

[憲 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

甲市は、農業や農産物の加工を主産業とする小さな町である。近年、同市ではこれらの産業に従事する外国人が急増しているが、そのほとんどはA国出身の者である。甲市立乙中学校は、A国民の集住地区を学区としており、小規模校であることもあって生徒の4分の1がA国民となっている。A国民のほとんどはB教という宗教の信者である。

XはA国民の女性であり、乙中学校を卒業し、甲市内の農産物加工工場で働いている。Xの親もA国民であり、Xと同じ工場に勤務している。この両名（以下「Xら」という。）は熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない。B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきり分かるような服装をしてはならない。これはB教における重要な戒律であるとされている。

ところで、Xが工場に勤務するようになった経緯として、次のようなことがあった。Xらは、Xの中学校入学当初より毎年、保健体育科目のうち水泳については、戒律との関係で水着（学校指定のものはもちろん、肌の露出を最小限にしたものも含む。）を着用することができず参加できないので、プールサイドでの見学及びレポートの提出という代替措置をとるように要望していた。なお、Xは、水泳以外の保健体育の授業及びその他の学校生活については、服装に関して特例が認められた上で他の生徒と同様に参加している。

しかし、乙中学校の校長は、検討の上、水泳の授業については、代替措置を一切とらないこととした。その理由として、まず、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあり、また、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であるとした。さらに、上記のように、乙中学校の生徒にはB教徒も相当割合含まれているところ、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もおり、校長は、Xらの要望に応えることはその意味でも公平性を欠くし、仮にXらの要望に応えるとする、他のB教徒の女子生徒も次々に同様の要望を行う可能性が高く、それにも応えるとすれば、見学者が増える一方で水泳実技への参加者が減少して水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるおそれがあるとも述べた。

Xは、3年間の中学校在籍中に行われた水泳の授業には参加しなかったが、自主的に見学をしてレポートを提出していた。担当教員はこれを受領したものの、成績評価の際には考慮しなかった。調査書（一般に「内申書」と呼ばれるもの）における3年間の保健体育の評定はいずれも、5段階評価で低い方から2段階目の「2」であった。Xは運動を比較的得意としているため、こうした低評価には上記の不参加が影響していることは明らかであり、学校側もそのような説明を行っている。Xは近隣の県立高校への進学を希望していたが、入学試験において調査書の低評価により合格最低点に僅かに及ばず不合格となり、経済的な事情もあって私立高校に進学することもできず、冒頭に述べたとおり就労の道を選んだ。客観的に見て、保健体育科目で上記の要望が受け入れられていれば、Xは志望の県立高校に合格することができたと考えられる。

Xは、戒律に従っただけであるのに中学校からこのような評価を受けたことに不満を持っており、法的措置をとろうと考えている。

〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。

なお、Xらに永住資格はないが、適法に滞在しているものとする。また、学習指導要領上、水泳実技は中学校の各学年につき必修とされているものとする。

1	乙中学校が、代替措置をとることなく、Xの調査書における保健体育の評
2	定で「2」を付けた措置（以下「本件措置」という。）は、XのB教の戒律に
3	従い水泳の授業に参加しない自由を侵害し、憲法（以下省略）20条1項前
4	段、同条2項に反し、違憲とならないか。
5	1 上記自由は、B教という特定の宗教の進行に反する行動を強制されない自
6	由に当たり、消極的宗教的行為の自由として同項により保障される。また、
7	Xは外国人であるが、権利の性質上、精神的自由たる本件自由は外国人にも
8	保障される。
9	2 本件措置は水泳授業への参加を強制するものではなく、制約は存在しない
10	旨の見解が想定される。しかし、不参加は、調査書の低評価という重大な不
11	利益を招くものであり、Xは授業への参加を事実上余儀なくされる状況にあ
12	った。したがって、上記自由に対する制約が認められる。また、特定の宗教の
13	進行に反する行動を強制する点で、間接的な制約もあったといえる。
14	3 そして、Xは中学生であり、上記製薬は、学校教育の目標を達成するため
15	に学校長に認められた包括的裁量権に基づくところ、これは正当化されるか。
16	（1）まず、権利の性質につき、本件自由は学校長の上記裁量に服すること、
17	また、外部的行為として他者の人権と衝突しうる性質を持つことから、重
18	要性が低い旨の見解が想定される。しかし、Xが授業の参加を拒否し
19	た理由は、「肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきりわかるような服装を
20	してはならない」というB教の重要かつ革新的な力率に基づく真摯なもの
21	であったから、上記裁量は限定されるべきである。また、本件自由は、外
22	部的行動を伴わない消極的権利であるため、他者の人権と衝突する恐れも
23	ない。そして、本件自由は絶対的に保障される信仰の自由に基づくもので

1	ある。よって、本件自由は重要な権利といえる。
2	(2) 規制態様につき、本件制約はXの内心におけるB教への進行に対する直
3	接的制約である旨の見解が想定される。しかし、本件制約はあくまで、X
4	の授業不参加がもたらす後述の弊害に着目し間接的付随的制約といえるた
5	め、規制態様として強度とは言えない。
6	そこで、中間審査基準により判断すべきであり、①目的が重要で、②
7	手段が効果的で過度でない場合には、制約は正当化されると解する。
8	4 (1) これを本件についてみると、本件制約の目的は、①教育の宗教的中立
9	を図ること、②他の生徒との公平性を図ることにある。目的①は、政教分
10	離原則(20条後段、3項、89条前段)の下、重要な目的である。また、
11	目的②は、平等原則(14条1項)の下、重要な目的であるといえる。
12	(2) 本件措置をとれば、教育と宗教とのかかわりが一切排除されるため、教
13	育の宗教的中立性は図られるから、目的①は達成されるといえ、効果的と
14	いえる。また、水泳授業に参加している他の生徒との関係で、不服従のX
15	らに不利益を課すことは公平の確保にもつながり、目的②も達成され、効
16	果的といえる。
17	(3) ア 次に、必修である水泳授業への不参加は、調査書の低評価ひいては
18	Xの県立高校への不合格を招いたため、不利益が大きく過度である旨の見
19	解が想定される。しかし、調査書の低評価はそれ自体として不合格に直結
20	するものではなく、不合格は、入学試験成績などの「諸事情を考慮した上
21	で決せられるため、不合格の不利益は、本件措置による直接の不利益とは
22	言えない。したがって、本件措置の不利益性は大きくなく、相当性が認め
23	られる。

1	イ	では、Xらの要望していたプールサイドでの見学やレポートの提出とい
2		うより緩やかな目的達成手段を取らなかったことから、本件措置が必要性
3		を欠き、過度なものであったといえないか。
4	(ア)	ここで、かかる代替措置をとると、教育の宗教的中立性に反し、目的
5	①	が達成されない旨の見解が想定される。そこで、本件代替措置をとるこ
6		とが、国家の非宗教性又は宗教的中立性たる政教分離原則にはするかが問
7		題となる。
8		そもそも、そもそも、政教分離原則の下でも、国家と宗教の完全な分離
9		が要求されるものではないが、国家と宗教の関わり合いが、当該行為の目
10		的と効果に鑑み、我が国の社会的・文化的諸条件に照らして、相当とされ
11		る限度を超える場合には、20条3項で禁じられる「宗教的活動」に当たる
12		と解する。
13		具体的には、①当該行為の目的が宗教的意義を持ち、②その効果が宗教
14		に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等となるような行為をいうと解
15		する。そして、かかる判断は、当該行為の外形的側面のみにとらわれるこ
16		となく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、
17		当該行為の一般人に与える効果・影響等の諸般の事情を考慮し、社会通念
18		にしたがって、客観的になされるべきと解する。
19		まず、代替措置の目的は、B教を促進するという宗教的目的があるとい
20		う見解が想定されるが、教員にそのような意図はなく、一生徒としてXに
21		便宜を図るという世俗的目的にとどまる。次に、代替措置の効果は、他宗
22		教に対する圧迫・干渉等にあたるという見解があるが、町民の外国人のほ
23		とんどがA国民、生徒の4分の1がA国民でA国民のほとんどがB教の信

1	者という状況下では、他宗教の信者の性とは多くいないと思われる。そして
2	て、当該他宗教がB教と同様の戒律を有しえちる可能性は低く、代替措置
3	を受けられないとして不利益が及ぶとは考え難い。したがって、代替措置
4	は他宗教への圧迫等になっていない。よって、代替措置をとることは、政
5	教分離原則に反しない。
6	(イ) 次に、代替措置を取る際、生徒の要望が真に進行を理由とするものか
7	判断が困難であるため、代替措置では、目的㉔を達成できないとの見解が
8	想定される。しかし、生徒が要望の理由とした宗教に主教の戒律がわかれ
9	ばかかる判断は容易といえるところ、戒律を調査することも政教分離原則
10	に反するような圧迫干渉効率を待たず許される。よって、判断可能といえ
11	る。
12	(ウ) さらに、代替措置をとると、水泳授業の実施や成績評価に支障が生じ
13	る恐れがあるとの見解が想定されるが、レポート提出によれば、授業の実
14	施や成績評価を滞りなく行うことができる。よって、代替措置によって目
15	的㉔は達成される。
16	次に、代替措置をとると、他のB教徒との関係で、公平性を欠き、目的
17	㉕が達成されない旨の反論がある。しかし、今後は他のB教徒についても
18	代替措置の利用を広く認めれば、公平性は規律される。よって、代替措置
19	によって目的㉕は達成される。以上より、より緩やかな手段たる代替措置
20	によって目的㉔㉕達成されるため、本件措置は目的達成との関係で過度な
21	手段といえる。
22	(3) よって、本件制約は正当化されない。
23	5 以上より、本件措置は違憲である。 以上

○旧司法試験憲法平成18年第1問

国会は、主に午後6時から同11時までの時間帯における広告放送時間の拡大が、多様で質の高い放送番組への視聴者のアクセスを阻害する効果を及ぼしているとの理由から、この時間帯における広告放送を1時間ごとに5分以内に制限するとともに、この制限に違反して広告放送を行った場合には当該放送事業者の放送免許を取り消す旨の法律を制定した。この結果、放送事業者としては、東京キー局の場合、1社平均で数十億円の減収が見込まれている。この法律に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

答案構成例

放送事業者の広告放送の自由を侵害し違憲ではないか

↓

営利的表現も表現に他ならず、営利的表現の自由も憲法21条1項により保障される。そのため、上記自由も同項により保障される。

↓

また、法人にも可能な限り人権共有主体性が認められ、法人である放送事業者にも上記自由が保障される

↓

広告放送を自由に行えなくなることから、上記自由への制約が認められる

↓

表現の自由一般は重要な権利であるが、営利的表現は自己統治の価値が希薄でありその重要性は相対的に低下する。また、広告の内容問わず放送の時間帯のみを制限するものであるから、内容中立規制として規制態様は強度とは言えない

↓

中間審査基準

↓

目的は質の高い番組への視聴者へのアクセスの確保にあり、重要である

↓

ゴールデンタイムという視聴率の高い時間帯の広告枠は高額であり、その時間が制限されると各事業者は相当の減収が見込まれる。そうだとすれば、番組制作費が削られ、かえって番組の質が低下することになってしまい逆効果である。そのため、適合性がない

↓

加えて、免許の取り消しという強力な制裁による担保を伴い、過度の手段といえ必要性もない

↓

したがって違憲

[行政法]

A市は、景観法（以下「法」という。）に基づく事務を処理する地方公共団体（景観行政団体）であり、市の全域について景観計画（以下「本件計画」という。）を定めている。本件計画には、A市の臨海部の建築物に係る形態意匠の制限として、「水域に面した外壁の幅は、原則として50メートル以内とし、外壁による圧迫感の軽減を図る。」と定められている。事業者Bは、A市の臨海部に、水域に面した外壁の幅が70メートルのマンション（以下「本件マンション」という。）を建築する計画を立て、2013年7月10日に、A市長に対し法第16条第1項による届出を行った。本件マンションの建築は、法第17条第1項にいう特定届出対象行為にも該当する。しかし、本件マンションの建築予定地の隣に建っているマンションに居住するCは、本件マンションの建築は本件計画に違反し良好な景観を破壊するものと考えた。Cは、本件マンションの建築を本件計画に適合させるためには、水域に面した外壁の幅が50メートル以内になるように本件マンションの設計を変更させることが不可欠であると考え、法及び行政事件訴訟法による法的手段を採ることができないか、弁護士Dに相談した。Cから同月14日の時点で相談を受けたDの立場に立って、以下の設問に解答しなさい。

なお、法の抜粋を資料として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

Cが、本件計画に適合するように本件マンションの設計を変更させるという目的を実現するには、法及び行政事件訴訟法によりどのような法的手段を採ることが必要か。法的手段を具体的に示すとともに、当該法的手段を採ることが必要な理由を、これらの法律の定めを踏まえて説明しなさい。

[設問2]

[設問1]の法的手段について、法及び行政事件訴訟法を適用する上で問題となる論点のうち、訴訟要件の論点に絞って検討しなさい。

【資料】景観法（平成16年法律第110号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、我が国の都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、美しく風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与することを目的とする。

（基本理念）

第2条 良好な景観は、美しく風格のある国土の形成と潤いのある豊かな生活環境の創造に不可欠なものであることにかんがみ、国民共通の資産として、現在及び将来の国民がその恵沢を享受できるよう、その整備及び保全が図られなければならない。

2～5 （略）

（住民の責務）

第6条 住民は、基本理念にのっとり、良好な景観の形成に関する理解を深め、良好な景観の形成に積極的な役割を果たすよう努めるとともに、国又は地方公共団体が実施する良好な景観の形成に関する施策に協力しなければならない。

（景観計画）

第8条 景観行政団体は、都市、農山漁村その他市街地又は集落を形成している地域及びこれと一体となって景観を形成している地域における次の各号のいずれかに該当する土地（中略）の区域について、良好な景観の形成に関する計画（以下「景観計画」という。）を定めることができる。

一～五 （略）

2～11 （略）

（届出及び勧告等）

第16条 景観計画区域内において、次に掲げる行為をしようとする者は、あらかじめ、（中略）行為の種類、場所、設計又は施行方法、着手予定日その他国土交通省令で定める事項を景観行政団体の長に届け出なければならない。

一 建築物の新築（以下略）

二～四 （略）

2～7 （略）

（変更命令等）

第17条 景観行政団体の長は、良好な景観の形成のために必要があると認めるときは、特定届出対象行為（前条第1項第1号又は第2号の届出を要する行為のうち、当該景観行政団体の条例で定めるものをいう。（中略））について、景観計画に定められた建築物又は工作物の形態意匠の制限に適合しないものをしようとする者又はした者に対し、当該制限に適合させるため必要な限度において、当該行為に関し設計の変更その他の必要な措置をとることを命ずることができる。（以下略）

2 前項の処分は、前条第1項又は第2項の届出をした者に対しては、当該届出があった日から30日以内に限り、することができる。

3～9 （略）

1	第 1 設問 1
2	1 C は、本件マンションの設計について、本件計画に適合するよう変更を求め
3	るべきであるが、景観法（以下「法」という。）は C の申請権について規定し
4	ていない。そこで C は A 市を被告として、本件マンションの設計の変更を命
5	ずる処分を求める旨の（行訴法 38 条 1 項・11 条 1 項 1 号）、非真正型義務
6	付け訴訟（3 条 6 項 1 号）を提起すべきである。
7	2 もっとも、変更命令は法 16 条 1 項の届け出があった日から 30 日以内に限
8	ってすることができる旨定められているところ（法 17 条 2 項）、本件では B
9	が届け出を行った 2013 年 7 月 10 日からすでに 4 日が経過しており、このま
10	まだと義務付け訴訟の継続中に当該期間が経過してしまう可能性が極めて
11	高い。
12	そこで、C は、上記訴訟に加えて、仮の義務付け（行訴法 37 条の 5 第 1
13	項）の申し立てをすべきである。
14	第 2 設問 2
15	1 処分性について
16	まず、変更命令は、公権力の主体たる国または公共団体の行為の内、その
17	行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが
18	法律上認められているものであるから、「処分」といえる。また、裁判所の判
19	断を可能にする程度に特定がされており、「一定の処分」といえる。
20	2 「重大な損害を生ずるおそれ」
21	また、後記のように、景観利益は事後的な金銭賠償が困難な利益であり、
22	かつ被害が反復的・継続的に増幅しうる。また、C 個人のみではなく、不特
23	定多数の者の人権を侵害する可能性がある。加えて、本件マンションはもう

1	実際に建築されようとしており、利益の侵害の発生する蓋然性が高いといえ
2	る。
3	以上より、「重大な損害を生ずるおそれ」が認められる。
4	2 原告適格について
5	本件訴訟が適法であるためには、C に原告適格が認められる必要がある。
6	C は処分の名宛人ではないため、行訴法 9 条 2 項に従って、「法律上の利益
7	を有する者」(同条 1 項) に当たり、原告適格が認められるかを検討する。
8	(1) この点について、「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により(義
9	務付け訴訟の場合は「当該処分がなされないことにより」に変更) 自己の
10	権利若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恐
11	れのある者をいう。
12	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
13	ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の
14	個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場
15	合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たる。
16	(2) まず、C の求めている利益として、景観利益が想定できる。
17	(3) そして、法 1 条は、「良好な景観の形成の促進」を目的としている。また、
18	法 6 条は良好な景観の作成を住民の責務と定めている。さらに、法 16 条
19	は、良好な景観を守るため、法 16 条で事業者に届け出義務を課している。
20	したがって、法は、景観利益を保護する趣旨であるといえる。
21	(4) 次に、確かに、景観利益が害されることにより、生命・身体が侵害され
22	るわけではない。
23	しかし、景観利益の侵害は、金銭賠償による事後的回復が困難であるし、

1	当該建物との距離が近いほど、生活環境に対して著しい損害を与えうるも
2	のである。加えて、景観利益を害されることにより日常生活への被害は、
3	反復性・継続性があるものである。
4	そこで、法は、景観利益が直截に害される恐れのある者の利益を個々人
5	の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解されるから、かかる者は「法
6	律上の利益を有する者」に当たる。
7	(5) これを本件についてみると、C は本件マンションの建築予定地の隣に立
8	っているマンションに居住しており、本件マンションが建築されることに
9	より、C の居住地から見て臨海部の景観が直接に害されるものといえる。
10	したがって、C は「法律上の利益を有する者」にあたり、原告適格が認
11	められる。
12	4 以上より、C は非真正型義務付け訴訟の訴訟要件を満たす。
13	以上
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

○新司法試験行政法 平成26年設問1

※問題文は紙面の関係上割愛させていただきます。法務省よりご覧ください。

答案構成例

採石法33条の4は抽象的な文言を用いている。同法1条の目的や、33条の3第4号から、防災措置の適切性の判断が必要であり、その判断は専門的技術的なものである。そのため、認可にあたっては都道府県知事に裁量が認められる

↓

本件要綱はその裁量基準にあたる

↓

本件要綱は裁量基準として合理的か（合理性がなければ裁量の逸脱濫用）

↓

同法33条の3第2項、規則8条の15第2項10号から、跡地防災措置が確実に行われるかも考慮されていると言える。跡地防災措置は多額の費用がかかる一方で、採石業者は小規模であることが多いため、跡地防災措置が確実になされない可能性がある。そのため、跡地防災保障を要求すること自体は合理性を有する

↓

さらに、跡地防災措置が適切になされないことの多かったB県ではその確実な履行の確保の必要性が高く、保証料が割高であったとしてもC組合に限定して跡地防災保障を要求することも合理的である

↓

したがって、本件要綱は合理的な裁量基準である

↓

もっとも、個別審査義務に違反しないか

↓

Aは採石事業者の中では大規模であり、経営状況は良好であって、資金も確保しているから、Cの保証なくとも跡地防災措置を確実に履行を確保できるとも思える

↓

しかし、Aは採石業者の中では大規模とは言え大企業というほどでなく、今後の経営状況によっては跡地防災措置が確実に履行されないおそれがある。また、保証料が割高というだけではAの被る不利益が特段大きとは言えない

↓

したがって、個別審査義務違反は認められない

↓

よって、適法

[民 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは、A所有の甲建物において手作りの伝統工芸品を製作し、これを販売業者に納入する事業を営んできたが、高齢により思うように仕事ができなくなったため、引退することにした。Aは、かねてより、長年事業を支えてきた弟子のBを後継者にしたいと考えていた。そこで、Aは、平成26年4月20日、Bとの間で、甲建物をBに贈与する旨の契約（以下「本件贈与契約」という。）を書面をもって締結し、本件贈与契約に基づき甲建物をBに引き渡した。本件贈与契約では、甲建物の所有権移転登記手続は、同年7月18日に行うこととされていたが、Aは、同年6月25日に疾病により死亡した。Aには、亡妻との間に、子C、D及びEがいるが、他に相続人はいない。なお、Aは、遺言をしておらず、また、Aには、甲建物のほかにも、自宅建物等の不動産や預金債権等の財産があったため、甲建物の贈与によっても、C、D及びEの遺留分は侵害されていない。また、Aの死亡後も、Bは、甲建物において伝統工芸品の製作を継続していた。
2. C及びDは、兄弟でレストランを経営していたが、その資金繰りに窮していたことから、平成26年10月12日、Fとの間で、甲建物をFに代金2000万円で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。本件売買契約では、甲建物の所有権移転登記手続は、同月20日に代金の支払と引換えに行うこととされていた。本件売買契約を締結する際、C及びDは、Fに対し、C、D及びEの間では甲建物をC及びDが取得することで協議が成立していると説明し、その旨を確認するE名義の書面を提示するなどしたが、実際には、Eはそのような話は全く聞いておらず、この書面もC及びDが偽造したものであった。
3. C及びDは、平成26年10月20日、Fに対し、Eが遠方に居住していて登記の申請に必要な書類が揃わなかったこと等を説明した上で謝罪し、とりあえずC及びDの法定相続分に相当する3分の2の持分について所有権移転登記をすることで許してもらいたいと懇願した。これに対し、Fは、約束が違うとして一旦はこれを拒絶したが、C及びDから、取引先に対する支払期限が迫っており、その支払を遅滞すると仕入れができなくなってレストランの経営が困難になるので、せめて代金の一部のみでも支払ってもらいたいと重ねて懇願されたことから、甲建物の3分の2の持分についてFへの移転の登記をした上で、代金のうち1000万円を支払うこととし、その残額については、残りの3分の1の持分と引換えに行うことに合意した。そこで、同月末までに、C及びDは、甲建物について相続を原因として、C、D及びEが各自3分の1の持分を有する旨の登記をした上で、この合意に従い、C及びDの各持分について、それぞれFへの移転の登記をした。
4. Fは、平成26年12月12日、甲建物を占有しているBに対し、甲建物の明渡しを求めた。Fは、Bとの交渉を進めるうちに、本件贈与契約が締結されたことや、【事実】2の協議はされていなかったことを知るに至った。

Fは、その後も、話し合いによりBとの紛争を解決することを望み、Bに対し、数回にわたり、明渡し猶予期間や立退料の支払等の条件を提示したが、Bは、甲建物において現在も伝統工芸品の製作を行っており、甲建物からの退去を前提とする交渉には応じられないとして、Fの提案をいずれも拒絶した。
5. Eは、その後本件贈与契約の存在を知るに至り、平成27年2月12日、甲建物の3分の1の持分について、EからBへの移転の登記をした。
6. Fは、Bが【事実】4のFの提案をいずれも拒絶したことから、平成27年3月6日、Bに

対し，甲建物の明渡しを求める訴えを提起した。

〔設問 1〕

F の B に対する【事実】 6 の請求が認められるかどうかを検討しなさい。

〔設問 2〕

B は，E に対し，甲建物の全部については所有権移転登記がされていないことによって受けた損害について賠償を求めることができるかどうかを検討しなさい。なお，本件贈与契約の解除について検討する必要はない。

第 1 設問 1

1 F の B に対する甲建物の 3 分の 2 の共有持分権に基づく同建物明渡請求は
2
3 認められるか。その要件は①F の甲建物共有持分権の存在②B が同建物を占
4
5 有していることであるところ、本件で B は同建物で伝統工芸品の製作を継続
6
7 しているため②は認められる。

8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
そして、甲建物は A が所有していたところ、同人は平成 26 年 6 月 25 日に
「死亡」しているため、「子」である C、D、E がそれぞれ 3 分の 1 ずつ同人
を相続している（民法（以下、法令名略）896 条、887 条 1 項、900 条 4 号
本文、882 条）。そのため、C、D、E が甲土地の共有持分権を 3 分の 1 ずつ
相続しているといえるところ、F は C D から本件売買契約に基づいて甲建物
を買っている。同契約は、E の持分について他人物売買契約であるが他人物
売買契約も有効である（561 条）といえ、同契約時点では少なくとも C 及び
D の持分について F に移転するといえる。よって、F は甲建物について少な
くとも 3 分の 2 の共有持分権を有しているといえ、①も認められ、上記請求
が認められるのが原則である。

2 (1) しかし、B としては、自己は被相続人たる A から同建物を贈与（549
条）されており「第三者」（177 条）にあたり、F はその共有持分権を自己
に対抗することは出来ないと反論する。

(2) ア 177 条は、不動産物権変動について登記をもって画一的に処理する
ことで取引の安全を図った点に趣旨がある。そのため、「第三者」とは、本
人及びその包括承継人以外の第三者で、登記の欠缺を主張するにつき正当
な利益を有する者をいう。

イ 本件において、B は A の弟子であり、同人から甲建物の贈与を受けた者

1	であり、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しないと見える事情
2	は認められないのだから、「第三者」にあたる。
3	ウ もっとも、F は平成 26 年 10 月末日までに、3 分の 2 部分について甲建
4	物の所有権登記の移転を受けており、対抗要件を具備している。そのため、
5	F は 3 分の 2 の共有持分権を確定的に所有するに至っていると見え、B に
6	優先し、その反論は認められない。
7	3 次に B としては、自己は E 相続分の 3 分の 1 についての共有持分権を確定
8	的に取得しており、当然には F の請求は認められないと反論する。
9	(1) 平成 27 年 2 月 12 日、B は E から本件贈与契約に基づいて、3 分の 1 の
10	共有持分権の所有権登記の移転を受けており、かかる部分について確定的
11	にその所有権を取得しているといえる。そのため、同日時点から、甲建物
12	は 2 対 1 の割合で F と B の共有に属しているといえる (249 条参照)。
13	(2) ア そして、共有持分権者はその持分如何に関わらず「共有物の全部に
14	ついて、持分に応じた使用をすることができる」(同条)といえる。そのた
15	め、過半数の持分を有する持分権者の少数持分権者に対する共有物の明渡
16	し請求を認めれば少数持分権者に共有物の使用を許さないこととなり、当
17	然に同請求を許容することは出来ない。
18	そこで、明渡しを求めるにつき合理的理由を明らかにしている場合にの
19	み、同請求は認められるといえる。
20	イ 本件において、F は明渡しを求める理由を何ら明らかにせず上記請求に
21	及んでいることから、合理的理由を明らかにしているとはいえない。
22	よって、例外的に F の B に対する上記請求は認められないといえる。
23	第 2 設問 2

1	B の E に対する債務不履行に基づく損害賠償請求は認められるか（415 条
2	1 項本文）。
3	(1) A は B に甲建物を贈与しているため、A は甲建物の所有権登記移転義務
4	を B に対して負っていたといえる。そして、E は C 及び D と共に A を相続
5	しているため、上記義務をも承継しているといえる。
6	(2) ア もっとも、E は専ら自己の相続分である 3 分の 1 についての甲建物
7	共有持分権の登記を B に移転しているため、債務不履行が認められず、「そ
8	の債務の本旨に従った履行をしないとき」と言えないのではないか。
9	イ ここで、1 個の不動産についてその所有権が贈与された場合、その登記
10	移転義務の履行は 1 回しかできず、かかる義務は性質上不可分である不可
11	分債務（430 条）に当たる。
12	ウ よって、E が A から相続により承継した登記移転義務は、不可分債務で
13	あるから、その相続分に留まらず甲建物全体につき登記移転義務を負って
14	いるといえる。そうだとすれば、E は自己の相続分について所有権登記の
15	移転を行っているのみであるから、甲建物全体の登記移転を未だなしてお
16	らず「その債務の本旨に従った履行をしないとき」にあたるといえる。
17	2 (1) 本件において、B は E が甲建物全部の所有権登記を移転しなかったと
18	いう債務不履行によって、本来所有権を取得するはずであった同建物につ
19	いて 3 分の 2 部分を取得できないという「損害」を受けた。
20	(2) もっとも、3 分の 2 部分について B が取得することが出来なかったのは、
21	C と D が E に何ら相談せず、独断で資金創出のために F に自己の持分を
22	移転させ、登記も備えさせたことが原因である。E においてかかる原因を
23	作出したとはいえず、しかも E は C と D の動向を知る由もなかったのだ

1	から防止することも不可能であった。そうだとすれば、「取引上の社会通念
2	に照らして債務者」たる E の「責めに帰することができない事由」が認め
3	られる（415 条 1 項ただし書き）。
4	以上より、E には帰責事由が認められない以上、B の E に対する上記請
5	求は認められないといえる。
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

以上

○旧司法試験民法 平成6年第2問

Aは、債権者からの差押えを免れるため、Bと通謀の上、売買を仮装して、その所有する建物及びその敷地（以下、これらを総称するときは「本件不動産」という。）の登記名義をBに移転するとともに、本件不動産を引き渡した。その後、Aは、右の事情を知っているCとの間で、本件不動産につき売買契約を締結し、代金の支払を受けたが、その直前に、Bが、Dに本件不動産を売却し、引き渡していた。Dは、A B間の右事情を知らず、かつ、知らないことにつき過失がなかった。ところが、右建物は、Cの買受け後に、第三者の放火により焼失してしまった。なお、その敷地についての登記名義は、いまだBにある。

以上の事案において、本件不動産をめぐるCD間の法律関係について論じた上、CがA及びBに対してどのような請求をすることができるか説明せよ。

答案構成例

第1 CD間の法律関係

CはDに対し所有権に基づく土地明け渡し請求ができるか

↓

Dが「第三者」（177条）にあてれば登記を備えていないCはDに所有権を対抗できない

↓

AB間の売買契約は通謀虚偽表示で無効。しかしDは94条2項の第三者として保護される（無過失までは要求されない+原所有者とは前主後主の関係にあるから登記も不要）。そして、94条2項による権利変動の実体は原所有者から第三者への承継取得であり、原所有者からの譲受人と第三者は二重譲渡類似の関係に立ち、DはCの登記の欠缺を主張する正当な利益を有する「第三者」にあたる

↓

したがってCはDに所有権を対抗できず、上記請求はできない

第2 CのAに対する請求

本件敷地について、CはAに対して売買契約に基づく引き渡し請求と所有権移転登記手続請求ができる。Dが先に登記を備えた場合は、履行不能を理由に契約を解除して原状回復請求（542条1項1号、545条1項）をし、Aに免責事由がなければ損害賠償請求することができる（415条1項、2項1号）。

↓

本件建物については、履行不能を理由に契約を解除して原状回復請求をすることができる。免責事由がないため、損害賠償請求はできない。

第3 CのBに対する請求

真正な登記名義の回復を原因として、所有権移転登記手続請求ができる。