

福岡大学法科大学院
令和6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、内縁の夫婦が共有する不動産を共同で使用してきた場合にその一方の死亡後に他方が共有不動産を単独で使用することができるか、という点について、最判平成10年2月26日民集52巻1号255頁（山下郁夫「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（上）』186頁以下、吉田克己「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』（有斐閣）86～87頁参照）が、特段の事情のない限り、内縁夫婦間で一方の死亡後に他方が単独使用する旨の黙示の合意があると推認することができる場合には、使用利益の返還義務を負わないとする判断を下していた（佐久間毅著『民法の基礎2 物権 [第3版]』（有斐閣）209頁、松尾弘＝古積健三郎著『物権・担保物権法 [第2版]』（弘文堂）197～198頁参照）ところ、令和3年の民法改正により、民法249条2項に「共有物を使用する共有者は、別段の合意がある場合を除き、他の共有者に対し、自己の持分を超える使用の対価を償還する義務を負う」との規定が新設された。したがって本問のような場面において、この民法249条2項の解釈適用を、前掲最判平成10年2月26日を踏まえつつ、論述してもらうことを意図して出題した問題である（なお、最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁、最判平成12年4月7日判時1713号50頁も参照）。

[採点基準]

<解答のポイント>

〔設問1〕について（10点）

Xは、Yに対して、次のように主張して、使用収益（対価）の償還を請求していくものと考えられる。

すなわち、一般に共有者の一人が共有不動産を排他的、独占的に占有使用する場合、その共有者は、自己の持分を超える使用収益をしており、他の持分権者の持分を超える無権原の占有使用をおこなっていることから、他の共有者の損失において当該不動産の適正賃料額の自己の共有持分を超える部分相当の利益を得ているものと考えられる。そうすると、Yは、自己の持分を超える使用収益をしているものと解されることから、本件各不動産の適正賃料額の半額に相当する部分の対価を、民法249条2項により法律上償還すべ

き義務を負っている、と。

なお、Yは法律上の原因なく不当に利得しているとして、Xに対してその利得を返還しなければならない（民法703条、704条参照）、あるいは持分を超える部分に関しては無権原者として当該持分を不法に侵害しているとして、不法行為に基づく損害賠償義務を負わなければならない（民法709条参照）、との構成も考えられるが、ここでは、不当利得や不法行為の要件に左右されることなく、民法249条2項による法的処理がされうることになる。

〔設問2〕について（30点）

Xの以上のような主張に対して、Yは、次のように反論して対抗してることが考えられよう。

すなわち、共有者は確かに持分に応じた占有使用が許されるのみで、他の共有者との協議なしに単独で共有物を使用することはできない。しかし、共有者間に合意があれば別異に解することもできるところ、内縁の夫婦であったYとAがその共有する不動産を居住または共同事業のために共同使用してきたときは、特段の事情の認められない限り、両者の間にはその一方が死亡した後は他方が当該不動産を単独で使用する旨の合意、しかもそこでは対価の支払いに関する黙示の合意（無償とする合意）が成立していたものとも推認することができることから、民法249条2項にいう「別段の合意がある場合」にあたるとして、このような場合には他の共有者に対して使用利益（対価）の償還義務を負わない、と。

ちなみに、民法改正前の、前掲最判平成10年2月26日では、以下のとおり判示されていたので参照のこと。

「共有者は、共有物につき持分に応じた使用をすることができるにとどまり、他の共有者との協議を経ずに当然に共有物を単独で使用する権原を有するものではない。しかし、共有者間の合意により共有者の一人が共有物を単独で使用する旨を定めた場合には、右合意により単独使用を認められた共有者は、右合意が変更され、又は共有関係が解消されるまでの間は、共有物を単独で使用するができ、右使用による利益について他の共有者に対して不当利得返還義務を負わないものと解される。そして、内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情のない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。けだし、右のような両者の関係及び共有不動産の使用状況からすると、一方が死亡した場合に残された内縁の配偶者に共有不動産の全面的な使用権を与えて従前と同一の目的、態様の不動産の無償使用を継続させることが両者の通常の意味に合致するといえるからである。

これを本件について見るに、内縁関係にあったYとAとは、その共有する本件不動産を

居住及び共同事業のために共同で使用してきたというのであるから、特段の事情のない限り、右兩名の間において、その一方が死亡した後は他方が本件不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。そうすると、右特段の事情の有無について審理を尽くさず、不当利得の成立を認めた原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、右違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。」(下線出題者)

〔設問3〕について(10点)

しかしながら、問題文で指摘されているような事情が存する場合には、「別段の合意がある場合」を否定に解しうる特段の事情が存在するとも解しうる。そうだとすると、生前共有する不動産を共同で使用してきた内縁夫婦であったとしても、かかる特段の事情の存在によってその一方配偶者の死亡後においてなお他方配偶者が引き続き当該不動産を占有使用することの別段の合意、ましてや無償使用の合意があったとは解しえないことになることから、このような場合には、原則に戻り、民法249条2項の使用利益(対価)の償還義務を負うこととなると解すべきである。

〔採点基準〕

〔設問1〕については、共有物に対する他の共有者の使用態様から民法249条2項によりその使用利益(対価)の償還義務を負うべきであることを指摘できていれば、基礎点として4点～7点を配点。その説明が明快であれば、さらに2点～3点の幅で加点。

〔設問2〕については、共有者間の合意によって使用利益(対価)の償還義務が生じない別段の合意がある場合に当たることを的確に論述することができていれば、基礎点として15点～25点を配点し、より説得的かつ明快に論述できていれば、さらに2点～5点の幅で加点。

〔設問3〕については、〔設問2〕において特段の事情が存する場合には民法249条2項の原則に戻って適用されることを的確に指摘できていれば、基礎点として4点～7点を配点。その説明が明快であれば、さらに2点～3点の幅で加点。

【民法 第2問】

[出題趣旨・採点基準]

本問はいわゆる債権者代位権の転用事例である対抗要件具備のための登記請求権の代位行使についての基礎的理解を問う問題である。すなわち金銭債権の実現のための責任財産保全の類型ではなく、所有権移転登記請求権を代位行使する場面における判例および平成29年改正後の423条の7の理解が問われる。事案を丁寧に分析の上、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。参考判例として大判M43-7-6民録16-537および最判H22-12-16民集64-8-2050がある。

設問1 CによるAに対する甲土地のBへの所有権移転登記請求について

AB間で行われた甲土地の売買契約により、AはBに対して登記を移転して対抗要件を備えさせる義務を負うことは当然の前提であろう(560)。事案では上記義務を怠っている状況にある。甲土地はA→B→Cと順次移転されていることから、BC間の売買においてもBはCに対して対抗要件を備えさせる義務を負うことは言うまでもない。甲土地は不動産であり、譲受人たるBはAから登記を得なければ、他者に対して権利の得喪対抗することができない(177)のであるから、本来BはAに上記権利行使を行うことが通常であるものの、本事案においては「何もしない」のであるから、甲を譲り受けた現所有者であるCはBのAに対する登記手続き請求権を行使することにより、Aに対しBに登記を移転するよう請求することが可能である。(423の7)この理は大判M43-7-6民録16-537を踏まえ423の7にて結実したものであり、金銭債権の実現のための責任財産保全の類型ではなく、CのBに対する移転登記請求権を保全するためになされる代位行使である(債権者代位権の転用)ため、債務者の無資力要件は問題とならない点に留意する必要がある。

設問1後段はBが甲土地の代金を未払である場合について問うが、この場合、Aは債務者Bに対する抗弁をもってCにも対抗しうることになるから(423の4)、同時履行の抗弁をもってCに対抗することが可能であろう(533)。

上記基本論点につき423の7および無資力要件が不要であることに触れていれば基礎点として7点、423の4に基づく対抗可能な点について触れていれば基礎点として5点を配点し、その他有益な記載につき若干の加点をした。

設問2 Cが直接に登記をC自らに移転するようAに請求することの可否について

設問“はCがAに対しBではなく直接自らに対して登記移転を請求しうるかを問うものである。上記についての法的構成としては、①所有権に基づく物権的請求権または、②債権者代位権の行使などが考えられよう。①の所有権に基づく請求については、最判H22-12-16民集64-8-2050が示すように、登記の記載は権利の得喪の実態を反映するものなければならない、実態としてA→B→Cの移転があるのであるから、A→Cの登記移転を公示す

ることは実態と異なる権利移転が示されるとともに、設問1後段のような事案において代金未払を理由とする中間者Bによる同時履行の抗弁権を事実上排斥し、中間者の利益を不当に害する点で許されない（中間省略登記の禁止）。また②の債権者代位権行使による場合については、Cが代位行使するBの登記請求権は、AからBに登記を移転することを求めることにとどまるのであって（代位行使）、423の3が規定する金銭支払いまたは動産引渡しの事案とは異なる（423の7は同条を準用していないことにも留意のこと）。したがってCは423の7に基づき登記を直接Cに移転するよう求めることはできないことになる。

以上の点につき示されていれば基礎点として10点、中間省略登記の禁止につき触れていれば5点、その他有益な記載につき若干の加点をおこなった。

【民事訴訟法】

[出題趣旨]

1 Yの反訴は、Xの訴えと当事者の同一性、訴訟物の同一性があるので、重複訴訟の禁止(142条)に触れないか問題となる。触れるならば、Yの反訴を不適法却下することになる。Xの主張はこの見解に立つものと解される。

しかし、重複訴訟の禁止の趣旨は、審理の重複による無駄を避け、複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止することにあるところ、Yの反訴は、Xの訴えと併合審理されている限り、そのような弊害は生じない。弁論の分離(152条)については裁判所の裁量に属するが、同一の権利関係を目的とするので分離はできないとの見解が考えられる(三木浩一ほか「リーガルクエスト民事訴訟法」第4版530頁(笠井正俊)、この見解を前提とすると理解されるものとして小林秀之編「判例講義民事訴訟法」127頁(萩澤達彦)、直接には一部判決の可否についてであるが新堂幸司「新民事訴訟法」第6版663頁、伊藤眞「民事訴訟法」第7版517頁注87等)。

この見解を前提とすると、Yの反訴が重複訴訟の禁止に触れるとのXの主張には理由がないと解される。

以上の点を踏まえて、Xの主張の当否について、自説を論理的に表現することが求められる。

なお、Yの反訴の適法性については、Yの反訴に給付の訴えの利益があるかも問題になり得、この点については、YはXの訴えで勝訴しても、債務名義を得られないため給付判決を得る必要性が認められるとする見解も考えられるが、Xはこの点の主張をしていないので、本問において解答する必要はない。

2 次に、Yは、Xの訴えがYの反訴によって不適法になったと主張しているところ、このYの主張は、Xの訴えが確認の利益を失ったとの主張であると解される。すなわち、確認訴訟は、確認対象が理論的に無限定であること、確認判決には既判力しか生じないことから、無用な訴訟を防ぐために確認の利益を厳格に解すべきであり、①確認訴訟という方法を選択したことの適否、②確認対象選択の適否、③即時確定の利益(紛争の成熟性)を考慮して確認の利益の有無を判断すべきものと解するのが一般的な考え方である。

Yの反訴について認容判決がされると、Xの訴えと同じ訴訟物について執行力が生じるため、判決に既判力しか生じないXの訴えは、①の方法選択の適否において否定的に判断されることになるから、Xの訴えが取り下げられない場合は、不適法として却下されるべきことになる(最判平成16年3月25日民集58巻3号753頁)。

以上の点を踏まえて、Yの主張の当否について、判例を意識しながら自説を論理的に表現することが求められる。

[採点基準]

- 1 Xの主張について 計30点
 - ・重複訴訟の禁止の趣旨 10点
 - ・事件の同一性の判断基準と本件への当てはめ 10点
 - ・分離の可否の判断基準と本件への当てはめ 10点
- 2 Yの主張について 計20点
 - ・確認の利益一般論 10点
 - ・本件への当てはめ 10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、入学者選抜における法律専門試験の試験時間は1科目あたりその半分以下の約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、外国籍をもつ原告が、在留期間の更新を申請したところ、国（法務大臣）が在留期間中に政治活動をしたことを理由に、更新を許可しない処分（以下、「本件処分」という。）をしたことに対して、在留外国人にも憲法が保障する政治活動の自由が認められるべきにもかかわらず、それを理由として本件処分をしたことは憲法違反であると主張して本件処分の取消を求めた事例において、国側の訴訟代理人として、いわゆる「マクリーン事件」上告審（最大判昭和53年10月4日）の判旨の考え方に沿って、本件処分が違憲違法ではないことを主張させる問題である。「マクリーン事件」は、法科大学院における憲法の授業では必須の外国人の人権に関する代表的判例であるが、解答に際しては、憲法上の人権の外国人への保障の考え方、外国人の日本での在留の権利に対する法務大臣の裁量権の在り方、本件事案において政治活動を理由として本件処分が行われた理由の是非に関して、「マクリーン事件」の上告審の判旨の考え方を的確に理解しているか否か、その理解度の的確性の程度を問うものである。

[採点基準]

(1) 採点においては、①憲法上の人権の在留外国人への保障の考え方、すなわち「権利性質説」に立って一定の政治活動の自由についても保障が及ぶ（但し認めることが相当でないものもある）ことを的確に説明しているか否か、②外国人の日本での在留の権利の在り方およびこれに対する法務大臣の裁量権の在り方を理由も含めて、国の考え方を的確に説明しているか否か、③本件事案において、原告のした政治活動がなぜ本件処分の理由とされたのかを的確に説明しているか否か、という3点を評価対象とし、①については20%、②については50%、③については30%の評価割合とする。

(2) 上記①～③の説明については、以下の＜解答のポイント＞に従って、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。したがって、①については、D=18点～、C=21点～、B=24点～、A=27点～とし、②については、D=42点～、C=49点～、B=56点～、A=63点～とする。なお、D 評価未満の答案については6割未満で相応の点数を与える。

〔解答のポイント〕

*上記①～③の各解答のポイントについては、最大判昭和53年10月4日(判時903号3頁)の法廷意見を引用することとする(下線を付した箇所が特に重要である)。

① 「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、我が国の政治的意思決定またはその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である。

② (i) 「憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入学することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される」ことから、憲法上、外国人は、わが国に入学する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきである。」

(ii) 「出入国管理令が原則として一定の期間を限って外国人のわが国への上陸及び在留を許しその期間の更新は法務大臣がこれを適当と認めるに足りる相当の理由があると判断した場合に限り許可することとしているのは、法務大臣に一定の期間ごとに当該外国人の在留中の状況、在留の必要性・相当性等を審査して在留の許否を決定させようとする趣旨に出たものであり、そして、在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の採用に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からであると解される。」

(iii) 「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権に行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実が誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法で

あるとすることができるものと解するのが、相当である。」

③ (i) 「外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、… したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」

(ii) 「上告人の在留期間中のいわゆる政治活動は、その行動の態様などからみて直ちに憲法の保障が及ばない政治活動であるとはいえない、しかしながら、上告人の右活動の中には、… わが国の基本的な外交政策を非難し日米間の友好関係に影響を及ぼすおそれがないとはいえないものも含まれており、被上告人が、当時の内外の情勢にかんがみ、上告人の右活動を日本国にとって好ましいものではないと評価し、国の利益を害する行為を行うおそれがある者と認めて、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるものとはいえないと判断したとしても、その事実の評価が明白に合理性を欠き、その判断が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとはいえず、他に被上告人の判断につき裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったことをうかがわせるに足りる事情の存在が確定されていない本件においては、被上告人の本件処分を違法であると判断することはできないものといわなければならない。また、… 本件処分をしたことによって、なんら所論の違憲の問題は生じないというべきである。」

【刑法】

〔出題趣旨〕

メインの論点となるのは共犯関係の解消であるが、その中で共同正犯の成否および共謀の射程についても問う問題である。本問は、最判平成元年6月26日刑集43巻6号567頁類似の事案である。

〔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。

【問題提起】(10点)

甲は乙とともに「Aの身体に対して暴行を加える意思を相通じ」て暴行を加え（甲と乙の間には共同正犯関係がある）、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によれば、Aの死の結果は甲が帰った後の乙の暴行によって生じたものと推認されるが、甲は傷害致死罪の共同正犯としてAの死亡に対しても責任を負うか。

【乙の暴行は甲との「共謀に基づく実行行為」といえるか】(15点)

乙の暴行は共謀の射程の範囲内の行為か問題となる。当初の共謀の射程が離脱後の行為・結果に及んでいなければ、解消を論じるまでもなく、離脱者は離脱後の行為・結果に責任を負わない。離脱後の残余者の行為・結果が当初の共謀の射程内にあるときにはじめて共同正犯関係の解消が問題になる。

共謀の射程は、以下の事情を考慮して判断される。

- ①当初の共謀と実行行為の内容との共通性
- ②当初の共謀による行為と過剰結果を惹起した行為との関連性
- ③犯意の単一性、継続性
- ④動機・目的の共通性

①については、Aに対する暴行であり、保護法益もAの身体ということで共通しているといえる。②については、犯行の場所は変わらず、時間的にも甲とともに行った暴行の直後である。③については、帰った後の暴行も暴行の故意で行われており、犯意の単一性が認められる。④については、甲が帰る前の暴行も、帰った後の暴行もAの態度に対して憤慨して行ったものである。答案としては、共謀の射程を論じる意義、判断基準が理解でき、判断基準へのあてはめも正確に行われていることが要求される。

以上のように考えれば、甲が帰った後の乙による暴行は、甲との共謀の射程内の行為であるといえる。

【共犯関係の解消】（20点）

次に、共犯関係の解消が問題となる。甲が途中で犯行を中止して帰り、共犯関係を解消したと認められれば、それ以後の乙の行為によって生じた結果について甲は責任を負わないが、甲は乙との共犯関係から離脱したといえるか。離脱が認められるためには、甲が帰る前の行為と結果との間の物理的因果性と心理的因果性の両者が遮断されることが必要である。

しかし、甲は乙方を立ち去る際、「俺帰る」と言っただけで、自分としてはAに対しこれ以上制裁を加えるのをやめることを告げていないこと、乙に対しても、以後はAに暴行を加えることをやめるよう求めたり、あるいはAを病院に連れて行ってほしいなどと頼んだりしなかったことから、乙の犯罪意思を解消させるための措置をとっておらず心理的因果性は切断できていないといえる。

また、現場をそのままにして立ち去っており、木刀や竹刀を回収していないことから物理的因果性も遮断されていない。

したがって、離脱者が帰った時点で残余者が被害者に対してなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、離脱者が格別これを防止する措置を講じることなく成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないから、残余者との共犯関係の解消は認められない。

答案としては、物理的因果性と心理的因果性の両者が遮断されることが必要であると理解しており、問題文から事実を抽出して各因果性を判断できていることが要求される。

【結論】（5点）

以上のように考えれば、甲には、乙との間でAに対する傷害致死罪の共同正犯（刑法60条、205条）が成立するという結論に至る。

【行政法】

〔出題趣旨〕

本問は、行政行為の撤回に関する基礎知識およびそれに関する最高裁判例（最判昭和 63 年 6 月 17 日判例時報 1289 号 39 頁）の理解、当該判例をふまえた具体的な事案の処理能力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「指定医師の指定の取消し」が講学上の撤回にあたることを指摘し、②行政行為の撤回について法律の根拠は必要か、③とくに授益的行政行為の撤回については一定の制限が必要とならないか、について論じることが求められる。①、②、③については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。