

2022 年度上智大学法科大学院入試 (A 日程)

法律論文試験 (民法) 出題趣旨

物権的請求権についての理解を問う問題である。

物権的請求権の成立要件は、物権が現実侵害されていること、または、侵害されるおそれが生じていること (客観的違法状態) である。相手方 (侵害者) の故意・過失は要件とはされていない。判例 (大審院昭和 12 年 11 月 19 日判決民集 16 卷 1881 号参照) は、土地の崩落が問題となった事案において、侵害 (危険) が不可抗力に基因する場合などを除き、故意・過失は不要としている。(1) (2) では、物権的請求権の要件、不可抗力に基因するかどうかなどを問うている。各問 25 点ずつとしている。

物権的請求権の相手方は、現に客観的に違法な侵害状態を支配している者であり、侵害の原因を引き起こした者ではない。ただ、判例 (最高裁平成 6 年 2 月 8 日判決民集 48 卷 2 号 373 頁) は、建物を譲渡したにもかかわらず登記名義を保有する譲渡人が、土地所有者に対し、所有権喪失を主張して建物取去・土地明渡の義務を免れることはできないとしている。

(3) では、建物ではなく自動車の問題となっているが、判例の理解を前提に、自動車の所有者・譲渡人・名義人が物権的請求権の相手方となりうるかを問うている。本問は 30 点としている。

2022 年度上智大学法科大学院入試 (A 日程)

法律論文試験 (刑法) 出題趣旨・採点基準

1. X の罪責

①X が B の工場において、C に対し防虫剤を譲り受けることになったと偽り、C に防虫剤の入った瓶を持参させた上で、これを持ち去った行為

・・・相手の占有下にある防虫剤につき、不正にその占有を移転させていることから、窃盗罪 (刑法 235 条) もしくは財物詐欺罪 (246 条 1 項) の成立が問題となる。

・C に交付行為が認められれば C の瑕疵ある意思に基づいて移転したものとして詐欺罪、認められなければ C の意思に反してその占有を侵害したものとして窃盗罪が成立

・本問の事案においては、C は確認させるために一時的にせよ防虫剤の占有を X に移転させたものと認められ、交付行為を肯定することができ詐欺罪が成立する。

(15 点)

②X が A を殺害する意図をもって、会食の場で A の手元にあるウィスキーに防虫剤を混入した行為

・・・相手を殺害する意図をもって、行為者の認識に従えば結果発生をもたらす行為に出たものの、当該防虫剤は実際には行為者の認識と異なる成分であり、致死量を大きく下回っていたため殺害に至らなかったことから、殺人 (199 条) の可罰的未遂 (203 条) か不能犯として不可罰になるかが問題となる。

・可罰的未遂と不能犯の区別基準としては、一般人から見た結果発生危険が認められるかを基準とする具体的危険説と、客観的事実関係に基づき科学的にみて結果発生危険が認められるかを基準とする客観的危険説が対立

・具体的危険説からは、本問における X の行為は A を死亡させるに足りるとの危惧感を、一般人をして抱かせるものとして、殺人の可罰的未遂の成立を肯定する。

・客観的危険説からは、ともかくも人を殺害しうる毒性を有するものを混入している (相対的不能)、あるいは入手した防虫剤が従来通りのものであれば殺害は可能であった (仮定的蓋然性) と考えるならば、この意味における殺害の危険が認められ、殺人の可罰的未遂が成立する。

(20 点)

③両罪の罪数関係

①の事実と②の事実は、その性質上手段と目的の関係に立つものとはいえないから、牽連犯 (54 条 1 項後段) ではなく併合罪 (45 条)。

(10 点)

2. Y の罪責

①Y は X の上記①の行為に当たり、X の計画について告げられたうえで、B の工場付近まで

自動車で X を送迎している。

・・・X との共犯関係の成立が問題となる。

・本問における X の犯行計画の内容に鑑みると、Y の関与はその実現にとって不可欠なものであることから、共同正犯（60条）の成立を認めることができる。

（10点）

②Y は X において行われるべき行為の内容につき、すきを見て何かを入手して逃走するとの認識のもとで、上記 X の行為に関与している。

・・・Y は X による窃盗の事実を認識しているところ、客観的には X の行為は財物詐欺に当たる場合、Y には直接行為者の行為に係る抽象的事実の錯誤が認められることから、この扱いが問題となる。

・法定的符合説を前提に、認識事実と発生事実とで構成要件の実質的重なり合いが認められるのであれば、軽い罪の構成要件の限度で故意犯の成立を認めることができる。

・窃盗と財物詐欺とは、いずれも相手の財産を侵害する罪であって、相手の占有を不法に行為者側に移転する点では共通しており、手段行為に相違があるにすぎないと考えれば、実質的重なり合いを認め、38条2項の規律に従い、法定刑が軽いほうの罪である窃盗罪の規定を適用することになる。

・したがって、Y には（部分的犯罪共同説ないし行為共同説を前提とした場合）窃盗罪の共同正犯が成立することとなる。

（20点）

\*その他論述の進め方につき5点

2022 年度上智大学法科大学院入試 (A 日程)

法律論文試験 (憲法) 出題趣旨

本問では、海外渡航に際して有効な旅券を所持しなければならないところ、旅券法 19 条 1 項 4 号 (以下「本規定」とする) は、海外渡航の自由を直接的に制約するものであるため、その合憲性が問題になる。

海外渡航の自由を保障する憲法上の明文はないが、判例・通説は、憲法 22 条 2 項の「海外移住の自由」に含まれると解し (最大判昭和 33・9・10 民集 12 卷 13 号 1969 頁〔帆足計事件〕参照)、有力説は 22 条 1 項の「居住移転の自由」に含まれるとする。

違憲審査基準のあり方としては、海外渡航の自由が、経済的な自由だけでなく、身体の自由の側面の他、多様な文化や人々と関わることで人格の形成や発展に資するという精神的自由の側面をもつこと、および本制約が直接的な制約であり全面的な強い制約であることなどを考慮して、厳格度を高めるべきであろう。

法令の合憲性を審査するにあたっては、本規定の立法目的に留意する必要がある。帆足計事件で問題とされた旧旅券法 13 条 1 項 5 号 (現行法では同 7 号) の立法目的は、国家の安全といった国家利益の確保にある一方、本規定の立法目的は、直接的には、本人の利益のために本人の自由を制限するといったパターンリズム的なものである。有力説によれば、成熟した判断能力をもつ自律的な成人に対し、原則としてパターンリズムは許されないが、例外として極めて重要かつ不可逆的な利益である生命や身体を保護するための介入は許容される。

また、本問の処分は、取材の自由を間接的に制約するものである。取材の自由について判例は、端的な憲法上の権利としての保障より一段下の保障と解している (最大決昭和 44・11・26 刑集 23 卷 11 号 1490 頁〔博多駅事件〕)。しかし、①報道の自由が国民の知る権利に奉仕するものであることから、報道の前提となる取材の自由も重要な権利であること、②間接的制約であってもその制約の効果が強いことから、本問処分の合憲性については、少なくとも、生命・身体に対する重大な危険が生じる相当の蓋然性の有無など、慎重に検討することが求められる。

なお、本問は、東京地判平成 29・4・19 (判例集未搭載, LEX/DB 25547177) の事案を素材としている。

2022 年度上智大学法科大学院入試（A 日程）

法律論文試験（商法） 出題趣旨

本問では、募集株式の発行手続きに関する問題であり、なかでもいわゆる有利発行の場面を取りあげたものである。

公開会社では、第三者割当の募集株式発行は取締役会決議で決定されることが原則であるが、有利発行の場合には株主総会の（特別）決議が要求される（会社法 199 条、201 条）。当該株主総会においては、当該発行価額で発行する必要性の説明が求められる（同法 199 条 3 項）ところ、A の説明が同項にいう説明と言えるかどうかを検討する必要がある。〔問 1〕においては、これらの手続きが適法に履践されているのかどうかを検討することが必要となる。

〔問 2〕は、〔問 1〕の検討を手がかりとして、募集株式発行阻止の手段を検討することが指示されている。効力発生日前には募集株式発行等の差止め（同法 210 条）、効力発生日後には新株発行無効の訴え（同法 828 条 1 項 2 号）を検討することになるが、〔問 1〕における手続的瑕疵が株主総会決議取消事由（同法 831 条 1 項 1 号）であることから、決議取消しの訴えと募集株式発行の差止めあるいは無効の訴えとの関係についても検討する必要がある。

2022 年度上智大学法科大学院入試（A 日程）

法律論文試験（民事訴訟法） 出題趣旨

〔設問 1〕は、貸金返還請求訴訟の被告が口頭弁論期日においてした「金銭を受け取ったが、借りたのではなく、もらった」という主張の手続法上の意味を問うものである。原告が訴状において主張した請求原因事実のうち、返還約束の事実を、「もらった」という理由を提示しつつ否定する「積極否認」であることを端的に指摘すべきである。一方当事者の事実上の主張に対する相手方の対応は、訴訟手続の進行を理解するうえで不可欠の知識であり、基礎的な学習がなされているかを確認する問題である。

〔設問 2〕では、間接事実の自白が成立するか、それを踏まえて不利益陳述をした当事者がその自白を撤回できるかが問われている。まず本問で問題となった甲建物の売却という事実が（重要な）間接事実であることを確認した上で（なお、しっかりとした根拠を述べて主要事実であるとする論述を否定するものではない）、自白の撤回の可否についての判断根拠と結論を述べるべきである。本問設例は、最判昭和 41・9・22 民集 20 卷 7 号 1392 頁の事例をほぼそのまま採用したものであり、基本判例の理解の程度を問う問題でもある。

2022 年度上智大学法科大学院入試 (A 日程)

法律論文試験 (刑事訴訟法) 出題趣旨・採点基準

本問で要求されるのは、伝聞法則に関する法の解釈・適用が問題となる架空の事例について、争点となりえる法律上の問題を抽出したうえで、その問題の解決に必要な範囲での法の解釈と、解決のために要する法の適用にとって重要な事実の抽出および意味づけを経たすえの規範のあてはめを論述することである。

問題の中核にあるのは、証言①・証言②ののそれぞれについて、伝聞証言に該当するの否かという点に関する解釈・あてはめを明確に示すことと、伝聞証言であれば、いずれの伝聞例外類型に該当するの点という点を確定させたうえで、要件の充足によってその証拠能力が肯定されるの否かという点を明らかにするために、これらの点に関する解釈・あてはめを明確に示すことである。なお、統一・一貫した姿勢で問題の解決にあたっているのかどうかを採点の主眼としているため、あえて、証言①と証言②に分けて設問を立てることはしていない。

論じるべき事項や配点などの詳細については、末尾に示すとおりである。

重要な点については、法の適用に必要な要件・基準の設定に向けて所定の条文に合理的な解釈を施すことや、要件・基準のあてはめに際して重要な事実を適切に抽出して意味づけることなどが必要となる。また、いずれの事項についても、過去の判例・裁判例を意識した論述が求められている。なお、関係する条文が適切に挙示できているの否かは、採点におけるポイントの1つとなっている。

---

I. 伝聞法則に関する法 (刑訴法 320 条 1 項など) の解釈 … 10 点

： 伝聞証拠に該当するの否かの判断に必要な定義・基準の導出

II. 証言①について … 12 点

1. 証言①にかかる要証事実および推認の過程は何なのか

2. 定義のあてはめ：伝聞証拠該当性

= 中核は、証言①における X の供述について、その伝聞過程の有無である

～ X の心理状態にかかる供述の扱いが問われる (判例・通説によれば非伝聞にあたる)

III. 証言②について … 18 点

1. 証言②にかかる要証事実および推認の過程は何なのか

2. 定義のあてはめ：伝聞証拠該当性

= 中核は、証言②における A の供述について、その伝聞過程の有無である

～ A の公判廷外供述について供述証拠的用法が肯定できる

3. 証言②についての伝聞例外許容性を明らかにする

～ 刑訴法 326 条 1 項の適用はないので、同 324 条 2 項の適用による同 321 条 1 項 3 号の要件が問われる

---