

司法試験

平成28年本試験徹底分析会

公法系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 165172

LU16517

平成28年本試験分析会

公法系・第1問

平成28年司法試験 公法系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

20**年5月、連続して発生した次の2つの事件により、性犯罪者に対する再犯防止に社会の関心が集まることとなった。

- ① 30歳の男性Mが、幼稚園から帰宅途中の女兒を誘拐し、自宅でわいせつな行為をした後で殺害し、死体を山林に遺棄した事件（Mは、6年前にも幼稚園から帰宅途中の女兒を誘拐して自宅でわいせつな行為をしたわいせつ目的誘拐及び強制わいせつ事件により、懲役5年の実刑判決を受けて服役し、半年前に刑期満了により釈放されていた。）。
- ② 35歳の男性Pが、学校から自転車で帰宅途中の女子高校生を道路脇の森に連れ込み、強姦した後で殺害した事件（Pは、10年前に深夜の公園での成人女性に対する強姦未遂事件により懲役2年の実刑判決を受けて服役したほか、7年前には学校から帰宅途中の女子中学生に対する強姦事件により懲役6年の実刑判決を受けて服役し、1年前に刑期満了により釈放されていた。）。

これら2つの事件に関する報道では、心理学の専門家等が、「一定の類型の性犯罪者は、心理的、生理的、病理的要因等により同種の性犯罪を繰り返すおそれが大きく、処罰による特別予防効果に期待することは現実的でない。このような性犯罪者の再犯を防止するためには、出所後の行動監視が必要である。」旨の所見を述べた。

こうした経緯を受けて、超党派の「性犯罪被害の予防を促進するための議員連盟」が結成され、性犯罪者の再犯防止に関する具体的方策を講じるために必要な法整備についての検討が進められ、翌年、議員提出法案として「性犯罪により懲役の確定裁判を受けた者に対する継続監視に関する法律」（性犯罪者継続監視法）案が国会に提出された。

同法律案では、刑法第176条から第179条まで（強制わいせつ、強姦、準強制わいせつ及び準強姦、集団強姦等、未遂罪）又は第181条（強制わいせつ等致死傷）の罪により懲役の確定裁判（その刑の執行猶予の言渡しをするものを除く。）を受けた者が、その心理的、生理的、病理的要因等により再び性犯罪を行うおそれ大きいと認められる場合は、検察官の申立てに基づく裁判所の決定により、20年以内の期間を定めて、当該確定裁判を受けた者が刑期満了、仮釈放等により刑事施設（刑務所）から釈放された日から、その者の継続監視を行うこととされた。

この継続監視とは、監視対象者の体内に埋設された位置情報発信装置（GPS）から送信される位置情報を警察において継続的に取得して監視対象者の現在地を把握することをいい、これを実施するため、警察署には、管轄地域の地図を表示する大型モニターが導入され、同モニターには、監視対象者の現在地が表示されるとともに、同人の前科等の参考情報が表示され、同人が性犯罪やその準備行為を行っている疑いがある場合には警察官が現場に急行できる態勢が整えられることが想定されていた。

さらに、同法律案では、継続監視のみならず、監視対象者が性犯罪を行う危険性があると認めるときは、特定の区域に一定期間立ち入ってはならない旨の警告を行うことができ、警告を受けたにもかかわらず監視対象者が特定の区域に立ち入り、当該区域内において性犯罪を行う危険性が高いと認められるときは、当該区域に立ち入ってはならない旨の禁止命令の措置を採ることもできるとされ、禁止命令違反に対する罰則も規定された。

なお、同法律案の作成過程では、継続監視の方式として、監視対象者に対し、取り外すことができない小型のプレスレット型位置情報発信装置（GPS）の装着を義務付ける案も検討されたが、「外部から認識可能な装置を装着させると監視対象者に対する社会的差別を引き起こしかねない」との懸念が強く示されたため、最終的に、同法律案は、監視対象者に対し、超小型の位置情報発信装置（GPS）を外科手術によって体内に埋設することを義務付ける内容のものでされ、国会に提出された。この点については、かかる外科手術を受けたとしても、いかなる健康上・生活上の不利益も生じず、手術痕も外部から認識できない程度に治癒し、継続監視の期間が終了した後に当該

装置を取り外す際も同様であるとの医学的知見が得られている。

国会審議における中心的な論点は、同法律案の憲法適合性であった。参考人として意見を求められた弁護士Tは、同法律案に反対する立場から、「本法律案における継続監視及び警告・禁止命令の仕組みが人権を侵害することは明らかである。また、政府の統計によれば、強姦や強制わいせつの再犯率は他の犯罪類型に比べて特に高いものではなく、これらの犯罪に限って本法律案にあるような継続監視を行うことは正当化されない。」旨の意見を述べた。これに対し、参考人として意見を求められた犯罪心理学の専門家Uは、同法律案に賛成する立場から、「確かに、強姦や強制わいせつの再犯率は、他の犯罪類型に比べて特に高いものではないが、本法律案は、性犯罪を行った者全てを対象とするものではない。心理的、生理的、病理的要因等により特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者が存在し、そのような者が再び同様の性犯罪に及ぶリスクの高さは、専門家によって判定することができるから、リスクが特に高いと判定された者を継続監視の対象として再犯を防止することには、極めて高い必要性和合理性が認められる。」旨の意見を述べた。そして、同法律案は、審議の結果、衆議院及び参議院で可決されて成立した【参考資料】。

性犯罪者継続監視法が施行された後、25歳の男性Aは、公園で遊んでいた女兒Bに声を掛けて自宅に誘い入れ、服を脱がせてわいせつな行為をし、後日、これが発覚して警察に逮捕された。なお、Aは、3年前にも公園のトイレ内で女兒に対して行った強制わいせつ事件により懲役2年の実刑判決を受けて服役し、1年前に刑期満了により釈放されていた。

Aに対する起訴を受けて審理が行われた結果、第一審の地方裁判所は、わいせつ目的誘拐罪及び強制わいせつ罪により、Aに懲役6年の判決を言い渡し、これが確定した。その後、検察官は、心理的、生理的、病理的要因等によりAが再び性犯罪を行うおそれが大きいと認め、性犯罪者継続監視法に基づき、地方裁判所に対し、Aに対して継続監視を行う旨の決定をすることを申し立てた。

〔設問1〕

あなたが弁護士としてAの付添人に選任されたとして、性犯罪者継続監視法が違憲であることを訴えるためにどのような主張を行うかを述べなさい。その際、参考人Uの意見（心理的、生理的、病理的要因等により特定の性的衝動に対する抑制が適正に機能しにくい者が存在し、そのような者が再び同様の性犯罪に及ぶリスクの高さは、専門家によって判定することができるもの）には、科学的見地から根拠があると仮定して論じなさい。

なお、同法が憲法第31条及び第39条に違反するとの主張については、他の付添人が起案を担当しているため、論じる必要はない。

〔設問2〕

〔設問1〕で述べられたAの付添人の主張に対する検察官の反論を想定しつつ、憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】 性犯罪により懲役の確定裁判を受けた者に対する継続監視に関する法律（抜粋）

第1章 総則

（目的）

第1条 この法律は、刑法（明治40年法律第45号）第176条から第179条まで又は第181条の罪（以下「性犯罪」という。）により懲役の確定裁判（その刑の執行猶予の言渡しをするものを除く。以下同じ。）を受けた者であつて、再び性犯罪を行うおそれが大きいと認められるものに対し、継続監視を行うことにより、性犯罪の再発の防止を図り、もつてその社会復帰を促進するとともに、地域社会の安全の確保を推進することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律において「継続監視」とは、監視対象者の体内に埋設した位置情報発信装置から送信される位置情報を電子計算機を使用して継続的に取得し、これを電子地図（電磁的方式により記録された地図をいう。）の上に表示させて監視対象者の現在地を把握することをいう。

2 この法律において「監視対象者」とは、第14条の決定を受けた者をいう。

（一般的危険区域の指定）

第3条 都道府県知事は、当該都道府県内に次に掲げる区域のうち、性犯罪が発生する危険性が一般的に高いと認める区域を一般的危険区域として指定しなければならない。

- 一 幼児を保育する施設又は学校及びそれらの周辺道路
- 二 公園又は山林及びそれらの周辺道路

第2章 審判

（検察官による申立て）

第10条 検察官は、性犯罪により懲役の確定裁判を受けた者（刑事施設に収容されているものに限る。）について、その心理的、生理的、病理的要因等により再び性犯罪を行うおそれが大きいと認めるときは、地方裁判所に対し、第14条の決定をすることを申し立てなければならない。

2 検察官は、前項の申立てをした場合は、必要な資料を提出しなければならない。

（調査）

第11条 前条第1項の申立てを受けた裁判所は、必要な調査をすることができる。

2 前項の調査のため必要があると認めるときは、犯罪学、心理学、精神保健学、精神医学等について学識経験のある者に被申立人の鑑定を命じ、証人尋問、検証、押収、搜索、通訳及び翻訳を行い、並びに官公署その他の公私の団体に対し資料の提出その他の協力を求めることができる。

（必要的付添人）

第12条 被申立人は、弁護士を付添人に選任することができる。

2 被申立人が付添人を選任しないときは、裁判所は、職権で、弁護士である付添人を付さなければならない。

（審判期日）

第13条 裁判所は、審判期日を開き、被申立人及び付添人から意見を聴かななければならない。

（継続監視の決定）

第14条 裁判所は、第10条第1項の申立てがあつた場合において、第11条第1項の調査を基礎とし、被申立人がその心理的、生理的、病理的要因等により再び性犯罪を行うおそれが大きいと認めるときは、20年以内の期間を定めて、被申立人が刑事施設から釈放される日から被申立人に対する継続監視を行う旨を決定しなければならない。

（抗告）

第15条 被申立人及び付添人は、前条の決定に対し、1週間以内に抗告をすることができる。

第3章 継続監視の措置

(埋設)

第21条 監視対象者は、継続監視が開始される日の10日前までに、医師による位置情報発信装置を体内に埋設する手術を受けなければならない。

2 監視対象者は、継続監視の期間が終了するまでの間、体内に埋設された位置情報発信装置を除去し、又は破壊してはならない。

(継続監視)

第22条 継続監視は、監視対象者が釈放された後、国家公安委員会規則に基づき、警視総監若しくは道府県警察本部長又は警察署長（以下「警察本部長等」という。）がこれを行う。

(警告)

第23条 警察本部長等は、監視対象者が一般的危険区域に立ち入った際の行動その他の事情により、当該監視対象者が性犯罪を行う危険性があると認めるときは、一般的危険区域のうち特定の区域を特定危険区域として指定し、当該監視対象者に対し、1年以下の期間を定めて、当該特定危険区域に立ち入ってはならない旨を警告することができる。

2 警察本部長等は、前項の規定による警告をしたときは、速やかに、警告の内容及び日時その他国家公安委員会規則で定める事項を都道府県公安委員会（以下「公安委員会」という。）に報告しなければならない。

(禁止命令)

第24条 公安委員会は、監視対象者が、前条第1項の規定による警告を受けたにもかかわらず、なお当該特定危険区域に立ち入った場合において、当該特定危険区域内において性犯罪を行う危険性が高いと認めるときは、監視対象者に対し、1年以下の期間を定めて、当該特定危険区域に立ち入ってはならないことを命ずることができる。

2 公安委員会は、前項の規定による命令（以下「禁止命令」という。）を発するときは、行政手続法（平成5年法律第88号）第13条第1項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。

第4章 罰則

(罰則)

第31条 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

- 一 第21条第1項の規定に違反して、位置情報発信装置を体内に埋設する手術を受けなかった者
- 二 第21条第2項の規定に違反して、位置情報発信装置を除去し、又は破壊した者
- 三 禁止命令に違反して、特定危険区域に立ち入った者

平成28年司法試験 公法系第1問 解答例 その1

第1 設問1

1(1) 13条違反

本件では、性犯罪で確定判決を受けた者で、再犯の恐れが高い者は、医師による位置情報発信装置を体内に埋設する手術を受けた上で（法21条1項）、国家による継続監視が行われる（法14条）。そして埋設する手術を受けなかった者や位置情報発信装置を除去・破壊した者には1年以下の懲役又は100万円以下の罰金が科せられる（法31条1号2号）。これらの法律は、自己情報コントロール権及び自己決定権を保障した憲法13条に反し違憲無効である。以下詳述する。

- (2) まず、13条の幸福追求権は、包括的権利としての性質を有しているので、13条に基づいて新しい人権を認めることができる。

しかし、新しい人権を無制限に認めていくと、人権のインフレーションが起こり、既存の人権の価値が低下する。また、裁判所の主観的な価値判断により権利が創設されてしまい、三権分立に抵触するおそれもある。

そこで、人格的生存に不可欠な権利に限って認めるべきである（人格的利益説）。

- (3) ここで、自己がどこに移動し、どのような所為を行うかは、人格形成の中心である。そして、そのような情報を自己のコントロール下に置けないと、人格的生存が困難になる。従って、自分の居場所を公権力に把握されることのない権利は、人格的生存に不可欠であり、憲法13条によって保障される。

しかし、憲法上の権利は公共の福祉による内在的制約を受ける。そこで、上記継続的監視は、公共の福祉による制約として許されるか。違憲審査基準が問題になるが、権利の重要性と制約態様によって決するべきである。

この点、自己の居場所を公権力に把握されない権利は前述したとおり重要である。そして、制約態様も、再犯のおそれが大きい（法10条1項）場合に限るという限定がついているものの、一度監視決定が出ると最大20年間監視下に置かれる（法14条参照）というものであり、制約態様は強度である。従って、立法目的が必要不可欠であり、手段が必要最小限度のときに限り合憲となる（厳格審査基準）と解する。

ここで、立法目的は、性犯罪の再発の防止と地域社会の安全の確保の推進であり、警察機能が国家の根本であり、中でも性犯罪は特に発生を予防させる必要性が高いことに鑑みると、必要不可欠であるといえる。

しかし、性犯罪の再犯リスクが高いものは適切な治療を受けさせるなど他に性犯罪の再発を防止する手段が考えられる。また、リスクの低減にしたがって、監視を解除するなどより緩やかな手段も存在するところそのような措置を講じる手立てがない。従って、必要最小限の規制と言えず違憲である。

- (4) 次に憲法13条は、自己の生命、身体の処分にかかわる事柄は、自分自身しか処分できないという自己決定権を保障している。なぜなら、自己の生命、身体の処分にかかわる事柄は、人の人格的生存

そのものに関わる問題であり、極めて例外的な場合にしかその侵害は許されないからである。しかし、法21条1項、31条1号2号は、望みもしないのに、自分の体内に位置情報発信装置を埋設されるという点で、自己決定権を侵害している。

そして、上記権利の重要性と、刑罰をもって埋設を強制されるという制約態様の強度さから、合憲性の判定にあたっては厳格審査基準を用いるべきである。

ここで、目的は、位置情報発信装置が監視制度の実効性を高めるものであること、監視制度の目的も必要不可欠であったことに鑑みると、必要不可欠である。しかし、手段としては、身体への侵襲がないプレスレット型位置情報発信装置の装着で足りるので、必要不可欠とは言えない。従って、位置情報発信装置の埋設を強制される点でも本法は違憲である。そして、位置情報発信装置の埋設の強制と継続的監視の部分は不可分一体であるので、片方が違憲なら双方が違憲となる関係にある。

2(1) 22条1項違反

一般的危険区域を指定し（法3条1号2号）、立ち入った際の行動やその他の事情により性犯罪を行う危険性が高いと認められるときは警告し（法23条1項）、立ち入りを禁止する命令を発し（法24条1項）、それに違反した者に1年以下の懲役又は100万円以下の罰金を科す（法31条3号）ことは、移転の自由（憲法22条1項）を侵害し違憲である。以下詳述する。

(2) 移転とは、ある程度の期間の滞在を前提に居場所を移動すること

をいう。そして、自己がどこに赴き、どのような物を見聞し、誰と交流するかは人格形成の核心であることを考えると、移転の自由は極めて重要な権利といえる。そして、法は、一般的危険区域に指定された場所に立ち入るのをほぼ全面的に禁止している点で、制約態様は極めて強度といえる。そこで、制約が許容されるかは、厳格審査基準を用いる

(3) ここで、立法目的は、自己情報コントロール権の箇所でも論じたとおり必要不可欠といえる。しかし、手段は必要最小限度とはいえない。幼児保育施設と学校への立ち入り禁止（法3条1号）は、幼児性愛や未成年者を対象とする性犯罪の傾向がある者による再犯を防止するためだと思われるが、そのような者の立ち入りだけを禁止すればよい。また、公園・山林・道路（法3条2号）への立ち入りを禁止することは、目的との間の関連性すらない。従って違憲である。

第2

1(1) 検察官の反論

ア 自己の居場所がどこにあるかを知られることは、個人の信念や道徳とは無縁であり、人格の核心に関係がない。憲法13条の保障の範囲外である。

イ また、自己の居場所を知られない権利が、たとえ憲法13条の保障の範囲内だとしても、それほど高い価値がないので、違憲審査基準としては合理性の基準を用いるべきである。そして、性犯罪を行った者全てを対象とせずに、必要ならば専門家による調査を経た上で（法11条）性犯罪に及ぶリスクの高い

ものだけを対象とする（法10条1項）本件監視制度は、目的との間に十分合理的関連性を有するものである。

ウ また、位置情報発信装置を体内に埋設する制度は、プレスレット型より権利侵害度合いが低いため導入されたものである。そして、いかなる健康上・生活上の不利益も生じず、手術痕も治癒するので、そもそも権利侵害がないと考えられる。

(2)ア 22条1項違反の主張に対しては、移転の自由は経済的自由であるので、合憲性の判定にあたってはゆるやかに審査されるべきである。

イ さらに、たとえ警告・禁止命令の部分が違憲だとしても、それは継続監視制度とは可分である。警告・禁止命令の仕組みのみを一部違憲とすればよく、継続監視決定に影響はない。

2 私見

(1) 本件の継続監視制度について

ア 本件継続監視制度で国家が把握する情報は、検察官が主張するような単なる居場所の情報ではない。性犯罪の前科と居場所が組み合わせられた情報である。そして、その情報が把握されることで、その者は社会内で生存しにくくなる。従って、性犯罪の前科と居場所の情報の組み合わせを公権力に把握されない自由は人格権的価値を有し、憲法13条で保障されると考える。そして、権利の重要性と、一定の警察官に限られる（法22条）とはいえ、最大20年もの間監視が継続され、途中で解除もないという点で制約態様が強度であることから、違憲審査

基準としては厳格審査基準を用いるべきである。

イ ここで、A側も認めるとおり、目的は必要不可欠である。しかし、手段は必要最小限度とはいえない。確かに、検察官の主張するとおり、専門家による調査がされることがあり、再犯の恐れが高いものだけ対象となっており、限定はかけられている。しかし、再犯のリスクにも大小がある。リスクが比較的少ないものは教育的プログラム、リスクの極めて高い者に限り監視を用いるというより制限的でない緩やかな制度設計が考えられる。また、A側の指摘するとおり、リスクの低減にしたがって、監視を解除するなどより緩やかな手段も存在するところそのような措置を講じていない。従って、手段が必要最小限度とはいえない。

ウ よって、継続監視制度は違憲であり、原告の主張するとおり、不可分一体な位置情報発信装置埋設を定めた部分も違憲である。

(2) 体内に位置情報発信装置を埋没させる点

ア 違憲な継続監視制度と不可分一体である以上違憲である。しかし、仮に継続監視制度が合憲である、あるいは継続監視制度が違憲でも可分であるとすれば、体内に位置情報発信装置を埋没させる点は合憲である。以下理由を述べる。

イ 確かに、原告の主張するとおり自己決定権は重要な権利ではある。しかし、本件のような、体内に位置情報発信装置を埋没させる措置は、人工妊娠中絶の制限のように、個人のライフス

タイトルや思想に影響を与えるものではない。また、健康上・生活上の不利益が生じず、手術痕も残らない点に鑑みると、強制採血に類似したものであり、自己決定権の制約はあるがそれほど強度ではないと解するべきである。従って、目的が重要であり、手段と目的の間に実質的関連性がある場合に合憲とする基準で合憲性を判定すべきである（厳格な合理性の基準）。

ウ ここで、本制度の目的は監視の実効性を高めるものであり、監視制度の目的が必要不可欠である以上、目的も必要不可欠といえる。

そして、監視制度には、確実に継続的に監視できる装置を対象者に装着させることが必要であり、体内に位置情報発信装置を埋設させることは、監視の実効性を高めるという目的達成に十分役に立つ。従って、実質的関連性があり、合憲といえる。

エ なお、ブレスレット型より権利侵害度合いが低いという検察官の主張は、自己決定権侵害に対し、自己情報コントロール権の侵害度合いが低いという反論であるが、他の権利侵害が低いからといって自己決定権侵害が正当化されるわけではない。

(3) 移転の自由について

ア 確かに、検察官の主張するとおり、移転の自由は、職業選択の自由と密接に関連するものである。しかし、封建制度からの解放という歴史的意義、及び原告の主張する精神的交流の自由の側面を考えると、移転の自由は、精神的自由権であり、その中でも人格権的価値を有する重要な権利だと解する。

但し、警告も再犯の危険性がある者にも（法23条1項）なされるものであり、制約態様はそれほど強度とはいえない。従って、厳格な合理性の基準により合憲性は判定されるべきである。

イ ここで、立法目的はA側の主張どおり重要である。そして、法3条1号が、保育施設や学校などを一般的禁止区域に指定し、そこに近づく再犯の恐れのある者に対し警告を発することは、確かに小児性愛者などによる性犯罪を防止することにつながり、目的達成との間に実質的関連性がある。しかし、公園・山林及びその周辺道路で性犯罪が発生しやすいという論拠もなく、法3条2号にかかる部分については、目的達成との間に関連性がない。従って、法3条2号にかかる部分だけ違憲である。

そして、この警告・禁止命令の部分と継続監視の部分及び、警告・禁止命令の中の法3条1号の部分と2号の部分は、法文の意味上可分であり、検察官の主張どおり部分違憲の処理が可能だと解する。法文の意味が可分である以上、一部のみを違憲とした方が、憲法保障の要請にこたえつつ、民主的基盤を持つ立法権の尊重につながるからである。

従って、法3条2号にかかる警告・禁止命令の部分は違憲だが、本件継続監視決定には影響しない。

(4) 結論

継続監視制度は違憲であり、原告の主張するとおり、不可分一体な位置情報発信装置埋設を定めた部分も違憲である。

以上

平成28年司法試験 公法系第1問 解答例 その2

設問1について

1 主張の骨子

性犯罪者継続監視法は、対象者のプライバシーの権利を不当に侵害するものとして違憲であるため、Aに対する継続監視の申立は棄却されるべきである。

2 法令違憲の主張

(1) プライバシーの権利が憲法上保護された権利であること

ア 憲法は「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」について「最大の尊重を必要とする」と定めている（憲法13条）。

個人の尊厳を保ち、幸福の追求を保障するうえでは、私生活に関する情報の保護が必要不可欠であることから、同条の定める幸福追求権には、私生活をみだりに公開されない権利としてのプライバシーの権利が含まれる。

イ 性犯罪者継続監視法が定める「継続監視」とは、監視対象者の体内に位置情報発信装置を埋設し、警察本部長等が常に監視対象者の位置情報を取得、監視するというものである（同法21条各項、22条）。私人が日常生活においてどのような場所を訪れるかという情報は、各人の私生活に深く関わるものであるため、プライバシーに属する情報といえる。そのため、当該情報は、憲法13条によってみだりに公開されないことが保障される。ましてや、性犯罪継続監視法は時間的にも地理的にも一切限定することなく、網羅的に監視対象者の位置情報を取得

することとしているため、知人宅の場所や通院先等極めて個人的な事項についても警察本部長等の知るところとなるうえ、継続監視の対象は過去性犯罪によって懲役の確定裁判を受けた者に限定されることから、当該情報は前科に関する情報と一体として収集されることとなる。そのため、継続監視対象となる情報は、プライバシーに属する情報のなかでも特に秘匿されるべき重要なものといえる。

(2) 性犯罪者継続監視法が上記自由を制約するものであること

ア 上述のとおり、憲法13条は私生活をみだりに公開されないことを保障する。これは個人の尊厳を保つために私的領域を他人による侵犯から保護することを目的としている以上、「公開」には、本人が望まない方法により特定人あるいは機関が私的領域に属する情報を取得することまで含むと解すべきである。

イ 性犯罪者継続監視法は、警察署において、監視対象者の体内に埋設した位置情報発信装置から送信される情報を継続的に取得し、現在位置を把握することとしている。上述のとおり、日常生活においていかなる場所に立ち入るかは、私的領域に属する情報であるため、当該情報を本人が望まないにも関わらず警察が取得することは、プライバシーに対する制約となる。そして、性犯罪者継続監視法に定める監視方法は、位置情報発信装置を医師の手術によって埋設するというものである（同法21条1項）ところ、当該位置情報発信装置は、継続監視期間満了

まで除去破壊することが禁止される（同法21条2項）のみならず、違反した場合1年以下の懲役又は100万円以下の罰金という刑罰を科される（同法31条柱書き，1号）。これによって、監視対象者は、物理的にも心理的にも位置情報発信装置を排除することが困難となる。時間的場所的限定を一切設けることなく、常に警察本部長等が位置情報を取得するだけでも、プライバシーに対して重大な制約となるうえ、更に刑罰による威嚇をもって、監視対象者が監視を逃れることを防止しているのであるから、性犯罪者継続監視法が許容するプライバシーに対する制約の態様は極めて重大であるといえる。

なお、一般的危険区域（同法3条各号）を設け、警告（同法23条1項）、禁止命令（同法24条1項）により同所への立ち入りを刑罰（同法31条3号）をもって規制することは、監視対象者の日常生活の場を極めて狭く限定するものであり自己決定権を制約する。そのうえ、位置情報発信装置を手術によって体内に埋設することで、対象者は望まずに異物を体内に取り込まなければならないという点でも自己決定権を制約している。

(3) 上記制約が不当なものであること

ア 憲法13条は、個人の幸福追求を「公共の福祉に反しない」限度で認めている。しかし、性犯罪者継続監視法による継続監視は、極めて個人的な情報を時間的場所的制限なく、網羅的に警察本部長等が取得するという、監視対象者のプライバシーのなかでも特に重要な情報に対して、極めて重大な制約を課する

ものである以上、「公共の福祉」の観点から正当化されるにしても、その基準は厳格に解されなければならない。そこで、プライバシーに対する制約を課す目的がやむにやまれぬものであり、かつ当該目的を達成するために必要不可欠な手段である場合にのみ、プライバシーに優越する公共の利益が認められると考えるべきである。

イ 性犯罪者継続監視法における継続監視の目的は、過去に性犯罪を行った者であって、「心理的、生理的、病理的要因により再び性犯罪を行うおそれ大きい」（同法14条）者を監視対象者として所在地を把握し、特に必要と認める場合には、一般的危険区域への立ち入りを制限することで、当該人物による性犯罪を防止するというものである。性犯罪は、被害者の生命身体自由及び性的自由を侵害するものであって、極めて重大な犯罪である以上、当該犯罪の防止を図ることはやむにやまれぬ目的に該当するといえる。

しかし、性犯罪は過去に性犯罪を行い、再度同種犯罪を行うおそれ大きいと認められ、継続監視の対象とされた者のみによって行われるものではないため、これによって性犯罪全てを防止できないことは当然である。監視対象者による性犯罪の根絶に限定したとしても、性犯罪発生が発覚した後に、犯行現場にいた人物を特定することで犯人逮捕を容易にすることは可能であっても、監視されているという心理的圧迫をもって性犯罪の実行を完全に抑止することは不可能であり、必ずしも目的達

成のために有効な手段であるとはいえない。

- (4) 以上より、継続監視は性犯罪根絶というやむにやまれぬ目的達成のためのものであったとしても、当該目的達成に必要不可欠であるということとはできないため、監視対象者のプライバシーを不当に制約するものとして違憲である。

設問2について

1 位置情報のプライバシーとしての価値について

(1) 検察側の反論

継続監視の対象となる情報は位置情報のみであり、監視対象者の姿を確認したうえでその言動を逐一観察する方法によるのではないため、私生活を赤裸々にするほどのものではなく、公開から保護する必要性は低いと主張すると考えられる。

(2) 私見

性犯罪者継続監視法における継続監視は、監視対象者の位置情報を取得するのみであり、その姿や言動を確認するものではない点で、情報は限定されている。しかし、位置情報のみからも、交友関係や生活サイクル等私生活を窺い知ることが可能であるため、位置情報も私生活の核心に関わる情報だといえる。加えて、当該情報には監視対象者が過去に性犯罪によって懲役の確定裁判を受けた者であるという情報が加わるため、より監視対象者にとって秘匿の要請が高まると考えられる。

よって、当該情報は他者に公開されることから保護される必要性の高い情報に該当する。

2 継続監視によるプライバシー及び生命身体の自由に対する侵害の程度について

(1) 検察側の主張

継続監視によって取得した位置情報は、警察本部長等限られた機関によって保有されるため、プライバシー侵害の程度が重大であるとはいえず、また、位置情報発信装置埋設によって健康上、生活上何ら不利益を生じないのみならず、外部から認識できない状態におくことで監視対象者を社会的差別から保護する目的を有するため、自己決定権に対する制約に該当しないと主張すると考えられる。また、警告及び禁止命令によって一般的危険区域への立入を禁止することは、継続監視開始後の事情に基づくものであり、これによって生じる権利の制約は、継続監視開始決定時点で考慮されるべきではないと主張すると思われる。

(2) 私見

ア プライバシーに対する制約の重大性について

一般的危険区域への警告及び禁止命令による立入制限は、継続監視決定と不可分一体ではなく、継続監視決定の時点で課されることが確実とはいえないため、当該制限が、個人の活動範囲を限定するものであり、私生活の自由を極端に制約するものではあるが、これをもって継続監視自体が個人の権利に及ぼす影響の大小を判断すべきではない。しかし、性犯罪者継続監視法による継続監視自体を捉えても、取得した情報が警察本部長等限られた機関のみによって保管されるものであるとしても、

公権力が特定の目的のために恣意的に選別した情報を、網羅的に一般的に取得し、監視する行為に他ならないのであり、プライバシーに対する重大な制約を生じているといえる。

イ 自己決定権に対する制約を生じていることについて

治療目的以外の目的をもって、体内に異物を埋設することは、身体の完全性を害するものであるため、本人の明示的同意がない限り自己決定権を害するものであると考えられるところ、監視対象者は刑罰の威嚇をもって同意を余儀なくされているにすぎず、真摯な同意があったということとはできない。よって、位置情報発信装置の埋設は監視対象者の自己決定権を制約するといえる。なお、位置情報発信装置は体内に埋設以外の方法によっても外部から認識不可能な状態に置くことも可能であることから、これをもって位置情報発信装置の埋設が自己決定権に対する制約となることを否定することはできない。

3 公共の福祉による正当化の可否について

(1) 検察側の反論

性犯罪者継続監視法に基づく継続監視は、これによって制約を受けるプライバシーも位置情報のみに限定されるため、重要なものではなく、制約態様も公開範囲の限定等により重大なものとはいえないため、正当化の判断にあたってはより緩やかな基準が用いられるべきであると主張する。

(2) 私見

上述のとおり、性犯罪者継続監視法に基づく継続監視は、監視

対象者の自己決定権を制約する方法で取得された、秘匿の要請が高く憲法上特に保護される必要性の高い情報という重要な権利に対し、公権力による一般的網羅的な監視という重大な制約を課するものであるから、付添人の指摘のとおり厳格な審査基準が用いられるべきである。

同法の目的は、性犯罪を行うおそれ大きいと認められる監視対象者による性犯罪の防止というやむにやまれぬものではあるが、監視対象者の位置情報の監視という手段は、仮に監視対象者が性犯罪を行った場合、犯人の特定が容易であるという威嚇効果を持つにすぎず、目的達成のために必要不可欠なものであるとはいえない。

以上より、性犯罪者継続監視法に基づく継続監視は、監視対象者のプライバシーを不必要に制約するものとして、違憲であるから、Aに対する継続監視の申立は棄却されるべきである。

以 上

— MEMO —

平成28年本試験分析会

公法系・第2問

平成28年司法試験 公法系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕,〔設問2〕,〔設問3〕,〔設問4〕の配点割合は、25：30：30：15）

株式会社Aは、Y1市において、旧来の銭湯に比して規模の大きな日帰り入浴施設である、いわゆるスーパー銭湯（以下「本件スーパー銭湯」という。）を建築して開業することを計画した。本件スーパー銭湯及びこれに附属する自動車庫（以下「本件自動車庫」という。）の建築予定地である一団の敷地（以下「本件敷地」という。）は、都市計画に第一種低層住居専用地域として定められた地域にある。

Aは、平成28年3月20日、近隣住民に対する説明会において、本件スーパー銭湯の建築計画について、大略、以下のとおり、説明した。

「本件スーパー銭湯は、地上2階建て、延べ床面積約1490平方メートルであり、本件自動車庫は、1層2段の自走式自動車庫であり、その収容台数は130台で床面積は約1500平方メートルである。本件スーパー銭湯及び本件自動車庫の建築予定地である本件敷地の面積は約4150平方メートルである。また、本件スーパー銭湯は、白湯、泡風呂、露天風呂等の各種浴場、サウナ風呂、各種自販機コーナー、休憩コーナー、マッサージコーナーがあるほか、軽食と生ビールが提供される飲食コーナー及び小規模な厨房施設（飲食コーナー及び厨房施設の床面積の合計は約50平方メートル）を備え、年中無休、午前10時から午後12時までの営業で、広範囲の地域から顧客が自動車で来店することを予定しており、来客予想人数は、土日休日は1日当たり約1500人である。」

ところで、本件自動車庫の床面積は600平方メートルを超え、建築基準法（以下「法」という。）第48条第1項、別表第二（い）項第10号及び建築基準法施行令第130条の5第1号により、第一種低層住居専用地域では原則として建築することができないため、Aがこれを適法に建築するためには、法第48条第1項ただし書に基づき、特定行政庁であるY1市長の許可（以下「例外許可」という。）を得る必要がある。そこで、Aは、同年4月5日、Y1市長に対し、本件自動車庫の建築について、法第48条第1項ただし書に基づき例外許可の申請をした。

Y1市長は、例外許可の申請を受けて、同年5月6日、利害関係人らの意見を聴取するため、法第48条第14項の定める公開による意見の聴取（以下「公聴会」という。）を開催した。公聴会には、本件スーパー銭湯の周辺に居住する5名の住民（以下「Xら」という。）が、利害関係人として出席した。Xらのうち、X1ら2名（以下「X1ら」という。）は、本件自動車庫に隣接し、本件自動車庫から直線距離で約6メートル離れた位置の建物に居住している住民であり、X2ら3名（以下「X2ら」という。）は、本件敷地から約45メートル離れた位置で、かつ、幹線道路から本件自動車庫に通ずる道路沿いの建物に居住する住民である。公聴会において、X1らは、本件自動車庫に出入りする多数の自動車のエンジン音、ドアの開閉音などの騒音、ライトグレア（注：光のまぶしさにより物が見えにくくなったり、一過性の盲目状態になったりするような現象）及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあることが明白である旨、X2らは、本件自動車庫に出入りする多数の自動車の通行による騒音及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあることが明白である旨の意見を陳述した。

また、Y1市長は、例外許可の申請を受けて、Y1市建築審査会に対し、法第48条第14項本文の定める同意について諮問した。Y1市建築審査会における議決の成立には、出席委員の過半数の賛成を要するところ、Y1市建築審査会は、同年5月30日、審理の上、出席委員7名のうち5名の委員の賛成をもって、Y1市長が例外許可をすることについて、同意（以下「本件同意」という。）をした。

後日、Y1市建築審査会の本件同意に係る議決には、Aの代表取締役の実弟Bが委員として加わり、賛成票を投じていたことが明らかになったが、本来、Bは、Y1市建築審査会の議事から除斥されるべき者であった（法第82条）。しかし、Y1市建築審査会は、Bを除外してもなお議決の

成立に必要な過半数の委員の賛成があるとして、本件同意に係る議決をやり直すことなく、そのまま維持した。

Y1市長は、同年6月8日、Y1市建築審査会による本件同意を受けて、本件自動車車庫の建築について、法第48条第1項ただし書の「第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがない」と認め、例外許可（以下「本件例外許可」という。）をした。Y1市には、例外許可の基準として「建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱」（【資料2】。以下「本件要綱」という。）がある。

例外許可については、申請者以外の者に通知することは予定されていないが、Xらは、遅くとも、同年6月末日までに本件例外許可がされたことを知った。そこで、Xらは、Xらが居住する地域は、都市計画法上の第一種低層住居専用地域であり、良好な住居の環境の保護に対する要請が最も強い地域であることを考慮すれば、良好な住居の環境を著しく害するおそれのある本件スーパー銭湯の建築は到底許されないはずであるとして、本件スーパー銭湯の建築を阻止したいと考えた。

他方、Aは、同年9月14日、指定確認検査機関（注：国土交通大臣又は都道府県知事の指定を受けて建築確認をする民間の機関）Y2に対し、本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫を一体として、法第6条の2第1項に基づく建築確認の申請をした。これに対し、Y2は、法別表第二（イ）項第7号によれば、本件スーパー銭湯は、第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物である「公衆浴場」に該当すると判断せざるを得ないとして、同年10月7日、本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫を一体として、建築基準関係規定に適合する旨の建築確認（以下「本件確認」という。）をした。

Xらは、本件スーパー銭湯の建築を阻止するため、代理人弁護士に委任することなく、平成29年1月17日、Y1市を被告として本件例外許可の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟1」という。）を、Y2を被告として本件確認の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟2」という。）をそれぞれ提起した。その後、Xらは、Y1市及びY2の各答弁書への反論を準備する過程で、今後の訴訟追行に不安を覚えたため、弁護士事務所に相談に訪れ、弁護士に本件訴訟1及び本件訴訟2の訴訟追行を委任した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Cの指示に応じる弁護士Dの立場に立って、設問に答えなさい。

なお、建築基準法、都市計画法、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律、公衆浴場法及び建築基準法施行令の抜粋を【資料1 関係法令】に、Y1市の建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱（本件要綱）の抜粋を【資料2 要綱（抜粋）】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）において、X1らとX2らのそれぞれの原告適格は認められるか。

〔設問2〕

本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）において、本件例外許可は適法であると認められるか。解答に当たっては、Xらによる本件例外許可の違法事由の主張として考えられるものを挙げて論じなさい。

〔設問3〕

Xらは、本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）において、〔設問2〕で挙げた本件例外許可の違法事由を主張することができるか。解答に当たっては、本件訴訟1及び本件訴訟2において、いずれもXらの原告適格が認められること、〔設問2〕で挙げた本件例外許可の違法事由が認められることを前提にしなさい。

〔設問4〕

本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）において，本件確認は適法であると認められるか。解答に当たっては，Xらによる本件確認の違法事由の主張として考えられるものを挙げて，論じなさい。

【法律事務所の会議録】

弁護士C：本日は、Xらの案件について議論したいと思います。Xらは、代理人弁護士に委任することなく、自ら、Y1市を被告として本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）を、Y2を被告として本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）をそれぞれ提起したということですね。

弁護士D：はい。そうです。

弁護士C：それでは、本件訴訟1から検討していきましょう。本件訴訟1における本件例外許可の対象となっている本件自動車車庫について、「1層2段の自走式自動車車庫」とはどのようなものですか。

弁護士D：1階建ての1階部分及び屋上部分を自動車の駐車場所として、両部分をスロープで連結させ、自動車で行き来して駐車場所まで移動する方式の自動車車庫のことです。本件自動車車庫は、1階部分に屋根があり、柱が基礎に固定されているので、建築基準法上の「建築物」に当たっては間違いありませんが、屋上部分の外周に転落防止用の金属製の網状フェンスが設置されているのみで壁はないため、自動車の騒音、ライトグレア及び排気ガスを防ぐ構造にはなっていません。

弁護士C：そうすると、近隣住民の被る夜間の自動車の騒音、ライトグレア及び排気ガスによる被害は重大なものになりますね。

弁護士D：Xらもこの点を心配しています。

弁護士C：本件訴訟1の訴訟要件としては何が問題になりますか。

弁護士D：原告適格と出訴期間が問題になります。

まず、原告適格については、X1らは、本件自動車車庫に隣接して居住する者ですが、本件スーパー銭湯は、年中無休、午前10時から午後12時までの営業で、来場する自動車が多く、特に、土日休日は1日約550台にも及ぶため、自動車のエンジン音、ドアの開閉音などの騒音、ライトグレア及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあると主張しています。また、X2らは、本件自動車車庫から若干離れたところに居住する者ですが、本件自動車車庫から幹線道路に通ずる道路沿いに居住していることから、多数の自動車の通行による騒音及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあると主張しています。

弁護士C：X1ら及びX2らのそれぞれについて、本件訴訟1の原告適格を肯定することはできるのでしょうか。根拠法令及び関係法令を参照し、X1ら及びX2らの個別の事情を考慮しつつ検討してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：Xらは、本件訴訟1については、本件例外許可を知った日から6か月を経過して訴えを提起したということですね。Xらが出訴期間を徒過したのは、どのような理由からですか。

弁護士D：Xらによれば、Y1市の担当職員に、例外許可の違法を争う方法を尋ねたところ、同職員から、例外許可の違法については、後続の建築確認の取消訴訟の中で主張すれば足りるとの説明を受けたということです。出訴期間の徒過については、行政事件訴訟法第14条第1項ただし書の「正当な理由」があると主張して争いたいと考えています。

弁護士C：そうですか。出訴期間の徒過につき「正当な理由」があるかどうかについては、既に検討済みということですから、本件訴訟1の訴訟要件の検討対象から外してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：次に、Xらが、本件訴訟1において主張し得る本件例外許可の違法事由としては、どのようなものが考えられますか。

弁護士D：第1に、除斥事由のあるBが建築審査会の同意に係る議決に加わっていることから、手続上の瑕疵があるという主張が考えられます。第2に、Y1市長による本件例外許可については、裁量権の範囲の逸脱、濫用があったという主張が考えられます。

- 弁護士C：そうですね。第1については、除斥事由が定められた趣旨等を踏まえて検討してください。第2については、本件要綱の法的性質を踏まえた上で、本件例外許可についてのY1市長の裁量権の内容、範囲を検討し、説得的な主張ができるようにしてください。
- 弁護士D：検討してみます。
- 弁護士C：次に、本件訴訟2についての検討に入りましょう。まず、本件訴訟2の原告適格についても問題となりますが、今回は、本件訴訟2については、Xらの原告適格が肯定されることを前提にして、他の問題点を先に検討することにしましょう。
- 弁護士D：分かりました。
- 弁護士C：ところで、本件例外許可の違法を主張したいということでしたが、本件訴訟2の中で、その違法を主張することはできるのでしょうか。
- 弁護士D：うーん。難しいところですね。本件例外許可の違法については、本件訴訟1において主張するのが本筋ですので、許されないような感じもしますが…。
- 弁護士C：Xらが、本件訴訟2の中で、本件例外許可の違法を主張することができるかという問題は、本件では重要な争点となりますので、この点については、できるだけ多角的な観点から検討してください。
- 弁護士D：分かりました。たしか、関連する最高裁判所の判例もあったと思いますので、併せて検討してみます。
- 弁護士C：次に、Xらの言い分の中から、本件確認の違法事由として、どのような主張を構成することができそうですか。
- 弁護士D：第1に、旧来の「銭湯」と本件スーパー銭湯とを同一のものと考えて行った本件確認は違法という主張ができるように思います。本件に関し、建築基準法別表第二(イ)項第7号の「公衆浴場」が第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物とされた趣旨について調査したところ、「建築基準法が制定された昭和25年当時は、住宅に内風呂がない者が相当程度おり、国民の健康、公衆衛生を確保するため住居専用地域(注：「住居専用地域」とは当時の用途地域の区分であり、現在の「第一種低層住居専用地域」を含む地域である。)に公衆浴場を設けることが必要不可欠であった。」と説明されています。また、都市部において、住宅の浴室保有率が急増したのは昭和30年代からと言われ、住宅の浴室保有率は、統計を取り始めた昭和38年には59%であったのに対し、現在は95.5%となっています。
- 弁護士C：本件スーパー銭湯の入浴料金は、どうなっていますか。
- 弁護士D：公衆浴場法の適用を受ける「公衆浴場」については、Y1市の属する県の公衆浴場法施行条例で「一般公衆浴場」と「その他の公衆浴場」に区分されており、「一般公衆浴場」とは、公衆浴場法第1条第1項に規定する公衆浴場であって、その利用の目的及び形態が地域住民の日常生活において保健衛生上必要な施設として利用されるものとして、物価統制令の規定に基づき入浴料金が定められているものをいい、「その他の公衆浴場」とは、「一般公衆浴場」以外の公衆浴場をいいます。旧来の「銭湯」は、「一般公衆浴場」に当たり、物価統制令に基づく価格統制の対象となっていますが、スーパー銭湯は「その他の公衆浴場」に当たり、価格統制の対象外となっています。Y1市の属する県の告示により、「一般公衆浴場」の入浴料金の統制額(上限金額)は、「大人(12歳以上)につき、400円」等と定められています。これに対し、本件スーパー銭湯の入浴料金は「大人(12歳以上)につき、平日600円、土日祝日700円」等となっています。
- 弁護士C：本件スーパー銭湯が「一般公衆浴場」と実態が異なるということは分かりました。これに加えて、本件スーパー銭湯には、飲食コーナー及び厨房があるということですね。この飲食店部分についても、建築基準法別表第二(イ)項第7号の「公衆浴場」に当たると考えてよいのでしょうか。第一種低層住居専用地域に建築することができる建築物にはどのようなものがあるかをよく確認した上で、本件スーパー銭湯の建築は到底許されないというXらの言

い分について、法律解釈としてどのように主張を構成することができるかについて、検討してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：ところで、Xから受任してから速やかに、本件確認の効力を停止する執行停止の申立てをしたということですね。

弁護士D：そうです。建築基準法第6条第1項による確認を受けた建築物の工事が完了したときは、その確認の取消しを求める訴えの利益は失われるというのが最高裁判所の判例ですから、本件訴訟2の係属中に訴えの利益が失われることのないように、速やかに執行停止の申立てをしておきました。

弁護士C：執行停止の件については、既に検討済みとのことですので、今回は、執行停止以外の問題点について検討してください。

弁護士D：分かりました。

【資料1 関係法令】

○ 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とする。

（建築物の建築等に関する申請及び確認）

第6条 建築主は、第1号から第3号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（括弧内略）、これらの建築物の大規模の修繕若しくは大規模の模様替をしようとする場合又は第4号に掲げる建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定（この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下「建築基準法令の規定」という。）その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるものをいう。以下同じ。）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。（以下略）

一～四 （略）

2・3 （略）

4 建築主事は、第1項の申請書を受理した場合には、同項第1号から第3号までに係るものにあつてはその受理した日から35日以内に、同項第4号に係るものにあつてはその受理した日から7日以内に、申請に係る建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかを審査し、審査の結果に基づいて建築基準関係規定に適合することを確認したときは、当該申請者に確認済証を交付しなければならない。

5～9 （略）

（国土交通大臣等の指定を受けた者による確認）

第6条の2 前条第1項各号に掲げる建築物の計画（前条第3項各号のいずれかに該当するものを除く。）が建築基準関係規定に適合するものであることについて、第77条の18から第77条の21までの規定の定めるところにより国土交通大臣又は都道府県知事が指定した者〔注：「指定確認検査機関」を指す。〕の確認を受け、国土交通省令で定めるところにより確認済証の交付を受けたときは、当該確認は前条第1項の規定による確認と、当該確認済証は同項の確認済証とみなす。

2～7 （略）

（用途地域等）

第48条 第一種低層住居専用地域内においては、別表第二（い）項に掲げる建築物以外の建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合には、この限りでない。

2～13 （略）

14 特定行政庁は、前各項のただし書の規定による許可をする場合においては、あらかじめ、その許可に利害関係を有する者の出頭を求めて公開による意見の聴取を行い、かつ、建築審査会の同意を得なければならない。ただし、前各項のただし書の規定による許可を受けた建築物の増築、改築又は移転（これらのうち、政令で定める場合に限る。）について許可をする場合においては、この限りでない。

15 特定行政庁は、前項の規定による意見の聴取を行う場合においては、その許可しようとする建築物の建築の計画並びに意見の聴取の期日及び場所を期日の3日前までに公告しなければならない。

（建築審査会）

第78条 この法律に規定する同意及び第94条第1項の審査請求に対する裁決についての議決を行わせるとともに、特定行政庁の諮問に応じて、この法律の施行に関する重要事項を調査審議させる

ために、建築主事を置く市町村及び都道府県に、建築審査会を置く。

- 2 建築審査会は、前項に規定する事務を行う外、この法律の施行に関する事項について、関係行政機関に対し建議することができる。

(建築審査会の組織)

第79条 建築審査会は、委員5人以上をもって組織する。

- 2 委員は、法律、経済、建築、都市計画、公衆衛生又は行政に関しすぐれた経験と知識を有し、公共の福祉に関し公正な判断をすることができる者のうちから、市町村長又は都道府県知事が任命する。

(委員の除斥)

第82条 委員は、自己又は3親等以内の親族の利害に関係のある事件については、この法律に規定する同意又は第94条第1項の審査請求に対する裁決に関する議事に加わることができない。

別表第二 用途地域等内の建築物の制限(第27条、第48条、第68条の3関係)

(い) 第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物

一 住宅

二 住宅で事務所、店舗その他これらに類する用途を兼ねるもののうち政令で定めるもの

三 共同住宅、寄宿舎又は下宿

四 学校(大学、高等専門学校、専修学校及び各種学校を除く。)、図書館その他これに類するもの

五 神社、寺院、教会その他これらに類するもの

六 老人ホーム、保育所、福祉ホームその他これらに類するもの

七 公衆浴場(風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(昭和23年法律第122号)

第2条第6項第1号に該当する営業(以下この表において「個室付浴場業」という。)に係るものを除く。)

八 診療所

九 巡査派出所、公衆電話所その他これらに類する政令で定める公益上必要な建築物

十 前各号の建築物に附属するもの(政令で定めるものを除く。)

[注:別表第二(い)項中の「政令」とは、後記「建築基準法施行令」を指す。]

(ろ)～(わ) (略)

○ 都市計画法(昭和43年6月15日法律第100号)(抜粋)

(目的)

第1条 この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

(地域地区)

第8条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる地域、地区又は街区を定めることができる。

- 一 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域、商業地域、準工業地域、工業地域又は工業専用地域(以下「用途地域」と総称する。)

二～十六 (略)

2 (略)

- 3 地域地区については、都市計画に、第1号及び第2号に掲げる事項を定めるものとともに、第3号に掲げる事項を定めるよう努めるものとする。

一 地域地区の種類（特別用途地区にあつては、その指定により実現を図るべき特別の目的を明らかにした特別用途地区の種類）、位置及び区域

二 次に掲げる地域地区については、それぞれ次に定める事項

イ 用途地域 建築基準法第52条第1項第1号から第4号までに規定する建築物の容積率（延べ面積の敷地面積に対する割合をいう。以下同じ。）並びに同法第53条の2第1項及び第2項に規定する建築物の敷地面積の最低限度（建築物の敷地面積の最低限度にあつては、当該地域における市街地の環境を確保するため必要な場合に限る。）

ロ 第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域 建築基準法第53条第1項第1号に規定する建築物の建ぺい率（建築面積の敷地面積に対する割合をいう。以下同じ。）、同法第54条に規定する外壁の後退距離の限度（低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため必要な場合に限る。）及び同法第55条第1項に規定する建築物の高さの限度

ハ～リ （略）

三 （略）

4 （略）

第9条 第一種低層住居専用地域は、低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域とする。

2～22 （略）

第10条 地域地区内における建築物その他の工作物に関する制限については、この法律に特に定めるもののほか、別に法律で定める。

○ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年7月10日法律第122号）（抜粋）

（用語の意義）

第2条

1～5 （略）

6 この法律において「店舗型性風俗特殊営業」とは、次の各号のいずれかに該当する営業をいう。

一 浴場業（公衆浴場法（昭和23年法律第139号）第1条第1項に規定する公衆浴場を業として経営することをいう。）の施設として個室を設け、当該個室において異性の客に接触する役務を提供する営業

二～六 （略）

7～11 （略）

○ 公衆浴場法（昭和23年7月12日法律第139号）（抜粋）

第1条 この法律で「公衆浴場」とは、温湯、潮湯又は温泉その他を使用して、公衆を入浴させる施設をいう。

2 （略）

○ 建築基準法施行令（昭和25年11月16日政令第338号）（抜粋）

（第一種低層住居専用地域内に建築することができる兼用住宅）

第130条の3 法〔注：建築基準法〕別表第二（イ）項第2号（括弧内略）の規定により政令で定める住宅は、延べ面積の2分の1以上を居住の用に供し、かつ、次の各号の一に掲げる用途を兼ねるもの（これらの用途に供する部分の床面積の合計が50平方メートルを超えるものを除く。）とする。

一 （略）

二 日用品の販売を主たる目的とする店舗又は食堂若しくは喫茶店

三～七 (略)

(第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域内に建築してはならない附属建築物)

第130条の5 法〔注：建築基準法〕別表第二(イ)項第10号(中略)の規定により政令で定める建築物は、次に掲げるものとする。

一 自動車車庫で当該自動車車庫の床面積の合計に同一敷地内にある建築物に附属する自動車車庫の用途に供する工作物の築造面積(括弧内略)を加えた値が600平方メートル(括弧内略)を超えるもの(以下略)

二～五 (略)

【資料2 要綱（抜粋）】

建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱

（趣旨）

第1 この要綱は、建築基準法第48条各項ただし書に規定する建築許可（以下「例外許可」という。）の基準及び手続に関して必要な事項を定めるものとする。

（許可基準）

第2 用途地域別の許可基準は、次に定めるものとする。

1 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域

(1)～(3) (略)

(4) 自動車車庫で別紙「自動車車庫に係る建築基準法第48条第1項から第3項までの規定に関する許可基準」に適合するもの

(5) (略)

2～5 (略)

（公開による意見聴取）

第7 公開による意見聴取（以下「公聴会」という。）は、次によるものとする。

(1) 公聴会の案内は、公告を開催日の3日前までに行うほか、次の者に案内書を送付する。

ア 申請建築物の敷地〔注：「敷地」とは、一の建築物又は用途上不可分の関係にある二以上の建築物のある一団の土地をいう。〕から概ね50mの範囲の土地又は建物の所有者

イ 当該敷地が属する地縁による団体（自治会）の代表者

ウ 計画建築物の用途、規模により特に利害が大きいと思われる者

(2) 公聴会には、申請者及び設計者又はそれらの代理人の出席を求める。

2 公聴会において聴取した利害関係を有する者の意見は十分尊重しなければならない。

(別紙)

自動車車庫に係る建築基準法第48条第1項から第3項までの規定に関する許可基準

第1 許可方針

第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域（中略）において良好な住居の環境の確保を図りつつ、居住者等が利用する自動車車庫の建築を促進するため、第2の許可基準の1から3までのいずれかに適合し、住居の環境を害するおそれがないと認められる自動車車庫については、許可制度の積極的活用を図るものとする。

第2 許可基準

1 建築物に附属する自動車車庫にあつては、次に掲げる条件に該当するものであること。

(1) 当該自動車車庫の床面積の合計及び階が、用途地域に応じて次に掲げるところによること。

イ 第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域にあつては、床面積の合計に同一敷地内にある建築物に附属する自動車車庫の用途に供する工作物の築造面積（中略）を加えた値が150.0㎡以下であり、かつ、1階以下の部分にあること。

ロ・ハ （略）

(2)・(3) （略）

(4) 当該自動車車庫の敷地の位置及び道路との関係、構造等が次の条件に該当すること。

イ 騒音

周囲に対する騒音の低減を図るため、敷地内の建築物の配置を踏まえた適切な配置、地階への設置等を行うこと。これらの対応が困難な場合にあっては、遮音壁の設置等を行うこと。

ロ ライトグレア〔注：光のまぶしさにより物が見えにくくなったり、一過性の盲目状態になったりするような現象〕

光が周囲の建築物に頻繁に当たることのないようにするため、敷地内の建築物の配置を踏まえた適切な配置、地階への設置等を行うこと。これらの対応が困難な場合にあっては、植栽、目隠し板の設置等を行うこと。

ハ 排気ガス

排気ガスを排出するための換気孔等を設ける場合には、適切な位置に換気孔を設置する等により、周囲に害を及ぼさないよう配慮すること。これらの対応が困難な場合にあっては、植栽、塀の設置等を行うこと。

ニ 接道要件 （略）

ホ その他 （略）

2・3 （略）

第3 （略）

平成28年司法試験 公法系第2問 解答例

第1 設問1 原告適格

1 処分の相手方(名宛人)以外の第三者が、名宛人に対する処分によって不利益を受けた場合、その者に原告適格が認められるか。「法律上の利益」(行訴9条1項)の意義と関連して問題となる。

この点、解釈の明確性から、実定法の規定を判断基準とすべきである。すなわち、「法律上の利益」とは「法律上保護された利益」であり、行政法規が個々人の個別的利益を保護している場合、その法律上保護された利益を有すれば原告適格が認められると解するべきである。

そして、9条2項をもとに判断する。

2(1) ここで、本件例外許可の根拠条文は、建基48条1項但書である。

そして、建基は48条14項で、利害関係人の意見聴取を定めているので、利害関係人の利益を建基は具体的に保護していると考えられる。

では、利害関係人とはいかなる者を意味するか。

この点、建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱(以下「要綱」とする)第7(1)アには、「申請建築物の敷地から概ね50mの範囲の土地又は建物の所有者」に対し、公告とは別に公聴会の案内書を個別に送付することとしている。当該要綱は法規ではないが、建基48条14項の、利害関係人の解釈を表していると考えられる。そし

て、この解釈に特段不合理な点はない。

従って、建基48条14項は、申請建築物の敷地から概ね50mの範囲の土地又は建物の所有者の利益を具体的に保護していると考えられる。

(2) では、この者のいかなる利益を保護しているのか。

ここで、建基48条1項但書は、「特定行政庁が第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め」た場合に、例外許可をすることを定めている。そして、関連法令である都市計画法9条によれば、第一種低層住居専用地域は低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域となっており、8条3項2号ロによれば、第一種低層住居専用地域においては、建ぺい率や高さ制限を定めるように努めることとなっている。すなわち、例外許可にあたっては、良好な住居環境の確保が考慮されているといえる。

よって、建築基準法は、「申請建築物の敷地から概ね50mの範囲の土地又は建物の所有者の」「良好な住居環境」を具体的に保護していると考えられる。

3 ここで、X1らは、本件自動車車庫から直線距離で約6m離れた位置の建物に居住している住民であり、本件自動車車庫から出入りする多数の自動車のエンジン音、ドアの開閉音などの騒音、ライトグレア及び排気ガスにより居住環境が悪化する恐れがあり、法律により保護された利益を有する、すな

わち原告適格を有すると解する。

一方、X2らは、確かに本件敷地から50m以内に居住する者である。しかし、X2らが害される利益は、本件自動車車庫ができたために直接的に害される利益ではない。本件自動車車庫が出来、かつ、幹線道路から本件自動車車庫に出入りする自動車が増大したと仮定した場合に、騒音及び排気ガスが増大し居住環境が悪化するというものである。当該利益は法が直接保護しているというよりは、反射的利益であり、法律上保護された利益ではない。従ってX2らは原告適格を有さない。

第2 設問2

1 建基82条違反について

(1) 建基48条1項但書の例外許可においては、建築審査会の同意が必要とされる(建基48条14項)。しかし、Aの代表取締役の実弟Bが委員として加わっていることにより、本件同意に係る議決には建基82条違反の瑕疵がある。このような手続上の瑕疵が、本件例外許可の違法事由となるか。

(2) この点、憲法31条によって、適正な手続によって行政処分を受ける権利が保障されている。

とすれば、法の規定する重要な手続を踏まずに処分がなされた場合には、手続をやり直しても一見明白に結果が変わらない場合を除き、処分自体の取消事由となると解す

る。

(3) ここで、建基79条2項によると、委員は、関連分野のすぐれた経験と知識を有し、公共の福祉に関し公正な判断をすることができる者のうちから、選ばれるものとされている。とすれば、委員の除斥の制度は、建築基準法上の同意を公正にするために用意されている制度といえ、法の規定する重要な手続といえる。

しかし、Y1市建築審査会によると「Bを除外してもなお議決の成立に必要な過半数の委員の賛成がある」こととなっている。そして、Bが積極的に意見を述べて他の委員の意見を変えさせた事情もない以上、Bを除斥しなくとも一見明白に結果が変わらなかったといえる。従って、建基82条違反の瑕疵は、本件例外許可の違法事由とはならないと解する。

2 裁量権の逸脱濫用について

(1) 建基48条1項但書によると「特定行政庁が第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め」た場合には、例外許可ができる。従って、特定行政庁には、良好な住居の環境を害するか否かの判断に関し、判断の幅、すなわち裁量が与えられている。

(2) しかし、行政庁に裁量があるといえども、裁量権の逸脱濫用がある場合には違法となる(行訴30条)。ではいかなる場合に裁量の逸脱濫用があるといえるか。

ここで、本件例外許可にあたっては、自動車車庫に係る建築基準法第48条第1項から第3項までの規定に関する許可基準（以下「許可基準」とする）が定められている。この許可基準は、行政の裁量行使にあたっての基準を定めた、いわゆる裁量基準であって法規ではない。しかし、裁量基準自体が合理的であれば、それに従った裁量権の行使も、機械的適用が許されないような特殊事情がない限り適法であると考えられる。

- (3) 本件では、許可基準第2の1(4)によれば、例外許可にあたっては、騒音、ライトグレア、排気ガスの排出が考慮されることになっており、それに対処するための構造や条件が許可の条件となっている。この定め自体は合理的であり、さらに、許可基準を適用すべきでない特殊事情も見当たらない。

では、本件例外許可は許可基準にのっとっているといえるか。ここで、本件自動車車庫は、屋上部分の外周に転落防止用の金属製の網状フェンスが設置されているのみで壁はないため、自動車の騒音、ライトグレア及び排気ガスを防ぐ構造にはなっていない。従って、「周囲に対する騒音の低減を図るため」、「光が周囲の建築物に頻繁に当たることのないようにするため」の「適切な配置」もなされていないし、「遮音壁の設置」「植栽、目隠し板の設置等」も行われていない。従って、本件例外許可は許可基準第2

の1(4)イロに反し、合理的な裁量基準に特段の事情がないのに従っていない以上、裁量権の逸脱濫用がある。

従って、本件例外許可は違法である。

第3 設問3

- 1 本件訴訟2において、本件例外許可の違法事由を主張できるか。
- 2 この点、本件例外許可には公定力が働くため、本件例外許可に重大明白な瑕疵があり無効といえる場合を除いて、本件例外許可の違法性は本件例外許可の取消訴訟の中でしか主張できないのが原則である。そして、本件例外許可が無効といえるまでの事情はない。

しかし、①先行処分と後行処分が相結合して一つの効果の実現を目指し、②先行処分の適否を独立に争うための手続保障が十分に与えられているといえない場合には、例外的に、後行処分への違法性の承継を認め、後行処分の中で先行処分の違法性を争えたと解する。なぜなら、①のような場合には後行処分と切り離して先行処分の独立の信頼を保護する必要はないし、②がある以上、違法性の承継を認めないと、国民の裁判を受ける権利を害するからである。

- 3 ここで、本件例外許可は、本来第一種低層住居専用地域内に建築できない建物を適法に建築するための許可である（建基48条1項）。そして、建築物を適法に建築するためには、建築確認が必要であるが（建基6条1項参照）、第一種

低層住居専用地域内に建築できない建物を、例外許可を受けずして建てようとして建築確認申請をしたとしても確認済証が交付されることはない（建基6条4項参照）。とすれば、本件例外許可と本件確認は、本件スーパー銭湯及び本件自動車庫を建てるための一連の手續であり、①先行処分と後行処分が相結合して一つの効果の実現を目指しているといえる。

また、例外許可は、申請者以外の者に通知されることは予定されておらず、周辺住民が例外許可の瑕疵を独立に争うことは困難であった。従って、②先行処分の適否を独立に争うための手續保障が十分に与えられているといえない。

よって、本件では違法性の承継が認められ、本件訴訟2において、本件例外許可の違法事由を主張できると解する。

第4 設問4

- 1 本件スーパー銭湯は、建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」といえるか。「公衆浴場」にあたらなければ、第一種低層住居専用地域内に原則として建築できないことから問題となる。

ここで、第一種低層住居専用地域内に「公衆浴場」が例外許可なく建築できるとされたのは、建築基準法制定当時、住居に内風呂がない者が相当程度おり、国民の健康、公衆衛生を確保するため住居専用地域に「公衆浴場」を建築することが必要だったからである。とすれば、建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」とは地域住民の公衆衛生の向

上に役立つような浴場を示している。

ところが、本件スーパー銭湯の入浴料金は「大人につき平日600円、土日祝日700円」であり、旧来の銭湯の「大人につき400円」と異なっている。値段が高いだけでなく、土日祝日に値段が上がる点は、本件スーパー銭湯が、公衆衛生のためではなく、レジャー目的の施設であることを示している。従って、本件スーパー銭湯は「公衆浴場」ではない。

- 2 また、飲食店部分についても「公衆浴場」といえるか。この点、公衆浴場が公衆衛生向上のため、例外的に建築が認められた趣旨に鑑みると、飲食店部分を「公衆浴場」と一体と解することはできない。

また、建築基準法施行令130条の3第2号によると、第一種低層住居専用地域内に建築できる食堂若しくは喫茶店は、住居と兼用で、住居部分が2分の1以上であり、食堂若しくは喫茶店の床面積の合計が50平方メートル以下の場合である。同号の趣旨は、この程度であれば、住環境の平穏を害さないと考えられた点にある。しかし、当該飲食店部分は住居と兼用ではないので、この規定によっても適法と解することはできない。

以上より、本件確認は違法である。

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) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16517