

令和4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、平成20年4月11日の最高裁第二小法廷判決の事案をもとにした事例問題である。同判決は、政治的なビラの配布という一般的には表現の自由が強く保障されるべき被告人の行為の処罰を合憲とする。その判断はいかなる憲法論によって組み立てられていたか、その憲法論の限界はどこにあり、それはいかなる場合に現われるかを、同判決の事案をかたちづくる事実に変更を加えた事例を通じて検討させる出題とした。

【採点基準】

- | | |
|-----------------------|-----|
| 1 表現の自由の重要性の説示 | 30点 |
| 2 事案の特性と表現規制の利益の検討 | 20点 |
| 3 憲法21条1項適合性判断の枠組みの定立 | 35点 |
| 4 本問の事実関係への適用 | 15点 |

「対立する見解」への言及に対する評価は、以上の採点項目のなかに組み入れる。

2 民法

【出題趣旨】

不動産の二重譲渡に関する基本的な事例を前提として、物権法（設問1）、担保物権法（設問4）、債権総論（設問2）、債権各論（設問3）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）、詐害行為取消権（424条）、不法行為損害賠償請求権（709条）、留置権（295条）といった各制度の基本的知識が各設例の事実在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、対抗問題（177条）の「第三者」の意義とその主観的態様（善意であることを要するか）に関する理解を問うものである。

[設問2]は、詐害行為取消権（424条）の各成立要件（被保全債権、詐害行為、債務者の無資力、債務者の詐害意思、受益者の悪意）と事例へのあてはめを問うものである。

[設問3]は、不動産の二重譲渡における第一譲受人から、先に登記を備えた第二譲受人

に対する不法行為による損害賠償請求権（709条）の可否を問うものである。

〔設問4〕は、不動産の二重譲渡において先に登記を備えた第二譲受人に対して、不動産を占有する第一譲受人の留置権（295条）の主張の可否を問うものである。

【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40点

- 1 設問1は、177条の要件を指摘し、Cの主観的態様（悪意）に対する法的評価とそれを踏まえた上で、一定の結論が導かれていれば、25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の主観的態様（悪意）に対する法的評価について適切な理由付けが記載されているもの、前記1の基本的論述を踏まえた上で背信的悪意者排除論への言及までなされているもの、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15点を上限として加点する。

〔設問2〕 配点35点

- 1 設問2は、詐害行為取消権（424条）の各要件（被保全債権、詐害行為、債務者の無資力、債務者の詐害意思、受益者の悪意）の解釈（特に被保全債権）を踏まえた上で、事例への適切なあてはめができているならば、25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（特に被保全債権についてのもの）、また、詐害行為取消権の要件の検討の際に177条との関係にまで言及できているもの、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3〕 配点15点

- 1 設問3は、対抗問題と不法行為責任の関係性を踏まえた上で、二重譲渡における第一譲受人Bから、先に登記を備えた第二譲受人Cに対する不法行為による損害賠償請求権（709条）の可否につき一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、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5点を上限として加点する。

[設問 4] 配点 10 点

- 1 設問 4 は、留置権の成立要件（留置目的物と被担保債権との牽連関係）との関係で、不動産の二重譲渡で先に登記を備えた第二譲受人 C に対して、不動産を占有する第一譲受人 B の留置権（295 条）の主張の可否につき一定の結論が導かれていれば、5 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、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 5 点を上限として加点する。

3 刑法

【出題趣旨】

本問は、甲（22 歳男性）が、A（65 歳女性）のハンドバッグのひったくりに失敗して逃げ出す際、A の叫び声を聞いた B（35 歳男性）に行く手をさえぎられたため、捕まrier たくない思いから、右足の裏で B の腹付近を突き、B を転倒させ（【事例】1）、その後、S 公園で、無人のベンチにあったポシェットを見つけ、忘れ物だとの認識で、ポシェット内の財布から現金 1 万円とクレジットカードを持ち去り（ただ、その持ち主の C は、約 30 m 離れ、かつ、ベンチを見通せるトイレで用を足すため、30 秒間ベンチを離れたに過ぎなかったという事情があった。）（【事例】2）、さらに、C 名義のクレジットカードを使って飲食しようと考え、D 経営のレストランに入り、ステーキ定食とビール 2 本を注文して、飲食を終え、同クレジットカードで代金 3500 円の支払いを済ませた（その際、「C」の名を売上票の署名欄に記載し、これを店員に提出した。）（【事例】3）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、それぞれの行為について、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、①ひったくりに失敗した際、B の腹を足で突いた行為、②公園のベンチにあったポシェットから現金とクレジットカードを持ち去った行為、③そのカードを利用して飲食するため、レストランに立ち入った行為、④そのカードを不正利用するつもりで、定食等を注文して飲食した行為、⑤そのカードで代金の支払いをした行為、⑥その際、売上票に「C」の名を記載して提出した行為についての検討が求められる。①については、本件態様のひったくりは強盗ではなく窃盗の実行行為に過ぎず、その失敗直後の B に対する暴行は、逮捕を免れる目的に出たもので、その程度は B の反抗を抑圧するに足りるものであるとすれば、事後強盗未遂罪が成立する。②については、ベンチに置き忘れられたポシ

レットがCの占有を離れたといえるかが問題となり、Cがベンチを離れた時間や距離、ベンチの見通し状況を踏まえて考えることとなる。そして、占有を離れていたとすれば、占有離脱物横領罪が成立し、占有を離れていないとなると、客観的には窃盗罪になるが、主観的には占有離脱物横領罪の故意しかないため、事実の錯誤の問題が出てくる。③については、レストランへの平穏な立入りではあるが、不正行為の目的であるので、管理者のDの意思に反する立入りとなる。建造物侵入罪の保護法益をどうみるかにより、その成否が分かれよう。④については、最初から無銭飲食のつもりで飲食したケースと同様であるので、定食等の注文が欺罔行為に当たり、飲食した時点で1項詐欺が既遂となる。したがって、⑤の行為でもって2項詐欺を考えるべきではなく、この行為は、④の1項詐欺罪の不可罰的事後行為とみるべきである。ただし、支払いの際の売上票への署名、その売上票の提出は、新たな法益の侵害であって不可罰的事後行為ではなく、有印私文書偽造、同行使罪が成立する。

【採点基準】

- 1 【事例】1の点について 30点
 - ・本件態様のひったくりは窃盗 10点
 - ・Bに対する暴行は、(逮捕を免れる目的の)反抗を抑圧するに足りる暴行か 20点
- 2 【事例】2の点について 30点
 - ・本件ポシレットはまだCの占有を離れていないか 20点
 - ・占有離脱物横領の故意で窃盗をしている(錯誤)としたら 10点
- 3 【事例】3の点について 30点
 - ・最初から他人名義のクレジットカードを不正使用するつもりでの飲食 15点
 - 飲食注文が欺罔行為、飲食でもって既遂のDに対する1項詐欺罪(10点)
 - 支払いに当たりCになりすましクレジットでの支払いをした点は不可罰的事後行為(5点)
 - ・売上票へのCの記載とその提出 私文書偽造・同行使罪 10点
 - ・カード詐欺での飲食目的の店内立入り 建造物侵入罪 5点
- 4 罪数等 10点