

# 平成18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

国会は、主に午後6時から同11時までの時間帯における広告放送時間の拡大が、多様で質の高い放送番組への視聴者のアクセスを阻害する効果を及ぼしているとの理由から、この時間帯における広告放送を1時間ごとに5分以内に制限するとともに、この制限に違反して広告放送を行った場合には当該放送事業者の放送免許を取り消す旨の法律を制定した。この結果、放送事業者としては、東京キー局の場合、1社平均で数十億円の減収が見込まれている。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、放送事業者の広告放送の自由を制約する法律が制定されたという仮定の事案について、営利的表現の自由の保障根拠や放送という媒体の特性を踏まえて、その合憲性審査基準を検討し、当該事案に適用するとともに、放送事業者に生じうる損害に対する賠償ないし補償の可能性をも検討し、これらを論理的に記述できるかどうかを問うものである。

### 第2問

A市において、「市長は、住民全体の利害に重大な影響を及ぼす事項について、住民投票を実施することができる。この場合、市長及び議会は、住民投票の結果に従わなければならない。」という趣旨の条例が制定されたと仮定する。

この条例に含まれる憲法上の問題点について、「内閣総理大臣は、国民全体の利害に重大な影響を及ぼす事項について、国民投票を実施することができる。この場合、内閣及び国会は、国民投票の結果に従わなければならない。」という趣旨の法律が制定された場合と比較しつつ、論ぜよ。

#### (出題趣旨)

本問は、条例により投票結果に法的拘束力を与える住民投票制度を導入することが憲法上許されるかという点について、日本国憲法における代表民主制と直接民主制の位置づけや関連規定の趣旨、地方自治の本旨等に関する基本的理解を踏まえながら、国民投票の場合と対比しつつ、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

Aは、Bに対し、A所有の甲絵画（時価300万円。以下「甲」という。）を200万円で売却して引き渡し、BはAに代金全額を支払った。Bは、その1か月後、Cに対し、甲を300万円で売却して引き渡し、CはBに代金全額を支払った。現在、甲はCが所持している。AB間の売買は、Bの詐欺によるものであったので、Aは、Bとの売買契約を取り消し、Cに対し甲の返還を求めた。

- 1 (1) Aの取消しがBC間の売買契約よりも前になされていた場合、AC間の法律関係はどうなるか。考えられる法律構成を2つ示し、両者を比較しつつ、論ぜよ。
- (2) (1)の場合において、Cが甲をAに返還しなければならないとき、BC間の法律関係はどうなるか。
- 2 Aの取消しがBC間の売買契約よりも後になされた場合、AC間の法律関係はどうなるか。考えられる法律構成を2つ示し、両者を比較しつつ、論ぜよ。なお、これらの構成は、1(1)で示した2つの構成と同じである必要はない。

#### (出題趣旨)

本問は、動産売買契約の詐欺による取消しと第三者との関係について、取消しの前後の各場面において、考えられる法律構成（即時取得、対抗問題、詐欺による取消し前の善意の第三者保護など）から2つを提示し、比較検討する能力を問うものである。また、取消し後の第三者が目的物を返還しなければならない場合における売主との関係（売主の担保責任など）につき、提示された法律構成との整合性を保ちつつ論じることにも求められる。

### 第 2 問

Aは、B所有名義で登記されている建物（以下「本件建物」という。）をBから賃借して引渡しを受け、本件建物で店舗を営んでいる。Aは、賃借に当たってBに敷金を支払い、賃料もBに遅滞なく支払ってきた。ところが、本件建物は、真実はBの配偶者であるCの所有であり、CがBに対し、Bの物上保証人として本件建物に抵当権を設定する代理権を付与し登記に必要な書類を交付したところ、Bが、Cに無断でB名義に所有権移転登記を経由した上、Aに賃貸したものであった。

以上の事案について、次の問いに答えよ（なお、各問いは、独立した問いである。）。

- 1 Aが本件建物を賃借してから1年後に、Aは、その事実を知ったCから本件建物の明渡しを請求された。Aは、Cに対し、どのような主張をすることが考えられるか。
- 2 Aは、本件建物がBの所有でないことを知った後、Cに対してBとの賃貸借契約が当初から有効であることを認めてほしいと申し入れたものの、Cは、これを拒絶した。その後、Cが死亡し、BがCを単独相続したところ、Bは、Aが本件建物を賃借してから1年後に、Aに対し本件建物の明渡しを請求した。
  - (1) Aは、Bに対し、BがCを単独相続したことを理由に本件建物の明渡しを拒絶することができるか。
  - (2) 仮に(1)の理由で明渡しを拒絶することができないとすれば、Aは、Bに対し、どのような主張をすることができるか。特に敷金の返還を受けるまで本件建物の明渡しを拒絶すると主張することができるか。

#### (出題趣旨)

小問1は、代理人が基本代理権を逸脱してなした行為が代理形式ではなく自己名義でなされた場合に、民法94条2項の類推適用など善意の相手方を保護するための法理を問うものである。小問2は、他人物賃貸借において権利者の拒絶の意思が示された後にその地位を他人物賃貸人が相続した場合の法律関係を考察し、さらに他人物賃貸借が履行不能により終了した場合における賃借人の法的主張について敷金返還請求を中心に検討することを求めるものであり、典型的でない事例への応用能力を試すものである。

## 【商 法】

### 第 1 問

Aは、個人で営んできた自動車修理業を会社形態で営むこととし、友人Dにも出資してもらい、甲株式会社を設立した。甲社は、取締役会及び監査役は置くが、会計参与及び会計監査人は置かないものとされ、取締役には、Aのほか、以前からAに雇われていた修理工のB及びCが選任されるとともに、監査役には、Aの妻Eが選任され、また、代表取締役には、Aが選定された（以上の甲社成立までの手続には、何ら瑕疵はなかった。）。

ところが、甲社では、取締役会が1回も開催されず、その経営は、Aが独断で行っていた。そのため、Aは、知人Fから持ち掛けられた事業拡張のための不動産の購入の話にも安易に乗ってしまい、Fに言われるまま、手付名目で甲社の資金3000万円をFに交付したところ、Fがこれを持ち逃げして行方不明となってしまい、その結果、甲社は、資金繰りに窮することとなった。

- 1 甲社の株主であるDは、A、B、C及びEに対し、会社法上、それぞれどのような責任を追究することができるか。
- 2 AがFに3000万円を交付する前の時点において、この事実を知った甲社の株主であるD及び監査役であるEは、Aに対し、会社法上、それぞれどのような請求をすることができたか。

#### （出題趣旨）

本問は、小規模な取締役会設置会社において、代表取締役が会社の規模に比して高額な契約を独断で締結したところ、相手方の債務不履行により会社に多額の損害が生じた場合について、代表取締役、他の取締役及び監査役の会社に対する任務懈怠責任及び株主を第三者とする損害賠償責任並びに株主及び監査役の差止請求権の有無及び要件等を的確に理解し、当該事例へ適切に当てはめることができるかを問うものである。

### 第 2 問

大阪市内で電化製品販売業を営むY株式会社の代表取締役Aは、デジタルカメラの某人気機種を安値で大量に調達しようと考え、何度か取引をしたことのある「東京都内に本店のあるZ株式会社の大阪支店営業部長甲山一郎」と自称する人物（以下「B」という。）に対し、売主を探してきてほしい旨の依頼をしたところ、Bから、「Y社振出しの約束手形を所持していると仲介者として行動しやすい。売主との話がついたら返すから、取りあえず貸してほしい。」と言われたため、取引銀行から交付されていた統一手形用紙を用いて、その振出人欄に「Y社代表取締役A」と記名して銀行届出印ではない代表者印を押捺し、手形金額欄に「3,000,000円」と記入したものを、受取人欄、満期欄及び振出日欄を空白にしたまま、Bに交付した。

ところが、Bは、その受取人欄に「Z社大阪支店」と記入して満期欄と振出日欄も補充し、裏書人欄に「Z社大阪支店長甲山一郎」と記名捺印した上、これを割引のため金融業者Xに裏書譲渡し、その割引代金を持ったまま姿をくらました。その後の調査により、東京都内にZ社は実在するものの、同社には、大阪支店はなく、甲山一郎という氏名の取締役や従業員もいないことが判明した。

Xが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、受取人欄、満期欄及び振出日欄を空白にしたいわゆる見せ手形を交付した場合について、振出しの名義人が手形上の責任を負うかどうかを問うものである。具体的には、受取人欄、満期欄及び振出日欄の記載を欠くこと、振出しの名義人が手形債務を負担する意思を有していたとはみられないこと等の事実が手形上の責任の発生ないし手形所持人による権利の取得にどのような影響を与える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

病院長である医師甲は、その病院に入院中の患者Xの主治医Aから、Xに対する治療方法についての相談を受けた。

Xに対して恨みをもっていた甲は、特異体質を持つXに特定のある治療薬を投与すれば副作用により死に至ることを知っていたことから、Aをしてその治療薬をXに投与させてXを殺害しようと考えた。そして、甲は、Aが日ごろから研修医乙に患者の検査等をすべて任せて乙からの報告を漫然と信用して投薬を行っていることを知っており、かつ、乙がAの指導方法に不満を募らせていることも知っていたので、AにXの特異体質に気付かせないままその治療薬を投与させるため、乙を仲間に引き入れることにした。

そこで、甲は、乙に対し、「Xに特異体質があるので、特定のある治療薬を投与すれば、Xは、死に至ることはないが、聴力を失う。」旨うそを言い、Aの治療行為を失敗させることによってAの信用を失わせようと思い掛けた。すると、乙は、これを承諾し、甲に対し、「AからXの検査を指示されたときは、Aに『Xに特異体質はない。』旨うその報告をする。」と提案し、甲は、これを了承した。

その上で、甲は、Aに対し、その治療薬を投与してXを治療するよう指示した。そこで、Aは、乙に対し、Xの特異体質の有無について検査するよう指示したが、乙は、Xに対する検査をしないまま、Aに対し、「Xを検査した結果、特異体質はなかった。」旨報告した。

Aは、本来、自らXの特異体質の有無を確認すべき注意義務があり、もし、AがXの特異体質の有無を自ら確認していれば、Xの特異体質に気付いて副作用により死に至ることを予見し、その投薬をやめることができた。しかし、Aは、実際には、その確認をせず、軽率にも乙の報告を漫然と信用したため、Xの特異体質に気付かないまま、Xに対し、その治療薬を投与してしまった。その結果、Xは、副作用に基づく心不全により死亡した。

甲及び乙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

#### （出題趣旨）

本問は、患者の殺害を企図した病院長が、他の医師とともに、患者の主治医をして患者の特異体質に気付かせないまま治療薬を投与させて患者を死亡させ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、過失行為を利用した間接正犯及び共同正犯の成否等に関する理解と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

甲は、Xが個人として経営する電化製品販売店Y店舗において、同店舗の商品管理その他業務全般を統括する店長乙に対し、不正に取得した信販会社A発行で名義人Bのクレジットカードを使用する正当な権限がないのに、これがあるように装って同カードを呈示し、30万円のパーソナルコンピュータ1台の購入を申し込み、B名義で売上票に署名し、これを乙に渡した。

乙は、売上票を受け取った後、甲がBとは別人であって甲に同カードを使用する正当な権限がないことに気付いた。しかし、乙は、低迷しているY店舗の販売実績を上げるとともに店長としての地位を保とうと思い、甲に対する売上げを同カードによる正規の売上げとして処理することに決め、そのパーソナルコンピュータを甲に引き渡した。そして、乙は、信販会社Aの担当者Cに対し、B名義の署名のある売上票を送付して、甲に対する売上げは同カードを使用する正当な権限のない者に対する売上げであるのに、同カードを使用する正当な権限のある者に対する売上げであるように装い、代金の立替払を請求し、その旨誤信したCをして、信販会社A名義の普通預金口座からX名義の普通預金口座に30万円を振り込ませた。

甲及び乙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

(出題趣旨)

本問は、商品販売店店長が、他人名義のクレジットカードを使用して商品を詐取しようとした者に対し、そのカードの不正使用に気付きつつ商品を渡すとともに、信販会社からその代金の立替払を受け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、詐欺罪、業務上横領罪、背任罪等に関する理解と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

訴状の必要的記載事項の趣旨を明らかにした上で、その不備を理由とする訴状の却下について、その裁判の形式と効果を踏まえて、説明せよ。

#### (出題趣旨)

訴状に必要的記載事項の記載が要求される趣旨の基本的な理解とともに、その記載に不備がある場合に裁判長の命令によって訴状が却下されることの趣旨及び訴状却下命令の効力について問う問題である。訴状の必要的記載事項が当事者の確定及び訴訟上の請求の特定のために要求されることに触れ、裁判長の訴状審査権と補正命令の概要を説明した上で、訴状却下命令のための審理において口頭弁論が開かれない理由や命令の既判力の有無等を論ずべきである。

### 第 2 問

株式会社Xは、Yとの間で中古の機械を代金300万円で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、当該機械をYに引き渡したが、Yが代金の支払をしないと主張して、Yに対し、本件売買契約に基づき代金300万円の支払を求める訴えを提起した。

この事例に関する次の各場合について答えよ。

- 1 Yは、第1回口頭弁論期日において、(1)「Xとの間で本件売買契約を締結したことは認めるが、契約締結後に当該機械の性能では購入の目的を達成することができないことが判明したから、本件売買契約は錯誤により無効である。」と主張した。ところが、第2回口頭弁論期日において、Yは、(2)「Xと本件売買契約を締結したのはYではなく、Yが代表取締役をしている株式会社Zである。」と主張した。

Yの(1)及び(2)の各主張の訴訟上の意味を明らかにした上で、(2)の主張の訴訟法上の問題点について論ぜよ。

- 2 Yが、第1回口頭弁論期日において、「Xと本件売買契約を締結したのはYではなく、Yが代表取締役をしている株式会社Zである。」と主張したため、Xは、Yに対する訴えを取り下げた。その上で、Xは、改めてZを被告として同様の訴えを提起したところ、Yは、Zの代表取締役として、「Xと本件売買契約を締結したのはYであり、Zではない。」と主張した。

裁判所は、Zの主張をどのように取り扱うべきか。

#### (出題趣旨)

1は、裁判上の自白、抗弁及び否認を正しく理解しているかを問う問題である。(1)の主張は自白及び抗弁から成ること、(2)の主張は積極否認であり、かつ、自白の撤回であることをそれぞれ理由を付して指摘した上で、自白の拘束力内容及びその根拠、自白の撤回が許される要件について論ずべきである。2は、民事訴訟においてどのような場合に信義則が適用されるかを問う問題であり、XY間の訴訟とXZ間の訴訟とが当事者を異にする別訴訟であることを踏まえて検討すべきである。

## 【刑事訴訟法】

### 第 1 問

警察官Aは、甲に対する覚せい剤譲渡被疑事件につき、捜索場所を甲の自宅である「Xマンション101号室」、差し押さえるべき物を「取引メモ、電話番号帳、覚せい剤の小分け道具」とする捜索差押許可状を得て、同僚警察官らとともに、甲宅に赴いた。

玄関ドアを開けた甲に、Aが捜索差押許可状を呈示して室内に入ったところ、その場にいた乙が、テーブル上にあった物をつかみ、それをポケットに入れると、ベランダから外に逃げ出した。これを見たAらは、直ちに乙を追い掛け、甲宅から300メートルほど離れた路上で転倒した乙に追い付いた。Aは、乙に対しポケット内の物を出すように要求したが、乙がこれを拒否したため、その身体を押さえ付けて、ポケット内を探り、覚せい剤粉末が入ったビニール袋を発見した。Aは、乙を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕し、その覚せい剤入りビニール袋を差し押さえた。

以上の警察官の行為は適法か。

#### (出題趣旨)

本問は、場所に対する捜索差押許可状を執行する際、その場に居合わせた者に対し、いかなる場合に、どのような措置を実施することができるかを問うことにより、令状による捜索・差押えの効力が及ぶ範囲とその根拠について、刑事訴訟法の基本的な知識及び理解力並びに具体的事案に対する応用力を試すものである。

### 第 2 問

甲は、交差点において赤色信号を殊更に見逃し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転し、歩行者を死亡させたとして、危険運転致死罪で起訴された。公判において、検察官は、事故を目撃したAを現場に立ち合わせて実施した実況見分の結果を記載した司法警察員作成の実況見分調書の証拠調べを請求したところ、甲の弁護人は、「不同意」との意見を述べた。

その実況見分調書には、(1)道路の幅員、信号機の位置等交差点の状況、(2)Aが指示した自動車と被害者の衝突地点、(3)甲の自動車が猛スピードで赤色信号を見逃して交差点に進入してきた旨のAの供述、が記載されていた。

裁判所は、この実況見分調書を証拠として取り調べることができるか。

#### (出題趣旨)

本問は、交通事故事件において証拠上重要な役割を負う実況見分調書を素材として、実況見分における立会人の指示説明の性質とその証拠能力に関する基本的な理解を問うことによって、伝聞証拠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。