

平成22年度
鹿児島大学法科大学院

B日程

法学既修者認定試験

試験問題（憲法・行政法）

平成22年1月24日（日曜日）

答案作成上の注意

1. 「解答はじめ」の合図があるまで、この1ページ目を表にして、この問題冊子を開かないこと。
2. 問題冊子は、このページを含めて5ページある。
3. 試験用紙は4枚配布する。
4. 試験用紙の受験番号□□□□に受験番号、試験科目□□□□に試験科目（憲法または行政法）を記入すること。
5. 試験用紙のNo. □□□□に、試験科目ごとのページ番号（1～2）を記入すること。
6. 白紙答案がある場合でも、すべての用紙に受験番号（横書き）、試験科目、ページ番号を記入して、必ず4枚すべてを提出すること。
7. 解答は、試験用紙の指定された欄に、横書きで記入すること。
8. 試験終了後、この問題冊子と下書き用紙は、持ちかえってよい。

憲法（配点 100点）

問題

民法733条は女性に対して、いわゆる再婚禁止期間（6ヶ月）を定めている。

X1（女性）は、平成10年12月1日に前の夫Aと離婚した。その直後からX2（男性）と同居し、事実上の夫婦として生活してきた。

X1とX2は、平成11年3月1日に、K市役所に婚姻届けを提出したが、民法733条にもとづき、X1について6ヶ月の再婚禁止期間が経過していないことを理由に、その届け出は受理されなかった（その後、X1とX2は、再婚禁止期間が経過した同年6月2日に婚姻届けを提出し、受理された。）。

そこで、X1とX2は、（1）民法733条は憲法14条、24条に違反しているから、無効である。（2）国会がこのような違憲無効の条文を改正あるいは廃止する立法をしないことは国家賠償法1条にいう違法な公権力の行使にあたるとして、いわゆる立法不作為の国家賠償請求訴訟を提起した。

（1）民法733条は憲法に違反するか？

（2）この場合、立法不作為の違憲を求める訴訟は認められるか？

この2つの論点について回答しなさい。

（参照条文）

民法 733条

- 1 女は、前婚の解消又は取消の日から6箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。
- 2 女が前婚の解消又は取消の前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない。

民法 772条

- 1 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。
- 2 婚姻成立の日から200日後又は婚姻の解消若しくは取消の日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。

行政法（配点 100点）

問題 次の文書を読んで、以下の設問1～2に答えなさい。

・XらはY市に在住し、児童福祉法24条1項にもとづいて、その保護する各児童を、Y市立保育所（以下「本件保育所」という）に入所させ、Y市は、本件保育所において、当該児童らの保育を実施していた。

Y市は、同市児童福祉審議会の意見具申を受けて、「多様な保育ニーズに応えるサービスの展開」と「保育の質の向上」を理由に、本件保育所を民営化することを決定し、福祉局長名義で、本件保育所に入所している児童らの保護者Xらに、本件保育所を平成22年4月1日から民営化するとの方針を通知する文書を送付した（平成21年4月23日付）。さらに、Y市は、平成21年5月10日に、保護者らに対する第1回説明会を実施し、その後も何回かの説明会が開催された。しかし、その内容は、本件保育所の民営化を前提にしたもので、保護者であるXらは、唐突に民営化の方針が打ち出されたこと、児童たちの保育環境の変化（特に担当保育士が総入れ替えになることなど）を十分考慮しないY市の説明や姿勢に不信感をいだくに至った。

一方、Y市は、平成21年7月1日に民間移管にかかる法人選考委員会を設置して、移管条件を決定し、同年11月17日に、法人選考委員会による選考を経て、社会福祉法人Aを本件保育所の移管先として選定し、これを公表した。さらに、同年12月5日、市長は市議会に、Y市保育所設置条例の一部を改正する条例案を提出し、同月18日に可決された（以下「本件改正条例」という）。本件改正条例の成立により、平成22年4月1日から本件保育所は廃止され、A社会福祉法人に移管されることが決定した。

【設問1】 Xらは、保育環境の激変を危惧し、子どもたちのためにも、本件保育所の民営化を阻止したい。Xらから相談を受けた代理人弁護士の立場で、どのような行政訴訟を提起できるか論ぜよ。

【設問2】 また、前記の訴訟において、どのような違法事由の主張ができるか論ぜよ。

（関連条文）

・ 児童福祉法（昭和 22 年法律 164 号）

第 24 条（保育所における保育） 1 項「市町村は、保護者の労働又は疾病その他の政令で定める基準に従い条例で定める事由により、その監護すべき乳児、幼児又は第 39 条第 2 項に規定する児童に保育に欠けるところがある場合において、保護者から申し込みがあったときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない。（以下略）」