



合格開眼塾 Thinking Lecture 編2019・5月ガイダンス

学校や教科書では学べない 合格に必要な知識, 思考, スキル

【ガイダンスレジュメ①】

辰巳専任講師 弁護士

柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

1 **【憲法】**

2 5 わいせつな表現 (2017.9.28live 憲法 vol.5 P.8以下)

3 (1) わいせつな表現は表現の自由によって保障されるか？

4 →保障される ∵保障外とすれば、国家権力による無制限な制約を受けてしまう

6 (2) 刑法175は憲法21に違反しないか？

7 ⇒最小限度の性道徳を維持することで国民生活全体の利益を保護する必要性が認められる。他方で、わ
8 いせつを「いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な
9 性的道義観念に反するもの」と定義し、これに該当するものの頒布・販売・公然陳列・販売目的所持
10 を禁止し、違反者に2年以下の懲役または250万円以下の罰金若しくは科料を科すことは相当な範
11 囲といえる。また、芸術的なわいせつ表現については、芸術性がわいせつ性を緩和させ、わいせつか
12 否かの判断は文章全体で判断することで、表現の自由に配慮する

14 (3) 青少年を保護するために、わいせつとまではいえない表現を規制することはできるか？

15 ⇒未成熟な青少年の性に関する価値観の悪影響を防ぎ、誤った価値観をもった未成年者の犯罪から国民
16 の安全を守るという目的の必要性が認められる。有害図書の指定を厳格にすれば、青少年が買いやす
17 い自動販売機で有害図書の販売を一律禁止しても、成人は店頭で購入できる以上、販売者の営業の自
18 由、作者の表現の自由・成人の知る権利の制約は相当な範囲にとどまるといえる

20 *最判平元. 9. 19 (岐阜県青少年保護育成条例事件)

1 (事案の概要)

2 自動販売機により図書を販売することを業とする会社の代表取締役は、会社が設置して管理する
3 図書自動販売機に、岐阜県知事が、昭和五四年七月一日告示第五三九号をもって、あらかじめ指定
4 した有害図書に該当する雑誌を収納したとして岐阜県青少年保護育成条例違反として起訴された。

5 本条例において、知事は、図書の内容が、著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長す
6 るため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めるときは、当該図書を有害図書として
7 指定するものとされる(六条一項)(個別指定)。個別指定をしようとするときには、緊急を要する
8 場合を除き、岐阜県青少年保護育成審議会の意見を聴かなければならないとされている(九条)。

9 しかし、有害図書のうち、特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写
10 真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占めると認められる刊行物については、知事は、右六条一項
11 の指定に代えて、当該写真の内容を、あらかじめ、規則で定めるところにより、指定することがで
12 きるとされている(六条二項)(包括指定)。これを受けて、岐阜県青少年保護育成条例施行規則二
13 条においては、写真の内容について、「一 全裸、半裸又はこれに近い状態での卑わいな姿態、二性
14 交又はこれに類する性行為」と定められ、さらに昭和五四年七月一日岐阜県告示第五三九号により、
15 その具体的内容についてより詳細な指定がされている。このように、包括指定の場合には、個々の
16 図書について審議会の意見を聴く必要はなく、当該写真が前記告示による指定内容に該当すること
17 により、有害図書として規制されることになる。

18 そして、以上右六条一項又は二項により指定された有害図書については、その販売又は貸付けを
19 業とする者がこれを青少年に販売し、配付し、又は貸し付けること及び自動販売機業者が自動販売
20 機に収納することを禁止され(本条例六条の二第二項、六条の六第一項)、いずれの違反行為につい
21 ても罰則が定められている(本条例二一条二号、五号)。

1 被告人は、憲法21I, II, 14I違反を主張したが、最高裁はこれらを退けた。

2 「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影
 3 響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであつて、青少年
 4 の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になつているといつてよい。さらに、自動
 5 販売機による有害図書の販売は、売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、昼夜を問
 6 わず購入ができること、収納された有害図書が街頭にさらされているため購入意欲を刺激し易いこ
 7 となどの点において、書店等における販売よりもその弊害が一段と大きいといわざるをえない。し
 8 かも、自動販売機業者において、前記審議会の意見聴取を経て有害図書としての指定がされるまで
 9 の間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法的行為に有効に対処するため
 10 には、本条例六条二項による指定方式も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そ
 11 うすると、有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法二一条一
 12 項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約するこ
 13 とにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむ
 をえない制約であるから、憲法二一条一項に違反するものではない。」

1 *判例は、合理性と必要性の審査を用いることが多い。合理性審査とは、「正当な目的とそれを達成す
 2 るための手段が、理にかなった関連性を確保していることを要求する」。「そのような手段は、A、
 3 B、C…と多様に想定しうるが、立法府の選択した“A”が理にかなったものであればよく、他の
 4 規制手段との比較は基本的に問題とされない。Aを選択したことが合理的に説明できればそれでい
 5 い」とされる。これには合理的関連性テスト、明白性テストがあるとされる。一方、必要性審査で
 6 は、「これらの選択肢から、規制目的を同程度に達成できるもので、かつ、規制制限の度合いが最も
 7 低いものを採用することを国家に要請する」。これはLRAの基準であるとされる（この他に、より
 8 厳しい必要最小限の基準があるとする見解もある）。「最高裁は、たびたび、必要性の審査を『必要
 9 最小限のもの』、『必要やむをえない程度の制限』と表現してきた。」しかし、最高裁がこれらの表現
 10 を用いながら、「実際には、必要性の審査に踏み込んでいない現状」があるとされる。（以上につい
 11 て、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回」（日本評論社）（以下「駒村転回」）P.102～6）。

12 *「本判例は、岐阜県青少年保護育成条例の有害図書の自動販売機収納禁止規定が憲法21条1項の
 13 表現の自由を侵害するものでないことを最高裁として初めて判示したものである。

14 青少年に対する有害図書の販売を規制することの憲法上の根拠、自動販売機への収納禁止と成人
 15 の読む自由との関係、包括指定の規制としての明確性や手続上の問題点等表現の自由をめぐる種々
 16 の論点が含まれている。

17 これらの点について、伊藤裁判官の詳細な補足意見が付されている。」（判例タイムズ710号71頁）

18 *伊藤裁判官の補足意見

1 (本件条例と憲法21条1項)

2 (被侵害利益のうちの青少年の知る自由について)

3 「本件条例」「は明らかに青少年の知る自由を制限するものである。」「青少年の享有する」「知る
 4 自由の保障の必要性は高い。」「他方において、その自由の憲法的保障という角度からみるときは、
 5 その保障の程度が成人の場合に比較して低い。」「すなわち、知る自由の保障は、提供される知識や
 6 情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力が前提とされて

1 いる。青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であつて、右の選別能力を十全には有しておらず、
 2 その受ける知識や情報の影響をうけることが大きいとみられるから、成人と同等の知る自由を保
 3 障される前提を欠くものであり、したがつて青少年のもつ知る自由は一定の制約をうけ、その制
 4 約を通じて青少年の精神的未熟さに由来する害悪から保護される必要があるといわねばならな
 5 い。」「このようにして、ある表現が受け手として青少年にむけられる場合には、成人に対する表
 6 現の規制の場合のように、その制約の憲法適合性について厳格な基準が適用されないものと解す
 7 るのが相当である。そうであるとすれば、一般に優越する地位をもつ表現の自由を制約する法令
 8 について違憲かどうかを判断する基準とされる、その表現につき明白かつ現在の危険が存在しな
 9 い限り制約を許されないとか、より制限的でない他の選ぶう手段の存在するときは制約は違憲
 10 となるなどの原則はそのまま適用されないし、表現に対する事前の規制は原則として許されな
 11 いとか、規制を受ける表現の範囲が明確でなければならぬという違憲判断の基準についても成人
 12 の場合とは異なり、多少とも緩和した形で適用されると考えられる。」

1 (規制目的の審査)
 2 「青少年保護のための有害図書の規制について、それを支持するための立法事実として、それが
 3 青少年非行を誘発するおそれがあるとか青少年の精神的成熟を害するおそれのあることがあげられ
 4 る。」「青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる
 5 相当の蓋然性のあることをもつて足りると解してよいと思われる。もつとも、青少年の保護という
 6 立法目的が一般に是認され、規制の必要性が重視されているために、その規制の手段方法について
 7 も、容易に肯認される可能性があるが、もとより表現の自由の制限を伴うものである以上、安易に
 8 相当の蓋然性があると考えるべきでなく、必要限度をこえることは許されない。しかし、有害図書
 9 が青少年の非行を誘発したり、その他の害悪を生ずることの厳密な科学的証明を欠くからといつて、
 10 その制約が直ちに知る自由への制限として違憲なものとなとすることは相当でない。」「青少年保
 11 護のために有害図書に接する青少年の自由を制限することは、右にみた相当の蓋然性の要件をみた
 12 すものといつてよいであろう。」

1 (規制手段の審査：被侵害利益として表現の自由、成人の知る自由、青少年の知る自由への制約が
 2 必要な限度を超えるか)
 3 「問題は、本件条例の採用する手段方法が憲法上許される必要な限度をこえるかどうかである。
 4 「本件条例による有害図書の規制は、表現の自由、知る自由を制限するものであるが、これが基本
 5 的に是認されるのは青少年の保護のための規制であるという特殊性に基づくといえる。もし成人を
 6 含めて知る自由を本件条例のような態様方法によつて制限するとすれば、憲法上の厳格な判断基準
 7 が適用される結果違憲とされることを免れないと思われる。そして、たとえ青少年の知る自由を制
 8 限することを目的とするものであつても、その規制の実質的な効果が成人の知る自由を全く封殺す
 9 るような場合には、同じような判断を受けざるをえないであろう。」「しかしながら、青少年の知る
 10 自由を制限する規制がかりに成人の知る自由を制約することがあつても、青少年の保護の目的から
 11 みて必要とされる規制に伴つて当然に附随的に生ずる効果であつて、成人にはこの規制を受ける図
 12 書等入手する方法が認められている場合には、その限度での成人の知る自由の制約もやむをえな
 13 いものと考えられる。本件条例は書店における販売のみでなく自動販売機（以下『自販機』という。）
 14 による販売を規制し、本件条例六条二項によつて有害図書として指定されたものは自販機への収納

1 を禁止されるのであるから、成人が自販機によつてこれらの図書を簡易に入手する便宜を奪われる
 2 ことになり、成人の知る自由に対するかなりきびしい制限であるということが出来るが、他の方法
 3 でこれらの図書に接する機会が全く閉ざされているとの立証はない、成人に対しては、特定の態
 4 様による販売が事実上抑止されるにとどまるものであるから、有害図書とされるものが一般に価値
 5 がないか又は極めて乏しいことをあわせ考えるとき、成人の知る自由の制約とされることを理由に
 6 本件条例を違憲とするのは相当ではない。」

1 (検閲にあたらぬか)
 2 「憲法にいう『検閲』とは、『行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部
 3 又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的に、発表前に
 4 その内容を審査した上、不適当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの
 5 を指すと解すべきである』ところ、本件条例の規制は、六条一項による個別的指定であつても、ま
 6 た同条二項による規則の定めるところによる指定（以下これを『包括指定』という。）であつても、
 7 すでに発表された図書を対象とするものであり、かりに指定をうけても、青少年はともかく、成人
 8 はこれを入手する途が開かれているのであるから、右のように定義された『検閲』に当たるとい
 9 うことはできない。」

1 (事前抑制として許されぬか)
 2 「もつとも、憲法二一条二項前段の『検閲』の絶対的禁止の趣旨は、同条一項の表現の自由の保
 3 障の解釈に及ぼされるべきものであり、たとえ発表された後であつても、受け手に入手されるに先
 4 立つてその途を封ずる効果をもつ規制は、事前の抑制としてとらえられ、絶対的に禁止されるもの
 5 ではないとしても、その規制は厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許されるものといわなけれ
 6 ばならない」「本件条例による規制は、個別的指定であると包括指定であるとを問わず、指定された
 7 後は、受け手の入手する途をかなり制限するものであり、事前抑制的な性格をもっている。しかし、
 8 それが受け手の知る自由を全面的に閉ざすものではなく、指定をうけた有害図書であつても販売の
 9 方法は残されていること、のちにみるように指定の判断基準が明確にされていること、規制の目的
 10 が青少年の保護にあることを考慮にいれるならば、その事前抑制的性格にもかかわらず、なお合憲
 11 のための要件をみたしているものと解される。」

1 (審議会の審査がないことは問題ないか)
 2 「本件条例は、有害図書の規制方式として包括指定方式をも定めている。この方式は、岐阜県青
 3 少年保護育成審議会（以下『審議会』という。）の審議を経て個別に有害図書を指定することなく、
 4 条例とそとの規則、告示により有害図書の基準を定め、これに該当するものを包括的に有害
 5 図書として規制を行うものである。一般に公正な機関の指定の経路を経ることにより、有害図書に
 6 当たるかどうかの判断を慎重にし妥当なものとするよう担保することが、有害図書の規制の許容さ
 7 れるための必要な要件とまではいえないが、それを合憲のものとする有力な一つの根拠とはいえ
 8 る。」「包括指定方式は、この手続を欠くものである点で問題となりえよう。」「このような包括指定
 9 のやり方は、個別に図書を審査することなく、概括的に有害図書として規制の網をかぶせるもの
 10 であるから、検閲の一面をそなえていることは否定できないところである。しかし、この方式は、
 11 「自販機による販売を通じて青少年が容易に有害図書を入手できることから生ずる弊害を防止する

1 ための対応策として考えられたものであるが、青少年保護のための有害図書の規制を是認する以上
2 は、自販機による有害図書の購入は、書店などでの購入と異なつて心理的抑制が少なく、弊害が大
3 きいこと、審議会の調査審議を経たうえでの個別的指定の方法によつては青少年が自販機を通じて
4 入手することを防ぐことができないこと」からみて、包括指定による規制の必要性は高いといわな
5 ければならない。もとより必要度が高いことから直ちに表現の自由にとつてきびしい規制を合理的
6 なものとするとはできないし、表現の自由内に在する制限として当然に許容されると速断するこ
7 とはできないけれども、他に選ぶ手段をもつては有害図書を青少年が入手することを有効に抑
8 止することができないのであるから、これをやむをえないものとして認めるほかはないであろう。
9 私としては、つぎにみるように包括指定の基準が明確なものとされており、その指定の範囲が必要
10 最少限度に抑えられている限り、成人の知る自由が封殺されていないことを前提にすれば、これを
11 違憲と断定しえないものとする。「およそ法的規制を行う場合に規制される対象が何かを判断す
12 る基準が明確であることを求められるが、とくに刑事罰を科するときは、きびしい明確性が必要と
13 される。表現の自由の規制の場合も、不明確な基準であれば、規制範囲が漠然とするためいわゆる
14 萎縮的効果を広く及ぼし、不当に表現行為を抑止することになるために、きびしい基準をみだす明
15 確性が憲法上要求される。本件条例に定める有害図書規制は、表現の自由とかかわりをもつもので
16 あるのみでなく、刑罰を伴う規制でもあるし、とくに包括指定の場合は、そこで有害図書とされる
17 ものが個別的に明らかにされないままに、その販売や自販機への収納は、直ちに罰則の適用をうけ
18 るのであるから、罪刑法定主義の要請も働き、いつそうその判断基準が明確でなければならぬと
19 解される。もつとも、すでにふれたように青少年保護を目的とした、青少年を受け手とする場合に
20 限つての規制であることからみて、一般の表現の自由の規制と同じに考えることは適当でなく、明
21 確性の要求についても、通常の表現の自由の制約に比して多少ゆるめられることも指摘しておくべ
22 きであろう。」「本件条例六条一項では指定の要件は、『著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性
23 を助長する』とされ、そのみでは、必ずしも明確性をもつとはいえない面がある。とくに残忍性
24 の助長という点はいまいなところがかかり残る。また『猥褻』については当裁判所の多くの判例
25 によつてその内容の明確化がはかられているが」「本件条例にいう『著しく性的感情を刺激する』図
26 書とは猥褻図書よりも広いと考えられ、規制の及ぶ範囲も広範にわたるだけに漠然としている嫌
27 を免れない。」「しかし、これらについては、岐阜県青少年対策本部次長通達（昭和三二年二月二五
28 日青少第三五六号）により審査基準がかなり具体的に定められているのであつて、不明確とはい
29 えない。そして本件で問題とされるのは本件条例六条二項であるが、ここでは指定有害図書は『特に
30 卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過
31 半を占めると認められる刊行物』と定義されていて、一項の場合に比して具体化がされていると
32 もに、右の写真の内容については」「施行規則二条さらに告示（昭和三四年七月一日岐阜県告示第
33 五三九号）を通じて、いつそう明確にされていることが認められる。このように条例そのものでな
34 く、下位の法規による具体化、明確化をどう評価するかは一つの問題ではあろう。しかし、本件
35 条例は、その下位の諸規範とあいまつて、具体的な基準を定め、表現の自由の保障にみあうだけの
36 明確性をそなえ、それによつて、本件条例に一つの限定解釈ともいえるものが示されているのであ
37 つて、青少年の保護という社会的利益を考えあわせるとき基準の不明確性を理由に法令としてのそ
38 れが違憲であると判断することはできないと思われる。」

1 (本件条例と憲法一四条)
 2 「青少年の保護のための有害図書規制は地方公共団体によって相当に差異がある」「しかし、こ
 3 のように相当区々であることは認められるとしても、それをもって憲法一四条に違反するものでは
 4 ない」

10 過度に広汎ゆえに無効の法理 (2017.9.28live 憲法 vol.5 P.20以下)

→規制対象が過度に広汎な場合に法令を違憲とする

* LRAが規制手段の強度を問題にするのに対し、過度に広汎の法理は規制対象の広さを問題とする (駒村 転回P.25)

* 芦部説によれば、過度に広汎ゆえに無効の法理の適用においては、立法事実を検討することはない。ただし、「ケースによっては、立法事実を審査することが必要となる場合もあります」(芦部憲法判例を読む P.103)としており、芦部説でも常に過度に広汎ゆえに無効の法理において立法事実を考慮しないわけではないようである。なお、過度に広汎ではないと反論する立場から合憲限定解釈をかけることが想定されるが、この場合には立法事実を踏み込んで判断が行なわれる

* 過度に広汎ゆえに無効であるとの主張は、適用上合憲の者が表現の自由に対する規制立法の有する他者への萎縮効果を除去するために主張することが許されると解される (高橋和之「立憲主義と日本国憲法(第4版)」(以下、「高橋憲法」)P.443)。しかし、それだけでなく適用上違憲の者においても同様の理由で認められるべきであるとされる (高橋和之「憲法判断の方法」(有斐閣)以下、「高橋憲法判断」P.129以下)。つまり、典型的な暴走族でないグループ (例えばアイドルのファンの集まり) に属していた被告人が適用上違憲という主張ではなく、過度に広範であるので文面上違憲であると主張することが許されるとする。

* 「過度に広範な法文は、違憲部分と合憲部分を明確に区別できないため、結局、あらゆる行為との関係で不明確な法文であるという理由で、全体が無効になる」とする (木村草太「憲法の急所(第2版)」(羽鳥書店) (以下、「木村急所」)P.217)。逆に、合憲限定解釈が可能であれば過度に広範とはいえない (同P.222参照)。

(適用違憲について)

□ 適用違憲の種類 (芦部説)

(1) 合憲限定解釈が不可能な場合に、法令が当該事件に適用される限りで違憲とする類型

例) 猿払第1審←最高裁によって否定

* * 堀越事件において「『政治的行為』とは、当該規定の文言に該当する政治的行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指すという限定を付した解釈を示した」とことと、猿払事件最高裁が合憲限定解釈を批判したこととの整合性について、千葉勝美裁判官の補足意見では、「これは、いわゆる合憲限定解釈の手法、すなわち、規定の文理のままでは規制範囲が広すぎ、合憲性審査におけるいわゆる「厳格な基準」によれば必要最小限度を超えており、利益較量の結果違憲の疑いがあるため、その範囲を限定した上で結論として合憲とする手法を採用したというものではない」とする。「まず対象となっている本件罰則規定について、憲法の趣旨を十分に踏まえた上で立法府の真に意図しているところは何か、規制の目的はどこにあるか、公務員制度の体系的な理念、思想はどのようなものか、憲法の趣旨に沿った国家公務員のサービスの在り方をどう考えるのか等々を踏まえて、国家公務員法自体の条文の丁寧な解釈を試みるべきであり、その作業をした上で、具体的な合憲

性の有無等の審査に進むべきものである」とし、「多数意見が、まず、本件罰則規定について、憲法の趣旨を踏まえ、行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持するという規定の目的を考慮した上で、慎重な解釈を行い、それが『公務員の職務遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為』を政治的行為として禁止していると解釈したのは、このような考え方に基づくものであり、基本法についての司法判断の基本的な姿勢ともいえる」とする。

***駒村転回 P.380では、「制定法を体系整合的に解釈することを『体系的解釈』と呼ぶとすると、かかる解釈を行う際に、最高法規たる憲法の趣旨を盛り込んでそれを行うことを『憲法適合解釈』と呼ぶことが可能になろう」とし、この堀越事件も憲法適合解釈の例であるとする(同P.404)。駒村説は千葉補足意見と同じ見解とみることができるように思われる。

*「最近では、適用違憲は」この「類型に限定すべきだ、という見方が有力になりつつある(宍戸常寿「憲法 解釈の応用と展開(第2版)」(以下、「宍戸憲法」)P.297)

*「法令を違憲とする」ため、「法令の部分違憲に重なるところがあり」、「高橋先生の『適用上違憲』とは、ズレがあります」(同P.299～300)。「合憲限定解釈という処理も、厳密に言えば法令の一部を違憲にする法令違憲の処理の一つである」(木村急所P.55)

*「最高裁は、法令がどの事実関係に適用しても違憲になるような事例」「に限って法令違憲判決を下す反面、それ以外の事例では、猿払事件判決が」「法令が当然に適用を予定している部分の一部につきその適用を違憲とするものであつて、ひつきよう法令の一部を違憲にするにひとし」と述べたように適用違憲の可能性を封印する手法を採ってきました。その結果として、「本来は適用違憲となりうる事例も、法令が合憲である以上は、適用も合憲とされてもやむを得ない、という結論を導いてきたように思います。」(宍戸憲法P.301)

(2) 合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、合憲限定解釈をしないで適用した場合に、その適用行為を違憲とする類型

←「法令を合憲限定解釈した上で、適用行為を違法といえは足りるのではないか」(宍戸憲法P.297)

*広島暴走族追放条例事件のケースにおいて、仮に「本来的な意味における暴走族」及び「暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団」に該当しない場合の被告人だった場合にはこの類型になるように思われる(私見)

(3) 合憲性に問題のない法令を憲法上の権利を侵害するように適用した場合に、その適用を違憲とする類型

←「処分違憲と整理した方が、スッキリする」(宍戸憲法P.298)

*「単に誤った法令の解釈適用がなされたにすぎないのであるから、本来憲法違反と言うまでもないはずである。しかし、その誤った法令の解釈適用によって憲法上の権利、憲法秩序を侵害したということにつき、その重大さを明らかにすべく非難の意味を込めて憲法違反であると宣言するのである」(市川正人「基本講義憲法(新世社)」376頁)

* (最判平19.9.18, 広島市暴走族追放条例事件)

(事案の概要)

広島市暴走族追放条例は、同16条1項において、「何人も、次に掲げる行為をしてはならない。」として、「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」を禁止している(同1号)。そして、本条例1

1 7条は、「前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の
 2 全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、
 3 市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる。」とし、
 4 本条例19条は、この市長の命令に違反した者は、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する
 5 ものと規定している。

6 被告人は、暴走族構成員約40名と共謀の上、平成14年11月23日午後10時31分ころから、
 7 広島市が管理する公共の広場において、広島市長の許可を得ないで、所属する暴走族のグループ名を
 8 刺しゅうした「特攻服」と呼ばれる服を着用し、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、
 9 旗を立てる等威勢を示して、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集会を行った。

10 同日午後10時35分ころ、広島市暴走族追放条例による広島市長の権限を代行する広島市職員か
 11 ら、集会を中止して広場から退去するよう命令を受けた。しかし、これに従わず、引き続き同所にお
 12 いて、同日午後10時41分ころまで本件集会を継続した。そのため、命令に違反したとして起訴さ
 13 れた。

参考条文（広島市HPより）

「広島市暴走族追放条例

（目的）

第1条 この条例は、暴走族による暴走行為、い集、集会及び祭礼等における示威行為が、市民生活
 や少年の健全育成に多大な影響を及ぼしているのみならず、国際平和文化都市の印象を著しく傷つ
 けていることから、暴走族追放に関し、本市、市民、事業者等の責務を明らかにするとともに、暴
 走族のい集、集会及び示威行為、暴走行為をあおる行為等を規制することにより、市民生活の安全
 と安心が確保される地域社会の実現を図ることを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (1) 自動車等 道路交通法（昭和35年法律第105号。以下「法」という。）第2条第1項第9号に
 規定する自動車及び同項第10号に規定する原動機付自転車をいう。
- (2) 少年 少年法（昭和23年法律第168号）第2条第1項に規定する少年をいう。
- (3) 保護者 少年法第2条第2項に規定する保護者をいう。
- (4) 公共の場所 道路、公園、広場、駅、空港、棧橋、駐車場、興行場、飲食店その他の公衆が通
 行し、又は出入りすることができる場所をいう。
- (5) 暴走行為 法第68条の規定に違反する行為又は自動車等を運転して集団を形成し、法第7条、
 法第17条、法第22条第1項、法第55条、法第57条第1項、法第62条若しくは法第71条第5
 号の3の規定に違反する行為をいう。
- (6) 示威行為 多数の者が威力を示して行進又は整列をすることをいう。
- (7) 暴走族 暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不
 安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若
 しくは示威行為を行う集団をいう。
- (8) 暴走族追放 暴走族による暴走行為等の防止、暴走族への加入の防止、暴走族からの離脱の促
 進等を図ることにより、暴走族のいない社会を築くことをいう。

<略>

（保護者の責務）

第5条 保護者は、暴走族が少年の健全な育成を阻害するおそれがあることを踏まえ、その監護に係る少年を暴走族に加入させないよう努めるとともに、当該少年が暴走族に加入していることを知ったときは、当該暴走族から離脱させるよう努めなければならない。

(学校、職場等の関係者の責務)

第6条 学校、職場その他の少年の育成に携わる団体の関係者は、その職務又は活動を通じ、相互に連携し、当該団体に属する少年を暴走族に加入させないよう努めるとともに、当該少年が暴走族に加入していることを知ったときは、当該暴走族から離脱させるよう努めなければならない。

<略>

(行為の禁止)

第16条 何人も、次に掲げる行為をしてはならない。

- (1) 公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと。
- (2) 公共の場所における祭礼、興行その他の娯楽の催物に際し、当該催物の主催者の承諾を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集、集会又は示威行為を行うこと。
- (3) 現に暴走行為を行っている者に対し、当該暴走行為を助長する目的で、声援、拍手、手振り、身振り又は旗、鉄パイプその他これらに類するものを振ることにより暴走行為をあおること。
- (4) 公共の場所において、正当な理由なく、自動車等を持ち入れ、急発進させ、急転回させる等により運転し、又は空ぶかしさせること。

2 何人も、前項各号に掲げる行為を指示し、又は命令してはならない。

(中止命令等)

第17条 前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる。

(委任規定)

第18条 この条例の施行に関し必要な事項は、市長が定める。

(罰則)

第19条 第17条の規定による市長の命令に違反した者は、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。」

「広島市暴走族追放条例施行規則

第3条 市長は、条例第17条に規定する中止命令等を行う際に、条例第16条第1項第1号の行為が威勢を示すことにより行われたときに該当するか否かを判断するに当たっては、次に掲げることを勘案して判断するものとする。

- (1) 暴走、騒音、暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされ

1 (過度に広汎の問題)

2 (弁護人の主張)

3 「本条例16条1項1号、17条、19条の規定の文言からすれば、その適用範囲が広汎に過ぎる」

4 (最高裁の判断)

5 「なるほど、本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言と

1 なっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者
 2 の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおり
 3 に適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問
 4 題があることは所論のとおりである。しかし、本条例19条が処罰の対象としているのは、同17
 5 条の市長の中止・退去命令に違反する行為に限られる。そして、本条例の目的規定である1条は、
 6 「暴走行為、い集、集会及び祭礼等における示威行為が、市民生活や少年の健全育成に多大な影響
 7 を及ぼしているのみならず、国際平和文化都市の印象を著しく傷つけている」存在としての「暴走
 8 族」を本条例が規定する諸対策の対象として想定するものと解され、本条例5条、6条も、少年が
 9 加入する対象としての「暴走族」を想定しているほか、本条例には、暴走行為自体の抑止を眼目と
 10 している規定も数多く含まれている。また、本条例の委任規則である本条例施行規則3条は、「暴
 11 走、騒音、暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた服装
 12 等」の着用者の存在（1号）、「暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、
 13 印刷等をされた旗等」の存在（4号）、「暴走族であることを強調するような大声の掛け等」（5
 14 号）を本条例17条の中止命令等を発する際の判断基準として挙げている。このような本条例の全
 15 体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制
 16 の対象としている「暴走族」は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結
 17 成された集団である本来の意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのよう
 18 な暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され、したがっ
 19 て、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている「集会」
 20 との関係では、本来の意味における暴走族及び上記のようなその類似集団による集会が、本条例
 21 16条1項1号、17条所定の場所及び態様で行われている場合に限定されると解される。「そし
 22 て、このように限定的に解釈すれば、本条例16条1項1号、17条、19条の規定による規制は、
 23 広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穏を害してきたこと、規制に係る集
 24 会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の
 25 対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段
 26 階的規制によっていること等にかんがみると、その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊
 27 害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照ら
 28 し、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとはいえない」

1 (明確性の問題)
 2 (弁護人の主張)
 3 「本条例16条1項1号、17条、19条の各規定が明確性を欠き、憲法21条1項、31条
 4 に違反する」
 5 (最高裁の判断)
 6 「各規定の文言が不明確であるとはいえない」

1 (木村急所 P. 226～9を参考とした構成(ただし、内容は異なる)で、Xが典型的な暴走族ではな
 2 い場合)
 3 第1 設問1
 4 1 Xの弁護人としては、①本条例16条1項1号、17条、19条(以下、本件各規定)をXに適

1 用するのは違憲であり、無効である、②本件各規定は明確性を欠く、③本件各規定は過度に広汎ゆえ無
2 効である、との主張を行う。

3 2 本件各規定をXに適用するのは違憲であり、無効であるとの主張

4 (1) Xの本件広場で〇〇する自由も「集会」の自由として保障される(憲法21条1項)。

5 (2) Xの本広場で〇〇する自由は本件各規定により禁止されており、集会の自由は制限されている。

6 (3) Xの集会の自由は〇〇から重要な価値を有する。そして、制約の態様はあらかじめ禁止し、違
7 反者に刑罰を課すものであり重大である。

8 そこで、規制の目的がやむにやまれぬほどに重要であり、手段が目的達成のために必要最小限度とい
9 える場合に限り、制約が正当化されると解する。

10 (4) 規制の目的は暴走族を追放することで「市民生活の安全と安心が確保される地域社会の実現を
11 図ること」であるが、暴走族が住民の生命や身体に対して危害を加えていることが常態化しているとま
12 ではないえず、やむにやまれぬほどに重要な目的とまではいえない。

13 仮に、目的がやむにやまれぬほどに重要であったとしても、本件のXの行っている〇〇は住民生活の
14 安全と安心を害するような内容のものではなく、規制することが目的達成に役立つとはいえない。また、
15 仮に役立つとしても前述したXの行っている〇〇の性質からすれば刑罰をもってまで制約するべきも
16 のではなく必要最小限度とはいえない。

17 (5) したがって、Xに本件各規定を適用する限りで違憲であり無効である。

18 3 本件各規定は明確性を欠き無効であるとの主張

19 (1) 仮に、Xに本件各規定を適用することが正当化されるとしても、本件各規定は明確性を欠く以
20 上、無効というべきである。

21 (2) 表現活動や行動の萎縮を防ぐため法令の名宛人である一般人を基準にして明確といえない規
22 定は憲法21条、同31条によって無効となると解するべきである。

23 (3) 本件各規定は施行規則3条で具体化されているが、そもそも白紙委任であり施行規則で犯罪構
24 成要件を定めることは許されず、無効である(31)。

25 また、仮に、施行規則で明確化されればよいとの立場にたっても、施行規則3(6)は一般人を基準にし
26 ても許される行為か否かが判別できないものであり、あいまい不明確で無効というべきである。

27 4 本件各規定は過度に広汎ゆえ無効であるとの主張

28 (1) 仮に、Xに本件各規定を適用することが正当化され、本件各規定が明確であるとしても、本件
29 各規定は過度に広汎であり無効である。この場合、表現の萎縮を防ぐために合憲的に適用できるXにも
30 違憲主張適格が認められると解する。

31 (2) 本件各規定からすれば、本来的な暴走族以外の者も規制の対象となり、目的と関係のない行為
32 も規制対象となる。しかも、本件各規定の合憲的部分と違憲的部分を分けて合憲限定解釈をすることは
33 できない。

34 したがって、本件各規定は「あらゆる適用事例との関係で不明確であり、」合憲的な適用がありえな
35 い以上、「法文自体が過度の広汎性ゆえに違憲、無効だと評価せざるを得ない」(木村急所P.229)。

36 (以下、省略)

1 * なお、従来の予備校論証は、芦部説が明確性や過度に広汎を立法事実を(原則として)前提としな
2 い文面上アプローチとしていたことから、先にこれらを論じる。その場合、適用違憲を論じる際には
3 「仮に過度に広汎といえず、合憲限定解釈が可能であったとしても」と挿入し、本件に適用する限り
4 で違憲であると論証することになる。

1 【行政法】

2 第2 原告適格 (2017.9.14live 行政法 vol.4 P. 12以下)

3 1 原告適格とは？

4 →処分の取消しを求めて出訴することのできる資格

6 (1) 行訴法9 I : 行政処分の取り消しを求めるにつき「法律上の利益」を有する者のみ

8 (2) " II : 考慮事項の法定 (名宛人: 裁判所)

10 * 「許可基準等を定める法律の規定の委任を受けた施行令や施行規則等の規定は」**「根拠となる法令」**であり、**「関係法令」**ではない。また、通達は「根拠となる法令」でも「関係法令」でもない。解釈基準としての通達が法の正しい解釈であれば、それは通達ではなく「根拠となる法令」自体の効力である (中原茂樹「基本行政法 (第2版)」(日本評論社) P.326~7)。

14 * 「委任条例は係争処分の『**根拠法令**』として『**法律上の利益**』の有無を解釈することになります。他方、自主条例であれば、係争処分の根拠規範である法律との関係では、『**関連法令**』と解釈できるか否かを検討」するとの指摘がある。また、委任条例の場合は法律を根拠とする処分なので行政手続法の適用があるが、自主条例の場合は適用がないということも指摘されている (橋本博之「行政法解釈の基礎—「仕組み」から解く」P.136~137)。

20 2 「法律上の利益」とは？

21 (1) 「**法律上保護された利益**」説 (判例)

22 →「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のであるが、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させることとせず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たる (判例)

27 →「当該処分の根拠規定」が何を保護しているのかをみる

29 (2) 「**法的に保護に値する利益**」説

31 * H23, H28 司法試験では第三者の原告適格が独立した設問で出題された

[司法試験平成23年公法系第2問]

1 【第2問】(配点：100 [[設問1], [設問2] (1), [設問2] (2), [設問3] の配点の割合は、3.5 : 1.5 :
2 3.5 : 1.5])

3 社団法人Aは、モーターボート競走の勝舟投票券の場外発売場（以下「本件施設」という。）をP市Q地に
4 設置する計画を立て、平成22年に、モーターボート競走法（以下「法」という。）第5条第1項により国土
5 交通大臣の許可（以下「本件許可」という。）を受けた。Aは、本件許可の申請書を国土交通大臣に提出する
6 際に、国土交通省の関係部局が発出した通達（「場外発売場の設置等の運用について」及び「場外発売場の設
7 置等の許可の取扱いについて」）に従い、Q地の所在する地区の自治会Rの同意書（以下「本件同意書」とい
8 う。）を添付していた。本件許可がなされた直後に、Q地の近隣に法科大学院Sを設置している学校法人X1、
9 及び自治会Rの構成員でありQ地の近隣に居住しているX2は、国に対し本件許可の取消しを求める訴え（以
10 下「本件訴訟」という。）を提起した。本件訴訟が提起されたため、Aは、本件施設の工事にいまだ着手して
11 いない。

12 Aの計画によれば、本件施設は、敷地面積約3万平方メートル、建物の延べ床面積約1万平方メートルで、
13 舟券投票所、映像設備、観覧スペース、食堂、売店等から構成され、700台を収容する駐車場が設置される。
14 本件施設が場外発売場として営業を行うのは、1年間に350日であり、そのうち300日はナイターが開催
15 される。本件施設の開場は午前10時であり、ナイターが開催されない場合は午後4時頃、開催される場合は
16 午後9時頃に、退場者が集中することになる。

17 また、本件施設の設置を計画されているQ地、X2の住居、法科大学院S、及びこれらに共通の最寄り駅で
18 あるP駅間の位置関係は、次のとおりである。Q地、X2の住居、法科大学院Sは、いずれも、P駅からま
19 っすぐに南下する県道（以下「県道」という。）に面している。P駅の周辺には商店や飲食店が立ち並び、住
20 民、通勤者、通学者などが利用している。P駅から県道を通って南下した場合、P駅から近い順に、法科大学
21 院S、X2の住居、Q地が所在し、P駅からの距離は、法科大学院Sまでは約400メートル、X2の住居ま
22 では約600メートル、Q地までは約800メートルである。逆にQ地からの距離は、X2の住居までは約2
23 00メートル、法科大学院Sまでは約400メートルとなる。

24 平成23年になって、本件訴訟の過程で、本件同意書について次のような疑いが生じた。自治会Rでは、X
25 2も含めて、本件施設の設置に反対する住民が相当な数に上る。それにもかかわらず、Aによる本件施設の設
26 置に同意することを決議した自治会Rの総会において、同意に賛成する者が123名であったのに対し、反対
27 する者は、10名しかいなかった。これは、自治会Rの役員が、本件施設の設置に反対する住民に総会の開催
28 日時を通知しなかったために、大部分の反対派の住民が総会に出席できなかったためではないか、という疑い
29 である。

30 国土交通大臣は、この疑いが事実であると判明した場合、次の措置を執ることを検討している。まず、Aに
31 対し、自治会Rの構成員の意思を真に反映した再度の決議に基づく自治会Rの同意を改めて取得し、国土交通
32 大臣に自治会Rの同意書を改めて提出するように求める（以下「要求措置」という。）。そして、Aが自治会R
33 の同意及び同意書を改めて取得することができない場合には、本件許可を取り消す（以下「取消措置」という。）。
34

35 以上の事案について、P市に隣接するT市の職員は、将来T市でも同様の事態が生じる可能性があることか
36 ら、弁護士に調査検討を依頼することにした。【資料1 会議録】を読んだ上で、T市の職員から依頼を受け
37 た弁護士の立場に立って、以下の設問に答えなさい。

38 なお、法及びモーターボート競走法施行規則（以下「施行規則」という。）の抜粋を【資料2 関係法令】
39 に、関係する通達の抜粋を【資料3 関係通達】に、それぞれ掲げるので、適宜参照しなさい。

1 【設問1】

2 本件訴訟は適法か。X 1 及び X 2 それぞれの原告適格の有無に絞って論じなさい。

3

4 【設問2】

5 国土交通大臣が検討している要求措置及び取消措置について、以下の小問に答えなさい。

6 (1) Aが国土交通大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを表明しているにもかかわらず、国土交通大臣
7 がAに対し、取消措置を執る可能性を示しながら要求措置を執り続けた場合、Aは、取消措置を受けるおそ
8 れを除去するには、どのような訴えを提起するべきか。最も適法とされる見込みが高く、かつ、実効的な訴
9 えを、具体的に二つ候補を挙げて比較検討した上で答えなさい。仮の救済は、考慮しなくてよい。

10 (2) Aが国土交通大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを表明したため、国土交通大臣がAに対し取消
11 措置を執った場合、当該取消措置は適法か。解答に当たっては、関係する法令の定め、自治会の同意を要求
12 する通達、及び国土交通大臣がAに対し執り得る措置の範囲ないし限界を丁寧に検討しなさい。

13

14 【設問3】

15 T市は、新たに条例を定めて、次のような規定を置くことを検討している。①T市の区域に勝舟投票券の場
16 外発売場を設置しようとする事業者は、T市長に申請してT市長の許可を受けなければならない。②T市長は、
17 場外発売場の施設が周辺環境と調和する場合に限り、その設置を許可する。

18 このような条例による許可の制度が、事業者に対して実効性を持ち、また、住民及び事業者の利害を適切に
19 調整できるようにするためには、上記①②の規定以外に、どのような規定を条例に置くことが考えられるか。
20 また、このような条例を制定する場合に、条例の適法性に関してどのような点が問題になるか。考えられる規
21 定の骨子及び条例の問題点を、簡潔に示しなさい。

【資料1 会議録】

1 職員：P市は、場外舟券売場の件で大騒ぎになっていますが、我がT市にとっても他人事ではありません。
 2 公営ギャンブルの場外券売場の設置が計画される可能性は、T市にもあります。そこで、P市の事案を
 3 様々な角度から先生に検討していただき、T市としても課題を見付け出し、将来のための備えをした
 4 いと考えています。そのような趣旨ですから、P市の事案のいずれかの当事者や利害関係者の立場に立
 5 たずに、第三者の視点から御検討をお願いいたします。

6 弁護士：公営ギャンブルの場外券売場の設置許可は、刑法第187条の富くじに当たるものの発売等を適法に
 7 する法制度である点が、通常の事業の許認可とは違うところですね。私もこれまで余り調査したことが
 8 ない分野ですが、検討した上で文書を作成してみましょう。

9 職員：早速、まず本件訴訟についてですが、これは、適法な訴えなのでしょうか。法、施行規則、それから
 10 関係する通達を読みますと、それぞれに関係しそうな規定があるのですが、これらの規定のそれぞれが、
 11 本件訴訟の適法性を判断する上でどのような意味を持つのか、どうもうまく整理できないのです。

12 弁護士：問題になるのは、原告適格ですね。私の方で、法、施行規則、それから通達の関係する規定と、それ
 13 らの規定が原告適格を判断する上で持つ意味を明らかにしながら、X1とX2それぞれの原告適格の有
 14 無を考えてみましょう。

15 職員：お願いします。仮に本件訴訟が適法とされた場合に、本件許可が適法と判決されそうかどうかとも問題
 16 ですが、今年になって、状況が大きく変わりましたので、差し当たりその問題までは検討していただか
 17 なくて結構です。

18 弁護士：状況が変わったとは、どういうことですか。

19 職員：地元の同意書の作成プロセスについて重大な疑惑が持ち上がり、今度は、紛争が国土交通大臣とAと
 20 の間で生じる可能性が出てきたのです。Aは、裁判になって対立が激化してからもう一度地元の同意書
 21 を取ることなど無理だというので、同意を取り直すつもりがないようですが、国土交通大臣の方も、地
 22 元を軽んじる姿勢は取れないので、Aに同意書を取り直すように求め続けることが予想されます。この
 23 場合、今度は、Aが何らかの訴えを起こすことはできるのでしょうか。

24 弁護士：最も可能性のある訴えを検討して、具体的に挙げてみましょう。

25 職員：それから、やや極端なケースを想定するのですが、地元の同意のプロセスに重大な瑕疵があった場合、
 26 国土交通大臣は、本件許可を取り消すことができるのでしょうか。この問題については、どうも私の頭
 27 が混乱しているので、いろいろ質問させてください。まず、施行規則第12条は、許可の基準として地
 28 元の同意とは規定していないのですが、そもそも、この条文に定められた基準以外の理由で、許可を拒
 29 否できるのでしょうか。

30 弁護士：関係法令をよく検討して、お答えすることにします。

31 職員：よろしくお願いします。付け加えますと、地元の同意と定めているのは、国土交通省の通達の方であ
 32 り、これもそもそもの話になるのですが、このような通達に定められたことを理由にして、許可を拒否
 33 してよいのですか。この点も教えていただければと思います。

34 弁護士：問題となっている通達の法的な性格をはっきりと説明するように、文書にまとめてみます。

35 職員：通達の中身について言いますと、地元の同意を重視している点は、自治体の職員としてはとてもよく
 36 理解できます。ただ、許可の取消しという措置まで執ることができるのかと問われると、自信を持って
 37 答えられないのです。

38 弁護士：法律家から見ますと、地元の同意を重視する行政手法には、問題点もありますね。国土交通大臣が本
 39 件許可の申請に際して地元自治会の同意を得ておくように求める行政手法の意義と問題点を、まとめて
 40 おきましょう。その上で、疑惑が事実であると仮定して、国土交通大臣は、Aに対してどこまでの指導、

1 処分といった措置を執ることができるのか、執り得る措置の範囲ないし限界についても綿密に検討して
2 おきます。

3 職員：今言われた「処分」について詳しく伺いたいのですが、仮に、地元自治会の同意がない場合に、国土
4 交通大臣が申請に対して不許可処分をする余地が多かれ少なかれあるという考え方を採ると、一度許可
5 をした後で許可を取り消す処分もできることになるのでしょうか。

6 弁護士：そこまで考えて、ようやく答えが出ますね。全体を順序立てて文書にまとめてみます。

7 職員：助かります。それでやっとなら、我がT市の話になるのですが、T市の区域で場外舟券売場を設置しよう
8 とする事業者が現れた場合、国が定めた法令や通達の基準だけで設置を認めるのでは、不十分であると
9 考えています。T市としては、調和のとれた街づくりをするために、場外舟券売場が周辺環境と調和す
10 るかをしっかりと審査して、市長が調和しないと判断した場合には、設置をやめていただく制度を作り
11 たいと考えています。このような制度を条例で定める場合に、配慮すべき点を教えていただければ幸い
12 です。

13 弁護士：解釈論だけでなく、立法論も大事ですからね。簡潔にまとめておきましょう。

【資料2 関係法令】

○ モーターボート競走法（昭和26年6月18日法律第242号）（抜粋）

（趣旨）

第1条 この法律は、モーターボートその他の船舶、船舶用機関及び船舶用品の改良及び輸出の振興並びにこれらの製造に関する事業及び海難防止に関する事業その他の海事に関する事業の振興に寄与することにより海に囲まれた我が国の発展に資し、あわせて観光に関する事業及び体育事業その他の公益の増進を目的とする事業の振興に資するとともに、地方財政の改善を図るために行うモーターボート競走に関し規定するものとする。

（競走の施行）

第2条 都道府県及び人口、財政等を考慮して総務大臣が指定する市町村（以下「施行者」という。）は、その議会の議決を経て、この法律の規定により、モーターボート競走（以下「競走」という。）を行うことができる。

2～4 （略）

5 施行者以外の者は、勝舟投票券（以下「舟券」という。）その他これに類似するものを発売して、競走を行つてはならない。

（競走場の設置）

第4条 競走の用に供するモーターボート競走場を設置し又は移転しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の許可を受けなければならない。

2～4 （略）

5 国土交通大臣は、必要があると認めるときは、第1項の許可に期限又は条件を附することができる。

6 国土交通大臣は、第1項の許可を受けた者（以下「競走場設置者」という。）が1年以上引き続き同項の許可を受けて設置され若しくは移転されたモーターボート競走場（以下「競走場」という。）を競走の用に供しなかつたとき、又は競走場の位置、構造及び設備がその許可の基準に適合しなくなつたと認めるときは、同項の許可を取り消すことができる。

7, 8 （略）

（場外発売場の設置）

第5条 舟券の発売等の用に供する施設を競走場外に設置しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の許可を受けなければならない。当該許可を受けて設置された施設を移転しようとするときも、同様とする。

2 国土交通大臣は、前項の許可の申請があつたときは、申請に係る施設の位置、構造及び設備が国土交通省令で定める基準に適合する場合に限り、その許可をすることができる。

3 競走場外における舟券の発売等は、第1項の許可を受けて設置され又は移転された施設（以下「場外発売場」という。）でなければならない。

4 前条第5項及び第6項の規定は第1項の許可について、同条第7項及び第8項の規定は場外発売場及び場外発売場設置者（第1項の許可を受けた者をいう。以下同じ。）について、それぞれ準用する。

（競走場内等の取締り）

第22条 施行者は、競走場内の秩序（場外発売場において舟券の発売等が行われる場合にあつては、当該場外発売場内の秩序を含む。）を維持し、かつ、競走の公正及び安全を確保するため、入場者の整理、選手の出場に関する適正な条件の確保、競走に関する犯罪及び不正の防止並びに競走場内における品位及び衛生の

1 保持について必要な措置を講じなければならない。

2 (競走場及び場外発売場の維持)

3 第24条 (略)

4 2 場外発売場設置者は、その場外発売場の位置、構造及び設備を第5条第2項の国土交通省令で定める基準
5 に適合するように維持しなければならない。

6 (秩序維持等に関する命令)

7 第57条 国土交通大臣は、競走場内又は場外発売場内の秩序を維持し、競走の公正又は安全を確保し、その
8 他この法律の施行を確保するため必要があると認めるときは、施行者、競走場設置者又は場外発売場設置者
9 に対し、選手の出場又は競走場若しくは場外発売場の貸借に関する条件を適正にすべき旨の命令、競走場若
10 しくは場外発売場を修理し、改造し、又は移転すべき旨の命令その他必要な命令をすることができる。

11 (競走の開催の停止等)

12 第58条 (略)

13 2 国土交通大臣は、競走場設置者若しくは場外発売場設置者又はその役員が、この法律若しくはこの法律に
14 基づく命令若しくはこれらに基づく処分を違反し、又はその関係する競走につき公益に反し、若しくは公益
15 に反するおそれのある行為をしたときは、当該競走場設置者又は当該場外発売場設置者に対し、その業務を
16 停止し、若しくは制限し、又は当該役員を解任すべき旨を命ずることができる。

17 3 (略)

18 (競走場等の設置等の許可の取消し)

19 第59条 国土交通大臣は、競走場設置者又は場外発売場設置者が前条第2項の規定による命令に違反したと
20 きは、当該競走場又は当該場外発売場の設置又は移転の許可を取り消すことができる。

21
22 ○ モーターボート競走法施行規則(昭和26年7月9日運輸省令第59号)(抜粋)

23
24 (場外発売場の設置等の許可の申請)

25 第11条 法第5条第1項の規定により場外発売場の設置又は移転の許可を受けようとする者は、次に掲げる
26 事項を記載した申請書を国土交通大臣に提出しなければならない。

27 一 申請者の氏名又は名称及び住所並びに法人にあつては代表者の氏名

28 二 場外発売場の設置又は移転を必要とする事由

29 三 場外発売場の所在地

30 四 場外発売場の構造及び設備の概要

31 五 場外発売場を中心とする交通機関の状況

32 六 場外発売場の建設費の見積額及びその調達方法

33 七 場外発売場の建設工事の開始及び完了の予定年月日

34 八 その他必要な事項

35 2 前項の申請書には、次に掲げる書類を添付しなければならない。

36 一 場外発売場付近の見取図(場外発売場の周辺から1000メートルの区域内にある文教施設及び医療
37 施設については、その位置及び名称を明記すること。)

38 二 場外発売場の設備の構造図及び配置図(1000分の1以上の縮尺による。)

39 三 申請者が当該施設を使用する権原を有するか、又はこれを確実に取得することができることを証明す
40 る書類

41 四 場外発売場の経営に関する収支見積書

- 1 五 施行者の委託を受けて舟券の発売等を行う予定であることを証明する書類
2 (場外発売場の設置等の許可の基準)
3 第12条 法第5条第2項の国土交通省令で定める基準(払戻金又は返還金の交付のみの用に供する施設及び
4 設備の基準を除く。)は、次のとおりとする。
5 一 位置は、文教上又は衛生上著しい支障をきたすおそれのない場所であること。
6 二 構造及び設備が入場者を整理するため適当なものであること。
7 三 競走の公正かつ円滑な運営に必要な次に掲げる施設及び設備を有していること。
8 イ 舟券の発売等の用に供する施設及び設備
9 ロ 入場者の用に供する施設及び設備
10 ハ その他管理運営に必要な施設及び設備
11 四 (略)
12 2 (略)

【資料3 関係通達】

1 ○ 場外発売場の設置等の運用について（平成20年2月15日付け国海総第136号海事局長から各地方運輸
2 局長、神戸運輸監理部長あて通達）（抜粋）

3
4 7 場外発売場設置予定者は、設置許可申請書に省令第2条の7（注1）第2項に定める書類のほか、地元との
5 調整がとれていることを証明する書類及び管轄警察の指導の内容が反映されていることを証明する書類並び
6 に建築確認申請書の写しを添付すること。

7 （注1）【資料2 関係法令】に掲げる現行のモーターボート競走法施行規則第11条を指す。以下「省令」
8 とは現行のモーターボート競走法施行規則を指す。

9
10 ○ 場外発売場の位置、構造及び設備の基準の運用について（平成20年2月15日付け国海総第139号海事
11 局長から各地方運輸局長、神戸運輸監理部長あて通達）（抜粋）

12
13 1 場外発売場の基準

14 場外発売場の基準の運用については、次のとおりとする。

15 (1) 位置（省令第12条第1項第1号）

16 ① 「文教上著しい支障をきたすおそれがあるか否か」の判断は、文教施設から適当な距離を有している、
17 当該設置場所が主たる通学路（学校長が児童又は生徒の登下校の交通安全の確保のために指定した小学
18 校又は中学校の通学路をいう。）に面していないなど総合的に判断して行う。

19 ② 「衛生上著しい支障をきたすおそれがあるか否か」の判断は、医療施設から適当な距離を有している、
20 救急病院又は救急診療所（都道府県知事が救急隊により搬送する医療機関として認定したものをいう。）
21 への救急車の主たる経路に面していないなど総合的に判断して行う。

22 ③ 文教施設とは、学問又は教育を行う施設であり、学校教育法第1条の学校（小学校、中学校、高等学
23 校、中等教育学校、大学、高等専門学校、盲学校、聾学校、養護学校及び幼稚園）及び同法第82条の
24 2の専修学校をいう。

25 ④ 医療施設とは、医療法第1条の5第1項の病院及び同条第2項の診療所（入院施設を有するものに限
26 る。）をいう。

27 ⑤ 「適当な距離」とは、著しい影響を及ぼさない距離をいい、場外発売場の規模、位置、道路状況、周
28 囲の地理的要因等により大きく異なる。

29 (2)～(5) (略)

30
31 ○ 場外発売場の設置等の許可の取扱いについて（平成20年3月28日付け国海総第513号海事局総務課長
32 から各地方運輸局海事振興部長、北陸信越運輸局海事部長、神戸運輸監理部海事振興部長あて通達）（抜粋）

33
34 7 局長通達（注2）7の「地元との調整がとれていること」とは、当該場外発売場の所在する自治会等の同意、
35 市町村の長の同意及び市町村の議会が反対を議決していないことをいう。

36 （注2）前記の平成20年2月15日付け国海総第136号「場外発売場の設置等の運用について」を指す。

【法務省発表の出題趣旨】

1 本問は、国土交通大臣による場外舟券売場の設置許可を、近隣に法科大学院を設置する学校法人X 1及び周
 2 辺住民X 2が争う場面（設問1）、許可が取り消される可能性が生じ、許可を受けた社団法人Aが争う場面（設
 3 問2）、T市が場外舟券売場の設置を規制する場面（設問3）という、三つの場面を想定して、第三者の観点
 4 から論じさせるものである。類似の法分野（自転車競技法）について近時最高裁判決が下されて注目されたが、
 5 本問はもとより、モーターボート競走法に関する特別な知識・理解を問う趣旨ではない。問題文と資料から基
 6 本的な事実関係を把握した上で、関係法令を読み解き、行政処分の第三者、行政指導を受けた許可の名宛人、
 7 国の法令とは別に条例を定めようとする基礎的な地方公共団体という、それぞれの立場に関わる基本的な法律
 8 問題を論じる力を試すものである。本問では、通達を定めて、許可の申請に際し地元同意の取得を求めるとい
 9 う、日本でしばしば用いられてきた行政手法を法律論に織り込むことも要求される。また、設問3では、日頃
 10 具体的な事例と法令を読んで解釈論を勉強していれば十分対応できる範囲で、立法論に論及することも求めて
 11 いる。

12 設問1は、X 1及びX 2による取消訴訟の訴訟要件のうち、原告適格を論じさせる問題である。まず、行政
 13 事件訴訟法の条文と判例を踏まえ、いかなる判断枠組みにより、いわゆる行政処分の第三者の原告適格を判断
 14 すべきかを明らかにしなければならない。そして、モーターボート競走法上、法律の趣旨を定める規定や許可
 15 の根拠規定などは、場外発売場内の秩序や競走の公正・安全以外には、具体的に保護法益を特定していないこ
 16 と、同法施行規則は、文教上の利益を保護しているが、個別の文教施設を保護する趣旨を明確にしていないこ
 17 となどを、具体的な条文を挙げて示すことが求められる。一定の距離内の文教施設を許可の申請書類に記載す
 18 ることを求める同法施行規則の規定や、様々な内容の関係通達が、原告適格を認める根拠又は手掛かりになら
 19 ないかという点も、検討する必要がある。その上で、本件施設の規模、開場される期間・時間、距離関係や位
 20 置関係などから想定されるX 1及びX 2の不利益の内容・程度など、さらに、X 1及びX 2が特定の利益を代
 21 表して主張する適格性などを考慮して、原告適格を根拠付けられないかを、判断することが求められる。

22 設問2(1)は、行政訴訟としてAがどのような請求を立てることが最も適切かを問う問題である。想定されて
 23 いる状況において、取消措置の可能性を除去するというAの目的を最も直接的に実現する訴えは、本件許可を
 24 取り消す処分を差止めを求める抗告訴訟と考えられる。もう一つ、要求措置を対象にする何らかの当事者訴訟
 25 又は抗告訴訟を候補として具体的に挙げて、訴訟要件が満たされるか、及びAの目的を実現するために適切な
 26 請求かという点を、比較しながら検討することが求められる。

27 設問2(2)は、行政実体法及び広義の行政手続に関わる問題を基礎から一つ一つ検討して解きほぐし、最終的
 28 に、本件許可を取り消す処分の適法性を判断するように求めるものである。まず、法令の文言や、刑法上の違
 29 法性を阻却するという許可の性質などを考慮して、国土交通大臣による許可・不許可の判断に裁量が認められ
 30 るかを検討しなければならない。次に、本件の通達の法的効果は何か、行政手続法上は何に当たるかを示すこ
 31 とが求められる。こうして、通達に定められている地元同意を許可申請に際して求める裁量が、関係法令に照
 32 らして認められるか、またどの範囲で認められるかが論点であることを確認することになる。その上で、地元
 33 同意の意義と問題点を、コミュニケーションと手続参加の促進、手続の公正性・透明性・明確性などの観点か
 34 ら具体的に検討することが求められる。

35 以上のような法令解釈及び地元同意に対する評価を踏まえて、地元同意を行政指導として求め得るにとどま
 36 るのか、地元との十分な協議を経なければ許可を拒否できるか、十分な協議を経ても同意がなければ許可を拒
 37 否できるか、協議の不十分さや同意の不存在が許可を拒否する一つの考慮要素になるか、といった点を、どの
 38 ように判断するか、示さなければならない。そして、本件における許可の取消しの公益性及びAの信頼の要保
 39 護性の程度を考慮した場合に、本件許可の取消しが適法か、各人の結論を示すことが要求される。

1 設問3は、T市が場外舟券売場の設置許可制を条例で定める場合に、配慮すべき点を指摘させる問題である。
2 いろいろな解答があり得るが、第一に、許可後の是正命令、罰則などを条例に定めて実効性を確保する必要性、
3 第二に、住民、利害関係者、専門家などが参加して周辺環境との調和について判断する手続を構築する必要性、
4 第三に、モーターボート競走法や建築基準法など国の法律と条例とが抵触しないか、検討する必要性など、豊
5 かな着想で指摘することが期待される。

6 なお、設問のうち、設問1と設問2(2)においては、事実関係、関係法令の解釈及び行政法の一般理論を総合
7 して、論理的かつ説得的に筋道を示した解答を期待しているのに対し、設問2(1)と設問3では、ポイント的
8 確かつ簡潔に示すことを要求することとどめている。こうした出題の趣旨を十分に理解して受験者が実力を発揮
9 できるように、昨年に続き本年も各設問の配点割合を明示することとした。

10 【刑 法】

11 1 名誉毀損罪（230）（2017.8.17live 刑法 vol.5 P.15以下）

12 (1) 名誉とは？

13 →人に対する社会一般の評価（大判昭8.9.6）（外部的名誉・社会的名誉）

14 *人の経済的な支払能力および支払意思に対する社会的評価は含まない（信用毀損罪の客体となる）。

15 *法人に対する名誉毀損罪も成立する

16 *名誉の種類

17 ① 内部的名誉：客観的に存在する人の内部的価値（真価）

18 →刑法的にも保護の必要はない

19 ∵外部から侵害できる性質のものではない

20 ② 外部的名誉：人の価値に対して与えられる社会的価値判断（評判）

21 →名誉毀損罪・侮辱罪の保護法益（判例・通説）

22 ③ 名誉感情：人の価値について本人自身が有する意識・感情

23 →侮辱罪の保護法益であるという見解もある（名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益を分ける二分説）

24 (2) 成立要件は？

25 ア 公然と

26 →不特定又は多数人が認識し得る状態（大判昭3.12.13）

27 *判例は、伝播可能性を重視（最判昭34.5.7）

28 イ 事実を摘示して

29 →その人の社会的評価を害するに足るだけの事実（人によって異なる）

30 →公知の事実でも更に名誉を低下させる場合には、公知の事実でもよい

31 →真実でも虚偽の事実でもよい

32 *侮辱罪（231）との区別は事実の摘示の有無で決まる

33 ウ 人の名誉を毀損した

34 →現実に社会的評価が低下したことの立証は極めて困難であり、社会的評価を害するおそれのある状
35 態を発生させれば足りる（抽象的危険犯，大判昭13.2.28）

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

エ 親告罪（232）

(3) 公共の利害に関する場合の特例規定（230の2）とは？

ア 趣旨は？

→昭和22年の刑法一部改正により、名誉毀損罪の刑が加重された一方で、230の2を新設し、公共の事柄で真実の場合には不可罰とした（憲法13条の人格権としての名誉権と憲法21条の表現の自由の調和）

イ 法的性質は？

→かつては条文の文言から処罰阻却事由説（政府解釈・最判昭34. 5. 7）とされた
→しかし、現在の判例は、違法性阻却事由説であるとされる（条解646頁）

*最大判昭44. 6. 25は、事実が真実であることの証明がない場合でも、事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて確実な資料・根拠に照らし相当な理由があるときは、犯罪の故意がないとしている。これは、違法性阻却事由についての錯誤であり、相当な理由があれば、違法性の意識の可能性がないという制限故意説ないし制限責任説の立場とみることができる。

ウ 成立要件は？

① 事実の公共性

*私人の私生活上の行状であっても、そのたずさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては、その社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として、刑法230の2Iにいう『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたる場合がある（月刊ペン事件 最判昭56. 4. 16）

② 目的の公益性（公共性）

③ 真実性の証明

(4) 「公共の利害に関する事実」を真実であると誤信した場合にも名誉毀損罪は成立するか？

→相当な理由があれば、違法性の意識の可能性はないとして（責任）故意が欠ける

1 *最大判昭44. 6. 25
2 「刑法230条ノ2の規定は、人格権としての個人の名誉の保護と、憲法21条による正当な言論の
3 保障との調和をはかったものというべきであり、これら両者間の調和と均衡を考慮するならば、たと
4 刑法230条ノ2第1項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実
5 であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯
6 罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である。」

(5) 死者の名誉毀損の保護法益は？

ア 遺族の名誉とする説

32
33
34

1

2 イ 死者に対する遺族の敬愛の感情とする説

3

4 ウ 死者個人の名誉（多数説）

5 ∵アとイの場合、条文の文言との整合性の問題及び遺族がいない場合に不成立となってしまう問題が

6 ある

7 ←ウの場合も、死者を法益の主体とするという難点がある

8

1 第4節 不作為犯 ((山口厚『刑法(第3版)』(以下, 山口刑法) P. 44以下) (2017.8.8live 刑法 vol.1 P.
2 24以下)

3 1 不作為犯とは?

4 →不作為 (一定の期待された作為をしないこと=命令規範違反) によって犯罪を実現する場合のことをいう

6 2 不作為犯の種類は?

7 (1) 真正不作為犯とは?

8 →構成要件が「不作為」の形式で定められている

9 例) 不退去罪 (130後段), 保護責任者不保護罪 (218後段)

11 (2) 不真正不作為犯とは?

12 →構成要件が「作為」の形式で定められている

13 例) 「殺し」(199) 「放火して」(108)

14 →このように抽象的に構成要件が規定されていることから, 不作為を排除するものとは解されない

15 →but, 期待された作為をしなかったすべての者に不真正不作為犯を認めると処罰範囲が広くなりすぎる

16 例) 川で溺れている人を見殺しにした近くにいる泳げる人みんなが不作為の殺人とすることは妥当で
17 ない

18 →そこで, 作為義務を負う保障(証)人的地位がある者(保証人)に限り, 不真正不作為犯を肯定する
19 べき

21 3 不真正不作為犯の成立要件は?

22 →作為犯と同一の構成要件に該当する以上, 作為犯の実行行為と同視できる程度の不作為に限って不作為
23 の実行行為を肯定できる (作為との等価値性・同価値性)

24 →すなわち, ①(保障人的地位に基づく)作為義務, ②作為可能性・容易性が認められた場合に不作為の
25 実行行為があるといえる

27 (1) 作為義務

28 *作為義務を負っている人を保障人又は保証人と呼ぶ。そして、「保障人的地位は、不作為による構成要
29 件的結果惹起を作為による構成要件的结果惹起と構成要件該当性において同視するための要件だから、
30 「作為による結果惹起と同視できるか」という観点から、その範囲が画定される必要がある」とされ
31 る(山口厚「刑法総論(第3版)(有斐閣)」(以下, 山口総論) P. 82)。

32 *保障(証)人的地位は、書かれざる構成要件要素であり、その者の不作為のみが構成要件に該当する。
33 これは「違法性のレベルで取り扱われてきた実質的で具体的な作為義務を類型化することにより、構
34 成要件の中に取り込むことを可能と」したものである((前田雅英「刑法総論講義(第4版)」(以下,
35 「前田総論」) 128頁)

36 ⇔構成要件の実質化を肯定すれば、保障人(保証人)的地位という概念を入れる必要なし(前田説)

37 (作為義務の発生根拠)

38 ① 法令の規定に基づくもの

39 例) 夫婦の相互扶助義務(民752)

40 親権者の子に対する監護義務(民820)

② 契約・事務管理などの法律行為に基づくもの

③ 慣習・条理に基づくもの

例) 先行行為

- * これらの類型に該当する場合であれば、直ちに作為と同視できる不作為であるといえるわけではない
- 形式的にこれらに当てはまるものであっても、実質的な違法性がないと作為義務があるとはいえない
- その実質判断は、被害者と加害者の関係の密接性、すでに発生している結果への関与の度合い、危険を除去できる者が他にどれくらいいるか、などを総合考慮して決定される（多元説）
- ⇨ 構成要件の実質化を肯定すれば、構成要件段階で判断される（前田説）

(2) 作為可能性・容易性

∴ 法は不能を強くない

* 「作為可能性がない場合には、作為義務の前提に欠けるとする見解もある」。「作為可能性の判断基準は個人の能力と解するしかないが、そのようなものを構成要件要素とすることの当否が問題となりうるであろう」。「また、個人の能力を義務違反の前提とするのでは、違法の前提に責任を要求する主観的違法論との区別がつかなくなるおそれも考えられる。こうしたことから、作為可能性は、それを違法要素とするのではなく責任要素として位置付けることが適当なのではないかと思われるが、「そうしたものとして、構成要件要素とすることも不可能ではないと思われる」との指摘がある（山口総論 P. 95）。⇨ 構成要件の実質化を肯定すれば構成要件判断となる

* 山口総論同頁によれば「作為可能性は結果回避可能性とは別の局面の問題であり、両者は区別すべきである」とする。この点、大塚裕史他「基本刑法 I 総論（第2版）」（以下、「基本刑法 I」）も「作為可能性は」「結果回避可能性とは別物」であるとする（同 P. 88）

* 基本刑法 I では「不作為による実行行為が肯定されるためには、作為義務のほか、作為可能性・容易性が認められることが必要である」とする（同 P. 88）しかし、山口総論は「作為可能性がない場合に処罰することはいずれにしても考えがたいから、判例・裁判例で実際に問題となっているのは、作為可能性ではなく、作為の容易性である。これは保障人的地位＝作為義務の判断要素となっている」（山口総論 P. 95）とする。受験対策的には、作為可能性・容易性をまとめて作為義務とは別個にみただ方が答案は書きやすい。基本刑法 I の見解を採用の方が無難であろう（私見）。

(シャクティパット事件（H25短答刑法〔第11問〕より抜粋）)

【事例】

甲は、手の平で患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるとの独自の治療を施す特別の能力を有すると称していたが、その能力を信奉していたAから、脳内出血を発症した親族Bの治療を頼まれ、意識障害があり継続的な点滴等の入院治療が必要な状態にあったBを入院中の病院から遠く離れた甲の寄宿先ホテルの部屋に連れてくるようAに指示した上、実際に連れてこられたBの様子を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識しながら、上記独自の治療を施すにとどまり、点滴や痰の除去等Bの生命維持に必要な医療措置を受けさせないままBを約1日間放置した結果、Bを痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡させた。

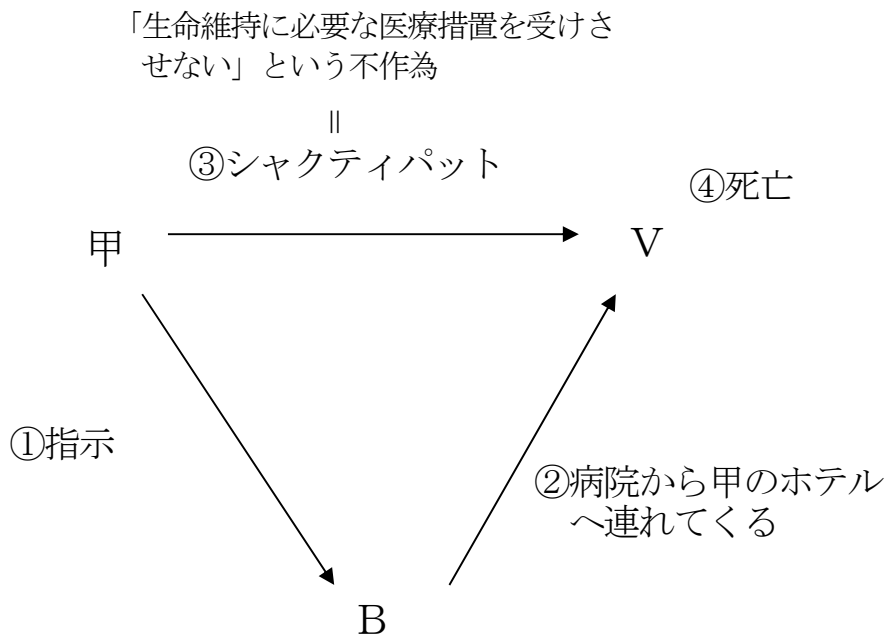
【判旨】

甲は、自己の責めに帰すべき事由によりBの生命に具体的な危険を生じさせた上、Bが運び込まれたホテルにおいて、甲を信奉するAから、重篤な状態にあったBに対する手当てを全面的に委ねられ

- 1 た立場にあったものと認められる。その際、甲は、Bの重篤な状態を認識し、これを自らが救命できる
- 2 とする根拠はなかったのであるから、直ちにBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせ
- 3 る義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療
- 4 措置を受けさせないまま放置してBを死亡させた甲には、不作為による殺人罪が成立する。

〔板書図1-14〕

〔板書図1-14〕



1 (あてはめ例)
2 甲は、Aに指示してBをホテルに連れてこさせて生命に具体的な危険を生じさせるという先行行
3 為を行っており、また、Bに対する手当を全面的に委ねられた立場にあったということから、B
4 が甲に依存している関係が見られる。これらから条理に基づく作為義務が発生し、甲は保障人的地
5 位にある。また、作為義務の内容は甲に治療する力があるとはいえない以上、医療措置を受けさせ
6 るというものであり、甲にとって可能であり、かつ、容易である。
7 しかし、甲は医療措置を受けさせないままBを放置している。よって、不作為の殺人の実行行為
8 が認められる。

1
2
3
4
5

*旧司H16刑法第1問

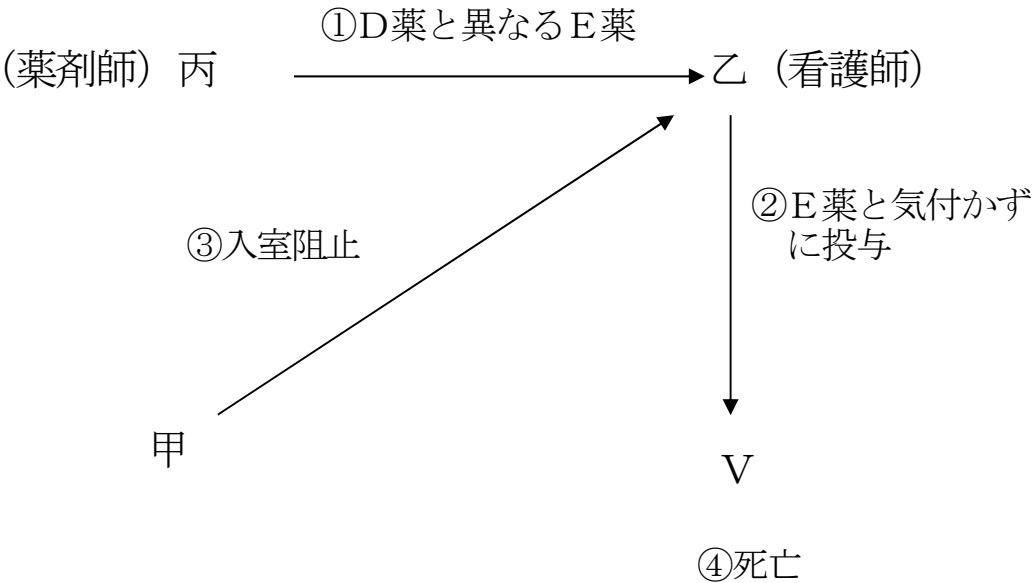
4 作為と不作為の区別

(1) H22新司刑法

1 (基本事例)
2 薬剤師丙のミスにより、医師Bの処方したD薬と異なるE薬を看護師乙に渡し、それを患者Vに投
3 与したため、Vが苦しみだした。その当時、病室にはVの妻である甲がおり、急変に気づいた
4 午後2時ころ、乙が巡廻のため病室をノックしたところ、甲は「夫に変わりはない」と嘘を言って
5 病室に入るのを阻止した
6 午後2時15分ころ、容体が悪化しているVを病室に残して看護師詰所に行き、「気持ちよさそうに
7 眠りました」嘘を言って、午後2時30分ころの巡廻を阻止した。
8 午後3時ころ、甲は、Vの呼吸が止まっていることに気づき、帰宅した。遅くとも午後2時20分
9 までに、医師、看護師等がVの異変に気付けば、当時のA病院の態勢では直ちに医師等による救命処
10 置が開始可能であって、それによりVは救命されたものと認められたが、Vの異変に気付くのが、そ
11 れより後になると、Vが救命されたかどうかは明らかでなく、午後2時50分を過ぎると、Vが救命
12 される可能性はほとんどなかった。
13 (問) 甲の罪責を論ぜよ。

[板書図1-15]

〔板書図1-15〕



1 (2) 作為を問題にするべきか、不作為を問題とするべきか？

2 ア 作為と不作為を区別する基準

3 ⇒「作為と不作為を相互排他的に区別することはできない」（山口総論P. 78）

4 例) 自動車を運転中に歩行者が飛び出してきて気が動転し、「ブレーキを踏む」という期待された
5 作為をしない代わりに「アクセルを踏む」という作為を行った。「ブレーキを踏む」ことをしな
6 かったという意味では不作為であるが、「アクセルを踏む」という意味では作為であり、「同一の
7 身体的動作が、一面では作為、他面では不作為となり、両者は両立しうる」（山口総論同頁）

8 ⇒「したがって、作為犯の成否を検討した後に不真正不作為犯の成否を問題とするしかなく、またそ
9 れで実際には足りる。」（山口総論同頁）

10 例) プールで溺れている人を助けずに立ち去ったら溺死した

11 ⇒プールから立ち去ったという動作で死んだのではなく、救助しなかったという不作為で死んだの
12 で、不作為犯の問題とする（山口総論同頁）

13
14 イ 問題検討

15 ⇒甲はVの救命のために必要な看護師乙の入室を拒むという作為を行なっている。かかる作為がなけ
16 れば看護師乙が病室に入室してVが救命できた可能性があることからすれば、Vの死の結果発生
17 の危険のある行為であるように思われる。そうすると、入室を拒むという作為による殺人罪が成立す
18 るという立論も可能なのであろうか？それとも、看護師などと呼ばなかったという不作為の殺人罪
19 が成立することになるのだろうか。実は山口説で一義的に判断できるわけではない。

20 ⇒出題趣旨では「甲が乙による巡回を妨害するなどの積極的な行為に及んでいるので、甲の行為を不
21 作為、作為のいずれとらえるかが問題となる」としてどちらでもよいかのような書き方をしてい
22 る。ところが、その後が続いて「不作為とする場合には」として不作為の殺人なのか保護責任者遺
23 棄致死罪なのかを検討することを求め、それに続けて「殺意を認定する場合には」として不作為の
24 殺人罪での検討を求めているように読める。そして、合格者の再現答案の大半も不作為の殺人とし
25 て検討している。

26 ⇒したがって、結論は不作為の殺人で書くべきである。しかし、それは理論的に決まるものではない。
27 結局は、シャクティパット事件が入院していた患者に適切な治療を施さないことを不作為の殺人と
28 して評価したことから、実務では作為としてとらえるのではなく、不作為としてとらえるのだとい
29 う「空気を読む」ことである。

30 ⇒そして、作為と不作為のどちらを検討するかどうかについては、「甲は、虚偽の事実を申し述べて乙
31 の巡回を回避し、Vへの医療行為を拒んだと評価しうる部分も存在するが、Vの死亡について帰責
32 すべき行為という観点からは、全体としてみれば、異常を認識しながら、看護師乙ら病院関係者に
33 連絡することなく放置した不作為が問題となる。」（前田雅英「LIVE 解説講義本刑法（改訂版）（辰
34 巳法律研究所）」（以下、「前田LIVE本」P. 249の模範答案））といったように答えになっているの
35 かなんとも微妙な答えを書くしかない。なお、私見としてはもっと端的に「行為を全体としてみれば
36 、甲がVを救命しなかったことの当罰性を問題とするべきである」という表現をする。つまりは、
37 「常識的に不作為ですよね」ということをそれっぽく書くしかない。

38 *なお、ドイツの通説である「非難可能性の重点」説では、「作為の面がより多いのか、不作為の面が
39 より多いのかによって、作為の当罰性か不作為の当罰性が決定される」とする。そして、ドイツの
40 「連邦裁判所も、「規範的に見て且つ社会的行為意味を考慮して、刑法上重要な行為の重点がどこに
41 あるのか」によって決定されるべきである」、「作為か不作為かの判断するに当たって決定的なこと

1 は、行為者態度の重点である。……これに関しては、事実審裁判官が評価的判断を下さなければなら
 2 ない」として「非難可能性重点」説を支持している」とされる（吉田俊雄「不真正不作為犯の体
 3 系と構造（成文堂）」22頁）。この説は、突き詰めると裁判官が常識で判断すると言っているだけ
 4 である。吉田俊雄も「事象の「社会的意味」によって作為、不作為を区別する基準が不明確で、し
 5 たがって、感情司法に流れる」との問題点を指摘している（同23頁）。つまり、受験生としては判
 6 例（又は起訴する検察官）が作為にするか不作為にするかをイメージして結論を決め、答案には「全
 7 体としてみれば不作為を問題とすべきである」とだけあっさり書くしかないのではないだろうか？

9 (3) 不真正不作為犯の実行行為についてのあてはめ例

10 ⇒甲とVは夫婦であるので相互扶助義務を負っている（民752）。また、当時、Vを救命できる立場に
 11 あるのは甲のみであったことからすれば条理上の救命義務も肯定できる。そして扶助義務ないし救命
 12 義務の内容として期待される作為としては、看護師乙への連絡である。甲はVが苦しみだした時点で
 13 乙に連絡することが可能であり、かつ、容易であった。したがって、甲は作為義務が認められる保障
 14 人であり、かつ、作為可能性・容易性も肯定できる。よって、かかる義務違反は作為による実行行為
 15 と同価値と評価できる。

17 5 不作為の因果関係

18 (1) 判例

19 →判例は不作為の因果関係について、「期待された作為を行っていたら結果が回避されたであろうか」に
 20 よって判断する

21 例) AがVに覚せい剤を注射したところ、Vが錯乱状態となったため放置しておいたら死亡した。この
 22 場合、「直ちにAが救急活動を要請していれば」「十中八九Vの救命が可能」（救命が合理的な疑いを超
 23 える程度に確実）であった場合に不作為の因果関係が認められ、保護責任者遺棄致死罪が成立する（最
 24 決平元・12・15）（山口刑法P.47）

26 (2) 危険の現実化説

27 ア 山口説

28 ⇒判例の判断は因果関係の判断ではなく、結果回避可能性の要件の判断であり、危険の現実化説に従
 29 って判断すべきという見解がある（山口刑法P.47）

30 *「不作為犯の場合には、そもそも不作為の時点で構成要件の結果が生じる危険性が認められるため、
 31 その結果への現実化を認めることに通常問題がなく、特に争点にならないというにすぎないと思わ
 32 れる。不作為の後に第三者の行為などが介入する場合には、作為犯の場合と同様、「実行行為の危険
 33 の現実化」が認められるかが問題となることはありうるといえよう」（山口総論P.80）

34 *山口説は結果回避可能性を因果関係の要件ではなく、故意作為犯、不作為犯、過失犯に共通する独
 35 立した要件とみているようである。すなわち、「結果回避可能性が構成要件の結果の発生を理由とし
 36 て処罰するためには必要な要件となる」とする（山口総論P.57）。

38 イ 基本刑法I（P.89～90）

39 ① 不作為の条件関係

40 ⇒『「期待された作為（義務付けられた作為）がなされていれば結果は生じなかったであろう』と
 41 いう関係、つまり結果回避可能性」で判断される（十中八九判決と同じ）

② 法的因果関係

⇒危険の現実化で判断するとする

(3) H26 司法刑法

(基本事例)

甲が子どもであるAに殺意をもって授乳等をしなかった結果、助からない状況となったが、Aは交通事故が原因で死亡した。

(問) Aの死の結果と甲の不作为との因果関係はどのように判断するか。

⇒判例の見解に従えば、甲が授乳等をすれば、Aを十中八九救命できたかを問題にする。

⇒山口説に従えば、甲が授乳等をしなかったという不作为の实行行為の危険が結果に現実化したかを問題にする。

⇒基本刑法Iの立場だと十中八九救命できたかで条件関係を判断し、その後、危険の現実化で法的因果関係を判断する

6 不作为の主観的要件

→不真正不作为犯の場合、故意とは別に「利用する意思」が必要とする見解があったが、判例は放火の事案で「既発の危険・火力を利用する意思」は不要としている(最判昭33.9.9)(前掲吉田P.110, 山口刑法P.50)

→不作为の故意については、未必の故意で足りるが、実行の着手が認められた時点で故意が必要であると解する。この場合、実行の着手時に故意があれば、規範的障害に直面したにも関わらず乗り越えたといえるので、故意非難が可能であり、実行行為の途中(着手未遂)で故意がなくなり、実行行為をやめた場合には故意犯の中止未遂の問題となるように思われる

7 不作为の未遂(前掲吉田P.147~156)

(1) 不作为の未遂とは?

→保障人の不作为にも関わらず、介在事情により結果が発生した場合などに未遂となる

(2) 不作为の未遂の時期と中止犯

ア H26 司法刑法の事案の概要

(基本事例)

甲は、Aを殺害することを決意して7月1日朝の授乳等を最後にAに授乳等を一切しなくなった
7月2日昼前には、Aに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じた

7月3日昼には、Aの脱水症状や体力消耗は深刻なものとなり、病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能な状態となった

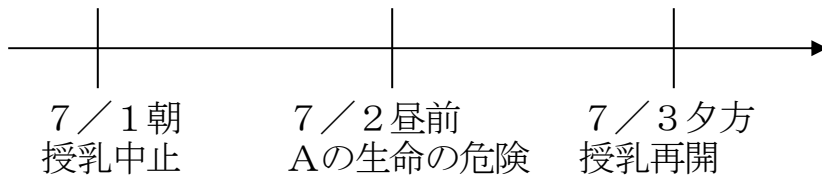
7月3日夕方、甲は、目に見えて衰弱してきたAを見てかわいそうになり、Aを殺害するのをやめようと考え、Aへの授乳を再開し、以後、その翌日の昼前までの間、2時間ないし3時間おきにAに授乳した。しかし、Aは、いずれの授乳においても、衰弱のため、僅かしか母乳を飲まなかった。甲は、Aが早く快復するためには病院に連れて行くことが必要であると考えたが、病院から警察に通報されることを恐れ、「授乳を続ければ、少しずつ元気になるだろう。」と考えてAを病院に連れて行かなかった

その後、Aはタクシーに衝突して死亡した。Aの衰弱は深刻なものであり、仮に乙が事故に遭う

- 1 ことなくタクシーでAを病院に連れて行き、Aに適切な治療を受けさせたとしても、Aが助かる可
 2 能性はなく、1日ないし2日後には、衰弱により確実に死亡していたであろうことが判明した
 3 なお、通常、Aのような生後4か月の健康な乳児に授乳等を一切しなくなった場合、その時点か
 4 ら、①約24時間を超えると、脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、②約48時間後まで
 5 は、授乳等を再開すれば快復するものの、授乳等を再開しなければ生命の危険が次第に高まり、③
 6 約48時間を超えると、病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能となり、④約
 7 72時間を超えると、病院で適切な治療を受けさせても救命することが不可能となるとされている。
 8 (問) 甲に不作為の殺人の中止犯は認められるか。

【板書図1-16】

【板書図1-16】



※48時間を超えると病院で適切な治療を受けさせない限り救命不可能

1 イ 不作為の着手時期

2 ①「不作為とは期待された行為をしないことであるから、その着手の時期は客観的にみてことさらに
3 その義務を放棄したと認められる時点」(浦和地判昭45. 10. 22)

4 →かかる裁判例に従えば、7月1日朝の授乳等を一切しなくなった時点で不作為の着手が認められ
5 ると解することもできそうである。もっとも、客観的にみてことさらにその義務を放棄したと認め
6 られるためには、Aに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じたにも関わらず、授乳等をし
7 なかったことが必要であると考えれば、7月2日昼前ということになる

8
9 ②実行の着手時期について、現実的・具体的危険性の発生する行為時とする実務の見解からすれば、
10 不作為の着手時期も結果発生危険が現実になった時点となる(基本刑法 IP. 82の見解)。そう
11 すると、Aに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じた7月2日昼前に着手を認めることとな
12 る。答案はこのような構成で書けばよいように思われる(私見)

13 ⇨結果発生具体的危険で考える見解の中には、救助の可能性が現実のこっている間は着手には
14 至らないという見解もあり、その場合には72時間を越えた段階である7月3日夕方あたりに着
15 手を認めることとなる。この見解だと中止未遂の成立する余地がなくなる(前掲吉田P. 149)

16
17 ウ 不作為の中止犯(中止未遂)の成否

18 →不作為犯の中止が認められるためには、積極的な行為が必要

19 →本件のように授乳等をして助からない場合には、実行行為は終了した(実行未遂)として、この
20 場合には他の特別の措置(病院に連れて行く)が必要であるとする見解がある(前掲吉田P. 153)

21
22 *中止犯の根拠が責任減少にあるとすれば、「犯罪を中止した」といえるためには、結果発生防止の真
23 摯な努力が必要であり、実行未遂の場合には結果発生防止のための真摯な努力が必要とされる。不
24 作為における中止行為における上記見解は実務にも整合的である

25
26 →本件では、7月3日夕方、甲は、目に見えて衰弱してきたAを見てかわいそうになり、Aを殺害す
27 るのをやめようと考え、Aへの授乳を再開し、以後、その翌日の昼前までの間、2時間ないし3時
28 間おきにAに授乳しているが、この段階では病院に連れて行く必要があったのであるから、「中止し
29 た」とはいえない。なお、甲は途中で殺害するのをやめようと考えているが、すでに実行行為は終
30 了していると解すれば、少なくとも甲の殺意は実行行為が終わるまでは存在していたことになり、
31 甲の殺意に欠けることはない。不作為においても実行の着手時のみに故意があればよいとする見
32 解に立てば、実行行為が終了するまでに殺害するのをやめても殺意は肯定される

33
34 5 遺棄致死罪と不作為の殺人罪との区別は？(2017.8.17live 刑法 vol.5 P. 15以下)

35 →未必の殺意があれば常に殺人罪としているわけではなく、人を積極的に殺すのと同視できるだけの作為
36 義務違反が認められる場合に殺人としている(前田総論[第6版]P. 98~9)。要は、殺意という主観
37 だけで判例を理解しないという立場であると思われる。

38 *試験では、まず、問題文を読んで、殺意を認めるべきかどうか、また殺人の実行行為性を認めるべきか
39 どうか、を直感的に判断し、殺人で書こうと思った場合には最初から殺人罪を検討するというのもよ
40 いように思われる。しかし、不作為の殺人が保護責任者遺棄致死かが微妙なケースの場合には、その区
41 別の基準にも配点がある可能性があるなのでその場合には、「Aに殺意があり、かつ、不作為による殺人の

- 1 実行行為が認められる場合には殺人罪が成立すると解する。そこで、Aに殺人罪が成立するかを検討する
- 2 る」といった感じで端的に区別の基準を示したうえで論述すればよいと考える

【刑事訴訟法】

[旧司法試験平成21年度刑事訴訟法第1問]

1 警察官Aは、振り込め詐欺事件に関与した疑いの濃厚な被疑者甲について、銀行の現金自動預払機から現金
2 を引き出す際に防犯ビデオカメラに写っていた犯人との同一性を判断するため、甲宅前路上から、同宅2階の
3 居室を監視し、その窓のカーテンを開けて甲が窓越しに顔を見せた際、所携のビデオカメラで、甲の容ぼうを
4 撮影した。また、警察官Bは、防犯ビデオカメラに写っていた犯人の右手首のあざが甲にあるかを確認するた
5 め、甲が入ったレストランに客を装って入店し、かばん内に装備した小型ビデオカメラで、飲食している甲の
6 様子を撮影した。

7 警察官A及びBの撮影行為は適法か。

8 *H21旧司刑訴1問【板書図1-H21旧司刑訴法第1問】

9

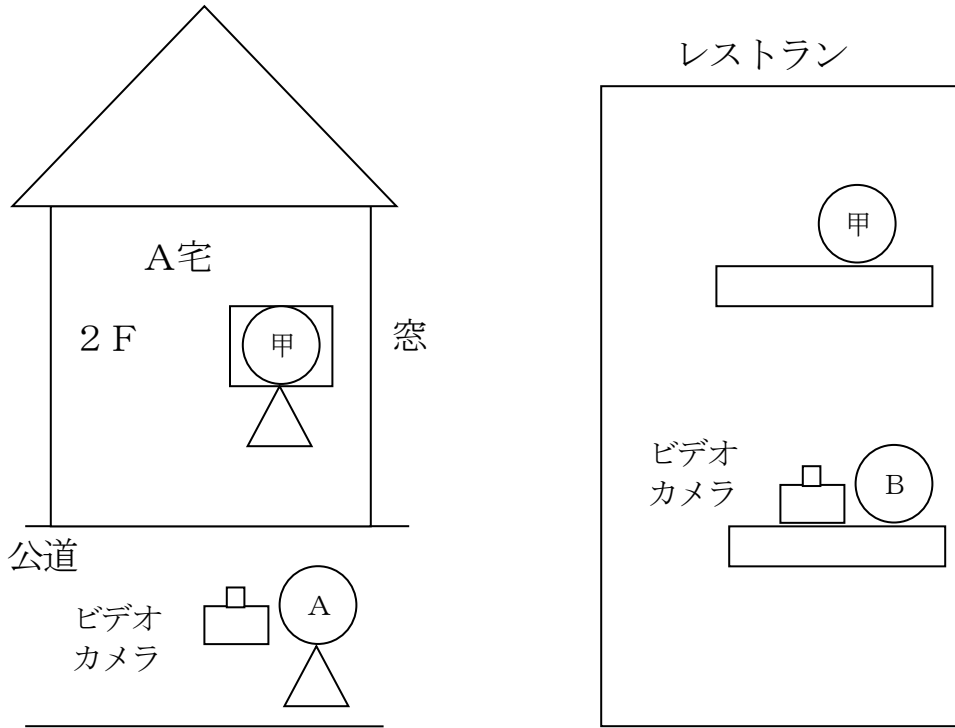
10

11

【法務省発表の出題趣旨】

12 本問は、振り込め詐欺事件の犯人特定のために警察官が行ったビデオ撮影の適法性を問うことにより、強制
13 処分法定主義の意義、強制処分と任意処分の区別、ビデオ撮影の法的性質と適法性の判断基準などについて、
14 基本的な知識の有無と具体的な事案に対する応用力を試すものである。

〔板書図1-H2 1旧司刑訴法第1問〕



1 5 被疑者・被告人を被写体とする写真撮影・ビデオ撮影の適法性 (2017.8.24live 刑事訴訟法 vol.1 P.
2 18以下)

3 (1) 被疑者・被告人を被写体とする写真撮影・ビデオ撮影は「強制の処分」か？

4 →「強制の処分」(197I但書)とは、個人の意思に反する重要な権利の侵害

5 →誰も写真撮影やビデオ撮影は望んでいないであろうから、個人の推定的な意思に反することになる。

6 そのため、重要な権利の侵害といえるか否かで「強制の処分」となるかどうかが決定される

7 →写真撮影やビデオ撮影は、「みだりにその容ぼう・姿態(以下「容ぼう等」という。)を撮影されない
8 自由」(最大判昭44.12.24)という権利(憲法13後段)の侵害が問題となり、その要保護性は①公道か屋内か、②家の中か、レストランやホテルなどの誰でも立ち入れる場所か、③公道から家
9 の様子が見れるか否か、などによって異なってくる

11 *相当性の検討の際には、「事後的・客観的に見て、どのような性質・内容の法益がどの程度侵害・制
12 約されているのかを、できる限り個別具体的かつ明瞭に析出して考慮勘案すべきである。例えば、
13 単なる『プライバシーの侵害』といった程度の言語化では用をなさない」とされる(酒巻匡「刑
14 事訴訟法(有斐閣)」(以下、「酒巻刑訴」という。)36頁)

15 *音声と動画を撮影するビデオ撮影の方が写真撮影よりも、権利の制約の程度は大きい、「強制の処
16 分」といえるか否かを分けるほどの大きな違いではない(古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』P.13
17 参照(以下、「古江刑訴」P.24参照)

18 →「強制の処分」とされる写真撮影やビデオ撮影も、事物を五官の作用により観察する強制処分である
19 検証に該当するので、検証令状を取得すれば行なうことは可能である

1 (基本事例)

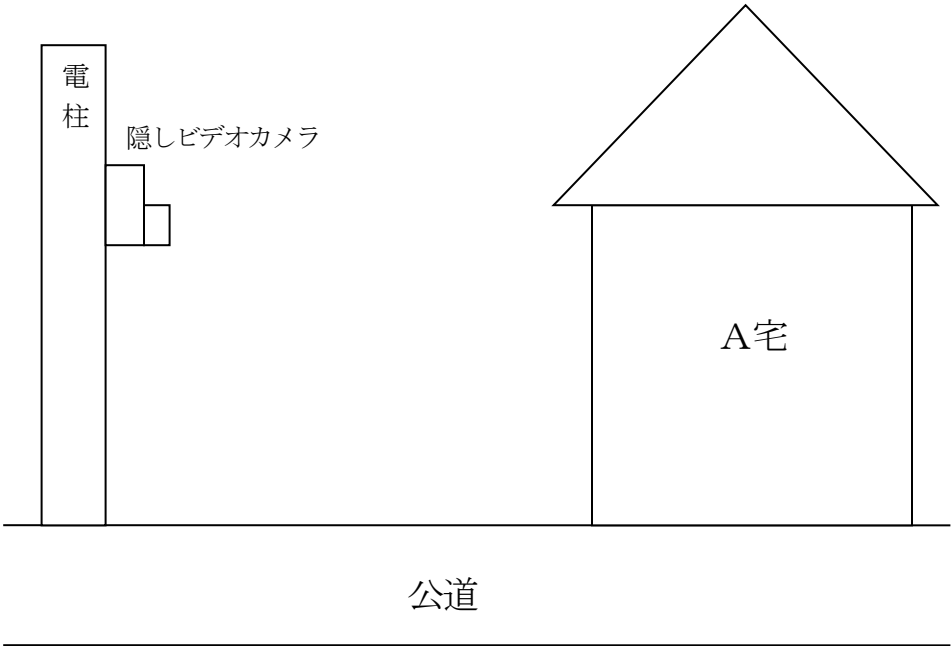
2 司法警察員Kは、殺人事件の捜査の目的で、公道からはのぞき見ることができない高さにある被疑者
3 A宅の窓からA宅内の様子を撮影するために、秘密裏にA宅前の電柱に隠しビデオカメラを設置してA
4 宅内のAの様子を撮影した(本件撮影)。

5 (問1) 本件撮影を無令状で行なうことは可能か。

6 (問2) 令状が必要とした場合、どのような令状が必要か。

〔板書図1-4〕

〔板書図1-4〕



1 (論述例)

2 第1 問1について

3 1 本件撮影を無令状で行うことは可能か。令状が必要な捜査は「強制の処分」として法定されて
4 いることから、Aの様子を隠しビデオカメラで撮影する行為は、「強制の処分」といえるかが問題
5 となる（刑事訴訟法197条1項但し書。以下、法令名は省略する。）。

6 2 「強制の処分」とは、個人の意思に反して、重要な権利を侵害する処分のことをいうと解する。
7 仮に、Aがビデオカメラでの撮影を知ればそれを承諾したと考えることはできないので、個人の
8 意思に反することが推定できる。

9 それでは、重要な権利を侵害するといえるか。Aはみだりにその容ぼう・姿態を撮影されない
10 自由を有する（憲法13後段）。そして、公道からはのぞき見ることができない高さにある被疑者
11 A宅の窓から見えるA宅内でのAの様子というのは、誰かから見られることを予定していないも
12 のである以上、その要保護性は高い。

13 したがって、秘密裏にA宅前の電柱に隠しビデオカメラを設置してA宅内のAの様子を撮影す
14 ることはAの重要な権利の侵害ということができ、「強制の処分」といえる。

15 よって、「この法律に特別の定のある場合でなければ」することができない。そして、現行法に
16 おいての「特別の定」にはなんらかの令状が要求されている。

17 3 以上により、本件撮影を無令状で行うことはできない。

18 第2 問2について

19 1 令状が必要とした場合、どのような令状が必要か。

20 2 ビデオ撮影は事物を五官の作用で観察する性質を有する。よって、「検証」にあたるといえる（2
21 18条1項）。

22 したがって、検証令状が必要となる。

23 3 よって、本件撮影には検証令状が必要となる。

24

以 上

1
2 (2) 被疑者・被告人を被写体とする写真撮影・ビデオ撮影が任意捜査であるとした場合、その限界はどの
3 ように判断されるか？

4 →京都府学連事件では、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつ
5 て、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない
6 相当な方法をもつて行なわれるとき」に「撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなく
7 ても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容される」とした（最大判昭44.12.24）。

8 *京都府学連事件とは、デモ行進に参加していた被告人が、デモが京都府公安委員会の条件に違反し
9 た状況を写真撮影していた警察官に対して暴行したため、傷害と公務執行妨害罪で起訴されたとい
10 う事件であった。

11 **写真撮影の際には、違反者のみならず他にデモに参加していた第三者も映り込むことになるが、
12 最高裁は「その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近く
13 にいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲
14 法一三条、三五条に違反しない」としていた。京都府学連事件からすると、写真撮影が具体的状況
15 のもとで相当と認められるための要件として、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がな

いと認められる場合」であることが必要であるかのように思われる

→but, 写真撮影よりも権利侵害の程度が大きいとされるビデオ撮影が問題となった事案において最高裁は、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」(最決平20. 4. 15)として、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」を要件として問題にしなかった

→以上から、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」は単に事案に即した判示であると理解されている(古江刑訴P. 23参照)

*京都府学連事件では、写真撮影の必要性を基礎付ける事件の重大性の点においてH20決定と差異があり(前者は軽微な条例違反、後者は強盗殺人)、被侵害利益においても京都府学連事件では必然的に第三者が映り込んだ事案であったのに対し、H20決定では第三者が必然的に映り込む事案ではなかった。これらの違いから京都府学連事件では、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」という厳格な要件を要求したと考えられる(私見)

**京都府学連事件では表現の自由という憲法上の権利が問題とされていたことを指摘する学説もある(緑大輔『刑事訴訟法入門』P. 59参照)

(3) 伝聞証拠にあたるか否かの区別は? (2017.9.5live 刑事訴訟法 vol.5 P. 18以下)

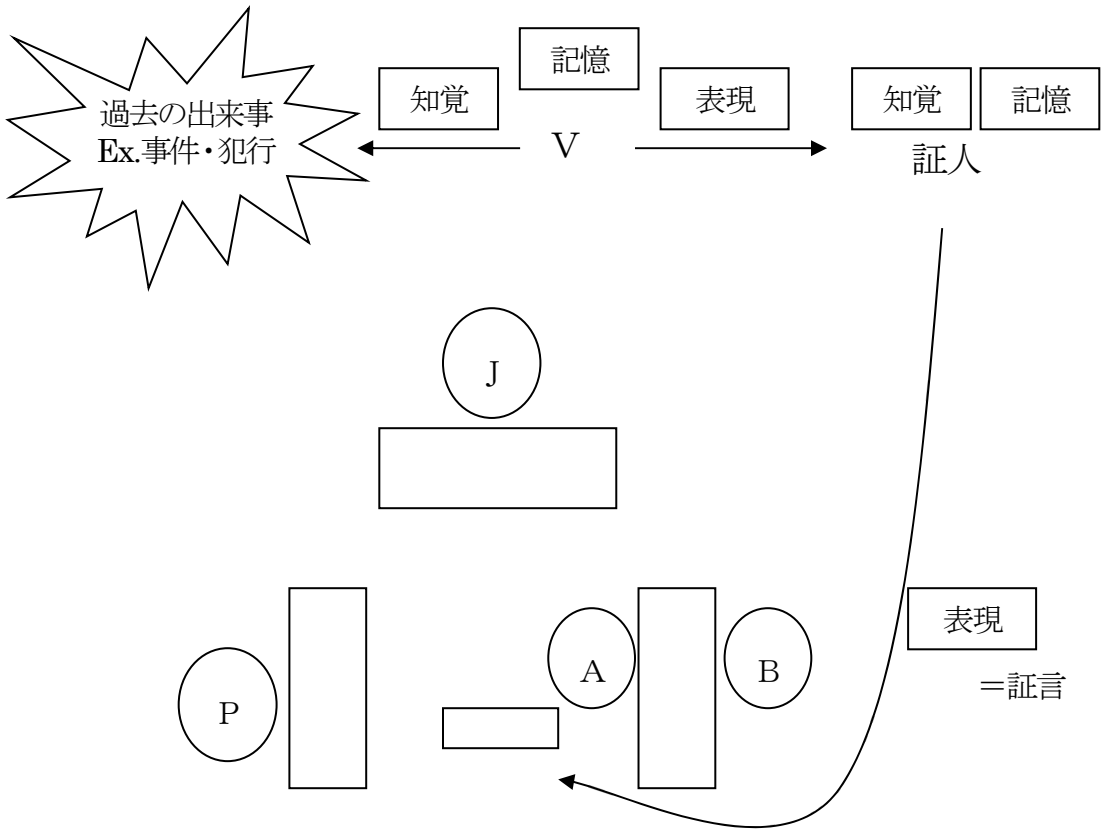
→要証事実(証拠によって証明しようとする事実)が供述内容の真実性を明らかにしなければ証明できない場合が伝聞証拠

例① 検察官:「Vさんはその時、何か言っていましたか?」

証人:「Vさんは、『被告人が盗んだ』と言っていました」

弁護士:「異議!伝聞証言です!今の証言の立証趣旨は被告人の犯人性であり、Vさんの供述内容の真実性が問題となります。証拠排除を願います」【板書図5-2】

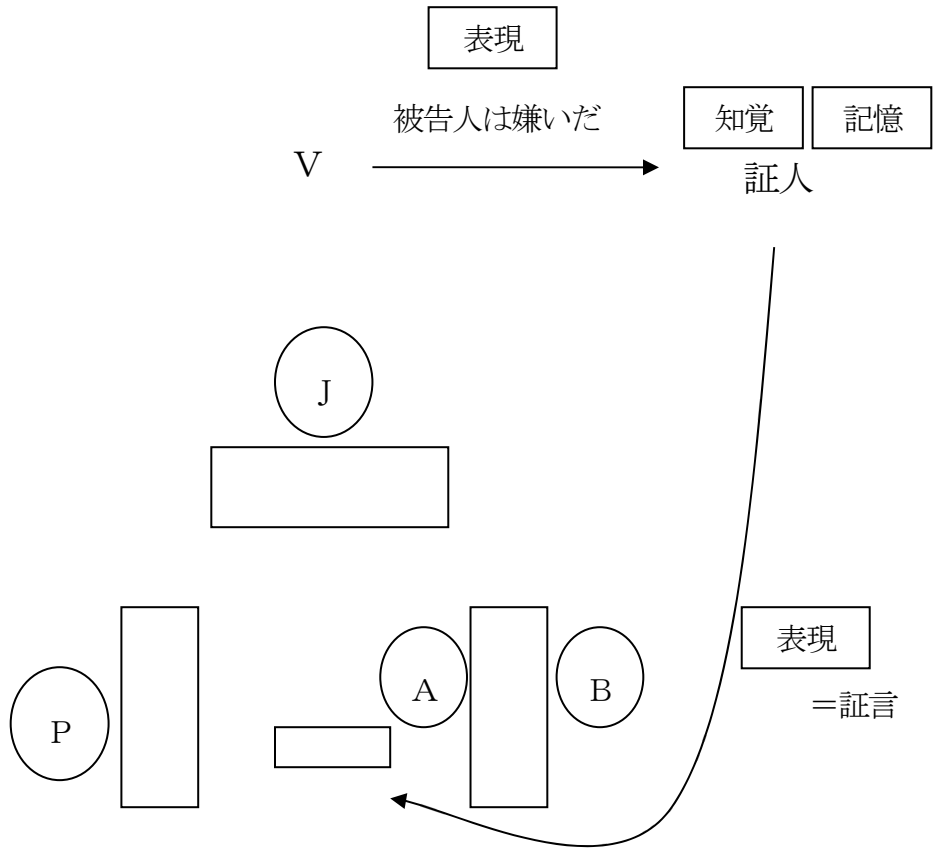
〔板書図5-2〕



※証人の知覚・記憶・表現は
反対尋問(等)によって是正
できている

- 1 例② 検察官：「Vさんはその時、何か言っていましたか？」
2 証人：「Vさんは『被告人は嫌いだ』と言っていました」
3 弁護人：「異議！伝聞証言です！今の証言の立証趣旨は、Vさんの嫌悪の情であり、Vさんの
4 供述内容の真実性が問題となります。証拠排除を願います」
5 裁判官：「検察官、ご意見は？」（規33I）
6 検察官：「たしかに、嫌悪の情が立証趣旨です。しかし、Vさんの嫌悪の情はVさんの知覚と
7 記憶を前提としておらず、表現と叙述については証人からVさんが供述した当時の
8 状況を聞くことで誤りを是正できますので、伝聞にはあたらないと考えます」（現在の
9 心理状態の供述）【板書図5-3】
10 裁判官：「弁護人の異議を棄却します」（規205の5）
11

〔板書図5-3〕



※Vの表現の誤りは証人への
反対尋問(等)で是正できる

※証人自身の知覚・記憶・表
現の誤りは反対尋問(等)に
よって是正できる

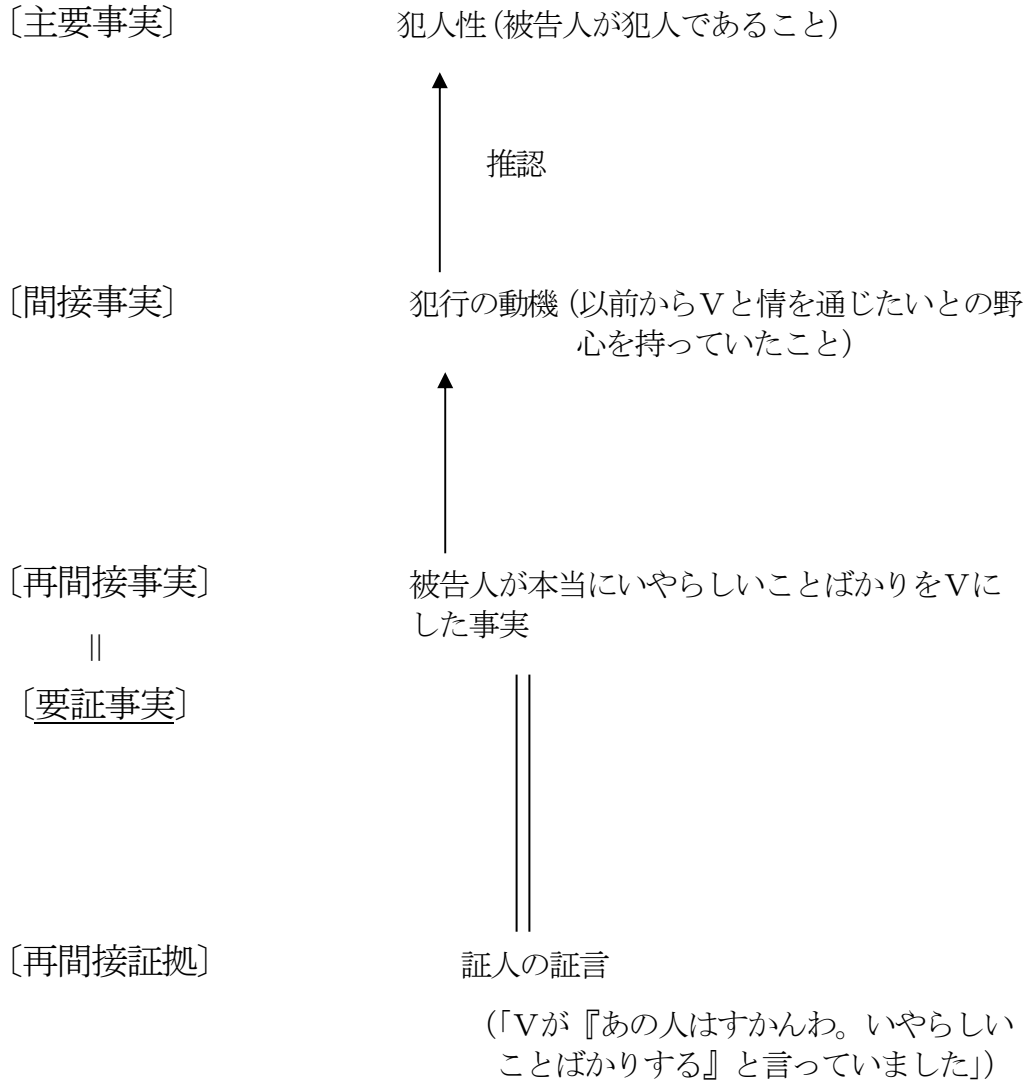
1 *最判昭30. 12. 9 (米子美人殺し事件：強姦致死事件)
2

3 (問)「Vが、『あの人はずかんな。いやらしいことばかりする』と言っていました」という
4 証人の証言の要証事実は何か、また伝聞証言となるか。

- 5 ① 被告人が本当にいやらしいことばかりをした事実を立証すると考えた場合
6 →伝聞証言

7
8 *最判昭30. 12. 9は、要証事実を犯行の動機（「以前からVと情を通じたいとの野
9 心を持っていたこと」）であるとするが、Vの証言から立証できるのは「被告人が本当
10 にいやらしいことばかりをVにした事実」であり、この事実から「以前からVと情を
11 通じたいとの野心を持っていたこと」（犯行の動機）を推認することになるので、要証
12 事実としては不適切といえる（古江刑訴P. 332も同旨と思われる）。〔板書図5-4〕
13

〔板書図5-4〕



② Vの被告人に対する嫌悪の情を立証すると考えた場合（Vの心の状態が要証事実）
→非伝聞

*強姦致死事件における被告人の犯人性が問題となっている場合、Vが被告人に嫌悪の情を抱いていた事実が被告人の犯人性を推認させるとはいえない。したがって、この場合、自然的関連性を欠くことになる。そして、「当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合」（芦澤政治・最判解刑事事篇平成17年度346頁）は、裁判所はそれと異なる要証事実を定めることができる（古江刑訴P.335）。そこで、この場合の要証事実は「被告人が本当にいやらしいことばかりをした事実」（ここから犯行の動機を推認する）であるとして、伝聞証拠ということになる。

例③ 検察官：「被告人はその時、何か言っていましたか？」

証人：『Vはもう殺してもいいやつだ』と言っていました

弁護人：「異議！伝聞証言です！証拠排除を願います。」

裁判官：「検察官、ご意見は？」（規33I）

検察官：「Vが本当に殺してもいいやつかどうかを問題としているわけではなく、被告人の発言から被告人の殺意を推認しようとする趣旨です」

裁判官：「弁護人の異議を棄却します」（規205の5）

*最判昭38.10.17（白鳥事件）

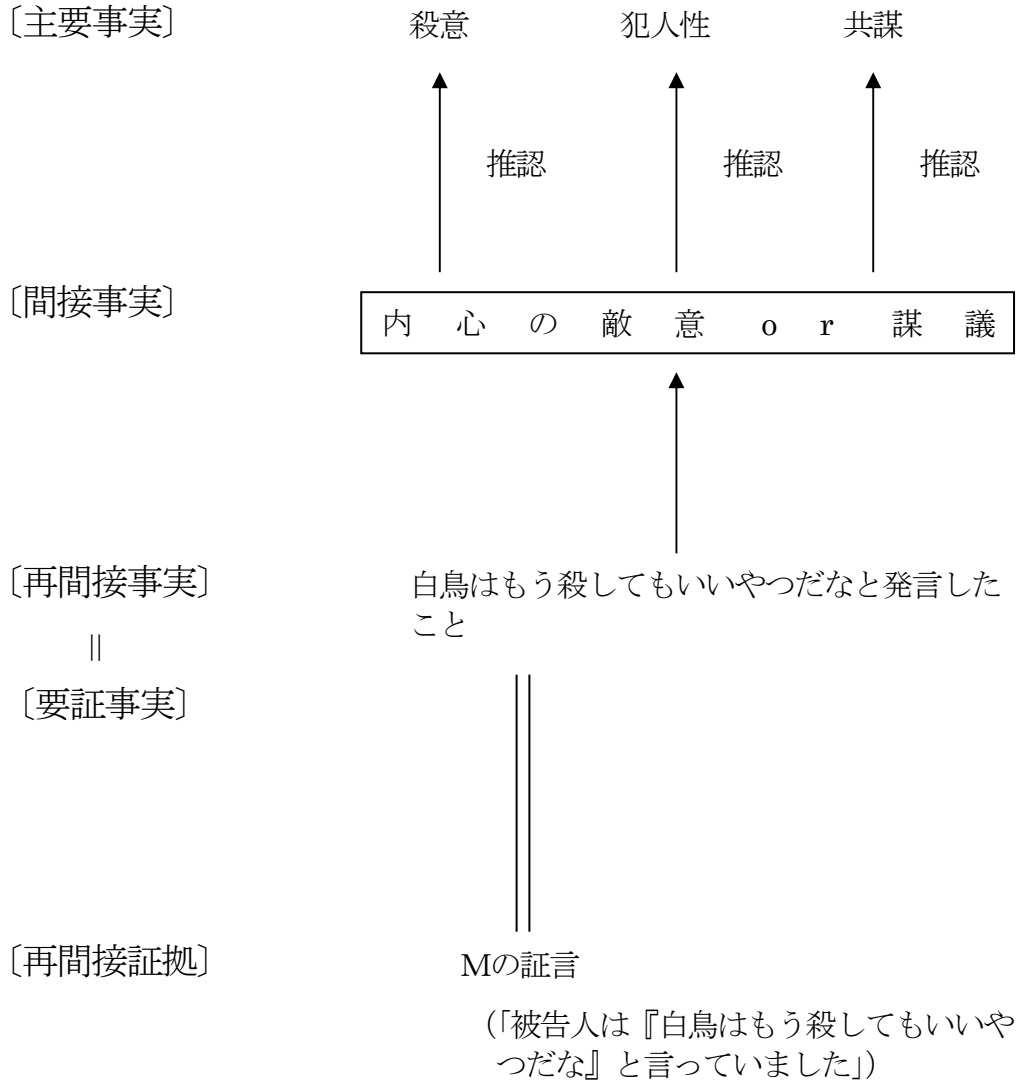
「被告人は『白鳥はもう殺してもいいやつだな』と言っていました」というMの証言

→被告人がこの発言をしたこと自体が要証事実

*①被告人の白鳥に対する内心の敵意を推認させる間接事実となるとする見解と②殺人の謀議の成立過程を立証すべき証拠となるとする見解がある【板書図5-5】

→①、②いずれにせよ、内容の真実性が問題とならないので非伝聞となる

〔板書図5-5〕



- 1 例④) 証人：「犯人は『オレオレ』と言ってきて、私はすっかり息子だと思ってしまったのですが、
 2 お金を口座に振り込んでくれと言われて、その口座番号をメモしました」
 3 弁護人：「異議あり！伝聞証言です！証拠排除を願います」
 4 裁判官：「検察官、ご意見は？」(規33I)
 5 検察官：「立証趣旨は、欺罔行為及び錯誤の存在です。犯人の供述内容の真实性を問題として
 6 いるわけではありません。」【板書図5-6】
 7 裁判官：「異議を棄却します(規則205の5)。検察官、続けてください。」
 8 検察官：「その口座番号を覚えていますか？」
 9 証人：「電話で言われてすぐにメモをとったのですが…ちょっと今は覚えていません」
 10 検察官：「裁判長、証人の記憶を喚起するため(規199の11)、甲14号証(検察官が作成
 11 した証人の供述録取書)に添付してあるメモを示します」
 12 裁判官：「どうぞ」
 13 弁護人：「異議あり(309I)！甲14号証は同意しておりません。また、供述を録取した
 14 書面は提示できないはずです」
 15 裁判官：「検察官、ご意見は？」(規33I)
 16 検察官：「示される書面に証拠能力は問わないとされているはずです。また、規則が供述録取
 17 書を禁止した趣旨は、供述録取書は少なからず取調官の主観が入っているため、証
 18 人がこれに誘導されることを防ぐためであります。そうであれば、証人自らが作成
 19 したメモはこれにあたりません。」
 20 弁護人：「伝聞法則の潜脱です！」
 21 裁判官：「弁護人、別に調書の内容そのものを証拠としようとしているわけではないですから、
 22 伝聞法則違反はないのでは？現に公判廷にいる証人から証言を得ようとしているわ
 23 けですから。もちろん、調書の内容を見せることで、調書どおりの証言を誘導する
 24 ということになるので弁護人のご主張もわかるのですが…。検察官のご主張のとおり、
 25 メモは被告人自身が作成したものですので、誘導のおそれも低く、記憶喚起という
 26 目的を逸脱したとはいえないと裁判所も考えます。異議を棄却します(規205の
 27 5)。検察官、続けてください。」
 28 検察官：「証人、このメモを見てください。口座番号を書いています、思い出せましたか？」
 29 証人：「はい。ここにあるとおりの番号です。」
 30 検察官：「具体的に番号を教えてください。」
 31 証人：「ここにあるように××銀行〇〇支店121212です。」
 32 検察官：「はい、ありがとうございます。」

〔板書図5-6〕

〔主要事実〕

∥

〔要証事実〕

欺罔行為・錯誤

(=犯人はオレオレと言ってきて、息子だと思ったこと)

〔直接証拠〕

証人の証言

(=「犯人は『オレオレ』と言ってきて、私はすっかり息子だと思ってしまった」)

……弁護人の反対尋問

1 弁護人：「証人は先ほど、口座番号を証言していた際、メモを読み上げていませんか？」
 2 証人：「あ、はい。そうですが、それが何か？」
 3 弁護人：「メモを見て口座番号を思い出したのではなく、メモを読み上げたということですか？」
 4 証人：「まあ、そうですね…」
 5 弁護人：「つまり、口座番号を思い出したというわけではないということですね」
 6 証人：「…」

……検察官の再主尋問

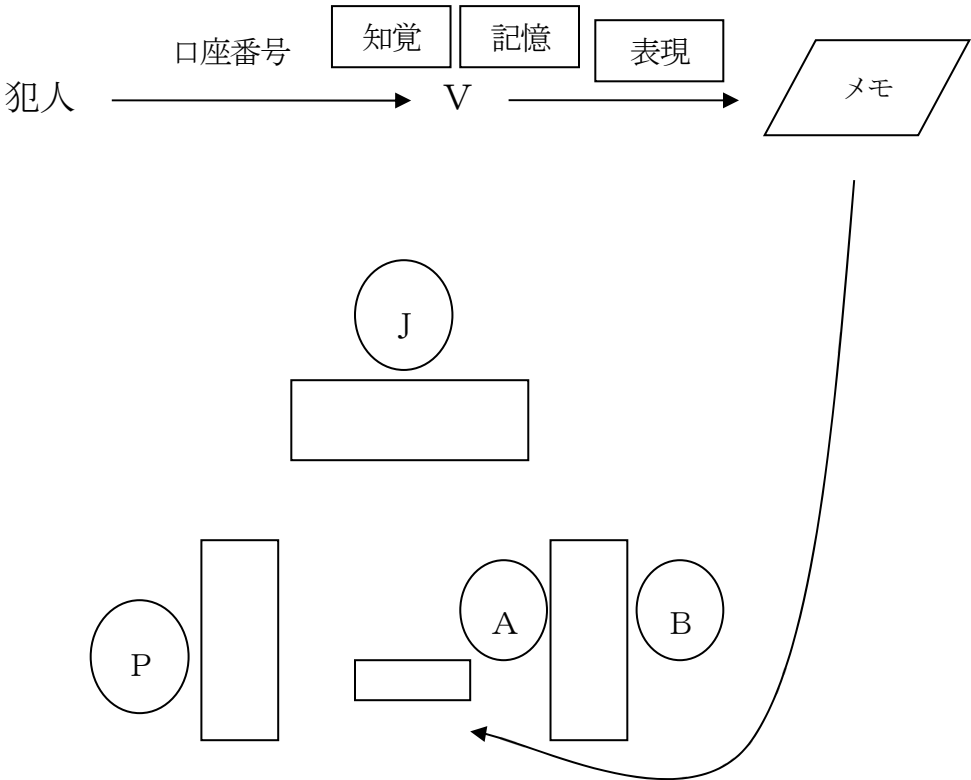
9 検察官：「先ほど、弁護人の質問にもあったと思いますが、口座の番号はメモを見ても思い出
 10 せなかったのですか」
 11 証人：「メモをみれば、いえませう」
 12 検察官：「メモをみないと、難しいですか」
 13 証人：「それは無理ですよ。口座番号なんて普通、覚えてないですよ！」
 14 検察官：「…メモは犯人の指示通りに書いたということで、よろしいですね？」
 15 証人：「それはさっきから言っているように間違いないです！」

……証人尋問後

18 検察官：「メモについて立証趣旨をメモの存在及び内容として改めて証拠請求します」
 19 * 「メモの存在及び内容」とは、「～と記載のあるメモの存在自体」という意味（古江刑訴
 20 P. 345）」
 21 裁判官：「弁護人、ご意見は（規190Ⅱ）？」
 22 弁護人：「不同意」
 23 裁判官：「検察官、どうされますか？」
 24 検察官：「このメモは、Vが犯人から指示されてその場で書いたものですので、知覚や記憶は
 25 問題にならず、伝聞ではないと思料します。」
 26 裁判官：「いや、聞き間違いなどの知覚の正確性は問題になるでしょう。記憶の正確は問題に
 27 はならないと思いますが。それに記憶に従って書いたかといった表現の問題や正確
 28 に伝わる文章を書いたかという叙述も問題になります。これは伝聞でしょう。」【**板
 29 書図5-7**】
 30 検察官：「では、本件メモを物として証拠請求します。」
 31 裁判官：「いやいや、それは駄目でしょう。実質的な立証趣旨はメモ記載の口座番号でしょう？
 32 そうなると、メモ自体を証拠することは、伝聞の潜脱ですよ。もちろん、メモした
 33 ことを要証事実としてメモ自体を証拠とするのであればよいとは思いますが。」
 34 検察官：「メモしたことを要証事実としたい趣旨もありますので、その意味でもメモ自体を証
 35 拠請求したいと思います。また、口座番号を要証事実とすることについてはメモ自
 36 体を323条3号の特信文書として請求致します。」【**板書図5-8**】
 37 裁判官：「弁護人、ご意見は（規190Ⅱ）？」
 38 弁護人：「ともに要件をみたと考えます」
 39 裁判官：「…証拠調べ決定致します（規190Ⅰ）」
 40 弁護人：「異議あり！憲法31条及び37条2項違反です。」（309Ⅰ）

- 1 裁判官：「検察官，ご意見は？」（規33 I）
- 2 検察官：「違反はないと思料します」
- 3 裁判官：「異議を棄却します（規205の5）」
- 4

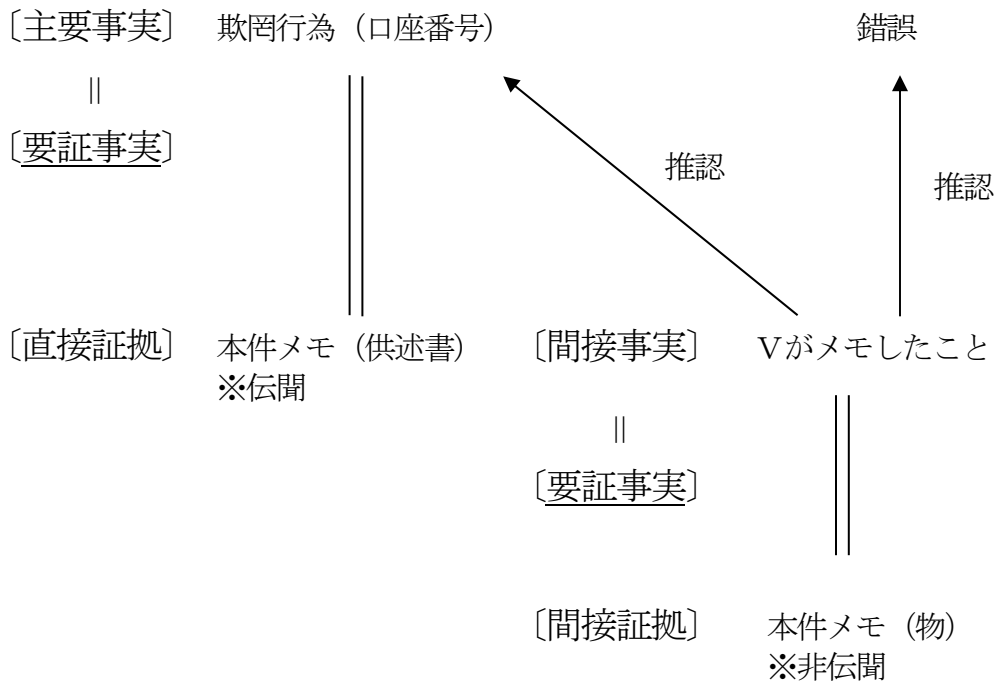
〔板書図5-7〕



※メモは供述書となる

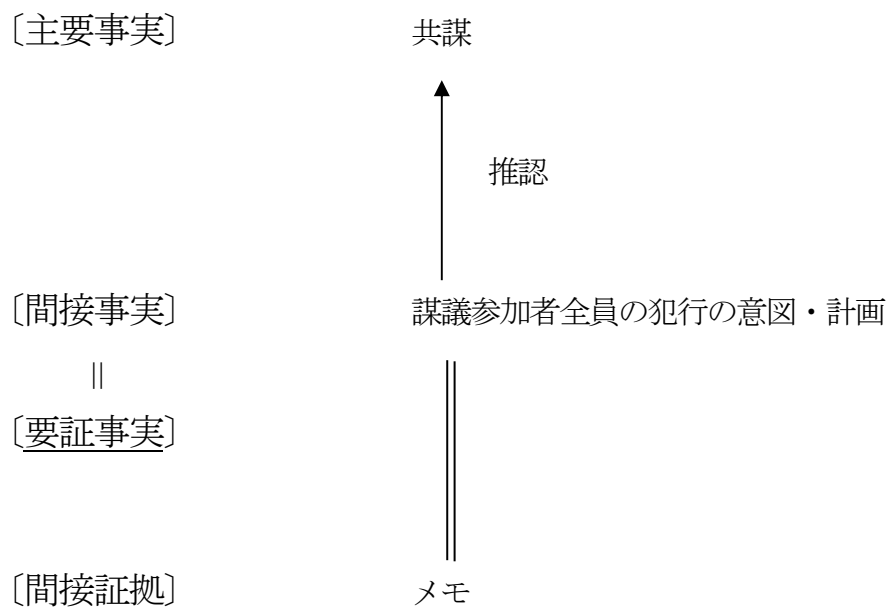
※供述書には反対尋問(等)できない
ので誤りが是正できない

〔板書図5-8〕

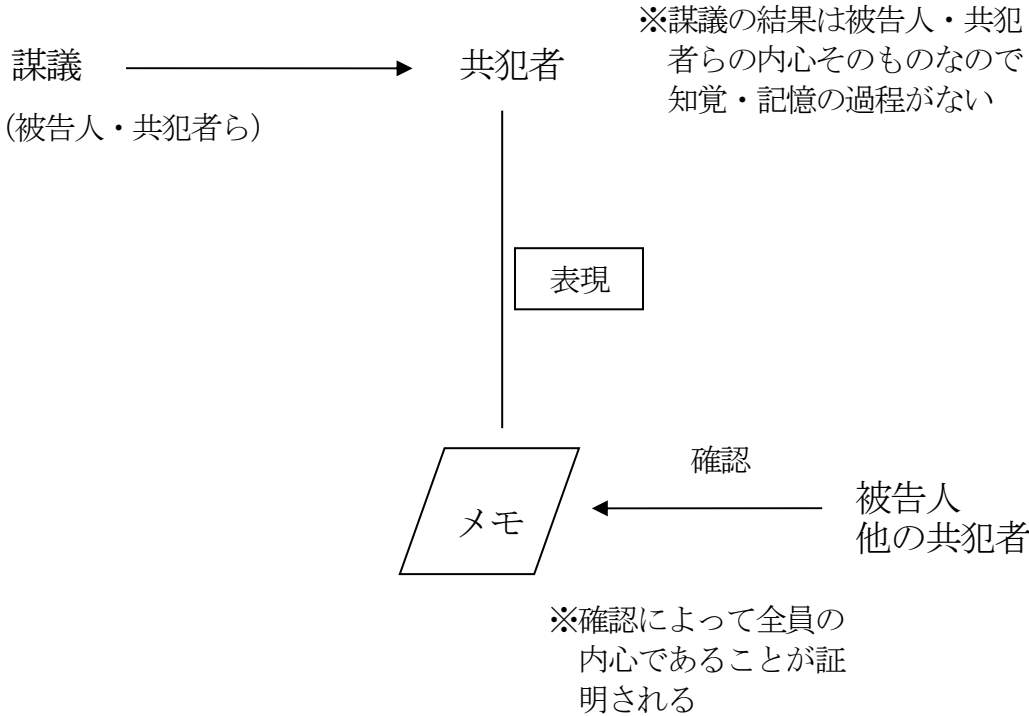


- 1 例⑤) 検察官：「被告人が共犯者と話合いをした際に共犯者が作成した犯行計画メモについて、立証趣
2 旨を共謀の内容（「謀議参加者全員の犯行の意図・計画」が要証事実）として証拠請
3 求致します。」【板書図5－9】
- 4 裁判官：「弁護人、ご意見は（規190Ⅱ）？」
- 5 弁護人：「不同意」
- 6 裁判官：「検察官、どうされますか？」
- 7 検察官：「本件メモは、被告人が共犯者と犯行計画を立てた際に、その最終的な謀議結果を共
8 犯者がメモしたものであって、知覚や記憶の過程がないものです。したがって、被
9 告人を含めた共犯者全員によってメモの内容が確認され、加えて、その作成の過程
10 が真摯になされたことを証明することで、考えた内容を正確に表現し、正確な文章
11 で叙述したことが明らかになれば伝聞法則の適用を受けないものと考えます。そし
12 て、作成の過程の真摯性については弁護人も同意し、すでに証拠調べ済みである甲
13 第14号証の共犯者の供述録取書によって証明できると考えます。」【板書図5－10】
- 14 裁判官：「証拠として採用し取調べます」

〔板書図5-9〕



〔板書図5-10〕



1 例⑥ 検察官：「被告人が共犯者と話し合いをした際に共犯者が作成した犯行計画メモについて、立証趣
2 旨をメモの存在と内容として証拠請求致します。」

3 裁判官：「弁護士、ご意見は（規190II）？」

4 弁護士：「不同意」

5 裁判官：「検察官、どうされますか？」

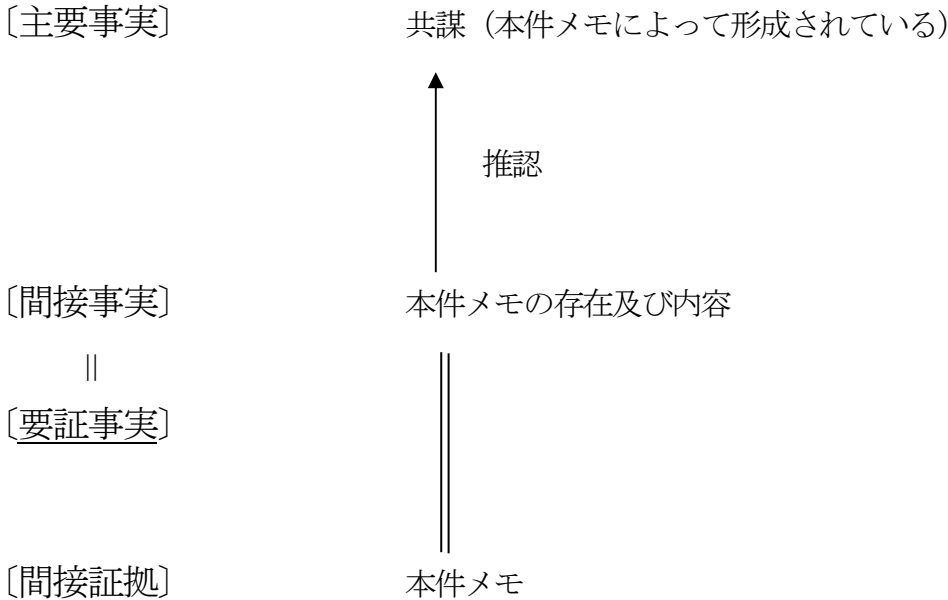
6 検察官：「本件メモは、謀議内容を確認するために作成されたもので、これが被告人を含む共
7 犯者全員で回覧・確認されることで謀議が形成されたものです。したがって、本件
8 メモは謀議の形成手段に用いられたものです。したがって、当該メモは非伝聞にあ
9 たります。」【板書図5-11】

10 裁判官：「証拠として採用し取調べます」

11

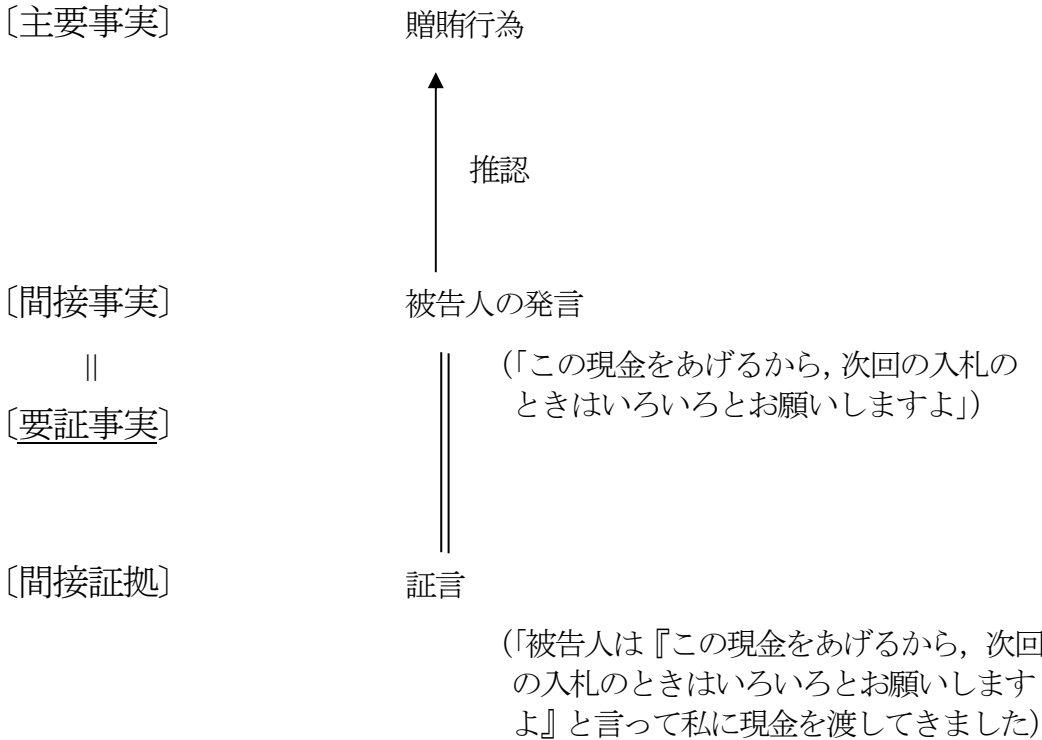
12 * 『メモが関与者に回覧され共謀内容の確認に供されたような場合』「のメモは回覧前に作
13 成された『謀議のための手段（道具）』にすぎないのだから、そのような記載のあるメモの
14 存在自体（メモの存在と記載内容自体）を要証事実とすれば、当該メモは非供述証拠であ
15 って伝聞証拠には当たらないことになるだろう」とし、「当該メモ『紙』は共謀の意思形成
16 手段として用いられたいわばツールであり、そのような記載のあるメモ『紙』の存在自体
17 が、共謀の意思形成過程を証明する証拠となり得るということです（要証事実、メモの
18 存在と記載内容自体）」とする（古江刑訴P. 343～4）

〔板書図5-11〕



- 1 例⑦) 検察官：「あなたは、被告人になんと言われて現金を渡されたのですか？」
2 弁護人：「異議あり！伝聞証言を求めるものです」
3 裁判官：「検察官、ご意見は？」（規33I）
4 検察官：「現金を渡すという行為の意味（贈賄行為）を確認するものです。発言そのものを要
5 証事実としていますので、伝聞ではありません。」
6 裁判官：「わかりました。異議には理由がないものとして棄却します（規205の5）。続けて
7 ください。」
8 検察官：「改めてお聞きします。被告人は現金を渡してなんと言ったのですか？」
9 証人：「被告人は『この現金をあげるから、次回の入札のときはいろいろお願いしますよ』
10 と言って、私に現金を渡してきました」〔板書図5-12〕
11

〔板書図5-12〕



1 例⑧) 検察官：「被告人がVを欺いて10万円の布団を100万円で売却した際にVに発行した100
2 万円の領収書について立証趣旨を領収書の存在と内容として証拠請求致します。」

3 裁判官：「弁護士、ご意見は(規190II)？」

4 弁護士：「不同意」

5 検察官：「本件の領収書は伝聞ではありません」

6 裁判官：「たしかに、検察官は立証趣旨を領収書の存在と内容としておりますが、財物の交付
7 の事実を立証したいのではないですか？そうであれば、記載内容の真実性が問題と
8 なるので、伝聞証拠にあたるのではないですか？」

9 検察官：「本件では、本件領収書が被告人からVに交付されたという事実があります。そのた
10 め、①本件の領収書の存在と、②それがVに交付された事実、からVが100万円
11 を被告人に交付した事実が推認できます。したがって、本件の領収書の存在自体が
12 証拠として価値をもつものです。」【板書図5-13】

13 裁判官：「なるほど。証拠として採用し取調べます。」

14
15 *争点が現金の授受の有無の場合、「作成された領収書が相手方に交付された事実があるとき
16 は、領収書の記載内容から金員授受の事実を推認するのではなく(この推認は伝聞法則に
17 抵触)、『そのような記載のある領収書の存在』と、それが相手方に交付された事実とから、
18 領収書の記載内容に相当する金員授受の事実を推認することは、経験則に適う『合理的な
19 推認』であって、伝聞法則の禁ずるところではないと考えられる」とする(古江刑訴P.3
20 40~341)。なお、「供述書は、『その存在自体』や『供述をしたこと自体』が固有の証
21 拠価値をもつことは、通常あり得ないだろう」とする。その理由は、「『存在自体』から『○
22 ○の供述がなされたこと』を推認することは許されても」『○○であったこと』を推認する
23 とすれば、この推認は不確実な推認であって伝聞法則に反し許されない」からだとする(同)

〔板書図5-13〕

