入学予定者向け特別企画

期末試験にチャレンジ！！
～憲法編～

平成21年度に実施された法律基本科目（1年生科目）の期末試験問題を、各科目の担当者による簡単な解説を付して、順次掲載していきます。入学予定者のみなさんに来年度から履修する法律基本科目の期末試験問題を実際にご覧頂くことで、1年次において到達すべき学修目標を具体的にイメージして頂きたいと考えています。また、この企画を通じて、入学時までの学習計画（学修内容や学習方法）を適切に立てて頂きたいと考えています。

なお、ここで掲載した期末試験問題を実際に解いてみませんか？作成した答案を宛先まで送付して頂ければ、担当者のコメントを付して、返却いたします。現時点での学力を確認する有益な機会と思いますので、是非、チャレンジしてみて下さい。

憲法を学ぶために

以下の設問は、2009 年度前期の「憲法 A」の試験問題とその解説です。これを読んで、法科大学院ではどのような試験問題が出され、回答にあたってはどのような点に留意すれば、いいのかを知ってほしいと思います。

【 問 題 1 】

国立大学法人K大学では、A国大使を招いて「中東情勢とイスラム世界の動向」と題する講演会および展示会を、学内のK講堂で行う計画を立てた。中東ではA国と対立する国も多く、「A国打倒！」を叫ぶ武装組織もある。かつて１９７０年代にはK大学では、学生の中にA国に反対する運動に共鳴して、A国に隣接する国に入国して、武装組織に加わり、殺人事件を犯した学生もいた。
そこで、K県警察は、警察庁からの要請をうけて、この講演会の参加者については、どのような参加者がいるかを事前に把握することにした。
K県警察は、K大学に対して、講演会参加希望者はあらかじめ大学に申請させて、大学が参加希望者名簿をつくることを要請し、その名簿の写しを警察に提供するように求めた。
K大学は、その要請を了解し、希望者名簿を作成することにし、参加希望者にはその名簿に、学生の名前、学籍番号を書かせることにした。学外からの参加希望者には、名前の他に、住所、電話番号、職業（働いている場合は会社名）を書かせることにした。とくに住所、電話番号、職業を記入させたのは、他人の名を偽って入場しようとする者が出るおそれがあるため、本人であることの確認がしやすいことを優先したためである。その希望者名簿には、この名簿のコピーを警察に提供する旨のことは末尾に書かれていた。
ある学生は、この名簿をみて、これは第１に個人情報の侵害ではないか、第２に、学問の自由を保障する憲法２３条から導き出される大学の自治に反するのではないかと考え、K大学学長あてに質問状を送った。

（注）国立大学法人は、独立行政法人が保有する個人情報保護法が適用されて、ほぼ国の行政機関と同じ扱いをうけている。

（問１）
K大学のとった行為は権利侵害にあたるか？学生、学外からの参加者それぞれについて論じなさい。
（問２）
警察がK大学に名簿の提出など要請したことは、大学の自治に違反するか？

【　解　説　】

【問題１】問題１は、大学内における講演会開催にあたって、警察からの依頼をうけて学生および学外からの参加希望者の個人情報を収集し、提供できるかという設問を作成した。
この設問は早稲田大学江沢民講演会事件を参考にしています。事例を作成するにあたって、設問では私人間の人権の効力が争点になりうる私立大学ではなく、人権が直接適用される国立大学という設定にし、早稲田大学事件とちがって警察に提供する旨の文章はあらかじめ講演の受講を希望する学生には示されたことにした。
したがって個人情報（プライバシー）の外部への提供について、公安・安全の確保という理由が外部提供にあたって「正当な理由」にあたるかを考察してもらうことが出題の意図である。そして、大学の自治に違反しないか、という設問も、警察の警備活動と大学の関係について考察してもらうために、出題した。
この設問では、以下の点を注意して、評価した。
（１）いわゆるプライバシーの権利についての憲法上の意義が理解できているか。
（２）プライバシーの権利の制約はどこまで許されるか。この事例では権利の制約についての憲法審査基準はどのようなものをつかったらいいのか？　基準が適切に設定されているかどうか。
（３）制約の目的（公安・安全上の配慮）と制約の手段・程度について、いかにこの事例にあてはめて、展開できているか。
（４）早稲田大学事件最高裁判決が理解出来て、その理解が答案に反映されているか。
（５）学内の学生と学外の人との違いをどう考えるかも論点です。個人情報を知られたくない人は参加しなければいい、という考え方でいいのか、誰が参加したかの個人情報を知られないで、学内の行

事に参加する利益を学生はもっているという立論ができるか、などけっこう難しい問題をはらんでいます。

【 問 題 ２ 】

Ｘは１８歳だが、２００９年８月３０日に行われる予定の衆議院議員選挙では、政権交代が争点になっていることもあって、大いに関心をもち、鹿児島１区に立候補したＡ候補を応援したいと思っている。
しかし、公職選挙法１３７条の２は
「１　年齢満２０歳未満の者は、選挙運動をすることができない。
２　何人も、年齢満２０歳未満の者を使用して選挙運動をすることができない。ただし、選挙運動のための労務に使用する場合は、この限りではない。」
とさだめ、罰則として
公職選挙法２３９条は
「１　次の各号に１に該当する者は、１年以下の懲役又は３０万円以下の罰金に処する。
一（省略）第１３７条の２（未成年者の選挙運動の禁止）の規定に違反して選挙運動をした者」
と規定している。
Ｘは、この未成年者の選挙運動の禁止は、高校の政治経済の授業で習った憲法２１条で保障されている表現の自由とくに政治的表現の自由に違反するのではないかと思った。未成年者だって、政治に関心をもち、特定の政党や候補を支援して、なぜいけないのだろうか。しかし、両親に相談したら、「あなたは未成年者で、まだ選挙権も被選挙権もないし、そういう政治活動に参加することはまだできないのは当然でしょう。民法では契約だって、未成年の場合は親が後から契約を解除することもできるのよ」と言われた。
でも、Ｘはなんとなく納得いかないので、知り合いの法科大学院学生に相談することにした。
あなたが、Ｘから相談されたとしたら、どんな説明をしますか？

【　解　説　】

設問２では、選挙運動の自由に対する規制の１つとしての未成年者の選挙運動の禁止について、いかなる理由で憲法上、正当化できるのか、を考えてもらうのが出題の意図です。表現内容ではなく表現方法を規制しているいわゆる表現内容中立規制にあたるのですが、未成年者の選挙運動はまったく許されないことになっています。
したがって、表現の自由と未成年者の人権という二つの問題が重なりあっています。この場合、表現の自由の規制にあたるが、どのような違憲審査基準を用いて判断したらいいのか、それに未成年者の人権およびその制約（いわゆるパターナリスティックな制約）がどこまでゆるされるかという問題をあわせて考えてもらうことにした。
この設問では、以下の点を注意して、評価した。
（１）未成年者の選挙運動禁止について、表現の自由、政治活動の自由に対する制約であるとすれば、どのような審査基準を用いたらいいのか？
（２）未成年者であることから規制の合憲性についてどのような基準を用いたらいいか？
（３）未成年者に対する他の規制（例有害図書規制）と未成年者に対する選挙運動の自由の規制とは同じに扱えるかどうか？
（４）未成年者に対する罰則を定めている点は規制手段として必要かつ合理的か。
この設問は実際に裁判で争われたことがないので、論旨の展開はけっこう難しいと思いますが、未成年者の選挙運動への参加禁止をその未熟性（いわゆるパターナリスティックな制約）を理由に一概に合憲としてしまうのはいかがなものか？現在、憲法改正国民投票法では１８歳以上に投票権が認められているので、当然、投票運動もできることになります。とすると、未成年者の選挙運動といっても一概に否定されるべきではなく、１８歳以上くらいなら選挙に参加してもおかしくないので、一概に規制が正当化されるわけではない。現行法では２０歳以上の国民に選挙権を保障しているので、選挙権を有する者が選挙運動に参加できる制度になっているという考え方で説明せざるをえないでしょう。
しかし、１８歳～２０歳まで選挙運動への参加を認めないのは憲法違反かというと、１８歳～２０歳の国民に選挙権を保障しないのが憲法違反とはなかなかいえないと同様に、憲法違反とはいいづらいのでは。
合憲という結論にもっていくには、この種の選挙運動の規制は「選挙の公正」を確保するルールとして立法裁量に任されているという考え方（選挙運動規制は、選挙についてのルールだから立法裁量だとする伊藤正巳裁判官の補足意見を参照）が一番無難かなと考えました。もちろん、パターナリスティックな制約を理由に合憲とする見解ももちろんありえますが、その説明の仕方は「未熟性」だけではなかなか説明できないので、そこをどう説明するかが腕の見せ所です。違憲と主張するには、規制の手段（罰則）について「より制限的でない他の選択」がありうるとして、LRA の基準などを使いながら結論にもっていくというのがいいような気がします。

[答案送付先]

（郵送の場合）
〒890-0065
鹿児島市郡元 1－21－30
鹿児島大学法科大学院司法政策研究科　久木野宛
＊「期末試験答案（科目名）在中」と朱書きしてください。
＊答案の返送先を明記して下さい。

（メールの場合）
ls_support@leh.kagoshima-u.ac.jp
＊タイトルを「期末試験答案（科目名）」としてください。
＊答案の返送先を明記して下さい。

[答案提出期限]

答案提出期限は特に設けません。来年度の新学期が始まるまで受け付けます。

[答案返却]

答案提出から３週間程度かかることをご了承下さい。

入学予定者向け特別企画

期末試験にチャレンジ！！
～民法編～

平成２１年度に実施された法律基本科目（１年生科目）の期末試験問題を、各科目の担当者による簡単な解説を付して、順次掲載していきます。入学予定者のみなさんに来年度から履修する法律基本科目の期末試験問題を実際にご覧頂くことで、１年次において到達すべき学修目標を具体的にイメージして頂きたいと考えています。また、この企画を通じて、入学時までの学習計画（学修内容や学習方法）を適切に立てて頂きたいと考えています。

なお、ここで掲載した期末試験問題を実際に解いてみませんか？作成した答案を宛先まで送付して頂ければ、担当者のコメントを付して、返却いたします。現時点での学力を確認する有益な機会と思いますので、是非、チャレンジしてみて下さい。

民法Ｂは、１年次前期配当の法律基本科目で、物権法（担保物権を含む）を対象としています。期末試験は３問を出題し、問題１は必ず解答、問題２および問題３は何れか１問を選択して解答、という方法をとりました（試験時間は１２０分です）。問題１は、取消と登記、民法１７７条の第三者の範囲、背信的悪意者からの転得者の法的地位に関する基本的理解を問う問題（配分６０％）、問題２は、不動産譲渡担保の法律構成および譲渡担保権設定者と第三者の関係に関する基本的理解を問う問題（配分４０％）、問題３は、物権的請求権の相手方に関する基本的理解を問う問題（配分４０％）となっています。以下に、平成２１年度民法Ｂの期末試験問題と採点に際して評価対象としたポイントを示します。

【 問 題 １ 】

本件土地は、平成２１年５月１日のＸＹの売買、同年５月１５日のＹＺの売買、同年７月１日のＺＡの売買という経緯をたどり、現在Ａが本件土地を占有し、登記も経由している。

上記の売買契約にはそれぞれ以下の事情があった。

１．ＸＹの売買

平成２１年４月頃、甲市郊外に立地する本件土地の所有者Ｘは、甲市内の不動産業者を名乗るＹから本件土地の売却話を持ちかけられた。Ｙは、甲市の環境課職員からの情報として、本件土地の近隣に産業廃棄物処理場の建設が予定されており、同施設の計画が公表されると本件土地の価格が大幅に下落することが見込まれるなど、事実に反する虚偽の言動を行った。これを信じたＸは、同年５月１日に、Ｙと本件土地に関する売買契約を締結し、売買代金の受領と引き替えに、本件土地の所有権移転登記を行った。

２．ＹＺの売買

本件土地をＸから購入したＹは、Ｘから本件土地の返還を求められることを回避するため、自己に所有権登記があることを奇貨として、本件土地を第三者に売却することにした。そこで、以前から面識のあったＺに、Ｘとの売買の経緯（１．ＸＹの売買の内容）を説明したうえ、本件土地の売却話を持ちかけたところ、Ｚは、かねてよりＸに対し個人的な怨恨を持っており、自己が本件土地について所有権登記を取得するとＸに財産的損害を与えられること、および本件土地を時価相当額で転売できた場合、一定の利益を見込めること等から、平成２１年５月１５日、ＺはＹとの間で本件土地の売買契約を締結し、所有権移転登記を行った。

３．ＺＡの売買

平成２１年７月１日、Ｚは、本件土地をＡに転売し、所有権移転登記を行った。Ａは、Ｘと面識があり、Ｘから本件土地についてＹから詐欺にあった事実を聞き及んでいたが、自己が経営する飲食店の２号店の店舗を甲市近郊で探していたこともあり、本件土地をどうしても取得したいと考え、本件土地に関する事情（１．ＸＹの売買、２．ＹＺの売買の内容）を知りながら本件土地をＺから購入していた。

[設問]

以上の事実関係において、平成２１年５月１０日、Ｘは、詐欺を理由としてＹとの本件土地売買契約を取り消したとする。この場合の本件土地に関する法律関係について検討しなさい。

【採点のポイント】

・詐欺取消（民法９６条１項）の要件および効果に関する基本的理解が備わっているか。

・民法９６条３項の第三者保護規定の趣旨を正確に記述できているか（特に、判例の立場に立つ場合、取消後に現れた第三者と取消前に現れた第三者を規律する法規範が異なる理由を正確に記述できているか）。

・取消後の第三者と取消権者が対抗関係に立つことの理論的根拠と価値判断を正確に記述できているか。

・本件事例への当てはめが正確にできているか。

・無権利の法理で処理する場合、判例の立場を適切に批判できているか（理論構成および価値判断の両面から）。

・無権利の法理で処理する場合、本人の帰責性の評価について言及がみられるか。
・背信的悪意者が民法 177 条の第三者から除外される理由を説得的に展開できているか。
・本件時事関係において背信的悪意者と評価する場合、どのような事実を認定すべきか（自由競争の枠内で保護される主観的態様と背信的悪意と評価される主観的態様が混在する場合、その背信性をどのように評価すれば良いかという点を含め）。
・背信的悪意者の法的地位に関する論証があるか。それを踏まえて背信的悪意者からの転得者の地位を説得的に論証できているか。
・転得者の主観的態様をどのように評価するか（単純悪意者が 177 条の第三者から排除されない理由を説得的に展開しているか）

【 問 題 ２ 】

Ｘは、自己が所有する土地（以下、本件土地）をＹに 1500 万円で売却し、所有権移転登記を行った。本件売買は、売買契約の形式が取られているが、実質的には、ＸのＹに対する 1500 万円の金銭債務を担保するために行われており、Ｘの弁済が行われない場合にＹが確定的に本件土地の所有権を取得すること、Ｘは弁済により本件土地の受戻権を取得すること等が合意されていた（登記原因は「譲渡担保」）。その後、Ｙは、本件土地の所有権登記が自己にあることを奇貨として、Ｘに対する 1500 万円の債権の弁済期が到来する前に、本件土地をＺに売却し、所有権移転登記を行った。

[設問]
この場合のＸＹＺ間の法律関係を検討しなさい。

【採点のポイント】
・譲渡担保の法律構成に関する説得的な論証があるか（担保権的構成、所有権的構成の何れの立場に立つにせよ）。
・譲渡担保の目的不動産が譲渡担保権者により第三者に譲渡された場合、自己が採用した譲渡担保の法律構成に即して、適切に法律関係を説明できているか。
・担保権的構成、設定者留保権説に立つ場合、所有権移転登記を信頼して取引に入った第三者の保護をどのように考えるか。
・民法 94 条 2 項を用いる場合、類推適用か直接的適用かについての言及があるか。
・第三者の善意無過失を評価する場合、登記原因「譲渡担保」は如何なる意味を持つかについて言及があるか。

【 問 題 ３ 】

鹿児島市在住のＸは、平成 5 年 5 月頃、与論町郊外の土地を購入し、退職後は、同地に移住し、同土地に建物を建設して居住することを計画していた。しかし、平成 6 年 2 月頃、地元住民Ｙが本件土地にＸに無断で建物（本件建物）を建設し、農業用重機等の倉庫として利用するとともに、同建物について建物保存登記を行っていた。Ｘは、別の地元住民から右状況について聞き及んでいたが、退職して同地に移住するまで暫く間があること、建物が簡易建物であること、地域住民とのトラブルを避けたいこと等から、現地に移住した段階で対応すれば良いと考え、これを放置していた。その後、平成 7 年 7 月頃、本件建物はＺに譲渡され、さらに、平成 8 年 1 月頃、ＺからＡに譲渡されたことが確認されている。しかし、その後も、本件建物は、地元住民の間で転々と譲渡されたようであり、何れも所有権移転登記は行われておらず（したがって、本件建物は未だＹの所有名義）、実質的に所有者不明の状態が生じている。
平成 21 年 8 月、会社を退職したＸは、同土地の利用を行うため、自己所有地に建築されている本件建物を撤去したいと考えている。Ｘの取り得る法的手段を検討しなさい。

【採点のポイント】
・物権的請求権の類型とそれぞれの成立要件について正確な理解があるか。
・物権的請求権の相手方に関する最高裁判例（最判平成 6 年 2 月 8 日民集 48 巻 2 号 373 頁）の理論構成と価値判断について正確な理解があるか。
・不法占拠を認容しこれを放置した土地所有者の行為をどのように評価するか。
・物権的請求権の時効消滅について言及しているか。

村山洋介（民法）

[答案送付先]
（郵送の場合）
〒890-0065
鹿児島市郡元 1－21－30
鹿児島大学法科大学院司法政策研究科　久木野宛
＊「期末試験答案（科目名）在中」と朱書きしてください。
＊答案の返送先を明記して下さい。

（メールの場合）
ls_support@leh.kagoshima-u.ac.jp
＊タイトルを「期末試験答案（科目名）」としてください。
＊答案の返送先を明記して下さい。

[答案提出期限]
答案提出期限は特に設けません。来年度の新学期が始まるまで受け付けます。

[答案返却]
答案提出から３週間程度かかることをご了承下さい。

入学予定者向け特別企画

期末試験にチャレンジ！！
～行政法編～

平成 21 年度に実施された法律基本科目（1 年生科目）の期末試験問題を、各科目の担当者による簡単な解説を付して、順次掲載していきます。入学予定者のみなさんに来年度から履修する法律基本科目の期末試験問題を実際にご覧頂くことで、1 年次において到達すべき学修目標を具体的にイメージして頂きたいと考えています。また、この企画を通じて、入学時までの学習計画（学修内容や学習方法）を適切に立てて頂きたいと考えています。

なお、ここで掲載した期末試験問題を実際に解いてみませんか？作成した答案を宛先まで送付して頂ければ、担当者のコメントを付して、返却いたします。現時点での学力を確認する有益な機会と思いますので、是非、チャレンジしてみて下さい。

昨年度前期期末試験の行政法Ａの試験問題を参考にして、行政法とは何かを各自考えてください。平成２１年度前期の行政法Ａの再現問題と解説及び採点のポイントを示しておきます。

平成２１年度前期期末試験の評価の配点は、期末試験は８０点満点で、レポート及び出席状況は２０点です。

【 問 題 】

次の事例を参考にして、各設問に答えなさい。

［事例1］

個室付浴場業と児童遊園

（最判昭和５３．５．２６　民集３２－３－６８９）

1．事実の概要

（1）本件は、原告Ｘ会社の代表者Ａが、個室付浴場業を営むため、昭和４３年３月頃、山形県余目町に土地を購入し、同年５月１１日に余目町を経由して被告Ｙ山形県土木部建築課に個室付浴場業用建物の建築確認を申請し、同月２３日に建築確認を得て上記建物の建築に着手し、同年６月末ころこれを完成し、同年７月１１日に建築確認済証の発行を受けた。又、同年５月１１日に個室付浴場業の営業に必要な公衆浴場法２条１項の許可（公衆浴場業の許可）の申請を被告山形県Ｙ知事に対してＡ名義で行ったが、同年６月６日に改めて原告Ｘ名義で申請をし直し、同年７月３１日にその許可を受けた。

ところが、個室付浴場業の開業に際しては、同年５月初めころより地元民から反対運動が起こり、余目町および山形県当局は上記個室付浴場業の開業を阻止する方針を立て、山形県当局はその開業前に上記開業予定地から約１３４．５メートルの距離にある余目町の町有地に児童福祉施設たる児童遊園を設置すれば上記開業を阻止できるとして、同町に対して積極的に指導し、これを受けた同町は、急遽、児童遊園を設置することとし、同年６月４日、山形県知事に対して、その設置認可の申請を行い、同知事は同月１０日にこれを認可した（事件時の児童福祉法３５条３項）。

（2）さて、本事件は、風俗営業等取締法４条の４第１項（現行風営法２８条１項）上、児童福祉施設から２００m以内では個室付浴場業の営業は禁止されており、Ｘが昭和４３年９月ころから個室付浴場業の営業を開始したため、山形県公安委員会が翌４４年２月２５日付でＸに対して６０日間の営業停止処分を行ったことに起因している。Ｘはこの営業停止処分の取消しを求めて出訴したが、訴訟係属中に営業停止期間が経過したため、被告山形県Ｙを被告名宛人とする国家賠償請求の訴えに変更したのが本件である。第一審判決（山形地判昭和４７．２．２９　判時６６１－２５）は請求を棄却したが、第二審判決（仙台高判昭和４９．７．８　判時７５６－６２）は、山形県知事の児童遊園認可処分はＸが［現行法上適法になし得るトルコ風呂営業（個室付浴場業のことをいう）を阻止、禁止することを直接の動機、主たる目的としてなされたものであることは明らかであり］、そのような認可処分は「法の下における平等の理念に反するばかりでなく・・・営業の自由を含む職業選択の自由ないしは私有財産権を侵害するものであって、行政権の著しい濫用と評価しなければならない」として、これをＸの個室付浴場業との関係において違法かつ無効とし、Ｘの請求を認容した。

2．判旨　上告棄却

「原審の認定した右事実関係のもとにおいては、本件児童遊園設置認可処分は行政権の著しい濫用によるものとして違法であり、かつ、右認可処分とこれを前提としてされた本件営業停止処分によってＸが被った損害との間には相当因果関係があると解するのが相当であるから、Ｘの本訴損害賠償請求はこれを認容すべきである。」

［事例2］

品川マンション事件

（最判昭和６０．７．１６　民集３９－５－９８９）

1．事実の概要

（1）　本件は、原告Ｘ会社がマンション建築のため、１９７２年１０月２８日に、被告東京都Ｙの建築主事Ａに建築確認を申請し、これに対して、同年１２月１２日、附近住民が本件マンションによって日照阻害、風害の被害を受けるとして建築確認に反対する旨の陳情をＹに行ったことに起因している。Ｙは紛争激化を予想し、Ｙの紛争調整担当職員ＢがＸに対し、附近住民と話し合って紛争を円満に解決するようにとの行政指導を行い、その結果、Ｘは附近住民と１０数回の話し合いを行い、Ｂの助言にも協力的に対応していた。

一方、Ａは同年１２月２６日には本件確認申請に係る計画が関係諸法令に適合しているとの審査を終了したが、上記行政指導を理由に確認処分を留保した。１９７３年2月１５日にＹは新高度地区案を発表し、既に確認申請をしている建築主に対してもこの案に沿うよう設計の変更を求めると共に、附近住民との紛争が解決しなければ確認処分は行わないこととした。これに対して、附近住民との円満解決は期待できないと考えたＸは、このままでは設計変更を余儀なくされ多大な損害を被るおそれがあるとして、同年３月１日に、東京都建築審査会に本件確認申請に対しすみやかに何らかの作為をするよう審査請求を申し立てた。

（2）Ｘは審査請求後も附近住民との話し合いを続け、同年３月３０日に紛争解決の合意が成立し、同年４月２日に審査請求が取り下げられ、同日申請から約５か月後に建築確認が行われた。これに対して、Ｘは遅くとも１９７３年１月５日には確認処分をすべきであったとして、国家賠償法１条に基づき確認処分の遅延にともなう建築請負代金の増額等の損害の賠償を請求した。第一審判決（東京地判昭和５３．７．３１　判時９２８－７９）は請求を棄却したが、第二審判決（東京高判昭和５４．１２．２４　判時９５５－７３）は、審査請求により行政指導に服さないとの建築主の意思が明らかにされたためそれ以降の留保は違法であるとして、請求を一部認容した。そこで、Ｙが上告したのが本件である。

2．判旨　上告棄却

（1）建築基準法上、関係地方公共団体において、当該建築確認申請に係る建築物が建築計画どおりに建築されると附近住民に対し少なからぬ日照阻害、風害等の被害を及ぼし、良好な居住環境あるいは市街環境を損なうことになるものと考えて、当該

地域の生活環境の維持、向上を図るために、建築主に対し、当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては、社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確認処分を留保し、行政指導の結果に期待することがあったとしても、これをもって直ちに違法な措置であるとまではいえないというべきである（建基法１条等）。

（２）もっとも、建築確認処分の留保は、建築主の任意の協力･服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものであるから、建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確に表明している場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない筋合いのものであるといわなければならず、建築主が右のような行政指導に不協力･不服従の意思を表明している場合には、当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法であると解するのが相当である。

（３）従って、いったん行政指導に応じて建築主と附近住民との間に話し合いによる紛争解決をめざして協議が始められた場合でも、右協議の進行状況及び四囲の客観的状況により、建築主において建築主事に対し、確認処分を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、他に前記特段の事情が存在するものと認められない限り、当該行政指導を理由に建築主に対し確認処分を留保の措置を受忍せしめることは許されないことは前述のとおりであるから、それ以後の右行政指導を理由とする確認処分の留保は、違法となるものといわなければならない。

【設　問　】（８０点満点）

設問１．事例１について、下級審判決と上告審判決の差異に留意しながら、本件判決の意義について述べなさい（１０点）。

設問２．事例１を参考にして、行政権の濫用について、判例・学説も引用しながら説明しなさい（３０点）。

設問３．事例２について、下級審判決と上告審判決の差異に留意しながら、本件判決の意義について述べなさい（１０点）。

設問４．事例２を参考にして、建築確認処分の留保という行政指導の適法性について、判例・学説も引用しながら説明しなさい（３０点）。

【解説・採点のポイント】

(1)解説＝出題の意図

１）設問１（１０点満点）

本設問は事例１（個室付浴場業と児童遊園・山形県余目町）について、行政権の濫用に関する有名な最高裁判決の理解度を尋ねる問題である。行政法総論の行政作用法中、行政行為論の行政裁量に関する下級審判決、特に山形地裁判決と、仙台高裁判決と最高裁判決の差異について述べてもらうものである。行政権の濫用について、行政事件訴訟法（以下、行訴法という。）３０条の行政裁量の踰越・濫用を理解していれば、本設問は論述しやすいといえよう。山形地裁判決は従来の最高裁判決の論法により処理し、個々の行政行為の違法性はないから、本件行政行為の行政権の濫用はないとしたのに対し、本件高裁・最高裁は個々の行政行為は適法としたが、本件児童遊園の設置認可処分が原告会社の開業阻止を目的とするものであるとして、山形県庁側の行政権の濫用を認容した点が本件判決のハイライトであり、その点を如何に理解しているかを問うている。

２）設問２（３０点満点）

本件山形県余目町の事件は、山形地裁判決のような判断をするのが従来の最高裁判決であつた。しかし、本件高裁・最高裁判決はそのような判断を示さず、注目すべき判決を下した訳である。行政権の濫用を認めた点も評価すべきであるが、個々の行政行為は適法であっても、関連する行政行為を全体として捉えた場合、その動機・目的において、行政権の著しい濫用・違法性があるとして、原告の主張を認め、損害賠償請求を認容した点が注目すべきであり、この点を理解しているのか否かを尋ねる問題である。行政裁量に関する判例・学説を述べてもらうのも、本設問の出題意図でもある。

３）設問３（１０点満点）

設問３は事例２（品川マンション事件）に関するもので、行政指導に関する国家賠償法（以下、国賠法という。）１条についての損害賠償請求事件である。第一審判決は本件行政指導を適法と判断したが（無責）、控訴審・上告審判決は本件行政指導を違法として、損害賠償請求を認容している（有責）。従って、本設問は、これらの判決の差異について、明確に整理･検討してもらうのが本出題の意図である。

４）設問４（３０点満点）

本設問は、行政指導の限界を巡るマンション紛争事件であり、行政指導のための建築基準法（以下、建基法という。）６条の建築確認の留保の許容性について、どう捉えるべきかを尋ねている。行政指導に関する本件判決や一連の武蔵野マンション事件についての判例や学説（主観説・客観説・折衷説）等についての理解度をチェックするのが本設問の出題意図である。

(2)採点のポイント

１）設問１（１０点満点）

事例１は行政権の濫用（行政裁量論）に関するのが論点であるから、この点に留意して、本件下級審判決と上告審判決の異同を説明していけば、採点結果はそんなに低いものであるとはならないはず。本件が行訴法３０条が問題になっていることにも言及しているか否かが、採点の際の結果を左右すると思うし、答案作成の際、関連法律や条文は必ず引用することが重要である。

２）設問２（３０点満点）

本判決の意義に留意し、控訴審判決と最高裁判決の行政権の濫用や行政裁量に関する考えを理解し、判例・学説の流れを論述している者は高い配点をもらっている筈である。判例についての引用例が少なかったし、学説についても言及が少なかったと思う。設問２のような問題に関しては、判例・学説は必ず引用し、関係法律・条文を引用することは大変重要なことである。そして、その努力することが、高い配点を獲得し、すばらしい答案が作成できると思われる。

３）設問３（１０点満点）

事例２は、行政指導に関する先例となる最高裁判例であるから、日頃から行政判例百選（ジュリスト別冊）の判例学習をし、的確な理解と正確な答案作成に努めれば高い配点を獲得できると思う。答案の中には、極めて短い論述も散見されたが、このような設問は点数がとれる問題であるから、８点以上配点してもらうように鋭意努力してほしい。

４）設問４（３０点満点）

本設問は、行政指導とはなにかという定義的なものと（行政手続法２条６号、以下、行手法という。）、行政指導の限界性についての議論（行手法３２条以下）をまず、述べ、その後、行政指導のメリット・デメリットや行政指導に関する法的性質（主観説・客観説・折衷説）等や、判例（本件及び一連の武蔵野マンション事件）を述べなければならない。これらの要件をクリアーしている答案は２０点から２５点の配点を最低限、獲得している筈である。高い評価を受ける答案は、必要且つ十分な論点を論じていることと、関連する判例・学説と法律条文を引用していることである。

[答案送付先]

（郵送の場合）

〒890-0065

鹿児島市郡元１−21−30

鹿児島大学法科大学院司法政策研究科

久木野宛

＊「期末試験答案（科目名）在中」と朱書きしてください。

＊答案の返送先を明記して下さい。

（メールの場合）

ls_support@leh.kagoshima-u.ac.jp

＊タイトルを「期末試験答案（科目名）」としてください。

＊答案の返送先を明記して下さい。

[答案提出期限]

答案提出期限は特に設けません。来年度の新学期が始まるまで受け付けます。

[答案返却]

答案提出から３週間程度かかることをご了承下さい。

入学予定者向け特別企画

期末試験にチャレンジ！！
～刑事訴訟法編～

平成21年度に実施された法律基本科目（1年生科目）の期末試験問題を、各科目の担当者による簡単な解説を付して、順次掲載していきます。入学予定者のみなさんに来年度から履修する法律基本科目の期末試験問題を実際にご覧頂くことで、1年次において到達すべき学修目標を具体的にイメージして頂きたいと考えています。また、この企画を通じて、入学時までの学習計画（学修内容や学習方法）を適切に立てて頂きたいと考えています。

なお、ここで掲載した期末試験問題を実際に解いてみませんか？作成した答案を宛先まで送付して頂ければ、担当者のコメントを付して、返却いたします。現時点での学力を確認する有益な機会と思いますので、是非、チャレンジしてみて下さい。

刑事訴訟法Aは、刑事手続きのうち、捜査から公訴提起までの前半部分を扱います（公判から上訴・再審までの後半部分は、1年生の後期に開講する刑事訴訟法Bで扱います）。期末試験は、新司法試験と同じような長文の事例問題（もちろん、司法試験よりはずっと易しい）を2問出題しました。第1問目は、被疑者の荷物をエックス線で撮影して中身を見る捜査手法が、任意捜査として適法といえるのかを問うもの、第2問目は、刑事訴訟法39条3項の接見指定の適否を等ものでした。成績評価は、期末試験の点数が70%、学期中に提出してもらったレポート（添削して返却します）などの平常点が30%で行います。

以下では期末試験問題のうち、第2問目について、解答のポイントを解説します。

【 問 題 】

［事例］

平成21年5月10日午後2時40分、Xは、覚せい剤取締違法違反（所持）の現行犯として逮捕され、浦和東警察署に向けて押送された。Xは、同日午後3時10分に浦和東警察署に到着した。捜査官とXは、直ちに取調室に入り、捜査官から黙秘権と弁護人選任権を告知されたのち、弁解の録取が行われた。Xは、捜査官からの問いかけに対して「特に弁解はありません。」と述べた。そして、引き続いて行われた取調べにおいては、捜査官に対して、①同日、法定の除外事由がないのに、X方において、覚せい剤をそれと知りながら所持していたこと、②当該覚せい剤は、大阪の暴力団関係者から譲り受けたものであることを認める供述をした。一連の事実を認める供述調書が作成され、同日午後4時20分ころ、捜査官はXにこれを読み聞かせて、署名・押印を得た。

本件捜査の指揮をとっていたC警部は、同日における覚せい剤所持および譲り受けについての取調べは、逮捕段階のものとしてはこれで一段落したと考えて、飲み物を与えつつXを取調室で20分ほど休憩させることにした。そして、休憩後に再開する取調べにおいては、①本件以外にも、同年1月から4月までの間に、複数回にわたって永森一家の関係者と思われる者から覚せい剤を譲り受けたことがあるかどうか、また、同年4月14日ころ、Aに対して覚せい剤を譲り渡したことがあるかどうかを取調べること、②もしXが本件以外にも覚せい剤を譲り受けたことがあると認めた場合は、その覚せい剤を自宅以外の場所に隠して保管しているかどうかを聞き出すこと、③Xがその覚せい剤の隠し場所について具体的な供述をした場合には、直ちにその場所にXを同行して現地を確認したうえで、必要があれば令状をとるなどして覚せい剤を早期に発見・押収するようにとの方針を決めて、部下の捜査官たちに伝達した。

ところで、Xが逮捕されたとき、X宅には、Xの妻Dも在宅していた。Dは、Xが逮捕されるとすぐに携帯電話を取り出し、かねてより懇意にしている弁護士Eに電話をかけ、Xが逮捕されたことを伝え、すぐに接見に赴いてほしいと伝えた。Eは、Dからの電話を受けたとき、法律相談を受けている最中であった。同日午後3時50分ころに法律相談を終えると、すぐに事務所を出てタクシーを拾い、浦和東警察署を目指した。この間、Eが浦和東警察署に何らかの連絡を入れることはなかった。

同日午後4時25分ころ、Eは、浦和東警察署に到着した。Eは、応対した留置担当係官Fに対して、自分は覚せい剤取締法違反で逮捕されたXの妻であるDからの依頼で接見に来たこと、XまたはDから弁護人として選任されるつもりであることを伝え、直ちにXと接見させるように要求した。

Xに対する取調べが休憩に入っていた同日午後4時30分ころ、Cは、留置係官Fから、E弁護士が接見を求めて来訪している旨の連絡を受けた。Cは直ちにEがいる場所へと足を運んで、①現在Xは取調室におり、まもなく取調べを開始する予定であること、②取調べの経過によっては警察署以外での捜査活動にXを立ち会わせ

ることになることを伝え、「接見の日時を明日午前 9 時からの 30 分間に指定します」と伝えた。

Ｅは、「接見が翌日となっては困る。10 分程度でよいから今すぐ被疑者と会わせてほしい」と強く求めたが、Ｃはそれ以上取り合おうとしなかった。やむを得ず、Ｅは午後５時 00 分ころ、浦和東署を辞去した。

一方、Ｘの取調べは、予定どおり 4 時 40 分から再開された。Ｘは、取調べに対して、本件以外に覚せい剤を譲り受けたことはないし、他人に覚せい剤を譲り渡したことはないと述べ、余罪のすべてを否認した。そのため、Ｘが警察署の外に連れ出されることはなく、夕食の時刻である午後７時まで、取調べが継続して行われた。夕食後は取調べは行われなかった。

[設問]

Ｃ警部による接見指定の適否について論じなさい。

【解答のポイント】

刑訴法 39 条 1 項は、被疑者と弁護人とが自由に、かつ、その内容を秘密にしながら面会して話をしたり、物を授受することを認めています。これは、法律知識を持たない一般市民である被疑者が、警察や検察官などの捜査機関と対等に対抗していくためには、弁護人とのコミュニケーションが極めて重要であり、その内容を相手方に知られることなく、いつでも自由に面会して話し合うことが不可欠だからです。

しかし同時に、同条 3 項は、捜査機関が被疑者と弁護人等との接見の日時・場所等を指定することができるとしています。これを接見指定といいます。ではどのような場合に捜査機関は接見指定を行うことが許されるのでしょうか。条文によれば、①捜査のため必要があるときで、②被疑者の防禦をする権利を不当に制限しない範囲であれば、指定権を行使できることになっています。

この事例では、Ｃ警部は、Ｘと面会しようとしたＥ弁護士に対して、接見の日時などを指定しています。では、この場合の接見指定は、刑訴法 39 条 3 項に照らして適法といえるのでしょうか。解答にあたっては、条文の根拠を正確に示したうえで、上記の①および②について、判例や学説がより具体的にどのような「法解釈」を示しているかを説明したうえで、その法解釈に、事例の具体的事情をあてはめながら、自分の判断を示すことが求められています。

まず、①「捜査のため必要であること」については、捜査機関による捜査活動のニーズがあればそれでよいとする捜査全般説（非限定説）と、接見の申し出があったとき捜査機関が実際に被疑者を取調中であったり、取調べを開始する間近で確実な予定がある場合に限られるとする限定説との対立があります。そして、最高裁は、限定説によることを明らかにしています（最判平成 3 年 5 月 10 日民集 45 巻 5 号 919 頁など）。

そこで、解答にあたっては、判例の考えに立ったうえで、本件の具体的な事実関係から「間近で確実な」取調べの予定があるといえるかどうかを検討することになります。問題文の中にある事実経過（接見指定をした時点での取調べ状況、取調べの予定、その確実性など）を細かく読み取ったうえで、「間近」に取調べの予定があることを具体的に論証しなければなりません。

次に、②防御権の不当な制限については、本問でのＥ弁護士とＸとの接見が、逮捕後最初の接見であることを重視しなければなりません。最高裁は、初回の接見については、憲法上の保障の出発点をなすものであるから速やかに行うことが防禦の準備のために重要であり、「捜査のため必要」に該当するとしても、比較的短時間でも即時または近接した時点での接見を認めるべきだとしています（最判平成 12 年 6 月 13 日民集 54 巻 5 号 1635 頁）。ただし、最高裁は、初回の接見であれば直ちに接見を認めるべきとまではしておらず、a)即時または近接した時点での接見を認めても捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうか、b)留置施設管理運営上支障があるかどうかを検討のうえで決めるべきだとしています。

解答にあたっては、本問が初回の接見の事案であることに注目しつつも、最高裁がいう a)、b)の事情があるかどうかを、具体的な事実関係（たとえば、接見指定後に実際に行われた取調べの経過、終了時刻など）の中から読み解いたうえで、本問の接見指定が「防御権の不当な制限」にあたるかどうかを判断することになります。

中島　宏　（刑事訴訟法）

[答案送付先]

（郵送の場合）
〒890-0065
鹿児島市郡元 1－21－30
鹿児島大学法科大学院司法政策研究科　久木野宛
＊「期末試験答案（科目名）在中」と朱書きしてください。
＊答案の返送先を明記して下さい。

（メールの場合）
ls_support@leh.kagoshima-u.ac.jp
＊タイトルを「期末試験答案（科目名）」としてください。
＊答案の返送先を明記して下さい。

[答案提出期限]

答案提出期限は特に設けません。来年度の新学期が始まるまで受け付けます。

[答案返却]

答案提出から３週間程度かかることをご了承下さい。