

予備試験

令和4年予備試験
論文式試験分析会
行政法・刑事訴訟法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 228716

LU22871

行政法 問題

A県B町は、B町文化財保護条例（以下「本件条例」という。）を定め、B町の区域内に存する文化財のうち重要なものを指定し、その保存及び活用のため必要な措置を講じている。B町教育委員会（以下「教育委員会」という。）は、平成18年4月14日、告示により、B町の区域内にあるC古墳を本件条例第4条第1項に基づきB町指定文化財に指定した（以下、同指定を「本件処分」という。）。C古墳は、7世紀前半に造られた横穴式石室古墳であり、宗教法人Dが本件処分以前から所有する土地（以下「本件土地」という。）の一部を占めている。横穴式石室とは、遺体を納める埋葬室と、そこから入口部分へとつながる通路から成る石積みの墓室をいい、その全体が墳丘を成している盛土の中に埋まっているのが通常であるところ、C古墳の横穴式石室（以下「本件石室」という。）も、埋葬室の中心から半径約10メートルの盛土の中に石造りの埋葬室と通路が埋まっているが、その入口周辺の盛土は崩れてしまい、入口を構成している巨石が盛土から露出している状態であった。教育委員会は、本件処分の際に、C古墳の範囲が本件石室に限定されるものではなく、本件石室を取り巻く盛土全体もC古墳に含まれると考えており、その範囲（本件石室の埋葬室の中心から半径約10メートルの円の内側一帯）に本件処分の効力が及ぶと認識していた。もっとも、上記露出している巨石（同巨石は、本件石室の埋葬室の中心から約9メートルの距離に位置する。）の周辺のみは、Dから管理責任者として選任されている教育委員会により本件処分の直後から定期的に草刈りがされてきたものの、それ以外の盛土全体には樹木が生い茂っている。また、教育委員会は、本件処分後にC古墳であることを示す標識を露出している上記巨石のすぐそばに設置したが、上記半径約10メートルの円の内側一帯がC古墳であることを示す標識等を設置したことはなかった。

Dは、平成31年3月5日、C古墳周辺を公園として整備することとし、教育委員会に相談したところ、教育委員会は、Dの計画がC古墳の現状を変更したり、その保存に影響を与えたりしないのであれば、本件条例第13条の許可は不要である旨回答した。そこで、Dは、本件土地を平らに整地する土木工事（以下「本件工事」という。）を開始した。教育委員会は、令和3年5月頃、本件処分の効力が及ぶと考えている土地の付近まで本件工事が進められていることを把握したことから、C古墳の現状保存等のため、Dに対して本件工事の中断を求める旨の行政指導を行った。Dは、本件工事を中断した上で、教育委員会に対し、C古墳の範囲は、埋葬室及び通路から成る本件石室部分のみを指し、盛土は含まれないから、本件石室の周囲1メートルまでの工事ならば、C古墳の現状が変更されることはなく、その保存に影響を与えることもないと主張したが、教育委員会は、Dの主張する工事を行うには、本件条例第13条第1項に基づく教育委員会の許可が必要になるとDに説明した。

Dは、教育委員会に反論する根拠を見付けたいと考え、教育委員会の許しを得て本件処分当時の関係資料を閲覧した。当該資料によれば、C古墳が指定文化財に指定されたことは当時のDの代表者にも前記告示の日に通知されたこと等が記載されていたものの、本件処分の指定対象物の範囲が本件石室にとどまるのか、それとも本件石室とそれを取り巻く盛土も含むのかについては記載がなかった。また、本件処分当時、B町文化財保護委員会（以下「保護委員会」という。）は、委員長である考古学者Eのほか、歴史学、民俗学等を専攻する9名の研究者で構成されていたが、本件処分に当たり、本件条例の定める手続に基づく保護委員会への諮問は行われておらず、E一人のみの意見を聴取し、当該資料には、「Eの意見聴取を経たことにより、本件条例第4条第2項に基づく保護委員会への諮問手続を実質的には履践したものと見える。」との教育委員会の意見が付記されていた。

Dは、本件処分の内容の明確性や手続等に問題があることから、本件処分それ自体を争うべきであると考えに至り、行政訴訟を提起することを考えている。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、本件条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

Dは、本件処分について、取消訴訟の提起を断念し、無効確認訴訟を提起したいと考えている。Dが当該取消訴訟の提起を断念した理由として考えられるものについて説明するとともに、Dが当該無効確認訴訟を提起した場合、Dに行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)第36条に定める原告適格が認められるかを検討しなさい。なお、本問の解答に当たっては、本件処分が行訴法第3条第2項の「処分」に当たることを前提にしなさい。

〔設問2〕

Dは、本件処分の無効確認訴訟において、本件処分が無効であることについて、どのような主張をすべきか。想定されるB町の反論を踏まえて、検討しなさい。

【資料】

○ B町文化財保護条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、（中略）B町の区域内に存する文化財のうち重要なものを指定し、その保存及び活用のため必要な措置を講じ、もって町民の文化的向上に資するとともに、国文化の進歩に貢献することを目的とする。

（財産権等の尊重及び公益との調整）

第3条 B町教育委員会（以下「教育委員会」という。）は、この条例の施行に当たっては、関係者の所有権その他の財産権を尊重するとともに、文化財の保護と他の公益との調整に留意しなければならない。

（指定）

第4条 教育委員会は、町の区域内に存する文化財のうち、町にとって重要なものをB町指定文化財（以下「町指定文化財」という。）に指定することができる。

2 教育委員会は第1項の規定による指定をしようとするときは、B町文化財保護委員会（以下「保護委員会」という。）に諮問しなければならない。

3 第1項による指定は、その旨を告示するとともに、当該文化財の所有者及び権原に基づく占有者に通知して行う。

4 第1項による指定は、前項の規定による告示があった日から効力を生ずる。

5、6 （略）

（所有者の管理義務及び管理責任者）

第6条 町指定文化財の所有者は、この条例に従い、町指定文化財を管理しなければならない。

2 （略）

3 町指定文化財の所有者は、特別の事情がある場合は、専ら自己に代わり当該指定文化財の管理の責めに任ずべき者（以下「管理責任者」という。）を選任することができる。

4～6 （略）

（現状変更等の制限）

第13条 町指定文化財の現状を変更し、又はその保存に影響を及ぼす行為をしようとするときは、あらかじめ、教育委員会の許可を受けなければならない。

2、3 （略）

（保護委員会の設置）

第19条 文化財に関する諮問のため、保護委員会を置く。

（保護委員会の組織等）

第20条 保護委員会の委員は、10人以内とし、学識経験を有する者のうちから教育委員会が委嘱する。

2～5 （略）

（保護委員会の答申等）

第21条 保護委員会は、教育委員会の諮問に応じ、これを審議し、これに関する専門的又は技術的事項について答申する。

2 保護委員会は、前項の答申に必要な調査、研究を行う。

（会議の招集等）

第22条 保護委員会の会議は、教育長が招集する。

2 会議は、委員の半数以上が出席しなければ開くことができない。

3 保護委員会の庶務は、教育委員会において処理する。

行政法 解答のポイント

1 設問1について

設問1では、取消訴訟を断念した理由と、無効確認訴訟における原告適格が問われている。取消訴訟を断念した理由については、本件処分から本件工事までは10年以上が経過しているため、処分の取消訴訟の提起はできないことになる（行政事件訴訟法（以下、行訴法という。）14条1項、2項）。また、告知や標識がなされている以上、出訴が遅れたことにつき「正当な理由」もないといえる。

原告適格については、行訴法36条に照らして検討していくことになる。同条によれば、無効等確認の訴えにおける原告適格が認められるための要件は、①当該処分により損害を受けるおそれのある者であること、及び②当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものであることの2つである。

まず、本件処分によって、Dは教育委員会の許可なくしてC古墳の現状を変更し、又はその保存に影響を及ぼす行為をすることができなくなっている（本件条例13条）。これは、C古墳の存在する本件土地を所有するDの所有権（民法206条）を制限するものであるから、①は問題なく充たされる。

次に、②については、まず、上記のとおり、処分の取消訴訟の提起はできない（行訴法14条1項）。とはいえ、Dが本件工事を行うことができることを確認する訴訟は提起可能である。この確認訴訟よりも無効確認訴訟のほうが「より直截的な紛争解決手段であること」（最判昭62.4.17/百選Ⅱ[第7版][180]、最判平4.9.22./百選Ⅱ[第7版][181]）をどれだけ説得的に書くことができるかが、この問題での評価の分かれ目になると考えられる。解答例では、今後の工事を見据えて無効確認訴訟の方がより直截的であるとしている。

2 設問2について

無効な処分であるかの判断基準は、行為に内在する瑕疵が重大な法規違反であるか、瑕疵の存在が明白であるかであり、まずはこの点を示す必要がある。解答では以下の①、②の無効事由それぞれについて明白性を必要としているが、時間の都合上、「本件では第三者の利益を保護する必要がないため必要ない」とすることも可能と考えられる。

その上で、問題文で示されているとおり、①本件処分の内容の明確性が不十分であること、②本件処分の手続に問題があることの二点について無効主張を展開する必要がある。

①については、本件処分の指定範囲が不明確であることは明らかであるから、不明確性が無効事由を構成することを説得的に書くことが重要である。解答例では、処分の定義に引き付けて、無効を主張する構成を採っている。

②については、端的にEへの意見聴取は諮問にあらず、本件処分は本件条例4条2項に反していると主張することになる。諮問が行われていないことに対しては、Eへの意見聴取を経ている以上は重大な瑕疵にはあたらないとの反論も考えられるが、複数の専門家からなる委員会の諮問を経ることの重要性を指摘し、重大な瑕疵であると主張することが考えられる。

— MEMO —

行政法 解答例

第1 〔設問1〕

1 取消訴訟の提起を断念した理由

- (1) 本件処分は平成18年4月14日になされているため、既に10年が経過している。本件処分当時のDの代表者に告示の日には本件処分が通知されたことから、Dが「知った日」から6箇月を経過した（行政事件訴訟法（以下、法という。）14条1項）といえる。また、本件土地は本件処分前からDの所有であり、本件処分に関して、C古墳であることを示す標識が、本件土地内の巨石のすぐそばに設置されていることから、「正当な理由」（同項ただし書）がない。
- (2) また、本件処分のなされた平成18年4月14日から1年が経過しているので、「処分……の日から一年を経過した」といえる（同条2項本文）。この点についても、「正当な理由」といえる事情はない。
- (3) 以上より、出訴期間の要件を満たさないため、Dは取消訴訟の提起を断念したと考えられる。

2 原告適格が認められるかについて

- (1)ア 無効確認訴訟における原告適格（法36条）に関し、同条前段の「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。
- イ Dは本件処分によって、本件土地におけるC古墳の現状を変更したり保存に影響したりする工事を行うことができなくなる立場にある。よって、本件処分により自己の権利若しくは法律上保護

された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者といえる。

ウ よって、Dは「法律上の利益を有する者」にあたる。

- (2)ア 次に、法36条後段の要件を満たすか。「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない」かが問題となる。

無効確認訴訟が取消訴訟を補完して広く国民の権利救済の機会を確保するために設けられたという制度趣旨を重視すべきである。よって、処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟によっては、その処分のため被っている不利益を排除できない場合はもとより、当該処分に起因する紛争を解決するための争訟形態として、当該処分の無効確認を求める訴えの方がより直截で適切な争訟形態とみるべき場合も含むと解する。

イ 本件では、Dが本件土地において本件工事を行うことのできる法的地位の確認を求めて、教育委員会を被告として確認訴訟を提起することも考えられる。しかし、Dとしては、教育委員会を被告とした訴訟を提起するとしても、本件処分の効果を覆滅することで、本件条例13条1項に基づき、C古墳を除去し、本件土地に公園として整備する際の構造物の設置や樹木等の植栽といった様々な工事を制約なくでき、Dが本件土地で公園整備のための本件工事及び今後の工事をできるようにするために抜本的な解決策となる。このため、当該処分に起因する紛争を解決するための争訟形態として、当該処分の無効確認を求める訴えのほうがより直

截で適切な争訟形態である。

ウ よって、「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない」といえる。

第2 〔設問2〕

1 行政処分が無効となるには、処分が重大かつ明白な瑕疵を有するものでなければならず、重大かつ明白な瑕疵とは、処分の要件の存在を肯定する行政庁の認定に重大・明白な瑕疵がある場合であり、瑕疵の明白性は、処分成立の当初から客観的なものであることを要する。

2 内容の明確性について

(1) 「処分」(法3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為であって、その行為によって、直接、国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。このため、処分は名宛人の権利義務の形成に係る範囲を確定することに関し、範囲の明確性が適法要件となる。

(2) 本件処分の効力が及ぶ範囲は、本件石室の埋葬室の中心から半径約10メートルの円の内側一帯である、と教育委員会は認識している。他方、本件土地では露出している巨石は本件石室の埋葬室の中心から約9メートルの位置にあり、そこに標識が設置されているのみで、盛土全体に樹木が生い茂っていて、半径10メートルの円の内側一帯がC古墳であることを示す標識等が設置されていなかった。よって、本件処分が本件条例13条1項により及ぶ工事制限の範囲が特定されておらず、範囲の明確性がない。

(3) このように内容の明確性を欠くことは、前記「処分」の定義に照らして要件を欠く点で明白・重大な瑕疵であり、本件処分当時から標識がないことからすれば、その瑕疵は客観的に明白である。よって、無効である。

3 手続の問題

(1) 本件処分は、本件条例4条2項により、保護委員会の諮問が必要だが、Eからの意見聴取を経たのみで、保護委員会への諮問及び保護委員会からの答申がないから、同21条1項の諮問・答申を欠き、同4条2項違反の手続的瑕疵がある。手続上の瑕疵が処分の取消・無効理由となるか問題となる。

(2) この点、手続上の瑕疵があっても、実体上の要件を満たしていれば、再度適法に処分すれば足り、取消・無効の実益がない。よって、原則、取消・無効理由とならないが、処分の性質に照らし、違反に係る手続の重要性がある場合は取消・無効理由となると解する。

(3) 本件条例4条2項が町指定文化財への指定に保護委員会への諮問を要件とし、同21条が専門的又は技術的事項への答申をする旨規定していることから、文化財への指定には学識経験を伴う専門的判断を要する。このため、町指定文化財への指定という学識経験による専門的判断を伴う性質に照らし、保護委員会への諮問は重要な手続である。よって、本件処分は、本件条例4条2項違反という重大な手続上の瑕疵に当たり、当該事実関係が処分当時の関係資料から明白である。よって、無効理由となる。 以上

— MEMO —

刑事訴訟法 問題

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

司法警察員Pは、Aが覚醒剤を密売しているとの情報を得て、内偵捜査を進めた。その結果、その拠点
は、Aが妻甲及び息子乙と同居するアパート1階にあるA方居室であるとの疑いが強まった。

そこで、Pは、令和3年1月13日、Aを被疑者とする前記覚醒剤営利目的譲渡被疑事件に関し、捜
索すべき場所をA方居室、差し押さえるべき物を「覚醒剤、注射器、計量器等」とする捜索差押許可状の
発付を受けた。

Pは、同月15日、他の司法警察員らと共に、A方居室付近に赴き、同日午後1時30分頃、玄関扉を
少し開けて顔を出した甲に対して、捜索を実施する旨告げた。

Pは、Aが不在であったため、甲を立会人としてA方居室の捜索を実施することとし、甲に対して、前
記捜索差押許可状を呈示して捜索を開始した。その際、甲が同室玄関内において、コートを着用し、靴を
履いてキャリーケースを所持していたことから、Pは、甲が同室内から覚醒剤の密売に関する物を同キ
ャリーケースに入れて持ち出そうとしていたのではないかとの疑いを抱き、甲に対し、再三にわたり、
同キャリーケースを開けて中を見せるように求めた。しかし、甲は、同キャリーケースの持ち手を握っ
たまま、これを拒否した。そこで、Pは、①甲の承諾を得ることなく、無施錠の同キャリーケースのチャ
ックを開けて、その中を捜索し、覚醒剤や注射器を発見した。

その後、Pは、他の司法警察員らと共に、同室の捜索を継続し、同室から覚醒剤、注射器及び計量器を
発見した。そして、その頃、乙がポストンバッグを所持して同室に帰宅した。乙が同室内に入った後も同
ポストンバッグを手放さなかったことから、Pは、同ポストンバッグ内にも覚醒剤の密売に関する物が
入っているのではないかとの疑いを抱き、乙に対し、再三にわたり、同ポストンバッグを開けて中を見
せるように求めた。しかし、乙は、同ポストンバッグを両腕で抱きかかえて、これを拒否した。そこで、
Pらは、②乙を羽交い締めにした上、乙から同ポストンバッグを取り上げて、その中を捜索し、覚醒剤を
発見した。

【設問】

下線部①及び②の各行為の適法性について論じなさい。なお、前記捜索差押許可状は適法に発付され
たものとする。

(参照条文) 覚醒剤取締法

第41条の2 覚醒剤を、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。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期
懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 (略)

刑事訴訟法 解答のポイント

- 1 本問では、捜索差押許可状に基づいてなされる捜索の具体的な場面において、被疑者A本人が不在であるという事情のもと、同居の親族である妻甲、途中で帰宅した息子乙との関係で、捜査機関によってなされた捜索及びそれに伴う行為の適法性が問題となった。
- 2 まず、行為①については、捜索場所をA方居室としながらも、被疑者ではない甲が所持するキャリーケースを捜索することの適法性が問われている。ここでは、捜索場所に所在する被疑者以外の所有物に捜索差押許可状の効力が及ぶか否かについて、捜索・差押えに令状が要求される趣旨を踏まえた上で、発付された令状の効力の範囲について、説得的な論理を展開することが求められる。そして本問においては、甲が持っていたキャリーケースの所有者に留意しつつ、キャリーケースが無施錠であったという事情も考慮に入れて具体的に検討する必要がある。
- 3 次に、行為②について、これも被疑者ではない乙の手荷物を捜索対象としている点は行為①と同じではあるものの、乙の手荷物は、捜索開始時には捜索場所に存在していなかったという点が異なるため、慎重な検討が求められる。この点については、捜索場所に配達された物についても捜索が許されるかにつき判断された判例（最決平19.2.8／百選〔第10版〕〔20〕）も参考となろう。
また、行為②については、捜索の遂行のために乙を羽交い絞めにしてポストンバッグを取り上げるという処置がなされているが、これが「必要な処分」（222条1項、111条1項）に該当するかどうかも問題となる。

— MEMO —

刑事訴訟法 解答例

第1 ①の行為

- 1 甲が持っていたキャリーケース（以下、「本件ケース」という。）を適法に検索するには、A方を検索場所とする搜索差押許可状（以下、「本件許可状」という。）の効力が及んでいる必要がある。そこで「場所」対象とする令状の効力が、「物」にも及ぶのかが問題になる（刑事訴訟法（以下、法令名を略す。）219条1項）。
- 2(1) 令状主義の趣旨は、令状裁判官の司法審査を介在させて人権保障を図るところにあるから、令状の効力は、司法審査が及んでいる範囲に生じる。そして、「場所」を搜索することによって侵害されるプライバシーの利益は、その場所で管理・使用される「物」に対するプライバシーの利益を包摂しており、裁判官も場所の搜索差押えを許可する際、そのことを前提に判断している。したがって、搜索場所と同一の管理権に属する物については、裁判官の司法審査が及んでいるといえ、場所に対する搜索差押許可所の効力によって、搜索差押えができると解すべきである。
- (2) 本件許可状はA方を対象としているから、その効力は、その管理権者であるAの管理権に属する物に対して及ぶ。たしかに、本件ケースが妻である甲の物である可能性があり、本件許可状の効力は本件ケースには及ばないとも思われる。しかし、仮に、本件ケースが甲の物であるとしても、甲はA方

においてAと日常生活を共にする者であるし、本件ケースは無施錠であったことからすると、本件ケースに対する甲のプライバシーの利益は、少なくとも同居人であるAとの関係においては放棄されていると評価でき、所有物に対する甲のプライバシーの利益は、A方に対するプライバシーの利益に包摂されている。したがって、本件ケースは、Aの管理権に属しており、本件ケースがAの物であっても、甲の物であっても、本件許可状の効力は本件ケースに及ぶ。

- 3 よって、本件許可状に基づき本件ケース内を搜索する①の行為は適法である。なお、無許可で本件ケースを開けた点は、本件許可状の令状の効力として適法に行うことができる。

第2 ②の行為

- 1 上記と同様に、乙が持っていたボストンバッグ（以下、「本件バッグ」という。）に本件令状の効力が及ぶかを検討する。
- 2 本件バッグが、Aの物か、息子である乙の物か定かではない。しかし、乙も甲と同様にA方で日常生活を送る者であるから、所有物に対する乙のプライバシーの利益は、A方という「場所」に対するプライバシーの利益に包摂されているというべきである。よって、本件バッグがAの物であっても、乙の物であっても、本件許可状の令状の効力は及び得る。
- 3(1) 次に、本件バッグは、搜索差押えが始まった後、乙がA方に持ってきた物であるところ、搜索差押の開始時にその場所

に存在しなかった物にも本件許可状の効力が及ぶか問題となる。

- (2) 219条1項は、搜索差押許可状には有効期間を設定して発付することを想定している。そうすると、令状の有効期間に搜索場所に存在することになった物に対しても、令状裁判官の司法審査が及んでいる。よって、令状主義の趣旨からすると、令状の有効期間内に搜索場所に存在することになった物であれば、令状の効力が及ぶというべきである。
- (3) 本件バッグは、本件許可状の有効期間内に搜索場所であるA方に存在することになった物であるから、本件バッグには、本件許可状の令状の効力が及ぶというべきである。
- 4(1) もっとも、乙を羽交い絞めにした上で本件バッグを取り上げる行為は、搜索差押えの執行における「必要な処分」(222条1項、111条1項)として許容されるか問題となる。
- (2) 111条1項は、搜索差押えに伴う付随的行為について、包括的な許可が及んでいることの確認規定であって、列举された処分は例示である。そうであれば、「必要な処分」とは、目的達成にとって必要かつ社会通念上相当な行為をいうと解すべきである。
- (3) 本件バッグには本件許可状の効力が及んでいるから、乙の行為は、本件許可状に基づく搜索・差押えに対する妨害行為であるため、本件許可状に基づく搜索・差押えを執行するた

めに、乙の妨害行為を排除する必要がある。加えて、本件における被疑事実は覚醒剤の密売であり、被疑者と同居し、起臥寝食を共にしている被疑者の息子である乙は、被疑事実について何らかの事情を知っている可能性が高い。そのような中で、搜索・差押えが執行されている最中に帰宅した乙は、Pの再三の説得にもかかわらず本件バッグの中身をPに見せることを拒否している。これらの事情から、乙が何らかの証拠品を本件バッグの中に隠している蓋然性が認められる。そうすると、本件バッグの中を搜索する必要性が高い。

Pが行った行為は、乙の両腕を本件バッグから離させるためになされた、乙を羽交い絞めにするというものである。この行為は、本件バッグに対する乙の占有を解くためになされた必要最小限度の態様であったといえ、乙に対する人権侵害の程度が大きいかとはいえない。よって、本件バッグ内を搜索する必要性が高く認められる状況において、乙を羽交い絞めにする行為は、社会通念上相当な範囲にとどまっていたといえ、「必要な処分」に含まれる行為である。

- 5 以上より、②の行為は適法である。

以 上

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22871