

福岡大学法科大学院
令和5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]

本問は、最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁（野上宏「判例解説」法曹時報50巻6号（1998年）143頁以下、今尾真「判例解説」別冊ジュリスト195号『民法判例百選I総則・物権〔第6版〕』（有斐閣）176～177頁、高橋眞「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）68頁以下を参照）をベースに作成した問題である。

そこでは、抵当権者は物上代位の目的債権が譲渡され対抗要件が具備された後においても目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるかが問題となったが、本問は、この点について立場互換をしながら立論することができるかどうかを見るために出題した問題である（古積健三郎『担保物権法』（弘文堂）98～105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）505～510頁参照）。

<解答のポイント>

〔設問1〕について（15点）

Xによる本件請求に対して想定されるYの反論としては、次のものが考えられる（前掲最判平成10年1月30日の原審判決である東京高判平成8年11月6日参照）。

すなわち、確かに抵当権者は民法372条、304条1項により、目的不動産の賃料債権についても物上代位権を行使することができるが、しかし同条但書により、目的債権を差し押さえる前に同債権を譲り受けて対抗要件を備えた者がいる場合には、物上代位権の行使をすることはできず、このことは、将来発生する賃料債権についても同様に解すべきであろう。

その理由は、以下のとおりである。民法が304条1項の但書において、抵当権者が物上代位権を行使するためには金銭その他の払渡又は引渡の前に差押えをしなければならないものと規定している趣旨は、この差押えによって物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これによって物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面、第三者が不測の損害を被ることを防止しようとするところにあると考えられるが、この第三者保護の趣旨に照らせば、「払渡又は引渡」の意味は、債務者の責任財産からの逸出と解すべきであり、そうすると、債権譲渡はまさしく同条にいう「払渡又は引渡」に該当するものといえることができるからである。

また、第三者の不測の損害防止の趣旨は、公示方法が不完全な先取特権においてはもちろん、登記により公示がされている抵当権においても基本的に異なることがないと解すべきであるから、抵当権者は、民法304条但書による差押前に債権譲渡を受けて対抗要件を備えた者に対して、物上代位権の優先権を主張することはできないわけである。

確かに、本件のような将来の賃料債権の譲渡の場面では、それによって抵当権者の物上代位権の行使が制約されることになり不当であるとの指摘も考えられるが、抵当権は本来、目的物の用益権能を設定者に留保している非占有担保権であることから、以上の結果は甘受されてしかるべきことといえよう。

以上より、本件の場合には、抵当権の物上代位権行使に基づく差押命令は、令和1（平成31）年6月10日に下されているが、その前である平成31（令和1）年4月20日に本件目的債権の譲渡がおこなわれ対抗要件も具備されているのであるから、物上代位権の行使は認められないというべきである。

〔設問2〕について（35点）

Yの以上のような主張に対して、さらにXがおこなうであろう反論としては、次の判示部分に基づくものが考えられる（前掲最判平成10年1月30日参照）。

「1 民法372条において準用する304条1項ただし書が抵当権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要するとした趣旨目的は、主として、抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶことから、右債権の債務者（以下「第三債務者」という。）は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者（以下「抵当権設定者」という。）に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位に置かれる可能性があるため、差押えを物上代位権行使の要件とし、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前には抵当権設定者に弁済をすれば足り、右弁済による目的債権消滅の効果を抵当権者にも対抗することができることにして、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するという点にあると解される。

2 右のような民法304条1項の趣旨目的に照らすと、同項の『払渡又ハ引渡』には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるものと解するのが相当である。

ただし、（一）民法304条1項の『払渡又ハ引渡』という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、（二）物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、（三）抵当権の効力が物上代位の目的

債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ、(四) 對抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきだからである。

そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらず、当てはまるものというべきである。」(下線出題者)

こうして、Xは、前記のような判示内容にしたがい、さらに、そうすると、債権譲受人であるYに対しては、抵当権の効力が物上代位の目的債権である本件賃料債権についても及んでいることは本件抵当権設定登記により公示されているものと解されることから、目的債権を差し押さえて抵当権の物上代位権を行使することができる」と主張して、反論していくことが考えられる。

[採点基準]

〔設問1〕について(15点)

上記の下線部分の内容を的確に指摘、論述することができていれば、5～10点の幅で配点。また、本問の事実関係に即して上記のようなあてはめが適切にできていれば、1～3点の幅で加点し、さらに論理的かつ説得的、明快な文章構成・文章表現ができていれば、2点を加点。

〔設問2〕について(35点)

上記の最高裁判決の判示部分の内容を的確に指摘、論述することができていれば、基礎点として15～25点の幅で配点。また、本問の事実関係に即して適切にあてはめができていれば、3～5点の幅で加点し、さらに論理的かつ説得的、明快な文章構成・文章表現ができていれば、3～5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「藁のうえからの養子」に関する事案であり、虚偽の嫡出子出生届に対して、相続権を同順位で有する兄弟からの親子関係不存在確認請求が許されるか否かについて親族法分野の基礎的知識と関連判例の変遷と到達点、また事案に即した丁寧な解釈論を展開できるかを問う問題である。とりわけ本事案においては判例の表層的理解に留まらず、事案を丁寧に読み込んだ上で、法的根拠に基づいた妥当な解決を模索する姿勢が求められる。事案では主として、要式行為として届出主義を採用する我が国において、虚偽の嫡出子出生届の法的有効性を前提としながら、実親子関係不存在確認請求（人訴2条2号）より法的親子関係を覆滅させることの妥当性につき、事案の状況を丁寧に読み込んだ上で論述することが求められる。着目すべき点としては、出発点である虚偽の出生届にYは関与できないこと、長期間にわたる親子としての生活実態の継続があること、CD夫婦が既に死亡していること、Xの法的地位と請求の意図、戸籍記載の正確性の担保の要請などがあげられる。同様の事案につき養親子関係への転換理論に言及した最判 S50-4-8 民集 29-4-401、権利濫用法理を示した最判 H18-7-7 民集 60-6-2307 等も参考となろう。

・YとCD間の虚偽の嫡出子出生届の有効性について

我が国においては、戦前戦後、生まれて間もない子をもらい受けて嫡出子として出生届を出し（旧戸籍法には届出に際し医師による出生証明書の添付が不要であったため、確認の術がなかった）、実子として養育する慣行があり、これらの事象を「藁のうえからの養子」と称している。しかしながら本来このような嫡出子出生届は虚偽の届け出であるため本来無効であるとともに、公正証書原本不実記載・同行使（刑法157・158）を構成する犯罪でもある。したがって虚偽の届出事実を前提に作られた戸籍上の親子関係は実親子関係不存在確認請求（人訴2条2号）により、利害関係者の求めにより、行使期間も無制限で容易に覆されることになる。この本事案のように「親CD」の死後、相続に利害関係のある「親」の親族Xが「子Y」に対して親子関係不存在確認を求める事案においては、長期間にわたって親子関係の実態が維持されてきた事実につき、血縁関係が真実でないことをもって突如覆されることを意味し、当事者間の経済的利益である扶養や相続に影響を及ぼすとともに、当時さの精神的苦痛は計り知れないことになるため、その妥当性が問題となろう。

・養子縁組への転換理論と権利濫用法理

この問題につき、虚偽の出生届が無効であることを前提に、一方でこれを養子縁組契約であると考慮したうえで、親子関係を認めようとする「無効行為の転換理論」により、親子関係を創出すべきとの提唱がなされたが（我妻栄『親族法』282頁(1961)など）、判例は養子縁組が要式行為かつ強行法規であることを理由に一貫して転換理論を排斥している。

(最判 S25-12-18 民集 4-13-701、最判 S49-12-23 民集 28-10-2098 など)

・親子関係不存在確認と権利濫用 (最判 H18-7-7 民集 60-6-2307)

本問と同様の事案である最判 H18 年判決は、虚偽による虚偽の嫡出子出生届に対する親子関係不存在確認請求をおこなうことについて、「実親子関係不存在確認訴訟は、実親子関係という基本的親族関係の存否について関係者間に紛争がある場合に対世的効力を有する判決をもって画一的確定を図り、これにより実親子関係を公証する戸籍の記載の正確性を確保する機能を有するものであるから、真実の実親子関係と戸籍の記載が異なる場合には、実親子関係が存在しないことの確認を求めることができるのが原則である。」と確認しつつ、以下のような場合には同請求が権利濫用となるとの判断を示している。すなわち、「真実の親子関係と異なる出生の届出に基づき戸籍上甲の嫡出子として記載されている乙が、甲との間で長期間にわたり実の親子と同様に生活し、関係者もこれを前提として社会生活上の関係を形成してきた場合において、実親子関係が存在しないことを判決で確定するときは、乙に軽視し得ない精神的苦痛、経済的不利益を強いることになるばかりか、関係者間に形成された社会的秩序が一挙に破壊されることにもなりかねない。また、虚偽の出生の届出がされることについて乙には何ら帰責事由がないのに対し、そのような届出を自ら行い、又はこれを容認した甲が、当該届出から極めて長期間が経過した後になり、戸籍の記載が真実と異なる旨主張することは、当事者間の公平に著しく反する行為といえる。そこで、甲がその戸籍上の子である乙との間の実親子関係の存在しないことの確認を求めている場合においては、甲乙間に実の親子と同様の生活の実体があった期間の長さ、判決をもって実親子関係の不存在を確定することにより乙及びその関係者の受ける精神的苦痛、経済的不利益、甲が実親子関係の不存在確認請求をするに至った経緯及び請求をする動機、目的、実親子関係が存在しないことが確定されなかった場合に甲以外に著しい不利益を受ける者の有無等の諸般の事情を考慮し、実親子関係の不存在を確定することが著しく不当な結果をもたらすものといえるときには、当該確認請求は権利の濫用に当たり許されないものというべきである。」

以上の論点を前提として、論述を展開することが求められよう。

答案の中には虚偽により出生届が無効であることを指摘し、同届を前提に親子関係不存在確認請求の妥当性を指摘するにとどまるものが一定数存在した。判例理論を墨守することを求めるものではないが、H18 年判決が指摘する長期間にわたって形成維持されてきた親子としての生活実態の尊重、Y に何ら責められる点がないことなどについても一定に言及がほしかった。可能であれば嫡出否認や母子関係に関しての最高裁判決が示すように、我が国の家族法は実親子関係を常に血縁上の親子関係と一致するものとはとらえていないことも確認されたい。

※虚偽の嫡出出生届の有効性、実親子関係確認請求につき説明できていれば 15 点、一連

の最高裁判決等を参考に、無効行為の転換理論ないしは権利濫用法理等による制限についての言及があれば15点、(信義則を理由に不存在確認を排斥すべきとの答案についても評価した)、事案に即した記述の論理性、視点の明快さ等を考慮し20点を限度に加点した。

【民事訴訟法】

[出題趣旨]

明示的一部請求をする訴訟の係属中に、別訴において、その残部を自働債権とする相殺の抗弁を主張することが民事訴訟法 142 条の定める重複訴訟の禁止に触れないかを問う問題である。

同条は、「裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴えを提起することができない。」と定めるが、相殺の抗弁は訴えの提起ではないものの、その判断に既判力が生じること（同法 114 条 2 項）から、重複訴訟の禁止に触れて不適法ではないかが問題となる。訴訟係属と相殺の抗弁の時間的順序から、抗弁先行型と抗弁後行型に分けて論じられているが、本問は、抗弁後行型において、先行する訴訟が一部請求であり、相殺の抗弁の自働債権が上記一部請求の対象である権利の残部である場合について、その適法性を問うものである。抗弁後行型について一般的に適法説を採ることも考えられるところであるが、不適法説に立つとしても、一部請求の対象である権利の残部を自働債権とする場合は、一部請求における訴訟物と既判力の範囲は何であるかによって、既判力の抵触は生じないのではないかという問題が生じ、相殺の簡易迅速な決済、担保的機能、防御的性格等を考慮することも考えられる。

本問においては、このように、重複訴訟の禁止の趣旨、相殺の抗弁における同法 142 条の類推適用の可否、一部請求の対象である権利の残部を自働債権とする場合の考慮要素等について、自説を論理的に論じる能力が問われている。

関連判例として、最判平成 10 年 6 月 30 日民集 52 卷 4 号 1225 頁がある。

[採点基準]

- 1 重複訴訟の禁止（同法 142 条）の趣旨 10 点
矛盾した既判力ある判断がされるのを防止すること等について論じることになる。
- 2 相殺の抗弁について重複訴訟の禁止が問題とされる理由 20 点
相殺の抗弁における既判力（同法 114 条 2 項）について論じることになる。
- 3 適法性についての自説とその論証 20 点
 - (1) 一般的に適法説を採る場合に、その根拠
相殺の簡易迅速な決済、担保的機能、防御的性格、再審による既判力抵触の解決等を論じることが考えられる。
 - (2) 一般的に不適法説を採るが、明示的一部請求における残部を自働債権とする相殺については、別途考察する場合における考慮事由と結論
一部請求の可否（処分権主義、試験訴訟の必要性）、一部請求における訴訟物と既判力の生じる範囲（明示的一部請求と黙示的一部請求）、相殺の簡易迅速な決済、担保的機能、防御的性格、特段の事情（債権の分割行使が権利の濫用である等）等を論じることが考えられる。

【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、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、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一と定めた民法900条4号但し書の規定（以下、「本件規定」という。）が法の下での平等を定めた憲法14条1項に違反するか否かが争われた事案について、最高裁は、本件規定を違憲とする決定を下した（最大決平成25年9月4日）が、当該決定の前提となった合憲性審査の判断枠組（判断基準）の在り方および本件規定の立法目的と手段との間の合理性の判断についての考え方を問うものである。

(3) この非嫡出子相続分規定事件は、1年次の憲法（基本的人権論）の授業においては、憲法14条に関する判例として必ず取り上げられ代表的判例であり、当該決定のみならず、それ以前の合憲判断（特に最大決平成7年7月5日）をも含めて、判断枠組および立法目的と手段の合理性に関する判旨を的確に理解しておく必要があることから、本試験においては、その理解度の程度を確認しようとするものである。

[採点基準]

(1) 採点においては、①本件規定の合憲性の審査に係る判断枠組（判断基準）を憲法14条の違憲審査基準の設定方法（例えば、芦部133頁以下）に従って設定しているか否か、②本件規定の立法目的とそれを達成する手段の合理性について各々検討しているか否か、という2点を評価対象とし、①については30%、②については70%の評価割合とする。

(2) 上記①及び②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及び②の各解答のポイントについては、最大判平成7年7月5日（以下、「平成7年大法廷判決」という。）における法廷意見と反対意見、最大判平成25年9月4日（以下、「平成25年大法廷判決」という。）の法廷意見を引用する（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) 判断枠組（合憲性審査基準）の設定

<平成7年大法廷判決・多数意見>

・相続制度の形態には歴史的、社会的に見て種々のものがあり、また、相続制度を定めるにあたっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない、各国の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮したうえで、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量にゆだねられているものというほかない。

・法定相続分の定めは、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮すれば、本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とは言えず、これを憲法14条1項に反するものということとはできないというべきである。

<平成7年大法廷判決・反対意見>

・憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。」と規定し、さらに憲法24条2項の「相続…及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」との規定の趣旨は、相続等家族に関する立法の合憲性を判断する上で十分尊重されるべきものである。

・本件は、精神的自由に直接かかわる事項ではないが、本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、基本的には、非嫡出子が婚姻関係に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっているといえる。したがって、その判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性について、より強い合理性の存否が検討されるべきである。

<平成 25 年大法廷判決・法廷意見>

(平成 7 年大法廷判決・法廷意見とほぼ同様の考え方)

・相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮したうえで、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというべきである。本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かについては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められないような場合には、当該区別は、憲法 14 条 1 項に違反するものと解するのが相当である。

(2) 立法目的と手段の合理性

<平成 7 年大法廷判決・多数意見>

・本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の 2 分の 1 の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。

・現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、上記の本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 としたことが、立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということはできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とは言えず、憲法 14 条 1 項に反するものとはいえない。

<平成 7 年大法廷判決・反対意見>

・婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はないが、その立法目的からみて嫡出子と非嫡出子とが法定相続分において区別されるのを合理的であるとすることは、非嫡出子が婚姻家族に属していないという属性を重視し、そこに区別の根拠を求めるものであって、憲法 24 条 2 項が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れない。すなわち、出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意志や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということはできない。

・本件規定の立法理由は非嫡出子の保護をも図ったものであって合理的根拠があるとする多数意見は、本件規定が社会に及ぼしている現実の影響に合致しない。本件規定は、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因

となっていると認められる。本件規定の立法目的が非嫡出子を保護するものであるというのは、立法当時の社会の状況にならばあるいは格別、少なくとも今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠くといわざるを得ない。

・合憲性を判断するに当たっては、制定同時の立法目的と共に、その後に生じている立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等をも加えて検討されなければならない。本件規定の立法当初においては、諸外国においても、相続上非嫡出子を嫡出子と差別して取り扱う法制をとっている国が一般的であった。しかしながら、その後相続を含む放生制度上、非嫡出子を嫡出子と区別することは不合理であるとして、主として1960年代以降両者を同一に取り扱うように法を改正することが諸外国の立法の大勢となっている。我が国においても、本件規定は法の下に平等の理念に照らし問題があるとして、昭和54年に法務省民事局参事官室は、法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づいて、非嫡出子の相続分は嫡出子の相続分と同等とする旨の改正条項を含む改正要綱試案を公表し、現時点においても同趣旨の改正要綱試案が公表され、立法改正作業が継続されている。これを国際条約についてみても、昭和54年に批准した「市民的及び政治的権利に関する国際規約」26条は、「法律は、あらゆる差別を禁止し、… 出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。」と規定し、平成6年に批准した「児童の権利に関する条約」2条1項は、「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、児童又はその父母若しくは法定保護者の… 出生又は他の地位に関わらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する。」と規定している。以上の諸事実及び本件規定が及ぼしているとみられる社会的影響とを勘案するならば、少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っているというべきであって、本件規定を合理的とすることには強い疑念を表明せざるを得ない。

<平成25年大法院判決・法廷意見>

・法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情、婚姻ないし親子関係に対する規律や国民の意識等を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代とともに変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下に平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。

・そのような事柄の変遷としては、(ア)我が国においては、婚姻や家族の形態が著しく多様化し、婚姻や家族の在り方に対する国民の意識が多様化が大きく進んでいること、(イ)現在、嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にあること、(ウ)「市民的及び政治的権利に関する国際規約」、「児童の権利に関する条約」を批准したが、これらの条約には、児童が出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられていること、当該条約に基づいて自由権規約委員会が本件規定を含む国籍、古関及び相続における差別的規定を問題にして懸念の表明や法改正の韓国党

を繰り返してきていること、(エ) 住民票や戸籍における嫡出でない子の続柄欄の記載の変更、嫡出でない子の日本国籍の取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めていた国籍法3条1項の規定を違憲とする判断(最大判平成20年6月4日)、(オ)「相続に関する民法改正要綱試案」などにおいて嫡出子と嫡出でない子との法定相続分を平等とする案が準備されてきたことなどが挙げられる。

・以上のような種々の事柄の変遷等、すなわち昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、これまでの当最高裁の判例における度重なる問題の指摘等を総合的に言考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである。法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、そのような認識の変化に伴い、父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている。

・以上を総合すれば、本件においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的根拠は失われていたというべきであり、憲法14条1項に違反していたものというべきである。

【刑法】

[出題趣旨]

業務上過失致死傷罪（211条）の成否、過失不作為犯、管理・監督過失、信賴の原則について問う問題である。本問は、札幌高判昭和56年1月22日刑月13巻1・2号12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。

①甲に何罪が成立するか、問題提起しそれに合った結論を導いているか。（4点）

②主体について（10点）

・本件は過失不作為犯であることから、甲に保証人的地位があること、作為義務があることが論じられているか。

・「業務者」であることが論じられているか。

業務上過失致死傷罪（211条）における「業務者」とは、人の生命・身体に危害を加えるおそれのある行為を反復継続して行う者である。

③過失犯の成立要件に関して（26点）

・過失犯の実行行為は注意義務違反であり、その注意義務違反とは何か説明できているか

・甲の負っていた注意義務の具体的内容を示しているか

—火災発生時における従業員らの避難誘導手順や役割分担を示す行動準則を定めるところ。それを看護師、夜間警備員その他従業員らに周知徹底させ、避難誘導訓練を実施させること。

・予見可能性について論じられているか。

—予見可能性の対象は特定の構成要件的结果及び結果の発生に至る因果関係の基本部分であることが理解できているか。

・結果回避可能性

—甲が上記のような行動準則を定めることや避難誘導訓練を実施させることが困難でなかったか（事前的結果回避可能性）、行動準則が定められ、それが周知徹底され、避難訓練も行われていれば、看護師や夜間警備員による避難誘導が期待でき、新生児らや入院患者が死亡しなかったといえるか（事後的結果回避可能性）。

・因果関係

—業務上過失致死罪が成立するためには、「業務上必要な注意を怠り、よって」人を死亡させたことが必要であることから、因果関係について—業務上過失致死罪が成立するためには、「業務上必要な注意を怠り、よって」人を死亡させたことが必要であることから、甲らの防火管理体制の不備という不作為と、新生児やFの死亡という結果との間に因果関係が認められることが必要である。

④信頼の原則（10点）

—当直看護師や夜間警備員が当然果たすべき避難誘導義務を怠ったが、甲としては、このように看護師らが当然果たすべき義務を果たさない場合まで考慮して行動準則を定めたり火災発生の対策に努めなければならないか。それとも、防火対策が不十分である以上、甲の過失責任は否定できないか。

信頼の原則を適用する場合、過失犯の成立要件のうち何を否定して過失犯の成立を否定するか。

【行政法】

〔出題趣旨〕

本問は、行政処分が無効に関する最高裁判例（最判昭 48.4.26）の理解、当該判例を踏まえた具体的な事案の処理能力の有無を試す問題である。

〔採点基準〕

まず、本問解答の前提となるのは、本問と同様の事例につき上記最高裁判例は、重大明白基準ではなく、比較衡量を基礎とする基準により行政処分の無効の判断をしていることへの理解である。この理解に立ったうえで、①無効の判断基準＝比較衡量の基準（瑕疵の重大性、徴税行政の安定と円滑な運営の要請を考慮してもなお被処分者を救済する必要がある例外的事情等）、②本問の事例への上記基準の当てはめ、について論じることが求められる。①、②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、①25点、②25点とし、合計50点満点で評価する。