきたし、行政もそれに積極的に対応してきた。安心して暮らせる、良好な住環境を守ろうとする市民のコンセンサスが、「まちづくり条例」を制定させた。そのような歴史から、C市は住民の意向を尊重している。周辺住民が抱く不安は、あなた方自らが払拭すべき問題であって、市が周辺住民を説得する問題ではない。条例の要求する条件を満たすことは、あなた方の主体的な努力にかかっている。
- B教団：そもそも、周辺住民の同意がなければ、我々が真摯な信仰の实践活動をできないということに、問題がある。
- C市：既に述べたように、住民の意思の尊重は、C市における良好な住環境を求める運動の歴史の反映である。
- B教団：我々は、A教団とは別個の、独立した宗教団体である。A教団当時起きた爆弾テロ行為は、A教団の活動として行われたものではなく、A教団の教典や教義から逸脱した一部の者が実行したにすぎない。我々の教団は、A教団の一部の信者が犯した重大な犯罪行為を真摯に反省し、A教団と決別して結成された、新たな宗教団体である。教団代表である甲は、A教団当時の犯罪行為には一切かかわっていない。甲は、この2年間真摯に修行に励み、新たな悟りを開いた。悟りの境地に達した甲代表のもとで、我々信者は真面目に信仰生活を送りたいだけである。我々の教義は、信者の内面的救済のみを求めるものである。現在のB教団が周辺住民に危害を与える危険性など、全くない。
- C市：市としては、A教団の幹部らが2年前に起こした同時爆弾テロ事件を無視することはできない。あなた方の教典はA教団と同一であり、A教団の元幹部があなた方の教団の幹部になっている。したがって、A教団があなた方の教団の母体といえる。そして、あなた方は、A教団と同様に、集団で居住する。A教団当時、集団居住施設の中で爆弾が製造されていた。A教団は各地の教団施設の近隣に住む住民と様々なトラブルを起こしていたし、多くの訴訟も提起されている。集団居住の実態が分からない。集団居住施設の中で何をしているか、見えない。仮に教典自体は平和的なものであるとしても、教典から再び逸脱しないという保証はどこにもない。

あなた方が、他の都市で本部施設を建設しようとしたときも、住民の反対運動にあって断念せざるを得なかったではないか。本市における事前説明会でも、あなた方の信者が威圧的な発言をしている。このような事実が、あなた方への周辺住民の不安を高めている。この不安は、周辺住民だけのものではない。それは、市の相談窓口に多くの市民から不安の声が寄せられていることにも示されている。

A教団当時の同時爆弾テロ事件から得た一つの教訓は、近隣住民との間でトラブルが発生したときに、市がきちんと対応することである。市としては、あなた方の教団に関する諸々の事実を踏まえて、あなた方の開発事業計画には、条例第18条第2項が定める「市民生活の安全に支障が生ずるおそれ」があると判断している。

〔第2問〕(配点：100)

F国籍の外国人である男性Aは、出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」といい、条文だけの引用は同法を指す。)第2条の2第2項、別表第1の4に規定された留学の在留資格(在留の目的が留学である在留資格)をもって日本に在留しており、2004年4月に甲大学福祉学部に入學し、2007年5月現在、第4学年に在學中である。2008年3月には卒業の見込みである。

Aは、入學当初は、本国で工場を經營する父親から學資(月額10万円)の援助を受けていたところ、2006年4月に父親の会社が倒産した。このため、Aはアルバイトを始めようとするに至った。留学の在留資格で在留する者には報酬を受ける活動が禁止され(第19条第1項第2号)、報酬活動を行うためには資格外活動許可が必要とされている(同条第2項)。無許可就労などに対しては、罰則が規定されている(第73条、第70条第1項第4号)。そこで、Aは資格外活動許可を受けた上、2006年5月から、レストランP店で週3日間のアルバイト(週21時間)を開始した。資格外活動許可書の「新たに許可された活動の内容」欄には、「1週について28時間以内の報酬を受ける活動(風俗營業が営まれている營業所において行われるものを除く。)」と記載されていた。しかし、時給が低いP店でのアルバイトでは滞在経費(1か月当たり約14万円)の不足を補えないとして、2か月後にAは、時給がよいR店に勤務先を変更した(月、水、金曜日の午後7時から午前2時、週21時間)。同店の營業は「キャバレーその他設備を設けて客にダンスをさせ、かつ、客の接待をして客に飲食をさせる營業」(風俗營業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第2条第1項第1号)に該当するが、同法の營業許可を受けていなかった。Aは接客には一切関与せず、アルバイトの内容は、テーブル等のセット、厨房手伝い、掃除、買い物といった作業内容であった。Aの友人らによれば、ファミリーレストランにおけるアルバイトと實質的に変わらないという。Aは、アルバイトで得られる月額10万円余りと奨学金月額3万円を生活費、教科書代等に充て、授業料は一部免除を受け、不足分は親戚からの仕送りに頼ってきた。生活費の捻出に手一杯で、預金をするゆとりはない。大学におけるAの講義出席率は平均約80パーセントであり、3年次までで、卒業必要単位124のうち100単位を既に取得している。単位取得した45科目の成績は、優(評点100点から80点)が10科目、良(評点79点から70点)が10科目、可(評点69点から60点)が25科目である。Aは、R店のアルバイトを9か月余り続けた。

2007年4月9日にR店が摘発され、Aは入国警備官による調査(第27条)を受けた。その結果、Aは退去強制事由に該当するとされた。すなわち、Aは「第19条第1項の規定に違反して……報酬を受ける活動を専ら行つていると明らかに認められる者」(第24条第4号イ)に該当すると判断されたのである。4月10日にAは入国警備官により收容場に收容された(第39条第1項)。

Aの引渡しを受けた入国審査官は、審査(第45条第1項)の結果、4月16日に、退去強制事由(第24条第4号イ)該当を認定し、Aに通知した(第47条第3項)。Aが口頭審理を請求した(第48条第1項)ところ、4月23日に、特別審理官は口頭審理を行い、認定に誤りがないとの判定を下した(第48条第8項)。これに対し、Aは異議を申し出た(第49条第1項)。4月30日に、(法務大臣から権限委任を受けた)地方入国管理局長は、Aの異議には理由がないとの裁決を下した(第49条第3項、第69条の2)。5月6日に、Aは、主任審査官より退去強制令書の発付(第49条第6項、第51条)を受けた上、同令書の執行を受けて、改めて入国者收容所入国管理センターに收容された。このままではAは大学に通うこともできず、本国に送還されてしまうとして、Aの関係者から弁護士Bに相談があった。收容所に出張したBに対し、Aは、留学の在留資格をもって日本で勉學を繼續できるように訴訟提起を依頼した。

【資料1 法律事務所の会議録】を読んだ上で、若手弁護士Cの立場に立って、Bの指示に応じ、設問に答えなさい。

なお、退去強制手続の流れについては、弁護士Cの調査資料【資料2 退去強制手続の流れ】があり、入管法や同法に関する省令の抜粋は【資料3 出入国管理及び難民認定法等】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問〕

1. (1) 退去強制令書に基づくAの収容の継続及び送還を阻止するために、Aがいかなる法的手続(行政事件訴訟法に定めるものに限る。)をとるべきかについて、それをを用いる場合の要件を中心に論じなさい。
 - (2) また、Aが退去強制事由該当の判断を争うために認定又は裁決の取消訴訟を提起する場合、認定と裁決のいずれを対象とするのが適切かを論じなさい。
2. 上記1. の手続において退去強制事由該当の判断を争う場合に、Aはいかなる実体法上の主張をすべきかを、詳細に論じなさい。

なお、以上の設問に関しては、在留特別許可(第50条)の問題を検討する必要はない。

【資料1 法律事務所の会議録】

弁護士B: 今日、Aさんの案件について、基本的な処理方針を検討したいと思います。まず、退去強制の仕組みに関する調査結果を報告してください。

弁護士C: 資料(資料2)を御覧ください。入管法は、退去強制事由該当の有無を3段階にわたり判断する仕組みを採用しています。入国審査官の認定、特別審理官の判定、法務大臣ないしは権限の委任を受けた地方入国管理局長の裁決という3段階の仕組みです。行政不服審査法の適用は除外されています(同法第4条第1項第10号)。いずれかの段階で、不該当の判断が下れば、Aさんは放免され、在留できます。本件ではいずれもいれられず、退去強制令書が発付されました。

弁護士B: 本件では退去強制令書が発付され、Aさんは収容されていますし、このままでは本国に送還されてしまいます。まず、何らかの手立てを講じなければなりません。発付の法的性格を解明した上で、争い方を考えてください。本件は、在留特別許可がされなかった点の問題もありますが、そもそも退去強制事由の存否を争う余地があるケースのようです。在留特別許可は後で検討することにしましょう。仮放免や人身保護請求も検討から除外してください。本件では、まずは退去強制事由非該当の主張が中心になりますから、この点を網羅的に検討したいと考えています。まず、第19条第2項の資格外活動の許可の基準はどうなっていますか。

弁護士C: Aさんの許可書にも一部記載されていましたが、留学生の場合、1週に28時間以内、勉強状況・在留状況に問題がなく、稼働目的が学費その他の必要経費を賄うものであり、申請の活動が社会通念上学生の通常行うアルバイトの範囲内であれば許可するという運用です。風営店での活動は、内容を問わず一切許可されません。

弁護士B: 入管法が資格外活動許可制をどのように位置付けているのかが、ポイントですね。入国管理当局の見解はどうですか。

弁護士C: 入管当局は在留資格制度の趣旨から解釈しています。留学の在留資格で在留しようとする者に対しては、上陸時に、在留期間中生活するのに十分な資産等の保有が要求されます。第7条第1項第2号の委任に基づき、上陸のための条件について定めた法務省令(「出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の基準を定める省令」)が、資産保有要件を定めています。入管当局では、こうした上陸時の要件を重視して、就労しつつ勉強する外国人を受け入れるという政策は我が国では採用されていないとし、この前提から、第19条第2項の許可は必要経費の一部を賄う程度のアルバイトのみを許容する趣旨で、滞在経費を専ら賄うアルバイトは含まないと説明しています。

弁護士B: 上陸後の在留中に事情が変わることはあり得ることで、その点も考慮すべきかもしれませんね。まず、Aさんがアルバイトで滞在経費を専ら賄っているといえるのかを争いましょう。そのほか、風営店での活動が一律不許可なのは、どのような理由からですか。

弁護士C：学業と両立しないもので、留学生が通常行うアルバイトの範囲外という理解だと思いません。

弁護士B：風営店での活動も多様ですから、具体的に判断すべきですね。しかし、仮に、第19条違反だとして、それは第24条の退去強制とどのような関係になりますか。

弁護士C：入管当局は、在留資格制度の趣旨から、滞在経費を専ら賄うアルバイトは第19条第2項の許可対象ではなく、それがされれば、在留目的が実質的に変更され、第24条第4号イの「報酬を受ける活動を専ら行っている」という要件に該当することになると説明しています。また、風営店でのアルバイトは、およそ学業と両立せず、したがって、そのようなアルバイトは在留目的変更の有力な証拠ととらえています。

弁護士B：実質的に在留目的が変更されたというのは一つの解釈ですが、その可否の検討が必要ですね。

弁護士C：退去強制の要件を定める第24条は、第19条第1項違反という要件と、「専ら行っている」という要件の二つから構成されていますね。

弁護士B：確かに、第73条と第70条第1項第4号を見ても、二つの罰則規定を法律は書き分けていますね。これを参考に、第24条と第19条第1項の関係も検討してください。第24条第4号イの「専ら行っている」要件についての裁判所の解釈は、過去に担当した事件ではどのようなものでしたか。

弁護士C：例えば、アルバイトで得た金銭が遊興費、事業資金、蓄財に充てられた事例では、退去強制事由該当と判断されました。また、風営店でホステスとして専心して活動し、学業を怠り、欠席が多く単位取得も不足していたケースでも、該当の判断でした。

弁護士B：それでは、本件における諸般の事情を総合判断して、「専ら行っている」という要件について、解釈と当てはめを具体的に検討してください。ところで、以上の検討では、退去強制令書発付に対して争うことを念頭に置いて、退去強制事由不該当を、違法性の承継を前提として主張しようと考えてきました。しかし、国の側では、違法性の承継を認めない主張をしてくるかもしれません。この点を考慮しますと、先行行為を対象に争う訴訟についても、検討しておく必要がありそうです。また、退去強制事由該当判断を直接争うことは、在留資格を是非維持したいというAさんの依頼の趣旨にも合致します。その場合、本件では認定と判定と裁決の3段階の行為が現にされているわけですが、どうなるのでしょうか。これらの3段階の行為については行政事件訴訟法でいう「処分又は裁決」には当たらないという考え方もありますが、従来の裁判例や実務を参考に、「処分又は裁決」であることを前提に検討しましょう。認定、判定、裁決について、原処分と不服審査裁決の関係とはとらえない立場もありますが、ここでは、入管法独自の不服申立ての仕組みと見て、判定なり、裁決なりを行訴法第3条第3項にいう裁決ととらえる解釈でいきましょう。そうしますと、原処分主義なら認定を、裁決主義なら裁決を争うということになりそうですが。

弁護士C：認定 判定 裁決を不服申立ての仕組みととらえる見解においても、解釈は分かれています。ある立場は、3日間という短期の不服申立期間など、最終判断までの迅速化を図った諸規定を重視して、3段階の行為を一体にとらえています。これに対し、明文規定の有無を重視する立場も見られます。

弁護士B：それぞれがどのような立場なのかを整理し、どちらを採るべきかを検討してください。

【資料2 退去強制手続の流れ】

(Aの手続の経過は太字で示したとおりである。)

入国審査官の認定	
退去強制事由該当の認定 (47条3項, 4項)	非該当の認定 (放免・在留)

口頭審理の請求 (48条1項): 3日以内

特別審理官の判定	
認定が誤りなしとの判定 (48条8項)	認定が誤りとの判定 (放免・在留)

異議の申出 (49条1項): 3日以内

地方入国管理局長の裁決 (49条3項, 69条の2)	
異議の申出に理由なし	申出に理由あり (放免・在留)

主任審査官の退去強制令書発付 (49条6項, 51条)

執行 (52条1項) . . . **収容** (52条5項), 送還 (52条3項, 53条)

【資料3 出入国管理及び難民認定法等】

出入国管理及び難民認定法（昭和26年10月4日政令第319号）（抜粋）

（在留資格及び在留期間）

第2条の2 本邦に在留する外国人は、出入国管理及び難民認定法及び他の法律に特別の規定がある場合を除き、それぞれ、当該外国人に対する上陸許可若しくは当該外国人の取得に係る在留資格又はそれらの変更に係る在留資格をもつて在留するものとする。

2 在留資格は、別表第1又は別表第2の上欄に掲げるとおりとし、別表第1の上欄の在留資格をもつて在留する者は当該在留資格に応じそれぞれ本邦において同表の下欄に掲げる活動を行うことができ、別表第2の上欄の在留資格をもつて在留する者は当該在留資格に応じそれぞれ本邦において同表の下欄に掲げる身分若しくは地位を有する者としての活動を行うことができる。

3 （略）

（入国審査官の審査）

第7条 入国審査官は、前条第2項の申請（注1）があつたときは、当該外国人が次の各号……に掲げる上陸のための条件に適合しているかどうかを審査しなければならない。

（注1）外国人による本邦への上陸申請をいう。

一 （略）

二 申請に係る本邦において行おうとする活動が虚偽のものでなく、別表第1の下欄に掲げる活動……又は別表第2の下欄に掲げる身分若しくは地位……を有する者としての活動のいずれかに該当し、かつ、別表第1の2の表及び4の表の下欄……に掲げる活動を行おうとする者については我が国の産業及び国民生活に与える影響その他の事情を勘案して法務省令で定める基準に適合すること。

三、四 （略）

2、3 （略）

（在留）

第19条 別表第1の上欄の在留資格をもつて在留する者は、次項の許可を受けて行う場合を除き、次の各号に掲げる区分に応じ当該各号に掲げる活動を行つてはならない。

一 （略）

二 別表第1の3の表及び4の表の上欄の在留資格をもつて在留する者 収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動

2 法務大臣は、別表第1の上欄の在留資格をもつて在留する者から、法務省令で定める手続により、当該在留資格に応じ同表の下欄に掲げる活動の遂行を阻害しない範囲内で当該活動に属しない収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を行うことを希望する旨の申請があつた場合において、相当と認めるときは、これを許可することができる。

3 （略）

（退去強制）

第24条 次の各号のいずれかに該当する外国人については、次章（注2）に規定する手続により、本邦からの退去を強制することができる。

（注2）第5章（第27条から第55条まで）を指す。

一～三の三 （略）

四 本邦に在留する外国人……で次に掲げる者のいずれかに該当するもの

イ 第19条第1項の規定に違反して収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を専ら行つていると明らかに認められる者……

ロ～ヨ （略）

四の二～十（略）

（違反調査）

第 2 7 条 入国警備官は、第 2 4 条各号の一に該当すると思料する外国人があるときは、当該外国人（以下「容疑者」という。）につき違反調査をすることができる。

（収容）

第 3 9 条 入国警備官は、容疑者が第 2 4 条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、収容令書により、その者を収容することができる。

2（略）

（容疑者の引渡）

第 4 4 条 入国警備官は、第 3 9 条第 1 項の規定により容疑者を収容したときは、容疑者の身体を拘束した時から 4 8 時間以内に、調書及び証拠物とともに、当該容疑者を入国審査官に引き渡さなければならない。

（入国審査官の審査）

第 4 5 条 入国審査官は、前条の規定により容疑者の引渡しを受けたときは、容疑者が退去強制対象者（第 2 4 条各号のいずれかに該当し、かつ、出国命令対象者に該当しない外国人をいう。以下同じ。）に該当するかどうかを速やかに審査しなければならない。

2（略）

（審査後の手続）

第 4 7 条（略）

2（略）

3 入国審査官は、審査の結果、容疑者が退去強制対象者に該当すると認定したときは、速やかに理由を付した書面をもつて、主任審査官及びその者にその旨を知らせなければならない。

4 前項の通知をする場合には、入国審査官は、当該容疑者に対し、第 4 8 条の規定による口頭審理の請求をすることができる旨を知らせなければならない。

5 第 3 項の場合において、容疑者がその認定に服したときは、主任審査官は、その者に対し、口頭審理の請求をしない旨を記載した文書に署名させ、速やかに第 5 1 条の規定による退去強制令書を発付しなければならない。

（口頭審理）

第 4 8 条 前条第 3 項の通知を受けた容疑者は、同項の認定に異議があるときは、その通知を受けた日から 3 日以内に、口頭をもつて、特別審理官に対し口頭審理の請求をすることができる。

2（略）

3 特別審理官は、第 1 項の口頭審理の請求があつたときは、容疑者に対し、時及び場所を通知して速やかに口頭審理を行わなければならない。

4～7（略）

8 特別審理官は、口頭審理の結果、前条第 3 項の認定が誤りがないと判定したときは、速やかに主任審査官及び当該容疑者にその旨を知らせるとともに、当該容疑者に対し、第 4 9 条の規定により異議を申し出ることができる旨を知らせなければならない。

9（略）

（異議の申出）

第 4 9 条 前条第 8 項の通知を受けた容疑者は、同項の判定に異議があるときは、その通知を受けた日から 3 日以内に、法務省令で定める手続により、不服の事由を記載した書面を主任審査官に提出して、法務大臣に対し異議を申し出ることができる。

2（略）

3 法務大臣は、第 1 項の規定による異議の申出を受理したときは、異議の申出が理由があるかどうかを裁決して、その結果を主任審査官に通知しなければならない。

4, 5 (略)

6 主任審査官は、法務大臣から異議の申出が理由がないと裁決した旨の通知を受けたときは、速やかに当該容疑者に対し、その旨を知らせるとともに、第51条の規定による退去強制令書を発付しなければならない。

(退去強制令書の方式)

第51条 ……第49条第6項の規定により、又は……に基づく退去強制の手続において発付される退去強制令書には、退去強制を受ける者の氏名、年齢及び国籍、退去強制の理由、送還先、発付年月日その他法務省令で定める事項を記載し、かつ、主任審査官がこれに記名押印しなければならない。

(退去強制令書の執行)

第52条 退去強制令書は、入国警備官が執行するものとする。

2 (略)

3 入国警備官……は、退去強制令書を執行するときは、退去強制を受ける者に退去強制令書又はその写しを示して、速やかにその者を次条に規定する送還先に送還しなければならない。……。

4 (略)

5 入国警備官は、第3項本文の場合において、退去強制を受ける者を直ちに本邦外に送還することができないときは、送還可能のときまで、その者を入国者収容所、収容場その他法務大臣又はその委任を受けた主任審査官が指定する場所に収容することができる。

6 (略)

(送還先)

第53条 退去強制を受ける者は、その者の国籍又は市民権の属する国に送還されるものとする。

2, 3 (略)

(権限の委任)

第69条の2 出入国管理及び難民認定法に規定する法務大臣の権限は、法務省令で定めるところにより、地方入国管理局長に委任することができる。……。

第70条 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役若しくは禁錮若しくは300万円以下の罰金に処し、又はその懲役若しくは禁錮及び罰金を併科する。

一～三の二 (略)

四 第19条第1項の規定に違反して収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を行ってしていると明らかに認められる者

五～九 (略)

2 (略)

第73条 第70条第1項第4号に該当する場合を除き、第19条第1項の規定に違反して収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を行つた者は、1年以下の懲役若しくは禁錮若しくは200万円以下の罰金に処し、又はその懲役若しくは禁錮及び罰金を併科する。

別表第1の4

上欄	下欄
在留資格	本邦において行うことができる活動
留学	本邦の大学若しくはこれに準ずる機関、専修学校の専門課程、外国において12年の学校教育を修了した者に対して本邦の大学に入学するための教育を行う機関又は高等専門学校において教育を受ける活動

出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の基準を定める省令（平成2年5月24日法務省令第16号）

出入国管理及び難民認定法（以下「法」という。）第7条第1項第2号の基準は、法第6条第2項の申請を行った者（以下「申請人」という。）が本邦において行おうとする次の表の上欄に掲げる活動に応じ、それぞれ同表の下欄に掲げるとおりとする。

上 欄 活 動	下 欄 基 準
法別表第1の4 の表の留学の項 の下欄に掲げる 活動	一（略） 二 申請人がその本邦に在留する期間中の生活に要する費用（以下「生活費用」という。）を支弁する十分な資産，奨学金その他の手段を有すること。ただし，申請人以外の者が申請人の生活費用を支弁する場合は，この限りでない。 三～六（略）

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 : 1 0 0)

次の文章 (資料 から までを含む。) を読んで、後記の設問 1 及び設問 2 に答えよ。

1. 甲株式会社 (以下「甲会社」という。) は、自動車の電子部品を製造する会社である。甲会社は兄弟である A 1 と B 1 が中心となってその設立を行ったものであり、その後も、A 1 が代表取締役社長、B 1 が取締役副社長として、甲会社の共同経営を行ってきた。
2. 甲会社は、平成 7 年 4 月に、多角化の一環として、ゲームソフト開発部門を創設した。その際、B 1 と親交があった C がゲームソフト開発部門の責任者に就任した。C の入社を契機として、甲会社の業績は急速に向上した。甲会社は、平成 1 5 年 4 月には、東京証券取引所 (マザーズ) に上場を果たした。初値は 1 5 6 0 円を記録し、その後も、甲会社の株価は 1 0 0 0 円台で推移した。
3. 甲会社の取締役会は 5 名で構成され、A 1 及びその妻 A 2、B 1 及びその友人 B 2 並びに取引金融機関から出向している D が取締役に就任していた。
4. 甲会社の業績は好調であったが、平成 1 7 年の秋以降、過酷な競争にさらされ、その成長に陰りが見え始めた。これとともに、その経営方針をめぐる、A 1 と B 1 との間で争いが生ずるようになり、甲会社の株価も 3 0 0 円前後と低迷した。
5. このような状況下で、自動車部品の総合メーカーである乙株式会社 (以下「乙会社」という。) から、甲会社に対し、自動車部品の製造におけるシナジー (相乗) 効果を期待して、経営統合の話が持ち込まれた。A 1 は、自動車部品製造の業界における自力での生き残りは難しいと判断して、乙会社の提案に前向きな姿勢を見せた。これに対し、B 1 は、あくまで自主経営を目指すべきであるとして、B 1 を中心とする経営陣による甲会社株式に対する公開買付けの実施について外資系ファンドとの交渉を始めた。甲会社をめぐるこれらの動きが新聞で報道されたことを契機として、甲会社の株価は平成 1 8 年 5 月中旬には 9 0 0 円台に急騰した。
6. 平成 1 8 年 6 月 7 日、甲会社は、臨時取締役会を開催して、乙会社に対する募集株式の第三者割当てを決定した。この件に関しては、甲会社の株主総会は開催されていない。かかる決定に際しては、B 1 らの反対が予想されたため、A 1 は、B 1 及び B 2 が海外出張に出かけた時期を見計らって臨時取締役会を開催することとした。甲会社の定款には、取締役会の招集通知について会日の 2 日前までに発するとする定めがあり、当該取締役会の書面による招集通知は B 1 及び B 2 が海外出張中である 6 月 4 日に発され、また、B 1 及び B 2 は、同日に電子メールでも招集通知と同内容の連絡を受けた。しかし、B 1 及び B 2 は、結局 6 月 7 日の臨時取締役会までに帰国することができず、同取締役会では、取締役 5 名中 3 名が出席し、出席者全員の賛成で募集株式の発行に係る議案が可決された。資料 は、この臨時取締役会の議事録である。
7. 乙会社においても、同日、甲会社株式を引き受ける件について、取締役会で全員賛成の決議がされた。株式を引き受けるに当たり、乙会社では、法律事務所に依頼し、意見書を受領しているが、資料 は、この意見書の抜粋である。また、乙会社は、甲会社の財務状況及び経営統合の効果についての調査を監査法人に依頼し、報告書を受領しているが、資料 は、この報告書の要旨である。乙会社がこの募集株式に対して払い込んだ金額は、平成 1 7 年 1 2 月 7 日から平成 1 8 年 6 月 6 日までの 6 か月間の甲会社の株価の平均額に 9 0 パーセントを掛け合わせたものとして算定されている。
8. 海外出張から帰国した B 1 は、かかる第三者割当ての決定に対して猛烈に反発した。そこで、A 1 は、ゲームソフト開発部門の事業譲渡等による B 1 の独立を提案して B 1 と交渉を開始したものの、その途中に、先の第三者割当てによる募集株式の発行を強行した。結局、B 1 の独立は実現しなかった。第三者割当ての実施によって、乙会社は、甲会社の議決権の 5 5 パーセントを

保有する株主となった。なお、第三者割当てによる募集株式発行については、適法な公告が行われたほか、募集株式の割当て及び払込みについての手続に法令違反はなかった。

9. 乙会社の子会社となった甲会社では、平成18年9月29日開催の定時株主総会において、任期満了となったB1及びB2を取締役として再任せず、また、A1及びA2に加えて、新たに乙会社関係者を取締役に選任した。
10. 第三者割当ての実施後、甲会社の株価は600円台で推移した。その後、平成18年12月に、甲会社のゲームソフト開発部門の中心であったCがゲームソフト会社の大手である丙株式会社に好条件で引き抜かれ、そのニュースが業界誌に掲載されたことにより、甲会社の株価は急落した。乙会社は、平成18年度(平成18年4月1日から平成19年3月31日まで)の決算に当たり、甲会社の株価が140円と、取得価格の50パーセントを割り込んだことから、監査法人の意見に従い、保有する甲会社株式の評価額について1株当たり300円から140円にする減損処理を行った。
11. Xは、平成17年9月1日に乙会社の株式を1単元購入し、以後これを継続して保有している株主である。Xは、平成19年5月に、乙会社に対し、甲会社から第三者割当てを受けた当時から乙会社の代表取締役社長Y1及び担当取締役Y2は取締役としての善管注意義務に違反して甲会社の株式を引き受け、同株式の減損処理による損害を乙会社に与えたとして、Y1及びY2に対する損害賠償責任を追及する訴えを提起するように求めた。なお、Xは、損害賠償額として、甲会社1株当たり160円の減損処理額に乙会社の引き受けた株式数を乗じた金額を主張している。

〔設問1〕

甲会社の乙会社に対する募集株式の発行が行われた後において、B1はどのような法律上の措置を執ることができるか、あなたの意見を述べなさい。

〔設問2〕

Y1及びY2の乙会社に対する責任について、あなたの意見を述べなさい。

臨時取締役会議事録

平成18年6月7日午後1時15分、当本社会議室において、取締役5名中2名欠席のもと取締役会を開催した。取締役社長A1が議長席につき次の議題を付議した。

(決議事項)

1. 募集株式の発行について

取締役社長A1から、下記の条件で乙株式会社に対して募集株式の発行を行うことについて提案があった。質疑応答の後、付議され、出席者全員異議なくこれを決議した。

- (1) 発行方法：第三者割当てによる
- (2) 払込金額：1株当たり300円
- (3) 発行株式数：550万株
- (4) 株式の種類：普通株式
- (5) 払込期日：平成18年6月26日
- (6) なお、本件株式の発行後、乙会社は当社の発行済株式総数の55パーセントの株式を保有する株主となる。

以上をもって議題の審議を終了したため、議長は午後2時15分閉会を宣した。

この議事の経過の要領及び結果を明確にするため、本議事録を作成し、出席取締役及び出席監査役はこれに記名押印する。

平成18年6月7日

議長	取締役社長	A1	印
	取締役	A2	印
	取締役	D	印
	常勤監査役	E1	印
	社外監査役	E2	印
	社外監査役	E3	印

(略)

ソフト開発部門関係

1 調査結果

本件事業部門の概要について

本件事業部門は、売上こそ対象会社の全売上額の20パーセントにすぎないが、経常利益の段階では、他の部門がいずれも赤字となっていることから、全体の100パーセントを占めており、正に、対象会社の収益のかなめである。

本件事業部門の製品(以下「本件製品」という。)は、いわゆる「次世代ゲーム機用ゲームソフト」と呼ばれるものであるが、対象会社の本製品は、過去において業界で高い評価を得ている。

対象会社がこの事業を行うようになったのは、約11年前に、Cが、当時経営していたゲームソフト開発会社が経営難となった際に、大学時代の先輩である対象会社の現経営者の一員であるB1に援助を要請し、対象会社の支援によって、当該ゲームソフト会社の負債を整理し、対象会社に新設されたゲームソフト開発部門の責任者として入社したことからである。

その後、Cに対しては、何回もヘッドハンティングの誘いがあったが、Cは、このような経緯から、B1に対する恩義を感じて、これを断ってきたとのことである。

また、これらの具体的な開発作業を行っているのは、対象会社の従業員ではなく、下請契約を締結した個人のSE(システムエンジニア)であるが、企業への帰属意識は低い。

基本契約の締結状況と内容

開発の発注元との間では、必ず契約が締結しており、その管理態勢についても何ら問題となるべきところはなかった。

また、SEとの下請契約についても、全員との間で締結されており、その内容も含めて特に問題はないと考えられる。

契約内容における特殊な条項について

Cは、ゲームソフト業界において、カリスマゲームクリエイターと呼ばれるほどの人気を誇っており、過去、数々のヒット商品を世に送り出している。

そのために、取引先とのソフト開発基本契約においては、Cの継続雇用が契約存続の条件となっているものが大半である。

2 結論

前記のような事情から考えて、今後、対象会社の経営陣が交代することとなった場合には、Cが独立し、又は競争会社へ転職する可能性が高い。なお、対象会社には、割増退職金を受領した者についての退職後1年間の競業禁止規定があるが、その受領は退職者の選択に任されており、Cがこれを受領する可能性は極めて低い。

なお、開発基本契約は、前述のように、Cの雇用継続を条件とするものが多いが、開発完了後については、この適用はなく、対象会社に対するプレミアムフィーの支払は、Cが退職したとしても、一定期間(2年が大半である)継続される。

さらに、下請のSEの大半は、Cのカリスマ性からこれを慕って集まっている者であり、Cの退職後も対象会社との下請契約を締結することは考えにくい。

以上のような事情を考慮すれば、対象会社において、第三者割当増資を行って、現経営陣、特にB 1を更迭することとなれば、Cも退職するおそれが高く、その場合には、本件事業部門において、現状のような収益を今後も継続して上げていくことは非常に困難であると考えられる。

(略)

監査法人の報告書の要旨

経営統合に基づく経済的効果について

貴社は、本件甲会社との経営統合の経済的効果として、約24億円の相乗効果があるとの判断に基づいて、事業計画を立てている。そこで、その妥当性について、以下検討する。

1 事業計画書の記載とその妥当性の検証

(1) 研究開発費の低減

事業計画書には、貴社における研究開発費約200億円のうち、15パーセントを占める電子部品関連について、これを半減し、約15億円減額することができるとの記載がある。

貴社は、最終商品に関する機密保持の問題もあり、電子部品について独自に研究開発をしている。しかし、そのうち多数のものについては、単価や性能の問題から、現在、甲会社製品の供給を受けている。そこで、貴社がその製造する商品に合わせた基本性能を示して、電子部品を甲会社に開発させ、あるいは、甲会社と共同して開発を行うことにより、研究開発費の大幅な低減が可能である。そこで、前記事業計画書記載の研究開発費の低減は、その実現性について不合理なものとは考えられない。

(2) 開発期間の短縮

事業計画書には、(1)記載のような研究開発部門の統合により、新製品に使用する電子部品の開発期間がおおむね半分の9か月ほどに短縮することができ、これによって、部品調達コストを2パーセント低減することができるとの記載がある。

技術コンサルタントの試算によれば、開発期間が、平均でも現状の半分程度に短縮可能とされている。また、今後、甲会社との共同開発が可能な部品の調達額を前提とした場合には、この開発期間短縮による効果は、人件費などを含めて総合すれば、約6億円と試算されている。これらは、高度な専門分野の問題であるが、その判断過程などにおいて、合理性を欠くと考えられる部分はなく、この判断を前提とした事業計画の内容については不合理なものとはいえない。

(3) 製造計画に応じた調達と流通コストの低減

事業計画書には、貴社グループ工場の一角に甲会社工場を移転することにより、貴社の生産計画に応じて、電子部品の供給を受けることが可能となり、かつ、これによって流通コストを低減することができるとの記載がある。その前提とされた技術コンサルタントの試算による、()貴社の主力工場に隣接する現在利用されていない貴社第21工場を甲の工場として利用した場合の移転費用の算出、並びに、()これによる流通コスト削減に関する考え方に不合理なところは見当たらず、これを前提とした削減効果についても不合理なものとはいえない。

したがって、これらの効果を約3億円としている事業計画書の記載には、不合理な部分は見当たらない。

(4) 人材交流の実施

事業計画書には、研究者の人材交流を通じて、貴社新製品の開発について、部品開発も含めた一貫した発想が生まれる可能性があるとの記載がある。

確かに、人材交流の実施による効果に関する前記事業計画書の記載に不合理な点は認められな

いが、具体的な効果の算定は不可能である。

2 結論

以上の検討により、本件甲会社との経営統合に基づく貴社における経済的な相乗効果を約24億円と考えることは、不合理であるとはいえない。

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 : 2 0 0 [設問 1 から設問 3 までの配点の割合は , 1 0 : 6 : 4])

次の文章を読んで , 以下の 1 から 3 までの設問に答えよ。

X と Y の間には , 美術工芸品甲の売買契約をめぐる争いがある。以下は , この紛争について , X の側の J 弁護士と Y の側の K 弁護士が平成 1 8 年 5 月初めに確認した【弁護士間で確認された事実】 , 【X の言い分】 , 【Y の言い分】 及び K 弁護士と弁護実務修習中の司法修習生 L (以下「L 修習生」という。) が平成 1 8 年 5 月末に交わした【K 弁護士と L 修習生の会話】である。

【弁護士間で確認された事実】

1. 平成 1 7 年 9 月ころ , 美術品収集家の X は , Y の勧めに応じて , p 国在住の A が制作した美術工芸品を買うことにした。 Y は , 外国を歩き回って現地の美術工芸品を買い付け , それを輸入して売っている者であり , A から , 既に完成している作品甲の売却の内諾を得て , 買主を求めている。
2. A の作品は , p 国の伝統的な祭祀具に独自の工夫を凝らしたものであり , その大きさ・装飾・塗り等も一つ一つ異なっている。そして , 作品の目立たない箇所には , 作者の銘・完成年月日・作品番号などが刻印されている。 Y は A が制作した甲の写真を X に見せて購入を勧めた。
3. 9 月 2 8 日 , Y は , X と代金額・支払時期などについて協議したことを反映させたメモを作成し , X に交付した。そこには , 次のような趣旨が記載されていた。

甲の代金額	6 0 0 万円
甲の納品日と場所	平成 1 7 年 1 2 月 7 日 , X の自宅に届ける。
支払期日	内金 2 0 0 万円 申込み時 中間金 2 0 0 万円 平成 1 7 年 1 2 月 7 日 残代金 2 0 0 万円 平成 1 8 年 1 月 1 0 日
支払方法	中間金は甲の納品時に現金で支払う。それ以外は , 銀行 × × 支店 Y 名義の普通預金口座に振り込んで支払う。
所有権移転時期	甲の所有権は代金完済時に X に移転するものとする。

4. 9 月 2 8 日 , Y はメモを交付する際 , 「甲は , 私が費用を払って船便で日本に輸送するが , p 国からの船便は月に 2 便程度で , 輸送には 1 か月前後を要する。納品は , メモのとおり 1 2 月初旬を見込んでいますが , 船便の状況によっては , 1 か月程度は遅れるかもしれない。」と説明した。これに対して , X は , 「それくらいの遅れなら構わないが , どんなに遅くとも来年 (平成 1 8 年) 2 月末日までに甲を納品して欲しい。」と述べただけで , Y の申込みに対して確定的な返事をしなかった。
5. 1 0 月 1 日 , X は , Y の指定する銀行口座に , あらかじめ預かっていた振込用紙を用いて 2 0 0 万円を振り込んだ。
6. 1 0 月 6 日 , Y は , A に国際電話で甲の売買契約の申込みをして , A の承諾を得た。そして , 同日 , 甲の代金の一部を A の銀行口座に送金した。
7. 1 0 月 2 8 日 , Y は , 他の美術工芸品の買い付けを兼ねて再び p 国に渡航した。 Y は , A に代金の一部を支払って甲の引渡しを受け , 翌日 , B 運送会社に船便で甲を p 国から日本に向けて送ることを依頼し , これを引き渡した。この時点では甲に傷はなかった。
8. 1 2 月 5 日に日本で B から甲を受け取った Y は , 同月 7 日 , X 宅に甲を持参し , X は , 準備した中間金 2 0 0 万円をそろえて対応した。しかし , その場で梱包を解いて , 作者銘などの刻印を調べようとしたところ , 甲の扉の可動部分の根元に亀裂と塗りの剥落があって開閉に支障があり , X が扉を慎重に開けようとした際に , 支持部品が折れてしまった。このため , X は ,

甲の受領を拒み、用意をしていた中間金200万円を支払わなかった。Yは、仕方なく甲を持ち帰り、運送品に傷が生じていたことをBに連絡し、Bから事実関係を調査するとの回答を得た。

9. 12月8日、Yは、同業者の友人に甲を鑑定してもらい、甲の価格は、傷があれば300万円程度になってしまうだろうとの評価を聞いた。Yは、その事実は伏せて、Xに、急いでp国に渡航して甲の修理が可能かどうかをAに尋ねてみるので待つて欲しい旨を依頼し、この点ではXの同意を得た。しかし、「甲の残代金をAに支払う必要があるので中間金を直ちに支払って欲しい。」というYの懇請を、Xは拒絶した。
10. 12月10日、p国に渡航したYは、自分が工面した金でAに甲の残代金を支払った。Yが、持参した甲の破損部分の写真をAに見せて尋ねたところ、Aは、「傷が分からなくなるような修理は可能であるが、甲をいったん分解し、傷のない部品と取り替えて組み立て直し、全体の塗装もやり直す作業が必要なので、修理には約2週間の期間と50万円の費用を要する。仕事が詰まっているため、早くても修理に取り掛かれるのは1か月先になる。」と答えた。
11. 12月12日、帰国したYはX宅を訪れて修理に要する費用や期間について説明し、修理品の納品は早くても2月半ば以降になると述べた。これに対して、Xは、傷のある甲は受け取れないと述べた。甲の修理をAに依頼するのかどうかについて話を詰める前に、Yが、中間金の支払と甲の修理費用の前払を求めたところ、Xは激怒し、「どれだけ遅くても来年2月末までに、傷を修理した甲を持ってこなければ、支払済みの200万円は返してもらおうし、損害賠償も払ってもらおうから覚悟しておけ。」と述べてYを追い返した。
12. 12月25日、BからYに荷物の破損に関する相談があり、Bは、Yに対して、鯨が輸送船にぶつかるといふこれまでに経験のない事故があったため甲が破損したと推測されると説明した上、日本とp国の間の往復の船便の輸送料及び甲の修理代金50万円はBが支払う旨の約束をした（なお、BからYに上記支払約束を確認する旨の書面が平成18年1月末に届いているが、甲の破損の経緯は、その後も不明である。）そこで、Yは、Aに対して、国際電話をかけ、「甲を運送業者Cに頼んで航空便で送るので、早急に修理して欲しい。修理を完了した甲は、あなたのところに取りに行って船便で日本に送るようCに頼んであるので、修理の完了をCのp国現地事務所に連絡して欲しい。修理代金は、修理済みの甲の受領確認と発送の連絡がCからあり次第送金する。」旨を述べた。Yは、Aの承諾を得たので、翌日、甲をCに取りに来てもらって、A宛に航空便で送った。
13. 平成18年1月25日、Yは、Cから、「修理済みの甲をAより受け取り、直近の船便で送る。日本への到着予定は3月5日になる。」との連絡を受けた。Yは、修理代金50万円をAの銀行口座に送金した。さらに、Yは、甲の修理が完了した旨をXに電話で連絡した。Xが甲を航空便で送るよう求めたのに対して、Xが費用を負担してくれるなら手配すると返答したところ、Xは「それなら結構だ。」と言って電話を切った。そこで、Yは、Cに運送方法の変更を指示せず、甲は船便で日本に輸送された。
14. 3月5日、Yは、Cから甲を受け取り、梱包を解いて傷がないことを確認した。同月7日、Yは、甲をX宅に持参して、受領と引換えに残代金400万円の支払を求めたが、Xは、契約は既に解除したとして、甲の受領も残代金の支払も拒絶した。

【Xの言い分】

甲は、Dからの依頼を受けて平成18年5月に開催されるある美術展に出展するため、少し高いと思ったが、平成17年12月には納品できるということだったので買った。Dの主催している美術展は有名で、今回、甲のような美術工芸品がテーマとなっていたことは、Yも知っていて当然だし、だからこそYは私に甲を売り込んできたに違いない。甲が2月中に引き渡されなかったため、出品物の図録撮影に間に合わず、美術展への出展は不可能になった。これでは、何のた

めに高い買物をしたのか分からない。

Yが甲を持参したのは、約束した納品期日を3か月も過ぎている。こんなに遅れたのは、甲に傷が付いたためだが、その原因はBの運送ミスにあり、そんな業者を選んだYに責任がある。それなのに、傷物を持ってきた挙げ句、中間金の支払が遅れているとか、私に修理代の50万円を負担しろなどと言ってきたのだから論外である。私は、甲の修理をAに依頼したり、修理品を船便で送ることには同意していない。Aへの修理依頼や船便での運送はYが自らの判断でやったことである。遅くとも2月末には納品してくれなければ困ることは、契約前に言っておいたし、12月12日にも警告した。さらに、1月25日にYが電話してきたときにも、私はYに甲をp国から航空便で送れと言った。傷の修理に時間がかかったのに、こちらの正当な要求を無視して、更に1か月もかけて船便で送るとは、人を馬鹿にしている。

1月25日に、私は、船便で送るような態度をとるなら、もうこの契約は結構だ、と今一度警告した。私は、2月末までは残代金400万円を支払う準備をしていたのだが、2月末に甲が届かなかったことでこの契約は終わっているから、支払っていた200万円を早く返して欲しい。また、私は、甲を自宅で保管するために、昨年(平成17年)の10月30日に20万円する特注の亚克力ケースを専門業者Eに注文していた。これが不要になったので、3月3日に、私はEに8万円を支払って契約を合意解除せざるを得なかった。美術品収集家としての私の評判は地に落ちた上、美術展が開催される20日間、甲をDに貸していたら得られたはずの10万円の賃料を得ることもできなくなった。こうした損害は、Yにはきちんと賠償してもらいたい。

【Yの言い分】

5月にD主催の美術展があることは、もちろん知っているが、そこにXが甲を出展するなどという話は初耳である。

そもそも、甲に傷が付いたことについて、私には責任がない。甲の破損は不可抗力によるものである。仮にBに過失があったとしても、私は甲が壊れやすい高価品であることをBに示してきちんとした梱包の依頼をしていたのだから、専門家のBを信頼して任せた私のどこに落ち度があるというのか。だからこそ、甲の破損についてBは、日本とp国の間の往復の船便の輸送料及び甲の修理代金50万円を支払うと言っている。Bは大企業であって、事後処理についての交渉態度も誠実で、Xの言うようないい加減な業者ではない。

私としては、本来なら甲をそのままXに渡せば十分だったはずで、私が航空運賃や修理代金50万円を取りあえず立て替えてまでAに修理を依頼したのは、修理を求めるXの指示に従ってそれに誠実に応えたためである。修理によってこの程度の納品の遅れが出ることは、Xにも伝えてあり、むしろXがそれを了解した上で、強く甲の修理を求めていたのである。

その後も、私は、修理のために甲を航空便で送るなど、速やかな納品のためにできる限りのことをやった。3月7日の納品は、むしろ最善の努力の結果である。Xは、12月12日に会ったときにも、1月25日に電話連絡をした折にも、確かに2月中の納品を求めていた。しかし、美術展に間に合わなくなるなどという事情については、Xは何も言っていなかった。また、航空便は船便の何倍も費用が掛かる。契約では船便で送ることになっているから、船便で送った甲が届くのが3月初めになったことには何の問題もない。運送費用の増加分を負担もせず航空便で送れなどと要求するのは身勝手であり、Xも最終的には船便で結構だと無茶な要求を引っ込めたではないか。

また、3月7日に至るまで、Xは、一度も契約を解除すると明言したことがない。3月7日になって唐突に解除を主張するのは、私が努力してきたことを無意味にしてしまうもので、全く理不尽である。

逆に、私は、Aに甲の代金を支払うため、資金が必要だった。こうした事情は、Xの要望を容れて代金を分割払にした経緯から、Xも十分承知していたはずである。それにもかかわらず、X

が中間金を支払ってくれなかったのです、私は自分で支払資金を別途工面しなければならず、非常に迷惑した。本来文句を言えないはずの甲の傷を理由に、甲の受取を拒絶して中間金を支払わなかったXの態度こそ不当である。

【K弁護士とL修習生の会話】

K弁護士：今月初めに、X側のJ弁護士との間で事実の確認をした上で、折り合いがつかないかと話し合ってみました。Xは、あくまでも裁判で決着をつけたいようです。Yのために、Xがどういう主張をしてくるかを予想した上で、それに対して、Yとしてはどう反論するかを考えておかなければなりません。そこで、本件について検討し、その結果を私に報告して欲しいのです。

L修習生：先生、それでは、判例の考え方に沿って、まずは、Xが主張してくる法的構成を予測して、それへの対応を考えればよいのですか。

K弁護士：基本はそうですが、判例と異なっている場合、通説や有力説があって、Xに有利となれば、X側は、それに沿って法的構成を工夫してくることも考えられます。

L修習生：そうすると、判例と学説の対立があれば、それも整理しておく必要がありますね。

K弁護士：本件と関係ない点についてまで詳しく整理・検討したゼミの報告みたいなものを書いていただく必要はありません。あくまで確認された事実を照らして、お互いにどういう主張をすることになるのかを中心に、簡潔にまとめて欲しいのです。また、こちらの言い分をきちんと主張するのは当然ですが、Xの言い分が仮に認められた場合についても、さらに、こちらとしては対応を考える必要がありますね。

L修習生：例えば、私は、Yの言い分に沿ってYには帰責事由がないことを強く主張しようと考えていますが、裁判所に、帰責事由がないとはいえない、と判断される場合の対応も考える、ということでしょうか。

K弁護士：それは一つのポイントですね。その点は、契約解除の根拠の一つにも関係してきますね。それについて、私には、気になっている点があります。近時、債務者の帰責事由を必要とせずに契約の解除ができるという考え方も、学説では有力に主張されているようです。

L修習生：はい、以前から、履行遅滞による解除に帰責事由は不要とする見解がありますし、近ごろは、債務不履行一般について重大な債務不履行があれば帰責事由がなくても解除ができるという見解もあります。ただ、こうした見解を細部まで正確に理解して理論的な反論を準備するのは、私には少し荷が重いです。

K弁護士：分かりました。ほかにも学説はあるようですから、そういう理論的な問題は、X側の具体的な主張を見た後で、一緒に検討しましょう。場合によっては、友人の大学教授に話を聞いてみます。君は、仮に債務不履行を理由とする解除には帰責事由を要しないという見解が採用されたとしても、確認された事実を即して考えた場合、Xは本件契約を解除できない、という主張が可能かどうかを考えてください。

L修習生：はい。ところで、先生、Yの側から未払代金等の支払を求める反訴を起こすことも検討しなければいけませんか。

K弁護士：その点は私が検討しますから、書かなくてよいです。いろいろ言いましたから、課題を整理しましょう。まず、(a)支払済み代金200万円の返還と18万円の損害賠償を請求するためにXが主張してくると予想される様々な実体法上の法的構成を、確認された事実を前提として検討してみてください。次に、(b)Yはこれに対して、どのように反論すればよいかを考えてみてください。先ほど言いましたように、帰責事由がなくても債務不履行を理由とする解除ができるという解釈論の当否自体の検討はしなくてもよいです。以上の2点について報告書を書いてきてください。

〔設問1〕 あなたがL修習生であるとして、K弁護士が指示した課題(a)及び(b)についてどのような報告をすべきか、検討の結果を述べなさい。なお、本件については、すべて日本法が適用されるものとする。また、解答に当たっては、後記以下の事実は考慮しないこと。

前記のXY間の売買契約に関して、平成18年6月15日、XがYに対して訴えを提起したところ、その訴訟は、次のように推移した。

1. Xは、Yに対して、甲の売買契約を解除したとして、原状回復として支払済みの売買代金相当額200万円及びこれに対する平成17年10月1日から支払済みまで年6分の割合による利息、並びに債務不履行に基づく損害賠償として250万円及びこれに対する訴状送達の日から支払済みまで年6分の割合による遅延損害金の支払を求めて、訴えを提起した。なお、訴状は平成18年6月22日にYに送達されている。
2. Xの訴状には次のような記載があり、Xは第1回口頭弁論期日において訴状の内容を陳述し、また、同期日において甲4号証その他の書証を提出した。なお、甲4号証にはF名義の署名があるだけで、捺印はされていない。

【訴状】

<前略>

第1 請求の趣旨

- 1 Yは、Xに対し、200万円及びこれに対する平成17年10月1日から支払済みまで年6分の割合による金員を支払え
 - 2 Yは、Xに対し、250万円及びこれに対する訴状送達の日から支払済みまで年6分の割合による金員を支払え
 - 3 訴訟費用は被告の負担とする
- との判決並びに仮執行の宣言を求める。

第2 請求原因

<中略>

- 5 平成17年12月12日、XはYに対して、「どれだけ遅くても来年2月末までに、傷を修理した甲を持ってこなければ、支払済みの200万円は返してもらい、損害賠償も払ってもらい。」と述べて、修理済みの甲の引渡しを催告すると同時に、平成18年2月28日の経過をもって甲の売買契約を解除する旨の意思表示をした。

<中略>

- 8 Xは、Xが甲を購入し美術展に出展する話を聞き付けた同好の美術品収集家Fから、平成17年11月上旬ころから、美術展終了後に甲を譲り渡して欲しい旨の懇請を受けていた。そして、同年11月28日、Xは、Fとの間で、美術展終了後の平成18年6月10日を引渡し期日として、甲を850万円で転売する旨の契約を締結したが、Yが甲を適時に引き渡さなかったために、購入代金600万円と転売代金850万円の差額250万円を得ることができなかった。

<中略>

第3 証拠

<中略>

- 3 請求原因8の事実は、F名義の文書(甲4号証)で証明する。

<後略>

【F名義の文書（甲4号証）】

平成17年11月22日

X様

本日はお目にかかることができず、残念でした。

先日来お願いしておりますように、甲を是非ともお譲り下さい。来年の6月8日までに850万円を用意することができる予定ですので、同日以降に代金の決済と甲の引渡しを行うということで、お願いできれば幸いです。改めて御連絡いたしますので、御検討のほどよろしくお願いいたします。

F（署名）

3. Yは、第1回口頭弁論期日において、あらかじめ提出していた答弁書に従って、「Xの請求をいずれも棄却するとの判決を求める」との請求の趣旨に対する答弁をした上で、「旧知のFに甲の購入の事実を問い合わせたところ、『覚えがない』とのことであったので、訴状記載の請求原因8の事実は否認する」と述べた。そして、(陳述)「『覚えがない』と言っているFがこのような文書を作成したとは考えられないので、甲4号証の成立も否認する。」との陳述をした。

4. また、Yは、第1回口頭弁論期日において、訴状の請求原因5の記載について「『どれだけ遅くても来年2月末までに、傷を修理した甲を持ってこなければ、支払済みの200万円は返してもらい、損害賠償も払ってもらい。』とのXの発言があったことは認める。」という陳述をした。第1回口頭弁論期日の後、弁論準備手続が開始され、同手続は計3回の期日をもって終結した。

その後、Fの証人尋問並びにX及びYの当事者本人尋問を行うために、第2回口頭弁論期日が開かれたが、この期日の冒頭の弁論準備手続の結果陳述に引き続いて、Yは(陳述)「訴状の請求原因5記載のXの発言のうち、『支払済みの200万円は返してもらい』旨の発言があったことは否認する。」との陳述をした。そして、(陳述)「仮に訴状の請求原因5記載のとおりXの発言があったとしても、それが解除の意思表示に該当することは争う。」との陳述もした。

なお、受訴裁判所は、弁論準備手続における両当事者との協議の結果、この第2回口頭弁論期日をもって弁論を終結する予定にしている。

〔設問2〕 下線部のYの陳述 から までに関する次の設問に答えなさい。なお、設問はXが訴状で採用した実体法上の法律構成の当否を問うものではない。

- (1) 陳述 の訴訟法上の効果を、Yが甲4号証の成立について認否をしなかった場合と比較して、論じなさい。
- (2) 陳述 と の訴訟法上の効果（攻撃防御方法としての許容性を含む。）を論じなさい。

以下の問題は、前記 の訴訟を前提としている。ただし、第2回口頭弁論期日が開かれる前であるものとして答えなさい。

Yは、第3回弁論準備手続期日が終了した後に、このまま訴訟を続けると業界の噂になって、他の顧客との取引に支障が出かねないと考え、ある程度の譲歩をしてもよいので、何とか訴訟を

終わらせてほしいと、K弁護士に相談した。そこで、K弁護士は、X側のJ弁護士に協議を申し入れた。K弁護士は、J弁護士から、Xが「以前から欲しいと思っていたY所有の仏像乙を手に入れることができるのであれば、訴訟にはこだわらない。」と述べているという話を聞かされたので、そのことをYに伝えたところ、Yは「乙であれば手放してもよい。」とK弁護士に述べた。このことをJ弁護士に伝え、J弁護士から、次のような提案があった。

「YがXの請求債権が存在することを認めた上で、乙を代物弁済としてXに譲渡するのであれば、訴訟については矛を収めることにする。その方法だが、(方法) Yが1週間以内にXの自宅に乙を持参すれば、その場で訴えの取下げを合意する契約を結び、きちんとした契約書を作る。その方法が嫌であれば、(方法) 次回の口頭弁論期日にYが乙を持参して、法廷でXに手渡してくれば、請求債権はそれで消滅したということで、その期日に請求の放棄の手続をとる。あるいは、(方法) 同じく法廷で乙を授受することを前提として、YがXの請求債権を認め、これが代物弁済によって消滅したこと及びXとYの間に本件に関し一切の債権債務が存在しないことを相互に確認する旨の訴訟上の和解をするということでも結構だ。」

〔設問3〕 K弁護士の立場で、 から までのいずれの方法をXの側に求めるべきかにつき、訴訟法上の観点から論じなさい。ただし、訴訟費用の問題を論ずる必要はない。

論文式試験問題集 [刑事系科目]

[刑事系科目]

[第 1 問] (配点 : 1 0 0)

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい(特別法違反の点を除く。)。ただし、論述に当たっては、後記の小問 1 及び 2 に対する解答を必ず含めること。

- 1 A は、自動車運転中に赤色信号を見落として交差点に進入したため、青色信号に従って交差点に進入した B 運転の自動車と衝突事故を起こし、B に大腿骨骨折、肋骨骨折、胸部打撲及び頸椎捻挫の傷害を負わせた。

A の一方的な過失によって発生したこの交通事故により、B は、入院治療費、休業損害及び自動車修理費として合計 240 万円の損害(内訳は、入院治療費及び休業損害が合計 180 万円、自動車修理費が 60 万円)を被り、入院治療費及び休業損害のうち合計 120 万円については、A 運転の自動車に付されていた自動車損害賠償責任保険(いわゆる自賠責保険)の保険金によって支払われた。しかし、被害者が傷害を負った場合の自賠責保険金の支払限度額が 120 万円にとどまり、A が自賠責保険以外の任意保険に加入していなかったことや、自賠責保険金は人身に対する損害を補償するものであって、自動車修理費の補償のためには支払われないことから、入院治療費及び休業損害の残額 60 万円と自動車修理費 60 万円の合計 120 万円について、B は支払を受けることができなかった。そこで、B は、A に対して 120 万円の損害賠償を求めたが、A は、事故の全責任が自らにあり、自らが B に対して合計 120 万円の損害賠償義務を負っていることは認めながら、「そのうち支払う。」と述べるにとどまり、損害金の支払には応じなかった。

- 2 甲は、知人である B からこの件について話を聞き、自らが B に代わって A との交渉に当たることで、B の損害金 120 万円に自らの取り分を上乗せした金額を A に要求して支払わせ、上乗せ分の利益を得ようと企て、B に対し、その意図を伏せた上で、「A から損害金 120 万円を取ってやるから、A との交渉をおれに任せてくれ。」と言い、B の了承を得た。

- 3 甲は、かつての不良仲間先輩格であった乙に対して前記の事情を話し、「B の損害額の残りは実際には 120 万円だけですが、これに我々の取り分として 80 万円を上乗せした 200 万円が残っているということにして A に請求し、うまく支払わせたら B に 120 万円を渡して、取り分の 80 万円を 40 万円ずつ山分けしましょう。A は支払を拒んでいるそうなので、脅かしてでも金を出させましょう。」と告げて協力を求め、乙の同意を得た。

- 4 その後、甲乙両名は A と面談し、甲が「B は現在も仕事を休んで治療を続けており、追加の治療費と休業補償分を加えると未払分は 120 万円にとどまらず既に 200 万円になっている。」と嘘を言った上、乙が「いつまで開き直っているつもりだ。このまま支払わなければそのうち B があきらめるとも思っているのか。」と言って、200 万円の支払を要求したが、A は、支払を拒否する態度を変えようとしなかった。

そこで、甲は、A の態度を変えさせるためにはやはり脅す必要があると考え、語気を強めながら、「あんたにも家族がいるだろう。家族が事故に遭えば、被害に遭った者の気持ちが分かるかもしれない。家族が事故に遭ってから、あの時 200 万円支払っておけば良かったと悔やんでも遅いぞ。」と A に申し向け、200 万円の支払を強く要求した。

A は、甲乙両名との面談の前までは、B に対して損害金を支払う意思は全くなかったが、面談の結果、甲の言うとおり、B がいまだに仕事を休んで治療を続けており、その損害額の残りが 120 万円にとどまらずに 200 万円に及んでいるものと誤信した上、このまま損害金の支払を拒否していると、甲乙両名らによって自己の家族に危害を加えられるのではないかと畏怖したことから、200 万円を支払わなければならないと考えた。しかし、A は、手持ちの現金が 20 万円しかなかったことから、甲乙両名に対し、「今はこれしかないので、これで勘弁してくれ。」と言って、とりあえず 20 万円を手渡した。

5 甲は、Aから現金20万円を受け取った後、残金180万円についても後日Aに支払わせて、甲乙両名の取り分はこの残金180万円の中から入手しようと考え、乙の了解を得て、Aから受け取った現金20万円全額をBに手渡した。

6 その後、甲は、乙に対し、「残りはAに借金させて支払わせましょうか。」と持ちかけたが、乙は、甲のAに対する脅し文句が予想以上に強かったことから、これ以上執拗かつ強硬に支払を要求すると警察沙汰になるのではないかと恐れ、甲に対し、「少しやりすぎたのではないか。やはりおれは手を引くから、お前もこの辺りでやめておけ。出させた20万円も返した方がいい。」と強い口調で告げた。

甲は、乙からやめろと言われたため、やむなく「仕方ない。あきらめますか。」と言って、乙の言葉に従う態度を示したが、同時に、「しかし、Bには120万円取ってやると言ってしまったからなあ。既に渡した20万円を返してくれとも言いにくいし。」とも言い、若干未練を抱いている様子だった。

そこで、乙は、甲に対し、「お前がAにしつこく要求して警察沙汰になったら、おれが迷惑することを忘れるな。」と念押しし、甲は、渋々ながら、「分かりました。この話はなかったことにします。20万円もBから返してもらって、Aに返しますよ。」と返答したが、内心ではあきらめきれずにいた。

7 甲は、その後間もなく、せめてBの損害額120万円はAに支払わせてBに手渡してやらないと、Bに対するメンツが立たないと考えた。そこで、甲は、残金100万円を支払わせるため単独でAと面談し、甲乙両名による前回の行為によって、Aが自己の家族に危害を加えられるのではないかなおも畏怖し続けていることを知りながら、「残りを受取に来た。100万円払え。金がないなら借金してでも作ってもらおうか。」と言って、100万円の支払を要求した。

Aは、前記のとおり畏怖し続けていたことから、甲の要求どおり、残金として100万円の支払に応じることとし、貸金業の登録を受けていない、いわゆるヤミ金融業者から現金100万円を高利で借入れ、これを甲に手渡した。

8 甲は、このようにして手に入れた100万円全額をBに手渡すつもりだったが、入手後に一部を自己のものにしたいと考えるようになり、Bに対しては「残り100万円のうち50万円しか受け取れなかった。」と嘘を言って現金50万円のみを手渡し、残金50万円を自己のものとして費消した。

9 その後、Aは、前記ヤミ金融業者に対し、前記100万円の借入れに対する返済として元利合計200万円を支払った。

なお、乙は、甲から何の連絡もなかったことから、甲が乙の言葉に従って、Aに対し現金20万円を返還し、Aに支払を約束させていた残金180万円の受取も断念したものと考えていた。

小問1 Aから2回にわたり現金合計120万円の交付を受けた事実について、甲に詐欺罪及び恐喝罪が成立するか否かを、Aが現金を交付しようとするに至った理由に留意しつつ、具体的事実を示して論じなさい。

小問2 後記最高裁判所決定を踏まえ、本事例において甲乙間の共犯関係の解消が認められるか否かを、具体的事実を示して論じなさい。

- 1 傷害致死の点について、原判決(原判決の是認する一審判決の一部を含む。)が認定した事実の要旨は次のとおりである。(1) 被告人は、一審相被告人の甲の舎弟分であるが、両名は、昭和61年1月23日深夜スナックで一緒に飲んでいて本件被害者の乙の酒癖が悪く、再三たしなめたのに、逆に反抗的な態度を示したことに憤慨し、同人に謝らせるべく、車で甲方に連行した。(2) 被告人は、甲とともに、1階8畳間において、乙の態度などを難詰し、謝ることを強く促したが、同人が頑としてこれに応じないで反抗的な態度をとり続けたことに激昂し、その身体に対して暴行を加える意思を甲と相通じた上、翌24日午前3時30分ころから約1時間ないし1時間半にわたり、竹刀や木刀でこもごも乙の顔面、背部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた。(3) 被告人は、同日午前5時過ぎころ、甲方を立ち去ったが、その際「おれ帰る」と言っただけで、自分としては乙に対しこれ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、甲に対しても、以後は乙に暴行を加えることを止めるよう求めたり、あるいは同人を寝かせてやって欲しいとか、病院に連れて行ってほしいなどと頼んだりせずに、現場をそのままにして立ち去った。(4) その後ほどなくして、甲は、乙の言動に再び激昂して、「まだシメ足りないか」と怒鳴って右8畳間においてその顔を木刀で突くなどの暴行を加えた。(5) 乙は、そのころから同日午後1時ころまでの間に、甲方において甲状軟骨左上角骨折に基づく頸部圧迫等により窒息死したが、右の死の結果が被告人が帰る前に被告人と甲がこもごも加えた暴行によって生じたものか、その後の甲による前記暴行により生じたものかは断定できない。
- 2 右事実関係に照らすと、被告人が帰った時点では、甲においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、甲との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の甲の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりに乙の死の結果が被告人が帰った後に甲が加えた暴行によって生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。

〔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 A市B町は、約1キロメートル四方に広がる住宅街であるが、B町内では、平成19年3月7日午前1時10分ころ、P駐車場において、駐車車両1台から不審火が発生し、続いて、同年3月16日午前3時45分ころ、Q駐車場において、駐車車両1台から不審火が発生した。各不審火は、幸い早期に発見、消火されたため、出火元の車両各1台を焼損したにとどまり、他の車両や住宅等への延焼を免れた。

P及びQ駐車場は、いずれもB町内の住宅密集地にあり、多数の木造住宅が各駐車場に隣接していた。また、いずれも、管理人が常駐しておらず、だれでも自由に出入りすることができる屋根のない駐車場であり、出火当時、焼損した各車両に隣接する駐車区画を含め合計数台の車両が駐車されていたが、焼損した各車両はいずれもC社製高級外車であった。

また、それら車両には、いずれも、そのドアに鋭利な金属様の物で付けたと認められる長さ数十センチメートルの複数のひっかき傷があった上、火元の前部バンパー付近からベンジンの成分が検出された。ベンジンは、石油を蒸留して得られる、揮発性が高く引火しやすい液体であり、染み抜きの溶剤やカイロの燃料等に用いられている。さらに、出火した各車両及びその周辺には、自然発火の原因となるようなものはなく、出火前には、ドアのひっかき傷も、前部バンパー付近にベンジンが付着するような事情もなかった。

警察は、いずれの不審火も、ベンジンを用いた放火であるとの疑いを強め、捜査を行った結果、Q駐車場付近の住人が、同駐車場における出火前日の同年3月15日午前3時ころ、B町内に居住する甲が一人で同駐車場内をしばらく歩き回った上で立ち去るのを目撃していたこと、甲は同駐車場に駐車区画を賃借していないことが各判明した。

そこで、甲について捜査したところ、甲は、B町のほぼ中心に位置する2階建てのDアパート1階の1室に一人で居住している25歳の男性であり、同年2月初めころから、週に2、3日、昼間の数時間、同町内のクリーニング店において、洗濯作業補助のアルバイトをしていることが判明したが、それ以上には犯人の特定につながる証拠は得られなかった。

2 その後、同年3月21日午前2時35分ころ、B町内のR駐車場に駐車中のC社製高級外車が焼損する不審火が発生した。

同駐車場も、B町内の住宅密集地にあつて、多数の木造住宅がこれに隣接していた上、管理人が常駐しておらず、だれでも自由に出入りすることができる屋根のない駐車場であった。また、同駐車場は、出火当時、十数台の駐車車両でほぼ満杯であった。焼損した車両の右側ドアには、出火前にはなかった長さ約30センチメートルないし50センチメートルの5か所のひっかき傷が残っていた上、火元の前部バンパー付近から出火前には付着するような事情がないベンジンの成分が検出された。出火した車両及びその周辺には、自然発火の原因となるようなものはなかった。

3 そこで、警察がB町内及びその周辺の駐車場を調べたところ、同年3月22日、B町内のS、T及びU駐車場並びにB町周辺の数箇所の駐車場に、いずれもC社製高級外車が駐車されていることが判明した。

S、T及びU駐車場は、いずれも、管理人が常駐していない屋根のない駐車場であり、だれでも自由に駐車場内に入出入りすることが可能であった。各駐車場は、B町内の住宅密集地にあるため、夜間の人通りが極めて少ない上、出入口を除く三方を、隣接する多数の木造住宅に囲まれていて、出入口に面した各公道の幅員は5メートル程度であり、犯人に気付かれることなく各駐車場付近に警察官を張り込ませることは極めて困難であった。また、各駐車場には、夜間、空き区画がないほどに車両が駐車されており、それらの中にいずれもC社製高級外車各1台が含まれていた。

警察がR駐車場付近の聞き込み捜査等を継続したところ、同年3月25日になって、付近の住人が、同年3月21日の出火直後に、R駐車場から約200メートル離れた路上で、甲とよく似た人物が、右手にその容量が500ミリリットル程度の瓶を持ち、R駐車場方向からその反対方向に向かって走り去ったのを目撃していたこと、甲がアルバイトしているクリーニング店では、同年2月中旬以降、染み抜き剤として用いているベンジン500ミリリットル入り瓶数本を紛失していたこと及び甲が、同年3月中旬、友人Eに対し、「確か、R駐車場にはC社製の車があったよね。」などと話していたことが各判明した。

そこで、警察が改めて甲方周辺の状況を確認したところ、Dアパート1階にある甲方居室は公道に面しており、甲方玄関ドアから外に出るとすぐに公道であったが、その公道の幅員は約5メートルであって、甲に気付かれることなく警察官が張り込んで甲方の人の出入りを監視するのは極めて困難であった。また、Dアパートに隣接して木造2階建ての民家F方が建っており、F方2階のベランダからは、甲方玄関ドアは見通せないものの、甲方玄関ドアから公道上に出てきた人物を見通すことができた。

- 4 警察は、同年3月23日、B町内のS、T及びU駐車場付近の各電柱にビデオカメラを設置した。

警察は、ビデオカメラ設置に当たっては、各駐車場の管理人及び電柱を管理する電力会社の承諾を得たが、駐車場利用者の承諾は得ていなかったし、ビデオ撮影・録画に関するいかなる令状も取得していなかった。

S駐車場では、付近の電柱にビデオカメラ2台を設置し、うち1台のビデオカメラは、公道から見える同駐車場出入口を画面の中心にとらえており、その撮影範囲には、駐車車両や同出入口前の公道は含まれていなかった。また、もう1台のビデオカメラは、公道から見えるC社製高級外車を画面の中心にとらえており、その撮影範囲は、同車両の車体全体を含んでいたほか、その左右に隣接する駐車車両の車体の一部を含んでいた。各ビデオカメラは、日没後も、付近街灯の明かりのため、撮影範囲内の人物の顔、服装の色・特徴等を鮮明に撮影することが可能であった。

T及びU駐車場付近に設置されたビデオカメラ各2台、合計4台の設置場所、設置状況、撮影範囲等は、S駐車場のそれらと同様であった。

警察は、同年3月24日以降、毎日午前零時から午前5時までの間、各ビデオカメラを作動させ、各駐車場の様子を撮影・録画した。

- 5 また、警察は、甲方玄関ドア前の公道上を撮影するため、隣家のFの承諾を得て、同年3月26日、F方2階のベランダにビデオカメラ1台を設置した。

同ビデオカメラは、画面の中心に、甲方玄関ドアから出た直後又は同方に入る直前の人物の公道上の姿をアップでとらえており、その撮影範囲には、甲方玄関ドア等は含まれておらず、撮影範囲の横幅は甲方前公道の幅員の約3分の1であったが、その撮影範囲を歩行する通行人があれば、その姿も撮影・録画される状況になっていた。同ビデオカメラは、日没後も、付近街灯の明かりのため、撮影範囲内の人物の顔、服装の色・特徴等を鮮明に撮影することが可能であった。

そして、警察は、同年3月27日以降、毎日午前零時から午前5時までの間、同ビデオカメラを作動させ、甲方玄関ドア前の公道上を撮影・録画した。もちろん、ビデオ撮影・録画について、甲の承諾も、Dアパートの他の住人や付近住人の承諾も得ていなかったし、これに関するいかなる令状も取得していなかった。

- 6 警察は、撮影当日、各駐車場や甲方前で撮影・録画したビデオテープを回収し、警察署内で再生して録画した映像を精査した。また、警察は、これらのビデオ撮影・録画に当たっては、録画した映像の中に本件捜査上必要なものがなかった場合には、事後に、そのビデオテープを次の撮影に使用して上書き録画することで、不要な映像を消去することとしており、現に、不要な映像は、この方法で消去されていた。

- 7 同年3月28日午前3時30分ごろ、甲方から徒歩約20分の距離にあるS駐車場において、

C社製高級外車が炎上した。火は幸い早期に発見、消火されたため、同車両を焼損したにとどまり、他の車両や住宅等への延焼は免れたが、S駐車場には、出火当時、炎上した車両の左右の駐車区画を含め合計10台の車両が駐車中であり、炎上した車両と直近の木造住宅との距離は約2メートルであった。また、同車両の前部バンパー付近からベンジンの成分が検出された。

警察が、S駐車場の2台のビデオカメラで撮影・録画していたビデオテープを再生したところ、同年3月28日午前3時30分ころ、同駐車場に一人の男性が立ち入り、C社製高級外車に近寄ると、折りたたみ式ナイフ様の物で同車両右側ドアに数回にわたってひっかき傷を付けた上、持参した瓶の中の液体を同車両の前部バンパー付近に振り掛け、ライターでこれに点火して逃走した様子が録画されていた。その放火犯人は、帽子をかぶり、黒色ジャンパーと紺色ズボンを着用し、口元に白色マスクを着け、軍手様の物をはめた手に500ミリリットル程度の容量のある瓶1本を持っていたが、帽子やマスクのため、その人相までは判別できなかった。

警察が、甲方前の公道上を撮影・録画していたビデオテープを再生したところ、同年3月28日午前3時7分、甲方方向から公道上に出てきた直後の甲の姿が、同年3月28日午前3時55分、公道上を歩いてきて甲方方向に向かう甲の姿が、それぞれ録画されていた。その際、甲はマスクをしていなかったため、その顔が明確に判別できた上、甲が着用していた帽子、ジャンパー、ズボン等の色・特徴や甲の体格は、S駐車場の放火犯人のそれらと酷似していた。

そこで、警察は、甲方の捜索差押許可状を取得し、同年4月2日、甲の立会いの下、甲方を捜索し、室内から、帽子、黒色ジャンパー、紺色ズボン、白色マスク、500ミリリットルのベンジン空き瓶、折りたたみ式ナイフ及びライター各1点を発見して押収し、さらに、同年4月2日、S駐車場における建造物等以外放火の容疑で、甲を通常逮捕した。

8 その後、警察が捜査したところ、甲は、C社日本法人に就職しようとしたが不採用とされたことを逆恨みして、平成16年3月3日、屋根のない駐車場において、無関係の第三者が所有するC社製高級外車のドアに折りたたみ式ナイフで複数のひっかき傷を付けた上、同車両の前部バンパー付近にベンジンを散布してこれに火をつけて、同バンパー付近を焼損したが、公共の危険の発生はなかったという器物損壊事件により、同年6月10日、G地方裁判所において、懲役1年6月、3年間執行猶予の有罪判決を受けたという前科を有していた。

9 甲は、S駐車場における放火の犯人であることを否認したが、検察官は、甲の勾留中に所要の捜査を遂げて、平成19年4月20日、甲をS駐車場における建造物等以外放火の事実で起訴した。

裁判所で開かれた第一回公判期日において、甲は、「自分は犯人ではない。」旨述べて犯行を否認し、甲の弁護人も同趣旨の主張を行った。

〔設問1〕 この【事例】のビデオ撮影・録画の適法性について、【事例】中の1から7までの記載に表れた具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 甲を被告人とする建造物等以外放火被告事件の公判において、【事例】中の8記載の事実を、同被告事件の犯人は甲であるとの認定に用いることが許されるか否かについて論じなさい。

論文式試験問題集 [倒 産 法]

[倒 産 法]

[第 1 問] (配 点 : 5 0)

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

【 事 例 】

A株式会社は、かねてから代表取締役Bの親友であるCの経営するD社に無担保で貸付けをしていたところ、この貸付金の回収が不能になったことから、経営状況が著しく悪化した。いち早くA社が支払不能の状況にあると判断した同社の取引債権者であるE社は、平成19年3月2日、裁判所に対し、A社についての破産手続開始の申立てをし、同月23日、破産手続開始の決定がされ、破産管財人Xが選任された。破産管財人Xは、調査の結果、Bに資産があることが判明したので、A社がD社に対して有する債権のうち回収不能になった3000万円について、Bに対して役員としての損害賠償責任を追及したいと考えている。

他方、E社は、A社に対して500万円の債権を有していたので、A社に対する破産手続において破産債権の届出をしたが、Bの妻であるFは、平成18年10月に当該債権につきE社との間で連帯保証契約を締結していたことから、E社からの求めに応じ、同社が破産債権の届出をした後、当該連帯保証債務の全額につき弁済した。

[設 問]

以下の小問1から3までについては、それぞれ独立したものとして解答しなさい。

1. (1) 破産管財人XによるBの責任追及のための手続について説明しなさい。
(2) 破産手続開始前から、D社への無担保の貸付けを理由として、A社の株主GからBに対し、回収不能分である3000万円について、適法に株主代表訴訟（会社法第847条第3項）が提起されていた場合には、破産管財人Xは、Bの責任追及のためにどのように対応すべきか。(1)で説明した手続との関係にも留意しながら解答しなさい。
2. Bは、A社に対し平成17年に2000万円貸し付けたとして、A社に対する破産手続において当該貸付金について破産債権の届出をしたが、取引債権者の多くは、A社の破綻の原因を作ったBが他の破産債権者と同様の配当を受けることに不満を持っている。他方で、Bは、以前から資産をはるかに上回る多額の債務を負っており、近々自己破産の申立てをすると噂されている状況にある。破産管財人Xとしては、Bが届け出た破産債権について、どのように対応することが考えられるか。
3. Fは、破産手続開始の直前まで、A社所有名義の建物につき、A社との間で賃貸借契約を結んで居住していたが、賃料債務については合計600万円が未払状態になっていた。Fは、E社に対する連帯保証債務についての弁済に係る以下の(1)(2)の債権を自働債権、上記賃料債務に係る債権を受働債権として、相殺しようとしている。(1)(2)のそれぞれの場合について相殺は認められるか。
 - (1) 弁済による代位によって取得した原債権
 - (2) 求償権

[第 2 問] (配 点 : 5 0)

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

【 事 例 】

A は、宅地建物取引主任者の登録を経た上、宅地建物取引業の免許を受けて自ら不動産仲介業を営んでいたが、平成 10 年に購入したマンションの住宅ローンの返済のためや、平成 15 年ころから始めた株取引及び商品先物取引により生じた 2000 万円余りの損失の処理のために、いわゆる消費者金融業者からも借入れを繰り返すようになった。その結果、平成 19 年 1 月当時、A の負債は、住宅ローンの残債務 1600 万円のほか、損失処理のための借入債務も、知人及び消費者金融業者からの借入れを主なものとして合計 1500 万円に達していた。他方、その当時の A のめぼしい財産としては、住宅ローンを被担保債権とする抵当権が設定されている時価 1500 万円のマンション、平成 18 年 5 月に B に絵画を時価相当額である 50 万円で売却したことにより生じた売買代金債権及び時価 40 万円の中古自動車があるだけであった。その上、収入が安定せず、その額もかろうじて生活費を賄える程度に減少していたので、A は、弁済期にある債務を継続的に支払えない状況に陥った。そこで、A は、平成 19 年 1 月下旬、債務の整理について、自治体が主催する法律相談を受けたこともあったが、その時は、破産手続を選択する決断ができなかった。

A は、その後も負債の返済に窮していたため、平成 19 年 2 月初旬、消費者金融業者に借入れを申し込む際、申込書の「他の業者からの借入額」を記載する欄に、正直に記載すると借入れを断られるとの思いから 100 万円と記載した。A は、対応した従業員から「本当にこれ以上の負債はないのですか。」と尋ねられたものの、「他にはありません。」と答え、50 万円を借りたが、この借入れについては、わずかの返済しかできなかった。

また、A は、借入先を探している際、クレジットカードを利用して家電量販店でパソコンを購入し、それを送ってくれば購入価格の半額程度で買い取るとの情報のある業者から得た。藁にもすがる思いであった A は、平成 19 年 3 月上旬、クレジットカードを利用して家電量販店において 60 万円でパソコンを 3 台購入し、直ちにその業者に送って 30 万円を得た。しかし、その金員は他の返済に費消され、クレジットカード会社へはほとんど弁済することができなかった。

平成 19 年 3 月下旬、返済の督促に耐えきれなくなった A は、弁護士 C に相談の上、同年 4 月 6 日、破産手続開始及び免責許可の各申立てをし、同月 11 日、破産手続が開始され、裁判所により破産管財人 D が選任された。

[設 問]

1. A は、自治体が主催した法律相談を受けた際、担当弁護士が説明してくれた小規模個人再生手続にも関心を持ったが、「不動産仲介業の収入が減って生活費を賄うのがやっとの状態だから、小規模個人再生手続を利用することは難しいと思う。」との説明を受けた。

破産手続との比較において小規模個人再生手続の利点を指摘するとともに、担当弁護士が「小規模個人再生手続を利用することは難しい。」と判断した理由を簡潔に説明しなさい。

2. B から次のような相談を受けた弁護士 E は、B に対して、どのように答えるのが適切か検討しなさい。

【 B の相談 】

私は、平成 18 年 5 月に A から絵画 1 点を代金 50 万円で購入し、その引渡しを受けましたが、贋作ではないかとの疑いもあって代金を支払っていませんでした。その後、平成 19 年 4 月下旬に至り、本物であることが判明したので、A に対し、50 万円を支払いました。ところが、同年 5 月中旬になって、A の破産管財人と称する D から、50 万円を D に支払うように求められました。

私は、D の求めに応じなければならぬのでしょうか。

3. 破産手続開始の申立てを受任した弁護士Cは、Aから次の質問を受けた。どのように答えるのが適切か検討しなさい。

【Aの質問】

私は、破産手続が開始された後は、業者から委託を受けて化粧品や健康食品の訪問販売の仕事に従事して生計を立てようと考えています。仕事をするためには自動車があった方が便利ですし、公共交通機関が乏しい地方であることから、高齢の母の通院の介助や日用品の買物といった日常生活の場面でも自動車が不可欠です。そこで、中古自動車を保有し続けることができるのであればありがたいのですが、それは可能でしょうか。

4. Aの免責許可の申立てについて裁判所が判断する際に検討すべき事項を指摘して説明しなさい。ただし、設問2及び3に現れた事実は考慮しないものとする。

(参照条文) 宅地建物取引業法

(試験)

第16条第1項 都道府県知事は、国土交通省令の定めるところにより、宅地建物取引主任者資格試験(以下「試験」という。)を行わなければならない。

(取引主任者の登録)

第18条第1項 試験に合格した者で、宅地若しくは建物の取引に関し国土交通省令で定める期間以上の実務の経験を有するもの又は国土交通大臣がその実務の経験を有するものと同等以上の能力を有すると認めたものは、国土交通省令の定めるところにより、当該試験を行った都道府県知事の登録を受けることができる。ただし、次の各号のいずれかに該当する者については、この限りでない。

一、二 (略)

三 破産者で復権を得ないもの

四~八 (略)

(登録の消除)

第68条の2第1項 都道府県知事は、その登録を受けている取引主任者が次の各号の一に該当する場合においては、当該登録を消除しなければならない。

一 第18条第1項第1号から第5号の2までの一に該当するに至ったとき。

二~四 (略)

論文式試験問題集 [租 税 法]

[租税法]

[第1問](配点:50)

Xは、親友Aが代表取締役として実質的に一人で経営しているB株式会社(以下「B社」という。)の非常勤の取締役であるが、同社の経営には全く関与していなかった。Aは、平成14年6月、C銀行から5000万円を借り入れ、B社の運転資金に充当した。その際、Xは、Aから依頼されて、Aの上記借入れについて連帯保証した。

その後、B社の経営が次第に悪化し利息の支払すら困難になり、Xは、Aに懇願されて、やむを得ず、平成17年3月、自己所有の土地(30年前に1000万円で購入した土地。以下「本件土地」という。)を売却して、その売却代金8000万円から、譲渡費用300万円を支払った上、AのC銀行に対する残債務4000万円全額を返済し、4000万円をAに求償した。しかし、B社は経営不振が続いた結果、債務超過に陥り辛うじて営業を続けている状態であって、Aには、Xから求償された金銭の返済資金が全くなかった。

そこで、Xは、本件土地の売却代金のうち、C銀行に対する返済に充当した部分については、所得税法第64条第2項に規定する所得計算の特例の適用を受けることができるものとして、平成17年分の確定申告書を提出した。

以上の事案について、以下の設問に答えなさい。

[設問]

1. 所得税法第64条第2項の規定の適用がないとした場合において、本件土地の売却に係るXの所得税の課税関係がどうなるかについて、所得税法の条文の根拠を摘示して論じなさい。ただし、租税特別措置法の適用はないものとして論じなさい(以下の設問においても同じ。)
2. Xが所得税法第64条第2項に規定する所得計算の特例の適用を受けることができるかどうかについて、その適用要件を示した上、前記の事案においてこれに該当する事実としてどのような事実が認められるのかを検討しつつ論じなさい。
3. 前記の事案中のAの平成14年6月の借入れの時点で、B社が既に債務超過で辛うじて営業を続けている状態であり、Aにも返済資金が全くなかったとした場合において、Xが所得税法第64条第2項の適用を受けることができるかどうかについて論じなさい。

〔第2問〕(配点：50)

甲は、多数の従業員を擁して個人で生花の卸小売りを行う花屋の事業を営んでいる。甲は、平成18年5月下旬ころ、得意先の丙株式会社(以下「丙社」という。)から同社の記念行事を飾る一定量の生花の注文を受けたことから、その納期である同年6月1日に、従業員乙に指示してその生花を丙社に配達させたが、その折、乙は、丙社の社長室に置いてある高級なガラス製の置物を誤って割ってしまった。その置物は、丙社がその前日に備品として300万円で購入したものであった。連絡を受けた甲は、すぐさま丙社に出向いて陳謝したところ、丙社の社長は、甲が丙社に対し上記の置物の購入代金の300万円を支払うことを条件に、これまでどおり取引を続けてよいと述べた。甲はこれを了承し、翌日、300万円を丙社に支払った(以下当該支払を「本件支払」という。)。同日、甲は乙に対して、「今回のことは、この仕事ではよくあることで、仕方がありません。あなたは、長い間、まじめに働いてくれていますから、300万円はあなたには求償しませんよ。」と述べた。

以上の事案について、以下の設問に答えなさい。

〔設問〕

1. 甲の事業所得の金額の計算上、本件支払に係る金額がどのように取り扱われるかについて、条文を摘示しつつ論じなさい。
2. 本件支払に係る乙の所得税の課税関係がどうなるかについて、源泉徴収の要否にも触れながら、条文を摘示しつつ論じなさい。
3. 丙社が本件支払を受けたことに伴い、丙社に法人税の課税関係が生ずるかどうかについて、条文を摘示しつつ論じなさい。

(参照条文) 所得税法施行令第98条の2

法第45条第1項第7号(必要経費とされない損害賠償金)に規定する政令で定める損害賠償金(これに類するものを含む。)は、同項第1号に掲げる経費に該当する損害賠償金(これに類するものを含む。以下この条において同じ。)のほか、不動産所得、事業所得、山林所得又は雑所得を生ずべき業務に関連して、故意又は重大な過失によつて他人の権利を侵害したことにより支払う損害賠償金とする。

論文式試験問題集 [経 済 法]

[経 済 法]

[第 1 問] (配 点 : 5 0)

都市部のマンション等では、多数の自動車の駐車スペースを確保するため、二段・多段方式の機械式の駐車場装置（以下「駐車場装置」という。）が利用されることが多い。駐車場装置の製造を行う事業者（以下「製造業者」という。）は国内に6社存在し、甲社もその一つである。甲社の駐車場装置（以下「甲社製装置」という。）の売上げは、国内における駐車場装置の総販売台数の30%を占め、第一位の市場占有率（シェア）を有している。

駐車場装置は耐用年数が長く、安全に使用し続けるためには定期的な保守点検（駐車場装置の点検、給油、調整、破損部品の交換及び修理等）を必要とする。駐車場装置は、製造業者によって仕様が異なり、その取替部品も汎用品は少なく、駐車車両を乗せるためのパレット（車両を乗せる金属製の板）の落下防止設備、電子制御基盤など、製造業者ごとに仕様の異なる部品が大部分である（以下、これらの製造業者ごとに仕様の異なる部品を「構成部品」という。）。構成部品の故障・トラブルの発生は重大な事故の原因となり得るため、マンション等の駐車場の所有者・管理者にとって上記の故障・トラブルへの対応が最も重要であり、かかる故障・トラブルが発生した場合における迅速な対応の可否が保守業者の選定に当たって重視されることが多い。

甲社は、北海道地区から九州・沖縄地区まで全国を幾つかの地区に分けて、子会社を設立し、子会社において、甲社製装置の販売・据付け、甲社製装置の部品の販売を行っている。X社はそのような子会社の一つであり、関東地区において甲社製装置を独占的に販売し、その据付けを行うとともに、甲社製装置の部品（構成部品を含むすべての部品）を販売している。X社による甲社製装置の販売台数は、関東地区では6製造業者の駐車場装置全体の総販売台数の40%を占めており、第一位のシェアを有している。

駐車場装置の保守業者には、製造業者系列の保守業者と、製造業者と資本関係のない保守業者（以下「独立系保守業者」という。）があり、関東地区においても、甲社系列の保守業者である乙社（乙社は甲社及びX社が共同で出資して設立した会社である。）と、独立系保守業者のA社、B社及びC社が存在している。A社、B社及びC社は、いずれも乙社に比べて規模の小さい事業者であるが、乙社等の製造業者系列の保守業者に比べて低廉な料金で保守業務を行うことで、近時人気を集めている。関東地区における甲社製装置に係る保守業務契約に関して、A社、B社及びC社の合計シェアは70%を占め、乙社のシェア（30%）よりも高くなっている。

X社は、従来、構成部品を含む甲社製装置の部品をすべて自ら保管し、保守業者からの発注に応じて、その都度、部品の引渡しを行っていたが、この度、構成部品に関する販売方針を変更しようと考え、以下に述べるそれぞれの販売方針について、弁護士に私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）上の問題点の検討を依頼した。

あなたが弁護士としてX社から上記の依頼を受けたとして、独占禁止法上の問題点の有無を検討し、回答しなさい。なお、個々の設問に記載した事実関係は、それぞれが独立しており、他の設問の前提とはならないものとして検討しなさい。

[設問 1]

X社の担当者は、「駐車場装置は製造業者によって仕様が異なり、それに依拠して構成部品の仕様も本来異なるものがほとんどであるが、構成部品の中には他の製造業者の駐車場装置の構成部品として転用可能なものがあり、独立系の保守業者が、それを他の製造業者の駐車場装置の構成部品として転用する事例がしばしば見られる。この点に関して、国土交通省のガイドラインは、特定の製造業者の駐車場装置に他の製造業者の構成部品を使えば安全性が確保できないおそれがあるから、特定の製造業者の駐車場装置には当該製造業者製の構成部品を使用すべきであると勧告している。当社としては、この点に着目して、甲社製装置の構成部品を、独立系保守業者に販売

すると、どの製造業者の駐車場装置に使用されるのか確認できず、これが甲社製装置に使用されることを確保するためには、独立系保守業者からの甲社製装置の構成部品の発注に対しては、系列の乙社において取替工事を行うことを販売の条件とするという方針を採りたい。」と説明した。

あなたがX社の担当者に尋ねたところ、独立系保守業者が甲社製装置の構成部品を他の製造業者製の駐車場装置の構成部品として転用した事例がどの程度あるか、これまでに転用による事故が起きた例があるか否か、転用による具体的な危険性の程度などについては、いずれも調査を行っていないため不明であり、また、独立系保守業者に、文書や口頭で、他の製造業者製の駐車場装置に自社の部品を転用しないように注意するなどの措置を採ったことはなく、今後もそのような計画はないとのことであった。また、あなたが乙社の担当者にも尋ねたところ、担当者は「乙社は、独立系保守業者から甲社製装置の構成部品の取替えの依頼があった場合、できる限り迅速に対応したいと考えているが、乙社の顧客からの依頼があった場合にはこれを優先する。乙社の顧客に対する甲社製装置の修理に比べて、独立系保守業者の顧客に対する甲社製装置の修理は平均して2週間程度の遅れが生じることが見込まれる。」と回答した。

〔設問2〕

X社の担当者は、設問1に述べた計画に代えて、「独立系保守業者から甲社製装置の構成部品の発注を受けた場合、当該業者自身で構成部品の取替工事を行うことは認めるが、構成部品の引渡時期について条件を付したいと考えている。従来は甲社で余分の在庫を抱えて、独立系保守業者か乙社かを問わず、発注を受けた場合には直ちに当該構成部品を引き渡していたが、今後は、当社において一定の計画在庫数量を設定し、その数量の8割を基準数量とする。発注を受けた時点で、在庫数量が基準数量を下回っている場合、又は独立系保守業者への引渡しによって基準数量を下回る場合は、独立系保守業者から当該構成部品の発注を受けても、これを直ちに引き渡さず、甲社に構成部品の生産を発注し、その納入を待って構成部品を引き渡すこととしたい。その場合、甲社への生産発注から納入までは2か月程度が見込まれる。なお、引渡しによっても基準数量を確保できる場合には直ちに引渡しを行う。一方、乙社に対しては、いかなる場合であっても直ちに引渡しを行う。」と説明した。

あなたがX社の担当者に尋ねたところ、担当者は「従来の保管費用が過大になってきたため、保管費用を削減するために計画在庫数量を設定し、不必要な在庫を減らすこととした。計画在庫数量は、乙社の契約者数に、それらの契約者に2か月間に生じる構成部品の故障・トラブルの平均発生頻度を乗じて得られる数量とする。」と説明した。

〔第2問〕(配点：50)

電機メーカーのX社は、平成13年に、家庭用電気製品に関する小売業者向け価格カルテルについて独占禁止法違反により課徴金納付命令を受け、以後、会社内に独占禁止法遵守体制(コンプライアンス体制)を置いていた。平成17年12月にX社の代表取締役社長Aは、コンプライアンス部門を担当する取締役Bから次のような報告を受けた。すなわち、「平成15年初めから、X社が甲省発注の重電製品である電気製品の納入について同業他社である5社(Y社、P社、Q社、R社、S社)との間で入札に関して会合を開いて話し合いを行っていることが判明した。X社の営業部門のCが、他社の営業担当者との年1回の会合に参加して、甲省発注の電気製品の入札(年間150億円程度の予算が確保されており、各四半期ごとに甲省本省・地方支分部局ごとに入札が行われる。)に関し、前年度の実績に応じて各社が受注する旨の基本ルールを確認している。また、各年度の個別の入札に当たっては、その都度、基本ルールに沿って落札できるように、各入札に参加する各社は話し合いにより落札予定者と落札価格を決め、実際の入札時にも落札予定者以外の会社は落札価格より高い入札価格で応札することにより落札予定者の落札に協力してきた。」「(以下「Bの報告」という。)という報告であった。

これを受け、X社は、取締役会を開催し、法令遵守の観点からこの会合に参加しない旨を決議した。BとCは、平成17年12月末に開催された上記5社との会合に出席した上、X社が平成18年以降この会合に参加せず、さらに、当分の間、甲省発注の電気製品の入札から撤退する旨を告げた。その際、X社は、甲省や公正取引委員会にこれらの事実を申し出ることにはしないと述べ、実際にも、申し出ることにはなかった。

Y社も、平成19年6月に法令遵守の監査を実施した結果、上記の話し合いの事実を把握し、同月20日、公正取引委員会に対し、課徴金の減免のための事実の報告を行い、更に資料も提出した。

他方、X社は、平成18年1月以降、甲省発注の電気製品の入札に参加していなかったところ、電気事業部門の営業利益が落ちてきたため、平成19年8月、甲省の実施する入札に再参入することを決定したが、その際、他社から上記の話し合いに参加するよう申入れが来てもこれに従わないこととした。X社は、同年9月末の甲省発注に係る電気製品の入札に参加し、P社らからの話し合いの申入れを拒絶し5億円で受注した。

公正取引委員会は、Y社の報告の結果、6社による上記の話し合いの事実を把握することとなり、平成19年12月28日、独占禁止法第47条第1項第4号に基づいて参加事業者の事業所及び担当者の自宅に一齐に立ち入り、必要な物件の検査を行った。これに伴い、各社は、それぞれ、以後、かかる入札に関する会合に参加しない旨の通知を他社に対して発出した。

なお、以下の各設問の解答に当たっては、平成15年以降の行為のすべてについて現行の独占禁止法が適用されるものと仮定し、平成17年改正独占禁止法の経過措置を含め、経過措置は考慮しないものとする。

〔設問1〕

公正取引委員会の審査の結果、次のような証拠が得られた。それぞれの場合において、いかなる行為が独占禁止法に違反すると認定できるか、条文を踏まえつつ具体的に述べよ。

- (1) X社と5社がBの報告のとおり行為を行っていた事実を認める証拠が得られた場合
- (2) X社と5社が、毎年度の会合において前年度実績に応じて各社の受注割合を決定する旨の基本ルールを確認していたことを否定し、甲省発注の電気製品に係る個々の入札のいずれにおいても、入札に参加する事業者があらかじめ落札予定業者を決定し、他社はそれより高い入札価格で応札していた事実を認める証拠のみが得られた場合。なお、この場合において、公正取引委員会に対するY社の報告はなかったものと仮定する。

〔設問2〕

公正取引委員会は、審査の結果、X社、Y社らの6社がいずれも独占禁止法に違反する行為を行っていたと認定し、課徴金の納付を命ずることとした。

X社は、資本金が2億円で従業員が400名の電機メーカーであり、Y社は、資本金が4億円で従業員が600名の電機メーカーである。また、両社の電気製品に係る売上額及び事業全体の売上額（総売上額）はそれぞれ以下のとおりである。以上を前提として、X社及びY社が納付すべき課徴金額を算定し、その理由及び算定の過程を述べよ。

X社	平成15年	平成16年	平成17年	平成18年	平成19年
甲省発注 電気製品売上額	10億円	20億円	20億円	0円	5億円
乙県等自治体発注 電気製品売上額	30億円	30億円	40億円	20億円	20億円
X社総売上額	1200億円	1000億円	900億円	800億円	600億円

Y社	平成15年	平成16年	平成17年	平成18年	平成19年
甲省発注 電気製品売上額	8億円	16億円	16億円	18億円	10億円
乙県等自治体発注 電気製品売上額	28億円	35億円	42億円	21億円	19億円
Y社総売上額	800億円	1200億円	1300億円	900億円	900億円

（注）

これらの金額は、独占禁止法施行令で定められた基準に基づいて算定されたものである。

乙県等自治体発注の入札については入札に関する話合いの事実は確認されていない。

〔設問3〕

X社は、公正取引委員会が発した課徴金納付命令に不服があり、同命令について審判を請求した。審判において、X社は、「甲省発注の電気製品の売買契約においては、平成17年以降、納入業者が独占禁止法に違反する行為により入札に参加した場合には、受注した業者は売買代金額の20%を違約金として国に支払うとの約定が設けられている。そして、X社は、国からこの約定により平成17年の売上額の20%の支払請求を受け、既にこれを支払った。課徴金制度は、カルテルによる不当な利得を国が徴収することにより、違反行為者がこれを保持することを防ぐ制度であるから、既に売上額の20%を国に支払った平成17年分の売上について、売上額全額を基礎として課徴金を課すことは、不当な利得の剥奪という制度趣旨を超えて、過大な経済的不利益を与えることになるから許されず、課徴金の算定に当たっては、平成17年分の売上額の20%を算定の基礎から外すべきである。」と主張した。この主張の当否を論ぜよ。

論文式試験問題集 [知的財産法]

[知的財産法]

[第1問](配点:50)

以下の事実関係を前提として、後記の設問に答えよ。

【事実関係】

- (1) 甲は、平成12年7月、符号化データの蓄積・転送装置に関する発明(以下「本件発明」という。)の特許出願をし、平成14年1月にその特許出願につき出願公開がされた後、平成15年1月20日、本件発明について特許権の設定登録を受けた。

乙は、平成12年10月から、本件発明の技術的範囲に属する携帯電話の製造販売を開始し、現在(平成19年5月16日)も、その製造販売を継続している。その間の平成14年2月、甲は、乙に対し、携帯電話の製造販売につき、本件発明の内容を記載した警告書面を送付した。

- (2) 乙による携帯電話の製造販売については、次のような事情があった。

乙は、平成12年2月、知人のAから、符号化データの蓄積・転送装置の技術に関する論文(以下「本件論文」という。)のコピーを入手したことを契機に、本件論文記載の技術を用いて携帯電話の製造販売事業を行うことを企画した。

そして、乙は、本件発明の特許出願時まで、乙の工場内で試作品の携帯電話を製造するとともに、携帯電話を一部改良した携帯電話の設計図面も作成していた。その後、携帯電話について、前記(1)のとおり製造販売が開始されたが、携帯電話については販売に至らなかった。

本件論文は、Aが、自己の研究の成果を記載して作成し、平成12年1月、Aを含む会員6名で構成される先端技術に関する私的研究会の席上で各会員に交付したものであった。

[設問]

1. 甲の乙に対する訴訟上の請求として考えられるものについて論ぜよ。
2. 乙が甲の請求に対して主張することができる抗弁を検討し、その上で、甲の請求がいかなる範囲で認められるかについて論ぜよ。

〔第2問〕(配点：50)

以下の事実関係を前提として、後記の設問に答えよ。なお、著作権者人格権に関しては論じる必要はない。

【事実関係】

甲は、小説Aを執筆し出版した。これは、甲が数年暮らした外国を舞台に、外国人の若い男女を主人公とした恋愛小説であった。甲は、小説Aを演劇として上演することを計画し、その脚色を乙と丙に依頼し、乙と丙は、これを受けて、共同して小説Aを脚色し、脚本Bを執筆した。

作家志望の丁は、小説の書き方の勉強のために、小説Aを基にして、ストーリー展開と登場人物の性格設定を同様なものとしつつ、舞台を日本とし、主人公を日本人の若い男女に置き換えた小説Cを執筆した。

同じく作家志望の戊も、小説の書き方の勉強のために、小説Aの続編として、主な登場人物をそのまま登場させ、主人公のその後の人生を描く小説Dを執筆した。

〔設問〕

1. 乙は、甲の上演計画が頓挫したことから、自らが代表者である劇団に脚本Bに基づいて演劇Eを演じさせ、これを録音録画したDVDを販売したいと考えている。この場合、乙は、甲と丙の承諾を得ることが必要か。
2. 丁は、小説Cが一般の人にどのように評価されるかを知りたくなり、これを、自らがボランティアで行っている小説等の無料朗読会において朗読した。この場合、甲は、丁に対して、どのような請求をすることができるか。
3. 戊は、小説Dの出来栄に満足し、多くの人に読んでもらうために、これを、自らがインターネット上に開設したホームページに掲載した。この場合、甲は、戊に対して、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 : 5 0)

以下の【事実関係】の下で、D社は、A及びBに対して、何らかの懲戒処分を行いたいと考えている。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、AとBそれぞれについて指摘し、それについてのあなたの見解を述べなさい。

【事実関係】

A及びBは、製造業を営むC社の従業員であるが、現在、子会社のD社に在籍出向中であり、Aは同社の本社営業部において、Bは同社のE営業所においてそれぞれ勤務している。C社の就業規則においては、所定労働日は月曜日から金曜日までとされ、始業時刻は午前8時、終業時刻は午後5時（休憩1時間）と定められている。他方、D社では、労働日はC社と同一であるが、製品の販売等を主たる事業としていることから、顧客との取引の多い時間帯に合わせて、各事業場において始業時刻を午前9時、終業時刻を午後6時（休憩1時間）としている。

C社の上司からA・B両名に出向の内示があった際、Aは、小さな子供を抱えており、出向先までの通勤時間はあまり変わらないものの、終業時刻が1時間遅くなるため、帰宅の際に子供を保育所に迎えに行くことが困難になることにつき不満を示し、Bも、小規模な営業所勤務となることに不満を述べた。しかし、両名は、結局は異議を留めずに出向に応じ、D社の勤務時間どおりに就労し始めた。

ところが、その後、E営業所でBの不手際により商品の受注事務につき多大な支障が生じ、取引先から苦情が多数寄せられた。このBの不手際は、出向後仕事に熱意を示さなくなっていた同人が上司の指示を無視したために生じたものであった。また、この事態に対応するため、本社営業部でも残業が必要になり、営業部長は、当日の水曜日と翌木曜日の2日間にわたり、Aを含む営業部の関係従業員に対して、それぞれ午後11時までの5時間の残業を命じた。しかし、Aは、水曜日については、友人に子供を一時預かってもらうことが可能になったとして午後10時までには残業したものの、その後の残業は拒否して退社し、木曜日は、その手立てがつかないと述べて一切の残業を拒否し、午後6時に退社した。

D社の就業規則には、「会社は、業務上の必要に応じて、労働基準法第36条所定の協定に従い、時間外又は休日に従業員を労働させることができる。」という規定があり、D社は、各事業場における労働者の過半数を代表する者との間で同協定を締結し、所轄労働基準監督署長に届け出ているが、協定には、「納期への対応、決算事務、その他業務の必要上やむを得ない場合」が時間外・休日労働の事由として挙げられ、延長時間の限度は、1日については4時間と記載されていた。

また、D社の就業規則には、会社が懲戒処分をなし得る旨の規定のほか、譴責・減給・出勤停止・諭旨退職・懲戒解雇という懲戒処分の種類を定めた規定があり、業務上の指示・命令違反その他の懲戒事由を定めた規定も置かれている。もっとも、同社のE営業所においては、常時就労している従業員数は8名であり、上記就業規則の周知手続はとられていなかった。他方、C社でも、就業規則上にD社の上記規定と同様の定めがあり、労働基準法第36条の協定も締結されているが、C・D両社間の出向協定には懲戒処分についての定めはなかった。

〔第2問〕(配点：50)

年10月10日、弁護士であるあなたは、R労働組合(以下「R労組」という。)の委員長であるX1とP労働組合(以下「P労組」という。)の組合員であるX11～X13から、後記【相談事例】について、雇用の回復や本来もらえたはずの賃金を得るために、Y社を相手方として訴えを提起したいとの相談を受けました。

次の設問に答えなさい。

〔設問〕

1. あなたがX1～X13の代理人として訴えを提起するとした場合、どのような請求をしますか。X1～X10とX11～X13に分けて解答しなさい。(配点：10)
2. それぞれの請求について、想定される相手方の反論も考慮しつつ、問題となる具体的論点を挙げた上、あなたの見解を述べなさい。(配点：40)

【相談事例】

Y社は、約100名の従業員を雇用するタクシー会社である。X1～X10は、かつてY社に雇用され、タクシー運転手として働いていた。X11～X13は、現にY社の従業員であり、タクシー運転手として働いている。Y社には、年4月時点で、X1～X13を含む80名の運転手で組織されるP労組が存在していた。Y社は、多額の累積赤字を抱えていたことから、同年4月初旬に、従来の賃金協定に基づく年功序列的な旧賃金体系に代えて、新賃金体系を導入するなどの内容を含む会社再建案をP労組に提示した。新賃金体系は、固定給の割合を低くして歩合給の比重を高くするとともに、定期昇給を廃止するなど、旧賃金体系よりも運転手にとっては一般的に不利益な内容になることが予想され、特に、年齢の高いX11～X13らには不利益な内容であった。新賃金体系の提案をめぐって、P労組内部は混乱して基本方針も二転三転し、5月の組合大会ではX1～X13は新賃金体系を内容とする協定の締結に強く反対した。しかし、結局、P労組では改めて6月20日に組合大会を開催し、「会社提案を受諾し、新賃金協定を締結する。」との執行部案が62対13(反対者はX1～X13)の多数で可決された。ただし、P労組の組合規約(本問末尾参照)に規定されている「運転手班別集会」は開催されなかった。このようなP労組の執行部や多数派の態度に不満を抱いたX1～X10は、翌日の6月21日にP労組に脱退届を提出し、即日10名でR労組を結成すると同時に、Y社に結成通知を行った。

他方、P労組とY社はなおも交渉を重ねた結果、7月10日、両者間に会社再建案に関する合意が成立し、新賃金協定(以下「7・10協定」という。)が締結され(協定書には、P労組執行委員長とY社代表取締役の記名押印がある。)、8月1日から発効した。この結果、7月末日をもって旧賃金協定は効力を失うこととなったが、新賃金体系以外の懸案事項であった勤務時間の配分方法や労災補償の上積み案に関するY社内部の意思の不統一もあり、7・10協定に対応する就業規則の改定作業は遅れ、10月10日現在なお改定されず、賃金に関する就業規則上の規定は、旧賃金協定と同一内容のままであった。なお、X11～X13の3名は、7・10協定には不満を抱きつつも、P労組に残留することにした。

P労組は、7月12日にX1～X10を除名処分に付し、P労組とY社間で締結されているユニオン・ショップ協定に基づき、Y社に対しX1～X10を解雇するように求めた。Y社は、これを受けて、7月15日にX1～X10に対し予告手当を提供した上で、即時解雇の意思表示をした。他方、P労組に残留したX11～X13は、受領した8月分と9月分の賃金がそれまでより20%ほど減っていたので、R労組委員長のX1に不満を打ち明けた。その結果、弁護士に相談してみようということになった。

【P労組の組合規約(関係部分のみ抜粋)】

「第××条 労働協約の締結は、運転手班別集会での意見を集約した上、執行委員会が組合大会に提案し、同大会において組合員の過半数の賛成を得て執行委員長がこれを行うものとする。」

論文式試験問題集 [環 境 法]

[環 境 法]

[第 1 問] (配 点 : 5 0)

環境影響評価法施行以前の国レベルにおける環境影響評価は、閣議決定「環境影響評価の実施について」に基づく環境影響評価実施要綱により実施されていた（[資料]参照）。環境影響評価法は、同実施要綱に基づく制度を、幾つかの点で改善している。

以下の設問に答えよ。

[設 問 1]

環境影響評価実施要綱と環境影響評価法を比較して、同法の特徴について論ぜよ。(配 点 : 3 5)

[設 問 2]

環境影響評価法がなお有する限界について論ぜよ。(配 点 : 1 5)

[資料]

環境影響評価の実施について

(昭和59年8月28日閣議決定)

- 1 政府は、事業の実施前に環境影響評価を行うことが、公害の防止及び自然環境の保全上極めて重要であることにかんがみ、環境影響評価の手續等について、下記のとおり、環境影響評価実施要綱を決定する。
- 2 国の行政機関は、環境影響評価を実施するため、この要綱に基づき、国の行う対象事業については所要の措置を、免許等を受けて行われる対象事業については、当該事業者に対する指導等の措置をできるだけ速やかに講ずるものとする。
- 3 政府は、この要綱に基づく措置が円滑に実施されるよう事業者及び地方公共団体の理解と協力を求めるものとする。
- 4 政府は、地方公共団体において環境影響評価について施策を講ずる場合においては、この決定の趣旨を尊重し、この要綱との整合性に配慮するよう要請するものとする。
- 5 この要綱で別に定めるとされている事項等この要綱に基づく手續等に必要の共通の事項を定めるため、別紙に定めるところにより、内閣に環境影響評価実施推進会議を設ける。

記

環境影響評価実施要綱

第1 対象事業等

- 1 対象事業は、次に掲げる事業で、規模が大きく、その実施により環境に著しい影響（公害（放射性物質によるものを除く。）又は自然環境に係るものに限る。）を及ぼすおそれがあるものとして主務大臣が環境庁長官に協議して定めるものとする。こと。
 - (1) 高速自動車国道、一般国道その他の道路の新設及び改築
 - (2) 河川法に規定する河川に関するダムの新築その他同法の河川工事
 - (3) 鉄道の建設及び改良
 - (4) 飛行場の設置及びその施設の変更
 - (5) 埋立及び干拓
 - (6) 土地区画整理法に規定する土地区画整理事業
 - (7) 新住宅市街地開発法に規定する新住宅市街地開発事業
 - (8) 首都圏の近郊整備地帯及び都市開発区域の整備に関する法律に規定する工業団地造成事業及び近畿圏の近郊整備区域及び都市開発区域の整備及び開発に関する法律に規定する工業団地造成事業
 - (9) 新都市基盤整備法に規定する新都市基盤整備事業
 - (10) 流通業務市街地の整備に関する法律に規定する流通業務団地造成事業
 - (11) 特別の法律により設立された法人によって行われる住宅の用に供する宅地、工場又は事業場のための敷地その他の土地の造成
 - (12) (1)から(11)までに掲げるもののほか、これらに準ずるものとして主務大臣が環境庁長官に協議して定めるもの
- 2 環境影響評価を行う者は事業者とし、事業者とは、対象事業を実施しようとする別に定める者とする。こと。

第2 環境影響評価に関する手續等

1 環境影響評価準備書の作成

- (1) 事業者は、対象事業を実施しようとするときは、対象事業の実施が環境に及ぼす影響（対象事業が第1の1(5)の事業以外の事業である場合には、対象事業の実施後の土地（当該対

象事業以外の対象事業の用に供するものを除く。)又は工作物において行われることが予定される事業活動その他の人の活動に伴って生じる影響を含むものとし、対象事業の実施のために行う第1の1(5)に掲げる事業により生ずる影響を含まないものとする。)について、調査、予測及び評価を行い、次に掲げる事項を記載した環境影響評価準備書を作成すること。

氏名及び住所等

対象事業の目的及び内容

調査の結果の概要

対象事業の実施による影響の内容及び程度並びに公害の防止及び自然環境の保全のための措置

対象事業の実施による影響の評価

- (2) (1)の調査等は、主務大臣が環境庁長官に協議して対象事業の種類ごとに定める指針に従って行うものとし、環境庁長官は、関係行政機関の長に協議して、主務大臣が指針を定める場合に考慮すべき調査等のための基本的事項を定めること。

2 準備書に関する周知

- (1) 事業者は、関係地域を管轄する都道府県知事及び市町村長に準備書を送付するとともに、当該都道府県知事及び市町村長の協力を得て、準備書を作成した旨等を公告し、準備書を公告の日から1月間縦覧に供すること。
- (2) 事業者は、準備書の縦覧期間内に、関係地域内において、その説明会を開催すること。この場合において、事業者は、その責めに帰することのできない理由で説明会を開催することができない場合には、当該説明会を開催することを要せず、他の方法により周知に努めること。

3 準備書に関する意見

- (1) 事業者は、準備書について公害の防止及び自然環境の保全の見地からの関係地域内に住所を有する者の意見(準備書の縦覧期間及びその後2週間の間意見書により述べられたものに限る。)の把握に努めること。
- (2) 事業者は、関係都道府県知事及び関係市町村長に(1)の意見の概要を記載した書面を送付するとともに、関係都道府県知事に対し、送付を受けた日から3月間以内に、準備書について公害の防止及び自然環境の保全の見地からの意見を関係市町村長の意見を聴いた上で述べるよう求めること。

4 環境影響評価書の作成等

- (1) 事業者は、準備書に関する意見が述べられた後又は3(2)の期間を経過した日以後、準備書の記載事項について検討を加え、次に掲げる事項を記載した環境影響評価書を作成すること。

1(1)の から までに掲げる事項

関係地域内に住所を有する者の意見の概要

関係都道府県知事の意見

及び の意見についての事業者の見解

- (2) 事業者は、関係都道府県知事及び関係市町村長に評価書を送付するとともに、当該関係都道府県知事及び関係市町村長の協力を得て、評価書を作成した旨等を公告し、評価書を公告の日から1月間縦覧に供すること。

5 環境影響評価の手續等に係るその他の事項

- (1) 事業者は、都道府県等と協議の上、説明会の開催等を都道府県等に委託することができること。
- (2) 国は、地方公共団体が国の補助金等の交付を受けて対象事業の実施をする場合には、環

境影響評価の手續等に要する費用について適切な配慮をするものとする。

第3 公害の防止及び自然環境の保全についての行政への反映

1 評価書の行政庁への送付

- (1) 事業者は、評価書に係る公告の日以後、速やかに、免許等が行われる対象事業にあっては別に定める者に、国が行う対象事業にあっては環境庁長官に評価書を送付すること。
- (2) (1)により評価書の送付を受けた国の行政機関の長は、評価書の送付を受けた後、速やかに、環境庁長官に評価書を送付すること。

2 環境庁長官の意見

主務大臣は、1により環境庁長官に評価書が送付された対象事業のうち、規模が大きく、その実施により環境に及ぼす影響について、特に配慮する必要があると認められる事項があるときは、当該事業に係る評価書に対する公害の防止及び自然環境の保全の見地からの環境庁長官の意見を求めること。

3 公害の防止及び自然環境の保全の配慮についての審査等

- (1) 対象事業の免許等を行う者は、免許等に際し、当該免許等に係る法律の規定に反しない限りにおいて、評価書の記載事項につき、当該対象事業の実施において公害の防止及び自然環境の保全についての適正な配慮がなされるものであるかどうかを審査し、その結果に配慮すること。
- (2) 2により環境庁長官が意見を述べる場合には、(1)の審査等の前にこれを述べるものとし、免許等を行う者は、当該免許等に係る法律の規定に反しない限りにおいて、その意見に配慮して審査等を行うこと。
- (3) 事業者は、評価書に記載されているところにより対象事業の実施による影響につき考慮するとともに、2による環境庁長官の意見が述べられているときはその意見に配慮し、公害の防止及び自然環境の保全についての適正な配慮をして当該対象事業を実施すること。

第4 その他

- 1 主務大臣が定める事項、別に定める事項等この要綱に基づく手續等に必要な事項は、できるだけ速やかに定めること。ただし、第2の1(2)の基本的事項その他この要綱に基づく手續等に必要な共通的事項は、本決定の日から3月以内に定めること。
- 2 この要綱の実施に関する経過措置については、別に定めること。

〔第2問〕(配点：50)

A県に居住するBは、長年、B所有の敷地内にある井戸水を飲料水として使用してきたところ、中毒症状を発症した。Bが平成19年4月に調査したところ、井戸水からは環境基準を上回る高濃度のカドミウム及び鉛が検出された。また、B宅の隣にはCが開設した工場があり、Cは、製造工程中で使用したカドミウム及び鉛を含んだ水を、長年にわたり同工場敷地の地下に浸透させてきたことが明らかとなった。Dは、平成19年1月にCから同工場を譲り受けるとともに、A県知事に対して直ちに所要の届出をし、平成19年6月から同工場を稼働する予定である。

この場合について、以下の設問に答えよ。

〔設問1〕

平成19年5月の時点で、A県知事はどのような対応をすることができるかについて論ぜよ。

(配点：35)

〔設問2〕

平成19年5月の時点で、Bは、C及びDに対してどのような訴訟上の請求をすることができるかについて論ぜよ。(配点：15)

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 : 5 0)

次の文章を読んで、後記の設問に答えなさい。

A 国は、長年、経済不振にあえぎ、また、天候不順から飢饉も起こり、餓死する者も出るような事態になった。A 国民の甲は、日々の食糧も事欠く状況になったため、A 国をひそかに脱出し、B 国に密入国して B 国内で働き始めるとともに、B 国内で A 国の現政権打倒運動に参加した。数年後、B 国の入国管理当局は、甲の密入国を探知して身柄を拘束し、B 国法に基づいて A 国への退去強制処分を決定した。甲は、B 国裁判所へ出訴し、退去強制処分の取消しを求めた。

B 国は難民の地位に関する条約及び難民の地位に関する議定書に加入しており、両条約を実施するために、議会で法律を制定して難民認定手続を置いているが、甲は B 国で難民申請を行っておらず、したがって、B 国で難民認定されていない。また、A 国は密出国者に対して、死刑を含む厳罰に処するとの刑法を制定している (ただし、運用状況は不明) 。

[設 問]

1. B 国では、日本と異なり、難民の地位に関する条約 (難民の地位に関する議定書を含む。以下同じ。) の B 国における位置付け上、甲が B 国裁判所において難民の地位に関する条約違反の主張をしても、そのような主張は法的考慮の対象にならない場合があり得る。なぜ、B 国において、このような可能性が考えられるかを説明しなさい。
2. B 国裁判所において、甲は、「甲の庇護を受ける権利 (庇護権) を侵害するから B 国の退去強制処分は違法である。」と主張した。甲の主張する庇護権と、難民該当性の関係について説明しなさい。
3. B 国政府は、「甲が B 国の難民認定手続において難民申請を行っていないから難民に該当しない。したがって、難民該当性を前提とする難民の地位に関する条約上の義務に抵触することはない。」と主張した。この主張の是非を論じなさい。
4. 甲が難民の地位に関する条約上の難民であるかどうかについて、論じなさい (「甲が B 国の難民認定手続において難民申請を行っていないから難民には該当しない。」との主張はここではできないことを前提としなさい。) 。

なお、2. ~ 4. については、難民の地位に関する条約についての甲の主張が、B 国裁判所において法的考慮の対象となり得ることを前提とする。

〔第2問〕(配点：50)

次の文章を読んで、後記の設問に答えなさい。

A国とB国は、それぞれの国民の大多数をなす民族が、古代より異なる宗教を信仰しており、激しい民族的・宗教的な対立がある。両国国境付近のX地区にはB国民の信仰する宗教の聖地がある。X地区は、現在はA国領域であるが、歴史的に両国はX地区を取り合ってきたという経緯があり、国境地帯には両国の軍隊が駐留し、緊張状態にある。両国が加盟している地域的政治機構Yは、国際紛争解決について、政治的、歴史的、宗教的な非法的要因をも考慮した仲介及び国際調停を行う権限を持つ。X地区をめぐる、両国は暴力の応酬を含む衝突を繰り返しているが、Yが介入して両国間の対立の背景を考慮しながら解決してきており、A国は常にYによる解決に協力的であった。

近年、X地区でB国民の信仰する宗教の聖地に対する侮蔑行為がA国民により行われたことで両国間の緊張が高まった。ついには、いずれからともなく軍隊が発砲するに至り、現在も小規模ながら武力衝突が続いている。

A国もB国も国際連合加盟国であるが、いずれも、国際司法裁判所規程の第36条第2項の選択条項を受諾していない。両国は、友好関係の設立と維持を目的とする基本関係条約を締結しているが、紛争解決条項第Z条は次のように規定している。

第Z条 両当事国は、両当事国間の紛争を国際連合憲章第2条第3項及び同第33条に従い、平和的に解決する義務を負い、交渉、審査、仲介、調停、仲裁裁判、司法的解決、地域的機関又は地域的取極の利用その他当事国の選ぶ平和的手段による解決を求めなければならない。

紛争解決の方法について両国が協議を行った際に、B国は第Z条を根拠として、次のように裁判による解決を主張した。

「両国間の紛争は、A国軍隊の発砲による武力衝突をめぐる紛争としてとらえられ、A国による国際連合憲章第2条第4項違反を争点とする法律的性質を持つ。両国とも、紛争の平和的解決義務を負っており、両国間の紛争は、第Z条に規定する仲裁裁判による解決又は司法的解決が適当である。A国は、この紛争の裁判による解決に同意すべきである。」

これに対してA国は、両国の対立のより広い背景を考慮したYによる解決が望ましいと考えている。

〔設問〕

B国の主張のすべてについて、A国の立場からの反論を理由を付して述べなさい。なお、国際連合はこの紛争の解決に着手していないものとし、国際連合による紛争の解決については論ずる必要はない。

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 : 5 0)

甲国人男 A は、地震の研究のために日本の大学に勤務していたが、その間に日本人女 X と知り合い、甲国において婚姻した。婚姻後 5 年を経過した時点で甲国に地震が発生し、当時、甲国の震源地近くで調査を行っていた A が行方不明となった。地震発生後 7 年を経過したが、A の生死は依然不明の状態にある。A と X の婚姻が有効に成立していることを前提として、以下の設問に答えよ。

なお、甲国の国際私法には次の規定があること、また、本件事案には法の適用に関する通則法 (平成 1 8 年法律第 7 8 号) が適用されることを前提とする。

【甲国国際私法】

第 P 条 裁判所は、甲国国際私法の規定によって指定された国の実質法のみを適用する。

第 Q 条 相続は、相続財産の所在地にかかわらず、被相続人の最後の住所地の法による。

[設 問]

1. A と X は、婚姻後、甲国において婚姻生活を送っていたとする。A が行方不明となって間もなく X は日本に帰国して生活していたが、日本人男 B と知り合い、現在では B との婚姻を望んでいる。

(1) X が日本の裁判所に A の失踪の宣告を申し立てた場合に、日本の裁判所はこの申立てについて国際裁判管轄権を有するか。

(2) 日本の裁判所が失踪の宣告をした場合に、日本の裁判所は A と X の婚姻の解消についていかなる国の法によって判断するか。

2. A と X は、婚姻後、日本において婚姻生活を送っていたとする。A は日本の銀行に預金債権を有しており、X はこれを相続するために、A の失踪の宣告を日本の裁判所に申し立て、日本の裁判所は A の失踪の宣告をした。

なお、甲国国際私法第 Q 条の意味における A の最後の住所地は日本にあるものとする。

(1) 法の適用に関する通則法第 4 1 条の適用上、甲国国際私法第 P 条のような規定は一般的にいかなる意味を持つか。

(2) 本件相続に適用される法はいかなる国の法か。

〔第2問〕(配点：50)

Yは甲国に主たる事業所を有する世界有数の医薬品製造販売業者である。Yはその製造する医薬品Aを甲国だけでなく、乙国等多くの国においてもそれらの国に所在する事業所を通じて販売している。医薬品Aは日本の薬事法上の承認を受けておらず、Yは、日本に事業所も担当者も置いていない。Xは日本に常居所を有する日本人である。以上の事実を前提として以下の設問に答えよ。

なお、各設問はいずれも独立した問いであり、本件には、法の適用に関する通則法(平成18年法律第78号)が適用されることを前提とする。

〔設問〕

1. Xは、乙国に赴いた際に、日本では購入できない医薬品Aが売られていたので、乙国でこれを購入した。Xは、日本に帰国後、医薬品Aをしばらく服用していたが、体調が悪くなったため、病院で精密検査を受けたところ、医薬品Aの副作用の結果であることが判明し、日本の病院で入通院を余儀なくされた。
 - (1) XはYに対し、入通院に要した費用等の損害賠償を求める訴えを日本の裁判所に提起した。日本の裁判所はこの訴えについて国際裁判管轄権を有するか。
 - (2) XのYに対する損害賠償請求に適用される法はいかなる国の法か。
2. 乙国に常居所を有するZは、医薬品Aを大量に購入し、それが医薬品として承認されていない国々の居住者に対しても販売している。Xは、インターネットを利用してZから医薬品Aを購入し、郵送によって受領した。Xが医薬品Aをしばらく服用したところ、その副作用のため健康を害し、日本において入通院を余儀なくされた。XのYに対する入通院に要した費用等の損害賠償請求に適用される法はいかなる国の法か。