

第6回（2015年度）事例問題コンテスト応募作品

◇ 憲法部門

【作品1】

【問題】

宗教法人Aを母体とする学校法人Xは、甲県乙市において、Z大学を設立することを計画し、文部科学大臣Yに対し、Z大学設置の認可の申請をすることとした。Z大学は、近代の大量生産大量消費社会の中で人々が心の平穏を失いつつある今日において、改めて人間とは何か、また、幸福とは何か、について探求することを建学の理念としており、その理念に則り、人間幸福学部人間幸福学科を設置することとした。人間幸福学部人間幸福学科では、宗教法人Aの信仰する宗教の教祖の著書である「霊言（霊言集）」を教育の根底に据えた教育を行う予定であり、必修科目としていた。上記申請にあたっては、学校法人Yは、文部科学省とのやり取りを数回にわたって行っており、その際、「霊言（霊言集）」や必修科目の内容についてはなんらの指摘も受けなかった。

一方で、Z大学設置の話聞いた甲県乙市住民は、Z大学が設置されることにより、宗教法人Aやその信者らの宗教活動が活発になり、日常生活に影響が出るのではないかと危惧していた。

同じ頃、宗教法人Bを母体とする学校法人Sは、同県同市において、T大学を設立することを計画し、文部科学大臣Yに対し、T大学設置の認可の申請をした。T大学は、法学部、経済学部、文学部、工学部を設置することとしており、また、これらの学部に通じる教養科目として、宗教法人Bの信仰する宗教の歴史や教義についての科目が選択科目として設けられている。

これらの申請を受けた文部科学大臣Yは、T大学の設置の認可の申請については認める旨の処分を行い、Z大学の設置については、「霊言（霊言集）」を教育の根底に据えた教育は、学校教育法の目的に合致せず、また、付近住民の平穏な生活が害される恐れがあると見て、設置の認可を認めない旨の処分（以下「本件処分」という。）を行った。

本件処分を受けた学校法人Xは、本件処分の取り消しと、認可処分の義務付け訴訟の提起を検討している。

なお、宗教法人Aおよび宗教法人Bは、いずれも犯罪行為や違法行為等、反社会的な活動をしているとの事実は認められない。

〔設問1〕

あなたが学校法人Xの訴訟代理人となった場合、あなたは、どのような憲法上の主張を行うか。

〔設問 2〕

被告側の反論について簡潔に述べた上、あなた自身の見解を述べなさい。

<参考資料>

学校教育法

第4条 次の各号に掲げる学校の設置廃止、設置者の変更その他政令で定める事項（次条において「設置廃止等」という。）は、それぞれ当該各号に定める者の認可を受けなければならない。（略）

一 公立又は私立の大学及び高等専門学校 文部科学大臣

（略）

③ 文部科学大臣は、前項の届出があつた場合において、その届出に係る事項が、設備、授業その他の事項に関する法令の規定に適合しないと認めるときは、その届出をした者に対し、必要な措置をとるべきことを命ずることができる。

（略）

第83条 大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教授研究し、知的、道徳的及び応用的能力を展開させることを目的とする。

2 大学は、その目的を実現するための教育研究を行い、その成果を広く社会に提供することにより、社会の発展に寄与するものとする。

大学設置基準

（教育課程の編成方針）

第十九条 大学は、当該大学、学部及び学科又は課程等の教育上の目的を達成するために必要な授業科目を自ら開設し、体系的に教育課程を編成するものとする。

2 教育課程の編成に当たっては、大学は、学部等の専攻に係る専門の学芸を教授するとともに、幅広く深い教養及び総合的な判断力を培い、豊かな人間性を涵養するよう適切に配慮しなければならない。

（教育課程の編成方法）

第二十条 教育課程は、各授業科目を必修科目、選択科目及び自由科目に分け、これを各年次に配当して編成するものとする。

（略）

大学、大学院、短期大学及び高等専門学校の設置等に係る認可の基準

第一条 文部科学大臣は、大学（略）に関する学校教育法（昭和二十二年法律第二十六号。以下「法」という。）第四条第一項の認可（略）の申請の審査に関しては、法、大学設置基準（略）その他の法令に適合すること及び次に掲げる要件を満たすことを審査の基準とする。

一 長期的かつ安定的に学生の確保を図ることができる見通しがあること。

二 人材の養成に関する目的その他の教育研究上の目的が、人材の需要の動向を考慮して定められている等社会の要請を十分に踏まえたものであること。

三 大学等及び大学院に関する法第四条第一項の認可の申請を行った者（以下「認可申請者」という。）が設置する大学等における開設前年度から過去四年間（略）の入学定員に対する入学者の割合の平均（以下「平均入学定員超過率」という。）が一定値未満（大学にあ

っては学部単位（略）で一・三倍未満（略）であること。（略）

第二条 文部科学大臣は、大学（略）に関する法第四条第一項の認可の申請を審査する場合において、認可申請者が次の各号のいずれかに該当するときは、当該認可をしないものとする。

一 大学等に関する法第四条第一項の認可の申請又は同条第二項の届出において、偽りその他不正の行為があった者であつて、当該行為が判明した日から起算して五年以内で相当と認める期間を経過していない者

二 認可申請者が設置する大学等について、法第四条第三項に規定する命令、法第十五条第一項に規定する勸告又は同条第二項及び第三項に規定する命令（以下この号において「命令等」という。）を受けたにもかかわらず、当該命令等に係る事項の改善が認められない者

三 大学の設置等の認可の申請及び届出に係る手続等に関する規則（平成十八年文部科学省令第十二号）第十三条に規定する設置計画の履行の状況が著しく不相当と認められる大学等を設置する者

【出題趣旨】

本問題は、宗教団体を母体とする学校法人 X の大学設置の認可申請に対し、文部科学大臣 Y がその拒否処分を行ったという事例を通し、X の憲法上の主張および本件処分の憲法適合性について問うものである。

X の憲法上の主張を検討するにあたっては、学校法人 X の大学設置の自由について、職業遂行の自由、学問の自由や教育の自由など複合的な性質を有するものであるということについて、深い検討が求められる。また、学校法人 X も学校法人 S も同じく宗教団体を母体とするもので、その宗教に関する科目が設けられているにもかかわらず、学校法人 S についてのみ設置を認可する旨の処分がなされており、平等原則（憲法 14 条 1 項）についても問題となる。その際、大学設置の自由と平等原則との関係につき、個別に判断するのか、それとも統一的に判断するのか、相互の関連性についても意識して論述することが期待される。

また、本件処分の憲法適合性については、本件処分が処分（適用）違憲の問題であることを意識して論述することが求められる。さらに、本件処分の憲法適合性について検討するにあたっては、文部科学大臣 Y が、学校教育法の目的および付近住民の平穏な生活の確保を理由に、本件処分を行ったことが、「必要かつ合理的」といえるか等、基準を定立した上で、学校教育法や関連法令の趣旨・目的に沿って検討することが求められる。

さらに、被告の反論の中で、文部科学大臣に認められる裁量につき、その広狭を踏まえ、それが審査基準にどのような影響を与えるのかについて丁寧な検討が求められる。

全体として、人権の性質について何のために検討するのか、そして、その性質が、憲法適合性の判断基準としてどのように反映され、個人の人権が最大限尊重されることになるのかにつき、意識した論述をすることが必要である。

【作品 2】

【問題】

Xは、55歳の写真家の男性である。Xは子供の頃から、美しいと感じるものに強烈な関心を示す性格をしており、自分の捉えた「美」を他者に伝えることを至上の喜びとしていた。Xは現在、イラクで撮影活動を行っている。Xによると、戦争による苦難に立ち向かっている子供たちの姿が美しいということである。Xの撮影した写真には、右目、左腕、そして左足のつま先部分を失った少年（8歳）が、右手で全裸のまま、家族のために水汲みをしている姿を正面から撮影した写真もあった（以下、この写真を「写真A」という。）。なお写真Aには、少年の局部も写っている。写真Aは、新聞や雑誌、報道番組で使用され、収益の一部は、イラクの戦争孤児の生活支援に用いられている。

1991年、Xは、17歳と6ヶ月の少女Zのヘアヌード写真を撮影する機会があった。Xは、当初、Zの年齢が若すぎるということ、ヘアヌード写真はわいせつで低俗であるという思いから、撮影を断っていた。ところが、Zとの面談の際、Zが男女の体の特徴をわいせつなどという表現で否定するのは、一部の人間の思い上がりであるということ、自分の体が美しいと思える瞬間にその姿を写真にとって欲しいという強い思いがあることをXに伝えてきた。これを契機に、Xは考えを改め、写真を撮影するに至った。Xが作成・出版したZの写真集は、現役高校生のヘアヌード写真であるという話題性と、Zの美貌を理由に爆発的に売れた。XはZの写真撮影のあった日に、Zが夕暮れの砂浜を一条まとわぬ姿で歩いている姿を美しいと思い写真に撮った（以下、この写真を「写真B」という。）。しかし、写真Bは少し逆光であり、Zの後ろ姿を撮影する内容であったことから、当時の流行に合わないという理由でZのマネージャーの反対を受け、写真集には掲載されなかった。Zは写真集の販売を契機に女優となり、現在に至っている。また、Zは、2014年に生放送番組において、Xが自分のヘアヌード写真集を作成・出版してくれたことを今でも感謝していると話をしてきた。なお、写真Bの撮影に関して、Zの両親の同意は得られていた。

2000年、Xは、自分の撮影した写真の一部を一般の人に無料で見てもらおうと考え、写真館を開くこととした。その際、XはZに対し、写真Bを写真館で公開してよいかを確認したところ、Zも写真Bを気に入っており、できれば公開してほしい旨をXに返答した。Zは、写真Bの夕日に照らされた丸みを帯びた自分の体、特にお尻は、自分でも美しいと感じているとのことであった。XはZの了解を受け、写真Bを写真館で公開した。写真Bの反響は大きく、その内容は概ね肯定的に評価するものが多かった。なお、写真館には、写真Aも存在し、写真Bと同様に公開されている。

2015年7月1日、Xは、日本に帰国した際に生放送番組で、日本の安全保障制度の改正を批判し、戦争の悲惨さを知らない議員が日本国民を戦争に追い込むのは違憲であると主張した。Xの発言は注目を集め、安全保障制度の改正に反対するデモが活発化した。その結果、安全保障制度を改正するための法案審議にも影響が生じることになった。

同年9月、Xが再びイラクに出国しようとしたところ、Xは、写真A及び写真Bを写真館で公開させていることが、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律」（以下、「児童ポルノ法処罰法」という。）第7条第6項に該当するとして、逮捕・起訴された。なお、これまでにZの写真集、写真A及び写真Bが刑法176条に反するとして逮捕・起訴された事例は一件も存在しない。

〔問〕

Xの弁護人として主張すべき憲法上の主張を、相手方の反論も想定しつつ、論じなさい。

【参考資料】

児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律

(抜粋)

第1条 この法律は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性に鑑み、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を規制し、及びこれらの行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護することを目的とする。

第2条 この法律において「児童」とは、18歳に満たない者をいう。

第2項削除

第3項 この法律において「児童ポルノ」とは、写真、電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。）に係る記録媒体その他の物であって、次の各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したものをいう。

第1号～第2号削除

第3号 衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの

第3条 この法律の適用に当たっては、学術研究、文化芸術活動、報道等に関する国民の権利及び自由を不当に侵害しないように留意し、児童に対する性的搾取及び性的虐待から児童を保護しその権利を擁護するとの本来の目的を逸脱して他の目的のためにこれを濫用するようなことがあってはならない。

第3条の2～第6条削除

第7条

第1項～第5項削除

第6項 児童ポルノを不特定若しくは多数の者に提供し、又は公然と陳列した者は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。電気通信回線を通じて第2条第3項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録その他の記録を不特定又は多数の者に提供した者も、同様とする。

第7項 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。

第 8 項削除

第 8 条～第 17 条削除

【出題趣旨】

本問は、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（以下、「児童ポルノ処罰法」という。）の合憲性を検討してもらう問題である。

児童ポルノ処罰法においては、児童とは 18 歳未満の者をいうとされている（第 2 条第 1 項）。そして、同法第 2 条第 3 項第 3 号は、「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」を児童ポルノとして定義している。

児童ポルノの定義のうち、「殊更に」、「強調されている」という部分と、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という部分は、判断主体の主観を用いた評価である。問題文の写真 A は、右目と左腕、左足のつま先部分が負傷している少年の姿を写したものである。少年の傷を正確に撮影しようとするれば、全体を写す他に方法は無い。また、着る物もなく生活しているのであるから、局部部分も写真に含まれることになる。それゆえ、「殊更に」、「強調されている」という要件に該当しないと評価される余地がある。しかしながら、このような事情が存在しないのであれば、たとえ戦争の現状を伝えるための写真であっても、「殊更に」、「強調されている」という要件を充足すると判断される余地がある。さらに、判断主体（検察官や裁判官）が、「性欲を刺激させ又は刺激するもの」に該当すると評価してしまった場合、撮影者は児童ポルノ処罰法により処罰されることになる。

また、問題文の写真 B は、撮影当時 18 歳未満であった Z の意思に基づき撮影されたものである。児童ポルノ処罰法を、国家が後見的立場で 18 歳未満を保護するという制度であると解釈し、未成年者と両親の同意を無効と判断する余地はある。しかしながら、写真 B が公開された当時、Z は成人に達しており、過去の自分の姿を公開しても良いと判断をしているのである。それゆえ、写真 B を児童ポルノと判断し、処罰をする許容性が必要になる。法令の定める要件を形式的に充足するから処罰をしても良いと考えるのであれば、憲法や人権規定の意義を理解していないと言わざるを得ない。仮に、本問と離れて、写真撮影行為そのものを処罰すると考えるのであれば、遡及処罰禁止の原則を理解していないことになる。

本問では、表現の自由（憲法第 21 条）との関係において、児童ポルノ処罰法が合憲であると評価できるのかを問っている。法令違憲と適用違憲のどちらで論を進めるのかということ、違憲審査基準をどのように設定するのかということは、解答者の自由である。但し、制約される利益を具体的に適示し、当該利益が憲法上、保障されるのか否かという点に関しては、丁寧に記述することが求められる。

児童ポルノ処罰法の運用に関しては、既に刑事事件の裁判例が幾つも出ている（TKC の判例検索システムにおいて、検索用語を「児童ポルノ」と入力すると 123 件がヒットした。）。制度の運用側からすると、児童の性交渉場面等が写った画像・動画を処罰の対象として起訴することが多いと思われる。しかしながら、児童ポルノ処罰法は、表現の自由に関する重大な制約を加える可能性を持っていることに違いはない。

本問を契機として、具体的に運用されている法制度に関して、常に、憲法、人権規定との関係で問題が無いのかということを意識してほしいと願い、本問を出題した。

◇ 民法部門

【作品 1】

【問題】

Xは、単身マンション（以下、本件マンションとする。）を所有し、本件マンションの賃貸をしていた。本件マンションは、駅に近く、周りには会社や学校も多く、単身の会社員や大学生が多く入居していた。

平成20年3月1日、XはAに対し、Xの所有する単身マンションの一室（以下「甲」とする。）を、賃貸借期間2年、賃料月額10万円で賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」とする。）を締結し、甲を引き渡した。同日、AはXに対し、本件賃貸借契約に関する敷金として、30万円を支払った。また、同日、Xは、Yと、本件賃貸借契約に関し保証契約を締結した（資料参照）。

平成21年9月1日、甲の隣室に住むBからXに対し、「甲で異臭がする」との連絡が入り、Xが合いかぎを用い甲に立ち入ったところ、Aが死亡していた。Aは死後1週間程度経っており、身体の一部が腐敗していた。後日、Aの死因は、以前より患っていた心臓の病気による心臓発作であることが明らかになった。なお、Aには相続人はおらず、また、これまで賃料の滞納等は一切ない。

同年9月15日、Aの死亡につき必要な手続きを終了したXは、甲の清掃および腐敗に伴う毀損箇所のリフォームを、Cに依頼し、同日、清掃費用20万円およびリフォーム費用30万円の計50万円（以下「清掃費用等」とする。）をCに支払った。なお、清掃費用等の額については、相当な価格であった。

その後、甲には、誰も入居しておらず、入居者募集中であった。

その折、急きょ転勤が決まり、住む部屋を探していたZは、賃貸の情報誌を通じ本件マンションの甲が募集中になっているのを見つけ、駅にも近いことから、本件マンションに入居したいということで、Xのもとを訪ねた。Zは急いではいたものの、これから自分が住む部屋なので十分確かめたいうえで契約したいと思っており、甲につき下見をしたい旨Xに申し出た。Xは、快諾し、Zに対し、甲を内覧させた。Zは、甲がしっかりと清掃されており、床や壁などが真新しいことが気になり、Xに事情を尋ねた。その際、Xは、Zに対し、「本件マンションにおいては、次の入居者に貸し渡す前には、専門の業者に依頼し、清掃および床や壁などリフォームをすることになっています。」とだけ説明した。その説明に納得したZは、Xと、平成21年10月1日、甲につき、賃貸借期間2年、賃料月額9万円で賃貸借契約を締結し、同日引き渡した。同日、ZはXに対し、本件賃貸借契約に関する敷金として、27万円を支払った。契約に際し、Zは、賃料が近隣のマンションの相場より、約1割程度低いことが気になり、Xにその理由を聞いたところ、Xは、「10月は入居者が少ないため、空室をなくすために少し減額している。」との説明をしていた。

入居後1か月が経過した頃、Bが隣人たちと、甲でのAの死亡につき話をしているのを聞いたZは、その真偽を確かめるために、Xに連絡した。すると、Xは、「Aが死亡したの

は事実であるが、Aは心臓発作による自然死であり、賃貸の取引慣行では、自然死については告知義務がなく、そのため、Zにも説明しなかった。」と答えた。

Aの死を知ったZは、これ以上、甲には住むことはできないと考え、Xとの賃貸借契約を解除することとした。

Zは、仕事の都合上、新しい住居につき、本件マンションの近隣で探す必要があり、本件マンションから少し離れたTマンション（賃料月額11万円）に入居することとなり、引っ越し費用（契約費用等を除く。）30万円を支払った。

〔設問1〕 Xは、Yに対し、いかなる請求ができ、その請求は認められるか。Yの反論も想定しつつ論ぜよ。

〔設問2〕 Zは、Xに対し、いかなる請求ができ、その請求は認められるか。Xの反論も想定しつつ論ぜよ。なお、賃貸借契約の解除及び敷金の返還請求は検討しなくてよい。

【資料】

賃貸借契約書

第10条（善管注意義務）

1 乙は、本物件を、その適用法令に従い、かつ、善良な管理者の注意義務をもって使用し、維持、管理しなければならない。

第13条（明渡し時の原状回復）

1 乙は、通常の使用に伴い生じた物件の損耗を除き、本物件を原状回復しなければならない。

2 略

第16条（連帯保証人）

連帯保証人（以下、丙という。）は、乙と連帯して、本契約から生じる乙の債務を負担するものとする。

平成20年3月1日

貸主（甲）	住所	東京都渋谷区〇〇	
	氏名	X	Ⓜ
借主（乙）	住所	東京都渋谷区××	
	氏名	A	Ⓜ
連帯保証人（丙）	住所	東京都新宿区△△	
	氏名	Y	Ⓜ

【出題趣旨】

本問題は、賃貸の目的物で発生した、賃借人の死亡にまつわる法律関係につき、賃貸人

に生じた損害につき、貸貸人は、連帯保証人に対しどのような請求ができ、それが認められるのかについて問うとともに、貸貸人の死亡を告げることなく同物件を貸し渡した場合、その借借人は貸貸人に対しどのような請求ができ、それが認められるのかを問うものである。

その際、貸貸借契約により生じる原状回復義務の法的性格およびその範囲、損害の範囲、貸貸借契約に関する連帯保証契約の保証範囲について検討することが求められる。その際、貸貸借契約終了後、貸貸人と次の借借人との間で生じた損害についても、保証債務に含まれるのかにつき、保証契約の内容及び主債務である「損害」の範囲について、時間的限界や貸貸人の契約方法等を考慮しつつ検討することが求められる。また、借借人が死亡した場合、次の契約に際し、借借人となろうとする者に対し、貸貸人はどのような義務（告知義務等）を負うのか、およびその義務違反により借借人に損害が発生した場合に、借借人は、どのような権利（債務不履行か不法行為か）に基づきその損害賠償請求が可能となるのか、また、どの範囲で認められるのかにつき検討することが求められる。

なお、借借人の死亡に関する告知義務等の違反について、いわゆる心理的瑕疵が問題となるが、瑕疵をどのようなものとして捉えるのかにつき、契約の性質を踏まえ検討するとともに、殺人等の事件による死亡と、本件のような自然死の場合とで違いが出るのか等について、一步踏み込んだ検討が期待される。

参考判例

神戸地方裁判所平成 25 年 10 月 28 日、東京地方裁判所平成 19 年 3 月 9 日、東京地方裁判所平成 18 年 12 月 6 日

【作品 2】

【問題】

2013 年 6 月 1 日、X は被相続人 A の所有していた海沿いにある土地甲を単独で相続した。X は、子や孫にとって便利であると考え、甲に移り住むことにした。

Y は一級建築士の資格を有しており、建物の新築工事を仕事の内容としている。2013 年 8 月 1 日、X は Y との間で、建物乙（木造 2 階建て）の建築を内容とする契約を締結した。契約では、報酬は総額 900 万円とされ、完成時期は 2014 年 9 月 1 日とされた。契約締結の際、X は Y に対して報酬代金の半額を支払った。報酬の残額は、乙の引き渡しと同時に行われることが合意されている。なお、X は法令の定める耐震基準に沿う建物を希望しており、契約に際してもその旨が確認された。

2014 年 9 月 1 日、乙の建築が完了したとして、X に引き渡された。X は Y に対して報酬の残額を支払い、同日から乙への居住を開始した。同月 20 日、X の息子 B とその友人 C が乙を訪れた。X が、Y には世話になったという話を B、C にしていたところ、C が Y には悪い噂が多いということ思い出し、乙に対する工事に関しても不安を覚えた。C の提案で、一級建築士 D に乙の調査を求めたところ、次の回答を得た。①乙の基礎部分（建物全体と地盤を固定する部分をいう。）を構成しているコンクリートは、セメントに対して

水の占める割合が 75 パーセントと高く（セメントに対する水の割合が低いほどコンクリートは強固になり、通常は 55 パーセントから 60 パーセントである。また、水の含有量が多い場合、潮風による劣化は急速に進む。）、耐久力が極めて低く、倒壊の危険性がある。

②乙の 1 階部分を構成している柱の太さは、設計図の記載よりも細いものが大半を占めており、2 階部分を支える強度を欠くものである。このまま放置をした場合、2 階部分の重みに耐えることが出来ずに乙は倒壊する危険性がある。③結論として、乙は震度 2 程度の地震の揺れを受けた場合でも倒壊する危険性が極めて高く、居住に適するものではない。

D の報告を受けた X が Y に抗議をしたところ、Y は次のように回答をした。乙の 1 階部分の外壁に補強器具を設置することで、2 階部分を支えることができるようになる。建設ラッシュの中、設計図に記載されている太さの柱が手に入らなかったのは、遺憾である。アフターサービスとして、外壁への補強工事は無料で行っても良い。セメントと水の割合は、やっと入手できたセメントを最大限活用したものであり、文句を言われるのは心外である。同様の建物で、震度 4 の地震に耐えたものも存在するので、問題は無いはずである。

X は、2014 年 11 月 1 日以降、乙の近くに所在する月極めのマンション（賃料は月に 8 万円であり、敷金は不要であった。）で生活をしている。X は、乙を取り壊して、建物を新築することを希望している。工事期間は 8 ヶ月を要すると見込まれており、乙を取り壊す費用は 600 万円が必要であり、建築費用として 900 万円が必要である。なお、乙を取り壊さずに基礎部分を補修することは、技術上不可能であることが判明している。乙の調査を行なった D に対する報酬は、20 万円であった。X は、子や孫を乙に呼ぶ機会を失ったことから、精神的苦痛を受けたと述べ、慰謝料 200 万円を請求したいと考えている。

〔問〕

2015 年 1 月 31 日、X の相談を受けた弁護士として、X が Y に対してどのような請求をできるかということ、Y の反論を想定しつつ、検討しなさい（遅延損害金を除く。）。

【出題趣旨】

本件は、建物の新築工事を内容とする請負契約（民法 632 条）が締結された事例である。但し、完成された建物には欠陥が存在する。注文者 X の利益を最大限に図るため、どの事実に着目し、どのような法的構成を検討するべきか、ということについて、相手方 Y の反論を想定しながら検討することが求められている。

本件では、建物が完成し、建築工事の全工程が完了している。それゆえ、完成した建物の瑕疵を理由とする瑕疵担保責任（民法 634 条）の追及をすることが想定できる。

瑕疵とは、当事者が合意した品質・性能を有していないこと、当該物が通常有すべき品質・性能を欠くことをいう。結論から述べると、本件では、①乙の基礎部分を構成しているコンクリートの水の割合が 75 パーセントであり、倒壊の危険性があるという瑕疵、②乙の 1 階部分を構成している柱の太さが、設計図の記載よりも細いものが大半を占めており、2 階部分を支える強度を欠き、倒壊の危険性があるという瑕疵が存在する。②の瑕疵に関しては、補強工事で補うことができるとされているが、①の瑕疵に関しては、補修工事をすることが不可能である。それゆえ、メインの瑕疵は、基礎部分の瑕疵ということになる。①の瑕疵ではなく、②の瑕疵の存在により、「請負人が建築した建物に重大な瑕疵が

あって建て替えるほかはない場合」に該当することを指摘し、解答を進めて頂きたい。

解答するにあたっては、民法 635 条但書と最判平成 14 年 9 月 24 日（LEX/DB 文献番号 28072523）に関する知識、民法 634 条 2 項に基づく損害賠償請求は履行利益にまで及ぶことの知識が必要になる。慰謝料請求に関しては、最判平成 14 年 9 月 24 日の原審（東京高判平成 14 年 1 月 23 日、LEX/DB 文献番号 25540465）は否定しているが、これは法律上当然のこととはいえない。請負契約において瑕疵ある建物を建築した事例に関して、注文者の慰謝料請求を肯定する裁判例が存在することは既に指摘されている¹。また、注文者が瑕疵ある建物に居住していた利益に関して、注文者の請負人に対する損害賠償請求の額から控除する事例と、控除をしない事例も存在するとされている²。私見としては、瑕疵ある建物に居住することは利益ではないという考えに賛成をするが、反対論を展開しても良い。但し、**請負契約に基づく請負人の責任**と注文者の不利益を、リアルに考えた上で解答をしてもらいたい。

最判平成 14 年 9 月 24 日の判旨部分は、択一对策の知識として多くの受験生が有しているものと思われる。しかしながら、事実審で認定された事実を確認している受験生は少ないかもしれない。当該事案の請負人の工事が相当に杜撰であったことが認定されている。建物を新築することは、注文者の人生にとって重大である。そうであるにもかかわらず、請負人が杜撰な工事を行なう事例は後を絶たない。建物のリフォーム工事に関しても無駄な工事を行ない、費用を過大に請求する事例も多々存在する。解答する際に、依頼者の正当な利益を最大限に図ることを意識することで、実務に役立つ問題意識、思考方法が身につくものと考えたことから、本問を出題した。

¹ 松本克己『欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論』（立命館法学 289 号 64 頁 2003 年）73 頁以下

² 同上 65 頁

◇ 刑法部門

【作品】

【問題】

以下の事例に基づき、X及びYの罪責について論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

1 X（男性，身長165センチメートル，50歳）は，甲タクシー会社で乗務員として勤務していた。ある日，Xは，仕事の帰り道に，A（男性，身長180センチメートル，20歳）と，肩がぶつかったなどと言い争いになり，激昂したXは，いきなりAの左ほほを手拳で1回殴打し，その直後に立ち去った。

2 Aは，「待て。」などと言いながら，自転車でXを追いかけ，殴打現場から約50メートル進んだ歩道上でXに追いつき，自転車に乗ったまま，水平に伸ばした右腕で，後方からXの背中の上部または首付近を強く殴打した。

3 Xは，上記Aの攻撃によって前方に倒れたが，起き上がり，護身用として携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し，自転車から降りXに近づいてきたAに対し，その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え，それにより，Aに加療3週間を要する顔面挫創，左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

4 翌日，このXの事件を知ったXの上司であるB（男性，身長170センチメートル，40歳）は，日頃からXの勤務態度が悪いということもあり，Xを懲戒解雇処分とした。

このことに腹を立てたXは，解雇され生活にも困窮していたこともあり，Bから売上金を奪い取ろうと計画し，犯行予定日のBの行動を把握するため，甲会社の営業部長（経理および人事・労務管理全般を行う）を務めるYに話を聞いていた。その際，Yは，Xの上記計画に気付いたものの，Xをよく知るYは，まさかXが上記計画を実行するとは考えず，上司にXの計画を伝える等の適切な措置を一切とらなかった。

5 Bの行動を把握したXは，1週間後の午前11時頃，予め出刃包丁（刃体の長さ16.5センチメートル）を購入して隠し持ち，甲営業所に赴き，前日分の売上金を本社に届けるため同営業所を出発しようとしていたBに，「ちょっとそこまで送ってくれ」と言って同人運転の乗用自動車の助手席に乗り込んだ。約1キロメートル走行した頃，走行中の車内で，Xは，密かに，持っていた出刃包丁を取り出し，右手に持って上着の下に隠した上，Bが新聞紙に包んだ売上金100万円を入れて運転席の左横に置いていたビニール袋を左手で掴み，これを奪い取ろうとした。しかし，Bに奪い返されたため，さらに，右手に持った出刃包丁をBの左脇付近に突き付け，「殺すぞ。」「金よこせ。」などと言って脅迫しながら左手で上記ビニール袋を引っ張り，Bから上記売上金を奪い取ろうとしたが，Bは右手で運転しながら掴んだビニール袋を離そうとはしなかった。

Xは，Bに停車を命じ，停車の寸前にドアを半開きにし，出刃包丁をBに突き付けたまま，再びBが左手で持っているビニール袋を掴んで引っ張りこれを奪い取ろうとしたが，なおもBがこれを離さず，引っ張り合いになって上記売上金を奪い取ることができ

なかった。

6 その際、ビニール袋の一部が引きちぎられ、そのはずみで、現金とともに袋に入れてあった運転日報の集計表、チケットなどが袋から飛び出して車外に落ちた。これに対し、BがXに対して、「拾って来い。」と命じ、Xは、Bに言われるまま、現金の入ったビニール袋を助手席に置き、出刃包丁を上着のポケットにしまって下車し、日報等を拾い集め、これを助手席に戻した。その際、Xは、Bが、これ以上Xの要求を拒否して抵抗すればXから危害を加えられかねないものと畏怖しているのに気づき、助手席に置いたままになっていた上記売上金の入ったビニール袋をその場から持ち去った。その際、Bはなにとも言わずXの持ち去りを見ていただけだった。

【出題趣旨】

本問題は、XがAと言い争いになり、激昂してAに対し暴行を加えた後に、追いかけてきたAより暴行を加えられ、それに対し、XがAに対し特殊警棒で殴打し、Aに傷害を負わせ、その後、この事件を理由に、Xは勤めていた会社を懲戒解雇され、立腹し、生活にも困窮していたことから、上司であるBから売上金を強取する計画を立て実行に出たところ、Bの抵抗もあり、一度は失敗したものの、その後、先の脅迫によるBが畏怖していることを契機に、放置されていた売上金を喝取したが、営業部長のYは、Xが上記計画を立てている段階で、Xの計画につき気づいたものの、そのことにつき適切な措置を取らなかった、という事例を通して、いわゆる挑発（自招）防衛の場合の正当防衛、強盗と恐喝の区別、不作為による幫助等について、XYの罪責を問うことで、具体的事実関係の分析及びそれに対し、刑事実体法を解釈適用する能力、及び論理的思考力・論述能力を試すものである。

まず、Xの罪責については、Aに対する傷害罪の成否と関連し、正当防衛が成立するかが問題となる。本問においては、AのXに対する暴行は、はじめXがAに対し暴行を加えたことがきっかけとなったものであり、被侵害者が自ら招いた侵害に対して正当防衛をすることができるか、いわゆる挑発防衛（自招防衛）について問題となる。その際、判例（最判平成20年5月20日）は、正当防衛の個別の要件の検討はしていないことに注意が必要である。次に、Bに対し、出刃包丁を持ち、「殺すぞ。」「金よこせ。」などと言って、売上金を強取しようとしたが、Bの抵抗にあい、結果奪取できなかったことにつき、強盗未遂罪が問題となり、さらに、Xの前記行為によりBが畏怖したのに乗じて、置いたままになっていた売上金を奪ったことにつき、一度XBとの間では、前記強取の際に散乱した荷物を、BはXに「拾って来い。」と命じ、Xは言われるがまま荷物を拾った、というやり取りがあったことから、「反抗抑圧する程度の暴行脅迫」があったのかについて、強盗罪となるのか、恐喝罪にとどまるのかが問題となる。

他方で、Yの罪責については、Yが営業部長という地位にありながら、Xの売上金強奪の計画を気づいたにもかかわらず、何らの適切な措置を取らなかったということにつき、不作為による幫助犯の成否が問題となる。ここでは、Yが営業部長という地位にあることに着目し、それを自分なりに評価する等、保護義務の有無または阻止義務の有無等についての具体的な検討が期待される。また、幫助の客観面が認められるとしても、さらに、そ

の主観面（故意）につき、どこまでの認識認容が必要なのかについて、具体的な検討が求められる。

最後に、要件に事実をあてはめる場合には、単に事実を抜き出すのではなく、その事実が法的にどのような意味があるのか、またないのかを適切に評価した上で、要件に当てはめることが求められる。

参考判例

最判平成 20 年 5 月 20 日，大阪地裁平成 4 年 9 月 22 日