

福岡大学法科大学院  
令和5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、本人が無権代理行為の追認を拒絶した後に死亡し、無権代理人が本人を相続したような場合に、無権代理人による本人の相続として無権代理行為が有効となるかどうかという問題について、近時の関連裁判例（最判平成10年7月17日民集52巻5号1296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（春日通良「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成10年度（下）』（2001年）696頁以下、磯村保「判例解説」ジュリスト臨時増刊1157号『平成10年度重要判例解説』（1999年）56～57頁、佐久間毅「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]』（有斐閣、2005年）84～85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）175～176頁、179頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則 [第5版]』（有斐閣、2020年）309～311頁等参照）。

**<解答のポイント>**

**〔設問1〕**について（15点）

Y1の反訴請求（連帯保証債務の履行請求）は、以下のような法的主張、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、

Xらは、無権代理人であるBを相続した後、本人であるAを相続しているのであるから（民法882条、896条）、本人と代理人の資格が同一人に帰したこととなり、これによって、信義則上、本件各登記の原因である抵当権設定契約や連帯保証契約について本人Aが自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位ないし効力を生じ、本人であるAの資格において本件無権代理行為について追認を拒絶する余地はなくなることから、本件無権代理行為は当然に有効になるものと解される。

そうであるとすれば、本人が訴訟上の攻撃防御方法の中で追認拒絶の意思を表明していると認められる場合であっても、その訴訟係属中に本人と代理人の資格が同一人に帰するに至った以上、無権代理行為は当然に有効なものと考えられることから、連帯保証契約上の債務についても当然にその履行を請求することができると主張して、反訴請求（連帯保証債務の履行請求）をおこなっているものと考えられる（原審判決[大阪高判平成6年2月22日]を参照のこと）。

## 〔設問2〕について（35点）

Y1の以上のような主張に対して、Xらは、以下の前掲最判平成10年7月17日の判旨部分に沿って反論を展開し対抗してくるものと考えられる。

「本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合には、その後に無権代理人が本人を相続したとしても、無権代理行為が有効になるものではないと解するのが相当である。ただし、無権代理人がした行為は、本人がその追認をしなければ本人に対してその効力を生ぜず（民法113条1項）、本人が追認を拒絶すれば無権代理行為の効力が本人に及ばないことが確定し、追認拒絶の後は本人であっても追認によって無権代理行為を有効とすることができず、右追認拒絶の後に無権代理人が本人を相続したとしても、右追認拒絶の効果に何ら影響を及ぼすものではないからである。このように解すると、本人が追認拒絶をした後に無権代理人が本人を相続した場合と本人が追認拒絶をする前に無権代理人が本人を相続した場合とで法律効果に相違が生ずることになるが、本人の追認拒絶の有無によって右の相違を生ずることはやむを得ないところであり、相続した無権代理人が本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則に反するものであるということとはできない。

これを本件について見ると、Aは、Yらに対し本件各登記の抹消登記手続を求める本訴を提起したから、Bの無権代理行為について追認を拒絶したものというべく、これにより、Bがした無権代理行為はAに対し効力を生じないことに確定したといわなければならない。そうすると、その後にXらがAを相続したからといって、既にAがした追認拒絶の効果に影響はなく、Bによる本件無権代理行為が当然に有効になるものではない。そして、前記事実関係の下においては、その他にXらが右追認拒絶の効果を主張することが信義則に反すると解すべき事情があることはうかがわれない。」（下線出題者）

## 〔採点基準〕

〔設問1〕については、資格融合説的な考え方に基づいて、本人がたとえ追認を拒絶していたとしても、その死亡によって本人の地位と無権代理人の地位とが同一人に帰することとなり、信義則上、本人が自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位ないし効力を生じる結果、もはや追認を拒絶することはできず、無権代理行為は当然に有効となり、したがって連帯保証契約上の保証債務の履行を請求することができると立論することができていれば、基礎点として5～10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れば、加点要素として2～5点までの幅で加点。

〔設問2〕については、前述したとおり、前掲最判平成10年7月17日の判旨部分に沿って的確に論述することができていれば、基礎点として20～30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れば、加点要素として2～5点までの幅で加点。

## 【民法 第2問】

### [出題趣旨・採点基準]

本問は連帯債務者の一人が行った履行とその求償の範囲についての基礎的理解を問うものである。とりわけ連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない一部弁済を行った場合にも求償を行いうるかにつき定める442条1項の理解を前提とし、求償権行使の前提である事前および事後の通知について確認しながら、事案を丁寧に読み込んだうえで、一定の結論を示す必要がある。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。

#### ・連帯債務者の一人による履行（免責）とその効果について

民法442条は、連帯債務者の一人が弁済を行った場合、その免責を得た額が自己の負担部分を超えるかどうかにかかわらず、求償することができる旨を定める。本制度の趣旨は連帯債務者相互間の公平な負担を前提に、負担部分に満たない額の弁済がなされた場合であっても、求償の対象とすることを通じて、連帯債務の弁済が促進されることにより、債権者にとっても利益となるとの考えによるとされる。事案によればABCらはD銀行に対し負担部分を平等に600万円の連帯債務を負っている関係であり、それぞれの負担部分は200万円である。設問1ではAが150万円を弁済しており、負担部分に満たない弁済であるが、442条1項よりAはBおよびCに対してそれぞれ50万円を求償しうることになる。

#### ・事前の通知と求償権の制限について

民法443条1項は、連帯債務者の一人が弁済等の免責行為を行う場合には、他の連帯債務者に対して免責行為をすることにつき事前に通知することを求め、これを怠った場合には、他の連帯債務者は自己の負担部分につき、債権者に対抗できた事由をもって免責行為者に対抗しうるとしている。この事前通知義務は債権者に対して抗弁事由を有する他の連帯債務者の抗弁権行使の機会を失わせないことを念頭とした義務である。本問に即して検討すれば、BがDに対して反対債権を有する場合にも、AがDに弁済の上求償が可能であるとすると、Bは相殺によって弁済を免れる利益を侵害され、反対債権回収の機会を失うとともにDの無資力リスクを負うことになる。ABCは特産品のコンサルティング事業を共同で立ち上げるために連帯して借入れを行っている以上、AはB、Cが連帯債務者であることを当然認識している。問題文ではAが事前通知を行うことなく弁済しており、Bはその負担部分をDに対する反対債権で相殺できたことをAに対抗しうるので(443条1項)、Aからの求償(設問①が前提になっているため50万円)について、拒絶しうることになる。この場合、AはBから拒絶された求償権に相当する範囲について(50万円)、BのDに対する反対債権200万円のうちの50万円について、Aに直接請求することが可

能である。すなわち B の反対債権が当然に A に移転することに帰結するため、のちに D から一部弁済額の残額 450 万円分の一括請求があった場合には、同反対債権の範囲にて相殺が可能であることになる。

※設問 1 について 442 条に基づく処理が解答できていれば 15 点を基礎点とし、条文の趣旨への言及や有益な表現等について 5 点の範囲で加点した。設問 2 については、443 条を根拠に求償拒絶について明確に説明できていれば 15 点を基礎点として、拒絶後の処理についての記載があれば 5 点を追加し、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 遺言無効確認の訴えの確認の利益について論理的について論述できるかを問う問題である。
- 2 確認の訴えの対象は理論的に無限定であるので、本案判決をするのに適しない内容の訴えが提起されることも十分考えられることから、これを選別するために訴えの利益（確認の利益）の判断が重要となる。
- 3 確認の利益は、一般に、①方法選択の適否（確認訴訟によることが適切か否か）、②対象選択の適否（確認対象が適切か否か）、③確認判決をすべき必要性の有無（即時確定の利益ないし紛争の成熟性）に分けて論じられる。

本問では特に②の対象選択の適否が問題になる。

すなわち、現在の紛争を解決するためには、現在の法律関係を確認対象とするのが最も直接的であって適切であると考えられることから、事実の確認や過去の法律関係の確認は原則として許されないと解されている。

しかし、法自体が証書真否確認の訴え（134条）を認めているのは、ある事実が特定の法律関係の基礎となっており、その存否を確認することが紛争の抜本的な解決につながる場合には確認の利益を認める趣旨であると解される。

同様に、過去の法律行為であっても、多くの派生的な法律関係の基礎となる行為であって、現在の法律関係についていちいち確認の訴えを提起するよりも、その有効性を確認することが関連紛争の抜本的な解決をもたらす場合には確認の利益を肯定すべきであるといえる。

- 4 遺言無効確認の訴えについては、上記の理由から確認の利益を肯定することができると考えられる。

最判昭和47年2月15日民集26巻1号30頁は、相続開始後に提起された遺言無効確認の訴えについて、「いわゆる遺言無効確認の訴は、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとに提起されるから、形式上過去の法律行為の確認を求めることとなるが、請求の趣旨がかかる形式をとっていても、遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないとの確認をを求めるものと解される場合で、原告がかかる確認を求めるときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。けだし、右の如き場合には、請求の趣旨を、あえて遺言か

ら生ずべき現在の個別法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の無効の当否を判示することによって、確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らかだからである。」と判示し、確認の利益を肯定する立場に立っている。

なお、確認の利益について、権利保護の資格と権利保護の利益に分けて論じる立場においては、権利保護の利益の問題として、基礎にある過去の法律行為の効力を確認することが紛争の抜本的かつ一挙的解決に資することに着目して確認の利益が認められるとする（伊藤真「民事訴訟法」第7版188頁）。

- 5 関連する問題として、遺言者生存中に提起された遺言無効確認の訴えの確認の利益等の問題がある。

#### **[採点基準]**

- 1 確認の利益を限定すべき理由 5点
- 2 確認の利益の考慮要素 20点
- 3 遺言無効確認の訴えへの当てはめ 20点
- 4 加点事由（遺言者生存中に提起された遺言無効確認の訴えの確認の利益等） 5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、平成25年3月14日、東京地裁が、「成年後見人がつくと選挙権を失う」としていた公職選挙法の規定は参政権を保障した憲法に違反するとして、知的障害がある女性が国に選挙権の確認を求めた訴訟で、当該規定を違憲、無効とした上で選挙権を認める判決をした（その後同年5月27日、成年被後見人は選挙権及び被選挙権を有しないものとする規定を削除することなどを内容とする改正公職選挙法が可決・成立した）事案を題材として、裁判所が当該規定を憲法違反と判断した理由を、「憲法上の選挙権の重要性」、「選挙権行使の制限のあり方」、「民法上の成年後見制度の趣旨」を考慮に入れて考えさせる問題である。選挙権の重要性や選挙権の制約の合憲性をめぐる判例、さらには民法上の成年後見制度については憲法および民法の授業で十分に勉強しているはずであり、それらの基本的知識をしっかりと修得していれば、それらを活用して本件の問題性に踏み込んでいくことは十分可能であると考えられる。

(2) 解答にあたっては、まず、選挙権の基本的人権としての重要性を十分に説明した上で、その制限が許される合憲性審査基準を設定し、公職選挙法上の選挙権の制約の趣旨と民法上の成年後見制度の趣旨の違いを踏まえて、公職選挙法により成年被後見人から選挙権を剥奪することが正当化されるか否かを検討することとなる。特に、選挙権の重要性については、教科書に書かれていることはもとより、選挙権をめぐる代表的判例の中で指摘されていることを利用して、説得力を強めることが必要であり、なかでも、「在外日本人の選挙権の行使に対する制約の合憲性」が争われた最大判平成17年9月14日（憲法判例百選147）の判旨をどの程度読んで理解しているかが評価のポイントとなると思われる。

### <解答のポイント>

(1) まず、選挙権の重要性については、それが国民の代表者である議員を選挙によって選定し、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであることを強調し、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものであることを主張することが必要である。次に、選挙権の重要性に鑑みて、選挙権の制約の合憲性を検討する審査基準は厳格なものであるべきことを主張することが必要であるが、その際、前記平成17年の最高裁大法廷判決が示した「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、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ぬ」との考え方を提示することがポイントとなる。

(2) 公職選挙法が選挙権を制約する目的は「公正な選挙の実現」であること、他方、成年後見制度は精神上の障害により法律行為における意思決定が困難な者についてその能力を補うことによりその者の「財産等の権利を擁護」するための制度であることを指摘し、後見開始に際しての財産管理能力の有無や程度についての家庭裁判所の判断は、主権者である国民として選挙権を行使するに足る能力があるか否かという判断とは、性質上異なるものであることを説明できるか否かがポイントである。このように制度趣旨が異なる成年後見制度を選挙の公正を確保する目的で借用することは合理性がないことに加え、成年被後見人となっても、必ずしも選挙権を行使するに足る能力が欠けると判断されたことになるわけではなく、また、可能であれば、成年被後見人はその能力を一時回復することによって一定の法律行為を有効に行う能力が回復することが民法上予定されていることをも指摘して、成年被後見人から選挙権を一律に剥奪する規定を設けることは、前記「やむを得ない」として許容することはできず、当該規定は憲法違反であると主張することが考えられる。

(3) なお、反論を付記する場合は、まず、選挙権の重要性について原告の主張を認めるとしても、憲法が選挙権の資格を含む選挙に関する定めを法律に委ねており、選挙人の資格をどのように定めるかについて国会の立法裁量を認めていることを指摘して、違憲審査基準はそれほど厳格なものは求められず、立法裁量の逸脱又はその濫用に当たると認められる場合でなければ憲法違反ではないと主張することがポイントである。次に、自己の意思に基づかない不正投票等の弊害を防止し、選挙の公正を確保する見地から、選挙権の行使に最低限必要な判断能力を有しない者に選挙権を付与しないとする公職選挙法の立法目的には合理性が認められ、さらに、成年被後見人が判断能力を欠く常況にあると公的に判定されたことをもって選挙権の適切な行使を一般的・典型的に期待できない状況にあるとして、成年被後見人を欠格事由とすることには手段として十分な合理性が認められると主張することが考えられる。

## [採点基準]

(1) ①選挙権の意義及び選挙権の制約に関する判断枠組が、このテーマに関する代表的判例(在外日本国民の選挙権の行使に対する制約の合憲性が争われた最大判平成17年9月14日(憲法判例百選147))の判旨のポイントに関する基本的知識がきちんと修得されているか否か、②公職選挙法と成年後見制度の趣旨目的を検討しているか否かの2点を評価ポイントとして説得ある説明の程度を評価するが、合格最低点を60%評価とする。

(2) 配点は、①選挙権の意義の説明及び選挙権の行使に対する制約に係る判断枠組の設定=50%、②成年後見制度の趣旨を踏まえた公選法の当該規定の違憲性の説明=50%とし、上記〔解答のポイント〕に示した論点を的確に説明しているか否かにより評価する。

(3) 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。

## 【刑法】

### 〔出題趣旨〕

事後強盗罪（238条）が成立し、強盗殺人罪（240条）が成立するかを問う意図である。主たる論点は、事後強盗罪が成立するために、甲がBを殺害した行為が「窃盗の機会」に行われたといえるか否かである。本問と類似の事案において東京高判平成17年8月16日高刑集58巻3号38頁は（事後）強盗殺人罪の成立を否定している。

### 〔採点基準〕

各配点を限度に、論述の明確さ、詳細さ等を考慮して採点した。

- ①甲がA宅に侵入した点に住居侵入罪（130条前段）が成立し、甲は現金や貴金属を窃取しているから窃盗罪が成立していることが論じられているか（配点4点）。
  - ②甲がBを殺害した点につき、強盗殺人罪の（240条）の成否が問題になっていることを理解し、240条の「強盗」には事後強盗罪の犯人も含まれることが述べられているか（配点6点）
  - ③甲が238条の「窃盗」犯人に当たり、甲がBを殺害した行為が「窃盗の機会」に行われたといえ、甲に事後強盗罪（238条）が成立するか。判例によれば、「窃盗の機会」に暴行が行われたか否かは、「被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況」が継続していたか否か（最決平成14年2月14日刑集56巻2号86頁）によって判断されることになる。本問では、被害者宅から被告人宅が徒歩3分の距離で被告人が自宅に戻っていた時間も10分程度であるから時間的場所的近接性は認められること、被告人はA宅において貴金属等を窃取した後、誰からも追跡されずに自宅に戻ったこと、その間警察へ通報されて警察官が出動するといった事態もなかったことを指摘して、「窃盗の機会」が継続していたか否かを論じることが要求される。「追跡されないまま自宅という独立したいわば被告人自身の安全圏に脱した以上」（東京高判平成17年8月16日高刑集58巻3号38頁）、B殺害行為が「窃盗の機会」継続中に行われたと判断することは困難であると考えられる。
  - ④「窃盗の機会」継続性が否定されれば、甲には殺人罪（199条）が成立し、殺人のために再びA方に侵入した住居侵入罪（130条前段）と牽連犯（54条1項後段）になる。窃盗目的で行った住居侵入罪（130条）と窃盗罪（235条）も牽連犯となり、これらと上記住居侵入罪（130条）と殺人罪（199条）の牽連犯とは併合罪となる。事後強盗罪の成立を認めそれに基づく強盗殺人罪（240条）の成立を認めた場合は、両罪は牽連犯となる（54条1項後段）
- （③と④合わせて40点）

## 【行政法】

### [出題趣旨]

本問は、行政裁量とその審査に関する正しい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 K 高専の裁量が認められるか、認められる場合の根拠、また、裁量が認められる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の指摘、②判断過程の審査等、本件に適切な裁量の逸脱濫用の判断基準の提示、③当該判断基準を踏まえて本件の違法事由—裁量権の逸脱濫用を基礎づける事由—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、②15点、③25点とし、合計50点満点で評価する。