

2023 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

本事案は、著名な判例である最判昭和 39・5・23 (民集 18 卷 4 号 621 頁) (民法判例百選 I (第 8 版) 27 事件) を参考としている。

まず、X が A に交付した白紙委任状については、基本代理権が存在することを指摘してほしい。そのうえで、白紙委任状の転得者である B が委任状を濫用することが、109 条の代理権授与表示に当たるかどうかが問題となり得る。もっとも、転得者 B と A の関係を検討して、B が「A に委任された事項 (基本代理権)」の範囲を超えて無権代理行為を行ったと考えて、110 条の権限踰越の表見代理の成立を論じることも考えられる。

前記最高裁判決は、X としては、白紙委任状が転々流通することを意図していないことを前提として、転得者が白紙委任状を濫用したことをもって 109 条の代理権授与表示の成立を否定している。判例の理解からは、本問では 109 条 1 項の表見代理の成立を否定する結論になることが想定される。もっとも、代理権授与表示ありと認定をしたうえで、その「授与表示」の外観の範囲を超えて B が無権代理行為を行ったとして、109 条 2 項の表見代理の成立を認める余地もないわけではないが、判例を前提とすれば 109 条 2 項の適用を論じることはならないと考えられる。

設問 1 では、Y が信頼した外観は「B が X の代理人であること」であるのに対して、設問 2 では、B は自らを所有者として移転登記をして Y に抵当権設定登記を経由させているため、Y の信頼の対象は、「B が所有者であること」に対する信頼であり、この点が設問 1 と異なっている。しかし、AB 間で「B が所有者である」という権利の外観 (B 名義の登記) の作出について、X・A・B 間の通謀はないので、せいぜい 94 条 2 項の類推適用を考えて、Y が善意であれば Y の権利取得が肯定され、Y 名義の抵当権設定登記と、X から B への所有権移転登記とが 177 条の対抗問題を構成することになる。しかし、94 条 2 項類推適用が否定されるならば、Y は無権利者 B から有効に抵当権等の取得をする余地はなく、真の権利者である X から所有権の移転を受けた Z は、所有権移転登記を経由していなくても、無権利者 B からの転得者 Y に優先することになる。94 条 2 項類推適用がない場合には、Z・Y 間が 177 条で決せられることにならないことについての理解が求められる。

以上

## 第 1. 出題趣旨

本問は、原因において自由な行為、誤想過剰防衛、不作為の幫助など司法試験・予備試験で出題される可能性の高い論点につき、正確な理解と論述力を問うものである。

## 第 2. 採点基準

### 1. X の罪責について (60 点)

#### (1) 原因において自由な行為 (30 点)

##### ①39 条 2 項が適用されるのではないかとの問題提起 (5 点)

X が飲酒により酩酊の度を深め、心神耗弱状態で殺意を持って A を殴っているので、X の一連の殺人行為につき、39 条 2 項の適用の可否が問題となる。

##### ②①のような場合に責任能力が認められる基準 (10 点)

原因行為から結果行為までが 1 個の特定の意思に貫かれているときには、原因行為の段階で責任能力があれば責任非難を向けることができる。

##### ③評価 (15 点)

問題文では、X の行為が手拳による殴打からエスカレートしてゴルフクラブで殴打するに至っているが、X は暴力を振るうことを自覚していても、責任能力があった段階では A が死んでもよいとは思っていなかった。殺意は心神耗弱状態で形成されたものであることを考えると、39 条 2 項を適用する余地はないかということを検討する必要がある。

殺人の構成要件に該当する行為と殺人の故意はあるので殺人罪は成立するが、原因行為の時に殺意がなかった以上、暴行から殺人までの一連の行為が 1 個の意思に貫かれた行為であるとはいえない。したがって、X の殺人行為につき、39 条 2 項が適用される。

#### (2) 誤想過剰防衛 (30 点)

##### ①問題提起 (5 点)

X は Y の死亡結果発生を認識しながら Y をゴルフクラブで殴打して重傷を負わせているが、X は Y に殺されると思いついていたので、誤想 (過剰) 防衛の成立が問題となる。

##### ②誤想 (過剰) 防衛の成立要件とその評価 (合計 25 点)

X の認識通り Y が X を殺そうとしたと仮定した上で、正当防衛の成立要件を満たしているかどうかを検討する必要がある。

##### (i) 急迫性 (2 点)

この事例では急迫性は問題なく認められると考えられる。

##### (ii) 防衛の意思 (10 点)

X は身の危険を感じるとともに逆上し、ゴルフクラブを Y から取り返し、殺意を持って Y

の頭部を複数回ゴルフクラブで殴打しているので、防衛の意思の有無が問題となる。

X が Y に対して暴言を吐いていることから、Y に対する殊更な攻撃の意思があるとも思えるが、問題文にはこの機会に Y を攻撃しようといった意図をうかがわせる事情はなく、Y に責められたことから反射的に発した言葉であるといえる。このことから、急迫不正の侵害に対応する意思という意味での防衛の意思が否定されるものではないと評価できる。

(iii) 防衛行為の相当性 (10 点)

X の認識通り Y がゴルフクラブで X を殺すつもりだったと仮定した場合、X の攻撃が Y の攻撃に見合うものであったかが問題となる。

Y はゴルフクラブを持っていたが、X と Y には体格差があるので、Y がゴルフクラブを持っていたとしても X より優位になるとはいえない。X が自分より小柄な女性である Y に対して武器で複数回殴打することは、防衛行為としての相当性を逸脱する行為である。

(iv) 結論 (3 点)

以上の検討により、X の認識上正当防衛は成立しないので、殺人未遂罪の誤想過剰防衛が成立する。

## 2. Y の罪責について (20 点)

### (1) 問題提起 (5 点)

Y は X による一連の殺人行為を止めなかったので、不作為による殺人の幫助の成立が問題となる。

### (2) 不作為の幫助の成立要件 (5 点)

①他人の犯罪を止めるべき作為義務、②作為の可能性・容易性、③作為義務の違反によって正犯による犯罪が促進されたという幫助の因果関係 (促進関係)

### (3) 評価 (10 点)

①X と Y、A の 3 人は家という密室にいるので、他人は容易に入室できない。Y は A の母親であり、他に X の暴行を止められる者はいないので、Y は A の法益を排他的に支配していると考えられる (作為義務あり)。

②Y は X に殴られて傷害を負った経験があることから、今回も再び X に暴行されることをおそれて犯行を止めなかったという事情があるが、Y に作為可能性・容易性があつたか否かが問題となる。

幫助は促進関係があれば足りるので、正犯の行為を確実に阻止することまで要求されているわけではない。監視するとか口で制止するといったことをすれば X としては A に対する暴行をやり難くなるので、その程度であれば Y にもできたといえる (作為の可能性・容易性あり)。

③Y がそのような行動に出ないことで、X は A に暴力を振るうことができた (促進関係あり) といえる。

2023 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

本問は、岐阜地判令和 4・2・21 (判例集未掲載) の事案を素材としている。

公権力である B 県の警察が、X らの個人情報を本人の同意や法令の具体的な根拠なく収集・保有し、さらにそれを第三者たる A 社に提供したことが、プライバシー権あるいは個人情報コントロール権の侵害として違憲ではないか問題となる。

プライバシー権は、これを保障する憲法の明文がなく、憲法上の権利として保障されるか問題となる。判例によれば、憲法 13 条は、「『国民の私生活上の自由』が警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定したもの」(最大判昭和 44・12・24 刑集 23 卷 12 号 1625 頁〔京都府学連事件]) で、個人の私生活上の自由の一つとして、「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」が保障されているとされる (最 1 判昭和平成 20・3・6 民集 62 卷 3 号 665 頁〔住基ネット判決])。また有力説によれば、プライバシー権の現代的・積極的構成としての個人情報コントロール権は、特に秘密の開示の相手や範囲に関する選択を通じて主体的に人間関係を形成しうることから、人格的生存に不可欠なものとして保障される。さらに、情報ネットワークシステムのもとでは、要保護性が高いとはいえない情報も、利用方法次第で個人の私生活やプライバシーが侵害される危険性があることから、保護範囲に含めて検討すべきであるとされる。

問題となる情報の要保護性が高い場合、合憲性審査は慎重に行う必要がある。学歴は一般に個人の思想などの内面を示すものではなく、要保護性は高いとはいえない。これに対し、病歴は一般に他人に知られたいくないセンシティブ情報であり、要保護性が高い。また市民運動歴は個人の思想などの内面と密接に関連するもので、要保護性は高いといえる。もっとも、問題文によれば、過去の市民運動について「自らツイッター等で公表していた情報も含まれていた」とあるが、そのことをもって公権力たる警察に継続的に保有・利用されることに同意しているとはいえないであろう。

情報交換の目的は、「市民運動に発展する可能性を把握し、公共の安全と秩序が害されるような事態に備える」ことであるが、公共の安全と秩序が害される危険性の有無や程度を検討する必要がある。そして、上記各情報の要保護性をふまえ、第三者提供だけでなく、収集・保有それ自体についても、その合理性を検討し、さらに要保護性が高い場合は必要性も検討する必要がある。特に、公権力の典型である警察が個人情報を密行的かつ継続的に収集・保有することはまさに監視であり、こうした監視のおそれの認識は、憲法上の権利の行使をも萎縮させうることに留意すべきであろう。

情報の収集・管理の方法については、問題文にあるように明らかにされておらず、法的根拠も警職法 2 条 1 項の警察の責務に関する一般的な規定の他に、具体的な規定はない。しかし、憲法上の権利に対する侵害であるから、具体的な法令の根拠が必要であろう。また収集・保有それ自体の適正性を担保するため、独立性のある第三者的な監督機関の設置などが求められよう。

2023 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

本問は、①代理人の資格を株主に制限する定款規定の有効性と、当該定款規定のもとで非株主代理人の議決権行使を会社が認めることの可否、②株主総会決議取消しの訴えにおける訴えの利益、の 2 点を問うものである。

①の代理人資格の制限については、会社法 310 条の意義・趣旨のもとで、一般的に代理人資格を制限することが許されるか否かを判例の立場に触れながら論じ、その後に設問に示されたような代理人を株主に限るとの制限が有効かどうかを論じることが求められる。なお、現在ではこのような定款規定を無効とする見解は、とくに公開会社についてはほとんど主張されていないことから、仮に制限を無効とする立論をするのであれば、判例・多数説の立場を明確にしたうえで、論理的かつ説得的な批判をすることが必要になる。

そのうえで、仮にこのような制限が有効であるとの立場に立つ場合に、会社は一律に非株主代理人の権利行使を拒絶すべきか否かについて、本問の定款規定が置かれた趣旨から検討することが求められる。

②については、取締役を選任する株主総会決議取消しの訴えの係属中に、取消しの対象となる取締役の全員が退任あるいは再任された場合の訴えの利益の存否について論じることが求められる。本問においては、仮に本件決議が取り消されると、翌年の令和 4 年の定時株主総会の招集手続きに瑕疵が生じることを考慮し、判例の立場にも触れたうえで立論をすることが求められる。

2023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

本問は、土地の継続的不法占有に基づく一定額の損害金の支払いを命じた判決が確定した後、事情の変更によって損害額算定の基礎である賃料相当額が上昇した場合に、その上昇分の支払いを求める後訴において既判力が及ぶか、また、本来はかかる事例への適用が予定されていない117条に基づく訴えの提起が認められるのかについて検討を求める問題である。

1 小問（1）について

将来の賃料相当損害金を認容する前訴判決確定後に、被告Yの引き延ばしと疑われるような事情によりYが不法占拠を長期間続ける間に、経済状況の変化等が生じ、適正賃料相当額と認容額との差額が生じた場合に、前訴判決の既判力が、当該差額の支払いを求める後訴（本訴）に及ぶか。既判力に関する正当化根拠を踏まえて、その効力範囲の縮小の可能性等について論ずべきである。解答に際しては、本問と類似する事案で、前訴請求は一部請求であったことに帰し、その判決の既判力は、賃料相当額の差額に相当する損害金の請求には及ばない、とした判例（最判昭和61・7・17民集40巻5号941頁参照）を意識して論ずることが求められる。

2 小問（2）について

民事訴訟法117条に基づく訴えの制度趣旨としては、将来給付判決への適用は予定されていないことを指摘した上で、本問の事例で117条の類推適用が認められるかどうかを論ずるべきである。本問における主要論点は、既判力の拘束力を修正するための手段としての117条の訴えの機能をどのように理解し、どこまで類推適用の範囲を拡張できるか、という点であるから（問題文における問いは、Xは「117条に基づく訴えを提起することができるか。」であることに注意されたい）、変更判決をするための個々の要件や本件事例へのあてはめ（たとえば、損害額算定の基礎に「著しい変更」〔同条1項〕があったかどうか）に深く踏み込む必要はない。

以上

2023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) 出題趣旨および採点基準

本問で要求されるのは、訴因の特定にかかる法の解釈・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、刑訴法 256 条 3 項にいう「訴因」の意義などをもとに、同項にいう訴因の特定の要請を充たしてい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、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. 訴因の特定にかかる法 (刑訴法 256 条 3 項など) の解釈 … 20 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. 特定の基準その 1 - 目的・機能からの導出 : 判例(最(小一)平成 26 年 3 月 17 日決定)を参照

～ ① 構成要件該当性の判定(把握)に足りるだけの事実が示されているのか

～ ② 個々の犯罪事実(事件)の区別(識別)に足りるだけの事実が示されているのか

3. 特定の基準その 2 - 同上 : 判例(最(小一)平成 14 年 7 月 18 日決定など)を参照

～ ③ 「当時の証拠に基づき、できる限り」特定しているのか

II. D による主張の当否について … 20 点

1. 基準その 1 のあてはめ

: 暴行の方法という「罪となるべき事実」そのものでない事項について、この暴行に対応する傷害は特定されていて、また、暴行の方法が択一的であれ具体的に示されているから、特定の基準を充たす(「明示して」いる)ものと結論づけられる

2. 基準その 2 のあてはめ

: 暴行の方法が択一的であれ具体的に示されているのとともに、X の黙秘などから方法にはなお不明瞭な領域が残ってしまうものと認められるので、特定の基準を充たす(「明示して」いる)ものと結論づけられる

---