福岡大学法科大学院
令和３年度Ｂ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、物権的請求権をめぐる基本的な問題、とりわけ誰が誰に対してどのような物権的請求権を行使することができるかという点について充分な理解ができているかどうかをみるために出題した問題である。

物権的請求権とは、物権が侵害され、または侵害される危険がある場合に、一定の請求をおこなうことを内容とする権利である。所有権に基づく物権的請求権は、その侵害態様に応じて３つの類型に分かれる。①所有権の侵害が、占有を奪うという形態でなされている場合に、所有権者が目的物を現に占有する者に対してその返還を請求することができる「返還請求権」、②所有権の侵害が占有以外の方法でなされている場合に、所有権者が現に所有権の行使を妨害する者に対してその妨害を排除することを請求することができる「妨害排除請求権」、そして、③まだ所有権は侵害されていないが、そのおそれがある場合に、現に所有権を妨害するおそれのある者に対し妨害の予防を請求することができる「妨害予防請求権」、の３つがそれである。そこでは、侵害者による侵害行為や故意・過失・悪意などの主観的事情は物権的請求権行使のためには問題とならない（松尾弘・古積健三郎著『物権・担保物権法〔第２版〕』（弘文堂）３０頁以下、内田貴著『民法Ｉ［第４版］総則・物権総論』（東京大学出版会）３６７頁以下等参照）。

このような考え方に対して、本問のような場面でどのように反論していけるかを問う問題である。

〈解答のポイント〉

本問は、横浜地判昭和６１年２月２１日（判例時報１２０２号９７頁、判例タイムズ６３８号１７４頁）をもとに出題した問題である。一方当事者から妨害予防請求がなされた場合に、これが認められると、その費用は請求された側、本問で言えば、甲土地の所有者Ａが全面的に負担することになるのが原則である（行為請求権説）。

しかし、本問のように、土地所有権に基づく妨害予防請求としての擁壁の改修請求に際し、①改修には莫大な費用がかかること、しかも、②それが隣接土地の所有者の双方に利益をもたらすような場合には、低地と高地はいわゆる相隣関係にあり、高地の崩落を予防することは低地にとっても等しく利益になるものと考えられることから、本件擁壁の改修工事費用に関しては、土地相隣関係調整の見地から、Ｂの求める新擁壁を、高低地間の界標、囲障、障壁等境界線上の工作物に近い性質を併せ持つものとみて、民法２２３条、２２６条、２２９条、２３２条等の規定を類推適用し、相隣者であるＡとＢとがその費用を共同負担して（場合によっては折半で）これを改修すべきとの考え方もできないわけではない。

そこで、Ａとしては、Ｂからの妨害予防請求に対して、以上のような主張を反論として出していくことが考えられる。

［採点基準］

物権的請求権の一つである妨害予防請求権が行使される際に妨害予防措置を執ることにともなう利益が当事者双方に認められるような場合には、その費用負担の方法に関し、民法の相隣関係規定を類推適用して処理し得るとの考え方を論述することができていれば、基礎点として２０点～３５点の幅で配点し、文章表現、文章構造が明快かつ説得的であればさらに１０点～１５点の幅で加点。

【民法　第２問】

［出題趣旨］

財産分与と離婚慰謝料との関係

［採点基準］

１．　本件慰謝料請求が離婚慰謝料の請求であることを認定していること（５点）

２．　財産分与と離婚慰謝料の性質の違いについて正確に述べていること（２５点）

３．　離婚慰謝料も含めて財産分与を定めることができること（５点）
　財産分与において離婚慰謝料も考慮されていた場合において、別途、離婚慰謝料請求がなされた場合に慰謝料請求が認められるかどうかの判断基準が明確に示されていること（１０点）

４．　３の判断基準に、本件の具体的事実をあてはめて結論を出していること（５点）

【民事訴訟法】

［出題趣旨］

1　訴状には当事者を記載しなければならず、当事者が誰であるかは、訴訟の様々な場面で問題となる（送達、呼出し、証拠調べ、判決の効力等）。民事訴訟手続では、当事者に対して手続保障を付与する代わりに判決の効力を及ぼすのであり、第三者に対しては手続保障がされない代わりに判決の効力も及ばない。誰が訴訟の当事者であるかは、民事訴訟手続において決定的に重要なものである。一般的には訴状の当事者欄に記載された者が当事者となるのが原則であるが、そのような方法で当事者を決めることに疑問があり、裁判所が諸般の事情を考慮した上で当事者となるべき者を確定することが必要な場面が生じ、そこに当事者確定の問題が生じる。

2　死者名義訴訟

当事者とした者（被告）が既に死亡していた場合、被告が存在していないことになるので、訴訟事件の係属は生じていないと考えられる。そうであれば、訴状の補正や訴訟手続の受継もあり得ないことになる。原告は、あらためて相続人等を被告として訴えを提起することが必要になる。しかし、それでは原告に再訴の負担を生じさせることになり、時効完成猶予等の利益を失わせることにもなりかねない。

そこで、訴状の表示によって当事者を確定するのではなく、原告又は被告の意思によって当事者を確定するとする見解（意思説）や、当事者らしく振る舞ったかどうかにより当事者を確定するとする見解（行動説）が生じた。しかし、その意思が明確であるのか、行動をした者を明確に特定できるのかなど、問題点もある。

3　判例

判例は、訴状の当事者欄だけではなく、訴状の全体的な記載を踏まえて、誰が当事者として表示されているかを判断すべきであるとする実質的表示説に立つと言われているが、最高裁も、光華寮事件では、訴状の当事者欄のみならず、提訴前後の様々な事実が考慮されており、意思説や、訴訟進行の程度に応じて当事者確定の基準を異なるものにする規範分類説に近い考え方をしているともいえよう。

4　本問について

本問のような事案においては、X の合理的な意思を勘案し、X は唯一の相続人である Y を被告とする意思であった、訴状は被告の記載を誤ったものと解して、訴状の補正により処理することも可能であったと考えられる。そして、前訴において、A を当事者とし、B を介して実質的に訴訟活動をした Y が、前訴の判決確定後に請求異議の訴えを提起して、前訴の訴訟係属前に既に A が死亡していたこと（訴訟が係属していなかったこと）を主張することは、信義則に反して許されないと解することができよう。事案に即した妥当な解決を図っていく柔軟な思考が必要である。

［採点基準］

出題趣旨の１及び２の検討につき３０点

出題趣旨の３及び４の検討につき２０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、大阪高裁平成２５年９月２７日判決（1 審大阪地裁平成２５年２月６日判決）の「選挙権剥奪違法確認等請求控訴事件」（ジュリスト『平成２５年度重要判例解説』（憲法１１））をもとに、公職選挙法１１条１項２号（以下、「本件規定」という。）が「禁固以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」（以下、「受刑者」という。）に選挙権及び被選挙権の行使を認めていない問題について、その憲法上の問題点を的確に認識しているか否かを問う問題である。「設問」としては、選挙権制限の合憲性の判断枠組を設定した上で、合憲性に関する具体的な検討を想定される反論を踏まえて説明させることとしている。

［採点基準］

（1）採点は、①選挙権制限の合憲性の判断枠組の設定、②本件規定の違憲性、③想定される反論について、①３０％、②５０％、③２０％を配分する。

（2）上記①～③の説明については、定期試験における成績評価（絶対評価）と同様、１年次の憲法の到達目標に達しており合格と認められる最低限度を６０％（D 評価）とし、解答の的確さ、理解力、説得力の程度などによって、C（一応の水準に達していると認められる成績）＝７０％、B（良好な水準に達していると認められる成績）＝８０％、A（優れた成績）＝９０％以上とする。

（3）上記①及び②の解答のポイント

①選挙権制限の合憲性の判断枠組

在外邦人の選挙権行使の制限に関する最大判平成１７年９月１４日（憲法判例百選１４７）が示した判断枠組を設定することが適切であると考える。なお、本件第１審は、合理性の基準を採用し、選挙権の制限について一定の立法裁量が認められるとして合憲の判断をしているが、このような判断枠組を反論として説明することも考えられる。

前記最高裁の示した判断枠組は、「憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、この趣旨を確たるものとするため、投票する機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。かかる憲法の趣旨に鑑みれば、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められ

る事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような自由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法１５条１項・３項、４３条１項、４４条但書に違反するといわざるを得ない。」であり、選挙権の権利としての重要性を強調した上で、選挙権（およびその行使）の制限は「やむを得ないと認められる事由」が必要であるとする厳格な審査基準を設定しているかが問題となる。

③違憲説に対して想定される反論

本件において、被告側は、①受刑者は著しく遵法精神に欠け、公正な選挙権の行使を期待できない、②受刑者は、一般社会から隔離された刑事施設において処遇を受けることとなるため、その刑の性質に照らし、受刑中の社会参加が一定の範囲で禁止・制限されることはやむを得ない、③適正な選挙権行使の基礎ともいうべき社会や政治情勢に関する情報の入手が制限され、社会の構成員としての各種の社会参加活動が禁止されることになり、選挙権を適正に行使できる環境が実質的に保障できない恐れがある、④受刑者に選挙権を行使させることは技術的に困難である、などの反論をすることが想定される。

②本件規定の違憲性

想定される反論①については、受刑者の中には、過失犯による受刑者も含まれ、その刑の根拠となった犯罪行為の内容もさまざまであり、選挙権の行使とは無関係な犯罪が大多数であると考えられ、単に受刑者であるということのみから、直ちにそのものが著しく遵法精神に欠け、公正な選挙権の行使を期待できないとすることはできない。反論②④については、未決収容者が現に不在者投票を行っており、また憲法改正の国民投票については受刑者にも投票権があるとされていることからすれば、これらの自由は選挙権を制限すべきやむを得ない事由に該当するとはいえない。③については、刑事施設の長は、できる限り選挙に関する情報を受刑者に与えるよう努めるべきであり、また受刑者に選挙公報を届けることは容易であり、仮釈放中の受刑者は情報取得については一般国民と同様の立場にあることからすれば、情報収得の困難性はやむを得ない事由とはいえない。以上から、本件規定が受刑者の選挙権を一律に制限していることについて、やむを得ない事由があるということはできず、本件規定は、憲法１５条１項・３項、４３条１項並びに４４条但書に違反する。

【刑法】

［出題趣旨］

本問は、中止犯に関する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、生涯未遂については「刑を減軽することができる」と規定されている(43 条前段)のに対し、中止未遂については「刑を減軽し、または免除する」と規定されていることの根拠が問題となっている。(20 点)
中止未遂における刑の減免根拠に関し、政策説と法律説との大きな対立があり、さらに後者については、違法減少説、責任減少説、違法・責任減少説、可罰性減少説の対立があること、及び、各説の主張内容を理解した上で、結論を導いているか否か。

〔設問 2〕本設問では、中止犯の成立に必要な中止行為の態様に関する理解が問題となっている。(10 点)
中止犯が成立するためには、終了未遂（所期の実行行為を完遂したが、構成要件の実現に至らなかった場合）においては、実行行為によって　起された構成要件実現の具体的危険性を除去するための作為が必要であり、着手未遂(実行行為に着手したが、実行行為を完遂せず、それ故に、構成要件の実現に至らなかった場合)においては、構成要件実現に向けたそれ以上の行為を行わない「不作為」で足りると言うことを理解しているか否か。

〔設問 3〕本設問では、中止犯における中止行為の要件が問題となっている。(20 点)
中止行為の主体、「真な努力」の要否、中止の任意性、中止行為と構成要件実現の未達成との間の因果関係等の論点について、学説、判例の立場を踏まえて、結論を導いているか否か。

【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、判決文から行政庁に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、裁判所がどのような理由により判示の裁量の審査方法をとったかについて理解ができているかを中心として評価する。