

2

公法と私法

第1. 公法私法二元論

短答 4頁

1. 公法私法二元論

公法関係：私人相互間ではみられない特殊な法的規律の適用を受ける関係

私法関係：私人相互間と同様の法的規律に服する関係

→公法と私法には本質的な差異があり、それぞれに適用すべき法規・法原則を異にする

2. 公法私法二元論否定説

(1) 公法と私法を区別すべき理由と否定説の論拠

①特定の法律関係に公法と私法のどちらを適用すべきか

②公法法規に違反した私法上の行為の効力はどうなるのか
について結論が出る

→否定説によれば、以下の理由から、公法と私法を区別せずとも、上記①・②の論点に結論を出すことができ、結果、公法と私法を区別する必要がない

(2) ①特定の法律関係に公法と私法のどちらを適用すべきか

問題 第1問 論証 1頁

ア 明文の規定がある場合

当該規定の解釈問題

イ 明文の規定がない場合

私法を適用すべきかについて当該法律関係を規律している法律の趣旨に基づき解釈

(3) ②公法法規に違反した私法上の行為の効力はどうなるのか

当該法規の趣旨に基づき、私法上の行為の効力を維持しておくことができるか、無効とすべきか判断する

 Advance 公法上の権利

上記①、②に加え、公法上の権利は相続の対象とならない、譲渡することができない、と説明されることがあった。この問題についても、当該公法上の権利の発生・内容を定める法律の趣旨から解釈して決定すれば足りるとされる。例えば、生活保護受給権は相続の対象とならない（最大判昭42.5.24朝日訴訟）  予H29-14-7

第2. 行政上の法律関係と私法の適用

判例 最大判昭28.2.18 ～農地買収処分と民法177条～

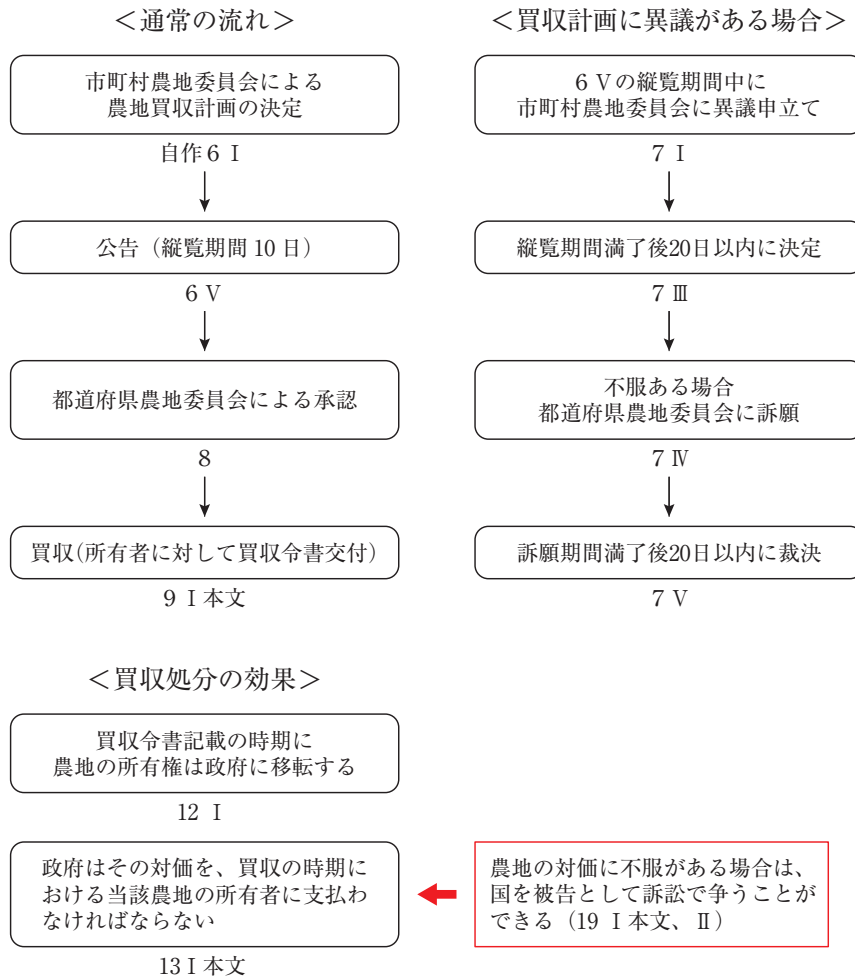
事案：原告Xは昭和18年3月20日、訴外Aと本件農地の売買契約を締結し、即時代金を支払い、本件農地の引渡しを受けた。本件農地は訴外小作人Bにより耕作されており、Xは昭和19年4月ごろから本件農地の所在市町村に居住していた（したがって、Xは在地地主である）。本件農地については諸般の事情により、所有権移転登記は経由されておらず、訴外Aが登記簿上の所有者であった。訴外C農地委員会は、登記簿に基づき、本件農地の所有者をAとし、Aが不在地主であると認定し、本件農地について買収計画を定めた。Xはこれに対し異議の申立てをしたものの却下され、さらに被告Y（大分県農地委員会）に訴願の申立てをしたところ、Xは本件農地所有権の取得につき登記を経由していないため民法177条に基づき第三者にこれを対抗できないとして、訴外C農地委員会が本件農地の所有者をAと認定したのは正当であるという理由で棄却裁決をした。Xはこの裁決の取消しを求めて出訴した

要旨：「自作農創設特別措置法（以下自作法と略称する）は、今次大戦の終結に伴い、我国農地制度の急速な民主化を図り、耕作者の地位の安定、農業生産力の発展を期して制定せられた」「政府は、この目的達成のため、同法に基いて、公権力を以て同法所定の要件に従い、所謂不在地主や大地主等の所有農地を買収し、これを耕作者に売渡す権限を与えられている」「即ち政府の同法に基く農地買収処分は、国家が権力的手段を以て農地の強制買上を行うものであって、対等の関係にある私人相互の経済取引を本旨とする民法上の売買とは、その本質を異にする」「従って、かかる私経済上の取引の安全を保障するために設けられた民法177条の規定は、自作法による農地買収処分には、その適用を見ない……。されば政府が同法に従って、農地の買収を行うには、単に登記簿の記載に依拠して、登記簿上の農地の所有者を相手方として買収処分を行うべきものではなく、真実の農地の所有者から、これを買収すべきものである」

「そのことは、自作法1条……の趣旨からしても十分に理解せられる」「同法が農地買収についての基準を、いわゆる不在地主の農地であるかどうか即ち農地の所有者が実際に農地の所在市町村に居住しているかどうか、又は、地主が農地を自作しているか、小作人をして、小作せしめているか等所有者とその農地との間に存する現実の事実関係にかからしめている等、自作法に定められた各種の規定自体から推しても、同法の買収は、真実の農地所有者について行うべきであって、登記簿その他公簿の記載に農地所有権の所在を求むべきでない」

☑ 買収処分の対象者が自作農か不在地主か認定をする場合に民法177条が適用されるか

☑ 農地買収は真実の農地所有者について行うべきである



判例 最判昭31.4.24 ～租税滞納処分と民法177条～ 司H21-21-ウ, 予H24-13-

ウ,R1-13-ウ,R6-13-ア

事実： Xは昭和21年2月8日訴外A社から本件土地を買い受けたが、A社社長が登記関係書類の交付を怠ったため、所有権移転登記はしなかった。Xは本件土地を自己所有の土地として、訴外B税務署長に対して財産税の申告を行い、諸税を納付していた。Bは、A社に対する昭和24年度滞納国税19万円余りの徴税のため、A社の工場内にある機械器具の差押えをした。これに対しA社からA社名義の本件土地を差し押さえるよう懇請され、これに応じることにした。本件土地の管轄所であるY税務署長は、Bから引継ぎを受け、昭和25年8月21日にA社が登記簿上の所有者である本件土地を差し押さえ、その旨の登記をした。XはYに対し、本件土地は自己所有であるとして差押えの解除を申請し、Bに対しても苦情を申し立てた。さらに同月31日に本件土地につきX名義の所有権移転登記を了した。しかしYはX名義の登記が差押登記に後れることを理由として、昭和26年10月22日にZを競落人として公売処分をした。XはYに対して公売処分の無効確認訴訟を、Zに対して公売処分の無効を前提として、本件土地所有権に基づく妨害排除請求としての所有権移転登記抹消登記手続請求をした

要旨： 「国税滞納処分においては、国は、その有する租税債権につき、自ら執行機関として、強制執行の方法により、その満足を得ようとするものであって、滞納者の財産を差し押えた国の地位は、あたかも、民事訴訟法上の強制執行における差押債権者の地位に類するものであり、租税債権がたまたま公法上のものであることは、この関係において、国が一般私法上の債権者より不利益の取扱を受ける理由となるものではない。それ故、滞納処分による差押の関係においても、民法177条の適用がある」

「国が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に当たるか

☑ 租税滞納処分による差押えと未登記の譲受人との関係には民法177条の適用がある

☑ 第三者の解釈

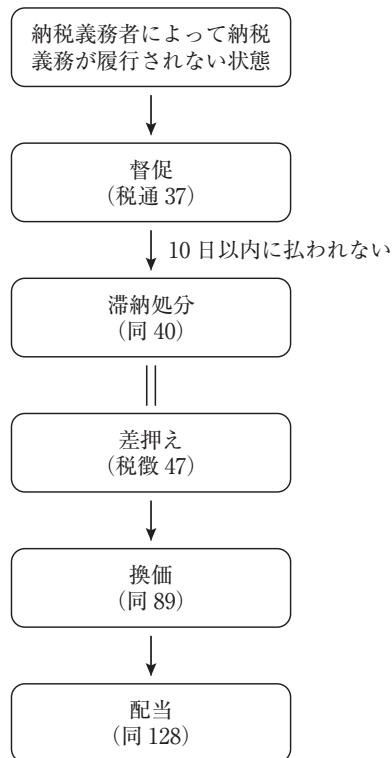
☑ 背信性が認められる場合

☑ 本判決の差戻上告審（最判昭35.3.31【百選19】）において、Yが背信的悪意者であると認定され、公売処分は無効であるとされた

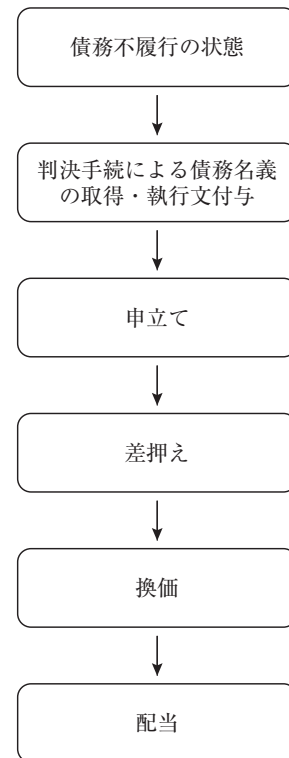
どうか問題となる」「第三者が登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しない場合とは、当該第三者に、……登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合に限る」

「本件において、一方において一般国民のために租税を徴収し公売制度の信用を維持すべき国の公益的立場および善意無過失の第三者としてもっとも保護に値する競落人の立場と他方……移転登記の経由を怠っていたことのために……取引上通常被ることのあるべき損失を被ることはやむを得ない」「Xの立場とも比較考慮すれば、本件において、国が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に当たらないというためには、……Xにおいて本件土地が所轄税務署長からXの所有として取り扱われるべきことをさらに強く期待することがもっともと思われるような特段の事情がなければならぬものと解する」

<国税滞納処分>



<民事執行法上の強制執行（金銭執行）>



判例 最判昭50.2.25【百選 I 22】～国に対する安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求と消滅時効～ 司H25-38[23]-5,予H24-13-I,R1-13-7,R6-13-

ウ

事案：昭和40年7月13日午後11時5分ごろ、自衛隊の整備工場において訴外Aの運転する大型自動車が後進中、車両を整備していた訴外Bを轢き、訴外Bは死亡した。訴外Bの相続人であるXら（Bの父母）は国家公務員災害補償法15条による補償金76万円を受領した。Xらは補償金以外に別途国に損害賠償請求ができることを知らなかった。その後、国に損害賠償請求ができることを知ったため、被告Y（国）に対し、昭和44年10月6日、自動車損害賠償保障法3条による損害賠償請求訴訟を提起した。第一審では、上記損害賠償請求権は3年（平成29年法律第44号による改正前の民法724条）で消滅時効にかかり、Xらが損害及び加害者を知ったのは事故日の昭和40年7月13日であるとして消滅時効の抗弁が認められた。これに対しXらは控訴審においてYは自衛隊員の使用主として、隊員が服務するについてその生命に危険が生じないように注意し、人的物的環境を整備すべき義務を負担しているものであるが、Yは右義務を怠り、本件事故を発生させたのであるから、これに基づく損害を賠償すべき責任があること、当該請

求権の消滅時効は10年であると主張した

要旨：「国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解すべきである。」「けだし、右のような安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであって、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はなく、公務員が前記の義務を安んじて誠実に履行するためには、国が、公務員に対し安全配慮義務を負い、これを尽くすことが必要不可欠であり、また、……災害補償制度も国が公務員に対し安全配慮義務を負うことを当然の前提とし、この義務が尽くされたとしてもなお発生すべき公務災害に対処するために設けられたものと解されるからである。」

「そして、会計法30条が金銭の給付を目的とする国の権利及び国に対する権利につき5年の消滅時効期間を定めたのは、国の権利義務を早期に決済する必要があるなど主として行政上の便宜を考慮したことに基づくものであるから、同条の5年の消滅時効期間の定めは、右のような行政上の便宜を考慮する必要がある金銭債権であって他に時効期間につき特別の規定のないものについて適用される」「そして、国が、公務員に対する安全配慮義務を懈怠し……公務員に対し損害賠償の義務を負う事態は、その発生が偶発的であって多発するものとはいえないから、右義務につき前記のような行政上の便宜を考慮する必要はなく、また、国が義務者であっても、被害者に損害を賠償すべき関係は、公平の理念に基づき被害者に生じた損害の公正な填補を目的とする点において、私人相互間における損害賠償の関係とその目的性質を異にするものではないから、国に対する右損害賠償請求権の消滅時効期間は、会計法30条所定の5年と解すべきではなく、民法167条1項により10年と解すべきである。」

☑ 国の公務員に対する安全配慮義務が認められるか

☑ 会計法30条の趣旨及び安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権に会計法30条が適用されるか

判例 最判平19.2.6【百選 I 23】～違法な通達による失権と信義則～

司H24-21-文章Ⅱ, 予H30-13-ウ

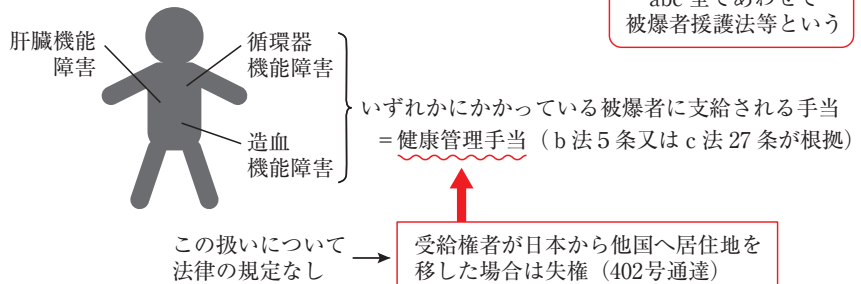
事案：原告Xらは、いずれも、広島市に投下された原子爆弾に被爆した者であり、ブラジルに移住していた。Xらは、いずれも、平成3年から同7年にかけて、ブラジルから一時帰国し、被爆者援護法等に基づき、広島県知事から循環器機能障害等の疾病の認定を受け、健康管理手当を支給する旨の健康管理手当証書の交付を受けた。Y（広島県）知事は、Xらがその後間もなくブラジルに出国したことから、402号通達を根拠として、出国時以降の本件健康管理手当の支給をそれぞれ打ち切った。Xらはそれぞれ平成14年7月から12月にかけてYに対して本件健康管理手当の支払を求めて公法上の当事者訴訟である本件健康管理手当の給付請求訴訟を提起した。訴訟中の平成15年3月1日、402号通達は廃止され、Yは、この廃止に伴い、Xらに健康管理手当を支給したが、本件健康管理手当のうち、本件各提訴時点で既に各支給月の末日から5年を経過していた分については、地方自治法236条所定の時効により受給権が消滅したとして、その支給をしなかった。本件訴訟においてXらは、Yが402号通達に従ってXらに本件健康管理手当の支給を怠っておきながら、消滅時効を主張するのは権利濫用ないし信義則違反であると主張している

<被爆者援護法等>

- a. 原子爆弾被爆者の医療等に関する法律
b. 原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律

ab を統合 → 被爆者援護法(c)

abc 全てあわせて
被爆者援護法等という



☑ 通達の性質、及び通達が発出された場合の国民の行動

要旨：「通達は、行政上の取扱いの統一性を確保するために、上級行政機関が下級行政機関に対して発する法解釈の基準であって、国民に対し直接の法的効力を有するものではないとはいえ、通達に定められた事項は法令上相応の根拠を有するものであるとの推測を国民に与えるものであるから、……402号通達の明確な定めに基づき健康管理手当の受給権について失権の取扱いをされた者に、なおその行使を期待することは極めて困難であった」「他方、国が具体的な権利として発生したこのような重要な権利について失権の取扱いをする通達を発出する以上、相当程度慎重な検討ないし配慮がされてしかるべきものである。しかも、402号通達の上記失権取扱いに関する定めは、我が国を出国した被爆者に対し、その出国時点から適用されるものであり、失権取扱い後の権利行使が通常困難となる者を対象とするものであった」

☑ Y の消滅時効の主張が信義則に反し許されないこと

「Y が消滅時効を主張して未支給の本件健康管理手当の支給義務を免れようとすることは、違法な通達を定めて受給権者の権利行使を困難にしていた国から事務の委任を受け、又は事務を受託し、自らも上記通達に従い違法な事務処理をしていた普通地方公共団体ないしその機関自身が、受給権者によるその権利の不行使を理由として支払義務を免れようとするに等しいものといわざるを得ない。」「Y の消滅時効の主張は、402号通達が発出されているにもかかわらず、当該被爆者については同通達に基づく失権の取扱いに対し訴訟を提起するなどして自己の権利を行使することが合理的に期待できる事情があったなどの特段の事情のない限り、信義則に反し許されないものと解する」

「地方自治法236条2項所定の普通地方公共団体に対する権利で金銭の給付を目的とするものは、同項後段の規定により、法律に特別の定めがある場合を除くほか、時効の援用を要することなく、時効期間の満了により当然に消滅する」「同規定が上記権利の時効消滅につき当該普通地方公共団体による援用を要しないこととしたのは、上記権利については、その性質上、法令に従い適正かつ画一的にこれを処理することが、当該普通地方公共団体の事務処理上の便宜及び住民の平等的取扱いの理念（同法10条2項参照）に資することから、時効援用の制度（民法145条）を適用する必要がないと判断されたことによる」「このような趣旨にかんがみると、普通地方公共団体に対する債権に関する消滅時効の主張が信義則に反し許されないとされる場合は、極めて限定されるものというべきである。」

「しかしながら、地方公共団体は、法令に違反してその事務を処理してはならない……（地方自治法2条16項）。この法令遵守義務は、地方公共団体の事務処理に当たっての最も基本的な原則ないし指針であり、普通地方公共団体の債務についても、その履行は、信義に従い、誠実に行う必要がある」「そうすると、本件のように、普通地方公共団体が、上記のような基本的な義務に反して、既に具体的な権利として発生している国民の重要な権利に関し、法令に違反してその行使を積極的に妨げるような一方的かつ統一的な取扱いをし、その行使を著しく困難にさせた結果、これを消滅時効にかからせたという極めて例外的な場合においては、上記のような便宜を与える基礎を欠くといわざるを得ず、また、当該普通地方公共団体による時効の主張を許さないこととしても、国民の平等的取扱いの理念に反するとは解されず、かつ、その事務処理に格別の支障を与えるとも考え難い。」したがって、本件において、Yが上記規定を根拠に消滅時効を主張することは許されない

☑ 消滅時効の主張が信義則に反する場合についての解釈一時効の援用を不要とした地方自治法236条2項との整合性

☑ 消滅時効の主張が信義則に反し許されない場合とは

第3. 行政法規違反の法律行為の効力

判例 最判平23.12.16【百選 I 10】～建築基準法違反事件～

事案： X社はY社から賃貸マンション2棟（A棟とB棟）の建築を代金約1億1,000万円で請け負った。本件マンションの建築に当たって、Y社とマンションオーナーCとの間で、建築基準法を遵守した場合には採算がとれないという理由で、建築確認を取得し、検査済証を得た後で、確認を受けた内容と異なる工事をする、A棟の地下のみ、確認図面で建築確認を受け、実施図面で工事をする、という合意がされた。そのため、建築確認用の確認図面と、実際の施工用の実施図面が作成された。Y社とX社が請負契約を締結する際にもこの確認図面と実施図面の両方が提示され、上記計画の説明がY社担当者からX社代表取締役役にされた。当該計画についてX社代表取締役が了承の上で本件請負契約は締結された。本件建物は実施図面どおりに建築されれば、建築基準法、同法施行令、東京都建築安全条例に定められた耐火構造に関する規制、北側斜線制限、日影規制、建ぺい率制限、容積率制限、避難通路の幅員制限等に違反する違法建物となる

実際に工事を始めた後、A棟の地下で確認図面と違う工事がされていることを、区役所の担当者が把握した。同区役所の指示を受けて是正計画書が作成され、X社はこれに対応するために追加工事（以下「本件追加変更工事」という）を行い、A棟及びB棟は完成し、検査済証の交付を受けた。Y社は請負代金の一部については支払ったが、未施工部分があることや工期遅延の責任があることを理由に当初の契約代金の一部を支払わず、また、追加工事代金も支払わなかった。そこで、X社はY社に対して請負契約に基づく請負代金請求訴訟を提起した。控訴審では、本件追加変更工事を含む上記請負契約は強い違法性を帯びたものであり、強行法規違反ないし公序良俗違反として私法上も無効であるとして、クリーンハンズの見点から、請求棄却判決がされた

☑ 本件各契約が、公序良俗に反し、無効といえるか

要旨： 本件でY社とCが立てた「計画は、確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという、大胆で、極めて悪質なものとわざとを得ない。加えて、本件各建物は、当初の計画どおり実施図面に従って建築されれば、北側斜線制限、日影規制、容積率・建ぺい率制限に違反するといった違法のみならず、耐火構造に関する規制違反や避難通路の幅員制限違反など、居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物となる」「これらの違法の中には、一たび本件各建物が完成してしまえば、事後的にこれを是正することが相当困難なものも含まれている……ことからすると、その違法の程度は決して軽微なものとはいえない。X社は、本件各契約の締結に当たって、積極的に違法建物の建築を提案したものではないが、建築工事請負等を業とする者でありながら、上記の大胆で極めて悪質な計画を全て了承し、本件各契約の締結に及んだのであり、X社が違法建物の建築というY社からの依頼を拒絶することが困難であったというような事情もうかがわれないから、本件各建物の建築に当たってX社がY社に比して明らかに従属的な立場にあったとはいえない。

以上の事情に照らすと、本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるといわなければならない、これを目的とする本件各契約は、公序良俗に反し、無効であるというべきである。」

☑ 本件追加変更工事が公序良俗に反し、無効といえるか

「これに対し、本件追加変更工事は、本件本工事の施工が開始された後、区役所の是正指示や近隣住民からの苦情など様々な事情を受けて別途合意の上施工された……その中には本件本工事の施工によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事も含まれていたというのであるから、基本的には本件本工事の一環とみることはできない。そうすると、本件追加変更工事は、その中に本件本工事計画されていた違法建築部分につきその違法を是正することなくこれを一部変更する部分があるのであれば、その部分は別の評価を受けることになるが、そうでなければ、これを反社会性の強い行為という理由はないから、その施工の合意が公序良俗に反するもの

ということはいけないというべきである。」



判例を読み解く 最判平23.12.16【百選 I 10】～建築基準法違反事件～

短答 8頁

行政法規違反の法律行為の効力について、昭和35年の食品衛生法違反事件及び昭和30年の煮乾いわし事件（㊟短答知識完成講座で扱う）の判例は、当該行政法規の性質から判断をしている。すなわち、食品衛生法は取締法規であるがゆえに、同法に反していたとしても法律行為の効力は否定されない。他方、臨時物資需給調整法1条の趣旨は同条に反する取引の効力を認めない趣旨である（＝強行法規）ことから、同条違反の取引の効力は否定されたとした

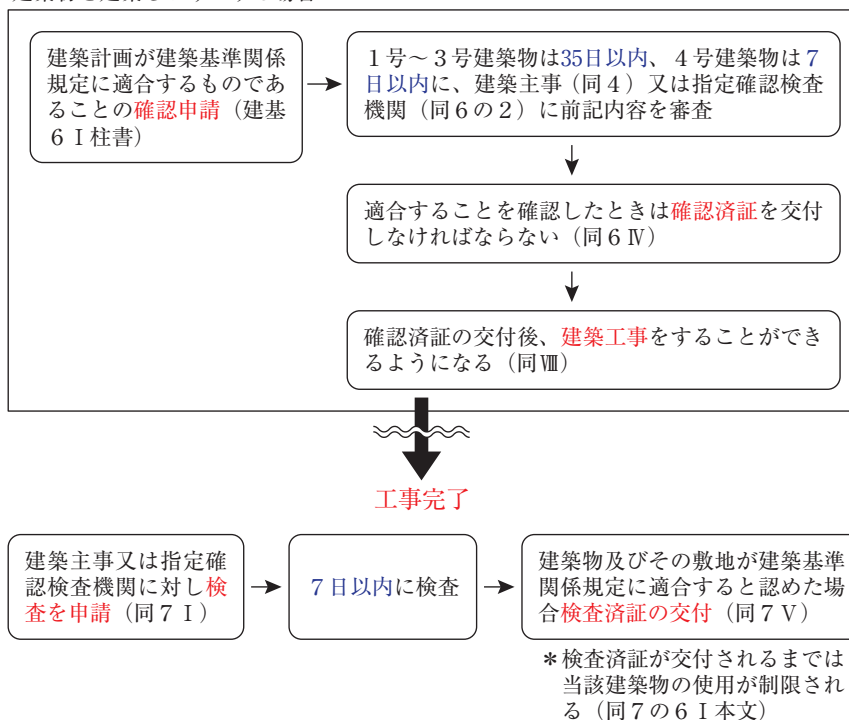
が、その後の多くの判例は、行政法規の性質で判断するのではなく、事実ごとに①契約目的の悪質性や②当事者の主観的事情、③違法の重大性を総合考慮し、民法90条に反するかを検討している。平成23年の建築基準法違反事件においても、最高裁は、①確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという目的の悪質性、②①を実現するための計画を全て知った上で契約を締結したというX社の主観面、③仮に当該違法建物が建築された場合、居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物が出来上がるのであって、その違法性を事後的に是正することが相当困難なため、軽微な違法とはいえないことを認定し、本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為であって、これを目的とする契約は民法90条に反し無効としている

本件契約が公序良俗に反して全部無効であるとする、完成後建物の引渡しは不法原因給付（民708）となり、X社のY社に対する建物の返還請求権が否定される。その反射的效果としてY社が建物の所有権を得る。他方、本件契約に基づき支払われた請負代金についても不法原因給付となり、X社はY社に請負代金相当額の金銭返還債務を負わない。この結果ならば、両者のバランスがとれており、事案の解決として妥当である

上記判断に加え、最高裁は、違法な結果を是正するためにされた工事の合意については、反社会性が強い行為とはいえないとして、その合意については民法90条に反しない可能性を指摘している（この部分については審理が不十分であるとして、差戻しされている）

<建築確認>

・建築物を建築しようとする場合

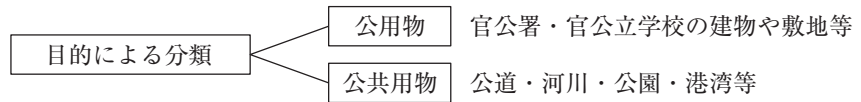


第4. 公物

1. 意義

公物とは、行政主体により、直接公の目的のために供用される個々の有体物をいう

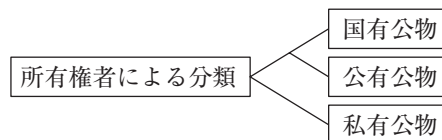
(1) 目的による分類



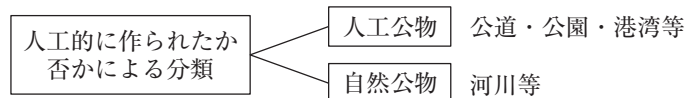
公用物：行政主体の利用に供される有体物

公共用物：公衆の利用に供される有体物

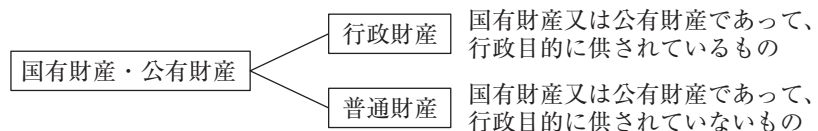
(2) 所有権者による分類



(3) 人工的に作られたか否かによる分類



(4) 国・地方公共団体が所有する財産の分類



行政財産：国有財産又は公有財産であって、行政目的に供されているもの

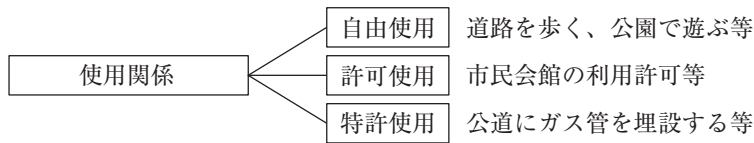
普通財産：国有財産又は公有財産であって、行政目的に供されていないもの

国が所有する国有財産については国有財産法に、地方公共団体が所有する公有財産については地方自治法に規定がある

2. 公物の使用関係

短答 9頁

(1) 自由使用・許可使用・特許使用

☒ 公共用物が念頭に置かれている


ア 自由使用

許可なくして公衆が公物の本来の目的に従って、他人の共同使用を妨げない限度において自由に使用することが認められている場合

ex. 道路を歩く、公園で遊ぶ

イ 許可使用

利用について法律で一律禁止とし、申請に基づき禁止を個別に解除して使用させる場合

ex. 市民会館の利用許可（最判平7.3.7～泉佐野市市民会館事件～）

ウ 特許使用

公物の独占的な利用を特定人に認めるもの

ex. 公道にガス管を埋設する、河川の流水占有権

(2) 公用開始・公用廃止

自然公物については、自然のままで公共の用に供されているため、公物の成立・廃止は観念できない

他方、人工公物については、公用開始行為によって公共の用に供され、公用廃止行為によって公共の用に供されなくなる

→公用開始行為及び公用廃止行為は処分（行訴3Ⅱ）である

(3) 使用許可

ア 公共用物の場合

公物管理法（河川法、港湾法等）がある場合、当該法律に基づき、当該公物の利用が許されるか判断する

公物管理法がない場合（法定外公共用物という）には、イで述べる規定の適用がある

☒ 実務上は法定外公共物とされる

イ 公用物の場合

行政主体が利用するための財産

→公衆の使用は例外

目的外使用許可について、国有財産法18条6項、地方自治法238条の4第7項に規定がある

判例 最判平18.2.7【百選 I 70】～呉市学校施設使用不許可事件～

➡128頁