

令和4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、徳島市公安条例事件大法廷判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）における「明確性の原則」に関する部分についての論評を求める問題であるが、問題文が指示しているように、論評の前提として、（1）「明確性の法理」（明確性の原則）の内容、（2）根拠及び（3）明確性の判断基準について説明することを求めている。本問は、明確性の原則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、最高裁判決を論評させることにより、明確性の原則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、明確性の原則に関する解釈論を正確に理解しているかどうか、及び、最高裁判決を的確に分析し、説得力のある論評をしているかどうかによって決せられることになる。

【採点基準】

設問の見解を論評する前に、「明確性の法理」（明確性の原則）の内容、根拠及び明確性の判断基準について説明することが求められている。上記の諸点について、判例・学説を踏まえて、適切に説明している答案を高く評価した。その際に、「明確性の法理」（明確性の原則）の根拠について、教科書・概説書類において、刑罰法規は、①違法行為を公平に処罰するのに必要な事前の「公正な告知」を与え、②行政の恣意的な裁量権を制限するものであることが必要であり、③刑罰法規が表現の自由を制約するものである場合は、その漠然不明確性は表現行為に対する萎縮的效果を及ぼすと説明されるのが通常であり、このような学説による説明を踏まえて論述する必要がある。また、明確性の判断基準については、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである」という最高裁の見解を踏まえて論述している答案には高い評価を与えた。

つぎに、設問の見解を論評しなければならない。設問の見解は、条例3条3号の「交通秩序を維持すること」とは、「道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきこと」と解するが、答案において、「通常の判断能力を有する一般人」が条例3条3号の「交通秩序を維持すること」という文言から上記の解釈を読み取る

ことができるかどうかについて検討している場合には、高く評価した。また、条例3条3号が「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきこと」を命じていると解するとしても、そこから「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるか」について検討している場合にも、高く評価した。

以上

2 民法

【出題趣旨】

設例に基づき、典型的な事例を前提として、主として契約法（賃貸借）に関する基本的な理解を問うものである。

具体的には、借地権の対抗力と権利濫用等が問題となり、各制度の基本的知識及び相互の関連性を意識しながら、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】は、借地権の対抗力を得るためには借地上の建物の名義が家族（長男）名義でもよいかという著名な論点を通じて、「売買は賃貸借を破る」の原則に対する例外の適用範囲を明確に理解しているかを問うものである。

【設問2】は、時系列に沿った事実関係を整理することを通じ、借地権の対抗力に関する基本的理解（建物の滅失による借地権の消滅の有無、建物の登記と土地の所有権移転登記との先後関係）に加えて、権利濫用の該当性を問うものである。

【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55点

- 1 設問1は、借地権の対抗力（民法605条、借地借家法10条1項）についての基本的な理解を踏まえて、借地上の建物の名義が長男名義でもよいかとの論点につき、結論と説得力のある理由付けができていれば、35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20点を上限として加点する。

[設問2] 配点45点

- 1 設問2は、建物の滅失による借地権の消滅の有無、建物の登記と土地の移転登記の先後関係を踏まえた上での原則的な結論の指摘に加え、本件建物2が建築途中であることをCが知りながら土地を取得している点等から権利濫用が指摘・展開できていれば、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15点を上限として加点する。

3 刑法

【出題趣旨】

中止未遂の成立が認められた裁判例を題材とした具体的な事例を前提として、主に中止未遂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、罪責が問題となりそうな甲の行為を拾い出し、各被害者との関係で、同行為について、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、各被害者との関係で中止未遂が成立するかが問題となることを指摘しつつ、中止未遂の要件について、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前記要件に当てはめて、各被害者に対する甲の罪責を論じることが求められる。

【採点基準】

刑法、特に中止未遂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 成立罪名及びその要件（配点15点）
 - ・ V1及びV2に対する殺人の実行の着手の認定 等
- 2 中止未遂の検討
 - (1) 問題の所在の指摘及び規範定立（配点30点）
 - ・ V1及びV2の双方との関係で中止未遂の成否が問題となることの指摘
 - ・ 任意性（主観説と客観説の対立を前提に自説採用理由を明示すること）
 - ・ 中止行為（着手未遂と実行未遂の区別、実行未遂の場合の真摯な努力）
 - (2) 当てはめ（配点45点）
 - ア V1に対する中止未遂の成否

- ・ 任意性の検討
- ・ 実行未遂の認定
- ・ 真摯な努力の有無

イ V 2 に対する中止未遂の成否

- ・ 任意性の検討
- ・ 実行未遂の認定
- ・ 真摯な努力の有無（第三者による結果防止措置が講じられた場合の評価）

3 罪数（配点10点）