

令和3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、政教分離についての基本的理解の有無を確認し、併せて簡単な事例問題に対応できる基礎的能力があるかどうかを見ようとする出題である。

【採点基準】

- 1 政教分離原則についての基本的理解はできているか（配点 20 点）
 - ・政教分離原則を憲法が保障していることの意義
 - ・その限界
 - 2 本問で問題となる政教分離規定は何か（配点 45 点）
 - ・本問で問題とすべき憲法上の政教分離規定の選択
 - ・憲法判断の枠組みの定立
 - 3 本問の具体的事実関係に関する検討はできているか（配点 35 点）
 - ・諸事情の評価とそれらを踏まえた問題点の摘出と結論
- （全体を通じて）

判例の採る目的効果基準をはじめとする憲法規範の性質や、そうした規範のどこが論争的部分であるかを把握できている場合、問題文の重要な事情を拾い上げ、憲法論に結びつける姿勢が見られる場合には、入学後の憲法学習を活かす資質があると認められるので、上記配点の範囲内で高く評価することができる。

2 民法

【出題趣旨】

具体的な設例に基づき、債権者が連帯保証人に対して連帯保証債務の履行を求めたのに対し、主たる債務者から保証委託を受けた連帯保証人が、「連帯保証契約を締結するに際し、主たる債務者から、その資力や保証をする趣旨等について虚偽の事実を告げられ、これを信じて同契約を締結するに至った。」と主張して履行請求を拒んでいる場合において、両当事者はそれぞれどのような法的主張をすることが考えられるかを問うものである。

具体的には、第三者の詐欺（96 条 2 項）を理由とする取消しの主張と、動機の錯誤（95 条 1 項・2 項）を理由とする取消しの主張の可否が問題となり、それぞれ、設例の事実即ち検討が必要となる。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、保証人の立場から、第三者の詐欺及び錯誤取消しの各主張について、どのような要件のもとにどのような事実を主張する必要があるのかにつき、民法の条文を踏

まえ、設例の事実在即した具体的な検討を求めており、[設問2]では、債権者の立場から、保証人の上記主張に対する反論の具体的な内容を問うており、[設問3]では、上記双方の主張を踏まえ、いずれの主張が適切と考えられるかについて、設例の事実関係を踏まえ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50点

1 連帯保証人の主張として考えられる第三者の詐欺を理由とする取消し及び動機の錯誤を理由とする取消しの各主張について基本的な理解ができれば、42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 第三者の詐欺について

主債務者の行為が第三者の詐欺に当たること、欺罔行為の具体的な内容の検討、債権者が詐欺の事実を知り得たことについて、各要件の吟味とこれに対する事実のあてはめができれば、20点を与える。

② 動機の錯誤について

保証人に錯誤があり、それが動機の錯誤に当たること、その錯誤が重要なものであること（95条1項）、錯誤に陥った事情が連帯保証契約締結の基礎とされていることが表示されていること（同条2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れば、22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8点を上限として加点する。

[設問2] 配点30点

1 債権者の立場から、欺罔行為の内容、債権者が第三者の詐欺を知り得たか否か、動機の錯誤の成否（法律行為の基礎となったか否かを含む）についての反論と、保証人に重過失があること（95条3項）の主張について、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）。

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20点

1 双方の主張を踏まえ、第三者の詐欺の主張については、債権者が欺罔内容を知り得たか

否かの点を中心に、動機の錯誤の主張については、基礎事情の表示の点と重過失の有無を中心に、それぞれ問題点を整理していずれの主張が相当と考えるかを論理的に記載できていれば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ものとする）。

- 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】

本問は、甲が、路上でAと口論になった挙げ句、平手でAの顔を殴り、電柱に頭をぶつけて死亡させた上、そのAから、身に着けていた腕時計と現金等が入った財布を持ち去り、その後、財布に入っていたキャッシュカードを用いて、無人のATMコーナーでAの口座から現金10万円を引き出し、用済みとなったキャッシュカード等を公園に捨て、さらに、腕時計を自分の物であるかのように装って質店で質入れしようとしたところ、質店主が、盗品であろうと思ったものの、高級品であったことから、安く値踏みをして5万円で質受けしてくれたため、5万円を得たという事例を題材として、甲の罪責を問うものである。事案を的確に把握してこれを分析する能力が問われるとともに、刑法に関する基本的理解と事例への当てはめも問われている。このためには、罪責が問題になりそうな甲の行為をまず拾い出し、それぞれについて、どのような罪責が問題になるのか、その成否に当たりどのような検討すべき点があるのか、それについてどのように考えるのかを論じなければならない。具体的には、①Aの顔を殴って、その結果死なせた行為、②死亡しているAから財布等を持ち去った行為、③ATMコーナーに立ち入った行為、④Aのキャッシュカードを用いてAの口座から現金を引き出した行為、⑤用済みのキャッシュカード等を捨てた行為、⑥Aの時計を質入れして5万円を手にした行為、⑦質店主に盗品有償譲受けの犯行を決意させた行為についての検討が求められる。例えば、②については、財布等の占有がAから失われているのか（死者の占有）、③については、不正な目的での平穏な立入りは「侵入」に当たるのか、④については、機械に対する欺罔行為をどう考えるのか、被害者は誰なのか、⑥については、欺罔行為と現金取得との間に因果関係があるのか、甲が既遂と思っている点をどう考えるのか、⑦については、詐欺の故意で盗品有償譲受け教唆の結果になっている点をどう考えるのか、④⑤⑥については②の犯罪の不可罰的事後行為にならないかなどといったことが問題になる。

【採点基準】

顔を殴って死なせた点（10点）、財布等を持ち去った点（15点）、ATMへの立入りの点（10点）、現金引き出しの点（10点）、キャッシュカード等を捨てた点（10点）、時計を質入れして5万円を得た点（20点）、質店主に盗品罪の犯行を決意させた点（15点）、罪数等（10点）

以 上