

## 憲法

1. 国家公務員法 102 条 1 項は、公務員の政治活動の自由を侵害するものとして、憲法 21 条 1 項に反し違憲とならないか。

2. 「表現の自由」は思想・意見を外部に発表し他者に伝達する自由をいう。政治活動の自由は、政治的な思想・意見の表明を伴うものであるから、「表現の自由」として 21 条 1 項により保障される。

したがって、公務員には、政治的な思想等を他者に伝達するという意味での政治的「表現の自由」が保障される。

3. 国家公務員法 102 条 1 項は、公務員の「政治的行為」を禁止しているから、公務員が政治的な活動をする自由を制約するものである。

4. 違憲審査基準の厳格度は、制約されている権利の性質と制約の態様を考慮して決定される。

公務員の政治活動の自由も、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項を根拠に、合理的で必要やむを得ない限度の制約に服する。

猿払事件判決は、公務員の政治活動の自由を禁止する規定の 21 条 1 項適合性について、緩やかな基準で審査している。

確かに、国家公務員法 102 条 1 項は、政治的意見表明そのものではなく、政治的行為の禁止に伴う限度で間接的・付随的に政治的意見表明を制約しているという余地もある。

しかし、政治活動の自由は、国民が言論活動によって政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結びつきが強く、立憲民主制の政治過程にとって不可欠の基本的人権であり、民主主義社会を基礎づける重要な権利である。

そうすると、間接的・付随的規制であることをもって緩やかな基準で審査することはできない。

また、国家公務員法 102 条 1 項は政治活動という表現の内容に着目した規制であるから、表現内容規制であるともいえるような強度な制約である。

そこで、国家公務員法 102 条 1 項の合憲性は、①立法目的が重要であり②手段が目的との関係で実質的関連性を有するかどうかで判断する。

5. 国家公務員法 102 条 1 項の目的は、公務員の職務における政治的中立性を確保することで、行政を政治的に中立に運営し、これに対する国民の信頼を維持することにある。

これは、憲法 15 条 2 項が公務員を「全体の奉仕者」としていることから、行政機関における公務は、政治過程を経て決定された政策を遂行するのであるから、これが国民の全体のために行われるためには、公務を行う公務員が少なくとも職務においては政治的に中立でなければならない。そうすると、上記目的は、憲法 15 条 2 項の要請にも適う重要なものである。

また、公務員が行う政治活動の中には、公務員の政治的中立性を害するものもあるから、これを禁止することは目的達成手段として有効であるといえ、手段適合性が認められる。

もっとも、「政治的行為」の全般を禁止している点で手段必要性を欠かないか。

ここで、条文の文言、趣旨、目的、規制される政治活動の自由の重要性などに鑑みれば、

「政治的行為」とは、公務員の政治的中立性を損なうおそれが現実的に起こりうるものに限定されるとすべきである。したがって、規制の広さを理由として手段必要性が否定されるとはいえない。また A の行為がこれに該当するか問題となるが、A は、参議院議員選挙の投票日二週間前の日曜日という勤務とは関係のない日に、自らの名前や職業を名乗ることなく、しかも平穏な態様で 1 時間ほど野党の政策に関するビラ 80 枚を配布しただけであり、客観的にみて公務員の行為であると認知し得ないため、この行為によって公務員の政治的中立性を損なうおそれが現実的に起こりうるとはいえない。そうすると、A の行為は「政治的行為」に当たらない。

以上より、手段が目的との関係で実質的関連性を有する(②)から、国家公務員法 102 条は憲法 21 条 1 項に反せず合憲である。 以上

(コメント)

ここでは猿払事件や堀越事件などで問題となった国家公務員法 102 条 1 項の合憲性が問われました。

判例のキーワードを使いながら論じていくことで合格答案になるかと思いますが、多くの受験生がおさえている分野なので、かなり高度な答案が求められているかもしれません。

ここで意識するのは猿払事件での規制目的の重要性(答案では 5 の目的)に関する記述、堀越事件での政治活動の自由の重要性(答案では 4 の「しかし」以下)に関する記述、政治的行為の解釈(答案では 5 の「ここで」以下)に関する記述などです。これらは判例のキーワードで多めに配点を拾えるはずなので、必ずおさえたいところです。

科目としては高度な答案が求められるという意味で難易度が高いと思います。判例のキーワードをおさえておくことは合格の必要条件といっても過言ではないくらいに判例が重要です。

## 民法

### 設問 1

1. X の Y に対する請求は、X の甲土地所有権（206 条）に基づく返還請求権としての乙建物収去甲土地明渡請求である。

この請求が認められるためには、①請求者が目的物の所有権を有すること②相手方が目的物の上に建物を所有していることの 2 つを満たすことが必要である。

甲土地は X の所有する土地であるから、当然に①を満たす。もっとも、乙建物は未登記であるところ、Y は乙建物を所有しているといえるか（②）。

2. 確かに、土地所有権に基づく建物収去・土地明渡請求の相手方は、地上建物の所有者であり、所有者は登記を具備しているのが通常であるから、未登記の場合には請求できないように思える。しかし、相手方探求の困難性や土地所有者保護の観点から、地上建物が未登記である場合には、それを建築して現に土地の占有を妨げている者が建物所有者であるとして同請求の相手方となる。

確かに、乙建物は未登記であり、Y は登記名義を有しないから所有権を有していないとみる余地もあるものの、それでは X の保護にかけるから、乙建物が未登記である本件においては、Y は乙建物を立てた本人であるとして、Y が建物を所有している（②）と扱われ Y が請求の相手方となる。

3. したがって、要件を満たすから X は Y に対して乙建物を収去して甲土地の明渡しを請求することができる。

### 設問 2 小問（1）

1. X の Z に対する請求は、X の甲土地所有権（206 条）に基づく返還請求権としての乙建物収去甲土地明渡請求である。

甲土地は X の所有する土地であるから、当然に①を満たす。もっとも、乙建物は Z 名義の登記があるものの、Z は乙建物を所有したことがなく、無権利者であるから、乙建物を所有しているとはいえない（②）。

2. また、Z は乙建物について登記名義を有しているだけであり、実際に乙建物を収去する権限はなく、甲土地を明け渡すことができない。そうすると、Z を相手方にしても抜本的な解決とならず、Z は同請求の相手方となり得ないから、X は Z に対して乙建物を収去して甲土地の明渡しを請求することができない。

### 設問 2 小問（2）

1. X の Y に対する請求は、X の甲土地所有権（206 条）に基づく返還請求権としての乙建物収去甲土地明渡請求である。

甲土地は X の所有する土地であるから、当然に①を満たす。もっとも、Y は乙建物を Z に譲り渡しており、乙建物を所有しているとはいえない（②）ため、請求の相手方になり得ないのではないかと。

2. 確かに、土地所有権に基づく建物収去・土地明渡請求の相手方は、地上建物の所有者であるのが原則である。しかし、建物所有権移転登記を怠った建物譲渡人の帰責性から、⑦地上建物の所有権取得者が自らの意思に基づき所有権取得の登記を具備した場合には⑧引き続き登記名義を有する限り、建物譲渡後もその者が請求の相手方となる。

Yは乙建物を建築し、自己名義で所有権保存登記をしている(㊦)。また、Yは乙建物をZに売却しているものの、Yが登記移転を怠ったことによりYからZへの登記名義の移転は未了であったから、Yは引き続き登記名義を有している(㊧)。そうすると、本件においてはYが請求の相手方となる。

3. したがって、XはYに対して乙建物を収去して甲土地の明渡しを請求することができる。

以上

(コメント)

#### 設問1

ここでは典型的な物権的請求の出題がされました。ただ、未登記である場合ということで少し戸惑うと思います。私もこのパターンには初めて遭遇したので、設問2小問(2)で使う規範を事案に合わせてアレンジしてみました。わからない問題が出たら自分の知っている知識のどこかを変えたらいけそうだと考えてみるのが大切です。

#### 設問2

小問(1)では、Zが巻き込まれたような構図になっています。そのため、Zが相手方になりえないという結論はここで確定させて良いので、その結論にあわせた筆運びをすることになります。本答案では、Zを相手方にしても抜本的な解決につながらないとして否定しました。

小問(2)は、建物所有権は移転したけど登記は移転していない場合の処理です。XからすればYZ 売買なんて知る由もなく登記しか見ようがないのだから、Yを相手方にするしかないという思考回路で、Yを相手方にできる規範を作っていきます。

#### 問題全体

科目として、問題自体の難易度は低めですが、これを60分かけて書くということで高度な答案が求められます。そのため、事実をふんだんに使って書くことが求められます。

基本が大切なのはいつでもどこでも同じですが、本問はそれが特にわかるものでした。

## 刑法

1. 甲がVに対して頭部を5回殴打するなどの暴行を加えた行為に傷害致死罪（205条）が成立するか。

2. 「傷害」は暴行等により人の生理機能を害することをいう。

甲は一般的にプラスチックという比較的硬い素材で出来ている洗面器や鞭のようにしなむることによって身体に当たれば身体を傷つけるおそれのある革バンドでVの枢要部である頭部を5回も殴るといふ暴行により、Vの店頭によるコンクリート床への後頭部の打ち付けを招き、Vの意識を消失させるという生理機能障害を起こさせているから、Vを「傷害し」といえる。

3. Vは結果的に死亡しているところ、甲が上記暴行に「よって」Vが「死亡」したといえるか。暴行と死亡との間に第三者による頭頂部への角材での殴打行為が介在しているため因果関係の存否が問題となる。

(1) 因果関係には偶発的な結果を排除して適正な帰責範囲を画定するという機能があるから、因果関係が認められるためには条件関係に加えて法的因果関係が認められる必要がある。

甲がVに上記暴行を加えなければVが転倒して意識を消失させることで第三者の暴行を受けて死期を早められ死亡することもなかったのであるから、甲の暴行がなければVは死亡していなかったとして条件関係は認められる。

(2) では、法的因果関係はどうか。

法的因果関係の存否について経験的通常性を基準に判断する相当因果関係説の折衷説によると、行為時に一般人が認識し得た事情および行為者が特に認識していた事情から判断される。

本問では第三者の暴行によってVの死期が早められているから、死因の形成は甲の暴行によって発生している。他方、第三者暴行については異常性が高く、一般人は認識し得ない行為者である甲もそれを認識していないとして甲の行為とV死亡という結果の間に相当因果関係は認められず、法的因果関係は存在しないことになる。

しかし、行為者の行為の結果発生への寄与度が大きい一方で介在事情の寄与度が小さいにもかかわらず法的因果関係が否定されるのは妥当でない。そこで、適正な帰責範囲を画定するという因果関係の役割を重視し、法的因果関係の存否は行為の危険性が結果へと現実化したかどうかで判断し、その際には介在事情の異常性と結果への寄与度を考慮する。

まず、甲がVを港に放置した午後10時40分からVが発見される翌日午前6時40分までの夜中の8時間で、何者かが港で意識を失っている者の頭頂部を角材で数回殴ることは通常考えられないため、第三者による暴行は極めて以上な行為である。もっとも、甲による洗面器や革バンドでの5回にわたる殴打を原因としてVが転倒し、それによって後頭部を打ち付け、これらによってVの死因が形成されている一方で、第三者による暴行はVの死亡を幾分か早めたにすぎないため、第三者暴行のVの死亡に対する寄与度は高くない。甲の暴行にはそれ自体としてVを死亡させる危険があり、その危険性がV

の死亡という結果へと現実化しているから、法的因果関係が認められる。

したがって、甲は上記暴行に「よって」Vを「死亡させた」といえる。

4. 傷害致死罪は二重の意味での結果的加重犯であるから、その故意としては暴行罪(208条)の故意があれば足りる。

甲は雇用期間中であるにもかかわらずA組を辞めたいと何度も述べたVに立腹して上記暴行を加えているから、Vを暴行することについて認識・認容があるとして、少なくとも暴行罪の故意が認められ、それをもって傷害致死罪の故意が認められる。

5. 以上より、甲には傷害致死罪が成立し、その罪責を負う。 以上

(コメント)

ここでは大阪南港事件がほとんどそのまま出題されました。

ただ、検討事項が多くないので、かなり丁寧に当てはめていくパターンです。

まずは行為の特定をし、「傷害」について検討します。ここでも無理やりと思われるほど丁寧に当てはめていきます。

そして、因果関係の問題提起をします。ここで、危険の現実化説だけで書いてもいいのですが、とにかく時間が余っていたので、相当因果関係説を書き、その問題点を指摘し、危険の現実化説を導くという方法を取りました。これ以上丁寧にするなら、相当因果関係説の主観説や客観説を書いても悪くないです。

そして、危険の現実化説の当てはめも事実とその評価をたくさんしました。

科目としての難易度は判例ほとんどそのままという意味で低いですが、とにかくたくさん当てはめるという作業は苦しいのでそういう厳しさはあります。このように、判例そのまま出題されるということもあるので、判例を読む際には答案でどのように表現するかを意識するもの良いと思います。