

大宮法科大学院大学

大宮ローレビュー

第6号 2010年2月

目次

【論説】

- 欠陥製品の流通と刑事責任 5
上田正和
- 横浜事件再審判決の問題点(2・完) 33
— 再審公判のあり方との関係を中心に
新屋達之
- 株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲 53
土田 亮
- 国民投票による憲法改正の諸問題 87
福井康佐
- 行政立法の司法審査 121
— 租税訴訟における公正基準
山下清兵衛

【雑報】

- 2009年1月以降の主な研究活動 173

欠陥製品の流通と刑事責任

上田正和

| | | |
|-----|-----------------------------|----|
| I | はじめに..... | 6 |
| II | 欠陥製品に対する刑事責任の2類型..... | 7 |
| III | 市場への流通に関する刑事責任(第1類型)..... | 8 |
| IV | 市場からの未回収に関する刑事責任(第2類型)..... | 13 |
| V | 経済活動と刑事法の関わり..... | 24 |
| VI | おわりに..... | 27 |

I はじめに

現代の我々の日常生活は、科学技術の成果に基づく無数の製品に依拠して成り立っている。テレビや冷蔵庫のような一般的な家電製品、自動車、そして加工食品や医薬品等、枚挙にいとまがない。これらの製品は、いずれも高度の専門技術性を有する企業ないし事業者によって開発され大量に製造されて市場に広く流通し、最終的に個々の消費者の手に渡る、という特徴がある。

もっとも、これらの製品は自然界にそのままの姿で存在している物ではなく、人工的に開発され製造された物であり、製品内部に何らかの欠陥を抱えていることが原因となって、製品が多くの人々の生命や身体を侵害し又は危険に晒すことがあり得ることを否定することはできない。実際にも、自動車やガス湯沸かし器の欠陥事故、比較的新しいものとしてエレベーター事故等が発生し、重大な法益侵害の結果が現実発生している。また、医薬品については、血友病患者に対する非加熱製剤投与が問題となった薬害エイズ事件が社会的に大きな注目を浴びるところとなっている⁽¹⁾。

これらの事件(事故)に対する法的な対応としては、もとより民事の損害賠償責任(製造物責任ないし不法行為責任)の追及が考えられるが、最近の特徴として、刑事責任の追及が積極的に行われつつあることを指摘できる。具体的には、業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)の成否が問題となる。もっとも、生命・身体に対する過失犯である同罪の成立を認めるためには、注意義務論を中心とするいくつかの困難な刑法解釈論上の問題点をクリアしなければならない。また、欠陥製品に対する積極的な刑事責任追及の動きは、資本主義社会における自由な経済活動に対する刑事規制の積極化傾向の1つの現われでもあるが⁽²⁾、生命や身体という保護法益の重要性に対する認識の高まりや生命・身体に対する罪の危険犯化とすら言い得る状況⁽³⁾、さらには、現代社会における刑罰の積極化現象という観点からも説明することが可能である。

本稿は、このような問題意識の下、欠陥製品に対する刑事責任の追及を考えるに当たって問題となり得る点について、若干の検討を試みようとするものである。これまでの代表的な議論を踏まえつつも、限られた何点かの問題点についての指摘程度に止まるに過ぎないであろうが、これを機に、今後さらに検討を深めていきたいと考えている。

あらかじめ私の考え(現時点での大まかな考え方の方向性)の要点を簡単にまとめると、①現代の経済社会における過失犯の注意義務の理解に関して、予見可能性については危惧感説が再評価されるべきであること(つまり、予見可能性の極小化ないし抽象化)、②欠陥製品の回収については、注意義務違反(論)が製品回収の作為義務(保証人的地位)(論)を包含するものであること、③(②の)注意義務違反は、消費者に対する情報

提供(危険性についての情報告知)を重要な要素として考えられるべきであること、④消費者の側には、情報受領後は危険の引受けによる相応のリスク負担が求められること(開発・製造者側には、その裏返しとしての違法性の減少ないし阻却があり得ること)、⑤経済活動分野における刑事規制への期待、そして生命・身体という保護法益の拡がり(法益の拡大化と危険犯化)等である。以下において、これらについて述べていきたい。

II 欠陥製品に対する刑事責任の2類型

1 市場への流通と市場からの未回収の2類型

製品の欠陥によって人の生命や身体に侵害を生じさせた場合の刑事責任は、大きく2つの類型に分けることができる。

第1の類型は、製品の開発又は製造の過程における何らかの問題点(瑕疵)によって、当該製品を使用した人の生命や身体が害された場合の開発者又は製造者の刑事責任である。問題となる犯罪は業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)であるが、瑕疵のある製品を市場へ積極的に流通させた、という作為型の刑事責任である。主に検討されるべき問題点は、①過失犯の実行行為者をどのように特定するのか、②過失犯に必要な予見可能性や過失犯の実行行為をどのようにとらえるのか、③刑事責任を限定するための考え方、である。

第2の類型は、最近やや注目を浴びている議論であるが、市場に流通している製品に欠陥があることが判明したにもかかわらず、当該製品の回収その他の適切な対応を採らなかったことによって人の生命や身体が(新たに)害された場合の刑事責任である。この場合にも業務上過失致死傷罪の成否が問題となるが、場合によっては、未必の故意による殺人罪(刑法199条)や傷害罪(刑法204条)や傷害致死罪(刑法205条)が問われることもあり得る⁽⁴⁾。この第2の類型は、生命や身体を害する危険性を有する製品であることが明らかになったにもかかわらず適切な対応を採らなかった、という意味で、不作为型の刑事責任である。主に検討されるべき問題点は、①不作为犯における作為義務(保証者的地位)の内容とその根拠、②過失犯の実行行為である注意義務違反の内容(典型的には、当該製品を回収すべき義務違反)とそのような義務が生じる根拠、③作為義務(保証者的地位)と過失犯の注意義務の関係、④不作为と因果関係、⑤刑事責任を限定するための考え方、である。

2 2つの類型の相対化

もっとも、欠陥製品の流通に対する刑事責任が問題となり得る場面を以上の2つの類型に分けることができるといっても、これは絶対的な分類ではない。欠陥を内部に抱えた製品を市場に向けて流通し続けると共に、既に市場に流通している(消費者の手に渡っているか、渡りつつある)当該製品の回収に向けた措置を何ら採らなかった、というように、第1類型(作為型)と第2類型(不作為型)が一体のものとして競合するケースが少なからず考えられる。薬害エイズ事件〔ミドリ十字ルート〕は正にその点が問題とされた事案である。

また、第1類型においても、新規に開発・製造された製品を市場に流通させるに当たって、同製品が抱える(考え得る何らかの)原因に起因しての生命や身体に対する侵害を防ぐと共に、起こり得る危険性(消費者を製品から遠ざけるべき要素の存在)に関する情報提供を怠ったという意味において、不作為犯的な要素があり、他方、第2類型においても、生命や身体に対する危険性の存在が明らかになった製品を回収することなくそのまま流通させ続けたという意味においては、作為犯の要素をも備えているのである。

このように、欠陥製品に対する刑事責任の問題は実は明確に類型化ないし分類できるものではないが、以下においては、これまでの議論状況や法律問題を明確にしておくという観点から、まずは典型的な分類として、上記の2つの類型毎に主な問題点を検討することにしたい。

III 市場への流通に関する刑事責任(第1類型)

1 人の生命や身体を侵害する危険性のある製品を開発・製造し、その後、実際に人の生命や身体が害されたときに、当該製品の開発・製造に関わった者の刑事責任が問題となる。

民事の損害賠償責任(製造物責任ないし不法行為責任)であれば、責任主体として企業体(法人)を考慮することができ⁶⁾、また、責任発生の諸要件の特定やその立証については、最終的な責任の内容が金銭賠償であり、しかも、示談や和解という解決方法が多用されていることも加わって、過失行為者、過失行為の内容、過失行為と損害との因果関係等の責任要件が曖昧なままに、関係当事者間(私人間)の利益の調整(損害の公平な分担)という形で事件が決着することが少なくない。

これに対して、欠陥を抱えた製品を市場に流通させたことによって人の生命や身体を害したことについての業務上過失致死傷罪という犯罪の成否が問題となる刑事責任においては、多くの(厳格な)要件を(厳格に)クリアしなければならない。

2 第1に問題となるのは、誰を過失行為者として考えたらよいのか、という行為主体の特定(選別)である。特別刑罰法規の領域において企業体を刑事処罰の対象とし得る例外的な場合⁶⁾を除くと、刑事責任の主体つまり犯罪行為者としては、自然人を考える必要がある。

ところが、高度に科学技術が進展した現代社会において、危険性を抱えた製品を開発・製造する主な主体は企業体である。そこにおいては、無数の自然人が製品の開発や製造に携わっており、誰のいかなる行為を刑法上問題としていくべきかを直ちに明らかにすることはできない。また、企業体内外の複数の部門の複合的な行為を問題にすべき場合も少なくない。

第2の問題として、過失行為と言えるために必要な予見可能性や過失犯の実行行為をどのようにとらえたらよいのか、ということがある。

もっとも、誰を過失行為者として考えるべきかという第1の問題と過失行為における予見可能性や実行行為のとらえ方という第2の問題は、実は重なり合っている。

過失犯の構成要件は開かれており、それぞれの事案毎にその具体的な中味が補充される必要があるが、(程度や抽象化を別にして)予見可能性を前提とする結果予見義務(違反)と結果回避義務(違反)が骨格であることについては、いずれに重点を置くかは別にして、大方の一致を見ている⁷⁾。

予見可能性を抽象化して考えると(あるいは、非常に薄まった予見可能性で足りると考えると)、欠陥製品の開発・製造への直接的な関与の程度が非常に低い者であっても、過失行為者の対象となり、処罰対象が拡大化される。ここで問題となるのは、人の生命や身体を害することの予見可能性であるが、それぞれの製品の種類や性質等の個別的な属性によって、人の生命や身体への危険性に対する予見可能性の内容・程度は当然に異なる。また、製品を開発・製造する企業体内部において、その者が具体的・現実的にどのような地位や権限を有しており、どの程度の情報を獲得している(獲得し得る)状況にあったのかによっても、大きく異なる。

この予見可能性の抽象度を増すことによって、予見可能性を有しているとされ結果回避のための措置を要求されるべき立場にある者の範囲が広がり、過失行為という刑事責任を問われる行為主体として、多くの者を想定することが可能となる。過失犯の処罰対象が拡大化されるのである。

3 実は、このような実践的な発想によって予見可能性を限りなく抽象化し、結果が発生するかもしれないという危惧感(不安感)があれば足りるとして、それを打ち消すだ

けの万全の結果回避のための措置が求められる、という理解は、公害犯罪を契機として、危惧感説(新・新過失論)として既に一部学説によって主張されている⁽⁸⁾。そして、徳島地判昭和48年11月28日判時721号7頁〔森永ドライミルク事件差戻審〕が、「予見可能性は、行為者に結果回避義務として結果防止に向けられたなんらかの負担を課するのが合理的だということを裏付ける程度のものであればよく、したがって、この場合の予見可能性は具体的な因果過程を見とおすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないが、ある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはゆかないという程度の危惧感であれば足りるのである。」と述べてこの考え方を採用している。

もっとも、この危惧感説は学説の多くの支持を集めることはなく、その後の判例・実務において採られることはなかった。その理由としては、予見可能性を不要として厳格な結果回避義務を要求することは責任主義に反するということにあった。そして、その後は、具体的予見可能性説が学説上は一般的となり、裁判例においても、札幌高判昭和51年3月18日高刑集29巻1号78頁〔北大電気メス事件〕⁽⁹⁾は、「過失犯が成立するためには、その要件である注意義務違反の前提として結果の発生が予見可能であることを要し、結果の発生が予見できないときは注意義務違反を認める余地がない。ところで、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度で直ちに結果を予見し回避するための注意義務を課するのであれば、過失犯成立の範囲が無限定に流れるおそれがあり、責任主義の見地から相当であるとはいえない。右にいう結果発生の予見とは、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りず、特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味するものと解すべきである。そして、この予見可能性の有無は、当該行為者の置かれた具体的状況に、これと同様の地位・状況に置かれた通常人をあてはめてみて、判断すべきものである。」と述べて、危惧感説を明確に否定したのである。

ただ、具体的な予見可能性が必要であると言ってみても、結果回避義務に重点を置く新過失論においては自ずと具体性の程度は低くならざるを得ず、危惧感説を否定し具体的な予見可能性を必要とする理解されている一連の判例を見ても、実は、予見可能性の理解については相当程度に抽象度を高めている。例えば、無謀な運転行為によって後部荷台に無断で乗車していた者2名が死亡したケースの最決平成元年3月14日刑集43巻3号262頁⁽¹⁰⁾は、「被告人において、右のような無謀ともいふべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識したものであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかったとしても、右兩名に関する業務上過失致死罪の成立を妨げない

と解すべきであり」としており、具体的な予見可能性を厳格に求めている訳ではない。また、鉄道トンネル内の電力ケーブルの接続工事に起因する火災事故により多数の者が死傷したケースの最決平成12年12月20日刑集54巻9号1095頁〔生駒トンネル火災事件〕⁽¹¹⁾は、「被告人は、右のような炭化導電路が形成されるという経過を具体的に予見することはできなかつたとしても、右誘起電流が大地に流されずに本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによって火災の発生に至る可能性があることを予見することはできたものというべきである。したがって、本件火災発生の予見可能性を認めた原判決は、相当である。」として、火災発生の予見可能性という観点から、電力ケーブルの接続工事を施工した被告人の(業務上)過失を肯定したのである。

このように、判例や学説は具体的な予見可能性説を採用しており、結果発生に至る因果関係の基本的部分(重要部分)の予見可能性が必要である、と一般的に言われているものの、具体的な事案の解決(過失犯の成否の判断)においては、具体性の度合いは相当程度に抽象化され幅があるのが実際である⁽¹²⁾。具体的な予見可能性という要件は、個々の事案の解決において、事実上有名無実化しているのである。

また、危惧感説と論理必然ではないものの、過失犯の成立範囲を拡大する考え方として監督過失の考え方がある。監督過失論自体は(危惧感説と異なり)判例・学説によって一般的に承認されているが、現在の監督過失の議論は、直接行為者に対する上位者の指導監督を問題とする本来の(狭義の)監督過失のみならず、人的・物的な安全体制確立義務違反(管理過失)にまで広がっている⁽¹³⁾。そして、特に安全体制確立義務違反が問われるような場合には、正に人の死傷結果が発生することへの予見可能性の程度とその抽象化を問題とせざるを得ないのである。

4 このように、既に判例においては、過失犯の成立を認めるために必要とされる予見可能性の程度について実は相当程度の抽象化が行われており、これによって、間接的な関与者についても相当広範囲に刑事責任を問うことが可能となっている⁽¹⁴⁾。生命や身体に損害を生じさせる危険性を備えた欠陥製品を開発・製造する企業体について言えば、現場での作業に従事する者(現業部門)に限らず、管理部門に属する者であっても、業務上過失致死傷罪としての刑事責任が問われ得るのである。この点で、最決平成17年11月15日刑集59巻9号1558頁〔埼玉医科大学事件〕⁽¹⁵⁾が、医局トップの耳鼻咽喉科科長に対してまで過失責任を認めているのが参考になる。

過失犯の拡大化(希薄化)を示すこのような理解や最近の判例の傾向に対しては、責任主義という刑法における大原則からの批判がなされ得るが、そもそも責任主義の原

則といえども、社会や時代を超えて絶対不変のものであり微動だにしないというものではないであろう。刑法には、責任主義以外にも、罪刑法定主義、法益保護等の数多くの重要な原理原則があるが、それらの関係は相互に緊張関係にあるとも言え、互いに相対的なものであって、社会状況(言うまでもなく現実の犯罪現象を含む。)によってそれらの原則の「固さ」は若干の弾力性を持つことが許されるであろう⁽¹⁶⁾。

過失犯が成立するための予見可能性について言えば、科学技術が高度に進展した現代社会において、専門性や技術性をほぼ独占する企業体が開発し、大量に市場に流通させた製品の危険性から、数多くの人の生命や身体という重要な利益の安全性を守る必要性は、非常に高い。一般消費者は、人工的に開発・製造された製品の危険性についての情報を十分に知る術はなく、製品の安全性を一方向的に信頼せざるを得ない状況にある。つまり、危険性がない安全な製品であるとの確実な信頼を寄せて当該製品を手に入れて使用せざるを得ないのである。製品を開発・製造した企業体が、当該製品の市場におけるシェアにおいてトップブランドであったり事実上の寡占状態にある場合には、なおさらである。そして、製品を開発・製造する企業体が有している専門性や技術力について言えば、情報の格差や対応力には企業体によって差がある。いずれにせよ、製品の開発・製造に関わる側の予見可能性に具体性を要求することによって責任主義を貫徹しようとするよりも、多くの人の生命や身体の安全という重要な法益の保護を優先することが考えられてもよいのではなかろうか。

刑法によって守られる保護法益には様々なものがあるが、国家的法益や社会的法益よりも個人的法益への傾斜という動きにも既に見られたように、保護法益の価値ないし重要性は社会状況によって変化し得るものである。人の生命や身体については、最近の刑事裁判実務における量刑動向やそれと関係する法定刑の引上げから窺われるように、法益としての重要性が高まっていると考えられる。現代社会における処罰の早期化を述べる主張も、この点を指摘している⁽¹⁷⁾。

5 過失犯の実行行為について、このように予見可能性を極小化・抽象化し、厳格な結果回避義務(違反)を中心に理解することは、過失行為と具体的に発生した結果(人の死傷結果)との間の因果関係については不作為犯における仮定的な因果関係の考え方に従うことになるであろうが、最決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁⁽¹⁸⁾において示された「直ちに被告人が救急医療を要請していれば…、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから…死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認

めるのが相当である。」という判断基準に従うと、過失行為と結果との因果関係が否定される場面は限られてくるであろう。

また、因果関係に関する最近の一連の判例は、実行行為が有する危険性が結果として現実化しているのか、という観点から因果関係の判断を行っていると考えられているが¹⁹⁾、因果関係(論)による帰責の限定ということは、この点からも非常に難しくなっているのが実情である。

6 このような過失責任の拡大化に対して、製品を開発・製造した者の刑事責任を限定するための考え方としては、許された危険の法理による違法性の減少ないし阻却が考えられるが、過失犯における予見可能性を極小化・抽象化してとらえると、行為が正当化される場面は非常に限られことになるであろう。

7 このように、企業体が開発・製造した製品に欠陥があり、市場に流通した後に実際に人の生命や身体を侵害した場合には、当該製品の開発・製造に関わった者は広く刑事責任を問われる可能性があることになる。現実には、訴追裁量が働くことによって過失行為者の選別や過失犯の実行行為の選別がなされるであろうが²⁰⁾、新聞報道等によると、最近は、特に社会的に大きな注目を浴びた事件については過失犯として積極的に起訴しようとする傾向にあるようである。不起訴とされた場合には、改正された検察審査会制度²¹⁾がどのように機能するのも注目されるところである。

IV 市場からの未回収に関する刑事責任(第2類型)

1 既に市場に流通しており多くの人が現に使用している(あるいは、これから使用しようとしている)製品に人の生命や身体に侵害を生じさせる危険性が存在することが判明した場合、当該製品の開発・製造に関わった者の刑事責任については、欠陥製品の回収義務とその根拠という観点から学説上の議論がなされている²²⁾。そして、この類型は不作為型の過失責任の問題であるとされている。

既に述べたように、欠陥のある製品を市場に流通させることの過失責任と既に流通している欠陥製品の回収を怠ったことの過失責任の両方が合わせて問題となるケースもある(薬害エイズ事件〔ミドリ十字ルート〕)。この場合には、死亡や傷害結果について故意責任が問われる可能性もあり得る。

2 まず初めに、市場から欠陥製品の回収を怠ったことに対する刑事責任が問われた代表的なケースを概観しておきたい。1つは、ドイツの連邦通常裁判所の皮革用スプレー事件として我が国でも紹介されている事件である。もう1つは、我が国において社会的

にも大きな注目を浴びた薬害エイズ事件〔ミドリ十字ルート〕である。これに関連して、薬害エイズ事件〔厚生省ルート〕においても、最近、最高裁は重要な判断を示している。

① ドイツ連邦通常裁判所の皮革用スプレー事件判決(1990年)(BGHSt. 37, 106.)⁽²³⁾。

市場で販売されていた皮革用スプレーを使用したことによる呼吸困難等の健康被害が発生しているとの報告がなされたにもかかわらず、製造会社の調査では欠陥や原因が明らかにならなかったため、製造会社の取締役によって、警告表示を行う等の措置が採られたものの、製品の販売の中止や回収は行われず、その後も健康被害が発生した、という事案である。

連邦通常裁判所は、健康への被害が発生する危険性のある製品を製造又は販売して市場に流通させた者には被害回避が義務付けられる、製造者又は販売者という保証人的地位により、既に販売されている危険な製品を回収する義務が生じる、等と述べて、製造会社の取締役の刑事責任を認める判断を行った。

② 薬害エイズ事件〔ミドリ十字ルート〕第1審・第2審判決(第1審は大阪地判平成12年2月24日判時1728号163頁、第2審は大阪高判平成14年8月21日判時1804号146頁)⁽²⁴⁾。なお、最高裁(最決平成17年6月27日)は、上告理由は実質は量刑不当の主張であるとして上告を棄却している。

薬害エイズ事件〔ミドリ十字ルート〕は、加熱製剤(加熱処理された製剤)の販売が開始された後も、HIV(エイズウイルス)が混入されている可能性を有している非加熱製剤(既に、非加熱製剤を投与された血友病患者の中に多数のHIV感染者が出ていた。)を販売し続け、その後、血友病患者に同薬剤が投与されHIVに感染させ死亡させたことに關して、血液製剤について当時の最有力の製薬会社であった株式会社ミドリ十字の代表取締役社長、代表取締役副社長兼研究本部長、そして代表取締役専務兼製造本部長の3名について、刑事上の過失責任(業務上過失致死罪)が問われた事件である。もともと、本件では、被告人らは起訴事実を認めており、過失の有無そのものは争われていない。

第1審判決は、3名の被告人のいずれについても過失責任を認めて禁錮の実刑判決を言い渡した。控訴審においては、代表取締役専務兼製造本部長が係属中に死亡し(公訴棄却となった)、残る2名の被告人については第1審判決後の弔慰金支払い等を情状として考慮して1審より短い期間の実刑判決が言い渡されたが、法律論は第1審の判断をほぼ踏襲している。第1審の判断は次のようなものである。

「被告人甲野太郎は、…血液製剤等の医薬品の製造販売を業とする株式会社ミドリ十字(…)の代表取締役社長として、同社の業務全般にわたる重要な案件について協議し決定する機関である常務会と経営会議を主宰し、営業方針、副作用の発生とその対

応等の業務全般について報告を受けるなど同社の業務全般を統括していたもの、被告人乙山一郎は、同社代表取締役副社長兼研究本部長として、常務会等を構成して同社の意思決定に参画し、被告人甲野を補佐して同社の業務全般を統括するとともに、後天性免疫不全症候群(以下「エイズ」という。)と血液製剤との関わりについての情報収集等の調査を含む医薬品の研究に関する業務全般を統括していたもの、被告人丙川次郎は、同社代表取締役専務兼製造本部長として、常務会等を構成して同社の意思決定に参画するとともに、医薬品の製造業務全般を統括していたものであり、いずれも同社の医薬品の製造販売に伴う危険の発生を未然に防止すべき地位にあった。」

「被告人3人は、この加熱クリスマシンHTの販売開始時点において、エイズと非加熱血液製剤との関わりが明らかになっていたことから、非加熱クリスマシンの販売を継続し、また、医療機関等に販売済みの非加熱クリスマシンを放置すれば、その投与により患者らをHIVに感染させ、エイズ発症により死亡させる危険性があることを予見することができ、かつ、血友病等の治療のため非加熱クリスマシンを販売することも販売済みの非加熱クリスマシンを留め置くこともその必要がなかったのであるから、直ちに非加熱クリスマシンの販売を中止するとともに、販売済みの非加熱クリスマシンを回収する措置を採るべき業務上の注意義務があった。すなわち、被告人甲野は、代表取締役社長として、常務会等に諮るなどして、販売中止回収の措置を実行すべき義務があり、被告人乙山は、代表取締役副社長兼研究本部長として、常務会等において、販売中止等の措置を採ることを提言するとともに、被告人甲野にその旨を進言すべき義務があり、被告人丙川は、代表取締役専務兼製造本部長として、常務会等において、販売中止等の措置を採ることを提言すべき業務上の注意義務があった。ところが、被告人3名は、いずれもこの義務を怠り、非加熱クリスマシンによるHIV感染とそれによるエイズ発症の危険性を深刻に受け止めることがないまま、代表取締役専務兼営業本部長甲山四郎(平成8年12月5日死亡)の提案に従って、加熱クリスマシンHT発売以後も引き続き非加熱クリスマシンを販売するとの営業方針を常務会等において了承し、非加熱クリスマシンの販売を継続するとともに、販売済みの非加熱クリスマシンを回収する措置を採らないという過失を犯した。」

「医薬品については、これを販売する医薬品の製造販売業者がその製品としての安全性の確保について第一次的かつ最終的な責任を負うべきものであるところ、ミドリ十字は、血液製剤のトップメーカーとして業界をリードし、物的的に十分な研究施設を備えていた上、米国子会社のアルファ社から同国における血友病患者のエイズ発症例等についての最新情報を入手し得る状況にあったのであり、監督官庁である厚生省

からの情報提供をまつまでもなくHIV感染の危険性を覚知し得たものである。また、血友病治療としてみても、加熱製剤の供給量を血友病患者の日常的な使用に支障のない程度に確保できるか、自社の非加熱製剤の安全性はどうかなどを正確に把握することができる情報を保持しているのは、ミドリ十字にほかならないのであるから、被告人らにおいては、厚生省による指示をまつまでもなく、前記のような中止、回収の措置を講じなければならないのである。厚生省において非加熱製剤の安全対策を所管する部局等に過失のある者が存在するとしても、その過失は被告人らの過失と競合するものであって、被告人らにおいて各自の過失責任を免れないのはもとより、そのことをもって販売した非加熱製剤の安全性について第一次的かつ最終的な責任を負うべき製造販売業者の側にある被告人らの罪責を大幅に軽減する理由とすることはできない。この点は、非加熱製剤を投与したことについて医療機関に過失があったとした場合についても同様である。」

裁判所の判断のポイントは、①被告人らの過失責任(注意義務違反)の内容として、非加熱製剤の販売を継続したことと販売済みの非加熱製剤を放置し回収しなかったことの両者、つまり、市場への流通と市場からの未回収の両者が合わせて示されていること、②非加熱製剤を市場へ流通させ続けると共に市場からの回収を行わなかった主体は、企業体である株式会社ミドリ十字であるが、3名の被告人が同社(企業体)の中において具体的・実質的に果たしていた役割と十分に関連付けながら被告人ら各人の過失責任の根拠と内容が述べられていること、③医薬品については、製造・販売会社が安全性の確保に第1次的・最終的な責任を負い、株式会社ミドリ十字が備えていた実質的な体制を考えると、監督官庁の厚生省の指示をまつまでもなく、市場への流通や市場からの回収についての措置が求められ、厚生省担当者や医療機関の過失とは別に被告人らの過失が成立する、という点にある。

これらのうち、①については、不作為犯としての作為義務が明確に示されておらず、注意義務とその違反という形で述べられてしまっている、との指摘がなされているが²⁵⁾、私見では、後述するように、過失犯においては注意義務が不作為犯における作為義務を包括し得ると考えるので、具体的な状況下における注意義務の内容とその違反が弛緩することなく十分に具体的に検討されているのであれば問題はないと考えている。②については、被告人らの企業体内部における実質的な役割や期待されている行為を規範的にとらえたものであり、過失犯の主体を拡大する方向性を有し得るものであるが、経済社会における刑事責任ないし処罰範囲の拡大、さらには、大量生産・大量消費の社会において欠陥製品によって人の生命や身体を侵害する行為の危険犯化

ということにもつながるものであろう。③については、製造・販売会社独自の過失を肯定し、それと厚生省の担当者の過失との競合を認めたものであるが、これについては、次に述べる薬害エイズ事件〔厚生省ルート〕が関係する。

③ 薬害エイズ事件〔厚生省ルート〕最高裁決定(最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁)⁽²⁶⁾。

薬害エイズ事件〔厚生省ルート〕は、厚生省薬務局生物製剤課長であった被告人について、HIV(エイズウイルス)が混入されている可能性を有していた非加熱製剤が投与された血友病患者が死亡したことに關して、非加熱製剤の販売の中止や回収等の行政上の措置を行わなかったことについての過失責任(業務上過失致死罪)の成否が問われた事件である。医薬品の製造や販売や投与を行っていない国の行政庁に属する特定の行政官個人について、不作為による過失責任を問うことができるのか、が問題となった。死亡した患者2名の内、大阪医大の患者に対する関係で過失責任を肯定した第1審と第2審の判断(執行猶予付きの禁錮刑)を最高裁は維持した。なお、帝京大の患者については、第1審と第2審のいずれにおいても無罪となっている。

最高裁の判断は次のようなものである。

「本件非加熱製剤は、当時広範に使用されていたところ、同製剤中にはHIVに汚染されていたものが相当量含まれており、医学的には未解明の部分があったとしても、これを使用した場合、HIVに感染してエイズを発症する者が現に出現し、かつ、いったんエイズを発症すると、有効な治療の方法がなく、多数の者が高度のがい然性をもって死に至ること自体はほぼ必然的なものとして予測されたこと、当時は同製剤の危険性についての認識が関係者に必ずしも共有されていたとはいえず、かつ、医師及び患者が同製剤を使用する場合、これがHIVに汚染されたものかどうか見分けることも不可能であって、医師や患者においてHIV感染の結果を回避することは期待できなかったこと、同製剤は、国によって承認が与えられていたものであるところ、その危険性にかんがみれば、本来その販売、使用が中止され、又は、少なくとも、医療上やむを得ない場合以外は、使用が控えられるべきものであるにもかかわらず、国が明確な方針を示さなければ、引き続き、安易な、あるいはこれに乗じた販売や使用が行われるおそれがあり、それまでの経緯に照らしても、その取扱いを製薬会社等にゆだねれば、そのおそれが現実化する具体的な危険が存在していたことなどが認められる。

このような状況の下では、薬品による危害発生を防止するため、薬事法69条の2の緊急命令など、厚生大臣が薬事法上付与された各種の強制的な監督権限を行使することが許容される前提となるべき重大な危険の存在が認められ、薬務行政上、その防止

のために必要かつ十分な措置を採るべき具体的義務が生じたといえるのみならず、刑事法上も、本件非加熱製剤の製造、使用や安全確保に係る薬務行政を担当する者には、社会生活上、薬品による危害発生の防止の業務に従事する者としての注意義務が生じたものというべきである。

そして、防止措置の中には、必ずしも法律上の強制監督措置だけではなく、任意の措置を促すことで防止の目的を達成することが合理的に期待できるときは、これを行政指導というかどうかはともかく、そのような措置も含まれるというべきであり、本件においては、厚生大臣が監督権限を有する製薬会社等に対する措置であることからすれば、そのような措置も防止措置として合理性を有するものと認められる。

被告人は、エイズとの関連が問題となった本件非加熱製剤が、被告人が課長である生物製剤課の所管に係る血液製剤であることから、厚生省における同製剤に係るエイズ対策に関して中心的な立場にあったものであり、厚生大臣を補佐して、薬品による危害の防止という薬務行政を一體的に遂行すべき立場にあったのであるから、被告人には、必要に応じて他の部局等と協議して所要の措置を採ることを促すことを含め、薬務行政上必要かつ十分な対応を図るべき義務があったことも明らかであり、かつ、原判断指摘のような措置を採ることを不可能又は困難とするような重大な法律上又は事実上の支障も認められないのであって、本件被害者の死亡について専ら被告人の責任に帰すべきものでないことはもとよりとしても、被告人においてその責任を免れるものではない。」

最高裁の判断のポイントは、①非加熱製剤の使用の実態とHIV(エイズウイルス)の感染による具体的な発症状況、そして、非加熱製剤が使用されることに伴う具体的な危険の存在に関して、製薬会社とは別に、非加熱製剤に承認を与えた国に期待される具体的な役割を明らかにし、②そのような状況下における1人の行政官である被告人の具体的・実質的な立場(実態)を踏まえた上で、被告人の作為義務を肯定した、という点にある。

これらのうち、欠陥製品の流通に対する刑事責任という本稿のテーマとの関係において注目される部分は、人の生命や身体への危険を含んだ欠陥製品の製造や販売自体を全く行っていないにもかかわらず、そのような製品が流通していることに対する国の責任(国に期待される行為)の内容とその根拠という点である。国に期待される行為によってどのような影響(効果)が考えられるのかという点から刑事上の過失責任を論じているが、過失責任の高度の規範化(要求水準化)が窺われる判断である。

なお、行政法上は、公務員個人が被害者に対して賠償責任を負うことはないと一般的に考えられているが²⁷⁾、公務員個人の賠償責任と刑事責任の関係をどのように考え

るべきかについては、なお議論の余地があると思われる⁽²⁸⁾。

3 市場に既に流通している欠陥製品によって人の生命や身体が害されたケースに関する代表的な判例を概観したが、市場に流通している欠陥製品を放置しておくことによる刑事責任については、当該欠陥製品の回収を行わなかったことに対する過失責任という問題として、回収義務の根拠と刑法上の位置付け、そして回収義務が発生するのはどのような場合であるのか、という形で学説が展開されている⁽²⁹⁾。

そこで、これまでに主張されている代表的な見解とそれぞれについて指摘されている問題点を確認すると共に(各見解については、適宜、趣旨を変えない程度に要約して紹介してある)、私なりの若干のコメントを行っておく。

① 法令根拠説⁽³⁰⁾。

回収義務の根拠として、民法その他の法令を上げる考え方である。

この考え方に対しては、刑法以外の他の法令を根拠にして刑法上の回収義務という作為義務を論じることの問題点が指摘されている。たしかに、他の法令のみを根拠に刑法上の義務を導くことについては、法目的の個別性・相対性に照らして問題があり、また、法令を根拠にするという法律構成は形式的に過ぎるとも言える。

② 先行行為説⁽³¹⁾。

回収義務の根拠として、製品の製造や販売等の先行行為を上げる考え方である。そして、先行行為に義務違反性(故意又は過失)を必要とすると、市場に流通した後に欠陥が明らかになり製品の回収が求められるような場合の過失責任を認めることができなくなってしまうので、一般的には、製造や販売等の先行行為には故意や過失は不要であるとされている。ドイツの皮革用スプレー事件において、連邦通常裁判所が示した見解でもある。

この考え方に対しては、製品の製造や販売等に関わった者の回収義務を容易に認めることができる一方で、製造や販売等に関わらなかった以上は回収義務違反による過失責任を認めることができない、という問題点が指摘されている。製品を製造する企業体内部の分業体制や配置転換という実情に合わないと言うことでもある。たしかに、欠陥製品が市場に流通する前段階である製造や販売等への関与がなかった(あるいは、極めて薄い関与しか有していなかった)場合であっても、欠陥製品の回収義務を負わせるべき場面が考えられるので、先行行為のみによって回収義務を根拠付けることは難しいであろう。

③ 危険源支配説⁽³²⁾。

回収義務の根拠として、法益あるいは危険源に対する排他的支配を上げる考え方であり、現在、最も有力に主張されている見解であると言われているが、排他的支配の内容について、事実上の支配という観点から説明を行おうとする立場、危険創出や危険増加という規範的な支配の観点から説明を行おうとする立場等、支配概念をめぐって数多くの主張がなされている。

この考え方に対しては、支配の理解をめぐって実に様々な主張がなされていることから窺われるように、曖昧な概念によって回収義務の根拠付けを行おうというものであるとの問題点が指摘されている。たしかに、刑法上の責任を判別する基準としては不明確であり、解釈論上の基準としては十分には機能し得ないであろう。

もっとも、人の生命や身体という重要な法益に対する危険性を抱えているという重大な欠陥を有している製品に対して一定の支配ないし影響力を有していることを根拠にして、流通している欠陥製品に対する回収義務を説明しようとする方向性は、正しいものと思われる。製品に対する支配ないし影響力を有していない主体については、回収という措置を刑法上期待することはできないからである。ただ、やはり今日の経済社会における製品の市場での流通状況や消費者の行動等を踏まえた上で、支配の中味、つまり、製品に対する支配を考えるにあたっての重要な判断要素は何であるのか、さらに具体的・実質的に検討されなければならない。

④ 効率性説⁽³³⁾。

回収義務の根拠、とりわけ主体の選別という点について、結果回避措置を最も効率的になし得る主体のみが保証人的地位に該当する、という考え方である。そして、この効率性を判断するに当たって、製品に対する危険情報の掌握、結果回避措置をなすことについての意思決定をなし得る地位(具体的な権限)等の諸要素を提示する。

この考え方に対しては、効率的な主体に責任を負わせようとする発想は経営学的な視点であり刑事責任に馴染まないことや、効率性判断が不明確である、という問題点が指摘されている。

もっとも、欠陥を有した製品が流通しているときに、人の生命や身体の安全を守り法益の保全を図るためには、誰に(いかなる主体に)どのような結果回避措置を課するのが有効・適切であるのか、という規範的な観点からの検討を行うことは、生命や身体の侵害に対する過失責任を考えるに当たっての正しい視点であると思われる。これは、法益の保全に向けての規範的な観点からする義務付けを示すものでもある。また、欠陥製品の回収による結果回避措置を誰に認めるのが相応しいのか、という政策的な視点は、法的責任である過失責任と必ずしも矛盾するものではないと思われる。一般的

な刑法解釈論においても、政策的な観点からの説明ないし議論がなされることは少なくない³⁴⁾。むしろ、刑事立法の時代と言われ、様々な新規の特別刑罰法規の制定や既存の犯罪に対する法定刑の引上げという現在の刑事法の問題意識と歩調を合わせた見方であるとも考えられる。

⑤ 社会的期待説³⁵⁾。

回収義務の根拠、とりわけ主体の選別という点について、社会が作為に出るべきであると期待する者について保証人としての主体性(身分)を認め得る、という考え方である。主体の選別という視点は効率性説と同じであるが、たとえ効率性が悪くても社会の期待に着目すべきであるとする。

この考え方に対しては、社会的期待というのは道徳的規範の言い換えに過ぎず、不作為犯の成立範囲が不明確なものとなる、という問題点が指摘されている。

もともと、欠陥を有した製品が市場に流通しているときに、人の生命や身体の安全を守り法益の保全を図るために、誰に(いかなる主体に)どのような結果回避措置を課すことを期待すべきか、という規範的な検討を行うことは、過失責任を考えるに当たっての正しい視点であると思われる。過失犯の成立要件である注意義務は、本来的に、「…という具体的な場面において、○○○○には△△△△という注意義務が課せられている」というものである。もとより、社会的な期待が道徳的・倫理的な期待であってはならないが、法益保護の観点からの規範的な期待を考えることは、法的責任である過失責任と矛盾するものではないであろう³⁶⁾。そして、効率性説のところでも述べたのと同様、刑事立法の時代と言われ、様々な新規の特別刑罰法規の制定や既存の犯罪に対する法定刑の引上げという現在の刑事法の問題意識と歩調を合わせた見方でもある。

4 欠陥製品の回収義務をめぐって展開されている代表的な考え方の概略は以上の通りであるが、欠陥製品が市場に流通していることによって人の生命や身体が害されるという結果の発生を防止する、という観点からは、製品の回収を行うことは市場から危険品を除去するということであり、生命や身体にとって最も効果的な(事前の)法益保護手段であるが、それが法益保護のための唯一の方法ではない。既に市場に大量に流通している欠陥製品について仮に完全な回収が果されなかったとしても(あるいは、欠陥製品の市場からの完全な回収が事実上不可能であったとしても)、当該製品の欠陥によって人の生命や身体が害される結果を防ぐための措置として十分な対応を行ったか否か、という規範的な評価ないし判断が重要であると思われる。

例えば、企業体が、ある製品を製造し多くの販売チャンネルを通して市場に当該製

品を大量に流通させているというときに、欠陥が判明したので製造や出荷を直ちに停止したとしても、市場への様々な流通ルートの途中にある製品について、販売停止のみならず製品回収を直ちに完全に実現することは事実上不可能であろう。ここでは、いかにして当該欠陥製品の使用を消費者に控えさせ、消費者を生命や身体の危険から遠ざけてその安全を図るべきであるのか、ということが重要である。従って、欠陥製品の回収義務(とその違反)という形に問題を限定すべきではないと思われる。

既に、3の各学説に対するコメントとして指摘したことでもあるが、欠陥製品の使用によって人の生命や身体に害が生じることを防ぐためには、具体的な場面において、「生命や身体という法益を守るべきという規範的な観点から見て、誰(いかなる主体)に、どのような(いかなる)措置を求めることが、過失責任の判断基準という点において有効・適切であるのか」、ということが重要な視点である。そして、この規範的な判断を行うに当たっては、「欠陥製品の使用から人(消費者)を遠ざけて生命や身体という重要な法益の保護を図るための効果的手段」という観点から、「①法益保護の観点からする当該製品に対する規範的な支配、②侵害防止のための効率的な対応、③社会一般からの期待」という諸要素が求められるであろう。さらにより具体的な判断要素(評価基準)を示すということになると、問題となっている欠陥製品の種類や性質、欠陥の内容・程度、市場における流通数、販売ルート等によって異なり得るであろうが、今日の社会状況における有力な手段として、各種のメディアやインターネット等を最大限に活用して、製品の危険性についての情報の提供(危険性の告知)の早急な実施を行うこと、を上げることができるであろう⁽³⁷⁾。

そして、製品の危険性について十分な情報の提供(危険性の告知)を受けたことにより、当該製品の危険性を認識しつつ(あるいは、危険性を自己責任により過小評価しつつ)、当該製品を使用し、これによって生命や身体が害された者(消費者)については、過失犯における被害者の同意(承諾)の問題として位置付けられる危険の引受けの法理によって、違法性の減少ないし阻却を考えることができるであろう⁽³⁸⁾。

なお、薬害エイズ事件〔厚生省ルート〕最高裁決定(最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁)が、製造や販売を行っていない行政官である被告人について、「同製剤は、国によって承認が与えられていたものであるところ、その危険性にかんがみれば、本来その販売、使用が中止され、又は、少なくとも、医療上やむを得ない場合以外は、使用が控えられるべきものであるにもかかわらず、国が明確な方針を示さなければ、引き続き、安易な、あるいはこれに乗じた販売や使用が行われるおそれがあり、それまでの経緯に照らしても、その取扱いを製薬会社等にゆだねれば、そのおそれが現実

化する具体的な危険が存在していたことなどが認められる。…被告人は、エイズとの関連が問題となった本件非加熱製剤が、被告人が課長である生物製剤課の所管に係る血液製剤であることから、厚生省における同製剤に係るエイズ対策に関して中心的な立場にあったものであり、厚生大臣を補佐して、薬品による危害の防止という薬務行政を一体的に遂行すべき立場にあったのであるから、被告人には、必要に応じて他の部局等と協議して所要の措置を採ることを促すことを含め、薬務行政上必要かつ十分な対応を図るべき義務があったことも明らか」と述べてその刑事責任を肯定した点についても、このような思考を窺うことができるであろう。

もとより、このような説明による過失責任ないし注意義務違反の説明については、規範の具体的な中味等に相当程度の曖昧な点が残ることは否定できないが、今後の具体的な事例における裁判所の判断(さらには、検察官の訴追裁量権行使の内容)の集積に注目していきたい。

5 これまで、欠陥製品を回収すべき作為義務と過失犯における注意義務との関係が必ずしも明確にされないまま、欠陥製品の回収についての過失責任の成否が論じられてきたことについて、その問題点を指摘する学説が少なくない。

しかし、作為犯に対置される不作為犯については、哲学的な存在論の見地からする作為犯との違いが主張され、そのため、不真正不作為犯については当該の不作為が作為と等価値であることが求められてきたのである。そして、欠陥製品の市場での流通については、薬害エイズ事件〔ミドリ十字ルート〕において裁判例が示したように、「流通させるという作為」と「回収しないという不作為」が一体となって1つの社会的事象として現れることが少なくなく、不作為犯における作為義務(保証者的地位)と過失犯としての注意義務との理論的な関係に腐心することは、事案の解決(刑事過失責任の成否)にとって有益なことではあるとは思われない。

もとより、業務上過失致死傷罪における過失責任(注意義務違反)の認定が安易に流れてしまうことは許されないが、不作為の作為との等価値性判断においても実質的な判断が行われることからすれば、作為義務論はより大きな(一般的)責任要件である過失犯の実質的な注意義務論の中に吸収させて論じることが許されるのではなからうか。具体的な事案の解決において結論を左右することも考えにくい³⁹⁾。

6 既に市場に流通している欠陥製品に対する過失犯の注意義務について、以上に述べた考え方を前提にすると、過失行為と具体的に発生した結果(人の死傷結果)との間の因果関係については、「流通している製品が有している危険性について、十分な情報の

提供(危険の告知)を行えば、生命や身体が害されることはなかったであろう」という形で、第1類型と同様に、不作為犯における仮定的な因果関係の考え方によることになるであろうが、ここでも、過失行為と結果との因果関係が否定される場面は、因果関係をめぐる最近の判例の傾向からすると、考えにくいであろう。

7 また、欠陥製品が市場に流通したままの状態であることに起因して人の生命や身体が侵害されたことに関して、過失犯の実行行為性や因果関係が認められる者については、先にも述べように、製品の危険性を認識しつつ(あるいは、危険性を自己責任により過小評価しつつ)当該製品を自らの判断で使用しこれによって生命や身体が害された者(消費者)による被害者の同意(承諾)ないし危険の引受けの法理によって、違法性の減少ないし阻却を考える余地がある。

市場に流通している製品が欠陥を有していることが明らかになった際における製品の回収その他の措置という場面においては、許された危険の法理による違法性の減少ないし阻却を考えることは困難であろう。

V 経済活動と刑事法の関わり

1 科学技術の成果を活用することによって開発・製造された製品は、現代の我々の日常生活にとって欠くことのできない存在である。そのような製品が実は何らかの欠陥を抱えており、その欠陥は、製品の利用者の生命や身体を(往々にして大量に)侵害し得るものであるとなると、人の生命や身体という重要な法益の保護という点から、刑事法としても大きな関心を持たざるを得ない。また、製品の開発・製造の過程における問題点(瑕疵)や、流通ルートに乗せて消費者の手が届く所にまで危険な欠陥を到達させ、あるいは、到達する直前に回収すべきことを怠って、それにより重大な結果を招くという点では、製品の開発・製造に携わる企業体(事業者)の活動にも関わる問題であり、この面からも、経済活動に対する刑事法の関わり方が問題となる。従って、欠陥製品に対する刑事規制(具体的には、業務上過失致死傷罪の成否の判断方法)のあり方は、現代社会の経済活動に対する刑事規制という問題の一環であると言え、いわゆる経済刑法という研究分野に属させることが可能である⁽⁴⁰⁾。

そして、近時は、経済取引に関係した行為の内、悪質性が極めて高いと考えられるものに対しては、罪刑法定主義に反しない限りにおいて、比較的柔軟に刑事処罰に向けての刑事司法活動(捜査、起訴、有罪の判断)が実践されていると言ってよいであろう。例としては、金融商品取引法(旧証券取引法)が規制するインサイダー取引や、会

社法が規制する株式会社の取締役等による背信的な行為の取引相手についての特別背任罪の共犯、そして、各種の悪質商法に対する規制等である。これらに関する具体的な判例(裁判例)の詳細を本稿において紹介することはできないが、問題となる各種の特別刑罰法規(特別刑法)中の一般条項の活用や、やや抽象的で漠然とした内容の保護法益を援用することによって、刑事処罰を積極的に導こうとしているものが少なくない⁽⁴¹⁾。また、既存の法律や構成要件で対応できない場合には、各種の特別刑罰法規の新規立法による対応が行われる。最近の刑事立法の増加現象も、これに関わるものである。また、刑法典中の犯罪について言えば、詐欺罪による処罰を積極的に行おうとする最近の判例の傾向がある。これは、詐欺行為や財産的損害の解釈を柔軟に行うことによって、詐欺罪の処罰範囲を拡大しようとするものである⁽⁴²⁾。詐欺罪は取引ないし取引類似場面において問題となる財産犯であり、やはり経済活動を規制する機能を有する犯罪である。

自由主義経済体制下における様々な経済活動に対して、それぞれの刑罰法規が拡大し抽象化した保護法益を示しながら積極的に刑事規制を行おうとすることは、経済活動に関わる「行為自体」を規制しようすることに他ならない。そして、自由主義経済体制であることや自由な経済活動であることを悪用した他者を全く顧みない悪質な経済「行為」を規制することの社会的な了解(立法事実)は、現在、一般的にも社会的な認知を得ていると言ってよい。

また、経済活動に対する刑事規制を考えるに当たっては、各犯罪の保護法益の変質を指摘することが可能である。例えば、特別背任罪(会社法960条以下)は財産犯である刑法典中の背任罪の特別罪であるとされてきたが、当該株式会社の社会における役割や公共性(経済社会の中における株式会社)という要素をも合わせた性格付けを考える必要もある⁽⁴³⁾。さらには、経済状況や取引態様の変化によって処罰範囲の影響を受けやすい詐欺罪についても、経済活動における取引ルールの尊重という要素を保護法益として加味することが求められることになる。

2 本稿で取り上げた欠陥製品の流通に関しては、刑法の業務上過失致死傷罪の成否が問題となり、同罪は生命や身体に対する罪であるが、既に述べたように、製品の開発や製造についての知識や情報を十分に持ち合わせていない製品利用者(無数の消費者)に対して開発・製造者側が負うべき義務は厳格なものと考えらるべきであり、過失犯の注意義務論について言えば、過失の実行行為者に必要とされる予見可能性の極小化・抽象化が導かれるべきである。その意味で、危惧感説を再評価すべきことを主張したい。

予見可能性を極小化・抽象化することに対しては、責任主義の観点からする批判が予想されるが、責任主義という原則といえども、社会や時代を超えて全く微動だにしない普遍的な固さを有する存在とまで考える必要はなく、他の原則、ここでは現代社会における生命や身体の安全という保護法益との関係で多少の相対性を有するものと考えたい。保護法益やその重要性は、社会状況等に応じて、どのような利益をどのような攻撃行為からどの程度厚く保護すべきであるのか、という形で常に問題となり得る。

本稿で指摘しておきたいことは、欠陥製品をめぐる現在の状況、即ち、開発・製造者側と利用者・消費者側との間の著しい情報格差や、生命や身体に対して予想される侵害の内容や程度等に照らすと、予見可能性の水準を多少は弾力的に極小化・抽象化することによって(多くの)製品利用者の生命や身体の安全を手厚く保護しようとする判断枠組みも許されるのではなかろうか、ということになる。

3 経済活動に対する刑事規制については、各種の特別刑罰法規(行政刑法)によって、法人処罰(但し、自然人の処罰に加えて法人に罰金刑を科すという両罰規定)が設けられている。独占禁止法や金融商品取引法(旧証券取引法)等がその例であるが、法人処罰規定は今後さらに増える傾向にある。また、法人処罰をめぐる議論も盛んに行われている⁽⁴⁴⁾。

製品の欠陥によって人の生命や身体を侵害することについては、事件(事故)が起きる前に、法人処罰規定を有する特別刑罰法規によって、生命や身体に対する危険の発生に対応することが一部認められているが(例として、道路運送車両法)、このような規制から漏れた場合で、かつ、実際に生命や身体が害されたものの自然人行為者を処罰することができない場合には、刑事規制(刑事的評価)という点で問題が残ることは否定できない。被害者や国民からの処罰感情には無視し得ないものがある。

現状では、欠陥製品に起因する事故による法益侵害に対しては、刑法の業務上過失致死傷罪による対応によらざるを得ないが、欠陥製品事故に限らず、例えば医療事故についても、個々の自然人行為者のみならず、法人の刑事処罰を検討していくべきことを指摘し得るが、刑法典という基本法典の中に法人処罰規定を設けることについては、相当の議論が必要とされるであろうし、実現への壁は高い。

従って、当面は、実質的には企業体(法人)の体系的な過失行為による事件(事故)であると考えられる場合には、過失犯の主体や実行行為性(注意義務論)の具体的な解釈適用の中で、事件(事故)の実態にできるだけ近付けるような刑法的評価を行っていくことになる。そして、監督過失の議論や、それを発展させた安全体制確立義務に

についての議論、組織体としての過失であることを指摘しようとする一部の裁判例⁽⁴⁵⁾の中に、このような方向性を見出すことができる。

VI おわりに

欠陥製品事故によって人の生命や身体という尊い利益が侵害されるということは、科学技術が高度に進んだ現代社会における副作用ないし病理現象でもある。民事法の領域においても、製造物責任をめぐる議論は決して古くから展開されてきたものではない。そして、製品の欠陥によって実際に生じている被害の状況を踏まえると、行政上の措置にも限界があることをも考えれば、刑事法による対応から目を背けることはできないであろう。欠陥製品の市場における流通によって、多くの人の生命や身体という重大な利益が危険に晒されるが、現状では、特別な規定が存在しない限り、刑法の業務上過失致死傷罪によって製品の開発や製造等に関わった自然人行為者の刑事処罰を行うという対応によらざるを得ない。

本稿は、このような問題意識の下、業務上過失致死傷罪の適用に当たっての刑法上の問題点を、市場への製品の流通と市場からの製品の未回収という2つの場面があることを前提に、若干の検討を行ったものである。私見の要点は、①過失犯の注意義務の前提である予見可能性を極小化・抽象化して考えるべきであり、②製品の流通や回収に関する結果回避義務としては、情報提供(危険の告知)が重要な要素として考えられるべきであること、③消費者に対する情報提供(危険性についての情報告知)は開発・製造者側の違法性を減少ないし阻却させる要素となること、さらには、④経済活動に対する刑事規制への積極的な期待、生命や身体に対する保護の重要性の高まりや生命や身体に対する罪の危険犯化、ということになる。

もとより、責任主義という刑法上の重要な原則との関係や刑事規制の役割論⁽⁴⁶⁾等との関係で、私自身の理解の不十分さに由来する誤解部分や論理が飛躍している箇所があるであろうが、拙いなりにも、若干の問題提起につながれば幸いである。

欠陥製品に対する刑事規制の問題を取り上げた本稿を1つのきっかけとして、刑事立法の増加や重罰化、さらには法人処罰をめぐる議論等をも含めて、多くの国民が関わる日常生活ないし経済活動に対する刑事法の関わり方という大きなテーマについて、今後さらなる研究を深めていきたい。その際には、「国民の目が届く」「国民が理解できる」「国民が納得し信頼を寄せる」刑事司法の実現という発想は、不可欠であると思われる⁽⁴⁷⁾。

【註】(1) 薬害エイズ事件は、帝京大ルート、ミドリ十字ルート、厚生省ルートの3ルートに分かれて刑事責任が問われたが、いずれも終結している(帝京大ルートの被告人は控訴審係属中に死亡し、公訴棄却となった)。本稿のテーマとの関係では、ミドリ十字ルートと厚生省ルートが重要である。

薬害エイズ事件の3ルートについて全般的な検討を行ったものとして、山口厚「薬害エイズ事件三判決と刑事過失論」ジュリスト1216号(2002年)10頁以下、『実務 医事法講義』(2005年)582頁以下〔甲斐克典執筆〕。

(2) 企業不祥事や証券取引不祥事に対しては、特別背任罪や証券取引法(現 金融商品取引法)違反による刑事責任追及が積極的に行われる傾向にある。

(3) 殺人罪に対する具体的な量刑が重くなっていることや、最近の刑事立法における処罰範囲の拡大や早期化と言われる動きは、これを示すものである。最近の刑事立法の動向に関して検討を行ったものとして、井田良「最近の刑事立法をめぐる方法論的諸問題」と松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)54頁以下。

(4) 製品に欠陥があることを認識しながら市場での流通を維持しようとする活動は、生命や身体を侵害することについての未必の故意を認定し得る場合が少なくないであろう。

(5) 民事責任においては、損害賠償金の支払い能力という点で、法人を相手(被告)にして請求する方が実効性が高い。実際にも、民法715条の使用者責任は広汎に活用されており、また、企業に対して端的に709条の一般不法行為責任を問い得ることも主張されている。

(6) 独占禁止法や金融商品取引法等においては、両罰規定としての法人処罰の規定が置かれている。理論的には事業主である法人の過失が推定されると考えられている。最判昭和40年3月26日刑集19巻2号83頁。

(7) 過失犯の構造に関する基本的な議論状況を紹介したものの例として、高山佳奈子「過失の概念」『刑法の争点』(2007年)74頁以下。

(8) 藤木英雄『刑法講義総論』(1975年)240頁。危惧感説を積極評価しようとする最近のものとして、井田良『講義刑法学・総論』(2008年)208頁。

(9) 本判決に対する一般的な解説として、古川伸彦「予見可能性の意義(1) — 北大電気メス事件」『刑法判例百選総論【第6版】』(2008年)102頁以下。

(10) 本決定に対する一般的な解説として、北川佳世子「予見可能性の意義(2)」『刑法判例百選総論【第6版】』(2008年)104頁以下。

(11) 本決定に対する一般的な解説として、山口厚「予見可能性の意義(3)」『刑法判例百選総論【第6版】』(2008年)106頁以下。

(12) 高山・前掲(7)74頁。山口厚『新判例から見た刑法【第2版】』(2008年)73頁は、要求される結果予見可能性は程度問題であるとする。

(13) 火災事故について安全体制確立義務の考え方を示すものとして、最判平成3年11月14日刑集45巻8号221頁〔大洋デパート事件〕や最決平成5年11月25日刑集47巻9号242頁〔ホテルニュージャパン事件〕等。

(14) これに批判的な見方を示すものとして、大塚裕史「管理・監督過失」『刑法の争点』(2007年)81頁以下。

(15) 本決定に対する一般的な解説として、北川佳世子「大学附属病院の医療事故において耳鼻咽喉科科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例 — 埼玉医科大学事件」『ジュリスト平成17年度重要判例解説』(2006年)163頁以下。

(16) 責任主義等の刑法における諸原則が他の社会的要請との間で比較衡量を許す柔軟なものであることを指摘するものとして、井田・前掲(3)62頁。

(17) 処罰の早期化を含む刑罰積極主義について、井田良『変革の時代における理論刑法学』(2007年)11頁以下(第1章 社会の変化と刑法)。

(18) 本決定に対する一般的な解説として、平山幹子「不作為の因果関係」『刑法判例百選総論[第6版]』(2008年)10頁以下。

(19) 最近の代表的な判例として、最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁〔大阪南港事件〕、最決平成4年12月17日刑集46巻9号683頁〔スキューバダイビング事件〕、最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁〔高速道路侵入事件〕、最決平成18年3月27日刑集60巻3号382頁〔トランク監禁事件〕。

従来の相当因果関係説と最近の判例が採る「危険(性)の現実化」という枠組みについて検討を行ったものとして、山口厚「因果関係(2)」『刑法の争点』(2007年)22頁以下。

(20) 山口・前掲(12)71頁は、(抽象的法定符合説を前提とする以上)過失犯において、訴追裁量の適切な行使を期待するほかはないとする。

(21) 再度の審査における検察審査員8名以上の多数による起訴すべき旨の議決に拘束力が与えられるようになった(検察審査会法41条の6以下)。

(22) 最近の主な論考として、岩間康夫「製造物責任と不作為犯論」現代刑事法4巻9号(2002年)26頁以下、塩見淳「瑕疵ある製造物を回収する義務について」刑法雑誌42巻3号(2003年)81頁以下、神例康博「欠陥製造物の回収とその限界に関する覚書 — いわゆる薬害エイズ・ミドリ十字事件刑事判決を契機として —」『板倉宏博士古稀祝賀論文集 現代社会型犯罪の諸問題』(2004年)183頁以下、甲斐克典「欠陥製品の製造・販売と刑事過失」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』(2006年)157頁以下、北川佳世子「欠陥製品回収義務と刑事責任 — 市販後の製品回収義務の根拠をめぐるわが国の議論」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』(2006年)181頁以下、岡部雅人「刑事製造物責任における「回収義務」について」早稲田大学大学院法研論集123号(2007年)等。

(23) 皮革用スプレー事件判決について検討を行ったものとして、北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点 — ドイツ連邦通常裁判所の皮革用スプレー判決をめぐる議論を手掛かりに —」早稲田法学71巻2号(1996年)171頁以下等。

(24) 薬害エイズ事件〔ミドリ十字ルート〕について検討を行ったものとして、北川佳世子「薬害エイズミドリ十字ルート第一審判決について — 薬害企業の刑事責任 —」海上保安大学校研究報告47巻1号(2002年)51頁以下、甲斐克典「薬害と製薬会社幹部の刑事責任 — 薬害エイズ事件ミドリ十字ルート判決に寄せて —」広島法学27巻2号(2003年)239頁以下等。

(25) 神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」『福田平=大塚仁博士古稀祝賀 刑事法学の総合的検討(上)』(1993年)46頁。

(26) 薬害エイズ事件〔厚生省ルート〕について検討を行ったものとして、齊藤彰子「薬害エイズ厚生省事件最高裁決」『ジュリスト平成20年度重要判例解説』(2009年)172頁以下、北川佳世子「行政官の不作為と刑事責任 — 薬害エイズ厚生省ルート最高裁決定 —」刑事法ジャーナル14号(2009年)73頁以下。

(27) 最判昭和30年4月19日民集9巻5号534頁等。行政法学上の通説である。

(28) この点を指摘するものとして、塩見・前掲(22)92頁。

(29) これまでの学説を整理したものとして、北川・前掲(22)191頁以下、岡部・前掲(22)107頁以下。

(30) 高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』(2003年)67頁以下。なお、皮革用スプレー事件の原判決はこの立場であると理解されている。

(31) 神例・前掲(22)192頁。

(32) 事実上の支配を問題にするものとして、神山敏雄「保障人義務の類型」岡山大学法学会雑誌44巻1号(1994年)24頁。規範的な観点から支配を考えるものとして、佐伯仁志「不作為犯論」法学教室288号(2004年)59頁以下。

(33) 鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号(1999年)354頁。

(34) 代表的なものとして、中止犯の法的性格論における政策説がある。

(35) 塩見・前掲(22)90頁。

(36) 井田・前掲(8)81頁は、刑法は行為規範を手段として法益の侵害や危険を防止するために存在しているとす。

(37) 岡部・前掲(22)115頁以下。なお、神例・前掲(22)193頁。

(38) 危険の引受けに関する裁判例として、千葉地判平成7年12月13日判時1565号144頁〔ダートトライアル事件〕。

(39) 橋爪隆「監督過失(3) — ホテルニュージャパン事件」『刑法判例百選総論[第6版]』(2008年)121頁は、新過失論を前提とした場合には、作為義務と過失犯における注意義務は、具体的状況において誰がいかなる危険回避措置を講じるべきかを特定するものでありその判断は実質的に一致するとしている。

(40) 神山敏雄他『新 経済刑法入門』(2008年)260頁以下は、欠陥商品をめぐる犯罪を、一般消費者・投資家に対する経済犯罪として位置付けている。

(41) 例として、インサイダー取引の保護法益として証券市場の公正性や健全性に対する一般投資家の信頼の確保を述べる最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁〔日本織物加工事件〕等。

(42) 木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報60巻4号(2008年)1頁以下は、詐欺罪として処罰される損害は時代によって変化するものであるとして、最近の判例は詐欺罪の処罰範囲を拡大する傾向にあることを指摘する。

(43) 伊東研祐「会社法罰則と背任罪(刑法247条)解釈の視座」刑事法ジャーナル17号(2009年)47頁以下は、特別背任罪は、資本主義市場経済の持続及び健全な展開・発展状況、そのための円滑な経済活動秩序の維持という社会法益を保護する罪であるとする。

(44) 法人処罰をめぐる最近の諸問題については、山口厚他「現代刑事法研究会〔第2回〕座談会 法人処罰」ジュリスト1383号(2009年)132頁以下。

(45) 東京地判平成18年3月20日判時2008号151頁〔日航機ニアミス事件〕。

(46) 刑事制裁のみならず、行政制裁や民事制裁をも含めて制裁制度を総合的に比較し検討するものとして、佐伯仁志『制裁論』(2009年)。

(47) 国民の司法参加を実現する裁判員制度も、この流れの中に位置付けられる。

横浜事件再審判決の問題点(2・完)

—— 再審公判のあり方との関係を中心に

新屋達之

| | | |
|------|-------------------------|----|
| IV | 再審開始決定の効力(承前)..... | 34 |
| V | 再審公判における「公訴権」の概念..... | 35 |
| VI | 再審公判における訴訟条件とその先決性..... | 39 |
| VII | 再審理由としての免訴の意味..... | 42 |
| VIII | まとめにかえて..... | 44 |

IV 再審開始決定の効力(承前)

4 (1) 本稿(1)脱稿後、最高裁は、本件上告に対する上告棄却判決を言い渡した⁽²²⁾。同判決は、次のようにいう。

「再審制度がいわゆる非常救済制度であり、再審開始決定が確定した後の事件の審判手続(以下『再審の審判手続』という。)が、通常の刑事事件における審判手続(以下『通常の審判手続』という。)と、種々の面で差異があるとしても、同制度は、所定の事由が認められる場合に、当該審級の審判を改めて行うものであって、その審判は再審が開始された理由に拘束されるものではないことなどに照らすと、その審判手続は、原則として、通常の審判手続によるべきものと解されるところ、本件に適用される旧刑訴法等の諸規定が、再審の審判手続において、免訴事由が存する場合に、免訴に関する規定の適用を排除して実体判決をすることを予定しているとは解されない。」

すなわち、最高裁は、通常審公判と再審公判の間に一定の差異があるとしても、①再審公判が審級に従って行なわれる点、ならびに②再審開始決定は再審公判に対する拘束力を有しない点を根拠として、再審公判にも免訴規定がそのまま適用されるというのである。

①は再審一・二審判決も触れていた点であるが、主に法の文理に基づく形式論に根拠を置くものである。理論上、そう考えることが正当か否かは、後に改めて検討したい。②は、本判決が始めて明示したものであるが、再審一・二審判決もこのような見解を前提としていることはいうまでもない。この問題は、再審開始決定の効力の問題でもあるので、ここで検討を加えておくこととする。

(2) 再審開始決定が後の再審公判にいかなる効力を持ちうるか、すなわち、再審開始決定の拘束力をめぐっては、以前から、拘束力肯定説⁽²³⁾と否定説の対立があった。

否定説は、「再審開始決定は、原判決に再審理由に該当する事実が存在するので本案事件について再審の審判がなされるべき旨を判断するにとどまり、いかなる事実認定をも行うものではないから、最新の終局裁判に対する拘束力もこの限度にとどまるからである」という⁽²⁴⁾。あるいは、現確定判決の事実誤認の有無は再審公判で決せられるのであり、再審開始決定は「直ちに原判決に事実誤認のあることを示すものではない。その決定の効果は、その事実に関する確定判決の拘束力のみを排除するものであって、その他の原確定判決の効力を左右するものではない」ともいわれる⁽²⁵⁾。また、明言する見解は存在しないが、再審判決で確定判決と同様の有罪判決を言い渡しうること(刑訴

452条は、不利益変更の禁止にとどまる。)も、拘束力否定説の根拠となるかもしれない。

しかし、再審請求審は、新証拠のみを評価して確定判決を弾劾・破棄するわけでない。請求審は、先にも触れたとおり、「もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべき」(白鳥決定)なのである。そうすると、何をもちて証拠構造分析と考えるかの問題はここでは措くとしても、少なくとも再審開始決定を出そうとする限り、確定判決の認定過程やその証拠的基礎、新証拠がそれらに与える影響に踏み込まざるを得ない。この点で、再審請求審は確定判決の当否を審査する場であり、事実認定を全面的にやり直す場でないといっても、それは請求審の構造に反しない限り⁽²⁶⁾でのことであり、新証拠の存在に伴い確定判決がどう変動するかという新たな事実認定なしに再審開始決定を行うことはできないはずである⁽²⁷⁾。

また、再審判決で再度の有罪判決が可能なことも、再審公判において請求審提出の新証拠が再度弾劾され、あるいは(その可否や程度の問題は別に考えなければならないが)新たな有罪証拠が提出されれば、証拠状態が変動する。だとすれば、再審開始決定に拘束力が存在しても、再審公判での証拠提出により開始決定の拘束力は破れるから、特段の不都合は存在しない。

さらに、拘束力否定説の背景には、再審請求審は、再審公判を開く要件の存否を判断するものであるところ、特に再審開始決定の場合、後に再審公判・再審判決が控えている点で、もともとは「訴訟手続に関し判決前にした決定」(刑訴420条1項)であり、中間的判断としての性格が強いものであるから、拘束力を肯定する根拠や実益に乏しいということも考えられよう。しかし、再審開始決定に中間的判断としての性格が強いことは事実だとしても、法が開始決定に関する即時抗告を許容した(刑訴450条)のは、再審手続の特殊性に配慮したものだとしても、純粹・単純な中間的判断ではなく、確定判決の効力の破棄という効果の重さにかんがみ、終局的判断としての性格をある程度付与する趣旨を含んでいるからと考えられる⁽²⁸⁾。そしてこのように考えるならば、再審開始決定の拘束力は、むしろ存在すると考えるべきように思われるのである。

V 再審公判における「公訴権」の概念

1 ここで改めて、再審公判における訴訟条件適用の可否の問題に戻り、それを検討する前提問題となる、再審公判における「公訴権」の概念について、検討することとしたい。

再審開始決定によっても確定判決の効力は失われず、それが失われるのは再審判決

時ないしその確定時だと解する「平行説」の場合、再審公判手続と通常審の公判手続との間には基本的な等質性が存在することが前提となるから、両者は平行可能と解されるのであろう。従って、再審の審理は原確定判決の手続を利用し、これに連続したものとして行なわれても問題がないとされる⁽²⁹⁾。

これを公訴権の問題に引きなおすと、通常審の公判と再審公判の基本的な等質性を前提とする限り、「平行説」においては、再審公判においても通常審とほぼ同様な公訴権が存在すると観念することになるはずである。従って、「平行説」によれば、再審開始決定は、通常審的な意味における公訴権を復活させるための手続ということになる。すなわち、再審開始決定は通常審とほぼ同様な公訴権の復活手続であり、再審公判はその復活した通常審的公訴権の存否を改めて判断する場だということとなる。ただ、再審公判の場合、確定判決が破棄された後の手続であるという事実を、理論的にというよりもむしろ政策的に考慮して、一定の修正を加えるのだということとなろう。例えば、再審公判での訴因変更を通常審と変わりなく認める⁽³⁰⁾、あるいは不利益変更禁止(刑訴452条)の趣旨に関しない限り自由である⁽³¹⁾というのは、この表われだといえる。

再審公判は公判手続の更新に準ずる手続だという見解も、これと軌を一にする立場のように思われる。ただし、確定判決が再審開始決定によって破棄されると、もちろん多少の修正は加わるにせよ、それはいわば確定前のふり出しに戻された状態に戻ることを意味する。再審開始決定は、いわば一旦停止された公判を再開するという意味に近い手続なのである。

2 これに対しては、再審開始決定によっても確定判決の効力はなお残り、それが消滅するのは再審判決の確定によってであるとする「平行説」の前提となる確定力の理解やその効力のあり方自体に問題が残ることは、先にみたとおりである。

「平行説」に対立するかかる見解によれば、再審開始決定によって確定判決の効力はその時点で遮断・消滅させられることとなる。この意味で、これは仮に「遮断説」と呼ぶことができよう。

ところで、再審公判のあり方との関係でいえば、最近の学説においては、再審公判における訴因変更について、それが基本的に自由であるとするのは再審制度の趣旨に合わないとし、拡張的な変更は許されず、撤回や縮小方向での変更のみが許されるとする見解が有力である⁽³²⁾。

この見解には、むしろ、現行の再審が利益再審制度であり、不利益変更も禁止されているという制度的背景がある。しかし、かかる見解は、単なる政策的配慮から訴因

変更の限界を説いているのであろうか。けだし、再審開始決定が通常審とほぼ同様の公訴権を復活させる手続だというのであれば、公訴権の行使の一態様である訴因変更も、通常審とほぼ同様に行なうべきであり、せいぜい政策的配慮から制限されるにすぎない。しかし、一事不再理効を二重の危険の観点から位置づけると、再審公判における訴因変更は、そもそも一旦確定した事件で被告人に新たな防御を余儀なくすることになる点で、許さるべきでないこととなる。更に、一事不再理効を支える二重の危険概念は、通常審で一度公訴権が行使されたことにより、それが消滅したとする公訴権消耗論とも深いつながりを有してきたことは周知のとおりである。だとすれば、刑罰権の存在を確認する、あるいはそれを形成するという公訴権の核心部分が、再審段階でそのまま復活するとは考え難い。公訴権が確定審で使い尽くされた以上、再審であるからといって、それが確定審と同様の形で復活するというのは、公訴権の「消耗」という趣旨と相容れないからである。そして、これらの点で、訴因変更の原則的禁止ないし有利な変更のみが許されるという片面的理解が、二重の危険の効果として、当然に想定されてくる。

3 もっとも、このことから、再審で「公訴権」が全く存在しないとまでいうことはできないであろう。再審も一種の訴訟である以上、一定の訴訟対象を有し、それをめぐって攻防が展開されることは否定できないからである。

ところで、通常審の場合、原告適格はもっぱら検察官にのみ存在し(刑訴247条)、被害者の私的利益への考慮・配慮もあるにはせよ、犯罪により侵害された国家ないし社会の利益保護を目的とするのが公訴権である。いわば公共空間の関係を規律するものである。

検察官はこのような権限を持つと同時に、挙証責任も原則として負担する。さらに、公訴権は実体判決請求権であるといっても、現状認識という意味でみれば、有罪判決を得られる可能性が高いと検察官が判断した場合に行使され、実質的には嫌疑の存在を前提とするものとなっている。公訴権が実体判決請求権だとしても、それは「有罪判決の得られる見込みを前提とする実体判決請求権」であり、いわば「修正された実体判決請求権」であるとする見解³³⁾が現われるのも、この点に由来する。

このように、通常審における公訴権は、その実態も踏まえると、きわめて攻撃的な性格を有し、防御的性格は皆無に等しい。この点で、通常審における公訴権は、理論的には有罪・無罪を問わず実体判決に向けられた検察官の権限だといえても、実質的には、国家権力による積極的な犯罪事実立証権限である。

しかし、先にみてきたように、再審公判における検察官の権限は「平行説」的な見

地に立っても限界が存在するのであるし、「遮断説」に立てばなおさらである。そして、このことは、再審開始決定が通常審的な公訴権の復活手続ではなく、従って、再審公判では通常審と同様の公訴権が存在していないことを根拠とすると、よりよく説明しうるように思われるのである。

すなわち、再審公判のあり方を踏まえたとき、検察官の「公訴権」は積極的・能動的なものではなく、消極的・受動的なものとなる。もちろん、再審公判でも「疑わしきは」原則は機能するから、被告人側に無罪立証が要求されるわけではない。また、被告人側に積極的な無罪判決請求権が存在するかという問題も残ろう⁽³⁴⁾。

ただ、実質的にみれば、再審公判においては、被告人側のほうが主導権を握るといっても過言ではない。この点で、被告人側のいわゆる「公訴権」の優位がより明確となる。再審開始決定の確定により、確定有罪判決の正当性は、仮に失われていないとしても相当程度の動揺を余儀なくされ、検察官の活動は—仮にかなり積極的な立証を許容するとしても—確定判決の維持に集中される。再審公判における「公訴権」は、せいぜいこのような「限定的公訴権」に過ぎない。

再審公判において問題となるのがこのような「限定的公訴権」であるとすれば、それは、これまでも争いがあったような再審公判における訴因変更の限界といった問題のみならず、つきつめれば再審公判における審判の対象が何かという問題、また、公訴権行使の条件である訴訟条件の機能という問題にも影響を及ぼすと考えるほうが、筋が通るはずである。

再審公判における「公訴権」が通常審と同様の公訴権ではなく、二重の危険の観点からいわば「限定的公訴権」とでも呼ぶべき形でしか復活し得ないとすれば、再審公判における訴因変更も、「限定的公訴権」に基づく枠が自ずとはまるはずである。

再審公判が破棄差戻し後の手続に準ずるというのも、この「遮断説」的な立場と整合する。けだし、再審開始決定がせいぜい「限定的公訴権」しか復活させないというのであれば、「平行説」のように確定前の公訴権と再審開始決定後の「公訴権」は等質たりえない。そうすると、両者の間に何らかの関係を見出すことができるとしても、そのつながりの程度はきわめて希薄であるから、両者の等質性を前提として成り立っている公判手続更新のアナロジーという論理はとりえない。確定判決の効力を再審開始決定が打ち止めにし、遮断しているからこそ、再審公判は新たな公判としての意味を持ちうることとなる。

こうして、再審開始決定においては、一事不再理の効力との関係からみて、通常審的な公訴権がそのまま復活するものとは考え難い。仮に「公訴権」なるものを観念し

うるとしても、それは通常審の場合とはかなり異なった、再審公判独自の公訴権、いわば、一事不再理効、公訴権消耗論を背景とした、限定的なものであると理解せざるを得ないのである⁽³⁵⁾。

VI 再審公判における訴訟条件とその先決性

1 再審請求における公訴権が以上のようないわば限定的公訴権であるとする、それは訴訟条件との関係、更にそれを踏まえ、横浜事件の争点となった訴訟条件の先決性との関係をいかに理解すべきかが問題となる。通常審における訴訟条件の機能とその先決性を検討した上、再審においてそれがいかに修正されるかについて、考えることとする。

訴訟条件が訴訟の提起・継続・実体判決の要件であり、公訴の提起から終了に至るまで訴訟条件が具備していなければならないこと、換言すればそれなしに実体判決を行ない得ないこと(訴訟条件の先決性)、これらの点が訴訟条件の最も基本的な意義であり、かつ機能であることについては、論者により大小の修正が加えられるものの、ほぼ異論なく承認されている。そして、「実体判決」には有罪・無罪の双方の裁判が含まれ、この意味で、訴訟条件は実体判断から中立である(訴訟条件の中立性)。被告人側に実体判決請求権ないし無罪判決請求権がないとされるのも、この点にある。更に、訴訟条件が職権判断事項であるといわれることが多いのも、このような中立性・先決性に由来するからであろう⁽³⁶⁾。

このような訴訟条件の中立性・先決性は、次のような観点から説明されている。公訴棄却判決との関係でいえば、①公訴棄却事由は、性質上、実体裁判を排斥する、②公訴棄却事由の存否は、實際上、無罪事由より先に明らかになる、③公判の裁判は、公訴提起という訴訟行為に対する価値判断であるから、理論上、適法不適法の判断が理由の有無の判断に優先する、といった点である。免訴についても、一般的には実体判断の先行にはさまざまな弊害があるにせよ、免訴事由の性質上、実体裁判(無罪判決)を排斥しないことが多いことが根拠とされる⁽³⁷⁾。②は事実上の問題であるが、①③は、いずれも訴訟条件の本質と関係し、それはさらに訴訟構造論とも関係する。繰り返しになる部分もあるが、改めて触れておくと、次のようなことである。

すなわち、訴訟手続は、刑事訴訟は、公訴の提起という訴訟行為により訴訟係属が生じ、それにより一定の訴訟関係が形成され、それがさらに新たな訴訟行為を要求するという、訴訟行為⇒訴訟係属⇒訴訟関係⇒訴訟行為…の流れを経つつ、その間に実体が形成されて確定判決に至る。訴訟追行面・手続面に支えられて実体面が形成され、それが確定判決の事実認定となる。ところが、この訴訟行為⇒訴訟係属⇒訴訟関

係⇒訴訟行為…の流れの中に、何らかの瑕疵が生じた場合、新たな訴訟係属が成立せず、あるいはその成立自体は肯定されるとしても、その効力は否定される。このために爾後の訴訟関係が成立することがなくなり、更に訴訟行為を行なうことも不可能となる。そこで、手続は先に進めなくなる。これを三面説的にいえば、手続面と訴訟追行面、あるいは訴追面と手続面の形成を通じ、実体判決を言い渡さうの程度に実体面を形成することもできないということとなる。一般に、訴訟条件が欠ける場合に無罪を含め実体判決が言い渡せないとされるのは、このためである⁽³⁸⁾。

2 もっとも、このような訴訟条件の中立性・先決性は、一般的には承認されているものの、訴訟条件が欠けていても無罪判決の機に熟したような場合、無罪判決が優先されてしかるべきであるとの見解が、近時は有力である⁽³⁹⁾。このような見解は、横浜事件再審判決も含め日本の裁判実務上どの程度受け容れられているかは定かでないが⁽⁴⁰⁾、ドイツにおいては、適用そのものは例外的であるが、この見解自体は裁判実務上も広く受け容れられている⁽⁴¹⁾。

無罪判決の先行を肯定する根拠、また、無罪先行が許される場合の理解について学説は一様でないが、その背景には、問題となっている訴訟条件の性格に対する配慮が必要である — この点で、訴訟条件の性格如何によっては無罪先行がありえないもの⁽⁴²⁾が存在する — としても、事実上積み上げられてきた実体形成の重みと、それが無罪という結論であることに由来する被告人の利益への配慮という2つの点があることは確かである。事実上形成された実体の重みということとの関係では、すでに無罪の実体が実質的に形成されているのに、訴訟条件の先決性というドグマを持ち出して手続を打ち切ってしまうことは、裁判所・当事者それぞれの努力を無にするという訴訟経済の点でも好ましいものとはいえない。

さらに、前訴訟的・訴訟外的要因により「訴訟そのもの」が法秩序全体から許容されない、すなわち実体審理を開始したことが誤りだったと裁判所が判断した場合、その誤りを指摘してする裁判が形式裁判であるという訴訟条件観を前提とすれば、このような場合には、訴訟条件の機能である実体審理阻止機能ないし実体判決阻止機能を働かせる必要はない⁽⁴³⁾。すでに誤りを指摘する意味が失われていると思われるからである。

少し敷衍すれば、これらは、適正手続ないし無辜の不処罰という、いわば憲法的刑事手続の前では、訴訟条件の中立性・先決性も譲歩すべき場合があることを意味するものといってよい。また、このような大上段な理解でなくとも、訴訟条件が裁判所との関係のみで論じられる職権主義的な機能に由来するものでなく、当事者なかならずく

被告人との関係での妨訴抗弁だとの理解からすれば、被告人に無罪判決請求権が存在しないとしても、無罪判決を阻止する抗弁をすることに被告人の利益はないから、当然に無罪判決は先行しうることとなる。

3 これに加え、形式裁判は、訴訟追行面ないし手続面に存在する何らかの瑕疵を理由に言渡される裁判であるから、本来であれば形式裁判で訴訟が終了すべきところ、実体判決の宣告を許すということは、当該瑕疵の治癒を意味することとなる。そうであるならば、訴訟条件の中立性・先決性ということを前提としても、それに由来する瑕疵が治癒可能であれば、訴訟条件の中立性・先決性にも例外が存在しう。

訴訟行為に瑕疵がある場合、当該訴訟行為が無効となることはいうまでもない。しかし、その無効原因が除去補正される場合(訴訟行為の追完)や、無効原因自体は除去されないとしても、訴訟がある段階に進むことによりこれを主張する意味がなくなる場合には、当該瑕疵の存在を主張しえなくなるものとされる。この瑕疵の治癒は、訴訟の発展的な性格に由来するものであるが、訴訟経済上の根拠に加え、特に当事者主義の下では、当事者双方に異議がないことで瑕疵の治癒が認められることも想定されている⁽⁴⁴⁾。

この瑕疵の治癒の判断に際しては、①訴訟行為は、訴訟手続の一環を構成し、先行行為と後行行為の関係が相連鎖し、判決を終点とする全体としての訴訟手続の一部を構成することが顧慮され、②訴訟行為の法的評価は常にその基盤たる訴訟状態との関連のもとに実質的に考察され、③一面訴訟当事者なかんずく被告人の訴訟上の権利の行使を不当に制限したり、機会を失わせることのないよう配慮すべきである。更に、特に訴訟行為の無効との関係では、④訴訟行為の存在は後の訴訟行為との関係で問題となり、ある訴訟行為との関係では有効でも他の訴訟行為との関係では無効となりうることにも留意する必要があるとされる⁽⁴⁵⁾。

これを無罪判決の先行との関係でみると、確かに、訴訟条件は公訴の提起や訴訟追行、判決までも阻止する重大な手続違背の類型を規定したものである。しかし、そのような手続違背が何らかの理由で俎上に上らずに実体審理が進められ、判決に熟したような場合、その手続違背を主張する意味自体が喪失することもありうる(上記①②の視点)。そして、同じ実体判決といっても、訴訟の適法要件を欠いたままの有罪判決は被告人の防御の利益、更に、裁判所が違法な手続を看過したまま被告人を処断するという点で司法の清潔性をも侵害する(上記③の視点)。だとすれば、被告人側は、判決に至るまで訴訟条件の欠缺を問題にする利益を有するから、訴訟条件を欠いたままの有罪判決はありえない。これに対し、無罪判決であればそのような事情が発生しない

ことはいうまでもなく、ここでも、③の視点は無視できない⁽⁴⁶⁾。

4 以上は、通常審における訴訟条件の機能との関係である。では、再審の場合はどうか。

これまで検討してきたことは、おおむね、①再審は、適法に成立した確定有罪判決の効力を破棄し、その実体面の誤りを是正する手続であるから、手続面、訴訟追行面の誤りを問題にするのは基本的に無理でないのか、②確定判決の段階で公訴権が行使されて消耗したという公訴権消耗論を背景に一事不再理効が成り立っている以上、再審段階で通常審と同様の公訴権が成立すると考えることはできず、それを「公訴権」と呼ぶにせよ、再審段階のそれは確定審段階のそれと相当に異なったものでないのか、ということであった。そして、③通常審段階でも、訴訟条件の中立性・先決性は、例外的であれ破られるのではないかということであった。

まず、①②との関係では、そもそも再審公判では訴訟条件なる概念が存在しうのか、ということ自体が問題となろう。たとえ誤判であっても確定判決そのものは適法な判決である上、そこで本来の公訴権は使い尽くされている。再審でのそれは同じ「公訴権」という名称を用いるとしても、あくまで形骸的なものであり、通常審のような攻撃的な性格を有せず、むしろ、確定判決の擁護という防御的な性格を持つ。これに対し、通常審における公訴権は攻撃的な存在である。

そうであるなら、通常審の場合、訴訟条件は、被告人との関係では、攻撃的な公訴権に対する防御手段として、一種の妨訴抗弁、訴訟抗弁としての機能を持ちうる。しかし、再審における「公訴権」が確定判決の擁護という防御的なものである以上、被告人側には、確定判決を完全に抹消するための訴訟追行の利益はあっても、それに対する妨訴はありえないはずである。他方、検察官側からみても、検察官は自らが刑を受けるわけではなく、公益の代表者として確定判決の擁護を利益としているのであるから、ここで公訴の無効を主張することは、筋が通っているとはいえない。すなわち、訴訟条件の先決性以前の問題として、訴訟条件を云々する余地自体が乏しいことになる。

VII 再審理由としての免訴の意味

1 ところで、確かに刑訴法は、免訴を言渡すべき証拠を発見したことを理由とする再審を許容しているが(刑訴法435条6号)、その多くは無罪を言い渡すべき新規・明白な証拠の発見を理由として行なわれ、それ故に無辜の不処罰を理念とする制度である。そうすると、免訴の可能性があるという点を考慮しても、同じ確定後救済手続である非常上告との関係も考えるなら、再審で問題となるのは何よりも確定判決の事実認定

(実体面) のはずである。ここに、手続面・訴訟追行面の問題である訴訟条件を持ち出すのは、やはり筋が通っているとはいえない。

だが、現実には免訴事由が再審理由に規定されている以上、その意味付けが問題となる。別稿で検討したところでもあるが⁴⁷⁾、簡単に述べておくこととする。

2 現行法では、免訴判決は、その性格をどうみるかは別としても、終局判決の一種としてのみ規定されている。しかし、旧法には、公判での免訴判決(旧刑訴法363条)の他、予審免訴に関する規定(同313、314条)が存在していた事実がある。このうち、公判での免訴は現行法と全く同一の要件であるが、予審免訴は、訴訟条件事由のみならず、罪とならず・嫌疑不十分といった無罪事由、有罪の一種である刑の免除事由のある場合にも可能であった。同じ免訴という形式を持つ2種類の裁判形式があり、しかもその中には無罪、刑の免除という実体判断が含まれていたわけである。

このように、一口に免訴といっても予審・公判の2段階のそれがあり、しかも予審免訴では実体判断による免訴が認められていたことからすると、免訴の性格も、現行法と同一に論じることはできなくなるのは当然である。

免訴の法的性格について実体裁判説が多数説であった⁴⁸⁾のも、実体判断に基づく予審免訴が存在している以上、免訴の概念を統一的に理解するには、それが一番適切であったからと思われる。もっとも、その後は次第に免訴の実体的性格を強調する見解は薄れ、最終的には実体的理由に基づく予審免訴も含め、実体的訴訟条件の欠如が免訴事由であるとする実体関係的形式裁判説⁴⁹⁾が主張されるに至る。

このように、旧法下では実体判断による免訴が存在しており、免訴の性格も、それを踏まえる必要があった。そのため、無罪と免訴の間にはある種の親近性が存在していたから、再審事由として(実質的無罪としての)免訴を認める余地があり、訴訟条件事由が再審事由とされることにも十分な根拠があったのである。

ところが、戦後の予審廃止により(刑訴応急措置法9条)、予審免訴も必然的に姿を消した。これにより、現行法の下では、免訴事由は、実体関係的か否かは議論が残ったものの、訴訟条件事由として純化された。学説においては、実体裁判説・二分説はなお有力だが、また免訴に一事不再理効を認める根拠については議論が残るが、形式裁判説が通説化した。しかも、免訴と公訴棄却を区別する根拠である一事不再理効の問題も、二重の危険の観点から説明された。これにより免訴の独自性は一層薄まり、両者の別は沿革の意味だけだとの見解さえ有力化している⁵⁰⁾。

こうみてくると、現行刑訴法435条6号が免訴事由の発見を根拠とする再審を許容し

ている意味は、事実上失われる。そうすると、6号のこの部分は、旧法以来の免訴観をそのままひきずっているという点で立法ミスであるとみるか、あるいは、現行法制定当時の理論状況⁵¹⁾からみてミスとまではいえないにせよ、現在では理論的・実地的意味を失い事実上適用の余地がなくなったとみるか、あるいは特殊な場合を想定しての規定と理解するよりほかはないようにさえ思われるのである⁵²⁾。

VIII まとめにかえて

1 なお、本件を免訴で終結させたことは、有罪判決の言渡しを受けた者の名誉回復という観点でもきわめて不十分であることを、恩赦の効力との関係で指摘しておきたい。

本件では、有罪判決後、治安維持法の廃止とそれに伴う大赦が行なわれたことが、免訴判決の引き金になっている。すなわち、再審一審判決以来認定されているとおり、有罪判決の言渡しを受けた者たちに関する「本件各公訴事實は、治安維持法1条後段、10条に該当するとされた事実であるところ、同法は、昭和20年10月15日に『治安維持法廃止等ノ件』と題する昭和20年勅令第575号が公布・施行されたことにより、同日廃止された。また、同月17日、昭和20年勅令第579号による大赦令が公布・施行されているが、この法令によると、その1条1項で『昭和二十年九月二日前左ニ掲グル罪ヲ犯シタル者ハ赦免ス』とし、同項20号で『治安維持法違反ノ罪』と規定していることから、被告人らは大赦を受けたこと」となる(再審一審判決)。

大赦の効力については、現恩赦法3条1項は、「有罪の言渡しを受けた者については、その言渡しは、効力を失う」と規定し、同11条は、恩赦によっても有罪の言渡しに伴う既成の効果は変更されない旨を規定している。すなわち、大赦を含め恩赦の効力は将来効であり、執行猶予期間満了で刑の言渡しが無かったものとされるのと同様、刑の言渡しの効果が消滅し、将来において前科のないものとしての取扱いがなされることとなる⁵³⁾。しかし、有罪判決を受けた事實は、大赦によっても消滅することはない⁵⁴⁾。

この点で、有罪判決の宣告という事実が再審判決で消えることはないにせよ「免訴判決は、有罪無罪の実体判決をする訴訟条件がないことを理由とする形式裁判であり、免訴事由が存在するときには、さらに実体についての審理判断をすることなく、その時点で審理を打ち切ることが被告人の利益にもなるのであって、このことは再審の審判手続においても通常の審判手続と変わることはない(上告審判決における今井補足意見)といえるかは、やはり問題であろう。また、本件が刑事補償との関係では「もし免訴の裁判を言渡すべき事由がなかったならば無罪の裁判を受けるべきものと認められる充分な事由があるとき(刑事補償法25条参照)にあたるとしても(前記今井補足意

見ならびに再審一審判決)、やはり本質的な救済となるものではない。

2 最後に、以上の検討を骨子としていけば、①再審は、適法な訴訟進行面、手続面に支えられつつも証拠評価を誤って形成された確定判決の実体面の誤りを正す手続である。そして、②再審は、確定判決をいったん破棄して再度の事実認定を行なうものであるが、それは二重の危険とその基盤にある公訴権消耗論を考慮すれば、通常審と同様の公訴権が復活するということは考えがたく、そこでいわれる「公訴権」は、たとえそれが観念できるとしても、せいぜい確定判決の利益を擁護することに由来する形骸程度のものである。③従って、再審事由としての免訴事由も通常審の場合と同列に論じるべきでなく、一事不再論や再審手続における公訴権論などの特殊性を考慮する必要がある。④加えて、訴訟条件の中立性・先決性は、確定審に関する場合であってもそれほど自明な存在ではなく、更に再審段階であるという上記③の特殊性が考慮されるべきである。そして、⑤免訴事由を理由とする再審は、実はきわめて特殊な場合を意味すべきこととなる、ということである。このうち、④の問題については、訴訟条件そのもののあり方との関係でなお詳細な検証を要すると考えているが、これらを前提とすれば、本件はむしろ無罪で終結すべき事件であったと考えられるのである。

再審一審判決以来、本件の各審級は、いずれも、再審に関する法の文理、ならびに免訴は形式裁判で実体判決に当然先行するものであり、それ自体が被告人に有利な裁判であるという、いわば形式論と通常審における通説的見解を中心的な根拠として免訴判決を正当化してきた。しかし、ことはいずれも公訴権、訴訟行為、訴訟構造、一事不再理といった訴訟法の基礎理論をバックとするものなのであり、形式論理や通説的見解の単純な適用のみで事足りるというものでない。そうすると、本件の各審級は、公訴権や訴訟行為などに対する十分な洞察を踏まえるべきであった。ややドラスティックにいえば、本件の各再審判決は、(悪い意味で)法律実証主義的性格の強い日本の裁判所の判断姿勢がそのまま現われたケースであったといえよう。

(22) 最判2008年3月14日刑集62巻3号185頁。

(23) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)343頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院、1990年改訂版)328頁、田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、1996年新版)511頁、上口裕『刑事訴訟法』(成文堂、2009年)524頁。

(24) 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法』第7巻(立花書房、2000年)178頁〔白井滋夫、河村博補訂〕。

(25) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』(有斐閣、1982年)274頁。

(26) たとえば、証拠構造の組み換えや旧証拠の証明力のかさ上げである。これらは、確定判決の心証形成を無視した上で再審請求審が独自の証拠評価を行なうものである点で、審査という性質に反するといわざるを得ない。

(27) この点、事後審(あるいは事後審査審、審査審)といわれる控訴審においても、「控訴審が、事実が争われる限りでは事実認定が行なわれる審級であることを承認したうえで、それに適した手続規定の整備・解釈・運用を追究すべきである」との見解が表明されている事実(後藤昭『刑事控訴立法史の研究』(成文堂、1987年)320頁)が想起されるべきであろう。特に再審の場合、証拠状態の変化を伴うとは限らない控訴審と異なり、新規・明白な証拠の存在という証拠状態の変動が開始決定の前提とされるのであるから、請求審における「事実認定」のもつ意味は小さくないはずである。

(28) 再審請求棄却決定の場合、後の再審公判という自体はありえないから、「訴訟手続に関し判決前にした決定」とは言い切れない面がある。他方、再審開始決定が純粋な中間的判断であるならば、それに即時抗告を認める意義は、本来は存在しないはずである。開始決定の正当性は、再審公判で争えば足りるからである。それを特に認めたのは、「再審手続の特殊性からくる迅速処理の要請からであろうか」(伊藤ほか・前掲注(24)8頁〔河上和雄〕)。むしろ、一定の終局判断としての性格を有するが故に、開始決定への即時抗告が許容されているのであろう。もっとも、開始決定への即時抗告を認めることは、再審の理念たる無実の救済とは相容れないと思われるから、立法論としては好ましくないと考えられる。

(29) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(有斐閣、1992年)590頁〔小西秀宣〕。それ故、再審公判は公判手続の更新に準じればよいとされる。

(30) 伊藤ほか・前掲注(24)188頁〔臼井滋夫、河村博補訂〕。

(31) 松尾編・前掲注(29)591頁〔小西秀宣〕。

(32) 鴨良弼編『新版刑事訴訟法講義』(青林書院、1981年)383頁〔斉藤誠二〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法』下(青林書院、1983年全訂新版)375頁〔高田卓爾〕、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』第7巻(青林書院、2000年)172頁〔高田昭正〕、光藤景皎『口説刑事訴訟法』下(成文堂、2005年)110頁。鈴木・前掲注(23)330頁は、少なくとも追加は許されないという。

(33) 高田卓爾『刑事訴訟法』(青林書院、1984年二訂版)106頁。これに近い見解として、鈴木・前掲注(23)128頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(有斐閣、1993年)130・132頁、田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂、2009年第5版)167頁など。

しかし、嫌疑の存在を公訴権の内容とする見解には、すでに多くの論者により指摘されていることであるが、問題がある。早期の無罪判決による救済が筋であろう(小田中聰樹ほか編『刑事弁護コンメンタール刑事訴訟法』(現代人文社、1999年)208頁)。

(34) 団藤重光は、無罪かどうかは判決で確定するのであるから、無罪判決請求権を有する「無罪の被告人」なる概念を想定することは考えられないことを、無罪判決請求権を否定する根拠として挙げる。同『刑法と刑事訴訟法の交錯』(弘文堂、1950年)155頁参照。「無罪の被告人」なる概念は訴訟を静的に考察したもので、訴訟を動的に捉えるならそのような概念は想定し得ないというのである。

但し、訴訟条件が備わっている限り、被告人にも実体判決請求権は存在するという。

ところで、このような留保つきながらも被告人の有する実体判決請求権とは、いかなるものであろうか。有利な判決のみならず、自己に不利益な判決を求める被告人の上訴権をも承認する(小野清一郎『刑事訴訟法講義』(有斐閣、1933年全訂3版)512頁)というのであれば、被告人の判決請求権は、文字どおりの実体判決請求権となる。団藤も、このような見解の存在を、無罪判決請求権を否定する根拠のひとつとして挙げる。しかし、この見解は、職権主義・実体的真実主義を前提に、しかも当時の国家主義思想・公益中心主義思想の高揚する中で主張されたものであるから、上訴の利益の問題をどう解するかは別としても、現在では、それを肯定することは明らかに不当である。当事者主義的観点からすると、被告人側の実体判決請求権を認めるとしても、それはいかなる実体判決であってもよいという趣旨ではなく、有利な実体判決請求と理解するしかない。

しかし、訴訟条件の中立性という観点から、一般に、いかなる形であれ実体判決請求権を被告人側が有することについては、否定的な見解が根強い(平野・前掲注(23)29頁)。ただ、本稿との関係でいえば、再審公判で免訴判決が原則として禁じられるべきだというのは、被告人側に無罪判決請求権(ないし実体判決請求権)が存在することから演繹しているわけでない。

(35) もっとも、さらに進めて考えると、再審では「公訴権」なるものを観念しうるのかも、実は問題となりうるかもしれない。この点、拙稿・法律時報79巻8号では、「再審公判段階でも公訴権は訴訟課題たり得ず、従って、訴因ではなく確定判決に基づく具体的刑罰権、より正確にはその構成要素のうち事実認定の妥当性の判断を対象としているとみることもできるようにも思われる」と述べた。この時考えていたことは、再審は確定後救済手続であるから、確定判決により形成されたところの当該事件に対する具体的刑罰権自体を俎上に乗せることも可能でないのかということであった。ただ、このような考え方に対しては、実体法と訴訟法の混同であるとか、確定判決により形成されるのは刑罰権というより刑の執行権限でないのかとの批判がありえようし、事実、そのような指摘を受けた。そこで、本稿では、「刑罰権」でなく、純訴訟法的な概念である「公訴権」を再審公判の対象だと理解することとした。但し、いずれにせよ、これらで主張したいことは、再審公判の訴訟対象を、「審級に従う」という形式論理で、通常審のそれと単純に同視すべきでないということである。

(36) これらは、いずれも訴訟条件の伝統的理解であるが、総じて、裁判所との関係で訴訟条件を論じるものといえよう。しかし、これに対しては、周知のとおり、非典型的訴訟条件論の提唱に見られるように、当事者との関係を重視し、被告人側の妨訴抗弁としての性格を強調する見解が有力になりつつある。

ところで、訴訟条件をこのような抗弁として捉えることは、訴訟条件論の成立過程との関係でも理由のないことではない。民訴法学の分野に関するものであるが、坂口裕英「ビューローの訴訟要件論の研究」名城法学17巻1・2号、同「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)論」兼子一博士還暦祝賀『裁判法の諸問題』中(有斐閣、1969年)参照。

のみならず、訴訟要件が職権調査事項だといっても、訴訟の提起段階で一見して明らかにその欠缺が判明するような場合であれば格別、現実には、それは審理が開始されて後、被告側からその欠缺が

主張されて始めて問題が顕在化することのほうが多いであろう。このように、訴訟要件の存否は「異議がなくとも判断されるばあいがあるが、異議によってもまた判断されるのである。この異議をもし『訴訟抗弁』と呼ぶことができるとすれば、『訴訟要件』の職権調査と『訴訟抗弁』に対する判断とが排斥しあう関係にはなく、相補う関係にある」こととなる(前記「ビューローの訴訟要件論の研究」141頁)。そして、このような主張を徹底すれば、訴訟要件の存否について争いが無い限り、訴訟要件の全てについての確認を経なくとも、請求認容・棄却のいずれでも本案判決の言い渡しが可能となるはずである。それ故、訴訟要件は訴訟阻却事由なのであり、それが職権調査事項だとしても、それは、訴訟要件の欠缺が訴状、証拠資料その他から現われるとき、必ずしも被告の主張によらなくとも、訴訟要件は当事者による処分を許すものではないため、弁論での主張がなくとも、訴えを却下することができることの意味だということとなる(前記「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)論」245~6頁)。

このような見解は、民訴法学でも少数説である。また、より公共的性格の強い刑事の訴訟条件にそのままあてはまらないことも事実であるし、刑事の場合、訴訟条件を欠くままの「請求認容判決」(有罪判決)を認めることはできない。しかし、刑事における訴訟条件も、裁判所は一応それが備わっていることを前提として審理を開始し、当事者がその欠缺を主張したばあいにはじめて争点化され、あるいは、審理の結果その欠如が明らかとなって形式裁判が言渡されることのほうが多いであろう。この点で、刑事においても、抗弁的な性格が少なからず存在しているのであり、訴訟条件は実体判決に先立って職権で審査されるものだ、という通説的テーゼは、そう単純になりたつものではないように思われるのである。

(37) 松尾浩也『刑事訴訟法』下(弘文堂、1993年新版)165、176頁。松尾によれば、横浜事件で問題となる2号免許との関係では、大赦の存在にもかかわらず無罪判決をすることは「司法の負担軽減効果の減殺」という弊害を伴うが、大赦の存在は常に無罪判決を排斥するものではないから、無罪判決の先行を認める余地があるとされる。

(38) 免訴判決に対する無罪を求めて上訴する利益が被告人にない(ブラカード事件に関する最大判1948年5月26日刑集2巻6号529頁など参照)とされるのも、これに由来する。

(39) 鈴木・前掲注(23)128頁(同旨、田口・前掲注(33)177頁)は、「訴訟条件は、有罪判決の条件であるとはいいうるにせよ、常に無罪判決の条件でもあるというべきかには、疑問がある」という。田宮・前掲注(23)231頁は、特殊例外の場合における裁判所による被告人救済権の発動として、刑の廃止や公訴取消し後の再訴のような特定の要件が問題となる場合に、具体的な手続の進行にかんがみ無罪判決に熟している場合、被告人側の主張を前提に、その言渡しが可能となる程度で認める余地を残すという。他の論者としては、上口・前掲注(23)204頁、松尾・前掲注(37)、ならびに後掲注(43)。

なお、無罪先行否定説として、三井誠『刑事手続法II』(有斐閣、2003年)111頁。

(40) 但し、いわゆる札幌児童殺害事件においては、事件発生から約14年後に公訴提起のあった殺人事件につき、「被告人が重大な犯罪によりAを死亡させた疑いが強いということが出来るが、その反面、Aの死因が特定できない上、Aを死亡させる原因となった実行行為も認定できないこと、被告人が電話でAを呼び出した目的の解明が困難であり、それが身代金目的であったとはいえないこと、

被告人にA殺害の明確な動機が認められないこと等に照らすと、被告人が、殺意をもってAを死亡させたと認定するには、なお合理的な疑いが残る」として、無罪判決を言い渡した(札幌地判2001年5月30日判時1772号144頁。札幌高判2002年3月19日判時1803号147頁も、この結論を維持)。

この事件で、仮に傷害致死や過失致死などの事実が認定できるとすれば、時効完成後の公訴提起ということになるから、免訴を言い渡す余地もありえなくはない。この点を捉え、本件を免訴で終結すべきであったとする意見もある(萩原昌三郎「無罪判決か免訴判決か」判タ1127号)。ここでは、「免訴事由がある場合は、裁判を打ち切るべきことは当然である」とされているが、そのように割り切つてよいか自体が、問題である。この点も含め、白取「原判決が被告人が殺意をもって被害者を死亡させたと認定するにはなお合理的な疑いが残るとされた事例(札幌高判平成14.3.19)」判例評論538号213頁(判例時報1834号212頁)。

(41) ドイツにおいては、その根拠は、「訴訟障害は司法保障義務の後に退く」(Verfahrenshindernis hinter "Justizgewährungspflicht" zurücktreten) という、司法保障義務を背景に説明されることもある(Schäfer, Strafprozeßrecht-Ein Einführung, 1976, S.162)。職権主義的な説明ではあるが、その職権主義のもとでも、一定の利益の存在を根拠に訴訟条件の先決性が譲歩を余儀なくされている事実がここでは重要であろう。ただ、この司法保障義務も、法的聴聞の保障(ボン基本法103条1項)の一部をなすものであるから(E.Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1,2. Aufl., 1964, S.41)、つまるところ、このテーゼも人権論を背景にしたものといえよう。

(42) この点に関連して、民訴法学においても、訴訟要件の先決性を絶対視することへの疑問が最近では有力に主張されているが、そのような立場に立つ論者の1人である竹下守夫は、訴訟要件を機能的に2つの類型にわけている。すなわち、第1に、判決の手続的あるいは内容的な正当性を確保するために一定の事項の存在が必要であるところから訴訟要件とされているもの、すなわち、それなしには本案判決を手続的・内容的に正当に行うことができないため、その充足が要求される要件である。これらは、本案についての正当な判断自体を積極的に可能ならしめる条件であり、裁判内容の正当性の保障という観点から定められたものである。第2のそれは、本案について正当な判断ができないわけでないが、様々な要請から裁判所の裁判権行使を制限する必要に由来するものである。いわば、本案判決を抑止する要件である(「訴訟要件をめぐる二、三の問題」司法研修所論集65号7頁以下)。これを前提とすれば、第2類型の訴訟要件では、本案判決の先行は許されないことになるが、第1類型の訴訟要件では、本案判決の先行も許容される余地が存在する。

このような類型的検討は、刑事における無罪判決の先行の許容性との関係でも有益と思われる。事実、無罪先行になじみやすいと考えられる例としては、刑訴法340条違反の再起訴、免訴事由が挙げられることが多い。他方、裁判権の不存在や被告人の死亡、同一事件の複数裁判所への同時係属などは、無罪先行になじみにくいであろう。ただ、本稿では、このような区別はあえてあいまいにしたまま、「訴訟条件」とひとくくりにしたままで検討する。

(43) 寺崎嘉博『刑事訴訟法』(成文堂、2008年第2版)308・317頁、同『訴訟条件論の再構成』(成文堂、1994年)367頁以下。

(44) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(創文社、1966年7訂版)189頁、光藤景皎『刑事訴訟行為論』(有斐閣、1974年)28頁以下。これは「無効の治癒」(団藤『訴訟状態と訴訟行為』(弘文堂、1949年)223頁)ということができる。

訴訟行為は、それが法令に違背したが故に直ちに無効となるわけではなく、それにより一定の利益が存在する場合であり、利益衡量的な観点が要求される。それ故、「利益なければ無効なし」なのであり(『訴訟状態と訴訟行為』144~5頁)、逆にいえば「更に強い有効利益のためにそれ〔訴訟行為の無効〕が無視せられるに至る場合」も当然に想定されることとなる(同書227頁)。

なお、当事者の異議の不存在による瑕疵の治癒は、いわゆる責問権の放棄という形で問題とされている。この点で、公益的性格が強く、それ故に一般に職権調査事由だと解されている訴訟条件の問題とは位相を異にすることも事実である。しかし、訴訟条件は職権調査事項だからその判断は裁判所の専権で当事者かおよそ容喙し得ないという見解自体が再考されねばならない上、訴訟条件の妨訴抗弁的性格をも考慮するとき、訴訟条件の存否が問題となっている場合に被告人が実体判決を求めているという事実は、訴訟条件の不存在を争わないという意味では、一種の権利放棄的な意味も存在する。

(45) 光藤・前掲注(44)28頁参照。

(46) なお、以上のことは、訴訟条件は有罪判決の条件である、ということの意味するものではない。訴訟条件は、基本的には実体審理、実体判決の要件であり、それを欠くまでで手続を進めることはできない。しかし、それはあくまで「基本的には」という次元である。無罪事実が明白となったというような極限的狀況の下で、それを無にしても形式裁判を先行させるというのは、悪しき教条主義でないのかということである。

(47) 拙稿・法律時報79巻8号。

(48) 小山松吉『刑事訴訟法提要』(自治館、1929年再版)491頁、平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』(松華堂、1936年増訂13版)641頁など。

(49) 小野・前掲注(34)172頁、団藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂、1943年)243、462頁。

(50) 田宮・前掲注(23)158、221頁、白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社、2008年第5版)220、407頁など。上口・前掲注(23)203頁も同趣旨か。

(51) 現行法の制定に深く関与した団藤重光は、免訴の性格につき、いわゆる実体関係の形式裁判説をとっていた(団藤・前掲注(44)『新刑事訴訟法綱要』159、300頁。なお、同・前掲注(49)242頁以下、462頁、482頁)。この立場によれば、免訴は形式裁判であるが、なお「実体関係的」な側面を有しているのであるから、純実体判断である無罪事由とともに免訴事由を再審理由として規定しても、矛盾とまではいえないはずである。

(52) 現行法の制定がかなりあわただしく行われたことを考慮しても、立法ミスということは考えにくいから、後二者のいずれか、おそらくは最後の理由から、現行法の規定を正当化するほかはないのでないか。

具体的には、まず、再審公判で確定判決の事実認定の正当性が再確認されたが、確定判決後に刑の廃止や大赦があったような場合であろう。この場合、確定有罪判決の前提たる「犯罪」事実が認定されても、刑罰権自体が消滅しているから適用すべき刑罰法規が存在しない。従って、再審公判裁判所は、手続を打ち切って免訴にするほかない。あるいは、現実には稀だろうが、確定判決時に存在した免訴事由が看過されて有罪判決が言い渡されていた場合である。もっとも、この場合、再審無罪の可能性を全く否定することはできないように思われる。いずれにせよ、435条6号の免訴に関する規定は、本件のような場合を念頭においているわけではないということである。

(53) 岡田玄之三郎『逐条恩赦法積義』(第一法規、1959年改訂再増補版)13頁。なお、現行法3条1号に相当する旧恩赦令3条1号では、刑の言渡しは「将来ニ向テ効力ヲ失フ」と規定されていた。現行法でこの文言が削除されたのは、遡及効を肯定する趣旨からではなく、恩赦の性質上将来効が当然であり、かつ、11条の規定が存在するため特にこの表現をおく必要がないとされたためである(同書14頁)。

(54) 大赦の効力を論じる際によく引き合いに出される執行猶予の効力についていえば、判例上は、執行猶予期間満了後であっても有罪判決を受けた事実を量刑上考慮することは許される(最判1954年3月11日刑集8巻3号270頁、最決1958年5月1日刑集12巻7号1293頁)とか、執行猶予付きであれ有罪判決を受けたことにより恩給受給資格が消滅した場合、猶予期間経過後であっても、受給資格が復活するわけでない(最判1962年1月19日民集16巻1号92頁)とかいうように、猶予期間満了による効果は、有罪判決を受けた事実までを否定するものでないといわれている。

株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲

土田 亮

| | |
|---------------------------|----|
| はじめに | 54 |
| I 取締役等の責任と株主代表訴訟 | 54 |
| II 追及しうる責任の範囲についての学説および判例 | 60 |
| III 検討 | 67 |
| IV 株主代表訴訟と責任の免除 | 80 |
| おわりに | 81 |

はじめに

株主代表訴訟制度(会社法847条)は、株主が、取締役、会計参与、監査役(役員、会社法329条1項)、会計監査人(役員と併せて役員等、会社法423条1項)、執行役、清算人、設立時取締役、設立時監査役、発起人に対して、各人が会社に対して負う責任を追及し、会社に対する損害賠償を求める制度である(以下、上記の各役職者を総称して、取締役等という)。また、株主代表訴訟は、株主の権利行使に関する利益の受供与者の利益の返還義務(会社法120条3項)、通謀新株引受人の差額支払責任(会社法211条1項)についても適用がある。

株主が株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲については、株主の権利行使に関する利益の受供与者および通謀新株引受人の責任については法文上明確であるが、その他の取締役等に対する場面においては、法は単に「責任」とだけ述べているため、追及しうる責任の範囲について議論がなされてきた。具体的には、取締役等が会社との一般的な取引によって負った債務を対象に含めるか否かを争点として、広く責任追及を認める全債務説と呼ばれる見解と、会社法上、責任の免除について厳格な規制がなされている責任、すなわち取締役等の負う任務懈怠責任、および取締役、発起人の負う資本充実責任のみがその対象となるとする限定債務説が対立してきた。裁判例にも、同様の対立軸に沿って結論の異なる事案が存在していたが、平成21年になって、最高裁が取引債務も株主代表訴訟の対象に含まれるとの判断を示し、議論は新たな段階に入った。

本稿では、この平成21年最高裁判決を契機として、株主代表訴訟によって追及することができる責任の範囲について改めて検討を加えるものである。従来の議論は、ともすれば取締役の責任のみを視野に捉えていたが、本稿においては、取締役以外の役員等、執行役、清算人、設立時役員、さらには株主の権利行使に関する利益の受供与者および通謀新株引受人に対する責任追及も検討の視野に入れて、統一的な判断枠組みを提示することを目標とする。

I 取締役等の責任と株主代表訴訟

1 取締役等の負うべき責任

(I) 改正前商法下における責任

(i) 取締役・執行役

平成17年会社法制定前の商法(以下、単に改正前商法という)においては、取締役は任務懈怠による損害賠償責任、法定の弁済責任および資本充実責任を負うこととされ

ていた。すなわち、取締役は、法令定款違反行為について損害賠償責任を負い(改正前商法266条1項5号)、法令違反行為には善管注意義務違反(同254条3項、民法644条)、忠実義務違反(改正前商法254条ノ3)が含まれると解されていた。また、法定の損害賠償・弁済責任として、株主の権利行使に関する利益の供与額(同266条1項2号)、会社の取締役に対する貸付けの未弁済額(同項3号)の支払責任、利益相反取引によって会社に生じた損害の賠償責任(同項4号)を負うほか、資本充実責任として、違法配当責任(同項1号)、設立時および新株発行時の引受・払込担保責任(同192条、280条ノ13)、価額填補責任(同192条ノ2、280条ノ13ノ2)を負っていた。

平成14年改正で導入された委員会等設置会社の執行役については、監査役設置会社における取締役とは規定ぶりが異なり、任務を怠ったときに損害賠償責任を負うとされたほか(平成14年改正株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律〔商法特例法〕21条の17第1項)、無過失責任とされていた違法配当責任、利益相反取引によって会社に損害を生じせしめた場合の責任についてはいずれも過失責任化され(同21条の18、21条の21)、新株発行時の資本充実責任については、引受・払込担保責任の規定は設けられなかった(価額填補責任については従来通り負うこととされた。同21条の24)。利益供与の責任については無過失責任のままとされた(同21条の20)。

(ii) 監査役・会計監査人

監査役は、その任務を怠ったときには会社に対して損害賠償責任を負うこととされていたが(改正前商法280条)、業務執行およびそれにかかる意思決定に参画していないことから競業取引および利益相反取引に関する規制には服さず、利益相反取引に関して無過失責任を負うこともなかった。また、資本充実責任についてもこれを負わないこととされていた。

会計監査人は、改正前商法下では、会社と契約関係にある社外の第三者と位置づけられており、委任契約に基づく善管注意義務を負うのみであって、株主代表訴訟の対象ともなっていなかった。

(iii) 発起人、設立時の取締役・監査役

発起人については設立に関する職務についての任務懈怠責任(改正前商法193条)を負うほか、取締役と同じく、資本充実責任として引受・払込担保責任および価額填補責任を負うとされており(同192条、192条ノ2)、これらの責任については株主代表訴訟の対象となっていた(同196条)。

設立時の取締役および監査役は、いずれも設立に関しては監督機関と位置づけられており、設立に関する意思決定や業務の執行を行う権限を有していない。そのため、

基本的には設立手続に関する調査、監督に関して、取締役、監査役としての任務懈怠責任を負うこととされていたが(同266条1項5号、280条)、設立時の取締役についてはこれに加えて、上述のように資本充実責任として、引受・払込担保責任および価額填補責任を負うこととされていた(同192条、192条ノ2)。

(iv) 清算人

清算人は清算会社の業務執行機関であることから、責任については取締役に関する商法266条1項各号の規定が準用されていた(改正前商法430条1項)。ただし職務の性質上、設立に関する責任および新株発行時の資本充実責任は負わない。

(2) 会社法における責任

(i) 取締役・執行役

会社法においては、従来無過失責任とされていた取締役の責任(改正前商法266条1項2号、4号)、が原則として過失責任化された(会社法120条4項、423条2項3項。ただし428条)⁽¹⁾。また改正前商法下で資本充実責任とされていた責任については、資本充実責任という考え方を改めたうえで、新株発行(募集株式の募集)における引受・払込担保責任は廃止され、違法配当責任および新株発行における価額填補責任は過失責任化された(会社法462条2項、213条2項2号)。なお、形式面としては、取締役の法令定款違反行為について損害賠償責任を定めていた従来の規定ぶりをあらため、監査役等と同様の任務懈怠による損害賠償責任とした。

委員会設置会社における執行役については、改正前商法とは異なり取締役と基本的に平行な責任規定が適用される(会社法120条、213条、423条、428条、462条、465条)。

(ii) 監査役・会計監査人

監査役の責任については、法文が取締役および他の役員等と統合されたほかは、会社法になっても基本的に変化はない。会計監査人については、会社法では役員に準じる地位にあるものとされ、株主代表訴訟によってその責任を追及しうようになった(会社法423条1項括弧書)。

(iii) 発起人、設立時役員

発起人の責任については、引受・払込担保責任が削除されたほか、発起設立における価額填補責任が過失責任化された(会社法52条2項2号)。募集設立の場合には無過失責任が維持されている(会社法103条1項)。

改正前商法における設立時の取締役および監査役については、会社成立後の取締役、監査役とは権限、機能が異なることから、あらたに設立時取締役、設立時監査役という別途の役職として整理された。設立時取締役、設立時監査役の権限は従来と同様に基本的には監督であって、設立手続に関する監督義務違反についての任務懈怠責任を負うが(会社法53条)、設立時取締役は、これに加えて発起人と同様の価額填補責任を負う(会社法52条1項、103条1項)。

2 株主代表訴訟制度

(1) 沿革

(i) 昭和25年改正前

株主代表訴訟制度は、昭和25年商法改正において、アメリカ法に倣って我が国に導入されたものである。同年改正前においては、我が国の株主による取締役に対する責任追及制度としては、株主総会による責任追及の決議があった場合に、監査役または総会の定めた代表者が会社を代表してその責任を追及することとされ(昭和13年改正商法267条、277条1項)、株主総会において責任追及の決議が否決されたときについては、資本の10分の1以上の株式を有する少数株主が監査役に対して取締役の責任を追及するように請求することを認め、この場合には監査役または少数株主が定めた代表者が会社を代表して取締役の責任を追及することになっていた(同268条、277条)。株主総会の特別決議によって取締役の責任を免除することが許されていたが、その場合にも少数株主による責任追及の機会は確保されていた(同245条1項4号、2項)。

(ii) 昭和25年改正～平成5年改正

昭和25年商法改正においては、取締役会の創設を含む権限分配の変更が行われ、取締役に対する責任追及制度は大きく様変わりすることになった。すなわち、第1に株主総会の権限を縮小して取締役に対する責任を追及する決議および否決された場合の少数株主による責任追及の制度を廃止する一方、単独株主が会社に対する提訴請求を行い、これが奏功しない場合には当該株主が直接に取締役を訴える株主代表訴訟制度を導入し(昭和25年改正商法267条)、同時に通謀新株引受人に対しても株主代表訴訟が提起できることとした(同280条ノ11第2項)。また、監査役が業務監査権限を喪失して

業務執行の監督は取締役会の権限とされたことから、監査役は取締役の責任追及に関する訴訟の提起・追行権も失い(取締役・会社間の訴えについては代表取締役または株主総会で選任された特別代表者が会社を代表してこれを提起、追行することとされた)、それにともなって取締役を相手取っての株主代表訴訟についての提訴請求の宛先は代表取締役と解された。責任の免除については、商法266条1項各号の責任および資本充実責任については株主総会特別決議による免除の制度を廃し、株主代表訴訟が単独株主権であることの裏返し⁽²⁾として、総株主の同意を要求することとした(同266条4項)⁽³⁾。ただし利益相反取引によって会社に損害を生じた場合の責任については、発行済株式総数の3分の2以上の同意で免除が許されていた(同266条1項4号、5項⁽⁴⁾)。発起人、監査役、清算人については、取締役に対する免除の規定が準用された(同196条、280条、430条2項)。

その後、昭和49年商法改正によって監査役が業務監査権限を再度獲得したことから、取締役・会社間の訴えの会社代表者が再び監査役とされた(昭和49年改正商法275条ノ2条⁽⁵⁾、ただし小会社⁽⁶⁾については監査役の権限が会計監査に限定されていたことから改正前と同様であった。商法特例法24条2項)。次いで昭和56年商法改正において株主の権利行使に関する利益供与が明文で禁じられたことに対応して、利益の受供与者に対する株主代表訴訟の制度が法定された(昭和56年改正商法294条ノ2⁽⁷⁾)。平成5年商法改正においては提訴に際しての貼用印紙額が訴額にかかわらず一律8200円⁽⁸⁾とされたことで株主代表訴訟の提訴件数が増大することとなったが(平成5年改正商法267条4項)、株主代表訴訟制度および取締役の責任免除に関する制度に大きな変更はなかった。

(iii) 平成13年改正以降

平成13年6月に議員立法によって取締役の責任軽減(一部免除)制度が導入された(改正前商法266条7項以下)。同制度は、取締役が改正前商法266条1項5号により負う責任のうち、悪意・重過失によらないものについて、①株主総会の特別決議、②定款に規定を置いたうえでの取締役会決議、③責任限定契約のいずれかの方法により、損害賠償額を報酬の4年分(代表取締役については6年分、社外取締役については2年分)まで軽減(一部免除)することを認めるものであった。この制度は現行会社法にもそのまま引き継がれている(会社法425条以下)。

平成14年商法改正で委員会等設置会社の制度が創設されて新たに執行役が委員会設置会社の役員として設けられ、この執行役もまた株主代表訴訟の対象とされた(平成14年改正商法特例法21条の25)。

(iv) 会社法制定

会社法制定に際しては、株主代表訴訟制度には大きな変更は加えられなかったが、①条文が会社訴訟の編に移動し、取締役等のすべてについて、またすべての「責任」について準用ではなく同一の条文で処理されることとなった、②濫用的な提訴が認められなくなった、③会計監査人が株主代表訴訟の対象となった、といった変更が加えられた。

なお、通謀新株引受人の差額支払責任および、株主の権利行使に関する利益の受供与者の返還責任については、改正前と同様に対象とされている。

(2) 株主代表訴訟の法構造

株主代表訴訟制度を法的にどのように捉えるかについては、株主が会社に代わって会社の権利を行使する制度としての側面を重視し、債権者代位訴訟に類似した法定訴訟担当ととらえる立場(代位訴訟説)と、株主が会社とは別個の固有の立場で、他の株主を代表して取締役を訴えるという性質を重視する見解(代表訴訟説、当事者訴訟説)が主張されている⁽⁹⁾。

本稿との関係でいえば、株主代表訴訟制度には一定の政策的な側面があることは否定しがたいことから、構造論についてどの立場をとったとしても、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲が自動的に画定される性質のものではない。しかしながら、米国における沿革にも鑑みるのであれば、当事者訴訟説は、株主が取締役の信託義務違反を追及するという古典的な米国の代表訴訟観に近く、取締役の義務違反のみが株主代表訴訟の対象となるとの見解と親和的であり、一方、代位訴訟説は、株主の代表訴訟提起権を会社の権利から派生したものにとらえて、第三者に対する権利を含めて代表訴訟の対象とする現在のアメリカ法の立場に近く、株主代表訴訟の対象を限定しない立場と親和性が高い。ただし、アメリカと我が国では、株主の提訴に際して、会社の不提訴の判断の不当性を要求するか否かについて決定的な違いがある。アメリカ法は、代表訴訟の対象となる会社の権利を限定しない代わりに、会社の不提訴が不当であることを代表訴訟提起の要件としており、権利行使に関する経営陣の判断が尊重されるのに対して、我が国の株主代表訴訟の提起については、経営陣の権利行使をしない(責任追及をしない)との判断を常に株主が覆すことが認められている。後述のように我が国において株主代表訴訟の対象を限定すべきであるとする見解の多くは、株主の株主代表訴訟提起権と会社の責任追及に関する経営判断(裁量)の調整という観点に立ったものである。

II 追及しうる責任の範囲についての学説および判例

1 総説

株主代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任については、従来から、特段の制限を認めない見解(全債務説)と、対象を取締役等の任務懈怠責任、および取締役、執行役、発起人等の資本充実責任に限るとする見解(限定債務説)が対立していた。しかし近時になり、両者の中間的な解決を図る見解(折衷説、中間説)も主張されるようになってきている。このような争いが生じる直接の原因は、条文が株主代表訴訟の対象について単に「責任」と規定するのみであり(会社法847条1項、改正前商法267条)、いかなる範囲、性質の責任がその対象となるかを明示していないためである。

学説がその結論としてもっとも先鋭に対立する点は、取締役等が職務とは無関係に会社との取引によって負うこととなった債務(取引債務)について、これを株主代表訴訟で追及することを認めるか否かという点である。全債務説は取引債務一般について対象とすることを認め、限定債務説は取引債務は一律に対象から排除する。折衷説、中間説は取引債務をさらに細分化し、債務の性質によって対象になるものとならないものがあるとする。取締役等が会社法上明文で負う、任務懈怠責任等に基く損害賠償もしくは支払義務が株主代表訴訟の対象となる点では各学説に異論はない。

判例も長らくにわたり態度が分かれており、一方では限定債務説に立つことを明言する裁判例があり、他方では限定債務説が対象としない責任について株主代表訴訟による追及を認めた事案も存在した。しかしながら、平成21年3月になって最高裁が初の判断を示し、一般論として取引債務が株主代表訴訟の対象となることを示した。

2 学説

(1) 全債務説

全債務説は、株主代表訴訟によって追及しうる責任について特段の制限は設けず、取締役等が第三者的地位に基づいて取引上負った債務(取引債務)を含む、取締役等が会社に対して負う債務一般が株主代表訴訟の対象となると解する。よって、株主代表訴訟によって損害賠償を求めうることはもちろん、債務の履行請求、所有権に基づく引渡請求、登記の移転請求等も株主代表訴訟の対象となる。

全債務説はその論拠として、①株主代表訴訟制度は会社による取締役等に対する責任追及の懈怠の可能性(提訴懈怠可能性)に備えたものであり、提訴懈怠可能性は会社法上の責任と取引債務で変わりがないこと、②会社法847条1項は単に取締役の「責任」とするだけで何らの限定を置いていないこと、③取引債務の不履行は善管注意義務違

反となること、④会社から取締役への金銭の貸付が返済されない場合を考えると、貸付けを行った代表取締役は任務懈怠責任を負い株主代表訴訟の対象になるのに、貸付けを受けた取締役が株主代表訴訟の対象とならないのは均衡を欠くこと等をあげる⁽¹⁰⁾。

ただし文字通りすべての債務が株主代表訴訟の対象となるわけではなく、たとえば取締役が会社に対して負う善管注意義務の履行を求める訴訟が提起できるわけではないし、会社が第三者に対して有する債権について、代表取締役として会社を代表してこの債権を行使すべき義務の履行を求めることもできない。

全債務説に立つ場合には、取締役等への就任前に負った債務が株主代表訴訟の対象となるか否かという点も議論になりうる。この点について、以前は就任前の債務も対象となると解する見解も有力であった⁽¹¹⁾。しかし、取締役等は就任中だけでなく退任後もその負うべき責任につき株主代表訴訟の対象であり続けるため(会社法386条1項参照)、ごく短期間在任しただけで、就任前に負った債務のすべてが退任後も株主代表訴訟の対象となってしまう不都合であることから、現在では就任前に負った債務は対象とはならないとする見解が多数である。

(2) 限定債務説

限定債務説は、株主代表訴訟の対象となる「責任」を、会社法が責任の免除について厳格な規制を置くものに限定すべきであるとする⁽¹²⁾。現行会社法においては、任務懈怠責任(会社法423条〔役員等〕、53条〔発起人、設立時役員〕、486条1項〔清算人〕)のほか、株主の権利行使に関して供与された利益についての支払義務(会社法120条4項〔取締役、執行役〕)、設立時の現物出資にかかる価額填補責任(会社法52条〔発起人、設立時取締役〕)、違法配当責任(会社法462条、464条、465条〔取締役、執行役〕)のみが免除について規制されており(会社法424条、55条、462条3項、465条2項、486条4項)、これらの責任だけが株主代表訴訟で追及可能ということになる。

限定債務説はその理由として、①株主代表訴訟制度はその発生原因において特に重要な、したがって免除について厳格な規制のある責任についてこれを認めて、その確実な実現を期したものであると解すべきであることを挙げるとともに、全債務説に対して、②全債務説によると経営陣の裁量を不当に侵害することとなること、③提訴懈怠可能性は支配株主等についても存するのであって、株主代表訴訟制度の趣旨を提訴懈怠可能性からのみでは十分に説明できないことを指摘する⁽¹³⁾。

(3) 折衷説

近時、理論的な枠組みとしては限定債務説に近い立場に立ちつつ、限定債務説によると株主代表訴訟の対象が狭くなりすぎるとして、より柔軟な解決を求める立場が主張されている。

その第1は、会社に責任追及に関する裁量を認めるべきであるかどうかに着目したうえで、限定債務説のいうように責任の免除について特に厳格な規制が置かれた責任のほかにも、会社に責任追及に関する裁量が認められない責任があることを示す見解で、取締役等が会社法上負った責任であり、会社に追及するか否かの裁量が認められない責任について株主代表訴訟の対象となるとする⁽¹⁴⁾。第2の立場は、従来の全債務説、限定債務説という対立軸では株主代表訴訟の対象の範囲を画することはできず、個々の責任ごとにその性質から対象となるかどうかを検討すべきであると述べる⁽¹⁵⁾。いずれの見解も、全債務説とは異なり、取引債務に代表される一定の範囲の責任については、これを追及するか否かは会社経営陣の経営判断に委ねられており、このような責任については株主代表訴訟による追求は認められないとすること、他方で、免除の規制が及ばない責任であっても株主代表訴訟の対象とすべきものがありうる点で共通する。

3 判例

(1) 下級審裁判例

前述のように、株主代表訴訟の対象の範囲に関しては、平成21年の最高裁判決が出されるまでは下級審の裁判例のみが存在していたが、これら裁判例の立場は分かっていた。以下では各事案について簡単に紹介をする⁽¹⁶⁾。

【事案①】東京地判昭和31年10月19日判例時報95号21頁

甲株式会社代表取締役Yが会社のために買い入れた建物につきY名義の移転登記を行ったことから、甲会社の株主Xが、甲会社が所有権に基づきYに対して有する移転登記抹消請求を株主代表訴訟により追及したものである。これに対して判旨は、株主代表訴訟提起権は、「…株主が、みずから会社のために、取締役の会社に対する責任を追及する訴を提起できる権利で、ここにいうところの責任は、取締役が法令又は定款に違反する行為をしたときの会社に対する損害賠償責任と、会社に対する資本充実の責任とを意味するものと解するのが相当であり、取締役が「会社に対し背任行為をし、これによつてYが会社に損害を与えたことを理由として、…(取締役の)会社に対する損害賠償の責任を追及するのであれば格別、…会社のYに対する登記抹消請求権を会社に代位して行使することは、前記代表訴訟の認められる範囲をこえるものと

して許されないと解するのが相当である」、と判示した。

【事案②】大阪地判昭和38年8月20日下民集148号1585頁

甲株式会社の代表取締役Aが会社財産を社外のYらに違法に譲渡したことから、同社の株主Xらが、①株主としての地位に基いて民法423条により甲会社に代位して、同社がYらに対して有する権利を行使する、②Aは会社を代表してYらに対して上記の請求権を行使する義務を負っているが、株主代表訴訟によって、会社がAに対して有する、当該義務の履行を求める権利を代位行使する、と主張して、参加引受人であるYらに対して、移転登記抹消請求、建物の明渡請求、損害賠償請求を行った事案である。判旨は、Xらの主張①については、株主権としての共益権は債権とは異なり代位の基礎とならないことを示してこれを認めず、また②についても、会社が第三者に対して有する権利を株主代表訴訟によって追及することはできず、それはたとえ「会社が取締役に対する損害賠償請求権を有し、株主がこれを代表行使し得る場合でも、右取締役の資力を保全するため、その第三者に対する財産権を代位行使することは、会社へのみ認められるものである」と判示するとともに、取締役が「委任の規定に従い会社に対して負担する善管義務ないしは忠実義務の履行請求権…が代表訴訟によつて追及しうる取締役の責任内容に含まれると解するのは相当でなく、会社財産の直接の維持保全、回復が図られるもののみが対象となると判示した。判旨はその理由として、これらの義務を株主代表訴訟の対象とすることは、「株主の行き過ぎ干渉のため、取締役の会社運営に関する裁量の自由が不当に奪われ」るおそれがあることをあげている。

一方判旨は、傍論ながら株主代表訴訟の認められる範囲につき、「代表訴訟の目的となる取締役の義務内容は、同人の会社に対する損害賠償義務ないし不当利得返還義務等の金銭給付義務に限られることなく、特定物の返還義務、登記移転義務をも含むものといつてよいであろう」と述べて、前記【事案①】とは異なる見解を示している。

【事案③】大阪高判昭和54年10月30日高民集32巻2号214頁

控訴審のため詳細な事案は不明であるが、取締役(故人)が会社の代表取締役の資格で買い受けた土地について個人名義で登記がなされたことから、株主が当該取締役の承継人に対して、株主代表訴訟によって所有権移転登記手続を求めた事案である。判旨は、株主代表訴訟制度が提訴懈怠可能性に備えたものであることを示したうえで、「提訴懈怠の可能性は、取締役が会社に対し不動産所有権の真正な登記名義の回復義務を負っている場合でも異なるところはない」として、取締役が会社に対して負う損害賠償責任、資本充実責任だけでなく、不動産所有権の真正な登記名義の回復義務も株主代表訴訟の対象となると判示した。また、濫用のおそれについて、「濫用の虞れのあ

ることは…代表訴訟の制度が採用された当初から危惧されていたことであり、立法上もその防止のために一応の配慮…がなされている」とし、条文の文言に制限がないことをも示して、限定債務説のように解すべきいわれはないと判示した。

【事案④】東京地判平成10年12月7日判例時報1701号161頁

取締役が就任前に、上司である取締役の指示で行った商法260条2項(会社法362条4項)違反の支出について、取締役就任後に株主代表訴訟が提起されたものである。判旨は、株主代表訴訟制度導入の沿革を検討し、株主代表訴訟で追及しうる責任とは、昭和25年商法改正の際に「取締役の責任として明確化、厳格化された商法266条所定の責任及び同改正時に取締役の厳格化された責任として別個に認識されていた同法280条の13所定の責任を意味するものと解することが相当」であるとし、株主代表訴訟制度が提訴懈怠可能性に備えたものであるとの主張に対しては、「取締役の会社に対する責任のうちどの範囲のものを同制度の対象とするかは、右制度趣旨とは別個の観点から決定し得る問題であり、右制度趣旨から取締役の責任の総てが当然に株主代表訴訟の対象となると解すべき必然性はない」と判示した。

【事案⑤】大阪地判平成11年9月2日判例時報1719号142頁

甲株式会社と乙株式会社は提携関係にあったが、甲会社は乙会社の新株を高値で引き受けるとともに、乙会社のために保証予約をして損害が生じたとして、甲会社株主が、甲会社取締役、監査役のほか、乙会社代表取締役(甲会社の取締役、監査役ではない)を相手取って株主代表訴訟を提起したものである。その際、被告である甲会社取締役のうち1名については、総務人事部長として新株引受に携わったことが責任原因とされた。これに対して判旨は、株主代表訴訟の制度趣旨について、会社が責任追及の訴えを「積極的に提起しないおそれが定型的にあることに鑑み、株主に訴えを提起する資格(原告適格)を認めることにより、取締役等の違法行為を抑止し、会社の利益を確保することとしたもの」であるとしたうえで、社外の第三者を被告とすることについては、「代表取締役、監査役の会社運営に関する裁量を侵すこととなり、ひいては代表取締役・取締役会・監査役という諸制度を設けた法の趣旨に反することとなる」としてこれを認めなかった。一方で、取締役就任前に負った責任の追及については、同様の制度趣旨を示しつつ「会社が積極的に取締役等の責任を追及しないおそれがある点において、当該取締役が会社に対し債務を負った時期が取締役等への就任の前であるか後であるかによって異なることはない」との理由により、取締役就任前に負担した債務についても株主代表訴訟の対象となると判示した。

【事案⑥】 東京地判平成20年1月17日判例時報2012号117頁

会社が代表取締役に対して自己株式の売却を行ったが⁽¹⁷⁾、その際に取締役会決議が欠けているとして、株主が代表取締役に対して、株主代表訴訟によって会社への株券の返還、損害賠償等を求めた事案。判旨は株主代表訴訟制度の趣旨は、「免除につき株主の同意を要するなど免除困難な責任(旧商法266条1項各号所定の責任)又は免除不可能な責任(資本充実責任)について株主代表訴訟による確実な実現を期する一方、株主代表訴訟の請求原因を上記の各責任の追及に限定し、これ以外の場合には提訴するか否かを会社の決定に一任することによって株主の権限につき一定の制約を課したものの」としたうえで、「旧商法267条1項所定の『取締役ノ責任』とは、同法266条1項各号所定の責任及び同法280条ノ13所定の資本充実責任に限定される」とし、さらに「同法266条1項が、…金銭賠償のみを予定していることに照らすと、同項の責任には株券の引渡請求は含まれないと解するのが相当である」と判示した。

(2) 平成21年最高裁判決

最高裁は平成21年3月10日の判決において、取引債務が代表訴訟の対象となることを明示した。その意味ではこれまでの全債務説と限定債務説の争いに一定の回答を出したと見ることも可能ではあるが、理由付けにおいて従来の学説とは異なった点があること、事案が特殊であることなどから、これまでの学説対立に終止符を打つ判示であるとは評しがたい。

【事案⑦】 大阪地判平成18年5月25日金融商事判例1315号51頁

甲株式会社の株主Xは、甲会社が昭和26年から昭和35年にかけて複数の第三者から複数回にわたって土地(本件各土地)を購入したものの、各土地の売買にかかる不動産売渡証書(登記済権利証)はいずれも甲会社の取締役(現代表取締役)Y宛であり、また不動産登記もY名義の所有権移転登記がなされて現在に至っているとして、Yを相手取り、各土地について真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をするよう求めた。Xは登記がY名義になっていることについて、①主位的にYは甲会社に無断でY名義の登記手続をしたこと、②予備的に、甲会社の代表者であるAとYが期限の定めのないY所有名義の借用契約を結んで本件各土地の登記手続を委託し、Yはこれを受けてY所有名義の本件各登記手続をしたが、株主代表訴訟の提起によって名義の借用契約が終了したこと、を主張した。なお、XおよびYは兄弟であり、Aは両名の父親である。

判旨は、Xの主張によれば、Yは取締役任用契約に基づき甲会社に対して所有権移転登記手続をすべき義務を負う関係にあることから考えて、本件請求は株主代表訴訟の

対象となる、として訴えの適法性を確認したうえで、本件各土地の売買について甲会社による取得であるとの立証がないとしてXの請求を棄却した。

【事案⑧】(⑦の控訴審)大阪高判平成19年2月8日金融商事判例1315号50頁

判旨は、Yが会社に対して負うとされる登記義務は、取締役の地位の有無によって消長を来さないものであると判示したうえで、株主代表訴訟制度の趣旨について、「商法が…取締役、会社と取締役との間の委任契約に基づく善管注意義務による責任を越えて、厳格化・定型化された特別の責任を負わせていることを受けて、その責任の履行を確実なものとして、株主の地位を保護するために設けられたもの」であると述べ、株主代表訴訟の対象となる責任については「商法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任を指すものと理解すべきであり、取締役が、取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任を含まないと解することが相当である」と判示した。そして、Xの主位的主張については登記の移転義務の履行そのものは取締役としての職責に含まれないから株主代表訴訟の対象とならず、また、予備的主張についても、株主には会社・取締役間の登記名義借用の委託契約を解除する権利がないことを判示して、Xの請求を却下した。

【事案⑨】(⑧の上告審)最判平成21年3月10日金融商事判例1315号46頁

最高裁は株主代表訴訟の制度趣旨について原審の判示を否定し、「取締役が会社に対して責任を負う場合、役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及が行われないおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される」と述べて、制度の趣旨が提訴懈怠可能性に備えたものであることを示したうえで、「会社が取締役の責任追及を怠るおそれがあるのは、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限られないこと、同法(改正前商法=筆者注)266条1項3号は、取締役が会社を代表して他の取締役に金銭を貸し付け、その弁済がされないときは、会社を代表した取締役が会社に対し連帯して責任を負う旨定めているところ、株主代表訴訟の対象が取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、会社を代表した取締役の責任は株主代表訴訟の対象となるが、同取締役の責任よりも重いというべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とならないことになり、均衡を欠くこと、取締役は、このような会社との取引によって負担することになった債務(以下「取締役の会社に対する取引債務」という。)についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されることなどにかんがみると、同法267条1項にいう「取締役ノ責任」には、取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の

会社に対する取引債務についての責任も含まれると解するのが相当である」と述べて、取引債務についても株主代表訴訟の対象となると判示し、Xの予備的主張を却下した原判決を破棄して差し戻した。一方で、Xの主位的主張については、「所有権に基づき、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであって、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもない」との理由付けで、これを却下した原審の判断を支持した。

III 検討

1 各学説の射程

任務懈怠責任をはじめとして、免除について会社法が規制を置いている責任が株主代表訴訟の対象となることについては各学説に異論はない。従来、全債務説と限定債務説が対立したのは、①取引債務を株主代表訴訟の対象に含むべきか否か、②免除について厳格な規制がなされていない、取締役等がその地位に基づいて負った責任を株主代表訴訟の対象に含むべきか否か、との点であったが、最近では折衷説の立場から、全債務説に対しては、取引債務を一括りにして一律に株主代表訴訟の対象とすることの当否、限定債務説に対しては、免除について厳格な制限の置かれていない責任についてこれを一律に株主代表訴訟の対象外とすることの当否について疑問が呈されている。これを整理すると、取締役等の負うべき責任については、①取締役等が第三者的な地位に基づいて負う取引債務、②取締役等が会社法上の地位に基づいて負う取引債務、③取締役等が会社法上負う責任であるが会社が自由に免除しうる責任、④取締役等が会社法上負う責任であって免除について厳格な規制がなされている責任、に分類することが可能であり、全債務説は①～④のすべてが株主代表訴訟の対象となるとし、限定債務説は④のみが株主代表訴訟の対象となると解している。折衷説は、少なくとも③④については株主代表訴訟の対象となり、②も対象となると解しているように思われる。

学説の検討に際して留意すべきことは、株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲をどのように画すかという問題は、多かれ少なかれ政策的な問題であるという点である。このことは通謀新株引受人の差額支払義務(会社法212条1項)や株主の権利行使に関する利益の返還義務(会社法120条)のように、社外の第三者が会社に対して負う責任についても株主代表訴訟の対象とされていることから明らかであろう。全債務説の結論、限定債務説の結論だけ、理論だけをとりあげて、その優劣、当否を論じることは妥当ではない⁽¹⁸⁾。むしろ会社法における責任追及に関する権限分配との整合性、提訴懈

怠の可能性と懈怠された場合の会社への影響等を多面的に考慮する必要があるように思われる。

2 全債務説の問題点

(1) 全債務説は、取締役が負うあらゆる種類の債務・責任が株主代表訴訟の対象となるとする。しかし、全債務説のこのような理解は、会社の業務執行機関が会社の権利について、これを行行使するか否かを判断する権限(裁量)を有することとの衝突を生ずることになる。

株主が、取締役等が負うすべての責任について株主代表訴訟でこれを追及しようということは、取締役等が会社に対して負う債務・責任一般について、会社が有する権利を行行使するか否かの判断(意思決定)が個々の株主に委ねられることを意味する。すなわち、仮に会社の正規の決定機関⁽¹⁹⁾によって責任を追及しないとの意思決定がなされたとしても、株主は株主代表訴訟を提起することによって、会社の意思決定を覆して当該責任を追及できることになる。全債務説は、株主代表訴訟制度が提訴懈怠可能性に備えたものであることを理由にこのような帰結を肯定するが、提訴懈怠可能性という一事からこのような結論を導くことが妥当であるかどうかは疑問である。

(2) 第1に、会社が、自らが有する権利を行行使するか否か、どのタイミングでどのような手段によって行行使するかということは、本来は経営判断事項であり、取締役会、代表取締役または監査役の決定に基づいて行われるべきものである。経営陣が権利を行行使しない(責任を追及しない)との判断を下した場合、その判断が経営判断としては是認されるものであれば株主は当該判断に容喙できないし、判断が裁量としては是認できない場合であったとしても、株主は当該判断を行った取締役、監査役に対して任務懈怠責任を追及しようにすぎず⁽²⁰⁾、その判断自体を覆すことはできない。

会社法が、取締役等の責任の免除に関して、任務懈怠責任その他のごく一部の責任についてのみ総株主の同意(またはそれに代わる措置)を要求しているにすぎないことからすれば(会社法55条、120条5項、424条、462条3項、465条2項、486条4項、および425条ないし427条)、少なくとも会社法上の権限分配としては、たとえば取締役等が第三者として負った取引債務のようなものについてまで、債務者が取締役等であることのみを理由として、会社が有する権利の行使に関して、経営陣の経営判断(裁量)を認めないとの前提に立っていると解することはできない。

この点については全債務説から、取締役等の責任免除が相当とされる場合は稀であって、責任追及については業務執行の判断に委ねることが適当でないために株主代

表訴訟が認められているとの説明がなされているが⁽²¹⁾、責任を追及しないという経営判断が相当とされる場合が稀であるとの根拠は明確ではないし、仮に稀であるとしても、経営陣の取締役等の責任を追及しないとの判断が相当であるケースは存在するのであり、判断の相当性は、当該判断を行った経営陣の任務懈怠の存否という形で別途争われるべきものである。なぜ取締役等が債務者の場合にだけ一律に経営陣の判断に委ねないことが正当化されるのか明らかでない。

また、総株主の同意を要しない責任の免除であっても、取締役の責任の免除は利益相反取引にあたり、免除に際しては取締役会決議が要求されること、仮に取締役会決議があっても合理的理由がなければ免除を決定した取締役の損害賠償責任を生じさせ、取締役の責任追及の場面では会社・取締役間の利害が抵触することから、責任追及をするか否かは経営判断の問題ではないとの主張も可能であると指摘されている⁽²²⁾。しかしながら、利益相反取引規制が課されるのは取締役(会社法356条1項2号3号)、執行役(会社法419条2項)および清算人(会社法482条4項)だけであるから議論を一般化することはできないし、会社法が利益相反取引について取締役会決議を要求するのは、取引を行うか否かの判断に際して、秘密裏かつ安易に決定がなされることを防止し、取締役会による監督機能に期待したものであって⁽²³⁾、経営陣による経営判断上の裁量自体を否定するものではない。損害賠償責任を負うことについても、利益相反取引に関して、これを承認した取締役が一律に無過失責任を負うと解されていた改正前商法下であれば別段、会社法下では利益相反取引を決定または承認した取締役は証明責任が転換された任務懈怠責任を負うに過ぎないのであり(会社法423条3項)、社外の第三者が会社に対して負う債務を免除した場合であっても、合理的理由がない場合には免除を決定またはこれを承認した取締役が任務懈怠責任を負う(会社法423条1項)こととの比較からすれば、取締役等に対する責任追及の判断が経営判断事項ではないということにはならない。取引債務の不履行が取締役等の任務懈怠を構成するとの見解もあるが⁽²⁴⁾、仮に不履行が直ちに任務懈怠と評価されるにしても、そこで追及されるものは任務懈怠による損害賠償責任であって取引の履行義務そのものではないし、そもそも、いかなる事情のもとであっても、取締役等が第三者として負った取引債務の不履行が常に任務懈怠といえるかどうか疑問である。

ほかにも、全債務説に立ちつつ取締役等に就任する以前に負った責任についての株主代表訴訟を否定する立場から、在職中に生じた取引債務は、会社との利益相反取引の結果生じているものであり、利益相反取引に厳格な規制がなされていることとの均衡で当該債務の履行についても株主代表訴訟によって確実な実現を期すべきである、

との理由が示されている⁽²⁵⁾。しかし、この論拠についても以下のような反論が可能であろう。すなわち、まず、上述のように利益相反取引規制が課されるのは取締役、執行役、清算人だけであるから、監査役その他の者については、利益相反取引規制が課されることは当該取引による債務を株主代表訴訟の対象とすることの直接の論拠たりえない。監査役その他の者との取引の場合であっても、当該人物は取締役と同様の利益相反的な地位にあるとの反論もあり得ようが、そもそも会社と取引をする相手方はすべからず会社とは利益が相反するものであるから、取引において会社と利害が対立すること自体は、経営陣による責任追及の裁量権を否定して株主代表訴訟を認めるべき理由とはならない。また、利益相反取引規制が課されるのは、取引条件の設定の場面で経営判断が構造的に偏向することに備えたものであって、債務の履行を求めるか否かの判断についての判断の偏向に備えたものではないのであるから、この点からも利益相反取引規制の対象であることを、取引債務の追及について経営陣の裁量を一律に否定する理由とすることはできない⁽²⁶⁾。

(3) 第2に、経営陣による責任免除の意思表示との関係でも、会社が免除の意思表示を行った場合に、株主の株主代表訴訟提起・追行権がどのように扱われるのかについて問題となる。

ひとつの考え方によれば、株主は会社の権利を代わって行使するものであるから、会社による免除の範囲で株主の訴訟追行権は失われ、責任の全部が免除されれば株主代表訴訟は不適法なものになる⁽²⁷⁾。このように解する場合には、免除につき特段の規制のない責任であれば、経営陣が明示の意思表示によって取締役等の責任を免除する限りは、経営陣の免除の判断が尊重されることになり、経営判断に関する裁量と株主代表訴訟の衝突という問題は生じない。しかしながらこのように解するのであれば、そもそも取引債務について株主代表訴訟の提起を認める意義について多大の疑問が生じる。株主が株主代表訴訟を提起しても — さらに勝訴したとしても — 会社がその責任を免除してしまえるのであれば、株主は結局、免除の判断をした経営陣の任務懈怠責任を追及するしかないから、取引債務につき株主代表訴訟を認める実益はほとんどなく、かえって濫用的な利用の余地を作るだけに終わるように思われる。

他方、別の考え方によれば、株主代表訴訟が提起される限りで経営陣の責任免除の権限が制限されることになる。取締役の任務懈怠責任に関して、株主代表訴訟提起後に当該損害賠償債権を第三者に譲渡しようかどうかという点に関する議論において、学説から、株主代表訴訟が提起されると会社は当該権利について処分権限を失うとの

見解が示されている。債権者代位訴訟が提起されると中間債務者が自己の有する権利を処分できなくなるが、株主代表訴訟においても同様に解すべきであるとの見解である⁽²⁸⁾。この見解にたてば、取引債務など責任の免除について特段の規制のない責任についても、株主代表訴訟の提起後には会社による免除は不可能になる。その場合、会社による免除の意思表示と株主代表訴訟はいわば早い者勝ちの関係となるが、このような結論は妥当であるとはいえないであろう⁽²⁹⁾。早い者勝ちの関係を避けるために、株主代表訴訟の提起の可能性のある責任については、およそ会社による免除は許されないと考えることも不可能ではないのかもしれないが、そのような理解は会社法が責任免除に対する規制を任務懈怠責任など限られたものに限定していることと矛盾する。

(4) 全債務説がその根拠としてかかげる提訴懈怠可能性については、提訴が懈怠される可能性があるということが、すべての不提訴の判断が提訴の懈怠であるということの意味するわけではないとの指摘が可能であろう。また、全債務説であっても、たとえば会社が取締役に対して有する善管注意義務(委任契約という会社・取締役間の取引によって生じた取引債務)の履行請求を株主代表訴訟によって追及することを認めるとの結論には至らないから、一定の範囲で会社による責任追及に関する判断についての裁量を認めることになるはずであり、なぜいわゆる典型的な取引債務の追及について、一律に経営陣の裁量が否定されることになるのかという点についての理論的な説明は困難であろう。ただし次に検討するように、限定債務説の結論が株主代表訴訟の範囲を狭く解しすぎるものであることからすると、株主代表訴訟の対象が限定債務説がいう責任原因に限られないということを示した点において意義があるということは可能であろう。

3 限定債務説の問題点

(1) 限定債務説は、株主代表訴訟の対象となる責任を、会社法上、責任の免除について総株主の同意、またはこれに代わる特別多数の株主による承認⁽³⁰⁾が要求される責任に限定する。免除について総株主の同意または特別多数の株主の承認が要求される責任とは、換言すれば責任追及を行うか否かの判断について経営陣の裁量が認められていない種類の責任であるということができるから、全債務説におけるような、経営陣の裁量と株主代表訴訟の衝突という問題は生じず、会社法における権限分配と整合的であるということができる。また、限定債務説がいうように、我が国の株主代表訴訟が有する、経営陣の判断についてその当不当を問うことなくこれを覆すものであるとの性質に鑑みれば、そもそも責任追及をしないという判断が許容されない責任であればこそ、経営陣の意向とは無関係に株主代表訴訟を提起することを認めても差し支え

がないことになる。これらの点で、少なくとも理論的な枠組みとしては、限定債務説は全債務説に比してより妥当なものであるということは可能であろう。

(2) しかしながら、限定債務説がとる結論に対して、全債務説から株主代表訴訟の対象となる責任の範囲が狭きに失するとの強い批判がなされており、折衷説も同様の指摘を行っている。

改正前商法の下においては、①会社が取締役に対して行った貸付けについて、他の取締役が負う責任(改正前商法266条1項3号)が株主代表訴訟の対象になるのにもかかわらず貸付けを受けた取締役に対する履行請求が株主代表訴訟の対象とならないこと、②取締役の競業取引について介入権が行使された場合に取引をした取締役が負う利益の引渡義務(同264条1項)を株主代表訴訟で追及しえないこと、③違法(無効)な利益相反取引(同265条)について取締役が会社に対して負う原状回復義務についてもこれを株主代表訴訟で追及しえないこと、が批判の対象となった。

このうち現行会社法でも同様に問題となりうるのは利益相反取引の問題である。利益相反取引が無効となった場合に取引を行った取締役が会社に対して負う原状回復義務については、会社法がその免除に総株主の同意を要求する責任ではないことから、限定債務説によれば株主代表訴訟の対象とはならない。しかしこのように解すると、会社が取引取締役に対する原状回復請求を行わないでいる間に、取引取締役が目的物を善意・無重過失の第三者に移転してしまえば、会社は当該第三者に対して取引の無効を主張することはできず(相対的無効説⁽³¹⁾)、目的物の取戻しは不可能となる。この点については、当該取締役の返還義務の不履行は任務懈怠であり、株主は任務懈怠責任(会社法423条1項)を株主代表訴訟で追及することが可能であるから、返還義務自体を株主代表訴訟の対象としなくても不都合とはいえないとの反論が考えられようが、返還対象は金銭であるとは限らず、金銭による事後的な損害賠償よりも、直截的に目的物の返還や登記の移転を株主代表訴訟によって求める方が会社にとって望ましい場合も考えられるから⁽³²⁾、この反論は妥当ではない。

また、無効な利益相反取引の原状回復義務については、これを追及すべきか否かについて会社に裁量があり、株主代表訴訟の対象とすべきではないとの見解もあるが⁽³³⁾、取引の無効は会社法違反によるものであるから、その原状回復義務は会社法上の義務と評価することができ、履行を求めるか否かについて、会社経営陣に経営判断上の裁量はないと考えるべきである。仮にこの返還義務の履行を求めるか否かの判断について経営陣に裁量があると考える、もしくはさらに進んでこの返還義務を経営陣の判断

で免除しようと解した場合、会社法が利益相反取引に関与した取締役に重い責任(会社法423条3項、428条)を課した趣旨は大きく損なわれることになる。すなわち、違法な利益相反取引で会社に損害が生じて取引取締役および関与者が加重された責任を負うこととなったとしても、取引取締役の退任後に会社が原状回復義務を免除すれば、取引による損害は会社には生じず、かつ免除は利益相反取引にあたらぬから返還義務を免除した経営陣が通常の任務懈怠責任(会社法423条1項)の責任を負うものの、これらの取締役が負っていた加重された責任は消滅することになる。

なお、上記①の競業取引における介入権の問題は、現行会社法が介入権の制度を廃して損害賠償額の推定へと切り替えた(会社法423条2項)ことから現在では問題にならない⁽³⁴⁾。また、③の取締役に対する貸付けの問題は、現行会社法が貸付の決定または業務執行を行った取締役の責任についてこれを加重していた改正前商法の規定を改めて、通常の任務懈怠責任としたことに鑑みれば、これは一般の取引債務として扱われるべきであり、現行会社法の解釈としては限定債務説の結論が正当であると考えられる⁽³⁵⁾。

上記の各論点のほかにも、たとえば【事案④】のように取締役が会社の土地の登記を騙取した場合や、会社財産を横領した場合を考えると、限定債務説はその結論において正当であるとはいいがたいように思われる。限定債務説によれば、これらの場合には、株主は任務懈怠責任による損害賠償について株主代表訴訟を提起することは許されるが、登記移転義務や横領物の返還義務を株主代表訴訟によって追及することはできないことになる。しかし、当該取締役は取締役としての職務に違背して登記を騙取または横領を行ったものであるから、その返還義務は当然に当該取締役が会社法上負う義務であって、会社側に当該義務の履行を求めるか否かについての裁量があるとは考えがたい。このような場面においてもなお、責任の免除に関する制限規定が適用されないことをもって、会社の裁量を理由に株主代表訴訟の提起を認めないとの結論は首肯できないものであろう。

(3) 限定債務説は、株主代表訴訟の対象となる責任を限定する理由として、重大な責任について確実な実現を期すこと、および経営陣の裁量を侵害しないことを挙げるが、前述のように、無効な利益相反取引における原状回復義務や、横領物の返還義務など、会社法が免除について厳格な規制を設けていない責任であっても、その追及の可否の判断について経営陣の裁量を認めるべきでないものが存在すると考えるのが妥当である。現に、募集株式の発行の場面で取締役が負う現物出資の価額填補責任(会社法213条1項)には免除に関する規制は置かれていないが⁽³⁶⁾、設立時取締役が負う価額填補責

任が限定債務説によっても株主代表訴訟の対象となること⁽³⁷⁾との平仄から考えれば、この責任が株主代表訴訟の対象とならないと考えることは妥当でないであろう。また、株主の権利行使に関する利益供与の受供与者および通謀新株引受人に対する株主代表訴訟については、これらの者はそもそも社外の第三者であることから免除に関する規制に全く服さないものであるが、これらの者が負う責任については明文で株主代表訴訟による追及が認められている。

これらの点からすれば、限定債務説は、経営陣の判断権限との調整という点で理論的に優れているが、免除について厳格な規制が課されているもの以外の責任追及の判断については常に経営陣の裁量が優先し、株主代表訴訟を認めないとしている点で相当ではない。ただし後に検討するように、対象となる責任が狭きに失するという問題点は、限定債務説の問題というより、責任免除に関する規定の不備と考える方がむしろよいのであって、解釈上、免除に対する制限の範囲を拡大することで結論の不当性は解消される性質のものと考えられる。

4 折衷説の検討

(1) 折衷説は基本的には、限定債務説の理論的な枠組みを用いつつ、株主代表訴訟の対象となる責任の範囲が狭すぎるとの、限定債務説に対する批判に答えようとする見解であると捉えることができ、これまで本稿が全債務説、限定債務説に対して行ってきた批判的検討と視座を同じくするものであるといえる。

全債務説、限定債務説は、いずれの学説も株主株主代表訴訟の制度趣旨から演繹的に対象となる責任の範囲を画そうとするものであるということが出来るが、株主代表訴訟が政策的な考慮に基づいて設計された制度であることに鑑みれば、追及のしうる責任の範囲についても、政策的な価値判断を等閑視することは妥当ではない。

この点折衷説は、議論の出発点を、株主代表訴訟は責任追及に際して会社の経営判断上の裁量が認められない責任について提起が許される、との点に置き、具体的な責任の内容を吟味⁽³⁸⁾したうえで、どのような責任であれば経営陣の裁量を覆して株主による責任追及を認めるべきであるかを検討するものである。このような考え方は、全債務説、限定債務説に比べて柔軟かつ妥当な解決を導くことが可能であり、従来の各学説のなかでは最も適切な見解であろうと思われる。

(2) この折衷説のアプローチからすれば、全債務説と限定債務説が、取締役等の責任を「取引債務」と「免除の困難な責任」に二分することに対する疑問が検討の出発点となる。すなわち、取締役等の負うべき責任といってもその発生原因、態様は種々

様々であり⁽³⁹⁾、取引債務とされるもののなかにも株主代表訴訟の対象とすべきものとそうでないものが存在しうるし、他方で免除の困難な責任以外にも株主代表訴訟による追及を認めるべき責任があるのであって、取引債務を含むことが不当であるから免除の困難な責任に限定するとの結論、免除の困難な責任に限定することが不当であるから全債務を対象とするとの結論のどちらも正当ではないことになる⁽⁴⁰⁾。過去の下級審裁判例を見ても、限定債務説に立つとされる【事例①】が、取締役が「背任行為をし」「会社に損害を与えたことを理由として」「損害賠償責任を追及するのであれば」、登記移転請求とは異なり株主代表訴訟による責任追及が可能である旨を述べて、不法行為責任の追及を認めているようにも解しうること、傍論で限定債務説をとらないことを示す【事案②】において、株主代表訴訟の対象は、取締役の「会社に対する損害賠償義務ないし不当利得返還義務等」に限られるわけではないと判示されていることに鑑みれば、取締役がその地位に基づいて職務上負う責任の範囲が、任務懈怠責任と資本充実責任に限られると解されているわけではない様子がうかがえる。

そこでどのような取締役等の責任の追及が、会社にとって経営判断としての裁量が認められないものであるのか、その範囲を画すことが必要になるが、抽象的には取締役等が負う責任のうち、会社に責任追及に関する裁量を認めるべきでないもの、と表現せざるを得ず、ある種の循環論法に陥ることは避けがたい。

しかし、少なくとも会社法が任務懈怠責任等についてその免除を制限していること、その一方で純粋な取引債務についてはその追及に関する判断は経営判断として経営陣の裁量が認められると考えるべきことから、以下のことがいえるように思われる。

その第1は、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲は、取締役等がその地位に基づいて負った責任でなければならないとの点である⁽⁴¹⁾。取締役等が第三者として負った債務については、これまでの検討で明らかなように、本質的には会社はその責任を追及するか否かについての裁量を有するのであり、提訴懈怠可能性を理由としてその裁量を否定することは適当でないからである。これに対して取締役等がその地位に基づいて負う責任については、少なくとも任務懈怠責任等の、経営判断による免除が禁じられている責任については会社に裁量がないことは明らかである。またそれ以外の責任についても、たとえば無効な利益相反取引の原状回復義務や、支給手続の瑕疵で支給が無効となった取締役等の報酬の返還義務については、取締役等がその地位にあることによって生じる義務であるとともに、会社側からしても、自らの手続の懈怠または瑕疵ある手続によって生じた返還請求権についてこれを行行使しないとの経営判断は許されないと考えるべきであるから、同様に株主代表訴訟で追及しうるかと解すべき

である。横領行為や登記の騙取のような取締役等の任務違背によって生じた返還請求権等の行使についても同様に考えるべきである。前掲の【**事案④**】において登記移転請求権を株主代表訴訟で追及することが認められた理由は、取締役が会社に移転すべき登記を任務に違背して自らに移転したことに求められるのであって、純粋な第三者的地位に基づいて負った債務が追及されたものではないと考えるのが妥当であろう。

第2は、他の学説においても異論のないところであるが、取締役等に対して積極的な職務の執行を求めること、換言すれば会社との委任契約に基づく給付義務の履行を株主代表訴訟によって実現することはできないとの点である。前掲の【**事案②**】が判示するように、このような請求を認めることは会社経営における裁量を著しく侵害することになるとともに、同事案で原告が主張したような、取締役の会社に対する委任事務の履行義務を媒介として、第三者の会社に対する債務についても株主代表訴訟を認めるとの結果になるからである⁽⁴²⁾。株主代表訴訟制度は、事前の予防制度としての株主による違法行為差止請求(会社法335条)との対比において事後的救済制度と位置づけられていることから明らかなように、会社財産が毀損された場合にこれを回復するための制度であるから、まったくのあらたな積極的行為の履行を求めることはできないと解すべきである。

以上の検討からすると、取締役等が会社に対して負う責任のうち、①限定債務説が株主代表訴訟の対象とする責任、②取締役等が会社法上の明文規定に基づき負う責任だが、免除についての制限がない責任(会社法213条の責任)、③無効な利益相反取引における原状回復義務、改正前商法下における競業取引の介入義務のように、会社法に明文の責任規定は存在しないが、取締役等がその地位に基づいて負った会社法上の債務、④取締役等の不法行為責任、横領、登記の騙取等の場面における横領物返還義務または登記移転義務、については株主代表訴訟による追及が認められるべきであり、他方、取締役等が純粋に第三者的地位で行った取引債務については、それが利益相反取引規制に服するか否かを問わず株主代表訴訟による追及は認められるべきでないことになる。この立場では、前述のように会社の取締役に対する貸付けの返済義務については株主代表訴訟による追及は認められないことになり、前掲の最高裁判決(【**事案⑨**】)や改正前商法下における一部の議論とは結論を異にすることになる。

5 最高裁判決の位置づけ

(1) 判決の意義

最高裁平成21年3月10日判決は、取引債務が株主代表訴訟の対象となること、取引によって生じたものであれば登記移転請求権のような非金銭債権についても株主代表訴訟による追及をなしうることを明らかにする一方で、所有権にもとづく登記移転請求権についてはこれを株主代表訴訟によって追及することはできないと判示した。本判決については、株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲について新たな枠組みを示したものであると評価されているが⁽⁴³⁾、この判示をどのように解すべきであるかについては検討が必要であるように思われる。

本判決は、株主代表訴訟で追及しうる責任の範囲についていくつかの読み取り方が可能である。ひとつの読み方は、株主代表訴訟の対象となるのは、限定債務説という取締役の責任と、取締役等と会社との間の直接の取引債務(取締役の場合であれば利益相反取引の直接取引となる取引)に限られ、それ以外の責任については一切対象とはならないとの理解である⁽⁴⁴⁾。一方これに対して、取締役の会社法上の責任でも取引債務でもない責任のうち、所有権に基づく責任については対象とならないことを示したものの、不法行為責任や不当利得返還請求権、原状回復義務といった責任については判示がないと解することも可能である⁽⁴⁵⁾。また、判旨は「取引債務の責任も含まれる」と述べるが、これがすべての取引債務を含む趣旨であるかどうかについても検討が必要である。

(2) 取引債務以外の債務の扱い

判旨が取引債務だけを取り出してこれを株主代表訴訟の対象とする旨判示した理由については必ずしも明らかではない。しかし判旨が、株主代表訴訟制度が設けられた趣旨として「役員相互間の特殊な関係」から責任追及が懈怠されるおそれがあり、このことから会社、株主の利益を保護する必要性があることを示すとともに、改正前商法266条1項3号に言及していることからすると、「役員相互間の特殊な関係」とは、単に責任追及の場面での関係にとどまらず、債権債務関係の発生場面においても特殊な関係が要求されているようにも解しうる。このように解するのであれば、取締役等が在任中に会社と取引関係に入ったことが必要となり、会社法上の責任のほかには在任中の取引債務だけが株主代表訴訟の対象となるとの理解に繋がることになる。判決が、所有権に基づく登記移転請求権を株主代表訴訟の対象外としたことも、所有権に基づく請求権が会社と取締役等との特殊な関係によって生じたものではないことから、このような理解を裏付けるものになる。

しかしながらこのような理解は、たとえば取締役等による横領行為についての横領物返還請求を株主代表訴訟の対象外とすることにつながる。本事案は、原告の主張によれば被告取締役が会社の土地について登記を騙取したものであって、原告が予備的に主張している無期限の登記名義の借用契約という法律構成は、騙取の事実の立証が困難であるが故のいわば方便であると考えられることもできる。そうすると、方便である借用契約の終了に基づく登記移転請求権の追及を認めつつ、所有権に基づく請求は認めないという判旨の理論構成には問題があることになる⁽⁴⁶⁾。責任追及が懈怠されるおそれの有無について考えてみても、取締役等が非自発的に負う責任については、同様の責任を負う可能性のある同僚による追及の手がゆるむことについて一定の蓋然性があるのに比して、取引債務については取締役等が自ら負った債務であり、会社がその履行を求めることを躊躇する可能性は相対的に高くないと考えられるから⁽⁴⁷⁾、取引債務について提訴懈怠可能性を認めつつ、たとえば所有権に基づく横領物の返還請求について提訴懈怠可能性が低いもしくは存在しないとするのは妥当でないだろう。

本件判旨は、取引債務については取引成立時点でこれに関わった経営陣がその不履行についての責任追及を十全に行うことが必ずしも期待できないこと、すなわち被告取締役の取引債務の不履行の事実が、取引を決定し実行した経営陣の経営判断の誤り(Yが甲会社に登記を移さない蓋然性を、故意・過失により看過していたこと)としての善管注意義務違反を生ぜしめることに起因する提訴懈怠の可能性に着目し、取引債務について提訴懈怠可能性を認めたものと解することが相当ではないか。そうであれば、たとえば取締役等による横領行為の場合であっても、横領行為を見抜けなかったことについて経営陣が善管注意義務違反を問われるような状況であれば、取引債務以外の責任についても提訴懈怠可能性が認められる余地があると解することは可能であるように思われる。

また、原告は第一審において、会社が被告取締役に登記手続を委託したところ被告が被告名義の登記手続を無断で行ったことを主的に主張しているが、この行為が被告の取締役としての任務違背であることを明示し、善管注意義務違反行為の結果としての被告名義の登記であることを主張すれば、判旨のいう「取締役の地位に基づく責任」と同視しうる責任として所有権に基づく登記移転手続を株主代表訴訟で追及することが可能であったのではないかと考えられる。そうすると、最高裁は所有権に基づく登記移転請求を一律に株主代表訴訟から排除したものではなく、「取締役としての地位」に基づかず、かつ提訴懈怠可能性の低いもしくは存在しない登記移転義務の履行を求めることのみを排除したものと解することも可能ではないかと思われる。仮に

このように解することが可能であれば、所有権に基づく請求権以外にも、不法行為による損害賠償請求権や、不当利得返還請求権、原状回復義務の履行請求権については、当該請求権が取締役等の地位に基づいて生じたものであるなど、提訴懈怠可能性を生じるものであれば、株主代表訴訟の対象と解しうることになる。

(3) 取引債務の範囲

判旨は「取引債務」についての責任が株主代表訴訟の対象となることを述べるが、すべての取引債務が一律に含まれると解すべきであろうか。もちろん判旨が「取引債務」に限定を加えていないことからすれば、すべての取引債務が含まれると解するのが自然であろうが、すでに検討したように、取締役等が第三者として負う取引債務についても株主代表訴訟による追及を認めることは妥当ではない。

前述のように、本事案は、被告取締役が登記を騙取したとも解しうる事実関係の下で、原告株主が予備的に、名義の借用契約という構成を用いたものである。仮に名義の借用契約が成立していたと考える場合、被告取締役が会社との間で借用契約を締結したのは、会社に登記を移すことができない何らかの事情があったためであり、被告取締役は第三者としてではなく、取締役の職務の一環として名義貸しを行ったと考えるべきではないかと思われる。被告取締役は単なる取引債務を負っているのではなく、会社から請求があれば、取締役の職務として会社に対して名義を移転する義務を負っていると解するのが妥当ではないだろうか。このように取締役の職務と密接に関連した債務であるからこそ、会社には登記移転義務の履行を求めるか否かについての裁量はなく、株主代表訴訟による追及が許されると解することも可能ではないかと思われる。

このような事案の特殊性に鑑みれば、最高裁は単に取引債務が株主代表訴訟の対象となりうることを判示したにすぎず、すべての取引債務について、常に株主代表訴訟による追及を認めたものと解するのはむしろ妥当ではないように思われる。

(4) 小括

いずれにせよ、本件最高裁判決は、責任追及についての経営陣の裁量の有無というアプローチをとらず、単に提訴懈怠可能性の有無という観点のみから株主代表訴訟の範囲を画そうとしたために、その意図するところが明確でなく、また一見すると結論としての妥当性にも問題があるように読める判示であるといわざるをえないように思われる。本判決については、①典型的に提訴懈怠可能性がある、すなわち不提訴の判断が責任追及の懈怠であると評価されるものについて広く株主代表訴訟が認められること、②取引債務が提訴懈怠可能性のある責任の類型に含まれること、③単なる所有

権に基づく物権的請求についてはそれだけでは提訴懈怠可能性のある責任とは評価されないこと、の三点が明らかになったにとどまり、すべての取引債務が株主代表訴訟の対象になるとの趣旨ではないし、「取締役の地位に基づく責任」と取引債務以外の責任のすべてが株主代表訴訟の対象とならないとの趣旨でもない、と解すべきであろう。

IV 株主代表訴訟と責任の免除

1 責任免除規定の沿革

(1) 改正前商法下

取締役等の責任の免除については、昭和25年改正前の商法においては、株主総会の特別決議によってこれを免除することが可能であったが、特別決議が要求されたのは、任務懈怠責任のみであった(昭和25年改正前商法245条1項4号)。同年改正において株主代表訴訟が単独株主権として導入されたことにあわせて、免除の要件は原則として総株主の同意となり、利益相反取引による損害の賠償についてだけ例外的に3分の2の同意が要求されることとなった(改正前商法266条5項6項)。また、解釈上いわゆる資本充実責任についても、少なくとも総株主の同意による免除が必要であると解されており、新株発行時における払込担保責任(改正前商法280条ノ13)、価額填補責任(同280条ノ13ノ2)の免除には総株主の同意が必要と解されていた。

(2) 会社法

会社法は基本的に責任免除の規定については従前の規定を引き継いだが、改正前商法下で資本充実責任とされていた、違法配当責任、価額填補責任⁽⁴⁸⁾についてはそれぞれ、通常の損害賠償責任、現物出資額の不当評価を牽制する特別な責任と整理し直されて、新株発行時の取締役の価額填補責任については責任免除に関する規制は課されないこととされた。

(3) 責任免除と株主代表訴訟の関係

前述のように、限定債務説は責任免除規制と株主代表訴訟を表裏一体のものとして捉えているが、改正前商法下においてすでに、両者の対応関係は破綻をしていた。すなわち、通謀新株引受人および利益供与の受供与者に対する株主代表訴訟においては、これらの者が負う責任の免除については商法は何らの規定を置いていなかった。前者については不法行為に基づく損害賠償責任であり、後者は特別な法定の弁済責任と解されていたが⁽⁴⁹⁾、いずれにせよ、会社が第三者に対して有する権利であるから、経営陣が任意に免除しうる性質の責任と考えることも不可能ではないが、これらの責任につ

いて株主代表訴訟が認められており、その趣旨が会社経営陣による責任追及の懈怠に備えたものであることからすれば⁵⁰⁾、これらの責任について経営陣の裁量による免除が認められていたと解することは相当でないであろう。

現行会社法においてはさらに、前述した募集株式の発行における取締役の価額填補責任の扱いが問題になる。設立時取締役が設立時の株式発行に際して負う価額填補責任については責任免除の規制(会社法55条)がなされており、いずれの学説によっても株主代表訴訟の対象となるのに対し、募集株式の発行時の取締役の責任には免除について規制はなく、限定債務説によると株主代表訴訟による追及は行えないことになるが、このような理解も相当ではないであろう。

以上から明らかなように、会社法上、責任免除に対する規制と株主代表訴訟の可否を一对一の対応関係として理解することには無理がある。また、折衷説のいうように、限定債務説がいう「取締役の責任」、すなわち免除の困難な責任のほかにも株主代表訴訟で追及することが許される責任があるのだと考えるのであれば、それらの責任についても免除に関する規制は存在しないことになる。

しかしながら、一方では責任追及に関する会社の裁量を排して株主代表訴訟を認めながら、他方では会社の裁量による責任免除を認めるというのは理論的矛盾ではないだろうか⁵¹⁾。この点については限定債務説の説く論は正当である。ただし、限定債務説がいうように、免除に関する規制に株主代表訴訟の対象を合わせるのではなく、責任追及について会社の裁量が認められない、すなわち株主代表訴訟が認められる責任については、明文の規定の有無にかかわらず経営陣の裁量による責任の免除は許されないと解するのがより妥当であるように思われる。

すでに述べたように、無効な利益相反取引の原状回復義務や、横領物の返還義務について、会社が任意にこれを免除しようと解することは相当ではない。この点については従来あまり議論はなかったものであるが、会社法424条の趣旨から、取締役等が会社に対して負う責任について、その責任の追及に経営陣の裁量が認められるべきでないものについては、広く、免除について総株主の同意が必要である解すべきである。仮にこのように解するのであれば、限定債務説と折衷説は結論を同じくすることになる。

おわりに

本稿では、平成21年3月10日の最高裁判決を契機として、株主代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任の範囲について考察を行った。学説としては折衷説の見解がもっとも妥当であるが、問題はむしろ本来、責任追及について経営陣の裁量が認めら

れるべきでない責任について、現行法上、会社が任意に免除をなしうるとされている点にあることを結論として得た。

最高裁判決については、従来の学説の議論の枠組みとは異なった構成をとっているようにも見えるが、事案の特殊性を考慮に入れれば、必ずしも奇異な判示ではなく、被告取締役が負う責任の性質を考慮して、株主代表訴訟の提起を認めるか否かを判断していると解することも可能ではある。とはいえ判旨の理由付けには必ずしも明らかではない部分もあり、今後の学説・判例の集積が待たれる。

本来であれば、取締役等が負う責任を類型化して、どのような責任について、その追及に会社の裁量が認められる(認められない)かを検討すべきところではあるが、筆者の力が及ばずその点については不十分なままとまっている。他日を期したい。

【註】(1) なお、取締役に対する貸付けの未弁済額についての賠償責任の規定(改正前商法266条1項3号)は廃止された。

(2) 江頭憲治郎『株式会社法 第2版』(有斐閣、平成20年)436頁。

(3) 昭和56年商法改正で5項に繰下げ。

(4) 免除の要件については平成13年6月改正以後は総株主の議決権の3分の2以上。また、条文は昭和56年商法改正で6項に繰下げ。

(5) 会社法制定前の時点では275条ノ4。

(6) 資本金1億円以下かつ負債200億円以下の会社。旧商法特例法1条の2第2項。

(7) 平成13年12月改正で295条に繰下げ。

(8) 現在は13000円。会社法847条6項、民事訴訟の費用等に関する法律4条、別表第1。

(9) 株主代表訴訟の法構造については、土田亮「多重株主代表訴訟の法構造」名城法学53巻1号40頁以下参照。

(10) 改正前商法下の議論として鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(第3版)』(有斐閣、平成6年)300頁、田中誠二『会社法詳論(上)(3全訂版)』(勁草書房、平成5年)702頁等。なお、昭和25年改正前の責任追及についても、全債務説的な見解を示すものがある。奥野健一ほか『株式会社法積義』(巖松堂書店、昭和14年)180頁。会社法下のものとして、龍田節『会社法大要』(有斐閣、平成19年)163頁、関俊彦『会社法概論(全訂版)』(商事法務、平成19年)327頁、前田庸『会社法入門(11版補訂版)』(有斐閣、平成20年)439頁、大隅健一郎ほか『新会社法概説』(有斐閣、平成21年)240頁等。立案担当者も全債務説を妥当とする。相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法 千問の道標』(商事法務、平成18年)348頁。

(11) 田中・前掲注(10)702頁。

(12) 会社法制定前においては、取締役を念頭に置き、商法266条1項各号の責任および資本充実責任である商法280条ノ13および280条ノ13ノ2に限ると説明されていた。前述のように、商法266条1項各号の責任の免除については総株主の同意(同条4号の責任については総株主の議決権の3分の2以上の同意)が明文で要求され、商法280条ノ13および280条ノ13ノ2の責任については解釈上、免除には総株主の同意が必要と解されていた。

(13) 商法下の議論として、北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」同『株式会社法研究』(有斐閣、昭和51年)293頁、佐伯直秀「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」北沢正啓編『商法の争点(第2版)』[ジュリスト増刊]142頁等。現行会社法下のものとして、弥永真生『リーガルマインド会社法(第11版)』(有斐閣、平成19年)237頁、江頭・前掲注(2)448頁、近藤光男『最新株式会社法』(第5版)(中央経済社、平成21年)307頁等。

(14) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望』(鴻先生古希記念論文集)(商事法務研究会、平成7年)57頁。岸田雅雄〔判批〕会社法判例百選153頁。

(15) 伊藤靖史〔判批〕商事法務1628号131頁。ただし、実際には取引上の債務について株主代表訴訟による追及を認める必要性は少ないとされる。

(16) 下記の各事案については以下のような評釈が出されている。【事案①】杉本昌純〔判批〕ジュリスト196号88頁。【事案②】服部栄三〔判批〕ジュリスト344号130頁。【事案③】藤田康雄〔判批〕法律のひろば33巻7号72頁、久留島隆〔判批〕金融・商事判例603号50頁、岸田雅雄〔判批〕商事法務976号31頁、同・前掲注(14)152頁。【事案④】片木晴彦〔判批〕判例時報1731号197頁〔判例評論504号〕、伊藤・前掲注(15)127頁、来住野究〔判批〕朝日法学論集28号119頁。【事案⑤】鳥山恭一〔判批〕法学セミナー559号111頁。【事案⑥】土田亮〔判批〕ジュリスト1381号118頁。

(17) 本件当時、会社が取得した自己株式の処分については特段の規制は設けられておらず、単に「相当ノ期間」に処分すべきことが定められているのみであった(平成13年法律79号改正前商法211条)。なお、土田・前掲注(16)118頁。

(18) 同旨、渋谷光子「代表訴訟により追及できる責任の範囲」法学教室〔第2期〕4号125頁。

(19) 通常の場合は代表取締役または取締役会、責任を追及しないこと(責任の免除・猶予)が会社と取締役または執行役間の利益相反取引に当たる場合には取締役会。

(20) 会社が責任追及をしない場合であっても会社の取締役等に対する権利自体は免除がなされない限り残存するが、だからといって会社に損害がないと考える必要はない。稲葉威雄ほか『条解・会社法の研究11 取締役(6)』[別冊商事法務248号]40頁[江頭憲治郎発言]。

(21) 渋谷光子「株主の代表訴訟」鴻常夫ほか編『演習商法(会社)(上)[改訂版]』(青林書院新社、昭和51年)405頁。

(22) 渋谷・前掲注(18)124頁、吉原和志「代表訴訟によって追及しうる責任の範囲」北沢正啓=浜田道代編『商法の争点I』[ジュリスト増刊]157頁。

(23) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』(有斐閣、昭和62年)247頁[本間輝男]、落合誠一編『会社法コンメンタール(8)』(商事法務、平成21年)237頁[北村雅史]。

(24) 田中・前掲注(10)702頁。

(25) 片木・前掲注(16)199頁。

(26) この点に関連して、客観的に見て会社の利益を損なわない種類の取引については利益相反取引規制の対象とならないと一般に解されているが、たとえば取締役が会社に対して財産を贈与することを約したにもかかわらずこれが実行されない場合や、定型的取引にかかる義務を取締役が履行しない場合を考えると、全債務説からすれば当然にこれらの場面においても株主代表訴訟によって取締役の義務の履行を求めうることになるはずである。この点からも利益相反取引規制の有無が株主代表訴訟の対象となる責任の外縁を画すものではないことは明らかであろう。

(27) 渋谷・前掲注(18)125頁。会社が免除、和解等をなせば株主代表訴訟を避けられるとする。

(28) 江頭・前掲注(2)448頁。なお裁判例には、会社の破綻時に損害賠償債権が第三者に譲渡された事案において、当該譲渡を有効として株主代表訴訟を棄却したものが(和歌山地判平成12年2月15日判例時報1736号124頁、東京地判平成17年5月12日金融法務事情1757号46頁)、江頭教授は特殊な事例であるとされる。

(29) 昭和25年改正前商法においては、株主総会決議による責任の免除を少数株主が覆すことを認めていたが(同245条2項)、株主代表訴訟制度導入後には、同様に解することはできないであろう。

(30) 取締役の責任の一部免除(会社法425条ないし427条)のうち、取締役会決議による一部免除(会社法426条)および責任限定契約(会社法427条)については取締役会決議もしくは任用契約による責任免除が可能であることから、経営陣の裁量と株主代表訴訟の衝突が生じると考えることも可能である。しかしながらいずれの場合においてもあらかじめ定款に定めを置くことが要求されており、定款変更の株主総会決議によって一部免除の判断について経営陣に授権がなされていると考えることが可能であり、基本的には会社法425条が株主の特別多数による責任の一部免除を認めているのと同旨の規定であると考えられる。なお改正前商法においても、利益相反取引によって会社に損害を生じせしめた取締役の負う損害賠償責任については、総株主の議決権3分の2以上の同意での免除が認められており、その限りで単独株主権である株主代表訴訟提起権は多数株主の意向に従うこととされていた。

(31) 最判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁。

(32) 片木・前掲注(16)199頁、吉原・前掲注(22)157頁。

(33) 来住野・前掲注(16)127頁。

(34) ただし、改正前商法における介入権が、現行会社法における損害賠償額の推定と同じまたは類似的機能を有するということからすれば、改正前商法下においても介入義務の履行を株主代表訴訟によって求めるべきであったということの実質的な論拠のひとつになるのではないかと考えられる。

(35) 後掲の最高裁判決の検討を参照。

(36) 立案担当者によれば、募集株式の発行における取締役の価額填補責任の免除について総株主の同意を要求しない理由は、設立においては発起人のみが現物出資者となりうることから発起人の価額填補責任は現物出資者としての責任(募集株式の発行における会社法211条2項に相当)の性質を有するが、募集株式の発行における取締役の価額填補責任はこれと異なり、現物出資価額の不当な評価を

牽制するための責任に過ぎないからであるとされる(相澤哲=豊田祐子「新会社法の解説(3)株式(株式の併合等・単元株式数・募集株式の発行等・株券・雑則)」商事法務1741号29頁)。しかしながらこの説明では、現物出資を行わない発起人および設立時取締役の価額填補責任の免除に総株主の同意が要求される理由の説明がつかない。特に設立時取締役は単なる監督機関に過ぎず、業務執行もしくはその意思決定を担う募集株式発行時の取締役に比しても現物出資の価額が低額であることへの責任の度合いは軽いはずである。

(37) 会社法55条により発起人および設立時取締役が負う、設立時現物出資についての価額填補責任の免除には総株主の同意が必要である。なお前注も参照。

(38) 同旨、伊藤・前掲注(15)129頁。

(39) 伊藤・前掲注(15)128頁。

(40) 岸田・前掲注(14)153頁。

(41) 大塚・前掲注(14)58頁、岸田・前掲注(14)153頁。大塚教授は、利益相反取引の履行義務はその地位に基く責任ではあるが、追及については会社の裁量が認められるとされるが、監査役等との平仄を考えれば、履行義務は取締役の地位に基くものではないと解する方が妥当ではないだろうか。なお本稿III(2)[68頁以下]も参照。

(42) また同判決は、株主による違法行為差止請求権に言及し、商法(会社法)が積極的行為の差止を認めながら、消極的行為(不作為)に対する作為義務の履行請求を認めないことから、株主代表訴訟による職務執行の義務づけは認められないと判示している。なお、大塚・前掲注(14)56頁参照。

(43) 弥永真生[本件判批]ジュリスト1380号65頁。

(44) 鳥山恭一[本件判批]法学セミナー655号121頁、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール会社法3』[別冊法学セミナー201号]394頁[山田泰弘]。

(45) 弥永・前掲注(43)65頁参照。弥永教授は「理由付けに照らせばこれらの責任も株主代表訴訟によっては追及できないとの趣旨ではないと解することが自然」とされつつ、改正前商法266条1項3号の責任を取り上げた趣旨を強調すれば取引債務のみが対象となるとの判示とも解しうるとする。

(46) 同旨、鳥山・前掲注(44)121頁。

(47) 来住野・前掲注(16)126頁。

(48) 設立時の引受担保責任および設立時、新株発行時の払込担保責任は削除された。

(49) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(7)』(有斐閣、昭和62年)311頁[近藤弘二]。

(50) 上柳ほか編・前掲注(49)312頁。

(51) 渋谷・前掲注(18)125頁は、消極的に責任を追及しないとの判断と免除は同質であるとする。

[付記] 本稿脱稿と前後して、基本書の改訂(またはその予告)が相次いでいる。最高裁判決を受けて記述に変化を生じるものと予想されるが、残念ながら本稿ではフォローできていない。ご寛恕を願う次第である。

国民投票による憲法改正の諸問題

福井康佐

| | |
|----------------------------|-----|
| はじめに..... | 88 |
| I 憲法改正国民投票の制度と憲法改正の目的..... | 88 |
| II 憲法改正国民投票の運用上の諸原則..... | 93 |
| III 日本の憲法改正過程の問題点..... | 97 |
| むすび..... | 115 |

はじめに

国民投票法⁽¹⁾の制定から2年半を経過した現在(2009年12月)、憲法改正の動きは政治的には停滞している状態である。しかしながら、今後の政治状況の変動によっては、改正の動きが再び活発化する可能性もある。また、国民投票法制定時の国会審議において十分に議論を尽くしていないと思われる問題点や国民投票法制定によって新たに登場した問題点も存在する。拙著「国民投票制」⁽²⁾は、欧米の主要実施国の運用実態を比較検討して、日本における国民投票制度の立法および運用上の指針を示したが、国民投票法制定直前の出版であったことから、同法制定によって具体化された日本の国民投票制度の問題点を示すことはできなかった。このため本稿は、同書の枠組みの延長線上で比較法・比較制度論の視点から国民投票法の下で行われる憲法改正の問題点を示す予定である。特に、オーストラリア・アイルランド・イタリア・カナダなどで行われている憲法改正のための国民投票の運用実態を踏まえて、日本の憲法改正過程における問題点⁽³⁾を示していきたい。

I 憲法改正国民投票の制度と憲法改正の目的

最初に、憲法改正の際に行われる国民投票(以下「憲法改正国民投票」という。)の分類を行い、次にその機能を分析した上で、実際に行われている憲法改正国民投票には、どのような目的が存在するかを分析する。

1 憲法改正国民投票の制度と機能

(1) 憲法改正の分類

憲法改正⁽⁴⁾の形態としては、第一に、議会の議決によって行われる場合がある。これには、特別多数決⁽⁵⁾(ドイツ)、議会での投票を引き続き2回行うもの(イタリア)、議会を解散して新たに憲法改正のための議会を設置する場合(デンマーク等)がある。第二に、最終的に、国民投票による承認を求める場合がある。この場合は、憲法改正を発議する機関によって、三種に分けられる⁽⁶⁾。それらは、国民が発議する国民主導型

⁽¹⁾正式の法律の名称は、「日本国憲法の改正に関する法律」である。

⁽²⁾[福井c]。

⁽³⁾国民投票法の制度及び基本問題を解説する文献としては[岩波c][川崎][神崎][藤井][吉田]を参照されたい。

⁽⁴⁾憲法改正の分類については、「憲法改正に関する主要国の制度」(参議院憲法調査会事務局)を参考にした。

⁽⁵⁾ドイツ基本法の改正は、両院の3分の2の賛成で成立する。

⁽⁶⁾[福井c]の第1部第2章「国民投票の分類と本書における用語」を参照されたい。

の憲法改正国民投票(スイス)、大統領・政府が発議する政府主導型の憲法改正国民投票(フランス・イギリス⁷⁾)、議会が発議する議会主導型の憲法改正国民投票である。日本の憲法改正国民投票は、両院の3分の2の賛成を要件(以下「発議要件」という。)として発議を行い、最終的には投票者の過半数の賛成によって成立する(以下「成立要件」という。)ことから、議会主導型の憲法改正国民投票である。いずれの改正の形態をとっても、通常法律の制定・改廃よりも嚴重な手続を採用している。

(2) 国民投票による憲法改正の機能

国民投票によって憲法改正を行うことには次のような機能がある。まず、改正の対象となる規定を最高法規として国法体系に編入し、主権者としての国民に最終決断を求め、その結果に正統性を付与する(正統性付与)。欧米諸国で行われる政府主導型国民投票および議会主導型国民投票(以下両者を併せて「上から(from above)の国民投票⁸⁾」という。)の成立率が低い⁹⁾ことからみても、国民投票が安易な憲法改正に対する、一定の安全弁になっている(安易な改正に対する安全弁)ことは明らかである。また、安易な改正を防止しているということは、新憲法制定によって導入された価値の変更を防止していることをも意味する。日本国憲法は、新たに平和主義・基本的人権の尊重・国民主権(天皇主権から国民主権への変更)という理念・価値を導入したが、発議のためのハードルが高く、国民投票が実施しにくいことは、こうした理念・価値を、法体系の中核に置き、固定化するという機能を営む(価値の固定化)。

また、改正のハードルが高くなるということは、提案者に時間をかけた慎重な審議を求めていることを意味する(慎重な審議の保障)。そして、憲法改正は、多くの場合、日常生活に多大な影響を与えることから、国民に熟慮と最終決定を要求する(熟慮と最終決定の促進)。特に、地方分権・王制の廃止といった争点は、一度決定してしまうと、逆の方向に戻ることが難しい「後戻りのできない決定」を国民に求めているのである。つまり、憲法改正は、「明日から全く違う世界に入っていく」ということを国民

⁷⁾イギリスの国民投票は、厳密には憲法改正国民投票ではない。イギリスは拘束力のない助言(諮問)型の国民投票を実施して、地方への「権限委譲」などの「憲法レベルの問題」を決定しているといえることができる。

⁸⁾国民が発議する国民投票は、「下から(from below)」の国民投票である。この「上から」の国民投票と「下から」の国民投票は運用実態がかなり異なる。[福井c 271]を参照されたい。なお、[Möckli 156-169]も「上から」「下から」という分類を行っている。

⁹⁾[LeDuc]は、1980～1999年に実施された23件の上からの国民投票の支持率の変化を調査したが、23件中、成立したものは12件であった。なお、詳しくは[Kaufmann & Waters]を参照されたい。

に想起させ、現状と改正後の状況を慎重に比較検討させるのである⁽¹⁰⁾。

2 憲法改正国民投票の目的

さて、国民投票による憲法改正には1で述べたとおりの機能があるとしても、実際に行われる憲法改正国民投票には、そうした機能の発現を求めて実施される場合だけではなく、提案者のさまざまな思惑が反映されている場合もあり、またそれは運用上の問題点を生じさせる原因になる場合も少なくない。以下では憲法改正の目的を見ていく。

(1) 制度改革

憲法改正の第一の目的は、政治制度の改革である。それらは、選挙制度の改革([アイルランドの1959年・1969年の国民投票])・地方圏および上院の改革([フランスの1968年国民投票])・共和制への移行([オーストラリアの1999年の国民投票])・連邦制の導入([イタリアの2006年の国民投票])などである。制度改革を法律レベルではなく、憲法レベルで行う理由は、上述のとおり、改革された制度は、国民投票によってしか、変更・廃止されることができないことにある。イタリア、フランスのように、議会の特別多数決による場合は、国民投票を経ずに憲法を改正できる制度を有する国もあるが、この場合は国民投票を経るときよりも改正が困難である。しかし、制度改革に対する安全弁は、逆に、政権担当者にとって有利な制度改革を固定化する作用を有する可能性もある。たとえば、上記の通りのアイルランドの選挙制度の改革のための憲法改正国民投票では、長期政権を確保するために、選挙制度を自党に有利なように変更することを目的としていた⁽¹¹⁾。投票結果は、二回とも否決されたが、その原因は、国民が求めている選挙制度改革を断行しようとしたことにある。このように民意を無視した憲法改正案作りは、否決の原因になる。

(2) 特定の価値の維持・排除

憲法改正の第二の目的は、特定の価値の維持ないしは排除であり、これは、価値の硬体化(entrenchment)という現象である。たとえば、アイルランドの中絶についての国民投票は、中絶反対派が、世界的な中絶容認の流れが自国に入り込むのを阻止するために、中絶禁止条項を憲法に入れようとしたのであった⁽¹²⁾。また、同様にアイルラ

⁽¹⁰⁾なお、長谷部教授は、現代の民主主義国においては、憲法改正はそれほど大きな意味を持たないのではないかとされる[長谷部17-21]。後述するように、人権の制定については長谷部教授の主張されるとおりであると思われるが、ある種の制度改革については、「昨日とは全く違う世界」に踏み入れる可能性もある。

⁽¹¹⁾[Gallagher 90]。

⁽¹²⁾[福井c 184-185]。

ンドは、死刑廃止の規定を憲法典に編入している。改正当時、死刑制度自体は、長期にわたって停止されていたにもかかわらず、EU加盟にあわせて、憲法で死刑廃止を宣言したのである。このように、憲法改正による価値の硬化化は、リベラルな方向にも、保守的な方向にも作用するのである。スイスやアメリカの州のようにイニシアティブのある国では、憲法に様々な価値の維持と排除を求める動きが存在する。

さらに、価値の硬化化という戦略は、最高裁判所の違憲判断によっても、侵害されない領域を作るために用いられる。たとえば、同性婚をめぐるアメリカの政治闘争においても、反対する勢力は、州憲法への同性婚禁止規定の編入を企図しているのである⁽¹³⁾。

(3) 人権の追加

憲法改正によって、環境権・プライバシー権などの、いわゆる「新しい人権」を憲法典に加えることも可能である。裁判上で新しい人権が認められるためには、少なくとも、①その内容が明確で、②当該権利についての国民の理解(コンセンサス)が形成されていなければならないところ、①の人権の具体的な内容の確定については、立法と判例の展開を待つ必要がある、憲法に人権を追加することによって、その内容・範囲が拡大するわけではない。たとえば、判例上確立されているプライバシーの権利を人権規定に追加したとしても、プライバシーの具体的な内容は、今後の判例と立法の展開によって決定されることになる⁽¹⁴⁾。

逆に、同じ人権でも、少数者の権利(minority right⁽¹⁵⁾)は、国民投票による憲法改正によって新たに保障されることはあまり期待できない。たとえば、日本国憲法は、第24条が、「婚姻は両性の合意のみによって成立する」と規定していることから、同性婚を明文で否定していると思われる。しかし、現状では、欧州で導入されているようなパートナー法が国会で議論されることもないことから、市民生活における不利益の改善を求めた同性愛者の集団が、同性愛者の人権(gay-rights)の制定を求めても、憲法改正による人権制定は難しいであろう。こうした少数者の権利については、本来的に国会が「先取り」したり、社会的事件や判決が契機となったりして、まずは、法律に

⁽¹³⁾[Frank & Williams 3]. なお、[Miller] では、同性婚をめぐるイニシアティブとそれを違憲と判断する裁判所間の争いが述べられているが、民意と司法審査のあり方という観点から、非常に興味深い。

⁽¹⁴⁾[長谷部 17-20] たとえば、本人に無断で、監視カメラで撮影することはプライバシーの侵害であるという主張もありうるが、プライバシーの権利が人権規定に追加されたからといって直ちにその主張の是非についての解答が出るわけではないと思われる。

⁽¹⁵⁾少数者の権利は、[Birch 188-196]を参照されたい。

よる人権保障がなされる可能性の方が高いであろう⁽¹⁶⁾。

以上のとおり、国民投票を実施して、人権を憲法に追加することの積極的な意味は見出し難いと思われる⁽¹⁷⁾。

(4) 特定の政策の推進

制度改革だけではなく、通貨統合・死刑廃止などというように、憲法レベルで政策推進がなされることがある。スイスのようにイニシアティブのある国では、他国であれば法律事項に近いものが、憲法上の人権として加えられることがある。なお、何が法律事項で、何が憲法事項であるのか、という区別は、国ごとに異なり明確ではない。

(5) 地位の強化・紛争解決

その他としては、「上から」の国民投票の特有な現象として、大統領や首相が、自己の権限・地位の強化のために国民投票を実施することがある⁽¹⁸⁾。こうした場合の憲法改正案は、国民にとって必要性が薄いものが多い。また、上述のとおり(1)制度改革(カナダのケベック独立)(2)価値の硬化化(アイルランドの離婚・中絶)についての憲法改正国民投票が、長年にわたる国内の紛争解決を目指して行われることがある。

3 日本で予想される憲法改正事項

II以後で、憲法改正過程の問題点を論じるにあたっては、日本で今後予想される憲法改正についての論点を念頭に置く必要がある。上述の2の枠組みに沿って、憲法制定以後に論じられてきた憲法改正事項を取り上げる⁽¹⁹⁾。

(1)政治制度の改革については、道州制の導入・一院制・首相公選制、(2)価値の硬化化については、人権規定への「責任」「義務」の追加、(3)人権の追加では、環境権・プライバシー権の導入がそれぞれ論じられている。(4)特定の政策の推進では、9条に関連する安全保障問題が長年にわたって議論されている。

なお、(5)地位の強化・紛争解決について述べると、日本の場合、発議の要件が厳格であることから、首相が自己の地位の強化のために不必要な憲法改正を行うことは考えにくい、後述のとおり、予備的国民投票の悪用がなされる可能性は否定できない。

⁽¹⁶⁾ ハワイ州では、議会が同性婚を先取りして法制化している [Miller]。

⁽¹⁷⁾ ただし、長谷部教授のいうように、憲法改正をしたからといって、国民の憲法意識が変わるわけではないとしても [長谷部 128-132]、行政国家現象の下で、公務員との交渉の「スローガン」となったり、一定の立法を促進したりする意味があると思われる。

⁽¹⁸⁾ これは国民投票のプレビシットの運用である。

⁽¹⁹⁾ 戦後の改正論議と具体的な争点については、法律時報増刊『憲法改正問題』『統憲法改正問題』参考にした。

また、現時点では、解決が強く求められている、憲法レベルの紛争は存在しないと思われる⁽²⁰⁾。

なお、以上が、「質」または「内容」のレベルの憲法改正区分であるとする、量的なレベルの憲法改正の区分がある。それらは、個々の論点に対する改正案、国会と内閣を改革する場合のように関連する条項をすべて変える包括的な憲法改正案、憲法を全面的に改定する場合のような、いわば、グランドデザイン型憲法改正案である。グランドデザイン型の憲法改正案は、上記の目的を複数含むものになるであろう。

II 憲法改正国民投票の運用上の諸原則

1 議会主導型国民投票の理想的な運用と課題

上述の通り、憲法第96条が規定する憲法改正のための国民投票(以下「日本の憲法改正国民投票」という。)は、議会主導型の国民投票であり、その理想的な運用のあり方を次に示したい。

①憲法改正・主権の委譲・通貨の統合といった国政上の重要問題が発生した場合に、直近の国政選挙において、マニフェスト等で憲法改正が論点として取り上げられ、当該論点についての民意を反映した議員が選挙で当選する。

②議会では、少数意見に配慮して、十分に時間をかけた議論がなされ、コンセンサスが形成された上で、投票案件⁽²¹⁾が作成され、十分に国民が情報を獲得して内容を理解できるように投票期日等が決定される。

③国民の間に賛否両論に係る情報が十分に流通し、情報への公平なアクセスが保障され、国民が情報を十分に獲得した状態で、国民投票が実施される。国民の関心も高く、国民投票運動も盛り上がりを見せて、高い投票率と明確な賛否をつけた結果が示される。

以上の三段階の運用においては、民意を反映した議員によって、時間をかけてゆつくりと合意が形成された後に、国民に対して、投票案件についての情報を十分に提供した上で、理解を求めて国民投票が実施されるのである。ここでは、上(政治階層・政党・圧力団体等)の間のコンセンサスと、下(国民各層)のコンセンサスが求められているのである。このように上下二段のコンセンサス形成がなされたときに、国民投票の理想的な運用が完成する。なお、比較的この運用に近い国民投票は、1975年のイギリスのEC残留を問う国民投票であると思われる。

ここで、本稿における「国民投票の成功」について敷衍したい。本稿では、できる限

⁽²⁰⁾ 日米安全保障条約の改定時には、憲法9条・安全保障問題は、憲法上の強い争点であったと思われる。

⁽²¹⁾ 本稿では、国民投票の対象を投票案件という。

り多くの国民が参加して賛成・反対の意思を明確に示すことを、国民投票の成功とするものである。こうした国民投票において改正案(投票案件)が成立した場合は、改正案に民意が反映され、国民主権が発動され、正統性を獲得したことを意味する。一方、否決された場合でも、熟慮の結果であることから、積極的に評価することができる。上述の「理想的な」国民投票の運用はこの意味である。ただし、本稿の目指す「成功」以外にも、いくつかの成功の意味は存在する。たとえば議会与党を中心とする改正案の提案者の側からみると、国民に支持され、可決成立したことが成功になると思われる。また、2で述べた通り、欧州では、紛争解決のために国民投票が実施されることが多い。したがって、紛争が解決した場合も国民投票の成功と評価することもある。

しかしながら、こうした①~③の過程は、あくまでも理想的な形であって、実際の国民投票の運用では、このような理想からの「逸脱」が見られることも少なくない。

①については、選挙のマニフェストや公約に全く登場することなく、突然、議会内部の交渉で憲法改正案がまとまり、国民投票が実施される場合がある。この典型が後述する1992年のカナダの国民投票⁽²²⁾であり、このような政治階層主導の発議は、政治不信を招くと同時に投票者が情報を十分に獲得できずに選挙することになる。また、マニフェストに憲法改正が登場しても、それが、政権選択の大きな要因にならなかったり、選挙の時点で十分に議論されていないことがある。たとえば、イギリスの1974年の総選挙では、ウェールズ・スコットランドへの権限委譲をマニフェストに入れた労働党が、勝利したが、同党のマニフェストに従って実施した1979年の国民投票は、否決されている。このように、選挙だけでは、憲法改正の民意をはかることができない場合がある。

②では、コンセンサス形成がなされない場合(政党内部の分裂回避・連立政権維持のために実施される場合)、投票案件を一つに集約できない場合⁽²³⁾、議会が紛争解決を国民に委ねる場合がある。

③では、憲法改正の必要性が十分に理解されない場合、国民投票が盛り上がりせず、低投票率に終わる場合がある。この典型例がフランスの1988年の国民投票(ニューカレドニアの地位)である。また、投票率が高いものの、僅差で成立する場合は、紛争の

⁽²²⁾ シャーロットタウン協定をめぐる包括的憲法改正案が国民投票に付された。カナダの1992年の国民投票の実施の経緯については、[Johnson, Blais, Gidengil & Nevitte]が詳しい。

⁽²³⁾ スウェーデンの1957年の年金についての国民投票と1980年の原子力発電所建設についての国民投票は、コンセンサス形成ができずに投票案件が3つになり、投票結果は過半数を獲得したものがなかったことから、民意を読み取りにくいものとなっている[福井c 206-209]。

火種を残すことになる場合もある。こうした場合は、成立した改正案の正統性に対する疑問が生じ、再度、憲法改正が争点になることもある。

そうすると、諸外国の運用例に習い、このような議会主導型の国民投票の「失敗」をいかに回避するかが、日本の憲法改正国民投票の運用上の課題となる。

2 憲法改正国民投票に対するハードル

(1) 国民投票とハードル

憲法改正国民投票の運用上の課題を克服するための検討作業において、大きな示唆を与えてくれるのが、国民投票・住民投票にハードル⁽²⁴⁾を付加するという視点である。直接民主制は主権者の意思が直接投票結果に反映されることから、間接民主制と比較すると、多くの問題点⁽²⁵⁾を発生させると指摘されるところ、このような直接民主制の問題点を除去するための装置が、ハードルである。例えば、イニシアティブであれば、議会の審議を経ないことから一方の主張のみで法案が作成され、利害関係者等とヒアリングや討議を経ていないことから、もし成立した場合は、既存の法体系との矛盾衝突を引き起こし、コンプライアンスに支障をきたすことになる。こうした一方的な民意を濾過し、マイノリティーの権利侵害を引き起こすなどといった多数意思の横暴をブロックし、十分な情報の下に国民が投票案件に対する評価を明確に下すことを保障するものが、ハードルである。それらは、署名要件・発議要件・投票案件に対する規制と審査・成立要件など、多数にわたっている。たとえば、アメリカのイニシアティブでは、投票案件を投票に付す条件として、厳しい署名要件(前回当選した知事の得票の10%)を要求することがあるが、これには、国民の支持する可能性の低い投票案件を排除して、投票案件増加による有権者の情報獲得の負担を減らすという趣旨がある。このように、国民投票の運用では、国民投票を成功させるために有効なハードルを設定することが大切であり、そのハードル付与のための諸原則を以下に検討する。

⁽²⁴⁾ハードルとは、発議機関から見ると投票案件の成立するブロックするものということになる[Gerber]。一方、直接民主制の問題点を抑制するため、すなわち、内容(マイノリティーの権利侵害など)や文言に問題のある投票案件をふるい落とし、投票者が十分な情報をもって投票するための装置をフィルターという[Eule]。フィルターとハードルは同じものである[福井c19-21]が、本稿では、上からの国民投票において発議機関の問題点の抑制を重視して、論考を進めることから、以下、ハードルという語を統一して用いる。

⁽²⁵⁾直接民主制の問題点については、[福井c19-20]を参照されたい。

(2) 憲法改正国民投票の運用上の諸原則

憲法改正国民投票の過程は、(A)改正案の作成・(B)国会の審議(発議要件の充足)・(C)国民投票運動・(D)投票(成立要件の充足)の4つの段階に分かれる。以下では、国民投票の運用上の諸原則を論じる。

(A) 第一段階の改正案の作成では、作成における民意の反映、改正案に対する国民の理解を保障し、第四段階における国民投票運動の盛り上がり、国民のコンセンサス形成を促進するために、次の原則を提示する。

まず、国民投票の実例に見るように、国民がその必要性を感じない改正案は、仮にコンセンサスが政治階層のレベルで存在しても、否決される可能性が極めて高くなることから、それを回避するためには、改正案を国民が望む内容にしなければならない(必要性の原則)。第二に、それを担保するためには、改正案の作成に何らかの形で民意が反映されなければならない(民意反映の原則)。さらに、必要性の原則と民意反映の原則を保障するために、改正案の作成に国民各層が参加する方法を講じなければならない(国民参加の原則)。仮に、政府与党の主導で改正案の作成がなされる場合でも、国民に提示して意見聴取を行い⁽²⁶⁾、必要なら調整を行いつつ理解を促す活動が求められる。

次に、改正案作成の際には、一回の投票に付される改正案は、複数の論点を含んではならない(シングルサブジェクトルール⁽²⁷⁾)。一つの改正案(投票案件)に、論点A(一院制への変更)と論点B(憲法裁判所の設置)というように、複数の論点が含まれると、「Aには賛成だがBには反対」という正確な民意が反映されないことになるからである。

また、改正案の内容は、理解しやすいものでなければならない(明瞭性の原則⁽²⁸⁾)。投票者が改正案の文言を一読して、その内容を理解できるようなものでなければ、民意が十分に反映されないし、情報不足は、否決・棄権を招く⁽²⁹⁾可能性が高い。

さらに、投票に付す改正案の数は、投票者が情報を取得する能力を上回ってはならない(適正な改正案数確保の原則)。具体的な数値としては、初回の実施数は、3件以下が望ましいと思われるし、運用を重ねても5件以下が望ましい⁽³⁰⁾。

⁽²⁶⁾ インターネットによる意見聴取の方法も考えられる。

⁽²⁷⁾ シングルサブジェクトルールには、①ログローリングの防止、②投票者に対する十分な情報提供、③憲法等の基本法の大幅な変更の禁止、④投票者の選好の正確な反映、⑤内容不明な法案の成立の防止という5つの目的がある [福井c 236-237]。

⁽²⁸⁾ アメリカでは、シングルサブジェクトルールの目的⑤に、明瞭性の要請が含まれるが、あえて別項目とした。

⁽²⁹⁾ [Magleby]。

⁽³⁰⁾ 国民投票の実施回数が比較的多い国のイタリア・アイルランドも、初回は2～3件程度である。

(B) 第二段階の国会の審議では、十分な時間をかけて審議を行うことによって、問題点の洗い出しをする必要がある。特に、改正前の現状にどのような問題点が存在し、改正後はそれがどのように改善されるのかを、国会審議を通じて国民に提示する必要がある。たとえば、憲法9条を改正することを想定すると、現状では自衛隊の活動にどのような限界が存在し、改正後は、どこまで活動範囲が拡大するかが十分に議論されなければならない。そのためには、特に、反対派である少数会派に意見表明の機会を保障しなければならない。つまり、多数会派中心の運用ではなく、少数会派に配慮した運用が必要になる(少数会派尊重の原則)。また、十分な審議を保障して、賛成論と反対論による徹底的な討論を実施するためには、賛成論と反対論を対等に取り扱わなければならない(賛否対等の原則)。

この二つの原則は、発議要件から導き出すことができる。両院の3分の2の賛成というハードルは、残り3分の1より多い議員・会派に拒否権を与えることになるからである。つまり、衆議院の現在の定数である480のうち、161の議席が反対すれば、発議は不可能になる。したがって、3分の2の賛成という要件をクリアするためには、少数会派を説得し、実際には妥協と調整を繰り返さざるを得なくなるであろう。

(C) 第三段階の国民投票運動では、憲法改正案についての情報が十分に流通し、国民が情報を十分獲得した上で投票できるようにしなければならない(十分な情報の流通の原則)。情報の伝播も賛否の一方に偏ることなく、均等に情報が流通するような制度設計が望ましい。そして、投票者が必要な情報に対して、公平にアクセスできるようにしなければならない(公平なアクセス保障の原則)。多くの有権者が参加し、憲法改正に対する関心が高まるような国民投票運動の発生が望ましい。

(D) 第四段階の成立要件の充足で問題となるのは、憲法という最高法規が改正される以上、できる限り多くの国民の賛成を獲得し、正統性を得る必要がある(正統性確保の原則)という点である。

III 日本の憲法改正過程の問題点

次に、国民投票法の下で行われる日本の憲法改正過程の問題点について論じたい。特に、同法が設定したハードルが、十分に機能しているかどうかを批判的に検討していきたい。

1 改正案の作成

(1) 改正案作成手続

憲法改正案の発議は、衆議院では100人以上の議員、参議院では50人以上の議員の賛成によって行われる。また、従来の憲法調査会に代わって衆参両院に設置された憲法審査会(以下「審査会」という。)にも発議権がある。委員の割り当ては、各会派の所属議員の数に比例して行われる。同審査会の任務は、①日本国憲法と日本国憲法に関連する基本法制についての調査、②憲法改正原案の審査・提出、③憲法改正手続に関する法律案の審査・提出である(国会法102条の6)。そうすると、各院において憲法の改正を目指す会派が、改正案を作成して発議した後に、審査会において調査・質疑応答・修正が行われる。審査会においては、公聴会が義務付けられている。

(2) 民意反映確保のための諸方式

憲法改正案作成段階の問題点は、現行法に国民が参加する手続が存在しないという点である。すなわち、民意反映と国民の参加を促し、必要な憲法改正を行うという原則への配慮が不十分である、という評価がなされる。公聴会は、作成後に国民の意見を聞く手続であって、作成前の段階で国民各層の意見を聞くべきであるという、憲法改正案作成上の原則を満たすものではない。結局、現行法上では、改正案作成の段階で、それぞれの会派に民意を吸収ないしは先取りすることが委ねられていることになる。

それでは、憲法改正に係る民意の反映をどのようにして確保することができるのであろうか。本稿では、国民投票法制定過程における議論及びアメリカの州の憲法改正手続等⁽³¹⁾を参考にして、(A)予備的国民投票、(B)憲法制定会議方式、(C)憲法委員会方式、(D)イニシアティブ方式の4つの方法を検討したい。

(A) 予備的国民投票

「予備的」とは、憲法改正国民投票の準備のための国民投票であり、その結果はあくまでも、憲法改正に係る国会審議の助言としての意味しか持たない。これは、国民投票の分類で言うと拘束力のない助言(諮問)型国民投票⁽³²⁾である。日本国憲法96条は、発議要件と成立要件しか規定していないところ、国民の意思をどのように吸収・反映するかについては沈黙している。しかし、この規定のあり方は、なんらかの形で民意を汲み取ることを禁止している趣旨ではないことから、国会審議を拘束しない形で、助言(諮問)型国民投票を実施することを妨げるものではない。

⁽³¹⁾アメリカの州の憲法改正手続については、[Tarr, Alan G and Williams]を参照されたい。

⁽³²⁾助言(諮問)型の国民投票の機能と問題点については、[Rommelfanger]を参照されたい。

また、こうした助言(諮問)型国民投票には、別のメリットがある。それは、第一弾の予備的国民投票と第二弾の憲法改正国民投票というように、適度な時間を空けて二度投票することによって、有権者をクールダウンさせ再考を促すという側面である。つまり、前段に行われる予備的国民投票が、憲法改正国民投票に対するハードルとして機能するのである。立法例としては、スイスの一般的発議に対するイニシアティブがあり、そこではこのような二回の投票が行われている。

この予備的国民投票の問題点は、三つある。第一は、その実施をどの機関が発議し、投票案件をどのように決定するかという問題である。第二は、予備的国民投票の実施の形態である。第三は、助言型国民投票の事実上の拘束力に伴う問題点が発生する。

第一の問題の「発議と投票案件の決定」では、①国会が行う場合と、②その他の機関が行う場合が、想定される。①では、国会が必要に応じて助言(諮問)型国民投票として、発議する場合がある。この場合は、現行法に、憲法改正国民投票以外の国民投票についての規定がないことから、法改正ないしは新法の制定によって実施することになる。その際の投票案件は、審査会が改正論議の中で、選定したものを選ぶ形になるであろう。この時に、審査会及び本会議での多数決を経て、多数を占める会派が提案したものを選ぶ形(多数会派中心の運用)か、あくまでも国民からの意見調査を主たる目的として、少数会派が主張する論点を含めるようにして(少数会派尊重の運用)幅広い改正案を作成した上で実施する形のいずれかになるであろう。

しかし、IIで述べたように、多数会派中心の運用は、コンセンサス形成という日本の憲法改正国民投票の制度趣旨に反するものであるし、後述のとおり、事実上の拘束力との関係でも大きな問題を生じさせる。一方、少数会派尊重の運用で問題なのは、後述のイニシアティブと同様に、投票案件が増加するという点である。多数の選択肢が存在して意見が割れることになれば、その後の取り扱いを紛糾させる原因になりかねない。

②のその他の機関が予備的国民投票を行う場合については、後述の(B)と(D)でそれぞれの予備的国民投票の形態を分析する。

第二の問題点は、「予備的国民投票の実施の形態」である。予備的国民投票を、意見調査を目的として地域や人数を限定して実施するとすれば、それは世論調査であって、国民投票ではない⁽³³⁾。国民投票は、投票日を確定し、それまでに投票の実施を周知徹底して、全有権者が参加可能な状態にして実施すべきものである。国民投票は、仮に助言(諮問)型であっても、国民の最終判断であり、意見調査・アンケートを適宜実施す

⁽³³⁾国民投票と世論調査の違いについては[福井c8]を参照されたい。

るのは別論として、国民投票の実質を伴わない投票でも「国民投票」と銘打って実施すれば、次に説明する通り、事実上の拘束力が発生するのは避けられないはずである。

第三の問題は、予備的国民投票の事実上の拘束力に伴う問題である。助言(諮問)型の国民投票には法的拘束力がないが、事実上の拘束力がある。事実上の拘束力があるとは、政府・国会は投票者の示した賛成・反対の結果に従わざるをえない、ということである⁽³⁴⁾。もちろん、最終的な政治責任は、政府・国会という政治部門にあることから、投票結果に反する政策を行うことは法的には可能である。しかしながら、国民主権の下で、最終的に国民が示した判断は重く、これを尊重せざるを得なくなる。

仮に、第一の発議と投票案件の決定の問題について、次のような形で協議が成立したとする。国民に問う問題としては、「憲法を改正する必要があるのか」と「憲法のどの部分を改正するのか」が想定される。そうすると、予備的国民投票の一例として、次の設問が考えられる。

- 第一問「あなたは憲法改正に賛成ですか。反対ですか。」賛成の人は第二問に進み、
- 第二問「(マークシート形式で)憲法改正が必要な規定を指摘してください。」

この方式で実施すると、改正の是非の割合と、国民が改正を希望する部分がある程度推測することはできるかもしれない。しかし、短所としては、第二問に具体性が欠ける点を指摘することができる。13条をチェックすることからは、義務と責任を追加すべきという「保守的な」改正要望があるかどうかは判別できない。また、憲法9条をどのように改正するかがまさに問題なのであって、改正の必要性を抽象的に問い、それに事実上の拘束力を持たせることは、その意味の解釈をめぐって投票後の審議に混乱を招く恐れが大である。

そして、事実上の拘束力は、多数会派中心の運用との関係で別の問題を生じさせる。仮に、各院の審査会及び本会議で、少数会派による、「予備的国民投票の実施に反対」または「予備的国民投票の実施には賛成するが、少数会派の要求する項目も投票案件に入れるべきである。」という主張が退けられ、予備的国民投票の実施と細目が決定された、とする。その場合、たとえば、「憲法9条を改正して海外への派兵を可能にする」ことに対する賛否が投票案件となり、賛成多数となったとしよう。そうすると、この結果に続く国会での審議では、投票結果を無視することができず、発議要件が満たされて、二回目にあたる憲法改正国民投票が行われることになる。しかも、二回目の憲法改正国民投票は、条文上の調整があったとしても、基本的には同じ内容の投票であ

⁽³⁴⁾[Rommelfanger]。

るから、関心も低く、低投票率と圧倒的な賛成という形の投票結果になることが予想される。同一内容に対する2回の投票は、有権者をクールダウンさせる効果もあるが、投票者の関心を低下させるという作用もある。

これは、両院の3分の2の賛成という発議のハードルが高いことを原因とする、助言型国民投票の事実上の拘束力の「悪用」である。こうした状況は、デンマークに同様の運用例⁽³⁵⁾があることから、全くの仮想事態と言い切ることはできない。首相個人の人気や北朝鮮のミサイル発射のような突発的事故とその報道次第では、予備的国民投票の実施に対する批判はかき消され、熟慮と批判的な検討がなされないままに、高い割合の賛成を得る可能性は否定できない。このような事態を防止するためには、政権与党を含む多数党派が、少数党派尊重の原則を守り、自制的な運用を行うことに期待したい。

(B) 憲法制定会議方式

アメリカの州の中には、議会が憲法制定会議(*constitutional conventions*)を設置して、憲法改正を行うものがある。この場合は、①憲法制定会議を設置するかどうかの住民投票(*conventional question referendum*)、②選挙による憲法制定会議の代議員選出、③憲法改正案の承認のための住民投票という3つのステップを経て憲法改正を行う⁽³⁶⁾。これは、二つの住民投票を経て憲法改正を行うという意味で、最も民主的な方法である。この憲法制定会議方式は、憲法に規定がある場合と議会が自発的にこのような方式を選択する場合とがある。後者の場合は、憲法制定に係る議会での紛争を避けるという意図があると思われる。

この方式の長所は、議会が回避する争点を検討し、採択することができる点にある。たとえば、一院制への変更、議員の任期制限の審議が可能になる。日本で実施する場合、特定の条項についての憲法改正が盛り上がるか、あるいは、憲法全体の見直しの機運が高まった際に、①を予備的国民投票として実施し、賛成多数の場合は②を行い、その結果を両院が尊重して、審査会の両院の合同審査会が勧告⁽³⁷⁾を出して、③の憲法改正国民投票を行うという形になることが予想される。

この方式の問題は、②の選挙が行われた場合、党派性を排除することが難しくなる点にある。その場合、代議員が政党からの指示で行動するとすれば、憲法制定会議は、屋上屋を重ねるだけで、存在意義が薄いものになってしまう。また、党派性が強い場

⁽³⁵⁾デンマークの例については、[Sätelä 130]を参照されたい。

⁽³⁶⁾例えば、ニューヨーク州の憲法制定議会の運用については、[Tarr & Williams 145-173]が詳しい説明を行っている。

⁽³⁷⁾この勧告には、法的拘束力はない。

合、長期間の審議を重ねるうちに、途中で数度の国政選挙を経ることになると、憲法制定会議は、民意と離れているという批判が出る可能性がある。実際、イタリア・デンマークなどの多党制と連立内閣という政治体制における憲法改正作業は、各党の利害関係が錯綜し、なかなか妥協点を見出すことができずに審議が難航し、仮に改正案を決定し、発議できても、否決される場合がある⁽³⁸⁾。つまり、選挙をすると党派性を排除できず、党派性が生じると審議が長期化してしまい、長期化すると民意から遊離しているという批判が生じてくる。この制度は、国民の間に憲法改正の必要性が盛り上がったときに、比較的短期間で行うことを予定したものである。したがって、その民主的な性格を高く評価することができるとしても、日本の政治風土の下では、公平な第三者を選定する⁽³⁹⁾ことが困難であり、さらにそのための選挙区の設定が困難であることから、採用することが難しいと思われる。

(C) 憲法委員会方式

この方式は、①議会が第三者機関としての憲法委員会(constitutional commissions)を設定し、②当該委員会が作成した憲法改正案を住民投票に付すというものである⁽⁴⁰⁾。憲法委員会の委員は、議会が任命する。憲法委員会の委員は、法曹、学者、行政官、民間人を含めた広くかつ公平な第三者から構成されるように任命される。憲法委員会には、常設型と必要に応じて設置される臨時型がある。

この制度の長所は、政治性・党派性を排して、公平な第三者による建設的議論がなされるという点である。また、基本的に議会が関与しないことから、議会にとっても、憲法改正問題についての政治責任を負わずに済むという長所がある。日本で実施する場合は、憲法上両院の審議と発議が義務付けられているので、この方式を採用としても、第三者機関による拘束力のない諮問という形になると思われる。そして法曹や学者を委員に任命することは、専門的な情報がもたらされるという長所がある。また、選挙を経ないことから、比較的長期間の審議をすることも可能であろう。つまり、選挙を経ないことで、憲法制定会議よりも、安定してかつ中立的な憲法改正審議が可能となるのである。

問題点は、国会の各党派が納得する公平な第三者を、20人程度選定することができ

⁽³⁸⁾ イタリアの憲法改正作業については、[岩波 a][山岡]を、デンマークの憲法改正作業については、[Satelä]を参照されたい。

⁽³⁹⁾ 参考になるのは、公的オンブズマン制度、プロ野球のコミッショナーなどであるが、公平な第三者でしかも選挙に耐えられる候補者を、全国レベルで選定するという点が難しい。

⁽⁴⁰⁾ 憲法委員会については、[Tarr & Williams 19-57]がフロリダ州を例にとってその機能と問題点を述べている。

るのか、という点にある。たとえば、少数政党は、議席獲得と発言の機会を失う可能性があることから、参議院の廃止を唱える学者の任命には反対するであろう。しかしながら、全員一致に近い形で任命して、その諮問を尊重するという形でなければ、国会以外に審議する機関を設定する意味が失われるであろう。また、憲法制定会議方式と比較すると、民意の反映が後退するという点を指摘できる。少なくとも、議会が選定した委員の発言は、国民を代弁するものではない。

このような問題点は確かに存在するとしても、国会の改革などの大幅な制度変更の場合及びグランドデザイン型の憲法改正の場合には、その長所を生かすことができることから、将来的には検討に値する方法であると思われる。

(D) イニシアティブ方式

イニシアティブ方式は、国民が改正案を作成する方式である。アメリカのイニシアティブには、一定数の署名を集めた後は、議会審議を経ることなく直接に住民投票に付される(直接)イニシアティブと、署名収集後に議会に提案され、議会が否決した場合に住民投票に付される間接イニシアティブがある。また、スイスも、憲法イニシアティブを採用している。これは、間接イニシアティブである。

イニシアティブ方式の最大の長所は、民意が直接反映されることである⁽⁴¹⁾。直接イニシアティブの場合は、議会を迂回するわけであるから、上述の通りの、議会が審議することを避ける論点(一院制への変更、任期の制限、議員歳費の削減など)を積極的に提案することが可能になる。間接イニシアティブの場合も、議会がそうした提案を拒否する意思を示した場合は、住民投票に付されること、次の選挙への影響もあって露骨な民意の無視はできにくいことから、ある程度の積極的な審議が期待される。

問題点は、国民各層からの提案がなされ、必然的に投票に付す改正案の数が多くなることである。改正案の数の増加には、投票所でどれだけ投票のための設備を整えることができるのか、という物理的な問題点もあるが、それ以上に大きな問題は、投票者の改正案に対する情報獲得能力に限界があるということである。適正な改正案数確保の原則に従って、最大5件程度が望ましいのではないだろうか。仮に、ある程度、投票に付される改正案の数を絞るということになると、収集する署名の要件を上げる(100万人から200万人程度に)必要が出てくるが、この場合は、民意の吸収反映が制限

⁽⁴¹⁾[江橋]は、憲法制定過程を分析しイニシアティブ方式を積極的に評価する。また、アmendメント方式(追補式)の改正方式も提案する。

されてしまう。このバランスを取ることが難しい⁽⁴²⁾。

日本で実施する場合は、法的拘束力のある直接イニシアティヴを導入することはできないので、①憲法改正案の提案のみを認める形にする、②予備的国民投票の1つとして間接イニシアティヴの形にするという二つの方式が想定される。①の場合は、一定数の署名を集めた改正案が、国会に提案され、当該提案は必要的に審議されるというものである。②の場合は、一定数の署名を集めた改正案が、国会に提案され、審議されたのちに投票案件の形に直されて、予備的国民投票に付されて、賛成多数の場合は、再度国会審議を経て両院の3分の2の賛成を得た上で、国民投票に付される⁽⁴³⁾。

(E) まとめ

憲法改正における民意反映の方法を分析してきたが、「上から方式(国会が発議する予備的国民投票)」、「下から方式(イニシアティヴ)」、「第三者方式(憲法委員会)」、「代議員方式(憲法制定会議)」のそれぞれに、一長一短があり、憲法改正及び国民投票の経験、改正の内容に合わせて、各方式を検討する必要があると思われる。

2 改正案の審議

続いて、具体的な改正案作成における問題点を指摘する。

(1) 総論

まず、憲法改正案作りには、シングルサブジェクトルール・明瞭性の原則・適正な改正案数確保の原則を反映したハードルをどのように設定するか、という問題点がある。次に、手続の問題がある。国民投票法において各原則を保障するルールを形成したとしても、その違反に対して、どのような機関がどのようなサンクションを行うかという問題がある。まずは、実体の問題から検討し、次に手続の問題を論じたい。

(2) シングルサブジェクトルール

複数の論点を組み合わせた改正案は、民意が正しく反映されないことから、できる限り排除しなければならない。これは、改正案を提案する陣営にとっても、「戦略」的にみて十分配慮すべきルールである。というのは、こうした改正案は、ネガティブ・キャンペーンに弱い傾向にあるからである。カナダの1992年の国民投票は、複数の論点を含む憲法改正案を、与野党の合意で急遽決定し、国民に十分に説明しないままに投票に

⁽⁴²⁾署名要件を上げても、100万人から200万人であれば、全国組織の労働組合・政党・巨大宗教団体は、容易に署名要件を充足するであろう。そうすると、「下から」多様な民意を吸収することの実質的な意味がなくなってしまう。

⁽⁴³⁾その他の問題点として、提案のレベルをどのようなものにするか、ということがある。例えば、スイスのような一般的な提案と完成された改正案の二種の方式を認める方式がある。

持ち込んだところ、否決されてしまう。したがって、そうした事例に学ぶ限り、全く趣旨の異なる複数の論点の組み合わせが、改正案として登場することは想定しにくい。

改正案の作成については、「前条の憲法改正案の発議に当たっては、内容において関連する事項ごとに区分して行うものとする。」(国会法第68条の3)という規定が設けられた。これによって、アメリカの州およびいくつかの国民投票の実施国で採用されている、シングルサブジェクトルール⁽⁴⁴⁾が、日本でも採用されたと評価することができる。

シングルサブジェクトルールの明らかな違反はありえないとしても、その逸脱の判別が難しいケースもある。たとえば、沖縄県で行われた住民投票は、「米軍基地の縮小と日米地位協定の見直し」の賛否を問うものであった。これを、同ルールからの明らかな逸脱ということはできない。しかしながら、沖縄の経済のために、米軍基地の現状維持を望みながら、地位協定の見直しのみを希望する投票者は、ここでは正確な意思を反映できないことになる。しかも「明瞭性」の原則からみると、「地位協定の見直し」の意味する内容は曖昧である。

IIの3で挙げた予想される憲法改正の論点で見ると、首相公選制と一院制という論点を同時に含む改正案の登場はおそらくありえないと思われるが、9条の改正と軍事法廷の設置などといった、判断が微妙なものは当然生じると思われる。

しかし、より本質的な問題は、国会法第68条の3の規定のあり方にある。「内容において関連する事項ごとに区分して」という文言では、関連するもの同士複数を抱き合わせるという読み方も可能となる。たとえば、改正案セットA(9条改正・徴兵制・軍事法廷の設置)と、改正案セットB(首相公選・7条および69条の解散権関連規定)、改正案セットC(人権の追加と政教分離の緩和)という組み合わせにすることは、68条の3の規定に反しないという解釈も可能になる。改正案セットAについては、9条の改正に賛成しても、徴兵制には反対する投票者は多数存在する可能性がある。セットCについても、人権の追加には異論がなくても、政教分離の緩和への反発があることが予想される。

したがって、68条の3の規定は、「前条の憲法改正案の発議に当たっては、投票に付す一つの改正案につき、一つの事項のみを含むべく区分して行うものとする。」と改正すべきであると思われる。しかし、シングルサブジェクトルールを厳密に運用することは、改正案の数を増加させることになり、適正な改正案数確保の原則とのバランスを取ることが難しくなる⁽⁴⁵⁾。

⁽⁴⁴⁾シングルサブジェクトルールの遵守を議会が自己の責任と判断で行うタイプ(スイス)もある。アメリカでは、裁判所が審査を行い、それにかかりのコストとエネルギーが割かれているという現状がある [Ellis]。

⁽⁴⁵⁾このように、ハードルとハードルが衝突することもありうる [Gerber]。調整が難しい局面である。

(3) 明瞭性

改正案を理解しやすいものにすべきであるという、明瞭性の原則には、三つのレベルで対応することができると思われる。一つは、投票に付す改正案に対して、投票用紙に説明文を付けるなどして、理解を促すという方法である。たとえば、「今回の9条の改正は、国際貢献の目的の下に自衛隊の海外派兵を可能にするためになされるものです。あなたは憲法改正に賛成しますか?」という形になる。現行法は、56条で、投票用紙には、賛成・反対の文字を印刷し、投票者は、賛成または反対を○で囲む旨を規定していることから、この方法を採用していない。二つ目は、改正案の文言を理解しやすくするという方法である。三つ目は、投票用紙ではなく、政府発行のパンフレット等で、改正案の難解さを緩和するという方法である。これについては、後述する。

第一の説明文を付ける方法は、憲法問題の本質的な難解さと有権者の情報獲得の困難さに鑑み、検討に値する方法であると思われる。例えば、「憲法裁判所の設置」は、法知識の十分ではない国民にとっては、通常の裁判所との違いを理解することが困難なものであると思われる。もちろん、パンフレット等の広報活動も重要な情報源であるとしても、投票用紙に要点を短く書いてあることは、最終決断を助けるという意味では重要な手がかりになるであろう。投票用紙での記載が困難であるなら、投票所に大きく掲載するという方法も検討に値する⁽⁴⁶⁾。

しかしながら、ここには大きな問題点がある。それは、結果を誘導しかつ不明瞭さを助長するような説明文が、登場する恐れがあるということである。仮に、投票用紙に説明文を付けるとすれば、イギリスの選挙管理委員会のガイドライン⁽⁴⁷⁾のように、「明瞭で」・「理解しやすく」・「賛否両論に対して中立的」な文言にする必要がある。

説明文に対する明瞭で理解しやすく、賛否両論に対して中立的な文言という要請は、賛否対等の原則に資するところ、改正案の文言そのものに対しても問題となる。特に、憲法9条の改正の際には、投票者が文言からその示す内容を十分に理解できるのか、という大きな問題が生じる。現行の9条の規定でさえ、少なくとも法律家が文言を読む限り、複数解釈がありうるどころ、改正された条文を読んで、海外派兵・PKOへの参加・核兵器の配備・先制攻撃の是非という問題を、明確に示すことは可能なのであろうか。安全保障の政策は、政府の有権解釈・国会決議等で、漸進主義的に進んでいる

⁽⁴⁶⁾国民投票法65条1項は、改正案の要旨を投票所に掲示する旨規定しているが、投票用紙のほうが、最終的な決断を助けると思われる。

⁽⁴⁷⁾[福井c158]

現状を見れば、これらの項目の詳細を、明瞭かつ具体的に条文の中に盛り込むことは考えにくい。国際情勢、安全保障、純粋な軍事レベル、隣国との関係、テロなど、あらゆる角度の問題から見て、9条の射程範囲を改正案に示すことは現実に無理であり、9条改正案は、本質的に明瞭性の原則を満たすことはできないものになるであろう。諸外国の国民投票において、安全保障問題が国民投票の対象から除外されている⁽⁴⁸⁾のは、こうした情報提供の本質的困難さに原因があると思われる⁽⁴⁹⁾。

確かに、除外事項を憲法が認めていない以上、投票の対象から外すことは法的には不可能であろう。しかし、安全保障問題は情報を提供しにくい投票案件であるという点は、国民投票の運用にあたって、十分に留意すべき点であると思われる。

(4) 改正案の作成に対する監視・勧告・是正の手段

次に、このような改正案作成上のルールが破られた場合はどのように対処すべきであろうか。あるいは、ルール違反を防止するための監視はどのようにすべきであろうか。上述の各ルールに違反する可能性については、提案側が一方的にルールを破る場合だけでなく、多数派工作による妥協の結果、ルールが破られる場合もある。たとえば、少数派を抱き込むために抽象的な文言を作成し、それによって明瞭性の原則が破られる場合も否定できない⁽⁵⁰⁾。具体的な内容は、その後法律レベルでの調整に先送りして、憲法改正のみを行うということも考えられる。そうした点からも、ルール違反を勧告・是正する機関の必要性は高い。この点、日本の国民投票の運用は、諸外国に比べて特殊な形態を採用している、ということができる。すなわち、基本的に国会の多数決で運用がなされ、第三者機関による監視・勧告・是正の手段が存在しないのである⁽⁵¹⁾。

国民投票・住民投票を実施する諸国では、発議する機関とは異なる第三者機関が、国民投票・住民投票の運用を監視している。第三者機関による監視は、大きく分けて選挙管理委員会型と裁判所型がある。選挙管理委員会型では、イギリスの選挙管理委員会が、政党・選挙及び国民投票法⁽⁵²⁾に基づき投票案件に関する勧告その他を行っている。アイルランドは、国民投票委員会が広報その他を行っている。裁判所型の、ア

⁽⁴⁸⁾ スイス・東欧諸国に立法例がある [Auer & Bützer 233-255]。

⁽⁴⁹⁾ 安全保障問題について実施した例としては、スペインの1986年のNATO残留についての国民投票がある。なお、[Möckli 159]は、この国民投票は、紛争解決と同時に信任投票も作用も強いと述べている。

⁽⁵⁰⁾ 9条2項の「前項の目的」というような分かりにくい文言が妥協の結果規定される可能性は否定できない。あるいは、憲法改正レベルでは妥協して、第二段の争いを法律レベルで行うという場合もありうる。

⁽⁵¹⁾ [Qvortrup]は、政府・国会以外の第三者機関による国民投票のプロセス全体に対する監視の必要性を述べる。

⁽⁵²⁾ [福井 c 158-159][間柴 a][間柴 b][間柴 c]を参照されたい。

アメリカでは、住民が住民投票実施前にシングルサブジェクトルール違反等に対する申し立てを行い、それを裁判所が審査する。イタリアは憲法裁判所が、国民投票の除外事項の該当性の審査を行い、その他の広報活動等の事務も執り行っている。フランスも憲法院が、国民投票の監視にあたっている。

国民投票法は、127条で、国民投票に異議のある投票人に中央選挙管理委員会を被告として東京高等裁判所に訴訟を提起することを規定している。同128条は、国民投票が無効となる原因として、①国民投票の執行管理に当たる機関が、国民投票の執行管理につき遵守すべき手続に関する規定に違反すること、②多数の投票人が一般にその自由な判断による投票を妨げられたといえる重大な違反があったこと、③投票数の確定に誤りがあったこと、の三点を挙げる。このうち、改正案作成上の問題点については、①が関連するところ、「国民投票の執行管理に当たる機関」は、中央選挙管理委員会を指し(国民投票法8条)、解釈上、審査会や発議を行う国会に該当しないことは明らかである。そうすると、少なくとも国会法68条の3の違反を裁判所に問うことは不可能であることになる。現行の規定の下では、改正案の瑕疵・問題点を国民の側から問う手段はなく、後は国会の審議の過程で是正される可能性が残るだけである。

改正案の審議において、各院の3分の2の多数を背景にした議会運営がなされ、国民投票法及び各原則に反する行為が存在しても、それを監視・勧告・是正する機関が存在しないことは、大きな問題である⁽⁵³⁾。

3 改正案に係る情報提供

(1) 国民投票広報協議会

国民投票法11条及び改正された国会法102条の11及び12により、国民投票広報協議会(以下「協議会」という。)が設置された。国民投票法14条は、協議会の基本的な役割は、①国民投票公報の原稿の作成、投票記載所に掲載する改正案の要旨の作成、憲法改正案の広報放送、新聞による広報広告に関する事務、その他の憲法改正案の広報事務である旨を規定している。

国民投票法12条は、委員は、各院から10名を、会派の割合に応じて選任する。ただし、反対会派に1名も割り当てられないことがないように配慮すると規定している。同15条は、協議会の定足数を7名とし、協議会の議事は、3分の2以上の多数で決すると規定している。こうした規定は、14条2項が、協議会が憲法改正案に係る広報活動を行う

⁽⁵³⁾3分の2の賛成を集めるための妥協はなされるが、いったんそれを超えると、強圧的な運営になる可能性も否定できない。

にあたって、客観的かつ中立的に行い、賛成と反対の見解の取り扱いを公正かつ平等に扱う旨規定している点を担保するものとなっている。こうした規定は、審査会と比較すると、IIで述べた、賛否対等の原則に適うもので、ある程度評価することができる。

(2) 国民投票公報

協議会は、憲法改正案に係る基本情報を提供するために、国民投票公報(以下「公報」という。)を作成し、公報は、各世帯に投票日の10日前に印刷・配布される。14条1項1号には、公報には、①憲法改正案・憲法改正案要旨、②憲法改正案に関する新旧対照表その他の参考となるべき事項に関する分かりやすい説明、③発議の過程で出た、賛成・反対意見が記載される旨、規定されている。

①の改正案要旨の作成は、改正案の内容を要約して、分かりやすく国民に提供することが目的である。②では、投票者は発議に至るまでの議論を参照することができる。問題点としては、賛成側に対して、③の賛成意見の提供と合わせて、二回の意見提供の機会を与える可能性を指摘できる。この点、少数会派尊重の原則の維持が求められるところである⁽⁵⁴⁾。

③の賛成意見と反対意見の提供には大別して三種の方法がある。

- A案 第三者機関が論点ごとに賛否両陣営の主張をまとめる方式
- B案 提案する側(賛成側)が先に主張して、それを反対する側が反論する方式
- C案 それぞれが主張する方式

A案は、有権者に情報を提供するという点では最も優れた方法である。ただし、ここには、論点の選択をどのようにするか、という問題点がある。反対する側としては、できるだけ多くの争点を論じたいところである。一方、賛成する側としては、反論の機会をできるだけ少なくしたい。論点の選択は協議会で議論し調整を図るべき事項であるが、現実には双方の主張が折り合う可能性は低く、第三者がまとめるという方式が、公平で客観的な情報の提供に資すると思われるところ、上述のとおり国民投票法は採用していない⁽⁵⁵⁾。

B案は、まず提案者である賛成する側が十分に主張と立証して、それに反対する側が反証するという形式⁽⁵⁶⁾であることから、提案者の説明責任が強調されると同時に、ディベート的な議論の応酬が投票者の興味を喚起するという効果が期待される。ここ

⁽⁵⁴⁾その他としては、公報の読解力レベルをどの程度に設定するかという問題がある。

⁽⁵⁵⁾アイルランドは、A案を採用している。

⁽⁵⁶⁾アメリカの州の中には、B案を採用しているものがある。

では、反論に対して、再反論を認めると、議論が延々と続く可能性があり、長文にわたる議論は、投票者への情報提供という点では不適切なものになりかねない。また、この場合、賛成する側からみると、制度自体がある種のネガティブ・キャンペーンを展開していることになり、「後攻め」の方が有利になっているという問題⁽⁵⁷⁾がある。

C案は、それぞれが自己の主張を一方的に提供する方式⁽⁵⁸⁾であるので、三案のうち、投票者の論点の把握と理解を助けるという点では、最も不十分な制度であり、議論がかみ合わない可能性があり、情報提供が十分ではないという問題点がある。

ここで、憲法9条の改正を想定して、三方式の採用の是非を検討してみると、賛成する側にはネガティブキャンペーンをできるだけ避けて、議論を拡大しないようにしたいという思惑があると思われる。例えば9条の改正が、徴兵制・軍事法廷の設置といった論点まで拡大することは、賛成する側にとっては望ましいことではない。そういう意味では、最も「都合のよい」方式がC案であり、投票者にとって公平中立で、読みやすい内容を提供するという点ではA案であると思われる。また、B案は「読み物」として面白い公報が作成される可能性がある。しかし、どの方式を採用するかをめぐる協議を実施した際には、賛成する側が3分の2を押えている以上、C案が採用される可能性が高いと思われる。

ここでも、十分な情報の提供の原則を維持するためには、第三者的な監視機関の必要性を感じざるを得ない。

4 国民投票運動

(1) 国民投票運動の世論形成力

国民投票運動の規制を考えるにあたっては、国民投票運動⁽⁵⁹⁾が投票結果に対して、実際どのような影響を与えているのかを分析する必要がある。

80年代、90年代における欧米の全23の上からの国民投票に対して行った国民投票運動開始時と終了時の投票案件に対する支持率の差の分析は次の通りである⁽⁶⁰⁾。

まず、開始時と終了時の支持率の差の絶対値は、平均17%であり、一般に国民投票

⁽⁵⁷⁾後攻め、すなわち国民投票で二番目に動くことの利点については、[福井c 53-54]を参照されたい。

⁽⁵⁸⁾オーストラリアは、字数を制限してC案を採用している。

⁽⁵⁹⁾なお、国民投票の結果を左右する要因は国民投票運動だけではない。LuDucは①社会内部の分裂②思想信条③政党④集団⑤政治家⑥政府の政策⑦経済状況⑧選挙運動⑨メディアが選挙の安定性と不安定性を左右する要因として挙げ、①~⑧のうち、数字が小さいほど不安定要因、高いほど安定要因としている[LeDuc]。

⁽⁶⁰⁾[LeDuc]。

運動が進行するにつれて、支持率が低下する傾向にある。

次に、世論の変化は、大きく3つのパターンを示す。

①世論形成型 国民のよく知らない争点がネガティブキャンペーン等をうけて徐々に支持率を下げるタイプ。政治階層への反発という要因が大きい。国民投票運動の最終週に態度を決定する者の割合が高い。

②世論逆転型 よく知られた争点が、論点のすり替え等によって、支持率を下げるタイプ。ここでも、最終週に賛成が入れ替わることが多い⁽⁶¹⁾。

③世論上昇型 争点に対する固定した意見を有する国民が多いときに、選挙運動の経過とともに、人気のある政治家のリーダーシップ効果⁽⁶²⁾が発揮されて支持率が増加するタイプ。

①の典型例は、上述の1992年のカナダの国民投票である。投票者にとっては全く新しい論点(包括的憲法改正案)が突然、与野党合意の上に、提案されたために、3分の2が選挙運動開始後に態度を決定し、否決することになる。また、突然の合意と改正案の決定を契機として、エリート層への強い不満が表れた例でもある。1999年のオーストラリアの「共和制移行」を問う国民投票も、選挙運動の開始前の未定者が多く、選挙運動開始後、賛成の割合が急落する。そして、最終的には否決されている。

②にはアイルランドの国民投票の多くが当てはまる。特に、1986年の離婚についての憲法改正国民投票は、国民投票前後で大幅に賛成の割合を減らしている。アイルランドでは、一般に、ネガティブ・キャンペーンがかなり効を奏していて、多くの場合に、選挙運動の経過とともに支持率が大きく減少している。中絶・離婚廃止によって現状が変更されることへの不安をあおって、最終的に保守層の否決票を掘り起こしている。また、カナダの1980年国民投票もこのパターンで、大幅な下落を示す。ここでは、ケベックの「主権確立」という論点を、反対派が、「新しい連邦主義」へ変更させるのに成功し、また、当時人気があったトルドー首相が反対陣営を支持したことが大きな要因となっている。ここではリーダーシップ効果が反対陣営に対してプラスに作用したことになる。

③の例はあまり多くない。1995年のカナダの国民投票では、ケベック住民は当時のカナダ首相への強い不満を示し、選挙運動で、ケベックで人気のある政治家の主張を受け入れて、賛成票が若干増加したが、賛成多数には至らなかった。1994年に行われ

⁽⁶¹⁾アメリカでも、住民投票の選挙運動の最終週で態度決定がなされるという調査がなされている[Magleby]。

⁽⁶²⁾リーダーシップ効果とは、人気のある政治家が投票結果に強い影響を与えることをいう。

た4カ国(オーストリア・フィンランド・ノルウェー・スウェーデン)のマーストリヒト条約批准の国民投票⁽⁶³⁾もその例に該当する。これらは、数字的には、国民投票運動の展開によって、若干プラスに作用しているといえることができる。ノルウェー(否決)とスウェーデン(成立)は、国内にEU懐疑派がかなり存在したが、政府の積極的な宣伝活動が賛成票を増加させた。

(2) 日本の国民投票に対する示唆

日本は国民投票を実施したことがなく、国民投票運動以外の他の要因が改正案の成立に大きな影響を与える可能性もあるが、現在予想される憲法改正の論点を(1)のパターンに当てはめて予測してみたい。

①の世論形成型として登場する可能性のある論点は、一院制・首相公選制などの制度の創設及び包括的な憲法改正案であると思われる。後者については、国会法68条の3に従って、区分されて5つ程度に分解されたとしても、そのことが、かえって投票者の情報獲得の妨げになる可能性がある。

②の世論逆転型になる可能性としては、憲法9条が挙げられる。世論調査を見る限り、一般論としては、9条改正に賛成が多いとしても、上述のとおり、現状がどのように変更されるのかについての情報を十分に説明しない限り、ネガティブ・キャンペーンにさらされ、不安を感じた投票者が棄権または反対票を投じる可能性が高くなる。

そして、重要な点は、①と②ともに、投票者は最終週に態度を決定するという点である。そうすると、国民投票運動の最終2週間に、テレビ・ラジオでのCM放送(意見広告)を禁止するという国民投票法105条は、国民の最も重要な時期の情報獲得に、大きな制約を課すことになり、また、政治情報の流通・獲得を大きく制限することから憲法21条に違反すると思われる⁽⁶⁴⁾。

国民投票法の制定した者には、そもそも国民投票による憲法改正は、ネガティブ・キャンペーンに打ち勝って、その正統性を獲得する存在であるという認識が不十分であると思われる。逆に、最終週の情報獲得を制限すると、①では情報不足から否決される可能性が高まる。②では、仮に憲法9条の改正が問われているとすると、改正案自体が本質的に情報を十分に提供できないものである以上、ネガティブ・キャンペーンは甘受せざるを得ないものであろう。

⁽⁶³⁾各国の運用については[Kaufmann & Waters]を参照されたい。

⁽⁶⁴⁾[渋谷34]。

5 投票日

国民投票法2条は、投票日を発議した日から60日以後180日以内に設定する旨を規定する。なお、投票日は国会の議決によって決定される。国民が熟慮と真剣な検討を行うためには、できる限り投票期日までの間に時間を設定する必要がある。一方、提案する側は、ネガティブキャンペーンを受ける期間を制限したいところである。しかしながら、4で見たように、投票者の情報の獲得と投票行動は、改正案の内容に大きな影響を受ける。特に、全く投票者になじみのない改正案の場合は、短期間で不十分な情報を提供することは、否決の可能性を高めることにつながる。

一方、多くの賛成票を掘り起こして成立に持ち込む戦術をとる場合は、投票日の設定は成立のための重要な要因となる。春と秋の連休の前後に設定したり、夏期の休暇期間に投票日を設定したりすることは、不成立の原因となる可能性がある。投票率を向上させるための最善の方法は、通常の国政選挙と同日に実施することであるが、選挙で与野党が対立する中で、憲法改正という争点のみが一致するという状況で国民投票を行うことは、想定しにくい。むしろ、諸外国では、党内の分裂を回避するために、選挙との同日実施を回避するという運用例が見られる。また、同時の実施は、国民投票運動と選挙運動の区別がつきにくいという運用上の問題点を発生させる。特に、戸別訪問禁止の扱いは、微妙な判断が求められるであろう。

さらに、提案する政府には、国民投票を単独で実施する場合は、補欠選挙と同様に、国民投票が「信任投票」にならないようにしたいという配慮が働くと思われる。いずれにせよ、提案する側から見ると、投票日の決定は決して「フリーハンド」でできるものではなく、慎重な考慮が求められるものとなっている。

6 成立要件

国民投票法制定時の国会審議では、最低投票率を課すべきか否かということが大きな争点となったが、結果的には採用されなかった。最低投票率とは、投票率が一定数(50%など)に達しない場合は、国民投票を不成立にするという制度である。これが憲法上許容されるかどうかについては、説が分かれる。第一は、最低投票率を現行の憲法の規定にさらに加えることは、憲法に反するという「否定説」である。次に、最低投票率を課すことは、禁止されているものではなく国会の裁量に委ねられているとする「裁量説」⁽⁶⁵⁾がある。つまり、否定説は成立要件を憲法事項とし、裁量説は法律事項としていることになる。

⁽⁶⁵⁾裁量説を展開する文献として、[井口 a][井口 b]がある。

本稿は、否定説を採用する。その理由としては、第一に、諸外国の憲法における、国民投票の規定では、発議要件と成立要件は、明文で規定されていることを挙げることができる。特に、日本国憲法の原案作成時には、アメリカの州の憲法を参考にしたと思われるところ、それらの州憲法は、ほとんどが日本と同じように、議会での憲法改正後に、住民投票を課しており⁽⁶⁶⁾、そこでは、明文の規定以上の条件を課するという運用はなされていないことを重視したい。

第二に、憲法改正国民投票は、憲法の安定性と可変性という相互に矛盾する要請のバランスをとって運用することが求められる⁽⁶⁷⁾ところ、比較憲法的にみて、両院の3分の2という発議要件は、かなり高いハードルであり、これに対して、さらに、例えば、50%の投票率⁽⁶⁸⁾という要件を課すことは、そうしたバランスを安定性、つまり不変性に向かって大きく傾けることになり、国民主権の権力的契機の発現を制限することにつながるという点を指摘したい。

第三に、裁量説は、なぜ最低投票率を採用するのか、という点の説明が十分ではない。成立要件には、単純多数決・特別多数決・二回の国民投票の実施・最低投票率・有権者に占める賛成の割合⁽⁶⁹⁾というように、多様な選択肢があり、それぞれには固有の機能と問題点⁽⁷⁰⁾があるところ、憲法が成立要件について複数の選択肢を許容するという積極的な理由を示すことができない。やはり、単純多数決のみを採用したとみるのが自然であろう。

第四に、最低投票率には、民意のパラドックス⁽⁷¹⁾が発生する。50%の最低投票率を導入すると、仮に45%の投票率で、80%の賛成票を得た場合(ケースA)は、有権者全体の36%の賛成を得ながら不成立ということになる。一方、60%の投票率で、55%の賛成の場合は、有権者の33%が賛成することになる(ケースB)。最低投票率を導入すると、ケースAの方が多くの民意を獲得しているにもかかわらず、否決されるというパ

⁽⁶⁶⁾デラウェア州以外は、憲法改正を承認するための住民投票が存在する。また、最高裁判事に対する国民審査・地方自治特別法に対する住民投票は、それぞれ、直接民主制を採用するアメリカの州の *retention election* (継続審査)、*mandatory referendum* (義務的住民投票) とほぼ同じ制度であることを根拠として挙げたい。

⁽⁶⁷⁾[声部375]は、「この安定性と可変性という相互に矛盾する要請に応えるために考案されたのが、硬性憲法 (*rigid constitution*) の技術、すなわち、憲法の改正手続を定めつつ、その要件を厳格にするという方法である。」とされ、安定性と可変性のバランスをとる必要性を説く。

⁽⁶⁸⁾イタリアでは50%の最低投票率がかなり高いハードルとして機能している [Uleri]。

⁽⁶⁹⁾投票率に賛成率を乗じた割合である。

⁽⁷⁰⁾例えば、特別多数決は、成立しにくくなる。

⁽⁷¹⁾これはイタリアの国民投票で指摘されている [Uleri]。

ラドックスを生じさせる⁽⁷²⁾。正統性確保の原則に照らしてみると、こうしたパラドックスの発生は回避されなければならない。

第五に、最低投票率を仮に導入する場合、仮に50%にした場合、その数字の根拠を示すことができないと思われる。また、最低投票率を50%にすることは、50%を切る投票率を否定的に評価することにつながり、国政選挙や地方自治体の選挙でもその無効を議論しなければならなくなるのではないか、という疑問が生じる。

最低投票率導入論における「できるだけ多くの国民が賛成するような制度の構築」という趣旨を貫徹させるためには、イギリスの40%ルールのように、有権者の一定の割合の賛成を求める方法も検討に値する。しかし、欧米諸国の国民投票、特に「上から」の国民投票の運用実態をみると、有権者の40%という数字はかなり高いハードルであり、成功した国民投票の代表例⁽⁷³⁾である、イギリスの1975年のEC残留を問う国民投票でも、64.5%の投票率と67.2%の賛成で、有権者の40% (39.3%)には及ばなかったという点を無視することができない。さらに、デンマーク憲法における憲法改正国民投票の有権者の40% (当初は45%)の賛成を要求する、という規定は、憲法改正の大きなハードルになっている点を、反対する理由として追加したい。

むすび

諸外国の国民投票による憲法改正の過程を分析すると、憲法改正は大きな困難を伴う作業であることを認識せざるを得ない。第一に、地方分権・議会の改革などの国政上の大きな問題については意見集約が困難であり、議会での協議が難航しているという現実がある。第二に、議会内部や政治階層内部でコンセンサスが形成されても、国民がそれに反発したり、あるいは無関心であったりして、国民の理解を得られることが難しい。第三に、国民が十分に理解していて、一定の賛成の割合が見込まれる改正案であっても、激しいネガティブ・キャンペーンにさらされて、否決に持ち込まれることも多い。そして、そもそも「上から」の国民投票の成立率は、それほど高くない。第四に、日本で実施する場合は、約1億人の有権者が、休日に50%から70%の間の割合で投票に参加するとすれば、推定2500万人から3500万人の賛成票を得る必要があるという「厳しい」票の計算が存在する。第五に、国民投票の実施は、政権担当者に対する批判と直結することが多く、国政選挙の合間を縫って、タイミングを考慮して実

⁽⁷²⁾[井口b]は、同様のパラドックスは、定足数の存在する合議体でも発生することを指摘している。

⁽⁷³⁾この場合、国民の多くが議論に参加し、提案が承認され、しかも紛争が解決したという、上述の3つの意味で成功している。

施するのは実際はかなり難しいと思われる。国民投票が信任投票となるというリスクを考えれば、近時の欧州諸国が、国民投票に対して消極的になる理由も十分にある。

しかし、憲法改正国民投票の実施も成立もかなり困難であるのは、上述のとおりであるとしても、一方で、日本には別の運用上の不安要因が存在する。それは、たった4年の間に、300議席の巨大与党が入れ替わり、しかも国民が郵政民営化も、民主党のマニフェストも、必ずしも十分に理解して投票しているわけではないという点である。これを「政治的未成熟さ」と評価するかどうかは別として、今は憲法改正が下火になっていたとしても、今後、人気のある首相と巨大与党という組み合わせが誕生し、「憲法改正」という四字熟語のスローガンを掲げて、国民投票に持ち込む可能性も存在する。

こうした懸念を抱きながら国民投票法を読むと、同法からは、「国政上の重大問題についての議論を喚起し、国会でのコンセンサスを得て、さらに国民を説得して憲法改正を行う」という、「正攻法」の姿勢を感じることはできない。むしろ、十分な議論をしないままに、「勢い」で国民投票を突破しようとしているのではないか、という強い疑問を感じるころである。ネガティブ・キャンペーンを避けるための「14日前のテレビ広告禁止」の規定、審査会・協議会の運営に対する監視・是正手段の不在などは、それははっきりと示しているのではないであろうか。国民投票の研究者として諸外国の運用を見る限り、「上から」の国民投票は、常にプレビシットの運用の危険にさらされているという現実と、「熱しやすく」一方で「淡白で」「忘れやすい」日本人の国民性を十分に意識した上で、慎重な国民投票の運用を行うべきである、という点を強調したい。確かに、憲法改正案に対する「熟慮と批判的な検討」を欠いた国民投票が行われることは、実際には杞憂に終わるのかもしれない。しかし、「備えあれば憂いなし」の言葉のとおり、憲法改正という大イベントが失敗に終わらないように、諸外国の運用に今後とも学びながら、日本の国民投票の運用のあり方を検討していく必要があると思われる。

最後に、本稿は、参議院憲法調査会事務局における2年以上にわたる報告に依拠しているものであり、そこでの議論の多くを含んでいる。同事務局の皆様に深く感謝する次第である。

参考文献

外国語文献

- Auer, Andreas & Bützer (ed). 2001. *Direct Democracy: The Eastern and Central European Experience*. Ashgate publishing company.
- Birch, Anthony H. 2007. *The Concepts & Theories Modern Democracy* (3rd ed). Routledge.

- Coakley, John and Michel Gallagher. 1999. *Politics in the Republic of Ireland*. London: PSAI Press.
- Cronin, Thomas E 1989. *Direct Democracy: Politics of Initiatives, Referendums, and Recall*. Cambridge Harvard University Press.
- Ellis Richard J. 2002. *Democratic Delusions: the Initiative Process in America*. University Press of Kansas
- Eule Julian N. 1990. *Judicial Review of Direct Democracy*, Yale Law Journal vol.99.
- Farrell, David M and Scmitt-Beg ,Rudiger.(2006) *Do Political Campaigns Matter? , Campaign effects in elections and referendums*.
- Gallagher, Michel and Vincent P Uleri.1996. *The referendum Experience in Europe*. London Macmillan.
- Gallagher, Michel.1996. *Ireland: the referendum as a Conservative device*. in [Gallagher and P Uleri].
- Grad, Frank P and Williams, Robert.F. *State Constitutions for the Twenty-first Century vol2. Drafting State Constitutions, Revision, and Amendments*. State University of New York Press.
- Johnston, Richard Andre, Blais Elisabeth, Gidengil and Neil, Nevitte. *The Challenge of Direct Democracy. The 1992 Canadian Referendum*. 1996. McGill-Queen's University Press.
- LeDuc, Lawrence.2006. *Referendum and elections, How do campaign matter?* in, [Farrell, and Rudiger].
- Magleby, David B.1984. *Direct Legislation: Voting on Ballot Propositions in the United States*. Johns Hopkins University Press.
- Miller, Kenneth P.2009. *Direct Democracy and the Courts*. Cambridge niversity Press.
- Möckli, Silvano. 1994. *Direkte Demokratie*. Verlag Paul Haupt. Bern.
- Qvortrup, Mads.2002. *A Comparative Study of Referendum: Government by the People*. Manchester University Press.
- Rommelfanger, U.1988. *Das konsaltative referendum*. Bern.
- Setälä, Maija.1999. *Referendums and Democratic Government: Normative Theory and Analysis of Institutions*. London: Macmillan.
- Tarr, Alan G and Williams, Robert F. 2006. *State Constitutions for the Twenty-first Century vol1. The politics of State Constituional Reform*. State University of New

York Press.

Tarr, Alan G and Williams, Robert F 2006. *State Constitutions for the Twenty-first Century vol3. The Agenda of State Constitutional Reform*. State University of New York Press.

Uleri, Pier Vincenzo.2002. *On Referendum Voting in Italy: Yes, No or Non-vote? How Italian Parties Learned to Control Citizen Lawmaking*. North Carolina: Carolina Academic Press.

邦語文献

著作・雑誌論文

赤坂浩一(2007)「時の問題「国民投票法」の成立 — 昭和28年旧自治庁案再訪」法学教室327号。

芦部信喜(高橋和之補訂)(2007)『憲法』(第4版), 岩波書店。

飯島滋明(2006)「日本国憲法の改正手続に関する法律案」の問題点(憲法改正国民投票法案の検討), 専修大学社会科学研究所月報521号。

井口秀作(2007)「何のための「国民投票法案」なのか(特集 施行60年目の憲法状況 — 跳梁する「改憲」論に抗し), 世界765号[井口a]。

井口秀作(2007)「「国民投票法」の制定と国民主権」法律時報79巻7号(通号984)[井口b]。

井口秀作(2008)「憲法状況あらためて「憲法改正国民投票」の意味を考える(特集 憲法でつくる教育の未来)」クレスコ8巻5号(通号86)[井口c]。

井芹浩文(2007)「資料版・憲法改正案(11・完)補遺 国民投票法案 — 投票年齢、報道規制が焦点」, 法令解説資料総覧300号。

入稻福智「アイルランド国民投票によるリスボン条約の批准否決」, 平成法政研究13巻1号(通号24)。

岩波祐子(2006)「イタリア2006年憲法改正国民投票 — 改正案の概要と国民投票までの道程」, 立法と調査259号[岩波a]。

岩波祐子(2007)「棄権の損得を考える — 国民投票における最低投票率をめぐる論点」, 立法と調査266号[岩波b]。

岩波祐子(2007)「憲法改正国民投票法案 — 日本国憲法の改正手続に関する法律案(特集 第166回国会の法律案等の紹介(3))」, 立法と調査267号[岩波c]。

江橋崇(2006)『「官」の憲法と「民」の憲法』, 信山社。

奥野恒久(2007)「憲法シリーズ(2)憲法改正手続きをめぐる本質的対立点 — 国民投票

- 運動を中心に」, 日本の科学者 472号。
- 奥野 恒久(2007)「憲法改正国民投票法と民主主義(特集 検証「改憲実態」)」, 法学セミナー 52巻10号(通号634)。
- 奥野恒久(2008)「憲法改正プロセスにおける「国民」(コロキウム現代改憲論と「国民」・「社会」)」, 法の科学39号。
- 笠松健一(2007)「憲法改正国民投票法の成立経過と問題点(第52回[民主法律協会]総会特集号) — (特別報告)」, 民主法律271号。
- 加堂裕規(2007)「憲法改正国民投票法制定への論点と課題について — 第165臨時国会での議論と合意、その問題点を中心に」, 大阪青山短期大学研究紀要32号。
- 河上暁弘(2007)「憲法改正手続問題の基礎的検討 — 「国民投票法」成立を契機に」, 自治総研33巻9号(通号347)。
- 川崎政司(代表)憲法制度研究会(2008)『ポイント解説Q&A 憲法改正手続法』, ぎょうせい。
- 神崎一郎(2008)「憲法改正国民投票法を読む(1)(2・完)住民投票条例の設計の視点から」, 自治研究84巻1号・85巻12号(通号1017・1018)。
- 古賀浩志(2006)「日本国憲法改正国民投票法案について」, 選挙時報55(9)。
- 小林節(2007)「本質的論点から逃げずに議論せよ — 国民投票法の成立過程における報道の問題点(憲法とジャーナリズム(1))」, 新聞研究673号。
- 渋谷秀樹(2007)『憲法』, 有斐閣。
- 高見勝利(2007)「国民投票法 — 先送りされた重要問題」, 世界769号。
- 田代正彦(2008)「国民投票法に残された課題の検討 — 18項目の附帯決議を中心として」, 法政法学26号。
- 橘幸信・高森雅樹(2007)「法令解説 憲法改正国民投票法の制定 — 国民投票の実施手続及び国会による憲法改正の発議手続を整備 日本国憲法の改正手続に関する法律」, 時の法令1799号。
- 内藤光博(2006)「憲法改正国民投票法案 — 与党案と民主党案について」, 現代の理論9号。
- 内藤光博(2006)「憲法改正国民投票法案をめぐる動向(憲法改正国民投票法案の検討)」, 専修大学社会科学研究所月報521号。
- 西土彰一郎(2007)「国民投票運動(国民投票法 重要条文解説)」, 法学セミナー52(10)通巻634号。
- 長谷部恭男(2006)『憲法とは何か』, 岩波書店。

- 福井康佐(1996)「国民投票の研究 — 主要実施国の運用実態の比較と日本型国民投票の提案」、学習院大学大学院法学論集3号[福井a]。
- 福井康佐(2003)「憲法改正国民投票における運用上の諸問題」、学習院大学大学院法学論集9、10号[福井b]。
- 福井康佐(2006)『国民投票制』、信山社[福井c]。
- 藤井延之(2008)「日本国憲法の改正手続に関する法律(国民投票制度)について(1)(2)選挙」、61巻7・8号。
- 間柴泰治(2007)「憲法改正国民投票法案の主な論点 — 国民投票運動に対する公的助成制度」、調査と情報578号[間柴a]。
- 間柴泰治(2007)「イギリスにおける国民投票運動に対する公的助成制度(イギリスにおける国民投票運動に対する公的助成制度)」、外国の立法231号[間柴b]。
- 間柴泰治(2007)「2000年政党、選挙及び国民投票に関する法律(抄)(イギリスにおける国民投票運動に対する公的助成制度)」、外国の立法231号[間柴c]。
- 馬屋原潔(2007)「国民投票法におけるメディア規制」、マスコミ市民フォーラム461号。
- 宮下茂・琴岡英一(2006)「憲法改正等国民投票制度をめぐる議論 — 参議院憲法調査会の活動経過(特集 第164回国会の論議の焦点(3))」、立法と調査259号。
- 宮下茂(2009)「選挙権年齢及び民法の成年年齢等の引下げ問題 — 国民投票の投票権年齢を18歳以上とすることに伴う引下げ」、立法と調査294号。
- 百地章(2007)「政治 改憲世論育成の草の根的国民運動を — 国民投票法の課題」、改革者563号。
- 山岡規雄(2007)「イタリア憲法制定議会における国民投票制度に関する議論(小特集 欧州の憲法改革事情)」、レファレンス57巻12号(通号683)。
- 吉田省三(2008)「海外動向 イタリア2006年憲法修正国民投票と立憲主義」、法の科学39号。
- 吉武信彦(2007)「欧州憲法条約批准過程と国民投票(2・完)」、地域政策研究10巻2号。
- 吉田利宏(2007)『国民投票法 論点解説集』、日本評論社。
- 雑誌特集号**
- 法学セミナー(2007)「国民投票法 重要条文解説」、52巻10号通巻634号。
- 法律時報増刊 全国憲法研究会編(2002)『憲法と有事法制』。
- 法律時報増刊 全国憲法研究会編(2005)『憲法改正問題』。
- 法律時報増刊 全国憲法研究会編(2008)『統憲法改正問題』。
- 法律時報増刊 民主主義科学者協会法律部会編(2008)『改憲・改革と法』。

行政立法の司法審査

—— 租税訴訟における公正基準

山下清兵衛

| | | |
|----|--------------------------------|-----|
| I | 権利実現の達成度の向上 | 122 |
| 1 | 法の支配の実効性 | 122 |
| 2 | 租税訴訟と租税法律主義 | 130 |
| II | 「裁判を受ける権利」の実効的保障 — 行政立法と解釈改憲 — | 133 |
| 1 | 行政立法と裁判を受ける権利 | 133 |
| 2 | 「行政立法と通達による課税」 | 135 |
| 3 | 税法領域における行政立法や解釈通達による憲法改正 | 144 |
| 4 | 憲法判断の回避と違憲判断の回避 | 152 |
| 5 | 裁判を受ける権利の実効的保障と裁判の公正 | 159 |

I 権利実現の達成度の向上

1 法の支配の実効性

(1) 法の支配

我国の憲法が採用しているとされる法の支配は、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを主要な目的とする原理である⁽¹⁾。

法の支配の内容として重要なものは、①憲法の最高法規性、②基本的人権の尊重、③適正内容法と適正手続法の保障、④権力の恣意的行動の統制を裁判所に行わせる制度、とされている。権利自由を制限する法律は、主権者である国民自身が決定するとの原理が根底にあり、「法の支配」は、民主主義と深く結びついたものであった⁽²⁾。しかし、我国の租税法の領域においては、法の支配の定着度は極めて低い⁽³⁾。法の支配の内容の中に、「国民の権利の迅速確実な実現」を含めて議論してこなかったからである。

国民の権利が違法に侵害されている場合、一つの例外もなく100%救済されなければならない。足利えん罪事件の被告人であった菅谷利和氏は、旧DNA鑑定の誤りが証明され、2009年6月4日千葉刑務所から釈放された。同事件の再審も開始され、司法手続による法の支配を示す出来事と云えよう。ところで、足利事件で旧DNA鑑定の誤りが指摘され、DNA再鑑定されることが報道されたので、死刑囚久間三千年氏の弁護人は、2008年9月23日再審請求の準備のため、同氏と面会したが、その直後である2008年10月28日久間氏は死刑を執行された。足利事件(久間氏が被告人)のDNA鑑定方法と飯塚事件のDNA鑑定方法は同じであったから、飯塚事件も再審手続を開始するべきであった。通常死刑執行は、死刑判決の確定時順であったが、法務省が死刑執行を急いだのは、旧DNA鑑定の不備を隠ぺいするものとし、大問題となった。正義を実現すべき官庁たる法務省は、足利えん罪事件では科学鑑定も間違うことを認めながら、無罪の確立が高い久間三千年氏の死刑執行をなしてしまった。このような国家行政の行為について、多くの国民は、恐ろしい殺人行為であり、著しく正義に反するものと感じており、かかる不正義をなした者の責任追及と、二度とえん罪を発生させないシステム作りを構築しなければ、我国には、法の支配が存在しないことになる。ところで、国税庁統計によれば、我国の租税訴訟は、殆んど国民の権利を実現しないシステムである。課税庁による修正申告の強要や、更正の請求が短期間で失権する制度となっていることと併せて分析すると、日本の納税者の救済システムは、殆ど機能していない。裁判所の行政訴訟の権利実現率の異常な低さは、法の支配の原則を実質的に否定するものである。国民は、これを是正しない限り、民主主義社会が実現しないこ

とを知るべきである。久間氏は、えん罪によって死刑執行されたものと評価されるが、2009年8月11日テレビ朝日の番組「ザ・スクープ」でも、えん罪による死刑執行として大々的に報道された。このような科学鑑定にも誤りがあることを考えると、客観的かつ十分な証拠による事実認定が行われていない課税処分については、えん罪の課税が少なくないことが推定される。

(2) 規制緩和と司法制度改革は不可分

十数年前に、日本経済団体連合会(経団連)は、自民党に対し、規制緩和と司法制度改革を要求した。自民党はこれに従って、規制緩和を基調として自由な市場作りの政策を実行し、並行して行政指導による事前チェックを改めて、司法制度改革による事後チェックシステムを採用しようとした。

企業は、行政の規制を排除し、今後は自由に営業活動することを希望し、官財協働システムではなく、司法システムを利用したいというのである。

一方、日本財政は破綻状態で、消費税の税率を引き上げることが不可避といわれている。しかし、消費税増税を実現するにはまだ数年かかると予想される。国税庁は、租税特別措置の大幅見直しと税務調査の強化を企図し、その結果、全国的に強引な更正処分が行われている。租税訴訟提起に追い込まれる大手企業は今後増加していくことになろう。そして、更正処分取消訴訟が増えるであろう。

規制緩和は、アメリカ政府が我国政府に強く求めた政策でもあるが、規制緩和政策は公正取引委員会や証券等監視委員会の強化策ともセットで実施されることになる。これから競争法違反事件が増加するであろう。また、これらの両委員会に対し、経済規制法違反を通告する事例も増加すると予想される。規制緩和は、公正なルールを遵守する社会で実施されなければ無秩序を招来することになる。

司法制度改革によって利便性の高い司法システムの構築が開始されたが、公法領域においては、大きな変化は認められない。平成16年に行政事件訴訟法が改正され、平成17年に、その影響を受けたと思われる大法廷の判決が出された。一つは、在外邦人の選挙権制限違憲判決で、もう一つは原告適格の拡大をなした小田急高架事件判決である。しかし、前者によって公法上の当事者訴訟が活性化することにはならず、後者においては、結局、原告の請求は棄却されている。その後、最高裁は、処分性の範囲を拡大する判決を続出したが、これは、行政処分の早期確定を招来し、国民の救済範囲を却って狭くするに至った。

(3) 国等と主権者間の訴訟における原告勝訴率

民事訴訟において、原告が一部または全部の権利を実現する割合は、和解を含めて約80%である。しかし、国等と主権者国民との訴訟の原告勝訴率は、異常に低い。行政事件訴訟法が平成16年に改正されたが、この頃、東京地方裁判所民事第3部(行政部)における藤山雅行裁判官の法廷においては、在任後半の2年間の租税訴訟判決の原告勝訴率(一部勝訴を含む)は約75%を記録した。

しかしながら、その後平成20年度の行政訴訟の原告勝訴率は、全国的にみると約10%であり、行政訴訟の提起件数は約2000件(税務事件を含む。)となっている⁽⁴⁾。

この数字は平成15年以前の統計とほぼ同様であり、司法制度改革関連法が出揃った今日でも何も変わらないことを意味する。司法制度改革の目的は、国民の権利救済の拡充、拡大であるが、法律改正だけでは不十分であることが証明された。国民や企業は、司法システム(裁判所と法運用者)が真に役立つならばこれを利用するはずであるが、これを利用価値あるものと認知していない。司法システムの利用者(ユーザー)である国民や企業が、公法領域において司法システムをどれ程信頼しているかは、行政訴訟提起件数に表れ、又、裁判所が公正に判断しているかは、原告勝訴率に表現される。民事事件の原告請求の達成率(一部実現や和解も含む)は約80%であり、これと比較すれば、行政訴訟における原告の権利実現率の低さは異常である。

(4) 行政訴訟死滅の原因

行政訴訟が不活発な原因の直接的なものは、裁判官を含む法律家の人権感覚の欠如である。この点に関し、実務公法学会において行政訴訟専門弁護士から聴取した意見は次の通りである。

① 行政法は、「不確定概念」と「行政立法の委任」を多用しており、この結果、行政庁は裁量行為が国会によって許容されたものとし、行政立法(政省令、通達など)や行政指導の方法で、多くの行政裁量が行われることになる。行政裁量や行政立法、行政指導には司法審査を及ぼし難い(国会による裁量権の付与)。

② 行政訴訟において、約90%権利実現が行われない現状をみて、国民は、裁判所には利用価値がないと考えている(行政訴訟のユーザー離れ)。

③ 行政訴訟において、裁判官が自由心証主義の名の下に、国民を勝たせず不公正に取り扱う(裁判官の行政追従傾向、自由心証主義の濫用)。

④ 国民・企業は行政庁との間で紛争が生じた場合、弁護士に相談せず、行政庁又はその職員OBに相談することが多い(弁護士離れ)。

⑤ 憲法、行政法、行政事件訴訟法を修得した裁判官や弁護士が少ない。国の訟務組織においても、非法律家が指定代理人となるので、訟務検事は軽視されている(人権感覚の不在)。

⑥ 裁判所は、行政庁と人事交流をし、裁判官が訟務検事となり、又、100人規模の裁判官が行政庁へ出向しているが、国民主権の眼線が涵養されない(行裁交流)。

⑦ 行政庁から、裁判所の調査官として人材を受け入れ、判決書の作成に関与させている(国税庁職員の受け入れ)。

⑧ 最高裁の裁判官は、内閣が任命する(長官を除く)ことになっており、高等裁判所の裁判官のうち最高裁裁判官になろうとする者は、国を敗訴させる判決を書き難いシステムになっている(高裁裁判官の内閣迎合意識)。

⑨ 大学等の研究機関も行政庁職員の重要な天下り先であり、教育機関への補助金行政も併せて考慮すると、行政法の研究者の多くは、行政活動に対し、批判的意見を表明することが困難である。司法の独立、公正は、裁判官・弁護士のみならず、研究者の良心の確保も必要とする(大学への天下りと研究者の非独立性)。

⑩ 法学教育において最も重要なのは、人権教育であるが、司法研修所や大学では要件事実を重視し、「保護されるべき利益」を軽視する教育を行ってきた(法学教育の貧困)。

⑪ マスコミや弁護士・研究者は、裁判所を監視することを怠り、裁判官の自由心証主義の乱用を助長してしまった(司法監視の不在)。

⑫ 浜秀和弁護士(元行政事件専門裁判官)は、日弁連機関誌『自由と正義』平成21年10月において、「行政裁判は、中東の笛で八百長である」と述べている。

行政訴訟死滅の原因の根本的なものは、裁判官の良心の欠如である。裁判所が行政事件において、自由心証主義を濫用して、約90%も被告を勝たせてばかりいるので、国民や企業は裁判所を相手にせず、行政庁から天下りの職員を受け入れることを考え、法の支配が消滅してしまった。公法領域において、我国には、法の支配がない。公共入札にみられる官製談合や癒着談合は、「国会が行政庁に裁量を与える法律を作ること」と、「自由心証主義を濫用する裁判所」によって作られているといえよう。日本の大手企業は、殆んど天下り公務員を受け容れ、又、顧問税理士は、税務署OB職員であるが、二階建てとして就任させている。企業や国民は、裁判所を信頼せず、天下り行政公務員と個別契約をなし、ボディガードとしているのである。そのような社会では、弱者を見殺しにし、一部の特権階級に属する人たちのみが潤うことになる。

(5) 行政事件における不公正な裁判所

① 行政訴訟不利用の原因

国民や企業が、なぜ行政訴訟を利用しないのかの答えは明確である。

裁判所に行っても権利の実現ができないから、弁護士に相談しない。司法システムは、国民の公法上の権利実現の観点からは、殆ど役に立たない制度だから利用しないし、国民の権利を実現しない制度に費用を支払いたくないと考える。

行政相談は、年間約17万500件(平成19年度)もあり、行政不服申立件数は年間約5万件もある。行政訴訟提起件数は、年間約2000件であるが、その内原告が一部でも勝訴したのは約1割(平成20年)であり、行政相談件数との比較では約0.2%、不服申立件数との比較では約0.4%である。全部勝訴する事件は殆どない。統計からみれば、行政訴訟は殆ど役に立たない制度である。

行政訴訟は、主権者と公権力行使者との間の争いであり、この提起件数と原告勝訴率は法の支配の実現度であるから、我国には公権力行使について、法の支配がほとんどないことになる。民事事件は公正に行われているとの反論もあろうが、2000年前の昔でも、又、独裁国家でも、民間の争いを公正に裁定する機関はあった。紛争が公正に裁定されない社会では、絶望した国民は、テロや暴動に走るから、為政者も公正な法によって民間の争いを裁断してきた。しかし、「国と国民との間の争い」が、公正に行われる国家こそ、近代的な国民主権国家であり、かつ、法の支配の存する国である。我国は、近代的な民主主義国家として、健全な司法制度を保有していない。国家が、最大の人権侵害者であることは、公権力行使者としての必然であるから、違法行政を是正するシステムを持たない国民は、一方的に人権侵害の被害を蒙るばかりである。国家活動を実際に行うのは国の三権に関与する公務員であるが、政財官の利権構造は、自然に発生し、これを破壊できるのは、国民の監視ネットワークしかない。

② 権利実現率

行政庁とそこにおける法運用者をいくら批判しても、違法行政は根絶できない。

ところで、裁判所は、「行政裁量論」「反射的利益論」「特別権力関係論」「原告適格制限論」「統治行為論」「法律上の争訟制限論」などの国民救済を否定する理論を使って、国民の権利実現を拒否してきた。行政事件において国民が訴訟提起を決断するに至った段階においては、原告の請求は、特に原告代理人がスクリーニングし、正義の実現が必要なものとして選別されており、その実現の必要性は、民事訴訟における原告の請求と同じである。藤山雅行裁判官の原告勝訴率は、公正・中立な判断の結果だとして多くの国民は支持しているから、行政訴訟においても、民事事件の原告権利実

現率80%並みの原告権利実現率(一部勝訴を含む)が実現されても良いように思われる。

(6) 裁判官の自由心証主義の濫用と良心

裁判官の自由心証主義の濫用を制限し、裁判官の良心に従った判決を確保するための社会的システムがなければ、納税者が被害を蒙る。裁判官の自由心証主義の濫用事例は多く存在するが、その主要なものを次に指摘する。

- ①「政令の定めるところにより課税する」という税法規定は、誰がみても憲法84条に違反する規定であるが、違憲と云わない判断は異常である。
- ②裁判官の多くは、税法の課税要件を逸脱する通達や課税処分について、合法化する理論を考える傾向がある。
- ③不利益遡及課税を合憲とする判例が存在するが、憲法84条や31条に違反し、自由心証主義の乱用である。
- ④課税減免要件の適用範囲を解釈によって狭くするのが正しいと誤信している裁判官が多い。
- ⑤憲法84条の課税要件明確主義に反して、実質課税原則を適用して、私法法律関係を破壊する事実認定をする。
- ⑥通達が認める基準よりも納税者に不利な判決がある。
- ⑦税法解釈や憲法判断を回避し、不合理な事実認定をなして上訴を妨げる(特に高裁判断に多い)。
- ⑧課税庁を支援する解釈や尋問をなし、証人などに対し、誘導誤導質問をすることがある。
- ⑨課税庁を敗訴させると、国家財政が混乱すると誤信している裁判官が多いように見える(違法課税による税収は、国の違法利得であり、これを国に保有させてはならない)。
- ⑩公示価格などの官製価格を時価とする認定は、証拠に基づかない判断であり、課税庁の証明責任を安易に解除するものである。資産評価や適正な時価を争う訴訟では、盲目的に課税庁の評価を優先する裁判官が多い。
- ⑪課税対象が存在しない課税処分を適法とする判決が少なからず存在する。

(7) 法の支配と弁護士・税理士の役割

租税は、国家による公共サービスの経費を賄う源資であるが、国の課税権の行使には、違法課税が少なからず存在する。

違法課税を放置すれば、関与公務員は、法を無視する傾向を維持するから、同様の

違法課税が繰り返され、法の支配のない社会となってしまう。弁護士・税理士は、社会的責務としてその是正活動をしなければならない。

弁護士の違法課税の是正は、税務調査と租税争訟に関与して行うことになる。税務調査と異議申立手続においては「通知弁護士」として、審査請求手続と租税訴訟手続には「弁護士」として関与することができる(国税庁は、税務調査と異議申立手続において、弁護士の代理を認めない)。

そして、法の支配は、納税者の権利実現が迅速かつ確実に行われることによって、社会に定着することを認識しなければならない。租税訴訟が裁判所に提起された場合、その前提として違法課税が存在する。従って、租税訴訟においては、適法課税の是正が議論されることはなく、すべて違法課税、又は、違法課税と弁護士が判定したものの是正が求められている。違法課税の是正は、適正課税の増大になることはあっても、その妨げになることはない。一つの違法課税を放置したら、同様のケースについて、将来の何万人もの納税者が違法課税によって苦しめられることになる。我国の租税訴訟判決の多くは、当該事件の原告のみならず、将来の納税者に対して、えん罪的課税を助長している。

(8) 法の支配の新たな構造

① 公正・中立なシステム

法の支配の実現は、国民の権利が実現されることとイコールである。法の支配を実現するためには、権利実現機関として公正・中立な司法システムが構築されていなければならない。公正な法が存在しても、裁判官がこれを無視すれば、法の支配は消えてしまう。我国の公法領域は、そのような状態にある。

② 公正な三権を確立する方法

法律家が、主権者国民の代理人として訴訟を提起し、裁判所を道具として権利を実現することによって、「法の支配」が社会に実現される。そのためには、公正な三権の確立と、法律家の公正な活動が必要である。そして、次の①乃至③が、社会に具備されていなければならない。

① 公正な法運用基準の存在

② 公正な法運用の存在

③ 法運用者の独立性の確保

三権が分立していても、相互にチェックすることがなされていなければ、公正な法運用は存在しなくなる。また、「執行機関と審査機関の分離」は、憲法31条から導かれる

原理であるが、このような法運用の公正を実現するシステムが必要である。形式的な三権分立や公正な内容の法律の制定だけでは、社会的正義を実現できない。判決は、法律それ自体に依拠するのではなく、法律とは別に存在する「法運用の基準」に直接依拠している。公正な法運用基準とその運用の存在が必要であり、そのためには、裁判官の良心とその他の法律家の倫理が不可欠である。又、納税者の権利実現度は、原告勝訴率に反映されるから、各裁判官毎にこれを常に公表するなどし、主権者による監視システムが必要である。

③ 権利の実効的保障

法の支配が社会において実効的に存在するために必要なことは、公正な法運用の存在によって国民の権利が迅速、確実に実現されることである。裁判官を含む、行政法の運用者が公正に行動しない限り、公法領域で法の支配は生まれない。国家と主権者国民間の紛争が公正に裁定される場所だけが、法の支配の国といえよう。違法行政は、少なくない。税務調査の現場では、調査官の要求が100%受け容れられることはなく、相当の部分が税理士によって拒否されているから、違法課税をなそうとする行政活動も相当多い。又、弁護士が租税訴訟の弁護を依頼されるときは、十分吟味し、真に納税者の権利が妨げられ勝訴の可能性が高い事件を選別して、提訴しているから、あるべき原告勝訴率は100%である。この点は、民事訴訟と区別する理由はなく、原告代理人弁護士の錯誤等の件数を考慮するとすれば、民事訴訟における原告の請求権実現率80%（一部勝訴、和解も含む）が、行政訴訟担当裁判官の目標値と云うべきであろう。

(9) 司法制度と公正性

司法制度は、人類が発明した英知である。法的紛争がある場合、独立した第三者機関にその裁断をさせるのが司法制度である。法的紛争の当事者のいずれを勝訴させるかを決定する方法としてコインの裏表で決める決定方式もあるが、多くの人々がより公正と考えるのは、利害関係がなく、独立した第三者機関に裁断をさせる方法である。

従って、司法機関は偏頗のおそれなく、公正な判断をなすものでもなければならず、この目的を達成するため、裁判官の独立が必要とされ、司法の中立性・独立性を確保するシステムが憲法によって要求されている。しかし、適正な手続きの下に司法的決定が正当な結論に近づく蓋然性が高いとしても、裁判の結論が妥当である保証はない。裁判に従うべき理由は、独立・中立期間の判断ならば公正な客観的基準に従い、正当と云える結論に近づく蓋然性が高いからである。司法は、具体的な争訟について法を運用し、宣言する国家作用であり、そこで適用されるのが一般法であるが、具体

的に宣言されるのは、「合理的な理由」に支えられた裁判官が創造した法である。そして、裁判官が具体的に法を宣言するとき、依拠するべき客観的基準を或る程度基準化しておくことは、えん罪的課税を防止することに不可欠と思われる。

先に紹介した飯塚事件において、旧DNA鑑定の誤りが明らかとなった事実や、又、被告人が一貫して無罪を主張していた事実、更に又、情況証拠以外に殺人罪を立証する決め手のなかったのであるから、「鑑定資料を全量消費しない」とか、「死刑執行前に被告人に再審申立の予定がないことを尋ねるべき」とするルールが必要であった。これを教訓として学ぶとすれば、えん罪的課税を防止するためには、租税法を適用するための公正基準が必要であり、租税法とは別に明確にされていなければならない。

2 租税訴訟と租税法律主義

(1) 租税訴訟の目的

① 租税訴訟は、納税者が有する各種の権利を実現することが目的である。課税実務においては、「冤罪的課税」が少なからず存在する。したがって、租税法律家(税理士を含む)は、違法な課税処分を排除し、または、過誤納金の還付請求を実現することが重要な業務である。

② 税訴訟における原告側の「具体的目標」は、

- イ 不確定概念による課税要件の明確化
- ロ 課税要件の行政への委任範囲の明確化
- ハ 課税要件該当事実の誤った行政認定の否定
- ニ 課税要件に関する行政の誤った解釈の否定

について司法判断を求めることである。租税訴訟判決の多くはこの4つに関連した判断である。

③ 租税訴訟における訴訟物は、通説によると「税額の適否」である。税額は、課税対象から導かれるものであるから、つまるところ、課税対象の存否及び範囲が審理対象ということになる。

④ 租税訴訟における争点は、「課税要件法の解釈」と「課税要件事実の存否」のいずれかである。憲法84条から導かれる原理として、課税要件法定主義と課税要件明確主義があり、また、憲法31条、同13条から侵害規範解釈の謙抑主義が導かれる。いずれも、納税者にとって租税訴訟において勝訴するために必要な原理である。しかし、ほとんどの租税訴訟判決は、前者について判断することによって原告の勝敗を決している。「課税要件事実の認定」について、裁判官の恣意が許されるものではなく、厳格

な証拠裁判主義の要請があり、租税債権の成立を立証するのは課税庁の責任であるから、これを証明するのに必要かつ十分な証拠が裁判所へ提出されなければならない。

(2) 租税法律主義に依拠した法的分析

租税訴訟において、裁判官に租税法律主義と私的自治の原則を認識させ、これに従って裁判させる有効な法的分析方法を下記に説明する。

① 先決問題である私法法律関係の分離

第1は、課税法律関係が発生する前に、先決問題である私法関係の要件事実を課税法律関係と分離して主張することである。課税法律関係が、多くの場合、私法法律関係を先決問題としていることを理解させる効果がある。例えば、譲渡所得の場合、所得発生原因である資産の売買契約を所得税法の法律関係と分離して分析すれば、私法法律関係との混同を防止できる。裁判官に、私的自治の原則を認識させる効果がある。

② 課税構成要件の明確化

第2は、問題の課税法律関係に関連する租税法の該当条文を分析し、課税構成要件を明確化することである。かかる方式は、特許訴訟における各特許構成要件の分析に類似し、また刑事事件の犯罪構成要件の分析にも類似する。裁判官に、通達が裁判の法源ではないことを認識させる効果がある。

③ 課税実体法要件の抽出

第3は、課税要件を課税実体法要件と課税手続法要件に分離・抽出することである。租税法規は、実体法と手続法が混在していることが多い。この分離・抽出によって、税法の政省令への委任範囲を明確にできる。裁判官に、手続の未履行によって納税者の課税減免を受ける実体法上の地位を喪失させることができないことを認識させる効果がある。

④ 処分違法・国賠違法・不当利得法理の適用

第4は、租税法の領域において、正義・公平の原則が強く妥当するべきことを訴える。そして、「法的に保護されるべき納税者の利益」が発見されるケースにおいては、課税処分の違法を主張する抗告訴訟だけでなく、国家賠償請求訴訟や不当利得返還請求訴訟も併合提起することが有益な場合が多い。憲法17条は、公務員の違法行為により発生した損害は賠償しなければならないとしている。租税法によってこれを否定することは憲法違反となる。また、違法な課税処分は取り消すだけでは、納税者の救済とならない。違法課税によって発生した損害や、国に発生した不当利得を調整しなければ、真の解決とならない。

⑤ 納税者主権者説の主張と保護されるべき利益の発見

第5は、納税者は課税の対象ではなく、憲法によって納税者の権利を保障された主権者であり、「疑わしきは納税者の利益に」扱われるべきことを主張すれば、裁判官に憲法尊重義務を認識させる効果がある。また、人権は、法律が創造するものではなく、租税訴訟において最も大切なことは、「納税者の保護されるべき利益の発見である」ことを主張する。

⑥ 自由心証主義の濫用防止と裁判官の良心

違法課税と主張される租税訴訟事件が90%も救済されないのは、裁判官の良心が欠如し、自由心証主義を濫用しているからである。従って、第6は、担当裁判官に対し、司法手続きにおいて最も重要なことは、「裁判官の良心の確保」であることを強く訴えるべきである。課税処分のような不利益処分については、行政庁の自由裁量はない。同様に、課税処分の違法性に関する裁判官の判断にも自由裁量はなく、公正な基準に従った判断が常に求められる。

これらの方法は、山下方式と名付け、弁護士や税理士に公開し、租税争訟(税務調査事件を含む)において利用することを勧めているが、租税訴訟において裁判官に租税法主義と私的自治の原則を意識させ、自由心証主義に制約を与え、公正な判決を取得することに有効であると思われる。この方式による訴訟遂行の結果、平成20年度は8件の判決・裁決を取得し、勝訴率(一部勝訴を含む)は、50%であった。納税者の権利が実効的に保障されるためには、租税訴訟における「裁判を受ける権利」(憲法32条)が十分かつ確実に実現されなければならない。原告勝訴率を抜きにした租税訴訟制度の実効性評価は、全く無意味であろう。

(3) 課税処分の特定とその他の留意点

租税訴訟において、「是正を求める行政活動は何か」を特定しなければならない。行政処分が複数存在する場合(例えば、更正と再更正、異議棄却決定と棄却裁決など)は、そのいずれの是正を求めるかを決しなければならない。又、不服申立前置主義、原処分主義、出訴期間などを克服しなければならない。

さらに、法人税や所得税の申告額が更正された場合、消費税や地方税に連動することが多く、また、各地に支店や営業所を持つ企業の法人税額の更正がなされた場合、各地において地方税の更正処分がなされる。すべての更正処分、又は賦課処分について、執行不停止原則によって、暫定的に納税を完了しなければならない。

(4) 司法権に対する監視

租税裁判は、法律を直接適用して行われていない。裁判官は、法律以外の法である政省令を探索し、また、行政庁の内部規範である通達や指導要綱やガイドライン等も参考にし、その後、経験則に従って事実を認定し、すべての関連法を参考にしつつ、最後は、当該要件における具体的に適用すべき規範を創造・定立して、判決書を作成する。したがって、裁判官が事実認定の際に依拠する経験則を間違わないよう、且つ、判決において創造・定立させる規範が公正基準に反しないよう、裁判官を監視する必要がある。

平成21年3月10日、「行弁ネット」(<http://www.gyouben.net/>: 行政訴訟関係弁護士ネットワーク、代表者阿部泰隆・水野武夫)の招きで、行政訴訟の専門裁判官であった濱秀和氏は、日弁連会館で講演されたが、「日本の行政訴訟判決の80%は八百長であり、中東の笛である」と証言された。我国の行政訴訟判決の多くは、濱氏が証言される通り裁判官が行政追随をなし、国民の権利行使を妨げた記録である。従って、納税者の権利の実現のためには、裁判官の良心の確保が最も大切である。裁判官の公正性は、裁判官を批判し、監視することなしに確保できない。公正基準制定第三者委員会のインターネット空間における会議室(<http://staging.martindale.jp/bbs/index.php>)が構築されているが、インターネットの情報空間には、何十万人の人々が集合可能であり、これを利用し、弁護士・税理士等の士業約30万人が司法を監視していることを示せば、行政訴訟判決は健全化に向かう可能性がある。

II 「裁判を受ける権利」の実効的保障 — 行政立法と解釈改憲 —

1 行政立法と裁判を受ける権利

(1) 裁判を受ける権利の行政による行政立法コントロール

裁判を受ける権利は、独立かつ公平な司法機関に対し、権利・自由の救済を求め、基本的人権の保障を確保し、法の支配を実現する上で不可欠の前提となる権利である。

憲法は、国の最高法規であるが、法律等の下位の法規範や違憲的な権力行使によって、違憲状態が生じることがある。事後是正の憲法保障制度として重要なものは、国民の裁判を受ける権利(憲法31条)である。

ところで、2007年5月13日午前10時から、テレビ朝日の番組において、司法の不正問題が取り上げられた。「人質司法」「判検交流」等の存在が、不公正な判決を招来しているとの指摘であった。また、2009年6月4日、DNA鑑定の誤りが指摘され、菅谷受刑者は釈放された。科学鑑定も間違いを犯すことが判明したが、これによれば、

課税庁の職員による主観的な判断で行われる課税処分には、相当数間違いのあることが推定される。

行政の規制が緩和されるべきとする政策が政府によって採用され、数十年が経過し、これに伴い、事後規制としての司法手続の見直しもなされ、行政事件訴訟法改正などの司法改革関連法が多く成立した。規制緩和の社会は、公正な社会でなければならないが、公正な基準をもたらすものは司法手続である。しかし、肝心の司法が不公正であっては、乱れた規制緩和社会となってしまう。従って、規制緩和社会においては、裁判所による司法審査が十分機能していることが必要である。司法審査制は、憲法81条に基づく制度であり、その核心は裁判所の公正性の確保である。

そして、主権者国民が、憲法や法律によって付与された基本的人権は、公正な裁判所によって、迅速かつ確実に認められなければ、絵に画いた餅となってしまう。いかなる国家においても、民間の争いを公正に裁定する国家システムは存在する。しかし、公権力を行使する主体と国民間の紛争が公正に裁定される司法機関が機能している国家が、真の法の支配の国家である。司法制度改革の議論の中で最も重要なことは、国民の権利が実効的に救済されることである。形式的な「裁判を受ける権利」の保障ではなく、これの実効的保障がなければ、憲法32条を形骸化した違憲の状態がもたらされてしまう。主権者国民は、多くの基本的人権を有するが、これが、迅速・確実に実現されるためには、「裁判を受ける権利」の保障が最も重要であり、しかも、その実効的保障が必要である。

しかしながら、国会は行政庁に課税要件を委任する法律を多く制定するから、課税庁や徴税庁に有利で、且つ場合によっては、憲法84条や41条に違反する租税法規が出来上がってしまう。更に又、租税法を含む行政法の多くは、重要な法律事項を行政立法に委任しており、行政による委任命令の根拠は、「不文の憲法」とも呼ばれ、憲法に明文がなく、憲法41条(国会が唯一の立法機関とするもの)や憲法84条(租税法律主義)は、形骸化している。日本国憲法は、行政による委任立法を正面から規定していない。せめて、裁判所が、憲法41条や憲法84条に照らし、行政立法を厳しく制限すればよいのであるが、裁判所の行政立法に対するコントロール度は緩やかすぎる。又、憲法73条6号は、実施命令のみを許容しているが、憲法上明文の根拠がないのに膨大な数の委任行政命令が存在し、我国の行政は、法律によるのではなく、殆んどが、行政命令に従って行われている。受任を受けた政省令は、不確定概念を多用し、更に、不確定概念に解する税法解釈通達が歴大に存在し、事実上憲法41条や84条は、形骸化している。政省令を直接統制する訴訟は許容されておらず、裁判所も、不確定な課税要件に

ついて、違法判断を避ける傾向が強い。結果的に税法領域は、司法権の及ばないアンタッチャブルなところとなっている。

(2) 行政立法

以下、租税法領域における行政立法(通達も含む)を題材として、憲法41条、73条6号、84条の「解釈改憲」の現状について論じたい。国会による授権行政法は、一般的白紙的委任をなすものが多いが、裁判所は、これを違憲と言わず、多くの租税法研究者も異議を唱えない。「政省令の定めるところにより課税とする」、「政省令の定めるところにより減免規定を適用する」、「政省令の定める資料を添付して申告した場合に限り、減免規定を適用する」とする内容の課税要件は、我国の税法の中に多く見られるものであるが、社会通念からみて、一般的・白紙的委任であり、どうみても憲法41条や84条に違反すると思われるが、多く放置されている。また、課税要件を拡大解釈し、更に課税減免要件を縮小解釈する租税法通達は多く存在する。このような違憲状態が是正されない理由を分析し、本稿は、憲法の視点から行政立法の限界を論じるものである。

行政立法とは、「行政権が制定する一般抽象的な定めであって、行政処分や行政契約などの前に行政によって制定されるもの」と云えよう。ここでは、通達も含めて、広く行政立法として論ずるものとする。通達などの行政内部基準は行政規則と称されるが、行政手続法の審査基準や処分基準となる場合、基準に違反すると、平等原則違反となり、違法である。又、これらの内部基準が不合理なら、違法とされている。

2 「行政立法と通達による課税」

現在、日本においては、行政立法や通達による課税が広く行われている。行政立法等による課税が多く見られるのは、国会による立法の怠慢である。

更にわが国における租税訴訟過程における救済率の低さも問題である。ドイツでは、税法分野において不服申立て段階の救済率が6割を超え、租税訴訟においては実質20～30%程度の納税者勝訴率が維持され、行政に対する司法審査が及んでいる。韓国でも不服申立て段階の救済率が3割を超える⁽⁵⁾。これに対し、わが国ではこの数年の平均的統計数値を計算すると、不服申立て段階の救済率が1割台であり、租税訴訟における納税者勝訴率は10%程度(一部勝訴を含む)しかない。日本の裁判所は、違憲審査においてアメリカのような「司法積極主義」の経験がなく、もっぱら「司法消極主義」的運用を行っている。

国の税金の使途についても、アメリカ合衆国では納税者訴訟により司法審査が及ぶのに対し、日本では国の公金支出に対して、国民が利用できる監査制度が何も準備さ

れていない。そこで、公金支出を監視するため、地方自治法における住民訴訟的な制度が国レベルでも必要とされる。

法律が与えた授權範囲を逸脱して制定された委任立法等の限界について、木更津木材事件(納税者勝訴の憲法訴訟事件)判決等を紹介することによって、これを明らかにし、法律によらない課税に対し憲法上の問題点を指摘したい。

(1) 行政立法による憲法無視

① 法の支配の形骸化

国民に対する課税は、国民の同意無しには行使できないはずである。この憲法原理は1215年のマグナ・カルタにその萌芽を見出すとされ、日本国憲法84条でも「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」と規定し租税法律主義を宣明している。

しかし、現在の日本においては法律の委任に基づくことを根拠にして、おびただしい数の政令、省令、通達等の新設及び変更がなされている。その結果、国会を通過した法律ではなく、政令等の改変により大きな増税が実施されている。問題は、このような法律によらない増税に対して、国会議員を含めた多くの国民が何の疑問も抱いていないことである。

現在、国会議員の提出する議員提出法案は、提出される全法案の一角にも満たない。そして、その中で成立する法案は更に少ない結果、大部分の法案が内閣提出法案である。官僚の作成による内閣提出法案は、不確定概念が多用され、あいまいな表現が多く、課税要件等の重要部分が委任立法により、政令以下に委ねられている。その結果、委任立法により課税が実施されている。政省令以外でも、通達は、課税要件の重要部分(課税対象の範囲、課税減免要件の制限要件の設定、資産評価基準など)を定め、これが課税実務に決定的な影響を与えていることが多い。更に、法令だけでは、具体的な税額計算ができず、具体的税額の算出は、本来行政庁のみを拘束するはずの通達に従って行われている。

課税実務は、法律に基づくよりは、政省令や通達に依拠して行われているのが現状であり、憲法41条や84条は無視され、法の支配は形骸化している(行政立法等が重視され、使われない税法は、「骸骨税法」と称されている)。

② 行政裁量に対する統制

裁量行為に対する司法審査は、伊方原発事件最高裁判決で示された「判断過程審査方式」のように深化している。近年ではさらに一步進めて学説が提唱してきた費用便

益分析の司法審査が、小田急線高架化訴訟判決(東京地判平成13年10月3日)でも採用され、鉄道騒音についての違法状態を前提とした場合、地下式と高架式との事業費の比較について結論が逆転する可能性等があるとし、事業認可を取り消した。同判決は、上級審で取り消されたが、行政裁量の司法審査の程度は深化しつつある。

警察行政の領域においては、人権尊重の見地から、法令でこと細かに行為要件を定め、これに該当する場合には、必ず定められた行為をすべきものと羈束する例が増え、行政庁の裁量の余地は狭められてきた。さらに、民事事件であるが、医師に対する医療過誤訴訟における過失責任について、裁判所は、医師などの専門職に対し、採用されるべき治療方法について、原則として自由裁量を認めない⁽⁶⁾。医師等の専門家であっても、最適な治療方法を施術する法的義務があるとしている。患者には情報が乏しいから、善管注意義務を尽くしたことを医師の側で主張・立証しない限り、医療過誤について過失が推定されると云うべきであろう。

行政裁量に対する司法審査密度は深化し、国民の自由を統制する警察行政に対する統制は厳しくなり、又、専門職に対する責任の追及は厳しくなったのに、なぜ国民の財産から金銭を徴収する租税関係において、法律が与えた授權基準を満たさない委任立法や通達に対する統制が全く緩やかなのか大きな疑問である。行政裁量については、行政庁は、事前に処分基準や審査基準を公表する義務がある。

③ 委任立法に対する司法審査

裁判所は行政の専門性・技術性を盾にその行政立法の違法性の判断に踏み込もうとせず、国会議員の多くも法律によらない政令などの行政立法の恣意的な制定に対し、抵抗が困難である。しかし、行政立法の濫用が議会の立法権を有名無実にし、ナチの授權法に見られるごとく憲法体制の崩壊をも招来させる危険性を孕んでいることを考えると、行政立法の範囲、限界について歯止めをかけることが必要とされよう。

租税分野については、裁判所は広い立法裁量論に依拠する司法審査の姿勢を示している⁽⁷⁾。

しかし、専門性、技術性から、行政立法の必要性を認めるとしても、行政立法によって、重要な課税を行うことを許すことにはならない。

行政事件訴訟法30条によれば、裁判所は、「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合」行政庁の裁量処分を、取り消すことができる。そして法律が多義的、概括的、不確定な概念(「正当な理由」、「正当な補償」、「不相当に高額」、「著しく低廉」など)を用いて、行政庁の行為要件を定めている場合、行政庁に裁量を与えられているようにみえるが、これらの概念は、いずれも経験則などの客観的な判断基準により確定可能

であり完全な司法統制が及ぶとされている(判断代置可能説)。

従って、法律と同じように、不確定概念を多用した行政立法にもより強い司法統制を及ぼさなければならない。平成16年6月行政事件訴訟法の改正案が国会で承認されたが、その附帯決議で「国民の権利・利益の救済を拡大」し、「憲法で保障された裁判を受ける権利を広く実質的に保障」することが、政府と最高裁判所に要望されたことを考慮すると、法律が与えた授權基準を超え、不確定概念を多用した憲法41条、84条に違反する行政立法に対しても、厳正な司法審査を及ぼすべきであろう。

現在、裁判官の多くは、新たな基準や救済を司法判断によって創造することに対しては、きわめて消極的である。しかし司法改革の目標は、日本における法の支配を確立し、国民の権利・利益を実効的に救済することである。裁判所は、自己の権利の法的擁護を求める主権者国民の要求に応じて、積極的に司法判断を下し、公権力行使を統制しなければならない。

(2) 行政立法の一般的限界を示す裁判例

① 委任された行政機関が、委任の範囲を超えれば、委任命令自体が違法となるが、これは委任命令の内容の問題である。

委任の範囲を超えたかどうかは、委任の趣旨目的を勘案して判定することとなるが、その際、規律の対象となる私人の権利利益も重要な要素となる。最高裁判所は、14歳未満者の在監者との接見禁止を定めた監獄法施行規則120条(1991年に削除)が旧監獄法50条の委任の範囲を超えているとした⁽⁶⁾。これは在監者の接見の自由に対する裁判所の判断を示したものである。

この判決は、旧監獄法50条が、同法45条1項が認めている接見を全く不許可にすることを委任しているのではなく、接見の時間や手続などの制限を定めることを委任する趣旨であるとして、14歳未満の者には一切接見を認めないとする本件規則は、法律の趣旨を逸脱しているので、旧監獄法50条の委任の範囲を超え無効であるとした。

② 又、児童扶養手当法による委任を受けて規定された児童扶養手当法施行令1条の2第3号が違法としたものがある。児童扶養手当の支給対象となる児童については児童扶養手当法4条1項各号が定めているが、5号がその一部を政令に委任している。これを受けた同法施行令1条の2第3号は、「母が婚姻(婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。)によらないで懐胎した児童(父から認知された児童を除く)」という括弧書が法律の委任の範囲を超えた違法・無効なものではないかが争われたのである。

この判決は、児童扶養手当法4条1項各号は、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待できない児童を支給対象として類型化したものであるとして、父から認知されただけで、依然として父による現実の扶養を期待できない児童を除外する本件括弧書は、法の趣旨や、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法律の委任の趣旨に反し、無効であるとした(本件括弧書は平成10年に削除された)。この判決は、委任立法権の行使にも平等原則が及ぶとした⁽⁹⁾。

③ 更に農地法80条の委任に基づき政府保有農地売払いの認定基準を定めた農地法施行令16条を無効とした最高裁判所判決がある⁽¹⁰⁾。この判決は、自創法三条に基づく買取農地が、自作農創設等の目的に供しないことが相当と認められる場合には、旧所有者に売却されなければならない旨を既定する農地法80条の委任に基づき定められた同法施行令16条は、右「相当と認められる場合」を公共等の用に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実な場合に限定するが、相当と認められるのはこの場合に限られないから、同施行令16条は、委任の範囲を超えて無効であるとした。

これらの判決に共通するのは、委任立法の内容が法律の授權の範囲を超えているとした点である。

(3) 委任立法の一般的授權基準について

① 授權基準

日本国憲法は、行政権による立法を全面的に排除する趣旨ではなく、一定の範囲でそれを認めていると解されている(73条6号)。憲法73条6号の本文中で、執行命令が許容され、その但書で、委任命令が許容されるというのが、一般的憲法解釈である。ただし、憲法が、「国会は国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である」(41条)と定めていることからすると、行政立法で定めうる事項の範囲と内容には、おのずから限度があり、法律の委任による命令(委任命令)と法律の規定を執行するための命令(執行命令)のほかは許されないと解されている。しかも国会の立法権を放棄するのに等しいような大幅な委任は許されないと解すべきであろう。

憲法は、「法律による行政」や「法の支配」の原則を採用し、国民の権利を制限し、または、義務を課すには、法律の定めを要する(内閣法11条、国家行政組織法12条3項、地方自治法14条2項参照)のであるから、国民の権利を制限し、または、義務を課すことを内容とする法規命令には、法律による授權が必要である。ドイツ基本法80条は、法律の委任に関して、「授權の内容、目的、程度が法律の中に規定されていなければならない」と定め、授權基準を示している。

行政立法に対して、法律の委任がどこまで許容されるかは、憲法30条、31条、32条、41条、73条6号、84条、その他ドイツ基本法80条を参考にし、後に掲げる裁判例の中に記述された基準を総合してまとめると、概ね、次の基準が判断の指針とされている⁽¹¹⁾。

イ 委任の必要性和合理性

委任目的が法律の中に規定され、委任立法の趣旨目的からみて、委任の必要性があり、委任方法も合理的で委任の範囲を超えていないこと。

ロ 具体的かつ個別的要件

委任内容が法律の中に規定されて、法治主義の見地から法律事項を委任することが法の趣旨に反しないとの観点から、具体的・個別的であること。

ハ 権利侵害性の軽微なこと

委任の程度が法律の中に規定され、それが規律対象である私人の権利・利益を不当に害しないとの観点から、行政機関の裁量の幅が狭いこと。

ニ 救済方法の存在

受任機関の裁量の濫用に対する救済方法が明瞭で、国会による委任の撤回・修正が自由になし得る制度とされていること。

② 限定の必要性

授権の範囲は、委任立法を授権する法律の明文で指示されるのが本筋であるが、法律の明文で授権の範囲が明示されていないこともある。そうした場合には、法律の全体構造や趣旨・目的、他の法文との整合性・比例原則等を勘案して、授権の範囲を限定して解釈するほかはない。とくに国民の権利自由を制約する行政立法の場合には、条理上の諸原則(比例原則等)を厳格に適用するなどして、行政権力の濫用を招かないよう配慮しなければならない。法律の目的や全体構造を考慮しても授権の範囲を限定できない場合には、そうした委任は白紙委任というほかないから、授権法律自体が違憲無効となる。最大判昭和46年1月20日(民集25卷1号1頁)では、最高裁が、法の趣旨解釈によって行政庁に授権された委任立法権の範囲を限定的に解釈し、委任命令が法律の授権の範囲を逸脱した内容を含むときには、たとえそれが政令であっても無効となる旨を明示した。

(4) 罪刑法定主義、租税法律主義の適用がある領域に対する委任立法の厳格な授権基準

① 侵害規範に対する厳格な基準

行政立法を規制する規範については、侵害規範と受益規範に分けて考察する必要がある、侵害規範である刑事法・租税法領域においては、より厳格な規範が必要とされよう。

委任の限界確定の具体的、各論的な判断材料としては、委任の目的・対象の範囲および受任者が準拠すべき基準・要件等、考慮されるべきいくつかの要素がある。憲法上の原則としては、行政立法が規制の対象とする基本的人権の性質・対応する違憲審査基準、例えば、精神的自由の優越的地位の原則をはじめ、罪刑法定主義(31条)、租税法律主義(30条・84条)の原則等があり、いずれも通常の委任に比してより厳格な基準要件が求められる。納税者の権利は、対価なく強制的に金銭を徴収される義務に対する保護権だから、財産権に対する緩やかな規制と同列に論じてはならない。

② 租税法律主義

課税の作用は国民の財産権への侵害であるから、課税要件の全てと租税の賦課・徴収の手続きは課税要件法定主義に基づき法律によって規定されなければならない。いわゆる租税法律主義を規定したとされる憲法84条のもとにおいては、租税の種類や課税の根拠のような基本的事項のみでなく、納税義務者、課税物件、課税標準、税率などの課税要件はもとより、賦課、納付、徴税の手続きもまた、法律により規定すべきものとされている⁽¹²⁾。

③ 租税法律主義と委任立法

憲法の租税法律主義の趣旨からすると、法律が租税に関し政令以下の法令に委任することが許されるのは、徴収手続きの細目を委任するとか、あるいは、個別的、具体的な場合を限定して委任するなど、租税法律主義の本質を損なわないものに限られるものといわねばならない。すなわち、もし仮に手続的課税要件を定めるのであれば、手続的な事項を課税要件とすること自体は法律で明示し、その上で課税要件となる手続きの細目を政令以下に委任しなければならない。

そして、租税法律主義のもとで租税法規を解釈する場合には、ある事項を課税要件として追加するのかどうかについて法律に明文の規定がない場合、通常はその事項は課税要件ではないと解釈すべきである。それにもかかわらず、『政令の定めるところによる』との抽象的な委任文言があることを根拠として、加重事項を課税要件として追加し、政令以下の命令においてその細目を規定することは、租税関係法規の解釈としては、許されるべきものではない。

この点で最も問題になるのは、法律と行政立法(政令・省令等)との関係である。課税要件法定主義の要請からして、法律の根拠無しに政令・省令等で新たに課税要件に関する定めをなしえないことは言うまでもない(法律の留保の原則)。また、法律の定め違反する政令・省令等が効力を持たないことも明らかである(法律の優位の原則)。

もちろん、租税法が、課税要件および租税の賦課・徴収に関する定めを政令・省令

等に委任する必要性のある場合があると解すべきであるが、課税要件法定主義の趣旨からして、それは一般的委任基準よりも、より一層厳格な具体的・個別的委任に限られると解すべきである。

この租税委任立法においては、より厳しい具体的・個別的委任でなければ許容されないが、その許容条件は、委任の目的・内容及び程度が委任する法律自体の中で明確にされていなければならないと解すべきである。それゆえ、この基準に該当しない委任規定は、憲法84条違反として無効であり、したがってそれに基礎をおく政省令の規定も無効となると解される。

④ 政令への委任の限界の事例

(a) 木更津木材事件¹³⁾

法律による政省令への委任が租税法律主義に反し違憲と判断された重要な先例的意義を有する画期的な判決として木更津木材事件を挙げることができる。租税関係の行政訴訟は勝訴率が低く、特に違憲判断による勝訴確定案件は、第三者所有物没収刑事事件(最判昭和37年11月28日)とこの木更津木材事件のみである。

木更津木材株式会社は、土地建物の移転登記を受けるに際し通常の登録免許税を納付して登記が完了した。しかし、その登記は租税特別措置法によれば軽減税率の適用が可能なもので、もし、この軽減税率を適用すると登録免許税額は770万円あまり少なくなるはずであった。木更津木材株式会社は、登記後にこのことを知って登記官に還付を求めたが租税特別措置法施行規則によれば登記申請時に所定の要件を満たす知事の証明書が添付されるべきであるとし、登記後に証明書を取得して提示しても還付はできないとして還付を拒否された(昭和30年代ころの登記実務においては、軽減税率の適用に気付いて、登記後の還付申請をなす者に対し、還付を認めていた。)

同社は、登記官の「税務署長に対する還付通知をしない旨の通知」処分を争うと共に、過誤納金還付請求を求めて、国税不服審判所に審査請求をなしたが、棄却された。そこで、原告が千葉地裁に提訴した事件である。

これ対し一審・千葉地裁(平成7年2月22日)と控訴審・東京高裁(平成7年11月28日)は、租税法律主義と委任立法のあり方について述べた後、租税特別措置法が登録免許税に関する法定の軽減税率を「政令の定めるところにより」適用する旨の規定は、一般的・白紙的委任であり、政令である租税特別措置法施行令が大蔵省令に再委任し、大蔵省令である租税特別措置法施行規則により登記申請書に知事の証明書を添付しなければならないとし、後に証明書を提出しても軽減税率の適用がないとする部分は、法律の有効な委任がないのに税率軽減の要件を加重したのものとして無効であるとした。

木更津木材事件の東京高裁判決は、委任立法の限界を明確にすることと、手続要件の失念によって、納税者の実体的権利は失権しないこと(追完が許されること)を明確にした。

(b) 阪神淡路大震災特例法事件¹⁴⁾

この事件の原告は、阪神・淡路大震災により損壊した建物の保存登記を受けるに際し通常の登録免許税を納付して登記が完了した。しかし、その登記は阪神・淡路大震災特例法によれば登録免許税の免除の適用が可能なものであった。同法37条1項によれば「阪神・淡路大震災の被災者であって政令で定める者等が、同大震災によって滅失した建物等に代わるものとして新築又は取得した建物で、政令で定めるものの所有権の保存等の登記については、大蔵省令で定めるところにより…登録免許税を課さない」とされていた。原告は登記後にこのことを知って登記官に還付を求めたが、特例法の委任を受けた大蔵省令である規則によれば、登記申請時に所定の要件を満たす市町村の証明書が添付されるべきであるとし、登記後に証明書を取得して提示しても還付はできないとして還付を拒否された。

そこで原告は①国に対しては登録免許税額相当額の不当利得の返還を、②登記官に対しては還付拒否通知の取消を求めて出訴した。

一審は原告の請求を認容したが、控訴審は①については請求を棄却し②については登記官の還付拒否通知に処分性を認めず訴えを却下した。この控訴判決は、特例法が、被災者に認めた非課税の法的地位を証明書の不添付によって失権できるかについて(追完すれば良い筈である)、十分な事実認識を欠くもので、抽象的に税法が省令に手続要件を委任できると考えたにすぎない。

控訴人は①については上告せず、②についてのみ上告した。最高裁は②について、その処分性を認めたが①について原告が上告しなかったので、通知処分を取り消しても原告が還付を受けられる地位にないことを理由に訴えの利益を認めず上告人の請求を棄却した。

この最高裁判決の特徴は、上告人が①についても上告していた場合には木更津木材事件と同様に上告人の請求が認容された可能性があったということである。木更津木材事件及び本判決では登記官に対する還付請求は登録免許税法31条1項に基づく1年間の期間制限内の請求であった。このような場合、登録免許税法31条1項と別に、国税通則法に基づき登記から5年間還付金請求訴訟ができるかが問題になっていたが、同判決は、これが認められることを明らかにしたことにより、納税者の権利救済範囲を拡大した画期的な判決と評価されよう。平成19年2月に日弁連会館において金子宏先生が租税法律主義について講演をされたが、そこで「阪神淡路大震災特例法事件の大阪

高裁判決よりも、木更津木材事件の東京高裁平成7年判決の方が正しい」との意見を述べられた。木更津木材事件の東京高裁平成7年11月28日判決が宣言した公正基準は、憲法・行政法・租税法領域のいずれにおいても、国民の人権保障に関する最重要な判例法として位置づけられよう。

3 税法領域における行政立法や解釈通達による憲法改正

租税に関する課税要件の多くは、行政立法に委ねられている。憲法41条は、国会が唯一の立法機関としているが、我国の国会は、憲法73条6号の本文及び但書を根拠に、課税要件を行政に委任する立法を多く制定している。同号の本文が執行命令を認め、同号但書が委任命令を許容すると解釈されている。同本文は、憲法と法律を実施するため、政令の制定を内閣の権限としているが、あくまで、実施命令を許容するものである。又、但書は、実施命令の許容と憲法・法律の実施に必要な罰則の制定を内閣に許容するものであり、受任行政立法には、「憲法・法律の実施」という限定がなされていることを看過してはならない。多くの憲法学者は、憲法73条6号但書を根拠に、委任行政立法が許容されると拡張解釈となすが、但書は、委任行政立法について、少しも触れていない。憲法41条や84条の例外を認めるのに、明文の根拠が必要というべきであろう。憲法の保障にとって重大な危機は、憲法規範は改正されないのに、その本来の意味が国家権力による運用や解釈通達によって変化することである。司法制度改革によって国民の意識が変化し、仮死状態にある憲法41条や84条の復活が期待される。次に、阪神・淡路大震災事件の最高裁判決(平成17年4月14日最高裁第一小法廷判決、以下本件判決という)と木更津木材事件判決(東京高裁判決平成7年11月28日、以下別件判決という)を参考にして、立法の委任問題を更に分析する。

(1) 課税要件の分析

① 登録免許税法の課税要件

登録免許税法(以下、「登免法」という)によると、登録免許税は、登記等を受けることを対象として課される租税であり(法2条)、その納税義務者は登記等を受ける者となっている(法3条)。

② 課税減免要件

阪神・淡路大震災の被災者等に係る国税関係法律の臨時特例に関する法律(以下、「特例法」とする。)37条1項により、「阪神・淡路大震災の被災者であって政令で定めるもの又はその者の相続人その他の政令で定める者が阪神・淡路大震災により滅失した建物又は当該震災により損壊したため取り壊した建物に代わるものとして新築又は

取得をした建物で政令で定めるものの所有権の保存又は移転の登記については、大蔵省令で定めるところにより平成7年4月1日から平成12年3月31日までの間に受けるものに限り、登録免許税を課さない。」と規定し、阪神・淡路大震災の被災者に関して登録免許税の免税措置を定めている。

また、同規定を受けて、平成7年政令第99号による改正後の阪神・淡路大震災の被災者等に係る国税関係法律の臨時特例に関する法律施行令(平成7年政令第29号。以下「特例法施行令」とする。)29条1項は、「特例法第37条第1項に規定する政令で定める被災者は、阪神・淡路大震災によりその所有する建物に被害を受けた者であることにつき、当該建物の所在地の市町村長から証明を受けた者とする。」と規定し、大蔵省令である阪神・淡路大震災の被災者等に係る国税関係法律の臨時特例に関する法律施行規則(平成7年大蔵省令第12号。以下「特例法施行規則」とする。)20条1項は、「特例法第37条第1項の規定の適用を受けようとする者は、その登記の申請書に、令第29条第1項又は第2項第2号若しくは第4号の市町村長の証明に係る書類で阪神・淡路大震災によりその所有していた建物に被害を受けた者の氏名又は名称及び住所又は本店若しくは主たる事務所の所在地並びに当該建物の所在地の記載があるもの(当該登記に係る建物が同条第3項第2号に掲げる建物に該当する場合には、当該書類及び同号に規定する証明に係る書類)を添付しなければならない。」と規定して登記申請書に市町村長の被災証明書を添付しなければならない旨定めている。

(2) 法律による委任

① 憲法84条が規定する租税法律主義は、課税が国民の財産権に対する侵害であることに鑑み、課税要件の全てと租税の賦課・徴収の手続は、法律によって規定すべきことを明らかにしたものであるが¹⁵⁾、このことは、特例法37条のように、通常の課税要件よりも納税者に有利な特例措置を定めるものについても、同様に妥当すると解される。

もともと、租税関係の立法においても、課税要件及び租税の賦課・徴収に関する定めを政令・省令等に委任することは許されるが、憲法84条の趣旨からすると、それは厳格な具体的・個別的委任に限られる。

したがって、法律による委任は、その規定自体から委任の内容が一義的に明確でなければならぬと解される。

② 手続的課税要件の委任

手続的課税要件として想定される事項は多様であり、手続を課税要件とするのは自由でよいとすると、行政機関の無制限の裁量を認めることと同様になり、租税法律主義の

目的に反する。従って、手続要件の委任についても、自由であるとすることはできない。

そこで、本件判決を検討するに、特例法37条1項は、「阪神・淡路大震災の被災者であって政令で定めるもの又はその者の相続人その他の政令で定める者が阪神・淡路大震災により滅失した建物又は当該震災により損壊したため取り壊した建物に代わるものとして新築又は取得をした建物で政令で定めるものの所有権の保存又は移転の登記については、大蔵省令で定めるところにより平成7年4月1日から平成12年3月31日までの間に受けるものに限り、登録免許税を課さない。」と規定している。よって、この特例法37条1項の委任文言が、何を委任したのか、又、その委任が個別・具体的であるかどうかが問題となる。

思うに、この「大蔵省令で定めるところにより登記を受けるものに限り」という表現からすると、書面による登記手続の中では、ある一定の書面の添付を必要としたものと考えられる。そうであるならば、特例法37条1項による大蔵省令への委任は、一般的・白紙的な委任をしたものではなく、法律及び委任を受けた政令の定める免税の実体的要件を証明すべき添付書類の内容の定めに関し、大蔵省令に委任したものと解される。しかし、これは、手続事項の委任規定であるとする限定解釈をなすものであるが、上記委任文言は無限定であるから実体要件を委任していないとはいえない。

本件において、特例法施行規則20条1項により添付すべき証明書類は、特例法の定める「阪神・淡路大震災の被災者」及び特例法施行令29条1項の定める「阪神・淡路大震災によりその所有する建物に被害を受けた者である」との要件を立証するための書面だと考えれば、同規則の定めは、法律の委任の範囲に属する合理性のある規定であるといえ、有効かつ合憲だと解することもできよう。しかし、このような白紙的・包括的委任を救済する限定解釈は、憲法保障の立場からみると大いに問題がある。特例法37条1項は、被災者の取得した建物を非課税とする実体要件を規定しており、その実体要件該当事実を証明する手続要件を委任していると解釈すれば、その手続の懈怠は、実体要件をクリアした非課税権を失権させることはできない。しかし、阪神・淡路大震災事件において、行政立法の委任範囲の逸脱問題について上告理由とされなかったから、最高裁は、これについて判断していない。木更津木材事件における東京高裁平成7年11月28日判決は、行政立法の違法問題の点について、阪神・淡路大震災事件の最高裁判決によって何等否定されなかった。

(3) 過誤納金還付請求に対する拒否通知

① 本件判決における過誤納付還付請求について、理由がない旨の拒否通知がなされたが、この拒否通知は、行政処分にあたるかが問題とされた。

ここで、行政処分とは、公権力の主体たる国または公共団体がなす行為のうち、その行為によって、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である⁽¹⁶⁾。

これを、本件判決における登録免許税法(以下、「法」とする)31条2項の拒否通知についてみると、仮に、登録免許税に係る過誤納付金の還付は、同条の規定によらなければならないとする手続きの排他性があると、登記機関がする拒否通知は、登記等を受けた者の過誤納付還付請求の具体化を妨げるものとなるので、上記の行政処分の要件である「直接国民の権利義務を形成し」に該当するため、行政処分にあたることとなる。

② そこで、法31条2項の拒否通知について、手続きの排他性を認めたものかどうか問題となる。

この点、本件判決は、法31条1項及び2項制定の趣旨を、過誤納金の還付が円滑に行われるようにするために簡便な手続きを設けることにありとし、同項が上記還付請求につき1年の期間制限を定めているのも、登記等を受けた者が上記の簡便な手続きを利用するについて、その期間を画するためであり、当該期間経過後は還付請求権が存在していても一切その行使をすることができず、登録免許税の還付を請求するには同項所定の手続きによらなければならないとする手続きの排他性を定めたものではないと判断した。

同最高裁判決は、法31条2項が、登記等を受けた者に対し、簡易迅速に還付を受けることができる手続きを利用することができる地位を保障していると解するのが相当であると述べ、そうすると、上記拒否通知は、登記等を受けた者に対する手続上の地位を否定する法的効果を有することになるとした。

したがって、結果として抗告訴訟の対象となる行政処分にあたりと判断し、拒否通知の行政処分性を肯定したのである。

(4) 二つの還付請求権の関係

① 登録免許税の納税義務者は、過大に登録免許税を納付して登記等を受けた場合には本来、そのことによって当然に還付請求権を取得し、国税通則法56条、74条により5年間は過誤納金の還付を受ける立場にある(登免法31条6項4号)。よって、過大に登録免許税を納付して登記等を受けた者は、その還付がなされないときは、これらの規定を排除する特別の規定がない限り、還付請求訴訟を提起できることとなる。

そこで、本件判決において、法31条2項が上記の特別の規定に当たるかどうかの問題となる。

確かに、登記等後の登録免許税をめぐる法律関係を早期に確定させようとする趣旨を根拠として、法31条2項が特別の規定に当たると解することもできる。

② しかし、法がそのような趣旨を達成しようとしているかどうかは、端的に決定されるわけではないので、以下のような点をどのように説明するかによって判断すべきである。

(a)法31条1項には、2項のような期間制限はないので、同条1項により、登記機関は、過大に登録免許税を納付して登記等を受けた事実があると判断したときは、職権により遅滞なく所轄税務署長に過誤納金の還付に対する通知をしなければならず、同条2項に期間の徒過を理由に、この通知をしないでよいということにはならない。よって、仮に同項所定の手続によらなければ過誤納金の還付を受けることが出来なくなるとしても、過大に登録免許税を納付し登記等を受けた者は、同項所定の期間である1年間を過ぎても、登記機関に対し、同条1項の通知をするように求めることができるようになると思われること。

(b)仮に同条2項所定の手続によらなければ過誤納金の還付を受けることが出来なくなるとすると、税務署長が登記等を受けた者から納付していない登録免許税の納付不足額を徴収する場合には、国税通則法72条所定の国税の徴収権の消滅時効期間である5年間はこれを行うことが出来るにもかかわらず、登録免許税の還付については、同法74条所定の還付金の消滅時効期間である5年間が経過する前に、1年の期間経過により、その還付を受けることが出来なくなること。

③ まず(a)に関して、登記機関は、常に法に適合して行政を行う職務上の義務があるから、登録免許について真実過誤納があることを発見した場合は、直ちに職権で過誤納金が還付されるようにしなければならない。

④ また、(b)に関して、過大に登録免許税を納付し登記等を受けた者が、同条2項所定の1年間の期間経過後には、過誤納金の還付を受けることが出来なくなると解するのは、納付不足額の徴収との間の権衡を失する結果となり、妥当性を欠く。

⑤ よって、専ら同項所定の手続きによらなければ、過誤納金の還付を受けることができなくなると解することはできないので、法31条2項の趣旨は、登記等後の登録免許税をめぐる法律関係を早期に確定させようとするものではないと考えられる。

登免法31条1項及び2項の趣旨は、過誤納金の還付が円滑・迅速に行われるようにするために、簡便な手続を設けたものである。そして、同項が請求につき1年の期間制限

を定めているのも、登記等を受けた者が簡便な手続を利用するに当たり、その期間を画するためであると解される。

したがって、過大に登録免許税を納付して登記等を受けた者は、登録免許税法31条2項所定の請求の手続によらなくても、国税通則法56条に基づき、過誤納金の還付を請求することができ、本件最高裁判決もこのように解している。

(5) 木更津木材事件との比較

① 阪神・淡路大震災事件(以下本件という)における納税者が、上記4で説明した過誤納付還付請求権とは別に、民法上の不当利得返還請求権も保有しているといえるかどうかは、公法上の還付請求権が私法上の請求権を排除するものかどうかで決定される。

まず、木更津木材事件(以下別件という)の東京高裁は、「登録免許税法(以下、法とする)31条1項の還付通知及び同条2項の還付通知請求に対する還付通知できない旨の通知も、単に還付の事務を円滑ならしめるための認識の表示に過ぎず、過誤納税額の還付請求権者の法的地位を変動させる法的効果を有することはない。したがって、還付通知できない旨の通知は抗告訴訟の対象となる行政処分当たらないのであり、その取消しを求める訴えは不適法である」とし、その処分性を否定した。この見解は、自動確定方式のもとでの登録免許税が、確認行為によって公定力をもって税額を確定されるものではないことを出発点にし、法31条2項の請求に対する拒否通知が行政処分であり、それによって公定力をもって税額が確定することは、自動確定方式をとる登録免許税の性質上からして、合理的ではないと解するものである。

よって、これによれば、拒否通知に処分性は認められないので、拒否通知に対する取消訴訟は提起できず、国に対する還付請求又は、不当利得返還請求が直接認められることになる。

② この点、本件の場合、最高裁は、「登録免許税法31条2項は、登録免許税の還付を請求するには専ら上記の請求の手続によるべきであるとする手続の排他性を規定するものということとはできない。したがって、登記等を受けた者は、過大に登録免許税を納付した場合には、同項所定の請求に対する拒否通知の取消しを受けなくても、国税通則法56条に基づき、登録免許税の過誤納金の還付を請求することができるものというべきである。」とし、登録免許税法31条2項による還付請求手続の排他性を否定している。そうすると、別件と同様に、国に対する不当利得返還請求権も認められることを示唆していると言えよう。

しかし、最高裁は、拒否通知による納税者への不利益に着目し、「上記の拒否通知

は、登記等を受けた者に対して上記の事務上の地位を否定する法的効果を有するものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分当たると解するのが相当である」旨述べ、結果として拒否通知に処分性を認めている。

つまり、本件における最高裁は、拒否通知に、税額を実質的に公定力をもって確定させるという行政処分としての性質は認められないが、当該拒否通知によって、出訴期間を徒過した場合、過大納付の納税者が法31条2項による簡易迅速な手続を利用できない状況に陥っているという点には、取消訴訟の排他性、すなわち処分性が認められるので、取消訴訟の対象となると判断したのである。本件最高裁判決は、二つの還付請求権が相互に排他的ではないとした画期的判断をなしたが、その考え方を演繹すれば、納税者側は、税法上の還付請求権とは別に、民法上の不当利得返還請求権も有していると考えられよう。最判昭和49年3月8日(民集28巻2号186頁)は、後発的貸倒れが発生した場合についてであるが、「課税庁による是正措置がなくても、不当利得関係が成立する」と判示したことも参考となろう。

(6) 実体要件と手続要件の委任の範囲

別件における東京高裁は、委任授權法について租税債権の実体要件を委任していると認定していない。

そもそも、憲法84条に規定されている租税法律主義においては、租税の種類や課税の根拠のような基本的事項のみではなく、納税義務者、課税物件、課税標準、税率などの課税要件はもとより、賦課、納付、徴税の手続もまた法律に規定すべきものとされ、租税の優遇措置を定める場合や、課税要件として手続的な事項を定める場合も同様に、法律により定めることが要求されている。

この憲法の趣旨を考えると、法律が租税について政令以下の法令に委任することが許されるのは、租税法律主義の本質を損なわないものに限られる。つまり、手続的な課税要件を定めるのであれば、手続事項を課税要件とすること自体を法律で明示し、その上で課税要件となる手続の細目を政令以下に委任することとなる。

そして、租税法律主義に基づいて租税法規を解釈する際、ある事項を課税要件に追加するかどうか法律に明文規定がない場合は、その事項は課税要件にはあたらないと解釈すべきである。それにもかかわらず、税特法(平成4年法律第14号による改正前のもの)の「政令の定めるところによる」との抽象的な委任文言があることを根拠とし、解釈によってある事項を課税要件として追加し、政令以下の法令でその細目を規定することは、上記租税法規の解釈としては、許されるものではない。

これを別件についてみると、別件の「政令の定めるところによる」との委任文言は、抽象的で限定のない文言であり、これを限定的に解釈することはできず、追加的な課税要件として手続的な事項を定めることの委任や、解釈により課税要件を追加しその細目を決定することの委任を含むものと解することはできない。

別件の東京高裁判決は、別件における委任授權法について租税債権の実体要件を委任しているとは認められないと判断、更に、法の委任範囲を超える加重的手続要件を政省令で規定することは違法とした。

別件の東京高裁判決によれば、実体要件に比較して、手続要件の委任は、緩和されるべきということもできない。手続要件も、納税義務の範囲に直接影響するものであり、手続保障の重要性を考慮すれば、手続要件を軽視するべきではない。

(7) 国家賠償請求と過誤納付金還付請求と不当利得返還請求

固定資産税や都市計画税について、過誤納付があった場合、過誤納金還付請求と国家賠償法に基づく請求は、同一内容とされるが、この二つの請求権の関係について、問題となった事件がある。一審は神戸地方裁判所で、二審は大阪高等裁判所で、一・二審判決共に、過誤納金の還付請求権と国家賠償請求権は、併存することを認めた。

又、固定資産課税台帳の登録事項について、救済方法が、固定資産評価審査委員会に対する審査の申し出及び同委員会の審査決定の取り消しの訴えに限定されているのは、税法上の手続制限であり、国家賠償請求訴訟提起の制限ではないとした⁽¹⁷⁾。

前記阪神・淡路大震災事件の最高裁判決とこの大阪高裁平成18年3月24日判決の内容を総合すると、税法上の過誤納付還付請求権が、二個存在する場合、そのいずれも併存し、かつ、国家賠償請求権も併せて行使が可能であることになろう。

又、木更津木材事件の東京高裁判決は、民法の不当利得返還請求権が、税法上の過誤納付金還付請求権とは、別に存在することを認めたものであった。

最高裁は、「所得の過大評価が抗告訴訟上違法であることは、必ずしも国賠法上の違法を意味するものではない」としている⁽¹⁸⁾。

更に又、最高裁は、租税の過大な源泉徴収納付について、時効が完成するまで、支払者は国等に対して過誤納金としてその返還を請求することができる旨判示している⁽¹⁹⁾。そして、不当利得に関する民法703条以下の規定が、公法関係に適用されることは、一般に肯定されている⁽²⁰⁾。国民が法律によって付与された請求権や救済ルートは、明示の法的根拠がない限り消滅しないというべきであろう。

(8) 木更津木材事件の先例的価値

同事件高裁判決は、授權法の「政令の定めるところにより軽減税率を適用する」との規定により、政省令が「証明書の添付がなければ、軽減税率の適用を受ける権利を喪失する」とした部分は、法律の委任範囲を逸脱すると判断したものである。これは、登記完了後で、かつ、通常税率による納税後において、差額の過誤納金還付を認めるもので、手続要件(証明書添付)の懈怠により、軽減税率を受ける権利は、失権しないことを宣言したものと云えよう。木更津木材事件の東京高裁判決は、憲法84条の課税要件法定主義や憲法41条が示す「法律の留保」原則を明確にするもので、租税法領域における最重要判例と云えよう。

木更津木材事件判決は、授權法の法令違憲を認め、受任行政立法を無効としたもので、「政令の定めるところにより租税法を適用する」などとする法律は、憲法84条に違反する点の先例価値は大きいと思われる。一審判決は、国から上告されることなく確定し、翌年、同法律は、改正された。

4 憲法判断の回避と違憲判断の回避

(1) 司法消極主義

① 付随的審査制

裁判所に適法に訴訟が係属し、憲法上の争点が提出されている場合であっても、当該事案に必要な限り憲法判断は行わないという、「必要性の原則」に基づくルールである。この論拠として、附随的審査制の下では、もともと事案の解決に必要な限りで審査権行使すべきであることなどが挙げられる。これには、憲法判断そのものの回避と、違憲判断の回避とがある。

② 憲法判断そのものの回避

この準則は、憲法問題を判断しなくとも事件の法的解決ができるときは、憲法問題に立ち入らないというルールである。

これを適用した代表的な例として、恵庭事件判決がある⁽²¹⁾。この判決は、問題となった自衛隊法の構成要件を限定解釈することで適用をはずし、その結果、当該法律の憲法判断を行う必要はないとした点に特徴がある。

行政処分取消しについてその処分が違法であって取り消される以上、原告の権利救済は満たされるから、処分のもととなる法律の違憲性を判断する必要はないとした例もある⁽²²⁾。

違憲審査制の有する憲法保障的機能に鑑みて、事件の重要性、違憲状態の程度や影

響、侵害されている人権の性質などを総合的に考慮して、場合によっては憲法判断に踏み切るべきであるとするのが、今日の多数説といつてよい。

③ 違憲判断の回避準則

この準則は、憲法に違憲の疑いがあるときでも、違憲判断を回避する解釈が可能であるときは、その解釈に従うべきであるというルールである。すなわち、争われている法律について、複数の解釈が論理的に成り立ち、そのうちでAという解釈をとると違憲になるが、別のBという解釈をとると合憲になるときは、裁判所はBという解釈をとって法律の違憲判断を回避するというものである。この準則によれば、たとえば裁判で争われている国家行為がAを前提として行われ、Bによれば行い得ないのであれば、裁判所は、この国家行為をAによって違憲と判断するのではなく、Bによって合憲と判断すべきことになる。

しかし、限定解釈をつうじて、新たな立法を裁判所が行ったことにもなり、あるいは限定解釈が法令の意味を不明確にするといった問題点も指摘されている。したがって、合憲限定解釈の人権保障機能、憲法保障機能を生かすために、この手法自体の有用性を踏まえた上で、具体的事例においては、合理的で明確な基準を示す解釈に努めるべきであろう。

(2) 立法委任範囲の逸脱と憲法判断回避(第一事例、児童扶養手当法事件)

木更津木材事件の東京高裁判決が確立した法律の留保原則(憲法41条)は、その後の最高裁判例においても生かされている。行政立法への委任を制限した最高裁判例を紹介する。

① 事案

行きずりの関係で懐妊・出産した児童(婚姻外懐胎児童)を監護していたXは、その子について、県から児童扶養手当を受けていた。ところがその子が、父から認知されたことにより、県知事は、Xに対し、児童扶養手当受給資格喪失処分をなした。Xは、同処分の取消しを求め、提訴した。

奈良地裁平成6年9月28日判決は、本件政令括弧書(下記政令1条の2第3号括弧書)は憲法14条に違反し無効であるとし、また、同処分は違法で取り消されるべきであるとした。しかし、その上告審において、最高裁第一小法廷平成14年1月31日判決は、「本件政令括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである」とした(控訴審は、本件政令括弧書を設けたことは違憲、違法なものとはいえないとした)。本件政令括弧書については、法律の委任範囲を超えると判断される場合、違

憲というべきか、あるいは違法というべきであろうか。

② 関係法規

イ 児童扶養手当法

1条

この法律は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もつて児童の福祉の増進を図ることを目的とする。

3条3項

この法律にいう「婚姻」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含み、「配偶者」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含み、「父」には、母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含むものとする。

4条1項

都道府県知事は、次の各号のいずれかに該当する児童の母がその児童を監護するとき、又は母がないか若しくは母が監護をしない場合において、当該児童の母以外の者がその児童を養育する(その児童と同居して、これを監護し、かつ、その生計を維持することをいう。以下同じ。)ときは、その母又はその養育者に対し、児童扶養手当(以下「手当」という。)を支給する。

- 1 父母が婚姻を解消した児童
- 2 父が死亡した児童
- 3 父が政令で定める程度の障害の状態にある児童
- 4 父の生死が明らかでない児童
- 5 その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの

ロ 同法施行令(平成10年政令第224号による改正前のもの)

1条の2

法第4条第1項5号に規定する政令で定める児童は、次の各号のいずれかに該当する児童とする。

- 1 父(母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。以下次号において同じ。)が引き続き1年以上遺棄している児童

- 2 父が法令により引き続き1年以上拘禁されている児童
- 3 母が婚姻(婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。)によらないで懐胎した児童(父から認知された児童を除く。)
- 4 前号に該当するかどうか不明な児童

③ 本件児童に関する児童手当

イ 法令によれば、児童には次の3種類がある

- (a) 婚姻関係による児童
- (b) 事実婚関係による児童
- (c) 婚姻(事実婚を含む)外児童

ロ 本件児童に関する法4条1項本文の支給要件

5号に該当する児童の「母がその児童を監護するとき」であり、Xは、その支給要件を具備している。

ハ 本件児童に関する法4条1項5号の支給要件

「前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」である。

二 委任範囲

法4条1項1～4号に準ずる状態にある児童の範囲を画定することを委任している。

④ 施行令1条の2第3号括弧書が委任範囲を逸脱するか

イ 婚姻外懐胎児童である本件児童の監護者に対する児童手当の支給要件は次の通りで、(a)、(b)の要件を充足することである(法4条1項5号)。

- (a) 前各号に準ずる状態にある児童であること
- (b) 政令で定めるもの

ロ 本件は、法4条1項本文の「母がその児童を監護するとき」に該当する。ただし、1～5号のいずれかに該当する児童であることが必要である。

また、法1条は、「父と生計を同じくしていない児童」に児童扶養手当を支給するとして、基本的支給要件を定めている。本件は、この基本的支給要件に該当する。また、本件は法4条1項5号に該当するが、同5号は基本的支給要件を更に限定する。

法4条1項5号は「政令で定めるもの」として、支給要件を政令に委任しているが、施行令1条の2の3号は、認知された場合、手当が支給されないこととして加重要件を政令で付加している。本件では、Aが父から認知されたので、施行令1条の2の3号括弧書によれば、手当が支給されないことになる。

法4条1項は、「1～4号に準ずる状態にある児童で、母が監護するときはその母に児

童扶養手当を支給する」としている。要するに、関連法律及び政令によれば、婚姻(事実婚を含む)外児童であるAの母に手当を支給できる要件は、Aが「父から認知されていないこと」である。かかる政令による加重要件の付加は、法4条1項5号が定める「1～4号に準ずる状態にある児童」の範囲を不当に狭めるもので、委任範囲を逸脱している。逸脱判定の基準は、憲法14条や児童扶養手当法の趣旨、目的(同法1条参考)に求められよう。

⑤ 憲法14条違反性

施行令1条の2の1号によれば、父が引き続き1年以上遺棄している児童に対し、手当を支給できるのであるから、本件においても、これに該当すれば、手当を受けられると思われる。しかし、「引き続き1年以上遺棄されていない場合」は、手当の支給が受けられないが、これは不当である。要するに、父母が婚姻(事実婚を含む)関係にある児童で、父と生計を同じくしていないものには手当が支給されているが、そのことと、婚姻(事実婚を含む)外の児童で、父から認知された児童に手当が支給されないことを比較した場合、後者は不合理な差別を受けることになろう。認知されても、父から扶養されないこともあるから、認知を扶養手当の欠格事由として加重することは、実質的な根拠を欠くのみならず、法律の委任範囲を逸脱する。施行令1条の2第3号について、その規定全体は不可分一体のものではないから、末尾の括弧書のみを無効とすることが可能である。

⑥ 違憲か違法か

イ 本件事案において、奈良地判は違憲説であり、その上告審判決は違法説であった。憲法41条、73条6号によれば、「憲法及び法律を実施するため、内閣は政令を定めることができる」が、法律の委任範囲を超えるのは、憲法73条6号に違反するから、違法かつ違憲というべきであろう。しかし、この上告審判決は、法律の委任範囲を超える政令は、違法であって違憲としなかった。

ロ 違憲判断の対象を法律に限定することができるかについて、最判平成14年1月31日は、本件の政令の受任範囲の逸脱について違憲ではなく違法とする。授權法律が、政令に対し、白紙的・包括的に立法を委任する場合、授權法が違憲であるとするのが通説である。一方、法律によって個別具体的な立法の委任がなされている場合、授權法は憲法に違反しないとされている。

ハ しかし、受任行政立法である政令が、授權法の委任範囲を逸脱する場合、授權法は違憲ではないが、政令が違憲といえるのが問題となる。政令が、法律の委任範

困を逸脱した場合、法律事項を政令によって定めたことになるから、法律に違反するだけではなく、憲法73条6号、同41条に違反するといえよう。

二 「違憲判断の対象」と「立法の委任範囲」は別問題である。例えば、政令で増税する場合、当該政令は、憲法84条違反で無効といえよう。したがって、法律の委任範囲を超えた政令が法律事項を定めるときは、違法かつ違憲というべきであろう。しかし、次の第二事例に関する最高裁平成18年9月28日決定も上記最判と同様で、法律の委任範囲をこえるという上告理由は、違憲の主張ではなく違法の主張であるとし、上告を認めなかった(同様の最高裁判決は他にも存在する)。最高裁は、法律の委任範囲を超える政令は違法であるが違憲ではないとする。違憲判断を謙抑的に行い、具体的事件の解決を違法判断によって達成できる場合、違憲判断を回避するべきとする考え方を採用したものと思われる。

(3) 上告理由と憲法判断回避(第二事例、償却方法相続事件)

木更津木材事件の東京高裁判決が示した課税要件法定主義(憲法84条)に関する大原則を無視した判例があるので、これを厳しく批判したい。

① 事案

被相続人の建物賃貸業を相続した相続人が、所得税につき建物の償却費として不動産所得の金額の計算上必要経費に算入する金額(以下「減価償却算入額」という)の計算に当たり、減価償却資産である相続により取得した建物について、償却の方法として定額法を選定した上、確定申告をした後、減価償却費参入額の計算に当たり、前期建物について償却の方法として被相続人が選定していた定率法によると、総所得金額及び納付すべき税額が減少するとして更正の請求をしたが、税務署から所得税法施行令120上1項1号イにいう「取得」には、相続による承継取得が含まれるので更正をすべき理由がない旨通知処分を受け、その取り消しを求めた事案である。

② 法令等の定め

所得税法(以下「法」という)49条は、減価償却資産の償却費の計算及びその償却方法について、同上1項で、「居住者のその年12月31日において有する減価償却資産につきその償却費として第37条(必要経費)の規定によりその者の不動産所得の金額、事業所得の金額、山林所得の金額又は雑所得の金額の計算上必要経費に算入する金額は、その者が当該資産について選定した償却の方法(償却の方法を選定しなかった場合には、償却の方法のうち政令で定める方法)に基づき政令で定めるところにより計算した金額とする。」と規定し、同上2項で、「前項の選定をすることができる償却の方法の種

類、その選定の手続きその他減価償却資産の償却に関し必要な事項は、政令で定める。」と規定している。

所得税法施行令(以下(令)という。)120条は、減価償却資産の償却の方法(以下「減価償却方法」という。)について、同上1項で「減価償却資産の償却費(法49条1項(減価償却資産の償却費の計算及びその償却の方法)の規定による減価償却資産の償却費をいう。以下この款において同じ。)の額の計算上選定をすることができる償却の方法は、次の各号に掲げる資産の区分に応じ当該各号に定める方法とする。」と規定し、同項1号で建物について、同号イとして「平成10年3月31日以前に取得された建物」については、「定額法」または「定率法」が、同号ロとして「イに掲げる建物以外の建物」については、「定額法」が、それぞれ選定できる減価償却方法である旨規定している。

③ 相続による不動産事業の承継

相続によって減価償却資産(不動産)を取得した場合、相続人はその事業を包括的に承継したのであり、新たに事業を開始したのではないので、その減価償却方法は、当該資産について被相続人が選定していた減価償却方法を承継しうべきである。

現在、売買のような特定承継の場合には、所得税法施行令120条1項1号イにいう「取得」に売買は当然該当するので、同項1号で建物について、同号イとして「平成10年3月31日以前に取得された建物」については、「定額法」または「定率法」が、同号ロとして「イに掲げる建物以外の建物」については、「定額法」が、それぞれ選定できる減価償却方法である旨規定しているので定額法の適用を受けている。

しかし、相続のような例外的な承継の場合にまで、「取得」に含め「定額法」を適用させなければ所得税法の目的を達成することができないとは到底考えられず、「取得」に相続を含めるという解釈に合理性があるとは認め難い。したがって、法49条の令120条に対する委任は、特に相続による事業の承継において、被相続人が選定していた定率法を承継できないとする解釈については、憲法84条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したものといわざるを得ない。令120条はほかの相続による承継の規定と同様な一定の期間内に相続人が定率法を承継できる届出の規定を欠く点において特に違憲と思われる。

更に、平成10年3月31日以前に相続が発生した場合において、相続人が取得した建物につきその包括承継人たる相続人に被相続人が選定していた定率法の承継を認めていることと比し著しく不合理な差別的取り扱いをするものと認められ憲法14条1項に違反して無効であると解されよう。

④ 上記事件は、一、二審判決共、上記施行令は違法ではないとした。上告申立が

なされ、その理由とし、政令が、法律の委任範囲を超えて規定されているから違憲であるということが上告理由として主張されたが、最高裁判所は、平成18年9月28日、このような主張は、違憲主張ではなく違法主張であって、上告理由ではないとして、上告を棄却した。

これは、違憲判断の審理を怠るものであり、最高裁は、憲法32条の保障する裁判を受ける権利を侵害したものと見えよう。

政令が、法律の委任範囲を超えているという主張は、違憲かつ違法の主張であって、これに対して違憲かどうかの判断をしないのは、判断の遺脱である。原告の主張する違憲事由と違法事由の両方に答えなければ、裁判を受ける権利を実効的に保障したことにはならない。

5 裁判を受ける権利の実効的保障と裁判の公正

国会が立法的コントロールを怠っている場合、憲法41条や84条による人権保障は、つまるところ、裁判所に期待するしか方法はない。しかし、我国の裁判所は、行政訴訟において、公正な判断をなしてこなかった。国民の権利は、行政訴訟において、90%否定されている。そこで、次に、行政訴訟において、裁判所に公正な判断をなさしめるため、裁判所が採用すべき公正な判断基準などについて検討する。

(1) 自由心証主義の濫用

現行の租税訴訟には問題点が多い。現行の税理士制度は租税に関する課税要件の多くは、行政立法に委ねられている。憲法41条は租税に関する課税要件の多くは、行政立法に委ねられている。憲法41条は、国会が唯一の立法機関としているが、我国の国会は憲法73条6号の本文及び但書を根拠に、課税要件国会が唯一の立法機関としているが、我国の国会は憲法73条6号の本文及び但書を根拠に、課税要件司法手続の利用を前提としていない。納税者は、税務行政の是正を求めようとしても、税理士を通して司法へアクセスすることが困難である。又、租税法は納税者の救済ルールを明示していない。更に現行税理士制度と租税法の不公正性は、裁判所の司法消極主義と制度的補完の関係にある。

我国の裁判所は、憲法第81条(司法審査制)に依拠した憲法の番人とされるが、最高裁判所における納税者救済率は零に近いと言う意図せざる結果がなぜ生まれるのかが問題である。成文法は人々の行動に影響を与えるが、法律はその施行メカニズムや法以外の社会的規範等に依存し、意図しない結果を生むことがある。

昨今の経済構造改革の潮流の中で、司法制度改革が推進され、癒着談合型社会から

司法監視型社会への脱皮が叫ばれ、これまで当然とされてきた司法手続に関与することが予定されていない税理士制度や欠陥租税法は、裁判所の司法消極主義と共に、社会の中において均衡するのではなく、「制度的危機」と把握されるようになった。

多くの国民は、民意が反映される社会を期待しており、既存の司法制度は、この方向で新しい制度に変容してゆかねばなるまい。租税訴訟における裁判所の行政追随判決の傾向(司法消極主義)は、租税調査官制度・判検交流制度・現行税理士制度に支えられ、財産評価等の不確定概念の解釈問題等において、自由心証主義と言う、いわばブラックホール(裁判官の意識)の中で発生している。

租税訴訟において、裁判官は、一般に納税者や証人の尋問申立があってもこれを採用しないし、納税者側の提出する鑑定書よりも、課税庁側の提出する鑑定書を信用する傾向が強い。又、課税庁側にある文書資料の提出についても、極めて消極的である。

(2) 司法審査制

司法制度は、ナチスのファシズム体制の法治主義の深刻な反省から、「人権は法律からも保障されなければならない」とされ、又、憲法の最高法規性を前提として、「個人の人権保障を裁判所によって実現させる」と言う司法権への信頼の思想が基礎にある。

この司法権優位の思想は、憲法の最高法規性の実質的根拠に求められる。憲法は、前国家的な自然権や自然的正義の基本的価値原則を実定化したものであるから、国の全ての権力機関を拘束し、その番人として裁判所に司法審査権を付与したのである。

司法審査制度は、憲法の最高法規性(憲法第98条)を手続的に保障しようとするものであり、権力相互の抑制を確保し、これによって、基本的人権を保障することが制度目的である。しかし、この司法審査制が、租税訴訟において、裁判官の司法消極主義によって、憲法秩序や基本的人権を否定する機能を営むことが有り得る⁽²³⁾。裁判所も一種の法創造機能を有しているが、これは司法権の裁量行為として位置付けられるが、司法権行使も又濫用されることがある⁽²⁴⁾。

租税訴訟における裁判所の司法消極主義は、社会の中で、自己拘束的にルール化された制度(社会の中に発生した均衡状態)であり、既述した税理士制度、租税調査官制度、判検交流制度と相互補完関係にある。租税訴訟の様な基本的人権の侵害が問題とされる訴訟で、司法消極主義が行われたのでは、司法審査制の否定に繋がるから、積極的な審査権の行使が要請される⁽²⁵⁾。裁判所による行政追随判決傾向は、三権分立が目指す基本的人権の尊重に反するものであり、この司法消極主義は、租税調査官制度を裁判所が調査官を自主的に養成する制度に改革し、判検交流を直ちに廃止し、更に、

税理士制度を改革(出廷陳述権の活用等)し、更に又、納税者が租税判決を批判するシステムを創設してゆくことによって改善されるであろう。そして、裁判官が判決の際、依拠する租税法とその適用基準が公正で明確なものとされるべきであろう。

(3) 裁判の客観性

法が成立し、単なる社会規範の域を超えて機能するためには、法を強制する組織が必要である。これが裁判所であり、裁判は、国家の権力の恣意に左右されてはならず、公正に行われなければならない。この様に裁判が公正に行われるためには、客観的な判決の基準が必要となるが、かかる裁判の客観性を確保する方法は、歴史的に次のものがある。

- ① 裁判所が、人民の意思によって制定された公正な法(実体法)のみに従って判決をすること。
- ② 裁判所が他の国家権力から独立していること。
- ③ 公正な裁判規範たる実体法とは別に適正な手続法が整備されること。

法が裁判によって公正に行われるという事は、法秩序の安定を確保するための最重要な要件である。裁判所が、司法権を濫用したり、行政権力の影響を受ける社会では、人民は裁判所を信用せず、行政権力の動向を見て行動するから、法の支配の原則が否定されてしまう。我国の租税法の領域では、納税者や税理士は、課税庁の発する通達に従って行動する、いわゆる「通達行政」がまかり通り、司法手続を利用しなくなり、三権分立が否定され、立法権と行政権のみの「二権分立」状態が実現している。

我国の租税訴訟における司法消極主義は、租税法領域における法の支配を否定し、癒着談合型制度を温存する弊害を招来している。裁判所が、租税訴訟において公正な判決をせず、行政追従判決を繰り返す事は、法的安定性と確実性を阻害している事が、強く指摘されなければならない。裁判の客観性を担保する為には、上記①乃至③の措置に加え、裁判官の自由心証主義に一定の制約があることを法理論として確立する事と、納税者が裁判批判を積極的に行う事が必要である。立法府や行政府が裁判批判をする事は、三権分立原則を侵害する事になるが、裁判の公正を実現し、司法権の濫用を規制する為には、納税者やマスコミが裁判批判を積極的に行うことが必要であろう⁽²⁶⁾。

司法権の裁量についてこれをコントロールする理論として、次の様なコントロール法則が憲法原則から導かれる。

① 実体的コントロール法則

平等原則や比例原則、その他の経験則や条理に反する、事実認定や法適用を行って

はならない。「疑わしきは納税者の利益に」事実認定を行うべきである。

例えば、財産評価や所得計算について、謙抑主義的に行うべきであり、「最少限の価格」「最少限の金額」を認定するべきであろう。租税債権には、その他生存権保障や財産権保障による限界も有り得る。

行政追随判決の多くは、この法則に反するものが多い。

② 手続的コントロール法則

構成その他において、偏頗の恐れなき裁判所によって審理・判断しなければならない。租税調査官の関与は適正手続保障に違反するし、法律によらない増税は、憲法84条に反するものと言えよう。裁判と言う専門判断に対するコントロールは、中立的組織で、且つ、適正な手続保障を履行したかが重要である⁽²⁷⁾。

(4) 司法の公正性確保

① 弁護士・税理士等の租税訴訟における役割

国民(納税者)が主権者であると言うためには、その納税に関する基本的人権が保障され、裁判所を利用してこれらの諸権利が実現し得るシステムの存在が必要である。憲法第32条の「国民の裁判を受ける権利」の保障は、国民が主権者として遇されていることの証しであり、これが、実質的に機能していない国家においては、国民が主権者として扱われていないと言っても過言ではない⁽²⁸⁾。

租税訴訟は、平成14年4月1日から、税理士の出廷陳述権が付与された事により、弁護士と税理士が協力して行われる方向に推移した。これら二士業が、裁判外業務においてのみ、税法の解釈を行っていたのでは、裁判所の税務行政に対する審査は及ばないから、税法の領域には、法の支配が行き届かないことになる。弁護士・税理士が、司法手続に関与することによって、税法の領域に法の支配が及ぶのである。又、租税訴訟に関与する弁護士・税理士の課税権力からの独立も、確保される事が必要である。

これらの法の運用者が、課税庁から独立していることが、法の支配を税法領域に及ぼすために必要である。又、課税庁に関与する不動産鑑定士や研究者の独立や客観的良心も確立されなければならない。三権分立や法の支配の原則と言う形式的な建前だけでは、納税者の権利を擁護することは出来ず、法の運用者の公正性の確保が必要である。

② 租税訴訟における裁判官の行政からの独立

租税訴訟を担当する裁判官は、国税庁から派遣された調査官の補助を受けて多くの判決を作成しており、又、判検交流を通じて、訟務検事になることが多く、又、法務省に外向することが多いので、行政に特別の配慮をしがちである。

裁判所の外から見ても、この様な裁判所と行政との関係は、我国の癒着・談合型社会の象徴と映る。裁判所が、行政に対し、一般的に司法消極主義を採る事は、主権者たる国民の裁判を受ける権利の侵害となろう。東京地方裁判所民事第三部の納税者救済率はピーク時において、75%であったが、これは租税訴訟を担当する裁判官の意識一つで、司法消極主義を排除できることを証明している。

租税訴訟における司法消極主義は、司法手続を不要とする「通達行政」「二階建税理士顧問制度」「OB税理士紹介制度」等の社会現象が、我国社会に長く定着する原因となっており、裁判官が税務行政から独立するシステムを確立する事が急がれる。

又、行政追随判決傾向は、司法権の濫用であり、裁判官の自由心証主義の中で行われる官僚主権主義に歯止めをかける理論が必要である。租税訴訟において、裁判所に事実上の法源として法理論を提供する学者の客観的良心や、公正性も必要と言うべきであろう。租税訴訟における司法権の独立は、裁判官のみならず、法の運用にかかわる弁護士・税理士・研究者・不動産鑑定士らの独立性と、客観的良心を確保することによって実現される。

司法手続に関与する者は全て、一体となって、あらゆる権力から独立し、且つ、正義・公正を内容とする客観的良心に従って法の運用に携わることが必要であり、裁判官の独立だけでは、司法権の独立を実現出来ない。そして、法の運用者を、客観的良心に従って行動させるためには、マスコミによる裁判批判が常になされることが必須であり、加うるに、マスコミは納税者の代理人的立場で多くの租税情報を収集し、公正・中立を維持し、納税者の人権擁護の視点に立つ報道姿勢を貫徹するべきであろう。

③ 租税訴訟における課税実体法要件

租税訴訟において、裁判官に、法のみにも忠実に判断させるには、租税法の中の課税実体法要件を分析して主張することが有益である。課税実体法要件と課税手続法要件とを厳格に区分し、これによって、租税債権の範囲を限定することが出来る。租税法規定は、実体法要件と手続法要件が混在しており、又、下位の政省令に課税要件を委任している場合が多いが、実体法要件の委任か、手続法要件の委任か、を吟味し、法律による委任範囲を特定する事が必要である。これは、裁判官の客観的な良心(判断に際し、法のみに従い、裁判官が依拠すべき基準)を導き、行政追随判決を否定することに極めて有用である。

租税訴訟において、賦課決定が、課税実体法要件の枠からはみ出た処分であり、これを指摘した場合は、裁判官が容易に行政処分の違法性に気付き、納税者が勝訴する確立は高くなると思われる。既述した木更津木材事件の東京高等裁判所第2民事部平成

7年11月28日判決はかかる事案に関するものであった。同判決は、課税実体要件該当事実を証明する書面の添付による申告は、手続要件であり、これが不充足であっても、後日追完して過誤納金の還付請求ができるとした。しかし、課税実体法要件に不確定概念があり、裁判官が自由心証主義の下に判断する場合、納税者は不利に扱われる傾向がある。後者の場合も、裁判官に専横的判断を許しているのではなく、最も合理的な基準を発見する義務があるというべきであり、自由心証主義にも制約がある。

租税債権の存否を判断する為には、事実を認定し、これに租税法規を適用することになる。事実認定には、経験則(日常生活における経験から帰納して得られる事物に関する知識・法則のことで、事実上の推定を可能ならしめる法則である)が必要である。

裁判官は、証拠により事実を認定しなければならず、民事・刑事訴訟のみならず、行政訴訟においても同様である。裁判官は、証拠により心証形成する事になるが、租税債権の存在については、「通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得る程度」までの証明の必要性が要求される。裁判官は、租税債権の存在について、確信を抱いた状態までの心証を形成しない限り、その存在を否定しなければならない。裁判官は、証拠調べによって得られた情報を総合して、経験則を適用して事実関係を構築する。裁判官は、通常人が、常識に照らし、有り得る判断を考える様な証拠判断と推認を行って事実を認定し、これを判決の中に明示しなければならず、これを誤るときは、理由不備又は理由齟齬の違法(民事訴訟法第312条第2項第6号参照)となる。

又、経験則に違反し、判決に影響を及ぼすことが明らかな場合も、違法な判決で上告受理の申立理由となろう(民事訴訟法第318条・行政事件訴訟法第7条参照)。租税債権の存否を判断するためには、事実を認定し、これに租税法規を適用することになる。事実認定には、経験則(日常生活における経験から帰納して得られる事物に関する知識・法則のことで事実上の推定を可能ならしめる法則である)が必要である。経験則には、一般的経験則と専門的経験則があり、後者は証拠調手続によって証明されることが必要である。

租税判決の中には、近代訴訟の大原則である証拠裁判主義を無視するものが、少なからず存在する事を、指摘しなければならないくらいに、租税訴訟における司法権の濫用は著しい。国税庁から職員を受け入れ、調査官として裁判官の補助をさせ、そして又、納税者と敵対する検察官と判検交流を行っている裁判所を、納税者は信頼出来ないであろう。裁判官を含めた法の運用者が、あらゆる影響者から独立して、主権者たる国民の立場で公正な法解釈を行うことが、憲法31条や84条によって要求されているというべきであろう。

(5) 行政主体と国民間の紛争における裁判を受ける権利

① 実効的救済を受ける権利

憲法32条は、国民に対し、「裁判を受ける権利」を、又、同37条1項は「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利」を保障している。

この裁判を受ける権利は、単に既存の裁判制度を前提として、国民は裁判を拒絶されないというだけではなく、国民が実効的な権利保護を受けるということを保障しているというのが、最近の憲法学における考え方である。

この裁判を受ける権利は、裁判所において適正な手続きによる裁判を受ける権利であり、かつ、裁判所へのアクセスが実質的に保障されていなければならない。

行政事件においては、公権力の行使による権利侵害に対して、国民が実効的救済を受ける権利でなければならない。

② 公正な裁判を受ける権利

公権力の行使による違法状態が放置されるのではなく、これが迅速に是正され、国民の行政主体に対する権利が迅速かつ実効的に実現されることが、法の支配の実現と言えよう。裁判を受ける権利は、憲法の理念(国民主権や人権擁護)に適合していることが、検証されなければならない。恣意的な事実認定や法解釈がなされる裁判の仕組みであれば、公正な裁判を受ける権利の侵害になる。

③ 行政立法の原則的禁止と例外的実施命令

白紙委任的な立法の委任に対し、憲法41条に依拠して、明確な対応をすることが、裁判所に求められている。行政に白紙委任する行政法が多いが、裁判所は合憲限定解釈をすることが多い。又、憲法判断をせず、違法判断をして、憲法判断を回避することも多いが、かかる裁判所のあり方は、国民の裁判を受ける権利を実質的に侵害していることになろう。既に紹介した木更津木材事件における東京高裁判決は、法律による立法の一般的白紙的委任について、法律の委任範囲を超えたとするものであり、同判決が作ったかかる立法の委任制限基準を死守しなければ、租税法律主義は形骸化し、法の支配は死滅してしまうといっても過言ではない。又、同高裁判決は、手続要件の不充足があっても、課税減免要件該当による納税者の還付請求権は消滅しないことを明言した。そして、司法改革関連法が多く成立した今こそ、憲法41条と84条の復活の方法を考え、又、憲法73条6号が「憲法と法律を実施するための命令」だけを許容していることの意味を再考する時期が到来したと言えよう。

④ 行政立法の事前統制

平成18年4月1日から改正行政手続法が施行され、意見公募手続が法制化された。

行政手続法39条1項は「命令等制定機関は、命令等を定めようとする場合には、当該命令等の案およびこれに関連する資料をあらかじめ公示し、意見の提出先及び意見の提出のための期間を定めて広く一般の意見を求めなければならない」と定める。しかし、同条4項は、「納付すべき金銭について定める法律の制定又は改正により必要となる当該金銭の額の算定の基礎となるべき金額及び率並びに算定方法についての命令等その他当該法律の施行に関し必要な事項を定める命令等を定めようとするとき」は、適用除外としている。しかし、税に関する命令について、これを適用除外する理由は全くない。税に関する命令こそ、国民の広範囲に対して、強い影響を及ぼすものであるから、十分な意見公募が適正手続保障原則から求められているというべきであろう。

(6) 過誤納金還付請求権に対する制限と違憲・違法判断の基準

① 納税者の権利の主たるものは、違法課税を排除し、過誤納金の還付を受ける権利である。かかる権利は、第三者との関わりを持つことがなく、公共の福祉と衝突することもないから、これによる制約を受けない。

アメリカの判例法上、「合理性審査」「中間審査」「厳格審査」という三つの違憲審査基準があるとされている⁽²⁹⁾。厳格な審査の場合には、人権制限法の目的につき、人権制限せざるをえない、やむにやまれない理由があるかどうかを審査することになる(目的審査)。そして、目的審査がクリアとなった場合に、手段審査としてその目的を達成するために必要最小限の制限方法とされているか、余分な制限まで行っていないかが審査される。しかし、過誤納金の還付請求権は、他人の人権と衝突することがないから、そもそも厳格審査も妥当しないというべきであろう。

② 納税者の権利の中核である過誤納金還付請求権は、公共の福祉と対抗することがないから、利益衡量する必要性がない。法のルールに照らし、オール・オア・ナッシングに判定されるべきものと云えよう。過誤納金還付請求権の公共の福祉による制限などということは、そもそも問題にならず、これは絶対的保護されるべきものであり、その成否は、課税構成要件の非該当性又は課税減免要件の該当性の判定によって行われることになる。

過誤納金還付請求権の先決問題である課税処分⁽³⁰⁾の違法性問題も、公共の福祉と関係せず、つまるところ、課税構成要件又は課税減免要件の充足の有無によって白か黒か判定されることになろう。

③ 損益通算の制限に関する不利益遡及課税の違憲審査は、そもそも公共の福祉を持ち出して議論することが間違いであり、課税構成要件該当性の問題として行われる

べきであろう。憲法84条は、租税債権が法律によってのみ創設されるとしており、言葉を変えると、国民は法律によって作られた課税構成要件の充足がない限り、課税を受けない権利を有することになるが、同憲法条文は、かかる納税者の権利が公共の福祉によって制限されるなどとは決して云っていない。

(7) 行政立法の司法審査

① 行政立法の内容の適否が訴訟で争われる場合、抗告訴訟型と当事者訴訟型がある。抗告訴訟で争う場合にも、行政立法の違法を直接争うもの(直接型)と行政立法の違法を前提とした処分の違法又は法律関係の違法を争うもの(間接型)に分類される。

行政立法に処分性を認めるのは極めて例外である(直接型抗告訴訟)。行政立法(法規命令)の違法性を争う間接型抗告訴訟は、行政立法を争う場合の一般的なものである。

② 当事者訴訟で行政立法を争う場合にも、行政立法の違法の確認を求めるもの(直接型)と行政立法(法規命令)の違法を理由として、法的地位の確認を求めるもの(間接型)が存在する⁽³⁰⁾。

③ 課税処分は、憲法84条の建前からすると、羈束行為として行われるべきものであり、一定の要件に該当する場合に、行政庁が一定の行為をしなければならないものと云えよう。行政庁に判断余地や裁量の余地が与えられているようにみえる場合でも、課税要件事実は、客観的な経験法則により確定することができる。又、客観的な法則として、租税事件に適用されるべき法解釈の公正基準を明らかにすることも可能である。

(8) 租税訴訟における公正基準

行政訴訟においては、行政の裁量行為の監視基準を考えるよりも、裁判官の裁量を審査する公正監視基準がもっと重要である。裁判は広い裁量が与えられた国家行為といわれるが、これに対しても、国民は、再吟味し、この監視の必要性に気付くべきである。多くの裁判例において示された公正基準は、次の通りであるが、そのまま、裁判官に対する監視基準となろう⁽³¹⁾。

① 租税法解釈の公正基準

イ. 課税実体要件の厳格解釈

憲法41条を尊重し、租税法が規定する法律の趣旨を合理的に解釈し、課税実体要件を明確にし、これを逸脱する行政立法や行政指導を違法とする判断をしなければならない。課税要件規定の適用の限界を超えてはならない。

ロ. 疑わしきは納税者に有利に(税法解釈)

侵害規範も受益規範も、その解釈について、疑わしい場合は国民の不利益に判断し

てはならない。

ハ. 課税対象の存在

所得税や法人税については、「所得のないところに課税してはならない」との原則を遵守すること。課税対象の存在が、課税の要件であることを厳しく遵守すること。

ニ. 適正手続の保障

憲法31条の適正手続保障原則を尊重し、行政庁の手続不履行を違法とし、又、国民の手続要件の懈怠による国民の実体法上の権利を失権させてはならない。重要な課税手続の違背は、課税処分を無効とする取扱いをしなければならない。

ホ. 官製鑑定書・官製聴取書の排除

証拠は、中立的な者が作成していなければ真実を反映しないから、官製鑑定書や官製聴取書は、信用性の立証がない限り証拠能力を否定せよ。

② 事実認定の公正基準(自由心証主義の乱用防止)

行政法を適用する前に、私法法律関係における事実認定をなす場合、次の通り公正な事実認定を行わなければならない。

イ. 事実認定の基本原則の遵守

要検討事項は必ず考慮し、考慮不要の事項は考慮してはならない。

ロ. 合理的評価と社会的相当性適合

合理的な評価による事実認定や社会的相当性に適合する事実認定を行うこと。

ハ. 証拠裁判主義

課税要件事実は、十分な証拠によって認定し、証拠裁判主義を基礎として、疑わしきは国民の利益に事実認定する

ニ. 経験則適合

経験則に反する事実認定を行ってはならない。

ホ. 信ぴょう性原則

納税者の主張する事実を否定する場合は、納税者の提出する証拠を上回る信ぴょう性のある証拠がなければならない。

(9) 公正基準制定第三者委員会と司法監視

成熟した民主主義国家では、国民や納税者が、国家の三権に対して常時監視するシステムを構築している。国民は、公正で安心できる社会の実現を望むが、これは、国民自らの活動によってのみもたらされる。国民は、公正な基準を制定して、国家の三権に対し、公正な法運用の確保を求め、かつ、三権の監視を行い、国民の権利が迅速

かつ確実に実現されていることが常時検証されなければならない。国民の三権に対する監視を補助するのは、法運用実務を行う法律家及び準法律家が最も適当である。これら士業が、インターネットサイトを通じて公正基準の議論する情報空間会議室を設定したので、多くの弁護士その他の士業の参加をお願いしたい。

- 公正基準制定第三者委員会情報交換会議室サイト：

<http://staging.martindale.jp/bbs/index.php>

士業は、約30万人存在し、これらが結束して、我国社会における法運用の公正を希望するならば、法の支配の定着度は、高まることであろう。法律家は、権利を実現する者であり、権利の達成度を常に監視しなければならない。

租税訴訟は、公益訴訟であり、ここで勝訴することは、納税者の人権を擁護するのみならず、現在及び将来の適正課税を実現することになる。弁護士は、租税訴訟に関する情報を交換し、司法の独立・公正を確保する活動が最も重要である。そのためには、より多くの弁護士や税理士が下記研究団体に参加し、自ら租税法に関する公正基準を作り、常に裁判官と租税運用者を監視し、さらに憲法84条の理念に反する理論を主張する研究者にも良心に従った行動を求めるべきであろう。

また、租税法における公正な基準は、課税権力から独立した学会でのみ創出される。更にまた、臨床的実務経験がなければ、具体的に妥当な租税法基準を生み出すことは困難である。租税法における弁護士・税理士の協働する学会の必要性がここにある。租税訴訟において、納税者の代理をなす弁護士と、これを補佐する税理士を中心とした実務学会は平成15年にスタートしたが、そのホームページは、次の通りである。

- 租税訴訟学会(山田二郎会長)、ホームページ：<http://sozei-soshou.jp/>

法の支配の原則や裁判を受ける権利を実効的に保障するべき必要性は、多くの研究者の認めるところであるが、我国では、行政主体と主権者たる国民間の法的紛争(租税訴訟を含む)において、これらが実効的に保障されていない。法的紛争の裁断者に対して、公正に判断させるには、主権者たる国民が司法監視機関と公正判断基準制定機関を自ら構築する以外にはない。

【註】(1) 芦部信喜「憲法」第3版13頁。

(2) 芦部信喜「憲法」第3版14頁。

(3) 国税庁統計によれば、平成20年度における租税訴訟最終結案件数は356件で、納税者が全部勝訴したのは、26件であり、一部勝訴を含めた納税者勝訴件数は38件であった。異議申立件数は、5,359件であり、審査請求申立件数は2,835件であった。納税者の全部勝訴率は、7.3%であり、一部勝訴を含めた納税者勝訴率は、10.67%あった。

(4) 司法統計、平成20年度最高裁ホームページ参照。

(5) 三木義一編著「世界の税金裁判」清文社42頁、267頁。

(6) 大野病院事件、福島地裁平成20年8月20日刑事事件 無罪判決。

(7) 戸松秀典「憲法訴訟」有斐閣2005年度版251頁。

(8) 幼児接見不許可事件、最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁。

(9) 児童扶養手当事件、最判平成14年1月31日。

(10) 最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁。

(11) 芦部信喜「憲法」第3版272頁。青山武憲、別冊ジュリスト「憲法判例百選187号476頁。勝山教子、別冊ジュリスト「憲法判例百選」187号478頁。大浜啓吉「委任立法における裁量」公法55号172頁。宇賀克也・大橋洋一・高橋滋編「対話で学ぶ行政法」有斐閣38頁以下。

(12) 最大判昭和30年3月23日。

(13) 東京高判平成7年11月28日、別冊ジュリスト「租税判例百選」第4版10頁。

(14) 最判平成17年4月14日。

(15) 最大判昭和30年3月23日民集9巻3号336頁。同昭和60年3月27日民集39巻2号247頁。

(16) 最判昭39年10月29日民集18巻8号1809頁。

(17) 神戸地裁平成17年11月16日判決、大阪高裁平成18年3月24日判決。

(18) 最高裁平成5年3月11日第1小法廷判決、民集47巻4号2863頁、判例時報1487号124頁。

(19) 最判昭和53年2月10日訟務月報24巻10号2108頁。

(20) 小早川光郎著「法律学講座」双書行政法上巻154頁。

(21) 札幌地裁昭42年3月29日下刑集9巻3号359頁。

(22) 東京高判昭50年12月20日行集26巻12号1446頁。石村修・稲正樹編著「論点整理と演習 憲法」敬文堂330頁。

(23) 杉原康雄「憲法総論」328頁以下。

(24) 奥平康弘・杉原泰雄編「憲法を学ぶ」331頁以下参照。

(25) 芦部信喜「憲法訴訟の理論」277頁。

(26) 芦部信喜「憲法」第16章274頁参照。

(27) 最高裁平成4年10月29日第一小法廷判決・民集46巻7号1174頁。

(28) 山村恒年編「市民のための行政訴訟制度改革」信山社25頁。

(29) 芦部信喜「憲法」第16章274頁参照。

(30) 東京地決昭和40年4月22日、健康保険法告示事件決定。東京地判昭和50年12月23日、食糧管理法告示事件判決。東京地判昭和46年11月8日、計量法通達事件判決。東京高判昭和62年12月24日、公害対策基本法告示事件判決。最小一判昭和47年11月30日、長野勤評通達事件判決。東京地判平成18年9月21日、国歌斉唱義務不存在確認事件判決。最判昭和43年12月24日、墓埋法通達事件判決。

(31) 最小三判昭和60年4月23日、「信びょう性原則」事件判決。東京高判平成11年6月21日、岩瀬事件判決。東京高判平成7年11月28日、木更津木材事件判決。

【雑報】

2009年1月以降の主な研究活動

2009年3月7日(土)

「椿寿夫教授・牛山積教授最終講義」

2009年4月18日(土)

刑事法研究会「裁判員制度の実施と刑事弁護の課題」、神山啓史弁護士

2009年6月6日(土)

知的財産法特別講演会「ネット音楽配信と著作権法について」、飯田浩司氏(コロンビアミュージックエンターテインメント(株)執行役員・知的財産戦略本部長、NY州弁護士、同志社大学大学院講師)

2009年7月4日(土)

国際取引法特別講演会「国際取引・通商分野の最新問題について」、舛井一仁氏(芝綜合法律事務所・弁護士、北見工業大学大学院客員教授、琉球大学法科大学院講師、在日イスラエル大使館顧問)

2009年8月12日(水)

刑事法夏期特別講演会「訴因論の過去・現在・未来」、田口守一氏(刑事訴訟法, 早稲田大学法科大学院教授, 元司法試験考査委員)

2009年12月14日(月)

知的財産法特別講演会「IT業界における知的財産戦略について」、名取勝也氏(日本IBM株式会社取締役・ゼネラルカウンセル法務・知的財産・コンプライアンス担当弁護士、第二東京弁護士会会員、慶応義塾大学法科大学院兼任講師)

執筆者紹介

上田正和

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

新屋達之

大宮法科大学院大学法務研究科教授

土田 亮

大宮法科大学院大学法務研究科准教授

福井康佐

大宮法科大学院大学法務研究科准教授

山下清兵衛

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

(掲載順)

大宮ローレビュー 第6号

2010年2月 初版第一刷発行

発行 大宮法科大学院大学
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号
Tel 048-658-8101, Fax 048-658-8102
<http://www.omiyalaw.ac.jp>
E-mail: info@omiyalaw.ac.jp

印刷 倉敷印刷株式会社
130-0013 東京都墨田区錦糸4-16-17
Tel 03-6658-0031 Fax 03-6658-0032