

福岡大学法科大学院
令和4年度C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〕

民法370条は「抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き、その目的である不動産（以下「抵当不動産」という。）に付加して一体となっている物に及ぶ。…」と規定しているが、石灯籠や飛び石、庭石、庭木がここにいういわゆる「付加一体物」にあたるかどうかが問題となる。付加一体物にあれば抵当不動産（宅地）に設定された抵当権の効力はそれらにも及ぶことになるからである。そこで、土地に定着して容易に取り外すことができないものは土地に付合して構成部分となっている「付合物」（民法242条本文）であるとして、土地の抵当権の効力が当然に及ぶと解されるが、取り外しは可能であるが、土地の常用に供するために付属させられ経済的効用を高める「従物」（民法87条1項・2項）として存在しているものについても、同様に解し得るかどうか問題となる。

本問は、とくに、宅地に対する根抵当権の効力が、特段の事情のない限り、根抵当権設定当時本件宅地の従物であった石灯籠および庭石などにも及ぶのかどうか、根抵当権の設定登記による対抗力が当該従物にも及ぶのかどうか、といった点について、関連裁判例（最判昭和44年3月28日民集23巻3号699頁。なお、古積健三郎「判例解説」別冊ジュリスト237号『民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第8版〕』（有斐閣）172～173頁、鈴木重信「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度（上）』141頁以下など参照）を基に検討してもらうことを意図して出題した問題である（松尾弘＝古積健三郎『物権・担保物権法〔第2版〕』（弘文堂）314頁、316頁、内田貴『民法Ⅲ〔第4版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会）491頁など参照）。

〈解答のポイント〉

〔設問1〕について

Xは、地面から取り外しが困難な石灯籠や庭石、飛び石は土地の付合物（構成部分）として本件宅地の根抵当権の効力が当然に及び、また、取り外しが可能な石灯籠や庭石は本件宅地の付合物（構成部分）ではないが、土地の経済的効用を高める従物として経済的価値一体性を有している以上、これらを分断して処理することはそのような経済的価値一体性を著しく破壊するものであり、なおかつ根抵当権設定当事者の合理的意思（抵当不動産の一体的な処理をおこなうという期待）にも反することになるため、根抵当権の効力が及んでいるものと解するのが相当であり、また、それらに対する根抵当権の対抗力も根抵当権設定登記によってすでに具備されているものと解されると主張して、本件請求をおこなっているものと考えられる。

なお、この点に関連して判示する、前掲最判昭和44年3月28日を参照のこと。

「本件石灯籠および取り外しのできる庭石等は本件根抵当権の目的たる宅地の従物であり、本件植木および取り外しの困難な庭石等は右宅地の構成部分であるが、右従物は本件根抵当権設定当時右宅地の常用のためこれに付属せしめられていたものであることは、原判決の適法に認定、判断したところである。そして、本件宅地の根抵当権の効力は、右構成部分に及ぶことはもちろん、右従物にも及び（大判大正8年3月15日、民録25輯473頁参照）、この場合右根抵当権は本件宅地に対する根抵当権設定登記をもって、その構成部分たる右物件についてはもちろん、抵当権の効力から除外する等特段の事情のないかぎり、民法370条により従物たる右物件についても対抗力を有するものと解するのが相当である。そうとすれば、被上告人は、根抵当権により、右物件等を独立の動産として抵当権の効力外に逸出するのを防止するため、右物件の譲渡または引渡を妨げる権利を有するから、執行債権者たる上告人に対し、右物件等についての強制執行の排除を求めることができる」とした原判決（その引用する第一審判決を含む。）の判断は正当である。原判決には所論の違法はなく、論旨は採用できない。」（下線部出題者）

〔設問2〕について

Xは、さらに、本件宅地の一部（構成部分）となっている付合物も、主物の経済的効用を高める従物も、本件宅地と経済的価値一体性を形成している点で共通しており（あるいは本件宅地への場所的、経済的従属性がみられることから）、根抵当権設定契約・設定登記の前後によってこれを分断して考えることは、かかる経済的価値一体性を著しく破壊するものであり、著しい価値の変動が生じる場合を除き、根抵当権設定当事者の合理的意思（抵当不動産の一体的な処理をおこなうという期待）にも反するものであって相当でないから、やはり根抵当権の効力はこれらにも及んでいるものと解されるし、また、当初の根抵当権設定登記によってその対抗力も設置と同時に及ぶものと解されると主張して、やはり本件請求をおこなっていくものと考えられる（松尾＝古積『前掲書』314頁、内田『前掲書』492頁参照）。

〔採点基準〕

〔設問1〕について（35点）

付合物や従物についての区別をおこなったうえで経済的価値一体性の点、あるいはまた根抵当権設定当事者の合理的意思の点から、根抵当権の効力がいずれにも及んでいることを的確に指摘することができていれば、基礎点として15点～25点を配点、文章表現や文章構成が平明で説得的であれば、さらに5点～10点の幅で加点。

〔設問2〕について（15点）

著しい価値の変動が生じない限り、根抵当権設定契約・設定登記の前後によって付合物や従物に対する根抵当権の効力の及ぶ範囲を別異に解すべき必要性・合理性はなく、経済的価値一体性の点、あるいはまた根抵当権設定当事者の合理的意思の点から、根抵当権の効力がやはり及んでいることを的確に指摘することができていれば、基礎点として5点～10点を配点し、文章表現や文章構成が平明で説得的であれば、さらに2点～5点の幅で加点。

【民法 第2問】

〔出題趣旨・採点基準〕

本問は離婚後の監護親による親権行使の在り方につき、親権行使態様が不適切とみられる場合の子の保護の在り方に関する法制度の基礎的理解を問うとともに、親権者の子の財産管理権限につき、利益相反行為該当性とその判断基準に関する学説・判例の理解を前提に特別代理人の選任なくしてなされた親権者による無権代理行為の有効性につき問うものである。とりわけ当該分野においては、親権者の行為の意図や行為態様の客観的評価、子自身の意思と子の利益などが食い違う側面があるという視点を重要視しながら、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が重要であろう。事案中の前半部分は離婚後の子の監護態様につき、客観的に親権行使に問題がある可能性が認められるものの、子自身は同居を継続する意思を有している場合に、事実上の監護者である祖父母に監護者指定の申立ての可否が問題となっている（設問1）。事案後半については、親権者による子の財産管理権限につき、子自身の名義の財産の処分行為がなされた場合の利益相反行為該当性が問題とされており、基本的な判例理論の理解が問われている（設問2）以上の点を簡潔かつ論理的に説明し、結論を示すことが基本となる。

1. 事実上の監護者であるDが監護者指定の申立権を有するかについて（設問①）

問題文事案では子Aの親権者は父母の離婚後Bが行使しており、非監護者である母Cとは交流がないものの、Cの父（すなわちAにとっては祖父）は事実上の監護者であるものの、Bによる放送機材の破壊を理由に親権行使が不適当との理由により、自らへの監護権を主張している。この点、766条が離婚後の子の監護につき協議が整わない場合に家庭裁判所の審判申し立てを規定するものの、申立人は親権者が想定されており、祖父母など第三者の申立は明文規定が存在せず、形式的には家事審判事項に該当しない不適法な申立てとなることを確認する必要がある。そのうえで、子の利益の観点から①事実上の監護者である祖父母等は、監護者指定の申立権を有するか②有するとして、どのような場合に祖父母等を監護者として指定し得るかが問題となろう。この点根拠法令の欠缺を理由に、監護権の主張は認められないと結論付けてもよいが、Bの行為の評価と子の福祉についていかに考えるかについても付言することにより説得的な回答となろう。この場合の消極説につき最決令 3-3-29 民集 75 巻 3 号 952 頁が参考になろう。

Dの申し立てを認める場合には根拠条文がないため、766条1項の趣旨からの類推適用等の手当てを示す必要があろう。本事案ではAの意向としてBとの同居を継続したいとの意思が表明されており、家庭裁判所が親権者Bおよび本人Aの意思に反して子の親でない第三者Dを監護者と定めることは、親権者が親権をその本来の趣旨に沿って行使するのに著しく欠けるところがあり、親権者にそのまま親権を行使させると子の福祉を不当に阻害することになると認められるような特段の事情に該当するとの積極的な言及が必要であろう。積極説につき、二宮周平「子の監護者の指定審判に対する抗告事件」判タ1284号153頁、棚村政行「祖父母の監護権」野田愛子ほか編『家事関係裁判例と実務245題』判タ1100号148頁等を参考とされたい。

以上につき、いずれかの結論を示したうえで該当条文を示し説得的に触れていれば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。なお結論として申立を許容して

も排斥しても答案構成としては問題ないが、結論に至る丁寧な説明がなされているかを評価している。

2. AはEから甲を取り戻すことが可能かについて（設問②）

・親権者の法定代理権および利益相反行為の場合の特別代理人について

前提として未成年の子の父母は、子の親権者（818条1項）として、子の財産を管理するとともに、子の財産に関する法律行為について子を代表（法定代理権）する（824条本文）ことを確認しつつ、親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為については、親権者の法定代理権が制限され、特別代理人を選任しなければならない（826条1項）、親権者が代理した場合には、無権代理行為となり、子が成年に達した後に追認するものでなければ、その効果は子に帰属しない（113条1項）ことになることを指摘する必要がある。そのうえで本事案のBによるA所有の自動二輪車の処分行為が826条にいう利益相反行為に該当するか否かが問題となろう。もっとも、利益相反行為に該当するか否かの判断基準に関して判例（最判昭和42-4-18）の外形説を採用する場合には、利益相反行為か否かは客観的・外形的に判断されることになり、Bの投資資金を獲得するためとの動機の如何にかかわらず、本件売買契約は利益相反行為に該当しないことになる。それを踏まえた上で、親権者の代理権濫用について論ずることが求められる（107条）

・親権者の法定代理権の濫用

もっとも判例（最判平成4-12-10）は代理権濫用に該当するか否かについて、「子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」があるとして厳しい制限をかけているため、利益相反行為に当たらずかつ代理権濫用とされる事案はわずかとなろう。以上の点から甲の取戻しにつき自説を展開することになる。

なおこの点に関し上記平成4年最判を根拠として93条類推適用により論理構成を行っている答案がみられたが、2017年改正による107条新設に伴い今後は無権代理の問題として処理するべきであろう。

※以上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。

【民事訴訟法】

〔出題趣旨〕

- 1 民事訴訟において、他人の権利や法律関係について訴訟を進行できる場合として、代理と訴訟担当がある。訴訟担当は、他人を利益の帰属主体としながら、本人が当事者として訴訟を進行する場合である。このうち、任意的訴訟担当は、当事者の訴訟進行権が利益帰属主体の意思に基づく場合で、選定当事者（民訴法30条）などがある。
- 2 法定されたもの以外にも任意的訴訟担当が認められるかは、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り（同法54条1項）、また、信託法10条で訴訟行為をなさしめることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨に照らし、一般に無制限にこれを許容することはできないが、このような制限を回避、潜脱する恐れがなく、かつ、これを認める合理的必要がある場合には許容することができると解すべきである。
- 3 本件における管理委託契約は、本件債券保有者のためにする第三者のための契約と解されるところ、本件授權条項は、本件要項の内容を構成し、本件債券保有者に交付される目論見書等にも記載されている上、社債に類似した本件債券の性質から、本件授權条項の内容は本件債券保有者の合理的意思にも適う。本件債券保有者は、本件債券の購入に伴い、本件債券に係る償還請求訴訟の提起を含む本件債券の管理を管理会社に委託することについて受益の意思表示をしたものと解され、訴訟進行権を付与したものといえる。
- 4 授權の合理性については、本件債券は多数の一般公衆に対して発行されるものであるから、本件債券保有者が自ら適切に権利を行使することは合理的に期待できないことを前提に、本件債券と社債との類似性に鑑み、合意により本件債券について社債管理会社に類した債券管理会社を設置し、社債の規定に倣った本件授權条項を設けるなどして訴訟進行権をも認める仕組みが構築されている。
しかも、管理会社は銀行であり、銀行法に基づく規制・監督に服すること、管理委託契約上、公平誠実義務や善管注意義務が認められることなどから、管理会社において本件債券保有者のために訴訟進行権を適切に行使することが期待できる。
- 5 以上によれば、弁護士代理の原則の回避や訴訟信託の禁止の潜脱のおそれがなく、かつ、これを認める合理的必要性があると解され、B銀行に原告適格が認められる。

〔採点基準〕（50点満点）

- 1 出題趣旨1及び2につき、計20点
- 2 同3ないし5につき、計30点
- 3 答案の記載と各出題趣旨との乖離度を中心に、2年次カリキュラム（民事訴訟法Ⅱ）から直ちに履修を円滑にできるだけの力量があるか否か等も勘案し、総合的に評価する。

【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上の約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、駅係員の許諾を受けずに駅構内において乗降客らに対してビラ多数を配布して演説等を繰り返したうえ、駅管理者からの退去要求を無視して当該行為を継続した被告人らの行為について、鉄道営業法35条及び刑法130条後段の不退去罪を適用して科料及び罰金に処せられた事案における「最判昭和59年12月18日（判時1142号3頁）（憲法判例百選57）」の事実関係を若干変更した事例について、表現の自由の制約に対する判断枠組の設定及び駅構内という「パブリック・フォーラム」の意義の説明を的確に行うことができるか否かを問う問題である。
- (3) まず、表現の自由の制約の問題については、その一般的な意義にとどまることなく、本件における「ビラ配布」という表現活動がどのような意義や重要性をもつのかを具体的に説明し、その説明に基づいて、本件行為を違法としたことの合憲性の判断枠組（合憲性の判断基準）を設定していることが求められる。次に、「駅の構内」という一般公衆が自由に出入りすることのできる場所が、ビラ配布等の表現活動にとって極めて重要な意味をもつ場所であることから、道路、公園、広場などと同様、「パブリック・フォーラム」とよばれ、それらの場所の本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるを得ないとしても、表現の自由の保障を可能な限り配慮することが必要であると解されていることを説明することが求められる。
- (4) 表現の自由の意義とその制約の合憲性に関する問題および「パブリック・フォーラム」の意義は、1年次の憲法の授業において修得すべき基本的な知識かつ共通的到達目標であり、それらの知識を本件事例に当てはめて、表現の自由の制約に係る合憲性を具体的に説明することができなければならない。
- (5) 「設問」では、上記の憲法上の問題点を、反論を指摘しつつ説明することを求めているので、反論（簡潔なポイントで可）を的確に指摘していることが必要である。

[採点基準]

- (1) 採点においては、①本件ビラ配布等の表現活動に対する制約の合憲性について判断枠組を設定して説明していること＝70%、②駅構内という場所の「パブリック・フォーラム」における表現活動の意義を説明していること＝30%の配分とする。
- (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。

*解答のポイント

*上記①及び②の解答のポイントについては、本件事例のモデル判例である「出題趣旨(2)」で指摘した「最判昭和59年12月18日」における「伊藤正巳裁判官の補足意見」を引用する（一部変更）こととする（下線を付した箇所が特に重要である）。

(1) 表現の自由の制約

本件は、一般公衆が自由に出入りできる場所において、ビラを配布するという表現の自由の行使のための手段に係るものであり、憲法上、以下の点を検討すべきである。

（ア）憲法21条1項の保障する表現の自由は、極めて重要な基本的人権であるが、それは絶対無制約のものではなく、その行使によって、他人の財産権、管理権を不当に害することは許されない。しかし、その侵害が不当なものであるかどうかを判断するにあたって、形式的に刑罰法規に該当する行為は直ちに不当な侵害になると解するのは適当ではなく、そこでは、憲法の保障する表現の自由の価値を十分に考慮したうえで、それにもかかわらず表現の自由の行使が不当とされる場合に限って、これを当該刑罰法規によって処罰しても憲法に違反することにならないと解されるのであり、このような見地に立って本件ビラ配布行為が処罰しうるものであるかどうかを判断すべきである。

（イ）一般公衆が自由に出入りすることのできる場所においてビラを配布することによって自己の主張や意見を他人に伝達することは、表現の自由の行使のための手段の一つとして決して軽視することのできない意味をもっている。特に、社会における少数者のもつ意見は、マス・メディアなどを通じてそれが受け手に広く知られるのを期待することは必ずしも容易ではなく、それを他人に伝える最も簡便で有効な手段の一つが、ビラ配布であるといつてよい。いかに情報伝達の方法が発達しても、ビラ配布という手段のもつ意義は否定しえないのである。この手段を規制することが、ある意見にとって社会に伝達される機会を実質上奪う結果になることも少なくない。

（ウ）ビラ配布という手段は、重要な機能を持っているが、他方において、一般公衆が自由に出入りすることのできる場所であっても、他人の所有又は管理する区域内でそれを行うときには、その者の利益に基づく制約を受けざるを得ないし、またそれ以外の利益（例えば、一般公衆が妨害なくその場所を通行できることや、紙くずなどによってその場所が汚されることを防止すること）との調整も考慮しなければならない。ビラ配布が言論出版という純粹の表現形態でなく、一定の行動を伴うものであるだけに、他の利益との較量の必要性は高いといえる。

(エ) 以上説示したように考えると、ビラ配布の規制については、その行為が主張や意見の有効な伝達手段であることからくる表現の自由の保障においてそれがもつ価値と、それを規制することによって確保できる他の利益とを具体的状況の下で較量して、その許容性を判断すべきであり、形式的に刑罰法規に該当する行為というだけで、その規制を是認することは適当ではないと思われる。そして、この較量にあたっては、配布の場所の状況、規制の方法や太陽、配布の態様、その意見の有効な伝達のための他の手段の存否など多くの事情が考慮されることとなろう。

② 「パブリック・フォーラム」の意義

(ア) ある主張や意見を社会に伝達する自由を保障する場合に、その表現の場を確保することが重要な意味をもっている。特に表現の自由の行使が行動を伴うときには表現のための物理的な場所が必要となってくる。この場所が提供されないときには、多くの意見は受け手に伝達することができないといってもよい。

(イ) 一般公衆が自由に出入りできる場所は、それぞれその本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない。道路、公園、広場などは、その例である。これを「パブリック・フォーラム」と呼ぶことができよう。このパブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要があると考えられる。

(ウ) もとより、道路のような公共用物と、一般公衆が自由に出入りすることのできる場所とはいえ、私的な所有権、管理権に服するところとは、性質に差異があり、同一に論ずることはできない。しかし、後者にあっても、パブリック・フォーラムたる性質を帯有するときには、表現の自由の保障を無視することができないのであり、その場合には、それぞれの具体的状況に応じて、表現の自由と所有権、管理権とをどのように調整するかを判断すべきこととなり、前述の較量の結果、表現行為を規制することが表現の自由の保障に照らして是認することができないとされる場合がありうるのである。

(エ) 本件に関連する「鉄道地」(鉄道営業法 35 条)についていえば、それは、法定意見のいうように、鉄道の営業主体が所有又は管理する用地・地域のうち、駅のフォームやホール、線路のような直接鉄道運送業務に使用されるもの及び駅前広場のようなこれと密接不可分の利用関係にあるものを指すと解される。しかし、これらのうち、例えば駅前広場のごときは、その具体的状況によってはパブリック・フォーラムたる性質を強くもつことがありうるのであり、そこでのビラ配布を同条違反として処罰することは、憲法に反する疑いが強い。

(オ) 本件においては、被告人らの所為が行われたのは、駅舎の一部であり、パブリック・フォーラムたる性質は必ずしも強くなく、むしろ鉄道利用者など一般公衆の通行が支障なく行われるために駅長のもつ管理権が広く認められるべき場所であるといわざるをえず、その場所が単に「鉄道地」にあたるというだけで処罰が是認されているわけではない。

(カ) したがって、前述のような考慮を払ったとしても、(被告人らの所為につき、鉄道営業法 35 条及び刑法 130 条後段の規定を適用してこれを処罰しても憲法 21 条 1 項に違反するものではないとした) 原判断は正当である。

【刑法】

【出題趣旨】

不動産の二重売買事案を素材に、横領罪等の基本的な理解を問う問題である。論点は以下のとおりである。

- (1) 既に売却した土地を、所有権の登記名義人が他の者に二重に売却した場合、第一の買主に対する横領罪が成立するか。
 - ① 売却代金が支払われたが、まだ登記が移転していない土地は、買主の物と言えるか。
 - ② 所有権の登記名義人に土地に対する占有が認められるか。
- (2) その際、その土地を買い受けた者に共犯が成立するか。
 - ① 非身分者に共犯が成立する根拠（65条の解釈）及び共同正犯か、教唆犯か。
 - ② 二重売買は民法上許容されているが、それでも第二の買主に共犯が成立するか。
- (3) 第二の買主がその土地をさらに他の者に売却して代金を得た場合、詐欺罪は成立するか。
 - ① 第一の売買の存在を告知しなかったことは欺罔行為に該当するか。

【採点基準】

採点については、各論点ごとに10点を目安とするが、その他の構成要件の検討なども評価対象とする。採点のポイントは以下のとおりである。

- (1) 上記の各論点について、的確に問題点を把握し、規範を挙げた上で、事案を適切に検討できているか。
- (2) 民法との関係を意識しつつ、刑法の目的を考えることができているか。

【行政法】

[出題趣旨]

本問は、①行政処分間（先行処分と後行処分）の違法性の承継についての理解、②判決文から行政処分間で違法性の承継が認められる要件を読み取った上で、①の理解を踏まえて、そのような要件が立てられた理由を適切に説明できるか、をみる問題である。

[採点基準]

〔設問１〕、〔設問２〕の配点は、それぞれ２０点、３０点の合計５０点満点である。

〔設問１〕では、先行処分と後行処分の違法性の承継の意義について適切に記述しているか、並びに、両者間で原則として違法性の承継が認められない理由について正確に理解しているかなどを評価する。

〔設問２〕では、判決がどのような要件の下で行政処分間の違法性の承継を認めているか、さらに、そのような要件を導いた理由につき、〔設問１〕で述べたことを踏まえて適切な説明ができているかを評価する。