福岡大学法科大学院
令和３年度Ａ日程法律専門試験
出題趣旨・採点基準

【民法　第１問】

［出題趣旨］

本問は、民法１１０条の表見代理の成立要件の一つである基本代理権の存在につき私法上の行為に関する代理権でなければならないかという点について、最判昭和４６年６月３日民集２５巻４号４５５頁を基に、立場固定、立場互換しながら論じてもらうことを意図して出題した問題である（野田宏「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和４６年度』１６４頁以下、五十川直行「判例解説」別冊ジュリスト１７５号『民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第５版新法対応補正版〕』（２００５年）６２～６３頁等参照）

〈解答のポイント〉

〔問１〕について（１０点）

Ａは、Ｙに対して、ＡのＸに対する現在および将来の債務につき、Ｙが担保提供者兼連帯保証人となる根抵当権設定契約や停止条件付き代物弁済契約の締結のための代理権を付与してはいないものの、過去になされた贈与契約に基づく所有権移転登記手続（登記申請行為）のための代理権は付与していたのであるから、これを基本代理権として、Ａはその権限を超える代理行為として連帯保証契約の趣旨を含む上記の根抵当権設定契約等を締結したものと言え、しかも、この点につきＸは善意であり、かつ無過失であったのであるから、民法１１０条の規定により表見代理の成立が認められると主張して、Ｙに対し連帯保証債務の履行を請求しているものと考えられる。

〔問２〕について（１５点）

Ｘの以上のような主張に対して、Ｙは、ＹがＡに対して実印・印鑑登録証明書・登記識別情報・委任状等を交付したのは、ＹがＡに対して以前に贈与した本件土地の所有権移転登記手続（登記申請行為）という公法上の行為を委任するためであったにすぎない。そもそも、代理制度は私的自治の原則の拡張や補充等の目的から認められた意思表示（法律行為）に関する私法上の制度であるから、その代理権も私法上の行為をおこなうためのものであることが当然に前提されている。ところが、Ｙは、Ａに対して、登記申請行為という公法上の行為を委託した以外に、私法上の行為の代理権を授与したことも、連帯保証契約の趣旨を含む上記根抵当権設定契約等につき代理権を授与したことも認められない本件においては、民法１１０条の表見代理の成立の余地はない、と反論して対抗してくることが考えられる。

〔問３〕について（２５点）

しかし、それに対して、さらにＸは、確かに登記申請行為は登記所に対する所有権移転登記手続の申請という公法上の行為であって、私法上の行為ではない。しかし、それが特定の私法上の契約に基づいてなされる場合もあり、そのような場合に登記の申請により所有権移転登記がなされるときは、契約上の債務の履行という私法上の効果を生ずるものであるから、その行為は同時に私法上の作用を有しているものと解し得る。本件における登記申請行為も贈与という私法上の契約に基づく債務の履行の一環としてなされているものと見ることができるのであるから、この場合には、その権限を基本代理権と解することも可能であり、したがって、それに基づく表見代理成立の余地も否定できないという趣旨の再反論をして争ってくることが考えられよう（以上につき、内田貴著『民法Ｉ［第４版］総則・物権総論』（東京大学出版会・２００８年）１９４～１９５頁参照。

ちなみに、前掲最判昭和４６年６月３日は、登記申請行為の代理権が表見代理における基本代理権に当たり得るかという点について、次のように判示しているので、参照のこと。

「登記申請行為が公法上の行為であることは原判示のとおりであるが、その行為は右のように私法上の契約に基づいてなされたものであり、その登記申請に基づいて登記がなされるときは契約上の債務の履行という私法上の効果を生ずるものであるから、その行為は同時に私法上の作用を有するものと認められる。そして、単なる公法上の行為についての代理権は民法１１０条の規定による表見代理の成立の要件たる基本代理権にあたらないと解すべきであるとしても、その行為が特定の私法上の取引行為の一環としてなされるものであるときは、右規定の適用に関しても、その行為の私法上の作用を看過することはできないのであって、実体上登記義務を負う者がその登記申請行為を他人に委任して実印等をこれに交付したような場合に、その受任者の権限の外観に対する第三者の信頼を保護する必要があることは、委任者が一般の私法上の行為の代理権を与えた場合におけると異なるところがないものといわなければならない。したがって、本人が登記申請行為を他人に委任してこれにその権限を与え、その他人が右権限をこえて第三者との間に行為をした場合において、その登記申請行為が本件のように私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間の行為につき民法１１０条を適用し、表見代理の成立を認めることを妨げないものと解するのが相当である。」

［採点基準］

〔問１〕については、基本代理権の存在を前提とした民法１１０条の表見代理の成立を主張していくことが論述できていれば、基礎点として５点～７点を配点。その文章表現、文章構成が明快かつ説得的であれば、さらに２点～３点の幅で加点。

〔問２〕については、民法１１０条の表見代理の成立が言えるための基本代理権は、代理制度の制度趣旨から私法上の行為に関するものに限られることを指摘して論述できていれば、基礎点として７点～１０点を配点。その説明が明快かつ説得的であれば、さらに２点～５点の幅で加点。

〔問３〕については、前掲最判昭和４６年６月３日の判示内容に沿って、民法１１０条の基本代理権がたとえ公法上の行為に関するものであっても、それが私法上の取引行為の一環としてなされている登記申請行為であれば、代理制度の制度趣旨から隔たるものとは言えないから、民法１１０条の表見代理の成立を認める妨げとなるものではないということを的確に論述できていれば、基礎点として１２点～１８点を配点。その文章表現、文章構成が明快かつ説得的であれば、さらに３点～７点の幅で加点。

【民法　第２問】

［出題趣旨］

離別による内縁解消の場合と、死別による内縁解消の場合における、財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養についての処理の違い

［採点基準］

１．内縁関係の意義を前提として、本件が内縁関係にあたることの認定（１０点）

２．内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法７６８条の規定を類推適用することはできるかという問題提起（１０点)。

３．内縁の夫婦の一方の死亡により内縁関係が解消した場合に、法律上の夫婦の離婚に伴う財産分与に関する民法７６８条の規定を類推適用することはできるかについての検討（３０点）

法律上の夫婦の婚姻解消時における財産関係の清算及び婚姻解消後の扶養については、離婚による解消と当事者の一方の死亡による解消とを区別し、前者の場合には財産分与の方法を用意し、後者の場合には相続により財産を承継させることでこれを処理するものとしていること、内縁の夫婦について、離別による内縁解消の場合に民法の財産分与の規定を類推適用することは、準婚的法律関係の保護に適するものとしてその合理性を承認し得るとしても、死亡による内縁解消のときに、相続の開始した遺産につき財産分与の法理による遺産清算の道を開くことは、相続による財産承継の構造の中に異質の契機を持ち込むもので、法の予定しないところであること、また、死亡した内縁配偶者の扶養義務が遺産の負担となってその相続人に承継されると解する余地もないことなどを指摘し、生存内縁配偶者が死亡内縁配偶者の相続人に対して清算的要素及び扶養的要素を含む財産分与請求権を有するものと解することはできない、すなわち、民法７６８条の類推適用は認められないことを導いていること。

【民事訴訟法】

［出題趣旨］

1　給付訴訟は、口頭弁論終結時に給付請求権が現存する、現在給付の訴えを原則とする。口頭弁論終結時に存在しない請求権の存否を判断しても、その後の事情の変動によって裁判所の判断が不当になる可能性があり、また、その判断を債務名義として強制執行がされるおそれもあるからである。

2　しかし、「あらかじめその請求をする必要がある場合」には、将来の給付の訴えを適法としている（民訴法１３５条）。一般的には、⑴将来履行期が到来しても、債務者の任意の履行を期待できない場合、⑵給付内容の性質上、履行期の到来時に即時に履行がされなければ、債務の本旨に反する結果となる場合、⑶債権者に著しい不利益を与える場合などは、将来給付の訴えの利益が認められる。

　本問③の請求は、口頭弁論終結後に発生するであろう騒音を理由とする損害賠償請求であり、将来給付の訴えである。この点に関しては、大阪国際空港事件判決（最大判昭和５６．１２．１６）が参考になる。同判決は、⑴将来の請求権の基礎となるべき事実関係・法律関係が既に存在し、その継続が予測されること、⑵請求権の存否や内容に関し、債務者に有利な影響を与える事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限定されていること、⑶このような変動を請求異議事由として加害者側に提訴及び証明の負担を課しても、格別不当ではないことという要件を挙げて制限的な解釈をした。

3　本問については、訴えを却下すべきとの考えもあり得るが、公平の観点から、将来給付請求の適格を認めることも十分考えられる。論理的な理由を述べて、自分の考えを述べることが求められる。

［採点基準］

1　上記１の総論部分　　２０点

2　上記２の各論部分　　１５点

3　上記３の本問への当てはめ　　１５点

【憲法】

［出題趣旨］

（１）本試験は、受験生が、１年次の憲法の授業において設定している到達目標（「①各々の基本的人権の意義や保障内容に関する基本的事項を的確に理解していること、②判例の中から憲法上重要な事実・争点を抽出することができ、訴訟当事者各々の主張の考え方および裁判所の考え方を一定程度理解することができること」）に達しているか否かを評価するための試験である。定期試験は、授業で検討した憲法判例を素材とする事例問題を出題し、憲法上の問題点をめぐる反論を踏まえた意見を述べさせる２時間の試験として実施している。他方、本試験の試験時間はその半分以下の約４０分程度であることから、試験内容としては、重要な憲法判例における最高裁の考え方を的確に理解しているか否かを問う出題としている。

（２）本問は、最高裁平成２７年１２月１６日大法廷判決（『憲法判例百選』２８）において、最高裁が、女性に６か月間の再婚禁止を設定する民法７３３条１項の規定（以下、「本件規定」という。）の立法目的の合理性は認めながら、１００日を超過する期間については合理的な立法裁量の範囲を超えて憲法違反であると判示した理由を正確に理解しているか否かを確認する問題である。答案においては、まず、本件規定の立法目的がどのようなものであるか、またその合理性をどのように考えるかを説明し、次に、本件規定の１００日超過部分の合憲性をどのように考えるのか（なぜ憲法違反であるか）の説明が必要である。

［採点基準］

（１）採点は、①本件規定の合理性の説明、②本件規定の１００日を超える部分の違憲性の説明に各々５０％を配分する。

（２）上記①及び②について、定期試験における成績評価（絶対評価）と同様、「合格と認められる最低限度」をＤ（６０％）とし、解答の的確さ、理解力、説得力の程度などによって点数を加算し、Ｃ（７０％）＝「一応の水準に達していると認められる成績」、Ｂ（８０％）＝「良好な水準に達していると認められる成績」、Ａ（９０％以上）＝「優れた成績」とする。

（３）解答のポイント

①本件規定の合理性について

民法は、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し（民法７７２条１項)、夫において子が嫡出であることを否認するための嫡出否認の訴えを 1 年以内に提起しなければならない（同７７５条、７７７条）と規定して、父性の推定の仕組みを設定し、法律上の父子関係を早期に定めることを可能としている。しかし、女性が前婚の解消等の日から間もなく再婚して子を出産した場合においては、その子の父が前夫であるか後夫であるかが直ちに定まらない事態が生じる可能性があり、父子関係をめぐる紛争が生じて子の利益に反することとならないように、女性の再婚後に生まれた子について、父性の推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことが、本件規定の立法目的である。

確かに、DNA 検査技術により、生物学上の親子関係を判定することが可能とはなっているが、父性の

推定が重複する期間内に生まれた子について、父子関係の確定を科学的な判定に委ねることとする場合は、一定の裁判手続等を経るまで法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することになり、子の利益の観点からは、そのような裁判手続等を経るまでもなく、そもそも父性の推定が重複することを避けるための制度としての本件規定の合理性が認められるべきである。

②本件規定の１００日を超える部分の違憲性

民法は、「婚姻の成立の日から２００日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から３００日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」（７７２条２項）と規定していることから、女性の再婚後に生まれる子については、計算上１００日の再婚禁止期間を設けることにより父性の推定の重複が回避されることになる。父子関係を早期に定めてこの身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた趣旨に鑑みれば、女性に一律に１００日の再婚禁止期間を設けることは、立法目的との関連において合理性を有し、憲法１４条１項、２４条２項に違反するものではない。

しかし、本件規定のうち１００日を超過する部分については、父性の推定の重複を回避するために必要な期間と解することはできない。旧民法起草時には、父子関係を確定するための医療や科学技術も未発達であったことから、再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けようとしたものであったとされるところ、医療や科学技術が発達した今日においては、再婚禁止期間に一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になっている。また、社会状況や経済状況の変化に伴い、婚姻及び家族の実態が変化し、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請も高まっている。また、そもそも婚姻をする自由が憲法２４条１項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであること、妻が婚姻前から懐胎していた子を産むことは再婚の場合に限られないことをも考慮すれば、厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化する根拠を見出すことはできず、したがって、本件規定のうち１００日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものであり、本件規定の立法目的との関連において合理性を欠き、憲法１４条１項および２４条２項に違反する。

【刑法】

［出題趣旨］

本問は、片面的共犯の基本的理解を問う問題である

［採点基準］

設問１　本設問では、片面的共同正犯の成否が問題となっている。（３０点）
（１）共同正犯における一部実行の全部責任を認める基礎として、共犯者（全員）の間に共同実行の意思と共同実行の事実が認められなければならないことを理解しているか否か。
（２）いわゆる片面的共同性においては、共同実行の意思を欠くことから、片面的共同正犯という概念自体が成り立たないというのが判例・通説であることを理解しているか否か。
　※片面的に関与する側についてみれば、物理的因果性と一方的な心理的因果性が認められるので、それを基礎に、被関与者と共に構成要件を実現していると認められる例外的な場合には（片面的）共同正犯を認めることは不可能ではないという見解があるが、これに言及していれば加算点（１０点）とする。
（３）いわゆる片面的共同正犯において、構成要件実現の全体への関与の場合には、同時正犯となり、構成要件実現の一部への関与の場合には、関与者には関与部分の故意しか認められないから、関与部分についてのみ単独正犯となるということを理解しているか否か。
（４）本設問においては、Ｘは、　Ａ等と何等の意思の連絡もなく、いわば勝手に犯行に加担しており、Ａ等との間に共同正犯としての一部実行の全部責任を問うべき基礎を欠いており、Ａ等にとってはＸの犯行は預り知らぬものであり、ＸにとってはＡ等の犯行は行為状況に過ぎず、両者の間には共同正犯は成立せず、また、両者の犯罪が必ずしも一致するものではないが故に同時犯とも言い難く、Ａ等の共同正犯たる犯罪とＸの犯罪とが時間的、空間的に重なって別々に行われたものであることを理解しているか否か。

設問２　本設問では、片面的幇助犯の成否が問題となっている。　（２０点）
（１）幇助犯が成立するためには、被幇助者（正犯）が犯罪の実行行為に着手したこと及び幇助行為が正犯の犯罪遂行を容易にしたという物理的因果性、即ち、正犯の犯罪遂行促進作用が認められることが必要であるということを理解している否か。
（２）本設問の事例においては、出題事例において、被幇助者たるＡ等はＸによって供与された凶器を用いて犯罪の実行行為を遂行しており、Ｘの行為には犯罪促進作用が認められるので、「正犯を幇助した者」に該当し、Ｘには＊＊＊罪の幇助罪が成立するという論理を組み立てているか否か。

【行政法】

[出題趣旨]

本問は、裁量の基礎知識の有無、その正確性、判例の裁量の逸脱・濫用の審査基準の内容の理解の程度、並びに判例を読み解く力を確認する問題である。

[採点基準]

〔設問１〕、〔設問２〕の配点は、それぞれ２５点ずつで合計５０点満点である。

〔設問１〕は、裁量について正確な基礎知識を有しているか、判決文から広範な裁量が認められる実質的根拠を読み取ることができているかを中心として評価する。

〔設問２〕は、具体的な事実を示した上で判決文にいう裁量の逸脱濫用の審査基準の当てはめが適切にできているかを中心として評価する。