

福岡大学法科大学院
令和6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、金銭の貸付け（金銭消費貸借）の際のいわゆる出世払特約が条件か、それとも不確定期限かをめぐって問題となるケースにおいて、この出世払特約付き金銭消費貸借についての意思解釈を立場互換しながらおこなってもらうことを意図して出題した問題である（佐久間毅著『民法の基礎1 総則〔第5版〕』（有斐閣）327頁、内田貴著『民法I〔第4版〕総則・物権総論』（東京大学出版会）301～302頁参照。なお、大判大正4年3月24日民集21輯439頁〔『判例プラクティス民法I〔第2版〕』146番判例〕も参照）。

〔採点基準〕

＜解答のポイント＞

〔設問1〕について（15点）

Bは、次のように主張して、Aからの返還請求を拒んでいるものと考えられる。すなわち、本件出世払特約は将来出世したならば返済する必要があるが、出世するまでは返済する必要がないという、貸付金の返済債務の発生そのもの、あるいはその返済時期の到来を、出世という不確定な事実にかからしめた附款すなわち停止条件であると解することができ（民法127条）、そうであるとすると、Bは出世しておらず、返済債務はまだ発生していないか、またはその返済時期は到来していない、と。

また、さらにありうる立論としては、出世払特約付きの貸付けは、当事者の意思（契約）解釈によると、実質的には一種の贈与がなされたものであったと解せなくもない、と（ただしこの立論は悪すじ！？）。

〔設問2〕について（35点）

Bの以上のような主張に対して、Aは、次のように反論して対抗してくることが考えられる。すなわち、もしかりに本件出世払特約を、Bの主張するように、停止条件であると解すると、将来出世したならば貸付金は返済するが、出世しなければ返済する必要がなくなり、そうなると、結果的には返済期限のない金銭消費貸借をしたということになってしまう。しかし、それでは、実質的には贈与がなされたのに等しいこととなり、金銭消費貸

借契約の当事者の通常の（合理的な）意思とは著しくかけ離れたものと言わざるをえない。したがって、出世といえる時期まで貸付金の返済を猶予するという趣旨から、出世しないことが確定的となった場合にも返済の猶予はなくなり（したがってまた、出世しなかった場合に貸付金債務を免れさせる意思などはなかったと解されることから）、いずれにせよ、返済期が必ず到来することとなるという趣旨の不確定期限（民法135条）であったと解すべきである。

そうすると、本件の場合、Bはもはや出世しないことが確実視しうることから、貸付金の返済期限はすでに到来し、返済義務を履行しなければならない、と。

〔採点基準〕

〔設問1〕については、本件出世払特約を停止条件と解する立場から、的確に立論することができていれば、基礎点として5点～10点を配点、文章表現や文章構成が平明で説得的であれば、さらに2点～5点の幅で加点。

〔設問2〕については、本件出世払特約を不確定期限と解する立場から、的確に立論することができていれば、基礎点として15点～25点を配点、文章表現や文章構成が平明で説得的であれば、さらに5点～10点の幅で加点。

【民法 第2問】

〔出題趣旨・採点基準〕

加害者の暴行による不法行為と使用者責任の成否に関する問題を中心に、損益相殺的な事実上の過失相殺の側面から、責任無能力者の監督責任をどうとらえるのかについて理解を問うものである。本事例の特殊性として、①福祉作業所に通所している被害者自身が責任無能力者とみられる点と、過失相殺の前提として考慮する場合の714条類似の被害者側（P作業所および姉B）の監督義務違反該当性を如何に考慮するか、②また加害者が派遣社員であり、かつ暴行という不法行為が行われた場合の使用者責任を如何に考慮するかについて、判例学説を根拠にした要件効果の論理的説明が求められる。さらに設問3においては、被害者死亡時の逸失利益の算定基準につき、差額説・死傷損害説などを根拠に、「損害」をいかにとらえるかについて説得的な説明が必要である。上記の論点の基本的理解を前提に、設問1については、事案におけるCの一般不法行為責任の要件の確認と充足、責任阻却事由（正当防衛）や責任軽減該当性（過失相殺）の考慮を行うとともに、Qの使用者責任につき、CQ間の使用・被用の関係、Cの行為の事業執行性の各要件充足とともに、使用者責任の責任根拠としての報償責任や趣旨としての被害者保護への言及されなければならない。設問2については、過失相殺の前提事実としてのAの過失相殺能力、Bの責任無能力者の監督者該当性およびP（社会福祉士）の安全配慮義務違反、設問3では、逸失利益の考え方につき差額説・固有（死傷）損害説のいずれに立つとしても、作業所の工賃が低額という点につきどのように考慮するかという観点からの言及が欲しいところである。この点では生命身体侵害という損害の重大性や、慰謝料の補完的機能などが考慮要素となるとともに、年少女子の家事労働加算や同様の問題につき検討した下級審判例も参考となるでしょう。

設問1 AのCに対する暴行について、Cの一般不法行為責任（709）該当性と、Cの反論について（20点）

CはAを複数回殴打し、入院加療1カ月の重傷を負わせており、709条該当性の検討が必要となろう。①故意過失②権利侵害（違法性）③損害発生④加害行為との因果関係について、それぞれの要件を充足しているかについて述べる。Cは暴行という意図的な有形力の行使により、Aの身体に加療一カ月の重傷を生じさせている点で709条の損害賠償責任を負担すると解すべきである。（すべて充足）。次にCからの反論として想定されることとして、①正当防衛（責任阻却事由の該当）および②過失相殺による減額があげられる。①正当防衛については、CのAに対する暴行に先んじて生じているAのCの手への受傷行為をいかにとらえるかが論点になる。この点Cの暴行はAのカッターナイフでの加害行為によるCの受傷をとらえて自己又は第三者の権利又は法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ずおこなった加害行為をしたといえるかが問われよう。しかしながら、傷

が軽微であることや、他者による嘲笑が暴行の原因と見ることもできる点、複数回殴打している点などを考慮すれば、正当防衛とは言い難いと思われる。②の過失相殺については設問2と被る論点ではあるものの、①で検討したようにCの暴行は意図的に複数回殴打しており、被害者に損害を惹起するほどの過失やなんらか素因が認められるとするのは困難であろう。仮に先行のカッターでの受傷行為によりCに生じた損害をもって実質的な損益相殺を行うと考慮すれば（設問2が同旨）同損害につきAまたはB、Pの責任を考慮することになる。以上の点（不法行為責任充足および想定反論）につき基本的に論述できていれば基礎点として5点、その他有益な指摘（過失相殺能力・被害者側の過失）や文章表現・文章構成が明快かつ説得的に論述できていれば5点までの範囲で加点した。

AのCに対する暴行について、Qの使用者責任(715)該当性と、Qの反論について

Qの使用者責任を問うためには、715条の要件である成立のための4つの要件である①使用者と被用者との間の使用関係の存在②被用者の行為が「事業の執行につき」なされたこと（事業執行性）③被用者が不法行為を行ったこと④使用者に選任監督上の過失がなかったとはいえないこと（§715-1 但）の各要件につき丁寧な論述が求められます。①につき判例は「雇用契約」等の明確な雇用関係までは要求せず、実質的な指揮監督の関係があれば足り、契約関係の有無・事業の継続性は問わない」としており、この点Cが派遣社員であってもQ社会福祉法人の指揮命令のもとで事業活動（専門学校の送迎用務）を行っている点から要件を充足します（最判 S42-11-9 民集 21-9-2366）②については、一体不可分説が「事業の範囲に属する行為またはこれと関連して一体をなし不可分の関係にある行為」につき事業執行性を認めるとともに、取引的不法行為につき外形標準説、自動車事故等の事実的不法行為につき支配領域説、暴行など意図的な加害行為につき事業との密接関連性を根拠に広く認容されています。本事案はCの主体的な行為（意思に基づき殴る）暴行ですので、密接関連性の観点から考慮すれば事業所見学中の事故であるため、事業執行性が認められると思います（最判 S44-11-18 民集 23-11-2079）③についてはすでに述べた通りであり④§715-1 但「使用者に選任監督上の過失がなかった」については、使用者責任の本質である「利益の存するところに損失も帰する：報償責任主義」の観点から、実際に従業員が一般不法行為責任を負う行為に至っている以上、免責を認めることには特段の事情が必要であると考慮するべきでしょう。以上のことから715条の要件を全て充足すると解し、Qに対し715条の使用者責任を追及しうることになります。なおQの反論については上記要件①②④の点から予想されますが、上記で述べた通りですので割愛します。以上の点（使用者責任充足および想定反論）につき基本的に論述できていれば基礎点として5点、その他有益な指摘や文章表現・文章構成が明快かつ説得的に論述できていれば3点までの範囲で加点した。

受傷行為と姉の監督義務者該当性について（20 点）

C の暴行に先行して生じている A の C に対するカッターナイフでの受傷行為につき、不法行為責任を問うかが主たる論点となる。この点すでに述べたように C の A に対する加害行為において生じた損害の過失相殺（責任減殺）を直接論じるものではなく、A の加害行為の損害が認容された場合の損害賠償額をもって C の加害行為の損害賠償額につき減額調整を考慮する（いわゆる損益相殺的考慮）の前提として、C が A に損害賠償をおこなった場合について検討を行う。まず A は若年性認知症により責任能力がない（713 条）と認められるため、本人の 709 条責任は免責されることになり、714 条が問題となろう。事実上の監督を行っていたのは姉 B であるものの、同人は法定監督義務者に該当せず、かつ本人の成年後見人でもないため、原則として 714 条にいう法定監督義務者、代理監督義務者には当たらないことになる。そのうえで、C は、B につき「B は積極的かつ自発的に責任無能力者である A の監督を引き受けていたとみられる点で、監督者に準じる者に該当する」旨の主張つき検討する必要がある。上記「監督者に準じる者」という概念は JR 東海事件（最判 H28-3-1 民集 70-3-681）にて示された監督義務者の類型である。同判決は準監督義務者該当性につき「法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かは、その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべきである。」とのべており、この点から監督義務者に該当するか否かを判断することになる。なお出題者としては、姉 B の A に対する関わりについて、作業所での見守り支援的な関係性に過ぎず、かつボランティアとして作業所全体の監督を担っていたものの、法的責任を引き受けたとみられるような強い関係性があるとまではいえないと考えて、準監督義務者に当たらないとの考慮のもので出題したところであるが、複数の答案につき、準監督義務者に当たるとして解答されていた点が印象的であった。（結論についてはどちらでも問題ない）福祉施設である P は明文上 714 条にいう法定監督義務者に該当しないものの、作業所内での不特定多数の通所者の作業につき安全配慮義務を負っている点から、代理監督義務者または準監督義務者に該当する要素がありものの、社会福祉士 1 名のみの常駐であるものの、複数のボランティアスタッフ（B など）により見守り支援を行っている実態から、通所者の作業の安全性については一定の配慮がなされている点から C のいう監督責任の懈怠といえるほどの過失は認められないと考慮できようか。以上の前提に従えば大幅な過失相殺は認められないと解しうる。

以上の点（作業所 P および姉 B の監督義務者該当性）につき基本的に論述できていれば

基礎点としてそれぞれ7～10点、その他有益な指摘や文章表現・文章構成が明快かつ説得的に論述できていれば全体として5点までの範囲で加点した。

設問2 被害者死亡時の逸失利益の算定について（10点）

逸失利益はそもそも間接損害であり、厳密な金額算定が困難なため、差額説の場合であっても立証時の金額と裁判所による認定額に差が生じる場合が多い（裁判所による裁量）。このような場合について、逸失利益の個人差については、収入が違えば逸失利益に差異を生じるのは当然であり、それを反映しないのはかえって人の能力の差を評価しないことになり不当であるとの見解（個別積み上げ方式：判例）と、人身損害において女性や幼児、老人や精神障害者の生命の価値に差異を認めることになり不当となるとの見解（定額説：死傷損害説）の対立がある。本問の特殊性として被害者が若年性認知症のため生涯賃金が相対的に低額であることが認められ、作業所の工賃である月1万円をどのように扱うかが問題となる点と、被害者死亡という損害の重大性をどのように考慮するか2点があげられよう。判例の差額説にもとづく個別積み上げ方式では、工賃を収入と考慮することになるが、その場合、総額につき非常に低額になるため、慰謝料評価の自由裁量性（最判 S47-6-22 判時 673-41）を根拠に、財産的損害の賠償額がきわめて少ない場合に、慰謝料を増額し、均衡をとると慰謝料の補完的機能についてもあわせて言及したいところである。損害事実説を基盤に死亡という結果の重大性を鑑みて工賃を算定基準とせず、各種賃金センサス、地域の最低賃金等を根拠に逸失利益の算定を行うという形での答案も十分理由があり高く評価した。逸失利益の基本的理解を前提に、以上のいずれかの学説に依拠し、自説を展開できていれば基礎点として50点、その他有益な指摘や文章表現・文章構成が明快かつ説得的に論述できていれば全体として5点までの範囲で加点した。

【民事訴訟法】

〔出題趣旨・採点基準〕

本問は、遺産確認訴訟について、被告適格と確認の利益を問う問題である。

〔設問1〕

配点20点。

確認訴訟の被告適格は、被告選択の適切性として、確認の利益の考慮要素と位置づける見解も考えられるが、いずれにせよ、確認対象とされる訴訟物について誰を被告として扱うことが紛争の解決にとって有効で適切であるか、あるいは、必要で有意義であるかという観点から検討すべき問題であるといえよう（原告適格の事例であるが、入会権確認訴訟の当事者適格につき、最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁。特別縁故者に遺言無効確認訴訟の原告適格を否定した最判平成6年10月13日家裁月報47巻9号52頁も参照）。

遺産確認の訴えの当事者適格については、最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁（以下「最判平成元年」という。）が、後掲の最判昭和61年を引用した上で、遺産確認の訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟であると解するのが相当である旨判示しているので、共同相続人全員が当事者とならなければ当事者適格を欠くことになるが、本問においては、共同相続人はXとDしかない。

Dは、Aの共同相続人であり、本件土地がAの遺産であることを争っているから、Dを被告とすべきことについては問題はないであろう。

Cも本件土地がAの遺産であることを争っているが、CはAの共同相続人ではなく、C自らの所有権を主張しているわけでもないから、Cを被告とすることが紛争の解決に有効で適切、あるいは、必要で有意義であるとはいえない。そうすると、Cは本件訴訟の被告適格はないというべきであろう。

CはDの法定代理人として本件訴訟に関与することになるが、法定代理人は、もとより当事者ではない。

被告適格（ないし確認の利益）の有無について考慮すべき事項と、本問の事案への当てはめ、法定代理人の地位の諸点について、自説を論理的に表現できているかを評価する。

〔設問2〕

配点30点。

確認訴訟は、確認対象が無限定であること及び確認判決には既判力しかないことから、紛争解決に必要な訴えに限定し、被告や裁判所が無用な訴訟に対応しなくてよいようにする必要があるため、①方法選択の適否（確認訴訟によることの適否）、②確認対象の適否、③即時確定の必要性（紛争の成熟性）の有無を考慮して、確認の利益の有無を検討すべきであ

るとする見解が一般的である（④被告選択の適否が挙げられる場合もある。）。

確認訴訟が原被告間に存在する現在の法律関係に関する紛争を解決することを目的とする以上、過去の法律関係を確認しても、その後の事情の変動によって、現在の法律関係に関する紛争の解決の役に立たないおそれがある。

ある財産が遺産であることの確認というのは、相続が発生したという過去の時点において、当該財産が被相続人の所有に属していたことの確認であると解すれば、過去の法律関係の確認を求めるものであることになる。現在の法律関係に関する確認を求めようとする、当該財産について法定相続分に応じた共有持分を有することの確認訴訟を提起することが考えられる。

最判昭和61年3月13日民集40巻2号389頁（以下「最判昭和61年」という。）は、法定相続分に応じた共有持分を有することの確認訴訟によっては、原告が当該財産につき上記共有持分を有することを既判力をもって確定するにとどまり、その取得原因が被相続人からの相続であることまで確定するものではなく、同確定判決に従って当該財産を遺産分割の対象としてされた遺産分割審判が確定しても、審判における遺産帰属性の判断は既判力を有しない結果、のちの民事訴訟における裁判により当該財産の遺産帰属性が否定され、ひいては同審判も効力を失うこととなる余地があり、それでは遺産の前提問題として遺産帰属性の争いに決着をつけようとした原告の意図に必ずしもそぐわないなどとした上で、遺産確認訴訟は、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであって、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象たる財産であることを既判力をもって確定し、したがって、これに続く遺産分割審判の手続において及びその審判の確定後に当該財産の遺産帰属性を争うことを許さず、もって、原告の前記意思によりかなった紛争の解決を図ることができることを理由に、適法であると判示している。

このように、判例は、確認対象の適切性を厳格に解すると問題があるようでも、現に存在する紛争の解決の必要性（即時確定の必要性）から、確認対象を柔軟に解して確認の利益を肯定する傾向があると解することができよう。

判例を支持する必要はないが、判例の指摘する諸点を踏まえて、自説を論理的に表現できているかを評価する。

【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上の約 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、昭和 33 年 4 月に、東京都の公立小中学校の教職員の労働組合である東京都教職員組合（都教組）が、当時、文部省の方針に従って検討され始めていた勤務評定制度の導入について、その制度は教職員の自主的教育家都度を阻害するなどを理由に反対すると主張して、当日、午前 8 時からの勤務時間中の集会に年次有給休暇を一齐に請求した上で参加することを指令し、約 3 万 7700 人中約 2 万 4000 名の教職員が参加するストライキ（同盟罷業）を実施したのであるが、都教組の委員長、執行委員などの組合役員がこのストライキをあおったとして地方公務員法 37 条 1 項、61 条 4 号違反で起訴された事案について、最高裁が、地公法 37 条 1 項および 61 条 4 号を限定解釈して、組合役員の被告人を無罪とする判決を下した（最大判昭和 44 年 4 月 2 日）判旨を的確に理解しているか否かを問う問題である。この「東京都教組事件」は、法科大学院における憲法の授業では、公務員の労働基本権の制約に関するテーマにおいて代表的判例として必ず勉強しておくべき判例であることから、本問の解答に際しては、公務員の労働基本権の保障に関してどのような考え方（合憲性審査基準）を設定し、どのような合憲限定解釈（いわゆる「二重の絞り」）を施して被告人を無罪としたのか、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。この最高裁の判旨を丁寧に読んでいる者には、本問の設問に解答することは容易であるはずである。

〔採点基準〕

(1) 採点においては、①地公法 37 条（争議行為の禁止）および 61 条 4 号（あおり行為の禁止とそれに対する刑事罰）の合憲性を検討する際の判断枠組を適切に設定していること。すなわち公務員も私企業の労働者と同様、憲法 28 条にいう勤労者である以上、原則的には争議行為を含む労働基本権の保障を受けるべきであるところ、公務員の職務には多かれ少なかれ公共性が認められるため、その職務の公共性に対応する何らかの制約を内在的制約として内包しているが、公務員の労働権に具体的にどのような制約が許されるかは、公

務員にも原則として労働基本権が保障される憲法の根本趣旨に照らして、慎重に決定する必要がある。さらに、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度を超えないように十分な配慮がなされなければならない、特に、勤労者の葬儀行為に対して刑事制裁を科することは、必要やむを得ない場合に限られるべきであるなど、公務員にも原則として憲法 28 条の労働基本権の保障があることを前提として、その制約は立法目的を達成するために必要最小限度にとどまるべきとの厳格な審査基準を設定していること。②地公法 36 条および 61 条 4 号の規定を合憲限定解釈し、禁止される争議行為および刑事罰の対象となるあおり行為を限定して（しぼりこんで）解釈したこと（いわゆる「二重の絞り」）。すなわち、これらの規定が、文字通り、すべての地方公務員の一切の争議行為を禁止し、これらの争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、あおる等の行為をすべて処罰する趣旨と解すべきものとすれば、それは公務員の労働基本権を保障した憲法の趣旨に反し、必要やむを得ない限度を超えて争議行為を禁止し、さらに必要最小限度にとどめられなければならないとの要請を無視し、その限度を超えて刑罰の対象としているものとして、これらの規定は違憲の疑いを免れない。しかし、これらの規定は、その元来の狙いを洞察し労働基本権を尊重し保障している憲法の趣旨と調和し得るように解釈する必要があるとして、まず、地方公務員の職務は、一般的には多かれ少なかれ公共性を有するが、公共性の程度は強弱さまざまであり、その争議行為が常に直ちに公務の停廃を来して国民生活全体の利益を害するとはいえないのであって、地方公務員の行為が地公法 37 条 1 項に禁止する争議行為に該当し、その違法性の強い場合もあるが、争議行為の態様からして違法性の比較的弱い場合もあり、また実質的には当該条項にいう争議行為に該当しないものもあると考えるべきである。したがって、あおり行為については、争議行為が違法性の強いものであることを前提として、そのような違法な争議行為のあおり行為であって初めて刑事罰をもつてのぞむ違法性を認めるべきであるから、刑事罰をもつて臨むべきあおり行為については、違法性が強いあおり行為に限定すべきであって、争議行為に通常随伴して行われる行為のごときは、刑事罰の対象とすべきではない。本件において、被告人は、都教組の執行委員長その他幹部たる組合員の地位において本件争議行為の指令、伝達等の行為をしたのであるが、これらの行為は本件争議行為の一環として行われたものであるから、組合員のする争議行為に通常随伴する行為に当たるものと解すべきであって、刑事罰をもつて臨むべき違法性を欠くものである。

という 2 点を評価対象テーマとし、①について 50%、②についても 50% の評価割合とする。評価に際しては、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。なお、D 評価未満の答案については 6 割未満で解答内容に相応の点数を与える。

【刑法】

〔出題趣旨〕

不作為の殺人について問う問題である。本問は、最決平成 17 年 7 月 4 日刑集 59 卷 6 号 403 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。

【行為の評価および作為との同価値性】（15 点）

甲が A に適切な医療行為を受けさせずに放置した不作為が 199 条の「人を殺した」に当たるか、という問題提起ができていないか（条文から出発できているか、199 条の「人を殺した」という規定の中には不作為による殺人も処罰の対象とされることが述べられているか）。A は主治医の反対を押しきって入院先から甲のもとに連れてこられ、必要な医療措置を受けられずに 1 日後に死亡しているため、甲の不作為の時点で A の生命に対する危険は具体的・現実的なものであり、甲の不作為は A を死亡させる現実的危険を有するものであったことが指摘できているか。

不作為による殺人も作為による殺人と同じ条文で処罰されるのであるから不作為による殺人が成立するためには、当該不作為に作為との同価値性が認められることが必要であること、同価値性が認められるためには作為義務や作為可能性・容易性が必要であることが論じられているか。

【作為義務、作為可能性、容易性】（20 点）

作為義務の判断基準を示し、事案の事実を摘示しながら、甲に作為義務が認められることを説得的に論じられているか。単に作為義務があることを示せばよいわけではなく、甲の作為義務の内容を特定し、その上で、その作為の可能性および容易性を事案の具体的事実から判断で来ているか。

【因果関係】（10 点）

甲が、ホテルに運び込まれた A の容態をみてそのままでは死亡する可能性を認識した時点で直ちに A の生命維持に必要な医療措置を受けさせていれば十中八九救命が可能であったということから、甲の作為義務違反行為と A の死亡との間に条件関係について論じ、さらに、法的因果関係があることも論じられているか。

【故意および結論】（5 点）

甲に殺人の故意が認められることが事実を摘示しつつ論じ、ここまでの検討から甲に不作為の殺人罪が成立するか否かについて結論を導き出せているか。

【行政法】

〔出題趣旨〕

本問は、行政行為（行政処分）の公定力の意義ないし根拠、取消訴訟の排他的管轄の理解を確認しつつ、取消訴訟の排他的管轄が問題となった裁判例（冷凍倉庫事件＝最判平成 22 年 6 月 3 日民集 64 卷 4 号 1010 頁）を素材にして、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、〔設問 1〕において、①行政法学ないし行政法理論における「行政行為（行政処分）公定力」の意義を正確に説明することを求めている。公定力の概念については、厳しい批判はあるものの、ほぼ全ての行政法の教科書に記載があるであろうから、それらを参照してほしい。

そのうえで、〔設問 2〕において、②国家賠償請求訴訟において行政行為（行政処分）の違法性を主張するにあたって、あらかじめ取消訴訟で当該行政行為（行政処分）の違法性を確定しておく必要があるかについて、公定力ないし取消訴訟の排他的管轄の趣旨および裁判例をふまえて論じたうえで、③当該行政行為（行政処分）が課税処分のような金銭の支払いに関わるものである場合、特別な考慮を要するかについて、②の場合と対比させつつ検討することを求めている。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。

なお、配点は、①15 点、②15 点、③20 点とし、合計 50 点満点で評価する。