

# KULS ニュースレター No. 14

## INDEX

●平成22年度新司法試験論文式試験(公法系科目)憲法分野の解説

●滞在型特別聴講学生制度について

●新司法試験論文問題と刑事法総合問題演習

●平成22年度新司法試験論文式試験(公法系科目)憲法分野の解説●

### ■設問に従って争点の内容をまず考える

設問の中に「生活保護と選挙権について弁護士に相談した」とあるので、この2点でどのような救済が可能かを論じるといいと思う。原告からいえば、(1)生活保護認定申請却下処分は憲法25条及び14条に違反するか、(2)衆議院議員総選挙における選挙人名簿からの登録抹消は憲法15条に反するか、という論点を確実に提起する。

法令違憲、処分違憲として分けて論ずるのもいいですね。

### ■回答の見立て

(問1)は「主張」を述べなさいという設問なので、主張をコンパクトにまとめる。(問2)は市の予想される反論を簡単にふれればよい。あまり長くなくともよい。審査基準等を用いて事案への「あてはめ」は、問2)の2の「私見」でしっかり展開する。よく鹿大生の通常試験の答案にありがちなのは、(問1)で審査基準・事案へのあてはめ・結論まで展

開しすぎて、時間的にも答案の構成的にも、(問2)の2がおそまつになってしまう傾向である。

### ■具体的な法的な争点・訴訟方法を論じると、法的な論理つぼくなる。

憲法25条、14条、15条違反として項目立てて論じるより、生活保護申請却下処分の取消訴訟、選挙権を有することの確認訴訟(行訴法にいう当事者訴訟)および立法不作為の違憲訴訟が可能なので、参考にあげられている生活保護法・住民基本台帳法および配布される『新司法試験六法』に載っている公職選挙法をしっかりと読んだうえで、構成は、「1,生活保護申請の却下処分について i) Xの主張、ii) Y市の主張、私見、2,選挙権確認および国家賠償請求について i) Xの主張、ii) Y市の主張、私見、」でやるとわかりやすい。

### ■ちなみに住民票の「抹消」処分とは?

選挙権については、住民票の「抹消」処分を争うという記述が多かった。しかし、法律的には、住民票の「抹消」処分規定はなく、自治体では住民基本台帳法3条等にもとづいて訓令をつくり「住民票の消除」という措置を行っている(最近話題になった坂本龍馬と同年生まれの高齢者の住民票が残っていたという問題は、自治体がこの消除を行っていないことも原因)。もっとも、参考にあげられている住民基本台帳法の抜粋からここまで理解するのは難しいトリビアな知識である。

### ■憲法25条論

この事例では、Y市が原告の「居住地」(生活保護法19条の規定)であるにもかかわらず、それに当たらないとして、保護却下処分は適法だとするのが市の主張のポイントであるので、市の処分は生

## ●滞在型特別聴講学生制度について●

平成22年4月から、九州大学法科大学院と連携した「滞在型特別聴講学生制度」がスタートしました。

「滞在型特別聴講学生制度」により、鹿児島大学法科大学院の学生は、3年次に進学した段階で、半年もしくは1年間、滞在型特別聴講学生として九州大学法科大学院のキャンパスに通学し、同大学院の学生と同じ講義を受講することができるようになります。九州大学法科大学院において取得した単位は、鹿児島大学法科大学院の修了のために必要な単位として認定されます(最終試験は、鹿児島大学法科大学院において実施します)。

これまで両法科大学院は、多くの科目を遠隔講義システム等を用いて共同運用してきましたので、両大学の学生間では、すでに一定の交流が存在しています。「滞在型特別聴講学生制度」は、これをさらに拡大し、法科大学院における学生生活の一時期において、他の大学のキャンパスへ実際に異動したうえで、学修を行うことを可能とするものです。

本制度により、(鹿大)学生は、在籍する(鹿大)法科大学院では開講されていない科目を

履修する機会や、多様な教員の下で指導を受ける機会、多数・多様な学生と切磋琢磨する機会が確保されることになります。鹿児島大学法科大学院の特徴である徹底した少人数教育に、多様な学生集団の中で共同・競争意識を持って学修を行う機会をオプションとして組み込むことで、より高い教育効果を生み出すことが期待されています。

本年度(22年度)、北越さんと角田さんが本制度を利用し、九州大学法科大学院に滞在し、学修に取り組んでいます。九大の先生方からも「よく頑張っている。九大の学生にとっても刺激になっている」との声を頂いていますし、二人の九大での成績(前期)はこの評価を裏付けるものでした(ニュースレターNo.8(角田さん)及びNo.10(北越さん)に「便り」が掲載されています)。

来年度の「滞在型特別聴講学生制度」に関する校内選考手続きは、現在の2年次学生を対象に、12月1日に実施した「クラスワーク全体会」での説明のとおりです。

志田 悠一(教務委員)

活保護法19条違反であるから、結局、憲法25条にも反するという論理で主張することもできる(小栗の案)。ただこれだと生活保護法19条違反という法律違反の話だけになってしまうかな。

### ■憲法14条論

14条の論点では、処分にあって、どういう点が差別にあたるのか、つまり何と何が差別的に扱われているかを明確にすることが重要だ。Y市福祉事務所長の処分において「ネットカフェ等住所不定のもの」と「そうでないもの」とを差別したことを問題にしたらどうか(小栗

の案)。しかし、予備校などでは「Y市」と「他の自治体」とで、ことになった運用をしていることが差別にあたるから運用違憲という解説もあった。これだと、生活保護法の運用は全国一律でやるべきで、ホームレスに保護受給を認めている自治体とそうでない自治体があるのは差別だという主張になる。

### ■憲法15条論

15条の論点では、公職選挙法21条が「住所」を要件としているので、この規定によりY市を居住地とするいわゆるホームレスから選挙権が剥奪されている

法令違憲を憲法15条違反として主張したらどうか（国政選挙では国民であれば、かならずどこかで投票する権利があることも援用できる）。

憲法15条違反としたうえで、立法不作為による国家賠償をもってきて論じる。そのさい、設問に書かれている「ヒント」（法改正の請願、ホームレス支援法など）をできるだけ、理由の中で取り上げると、問題作成者は喜ぶだろう。

## ■日頃から憲法問題への関心を！

ここ5回の新司法試験論文式問題（憲法）をみると、今年のホームレスの人権、昨年のインターネットのフィルタリングの問題、一昨年の煙草の害を伝える広告の掲示をタバコ会社に義務づけることの憲法上の是非などと共通して、実際に起きている最近の複雑な憲法問題が素材になっている。日頃から新聞などにも目を通して、社会的観察力を養っておくことが必要だ。

小栗 實（憲法）

## ●新司法試験論文問題と 刑事法総合問題演習●

### ◆はじめに

平成21年度刑事法総合問題演習Aでは、第1回講義（中島先生担当）において警察官によるゴミ集積ボックスからの証拠品の押収関係を課題として取り扱いました。同種事例が平成22年度新司法試験論文・刑事系の刑事訴訟法において出題されています。

### ◆事例

中島先生の課題事例における該当部分（抜粋）は、

Yは、アパートの前にあるゴミ集積ボックス（可燃ゴミ専用）の中に袋を捨てて、再びアパートの部屋に戻っていった。この様子を監視していた警察官Bは、直ちにYが捨てていったポリ袋を回収して、警察署に持ち帰った。ゴミ集積ボックスから持ち帰ったポリ袋を開けたところ、中から、児童ポルノにあたる写真10枚（用紙のサイズと印刷された画像のサイ

ズが一致せず、印刷に失敗したと思われるもの）が発見された。Bは、これを領置した。

というものです。

### ◆論点

新司法試験においては、銃刀法違反捜査の過程で警察官が、

（1）組事務所の存在するアパート前公道前のゴミ集積所からゴミ袋を警察署に持ち帰り、メモ片を発見・復元

（2）組員が入居しているマンション敷地内のゴミ集積所に立ち入り（管理人等の承諾・立会い等がないことに留意してください）、メモ片を発見、持ち帰り復元した各捜査の適法性について具体的事実を摘示しつつ論じなさいとの出題になっています。

### ◆講義での扱い

中島先生の講義に際し、私の方で実務家の立場からコメントをしていますので、以下、紹介します。

（1）ゴミ集積所における一般人の古紙等の持ち去り行為

#### ①実務

実務的には、各地方公共団体における廃棄物等に関する条例において処罰の対象とし、罰金刑の言い渡しが行われている。条例の合憲性については、最高裁まで争われたが、最判平20・7・17において、合憲性が認められた。

尚、地方公共団体によっては、窃盗罪の対象とし、チラシ等により、その旨の警告をするケースもあり、警察も窃盗罪で立件する事例もあったようだが、検察庁においては、条例違反で簡易裁判所に対する略式請求手続による罰金処理が一般的である。

#### ②窃盗罪の成否

南先生からも御指摘いただいたように、ゴミ集積所におかれたゴミの財物性（資源ゴミであれば、リサイクルを前提としており、その価値を認めることができる余地がある）、占有性（本来の所有者である住民が、ゴミとして出した時点で、ゴミ集積所において、占有が地方公共団体に移転したとみることができるか）と

いう問題があり、窃盗罪での立件は難しいのではないかと考える。

尚、資源ゴミにつき、所有権が地方公共団体にあるとする条例を制定しているケースがあり、学説には、この場合、窃盗罪が成立するとする説もあるが、本日の講義で指摘したように、刑法上の所有権概念をその下位法である条例で確定できるか等、私は疑問を持っている。

（2）公道上とアパート・マンション敷地内の集積所における領置手続

課題事例は、Yが屋外に出てきた、アパートの前にあるゴミ集積ボックスの中に袋を捨てたとあるだけで、公道上にあるボックスとは明記されていない。アパート住人用に敷地内に設置されている場合も少なくないが、アパートの前とあることから一応アパート敷地ではないと考えてもいいのかもしれない。

①警察官が、公道上のゴミ集積所の遺留品を領置した場合、遺留品領置手続（刑訴211条、領置調書乙）となる。

この場合、遺留品発見状況報告書＋領置調書（乙）…刑訴221条（被疑者その他の者の遺留品）

②警察官が、アパート敷地内のごみ集積所の遺留品を、敷地内に入り領置できるか。

アパート敷地への侵入であり、搜索差押令状が必要となるケースではあるが、実務上は管理人乃至家主の同意を得て、その立会のもとに領置する。

この場合、任意提出書＋領置調書（甲）…刑訴221条（所有者、所持者、若しくは保管者が任意に提出）

※任意提出者は管理人、家主となる。

### ◆論及すべきポイント①

演習に際しては、具体的な場面を想定した上で設問を検討する必要があります。公道上ではなくマンション敷地内のゴミ集積所の場合はどう考えるべきだろうか、マンション敷地内といっても公道に面している場合はどうか、施錠されているか否かで異なるのか、回収業者が回収・搬送した搬送場所での場合はどうか、回収業者の同意を得た場合はどうか等いろいろなパターンについて疑問を大事にして



鮮やかに色づいた銀杏並木通り

考えてみることです。そうすれば、それぞれのパターンにおける違法性の程度に差があることを理解できると思います。

### ◆論及すべきポイント②

新司法試験の出題に際しては、（1）公道上のゴミ集積所と（2）マンション敷地内の倉庫内のゴミ集積所を対比させる形式となっています。特に（2）の場合を検討するに際しては、マンション敷地内のゴミ集積所に浮浪者が立ち入り、管理人が警察に通報した場合を想起してみて下さい。

警察官は、建造物侵入罪で浮浪者を現行犯逮捕するのではないのでしょうか。この点からみて、警察官であれば、敷地内への立ち入りが無令状で許されるとするのは妥当ではないように思われます。実務的には、マンションの管理人に連絡をとり、その立会のもとでゴミ集積所に立ち入り、ゴミを調べる方法が考えられます。確実な手法としては搜索差押令状による搜索差押ですが、被疑者に搜索が行われたとの情報が伝わり、その後の捜査に重大な支障が予想されます。実務は、この間のぎりぎりのボーダーラインで動いています。

いずれにしても、（2）の場合、銃刀法違反という重大事件であるから、警察官が建造物侵入罪を敢行しても適法であるという構成には無理があるように思われます。

前田 稔（実務家教員・弁護士（元検察官））