

令和3年度日本大学大学院法務研究科 入学試験

第1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、あん摩師はり師きゆう師及び柔道整復師法違反事件（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）を題材にして作成したものであり、営利的言論の自由の保障根拠、制約の根拠及び制約が許される程度などの基本的論点について正確に理解しているかどうかを測定するとともに、営利的言論の自由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事案解決能力を測ろうとするものである。

そこで、答案の評価は、営利的言論の自由に関する解釈論を正確に理解しているかどうか、及び、具体的事例を的確に分析し、説得力のある論述ができるかどうかで決することになる。

【採点基準】

本問は、①営利広告の自由の保障の根拠条文、②営利広告の規制の合憲性を判断する基準を明らかにした上で、あん摩師等法7条が憲法に違反するかどうかを検討することを求め、答案においては、問題文の指示に従って論述しなければならない。

答案においては、まず、営利広告の自由の保障の根拠条文を論述しなければならない（配点20点）。営利広告の自由が表現の自由（21条1項）又は職業選択の自由（22条1項）によって保護される根拠を論述することが必要であり、この点についてしっかりと論述している答案に高い評価を与えた。なお、自分の見解と異なる見解に言及している場合や、判例（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）の立場について言及している場合には、加点した。

つぎに、営利広告の規制の合憲性を判断する基準を論述しなければならない（配点40点）。なぜ当該基準（判断枠組み）を選択するのか、その理由を説明している答案に高い評価を与えた。なお、自分の見解と異なる見解に言及している場合には、加点した。

最後に、あん摩師等法7条が憲法に違反するかどうかを検討しなければならない（配点40点）。答案においては、選択した基準（判断枠組み）によって事案を検討することが必要である。問題文から適切に事実を引用し、立法目的を分析・評価している答案、目的との関係を意識しながら、規制（目的達成手段）の必要性・相当性を事案に即して具体的に検討している答案に高い評価を与えた。なお、判例（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）を踏まえて論述している場合には、加点した。

2 民法

【出題趣旨】

具体的な設例に基づき、単純な契約関係を前提として、主として債権総論に関する基本的な理解を問うものである。

具体的には、制限種類債務の認定、履行不能（412条の2第1項参照）の有無、種類債務の特定（401条2項）、弁済の提供とその効果（492条、493条）、受領遅滞とその効果（413条、413条の2第2項）等が問題となり、各設例の事実即した検討が必要となる。いずれも民法の基本的な理解を問う問題である。

〔設問1〕では、Aの目的物引渡債務（制限種類債務）が履行不能となっている否かの検討に際して、種類債務の特定の有無につき、民法の条文を踏まえ、設例の事実即した具体的な検討を求めている。

〔設問2〕では、AからBに対する①代金債務の履行請求、②契約の解除の主張に際し、Aに再度の弁済の提供が必要であるかにつき、民法の条文を踏まえ、設例の事実即した具体的な検討を求めている。

〔設問3〕では、AのBに対する代金支払請求の可否の検討に際して、Bの受領遅滞の成否、受領遅滞による注意義務の軽減、受領遅滞中に履行不能があった場合の効果につき、民法の条文を踏まえ、設例の事実即した具体的な検討を求めている。

【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30点

1 AB相互の請求の可否の検討の中で、制限種類債務の認定、種類債務の特定について基本的な理解ができているならば、20点を与える（但し、記載内容の程度、正確性に依りて適宜減点するものとする）。

① 制限種類債務の認定、種類債務の特定について

Aの引渡債務が制限種類債務であることを前提に、同債務が履行不能になっているかの検討の中で種類債務の特定（401条2項）の有無について、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができているならば、15点を与える。

② 履行不能の有無について

上記（1）の検討を踏まえ、Aの引渡債務が履行不能となっていないことについて、結論とこれに対する事実のあてはめができているならば、5点を与える。

2 以上に加え、結論と理由付けがしっかりしており、また、論理が明確であるもの、書きぶりの良い答案、AB両債権（両債務）が同時履行の関係（533条）にあることの指摘があった答案については、その内容に依りて10点を上限として加点する。

[設問2] 配点 40 点

- 1 弁済の提供後における、AからBに対する①代金債務の履行請求、②契約の解除の主張に際し、Aに再度の弁済の提供が必要であるかについて、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができていれば、30 点を与える（但し、記載内容の程度、正確性に依じて適宜減点するものとする）。
 - ① 代金 200 万円の履行請求について
Bによる同時履行の抗弁権の主張の可否との関係で、Bによる受領拒絶後、Aが再度の弁済の提供が必要かにつき、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができていれば、15 点を与える。
 - ② 契約の解除について
Bによる受領拒絶後、Aが契約を解除するときにも再度の弁済の提供が必要かにつき、契約解除の機能を踏まえて、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができていれば、15 点を与える。
- 2 以上に加え、結論と理由付けがしっかりしており、また、論理が明確であるもの、書きぶりの良い答案については、その内容に応じて10点を上限として加点する。

[設問3] 配点 30 点

- 1 AのBに対する代金支払請求の可否の検討の中で、受領遅滞の成否、受領遅滞による注意義務の軽減、受領遅滞中の履行不能について、正確な条文の指摘に加え、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができていれば、20 点を与える（但し、記載内容の程度、正確性に依じて適宜減点するものとする）。
 - ① 受領遅滞の成否、受領遅滞の要件と弁済の提供（493 条）との関係、受領遅滞の効果（注意義務の軽減（413 条 1 項））について
Aにより弁済の提供（現実の提供）がなされていることを踏まえて、Bに受領遅滞が成立していること、その結果、Aの本件目的物の保存に関する注意義務が自己の財産に対するのと同じ注意義務に軽減していること（413 条 1 項）について、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができていれば、10 点を与える。
 - ② 受領遅滞中の履行不能（413 条の 2 第 2 項）とその帰結について
軽減されたAの注意義務違反の有無の検討を経て、受領遅滞中に生じた当事者双方に帰責事由のない履行不能が債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなされる結果（413 条の 2 第 2 項）、BはAからの代金支払請求を拒絶できないこと（536 条 2 項）、Bは本件契約を解除できないこと（543 条）について、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができていれば、10 点を与える。
- 2 以上に加え、結論と理由付けがしっかりしており、また、論理が明確であるもの、書きぶりの良い答案については、その内容に応じて10点を上限として加点する。

3 刑法

【出題趣旨】

不作為による刑法 108 条の放火罪の成立を認めた昭和 33 年 9 月 9 日第三小法廷判決に類似した事案を前提に、先行行為の有無等において相違点がある甲と乙を対置させ、各人の罪責を問うことで、不真正不作為犯への理解度を問う問題である。具体的には、不真正不作為犯として犯罪が成立するための要件を的確に示した上で、甲と乙の相違点を意識しながら、各人の罪責を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に対しては、高評価を与えることとする。

1 甲の罪責（配点 70 点）

- ① 成立罪名及び要件
- ② 問題の所在
 - ・不真正不作為犯であることの指摘
- ③ 規範
 - ・作為義務の存在
 - ・作為の可能性
 - ・因果関係
 - ・主観的要件（積極的利用意思の要否）
- ④ 当てはめ
 - ・先行行為の位置付け
 - ・発見時点では消火可能性があったこと
 - ・少なくとも結果発生の特認があったこと

2 乙の罪責（配点 30 点）

- ① 検討罪名及び要件
- ② 当てはめ
 - ・先行行為がなく、その他の点からも作為義務まで認め難いこと

以 上