福岡大学法科大学院
令和４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、胎児の損害賠償請求についてその出生前に母や親族らが胎児を代理しておこなった和解契約が有効となるかどうか(胎児[出生後の子]に対して法的拘束力を有するかどうか)という問題について、関連裁判例（大判昭和７年１０月６日民集１１巻２０２３頁）を基に立場互換をしながら立論してもらうことを意図して出題した問題である（佐久間毅『民法の基礎１　総則［第５版]』(有斐閣）１８～２２頁、内田貴『民法Ⅰ［第４版］総則・物権総論』(東京大学出版会・２００８年）９２～９４頁のほか、幡野弘樹「判例解説」別冊ジュリスト１９５号『民法判例百選Ⅰ総則・物権［第６版]』(有斐閣）８～９頁、遠藤浩「判例解説」民事研修４２７号（１９９２年）２１頁以下、児玉寛「判例解説」別冊ジュリスト１３６号『民法判例百選Ⅰ総則・物権［第４版]』(有斐閣・１９９６年）１２～１３頁など参照)。

〈解答のポイント〉

〔設問１〕について

Ｘの本件請求は、次のような法的主張、法律構成に基づいておこなわれているものと考えられる。

すなわち、民法３条１項は「私権の享有は、出生に始まる」と規定しているところ、その反対解釈として、胎児の間は権利能力を有しないと解される。しかし、父の死亡時にたまたま胎児であったばっかりに相続人になれなかったり、損害賠償を請求できなかったりするのは公平の観点から妥当でないことから、わが民法は７２１条、８８６条などに「胎児は、…既に生まれたものとみなす」として胎児の保護を図る規定を置いている。

そうだとすると、この「胎児は、既に生まれたものとみなす」という部分は、胎児が生きて生まれてきたことを条件として懐胎時あるいは不法行為時に遡って権利能力の享受を認めようとしたものと解すべきであり、そうすると、出生前の胎児の間においては胎児はいまだ権利能力を有していないと解されることから、本件契約は権利能力のない胎児を代理してなされた無効な行為と解さざるをえない。したがって、Ｘは、Ｙに対して民法７１１条に基づく慰謝料の支払を改めて請求することができると主張していくものと考えられる（法定停止条件説［人格遡及説］）。

〔設問２〕について

Ｘの以上のような主張に対して、Ｙは、民法７２１条にいう「胎児は、既に生まれたものとみなす」の部分は、胎児はすでに胎児中において制限的な権利能力を享受しており、ただ死んで生まれてきたことを条件に遡って権利能力を失うものと解することができるのであるから、本件契約は権利能力を有する胎児を代理してなされた有効なものであったということができる。したがって、本件契約の法的拘束力

（事後一切の請求をしないとの特約の効力）が認められる以上、Ｘの本件請求は妥当でないと反論して対抗してくることが考えられる（法定解除条件説［制限的人格説］）。

［採点基準］

〔設問１〕について（３５点）

法定停止条件説の立場に沿って的確に立論することができていれば、基礎点として１０点から２５点の幅で加点し、文章表現や文章構造、論旨の運び方が適切で明快かつ説得的に論述することができていれば、さらに５点から１０点の幅で加点。

〔設問２〕について（１５点）

法定解除条件説の立場に沿って的確に立論することができていれば、基礎点として５点から１０点の幅で加点し、文章表現や文章構造、論旨の運び方が適切で明快かつ説得的に論述することができていれば、さらに２点から５点の幅で加点。

【民法　第２問】

［出題趣旨・採点基準］

本問は不法行為に基づく損害賠償請求が問題となる事案につき、複雑な事実関係を丁寧に読み込み、関係法令を抽出し要件効果を検討しつつ、適切な法的構成を行うことができるかを問うものである。事案中の関係者は多岐にわたるが、E遺族が求める損害賠償請求について、各当事者の状況を整理しながら、①被害者に対する直接の加害行為責任である民法709条を前提として、②自動車による接触事故とうつ症状による自死という生命身体損害との因果関係をいかに考えるか（相当因果関係および素因減額)、③配送業務中になされた行為につき使用者は責任を負うか（715条該当性)、④近親者固有の慰謝料請求権（711条）⑤その他（法人過失論、自賠法3条関係など）を検討したうえで、結論を示すことが基本となる。

１．Ｃ´の一般不法行為責任について(709条)

本件事故はBD間の売買契約に基づきなされた目的物（家具）の配送作業中に、第三者である通行人Eとの間に生じた自動車事故である。問われているのは自己の被害者Eの遺族による損害賠償請求の可否であり、DによるB社宛の目的物の配送遅延を根拠とする債務不履行責任でないことはまず確認する必要がある。問題文は直接加害者ではないA・B・C社に対する損害賠償請求の検討が求められており、使用者責任や共同不法行為が問題となるものの、いずれの場合であってもその前提となるのは、直接の加害者であるＣ´のEに対する一般不法行為責任該当性であろう。この点、運転手であるＣ´の前方不注意により、歩道に乗り上げ、通学途中であった高校生（男子16歳）Eに接触する事故を起こし、Eは接触時の衝撃にて上腕部打撲骨折および転倒による顔面擦過傷を受傷し、入院加療3カ月の重傷を負ったのであり、かつ責任阻却要件が該当する事情もないのであるから、接触事故による損害につき709条の要件を充足する旨を論述することになる。

※直接加害者であるＣ´につき、一般不法行為責任（709条）該当性について、該当条文を示し明確に触れていれば5点を基礎として、記述の論理性、視点の明快さ等を考慮し１０点を限度に加点した。

２．Ｃ´の加害行為とEの死亡との因果関係について

本問では、Ｃ´の加害行為の結果として生じたEの損害について、上腕部打撲骨折および転倒による顔面擦過傷を受傷し、入院加療3カ月の重傷とされるが、同時に顔面の擦過傷を原因としてPTSD症状を発症し、その後自死に至っており、とりわけＣ´の加害行為と自死との間の因果関係につき検討する必要がある。不法行為における責任範囲の確定については、一般予見可能性と結果回避義務（可能性）を根拠に相当性判断を行い、因果関係としてとらえる相当因果関係説と、因果関係ではなく、行為の態様に応じた責任範囲確定を考慮する保護範囲説の対立があるものの、とりわけ自死が「本人の選択」という自由意思の関与による拡大損害の側面を有することから、その責任負担につき損害の公平な負担との関係からの考慮も必要となる。この点、加害行為によりEの顔面に生涯にわたる傷跡を残す擦過傷が生じたこと自体は事実であり、このような被害の態様を考慮すれば、自殺との間の因果関係につき断絶したと考慮し、責任範囲外と考慮することは適切ではない。一方、加害者の責任負担の公平性との関係から、自死についての拡大損害部分を含め、加害者に全額の賠償を負担させることも酷であろう。した

がって賠償範囲確定については相当性判断により因果関係を認め、PTSD から自死に向かう拡大損害については、被害者 E の心因的素因が損害発生に寄与したとして 722 条 2 項類推適用により賠償額減額調整を検討することが望ましいといえる。（最判平成 5 年 9 月 9 日判時１４７７号４２頁などを参照）なお E が男子高校生であることを理由に顔面の傷の評価につき女子との差に触れるものがあったが、適切でないことはいうもでもない。
※この点につき明確に触れていれば 5 点を基礎として、記述の論理性、視点の明快さ等を考慮し１０点を限度に加点した。

３．A、B、C 社の使用者責任該当性について
問題文は被害者 E の遺族の A、B、C 社に対する損害賠償責任の可否についての検討を求めているため、C´に対する 709 条責任の要件充足を前提として、各社の使用者責任を肯定できないかが論点となるが、C´との関係につき検討を行う必要がある。使用者責任を問うためには①使用者と被用者との間の使用関係の存在、②被用者の行為が「事業の執行につき」なされたこと（事業執行性）、③被用者が不法行為を行ったこと、④使用者に選任監督上の過失がなかったとはいえないことにつき要件を充足する必要がある。
①の使用関係については、「雇用契約」等の明確な雇用関係までは要求せず、実質的な指揮監督の関係があれば足り、契約関係の有無・事業の継続性は問わないとする。（最判 S42-11-9 民集 21-9-2366、最判 H16-11-12 民集 58-8-2078）また②の事業執行性については、事業が営利を目的とするものを問わず広く解されるとともに、取引的不法行為につき外形標準説（最判 S 40－11－13 民集 19-8-2049）を前提に、事実的不法行為につき、加害行為が使用者の支配領域内で生じたものであるかどうかで判断する支配領域説（最判 S 39-2-4 民集 18-2-252）により、直接の雇用関係までを必要としていない。上記の点を踏まえて各社と C´との関係を検討すれば、①荷物宅配業を営む A 社は、大手通販会社である B の名義にて個人宅への商品の宅配を行っていたこと。②A 社は近時の配達案件の増加により、同業で協力関係にある C 社に荷物の配達につき応援を頼み、C 社所有の軽トラック甲および甲の運転手として同社所属の従業員 C´の支援を受け、B の商品配達をおこなうことがしばしばあり、今回の事故も同様の状況において生じていること。③管理の利便性から甲も A 社の敷地内駐車場にて保管管理されていた点、などを総合的に考慮すれば、被害者との関係においては、B 社の指示の下で、実態として AC 両社は共同にて事業を執行しており、被害者からみた各社の関係においては、密接関連性を認めても差し支えないと考慮しうることから、各社とも①②それぞれの要件充足につき肯定的にみてよい案件かと思われる。③については先に述べたとおり、一般不法行為要件を満たしており、④については、使用者責任法理が危険責任ないし報奨責任原理に基礎づけられていることに鑑み、免責については不可抗力など厳格な事情が要求されており、本事案では、選任監督上の過失を認めるべき特殊な事情もないことから、715 条 1 項ただし書の免責には該当せず、各社に対して 715 条を理由とする使用者責任を理由とする損害賠償責任の追及が可能と考慮可能であろう。
※この点につき明確に触れていれば 5 点を基礎として、記述の論理性、視点の明快さ等を考慮し１０点を限度に加点した。

４．その他

被害者 E は死亡しており、遺族が承継していることから、生命侵害を理由とする損害賠償請求の相続性について、相続肯定説、否定説（固有損害説）のいずれかに依拠し、精神的損害に対して遺族固有の慰謝料請求権（711 条）との関係につき付言できていれば、加点対象とした。また自賠法における運行供用者責任を根拠に、各主体の運行供用者該当性を検討する答案や、使用者が法人であることに着目して、民法 709 条を根拠に法人の損害賠償責任を導く見解（法人過失論）もあった。これらについては記述の論理性を前提としつつ、若干の加点等の評価を行った。

【民事訴訟法】

［出題趣旨］

1　確認訴訟の訴訟物は理論上無限定であるから、確認の利益という概念を通じて、確認判決によって紛争解決を図るのが最も有効かつ適切である訴訟に限定する必要性が高い。学説・判例は、現に原告の権利又は法律的地位に危険・不安が存在し、それを除去する方法として審判対象となる法律関係の存否について、被告に対して確認判決を得ることが必要かつ適切である場合に確認の利益が認められるとしている。具体的には、①確認訴訟の手段としての適切性（確認訴訟の補充性）、②確認対象の適切性（事実、過去・将来の法律関係は対象とできない。）、③即時確定の利益（現在の原告の権利・地位に具体的な不安・危険が生じている。）を基準として判断してきた。

2　判例は、上記②について、たとえ過去の権利関係・法律関係の確認であっても、それが現在の法律関係の基礎（先決関係）となっていたり、確定判決により権利関係が確定することで、そこから派生する様々な紛争を包括的に解決できるような場合には、確認対象として認められるとしている。

本問においては、現在生じている遺産分割をめぐる紛争を包括的に解決するためには、遺言の有効性について既判力をもって確定することが有益である。遺言の有効性判断は、単に過去の一時点における法律行為の確認ではなく、現時点における法的評価であり、かつ、現在の法律関係を変動させる要件であるといえる。判例も、遺言が有効であれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めるもの解されるとして、遺言無効確認訴訟の適法性を認めた。

3　また、判例は、遺言無効確認訴訟は必要的共同訴訟には該当しないとしているが、これに従えば、X1は単独で遺言無効確認訴訟を提起でき、仮に請求棄却判決が確定しても、X2 は、あらためて同一遺言につき無効確認訴訟を提起できる。

これに対し、確認訴訟の紛争解決・予防機能を重視するならば、遺言無効確認訴訟を必要的共同訴訟とすることも考えられよう。

［採点基準］

１につき３０点。２及び３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、解答内容としては、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、公務員の政治活動の自由の制限（国家公務員法 102 条 1 項及び人事院規則 14－7 並びにその違法行為に対する罰則規定である国家公務員法 110 条 1 項 19 号）に関する事例であるところ、この問題に関する重要判例としての「猿払事件」（最大判昭和 49 年 11 月 6 日）及び「堀越事件」（最判平成 24 年 12 月 7 日）の各々の判旨及び両者の異同を的確に理解しているか否かを問う問題としている。

この問題については、一般的に、「公務員も一般の勤労者であり市民であるから、政治活動の自由に対する制限は、行政の中立性という目的を達成するために必要最小限度にとどまらなければならないと解するのが妥当であ」り、「公務員の地位、職務の内容・性質等の相違その他諸般の事情（勤務時間の内外、国の施設の利用の有無、政治活動の種類・性質・態様など）を考慮したうえで、具体的・個別的に審査することが求められ」る（芦部信喜『憲法』（第 7 版）291―292 頁）ことから、この立場にたった「堀越事件」上告審の判旨を基に具体的な検討を展開し、「猿払事件」上告審の判旨を反対意見のポイントとして指摘しつつ（両判例の指摘も必要）、答案を構成することが適切であると考える。

本問の設問も、本事例における憲法上の問題点を指摘して、「無罪を主張しなさい」とされているため、「堀越事件」上告審の判旨に従って、或いは同事件第 1 審及び「猿払事件」第 1 審の判旨（適用違憲）に従って、判断枠組を設定した上で、①当該公務員の地位と職務内容、②当該政治的活動の種類・性質・態様を各々具体的かつ個別的に検討することが求められる。

［採点基準］

（1）採点においては、①判断枠組の設定：30%、②本件政治的行為の可罰性の検討（上記①当該公務員の地位と職務内容及び②当該政治的活動の種類・性質・態様の具体的検討）：70%の配点とする。なお、反対意見のポイントの指摘及び参考となる判例の指摘は 70%中 20%の評価とする。
（2）上記①及び②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。

＊上記①及び②の解答のポイント（判断枠組の設定については、「堀越事件」上告審の判旨に基づき、また反論は「猿払事件」上告審の判旨を引用することとし、また事実関係は「堀越事件」とほぼ同様に設定

していることから、具体的検討においては「堀越事件」上告審の判旨によるものとする。）

①判断枠組の設定

＜「堀越事件」上告審＞

国家公務員法 102 条 1 項は、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とする」が、「国民は、憲法上、表現の自由（21 条 1 項）としての政治活動の自由を保障されており、
この精神的自由は立憲民主制の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると」、「公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべき」である。

国家公務員法 102 条 1 項の「文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なう恐れが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指」すと解するのが相当である。

こうしたおそれが認められるか否かは、「当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である。」

＜「猿払事件」上告審＞

「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならない。」「したがって、公務員の政治的中立性を損なう恐れのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところである。」

その判断においては、「禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の 3 点から検討することが必要である。」

公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為を禁止することの目的は正当なものである。公務員の政治的中立性を損なう恐れがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められ、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、或いは行政の中立的運営を直接、具体的に損なう行為のみに限定されていないとしても、合理的な関連性が失われるものではない。公務員の政治的中立性を損なう恐れのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約を狙いとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止を狙いとして禁止することは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない。

②具体的検討

＜「堀越事件＞上告審

被告人は、社会保険事務所に年金審査官として勤務する事務官であり、管理職的地位にはなく、その職務の内容や権限も、来庁した利用者からの年金の受給の可否や年金の請求、年金の見込み額等に関する相談を受け、これに対し、コンピューターに保管されている当該利用者の年金に関する記録を調査した上、その情報に基づいて回答し、必要な手続きをとるよう促すという、裁量の余地のないものであった。

本件配布行為は、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、公務員としての地位を利用することなく行われたものである上、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるのであって、公務員による行為と認識しうる態様でもなかったものである。

本件配布行為は、「管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識しうる態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なう恐れが実質的に認められるものとはいえ」ず、「本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しない。」

【刑法】

［出題趣旨］

本問は、過剰防衛の成否を問う問題である。

［採点基準］

〔設問 1〕

甲は傷害の故意をもって乙を園芸バサミで突き刺して側腹部と腰部に傷害を負わせ死亡させているので傷害致死罪の構成要件に該当するが、第１暴行は、乙の侵害継続中に行われ、防衛行為としての相当性も認められるのに対し、第２暴行は乙の侵害終了後に行われており、量的過剰防衛の成否が問題になることが指摘できているか（15点）。

量的過剰防衛が認められるためには、第１暴行と第２暴行が１個の行為と評価される必要があることを示し、本問の具体的事情（甲は第１暴行から継続する恐怖心から第２暴行を行っていること等）から１個の行為といえるかどうか検討しているか。(15点)。本問では第１暴行と第２暴行との間に意思の連続性が認められることから、１個の行為と評価することができるであろう。そうすると、この１個の行為全体が過剰防衛になる。

第１暴行と第２暴行を１個の防衛行為とした場合には、傷害致死罪が成立するが、過剰防衛が成立し36条２項が適用されて刑の減免が可能になることを示す必要がある。これに対して、第１暴行と第２暴行を別個の行為と評価した場合は、第１暴行は正当防衛が成立し、第２暴行には傷害罪が成立することを示す必要がある（5点)。

〔設問２〕

本問では、甲が、乙が意識を失っている状況を認識していたこと、および、専ら恨みを晴らす目的で第２行為に及んでいることから、第１暴行と第２暴行を１個の防衛行為と評価しうるか検討しているか（10点)。本問では第１暴行と第２暴行との間に意思の連続性は認められず、１個の行為とは評価できないであろう。

したがって、第１暴行と第２暴行を別個に評価し、第１暴行は傷害致死罪の構成要件に該当するが正当防衛が成立することを、第２暴行は（大腿部の傷害について）傷害罪が成立することを論じることになる（５点)。

【行政法】

[出題趣旨]

本問は、①委任命令について正確な知識を有しているか、また、②委任命令の適法性に関する判決文から判断基準を読み取った上で、そのような判断基準が立てられた理由を考察させる問題である。

[採点基準]

〔設問１〕、〔設問２〕の配点は、各問２５点で合計５０点満点である。〔設問１〕は、委任命令についての知識の正確性、並びに適切な説明ができているかなどを評価する。〔設問２〕は、「郵便等販売を規制する新施行規則の規定」が「新薬事法の規定に適合する」といえるためには「郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が，…規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」と判示している理由につき、判決文を手がかりとして適切な考察ができているかを評価する。