

予備試験 ガイダンス

180616TOKYO

## 2019 予備試験 スタートアップセミナー

予備試験スタンダード短答オープン[夏期]ガイダンス

**これで短答合格！短答突破の必勝法**

---

辰巳専任講師・弁護士

古海 健一 先生

# 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# 目 次

1. 平成 30 年司法試験予備試験(短答)の分析…………… 1
2. 問題検討…………… 3

※予備試験スタンダード短答オープンの問題と解説は、実施当時のものを掲載しております。

## 1. 平成30年 予備試験 短答式試験【分析】

### ☆ 試験日程（平成30年の短答式試験）

平成30年5月20日（日）	9:45～11:15（1時間30分）	民法・商法・民事訴訟法
	12:00～13:00（1時間）	憲法・行政法
	14:15～15:15（1時間）	刑法・刑事訴訟法
	16:00～17:30（1時間30分）	一般教養科目

### ☆ 問題数〔注：昨年度と変動ありませんでした。〕

憲法・行政法	24問（憲法：12問（第1問～第12問） （行政法：12問（第13問～第24問））
民法・商法・民事訴訟法	45問（民法：15問（第1問～第15問） （商法：15問（第16問～第30問）） （民訴：15問（第31問～第45問））
刑法・刑事訴訟法	26問（刑法：13問（第1問～第13問） （刑訴：13問（第14問～第26問））
一般教養科目	42問（このうち20問選択）

### ☆ 解答欄番号の数〔注：昨年と比較して、憲法・行政法・民法・民訴・刑法には変化なく、商法が増加し、刑訴が減りました。〕

憲法・行政法	55（憲法：25（1～25） （行政法：30（26～55））
民法・商法・民事訴訟法	52（民法：15（1～15） （商法：17（16～32）） （民訴：20（33～52））
刑法・刑事訴訟法	40（刑法：19（1～19） （刑訴：21（20～40））
一般教養科目	42

### ☆ 満点と配点〔注：昨年度と変動ありませんでした。〕

憲法・行政法	60点満点（憲法，行政法，それぞれ30点満点）
民法・商法・民事訴訟法	90点満点（民法，商法，民訴，それぞれ30点満点）
刑法・刑事訴訟法	60点満点（刑法，刑訴，それぞれ30点満点）
一般教養科目	60点満点

### ☆ 頁数〔注：昨年と比較して、一般教養科目には変化なく、憲法・行政法が増加し、民・商・民訴，刑法・刑訴が減りました。〕

憲法・行政法	15頁〔注：昨年13頁〕
民法・商法・民事訴訟法	22頁〔注：昨年23頁〕
刑法・刑事訴訟法	15頁〔注：昨年16頁〕
一般教養科目	23頁〔注：昨年23頁〕

☆ 法務省発表による出願者数・受験者数

- 1 出願者数 13,746人 (昨年 13,178人 +568人)
- 2 受験者数 11,136人 (昨年 10,743人 +393人)  
(うち途中欠席81人) (前年, うち途中欠席78人)
- 3 受験率 81.0% (昨年 81.5% 0.5%減)
- 4 採点対象者 11,055人 (昨年 10,665人 +390人)
- 5 合格者数 2,612人 (昨年 2,299人 +313人)

☆ 司法試験の短答との重なりについて

司法試験の短答式試験が、予備試験の短答式試験と同日に行われました。そこで、司法試験との重複を調査したところ、憲法・民法・刑法の全40問中30問(75%)の問題が司法試験と重複していることが判明いたしました。

憲法：予備試験12問中8問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

民法：予備試験15問中12問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

刑法：予備試験13問中10問が司法試験の問題 [注：昨年度と同じ]

合計：憲民刑の全40問中30問(75%) [注：昨年度と同じ] が司法試験の問題と重複

☆ 短答式試験の得点

◎合格点 各科目の合計得点160点以上(270点満点)

◎合格者の平均点 177.5点

得点		最高点	最低点	平均点
合計得点 (270点満点)		233	0	130.5
科目別 得点	憲法 (30点満点)	30	0	16.8
	行政法 (30点満点)	30	0	12.4
	民法 (30点満点)	30	0	14.7
	商法 (30点満点)	30	0	12.8
	民事訴訟法 (30点満点)	30	0	14.7
	刑法 (30点満点)	30	0	15.7
	刑事訴訟法 (30点満点)	30	0	16.1
	一般教養 (60点満点)	60	0	27.3

## 2. 問題検討

平成30年予備試験短答式試験本試験問題

[民法]

〔第6問〕(配点：2)

法定地上権に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.6])

ア. Aが所有する甲土地及びその上の乙建物にBのために共同抵当権が設定された後、乙建物が取り壊され、甲土地上に新たにAが所有する丙建物が建築されて、丙建物につきCのために抵当権が設定された場合において、甲土地に対するBの抵当権の実行によりDが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

イ. Aが所有する更地の甲土地に第一順位の抵当権が設定された後、甲土地上にAが所有する乙建物が建築され、甲土地に第二順位の抵当権が設定された場合において、第二順位の抵当権の実行によりBが甲土地を取得したときは、法定地上権は成立しない。

ウ. Aが所有する甲土地上にBが所有する乙建物があるところ、甲土地にCのために第一順位の抵当権が設定された後、Bが甲土地の所有権を取得し、甲土地にDのために第二順位の抵当権を設定した場合において、Cの抵当権が弁済により消滅し、その後、Dの抵当権の実行によりEが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

エ. Aが甲土地及びその上の乙建物を所有しているが、甲土地の所有権移転登記をしていなかったところ、乙建物に抵当権が設定され、抵当権の実行によりBが乙建物を取得したときは、法定地上権は成立しない。

オ. AとBが共有する甲土地上にAが所有する乙建物があるところ、Aが甲土地の共有持分について抵当権を設定した場合において、抵当権の実行によりCがその共有持分を取得したときは、法定地上権が成立する。

1. ア ウ      2. ア エ      3. イ ウ      4. イ オ      5. エ オ

民法 第6問	法定地上権	H30予備試験
--------	-------	---------

正解 3

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	17	6	<b>52</b>	19	5

(全体正答率 52%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性があります。

**ア誤り。**本記述は、丙建物が建築された時点での甲土地の抵当権者ではないCが丙建物について抵当権の設定を受けた場合にもかかわらず、法定地上権が成立するとしている点で、誤っている。

最判平9. 2. 14(百選I92事件)。判例は、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、**新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない**」としている。

その理由として、判例は、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であ」ということを挙げている。

本記述において、Cは丙建物が建築された時点での甲土地の抵当権者ではなく、特段の事情は認められないため、原則通り、法定地上権は成立しない。

**イ正しい。**最判昭47. 11. 2により、本記述は正しい。

判例は、「**土地に対する先順位抵当権の設定当時、その地上に建物がなく、後順位抵当権設定当時には建物が建築されていた場合に、後順位抵当権者の申立により土地の競売がなされる**ときであっても、右土地は先順位抵当権設定当時の状態において競売されるべきものであるから、**右建物のため法定地上権が成立するものではない**」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、先順位抵当権者は土地の担保価値を更地として高く評価しているの、法定地上権の成立が認められれば土地の売却価額が下がり先順位抵当権者が損害を受けるということを挙げている。

**ウ正しい。**最判平19. 7. 6(百選I91事件)により、本記述は正しい。

判例は、「**土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の**

所有者に属していたときは、法定地上権が成立する」としている。

その理由として、判例は、「**抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、先順位「抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、後順位「抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったというべきであ**り、先順位「**抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても、後順位「**抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない**」**ということを挙げている。

**エ誤り。**本記述は、法定地上権は成立しないとしている点で、誤っている。

最判昭53.9.29。判例は、本記述と同様の事案において、「**抵当権の実行により本件建物を競落した被上告人が法定地上権を取得するものとした原審の判断は、正当として是認することができ**」るとしている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、建物抵当権を取得しようとする者は、土地の所有関係や利用関係を調べ、これによって真実の権利関係を知り、法定地上権の成立を期待又は予測しているのが通常である一方で、設定者自身が法定地上権の成立を否定することを認めるのは妥当でないということを挙げている。

**オ誤り。**本記述は、抵当権の実行によりCがその共有持分を取得したときは、法定地上権が成立するとしている点で、誤っている。

最判昭29.12.23。判例は、本記述と同様の事案において、**民法388「条により地上権を設定したものと看做すべき事由が単に土地共有者の1人だけについて発生したとしても、これがため他の共有者の意思如何に拘わらずそのものの持分までが無視さるべきいわれはないのであつて、当該共有土地については地上権を設定したと看做すべきでない**」とし、法定地上権は発生しないとしている。

その理由として、判例は、「元来共有者は、各自、共有物について所有権と性質を同じくする独立の持分を有しているものであり、しかも共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となるのであるから、共有地全体に対する地上権の設定には共有者全員の同意を必要とし、「共有者中一部の者だけがその共有地につき地上権設定行為をしたとしても、これに同意しなかつた他の共有者の持分は、これによりその処分服すべきいわれはない」こと、また、民法388条は「建物の存在を全うさせようとする国民経済上の必要を多分に顧慮した規定である」ものの、「同条により地上権を設定したと看做される者は、もともと当該土地について所有者として完全な処分権を有する者に外ならないのであつて、他人の共有持分につきなんら処分権を有しない共有者に他人の共有持分につき本人の同意なくして地上権設定等の処分をなし得ることまでも認めた趣旨でない」ということを挙げている。

以上により、正しい記述はイとウであり、したがって、正解は肢3となる。

【MEMO】



民法	法定地上権	日付	/	問題整理番号	正答率
第6問		チェック欄		3-5-(3)-③	%
〈出題ポイント〉 条文知識：0 判例知識：5 学説理解：0 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第5回 第6問)

〔第6問〕(配点：2)

抵当権の実行により土地と建物の所有者が異なるに至った場合に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.6])

- ア. 建物に対する抵当権設定ときに土地及び建物が同一所有者に帰属している場合において、土地の所有者が所有権移転登記を経由していなかったときであっても、抵当権の実行により本件建物を競落した者は、法定地上権を取得する。
- イ. 土地を目的とする第一順位の抵当権設定当時、土地とその地上建物の所有者が異なっていたものの、第二順位の抵当権設定時には土地とその地上建物が同一人の所有に帰した。その後、第一順位の抵当権が設定契約の解除により消滅した。この場合、第二順位の抵当権が実行されたときは、法定地上権は成立する。
- ウ. 建物の共有者の一人がその建物の敷地である土地を単独で所有する場合、その者がその土地に抵当権を設定し、第三者がこの抵当権の実行により買い受けたときは、その土地に法定地上権が成立しない。
- エ. Aの所有する更地である甲土地にBのために第一順位の抵当権が設定され、その後、甲土地に乙建物が建築され、Cのために共同担保として甲土地に第二順位の抵当権及び乙建物に第一順位の抵当権が設定された。その後、甲土地に対する第一順位の抵当権と第二順位の抵当権の順位変更がされた。この場合に、乙建物におけるCの抵当権が実行され、Dが競落して乙建物の所有権を取得し、さらに、甲土地に対するBの抵当権が実行されてEが競落によって所有権を取得したときは、抵当権の順位の変更が、抵当権の設定された時点を変更するものであるので、DはEに対し、法定地上権の成立を主張することができる。
- オ. 所有者がその所有する土地及び地上建物に共同抵当権を設定し、その後、その建物が取り壊されて新建物が再築された場合、特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立する。

1. ア イ      2. ア エ      3. イ オ      4. ウ エ      5. ウ オ

民法 第6問	法定地上権	過去問	予備なし 新司26-15, 21-15
正解 【No.6】 1			

【合格へのアプローチ】

本問は、法定地上権の成否に関する判例知識を問うものである。法定地上権の要件は、①抵当権設定時、土地の上に建物が存在すること（肢エ、オ）、②土地と建物が同一の所有者に属すること（肢ア、イ、ウ）、③土地・建物の一方に抵当権が設定されたこと（肢オ）、④土地・建物の所有者が競売により異なるに至ること、である。どの要件の問題かを意識した上で、抵当権者、抵当権設定者等の期待や不利益に配慮しながら、法定地上権の成否について各肢を復習して欲しい。

ア正しい。最判昭53.9.29により、本記述は正しい。

判例は、Aが本件建物につきBのために抵当権を設定した当時、建物及びその敷地である本件土地は、ともにAの所有に属していたが、本件土地については所有権移転登記を経由していなかったという事実関係のもとにおいて、「**抵当権の実行により本件建物を競落した被上告人が法定地上権を取得するものとした原審の判断は、正当として是認することができる**」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、抵当権者は、抵当権の設定を受ける時点で土地と建物の所有関係及び土地の利用権原を調査し、両者がともに同一人物に帰属していることを確認するので、法定地上権の成立を予期し得ること、また担保競売における買受人も目的物の現況の調査の結果、実体的に法定地上権の成立要件が満たされていることを知り、あるいは少なくとも約定土地利用権の存在を期待することになるということを挙げている。（内田ⅢP.421。川井(2)P.375。条文・判例スタンダード(3)P.291）

イ正しい。最判平19.7.6（百選I88事件）により、本記述は正しい。

判例は、**土地を目的とする第一順位の抵当権設定時には土地と地上建物の所有者が異なるものの、第二順位の抵当権設定時には土地と地上建物の所有者が同一となっていた場合に、第一順位の抵当権が設定契約の解除により消滅した後に、第二順位の抵当権が実行されたときに法定地上権が成立するかについて、これを肯定している。**

その理由として、判例は、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、先順位の抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、後順位抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものである。先順位抵当権消滅後に行われる競売により法定地上権の成立を認めても、後順位抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえないこと、そして、先順位抵当権は競売前に既に消滅しているから、競売による法定地上権の成否を判断するに当たり、先順位抵当権者の利益を考慮する必要がないということを挙げている。（川井

(2)P. 367。条文・判例スタンダード(3)P. 291)

ウ誤り。本記述は、法定地上権が成立しないとしている点で、誤っている。

最判昭46. 12. 21。判例は、本記述と同様の事案において、「建物の共有者の一人がその建物の敷地たる土地を単独で所有する場合においては、同人は、自己のみならず他の建物共有者のためにも右土地の利用を認めているものというべきであるから、同人が右土地に抵当権を設定し、この抵当権の実行により、第三者が右土地を競落したときは、民法388条の趣旨により、抵当権設定時に同人が土地および建物を単独で所有していた場合と同様、右土地に法定地上権が成立する」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、法定地上権の成立を認めても、土地抵当権設定者にとって不利益といえないし、土地抵当権者も法定地上権の成立を予期し得るということを挙げている。(内田ⅢP. 429。川井(2)P. 373～4。条文・判例スタンダード(3)P. 292)

エ誤り。本記述は、抵当権の順位の変更が、抵当権の設定された時点を変更するものであるので、DはEに対し、法定地上権の成立を主張することができるとしている点で、誤っている。

最判平4. 4. 7。判例は、抵当権の順位の変更によって、地上に建物が存在する状態で本件土地に設定された抵当権の順位が地上に建物が存在しない状態で本件土地に設定された抵当権の順位より優先することとなっても、本件土地の競売手続においてこれを買受けた被上告人に対して上告人が法定地上権(民法388条)を有するものではないとしている。

その理由として、判例は、「抵当権の順位の変更(民法373条2項〔注：現民法374条1項〕)は、同一不動産に設定された複数の抵当権相互間において優先弁済の順位を変更するものであり、抵当権の設定された時点を変更するものではない」ということを挙げている。(内田ⅢP. 456～7。川井(2)P. 366)

オ誤り。本記述は、特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立するとしている点で、誤っている。

最判平9. 2. 14(百選I 89事件)。所有者がその土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、建物が取り壊されて新建物が再築された場合に、法定地上権が成立するかについて、判例は、「新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない」としている。

その理由として、判例は、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であり、抵当権が設定されない新建物のために法定地上権の成立を認めるとすれば、抵当権者は、当初は土地全体の価値を把握していたのに、その担保価値が法定地上権の価額相当の価値だけ減少した土地の価値に限定されることになって、不測の損害を被る結果になり、

抵当権設定当事者の合理的な意思に反する」ということを挙げている。(内田Ⅲ  
P. 425～6。川井(2)P. 366。条文・判例スタンダード(3)P. 290)

以上により、正しい記述はアとイであり、したがって、正解は肢1となる。

■ワンポイントレッスン

法定地上権の成立要件に関連して、法定地上権の成立の有無をまとめたので、各自参考にして欲しい。

I. 法定地上権の成立要件

- ① 抵当権設定当時、土地の上に建物が存在すること
- ② 抵当権設定当時、土地と建物が同一所有者に属すること
- ③ 土地・建物の一方又は双方に抵当権が設定されたこと
- ④ 土地・建物の所有者が競売により異なるに至ること

① 抵当権設定当時、土地の上に建物が存在すること

	場 面	結 論	理 由
更地に抵当権が設定された場合	① 更地に抵当権が設定され、後日建物が築造された後で土地抵当権が実行された場合 (大判大4. 7. 1)	成立しない	地上権の負担のない完全な土地所有権に着眼した抵当権者の期待に反するため
	② 更地に抵当権が設定され、抵当権者が将来の建物の建築を容認していた場合 (最判昭36. 2. 10)	成立しない	自らのあずかり知らない抵当権者側の事情によって、買受人に混乱を生じさせないようにするため
	③ 1番抵当権設定当時の更地に2番抵当権設定時までに建物が建築され、後者により抵当権が実行された場合 (最判平4. 4. 7)	成立しない	法定地上権の成否は1番抵当権設定時を基準として決定されるため
抵当権が土地に設定された後、建物が再築された場合	① 通常の場合 (大判昭10. 8. 1)	旧建物を基準に成立する	新建物を基準に長い存続期間の法定地上権の成立を認めれば、土地の抵当権者の利益を害してしまうため
	② 抵当権者が、非堅固建物が近い将来堅固建物の改築される予定であることを踏まえて土地の担保価値を評価していた場合 (最判昭52. 10. 11)	新建物を基準に、成立する	抵当権者の利益を害しない特段の事情があれば、再築後の新建物を基準として法定地上権の内容を定めて妨げないため
土地・建物共同抵当での建物再築の場合 (最判平9. 2. 14, 百選I 89事件)	① 原則	成立しない	抵当権者は土地建物を共同抵当にとり、全体の担保価値を把握しているため
	② 新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での、土地の抵当権者が再築された建物に土地の共同抵当権と同順位の抵当権の設定を受けた場合	成立する	右の事情があれば、抵当権設定当事者の合理的意思に反するとはいえないため

② 抵当権設定当時、土地と建物が同一所有者に属すること

	場 面	結 論	理 由
抵当権が土地に設定された当時、建物が未登記であった場合 (最判昭48.9.18)	—	成立する	法定地上権制度は、存立している建物を保護する点にその意義を有するから、建物所有者は、法定地上権を取得するに当たり、対抗力ある所有権を有している必要はないため
抵当権設定時は土地・建物の所有者が別人であったが、競売時に同一人となった場合	① 建物に抵当権が設定された後に土地が同一人所有に帰した場合 (最判昭44.2.14)	成立しない	建物所有者は、建物利用のための土地利用権を有し、競落人は建物所有権の従たる権利としてこの利用権を取得する。土地利用権は抵当権の目的となっているため、混同によっても消滅しないため (民法179条1項ただし書)
	② 建物に1番抵当権が設定された後に土地が同一人所有に帰し、その後に建物に2番抵当権が設定され、1番抵当権者により競売が申し立てられた場合 (大判昭14.7.26)	成立する	この場合、法定地上権の成立を認めても、1番建物抵当権者が把握した担保価値を損なわせることにはならないため
	③ 土地に1番抵当権が設定された後に建物が同一人所有に帰し、その後に土地に2番抵当権が設定され、1番抵当権者により競売が申し立てられた場合 (最判平2.1.22)	成立しない	1番抵当権者は、法定地上権の負担のない物として土地の担保価値を把握するから、法定地上権が成立するものとする、かかる価値を損なわせることになるため
	④ 1番抵当権設定時に土地と建物の所有者が異なっていたが、2番抵当権設定時には土地と建物の所有者は同一であった場合において、1番抵当権が設定契約の解除により消滅した後に、2番抵当権が実行され、土地と建物の所有者が異なるに至った場合 (最判平19.7.6, 百選I 88事件)	成立する	2番抵当権者としては、1番抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったといえ、法定地上権が成立することを認めても、2番抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえないから。
抵当権が土地に設定された当時は土地・建物の所有者が同一人であったが、競売時には別人の所有となった場合 (大判大12.12.14)	—	成立する	抵当権設定当時には、建物と土地の所有者が同一であったのだから、法定地上権の発生は抵当権者も予期できたはずであるため

## II. 共有と法定地上権に関連する整理

	場 面	結 論	理 由
A単独所有建物が存在するAB共有の土地に抵当権を設定した場合 (最判昭29. 12. 23)	—	成立しない	共有者中、一部の者だけがその共有地に地上権設定行為をしても、これに同意しなかった他の共有者の持分がその処分に服すべきではなく、この理は民法388条の法定地上権についても同様であるため
AB共有建物が存在するA単独所有の土地に抵当権を設定した場合 (最判昭46. 12. 21)	—	成立する	建物の共有者の1人がその建物の敷地たる土地を単独で所有する場合、その者は、自己のみならず他の建物共有者のためにも土地の利用を認めているといえるため
AとBC以外の他の8名の共有建物が存在するABC共有の土地に抵当権を設定した場合 (最判平6. 12. 20, 百選I 90事件)	①原則	成立しない	共有者は、各自、共有物について独立の持分を有しており、かつ、共有地全体に対する地上権は共有者全体の負担となるため
	②他の共有者らが法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるような特段の事情がある場合	成立する	右の事情があれば、他の共有者が法定地上権による負担を甘受しているといえるため

【MEMO】



平成30年予備試験短答式試験本試験問題

〔刑法〕

〔第11問〕（配点：2）

責任能力に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の立場に従って検討した場合、正しいものはどれか。（解答欄は、〔No.13〕）

1. 裁判所は、責任能力の有無・程度について、専門家たる精神医学者の意見を十分に尊重して判定すべきであるから、精神鑑定の意見の一部だけを採用することは許されない。
2. 行為者が犯行時に心神耗弱状態にあった場合でも、その刑を減輕しないことができる。
3. 犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力が著しく減退していても、行動を制御する能力が十分に保たれていれば、完全責任能力が認められることがある。
4. 精神の障害がなければ、心神喪失又は心神耗弱と認められる余地はない。
5. 14歳の者は、事物の是非善悪を弁識し、その弁識に従って行動する能力が十分に認められる場合であっても、処罰されない。

刑 法 第11問	責任能力	H30予備試験
----------	------	---------

正解 4

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	2	12	14	<b>55</b>	17

(全体正答率55%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性があります。

1 誤り。本記述は、精神鑑定の意見の一部だけを採用することは許されないとしている点で誤っている。

最決平21. 12. 8 (百選I35事件, 責任能力の認定)。判例は、「裁判所は、特定の精神鑑定の意見の一部を採用した場合においても、責任能力の有無・程度について、当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく、上記事情等を総合して判定することができる」としている。

その理由として、判例は、「責任能力の有無・程度の判断は、法律判断であって、専ら裁判所にゆだねられるべき問題であり、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、上記法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題である。したがって、専門家たる精神医学者の精神鑑定等が証拠となっている場合においても、鑑定の前提条件に問題があるなど、合理的な事情が認められれば、裁判所は、その意見を採用せずに、責任能力の有無・程度について、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定することができる」ということを挙げている。

2 誤り。本記述は、行為者が犯行時に心神耗弱状態にあった場合でも、その刑を減軽しないことができるとしている点で、誤っている。

刑法39条2項。心神耗弱者の行為は、その刑を減軽する。

心神耗弱者の行為については、刑が**必要的に減軽される**。その趣旨は、心神耗弱の場合は、責任能力が著しく限定されている点にある。

3 誤り。本記述は、犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力が著しく減退していても、完全責任能力が認められることがあるとしている点で、誤っている。

大判昭6. 12. 3。判例は、心神喪失とは精神障害によって事物の理非善悪を弁識する能力又はこの弁識に従って行動する能力を欠如する場合であり、心神耗弱とは精神障害によってこの弁識能力又は制御能力が著しく減退した状態であるとしている。

したがって、犯行時に事物の是非善悪を弁識する能力が著しく減退している場合、行動を制御する能力が十分に保たれていても、心神耗弱であると認められる。

4 正しい。大判昭6. 12. 3により、本記述は正しい。

判例は、心神喪失とは**精神障害によって事物の理非善悪を弁識する能力又はこの弁識に従って行動する能力を欠如する場合**であり、心神耗弱とは**精神障害によってこの弁識能力又は制御能力が著しく減退した状態**であるとしている。

したがって、精神の障害がなければ、心神喪失又は心神耗弱と認められる余地はない。

**5 誤り。**本記述は、14歳に満たない者とすべきところ、14歳の者としている点で、誤っている。

刑法41条。14歳に満たない者の行為は、罰しない。

同条は、14歳未満の者について、事物の是非善悪を弁識し、その弁識に従って行動する能力が一般的に未熟であることを考慮し、個別に責任能力を決めるのではなく、政策的に一律に責任無能力者として不処罰としたものである。

したがって、14歳の者には同条の適用がなく、事物の是非善悪を弁識し、その弁識に従って行動する能力が十分に認められる場合には、処罰され得る。

【MEMO】

刑 法	責任能力	日 付	/	問題整理番号	正答率
第10問		チェック欄		2-4-(2)	%
〈出題ポイント〉 条文知識：4 判例知識：2 学説理解：2 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第10回 第10問)

〔第10問〕(配点：2)

責任能力に関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものはどれか。(解答欄は、[No. 12])

1. 行為者が犯行当時、事物の是非・善悪を弁別することができたとしても、精神の障害によりそれに従って行動する能力を有していなければ、責任能力が肯定される余地はない。
2. 行為者の精神状態が心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは医学的判断であり、裁判所は、精神鑑定の結果に拘束される。
3. 犯行時に刑事未成年であっても、公訴を提起する時点で刑事未成年でなくなっていた場合には、当該犯行につき責任能力を認めることができる。
4. 犯行時に心神喪失状態にあった者は処罰されず、心神耗弱状態にあった者は刑が任意的に減軽又は免除される。
5. 刑事未成年者であっても、精神的に発達・成熟しているといえる場合には、責任能力が肯定される余地がある。

刑法 第10問	責任能力	過去問	予備27-11, 25-11, 24-10 新司29-13, 27-11, 26-3
正解 [No.12] 1			

【合格へのアプローチ】

本問は、責任能力に関する基本的知識を問うものである。責任能力は、短答式試験において重要分野であり、また問われている内容も限られていることから、確実に得点源となる分野である。責任能力とは、責任非難のために行為者に必要とされる能力のことである。刑法は、心神喪失については責任能力を欠くものとし（刑法39条1項）、心神耗弱については責任能力が著しく限定されていることから刑の必要的減軽を定めている（刑法39条2項）。また、刑事政策的な理由に基づき、14歳未満の年少者については責任能力が否定され、一律に不処罰とされる（刑法41条）。これらの基礎知識を確認しておいて欲しい。

- 1 正しい。責任能力とは、事物の是非・善悪を弁別し（是非弁識能力）、かつそれに従って行動する能力（行動制御能力）をいい、是非弁識能力と行動制御能力のうちいずれかが欠ければ、責任能力が否定される。  
事物を評価・判定する能力を欠いた者を非難することはできず、また、そのような判断に従って自らをコントロールし得ない場合も非難できないからである。  
よって、事物の是非・善悪を弁別することができたとしても、それに従って行動する能力を有していない場合には、責任能力は認められない。  
したがって、本記述は正しい。（山口P.134。前田（総）P.299）
- 2 誤り。本記述は、裁判所は、精神鑑定の結果に拘束されるとしている点で、誤っている。  
最決昭59.7.3。  
判例は、「被告人の精神状態が刑法39条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら裁判所の判断に委ねられている」として、「原判決が、所論精神鑑定書（鑑定人に対する証人尋問調査を含む。）の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあつた旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して、被告人が本件犯行当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあつたと認定したのは、正当として是認することができる」としている。（山口P.134。前田（総）P.301。条文・判例スタンダード(6)P.133）
- 3 誤り。本記述は、犯行時に刑事未成年であっても、公訴を提起する時点で刑事未成年でなくなっていた場合には、当該犯行につき責任能力を認めることができるとしている点で、誤っている。  
刑法41条。  
14歳に満たない者の行為は、罰しない。  
これは、14歳未満の者が一般的に未熟であることを考慮し、心身発育途上にある年少者に特有の可塑性に鑑み、政策的に不処罰としたものである。  
よって、犯罪時に満14歳未満の者の行為は処罰の対象とはならず、公訴を提起す

る時点で刑事未成年でなくなっていたとしても、犯罪時の行為について責任能力が認められることはない。(山口P.135。前田(総)P.307。条文・判例スタンダード(6)P.134)

4 誤り。本記述は、心神耗弱者の行為について刑が任意的に減軽又は免除されるとしている点で、誤っている。

刑法39条1項。

心神喪失者の行為は、罰しない。

同条2項。心神耗弱者の行為は、その刑を減軽する。

すなわち、**心神喪失者の行為は不可罰とされ、心神耗弱者の行為はその刑が必要的に減軽される。**(山口P.134。前田(総)P.302。条文・判例スタンダード(6)P.132)

5 誤り。本記述は、刑事未成年者であっても、精神的に発達・成熟しているといえる場合には、責任能力が肯定される余地があるとしている点で、誤っている。

刑法41条。

**14歳に満たない者の行為は、罰しない。**

このように、刑法は、14歳未満をもって一律に責任能力を有しないものとしている。

これは、幼少者の精神の発達・成熟過程には個人差が大きく、個別的判断が困難なことから画一的に判断する必要があり、また、幼少者の将来の発育の可能性に鑑みて、刑罰を科することが刑事政策的に適切でないと考えられたからである。(山口P.135。前田(総)P.307。条文・判例スタンダード(6)P.134)

【MEMO】



平成30年予備試験短答式試験本試験問題

〔行政法〕

〔第20問〕（配点：2）

処分性に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、〔No.42〕）

ア．告示により一定の条件に合致する道を一括して道路に指定する方法でされた建築基準法第42条第2項所定のいわゆるみなし道路の指定は、特定の土地について個別具体的にこれを指定するものではなく、不特定多数の者に対して一般的抽象的な基準を定立するものにすぎないのであって、これによって直ちに建築制限等の私権制限が生じるものでないから、抗告訴訟の対象となる行政処分当たらない。

（参照条文）建築基準法

（道路の定義）

第42条（略）

2 この章の規定が適用されるに至つた際に建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものは、前項の規定にかかわらず、同項の道路とみなし、その中心線からの水平距離2メートル（中略）の線をその道路の境界線とみなす。（以下略）

3～6（略）

イ．労災就学援護費について、労働者災害補償保険法及び同法施行規則は、その支給の実体的及び手続的な要件や金額について何ら定めていないから、労災就学援護費を支給しない旨の決定は、行政庁が公権力の行使として一方的に決定し、取消訴訟によらなければその判断を覆すことができないとの効力が法律上与えられたものとはいえず、抗告訴訟の対象となる行政処分当たらない。

ウ．病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているものの、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものであり、その結果、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになるから、上記勧告は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる。

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× |             |

行政法 第20問	処分性	H30予備試験
----------	-----	---------

正解 7

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	3	1	19	1	8	0	<b>65</b>	1

(全体正答率65%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性があります。

**ア誤り。**本記述は、特定の土地について個別具体的にこれを指定するものではなく、不特定多数の者に対して一般的抽象的な基準を定立するものにすぎないのであって、これによって直ちに建築制限等の私権制限が生じるものでないから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらないとしている点で、誤っている。

最判平14. 1. 17 (百選II 154事件, 建築基準法42条2項の道路指定)。本記述では、二項道路の指定は、本来、具体的に町名地番を定めて、個々の道路について行うべきではあるが、二項道路とすべき道路が多数あったことから、告示や規則によって一定の要件を定め一括して指定する方式が採られているため、このような一括指定に処分性は認められるか問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、「特定行政庁による二項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来の効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものということができる」とし、「本件告示のような一括指定の方法による二項道路の指定も、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」としている

**イ誤り。**本記述は、労災就学援護費を支給しない旨の決定は行政処分に当たらないとしている点で、誤っている。

最判平15. 9. 4 (百選II 157事件, 労災就学援護費の支給に関する決定)。本記述では、労災就学援護費については、労働者災害補償保険法及び同施行規則には処分性認定の手がかりとなるような具体的仕組みは何ら定められておらず、支給決定の仕組みを直接定めているのは通達であるから、支給拒否決定に処分性は認められないのではないか問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、「労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合に、政府が、法第三章の規定に基づいて行う保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援護費を支給することができる旨を規定している」としている。また、「労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」としている。

**ウ正しい。**最判平17. 7. 15 (百選II 160事件, 病院開設中止勧告)により、本記述は

正しい。

本記述では、勧告という文言からは行政指導にあたること、勧告に従わないことを理由に病院開設不許可等の処分がなされることはないことから、本件勧告に処分性は認められるか問題となる。

判例は、本記述と同様の事案において、「医療法30条の7〔注：現30条の11〕の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものといえることができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、**實際上病院の開設自体を断念せざるを得ない**ことになる。このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。後に保健医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない」としている。

以上により、正しい組み合わせは「ア× イ× ウ○」であり、したがって、正解は肢7となる。

【MEMO】

行政法	処分性	日付	/	問題整理番号	正答率
第20問		チェック欄		6-2-(2)-③	%
〈出題ポイント〉 条文知識：1 判例知識：5 学説理解：1 事務処理：1 論理その他：1					

(予備試験スタンダード短答オープン 夏期 第13回 第20問)

〔第20問〕(配点：3)

処分性に関する次のアからエまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからエの順に [No.44] から [No.47])

- ア. 旧医療法第30条の7に基づく病院開設の中止勧告は、医療法上、行政指導として規定されているから、行政事件訴訟法第3条第2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には当たらない。[No.44]
- イ. 都市計画法に基づく都市計画区域内における用途地域指定の決定は、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課したり、一定の法状態の変動を生ぜしめるものではないから、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない。[No.45]
- ウ. 都市計画法に基づく開発許可に係る公共施設管理者が都市計画法第32条所定の同意を拒否する行為それ自体は、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできないから、処分性は認められない。[No.46]
- エ. 労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は、通達に基づいてなされるものであって、法律を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であるとはいえないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない。[No.47]

行政法 第20問	処分性	過去問	新司27-19, 24-18 予備25-31, 24-31, 22-30
正解 [No.44] 2, [No.45] 2, [No.46] 1, [No.47] 2			

【合格へのアプローチ】

本問は、処分性に係る判例の結論とその理由を問うものである。処分性の分野については、短答式・論文式試験ともに出題可能性が高く、また、理由付けまで含めての理解が問われることから、本問でもそのような観点からの出題を行った。それぞれの肢を復習する際には、理由付けにも注意して知識を固めて欲しい。

**ア誤** り。本記述は、旧医療法30条の7に基づく病院開設の中止勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には当たらないとしている点で、誤っている。

最判平17. 7. 15 (百選II 167事件)。

判例は、病院開設許可申請をした者が、T県知事から病院開設を中止するよう医療法に基づく勧告をされたため、当該勧告の取消しを求めて出訴した事案において、**病院開設の中止「勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たる」としている。**

その理由として、判例は、「医療法30条の7〔注：当時〕の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められている」としながらも、「医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、…当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができ、  
「いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる」ということを挙げている。(櫻井・橋本P.273。宇賀II P.168～9。条文・判例スタンダード(2)P.162～3)

**イ誤** り。本記述は、用途地域指定の決定は、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課したり、一定の法状態の変動を生ぜしめるものではないとしている点で、誤っている。

最判昭57. 4. 22 (百選II 160事件)。

判例は、都市計画法8条1項に基づき原告所有の土地を含む地区を工業地域に指定すること等を内容とする広域都市計画用途地域の決定が、公聴会が開催されていないという手続上の瑕疵を有し、また県知事が恣意的な裁量により地区内を工業地域に指定したとして、原告が主的に用途地域の決定の無効確認を、予備的にその取消しを求めたという事案において、「**本件工業地域指定の決定は、抗告訴訟の対象となる処分にはあたらない**」としている。

その理由として、判例は、「都市計画区域内において工業地域を指定する決定は、都市計画法8条1項1号に基づき都市計画決定の1つとしてされるものであり、…決定が告示されて効力を生ずると、当該地域内においては、建築物の用途、容積率、建ぺい率等につき従前と異なる基準が適用され（建築基準法〔注：当時〕48条7項、52条1項3号、53条1項2号等）、これらの基準に適合しない建築物については、建築確認を受けることができず、ひいてその建築等を行うことができないこととなるから（同法6条4項、5項）、…決定が、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できない」としながらも、「かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合におけると同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があつたものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない」ということを挙げている。（櫻井・橋本P.276。宇賀ⅡP.180。条文・判例スタンダード(2)P.103）

ウ正しい。最判平7. 3. 23（百選Ⅱ163事件）により、本記述は正しい。

判例は、原告が市街化調整区域において、都市計画法（以下「法」という。）29条に規定される開発行為をするべく、法32条に基づいて道路や下水道の管理者である市長の同意を求めたが、市長が同意できない旨の回答をしたため、当該回答が「不同意処分」に当たることを前提にその取消しを求めた事案において、「公共施設の管理者である行政機関等が法32条所定の同意を拒否する行為は、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない」としている。

その理由として、判例は、法「32条は、開発行為の許可…を申請しようとする者は、あらかじめ、開発行為に関係がある公共施設の管理者の同意を得なければならない旨を規定」し、「この同意が得られなければ、公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことはできないが、これは、法が前記のような要件を満たす場合に限ってこのような開発行為を行うことを認めた結果にほかならないのであって、右の同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえない。したがって、開発行為を行おうとする者が、右の同意を得ることができず、開発行為を行うことができなくなったとしても、その権利ないし法的地位が侵害されたものとはいえないから、右の同意を拒否する行為が、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできない」ということを挙げている。（櫻井・橋本P.271～2。宇賀ⅡP.164。条文・判例スタンダード(2)P.292～3）

エ誤り。本記述は、労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は、通達に基づいてなされるものであって、法律を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であるとはいえないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないとしている点で、誤っている。

最判平15. 9. 4（百選Ⅱ164事件）。

判例は、労働者災害補償保険法（平成11年法律160号による改正前のもの。以下「法」という。）に基づく遺族補償年金を受給していた原告が、二女が外国の大学に就学するに際して、労災就学援護費の支給を申請したところ、不支給決定を受

けたため決定の取消しを求めたという事案において、「労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分当たる」としている。

その理由として、判例は、「法23条1項2号は、政府は、労働福祉事業として、遺族の就学の援護等、被災労働者及びその遺族の援護を図るために必要な事業を行うことができると規定し、同条2項は、労働福祉事業の実施に関して必要な基準は労働省令で定めると規定している。…そして、『労災就学援護費の支給について』と題する労働省労働基準局長通達…は、…その別添『労災就学等援護費支給要綱』において、労災就学援護費の支給対象者、支給額、支給期間、欠格事由、支給手続等を定めており、所定の要件を具備する者に対し、所定額の労災就学援護費を支給すること、労災就学援護費の支給を受けようとする者は、労災就学等援護費支給申請書を…労働基準監督署長に提出しなければならない、同署長は、同申請書を受け取ったときは、支給、不支給等を決定し、その旨を申請者に通知しなければならないこととされている。このような労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合…被災労働者又はその遺族は、…所定の支給要件を具備するときは所定額の労災就学援護費の支給を受けることができるという抽象的な地位を与えられているが、具体的に支給を受けるためには、労働基準監督署長に申請し、所定の支給要件を具備していることの確認を受けなければならない、労働基準監督署長の支給決定によって初めて具体的な労災就学援護費の支給請求権を取得するものといわなければならない」ということを挙げている。(櫻井・橋本P.271。宇賀ⅡP.170～171。条文・判例スタンダード(2)P.284～5)

## ■ワンポイントレッスン

土地利用計画に関する行政計画決定の処分性については、「完結型」計画（当該計画に基づくかたちで具体的な事業等が予定されていないもの）と「非完結型」計画（一連のプロセスを経て行政目的が達成される場合に、その中間段階で作成される計画）に区別して論じられることが多い。前者の例としては、都市計画法上の用途地域指定（都市計画決定）があり、後者の例としては、土地区画整理事業計画の決定・公告、土地改良事業の施行認可、第二種市街地再開発事業の事業計画の決定・公告などがある。

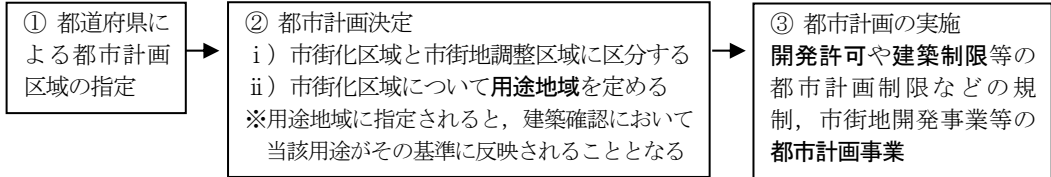
これらの土地利用計画についてはイメージしにくいと思われる。そこで、ここではメジャーな土地利用計画について簡潔にまとめてみたので、参考にして欲しい。



## I. 都市計画（都市計画法）

都市計画とは、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土地利用，都市施設の整備及び市街地再開発事業に関する計画のことである。

### <土地利用についての流れ>



### <関連判例>

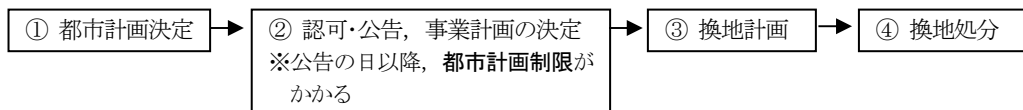
- ・都市計画法に基づく都市計画区域内での用途地域の指定には処分性が認められない（最判昭57.4.22，百選Ⅱ160事件）
- ・公共施設の管理者である行政機関等が都市計画法32条所定の同意を拒否する行為には処分性が認められない（最判平7.3.23，百選Ⅱ163事件）

## II. 土地区画整理事業（土地区画整理法）

この事業は、道路が狭く公園もなく、宅地も未成形で利用率が悪く無秩序である市街地について、土地の区画を整えて宅地の利用増進を図るとともに、道路、公園、下水道等を整備・改善することを目的とする。その際、施行地区内の宅地を強制的に買収するのではなく、「減歩」（施行地区内の各土地所有者から一定の割合で土地を提供させ、この土地を公共施設の用地や保留地などに充てること）や「換地処分」（従前の土地について所有権その他の権利を有する者に対し、従前の土地に代え、換地計画に定められた土地を割り当て、最終的にこれを帰属させること）という手法がとられる。

なお、換地処分や都市再開発事業における権利変換（後述）のように、公の目的のために、本人の意思いかんにかかわらず、強制的に権利関係の変換をもたらす法的措置の総称を「公用権利変換」という。

### <流れ>



### <関連判例>

- ・土地区画整理組合の設立の認可には処分性が認められる（最判昭60.12.17）
- ・市町村施行の土地区画整理事業における事業計画決定には処分性が認められる（最大判平20.9.10，百選Ⅱ159事件）

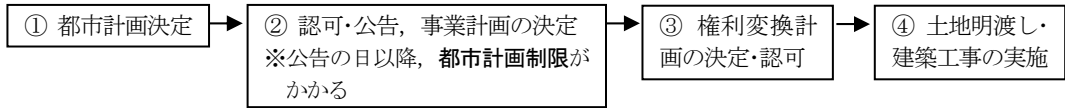
## III. 都市再開発事業（都市再開発法）

この事業は、敷地が既に狭小で減歩が困難であったり、借地権者が多数存在していて権利関係が複雑化している密集地域などにおいて街並み整備を行うために、比較的小規模な範囲で中高層の再開発ビルを建設し、権利者にその中に入居してもらうことにより土地の高度利用を図るというものである。この事業は土地区画整理事業の立体化と呼ばれている。

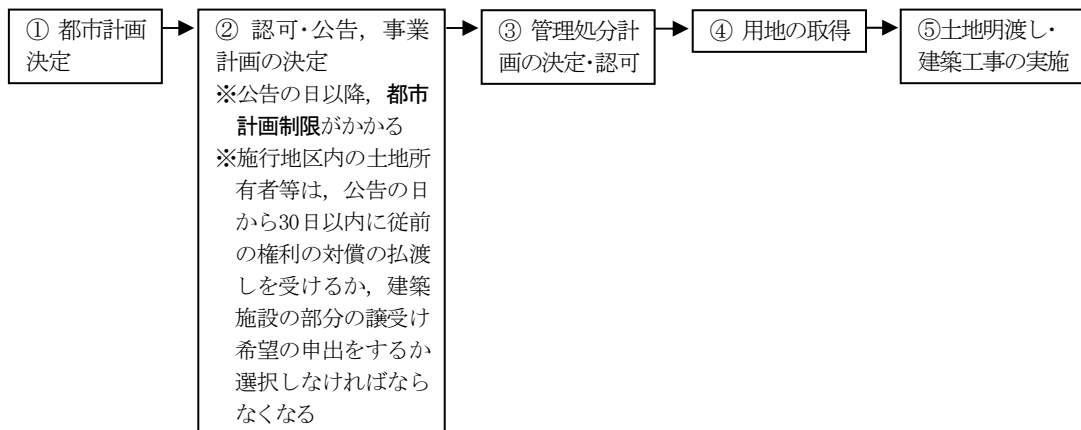
このうち第一種市街地再開発事業は、従前の土地・建物に関する権利を新たに建設された建物・敷地に関する権利に置き換える方式（権利変換方式）によるが、第二種市街地再開発事業は、従前の土地・建物に関する権利を施行者が全面的に買収し、新たに建築された建物・敷地に関する権利を希望者に給付する方式（管理処分方式・全面買収方式）による。

<流れ>

第一種市街地再開発事業



第二種市街地再開発事業



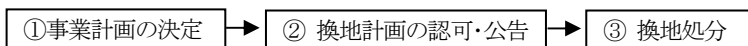
<関連判例>

- ・第二種市街地再開発事業の事業計画の決定には処分性が認められる（最判平4. 11. 26）
- ・第一種市街地再開発事業施行地内に宅地を所有する者が宅地上の借地権の存在を争っている場合には、宅地所有者は、自己に対する権利変換処分の取消しを訴求するほか、借地権者に対する権利変換処分の取消しをも訴求する原告適格を有する（最判平5. 12. 17）

#### IV. 土地改良事業

土地改良事業の対象は**農用地**であり、その目的は農業構造の改善の実現を図る点にある。事業内容としては、農業用排水施設や農業用道路などの新設等、区画整理、農用地の造成などがある。その手法としては、**土地区画整理事業**と同じく「**換地処分**」と「**減歩**」が用意されている。

##### <流れ>



##### <関連判例>

- ・市町村営土地改良事業の認可には処分性が認められる（最判昭61. 2. 13）
- ・土地改良事業の施行に伴い土地改良区から換地処分を受けた者が、当該換地処分は照応の原則に違反し無効であると主張してこれを争おうとするときは、行政事件訴訟法36条により当該換地処分の無効確認を求める訴えを提起することができる（最判昭62. 4. 17, 百選Ⅱ186事件）
- ・市町村営土地改良事業認可の取消訴訟においてその認可処分が取り消された場合に、事業施行地域を事業施行以前の原状に回復することが、訴訟係属中に事業計画に係る工事及び換地処分が全て完了したため、社会的・経済的損失の観点から見て社会通念上不可能であるとしても、狭義の訴えの利益は消滅しない（最判平4. 1. 24, 百選Ⅱ184事件）

【MEMO】

平成30年予備試験短答式試験本試験問題

〔民事訴訟法〕

〔第39問〕（配点：2）

文書又は検証物に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものを2個選びなさい。（解答欄は、〔No.44〕、〔No.45〕順不同）

1. 裁判所は、当事者が文書提出命令に従わないときは、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる。
2. 裁判所は、第三者が文書提出命令に従わないからといって、文書提出命令を申し立てた当事者の当該文書の記載に関する主張を真実と認めることはできない。
3. 裁判所は、文書の成立の真否に争いがあり、対照をするのに適当な相手方の筆跡がない場合に、対照の用に供すべき文字の筆記を相手方に命じたにもかかわらず、相手方が正当な理由なくこれに従わないときは、当該文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。
4. 裁判所は、当事者又はその代理人が故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立の真正を争ったときは、当該文書の記載の内容が真実であると認めることができる。
5. 裁判所は、当事者が検証物提示命令に従わないからといって、当該検証物の性状に関する相手方の主張を真実と認めることはできない。

民事訴訟法 第39問	文書・検証物	H30予備試験
------------	--------	---------

正解 4, 5 (順不同)

全体正答率38% (順不同の問題なので、肢別解答率 (%) はありません。)  
(全体正答率38%)

※ 上記は出口調査の中間集計に基づくものであり、後日変更の可能性があります。

1 正しい。民事訴訟法224条1項により、本記述は正しい。

当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

その趣旨は、文書提出命令によって当事者が負う義務は、当事者の国に対する公法上の義務であり、申立人に対する私法上の義務ではないから、申立人は提出命令を債務名義としてこれに従わない当事者に対して文書引渡しの強制執行をすることはできない。そのため、真実擬制という制裁を設けることによって、文書提出命令の実効性を確保する点にある。

2 正しい。民事訴訟法225条1項により、本記述は正しい。

第三者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、決定で、20万円以下の過料に処する。

その趣旨は、第三者による命令違反の場合であっても、当事者による命令違反の場合と同様に、文書提出命令を債務名義とする強制執行をできないことから何らかの制裁を設けて文書提出命令の実効性を確保する必要がある一方、第三者の場合には帰責性のない当事者に不利益が及ぶ事実の真実擬制の方法をとることができないため過料という行政罰を科すとした点にある。

よって、本記述においては、第三者が文書提出命令に従わないからといって、申立てに係る文書の記載に関する主張についての真実擬制はなし得ない。

3 正しい。民事訴訟法229条4項前段により、本記述は正しい。

相手方が正当な理由なく前項〔注：民事訴訟法229条3項（対照の用に供すべき文字の筆記についての相手方への命令）〕の規定による決定に従わないときは、裁判所は、文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。

その趣旨は、筆記命令の実効性を確保する観点から制裁を科す点にある。

4 誤り。本記述は、当該文書の記載内容が真実であると認めることができるとしている点で、誤っている。

民事訴訟法230条1項。当事者又はその代理人が故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立の真正を争ったときは、裁判所は、決定で、10万円以下の過料に処する。

その趣旨は、文書は民事訴訟において特に重要な証拠方法であり、文書の成立の真正が争われることは、相手方にとっては主張事実が認められるかどうか、訴訟が遅延するかどうかに影響してくることが多いため、このような制裁を科す点にある。

5 誤り。本記述は、検証物の性状に関する相手方の主張を真実と認めることはできないとし

ている点で、誤っている。

民事訴訟法232条1項・224条1項。第224条（当事者が文書提出命令に従わない場合等の効果）…の規定は、検証の目的の提示又は送付について準用する。

これより、**検証申出者の相手方が検証物提示命令に従わないときは、その検証物の性状等に関する検証申出者の主張を真実と認めることができる。**

その趣旨は、検証物提出命令の実効性を確保する点にある。

以上により、誤っている記述は4と5であり、したがって、正解は肢4と肢5（順不同）となる。

【MEMO】



民 訴	証明妨害	日 付	/	/	/	問題整理番号	正答率
第41問		チェック欄				6-7	%
〈出題ポイント〉		条文知識：5	判例知識：0	学説理解：0	事務処理：1	論理その他：1	

(予備試験スタンダード短答オープン 第2クール法律科目総合第2回 民・商・民訴第41問)  
 [第41問] (配点：2)

証明妨害に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。(解答欄は、[No.48])

- ア. 攻撃又は防御方法でその趣旨が明瞭でないものについては、当事者が必要な釈明をせず、又は釈明をすべき期日に出頭しないときは、裁判所は、申立てにより又は職権で却下の決定をすることができる。
- イ. 当事者又はその代理人が、重大な過失によって、真実に反して文書の成立の真正を争った場合でも、過料に処されることはない。
- ウ. 裁判所は、当事者が文書提出命令に従わないときであれば、当該文書により証明すべき事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる。
- エ. 裁判所は、文書の成立の真否の挙証者の相手方に、筆跡の対照の用に供すべき文字の筆記を命ずることができ、相手方が正当な理由なくこれに従わないときは、裁判所は、文書の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。
- オ. 証人を尋問する場合において、その証人が正当な理由なく出頭しないときは、裁判所は尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

1. ア イ      2. ア エ      3. イ ウ      4. ウ オ      5. エ オ

民事訴訟法 第41問	証明妨害	過去問	予備25-41, 23-41 新司24-65, 23-67, 22-63
正解 [No.48] 2			

【合格へのアプローチ】

本問は、証明妨害について問うものである。証明妨害の法理とは、証明責任を負っていない当事者が、故意又は過失による作為ないし不作為によって、証明責任を負っている当事者の証拠の収集、提出を妨げた場合に、その証拠によって根拠付けようとした当事者の主張する事実の認定につき、その者に有利に取り扱おうとする法理をいうが、本問では、同法理に限らず、広い意味で証明を妨害する行為に対する制裁について（肢ア）も留意しておいて欲しい。

ア正しい。民事訴訟法157条2項により、本記述は正しい。

攻撃又は防御の方法でその趣旨が明瞭でないものについて当事者が必要な釈明をせず、又は釈明をすべき期日に出頭しないときも、裁判所は、申立てにより又は職権で却下の決定をすることができる。

この規定は、裁判所が争点を整理した上で証拠調べを実施する目的を実現するため、適時提出主義の発現として定められたものである。（伊藤P.314。高橋P.127。条文・判例スタンダード(5)P.238）

イ誤り。本記述は、当事者又はその代理人が、重大な過失によって、真実に反して文書の成立の真正を争った場合でも、過料に処されることはないとしている点で、誤っている。

民事訴訟法230条1項。

当事者又はその代理人が故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立の真正を争ったときは、裁判所は、決定で、10万円以下の過料に処する。

その趣旨は、文書はその成立が真正であれば比較的確実な証拠として、訴訟の迅速・適正な解決に役立つものであり、当事者が悪意又は軽率に相手方の申し出た文書の真正を争うことは、訴訟を著しく遅延させ、相手方に対して不信な行為でもあるから、そのような行為に対して一種の制裁を規定した点にある。

また、当事者本人に限らず訴訟代理人も過料の制裁を受ける理由は、訴訟代理人としては、相手方の申し出た文書については、本人に連絡して十分調査すべきであるので、漫然とこれを否認することは重大な過失と評価されるということに基づく。

（条文・判例スタンダード(5)P.317）

ウ誤り。本記述は、裁判所は、当該文書により証明すべき事実に関する相手方の主張を真実と認めることができるとしている点で、誤っている。

民事訴訟法224条1項。

当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

その趣旨は、当事者の一方が相手方の証明活動を故意に妨げる態度をとったときに、公平の見地から、その当事者に不利に事実認定をすることができることとして、い

いわゆる証明妨害の法理を規定するという点にある。

そして、「当該文書の記載に関する相手方の主張」とは、当該文書によって証明しようとする事実ではなく、文書の性質、趣旨、成立に関する主張である。例えば、金銭消費貸借の事実を証明すべき事実として借用証書の提出命令が発せられた場合には、消費貸借契約成立の事実ではなく、借用証書が存在すること、その文書を申立人が作成者であると主張する者が作成したこと、その文書に、だれからだれに宛てられたものか、金額、弁済期、利息その他の事項について申立人が主張するとおりの記載がされていることを意味する。

なお、民事訴訟法224条3項は、当事者が文書提出命令に従わず、又は使用妨害をした場合において、申立人が当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるときは、裁判所は、その事実に関する申立人の主張を真実と認めることができると規定している。(和田P.372。伊藤P.436。高橋P.211。条文・判例スタンダード(5)P.312)

**エ正しい。**民事訴訟法229条3項、4項により、本記述は正しい。

対照をするのに適当な相手方の筆跡がないときは、裁判所は、対照の用に供すべき文字の筆記を相手方に命ずることができる。

すなわち、相手方が作成した文書を提出し、その成立が争われた場合において、対照のための筆跡がないときは、相手方に文字の筆記を命じるように裁判所に申し立てることができ、裁判所は、申立てに理由があれば相手方に筆記を命じる決定をする。

これを受けて、民事訴訟法229条4項第1文は、「相手方が正当な理由なく前項の規定による決定に従わないときは、裁判所は、文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる。」と規定している。(伊藤P.416～7。条文・判例スタンダード(5)P.317)

**オ誤り。**本記述は、証人を尋問する場合において、その証人が正当な理由なく出頭しないときは、裁判所は尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができるとしている点で、誤っている。

民事訴訟法208条。

当事者本人を尋問する場合において、その当事者が、正当な理由なく、出頭せず、又は宣誓若しくは陳述を拒んだときは、裁判所は、尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができる。

これは、証拠方法が当事者本人であるという特質を踏まえ、当事者が所持する文書の不提出と類似の制裁(文書の不提出に対する制裁を規定し、間接的に提出を強制しようとするもの)を定めた規定である。

これに対し、証人の不出頭に対しこのような制裁は科されない。

なお、証人が正当な理由がないのに出頭を拒んだ場合には、過料等(民事訴訟法192条)・罰金等(民事訴訟法193条)を科すことができるほか、勾引(民事訴訟法194条)することもできる旨の規定がある。(和田P.322。伊藤P.452。高橋P.195。条文・判例スタンダード(5)P.294)

以上により、正しい記述はアとエであり、したがって、正解は肢2となる。

## 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）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335