The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	法学会講演会開催記事　平成一六年度一学期高等司法研究科試験問題
Author(s)	
Citation	阪大法学. 2005, 54(5), p. 93-113
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/54966
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

雑　録

法学会講演会

日時　平成一六年九月一五日（水）午後三時より午後五時
場所　法経大学院総合研究棟四階大会議室
講演　中村民雄助教授（東京大学社会科学研究所）
「ＥＵ憲法条約」

法学会講演会

日時　平成一六年一〇月二九日（金）午後四時二〇分より
午後五時四〇分
場所　法経講義棟二番講義室
講演　藤井龍子教授（法政実務連携センター）
「大学生のためのキャリアデザイン
――〈企業や官公庁で働くことの
意義と楽しみ――」

平成一六年度一学期試験問題　高等司法研究科

▼法理論……三阪佳弘教授
三成賢次教授
中山竜一教授
福井康太助教授

レポート

以下に添付した資料（省略）は、裁判員制度に関する三つの文書である。第一のものは、司法制度改革推進本部が「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律案」を平成一六年度通常国会に上程するにあたって提出した「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律案の概要」であり、第二のものは、司法制度改革審議会意見書の「Ⅳ　国民的基盤の確立」の抜粋、そして第三のものは、司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会で今年三月に行われた「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案についての意見募集の結果概要」のなかの「個人から寄せられた意見」の抜粋です。これらの資料を参考にしつつ、つぎに挙げる【検討してほしい観点】を手がかりにして、裁判員制度の望ましいあり方について論じなさい。【検討してほしい観点】は参考に過ぎないので、これとは異なる観点から論述を行ってもかまいません。また、このうちの一つに絞って検討してもよいし、複数を結びつけて検討してもらってもかまいません（ただし、なにを論じているかを章立てとして明示すること）。

【検討してほしい観点】

1　司法制度と民主主義の関係
・三権分立制における司法の位置づけと司法の民主化
・「閉じられた司法」と「開かれた司法」
・司法の民主化は司法の適正化につながるか

2　事実認定過程に「素人」が関わることの意味
・事実認定への健全な常識の反映
・要件事実的判断と素人的判断

3　英米型の陪審制度と日本の裁判員制度（比較法制度的視点）
・アメリカ型民主制における陪審制度の位置づけ
・陪審制度の弊害と裁判員制度

4　これまでの日本の「民衆」と司法の関わり
・戦前における日本の陪審制度
・司法に対する一般市民の期待

5　法律家のあり方と裁判員制度
・一般市民と法律家との距離のあり方
・法律家の責任と市民の責任

▼公法1 ……松井茂記教授
鈴木秀美教授

第1問　Aさんが転居したB市は古くからある農家の多い地区で、地区に居住する住民で組織する町内会は、町内にある護国神社とも深い関係をもち、毎年行われる護国神社の春及び秋のお祭りに際しては、町内会の役員が運営に当たるとともに、町内会の名前で町内会費から献灯料及び御供物料それぞれ一万円を納めている。また町内会は、町内会の集会場のあるB市所有の土地に、お地蔵を建立し管理しており、毎年地蔵盆の祭りをとりおこない、お菓子代など三万円を町内会費から支出している。キリスト教の信者であるAさんは、このような町内会の姿勢に不満をもってきたが、町内のさまざまな行事やサービスを受けるためには町内会に入ることが必要であるため、これまで不満を口に出さないできた。しかし、Aさんがキリスト教の信者であることが住民に知られ、よそ者扱いされたことを受け、このような町内会の姿勢に対する疑問を町内会長に伝えることとし、書面で質問状を送付した。これに対し町内会長Cさんは、次のような内容の回答書を送ってきた。

① 町内会は町内に居住する住民の相互親睦のための組織であって、加入は強制ではなく、それゆえそれは国や地方公共団体のような組織とは異なり、憲法の拘束は受けない。したがって、憲法二〇条・八九条の定める政教分離原則の適用はない。それゆえ、町内会が政教分離原則に反する行為を行ってもなんら問題はない。

② たとえ憲法二〇条・八九条の定める政教分離原則が適用されるとしても、護国神社のお祭りはいわば村祭りであり、地蔵盆ともども宗教的色彩のない習俗的な行事であり、町内会役員の参加や町内会費からの支出は、政教分離原則との関係でなんら問題とはならない。

③ たとえ護国神社でのお祭りや地蔵盆が宗教的色彩を持っているとしても、憲法は地方公共団体などが宗教と関係を持つことを一切禁止しているものではなく、社会的に許容されうる限度内であれば宗教と関係を持つことも許され、護国神社のお祭りや地蔵盆への参加や町内会費の支出は社会的に許容されうる限度内であるため、なんら憲法に違反しない。

Aさんからの相談を受け、町内会及び町内会長Cさんを被告として、損害賠償請求訴訟を提起するとして、どのように違憲の主張を行うかを考えた上で、この回答書に反論しなさい。

第2問　半年後の衆議院議員選挙に立候補を予定している地方政治家Aの妻Xは、出版社Yが、Xには離婚歴があり、Xと複数の男性との交際が前夫との離婚原因であったとする内容の記事を掲載した週刊誌を発行しようとし

ていることを知り、その発行の差止めを求めて、裁判所に仮処分を申立てた。裁判所が、仮処分を認めるためにはどのような要件が必要か。記事の内容が真実と異なるとして名誉毀損を理由に差止めを求める場合と、記事の内容がプライバシーを侵害するとして差止めを求める場合とを対比しながら論じなさい。

▼民法1　……吉田光碩教授

1　次の事例で、Cの立場としてはどのような主張ができるか。

A所有の甲土地は、AからBに譲渡され、Bからさらに Cに譲渡されて、AからB、BからCへと所有権移転の登記がなされた。ところがAからBへの譲渡後六年経ってから、AはAB間の譲渡はAの錯誤によるものであるから無効であると主張して、BおよびCに対して所有権の確認、所有権移転登記の抹消を求めて訴えを提起した。

2　次の事例でMはNに対して、登記なくして自己の所有権を主張できるか、判例の考え方とそれに対する学説の批判、学説の主な主張内容について述べなさい。

L所有の乙土地についてMは時効取得に要する期間（一〇年または二〇年）所有の意思をもって平穏・公然に占有を継続した。一方NはLから乙土地を譲り受けて所有権移転の登記を経由した。

▼民法2　……小杉茂雄教授

《事例1》　Y商店（売主）とA会社（買主）は、平成一〇年六月一七日、継続的商品売買契約を締結し、A会社のY商店に対する上記売買契約に基づく債務につき、A会社の代表者であったXは、同人が所有していた土地（以下、「本件土地」という。）に、同月一七日、極度額を金三、〇〇〇万円とする根抵当権（根抵当権者はY商店、債務者はA会社）を設定し、その登記も了していた。

平成一五年一二月になってA会社は、倒産、廃業し、Y商店とA会社間の上記売買契約に基づく取り引きは、平成一五年に終了した。

平成一五年末の時点において、A会社は、Y商店に対し、商品原材料の調達資金としてY商店に貸し付けた金一、一〇〇万円の貸金債権（返済期限、平成一五年一二月一〇日）を有していた。他方、Y商店は、A会社に対し、金二、六〇〇万円の売買代金債権（支払期限、平成一五年一〇月二五日）を有していた。平成一六年に入って、Y商店が上記（根）抵当権を実行しようとしているので、Xは、Y商店に対し、上記抵当権実行の前に何らかの法的手段をとりたいと思っている。ちょうどそのとき、Xの父Cが、A会社の債務二、六〇〇万円のうち、一、五〇〇万円を代払いしてくれた。

問1

① Xが、Y商店に対し、A会社の債務不存在の前提の主張をしようとする場合、その民法上の主張の具体的な内容と民法上の法的根拠を答えなさい。

② Xが、A会社の債務不存在の前提の主張をしてきた場合、Y商店は、どのような民法上の主張、反論ができるか、できるだけ具体的に答えなさい。

③ XのA会社の債務不存在の前提の主張が裁判上なされ、Y商店がこれに反論等し、それが争われた場合、あなたが裁判官であったなら、どちらをどのような民法上の理由、法的根拠で勝訴させるか、具体的に答えなさい。

《事例2》 平成一二年九月二八日に、甲所有の土地・建物に抵当権が設定され（X_2が、抵当権者、甲が、債務者であり抵当権設定者）、登記も了された。甲は、この所有土地・建物のうち、建物を乙に賃貸し（賃料は、月額金一〇万円）、乙に引き渡しもなされた。甲が、X_2に対する被担保債務（金一、八〇〇万円）を弁済せず、債務不履行をしたので、X_2は、甲の乙に対する賃料債権を抵当権の物上代位権に基づき差押えをなし、その差押命令は、平成一五年六月一〇日に乙に到達した。これに先立つ平成一五年四月二三日に、甲は、甲に対する金六〇〇万円の債務者であるY_2に、その弁済のために、甲の乙に対する平成一五年五月分から平成二〇年四月分までの六〇ヶ月分の賃料債権を譲渡し、甲の上記賃料債権（平成一五年五月分から平成二〇年四月分までの賃料債権）の内容証明郵便による譲渡通知は、同年四月二五日に乙に到達した。

なお、乙は、平成一五年五月分と六月分の賃料を、甲にも、誰にも支払っていない。

以上の事例で、

Ⅰ 差押えをしたX_2は、平成一五年五月分と同年六月分のほぼ三分の一を除いた同年六月分の賃料と同年七月以降の賃料を抵当権の被担保債権額（金一、八〇〇万円）にみつるまで取得できる。

Ⅱ 債権譲渡を受けたY_2は、平成一五年五月分から平成二〇年四月分までの全額（金六〇〇万円）を取得できる。

Ⅲ X_2は、平成一五年五月分以降の賃料を抵当権の被担保債権額（金一、八〇〇万円）にみつるまで取得できる。

問2 ⅠないしⅢの結論を導き出すための論拠をそれぞれできるだけ詳しくあげて答えなさい。

▼法律実務基礎 ……松本和彦教授他

平常点

▼公法3 ……村上武則教授

次の二問のうち、一問を選択して解答せよ。

（第1問）　ストロングライフ事件において、毒物及び劇物取締法の登録をめぐり、一審（東京地裁昭和五〇年六月二五日）、二審（昭和五二年九月二二日）および最高裁（昭和五六年二月二六日）の考察視点は、それぞれ様々に異なった。それらの点を分析してみよ。

（第2問）　六価クロム事件において、住民訴訟で争われたが、一審（東京地裁平成八年八月二七日）、二審（東京高裁平成一〇年二月一八日）および最高裁（平成一三年一二月一三日）は、それぞれどのように判断したのか、とくに三号請求と四号請求との関係を中心として述べてみよ。

▼公法4　……松井茂記教授

神戸市で産婦人科医院を開業し、不妊を専門に治療を行ってきたA医師は、男の子ばかり三人を出生しながら、どうしても女の子がほしいという女性B及びその配偶者Cからの相談を受け、体外受精を行うとともに、着床前に受精卵の性別診断を行った。A医師が加入している社団法人日本産科婦人科学会では、着床前診断についてガイドラインを設けており、その実施を重い遺伝性の疾患のある場合に限定しており、しかも学会の承認を要求しているが、A医師はこのガイドラインを知っていながら、学会に申請をせず着床前診断を実施したものである。この事実が明らかになり、日本産科婦人科学会は、A医師を除名処分とした。これに対しA医師は、この処分を不服とし、日本産科婦人科学会を被告として、このガイドラインと除名処分の無効確認と損害賠償を求める訴訟を提起した。A医師は、憲法一三条により自ら望む医療行為を自由に行う権利を有しており、このガイドライン及び除名処分はこの権利を侵害し違憲であるとともに、憲法一三条の保障する自ら望む治療を受ける患者の権利を侵害し違憲であると主張した。

これに対し、被告日本産科婦人科学会は、答弁書の中で、以下のような主張を行っている。

①　着床前診断が妥当かどうかは、人の生命の根源にかかわるような、生命倫理に関する高度に倫理的な問題であり、このような高度に倫理的な問題については、裁判所は司法権を行使すべきではない。このことは、高度に政治的な問題について、最高裁判所が司法権行使になじまないとしていることから明らかである（最高裁判所大法廷判決昭和三四年一二月一六日刑集一三巻一三号三二二五頁及び最高裁判所昭和三五年六月八日大法廷判決民集一四巻七号一二〇六頁参照）。また、このことは、宗教上の教義に関する紛争については、司法権の範囲外であるとする最高裁判所第三小法廷判決昭和五六年四月七日民集三五巻三号四四三頁からも明らかである。それゆえ本件訴訟は却下されるべきで

ある。

② 除名処分は、日本産科婦人科学会という社団法人の会則に基づくガイドラインに依拠してなされたものであり、日本産科婦人科学会は団体として独自の法秩序をもっており、その法秩序は「部分社会」として尊重されるべきである。それゆえ、裁判所は、団体の内部的規律であるガイドラインの是非及びそれに基づく処分の当否について判断すべきではなく、ガイドライン及びガイドラインに基づく処分については司法権は及ばないと解すべきである。このことは、宗教上の教義に反する行為を理由とする宗教団体の除斥処分について司法権行使を否定した最高裁判所第二小法廷判決平成元年九月八日民集四三巻八号八八九頁など幾多の最高裁判所判決から明らかである。それゆえ、本件訴訟は却下されるべきである。たとえこの主張が妥当ではないとしても、団体は部分社会として独自の法秩序を有しているので、裁判所はその法秩序に関する団体の判断を尊重すべきで、裁判所は、団体の内部問題については団体の判断を尊重し、それを前提として司法権を行使すべきと解すべきである。それゆえ、裁判所は、日本産科婦人科学会の判断を尊重し、本件訴訟は理由がないものとして棄却すべきである。

このA医師からの依頼を受けて訴訟を代理していると仮定して、この答弁書の主張に反論する準備書面の主張をまとめなさい。

▼民法5 ……平田健治教授

第1問

AはB不動産会社から従来賃借していた甲建物を敷地付で代金一五〇〇万円で購入する契約を二〇〇三年三月一日に締結した。Aはすでに持ち家を保有しており、この契約はセカンドハウス購入のためのものであり、また、投資目的も幾分入っていた。売買代金は締結時より一年にわたり分割払いとし、登記は代金完済の時とされた。

Aは、市場価格が高騰してきたのを機会として、二〇〇三年九月にCと代金一七〇〇万円で転売契約を交わした。ところがAが分割払継続中の二〇〇四年一月、B会社は突然上記土地建物をDに売却し、移転登記を経由した。なお、AはBとの契約締結後、甲建物を利用していなかった。上記土地建物の市場価格は、BAの契約締結時に一四〇〇万円、ACの契約締結時に二〇〇〇万円、BDの契約締結時に一六〇〇万円、訴訟提起時に一三〇〇万円でその後は横ばい状態であると仮定する。AがBに対して履行不能による損害賠償訴訟を提起するとして、いかなる主張を当事者はなすことが可能かを検討した上で、しかるべき結論を提案せよ。

第2問

(1) Aは持ち家の敷地用としてまず土地を購入し、さらにその上に建物を建築したが、その後天災で消失してしまった。これらの資金としてAはBからあらかじめ金銭の負担付贈与を受け、それを充てていたが、建物完成後に、負担の不履行を理由としてBより解除された。なお、負担付贈与を上記経費に充てた残金は、C銀行、D銀行に分けて預金していたが、預金当時すでに経営が悪化していたC銀行預金分は、その後のC銀行の倒産で回収不可能となった。BがAに対して不当利得返還訴訟を提起するとして、いかなる主張を当事者はなすことが可能かを検討した上で、しかるべき結論を提案せよ。

(2) 「物の占有権限を内容とする権利が売却された場合、売主は買主に対して物の瑕疵ならびに権利の瑕疵がない状態で物を引き渡す義務を負う。」というルールがあると仮定して、このルールが適用されるべき権利の範囲をどのような基準で限定すべきかを提案せよ。

第3問

(1) 通行地役権がAが所有する甲土地を要役地、Bが所有する乙土地を承役地として成立していたが、地役権登記はなされないままであった。Cが乙土地を売買により譲り受けた場合と、占有継続により時効取得した場合につき、それぞれAC間の関係につき、しかるべき結論を提案せよ。Aが有したのが通行地役権ではなく、囲繞地通行権であった場合はどうか。

(2) Aが所有する甲土地をBが一九六二年以来占有している。一九八〇年にCはAから甲土地を譲り受け、移転登記が経由された。一九八五年にCはDに対する債務を担保するために甲土地に抵当権を設定し、登記がなされた。Bは、一九九五年に、時効取得を理由として、Cに対し移転登記を、Dに対し抵当権登記の抹消を求めて提訴した。場合を分けて、いかなる主張を当事者はなすことが可能かを検討した上で、しかるべき結論を提案せよ。

なお、論ずる際に、判例の立場に関する通称（第＊原則）を用いてよい。

第4問

B女の夫が死亡して、B女、子のC、Dが唯一の遺産である土地甲を相続した。遺産分割協議がなされ、子のC、Dが甲土地を持分二分の一ずつの割合で取得し、その旨の登記がなされた。AはBに五〇〇万円を貸与していたが、Bが無資力であるため、B、C、Dを相手として、協議を詐害行為取消権にもとづき取消し、法定相続分に応じた移転登記を求める訴訟を提起した。C、Dは、この分割にはB扶養の意味が含まれているので詐害性はないと主張している。場合を分けて、いかなる主張を当

事者はなすことが可能かを検討した上で、しかるべき結論を提案せよ。

▼商法1　……青竹正一教授

問題1　大阪に本店を置いて建設業を営むA会社は、札幌市内に出張所を開設し、Bが出張所長として営業に当たっていた。Bは、自ら経営の実権を握っていたC会社の資金繰りのため、A会社札幌出張所長Bという名義の約束手形を振り出してC会社に交付した。C会社はこれを割引のためE会社に裏書交付した。E会社がA会社に手形金の支払を求めたところ、A会社は、つぎの理由で手形金の支払義務はないと主張した。A会社の主張は認められるか。

(1)　Bの手形振出は札幌出張所長の営業に関する行為ではない。

(2)　出張所長が手形を振り出すことはA会社の社内規則で禁じられている。

(3)　E会社はBがC会社の資金繰りのために手形を振り出したことを知りえた。

(4)　A会社はBを札幌出張所長に選任していない。

(5)　札幌出張所は営業所ではない。

問題2　つぎの判例の多数意見と反対意見のどちらを正当と考えるか。理由を付して述べなさい。

不当利得金返還請求事件　最高裁昭和五五年一月二四日判決　民集三四巻一号六一頁

〈事案〉省略

〈判決理由〉省略

▼民事訴訟法2　……藤本利一助教授

以下の各問題に答えなさい。

I　以下のA、B、Cは、共同所有形態における紛争に関し、固有必要的共同訴訟の成否を検討した判決文の一部である。共同所有関係をめぐる訴訟において、訴訟共同の必要があるか否かについて、どのような要素を考慮するべきかをふまえつつ、各判決相互の整合性を論じなさい。

A　「ところで、ある不動産の共有権者の一人が、その持分に基づき、当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対して、その登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならず、いわゆる保存行為に属するものというべきであるから、民法における組合財産の性質を前記の如く解するにおいては、その持分権者の一人は単独で右不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めることができる筈である。」

B　「思うに、一個の物を共有する数名の者全員が、共同原告となり、いわゆる共有権（数人が共同して有する一個の所有権）に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として、共有権の確認を求めているときは、

その訴訟の形態はいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である（大審院大正一一年（オ）第八二一号同一三年五月一九日判決、民集三巻二二一頁参照）。けだし、この場合には、共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となつているのであつて、共有者全員が共同して訴訟追行権を有し、その紛争の解決いかんについては共有者全員が法律上利害関係を有するから、その判決による解決は全員に矛盾なくなされることが要請され、かつ、紛争の合理的解決をはかるべき訴訟制度のたてまえからするも、共有者全員につき合一に確定する必要があるというべきだからである。また、これと同様に、一個の不動産を共有する数名の者全員が、共同原告となつて、共有権に基づき所有権移転登記手続を求めているときは、その訴訟の形態も固有必要的共同訴訟と解するのが相当であり（大審院大正一一年（オ）第二五六号同年七月一〇日判決、民集一巻三八六頁参照）、その移転登記請求が真正な所有名義の回復の目的に出たものであつたとしても、その理は異ならない。」

C　「不動産の共有者の一人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができるところ、不実の持分移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているということができるから、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる。」

Ⅱ　以下の各問いに答えなさい。

Yが土地甲をXに売却した後、甲をZに二重譲渡した。その後、XはYに所有権移転登記手続請求訴訟を提起した。

(1)　Zが本件訴訟に独立当事者参加をする場合、どのような請求を立てればよいか。また、このような参加は認められるか。Zが、本件物件について仮登記を有している場合と対比しながら論じなさい。（ZのYに対する請求は、仮登記の本登記請求となる。）

(2)　参加申出に対し、係属中の訴訟当事者であるXが異議を述べた。裁判所はどのように対応するべきか論じなさい。

(3)　参加が認められるとして、XZ双方登記を得ていない場合、裁判所はどのような判決をなすべきか。

(4)　Zの独立当事者参加が認められるとして、XY間で訴訟上の和解をすることは可能か論じなさい。

訴外AからXとZに対して債務者をYとする一〇〇〇万円の金銭債権の二重譲渡がなされた。XはYに対して一〇〇〇万円の支払を求めて提訴。Zは、Xに対

してこの金銭債権が自己に帰属することの確認、Yに対して一〇〇〇万円の支払を求めて独立当事者参加の申出をした。

(5) 上記事例で、第一審でXY請求棄却、ZX請求およびZY請求が認容され、この訴訟結果につき、Xのみが控訴した場合と、Yのみが控訴した場合を考える。

(i) 控訴審において審判対象となる請求はそれぞれ何か。

(ii) 上記Xのみが控訴した場合で、控訴審がXのYに対する請求を認容しようとする場合、どのような判決をなすべきか。また、上記Yのみが控訴した場合で、控訴審がZのYに対する請求を棄却しようとする場合、どのような判決をなすべきか。Xのみが控訴した事例と異なることはあるか。

(6) 上記事例で、第一審はXY請求認容、ZX請求およびZY請求を棄却した。この訴訟結果につき、Zのみが控訴。控訴審がZの両請求を認容するべきであると判断した場合、XY請求はどうなるか。控訴裁判所はこれも審判対象とするべきか。

▼刑事訴訟法 ……水谷規男教授

次の三題について論述せよ。ただし、第三問については、別紙起案用紙（省略）の弁護人欄に氏名を記入したうえで、意見欄のみを記述すること。

第1問 以下の設例について、捜査方法に関する問題点を指摘した上で、獲得された証拠の証拠能力を論じなさい。

かねてから「内縁の夫Aがクスリを打ったり、深酒をするたびに殴る蹴るの暴行を加えるので、説諭してやめさせてほしい」と知人の女性Bから相談を受けていた警察官甲は、「Aがまた暴れている。助けてほしい」との通報があったのを受けてB方に赴いた。ところが甲が駆けつけたときにはすでにAは車で外出しており、Bが別段怪我をしたようでもないので、甲は、Bに対し、「今日はきちんとお灸をすえてやるから」と告げてAを追跡することにした。それから約二〇分後、甲はAの車を発見し、Aに「奥さんに粗暴な振る舞いをやめさせてくれと頼まれた。警察署で話をしたいからついて来い」と申し述べてAをAの運転する車で警察署に出頭させた。甲はAの車を警察署の駐車場にとめさせ、警察署内の会議室にAを同行した。同会議室内で所持品の提示を求めたところ、Aがそれを拒否したので、甲はAが何らかの凶器か覚せい剤等の薬物を所持しているのではないか、との疑いを抱き、Bからの電話聴取書を疎明資料として、Bに対する暴行と覚せい剤取締法違反の被疑事件について、Aの着衣および携帯品の捜索差押令状を請求することとした。この令状請求の時間を利用して、甲はAに対する説諭を続け、同行から約一時間後に上記令状四通が

発布され、警察署に届けられたのを受けて、Aに令状を示して着衣および携帯品の捜索を実施した。すると、Aの所持していたセカンドバッグの中からパイプが発見され、パイプ中にはタバコとは異なるこげ茶色の物が詰められていたので、試薬による検査を実施したところ大麻であることが判明した。そこで、甲は、Aを大麻所持の被疑事実で現行犯逮捕した。Aはその際「Bとのことで話があるというからついてきたんや。こんなのだまし討ちやないか」と抗議したが、甲はAの抗議を無視し、引き続いて覚せい剤取締り法違反の被疑事実で発せられた捜索差押令状を根拠に、Aが乗ってきた自動車内の捜索を実施し、車内から覚せい剤と思われる白色の粉末の入ったガラスケース二本を押収した。甲がこのガラスケースを示し、「こんなものが出てきたら言い逃れのしようはないやろ。今も覚せい剤打ってんのと違うか」と尋ねたところ、Aはこれを認めてようやくおとなしくなり、求められた尿検査にも素直に応じ、鑑定の結果、尿中から覚せい剤成分が検出された。

第2問　以下の設例について、検察官のした対応について、問題点を指摘しなさい。

被告人Aは、婚約者Bとドライブ中に、ハンドル操作を誤り、自車をセンターラインからはみ出させて走行したために、対向車線を走行中のCの車と自車を衝突させ、衝突のはずみで路肩から転落したC車の車中でCを死亡させたとの業務上過失致死の訴因で起訴された。

検察側立証が終了した後の第六回公判で、自己の被害者遺族D（被害者の妻）の意見陳述が行われ、Dは、「たとえ保険金と被告人が申し出た示談金によって、生活に困ることはないとしても、突然夫を失った空虚感は癒されることはない」と涙ながらに訴え、「事故後Bも謝罪に訪れたが、そのとき、事故のとき、AはBの肩を抱きながら片手でハンドルを握って運転していた、とも聞いた。本件事故はBにも責任があると思う」と述べるとともに、「被告人が今までどおり社会生活を続け、Bと幸せな家庭を築くとしたら、納得できない。せめてAには五、六年は刑務所に入って反省してもらいたいし、Bも刑事責任を問われてしかるべきだ」と述べた。

検察官は、第七回公判において、Aに対する訴因中の「ハンドル操作を誤り」の部分を「自車を制御できない速度超過の状態であることを認識しながらも、同乗者の肩を抱きながら片手でハンドルを操作し、」と変更し、罰条も業務上過失致死罪から危険運転致死罪（刑法二〇八条の二第一項）に変更することを請求し、別途Bを同罪の幇助犯として起訴した。

第3問　以下の設例について、あなたが弁護人であるとしたら、検察官の証拠調請求に対してどのように対応する

か。裁判所に宛てた意見書を起案しなさい。

① 起訴状記載の訴因

被告人は、平成一五年四月二七日午後三時三〇分ころ豊中市柴原町四丁目二一番地先の路上において、自転車で通行中の甲山幸子（当時四〇歳）を背後から自転車にバイクを接触させて転倒させ、同女の反抗を抑圧したうえで自転車の前籠から同女の財布（現金二万六千円在中）を奪取し、よって同女に加療三週間を要する打撲傷及び擦過傷を負わせたものである。（罪状：刑法第二四〇条前段、強盗致傷罪）

② 審理経過

被告人阿井植夫は、上記訴因で平成一六年二月一〇日に起訴され、第一回公判が平成一六年五月一八日に、第二回公判が同年六月一八日に開かれた（被告人は、当初から上記事件への関与を否認している）。第二回公判において検察官は、目撃者乙川一郎の証人尋問を請求し、乙川の尋問が第三回公判期日である平成一六年七月一六日に行われた。検察官の主尋問に対して証人乙川は、反抗を至近距離で目撃し、犯人が財布を奪った後自分の目の前をバイクで走り去ったこと、犯人はヘルメットを着用しておらず、間近に見たので、犯人の人相をよく覚えていること、そして自分の目撃した犯人は、法廷にいる被告人であることを供述した。同日の反対尋問で、弁護人であるあなたは、上記犯行日時の直前に撮影された被告人の写真（無帽、短髪で髭がない）を入手したうえ、乙川証人が被告人を犯人と同定した経過を尋ねた。乙川は、犯行直後に被害者を病院へ連れて行き、そこで急報を聞いて駆けつけた警察官に目撃情況等を尋ねられたが、警察官がバイクの特徴を中心に事情を聴取したため、犯人については「長髪の若い男」と答えたのみで、警察官には人相等を詳しく述べていないこと、事件から半年以上たった平成一六年一月一六日に警察に呼び出され、一〇人の写真が並べられた写真帳から被告人を犯人と同定したこと、写真帳の写真では被告人は脱色した長髪と無精ひげがめだっており、その特徴から被告人の写真を犯人に間違いないと思って選んだこと、在廷する被告人の印象も写真と変わらないことを供述した。そこで、あなたが入手した犯行日時直前の被告人の写真を示して、写真の人物が犯人と似ているかどうかを尋ねたところ、乙川証人はその写真の人は犯人とは似ていないと言いきった。あなたがその写真が当時の被告人のものであることを告げると、乙川証人は、二の句が告げなくなり、検察官の再主尋問もなく証人尋問は終了した。

③ 検察官が取調請求した証拠

平成一六年一月二〇日付の乙川一郎の検察官に対する供述録取書一通（刑訴法三二一条一項二号該当の書面として請求）および乙川一郎の司法警察員に対する供述録取書二通（平成一六年一月一六日付け、および平成一六年七月二〇日付けのもの。刑訴法三二八条該当の書面として請求）なお、各調書の内容は、検面調書については検察官の主尋問の際の供述と同様であり、員面については、一月一六日付のものは検面調書とほぼ同一であったが、七月二〇日付けのものは、「あらためて短髪の被告人の写真と当時写真帳にあった残り九人の写真を見比べてみると、やはり被告人の写真が目撃した犯人と一番似ている」との供述を含んでいた。

▼刑事訴訟法　……中村雅臣教授

検察官Pは、「A市の市議会議員甲と同市の建築課長乙が、同市発注の体育館建築工事に絡んで、建築業者丙から多額の賄賂金を貰っている。」旨の匿名の投書に端緒を得て捜査を遂げた結果、収集した証拠から、

A市の市議会議員甲が、A市立体育館建築工事の監督をしていた同市建築部建築課長乙から、「体育館工事の請負業者丙に、『建築課長が工事の監督に手心を加えてやると言っているので、課長の乙にそれ相当のお礼をしてあげてはどうか。』と言って、丙に賄賂を要求して欲しい。」との依頼を受けて承諾し、平成一六年七月二五日、同市内の喫茶店『B』において、同工事を請け負っていた丙建設株式会社代表取締役の丙に対し、その旨伝えた上、同月二八日午後三時ころ、同市の議員会館において、丙から、乙が同工事の監督に手心を加える謝礼として現金一〇〇万円を受け取り、同日午後八時ころ、同市内の乙の自宅において、乙に対し、丙から受領した賄賂の現金一〇〇万円を渡した。

という事実を認定した。

(1)　検察官Pは、甲についてどのような処理をすべきか。

(2)　検察官Pが、甲について乙との収賄の共犯として起訴したところ、証拠調べの結果、甲は、平成一六年七月二五日、A市内の喫茶店『B』において、丙から、「建築課長乙に現金を渡して、体育館建築工事の監督に手心を加えて欲しいと頼んで貰いたい。」との依頼を受けて承諾し、同月二八日午後三時ころ、同市内の議員会館において、丙から、同工事の監督に手心を加えて貰う謝礼の現金一〇〇万円を預かり、同日午後八時ころ、同市内の乙の自宅において、乙に対し、丙の依頼の趣旨を伝えた上、丙から預かった賄賂の現金一〇〇万円を渡した、との事実が明らかになった。

検察官Pは、甲についてどのような措置を講じなければならないか。

(3)　検察官Pは、本件捜査の過程で、甲携帯のセカンド

バッグから、①「H一六・七・二八、丙の現金一〇〇万円を乙へ」と記載されたメモ一枚を、丙建設株式会社事務所から、②「平成一六年七月二八日、社長仮払金・現金一〇〇万円（建築課長乙へ支出）」と記帳された裏金銭出納簿を、それぞれ差し押さえた。

検察官Pが、上記の①メモ及び②裏金銭出納簿を、「丙から甲を経て乙に現金一〇〇万円が渡された」事実を立証する証拠として請求したところ、弁護人が不同意としたが、検察官Pはどのような主張・立証をすべきか。

▼法曹倫理　……南川博茂教授

第1問　別紙の訴状と別紙の北畑次郎と野寄四郎の言い分を読んだ上で、下記の設問に理由を付して解答して下さい。なお答案では、人物については森、北畑、田辺、野寄と略して記載してよい。

設問

1①　弁護士Xが、北畑次郎と田辺三郎の両名の訴訟代理人に就任することは、利益相反の観点から許されるかについて論じなさい。

②　利益相反の観点以外で、弁護士Xが、直ちに北畑次郎と田辺三郎の両名の訴訟代理人として活動することについて問題点とその理由を説明しなさい（報酬の問題は省く）。

2　北畑次郎から、Xは何度も確認を取ったが、北畑次郎から五月分の家賃の領収書がないと聞いていたところ、北畑次郎から自分の記憶違いであり、いつも使っている家賃の通帳とは別に、森太郎が発行した領収書があったとの連絡があり、森太郎と手書きされ、「森」という捺印があり、五月分家賃と但し書のある領収書が北畑次郎から送られてきた。

Xとしては森太郎が作成した領収書かどうか判断に迷った。

①　Xが答弁書で、北畑次郎は五月分の家賃は支払ったと主張することは問題ないか。

②　北畑次郎から送られてきた領収書を、書証として提出することが法律上あるいは弁護士倫理上問題になるのはどのような場合か。

別紙

北畑次郎と野寄四郎の言い分

北畑次郎と野寄四郎は、X法律事務所で次のとおり陳述した。なお田辺三郎は在席していない。

「北畑次郎は本件建物の賃借人で、ここで喫茶店『ヘルマン』を営んでいました。ところが平成一六年の春頃から体調を崩し、自分で喫茶店『ヘルマン』を切り盛りすることができなくなりました。野寄四郎は本件建物の近所の不動産仲介業者で、以前から北畑次郎と面識があ

ったので、北畑次郎から相談を受け、野寄四郎は喫茶店『ヘルマン』の経営を誰かに任せては、具体的には誰かを店長にして任せてはどうかとのアドバイスをしました。」

「野寄四郎は北畑次郎のために店長を探していたところ、結局平成一六年七月になって田辺三郎が店長にさせて下さいと言ってきました。田辺三郎と北畑次郎との間では、北畑次郎が田辺三郎に毎月三〇万円を支払う、店の売り上げが月額五〇万円を超えたときは、超えた部分を北畑次郎と田辺三郎で折半して取得するとの約束にしています。現状は、喫茶店には田辺三郎だけが店にいます。以前北畑次郎が切り盛りしていたときには、北畑次郎が一人で店にいました。」

「家賃を滞納しているのは、北畑次郎が病気だったからです。森太郎は四月分、五月分、六月分の家賃を滞納したと言っていますが、滞納したのは四月分と六月分だけで、五月分の家賃は北畑次郎がいつものように袋に入れて、森太郎に持参して支払ったのですが、森太郎が本件建物から出て行ってくれと言って押し問答になり、領収書を受け取ったのかどうかよく覚えていません。七月分の家賃は、支払う前に契約解除通知が来たので、支払いをしていません。毎月の喫茶店の売上はコンスタントに五〇万円くらいはあります。」

「野寄四郎は田辺三郎から紹介料として三〇万円をもらっていますが、野寄四郎は田辺三郎に対して、この訴訟は嫌がらせで森太郎が起こしてきたものであるから心配するなと説明しています。田辺三郎は今回の裁判については野寄四郎に任せると言っています。田辺三郎の印鑑と依頼手続を任せるとの趣旨の委任状は持参していますので、X弁護士宛の委任状に押印できます。」

訴状

平成一六年八月二日

〒　大阪市○○区○○町1丁目2番3号
　　原　告　森　太郎
〒　大阪府池田市△△町3丁目2番1号
　　被　告　北畑次郎
〒　大阪府豊中市□□町2丁目1番3号
　　被　告　田辺三郎

建物明渡等請求事件
訴訟物の価格　金三〇〇万円
貼用印紙額　金二万円
大阪地方裁判所御中
第1　請求の趣旨
　1　被告らは、原告に対し、別紙物件目録記載（出題者注　物件目録省略）の建物を明け渡せ、
　2　被告北畑次郎は、原告に対し、金四〇万円を支払

え、

3　被告らは、原告に対し、平成一六年八月一日より別紙物件目録記載の建物の明渡しに至るまで、月額金一〇万円の割合による金員を支払え、

4　訴訟費用は被告らの負担とする、

との判決ならびに仮執行宣言を求める。

第2　請求の原因

1　原告と被告北畑次郎との間で、平成一五年七月一日に、次のとおりの賃貸借契約が成立し、同日原告は被告北畑次郎に別紙物件目録記載の建物（以下本件建物という）を引き渡した。

賃貸借契約の表示

① 賃借目的物　本件建物

② 賃貸人　森　太郎　賃借人　北畑次郎

③ 賃貸期間　平成一五年七月一日より二年間

④ 賃料及び支払時期　月額一〇万円　毎月末日限り、当月分を支払う。

⑤ 契約の解除

賃貸借契約書第三条

賃借人が賃料の支払いを合計二月分以上怠ったときは、賃貸人は無催告解除できる。

賃貸借契約書第四条

賃借人が賃貸人の書面による承諾なく転貸契約を締結したとき又は賃借権を譲渡したときは、賃貸人は賃貸借契約を無催告解除できる。

2

(1)　被告北畑次郎は平成一六年四月分から同年六月分の家賃を滞納した。

(2)　被告北畑次郎は、被告田辺三郎に本件建物を転貸又は賃借権譲渡した。本件建物は被告北畑次郎と被告田辺三郎が共同で占有している。

(3)　原告は、賃料不払い、無断転貸・譲渡を理由に賃貸借契約を無催告解除する旨の意思表示を行い、その旨を記載した内容証明郵便は、平成一六年七月三一日に被告北畑次郎に送達された。

(4)　被告北畑次郎は、平成一六年七月分の家賃の支払いも怠っている。

(5)　本件建物を被告らが無断使用することによって生じる損害額は、月額一〇万円を下回らない。

3　よって、原告は、

(1)　被告北畑次郎に対しては、賃貸借契約終了に基づく本件建物の明渡請求権と賃貸借契約に基づく平成一六年四月分、五月分、六月分、七月分の賃料請求権（合計四〇万円）を、

(2)　被告田辺三郎に対しては、所有権に基づく明渡

請求権（妨害排除請求権）を、

(3) 被告らに対しては、民法第七〇九条に基づく損害賠償請求権（賃料相当額の損害）を有しているので、請求の趣旨記載の判決を求めるものである。

以上

第3　証拠方法　略

第4　添付書類　略

第2問　次の事案における国選弁護人Yの行動について、弁護士倫理上の問題点を指摘し、弁護士倫理の定める各種義務（誠実義務、守秘義務、真実義務等々）に照らして、どのような行動を取るべきであったかを論じなさい（取り上げた各種義務の意味も明らかにすること）。

1、吉村悟司（二三歳）と中山幸三郎（二三歳）は中学からの友人で、これまでしばしば居酒屋やカラオケ店などで酒を飲みながら深夜遅くまで遊ぶ仲間であった。

2、吉村悟司（以下「吉村」という。）は、通信制の高校を一年で中退し、鳶職見習い、ビラ配りのアルバイト、土木作業員、配管工、中古車販売店の営業担当など、職を転々としてきた。平成一六年三月末日に中古車販売店をリストラされ、ハローワークに通うなどして求職活動をし、同年五月二七日、新しい会社で面接をした結果、同年六月四日、採否の通知が来る予定であった。吉村は一六歳のとき、先輩と一緒に路上に停めてあった原動機付き自転車を盗んで乗り回したことがあり、家庭裁判所に送致されたが、審判不開始となったことがある。母親はスーパーのレジでパートとして働いており、経済的には苦しい状況にある。

3、中山幸三郎（以下「中山」という。）は、工業高校を卒業後、父親が経営する自動車・バイクの整備工場で働くようになり、これまで問題行動を起こしたことはない。父親が経営する整備工場は繁盛しており、経済的に裕福である。

4、弁護士Yは被告人吉村の国選弁護人に選任され、裁判所から受け取った起訴状に記載された公訴事実はつぎのとおりであった。

第1　被告人両名は、共謀の上、平成一六年六月四日午前六時ころ、大阪市港区市岡三丁目、金村喜一方自宅前路上に駐車中の自動二輪車（ホンダシャドー四〇〇、排気量四〇〇CC、時価五〇万円）を窃取したものである。

第2　被告人吉村悟司は、同日午前六時二〇分頃、大阪市港区泉尾三丁目先泉尾交差点において、上記自動二輪車を運転し、赤信号を無視して交差点に進入した結果、歩行者用青信号にしたがって同交差点の横断歩道を歩いていた岡寛（五四歳）に衝突し、同人に入院加療三ヶ月を要する左大腿骨骨折の傷害を

負わせたものである。

5、弁護士Yは、直ちに大阪拘置所へ接見に向かった。接見の際、吉村は、「刑事さんに取調べられている段階から、『お前が最初にバイクを盗んで乗り回して遊ぼうと言い出したのだろう』と責められ続け、逮捕されたその日に簡単な自白調書を取られました。翌日接見に来てくれた当番弁護士のA先生に、やってないことはやってないとはっきり言いなさい、それが無理ならせめて黙秘することだとアドバイスを受け、その後は刑事さんに何も話しません。でも、どうやら中山君が、僕が最初にバイクを盗もうと言い出したと言ってるらしく、最後まで、刑事さんに責められ続けました。中山君が刑事さんにどういう供述をしたのか確認してもらえませんか」と求めてきた。なお、当番弁護士Aは吉村と一回接見したのみで、捜査段階の弁護を受任しなかった。

6、そこで、弁護士Yは、裁判所に中山の弁護人名を確認したところ、顔見知りの弁護士Bが私選弁護人としてついており、中山は大阪拘置所に勾留されていることが判明した。

7、弁護士Yは、弁護人Bに架電し、中山の供述内容を確認するとともに、更に、大阪拘置所へ赴き「弁護人になろうとするもの」として、中山に接見し、最初にバイクを盗んで乗り回して遊ぼうと言い出したのは吉村であると供述していることを確認した。

8、弁護人Yが中山と接見した際、中山は、次のように打ち明けた。「本当は、バイクを盗もうと言い出したのは私なんです。親父の修理工場で私が担当していたバイクの修理でミスをして、取り替えるべき部品を壊してしまったのです。親父に正直に言えば良かったのですが、その部品は高価で、二〇万円もするし、修理を依頼してきた人は昔からのお得意様で、修理を急がされていたのです。そこで、以前同じ型のバイクを隣町の人に販売していたことを思い出し、そのバイクを盗んで部品を取ろうと思い、吉村君にそのことを相談したのです。すると、吉村君は手伝ってあげるよと、快く引き受けてくれたんです。私の弁護人B先生は、親父が経営している会社の顧問弁護士で、本当のことをB弁護士に言えば親父にばれてしまうと思い、怖くて本当のことを言えないのです。このことは誰にも言わないで下さいね、秘密は守ってもらえますよね」

9、弁護士Yは、再度、吉村に接見し、中山から聴取した事実関係を確認した。吉村は、中山が上記のように弁護士Yに話したことは間違いないと断言した。そこで、弁護士Yは吉村に公判では正直に話をするようアドバイスしたが、吉村はそれに従おうとしなかった。

10、また、吉村は、公訴事実第二の交通事故についても、「実は、バイクを運転していたのは中山で、僕はバイクの後部座席に乗っていました。中山が、盗んだバイクに乗ってみて、目当ての部品がきちんと作動しているか確認したいと言ったからなのです」と言った。弁護士Yは、吉村に対して、公判では第一の公訴事実についても、第二の公訴事実についても、本当のことを話すように懸命に説得したが、吉村は「このままでいいです。ただ、被害弁償に関しては、中山君の方できちんとしてもらうよう、取りはからって下さい」というばかりであった。

11、結局、弁護士Yは、吉村の要望に従い、罪状認否では公訴事実をいずれも認め、中山の弁護人である弁護士Bに対しては、吉村側はお金がないので、被害弁償はできないとだけ伝え、母親を情状証人として出廷させ、今後吉村を充分監督する旨の証言を引き出し、被告人質問を終えて、結審を迎えた。

▼民事回収法1　……下村眞美教授

以下の各設例について、理由を示して各小問に答えよ。なお、各小問は、独立したものとして考えること。（参考資料は省略）

【設例1】　Sは、甲土地を所有していたところ、平成一四年、Hを抵当権者とする抵当権を設定した。Hは、平成一六年四月八日、抵当権に基づき甲土地の競売を申し立て、同日九日、競売開始決定を得て、甲土地につき差押登記がされた。

(1)　Gは、Sに対して、売掛金債権を有する債権者であるが、平成一六年四月一五日、甲土地について競売が開始されたことを知り、これに参加し、配当に与りたいと考えている。どのような法的手続を踏まねばならないか。

Sが Aに対し、平成一六年四月一二日、甲土地を売却し、同日付けで所有権移転登記がされた場合はどうか。

(2)　Sは、Hの抵当権が存在しないことを理由に、競売開始決定に執行異議を申し立てたが、棄却された。SがH申立ての競売手続を停止し、さらには既にされた執行処分を取り消してもらうためにはどうすればよいか。

(3)　Hが申し立てた競売手続が進行し、買受人Bに対する売却許可決定がされ、Bが買受代金を納付した。Sは、その後、Hに対して、被担保債権の元本及び損害金並びに競売手続費用を弁済するので受領するよう催告したが、Hが受領を拒絶したので、その金員を供託した。Sは、配当期日において、Hに対し、配当異議を申し出た上、配当異議の訴えを提起した。Sの請求

は認められるか。

【設例2】 X会社は、自社で製造した乙バイオリンを代金二五〇万円でYに売り渡した。Yは、契約締結時に五〇万円を支払い、残代金については毎月末日限り一〇万円ずつ二〇回に分割して支払うこととした。また、X会社とYは、代金完済までX会社が乙バイオリンの所有権を留保すること、Yが割賦金の支払いを一回でも怠ったときは、残代金について直ちに期限の利益を失う旨合意した。そして、上記内容及び執行受諾文言のある公正証書が作成された。Yは、X会社から乙バイオリンの引渡しを受けて、使用している。

(1) X会社は、Yが第五回目の割賦金の支払いを怠ったので、YがZから支給される給与に対して、強制執行することを考えている。X会社が強制執行を申し立てるには、どのような法的手続を踏めばよいか。また、X会社は、転付命令を受けることができるか。

(2) Yが割賦金を一八回支払った段階で、Yの債権者であるCが確定判決に基づき、乙バイオリンを差し押さえた。X会社は、これに対してどのような手段をとることができるか。また、X会社の措置に対し、Cが強制執行を続行する方法はあるか。

▼刑法2 ……島岡まな助教授

今回の試験問題は公開を予定したものではなかったため、掲載しない。次回から掲載する。

▼労働法 ……小嶌典明教授

レポート

問 次の裁判例を読み、下記の設問に答えなさい。

イ 住友軽金属工業第一事件

名古屋地裁平成一三年二月五日判決

名古屋高裁平成一四年四月二六日判決

ロ 住友軽金属工業第二事件

名古屋地裁平成一三年三月六日判決

名古屋高裁平成一四年四月二四日判決

設問1 各事件の事実および判決内容を要約しなさい。

設問2 控訴審判決の結論が異なったのはなぜか。その理由を簡潔に述べなさい。