

法令等【解答・解説】

問題 1

憲法の私人間効力

正解 5

- 1 **妥当でない** 最大判昭 48.12.12 は、私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であり、また、私的自治に対する一般的制限規定である民法の諸規定等の適切な運用によって、私的自治の原則を尊重しながら、社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図るべきであると判示している。
- 2 **妥当でない** 最大判昭 45.6.24 は「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、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有する…政治資金の寄附が、選挙権の自由なる行使を直接に侵害するものとはなしがたい。」と判示している。本肢は、「株式会社による政党への政治資金の寄附は、国民の選挙権の自由な行使を直接に侵害する」という記述部分が、本判例の趣旨と矛盾している。
- 3 **妥当でない** 最判平元.6.20 は、「憲法 9 条の宣明する国際平和主義、戦争の放棄、戦力の不保持などの国家の統治活動に対する規範は、…そのままの内容で民法 90 条にいう「公ノ秩序」の内容を形成し、それに反する私法上の行為の効力を一律に否定する法的作用を営むということはないのであつて、…私法的な価値秩序のもとにおいて、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立しているか否かが、私法上の行為の効力の有無を判断する基準になる」と判示している。
- 4 **妥当でない** 最判昭 49.7.19 は、学校当局の有する学生を規律する包括的権能は、学内及び学外における学生の政治的活動につきかなり広範な規律を及ぼすこととしても、これをもつて直ちに社会通念上学生の自由に対する不合理な制限であるということとはできないが、あらかじめ本人に反省を促すための補導を行うことが教育上必要かつ適切であるか等については、学校当局の具体的かつ専門的・自律的判断に委ねざるをえないのであつて、常に退学処分を行うについての学校当局の法的義務であるとはいえないと判示している。
- 5 **妥当である** 最判昭 56.3.24 は、「上告会社の就業規則は男子の定年年齢を 60 歳、女子の定年年齢を 55 歳と規定しているところ…就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法 90 条の規定により無効である」と判示している。

問題2

経済的自由

正解 2

ア 妥当である 最大判昭 47.11.22 は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも憲法の禁ずるところではなく、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができると判示している。

イ 妥当でない 最判昭 29.1.22 は、自作農特別措置法により買収された農地、宅地、建物等が特定の者に売り渡されたとしても、それは農地改革を目的とする公共の福祉のための必要に基づいて制定された自創法の運用による当然の結果に外ならないとして、当該買収の公共性は否定できない旨を判示している。本判例では、特定の個人が受益者となる場合でも「公共のために用ひる」に含まれると判断している。

ウ 妥当である 憲法 22 条 2 項は、明文上、移住を目的として生活の本拠を恒久的に外国へ移転する自由について規定しているが、最大判昭 33.9.10 は、旅券法において、旅券発行申請を拒否できる要件を定める規定の合憲性について争われた中で、「外国に移住する自由」には外国へ一時旅行する自由をも含むと判示している。

エ 妥当でない 最大判昭 53.7.12 は、農地法による旧所有者への売払いの対価をその後の事情により変更した措置について、「法律でいつたん定められた財産権の内容を事後の法律で変更しても、それが公共の福祉に適合するようにされたものである限り、これをもって違憲の立法ということができない」と判示している。

オ 妥当でない 最大判昭 50.4.30 は、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので…その合憲性を肯定しうるためには、…それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」と判示している。ここでは、職業の許可制に対する消極的、警察的措置の合憲性の判断基準を提示しているが、社会政策的、経済政策的な積極的措置を取った場合については、何ら判断していない。

以上より、妥当なものはア・ウであり、正解は2となる。

問題3

刑事手続における諸権利

正解 5

- 1 妥当である 最大判昭 47.12.20 は、15 年余の間全く審理が行われなかった刑事事件について、迅速な裁判をうける権利は、憲法の保障する基本的な人権の一つであり、個々の刑事事件について、審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判をうける被告人の権利が害せられたと認められる異常な事態が生じた場合には、これに対処すべき具体的規定がなくともその審理を打ち切るということをも認めている趣旨の規定であるとし、当該事件については、これ以上実体的審理を進めることは適当でない事情が認められることから、判決で免訴の言渡をするのが相当であると判示している。
- 2 妥当である 最大判昭 37.5.2 は、交通事故を起こした運転者の報告義務について、「操縦者、乗務員その他の従業者は、警察官が交通事故に対する前叙の処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであつて、…刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中に含まれるものとは、解せられない」と判示して、刑事責任を負うことにつながるような自己に不利益な供述を義務付けるものではないと判断している。
- 3 妥当である 最大判昭 37.11.28 は、旧関税法による第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるとし、「第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であつて、憲法の容認しないところであるといわなければならない。」と判示している。
- 4 妥当である 最大判平 29.3.15 は、住居などの不可侵の権利の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるとしたうえで、GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事訴訟法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たると判示している。
- 5 妥当でない 最大判平 4.7.1 は、刑事事件における法定手続の保障が行政手続にも及ぶ可能性を認める一方、「行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防禦の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであると、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではない」と判示している。

問題 4

国会

正解 4

- 1 妥当でない 予算について、参議院が衆議院の可決した予算を受け取った後、国会休会中の期間を除いて 30 日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする（憲法 60 条 2 項）。なお、法律案については、参議院が衆議院の可決した法律案を受け取った後、国会休会中の期間を除いて 60 日以内に議決しないときは、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなすことができる（同法 59 条 4 項）。
- 2 妥当でない 条約の締結に必要な国会の承認についての衆議院の先議権は、憲法上規定されていない。なお、条約の締結に必要な国会の承認について、参議院で衆議院と異なった議決が行われた場合や、一定期間内に議決が行われなかった場合については、肢 1 で解説した予算に関する取り扱いの規定を準用することとされている（同法 61 条、60 条 2 項）。
- 3 妥当でない 両議院の会議は、公開とする。ただし、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が（同法 57 条 1 項）、両議院は、各々その会議の記録を保存し、秘密会の記録の中で特に秘密を要すると認められるもの以外は、これを公表し、かつ一般に頒布しなければならない（同条 2 項）。
- 4 妥当である 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（同法 50 条）。
- 5 妥当でない 最判平 9.9.9 は、「国会議員が国会で行った質疑等において、個別の国民の名誉や信用を低下させる発言があったとしても、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が生ずるものではなく、右責任が肯定されるためには、当該国会議員が、その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど、国会議員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行使したもの認め得るような特別の事情があることを必要とする」と判示しており、設問の場合において、国に損害賠償責任が発生する余地を認めている。

問題 5

違憲審査権

正解 5

- 1 **妥当でない** 最大判昭 59.12.12 は、「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ない、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」と判示している。
- 2 **妥当でない** 最高裁判所によりある法律が違憲無効であると判断された場合については、その法律の取り扱いを定めた憲法の規定はなく、当該事件において、その効力が否定されるにすぎないと解されている。例えば最大判昭 48.4.4 で示された刑法における尊属殺人の加重処罰規定の違憲判断については、平成 7 年に改正法が施行されるまで、同規定は廃止されなかった。
- 3 **妥当でない** 最大判昭 34.12.16 は、日米安全保障条約の合憲性について、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべきものである」と判示しており、原則として、条約は違憲審査の対象外であるものの、例外的に違憲審査権が及ぶものもありうると判断している。
- 4 **妥当でない** 最大判昭 37.11.28 は、「没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは、当然である。のみならず、被告人としても没収に係る物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、収益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができる」と判示している。
- 5 **妥当である** 最大判昭 25.2.1 は、「裁判官が、具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当り、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課せられた職務と職権であつて、このことは最高裁判所の裁判官であると下級裁判所の裁判官であることを問はない。憲法 81 条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもっているものではない」と判示している。

問題 6

行政立法

正解 1

ア 妥当である 各省大臣は、主任の行政事務について、法律もしくは政令を施行するため、または法律もしくは政令の特別の委任に基づいて、それぞれそ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 1 項）。したがって、法律または政令の特別の委任に基づくことなく、法律もしくは政令を施行するための省令を発することができる。なお、行政法においては講学上、前者を「執行命令」、後者を「委任命令」として区分している。

イ 妥当でない 最大判昭 51.5.21 は、中学校の学習指導要領について、文部大臣は、学校教育法による中学校の教科に関する事項を定める権限に基づき、普通教育に属する中学校における教育の内容及び方法につき、教育の機会均等の確保等の目的のために必要かつ合理的な基準を設定することができると判示しており、学習指導要領が法規としての性質を有することを認めている。

ウ 妥当である 最判昭 43.12.24 は、「通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令にすぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあつても、一般の国民は直接これに拘束されるものではない」と判示しており、通達は、行政機関や職員に対する拘束力は有するが、一般国民に対する拘束力はなく法規としての性質は有しないと判断している。

エ 妥当でない 最判昭 33.5.1 は、国家公務員法が公務員の政治的中立性を損なうおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを人事院規則に委任するのは、憲法の許容する委任の限度を超えることにはならないと判示している。

オ 妥当でない 最判平 14.1.31 は、婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になっても、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもなく、父による現実の扶養を期待することができるともいえないことから、父から認知された婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは法の委任の趣旨に反し、法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきと判示している。

以上より、妥当なものはア・ウであり、正解は 1 となる。

問題 7

行政行為（処分）の取消し

正解 3

- 1 **妥当でない** 連続性のある行政行為においては、先行する行政行為が違法であっても、後続の行政行為には影響を及ぼさないのが原則であるが、最判平 21.12.17 は、地方公共団体の条例に基づく安全認定と後続の建築基準法に基づく建築確認について、「安全認定が行われた上で建築確認がされている場合、安全認定が取り消されていなくても、建築確認の取消訴訟において、安全認定が違法であるために…接道義務の違反があると主張することは許される」と判示している。
- 2 **妥当でない** 行政行為の職権取消しに関する法律の根拠の要否について、学問上一般に、行政行為の職権取消しは、原始的瑕疵のある行政行為を取り消して瑕疵のない法的状態を回復させるのであるから、法律の根拠は不要と解されている。*櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第7版〕』（2025年、弘文堂）93頁～94頁参照
- 3 **妥当である** 最判昭 63.6.17 は、医師会が指定医師の指定をしたのちに、当該医師が適格性を欠くことが明らかとなり、指定を存続させることが公益に適合しない状態下では、指定医師の指定の撤回によって当該医師の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、医師会は、当該医師に対する指定を撤回することができると判示している。
- 4 **妥当でない** 最判昭 43.11.7 は、農地の買収計画、売渡計画の行政処分について、「たとえば、当然無効と認められず、また、すでに法定の不服申立期間の徒過により争訟手続によって効力を争い得なくなったものであっても、処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、自らその違法または不当を認めて、処分の取消によつて生ずる不利益と、取消をしないことによつてかかる処分に基づきすでに生じた効果をそのまま維持することの不利益とを比較考量し、しかも該処分を放置することが公共の福祉の要請に照らし著しく不当であると認められるときに限り、これを取り消すことができる」と判示している。
- 5 **妥当でない** 最判昭 49.2.5 は、行政財産である土地に期間の定めのない使用許可によつて与えられた使用权は、当該行政財産本来の用途または目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであり、権利自体に制約が内在しているものとして付与されていることから、行政財産に必要を生じたときは、地方公共団体に対して当該使用权を保有する実質的理由を失うに至るとして、原則として、処分庁は使用权者に対する損失補償は要しない旨を判示している。

問題 8

行政上の即時強制

正解 4

即時強制は、行政上の必要性により、国民の身体または財産に対して加えられる行政主体による実力行使の形態の一つであり、相手方に義務を賦課する行為を行う余裕のない緊急の場合に、実力により必要な措置を講じることを行う。法令上の根拠がある場合に、行うことができることとされ、消防法に基づく消火活動のための土地の使用や、感染症予防法に基づく感染症の病原体に汚染された場所の交通制限・遮断などの例が挙げられる。

即時強制は、相手方の身体への実力行使を伴う強制執行の手段である **ア：直接強制** と類似しているが、直接強制は、相手方の義務を前提とする点が異なっている。なお、相手方の義務を前提とする強制執行の手段としては、代執行や強制徴収も挙げられるが、代執行は行政庁自身が義務者に代わり義務を履行した後にその費用を徴収するものであり、強制徴収は金銭納付義務を対象にすることから、いずれも相手方の身体への実力行使は伴わない。

即時強制の合憲性に関して、最大判昭 48.4.25 は、「鉄道営業法 42 条 1 項の規定により、鉄道係員が当該旅客、公衆を車外または鉄道地外に退去させるにあつては、まず退去を促して自発的に退去させるのが相当であり、また、この方法をもつて足りるのが通常であるが、自発的な退去に応じない場合、または **イ：危険が切迫する** 等やむをえない事情がある場合には、警察官の出動を要請するまでもなく、鉄道係員において当該具体的事情に応じて必要最少限度の強制力を用いるものであり、また、このように解しても、前述のような鉄道事業の公共性に基づく合理的な規定として、憲法 31 条に違反するものではない」と判示している。

即時強制も行政処分の一つであり、それが行われることにより重大な損害が発生するおそれがあることなど、行政事件訴訟法 37 条の 4 各号に規定する訴訟要件を満たす場合には、即時強制が行われる前に **ウ：差止めの訴え** を提起することができる。

以上より、**ア** には「直接強制」、**イ** には「危険が切迫する」、**ウ** には「差止めの訴え」が当てはまるため、肢 4 が正解となる。

問題 9

申請に対する処分

正解 5

- 1 **妥当である** 最判平 11.11.19 は、地方公共団体の情報公開条例による非公開決定通知への理由付記については、実施機関の判断の慎重と公正妥当とを担保してそのし意を抑制するとともに、非公開の理由を公開請求者に知らせることによって、その不服申立てに便宜を与えることを目的としているが、その目的は非公開の理由を具体的に記載して通知させること自体をもってひとまず実現されており、条例の規定上、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判示している。
- 2 **妥当である** 行政庁は、不利益処分をする場合には、その名あて人に対し、同時に、当該不利益処分の理由を示さなければならないが、当該理由を示さないで処分をすべき差し迫った必要がある場合は、この限りでない（行政手続法 14 条 1 項）。
- 3 **妥当である** 最判昭 60.1.22 は、「一般旅券発給拒否通知書に付記すべき理由としては、いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して一般旅券の発給が拒否されたかを、申請者においてその記載自体から了知しうるものでなければならず、単に発給拒否の根拠規定を示すだけでは、それによつて当該規定の適用の基礎となつた事実関係をも当然知りうるような場合を別として、旅券法の要求する理由付記として十分でないといわなければならない」と判示している。
- 4 **妥当である** 行政庁は、申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、または当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない（同法 7 条）。
- 5 **妥当でない** 行政手続法では、許認可等の申請を拒否する処分を行う場合に、あらかじめ申請者に通知したり、意見陳述の機会を与えるよう努めなければならない旨の規定は存在しない。

問題 10

不利益処分

正解 5

- 1 正しい 当事者及び当該不利益処分がされた場合に自己の利益を害されることとなる参加人は、聴聞の通知があった時から聴聞が終結する時までの間、行政庁に対し、当該事案についてした調査の結果に係る調書その他の当該不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができる（行政手続法 18 条 1 項）。
- 2 正しい 当事者または参加人は、聴聞の期日への出頭に代えて、主宰者に対し、聴聞の期日までに陳述書及び証拠書類等を提出することができる（同法 21 条 1 項）。
- 3 正しい 弁明は、行政庁が口頭であることを認めたときを除き、弁明を記載した書面を提出してするとされており（同法 29 条 1 項）、原則として書面により行われるが、行政庁が認めた場合は、口頭により弁明を行うこともできる。
- 4 正しい 行政庁は、許認可等を取り消す不利益処分をしようとする場合には、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、意見陳述のための手続を執らなければならない（同法 13 条 1 項）が、納付すべき金銭の額を確定し、一定の額の金銭の納付を命じ、または金銭の給付決定の取消しその他の金銭の給付を制限する不利益処分をしようとするときは、この規定は適用されない（同条 2 項 4 号）。
- 5 誤っている 法令上必要とされる資格がなかったことが判明した場合に必ずすることとされている不利益処分については、その理由を示さないで処分をすべき差し迫った必要があるときを除き、当該不利益処分と同時に理由を示さなければならない（同法 14 条 1 項）。なお、同処分については、意見陳述手続きが適用されない場合はある（同法 13 条 2 項 2 号）。

問題 11

地方公共団体における行政手続法の適用除外

正解 3

- 1 誤っている 地方公共団体の機関がする処分は、その根拠となる規定が条例または規則に置かれているものに限り、行政手続法 2 章から 6 章までの規定が適用されない（行政手続法 3 条 3 項）。
- 2 誤っている 地方公共団体の機関がする行政指導は、その根拠に関係なく、行政手続法 2 章から 6 章までの規定が適用されない（同条項）。
- 3 正しい 地方公共団体の機関に対する届出は、その根拠となる規定が条例または規則に置かれているものに限り、行政手続法第 2 章から第 6 章までの規定が適用されない（同条項）。
- 4 誤っている 法律または政令による委任に基づき定めるものも含めて、地方公共団体の機関が命令等を定める行為は、行政手続法第 2 章から第 6 章の規定が適用されない（同条項）。
- 5 誤っている 地方公共団体は、第 3 条第 3 項において第 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（同法 46 条）。

問題 12

不服申立て

正解 4

ア 誤っている 行政庁の処分につき処分庁以外の行政庁に対して審査請求をすることができる場合において、法律に再調査の請求をすることができる旨の定めがあるときは、当該処分に不服がある者は、処分庁に対して再調査の請求をすることができる。ただし、当該処分について審査請求をしたときは、この限りでない（行政不服審査法5条1項）

イ 正しい 行政庁の処分その他公権力の行使に当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（同法1条2項）とされており、同法7条で適用除外されている処分を除き、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くても、審査請求をすることができる。

ウ 誤っている 審査請求は、法律（条例に基づく処分については、条例）に特別の定めがある場合を除くほか、次の各号に掲げる場合の区分に応じ、当該各号に定める行政庁に対してするものとする（同法4条）と規定されており、審査請求をすべき行政庁について、条例に特別の定めを設けることを認めている。

エ 正しい 審査請求をすべき行政庁は、法律（条例に基づく処分については、条例）に特別の定めがある場合を除くほか、処分庁に上級行政庁がない場合は当該処分庁、上級行政庁がある場合は、原則として当該処分庁の最上級行政庁とされている（同法4条各号）。

以上より、正しいものはイ・エであり、正解は4となる。

問題 13

審査請求の審理手続き

正解 4

- 1 正しい 審査請求人は、審理手続が終結するまでの間、審理員に対し、提出書類等の閲覧または当該書類の写しの交付を求めることができる（行政不服審査法 38 条 1 項）。
- 2 正しい 代理人は、各自、審査請求人のために、当該審査請求に関する一切の行為をすることができる。ただし、審査請求の取下げは、特別の委任を受けた場合に限りすることができる（同法 12 条 2 項）。
- 3 正しい 審査請求人以外の者であって、審査請求に係る処分または不作為に係る処分の根拠となる法令に照らし当該処分につき利害関係を有するものと認められる利害関係人は、審理員の許可を得て、当該審査請求に参加することができる（同法 13 条 1 項）。また、審理員は、必要があると認める場合には、利害関係人に対し、当該審査請求に参加することを求めることができる（同条 2 項）。
- 4 誤っている 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が、当該申立人の所在その他の事情により当該意見を述べる機会を与えることが困難であると認められる場合には、この限りでない（同法 31 条 1 項）。
- 5 正しい 審理員は、審査請求人もしくは参加人の申立てによりまたは職権で、審査請求に係る事件に関し、審理関係人に質問することができる（同法 36 条）。

問題 14

教示制度

正解 5

- 1 正しい 処分庁が審査請求をすることができる処分をなす場合において、処分の相手方に対し、当該処分の執行停止の申立てをすることができる旨を教示しなければならないとする規定は存在しない。
- 2 正しい 審査請求をすることができる処分につき、処分庁が誤って審査請求をすべき行政庁でない行政庁を審査請求をすべき行政庁として教示した場合において、その教示された行政庁に書面で審査請求がされたときは、当該行政庁は、速やかに、審査請求書を処分庁または審査庁となるべき行政庁に送付し、かつ、その旨を審査請求人に通知しなければならない（行政不服審査法 22 条 1 項）。
- 3 正しい 行政庁は、利害関係人から、当該処分が不服申立てをすることができる処分であるかどうか並びに当該処分が不服申立てをすることができるものである場合における不服申立てをすべき行政庁及び不服申立てをすることができる期間につき教示を求められたときは、当該事項を教示しなければならない（同法 82 条 2 項）。
- 4 正しい 行政庁が必要とされる教示をしなかった場合には、当該処分について不服がある者は、当該処分庁に不服申立書を提出することができる（同法 83 条 1 項）。
- 5 誤っている 行政庁は、不服申立てをすることができる処分をする場合には、処分の相手方に対し、当該処分につき不服申立てをすることができる旨並びに不服申立てをすべき行政庁及び不服申立てをすることができる期間を書面で教示しなければならないが、当該処分を口頭でする場合は、この限りでない（同法 82 条 1 項）。

問題 15

審査請求の裁決

正解 3

- 1 **誤っている** 不作為についての審査請求に理由がある場合には、審査庁は、裁決で、当該不作為が違法または不当である旨を宣言したうえで、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、審査庁が不作為庁の上級行政庁である場合は、当該不作為庁に対し、当該処分をすべき旨を命じ、審査庁が不作為庁である場合は、当該処分をする（行政不服審査法 49 条 3 項各号）。よって、審査庁は、審査請求が理由がある場合で、一定の処分をすべきものと認めるときは、裁決で当該処分をすべき旨を宣言するのではなく、当該処分をすべき旨を不作為庁に命じるか、または自ら当該処分をしなければならない。
- 2 **誤っている** 処分庁以外の審査庁は、事実上の行為についての審査請求が理由がある場合には、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べき旨を命ずる（同法 47 条 1 号）。よって、処分庁の上級行政庁である審査庁は、自ら当該処分である事実上の行為の全部もしくは一部を取り消し、またはこれを変更することはできず、処分庁にその旨を命じなければならない。
- 3 **正しい** 処分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、当該処分の全部もしくは一部を取り消し、またはこれを変更する。ただし、審査庁が処分庁の上級行政庁または処分庁のいずれでもない場合には、当該処分を変更することはできない（同法 46 条 1 項）。よって、処分庁の上級行政庁は、当該処分を変更することができる。ただし、この場合、審査庁は、審査請求人の不利益に当該処分を変更することはできない（同法 48 条）。
- 4 **誤っている** 処分についての審査請求が不適法である場合には、審査庁は、裁決で、当該審査請求を却下するが（同法 45 条 1 項）、不適法な審査請求を却下する場合であっても、裁決にはその理由など必要事項を記載しなければならない（同法 50 条 1 項）。
- 5 **誤っている** 審査請求に係る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（同法 45 条 3 項）。よって、処分が違法な場合だけでなく不当な場合でも事情裁決を行うことはできる。

問題 16

抗告訴訟における処分性

正解 4

- 1 妥当でない 最判平 24.2.9 は、「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当たらない」と判示している。
- 2 妥当でない 最判平 15.9.4 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、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」と判示している。
- 3 妥当でない 最判昭 34.1.29 は、「本件消防長の同意は、知事に対する行政機関相互間の行為であつて、これにより対国民との直接の関係においてその権利義務を形成し又はその範囲を確定する行為とは認められないから、前記法律の適用については、これを訴訟の対象となる行政処分ということはできない」と判示している。
- 4 妥当である 最判平 21.11.26 は、「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものといえることができる」と判示している。
- 5 妥当でない 最判平 6.4.19 は、「国税局長等のみに充当をするのに適する状態の有無、充当の順序等を判断して一方的に充当をすることを義務付けている…充当は、国税局長等が、行政機関としての立場から法定の要件の下に一方的に行う行為であつて、それによって国民の法律上の地位に直接影響を及ぼすものというべきであり、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」と判示している。

問題 17

行政事件訴訟法が定める仮の救済

正解 5

- 1 正しい 仮の差止めの申立てがあった場合には、内閣総理大臣は、裁判所に対し異議を述べることができ、これは申立てに対して決定があった後においても同様とされている（行政事件訴訟法 37 条の 5 第 4 項、27 条 1 項）。
- 2 正しい 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また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は、裁判所は、申立てにより、決定をもって、仮に行政庁がその処分または裁決をすべき旨を命ずることができる（同法 37 条の 5 第 1 項）。
- 3 正しい 仮の義務付けまたは仮の差止めの決定は、疎明に基づいてすることとされ（同法 37 条の 5 第 4 項、25 条 5 項）、この決定は、口頭弁論を経ないであることができるが、あらかじめ、当事者の意見をきかなければならない（同法 37 条の 5 第 4 項、25 条 6 項）。
- 4 正しい 執行停止の決定またはこれを取り消す決定は、第三者に対しても効力を有するが（同法 32 条 2 項、1 項）、仮の差止め及び仮の義務付けを認める決定については、この規定が準用されておらず、第三者への効力は認められていない。
- 5 誤っている 差止めの訴えの提起があった場合において、その差止めの訴えに係る処分または裁決がされる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は、裁判所は申立てにより、決定をもって、仮に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ができる（同法 37 条の 5 第 2 項）。よって、仮の差止めの申立てには、本案訴訟を提起しておかなければならない。

問題 18

取消訴訟の終了事由

正解 4

- 1 妥当でない 最大判昭 42.5.24 は、保護請求権について、「この権利は、被保護者自身の最低限度の生活を維持するために当該個人に与えられた一身専属的な権利であつて、他にこれを譲渡し得ないし、相続の対象ともなり得ない」と判示している。
- 2 妥当でない 最判平 4.1.24 は、「本件認可処分が取り消された場合に、本件事業施行地域を本件事業施行以前の原状に回復することが、本件訴訟係属中に本件事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、不可能であるとしても、右のような事情は、行政事件訴訟法 31 条の適用に関して考慮されるべき事柄であつて、本件認可処分の取消しを求める上告人の法律上の利益を消滅させるものではない」と判示し、本肢の設問の事情は訴えの利益の問題ではなく、行訴法 31 条 1 項に規定する事情判決での考慮事項であると判断している。
- 3 妥当でない 最判平 14.2.28 は、「本件条例には、請求者が請求に係る公文書の内容を知り、又はその写しを取得している場合に当該公文書の公開を制限する趣旨の規定は存在しない。…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」と判示している。
- 4 妥当である 最判昭 40.8.2 は、免許取消処分が違法で取り消されるべきものであるかぎり、更新のできなかったのは、処分庁の違法処分に基づくものといふことができるから、取消処分の係争中の免許については、その取消処分の取消しが確定して免許証を行使しうる状態に復帰した際に更新手続きを行うべきであり、免許証の有効期間の経過は、本件訴えの利益の存続に影響しないと判示している。
- 5 妥当でない 最判昭 49.12.10 は、「本訴係属中に死亡したことにより、もはや将来にわたつて公務員としての地位を回復するに由ないこととなつたことは明らかであるが、本件免職処分後死亡に至るまでの間に公務員として有するはずであつた給料請求権その他の権利を主張することができなかつたという法律状態は依然として存続しており、その排除、是正のためには遡つて右処分の取消しを必要とするのであるから、将来における公務員の地位の回復が不可能になつたというだけでは、右処分の取消しを求める法律上の利益ないし適格が失われるものではない」と判示している。

問題 19

無効等の確認の訴え

正解 4

- 1 **妥当でない** 最判平 4.9.22 は、「処分の無効確認訴訟を提起し得るための要件の一つである、右の当該処分の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない場合とは、当該処分に基づいて生ずる法律関係に関し、処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟によっては、その処分のため被っている不利益を排除することができない場合はもとより、当該処分に起因する紛争を解決するための争訟形態として、当該処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟との比較において、当該処分の無効確認を求める訴えのほうがより直截的で適切な争訟形態であるともみるべき場合をも意味する」と判示し、民事訴訟係属中における無効確認を求める訴えの提起を認めている。
- 2 **妥当でない** 最判昭 34.9.22 は、「無効原因の主張としては、誤認が重大・明白であることを具体的事実に基いて主張すべきであり、単に抽象的に処分に重大・明白な瑕疵があると主張したり、若しくは、処分の取消原因が当然に無効原因を構成するものと主張することだけでは足りない」と判示している。
- 3 **妥当でない** 取消訴訟については、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ける事情判決が認められているが（行政事件訴訟法 31 条 1 項）、無効確認の訴えについては、この規定は準用されていない。
- 4 **妥当である** 最判昭 42.4.7 は、「行政庁の裁量に任された行政処分の無効確認を求める訴訟においては、その無効確認を求める者において、行政庁が右行政処分をするにあつてした裁量権の行使がその範囲をこえまたは濫用にあたり、したがつて、右行政処分が違法であり、かつ、その違法が重大かつ明白であることを主張および立証することを要する」と判示している。
- 5 **妥当でない** 無効等確認訴訟においては、行政事件訴訟法 38 条 3 項において、同法 25 条 2 項に規定する取消訴訟の執行停止制度が準用されている。

問題 20

国家賠償法 1 条

正解 5

- 1 **妥当である** 最判昭 31.11.30 は、国家賠償法 1 条の規定について、「同条は公務員が主観的に権限行使の意思をもつてする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもつてする場合でも、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つて、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つて、その立法の趣旨とする」と判示している。
- 2 **妥当である** 最判昭 57.4.1 は、「国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において、それが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つたのでなければ右の被害が生ずることはなかつ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つ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」と判示している。
- 3 **妥当である** 最判昭 30.4.19 は、公務員の職務行為を理由とする国家賠償請求について、「国または公共団体が賠償の責に任ずるのであつて、公務員が行政機関としての地位において賠償の責任を負うものではなく、また公務員個人もその責任を負うものではない」と判示している。
- 4 **妥当である** 最大判平 17.9.14 は、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」と判示している。
- 5 **妥当でない** 最判昭 57.3.12 は、「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つて是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによつ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つたものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、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つたものと認めうるような特別の事情があることを必要とする」と判示している。

問題 21

国家賠償法 2 条

正解 3

- 1 妥当でない 最判昭 53.7.4 は、危険性の判断能力に乏しい 6 歳の幼児であったとしても、道路及び防護柵の設置管理者において通常予測することのできない行動に起因する転落事故であり、営造物につき本来それが具有すべき安全性に欠けるところがあったとはいえず、通常の用法に即しない行動の結果生じた事故につき、設置管理者としての責任を負うべき理由はないと判示している。
- 2 妥当でない 最判平 7.7.7 は、営造物の設置または管理の瑕疵とは、利用者以外の第三者に対して危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含むものであり、営造物の設置・管理者において、危険性のある営造物を利用に供した結果、周辺住民に社会生活上受忍すべき限度を超える被害が生じた場合には、原則として損害賠償責任を免れることができないとしたうえで、道路からの騒音、排気ガス等が住民に対して、社会生活上受忍すべき限度を超える被害をもたらしたときは、道路管理者に国家賠償法上の責任が生じると判示している。
- 3 妥当である 最判平 22.3.2 は、キツネ等の小動物が本件道路に侵入したとしても、通常は、自動車の運転者が適切な運転操作を行うことにより死傷事故を回避することを期待することができるものというべきであり、特別な対策が全国的高速道路において広く採られていたという事情はなく、対策を講ずるためには多額の費用を要することは明らかであり、自動車の運転者に対しては、道路に侵入した動物についての適切な注意喚起がされていたという事情を総合すると、特別な対策が講じられていなかったからといって、本件道路が通常有すべき安全性を欠いていたということはできず、本件道路に設置または管理の瑕疵があったとみることはできないと判示している。
- 4 妥当でない 最判昭 45.8.20 は、「本件道路における防護柵を設置とした場合、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つて生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えすることはできない」と判示している。
- 5 妥当でない 最判昭 50.6.26 は、「被上告人において設置した工事標識板、バリケード及び赤色灯標柱が道路上に倒れたまま放置されていたのであるから、道路の安全性に欠如があつたといわざるをえないが、それは夜間、しかも事故発生の直前に先行した他車によつて惹起されたものであり、時間的に被上告人において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能であつたというべく、このような状況のもとにおいては、被上告人の道路管理に瑕疵がなかつたと認めるのが相当である」と判示している。

問題 22

普通地方公共団体の議会

正解 2

- 1 誤っている 普通地方公共団体の議会の議員は、予算を除く議会の議決すべき事件につき、議会に議案を提出することができるが、(地方自治法 112 条 1 項)、議案を提出するに当たっては、議員の定数の 12 分の 1 以上の者の賛成がなければならない(同条 2 項)。
- 2 正しい 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ものとされ(同法 102 条 3 項)、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が(同条 4 項)、臨時会の開会中に緊急を要する事件があるときは、直ちにこれを会議に付議することができる(同条 6 項)。
- 3 誤っている 本肢の設問の内容については、いずれも地方自治法に規定されている。議員の定数の 4 分の 1 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る(同法 101 条 3 項)。普通地方公共団体の議会の会議は、これを公開する。ただし、議長または議員 3 人以上の発議により、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(同法 115 条 1 項)。
- 4 誤っている 普通地方公共団体の議会は、普通地方公共団体の長がこれを招集するが(同法 101 条 1 項)、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(同条 2 項)。以上のように議会の招集権は長にあり、議長は自ら招集を行うことはできない。
- 5 誤っている 普通地方公共団体の議会は、地方自治法並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により除名の懲罰を科することができるが(同法 134 条 1 項、135 条 1 項 4 号)、除名された議員で再び当選した議員を拒むことはできない(同法 136 条)。

問題 23

普通地方公共団体の執行機関

正解 1

- 1 **正しい** 会計管理者は、普通地方公共団体の長の補助機関である職員のうちから、普通地方公共団体の長が命じるが（地方自治法 168 条 2 項）、普通地方公共団体の長、副知事もしくは副市町村長または監査委員と親子、夫婦または兄弟姉妹の関係にある者は、会計管理者となることができず（同法 169 条 1 項）、会計管理者は、前項に規定する関係が生じたときは、その職を失う（同条 2 項）。
- 2 **誤っている** 普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができ（同法 15 条 1 項）、法令に特別の定めがあるものを除くほか、普通地方公共団体の規則中に、規則に違反した者に対し、5 万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる（同法 2 項）。よって、普通地方公共団体の規則においては、過料を設けることはできるが、刑罰を設けることはできない。
- 3 **誤っている** 普通地方公共団体の長は、その管理に属する行政庁の処分が法令、条例または規則に違反すると認めるときは、その処分を取り消しまたは停止することができる（同法 154 条の 2）。
- 4 **誤っている** 普通地方公共団体の長は、当該普通地方公共団体に対し請負をする者及びその支配人または主として同一の行為をする法人（当該普通地方公共団体が出資している法人で政令で定めるものを除く。）の無限責任社員、取締役、執行役もしくは監査役もしくはこれらに準ずべき者、支配人及び清算人たることができない（同法 142 条）。よって、議会の同意の有無にかかわらず、当該普通地方公共団体に対し請負をする者及びその支配人になることはできない。
- 5 **誤っている** 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（同法 196 条 1 項）。よって、監査委員の選任には議会の同意が必要である。

問題 24

普通地方公共団体の公の施設

正解 3

- 1 妥当でない 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）。
- 2 妥当でない 普通地方公共団体は、その区域外においても、また、関係普通地方公共団体との協議により、公の施設を設けることができる（同法 244 条の 3 第 1 項）。また、普通地方公共団体は、他の普通地方公共団体との協議により、当該他の普通地方公共団体の公の施設を自己の住民の利用に供させることもできる（同条 2 項）。
- 3 妥当である 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指定管理者に、当該公の施設の管理を行わせることができるが（同法 244 条の 2 第 3 項）、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（同条 6 項）。
- 4 妥当でない 普通地方公共団体は、住民が公の施設を利用することについて、不当な差別的取扱いをしてはならないが（同法 244 条 3 項）、この規定について最判平 18.7.14 は、「区域内に事務所、事業所、家屋敷、寮等を有し、その普通地方公共団体に対し地方税を納付する義務を負う者など住民に準ずる地位にある者…が公の施設を利用することについて、当該公の施設の性質やこれらの者と当該普通地方公共団体との結び付きの程度等に照らし合理的な理由なく差別的取扱いをすることは、同項に違反する」と判示している。
- 5 妥当でない 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が（同法 244 条の 2 第 8 項）、これについて、当該普通地方公共団体の議会の議決を経る必要はない。

問題 25

意思表示における錯誤

正解 4

- 1 妥当である 錯誤、詐欺または強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者またはその代理人もしくは承継人に限り、取り消すことができる（民法 120 条 2 項）。よって、契約上の地位を A から承継した C は、A の錯誤を理由として A の意思表示を取り消すことができる。
- 2 妥当である 錯誤による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない（同法 95 条 4 項）。
- 3 妥当である 法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤を原因とする意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限りすることができる（同法 95 条 2 項）。
- 4 妥当でない 意思表示は、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができるが（同法 95 条 1 項）、錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、相手方が表意者に錯誤があることを知り、または重大な過失によって知らなかったとき、相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたときを除き、意思表示の取消しをすることができない（同条 3 項）。よって、本肢の設問の場合、B は A に錯誤があることを知っていたので、A はその意思表示を取り消すことができる。
- 5 妥当である 肢 1 で解説の通り、錯誤を理由として意思表示を取り消すことができるのは、瑕疵ある意思表示をした者またはその代理人もしくは承継人に限られるため、意思表示の相手方である B は、A の錯誤を理由として A の意思表示を取り消すことはできない。

問題 26

代理

正解 2

ア 妥当である 代理人が自己または第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知りまたは知ることができたときは、その行為は代理権を有しない者がした行為とみなす（民法 107 条）。

イ 妥当でない 代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなす（同法 100 条）。

ウ 妥当でない 権限の定めのない代理人は、保存行為並びに代理の目的である物または権利の性質を変えない範囲内において、その利用または改良を目的とする行為に限り、これをする権限を有する（同法 103 条）。

エ 妥当である 特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない（同法 101 条 3 項）。

以上より、妥当なものはア・エであり、正解は 2 となる。

問題 27

動産の引渡しと物権変動

正解 5

- 1 妥当でない 最判昭 30.6.2 は、「売渡担保契約がなされ債務者が引き続き担保物件を占有している場合には、債務者は占有の改定により爾後債権者のために占有するものであり、従つて債権者はこれによつて占有権を取得する…売渡担保契約により本件物件につき所有権と共に間接占有権を取得しその引渡を受けたことによりその所有権の取得を以て第三者である被上告人に対抗することができる」と判示している。なお、この判例でいう売渡担保は厳密には譲渡担保と区分されるが、その効力については相違はない。
- 2 妥当でない 代理人によって占有をする場合において、本人がその代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する（民法 184 条）。よつて、本肢の設問の場合、受託者ではなく、当該動産を譲渡された第三者がこれを承諾した場合に引渡しが認められることになる。
- 3 妥当でない 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が（同法 178 条）、大判大 4.2.2 は、動産賃借人について第三者にあたると判示している。よつて、本問では A から C への指図による占有移転が行われていないため、動産賃借人である B は引き渡しに応じる必要はない。
- 4 妥当でない 最判昭 35.2.11 は、「譲受人が民法 192 条によりその所有権を取得しうするためには、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つては足りないものといわなければならない」と判示している。
- 5 妥当である 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（同法 333 条）が、ここでいう引渡しには占有改定も含むとされている（大判大 6.7.26）。

問題 28

動産質

正解 5

- 1 妥当である 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、その効力を生じ（民法 344 条）、質権者は、質権設定者に、自己に代わって質物の占有をさせることができない（同法 345 条）。よって、質権の目的物を質権設定者が占有している場合においては、質権者にその目的物を現実に引き渡さなければ、その効力を生じない。
- 2 妥当である 質権者は、質権設定者の承諾を得なければ、質物を使用し、賃貸し、または担保に供することができない。ただし、その物の保存に必要な使用をすることは、この限りでない（同法 350 条、298 条 2 項）。
- 3 妥当である 質権者は、質物から生ずる果実を収取し、他の債権者に先立って、これを自己の債権の弁済に充当することができる（同法 350 条、297 条 1 項）。
- 4 妥当である 質権は、元本、利息、違約金、質権の実行の費用、質物の保存の費用及び債務の不履行または質物の隠れた瑕疵によって生じた損害の賠償を担保する（同法 346 条）。
- 5 妥当でない 肢 4 の解説のとおり、質権は、元本、利息、違約金、質権の実行の費用、質物の保存の費用及び債務の不履行または質物の隠れた瑕疵によって生じた損害の賠償を担保するが（同法 346 条）、受け取ることのできる利息の期間について、設問のような制限はない。なお、抵当権については、利息その他の定期金を請求する権利を有するときは、その満期となった最後の 2 年分についてのみ、行使することができる（同法 375 条 1 項）。

問題 29

債務不履行による損害賠償

正解 5

- 1 妥当でない 最判昭 47.4.20 は、債務の目的物を債務者が不法に処分し債務が履行不能となったとき債権者の請求しうる損害賠償の額は、原則としてその処分当時の目的物の時価であるが、目的物の価格が騰貴しつつあるという特別の事情があり、かつ債務者が、債務を履行不能とした際その特別の事情を知っていたかまたは知りえた場合は、債権者は、その騰貴した現在の時価による損害賠償を請求しうると判示している。
- 2 妥当でない 最判平 23.4.22 は、「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはない」と判示している。
- 3 妥当でない 金銭の給付を目的とする債務の不履行に基づく損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない（民法 419 条 3 項）。
- 4 妥当でない 損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定めることとされ（同法 417 条）、金銭賠償を原則としつつ、当事者の意思表示によりその他の方法をもってすることも妨げられない。
- 5 妥当である 債務者がその債務について遅滞の責任を負っている間に当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債務者の責めに帰すべき事由によるものとみなす（同法 413 条の 2 第 1 項）。

問題 30

債権者代位権

正解 2

ア 妥当である 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利を行使することができるが、債務者の一身に専属する権利及び差押えを禁じられた権利は、この限りでない（民法 423 条 1 項）。

イ 妥当でない 大判昭 4.12.16 は、土地の不法占拠者に対して、その土地の賃借人が賃貸人の有する物権的請求権の代位行使を認めている。

ウ 妥当である 債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度においてのみ、被代位権利を行使することができる（同法 423 条の 2）

エ 妥当でない 債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利が金銭の支払または動産の引渡しを目的とするものであるときは、相手方に対し、その支払または引渡しを自己に対してすることを求めることができる（同法 423 条の 3 前段）。

以上より、妥当なものはア・ウであり、正解は 2 となる。

問題 31

委任

正解 4

- 1 妥当でない 委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができるが（民法 651 条 1 項）、委任の解除をした者は、相手方に不利な時期に委任を解除したときには、やむを得ない事由があったときを除き、相手方の損害を賠償しなければならない（同条 2 項 1 号）。
- 2 妥当でない 受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う（同法 644 条）。
- 3 妥当でない 委任事務を処理するについて費用を要するときは、委任者は、受任者の請求により、その前払をしなければならない（同法 649 条）。なお、委任事務の報酬については、原則として後払いとされている（同法 648 条 2 項）。
- 4 妥当である 委任の解除をした場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる（同法 652 条、620 条）。
- 5 妥当でない 委任者が受任者の利益をも目的とする委任を解除したときは、やむを得ない事由があったときを除き、相手方の損害を賠償しなければならないが、受任者の利益のうち専ら報酬を得ることによるものは除くとされている（同法 651 条 2 項 2 号）。

問題 32

不法行為

正解 4

- 1 妥当でない 不法行為による損害賠償の請求権は、不法行為の時から 20 年間行使しないときは、時効によって消滅する（民法 724 条 2 号）。
- 2 妥当でない 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。ただし、故意または過失によって一時的にその状態を招いたときは、この限りでない（同法 713 条）。
- 3 妥当でない 最判昭 33.8.5 は、「被上告人はその子の死亡したときにも比肩しうべき精神上の苦痛を受けたと認められるのであつて、かかる民法 711 条所定の場合に類する本件においては、同被上告人は、同法 709 条、710 条に基いて、自己の権利として慰籍（謝）料を請求しうる」と判示し、民法 711 条に規定する子の生命を侵害されたときに類する場合には、同法 709 条、710 条に基づく自己の権利としての損害賠償請求を認めている。
- 4 妥当である 悪意による不法行為に基づく損害賠償債務の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない（同法 509 条 1 号）。
- 5 妥当でない 未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない（同法 712 条）。すなわち、未成年であっても自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えているときは、損害賠償責任を負うことがある。

問題 33

婚姻及び離婚

正解 3

- 1 **妥当でない** 婚姻は、人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないときは無効とするとされているが（民法 742 条 1 号）、この規定について、最判昭 44.10.31 は、「たとえ婚姻の届出自体について当事者間に意思の合致があり、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思はあつたと認めうる場合であつても、それが、単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないものであつて、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合には、婚姻はその効力を生じない」と判示している。
- 2 **妥当でない** 最判昭 47.7.25 は、「事実上の夫婦の一方が他方の意思に基づかないで婚姻届を作成提出した場合においても、当時右両名に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、後に右他方の配偶者が右届出の事実を知つてこれを追認したときは、右婚姻は追認によりその届出の当初に遡つて有効となる」と判示している。
- 3 **妥当である** 重婚禁止規定（同法 732 条）に違反した婚姻は、各当事者、その親族または検察官から、その取消しを家庭裁判所に請求することができるほか（同法 744 条 1 項）、前婚の配偶者もその取消しを請求することができる（同条 2 項）。
- 4 **妥当でない** 婚姻は、18 歳にならなければすることができず（同法 731 条）、この規定に違反した婚姻は、各当事者、その親族または検察官から、その取消しを家庭裁判所に請求することができる（同法 744 条 1 項）。よって、法定年齢に満たない婚姻の届出が受理された場合は、当然無効ではなく、取消しを請求することができる婚姻として取り扱われる。
- 5 **妥当でない** 詐欺または強迫によって婚姻をした者は、その婚姻の取消しを家庭裁判所に請求することができるが（同法 747 条 1 項）、婚姻の取消しは、将来に向かってのみその効力を生ずる（同法 748 条 1 項）とされており、その効力は婚姻時には遡らない。