

出題の趣旨

1. 問題は、設問 1、2 の全 2 題からなっており、設問 1 では、さらに、パターンを (a) と (b) にわけて、それぞれのパターンについて解答をさせている。いずれの問題も、相殺 (民法 505 条以下) に関する、基本的な知識を習得し、かつ、事例で当てはめができてい
かを、問うている。

2. 設問 1 では、A が、本件の代金債権を受働債権、そして、本件貸金債権を自働債権とする相殺を、B に対して主張できるかを、問題にしている。

・ パターン (a) では、相殺時、すでに本件貸金債権 (自働債権) が時効消滅しているもの
の、その時効消滅 (2025 年 11 月 14 日) のまえに、本件貸金債権と B から A への代金債権
(受働債権) は双方とも弁済期が到来していたため (前者は 2020 年 11 月 10 日、後者は
2025 年 10 月 1 日)、508 条にもとづいて、A は、相殺ができることになる。

・ (b) では、相殺時、すでに本件貸金債権 (自働債権) が時効消滅し、かつ、その時効消滅
(2025 年 11 月 14 日) の前に、本件貸金債権の弁済期は到来しているものの、B から A へ
の代金債権 (受働債権) のそれ (2025 年 12 月 1 日) は未到来であるため、508 条は適用さ
れず、A は、相殺ができない。

3. 設問 2 では、B が、本件貸金債権を受働債権、そして、本件の不法行為による賠償債権
を自働債権とする相殺を、A に対して主張できるかを、問題にしている。

509 条は、不法行為に基づく賠償債権等を受働債権とする相殺を禁じており、本件事案に、
この禁止が適用されるかが問題となる。しかし、本件で問題としているのは、不法行為に基
づく賠償債権を自働債権とする相殺であるから、同条の文言およびその立法趣旨 (不法行為
の誘発防止、不法行為被害者の保護) からして、同条は、本件事案には適用されない。この
ため、B は、相殺ができる。

2022 年度上智大学法科大学院入試 (C 日程)
法律論文試験 (刑法) 出題趣旨・採点基準

1. 出題趣旨

本問は、司法試験で問われる頻度が極めて高い放火罪と共犯を主なテーマとして、事例の分析と問題解決をする能力を有しているか否かを問うものである。

2. 採点基準 (80 点満点)

(1) X の建造物等以外放火罪の成否

①「公共の危険」の発生の有無

X が放火したのは A バイクなので、110 条の建造物等以外放火罪の成否が問題となるが、本罪の成立には「公共の危険」が発生することが必要である。

(i)「公共の危険」の意義 (15 点)

不特定または多数人の生命・身体または財産に対する危険

(ii) 評価 (15 点)

X の放火によって B 車と C バイクに対する延焼の危険が発生し、消火を行った D にも危険があったといえるので、「公共の危険」が認められる。

②「公共の危険」の認識が故意に影響するか (15 点)

判例によると 110 条は結果的加重犯なので、加重結果に対する認識は不要であるから、X が B 車、C バイク、D の存在を認識していなかったとしても 110 条放火罪の故意は認められる。

(2) Y に詐欺未遂罪が成立することについて (10 点)

Y は E に対して、E の息子が痴漢をしたので示談金を払う必要がある旨の嘘の電話をしており、これが欺罔行為にあたる。しかし、E は不審に思って現金の入っていない箱を送付したので、結果が発生しておらず、未遂にとどまる。

(3) X の共犯の成否について

①X が加担した時点における詐欺の危険性について (10 点)

X が小包を受け取った時点では E と警察官が「だまされたふり作戦」を実行した後であるので、X の受領行為には詐欺の結果発生 of 危険性がなく、詐欺未遂罪の共同正犯が成立しないのではないかが問題となる。

しかし、X が加担した時点において「だまされたふり作戦」が行われていることを一般人が認識することはできず、X も Y も認識していなかったことから危険性判断の基礎とすることはできず、受領行為には詐欺の危険性があったといえる。

(最決平成 29 年 12 月 11 日の 2 審判決を参照)

②X の承継的共同正犯の成否について (10 点)

X は Y の欺罔行為の後から関与しているが、財物の交付を受けるという詐欺罪の本質的
法益侵害について因果性を有しているので、詐欺罪の共犯として認められ、役割の重要性に
鑑みれば正犯性も認められる。

(最決平成 29 年 12 月 11 日の 2 審判決を参照)

(4) X の罪数について (5 点)

X には建造物等以外放火罪と詐欺未遂罪の共同正犯が成立し、この 2 つは併合罪となる。

2022 年度上智大学法科大学院入試（C 日程）

法律論文試験（憲法） 出題趣旨

本問では、設問の留意事項にあるように、本規定の合憲性を検討する以前の問題として、そもそも本規定が憲法上の権利の制約にあたるかを論じる必要がある。

まず、いかなる憲法上の権利が問題となるか。有力説は、いわゆる「新しい人権」すなわち憲法 13 条後段の幸福追求権を法的根拠とする自己決定権の一つとして、「自己の自認する性に従って生きる権利」を定式化し、まさしくその問題であるとする。人格的利益説に依拠する場合、当該権利が個人の自律にとって不可欠な利益であることを説得的に論じる必要がある。他方、本規定の合憲性が争われた事件で最高裁（最 2 決平成 31・1・23 集民 261 号 1 頁）は、「意に反して身体への侵襲を受けない自由」の問題としている。

次に、本規定が憲法上の権利の「制約」であるかを論じる必要がある。有力説の場合、本規定は「自己の自認する性に従って生きる権利」を直接的に制約するが、最高裁によれば、本規定は性同一性障害者一般に対し、生殖腺除去手術自体を強制するものではないとされる。しかし、補足意見が指摘するように、上記手術を受けなければ、「自己の人格的存在と密接不可分」の性別に変更するという「切実ともいえるべき重要な法的利益」を得られず、社会的な不利益も解消されないことから、実質的には「強制」にあたるべきであろう。多数意見もこの点を考慮して、上記「自由を制約する面もあることは否定できない」としている。

違憲審査基準のあり方としては、憲法上の権利の重要性などについて検討する必要がある。性別は社会生活において重要な属性として扱われ、アイデンティティに関わるものであることから、「自己の自認する性に従って生きる権利」は重要な権利といえるであろう。

法令の合憲性を審査するにあたっては、「変更前の性別の生殖機能により子が生まれれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねない」ことからそれを防止するなどの立法目的は重要であるとしても、そのための方法として、身体への著しい侵襲性をもたない、重大かつ不可逆的な性質をもつ生殖腺除去手術を「強制」することは過剰であると考えられる。

また、中間審査基準以上であれば、裁判所は立法事実に入り込んで検討する必要があるところ、総合較量に依拠する多数意見は、社会状況の変化に応じた不断の検討を求めつつも、「現時点では」憲法 13 条等に違反するとはいえないとした。しかし、補足意見が違憲の疑いを示しているように、問題文に示された立法事実などの変化を理由に、激変緩和の配慮についても、その合理性は喪失していると判断することも考えられよう。

2022 年度上智大学法科大学院入試（C 日程）

法律論文試験（商法） 出題趣旨

（1）(a)は会社の承認を得ない譲渡制限株式の譲渡についての法律効果（判例の立場）、(b)は株券発行会社の株式の譲渡方法に関する会社法の規定、(c)は募集事項の公示の欠缺の場合の無効事由該当性（判例の立場）、(d)は株主提案権（議題提案権）に関する会社法の規定について、基本的な理解を問う問題である。

（2）株式会社の設立費用の帰属について、基本的な理解を問う問題である。小問①では、判例の立場について正しく説明すること、小問②では、判例に依拠する場合の問題の所在を指摘しつつ、妥当な解決を示すこと等が求められる。

2022 年度上智大学法科大学院入試（C 日程）

法律論文試験（民事訴訟法） 出題趣旨

〔設問 1〕は、訴訟上の和解の効果、和解成立後にそれを争う手段、手続を問うている。和解が成立しそれが調書に記載されると確定判決と同一の効力が認められ（民訴 267 条）、和解における給付条項については強制執行を申し立てることができること（執行力）、他方で、和解の無効や解除を主張したい場合には期日指定の申立てや新訴提起の方法が考えられることをまず指摘すべきである。そして問題のように和解内容が履行されない場合には、和解の解除を主張して当初の訴えと同一内容の訴えを再度提起することを認めた判例（最判昭和 43 年 2 月 15 日民集 22 卷 2 号 184 頁・民事訴訟法判例百選第 5 版 94）があることを意識し、再度の訴え提起か期日指定申立てのどちらが適切か検討することが求められる。

〔設問 2〕は、訴え取下げの効果、特に終局判決後の訴え取り下げの場合の再訴禁止効とその根拠を問うている（民訴 262 条 2 項）。この規定に従えば、控訴審での訴え取下げ後には再度の建物収去土地明渡訴訟の提起が禁じられることとなるが、相手方の主張の変更に より再訴せざるを得なくなった場合に、再訴禁止効の根拠を制裁と濫訴防止としたうえで、再訴禁止効を働かせる基礎がないと見た判例（最判昭和 52 年 7 月 19 日民集 31 卷 4 号 693 頁・民事訴訟法判例百選第 5 版 A29）を参考にし、再訴禁止効の根拠に遡って再訴の可否を検討することが求められる。

2022 年度上智大学法科大学院入試 (C 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、訴因の変更の要否などにかかる法の解釈・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、設問1・設問2のそれぞれについて、刑訴法256条3項にいう「訴因」の意義などをもとに、訴因の内容と認定される事実との差異が認められるときに訴因の変更を要するのか否かという判断の基準を明らかにしたうえで、導出された基準のあてはめを明確に論じることである。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。

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、これらの論述の過程では、前記の論点が生じるのかという点すなわち問題の所在のゆえんも、何らかのかたちで示されていなければならない。さらに、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か否かは、採点におけるポイントの1つとなっている。

I. 訴因の変更の要否に関する法 (刑訴法256条3項など) の解釈 … 15点

1. 審判の対象および訴因の目的・機能についての説明

2. 審判の対象を画定するという見地からの基準と争点の明確化ないし不意打ちの防止
という見地からの基準の導出

： 判例(最(小三)平成13年4月11日決定)の場合

～ ① <訴因の特定に不可欠な事項>の変動があるとき

～ ② 「一般的に、被告人の防御にとって重要な事項」のうち訴因に明示された
ものが変動しているとき (ただし、「被告人の防御の具体的な状況等の
審理の経過」にてらして変更を要しないことがある)

II. 設問1および設問2のそれぞれについて … 設問1：10点 / 設問2：15点

1. 設問1の場合

： ①の基準によって変更を要するものと結論づけられる

2. 設問2の場合

： ①の基準には該当しないところ、②の基準によって変更を要するという結論になる
