

# 平成14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

A市の市民であるBは、A市立図書館で雑誌を借り出そうとした。ところが、図書館長Cは、「閲覧用の雑誌、新聞等の定期刊行物について、少年法第61条に違反すると判断したとき、図書館長は、閲覧禁止にすることができる。」と定めるA市の図書館運営規則に基づき、同雑誌の閲覧を認めなかった。これに対し、Bは、その措置が憲法に違反するとして提訴した。

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、市民が、公立図書館において、その所蔵する雑誌を閲覧する権利は、憲法上保障されているか、保障されるとして、それを憲法上どのように位置付けるか、また、その市民の権利を制約することが正当化される事情はどのようなものかを問うとともに、設例の状況において、具体的にどのような方法によって解決が図られるべきかを問うものである。

### 第2問

以下の各訴えについて、裁判所は司法権を行使することができるか。

- 1 国会で今制定されようとしているA法律は明らかに違憲であるとして、成立前に無効の宣言をするよう求める訴え。
- 2 B宗教の教義は明らかに憲法第13条の個人の尊重に反しているとして、その違憲確認を求めてC宗教の信徒らが提起した訴え。
- 3 自衛隊は憲法第9条に違反する無効な存在であるとして、国に対して、自己の納税分中自衛隊に支出した額の返還を請求する訴え。

#### (出題趣旨)

日本国憲法上の司法権とは、具体的事件に法律を適用して紛争を解決する作用であるといわれているが、本問は、司法権の範囲及び限界に関し、三つの具体例に関連させながら、司法判断適合性、事件性の要件、裁判所法第3条の「法律上の争訟」、統治行為論(政治問題の法理)等の意義と機能について、その理解を問うものである。

## 【民法】

### 第 1 問

Aは、妻とともに、子B（当時18歳）の法定代理人として、Cに対し、Bが祖父からの贈与により取得した甲土地を、時価の500万円で売却して引き渡し、所有権移転の登記をした。Aは、妻の了解の下に、その売却代金を、AのDに対する500万円の債務の弁済に充てた。Aは、Dに弁済する際、甲土地の売却代金により弁済することを秘していたが、Dは、そのことを知っていた。AがDに弁済した時、A夫婦は無資力であった。その後、Bは、成人した。

- 1 A夫婦が売却代金をAのDに対する債務の弁済に充てるために甲土地を売却したものであり、Cは、甲土地を買い受ける際、そのことを知っていた場合において、次の各問について論ぜよ。
  - (1) Bは、Cに対し、甲土地の返還を請求することができるか。
  - (2) CがBに対して甲土地を返還したとき、Cは、Bに対し、500万円の支払を請求することができるか。
- 2 A夫婦が売却代金をBの教育資金に用いるつもりで甲土地を売却したが、売却後に考えが変わり、売却代金をAのDに対する債務の弁済に充てた場合において、Bは、Dに対し、500万円の支払を請求することができるかについて論ぜよ。

#### （出題趣旨）

本問は、代理権と侵害回復方法に関する。1（1）では、利益相反行為、代理権濫用といういわば定型的な問題についての基礎的な見解を、1（2）と2では、議論が残されている問題を与えて、基礎的な知識に依拠しつつ事案を分析し解決する能力を、見ようとした。2では、不当利得返還請求権、債権者取消権などが考えられるが、どれによる場合にも、財貨の移転・帰属を整理した上で要件を検討することが期待された。

### 第 2 問

Aは、20歳の息子Bが資産もないのに無職でいることに日ごろから小言を言っていたところ、BがCから500万円の借金をしていることを知り、その借金を返済してやりたいと考えた。しかし、Bは、「親の世話になりたくない。」と言って、これを拒否している。AがBの上記債務を消滅させてやるためには、いかなる法律的方法があるか。AC間に新たな合意を必要としない場合と必要とする場合とに分けて論ぜよ。

#### （出題趣旨）

本問は、債権の消滅に関する民法の横断的な知識・理解を問うものであり、民法第474条以下の債権消滅原因及び保証・債権譲渡など債務者の意思に反する債務消滅を可能とするための法律行為についての基本的な理解を見るとともに、債権の消滅につき債務者の意思を尊重することの合理性についての問題意識を問うものである。

## 【商 法】

### 第 1 問

株式会社A社は、株式会社B社の総株主の議決権の60パーセントを有する株主であるが、A社及びB社は、A社を存続会社、B社を消滅会社として合併をすることとなった。

A社及びB社は、ここ10年間ほど1株当たりの純資産額も1株当たりの配当もほぼ同じであったが、合併契約書におけるB社株主に対するA社新株の割当てに関する事項（合併比率）は、B社株式3株に対してA社株式1株の割合となっている。なお、合併交付金はない。

B社の株主総会においては、総株主の議決権の70パーセントを有する株主が合併に賛成、総株主の議決権の30パーセントを有する株主が合併に反対であり、合併契約書は承認された。

B社の株主であるXは、合併比率が不当だと考えているが、株主総会における合併契約書の承認の前後を通じて、どのような手段を採ることができるか。

#### （出題趣旨）

本問は、親会社が子会社を吸収合併するに当たり、合併比率を不当と考える子会社の少数株主が、自己の権利の保護を図るために商法上利用し得る手段に関するものである。具体的には、少数株主に認められる合併比率の不当性等を知るための情報の収集方法、少数株主の株式買取請求権の内容、合併比率の不当性と合併無効の訴えにおける無効事由との関係、子会社の合併承認決議における親会社の議決権行使と株主総会決議取消事由との関係等に関する理解を問うている。

### 第 2 問

Aは、平成14年4月1日、Bに対し、同年5月31日を満期日とする約束手形を振り出した。Bは、同年4月10日、白地式裏書の方式で、この手形に裏書人（第1裏書人）として署名した上、Cに手渡すべく、この手形をBの使用人Dに託した。ところが、Dは、無断でこの手形の満期日の記載を「平成14年6月30日」と書き換えた上、Cに手渡さないまま、同年6月10日、この手形に自ら裏書人（第2裏書人）として署名し、これをEに譲渡した。Eは、平成14年7月1日、この手形を支払のために呈示したが、Aによりその支払を拒絶された。

1 Eは、Bに対し、手形上の責任を追及することができるか。

2 Eは、Dに対し、手形上の責任を追及することができるか。

#### （出題趣旨）

本問は、手形法に関する基本的知識を前提として、問題に示された事例について、どのような法的問題が生じているのかを明らかにし、事例への具体的当てはめを通じて、各当事者に対する手形責任を問い得る法律構成の検討を求めるものである。具体的には、裏書人の責任発生要件、変造手形に係る署名者の責任、遡求権保全要件、手形行為独立の原則等に関する理解に基づき、手形上の権利の存否及び帰属に関する具体例に対する応用力を問うものである。

## 【刑 法】

### 第 1 問

甲は、Aに電話で罵倒されたため憤激し、A方に赴けば必ずけんかになるだろうと思いつきながら、この機会にAを痛めつけようと考え、こん棒を用意するとともに、友人の乙に、こん棒を持っていることは隠し、これからA方に話合いに行くが、けんかになったら加勢してほしいと依頼した。乙は、気が進まなかったが、けんかの加勢くらいはしてやろうと考えてこれを承諾し、一緒にA方に行った。甲は、Aを呼んでも出てこないのだから裏口に回り、乙は、玄関先で待っていたところ、出てきたAが乙を甲と取り違え、いきなり乙に鉄棒で殴り掛かってきた。そこで、乙は、Aの攻撃を防ぐため、玄関先にあったコンクリート片をAに向かって投げたところ、コンクリート片はAの顔に当たり、顔面擦過傷を負わせ、さらに、Aの背後にいたBの頭にも当たり、頭部打撲傷を負わせた。なお、コンクリート片を投げたとき、乙はBがいることを認識していなかった。

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、共犯者相互間において正当防衛の成否に関する事情が異なる点が問題となり、事実の錯誤に関する論点をも伴う事案を題材にして、これらに関する各論点についての理解度を問うのみならず、各論点相互の関連性を踏まえて、整合的に論述し得る論理的思考力を問うことを意図したものである。

### 第 2 問

Aは、宝石（時価100万円）を詐欺によりBから取得したが、その事情を秘して、宝石を100万円で売却することを甲に依頼した。甲は、宝石を受領した当初は、それがだまし取られたものであることを知らなかったところ、その後、偶然その事情を知るに至ったが、そのことを秘してCに売却し、代金100万円を受け取った。甲は、その代金のうち30万円を自己の借金の返済のために使ってしまう、Aには、「70万円しか売れなかった。」と言って納得させ、残りの70万円を渡した。

甲の罪責を論ぜよ。

#### （出題趣旨）

本問は、詐欺により取得した宝石の売却の依頼に始まる事例を素材として、財産犯、殊に盗品等に関する罪、横領罪、詐欺罪の成立要件の理解を問うものであるが、あわせて、成立する犯罪の相互関係の把握も重視している。解答に当たっては、事例の的確な法的把握・分析を前提として、論理的に首尾一貫した論述を行うことが要求される。

## 【民事訴訟法】

### 第 1 問

民事訴訟において手続が公開されない場合について説明せよ。

#### (出題趣旨)

公開主義は、民事訴訟上の原則とされているが、その意味内容を深く理解しているかを問う問題である。公開主義は、憲法を受けて、民事訴訟法上、必要的口頭弁論、絶対的上告理由として現出することを踏まえた上で、公開が必要とされる根拠を論ずべきである。そして、民事訴訟法全体を鳥瞰して、弁論準備手続等の手続が公開されない場合を複数指摘し、そこではなぜ公開でなくてよいかの根拠等を検討してもらうことが出題の意図である。

### 第 2 問

甲は、A土地の所有者乙を被告と表示して、所有権移転登記を求める訴えを提起した。なお、この訴訟には、訴訟代理人はいないものとする。

- 1 甲と通じた丙は、乙と称して訴状等を受領して、第1回口頭弁論期日に出頭し、請求原因事実をすべて自白した。
  - (1) 丙が自白した後、第1回口頭弁論期日において、出頭したのは乙ではなく、丙であることが判明した。この場合、裁判所は、どのような措置を採るべきか。
  - (2) 第1回口頭弁論期日において弁論が終結し、乙に対する請求認容の判決が言い渡されて、控訴期間が徒過した。その後、甲は、A土地について所有権移転登記を経由した。この場合、乙は、訴訟法上どのような手段を採ることができるか。
- 2 乙が訴状等を受領したが、甲と通じた丙が、「口頭弁論期日には出頭しなくてもよい」と乙をだました上、自ら乙と称して、第1回口頭弁論期日に出頭し、請求原因事実をすべて自白した。同期日の後、乙は死亡したが、裁判所が乙の死亡を知らなかったため、乙に対する請求認容の判決が言い渡されて、控訴期間が徒過した。この場合、乙の相続人丁は、訴訟法上どのような手段を採ることができるか。

#### (出題趣旨)

当事者の確定をめぐる手続上の諸問題に対する解決能力を試す問題である。1 (1) では、当事者の確定、訴訟係属の有無に触れた上で裁判所の措置を論ずべきである。1 (2) では、(1)での立場を前提として、判決まで至った場合のその効力とこれに対する救済手段を論ずべきである。2では、1との違いを踏まえ、訴訟係属の有無、手続の中断の効果とこれに違反した場合の判決の効力を論じ、これに対する救済手段を論ずべきである。

## 【刑事訴訟法】

### 第 1 問

甲がラップに包んだ大麻樹脂の塊を飲み込んで体内に隠匿している疑いがあるため、捜査機関は、甲の腹部をレントゲン撮影の上、体内に大麻樹脂の塊らしいものが確認できた段階で、甲に下剤を用いて、大麻樹脂の塊を早期に体外に排出させ、これを押収しようと考えた。

このような捜査を行うには令状が必要か。必要であるとすれば、どのような令状によるべきか。

#### (出題趣旨)

捜査機関が、人の体内に嚥下された法禁物を発見・収集・保全するための捜査活動を行おうとする場合に、令状が必要かどうか、必要であるとすればいかなる令状によるのが適切であるかを問うことにより、令状主義及び強制処分法定主義の意義、任意捜査と強制捜査の区別、各種令状の性質、本件事案において必要となる令状の種類などについて、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

甲は、平成14年3月20日に任意提出した尿の鑑定結果、友人Aの目撃供述及び自白に基づいて、「平成14年3月18日ころ、東京都内のA方において、覚せい剤若干量を注射して使用した。」との訴因で起訴された。公判において、甲は犯行を否認し、Aは捜査段階における供述を覆す証言をしたため、検察官は、上記鑑定結果等から、「平成14年3月上旬ころから同月20日までの間、東京都内又はその周辺において、覚せい剤若干量を使用した。」との訴因に変更請求した。

裁判所は、この訴因変更請求を許すべきか。

#### (出題趣旨)

覚せい剤使用事犯を題材にして、公判廷における審理の経過に伴い、犯行日・犯行場所及び使用態様が特定された訴因から、これらに幅のある記載がされている訴因に変更の請求がされた場合における訴因変更の可否を問うことにより、訴因の意義・機能、訴因の特定に必要な記載の程度、訴因変更の意義及び本件における訴因変更の可否などについて、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。