

平成22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

理容師法は、「理容師の資格を定めるとともに、理容の業務が適正に行われるように規律し、もって公衆衛生の向上に資することを目的」（同法第1条）として制定された法律である。同法第12条第4号は、理容所（理髪店）の開設者に「都道府県が条例で定める衛生上必要な措置」を講ずるよう義務付け、同法第14条は、都道府県知事は、理容所の開設者が上記第12条の規定に違反したときには、期間を定めて理容所の閉鎖を命ずることができる旨を規定している。

A県では、公共交通機関の拠点となる駅の周辺を中心に、簡易な設備（洗髪設備なし）で安価・迅速に散髪を行うことのできる理容所が多く開設され、そこでの利用者が増加した結果、従来から存在していた理容所の利用者が激減していた。そのような事情を背景に、上記の理容師法の目的を達成し、理容師が洗髪を必要と認めた場合や利用者が洗髪を要望した場合等に適切な施術ができるようにすることで理容業務が適正に行われるようにするとともに、理容所における一層の衛生確保により、公衆衛生の向上を図る目的で、A県は、同法第12条第4号に基づき、衛生上必要な措置として、洗髪するための給湯可能な設備を設けることを義務付ける内容の条例を制定した。このA県の条例に含まれる憲法上の問題について論ぜよ。

なお、法律と条例の関係については論じる必要はない。

【参照条文】理容師法

第1条 この法律は、理容師の資格を定めるとともに、理容の業務が適正に行われるように規律し、もって公衆衛生の向上に資することを目的とする。

第1条の2 この法律で理容とは、頭髪の刈込、顔そり等の方法により、容姿を整えることをいう。

② この法律で理容師とは、理容を業とする者をいう。

③ この法律で、理容所とは、理容の業を行うために設けられた施設をいう。

第12条 理容所の開設者は、理容所につき左に掲げる措置を講じなければならない。

一 常に清潔に保つこと。

二 消毒設備を設けること。

三 採光、照明及び換気を充分にすること。

四 その他都道府県が条例で定める衛生上必要な措置

（出題趣旨）

条例による理容所の規制につき、一見すると公衆衛生上の観点からの営業態様に関する規制について、その実態が競争制限的で既存業者保護となる効果を持ち、かつ、違反者に対しては理容所の閉鎖という法律上の効果を伴う点で、単なる営業態様規制ではなく、開業規制とも考え得る点を、憲法第22条第1項の職業選択の自由との関係でどのように考えることができるのかを問うことを意図したものである。

第2問

選挙区選出の参議院議員である甲は、参議院本会議での居眠りや野次がひどく、議長や所属政党から口頭での注意をたびたび受けていた。甲の態度はその後改善されず、平成22年2月某日、甲は酔った状態で本会議に出席し、野次を飛ばすのみならず、対立政党の議員に対し暴力を振るった。

このような甲の問題行動を受けて、参議院は出席議員の3分の2以上の多数による議決で甲を除名処分とした。甲はこの処分を不服として、

議員の地位の確認を求めて裁判所に訴えを提起した。

この事例に含まれる憲法上の問題点を、甲が地方議会議員であり、上記と同様の理由で地方議会から除名処分を受けた場合及び甲が参議院議員であり、所属政党から除名処分を受けた場合と比較しつつ論ぜよ。

(出題趣旨)

本問は、憲法第76条の定める司法権について、その趣旨を踏まえた上で、裁判所による司法権の行使に対する制約につき、その根拠の違い及び関連判例に留意し、当該事案への適用を論理的に記述することができるかどうかを問うものである。

【民法】

第 1 問

現在 90 歳の A は、80 歳を超えた辺りから病が急に進行して、判断能力が衰え始め、2 年前からしばしば事理弁識能力を欠く状態になった。絵画の好きな A は、事理弁識能力を欠いている時に、画商 B の言うままに、B の所有する甲絵画を 500 万円で売買する契約を B と締結し、直ちに履行がされた。

この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問 1 と小問 2 は、独立した問いである。

- 1 (1) A は、甲絵画を B に戻して 500 万円の返還を請求することができるか。また、B に甲絵画を 800 万円で購入したいという顧客が現れた場合に、B の方から A に対して甲絵画の返還を請求することはできるか。
- (2) A が B に 500 万円の返還を請求する前に、A の責めに帰することができない事由によって甲絵画が滅失していた場合に、A の B に対するこの返還請求は認められるか。B から予想される反論を考慮しつつ論ぜよ。
- 2 AB 間の売買契約が履行された後、A を被後見人とし、C を後見人とする後見開始の審判がされた。AB 間の甲絵画の売買契約に関する C による取消し、無効の主張、追認の可否について論ぜよ。

(出題趣旨)

小問 1 は、意思能力を欠く者がした法律行為の効果と無効の性質についての理解を問うものである。さらに、意思無能力者の保護の観点から、無効の際の事後処理について検討させ、不当利得及びそれに関連する問題についての基礎的な理解を問っている。小問 2 は、後見開始の審判の前後における後見人の権限の相違に留意しつつ、後見人による取消し、無効の主張、追認の可否の分析を求めるものである。

第 2 問

B は、A から 300 万円で購入した鋼材(以下「本件鋼材」という。)を自分の工場で筒状に成形し、それに自己所有のバルブを溶接して暖房設備用のパイプ(以下「本件パイプ」という。)を製造した。その後、B は、C から本件パイプの取付工事を依頼され、C との間で代金を 600 万円(その内訳は、本件パイプの価格が 500 万円、工事費用が 100 万円である。)とする請負契約を締結した。工事は完成し、本件パイプは壁に埋め込まれて建物と一体化したが、C から B への代金の支払はまだされていない。

この事案について、以下の問いに答えよ。なお、小問 1 と小問 2 は、独立した問いである。

- 1 B は、A に代金を支払う際、D から 300 万円の融資を受けたので、本件パイプに D のために譲渡担保権を設定し、占有改定による引渡しも済ませたが、BD 間の約定では、B の請け負った工事について本件パイプの使用が認められていた。
 - (1) CD 間の法律関係について論ぜよ。
 - (2) BC 間で請負契約が締結された直後、B は C に対する請負代金債権を E に譲渡し、確定日付のある証書によって C に通知していたという事実が加わったとする。この場合における、請負代金債権に関する DE 間の優劣について論ぜよ。
- 2 A が B に売却した本件鋼材の所有者は、実は F であり、A は、F の工場から本件鋼材を盗み、その翌日、このことを知らない B に本件鋼材を売却した。本件鋼材の時価は 400 万円であるにもかかわらず、A は、B に 300 万円で慌てて売却しており、このような A

の態度からしてBには盗難の事実を疑うべき事情があった。他方、Cは、Bが専門の建築業者であったことから、盗難の事実を知らず、また知ることができなかった。この場合における、BF間及びCF間の法律関係について論ぜよ。

(出題趣旨)

小問1(1)は、譲渡担保に関する基礎的理解のもと、物上代位の成否とその対象について検討させるものである。小問1(2)は、物上代位における差押えの意義と債権譲渡との関係を譲渡担保に即して展開させるものである。小問2は、即時取得、回復請求、代価弁償に関する基礎的理解に基づきつつ、添付(加工及び付合)における所有権帰属ないし償金請求について論じさせ、論理的思考力と法的推理力を試すものである。

【商 法】

第 1 問

Y株式会社は、①取締役会設置会社であるが、委員会設置会社ではなく、②株券発行会社ではなく、種類株式発行会社でもない会社であり、また、「社債、株式等の振替に関する法律」の規定による株式の振替制度も採用しておらず、③定款で、定時株主総会における議決権行使及び定時株主総会における剰余金の配当決議に基づく剰余金の配当受領の基準日を毎年3月31日と定めている。

Xは、Y社の株式を保有する株主名簿上の株主であったが、その株式すべて（以下「本件株式」という。）をAに譲渡した（以下「本件譲渡」という。）。Y社は、平成22年6月に行われた定時株主総会における剰余金配当決議に基づき、本件株式について配当すべき剰余金（以下「本件剰余金」という。）をAに支払った。

以上の事実を前提として、次の1から3までの各場合において、XがY社に対して本件剰余金の支払を求めることができるかどうかを検討せよ。なお、1から3までの各場合は、独立したものとする。

- 1 Y社は、その発行する全部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について会社の承認を要すること（以下「譲渡制限の定め」という。）を定めており、本件譲渡が平成22年3月10日に行われたとする。この場合において、Xも、Aも、Aによる取得の承認の請求をせず、本件株式に係る株主名簿の名義書換請求もされなかったが、本件譲渡の事実をAから聞いたY社の代表取締役Bが本件剰余金をAに支払ったとき。
- 2 Y社は、譲渡制限の定めを定めておらず、本件譲渡が平成22年4月1日に行われたとする。この場合において、本件株式に係る株主名簿の名義書換請求はされなかったが、本件譲渡の事実をAから聞いたY社の代表取締役Bが本件剰余金をAに支払ったとき。
- 3 Y社は、譲渡制限の定めを定めておらず、本件譲渡が平成22年3月10日に行われたとする。この場合において、同月15日にXとAが共同でY社に対して株主名簿の名義書換えを請求し、Y社はこれに応じたが、AがY社から本件剰余金の支払を受けた後、Xが成年被後見人であったことを理由として本件譲渡が取り消されたとき。

（出題趣旨）

本問は、株券発行会社ではなく、かつ、株式の振替制度も採用していない株式会社において、株式の譲渡がされた場合に関し、①譲渡制限株式の譲渡承認がなく、株主名簿の名義書換えがされていない事案、②基準日後に当該譲渡がされ、名義書換えがされていない事案及び③名義書換えがされた後に当該譲渡が取り消された事案のそれぞれについて、当該株式会社が当該株式の譲受人を株主として取り扱うことができるかどうかを問うものである。解答に際しては、譲渡承認機関による承認がない場合の法的状態、基準日制度の趣旨、譲受人の権利推定効なくしてされた株主名簿の名義書換えの効力について、整合的な論述をすることが求められる。

第 2 問

A株式会社は、平成16年12月20日、貸金業者であるXから、事業資金として3000万円を借り受けた。その際、A社とXとの間では、①A社は、Xに対し、毎月1パーセントの利息を支払うこと、②Xは、A社に対し、約定どおり利息の支払がされる限り、元金の返済を猶予するが、利息の支払を怠ったときは、A社は、Xに対し、直ちに元金全額を返済しなければならないこと、③貸付金の返済を確保するため、A社は、手形金額を3000万円とし、振出日と満期を白地とした約束手形

(以下「本件手形」という。)を振り出すことが合意された。また、A社の代表取締役Bは、Xから、A社の取締役Yが手形の支払を保証するよう求められたため、受取人をYとする本件手形を振り出し、Yが拒絶証書の作成を免除して白地式裏書をした本件手形をXに交付した。なお、事業資金の借入れについては、A社の取締役会の決定がされていたが、本件手形の振出しについては、A社の取締役会の承認は受けていなかった。

その後、A社は、利息を合意に従ってXに支払ってきたが、平成19年5月ごろから資金繰りが悪化してきて、同年8月以降、利息を支払うことができなくなった。

Xは、平成22年4月9日に至り、本件手形の振出日を同月1日、満期を同年5月10日と補充して、当該満期に支払のため提示したが、支払を拒絶されたので、Yに対して手形金の支払を請求した。Yは、Xの請求を拒むことができるか。

(出題趣旨)

本問は、利息の支払がされる限り元金の返済を猶予する旨の合意が付された貸付金の返済を確保するため、取締役会の承認なく、いわゆる隠れた手形保証のための裏書を行わせるために取締役を受取人として、かつ、振出日及び満期を白地にして株式会社が振り出した約束手形について、利息の支払が遅滞したためにされた手形金の支払請求を当該取締役が拒むことができるかどうかを問うものである。解答に際しては、株式会社が隠れた手形保証のために取締役を受取人とする約束手形を振り出すことが、会社と取締役間の取引として取締役会の承認を要するかどうか、及び振出日と満期を白地にして振り出された当該約束手形の補充権の消滅時効とその起算点をどのように考えるべきかについて、整合的な論述をすることが求められる。

【刑 法】

第 1 問

甲は、かつて働いていたA社に忍び込んで金品を盗もうと考え、親友であるA社の従業員乙にこの計画を打ち明けて、その援助を依頼した。乙は、甲からその依頼を受けて、甲のために協力したいと思い、甲に「社員が退社した後に、A社の通用口の鍵を開けておくよ。」と伝えたところ、甲は、「助かるよ。」と乙に礼を言った。

乙は、甲からあらかじめ告げられていた犯行の当日、乙以外のA社の社員全員が退社した後、甲に伝えていたとおり同社通用口の施錠を外して帰宅した。甲は、ボールを持ってA社の前まで来たが、A社の中に人がいるような気配がしたので、急きょ計画を変更してA社の隣にあるB社に忍び込むことにした。そこで、甲は、B社に行き、たまたま開いていたB社の建物の玄関ドアから誰もいない建物内に入った。甲は、その事務室に入り込み、ボールで金庫をこじ開け、その中から現金を盗み、更に金目の物がないかと室内を物色していたところ、机の上に積まれていた書類の束に甲の手が触れたため、その書類の束がB社の従業員丙が退社の際に消し忘れていた石油ストーブの上に落ち、これに石油ストーブの火が燃え移った。甲は、その書類の束から小さな炎が上がり、更にストーブの上から燃え落ちた火が床にも燃え移りそうになっているのを見て、今なら近くにあった消火器で容易に消せるが、このまま放置すればその火が建物全体に燃え広がるだろうと思いつつも、消火のためにここにとどまれば自分の盗みが発覚するのではないかとおそれて、その場からそのまま立ち去った。

他方、帰宅途中であった丙は、石油ストーブを消し忘れていたことを思い出して、B社に戻り、その事務室に入ろうとしたところ、事務室の床が燃えているのを発見した。この時点でも、まだ容易にその火を消すことができる状況にあったことから、丙は、その火をそのまま放置すれば建物全体が燃えてしまうと思いつつ、今ならまだ近くにあった消火器で十分消せると考えた。しかし、丙は、その床が燃えているのは自分の石油ストーブの消し忘れが原因であると思い、自分の火の不始末が発覚するのを恐れて、その場からそのまま立ち去った。その結果、B社の建物は全焼した。

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、窃盗犯人が知人の協力を得て事務所に侵入して窃盗をしようとしたが、計画を変更して隣の事務所に侵入して金品を窃取した際、過失により出火させながら消火せずに逃走したところ、その後、同事務所に戻ってきた従業員も消火せずに立ち去り、同事務所が全焼したという事例を素材として、事案を的確に把握し、分析する能力を問うとともに、幫助犯及び不作為による放火罪の成立要件に対する理解と事例への当てはめを問うものである。

第 2 問

甲は、紳士服の専門店であるA社の営業担当者として高級紳士服の販売を担当していた。甲は、遊ぶ金に困ったことから、顧客から金銭を入手してこれに充てようと考え、A社を訪れたBに対し、Bのためにオーダースーツを製作する意思などないのに、「お客さん、良いオーダースーツをお作りいたしますよ。20万円で一着ご用意できます。」と持ち掛けた。日ごろから既製品のスーツに物足りなさを感じていたBは、甲の話聞いて、オーダースーツなら注文してもよいと考え、「では、ひとつスーツを作ってもらおうか。」と言ってオーダースーツを注文することとした。そこで、甲は、Bに好みの生地を選ばせたり、Bの身体

寸法を測るなど、あたかもオーダースーツを製作するように装いつつ、「この生地ですと代金は20万円ですが、7万円を内金として預からせてください。スーツの出来上がりは今日から4週間後になります。」と言った。Bは、甲の言葉を信じて、その20万円のオーダースーツを注文し、内金として、現金7万円を甲に預けて帰って行った。しかし、甲は、直ちにその7万円全額をパチンコに費消した。

その4週間後、甲は、Bに電話して、「スーツが出来上がりましたので、ご来店ください。」と告げ、BをA社の店舗に呼び出した。来店したBを出迎えた甲は、Bを店舗内に待たせたまま、その店舗から徒歩数分の場所にある既製服を保管している同社の倉庫に行き、同社の既製服部門の責任者であり、かつ、同倉庫における商品の出入庫を統括管理しているCに対し、「チラシの写真撮影用にスーツを1着借りていくよ。」と言った。Cは、甲のその言葉を信じ、「わかりました。でも、すぐ返してくださいよ。」と答えて甲が倉庫から既製品のスーツを持ち出すことを認めたため、甲は、Bが選んだ生地似ていて、Bの体格に合ったサイズの既製品のスーツ1着（販売価格20万円）を選んで同倉庫から持ち出した。そして、甲は、店舗に戻り、待っていたBに対し、「ご注文のスーツでございます。」と言って、その既製品のスーツがあたかもBが注文したオーダースーツであるかのように見せ掛けてBに手渡した。Bは、その場でそれを試着したところ、自分の身体にぴったりだったので、そのスーツが既製品であるとは気付かずに、「これでいい。さすが注文しただけあって、着心地もなかなかだ。」などと満足して、その場で13万円を現金で支払い、そのスーツを持ち帰った。その後、甲は、この13万円全額を自分個人の飲食代として費消した。

甲の罪責を論ぜよ。

(出題趣旨)

本問は、紳士服販売店の営業担当者が顧客にオーダースーツを販売する旨虚偽の事実を述べてスーツを販売する契約を締結し、その代金名目で相当対価の金銭を受領するとともに、同販売店の倉庫管理者にはチラシの写真撮影用である旨虚偽の事実を述べて同倉庫内に保管されていた既製品のスーツを持ち出し、これを顧客に交付したという事例を素材として、事案を的確に把握し、分析する能力を問うとともに、詐欺罪等の財産犯の成立要件に関する理解と事例への当てはめを問うものである。

第1問2行目の「消費貸借契約」は誤記であり、正しくは「消費貸借契約」です。

【民事訴訟法】

第1問

Aは、Bに対し、平成21年11月2日、返済期日を平成22年3月31日とする約定で200万円を貸し渡した。このような消費貸借契約（以下「本件契約」という。）が成立したことはAとBとの間で争いがなかったが、Bがその返済期日にAに本件契約上の債務を弁済したかどうか争いとなった。

そこで、Bは、同年4月30日、Aを被告として、本件契約に基づくBのAに対する債務が存在しないことを確認するとの判決を求める訴えを提起した。

この事例について、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の訴えに係る訴状の送達を受けたAは、同年5月20日、Bの訴えとは別の裁判所に、別訴として、Bを被告として、本件契約に基づいて200万円の支払を請求する訴えを提起した。この場合のBの訴えとAの訴えのそれぞれの適法性について論ぜよ。
- 2 Bの訴えに係る訴状の送達を受けたAは、同年5月20日、Bの訴えに対する反訴として、Bを反訴被告として、本件契約に基づいて200万円の支払を請求する訴えを提起した。
 - (1) この場合のBの訴えとAの反訴のそれぞれの適法性について論ぜよ。
 - (2) 同年6月1日の第1回口頭弁論期日において、Bは、Aの請求に対して、BはAに本件契約上の債務を全額弁済したのでAの請求を棄却するとの判決を求めると述べるとともに、Bの訴えを取り下げる旨述べ、これに対し、Aは、Bの訴えの取下げに同意すると述べた。その後の同年7月15日の第2回口頭弁論期日において、Aは、反訴を取り下げる旨述べたが、Bは、Aの反訴の取下げに異議を述べた。この場合のAの反訴の取下げの効力について論ぜよ。

（出題趣旨）

1と2（1）は、債務不存在確認の訴えの係属中に同一の債務に係る給付の訴えが提起された場合に、訴えの利益や重複起訴の禁止との関係で、それぞれの訴えの適法性をどのように考えるべきかを、別訴の場合と反訴の場合とについて問う問題である。2（1）では、反訴の適法性についても触れる必要がある。また、2（2）においては、債務不存在確認の本訴に対して同一の債務に係る給付を求める反訴が係属している場合に、民事訴訟法第261条第2項ただし書の規定を文言どおりに適用してよいかどうかを検討する必要がある。

第2問

Xは、Yに対し、ある名画を代金100万円で売却して引き渡したが、Yは、約束の期限が過ぎても代金を支払わない。この事例について、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 Xは、Yを被告として、売買代金100万円の支払を求め訴えを提起し、第一審で請求の全部を認容する判決を得たが、代金支払期限後の遅延損害金の請求を追加するため、この判決に対して控訴を提起した。この控訴は適法か。
- 2 Yが、Xから買い受けた絵画は贋作であり、売買契約は錯誤によって無効であると主張して、代金の支払を拒否したため、Xは、Yを被告として、売買代金100万円の支払請求を主位的請求、絵画

の返還請求を予備的請求とする訴えを提起した。

- (1) 第一審でXの主位的請求の全部を認容する判決がされ、この判決に対してYが控訴を提起したところ、控訴裁判所は、XY間の売買契約は無効で、XのYに対する売買代金債権は認められないとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。
- (2) 第一審で主位的請求を全部棄却し、予備的請求を全部認容する判決がされ、この判決に対してYのみが控訴を提起したところ、控訴裁判所は、XY間の売買契約は有効で、XのYに対する100万円の売買代金債権が認められるとの結論に達した。この場合、控訴裁判所は、どのような判決をすべきか。

(出題趣旨)

控訴と予備的併合に関する問題である。1では、控訴の利益の必要性と判断基準について論じた上、代金請求と遅延損害金請求が別個の訴訟物を構成することを踏まえつつ判断基準への当てはめを行うべきである。2では、予備的併合の意義と予備的請求部分も移審していることを踏まえた上で、(1)では、当該部分が控訴審での審判対象となる理由、審級の利益を論ずべきである。(2)では、控訴審の審判対象が不服の限度に限られることや不利益変更禁止の原則との関係でどのような判決をすべきか、これらの原則を形式的に適用して差し支えないかを論ずべきである。

【刑事訴訟法】

第 1 問

甲及び乙は、繁華街の路上において、警察官から職務質問を受け、所持品検査に応じた。その結果、両名の着衣からそれぞれ覚せい剤が発見されたため、警察官が両名に対し、覚せい剤所持の現行犯人として逮捕する旨を告げたところ、甲は、警察官の制止を振り切って、たまたまドアが開いていた近くの不動産業者Xの事務所に逃げ込んだ。そこで、警察官は、これを追って同事務所に立ち入り、机の下に隠れていた甲を逮捕したが、甲は、同事務所に逃げ込んだ際手に持っていた携帯電話機を所持しておらず、机の周辺にも携帯電話機は見当たらなかった。そのため、警察官は、Xの抗議にもかかわらず、甲が隠れていた机の引出しを開けて中を捜索した。一方、乙は、所持品検査を受けた路上で逮捕されたが、大声でわめき暴れるなどしたことから、周囲に野次馬が集まってきた。そこで、警察官は、乙を警察車両に乗せて1キロメートルほど離れた警察署に連行し、到着直後に同警察署内で乙の身体を捜索した。

以上の警察官の行為は適法か。

(出題趣旨)

本問は、覚せい剤所持の現行犯人を逮捕する場面における警察官の行為の適法性を問うことにより、逮捕に伴う無令状での被疑者やその所持品の捜索、被疑者を逮捕の現場から警察署に連行した上での身体捜索について、基本的知識の有無と具体的事案における応用力を試すものである。

第 2 問

警察官は、Aを被害者とする殺人被疑事件につき、捜索差押許可状を得て、被疑者甲の居宅を捜索したところ、「①Aにレンタカーを借りさせる、②Aに睡眠薬を飲ませる、③Aを絞め殺す、④車で死体を運び、X橋の下に穴を掘って埋める、⑤明日、決行」と記載された甲の手書きのメモを発見したので、これを差し押さえた。その後の捜査の結果、X橋の下の土中からAの絞殺死体が発見され、その死体から睡眠薬の成分が検出された。また、行方不明になる直前にAがレンタカーを借りたことも判明した。

甲が殺人罪及び死体遺棄罪で起訴された場合、上記メモを証拠として用いることができるか。

(出題趣旨)

本問は、殺人、死体遺棄事件の被告人宅で押収された、いわゆる犯行計画メモを題材として、当該メモの証拠としての許容性を問うことにより、伝聞法則の趣旨、伝聞証拠と非伝聞証拠の区別、要証事実の捉え方などについて、基本的知識の有無と具体的事案における応用力を試すものである。