

講義録レポート

講義録コード

20-11-9-801-13

講 座	司法試験講座	セミナー	④論文式本試験分析会 公法系・刑事系
目標年	2011年合格目標 予備試験		
用 途	☒ 個別DVD ・ ☐ 集合DVD ☐ WEB通信 ・ ☐ カセット通信 ・ ☐ DVD通信 ・ ☐ 資料通信 ・ ☐ DL通信		

収録日	2011年 7 月 31日			
講師名	公法系：山本亘先生 刑事系：上原広嗣先生	内 訳	板書 枚数	0 枚 ※レポート 含まず
			補助レジュメ 枚数	37 枚
			その他 ()	0 枚

授業構成			
実施テスト	有 ・ 無		
対応テスト	<ミニテスト>	() 第	回
	<答練・演習>	() 第	回
使用教材	●レジュメ (37枚)		
	●		
配布教材	●教材(テキスト・問題集) ()		
	●補助レジュメ () _____ 枚	講義録添付 (有 ☒ 無 ☐)	
	●その他 () _____ 枚	講義録添付 (有 ☒ 無 ☐)	
備考			

平成23年司法試験予備試験 「論文式本試験分析会」

第2日目

公法系(憲法・行政法)

刑事系(刑法・刑事訴訟法)

TAC  セミナー

平成 23 年司法試験予備試験・論文式本試験分析会
第2日目 公法系（憲法・行政法）、刑事系（刑法・刑事訴訟法）

目次

憲法

問題文	1
参考答案	3
論点・コメント	5

行政法

問題文	7
参考答案	9
論点・コメント	11

刑法

問題文	13
参考答案①	15
参考答案②	17
論点・コメント	19

刑事訴訟法

問題文	21
参考答案	23
論点・コメント	25

平成 23 年度 論文式答練・模試

ズバリ・的中一覧表&サンプル	29
----------------------	----

問題

[憲法]

多くの法科大学院は2004年4月に創設されたが、A大学（国立大学法人）は、2005年4月に法科大学院を創設することとした。A大学法科大学院の特色は、女性を優遇する入学者選抜制度の採用であった。A大学法科大学院が女性を優遇する入学者選抜制度を採用する主たる理由は、法科大学院・新司法試験という新しい法曹養成制度の目的として多様性が挙げられているが、法曹人口における女性の占める比率が低い（参考資料参照）ことである。A大学法学部では、入学生における女子学生の比率は年々増え続けており、2004年度には女子学生が約40パーセントを占めていた。A大学法科大学院としては、法学部で学ぶ女子学生の増加という傾向を踏まえて、法科大学院に進学する女性を多く受け入れることによって、結果として法曹における女性の増加へ結び付けることができれば、法科大学院を創設する社会的意義もある、と考えた。

A大学法科大学院の入学者選抜制度によれば、入学定員200名のうち180名に関しては性別にかかわらず成績順に合格者が決定されるが、残りの20名に関しては成績順位181位以下の女性受験生のみを成績順に合格させることになっている（このことは、募集要項で公表している。）。

男性であるBは、2007年9月に実施されたA大学法科大学院2008年度入学試験を受験したが、成績順位181位で不合格となった。なお、A大学法科大学院の2008年度入学試験における受験生の男女比は、2対1であった。

[設問1]

あなたがA大学法科大学院で是非勉強したいというBの相談を受けた弁護士であった場合、どのような訴訟を提起し、どのような憲法上の主張をするか、述べなさい（なお、出訴期間について論ずる必要はない。）。

[設問2]

原告側の憲法上の主張とA大学法科大学院側の憲法上の主張との対立点を明確にした上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】法曹人口に占める女性の比率(2004年までの過去20年のデータ)

		女性割合 (裁判官) (%)	女性割合 (検事) (%)	女性割合 (弁護士) (%)
昭和60年	1985年	3.3	2.1	4.7
昭和61年	1986年	3.5	2.0	4.8
昭和62年	1987年	3.9	2.1	5.0
昭和63年	1988年	4.1	2.5	5.2
平成元年	1989年	4.5	2.9	5.3
平成2年	1990年	5.0	3.5	5.6
平成3年	1991年	5.5	3.8	5.8
平成4年	1992年	6.0	4.1	6.1
平成5年	1993年	6.7	4.6	6.3
平成6年	1994年	7.2	5.0	6.5
平成7年	1995年	8.2	5.7	6.6
平成8年	1996年	8.9	6.4	7.3
平成9年	1997年	9.7	7.1	7.8
平成10年	1998年	10.2	8.0	8.3
平成11年	1999年	10.4	8.4	8.9
平成12年	2000年	10.9	9.2	8.9
平成13年	2001年	11.3	10.6	10.1
平成14年	2002年	12.2	11.6	10.9
平成15年	2003年	12.6	12.6	11.7
平成16年	2004年	13.2	12.8	12.1

1 第1 設問1

2 1 Bによる憲法上の主張

3 A大学法科大学院（以下、「A」という。）の2008年度入学試験（以
4 下、「本件入試」という。）において、成績順位182位以下の女性受験
5 生のうち、合格とされる者がいるにもかかわらず、成績順位181位の
6 Bを不合格とするのは、「性別」（憲法14条1項後段）に基づく不
7 合理的な差別である。そこで、このような差別を認めるAの入学者選抜制
8 度（以下、「選抜制度」という。）及び本件入試におけるBの不合格は、
9 憲法14条1項に違反する。

10 2 Bが提起すべき訴訟

11 (1) Bの不合格が憲法14条1項に違反し、無効であるとしても、そ
12 れによって直ちにBが本件入試に合格していたとはいえないから、
13 BがAによる不合格の無効確認を求めるだけでは、Aで勉強したい
14 というBの希望がかなうわけではない。

15 (2) 本件入試におけるBの成績順位は181位であるから、本件選抜制
16 度における女性優遇措置がなければ、Bは合格とされ、Aの学生と
17 しての地位を有していたといえる。そしてそのことが確認されれば、
18 BがAで勉強することが可能となる。そこで、Bの弁護士は、Aに
19 対して、BがAの学生としての地位を有することを確認する実質的
20 当事者訴訟（行政事件訴訟法4条後段）を提起する。

21 第2 設問2

22 1 A側の憲法上の主張

23 (1) 法科大学院の入学試験における合格、不合格の判定は、試験実施
24 機関の最終判断に委ねられるべきであって、法律上の争訟にあたら
25 ないから、Bの訴えにはそもそも裁判所の審査権が及ばない。

26 (2) 仮にBの訴えに裁判所の審査権が及ぶとしても、本件選抜制度は、
27 法曹人口における女性の比率を高めて、実質的平等を図るための積
28 極的差別解消措置であって、合理的な区別を定めるものであるから、
29 憲法14条1項に違反せず、本件入試におけるBの不合格も、憲法
30 14条1項に違反しない。

31 2 両者の憲法上の主張の対立点

32 両者の憲法上の主張の対立点は、①Bの訴えに裁判所の審査権が及
33 ぶか、②本件選抜制度が憲法14条1項に違反するか、③本件入試に
34 におけるBの不合格が憲法14条1項に違反するか、である。

35 3 私の見解

36 (1) Bの訴えに裁判所の審査権が及ぶか

37 法科大学院の入学試験における合格、不合格の判定は、将来法曹
38 となるべき者としての資質を備えているかどうかの判断をするも
39 のであるから、その性質上、試験実施機関の最終判断に委ねられる
40 べきであって、その判断の当否を裁判所が審査し、具体的に法令を
41 適用して、その紛争を解決できるものとはいえない。

42 そこで、Bの訴えは、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）にあ
43 たらず、Bの訴えには裁判所の審査権が原則として及ばない。

44 しかしながら、Aは国立大学法人であり、国が財政の基盤を整え、

運営の大枠に関与する公の営造物であるから、入学試験における合否の判定にあたり、憲法に反する判定基準により、例えば、合理的な理由がなく、性別、社会的身分等による差別が行われたことが明白である場合には、いわゆる他事考慮にあたり、Aに与えられた裁量権を逸脱、濫用したものであるといえる。

そして、これらの点についての判断は裁判所が具体的に法令を適用して審判することができると解する。

(2) 本件選抜制度が憲法14条1項に違反するか

ア 憲法14条1項にいう「平等」とは、いわゆる相対的平等を意味する。そこで、各人の事実に差を前提とした合理的な差別を行うことは憲法14条1項に違反しない。

本件選抜制度は、合格者の決定に際して「性別」という憲法14条1項後段列举事由に基づく差別を定めているが、法曹人口における女性の比率が低いことを是正して、実質的平等を図るための積極的差別解消措置である。国家は、従来から行われてきた女性差別を是正するために女性を優遇することが期待されるが、不合理な逆差別を定めることは許されない。そこで、規制の目的が重要であり、規制手段が目的と実質的な関連性を有する場合に、当該優遇措置は、憲法14条1項に違反しない。

イ 本件選抜制度の目的は、法曹人口に占める女性の比率を高めることであるが、人口の過半数が女性であるにもかかわらず、平成16年時点では法曹人口における女性の比率が12パーセント程度にとどまることからすると、法曹人口における女性の比率を高める必要があるといえる。また、それは法曹の多様性を確保するという新しい法曹養成制度の目的にかなうものである。したがって、本件選抜制度の目的は重要である。

ウ 本件選抜制度は、181位以下の受験者のうち、20人について女性を優遇するものであるが、仮に上位180名の受験者の男女比が2対1であるとする、女性は全体で80人合格する。これに対して、優遇措置がない場合、仮に上位200名の受験者の男女比が2対1であるとする、女性は約67人合格するため、本件優遇措置によって優遇された女性は約13名にとどまる。また、それを全体としてみても、A大学法学部の女子学生の比率とほぼ同じとなるにとどまる。そこで、本件優遇措置は、男性受験者の合格を過度に制限するとはいえない。さらに、20名分の女性優遇枠を設けることは募集要項で公表されているから、男性受験者に不測の不利益を課するものではない。一方、本件選抜制度により、法科大学院に入学する女性が確実に増加し、女性法曹の比率の増加に資することは否定できない。よって、目的と手段との間に実質的関連性が認められる。

エ 以上より、本件選抜制度は、憲法14条1項に違反しない。

(3) 本件入試におけるBの不合格が憲法14条1項に違反するか

本件選抜制度が憲法14条1項に違反しないから、同制度に則って行われた本件入試におけるBの不合格も同条項に違反しない。以上

論 点

- 1 訴訟形式の選択
- 2 憲法 14 条 1 項の「平等」の意義
- 3 憲法 14 条 1 項後段列举事由の意味
- 4 積極的差別解消措置と違憲審査基準
- 5 司法審査の可否

コメント

- 1 本問は、入学者選抜制度により不合格となった受験生Bから相談を受けた弁護士であった場合を想定して、「どのような訴訟を提起し」（訴訟形式の選択）、「どのような憲法上の主張をするか」を述べさせた上（設問1）、両当事者の憲法上の主張の「対立点を明確にした上で」、「あなた自身の見解」を述べさせる（設問2）という設問形式になっていますから、答案もこの形式に対応させる必要があります。
- 2 まず、訴訟形式の選択に関しては、国立大学法人法制における大学生の法的地位をどのように考えるか（公法上の特別権力関係又は営造物利用関係と捉えるか、あるいは一般の学校法人である大学と同様の在学契約関係にあると捉えるか）という問題とも関係して、どの程度述べるべきか悩むところです。この点については、平等原則違反と主張する当該入学者選抜制度ないしそれに基づく不合格の取扱いを違憲無効であると主張するのみでは、A大学法科大学院で是非勉強したいと思っているBの救済にはならないことを踏まえた上で、Bは、どのような訴訟を提起するのがBの救済として適切かという観点から、いくつか考えられる選択肢（行政事件訴訟法に基づく入学できる地位にあることを確認する当事者訴訟か、入学許可を義務付ける義務付け訴訟か、あるいは民事訴訟法に基づく入学許可請求訴訟か）の中から、答案全体とのバランスを考慮して、簡潔に述べれば十分と思われます。
- 3 次に、本問では、国立大学法人である法科大学院の入試において女性受験生を優遇する入学者選抜制度という、従来から憲法 14 条に関して議論されていた積極的差別解消措置（優先処遇措置）の合憲性が問われていますから、憲法 14 条 1 項の基本的解釈（特に、14 条 1 項の「平等」の意味）についての理解を示した上で、本問のテーマの1つであるいわゆるアフーマティブ・アクション（積極的差別解消措置・優先処遇措置）に関する違憲審査基準としてどのような審査基準を用いるべきかにつき、従来からの平等原則違反の違憲審査基準についての議論を踏まえて検討する必要があります。

すなわち、憲法 14 条 1 項の法的性格（形式的平等か実質的平等か）、「平等」の解釈、14 条 1 項後段列举事由の意味と違憲審査基準についての基本的理解を答案で示した上で、それら基本的理解と関連づけて、本件入学選抜制度における女性優先処遇措置の合憲性を審査する基準について検討することになります。そして、その際本件優先処遇措置が、実質的平等実現の要請に適うものであることを踏まえつつ、それが憲法 14 条 1 項の形式的平等の要請に反すること、優先処遇の方法や限度を誤れば、「逆差別」を生じるおそれがあることなどを意識しつつ、A及びBの主張の対立点を明確に摘示した上で、本件入学者選

抜制度の具体的内容，具体的事実・資料を踏まえて，自己の見解を説得的に論じることが求められているといえます。

- 4 また，A大学法科大学院の主張として，本件入学選抜制度ないし当該制度に基づく不合格の取扱いの当否について，そもそも裁判所による司法審査が及ばないという主張（法律上の争訟，部分社会論），あるいは大学の自治に基づく裁量論も考えられますから，この点についても述べて，それに対する自己の見解を示しておくことも必要かと考えられます。ただ，この点は，答案で触れるとしても，設問の他の論述との関係・バランス等を考えながら，簡潔に述べれば十分でしょう。

問題

〔行政法〕

Aは、甲県乙町において、建築基準法に基づく建築確認を受けて、客室数20室の旅館（以下「本件施設」という。）を新築しようとしていたところ、乙町の担当者から、本件施設は乙町モーター類似旅館規制条例（以下「本件条例」という。）にいうモーター類似旅館に当たるので、本件条例第3条による乙町長の同意を得る必要があると指摘された。Aは、2011年1月19日、モーター類似旅館の新築に対する同意を求める申請書を乙町長に提出したが、乙町長は、同年2月18日、本件施設の敷地の場所が児童生徒の通学路の付近にあることを理由にして、本件条例第5条に基づき、本件施設の新築に同意しないと決定（以下「本件不同意決定」という。）をし、本件不同意決定は、同日、Aに通知された。

Aは、本件施設の敷地の場所は、通学路として利用されている道路から約80メートル離れているので、児童生徒の通学路の付近にあるとはいえず、本件不同意決定は違法であると考えており、乙町役場を数回にわたって訪れ、本件施設の新築について同意がなされるべきであると主張したが、乙町長は見解を改めず、本件不同意決定を維持している。

Aは、既に建築確認を受けているものの、乙町長の同意を得ないまま工事を開始した場合には、本件条例に基づいて不利益な措置を受けるのではないかという不安を有している。そこで、Aは、本件施設の新築に対する乙町長の同意を得るための訴訟の提起について、弁護士であるCに相談することにした。同年7月上旬に、当該訴訟の提起の可能性についてAから相談を受けたCの立場で、以下の設問に解答しなさい。

なお、本件条例の抜粋は資料として掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件不同意決定は、抗告訴訟の対象たる処分（以下「処分」という。）に当たるか。Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて、解答しなさい。

〔設問2〕

本件不同意決定が処分に当たるという立場を採った場合、Aは、乙町長の同意を得るために、誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか。本件不同意決定が違法であることを前提にして、提起すべき訴訟とその訴訟要件について、事案に即して説明しなさい。なお、仮の救済については検討しなくてよい。

【資料】乙町モーター類似旅館規制条例（平成18年乙町条例第20号）（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、町の善良な風俗が損なわれないようにモーター類似旅館の新築又は改築（以下「新築等」という。）を規制することにより、清純な生活環境を維持することを目的とする。

(定義)

第2条 この条例において「モーテル類似旅館」とは、旅館業法(昭和23年法律第138号)

第2条に規定するホテル営業又は旅館営業の用に供することを目的とする施設であつて、その施設の一部又は全部が車庫、駐車場又は当該施設の敷地から、屋内の帳場又はこれに類する施設を通ることなく直接客室へ通ずることができるものと認められる構造を有するものをいう。

(同意)

第3条 モーテル類似旅館を経営する目的をもって、モーテル類似旅館の新築等(改築によりモーテル類似旅館に該当することとなる場合を含む。以下同じ。)をしようとする者(以下「建築主」という。)は、あらかじめ町長に申請書を提出し、同意を得なければならない。

(諮問)

第4条 町長は、前条の規定により建築主から同意を求められたときは、乙町モーテル類似旅館建築審査会に諮問し、同意するか否かを決定するものとする。

(規制)

第5条 町長は、第3条の申請書に係る施設の設置場所が、次の各号のいずれかに該当する場合には同意しないものとする。

- (1) 集落内又は集落の付近
- (2) 児童生徒の通学路の付近
- (3) 公園及び児童福祉施設の付近
- (4) 官公署、教育文化施設、病院又は診療所の付近
- (5) その他モーテル類似旅館の設置により、町長がその地域の清純な生活環境が害されたと認める場所

(通知)

第6条 町長は、第4条の規定により、同意するか否かを決定したときは、その旨を建築主に通知するものとする。

(命令等)

第7条 町長は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、モーテル類似旅館の新築等について中止の勧告又は命令をすることができる。

- (1) 第3条の同意を得ないでモーテル類似旅館の新築等をし、又は新築等をしようとする建築主
- (2) 虚偽の同意申請によりモーテル類似旅館の新築等をし、又は新築等をしようとする建築主

(公表)

第8条 町長は、前条に規定する命令に従わない建築主については、規則で定めるところにより、その旨を公表するものとする。ただし、所在の判明しない者は、この限りでない。

2 町長は、前項に規定する公表を行うときは、あらかじめ公表される建築主に対し、弁明の機会を与えなければならない。

(注) 本件条例においては、資料として掲げた条文のほかに、罰則等の制裁の定めはない。

第1 設問1

1 本件不同意決定は、「処分」(行政事件訴訟法3条2項)に当たるか。

2 ここで、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為(①公
3 権力性)のうち、直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定すること
4 (②直接法効果性)が法律上認められているものをいう。

5 本件不同意決定は、①公権力たる町長の意思を示すものであるが、②後に予
6 定されている中止命令の前段階にある中間的な性格の行為であって、単に事前
7 の建築計画の見直しを求めるものにすぎず、直接法効果性を有しないから、不
8 同意決定それ自体では「処分」に該当しない。もっとも、不同意決定の後、A
9 が受けるおそれのある措置によって、Aの権利義務に変動を及ぼす地位に立た
10 されるという法的効果を伴うことが確実視されるのであれば、不同意によって
11 ②直接法効果性が生じるから、不同意が「処分」に当たるものと解する。そこ
12 で、Aが受けるおそれのある措置及びその法的性質を踏まえた上で、不同意の
13 処分性を検討すべきものと解する。

3 本問の検討

14 (1) 本問においてAが受けるおそれのある措置は何か。本件条例の仕組みから
15 検討すると、乙町長の同意(本件条例3条)がないのに、Aが「モーテル類
16 似旅館の新築等をし、又は新築等しようとする」場合には、⑦新築等の中
17 止勧告(同7条1項)又は⑧中止命令(同7条1項)を受けるおそれがある。
18 そして、当該中止命令にAが従わなかった場合、Aは、その旨を⑨公表され
19 る措置を受けるおそれ(同8条1項)がある。

20 (2) これら⑦⑧⑨というAが受けるおそれのある措置の法的性格を検討し、本
21 件不同意決定の処分性の有無に影響を及ぼすかを検討する。

22 ア まず、⑦中止勧告(同7条1項)の法的性格は、Aの任意の中止を促すと
23 という行政指導にすぎず、Aに対して、法的義務を課するものではないため、
24 Aの権利義務に対して直接法効果性を有しないから、本件不同意決定の処
25 分性の有無に関わるものとはいえない。

26 イ 次に、⑧中止命令については、どうか。

27 (ア) まず、⑧中止命令は、それ自体として、建築主に対して、建築を中
28 止する義務を生じさせるものであるため、建築主の権利義務を形成・
29 確定するものといえるから、直接法効果性を有し、「処分」に該当する。

30 (イ) この中止命令という処分が、不同意決定の後になされる措置として
31 本件条例に規定されていることからすると、不同意決定の処分性を肯
32 定する根拠になるようにも思える。

33 (ウ) しかしながら、当該中止決定は「することができる」(本件条例7条
34 柱書)のにとどまるのであって、中止命令が確実になされるとの仕組
35 みにはなっていない。また、建築を「しようとする」建築主に対して
36 も、乙町長は、中止命令をすることができる。乙は、Aが建築
37 をしようとしているのに、未だAに対して中止命令をしていないので
38 あるから、乙がAに中止を望む意思はそれほど強いものではないこと
39 が推測され、今後も中止命令がなされる可能性が高いとはいえない。

40 よって、不同意決定があったとしても、中止命令がなされることは
41 確実視されるものとはいえないので、中止命令の存在が不同意決定に
42 直接法効果性を生じさせるものとはいえず、不同意の処分性を肯定す
43
44

45 る理由にはならない。

46 ウ さらに、㊦公表制度の存在をどのように考えるべきか。

47 公表措置は、中止命令を前提とするので、不同意決定があったからとい
48 って確実になされるものではない。また、公表制度の法的性質は、義務履
49 行確保の担保手段として、制裁的意味合いを持つものではあるものの、本
50 件条例にはより強制力の大きい罰則がなく公表制度のみであるため、本件
51 モーターの建築を止めるほどの直接法的効果性を有しないから、同意の処
52 分性に影響を与えない。

53 エ 以上より、本件不同意決定は、今後、Aが受けるおそれのある措置を考
54 慮したとしても、Aの法的地位に影響を与えるものとはいえず、直接法効
55 果性を有しないから、処分性を有しない。そして、このように解しても、
56 処分性を有する中止命令に対して差止め訴訟を提起することができるから、
57 具体的妥当性に欠けるところもない。

58 第2 設問2

59 1 Aは、本件不同意決定を取り消すだけでは、別理由による再度の不同意決定
60 をされるおそれがあるから、Aは、乙町長の同意を得られるとは限らない（行
61 政事件訴訟法33条）。

62 そこで、Aは、乙の同意を得るために、乙市を被告として（同法38条、11条
63 1項1号）、乙町長に同意することを義務付ける申請型義務付け訴訟（同法3
64 条6項2号、37条の3第1項）を提起すべきである。

65 2 訴訟要件の検討

66 (1) 「申請を…却下し又は棄却する処分…がされた場合において、…取り消さ
67 れるべきもの」（37条の3第1項2号）に当たるか。

68 この点、本件では、2011年2月18日に不同意決定がなされているので、申
69 請を棄却された場合に当たる。また、本件決定は違法であるから、取り消さ
70 れるべき処分である。よって、この要件を満たす。

71 (2) 「法令に基づく申請…をした者」（37条の3第2項）に当たるか。

72 ここで、本件条例3条は、「申請書」の提出を規定しているから、法令に基
73 づく申請権が規定されている。そして、Aは、この申請をした者であるから、
74 「法令に基づく申請…をした者」に当たり、原告適格を有する。

75 (3) さらに、取消訴訟の併合提起が必要とされる（37条の3第3項2号）とこ
76 ろ、本件で取消訴訟の要件をみたすか。

77 ア まず、本件不同意決定は、処分性を有する。

78 イ 次に、Aは、本件不同意決定の直接の名宛人であるから、原告適格（9
79 条1項）も有する。

80 ウ さらに、Aは、乙町長の同意を受けた場合、今後、新築工事をする際に、
81 同意を得た状態で本件施設を建設することができ、Aの法的地位を確保す
82 ることができるので、訴えの利益も有する。

83 エ さらに、本件通知がされて、Aが「処分があったことを…知った日」は、
84 2011年2月18日であるところ、現在は、7月上旬であり、6か月の出訴期
85 間（14条1項）の要件も満たす。

86 オ その他管轄等の要件に欠けるところもなく、取消訴訟の要件をみたす。

87 (4) 以上より、義務付け訴訟の訴訟要件を満たし、Aは、かかる訴えを提起で
88 きるので、乙市に対して、これを提起すべきである。 以 上

論 点

- 1 同意の処分性の有無
 - (1) 中止勧告が同意の処分性の有無に与える影響
 - (2) 中止命令が同意の処分性の有無に与える影響
 - (3) 公表制度の存在が同意の処分性の有無に与える影響
 - (4) 罰則制度が存在しないことが同意の処分性の有無に与える影響
- 2 申請型義務付け訴訟
 - (1) 取消訴訟と義務付け訴訟の実効性の比較
 - (2) 義務付け訴訟の被告
 - (3) 法令に基づく申請権（原告適格）
 - (4) 取消訴訟の併合提起

コメント

事案の元となったと考えられるのは、ラブホテル建築中止命令無効確認等請求事件（名古屋地判平 17.5.26）です。もっとも、事案が全く同じわけではなく、①裁判例の事案は、既に中止命令が実施された後の事案であるのに対して、本問では、中止命令はなされていない点、②裁判例の事案では、条例に罰則があったのに対して、本問では、罰則制度は存在しないこととされている点が、異なります。そこで、この裁判例が、傍論で不同意の処分性を肯定していること（判例自治 271 号 85 頁）は本問の事案には直接には当てはまらないものといえます。

また、三木市パチンコ店建築計画不同意処分取消請求事件（神戸地判平 12.10.31）も類似した事案の裁判例です。この裁判例は、罰則があるのにもかかわらず、同意の処分性を否定しています。

これらのことからすると、本問においては、罰則を意図的に存在しない事案に改変していること及び参考答案に示した理由によって、処分性を否定することができるものと考えられます。もっとも、処分性の有無の結論は、いずれでもよく、本問の事案の法律の仕組み及び事実関係に着目したうえで、説得的かつ矛盾のない理由を書けたかによって、答案の評価が決するものといえるでしょう。

設問 2 については、いきなり義務付け訴訟に飛び付くのではなく、まずは取消訴訟によった場合の不都合性に触れるべきでしょう。原告の望むことを実現できる訴訟類型を選択する姿勢を示すことが答案の印象をよくするポイントであると考えられます。

訴訟選択をしたあとは、申請型であることを見落とさず、訴訟要件を淡々と検討することが必要と考えられます。

MEMO

問題

[刑法]

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい。

- 1 甲（35歳）は、無職の妻乙（30歳）及び長女丙（3歳）と、郊外の住宅街に建てられた甲所有の木造2階建て家屋（以下「甲宅」という。）で生活していた。甲宅の住宅ローンの返済は、会社員であった甲の給与収入によってなされていた。しかし、甲が勤務先を解雇されたことから、甲一家の収入が途絶え、ローンの返済ができず、住宅ローン会社から、甲宅に設定されていた抵当権の実行を通告された。甲は就職活動を行ったが、再就職先を見つけることができなかった。

このような状況に将来を悲観した乙は、甲に対して、「生きているのが嫌になった。みんなで一緒に死にましょう。」と繰り返し言うようになったが、甲は、一家3人で心中する決意をすることができず、乙に対して、その都度「もう少し頑張ってみよう。」と答えていた。

- 2 ある日の夜、甲と丙が就寝した後、乙は、「丙を道連れに先に死のう。」と思い、衣装ダンスの中から甲のネクタイを取り出し、眠っている丙の首に巻き付けた上、絞め付けた。乙は、丙が身動きをしなくなったことから、丙の首を絞め付けるのをやめ、台所に行って果物ナイフを持ち出し、布団の上で自己の腹部に果物ナイフを突き刺し、そのまま横たわった。

甲は、乙のうめき声で目を覚ましたところ、丙の首にネクタイが巻き付けられていて、乙の腹部に果物ナイフが突き刺さっていることに気が付いた。

甲が乙に「どうしたんだ。」と声を掛けると、乙は、甲に対し、「ごめんなさい。私にはもうこれ以上頑張ることはできなかった。早く楽にして。」と言った。甲は、「助けを呼べば、乙が丙を殺害したことが発覚してしまう。しかし、このままだと乙が苦しむだけだ。」と考え、乙殺害を決意し、乙の首を両手で絞め付けたところ、乙が動かなくなり、うめき声も出さなくなったことから、乙が死亡したと思い、両手の力を抜いた。

- 3 その後、甲は、「乙が丙を殺した痕跡や、自分が乙を殺した痕跡を消してしまいたい。家を燃やせば乙や丙の遺体も燃えるので焼死したように装うことができる。」と考え、乙と丙の周囲に灯油をまき、ライターで点火した上、甲宅を離れた。その結果、甲宅は全焼し、焼け跡から乙と丙の遺体が発見された。

- 4 乙と丙の遺体を司法解剖した結果、両名の遺体の表皮は、熱により損傷を受けていること、乙の腹部の刺創は、主要な臓器や大血管を損傷しておらず、致命傷とはなり得ないこと、乙の死因は、頸部圧迫による窒息死ではなく、頸部圧迫による意識消失状態で多量の一酸化炭素を吸引したことによる一酸化炭素中毒死であること、丙の死因は、頸部圧迫による窒息死であることが判明した。

MEMO

1 第1 乙の首を締め付けた行為（第1行為）と放火行為（第2行為）の関
2 係について

3 第1行為と第2行為は、甲が乙を殺害するという結果に至るまでの
4 一連の行為であるから、第2行為を別個独立に評価することは妥当で
5 ない。そこで、甲が乙を殺害したという点については、全体をまとめ
6 て一連の行為と評価することを前提として、以下、検討する。

7 第2 乙の首を締め付けた行為について

8 1 甲は、乙から「早く楽にして。」と頼まれ、これに応じて乙の首を締
9 め付け、結果として同人を死に至らしめている。そこで、この行為に
10 ついて、乙に対する嘱託殺人罪（202条）が成立しないか。

11 2(1) 「嘱託を受け」たといえるには、被害者が真意に基づき自己の殺
12 害を依頼したことが必要である。

13 本件で、被害者乙は、以前から甲の再就職先が決まらず将来を悲
14 観しており、甲に対して「生きているのが嫌になった。一緒に死に
15 ましょう。」等と自らの死を望む発言を繰り返していた。また、本事
16 例当夜、乙は腹部に果物ナイフを突き刺した身体的に極めて苦しい
17 状況で、甲に対し、「早く楽にして」と自己の殺害を依頼する発言を
18 行っている。とすると、乙は、自分を殺してほしいという真意に基
19 づき、甲に自己の殺害を依頼したと認められる。

20 したがって、「嘱託を受け」たといえる。

21 (2) 次に、甲は、乙の首を締め付けるという生命の現実的危険性を有
22 する行為をしており、嘱託殺人の実行行為性が認められる。

23 3 そして、乙が死亡するという結果が発生した。

24 4 もっとも、乙の死因は一酸化炭素中毒死であり、甲の放火という行
25 為後の事情と相まって発生している。そのため、乙の首を締め付けた
26 行為と乙死亡の結果との因果関係は否定されるのではない。

27 (1) 刑法上の因果関係があるというためには、実行行為と結果との間
28 の事実的な条件関係を前提として、実行行為から結果が発生するこ
29 とが経験則上、相当であると評価できることが必要である。そして、
30 相当性の判断基底としては、通常人が知り又は予見できた事情及び
31 行為者が現に知り又は予見していた事情とするのが妥当である。

32 (2) 本件で、まず、甲が乙の首を締め付けて意識を消失させなければ、
33 乙は火に巻かれて一酸化炭素中毒死するという結果が発生しなかつ
34 たのであるから、実行行為と結果との間の条件関係は存する。

35 次に、甲による自宅への放火行為という行為後の事情は、殺害の
36 相手方が死亡したと思い込んでその犯人が罪証隠滅のために現場と
37 なった家屋に放火するに至るという経緯が、犯人の心理として通常
38 考え得るものであることからすると、一般人が予見できた事情とい
39 え、判断基底となる。そうすると、被害者の意識を消失させる程の
40 首絞め行為から、後の放火行為という事情によって、被害者が火に
41 巻かれて一酸化炭素中毒死することは、社会生活上の経験に照らし
42 て相当と評価できる。

43 (3) したがって、甲が乙の首を締め付けた行為と、乙が死亡した結果
44 との間に因果関係が認められる。

5 そして、甲は乙の囑託を受けて「このままだと乙が苦しむだけだ。」
と同人の殺害を決意しており、囑託殺人の故意が認められる。

乙が窒息死したと思って放火したところ、乙は一酸化炭素中毒死した点で因果関係の錯誤があるが、このような因果経過のズレは、上記のように相当因果関係の範囲内のもので、重大な錯誤とはいえないから、故意の成否に影響を及ぼすものではない。

6 以上より、甲には乙に対する囑託殺人罪（202条）が成立する。

第3 甲宅で、灯油をまき、ライターで点火した行為について

1 甲宅を全焼させた点

(1) 甲は、まだ生きていた乙を残して自宅にライターで点火し、全焼させているので、現住建造物放火罪（108条）が成立しないか。

(2) 客観的にはまだ生きていた乙がいた甲宅は、「現に…建造物」といえる。また、可燃性の高い灯油をまいてライターで点火する行為は、「放火」行為と認められる。そして、甲宅は全焼したので明らかに「焼損」した。よって、客観的には108条の構成要件に該当する。

しかし、甲は、乙が既に死亡したと思っていた。「人が」とは犯人以外の人を意味するので、自分以外に生きた人がいないと考えていた甲の主観的には、甲宅は「現に…いない建造物」（109条1項）であった（なお、甲宅には抵当権が設定されていたので、自己の所有に係るときとはいえない。115条、109条2項）。とすると、甲には非現住建造物放火罪の故意しかなかったものと認められる。

そのため、甲には現住建造物放火罪は成立しない（38条2項）。

(3) もっとも、故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらずあえてそれを乗り越えたことに対する道義的非難にあるところ、構成要件が実質的に重なり合う限度で規範に直面したといえるので、その範囲で軽い罪が成立すると解する。

本件で、両罪は客体の現住性のみ異なり、行為態様及び保護法益は同一であるから、軽い109条1項の限度で実質的に重なり合う。

(4) したがって、非現住建造物放火罪（109条1項）が成立する。

2 丙の遺体を燃やした点

甲は、「乙が丙を殺した痕跡…消してしまいたい」という意図の下、丙の周りに灯油をまいてライターで点火し、丙の遺体を燃やしている。乙の丙に対する殺人という「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅」（104条）したといえる。よって、証拠隠滅罪が成立する。ただ、妻乙は甲の親族なので任意的に刑は減免される（105条）。

3 乙の遺体を燃やした点

また、甲は乙の遺体を燃やし、炎によって損傷させているといえるので、死体損壊罪（190条）も成立する。

第3 罪数

以上より、甲には、囑託殺人罪、非現住建造物放火罪、証拠隠滅罪、死体損壊罪が成立する。後三者は同一の放火行為によるものなので、観念的競合（54条1項前段）となる。これと、囑託殺人罪は、行為態様も保護法益も異なる別個の犯罪なので、併合罪（45条前段）の関係となる。

以上

因果関係の錯誤は、事実の錯誤の一種であり、錯誤が重大であれば故意が否定されるとされてきた。そしてその重大性の判断基準としては、「相当因果関係の範囲内か否か」が用いられてきたのである（大塚185、192、大谷187参照）。…しかし、重要な錯誤か否かは、結局、因果経過が相当因果関係の範囲内にあるか否かで決定される以上、その判断基準は客観的な因果関係論と同一に帰し、独立に論じる意味は少ない（中山364）。以上、前田274

第1 乙の首を締め付けた行為について

1 甲は、乙から「早く楽にして。」と頼まれ、これに応じて乙の首を
2 締め付け、結果として同人を死に至らしめている。そこで、この行為
3 について、乙に対する嘱託殺人罪（202条）が成立しないか。

2(1) 「嘱託を受け」たといえるには、被害者が真意に基づき自己の殺
害を依頼したことが必要である。

本件で、被害者乙は、以前から甲の再就職先が決まらず将来を悲
観しており、甲に対して「生きているのが嫌になった。一緒に死に
ましよう。」等と自らの死を望む発言を繰り返していた。また、本
事例当夜、乙は腹部に果物ナイフを突き刺した身体的に極めて苦し
い状況で、甲に対し、「早く楽にして」と自己の殺害を依頼する発
言を行っている。とすると、乙は、自分を殺してほしいという真意
に基づき、甲に自己の殺害を依頼したと認められる。

したがって、「嘱託を受け」たといえる。

(2) 次に、甲は乙の首を締め付けるという生命の現実的危険性を有す
る行為をしており、嘱託殺人の実行行為性が認められる。

3 そして、乙が死亡するという結果が発生した。

4 もっとも、乙の死因は一酸化炭素中毒死であり、甲の自宅への放火
行為が介在したため発生している。そのため、乙の首を締め付けた行
為と乙死亡の結果との因果関係は否定されるのではないか。

(1) 刑法上の因果関係があるというためには、実行行為と結果との間
の事実的な条件関係を前提として、実行行為の危険性が結果に現実
実化したと評価できることが必要である。そして、危険の現実化の
の有無は、①実行行為自体の危険性、結果への寄与度、②介在事情
の異常性、③介在事情の結果への寄与度を考慮して判断される。

(2) 本件で、まず、甲が乙の首を締め付けて意識を消失させなければ、
乙は火に巻かれて一酸化炭素中毒死するという結果が発生しなかつ
たのであるから、実行行為と結果との間の条件関係は存する。

次に、危険の現実化の有無を検討すると、一般に力の強い青年男
性甲（35歳）が乙の首を絞め付けた本件実行行為は、相手方に死
を生じさせ得る危険な行為である。さらに、この行為によって、乙
は意識を消失して身動きできないところを火に巻かれて一酸化炭
素中毒死する状況が誘発された点をも併せ考えると、甲の実行行為
は、乙死亡の結果発生に大きく寄与しているものと認められる(①)。

他方、殺害の相手方が死亡したと思い込んでその犯人が罪証隠滅
のために現場となった家屋に放火するに至るという経緯は、通常考
え得るものであることからすると、甲が自宅に放火したという介在
事情は、格別異常ということとはできない(②)。

そうすると、甲が自宅に放火したことが乙死亡の結果発生に大き
く寄与したとしても(③)、甲の実行行為の危険性が乙の死亡の結
果発生に現実化したものと評価できる

(3) したがって、甲が乙の首を締め付けた行為と、乙が死亡した結果
との間に因果関係が認められる。

5 そして、甲は乙の嘱託を受けて「このままだと乙が苦しむだけだ。」

45 と同人の殺害を決意しており、囑託殺人の故意が認められる。

46 乙が窒息死したと思って放火したところ、乙は一酸化炭素中毒死し
47 た点で因果関係の錯誤があるが、首の締め付け行為に起因して乙が死
48 亡したという因果関係の大纲を認識しており、故意の成否に影響を及
49 ぼすものではない。

50 6 以上より、甲には乙に対する囑託殺人罪（202条）が成立する。

51 第2 甲宅で、灯油をまき、ライターで点火した行為について

52 1 甲宅を全焼させた点

53 (1) 甲は、まだ生きていた乙を残して自宅にライターで点火し、全焼
54 させているので、現住建造物放火罪（108条）が成立しないか。

55 (2) 客観的にはまだ生きていた乙がいた甲宅は、「現に…建造物」と
56 いえる。また、可燃性の高い灯油をまいてライターで点火する行為
57 は、「放火」行為と認められる。そして、甲宅は全焼したので明らか
58 かに「焼損」した。よって、客観的には108条の構成要件に該当す
59 る。

60 しかし、甲は、乙が既に死亡したと思っていた。「人が」とは犯
61 人以外の人を意味するので、自分以外に生きた人がいないと考えて
62 いた甲の主観的には、甲宅は「現に…いない建造物」（109条1項）
63 であった（なお、甲宅には抵当権が設定されていたので、自己の所
64 有に係るときとはいえない。115条、109条2項）。とすると、甲に
65 は非現住建造物放火罪の故意しかなかったものと認められる。

66 そのため、甲には現住建造物放火罪は成立しない（38条2項）。

67 (3) もっとも、故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらずあ
68 えてそれを乗り越えたことに対する道義的非難にあるところ、構成
69 要件が実質的に重なり合う限度で規範に直面したといえるので、そ
70 の範囲で軽い罪が成立すると解する。

71 本件で、両罪は客体の現住性のみ異なり、行為態様及び保護法益
72 は同一であるから、軽い109条1項の限度で実質的に重なり合う。

73 (4) したがって、非現住建造物放火罪（109条1項）が成立する。

74 2 丙の遺体を燃やした点

75 甲は、「乙が丙を殺した痕跡…消してしまいたい」という意図の下、
76 丙の周りに灯油をまいてライターで点火し、丙の遺体を燃やしてい
77 るので、乙の丙に対する殺人という「他人の刑事事件に関する証拠を隠
78 滅」（104条）したといえる。よって、証拠隠滅罪が成立する。ただ、
79 妻乙は甲の親族なので任意的に刑は減免される（105条）。

80 3 乙の遺体を燃やした点

81 また、甲は乙の遺体を燃やし、炎によって損傷させているといえる
82 ので、死体損壊罪（190条）も成立する。

83 第3 罪数

84 以上より、甲には、囑託殺人罪、非現住建造物放火罪、証拠隠滅罪、
85 死体損壊罪が成立する。後三者は同一の放火行為によるものなので、
86 観念的競合（54条1項前段）となる。これと、囑託殺人罪は、行為
87 態様も保護法益も異なる別個の犯罪なので、併合罪（45条前段）の
88 関係となる。

以上

「故意が成立するためには、因果関係に関しては、詳細な認識を要せず、その大纲を認識していれば足りるのであるから、實際上錯誤の問題を生じることはまれであり…因果関係の錯誤の問題は、むしろ、因果関係自体の存否の問題、すなわち条件関係の存否または因果関係に関する法的限定の問題として解決すべきものであろう」（講義案110）

論 点

- 1 嘱託殺人の事実認定
- 2 因果関係論
 - (1) 行為者の故意行為が介在した場合の因果関係の有無
 - (2) 因果関係の錯誤
- 3 抽象的事実の錯誤～非現住建造物放火罪の故意で現住建造物放火罪を犯した場合
- 4 その他
 - (1) 非現住建造物放火罪の自己物性（刑法 115 条）
 - (2) 死体損壊罪、証拠隠滅罪
 - (3) 罪数処理

コメント

本問の事案の元となったと考えられるのは、水戸地裁平成 17 年 3 月 31 日判決です。この裁判例は、被告人が被害者をナイフで突き刺し、同人が死亡したと誤信して住居に放火したところ、被害者は焼死したという事案で、ナイフの突き刺し行為と被害者の死の結果との因果関係を肯定し、殺人罪の成立を認めています。本問は、ナイフで刺したのではなく首を絞めたという点、殺人ではなく嘱託殺人であるという点等が異なりますが、判旨の理由付け等はほとんど合致することから、因果関係を肯定することは十分可能であると考えられます。もっとも、微妙な事案であるので、因果関係を否定しても、事情を適切に認定していれば問題ないでしょう。いずれにしても、事情が比較的豊富に書いてあるので、しっかり事実認定を行って結論を導くことが必要です。

また、首絞め行為と被害者の死の結果との因果関係を認めるかどうかで、後行の放火行為によって被害者が死亡した点の処理が異なってきます。整合性のある結論を導くことが肝要であったといえるでしょう。こういった点は、旧司、新司を問わず、繰り返し聞かれているところなので特に注意が必要です。犯人の認識と被害者の生死の相違、因果関係の錯誤といった点は、典型論点ですので、適切に処理することが必須です。

そして、嘱託殺人罪における嘱託の事実認定については、結論自体は嘱託ありと考えられるところ、事情が挙げられているので、丁寧に事実認定する必要があるでしょう。

さらに、刑法 115 条の論点は気付いていることを示せば十分ですが、甲宅の抵当権が実行されようとしているという事情を読み飛ばさないことが必要なので、法律論の理解だけでなく、事実を丁寧に読むことを求めている予備試験の姿勢が表れているのではないのでしょうか。

また、甲の放火は、乙の犯罪に基づく丙の遺体を焼損させていることから、死体損壊罪（刑法 § 190）の他、証拠隠滅罪（同法 § 104）が成立し得ます。もっとも、甲に乙に対する嘱託殺人罪の成立を認める場合、甲の放火は自己の犯罪に基づく乙の遺体も焼損していることになります。この点、刑法 104 条は、期待可能性の欠如を理由に、自己の犯罪に関する証拠隠滅行為を処罰していないとされていますが、本問のように、自己の犯罪に関する証拠と他人の犯罪に関する証拠を 1 つの行為で焼損させた場合、これをどのように評価するのは問題になり得ます。この点、各証拠隠滅の点に焦点を合わせて、丙の遺体の焼損について親族特

例(§ 105)の問題とすることもできますし、当該放火行為自体に焦点を合わせて、たとえ第三者の犯罪に関する証拠隠滅を含むとしても、自己の犯罪に関する証拠隠滅も含むことから、期待可能性の点から問題はないのかを検討することもできます。

以上のように、本問では、法律論の理解、論理性、事実認定等の力が満遍なく問われており、答案作成上もこれらの点をバランスよく展開することが必要であったと思われます。

【資料】

【水戸地判平 17.3.31】

1 争点

本件公訴事実の概要は、被告人が、被害者を殺害する目的で、同人方家屋内に侵入した上、被害者の背部等を果物ナイフで多数回突き刺し、その後、被害者が生存している可能性を認識しながら、罪証を隠滅するために同家屋を焼損しようと企て、同家屋に放火してこれを全焼させるとともに被害者を焼死させた、というものであるところ、弁護人は、(1)上記放火の犯行当時、被告人において被害者がすでに死亡したものと誤信していたから、現住建造物等放火罪の故意を欠き、同罪は成立しない、(2)被害者の死亡原因は客観的には焼死であるから、被告人の果物ナイフを用いた刺突行為と被害者死亡の結果との間には相当因果関係がなく、被害者死亡の結果について故意責任を問うことはできないとして、本件について殺人未遂罪、非現住建造物等放火罪、過失致死罪が成立するに過ぎない旨を主張し…ている。

2 被告人が本件放火の時点で被害者生存の可能性を認識していた事実の有無について

…以上のとおり、被告人が、本件放火の時点で、被害者生存の可能性を認識していた事実を認めるには合理的な疑いがあるといわざるを得ない。…

3 因果関係の有無について

関係証拠によれば、被告人は、被害者方南西側廊下において被害者の背部等を果物ナイフで突き刺し、その結果、被害者を身動きできない状態にしたが、刺突行為終了の時点では被害者はまだ生存していたこと、被告人は、刺突により被害者が死亡したものと思い込み、罪証隠滅のために被害者方家屋に放火したところ、被害者はその火が自己の周囲に回っても逃げるができずに焼死したことがそれぞれ認められる。

そして、被告人の刺突行為は、その態様に照らして、被害者の死亡という結果を発生させる蓋然性の高い行為であり、さらに、刺突によって被害者が身動きできないところを火に巻かれて焼死した点をも併せ考えると、その焼死という結果の発生に大きく寄与していることが明らかである。しかも、殺害の相手方が死亡したと思い込んでその犯人が罪証隠滅のために殺害現場となった家屋に放火するという経過事実については、その殺害行為と放火行為自体が密接な関連を有することに加え、一般人にとって予見可能なものと評価することができるのであって、これをもって格別異常な事態とまでいうことはできない。

以上の次第で、被告人の刺突行為と被害者の死亡の間には相当因果関係が存するものと認められ、被告人に対して殺人既遂罪の成立を肯定すべきものと判断される。

問 題

〔刑事訴訟法〕

次の記述を読んで、後記の設問に答えなさい。

警察官は、甲が、平成23年7月1日にH市内において、乙に対して覚せい剤10グラムを30万円で譲渡したとの覚せい剤取締法違反被疑事件につき、甲宅を搜索して現金の出納及び甲の行動等に関する証拠を収集するため、H地方裁判所裁判官に対し、搜索差押許可状の発付を請求した。これを受けてH地方裁判所裁判官は、罪名として「覚せい剤取締法違反」、差し押さえるべき物として「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモその他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」とそれぞれ記載した搜索差押許可状を発付した。

〔設問1〕

この搜索差押許可状の罪名及び差し押さえるべき物の記載は適法か。

〔設問2〕

仮に、搜索差押許可状の記載が適法であったとして、警察官が、この搜索差押許可状に基づき、甲宅を搜索した際に、「6／30 250万円 丙から覚せい剤100グラム購入」と書かれたメモを発見した場合、これを差し押さえることができるか。

（参照条文）覚せい剤取締法

第41条の2 第1項覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第42条第5号に該当する者を除く。）は、10年以下の懲役に処する。

MEMO

第1 設問1

1 罪名の記載について

(1) 本問の搜索差押許可状には「罪名」(刑事訴訟法(以下、法と略す。)219条1項)の記載として「覚せい剤取締法違反」と記載されているだけで、罰条の記載がなされていないが、このような記載は適法か。

(2) 憲法35条1項が「正当な理由に基づいて発せられた」令状を要求しているにすぎないにもかかわらず、法219条1項が搜索差押許可状に「罪名」の記載を要求した趣旨は、その令状が、憲法35条1項にいう正当な理由に基づき発せられたことを明らかにするためである。

注：増補令状基本問題
(下) P254～参照

とすれば、令状においては、法令名の記載があれば、罰条の記載を欠いても、それが正当な理由に基づき発付されているということは十分にわかるといえるから、罪名を記載するに当たっては、法令名を記載すれば足り、罰条の記載は不要であると解する。

(3) 本問の搜索差押許可状には、「罪名」として「覚せい剤取締法違反」という法令名が記載されているから、罰条の記載がなくても、「罪名」の記載は適法である。

2 差し押さえるべき物の記載について

(1) 本問の搜索差押許可状には「差し押さえるべき物」(法219条1項)として、「その他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」と記載されているが、このような概括的記載は適法か。

(2) 憲法35条1項及び法219条1項が、差押目的物の明示を要求した趣旨は、捜査機関による権限の濫用を防止するとともに、被処分者に防御の機会を与え、その利益を保護するためである。

そして、捜査の初期の段階でなされる差押えの時点では、捜査機関が、差押目的物としてどのような物があるかを明確に把握するのは困難であり、差押目的物の明示を厳格に要求すると、捜査機関としては、差押目的物を知るために、被処分者を取り調べることになり、かえって被処分者の利益を侵害することになる。

そこで、概括的記載が具体的例示に付加されたものであり、令状記載の被疑事件に関連し、かつ例示の物件に準ずる物件をさすことが明らかであれば、物の明示に欠けることはないと解する。

(3) もっとも、本問のように「罪名」として「覚せい剤取締法違反」とのみ記載されている場合には、令状記載の被疑事件が特定されず、概括的記載は物の明示を欠くようにも思える。

しかし、本問の搜索差押許可状の概括的記載は、「金銭出納簿、現金通帳、日記、手帳、メモ」という具体的例示に付加されているが、この中には、覚せい剤が含まれておらず、「覚せい剤取締法違反」の被疑事件において、証拠として覚せい剤の差押えを必要としないのは、覚せい剤を譲渡し終わったため、被疑者の手元に覚せい剤が存在しないと考えられる覚せい剤譲渡を被疑事実とする場合であるといえる。このように考えれば、本問の令状は、その具体的例示から、覚せい剤譲渡被疑事実を本件とすることは

明らかである。

したがって、覚せい剤の譲渡に関連し、例示の物件に準ずる覚せい剤の取引関係を記載した物件をさすことが明らかといえるから、差し押さえるべき物の記載は適法である。

第2 設問2

1 警察官は本件メモを差し押さえることができるか。本件メモは本問の搜索差押許可状の「差し押さえるべき物」に記載された物であるが、差し押さえるためには、その物が、当該令状中表示される特定の被疑事実と関連性を有する物でなければならない。

そして、設問1で検討したように、本問の搜索差押許可状の記載から、乙に対する覚せい剤の譲渡を被疑事実とすることが読み取れるから、本件メモが、覚せい剤譲渡罪と関連性を有する場合には、差し押さえることができる。

2 もっとも、本件メモは、甲が丙から覚せい剤を購入したことをうかがわせるものであり、覚せい剤譲受罪についての証拠であると考えれば、覚せい剤譲渡罪と覚せい剤譲受け罪とは構成要件を異にする別個の犯罪であるから、被疑事実との関連性を欠く別罪の証拠として、差し押さえることができないようにも思える。

しかし、本件メモの「6/30」との記載は、6月30日を示していると考えられるところ、平成23年以前に作成された覚せい剤の譲り受けを示すメモが、甲宅に残っている可能性は低いことから、このメモは、平成23年6月30日を示していると考えられる。そして、甲は、乙に対して覚せい剤を譲渡するために、譲渡する覚せい剤を入手する必要があるが、このメモの記載どおり、丙からの覚せい剤の譲受けが、乙への譲渡の日とされる平成23年7月1日前日になされているとすれば、甲は丙から譲り受けた覚せい剤を乙に譲渡したと考え得る。

また、本件メモの記載からは、甲が丙から覚せい剤を100グラム250万円で購入したことがうかがわれるが、これを10グラムに換算すると、25万円となる。そして、覚せい剤を譲渡する者は、自己の利益を上乗せすると推測されるところ、10グラムあたり25万円で仕入れた覚せい剤に5万円を上乗せして譲渡することは、覚せい剤の譲渡として自然であるといえる。

さらに、100グラムもの大量の覚せい剤を自己使用目的で購入したと考えるのは、不自然であるといえる。

以上より、本件メモに記載された丙からの覚せい剤の譲受けは、被疑事実である乙に対する覚せい剤の譲渡における目的物の入手経路に関するものであり、覚せい剤の譲渡において、目的物である覚せい剤の入手は不可欠の前提をなすものであるから、本件メモは、被疑事実である覚せい剤の譲渡を推認させる間接証拠としての役割を果たすといえる。

3 したがって、本件メモは、被疑事実である乙に対する覚せい剤の譲渡と関連性を有するものであるから、警察官は本件メモを差し押さえることができる。

注：増補令状基本問題
(下) P212 参照

以上

論 点

- 1 搜索・差押許可状における罪名の記載—特別法違反については罰条を記載することを要するか
- 2 搜索・差押え目的物の概括的記載の可否
- 3 差押対象物と被疑事実との関連性

コメント

設問1においては、搜索・差押許可状における罪名の記載において特別法違反の場合に罰条を記載することの要否、搜索・差押え目的物の概括的記載の可否が問題となります。刑事訴訟法219条1項は、令状の記載事項として「罪名」と「差し押さえるべき物」の記載を要求しているが、どの程度具体的に記載すべきかは、それぞれの記載が要求される趣旨との関係で争いがあります。

特に、本問のように覚せい剤取締法を被疑事実とする搜索・差押許可状においては、「罪名」の記載において罰条を示さなければ、覚せい剤についてのいかなる態様の犯罪が問題となるのかを示すことができないことから、罰条の記載が要求されるのではないかが問題となります。また、「差し押さえるべき物」の記載において、「その他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」との記載が、「差し押さえるべき物」の記載を要求することにより、捜査機関の権限濫用を防止し、被告の防御の利益を図るという点に反するのではないかが問題となります。

この点については、最高裁判所昭和33年7月29日大法廷決定が、罪名の記載については罰条の記載を要しないと、概括的記載を一定の要件の下で肯定しています。

設問2においては、差押対象物と被疑事実との関連性が問題となります。被疑事実と無関係の証拠を差し押さえることはできませんから、本問における被疑事実である「乙に対して覚せい剤10グラムを30万円で譲渡したとの覚せい剤取締法違反被疑事件」と差し押さえようとしているメモとの関連性が問題となります。

本問では、差し押さえようとしているメモに「丙から覚せい剤100グラム購入」と記載されていることから、覚せい剤譲渡罪を被疑事実とする搜索・差押許可状により、一見すると覚せい剤譲受罪に関する証拠を差し押さえているようにみえます。このように考えれば、被疑事実と関係のない証拠を差し押さえているのではないかが問題となります。

しかし、本問のメモは、その記載内容を詳細に検討すれば、被疑事実である覚せい剤譲渡罪の譲渡対象物である覚せい剤の入手の経路を示すものであると考えられます。このように考えれば、覚せい剤譲渡罪を証明する間接事実としての意義を有することになり、覚せい剤譲渡罪という被疑事実との関連性を肯定することができ、差押えが許されることとなります。

【資料】

最高裁判所昭和 33 年 7 月 29 日大法廷決定（刑事訴訟法判例百選 A 4）

（事案）

日教組の幹部である被疑者らが勤務評定反対のストを計画指導し、地方公務員法 61 条 4 号違反の容疑で逮捕されたという事件に関し、警察は、搜索差押許可状の発付を得て、都教組本部を搜索し、一定の物件を差し押さえたが、被疑者らは、これに対し、搜索差押許可状の「地方公務員法違反」とのみ記載された罪名の記載、及び「会議議事録、斗争日誌、指令、通達類、連絡文書、報告書、メモその他本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物件」と記された目的物の記載は、いずれも不特定であるとして準抗告し、さらには特別抗告を申し立てて争った。

（決定要旨）

「憲法 35 条は、搜索、押収については、その令状に、搜索する場所及び押収する物を明示することを要求しているにとどまり、その令状が正当な理由に基いて発せられたことを明示することまでは要求していないものと解すべきである。されば、搜索差押許可状に被疑事件の罪名を、適用法条を示して記載することは憲法の要求するところではなく、搜索する場所及び押収する物以外の記載事項はすべて刑訴法の規定するところに委ねられており、刑訴 219 条 1 項により右許可状に罪名を記載するに当つては、適用法条まで示す必要はないものと解する。

そして本件許可状における搜索すべき場所の記載は、憲法 35 条の要求する搜索する場所の明示として欠くところはないと認められ、また、本件許可状に記載された『本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物件』とは、『会議議事録、斗争日誌、指令、通達類、連絡文書、報告書、メモ』と記載された具体的な例示に附加されたものであつて、同許可状に記載された地方公務員法違反被疑事件に関係があり、且つ右例示の物件に準じられるような闘争関係の文書、物件を指すことが明らかであるから、同許可状が物の明示に欠くところがあるということもできない。」

最高裁判所昭和51年11月18日小法廷判決（刑事訴訟法判例百選No.24）

（事案）

恐喝被疑事件で発付された搜索差押許可状に基づき、暴力団員らによる常習的な賭博場開帳の模様を記録したメモを差し押えた。

その搜索差押許可状の請求書に記載された被疑事実の要旨は、暴力団F連合G組の若者頭補佐であるX及び同組と親交のあるYが共謀の上、Xにおいて、県会議員Mに対し、「Zを助けるために現金2000万円をすぐ準備せよ」などと申し向け、けん銃を突き付けるなどして脅迫し、現金1000万円を喝取したというもので、同許可状では、差し押さえるべき物は「本件に関係ある、1、暴力団を標章する状、バッチ、メモ等、2、拳銃、ハترون紙包みの現金、3、銃砲刀剣類等」と記載されていた。

（判旨）

「二 本件メモ写しの原物であるメモが前記搜索差押許可状の目的物に含まれるかどうか、上告趣意全体の前提となる論点であるから、まずこの点につき職権により検討すると、右メモが右許可状の目的物に含まれていないのでその差押は違法であつたとする原判断は、法令に違反したものである。

すなわち、右搜索差押許可状には、前記恐喝被疑事件に関係のある『暴力団を標章する状、バッチ、メモ等』が、差し押えるべき物のひとつとして記載されている。この記載物件は、右恐喝被疑事件が暴力団であるGに所属し又はこれと親交のある被疑者らによりその事実を背景として行われたというものであることを考慮するときは、Gの性格、被疑者らと同組との関係、事件の組織的背景などを解明するために必要な証拠として掲げられたものであることが、十分に認められる。そして、本件メモ写しの原物であるメモには、Gの組員らによる常習的な賭博場開帳の模様が克明に記録されており、これにより被疑者であるEと同組との関係を知りうるばかりでなく、Gの組織内容と暴力団的性格を知ることができ、右被疑事件の証拠となるものであると認められる。してみれば、右メモは前記許可状記載の差押の目的物にあたると解するのが、相当である。

憲法35条1項及びこれを受けた刑訴法218条1項、219条1項は、差押は差し押えるべき物を明示した令状によらなければならない旨を定めているが、その趣旨からすると、令状に明示されていない物の差押が禁止されるばかりでなく、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差押許可状に明示された物を差し押えることも禁止されるものというべきである。そこで、さらに、この点から本件メモの差押の適法性を検討すると、それは、別罪である賭博被疑事件の直接の証拠となるものではあるが、前記のとおり、同時に恐喝被疑事件の証拠となりうるものであり、F名入りの腕章・ハッピー、組員名簿等とともに差し押えられているから、同被疑事件に関係のある『暴力団を標章する状、バッチ、メモ等』の一部として差し押えられたものと推認することができ、記録を調査しても、捜査機関が専ら別罪である賭博被疑事件の証拠に利用する目的でこれを差し押えたとみるべき証拠は、存在しない。」

捜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	甲 昭和 50 年 5 月 15 日生
罪 名	覚せい剤取締法違反
捜 索 す べ き 場 所 , 身 体 又 は 物	〇〇県〇〇市△△2丁目15番4号××ハイツ 315号室
差 し 押 さ え る べ き 物	金銭出納簿, 預金通帳, 日記, 手帳, メモその他本件に関係あり と思料される一切の文書及び物件
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	司法警察員警部 P
有 効 期 間	平成 23 年 7 月 18 日まで
有効期間経過後は, この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には, これを当裁判所に返還しなければならない。 有効期間内であっても, 捜索又は差押えの必要がなくなったときは, 直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。	
被疑者に対する上記被疑事件について, 上記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。 平成 23 年 7 月 11 日 H 地 方 裁 判 所 印 裁 判 官 某 印	

平成 23 年度 論文式答練・模試ズバリ・的中一覧表

略記例

論アプ・１－２：論文アプローチ答練・第１回第２問

予答・２－２：論文予想答練・第２回第２問

模試：全国論文模試

【平成 23 年度論文式答練・模試ズバリ・的中一覧表】

平成 23 年度 本試験		TAC・Wセミナー 答練・模試	
科目	テーマ	コース名(回数・問数)	的中度
憲法	平等権	論アプ・３－１	的中
行政法	処分性・取消訴訟他	予答・１－２	ズバリ
	申請型義務付け訴訟・訴訟選択＋訴訟要件検討	論アプ・１－２	論点的中
商法	招集通知を欠く取締役がいるときの取締役会決議の効力	論アプ・２－２	論点的中
刑法	放火における客体（現住・非現住）の錯誤	論アプ・３－１	論点的中
刑事訴訟法	令状の概括的記載の可否	論アプ・２－１	的中
法律実務基礎科目 （民事）	消費貸借＋債権譲渡の要件事実、消滅時効	模試	的中
	二段の推定	論アプ・１－１	論点的中
		論アプ・３－１	論点的中
		予答・４－１	論点的中
	債権譲渡の要件事実	論アプ・４－１	論点的中
法律実務基礎科目 （刑事）	占有の帰属	論アプ・刑法１－２	論点的中
		予答・１－２	論点的中
	犯人性	論アプ・３－２	論点的中

以上のズバリ・的中は次の基準に基づいて選出しました。

レベル	基準
ズバリ	重要論点の個数の５割以上が同じ又は事案が著しく類似している
的中	重要論点の個数の３割以上が同じ
論点的中	重要論点が１個同じ

ズバリ・的中サンプル（行政法）

論文予想答練・行政法第1回第2問

〔第2問〕（配点：50）

Y市に居住するXの長女Aは、喉の病気のため気管切開手術を受けた後、たん等を吸引する器具（以下「吸引器具」という。）を喉に装着している。しかし、Aの身体的機能は年々回復しており、障害のない児童と同等の生活能力を有している。さらに、Aは吸引器具を自分で扱うことができ、吸引器具の脱落等が重大事故になる可能性は極めて乏しい。

そこで、Xは、Aを心身の障害のある児童を対象とする保育園ではなく、Y市が設置運営する普通保育園Z（以下「Z」という。）へ入園させようとして、平成22年1月20日にZへの入園申込みをした。しかし、処分行政庁であるY市福祉事務所長は、吸引器具を装着しているAに適切な保育をすることは困難であるとして、児童福祉法第24条第1項ただし書にいう「やむを得ない事由」があると判断し、同年2月20日に、Xの申込みに対して不承諾処分（以下「本件不承諾処分」という。）をした。なお、「やむを得ない事由」の有無の判断は、Y市福祉事務所長の裁量に委ねられている。また、Aの入園承諾に必要なその他の要件（児童福祉法第24条第1項本文参照）は満たされている。

これを受けて、XがY市長に対して同年3月15日に本件不承諾処分に対する審査請求を行ったところ、Y市長はXに対し、同年7月10日に当該審査請求を棄却する裁決をして、Xに通知した。

Aは、現在5歳であり、普通保育園に通園した場合、平成24年3月には卒園することになる。そこで、Xは本件不承諾処分の違法を主張し、できる限り早くAをZへ入園させたいと考え、訴訟を提起することにした。

以上の事実を前提として、以下の各設問に答えなさい。

〔設問1〕

この場合、Xのとるべき法的手段として、適切な訴訟を選び、その訴訟要件が満たされるかについて論じなさい（ただし、仮の救済については設問2で問うているので、ここでは不要）。なお、本件不承諾処分の取消訴訟の訴訟要件は、すべて肯定されることを前提にしてよい。

〔設問2〕

設問1で検討した訴訟に伴う仮の救済措置を挙げた上で、その要件が満たされるかについて論じなさい。

○ 児童福祉法（昭和22年12月12日法律第164号）（抜粋）

第1条 すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない。

2 すべて児童は、保護され、愛護されなければならない。

第2条 国は、児童を心身ともに健やかに育成する

平成 23 年司法試験予備試験・論文式試験・行政法

〔行政法〕

Aは、甲県乙町において、建築基準法に基づく建築確認を受けて、客室数20室の旅館（以下「本件施設」という。）を新築しようとしていたところ、乙町の担当者から、本件施設は乙町モーテル類似旅館規制条例（以下「本件条例」という。）にいうモーテル類似旅館に当たるので、本件条例第3条による乙町長の同意を得る必要があると指摘された。Aは、2011年1月19日、モーテル類似旅館の新築に対する同意を求める申請書を乙町長に提出したが、乙町長は、同年2月18日、本件施設の敷地の場所が児童生徒の通学路の付近にあることを理由にして、本件条例第5条に基づき、本件施設の新築に同意しないとの決定（以下「本件不同意決定」という。）をし、本件不同意決定は、同日、Aに通知された。

Aは、本件施設の敷地の場所は、通学路として利用されている道路から約80メートル離れているので、児童生徒の通学路の付近にあるとはいえず、本件不同意決定は違法であると考えており、乙町役場を数回にわたって訪れ、本件施設の新築について同意がなされるべきであると主張したが、乙町長は見解を改めず、本件不同意決定を維持している。

Aは、既に建築確認を受けているものの、乙町長の同意を得ないまま工事を開始した場合には、本件条例に基づいて不利益な措置を受けるのではないかという不安を有している。そこで、Aは、本件施設の新築に対する乙町長の同意を得るための訴訟の提起について、弁護士であるCに相談することにした。同年7月上旬に、当該訴訟の提起の可能性についてAから相談を受けたCの立場で、以下の設問に解答しなさい。

なお、本件条例の抜粋は資料として掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件不同意決定は、抗告訴訟の対象たる処分（以下「処分」という。）に当たるか。Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて、解答しなさい。

〔設問2〕

本件不同意決定が処分に当たるという立場を採った場合、Aは、乙町長の同意を得るために、誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか。本件不同意決定が違法であることを前提にして、提起すべき訴訟とその訴訟要件について、事案に即して説明しなさい。なお、仮の救済については検討しなくてよい。

【資料】乙町モーテル類似旅館規制条例（平成18年乙町条例第20号）（抜粋）

（目的）

第1条

ズバリ・的中サンプル（刑事訴訟法）

論文アプローチ答練・刑事訴訟法第2回第1問

〔第1問〕（配点：50）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

〔設問1〕 搜索差押許可状【資料】の適法性について、論じなさい。

【資料】

搜索差押許可状

被疑者の氏名
及び年齢

甲

昭和40年5月15日生

罪名

覚せい剤取締法違反

搜索すべき場所、身体
又は物

〇〇県〇〇市△△2丁目15番4号Aホテル
315号室

差し押さえるべき物

覚せい剤、小分け道具、手帳、ノートその他本件に関係ありと思
料される一切の文書及び物件

請求者の官公職氏名

司法警察員警部補 P

有効

平成23年司法試験予備試験・論文式試験・刑事訴訟法

〔刑事訴訟法〕

次の記述を読んで、後記の設問に答えなさい。

警察官は、甲が、平成23年7月1日にH市内において、乙に対して覚せい剤10グラムを30万円で譲渡したとの覚せい剤取締法違反被疑事件につき、甲宅を搜索して現金の出納及び甲の行動等に関する証拠を収集するため、H地方裁判所裁判官に対し、搜索差押許可状の発付を請求した。これを受けてH地方裁判所裁判官は、罪名として「覚せい剤取締法違反」、差し押さえるべき物として「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモその他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」とそれぞれ記載した搜索差押許可状を発付した。

〔設問1〕

この搜索差押許可状の罪名及び差し押さえるべき物の記載は適法か。

〔設問2〕

仮に、搜索差押許可状の記載が適法であったとして、警察官が、この搜索差押許可状に基づき、甲宅を搜索した際に、「6/30 250万円 丙から覚せい剤100グラム購入」と書かれたメモを発見した場合、これを差し押さえることができるか。

(参照条文) 覚せい剤取締法

第41条の2 第1項覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者(第42条第5号に該当する者を除く。)は、10年以下の懲役に処する。