

2011年度②

公 法

(全 4 ページ)

問 題

ページ

憲 法 …… 1

行 政 法 …… 3

注 意 事 項

1. 本問は、2010年3月末までに改正された条文を前提にしています。
2. 試験開始の合図があるまで、この問題冊子の中を見てはいけません。
3. 解答用紙・下書き用紙は、この冊子の中に折り込んであります。
4. 解答はすべて解答用紙に記入ください。
5. 試験終了後、問題冊子・日本国憲法条文集・下書き用紙は持ち帰りください。

憲法②

次の問題〔1〕・〔2〕のうち1問を選択して解答しなさい。(100点)

〔1〕衆議院議員は小選挙区から選出される議員と比例代表制選挙により選出される議員とからなるが、各都道府県の小選挙区の数は、小選挙区選出議員数(300)から都道府県の数(47)を控除した数である253を人口に比例して各都道府県に配当した数に1を加えた数とされている。たとえば、現在、京都府では、人口に比例して配当された5に1を加えた6が小選挙区の数であり、京都府は人口や行政区画を勘案して6の小選挙区に分けられている。このようにすべての都道府県に1つの小選挙区数をプラスする方式(「1人別枠方式」)をとっているのは、人口の少ない地域の声も国政に反映することを目的にしたものであるとされている。しかし、この1人別枠方式をとっているがゆえに、衆議院につき小選挙区比例代表並立制の選挙制度を導入した1994年1月の公職選挙法改正以来、小選挙区間の有権者数の格差(1票の格差)が2倍を若干超えている。

2009年8月に実施された衆議院議員総選挙の際には、選挙区間の議員1人あたりの有権者数の最大格差は、最少の高知県第3区と最多の千葉県第4区との間で1対2.3であった。そこで、千葉県第4区の有権者であるXは、総選挙後、千葉県第4区の選挙区割りを行っている公職選挙法別表第1(選挙区割規定)は憲法に違反し無効であるから、別表第1に基づき施行された本件選挙の千葉県第4区における選挙も無効であると主張して、当該選挙区の選挙を無効とするよう求める訴訟を公職選挙法204条に基づき提起した。

Xが主張するように2009年8月総選挙時の投票価値の不平等が憲法に違反するものであったか、また、公職選挙法別表第1が憲法に違反しているか否かについて論じなさい。さらに、かりに別表第1が憲法に違反するとした場合、裁判所はどのような判決を下すべきかについても論じなさい。

<関連条文>

公職選挙法

(衆議院議員又は参議院議員の選挙の効力に関する訴訟)

204条 衆議院議員……の選挙において、その選挙の効力に関し異議がある選挙人

又は公職の候補者……は、衆議院(小選挙区選出)議員……の選挙にあつては当該都道府県の選挙管理委員会を……被告とし、当該選挙の日から30日以内に、高等裁判所に訴訟を提起することができる。

(選挙の無効の決定、裁決又は判決)

205条1項 選挙の効力に関し……訴訟の提起があつた場合において、選挙の規定に違反することがあるときは選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り……裁判所は、その選挙の全部又は一部の無効を……判決しなければならない。

〔2〕最高裁判所裁判官の国民審査について、最高裁判所裁判官国民審査法4条は、「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する」とする。しかし、海外に住む有権者は、国政選挙については、郵送や日本大使館などで投票が可能だが、最高裁判所裁判官の国民審査は、所定の期間内に投票用紙の発送や回収ができないなどとして認められていない。日本国籍をもち仕事のために長年A国に住んでいるXは、次回の20XX年衆議院議員総選挙の期日に実施される最高裁判所裁判官国民審査の投票をしようと考えたが、A国の日本大使館からできないと言われたので、立法不作為の違憲性を理由に国家賠償を請求しようとしている。なお、10年前に国会に、海外に住む有権者にも最高裁判所裁判官の国民審査を可能とする法案が内閣から提出され、審議未了のため廃案となったことがあるものとする。Xは憲法に基づきどのような主張をすることが考えられるか述べた上で、その主張が認められるかについて論じなさい。

行政法②

以下の、【事案】を読んで、【条文資料】を参考にして、【設問】に解答しなさい。

(50点)

【事案】

Xは、婚姻をすることなく、Aを懐胎し出産した。当初、Aはその父であるBから認知を受けていなかったため、Xは、児童扶養手当法4条1項5号と児童扶養手当法施行令（以下、「令」と呼ぶことがある）1条の2第3号により、児童扶養手当の支給を受けていた。しかし、後に、Bが、Aを認知したため、令1条の2第3号括弧書きの「父から認知された児童」にあたるとして、処分庁であるYから児童扶養手当を受給する資格を喪失する処分を受けた（以下、「本件処分」と呼ぶ）。

Xは、「Aは認知をされたものの、Bは生計を負担することもなく、扶養の義務を履行していない。認知前と認知後で、自分たち母子の経済状況に特に変化はないのに、本件処分によって児童扶養手当の支給が打ち切られるのはおかしいのではないか」と考え、本件処分に対して取消訴訟を提起して争うこととした。

【設問】

令の法的な性格に留意して、本件処分の違法性について、Xが上記の取消訴訟で主張しうる点として考えられるものを整理しなさい。本件処分には手続的な瑕疵はないものとする。

なお、【条文資料】にあげた法令は、現在では改正されているが、本問の解答にあたっては、【条文資料】に掲載された条文に基づくこと。

【条文資料】

○児童扶養手当法

（この法律の目的）

第一条 この法律は、父又は母と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もつて児童の福祉の増進を図ることを目的とする。

（支給要件）

第四条 都道府県知事、市長（略）及び福祉事務所（略）を管理する町村長（以下

「都道府県知事等」という。）は、次の各号のいずれかに該当する児童の母がその児童を監護するとき、又は、母がないか若しくは母が監護をしない場合において、当該児童の母以外の者がその児童を養育する（その児童と同居して、これを監護し、かつ、その生計を維持することをいう。以下同じ。）ときは、その母又はその養育者に対し、児童扶養手当（以下「手当」という。）を支給する。

- 一 父母が婚姻を解消した児童
- 二 父が死亡した児童
- 三 父が政令で定める程度の障害の状態にある児童
- 四 父の生死が明らかでない児童
- 五 その他前号各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの
（2項以下略）

○児童扶養手当法施行令第1条の2（以下の条文で「法」とは「児童扶養手当法」を指す）

法第4条第1項第5号に規定する政令で定める児童は、次の各号のいずれかに該当する児童とする。

- 一 父（母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。以下次号において同じ。）が引き続き一年以上遺棄している児童
- 二 父が法令により引き続き一年以上拘禁されている児童
- 三 母が婚姻（婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）
- 四 前号に該当するかどうか明らかでない児童

2011年度②

民法 I (民法)

(全 2 ページ)

注意事項

1. 本問は、2010年3月末までに改正された条文を前提にしています。
2. 試験開始の合図があるまで、この問題冊子の中を見てはいけません。
3. 解答用紙・下書き用紙は、この冊子の中に折り込んであります。
4. 解答はすべて解答用紙に記入しなさい。
5. 試験終了後、問題冊子・民法条文集・下書き用紙は持ち帰りなさい。

民法②

I 下記について、それぞれ説明しなさい(80字以内)。(各10点)

- (1) 要素の錯誤
- (2) 親権者と子の利益相反行為

II 次の問題〔1〕・〔2〕のうち1問を選択して答えなさい。(100点)

〔1〕 Xは腹痛を訴え、2010年4月26日に、Y法人の経営する病院で診察を受けたところ、急性虫垂炎(盲腸炎)と診断され、Y病院で虫垂の摘出手術を受けることになった。

手術は、4月28日にY病院に勤務するA外科医師の執刀で行われることになった。手術は、腰部に麻酔剤を注射する腰椎麻酔で行われることになったが、麻酔剤のせいで血圧が急に下がることがあるので、それに備えて、麻酔による手術は、麻酔担当医による血圧のコントロールの下で行われるのが一般的であった。

ところが、手術当日、Y病院では、交通事故による患者に対する緊急手術を行わなければならないとなり、麻酔医の不足が生じたため、A医師は、自分の手術が虫垂摘出の比較的簡単な手術であったことから、麻酔医の立ち会いなくして手術を実施することにした。Y病院では、このように、簡単な手術の場合は、麻酔医の立ち会いなく外科医と看護師等の補助スタッフで手術を行うこともまれではなかった。

手術開始後30分ほどして、Xの血圧が急に低下してしまった。しかし、その対応に慣れていなかったAの措置が遅れ、低血圧状態が一定時間継続し、そのために、Xの脳に低酸素状態が発生してしまった。その後血圧は回復し、手術は終了したが、低酸素状態による脳組織の損傷が生じ、Xの左半身に重いマヒが残ってしまった。

この場合において、XはY病院に対して、どのような法的根拠に基づいて損害賠償請求をすることが考えられるか。複数の根拠が考えられる場合、どちらがXにとって有利かについても検討しなさい。

〔2〕 A女(29歳)はB男(30歳)と婚姻した。BはAとの婚姻前に父親から相続した甲マンション(時価1500万円)を所有しており(Bの単独名義)、二人はそこに居住していた。婚姻から1年後には、A・B夫婦の間にC女が誕生した。ところが、婚姻する前とうってかわって、Bは競馬や競輪などのギャンブルにこり出し、そのうえ、Bは婚姻後1年半をたったところで、それまで勤めていた会社の経営破たんからリストラされ、定期収入がなくなる中で、婚姻する以前にBがD金融会社から借り入れていた800万円の借金の返済の見込みもたらず、生活費もろくにAに渡さなくなり、A・Bの婚姻生活は婚姻から2年とたたないうちに、行き詰ってしまった。

Aは婚姻生活を立て直すために、婚姻前に輸入雑貨屋に勤めていた経験を活かして自ら雑貨屋を開業し、それによって何とか生活のめどをつけたいと考え、その開店資金500万円は、Bが所有する甲マンションを担保にAが銀行から融資してもらえないかと思案していた。

ちょうどそのころ、Bの債権者Dは、あとひと月後に弁済期日がせまった800万円の債務の弁済をBがしない場合には、Bが所有する甲マンションを差し押さえると通知してきた。その通知がきた1週間後に、BはAと協議離婚の届出をなすとともに、BからAへの財産分与を登記原因として甲マンションの登記名義をAに移転し、Bには他にみるべき資産がなくなってしまった。それからひと月たった今では、甲マンションにはAとCが居住し、Bは近くの実家に帰っているが、Bは週に2回は、自分が親権・監護権を有しないCへの面会交流と称して甲マンションを訪問し、たまには泊まっていくこともあるという。結局、BはDに800万円の債務の弁済ができなかったため、DはBないしAに対して何らかの法的措置をとりたいと考えている。

この場合、Bの債権者DがA、Bに対してなし得る法的主張と、それに対してA、Bがなし得る反論を論じなさい。

2011年度②

民 事 法 Ⅱ

(全 2 ページ)

問 題

ページ

商 法 …… 1

民事訴訟法 …… 2

注 意 事 項

1. 本問は、2010年3月末までに改正された条文を前提にしています。
2. 試験開始の合図があるまで、この問題冊子の中を見てはいけません。
3. 解答用紙・下書き用紙は、この冊子の中に折り込んであります。
4. 解答はすべて解答用紙に記入下さい。
5. 試験終了後、問題冊子・下書き用紙は持ち帰り下さい。

商 法②

I 手形法上の利得償還請求権について、説明しなさい (150字以内)。(10点)

II 次の問題〔1〕と〔2〕につき、各々解答しなさい。(40点)

〔1〕 甲株式会社 (以下、甲社) は、公開・大会社である。甲社の取締役Aは、甲社が60%出資する子会社である乙株式会社 (取締役会設置会社。以下、乙社) の代表取締役を兼ねている。甲社は、甲社の所有する土地 (時価1億円) を5000万円で乙社に売却した。当該取引において甲社を代表したのはB代表取締役であり、また、乙社を代表したのはAであった。なお、甲・乙両社では、当該取引を実行するに際し、各々の取締役会へは報告すらなされていなかった。その後、当該土地は、乙社から善意の第三者であるCへ売却された。その場合、甲社は、Cに対し、当該土地売買の無効を主張することができるか。(20点)

〔2〕 X株式会社 (以下、X社) は、公開・大会社である。X社は取締役会決議により、特に有利な払込金額で、取引先のY株式会社に対し、募集株式の第三者割当方式での発行を行った。当該募集株式の発行については、特に差止められることなく、その効力が生じた。その後 (効力発生後) に、X社の既存株主が、当該募集株式発行の無効を訴えをもって主張した場合、その主張は認められるか。なお、当該訴えは法定の提訴期間内に提訴されたものとする。(20点)

(参照条文なし)

民事訴訟法②

次の問題〔1〕・〔2〕のうち1問を選択して解答しなさい。(50点)

〔1〕 XはYに対して有する売掛代金債権500万円を保全するため、債権者代位権に基づいて、債務者Yの第三債務者Zに対する貸金債権500万円について、取立訴訟を提起した。この場合、

(1) Xの売掛代金債権が不存在である

(2) Yの貸金債権が不存在である

という理由で、Xが敗訴判決を受けたとする。それぞれの判決は、Yに対してどのような効力を有するか説明しなさい。

〔2〕 甲は、乙の行った工事によって損害を受けたとして350万円の支払いを求め、訴えを提起した。この訴訟が第1審に係属中、当事者間で、被告乙が250万円の損害賠償を支払うという訴訟上の和解が成立した。その後、被告乙が原告甲を相手取って、この賠償義務の不存在確認訴訟を提起することはできるか。また、被告乙は上記和解は錯誤により無効であると主張できるか。

(参照条文なし)

2011年度②

刑 事 法

(全 3 ページ)

問 題

ページ

刑 法 …… 1

刑事訴訟法 …… 2

注 意 事 項

1. 本問は、2010年4月末までに改正された条文を前提にしています。
2. 試験開始の合図があるまで、この問題冊子の中を見てはいけません。
3. 解答用紙・下書き用紙は、この冊子の中に折り込んであります。
4. 解答はすべて解答用紙に記入下さい。
5. 試験終了後、問題冊子・刑法条文集・下書き用紙は持ち帰り下さい。

刑 法②

次の問題の〔1〕・〔2〕のうち1問を選択して解答しなさい。(100点)

〔1〕 甲は、午前11時ころ、何度か行ったことのある市中の飲食店サロンで飲食した後、午後2時ころ調理場に入り、女性店員Aから「いい気嫌だね」と言われ、Aの肩に手をかけ、自分の顔をAの顔に近寄せたが、Aからすげなく拒絶されたため、憤慨し、傍らにあった肉切り包丁で、何度かAに突きかかっているうちに、Aの鼠蹊部を突き刺し、Aは左股動脈切断による出血により即死した。後の鑑定で、犯行当時、甲は、精神病的遺伝的素質が潜在すると共に、著しい回帰性精神病的顕在症状を有するため、犯行時多量に飲酒したことによって病的酩酊に陥っていたものとされた。なお、甲は、本件において肉切り包丁を手にするまでは暴行の故意すらなかった。

次の①と②の場合に分けて、甲の罪責について論じなさい(特別法違反の点は除く)。

- ① 甲は、以前にも病的酩酊状態で暴行事件を起こしたことがあったところ、本件肉切り包丁を手にしたときは、すでに心神喪失の状態であった場合。
- ② 甲は、肉切り包丁を手にしたとき、傷害の故意を持ったがまだ心神耗弱の状態であったところ、鼠蹊部を突き刺す直前の時点では、すでに心神喪失の状態であった場合。

〔2〕 甲は、スナック経営者Aから、高級ウイスキー2ダースの保管を依頼され、それがBからAが盗んだものの一部であることを知りつつ、それを引き受けて自宅に保管していたが、数日後、どうせ盗品なら飲んでしまってもAが文句を言える立場ではないと考え、自分で飲んだり、友人に贈ったりして、全部処分してしまった。後日、Bが保管の事実を聞きつけ甲に返還を請求したが、そのとき甲の手元に残っているウイスキーはなかった。

甲の罪責について論じなさい(特別法違反の点は除く)。

刑事訴訟法②

【問い】 以下の事案を読み、本件搜索差押えが適法か否かを論じなさい。(50点)

【事案】

1 平成22年5月5日午後10時30分頃、京都市中京区朱雀交番に勤務中のA巡査部長とB巡査は、「甲大学付近の乙公園で暴走族同士の乱闘騒ぎがあり、多数のけが人が出た模様」「数名がバイクを置いて徒歩で丙駅方面へ逃走中」との無線連絡を受けた。朱雀交番は、乙公園と地下鉄丙駅との中間に位置していることから、A及びBが乙公園方面の道路を注視していたところ、午後11時頃、虎の模様が入った派手な上着を着た一見暴走族風の若い男の2人組XとYが、上着で顔を覆いながら、バッグを抱えて小走りにやってくるのが見えた。X、YはA、Bに気づくと脇道に入り走り出したので、Aがそのまま追尾、Bが無線で応援を呼びつつ裏道を抜けて先回りし、X、Yを挟み撃ちにしてその行く手を遮った。ただし、その際、X、Yの身体には一切触れることはなかった。

2 そしてA、Bは、それぞれX、Yの身体、服装を観察しながら、顔をのぞき込むようにして、住所、氏名を尋ね、「なぜ逃げるんだ」、「今まで何をしていた」、「乙公園での乱闘について聞きたい」、「顔を見せなさい」、「所持品を見せなさい」などと質問を始めた。しかし、X、Yは終始無言で質問に対して何の反応も示さなかった。

3 そこへ応援のバトカーが現場に到着して、警察官数名がX、Yを取り囲む状況になった。すると、いきなりXが興奮して、何かを大声で言い始めた。その際A、Bらは、Xの顔をはっきりと見ることができ、その顔に大きな生傷があり、血が流れでている状況を確認した。またXに呼応するように興奮し始めたYの着衣は乱れ、白いTシャツの胸の部分には血が滲んでいる様子が確認できた。そこで、A、Bは、X、Y両名が乱闘事件の犯人であると判断し、午後11時10分、両名に対して「乱闘事件の現行犯で逮捕する」と告げて応援の警察官と共に制圧行為にかかり、逮捕のうえ、300メートル離れた朱雀交番に連行した。

4 A、Bは、X、Yがそれぞれ抱えているバッグの中身を確認しようとしたが、X、Yがそれぞれのバッグを抱えて離さなかったため、交番の中では搜索を行うことができなかった。そのうちに交番の前には人だかりができてきたので、午後11時20分頃、A及び応援の警察官がX、Yをバトカーに乗せて、朱雀交番から2キロ離れた中京警

察署に連行し、午後 11 時 30 分に同署取調室で X、Y のバッグを取り上げ、中身を捜索した。そして、バッグの中に入っていたバタフライナイフ、チェーン、鉄球、血の付いたタオル合計 4 点を差し押さえた。

以上

【参考条文】

[刑事訴訟法]

第二百十二条 現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者を現行犯人とする。

2 左の各号の一にあたる者が、罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす。

- 一 犯人として追呼されているとき。
- 二 贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる兇器その他の物を所持しているとき。
- 三 身体又は被服に犯罪の顕著な証拠があるとき。
- 四 誰何されて逃走しようとするとき。

第二百二十条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第九十九条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要があるときは、左の処分をすることができる。第二百十条の規定により被疑者を逮捕する場合において必要があるときも、同様である。

- 一 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の捜索をすること。
 - 二 逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること。
- 2 前項後段の場合において逮捕状が得られなかつたときは、差押物は、直ちにこれを還付しなければならない。
- 3 第一項の処分をするには、令状は、これを必要としない。
- 4 <略>