20210723

令和2年

２　〇

ア　簡易裁判所は懲役を科すことが出来る。

裁判所法33条2項

（裁判権）

第三十三条　簡易裁判所は、次の事項について第一審の裁判権を有する。

②　簡易裁判所は、禁錮以上の刑を科することができない。ただし、刑法第百三十条の罪若しくはその未遂罪、同法第百八十六条の罪、同法第二百三十五条の罪若しくはその未遂罪、同法第二百五十二条、第二百五十四条若しくは第二百五十六条の罪、古物営業法（昭和二十四年法律第百八号）第三十一条から第三十三条までの罪若しくは質屋営業法（昭和二十五年法律第百五十八号）第三十条から第三十二条までの罪に係る事件又はこれらの罪と他の罪とにつき刑法第五十四条第一項の規定によりこれらの罪の刑をもつて処断すべき事件においては、三年以下の懲役を科することができる。

エ　同一の簡易裁判所において同一の年に最高裁判所規則で定める回数（10回）を超えてこれを求めることができない。

（少額訴訟の要件等）

第三百六十八条　簡易裁判所においては、訴訟の目的の価額が六十万円以下の金銭の支払の請求を目的とする訴えについて、少額訴訟による審理及び裁判を求めることができる。ただし、同一の簡易裁判所において同一の年に最高裁判所規則で定める回数を超えてこれを求めることができない。

３　×

よど号ハイジャック新聞記事抹消事件についての判例。

監獄は、多数の被拘禁者を外部から［エ：隔離］して収容する施設。

４　×

１　表現の内容規制とは、ある表現が伝達しようとするメッセージの内容そのものを理由とした規制。

２　高い価値の表現の内容規制については、表現の自由の内容規制に関する違憲審査基準の一つでアメリカの憲法判例理論から波及する「明白かつ現在の危険」基準に基づいて、非常に厳格に合憲性が判断されるが、広告のような営利的な表現活動（営利的言論の自由）は、国民一般が消費者として様々な情報を受け取ることの重要性に鑑み、表現の自由の保護が及ぶが、その場合でも保障の程度は政治的言論の自由よりも「低い」。

３　表現内容中立規制とは、「この区域の電柱に張り紙をしてはならない」というビラ張り規制や、「深夜に近隣に迷惑を与えるほどの騒音を出してはならない」という騒音規制等の、時・場所・方法の規制を指す。表現が伝達しようとするメッセージの内容を直接的ではなく制限することになる。

４　事前差し止めが検閲にあたるかについては、「仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合とは異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって、右判示にいう「検閲」にはあたらないものというべきである」（最大判昭和61年6月11日）としている。

５　「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない（最大判昭和59年12月12日）とし、判例によれば許されないとしている本肢は妥当ではない。

５

１　両議院は、「各々」その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、又、院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる（憲法58条2項本文）。

２　「両議院」は、各々国政に関する調査を行い、これに関して、証人の出頭及び証言並びに記録の提出を要求することができる（憲法62条）。

３　両議院は、「各々」その議長その他の役員を選任する（憲法58条1項）。

４　両議院は、「各々」その議員の資格に関する争訟を裁判する（憲法55条本文）。

５　両議院は、「各々」その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、又、院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる（憲法58条2項本文）。

20210724

16

ア　不作為についての審査請求が当該不作為に係る処分についての申請から相当の期間が経過しないでされたものである場合には、審査庁は、裁決で、当該審査請求を却下する（行政不服審査法49条1項）。

裁決で却下されるのであり、棄却されるのではない。

イ．不作為についての審査請求が理由がない場合には、審査庁は、裁決で、当該審査請求を棄却する（行政不服審査法49条2項）。

ウ．不作為についての審査請求が理由がある場合には、審査庁は、裁決で、当該不作為が違法又は不当である旨を宣言する（行政不服審査法49条3項）。

エ．不作為についての審査請求が理由がある場合には、審査庁は、裁決で、当該不作為が違法又は不当である旨を宣言し、当該申請に対して一定の処分をすべきものと認めるときは、当該各号に定める措置をとること（行政不服審査法49条3項）とされており、「不作為庁の上級行政庁である審査庁は、当該不作為庁に対し、当該処分をすべき旨を命じるか（行政不服審査法49条3項1号）、不作為庁である審査庁は、当該処分をすることとしている（行政不服審査法49条3項2号）。

審査庁が不作為庁の上級行政庁ではなければ、行政不服審査法49条3項各号のいずれにも該当しないため、たとえ一定の処分をすべきものと認める場合であっても、勧告などの措置をとることはできない。

17

ア．代替施設の設置により、洪水・渇水の危険が解消されれば、訴えの利益は失われる。

「保安林の指定が違法に解除され、それによって自己の利益を害された場合には、右解除処分に対する取消しの訴えを提起する原告適格を有する者ということができるけれども・・・本件におけるいわゆる代替施設の設置によって右の洪水や渇水の危険が解消され、その防止上からは本件保安林の存続の必要性がなくなったと認められるに至ったときは、もはやAと表示のある上告人らにおいて右指定解除処分の取消しを求める訴えの利益は失われるに至ったものといわざるをえない」（長沼ナイキ基地訴訟：最判昭和57年9月9日）

イ．土地改良事業の施行認可処分は、当該事業の前提にあるものであり、それが違法である場合に事実上原状回復できないのは事情判決で対応すべきことであるから、取消訴訟係属中に工事が完了しても、訴えの利益は失われない（最判平成4年1月24日）。

土地改良事業の施行の認可処分の取消訴訟において、土地改良事業の工事等が完了して原状回復が社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上不可能となった場合であっても、このような事情は、行政事件訴訟法31条（事情判決の法理）の適用に関して考慮されるべき事柄であって、事業の施行の認可の取消しを求める訴えの利益は消滅しないとしている（最判平成4年1月24日）。

なお、一審・二審は、訴えの利益は消滅するとしていた。

ウ．建築確認処分の取消しを求める訴えにおいて、訴えの利益は、建築物の「建築工事の完了」によって失われる。

「建築確認は、それを受けなければ右工事をすることができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われるものといわざるを得ない。」（最判昭和59年10月26日）。

エ．開発許可の取消しを求める訴訟において、工事が完了し、検査済証が交付された場合の訴えの利益の有無は、「市街化区域における場合と市街化調整区域における場合、判例では、その判断が分かれている」。

まず、市街化区域の場合は、「あらかじめ申請に係る開発行為が都市計画法33条所定の要件に適合しているかどうかを公権的に判断する行為であって、これを受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果を有するものであるが、許可に係る開発行為に関する工事が完了したときは、開発許可の有する法的効果は消滅するものというべきである」として、「都市計画法29条による許可を受けた開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証の交付がされた後においては、許可の取消しを求める訴えの利益は失われる」と判示している（最判平成5年9月10日、最判平成11年10月26日）。

一方、市街化調整区域の場合は、開発許可され、その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずることを理由に、訴えの利益は消滅していないと判示している。

「市街化調整区域のうち、開発許可を受けた開発区域以外の区域においては、都市計画法43条1項により、原則として知事等の許可を受けない限り建築物の建築等が制限されるのに対し、開発許可を受けた開発区域においては、同法42条1項により、開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付されて工事完了公告がされた後は、当該開発許可に係る予定建築物等以外の建築物の建築等が原則として制限されるものの、予定建築物等の建築等についてはこれが可能となる。そうすると、市街化調整区域においては、開発許可がされ、その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずるものということができる。したがって、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発行為ひいては当該開発行為に係る予定建築物等の建築等が制限されるべきであるとして開発許可の取消しを求める者は、当該開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しによって、その効力を前提とする上記予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除することができる。市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発許可に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しを求める訴えの利益は失われないと解するのが相当である」（最判平成27年12月14日）。

18

1．取消訴訟は、処分又は裁決があったことを知った日から6ヵ月を経過したときは、提起することができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない（行政事件訴訟法14条1項）。

「処分または裁決の日」ではなく、「処分又は裁決があったことを知った日」である。

2．処分又は裁決につき審査請求をすることができる場合又は行政庁が誤って審査請求をすることができる旨を教示した場合において、審査請求があったときは、処分又は裁決に係る取消訴訟は、その審査請求をした者については、前二項の規定にかかわらず、これに対する裁決があったことを知った日から6ヵ月を経過したとき又は当該裁決の日から1年を経過したときは、提起することができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない（行政事件訴訟法14条3項）。

3．不作為の違法確認の訴えは、取消訴訟の出訴期間に関する規定を準用していない。また、独自での規定もないため、不作為の違法確認の訴えは出訴期間の制限をうけない（行政事件訴訟法14条1項、38条）。

行政庁の不作為が継続しているということは、言い換えれば違法な状態が継続している可能性が高いということであるから、その間はいつまででも申立てができる。

4．義務付けの訴えは、行政庁に一定の処分（又は裁決）をせよとの判決を求める訴訟であり、行政庁の権限不行使や不作為に対してもなされ、また、無効等確認の訴えと併合提起することもあるため出訴期間の規定はおかれていない。

5．差止めの訴えは、行政庁が処分又は裁決をしていない状態でする訴訟であり、基準となる処分又は裁決はないため、出訴期間の規定はおかれてなく、出訴期間の制限はうけない。

行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合であれば提起できる。

19

1．義務付け訴訟は、申請不作為型と申請拒否型に該当するときに限り、提起することができる。

申請拒否型とは、法令に基づく申請又は審査請求を却下し又は棄却する旨の処分又は裁決がされた場合において、当該処分又は裁決が取り消されるべきものであり、又は無効若しくは不存在である場合、取消又は無効等確認訴訟を併合して提起できる（行政事件訴訟法37条の3）。

したがって「無効等確認訴訟と併合提起することはできない」としているので誤りである。

2．その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする（行政事件訴訟法37条の2第5項）。

裁判所は、行政庁が処分をすべき旨を命ずる判決を下す司法機関である。行政庁が義務付け判決に従った処分をしない場合でも、裁判所は行政庁に代わって当該処分を行うことはできない。処分を行うのは行政機関である当該行政庁となる。

3．義務付け訴訟では、取消訴訟の多くの規定を準用している（被告適格、裁判管轄、判決の拘束力）。

取消訴訟の規定を準用していないもので注意が必要なものとして、第三者効（対世効）のほかに、出訴期間、釈明処分の特則、執行停止がある。

4．義務付け訴訟では、仮の義務付けという制度を設けているが、これ自体は訴訟類型の一つであるわけではなく、取消訴訟の執行停止制度と同様にあくまでも仮の権利保護制度である。

仮の義務付けの要件としては、義務付けの訴えの提起があった場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときに認められるものである（行政事件訴訟法37条の5第1項）。

したがって、不作為の違法確認訴訟に併合して義務付け訴訟を提起している場合に、仮の義務付けを申立てることは可能であるが、不作為の違法確認訴訟を提起せずに「単独で仮の義務付けを申立てることはできない。」

5．義務付訴訟には、非申請型義務付け訴訟（1号義務付け訴訟）：「非申請型」と、申請型義務付け訴訟（2号義務付け訴訟）：「申請型」がある（行政事件訴訟法3条6項1号、2号参照）。

非申請型の訴訟要件には、「原告適格」の他に、「損害の重大性」と「補充性」がある。すなわち一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり（損害の重大性）、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないとき（補充性）に限り、提起することができる（行政事件訴訟法37条の2第1項参照）。

一方、申請型の訴訟要件に、「損害の重大性」と「補充性」は入っていない（行政事件訴訟法37条の3参照）。申請型の訴訟要件は、「原告適格」「申請等に対する不作為又は拒否があること」及び「併合提起すること」の三つである。

したがって、本肢は、申請型、非申請型のいずれの訴訟も、「重大な損害を生じるおそれ」がある場合のみ提起できるとあるので誤りである。

20

ア　「具体的にどの公務員のどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくても、右の一連の行為のうちのいずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があったのでなければ右の被害が生ずることはなかったであろうと認められ、かつ、それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは、国又は公共団体は、加害行為不特定の故をもって国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができない」（最判昭和57年4月1日）

イ．「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから「直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、」税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受ける」（最判平成5年3月11日）

ウ．「公権力の行使にあたる公務員の職務行為に基づく損害については、国または公共団体が賠償の責に任じ、職務の執行にあたった公務員は、行政機関としての地位においても、個人としても、被害者に対しその責任を負担するものではない。」（最判昭和30年4月19日）

国家賠償法1条の賠償責任は、判例・通説共に、公務員個人が直接責任を負うものではないとしている（代位責任説）。代位責任説とは、公務員の限られた財産では、被害者の救済が十分に行われないおそれがあり、また、公務員の活動が委縮して十分な行政権の行使ができなくなるおそれがあるから、国及び公共団体が公務員個人に代わってその損害賠償責任を負担するとの法的解釈のひとつである。

国又は公共団体が賠償責任を負う国家賠償法1条1項によれば、公務員個人に対する訴えは理由がないとして「棄却」される。

よって、肢の公務員個人を被告とする賠償請求の訴えは不適法として「却下される」は、誤りである。

エ．「公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもってする場合でも、「客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによって、他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめて、ひろく国民の権益を擁護することをもって、その立法の趣旨とするものと解すべきである。」（最判昭和31年11月30日）

21

1．「（宅建業者の免許制度は）究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、・・・免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかに解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているというべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに国家賠償法1条1項にいう違法な行為にあたるものではないというべきである。」（最判平成元年11月24日）

2．指定確認検査機関による建築基準法6条の2第1項の確認に係る建築物について、同法6条1項の確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は、指定確認検査機関の当該確認につき行政事件訴訟法21条1項所定の「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」にあたると判示している。

「建築基準法は、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであることについての確認に関する事務を地方公共団体の事務とする前提に立った上で、指定確認検査機関をして、上記の確認に関する事務を特定行政庁の監督下において行わせることとしたということができる。そうすると、指定確認検査機関による確認に関する事務は、建築主事による確認に関する事務の場合と同様に、地方公共団体の事務であり、その事務の帰属する行政主体は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体であると解するのが相当である。したがって、指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は、指定確認検査機関の当該確認につき行政事件訴訟法21条1項所定の「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」にあたるというべきであって、抗告人は、本件確認に係る事務の帰属する公共団体にあたるということができる」（最判平成17年6月24日）

3．「申請を受けた処分庁には、不当に長期間にわたらないうちに応答処分をすべき条理上の作為義務があり、右の作為義務に違反したというためには、客観的に処分庁がその処分のために手続上必要と考えられる期間内に処分ができなかったことだけでは足りず、その期間に比して更に長期間にわたり遅延が続き、かつ、その間、処分庁として通常期待される努力によって遅延を解消できたのに、これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要である。」（最判平成3年4月26日）

「直ちに」国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるということではない。

4．「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによって「当然に国家賠償法1条1項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるものではなく、」当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情がある場合にはじめて右責任が肯定されると解するのが当裁判所の判例であるところ、この理は、刑事事件において、上告審で確定した有罪判決が再審で取り消され、無罪判決が確定した場合においても異ならない」（最判平成2年7月20日）

5．「刑事事件において「無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。」けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりは適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである」（最判昭和53年10月20日）

20210725

2020

22

ア．市町村の区域内に住所を有する者は、当該市町村及びこれを包括する都道府県の住民とする（地方自治法10条1項）。

イ．地方自治法でいう「住民」とは、その地方公共団体の区域内に住所を有する者を指し、外国人も含まれる（地方自治法10条1項）が、日本国民たる普通地方公共団体の住民は、この法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の選挙に参与する権利を有する（地方自治法11条）と規定している。

日本国民に限定されているため、住民であっても日本国籍のない外国人には選挙に参与する権利はない。また、「この法律の定めるところにより、」としているとおり、年齢や住所を有してから3ヵ月以上などの要件があり、住民すべてがその属する普通地方公共団体の選挙に参与する権利を有するわけではない。

ウ．住民は、法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の役務の提供をひとしく受ける権利を有し、その負担を分任する義務を負う（地方自治法10条2項）。

エ．日本国民たる普通地方公共団体の住民は、この法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の条例（地方税の賦課徴収並びに分担金、使用料及び手数料の徴収に関するものを除く。）の制定又は改廃を請求する権利を有する（地方自治法12条1項）。

地方税の賦課徴収並びに分担金、使用料及び手数料の徴収に関するものを除くと規定されており、「すべての条例について、その内容にかかわらず」は、誤りである。

オ．市町村は、別に法律の定めるところにより（住民基本台帳法など）、その住民につき、住民たる地位に関する正確な記録を常に整備しておかなければならない（地方自治法13条の2）。

したがって、住民たる地位に関する正確な記録を整備しておかなければならないのは、都道府県ではなく市町村である。

23

1．地方公共団体の事務は、自治事務と法定受託事務に区分され、地方自治法において「自治事務」とは、地方公共団体が処理する事務のうち、法定受託事務以外のもの（地方自治法2条8項）である。

自治事務及び法定受託事務ともに、法律・政令により事務処理が義務付けられており、法律で自治事務と定められているときに限り地方公共団体の処理する事務が自治事務となるわけではない。

2．普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて条例を制定することができる（地方自治法14条1項）。

既に法律で定められているものを条例で変更することはできない。

3．普通地方公共団体は、その事務の処理に関し、法律又はこれに基づく政令によらなければ、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとされることはない（地方自治法245条の2）。

自治事務・法定受託事務ともに、他に関与の種類がある（地方自治法245条以下）。

自治事務に対する関与

①助言

②勧告

③資料の提出の要求

④是正の要求

⑤協議

法定受託事務に対する関与

①助言

②勧告

③資料の提出の要求

④協議

⑤同意

⑥許可、認可又は承認

⑦指示

⑧代執行

4．自治紛争処理委員は、この法律の定めるところにより、普通地方公共団体相互の間又は普通地方公共団体の機関相互の間の紛争の調停、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与のうち都道府県の機関が行うもの（以下この節において「都道府県の関与」という。）に関する審査、第252条の2第1項に規定する連携協約に係る紛争を処理するための方策の提示及び第143条第3項（第180条の5第8項及び第184条第2項において準用する場合を含む。）の審査請求又はこの法律の規定による審査の申立て若しくは審決の申請に係る審理を処理する（地方自治法251条1項）。

自治紛争処理委員は、3人とし、事件ごとに、優れた識見を有する者のうちから、総務大臣又は都道府県知事がそれぞれ任命する。この場合においては、総務大臣又は都道府県知事は、あらかじめ当該事件に関係のある事務を担任する各大臣又は都道府県の委員会若しくは委員に協議するものとする（地方自治法251条2項）。

自治紛争処理委員は、非常勤とする（地方自治法251条3項）。

市町村に対する都道府県の関与に関する審査や地方自治法による審査請求又は審査の申立て若しくは審決の申請に係る審理を処理する機関として自治紛争処理委員がある。普通地方公共団体の自治事務に関する紛争を処理するために設けられたものではない。

5．都道府県の執行機関は、市町村の当該各号に定める自治事務の処理が法令の規定に違反していると認めるとき、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるときは、当該市町村に対し、当該自治事務の処理について違反の是正又は改善のため必要な措置を講ずべきことを勧告することができる（地方自治法245条の6柱書き、1号）。

24 住民訴訟は、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものであり、客観訴訟のうち民衆訴訟にあたる（行政事件訴訟法5条）。

また、住民訴訟を提起する権利は、一身専属的であり、原告の死亡により、その地位を承継することはできないと解されている。

「地方自治法242条の2に規定する住民訴訟は、原告が死亡した場合においては、その訴訟を承継するに由なく、当然に終了するものと解すべきである」（最判昭和55年2月22日、最判昭和57年7月13日）

2．住民訴訟をするには、事前に住民監査請求（事務監査ではない）をしていることが要件となる（地方自治法242条の2第1項）。

また、住民監査請求の主体は「普通地方公共団体の住民」であるため、選挙権を有さない者でも、納税者でなくても、日本人でなくても、法人であっても、住民監査請求をした当該地方公共団体の住民であり、かつ法律上の行為能力が認められている限り、住民訴訟を提起することができる（地方自治法242条1項）。

3．住民監査請求とは、普通地方公共団体の住民が監査委員に対して、必要な措置を講じるよう求める請求であり（地方自治法242条）、地方公共団体の住民であれば1人でもできる。

事務監査請求と類似する点もあるが、連署などがなく1人でもできる点、監査の対象が財務に限定されている点に相違があり、肢の「条例で定める一定数の当該地方公共団体の住民の連署」は、誤りである。

4．普通地方公共団体の議会は、第1項の規定による請求があった後に、当該請求に係る行為又は怠る事実に関する損害賠償又は不当利得返還の請求権その他の権利の放棄に関する議決をしようとするときは、あらかじめ監査委員の意見を聴かなければならない（地方自治法242条10項）。

5．住民訴訟を提起した者が勝訴（一部勝訴を含む。）した場合において、弁護士又は弁護士法人に報酬を支払うべきときは、当該普通地方公共団体に対し、その報酬額の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる（地方自治法242条の2第12項）。

25

1．「一たび通知書に理由を付記した以上、実施機関が当該理由以外の理由を非公開決定処分の取消訴訟において主張することを許さないものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はないとみるのが相当である。」（最判平成11年11月19日）

非開示決定の通知書に理由を付記したからといって当該理由以外の理由を非公開決定処分の取り消し訴訟において主張することができないわけではない。

取消訴訟で非公開決定の付記理由以外を主張することができるということである。

2．情報公開法における行政文書とは、行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書、図画及び電磁的記録であり、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、当該行政機関が保有しているものをいうと定められている（情報公開法2条2項本文）。

また、行政文書の開示を請求する権利の内容は、行政機関の長に対する開示請求は当該行政機関が保有する行政文書をその対象とするものとされ（情報公開法3条）、当該行政機関が当該行政文書を保有していることがその開示請求権の成立要件とされているので、開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟においては、その取消しを求める者が、当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことについて主張立証責任を負うと判示している。

「開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟においては、その取消しを求める者が、当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことについて主張立証責任を負うものと解するのが相当である。」（最判平成26年7月14日）

3．情報公開請求の非公開決定の取消訴訟において、当該公文書が書証として提出されたとしても、内容を知ったからといって制限する規制はない以上、依然として所定の手続により閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有するのだから、取消しを求める訴えの利益は失われないと判示している。

「公開請求権者は、本件条例に基づき公文書の公開を請求して、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有するというべきであるから、請求に係る公文書の非公開決定の取消訴訟において当該公文書が書証として提出されたとしても、当該公文書の非公開決定の取消しを求める訴えの利益は消滅するものではないと解するのが相当である」（最判平成14年2月28日）

4．「条例に基づく公文書の非開示決定に取り消し得べき瑕疵があるとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記決定をしたと認め得るような事情がある場合に限り、上記評価を受けるものと解するのが相当である」（最判平成18年4月20日）

5．沖縄県那覇市が、那覇市の情報公開条例に基づいて、「自衛隊対潜水艦戦作戦センター庁舎の建築計画書」を市民団体の請求に対して開示決定し、この決定に対して「国防上の支障が生じる」として国が当該開示決定の取消訴訟を提起したという事案である。

判例は、「上告人（国）は、本件文書の公開によって国有財産である本件建物の内部構造等が明らかになると、警備上の支障が生じるほか、外部からの攻撃に対応する機能の減殺により本件建物の安全性が低減するなど、本件建物の所有者として有する固有の利益が侵害されることをも理由として、本件各処分の取消しを求めていると理解することができる。そうすると、本件訴えは、法律上の争訟というべき」（最判平成13年7月13日）としている。

26

1．道路交通法には、「自動車等を運転しようとする者は、公安委員会の運転免許を受けなければならない」と規定されている（道路交通法84条1項）。

都道府県公安委員会は、自動車の運転免許の交付事務を担当する合議制の機関であるが、実際の交付事務は、警視庁及び各道府県警察本部交通部に委任されている。

2．判例によれば、「免停の期間及び期間の経過により違反点数が消滅した場合は、道路交通法上の不利益を受ける恐れがなくなったことになり、取消の訴によって回復すべき法律上の利益はない」（最判昭和55年11月25日）としている。

しかし、免許停止期間が経過しても、違反点数が残っていることから再度処分を受けたときの加重要件となるため、訴えの利益を有するといえる。

3．行政行為の付款理論でいうところの「期限」とは、行政行為の効果を将来の確実な事実にかからしめる意思表示をいう。

そして、自動車の運転免許証に記載されている日付は、ここにいう「期限」に該当する。

「条件」とは、法律行為の効力の発生・消滅を、将来の発生が不確定な事実にかからせる付款またはその事実である。条件が実現することを条件の成就という。

4．本来国民が有している権利（自由）について、一般的に禁止しておき、一定の技能や知識を有する特定の者等に対して解除するものは許可にあたる。

この点、車が最初に日本に入ってきた頃は（明治36年頃）、自由に運転できたが、交通の秩序の必要性から免許（許可）制にされたものであるから、自動車の運転免許は、行政行為の分類理論の「許可」に該当する。したがって、自動車の運転免許は、「特許」には該当しない。

なお、行政行為の分類理論において、「特許」とは、特定人のために、新たな権利を設定し、又は法律上の地位を付与する行為である。

5．都道府県公安委員会は、国家公安委員会の地方支分部局ではなく、警察法38条1項に規定されたであり、同条6項には、国家公安委員会及び他の都道府県公安委員会都道府県知事の所轄の下に置かれた機関と常に緊密な連絡を保たなければならないとある。

また、国家公安委員会は、内閣総理大臣の所轄の下に置かれた機関であり（警察法4条1項）、都道府県公安委員会と常に緊密な連絡を保たなければならないと定められている（警察法5条7項）。

27

1．未成年者に対して親権を行う者がないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき、後見が開始する（民法838条）。親権を行う者が管理権を有しないときだけではなく、親権を行う者がないときにも後見が開始する。

2．被保佐人が、重要な財産に関する行為をする場合には、保佐人の同意を得なければならない（民法13条1項）。また、家庭裁判所は、請求権者の請求により、保佐人に代理権付与の審判をすることができる（民法876条の4）。

3．補助開始の審判は、①補助人の同意を要する旨の審判等、または、②補助人に代理権を付与する旨の審判とともにしなければならない（民法15条3項）。

補助開始の審判時には、①または②のどちらか一方が行われていればよいことになっており（民法17条1項、民法876条の9第1項）、①と②を同時に行うことも否定されていない。つまり、①と②を同時に行うことも可能である。

4．制限行為能力者の相手方が、被保佐人に対して催告権を行使した場合において、確答をもらえないときにどうなるのか（民法20条4項後段）を問うものである。

原則的には、制限行為能力者の相手方が催告権を行使し、確答がもらえないケースにおいては、追認擬制の効果をもたらす（民法20条1項）。例外として、被保佐人と被補助人に対して催告権を行使した場合には、取消擬制の効果をもたらす（民法20条4項）。

本肢の場合、相手方が被保佐人に対し催告権を行使しているため、確答がなければ取消擬制となるが、「追認したものと擬制される」としているので誤りである。

確認POINT

追認擬制 制限行為能力者の相手方が、自分で決められる人（行為能力者）に対して催告権を行使した場合

取消擬制 自分で決められない人（制限行為能力者）に対して催告権を行使した場合

なお、未成年者と成年被後見人は、催告の受領能力（民法98条の2）を持っていないので、催告の問題にはならないことも合わせて確認しておきたい。

5．制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない（民法21条）。

判例は「無能力者であることを黙秘することは、無能力者の他の言動などと相まって、相手方を誤信させ、または誤信を強めたものと認められるときには、民法20条にいう詐術にあたるが、黙秘することのみでは右詐術にあたらない」（最判昭和44年2月13日）としている。

28

ア　取引行為によって、平穏に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する（民法192条）。

この「占有」について、判例は、「無権利者から動産の譲渡を受けた場合において、譲受人が民法192条（即時取得）によりその所有権を取得しうるためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要し、かかる状態に一般外観上変更を来たさないいわゆる占有改定の方法による取得をもっては足らない」（最判昭和35年2月11日）としている。

イ．他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる。ただし、その債権が弁済期にないときは、この限りでない（民法295条）。

この占有は、第三者による代理占有によっても成立する。しかし、債務者は第三者ではないため、債務者を占有代理人とした占有は含まれない。

ウ．先取特権は、債務者がその目的である動産をその第三取得者に引き渡した後は、その動産について行使することができない（民法333条）。

判例は、この「引き渡し」には「占有改定を含む（大判大正6年7月26日）」としている。

エ．質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生ずる（民法344条）。

民法は、178条により物権変動については意思主義を採用しているが、民法344条は、意思主義の例外的規定となり、質権の要物性を認めている。質権は、設定者から物を奪うことにより留置的効力を生ずるため、設定者の手元に質物を残してしまう占有改定は、民法344条に規定する「引き渡す」の要件を満たさない。

なお、民法344条の「引き渡す」には、「現実の引渡し及び簡易引渡し」「指図による引渡し」が含まれるので、あわせて押さえておきたい。

オ．動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しがなければ、第三者に対抗することができない（民法178条）。

動産譲渡担保権を第三者に対抗するための要件は、民法178条に規定されている「引渡し」である。

民法178条の「引渡し」は、現実の引渡し（民法182条）だけではなく、簡易引渡し（民法182条2項）、指図による占有移転（民法184条）も含まれる。

また、占有改定が含まれるか否について、判例は、「債務者が動産を売渡担保に供し引きつづきこれを占有する場合においては、債権者は、契約の成立と同時に、占有改定によりその物の占有権を取得し、その所有権取得をもって第三者に対抗することができる」（最判昭和30年6月2日）としている。すなわち、民法178条における引き渡しには、占有改定を含むとしている。

【占有改定の横断整理の一例】

占有改定でも許されるもの

動産の引渡（民法178条）

先取特権と第三取得者（民法333条）

占有改定では満たされないもの

即時取得（民法192条）

質権（民法344条）

留置権（民法295条）

29

1．根抵当権の被担保債権の範囲は、極度額を限度として、「確定した元本並びに利息その他の定期金及び債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部」である（民法398条の3）。

つまり、極度額の範囲以内であれば、すべて担保されるということであり、利息その他定期金の2年分という制限はなく、確定した元本並びに利息その他の定期金及び債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部が、被担保債権の範囲となる。

2．確定前根抵当権においては、被担保債権の範囲の変更をすることができるが（民法398条の4）、後順位抵当権者第三者の承諾は求められていない（民法398条の4第2項）。

また、元本の確定前に登記をしなかったときは、その変更をしなかったものとみなされる（民法398条の4第3項）。

3．元本確定期日の定めの変更については、民法398条の4第2項の準用により、第三者の承諾は不要とされ、当事者の合意により成立する（民法398条の6第1項、2項）。変更後の期日については、変更した日から5年以内と制限がついている（民法398条の6第3項）。

また、元本確定期日の変更には、登記をすることを求められている（民法398条の4第4項）。元本確定期日の変更登記をしないときは、その変更前の期日に確定する（民法398条の6第4項）。

4．元本の確定前に根抵当権者から債権を取得した者は、その債権について根抵当権を行使することができない（民法398条の7）。

免責的債務引受があった場合においては、原則として担保権の移転をすることができるが（民法472条の4第1項）、根抵当権については、免責的債務引受があった場合においても、根抵当権者は、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない（民法398条の7第1項、3項）。

5．元本の確定後においては、根抵当権設定者は、その根抵当権の極度額を、現に存する債務の額と以後2年間に生ずべき利息その他の定期金及び債務の不履行による損害賠償の額とを加えた額に減額することを請求することができる（民法398条の21第1項）。

30

1．債権の目的が数個の給付の中から選択によって定まるときは、その選択権は、債務者に属する（民法406条）。

原則、選択権は、債務者にある。選択債権における債務者は、給付する義務を負う側である。

本肢の場合は、Aが債務者（給付義務を負う側）となり、AB間に特約もないため、原則にしたがい、債務者Aが選択権を持つことになる。

2．選択債権における選択権は、相手方に対する意思表示によって行使し（民法407条1項）、相手方の承諾を得なければ、撤回することができない（民法407条2項）。

したがって、選択権者は、相手方の承諾を得れば、撤回することができる。

3．選択権を有する者の過失により、給付の中に不能のものがある場合、債権は、その残存するものについて存在する（民法410条）。

本肢の場合、選択権者Aの過失により、甲建物が滅失したとあるため、債権は、その残存するもの（つまり、乙建物）について存在することになる。

4．第三者が、選択権を行使すべき場合には、「債権者又は債務者」に意思表示をする（民法409条1項）。

つまり、どちらか一方に対して意思表示をすればよく、債権者および債務者に意思表示をする必要はない。

5．第三者が選択をすることができず、又は選択をする意思を有しないときは、選択権は、債務者に移転する（民法409条2項）。

したがって、本肢では、原則どおり、選択権は債務者Aに移転する。

31

1．併存的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる（民法470条2項）。

併存的債務引受の契約当事者は、以下の3パターンである。

①債権者と債務者と引受人よる三者契約

②債権者と引受人による場合

③債務者と引受人による場合

したがって、②債権者Bと引受人Cによって契約することができるとしているため、正しい。

2．債務者と引受人となる者で契約をするときは、債権者が引受人となる者に対して承諾をすることも必要になる（民法470条3項）。

したがって、③債務者Aと引受人となる者Cとの契約で、債権者Bが引受人となる者Cに対して承諾をしたときに、その効力が生ずるとしているため、正しい。

3．免責的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によって行うときには、債権者が債務者に対してその契約をした旨を通知した時に、その効力を生ずる（民法472条2項）。

したがって、②債権者Bと引受人となる者Cとの契約で、債権者Bが債務者Aに対して、その契約をした旨を通知した時に効力が生ずるためとしているため、正しい。

4．免責的債務引受は、債務者と引受人となる者が契約をし、債権者が引受人となる者に対して承諾をすることによってもすることができる（民法472条3項）。

債務者と引受人となる者が契約をした場合には、債権者が、引受人となる者に対して承諾をすることを要件としている。 したがって、③債務者Aと引受人となる者Cとの契約であるので、債権者Bが引受人となる者Cに対して承諾をしたときに、その効力が生ずるため、正しい。

5．免責的債務引受の引受人は、債務者に対して求償権を取得しない（民法472条の3）。

したがって、「引受人Cは、債務者Aに対して求償権を取得する」としているため、誤りである。

32

1．双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行（債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む。）を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる（民法533条本文）。

判例は、「売買契約が詐欺を理由として取り消された場合における当事者双方の原状回復義務は、同時履行の関係にあると解するのが相当である。」（最判昭和47年9月7日）としている。

本肢は「詐欺を行った当事者は、当事者双方の原状回復義務の履行につき、同時履行の抗弁権を行使することができない」としているため、妥当でない。

2．判例は、「借家法5条により造作の買収を請求した家屋の賃借人は、その代金の不払を理由として右家屋を留置し、または右代金の提供がないことを理由として同時履行の抗弁により右家屋の明渡を拒むことはできない」（最判昭和29年7月22日）としており、否定的な立場をとっている。

3．判例は、「賃貸人は、特別の約定のないかぎり、賃借人から家屋明渡を受けた後に前記の敷金残額を返還すれば足りるものと解すべく、したがって、家屋明渡債務と敷金返還債務とは同時履行の関係にたつものではない」（最判昭和49年9月2日）としている。

本肢は「賃貸人が敷金を提供するまで、賃借人は、家屋の明渡しを拒むことができる」としているため、妥当でない。

4．仕事完成義務と報酬支払義務は、同時履行の関係ではない。先に仕事を完成させなければ、報酬を請求することができないが（民法624条1項）、仕事の目的物の引渡しは、注文者の報酬支払義務と同時履行の関係にある（民法633条）。

本肢は「仕事完成義務と報酬支払義務は同時履行に立つ」としているため、妥当でない。

POINT

注文者の報酬支払義務と請負人の目的物引渡義務

原則として同時履行（民法633条本文）

物の引渡なし：仕事終了後でなければ、報酬請求不可（民法633条ただし書き、民法624条）

注文者の報酬支払義務と請負人の仕事完成義務

同時履行ではない（民法624条）（仕事完成が先履行）

5．双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行（債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む。）を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる（民法533条本文）。

相手方が債務の履行をしたときに、同時履行の抗弁権は消滅するのかについて、判例は「双務契約の当事者の一方は相手方の履行の提供があっても、その提供が継続されない限り同時履行の抗弁権を失うものでない」（最判昭和34年5月14日）としている。

33

1．賃貸借の対抗要件を備えた場合であっても、不動産の賃貸人たる地位は、その譲受人に移転するため（民法605条の2）、賃貸人たる地位は、Aから譲受人Cに移転する。

2．判例は、「土地の賃借人は、借地上に妻名義で保存登記を経由した建物を所有していても、その後その土地の所有権を取得した第三者に対し、建物保護に関する法律1条により、その土地の賃借権をもって対抗することができない」（最判昭和47年6月22日）としている。

3．賃貸人たる地位の移転は、所有権の移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができない（民法605条の2第3項）。

譲受人Cは、甲土地について所有権移転登記を備えなければ、賃借人Bに対して賃料を請求することができない。

4．賃借人は、賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる（民法608条）。

譲渡人Aから譲受人Cに賃貸人たる地位の移転がおこっているため、賃借人Bは、Cに対して直ちにその償還を請求することができる。

5．賃貸人が、敷金を受け取っている場合において、賃貸借が終了し、かつ賃借物の返還を受けたときは、敷金を返還しなければならない（民法622条の2第1項柱書き、1項1号）。

したがって、賃貸借契約が期間満了によって終了し、Bが甲土地を明け渡した後においては、Cには敷金返還の義務が発生する。すなわち、賃借人Bは、土地を明け渡した後であれば、賃貸人たる地位の移転を受けた譲受人Cに対して、敷金の返還を請求できる。

34

1．医療水準論に関する問いである。

判例は、「ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等にあたることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない」（最判平成7年6月9日）としている。

臨床医学の実践における医療水準は、全国一律的に絶対的な基準として考えられているわけではない。

2．医療水準論に関する問いである。

判例は、「人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが、具体的な個々の案件において、債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。そして、この臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療にあたった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものであるが、医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」（最判平成8年1月23日）としている。

3．医師の患者に対する説明義務に関する問いである。

判例は、「少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務がある」（最判平成13年11月27日）としている。

よって、医療水準として未確立の療法については、説明義務を負うものではないとしているのは、妥当でない。

4．医師の患者転医義務について問うものである。

判例は、「被上告人は、上記の事実関係の下においては、 本件診療中、点滴を開始したものの、上告人のおう吐の症状が治まらず、上告人に軽度の意識障害等を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた母親から診察を求められた時点で、直ちに上告人を診断した上で、上告人の上記一連の症状からうかがわれる急性脳症等を含む重大で緊急性のある病気に対しても適切に対処し得る、高度な医療機器による精密検査及び入院加療等が可能な医療機関へ上告人を転送し、適切な治療を受けさせるべき義務があった」（最判平成15年11月11日）としている。

したがって、医師が、病名を特定できないため、適切な治療を受けさせる義務を負うものではないとしているのは、妥当でない。

5．医療水準論における医師の義務についての問いである。

判例は、「精神科医は、向精神薬を治療に用いる場合において、その使用する向精神薬の副作用については、常にこれを念頭において治療にあたるべきであり、向精神薬の副作用についての医療上の知見については、その最新の添付文書を確認し、必要に応じて文献を参照するなど、当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務があるというべきである」（最判平成14年11月8日）としている。

本肢は、最新の添付文章を確認しなくてもよいとしているため、妥当でない。

35

ア．家庭裁判所は、次条から第817条の7までに定める要件があるときは、養親となる者の請求により、実方の血族との親族関係が終了する縁組を成立させることができる（民法817条の2）。

特別養子縁組は、裁判所において審判の確定により成立し、効力を生ずるため、実父母と養父母の合意を届け出るだけでは成立しない。

イ．養親となる者の要件は、「配偶者のある者」である（民法817条の3）。

年齢については、原則的には25歳に達しない者は、養親となることができないが、養親となる夫婦の一方が25歳に達していなくても、その者が20歳に達しているときは例外を認めている（民法817条の4）。

つまり、夫婦いずれもが20歳以上であり、かつ、そのいずれかは25歳以上でなければならないということである。

ウ．養子となる者が15歳に達している場合においては、特別養子縁組の成立には、その者の同意がなければならない（民法817条の5第3項）が、15歳に達していない場合には、その者の同意は不要である。

したがって本肢は、「すべての特別養子縁組」としているため、誤りである。

エ．養子と実方の父母及びその血族との親族関係は、特別養子縁組によって終了する（民法817条の9）。

特別養子縁組は、その成立により、従前の親子関係等を終了させる縁組である。そのため、特別養子縁組成立後は、実父母の相続人となる資格も当然に失われる。

オ．養子の利益のため特に必要があると認めるときは、家庭裁判所は、養子、実父母又は検察官の請求により、特別養子縁組の当事者を離縁させることができる（民法817条の10第1項柱書き）。

①養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があること。

②実父母が相当の監護をすることができること。

①②の両方を満たしていない場合は、することができない（民法817条の10第2項）。

特別養子縁組の離縁には、子の福祉のために厳格な要件を定めている。 本肢は、①または②となっており、離縁の要件を満たさないため、誤りである。

36

ア．「商法578条所定の高価品とは、容積または重量の割に著しく高価な物品をいうものと解すべきところ、原審の確定する事実によれば、本件研磨機は容積重量ともに相当巨大であって、その高価なことも一見明瞭な品種であるというのであるから、本件研磨機は同条所定の高価品にはあたらないというべきである。」（最判昭和45年4月21日）

判例によると「高価品」とは、容積または重量の割に著しく高価な物品をいい、一見して高価なものはここでいう高価品にあたらないという。

一般的に運賃は容積と重量に比例して高くなるので、判例を知っていて深読みしたら逆に迷うかもしれない。

イ．貨幣、有価証券その他の高価品については、荷送人が運送を委託するにあたり、その種類及び価額を通知した場合を除き、運送人は、その滅失、損傷又は延着について損害賠償の責任を負わない（商法577条1項）。

ウ．貨幣、有価証券その他の高価品については、荷送人が運送を委託するにあたりその種類及び価額を通知しなくても、物品運送契約の締結の当時、運送品が高価品であることを運送人が知っていたときは、その滅失、損傷又は延着について損害賠償の責任を負う（商法577条2項1号）。

エ．貨幣、有価証券その他の高価品については、荷送人が運送を委託するにあたりその種類及び価額を通知しなくても、次の場合は、その滅失、損傷又は延着について損害賠償の責任を負う（商法577条2項1号、2号）。

①物品運送契約の締結の当時、運送品が高価品であることを運送人が知っていたとき。

②運送人の故意又は重大な過失によって高価品の滅失、損傷又は延着が生じたとき。

問題文のケースでは故意であっても重大な過失によってもどちらも免責されない。

オ．高価品について運送人が免責されるときというのは、高価品についての通知がない場合である（商法577条1項）。そして運送人が高価品について悪意で、故意または重大な過失がある場合は免責されない（商法577条2項1号、2号）。

不法行為責任は故意または過失によるので、商法577条に照らせば高価品について運送人が免責されるときは、不法行為責任も免除される。

37

ア．各発起人は、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を一株以上引き受けなければならない（会社法25条2項）。

設立時株式を一株も引き受けていない発起人がいると会社の設立無効事由となる。

イ．設立に際して作成された定款に公証人の認証がない場合に提起できるのは「設立無効の訴え」であり、株主等が訴えを提起することが可能である（会社法828条1項2項参照）。

設立の取消しの訴えを提起できるのは持分会社のみで（会社法832条参照）、株式会社には設立取消の規定はない。

設立が無効となる一例

定款の絶対的記載事項が欠けている

設立時株式を一株も引き受けていない発起人がいる

公証人による定款認証がない

定款で定める出資がなされていない

募集設立での創立総会が適法に開催されていない

株式発行事項につき発起人全員の同意がない

設立登記が無資格者の申請に基づくなどの理由である場合

ウ．現物出資財産等で検査役の調査を必要としないケースは以下のとおり（会社法33条10項）。

①現物出資・財産引受の定款記載価額の総額が500万円を超えない場合。

②市場価格のある有価証券で、定款記載の価額がその市場価格を超えない場合。

③弁護士、公認会計士、税理士等の証明を受けている場合。（不動産については不動産鑑定士）

変態設立事項に関する出題は近年とても多いので、条文は複雑ではあるが熟読して理解を深めたい部分である。

エ．株式会社が成立しなかったときは、発起人は、連帯して、株式会社の設立に関してした行為についてその責任を負い、株式会社の設立に関して支出した費用を負担する（会社法56条）。

本肢の「発起人及び設立時役員等」は、会社法52条（出資された財産等の価額が不足する場合の責任）と混同させるような記述となっている。

参照

会社法52条

株式会社の成立の時における現物出資財産等の価額が当該現物出資財産等について定款に記載され、又は記録された価額に著しく不足するときは、発起人及び設立時取締役は、当該株式会社に対し、連帯して、当該不足額を支払う義務を負う。

オ．募集設立の場合には、発起人は、払込みの取扱いをした銀行等に対し、払い込まれた金額に相当する金銭の保管に関する証明書の交付を請求することができる（会社法64条1項）。

つまり払込金保管証明書の制度が適用されるのは、発起設立ではなく募集設立である。募集設立においては、発起人以外の引受人がいるため、当該引受人を保護するために、払込金保管証明の制度がある。

したがって、発起設立についても払込金保管証明の制度があるとする本肢は誤り。

38

1．株式会社は全部の株式の内容に特別な定めを置くことができ（会社法107条）、また一部の株式の内容に対しても特別な定めを置くことができる（会社法108条）。

全部の株式または一部の株式に定めることができる、共通しているものには次の三つがある。

譲渡制限の定め 株式を譲渡により取得する場合に会社の承認を要するものとする定め

取得請求の定め 会社に対して株式を取得するよう、株主から請求する事の出来るものとする定め

取得条項の定め 一定の条件が発生すると、会社が株主から株式を取得するものとする定め

全部または一部の株式に取得請求権を定めることができるという本肢は、正しい。

2．全部または一部の株式に取得条項を定めることができる。

3．自己株式の取得は、出資の払い戻しに近い効果があるので、株主間の公平維持や債権者保護の立場から、会社法は自己株式の取得に規制を置いている。しかしながら、合併や、事業の全部取得の結果、自動的に自己株を取得するに至る場合は、規制から外れることになる（会社法155条10号）。

4．公正な価格が形成される市場取引であれば、既存株主に対しても株式の売却の機会が図れるし、株主間の公平が維持されると考えられる。そのため、自己株式の取得を取締役会の決定事項とする定款を定めることができる（会社法165条2項）。

5．分配可能額を超えて、自己株式を取得するということは、違法配当と同じ状態になり得る。債権者保護の立場から、株主総会の決議を経ても許されるものではない。その結果自己株式の譲渡人である株主、自己株式取得の決定に関わった取締役等に、違法配当と同様の責任が課されるのである。

20210726

39

1．株式会社は、一定の日（基準日）を定めて、基準日において株主名簿に記載され、又は記録されている株主（基準日株主）をその権利を行使することができる者と定めることができる（会社法124条1項）。

2．基準日株主が行使することができる権利が株主総会又は種類株主総会における議決権である場合には、株式会社は、当該基準日後に株式を取得した者の全部又は一部を当該権利を行使することができる者と定めることができる。ただし、当該株式の基準日株主の権利を害することができない（会社法124条4項）。

この規定は、募集株式などで基準日後に新たに株主となった者に対する議決権の付与を想定していると考えられている。そもそも基準日に権利を持つ者が存在しないので、権利を害することがないからである。

3．株主は、代理人によってその議決権を行使することができ、代理権の授与は、株主総会ごとにしなければならない（会社法310条1項2項）。

総会に参加できない株主に議決権を行使する機会を与えるための規定である。

4．延期又は続行について決議があった場合には、株主総会の招集規定は適用されない（会社法317条）。延期又は続行された会は、元の総会と一体のものであり継続会と称される。

新たに招集を行うものではないので、新たに基準日を設けたりすることはない。

5．株主総会を招集するときに定める事項として「株主総会に出席しない株主が書面によって議決権を行使することができることとするときは、その旨（会社法298条1項3号）」とある。

つまり議決権行使書面を行使できるのは株主総会に出席しない株主であり、出席してしまうとその効力は失われるのである。

40

1．1株でも譲渡制限のない株式を発行している会社を公開会社という（会社法2条5号）。したがって、公開会社であり、かつ大会社が、譲渡制限株式を発行できないことはない。

2．公開会社では発行可能株式総数が発行済株式総数の4倍を超えることができない（会社法37条3項本文）。いわゆる「公開会社の4倍ルール」が適用される。新株発行では原則的に株主総会決議の承認が必要だが、公開会社での新株発行は取締役会の承認でできる。

取締役会の決定で無制限に新株を発行されてしまうと、発行済総株式に対する株主の影響力が薄くなってしまうので、このようなルールがある。

3．取締役会設置会社は株主総会の招集通知を書面で行わなければならない（会社法299条2項2号）。

一定規模の株式会社になると、株主に総会出席の機会と、議事議決に参加する準備の機会を保証する必要があるため、公開会社は株主総会の招集通知を書面で行わなければならない。

4．公開会社、非公開会社を問わず、大会社であれば会計監査人を選任しなければならない（会社法328条1項2項）。

会社の機関設計の知識を前提とした問題は多くあるが、すべてのパターンを覚える必要はない。株主の流動性、会社の規模によって利害関係者が増えるほど、定款による自治から監査による信頼性を担保する会社設計が必要になってくる。

意味合いを理解しながら最低限必要な機関のパターンを学習することが肝要である。

5．株式会社は、取締役が株主でなければならない旨を定款で定めることができない。ただし、公開会社でない株式会社においては、この限りでない（会社法331条2項）。

会社法における株式会社は資本と経営が分離して会社の統治をおこなうことを原則としているが、非公開会社では株式の流通が少なく、資本と経営の分離が明確ではない場合が多い。

この場合は株主自ら経営することが好ましいと思う会社もあり、このような定款を定めることができる。

41

本問は、三井美唄労組事件判決（最大判昭和43年12月4日）からの引用である。

憲法は弱い立場にある労働者が、強い立場である使用者との対等な関係を確保するため、憲法は労働基本権を確保している。

労働者が使用者と対等の立場に立って、労働条件などについて交渉するために組織された労働組合は、言わば一枚岩となるべく組合員に対し強く統制する権能を持つ。

しかし組合員の個人としての自由権も認めなければならないため、自由と統制のバランスが問題になる。

本判決は、組合員の立候補の自由と労働組合の利益が反目した場合に、労働組合の統制力がどこまで及ぶかを判断したものになる。

空欄に補充した文章は、つぎのとおりである。

42

行政指導とは、相手方の任意ないし合意を前提として行政目的を達成しようとする行政活動の一形式である。

行政手続法は、行政指導につき、「行政機関がその任務又は［ア：所掌事務］の範囲内において一定の行政目的を実現するために特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、［イ：勧告］、助言その他の行為であって処分に該当しないもの」と定義し、行政指導に関する幾つかの条文を規定している。例えば、行政手続法は、行政指導［ウ：指針］につき、「同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときにこれらの行政指導に共通してその内容となるべき事項」と定義し、これが、［エ：意見公募］手続の対象となることを定める規定がある。

行政指導は、一般的には、法的効果をもたないものとして処分性は認められず抗告訴訟の対象とすることはできないと解されているが、行政指導と位置付けられている行政活動に、処分性を認める最高裁判決も出現しており、医療法にもとづく［イ：勧告］について処分性を認めた最高裁判決（最二判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁）が注目されている。

43

本件は、被上告人（議員）が、議会運営委員会が厳重注意処分の決定をし、市議会議長がこれを公表したこと（以下、これらの行為を併せて「本件措置等」という。）によって、その名誉を毀損され、精神的損害を被ったとして、上告人（市）に対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めるものである。これは、［ア：私法上の権利利益］の侵害を理由とする国家賠償請求であり、その性質上、法令の適用による終局的な解決に適しないものとはいえないから、本件訴えは、裁判所法3条1項にいう［イ：法律上の争訟］に当たり、適法というべきである。

もっとも、被上告人の請求は、本件視察旅行を正当な理由なく欠席したことを理由とする本件措置等が国家賠償法1条1項の適用上違法であることを前提とするものである。

普通地方公共団体の議会は、憲法の定める［ウ：地方自治の本旨］に基づき自律的な法規範を有するものであり、議会の議員に対する懲罰その他の措置については、［エ：議会の内部規律］の問題にとどまる限り、その自律的な判断に委ねるのが適当である。そして、このことは、上記の措置が［ア：私法上の権利利益］を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断する場合であっても、異なることはないというべきである。

したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する懲罰その他の措置が当該議員の［ア：私法上の権利利益］を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断するに当たっては、当該措置が［エ：議会の内部規律］の問題にとどまる限り、議会の自律的な判断を尊重し、これを前提として請求の当否を判断すべきものと解するのが相当である。

（最一小判平成31年2月14日民集73巻2号123頁）

44

Xは、本件組合を被告として、本件換地処分を対象とする無効等確認の訴えを提起すべきである。土地区画整理法において土地区画整理組合は換地処分を行う主体となっており、被告適格を規定する行政事件訴訟法11条2項の「国又は公共団体に所属しない行政庁」にあたる。

45

Aは、BがCの詐欺を知り、又は知ることができたときに限り、契約を取り消すことができる。

46

背信的悪意者は信義則上、登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないが、AC間の売買自体は無効でないため。（最判昭和44年1月16日）AC間の売買契約は有効。

47

1．アメリカでは、第一次世界大戦後の1920年に、女性の参政権を正式に認めたアメリカ合衆国憲法修正第19条が成立した。

2．ドイツの帝政時代は、帝国議会と連邦参議院による二院制であった。帝国議会では男子普通選挙が行われていた。

ドイツ革命により1918年11月9日にドイツ帝国が崩壊し、のちにワイマール共和国の首相に就任するフィリップ・シャイデマンが共和国誕生を宣言。その3日後に男女普通選挙権の導入が決定した。

3．日本では、1925年（大正14年）衆議院議員選挙法改正により、満25歳以上のすべての男子が選挙権を有することとなった。

1945年（昭和20年）衆議院議員選挙法改正により、女性の参政権を認め、満20歳以上のすべての国民が選挙権を有する「完全な普通選挙」が実現した。

4．スイスでは、連邦レベルでは1971年、全土レベルでは1991年に女性参政権が認められている。

5．イギリスでは、第一次世界大戦末期の1918年、第4回選挙法改正の時に、21歳以上の男子と30歳以上の女性に選挙権が認められた。また1928年の第5回選挙法改正で、21歳以上の男女の「完全な普通選挙」が実現した。

48

1．フランス人権宣言は、人間の自由と平等、人民主権、言論の自由、三権分立、所有権の神聖など17条からなるフランス革命の基本原則を記し、個人の権利としての人権を宣言したものである。

1789年にフランスのラファイエットによって起草された。

2．フランス人権宣言は前文によって「国民議会として構成されたフランス人民の代表者たちは、人の権利に対する無知、忘却、または軽視が、公の不幸と政府の腐敗の唯一の原因である」としている。

3．フランス人権宣言6条は「すべての市民は、法律の前に平等であるから、その能力にしたがって、かつ、その徳行と才能以外の差別なしに、等しく、すべての位階、地位および公職に就くことができる。」としている。教育については特に述べられていない。

4．フランス人権宣言3条は「すべての主権の淵源（えんげん：みなもとの意）は、本質的に国民にある。いかなる団体も、いかなる個人も、国民から明示的に発しない権威を行使することはできない。」としている。

5．フランス人権宣言16条は「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていないすべての社会は、憲法をもたない。」としている。

「公の武力」についてはフランス人権宣言12条で「人および市民の権利の保障は、公の武力を必要とする。この武力は、すべての者の利益のために設けられるのであり、それが委託される者の特定の利益のために設けられるのではない。」と述べられているが、問題文は妥当ではない。

49

プラザ合意

1985年、過度なドル高の是正のためG5各国によってなされた合意。日本はドル高の修正により円高が急速に進行し、輸出が減少したため、国内景気は低迷することとなった。

G7諸国の合意（ルーブル合意）

1987年、過度なドル安の進行を防止するべく、G7（G5＋カナダ、イタリア）によってなされた合意。ルーブル合意以降、為替相場は総じて安定したが、円高不況に対する懸念から、日本銀行は低金利政策を継続した。企業が円高メリットを享受し始めたこともあり、国内景気は回復に転じた。

しかしその後、低金利局面と金融機関による過度の貸出が過剰流動性を招き、不動産・株式などの資産価格が高騰、いわゆるバブル景気が起きた。

日本銀行の金融引締め

1990年前後、日本銀行はバブル景気による異常な投機を抑制するため金融引締めに方針転換した。

地価税

1991年、土地投機取引による異常な地価高騰を抑制する目的で地価税が導入された。

なお地価税は、バブル崩壊以後、日本の土地に対する需要は低迷しており、地価の急激な上昇はないとの見込みから、1998年より当分の間課税されないこととなった。

空欄に補充した文章は、つぎのとおり。

1985年のプラザ合意の後に［Ⅰ：円高］が急速に進むと、［Ⅱ：輸出］に依存した日本経済は大きな打撃を受けた。［Ⅰ：円高］の影響を回避するために、多くの工場が海外に移され、産業の空洞化に対する懸念が生じた。

G7諸国の合意によって、為替相場が安定を取り戻した1987年半ばから景気は好転し、日本経済は1990年代初頭まで、平成景気と呼ばれる好景気を持続させた。［Ⅲ：低金利政策］の下で調達された資金は、新製品開発や合理化のための投資に充てられる一方で、株式や土地の購入にも向けられ、株価や地価が経済の実態をはるかに超えて上昇した。こうした資産効果を通じて消費熱があおられ、高級品が飛ぶように売れるとともに、さらなる投資を誘発することとなった。

その後、日本銀行が［Ⅳ：金融引締め］に転じ、また［Ⅴ：地価税］が導入された。そして、株価や地価は低落し始め、バブル経済は崩壊、平成不況に突入することとなった。

50

ア．建設国債とは、国が公共事業費や出資金・貸付金の財源に充てるために発行する国債のことである。

公共事業費、出資金及び貸付金の財源については、国会の議決を経た金額の範囲内で、公債を発行し又は借入金をなすことができる（財政法4条）。

日本で建設国債は、1966年から発行されている。

イ．特例国債とは、普通国債のひとつで、国が一般会計の歳入不足を補填する目的で発行する国債のことである。

財政法では、公共事業費に充てるための建設国債以外の国債発行は原則として認められていないため、特例法を期限付きで成立させることで国債を発行することがある。

1965年度の補正予算で赤字国債の発行を1年限りで認める特例公債法が制定され、赤字国債が戦後初めて発行された。1975年度以降は1990年度から1993年度までを除き、ほぼ毎年度特例法の制定と赤字国債の発行が恒常的に繰り返された。赤字を埋める性質から赤字国債とも呼ばれている。

ウ．1990年度から1993年度まで、バブル景気の税収増により赤字国債は発行されなかった。しかし、建設国債は毎年発行されている。

エ．復興債とは、東日本大震災の復旧・復興財源を調達する目的で発行されている国債のことである。

通常の国債と違い、①償還期限は25年（通常60年）②使途は復旧・復興費用のみに充当③2011年度から2015年度の集中復興期間に限定して発行された。

オ．増大する社会保障給付費等を賄う必要があることから、2014年度の消費税率の引上げ後も、毎年度の新規国債発行額は30兆円を超えている。

51

ア．児童手当制度は、家庭等の生活の安定に寄与し、次代の社会を担う児童の健やかな成長に資することを目的とし、中学校修了までの児童を対象に、監護・生計を同一にする父母等（児童が施設に入所している場合は施設の設置者等）に対して支給する制度である。

イ．児童扶養手当は、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（ひとり親家庭）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、もって児童の福祉の増進を図ることを目的とする（児童扶養手当法1条）。

児童扶養手当の受給要件は、母子世帯・父子世帯を問わない。

ウ．就学援助は、経済的理由によって、就学困難と認められる学齢児童生徒の保護者に対し、市町村が必要な援助を与える制度である（学校教育法19条）。

援助の対象者は、生活保護世帯以外にも、各市町村が規定する要件にあてはまる世帯も対象になる。支援基準や内容は、各市町村により異なる。

エ．子どもが病気や怪我などにより受診した場合の医療保険の適用となる医療費は、「子ども医療費助成制度」により都道府県と市町村により助成される。

助成対象となる年齢（学年）や窓口における自己負担金、所得制限の有無などは、実施主体である自治体によって異なる。

オ．令和元年、子ども・子育て支援制度によって幼稚園、保育所、認定こども園の利用料が無償化された。

保護者の所得水準に関係なく無料となる対象は、3歳～5歳の子どもである。0歳～2歳の子どもについては、住民税非課税世帯が対象となる。

20210727

52

ア．ギグエコノミーとは、インターネットを通じて単発の労働を受発注する働き方のことを指す。ギグエコノミーをする働き手は、「ギグワーカー」と呼ばれる。

問題文は、サブスクリプションの説明文である。

イ．シェアリングエコノミーとは、個人等が保有する活用可能な資産等（スキルや時間等の無形のものを含む。）を、インターネット上のマッチングプラットフォームを介して他の個人等も利用可能とする経済活性化活動をいう。

ウ．民泊とは、法令上の明確な定義はないが、住宅（戸建住宅やマンションなどの共同住宅等）の全部又は一部を活用して、旅行者等に宿泊サービスを提供することを指して、「民泊」ということが一般的である。

我が国においても、近年急増する訪日外国人観光客の多様な宿泊ニーズへの対応や、少子高齢化社会を背景に増加している空き家の有効活用といった地域活性化の観点から、民泊に対する期待が高まっている。

平成30年6月の住宅宿泊事業法の施行以降は、日本国内でいわゆる民泊を行う場合には、以下の方法から選択することとなる。

①旅館業法（昭和23年法律第138号）の許可を得る

②国家戦略特区法（平成25年法律第107号）（特区民泊）の認定を得る

③住宅宿泊事業法の届出を行う

エ．「サブスクリプション」とは、もともと雑誌などを定期購読するという意味であるが、近年は主に「定額制サービスを利用する」という意味で使われている。月額料金を支払うことで見放題・使い放題で利用できる定額制サービスのことである。

サブスクリプションの方式で販売される内容は、製品やサービスそのものではなく利用権である。つまり、消費者は対価を支払って製品やサービスを購入し、自分の所有物にするというわけではなく、対価を支払って製品やサービスを利用できる権利を取得して使う、というものである。

情報通信産業におけるインターネット上のコンシューマ（消費者）向けコンテンツ配信のビジネスモデルは、一般に「広告収入型モデル」（主として無料）と「課金型モデル」（有料）に大別される。

有料のコンテンツ配信サービスについては、新たな潮流として、従来のダウンロード課金から、サブスクリプションサービスへとシフトしている。

53

ア．平成26年に閣議決定された「まち・ひと・しごと創生」は、人口急減・超高齢化という課題に対し、各地域がそれぞれの特徴を活かした自律的で持続的な社会を創生することを目指している。

基本方針は以下の4つ。

①稼ぐ地域をつくるとともに、安心して働けるようにする

②地方とのつながりを築き、地方への新しいひとの流れをつくる

③結婚・出産・子育ての希望をかなえる

④ひとが集う、安心して暮らすことができる魅力的な地域をつくる

イ．高齢化、過疎化が進む中山間地域や離島の一部では、「まち・ひと・しごと創生本部」による「まちづくり」の事例として、新潟県十日町市、津南町での「まち全体のアート化と回遊性の創出により賑わいづくり」や、香川県の直島、愛知県の佐久島など、アートを活用した地域再生の取組みが行われている。

ウ．地域おこし協力隊は、都市地域から過疎地域等の条件不利地域に移住して、地域ブランドや地盤産品の開発・販売・PR等の地域おこし支援や、農林水産業への従事、住民支援などの「地域協力活動」を行いながら、その地域への定住・定着を図る取組である。隊員は各自治体の委嘱を受け、任期は概ね1年以上、3年未満である。

エ．「まち・ひと・しごと創生本部」による「まちづくり・稼ぐ地域づくり」の事例として、新潟県新潟市の民間主体でのシャッター通り長屋の改修、テナントミックスによる空き店舗ゼロの達成などがある。

オ．エリアマネジメントとは、特定のエリアを単位に、民間が主体となって、まちづくりや地域経営（マネジメント）を積極的に行おうという取組みのこと。

民主導のまちづくり、官民協働型のまちづくりへの期待から、大都市の都心部、地方都市の商業地、郊外の住宅地など、全国各地でエリアマネジメントの取組みが実践されている。

54

ア．日本の人口動態統計の主な死因別の死亡率によると、近年最も多いのは悪性新生物（腫瘍）によるものである（令和元年：27.3％）。

次いで心疾患（令和元年：15.0％）、老衰（令和元年：8.8％）、脳血管疾患（令和元年：7.7%）、肺炎（令和元年：6.9％）が続く。なお、老衰は平成30年に脳血管疾患を抜き上昇している。

イ．日本の人口動態調査によると、平均初婚年齢の年次推移は、昭和50年では夫27.0歳、妻24.7歳、平成元年で夫28.5歳、妻25.8歳であった。

その後、平成18年に夫が30歳を超えたものの（30.0歳、妻28.2歳）、令和元年では、夫31.2歳、妻29.6歳と、ここ10年では男女とも30歳前後で変わらない。

平均婚姻年齢の年次推移（初婚年齢）

夫 妻

昭和50年 27.0 24.7

平成元年 28.5 25.8

平成10年 28.6 26.7

平成15年 29.4 27.6

平成18年 30.0 28.2

平成19年 30.1 28.3

平成20年 30.2 28.5

平成25年 20.9 29.3

平成30年 31.1 29.4

令和元年 31.2 29.6

ウ．ベビーブームとは、赤ちゃんの出生が一時的に急増することをいう。

日本では、第2次世界大戦後、2回のベビーブームがあった。第1次ベビーブームは1947（昭和22）年～1949（昭和24）年、第2次ベビーブームは1971（昭和46）年～1974（昭和49）年である。

第2次ベビーブーム世代は第1次ベビーブーム世代の子供世代にあたり、次のベビーブーム期をもたらしたといえるが、第2次ベビーブーム世代以降、出生数は減少傾向で、第3次ベビーブームは起きていない。

エ．自然増減とは、出生と死亡による人口の増減をいう。出生が死亡を上まわれば、自然増となる。日本を含めて先進国では共通して死亡率が減少し、少しおくれて出生率も低下しはじめることによって高齢化を押し進め、自然減となる。少子化問題、高齢化問題は成熟社会傾向の大きな課題である。

日本において、2007年以降は死亡数が出生数を上回る自然減の状態となり、その差は拡大を続けながら現在に至っている。

オ．我が国の人口動態調査によると、平成28年（2016年）の母の平均年齢は、第1子30.7歳、第2子32.6歳、第3子33.6歳であった。

出産した母の年齢層別統計の年次推移では、昭和50年代以降は20歳代の出生率が大きく低下し、近年は30～40歳代の出生率が上昇傾向となっている。

55

ア．BCC（ビー・シー・シー）

Blind Carbon Copy（ブラインド・カーボン・コピー）の略。電子メールの送信先指定方法のひとつ。

ブラインドは"隠れた"、カーボンコピーは"複写したもの"という意味。通常の宛先であるTOに指定したユーザー以外に、同じ内容の電子メールを送信する場合に使用する。

CC（カーボン・コピー）と違い、電子メールのほかの受信者には、同じ内容の電子メールがBCCに指定したユーザーにも送信されているということは通知されないため、受信者に他のユーザーに電子メールを送っているということを隠しておきたい場合に利用できる。

イ．SMTP（エス・エム・ティー・ピー）

Simple Mail Transfer Protocol（シンプル・メール・トランスファー・プロトコル）の略。電子メールの送信と転送を行うためのプロトコルのこと。

プロトコルとは、ネットワークを介してコンピュータ同士がデータをやり取りするために定められた、データ形式や送受信の手順などの国際標準規則のことで、通信プロトコルとも呼ばれる。

ウ．SSL（エス・エス・エル）

Secure Socket Layer（セキュア・ソケット・レイヤ）の略。

インターネットにおいてデータを暗号化したり、なりすましを防いだりするためのプロトコルのこと。プロトコルについては肢イを参照。

クレジットカード番号や、一般に秘匿すべきとされる個人に関する情報を取り扱うWebサイトで、これらの情報が盗み取られるのを防止するため、広く利用されている。また、SSLは暗号化に加え、電子証明書により通信相手の本人性を証明し、なりすましを防止する。

現在は、SSL3.0をもとに改良が加えられたTLS1.2が標準的なプロトコルとして利用されている。

エ．HTTP（エイチ・ティー・ティー・ピー）

Hyper Text Transfer Protocol（ハイパー・テキスト・トランスファー・プロトコル）の略。

Webブラウザが、Webサーバに対してHTML形式のファイルを受け取るためのプロトコルのこと。プロトコルについては肢イを参照。

オ．URL（ユー・アール・エル）

Uniform Resource Locator（ユニフォーム・リソース・ロケータ）の略。

インターネット上で情報が格納されている場所を示すための住所のような役割を果たす文字列のこと。Webブラウザなどでホームページを閲覧するときの指定に利用され、プロトコル名、ホスト名、パス名で構成されている。

56

1．行政機関の長は、開示請求に係る保有個人情報が他の行政機関から提供されたものであるとき、その他他の行政機関の長において開示決定等をすることにつき正当な理由があるときは、当該他の行政機関の長と協議の上、当該他の行政機関の長に対し、事案を移送することができる。この場合においては、移送をした行政機関の長は、開示請求者に対し、事案を移送した旨を書面により通知しなければならない（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律21条1項）。

したがって、いったん開示請求を却下しなければならないわけではない。

2．行政機関の長は、開示請求があったときは、原則として、開示請求者に対し、当該保有個人情報を開示しなければならないが（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律14条柱書き）、開示することにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報は、開示する必要はない（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律14条5号）。

3．開示請求に対し、当該開示請求に係る保有個人情報が存在しているか否かを答えるだけで、不開示情報を開示することとなるときは、行政機関の長は、当該保有個人情報の存否を明らかにしないで、当該開示請求を拒否することができる（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律17条）。

4．行政機関の長は、開示請求があったときは、開示請求に係る保有個人情報に「不開示情報」のいずれかが含まれている場合を除き、開示請求者に対し、当該保有個人情報を開示しなければならない（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律14条柱書き）。

個人識別符号は不開示情報である（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律14条2号）。

問題文は、個人識別符号が含まれていない場合なので、開示請求者に対し、当該保有個人情報を開示しなければならない。

ちなみに、不開示情報を含む場合でも、不開示情報に該当する部分を容易に区分して除くことができるときは、開示請求者に対し、当該部分を除いた部分につき開示しなければならないとする部分開示の規定がある（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律15条）。

5．行政機関の長は、開示請求に係る保有個人情報の全部を開示しないときは、開示をしない旨の決定をし、開示請求者に対し、その旨を書面により通知しなければならない（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律18条2項）。

したがって、請求を却下する前に、開示請求者に対して当該請求を取り下げるように通知する必要はない。

57

1．個人情報取扱事業者は、個人データの取扱いの全部又は一部を委託する場合は、その取扱いを委託された個人データの安全管理が図られるよう、委託を受けた者に対する必要かつ適切な監督を行わなければならない（個人情報保護法22条）。

全部を委託することは禁止されていない。

2．個人情報取扱事業者は、あらかじめ本人の同意を得ないで、特定された利用目的の達成に必要な範囲を超えて、個人情報を取り扱ってはならない（個人情報保護法16条1項）。また、合併その他の事由により他の個人情報取扱事業者から事業を承継することに伴って個人情報を取得した場合は、あらかじめ本人の同意を得ないで、第三者提供の当該個人情報においても、承継前の利用目的の達成に必要な範囲を超えて、当該個人情報を取り扱ってはならない（個人情報保護法16条2項）。

しかし例外として、公衆衛生の向上又は児童の健全な育成の推進のために特に必要がある場合であって、本人の同意を得ることが困難であるときは、本人の同意を得る必要はない（個人情報保護法16条3項3号）。

原則、本人の同意が必要なところ、本人の同意を得ることが困難であるときは、例外として、本人の同意を得る必要はないが、本人の同意を得ることが困難でない場合は、原則通り、同意が必要である。

3．個人情報取扱事業者は、原則として、あらかじめ本人の同意を得ないで、個人データを第三者に提供してはならない（個人情報保護法23条1項柱書き）が、合併その他の事由による事業の承継に伴って個人データが提供される場合においては、個人データの提供を受ける者は、第三者に該当しないとしている（個人情報保護法23条5項2号）。

したがって本肢の場合は、本人の同意を得る必要はない。

4．個人情報取扱事業者は、個人情報取扱事業者が個人データを第三者に提供するにはあらかじめ本人の同意を得る必要があるが（個人情報保護法23条1項）、国の機関若しくは地方公共団体又はその委託を受けた者が法令の定める事務を遂行することに対して協力する必要がある場合であって、本人の同意を得ることにより当該事務の遂行に支障を及ぼすおそれがあるときは除外される（個人情報保護法23条1項4号）。

5．個人情報取扱事業者は、個人情報を取得した場合は、あらかじめその利用目的を公表している場合を除き、速やかに、その利用目的を、本人に通知し、又は公表しなければならず（個人情報保護法18条1項）、利用目的を変更した場合は、変更された利用目的について、本人に通知し、又は公表しなければならない（個人情報保護法18条3項）。

135/225

20210801

令和元年

2

ア．民事訴訟では、第一審裁判所が簡易裁判所である場合には、控訴裁判所は地方裁判所となり（裁判所法16条1号、24条3号）、上告裁判所は高等裁判所となる（裁判所法16条3号）。

しかし、刑事訴訟では、上告裁判所は常に最高裁判所になる制度設計がされており、すなわち第一審裁判所が簡易裁判所である場合、控訴裁判所は高等裁判所となり（裁判所法16条1号）、上告裁判所は最高裁判所となる（裁判所法7条1号）。

したがって、民事訴訟については正しいが、「刑事訴訟のいずれにおいても」としている点で誤りである。

イ．控訴審の構造として、「覆審制」「事後審制」「続審制」がある。覆審制は下級審の裁判資料とは無関係に上級審が裁判資料を収集し、これに基づいて再度裁判をやり直す。事後審制は、原則として新たな裁判資料の提出を認めず、下級審の裁判資料のみに基づいて上級審が原判決の当否を判断する。

日本の民事訴訟が採用していているのは続審制であり、原判決の再審査を裁判の目的としながら、下級審の裁判資料に加え、新たに収集した裁判資料を含めて、原判決の当否について判断し、控訴を棄却するか、原判決を取り消すかなどの判断をする。

ウ．刑事訴訟における控訴審では、原則として新たな裁判資料の提出を認めず、下級審の裁判資料のみに基づいて上級審が原判決の当否を判断する事後審制が採用されている。

エ．上告申し立ての理由として認められるのは、原審に対して憲法違反や憲法解釈の誤り、判例と相反する判断があったことなどに限定されているが（刑事訴訟法405条）、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認等があって原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときには、原判決を破棄することができる（刑事訴訟法411条）。

オ．条文は、「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」と規定している（裁判所法4条）。

3

ア．衆議院名簿登載者又は参議院名簿登載者で、当選人とならなかったものにつき除名、離党その他の事由により当該衆議院名簿届出政党等又は参議院名簿届出政党等に所属する者でなくなった旨の届出が、文書で、これらの条に規定する事由が生じた日の前日までに選挙長にされているときは、これを当選人と定めることができない（公職選挙法98条3項参照）。

イ．議員の不逮捕特権が規定されている憲法50条は、「両議院の議員は、法律の定める場合を除いては、国会の会期中逮捕されず、会期前に逮捕された議員は、その議院の要求があれば、会期中これを釈放しなければならない」と規定している。その例外規定として国会法33条に「各議院の議員は、院外における現行犯罪の場合を除いては、会期中その院の許諾がなければ逮捕されない」と規定されている。

したがって、院外における現行犯の場合でも逮捕されないとされている点が妥当でない。

ウ．両議院は、各々その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、又、院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる。ただし、議員を除名するには、出席議員の2/3以上の多数による議決を必要とする（憲法58条2項）。この議決については、議院の自律的な審査に委ねる趣旨から、その結論を裁判所で争うことはできないと解されている。

エ．地方議会議員の除名処分については、議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題にとどまらないとして、司法審査の対象となる（地方議会議員出席停止事件：最大判昭和35年10月19日）。

地方議会議員の出席停止処分についてこれまでの判例（地方議会議員出席停止事件：最大判昭和35年10月19日）では、司法権の限界の1つである部分社会の法理により司法判断の対象とならないとされていたが、それが60年ぶりに変更され「普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となるというべきである」（最大判令和2年11月25日）とされた。

その理由として、「出席停止の懲罰は、・・・公選の議員に対し、議会がその権能において科する処分であり、これが科されると、当該議員はその期間、会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動をすることができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。このような出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らすと、これが議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということはできない。そうすると、出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである」としている。

したがって、裁判所は、除名に限らず、地方議会による議員への出席停止の懲罰について審査を行うことができる。

オ．議員の特権である議員の発言・表決の免責について憲法51条では「両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は表決について、院外で責任を問われない」と規定しているが、この趣旨が地方議会議員の免責特権にあてはまるのかについて判例は、「憲法上、国権の最高機関たる国会について、広範な議院自律権を認め、ことに、議員の発言について、憲法51条に、いわゆる免責特権を与えているからといつて、その理をそのまま直ちに地方議会にあてはめ、地方議会についても、国会と同様の議会自治・議会自律の原則を認め、さらに、地方議会議員の発言についても、いわゆる免責特権を憲法上保障しているものと解すべき根拠はない」としている（最大判昭和42年5月24日）。

したがって、国会議員と同様に免責特権が認められ、議会で行った演説、討論または表決について議会外で責任を問われないとされている点が妥当でない。

4

1．憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである。

・・・相続制度全体のうち、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ということであり、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。

憲法24条を受けて民法739条1項は、「婚姻は、戸籍法（中略）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と定め、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用している。しかし、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、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共に変遷するものでもあるから、その定めの合理性については、個人の尊厳と法の下の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。

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、・・・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ものということができる。

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な根拠は失われていたというべきである（最大決平成25年9月4日参照）。

したがって、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子の1/2とする民法の規定が、憲法（14条1項）に違反するという記述は最高裁判所の判例と合致するが、法律婚の保護という立法目的に照らすと著しく不合理であるという理由の部分が妥当ではない。

2．国籍法3条違憲判決について判例は、「国籍法3条1項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとしたものと解される。このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠があるというべきである」としている（最大判平成20年6月4日）。

3．出生の届出は、子の出生の事実を報告するものであって、その届出によって身分関係の発生等の法的効果を生じさせるものではなく、出生した子が嫡出子又は嫡出でない子のいずれであるか、また、嫡出でない子である場合にいかなる身分関係上の地位に置かれるかは、民法の親子関係の規定によって決せられるものである。

本件規定それ自体によって、嫡出でない子について嫡出子との間で子又はその父母の法的地位に差異がもたらされるものとはいえない。

したがって、本件規定は、嫡出でない子について嫡出子との関係で不合理な差別的取扱いを定めたものとはいえず、憲法14条1項に違反するものではない（最判平成25年9月26日）。

4．本件規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法14条1項にも、憲法24条1項にも違反するものではない。これに対し、本件規定のうち100日超過部分については、民法772条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということはできない（最大判平成27年12月16日）とされ、本肢のように憲法に違反すると判断された。

5．我が国において、夫婦となろうとする者の間の個々の協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定の在り方自体から生じた結果であるということはできない。したがって、本件規定は、憲法14条1項に違反するものではない（最大判平成27年12月16日）。

5

1．判例は、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである（在外日本人選挙権訴訟：最大判平成17年9月14日）としている。

そして、やむを得ない事由とは、

①そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保することが出来ないこと

②選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められること

として、選挙権の行使の制約には厳格であることを求めている。

2．公職選挙における立候補の自由は、憲法15条1項の趣旨に照らし、基本的人権の一つとして、憲法の保障する重要な権利であるから、これに対する制約は、特に慎重でなければならない（最大判昭和43年12月4日）。

3．選挙運動の上で候補者間に一定の取扱いの差異が生じたとしても、そのことによって直ちに違憲の問題が生ずるものではなく、国会の具体的に決定したところが、その裁量権の行使として合理性を是認し得ない程度にまで候補者間の平等を害するというべき場合に、初めて憲法の要求に反することになると解すべきである（最大判平成23年3月23日）。

4．小選挙区制は、・・・特定の政党等にとってのみ有利な制度とはいえない。小選挙区制の下においては死票を多く生む可能性があることは否定し難いが、死票はいかなる制度でも生ずるものであり、・・・小選挙区制は、選挙を通じて国民の総意を議席に反映させる一つの合理的方法ということができる（最大判平成11年11月10日参照）。

5．政党等にあらかじめ候補者の氏名及び当選人となるべき順位を定めた名簿を届け出させた上、選挙人が政党等を選択して投票し、各政党等の得票数の多寡に応じて当該名簿の順位に従って当選人を決定する方式は、投票の結果すなわち選挙人の総意により当選人が決定される点において、選挙人が候補者個人を直接選択して投票する方式と異なるところはない（最大判平成11年11月10日参照）。

6

1．国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有するものと解さざるをえない（最大判昭和51年5月21日）。

2．本件検定は、一般図書としての発行を何ら妨げるものではなく、発表禁止目的や発表前の審査などの特質がないから、検閲にあたらず、憲法21条2項前段の規定に違反するものではない（最判平成5年3月16日）。

3．普通教育の場においては、教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請があり、これを実現するため、・・・教科書という特殊な形態において発行を禁ずるものにすぎないことなどを考慮すると、本件検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のものというべきである（最判平成5年3月16日）。

4．教科書は、学術研究の結果の発表を目的とするものではなく、本件検定は、申請図書に記述された研究結果が、・・・教育として取り上げるにふさわしい内容と認められないときなど旧検定基準の各条件に違反する場合に、教科書の形態における研究結果の発表を制限するにすぎない。このような本件検定が学問の自由を保障した憲法23条の規定に違反しない（最判平成5年3月16日）。

5．行政処分については、憲法31条による法定手続の保障が及ぶと解すべき場合があるにしても、それぞれの行政目的に応じて多種多様であるから、常に必ず行政処分の相手方に告知、弁解、防御の機会を与えるなどの一定の手続を必要とするものではない（最判平成5年3月16日）。

7

1．裁判官の職権行使の独立を確保するため、憲法は裁判官の身分の保障について規定している。「裁判官は、裁判により心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合を除いては、公の弾劾裁判によらなければ罷免されない」とし（憲法78条前文）、本肢の前半は正しい。そして裁判官の懲戒については、「裁判官の懲戒処分は、行政機関がこれを行うことはできない」（憲法78条後文）とし、裁判官分限法にしたがい、分限裁判によってなされる。したがって、独立の懲戒委員会が決定を行うわけではない。

なお、裁判官の懲戒事由としては、「職務上の義務違反・怠った場合」「裁判官としての品位を辱める行状があった場合」の2つがあげられている（裁判所法49条）。

2．裁判官の懲戒は、戒告又は1万円以下の過料であり（裁判官分限法2条）、裁判官分限法に基づく分限裁判によって決定される。最高裁判所及び高等裁判所の裁判官については、最高裁判所の大法廷で審判がされ、その他の裁判官は、高等裁判所において、5人の裁判官による合議体で審判が行われる。

3．判例は、「裁判所法52条1号が裁判官の積極的な政治運動を禁止しているのは、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにその目的があると解されるのであり、右目的の重要性及び裁判官は単独で又は合議体の一員として司法権を行使する主体であることにかんがみれば、裁判官に対する政治運動禁止の要請は、一般職の国家公務員に対する政治的行為禁止の要請より強いものというべきである」としている（最大決平成10年12月1日）。

4．裁判官に対し「積極的に政治運動をすること」を禁止することは、必然的に裁判官の表現の自由を一定範囲で制約することにはなるが、右制約が合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならず、①右の禁止の目的が正当であって、②その目的と禁止との間に合理的関連性があり、③禁止により得られる利益と失われる利益との均衡を失するものでないなら、憲法21条1項に違反しないというべきである（最大決平成10年12月1日）。

5．判例は、「品位を辱める行状」とは、職務上の行為であると、純然たる私的行為であるとを問わず、およそ裁判官に対する国民の信頼を損ね、又は裁判の公正を疑わせるような言動をいうものと解するのが相当である（最大決平成30年10月17日）とし、著しく品位に反する場合のみに限定されなければならないわけではない。

8

1．即時強制とは、非常の場合または危険切迫の場合など、義務を命じる余裕がない場合に、義務の不履行を前提とせず、国民の身体や財産に直接有形力を行使して、行政上必要な状態を実現するものである。

即時強制は、行政上の義務を速やかに履行させることが緊急に必要とされる場合ではなく、義務の不履行を前提としていないところに特徴があり、強制執行（特に、直接強制）との大きな違いといえる。

2．直接強制は、義務者の不履行を前提として、直接義務者の身体や財産に直接有形力を行使し、義務の内容を実現するものである。代替的・非代替的義務、作為・不作為義務であるかを問わないため、本来の対象範囲は広く、効率的に行政目的を実現することができる。しかし、権利の侵害につながる可能性が高く、実際に法制されている例は少ないといえる。たとえば、成田新法による建物の実力封鎖、性病予防法による強制健診など限定的な範囲で認められているに過ぎない。

よって、直接強制は、代執行を補完するものとしてその手続きが行政代執行法に規定されているわけではないので誤り。

3．行政代執行に基づく代執行の対象となる義務は、法律（法律の委任に基づく命令、規則及び条例を含む）により直接に命ぜられ、又は法律に基づき行政庁により命ぜられた行為について、義務者がこれを履行しない場合に行うことができる（行政代執行法2条）。

条文上は法律としているが、かっこ書きで、法律の委任に基づく命令、規則及び条例を含むとされている点に注意しておきたい。

4．行政上の秩序罰とは、犯罪に至らない、軽微な行政上の義務違反行為に制裁として科す過料をいう。刑法上の罰ではないので、国の法律違反の場合は、非訟事件手続法に基づいて裁判所により科される（非訟事件手続法119条以下－第五編　過料事件以下）。

なお、地方公共団体の条例や規則に違反した場合の過料は、地方公共団体の長が行政処分として科す。

5．「道路交通法は、通告を受けた者が、その自交通反則金の納付の通告は、納付すべき法律上の義務が生じるわけではなく、任意に反則金を納付したときは公訴が提起されないにとどまる。当該通告には処分性は認められず、取消訴訟を提起することはできない。よって、反則金の納付の通告について不服がある場合は、被通知者において、その反則金を納付せず、後に公訴が提起されたときの刑事手続きの中で争うことになる。

由意思により、通告に係る反則金を納付し、これによる事案の終結の途を選んだときは、もはや当該通告の理由となった反則行為の不成立等を主張して通告自体の適否を争い、これに対する抗告訴訟によってその効果の覆滅を図ることはこれを許さず、右のような主張をしようとするのであれば、反則金を納付せず、後に公訴が提起されたときにこれによって開始された刑事手続の中でこれを争い、これについて裁判所の審判を求める途を選ぶべきであるとしているものと解するのが相当である」（最判昭和57年5月15日）

9

1．内閣は、国会の指名に基づいて任命された首長たる内閣総理大臣および内閣総理大臣により任命された国務大臣をもって組織され（内閣法2条1項）、各省大臣は、主任の国務大臣に事故のあるとき、または主任の国務大臣がかけたときは、内閣総理大臣またはその指定する国務大臣が、臨時に、その主任の国務大臣の職務を行うとされている（内閣法10条）。

よって、内閣総理大臣が自ら各省大臣にあたることはできないわけではない。

2．各省大臣は、その機関の事務を統括し、職員の服務についてこれを統括し（国家行政組織法10条）、その機関の所掌事務について、公示を必要とする場合においては告示を発することができ、命令または示達をするため、所管の諸機関および職員に対し、訓令又は通達を発することができる（国家行政組織法14条）。

3．各省大臣は、主任の行政事務について、法律又は政令の制定、改正又は廃止を必要と認めるときは、案をそなえて、内閣総理大臣に提出して、閣議を求めなければならない（国家行政組織法11条）。

4．各省大臣は、主任の行政事務について、法律若しくは政令を施行するため、又は法律若しくは政令の特別の委任に基づいて、それぞれの機関の命令として省令を発することができる（国家行政組織法12条）。

各省大臣がそれぞれの機関の命令として発するのが省令であり、規則その他の特別の命令は、各委員会及び各庁の長官が発するものである。

5．各大臣は、主任の大臣として、行政事務を分担管理するものとされ（内閣法3条1項）、内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基づいて、行政各部を指揮監督する（内閣法6条）。

10

ア．公物は、一般公衆の共同使用となる「公共用物」と国または公共団体の公用となる「公用物」に分類することができ、海は公共用物にあたる。また、人工公物（道路、建物など）と自然公物（海、河川など）とに分類することもできるが、いずれの分類方法にしても、海や河川といった自然は、公物に含まれる。

「海は、古来より自然の状態のままで一般公衆の共同使用に供されてきたところのいわゆる公共用物であって、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるから、そのままの状態においては、所有権の客体たる土地にあたらないというべきである。」（最判昭和61年12月16日）

イ．アの解説参照。

ウ．占有とは土地や物が誰かの支配下にあるという状態をいう。

エ．公物を構成する土地・建物について、私人が取得時効により所有権を取得できるかについて、従来は明示的な効用廃止がなされてはじめて、取得時効の目的物になると考えられていた。

しかし、「公共用財産としての形態、機能を全く喪失するなど、もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には、黙示的に公用が廃止されたものとして、取得時効の成立を妨げない」（最判昭和51年12月24日）との判例により、従来の考え方は否定され、明確な公用廃止の意思表示がなくとも、黙示的な公用廃止が認められた。

オ．原則は禁止されているが、肢エ解説の判例にあるように、明確な公用廃止の意思表示がなくとも、黙示的な公用廃止が認められれば、時効取得ができるとされている。

11

1．法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）の相手方は、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと思料するときは、当該行政指導をした行政機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる（行政手続法36条の2第1項）。

行政指導の中止等の求めができるのは、法令に違反する行為の是正を求める行政指導の相手方であって、「何人も」できるわけではない。

2．行政指導は、行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう（行政手続法2条6項）。

行政指導の相手方は、「特定の者」が重要な要件になっており、不特定一般に向けて行われるものは行政指導に含まれないことになる。

3．地方公共団体のする処分（その根拠となる規定が条例または規則におかれているものに限る）及び行政指導、地方公共団体の機関がする届出並びに地方公共団体の機関が命令等を定める行為については、2章から6章までの規定は適用しない（行政手続法3条3項）、また、地方公共団体の機関がする行政指導は、行政手続法の規定の適用除外となっている。

後半の「その根拠が法律に置かれているものについてはその適用がある」は誤りである。

地方公共団体の機関の「行政指導」「命令等を定める行為」については、第2章～第6章は適用除外。一方、地方公共団体の「処分」「届出」については、根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものは第2章～第6章が適用除外となる（行政手続法3条3項）。

換言すれば、地方公共団体の「処分」「届出」については、国の法律に基づくものは、行政手続法が適用される。憲法で要求されている地方自治を尊重する趣旨から、このように規定されている。ただし、行政手続法46条では、各地方自治体が、行政手続条例を制定するなどの措置をとり、行政手続法の目的を達するよう努めることを要求している。

4．行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を記載した書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならない（行政手続法35条3項）。

「行政上特別の支障がない限り」とは、例外を安易に認めないとの趣旨であり、書面交付請求により不当違法な行政指導を抑制する効果があるとされている。

5．意見公募手続の適用があるのは「命令等」であるが（行政手続法38条）、ここにいう「命令等」には、法律に基づく命令や規則の他に処分基準、審査基準、行政指導指針が含まれる（行政手続法2条8号）。したがって、意見公募手続の規定が適用される。

なお、公にされない処分基準、審査基準、行政指導指針については適用除外となっている点に注意されたい（行政手続法3条2項6号）。

12

ア．行政手続法19条2項では、主宰者になれない者を定めており、聴聞の当事者や参加人本人をはじめ、その配偶者、四親等内の親族、同居の親族、法定代理人及び過去にこれらの関係にあった者等は主宰者になることはできない。

行政庁の職員については、当該不利益処分に係る事案の処理に直接関与した者を主宰者にすれば、聴聞への信頼等は失われ当該制度の機能を無意味化してしまう恐れがあるため、実務上は主宰者から除外されるべきところであるが、条文上は聴聞の当事者を含めた私人側に関係する者を欠格事由にしているだけで、処分をする行政側に関与がある者については、欠格事由などの制限する規定はおいていないため、当該不利益処分に関与した担当者を行政庁が主宰者として指名することも可能である（行政手続法19条2項）。

イ．不利益処分とは、行政庁が、法令に基づき特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分であり（行政手続法2条1項4号）、行政手続法13条には不利益処分をしようとする場合の手続きが定められている。

ウ．主宰者は、当事者の全部若しくは一部が正当な理由なく聴聞の期日に出頭せず、かつ、陳述書若しくは証拠書類等を提出しない場合、又は参加人の全部若しくは一部が聴聞の期日に出頭しない場合には、これらの者に対し改めて意見を述べ、及び証拠書類等を提出する機会を与えることなく、聴聞を終結することができる（行政手続法23条1項）。

エ．行政庁は、申請に対する処分であって、申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならない（行政手続法10条）。

処分には、申請に対する処分（認容処分と拒否処分）と不利益処分があり、前者の申請に対する処分では、申請者以外の者の意見を聴く公聴会の開催等を設ける努力義務があるが、後者の不利益処分にはそれらは規定されていない。

オ．文書等の閲覧を求められた場合、行政庁は原則としてその閲覧を拒むことができないが、第三者の利益を害するおそれがあるときその他正当な理由があるときは、その閲覧を拒むことができる（行政手続法18条1項）。

13

ア．行政指導指針とは、同一の行政目的を実現するための一定の条件に該当する複数の者に対し、行政指導をしようとするときはこれらの行政指導に共通してその内容となるべき事項と定義され（行政手続法2条8号ニ）、同一の行政目的を実現するための一定の条件に該当する複数の者に対し、行政指導をしようとするときは、行政機関は、あらかじめ、事案に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない（行政手続法36条）。

一定の条件に該当する複数の者に対し、公平に行政指導がなされることを担保し、行政指導指針が公表されることによって、行政指導の相手方以外の第三者も当該指針を知り得ることになることから、行政指導の透明性の確保にもつながるとの趣旨である。

イ．標準処理期間とは、申請がその事務所に到達してから当該申請に対する処分をするまでに通常要すべき標準的な期間であり、行政庁には、標準処理期間を定める努力義務があり、定めた場合はそれを公にする法的義務がある（行政手続法6条）。

申請者に対し、その期間についての予測可能性を与えるとともに、申請に対する迅速で公正な処理を確保する趣旨である。標準処理期間は、行政庁としての自己の努力目標とする期間になり得るが、当該期間内の処理を保証しているわけではない。申請者にとっては、あくまでも目安に過ぎないものであり、申請の処理が標準処理期間を超えたからといって、直ちに不作為の違法確認訴訟における不作為として違法や不当にあたるわけでもない。

後半の「不作為の違法確認の訴えにおいてその請求が認容される」は誤りである。

ウ．行政庁は、処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない（行政手続法12条1項）。

処分基準とは、不利益処分をするかどうか又はどのような不利益処分とするかについて法令の定めに従って判断するために必要とされる基準である。

審査基準の策定が法的義務であるのに対して、処分基準は努力義務にとどまっている。この差異が生じる理由として、実際に不利益処分することが少ない事案において、事前に画一的な基準を設けることが困難であること、また、「違反○回までは行政指導にとどめる」いった基準では、違法行為を助長することにつながるおそれがある等に配慮し、努力義務にしたものと解されている。

エ．行政庁は、申請により求められた許認可等を拒否する処分をする場合は、申請者に対し、同時に、当該処分の理由を示さなければならない。（行政手続法8条1項）。

許認可等を拒否する処分は、全部拒否処分に限られず、一部拒否処分が行われる場合も含まれる。

オ．命令を定める機関（命令等制定機関）は、命令等を定めようとする場合には、当該命令等の案およびこれに関連する資料をあらかじめ公表し、意見の提出先および意見提出期間を定めて広く一般の意見を求めなければならない（行政手続法39条1項）。この手続きを、意見公募手続というが、一般にはパブリックコメントという呼び方もされている。

この意見公募手続は、広く一般の意見を求める趣旨を実現すべく意見提出者の資格制限はしていないので、未成年者でも、外国人でも意見を提出することができる。

なお、意見公募手続の対象となる命令等とは、内閣または行政機関が定める法律に基づく命令（処分の要件を定める告示を含む）又は規則、審査基準、処分基準、行政指導指針である（行政手続法2条8号）。

14

ア．審査請求人が、相当な期間内に不備を補正しない場合または審査請求が不適法であって補正することが明らかな場合には審理手続を経ないで、審査請求を却下することができる（行政不服審査法24条）。

また、裁決の時期は、審査庁が、行政不服審査会等から諮問に対する答申を受けたとき、または行政不服審査会等へ諮問しない場合に、審理員意見書が提出されたときは、遅滞なく、裁決をしなければならないとされ（行政不服審査法44条）、処分についての審査請求に理由がない場合には、審査庁は、裁決で当該審査請求を棄却する（行政不服審査法45条2項）。

後半の「行政不服審査法に定められた期間内に裁決がないときは、審査請求が審査庁により棄却されたものとみなすことができる」は誤りである。

イ．裁決は、関係行政庁を拘束する（行政不服審査法52条1項）。この規定は、再審査請求の裁決について準用されているが（行政不服審査法66条）、再調査の請求に対する決定については準用されていない（行政不服審査法61条）。

旧行政不服審査法において、異議申立てに対する決定には、裁決の拘束力の規定は準用されていなかった。異議申立て以上に簡略な手続きとなる再調査の請求では、処分庁自身が原処分を見直す手続きであるため裁決の拘束力に関する規定は準用されていない。

ウ．審査請求および再審査請求に対する裁決には、審査請求および再審査請求が不適法である場合の却下裁決、審査請求および再審査請求に理由がない場合の棄却裁決、審査請求および再審査請求に理由があり認容する場合の取消裁決（行政不服審査法46条、行政不服審査法65条）といった3つの類型がある。

一方、再調査の請求の決定には、再調査の請求が不適当である場合の却下決定、理由がない場合の棄却決定（行政不服審査法58条）、再調査の請求に理由がある場合の認容決定（行政不服審査法59条）となり、却下、棄却、認容の3つの類型がある。

認容と棄却の2つの類型のみは誤りである。

行政不服審査法54条には、再調査の請求の請求期間として、主観的請求期間（処分があったことを知った日の翌日から起算して3ヵ月）、客観的請求期間（処分があった日の翌日から起算して1年）の原則と例外が定められており、「再調査については請求期間の定めがない」は誤りである。

エ．処分についての審査請求において、処分が違法または不当ではあるが、これを取り消し、または撤廃することにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、審査請求人のうける損害の程度、その損害の賠償または防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮した上、処分を取り消し、または撤廃することが公共の福祉に適合しないと認めるときは、審査庁は、裁決で当該審査請求を棄却することができるとする、いわゆる事情裁決がある（行政不服審査法45条3項）が、再調査の請求に対する決定では、事情決定についての規定は設けてられていない（行政不服審査法58条）。

オ．事実上の行為のうち、処分庁である審査庁に審査請求をすべきとされているものについて、審査請求に理由がある場合には、審査庁は、事情裁決の場合を除き、裁決で、当該事実上の行為が違法または不当である旨を宣言するとともに、当該事実上の行為の全部もしくは一部を撤廃し、またはこれを変更する（行政不服審査法47条）。

15

1．審査請求が、審査請求をすべき行政庁が処分庁等と異なる場合、処分庁等を経由してすることができるが（行政不服審査法21条1項）、この場合には、処分庁等は、直ちに審査庁となるべき行政庁に送付しなければならない（行政不服審査法21条2項）。

審査請求人の便宜に配慮し、処分庁を経由した審査請求を選択可能とし、処分庁等を経由してすることができる場合、処分庁等には、審査庁となるべき行政庁に直ちに送付することが義務付けられている。

2．審査請求が不適法であって補正をすることができないことが明らかなときは、審理員による手続きを経ないで、裁決で、当該審査請求を却下することができる（行政不服審査法24条）。

審査請求の適法要件が欠けていることを理由として、本案の審理手続に入らずに行われる裁決であるため、却下裁決、いわゆる門前払いとなる。

3．審査請求人または参加人は、審理手続が終結するまでの間、審理員に対し、提出書類等の閲覧、その書面の交付を求めることができる（行政不服審査法38条1項）。

審査請求人ばかりでなく参加人には、審理手続において有効な主張や立証ができるよう提出書類等の閲覧や写しの交付請求権が認められている。この権利を行使できるのは、審理手続が終結するまでの間であり、審理手続終結後は行使することはできない。

4．審査請求人または参加人の申立てがあった場合には、審理員は、当該申立てをした者に口頭で審査請求に係る事件に関する意見を述べる機会を与えなければならないと定められており、参加人も申立てをすることができる（行政不服審査法31条1項）。

書面審理主義の例外として、審査請求人・参加人には、口頭で審査請求に係る事件関する意見を述べる機会を与えることによって、権利利益の救済が十分になされるようにしている。

5．行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為に関する不服申立てについては、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる（行政不服審査法1条2項）。

行政不服審査法は、行政上の不服申立ての一般法としての性格を有しており、他の法律に　特別の定めがある場合には他の法律の特別の定めが特別法として、本法に優先して適用されることになる。

当該処分の根拠となる法律に審査請求をすることができる旨の定めがないものについては、法律上適用除外とされていない限り、不服申立ての一般法として、本法に基づき、審査請求をすることができる。

20210812

16

1．地方公共団体は、3条3項において2章から前章までの規定を適用しないこととされた処分、行政指導及び届出並びに命令等を定める行為に関する手続について、この法律の規定の趣旨にのっとり、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るため必要な措置を講ずるよう努めなければならないと、行政手続法46条で規定されているが、行政不服審査法にそのような規定はない。

2．地方公共団体の行政庁が審査庁として、審理員となるべき者の名簿を作成したときは、行政不服審査法17条に基づき、地方公共団体の行政庁の事務所における備付けその他適当な方法により公にしておかなければならない。

行政不服審査における審理手続は、国、地方公共団体を通じて適用されるので、地方公共団体の行政庁が審査庁として、審理員となるべき者の名簿を作成したときは、それについて地方公共団体の議会の議決を経なければならないわけではない。

3．地方公共団体は、当該地方公共団体における不服申立ての状況等に鑑み同項の機関を置くことが不適当または困難であるときは、条例で定めるところにより、事件ごとに、執行機関の付属機関として、この法律の規定によりその権限に属された事項を処理するための機関を置くこととすることができる（行政不服審査法81条2項）。

行政不服審査のための付属機関を事件ごとに設置する場合は、条例で定める必要があり、国の行政不服審査会に諮問を行うわけではない。

4．地方公共団体に、執行機関の付属機関として、この法律の規定によりその権限に属された事項を処理するための機関を置く（行政不服審査法81条1項）。

執行機関は、肢１解説参照。

地方公共団体の議会の議決によってされる処分について、当該地方公共団体の議会の議長が審査庁となるわけではない。

5．地方公共団体におかれる行政不服審査機関の組織及び運営に必要な事項は、当該機関を置く地方公共団体の条例で定める（行政不服審査法81条4項）。

17

1．執行停止の決定は、疎明に基づいてするものであり（行政事件訴訟法25条5項）、執行停止の決定は「口頭弁論を経ないですることができる」（行政事件訴訟法25条6項本文）こととされている。

2．執行停止は、申立てにより、裁判所が決定をもってするものであり（行政事件訴訟法25条2項）、職権で行うことができるという規定はない。

3．執行停止（処分の効力、処分の執行または手続の続行の全部または一部の停止）の決定は、重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき（行政事件訴訟法25条2項）にすることができる。

なお、償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある場合には、仮の義務付けおよび仮の差止めの決定をすることができる。

4．執行停止の決定は、本案について理由がないとみえるときにはすることができない（行政事件訴訟法25条4項）。

5．処分の効力の停止は、処分の執行または手続の続行の停止によって目的を達することができる場合には、することができない（行政事件訴訟法25条2項ただし書き）。

18

1．処分または裁決をした行政庁が国または公共団体に所属しない場合には、取消訴訟は、当該行政庁を被告として提起しなければならない（行政事件訴訟法11条2項）。法令により国や地方公共団体に属しないものが行政庁と定められている場合には、当該行政庁が被告となる。

例えば、民間法人でありながら法律に基づき指定を受け資格認定試験などの行政事務を代行する指定法人や、公共施設の管理運営に関わる処分権限を与えられた指定管理者がそうである。

2．処分または裁決をした行政庁は、当該処分または裁決に係る・・・国または公共団体を被告とする訴訟について、裁判上の一切の行為をする権限を有する（行政事件訴訟法11条6項）。

取消訴訟当事者が国または地方公共団体だとしても、処分又は裁決をした行政庁が直接の権限や責任の担い手であり、それら行政庁に裁判上の一切の行為をする権限を与えることで訴訟の円滑な進行や審理の迅速化が期待されうるからである。

3．裁決をした国または公共団体に所属する行政庁が行った裁決の取消しの訴えは、当該裁決をした行政庁の所属する国または公共団体を被告として提起しなければならない（行政事件訴訟法11条1項2号）。取消訴訟の被告は、原則として処分又は裁決をした行政庁が所属する国又は公共団体である。被告行政庁の特定にかかる原告の負担軽減とリスクを軽減するとともに、取消訴訟から取消訴訟以外への訴えの変更手続きを容易にするためである。

4．義務付けの訴えが認容された場合、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする（行政事件訴訟法37条の2第5項）。

5．私法上の法律関係に関する訴訟（争点訴訟）においては、行政事件訴訟法23条1項が準用される（行政事件訴訟法45条1項）ため、裁判所は、処分または裁決をした行政庁以外の行政庁を訴訟に参加させることが必要であると認めるときは、当事者若しくはその行政庁の申立てによりまたは職権で、決定をもって、その行政庁を訴訟に参加させることができる。

20210815

19

1．行政庁の訴訟参加について条文は「裁判所は、処分又は裁決をした行政庁以外の行政庁を訴訟に参加させることが必要であると認めるときは、当事者若しくはその行政庁の申立てにより又は職権で、決定をもって、その行政庁を訴訟に参加させることができる」と規定している（行政事件訴訟法23条1項）。

行政処分に関わる過程には、処分庁以外の行政庁が関与することも少なくなく、そのような行政庁が有する資料を提出させまた意見を述べさせることで争点に関する訴訟資料を充実し、適正な裁判を確保することを目的としている。

2．裁判所は、必要があると認めるときは、職権で、証拠調べをすることができる（行政事件訴訟法24条本文）とされており、対象は「訴訟要件に関するもの」に限定されていない。行政訴訟においては、訴訟の結果が公益に影響する場合が多く、裁判の適性を図るという要請が大きい。したがって、当事者の主張する事実について証拠が不十分の場合に、裁判所が職権で証拠収集することができる。

なお、裁判所の専断をさけるために、証拠調べの結果について、当事者の意見を聞かなければならない（行政事件訴訟法24条ただし書き）。

3．取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない（行政事件訴訟法10条1項）。なぜなら、取消訴訟は、違法な行政権の行使から原告の権利を守ることを目的としているからである。

4．処分または裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償または防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分または裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を「棄却」することができ（行政事件訴訟法31条1項）、これを事情判決という。

却下と棄却は、どちらも訴えが退けられることをさすが、却下は要件を満たしていないとして内容を検討されずに退けられることで、棄却は、内容を検討したうえで、理由がない訴えとして退けられる違いがある。

5．申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法3条6項2号）については、処分又は裁決に係わる取消訴訟、若しくは無効等確認の訴えを併合して提起しなければならない（行政事件訴訟法37条の3第3項2号）。

21

「高知落石事件」（最判昭和45年8月20日）である。本判例は過去問でも頻出されており、また本サイトの練習問題等においても複数出題している。争点としては、国家賠償法2条1項における営造物の設置・管理の瑕疵とはどのように解釈するのか、また、当該瑕疵を判断するにあたって過失は求められるのか。そして、道路管理を行うために財政的な理由は免責事由となるのか。以上の3点に留意しながら判例を読むと理解が深まると思われる。

　国家賠償法2条1項の営造物の設置または管理の瑕疵とは、営造物が［ア：通常有すべき安全性］を欠いていることをいい、これに基づく国および公共団体の賠償責任については、その［イ：過失］の存在を必要としないと解するを相当とする。ところで、原審の確定するところによれば、本件道路（は）・・・従来山側から屡々落石があり、さらに崩土さえも何回かあったのであるから、いつなんどき落石や崩土が起こるかも知れず、本件道路を通行する人および車はたえずその危険におびやかされていたにもかかわらず、道路管理者においては、「落石注意」等の標識を立て、あるいは竹竿の先に赤の布切をつけて立て、これによって通行車に対し注意を促す等の処置を講じたにすぎず、本件道路の右のような危険性に対して防護柵または防護覆を設置し、あるいは山側に金網を張るとか、常時山地斜面部分を調査して、落下しそうな岩石があるときは、これを除去し、崩土の起こるおそれのあるときは、事前に通行止めをする等の措置をとったことはない、というのである。・・・かかる事実関係のもとにおいては、本件道路は、その通行の安全性の確保において欠け、その管理に瑕疵があったものというべきである旨、・・・そして、本件道路における防護柵を設置するとした場合、その費用の額が相当の多額にのぼり、上告人県としてその［ウ：予算措置］に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えることはできないのであり、その他、本件事故が不可抗力ないし［エ：回避可能性］のない場合であることを認めることができない旨の原審の判断は、いずれも正当として是認することができる。

20210816

22

1．議長は、議会運営委員会の議決を経て、当該普通地方公共団体の長に対し、会議に付議すべき事件を示して臨時会の招集を請求することができる（地方自治法101条2項）が、議会はその普通地方公共団体の長がこれを招集する（地方自治法101条1項）。

2．議員の定数の1/4以上の者は、当該普通地方公共団体の長に対し、会議に付議すべき事件を示して臨時会の招集を請求することができ（地方自治法101条3項）、規定による請求があったときは、当該普通地方公共団体の長は、請求のあった日から20日以内に臨時会を招集しなければならない（地方自治法101条4項）。

3．普通地方公共団体の議会は、定例会及び臨時会とする（地方自治法102条1項）。臨時会は、必要がある場合において、その事件に限りこれを招集する（地方自治法102条3項）。

また、臨時会に付議すべき事件は、普通地方公共団体の長があらかじめこれを告示しなければならない（地方自治法102条4項）。

4．予算以外の議案を提出するにあたっては、議員の定数の1/12以上の者の賛成がなければならないため（地方自治法112条2項）、1人の議員だけが議案を提出することはできない。

5．普通地方公共団体の議会の議員の定数の半数以上の者から請求があるときは、議長は、その日の会議を開かなければならない（地方自治法114条1項）。普通地方公共団体の議会の会議は、これを公開する（地方自治法115条1項）。ただし、議長又は議員3人以上の発議により、出席議員の2/3以上の多数で議決したときは、秘密会を開くことができる（地方自治法115条1項ただし書き）。

公の施設は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設と定義されており、

①住民の利用に供するためのもの

②当該地方公共団体の住民の利用に供するためのもの

③住民の福祉を増進する目的を持って設けるもの

④地方公共団体が設けるもの

⑤施設であること

の5つの条件を満たすものである。

具体的な例として、公営の体育館、駐車場や市民会館、水道施設などがあり、財産的側面の公有財産とは区別して理解する必要がある。

1．普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設（これを公の施設という。）を設けるものとする（地方自治法244条1項）と定められている。

2．普通地方公共団体は、法律またはこれに基づく政令に特別の定めがあるものを除くほか、公の施設の設置及びその管理に関する事項は、条例でこれを定めなければならない（地方自治法244条の2第1項）。

3．普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、法人その他の団体であって当該普通地方公共団体が指定するもの・・・に、当該公の施設の管理を行わせることができる（地方自治法244条の2第3項）。このため、条例の定めることとなる。

4．普通地方公共団体は、指定管理者の指定をしようとするときは、あらかじめ、当該普通地方公共団体の議会の議決を経なければならない（地方自治法244条の2第6項）。

5．普通地方公共団体は、適当と認めるときは、指定管理者にその管理する公の施設の利用に係る料金を当該指定管理者の収入として収受させることができる（地方自治法244条の2第8項）。

24

1．監査委員は、地方公共団体の常勤の職員及び短時間勤務職員と兼ねることができない（地方自治法196条3項）。

2．監査委員は、普通地方公共団体の長が、議会の同意を得て、人格が高潔で、普通地方公共団体の財務管理、事業の経営管理その他行政運営に関し優れた識見を有する者及び議員のうちから、これを選任する（地方自治法196条1項）。条例の定めがなくとも、議員は監査委員になることができる。

3．監査委員は、普通地方公共団体の長が、議会の同意を得て、人格が高潔で、普通地方公共団体の財務管理、事業の経営管理その他行政運営に関し優れた識見を有する者及び議員のうちから、これを選任する（地方自治法196条1項）こととされているため、議会の同意を得る必要がある。

4．監査委員の定数は、都道府県及び政令で定める市にあっては4人、その他の市及び町村にあっては2人とされているが、条例でその定数を増加することができる（地方自治法195条2項）。

5．都道府県及び政令で定める市にあっては、識見を有する者のうちから選任される監査委員のうち少なくとも1人以上は、常勤としなければならない（地方自治法196条5項）。

25

ア．水の供給量が既にひっ迫しているにもかかわらず、自然的条件においては取水源が貧困で現在の取水量を増加させることが困難である一方で、社会的条件としては著しい給水人口の増加が見込まれるため、近い将来において需要量が給水量を上回り水不足が生ずることが確実に予見されるという地域にあっては、水道事業者である市町村としては、そのような事態を招かないよう適正かつ合理的な施策を講じなければならず、その方策としては、困難な自然的条件を克服して給水量をできる限り増やすことが第一に執られるべきであるが、それによってもなお深刻な水不足が避けられない場合には、専ら水の需給の均衡を保つという観点から水道水の需要の著しい増加を抑制するための施策を執ることも、やむを得ない措置として許されるものというべきである。そうすると、・・・法15条1項にいう「正当の理由」があるということができるものと解される（最判平成11年1月21日）。

イ．行政指導として教育施設の充実に充てるために事業主に対して寄付金の納付を求めること自体は、強制にわたるなど事業主の任意性を損うことがない限り、違法ということはできない。・・・被上告人がFに対し指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為も、被上告人の担当者が教育施設負担金の減免等の懇請に対し前例がないとして拒絶した態度とあいまって、Fに対し、指導要綱所定の教育施設負担金を納付しなければ、水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なものであって、マンションを建築しようとする以上右行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、Fに教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたものということができる。右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限度を超えるものであり、違法な公権力の行使であるといわざるを得ない（最判平成5年2月18日）。

ウ．被告人らが本件マンションを建設中のA建設及びその購入者から提出された給水契約の申込書を受領することを拒絶した時期には、既に、A建設は、武蔵野市の宅地開発に関する指導要綱に基づく行政指導には従わない意思を明確に表明し、マンションの購入者も、入居にあたり給水を現実に必要としていたというのである。・・・、被告人らは、右の指導要綱を順守させるための圧力手段として、水道事業者が有している給水の権限を用い、指導要綱に従わないA建設らとの給水契約の締結を拒んだものであり、その給水契約を締結して給水することが公序良俗違反を助長することとなるような事情もなかったというのである。そうすると、原判決が、このような場合には、水道事業者としては、たとえ指導要綱に従わない事業主らからの給水契約の申込であっても、その締結を拒むことは許されないというべきであるから、被告人らには本件給水契約の締結を拒む正当の理由がなかったと判断した点も、是認することができる（最判平成元年11月8日）。

エ．市の水道局給水課長が上告人の本件建物についての給水装置新設工事申込の受理を事実上拒絶し、申込書を返戻した措置は、右申込の受理を最終的に拒否する旨の意思表示をしたものではなく、上告人に対し、右建物につき存する建築基準法違反の状態を是正して建築確認を受けたうえ申込をするよう一応の勧告をしたものにすぎないと認められるところ、これに対し上告人は、その後1年半余を経過したのち改めて右工事の申込をして受理されるまでの間右工事申込に関してなんらの措置を講じないままこれを放置していたのであるから、右の事実関係の下においては、前記被上告人市の水道局給水課長の当初の措置のみによっては、未だ、被上告人市の職員が上告人の給水装置工事申込の受理を違法に拒否したものとして、被上告人市において上告人に対し不法行為法上の損害賠償の責任を負うものとするにはあたらないと解するのが相当である（最判昭和56年7月16日）。

26

ア．高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分または退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するにあたっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くかまたは社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えまたは裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである（最判平成8年3月8日）。

イ．本件転任処分は、A中教諭として勤務していた被上告人らを同一市内の他の中学校数諭（\*判決原文ママ）に補する旨配置換えを命じたものにすぎず、被上告人らの身分、俸給等に異動を生ぜしめるものでないことはもとより、客観的また実際的見地からみても、被上告人らの勤務場所、勤務内容等においてなんらの不利益を伴うものでないことは、原判決の判示するとおりであると認められる。したがって、他に特段の事情の認められない本件においては、被上告人らについて本件転任処分の取消しを求める法律上の利益を肯認することはできないものといわなければならない（最判昭和61年10月23日）。

原判決のいう名誉の侵害は、事実上の不利益ではあるが、転任処分による直接的なものではないとされた。

ウ．本件職務命令も、教科とともに教育課程を構成する特別活動である都立学校の儀式的行事における教育公務員としての職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指示を内容とするものであって、教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分にはあたらないと解される（最判平成24年2月9日）。

エ．国公立の大学において右のように大学が専攻科了の認定をしないことは、実質的にみて、一般市民としての学生の国公立大学の利用を拒否することにほかならないものというべく、その意味において、学生が一般市民として有する公の施設を利用する権利を侵害するものであると解するのが、相当である。されば、本件専攻科修了の認定、不認定に関する争いは司法審査の対象になるものというべく、これと結論を同じくする原審の判断は、正当として是認することができる（最判昭和52年3月15日）。

28

ア．時効の援用とは、時効期間の満了によって権利の取得や義務の消滅という利益を受けるかどうかは当事者の意思に委ねられ、これらの利益を受ける意思表示をいう。そして時効の援用について判例は、「時効による債権の消滅の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生ずるものではなく、時効が援用されたときにはじめて確定的に生ずるものである。」としている（最判昭和61年3月17日）。

イ．時効期間が満了していれば、いつでも直接時効の利益を受ける者は裁判上たると裁判外たるとを問わずいつでも時効を援用することができ、いったん援用があると時効による権利の取得は確定不動のものとなる（最判昭和10年12月24日）。そして、時効の援用を裁判上で行使する場合は、事実審の口頭弁論終結時までにする必要がある（大判大正12年3月26日）。

なお、時効を援用せずに後から別の訴訟で援用をすることは許されない（大判昭和14年3月29日）。

ウ．援用者が複数いる場合について判例は、「時効の完成により利益を受ける者は自己が直接に受けるべき利益の存する限度で時効を援用することができるものと解すべきであって、被相続人の占有により取得時効が完成した場合において、その共同相続人の1人は、自己の相続分の限度においてのみ取得時効を援用することができるにすぎないと解するのが相当である」としている（最判平成13年7月10日）。

時効を援用するかどうかは、各人の意思に委ねるべきであるから、人に対する援用の効果のおよぶ範囲は原則として相対効を原則としている。

エ．条文は、「時効は、当事者（消滅時効にあっては、保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。）が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない」と規定されている（民法145条）。

この当事者について判例は、「当事者とは時効により直接に利益を受ける者、すなわち権利を取得し、消滅時効により権利の制限又は義務を免れる者をいい、間接に利益を受ける者は当事者ではない」としている（大判明治43年1月25日）。

オ．破産免責の効力の及ぶ債務の保証人とその債権の消滅時効の援用について判例は、「免責決定の効力を受ける債権は、債権者において訴えをもって履行を請求しその強制的実現を図ることができなくなり、右債権については、『権利を行使することができる時』を起算点とする消滅時効の進行を観念することができないというべきであるから、破産者が免責決定を受けた場合には、右免責決定の効力の及ぶ債務の保証人は、その債権についての消滅時効を援用することはできないと解するのが相当である。」としている（最判平成11年11月9日）。

28

ア．詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる（民法96条1項）。代理人の詐欺による相手方の意思表示については、代理人の意思表示の問題ではないから101条1項は適用されず、また、相手方が代理人に対してした意思表示の効力が、意思表示を受けた者が悪意又は有過失があったことによって影響を受ける場合でもないから101条2項も適用されない。

したがって、この場合は代理人による詐欺を当事者による詐欺と考え、96条が適用されることとなる。

イ．無権代理の相手方の催告権について条文は、「無権代理において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、本人がその期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなす」と規定している（民法114条）。

ウ．権限外の行為の表見代理について、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるとき本人が責任を負うとされているが（民法110条）、代理人が直接本人名義で権限外の行為をした場合について判例は、「代理人が本人の名において権限外の行為をした場合において、相手方がその行為を本人自身の行為と信じたときは、代理人の代理権を信じたものではないが、その信頼が取引上保護に値する点においては、代理人の代理権限を信頼した場合と異なるところはないから、本人自身の行為であると信じたことについて正当な理由がある場合にかぎり、民法110条の規定を類推適用して、本人がその責に任ずるものと解するのが相当である」としている（最判昭和44年12月19日）。

エ．復代理人の権限等について判例は、「本人代理人間で委任契約が締結され、代理人復代理人間で復委任契約が締結されたことにより、本人復代理人間に直接の権利義務が生じた場合であっても、復代理人の代理行為も代理人の代理行為と同一の効果を生じるところから、契約関係のない本人復代理人間にも直接の権利義務の関係を生じさせることが便宜であるとの趣旨に出たものであるにすぎず、この規定のゆえに、本人又は復代理人がそれぞれ代理人と締結した委任契約に基づいて有している権利義務に消長をきたすべき理由はないから、復代理人が委任事務を処理するにあたり金銭等を受領したときは、復代理人は、特別の事情がないかぎり、本人に対して受領物を引渡す義務を負うほか、代理人に対してもこれを引渡す義務を負う」としている（最判昭和51年4月9日）。

オ．無権代理人の相手方の取消権について条文は、「代理権を有しない者がした契約は、本人が追認をしない間は、相手方が取り消すことができる」と規定している（民法115条本文）。また、無権代理の相手方の催告権とはことなり、契約当時、無権代理行為と知っていた相手方には認められない（民法115条ただし書き）。

なお、取消権が行使されると契約は確定的に無効となり、本人は追認することができなくなる。

29

動産物権変動に関して条文は、「動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しがなければ、第三者に対抗することができない」と規定している（民法178条）。

ここでいう引渡しには、①現実の引渡し（民法182条1項）、②簡易の引渡し（民法182条2項）、③占有改定（民法183条）、④指図による占有移転（民法184条）がある。

1．Bは甲機械を①～④のどの引渡しもされていないので、Cに対して所有権を取得したことを理由として、強制執行の不許を求めることはできない。

2．第三者への対抗要件として動産の引渡しが必要であるが、賃借人は第三者にあたるのかどうかについて判例は、「賃借人は第三者にあたる」としている（大判大正4年2月2日）。よって、Fは、賃借人Eに対して所有権を取得したことを理由として引渡しを求めるためには対抗要件が必要となる。しかし、乙機械は④指図による占有移転が行われていないので、EはFの引渡し請求に応じる必要はない。（Fを所有者として専有せよ）

3．第三者への対抗要件として動産の引渡しが必要であるが、受寄者は第三者にあたるのかどうかについて判例は、「動産の寄託を受け、一時それを保管するにすぎない者は第三者にあたらない」としている（最判昭和29年8月31日）。よって、Iは、対抗要件が不要につき、HはIの所有権に基づく引渡しの請求に応じなければならない。

4．第三者への対抗要件として動産の引渡しが必要であるが、判例は、「動産につき売渡担保契約がされ債務者が引き続きこれを占有する場合には、債権者は、右契約によって占有改定による目的物の引渡しをうけたことになる」としている（最判昭和30年6月2日）。よって、動産に関する譲渡担保権の対抗要件としては③占有改定による引渡しで足りる。

5．判例は、「構成部分の変動する集合動産であっても、何らかの方法で目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的となり得る」としている（最判昭和54年2月15日）。

そして、「債権者と債務者との間に、右のような集合物を目的とする譲渡担保権設定契約が締結され、債務者がその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至ったものということができ、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分が変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶものと解すべきである」とされている（最判昭和62年11月10日）。

30

ア．地役権について条文は、「地役権者は、設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利を有する」と規定している（民法280条本文）。ただし、権利を有するとしても地役権者は承役地を排他的に占有するのではなく、承役地の所有者も地役権者の権利を妨げない範囲で使用できる。

したがって、物権的請求権のうち、妨害の排除請求権及び妨害予防請求権は認められるが、返還請求権は認められないので、Bは、Cに対して地役権に基づき丙建物全部の収去および甲土地の明渡しを求めることができない。

イ．地役権について条文は、「地役権者は、設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利を有する」と規定している（民法280条本文）。眺望を確保するために、承役地に地役権を契約によって設定することができる。そして、地役権には、物権的請求権のうち、妨害の排除請求権及び妨害予防請求権は認められるので、Bは地役権に基づき建物の収去を求めることができる。

なお、地役権も不動産に関する物権につき、第三者に対抗するには登記が必要である（民法177条）。

ウ．公道に至るための他の土地の通行権、いわゆる囲繞地通行権について条文は、「他の土地に囲まれて公道に通じない土地の所有者は、公道に至るため、その土地を囲んでいる他の土地を通行することができる」と規定している（民法210条）。

この「他の土地に囲まれて公道に通じない土地」を袋地、「その土地を囲んでいる他の土地」を囲繞地といい、囲繞地を通行する権利が囲繞地通行権である。この権利は、「相隣関係の規定は、地上権者間又は地上権者と土地の所有者との間について準用する」と規定されていることから（民法267条）、Cは甲土地の所有者ではないが地上権設定を受けているので、賃貸借契約を締結することなく、乙土地を通行することができる。

エ．法定地上権について条文は、「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす」と規定している（民法388条）。

Aは所有権を有する甲土地に抵当権を設定後、Cから丙建物を買い受け所有権を取得したので、土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属していないことから、抵当権が実行されても法定地上権の要件は満たさない。よって、丙建物のために、地上権が甲土地の上に当然に発生しない。

オ．条文は、「土地の所有者が時価相当額を提供してこれを買い取る旨を通知したときは、地上権者は、正当な理由がなければ、これを拒むことができない」と規定している（民法269条ただし書き）。

20210826

1．動産質の対抗要件及び質物の占有の回復について条文は、「動産質権者は、継続して質物を占有しなければその質権をもって第三者に対抗することができず」（民法352条）、「動産質権者は、質物の占有を奪われたときは、占有回収の訴えによってのみ、その質物を回復することができる」（民法353条）と規定している。

2．質権の設定について条文は、「質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生ずる」と規定している（民法344条）。そして不動産質権者は、民法177条に基づき、登記をしなければ、その質権をもって第三者に対抗することができない。

3．即時取得について条文は、「取引行為によって、平穏に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する」と規定している（民法192条）。

この取引行為については、売買は当然として、贈与・譲渡担保・質権設定・弁済・代物弁済としての給付も該当する。

4．不動産質権者による使用及び収益について条文は、「不動産質権者は、質権の目的である不動産の用法に従い、その使用及び収益をすることができる」と規定している（民法356条）。

よって、設定者の承諾を得る必要はない。

5．権利質の権利等について条文は、「質権は、財産権をその目的とすることができる」と規定している（民法362条）。

権利質とは、債権・株式・用益物権などの財産権を目的とする質権をいい、権利質が目的となるためには、財産的価値を持ち、譲渡可能でなければならない。また、目的債権が保証債務によって担保されている場合、効力は保証債権に及ぶとされている。

32

ア．混同について条文は、「債権及び債務が同一人に帰属したときは、その債権は、消滅する。ただし、その債権が第三者の権利の目的であるときは、この限りでない」と規定している（民法520条）。

ただし、混同の例外として判例は「家屋の転借人が当該家屋の所有者たる賃貸人の地位を承継しても、賃貸借関係及び転貸借関係は当事者間に合意のない限り消滅しない」としている（最判昭和35年6月23日）。

イ．転貸の効果について判例は、「賃料の延滞を理由として賃貸借を解除するには、賃貸人は賃借人に対して催告をすれば足り、転借人にその支払の機会を与える必要はない」としている（最判昭和37年3月29日）。よって、賃貸人は、転借人に対してその支払につき催告しなくても、原賃貸借を解除することができる。

ウ．転貸の効果について条文は、「賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、賃貸人と賃借人との間の賃貸借に基づく賃借人の債務の範囲を限度として、賃貸人に対して転貸借に基づく債務を直接履行する義務を負う。この場合においては、賃料の前払をもって賃貸人に対抗することができない。」としている（民法613条1項）。

この義務には賃料を直接賃貸人に支払うことも含まれている。よって、賃貸人は、転借人に直接に賃料の支払を請求することはできる。

なお、転借人が賃貸人に支払う額は、賃借人が支払うべき額の範囲内でおさまる。

エ．賃借権の譲渡及び転貸の制限について判例は、「賃借権の譲渡又は転貸を承諾しない賃貸人は、賃貸借契約を解除しなくても、譲受人又は転借人に対して賃借物の明渡しを請求することができる」としている（最判昭和26年5月31日）。

オ．判例は、「所有権ないし賃貸権限を有しない者から不動産を貸借した者は、その不動産につき権利を有する者から右権利を主張され不動産の明渡を求められた場合には、貸借不動産を使用収益する権原を主張することができなくなるおそれが生じたものとして、民法559条で準用する同法576条により、右明渡請求を受けた以後は、賃貸人に対する賃料の支払を拒絶することができるものと解するのが相当である」としている（最判昭和50年4月25日）。

34

1．責任無能力者の監督義務者等の責任について条文は、「精神上の障害により自己の行為の責任を弁識する能力を欠く状態にある間に他人に損害を加えた者は、その賠償の責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」と規定している（民法714条1項本文）。

この監督する法廷の義務を負う者について判例は、「精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法714条1項にいう「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」にあたるとすることはできないというべきである。もっとも、法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法714条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準ずべき者として、同条1項が類推適用されると解すべきである」としている（最判平成28年3月1日）。

2．使用者等の責任について条文は、「ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」と規定している（民法715条1項本文）。

このある事業のために他人を使用する関係について判例は、「兄が、その出先から自宅に連絡して弟に兄所有の自動車で迎えに来させたうえ、弟に右自動車の運転を継続させ、これに同乗して自宅に帰る途中で交通事故が発生した場合において、兄が右同乗中助手席で運転上の指示をしていた等判示の事情があるときは、兄と弟との間には右事故当時兄を自動車により自宅に送り届けるという仕事につき、民法715条1項にいう使用者・被用者の関係が成立していたと解するのが相当である」としている（最判昭和56年11月27日）。

3．土地の工作物等の占有者及び所有者の責任について条文は、「土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは、その工作物の占有者は、被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。ただし、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、所有者がその損害を賠償しなければならない」と規定している（民法717条1項）。

この瑕疵の存否の判断について判例は、「他人の築造した瑕疵のある工作物を瑕疵がないと信じ過失なくして買い受けた者であっても、当該工作物を現に所有するというだけで民法717条の責任を負う」としている（最判昭和3年6月7日）。

4．動物の占有者等の責任について条文は、「動物の占有者は、その動物が他人に加えた損害を賠償する責任を負う」と規定している（民法718条本文）。

雇人がこの動物の占有者にあたるのかどうかについて判例は、「運送会社がその使用人に荷馬車を引かせていた場合、本来の占有者は運送会社であり、占有補助者たる使用人は、占有者でも保管者でもない」としている（大判大正10年12月15日）。

5．共同不法行為者の責任について条文は、「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする」と規定している（民法719条1項）。

この共同不法行為者の責任について判例は、「交通事故により、放置すれば死亡するに至る傷害を負ったものの、事故後搬入された病院において、通常期待されるべき適切な経過観察がされるなどして脳内出血が早期に発見され適切な治療が施されていれば、高度の蓋然性をもって救命できたということがで きるから、本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある。したがって、本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為にあたるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべきものである」としている（最判平成13年3月13日）。

35

ア．婚姻の届出の受理について条文は、「婚姻の届出は、その婚姻が第731条から第737条まで及び前条第2項の規定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することができない」と規定しており（民法740条）、夫婦の氏については、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と規定している（民法750条）。そして、婚姻について「婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届書に記載して、その旨を届け出なければならない」と規定している（戸籍法74条1号）。

以上のことから、婚姻後の氏を定めずに婚姻屈を提出した婚姻届は受理されない。

イ．離婚による復氏等について条文は、「婚姻によって氏を改めた夫又は妻は、協議上の離婚によって婚姻前の氏に復する（民法767条1項）。前項の規定により婚姻前の氏に復した夫又は妻は、離婚の日から3ヵ月以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、離婚の際に称していた氏を称することができる」と規定している（民法767条2項）。

したがって、離婚により復氏が確定し、離婚前の氏を称することができないわけではない。

ウ．生存配偶者の復氏等について条文は、「夫婦の一方が死亡したときは、生存配偶者は、婚姻前の氏に復することができる」と規定しており（民法751条1項）、「民法751条1項の規定によって婚姻前の氏に復しようとする者は、その旨を届け出なければならない」としている（戸籍法95条）。

したがって、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって婚姻前の氏である乙川を称することができる。

エ．子の氏について条文は、「子が父又は母と氏を異にする場合には、子は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その父又は母の氏を称することができる」と規定している（民法791条1項）。

したがって、子が母と同じ氏を称するためには、家庭裁判所の許可を得て届出をしなければならない。

オ．養子の氏について条文は、「養子は、養親の氏を称する。ただし、婚姻によって氏を改めた者については、婚姻の際に定めた氏を称すべき間は、この限りでない。」と規定している（民法810条）。

したがって、養親の氏を称することなく、婚姻の際に定めた氏を称する。

20211018

36

・商行為の代理人が本人のためにすることを示さないでこれをした場合であって、相手方が、代理人が本人のためにすることを知らなかったときの法律関係に関する次の記述のうち、商法の規定および判例に照らし、妥当なもの

・・・相手方と本人との間に法律関係が生じるが、相手方は代理人に対しても、履行の請求に限り、これをすることができる。

37

イ　発起人全員の同意があるときは、登記、登録その他権利の設定又は移転を第三者に対抗するために必要な行為は、株式会社の成立後にすることを妨げない（会社法34条1項）。

ウ　設立時発行株式の株主となる権利の譲渡について条文は、「出資の履行をすることにより設立時発行株式の株主となる権利の譲渡は、成立後の株式会社に対抗することができない」と規定している（会社法35条）。

エ．設立時募集株式の払込金額の払込みについて条文は、「設立時募集株式の引受人は、第一項の規定による払込みをしないときは、当該払込みをすることにより設立時募集株式の株主となる権利を失う」と規定している（会社法63条3項）

オ．募集株式の引受人は金銭の払込みを行うことしか規定されておらず、金銭以外の財産を給付することはない（会社法63条1項）。

38

1．議決権の行使は株主の基本的な権利であるので、保有期間は定められていない（会社法105条1項3号）。

2．総株主の議決権の3/100以上の議決権を有する株主又は発行済株式の3/100以上の株式を有する株主は、保有期間によらず、会計帳簿の閲覧請求ができる（会社法433条1項）。

3．新株発行無効の訴えは、株式会社の成立後における株式の発行においては、株式の発行の効力が生じた日から6ヵ月以内（公開会社でない株式会社にあっては、株式の発行の効力が生じた日から1年以内）以内に訴えなければならない（会社法828条1項2号）。

4．株主総会の決議取消の訴えの原告となるものは、①株主等　②当該決議の取消しにより株主又は取締役、監査役若しくは清算人となる者（会社法831条）。

5．6ヵ月前から引き続き株式を有する株主は、株式会社に対し、発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等（取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人）若しくは清算人の責任を追及する訴え、の提起を請求することができる（会社法847条）。

39

イ．取締役会招集の通知を発するときに、取締役会の目的である事項および議案を示す必要はない。本肢の記述は、招集権者以外の取締役が招集の請求をする際の手続きと混同させている。

オ．取締役会の決議に参加した取締役であって、取締役会の議事録に異議をとどめないものは、その決議に賛成したものと推定する（会社法369条5項）。

41

「放送の不偏不党、真実及び［ア：自律］を保障

［イ：二本立て体制］を採ることとした

42

法令の定めに従って判断するために必要とされる基準である［ウ：処分基準］（2条8号ハ）を定め、

［エ：裁量権］の範囲の逸脱又はその濫用に当たる

44

何人も、命令をすることを求めることができ、Yは必要な調査を行い、命令しなければならない。

45

共有者全員の同意が必要であり、修繕等には、共有者の持分価格の過半数で決定する必要がある。

46

第三者のためにする契約といい、CがBに対して50万円を受け取る意思表示をする必要がある。

47

1937（昭和12)年の慮溝橋事件に不拡大方針の声明を出したのは（第一次）近衛文麿内閣である。

48

〇

49

3

第3次行革審（第3次臨時行政改革推進審議会）の答申を受けて、1993（平成5)年11月、行政手続法が制定されたが、この法律は、処分、行政指導および届出に関する手続ならびに命令等を定める手続きに関するもので、行政上の強制執行や行政立法、計画策定は対象ではない。

50

エ．妥当でない。

働き方改革を推進するための関係法律の整備に関する法律（働き方改革関連法）により、高度プロフェッショナル制度が導入された。具体的な業務等が労働基準法施行規則34条の2第3項に列挙されているが、医師は含まれていない。

オ．妥当である。

いわゆる働き方改革関連法により、年次有給休暇が年10日以上付与される労働者に対して年5日の年次有給休暇を取得させることが、使用者に義務付けられている（労働基準法39条7項）。

20211101

52

元号については、元号法という法律が制定されている。「元号は、政令で定める」と規定されており（元号法1項）、法律に基づいて内閣が政令で定めることとなる

53

エ．妥当でない。

環境省の平成28年度実績によると、全国の産業廃棄物の総排出量は4億トン弱でほぼ横ばいに推移している。また、最終処分場の残余容量は1億6,000万トン強、残余年数は16～17年程度で、微増または横ばいで推移している。処理しきれないために残余容量・残余年数が急減している状況ではない。

オ．妥当である。

日本は1993年、一定の有害廃棄物の国境を越える移動およびその処分の規制について国際的な枠組みおよび手続等を規定した「バーゼル条約」に加入した。

55

ウ．妥当でない。

通信傍受法（犯罪捜査のための通信傍受に関する法）では、薬物関連、銃器関連、集団密航関連など特定の犯罪に限り・・・犯行状況等を明らかにすることが著しく困難な場合に、裁判官の令状を得て、通信の傍受をすることが認められている（通信傍受法3条1項）。

56

イ．主としてアナログ方式である。

公衆交換電話網とは固定電話回線の電話網のことで、主としてアナログ方式である（肢ウのISDN（デジタル方式）も公衆交換電話網の一部ではある）。

メタル線（銅製）で通信されているが、今後順次廃止され、光ファイバー（ガラス製・プラスチック製）によるデジタル方式のIP網に移行することになる。

57

3．妥当である。

個人情報保護委員会の委員長及び委員は、在任中、政党その他の政治団体の役員となり、または積極的に政治運動をしてはならない（個人情報の保護に関する法律71条）。

20211107　　平成29年

問1

罪刑法定主義、構成要件、違法、瀧川

２

ア．法実証主義

実際に定められている法律（実定法）だけが法であるとする実定法一元論である。実定法の上位概念として自然法認めない。ここで実定されていれば、法なのだから、「悪法もまた法なり」という法諺が生まれる。

イ．リバタニアリズム

内容はイの記述の通りであるが、新自由主義との相違が問題となる。新自由主義は、より経済的な自由を重視するが（歴史的な理由も大きいと思われる）、リバタリアニズムは個人的な自由をより強調している。他者の身体や正当に所有された物質的財産を侵害しない限り、各人が望む全ての行動は基本的に自由であると主張している。

3

1．判例（最大判昭和53年10月4日マクリーン事件）は、外国人の政治活動の自由が問題となった事件において、「外国人の政治活動の自由はわが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等を除き保障される」旨を判示した。

４

1．妥当。

奈良県溜池条例判決（最判昭和38年6月26日）は、本肢のような受忍義務を認めている。理由としてあげられているのは、「公共の福祉」である。

2．妥当。

溜池の堤とうの使用行為は認められるが、それが制限される者というわけではなく、そもそも憲法でも民法でも適法な財産権の行使として認められないということである。

3．妥当。

そもそも認められえないものを禁止等しても、憲法及び法律に抵触又は逸脱するものではない。

6

1．妥当でない。

憲法68条1項は「内閣総理大臣は、国務大臣を任命する。ただし、その過半数は、国会議員の中から選ばれなければならない。」と規定している。本肢のような国会の同意は不要である。

4．妥当。

憲法74条には「法律及び政令には、すべて主任の国務大臣が署名し、内閣総理大臣が連署することを必要とする。」と規定されている。確かに、主幹の国務大臣には、主に政令については制定責任も同時に規定されていると考えられているため、執行責任にしか言及がないのは正しくないようにも思える（内閣総理大臣の連署は、制定責任だけではなく、主に執行責任を意味しているといえる）。

以上より、本肢は正確ではないが、他の肢に比べて*妥当*であるとすべきであろう。

6

会計の分野は手薄の人が多かったと思う。しかし、日本では、「予算法形式説」が通説であることを知っていれば、解けた問題である。

確かに、イギリスを始め、ドイツ・フランス等では予算は法として成立する。

しかし、予算は、政府を拘束するのみで、一般国民を直接拘束する者ではない等の理由で、日本では「予算は法ではなく、法形式を採用している」とする「予算法形式説」が通説である。

問題リード文の中（2行目）に、現在でも通説である、とあるので、イは予算法形式説となる。これがあてはまるのは肢1のみである。

7

3．妥当でない。

憲法99条は、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負う。」と規定し、ここから国民をあえて除外している。したがって、本肢のいう「国民」は明文で規定されていない。

8

3　本問は、「砂利採取法」の条文に照らし、講学上の「取消し」と「撤回」の理解を問う問題である。

問8は、この形式になることが多く、今後の試験対策としても良い練習素材となるかと思われる。本問では、講学上の「取消し」と「撤回」の内容を確認した上で、砂利採取法26条の1号～4号にかけて検討していくことになる。

講学上の「取消し」は、処分成立当初に瑕疵があったこと（原始的瑕疵）を理由としており、その効果は原則として遡及し、はじめから行政行為がなかったものとみなされる。

それに対して、講学上の「撤回」とは、成立に瑕疵のない行政行為について、後発的事情の変化によってその効力を存続させることができない新たな事由が発生したために、将来に向かってその効力を失わせることをいう。

9

3．妥当である。

審査請求前置主義が個別法で規定されている場合であったとしても、無効なものについてはそもそも最初から効力がないはずであり、それを確認する訴訟を提起するにあたり、審査請求をしないで直ちに無効確認訴訟を提起することも可能である。

10

2．妥当でない。

執行罰を科す手続きについては、現行法上唯一残存する砂防法36条を見ても「国土交通大臣または都道府県知事が一定の期限を示し、期限内に履行しないとき、もしくは履行が不十分であるときは、過料に処することを予告してその履行を命ずることができる」とされており、非訟事件手続法に従うとする本肢は誤りである。

20211108

11

行政手続法1条1項

この法律は、処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性（行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。第46条において同じ。）の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする。

12

1．妥当でない。

行政手続法は、申請に対する拒否処分に関する理由の提示に関して第8条に定めを置いている。

14

1．正しい

行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為に関する不服申立てについては、他の法律に定めがある場合を除くほか、この法律に定めるところによる（行政不服審査法1条2項）。行政不服審査法は、行政上の不服申し立ての一般法であり、他の法律に特別の定めがある場合には他の法律の特別の定めが特別法として本法に優先して適用されることになる。

15

2．誤り

上級行政庁とは、処分庁を指揮監督する権限を有する行政庁を意味している。処分庁に上級行政庁がない場合の審査請求は、当該処分庁に対して行うことになる（行政不服審査法4条1号）。

行政不服審査会は、総務省に設置された行政不服審査法に基づく審査請求事件についての一般的諮問機関であり（行政不服審査法67条）、審査請求をすべき行政庁ではない。

3．誤り

処分庁が審理員に提出するのが弁明書（行政不服審査法29条2項）、審査請求人が提出することができるのが反論書（行政不服審査法30条1項）である。本枝では、処分庁と審査請求人が提出するものが逆になっている。

20211109

17

1．正しい

拒否処分の取消しに対応するのが処分の取消し訴訟であり、許認可付与の義務付けに対応するのが義務付け訴訟である。許認可付与の義務付け訴訟を提起する場合は、同時に、拒否処分の取消訴訟又は無効等確認の訴えも併合して提起しなければならないが（行政事件訴訟法37条の3）、単独で拒否処分の取消訴訟を提起することもできる（行政事件訴訟法3条2項）。

2．誤り

拒否処分の取消訴訟を提起した場合、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、執行停止の申立てをすることができるが、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によって目的を達することができる場合には、することができない（行政事件訴訟法25条2項）。

19

3．誤り

仮の差止めは、取消訴訟の執行停止と同様に申立てが必要であり、裁判所が職権ですることはできない（行政事件訴訟法37条の5第2項）。

4．誤り

仮の差止めは、単独の訴訟類型ではないため、その前提となる差止め訴訟を提起してなければ申立てることはできない（行政事件訴訟法37条の5第2項）。

5．正しい

仮の差止めは、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは、することができない（行政事件訴訟法37条の5第3項）。

21

「原判決は、本件火災は第一次出火の際の残り火が再燃して発生したものであるが、上告人の職員である消防署職員の消火活動について失火ノ責任ニ関スル法律（以下「失火責任法」という。）は適用されず、第一次出火の消火活動に出動した消防署職員に残り火の点検、再出火の危険回避を怠った［Ⅰ： 過失 ］がある以上、上告人は被上告人に対し国家賠償法1条1項により損害を賠償する義務があるとし、被上告人の請求のうち一部を認容した。

23

4．誤り。

法定受託事務には、第一号法定受託事務と第二号法定受託事務があり、それ以外は全部自治事務である。したがって、自治事務は1種類であり、法定受託事務のように複数あるわけではない。

24

2．妥当でない。

住民訴訟は代位請求は規定されていない。

5．妥当である。

地方自治法242条の2第1項柱書きは、「第242条の二　普通地方公共団体の住民は、前条第1項の規定による請求をした場合において、同条第4項の規定による監査委員の監査の結果若しくは勧告若しくは同条第9項の規定による普通地方公共団体の議会、長その他の執行機関若しくは職員の措置に不服があるとき、又は監査委員が同条第4項の規定による監査若しくは勧告を同条第5項の期間内に行わないとき、若しくは議会、長その他の執行機関若しくは職員が同条第9項の規定による措置を講じないときは、裁判所に対し、同条第1項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもって次に掲げる請求をすることができる（住民訴訟）。」と規定している。

20211111

27

イ．妥当である。

権利能力がなければ当然権利義務の帰属主体にはなれない。では、現実の世界で権利能力なき社団が財産を取得した場合は、当該財産は誰に、どのように帰属するのであろうか。条文がないため論点となる。

判例によれば「権利能力なき社団の財産は、実質的には社団を構成する総社員の所謂総有に属するものである」とされている（最判昭和32年11月14日）。

したがって本肢は妥当である。

ウ．妥当でない。

条文によると「各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属する」とされている（民法668条）。そしてその「共有」は合有を意味する。

合有は選択肢イの解説にもあるように、原則として分割請求ができない。条文によると、「組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない」とされているのである（民法676条3項）。その理由として、組合財産は組合の目的を遂行するためにあることから、分割請求を認めてしまうと組合の目的の妨げになってしまうためである。

したがって本肢は妥当でない。

オ．妥当である。

組合は、業務執行者があるときは、業務執行者のみが組合員を代理することができ、業務執行者が数人あるときは、各業務執行者は、業務執行者の過半数の同意を得たときに限り、組合員を代理することができるが（民法670条の2第2項）、判例によると「組合規約等で内部的に業務執行者の代理権限を制限しても、その制限は善意・無過失の第三には対抗できない」とされている（最判昭和38年5月31日）。

29

オ．妥当である。

条文によれば「地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、時効によって取得することができる」とされている（民法283条）。隣接地を通行するなどの行為を、当該隣接地の権利者が許容するのは「近隣のよしみ」といえるため、地役権の時効による取得に、一定の要件を課しているのである。

30

3．時効取得できない。

Aが自らの占有のみを主張して甲不動産を時効取得するためには、10年間の占有が必要である（民法187条1項、162条2項参照）。

Aが前占有者であるBの占有を併せて主張して甲不動産を時効取得するためには、20年間の占有が必要である（民法187条1項2項、162条1項参照）。

本肢の場面では、A自身の占有は5年しかなく、Bの占有と併せても10年しかない。

したがってAは時効取得できない。

31

4．妥当でない。

賃借権はそもそも「債権」である。債権とは、「特定人の特定人に対する権利」なのであるから、賃借人（債権者）は賃貸人（債務者）に、賃借権に基づいて「不法占有状態を解決し、自分が使用できるようにしろ」と請求できることは当然である。

一方で、賃借権に基づいて賃借人は不法占有者（賃貸借関係の当事者ではない）に対し、妨害排除請求を行うことはできるのだろうか。

条文によると、「不動産の賃借人は、対抗要件を備えた場合において、第三者が占有しているとき、その第三者に対する返還の請求をすることができる」（民法605条の4第2号）と規定されている。「対抗力があるのであれば」、賃借権の性質は物権に近づき、債務者以外にも権利主張できるのである。

5．妥当である。

肢1の解説にあるように、本来Dは現に土地所有権を侵害しているFを相手方として建物の収去を求めるべきである。

では、Dは前建物所有者で現登記名義人のEに建物の収去を求めることはできないのだろうか。Dとしては相手方の氏名住所は登記名義によって判断することが通常であり、Eの方が訴訟において相手方としやすいことから問題となる。

判例によると「他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとい建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできないものと解するのが相当である」とされている（最判平成6年2月8日）。民法177条によると、登記が物権の「得喪」を対抗するための要件である。「得喪」の「喪」は失うことを意味するため、Eが登記名義を保有したままであれば、Eが自分は権利者ではないと対抗できないと理解することができる。ゆえにDはEを相手方とすることができるのである。

32

1．妥当である。

条文によると「連帯債務者の一人について法律行為の無効又は取消しの原因があっても、他の連帯債務者の債務は、その効力を妨げられない」とされている（民法437条）。他の連帯債務者がいようがいまいが、各連帯債務者はもともと全額の債務を負っているため、ある連帯債務者が存在しないことになっても、他の連帯債務者には影響はないのである（相対効）。

2．妥当である。

条文によると「連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときは、債権は、全ての連帯債務者の利益のために消滅する」とされている（民法438条）。更改については、絶対効なのである。

3．妥当でない。

Aが時効の更新事由である債務の承認行為をしているが、これは他の連帯債務者との関係で、絶対効ではない。ゆえにBはCに消滅時効を援用できるのである。

4．妥当である。

条文によると「他の連帯債務者があることを知りながら、連帯債務者の一人が共同の免責を得ることを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。」とされている（民法443条1項）。Aは、他の連帯債務者であるBの存在を知りながら、事前の通知をしておらず、Bは、Cに対する500万円の債権をもって相殺できたことから、Bは、Aに対抗でき、AはBに対し500万円の求償ができない。

なお、BのCに対する500万円の債権が移転するので、Aは、Cに対し500万円を請求できる。

5．妥当である。

条文によると「弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た連帯債務者が、他の連帯債務者があることを知りながらその免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠ったため、他の連帯債務者が善意で弁済その他自己の財産をもって免責を得るための行為をしたときは、当該他の連帯債務者は、その免責を得るための行為を有効であったものとみなすことができる。」とされている（民法443条2項）。Aは、他の連帯債務者であるBの存在を知りながら、事後の通知をしておらず、Bは、事前の通知をしたうえでCに弁済しているので、BはAに対して自己の弁済は有効であったとみなすことができる。よって、Bは、Aの求償を拒み、自己がAに対して500万円を求償することができる。