

令和8年度日本大学大学院法務研究科 入学試験

第2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、三菱樹脂事件（最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁）を素材として作成したものであり、事例問題を通して、私人間における人権保障に関する解釈論の正確な理解とそれを具体的事案において使うことができる事案解決能力を、測定しようとするものである。そこで、答案の評価は、私人間における人権保障に関する解釈論を正確に理解しているかどうか、及び、具体的な事案を的確に分析し、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〕（配点：50点）は、人権規定が私人間にどのように適用されるかについて述べることを求めている。間接適用説が通説・判例の立場であるとされている（この点については議論があるが。）ので、答案においては、間接適用説の内容と論拠について論述することが必要であり、この点について正確に論述している答案に高い評価を与えた。なお、直接適用説等の学説に言及している答案には加点した。

〔設問2〕（配点：50点）は、〔設問1〕における論述を前提として、通常の商事会社であるYが、その入社試験の際、応募者（X）に対し、その者の大学在学中における学生運動参加の事実の有無について申告を求めるとは許されず、本採用拒否の意思表示は無効であるとするXの主張の当否を論じることを求めている。企業側の権利・自由と労働者側の権利・自由を検討した上で、具体的事案において両者の権利・自由をどのように調整するかについて検討しなければならない。Xの主張の当否を論じる際に、対立する利益を綿密に調整している答案に高い評価を与えた。

本問の素材となっている三菱樹脂事件において、控訴審（東京高判昭和43年6月12日判例時報523号19頁）が、「通常の商事会社においては、新聞社、学校等特殊の政治思想的環境にあるものと異なり、特定の政治的思想、信条を有する者を雇傭することが、その思想、信条のゆえに直ちに、事業の遂行に支障をきたすとは考えられないから、その入社試験の際、応募者にその政治的思想、信条に関係のある事項を申告させることは、公序良俗に反し、許されず、応募者がこれを秘匿しても、不利益を課し得ないものと解すべきである」と判示したのに対して、最高裁は、「憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を

雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである。……企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない。」と判示した。Xの主張の当否について最高裁判決を踏まえて論述している答案を高く評価した。なお、最高裁判決は学説から厳しく批判されており（例えば、芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）306頁、市川正人『基本講義憲法第2版』（新世社、2022年）84頁以下、長谷部恭男『憲法第8版』（新世社、2022年）196頁以下）、最高裁判決を批判的に検討している答案が優秀であると評価されることは言うまでもない。

以上

## 2 民法

### 【出題趣旨】

設問1は、売買契約の買主が履行の提供を受けたにもかかわらずその受領を拒んだ後に当事者双方の責めに帰することができない事由によって売買の目的物が滅失した場合における代金請求の可否を問う問題である。履行（弁済）の提供、受領遅滞、受領遅滞中の履行不能と帰責事由、債務者の危険負担ないし売買目的物の滅失等についての危険の移転などについての正確な理解が求められる。

設問2は、債権が二重譲渡された場合にいずれの譲受人が権利を行使できるかを問う問題である。債権譲渡の債務者対抗要件及び第三者対抗要件についての正確な理解が求められる。

### 【採点基準】

民法についての基本的な理解ができているか否かを重視して採点する。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。

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【40点】

- 1 （1）では、Bが絵画甲の引取りを拒否したことは、債権者が債務の履行を受けることを拒んだものとして、受領遅滞に当たることを説明する必要がある。また、その前提となるAの履行の提供について、絵画甲の引渡債務は取立債務であること、したがって、Aが引渡しをすべき日時、場所において、引渡しの準備をして、引取りを求めたことにより、履行の提供をしたことになること（493条ただし書）も説明する必要がある。

2 (2)では、2通りの説明方法があり、いずれの説明によってもよい。

1つ目は、413条の2第2項と536条2項前段による説明である。すなわち、絵画甲の引渡債務は、同絵画が焼失したことにより、履行不能となったこと、焼失の原因は隣家からの延焼であるから、当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能であること、債権者が債務の履行を受けることを拒んだ場合において、履行の提供があった時以後に当事者双方の責めに帰することのできない事由により履行不能となったのであるから、その履行不能は債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなされること(413条の2第2項)、以上を説明した上、絵画甲の引渡債務は債権者Bの責めに帰すべき事由によって履行不能となったのであるから、債権者Bは反対給付、すなわち売買代金の支払を拒むことができない(536条2項前段)と説明する方法である。

2つ目は、567条2項による説明である。すなわち、売主Aが絵画甲の引渡債務の履行の提供をしたにもかかわらず、買主Bがその履行を受けることを拒んだ場合において、履行の提供があった時以後に当事者双方の責めに帰することのできない事由により目的物である絵画甲が滅失したのであるから、買主は、代金の支払を拒むことができない(567条2項)と説明する方法である。

なお、絵画甲の引渡債務の履行が不能となったことから、債権者Bが542条1項1号による契約解除をして、代金支払義務を免れることができるかについては、上記のとおり、履行不能が債権者Bの責めに帰すべき事由によるものとみなされるから、Bは契約を解除することができない(543条)ことに留意する必要がある。

3 以上と同趣旨の内容が記載されていれば、合計で30点を与える。また、分析・検討的的確さ、論理展開の明晰さ等を考慮し、その書きぶりに応じて、10点の限度で加点する。

#### [設問2] 配点【60点】

- (1)では、CとDはいずれも債務者対抗要件(467条1項)を備えているが、Cが第三者対抗要件(同条2項)を備えているのに対し、Dは第三者対抗要件を備えていないから、Cが本件代金債権の支払を請求でき、Dは請求できないことを説明する必要がある。
- (2)の前段では、CとDはいずれも債務者対抗要件及び第三者対抗要件を備えていること、この場合、その優劣は、確定日付の先後によってではなく、確定日付のある通知が債務者に到達した日時の先後によって決すべきこと(最判昭和49・3・7民集28・2・174)及びその理由を説明した上(判例が説示した理由を踏まえて説明すること)、Dへの譲渡を通知する内容証明郵便が先に債務者に配達されたのであるから、Dが本件代金債権の支払を請求でき、Cは請求できないことを説明する必要がある。
- (2)の後段では、第三者対抗要件が同時に備わったのであるから、CとDの双方を債権者として扱うほかないこと、したがって、CとDはいずれも本件代金債権についてその全額の支払を請求できることを説明する必要がある。なお、BがCとDのいずれかに対する支払をすると、本件代金債権は消滅するから、他方は請求できないことになる。

4 以上と同趣旨の内容が記載されていれば、合計で50点を与える。また、分析・検討の的確さ、論理展開の明晰さ等を考慮し、その書きぶりに応じて、10点の限度で加点する。

### 3 刑法

#### 【出題趣旨】

具体的な事例の検討を通じて、共同正犯、同時傷害の特例及び共謀関係の解消等についての理解度を問う問題である。具体的には、設問1における甲及び同2における丙に共同正犯（刑法60条）が問題なく成立することを論じた上で、①設問1における乙に同時傷害の特例（同法207条）が認められるか、②設問2における丁に共謀関係の解消が認められるか等について、事案を的確に分析して、自説から矛盾なく論じることが求められる。

#### 【採点基準】

刑法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、判例を踏まえた常識的な結論に対しては、高評価を与えることとする。

第1 甲の罪責（配点5点）

第2 乙の罪責（配点4.5点）

第3 丙の罪責（配点5点）

第4 丁の罪責（配点2.5点）

第5 裁量点（配点20点）

#### 【参考解答例】

第1 設問1

1 甲の罪責

甲は、いずれも急性硬膜下血種の傷害を発生可能な第1暴行及び第2暴行の全てに関与しているのであるから、傷害致死罪（同法204条）の罪責を負う。そして、後記2記載のとおり、乙は同罪の共同正犯として処断されるから、甲も同罪の共同正犯となる。

2 乙の罪責

乙は、共謀加担後の暴行によってAの傷害の発生に寄与したことについてのみ、共同正犯としての責任を負うことが原則である。

設問1において、Aの死因である急性硬膜下血種の傷害が第1暴行、第2暴行のいずれによって生じたのか不明であり、第2暴行によって急性硬膜下の傷害が生じたとはいえない。すると、乙は、暴行罪ないし傷害罪の限度でしか処罰されないはずである。

しかし、前記の結論は処罰として軽きに失する。また、一般に、行為者間の意思の連絡、行為者と傷害の結果との結び付き等を立証することが困難な場合が少なくない。そこで、特に同法207条を設けて、本来同時犯であるものを「共犯の例による」旨規定し、傷害罪の

共同正犯として処断する旨の特例を設け、立証の困難の救済を図っている。

判例は、同条適用の前提として、検察官は、①各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び②各暴行が同一の機会に行なわれたものであることの証明を要するとしている。

この点に関して、時間的・場所的な近接性があり、実行共同正犯に類似した状況がある場合、同条の適用が認められるとする見解もある。しかし、第1暴行と第2暴行との時間的・場所的な近接性が相当強い設問1については、いずれの見解によっても結論に差異は生じないであろう。

そこで検討すると、①第1暴行終了直後、同じ場所で、同じ被害者Aに対して、第2暴行が行われていること、②甲も乙の飲食店「X」の従業員であること、③第1暴行は、同店の料金に関する口論から発展したものであるところ、乙は、甲から加勢してほしいと頼まれると、寝ている体勢のAの頭部を踏み付け、蹴るなどという激しい暴行を加えており、暴行をためらったり、甲から強制されたりした事情もうかがえないことからすると、Aに傷害を与える動機において甲の動機と共通するものがあると推測されることなどの事情が認められる。

以上によれば、第1暴行と第2暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものである上、各暴行が同一の機会に行なわれたものであるといえる。また、両暴行に実行共同正犯に類似した状況があるともいえる。

同条は、傷害罪のみに適用されるとする見解もあるが、同罪のほか、傷害致死罪にも適用されると解する。

したがって、乙は、同罪の共同正犯として処断される。

## 第2 設問2

### 1 丙の罪責

丙は、丁と共謀して第1暴行に及び、その後、単独で第2暴行に及んでいる。そのいずれもがBの急性硬膜下血種の傷害を発生可能なものであるから、丙には傷害致死罪が成立する。そして、後記2記載のとおり、丁に同罪の共同正犯が成立するから、丙も同罪の共同正犯となる。

### 2 丁の罪責

丁は第1暴行にしか関与していないところ、Aの死因である急性硬膜下血種の傷害が第1暴行と第2暴行のいずれによって生じたかは不明である。そこで、途中から関与しなくなった丁に傷害致死罪の共同正犯が成立するかどうかが問題となる。

そこで検討すると、丁が丙と第1暴行を共同実行したことによって、Bに対する丙の暴行の犯意は強化されており、何かのはずみで暴行を再開しやすい心理状態が形成されていたといえる。

また、第1暴行によってBに急性硬膜下血種の傷害を発生可能な重傷を負わせ、Bの抵抗が困難な状況を作出したことによって、客観的にも暴行の継続が容易な状況が形成されて

いる。

さらに、丙がなおBに対して暴行を加えるおそれがあると認められるところ、これは丙・丁の共謀に基づいて作出された状況といえるから、丁には、前記おそれを防止する措置が要求される。例えば、丙に対して、以後はBに対する暴行をやめるようにとか、Bを病院に連れていくよう求めるなどの措置が想定されるが、丁はこれらの措置を講じていない。

因果性が解消されていないから、共謀関係の解消が認められず、丁には、丙との間で傷害致死罪の共同正犯が成立する。