

福岡大学法科大学院  
令和5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、たとえば、甲を欺罔してその所有する土地（農地）を買い受けた乙が、農地法5条の知事の許可を条件とする所有権移転請求権保全の仮登記を得たうえで、売買契約上の右権利を善意の丙に譲渡し、右仮登記移転の付記登記を経由したような場合に、丙は民法96条3項にいう「第三者」にあたるか、もしあたるとして善意（・無過失）のほかに登記まで備えている必要があるか、といった問題について判断した、関連裁判例（最判昭和49年9月26日民集28巻6号1213頁）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（友納治夫「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和49年度〔56事件〕』538頁以下、竹中悟人「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〕』48～49頁、須永醇「判例解説」ジュリスト臨時増刊590号『昭和49年度重要判例解説』56～57頁等参照）。なお、現行民法96条3項には注意。

**<解答のポイント>**

**〔設問1〕**について（15点）

Xによる本件請求は、次のような法的主張、法律構成に基づいてなされているものと考えられる。

すなわち、詐欺をした者から目的物を善意・無過失で転得した者が、その所有権取得について対抗要件を備えているときは、この者に対して詐欺による取消しを対抗することはできないとしても、目的物の所有権をまだ取得しておらずその物についての債権（所有権移転請求権）を有するにすぎないときや、その所有権を取得した場合でも対抗要件を備えていないときは、転得者はいまだ排他的な権利を取得したものとは言えないから、この者に対して詐欺による取消しの効果を主張して対抗していくことができると解される。

そうすると、①本件農地を除く本件土地のうち5筆の土地については、Yが取消し意思表示以前にその所有権を取得し、なおかつ所有権移転登記を経由していることから、Xは取消しをもってYに対抗することができないものと言わなければならないが、②本件農地については、YはもとよりA建設会社もその所有権を取得していると言い難く、単にその移転請求権という債権を取得しているにすぎず、またYはA名義の所有権移転仮登記上の権

利移転の付記登記を経ているだけであって所有権取得の対抗要件を備えている者とは言えないから、Xは、本件農地に関してはYに対し詐欺による取消しの効果を主張して対抗していくことができる、と。

以上の主張のほか、Xとしては、Yは対抗要件としての登記ではなく『権利保護資格要件』としての登記を具備することが必要であったとの主張を展開していくことも考えられなくはない。

すなわち、詐欺被害者の犠牲の下において善意・無過失の第三者が保護される以上、保護されるべき第三者の要保護性の点に関して十分に合理的な判断がなされるべきであり、そうだとすれば、詐欺被害者の帰責性が通謀虚偽表示者に比較してそれほど大きくないと解されることから、民法96条3項にいう第三者に関しては、権利取得を主張しうるためには権利取得者としてなすべきことのすべてをおこなっていることを要求したとしても、あながち不当とは言えない。

そうすると、登記を具備することを要求し上記帰責性の差異を第三者保護の厳格性に反映させることが公平に適い、またそう解することに十分な理由があると言えること、また、もしかりに第三者よりも先に詐欺被害者の方が詐欺者から登記を回復したような場合にまで、善意・無過失の第三者であるということを理由に、詐欺被害者に対し回復した登記を抹消するよう要求できるとすれば、それは第三者の保護が行き過ぎではないか、とも考えられるからである。

## 〔設問2〕について（35点）

以上のようなXの主張に対して、Yは、以下のような、前掲最判昭和49年9月26日の判示部分に参考にしながら反論をおこなって対抗していくことが考えられる。

すなわち、「・・・、民法96条第1項、3項は、詐欺による意思表示をした者に対し、その意思表示の取消権を与えることによって詐欺被害者の救済をはかるとともに、他方その取消の効果を『善意の第三者』との関係において制限することにより、当該意思表示の有効なことを信賴して新たに利害関係を有するに至った者の地位を保護しようとする趣旨の規定であるから、右の第三者の範囲は、同条のかような立法趣旨に照らして合理的に画定されるべきであって、必ずしも、所有権その他の物権の転得者で、かつ、これにつき対抗要件を備えた者に限定しなければならない理由は、見出し難い。」

「本件農地については、知事の許可がないかぎり所有権移転の効力を生じないが、さりとて本件売買契約はなんらの効力を有しないものではなく、特段の事情のないかぎり、売主であるXは、買主であるA建設のため、知事に対し所定の許可申請書手続をなすべき義務を負い、もしその許可があったときには所有権移転登記手続をなすべき義務を負うにまであり、これに対応して、買主は売主に対し、かような条件付の権利を取得し、かつ、この権利を所有権移転請求権保全の仮登記によって保全できると解すべきことは、当裁判所の判

例の趣旨とするところである（昭和30年（オ）第995号同33年6月5日第一小法廷判決・民集12巻9号1359頁、同33年（オ）第836号同35年10月11日第三小法廷判決・民集14巻12号2465頁、同39年（オ）第1397号同41年2月24日第一小法廷判決・裁判集民事82号559頁、同42年（オ）第30号同43年4月4日第一小法廷判決・裁判集民事90号887頁、同46年（オ）第213号同46年6月11日第二小法廷判決・裁判集民事103号117頁参照）。そうして、本件売渡担保契約により、Y会社は、A建設が本件農地について取得した右の権利を譲り受け、仮登記移転の附記登記を経由したというのであり、これにつきXが承諾を与えた事実が確定されていない以上は、Y会社がXに対し、直接、本件農地の買主としての権利主張をすることは許されないとしても（最高裁昭和29年（オ）第971号同30年9月29日第一小法廷判決・民集9巻10号1472頁、同37年（オ）第291号同38年9月3日第三小法廷判決・民集17巻8号885頁、同46年（オ）第213号同46年6月11日第二小法廷判決・裁判集民事103号117頁参照）、本件売渡担保契約は当事者間においては有効と解するのであって、これにより、Y会社は、もし本件売買契約について農地法5条の許可がありA建設が本件農地の所有権を取得した場合には、その所有権を正当に転得することのできる地位を得たものということができる。

そうすると、Y会社は、以上の意味において、本件売買契約から発生した法律関係について新たに利害関係を有するに至った者というべきであって、民法96条3項の第三者にあたると解するのが相当である。」

### [採点基準]

〔設問1〕については、民法96条3項にいう「善意・無過失の第三者」には対抗要件としての登記の具備が必要であるとの立論、あるいは権利保護資格要件としての登記の具備が必要であるとの立論をおこなうことができているれば、基礎点として6～10点の幅で配点し、さらに文章表現・文章構成が説得的かつ明快に論述できているれば2～5点までの幅で加点。

〔設問2〕については、前掲最判昭和49年9月26日の判示部分を参考にした構成を的確に論述することができているれば、基礎点として10～25点の幅で配点し、さらに文章表現・文章構成が説得的かつ明快になされているれば、5～10点までの幅で加点。

以上

## 【民法 第2問】

### [出題趣旨・採点基準]

本問は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、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。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が問題とされており、基本的な判例理論を前提に、利益相反に当たらないとされた場合の代理行為の効果につき、権限濫用に当たるか否かについて、改正後民法 107 条の基礎的理解についてさらに問題となる。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。

#### ・親権者の法定代理権および利益相反行為該当性について

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ず（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。

そのうえで本案の A による甲土地の処分行為が 826 条にいう利益相反行為に該当するか否かがまずは問われることになる。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包括代理権を信頼する取引の相手方保護の見地から、客観的・外形的に判断されることになり、取引自体の法的効果は C に帰属しており、売買代金である 500 万円が C に帰属しなかったことはあくまで内部事情であるため、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、A が専ら自己の債務の弁済のために甲を売却していることにつき、かかる行為が自己の利益のみを図るものとして、親権者の代理権濫用とされるか否かについて論ずることが求められる（107 条）

#### ・代理権の濫用について

もっとも、親権者の代理行為は利益相反行為に当たらない限り広範な裁量が認められている。そのため、子の利益を無視して自己または第三者の利益を図ることのみを目的となされるなど、親権者に子を代理する権限の授与した法の趣旨に著しく反すると認められる等特段の事情が存しない限り、代理権の濫用には当たらない。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限定されることになる。以上の点から甲土地の返還の可否につき自説を展開することになる。

本件では、Aは専ら水上バイクの購入に関連するEへの貸金債務の弁済を目的として甲土地をDに売却しており、親権者に子を代理する権限を付与した法の趣旨に著しく反するといえることから、権利濫用該当性があり、かつDはAが自己の債務に充てるために甲土地を売却しようとしている事情を認識していた点を考慮すれば、(代理人が、自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす：107)、Cは権利濫用であることをDに対抗できることとなり、甲土地の売買契約はCに帰属せず、引き続きCに甲土地の所有権が存在することとなるため、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権を理由として甲土地の返還請求を主張していくこととなるろう。

これに対しDはCが未成年者(4条)であり、親権者(818条1項)である父Aは、子であるCの財産上の地位に変動を及ぼす一切の行為につき子を代表する権限(法定代理権)を有し(824条本文)、これに基づき甲土地をDに対し500万円で売却する旨の売買契約(555条)は有効に締結されており、したがって、当該外売買契約はCに効果帰属する結果、Cは甲土地の所有権を喪失しており(176条)、CのDに対する甲土地の返還請求は理由がないとこと中心に反論すると考えられる。

なお、826条の趣旨は、子の利益保護の点にある点を強調し、利益相反行為か否かは、親権者の意図や行為の実質的効果を基準に決すべきとの見解を前提に、専ら自己の利益を図ることを意図した本件代理行為は利益相反行為に該当するとして、特別代理人の関与がない以上無権代理に当たるとする答案も見受けられたが、この場合は相手方であるDとの関係で取引の安全をいかに考慮するかにつき十分な説明が求められよう。この点利益相反該当性判断の段階での主観的判断と代理権濫用該当性の際の主観的事実の判断についての議論とを混同しているように見受けられる答案もあった。また代理権濫用該当性につき上記平成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いくつかみられたが、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べきであることは言うまでもない。

※以上の点につき、設問1について利益相反該当性判断と代理権濫用に当たるか否かにつき、事案を前提に法的根拠を明確にしつつ、自説を展開していれば25点を基礎点として、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。設問2については、Aによる代理行為は有効であり、本人に効果帰属する結果、返還請求権は理由がない点につき示されていれば基礎点として5点、その他有益な記載につき10点を限度に加点した。

## 【民事訴訟法】

### [出題趣旨]

- 1 法人の代表者は訴状の必要的記載事項であり、一般には登記上の代表者を記載すれば足りるが、登記上の代表者と真実の代表者が一致しない場合に、表見法理を適用できるかを問う問題である。
- 2 表見法理の適用の有無は、意思表示の瑕疵等と並んで、訴訟行為の規律は訴訟法のみによるのか、実体法の規律にも服するのかが問われている問題であり、判例は手続の安定や表見支配人の規定が裁判上の行為を除外していること等を理由に一貫して適用を否定している。しかし、学説上は、登記を信頼した原告を不実の登記を放置した者より保護すべきである等の理由により、反対説が強い。
- 3 このような学説・判例の状況を踏まえ、本問の事例を前提として、各説の根拠（条文上の根拠を含む。）と問題点を指摘し、自己の見解を説得力をもって論述し、本問の事例に当てはめることが求められている。
- 4 最三判昭和45年12月15日民集24巻13号2072頁（民訴判例百選5版【18】）は、本問と類似の事例（ただし、第一審は「会社を相手方として訴えを提起するには登記されている代表者をその代表者として表示すれば足りる」として、請求認容判決をしたのに対し、控訴審において、訴状記載の代表者は真実の代表者でないとして認定し、訴えを却下した事例）において、控訴裁判所が被告会社代表者の代表権限の欠缺を看過してなされた第一審判決を取り消す場合には、原告に対し訴状の補正を命じさせるため、事件を第一審裁判所に差し戻すべきであり、ただちに訴えを不適法として却下すべきではない旨判示し、原判決を破棄し、第一審判決を取り消し、事件を第一審裁判所に差し戻した。同最判によれば、裁判官は、Bに代表権限がないのであれば、適式な訴状送達の効果は生じておらず、民訴法137条1項により原告であるXに訴状の補正を命じ、被告であるY社に真正な代表者のない場合には、Xよりの申立てに応じて特別代理人を選任するなどして、正当な権限を有する者に対しあらためて訴状の送達をすることを要することになる。もし、補正手続を取らなかった場合は、判文には訴えを却下とあるが、調査官解説によると、同条2項により訴状却下を命じるべきであり、もし口頭弁論が開かれた後は、判決をもって訴えを却下することとなる。
- 5 判例・学説を紹介した参考文献としては、長谷部由起子ほか「基礎演習民事訴訟法〔第3版〕」（2022年）36頁（林昭一）をはじめ、多数存在する。

### [採点基準]

- 1 問題の所在（法人の代表者が訴状の必要的記載事項であること、表見法理の適用が問題となること、訴訟行為の規律は訴訟法のみによるのか、実体法の規律にも服するのかが問題になる理由） 20点
- 2 適用又は不適用のそれぞれの見解の根拠（条文上の根拠を含む。）と問題点を踏まえて、自説を説得力をもって論述していること 20点
- 3 自説の本問の事例への当てはめ 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、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上の約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、在外日本人の最高裁裁判官国民審査権の立法不作為に係る最高裁令和4年5月25日大法廷判決について、同じく在外日本人の国政選挙権の立法不作為に係る最高裁平成17年9月14日大法廷判決の判旨（特に、この判決で指摘された判断枠組）を参考として、①在外日本人に最高裁裁判官国民審査権（以下、「本件審査権」という。）の行使を全く認めていないことは憲法違反か、②国会において在外日本人に当該審査権の行使を認める制度を創設する立法措置がとられなかったこと（以下、「本件立法不作為」という。）は国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるか、を問うものである。

(3) 本事案は、わずか1ヶ月余り前に出された最高裁判所大法廷の違憲判決であり、ニュースや新聞等で大きく報じられたところでもあるところ、法科大学院への進学を目指す受験者は、社会における時事（法的）問題にも絶えず関心を持っていることが求められ、この事案については、すでに一定の知見をもっているはずであることを前提としている。

(4) 本判決が依拠する判断枠組は、平成17年の在外日本人選挙権訴訟で最高裁が示した判断枠組と同じであるが、この判断枠組は、選挙権の制約の合憲性および立法不作為の違法性に係る判断枠組として、極めて重要な考え方として位置づけられており、1年次の憲法において共通的かつ必須的に修得すべきものであると考えられることから、本試験において、当該判断枠組の内容を的確に理解しているか否か、選挙権と最高裁裁判官審査権との異同を踏まえて、この判断枠組を本事案に応用して①の違憲性および②の違法性の説明ができているか否かを問うことを出題趣旨とする。

### [採点基準]

(1) 配点は、

①本件審査権の行使を全く認めていないことの違憲性と②本件立法不作為の国家賠償法上の違法性の2つの論点において、②については国会が立法措置を講じていなかった期間の

状況（公選法の改正や国会における在外審査制度に関する質疑など）に関する情報を本問では提供していないため、①を70%、②を30%の評価割合とする。

(2) ①および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。

(3) ①および②の解答のポイント（最高裁判決から引用：下線部がポイント）

①本件審査権の行使を全く認めていないことの違憲性

\*平成17年大法廷判決の判断枠組

「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。」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可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」、このことは、国の不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である。

\*本件令和4年大法廷判決の判旨

・「憲法は、全文及び1条において、主権が国民に存することを明らかにし、15条1項において、公務員を選定し、およびこれを罷免することは、国民固有の権利であるとし」、最高裁判所の裁判官の「国民審査の制度は、国民が最高裁判所の裁判官を罷免すべきか否かを決定する趣旨のものである」から、「審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有することに加え、… 憲法は、選挙権と同様に、国民に対して審査権を行使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。」

・「国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査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国民審査の公正を確保しつつ審査権の行使を認めることが事実上不可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、…やむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに審査権の行使を制限することは憲法15条1項、79条2項、3項に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が審査権の行使を可能にするための所用の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査権を行使することができない場合についても、同様である。」

・「投票用紙の調整や投票の方式に関する取扱い等を前提とすると、… 在外審査制度を創

設することについては、在外国民による国民審査のための期間を十分に確保し難いといった運用上の技術的な困難があることを否定することができない。しかしながら、… 審査権と同様の性質を有する選挙権については、平成10年公選法改正により在外選挙制度が創設され、平成17年大法廷判決を経て平成18年公選法改正がされた後、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙をも対象に含めた在外選挙制度の下で、現に複数回にわたり国政選挙が実施されていることも踏まえると、… 技術的な困難のほかに在外審査制度を創設すること自体について特段の制度的な制約があるとはいえない。… 在外審査制度において、… 技術的な困難を回避するために、現在の取扱いとは異なる投票用紙の調整や投票の方式等を採用する余地がないとは断じ難いところであり、… 国民審査の構成を確保しつつ、在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置を採ることが、事実上不可能ないし著しく困難であるとは解されない。そうすると、… 在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置が何らとられていないことについて、やむを得ない事由があるとは到底いうことができない。したがって、国民審査ほうが在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するものというべきである。」

## ②本件立法不作為の国家賠償法上の違法性

### \*平成17年大法廷判決の判断枠組

「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保護されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

### \*本件令和4年大法廷判決の判旨

・「国会議員の立法行為又は立法不作為が（国家賠償法1条1項）の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものであり、「仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに同項の適用上違法の評価を受けるものではない。」

・「「もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が…職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。そして、

国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠るときは、… 例外的な場合に当たるものと解するのが相当である。」

・「在外国民であった第1審原告らも審査権を行使する機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、国会において、その権利行使の機会を確保するための立法措置を採ることが必要であったと解される。」

・「現在に至るまで、在外審査制度の創設に係る法律案が国会に提出されたことはないものの、国会においては、在外選挙制度を創設する平成10年公選法改正に係る法律案に関連して在外審査制度についての質疑がなされている。また、平成17年大法廷判決により在外国民に対する選挙権の制約に係る憲法適合性について判断が示され、これを受けて、平成18年公選法改正により在外選挙制度の対象が広げられ、平成19年には、憲法の明記された主権者の権能の一内容である点において審査権と同様の性質を有する国民投票の投票権について、在外国民にその行使を認める国民投票法も制定されるに至っている。」

・「在外審査制度の創設に当たり検討すべき課題があったものの、その課題は運用上の技術的な困難にとどまり、これを解決することが事実上不可能ないし著しく困難であったとまでは考え難いことに加え、上記の通り、国会において在外国民の審査権に関する憲法上の問題を検討する契機もあったといえるにもかかわらず、国会は、平成18年公選法改正や平成19年国民投票法の制定から平成29年国民審査の施行まで約10年の長きにわたって、在外審査制度の創設について所要の立法措置を何らとらなかった」

・「以上の事情を考慮すれば、遅くとも平成29年国民審査の当時においては、在外審査制度をそうお説する立法措置を採ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠ったものといえる。そうすると、本件立法不作為は、平成29年国民審査の当時において、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものというべきである。」

## 【刑法】

### 〔出題趣旨〕

甲加担後の暴行について A との間に傷害罪の共同正犯が成立するか否か（共同正犯の成立要件を理解しあてはめられているか）、傷害罪の承継的共同正犯が認められるか否か、承継的共同正犯の成立を否定した場合に同時傷害の特例を適用できるか（同時傷害の特例の要件を理解しあてはめられているか）、B が負った傷害のうちどの傷害を甲に帰責することができるかを問う意図である。

傷害罪における承継的共同正犯については最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 卷 11 号 1281 頁、同時傷害の特例については、最決令和 2 年 9 月 30 日刑集 74 卷 6 号 669 頁および最決平成 28 年 3 月 24 日刑集 70 卷 3 号 1 頁について理解しているかが問われる。

### 〔採点基準〕

- ①甲が来てからは、甲と A の間で共謀があり、それに基づく暴行も行われていることが事案に即して説明できていて、甲が共謀加担後に生じた背部打撲傷について責任を負うことが書けているか（5 点）
- ②背部打撲傷以外の傷害の帰責の処理に関して、傷害罪における承継的共同正犯の成否について論じられているか
- ③承継的共同正犯の成立を否定した場合に、同時傷害の特例（207 条）が本問の事案において適用されるか否かを論じられているか。適用を否定する場合にはその理由が書けているか、肯定する場合には同時傷害の特例の要件を挙げ本問の事案にあてはめられているか
- ④同時傷害の特例を適用する場合には、甲が加えた暴行には、顔面打撲傷を生じさせる危険性があったとは認められないことを指摘して（あるいは、右第六肋骨骨折の傷害を生じさせ得る危険性しかなかったことを指摘して）、甲にどの傷害が帰責されるべきか明示できているか。

（②～④で 45 点）

## 【行政法】

### [出題趣旨]

本問は、行政裁量とその審査に関する基礎知識と一定レベルの応用能力（具体的な事案の処理等）の有無を確認する問題である。

### [採点基準]

本問においては、①本件処分について行政庁の裁量が認められること、また、その場合でも裁量の逸脱濫用があれば本件処分は違法となること、②裁量の逸脱濫用の判断基準、とくに比例原則違反の判断基準、③当該判断基準の本件事案への当てはめと結論、について論じることが求められる。①、②、③について適切で説得力のある記述ができているかを評価する。配点は、①10点、②20点、③20点とし、合計50点満点で評価する。