

# 平成17年度旧司法試験第二次試験論文式試験問題と出題趣旨

## 【憲法】

### 第1問

酒類が致酔性・依存性を有する飲料であり、飲酒者自身の健康面に与える悪影響が大きく、酩酊者の行動が周囲の者に迷惑を及ぼすことが多いほか、種々の社会的費用（医療費の増大による公的医療保険制度への影響等）も生じることにかんがみて、次の内容の法律が制定されたとする。

- 1 飲食店で客に酒類を提供するには、都道府県知事から酒類提供免許を取得することを要する。酩酊者（アルコールの影響により正常な行為ができないおそれのある状態にある者）に酒類を提供することは当該免許の取消事由となる。
- 2 道路、公園、駅その他の公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止し、これに違反した者は拘留又は科料に処する。

この法律に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

#### （出題趣旨）

本問は、酒類提供及び飲酒に関する規制を行う法律が成立したと仮定して、酒類提供免許制につき、複合的な立法目的に対応した合憲性審査基準を検討し、当該事案に適用する能力を問うとともに、公共の場所における飲酒禁止につき、飲酒の自由の憲法上の位置付けを踏まえつつ、その合憲性審査基準や当該事案への適用、刑罰法規の明確性との関係等について、論理的に思考する能力を問うものである。

### 第2問

裁判所法を改正して、「最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、法律案を国会に提出することができる。」という規定を設けたと仮定する。この規定に含まれる憲法上の問題点について、内閣の法律案提出権の場合と比較して論ぜよ。

#### （出題趣旨）

本問は、憲法において最高裁判所規則事項とされている事項に関し、法律によって最高裁判所に法律案提出権を付与することが憲法上許されるかという点について、国会単独立法の原則、権力分立原理、司法権の独立、最高裁判所の規則制定権の趣旨等に関する基礎的知識を踏まえながら、内閣の法律案提出権と対比しつつ、内閣と最高裁判所の憲法上の地位の相違等に基づいた論理的記述ができるかどうかを問うものである。

## 【民法】

### 第 1 問

工場用機械メーカーAは、Bから工場用機械の製作を請け負い、これを製作してBに引き渡した。その工場用機械(以下「本件機械」という。)は、Bが使用してみたところ、契約では1時間当たり5000個程度の商品生産能力があるとされていたのに、不具合があって1時間当たり2000個程度の商品生産能力しかないことが判明した。そこで、Bは、直ちに本件機械の不具合をAに告げて修理を求めた。この事案について、以下の問いに答えよ。なお、各問いは独立した問いである。

- 1 Bはこうした不具合があったのでは本件機械を導入する意味がないと考えているが、本件機械を契約どおりの商品生産能力の機械とする修理は可能である。Aが修理をしようとしなないので、Bは代金を支払っておらず、また、Bには商品の十分な生産ができないことによる営業上の損害が発生している。この場合に、Bの代金債務についての連帯保証人であるCは、Aからの保証債務の履行請求に対してどのような主張をすることができるか。
- 2 Aが修理をしようとしなないため、Bはやむを得ずDに本件機械の修理を依頼し、Dは修理を完了した。その後、Bは、営業不振により高利貸からの融資を受ける状態になり、結局、多額の債務を残して行方不明となり、Dへの修理代金の支払もしていない。この場合に、Aは本件機械の引渡しの際にBから代金全額の支払を受けているものとして、Dは、Aに対してどのような請求をすることができるか。

#### (出題趣旨)

小問1では、主債務者が契約を解除できる場合や損害賠償請求権を有する場合に、保証人がどのような主張をすることができるかを論じることが求められる。また、小問2では、契約の履行行為として修理をしたことにより第三者が利益を受けた場合に、債務者が無資力であることを踏まえて、どのような事案の解決が適切であり、それを法的にどのように実現するかを考察することが求められる。

### 第 2 問

Aは、Bから3000万円を借り受け、その担保としてAの所有する甲土地及び乙建物(後記の庭石を除いた時価合計2900万円)に抵当権を設定して、その旨の登記をした。甲土地の庭には、抵当権設定前から、庭石(時価200万円)が置かれていたが、抵当権設定登記後、A宅を訪問したCは、同庭石を見て、それが非常に珍しい物であったことから欲しくなり、Aに同庭石を譲ってくれるよう頼んだところ、Aは、これを了承し、Cとの間で同庭石の売買契約を締結し、同庭石は後日引き渡すことにした。このAC間の売買契約を知ったDは、日ごろよりCを快く思っていなかったことから、専らCに嫌がらせをする意図で、Aとの間で同庭石の売買契約を締結して、Cが引渡しを受ける前に、A立会いの下で同庭石をD自らトラックに積んで搬出し、これを直ちにEに転売して、Eに引き渡した。

この事案について、次の問いに答えよ。

- 1 CE間の法律関係について論ぜよ。
- 2 Bは、Eに対して物権的請求権を行使したいが、その成立の根拠となるBの主張について考察せよ。

#### (出題趣旨)

動産の二重譲渡(背信的悪意者、背信的悪意者からの転得者等)及び抵当権の効力(抵当不動産の従物、抵当権の追及力・対抗力、物権的請求権)に関する基本的理解を試すとともに、関係者の主観的態様(善意・悪意等)により適切な場合分けをし、整合的に論述する能力を問うものである。

## 【商 法】

### 第 1 問

甲、乙及び丙株式会社（いずれも株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律上の委員会等設置会社ではない。）が定時株主総会において普通決議の方法でした次の各決議について、商法上どのような問題があるか論ぜよ。

- 1 甲社では、「本総会終結時に退任する取締役A及び監査役Bに対し当社の退職慰労金支給規程に従って退職慰労金を支給することとし、その具体的な金額、支給時期及び方法の決定は取締役会に一任する。」と決議した。
- 2 乙社では、1年前の定時株主総会で任期2年、月額報酬70万円として選任されていたC専務取締役について、取締役会決議によりその職務内容が非常勤取締役に変更されたため、「Cの月額報酬を7万円に変更する。」と決議した。
- 3 丙社では、「取締役にストック・オプションとして行使価額の総額を10億円とし、目的たる株式を普通株式合計10万株とする新株予約権を付与することとし、その具体的な発行時期及び方法の決定は取締役会に一任する。」と決議した。

#### （出題趣旨）

本問は、取締役・監査役の報酬等に関係する株主総会の決議について、どのような法的問題があるかを問うものである。具体的には、退職慰労金の支給に報酬規制が及ぶか否か、取締役と監査役の報酬規制の違い、任期途中に職務内容に変更が生じた取締役の報酬額変更の可否、新株予約権の有利発行規制と報酬規制の関係等について、制度の趣旨と判例・学説の状況を理解した上で論述をすることができるかどうかを見る点に主眼がある。

### 第 2 問

Z株式会社の代表取締役Bは、X銀行から、Z社が融資を受ける条件として、信用のある第三者が裏書した約束手形を差し入れることを要求された。そこで、Bは、高校時代からの友人であるY株式会社甲支店の支店長Aに依頼し、Y社を受取人、手形金額を1000万円、満期を平成17年7月15日とするZ社振出しの約束手形にY社甲支店長Aとの裏書を得たが、Aは、手形の振出しや保証を行うことをY社の内規で禁じられていた。

Bは、この手形をX銀行に交付し、X銀行は、その手形金額から満期までの利息を控除した金額をZ社に貸し付けたが、Z社は、当該借受金を返済することなく、平成17年5月10日に破産手続開始の申立てをし、同月17日、Z社に対して破産手続開始の決定がされた。

X銀行が同月18日にY社に対して手形金の支払を請求した場合、この請求は認められるか。

#### （出題趣旨）

本問は、内規で手形の振出しや保証を禁じられている支店長が行ったいわゆる隠れた保証のための裏書の効力について、その裏書を行う権限の有無と内規との関係、支店長の内規違反及び権限濫用の代理行為と善意の手形取得者の保護について、整理された論述をすることができるかどうかを見ることを主眼とするが、あわせて、約束手形の振出人が破産手続開始の決定を受けた場合における満期前遡求についての理解も問われている。

## 【刑 法】

### 第 1 問

甲は、自己の取引先であるA会社の倉庫には何も保管されていないことを知っていたにもかかわらず、乙の度胸を試そうと思い、何も知らない乙に対し、「夜中に、A会社の倉庫に入って、中を探して金目の物を盗み出してこい。」と唆した。乙は、甲に唆されたとおり、深夜、その倉庫の中に侵入し、倉庫内を探したところ、A会社がたまたま当夜に限って保管していた同社所有の絵画を見付けたので、これを手に持って倉庫を出たところで警備員Bに発見された。Bが「泥棒」と叫びながら乙の身体をつかんできたので、乙は、逃げるため、Bに対し、その腹部を強く蹴り上げる暴行を加えた。ちょうど、そのとき、その場を通りかかった乙の友人丙は、その事情をすべて認識し、乙の逃走を助けようと思って、乙と意思を通じた上で、丙自身が、Bに対し、その腹部を強く殴り付け蹴り上げる暴行を加えた。乙は、その間にその絵画を持って逃走した。Bは間もなく臓器破裂に基づく出血性ショックにより死亡したが、その臓器破裂が乙と丙のいずれの暴行によって生じたかは不明であった。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ(ただし、特別法違反の点は除く。)

#### (出題趣旨)

本問は、侵入盗を唆されて実行した者が逃走のため警備員に暴行を加えた後、他の者が意思を通じてその警備員に暴行を加えたところ、同人が死亡したが、それがいずれの暴行によるかは不明であったという事例を素材として、事案を的確に把握してこれを分析する能力を問うとともに、未遂の教唆、事後強盗罪の法的性質、承継的共同正犯の成否等に関する理解及びその事例への当てはめの適切さを問うものである。

### 第 2 問

A県B市内の印刷業者である甲は、知人でB市総務部長として同市の広報誌の印刷発注の職務に従事している乙に現金を渡して同市が発注する広報誌の印刷を受注したいと考えていた。そうした折、甲は、同県内の土木建設業者である知人の丙から同県発注の道路工事をなるべく多く受注するための方法について相談を受けたので、この機会に丙の金を自己のために乙に渡すことを思い付き、乙に対し、「近いうちに使いの者に80万円を届けさせます。よろしくお願ひします。」と伝えたところ、乙は、甲が80万円を届けさせることの趣旨を理解した上、これを了承した。一方、甲は、丙に対し、「県の幹部職員である乙に金を渡せば、道路工事の発注に際して便宜を図ってくれるはずだ。乙に80万円を届けなさい。」と言ったところ、これを信じた丙は、使者を介して乙に現金80万円を届けた。乙は、これが甲から話のあった金だと思い、その金を受領した。

後日、丙は、甲が丙のためではなく甲自身のために乙に80万円を届けさせたことを知るに至り、甲に対して80万円の弁償を求めた。しかし、甲は、丙に対し、「そんなことを言うなら、おまえが80万円を渡してA県の道路工事を受注しようとしたことを公表するぞ。そうすれば、県の工事を受注できなくなるぞ。」と申し向け、丙をしてその請求を断念させた。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ(ただし、特別法違反の点は除く。)

#### (出題趣旨)

本問は、公務員に賄賂を供与するに当たり、第三者を欺いてその資金を公務員に交付させ、その後、事情を知ったその第三者からの資金返還請求に対し、同人を脅して請求を断念させたという事例を素材として、賄賂罪の構成要件の基本的な理解を前提に、第三者の行為を介した贈賄罪、欺罔者以外の者への財物の交付に係る詐欺罪、不法原因給付に係る財産犯の成否等に関する理解及びその事例への当てはめの適切さを問うものである。

## 【民事訴訟法】

### 第 1 問

控訴審における攻撃防御方法の提出に関する民事訴訟法の規律とその背景にある考え方について、第一審と控訴審との関係を踏まえて、論ぜよ。

#### (出題趣旨)

現行法における控訴審が続審であり、口頭弁論の一体性も第一審と控訴審とを通じて観念される結果、当事者は控訴審の口頭弁論終結まで新たな攻撃防御方法を提出できることとなるが、これを貫くことにより生ずる第一審の軽視、形骸化という弊害を避けるため、現行法は具体的にどのような対策を講じているかの検討を求める問題である。控訴審における新たな攻撃防御方法の提出につき、時機後れか否かはどのように解釈されるか、いかなる要件の下で説明義務が課されるか、その懈怠がどのような意義を有するかを論ずべきである。

### 第 2 問

甲は、A土地を所有していると主張して、A土地を占有している乙に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起し、この訴訟（以下「前訴」という。）の判決は、次のとおり、甲の請求認容又は甲の請求棄却で確定した。その後、次のような訴えが提起された場合（以下、この訴訟を「後訴」という。）、後訴において審理判断の対象となる事項は何か、各場合について答えよ。

- 1 甲の請求を認容した前訴の判決が確定したが、その後も乙がA土地を明け渡さないため、甲は、再度、乙に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起した。
- 2 甲の請求を認容した前訴の判決が確定し、その執行がされた後、乙は、自分こそがA土地の所有者であると主張して、甲に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起した。
- 3 甲の請求を棄却した前訴の判決が確定した。その後、丙が乙からA土地の占有を譲り受けたため、甲は、丙に対し、所有権に基づきA土地の明渡しを求める訴えを提起した。

#### (出題趣旨)

前訴の確定判決が後訴の審理判断の対象に及ぼす影響についての理解を問う問題である。1では、既に執行力のある勝訴判決を得ている原告の再訴が訴えの利益を有するかどうかを踏まえて論ずべきである。2では、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の関係を論じた上で、前訴の確定判決によって審理判断の対象が制限されるかどうか、制限される場合にはいかなる理由によるかを論ずべきである。3では、原告敗訴の事案であることを踏まえて、係争物の占有の承継と既判力の拡張の関係を論ずべきである。

## 【刑事訴訟法】

### 第 1 問

警察官Aは、覚せい剤の密売人と目される甲を覚せい剤譲渡の被疑者として通常逮捕し、その際、甲が持っていた携帯電話を、そのメモリーの内容を確認することなく差し押さえた。その上で、Aが、無令状で、甲の携帯電話を操作して、そのメモリーの内容を精査したところ、同携帯電話のメモリー内に覚せい剤の仕入先と思われる人物からの受信電子メールが保存されており、同メールに、翌日の某所における覚せい剤売買の約束と思われる記載があった。

そこで、Aが、同メールに記載された日時に待ち合わせ場所に赴いたところ、乙が近づいてきたので、Aは、乙に対して、甲を名のった上で「約束の物は持ってきてくれましたか。」と言った。すると、乙は、Aを甲と誤認して、覚せい剤を差し出したので、Aは、乙を覚せい剤所持の容疑で現行犯逮捕した。

以上のAの行為は、適法か。

#### (出題趣旨)

本問は、覚せい剤譲渡容疑での携帯電話の差押えに端を発する一連の捜査手続の適法性を問うことにより、差押えにおける証拠物と被疑事実との関連性、押収物についての必要な処分、任意捜査の適法性の判断基準などに関する刑事訴訟法の基本的な知識の有無と具体的事案に対する応用力を試すものである。

### 第 2 問

放火事件で起訴された被告人甲は、捜査・公判を通じて、「自分は犯人ではない。犯行現場には行ったこともない。」と述べて犯行を否認していたが、起訴前に、テレビ局のインタビューを受けたことがあり、当該インタビューにおいては、「放火があったとき、現場付近にいたことは確かだが、自分は犯人ではない。」と述べていた。捜査機関が、テレビ放映された当該インタビューをビデオテープに録画していたところ、検察官は、甲の犯行を立証するための証拠として、当該インタビューの内容を使用しようと考え、このビデオテープを証拠調べ請求した。

裁判所は、このビデオテープを証拠として採用できるか。

#### (出題趣旨)

本問は、被告人が報道機関の取材に応じてなした供述が、テレビ局によるインタビュー録画及び捜査機関による放送番組の録画という2段階の録画過程を経て、刑事裁判の証拠として請求された場面を素材に、供述証拠と非供述証拠、ビデオ（供述録画）の証拠能力、伝聞法則とその例外、報道の自由と刑事裁判の関係などについて基本的理解を問うとともに、新たな現象に対して、刑事訴訟法の基本的理論を適用し、具体的なあてはめを行う法的分析能力・応用力を試そうとするものである。