

* 2022 年度刑事訴訟法

<時系列>

2021.12.28 0:00am	V が S 駅事務室に駆け込み「誰かに殴られて、その隙に財布を盗られた」と申告、警察に通報
→2021.12.27 11:40	防犯カメラに改札口を急足で出ていく男
2021.12.28 9:00am	P→X アパート訪問
P	「昨日 S 駅で強盗をやっただろう。」
X	「強盗なんかやってません。」←おどおどした態度
P	「じゃあ、部屋の中を調べさせてもらおうで。」
	室内を探し始める
	室内のゴミ箱から V が申告していたものと特徴が一致する空の財布が見つかる
2021.12.28 9:20am	P「V に対する強盗の事実で緊急逮捕する。」
2023.12.28 11:00am	緊急逮捕状発付
	弁解録取：
X	「強盗はしてない。S 駅のホームに上がる階段の途中に財布が落ちているのを見つけたので、拾って駅から逃げた。家に帰って調べたら、財布の中は空だったからゴミ箱に捨てた。」
P	「強盗で逮捕したのだから、その盗みのことは調書には書かない。お前が強盗を認めるまで取調べはいつまでも続ける。よく考えろ。」
X	「弁護士と相談したい。前の事件でお世話になった B 弁護士を呼んでほしい。」
2023.12.29 10:00am	警察→B 連絡
2023.12.29 1:00pm	B 接見に赴く
P	「X は取調べ中である。X は強盗を否認していて、今日の取調べは長くかかるので、明日の午前 8 時 30 分から 20 分間の接見を認める。」
B	「X が否認しているなら、なおさら接見の必要性がある。取調べを中断して会わせてほしい。」
	→諦めて事務所に帰る
2023.12.29 10:00pm	X 自白調書作成
2023.12.30 8:30am	B→X 接見
	→その後 X は黙秘
2024.1	V に対する強盗の事実で X を起訴

【問い】

1 【設例】の第3段落から第5段落までのBがXと接見するまでの経緯について、問題点を指摘したうえで、第4段落の接見指定について、その適法性を検討しなさい。

*「～の言動について適法性を検討せよ」ではなく、問題となり得る言動の特定から指定をしている点で難易度が高い

*指摘するところとしないところ、したとしてどれぐらいの分量を書くかのメリハリが重要。

*今回最終的に検討するのは、「接見指定」の適法性。指摘すべき「問題点」の検討に分量をとりすぎると、時間がなくなるので注意（ただ、講評でも指摘されているように、おそらく問題文がかなりミスリード）。

*指摘したい問題点

- ・逮捕前の捜索→197条の範囲内か？
- ・弁解録取時のPの言動→203条1項の弁解の機会を与えたことになるか
- ・Bへの連絡を翌日にしたこと→30条の問題

刑事訴訟法

第39条 身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。

② 前項の接見又は授受については、法令（裁判所の規則を含む。以下同じ。）で、被告人又は被疑者の逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要な措置を規定することができる。

③ 検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない。

*接見指定の位置付けについて確認してみましょう

*接見指定に関する判例

最大判平成11年3月24日（民集53.3.514）

一 刑訴法三十九条三項本文の規定と憲法三四条前段

所論は、要するに、身体の拘束を受けている被疑者と弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（以下「弁護人等」という。）との接見

等を検察官、検察事務官又は司法警察職員（以下「捜査機関」という。）が一方的に制限することを認める刑訴法三九条三項本文の規定は、憲法三四条前段に違反するというのである。

1 憲法三四条前段は、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。」と定める。この弁護人に依頼する権利は、身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするものである。したがって、右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。

刑訴法三九条一項が、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があった後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。」として、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法三四条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということが出来る（最高裁昭和四九年（オ）第一〇八八号同五三年七月一〇日第一小法廷判決・民集三二卷五号八二〇頁、最高裁昭和五八年（オ）第三七九号、第三八一号平成三年五月一〇日第三小法廷判決・民集四五卷五号九一九頁、最高裁昭和六一年（オ）第八五一号平成三年五月三十一日第二小法廷判決・裁判集民事一六三号四七頁参照）。

2 もっとも、憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法三四条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではないというべきである。

3 ところで、刑訴法三九条は、前記のように一項において接見交通権を規定する一方、三項本文において、「検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。」と規定し、

接見交通権の行使につき捜査機関が制限を加えることを認めている。この規定は、刑訴法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べる事が認められていること（一九八条一項）、被疑者の身体の拘束については刑訴法上最大でも二三日間（内乱罪等に当たる事件については二八日間）という厳格な時間的制約があること（二〇三条から二〇五条まで、二〇八条、二〇八条の二参照）などにかんがみ、被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る趣旨で置かれたものである。そして、刑訴法三九条三項ただし書は、「但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない。」と規定し、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は飽くまで必要やむを得ない例外的措置であつて、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されない旨を明らかにしている。

このような刑訴法三九条の立法趣旨、内容に照らすと、捜査機関は、弁護士等から被疑者との接見等の申出があつたときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり、同条三項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護士等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護士等と防禦の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護士等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護士等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである（前掲昭和五三年七月一〇日第一小法廷判決、前掲平成三年五月一〇日第三小法廷判決、前掲平成三年五月三十一日第二小法廷判決参照）。

* 刑訴法 39 条 1 項は、憲法 34 条の保障に由来するもの

↓

接見交通権と捜査権が衝突する場面で、接見交通権が制約される場面がある

↓

憲法 34 条の保障が実質的に損なわれない限り調整

↓

その調整規定が刑訴法 39 条 3 項

↓

あくまで例外的措置であることを前提に、例外的措置が認められる「調査のため必要があるとき」とは「接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合」である

＊「調査のため必要があるとき」の判断

最判平成12年6月13日（民集54.5.1635）

1 検察官、検察事務官又は司法警察職員（以下「捜査機関」という。）は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（以下「弁護人等」という。）から被疑者との接見又は書類若しくは物の授受（以下「接見等」という。）の申出があったときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり、刑法三九条三項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られる。そして、弁護人等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち会わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである（前掲平成十一年三月二四日大法院判決参照）。

右のように、弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは捜査に顕著な支障が生じるときは、捜査機関は、弁護人等と協議の上、接見指定をすることができるのであるが、その場合でも、その指定は、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するようなものであってはならないのであって（刑法三九条三項ただし書）、捜査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。

とりわけ、弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と被疑者との逮捕直後の初回の接見は、身体を拘束された被疑者にとっては、弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるに当たっての助言を得るための最初の機会であつて、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから、これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要である。したがって、右のような接見の申出を受けた捜査機関としては、前記の接見指定の要件が具備された場合でも、その指定に当たっては、弁護人となろうとする者と協議して、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば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検討し、これが可能なときは、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、犯罪事実の要旨の告知等被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続く指紋採取、写真撮影等所要の手続を終えた後において、たとひ比較的短時間であっても、時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであり、このような場合に、被疑者の取調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし、被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは、被疑者が防御の準備をす

る権利を不当に制限するものといわなければならない。

2 これを本件についてみると、原審の確定した前記事実関係によれば、本件申出は、午後四時三十分ころから午後五時四十分ころまで継続していたものというべきところ、上告人市川について、午後五時二十八分ころの夕食開始まで取調べがされ、夕食後も取調べが予定されていたというのであるから、本件申出時において、現に取調べ中か又は間近い時に取調べが確実に予定されていたものと評価することができ、したがって、上告人内田と上告人市川との自由な接見を認めると、右の取調べに影響し、捜査の中断等による支障が顕著な場合に当たるといえないわけではなく、山口課長が接見指定をしようとしたこと自体は、直ちに違法と断定することはできない。

しかしながら、前記事実関係によれば、本件申出は、上告人市川の逮捕直後に同上告人の依頼により弁護人となろうとする上告人内田からされた初めての接見の申出であり、それが弁護人の選任を目的とするものであったことは明らかであって、上告人市川が即時又は近接した時点において短時間でも上告人内田と接見する必要性が大きかったというべきである。しかも、上告人市川は、救護連絡センターの弁護士を選任する意思を明らかにし、同センターの弁護士である上告人内田が現に築地署に赴いて接見の申出をしていたのであるから、比較的短時間取調べを中断し、又は夕食前の取調べの終了を少し早め、若しくは夕食後の取調べの開始を少し遅らせることによって、右目的に応じた合理的な範囲内の時間を確保することができたものと考えられる。

他方、上告人市川を取調べを担当していた近藤巡査部長は、同上告人の夕食終了前、逮捕現場での実況見分の応援の依頼を受けて、夕食後の取調べについて他の捜査員の応援を求める等必要な手当てを何らしないうまま、にわかに右実況見分の応援に赴き、そのため、夕食終了後も同上告人の取調べは行われず、同巡査部長が築地署に戻った後も、同上告人の取調べは全く行われないうまま中止されたというのであって、このような同上告人に対する取調べの経過に照らすと、取調べを短時間中断し、夕食前の取調べの終了を少し早め、又は夕食後の取調べの開始を少し遅らせて、接見時間をやり繰りすることにより、捜査への支障が顕著なものになったとはいえないというべきである。原判決は、上告人市川の態度いかんによっては夕食後同上告人に実況見分への立会いを求める可能性があり、場合によっては同上告人の取調べが留置人の就寝時間に食い込む可能性があったことなどを指摘するが、そのような可能性があったというだけでは、現に築地署に赴いて接見を申し出ている上告人内田と上告人市川との当日の接見を全面的に拒否しなければならないような顕著な捜査上の支障があったとはいえない。

そして、前記事実関係によれば、午後四時四十分ころには上告人市川の写真撮影等の手続が終了して取調べが開始され、山口課長は、午後五時ころまでには、上告人市川が救護連絡センターの弁護士を弁護人に選任する意向であることを知っており、同センターからの連絡によって上告人内田が同センターの弁護士であることを容易に確認し得たものということができる。また、山口課長は、そのころには、森岡課長との協議により、上告人市

川を取調べを一時中断して夕食を取らせることを予定していたものである。

そうすると、山口課長は、上告人内田が午後四時三十分ころから午後五時四十分ころまでの間継続して接見の申出をしていたのであるから、午後五時ころ以降、同上告人と協議して希望する接見の時間を聴取するなどし、必要に応じて時間を指定した上、即時に上告人内田を上告人市川に接見させるか、又は、取調べが事実上中断する夕食時間の開始と終了の時刻を見計らい（午後五時四十分ころまでには、上告人市川の夕食時間が始まって相当時間が経過していたのであるから、その終了時刻を予測することは可能であったと考えられる。）、夕食前若しくは遅くとも夕食後の接見させるべき義務があったというのが相当である。

ところが、山口課長は、上告人内田と協議する姿勢を示すことなく、午後五時ころ以降も接見指定をしないまま同上告人を待機させた上、午後五時四十分ころに至って一方的に接見の日時を翌日に指定したものであり、他に特段の事情のうかがわれない本件においては、右の措置は、上告人市川が防御の準備をする権利を不当に制限したものであって、刑訴法三九条三項に違反するものというべきである。そして、右の措置は、上告人市川の速やかに弁護人による援助を受ける権利を侵害し、同時に、上告人内田の弁護人としての円滑な職務の遂行を妨害したものであるのみならず、国家賠償法一条一項にいう違法な行為にも当たるといわざるを得ず、これが捜査機関として遵守すべき注意義務に違反するものとして、同課長に過失があることは明らかである。

* 本件の検討の流れ

第1 問題点の指摘

- 1 逮捕前の搜索→197条の範囲内か？
- 2 弁解録取時のPの言動→203条1項の弁解の機会を与えたことになるか
- 3 Bへの連絡を翌日にしたこと→30条の問題

第2 接見指定の適法性

1 問題提起

第4段落の接見指定は適法か？

2 接見指定が許される要件

- ・接見交通権が保障される根拠
- ・接見交通権と捜査権とが衝突する場面で、憲法39条3項により調整を図る
- ・「調査のため必要があるとき」とは「接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合」である
- ・加えて、「弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と被

疑者との逮捕直後の初回の接見は、身体を拘束された被疑者にとっては、弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるに当たっての助言を得るための最初の機会であって、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから、これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要」である点を顧慮する

3 あてはめ

<問題点の指摘>

- ・ B への連絡を翌日にしたこと

→主観的な意図の問題、これにより、接見指定前に半日程度のタイムラグが発生しており、そこからの接見指定となる点は問題を重くする

- ・ 接見指定をした上でその間に自白を取るために長時間の取り調べをしている

・ 取り調べを予定しているだけで、短時間の接見ができない状態ではない（「やってないなら、これからの取調べでは黙秘しなさい。調書へのサインを迫られても、署名はしてはいけない。」というだけなら30分もあればできる）

4 結論

接見指定は違法

第197条 捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない。

第203条 司法警察員は、逮捕状により被疑者を逮捕したとき、又は逮捕状により逮捕された被疑者を受け取つたときは、直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げた上、弁解の機会を与え、留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者が身体を拘束された時から四十八時間以内に書類及び証拠物とともにこれを検察官に送致する手続をしなければならない。

第30条 被告人又は被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる。

② 被告人又は被疑者の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹は、独立して弁護人を選任することができる。

<任意捜査の場合>

- ・ 強制手段でないか

「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する

行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」かどうか

↓

ポイント：この要件が出てくるつなぎをしっかりと意識する

「強制手段にあたらない有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況の如何を問わず常に許容されるものと解するのは相当ではなく」（最決昭和51年3月16日刑集30.2.187）

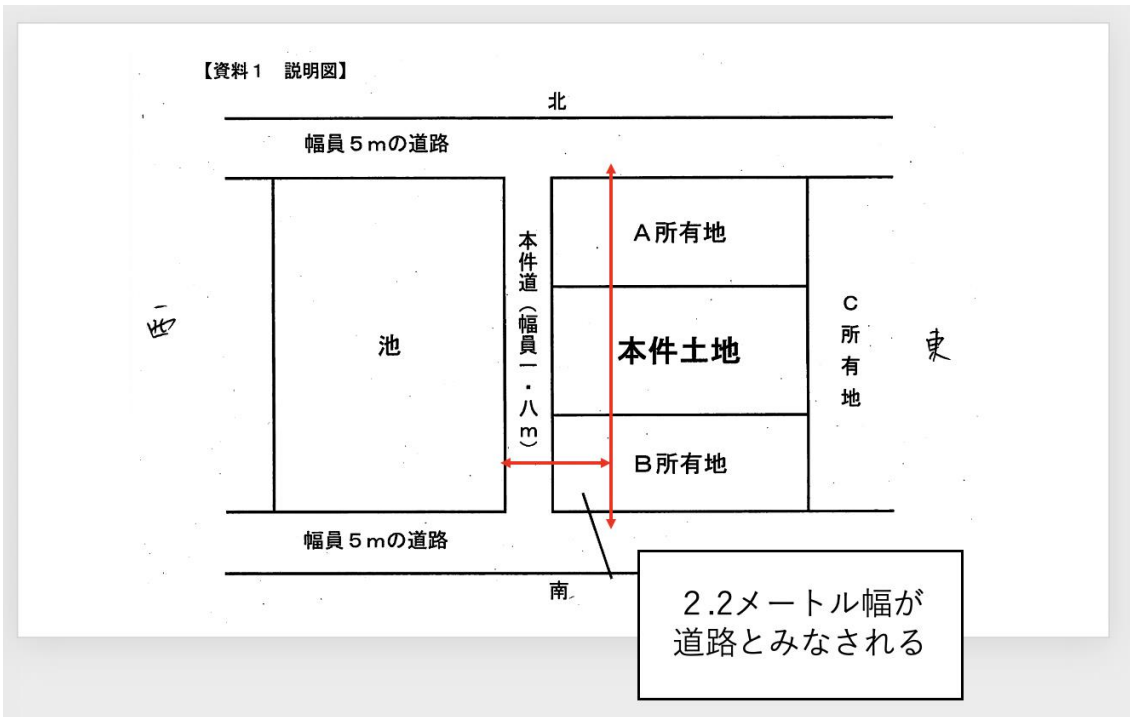
↓

・相当性の限界を超えていないか

「必要性、緊急性なども考慮した上、具体的状況のもとで相当と認められる限度」かどうか

* 2023 年行政救済法

< 事案の整理 >



2022.3～ X 本件土地でレストランを行うために退職

2022.6 本件区域指定

X→乙市担当者に相談

「2 項道路の指定は、関係地権者の同意がないと指定しない運用」

X→A B D と交渉 A B 拒否

【設問 1】

(1) 本件区域指定は、取消訴訟の対象である処分（行政事件訴訟法 3 条 2 項）に当たるか。具体的な理由とともに述べなさい。

なお、本件区域指定の法的効果としては、問題文および資料として掲げた条文から読み取ることのできる、建築確認制度および接道義務に関わる法的効果に絞って論じること。また、本件区域指定が処分制の要件の一部を充足しないと考える場合であっても、そのことのみを指摘するのではなく、他の要件の充足についても検討すること。

* 「なお」以降の誘導や指示に注意

行政事件訴訟法第 3 条（抗告訴訟）

2 この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう。

＊処分性とは

公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまた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

最判昭和 39 年 10 月 29 日判決

しかし、行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまた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ものであることは、当裁判所の判例とするところである（昭和二八年（オ）第一三六二号、同三〇年二月二四日第一小法廷判決、民集九巻二号二一七頁）。そして、かかる行政庁の行為は、公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、法律は、行政庁の右のような行為の特殊性に鑑み、一方このような行政目的を可及的速かに達成せしめる必要性と、他方これによつて権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性とを勘案して、行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによつて権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととしたのである。従つてまた、行政庁の行為によつて権利、利益を侵害された者が、右行為を当然無効と主張し、行政事件訴訟特例法によつて救済を求め得るには、当該行為が前叙のごとき性質を有し、その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならない。

ところで、原判決の確定した事実によれば、本件ごみ焼却場は、被上告人都がさきに私人から買収した都所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立つて締結した私法上の契約により設置されたものであるというのであり、原判決が被上告人都において本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為は被上告人都自身の内部的手続行為に止まると解するのが相当であるとした判断は、是認できる。

それ故、仮りに右設置行為によつて上告人らが所論のごとき不利益を被ることがあるとしても、右設置行為は、被上告人都が公権力の行使により直接上告人らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するものということを得ず、原判決がこれをもつて行政事件訴訟特例法にいう「行政庁の処分」にあたらない

いからその無効確認を求める上告人らの本訴請求を不適法であるとしたことは、結局正当である。

されば、原判決には所論の違法はなく、論旨は、採用できない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまた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

* まずは「本件区域指定」の根拠を確認

都市計画法（準都市計画区域）

第5条の2 都道府県は、都市計画区域外の区域のうち、相当数の建築物その他の工作物（以下「建築物等」という。）の建築若しくは建設又はこれらの敷地の造成が現に行われ、又は行われると見込まれる区域を含み、かつ、自然的及び社会的条件並びに農業振興地域の整備に関する法律（昭和四十四年法律第五十八号）その他の法令による土地利用の規制の状況その他国土交通省令で定める事項に関する現況及び推移を勘案して、そのまま土地利用を整序し、又は環境を保全するための措置を講ずることなく放置すれば、将来における一体の都市としての整備、開発及び保全に支障が生じるおそれがあると認められる一定の区域を、準都市計画区域として指定することができる。

2 都道府県は、前項の規定により準都市計画区域を指定しようとするときは、あらかじめ、関係市町村及び都道府県都市計画審議会の意見を聴かなければならない。

3 準都市計画区域の指定は、国土交通省令で定めるところにより、公告することによつて行う。

4 前三項の規定は、準都市計画区域の変更又は廃止について準用する。

5 準都市計画区域の全部又は一部について都市計画区域が指定されたときは、当該準都市計画区域は、前項の規定にかかわらず、廃止され、又は当該都市計画区域と重複する区域以外の区域に変更されたものとみなす。

* 「本件区域指定」の法的効果とは一権利・義務の形成・確定

建築基準法

（適用区域）

第41条の2 この章（第八節を除く。）の規定は、都市計画区域及び準都市計画区域内に限り、適用する。

（敷地等と道路との関係）

第43条 建築物の敷地は、道路（次に掲げるものを除く。第四十四条第一項を除き、以下同じ。）に二メートル以上接しなければならない。

一 自動車のみの交通の用に供する道路

二 地区計画の区域（地区整備計画が定められている区域のうち都市計画法第十二条の十一の規定により建築物その他の工作物の敷地として併せて利用すべき区域として定められている区域に限る。）内の道路

→接道義務

（建築物の建築等に関する申請及び確認）

第6条 建築主は、第一号から第三号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（増築しようとする場合においては、建築物が増築後において第一号から第三号までに掲げる規模のものとなる場合を含む。）、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四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又は建築副主事（以下「建築主事等」という。）の確認（建築副主事の確認にあつては、大規模建築物以外の建築物に係るものに限る。以下この項において同じ。）を受け、確認済証の交付を受けなければならない。当該確認を受けた建築物の計画の変更（国土交通省令で定める軽微な変更を除く。）をして、第一号から第三号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（増築しようとする場合においては、建築物が増築後において第一号から第三号までに掲げる規模のものとなる場合を含む。）、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四号に掲げる建築物を建築しようとする場合も、同様とする。

一 別表第一（い）欄に掲げる用途に供する特殊建築物で、その用途に供する部分の床面積の合計が二百平方メートルを超えるもの

二 木造の建築物で三以上の階数を有し、又は延べ面積が五百平方メートル、高さが十三メートル若しくは軒の高さが九メートルを超えるもの

三 木造以外の建築物で二以上の階数を有し、又は延べ面積が二百平方メートルを超えるもの

四 前三号に掲げる建築物を除くほか、都市計画区域若しくは準都市計画区域（いずれも都道府県知事が都道府県都市計画審議会の意見を聴いて指定する区域を除く。）若しくは景観法（平成十六年法律第百十号）第七十四条第一項の準景観地区（市町村長が指定する区域を除く。）内又は都道府県知事が関係市町村の意見を聴いてその区域の全部若しくは一部について指定する区域内における建築物

→建築確認を受ける義務

※ただし、Xの状況については明確に記載すること。

*直接性—最判昭和57年4月22日

都市計画区域内において高度地区を指定する決定は、都市計画法八条一項三号に基づき都市計画決定の一つとしてされるものであり、右決定が告示されて効力を生ずると、当該地区内においては、建築物の高さにつき従前と異なる基準が適用され（建築基準法五八条）、これらの基準に適合しない建築物については、建築確認を受けることができず、ひいてはその建築等を行うことができないこととなるから（同法六条四項、五項）、右決定が、当該地区内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できないが、かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合における同様の当該地区内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直ちに右地区内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があつたものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない。もつとも、右のような法状態の変動に伴い将来における土地の利用計画が事実上制約されたり、地価や土地環境に影響が生ずる等の事態の発生も予想されるが、これらの事由は未だ右の結論を左右するに足りるものではない。なお、右地区内の土地上に現実に前記のような建築の制限を超える建物の建築をしようとしてそれが妨げられている者が存する場合には、その者は現実に自己の土地利用上の権利を侵害されているといえることができるが、この場合右の者は右建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、前記の地区指定が違法であることを主張して右処分の取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、前記のような解釈をとつても格別の不都合は生じないというべきである。

右の次第で、本件高度地区指定の決定は、抗告訴訟の対象となる処分にはあたらないと解するのが相当であり、これと同旨の原審の判断は正当であつて、原判決に所論の違法はない。論旨は、違憲をいう点を含め、独自の見解に立つて右判断の不当をいうもので、採用することができない。

*公権力性

（２）本件区域指定が、取消訴訟の対象である処分に当たらない場合に、Xが本件区域指定の違法性を主張し本件建物の建築を可能にするための訴訟として、どのようなものが考えられるか。弁護士J及び若手弁護士Kの会議の時点においてはまだ提起することができないものも含めて解答しなさい。

なお、解答にあたっては、行政事件訴訟法（以下「行手法」という。）が定める訴訟類型

のうち、Xが提起すべきと考えられるものを指摘すればよく、訴訟要件の充足について具体的に検討する必要はない。また、仮の救済の手段について解答する必要はない。

<注釈>

- ①本件区域指定に処分性がないことを前提にすること
- ②Xが本件区域指定の違法性を主張して本件建築を可能にするための訴訟を解答すること
- ③「J法律事務所の会議録」の時点ではまだ提起できないものも含めて解答すること

*判例で指摘されている後の処分の中で争うと言う方針について考える

→この後にXが行う申請は何か？

〔設問2〕

Xが本件2項道路指指定を求めるために提起すべき訴え（行訴法に規定されたものに限る）として最も適切と考えられるものを挙げ、その訴訟要件（裁判管轄を除く）の充足について検討しなさい。

なお、訴訟要件の検討にあたっては、特に争いの余地なく充足と思われるものについては、そのことを具体的な理由とともに指摘し、また、争いになりそうなものについては、被告の主張も想定しつつ、Xの立場に立って、訴訟要件を充足するという主張を述べなさい。

* 2項道路指指定の根拠

→申請はできない

本件2項道路指指定の義務付けを求める非申請型義務付け訴訟（行訴3条6項1号）

6 この法律において「義務付けの訴え」とは、次に掲げる場合において、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう。

一 行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされないとき（次号に掲げる場合を除く。）。

二 行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにかかわらずこれがされないとき。

（義務付けの訴えの要件等）

第37条の2 第三条第六項第一号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる。

2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害

の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。

3 第一項の義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。

4 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、第九条第二項の規定を準用する。

5 義務付けの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする。

第三十七条の三 第三条第六項第二号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、次の各号に掲げる要件のいずれかに該当するときに限り、提起することができる。

一 当該法令に基づく申請又は審査請求に対し相当の期間内に何らの処分又は裁決がされないこと。

二 当該法令に基づく申請又は審査請求を却下し又は棄却する旨の処分又は裁決がされた場合において、当該処分又は裁決が取り消されるべきものであり、又は無効若しくは不存在であること。

2 前項の義務付けの訴えは、同項各号に規定する法令に基づく申請又は審査請求をした者に限り、提起することができる。

3 第一項の義務付けの訴えを提起するときは、次の各号に掲げる区分に応じてそれぞれ当該各号に定める訴えをその義務付けの訴えに併合して提起しなければならない。この場合において、当該各号に定める訴えに係る訴訟の管轄について他の法律に特別の定めがあるときは、当該義務付けの訴えに係る訴訟の管轄は、第三十八条第一項において準用する第十二条の規定にかかわらず、その定めに従う。

一 第一項第一号に掲げる要件に該当する場合 同号に規定する処分又は裁決に係る不作為の違法確認の訴え

二 第一項第二号に掲げる要件に該当する場合 同号に規定する処分又は裁決に係る取消訴訟又は無効等確認の訴え

4 前項の規定により併合して提起された義務付けの訴え及び同項各号に定める訴えに係る弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない。

5 義務付けの訴えが第一項から第三項までに規定する要件に該当する場合において、同項各号に定める訴えに係る請求に理由があると認められ、かつ、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきであることがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められる

ときは、裁判所は、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決をすべき旨を命ずる判決をする。

6 第四項の規定にかかわらず、裁判所は、審理の状況その他の事情を考慮して、第三項各号に定める訴えについてのみ終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるときは、当該訴えについてのみ終局判決をすることができる。この場合において、裁判所は、当該訴えについてのみ終局判決をしたときは、当事者の意見を聴いて、当該訴えに係る訴訟手続が完結するまでの間、義務付けの訴えに係る訴訟手続を中止することができる。

7 第一項の義務付けの訴えのうち、行政庁が一定の裁決をすべき旨を命ずることを求めるものは、処分についての審査請求がされた場合において、当該処分に係る処分の取消しの訴え又は無効等確認の訴えを提起することができないときに限り、提起することができる。

* 申請権がない理由について考えてみましょう

<要件>

それぞれ条文のどこかを確認していきましょう

* 処分性

法律の根拠は？

法的効果は？

直接性はある？

* 「一定の」処分

* 原告適格

※今回は、シンプルに「権利」を害されているので、法律上保護された利益稼働かを検討する必要はない

(原告適格)

第9条 処分の取消しの訴え及び裁決の取消しの訴え（以下「取消訴訟」という。）は、当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者（処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなつた後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき法律上の利益を有する者を含む。）に限り、提起することができる。

2 裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによる

ことなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。

* 訴えの客観的利益

* 「重大な損害を生ずる恐れ」

* 補充性要件

* 被告適格

以上