

平成21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

自動車の多重衝突により多数の死傷者が出た交通事故の発生前後の状況を、たまたまその付近でドラマを収録していたテレビ局のカメラマンがデジタルビデオカメラで撮影しており、テレビ局がこれを編集の上ニュース番組で放映した後、撮影時の生データが記録されたディスクを保管していたところ、同事故を自動車運転過失致死傷事件として捜査中の司法警察員が、令状に基づき同ディスクを差し押さえた。

この事例に含まれる憲法上の問題点について、その交通事故を取材していたテレビ局が、一般人が撮影したデジタルデータの記録されたディスクを入手し、それを編集の上ニュース番組で放映したところ、同事故に関する自動車運転過失致死傷被告事件の係属する裁判所が、テレビ局に対し、同ディスクの提出命令を発した場合と比較しつつ、論ぜよ。

(出題趣旨)

本問は、報道の自由・取材の自由の憲法上の位置づけを明らかにし、これらに対する刑事事件捜査・公平な裁判の必要性による制約が許されるか否かにつき、報道の内容、取材経緯、警察による押収と裁判所の提出命令の違い等に留意して、関連判例も踏まえつつ、事案に応じて分析検討することを求めるものである。

第2問

国会議員であるとともに弁護士でもあるAは、派遣労働者の権利利益を拡充する内容の法律案に関して開催された地方公聴会において、この法律案の必要性を訴える中で、「この法律案に反対している経営者団体の幹部Bは、労働者を搾取することしか考えておらず、自分が担当している訴訟においてもBが違法に労働者を働かせていることを立証済みである。」旨の発言をしたほか、この発言を自己が開設したホームページに掲載した。Bは、Aの発言やホームページへの掲載により名誉を毀損されたとして、国とAを相手取り損害賠償を求めて提訴するとともに、Aが所属する弁護士会に対してその懲戒の請求をした。

この事例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、憲法第51条が定める国会議員の免責特権について、その趣旨を踏まえつつ、免責の対象となる行為の範囲や免責の効果、国家賠償請求の形での救済の可否等について検討し、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

18歳のAは、唯一の親権者で画家である父Bに対し、真実はバイクを買うためのお金が欲しかったのに、知人からの借金を返済するためにお金が必要であるとうそをついて、金策の相談をした。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、Aに対し、Aの借金を返済する金銭を得るために、Bが描いた甲絵画を、これまで何度か絵画を買ってもらったことのある旧知の画商Cに売却することを認め、売却についての委任状を作成し、Aに交付した。しかし、その翌日、Bは、気が変わり、Aに対して、「甲絵画を売るのはやめた。委任状は破棄しておくように。」と言った。ところが、その後、Aは、Bに無断で、委任状を提示して、甲絵画をCに50万円で売却した。この場合、Bは、Cから、甲絵画を取り戻すことができるか。
- 2 Bは、かねてからAがその所有する乙自動車を売却したいと言っていたのを幸いとして、その売却代金を自己の株式購入の資金とするため、Aの代理人として、Dに対し、乙自動車を60万円で売却した。この場合、Aは、Dから乙自動車を取り戻すことができるか。
また、Bが、以前A名義の不動産を勝手に売却したことがあったことなどから、Aの伯母の申立てにより、家庭裁判所において、乙自動車の売却の1か月前に、親権の喪失の宣告がされ、確定していたのに上記のような売却をしたときはどうか。

(出題趣旨)

小問1は、代理人になろうとする未成年者の詐欺により代理権が授与された後に本人から代理権授与が撤回された場合、代理権授与の撤回(解除)と詐欺による代理権授与の取消のそれぞれの場合における表見代理の成否等取引の相手方の保護について検討させ、代理に関する基礎的な理解力と論理的思考力等を問うものである。小問2は、親権者が子に対する法定代理権を濫用した場合の利益相反行為該当性と権限濫用の法理、行為当時法定代理権が消滅していた場合における表見代理の成否等子の保護と取引の相手方の保護とのバランスについて検討させ、代理に関する基礎的な理解力とその応用力等を問うものである。

第 2 問

被相続人Aは、A名義の財産として、甲土地建物(時価9000万円)、乙マンション(時価6000万円)及び銀行預金(3000万円)があり、負債として、Bから借り受けた3000万円の債務があった。

Aが死亡し、Aの相続人は嫡出子であるC、D及びEだけであった。C、D及びEの間で遺産分割の協議をした結果、甲土地建物及びBに対する負債全部はCが、乙マンションはDが、銀行預金全部はEが、それぞれ相続するということになり、甲土地建物はC名義、乙マンションはD名義の各登記がされ、Eが預金全額の払戻しを受け、Bに遺産分割協議書の写しが郵送された。

ところが、Cは、Bに対する債務のうち1000万円のみを返済し、相続した甲土地建物をFに売却した。

この事案について、特別受益と寄与分はないものとして、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に対する債務に関するB、C、D及びE間の法律関係について論ぜよ。
- 2 乙マンションは、Aが、死亡する前にGに対して売却して代金も受領していたものの、登記はA名義のままになっていた。この場合、Dは、だれに対し、どのような請求をすることができるか。

(出題趣旨)

小問1は、遺産分割協議の際に金銭債務を共同相続人の一人に負担させる合意がされた場合について、金銭債務が共同相続人にどのように相続されるかを前提として、上記の合意の法的性質と債権者に対する効力等を論じさせ、債務の相続、引受等についての基礎的理解とともに論理的思考力を問うものである。小問2は、遺産でない財産を含めて行われた遺産分割協議について、相続開始前の買主と共同相続人との関係、遺産分割協議の錯誤、共同相続人間の担保責任等を検討させ、遺産分割協議に瑕疵があった際の法的処理に関する論理的思考力及び判断能力を問うものである。

【商 法】

第 1 問

製パン事業を営むX株式会社は、資本関係のない食品大手のY株式会社が保有する製パン工場の一つであるA工場をのれんも含めて取得し、これを直営したいと考えている。A工場（のれんも含む。以下同じ。）の評価額は、複数の証券アナリストに評価させたところ、5億円であった。

X社の経営陣は、今後Y社と資本関係を持つことで、Y社からノウハウの提供等を受けることを期待することができると考え、A工場を現金ではなくX社株式50万株で取得することを希望してY社の経営陣と交渉を行ったが、最終的に、両社の経営陣は、X社がY社からA工場をX社株式60万株で取得すること（以下「本件取得」という。）に合意した。

なお、X社は、発行可能株式総数が300万株、発行済株式総数が200万株、純資産額が20億円であり、X社株式の価値は1株当たり1000円であったものとする。また、X社は、公開会社であるが、委員会設置会社でも種類株式発行会社でもないものとする。

本件取得を実行するには、X社の側では、どのような手続をとればよいか。次の二つの方法について、検討せよ。

- 1 本件取得に反対するX社の株主が、X社に対して、その有するX社株式の買取請求をすることを認める方法
- 2 本件取得に反対するX社の株主が、X社に対して、その有するX社株式の買取請求をすることを認めない方法

（出題趣旨）

本問は、株式会社が他の株式会社の事業の一部を自社の株式を対価として取得する場合に取得する株式会社においていかなる手続が必要となるかを問うものである。解答に際しては、取得に反対する株主に株式買取請求を認める手法としては吸収分割が、同請求を認めない手法としては現物出資による募集に係る株式の発行・自己株式の処分が考えられることを示した上で、後者の手法においてはいわゆる有利発行に該当することも考慮しつつ、それぞれ必要となる手続について整合的な論述をすることが求められる。

第 2 問

衣料品の販売を営むA株式会社は、平成21年4月30日、衣料品の製造を営むB株式会社から、衣料品（以下「本件衣料品」という。）を購入し、同日、B社から、本件衣料品の納入を受けた。A社は、同日、

その代金の支払のために、満期を同年6月30日、受取人をB社とする約束手形（以下「本件手形」という。）を振り出した。以上の事実を前提に、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社は、平成21年6月下旬ころ、本件衣料品を購入した消費者からの苦情により、本件衣料品が染色ムラや裁縫不良により販売に適さない商品であることを知った。A社は、直ちに、B社にその旨を通知するとともに、本件衣料品の販売を中止して、購入者から本件衣料品を回収した。A社は、B社との本件衣料品の売買契約を解除することができるか。
- 2 A社とB社とは、本件衣料品の売買契約を合意解除した。B社は、A社に本件手形の返還を約束したにもかかわらず、Cに本件手形の割引を依頼して、本件手形を裏書譲渡した。なお、(1)と(2)は独立した問いである。
 - (1) Cが割引代金を支払って本件手形の裏書譲渡を受けた場合、Cから満期に本件手形の支払請求を受けたA社は、その支払を拒むことができるか。
 - (2) Cが本件手形の裏書譲渡の翌日に割引代金を支払うことを約して本件手形の裏書譲渡を受けたが、割引代金を支払わなかったため、B社は、Cとの本件手形の割引契約を解除して、Cに本件手形の返還を請求した。本件手形の返還を拒んだCから満期に本件手形の支払請求を受けたA社は、その支払を拒むことができるか。

（出題趣旨）

小問1は、商法526条に定める商人間の売買における買主の検査・通知義務の趣旨、要件等についての理解を問うものであり、解答に際しては、本問の瑕疵が直ちに発見することのできない瑕疵に当たるかどうか、売主が瑕疵について悪意であった場合の扱いについても論述する必要がある。小問2は、手形法17条に定める人的抗弁の切断についての基本的な理解を問うとともに、更に振出しと裏書の原因関係がいずれも消滅した場合と人的抗弁との関係についての理解を問うものである。

【刑 法】

第 1 問

甲及び乙は、路上を歩いていた際、日ごろから仲の悪いAと出会い、口論となったところ、立腹したAは甲及び乙に対し殴りかかった。甲は、この機会を利用してAに怪我を負わせてやろうと考えたが、その旨を秘し、乙に対し、「一緒に反撃しよう。」と言ったところ、乙は甲の真意を知らずに甲と共に反撃することを了承した。そして、甲は、Aの頭部を右拳で殴り付け、乙は、そばに落ちていた木の棒を拾い上げ、Aの頭部を殴り付けた結果、Aは路上に倒れ込んだ。この時、現場をたまたま通りかかった丙は、既にAが路上に倒れていることを認識しながら、仲間の乙に加勢するため、自ら別の木の棒を拾い上げ、乙と共にAの頭部を多数回殴打したところ、Aは脳損傷により死亡した。なお、Aの死亡の結果がだれの行為によって生じたかは、明らかではない。

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、相手方による急迫不正の侵害に対して、共同で反撃行為としての暴行を加え、更に他の者がこれに加担して暴行を加え続けたところ、相手方が死亡したが、死因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、これを的確に把握し、分析する能力を問うとともに、正当防衛、共同正犯と過剰防衛、承継的共同正犯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

甲は、国際旅行協会（A I T）という団体を設立し、A I Tには有効な国際運転免許証を発行する権限がないにもかかわらず、A I Tの名前で、正規の国際運転免許証に酷似した文書を作成して、顧客に販売することにした。

ある日、甲は、国際運転免許証を欲しがっている乙に対して、日本で運転免許を持っていなくともA I Tが発行する有効な国際運転免許証を20万円で買うことができると告げたところ、これを信じた乙は、甲がA I Tの名前で発行する国際運転免許証様の文書を20万円で購入することにした。しかし、乙は、手持ちの金がなかったので、甲にそのことを告げたところ、甲は、自己の経営する宝石店で乙が宝石を購入したように仮装して、その購入代金につき、乙が信販会社とクレジット契約を締結し、これに基づいて信販会社に立替払をさせる方法により、国際運転免許証の代金を支払うように勧めた。これを承諾した乙は、甲の宝石店で20万円の宝石を購入したように仮装して、A信販会社とクレジット

ト契約を締結し、甲は、乙にA I T名義で発行した国際運転免許証様の文書を渡した。なお、商品の購入を偽装したクレジット契約は、A信販会社の約款において禁止されており、甲及び乙はこれを知っていた。その後、A信販会社は、クレジット契約に基づき、甲の管理する預金口座に20万円を振り込んだ。その翌月、乙は、A信販会社からの請求に対し、20万円を支払った。

甲及び乙の罪責を論ぜよ。

(出題趣旨)

本問は、国際運転免許証に酷似した文書を偽造し、その購入を持ち掛けた上、真実は宝石の売買がないのに、売買があったと偽装し、信販会社とクレジット契約を締結して信販会社に立替払をさせるという方法により金銭を騙し取ったという事例を素材として、これを的確に把握し、分析する能力を問うとともに、私文書偽造罪及び詐欺罪の成立要件に関する理解と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

Xは、自転車に乗って道路を横断中、Yが運転する乗用車と接触して転倒し負傷したために、3000万円の損害を被ったと主張して、Yに対し、3000万円のうちの2000万円の損害賠償を求める訴えを提起した。この訴訟において、Yは、請求棄却を求め、事故の原因は急いでいたために赤信号を無視したXにあると主張した。裁判所は、事故はYの過失によって発生したものであり、Xの被った全損害の損害額は2500万円であるが、整備不良のためにブレーキがきかないまま自転車を運転し赤信号の道路に飛び出したXにも5割の過失があると認めた。裁判所は、どのような判決をすべきか。

(出題趣旨)

過失相殺の訴訟上の取扱いを問う問題である。弁論主義の意義・機能及び弁論主義が適用される事実を明らかにした上で、裁判所が判決において過失相殺をするためには当事者がどのような主張をすることが必要かを論ずべきである。また、一部請求の訴訟物が何かを踏まえつつ、見解の対立をも踏まえて一部請求における過失相殺の方法を論ずべきである。

第 2 問

Xは、Yとの間で動産の売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結したとして、Yに対し債務の履行を求めたが、Yは、本件売買契約はYの代理人と称するZがYに無断で締結したものだとして主張し、Xの請求に応じようとしなない。そこで、Xは、YとZを共同被告とする訴えを提起し、Yに対しては本件売買契約の当事者としての債務の履行を求め、Zに対しては無権代理人としての債務の履行を求めた。

第1回口頭弁論期日において、Xは、同時審判の申出をし、Yに対しては本件売買契約当時のZの代理権の存在を主張し、Zに対してはZの代理権の不存在を主張した。Yは、Zの代理権の存在を争う旨の主張をし、証拠の申出をしたが、Zは、答弁書を提出しないまま第1回口頭弁論期日に欠席した。

- 1 裁判所は、第1回口頭弁論期日においてZについて弁論を分離してX勝訴の判決をすることができるか。
- 2 裁判所は弁論を分離しなかったが、Zはその後の期日もすべて欠席した。証拠調べの結果、裁判所は、本件売買契約当時、Zは代理権を有していたとの心証を得た。この場合、裁判所はどのような判決をすべきか。

3 2とは逆に，裁判所は，本件売買契約当時，Zは代理権を有していなかったとの心証を得たため，XのYに対する請求を棄却し，Zに対する請求を認容する判決をした。この第1審判決に対してXがYを被控訴人として控訴した場合，控訴裁判所は，YとZを共同被控訴人として判決をすることができるか。

(出題趣旨)

同時審判申出共同訴訟についての理解を問う問題である。1では，同時審判申出共同訴訟の趣旨及び要件に言及しつつ，弁論の分離が禁止されることを指摘すべきである。2では，弁論及び裁判の分離が禁じられることを除き共同訴訟人独立の原則が適用されること，X主張の請求原因についてZの擬制自白が成立し，かつ，Zが抗弁を主張していないことに留意しつつ，YZそれぞれに対する判決の内容を論ずべきである。3では，XのYに対する控訴によりZに対する請求が控訴審に移審するかどうかを論ずべきである。

【刑事訴訟法】

第 1 問

警察官 A は、振り込め詐欺事件に関与した疑いの濃厚な被疑者甲について、銀行の現金自動預払機から現金を引き出す際に防犯ビデオカメラに写っていた犯人との同一性を判断するため、甲宅前路上から、同宅 2 階の居室を監視し、その窓のカーテンを開けて甲が窓越しに顔を見せた際、所携のビデオカメラで、甲の容ぼうを撮影した。また、警察官 B は、防犯ビデオカメラに写っていた犯人の右手首のあざが甲にあるかを確認するため、甲が入ったレストランに客を装って入店し、かばん内に装備した小型ビデオカメラで、飲食している甲の様子を撮影した。

警察官 A 及び B の撮影行為は適法か。

(出題趣旨)

本問は、振り込め詐欺事件の犯人特定のために警察官が行ったビデオ撮影の適法性を問うことにより、強制処分法定主義の意義、強制処分と任意処分の区別、ビデオ撮影の法的性質と適法性の判断基準などについて、基本的な知識の有無と具体的な事案に対する応用力を試すものである。

第 2 問

警察官 A は、強盗殺人の被疑事実で勾留中の甲を取り調べたが、その際、黙秘権の告知をしなかった。甲は、当初、アリバイを主張して犯行を否認したが、A が「犯行現場の防犯カメラにあなたの顔が写っていた。」旨の虚偽の事実を告げたところ、甲は犯行を自白し、被害品を友人宅に隠匿していることも供述したので、その内容を録取した供述調書①が作成された。そこで、A は、供述調書①を疎明資料として捜索差押許可状の発付を受けて甲の友人宅を捜索したところ、被害品が発見されたので、これを差し押さえた。その後、別の警察官 B が、黙秘権を告知して取り調べたところ、甲が犯行を再度自白したので、その内容を録取した供述調書②が作成された。

裁判所は、供述調書①、甲の友人宅で差し押さえられた被害品及び供述調書②を証拠として採用することができるか。

(出題趣旨)

本問は、強盗殺人事件の捜査段階においてなされた警察官に対する自白を題材として、当該自白、これに基づき発見された二次的証拠及び反復された自白の証拠能力を問うことにより、自白法則についての基本的な知識の有無と具体的な事案に対する応用力を試すものである。