

【設問 1】

(1) 論点は 2 つ。第 1 に、損害賠償請求の根拠、第 2 に、C のみを訴訟の相手方とし得る根拠、である。

第 1 については、民法 717 条の土地工作物責任を根拠とすれば足りる。ただし、C は占有者兼所有者である。717 条において原告が請求原因として主張立証すべき事実は、① 原告の権利または利益が侵害されたこと、② 土地工作物の設置・保存の歌詞、③ 損害の発生及び金額、④ ②と③の因果関係、⑤ 被告が事故時に工作物を占有していたこと、である。これに対して、被告が抗弁として主張立証すべき事実は、損害の発生を防止するのに必要な注意をしたこと、である。

本問では、事実 5 より、ABC が注意していても発見が困難であったとあるから、損害発生の防止措置をとることも困難であったと推察される。もっとも、擁壁の亀裂については発見可能であったとも考えられ、この点をどう考慮するかについては検討の余地がある。

C は土地建物の占有者であり、C に対する「占有者」としての責任追及が困難であるとしても、なお、所有者としての無過失責任を負うと考えられる。C に対して、占有者としてではなく最初から所有者としての責任を 717 条で追及するならば、原告が請求原因として主張立証すべき事実は、上記①～④に加えて、⑤ 被告が工作物の所有者であること、⑥ 占有者が必要な注意を怠らなかったこと、を証明しなければならない。X は、子供 D を相続して、D の相続人として D の損害賠償請求権を行使しうる。

他方、ABC 3 人は土地建物の共有者であり、X からの損害賠償請求に対しては連帯債務者の関係に立つと考えられる。仮に、民法 253 条 1 項を根拠に、ABC が分割債務を負うと解すると、被害者の相続人である X は、ABC 3 人を別々に提訴して持分 3 分 1 に相当する 4000 万円までしかそれぞれに請求することができないこととなり、被害者保護に欠ける。また、ABC は本件土地建物について共同所有者であり、例えば、売買契約における引渡債務等では、3 名で共同して債務を履行しなければならない (不可分債務)。そうであれば、ABC 3 人の負う損害賠償債務は金銭債務であるが、分割債務であると解すべきではなく、共同所有という結合関係に基づいて連帯債務と解すべきこととなる。よって、ABC の間では、各自の持分 3 分の 1 が、連帯債務の負担部分の基礎を構成すると解し得る。

以上を前提とすれば、連帯債務者一人に対して全額の請求をすることができる (民 436 条) ので、X は C 個人に対して【設問 1】の損害賠償請求をなし得る。

なお、本問では ABC の損害賠償責任の根拠として、719 条の共同不法行為は考えにくい。同条では、ABC それぞれに 709 条の要件充足の有無が問題となるためである。

(2) X の請求に応じて 1 億 2000 万円を支払った C は、自己の負担部分 4000 万円を除いた残額 8000 万円について、A・B に対して求償することができる (民 442 条)。

## 【設問2】

(1) 連帯債務者の一人に対する免除の効果を問う問題。最判平成10・9・10民集52巻6号1494頁は、2017年民法改正前の437条（連帯債務者の一人に対する免除の絶対効）が共同不法行為者の損害賠償債務について適用されないとした。現在の連帯債務では、免除は相対効とされ、Cに対する免除は原則としてABには及ばない（民441条）。ただし、441条但書によれば、XとABらがCに対する免除がABに及ぶことを合意すれば別である。

したがって、XがCを免除してもその効果は原則としてABには及ばないから、XはCの免除後も、Aに対して1億2000万円の損害賠償を717条に基づき請求することができる。

(2) (1)を前提とすれば、免除には相対効しかないから、XのCに対する免除は、単にXがCに対して請求しない、ということの意味するにすぎない（不訴求約束）。したがって、免除後もCの内部的な負担部分には影響がないため、Aは、Xに対する損害賠償1億2000万円の支払後も、BCに対して、自己の負担部分を除いた8000万円について求償することができる（445条）。

なお、(1)で免除について絶対効としながら、(2)でCに対して8000万円を請求できるとするのは論理矛盾となることに注意。

## 2023年度刑法C日程出題趣旨

本問においては、XとYとのC襲撃に係る計画に基づき、①Xにおいて、C襲撃現場までA社所有に係る自動車をB支店長Dに無断で乗り出し、事後に自動車を元の場所に戻した点、②C襲撃の目的でX及びYがC店に立ち入った点、③YにおいてCに対し、一連の殴打行為を行い、これによってCが死亡するに至った点につき、それぞれX及びYの罪責について論ずることが求められる。

採点基準としては、1項目5点とする。

### 1. Xによる自動車の乗り出し（25点）

#### ①Xの罪責

- ・Xの行為は、A社が所有するB支店長D保管に係る自動車を、Dに無断でその占有を取得するものであることから、刑法235条所定の窃盗罪の成否が問題となる。
- ・その場合、Xは自動車を一時使用後元の場所に戻す意図であったことから、窃盗罪の要件として不法領得の意思の要否及び内容、本件におけるその存否が問題となる。
- ・窃盗罪における不法領得の意思については、判例及び多数説によれば、権利者を排除し自己の所有物として扱う意思（排除意思）及びこれを利用する意思（利用意思）が必要とされるところ、本問は一時使用の事案であることから、排除意思の有無が問題となる。
- ・本問においては、目的物が自動車であり持ち出し時間が数時間であることを考慮すると、排除意思を肯定することができる。

#### ②Yの罪責

- ・なお、上記事実については計画の内容・経緯に照らすと、XとYとの共謀に基づくものと認められることから、X及びYは窃盗罪の（共謀）共同正犯（60条）となる。

### 2. X及びYによるC店への立入（15点）

- ・X及びYの行為は、正当な理由なくC店に立ち入ったものとして、刑法130条所定の建造物侵入罪の成否が問題となる。
- ・建造物侵入罪における侵入行為は、判例及び多数説によれば、当該建造物の管理権を侵害して立ち入ることをいうものであることから、Cの管理権を侵害したといえるかが問題となる。
- ・本問においては、Xにおいて顧客を装う言動をとりつつ、実際にはCに対する襲撃の意図で立ち入っていることから、Cの管理権の侵害が認められ、X及びYによる建造物侵入罪（なお、1.と同様に共同正犯）が成立する。

### 3. YによるCに対する一連の殴打行為（30点）

#### ①Yの罪責

・Yの行為は、Cを殴打し傷害を負わせ、その結果としてCを死亡させていることから、刑法205条所定の傷害致死罪の成否が問題となる。

・その際、Cの死亡結果は当初の殴打行為とXが引き揚げた後になされた殴打行為のいずれかから生じた傷害によるものであるところ、Yについてはこれらの行為を包括して傷害致死罪の成立を認めることとなる。

#### ②Xの罪責

・一方、Xについては、Yとの間で1. で述べた共謀に基づいてYによる殴打行為がなされているところ、Xは途中でYに告げた上で引き揚げていることから、その後のYの行為について共同正犯関係が及んでいるか、すなわち（広義の）共犯関係の解消が認められないかが問題となる。

・共犯関係の解消とは、共犯は正犯によってなされた行為の結果につき因果性を有することを根拠として処罰されるものであるところ、因果性の遮断が認められることにより、それ以後になされた直接行為者の行為については共犯としての責任を負わない場合をいう。

・本問のように、正犯による行為が（少なくとも）実行の着手に至っている場合には、それまでの共犯としての関与の影響力が存続していることから、離脱の意思表示だけでは足りず、当該効果を除去することが因果性の遮断にとって必要となる。

・本問では、XはYに現場を去る旨告げたにとどまり、Yによるさらなる殴打行為を防止する措置を取っていないことから、共犯関係の解消は認められず、Xはそれ以後のYの行為についても共同正犯としての責任が認められ、それゆえXもまた傷害致死罪の（共謀）共同正犯となる。

#### 4. 罪数関係その他（10点）

・以上の事実中、2. 及び3. の事実については、通常手段目的の関係が認められることから、刑法54条1項後段所定の牽連犯となり、これと1. の事実とは刑法45条所定の併合罪となる。

・その他論述において特に優れた点が認められる場合、加点を認める。

## 2023 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、性風俗関連特殊営業を営む者には持続化給付金を支給しないと定める規程 8 条 3 号が、憲法 14 条 1 項の法の下での平等に違反しないかが問題になる。

判例は、憲法 14 条 1 項は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨であるとして、法令の場合、立法目的に合理的な根拠があるか否か、立法目的と具体的な区別との間に合理的関連性があるか否かで合憲性を審査している（最大判平成 20・6・4 民集 62 巻 6 号 1367 頁〔国籍法違憲判決〕参照）。また、問題となっているのが重要な法的地位で、区別が自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄によるものである場合には、慎重に検討することが必要であるとしている（国籍法違憲判決参照）。他方、通説は、14 条 1 項後段列举事由に特別な意味を認め、後段列举事由に該当する場合には審査の厳格度を高めるべきだとする（さらにこの中で、学説によって、「人種、信条については厳格審査基準、性別、社会的身分、門地については中間審査基準をとるべきとするもの、後段列举事由のすべてについて厳格審査基準を求めるものにわかれる」）。また、区別が選挙権などの基本的権利にかかわるものである場合には区別事由がいかなるものであれ厳格審査基準を用いるべきであるとする。これらの判例や学説を用いながら、本問で問題となっている規程 8 条 3 号が風俗営業と性風俗関連特殊営業を区別して後者にだけ持続化給付金を支給しないと定めていることの合憲性について検討していくことになる。そこでは、風営法が風俗営業を許可制とし性風俗関連特殊営業を届出制としている趣旨（性風俗関連特殊営業は許可というかたちで公認することが適切でない本質的に不健全な営業である）を考えることになるだろう。

なお、憲法 22 条 1 項の職業選択の自由（営業の自由）を侵害しているかを論じる答案もあった。しかし、本問で問題となっている定めは、給付金を支給しないというものにすぎず、最大判昭和 50・4・30 民集 29 巻 4 号 572 頁（薬事法事件）などで問題となった許可制のように、営業の自由に対する制限ではない。この点を理解していない答案は低い評価となる。他方、この点を認識しつつ、給付金が得られないと事実上営業の継続が不可能になるので、営業の自由の制限に等しいものとして評価をするべきである旨の論証がある答案については、一定の評価を与えている。

なお、本問は、東京地判令和 4・6・30（判例集未搭載、LEX/DB 25592786）の事案を素材としている。

2023 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

本問は、手続に瑕疵のある株式交換を取り上げたものである。

問 1（配点 15）は、株式交換差止請求（会社法 796 条の 2）を指摘し、その要件の検討を求める設問である。株式交換差止承認のための株主総会決議について、特定の株主を排除する目的で招集通知を送付（同法 299 条 1 項）しないことが、法令違反（同法 796 条の 2 第 1 号）に該当するかどうか、本件の株式交換によって乙社の株主に生じる不利益が何か、という検討に基本的な配点を与える。

問 2（配点 25）は、株主への招集通知（会社法 299 条）の欠缺が、株式交換の無効原因となるかについての検討を求める設問である。

株式交換無効確認訴訟（828 条 1 項 1 号）において無効原因は法定されていない。無効原因は、重大な手続上の瑕疵が無効原因となると解されている。A が提起する株式交換無効確認訴訟（会社法 828 条 1 項 1 号）の指摘と、A への招集通知を懈怠したことが無効原因となりうるかの検討に、基本的な配点を与える。

2023 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

文書提出命令に関し、設問 1 では、民訴法 220 条 4 号の除外事由の二、自己利用文書につき、判例の 3 つの判断基準（最決平成 11・11・12 民集 53 卷 8 号 1787 頁、民訴判例百選 5 版 69）を示し、それをあてはめて検討することを求めている。判例によれば、①の稟議書については、外部に開示することが予定されない文書であって、開示されると団体内部の意思形成が阻害されるという著しい不利益が認められる等として文書提出義務が否定されていることを踏まえる必要がある。

設問 2 では、②の社内通達文書について、同じ社内文書である上記①と異なり、団体内部の意思形成を阻害しないとして文書提出義務を認めた判例（最決平成 18・2・17 民集 60 卷 2 号 496 頁、民訴判例百選 5 版 69 の 149 頁参照）があることを踏まえ、①と比較検討することが期待される。また、不服申立ての可否については、証拠の採否（証拠の必要性判断）は裁判所の裁量（民訴 181 条 1 項）とされているため、不服申立てを認めない判例（最決平成 12・3・10 民集 54 卷 3 号 1073 頁・民訴百選 5 版 A24）がある。これを踏まえつつ、裁判所の裁量に委ねきってよいかという批判的検討も期待される。

2023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） 出題趣旨および採点基準

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、本件証言を実質証拠として用いるときと弾劾証拠として用いるときのそれぞれについて、問題となる法の解釈・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、①の場合と②の場合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（とくに、弾劾証拠として用いるときについては、最判平18・11・7の判例によって示された解釈・あてはめの手がかりをふまえて論述すべきである）。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. 伝聞法則に関する法（刑訴法320条1項など）の解釈 … 7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. 反証すなわち実質証拠として用いる … 18点

1. 伝聞証拠に該当するの否か：伝聞証拠該当性

～ 本件書面が刑訴法317条にいう「証拠」にあたるという点に論及する

～ 本件書面を実質証拠として用いるときについて、その推認の過程および要証事実についてごく簡単であれ論及して、本件書面が伝聞証拠に該当するという結論を示す

2. 伝聞例外としていずれの条項に該当する書面なのか：以下の点について検討する

～ 本件書面について刑訴法326条1項の適用はないこと

～ 本件書面が刑訴法321条1項2号に定められている書面にあたること

（Tの署名について説明することも要する）

3. 伝聞例外として許容されるの否か：刑訴法321条1項2号後段について以下の検討する

～ 本件書面について相反供述にあたること

— 刑訴法321条1項2号後段の要件を充たすの否かが問題となる

— Tは証言を拒まずに尋問に回答しているから、同号前段は問題とならない

～ 法の解釈：伝聞例外の要件における相対的特信状況の意義：判断の方法

～ 本件書面について相対的特信状況が肯定できるの否か

— ①の場合には、公判におけるTの供述の内容などから、本件証言の信用性

を疑わせる事情としての不自然な供述態度や記憶の減退が推知できる

— ②の場合には相対的特信状況を肯定できないはずである

### III. 弾劾証拠として用いる… 15点

#### 1. 刑訴法 328 条の証拠が問題となるとき

～ 実質証拠として用いることが許されないときの問題である

#### 2. 刑訴法 328 条の解釈：同条の証拠の範囲

～ 最高裁平成 18 年 11 月 7 日判決を参照

～ 上記の判例によれば、(1)自己矛盾供述であることと、(2)その供述の存在を厳格な証明によって立証することが必要となる

#### 3. 刑訴法 328 条の証拠に該当するのか否か

～ 判例の(1)によれば、もっぱら本件証言に対する弾劾に用いることができる

～ 判例の(2)によれば、本件書面における T の署名をもって厳格な証明は肯定できる

---