

憲法について

テキスト…憲法推論問題対策・最低限の知識集

※「これだけ押さえておいて、後は現場で考えましょう」集

①過去問編（サンプル）

使い方

各図表の左側だけを見て、図表右側の「ゴシック体」の部分全てを言えるようにしておいて下さい。

（「★21-1-イ」と表記されているものは、過去問の出題歴です。）

H16-3

<公共の福祉>

※この論点については、しっかり理解しておかないと現場では解けません。

問題となる条文		<p>憲法 12 条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に<u>公共の福祉のために</u>これを利用する責任を負ふ。</p> <p>憲法 13 条 すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、<u>公共の福祉に反しない限り</u>、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。</p> <p>憲法 22 条 I 何人も、<u>公共の福祉に反しない限り</u>、居住、移転及び職業選択の自由を有する。</p> <p>憲法 29 条 II 財産権の内容は、<u>公共の福祉に適合するやうに</u>、法律でこれを定める。</p>
問題の所在		各条文に「公共の福祉」という文言があるけど、これを根拠にどこまで人権制限をしても許されるの？
A 説	一元的外在制約説	基本的人権は、すべて「公共の福祉」によって制約することができる。その根拠は、12 条と 13 条に書かれている「公共の福祉」。なぜなら、12 条や 13 条は、人権についての包括的な規定だから（22 条<職業の自由>や 29 条<財産権>のような個別の規定に書かれている「公共の福祉」は特別な意味を持たない。）。
	A 説への批判	<p>①「公共の福祉」を抽象的な最高概念としているから、人権制限が安易になされちゃう。 ★16-3-ア</p> <p>②「法律の留保」という文言を根拠に大幅な人権制限を認めていた明治憲法とほとんど同じになってる。 ★16-3-エ</p>
B 説	内在・外在二元制約説	12 条と 13 条を訓示的規定とみることにして、12 条と 13 条の「公共の福祉」に人権制約の根拠を認めないようにする。そして、権利に内在する制約のみ認める。もっとも、22 条<職業の自由>と 29 条<財産権>のいわゆる経済的自由権と、国家の積極的施策によって実現される社会権（憲法 25 条以下）については、「公共の福祉」を根拠に内在的制約を超える制約を認める。 ★16-3-オ
	B 説への批判	①13 条については、プライバシー権等の「新しい人権」を根拠付ける規定であると一般的に解釈されているけど、13

		<p>条を訓示的規定とみるB説では、その解釈が不可能になっちゃう。</p> <p>★16-3-イ</p> <p>②「公共の福祉」という文言を、「国の政策的考慮に基づく公益」という意味に限定するのは不適切。 (「公共の福祉」による制約について、経済的自由権と社会権に限定していることへの批判です。)</p>
C説	一元的内在的制約説	<p>「公共の福祉」を、「人権相互の矛盾衝突を調整するための実質的公平の原理」とする。</p> <p>つまり、「公共の福祉」は全ての権利を制約する原理ではあるが、その制約はすべての人権に論理必然的に内在するものであるし、権利の性質に応じて制約の程度を異なるものとする。</p>
	C説への批判	<p>一見もっともらしいことを言ってるけど、抽象的な原則を示しているだけだから、具体的基準が不明確。</p>

※内在的制約…ex. 他者の人権との関係で制約せざるを得ないもの。

外在的制約…ex. 社会一般の利益のために制約するもの。

<平成16年度憲法第3問>

※実際の講義では、お手持ちの過去問を使用します。

公共の福祉による基本的人権の制約について、次の二つの見解がある。

第1説 すべての基本的人権は、「公共の福祉」によって制約されるものであり、憲法第12条及び第13条の「公共の福祉」は、基本的人権を制約する際の憲法上の根拠となる。

第2説 基本的人権が「公共の福祉」によって制約され得るのは、憲法第22条及び第29条のように、特に個別の人権規定において「公共の福祉」による制約が認められている場合に限られる。

次のアからオまでの記述は、第1説又は第2説のいずれかに関するものであるが、「この説」が第2説を指すものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

ア この説に対しては、「公共の福祉」を抽象的な最高概念としてとらえる考え方と結び付きやすく、基本的人権が安易に制限されるおそれがあるという批判が可能である。

イ この説に対しては、憲法第13条が訓示規定であるとする、同条を、憲法に列挙されていない、いわゆる新しい人権を基礎付ける包括的な人権条項と解釈することができなくなるのではないかとの問題を指摘することができる。

ウ この説は、憲法第13条が、基本的人権について、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定め、必要最小限度の規制の原則を宣明していることも、同条に法的意味を認める理由の一つとする。

エ この説に対しては、明治憲法と同じように、基本的人権の保障について「法律の留保」を認めたことと同じになってしまうのではないかとの問題を指摘することができる。

オ この説も、基本的人権が絶対無制約であると主張するわけではなく、基本的人権にはその性質上当然に伴うべき内在的制約が存することを認めることになる。

- 1 アイ 2 アウ 3 イオ 4 ウエ 5 エオ

正解・・・3

H20-1

<生存権>

※厳密な学説の対立は意識せず、代表的なもの（過去問で問われたもの）を挙げます。

問題となる条文	憲法 25 条 I すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。
問題の所在	25 条って、抽象的で不明確な条文だけど、どの程度まで人権を保障する規定なんだろう？
A 説	<p>プログラム規定説 (25 条は、国に政治的・道徳的義務を課しただけの規定。) →戦後初期の通説</p> <p>(理由) 資本主義社会では、自助の原則が妥当する。 (自分のことは自分で助けろということ。) ★20-1-ア (帰結) 生活保護法の保護基準について、25 条違反として争うことができない。</p>
B 説	<p>抽象的権利説 (25 条は、それを具体化する法律によってはじめて具体的権利となる。)</p> <p>(帰結 1) ←この学説のポイント 生活保護法の保護基準について、25 条違反として争うことができる。 ★20-1-エ (帰結 2) 立法不作為違憲確認訴訟についてまでは、25 条違反として争うことができない。 ★20-1-ウ</p>
C 説	<p>具体的権利説 (25 条は、それ自体で国民に具体的な権利を付与している。)</p> <p>(帰結 1) ←この学説のポイント 立法不作為違憲確認訴訟について、25 条違反として争うことができる。 ★20-1-ウ (帰結 2) 25 条を根拠として、国に対して、生活扶助費の給付を求めることまではできない。 ★20-1-オ</p>

本試験問題H20-1

※実際の講義では、お手持ちの過去問を使用します。

次のA説からC説までは、生存権（憲法第25条第1項）の法的性格に関する見解である。次のアからオまでの記述のうち、誤っているものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

A説： 憲法第25条第1項は、国会に対してそこに規定された理念を実現するための政策的指針ないし政治的責務を定めたにとどまり、およそ法的な権利や裁判規範性を認めるものではない。

B説： 憲法第25条第1項は、これを具体化する法律の存在を前提として、当該法律に基づく訴訟において同条違反を主張することができ、その限りで法的権利を認めるものといえる。

C説： 憲法第25条第1項は、それ自体で裁判の基準となるのに十分に具体的な規定であり、その意味で直接国民に対し具体的権利を認めたものである。

ア 憲法第25条第1項が生存権保障の方法や手続を具体的に定めていないこと、資本主義体制の下では自助の原則が妥当するということは、A説の根拠となり得る。

イ 「憲法第25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄である。」との見解は、A説の立場に立ったものである。

ウ ある者が、生存権を保障する立法がされないため生存権が侵害されていると考える場合、B説及びC説のいずれの説によっても、憲法第25条第1項を直接の根拠として国の不作為の違憲性を裁判で争うことができる。

エ 生活保護に関する法律の下で何らかの給付を受けている者が、当該法律の規定では、自己の生存権の保障として不十分であり、生存権が侵害されていると考える場合、B説及びC説のいずれの説によっても、憲法第25条第1項を根拠に当該法律の規定の違憲性を裁判で争うことができる。

オ C説の立場に立っても、生存権の保障をする具体的な立法がされない場合に、憲法第25条第1項を根拠として国に対して生活扶助費の給付を求めることまではできないとする結論を導くことが可能である。

- 1 アエ 2 アオ 3 イウ 4 イオ 5 ウエ

正解・・・3

H20-3

<予算の法的性格>

問題となる条文		<p>憲法 83 条 国の財政を処理する権限は、国会の議決に基いて、これを行使しなければならない。</p> <p>憲法 86 条 内閣は、毎会計年度の予算を作成し、国会に提出して、その審議を受け議決を経なければならない。</p> <p>憲法 73 条 内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。 ⑤ 予算を作成して国会に提出すること。</p> <p>憲法 59 条 I 法律案は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、両議院で可決したとき法律となる。</p>
問題の所在		<p>憲法上、「予算」には、「法律」と異なった数々の規定があるけど、「予算」と「法律」は区別して考えるものなの？(外国で予算と法律を同一のものと扱う国が多いので、問題になります。)</p>
A説	<p>予算行政説 (予算は単なる行政行為だとして、予算に法的性格を認めない。) →日本国憲法が制定された直後の時代の学説</p>	<p>(批判) 83 条 (財政民主主義) の条文に反する。 ★20-3-ア</p>
B説	<p>予算国法形式説 (予算の法的性格を認めたいうえで、予算を法律とは別個の独自の法形式だとする。) →通説</p>	<p>(理由) 予算は法律とは違い、国家行為のみを拘束するものであって、一般国民を拘束しない。 ★20-3-ウ (予算と法律の不一致) 法律とは成立手続が別個だから、法律だけ制定されて予算が不成立の場合と、予算だけ成立して法律が不成立の場合とがあいうるが、いずれも予算の支出はできない。 ★20-3-イ、オ (予算の増額修正ができるか?) 法律とは別個だから、法律のように国会が自由に修正するのは難しい。もっとも、予算の同一性を損うような大修正を除き、することができる(通説)。</p>
C説	<p>予算法律説 (予算を法律それ</p>	<p>(根拠) 予算の成立手続は、法律の一種として、59 条 1 項にいう</p>

	自体だと考える。)	<p>「この憲法に特別の定のある場合」に当たるから、法律として考えることができる。</p> <p>(予算と法律の不一致)</p> <p>予算は法律それ自体だから、そもそも予算と法律の不一致はない。←この学説のポイント</p> <p>★20-3-オ</p> <p>(予算の増額修正ができるか?)</p> <p>予算は法律それ自体だから、もちろん国会が自由に修正できる。←この学説のポイント</p> <p>★20-3-エ</p>
--	-----------	--

<平成 20 年度憲法第 3 問>

※実際の講義では、お手持ちの過去問を使用します。

次のA説からC説までは、予算の法的性格に関する見解である。次のアからオまでの記述のうち、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

A説： 予算は、国会が政府に対して1年間の財政計画を承認する意思表示であって、もっぱら国会と政府との間でその効力を有し、法的性格を有しない。

B説： 予算に法的性格は認めるが、法律とは異なった国法の一形式である。

C説： 予算は、いわば予算法ともいうべき法律それ自体である。

ア A説に対しては、財政民主主義の原則や財政国会中心主義の原則と矛盾するという批判が可能である。

イ B説によれば、法律が制定されてもその執行に要する予算が成立していない場合には、予備費の支出等、別途の予算措置を講じることによる支出を除き、支出をすることはできないと解することになる。

ウ C説の根拠として、予算は、いわば国家内部的に、国家機関の行為のみを規律し、1会計年度内の具体的な行為を規律するものであるという点をあげることができる。

エ C説によれば、国会は、内閣が提出する予算の減額修正権は有するが、増額修正権は有しないと解することになる。

オ B説及びC説のいずれの考え方によっても、予算は成立したが当該予算の執行を内容とする法律が不成立となった場合には、支出をすることはできないと解することになる。

1 アイ 2 アエ 3 イオ 4 ウエ 5 ウオ

正解・・・1

テキスト…②過去問未出題論点編 (サンプル)

<②天皇の公的行為>

※厳密な学説の対立は意識せず、代表的なものを挙げます。

問題となる条文		憲法 4 条 天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ、国政に関する権能を有しない。 憲法 7 条 天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ。 ⑩ 儀式を行ふこと。
問題の所在		天皇は、①国家機関としての国事行為、②私人としての私的行為（生物学の研究等）を行えることについては争いが無い。 もっとも、天皇は、国会開会式に参列して「おことば」を朗読することがある。これは、憲法上規定されている国事行為に該当しないし、私的行為とも言えない。この行為は、憲法上認められないんじゃないの？
A 説	二行為説 (国事行為・私的行為のみなしうる)	(帰結) 「おことば」は国事行為(7条10号「儀式を行ふこと」)に含まれるとして認める。
	A 説への批判	儀式へ参列することを「儀式を行ふこと」に含むと解するのは無理がある。
B 説	三行為説① (国事行為・私的行為以外に象徴行為もなしうる)	(帰結) 「おことば」は象徴行為に含まれるとして認める。
	B 説への批判	摂政や天皇の代行が行う場合には、象徴行為とは言えないんじゃないか。
C 説	三行為説② (国事行為・私的行為以外に、公人行為もなしうる)	(帰結) 「おことば」は公人行為に含まれるとして認める。
	C 説への批判	公人行為の範囲が不明確である。

参考・平成 27 年度受験用(前年度版)・憲法追加問題集の目次

(配布問題のボリュームの目安としてご覧ください。)

<小玉塾・択一 all in one 完成講座(憲法) 追加問題集 2015 目次>

※★マークが付いているものは、本年度版の新規追加問題。

[人権]

第 1 問	公共の福祉	5
第 2 問	外国人の人権★	9
第 3 問	プライバシーの権利★	13
第 4 問	法の下での平等	17
第 5 問	思想及び良心の自由★	21
第 6 問	表現の自由①	25
第 7 問	表現の自由②	27
第 8 問	職業選択の自由①	29
第 9 問	職業選択の自由②(学説問題)	31
第 10 問	経済的自由権の規制立法★	33
第 11 問	公務員の労働基本権	37
第 12 問	適正手続の保障★	39
第 13 問	受益権	43
第 14 問	人権全般①	45
第 15 問	人権全般②	47

[統治]

第 16 問	国権の最高機関性(学説問題)	51
第 17 問	立法の意義(学説問題)	53
第 18 問	国会中心立法・単独立法(学説問題)	55
第 19 問	条約の承認(学説問題)	57
第 20 問	独立行政委員会(学説問題)	59
第 21 問	内閣の権能全般	61
第 22 問	裁判官の国民審査(学説問題)★	63
第 23 問	違憲審査権の法的性質(学説問題)	65
第 24 問	条約の違憲審査(学説問題)	67
第 25 問	予算の法的性格★	70
第 26 問	財政①	73
第 27 問	財政②	75
第 28 問	憲法改正の限界(学説問題)	77
第 29 問	権力分立(穴埋め問題)	79

テキスト…憲法条文&条文知識問題集（抜粋）

使い方

憲法の条文知識問題対策です。まず条文を載せ、その後、条文知識に関する問題を載せました。問題を解いていくと、条文知識問題のポイントが掴めるようになります。

第6章 司法

第76条

すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

2 特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。

3 すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。

第77条

最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。

2 検察官は、最高裁判所の定める規則に従はなければならない。

3 最高裁判所は、下級裁判所に関する規則を定める権限を、下級裁判所に委任することができる。

第78条

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、公の弾劾によらなければ罷免されない。裁判官の懲戒処分は、行政機関が行ふことはできない。

第79条

最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。

2 最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後10年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。

3 前項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される。

4 審査に関する事項は、法律でこれを定める。

5 最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する。

6 最高裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。

第80条

下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を10年とし、再任されることができる。但し、法律の定める年齢に達した時には退官する。

2 下級裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。

第81条

最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

第82条

裁判の対審及び判決は、公開法廷で行ふ。

2 裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第3章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件の対審は、常にこれを公開しなければならない。

<条文知識問題・第6章 司法>A

問1 最高裁判所の裁判官の員数を改め、現在の員数より減らすことは違憲である。

(解答) 1×

最高裁判所の裁判官の員数は、法律で定めると規定されている(79条1項)。

問2 最高裁判所の長官は天皇が任命し、任期が満了すると退官する。

(解答) 2×

最高裁判所長官を天皇が任命するという点は正しいが(6条2項)、退官するのは法律の定める年齢に達した時(定年)であって、任期満了によるのではない(79条5項)。

問3 日本国憲法は特別裁判所の設置を明文で禁止しているが、弾劾裁判所は、憲法上の例外である。

(解答) 3○

すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属し(76条1項)、特別裁判所は、これを設置することができない(同条2項前段)。もっとも、司法権がすべて裁判所に属するという原則には、憲法上の例外があり、裁判官の罷免に関し両議院の議員で構成する弾劾裁判所の裁判(64条)がこれにあたる。

問4 裁判官の任期は10年であって、最高裁判所の裁判官が任期満了後に再任されたときは、改めて国民審査に付される。

(解答) 4×

下級裁判所の裁判官の任期は10年であるが(80条1項)、最高裁判所の裁判官には任期はない(79条5項参照)。

問5 最高裁判所の裁判官の国民審査は、衆議院議員の総選挙の際に行われ、参議院議員の通常選挙の際に行うことは許されない。

(解答) 5○

79条2項。

問6 最高裁判所の裁判官は、憲法第79条第2項に定める国民審査の結果によって罷免される場合があるほか、憲法第78条に定める「公の弾劾」により罷免される場合があるが、それ以外の方法で罷免することは許されない。

(解答) 6×

最高裁判所の裁判官については、79条2項に定める国民審査による場合、78条に定める「心身の故障のために職務を執ることができない」(裁判官分限法1条参照)場合、及び「公

の弾劾による場合」の3つの場合に罷免される。本問は、「心身の故障のために職務を執ることができない」場合が抜けている。

問7 最高裁判所は、裁判所の予算を作成して、国会に提出することができる。

(解答) 7×

予算の作成と国会への提出は内閣の権限である(73条5号, 86条)。

問8 下級裁判所裁判官の指名も訴訟に関する手続・弁護士等に関する事項についての規則の制定も最高裁判所の権能である。

(解答) 8○

最高裁判所規則の対象となる事項の中に、「訴訟に関する手続」、「弁護士に関する事項」がある(77条1項)。下級裁判所裁判官の指名権は、最高裁判所の権能である(80条1項本文)。

問9 日本国憲法は判決の言渡しはいかなる場合でも公開法廷で行うものと定めている。

(解答) 9○

82条。

問10 両議院は出席議員の3分の2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のと同様、3人の裁判官で構成される裁判はそのうちの2名の賛成があれば、対審を公開しないで行うことができる。

(解答) 10×

前段部分は57条1項ただし書により正しい。しかし、対審の非公開は、裁判官の全員一致によらなければならない(82条2項本文)。

問11 公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがあると決した事件の判決を公開法廷で行わなくても憲法には違反しない。

(解答) 11×

公開しないで行うことができるのは、このような事件の「対審」のみである(82条2項)。

問12 性別についての平等な取扱いが問題となっている刑事裁判について、裁判官の全員一致で対審を公開しないことにしても憲法に違反しない。

(解答) 12×

性別についての平等な取扱いが問題となる「刑事事件」については、「憲法第3章で保障する国民の権利が問題となっている事件」にあたるから、その裁判は常に公開しなければならない(82条2項ただし書)。

問13 最高裁判所裁判官は、国民審査によって罷免される場合があるが、公の弾劾によりその意に反して罷免されることはない。

(解答) 13×

本問前段の国民審査については正しい(79条2項～4項)。しかし、64条は弾劾裁判の客体を「罷免の訴追を受けた裁判官」と規定し、最高裁判所裁判官を除外していないから、最高裁判所裁判官も公の弾劾をうける。

問14 懲戒処分として裁判官を罷免することもできる旨の法律を制定することは、憲法に違反する。

(解答) 14○

罷免事由を限定した78条前段の趣旨から、「懲戒処分」(同条後段)に懲戒罰としての罷免を設けることは許されない。

問15 裁判官が一定期間病気欠席した場合に、その期間中の報酬を減額することは憲法に違反する。

(解答) 15○

「報酬は、在任中、これを減額することができない」(79条6項後段、80条2項後段)。

テキスト…憲法判例集（抜粋）

使い方

憲法の判例知識問題対策です。判例百選に掲載されている判例を中心に85個載せています。まずは、下線の部分に目を通し、「これは知らなかった！」というものがあたら押さえて下さい（判例知識問題対策はほぼ万全といたします。）。

1 最大判昭45・6・24（八幡製鉄事件） 百選I9（重要度B）

〔事案〕

八幡製鉄（現新日本製鉄）の代表取締役であったY1、Y2両名は、同会社を代表して、自由民主党に政治資金350万円を寄附した。これに対して、同社株主Xは、当該寄附は会社の定款に定められた目的の範囲外の行為であり、「法令又は定款に違反する行為」（旧商法266条1項5号（会社法423条1項））、忠実義務（旧商法254条の2（会社法355条））違反の行為にあたるとして、両名に対して、連帯して350万円と遅延損害金を会社へ支払うよう株主代表訴訟（旧商法267条（会社法847条））を提起した。

〔論点〕

法人の人權の享有主体性、株式会社の政治献金の自由

〔判旨〕

「憲法第3章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によってそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあったとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。」

2 最判平8・3・19（南九州税理士会政治献金事件） 百選I39（重要度A）

〔事案〕

南九州税理士会Y（強制加入団体・公益法人）は、税理士法を業界に有利な方向へ改正するための特別資金とするため、各会員から特別会費5000円を徴収し、税理士政治連盟（政治団体）へ寄付するとの内容の決議をしたが、会員である税理士Xは、これを納入しなかった。Yは、会費滞納者は役員選挙権および被選挙権を有しない旨の役員選任規則に基づいて、Xを選挙人名簿に登載しないまま役員選挙を実施した。そこで、Xは、Yの政治団体への寄付行為はその「目的の範囲」（民法43条〔現34条〕）外の行為であり、特別会費徴収決議は無効であるなどと主張し、特別会費納入義務の不存在確認、不法行為により被った慰謝料等の一部である500万円と遅延損害金の支払を求め、訴えを提起した。

〔論点〕

強制加入団体である税理士会の政治献金の自由

〔判旨〕

「税理士会が政党など規正法上の政治団体に金員の寄付をすることは、たとい税理士に係る法令の制定改廃に関する政治的要求を実現するためのものであっても、……税理士会の目的の範囲外の行為であり、右寄付をするために会員から特別会費を徴収する旨の決議は無効であると解すべきである。」

「税理士会は、会社とはその法的性格を異にする法人であって、その目的の範囲については会社と同一に論ずることはできない。」「税理士会が……強制加入の団体であり、その会員である税理士に実質的には脱退の自由が保障されていないことからすると、」「その構成員である会員には、様々の思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されている。したがって、税理士会が右の方式により決定した意思に基づいてする活動にも、そのために会員に要請される協力義務にも、おのずから限界がある。」「特に、政党など規正法上の政治団体に対して金員の寄付をかどうかは、選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるという

べきである。なぜなら、政党など規正法上の政治団体は、政治上の主義若しくは施策の推進、特定の公職の候補者の推薦等のため、金員の寄付を含む広範囲な政治活動を行うことが当然に予定された政治団体であり……、これらの団体に金員の寄付をすることは、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかに密接につながる問題だからである。」

「そうすると、前記のような公的な性格を有する税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできない」

3 最判平14・4・25（群馬司法書士会事件） 重判平14憲2（重要度A）

[事案]

群馬司法書士会Yは、阪神・淡路大震災により被災した兵庫県司法書士会に3000万円の復興支援拠出金を寄付することとし、会員から登記申請事件1件あたり50円の復興支援特別負担金の徴収による収入をもってこれに充てる旨の総会決議をしたところ、同会の会員であるXらが、①本件拠出金を寄付することはYの目的の範囲外の行為であること、②強制加入団体であるYは本件拠出金を調達するため会員に負担を強制することはできないこと等を理由に、決議は無効であって会員には負担金の支払義務がないと主張して、債務不存在の確認を求めた。

[論点]

強制加入団体である司法書士会の寄付の自由

[判旨]

「司法書士会は、司法書士の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るため、会員の指導及び連絡に関する事務を行うことを目的とするものであるが……、その目的を遂行する上で直接又は間接に必要な範囲で、他の司法書士会との間で業務その他について提携、協力、援助等を行うこともその活動範囲に含まれるというべきである。…したがって、兵庫県司法書士会に本件拠出金を寄付することは、Yの権利能力の範囲内にあるというべきである。」

「…本件負担金の徴収について、公序良俗に反するなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるとは認められない。したがって、本件決議の効力はYの会員である上告人らに対して及ぶものというべきである。」

4 最大判昭53・10・4（マククリーン事件） 百選I1（重要度B）

[事案]

Xは、アメリカ合衆国国籍を有する外国人であるが、在留資格が認められ、在留期間を1年とする上陸許可の証印を受けて本邦に上陸した。Xは、1年間の在留期間の更新を申請したところ、法務大臣Yは、①Xが、語学学校に英語教師として雇用されるために在留資格を認められたのに、入国後わずか17日間で同校から他の語学教育機関に転職し、入国を認められた学校における英語教育に従事しなかったこと、②反戦集会・デモに参加していたことから、更新を適当と認めるにたりる相当な理由があるものとはいえないとして更新を許可しないとの処分をした。そこで、Xは、処分の取消し、処分の効力停止を求めた。

[論点]

- ① 外国人の在留の自由
- ② 法務大臣の裁量権
- ③ 外国人の人権享有主体性・外国人の政治活動の自由

[判旨]

- ① 外国人の在留の自由

「したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、……在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」

- ② 法務大臣の裁量権

法務大臣による在留資格更新の許可制は、…「法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法となるものというべきである。」

- ③ 外国人の人権享有主体性・外国人の政治活動の自由

「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解

されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、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外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である。しかしながら、前述のように、外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」

5 最判平元・3・2（塩見訴訟） 百選 I 6（重要度 B）

[事案]

Xは、幼少のころ罹患したはしかによって失明し、国民年金法別表1級に該当する程度の廃疾の状態であった。韓国籍であったXは、日本国籍を取得し、障害福祉年金の受給権者であるとして、大阪府知事Yに対し受給権の裁定を請求したところ、疾病認定日に日本国民でなかったことを理由として請求棄却の処分がなされた。そこで、Xは国籍条項が、憲法14条、25条等に違反するとして、処分の取消しを求めた。

[論点]

外国人と社会権

[判旨]

「社会保障上の施策において在留外国人をどのように処遇するかについては、国は、特別の条約の存しない限り、当該外国人の属する国との外交関係、変動する国際情勢、国内の政治・経済・社会的諸事情等に照らしながら、その政治的判断によりこれを決定することができるのであり、その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも、許される」

6 最判平4・11・16（森川キャサリン事件） 百選 I 2（重要度 B）

[事案]

Xは、日本人と結婚した定住外国人（アメリカ国籍）であるが、外国人登録法上の確認申請の際に、指紋押なつは、外国人に対する差別であり、不快であり、押なつの理由がわからないことなどを理由としてこれを拒否した。その後、Xが、韓国に旅行する計画をたて、再入国許可申請をしたところ、過去3度許可を得ていたにもかかわらず、法務大臣Yは、Xが外国人登録法に基づく指紋押なつを拒否していることを理由として、申請不許可の処分をした。そこで、Xは、不許可処分取消しと国家賠償を求めた。

[論点]

外国人の再入国の自由

[判旨]

「我が国に在留する外国人は、憲法上、外国へ一時旅行する自由を保障されているものではないことは、」最大判昭32・6・19、最大判昭53・10・4（マクリン事件）の「趣旨に徴して明らかである」。

7 最判平7・2・28 百選 I 4（重要度 B）

[事案]

大阪市在住の韓国籍のXらは、選挙人名簿に登録されていないとして、選挙管理委員会に対し、選挙人名簿に登録するよう異議の申出をしたが、却下決定がなされた。そこで、Xらが決定の取消しを求めた。

[論点]

- ① 外国人の国政への参政権
- ② 外国人の地方自治への参政権

[判旨]

- ① 外国人の国政への参政権

「憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味すること

は明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法15条1項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。」

② 外国人の地方自治への参政権

「地方自治について定める憲法第8章は、93条2項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法15条1項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考えると、憲法93条2項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものとすることはできない。」

「このように、憲法93条2項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえないが、…我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない。」

8 最判平7・12・15（指紋押捺拒否事件） 百選I3（重要度B）

[事案]

アメリカ合衆国国籍を有しハワイに在住するYが、日本在住時、新規の外国人登録申請の際、外国人登録原票、登録証明書および指紋原紙二葉に指紋の押なつをしなかったため、外国人登録法違反で起訴された。

[論点]

- ① 指紋押なつ拒否の自由
- ② 在留外国人に対する指紋押なつ制度の合憲性

[判旨]

- ① 指紋押なつ拒否の自由

「憲法13条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、……また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及び」

- ② 在留外国人に対する指紋押なつ制度の合憲性

「外国人登録法が定める在留外国人についての指紋押なつ制度……は、……『本邦に在留する外国人の登録を実施することによって外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資する』という目的を達成するため、戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な制度として制定されたもので、その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できるものである。

「在留外国人を対象とする指紋押なつ制度は、前記……のような目的、必要性、相当性が認められ、戸籍制度のない外国人については、日本人とは社会的事実関係上の差異があって、その取扱いの差異には合理的根拠があるので、……憲法14条に違反するものでない」

民法について

<平成 28 年度本試験対策・やるべきこと(民法)>

- ◎・・・過去問ズバリの知識
- ・・・過去問集（※辰巳過去問本ベースです。）の解説まで読んで内容を理解していないとダメ（知識の使い方まで知っていないとダメ）
- △・・・過去問知識で残り 2 肢にまで絞れる問題

<平成 27 年度本試験>

	No.	タイトル	過去問知識か？	(解答となる肢を作成する際の) 素材となったと思われる文献
総則	004	未成年者の保護	◎	3-12-2, 60-1-1
総則	005	虚偽表示	◎	19-7-ウ, エ
総則	006	取得時効	◎	10-3-3, 2-19-ウ
物総	007	不動産の物権変動と登記	◎	17-8-イ, 22-7-ウ
物総	008	動産物権変動	◎	23-8-オ, 13-7-ウ
物総	009	占有権	△	16-13-ア, 1-6-3, 14-11-オ 14-12-イ(正答率63%)
物総	010	共有	◎	19-10-イ, 22-9-エ
物総	011	地役権の性質	◎	4-12-5, 2-4-1
担物	012	留置権	◎	22-12-ウ, エ
担物	013	質権		24-12-ウ, 1-4-4 (正答率53%, 個数問題)
担物	014	根抵当権	○	22-15-イ, 不登法12-12-エ(解説内容まで押さえてある必要があった。 なお, 正答率83%)
担物	015	譲渡担保	◎	25-12-4, 不登法25-24-オ
債権	016	選択債権	◎	61-10-2, 3
債権	017	保証	○	8-7-イ, 10-6-エ(当てはめ能力まで必要だった。なお, 正答率91%)
債権	018	相殺	◎	6-8-イ, 25-16-エ
債権	019	消費貸借	◎	7-1-1, 1-13-4
親族	020	親子関係	◎	11-18-エ, 24-21-オ
親族	021	成年後見	△	22-21-オ(なお, 正答率94%)
相続	022	相続人	◎	23-22-エ, 14-22-2
相続	023	遺産分割	◎	23-23-オ, 15-23-オ

<平成 26 年度本試験>

	No.	タイトル	過去問知識か？	(解答となる肢を作成する際の) 素材となったと思われる文献
総則	004	錯誤		見解(推論)問題
総則	005	代理	◎	9-2-ウ, 23-6
総則	006	債権の消滅時効	△	15-7-ア
物総	007	物権的請求権	○	18-11, 5-10-オ, 1-5-3, 1-5-2
物総	008	取得時効	○	12-9-見解Ⅲ, 6-9-イ, 6-9-オ, 平11-13, 4-15-オ
物総	009	囲繞地通行権	△	5-16-ウ, 21-11-イ
物総	010	用益物権	○	17-16-1, 22-10
担物	011	先取特権	◎	16-14-オ, 19-9-1
担物	012	抵当権	○	62-11, 17-19柱書, 2-20-1, 4-9-4, 17-14-ウ
担物	013	法定地上権	◎	17-15-ウ, 17-15-イ
担物	014	根抵当権	◎	16-15-イ, 17-16
担物	015	譲渡担保	◎	21-15-エ, 21-15-ア
債権	016	債権者代位と詐害行為取消		難しい!(正答率40%)
債権	017	債権譲渡と更改	△	62-14+判例
債権	018	請負人の瑕疵担保責任	◎	19-20-ウ, 58-7
債権	019	組合	△	18-20-イ+条文
親族	020	養子縁組	◎	13-18-ウ, 14-21-ウ
親族	021	親権	◎	61-13, 3-5-2
相続	022	相続の承認・放棄	○	1-19-エ, 4-23-4, 62-23, 5-22-キ, 24-9-エ(正答率30%)
相続	023	遺贈の効力	△	13-22-ア, イ+条文

<平成 25 年度本試験>

	No.	タイトル	過去問知識か？	(解答となる肢を作成する際の) 素材となったと思われる文献
総則	004	後見・補助	◎	15-4-イ, 15-4-オ
総則	005	無効・取消し	◎	19-22-イ, 12-1-エ
総則	006	消滅時効	△	12-2-ウ 見解(推論)問題
物総	007	相続と登記	◎	17-8-エ, 57-15, 17-8-オ, 7-16-ウ, 7-16-イ, 16-11-オ
物総	008	即時取得		
物総	009	共有		3肢過去問の個数問題
物総	010	地上権・賃借権	◎	18-13-イ, 18-7-エ
担物	011	民法上の留置権	◎	3-10-1, 13-9-ア
担物	012	物上代位		判例
担物	013	抵当不動産の第三取得者	◎	6-15-オ, 13-11-エ
担物	014	法定地上権	◎	16-16-エ, 12-16-4
担物	015	根抵当権の当事者の変更	◎	17-16-ウ, 22-15-エ
債権	016	連帯債務	◎	10-7-オ, 15-18-イ
債権	017	第三者の弁済	△	10-7-エ+条文
債権	018	必要費・有益費の償還請求	△	8-11-4+判例
債権	019	契約の終了・物の返還時期		
親族	020	婚姻等の無効・取消し	△	3-9-ア+条文
親族	021	認知	◎	16-24-ア, 6-22-エ
相続	022	相続分の計算	◎	13-21-イ, 22-22-エ
相続	023	遺留分減殺請求	◎	16-22-2, 12-21-エ

<コメント>

以上より、民法は、「過去問→条文→判例→推論」の順で勉強して行くと点数が取り易いと考えられます。

分野ごとに見ると、例年「担保物権については過去問知識そのままの出題が多い」、「債権については過去問知識だけでは対応が難しい」ということが分かります。(従って、択一オールインワン完成講座では、債権編の条文、判例について過去問レベルを超えて扱います。)

なお、平成 27 年度の問題については、「(例年は難しいはずの)債権について過去問知識が多く出題された」ということから、基準点が「30 点」に跳ね上がったと思われます。

また、平成 26 年度本試験の「物権総論」と「相続」について、意図して難問(複雑な問題)が作成されていると思われます。このため、基準点が「26 点」と低めになったと思われます。

ここは前年の問題レベルに振り回されず、過去問中心に条文、判例を丁寧に押さえていく勉強が効果的だと思われます(平成 28 年度本試験でどんなサプライズ問題が出題されたとしても、ブれない勉強をしていけば安定して点数が取れます。)

テキスト…やりこみ整理集① (抜粋)

＜平成14年度民法第3問＞※実際の講義では、お手持ちの過去問を使用します。

次の対話は、条件と期限に関する学生AとBとの対話である。□部分に挿入する語句を下記語群の中から選択して対話を完成させた場合、一度も使用されない語句の組合せとして最も適切なものは、後記1から5までのうちどれか。ただし、一つの語句を複数回使用してもよい。

学生A： 条件と期限とは、どこが違うの。例えば、事業が軌道にのったら返すという約束で、XがYから無償で住宅を提供してもらったときは、どう考えればいいの。

学生B： この約束は、YからXに対し□付の□がされたと考えるべきで、事業が軌道にのる見込みがなくなったら、XはYに住宅を返さなければならない。

学生A： でも、将来事業が軌道にのるかどうかは確実ではないから、YからXに対する付の□がされたとみることもできるような気がするんだけど。

学生B： どちらの考え方も、□場合にXがYに住宅を返さなければならない点は、同じだよ。でも、君のように考えると、□場合を除き、Xが死亡したときは、Xの相続人が住宅の所有権を取得することになるよね。

語群： 確定期限 不確定期限 解除条件 停止条件 使用貸借 贈与
事業の成功が確定した 事業の失敗が確定した

- 1 確定期限 停止条件 事業の失敗が確定した
- 2 不確定期限 停止条件 贈与 事業の成功が確定した
- 3 不確定期限 解除条件 事業の成功が確定した
- 4 確定期限 解除条件 使用貸借 事業の失敗が確定した
- 5 確定期限 解除条件 事業の成功が確定した

<平成14年度民法第3問 解説>

条件とは、将来発生するかどうか不確定である事実法律行為の効力の発生又は消滅をかけることである。停止条件とは、条件が成就するまでは法律行為の効力が発生しない場合であり、解除条件とは、法律行為の効力は一応生じており、条件の成就によってその効力が消滅するものである。一方、期限とは、将来確実に発生する事実法律行為の効力の発生又は消滅をかけることである。確定期限とは、日時が明確な期限であり、不確定期限とは、将来において発生することは確定であるが、いつその発生の期限が到来するか不明な期限である。条件と期限は、将来の事実の発生が確定か否かで区別できる。

以下、問題文の を埋めながら解説する。

まず、学生Aの第一発言にある「事業が軌道に乗ったら返すという約束で、XがYに無償で住宅を提供してもらった」本件契約は、条件又は期限付契約と考えることができる。そして、学生Aの第二発言の「将来事業が軌道にのるかどうかが**確定ではない**」の文言から、3番目には条件が入ることがわかり、軌道に乗れば住宅提供の**効力が消滅**するのであるから、「解除条件」が入る。そして、対になる1番目の には期限が入ることがわかり、**いつ軌道に乗るかは不明**であることから、「不確定期限」が入る。

次に、2番目及び4番目の には、契約である「使用貸借」又は「贈与」が入ることがわかる。そして、**使用貸借契約は借主が死亡した場合終了する**ので（民法599条）、学生Bの第二発言にある、「Xが死亡したときは、Xの相続人が住宅の所有権を取得する」という結論になる学生Aは、本件契約について、受贈者の相続人が地位を相続する贈与と考えていることがわかり、4番目の には「贈与」が入る。そして、それを批判する学生Bは、本件契約を使用貸借と考えていることがわかり、2番目の には「使用貸借」が入る。

次に、Aの立場である解除条件付贈与契約でも、Bの立場である不確定期限付使用貸借でも、それぞれ**条件成就又は期限到来**である事業の成功が確定した場合は住宅を返さねばならないため、5番目の には「事業の成功が確定した」が入る。

最後に、Aの立場である解除条件付贈与契約であっても、**事業の成功が確定した場合**にはその**時点でXは所有権を失う**ため、X死亡時に相続人が住宅の所有権を取得しないことになり、6番目の にも、「事業の成功が確定した」が入る。

以上により、 には順に、「不確定期限」、「使用貸借」、「解除条件」、「贈与」、「事業の成功が確定した」、「事業の成功が確定した」が入る。その結果一度も使用されない語句は、「確定期限」、「停止条件」、「事業の失敗が確定した」となり、正解は肢1となる。

H14-3

「事業が軌道にのったら返すという約束でXがYから無償で住宅を提供してもらった場合」の
解釈

(帰結) 事業の成功が確定すれば、XはYに住宅を返すことになる(ここは争いなし)。

(争いある箇所) 事業が軌道にのらない場合には、XはYに住宅を返すことになるのか？

解釈A 不確定期限付使用貸借(事業が軌道にのることを、将来到来する事実ととらえる。

従って、将来必ず住宅を返すことになるが、その期限が明らかでないと解釈)

→事業が軌道にのる見込みがなくなったら返すことになる。

解釈B 解除条件付贈与(事業が軌道にのることを、実現するかどうか不確定な事実ととらえる。従って、事業が軌道にのらなければ、解除条件が成就しないだけなので、返さなくてもいい)

→事業の成功が確定した場合を除き、Xが死亡すればXの相続人が住宅の所有権を取得する。(つまり、事業が軌道にのらなければ返さなくてもいい。)

[MEMO]

＜平成 21 年度民法第 10 問＞※実際の講義では、お手持ちの過去問を使用します。

自己所有の甲動産を盗まれたAは、平穩かつ公然に甲動産の占有を開始した善意無過失のBに対して、盗難の時から2年間は、甲動産の回復を請求することができるが（民法第193条）、甲動産の所有権の帰属に関しては、「Bは占有を開始した時から所有権を有し、回復請求があるとAに復帰する」という説と、「盗難の時から2年間はAが所有権を有し、2年を経過した時に当然にBに移転する」という説が対立している。

次のアからオまでの記述のうち、「この説」が「盗難の時から2年間はAが所有権を有し、2年を経過した時に当然にBに移転する」という説を指すものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

ア この説によれば、民法第194条に規定する被害者から占有者に対する代価の弁償は、本来必要がないはずである。

イ この説は、反対説よりも取引の安全の確保という即時取得の意義を重要視している。

ウ この説によれば、民法第193条に規定する被害者からの回復請求権は、同条によって認められる特別の権利であるということになる。

エ この説に対しては、Bの占有開始からAの回復請求が認められた時までの間の物権変動が複雑となり、法律構成として技巧的であるという批判がある。

オ この説に対しては、民法第193条に定める期間内にAの回復請求が行われなかった場合、Bにとっては盗難の時期が不明であり、いつから所有者となったか分からないという批判がある。

(参考)

民法

(盗品又は遺失物の回復)

第193条 前条の場合において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

第194条 占有者が、盗品又は遺失物を、競売若しくは公の市場において、又はその物と同種の物を販売する商人から、善意で買い受けたときは、被害者又は遺失者は、占有者が支払った代価を弁償しなければ、その物を回復することができない。

1 アウ 2 アオ 3 イウ 4 イエ 5 エオ

<平成 21 年度民法第 10 問 解説>

ア「この説」は「盗難の時から 2 年間はAが所有権を有し、2 年を経過した時に当然にBに移転する」という説を指す。

「盗難の時から 2 年間はAが所有権を有し、2 年を経過した時に当然にBに移転する」という説によれば、盗難の時から 2 年間は、いまだAが所有権者であり、所有権者であれば物権的返還請求権を有するのであるから、本来、民法 194 条に基づく代価の弁償は必要がないということになるはずである。

イ「この説」は「Bは占有を開始した時から所有権を有し、回復請求があるとAに復帰する」という説を指す。

「Bは占有を開始した時から所有権を有し、回復請求があるとAに復帰する」という説は、取引の安全の確保という即時取得の意義を重要視して、即時取得（民法 192 条）の要件を満たせば、Bが所有権を取得すると解している。

ウ「この説」は「Bは占有を開始した時から所有権を有し、回復請求があるとAに復帰する」という説を指す。

「Bは占有を開始した時から所有権を有し、回復請求があるとAに復帰する」という説によれば、民法 192 条の要件を満たせば、Bが所有権者となることから、Aは所有権に基づく返還請求はできず、Aに所有権を復帰させる回復請求権は、民法 193 条によって認められた例外的な特別の権利であるということになる。

エ「この説」は「Bは占有を開始した時から所有権を有し、回復請求があるとAに復帰する」という説を指す。

「Bは占有を開始した時から所有権を有し、回復請求があるとAに復帰する」という説によると、Bの占有開始から回復請求により所有権がAに復帰するまでの間の物権変動が複雑となり、また、いったんBに移った所有権が回復請求によりAにもどるとい法律構成が技巧的であるという批判がある。

オ「この説」は「盗難の時から 2 年間はAが所有権を有し、2 年を経過した時に当然にBに移転する」という説を指す。

「盗難の時から 2 年間はAが所有権を有し、2 年を経過した時に当然にBに移転する」という説によれば、2 年間はAに所有権がとどまっていることから、Bは他人の物を占有していたことになり、また、Bにとって盗難時は通常不明瞭であるから、いつからBに所有権が移転するのかが分からないという批判がある。

以上により、「この説」が「盗難の時から 2 年間はAが所有権を有し、2 年を経過した時に当然にBに移転する」という説を指す記述はアとオであり、従って、正解は肢 2 となる。

H21-10

<民法193条>

問題となる条文		<p>民法 193 条（盗品又は遺失物の回復）</p> <p>前条の場合（即時取得が成立する場合）において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、<u>被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から 2 年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。</u></p> <p>民法 194 条</p> <p>占有者が、盗品又は遺失物を、競売若しくは公の市場において、又はその物と同種の物を販売する商人から、善意で買い受けたときは、被害者又は遺失者は、<u>占有者が支払った代価を弁償しなければ、その物を回復することができない。</u></p>
問題の所在		<p>例えば、A所有の動産をBが賃借し、それをCが盗み、その後、Cがその動産を善意無過失のDに売却した場合、193条の「2年間」の間、所有権はAに帰属するの？それとも、Dに帰属するの？</p>
判例	原所有者（A）に帰属する。	<p>193条を占有回復のための規定と考える。</p> <p>（こう考えれば、賃借人たるBも回復請求権を有することの説明が付きやすい。）</p>
判例への批判		<p>①回復請求されずに2年超過した場合には、突然、即時取得者が所有権者となることになってしまう。</p> <p>②原所有者に所有権が帰属するならば、所有権に基づいて当然に回復できるはずであり、194条で「占有者が支払った代価を弁償しなければ」とされていることの説明がつかない。</p>
通説	即時取得者（D）に帰属する。	<p>193条を所有権回復のための規定と考える。</p>
通説への批判		<p>賃借人たるBが回復請求した場合には、193条によって、最初から有していない権利を回復し取得することになってしまうことになり、おかしい。</p>

[MEMO]

商法について

テキスト…混乱しがちな（過去問既出）条文集（抜粋）

<覚えておくべき条文>

第369条（取締役会の決議）

Ⅲ 取締役会の議事については、法務省令〔会規101条〕で定めるところにより、議事録を作成し、議事録が書面をもって作成されているときは、出席した取締役及び監査役は、これに署名し、又は記名押印しなければならない。

Ⅴ 取締役会の決議に参加した取締役であって第3項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。

<比較しておく条文1>

第393条（監査役会の決議）

Ⅱ 監査役会の議事については、法務省令〔会規109条〕で定めるところにより、議事録を作成し、議事録が書面をもって作成されているときは、出席した監査役は、これに署名し、又は記名押印しなければならない。

Ⅳ 監査役会の決議に参加した監査役であって第2項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。

<比較しておく条文2>

第412条（指名委員会等の決議）

Ⅲ 指名委員会等の議事については、法務省令〔会規111条〕で定めるところにより、議事録を作成し、議事録が書面をもって作成されているときは、出席した委員は、これに署名し、又は記名押印しなければならない。

Ⅴ 指名委員会等の決議に参加した委員であって第3項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。

<過去問あてはめ練習>

1. 取締役会においては、その決議に参加した取締役であって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されるが、監査役会においては、その決議に参加した監査役であって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は推定されない。（22-30-オ。誤り。）

<覚えておくべき条文>

第370条（取締役会の決議の省略）

取締役会設置会社は、取締役が取締役会の決議の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき取締役（当該事項について議決に加わることができるものに限る。）の全員が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたとき（監査役設置会社にあつては、監査役が当該提案について異議を述べたときを除く。）は、当該提案を可決する旨の取締役会の決議があつたものとみなす旨を定款で定めることができる。

<比較しておく条文1>

第319条（株主総会の決議の省略）

I 取締役又は株主が株主総会の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき株主（当該事項について議決権を行使することができるものに限る。）の全員が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたときは、当該提案を可決する旨の株主総会の決議があつたものとみなす。

<比較しておく条文2>

監査役会には、このような制度はない。

<比較しておく条文3>

第82条（創立総会の決議の省略）

I 発起人が創立総会の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき設立時株主（当該事項について議決権を行使することができるものに限る。）の全員が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたときは、当該提案を可決する旨の創立総会の決議があつたものとみなす。

<過去問あてはめ練習>

1. 取締役会については、定款で書面決議による決議の省略を可能とすることができるが、監査役会については、定款で書面決議による決議の省略を可能とすることはできない。（22-30-I。正しい。）

テキスト…会社法に関する判例（抜粋）

※以下のとおり、判例にランク付けをしています。余力に応じて勉強して行って下さい。

A Aランク（司法試験で2回以上出題歴のあるもの）⇒16個

Aランク（司法試験で1回出題歴のあるもの）⇒19個

Bランク（司法試験で出題歴のない百選判例）⇒30個

< 27. 役員等の第三者に対する損害賠償責任 >

第429条（役員等の第三者に対する損害賠償責任）

1 役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。

第908条（登記の効力）

2 故意又は過失によって不実の事項を登記した者は、その事項が不実であることをもって善意の第三者に対抗することができない。

< 判例 >

最大判昭44・11・26 会社百選71（429条の責任の法的性質）**A**

法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めており、会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により義務に違反し、第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである。

したがって、取締役がその職務をおこなうにつき故意または過失により直接第三者に損害を加えた場合に、一般不法行為の規定によって、その損害を賠償する義務を負うことを妨げるものではないが、取締役の任務懈怠により損害を受けた第三者としては、その任務懈怠につき取締役の悪意または重大な過失を主張し立証しさえすれば、自己に対する加害につき故意または過失のあることを主張し立証するまでもなく、会社法429条1項の規定により、取締役に対し損害の賠償を求めることができるわけであり、また、同条の規定に基づいて第三者が取締役に対し損害の賠償を求めることができるのは、取締役の第三者への加害に対する故意または過失を前提として会社自体が民法44条（削除前）の規定によって第三者に対し損害の賠償義務を負う場合に限る必要もない。

最判昭62・4・16 会社百選73（辞任登記未了の辞任取締役の責任）**A**

株式会社の取締役を辞任した者は、辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的または内部的な行為をあえてした場合を除いては、特段の事情がない限り、辞任登記が未了であることによりその者が取締役であると信じて当該株式会社と取引した第三者に対しても、会社法429条1項にいう取締役としての責任を負わない。

もっとも、株式会社の取締役を辞任した者は、登記申請権者である当該株式会社の代表者に対し辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情がある場合には、会社法908条2項の類推適用により、善意の第三者に対し、当該株式会社の取締役でないことをもって対抗することができない結果、会社法429条1項にいう取締役としての責任を免れることはできない。

名古屋高判昭58・7・1 会社百選74（429条2項1号口の保護の範囲）**B**

会社に損失が生じているにもかかわらず架空の売り上げを計上することによって虚偽の計算書類が作成された場合、手形割引業者として同会社との間に手形割引契約を締結し、対価を払って手形を取得するにあたり、会社の業績を調査して手形の経済的価値を判定するため会社四季報を閲読したにすぎないときは、会社と直接取引関係に入った者でないことはもちろん、有価証券を取得したものととっても公開市場における株式、社債の取得者とは著しく趣を異にするというべきであるから、その被ったとする損害は前記規定による保護の範囲外にあると解するのが妥当である。