

Readers Leaders
リーダーズ式
2018

出題予想テーマ的中プロジェクト
春の陣

無料公開講座



リーダーズ総合研究所

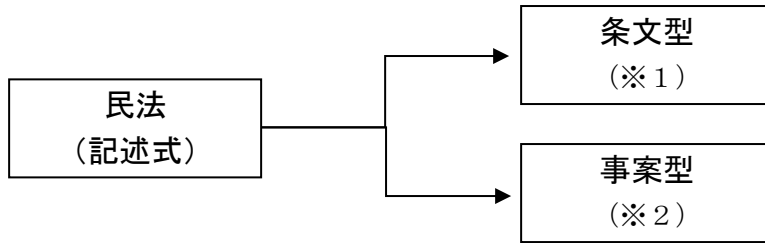


辰巳法律研究所
Tatsumi legal institute

【出題予想テーマ的中プロジェクト☆春の陣】

1 民法&行政法記述式特別講義	1
2 民法重要判例予想講義	11
3 憲法&行政法☆判例クロスレファレンス講義	21

1 民法の記述式出題パターン



(※1)「条文」(「定義」を含む)をそのまま問う形式。択一式対策で対応できるため、特別な対策は不要といえる。

(※2)事例を与えられて、分析した上で問われる項目に答える問題。たとえば、「どのような要件にもとづき、どのような請求を提起するか」のような問題に答える。「記述式対策」としては、主に、こちらが中心になろう。

2 民法の記述式対策と思考過程

民法の問題は、条文をそのまま問う場合を除いて、請求権パターンについての思考過程を確立しておくといよい。

《民法の請求権パターン》

- ①「当事者の請求」はなにか
→ 民法はバランス論。各当事者の実現したいことはなにか。
- ②「根拠条文」はなにか
→ ①を根拠づける条文はなにかを特定する。この場合、「判例」が素材になっている場合には、判例知識で解決できる。
- ③「要件」を検討する
- ④「効果」を検討する

※なお、問題文を読む①の段階で、「図解化」することで正確に事実を読み取ることは非常に重要である。問題文はどんなに長くても、その中に、ヒントになる情報が多いため、必ず、問題文をよく読むことを意識する。

3 解答

Aは、

B	に	対	す	る	売	買	代	金	債	権	を	保	全	す
る	た	め	、	留	置	権	を	行	使	し	、	C	の	引
渡	し	請	求	を	拒	む	こ	と	が	で	き	る	。	

4 解説

本問は、個別事例の中で、「留置権」の行使によって、転得者からの請求を拒むことを答えさせる事例である。過去択一式でも出題された基本的な問題のため、確実に解答したい。なお、素材となる判例は、最判昭和47年11月16日であるため、参照されたい。

判例は、本問のような転売事例において、留置権が成立したのち、債務者からその目的物を譲り受けた者に対しても、債権者がその留置権を主張しうることは、留置権が物権であることに照らして明らかであるとする(最判昭和47年11月16日)。

この点、留置権は物権であるため、債権と異なり、すべての人に主張することができる(物権の対世効)。この点、双務契約における債務者という特定の者にしか行使できない同時履行の抗弁権とは区別する必要がある。問題文の中で、「建物の引渡しは、売買代金と引換えにすることを約していた。」とあるから、その点をもって、「同時履行の抗弁権」と解答してしまった場合には、①物権と債権の違い、②留置権と同時履行の抗弁権の比較を、必ず、復習しておいてほしい。

したがって、AB間で成立した売買契約の後、まだその売買代金が支払われていない以上、その売買代金を保全するため、AはCに対して、留置権を行使することができる。その結果、Aは、Cへの建物の引渡しを拒むことができる。

以上

5 関連問題

問題1 Aが自己所有の事務機器甲（以下、「甲」という。）をBに売却する旨の売買契約（以下、「本件売買契約」という。）が締結されたが、BはAに対して売買代金を支払わないうちに甲をCに転売してしまった。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なものはどれか。

- 1 Aが甲をすでにBに引き渡しており、さらにBがこれをCに引き渡した場合であっても、Aは、Bから売買代金の支払いを受けていないときは、甲につき先取特権を行使することができる。
- 2 Aが甲をまだBに引き渡していない場合において、CがAに対して所有権に基づいてその引渡しを求めたとき、Aは、Bから売買代金の支払いを受けていないときは、同時履行の抗弁権を行使してこれを拒むことができる。
- 3 本件売買契約において所有権留保特約が存在し、AがBから売買代金の支払いを受けていない場合であったとしても、それらのことは、Cが甲の所有権を承継取得することを何ら妨げるものではない。
- 4 Aが甲をまだBに引き渡していない場合において、CがAに対して所有権に基づいてその引渡しを求めたとき、Aは、Bから売買代金の支払いを受けていないときは、留置権を行使してこれを拒むことができる。
- 5 Aが甲をまだBに引き渡していない場合において、Bが売買代金を支払わないことを理由にAが本件売買契約を解除（債務不履行解除）したとしても、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求を拒むことはできない。

1 妥当でない

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（333条）。本問では、Bが事務機器甲をCに引き渡しているため、Aは、事務機器甲について先取特権を行使することができない。

2 妥当でない

双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる（533条本文）。同時履行の抗弁権は、双務契約の当事者に認められる。本問では、A B間に双務契約である売買契約があるが、A C間には双務契約はないため、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求に対して、同時履行の抗弁権を行使してこれを拒むことができない。

3 妥当でない

売買契約において所有権留保特約が存在している場合、売主は、留保している所有権を第三者に対して主張することができるため、目的物が転売された場合でも、その留保した所有権に基づいて第三者から目的物を取り戻すことができる（最判昭49.7.18）。

4 妥当である

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（295条1項本文）。留置権は、物権であるから、同時履行の抗弁権とは異なり、すべての人に主張することができる。したがって、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求に対して、留置権を行使してこれを拒むことができる。

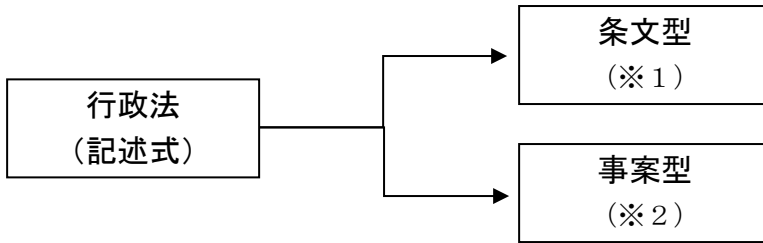
5 妥当でない

当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない（545条1項）。「第三者」とは、解除された契約から生じた法律関係を基礎として、解除前に、新たな権利を取得した者をいう（大判明42.5.14）。第三者として保護されるためには、善意・悪意は問わないが、動産の場合、対抗要件としての引渡しが必要である。本問では、Cは、対抗要件としての引渡しを受けていないため、Aは、Cからの所有権に基づく甲の引渡請求を拒むことができる。

以上のとおり、妥当なものは肢4であるから、正解は4となる。

【MEMO】

1 行政法の記述式出題パターン



(※1)「条文」(「定義」を含む)をそのまま問う形式。択一式対策で対応できるため、特別な対策は不要といえる。

(※2)事例を与えられて、分析した上で問われる項目に答える問題。たとえば、「どのような要件にもとづき、どのような訴訟を提起するか」のような問題に答える。「記述式対策」としては、主に、こちらが中心になる。

2 行政法の記述式対策と思考過程

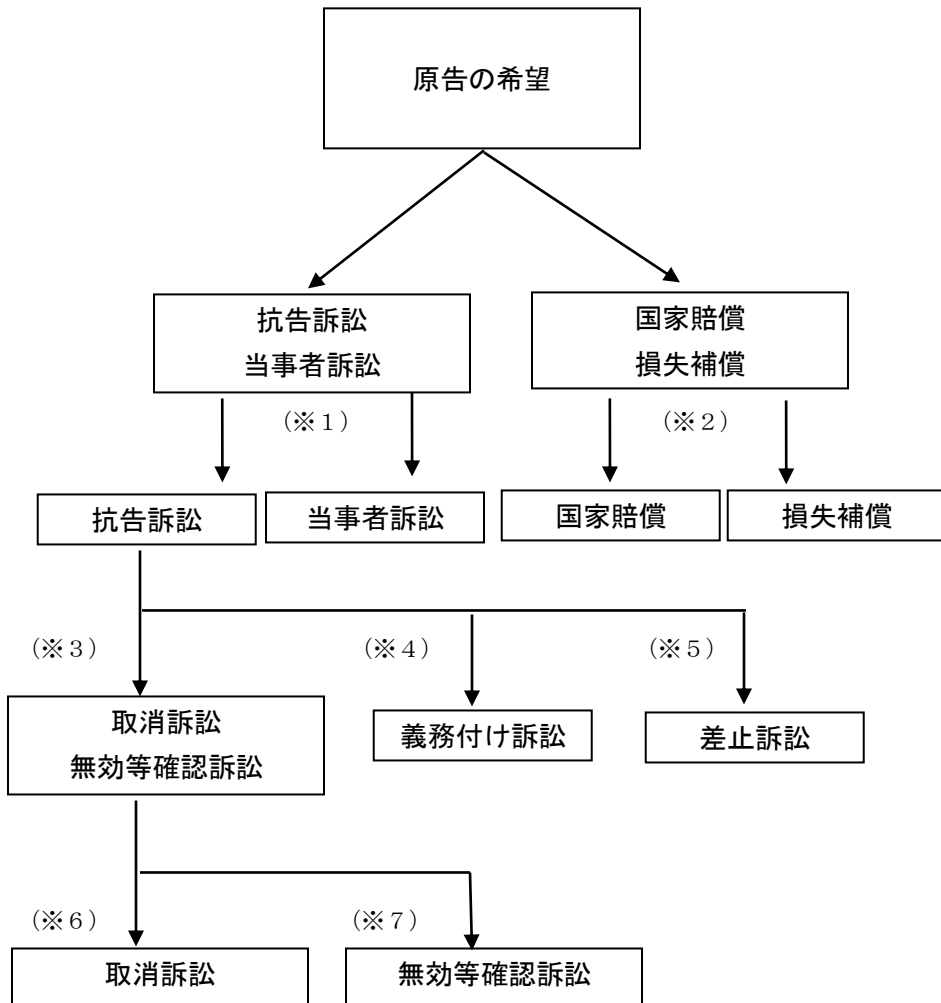
行政法記述式における事例問題の素材は、そのほとんどが「判例」である。そのため、「判例」の知識を正確にインプットしておく必要があるが、むやみに量をこなしても対策としては効率的ではない。したがって、重要基本判例の思考過程を意識しながら理解することが重要である。

ここでは、行政法記述式で多く出題される行政事件訴訟法をベースに、そのステップを確認する。

《行政法の問題》

- ① 「行政行為」がなにか
→ どの行政庁の、どの行為が問題となっているのか。また、それにより、国民側のどのような権利が制約されているのか。
- ② 訴訟選択
→ 次頁のフローチャート参照。
- ③ 訴訟要件
→ 各訴訟類型ごとに、要件を整理する (択一式対策)。
- ④ 本案の主張

《訴訟選択のフローチャート》



- (※1) 処分性が「ある」か「ない」か。
- (※2) 行為が「違法」か「適法」か。
- (※3) 「すでに行為がなされている」場合に選択する。
- (※4) 行政庁に「一定の処分」を求める場合に選択する。
- (※5) 「行為がこれからなされようとしている」場合に選択する。
- (※6) 「出訴期間内」に選択する。
- (※7) 「出訴期間経過後」に選択する。

3 解答

無	効	等	確	認	訴	訟	を	提	起	す	る	。	処	分
の	無	効	等	の	確	認	を	求	め	る	に	つ	き	、
法	律	上	の	利	益	を	有	す	る	者	。			

4 解説

本問は、「もんじゅ訴訟(最判平4年9月22日)」を素材に、原告適格の定義と、訴訟類型を答えるものである。

処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者とは、当該処分により自己の権利もしくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。

そして、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきとする趣旨を含むと解される場合には、かかる利益も法律上保護された利益にあたり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するといふべきである。

この点、当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨、目的、当該行政法規が当該処分を通じて保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべきである。

行政事件訴訟法第36条は、無効等確認の訴えの原告適格について規定するが、同条にいう当該処分の無効等の確認を求めるにつき、法律上の利益を有する者の意義についても、右の取消訴訟の原告適格の場合と同義に解するのが相当である。

本問素材の判例においては、「所定の技術的能力の有無、安全性に関する各審査に過誤、欠落があった場合には重大な原子炉事故が起こる可能性があり、事故が起こったときは、原子炉施設に近い住民ほど被害を受ける蓋然性が高く、しかも、その被害の程度はより直接的かつ重大なものとなるのであって、特に、原子炉施設の近くに居住する者はその生命、身体等に直接的かつ重大な被害を受けるものと想定される」のであり、「本件の周辺住民は、これに該当するといふべきであるから、本件設置許可処分の無効確認を求める本訴請求において、行政事件訴訟法36条の法律上の利益を有する者に該当すると認めるのが相当である」とした。

1 不動産物権変動－背信的悪意者

1 判例

① 背信的悪意者

判例（最判昭43.8.2）

（事案）

YはAから、A所有の山林を譲り受けたが登記をしないまま占有していた。その後、Xが、YがAから本件山林を買い受け長年これを占有していることを知りつつ、Yが所有権移転登記を経ていない奇貨として、これをYに高値で売りつけて利益を得る目的で、Aから本件山林を買い受けた。

（判旨）

ところで、実体上物権変動があった事実を知る者において右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべきところ、原判決認定の前記事実関係からすれば、上告人が被上告人の所有権取得についてその登記の欠缺を主張することは信義に反するものというべきであって、上告人は、右登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者に当たらないものと解するのが相当である。

② 背信的悪意者からの転得者

判例（最判平8.10.29）

（事案）

Aは、Bとの間で、A所有の甲土地を売却する旨の契約を締結した。その後、Aは、背信的悪意者Cに甲土地を二重に売却し、さらにCが甲土地をDに売却して、所有権移転登記をした。

（判旨）

所有者AからBが不動産を買い受け、その登記が未了の間に、Cが当該不動産をAから二重に買い受け、更にCから転得者Dが買い受けて登記を完了した場合に、たとえCが背信的悪意者に当たるとしても、Dは、Bに対する関係でD自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもってBに対抗することができるものと解している。

なぜなら、Cが背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、Bは、Cが登記を経由した権利をBに対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得をCに対抗することができるということとどまり、AC間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、Dは無権利者から当該不動産を買い受

けたことにはならないのであって、また、背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法177条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経していない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。

③ 不動産の取得時効完成後に当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した者が背信的悪意者に当たる場合

判

例 (最判平 18.1.17)

(事案)

Xは、平成8年にAから本件土地を購入し、所有移転登記を備えた。Yは、自己が所有する乙土地の上に丙建物を所有していたが、丙建物から公道に通じる本件通路部分は、昭和48年からBが丙建物への専用進入路として、所有の意思をもって占有していた。昭和61年乙土地及び丙建物の所有権はBからCへ、平成3年CからYへと順次移転した。本件通路部分の占有もこれに併せて移転している（なお、本件通路はCによってコンクリート舗装され、現在に至っている）。XはYに対し、本件土地について所有権の確認を求めるとともに、コンクリート舗装の撤去を求めた。

(判旨)

民法177条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、実体上物権変動があった事実を知る者において、同物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、このような背信的悪意者は、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべきである。

そして、甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるといふべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないものであることにかんがみると、乙において、甲が取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるといふべきであるが、その場合であっても、少なくとも、乙が甲による多年にわたる占有継続の事実を認識している必要があると解すべきであるからである。

以上によれば、上告人らが被上告人による本件通路部分甲の時効取得について背信的悪意者に当たるといふためには、まず、上告人らにおいて、本件土地等の購入時、被上告人が多年にわたり本件通路部分甲を継続して占有している事実を認識していたことが必要であるといふべきである。

④ 登記のない地役権と承役地の譲受人

判例 (最判平 10.2.13)

(事案)

YがAから、Y所有の甲土地のためにA所有の乙土地につき、通行地役権の設定を受け、その登記を備えないうちに、乙土地がAからXに譲渡された。

(判旨)

通行地役権(通行を目的とする地役権)の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠映を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法177条にいう「第三者」(登記をしなければ物権の得喪又は変更を對抗することのできない第三者)に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法4条又は5条に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない。

通行地役権の承役地が譲渡された時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権 設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである。ただし、例えば、承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半を成しているといった特段の事情がある場合には、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反するものということとはできない。

したがって、右の譲受人は、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないものというべきである。なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。

2 177条の「第三者」の範囲

(1) 意義

登記をしなければ対抗できない「第三者」とは、当事者もしくは包括承継人以外の者であって、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいう(大連判明41.12.15)。

「第三者」は、善意である必要がなく、悪意であっても、177条の「第三者」に当たれば、登記をしなければ対抗できない。

(2) 第三者に当たらない者

① 実質的無権利者

たとえば、所有者Aの土地を、何ら権利もないBが勝手にB名義の登記をし、それをCに売却した場合、無権利者からの譲受人Cが権利を取得することはなく、Aは登記がなくても実質的無権利者のCに所有権を主張することができる。

② 不法行為者・不法占拠者

単なる不法占拠者や賃貸借契約終了後明渡しをしない元賃借人も不法占拠者に当たる。

③ 不動産登記法5条所定の者

詐欺又は強迫によって登記の申請を妨げた第三者は、その登記がないことを主張することができない(不動産登記法5条1項)。

また、他人のために登記を申請する義務を負う第三者は、その登記がないことを主張することができない(不動産登記法5条2項本文)。

④ 転々譲渡の前主

たとえば、AからBへ、BからCへと所有権が譲渡された場合、AとBは当事者の関係にあり、Cから見てAは当事者に準じる地位にあるため、Cから見てAは第三者に当たらず、CはAに登記なくして所有権の主張をすることができる。

⑤ 一般債権者

差押えをしていない一般債権者は、177条の第三者に当たらない。

⑥ 背信的悪意者

177条の第三者には悪意者は含まれるが、単なる悪意を超えて、登記の欠缺を主張することが信義に反するような者(背信的悪意者)は、登記がなくても対抗することができる(背信的悪意者排除論)。

3 肢別ドリル

<p>01-01 司法書士試験 平成24年</p>	<p>Q Aは、B所有の甲不動産を買い受けたが、その所有権の移転の登記がされない間に、甲不動産がBからCに譲渡されて所有権の移転の登記がされ、更にCからDに譲渡され、Dが所有権の移転の登記をした。この場合において、Cが背信的悪意者に当たるときでも、Dは、Aとの関係でD自身が背信的悪意者と評価されない限り、甲不動産の所有権の取得をAに対抗することができる。</p> <p>☛ ○ (最判平8.10.29)</p>
<p>01-02 司法書士試験 平成17年</p>	<p>Q Aは、甲土地をBに売却した後、Cにも同土地を売却し、Cへの所有権の移転の登記をした。その後、Cは、甲土地をDに売却し、その旨の所有権の移転の登記をした。この場合において、Cがいわゆる背信的悪意者に当たるとしても、Dが背信的悪意者に当たらないときは、Bは、Dに対し、甲土地の所有権の取得を対抗することができない。</p> <p>☛ ○ (最判平8.10.29)</p>
<p>01-03 行政書士試験 平成17年</p>	<p>Q Aの所有する甲土地につきAがBに対して売却した後、Aが重ねて甲土地を背信的悪意者Cに売却し、さらにCが甲土地を悪意者Dに売却した場合に、第一買主Bは、背信的悪意者Cからの転得者であるDに対して登記をしていなくても所有権の取得を対抗できる。</p> <p>☛ × (最判平8.10.29)</p>
<p>01-04 行政書士試験 平成25年</p>	<p>Q 不動産を時効により取得した占有者は、取得時効が完成した後にその不動産を譲り受けて登記をした者に対して、その譲受人が背信的悪意者であるときには、登記がなくても時効取得をもって対抗することができるが、その譲受人が背信的悪意者であると認められるためには、同人が当該不動産を譲り受けた時点において、少なくとも、その占有者が取得時効の成立に必要な要件を充足していることについて認識していたことを要する。</p> <p>☛ × (最判平18.1.17)</p>
<p>01-05 司法書士試験 平成26年</p>	<p>Q A所有の甲土地の所有権についてBの取得時効が完成した。当該取得時効が完成した後にCがAから甲土地を買い受け、その旨の所有権の移転の登記がされた場合には、Bが多年にわたり甲土地を占有している事実をCが甲土地の買受け時に認識しており、Bの登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事情があっても、Bは、Cに対し、時効により甲土地の所有権を取得したことを主張することはできない。</p> <p>☛ × (最判平18.1.17)</p>

<p>01-06 旧司法試験 平成12年</p>	<p>Q 甲土地の所有者Aが隣接するB所有の乙土地を通行する権利を有している事例において、Aが乙土地を通行している事実が外部から認識できない場合、その通行権は、囲繞地通行権であるときは乙土地の特定承継人に対抗できるが、通行地役権であるときは登記を備えない限り、善意無過失の乙土地の特定承継人に対抗できない。</p> <p>☛ ○ (最判平10.2.13)</p>
<p>01-07 行政書士試験 平成24年</p>	<p>Q 甲土地を所有するAは、甲土地に隣接するB所有の乙土地を通行している。Aが地役権に基づいて乙土地の一部を継続的に通路として使用している場合において、その後にCが通路の存在を認識しながら、または認識可能であるにもかかわらず認識しないでBから乙土地を承継取得したときは、Cは背信的悪意者にあたるので、Aの地役権設定登記がなされていなくても、AはCに対して通行地役権を主張することができる。</p> <p>☛ × (最判平10.2.13)</p>

2 不動産物権変動－時効取得と登記

1 判例

① 時効完成前の第三者と登記

判例 (最判昭和 41.11.22)

(判旨)

時効による不動産所有権取得の有無を考察するにあたっては、単に当事者間のみならず第三者に対する関係も同時に考慮しなければならないのであって、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によって登記がなされたかが問題となるのである。そして、時効が完成しても、その登記がなければ、その後に登記を経由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗することができないのに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくても時効取得をもつてこれに対抗することができるものと解すべきことは、当裁判所の判例とするところであって、これを変更すべき必要を認めない。

② 時効完成後の第三者と登記

判例 (最判昭 33.8.28)

(判旨)

取得時効による不動産の所有権の取得についても、登記なくしては、時効完成後当該不動産につき旧所有者から所有権を取得し登記を経た第三者に対して、その善意たると否とを問わず、時効による所有権の取得を対抗し得ないと解するを相当とするから、所論は採るを得ない。

2 時効取得と登記

	時効完成前の第三者	時効完成後の第三者
結 論	Cが、時効完成前に登場した第三者である場合、Cは保護されない(最判昭41.11.22)。	Cが時効完成後に登場した第三者である場合、CはAと対抗関係に立つため、登記を備えていなければ保護されない(177条 大連判大14.7.8、最判昭33.8.28)。 なお、判例は、さらにその後、取得時効に必要な期間の占有を継続すれば、Aは改めてCに対し取得時効の主張ができるとする(最判昭36.7.20)。 もっとも、この場合に、Aが登記なくしてCに時効取得を主張するために占有開始時を自己の意思によって変更することはできないとしている(最判昭35.7.27)。

3 肢別ドリル

<p>02-01 司法試験 平成21年</p>	<p>Q Aは時効により甲不動産の所有権を取得したが、時効完成前に、旧所有者BがCに対し甲不動産を売り渡し、その所有権移転登記がされた。この場合、Aは、Cに対し所有権の取得を対抗することができる。</p> <p>☛ ○ (最判昭41.11.22)</p>
<p>02-02 行政書士試験 平成17年</p>	<p>Q Aの所有する甲土地につきAがBに対して売却し、Bは、その後10年以上にわたり占有を継続して現在に至っているが、Bが占有を開始してから5年が経過したときにAが甲土地をCに売却した場合に、Bは、Cに対して登記をしなくては時効による所有権の取得を対抗することはできない。</p> <p>☛ × (最判昭41.11.22)</p>
<p>02-03 行政書士試験 平成25年</p>	<p>Q 不動産を時効により取得した占有者は、取得時効が完成する前に当該不動産を譲り受けた者に対して、登記がなければ時効取得をもって対抗することができない。</p> <p>☛ × (最判昭41.11.22)</p>
<p>02-04 司法試験 平成26年</p>	<p>Q Aが所有する不動産についてBが占有を継続したことにより取得時効が完成しても、Bは、その登記をしなければ、その後にAからその不動産を取得したCに対しては、時効による権利の取得を対抗することができない。</p> <p>☛ ○ (大連判大14.7.8、最判昭33.8.28)</p>
<p>02-05 司法書士試験 平成18年</p>	<p>Q Aは、B名義で登記されているB所有の甲土地につき、平成元年4月1日、所有の意思をもって、善意で、過失なく、平穩に、かつ、公然と占有を開始し、その後も、その占有を継続している。平成11年11月1日にBから甲土地の贈与を受けて同日所有権の移転の登記をしたCは、平成12年5月1日、Aに対し、所有権に基づき甲土地の明渡しを請求した。この場合に、Aに対するCの甲土地の明渡し請求は認められない(なお、Aの占有は、請求の時まで継続しているものとし、Cは、Aの占有につき善意であったものとする。また、Aにつき甲土地の取得時効が成立する場合には、Aは、取得時効を援用したものとする。)</p> <p>☛ × (大連判大14.7.8、最判昭33.8.28)</p>
<p>02-06 司法書士試験 平成26年</p>	<p>Q A所有の甲土地の所有権についてBの取得時効が完成した。当該取得時効が完成した後にCがAから甲土地を買い受け、その旨の所有権の移転の登記がされた場合には、Bは、当該登記後に引き続き甲土地について取得時効の完成に必要な期間占有を続けても、Cに対し、時効により甲土地の所有権を取得したことを主張することはできない。</p> <p>☛ × (最判昭36.7.20)</p>

<p>02-07 司法試験 平成19年</p>	<p>Q A所有の不動産についてBの取得時効が完成した後、AからCに譲渡がなされCが対抗要件を備えたとしても、Bは、その後も引き続き当該不動産の占有を継続し、時効取得に必要な期間が経過すれば、新たに当該不動産を時効取得できる。</p> <p>☛ ○ (最判昭36.7.20)</p>
<p>02-08 行政書士試験 平成25年</p>	<p>Q 不動産を時効により取得した占有者は、取得時効が完成した後に当該不動産を譲り受けた者に対して、登記がなければ時効取得をもって対抗することができず、このことは、その占有者が、その後さらに時効取得に必要な期間、占有を継続したとしても、特段の事情がない限り、異なる。</p> <p>☛ × (最判昭36.7.20)</p>
<p>02-09 司法書士試験 平成26年</p>	<p>Q A所有の甲土地の所有権についてBの取得時効が完成した。当該取得時効が完成した後にCがAから甲土地を買い受け、その旨の所有権の移転の登記がされた場合には、Bは、Cに対し、甲土地の占有を開始した時点より後の時点を時効期間の起算点として選択し、時効完成の時期を遅らせることにより、甲土地の所有権を取得したことを主張することはできない。</p> <p>☛ ○ (最判昭35.7.27)</p>
<p>02-10 司法試験 平成20年</p>	<p>Q 取得時効を主張する時効援用権者は、占有を開始した以後の任意の時点を時効の起算点として選択することができる。</p> <p>☛ × (最判昭35.7.27)</p>
<p>02-11 行政書士試験 平成25年</p>	<p>Q 不動産の取得時効の完成後、占有者が、その時効が完成した後に当該不動産を譲り受けた者に対して時効を主張するにあたり、起算点を自由に選択して取得時効を援用することは妨げられない。</p> <p>☛ × (最判昭35.7.27)</p>

【MEMO】

1 国歌起立斉唱命令拒否事件

判例

国歌起立斉唱命令拒否事件（最判平 23.5.30）

(事案)

都立高等学校教諭であったXは卒業式及び入学式において、国旗掲揚の下で起立して国歌斉唱を命じられたが、これを拒否したために職務命令違反として戒告処分を受けた。Xは、定年退職に先立ち、非常勤講師の嘱託員採用選考を受けていたが、当該不起立行為が職務命令違反等に当たることを理由に不合格とされた。これに対し、Xが国家賠償請求を求めて出訴。

(判旨)

本件職務命令当時、公立高等学校における卒業式等の式典において、国旗としての「日の丸」の掲揚及び国歌としての「君が代」の斉唱が広く行われていたことは周知の事実であって、学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するものであり、かつ、そのような所作として外部からも認識されるものというべきである。したがって、上記の起立斉唱行為は、その性質の点から見て、上告人の有する歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結びつくものとはいえず、上告人に対して上記の起立斉唱行為を求める本件職務命令は、上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものということとはできない。また、上記の起立斉唱行為は、その外部からの認識という点から見ても、特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難であり、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといえるのであって、本件職務命令は、特定の思想を持つことを強制したり、これに反する思想を持つことを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものということもできない。そうすると、本件職務命令は、これらの観点において、個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するものと認めることはできないというべきである。

もっとも、上記の起立斉唱行為は、教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないものであって、一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということができる。そうすると、自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い。

そこで、このような間接的な制約について検討するに、個人の歴史観ないし世界観には多種多様なものがあり得るのであり、それが内心にとどまらず、それに由来する行動の実行又は拒否という外部的行動として現れ、当該外部的行動が社会一般の規範等と抵触する場面において制限を受けることがあるところ、その制限が必要かつ合理的なものである場合には、その制限を介して生ずる上記の間接的な制約も許容され得るものというべきである。そして、職務命令においてある行為を求められることが、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動と異なる外部的行為を求められることとなり、その限りにおいて、当該職務命令が個人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があると判断される場合にも、職務命令の目的及び内容には種々のものが想定され、また、上記の制限を介して生ずる制約の態様等も、職務命令の対象となる行為の内容及び性質並びにこれが個人の内心に及ぼす影響その他の諸事情に応じて様々であるといえる。

したがって、このような間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である。

以上の諸事情を踏まえると、本件職務命令については、前記のように外部的行動の制限を介して上告人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面はあるものの、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量すれば、上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるものというべきである。本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に違反するとはいえないと解するのが相当である。

判例 教職員国旗国歌訴訟（最判平 24.1.16）

（事案）

東京都立高等学校又は東京都立養護学校の教職員であったXらは、各所属校の卒業式、入学式又は記念式典において、起立斉唱行為又はピアノ伴奏行為を命ずる旨の各校長の職務命令に従わなかったところ、東京都教育委員会からそれぞれ懲戒処分（1名は減給処分、その余は戒告処分）を受けたため、上記職務命令は違憲、違法であり、上記各処分は違法であるなどとして、上記各処分の取消し及び国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めて出訴した。

（判旨）

まず、本件職務命令の違反を理由として、過去に同種の行為による懲戒処分等の処分歴のない者に対し戒告処分をした都教委の判断は、社会観念上著しく妥当を欠くものとはいえず、上記戒告処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超え又はこれを濫用したものとして違法であるとはいえないと解するのが相当である。

他方、不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となるものといえる。そして、減給処分は、処分それ自体によって教職員の法的地位に一定の期間における本給の一部の不支給という直接の給与上の不利益が及び、将来の昇給等にも相応の影響が及び上、本件通達を踏まえて毎年度2回以上の卒業式や入学式等の式典のたびに懲戒処分が累積して加重されると短期間で反復継続的に不利益が拡大していくこと等を勘案すると、上記のような考慮の下で不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給の処

分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきである。そうすると、上記のように過去に入学式の際の服装等に係る職務命令違反による戒告1回の処分歴があることのみを理由に懲戒処分として減給処分を選択した都教委の判断は、減給の期間の長短及び割合の多寡にかかわらず、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記減給処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である。

判例 教職員国歌国旗訴訟（最判平 24.2.9）

（事案）

東京都教育委員会が都立学校の校長宛に式典の際の国歌の起立斉唱を求める通達を出し、その命令に違反した教職員を懲戒処分にした。この懲戒処分は、1回目戒告、2回目〜減給、4回目以降停職が規定され、免職処分は規定されていなかった。これを不服とする教職員らが、国に対し、①国旗に向かい起立斉唱する義務のないことの確認、②この義務違反による懲戒処分の差止め、③国家賠償請求を求めて出訴した。

（判旨）

本件差止めの訴えのうち、免職処分以外の懲戒処分（停職、減給又は戒告の各処分）の差止めを求める訴えの適法性について検討するに、差止めの訴えの訴訟要件については、当該処分がされることにより「重大な損害を生ずるおそれ」があることが必要であり（行訴法 37 条の4第1項）、その有無の判断に当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとされている（同条2項）。

行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差止めを命ずるのは、国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけの救済の必要性がある場合であることを要するものと解される。したがって、差止めの訴えの訴訟要件としての上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要すると解するのが相当である。

本件においては、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられ、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね4回で（他の懲戒処分歴があれば3回以内に）停職処分に至るものとされている。このように本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受

けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるというべきである。

また、差止めの訴えの訴訟要件については、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと、すなわち補充性の要件を満たすことが必要であるとされている（行訴法37条の4第1項ただし書）。

原審は、本件通達が行政処分当たるとした上で、その取消訴訟等及び執行停止との関係で補充性の要件を欠くとして、本件差止めの訴えをいずれも却下したが、本件通達及び本件職務命令は行政処分当たらないから、取消訴訟等及び執行停止の対象とはならないものであり、また、本件では懲戒処分の取消訴訟等及び執行停止との関係でも補充性の要件を欠くものではないと解される。

以上のほか、懲戒処分の予防を目的とする事前救済の争訟方法として他に適当な方法があるとは解されないから、本件差止めの訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えは、補充性の要件を満たすものといえる。

以上によれば、被上告人らに対する本件差止めの訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えは、いずれも適法というべきである。

なお、当判決は、当該差止請求は、本案要件を満たしておらず、理由がないとして、請求棄却としている。



判例 君が代ピアノ伴奏拒否事件（最判平 19.2.27）

（事案）

公立小学校の音楽教諭であったXが入学式の際に「君が代」の伴奏を拒否したことから教育委員会によって懲戒処分を受けた。これに対し、Xが処分取消しを求めて出訴。

（判旨）

学校の儀式的行事において「君が代」のピアノ伴奏をすべきでないとして本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、上告人にとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分に結び付くものといえることはできず、上告人に対して本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を求めることを内容とする本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできないというべきである。

他方において、本件職務命令当時、公立小学校における入学式や卒業式において、国歌斉唱として「君が代」が斉唱されることが広く行われていたことは周知の事実であり、客観的に見て、入学式の国歌斉唱の際に「君が代」のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというものを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであり、特に、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといわざるを得ない。

本件職務命令は、上記のように、公立小学校における儀式的行事において広く行われ、A小学校でも従前から入学式等において行われていた国歌斉唱に際し、音楽専科の教諭にそのピアノ伴奏を命ずるものであって、上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするものでは

なく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることでもない。

以上の諸点にかんがみると、本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に反するとはいえないと解するのが相当である。

1 憲法の視点

(1) 思想・良心の自由

ア 意義

思想・良心の自由とは、内心の自由ともいい、精神的自由の基礎・中核をなすものをいう。

明治憲法にはこの規定はなく、比較法的に見ても、思想・良心の自由を規定している憲法は少なく、日本国憲法が、思想・良心の自由を規定しているのは、戦前、思想・良心の自由に対する国家的統制・抑圧がなされたことが、その背景にある。

イ 保障範囲

① 信条説

信条説とは、信仰に準ずる世界観、人生観、主義、主張などの個人の人格的な内面的な精神作用であるとする説をいう。

② 内心説

内心説とは、広く物事に対する是非弁別の判断を含む個人の内心領域を指すとする説をいう。

ウ 内容

① 内心の自由

思想・良心の自由は、それが内心にとどまる限り、絶対的に保障され、公共の福祉による制約も許されない。

② 沈黙の自由

沈黙の自由とは、国民は、いかなる思想を抱いているかについて、国家権力から告白を強制されない自由をいう。

2 行政法の視点

(1) 行政裁量

ア 意義

行政裁量とは、行政庁に与えられた独自の判断の余地のことをいう。法律による行政の原理の下においても、法律が行政活動の内容を完全に規律しつくすことはできない。したがって、法律が行政機関に自由な判断の余地を認めている場合があるが、これが、行政裁量である。

イ 実体的統制

(ア) 意義

行政事件訴訟法30条は、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」と規定している。

どのような場合に裁量権の逸脱・濫用があつたといえるかにつき、従来は、裁量権行使の結果に着目して、実体的な観点から類型化する試みがなされてきた。判例は、事実誤認、目的違反・動機違反、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反の場合に、裁量権の逸脱・濫用があつたとしている。これに加え、近年では、行政の判断過程に着目して、その合理性の有無という観点から裁量審査を行う判断過程審査がとられることがある。

(1) 類型

① 事実誤認

判例は、「その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠く」場合に、裁量権の逸脱濫用になるとしている(マクリーン事件 最大判昭53.10.4)。

② 目的違反・動機違反

判例は、個室付浴場業の規制を主たる動機、目的とする知事の児童遊園設置認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があるとしている(余目町個室付浴場事件 最判昭53.6.16)。

③ 信義則違反

判例は、外国人がした「短期滞在」の在留資格による在留期間の更新申請に対し、これを不許可とした処分は、右外国人の在留資格が変更された経緯を考慮していない点で、信義則上、裁量権の範囲を逸脱・濫用になるとしている(最判平8.7.2)。

④ 平等原則違反

判例は、行政庁は、何等いわれがなく特定の個人を差別的に取り扱いこれに不利益を及ぼす自由を有するものではなく、この意味においては、行政庁の裁量権には一定の限界があるものとしている(最判昭30.6.24)。

⑤ 比例原則違反

判例は、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要するとして、比例原則を相当程度明確化した形で適用している(教職員国旗国歌訴訟(最判平24.1.16))。

(2) 差止訴訟

ア 意義

差止めの訴えとは、行政庁が一定の処分また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において、行政庁がその処分または

裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう。

イ 訴訟要件

① 一定の処分または裁決がされようとしていること

一定の処分がされる蓋然性があることが必要となる。たとえば、行政手続法に基づいて、聴聞の通知や弁明の機会の付与の通知がなされた場合には、一定の処分がされようとしている場合にあたるといえる。

② 一定の処分または裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがあること

重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分または裁決の内容及び性質をも勘案するものとする(行政事件訴訟法37条の4第2項)。

③ 損害を避けるため他に適当な方法があるとき

差止訴訟は、損害を避けるため他に適当な方法があるときは、提起することができない(行政事件訴訟法37条の4第1項ただし書)。

この差止訴訟における消極要件は、非申請型義務付け訴訟と違い、ただし書きで定められている。この趣旨は、一般的に「重大な損害を生ずるおそれ」という積極要件が充たされる場合には、通常、救済の必要があると考えられ、消極要件はあくまで例外的な場合を定めていると解されている。

なお、民事訴訟の提起が可能な場合であっても、そのことから直ちに「損害を避けるため他に適当な方法がある」とはいえないとされている。

④ 原告適格

行政庁が一定の処分または裁決をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者である(行政事件訴訟法37条の4第3項)。法律上の利益の有無の判断については、取消訴訟の原告適格に関する解釈規定が準用されている(行政事件訴訟法37条の4第4項)。

ウ 本案勝訴要件

行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ、または、行政庁がその処分若しくは裁決をする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に認容される(行政事件訴訟法37条の4第5項)。

エ 取消訴訟との相違点

差止訴訟においては、仮の差止によって仮の救済がなされる。また、第三者効は準用されない。

2 剣道実技拒否事件

判例

剣道実技拒否事件（最判平 8.3.8）

（事案）

エホバの証人の信者であったXが、信仰上の理由により市立高等専門学校の剣道実技の履修を拒否したところ、原級留置処分となり、その後退学処分を受けた。これに対し、Xが処分の取消しを求めて出訴。

（判旨）

高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又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当たっては、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又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又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。

被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった。したがって、被上告人は、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きいことも明らかである。また、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である。

上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処分が右のとおり性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当然そのことに相応の考慮を払う必要があったというべきである。

所論は、代替措置を採ることは憲法 20 条 3 項に違反するとも主張するが、信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対し、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということとはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかに問わず、憲法 20 条 3 項に違反するということができないことは明らかである。

以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、2年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項

を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。

1 憲法の視点

(1) 信教の自由

ア 意義

信教の自由とは、信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由をいう。

近代の自由主義は、過去の宗教的な圧迫や対立による歴史を経て成立した。そのため西欧諸国の憲法では、信教の自由は、精神的自由権の中でも特に重要視されてきた経緯がある。日本国憲法はこのような沿革を踏まえ、個人の信教の自由を厚く保障するとともに、国家と宗教の分離を明確化している。

イ 内容

① 信仰の自由

信仰の自由とは、宗教を信仰すること、信仰しないこと、信仰する宗教を選択すること、信仰する宗教を変更することについて、個人が決定する自由をいう。信仰の自由は、それが内心にとどまる限り、絶対的に保障され、公共の福祉による制約も許されない。

② 宗教的行為の自由

宗教的行為の自由とは、宗教的行為を行う自由、行わない自由、そして宗教的行為への参加を強制されない自由をいう。

③ 宗教的結社の自由

宗教的結社の自由とは、信仰を同じくするものが、共同で宗教的儀式を行ったり布教をしたりするため、団体を結成する自由をいう。宗教的結社の自由は、外部的な行為を伴うため、その行為が他者の人権や公共の利益を害するときは、一定の制約を受ける。

(2) 政教分離の原則

ア 意義

政教分離の原則とは、国家と宗教との分離を確保することによって、信教の自由の保障をより強めようとする原則をいう。

判例は、政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものとしている(津地鎮祭事件 最大判昭52.7.13)。

なお、この政教分離の原則を、財政面から裏付けているのが、宗教上の組織若しくは団体に対する公金の支出を禁止する憲法89条である。

イ 内容

① 特権の付与の禁止

「特権」とは、一切の優遇的地位・利益をいい、特定の宗教団体に特権を付与することが許されないだけでなく、宗教団体すべてに対して他の団体から区別して特権を与えることも禁止される。

② 宗教団体の政治上の権力行使の禁止

「政治的権力」とは、立法権、課税権、裁判権などの国が独占すべき統治権力をいう(通説)。

③ 国の宗教的活動の禁止

「宗教的活動」とは、判例によれば、宗教とのかかわり合いのある国の行為のうち、その目的が宗教的意味をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進または圧迫、干渉等になるような行為をいう(目的効果基準)。

ウ 限界

政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらし行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。

そして、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるかどうかにつき、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解している(津地鎮祭事件 最大判昭52.7.13)。

2 行政法の視点

(1) 行政裁量

ア 意義

行政裁量とは、行政庁に与えられた独自の判断の余地のことをいう。法律による行政の原理の下においても、法律が行政活動の内容を完全に規律しつくすことはできない。したがって、法律が行政機関に自由な判断の余地を認めている場合があるが、これが、行政裁量である。

イ 判断過程審査

判断過程審査とは、行政決定の判断過程の適正さを確保することによって行政裁量を法的に統制しようとする審査方式をいう。

判例は、裁量判断について、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、また本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、このため判断が、左右されたと認められる場合には、裁量判断の方法ないし過程に誤りがあるものとして違法になるとしている(日光太郎杉事件 東高判昭48.7.13)。

【MEMO】

【MEMO】

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371 (代表) ☎ 0120-319059 (受講相談)

<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F

TEL045-410-0690 (代表)

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F

TEL06-6311-0400 (代表)

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435

京都御池第一生命ビルディング2F

TEL075-254-8066 (代表)

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F

TEL052-588-3941 (代表)

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F

TEL092-726-5040 (代表)