

令和4年度日本大学大学院法務研究科 入学試験

第3期 [既修者]論文式試験

出題趣旨・採点基準

## 1 憲法

### 【出題趣旨】

本問は、憲法81条が定める違憲審査制の性格という基本的論点に関するものである。本問は、[設問1]において、憲法81条が定める違憲審査制が、抽象的違憲審査制又は付随的違憲審査制のいずれであるかについて、判例を踏まえて説明することを求め、[設問2]において、「いずれかの議院の総議員の4分の1以上の議員の申立てに基づき、法律、命令又は規則が憲法に適合するかしないかを決定する権限を最高裁判所に付与する」架空の法律の憲法適合性を検討することを求めている。本問は、違憲審査制の性格という基本的論点についての学説・判例を正確に理解しているかどうかを測定するとともに、架空の法律の憲法適合性を検討させることにより、違憲審査制の性格に関する基本知識を具体的な事案において使うことができる応用能力を測定しようとするものであり、答案の評価は、違憲審査制の性格に関する解釈論を正確に理解しているかどうか、及び、具体的な(架空の)法律を的確に分析し、そこに含まれる憲法上の問題点について説得力のある論述ができるかどうかによって決することになる。

### 【採点基準】

[設問1]は、憲法81条が定める違憲審査制が、抽象的違憲審査制又は付随的違憲審査制のいずれであるか、判例を踏まえて、説明することを求めているが、説明の前提として、抽象的違憲審査制と付随的違憲審査制の基本的仕組みと特質について説明する必要がある。その後、憲法81条が定める違憲審査制が抽象的違憲審査制又は付随的違憲審査のいずれかであるかについて、憲法81条の解釈論を展開しなければならない。憲法81条の解釈に関して学説は分かれているが、答案においてはどの説を採っても構わない。重要であるのはその論拠であり、憲法81条が付随的違憲審査(又は抽象的違憲審査制)を定めたものであると解する論拠を十分に論述している答案に高い評価を与えた。また、[設問1]は、判例を踏まえて説明することを求めているので、警察予備隊違憲訴訟最高裁判決(最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁)に言及する必要がある、上記の判例に言及している答案に高い評価を与えた。

[設問2]においては、法律によって、「いずれかの議院の総議員の4分の1以上の議員の申立てに基づき、法律、命令又は規則が憲法に適合するかしないかを決定する権限を最高裁判所に付与する」場合、法律によって付与された最高裁判所の権限が「付随的違憲審査制」の範囲にとどまっているのか(又は「抽象的違憲審査制」を認めたことにならない

のか) どうかについて検討しなければならない。上記の点について論述している答案に高い評価を与えた。

以上

## 2 民法

### 【出題趣旨】

相続と登記に関する基本的な事例を前提として、物権法と相続法に関する基本的な理解を問うものである。

具体的には、対抗問題（177条）、遺産分割の遡及効と第三者（909条）、といった各制度の基本的知識が各設例の事実即して答案上に示されていることが必要となる。いずれも民法の基本的な理解を問う問題である。

[設問1]は、簡単な事例を通じて、法定相続の介在する二重譲渡（177条）に関する基本的理解を問うものである。

[設問2]の小問1は、遺産分割と登記（遺産分割前の第三者との関係）に関する典型的な事例を通じて、遺産分割の遡及効と第三者の保護（909条）に関する基本的理解を問うものである。

[設問2]の小問2は、遺産分割と登記（遺産分割後の第三者との関係）に関する典型的な事例を通じて、共同相続における権利の承継の対抗要件（899条の2第1項）に関する基本的理解を問うものである。

### 【採点基準】

民法について基本的な理解ができているか否かを重視して採点するが、説得的な論述や論理的思考力に裏打ちされた論述に対しては高い評価を与えるものとする。

配点及び採点の目安は、以下のとおりとする。【配点合計は100点】

[設問1] 配点50点

1 設問1は、相続（及びCの相続放棄）によりAの売主たる地位をBが単独で承継したことを踏まえ、二重譲渡（177条）の結論（Eが甲土地の所有権者）が正確に導かれていれば、30点を与える（但し、記載内容の程度、正確性に応じて適宜減点することがある）。

2 以上に加え、結論と理由付けがしっかりしているもの、また、AとBの同一人（仮に「A<sup>〇</sup>」とする）を起点とするDとEへの二重譲渡となることの指摘がされているもの、さらに、論理が明確であるもの、書きぶりの良いものについてはそれらの内容に応じて20点を上限として加点する。

[設問2]の小問1 配点30点

- 1 設問2は、909条の意義（遺産分割の遡及効とその制限）及び、同条但書の「第三者」の意義と登記の要否を踏まえ、Fが「第三者」に該当することの結論が導かれていれば、20点を与える（但し、記載内容の程度、正確性に応じて適宜減点することがある）。
- 2 以上に加え、結論と理由付けがしっかりしているもの、また、分割前の持分への差押えが有効であることの指摘ができているもの、さらに、論理が明確であるもの、書きぶりの良いものについてはそれらの内容に応じて10点を上限として加点する。

[設問2]の小問2 配点20点

- 1 設問3は、CとGがBの持分の限度において対抗関係に立つこと、つまりCはGに対し、遺産分割による甲土地の権利の取得（遺産分割によるBの持分の取得）をその旨の登記なしには対抗できないことを踏まえ、所定の結論が導かれていれば、10点を与える（但し、記載内容の程度、正確性に応じて適宜減点することがある）。
- 2 以上に加え、結論と理由付けがしっかりしているもの、また、Cの法定相続分（2分の1）を超える部分についてのみ対抗関係となる旨（899条の2第1項）の指摘ができているもの、論理が明確であるもの、書きぶりの良いものについてはそれらの内容に応じて10点を上限として加点する。

### 3 刑法

#### 【出題趣旨】

具体的な事例を前提として、主に幫助犯に関する基本的な理解を問うものである。具体的には、前提として、事例1及び2において、罪責が問題となりそうな乙の行為を拾い出し、各行為について、どのような罪責を問い得るかを的確に整理する必要がある。その上で、本問においては、甲に幫助犯が成立するかが問題となることを指摘しつつ、片面的幫助、不作為による幫助、幫助の因果関係について、矛盾なく自説を展開し、さらに、事例中の具体的事実を的確に摘示して当てはめて、甲の罪責を論じることが求められる。

#### 【採点基準】

刑法、特に幫助犯についての基本的な理解の有無を重視するほか、論理的な思考に裏付けられた論述に対しては、高評価を与えることとする。

#### 1 乙の罪責（配点25点）

- ・ 事例1について、建造物侵入、窃盗
- ・ 事例2について、住居侵入、窃盗

訂正事項  
3刑法【採点基準】  
「甲」と「乙」の記載を訂正  
(令和5年8月10日)

- ・ その罪数

## 2 甲の罪責

### (1) 事例1について（配点40点）

- ・ 片面的幫助及び不作為による幫助が問題となることの指摘
- ・ 上記各問題点について自説を明示し，その採用理由を明らかにすること
- ・ 当てはめ

### (2) 事例2について（配点30点）

- ・ 幫助の因果関係が問題となることの指摘
- ・ 同問題点について自説を明示し，その採用理由を明らかにすること
- ・ 当てはめ

### (3) 罪数（配点5点）