

大宮法科大学院大学

# 大宮ローレビュー

第7号 2011年2月



## 目次

### 【論説】

- 保護法益論(Rechtsgutstheorie)の行方と展望 ..... 5  
上田正和
- 死刑執行と行政訴訟 ..... 33  
早川和宏
- 適用違憲における三類型説の再検討 ..... 51  
福井康佐

### 【小特集】

- 小特集の趣旨 ..... 83  
編集委員会
- 大宮法科大学院大学はなぜ出来たのか ..... 85  
— ロースクールから法科大学院への10年  
久保利英明
- ロースクールのための刑事事実認定論試稿(1) ..... 99  
丸山輝久

### 【判例研究】

- 経営判断における「前提となる事実の認識の不注意」 ..... 127  
— さいたま地判平成22年3月26日の検討  
北沢義博

- **土地汚染と売主の瑕疵担保責任** ..... 139  
— 最(三)小判平成22年6月1日(裁判所時報1508号2頁)

田中 宏

**【雑報】**

- **2010年1月以降の主な研究活動** ..... 161

# 保護法益論(Rechtsgutstheorie)の行方と展望

上田正和

---

I	はじめに.....	6
II	伝統的な刑法犯における保護法益論.....	7
III	現代型犯罪(経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪)における保護法益論	13
IV	保護法益論の意義と展望 — 行動ルールの形成とシステムの安全・保護	21
V	おわりに.....	26

---

## I はじめに

刑罰法規(刑法典に限らず特別刑罰法規を含む。)の具体的な適用とそのあり方の検討、そして犯罪と刑罰に関する研究の際には、「その犯罪(刑罰法規)の保護法益(Rechtsgut)は〇〇〇〇〇である。」という議論がこれまでは当然の前提として行われてきた。刑法典の犯罪の分類も保護法益の観点から行われており<sup>(1)</sup>、被疑者・被告人の具体的な行為が特定の犯罪構成要件に該当するものであるか否かが条文の文言から一義的に明らかでない場合には、当該犯罪(構成要件)の保護法益(あるいは立法目的)を援用することによって、刑事処罰の可否をめぐる問題の具体的な解決が図られてきた(法益概念の解釈規制機能)。このような意味で、保護法益論(Rechtsgutstheorie)は、具体的な刑事処罰の限界を画する重要な概念であり議論の対象でもある。また、被害者の同意(承諾)や錯誤論という刑法総論における重要テーマにおいても、保護法益は大きな意味を有してきた。

このように、従来の刑事法の実践と研究において極めて重要な位置付けを与えられてきた保護法益に関する議論が、昨今、改めて盛んになりつつある<sup>(2)</sup>。その大きな理由は、科学技術の著しい進歩(高度化と複雑化)とそれに伴う社会状況の変化、それらにより影響を受ける人間の行動様式や意識の変化によって、従来よりも遥かに多くの行為が、従来から存在する刑罰法規の柔軟な解釈適用によって、あるいは、特別刑罰法規の改正や制定が次々と行われることによって(「刑事立法の活性化」現象といわれている<sup>(3)</sup>)、新たに犯罪化されるという状況によるものである。そして、「〇〇〇〇〇〇という利益は現代社会においては重要な利益であるからそれを侵害した(危殆化した)場合には刑事処罰という劇薬を用いることが正当化される。」という議論は、刑事立法の活性化による刑事処罰の積極化傾向(処罰の拡大化と早期化)<sup>(4)</sup>と軌を一にするものである。

本稿においては、私なりに、不十分な検討と考察に過ぎないであろうが、保護法益論という刑事法における壮大で奥の深いテーマについて、刑事処罰の拡大化傾向の中で保護法益が果たす意義と役割について、実際の事件に対して判例や実務の場において行われている法解釈の姿を踏まえながら、つまり、法実務という法適用の現場を多少なりとも踏まえながら、若干の検討と問題提起を行ってみたい。本稿では、(1)伝統的な犯罪(刑法犯)において、保護法益論がどのような形で具体的な事件の解決において用いられてきたのかを判例を中心に改めて確認し、次に、(2)保護法益論との関係で問題点ないし検討課題を含んでいるとされることが多い現代型犯罪(経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪(サイバー犯罪))における保護法益論に言及した上で<sup>(5)</sup>、(3)保護法益論の

意義と今後の展望について若干の方向性の提起を行う、という順序で論じ進めることにしたい。保護法益論については、その歴史や比較法的な検討を含む優れた研究成果は既に数多くあり<sup>6)</sup>、私の考察はそれらに到底及ぶものではないが、刑事処罰が我が国における現実の事件の解決において果たしている役割や実務的な考察を僅かながら意識してみたい。本稿を手始めにして、今後さらに検討を深めていきたいと考えている。

保護法益論の意義と今後の展望に関する私の考え(現時点での大まかな考え方の方向性)の要点をあらかじめ簡単にまとめると、①保護法益は刑事処罰の範囲(対象と限界)を画するための有用な概念であることは否定できないが、②刑事処罰の範囲、つまり刑事処罰の発動によって守られるべき利益は、社会状況を背景にした国民意識抜きには考えられず、③国民が刑事処罰に期待を寄せ現実に刑事処罰が担っている役割として、国民1人ひとりに遵守を要求する行動ルールを形成する機能があり、保護法益は行為規範化という機能によって国民の利益に仕えるものであること、そしてこの傾向は今後さらに強まるであろうこと、④今後の刑事法の役割として、「システム(制度)の安全と保護」という面が期待されること、である。以下において、これらについて述べていきたい。

## II 伝統的な刑法犯における保護法益論

### 1 保護法益が語られる場面

刑法犯の保護法益は3つに分類されている。個人的法益に対する罪、社会的法益に対する罪、国家的法益に対する罪である。この内、個人的法益に対する罪はその多くが侵害犯であり<sup>7)</sup>、保護法益に言及されることはあっても、保護法益が刑事処罰の対象と限界に関わる判例・実務に直ちに結び付けられることは絶対的に多いとまではいえない。その必要性が比較的少なかったともいえるであろう。

判例や実務における具体的な事件の解決において保護法益について言及されるのは、具体的な行為が特定の構成要件に該当するものとして処罰の対象になるか否かという場面であるが、このことは、危険犯(危険犯的な性格を有する犯罪)である社会的法益に対する罪や国家的法益に対する罪において、とりわけ顕著である。

### 2 判例において保護法益からの構成要件の解釈が明示的に行われた例

#### (1) 文書偽造罪

文書偽造罪の保護法益は、文書に対する公共的信用であり、写真コピーの公文書性が問題とされたケースについて、「公文書偽造罪は、公文書に対する公共的信用を保護

法益とし、公文書が証明手段としてもつ社会的機能を保護し、社会生活の安定を図ろうとするものであるから、公文書偽造罪の客体となる文書は、これを原本たる公文書そのものに限る根拠はなく、たとえ原本の写であっても、原本と同一の意識内容を保有し、証明文書としてこれと同様の社会的機能と信用性を有するものと認められる限り、これに含まれるものと解するのが相当である。…右のような公文書の写真コピーの性質とその社会的機能に照らすときは、右コピーは、文書本来の性質上写真コピーが原本と同様の機能と信用性を有しえない場合を除き、公文書偽造罪の客体たりうるものであって」とされているのが典型である<sup>(8)</sup>。

また、偽造された運転免許証の携帯と偽造公文書行使罪が問題とされたケースについて、「偽造公文書行使罪は公文書の真正に対する公共の信用が具体的に侵害されることを防止しようとするものであるから、同罪にいう行使にあたるためには、文書を真正に成立したのものとして他人に交付、提示等して、その閲覧に供し、その内容を認識させまたはこれを認識しうる状態におくことを要するのである。したがって、たとい自動車を運転する際に運転免許証を携帯し、一定の場合にこれを提示すべき義務が法令上定められているとしても、自動車を運転する際に偽造にかかる運転免許証を携帯しているに止まる場合には、未だこれを他人の閲覧に供しその内容を認識しうる状態においたものというには足りず、偽造公文書行使罪にあたらぬと解すべきである。」とされている<sup>(9)</sup>。これは、保護法益を踏まえて構成要件の解釈を(拡大ではなく)限定しようとしたものである。

さらに、文書の性質論から文書の名義人と作成者の間の人格の同一性の有無を論じている一連の判例<sup>(10)</sup>も、文書に対する公共的信用という保護法益を踏まえているといつてよい。

## (2) 賄賂罪(贈収賄罪)

賄賂罪(贈収賄罪)においては、構成要件要素を充たすか否かについての実質的な判断が問題になることが少なくないが、判例は、保護法益について信頼保護説に立つことを明らかにしており<sup>(11)</sup>、これによって、「職務に関し」(職務権限)を実質化して緩やかに解釈適用する傾向を示している(これにより、職務密接関連行為という範疇は不要となる)。

最判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁〔ロッキード事件丸紅ルート〕は、「賄賂罪は、公務員の職務の公正とこれに対する社会一般の信頼を保護法益とするものであるから、賄賂と対価関係に立つ行為は、法令上公務員の一般的職務権限に属する行為で



あれば足り、公務員が具体的事情の下においてその行為を適法に行うことができたかどうかは、問うところではない。けだし、公務員が右のような行為の対価として金品を收受することは、それ自体、職務の公正に対する社会一般の信頼を害するからである。」として、信頼保護説に立つことを示した上で、運輸大臣による民間航空会社の航空機選定に対する勸奨行為が運輸大臣の職務権限に属するとし、さらに内閣総理大臣の運輸大臣に対する働き掛けが内閣総理大臣の職務権限に属するとしたのである。

### (3) 犯人隠避罪

犯人隠避罪に関して、犯人が既に逮捕勾留されている場合に他の者を犯人の身代わりとして警察署に出頭させて、現に逮捕勾留されている者の身体の拘束を免れさせようとした行為について、「刑法103条は、捜査、審判及び刑の執行等広義における刑事司法の作用を妨害する者を処罰しようとする趣旨の規定であって…同条にいう『罪ヲ犯シタル者』には、犯人として逮捕勾留されている者も含まれ、かかる者をして現になされている身柄の拘束を免れさせるような性質の行為も同条にいう『隠避』に当たると解すべきである。そうすると、犯人が殺人未遂事件で逮捕勾留された後、被告人が他の者を教唆して右事件の身代り犯人として警察署に出頭させ、自己が犯人である旨の虚偽の陳述をさせた行為を犯人隠避教唆罪に当たるとした原判断は、正当である。」とされているが<sup>12)</sup>、ここでは保護法益からの構成要件解釈が行われている。ちなみに、この事件の第1審判決(福岡地小倉支部判昭和61年8月5日判時1253号143頁)は、「刑法103条にいう『隠避せしめた』とは、官憲から本犯の身柄を隠避させることを意味するものと解されるから、ある行為があっても、その結果が、捜査官憲による本犯特定等の捜査に手間を取らせたという程度にとどまり、本犯の嫌疑によりすでに逮捕勾留されている者のその身柄拘束状態に変化を及ぼさなかった以上、その場合をも本犯を『隠避せしめた』ことになるというのは、刑法103条にいう『隠避せしめた』ということばの解釈上無理があると考えられる」として反対の立場を示している。

## 3 個人的法益に対する罪における保護法益と構成要件解釈の例

### (1) 監禁罪

監禁罪の成否が問題になる場面として、部屋で寝ている人に対して外から鍵を掛ける行為や、自宅まで送ると見せかけて自動車に乗せる行為がある。これらについては、監禁罪の保護法益を現実的自由であると考えれば監禁罪の成立は否定され、保護法益をより広くとらえて可能的自由であるとして危険犯的に考えれば監禁罪の成立が肯定されることになる<sup>13)</sup>。

ここでは、保護法益のとらえ方が監禁罪の罪質(侵害犯か(一種の)危険犯か)にも影響を与えることになるが、身体活動の自由という保護法益の重要性をどのように考えるのかという問題でもある。

## (2) 詐欺罪

刑法典における詐欺罪の構成要件(246条)の文言は非常に簡潔であるが、解釈によって構成要件の内容が大幅に補充されることによって、多種多様な詐欺的行為への適用が議論されてきた。そして、詐欺罪は「他人をだます」という点に本質があり、現代社会における多くの経済犯罪・企業犯罪を考察する際の基本となる犯罪でもある<sup>(14)</sup>。

詐欺罪については、最近、多くの注目すべき判例が出されている<sup>(15)</sup>。これらの内の主なものについて、保護法益という観点から簡単にコメントを行っておく。

### (ア) 誤振込金の引出し

最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁は、自己名義の銀行預金口座に誤って振込みがなされたことを知った上で、そのことを告げることなく銀行窓口で誤振込金を引き出した行為について、誤振込金に対する預金債権の存在を認めつつも<sup>(16)</sup> 詐欺罪の成立を肯定した理由として、「受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然というべきである。」としている。

本決定においては、銀行預金取引における信義則や社会生活上の条理ということが受取人の詐欺罪を認める実質的な論拠とされている。銀行預金取引における銀行と預金者の間の取引上のルールへの遵守が詐欺罪の成否において考えられているのである。

### (イ) 他人名義のクレジットカードの利用

最決平成16年2月9日刑集58巻2号89頁は、クレジットカードの名義人からカード利用の許可を得ていて代金の決済が名義人によってなされるという事情があったとしても、カードの名義人本人を装ってガソリンの給油を受けた行為について詐欺罪が成立するとした理由として、「本件クレジットカードの会員規約上、クレジットカードは、会員である名義人のみが利用でき、他人に同カードを譲渡、貸与、質入れ等する

ことが禁じられている。また、加盟店規約上、加盟店は、クレジットカードの利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することなどが定められている。…被告人は、本件クレジットカードの名義人本人に成り済まし、同カードの正当な利用権限がないのにこれがあるように装い、その旨従業員を誤信させてガソリンの交付を受けたことが認められるから、被告人の行為は詐欺罪を構成する。仮に、被告人が、本件クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されており、かつ、自らの使用に係る同カードの利用代金が会員規約に従い名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない。」としている。

本決定においては、クレジットカードが会員である名義人のみが利用できること、そして、クレジットカードの譲与や貸与等が禁止されていることが明らかにされている。名義人からクレジットカードの利用が許されており名義人によって利用代金の決済が行われる場合には、他人によるクレジットカードの利用によって現実の財産的な被害は発生しないといえるが、そのような場合であっても、信用を確認された上で正規にクレジットカードの発行を受けた名義人本人のみによる利用が予定された取引システムである、という点が決定的に重要である。クレジットカード取引における取引上のルールへの遵守ということが、ここでは重視されているのである。

#### (ウ) 預金通帳の不正な受領

最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁は、不正に入手した他人の国民健康保険被保険者証を使用してその他人に成り済まして同人名義の銀行預金口座を開設して預金通帳の交付を受けた行為について、詐欺罪の成立を認めている。

また、最決平成19年7月17日刑集61巻5号521頁は、預金通帳とキャッシュカードを他人に譲渡する意図を隠して自己名義の銀行預金口座を開設し、これによって自己名義の預金通帳とキャッシュカードの交付を受けた行為について、詐欺罪の成立を認めたが、その理由として、「各銀行においては、いずれもA又はBによる各預金口座開設等の申込み当時、契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどすることを禁止していた。また、A又はBに対応した各行員は、第三者に譲渡する目的で預金口座の開設や預金通帳、キャッシュカードの交付を申し込んでいることが分かれば、預金口座の開設や、預金通帳及びキャッシュカードの交付に応じることはなかった。…銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意

思であることを表しているというべきであるから、預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これにより預金通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである。」としている。

これらの最高裁決定においては、預金通帳やキャッシュカードが財物であることに重点が置かれているわけではない。詐欺行為によって現実の財産的な被害を生じさせたということではなく、実質的には、銀行に対して「名義人の同一性」について詐欺行為を行ったというものである。銀行取引を中心とする現在の金融社会においては、銀行口座を利用する各種の不正行為(マネー・ロンダリングのような複雑かつ巧妙な不正行為に限らず、振り込め詐欺のように一般人が容易に巻き込まれ得る不正行為を含む。)への対応が急務として求められており、銀行取引、とりわけ取引開始時における「名義人の同一性」は銀行(さらには、その背後にいて日常的に銀行を利用する多くの国民や企業)にとって重大な関心事であり、詐欺罪による法的保護に値する利益であるといつてよい。

#### (エ) 航空機搭乗券の不正な受領

最決平成22年7月29日裁判所時報1513号1頁は、不法入国を企てている他人に渡す意図を隠して航空機搭乗券の交付を受けた行為について、「搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである。」としている。

本決定は、上記(ウ)の判例の延長線上に位置付けることができるが、現実の財産的な被害という点よりも、国際線航空機への搭乗者についての厳重な本人確認手続とその必要性を偽ったという点に重点が置かれているといつてよい。国際線航空機に、所定の手続を経た正規の乗客本人以外の者が搭乗していないということは、現在の国際社会における安全性や安定性という点で重要な利益であると考えることができ、詐欺罪による法的保護に値する利益であるといつてよい<sup>(17)</sup>。

#### (オ) 詐欺罪についてのまとめ

(ア)~(エ)の判例や最近のその他の判例の傾向を見ると、詐欺罪は財産犯であることを否定することはできないとしても、「現代社会における取引(ないし取引類似)の場面における信義誠実の原則」を危殆化する犯罪である、という側面を無視することはで

きないであろう<sup>(18)</sup>。詐欺罪は、窃盗罪や強盗罪と異なり、相手方との取引ないし取引類似の場面において成立する相互性のある犯罪であり、相手方との取引関係の具体的な内容と態様を踏まえた解釈が求められる。そこにおいて刑法上の保護が要請される相手方の取引上の利益は社会状況や取引形態によって異なり得るが、自由主義経済と大幅な規制緩和と社会の下、自由かつ活発な取引行為が行われる現代社会においては、詐欺罪によって保護されるために必要な水準は相当程度に緩和されているといえよう<sup>(19)</sup>。詐欺罪の保護法益や処罰範囲を考えるに当たっては、このような点に注目する必要があると考えられるが、経済犯罪の基本型としても位置付けられる詐欺罪についてのこのような理解が、他の多くの経済犯罪の解釈論にも影響を及ぼすことにもなる。

### III 現代型犯罪(経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪)における保護法益論

#### 1 現代型犯罪における保護法益論の意義

科学技術の高度化・複雑化やそれに伴う社会状況の変化を背景とする現代型の犯罪に対しては、多種多様な方法・手段による様々な利益の侵害ないし危殆化という特徴があり(攻撃方法の多種多様化が被害利益の多種多様化をもたらすともいえる)、これに対しては、従来から存在する刑罰法規(構成要件)の解釈適用による処理には限界があり、多くの特別刑罰法規が制定されるようになってきている<sup>(20)</sup>。

本稿では、現代型犯罪の代表として紹介され議論されることが多く、処罰の正当性や限界が保護法益と関連付けられて議論されることが多いものとして、(1)経済犯罪、(2)環境犯罪、(3)ハイテク犯罪(サイバー犯罪)について、代表的な犯罪類型や最近のいくつかの判例を見ながら、処罰範囲や保護法益についての若干の検討を行いたい。なお、現代型犯罪の中では、特に経済犯罪の範疇(何をもちいて経済犯罪ととらえるのか)をめぐって議論の余地があり、刑法典の詐欺罪や横領罪や背任罪等の財産犯や各種の偽造罪や贈収賄罪等も、経済取引ないし経済活動に伴って行われることから、広い意味では経済犯罪の一種であるといえるが、以下においては、主として特別刑罰法規違反(特別刑法の領域)について取り上げる。

#### 2 経済犯罪

経済犯罪は、企業活動と経済取引に関係する犯罪全般を意味するが、新自由主義社会における大幅な規制緩和を背景とする市場参入と経済活動の競争激化に伴う「副作用」として、最近、大きな注目を浴びている法分野である<sup>(21)</sup>。そして、経済犯罪や企業犯罪に関する刑事法の議論が、企業社会における不祥事対応(危機管理)のあり方に

も影響を与えることになる。

本稿では、経済犯罪の中でも実務上多く問題となり判例の検討が比較的多くなされているものとして、株式会社の取締役等の特別背任罪(会社法960条)や金融商品取引法(旧証券取引法)のインサイダー取引等を例にして、保護法益という観点から検討を行うことにする。

### (1) 特別背任罪

最決平成21年11月9日刑集63巻9号1117頁〔北海道拓殖銀行事件〕は、都市銀行の代表取締役頭取が実質倒産状態にあるグループ企業に対して実質無担保での追加融資を行った行為について、任務違背行為であるとして特別背任罪の成立を認めたが、銀行の取締役と経営判断の原則の関係について、「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善管注意義務(民法644条)及び忠実義務(平成17年法律第87号による改正前の商法254条の3、会社法355条)を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。しかし、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には預金者及び融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまるといわざるを得ない。」としている。

特別背任罪における任務違背行為の成否については、経営判断の尊重による刑事処罰の限定が問題となるが、本決定においては、銀行の取締役についても経営判断の原則が適用され得るものの、それは限定的であるとされ、銀行業が他の会社とは異なるものであることや、預金者や融資先を含めた社会一般への影響の大きさが指摘されている。

会社法の特別背任罪(会社法960条以下)は、一般的には刑法の背任罪の加重類型であると理解されており、そうであれば、本人である株式会社に財産的損害を与える財産犯ということになる。たしかに、株式会社の取締役は会社の受任者としての立場にあり、株主の利益のために行動すべきことは当然である。しかし、それに加えて、資本主義が高度に進展した現代の経済社会においては、株式会社に期待される役割は、株主や従業員の利益を超えて社会公共的な要素を含んでいる。そのため、会社法その

他の法令は、会社経営や組織の自由度を高める一方で、内部統制システムや各種の情報開示について積極的な規制を行っているのである。このような株式会社の役割とそれに対する法規制の要請に照らすと、株式会社の経営の任に当たる取締役は、国民が当該株式会社に対して期待する役割や当該株式会社の社会的使命に沿うような行動に出ることが求められることになり、従って、取締役の会社に対する裏切り行為は社会公共の利益を危殆化するものといえる。

本決定においては、銀行業の特殊性について述べられているが、特別背任罪の罪質についての以上のような理解とも整合するものといえるであろう。そして、このような理解は、特別背任罪の罪質が、財産犯である刑法の背任罪とは異なり、社会公共的なものであるということの意味する<sup>(22)</sup>。

## (2) インサイダー取引の罪

インサイダー取引は、金融商品取引法によって刑事処罰の対象とされているが、法定刑は次第に引き上げられている(197条の2)。

インサイダー取引の構成要件(166条、167条)の中には、「業務執行を決定する機関」や「業務等に関する重要事実」等のように、意味内容が法文からは明確でないものが少なくないが、これらを解釈するに当たって、判例は、インサイダー取引を規制する理由となる保護法益を抽象化してとらえることによって、インサイダー取引の該当性に関する個々の要件を柔軟に解釈適用するという方法を採用している<sup>(23)</sup>。

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〕は、インサイダー取引規制の要件である「業務執行を決定する機関」について、「商法所定の決定権限のある機関には限られず、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りると解される」とし、「株式の発行を行うことについての決定をした」について、「株式の発行それ自体や株式の発行に向けた作業等を会社の業務として行う旨を決定したことをいうものであり、決定をしたというためには右機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要するが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないと解するのが相当である。」としている<sup>(24)</sup>。「証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を確保するという法の目的」ということを理由として述べており、このような「一般投資家にとっての(外観への)信頼」をインサイダー取引規制の保護法益としてとらえることによって、包括条項(バスケット条項)の積極的な活用と合わせて<sup>(25)</sup>、個別・具体的な諸事情を踏まえた刑事処罰を行うことが可能となっている。

### (3) 相場操縦罪

相場操縦とは、証券市場における価格の形成(相場)を人為的に操作する行為であり、金融商品取引法によって規制され刑事処罰の対象とされているが(159条、197条)、その処罰根拠は、証券市場に対する一般投資家の信頼を害する点にあるとされており、インサイダー取引規制と同様の保護法益を有している。

従って、規制対象行為の要件の解釈に当たっては、インサイダー取引規制と同様に、保護法益を踏まえた実質的な判断が行われることになる<sup>(26)</sup>。

## 3 環境犯罪

科学技術の高度化・複雑化がもたらした負の側面(副作用)として、環境破壊の問題(公害問題)が登場して久しく、その後の国民の環境問題に対する意識の高まりもあって、環境の積極的な保護が主張されるようになってきている。「公害問題から環境問題へ」という流れでもある。環境問題への対応は、行政上の措置や民事法の損害賠償や差止めによって対応される問題でもあるが、現在では、刑事規制によってより一層積極的に環境を保護していくべきことが主張されている<sup>(27)</sup>。その際に問題となるのは、刑事処罰の発動によって守られるべき環境とは一体何であるのか、そして、どの程度の侵害ないし危険を生じさせたときに刑事処罰の対象とすることができるのか、ということである。

環境犯罪の保護法益については、大きくは、(i)生態系自体(水、空気、土壌、動物、植物等)であり、環境犯罪を抽象的危険犯としてとらえようとする考え方と、(ii)個々の人間の生命や身体や健康の保護であるとする考え方(人間中心主義)がある<sup>(28)</sup>。法とりわけ刑事法における保護法益に関する伝統的な考え方と整合するのは、(ii)の考え方であるとされ、(i)の考え方を採用して生態系ないし環境それ自体を保護法益とすることは、刑事処罰の対象や限界が極めて曖昧で不明確となってしまう可能性が少なくないといわれている。もっとも、(ii)の考え方のように人間中心に保護法益を理解するとしても、現代世代の人間に限らず将来の人間(次世代)をも保護の対象として考えれば、(i)の考え方に近づくことになり、環境犯罪は抽象的危険犯化する。つまり、「環境」の理解に当たっては、その性質上、時間的な流れを考える必要があり、現在の環境はこれまでの(過去の)環境の上に成り立っており、将来の環境の保護も現時点において考慮する必要がある、ということである。いずれにしても、環境犯罪の保護法益は漠然としたものとならざるを得ず、(抽象的)危険犯としての性格付けを否定することはできない。従って、環境犯罪の構成要件の具体的な解釈適用において、保護法益ないし立法目的からのアプローチを行う場合には、構成要件(条文)の文言の解釈が実質的な見



地から相当程度に柔軟に行われることになる。

現在、環境犯罪の事件数は著しい増加傾向を示しているが、中でも圧倒的に数が多い「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」(一般的な呼称は、廃棄物処理法)違反に関する最近の判例においても、以上に述べた方向性が示されている。以下において、紹介と若干の検討を行う。

### (1) 産業廃棄物の処理の委託

最決平成18年1月16日刑集60巻1号1頁は、産業廃棄物の処分を他人に委託することに関して、『第12条第3項(中略)の規定に違反して、産業廃棄物の処理を他人に委託した』とは、上記12条3項所定の者に自ら委託する場合以外の、当該処理を目的とするすべての委託行為を含むと解するのが相当であるから、その他人自らが処分を行うように委託する場合のみならず、更に他の者に処分を行うように再委託することを委託する場合も含み、再委託先についての指示いかんを問わないというべきである。」として、自らが処分業者に産業廃棄物の処分を委託しなければならないことを明らかにした。

本決定によると、収集運搬業者を経由して現実には正規の処分業者によって産業廃棄物の処分が行われた場合であっても、自ら処分業者に委託していない限り、廃棄物処理法違反となってしまうが、実質的な法益侵害がなくても産業廃棄物の処理についての手順が適正でないという、いわばルール違反をもって刑事処罰の対象になるとしているのである。

### (2) 廃棄物を捨てる行為(不法投棄)

廃棄物処理法16条は、「何人も、みだりに廃棄物を捨ててはならない。」と規定しており、これに違反した場合には刑事処罰の対象となる。

最決平成18年2月20日刑集60巻2号182頁は、産業廃棄物を自社の工場敷地内の穴に埋め立てることを前提に、その近くに野積みした行為について、「態様、期間等に照らしても、仮置きなどとは認められず、不要物としてその管理を放棄したものというほかはないから、これを本件穴に投入し最終的には覆土するなどして埋め立てることを予定していたとしても、法16条にいう『廃棄物を捨て』る行為に当たるといべきである。また、産業廃棄物を野積みした本件各行為は、それが被告会社の保有する工場敷地内で行われていたとしても、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図るといふ法の趣旨に照らし、社会的に許容されるものと見る余地はない。したがって、本件各行為は、同条が禁止する『みだりに』廃棄物を捨てる行為として同条違反の罪に当たるとは明らかであり」としている。

本決定は、「廃棄物を捨てる」という行為について、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図るとする法の趣旨(廃棄物処理法1条参照)を上げることによって、物理的に捨てることに限られないという柔軟な解釈適用を行ったのである。ただ、「捨てる」という文言自体から形式的には隔たりがあることは否定できない。

また、最決平成18年2月28日刑集60巻2号269頁は、一般廃棄物と産業廃棄物の混合物(の大半)を一般廃棄物であると装って一般廃棄物用の処理施設に搬入した行為について、「Xの従業員は、一般廃棄物以外の廃棄物の搬入が許されていない本件施設へ一般廃棄物たるし尿を含む汚泥を搬入するように装い、一般廃棄物たる汚泥と産業廃棄物たる汚泥を混合させた廃棄物を上記受入口から投入したものであるから、その混合物全量について、法16条にいう『みだりに廃棄物を捨て』る行為を行ったものと認められ、不法投棄罪が成立するというべきである。」としている。本決定においては、保護法益ないし刑事規制の目的が明らかにされているわけではないが、上記の最決平成18年2月20日で示された規制の趣旨が前提とされていると考えることができる(1審判決は、このような法の趣旨を明示している)。

### (3) 判例から窺われること

平成18年の3件の最高裁決定は、環境犯罪の分野において実務上も重要な判例であるとされるが<sup>(29)</sup>、環境を守っていくことの重要性を前提に、曖昧で抽象性を有する保護法益ないし立法目的を根拠にして、環境に対して危険を生じさせる行為に対しては幅広く早期に刑事規制を行おうという方向性を示している点で、共通している。これは、環境を危殆化させるような行為に出てはならないというルール遵守を求めようとするものである。そして、このような傾向は、環境犯罪をめぐる他の裁判例においても見られるが、今後、さらに強まっていくことが予想される。

## 4 ハイテク犯罪(サイバー犯罪)

科学技術の著しい高度化と広範な普及によって登場しているのが、インターネットを初めとする高度情報通信ネットワーク等を利用(悪用)するハイテク犯罪(サイバー犯罪)である。インターネットに代表される高度情報通信システムは、現代の我々の日常生活においては必要不可欠なインフラとなっているが、様々な情報を瞬時にして多数の人に正確に伝えることを可能にするという特徴を有している。他方で、情報もたらす影響力は非常に大きく、情報の伝達によって一旦損なわれた利益の回復は著しく困難(事実上は不可能)である。このため、悪質な行為に対する刑事規制の必要性は少なくないとされている<sup>(30)</sup>。

ハイテク犯罪の類型としては、①電子計算機使用詐欺罪(刑法246条の2)等のコンピュータや電磁的記録対象犯罪、②インターネット・オークションを利用した詐欺罪等のネットワーク犯罪、③コンピュータへの不正アクセス行為(不正アクセス禁止法違反)があるが、この内、最近特に著しい増加傾向を示しているのは③不正アクセス禁止法違反である<sup>(31)</sup>。以下において、これらについて、具体的事例を含めて紹介と若干の検討を行う。

### (1) 電子計算機使用詐欺罪

最決平成18年2月14日刑集60巻2号165頁は、他人のクレジットカードの名義人氏名や番号等を無断でインターネットを介して電子計算機に入力送信することによって電子マネーの購入を申し込み、電子計算機に接続されているハードディスクにクレジットカード名義人が電子マネーを購入したとする電磁的記録を作り、電子マネーを取得した行為について、「被告人は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である。」としているが、電子計算機使用詐欺罪の要件である「虚偽の情報」について、「財産権の得喪若しくは変更に関わる情報を広く含む」という解釈を示したものである。

ちなみに、本決定の原審判決(大阪高判平成17年6月16日)は、「実際の利用者である被告人が、電子マネーの購入に当たり、自分名義のクレジットカードではなく、他人であるC名義のクレジットカードを冒用して、同カード記載の名義人名等の情報をBあてに入力、送信することは、『実際の利用者』と『カード名義人』の人格の不一致を生じさせることとなり、明らかに本来のシステムが予定していない『虚偽の情報』を与える行為と認めることができる。したがって、たとえ所論のように、被告人が入力、送信した情報がC名義のクレジットカード上に記載された情報そのものであっても、被告人の当該行為は、本件Bを介した事務処理においては、『虚偽の情報』を与える行為に該当するというべきである。」としている。ここでは、クレジットカードのシステム(制度)の保護を指摘している点が注目される<sup>(32)</sup>。

## (2) わいせつ画像公然陳列罪

最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁は、パソコンネットのホストコンピュータのハードディスクにわいせつ画像を記憶・蔵置させ、不特定多数の会員が電話回線によってアクセスしてわいせつ画像データをダウンロードし、パソコン画面で閲覧できるようにした行為について、「わいせつ物を『公然と陳列した』とは、その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをいい、その物のわいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にするまでのことは必ずしも要しないものと解される。被告人が開設し、運営していたパソコンネットにおいて、そのホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置させたわいせつな画像データを再生して現実に関覧するためには、会員が、自己のパソコンを使用して、ホストコンピュータのハードディスクから画像データをダウンロードした上、画像表示ソフトを使用して、画像を再生閲覧する操作が必要であるが、そのような操作は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作にすぎず、会員は、比較的容易にわいせつな画像を再生閲覧することが可能であった。そうすると、被告人の行為は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを不特定多数の者が認識できる状態に置いたものというべきであり、わいせつ物を『公然と陳列した』ことに当たると解される」としている。

本決定は、「わいせつ物」について有体物であるという立場を採りつつ<sup>(33)</sup>、「公然と陳列した」の意味を、わいせつな内容を「不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことである」として、わいせつな内容を認識することの可能性をもって善良な性風俗という保護法益が侵害されるという考え方に立っているが、インターネットを初めとする高度情報通信ネットワークが著しく進展した現在の日本社会においては、善良な性風俗という保護法益は正に一瞬にして危険にさらされ(侵害され)、それは回復不可能なものとなる。ここにおいては、法益が危険に晒された(侵害された)ということ(いわば「結果」)よりも、「わいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置かない(置いてはならない)」というルール(行為規範)の遵守に重点を置かざるを得ないのである。

これと同様のことは、インターネット上の名誉毀損行為についても当てはまる(最決平成22年3月15日判時2075号160頁)。

### (3) 不正アクセス禁止法違反

不正アクセス禁止法(正式名は、「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」)<sup>34)</sup>違反によって検挙される事件数は、年々増加している。不正アクセス行為が行われる動機としては、「不正にお金を獲得するため」というものが大半を占めているが、これは不正アクセス禁止法の立法目的(刑事規制の対象とされる理由)と密接に関係している。

不正アクセス禁止法は、コンピュータ・ネットワークを利用するためのIDやパスワード等のアクセス制御機能に対する社会的信頼を害する行為を取り締まることによって、ネットワーク社会における不正な行為(詐欺、名誉毀損、違法薬物の取引等)を防止し、高度情報通信社会の健全な発展を実現させることに目的がある(1条参照)。現在は、インターネットによって無数の人間が瞬時に結ばれることによって、現実社会とは異なるネットワーク社会が形成されるが、そこにおいては、現実社会と同様の各種の社会的活動や経済活動(取引行為)が行われる。他人の識別情報を無断で入力する「成り済まし行為」は、ネットワーク社会への不正な方法による参加であり、各種の不正な行為の出発点であり温床である。

この意味で、不正アクセス行為は、ネットワーク社会における不正な行為の予備的な行為であるといえる。もっとも、本来の予備罪は、一定の限られた重大犯罪の準備行為に限って処罰の対象とするものであるが、不正アクセス行為は、特定の重大犯罪の準備行為であることの危険性に着目して処罰の対象とされるものではない。準備行為というよりも一層広く、アクセス制御機能に対する社会的信頼を害する行為という危険性に着目して処罰されるのである。不正アクセス行為については、保護法益(の外延)が必ずしも明確ではなく、また、ネットワーク社会における予定された不正行為の前提としてのアクセス行為自体を処罰の対象とするものであるから、刑事処罰の早期化の典型的な場面である。もっとも、現代社会においては、無数に存在するネットワーク社会への参加を多数の国民が日々活発に行っており、そこにおいて瞬時に行われる重大な加害行為を事前に刑事規制の対象にしようとするものの立法事実は十分に備わっていると考えられる。

## IV 保護法益論の意義と展望 — 行動ルールの形成とシステムの安全・保護

### 1 刑事処罰の範囲(対象と限界)を画するための法益概念

これまで見てきたところからも明らかなように、当該犯罪の保護法益が何であるのかが検討され議論されるのは、結局のところ、ある行為についての構成要件該当性の

判断の場面であり、それは刑事処罰の範囲(対象と限界)を明らかにする場面に他ならない。これは、第1次的には当該事案への適用が考えられる刑罰法規の構成要件の解釈論として行われるが、刑罰法規の解釈による対応が困難ないし不可能な場合には立法論として現れることになり、実際にも、現在では数多くの特別刑罰法規の制定として具体化している(現在は、「刑事立法の時代」といわれる)。

## 2 刑事処罰の範囲(対象と限界)を実質的に画するもの

刑事法の解釈適用に関して議論の対象とされる犯罪類型(構成要件)、あるいは注目判例であるとして多くの判例評釈がなされる事案というのは、定型的な法解釈による解決には馴染みにくい場面であり限界事例であることが多い。これらの事案の解決に当たっては、その時々々の社会状況や犯罪動向、そして国民の意識を抜きにすることができないのが実情である。つまり、刑事処罰の範囲(対象と限界)を探るための手掛かりとされてきた保護法益は、その当時の社会状況や国民の一般的な意識と無関係ではあり得ない。ある特定の時点における具体的な人間社会において、「何を、どのような攻撃行為から、いかなる程度において保護すべきか(守られるべきか)」は、所与のものではなく、社会の状況や国民の意識によって具体的・実質的に形成されるものである。そして、それが刑事処罰によってでも保護されるべき利益であるか否かについても、同様である。

結局のところ、刑事法における保護法益は、当該の犯罪類型(構成要件)の性質論等の刑事法上の抽象的な議論だけから演繹的に導き出すことができるものではなく、その当時の社会状況や国民の行動様式や意識を踏まえた具体的な人間社会における個別事件の具体的な司法的解決の中で示される結果と内容を分析することによって、その詳しい内実が真に明らかになるものと考えられる。つまり、保護法益というものは、科学技術の高度化・複雑化とそれに伴う社会状況の変化、それらにより影響を受ける人間の行動様式や意識の変化によって大きく変動し得るものであり(法益の侵害や危殆化は人間社会の「副作用」である)、また、保護法益は人間社会の中で新しく形成されるものでもある(他方で、保護法益性が消滅していくものもある<sup>(35)</sup>)。憲法における「新しい人権」の議論も同様のものである。生命や身体に対する罪の法定刑が重い方向へと変更され、あるいは、具体的な量刑が重くなっているのは、生命や身体という利益の重要性が社会において高まっていることを意味するものである。さらに、生命や身体に対する過失犯の成立が積極的に認められるようになってきているということは<sup>(36)</sup>、生命や身体に対する過失による攻撃行為を危険犯的に理解して生命や身体を手厚く保

護しようということでもある。つまり、保護法益は、保護の要否や保護の程度(重要性)が変動し得るものであり、決して固定的に考えることはできない。ある犯罪が侵害犯であるのか危険犯であるのかも、その犯罪の保護法益をどのように考えるのかによって変わってくる。

我が国の刑罰法規の基本法である刑法典は、法文が簡潔で解釈の余地を多く残している。そして、刑法典は基本法であるが故に政治的な思惑も影響して、これまでは大きな法改正は少なかったものの、具体的な事件内容(侵害された利益の内容や侵害行為の態様等)を踏まえた上での法文の柔軟な解釈適用や幅の広い法定刑を活用して、個々の事件については概ね適切妥当な解決が行われてきたといえるであろう。他方で、国民を取り巻く社会状況の変化を受けて、国民にとって重要な利益を脅かすものとして明確な否定的判断を示すべきであるとされる攻撃行為については、特別刑罰法規の制定によって対応が行われてきた(その例は多いが、組織的犯罪処罰法、不正アクセス禁止法、児童買春・児童ポルノ処罰法、ストーカー規制法、配偶者暴力防止法等がある)。そして、一般的に、これらの特別刑罰法規には、重罰化、処罰の拡大化と早期化の傾向が見られる。

伝統的な犯罪に関しては、その保護法益が何であるのかは比較的明確であるが、最近の新しい特別刑罰法規に対しては、保護法益が明確でない、抽象的で曖昧である等の指摘がなされている<sup>97)</sup>。現代の社会において、このような性格の利益であっても国民にとっては「刑事規制を手段とする保護に値する」との評価を行うことができるか否かについては、いうまでもなく不断の実証的な検証が必要である。日々数多くの具体的な事件の処理を行う捜査機関や司法機関、そしてこれに関わる者は、日常の事件処理を行う中で刑事法上の保護に値するか否かの見極めを行い、それを立法機関(あるいは、法律案を作成する行政機関)に伝えることによって、適切な刑事処罰の範囲(対象と限界)を探っていくことが求められる。

このような意味で、従来型のややもすれば抽象的で演繹的な保護法益論のみによって刑事処罰の範囲を画していくというアプローチ方法には限界があり、上記のⅡとⅢで概観した判例においてもこのことを窺い知ることができる。

### 3 保護法益と行動ルールの形成

現代社会においては、従来型の抽象的な保護法益論によって刑事処罰の範囲を画することには、刑法犯においてすら、詐欺罪の例を見れば分かるように、自ずと限界があること、そして、経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪に代表される現代型犯罪にお

いては、保護法益自体が抽象的で曖昧性を有し漠然とした広がりをも備えたものであり、そこから効果的な法解釈を行うことは必ずしも容易でないことを踏まえる必要がある。

保護法益が拡散化(希薄化)することは、保護法益ないし侵害原理の側からの刑事処罰の議論がもはや困難になっていることを意味するが、抽象的で曖昧性を有しつつも、国民の側から刑事法による保護が期待されている利益、例えば、〇〇〇〇〇の平穩、△△△△△というシステムに対する信頼、というものが増えているという現実、裏返せば、〇〇〇〇〇の平穩、△△△△△というシステムを危うくする行為がなされないことを国民は強く期待している、ということであろう。刑事法によって保護されるべき(保護が強く期待される)利益が現実に極めて多様な広がりを見せつつある今日の社会では、その利益の内実(刑事法による保護の是非と程度)を不断に検証して明らかにするだけでなく、国民の側にそのような利益を尊重するために遵守することが要請される行動ルールの形成と呈示(行為規範化)へと視点の転換を行うことが必要ではなからうか。この意味で、従来の保護法益論は、国民に遵守することを要求する行動ルールを形成してこれを明らかにしていく、という形へと軸足を移していく(あるいは、視点を転換する)ことになると考える。

現代社会においては、国民は多くの(漠然としたものを含めた)不安を抱えているといわれる(危険社会)。自分自身の、あるいは自分を取り巻く社会の重要な利益を守るために、「刑事処罰という(安全のための)保護手段」に期待するところがかなり大きいと考えられる。それは、他の諸制度(行政上の救済、民事法の損害賠償や差止め等)が十分な機能を果たし得ないというところにも理由がある(38)、刑事処罰が実効性を備えることによって、〇〇〇〇〇ということは行ってはならない、という強固な行動ルールが機能することになり、ここに刑事法に対する国民の期待の実質的な根拠があるといってもよいであろう。また、現代社会は、通信や交通手段が著しく発達し、国内外を問わず人の移動や交流が盛んである。価値観が全く異なる他人と接することは珍しくない。そうなると、遵守が求められるルールに大きく違反した行為者に対する効果的な制裁に裏打ちされた行動ルールの形成という機能の重要性は、さらに増すことになり、それを支えるものとしての実証的な保護法益論ということがいえるであろう。さらにいえば、国民が遵守を求められる行動ルールこそが刑事法の領域における(究極の)保護法益であるということができるといえるであろう。

そして、先に検討した最近の判例も、このような方向性を示しているように思われる。伝統的な刑法犯である詐欺罪について、他人名義のクレジットカードの利用や預金通帳の不正な受領等のケースについて、財産犯という側面よりも、相手方との取引



ないし取引類似の場面において、○○○○○という財物との関係で△△△△△という行動に出ることは「取引上の信義則に違反する重大なルール違反である。」という点を実質的な根拠にしての詐欺罪成立、という説明が行われているようにも思われる。また、経済犯罪であるインサイダー取引についていえば、「証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を裏切るような実質的なルール違反行為」に当たるか否か、環境犯罪である廃棄物処理法違反についていえば、生活環境の保全及び公衆衛生の向上という観点から、「他人に迷惑をかけることのないように所定の手順に従って廃棄物を処理するというルール」を守っているか否か、という点に着目しているように思われる。これらの判例においては、侵害原理よりもルール違反という行為規範違反からのアプローチが採られているのである。

従って、今日における保護法益論の意義についていえば、国民のために刑事法上の保護が求められる利益であるか否かの検証を具体的・実質的に行い(実証的な保護法益論のアプローチ)、国民にとって重要な利益を危険に晒すことがないように国民に遵守を求め行動ルールを形成して呈示することにあると考える(「国民が遵守すべき行動ルールの形成機能」)。そして、重大なルール違反行為については、重大な結果を具体的に・現実的に引き起こす可能性があるとして、早い段階からの刑事処罰が正当化されるであろう。

以上のような過程を経ることによって、伝統的な保護法益論は「行動ルールの遵守という行為規範化」という形となって展開されることになる。違法性論における結果無価値論(結果不法)と行為無価値論(行為不法)は、刑事法分野における諸問題や具体的事例の解決において接近を強めていることも、これと整合するものである。

これらの点で、ドイツの刑法学者であるギュンター・ヤコブスが主張する、刑法の任務が法益の保護にあることを否定して社会における規範の妥当性の維持・確証にあるとする見解(規範確証説)には傾聴すべき点があると思われるが、法益の保護を排除することについては、なお検討を要するであろう<sup>39)</sup>。

#### 4 刑事法によるシステム(制度)の安全と保護

このように、従来の保護法益論は、「国民が遵守すべき行動ルールの形成機能」という形で新たに展開していくことが期待されるが、このことは、科学技術の著しい進歩(高度化と複雑化)とそれに伴う社会状況の変化、それらにより影響を受ける人間の行動様式や意識の変化、さらには多くの国民の移動の活発化と相互の接触ないし交流の増大という現実には照らせば、個々の国民が遵守すべき行動ルールの分厚い積み重ね又

は行動ルールの大きな束ともいえる、現在の多くの国民の具体的な日常生活の基盤となっている様々なシステム(制度)の安全と保護のために、刑事法が一定の役割を果たすこと、そして、そのことが国民が刑事法に対して期待しているものであること、を意味することになる<sup>(40)</sup>。今日の国民の日常生活の基盤となっている様々なシステム(制度)は、それに関わる全ての者が期待された行動に出ることによって十分な機能が発揮されるものであって、それにより国民の安全と保護が真に実現されるといってよい。

ここでいうシステム(制度)は、個々の国民の利益を離れた抽象的な性格を有する社会公共的な利益というものではなく、全体主義的な国家的利益でもない。国民1人ひとりの日々の重要な具体的な利益に直結し、あるいはその前提となるものであって、単なる普遍的法益(Universalrechtsgüter)とは異なるものである。例えば、①日常生活場面では、銀行取引やクレジットカード取引が安全に機能し信頼を寄せ得るものであること、②証券取引の場面では、証券市場の公正性と健全性が保たれており、一般投資家が安心して証券市場に参加できるものであること、というものである。そして、既に刑法典においても、支払用カード電磁的記録に関する罪(163条の2以下)として具体化されているのである。

なお、刑事法上の保護の対象となるシステム(制度)についても、当然ながら、社会状況の変化による影響はあり得る。今後の刑事法実務と刑事法学の課題は、「いかなるシステム(制度)について、どのような攻撃から、いかなる程度において保護されるべきか(守られるべきか)」を、実証的に検証していくことにあると考えられる。そして、この萌芽は、本稿のII3(2)で検討を行った詐欺罪に関する最近の最高裁判例の中に既に存在している。

今日の刑事法の役割ないし機能をこのように理解することは、刑事処罰(刑事制裁)について政策的な要素を相当程度認めることになるが、刑法理論上の大きな問題はないと考える。

## V おわりに

保護法益という歴史性があり根本的な概念について、現代型犯罪と関連させながらの議論が盛んになされつつある。そして、最近の保護法益論に関する論考を見ると、保護の範囲が不明確であることを理由として、経済犯罪や環境犯罪における処罰範囲の拡大傾向や最近の特別刑罰法規の増大に対して批判的なものが少なくないように見受けられる。また、保護法益論と直接関連付けられているわけではないが、最近の詐欺罪の解釈適用の拡大化に対する批判的な論考は少なくない。

そのような中で、本稿では、科学技術の著しい進歩(高度化と複雑化)とそれに伴う社会状況の変化等を前提として、詐欺罪、そして経済犯罪や環境犯罪等の現代型犯罪について、刑事処罰の積極化に賛成する立場から、若干の検討を行ってみた。私の能力の限界もあり、保護法益論における基礎的で根底に存在する問題点についての十分な検討には至らなかったが、その代わり、限られた範囲ではあるが、保護法益論が最近の判例の中でどのように用いられているのかを明らかにしようとしてみた。そして、私自身の考え方の方向性として、①保護法益は刑事処罰の範囲(対象と限界)を明らかにするという面においては、刑事処罰の発動によって守られるべき利益は、社会状況の変化や国民の意識を基に具体的・実質的に考えられるべきものであること(実証的な保護法益論)、②伝統的な保護法益論は、「国民が遵守すべき行動ルールの形成機能」として展開されるものであること(行為規範化)、③刑事法によるシステム(制度)の安全と保護が積極的に期待されること、を最近の最高裁判例の傾向と関連付けながら論じてみた。

もとより、私自身の理解の不十分さ由来する誤解部分や、基礎理論に支えられていない脆弱な立論である等の批判は覚悟しているが、拙いなりにも若干の問題提起につながれば幸いである。

保護法益論という壮大かつ深遠なテーマについて無謀にも挑戦を行った本稿を1つのきっかけとして、刑事立法の増加や重罰化等の議論を含めて、さらなる研究を深めていきたい。その際には、①刑事処罰と行政や民事法による救済との関係ないし役割分担、②刑事法の利用者であり最大の利害関係者である「国民」にとって「目が届く」「理解できる」「納得し信頼を寄せる」刑事司法の実現という発想が不可欠であると思われる。

---

**【註】**(1) 個人的法益に対する罪、社会的法益に対する罪、国家的法益に対する罪に分ける3分説が一般的である。この内、現在では個人的法益に対する罪が最も重視されている。これに対して、生活領域別に刑罰法規の機能面に着目した犯罪の分類を行うものとして、平川宗信『刑法各論』(1995年)。

(2) 保護法益に関する最近の論考の例として、嘉門優「法益論の現代的展開 — 法益論と犯罪構造 —」國學院法学44巻4号(2007年)97頁以下、松宮孝明「法益論の意義と限界を論ずる意味 — 問題提起に代えて —」刑法雑誌47巻1号(2007年)1頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌47巻1号(2007年)36頁以下、嘉門優「行為原理と法益論」立命館法學2009年5・6号(2010年)192頁以下。さらに、日本刑法学会第88回大会(2010年)研究報告の嘉門優「法益論の現代的意義」。

(3) 最近の刑事立法の動向につい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) 処罰の拡大化・早期化の例として、不正電磁的記録カード所持罪(刑法163条の3)、特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律(ピッキング防止法)、金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律(その後、犯罪による収益の移転防止に関する法律に引き継がれている。)等がある。処罰の早期化を含む刑罰積極主義について述べたものとして、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)。

(5) 経済犯罪、環境犯罪、ハイテク犯罪は、歴史的に新しい犯罪形態であり、特別刑罰法規の改正や新設、法定刑の変更が頻繁に行われており、刑事処罰の範囲や程度が安定していない領域であり、解釈論上の視点として保護法益論がどのような機能を持ち得るのかが問題とされる犯罪形態である。

(6) 前掲(2)に上げた最近の論考以外の保護法益に関する論考の例として、伊東研祐『法益概念史研究』(1984年)、甲斐克則「刑事立法と法益概念の機能」法律時報75巻2号(2003年)7頁以下、高橋則夫「刑法的保護の早期化と刑法の限界」法律時報75巻2号(2003年)15頁以下、曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』(2004年)43頁以下。

(7) 個人的法益に対する罪の多くは、殺人罪や傷害罪や窃盗罪を初めとして、侵害犯である。危険犯は、遺棄罪や名誉毀損罪等に限られている。

(8) 最判昭和51年4月30日刑集30巻3号453頁。さらに、ファクシミリが受信して印字した文書について文書性を肯定した広島高岡山支判決平成8年5月22日高刑集49巻2号246頁。

(9) 最判昭和44年6月18日刑集23巻7号950頁。

(10) 最決和56年4月8日刑集35巻3号57頁(交通事件原票中の供述書)、最判昭和59年2月17日刑集38巻3号336頁(再入国許可申請書)、最決平成11年12月20日刑集53巻9号1495頁(顔写真を貼り付けた履歴書)、最決平成15年10月6日刑集57巻9号987頁(国際運転免許証に酷似した書面)等。

(11) 学説においても通説であるとされる。なお、信頼保護説によると、職務の公正に信頼を寄せる国民の側からは、当該公務員が職務として影響を与えるように感じられるか、という点が重要な要素となるであろう。

(12) 最決平成元年5月1日刑集43巻5号405頁。

(13) 判例はこの問題について明確な立場を示していないが、関係する判例として、最判昭和33年3月19日刑集12巻4号636頁(親の所へ連れて行くと騙して車に乗せたケース)、最決昭和38年4月18日刑集17巻3号248頁(強姦目的を隠して原動機付自転車荷台に乗せたケース)。

(14) 大型の経済事犯の多くは最終的には詐欺罪の適用を受けることが多く、詐欺事件は経済刑法の主要な領域であるとされている。神山敏雄他編『新経済刑法入門』(2008年)16頁。

(15) 詐欺罪に関する最近の最高裁判例について、主として財産的損害という視点から検討を行ったものとして、上寫一高「詐欺罪の課題と最近の最高裁判例」刑事法ジャーナル13号(2008年)61頁以下。

(16) 最高裁民事判例(最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁)が明らかにしている。この民事判例に対する理解の仕方が、誤振込金の引出しに関する刑事法の解釈論に影響を与えている。財産犯の分野における民事法と刑事法の関係という問題でもある。

(17) 最高裁決定に対して批判的なものとして、門田成人「最新判例演習室 — 詐欺罪の限定解釈におけるループホール」法セミ2010年10月号(2010年)139頁は、詐欺罪はセキュリティ保護の罪ではないとしている。

(18) 詐欺罪の保護法益として社会的法益を含めようとするものとして、長島敦『刑法における実存と法解釈』(1986年)117頁以下。

(19) 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、詐欺罪に関する最近の判例の検討を通して、消費者保護の強化、騙す側の行為の悪質性の高さ、一般人により見抜けない欺罔行為の高度化を上げて、詐欺罪の処罰範囲は拡大せざるを得ないとしている。

(20) 例として、臓器移植法(1997年)、組織的犯罪処罰法(1999年)、不正アクセス禁止法(1999年)、児童買春・児童ポルノ処罰法(1999年)、クローン技術等規制法(2000年)、あっせん利得処罰法(2000年)、ストーカー規制法(2000年)、配偶者暴力防止法等(2001年)。

(21) 経済刑法に関する本格的な研究書として、芝原邦爾『経済刑法研究 上・下』(2005年)。経済刑法の分野における諸問題を網羅的に取り上げたものの例として、前掲(14)『新経済刑法入門』。経済刑法に関するこれまでの議論を振り返ると共に今後を展望するものとして、島田聡一郎「経済刑法」ジュリスト1348号特集「刑法典の百年」(2008年)94頁以下、川崎友巳「経済刑法」法律時報81巻6号(2009年)74頁以下。経済刑法の分野の判例を網羅的に収録したのものとして、芝原邦爾他『ケースブック経済刑法〔第3版〕』(2010年)。さらに、「特集 経済活動と刑法」刑法雑誌47巻2号(2008年)234頁以下(日本刑法学会第85回大会(2007年)共同研究)。

(22) 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。これと同趣旨のものとして、上田正和「対向的取引と特別背任罪の共犯」大宮ローレビュー3号(2007年)20頁。

(23) インサイダー取引の保護法益について、判例は、証券市場の公正性と健全性に対する一般投資家の信頼の確保であるとしている。この他に、証券市場の公正性と健全性それ自体であるとする説(金融商品取引法1条の規定に忠実な考え方)、証券市場の公正性と健全性と共にそれらに対する一般投資家の信頼の確保とする説がある。

(24) さらに、東京高判平成21年2月3日高刑集62巻1号1頁〔村上ファンド控訴審判決〕は、「証券取引法167条2項の『決定』に該当するといえるためには、決定に係る内容(公開買付け等、本件でいえば、大量株券買集め行為)が確実に行われるという予測が成り立つことまでは要しないが、その決定にはそれ相応の実現可能性が必要であると解される。」としている。

(25) 包括条項(バスケット条項)の適用を行った判例として、最判平成11年2月16日刑集53巻2号1頁〔日本商事事件〕、東京地判平成4年9月25日判時1438号151頁〔マクロス事件〕。

(26) 相場操縦に関する主な判例として、最決平成6年7月20日刑集48巻5号201頁〔協同飼料事件〕、最決平成19年7月12日刑集61巻5号456頁〔大阪証券取引所オプション取引事件〕。

(27) 環境犯罪(環境刑法)に関する研究書の例として、伊東研祐『環境刑法研究序説』(2003年)、町野朔編『環境刑法の総合的研究』(2003年)、中山研一他編著『環境刑法概説』(2003年)。

(28) 環境犯罪の保護法益について整理したものとして、町野編・前掲(27) 80頁以下、中山他・前掲(27) 11頁以下、西田典之『環境犯罪と証券犯罪』(2009年) 67頁以下。

(29) 3判例について総合的な検討を行ったものとして、小名木明宏「廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反3事件」刑事法ジャーナル10号(2008年) 157頁以下。

(30) 「特集・インターネット犯罪対策の現状と課題」刑事法ジャーナル15号(2009年) 2頁以下。ハイテク犯罪への対応について、犯罪捜査という観点から詳細に検討したものとして、大橋充直『図解・実例からのアプローチ ハイテク犯罪捜査入門 — 基礎編 —』(2004年)。

(31) ハイテク犯罪の現状について、『平成21年版 犯罪白書』(2009年) 34頁以下、『平成22年版 警察白書』(2010年) 74頁以下。

(32) 電子計算機使用詐欺罪について、システム(制度)そのものを保護の対象にすることに批判的な見解として、鈴木左斗志「電子マネーの取得」『刑法判例百選II各論[第6版]』(2008年) 116頁以下。

(33) これに対して、情報としてのわいせつ画像データがわいせつ図画に当たるとしたものとして、岡山地判平成9年12月15日判時1641号158頁。

(34) 同法についての逐条解説書として、『逐条 不正アクセス行為の禁止等に関する法律〔補訂第2版〕』(2008年)。

(35) 刑法典を初めとする刑罰法規から削除された犯罪(構成要件)は、刑事処罰によって保護されるべき利益が消滅したものといえる。

(36) 過失犯の注意義務に関する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〕がある。

また、欠陥製品による人身被害についての刑事責任を認めた例として、横浜地判平成19年12月13日判タ1285号300頁とその控訴審である東京高判平成21年2月2日公刊物未搭載〔三菱自動車事件〕や東京地判平成22年5月11日公刊物未搭載〔パロマ事件〕がある。

(37) 「普遍的法益」であるとしてその問題性を指摘するものとして、松宮・前掲(2)、嘉門・前掲(2)「法益論の現代的展開」、曾根威彦・二本樹誠「企業犯罪と保護法益」『企業活動と刑事規制』(2008年) 25頁以下。

(38) 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詳細にかつ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)。

(39) 法益保護主義に関するドイツの議論状況を紹介するものとして、川口浩一「ドイツにおける法益保護主義批判とそれに対する反論」刑法雑誌47巻1号(2007年) 15頁以下。

(40) 松澤伸「企業犯罪の現状と企業刑法の構想」『刑法は企業活動に介入すべきか』(2010年) 46頁は、企業犯罪の多発という現実に対して、刑法は社会統制機能を発揮しなければならないとする。企業活動に起因して発生した事故について、直接行為者ではない企業の経営者に過失犯を成立させ

よととする最近の判例・実務は、過失犯における注意義務論(監督過失や管理過失)を通して事実上同様の効果をもたらすものである。

システム(制度)の安全と保護ということに対して否定的な見方を示すものとして、曾根・二本榎・前掲(37) 28頁。





# 死刑執行と行政訴訟

早川和宏

---

I	はじめに — 死刑「執行」の行政法上の意味 —	34
II	死刑執行・執行停止手続の概要	35
III	死刑執行・執行停止手続に対する行政訴訟の可能性	38
IV	個別的検討	43
V	おわりに — 心神喪失状態の確定手段 —	49

---

## I はじめに — 死刑「執行」の行政法上の意味 —

2010(平成22)年7月28日、千葉景子法務大臣(当時)の命令により、2名の死刑が執行された。同大臣は死刑執行に立ち会った、おそらく初めての法務大臣であるとのことである<sup>(1)</sup>。

刑事訴訟法(以下「刑訴法」という。)475条1項によれば、「死刑の執行は、法務大臣の命令による」とされている。上記千葉大臣の命令の根拠は、ここにあるわけである。ところで、同法472条1項本文は、「裁判の執行は、その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する」としていることから、法務大臣の命令行為とは別に、検察官の執行指揮行為が存在することになる。この執行指揮行為は、行政法上、いわゆる処分として認識されていると思われる。

例えば、行政不服審査法(以下「行審法」という。)4条は、処分についての不服申立てに関する一般概括主義を定めているが、1項但書各号に該当する場合には、審査請求・異議申立てをなすことはできないとしている。そして、同項2号では「裁判の執行として行われる処分」を、同項6号では「刑事事件に関する法令に基づき、検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う処分」を挙げている。前者の例としては、非訟事件手続法163条の定める、過料の裁判の執行のためにする検察官の命令がある<sup>(2)</sup>。後者については、刑訴法430条の準抗告手続などが整備されており、同法に基づいて刑事事件が一体的に処理されているため、権利救済についてもそちらに委ねることが適切であると考えられたため、行審法の適用除外とされていると、一般に説明されている<sup>(3)</sup>。

また、行審法4条1項と同じく、行政手続法(以下「行手法」という。)3条の適用除外規定においても、1項2号では「裁判の執行として行われる処分」が、5号では「刑事事件に関する法令に基づいて検察官、検察事務官又は司法警察職員がする処分」が挙げられている。

検察官の執行指揮行為が、行審法4条1項2号に該当するのか6号に該当するのか、同様に、行手法3条1項2号に該当するのか5号に該当するのかといった点については

<sup>(1)</sup>法務省“法務大臣臨時記者会見の概要 2010(平成22)年7月28日(水)”(Internet) <http://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08.00052.html> (参照2010-9-17)。

<sup>(2)</sup>室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタール行政法I 行政手続法・行政不服審査法【第2版】』353頁〔渡名喜庸安〕(日本評論社・2008(平成20)年)。田中信次・加藤泰守『行政不服審査法解説【改訂版】』57頁(日本評論社・1977(昭和52)年)参照。

<sup>(3)</sup>室井・芝池・浜川編・前掲書(注2)354頁〔渡名喜庸安〕、田中・加藤・前掲書(注2)62頁。

議論の余地があるにせよ<sup>(4)</sup>、両法が当該行為が処分であることを前提としている点について、異論はないと思われる。

ところで、行審法・行手法とは異なり、行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)には、先に挙げたような適用除外規定が置かれていない。そのため、死刑執行手続中に検察官の執行指揮行為のような「処分」が介在している場合には、当該処分に対して行訴法3条の定める抗告訴訟を提起できる余地が、理論上存在するように思える。すると、死刑執行手続中の処分につき、取消訴訟を提起するとともに執行停止を申し立てたり、差止訴訟を提起するとともに仮の差止めを申し立てたりすれば、その執行を回避することが可能となるようにも思える。また、刑訴法をはじめとする「刑事事件に関する法令」には、死刑の執行停止について定めるものもある。すると、死刑執行停止手続中の処分につき義務付け訴訟を提起するとともに仮の義務付けを申し立てれば、死刑執行を回避することも、可能となるようにも思える。果たして、そのようなことは理論的に可能なのであろうか?

本稿では、このような問題意識のもと、死刑執行・執行停止手続における行政訴訟の可能性を理論的に<sup>(5)</sup>検討してみたい。具体的検討に入る前に、現行法の定める死刑執行・執行停止手続を概観し、その中にいかなる行為が存在しているのかを確認することにする。

## II 死刑執行・執行停止手続の概要

### 1 死刑執行手続

死刑の執行は、刑訴法上の特別の定めがある場合を除き、裁判が確定した後になされる(刑訴法471条)。裁判の確定後、具体的な死刑執行手続は、以下の順でなされるとと思われる。

---

<sup>(4)</sup>室井・芝池・浜川編・前掲書(注2)47頁〔本多滝夫〕、南博方・高橋滋編『注釈行政手続法』98頁〔寺田友子〕(第一法規・2000(平成12)年)参照。

<sup>(5)</sup>周知のように、死刑については、その制度の存廃、絞首刑という執行方法の是非等、様々な議論がなされている。本稿は、あくまでも純理論的見地から死刑執行手続・執行停止手続に対する行政訴訟の可能性を検討するものであり、特定の思想・信条・事件とは無関係であることを予めお断りしておく。

### (1) 執行指揮検察官による上申

刑訴法472条の規定により刑の執行をすべき検察官(執行指揮検察官)の属する検察庁の長から法務大臣に対して、死刑執行に関する上申がなされる(執行事務規程<sup>(6)</sup>(以下「事務規程」という。)9条)。上申は、死刑執行上申書、裁判所不提出記録を含む訴訟記録及び裁判書の謄本を提出することにより行われる(同条)。

### (2) 法務大臣による死刑執行命令

法務大臣は、上申を検討の上、検察官に対して死刑執行命令(刑訴法475条1項)をなす。なお、同条2項本文により、死刑執行命令は判決確定の日から6カ月以内になさなければならないとされているが、これが事実上空文化していることは、周知のとおりである。

### (3) 検察官による死刑執行の指揮

法務大臣からの死刑執行命令を受け、検察官は、死刑執行指揮書により刑事施設の長に対して死刑の執行を指揮する(事務規程10条1項)。なお、刑訴法476条により、死刑執行の指揮は、法務大臣の死刑執行命令から5日以内になされる。こちらの期間は、死刑執行命令とは異なり、遵守されているようである<sup>(7)</sup>。

## 2 死刑執行停止手続

刑訴法は、2つの場合について死刑の執行停止を定めている。その1は「死刑の言渡しを受けた者が心神喪失の状態に在るとき」(同法479条1項)であり、その2は「死刑の言渡しを受けた女子が懐胎しているとき」である(同条2項)。何れの条文も、「法務大臣の命令によつて執行を停止する」としているため、死刑の言渡しを受けた者がこのような状況にある場合、法務大臣には執行を停止することが義務付けられていると解されよう。

もともと、刑訴法が2つの場合を規定しているとはいえ、死刑判決確定に要する日数を考えると、死刑の言渡しを受けた時点で懐胎している女子がいる可能性は少ないた

<sup>(6)</sup>執行事務規程は「裁判の把握並びに死刑及び自由刑の執行に関する事務の取扱手続を規定し、これを取り扱う職員の職務とその責任を明確にし、もってその事務の適正かつ迅速な運用を図ることを目的」(同規程1条)として定められた法務省訓令である。同規程の現時点における最終改正は、2008(平成20)年5月29日法務省刑総訓第819号であり、2008(平成20)年6月1日に施行されている。

<sup>(7)</sup>冒頭で取り上げた2010(平成22)年7月28日の死刑執行につき、法務大臣が死刑執行命令書に署名したのは同月24日であったようである。MSN産経ニュース「死刑執行命令書「法相は24日に署名した」民主・枝野幹事長が明かす」(Internet) <http://sankei.jp.msn.com/affairs/trial/100728/trl1007281250004-n1.htm> (参照2010-9-19)。

め<sup>⑧</sup>、以下では「心神喪失の状態に在るとき」についてのみ検討を加えることにする。  
心神喪失者にかかる死刑執行停止手続は、以下の順でなされていると思われる。

#### (1) 死刑の執行指揮検察官による報告

死刑の執行指揮検察官は、死刑確定者について刑訴法479条1項、2項に規定する死刑の執行停止事由があると認める時は、直ちに法務大臣に報告する(事務規程27条1項)

#### (2) 法務大臣による指揮

死刑の執行指揮検察官から報告を受けた法務大臣は、死刑の執行指揮検察官を指揮する(事務規程27条1項)。先に述べたように、心神喪失者への死刑執行停止は法務大臣に義務付けられていると解されるので、当該指揮は刑訴法479条1項の定める法務大臣による死刑執行停止命令としてなされることになろう。

#### (3) 死刑の執行指揮検察官による刑の執行停止書の作成

法務大臣から死刑執行停止命令を受けた死刑の執行指揮検察官は、刑の執行停止書を作成する(事務規程27条4項)。

#### (4) 死刑の執行指揮検察官による通知

死刑の執行指揮検察官は、刑の執行停止書をもって、死刑確定者が収容されている刑事施設の長に対して死刑の執行を停止した旨を通知する(事務規程27条4項)。

#### (5) 死刑の執行指揮がなされているときの停止指揮

死刑の執行指揮検察官は、既に死刑の執行指揮がなされているときは、その執行を停止する旨を直ちに指揮(事務規程27条4項)する。ただし、本稿III(3)で取り上げる東京地判S35.9.28が認定したところによれば、検察官の死刑執行指揮処分は、執行を行う日の前日はじめて刑務所長に内示され、正式に所長に伝えられるのは執行当日の朝であるというのであるから、死刑の執行指揮後にその執行を停止する旨の指揮がなされることは、時間的に困難であると解さざるを得ない。

### 3 小括

以上、死刑執行手続・執行停止手続につき、刑訴法及び事務規程の条文を手掛かりに概観した。そこで明らかになった事項をまとめると、表ようになる。

<sup>⑧</sup>最高裁判所事務総局「司法統計年報(平成21年)2刑事編」第19表によれば、通常第一審(地裁)が受理してからの平均審理期間が2.9か月、起訴から終局までの平均審理期間が、控訴審については10.1か月、上告審については16.5カ月とこのことであるので、一審で死刑判決が確定すればともかく、このように解して問題ないと思われる。裁判所HP「第19表 審級別平均審理期間及び通常第一審事件の平均開廷回数」(Internet) <http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B21DKEI19.pdf> (参照2010-9-19)参照。

表 死刑執行・執行停止手続の法的構造

手続	本稿での該当箇所	発	受	行為	根拠条文
死刑執行手続	II1 (1)	執行指揮検察官の属する検察庁の長	法務大臣	上申	事務規定9条
	II1 (2)	法務大臣	検察官	死刑執行命令	刑訴法475条1項
	II1 (3)	検察官	刑事施設の長	指揮	事務規定10条1項
死刑執行停止手続	II2 (1)	死刑の執行指揮検察官	法務大臣	心神喪失の状態に在ると認める旨の報告	事務規定27条1項
	II2 (2)	法務大臣	死刑の執行指揮検察官	指揮(死刑執行停止命令)	事務規定27条1項(刑訴法479条1項)
	II2 (3)	—	—	死刑の執行指揮検察官による執行停止書の作成	事務規定27条4項
	II2 (4)	死刑の執行指揮検察官	刑事施設の長	執行を停止した旨の通知	事務規定27条4項
	II2 (5)	死刑の執行指揮検察官	刑事施設の長	既に死刑の執行指揮がなされている場合の執行を停止する旨の指揮	事務規定27条4項

### III 死刑執行・執行停止手続に対する行政訴訟の可能性

#### 1 死刑執行・執行停止を行政訴訟で争うことの是非

##### (1) 問題の所在

そもそも死刑の執行は、確定した刑事判決に基づいてなされる。これに対して、死刑執行手続中の行為の取消訴訟・差止訴訟や、死刑執行停止手続中の行為の義務付け訴訟といった行政訴訟の提起が認められてしまうと、刑事判決との間に矛盾が生じるようにも思える。そこで、個別の手続中の行為について検討する前に、死刑執行・死刑執行停止手続中の行為を行政訴訟で争うことの是非について検討を加える。

##### (2) 否定例

取消訴訟・差止訴訟や義務付け訴訟ではないが、行政事件訴訟特例法1条に基づき、死刑受執行義務不存在確認訴訟を提起した事案に対する最高裁判例が存在する。当該判例の事案の概要は、以下のとおりである。

原告Xは、死刑判決が確定し、死刑執行を受ける立場にある者である。Xは、死刑の執行方法についての具体的な法律の規定がないとして、これが憲法31条の法定手続の

保障に反すること、執行方法が刑法に違反していること等を主張し、死刑確定判決の執行を現行の方法をもって執行される義務を負わないことの確認を求めた。

これに対して、最判S36.12.5<sup>(9)</sup>は、「およそ死刑を言い渡す判決は、裁判所が法律に従い当該事件につき国が具体的に現行法所定の執行機関及び死刑執行方法により当該被告人に対し死刑を執行すべき権利を有し被告人はこれを甘受すべき義務(ないし受けるほかない法律関係)あることを当然予定し肯定した上死刑に処すべきことを命ずる趣旨のものであることは多言を要しないところであつて、若し所論のように現在の法令による執行方法が違法であると主張するのであれば、かかる執行方法を前提とする刑事判決については刑訴法所定の方法によつて争うべく、このことなく、もしくはこのことのほかに更に行政事件訴訟特例法によつて死刑執行方法を争うのは、結局、実質上において、行政事件訴訟をもつて刑事判決の取消変更を求めることに帰し、かかる訴訟は許されないものといわなければならない」(下線は筆者による。以下同じ。)と述べ、Xの訴えを却下している。

最判S36.12.5中では明示されていないが、原審(次に取りあげる東京地判S35.9.28)からすると「刑訴法所定の方法によつて争うべく」というのは、同法502条であると考えられる。また、「執行方法が違法であると主張するのであれば」という判示からして、最判S36.12.5の射程は、ある程度限定されていると解することができよう。

最判S36.12.5は、行訴法によつて刑事判決の取消変更を求めることは許されないとする。これは、刑事裁判の既判力(一事不再理の効力)からすると当然とも思える。もっとも、既判力の及ぶ物的範囲については「訴因だけではなくこれと単一かつ同一の関係にある公訴事実の全体」と解されているようであるから<sup>(10)</sup>、この物的範囲を異にする限り、別訴の提起も可能ということにならう。そのように考えると、最判S36.12.5と同一の事案につき、死刑受執行義務不存在確認請求を本案とする死刑の刑事判決執行停止申請を認容した東京地決S34.6.30<sup>(11)</sup>における「本件は、確定した死刑の刑事判決を争うものではなく、右判決に基いて国が実施する具体的死刑執行方法の違法であることを争うものである。又刑事訴訟法第502条の不服申立方法に基く申立の許されない事件なのである。」とのXの主張は、一定程度説得力を有するようにも思える。

<sup>(9)</sup>民集15巻11号2662頁。

<sup>(10)</sup>裁判所職員総合研修所監『刑事訴訟法講義案—三訂版—』477頁(司法協会・2009(平成21)年)。

<sup>(11)</sup>行集10巻6号1219頁。

### (3) 肯定例

このような最高裁判所の判断に対し、東京地決S34.6.30の本案であり、最判S36.12.5の原審でもある東京地判S35.9.28<sup>(12)</sup>は、原告の請求を本案について理由がないとして棄却し、執行停止決定を取り消してはいるものの、訴えの提起自体は適法であるとしている。同一事案についての本案前の判断が、最高裁とは正反対となっているのである。東京地判S35.9.28は、およそ次のように述べている。

同判決は、先ず「刑事訴訟法の手続によつて裁判を受けその執行を受ける者が、右執行に関し検察官のした処分を不当とするときは、刑事訴訟法502条により当該裁判を言い渡した裁判所に対し異議の申立をすることができること、そして通常は刑事裁判の執行に関する不服申立の方法は右の方法によるべきことは、被告所論のとおりであり、これによりその救済が期待される限り、他の方法を許されないとしてもかくべつの不合理的はない」とする。そして、これに続けて、「しかし、右の方法によつては不当な執行処分からの救済が実質的に果されないような特別の場合には、制度として右のような方法があるとの一事によつては他の方法によつてこれが救済を求めることを拒み得ないものと解するのが相当である」とし、例外が存在する余地を認める。そして、死刑の執行は、執行後に不服申立てを認めても意味がないことから、他の刑の執行の場合とは著しく異なり、①法務大臣の命令があつたときは5日以内に執行しなければならないとされていること、②検察官の死刑執行指揮処分は、執行を行う日の前日はじめて刑務所長に内示され、正式に所長に伝えられるのは執行当日の朝であること、③受刑者が刑務所長から死刑執行指揮のあつたことを申し渡されるのは②の直後、つまり死刑の執行直前であり、ひとり導き入れられた刑場内の仏間においてであることを認定した後、「このような時点、このような状況において右指揮処分に対する異議がはたして十分に行われ得るであろうか、何人もよくこれを保証し得ないといわなければならない」と述べる。つまり、先ほど述べた「右(筆者注：刑訴法502条)の方法によつては不当な執行処分からの救済が実質的に果されないような特別の場合」に該当することを認定しているのである。このような認定を前提として、同判決は「死刑を言い渡された者の右死刑の執行に関する不服の申立方法を、上記刑事訴訟法502条の異議申立の方法のみに限ることの甚だ妥当を欠くことは明らかであるというべく、右受刑者はあらかじめ死刑の執行について他の方法の存するかぎり、その方法によつて裁判所に対し実質的に異議を主張して救済を求め得るものと解すべきである」と述べ、

<sup>(12)</sup>民集15巻11号2673頁。



Xの提起した死刑受執行義務不存在確認訴訟を適法であるとしている。

#### (4) 刑訴法502条の射程範囲

ここで取り上げた判例・裁判例は、いずれも行政事件訴訟特例法時代のものである。同法1条は「行政庁の違法な処分<sup>13</sup>の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる。」と定めており、この「公法上の権利関係に関する訴訟」として本件訴訟が提起されたものと思われる。これは、現行行訴法でいうならば、4条後段の実質的当事者訴訟に該当すると考えられる。もっとも、現行行訴法には、処分差止訴訟が法定されていることから、死刑執行手続中の行為に処分性が認められるならば、公法上の当事者訴訟(としての確認訴訟)ではなく、差止訴訟を選択すべきということになる。

行政事件訴訟特例法時代と現行法とでは訴訟手段が変わったとはいえ、最判S36.12.5を前提にするならば、死刑執行を争う場合については「刑訴法所定の方法によって」すなわち、刑訴法502条によって争うべきとされ、差止訴訟を含む「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことは、やはり許されないと考えられる。これを逆から言えば、刑訴法502条によって争うことができない場合については、最判S36.12.5の射程は及ばないことになる。そこで、刑訴法502条の射程範囲を検討することにした。

#### (5) 刑訴法502条の射程範囲

刑訴法502条は、「裁判の執行を受ける者又はその法定代理人若しくは保佐人は、執行に関し検察官のした処分を不当とするときは、言渡をした裁判所に異議の申立をすることができる」と定める。この文言からすると、同条の異議の申立ての対象が「(裁判)執行に関し検察官がした処分」に限定されていることは明らかである。更に、大決S13.6.25<sup>(13)</sup>は、現行刑訴法502条の前身である当時の同法562条<sup>(14)</sup>にいう「所謂裁判ノ執行ニ関スル検事ノ処分トハ検事カ刑事訴訟法ノ規定ニ基キテ為ス裁判ノ執行ニ関スル処分ヲ指称スルモノナルコト勿論ナリ」と述べている。文言の類似性からすると、現行刑訴法502条と当時の同法562条の解釈を異にすべきとは考えられないため、現行の刑訴法502条についても、「刑訴法の規定に基づいて裁判の執行に関して検察官

<sup>(13)</sup>大刑集17巻497頁。

<sup>(14)</sup>当時の刑訴法562条の文言は「裁判ノ執行ヲ受クル者又ハ其ノ法定代理人、保佐人若ハ夫執行ニ関シ検事ノ為シタル処分ヲ不当トストキハ言渡ヲ為シタル裁判所ニ異議ノ申立ヲ為スコトヲ得」(なお、漢字は新字体にした。以下同じ。)というものであった。

がした処分」と解してよからう。

次に、刑訴法502条の異議の申立ての時期について、最決S36.8.28<sup>(15)</sup>は「原決定は…検察官において未だ当該裁判の執行指揮その他の処分をしない以前において、本条による異議申立てをなしえない旨判断しており、右判断は正当である」と述べている。したがって、同条による異議の申立ては、検察官が処分をした後にしかなし得ないということになる。

以上の条文、判例を前提とすると、刑訴法502条の異議の申立てが認められるのは、①検察官が(法文より)、②刑訴法の規定に基づき(大決S13.6.25)、③裁判の執行指揮その他の処分をした場合(最決S36.8.28)、ということになる。すると、①検察官によらない場合、②刑訴法以外の規定に基づく場合、③裁判の執行指揮その他の処分がなされていない場合は、刑訴法502条の定める異議の申立てをなすことはできないことにならう。

## 2 検討

以上の刑訴法502条に関する検討を前提として、死刑執行・執行停止手続中の行為を行政訴訟で争うことの是非について考察してみたい。

先に述べたように、刑訴法502条の射程は、かなり限定されたものであると解される。すると、同条に該当しない場合について行政訴訟を提起することは可能であると解されよう。もっとも、仮に、同条に該当しない場合であっても、最判S36.12.5がいう、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことは許されないと解釈は、説得力を有する。同最判は「現行の死刑執行方法をもって執行される義務を原告が負わないことを確認するとの判決」を求めた事案に係るものであった。このような訴えを認めれば、同最判のいうとおり「刑事判決の取消変更」という効果が発生することは、否定し難いからである。

もっとも、東京地決S34.6.30でXが主張したように、死刑判決の既判力の及ぶ物的範囲が、具体的死刑執行方法の違法についてまでは及んでいないと解する余地もある。そのように解すれば、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ものではないとの立論も可能であろう。しかし、死刑判決を下した刑事裁判手続内において、具体的死刑執行方法が憲法36条の禁止する残虐な刑罰に該当する旨の主張等をすることはできたはずである。すると、そのような主張をしていた場合には、死刑判決の既判力の及ぶ物的範囲内に具体的死刑執行方法が入るため行政訴訟を認めることはできず、逆に、主張していなかった場合には行政訴訟を認めることができるとい

<sup>(15)</sup>刑集15巻7号1301頁。

う解釈を許すことになる。これは、既判力の物理的範囲及び行政訴訟の可否を主張の有無に委ねる結果となるため、妥当ではあるまい。

以上より、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項であっても、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことになる場合には、行政訴訟の提起は認められないと考えるべきであろう。これを逆から言えば、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項であり、かつ、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことにならない場合については、行政訴訟を認める余地があることになる。そこで、本稿IIにおいて検討した死刑執行手続・執行停止手続中の行為につき、行政訴訟の可能性を検討することにしたい。

## IV 個別的検討

### 1 死刑執行手続

死刑執行手続としては、①執行指揮検察官による上申、②法務大臣による死刑執行命令、③検察官による死刑執行の指揮が存在した。それぞれの行為につき、処分性を肯定することができれば、行為前であれば差止訴訟+仮の差止めの申立て、行為後であれば取消訴訟+執行停止の申立て、といった手段を用いることが、一応想定し得る。また、処分性を否定した場合については、「上申」「死刑執行命令」「指揮」をなされない地位にあることの確認の訴え等の当事者訴訟を用いることが、一応想定し得る。しかしながら、何れの法的手段も最判S36.12.5にいう、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」という効果を生じてしまうことは否定できない。そのため、死刑執行手続を行政訴訟で争うことは、訴訟要件を満たすか否かという問題以前に、否定されることになる。

### 2 死刑執行停止手続

#### (1) 死刑執行停止手続を行政訴訟で争うことの可否

先に検討したように、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項であり、かつ、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことにならない場合については、行政訴訟を認める余地があると解される。では、死刑の言渡しを受けた者が心神喪失の状態にあるとき(刑訴法479条1項)の死刑執行停止手続中の行為を、行政訴訟で争う余地はあるのであろうか。

この死刑執行停止手続は、刑訴法上明文の規定で認められているものであり、かつ、心神喪失の状態が回復するまでの間、法務大臣の死刑執行命令を差し止める効力を有す

るに過ぎないものである(刑訴法479条3項参照)。すると、法務大臣の死刑執行停止命令を、「刑事判決の取消変更を求める」ものと解することはできないであろう。なぜならば、刑訴法は、死刑執行停止命令が死刑判決に影響を与えないことを前提としているがゆえに、心神喪失の状態が回復した後は、新たな判決を得ることなく死刑の執行をなす権限を、法務大臣に付与していると解されるからである(刑訴法479条3項)。

したがって、死刑執行停止手続中の行為のうち、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項については、行政訴訟の提起が可能であると考えられる。そこで、死刑執行停止手続中の行為につき個別的に検討を加えることにしたい。

## (2) 死刑の執行指揮検察官から法務大臣に対する報告(本稿II2(1))

### ア 刑訴法502条との関係

本稿III1(5)で検討したように、①検察官によらない場合、②刑訴法以外の規定に基づく場合、③裁判の執行指揮その他の処分がなされていない場合は、刑訴法502条の定める異議の申立てをなすことはできないと考えられる。ここで検討の対象としている報告行為は、①検察官によるが、②事務規程に基づくものであり、③裁判の執行指揮その他の処分の前提となる行為である。そのため、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解されよう。

### イ 検討

この報告は、死刑確定者が心神喪失の状態にあるか否かを法務大臣が把握する上で重要な行為ではあるが、当該報告を受けた上で法務大臣の指揮(事務規程27条1項)がなされるという法の構造から見ると、報告の段階では、抗告訴訟の処分性要件に関するリーディング・ケースである最判S39.10.29<sup>(16)</sup>が言うところの「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」とまではいえず、処分性が否定されるものと思われる。同様の結論は、報告の当事者が何れも行政機関であるため、行政機関相互間における行為の処分性を否定した最判S34.1.29<sup>(17)</sup>にいう「行政機関相互間」の行為に該当すると考えられることから基礎付けられるであろう。処分性が否定される以上、報告は抗告訴訟の対象にはなりえない。

処分性が否定された場合、当事者訴訟(報告をなしてもらった地位にあることの確認の訴え)の可能性が考えられるが、これも否定的に解されよう。当該報告行為は「死刑の執行を停止する事由があると認め」(事務規程27条1項)たことを死刑の執行指揮検察

<sup>(16)</sup>民集18巻8号1809頁。

<sup>(17)</sup>民集13巻1号32頁。

官が法務大臣に伝達するものにとどまるため、単なる事実の確認に相当すると考えられるからである。

### (3) 法務大臣から死刑の執行指揮検察官に対する指揮(死刑執行停止命令)(本稿II2(2)) ア 刑訴法502条との関係

本稿III1(5)の基準に当てはめると、指揮(死刑執行停止命令)は、①検察官ではなく法務大臣による行為であり、②刑訴法の規定に基づくものであるが、③検察官の執行指揮の前提をなす行為であるといえる。そのため、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解される。

この場合に想定されるのは、当該行為に処分性が認められる場合の死刑執行停止命令の非申請型義務付け訴訟(行訴法3条6項1号)、処分性が認められない場合の当事者訴訟(行訴法4条後段。法務大臣が死刑執行停止命令をなすべき義務があることの確認の訴え等)である。以下、それぞれの訴訟の要件を満たすかについて検討を加える。

#### イ 非申請型義務付け訴訟

(ア)訴訟要件1:「一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされない」(行訴法3条6項1号)

刑訴法479条1項の「法務大臣の命令」は、事務規程27条1項の「指揮」と同一であると考えられる。そのため、法務大臣の命令の相手方は死刑の執行指揮検察官であると解される。すると、命令の当事者が何れも行政機関であるため、最判S34.1.29にいう「行政機関相互間」の行為に該当し、命令の処分性は否定されるとも考えられる。しかし、このような解釈は妥当ではあるまい。

死刑執行停止命令は、当該命令により死刑の執行が停止し、死刑確定者の生命が奪われる機会を喪失させるという法的効果を有するものである。また、死刑執行停止命令の相手方である死刑の執行指揮検察官は、当該命令に拘束されることから、当該命令がなされれば確実に死刑の執行が停止されることになる。したがって、死刑執行停止命令の相手方は死刑の執行指揮検察官であるが、当該命令の効果は、死刑確定者にまで及ぶ。すると、法務大臣による死刑執行停止命令は、最判S34.1.29にいう「国民に対する直接の関係において、その権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うもの」であるといえよう。

また、形式上は行政機関相互間の行為であるにせよ、死刑執行停止命令は、「その内容が国民の具体的な権利、義務ないし法律上の利益に重大なかわりもち、かつ、その影響が単に行政組織の内部関係にとどまらず外部にも及び、国民の具体的な権利、

義務ないしは法律上の利益に変動をきたし」、当該命令「そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができないような特殊例外的な場合」に当たると言い得るため、「行政訴訟の制度が国民の権利救済のための制度であることに鑑みれば」、死刑執行停止命令を「単に行政組織の内部的規律としてのみ扱い、行政訴訟の対象となしえないものとするとは妥当でなく」、むしろ死刑執行停止命令がなされないことによって具体的な不利益を受ける国民から死刑執行停止命令そのものを訴訟の対象としてその救済を求めることも許されると解するのが相当であるといえよう<sup>(18)</sup>。

(イ) 訴訟要件2：「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がない」(行訴法37条の2第1項)

前半の重大性要件は、死刑執行停止命令がなされなければ死刑が執行され、生命を奪われてしまうことから、容易に満たすことができると思われる。後半の要件については、他の訴訟方法との関係で問題となるが、他に抗告訴訟は想定できないため、特に問題にはならないと思われる。

(ウ) 訴訟要件3：法律上の利益(行訴法37条の2第3項、4項、9条2項)

死刑確定者が原告となるのであれば、法律上の利益は認められやすいと思われる。ただし、刑訴法479条1項の趣旨を「心神喪失の状態にある者については、死刑の執行は無意味であり、かつ、死刑執行の目的である正義を全うする所以ではない」ため、心神喪失という「事由がなくなるまでの間死刑の執行を停止して死刑判決の適正な執行を確保するというのが死刑執行停止制度の趣旨である」との解釈<sup>(19)</sup>をとると、死刑確定者の個人的権利は同条により保護されている法律上の利益ではないとの結論にもなり得る。もっとも、刑訴法1条が「個人の基本的人權の保障」を、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律(以下「刑事収容施設法」という。)1条が「被収容者…の人權を尊重」することを掲げていること等からすると、死刑執行停止制度についても個人的権利性を読み込み、その法律上の利益を認めることが可能であると思われる。

(エ) 本案勝訴要件

心神喪失の状態にあるときの死刑執行停止命令は必要的なものとして定められていることから(刑訴法479条1項)、「その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」ること(行訴法37条の2第5項)、具体的には心神喪失の状態にあることを主張

<sup>(18)</sup> 以上、引用部分は、例外的な場合には通達に処分性が認められることを肯定した東京地判S46.11.8行裁集22巻11・12号1785頁によった。

<sup>(19)</sup> 高田卓爾編『基本法コンメンタール第3版 刑事訴訟法』375頁(日本評論社・1993(平成5)年)。

することになる。

(オ) 仮の救済：仮の義務付けの申立て(行訴法37条の5第1項)

死刑執行停止命令がなされない限り、いつでも執行され得る地位に立たされているわけであるから、仮の義務付けの申立てをなす必要がある。その場合、死刑執行停止命令が「されないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるとき」(行訴法37条の5第1項)である旨を主張しなければならない。償うことのできない損害については、死刑の執行により生命が奪われることから、緊急の必要については、死刑執行命令が出されると5日以内に執行されてしまうことから、容易に認められよう。また、本案については、心神喪失状態にあることを立証できれば「理由があるとみえる」ことになる。

**ウ 当事者訴訟(死刑執行停止命令に処分性を認めない場合)**

(ア) 「公法上の法律関係」に関する訴えであること

行訴法4条後段より、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」であればよい。死刑の執行は国家の有する刑罰権の行使であることからすれば、その執行を受けるべき地位にあるか否かは、公法上の法律関係であると解して問題ないであろう。

(イ) 訴えの形式・確認の利益

在外国民の選挙権に関する確認訴訟の提起を適法であるとした最判H17.9.14<sup>(20)</sup>になぞらえると、この場合の訴えは、「死刑執行停止命令がなされると、死刑確定者に対する死刑が執行され生命が侵害されることになるため、そのような事態になることを防止するために、死刑確定者が心神喪失の状態に在るとして、法務大臣に死刑執行停止命令をなす義務があることの確認を予め求める訴え」と構成することができよう。その場合、いわゆる確認の利益が存することが必要となるが、この点についても最判H17.9.14になぞらえれば、次のように考えることができよう。

生命に対する権利は、これを失われれば意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な死刑執行停止命令につき法務大臣がそれをなすべきであるか否かにつき争いがある場合に当該義務が存することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきということになる。

<sup>(20)</sup> 民集59巻7号2087頁。

#### (4) 死刑の執行指揮検察官による執行停止書の作成(本稿II2(3))

刑訴法502条との関係を検討するまでもなく、純然たる内部的・事務的行為であると考えられるため、これを捉えて行政訴訟を提起することは困難であると考えられよう。

#### (5) 死刑の執行指揮検察官による、死刑確定者が収容されている刑事施設の長に対する死刑の執行を停止した旨の通知(本稿II2(4))

##### ア 刑訴法502条との関係

本稿III1(5)の基準に当てはめると、通知行為は、①検察官によるが、②事務規程に基づくものであり、③裁判の執行指揮その他の処分の前提となる行為である。そのため、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解される。

##### イ 検討

東京地判S46.11.8の考え方によれば、通知に処分性を認める余地もある。しかし、法務大臣の死刑執行停止命令がなければ当該通知をなすことはできないため、当該命令が存在しない段階において、これを特に取り上げて行政訴訟の対象とすることができるケースは想定しがたいであろう。

#### (6) 既に死刑の執行指揮がなされているときは、その執行を停止する旨の指揮(本稿II2(5))

##### ア 刑訴法502条との関係

本稿III1(5)の基準に当てはめると、執行を停止する旨の指揮は、①検察官による、②事務規程に基づくものであるが、③裁判の執行指揮その他の処分に該当すると考えられる。執行を停止する旨の指揮がなされていれば生命に対する危険は生じないことから、ここで検討の対象となるのは当該指揮がなされていない場合である。すると、③がなされていないわけであるから、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解される。

##### イ 検討

刑訴法472条の「指揮」の一種と解すれば、処分性を肯定するのが一般的解釈ということになる。しかし、法務大臣の死刑執行停止命令がなければ指揮をなすことはできないため、当該命令が存在しない段階において、これを特に取り上げて訴訟の対象とすることができるケースは想定しがたいであろう。



## V おわりに — 心神喪失状態の確定手段 —

以上の検討により、法務大臣から死刑の執行指揮検察官に対する指揮(死刑執行停止命令)については、行政訴訟の可能性が認められることとなった。当該行為に処分性が認められれば死刑執行停止命令の非申請型義務付け訴訟が、認められなければ当事者訴訟としての法務大臣に死刑執行停止命令をなす義務があることの確認を予め求める訴えが想定される。本稿での検討からすると、当該行為に処分性を認めることが一般的であると思われるが、何れの法的手段を用いるにせよ、その帰趨は死刑確定者が心神喪失の状態にあるか否かにかかっている。そこで、心神喪失の状態にあることを立証するための手段について若干の検討を加え、結びとしたい。

死刑確定者は、刑事収容施設に収容されている。刑事収容施設法63条1項は、死刑確定者(被収容者)が刑事施設の長に対して「刑事施設の職員でない医師等を指名して、その診療を受けることを申請」することを認めている。これが認められ、心神喪失との診断がなされれば、立証のための材料を手に入れることができる。では、申請が拒否された場合にはどうすればよいのか。

刑事収容施設法157条1項は、「第63条第1項の規定による診療を受けることを許さない処分」(同項3号)に不服がある者に、矯正管区の長に対する審査の申請を認め、審査の申請の裁決に不服がある者には、法務大臣に対する再審査の申請も認めている(同法162条1項)。また、同法162条3項は、再審査の申請につき行政不服審査法を準用している。このような刑事収容施設法の構造からすると、同法は審査の申請、再審査の申請の対象となる行為、すなわち指名する医師の診療を受ける申請を拒否する行為につき、処分性を認めていると解することができよう。

指名する医師の診療を受けることの申請が法令に基づく申請であることは明らかであるから、これを拒否された場合には、前述の不服申立てのほか拒否処分の取消訴訟と許可処分の申請型義務付け訴訟を併合提起することが考えられよう。また、心神喪失の状態にあることが早期に確定されないと、死刑が執行されてしまう可能性が高いことから、仮の義務付けの申立てをなすことも必要となろう。

もともと、この手段を用いることにはパラドックスが存在する。すなわち、指名する医師の診療を受けることを申請できる者であれば、心神喪失状態にないのではないかという問題がそれである<sup>(21)</sup>。この問題は、本稿で検討してきた死刑執行停止命令の非申請型義務付け訴訟や当事者訴訟を、死刑確定者本人が提起する場合にも発生する。

<sup>(21)</sup>この点については、本学の丸山輝久教授、福井康佐准教授にご指摘いただいた。

非申請型義務付け訴訟については、死刑確定者の家族等も提起することが可能であるが、そこにおいても心神喪失の状態にあることを立証しなければならないのは同じである。

心神喪失状態に陥る前に、弁護士等に代理権を与えておくことにより診療の申請、訴訟提起をなすことは可能であろうが、それがなされていなかった場合が問題になる。このような場合には、死刑確定者の配偶者、4親等内の親族から後見開始の審判を請求してもらうこと(民法7条)により、「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある」こと確定し、これを行政訴訟において用いることが検討されて良いであろう<sup>(22)</sup>。

## 附記

本稿は、2010(平成22)年6月12日に開催された「大宮法科大学院大学 刑事系・公法系研究会」での報告をもとに執筆したものである。報告の機会を与えて下さった新屋達之教授、研究会にご参加いただき貴重なご意見をお寄せいただいた本学教員・学生・その他の参加者の皆様に、この場を借りて厚く御礼申し上げる。

---

<sup>(22)</sup>もつとも、この方法では時間がかかるため死刑執行に間に合わないことも想定される。また、民法の後見制度は私法上の制限行為能力者制度の一端をなすものであることから、ここで言う「事理を弁識する能力を欠く常況」を、刑訴法479条1項の「心神喪失の状態」に敷衍することが可能かという点も問題になりえよう。

# 適用違憲における三類型説の再検討

福井康佐

---

はじめに.....	52
I 適用違憲の意義.....	52
II 適用違憲における三類型説の再検討.....	57
III 適用違憲の類型化の意味と類型選択に係る問題.....	75
むすび.....	81

---

## はじめに

法科大学院で憲法の授業を担当するようになって気がついたことは、学生の適用違憲に対する知識が不十分で、混乱している、という点である。新司法試験の問題の解説でも、繰り返し、適用違憲に係る理解の不足が指摘されているところである<sup>(1)</sup>。しかし、こうした理解の不足は、必ずしも学生に一方的な責任があるわけではない。すでに少なからぬ文献が存在するとしても、「不可分性」等の適用違憲の類型を識別するための概念が分かりにくいこと、用語の不統一が見られることから、そもそも何が適用違憲なのか、という点を確実に理解することが難しい状況にあるからである。

本稿は、法令違憲・適用違憲・処分違憲の間の異動、適用違憲の各類型間の区別に理論的基礎を与えることを目的としている。このため、まず、本稿Iでは、憲法訴訟論における適用違憲の位置付けと意義を明らかにして、IIでは、通説である三類型説を再検討し、続いて、IIIでは適用違憲とそれに関連する法令違憲・違法な行政処分を統一的に説明し、適用違憲に係る類型選択の問題を考察する予定である。そして、論説の展開にあたっては、できる限り判例等の具体例を提示して、「適用違憲」という難解な法現象を、理解しやすいものになりたい。

## I 適用違憲の意義

### 1 原則としての適用違憲

付随的違憲審査制を採用する日本国憲法においては、裁判所は、具体的事件の解決に関わる範囲で違憲審査を行い、判決の効力についても当該事件にかぎって違憲・無効とするのであるから、法令違憲ではなく、適用違憲を原則とすべきことになる<sup>(2)</sup>。すなわち、具体的な事件の解決に必要な場合に限り、違憲審査権を行使することから、一般的なルールとしての法の除去を行う法令審査よりも、法の効力を維持したうえで、法の適用行為を審査する適用審査が、原則的な違憲審査のあり方となる。以下、具体的な違憲審査権の行使のプロセスの中で、適用違憲がどのような位置にあるのかを見ていく。

憲法訴訟では、刑事事件・行政事件等の具体的な事件が提起され、処分または起訴の違憲性が争われる。憲法問題としては、処分または起訴等において、法令が適用される事例(以下「法令の適用事例」という。)が、憲法上、保護に値するかどうか、

<sup>(1)</sup>たとえば、平成21年新司法試験受験書類(公法系科目)に対するヒアリング概要にも同旨の指摘がある。

<sup>(2)</sup>戸松秀典『憲法訴訟』(2007年、有斐閣)221頁。

法令	
適用事例	
合憲的 適用部分	違憲的 適用部分

図1 適用違憲の基本構造

最初に問題となる。ここで、法令の適用事例の中で、憲法に反するものを本稿では、「違憲的適用部分」、憲法に反しないものを「合憲的適用部分」という<sup>(3)</sup>。

このように、合憲限定解釈から適用違憲というコースを採ることが原則であり、全農林事件最高裁判決における5人の裁判官の意見も、萎縮効果の除去の必要性がある場合や基本的人権の侵害が問題となる場合を除いて、当該事件を全面的に違憲とすることなく、できる限り合憲限定解釈を行い、それが困難な場合には、適用違憲によって処理すべき旨を、次のように指摘しているところである<sup>(4)</sup>。

「およそ、ある法律における行為の制限、禁止規定がその文言上制限、禁止の内容において広範に過ぎ、それ自体憲法上保障された個人の基本的人権を不当に侵害する要求を含んでいる場合には、右基本的人権の保障は憲法の次元において処理すべきものであるとて、刑法の次元における違法性阻却の理論によつて処理することは相当でなく、また、右基本的人権を侵害するような広範に過ぎる制限、禁止の法律といつても、常にその規定を全面的に憲法違反として無効としなければならないわけではなく、公務員の争議行為の禁止のように、右の基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できるかぎり解釈によつて規定内容を合憲の範囲にとどめる方法(合憲的制限解釈)、またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法(適用違憲)によつてことを処理するのが妥当な処置といふべきであり、この場合、立法による修正がされないかぎり、当該規定の適用が排除される範囲は判例の累積にまつこととなるわけであり、ことに後者の方法を採用した場合には、これに期待せざるをえない場合も少なくないと考えられるのである。」(下線部著者)

ここからは、適用違憲から法令違憲という司法消極主義的姿勢を読み取ることができる。

<sup>(3)</sup>戸松・前掲注(2)347頁も合憲的に適用される部分、違憲的に適用可能な部分という表現を用いている。

<sup>(4)</sup>最判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。

## 2 法令違憲の種類

適用審査から開始されても、事例によっては、適用審査から法令の違憲が導かれる場合もある。適用審査の結果、薬局距離制限違憲判決の場合のように、立法事実を精査することによってあらゆる適用部分が違憲となると認められるときは、法令は全体が違憲(全面的違憲)となる<sup>(5)</sup>。これが、図2の場合である。

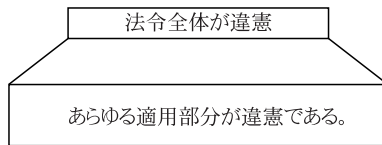


図2 法令違憲(全面的違憲)

また、適用部分の一部が違憲となる場合でも、表現の自由や行動の予測可能性の保障が問題となる場合は、当該法令の文言の明確性が検討される。明確性の原則の下では、法令には、恣意的運用の抑制、公正な告知、萎縮効果の除去が期待されている<sup>(6)</sup>。そうすると、最初に、法令が明確であるかどうか、という審査がなされる。ここでは、「わいせつ」「淫行」「管理上支障をきたす」といった不確定概念<sup>(7)</sup>が、国民の行動を制限しないか、刑罰権・許認可権等の国家権力の濫用が生じないか、が審査される。また、規制目的に照らして、過度に広汎な規制となっているかどうか審査される。これらは、適用審査から文面審査へと進む場合である。もちろん、原告の法令違憲の主張に沿って、最初に文面上の判断をすることもあろう。これが、図3と図4の場合である。

図3では、法令の適用部分として、合憲的適用部分A・違憲的適用部分Cとそれらの中間に位置するグレーゾーンとしてのBがあり、Bの存在のために行動の予測可能性が十分に保障されないことから、漠然性ゆえに無効であるとして法令違憲になる。図4では、法令の規制目的Pに照らすと、規制手段M1までは、必要なかつ正当な規制の範囲であるが、規制手段M2は広汎な規制範囲となっている場合も、過度に広汎な規制の原則に反して法令違憲となる。このように、図3と図4の場合は、当該適用法令の意味を、

<sup>(5)</sup>青柳幸一「適用違憲」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(1987年、有斐閣)所収)は、法令違憲となる4つ場合として、①立法目的が違憲、②規制手段が違憲、③目的と手段が不適合・不必要・不均衡の関係にある場合、④規定が不明確か、過度に広汎である場合を挙げる。

<sup>(6)</sup>芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第四版)』(2007年、岩波書店)191頁。

<sup>(7)</sup>この不確定概念の意味は、「わいせつ」「淫行」については、行動規範として分かりにくいというものであり、「管理上支障をきたす」については、規制当局の裁量権が広い、というものである。

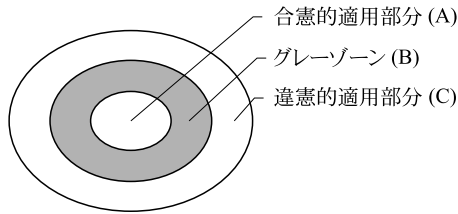


図3 法令違憲(漠然性ゆえに無効)

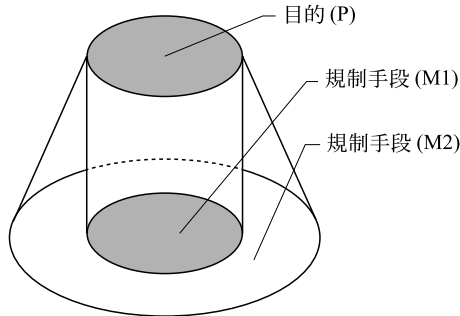


図4 法令違憲(過度の広汎性ゆえに無効)

合憲の部分と違憲の部分に分けることができない。これを「法文の意味の不可分性<sup>(8)</sup>」という。法文の意味が可分であれば、法令解釈上は、合憲限定解釈ができることになる。

さらに、法令の中の違憲的適用部分が、重大な人権侵害を引き起こし、こうした部分が存在することは法令を制定した趣旨を没却することから、法令全体が違憲となるという場合がある(図5)。これを、「適用事例の不可分性」という<sup>(9)</sup>。この適用事例の不可分性には、二つの可能性がある<sup>(10)</sup>。一つは、違憲的適用部分の適用事例全体に占める割合は多くないが、重大な人権侵害がある場合である(これを「質的不可分性」という。)。もう一つは、図2とは異なり、すべての適用部分が違憲になるわけではないが、高い割合で違憲的適用部分が多い場合である(これを「量的不可分性」という。)。つまり、100%の適用部分が違憲になるというわけではないが、たとえば60～80%が

<sup>(8)</sup>青柳・前掲注(5)7頁。

<sup>(9)</sup>同上。

<sup>(10)</sup>戸松・前掲注(2)221頁以下は、適用事例の不可分性という言葉を用いていないが、可分性が認められないときは、その規定の違憲が他の部分に及ぶから文面審査の場面で違憲・無効を宣言しなければならない、とする。

違憲となるという場合である<sup>(11)</sup>。なお、不可分性ゆえに法令全体が違憲となる場合と、上述のとおり明確性の原則及び過度に広汎な規制の原則に違反するがゆえに違憲無効となる場合は、重複することがある。例えば、質的に不可分であると同時に、その部分が多くグレーゾーンを含む場合などである。

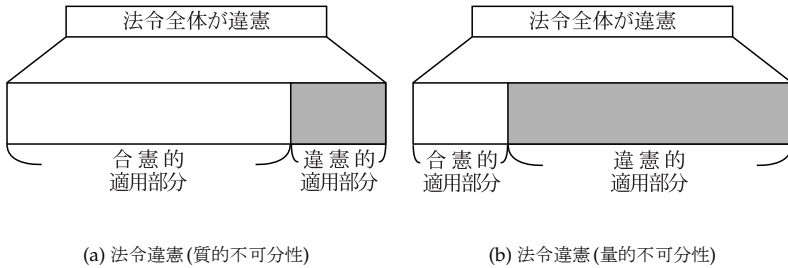


図5 法令違憲(不可分性ゆえに違憲)

以上のように、適用審査から法令審査に進んだ場合、または当初から法令審査に進んだ場合には、上述の通りの4つの類型の法令違憲になる可能性がある。

### 3 適用違憲の類型

法令の違憲的適用部分を認定しながら、上記のとおり法令違憲という判断が下されない場合は、裁判所は、法令が合憲限定解釈できるかどうか、という判断を下すことになる。ここでの判断は上述のとおり適用事例の不可分性と法文の意味の不可分性についての2つの判断がなされる。通説の適用違憲における3つの分類は、ここから始まることから、以下、本稿で用いる適用違憲の3つの類型<sup>(12)</sup>について概説する。

**第一類型(合憲限定解釈が不可能な場合)** 適用される法令における、合憲的適用部分と違憲的適用部分が不可分であることから、すなわち、適用事例の不可分性から、当該法令を、事件に適用する限りにおいて、違憲とするもの。これを、本稿では第一類型とする。後述するように、適用事例の不可分性は、①法令違憲を導く場合と、②一部違憲を導く場合と、③この第一類型を導く場合がある。

<sup>(11)</sup>例えば戸別訪問は、現行の公職選挙法では、全的に禁止されているところ、その中の一部は、確かに、利益誘導等につながるものが多いことから、合憲的適用部分が20～30%位は存在すると思われる。しかし、残りも、正当な政治活動(違憲的適用部分)と評価すべきであろう。これが量的不可分性の例である。

<sup>(12)</sup>芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(1977年、有斐閣)47頁以下。



**第二類型(合憲限定解釈が可能な場合)** 適用される法令の合憲限定解釈が可能である場合に、つまり、法令解釈によって、違憲的適用部分と合憲的適用部分に分類することが可能である場合に、合憲的適用部分に限定する解釈を行わず、違憲的適用部分を含む広い解釈を行って法令を適用した、その適用行為を違憲とするもの。ここでは、法文の意味の可分性が前提となる。

**第三類型(法令は合憲である場合)** 適用される法令は合憲であるが、当該適用行為によって人権が侵害された場合に、その適用行為を違憲とするもの。なお、この第三類型を処分違憲として、適用違憲から除外する説も有力であるが、処分違憲の意味と位置付けについては、後述する。

## II 適用違憲における三類型説の再検討

以下、代表的な判決を例にとりて、各類型の意味を詳しく検討する。

### 1 第一類型

第一類型は、合憲的適用部分と違憲的適用部分が不可分な場合である。この類型の典型例と言われるところの、猿払事件第1審<sup>(13)</sup>を素材として、判断の枠組みをとらえてみる。

本件では、非管理職の現業公務員(郵便局員)が、休日に職場外で政党の支持政党のポスターを掲示したところ、国家公務員法(以下「国公法」という。)102条1項(政治行為の制限)およびそれに基づく人事院規則14-7第5項3号・6項13号の禁止(特定の政党を支持する政治目的を有する文書の掲示または配布の禁止)に違反するとして、国公法110条1項19号により、起訴された。当該公務員は、簡裁で5000円の罰金を支払う旨の略式命令を言い渡されたことから、正式な裁判を請求した。

公務員も1人の国民として、当然に、表現の自由、特に政治活動の自由は保障されること、一方で公務員には、政治的中立性が要求されることから、その調整が問題となる。確かに特定の党派性を帯びた行政サービスの提供は、公務に対する信頼性を失わせる可能性がある。しかし、政治的中立性を理由として、全ての公務員のあらゆる政治活動が禁止されるわけではないことから、公務の中立性を維持すべき限度で、政治活動が許容されなければならない。

同判決は、次のように、公務員の政治活動について基本的な考え方を述べる<sup>(14)</sup>。

<sup>(13)</sup>旭川地判昭和43年3月25日。

<sup>(14)</sup>同上。

「憲法21条1項の保障する表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は、立法その他国政の上で最大の尊重を必要とする国民の基本的な人権の中でも最も重要な権利の一であると解されるが、右の自由と絶対無制限のものではないばかりでなく、全体の奉仕者であつて一部の奉仕者でない国家公務員の身分を取得することにより、ある程度の制約を受けざるを得ないことは論をまたないところであるが、政治活動を行う国民の権利の民主主義社会における重要性を考えれば国家公務員の政治活動の制約の程度は、必要最小限度のものでなければならない。」

ここでは、公務員にも政治的活動の自由があり、全体の奉仕者であることから、ある程度の制約を受けるとしても、政治活動の自由の民主主義における重要性から、必要最小限度の制約を受けるといふ、適用事例における違憲審査基準の定立がなされている。

続いて、国公法と政令の該当規定を解釈し、次のように合憲的適用部分の存在を示す。

「公務員中国の政策決定を密着した職務を担当する者、直接公権力の行使にあたる者、行政上の裁量権を保有する者および自分自身には裁量権はないが、以上のような職務の公務員を補佐し、いわゆる行政過程に關与する非現業の職員については、これら公務員が一党一派に偏した活動を行うことにより、これがその職務執行に影響し、公務の公正な運営が害され、ひいては行政事務の継続性、安定性およびその能率が害されるに至る虞が強いことはいふをまたないところである。これに反し行政過程に全く關与せず且つその業務内容が細目迄具体的に定められているため機械的勞務を提供するにすぎない非管理職にある現業公務員が政治活動をする場合、それが職務の公正な運営、行政事務の継続性、安定性およびその能率を害する程度は、右の場合に比し、より少ないと思料される。勿論右に述べたような現業公務員が国の施設を利用し、政治活動をするならばこれがその職務の能率に影響を及ぼさないとはいえないから、合理的な程度においてならば、このような政治活動を国が合憲的に規制し得るものであり、人事院規則14-7、6項12号はこの禁止規定である。更に、これら職員がその職権その他公務員であることから生ずる公私の影響力を政治目的のために利用したならば、公務の中立性についての国民の信頼を裏切ることになるのは勿論であり、一般国民に与えられている政治活動の自由以上の力がこの種公務員に付与されることになり不合理であるから、このような行為は国が合憲的に規制し得るところであり、人事院規則14-7、6項1号は現にこのような政治活動を禁止する為の規定である。非管理者である現業職員を監督管理する地位にある職員も又行政過程に關与する職員の範疇に属するものであるが、その下に働く現業職員が、上司におもねり、政治的目的をもつ何らかの行為をし、昇進その他職員の地位に關し、利益を得ようと企てるならば公務の公

正が害されるに至る虞なしとしないからこの種活動をも国は合憲的に規制し得るものと解されるのであり、人事院規制14-7、6項2号は現にこの種政治活動を禁止する規定である。現業公務員といえども勤務時間内に政治活動を行うとするならば職務の能率を害することは明らかであり、人事院規則14-7、6項1号ないし17号の所為が勤務時間内になされた場合これを禁止しても憲法に違反するものではない。」(下線部筆者)

一方、同判決は次のように述べて違憲的適用部分(必要最小限の制約を越えた部分)を示している。

「従つて、非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供に止まるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしで行つた人事院規則14-7、6項13号の行為で且つ労働組合活動の一環として行われたと認められる所為に刑事罰を加えることをその適用の範囲内に予定している国公法110条1項19号は、このような行為に適用される限度において、行為に対する制裁としては、合理的にして必要最小限の域を超えたものと断ぜざるを得ない。」(同上)

ここでは、法令に合憲的適用部分と違憲的適用部分があることが明示されている。そして、同判決は、最後に次のように、適用違憲を下している。

「同号は同法102条1項に規定する政治的行為の制限に違反した者という文字を使つており、制限解釈を加える余地は全く存しないのみならず、同法102条1項をうけている人事院規則14-7は、全ての一般職に属する職員にこの規定の適用があることを明示している以上、当裁判所としては、本件被告人の所為に、国公法110条1項19号が適用される限度において、同号が憲法21条および31条に違反するもので、これを被告人に適用することができないと云わざるを得ない。」(同上)

この「制限解釈を加える余地は全く存しない」という文言は、文字通りに読めば誤解を招きかねない。この「制限解釈」は合憲限定解釈という意味であるとする、合憲限定解釈は不可能という意味になる。しかし、上述の通り、違憲的適用部分と合憲的適用部分が両方存在するにもかかわらず、合憲限定解釈ができないとすれば、違憲的適用部分の存在によって法令全体が違憲性を帯びるという意味になる。つまり、表現の自由、とくに政治活動の自由を侵害する著しい違憲的適用部分があつて、それによって、法令の制定の趣旨が没却されるという意味であろう。したがって、ここは、法文の意味の不可分性ではなく、適用事例の不可分性を指して「制限解釈を加える余地は全く存しない」と判示していると、解することができる。

そうすると、第一類型は、法技術的には、合憲限定解釈が可能であるが、合憲限定

解釈をすべきではないもの、ということになる<sup>(15)</sup>。

図6をみると、「制限解釈(合憲の限定解釈)の余地がない」という意味は、当該法令の違憲的適用部分Bが、法令の全体の正当性を失わしめるほど大きいものであるので、AとBというように、二つの適用部分に分けることは可能であるが、そうすることは不可能または不適切であるという判断が先行している。

公務員の政治行為	
A 合憲的適用部分	B 違憲的適用部分
P 管理職の政治活動等	Q 現業公務員の政治活動

図6 適用事例の不可分性(合憲限定解釈は不可能)

これまでの学説上の説明は、著しい違憲の部分を含む法令は、その不可分性から本来法令違憲とするか、Bの部分に対応する法令を一部違憲とすべきところを、司法消極主義の姿勢から、Bを含むような法令を本件に適用する限り、適用違憲とするというものである。したがって、第一類型は、いわば「妥協」<sup>(16)</sup>であるという評価が下されていた。

しかし、果して第一類型は妥協なのであろうか。むしろ、適用事例の不可分性を認識した裁判所が、合憲的適用部分に対する評価に従って、第一類型<一部違憲<法令(全部)違憲という、司法消極主義から司法積極主義へと至る階段の中の一つから、選択したとみることはできないであろうか。第一類型の猿払事件第1審は、適用事例の不可分性を指摘しているが、一方では合憲的適用部分が多いことも指摘している。つまり、本件の違憲的適用部分には、表現の自由及び政治活動の自由という点で、重大で看過できない人権侵害が存するが、公務の中立性を維持するために必要な部分であるところの、合憲的適用部分も並存することから、法令を維持しながら、すなわち、法令違憲・一部違憲という判断を下さずに、本件に係る適用のみを違憲とするという判断を下したのではないであろうか。そうすると、裁判所が、不可分性ゆえに法令違憲と判断した場合は、法令の合憲性を維持できない程度に、合憲的適用部分が小さいことになる。また、同様に、不可分性ゆえに一部違憲の場合は、法令違憲ほどではないが、一部違憲と宣言することによって、法令を維持できる程度の、合憲的適用部分が存在することになる。

<sup>(15)</sup>新正幸『憲法訴訟論』(信山社、2008年)469頁は、第一類型の前提として「法令の合憲限定解釈が不可能または不適切であること」を指摘している。

<sup>(16)</sup>新・前掲注(15)474頁。

適用事例	
A 合憲的適用部分	B 違憲的適用部分

図 7

まとめると、図7にみるように、第一類型・一部違憲・法令違憲は、Bの存在によって不可分性を有するという点で共通である。そして、この三つの類型の相違点は、合憲的適用部分Aの適用事例全体に占める割合で決定される。法令を維持できないレベルが、法令違憲であり、法令の一部を違憲とすることで維持できるレベルが一部違憲であり、法令を維持できるレベルが第一類型となる。

以上より、裁判所は、適用事例の不可分性を認識した後は、合憲的適用部分が占める割合を判断要素として、法令違憲・一部違憲・第一類型を選択することになる。

ここで、一部違憲について触れたい。一部違憲は、違憲的適用部分を指摘するのであるから、合憲限定解釈と同一の機能を営むのではないか、という指摘もある<sup>(17)</sup>。一部違憲は、上述のとおり、適用事例の不可分性があり、この点、合憲限定解釈とは、適用部分の違憲の程度が異なることから、同一の機能があるということとはできない。

## 2 第二類型

第二類型は、適用される法令の合憲限定解釈が可能であることを前提とする。第二類型の典型例とされる、全通プラカード事件第一審判決<sup>(18)</sup>の判断過程を以下で、分析したい。同判決は、一般職の郵便局員が政治集会とデモ行進に参加し、その際に、内閣打倒の横断幕を掲げて行進した、という事例である。当該公務員は、国公法102条1項(政治行為の制限)およびそれに基づく人事院規則14-7第5項3号・6項13号の禁止(特定の政党を支持する政治目的を有する文書の掲示または配布の禁止)に違反するとして、同法82条1号・3号(懲戒規定で、平成11年改正前の規定)に該当するとして、戒告処分を受けた。

本件は、当該公務員は、その取り消しを求めた事例である。同判決は、最初に、適用される法令の合憲性に対する疑いを提起する。まず、一般論として次のように言う<sup>(19)</sup>。

「一般職の国家公務員のうち、どの範囲のものについて政治的行為を制限するか、どの範囲の政治的行為を禁止・制限するかは、第一次的に立法事項として国会の権限に

<sup>(17)</sup>青柳・前掲注(5)9頁がこの問題について論じている。

<sup>(18)</sup>東京地判昭和46年11月1日。

<sup>(19)</sup>同上。

属する。しかし、ことは、憲法の保障する表現の自由の制限に関する問題であるから、国会が選択した制限よりも「より制限的でない他の選択しうる手段」がある場合には、その制限は法目的達成の必要最小限をこえるものとして違憲といふべきである。」

「しかしながら、法律を文理的にのみ解釈してみだりに違憲と断ずることは相当ではない。規定の文言にとらわれることなく、憲法に調和するよう合目的的に解釈することによって、規定に合理的な限界を付することができるならば、このような合理的解釈を施して、法律を合憲的に適用すべきである。」

「国公法一〇二条一項、人事院規則一四一七について、このような合理的解釈をとることが可能であろうか。」として、検討を加え、漠然不明確であり、罪刑法定主義に反する疑いがあるとする。「公務員がその担当する職務執行とは関連なく、またその地位を利用せずに、一市民または一個人としてする政治的行為を禁止・制限することは、合憲性判断の基準である必要最小限の制限という要件を欠くものといわなければならない。」としたことを踏まえて、次のように合憲限定解釈を行う。

「以上のような疑問があるけれども、当裁判所は、合理的解釈によつて、国公法一〇二条一項、人事院規則一四一七は、辛うじて合憲性を保持できるものと解する。そうすると右各規定は、その文言にもかかわらず、前述したような合憲性判断の基準にのつとり適用の範囲を限定すべきなのである。すなわち、右各規定により禁止される一般職国家公務員の政治行為は、(1)主体の側から見れば、政策または法律の立案等に参画し、あるいは行政裁量権をもつて政策または法律の施行を担当する職務権限を有する公務員の行為に限り、(2)行為の状況から見れば、公務員がその地位を利用し、またはその職務執行行為と関連して行なつた政治的行為に限るものと解するのである。」(下線部筆者)

そして、次に、本件の適用違憲を示す。

「したがつて、公務員の行為が文理上は右各規定に該当する場合であつても、右の基準に該当しない行為にこれを適用することは、本来憲法上政治的自由を制限できない場合に、これを制限するものとして、法律の適用において違憲となるのである。」

「そうすると、形式的文理上は、本件横断幕の文言は、人事院規則一四一七第五項四号に、これを掲げて行進した行為は、同規則一四一七第六項一三号に該当し、原告の本件行為は、国公法一〇二条一項に違反するけれども、右各規定を合憲的に限定解釈すれば、本件行為は、右各規定に該当または違反するものではない。したがつて、本件行為が右各規定に該当または違反するものとして、これに右各規定を適用した被告の行為は、その適用上憲法二一条一項に違反するものといわなければならない。」

以上の論理をまとめると次のようになる。

最初に、本件の公務員の政治活動に係る規制理由・審査基準が提示される。そして、適用法令の検討がなされ、明確性の原則・罪刑法定主義違反と疑いありとされる。しかし、法令の合理的解釈の必要性が論じられ、本件は図8のように、法文の意味が可分であることから、合憲的限定解釈が可能であるとする。そして、法令が禁止できるのは、A = P領域のみと合憲限定解釈が可能であるにも関わらず、違憲的適用部分B = Qの領域を含む広い解釈をして、本件に当該法令を適用する限りにおいて違憲とする。これは、別の言い方をすると、本来Qは、Bに属する場面であるにも関わらず、誤ってAを適用したこと、すなわち、適用部分の誤り(取り違え)である。第一類型が、適用部分の不可分性ゆえに当該法令を適用できないとしたのとは異なり、第二類型は、法文の意味の可分性を前提として、違憲的適用部分に法令の合憲的適用部分を誤って適用したというものである。ただし、第一類型と第二類型は、法令を「適用すること」が誤っているという点では共通している。後述のように、第三類型は、法を適用することではなく、「法が適用されている状態」を違憲とする点が、他の二類型とは異なる<sup>(20)</sup>。

A 合憲的適用部分(禁止される政治行為)	B 違憲的適用部分(禁止されない政治行為)
P 裁量権を持つ公務員の、地位を利用しまたは職務執行に係る政治行為	Q その他の地位の公務員の政治活動

図8 第二類型(適用事例は不可分ではなく、法文の意味は可分であるもの)

そして、第一類型と第二類型の根本的な相違は、合憲的適用部分と違憲的適用部分の割合と違憲的適用部分の人権侵害のレベルの強弱にある。第一類型は、適用事例の不可分性が認められるが、第二類型の違憲的適用部分は、その適用事例全体に占める割合も、人権侵害も第一類型よりレベルが低く、違憲的適用部分を切り離すと法令を維持できる程度であると説明が可能である。

ところで、第二類型に対しては、その存在を否定または消極的に解する有力な説(以下「第二類型不要説」という。)が展開されている<sup>(21)</sup>。この説によると、合憲限定解釈を行って、違憲的適用部分と合憲的適用部分に分ける場合、合憲的適用部分を当該事件に当てはめるのは、合法的処分であり、違憲的適用部分を当該事件に当てはめるの

<sup>(20)</sup> 同旨 青柳・前掲注(5) 24頁。

<sup>(21)</sup> 野坂泰司「憲法判断の方法」(『憲法の争点』(2008年、有斐閣)所収) 286頁。

は、法適用の違法であり、違法な処分であるという<sup>(22)</sup>。そうすると、焦点は、「法適用の違法」と「法適用の違憲」の違いということになる。ここで説得力を有するのは、第二類型・第三類型の場合に、裁量権の濫用などにより、処分の違法・無効と判断することも可能であるが、人権の重大な侵害の場合は、処分そのものを無効にすべきものがあるという見解である<sup>(23)</sup>。つまり神戸高専事件<sup>(24)</sup>を例にとると、同判決は信教の自由を侵害する退学処分は裁量権の濫用により違法としたのであるが、この見解によれば、人権の侵害の程度が顕著である場合は、退学処分を違憲とするという方法をとるべきである、ということになる。これを第二類型に当てはめると、法適用の誤りを違法ではなく、あえて違憲とすべき場合もある、ということになる。

第二類型における法適用の「違法」と法適用の「違憲」を、泉佐野市民会館事件<sup>(25)</sup>を例にとって、詳しく説明してみたい。同判決は、次のように合憲限定解釈を行う<sup>(26)</sup>。

「本件条例七条一号は、「公の秩序をみだすおそれがある場合」を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である(最高裁昭和二六年(あ)第三一八八号同二九年十一月二四日大法廷判決・刑集八巻一一号一八六六頁参照)。」

この判決は、当該事件には「差し迫った危険の発生が具体的に予見される」ことから、憲法21条と地方自治法244条に違反しない、と判断した。第二類型不要説をとると、仮に憲法上保護に値する集会で、差し迫った危険がない場合に、集会の申請に対

---

<sup>(22)</sup>高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣、1995年)192頁以下は、全通ブラカード事件第1審を第二類型ではなく、合憲限定解釈の判決ととらえるべきであるとしている。

<sup>(23)</sup>芦部・前掲注(12)50頁は、「しかし、この類型(筆者注:第二・第三類型を指す)の事件でも、場合により、憲法事件としての重大性などの要件を考慮に入れ、処分の違法性のみならず違憲性をも判断することは可能であるし、それに十分の意義を認めることができるケースが考えられる。」とする。

<sup>(24)</sup>最判平成8年3月8日。

<sup>(25)</sup>最判平成7年3月7日。

<sup>(26)</sup>同上。



する拒否処分が下された場合は、裁判所は、法適用の違法として、処分を違法と判断するということになる。しかし、法適用の違法と法適用の違憲を区別する私見では、図9において違憲的適用部分Bとしての当該集会の重要性が認定できる場合は、適用違憲と判断する必要があるということになる。

A 合憲的適用部分 (規制できる集会の自由)	B 違憲的適用部分 (規制できない集会の自由)
P 差し迫った危険の発生が具体的に予見されること	Q 重要な集会で差し迫った危険がない場合

図9 「公の秩序をみだすおそれがある場合」

まとめると、第二類型は、第一類型との間では適用事例の不可分性の点で区別可能であり、合憲限定解釈を行った結果、「法適用の違法となったこと」を理由とする違法な処分との間でも区別可能である。

### 3 第三類型

第三類型は、「法令そのものは、合憲でも、その執行者がそれを憲法で保障された権利・自由を侵害するような形で適用した場合に、その解釈適用行為が違憲であるという論理構造をもつもの<sup>(27)</sup>」である。法令は合憲であるとは、これまでの説明に従うと、適用事例の不可分性はなく、法文の意味がある程度明確である場合ということになる。

この第三類型には、2つのタイプがある。第一のタイプは、違憲的適用部分の存在を認識しつつも、法令を合憲として、個々の適用部分を検討するというタイプである。本稿は、これを「違憲的適用部分残存型」という。第二のタイプは、立法の段階では、違憲的適用部分が通常予想されなかったが、規制利益が人権と衝突し、利益衡量の結果、当該適用を例外的に違憲とするというタイプである。本稿は、これを、「例外認定型」という。第一のタイプと第二のタイプは、共に法令の合憲性を維持するという意味では共通しているが、次に説明するように、維持する法令の意味が異なる。第一のタイプが、法令の適用部分における違憲部分を個々の場面で「削っていく」というものであるのに対して、第二タイプは、「例外を認めていく」というものである。

第一のタイプである違憲的適用部分残存型は、第一類型・第二類型に比較すると、違憲的適用部分の割合が小さい場合である。公務員の政治活動に係る近時の東京高裁判決<sup>(28)</sup>(以下「堀越事件高裁判決」という。)はこのタイプに属する。同判決は、法令

<sup>(27)</sup> 芦部・前掲注(12) 49頁以下。

<sup>(28)</sup> 東京高裁判決平成22年3月29日。

には、漠然不明確で過度に広汎な規制という点から疑わしい部分があり、また、立法事実<sup>1</sup>に照らして、規制目的の正当性を認めることはできるが、手段に合理的関連性が欠けているおそれがあることから、違憲的適用部分が存在することを認めつつ、合憲的適用部分の割合が十分に大きいので、法令の合憲性を維持し、違憲の可能性の場面については、個別に吟味して、違憲の判断を下すというものである。

事案の概要を述べると、本件は、社会保険事務局に勤務する厚生労働事務官が、衆議院議院総選挙に際し、特定の政党を支持する目的で、政党の機関誌や政党を支持するビラを配付した行為について、国公法違反で起訴された事案である。人事院規則6項は、国公法102条1項所定の上記「政治的行為」に関する定義規定であり、その7号で、「政党その他の政治的団体の機関誌たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配付し又はこれらの行為を援助すること。」と、13号で、「政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配付し又は多数の人に対して朗読し若しくは聴取させ、あるいはこれらの用に供するために著作し又は編集すること。」と、それぞれ定めている。さらに、人事院規則4項は、「国家公務員法又は人事院規則によって禁止又は制限される職員の政治的行為は、6項16号に定めるものを除いては、職員が勤務時間外において行う場合においても、適用される。」と規定している。本件は、これらの規則に該当する行為であると判断され、起訴された。

堀越事件高裁判決は、適用審査から開始して、適用部分の可分性を認定し、文面審査を行い、文面上の合憲(過度に広汎ではなく、明確性を欠いていないこと)を確認する。ただし、次のように法令の合憲性は維持すべきであるが、なお、一定の違憲的適用部分を認識する。

「そして、これらを前提とした上で、前記のような規制目的は誠に正当と認められることや、さらなる具体的事案での検討と集積が必要であるけれども、現段階において広範に過ぎるとみられる部分は配布行為の一律禁止という場面の一部にすぎず(本件における審理対象は、前記のような被告人による配布行為であって、それ以外の政治的行為について幅広く検討することは、訴訟構造上困難であるし、また、適当でもないことを考えると、このような限定を付すことはやむを得ないと考える。)、そのような事案については、具体的な法適用の場面で適正に対応することが可能であることを考えると、その過度の広範性や不明確性を大きくとらえ、本法及び本規則の政治的行為の規制をすべて違憲であるとすることは決して合理的な思考ではないというべきであろう。」(下線部筆者)

このように、合憲限定解釈を施すよりも、法令そのものを維持し、具体的な法の適

用の場面で、違憲かどうかを検討すべきであるという判断が下されるのである。判決は違憲の適用部分及び不明確性が残っていることを示唆しつつも、合憲的適用部分が多く、法令を維持すべきであるという判断を下したことになる。

また、教科書検定に係る杉本判決<sup>(29)</sup>では、教科書検定に係る法律自体を合憲とした上で、個々の検定で、憲法に反するような形で、検定処分を行った場合は、適用違憲になるという判断を下している。

杉本判決は、検閲に該当するか、否かの判断において、以下のとおり、思想内容及ぶものではない限り、検閲に該当しないとしている。

「教科書検定は、叙上のとおり、国の行政機関である文部大臣が教科書の発行に先立ち、申請教科書について審査を加え、その結果検定において不合格とされた図書を教科書として出版することを禁止するものであつて、その法的性格は事前の許可と解せられるのであるが、しかし出版に関する事前許可制がすべて検閲に該当するわけではないことはいうまでもない。してみると、右の審査が思想内容及ぶものでない限り、教科書検定は検閲に該当しないものというべきである。

なお、ここで思想内容の審査とは、政治思想の審査のみならず、広く精神活動の成果に対する審査をいい、したがつて、学問研究の成果としての学問的見解(学説)に対する審査も当然にこれに含まれると解すべきである。これを歴史教科書の内容についていえば、史観や個々の歴史事象の評価などに対する審査はもとより、年代などについてもそれが歴史学上の評価にかかるときは、右にいう学問的見解に含まれると解するのが相当である。」(同上)

そして、教科書検定制度が、憲法21条に違反するか、否かという点については、次のように述べる。

「ところで、原告は、現行教科書検定制度は文部大臣が自ら定めた検定基準に従い教科書の内容を審査し、教科書としての適否を公権的に決定する仕組みになつているところ、右の検定基準は、「立場の公正」とか「教育の目的との一致」というように、きわめて自由で包括的な裁量を検定権者に付与するものであるばかりでなく、またその基準の実質内容を学習指導要領によつているのであつて、これらの基準によつて審査が行なわれるときは、のちに述べる検定手続の不正ともあいまつて、公共の福祉または教育的配慮の名のもとに教科書の著者の学説、見解を排除し、著者の学問研究の成果を教科書に反映する可能性を封ずることになるから、かような教科書検定制度は憲

<sup>(29)</sup>東京地判昭和45年7月17日。

法二一条一項に違反する旨を主張するので案ずるに、検閲に該当しなければいかなる検定を行なつてもよいというわけではなく一定の限度があることは上記のとおりであり、この点からすると、現行の検定基準は右の限度を超え、原告が主張するように著者の学問研究の成果を教科書に反映する可能性を封ずる恐れのあるものであることは否定しえないから、その運用に当たっては、いやしくも著者の学問的成果を封ずることのないよう戒心すべきは当然であるが、しかし、このことをもつて直ちに教科書検定制度が表現の自由を侵害するものというのは相当でないというべきである。」(下線部筆者)

本判決は、教科書検定は、執筆者の思想(学問研究の成果である学説も含む)の内容にわたらない限り、検閲に該当するとはいえない、としている。また、限度を超えて表現の自由を侵害する恐れがある、としている。つまり、法令自体を維持できるが、憲法に反する処分もありうるというのであるから、法令の適用事例の中では、合憲的適用の割合が高く、一部に違憲的適用部分が残っているという判断であろう<sup>(30)</sup>。すなわち、このタイプにおいては、裁判で問題となる法令はぎりぎり合憲性を維持することは可能であるが、違憲的適用部分が存在することから、明確性の原則と過度の広汎性の原則に照らすと、公正な告知・萎縮効果の除去・恣意的な運用の抑制という点で問題があることになる<sup>(31)</sup>。つまり、公務員の政治活動の全面的禁止・教科書検定のように、法令が人権に掛ける規制の「網」がもともと広い場合は、裁判によって、法令に残存する違憲的適用部分を「削っていく」必要がある、ということになる<sup>(32)</sup>。

二つ目のタイプの例外認定型は、法文の意味は明確であり、規制利益も明らかであるが、法の適用によって、人権侵害が生じるというものである。一つ目のタイプと比較すると、明確性の原則と過度の広汎性の原則に反することがなく、このタイプに係る法令は、行動の予測可能性を保障している。例えば、後述の具体例で問題となる法令は、「人前で裸になってはいけない」(公然わいせつ罪)・「親は子供を学校に行かせなさい」(学校教育法の修学義務の履行)という規範は、はっきりと示されている。この点は、上述のとおり3種の公務員の政治的活動に係る判決のように、「休日に現業公務員が政治活動を行ってはならない」、という規範が定立されているかどうか疑わしい

<sup>(30)</sup> 新・前掲注(14) 477頁は、杉本判決は、第二類型にも第三類型にも解することができるとしながら、第三類型に分類することに説得力があるとする。

<sup>(31)</sup> 合憲的な検定処分とは、「著者の学問的研究の成果を教科書に反映する可能性を封ずる恐れのないもの」というように、合憲限定解釈が可能であるととらえるなら、第二類型となる。戸松・前掲注(2)も、杉本判決を第二類型に分類する。

<sup>(32)</sup> 青柳・前掲注(5) 26頁は、第三類型は、「違憲な適用を切り取るアプローチである」としている。

一つ目のタイプとは異なる。しかし、このような法令でも、適用の場面の中には、法律が保護する利益(規制法益)と対立する権利が存在し、法令を執行することによって、権利・自由が侵害されるというものである。つまり、ある法令は、法令の適用によって、法が保護する利益(規制利益)を確保することができるが、その一方で、他の権利または自由を侵害する場面があり、その対立する利益を衡量した結果、人権が侵害されているとして、認定せざるを得ない場合があるということである。利益の衡量が必要である以上、常に、人権が侵害されるというわけではなく、むしろ、立法者の想定外、つまり、適用違憲の場面が法令の適用の例外と位置付けられる。以下、事例を挙げて、細かく論じたい。

### 具体例その1 義務教育の強制と信教の自由

学校教育法16条は、保護者の子に普通教育を受けさせる義務を規定している。そして、同法18条によれば、病弱、発育不完全その他やむを得ない事由のため、就学困難と認められる者の保護者に対しては、市町村の教育委員会は、文部科学大臣の定めるところにより、就学義務を猶予又は免除することができる。免除・猶予を申請せず、また申請してもそれらに該当しない場合、教育委員会から就学義務履行の督促を受けても、なお、履行しない場合は、10万円以下の罰金に処される(同法144条)。

ここで、宗教上の理由のために、子に義務教育に受けさせない保護者を、同法144条に違反するとして、起訴した場合を想定してみる。この場合、義務教育制度を維持するという法の目的は正当であるが、未就学に係る宗教上の理由が、強固でかつ憲法上保護に値する場合(終日農業を行うことが重要な宗教上の行為である場合など)は、当該起訴行為と裁判所による可罰は、信教の自由を侵害する可能性がある。

ここでは、義務教育の維持という利益と信教の自由が対立している。常に信教の自由の方が優先するわけではないとしても、場合によっては、義務教育に対する免除・猶予を行う必要性が生じてくるであろう。免除・猶予を行わずに起訴し、可罰することが、親の宗教的核心を侵害する場合は、学校教育法144条を本件に適用する限りにおいて、違憲となる可能性がある。これは、米国の判例<sup>(33)</sup>を参考にした仮想例ではあるが、義務教育の維持と信教の自由の衡量の末に、違憲とせざるを得ないという場面を明らかにしていると思われる。

なお、前述のとおり、神戸高専事件は、退学処分を校長の裁量権の濫用として違法と判断したのであったが、第三類型として処分に対する違憲という判断もありえたは

<sup>(33)</sup>Wisconsin v. Yoder, 406 U.S.205 (1972). 本判例と適用違憲については、高橋・前掲注(22)207頁以下参照。

ずである。その場合、宗教的中立性を維持し、学則の遵守を求めるといふ利益と信教の自由が対立し、信教の自由の保障が優先されたということになる。また、適用の場面とは言え、違憲と判断することは、信教の自由の保障を一段「格上」にしたことになることから、司法積極主義的な要素を有することになる<sup>(34)</sup>。

## 具体例その2 公然わいせつと芸術的表現・政治的表現

次の二つの事例は、適用違憲という主張が可能であると思われる。

①欧米で行われているようなヌードサイクリングが、日本の公道で実施された場合を想定してみる<sup>(35)</sup>。ヌードサイクリングは、全裸で自転車に乗ることによって、「自動車社会では、自転車は裸も同然である(立場が弱く無防備である)」というメッセージを、公道で訴えるというものである<sup>(36)</sup>。また、それには象徴的表現という側面もある。しかし、日本国内では、公然わいせつ罪として、逮捕起訴されることは容易に予想される。この際、弁護士側からは、確かに形式的には構成要件に該当し、違法な行為のように見えるが、本件は、訴える政治的表現の価値が高く、公道というパブリックフォーラムで行われた、マイノリティーとしての自転車利用者の表現であることに鑑み、本件を起訴し、可罰することは、表現の自由を侵害するものであるとして、適用違憲という主張がありうる。

②休日の日中に駅前広場で、高名な芸術集団が、「衣服を脱ぐことで人間性の解放」を訴えるために、裸で芸術行為の一環としてパフォーマンスをした場合も、公然わいせつ罪で起訴されることになるであろう<sup>(37)</sup>。弁護士は、②については、①同様に本件パフォーマンスは、芸術的価値が高く、当該場所(パブリックフォーラムとしての駅)と時間(人通りの多い時間)に、裸ですることに意味があるという点が強調されて、適用違憲の主張がなされるであろう。

これらの例は、公然わいせつ罪という法令の適用事例のうちで、例外的な違憲的適用部分を認定していくという作業であろう。ここで問題となるのは、適用違憲をどのような基準で判断していくのか、という点である。これらの場合、公然わいせつ罪の

<sup>(34)</sup>逆に言うと、行政法上の「裁量権の濫用による違法」で処理した最高裁は、学校教育の場面における信教の自由を、「格上げ」することを控えたということもできる。これは、一つの司法積極主義的姿勢である。

<sup>(35)</sup>ヌードサイクリング事件を設例として取り上げたものとして、山本元「ヌードサイクリング事件」(渡辺康行他編『事例研究憲法』所収)316頁以下がある。

<sup>(36)</sup>山本・前掲注(35)316頁参照。

<sup>(37)</sup>高橋・前掲注(22)28頁に同様の例が論じられている。

「健全な性的風俗・性道徳・性秩序の維持」<sup>(38)</sup>、という保護法益は明確であり、行動の予測可能性も十分に保障されている。一方、予想される主張によれば、①②には、それぞれ政治的表現の高さと芸術性の高さがある。わいせつ性は高いが表現の内容の価値も高いという場合に、「悪徳の栄」事件最高裁判決<sup>(39)</sup>の「芸術性、思想性が性的刺激を減少、緩和させる」という考え方をとれば、当該表現行為を罰することは、適用違憲になる場合もあると思われる。

### 具体例その3 補足意見に見られる適用違憲

次に、例外認定型の適用違憲の可能性を示した最高裁判決の補足意見を取り上げたい。

#### ①最判昭60・1・22 (伊藤正己裁判官補足意見)

「旅券法一三条一項五号の規定が文面上無効であるとはいえないが、そのことの故をもって、その規定の適用が常に合憲と判断されることにはならない。海外渡航の自由が精神的自由の側面をも持つ以上、それを抑止する旅券発給拒否処分には、外務大臣が抽象的に同号の規定に該当すると認めるのみでは足りず、そこに定める害悪発生の相当の蓋然性が客観的に存する必要がある、このような蓋然性の存在しない場合に旅券発給拒否処分を行うときは、その適用において違憲となると判断され、その処分は違憲の処分として正当性を有しないこととなる。」(下線部筆者)

### 旅券法

**第13条** 外務大臣又は領事官は、一般旅券の発給又は渡航先の追加を受けようとする者が左の各号の一に該当する場合には、一般旅券の発給又は渡航先の追加をしないことができる。

5. 前各号に掲げる者を除く外、外務大臣において、著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者

伊藤裁判官補足意見は、害悪発生の防止という規制利益と対立する権利として、精神的自由の要素を有する海外渡航の自由を挙げている。ここでは、当該法令は合憲と判断できるとしても、当該法令の適用によって、海外渡航の自由を制約する場面においては、害悪発生の蓋然性が低く、規制によって得られる利益よりも規制しないことによって得られる自由の方が大きい場合は、適用違憲となる可能性がある、ということ

<sup>(38)</sup> 西田典之『刑法各論(第四版補正版)』(2009年、弘文堂)362頁。

<sup>(39)</sup> 最判昭44年10月15日。

になる。ここでは、利益衡量によって、違憲・合憲の判断をしていることになる<sup>(40)</sup>。

②最大判昭60・3・27、サラリーマン税金訴訟(伊藤正己裁判官補足意見)

「本件課税規定それ自体は憲法一四条一項の規定に違反するものではないが、本件課税規定に基づく具体的な課税処分が常に憲法の右規定に適合するとまではいえない。特定の給与所得者について、その給与所得に係る必要経費(いかなる経費が必要経費に当たるかについては議論の余地があり得ようが、法廷意見もいうように、給与所得についても収入金額を得るための必要経費の存在を観念し得る。)の額がその者の給与所得控除の額を著しく超過するという事情がみられる場合には、右給与所得者に対し本件課税規定を適用して右超過額を課税の対象とすることは、明らかに合理性を欠くものであり、本件課税規定は、かかる場合に、当該給与所得者に適用される限度において、憲法一四条一項の規定に違反するものといわざるを得ないと考える(なお、必要経費の額が給与所得控除の額を著しく超過するような場合には、当該所得が真に旧所得税法の予定する給与所得に当たるかどうかについて、慎重な検討を要することは、いうまでもない。)」

給与所得者の経費の額が大きく、給与所得控除よりも著しく上回る場合に、関連する所得税法を、当該事案に当てはめる場合には、他の給与所得者に比して著しく不公平であることから、憲法14条1項に違反するので、適用違憲(第三類型)となる。これを政府の得られる利益と権利の対立の構造でとらえると、一方で確実な徴税という要請があって、もう一方で、公平な課税(課税における平等権)がある。給与所得控除の設定は、確実な徴税のために行われているとしても、その確実性を維持するという利益よりも、公平な課税が蔑ろにされるばあいは、適用違憲になるというものである。

このような利益衡量をして、適用違憲を導くタイプで結論を導く型を発展させると、次に述べるように、適用部分における政府の規制目的と規制手段を考察して、当該適用部分が憲法上保護に値するかどうか、という手法へと進むことになる。

③最判昭57・3・30(横井大三、伊藤正己裁判官補足意見)

「外国人登録法三条一項、一八条一項の規定を本邦に不法に入った外国人にも適用することが憲法上是認されるのは、外国人登録申請手続が、刑事責任の追及を目的とする手続でも、そのための資料収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもないうえに、同法一条所定の行政目的を達成するために必要かつ合理的な制度であると考えられるからであつて、このことは、法廷意見の引用する当裁判所第一小法廷判決(昭

<sup>(40)</sup> 芦部・前掲注(6)99頁以下にある、利益衡量から違憲審査基準への発展が適用違憲の場面で示されたものである。



和五四年(あ)第一一二号同五六年十一月二六日判決)の説示するとおりである。このように、不法入国外国人にも外国人登録申請の義務を課し、その違反に刑罰をもつてのぞむことが憲法上是認される理由の一つが、同法一条所定の行政目的との関係にあることからすれば、外国人登録に関する現実の取扱いにおいても、右行政目的を達成するために必要かつ合理的とされる限度をこえて外国人の入国に関する秘密の開示を求めることの許されないことは当然であつて、もし現実の取扱いにおいて、右の限度をこえて秘密の開示を求める取扱いがされていると認められるときには、いわゆる適用違憲の問題を生ずる余地があると解すべきである。」(下線部筆者)

目的を達成するために必要かつ合理的な限度をこえて外国人の入国に関する秘密の開示を求めることは、適用違憲(プライバシーの侵害)になるとして、適用部分における目的・手段審査を行っている。

#### ④最判平成4年12月15日酒類販売業免許制判決(園部裁判官補足意見)

まず、園部裁判官は、次のように述べて、酒類販売業の許可制に係る酒税法の規定には、酒税の確保と徴収という立法目的との関係で必要性と合理性があるとす。

「他方、酒類販売業の許可制が、許可を受けて実際に酒類の販売に当たっている既存の業者の権益を事実上擁護する役割を果たしていることに対する非難がある。酒税法上の酒類販売業の許可制により、右販売業を税務署長の監督の下に置くという制度は、酒税の徴収確保という財政目的の見地から設けられたものであることは、酒税法の関係規定に照らし明らかであり、右許可制における規制の手段・態様も、その立法目的との関係において、その必要性と合理性を有するものであったことは、多数意見の説示するとおりである。」

そして、次のように適用違憲の第三類型の可能性を示唆する。

「酒税法上の酒類販売業の許可制は、専ら財政目的の見地から維持されるべきものであって、特定の業種の育成保護が消費者ひいては国民の利益の保護にかかわる場合に設けられる、経済上の積極的な公益目的による営業許可制とはその立法目的を異にする。したがって、酒類販売業の許可制に関する規定の運用の過程において、財政目的を右のような経済上の積極的な公益目的と同一視することにより、既存の酒類販売業者の権益の保護という機能をみだりに重視するような行政庁の裁量を容易に許す可能性があるとすれば、それは、酒類販売業の許可制を財政目的以外の目的のために利用するものにほかならず、酒税法の立法目的を明らかに逸脱し、ひいては、職業選択の自由の規制に関する適正な公益目的を欠き、かつ、最小限度の必要性の原則

にも反することとなり、憲法二二条一項に照らし、違憲のそしりを免れないことになるものといわなければならない。しかしながら、本件は、許可申請者の経済的要件に関する酒税法一〇条一〇号の規定の適用が争われている事件であるところ、原審の確定した事実関係から判断する限り、右のような見地に立った裁量権の行使によって本件免許拒否処分がされたと認めることはできないのである。」(下線部筆者)

酒税の確保と徴収という立法目的を超えて、酒類販売業者の既得権益を保護する目的で酒類免許の許可が行われる場合は、目的を逸脱し、最小限度の必要性の原則に反するとして、適用違憲第三類型の可能性を示している。ここでも、適用の場面で、違憲審査基準として、目的・手段を用いて審査を行っていることがわかる。

さらに、注目すべき点は、目的を逸脱するとして、許可処分が、裁量権の逸脱・濫用の違法ではなく、違憲となる場合があるとしていることである。ここでも、処分の違法ではなく、処分の違憲を宣言する必要がある場合があることが、示されていると思われる。

#### 4 公権力行使型処分の違憲

有力な学説は、第三類型=処分違憲であるとして、第三類型を適用違憲とは認めていない<sup>(41)</sup>。つまり、この説(以下これを「二類型説」という。)は、第一類型と第二類型のみを適用違憲であると認めている<sup>(42)</sup>。

まず、二類型説の言うところの処分違憲とは、司法処分・公金の支出行為のように公権力の行使としての処分が、憲法の規定に反するもの(以下これらを「公権力行使型処分」という。)をいう<sup>(43)</sup>。これまで、私見が説明してきた第三類型は、法令の合憲性を維持しながら、法令の適用の場面の中から、違憲の場面を「削りとっていく」(適用違憲部分残存型)と違憲の場面を例外として認定していくもの(例外認定型)であるとする、こうした公権力行使型処分に対する違憲では、当該処分を支える法律がそもそも存在しない点異なる。愛媛玉串料違憲判決<sup>(44)</sup>で問題となった県知事による公金の支出行為には、違憲の支出と合憲の支出があるとしても、その根拠となる予算措置はあっても法律・条例は存在しない。空知太神社違憲判決<sup>(45)</sup>も、市による土地の無償提

<sup>(41)</sup> 戸松・前掲注(2) 349頁以下。同旨野坂前掲注(21)。

<sup>(42)</sup> 青柳前掲注(5) 24頁以下、及び高橋・前掲注(22)も第三類型を適用違憲の本質としている。

<sup>(43)</sup> 戸松・前掲注(2) 349頁。

<sup>(44)</sup> 最判平成9年4月2日。

<sup>(45)</sup> 最判平成22年1月20日。

供には条例等の法令が存在しない。第三者所有物没収事件<sup>(46)</sup>は、判決が、第三者に対して、告知と聴聞の機会を与えないことが違憲ということであるので、これも法令を適用した処分ではない、ということになる<sup>(47)</sup>。これらは、むしろ、市役所・県庁・裁判所による公権力の行使が問題となっているのであり、法令の適用のあり方を論じるものではない。したがって、公権力行使型処分に対する違憲は、法令を適用しない以上、私見の枠組みでは、適用違憲の第一・第二・第三類型のいずれにも該当せず、また、新たに別の適用違憲のカテゴリーとする必要もないことから、それらを適用違憲の類型に含めることはできない。

以上のとおり、本稿では、公権力行使型処分に対する違憲判断を、「公権力行使型処分の違憲」と呼ぶことにする。なお、公権力行使型処分は、行政事件訴訟法上の概念としての処分(行政事件訴訟法3条2項)ではなく、違憲審査の対象としての「処分」という概念である。憲法81条の「処分」は、行政事件訴訟法上の処分だけではなく、このような「処分」も含むと解すべきであろう<sup>(48)</sup>。

そうすると、二類型説と私見との共通点は、公権力行使型処分の違憲の概念を認識し、それらが適用違憲ではないと指摘していることであり、相違点は、第三類型の存在を認めるかどうか、という点である。次節で詳細に論じるように、私見では、第三類型は、適用違憲という憲法判断を説明するために、必要な概念であると思われる。また、通説(従来の三類型説)との私見との共通点は、第三類型を適用違憲として認識している点であり、相違点は、公権力行使型処分の違憲を第三類型に含めるかどうか、という点になる。

### III 適用違憲の類型化の意味と類型選択に係る問題

以上までの議論をまとめて、1では、裁判所が違憲的適用部分ないしは人権侵害の状態を認識した場合に、どのような法令違憲・適用違憲・処分の違法等の判断を下すのか、という点を統一的に説明する予定である。また、2では、弁護士が適用違憲を主張する場合には、どの類型を主張することができるのか、という適用違憲に係る選択の問題を論じたい。

<sup>(46)</sup>最判昭和37年11月28日。

<sup>(47)</sup>芦部・前掲注(6)372頁は、本判決は第一類型と解する余地がある、とする。

<sup>(48)</sup>新・前掲注(15)310頁は、行政機関以外の処分も81条の処分に含まれる、とする。

## 1 適用違憲類型化の意味～法令違憲・適用違憲等に対する統一的説明の試み

### (1) 類型化のための要因と類型化の意義

公務員の政治活動に係る適用違憲の判決は、すでに取り上げたように、第一類型(猿払事件第1審)・第二類型(全通ブラカード事件第1審)・第三類型(堀越事件東京高裁判決)が存在し、すべての類型がそろっている。そうすると、「休日の職場外における非管理職の現業公務員の政治活動」という点に焦点を当てると、裁判所は、法令の違憲的適用部分を認識した場合には、法令違憲・一部違憲・適用違憲第一類型・合憲限定解釈・適用違憲第二類型・適用違憲第三類型というように、いくつかの選択肢を有することになる。これらの違いはどのような理由から発生するのであろうか。

訴訟が提起されて、事実認定に続いて、法令の適用部分を審査する際に、裁判所が違憲的適用部分を認識した場合でも、その法令の適用があらゆる場面において違憲となることは稀である<sup>(49)</sup>。違憲的適用部分が多い場合もあれば、合憲的適用部分が多い場合もある。これまで述べてきたように、本稿は、法令の適用事例全体に占める合憲的適用部分の割合と違憲的適用部分の強弱(人権侵害の程度)で、法令違憲・適用違憲・違法な処分に係る類型化が可能であるという立場を採り、次の(2)で示すように、10の型で示すことができると考える。

ところで、以下の検討を行うために、類型化は何のために行うのか、という点を確認する必要がある。適用違憲に係る類型化は、判例に通底する論理を明らかにし、各類型の憲法保障上の意味を提示し、行動の予測可能性の程度を示すとともに、弁護士の主張、裁判官の判決に対するガイドラインとしての機能が期待される。しかしながら、実際の裁判は、類型化の枠に当てはめるために下されているわけではなく、あくまでも、具体的事案の解決のために下されるものである。そうすると、類型化・図式化はあくまで便宜的なものであると考えるべきであり、判例が累積する等によって類型化が変化していく可能性を封じ込めてはならない<sup>(50)</sup>。すなわち、「類型化」のための類型化であってはならない。しかしながら、現時点での知識を整理することは、上記のとおり、法学教育及び実務に対しては一定の意義を有するものと思われることから、以下、類型論を検討していきたい。

<sup>(49)</sup>長谷部恭男『憲法(第4版)』(2009年、新世社)432頁。

<sup>(50)</sup>ただし、最高裁は、猿払事件上告審判決(昭和49年11月6日)で、適用違憲という判断手法に対して否定的な見解を示している。

## (2) 法令違憲・適用違憲・違法な処分等に係る諸類型

最初に、本稿で論じてきた法令違憲・適用違憲・違法な処分・処分違憲の類型を、列挙する。これは、合憲的適用部分の適用事例全体に占める割合と、違憲的適用部分の人権侵害の程度という二つの要因の強さに従って、並べているものである。

### (A) 二つの要因による類型化

#### 法令違憲

- ①法令違憲(全面違憲型)
- ②法令違憲(法文の不明確性ゆえに法令全体が違憲)
- ③法令違憲(不可分性ゆえに法令全体が違憲)
- ④法令の一部違憲

#### 適用違憲とそれに関連する違法な処分

- ⑤適用違憲第一類型
- ⑥適用違憲第二類型(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違憲)
- ⑦法適用が違法な処分(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違法)
- ⑧適用違憲第三類型(違憲的適用部分残存型)
- ⑨適用違憲第三類型(例外認定型)
- ⑩裁量権の逸脱・濫用等による違法な処分

#### 公権力行使型処分の違憲

- ⑪公権力行使型処分の違憲

### (B) 類型化のためのテスト

次に、これらを分類するテストによって、分類の意味を詳述したい。

テスト1: 違憲審査権行使の対象となる処分には、法令が適用されているか?

- YES テスト2へ
- NO 公権力行使型処分に対する違憲

テスト2: 法令の適用事例が全面的に違憲か?

- YES ①法令違憲(全面違憲型)
- NO 一部に違憲的適用部分があるタイプ: テスト3・テスト4へ

法令違憲は、本稿Iで説明したように、適用する全ての事例が違憲である場合<sup>(51)</sup>に

<sup>(51)</sup>野坂・前掲注(21)は、法令違憲はすべての場合に当てはまる場合であるとする。

違憲となるもの(①)がある。薬局開設に係る距離制限規定が違憲とされた判決が、典型例である。

**テスト3: 違憲的適用部分が、漠然不明確または過度に広汎な規制か?**

- YES ②法令違憲(法文の不明確性ゆえに法令全体が違憲)
- NO テスト5へ

法令の適用部分に、合憲的適用部分もあるが、違憲的適用部分とグレーゾーンを含んでいた(法文の意味の不可分性があった)り、立法目的に照らすと過度に広汎な規制になっていたりする場合も、法令違憲となる(②)。

**テスト4: 違憲的適用部分に不可分性があるか?**

- YES ③法令違憲(不可分性ゆえ法令全体が違憲)  
④法令の一部違憲(不可分性があるが、法令の一部が違憲)  
⑤適用違憲第一類型(不可分性があるが、法令は合憲で適用が違憲)  
(③④⑤の違いは、合憲的適用部分に対する評価による)
- NO テスト5へ

合憲的適用部分と違憲的適用部分が存在し、違憲的適用部分が法令制定の趣旨を没却するほど重大な人権侵害を含む場合は、当該適用部分の不可分性ゆえに法令を違憲とすることも(③)。また、③と同じく違憲と合憲の両方の適用部分を含むとしても、法令全体を違憲とせずに、合憲的適用部分を維持するために、法令の一部を違憲とする場合もある(④)。第一類型(⑤)は、合憲的適用部分と違憲的適用部分の両方を含み、適用事例の不可分性がある点は、③及び④と共通しているが、合憲的適用部分が多く、法令を一部または全部違憲とするほどは、適用事例全体に対する割合が高くないことになる。

**テスト5: 違憲的適用部分があるが、法令を維持するために合憲限定解釈をする必要があるか?**

- YES 合憲限定解釈をする必要がある。  
⑥適用違憲第二類型(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違憲)  
⑦法適用が違法な処分(合憲限定解釈した法令を誤って適用し違法)  
(⑥⑦の違いは、違憲的適用部分の人権侵害の程度による)
- NO 合憲限定解釈をする必要がない  
⑧第三類型 違憲的適用部分残存型

## ⑨第三類型 例外認定型

## ⑩裁量権の逸脱・濫用等による違法な処分

第二類型(⑥)と法適用が違法な処分(⑦)は、適用事例の不可分性はないのであるから、合憲的適用部分と違憲的適用部分のうち、合憲的適用部分の割合が高く、法文の意味の可分性を有している点が共通である。しかしながら、⑥と⑦の相違点は、形式的には法適用の「違憲」と法適用の「違法」の違いであるが、実質的には、⑥の方が、人権侵害の程度が重く、違法ではなく、違憲と宣言すべき適用部分が存在する、という点の違いを見出すことができる。なお、⑥及び⑦が②と異なるのは、法文の意味の可分・不可分という点である。②は、萎縮効果発生のレベルが高く、法文を合憲限定解釈することによって、法令を維持できるものではない(法文の意味の不可分性)。一方、⑥と⑦も、一定の萎縮効果を発生させるが、法文を合憲限定解釈して、違憲的適用部分に対応する法文を切り離すことによって、法令を維持することができる(法文の意味の可分性)。

なお、第一類型が⑥及び⑦と異なる点は、前者が、違憲的適用部分の存在のため「法令を適用できない」(適用事例の不可分性)ことであり、後者が、「法令の誤った適用をしている」(法文の意味の可分性)ということである。一方、第三類型及び⑩(裁量権の逸脱濫用等による違法な処分)は、適用事例が不可分ではなく、法文を合憲限定解釈する必要もない。第三類型は、合憲的適用部分が十分に大きいために、わずかながらも違憲的適用部分の存在が残る場合(違憲的適用部分残存型⑧)と、違憲的適用部分が立法段階では通常予想されない場合(例外認定型⑨)があり、これらは、第二類型と比較すると、違憲的適用部分のレベルが違うということが出来る。また、⑩は、本来は⑦と同様に、法適用の誤りによる違法な処分ということが出来るが、⑧⑨と比較すると、違憲的適用部分の人権侵害の程度が低いことから、違憲という評価を受けないものと、みなすことができる。

以上のとおり、①~⑩の分類は、合憲的適用部分の割合・違憲的適用部分の人権侵害の程度を主要因とし、さらに適用事例の不可分性・法文の意味の不可分性(法文の明確性)という要因を加えることによって、行うことができると思われる<sup>(52)</sup>。

<sup>(52)</sup>なお、このように統一的に説明できるのであれば、適用違憲のどの型が適用違憲の本質であるのか、という議論は不要であると思われる。

## 2 適用違憲の類型選択に係る問題

1で説明したように、裁判所は、法令に係る違憲的適用部分を認識した場合は、10個の選択肢を有することになる。裁判所の決定を左右する要因の認定が、客観的に認識できるものなのか、それとも、その決定はあくまでも裁判所の裁量なのか、という大きな問題が当然存在するが、不可分性の認定の基準は何か<sup>(53)</sup>、という問題を含めて、この問題については、今後十分検討する必要がある。これらの大きな問題が存在する一方で、実際の法学教育としては、弁護士が適用違憲をどのように主張していくのか、という問題に対する指針を示す必要がある。

弁護士は、通常、法令違憲の主張をして、続いて、予備的主張として、適用違憲の主張を行なう。ここで、考察すべき点として、各事例は、1)三種の適用違憲を全て主張することができるのか、2)主張できないとしたら、適用法令ごとに主張できる適用違憲が決定されるのか、3)複数の適用違憲を主張できる場合は、最適な(説得力のある)適用違憲の型は存在するのか、という3つの問題を提示することができる。

上記の3つの問題に対して、本稿では、次の仮説を提示したい。まず、1)については、形式的にはどの事案も、三類型を全て主張することが可能である<sup>(54)</sup>と思われる。ただし、実質的には、あまり説得力のない主張、主張自体が失当である場合も存在する。そして、このような1)に対する否定的な解答を前提とするなら、2)の答えとしては、類型ごとに、3つ主張できるもの(A群)、2つ主張できるもの(B群)、1つしか説得力を持たないもの(C群)というように分けられると思われる。以下具体的に説明する。

① A群1(全面規制型)は、国家公務員の政治活動の全面禁止のように、例外を認めず、広く規制の網をかける法律である。このタイプは、公務員の政治活動に係る三種の判決からも理解できるように、三類型全てを主張できる。このA群1に属するものとして、戸別訪問の全面禁止規定がある。

② A群2(グレーゾーン存在型)は、わいせつ物頒布罪・淫行条例のように、規制対象をある程度絞ることができるとしても、グレーゾーンがあるために、その規制の輪郭がはっきりしないタイプの法律である。このタイプでは、わいせつ部分を含むが芸術性の高い小説などにおいて、適用事例の不可分性が主張される。したがって、第一類型が主張可能である。また、合憲限定解釈をしようと思えばできるはず、と主張で

<sup>(53)</sup> 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(1973年、有斐閣)172頁は、「法律の違憲的な部分が除外されてしまえば、議会は残りの有効な部分のみでは満足しなかったであろう蓋然性が明白か否か」が不可分性の判定基準となる、とする。

<sup>(54)</sup> 三類型のどの類型の主張も可能であるという意味であって、すべてを主張すべきである、という意味ではもちろんない。



きる第二類型、例外認定型の第三類型の主張も可能であると思われる。

③ B群(裁量権付与型)は、公共施設の利用に係る条例(「管理上支障をきたす場合」)・旅券法13条(「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」)のように、不確定概念を用いて、一定の裁量権を行政庁に認める必要がある法令である。このタイプは、第二類型と第三類型を主張できる。しかし、法令の抽象化と規制の必要性から、合憲的適用部分が大きいことが推定されるので、第一類型は適切ではない。

④ C群(裁量権収縮型)は、就学義務に係る規定(学校教育法144条)・酒類免許の許可制を定める酒税法の規定・公然わいせつ罪のように、規制利益が明確で、行政庁の裁量の余地が少ない法律である。このタイプは、例外認定型の第三類型の主張が適している。

そして(3)に対する一応の解答としては、適用可能な類型が複数ある場合は、説得力のある類型が存在するというものである。A群は、通常、最初に漠然不明確・過度の広汎性を理由にして法令違憲を主張するのであるから、第一類型を主張するよりも、表現の自由・政治活動の自由を強調して、第二類型を主張する方が適していると思われる。B群は、規制の必要性を認めつつ、恣意的な運用を抑止するという視点から、例外としての第三類型よりも、第二類型を主張する方が適していると思われる。以上のように、複数の適用違憲の主張が可能であるとしても、法令と訴訟の形に応じて、説得力のある適用違憲の形は、一つに決まるのではないかと思われるが、今後の検討課題にしたい。

## むすび

本稿は、適用違憲に係る従来の三類型説を再検討して、法令違憲から違法な処分までについて、統一的な説明を行う目的のために、各類型に係る判例を中心に分析を加えてきた。むすびとして、適用違憲に係る私見のポイントである、以下の5つの点を確認したい。

①法令違憲・一部違憲・第一類型には、適用事例の不可分性を共通としつつ合憲的適用部分のレベルの違いがあること、②第二類型(法適用の違憲)と法適用が違法な処分との違いは、違憲的適用部分における人権侵害のレベルの違いであること、③第三類型には、違憲的適用部分を認識しながら法令を維持するタイプと、例外的に違憲的適用部分を認定するタイプがあること、④第三類型と裁量権の濫用等による違法な処分の相違は、②と同様に、人権侵害のレベルの違いであること、である。そして、⑤第三類型の中には、公権力行使型処分(自治体の支出行為・無償貸与・判決等)に対する違憲は、含まれず、これらは、適用違憲とは異なるカテゴリーである。

最後に、本稿の執筆の動機を説明したいと思う。執筆のきっかけは、次のような質問を、学生から受けたことにある。「裁量権の濫用による違法な処分と適用違憲の第三類型はどこが違うのか」「判決文では、合憲的規制を受ける公務員の政治活動と違憲的規制を受けるものに分けているのに、猿払1審は、なぜ、制限解釈を加える余地は全く存しない、と判示しているのか」「合憲限定解釈という概念があれば、第二類型はいらぬ、という学説があるが、どういう意味か?」「近時の堀越事件東京高裁判決は、規制目的と手段の間の合理的関連性に疑いがあり、不明確性の疑いがあることから違憲的適用部分があると指摘しているにもかかわらず、法令は合憲と言っているが、これは、どの適用違憲の類型にも属さないのではないか?」。つまり、本稿は、これらの質問に解答し、整合性を保ちながら解説できるようにしたい、という動機で執筆したものである。結果的には、これまで執筆された優れた先行業績を参照しつつ、自分で論理的に整理展開したものが多く、「独自の論理」になっていることを恐れつつも、適用違憲に係る問題意識は、少なくとも示すことができたのではないかとと思われる。今後は、アメリカ等の外国の適用違憲の動向<sup>(55)</sup>を参照して、自説の更なる検証をしていきたいと思う次第である。

<sup>(55)</sup>近時のアメリカにおける適用違憲に係る議論を紹介する文献としては、青井未帆「憲法判断の対象と範囲について(適用違憲、法令違憲) — 近時のアメリカ合衆国における議論を中心に」(2010年、成城大学79号)がある。

## 小特集の趣旨

編集委員会

2001年6月12日に司法制度改革審議会最終意見書が提出されてから、すでに10年が経過した。この間、裁判員制度、知財高裁、労働審判制度、法テラス、法科大学院など、司法制度をめぐる状況はまさに激変の中にあった。

司法制度改革審議会とそれに基づく司法改革をめぐるっては、危機管理的司法の導入であるとしてそれを厳しく批判する意見がある一方、法化社会の実現に向けた民主主義的な司法の理念に基づくものであるとしてそれを評価する見解もある。しかも、このような両者の意見の対立は非常に複雑な様相を呈しており、たとえば裁判員制度に関していえば、保守的な論者の中にも賛否両論があり、リベラルな論者の中でも意見の対立があるという状況である。

しかし、いかなる立場に立つにせよ、司法改革の意義や問題点を常に検証し、司法制度を発展させてゆく必要があることはいうまでもないであろう。

ところで、本学は、司法改革の理念を体現することを目的として設立された独立の法科大学院である。このような設立の趣旨を踏まえるならば、司法制度改革審議会最終意見書から10年を迎えた今日、その到達点や残された問題点を様々な視点から検証してゆくこともまた本学にとっての課題であり、司法界・社会に対する責任であるとも考えられる。

そこで、多岐多様にわたる司法改革のすべてをフォローしうるわけではなく、それ故に「小特集」という形にとどまらざるをえないが、司法改革10年の一端の検証を試みるものである。今後も引き続き、このような検証に取り組んでゆきたいと考えている。



# 大宮法科大学院大学はなぜ出来たのか

—— ロースクールから法科大学院への10年

久保利英明

---

I	はじめに.....	86
II	ロースクール前史としての法曹人口問題.....	86
III	ロースクール構想の幕開けと第二東京弁護士会の活動.....	89
IV	司法制改革審議会でのロースクール議論と結論.....	92
V	2001年度に私の体験した日弁連と二弁の取り組み.....	93
VI	前橋ロースクールの挫折と大宮フロンティアロースクールの誕生.....	95

---

## I はじめに

司法制度改革審議会意見書が2001年6月12日に出されてから、早くも10年が経過することになる。その2001年度(平成13年度)の二弁会長兼日弁連副会長として司法改革の最前線を担ってからもう10年、66才にもなったかと思うと感無量のものがある。とりわけ法科大学院制度については第二東京弁護士会が先鞭を付けたとして、日弁連では法科大学院は二弁出身の副会長が専ら中心的な役割を担うというのが、暗黙の了解事項となっていた。2000年度川端和治二弁会長に続いて私もその重責が割当てられた。2001年4月から意見書発表までは司法制度改革審議会や自民党・公明党、法務省、最高裁、文科省との意見調整に走り回り、その後は、意見の実現のために、後継組織の立ち上げや、日弁連会内合意のとりまとめに奔走した。本稿ではその活動当時の法科大学院の基本構想、基本的な制度設計が如何なるものであったかを振り返ってみたい。

ロースクールは決して専門職大学院としての大学改革から始まったものではない。法科大学院構想とは法曹人口の飛躍的増加を達成することを前提に、法曹養成制度を司法研修所や法学部の改廃をも視野に入れて、官僚司法から弁護士を中核とする司法に改革する壮大な拡がりを持つ革命的な発想に基づくものであった。だからこそ、100年に1度の司法大改革の柱とされたのである。

このことを忘れて、3000人への新規法曹人口の増員も法科大学院教育の充実も抜きにした司法研修所の給費制などを最大のテーマであるかのごとく考えたら、司法改革の本質を見失い、ロースクール構想が真に目指していた「この国のかたち」を損なうことになるのである。ロースクール構想とは官僚と予算に縛られず、法曹人口増員のボトルネックとなる最高裁司法研修所の桎梏から解き放たれるための仕掛けだからである。

## II ロースクール前史としての法曹人口問題

法曹人口問題と法曹養成制度は1988年法務省が設置した法曹基本問題懇談会以来、広く議論の対象となってきた。1990年には国会で法曹人口の適正な確保を求める附帯決議がなされたし、日弁連自身も平成当初の司法改革宣言において身近な法曹と裁判所を目指す宣言を行った。

1991年に開始された法曹養成制度等改革協議会(改革協)でも法曹人口問題が最初から討議の対象となった。しかし、具体的に500人程度の合格者をどこまで増加させるべきかの合意は形成されなかった。この点について最初に争点とされたのが1994年2月に行われた土屋・川上選挙であった。

## 1 1994年2月 日弁連会長選挙

この選挙では土屋・川上両候補とも二弁会員で、新風会という必ずしも大きいとはいえない同一会派に所属していた。争点の一つが法曹人口問題であった。「新規合格者1000人を検討する」と述べた川上を「明確な人数を示さなかった」土屋が破るという結果になった。ただし土屋自身は多数派の支援を受けるために敢えて明確にしなかっただけで実質的な政策の差はこの点ではなかったと私は理解している。だからこそ、土屋執行部は当選後の総会で1000人以上という明確な執行部案を提案したのである。1000人以上を提案せずして日弁連が国民の支持を得られないことはほとんど明確であった。

## 2 1994年12月21日 日弁連臨時総会

この総会は執行部主導ではなく増員反対派からの総会招集請求権を受けて急遽開催されたものであった。執行部は国民の意見に配慮して「司法試験・法曹養成制度の抜本的改革案大綱」と銘打って毎年1000人以上の新規法曹を念頭におく制度の創設を意図したものの、全国的かつ各委員会での検討を終えていなかった。一方、700人維持を強硬に主張する反執行部は用意万端整えて総会での決戦を挑んできたのである。白熱する審議のさなかに、正式提案でも修正案でもない関連決議として「今後5年間800人に止める」という辻誠元会長提案がなされた。

私は執行部提案を支持していたが、この関連決議は原案とも反対提案とも矛盾し、修正案としての提出でもないから、委任状の行使は許されないと総会で主張した（「こんな日弁連に誰がした」97頁）。しかし、弱気になった執行部は関連議案として認め採決に入ったので、関連議案には賛成しなかった。しかし、結果は圧倒的賛成により可決されてしまった。執行部原案自体は賛成多数で可決されたにもかかわらず、結果的にこの関連決議の可決により政治的に執行部は1000人への増員を封じられてしまった。この状況で日弁連は裁判所・法務省からも孤立し、800人に止めて既得権を守ろうとする弁護士のエゴイズムと世論からも厳しい指弾を受けることとなった。

## 3 1995年11月2日 日弁連臨時総会

日弁連は1994年12月の臨時総会における関連決議の軛から逃れるために、1年もたたないうちに再度臨時総会を開催して丙案（1996年から合格者中2/7を受験回数3回以内のものから採用するという案）阻止のためという名目で司法試験合格者数1000人の受け入れを決議した。しかし、このような出し遅れの証文によって丙案を阻止することは出来ず、丙案が、若年層には下駄を履かせるのかと言う批判を浴びながらも実施されることが決まった。

確かに丙案そのものは世論からも批判を浴びた偏った制度ではあったが、弁護士会が増員を認めず検事や裁判官の給源の枯渇を招いていた以上、法務省や裁判官にとってはやむを得ない措置であったのかも知れない。1年前の時点で1000人を認めていたら、丙案が回避できただけでなく、弁護士会の声望はむしろ上がったに違いない。誠に残念な辻修正案であった。

#### 4 1995年11月13日 法曹養成制度等改革協議会意見書

日弁連が増員に抵抗している間に外部委員の強硬意見に支配された法曹養成制度等改革協議会において1000人はおろか1500人説及び修習の大幅短縮が多数説となった。法曹増員はもはや日弁連が何と言おうと他の法曹二者をも巻き込んで滔々と奔流となって動かしがたいものとなっていた。

#### 5 1996年7月 三者協議開始

1996(平成8)年7月から、「司法試験・法曹養成制度の抜本的改革」を議題として三者協議が開始された。ここでは法曹人口と共に司法修習期間の短縮が議題とされた。

私は当時この協議において日弁連代表の協議委員であったが、日弁連は増員の場合の質の確保を視野に入れて研修期間2年の堅持を主張した。しかし、最高裁・法務省は裁判・検察実務修習、特に検察修習が事実上不可能であるという理由から1000人の場合修習期間は1年6月に短縮し、1500人に増員された場合の修習期間は1年とすると強く主張し譲らなかった。

私はこの協議の中で、最高裁・法務省は法曹人口の増加とは弁護士の増加を意味すること。その質の維持はそれぞれ独自に実施するものであり、研修所教育を実質的な法曹一元のための教育とは考えていないことを確信した。検察・裁判の実務修習が人員不足のため、円滑に遂行できないならば弁護士修習を拡大してはどうかという私の提案は一切歯牙にも掛けられなかった。司法研修所は最高裁判所の管轄下で裁判官研修を既に行っており、法務省は自ら検察官教育のためには独自の施設とカリキュラムを用意し始めていた。冷静に見れば司法研修所と二回試験は若くて優秀な裁判官・検察官の素材を見だし、囲い込むための鑑別システムにすぎないのかもしれないかもしれなかった。

#### 6 1997(平成9)年3月 規制緩和推進計画

他方、政府は、1997(平成9)年3月に、「規制緩和推進計画の再改定について」を發表し、その中で「平成9年10月末までに、司法試験合格者の1500人への増員について法曹三者協議の結果を得て、同年度中に1000人への増員について所要の措置を講ずる」とした。法務省は、このようななかで、1997(平成9)年6月の三者協議において、



合格者1000人体制による修習実施の概ね3年後(2002 [平成14]年)から1500人体制問題について協議を開始する旨の提案を行った。

#### 7 1997 (平成9)年10月15日 日弁連臨時総会

日弁連は、1997 (平成9)年10月15日に開催された臨時総会において、1998 (平成10)年度から司法試験合格者数を1000人程度とすること、修習期間を1年半に短縮すること、研修弁護士制度や合格者に対する入所前研修の実施等新しい修習制度を創設すること等を骨子とする執行部提案を可決した。この提案は1500名の問題については、「司法修習の受入れ体制などとともに、社会ニーズの動向(関連諸制度の整備状況を含む)などについて調査・検討を加え」、法務省提案と同時期に三者協議を開始するというものであった。

#### 8 1997 (平成9)年10月28日 三者協議成立

1997 (平成9)年10月28日の三者協議は2週間ほど前に可決された前述の決議を受けて、司法試験合格者を1998 (平成10)年度は800人程度に、1999 (平成11)年度からは年間1000人程度に増加させること、修習期間は当面1年6か月とすること、将来1500人をも受け入れることを骨子とする法曹三者の合意が成立した。しかし、法曹養成や増員問題は法曹三者の専決事項ではない。国民的コンセンサスの必要な国家レベルの戦略事項であるという発想から司法制度改革審議会が作られるにいたって、その後、三者協議会が開催されることはなくなり、今日に至るまで開催されていない。

#### 9 小括

ついに日弁連は法曹人口問題で増員を阻止することについても、法曹養成の期間を維持することについても世論の支持を取り付けることが出来ないまま、受け入れざるを得なかったのである。

しかし逆に、こうした敗退の歴史は、弁護士の一部に弁護士と弁護士会による独自の法曹養成システムの構築の必要性を認識させた。特に、「法化社会」、「法の支配」の実現のためには、全国津々浦々に至るまで多数の弁護士が必要であり、訴訟弁護士のみならず企業の契約や海外との取引などに携わる弁護士の大量増員が必要であることを実感していた東京の弁護士、とりわけ従前から法曹養成・法曹増員に先駆的な意見を発表し続けていた第二東京弁護士会の危機感は強まる一方であった。

### III ロースクール構想の幕開けと第二東京弁護士会の活動

以下年次別にロースクール構想の変化を検証してみよう。

## 1 1997年

この頃二弁では司法改革二弁本部法曹養成部会において米国・EU諸国・韓国の法曹養成制度の研究に着手していた。最高裁判所司法研修所に依存する弁護士を含む法曹の養成制度が比較法的に見て如何なる存在であり、修習期間の短縮の影響も受けてその機能に問題を生じてくる司法研修所システムを補完し、或いはそれに代わる、時代に適合した修習システムの検討を行おうとするものであった。

### 11月11日 自民党の方針

自民党司法制度特別調査会は「司法制度改革の基本方針」の中で、「ロースクール方式の導入など法曹人口の大幅増加に対応する法曹養成のあり方について研究する」とロースクールに言及した。第二東京弁護士会はこの方針に敏感に反応し、弁護士会としてもロースクール制度の研究を開始すべく準備を始めた。

## 2 1998年

### 5月 法曹養成二弁センターの設立

新たに法曹養成二弁センターが発足し、飯田隆委員長の下で、副委員長として遠藤直哉・野島正・小林哲也会員などが、早晚法曹2000人時代が到来することを予想し、その場合には、量的にも質的にも研修所教育の限界が訪れることを想定して、その代替策としてのロースクール構想の課題と問題点を検討し始めた。講師として韓国法制に詳しい金敬得弁護士、米国のロースクールに詳しい浜辺陽一郎弁護士、EU法の須網隆夫早稲田大学教授、ハーバードロースクール出身の柳田幸男弁護士、法社会学者で米国の司法に詳しい宮澤節生神戸大学教授、独自のロースクール論と研修弁護士論を組み合わせた遠藤直哉弁護士等を招いて、ロースクールの実状と問題点の学習、並びに日本型法科大学院と研修弁護士のジョイント構想等を研究した。

### 10月 司法シンポジウムでの提言発表

二弁は司法シンポにおいてこの間の検討結果を基にロースクールに関する提言を発表した。

その後、文部科学省高等教育局大学課や多くの大学において、ロースクール設置の検討が進んできたことを踏まえて、東京大学・京都大学・一橋大学をはじめ有名私立大学にインタビューを行った。

大学審議会はこの月「21世紀の大学像」としてロースクール構想を文科省に答申したが、二弁としてはその内容を大学教育のあり方ではなく、法曹養成の観点から論じることとなった。

### 3 1999年

4月 法曹養成二弁センターは前記調査結果を盛り込んだ第二次中間報告書を発表した。

7月 政府は法曹以外の外部有識者による**司法制度改革審議会**を発足させ、座長は佐藤幸治京大教授が務めることとなった。弁護士会からは中坊公平氏が委員となったが生粋の弁護士は彼一人であり、他は元裁判官、元検察官の立場に立つ弁護士であった。

10月 当時の二弁会長川津祐司、担当副会長柏木俊彦(現本学学長)のリーダーシップの下で法曹養成二弁センター(委員長 川端和治、現本学教授)は一次、二次中間報告を踏まえて、第三次報告書として「法科大学院ロースクール問題に関する提言」をとりまとめ、常議員会の承認を得て公表した。文科、大学からのロースクール推進行動に対して、弁護士会側からの提案としては初めてのものであった。

この提言の特徴は、第1に法曹一元を強く意識し、弁護士会の大学への全面的な協力の下に運営される法曹養成を中核とする法科大学院を提唱するものであった。

第2に司法試験合格者の内、法曹資格を得ようとする者は全員2年間の研修弁護士の過程を経ることを要求していた。裁判官になろうとする者も一律に研修弁護士を経ることによって限定的ではあるが法曹一元の理念に近づこうとするものであった。法科大学院修了者による新司法試験が開始された後は、司法研修所を廃止するという点で大胆な提言であり、司法研修所の教育にノスタルジアを感じる層はもちろんのこと、研修所教官経験者からは猛烈な反発が寄せられた。

特に研修所教育の技術偏重、要件事実教育のアナクロニズムや刑事修習における旧態依然たる実務への追従などが指摘されたことへの反発は研修所教官グループとの論争を招いた。法科大学院の開設は2003年4月開設を予定し、当面の新規法曹人口を1500名とした上で、初年度合格率を75%と想定した。新司法試験は2006年からの実施を別途としその管理は弁護士会が行い、試験科目としては法曹倫理と多様な法律科目を予定していた。法曹三者による協議において司法研修所に依存した法曹養成には限界のあることが既に判然としていたから、司法研修所に代る存在となることが当然の前提とされていた。

### 4 2000年

5月 改革審の要請で文科省に大学関係者・法曹三者による「法科大学院構想に関する検討会議」が発足。

5月 自民党司法制度調査会が1年がかりでまとめた「21世紀の司法の確かな一歩—国民と世界から信頼される司法を目指して」を発表した。同調査会はこの第6「21

世紀の法曹養成のあり方」に二弁の提唱する日本型ロースクール構想を取り上げ「大学院レベルにおいて、問題事例研究やディスカッションを重視した少人数方法による実務指向型の高度な法学専門教育を行おうとするもの」と評価している。

**8月8日** 改革審の集中審議の中で新規法曹を毎年3000人程度とすることで合意が成立した。

**10月** 検討会議の報告書が提出された。

**11月1日 日弁連臨時総会** 議長解任動議や檀上占拠の動きも出る混乱の後、司法試験合格者3000人の受け入れと法科大学院構想の積極的な推進を決議した。この総会をめぐっては、全国の弁護士会で司法改革賛成派と反対派の間で壮絶な委任状合戦が繰り上げられた。

**11月20日** 司法制度改革審議会の中間報告書が発表され、法科大学院制度の採用と司法試験合格者3000人を目指すことが記載された。

**12月** 日弁連法科大学院設立・運営協力センターが設置され、本格的に法科大学院制度並びに教育内容などの具体的な検討が進められた。二弁選出の委員は其中で指導的役割を果たすこととなった。

#### IV 司法制改革審議会でのロースクール議論と結論

審議の当初はプロフェッショナルスクールとしての米国型ロースクールモデルの検討・紹介からスタートした。たとえば柳田幸男弁護士の提言はアメリカ型のロースクールを前提としつつ、法学部をゼネラルアーツとして分離しようとする<sup>(1)</sup>。

さらに、経済界代表の一人である、審議会委員の石井鉄工所石井宏治社長はマサチューセッツ工科大学のMBA資格保持者であるが、米国に於ける専門職教育を参考に実務家教員による実務教育システムを法律家教育にも採用することを念頭にロースクールを推奨した。

一方、旧来の法学部を擁する大学では東大構想に見られるように、法科大学院の主たる給源を東大法学部学生と措定し、他学部や他大学の卒業生を対象としない試案となっていた。神戸大学試案においては法学部4年次の教育と法科大学院の1年次教育を合体させる構想も提示されていた。結局、大学側にとっては法曹養成機関として法理論と実務の架橋よりも法学部教育と経営の維持が関心事となっていた。

改革審での議論は法学部を抱える大学教員と経済界や労働界、消費者委員等の司法

<sup>(1)</sup>柳田幸男「日本の新しい法曹養成システム(上)(下)」ジュリ1127号111頁、1128号65頁(1998年・①論文)、同「ロースクール方式の構想について」ジュリ1160号72頁(1999年・②論文)。

のユーザー目線の委員と法曹三者委員の間でまだ見たこともない日本型ロースクールのあり方を巡ってかみ合わない論戦が繰り返された印象が拭えない。

しかし最終的には中坊委員の発言を通じて強力に展開された日弁連の意見やユーザー代表委員の意見が文科省の提唱する専門職大学院構想の後押しを得て、日本型法科大学院として結実したと言える。

## V 2001年度に私の体験した日弁連と二弁の取り組み

### 1 2001年

(1) 日弁連は久保井一匡会長の2年目に入り、2000年度に法曹人口・法曹養成担当副会長であった川端和治弁護士が特命嘱託として各省庁との調整の補助を行うこととなった。

4月 筆者(当時二弁会長)は日弁連副会長に就任すると同時に法曹養成とくに法科大学院担当となり、司法制度改革審議会・事務局・各政党との折衝及び日弁連法科大学院設立・運営協力センターの①カリキュラム部会②教員養成部会③制度検討部会の作業とりまとめなどを担当した。各政党の考え方はバラバラで、さらに政治家一人一人が独自の法曹養成論を持っていた。例えば同じ自民党でも法科大学院推進派、司法試験至上主義者、財政支出抑制論者、予備試験など法科大学院を経ないバイパスの充実派など様々で、それぞれの政治家が自分の生い立ちと重ね合わせた独自の教育論をお持ちのため説得には苦慮した。特に自民党司法制度調査会の法曹養成部会は論客が多く、一旦説得したと思っても、またぐらついたりして、意見書をまとめきるまで、どのような見解が政治家から示されるか安心できなかった。

改革審の事務局長は大学同期で同期合格の樋渡利秋氏(後に検事総長)だったから、お互い立場は違っても、「司法改革を成功させなければならない」という思いが共有できていたのは有り難かった。憶測と後知恵で司法制度改革の裏の思惑などしたり顔で書物を書いている弁護士もいるが「この国のかたち」を今変えなければ、ワンゼネレーションだったら、この国は三等国になると言う危機感が審議会委員とそれを補佐する人々を突き動かしていたことは間違いない。

6月12日に司法制度改革審議会の意見書が提出され、佐藤宏治会長、井上正仁委員がもっとも力を入れていた法科大学院について、明解な記述がなされていたことに一安心した。もっとも、司法研修所は存続され、実務修習を中核とすると書かれていたが、全ては法科大学院教育の充実度にかかっていることもうかがわれた。法科大学院の開設は2004年4月と定められ、学生募集時期を考えると2年か遅くとも2年半で設置認可にこぎ着けなければならないスピードである。

意見が出れば次は実行である。審議会が開かれている間は中坊公平委員が中心で日弁連は表面的にはそのサポート役にすぎなかったが、ここからは日弁連と全国の弁護士会が主体となって法科大学院を支援しその開校を推し進めなければならない。未だにロースクール反対に凝り固まっている単位会は東北、関東近辺を筆頭に目白押しである。弁護士過疎と言われる東北6県に仙台以外でも開校していただかないことにはせつかくの法科大学院が弁護士過疎に役立たないことになる。全国行脚をしてでもまず日弁連・単位会を固めたいが各地の実状を見ると、頼みの岩手でさえも弁護士実務家教員はおろか研究者教員の確保もおぼつかない状況であった。

7月からは会内の意見を統一し、改革を推進するために担当副会長としてフル稼働することになり、二弁会長の役割は二弁副会長以下にゆだねざるを得なくなった。制度面でも設置認可基準、第三者評価基準と担当機関の設定・権限・評価方法の検討から裁判官・検察官の実務家教員の確保方法まで焦眉の急務となる。さらに新司法試験のあり方から、現行試験から新司法試験への移行システムの検討、司法修習も多数合格者を対象とした実務修習日程や移行期の処理などもどのように進めて良いのやら、みんなで知恵を出し合うしかない。教育実務もモデルコアカリキュラムの作成、実務科目のカリキュラム策定と各科目教材の策定・出版、弁護士実務家教員の研修育成など枚挙に暇がない。

8月には意見書の実現に向けて、内閣官房司法改革推進準備室が設置され、司法制度改革推進法案の策定作業が進み始めた。

10月25日には衆議院法務委員会で質疑がなされた。民主党の仙石由人議員(現官房長官)から特に法科大学院に的を絞って「標準の3年制で幅広く学修するのが意見書の記載だ。2年制の方の合格率が良ければ、よい大学だということになっては却って改悪だ。」との質問に対し、森山法務大臣が「意見書に書かれたとおり具体化したい」と答えた。また、「奨学金を惜しむな、個人の自立のためには奨学金による支援が必要だ」との質問に池坊文科政務官が「奨学金で学び社会に出てから返済するという個人の自立を促しつつ、公的支援をしていく」と答えるなど政策実現にむけて実りある質疑が交わされた。2年制が合格率で幅をきかせ、多くのロースクール学生が奨学金不足に苦しむ現在、文科省、法務省はもう一度この日の議事録を読み直すべきではないだろうか。

11月には法案が可決され、準備室長も務めていた樋渡氏に代わって司法改革推進本部事務局長にこれも大学同期の山崎潮法務省民事局長(千葉地裁所長に転出されたが、同地で逝去)が就任した。

12月には司法改革の10のテーマごとに検討会議が設置され、私は国際化検討会の委

員となる一方、川端特命嘱託が委員となった法曹養成検討会の担当副会長として活動することとなった。またしても二弁コンビで法曹養成を担うこととなったのである。

法科大学院については法曹養成検討会議で討議しつつ、文科省が中教審法科大学院部会で設置基準の大綱をはじめ、教育方法、教員組織、学生支援制度などを討議した。日弁連では法科大学院設立・運営協力センターがこれらのテーマを含めて提言を発表したりして、推進準備室第3ライン、後に推進本部事務局第7班と密接な連絡・協議を重ねた。

この時点では、相次いで多数の法案が立法段階に至ったため、主として自民党・公明党・民主党などの与野党国会議員によりよい法科大学院設立のための説得要請活動が活発化し、毎週のように7時半からの自民党の朝食会に出かけたり、ヒアリングを受けたりハードワークが続いた。地方選出の副会長の中には年間200泊以上が東京暮らしというエレジーも聴かれた。

法科大学院問題について日弁連トップは二弁の考えを良く理解していた。「法学部の上にとちょこんと乗ったロースクールは本来、好ましくはないが、それでも弁護士独自の教育システムとしては研修所よりも良くなる可能性がある。作ってしまえば財務省から予算をもぎ取る気持ちも能力もない最高裁事務総局よりは文科省の方が予算面ではずっと頼りになる。日弁連は文科省を徹頭徹尾支えるべきだ。」「大量増員になったら司法研修所にはもはや期待は出来ない。司法研修所は裁判官養成と修習生教育と二つの役割を担っているが、法曹の大半を占める弁護士教育は法科大学院が担当するしかない。研修所が疑似法曹一元をになった歴史的役割は終わった。これからはたった一年、それも班編成の実務修習中心では「同じ釜の飯」意識も湧かない。我々の時代は同じクラスメートとして前期4ヶ月、後期4ヶ月を共に過ごしたからこそ一体感もあった。今やその役割は法科大学院で果たせる。判事も検事も法科大学院の同級生じゃないか。」と言われた言葉の数々が耳の奥に残っている。

## VI 前橋ロースクールの挫折と大宮フロンティアロースクールの誕生

二弁ロースクール構想を語るとき、那須弘平氏から自ら理事長を務める群馬法律専門学校を寄贈してもよいとの有り難い御申出を忘れるわけには行かない。元来二弁意見は弁護士会の大学への全面的な協力の下に運営される法科大学院を提唱するものであった。審議会意見も「法科大学院は法曹養成に特化した実践的な教育を行う学校教育法上の大学院とすべきである。なお、法科大学院の設置は既存の大学を拠点としなければならないわけではなく、例えば弁護士会や地方公共団体等の大学以外の主体が

学校法人を作るなどして法科大学院の設置基準を満たせば法科大学院を設置することができる。」と明言している。群馬法律専門学校を活用して二弁ロースクールを開設できないだろうかと私は二弁会長として懸命に努力し、文科省とも折衝し、前橋市や群馬県庁にもアプローチを試みた。二弁の主立ったメンバーに前橋の学校施設見学をしていただき、群馬弁護士会にも教員の派遣を要請した。文科省の担当官や上層部とも協議し、色々とお知恵は頂いたが、ロースクールは大学院設置認可対象なので、残念ながら学校法人ではあっても、専門学校では要件を充足しないとの結論であった。大学の設置認可を受けるのでは気の遠くなるほどの時間とコストがかかってしまう。審議会委員として熱心にロースクール構想をぶち挙げてくれた石井宏治委員にも相談したところ、「防衛大学校や防衛医科大学校もあるし、法務省が認可すれば問題ないと思っていた。だから弁護士会でも作れるとしたので、大学法人を作れと言われたら弁護士会には到底、無理だろう。私は法科大学院という名前には反対でロースクールで良いじゃないかと言っていたんだ」と啞然とされた。群馬弁護士会も執行部は好意的であったが、会員全体に司法改革全体に対する反感が根強くあるとのことで、群馬県内の大学と組むことも困難であった。浜中善彦弁護士の紹介で旧富士銀行系のコンサルタントにも格安でお願いしてフィジビリティスタディも行い、それなりの見通しも立ったが、東京からの距離的な遠隔を克服することの困難性、二弁教員を含めて確保の困難性、学生募集のハンデなど総合的に考慮すると断念せざるを得なかった。それでも私は弁護士会が教学面で主導できる法科大学院が絶対に必要だとの思いを捨て去ることが出来なかった。いちいち全ての交渉先を挙げることは控えるが、法曹の多様性を確保するために有益と考えられる多様な大学を尋ねまわった。その結果、巡り会ったのが埼玉の佐藤栄学園であった。理事長の佐藤栄太郎先生は法曹を養成する法科大学院の価値を認められ、自ら設置に向けて土地や建物の手当を終えられていたが、設置基準を満たすだけの教員確保と全く新しい法科大学院での教育方法に一抹の不安をお持ちであった。二弁が教育と教員確保に全面的に協力するので教学面はお任せ下さいと伝えると、「是非一緒にやりましょう」と設置に向けて全速力で進めることとなった。固く握手をしたときの日展無鑑査の彫刻家でもある先生の大きな力強い掌のぬくもりは今も忘れない。

**2002年9月24日** 既に私は二弁会長を退いていたが、後任の井元義久二弁会長によって、二弁と佐藤栄学園との提携協定書が無事締結されることとなった。

それまでもそして協定後も大勢の方々のお世話になりながら、ついに**2003年11月27日**文科省から認可が下りた。この日、「大宮法科大学院大学」という日本でただ一つ



大学名に法科大学院の名称の入った法科大学院として河村文科大臣から佐藤理事長が全法科大学院68校を代表して認可証の交付を受けた。河村大臣は自民党文教族の有力議員で自民党の朝食会ではいつも助けていただいただけに、この場面をTVニュースで見た私の思いはひとしおだった。

「那須さんの群馬法律専門学校がなければとっくに諦めていたかも知れない。」「佐藤栄学園がなければついに弁護士会が深く関与する法科大学院は日本に一つも出来なかったかも知れない。」そんな感無量の過去の思い出と共に、何が何でもこの法科大学院をプロがプロを作る本当のプロフェッショナルスクールとして発展させなければと私は将来の飛躍を心に期した。

さて、開学の苦労や46名に及ぶ司法試験合格者を生み出した喜びは、また、しばらく時間を頂いて後日書きつづることとして、今回はここで一旦筆を置くこととする。

以上

## 参考文献

- 「魅としての第二東京弁護士会」(第二東京弁護士会、2006年刊行)  
250ページ：法科大学院創設の歴史と今後の課題(飯田隆)  
261ページ：大宮フロンティアロースクール創設と展望(久保利英明)
- 「月刊司法改革」  
1999年12月号55ページ：第二東京弁護士会の法科大学院構想提言(川端和治)  
2000年1月号33ページ：法科大学院構想と現行法曹養成制度(永石一郎)
- 「こんな日弁連に誰がした」(小林正啓、平凡社新書、2010年)
- 「法科大学院序論」(高橋宏志、法学協会雑誌118巻12号1872ページ、平成13年12月)  
● 「法科大学院(ロースクール)問題に関する提言」及び「二弁提言の根底にあるもの(山岸良太)」(ジュリスト1172号(2000年2月15日号)179ページ以下)
- 「司法改革」(大川真郎、朝日新聞社、2007年)



# ロースクールのための刑事事実認定論試稿(1)

丸山輝久

---

はじめに.....	100
第1 刑事事実認定の基本原則.....	102
第2 事案の捌き方(その1).....	111

---

## はじめに

刑事事件を担う法曹実務家の作業は、まさに、生の証拠(事実)との戦いである。検察官の作業は、捜査で収集した証拠を分析・評価して起訴事実を確定し、公判でその存在及び量刑に関する情状を証拠によって裏付け、有罪判決を獲得するという連続した活動の集積である。また、弁護人は、捜査段階においては捜査が適正に行われるようチェックするとともに、被疑者に有利な証拠を自ら収集し、公判においては開示された証拠及び自ら収集した証拠に基づいて起訴事実に対峙する事実(情状も含めた)を提示して、被疑者・被告人の権利を擁護するためにする連続した活動の集積である。そして、裁判官は、審判対象を明確化し、証拠決定をし、取調べた証拠を分析・評価して、起訴事実の存否及び量刑事情に関する心証を形成していく連続した判断作業の集積である。したがって、実務家に最も必要な能力は、生の証拠を分析・評価して証拠能力を吟味し、自分の役割から見た積極事実と消極事実を振り分けてその優劣を判断し、自己の主張事実を構成し表現する能力である。

ロースクールにおいても、これらの能力を身につける初歩的訓練がなされなければならないはずであり、これが実務と理論の架橋であるはずである。しかし、ロースクールでは生の事実、生の証拠に触れることは許されないという意見が強いし、可能だとしても著しく制約がある。したがって、ロースクールで素材にする事実、裁判官が整理・分析・評価した判例が中心となる。また、判例解説に関する論考も、事実の選定、分析の方法に向けられる場合は少なく、殆どは判例が整理した事実とその分析・評価を前提として、法律の解釈・適用の検討に向けられている。したがって、生の事実や証拠から犯罪を組み立てていく方法、組み立てられた犯罪が正しいかという観点から事実や証拠をチェックしていく方法は極めて軽視されるか無視されている。

そればかりか、司法試験合格のためという目的が最優先されるため、判例が行っている事実の整理すら軽視され、法律の解釈・適用がみを重視するという傾向が強い。その結果、実務家にとって最も重要な事実や証拠の分析力、発想力、構成力などを修得する学習は望むべくもなく、判例を追認する思考、即ち、判例の解釈・適用を憶える知識力、記憶力の養成が主とならざるをえない。これでは「判例を批判的に検討する」と言ってみても無理である。

もう一つ述べておきたいことは、刑事事実認定は、実体法と手続法とが融合した連続した作業であるということである。即ち、刑事事実認定は、捜査の端緒から判決の確定に至るまでの、証拠の集積、それに伴う心証の深化を経て捜査段階の到達点である起訴事実(訴因)の確定、証拠能力のある証拠の取調べ、公判廷での検察官と弁護人

の攻防の積み重ねを基に、起訴事実の存否に関する心証を深化させていく過程であり、その到達点が判決なのである。したがって、審判の対象が特定されているか、審判の対象と心証とのズレが生じていないか、心証形成に資する証拠に証拠能力があるかなどに絶えず気を配っていなければならない、即ち、訴因論、証拠論を前提にしなければならない。そして、証拠能力の有無の判断も広い意味では事実認定なのである。裁判は生き物であり、絶えず変化していくと言われる由縁がここにある。司法試験問題で融合問題も提示すべきであるとの意見も聞かれたが、今なおそのような兆しすら感じられないことは残念なことである。

本稿は、以上の考え方を基にし私が担当している「刑事事実認定論」受講生に対する講義ノートである。本試稿において、具体的に留意した点は次のとおりである。

第一に、実体法と訴訟法の融合を可能な限り試みた。刑事事実認定は、当事者主義・直接主義を軸とした、捜査の開始から判決まで連続した証拠集積に基づく判断作業の過程であると位置づけた。その結果、捜査で収集した証拠も含めた証拠論、攻防及び審判の対象である訴因論も事実認定と有機的に連結させなければならない。

第二に、前述のロースクールの制約から判例を素材する外はないので、判例の事実の摘示の手法とその是非までを検討対象とし、特に、審級ごとに結論が異なる判例を重視した。それは、裁判官が判決のために整理したという限定的な事実ではあるが、積極事実、消極事実を見分けた上での事実の整理及び評価を俎上にすることによって、事実を見分ける思考方法に触れる必要があると考えたからである。

第三に、認定手法について、連続した行為を細切れに検討するのではなく、発生した結果を重視し、誰をどのような犯罪に問うのが妥当かという思考方法を提案している。これは実務家の発想であり、受験生が陥りがちな行為ごとに分断して犯罪成立要件を検討し、実務的には不必要な犯罪まで成立させる形式論を極力抑えるべきであると考えたからである。以上を踏まえた上で、次のような構成となる予定である。

- 第1 刑事事実認定の基本原則

刑事裁判における事実認定とは何か、起訴便宜主義(検察官処分権主義)の意味と危惧、裁判における当事者主義の意味、刑事裁判における事実認定の基礎原理を問題にする。

- 第2 事案の捌き方(その1)

ここでは、犯罪事実を確定するに際して、何に焦点を当て、どこまでを一つの犯罪として括るべきか、刑法総論的視点から犯罪成立を阻害する事情の処理を中心に述べる。

- 第3 訴因論(認定の対象)

訴因制度を支える4つの法原理とその役割、訴因変更の要否、訴因変更の可否を問題にする。

- 第4 証拠論(認定の資料)

ここでは、証拠裁判主義、伝聞証拠、自白の証拠能力、違法収集証拠の問題を論ずる。

- 第5 事案の捌き方(その2)

ここでは、財産犯の捌き方について述べる。

本稿は、「第1 刑事事実認定の基本原則」、「第2 事案の捌き方(その1)」に関するものである。

## 第1 刑事事実認定の基本原則

### 1 刑事裁判における事実認定とは

刑事裁判における事実認定とは、狭義の意味では、証拠能力のある証拠に基づいて、検察官が起訴した公訴事実(訴因)の存否を判断する作業である。したがって、認定する対象を特定し、争点を整理・明確化する訴因論と、認定に供してよい証拠を確定させ、証拠を分析・評価するための証拠論を前提にしなければならない。

**刑訴法1条**は、刑事裁判は「公共の福祉と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」と規定している。

民主主義国家における刑罰権の行使は、国民の付託に基づくものであるから、公正・公平に行われて国民に信頼されるものでなければならない。そのためには、法を適用すべき事実の認定が国民から見て納得できるものでなければならないし、それに対する法の適用が公正・公平であることが必要不可欠である。すなわち、事実認定が正しく行われることが刑事裁判の基本であり、それなくして公正・公平な法適用も意味がない。

同条の「事案の真相を明らかにし」とは**実体的真実主義**を定めたものであるといわれている。「実体的真実」とは、制限された制度(制限された証拠と法定手続)の下で究明される「できるかぎり真実らしい事実」であり、相対的真実にすぎない(絶対的真実は神のみぞ知るである)。即ち、刑事裁判における事実認定の作業には、過去に起こった事柄を、事後に収集された証拠に基づいて判断した事実にすぎないのであり、真実ではなく、限りなく真実らしい事実を追究する判断作用にすぎないという制約がある。

また、刑事裁判における真実追究は、国家、社会の秩序維持という「公共の福祉」と個人の「基本的人権の擁護」という対立的概念を調和しつつ行われなければならないとされている。「公共の福祉」を重視すれば、「真犯人を逃してはならない。真犯人は必ず

処罰されなければならない。」という命題を重視し、有罪・無罪の境界線上の事案について有罪認定に傾くことになる。また、迅速な刑罰権の行使に傾き、「迅速」を重視すれば拙速な審理の危険性があり、被告人の弁解を丁寧吟味することを怠りがちになる。

さらに、刑事訴訟法は**自由心証主義**を採用し、「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。」と規定している(同法318条)。これは、裁判官は、職業的良心と信念にのみ基づいて、証拠評価をして犯罪事実の存否を判断しなければならないという意味である。しかし、裁判官の良心や信念は、個々の裁判官の国家観、人生観、思想、宗教観、心情などに依拠しており、裁判官ごとにそれらが異なる以上、上記対立概念についての軸足が異なる。そのため、裁判の進め方、証拠採用、証拠判断、法解釈などが異なってくる場合が当然予定されている。法制度は、その不均衡、不合理を級審制度で是正しようとしている。しかし、上級審が前者の立場の場合、一審有罪判決の安易な追認、一審無罪判決否定による逆転有罪という結果になるし、再審の扉は極めて厳しいものになる。

日本の裁判制度に対して、事実認定の観点から2つの疑念が投げかけられてきた。一つは、国民の裁判に対する信頼が揺らいでいるという疑念である。これは、現行刑事裁判が余りにも精密手法化して国民には解りにくい上に、判決までに長期間を要するために訴訟経済的合理性を失っているのではないかという指摘と、誤判・再審無罪が後を絶たない上に、判決理由に説得性に欠けるものが少なくないとし、職業裁判官にだけ任せておけないのではないかという指摘である。裁判員裁判制度と被疑者国選弁護制度の導入はその疑念の延長線にある。私は、両制度の導入については高く評価している。しかし、この疑念の根源は糾問的捜査構造の下での調書重視(自白重視)による弊害であり、「自白は証拠の王」とする考え方を捨てない限り、また、糾問的捜査構造を改めない限り払拭できない。また、被疑者国選弁護制度は、弁護人の助言と指導を得ているとの理由で、安易に自白の任意性を肯定する理由にされる危険性があるし、裁判員裁判制度は、前提となっている公判前整理手続で、主張・立証制限されることによる被告人の不利益、「迅速」重視の裁判による不十分な審理を招きかねない。

もう一つは、これも国民の裁判に対する信頼が揺ぐ原因ではあるが、被告人の権利のみ重視されて犯罪被害者の立場が無視されているのではないかという疑念である。そのために犯罪被害者が刑事裁判手続に参加できる制度が設けられた。私はこれについても反対ではない。しかし、被害者の感情的訴えが事実認定を歪める危険性、重罰化の危険性を孕んでおり、刑罰権は国家権力が謙抑的に行使すべきであるという原則に、犯罪被害者の権利という個人の権利擁護を介在させることにより私的報復の場に

ならないという保障はない。

いずれにしても、上記諸制度の導入より、弁護人の役割は極めて重要となったといえる。

また、刑事裁判制度とは直接関係はないが、上記各制度の実施によって裁判が劇場化し、第四の権力といわれる報道の影響から、裁判の独立性、公平性、中立性をどう守るかという重要な問題があることも忘れてはならない。

## 2 起訴便宜主義(検察官処分権主義)

訴追権は検察官が独占している(刑訴法247条)。いかなる犯罪について審判を求めるか否かは、検察官の権限である(同248条)。公訴提起は、検察官が捜査の過程で収集した証拠に基づいて、公判で有罪判決を獲得できると判断した公訴事実を訴因に構成して起訴し、立証して処罰を求めるものである。したがって、訴因は、検察官が捜査によって到達した事実認定の結論である(訴因論で詳述する)。

### (1) 捜査の持つ本質的危険性

捜査権は、一次的に司法警察官が持ち(刑事訴訟法189条2項)、二次的に検察官が持っている(同191条1項)。そして、検察官は、警察の捜査の適正かつ必要性について**一般的指示権**を有し(同193条1項)、捜査協力に関する**一般的指揮権**を有し(同2項)、個別事件の捜査について**具体的指揮権**を有している(同3項)。即ち、検察官は、警察の捜査が適法に行われるように指導・監督する役割を担っている。このことが、検察官作成調書について、警察官作成調書より証拠能力において優位性が認められている理由でもある(証拠論で詳述する)。

捜査は、犯罪の訴追を目的とした活動であり、かつ、極めて密行性が強いことからくる危険性を持っている。まず、捜査の性質上、被疑者＝犯人という予断と偏見を持つ傾向があり、その目的の実現のために、証拠収集において違法、不当な収集方法を行う危険性がある。次に、犯人の有罪を裏付ける積極証拠の収集のみに力点がおかれ、犯人性を否定する消極証拠を見落とししたり、無視したりする危険性があるし、収集した証拠を恣意的に扱う危険性がないとはいえない。

したがって、検察官は、訴追権者であるという点で、捜査の適法性、収集証拠の評価の客観性を担保するには限界がある。

また、被疑者も証拠収集の対象とされ、捜査段階での被疑者・弁護人の権限が極めて制限されている現行糾問的捜査構造の下では、捜査権を独占している捜査側は、真実発見という公益的立場から被告人に有利な証拠も収集する義務があると考えらるべきである。



## (2) 糾問的捜査構造からくる危険性

捜査段階では、強制力を有する捜査側が収集した証拠を捜査側が全面的に独占している。被疑者が捜査側の収集証拠を垣間見る手段として**勾留理由開示**の制度がある(刑訴法82、83条)。この制度の現状は、勾留に足る嫌疑の存在を裏付ける証拠の告知すら必要とされていないし、理由の告知自体も極めて形式的であり形骸化されている。しかし、被疑者が公開の法廷で勾留の不当性、取調べの違法性を訴えて客観的に記録化する程度の意味はある。

起訴後においても、原則として、検察官は自らが必要と認めた証拠のみしか開示義務はなく、捜査側が収集証拠を独占していることに変わりはない。上記のとおり、捜査側が公的権限に基づいて訴追権を独占しているのであるから、捜査側が収集した証拠を排他的に独占する根拠は乏しく、収集された証拠は、それによって処罰される被告人も、有利不利を問わず、証拠隠滅や第三者のプライバシーの侵害等を考慮しながら、当然に利用できると考えるべきである。そうでないと公判段階で当事者主義をとったとしても、捜査段階での不均衡性は解消できず、武器対等でない当事者主義といえる。したがって、原則として捜査段階の証拠は全て開示すべきであると考えがその実現は難しい。証拠開示の戦いは刑事弁護の歴史であるといっても過言ではない。

裁判員裁判制度の実施によって、公判前整理手続における証拠開示制度が設けられ(刑訴316の15以下)、証拠開示は大きく進展した。その活用如何が今後の刑事弁護の決め手になるが、その手続に乗らない事件についても、公判前整理手続における証拠開示の精神が生かされるべきである(証拠論で詳述する)。

### (勾留理由開示に関する判例)

- 1-1 最決昭29・8・5(勾留理由開示請求は、同一の勾留については勾留が開始せられた当該裁判所において一回に限り許されるものと解すべきである。)
- 1-2 最決昭46・6・14(勾留理由開示請求却下の裁判に対する不服申立は、刑訴法429条1項2号により、その取消または変更を請求することができるのと解すべきである。)
- 1-3 神戸地決昭47・2・17(刑訴法60条1項各号の該当事由のみを告げて、その基礎となった証拠資料並びに勾留の必要性について開示しなかった勾留理由開示裁判について、「勾留理由開示の手続は既になされた勾留の裁判の理由の告知=開示にすぎず、勾留の理由の可否を判断する裁判に当たらないこと明白である。したがって、これに対する不服申立の方法はなく(もともと、理由の開示が不適法不相

当の方法である場合には同法309条により異議の申立をする道が開かれている)同法429条の準抗告はできない。」

- 1-4** 山口地決昭45・5・7(「利害関係人」とは本人、弁護士、法定代理人、補佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹の身分関係に準ずる程度の社会共同生活関係を有するため直接かつ具体的な利害関係を有する者をいうと解する。)
- 1-5** 田川簡裁決昭36・9・27(広く単に友人知古又は同業者というような、社会的身分関係ないし公訴(被疑)事実に対する関係などにおいて、直接間接に利害関係のある者までも含むとは解せられない。)

### (勾留理由開示における被告人の意見が証拠として使われた最近の判例)

- 1-6** 広島高判平21・12・14(詐欺、殺人、殺人未遂、現住建造物等放火被告事件)
- 1-7** 福井地判平成19・5・10(殺人被告事件)
- 1-8** 熊本地判平19・2・26(贈賄被告事件)
- 1-9** 東京高判平17・6・16(わいせつ図画頒布被告事件)
- 1-10** 東京地判平14・1・23(弁護士法違反被告事件)

### (3) 被疑者(自白)を重要証拠と位置づけていることの弊害

自白重視の捜査、被疑者の身柄拘束(刑訴法199ないし217条)の長期化、無制限の被疑者取調べの許容(同198条但書)などは、自白獲得、自白維持に身柄拘束が利用されていることを如実に示している。実務では自白法則が確立されつつあるが、取調べが可視化されていない現状では被告人の立証の困難性がつきまとっている(証拠論で詳述する)。

裁判員裁判の現実、供述調書などの書証をできるだけ排除し、公判廷の供述を中心とする傾向にある。このことは好ましいことではあるが、刑訴法322条1項によって採用される道が残されており、裁判員裁判では、時間的制約から任意性や特信性の立証が制約されるのではないかという危惧がある。

### (4) 令状主義のノーチェックと実務上の弾力的運用

捜査手続の違法性を抑止するためには、違法な捜査を直ちに停止させる制度の整備と厳格な運用が最も効果がある。しかし、わが国の現状は、逮捕については異議申立の制度がない上に、任意捜査の範囲の拡大解釈、別件逮捕・勾留の無原則な許可、捜索・差押の範囲拡大の許容(刑訴法218ないし220条)など、適正手続については捜査の必要性が優先される傾向が強い。そして、捜査手続の違法性は事後的に、任意性の存否、違法収集証拠か否かの攻防に委ねられ、しかも、判例は、任意性の判断に甘い傾向があり、証拠能力が否定される場合を重大な違法に限定しているため、違法収集証

拠禁止の理論も捜査の適正を担保するには限定的効果しかない(証拠論で詳述する)。

### (5) 弁護活動の制限(刑訴法39条3項、弁護人に対する証拠隠滅罪の適用)

自白獲得が捜査の中心となっている以上、被疑者弁護制度の必要性が極めて大きい。しかし、捜査側が収集した証拠は、起訴前には被疑者・弁護人には一切明らかにされないし、身柄を拘束された被疑者は取調べ受忍義務を負う自白獲得の対象であり、接見禁止処分になった被疑者の**弁護人接見**(同39条)も制限されており、証拠収集の面でも限定的な証拠保全手続(同179条)しか許されておらず、弁護人は証拠隠滅罪の恐れを抱きながら極めて限られた弁護活動しかできない現状にある。

### (6) 起訴便宜主義(刑訴法248条)の過度の信頼からくる危険性

検察官が、情状による起訴裁量権を有するということは、略式裁判制度と相まって、刑事裁判による被疑者・被告人の不利益を軽減するという点では意義がある。他方、驚異的な有罪率に支えられた現行制度は、検察官に対して過度の信頼を与えることになる。その結果、起訴=有罪という予断の危険性(捜査側のリーク情報垂れ流し報道と相まってその危険性は一層強くなる)、刑事裁判の形骸化を招きかねない。

被疑者にとっても、起訴猶予、保釈が自白の取引材料にされたり、被疑者自身が取調官に迎合する危険性がある。

#### (起訴便宜主義に関する参考判例)

- 1-11 大阪高判平7・9・11(強盗致傷(変更前の訴因傷害・窃盗)・窃盗被告事件)
- 1-12 大阪高判昭62.4・16(公職選挙法違反被告事件)
- 1-13 最決昭55・12・17(傷害被告事件)
- 1-14 最判平18・11・20(詐欺、恐喝未遂、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律違反被告事件)(公訴事実の同一性がないのに訴因の変更決定がなされ、後に取消された場合と公訴時効)
- 1-15 最判平元・6・29(損害賠償請求事件)(公訴提起の適法性)
- 1-16 最判昭55・12・27(公訴権の濫用)
- 1-17 最判昭53・10・20(国家賠償請求事件)(起訴時の検察官の心証の程度)

## 3 裁判における当事者主義

### (1) 起訴状一本主義(刑訴法256条6号)

公訴提起から実質的に当事者主義が始まる。起訴状一本主義によって、有罪を推測できる一切の証拠を添付できないばかりか、訴因として構成される公訴事実にも予断排除が貫かれている。訴因特定・明確化のための求釈明と、予断を抱かせる余事記載

を排除することが重要となる。

判例1-18は、訴因と冒頭陳述の関係を指摘したものであり、同1-19、20は組織内あるいは社会的な地位などの記載が予断を抱かせる余事記載かどうかを判断したものである。同1-21は、簡裁の裁判官が、証拠調べに入る前に、簡裁の管轄を越える刑を科するのを相当とするか否(管轄権があるか否か)かを判断するために、職権で資料を取り寄せたことについて、本案の審理と密接に関連するものであり、これを離れて形式的に判断することのできないものであることから刑訴法256条6項に反するとしたものであり、同1-22は、起訴前の強制処分及び保護処分に関与した裁判官は忌避対象にならないとしたものである。同1-23は、前科記載が適法となる場合に関するものである。

#### (起訴状一本主義に関する判例)

**1-18** 東京高判60・12・4(業務上横領事件)

**1-19** 大阪高判昭57・9・27(傷害被告事件)(余事記載問題)

**1-20** 東京高判昭57・3・4(恐喝、競売入札妨害被告事件)

**1-21** 名古屋高判昭50・6・12(裁判官忌避申立却下決定に対する即時抗告申立事件)

**1-22** 最判昭25・4・12(窃盤建造物侵入被告事件)

**1-23** 最判昭27・3・5(前科の記載)

### (2) 立証責任は検察官

民事裁判は、請求の認諾が認められ、それについては証明を要しない(民訴法266条、179条)。しかし、刑事裁判では、検察官が訴追権を独占していることから、訴追事実を立証できなければ被告人は無罪となるので、挙証責任は原則として検察官が負う。

検察官は、証拠能力ある証拠によって有罪を立証しなければならず、自白のみでは有罪にできない(憲法38条3項)。

### (3) 訴因の拘束力=審判の対象(訴因論で詳述する)

訴追権が検察官に独占されていることから、審判の対象は検察官が起訴した訴因に限定され(不告不理の原則)、検察官は審判の対象を特定しなければならない(刑訴法256条3号、刑訴法規則208条、刑訴法316条の13)。

訴因の特定、訴因の変更の要否(訴因の同一性)、可否(公訴事実の同一性)、訴因変更時季の制限、訴因変更命令義務とその効力が重要なテーマとなる。

判例1-24は、不真正不作為犯の作為義務発生根拠となる具体的事実(状況)を3時間も異なって認定することについて、「時間の長短だけが問題となるような通常いわれる縮小認定とは局面を異にする」が、審判の対象となる犯罪事実の本質的部分とはいえ

ないから、訴因の拘束力はそこまでは及ばないので、訴因の記載事項ではなく、それが訴因に記載されている場合でも、「認定事実において異なる事実を認定することになる場合に訴因変更手続を必ず経なければならないものと解することはできない。」とし、被告人の防御の不利益になるかを検討し、両当事者が本件の重要争点として捉えて攻防を行っているので、「訴因変更をしないまま、作為義務発生の時間を繰り下げて判示事実を認定したことが、不意打ちに当たるとか、被告人に実質的に不利益をもたらすということとはできない。」としている。判例1-25は、常習累犯窃盗として包括一罪となるような事案でも、検察官が、個々の窃盗を単純窃盗罪として複数の起訴をすることを、検察官の処分権主義から肯定できるが、片方を常習累犯窃盗で起訴した場合は、それに包含されて一罪となる窃盗を単純窃盗で起訴することはできないとしたものである。判例1-26は、被害額が訴因記載額を上回って認定できる場合でも訴因の拘束力から訴因記載額でしか認定できないとし、同1-27、28は、訴因変更手続をとらずに訴因を越えた認定をした事例である。

#### (訴因の拘束力に関する判例)

1-24 東京高判平21・3・6(詐欺被告事件)

1-25 最判平15・10・7(建造物侵入、窃盗被告事件)

1-26 福岡地判平6・6・7(法人税法違反被告事件)

1-27 大阪高判昭31・4・26(横領詐欺被告事件)

1-28 名古屋高金沢支部昭28・9・17(職選挙法違反被告事件)

#### (4) 被告人の防御権の保障(証拠論で詳述する)

①防御の対象は訴因として表示された公訴事実の範囲で足りる。

②被告人の防御活動の主なものとして、証拠の開示、証拠能力の制限、反対尋問権の保障などがある。

## 4 刑事裁判における事実認定の基礎原理

### (1) 実体的真実主義(刑訴法1条)

第1の1で述べたとおり、刑事裁判は、証拠に基づいて、過去の「真実らしい」事実の追究にすぎない。しかも、真実の追究は自由ではなく、適正手続に則って行われなければならない。したがって、刑事裁判における真実は二重の意味で相対的なものである。

刑事裁判における事実認定は証拠評価の結論である。即ち、検察官は論告によって自らの事実認定を、弁護人は弁論によって自らの事実認定を、それぞれ表明し、それを前提として裁判所が判決によって事実認定をおこなう。さらに、裁判所の認定する

事実も、一審、控訴審、最高裁判所で異なることが少なくないばかりか、再審によって覆ることも予定されている。

したがって、実務家は、一つの審判対象について、少なくとも三つの異なった事実認定が可能であることが想定し、その合理性、相当性を競うことになる。

### (2) 証拠裁判主義(同317条)(証拠論で詳述する)

実体的真実主義及び自由心証主義に対する制限である。

当事者主義の観点から、**有罪立証の挙証責任は検察官**が負っている。どのような請求をするかは検察官に裁量権があるが、検察官が請求を義務付けられている証拠もある(同300条)。例外的に、裁判所も証拠調べについて職権を発動する義務がある場合がある。それは、審理不尽が上訴理由になっていて、審理を尽くすことが裁判所の責務とされているからである。しかし、裁判所の義務は、証拠請求を促す義務(規則208)が主たるもので、例外的に、公判準備の結果の顕出(刑訴法303条)、更新(同315条、規則213条、213条の2項3号)、破棄差戻し・移送の公判(刑訴法400条)などのように、一旦証拠調べが行われた後の、裁判手続変更に伴う証拠処理において裁判所が証拠調べの義務があるとされているにすぎない。

直接主義・口頭主義から伝聞証拠排除の原則がある。また、厳格な証明と自由な証明との区別をきちんと理解することが重要である。なお、裁判員制度は直接主義、口頭主義を促進する結果となっている。

### (3) 自由心証主義(刑訴法318条)と例外(同319条2項)

自由心証には、**合理的な疑いを超えた証明**がある場合でなければ有罪と認定できないという制限がある。しかし、合理的な疑いを越えた証明自体が極めて抽象的な概念であり、具体的な裁判の場での有効な基準とはなり得ていない。疑わしきは被告人の利益にという命題と、真犯人を見逃してはならないという命題の狭間で揺れ動くことについては第1の1で述べた。

判決書で理由を記載することは、有罪の判決において「法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免のとなる事実が主張された場合」のみであり(刑訴法335条2項、同336条)、事実認定に関する主張に対する判断理由の記載は法律上必要とされていない。しかし、控訴理由(同381、382条)、上告審の職権発動による原判決破棄(同411条2、3号)などの規定は、事実誤認も上訴理由となるので、事実判断についての理由を記載することを間接的に予定しているといえる。

実務では、無罪判決の方が事実認定に関する説明が詳細である場合が多い。判決の

理由記載も、直感的判断理由から分析的・論理的な判断理由へ移行し、事実認定に関する判断過程の説明が必要とされるようになった。

後掲の判例を見ると、戦後初期の判例(1-29、1-30)は、裁判官を信用しろという自信・傲慢が見られる。そして、判例1-31における齋藤裁判官の意見は、裁判所の限界を率直に語っており、同1-32は、情況証拠のみによる有罪認定については厳しくなければならないことを高らかに宣言している。しかし、同1-33は、合理的な疑いを越えた証明について「反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。」として、合理的な疑いを越えた証明の意味について後退している感がある。同1-34は、上告審における事実認定の方法の限界に関する規定である。同1-35は、破綻した夫婦間の子供の奪い合いについて、刑事司法がどこまで加入すべきかについて裁判官の意見が異なった事例である。

#### (自由心証主義に関する参考判例)

**1-29** 最判昭23・8・5(刑事裁判の真実とは)

**1-30** 最判昭24・4・14(強盗未遂銀行構内侵入、強盗住居侵入各被告事件)(直感的心証形成)

**1-31** 最判昭38・9・12(汽車顛覆致死等被告事件=松川事件)(刑事裁判における真実発見の限界)

**1-32** 最判昭48・12・13(情況証拠のみによる認定と高度の蓋然性)

**1-33** 最決平19・10・10(強盗強姦被告事件)(上訴審と自由心証)

**1-34** 最決平19・10・16(爆発物取締罰則違反、殺人未遂被告事件)(合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証とは)

**1-35** 最判17・12・6(児童の略取誘拐事件)

## 第2 事案の捌き方(その1)

### 1 はじめに

刑事処罰は、原則として、発生した結果が法律で定めた要件に該当する場合に発動される。例外として、重要な犯罪については**未遂罪**が定められており、ごく限られた重要な犯罪について**予備罪**が定められている。いずれも、なんらかの意思の現れとしての行為が必要であり、単に、意思や思想のみを処罰することは許されない。

したがって、まず、発生した結果(侵害された法益)を、次に、行為に表れた意思(故意)と行為の意味(構成要件該当性)を問題にしなければならない。

## 2 結果発生(保護法益の侵害)

結果発生とは刑罰法が保護しようとする権利(保護法益)の侵害を意味するのであるから、誰のどのような保護法益が侵害されたかを確定することが最初の作業でなければならない。即ち、発生した結果から遡って何罪の成立が問題かを考えるのが最も自然で、分かりやすい。

そして、刑事処罰権の抑制的行使の要請、公判維持・迅速処理などの観点から、侵害された保護法益の回数だけ犯罪を成立させるべきではなく、同一人に対する同一の保護法益侵害は、できる限り一つの犯罪に包摂して処罰すべきである。また、重要な保護法益に付随して当然発生する他の軽微な法益侵害も前者に包摂すべきである。

**法益侵害は罪数の基準となる。**例えば、他人が財物を交付した原因に詐欺的言動による錯誤と恐喝的言動による畏怖とが相まっているとき、詐欺罪と恐喝罪の両方を成立させて観念的競合とすることも考えられる。しかし、同一保護法益の侵害は原則として主たる一つの犯罪で評価を尽くすべきであるから、犯人が主としてどちらの意思であったか、被害者が交付するに至った原因がどちらであったかを検討して、どちらか一つを成立させれば足りる。また、Pの銀行預金通帳とキャッシュカードを預かっている暗証番号も教えられていたXが、ATMによって預金を払戻し、私的使途に費消してしまった場合、被害者は預金所有者Pと預金を預かっている銀行とが考えられる。この場合、Pとの関係で横領罪が成立すると同時に、銀行に対しても窃盗罪が成立すると考えて、両罪の観念的競合となるのであろうか。銀行は預金者のために預金を委託されて占有しているにすぎず、真の被害者はPである。したがって、Pとの関係で預金を払い戻す権限を与えられていれば、犯人はその権限を利用して払い戻すという意思なので横領罪が成立し、銀行に対する法益侵害もそれによって評価され尽くしたと考えるべきである。

さらに、服を着ている人を包丁で刺した傷害事件において、侵害した保護法益は人の身体であると同時に、着ていた服を切り裂いているので、概念的には殺人罪と器物損壊罪の成立が考えられる。しかし、殺人罪という重要な結果を起こす際に付随的に生じた結果であって、殺人罪を成立させることによって器物損壊による法益侵害も評価し尽くされたと考えて、殺人罪のみを成立させれば足りると考えるのである。



### 3 故意の確定

#### (1) 故意と実行行為の関係

刑事処罰は、原則として、**故意ある行為**が法の定める特定の構成要件に該当する場合に発動される(刑法38条1項)。これは、責任主義の原則から、原則として、責任ある行為、即ち、自ら法益侵害を認識し容認して、あえて行為に及んだ場合に非難され処罰されるとするものであり、行為と故意とが同時に存在することを原則とするものである。したがって、特定の犯罪の構成要件に該当するかどうかは、法が規定している客観的行為(行為態様と結果=客観的要素)のみでは区別できず、行為者の内心(主観的要素=故意、目的)を考慮しないと決められない。

例えば、Xが持っている包丁がPの身体に刺さってPが死亡した場合、客観的行為だけではXが殺すつもりだったのか、傷を負わせるだけのつもりだったのか、Pがいることに気付かず振り回したら刺さってしまったのかなどが区別できない、即ち、殺人、傷害致死、過失致死のどの構成要件に該当するかを区別できない。また、行為の目的を含めないと単純な殺人、強盗殺人、強姦殺人などの区別もつかない。行為者の主観的要素である故意や目的を判断材料にするからこそ区別が可能なのである。この意味で、故意や目的は、**行為を特定する限度で主観的要素**として構成要件に取り込まれている。

#### (2) 故意の概念

故意は、構成要件該当行為の基本的事実を認識して、結果発生を認容し、あえて結果を実現しようとする意思であり、行為者の主観(供述)を重視するが、それのみではなく、様々な客観的状况をも考慮して法的に評価を加えた概念である。なぜなら、行為者の内心は、行為者の供述(自白)によってしか明らかにできない。しかし、意図して拳銃で人体の枢要部を狙って撃ったり、鋭利な刃物で心臓を突き刺したのに、行為者が殺意はなかったと抗弁すれば殺意がないとしたのでは常識に反する。逆の場合もある。行為者は相手が死んでもいいと思って行為に及んだと供述しても、客観的に見て、その行為に殺意があるとするのは酷であるという場合もある。そこで、主観的要素と客観的要素を総合評価して殺意があったか否かを判断することになる。**故意の認定は、生の実事ではなく法的評価**なのである。

故意には**確定的故意**と**未必の故意**があり、確定的故意は、構成要件的行為と結果を認識・認容して、積極的に結果発生を意欲して行為を行うことであり、未必の故意は、構成要件的行為と結果を認識し、結果を発生させることに積極的ではないが、その結果が発生してもやむを得ないと判断して(認容)行為を行うことである。前者は行為者

が自認している場合が殆どであるが、行為者が故意を否定していても客観的情况から認定される場合もある。後者は、結果発生の認識・容認は客観的事情が重視される。

**未必の殺意**の認定は事実認定で重要な問題の1つである。判例2-1、2-4、2-6を参照されたい。凶器の形状及び性能、犯行方法及び態様、現場の状況、受傷の場所及び程度、動機、被害者との人間関係などが判断基準とされている。特に、同2-4は、確定的故意があったと評価できるとまで判断しながら、動機が間接的であることを理由として未必の故意に止めている点が注目される。

殺意以外で未必の故意を認めた判例として、判例2-2(廃棄物の不法投棄)、同2-5(現住放火)、同2-7(麻薬輸入における麻薬の認識)、未必の故意を否定したものとして同2-3(占有離脱物横領)などを参照されたい。

同2-8は、判決理由において未必の故意をどの程度具体的に示す必要があるかに関するものである。

なお、同2-7は、ヘロイン(麻薬)であることを確定的に認識していなくとも、ヘロインを含む身体に有害で違法な依存性薬物であることの認識で足りるとしており、事実の錯誤においては、同2-19の判例と同趣旨(上記認識があれば、その薬物から当該薬物を特に排除する意思が認められなければ、事実の錯誤ではなく故意を阻却しないとしている)。処罰の必要性は認めるとしても、処罰根拠法令が異なる場合にまで拡張してよいかは、罪刑法定主義から疑問がある。

#### (故意の認定に関する判例)

- 2-1 神戸地判平20・12・8(殺人等被告事件)
- 2-2 最決平19・11・14(廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反被告事件)
- 2-3 秋田家裁決平19・10・19(占有離脱物横領保護事件)
- 2-4 静岡地判平19・8・6(殺人未遂等事件)
- 2-5 大津地判平19・1・23(現住建造物等放火等事件)
- 2-6 名古屋地判平18・8・7(殺人被告事件)
- 2-7 大阪高判平16・1・30(麻薬及び向精神薬取締法違反、関税法違反被告事件)
- 2-8 最決昭58・5・6(殺人未遂被告事件)

## 4 実行行為の確定

実行行為も、生の具体的行為そのものではなく、実体法上の特定の犯罪の構成要件に当てはめて評価するという判断作業を経た概念である。実行行為の確定で最も問題なのは、どこまでを一つの犯罪の実行行為とみるかという点である。人の故意は、殆

どの場合に複数の連続した行為として発現する。したがって、実行行為の確定は、どこからどこまでを一つの故意の発現行為として評価すべきか、即ち、**実行の着手時期と既遂時期**を決定して一つの実行行為の範囲を確定することである。

実行の着手は**予備罪との区別**、既遂時期は**未遂あるいは不可罰的事後行為との区別**の判断基準として重要であるばかりか、成立する**犯罪の数**、**作為犯と不作為犯の区分**、**共犯関係にある場合の途中参加者あるいは途中離脱者の刑事責任の確定**などに重要な影響を及ぼす。

結果を発生させるための行為が存在しないのに例外として処罰される場合はある。**過失犯、共謀共同正犯、間接正犯、不作為犯**などである。過失犯は特別に規定された場合であるが、その他は処罰規定がなく実行行為の解釈論において、実行行為の概念的拡張形態として認められてきたものである。

## (1) 実行の着手と既遂

実行の着手とは、**特定の犯罪が予定する結果発生**の危険性がある行為を開始することであり、既遂とはその結果が発生したことである。故意の認定如何によって実行の着手時期が異なることに注意すべきである。

判例2-14は、重篤な状態にある被害者を自動車に乗せて、人目のない山に放置した事案について、不作為犯認定の手法を用いながら、放置行為自体の時点で未必の故意の存在を肯定し、殺人の実行行為としている。これに対し、同2-15は、シャクティパット事件と呼ばれる有名な判決で、上記とは逆に、入院中の重篤な患者を勝手に運び出させた行為自体に殺人の実行の着手を認めた一審の判決を否定して、被害者を目の前に見た時点で作為義務を認めて不作為による殺人犯を認定した控訴審判決を支持したものである。比較検討されたい。

### (実行の着手に関する判例)

**2-14** 佐賀地判平成19・2・28(殺人未遂被告事件)

**2-15** 最決平17・7・4(殺人事件)(実行の着手=未必の故意発生時期・シャクティパット事件)

## (2) 包括一罪

判例2-20は、**連続犯の数個の犯罪を包括一罪として処断すべき要件**について、「判例等を総合考察すると、その最少限度の要件として、①犯意が同一であるかまたは継続すること、②行為が同一犯罪の特別構成要件を一回ごとと充足すること、③被害法益が同一性または単一性を有すること」の三つが必要であるとしている点は参考になる。

XがM地点で甲と喧嘩状態になって暴力を振り、甲が無抵抗状態になったので暴力を振るのを止めてM地点を離れた10分くらい後、追いかけてきた甲がN地点でXに襲いかかったので再び喧嘩状態になった、たまたまXの友人Yが通りかかりXに加勢して一緒に暴力を加えた、甲が一連の暴行によって傷害を負ったが、その原因がM地点の暴行によるものかN地点の暴行によるものか不明であるという場合を考えてみよう。二つの地点のXの暴行を、一つの暴行の故意の一連の発現行為として、実体法上一つの暴行の実行行為と考えれば、Xには一つの実行行為から傷害の結果が発生したのだから問題なく傷害罪一罪が成立し、Yには一つの実行行為の途中から加わった者として承継的共同正犯の成立を肯定すれば傷害罪になり、承継的共同正犯の成立を否定すれば同時傷害の特例を問題にすることになる。これに対し、M地点の暴行とN地点の暴行を別々の実行行為(二罪)と判断すると、Xには取りあえず二つの暴行罪が成立し、甲の傷害はどちらの暴行によるものか不明であるが、M地点では単独で、N地点ではYと現場共謀によって共同で暴行を行っているので、Xの暴行から傷害が生じたことは明らかであるから因果関係を認めて傷害罪を成立させ、二つの暴行罪はそれに吸収されることになる。しかし、YはM地点でのXの暴行を認識・認容していないので、N地点での暴行のみの現場共謀による共同正犯のみなので、承継的共同正犯は問題にならず、甲の傷害がN地点での暴行によって生じたことが証明できない以上暴行罪の限度でしか刑事責任を問えない。そして、同時傷害の特例を適用できるかを検討することになる。

同2-16は、住居侵入してキャッシュカードを奪い、さらに自動車内に監禁して暗証番号を言わせるために暴行を加え、キャッシュカードを使って銀行預金を引き出したが、金額が少なかつたために、さらに被害者の弟に電話して、兄の悲鳴を聞かせるなどして脅して金を奪おうとしたが実現しなかったという事案について、どの犯罪がどこまでを包括するかという判断を示したものであり参考になると思う。

同2-17は、強姦未遂の状態で途中離脱者について、その後の共犯者の行為を包括一罪とし、離脱者にも既遂の責任を負わせた事案である。

同2-18は、住居侵入窃盗、強姦、窃盗未遂という連続した行為について、窃盗と強盗未遂を包括一罪とし強盗未遂罪とした事案である。

同2-19は、抗争中の暴力団間で、一方が覚せい剤の取引にこと寄せてホテルの部屋に誘き寄せて殺害するという計画を立てたが、途中で計画を変更して、一人が覚せい剤を預かって出た後に実行犯が部屋に入り銃殺するというにし、覚せい剤を預かった者がそのまま逃走した後に、殺害行為を行ったが被害者が死亡しなかった事案

について、下級審は一連の行為として一項強盗殺人未遂罪としたが、殺害行為は覚せい剤を盗った後であって手段、目的になっていないし、詐欺あるいは窃盗罪であり、殺害行為は盗った覚せい剤の代金支払いを免れるためのものであるとし、前者を包括して二項強盗殺人罪としている。

#### (包括一罪に関する判例)

**2-16** 東京高判平13・5・16(強盗致傷・強盗・監禁・窃盗・恐喝未遂・傷害被告事件)

**2-17** 福岡高判昭63・12・12(強姦致傷被告事件)

**2-18** 大阪高判昭62・9・10(住居侵入、窃盗、強姦未遂、強姦、強盗被告事件)

**2-19** 最決昭61・11・18(強盗殺人未遂、恐喝未遂、殺人未遂等被告事件)

**2-20** 名古屋高判昭34・4・22(詐欺被告事件)

#### (3) 過失犯

過失犯は、結果を発生させる意図、即ち、故意のない行為であっても、結果発生の危険を伴う行為に結果回避義務を負わせ、その義務を怠った者を処罰するものである。行為自体は実行行為に該当しないが、結果回避義務を怠ったことを故意犯の実行行為と同価値と判断して刑事責任を負わせるのである。例外的な場合であるから、特別に規定がある場合のみ処罰される。

#### (4) 共謀共同正犯

共謀共同正犯は、自分では実行行為を行わないが、他人と犯罪の実行を共謀(共同実行の意思=故意の共同)して、他人の実行行為を自己の犯罪の実現のために積極的に利用する意思(正犯意思)があれば、実行行為を行ったと同一の非難可能性があるとして共同正犯者とするものである。間接正犯とは共謀=意思の連絡の有無により区別される。間接正犯を意図したのに、道具が犯罪の実行行為であることを認識していた場合(故意ある道具)に錯誤の問題が発生し、間接正犯を意図した者に正犯が成立するのか、錯誤によって教唆にとどまるのか、故意ある道具は片面的幫助犯にとどまるのか、単独の正犯が成立するのかが問題となる。

判例2-16は、スワット事件と言われる有名な判例であり、暴力団組織内の取り決め、慣行などを基に、組長である被告人とは別の車に乗って同行していた警護員の拳銃所持について、被告人に共謀を肯定している。組長である被告人は、自分のための警護員であることを認識しているので正犯意識は認められるとしても、警護員が拳銃を所持していることの認識の明確性がない上に、具体的な共謀が存在しなくても黙認しているだけでよいとして、共謀の範囲、故意の存在を肯定する点で拡張しすぎるのでは

ないかという危惧がある。

同2-17は、指揮者の地位にあった被告人について、謀議の内容では実行者による被害は被害者の抵抗という事態の発生を見た上で決行するとしていたとしても、実行者らによって実行行為を遂行させようという被告人の意思そのものは確定していたものであるとして、殺人の未必の故意を肯定している。

同2-18は、共謀認定には厳格な証明が必要であるとしたものである。

#### (共謀共同正犯に関する判例)

**2-16** 最決平15・5・1(銃砲刀剣類所持等取締法違反被告人事件)

**2-17** 最決昭59・3・6(殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告人事件)

**2-18** 最決昭33・5・28(傷害致死暴行暴力行為等処罰ニ関スル法律違反窃盗各被告人事件)

#### (5) 間接正犯

間接正犯は、**他人を道具(手足)として実行行為を行わせた場合**、道具を自分の手足と見て自分が実行行為を行ったと同一であると評価するものである。この場合、**故意ある道具**の場合にも間接正犯が成立するかという問題がある。

判例2-19は、12歳10か月の息子に命じて強盗をさせた事件について、息子は是非弁別の能力があり、被告人の指示命令は息子の意思を抑圧するに足る程度のものでなく、息子は自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかであるとして間接正犯を否定し、共謀共同正犯を成立させたのに対し、同2-21は、同じく12歳の少女に窃盗をさせた事案について、被告人が少女を著しく畏怖させていたことを理由に間接正犯を肯定している。

同2-20は、被害者を抗拒不能状態に追い込んで、被告人らは手を加えないが被害者を川に転落させた行為について、未必の殺意を認めて被害者を道具とした間接正犯を認めた事例であり、同2-22は、従業員の運転手に命じて米を運ばせた行為を間接正犯としている(運転手が事情を知っていたか否かは必ずしも明らかではないが、知っていたとしても、業務命令に従わなければならない関係にあったこと、従業員自身はなんら独自の判断と意思をもっていないことなどから、道具性を肯定でき、従業員は片面的幫助犯ということになる。)

#### (間接正犯に関する判例)

**2-19** 最決平成13・10・25(強盗被告人事件)

**2-20** 最決昭59・3・27(殺人被告事件)

**2-21** 最決昭58・9・21(窃盗被告事件)

**2-22** 最判昭25・7・6(食糧管理法違反被告事件)

## (6) 不作為犯

不作為犯は、作為義務ある者が故意に義務のある行為を行わない場合であり、**作為義務を意図的に怠ったこと**を作為犯の実行行為と同一と評価するものである。作為犯か不作為犯かの区別については、有名なシャクティパット事件の一审判決と控訴審判決の違いに見ることができる(前掲判例2-15参照)。教祖に成立させる犯罪について、一审判決は息子を誘導して重篤の父親を病院から運び出させた時点が殺人の実行の着手(故意発生時)であるとして、息子と教祖は殺人の共謀共同正犯が成立するが、息子には殺意がないので傷害致死罪、教祖には殺人の共謀共同正犯が成立するとした。これに対し、控訴審は父親を病院から運び込ませた段階では教祖に殺人の故意は認められないが、ホテルに運び込まれた父親の重篤状態を現認した以降には教祖に作為義務が発生し、意図的にその義務を行わなかったという不作為による殺人罪が成立するとし、最高裁もこれを肯定した。即ち、殺人の実行の着手をいつにするかによって成立する犯罪が作為犯か不作為犯かの違いが生じることになる。

判例2-24は、時々自分も子供に暴力を振るっていた母親が、同居の男性による子供に対する暴力を放置した事案について、不作為による傷害致死罪の共謀共同正犯を、同2-26は、同種事案について母親を不作為による幫助犯を、同2-25は、子供を自動車の中に放置したままパチンコに興じていた夫婦について、保護者遺棄致死罪の共同正犯をそれぞれ認めている。これに対して同2-28は、母親に対する傷害致死幫助を否定した。**不作為による幫助を認める要件**として、他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務の存在と、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たことが必要であると明言していることに注意されたい。

判例2-23は、耐震偽装事件に関する判決で、マンション販売業者が、構造計算が偽造であることを知りながら、それを買い主に告知しないで、代金を受領したことを不作為の詐欺犯としている。

判例2-27は、パチンコ台に火を付けたまま放置して立ち去った場合、不作為による現住建造物放火罪を認めた事例である。また、判例2-30は、従業員が燃えやすい物がある付近に火鉢を放置した事案について、過失から生じる作為義務を基に、不作為の放火罪を認めている。

判例2-29は、面白い事例で、漁師が養殖の緋鯉がいけすから逃げ出すのを網で捕獲し、返還せずに保管した後に売却した事案について、占有離脱物横領罪の実行の着手(返還せずに占有したとか、売却したとか=不作為か作為か)、無主物か、保管義務があるか、などについても参考になるので掲載した。

#### (不作為犯に関する判例)

- 2-23 東京高判平21・3・6(詐欺被告事件・耐震偽装事件)
- 2-24 東京高判平20・6・11(傷害致死被告事件)
- 2-25 名古屋地判平19・7・9(保護責任者遺棄致死事件)
- 2-26 名古屋高判平17・11・7(傷害致死幫助被告事件)
- 2-27 大分地判平15・3・13(現住建造物等放火被告事件)
- 2-28 釧路地判平11・2・12(傷害致死(変更後の訴因傷害致死幫助)被告事件)
- 2-29 秋田簡易裁判昭53・11・8(遺失物横領、贓物故買被告事件判所)
- 2-30 最判昭33・9・9(放火被告事件)

## 5 因果関係の確定

刑事責任を負わせる場合、実行行為と発生した結果との間に因果関係があることが当然必要である。因果関係を肯定するには実行行為と結果との間に**どの程度の因果関係が必要か**という問題が重要な点である。

しかし、実行行為と発生した結果との間に不測の事実が介在して、因果の流れが曖昧になったり、切断されたり、意図した結果を越える結果が発生したりする場合がある。このような場合、実行行為者にどこまでの結果について刑事責任を負わせるべきかという判断作業が必要となる。

因果関係の存否の判断は、具体的な故意を持つ行為を抽象化した実行行為という概念に、どの程度の結果を帰責させるのが妥当かという法的な判断作用である。その判断基準について**条件説**と**相当因果関係説**とに別れており、判例は条件説に立っていると言われている。

判例2-33は、条件説を認めた原判決を肯定した最判である。同2-32は、暴行と傷害との因果関係を否定し、暴行も公務執行妨害罪の予定する暴行に当たらないとした原判決について、暴行と傷害の因果関係を認めた。事実認定の違いである。同2-31は、むしろ詐欺罪の故意否定の例としてあげるべきかも知れないが、欺罔行為と錯誤との間の因果関係を否定している。



### (因果関係に関する判例)

**2-31** 最判平13・1・25(詐欺被告事件)

**2-32** 最判平元・3・9(公務執行妨害、傷害被告事件)

**2-33** 最決昭49・7・5(傷害、傷害致死被告事件)

## 6 故意と実行行為及び結果とのズレ

故意と実行行為との間に時間的ズレがある原因において自由な行為という問題と、故意と発生した結果とに齟齬がある**具体的事実の錯誤**(同一構成要件内の錯誤)の問題があり、後者には、錯誤の対象によって**方法(打撃)の錯誤**、**客体の錯誤**、**因果関係の錯誤**が考えられ、結果について故意責任を問えるかが問題になる。故意の意図を越えて発生した結果について責任を負わせることを特に定めた犯罪に**結果的加重犯**がある。

### (1) 原因において自由な行為

結果を発生させた行為時には判断能力を失っている場合に、判断能力を失った状態で行為をすれば結果発生認識・認容がないが、自分がある状態になれば判断能力がなくなる可能性があることを認識して、あえて自分を判断能力のない状態にする行為を行った場合に、故意責任を問えるかという問題であり、判断能力を失って行った行為を実行行為といえるかが問題となる。これは、自分の判断無能力状態の行為を道具として利用するという意味で間接正犯の考え方と似ている。また、原因行為を作り出した時点で実行の着手を認めるので、その時点で、結果発生認識、認容があることに加え、判断能力を喪失する行為を中止する不作為義務を前提にしているという意味で、不作為犯の考え方も似ている。判例2-38、同2-39は、原因において自由な行為を認める論理を詳しく述べているので参照されたい。なお、前者は酩酊状態での強盗事件について原因において自由な行為の法理を認めている点でも参考になる。

この法理を適用する場合、判断能力喪失状態であったかという点が、まず問題になる。判同2-34は、オーム教信者のマインドコントロール状態について、判断能力喪失を否定している。

同2-35、36は酒酔い運転について、同2-37は酩酊状態での重過失致死罪について、同2-41は酩酊状態での殺人について、同2-40は薬物常習者の薬物使用について、それぞれ、原因において自由な行為の法理を認めている。

### (原因において自由な行為に関する判例)

**2-34** 東京高判平16・7・28(殺人等被告事件・オーム事件)

**2-35** 福岡高判平12・12・26(道路交通法違反、業務上過失致死被告事件)

- 2-36 大阪地判平1・5・29 (業務上過失致死傷、道路交通法違反被告事件)
- 2-37 大阪判高昭56・9・30 (決覚せい剤取締法違反被告事件)
- 2-38 大阪地判昭51・3・4 (強盗未遂被告事件)
- 2-39 最判昭49・5・29 (道路交通法違反、業務上過失致死被告事件)
- 2-40 東京高判昭41・3・30 (重過失致死被告事件)
- 2-41 最判昭26・1・17 (殺人贓物故買被告事件)

## (2) 具体的事実の関する錯誤

方法の錯誤は、例えば、Bを殺そうとして拳銃を発射した場合、Bに当たらないでCに当たった、あるいはBとCに当たったという場合、Bに対しては殺人ないし殺人未遂が成立することは問題ないが、Cに対して殺人罪を問えるかという方法の錯誤の問題がある。判例2-44は、まさにBを殺そうとして拳銃を数発発射したところ、BのみならずC、Dにも命中し、B、Cが死亡し、Dが傷害を負ったという事案であり、C、Dについても殺人の未必の故意を認めて2つの殺人罪と1つの殺人未遂罪を認めている。また、同2-46は、Bに対して未必の殺意をもって工事用のびょう打ち機でびょうを発射したところ、Cを貫通して通行人Cに命中して、両名に傷害を負わせた事案で、強盗の目的で行ったので両名に対し強盗殺人未遂を成立させている。

また、BをCと人違いして殺害した場合、Bに対して実行の着手はあるのか、Cに対して故意犯を問えるのかという客体の錯誤の問題がある。判例2-42は、公正証書原本不実記載罪について、客体が公正証書か不動産登記かの違いだけであるから、故意を阻却しないとす。

方法の錯誤及び客体の錯誤について、構成要件の故意がどの程度まで重なり合っていればよいか(Bを殺す意思に限定するか、人を殺すことでよいか)によって結論が異なる。判例・通説は**法定的符合説**に立っている。構成要件の故意を肯定し、認識し意図した結果(Cをも殺した)や客体(間違えてCを殺した)が異なっても意図した構成要件の結果である**人を殺すという結果**を生じたのだから、意図した結果が発生したことには変わりがないとして、結果についての故意責任を認めるというのが法定的符合説である。また、**故意の個数**も問題になる(同2-44を参照されたい)。

なお、後述の判例2-65は集団の喧嘩状態の中で、劣勢に立たされていた被告人が、自動車で逃げる前に、自動車をバックさせて相手方にぶつけて攻撃を防ごうとした際、相手方Cにぶつけて傷害を負わせただけでなく、兄Bを轢死させてしまったという事案について、Cに関しては暴行の限度で故意を認め、「誤想防衛の一種として、過失

責任を問い得ることは格別、故意責任を肯定することはできない」とし、Bについては、被告人の故意は敵側である人に対する暴行の故意であり、味方側の人に対する暴行は含んでいないので、法定符合説に立って方法の錯誤の理論を適用することはできないとして、暴行の故意をも否定している。

**因果関係の錯誤**について、同2-42は、放火罪について、発火の原因が自分の意図したものと異なった場合について故意を阻却しないとしている。

また、同2-43は、最終の行為で結果を発生させようと意図していたが、それ以前の行為によって結果が発生してしまった、いわゆる「**早すぎた構成要件の実現**」といわれる事例である。これは因果関係に関する錯誤というより、実行の着手=殺意の存在をどことみるかという問題であるように思う。即ち、最初に、第一地点ではクロロホルムによって意識喪失状態にするだけで、第二地点で自動車に乗せたまま崖から突き落として殺すという共謀(殺意の共有)が存在するので、最初から殺人の共謀は成立しており、第一地点ではまだ殺さないというだけであって、第一地点の行為を殺人の実行の着手と見て、それ以降の行為を殺害の一連の行為と見れば、第一、第二の各地点の行為を一つの殺人の実行行為と判断できるのであり、一つの実行行為のどこの時点で死の結果が生じたかは問題ではなくなる。最初に殺人の共謀がなく、第一地点より後で殺意が生じた場合は、第一地点で死亡すれば傷害致死罪、第二地点では死体に対する殺人は不能犯、死体であるという認識もないので死体遺棄罪にもならないことになる。

#### (具体的事実の錯誤に関する判例)

- 2-42 札幌高判平16・3・29(公正証書原本不実記載、同行使、強制執行妨害被告事件)
- 2-43 最決平16・3・22(殺人、詐欺被告事件)(早すぎた結果発生と実行の着手時期)
- 2-44 東京高判平14・12・25(殺人、殺人未遂、銃刀違反被告事件)(方法の錯誤)
- 2-45 横浜地判昭58・7・20(現住建造物等放火被告事件)(因果関係の錯誤と故意)
- 2-46 最判昭53・7・28(強盗殺人未遂等事件)(方法の錯誤と故意)

### (3) 抽象的事実の錯誤(異なった構成要件間の錯誤)

刑法38条2項は、「重い罪に当たる行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることになることを知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」と規定している。これは、**抽象的事実の錯誤**(異なった構成要件間の錯誤)に関する規定である。故意責任の限界を定めたものである。

判例は、法定符合説の考え方に立って、構成要件が**実質的に重なり合う限度で**符合していれば、刑の軽い犯罪の故意を認めている。実質的に重なり合う場合とは、侵

害法益の共通性、実行行為の共通性などが基準となる。

この法理は、共犯者間の故意の齟齬についても適用される。それは、共同正犯は、共謀(特定の犯罪の故意の共有)によって、共同してその犯罪を実行するものであるから、共同正犯者が行った行為も自分の行為と同一視されるが、負うべき責任は自分の故意の範囲内でなければならないし、共犯においても、特定の犯罪を教唆ないしは幫助するものであるから、共犯者は故意の範囲でしか責任を負わせることができないからである。

判例2-48の殺人罪と傷害致死罪、同2-49の強盗罪と恐喝罪、同2-50は虚偽公文書作成罪と公文書偽造罪、同2-51は窃盗幫助罪と強盗罪などの関係について軽い罪の故意の限度で共同正犯を成立させている。

同2-47の麻薬を覚せい剤と誤認(あるいはその逆を誤認)した事例は、前述のとおり、処罰の必要は認めるとしても、法律自体が異なる場合にまで符合を認めてよいか問題となる。

#### (抽象的事実に関する錯誤の判例)

**2-47** 最決昭54・3・27(麻薬取締法違反等)(麻薬を覚せい剤と誤信したことと故意) 同旨最決昭61・6・9(大麻取締法違反、麻薬取締法違反被告事件)

**2-48** 最決同54・4・13(傷害致死等被告事件)

**2-49** 最判昭25・4・11(強盗被告事件)

**2-50** 最判昭23・10・23(公文書偽造教唆偽造公文書行使幫助収賄被告事件)(虚偽公文書作成教唆と公文書偽造教唆の結果の錯誤、行使罪の成否)

**2-51** 最判昭23・5・1(窃盗赃物故買被告事件)(窃盗の幫助犯と強盗の責任)

#### (4) 結果的加重犯

故意の限度でしか処罰できないことの例外として、**結果的加重犯**がある。結果的加重犯は、基本的行為についての故意はあるが、意図した結果を越えた結果が発生した場合、結果の重大性を重視して、基本的行為に該当する犯罪とは別の犯罪として定めたものである。したがって、特別に規定のある場合のみ処罰される。

判例2-52は、結果的加重犯についても因果関係について条件説をとった判決である。

同2-53は、殺意のない共同正犯者について傷害致死罪の限度で共同正犯を認めた判決である。

#### (結果的加重犯に関する判例)

**2-52** 最決昭54・4・13(傷害致死等被告事件)

**2-53** 最決昭46・6・17(強盗、私文書偽造、同行使、詐欺被告事件)

## 7 違法性の錯誤と違法性の事実を基礎づける事実の錯誤

刑法38条3項は、**法律(違法性)の錯誤**は故意を阻却しないと定めている。**違法性そのものの錯誤なのか、違法性を基礎づける事実の錯誤なのかの区別が重要である**。判例2-54は、追い越し禁止の表示のない追い越し禁止区域(黄線もない)で、追い越し禁止であることを知らないで追い越した場合について、故意は単に追い越すことを認識するだけでなく、追い越し禁止区域であることの認識が必要であるとして事実の錯誤であるとしている。同2-56も、首輪を付けているが鑑札が付いていない犬は、条例上他人の犬であっても無主物と見なされると誤信した場合について、他人の犬を殺すという故意が否定される可能性を肯定している。同2-57も、宗教団体が効力を失ったので、それに基づいて作成された寺院規則等も無効になったと誤信して、寺院規則に基づかないで新総代を選任し、その旨の登記をした場合について、その変更登記は無効であるから外形的行為は公正証書原本不実記載罪に該当するが、虚偽事実であるという点に故意がないとして事実の錯誤としている。これに対して、同2-55は、猥褻文書販売罪の故意は、当該文書の存在とこれを販売することの認識で足り、該当条文の猥褻性の認識までは必要としないとする。

違法性を基礎づける事実の錯誤で、最も重要なものに、**違法性阻却事由に関する錯誤**、即ち、**誤想防衛**、**誤想非難**の問題である。違法性阻却事由を基礎づける事実の認識の齟齬であるので、構成要件的故意の問題ではなく、責任としての故意の問題である。したがって、共犯関係にある場合には、錯誤の有無は個別に判断され、錯誤のある者にのみ責任故意が否定されることになる。

### (違法性の基礎づける事実の錯誤に関する判例)

- 2-54** 東京高判昭30・4・18(道路交通取締令違反被告事件)
- 2-55** 最判昭32・3・13(猥褻文書販売被告事件)
- 2-56** 最判昭26・8・17(毀棄窃盗被告事件)
- 2-57** 最判昭26・7・10(公正証書原本不実記載同行使被告事件)
- 2-58** 東京判平16・7・28(殺人等事件、オウム事件)(誤想避難肯定)
- 2-59** 東京地判平9・12・12(傷害致死等被告事件)(誤想過剰避難を認定)
- 2-60** 東京地判平8・1・17(逮捕監禁被告事件)(予言を信じたとしても誤想避難否定)
- 2-61** 大阪簡裁判昭60・12・11(窃盗被告事件・百選P66)(誤想避難と窃盗の故意)
- 2-62** 東京地裁判昭40・5・27(業務上過失往來危険、業務上過失致死傷被告事件)  
(三河島事件・誤想避難否定)

- 2-63** 広島高判平20・10・2(殺人、傷害被告事件)(誤想過剰防衛、正当防衛否定・刑訴法321 I②の判断)
- 2-64** 広島高判平18・11・14(暴行被告事件)(誤想防衛は具体的な事実の認識に関する錯誤)
- 2-65** 大阪高判平14・9・4(暴行・傷害致死被告事件)(故意は暴行の限度=正当防衛肯定。謝って兄も轢死させた点は、方法の錯誤を否定して暴行の故意もないとした。)
- 2-66** 東京高判平成13・9・19(傷害致死被告事件)(誤想過剰防衛肯定)
- 2-67** 大阪高判平成12・6・2(殺人被告事件)(誤想過剰防衛肯定)
- 2-68** 大阪高判平成14・2・27(殺人未遂被告事件)
- 2-69** 大阪高判平9・6・25(傷害被告事件)

# 経営判断における「前提となる事実の認識の不注意」

—— さいたま地判平成22年3月26日の検討

北沢義博

---

I	はじめに	128
II	経営判断原則における「前提となる事実の認識」と「意思決定の合理性」	128
III	本件の概要	130
IV	本件における経営判断原則の適用	131
V	本判決の特徴と問題点	133
VI	アパマンショップ株主代表訴訟を巡る判断との対比	135
VII	事実の認識の不注意と著しく不合理な判断	135

---

## I はじめに

株式会社の取締役は、会社に対しその任務を怠ったことにより生じた損害を会社に対し賠償する義務を負う(会社法423条1項)。取締役の任務懈怠は、会社に対する善管注意義務・忠実義務違反である(会社法330条、355条、民法644条)。

取締役がその業務を執行する過程において、善管注意義務違反があれば、それによる会社の損害賠償責任を負う。取締役が故意・過失により法令違反行為を行えば、善管注意義務違反として会社に対し責任を負う<sup>(1)</sup>。

法令違反行為ではない通常の業務執行行為は取締役の裁量で行われるが、裁量を逸脱した場合は、取締役の責任が問われることもある。しかし、取締役の業務執行は、不確実な状況で迅速な決断を迫られる場合が多く、また株主利益の最大化のためには取締役の冒険的な行為も一定程度許容する必要がある<sup>(2)</sup>。取締役の裁量の範囲をどのように画するか、かねてから議論のあったところであるが、その判断基準としての「経営判断原則」が我が国の判例において定着しつつある。

「経営判断の原則」(business judgment rule)は、元来、米国の会社法において取締役の責任を判断する手法として議論されていたものであるが、これと我が国の判例上の「経営判断原則」は、かなり異なる側面も見せている<sup>(3)</sup>。本稿では、特に米国の議論には触れず、我が国の判例上のものに限定して検討する<sup>(4)</sup>。

取締役の経営上の判断が善管注意義務に反したものであるかどうかの判断は、①行為当時の状況に照らし合理的な情報収集・調査・検討等が行われたか、および、②その状況と取締役に要求される能力水準に照らし不合理な判断がなされなかったかの二つの要素を基準になされるべきであるとされる<sup>(5)</sup>。

## II 経営判断原則における「前提となる事実の認識」と「意思決定の合理性」

上記2つの要素の判断は、実際にはどのようになされるのであろうか。日本における経営判断原則のリーディングケースである「野村証券損失補てん事件」東京地裁判

<sup>(1)</sup>最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁。

<sup>(2)</sup>江頭憲治郎・株式会社法[第3版](有斐閣2009年)434頁。

<sup>(3)</sup>米国における経営判断原則と日本における経営判断原則との対比については、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編[株主代表訴訟体系・新版]78頁以下に詳しい。

<sup>(4)</sup>日本における経営判断原則の展開については、北沢義博・相澤光江編著・株主代表訴訟と企業統治(清文社2002年)169頁以下参照。

<sup>(5)</sup>前掲江頭・株式会社法[第3版](有斐閣2009年)433頁。



決<sup>6)</sup>は、その判断基準として①経営判断の前提となった事実の認識について不注意な誤りがなかったかどうか②その事実に基づく意思決定の過程が通常の企業人として著しく不合理なものでなかったかどうかという観点から審査を行う、とすることを示した。この基準で注目すべきことは、意思決定過程に「著しい不合理」が認定されなければ、取締役の善管注意義務違反が問えないことである。

つまり、事実認識に不注意な誤りがなければ、よほどの不合理な判断をしない限り、取締役はその任務懈怠による損害賠償責任を問われないのである。従って、「経営判断原則」が適用される事例では、取締役の善管注意義務違反が認められることは極めてまれとなる。「経営判断原則」は、取締役の免責のための法理ともいえる。

野村証券損失補てん事件の以前においても、判例上業務執行に関する取締役の裁量が広く、よほど不合理な判断をしない限り、取締役は責任を問われないという考え方が示されていた。例えば、水産会社の子会社が投機性の強い方策によらなければ再建できないという状況下で、子会社の救済融資を行って、結局再建に失敗し、融資が回収できないという場合でも、当該取締役は、「経営判断の甘さを指摘される余地はあるにしても、企業人としてそれなりの合理的選択の範囲を外れたものとは認め難い」とされた例がある<sup>7)</sup>。

取締役の判断が一見合理性を欠くように見え、その結果会社に損失が生じても、取締役の行為が「著しく合理性を欠くとはいえない」とはどのような状況をいうのであろうか。

この点、野村証券損失補てん事件の東京地裁は、判断の要素を、「前提となる事実の認識」と「その事実に基づく意思決定」に分析し、前者については、通常的不注意がないことを要求し、後者については、著しい不合理がなければよいとしたものである。

このような、二つの要素による、判断は、その後も東京地裁の商事部(民事8部)を中心に、踏襲されることとなる。ただし、これらの要素と不合理の程度については、判例により微妙な違いがある。

デパートの出店計画に基づく貸付において、当該デパートの民事再生手続きの過程で、なされた損害賠償請求権の査定決定を取消した事例(そごう事件)で、東京地裁は「前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か及びその事実に基づく行為

<sup>6)</sup>東京地判平成5年9月16日判例時報1469号25頁。本判決は、取締役の法令違反(独占禁止法違反)を認定しながら、経営判断として善管注意義務違反はないとしており、法令違反行為には適用できない場面に経営判断原則を適用したもとして批判も強い。前出吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」103頁。ただし、経営判断原則適用の2要件については、その後の東京地裁商事部(民事8部)が踏襲し、確立したといってよい。

<sup>7)</sup>福岡高判昭和55年10月8日高民33巻4号341頁。

の選択決定に不合理がなかったか否かという観点から、当該行為をすることが著しく不合理と評価されるか否かによるべきである」として、著しく不合理かどうかは、行為全体の評価であるとしている<sup>(8)</sup>。

確かに、取締役の判断を「前提となる事実の認識」と「これに基づく判断」と分け、しかも合理性の判断基準も異なるというのは実際的でないともいえるので、上記そういう事件の判断基準はその点を考慮したものとも考えられる。

問題は、様々な経営判断において、「前提となる事実の認識の不注意」と「意思決定の著しい不合理」をどのように認定するかであろう。

経営判断原則を適用する場合、取締役の責任を否定することが多いが、近時、「判断の前提となる事実の認識」に不注意な誤りがあったことを理由に、取締役の損害賠償責任を認める裁判例<sup>(9)</sup>に接したので、この判決を参考に(以下「本件」という)、経営判断原則がどのように適用されたかを検討し、この2要件(要素)の関係を考えてみたい。

### III 本件の概要

本件は、子会社化した会社に対する増資について、取締役の善管注意義務違反が認定され、会社に対する損害賠償責任が認められた事例である。

#### 1 事実関係

原告は、時計バンド等の製造、販売及び輸出入等を目的とする株式会社で、ジャスダック証券取引所に株式を上場している。

原告の取締役であった被告らは、平成18年夏ころから、株式会社宝屋(以下「宝屋」という)を子会社化して自社の売上増加に利用しようとした。株式会社プラコム(以下「プラコム」という)は、宝屋の重要な仕入れ先として、宝屋に多額の債権を有していた。原告の社内では、経理担当取締役は、宝屋のデューデリジェンスの結果から、宝屋の子会社化に反対し、また監査役会は、宝屋の買収に当たって、十分なデューデリジェンスが行われていないことを理由に、資料が十分でなく、買収の必要性、相当性について取締役の責任が問われるリスクがあることについて危惧を示す意見書が取締役会に提出されていた。

平成19年5月1日、原告の臨時取締役会が開催され、前記経理担当取締役を除く、取締役の賛成により、宝屋の株主から株式の無償譲渡を受け子会社化すること及び譲渡

<sup>(8)</sup>東京地判平成16年9月28日判例時報1886号111頁、別冊ジュリスト180号(会社法判例百選)122頁。

<sup>(9)</sup>さいたま地判平成22年3月26日金融・商事判例1344号47頁。

後原告への第三者割当による1億円の増資を行うことが決議された。

原告は、上記取締役会決議を直ちに実行し、宝屋の子会社化及び宝屋の増資が行われた。宝屋は、増資金額を原資として、プラコムに対し、1億3021万4501円を期限前弁済をした。

プラコムは、平成19年6月29日民事再生手続開始の申立てを行い、7月6日民事再生手続開始の決定を受け、宝屋は、平成19年8月10日破産手続開始決定を受けた。

原告は、前記取締役会で宝屋の子会社化、1億円の増資に賛成した5名の取締役に對し、増資金額相当の損害賠償請求を求めて訴えを提起したものである。原告においては、経営権を巡る争いがあり、平成19年6月、被告の取締役らは退任しており、原告の経営を引き継いだ新経営陣が被告取締役らの責任を追及したものである。

## 2 本件の法律上の争点

本件は、株主代表訴訟ではなく、会社自身が、元取締役を被告に、会社法423条に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した事例である。任務懈怠の内容として、利益相反取引として任務懈怠の推定、特別背任行為としての法令違反も主張していたが、裁判所は経営判断に際しての善管注意義務違反の問題として被告らの行為を判断し、責任を認めた。

また、本件の損害賠償請求権を被保全債権として、取締役の妻に対する詐害行為取消に関する請求が認められている。

## 3 被告取締役の立場の違い

本件では、5名の元取締役が被告となり、責任が認められたが、宝屋及びプラコムとの関係が深い取締役2名(Y2,Y4)と関係が希薄な取締役3名(Y1、Y3、Y5)がおり、責任原因(善管注意義務違反)は別個に認定されている。

平成19年4月27日から被告Y2は宝屋の代表取締役、Y4は取締役に就任しており、特にY2は宝屋の子会社化を推進していた。Y1は原告の代表取締役であったが、Y3、Y5らとともに、Y2の提供する情報に従って、宝屋の買収を判断する立場にあった。

# IV 本件における経営判断原則の適用

## 1 経営判断の適法性の判断基準

本判決は、被告取締役らの善管注意義務違反を判断するに当たり、「実際に行われた取締役の経営判断そのものを対象として、その前提となった事実の認識について不注意な誤りがあったかどうか、また、その事実に基づく意思決定の過程、内容が会社経営者として著しく不合理なものであったかどうかという観点から検討すべき」と述べ、野村證券損失補てん事件とほぼ同様の判断基準を設定している。

## 2 Y2、Y4の経営判断に関する裁判所の判断

本判決は、まず、宝屋を子会社化することについては、Y2らが、宝屋の財務状況を十分に把握していたので、財務状況の認識に関する不注意な誤りはなく、また宝屋に1億円出資することについては、自らも厳しい財務状況の中、1億円を出資して子会社化することについて、リスクを否定できず、堅実性に欠けるとはいえ、その後の事業展望もあったので、経営判断として著しく不合理であるとまで断ずることはできないとする。

一方、事実の認識に不注意があると認定されたのは、宝屋の主要取引先であった、プラコムに関連する事実に関してのものである。

すなわち、宝屋はプラコムの多大な支援によってその経営を成り立たせており、本件買収という経営判断に当たっては、宝屋の今後の経営安定化という観点から、その支援を行うプラコムの財務、経営状況に関する調査及び分析が不可欠であったことは明らかであった。その調査、分析の結果、プラコムによる継続的な支援が期待できず、あるいはプラコムの財務状況等に関する踏み込んだ情報収集が、Y2らの立場をもってしても困難であるというのであれば、宝屋以外の選択肢を検討するのが当然に期待されていたといえる。それにもかかわらず、Y2及びY4は、この点についての調査及び分析を全く行っていなかったと認定されている。Y2、Y4は、宝屋の買収という経営判断の前提として、宝屋のプラコムに対する依存度を踏まえたプラコムの財務状況に関する事実認識の前提となる、その調査及び分析を十分に行わなかったという点において、不注意な誤りがあり、善管注意義務違反が認定された。

## 3 Y1、Y3、Y5の経営判断に関する裁判所の判断

裁判所は、Y1らについても、Y2らから提供された宝屋の財務、経営状況に関する情報をもとに宝屋の買収に至ったことそれ自体は、経営判断として著しく不合理であるとはいえないとする。

しかし、Y1らは、宝屋買収を主導するY2らが提供する情報にのみ依存して買収の意思決定を行っている。宝屋買収に関しては、公認会計士によるデューデリジェンスが一応行われたが、宝屋による回答内容の信憑性の検討、現金預金、有価証券の実査、債権債務等の相手方への確認が行われていないため、正確性が担保されておらず、ビジネスデューデリジェンス、法務デューデリジェンスは一切行われていなかった。監査役会からは、宝屋の買収という経営判断に当たっての資料としては不十分であり、買収の必要性、相当性について取締役の責任を問われるリスクがあるとの指摘も受けていた。宝屋買収については、中立的、第三者的な立場からの財務、経営状況等の把

握、将来性等の検討が不十分であった。また、Y1らは、宝屋がプラコムから多大な支援を受けていることを知りながら、プラコムの宝屋に対する支援の継続可能性について、裏付け資料の提出を求めるなどの調査検討を行わなかった。

このような状況で、Y1、Y3、Y5についても本件買収という経営判断に当たっての事実の認識の前提となる調査及び分析を行わなかったという点において不注意な誤りがあり、善管注意義務違反があったとする。

## V 本判決の特徴と問題点

### 1 「前提となる事実の認識の不注意」の相違

本判決は、本件買収に積極的に関与したY2、Y4(以下「Y2」らという)とY2らが作成した資料を基に本件買収に賛成したY1、Y3、Y5(以下「Y1」らという)のいずれにも経営判断の前提となる事実の認識に不注意な誤りがあるとして、善管注意義務違反を認め会社に対する損害賠償責任を肯定している。

ただし、不注意の生じた事実の認識はY2らとY1らとで異なる。すなわち、Y2らの不注意は、買収先の宝屋が依存するプラコムの財務状況を調査・分析しなかったことであり、Y1らの不注意は、宝屋の買収にあたり、Y2らから提供された情報にのみ依拠し、中立的、第三者的立場からの情報を検討しなかったところに求められている。また、判決は、Y2ら及びY1ら共に、宝屋の買収という判断そのものには著しい不合理はなかったとしている。

### 2 「前提となる事実の認識」と「判断過程・内容」

野村証券損失補てん事件等で示された経営判断原則は、確かに、「事実の認識に不注意な誤りがないこと」及び「判断の内容・過程に著しい不合理がないこと」が、取締役の善管注意義務違反を否定する要件となっているから、事実の認識に不注意な誤りがあれば、判断に著しい不合理がなくても、善管注意義務違反は認められることとなる。

しかし、實際上、情報収集過程を問題とする「事実の認識」と「判断」そのものを区別することは困難であろう。どのような情報を、どの程度収集するかは、判断の過程・内容と密接に結びついているのである。

この点、そごう事件の判決<sup>(10)</sup>が述べるように「前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か及びその事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか」という観点から、当該行為をすることが著しく不合理と評価されるか否かによるべき

<sup>(10)</sup>前掲東京地判平成16年9月28日判時1886号111頁。

である」のであって、著しい不合理の判断は、前提となる事実の認識と判断過程・内容を総合してなされるものであろう。

本判決は、判断そのものには著しい不合理はないが、その前提となる事実の認識に不注意があるので、善管注意義務違反があったとするものである。不注意の内容は、Y2らに関して言えば、買収先を支援する企業の財務を調査すべきであったということであり、Y1らに関して言えば、Y2らからの情報以外に情報を入手すべきであったということになる。

確かに、これらの不注意がなければ宝屋の買収に至らず、原告の損失を防止できた可能性はあるが、取締役の経営判断が結果的に会社に損失をもたらしたとしても、それだけで取締役が必要な注意を怠ったと断定すべきでないという、経営判断原則の適用手法としては問題がある。

経営判断原則は、取締役の判断が具体的な法令違反に当たり、あるいは忠実義務に反しない限り、経営者の裁量による判断を尊重していこうとするもので、判断の前提となる情報収集においても経営者としての柔軟な裁量が認められるであろう。

### 3 「調査・検討」の位置づけ

当時の原告にとって、宝屋の買収が考慮しうる選択肢としてあったことは判決も認めていることであり、この点からすれば、判断の前提となる事実の認識に不注意な誤りはなかったとも評価しうる。本判決の問題とするY2ら及びY1らの情報の収集・検討の不十分性は、むしろ「判断過程の著しい不合理性」の問題ではなかろうか。経営判断原則を適用して、取締役の善管注意義務違反を認定するには、判断全体としての著しい不合理性の認定が必要であろう。判断としては著しい不合理はないが、前提となる事実の認識に不注意な誤りがあるから善管注意義務違反があるとして取締役に責任を認めるという本判決の構成には疑問が残る。

本件における判断の対象は、原告による宝屋の買収・増資である。その判断の際に、Y2らが宝屋の支援先であるプラコム調査・分析を十分に行わなかったこと、あるいは判断の直接の担当ではなかったY1らがY2からの情報に依拠したことは、結果的に不注意であったとしても、当時の原告の状況において、彼らに経営者の判断として著しい裁量の逸脱があったとは言い難いではなかろうか。

## VI アパマンショップ株主代表訴訟を巡る判断との対比

経営判断過程の調査・検討が不十分であったという理由で取締役の責任を認めた裁判所の最近の判断としてアパマンショップ株主代表訴訟控訴審判決がある<sup>(11)</sup>。本事例は、発行済み株式総数の3分の2以上を有する会社を完全子会社にするため、適正価格が1株1万円であった会社の株式を5万円で買い取った場合の取締役の善管注意義務違反(任務懈怠)が問題となったものである。上記判決は、経営判断における取締役の善管注意義務違反の判断は「その判断の前提となった事実の調査及び検討について特に不注意な点がなく、その意思決定の過程及び内容がその業界における通常の経営者の経営上の判断として特に不合理又は不適切な点がなかったかどうか」によって決するとして、1株1万円を上回る買取価格を設定したとしても、そのことのみによっては、任務を怠ったとはいえないが、買取価格を1株当たり5万円と設定するにあたり、十分な調査及び検討することなく、単に出資価格が1株当たり5万円であったことから、それと同額の買取価格を設定したことは、取締役の経営上の判断として許された裁量の範囲を逸脱したものであるとして、善管注意義務違反を認定した。判断自体の著しい不合理は認定せず、調査検討の不十分性をもって善管注意義務違反を認定した点で、本件と共通点がある。

しかし、上記控訴審判決は最高裁で破棄され<sup>(12)</sup>、善管注意義務違反は否定されている。

最高裁は「事業再編計画の策定は、完全子会社化することのメリットの評価を含め、将来予測にわたる経営上の専門的判断にゆだねられていると解される。」と述べ、株式の買取の状況を総合考慮して、取締役の判断として著しく不合理なものということはできないとした<sup>(13)</sup>。

## VII 事実の認識の不注意と著しく不合理な判断

### 1 経営判断原則の二つの要件の関係

本判決は、経営者の判断としては著しく不合理だといえないが、前提となる事実の認識に不注意な誤りがあるとして善管注意義務を認めたものであり、アパマンショップ

<sup>(11)</sup> 東京高判平成20年10月29日金融・商事判例1304号28頁。

<sup>(12)</sup> 最判平成22年7月15日金融・商事判例1347号12頁。

<sup>(13)</sup> 落合誠一「アパマンショップ株主代表訴訟最高裁判決の意義」商事法務1913号4頁は、原審(控訴審)判決は、経営者の常識によって判断されるべきものが、裁判官の常識に基づき詳細かつ積極的に吟味・介入されており、経営者の判断を過度に萎縮させるものであると批判し、これを破棄した最高裁判決を、わが国の経営判断原則のあるべき方向を明確に示すものとして評価している。

控訴審判決も、善管注意義務違反の根拠を、経営判断そのものではなく、買取価格設定に向けての調査・検討が不十分であることを求めた。

経営判断原則適用の要件を、①判断の前提となる事実の認識に不注意な誤りがないこと及び②判断の過程・内容に著しい不合理がないことであるとして、①の要件が欠けるので善管注意義務違反を認定したわけである。

しかし、實際上、この2要件の適用対象を明確に分けることは困難である。経営判断を行う場合、その判断材料としてどの程度の情報を収集し、検討するかについても経営者の広い裁量が認められてよいであろう。また、本件で注意義務違反の認められた、Y2らのプラコムに対する調査不足、Y1らがY2らの提供する情報のみよって判断を行ったという事実は、判断過程の問題であるともいえるわけで、そうだとすればそこに著しい不合理がなければ善管注意義務違反は問われないこととなる<sup>(14)</sup>。

本判決は、Y2がプラコムの経営不振を疑った経緯はなかった旨供述した点をとらえ、Y2らがプラコムの状態について調査・分析を全く行っていなかったことが明らかとするが、Y2、Y4がプラコムについての情報に全く接していなかったとは考えられない。Y2らは、プラコムの状況もある程度踏まえたうえで、宝屋の買取判断を行ったとみるのが自然である。

## 2 企業再編行為に対する裁判所の法的判断

本件のような企業再編(子会社化、増資)の場面においては、これを判断するに際し、多種・多様な情報が存するはずであり、これについてその情報の選択も含め、調査・検討が合理的になされたかを裁判所が客観的に判断するのは困難であろう<sup>(15)</sup>。

東京地裁が示した経営判断原則の2要件に沿って考えるなら、本件において前提となる事実の認識に不注意な誤りがないとは、原告にとって宝屋の子会社化の必要性を合理的に認識していることで足り、これを判断・実行する際の調査・検討は判断過程・内容の問題として、著しい不合理がなければ善管注意義務違反を認定できないのではなからうか。

<sup>(14)</sup>江頭憲治郎・門口正人編「会社法体系3」(青林書院2008年)234頁(松山昇平=門口正人)によれば、裁判所が取締役の経営判断に介入する範囲を明確化するために、経営判断の過程と内容を区別したうえ、第1次的に、過程について、情報収集・調査・検討等をしていかどうかを、第2次的に、内容について、明らかに不合理でないかどうか、という観点から判断するのが妥当だとして、過程の審査にパスすれば、内容についての合理性が推定されるとする。情報収集・検討・調査は、独立した要件ではなく、判断の合理性を推認する要素である。

<sup>(15)</sup>商事法務1909号66頁「コーポレート・ガバナンスと裁判所の役割」は、アパマンショップ訴訟の最高裁判決にコメントし、M&Aや組織再編取引に関する会社法上の紛争には裁判所の介入は謙抑的であるべきと述べる。



いずれにしても、Y2らについて買収対象会社の支援会社の状況の調査・検討が不十分であったこと、あるいはY1らがY2らから提供された情報以外に調査検討を十分行わなかったことをもって善管注意義務違反として会社に対する損害賠償責任を認めたという点において、取締役らにとっては、厳しい判決である。

本判決が述べるように、「取締役の経営判断に基づく施策が結果的に会社に損害をもたらした場合であっても、そのことから直ちに取締役が必要な注意を怠ったと断定することは相当でなく」、情報の調査・分析の過程全体が経営判断として、その合理性が検討されるべきであろう。そこに著しい不合理が認められなければ、善管注意義務違反は認められない。本判決は、判断に至る調査・検討の不十分性を「前提となる事実の認識の不注意な誤り」と認定しており、従来の経営判断原則のもとにおける善管注意義務違反の認定とは若干異なる面を示している。

経営者の判断の合理性を裁判所が積極的に判断することの是非はあるが、本件、あるいはアパマンショップの件のように、企業が戦略的に組織再編を判断するような状況においては、判断のための情報の取捨選択を含め、裁判所がその判断の一般的合理性を判断することは極めて困難である。

### 3 経営判断原則の適用場面

本件では、被告らの善管注意義務違反の根拠として、これまで見てきた経営判断原則によるもののほか、①プラコムに対する資金還流を目的とした特別背任行為②Y2が宝屋の代表取締役であったことから利益相反行為としての任務懈怠の推定の主張が原告からなされているが、裁判所はこれを否定している。

経営判断原則は、違法行為や忠実義務に反した行為には適用はないとされる。本判決は、取締役らの行為を純粋な経営判断として善管注意義務違反を認めたものである。確かに、経理担当取締役の反対や監査役会の助言を押し切ってなされた、宝屋の買収・増資は軽率に思えるが、経営判断原則のもとでの著しい不合理とはにわかに断定できない。原告がY2らの特別背任を主張しているように、宝屋の増資資金が直ちに、プラコムに還流している事実から、本件買収・増資は、Y2らと関係の深いプラコムの救済の要素が感じられる。Y2らの忠実義務の違反の観点も考慮し、調査・検討の杜撰さを指摘していれば、経営判断原則を真正面から適用せず、善管注意義務違反が認定できた可能性があったのではなかろうか<sup>(16)</sup>。

<sup>(16)</sup> 三浦治「債務超過会社の完全子会社化と本社への出資を決定した会社取締役の善管注意義務違反」金融・商事判例1352号2頁も、本判決が、プラコム社に対する調査・分析のみをことさら取り上げて義務違反の決定的な

経営判断に携わる取締役としては、調査・検討の必要性を痛感させられる判決であるが、その範囲・基準は漠然としており、取締役への委縮効果も考えられる。

本件の取締役の責任の当否はともかく、経営判断原則の適用事例としては、疑問の残る判決である。

以上

---

評価対象としたことには違和感があるとし、本判決は、忠実義務違反があったとまでは認定しきれないが、その疑念が色濃い事案について、経営判断原則の定式もとので「事実認識の不注意な誤り」という名目のもとに義務違反が認定された事例との見方もできる、と述べている。

# 土地汚染と売主の瑕疵担保責任

—— 最(三)小判平成22年6月1日(裁判所時報1508号2頁)

田中 宏

---

I	判決要旨	140
II	参照条文	140
III	事案の概要	140
IV	主たる争点	142
V	下級審の判断	142
VI	本判決：最(三)小判平成22年6月1日 LEX/DB25442265	146
VII	検討	147
VIII	おわりに	160

---

## I 判決要旨

売買契約の目的物である土地の土壤に、上記売買契約締結後に法令に基づく規制の対象となったふっ素が基準値を超えて含まれていたことは、民法570条にいう瑕疵に当たらない。

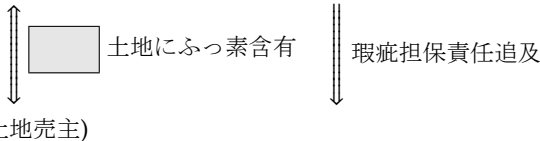
## II 参照条文

民法566条、同570条。

## III 事案の概要

### 1 当事者関係図

X (原告・控訴人・被告人：A区(地方公共団体)の土地開発公社)  
(土地買主)



Y (被告・被控訴人・上诉人：ふっ素機能商品の製作販売を業とする株式会社)

### 2 時系列に即した事案の概要

(1) 本件土地の利用状況(昭和59年4月1日)

Yは、昭和59年4月1日以降、同所有の土地(以下「本件土地」という。)を、主に工業用フッ化水素酸を製造するための工場用地として使用してきた(ただし、昭和59年4月1日以前も、本件土地は同じ用途で、訴外B株式会社によって使用されており、昭和59年4月1日にYがB社を吸収合併したものである。)

(2) Xの本件土地購入に先立つ土壤調査(平成3年2月20日)

平成3年当時、A区から、公共交通機関開設に不可欠な用地の被買収者に対して提供する代替地の取得を要請されていたXは、本件土地の購入を企図し、購入に先立って、平成3年2月20日に土壤調査を行った。その結果、本件土地の表層土に、東京都の定める公用地取得に係る重金属等による汚染土壤の処理基準値を超える量の鉛、砒素及びカドミウムが含有されている部分が存することが判明した。

(3) XY間の売買契約(平成3年3月15日)

Xは、平成3年3月15日、Yとの間で、代金23億3572万6120円でY所有の土地(以

下「本件土地」という。)をYから買受ける旨の売買契約を締結した(以下「本件売買契約」という。)

本件土地の土壤には、本件売買契約締結当時からふっ素が含まれていたが、その当時、土壤に含まれるふっ素については、法令に基づく規制の対象となっていなかったし、取引観念上も、ふっ素が土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されておらず、被上告人の担当者もそのような認識を有していなかった。

#### (4)ふっ素についての新環境基準告示(平成13年3月28日)

環境基本法に基づき、人の健康を保護し、及び生活環境を保全する上で維持されることが望ましい基準として定められた環境庁告示の改正により、土壤に含まれるふっ素についての環境基準が新たに告示された。

#### (5)ふっ素についての新たな規制(平成15年2月15日)

土壤汚染対策法及び同施行令において、ふっ素及びその化合物は、特定有害物質と定められ、土壤に含まれる量に関する基準値が定められた。そして、条例および条例施行規則の改正により、ふっ素及びその化合物に係る汚染土壤処理基準として土壤汚染対策法および同施行令と同一の溶出量基準値及び含有量基準値が定められた。

#### (6)Xによる土壤調査で判明したふっ素化合物による汚染(平成17年11月2日頃)

Xは、平成3年調査の結果、本件土地の土壤が、鉛、砒素及びカドミウムによって汚染されていることが判明していたことから、本件土地を代替地として提供するに当たり、他の有害物質による汚染の有無についても調査したところ、本件土地の表層土に、条例及び施行規則が定める汚染土壤処理基準値を超える量の鉛、砒素及びカドミウムの外、ふっ素及びPCBが含有されている部分が存することが判明した。Xは、本件土地について土壤汚染調査を行ったところ、本件土地がふっ素によって人の生命、身体、健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて汚染されていることが判明した。そのため、相手方から、本件土地を被買収土地の代替地とすることが拒絶されたため、Xは、汚染された土壤の掘削除去及び封じ込めを行った後で、公園用地として利用することとし、土壤汚染対策工事を実施することを余儀なくされた。

#### (7)瑕疵担保責任の追及

Xは、Yに対し、上記土地の土壤に、それが土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるものとして上記売買契約締結後に法令に基づく規制の対象となったふっ素が基準値を超えて含まれていたことから、このことが民法570条にいう瑕疵に当たると主張して、瑕疵担保による損害賠償を求めた。

## IV 主たる争点

売買契約の目的物である土地に含まれていた物質が当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが売買契約後に有害であると社会的に認知された場合に民法570条にいう「隠れた瑕疵」があったといえるか。

## V 下級審の判断

### 1 第1審(東京地判平成19年7月25日LEX/DB25421447)

(1)「売買契約の目的物たる土地が、法令等により利用上の制限を受けることは、売買契約の目的物として通常有すべき品質や性能を欠くものであり、民法570条にいう『瑕疵』に当たり得る。」

(2)「瑕疵担保責任の規定が適用されるためには、その前提として、売買契約締結時において、目的物に『瑕疵』が存在することが必要であると解すべきである。けだし、同条の瑕疵担保責任は、売買契約の目的物に『隠れた瑕疵』が存在する場合に、買主を保護すべく、売主に責任を負わせるものであり、売買契約締結後に目的物に『瑕疵』が生じた場合にまで、買主を保護して売主に責任を負わせるべき根拠を欠くからである。そして、このように解さなければ、売買契約締結後に生じ得る瑕疵について、売主が永久に瑕疵担保責任を潜在的に負うことになるが、これは売主に過大な負担を課するものであり、かえって売買契約当事者間の公平を失する結果となる。」

(3)「本件のように、法令等による制限について瑕疵担保責任の規定の適用が問題となる場合において同規定が適用されるためには、売買契約締結時において、法令等により、目的物の利用が制限されていることが必要である。すなわち、売買契約締結時において、現に目的物の利用を制限する法令等が施行され、又は同法令等の施行が確実に予定され、売買契約締結後に実際に施行されることが必要である。けだし、売買契約締結時において、目的物の利用を制限する法令等の施行が確実に予定されていない場合においても、売主に瑕疵担保責任を負わせるとすれば、売主に過大な負担を課するものであり、かえって売買契約当事者間の公平を失する結果となるからである。」

(4)「原告は、土壤汚染の事実を『瑕疵』と主張するのではなく、本件都条例による規制を『瑕疵』と主張するが、本件都条例は、本件売買契約が締結された平成3年3月には存在せず、10年以上経過した平成13年10月に施行されたものである。よって、原告の主張は、売買契約締結時に存在しない瑕疵を『瑕疵』と主張するものであり、主張自体失当である。なお、本件においては、売買契約締結時において、目的物の利用が法令等により制限されておらず、これを制限する法令等の施行が確実に予定される

という事情を認めるに足りない。」  
として、Xの請求を棄却した。

## 2 控訴審(東京高判平成20年9月25日判決LEX/DB5421446)

控訴審においては、第2で述べた主たる争点の他、控訴審において行ったXの主張が、時機に遅れた攻撃防御方法に該当するか、瑕疵担保責任が消滅時効にかかっているかについても争点となった。

### (1) 時機に遅れた攻撃防御方法

Xは第一審において、土壤汚染の事実を「瑕疵」と主張するのではなく、本件都条例による規制を「瑕疵」と主張していたところ、原審判決は「本件都条例は、本件売買契約が締結された平成3年3月には存在せず、10年以上経過した平成13年10月に施行されたものである。よって、原告の主張は、売買契約締結時に存在しない瑕疵を「瑕疵」と主張するものであり、主張自体失当である。」と説示した。そこで、Xは控訴審において、本件売買契約締結当時本件土地の土壤がふっ素で汚染されていたことが本件土地の隠れた瑕疵であり、この瑕疵が本件都条例の制定、施行により顕現化されたと主張した。

これに対してYは、控訴人の上記主張が時機に遅れた攻撃防御方法に当たるとし、民事訴訟法157条に基づく却下の決定を求める旨の申立てをした。

裁判所は、Xが原審において、「ふっ素等によって本件土地の土壤が汚染されていること自体を主張するものではなく、本件都条例によって…新たな規制を受けるに至ったことをもって、本件土地に民法570条にいう隠れた瑕疵があると主張していたものといわざるを得ないが、他方、控訴人の原審における主張の全趣旨にかんがみれば、」  
「[1] 本件売買契約締結当時本件土地の土壤中にふっ素が(大量に)存在していたこと、  
[2] その後本件都条例が施行され、土壤汚染調査により、本件土地の土壤がふっ素等の有害物質で本件都条例で定められた土壤汚染処理基準を遙かに超えて汚染されていることが明らかになったため、本件都条例により、控訴人が本件土地を公園として使用することは本件土地の改変となり、これに伴う汚染拡散防止措置を必要とすることになったこと、」を主張していたものというべきであり、「控訴人に法的構成における誤りがあったことは否定し難いが、」「控訴人の当審における上記主張は、原審における控訴人の主張の全趣旨を変更するものではなく、法的構成における誤りを正したにすぎない」として、「控訴人が当審において上記のとおり主張して法的構成における誤りを正したことは、控訴人が時機に後れて攻撃方法を提出したことは当たらないから、民事訴訟法157条に基づく却下の決定を求める被控訴人の申立ては理由がない」とした。

(2) 売買契約の目的物である土地に含まれていた物質が売買契約後に有害であると認知された場合と民法570条にいう隠れた瑕疵

控訴審判決は以下の理由で、第一審判決を覆し、売買契約後に有害であると認知された場合でも「隠れた瑕疵」に該当することを認めた。

① 居住その他の土地の通常の利用をすることを目的として締結された売買契約の目的物である土地の土壤に人の生命、身体、健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていたが、当時の取引観念上はその有害性が認識されていなかった場合において、その後、当該物質が土地の土壤に上記の限度を超えて含まれることは有害であることが社会的に認識されるに至ったときには、上記売買契約の目的物である土地の土壤に当該有害物質が上記の限度を超えて含まれていたことは、民法570条にいう隠れた瑕疵に当たると解するのが相当である。

② 民法570条に基づく売主の瑕疵担保責任は… 売主に過失その他の帰責事由があることを理由として発生するものではなく、売買契約当事者間の公平と取引の信用を保護するために特に法定されたものであるから、売買契約締結当時の知見、法令等が瑕疵の有無の判断を決定するものであるとはいえない。

③ 本件売買契約当時、その目的物である本件土地の土壤中にふっ素が含まれていたが、当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったところ、本件売買契約後の平成13年3月28日にふっ素が有害であると社会的に認識されたために、当該物質を土壤を汚染するものとしてこれを規制する法規が制定されるに至ったものといえるのであり、平成17年11月2日ころ、本件売買契約の目的物である本件土地の土壤中にふっ素が人の生命、身体、健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明したものであるといえる。

④ 以上のとおり、本件売買契約の目的物である本件土地の土壤中に上記のとおりふっ素が含まれていたことは、民法570条にいう隠れた瑕疵に当たるといふべきであり、「条例に基づき、汚染の除去等の拡散防止措置を実施するために負担した必要な費用相当額の損害賠償請求をすることができる。」

そのうえで、損害としては、条例の求める調査(これ自体は汚染の有無にかかわらず行うことを義務づけられているので、その費用は相当因果関係の範囲の損害には該当しない)を行った結果判明した汚染についてさらに調査することを余儀なくされた費用、土壤汚染対策工事の費用について「本件土地の上記の隠れた瑕疵によるものであり、上記の隠れた瑕疵の存在との間に相当因果関係が存在するといふべきである。し



たがって、控訴人は、被控訴人に対し、上記〔3〕から〔5〕までの支出額及び債務負担額合計4億4893万2750円の損害賠償請求をすることができることになる。とした。

### (3) 瑕疵担保責任の消滅時効について

Yは、本件土地の引渡からすでに10年を経過しているので、瑕疵担保責任は消滅時効にかかったのをこれを援用すると主張した。

これに対して裁判所は、次のような理由でYの消滅時効の抗弁を排斥した。

①瑕疵担保による損害賠償請求権に消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行すると解するのが相当である(最高裁平成13年11月27日第三小法廷判決(民集55巻6号1311頁))

②消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する(民法166条1項)ところ、上記第三小法廷判決は、通常の場合には、買主が、売買の目的物の引渡しを受けた後、瑕疵を発見するについて法律上の障害はなく、合理的に行動する買主を想定してその者が取引上必要とされる注意を払えば売買の目的物の瑕疵を発見して損害賠償請求権を行使することが可能であることを前提にしているものであり(上記第三小法廷判決参照)、上記第三小法廷判決の法理は、合理的に行動する買主を想定してその者が取引上必要とされる注意を払ったとしても、取引観念上瑕疵が存在するものとは評価されなかったために、売買の目的物の引渡しを受けた時から損害賠償請求権を行使することができない特段の事情が存在する場合にまで及ぶものではない。

③本件についてみるに、本件売買契約当時、その目的物である本件土地の土壤中にふっ素が含まれていたが、当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったこと、本件売買契約後の平成13年3月28日に土壤中のふっ素が有害であると社会的に認識されたために、当該物質を土壤を汚染するものとしてこれを規制する法令が制定されるに至ったものということができ…。これによれば、控訴人が本件売買契約の目的物である本件土地の引渡しを受けた時には、本件土地に取引観念上瑕疵が存在するものとは評価されなかったために、控訴人が本件売買契約の目的物である本件土地の引渡しを受けた時から損害賠償請求権を行使することができない特段の事情が存在したというべきであって、控訴人が本件土地に隠れた瑕疵があるとして民法570条に基づく損害賠償請求権を行使することができる時は、控訴人が本件土地の引渡しを受けた時ではなく、土壤中のふっ素が有害であると社会的に認識されるに至った平成13年3月28日であるというべきである。

④ Xは「平成18年10月27日に本件訴訟を提起して上記損害賠償請求権を行使するに至ったのであるから、平成13年3月28日から進行する消滅時効の時効期間が経過する前に、上記損害賠償請求権を行使したものである」といえる。

## VI 本判決：最(三小)判平成22年6月1日 LEX/DB25442265

### 1 原判決破棄

本判決は、裁判官全員一致の意見により、原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとして、論旨を容れ、以下の通り説示して原判決中Y敗訴部分を破棄した(Xの請求を認容した控訴審判決を取り消したうえ、Xの控訴を棄却した。 )。

① 売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたかについては、売買契約締結当時の取引観念をしんしゃくして判断すべきところ、本件売買契約締結当時、取引観念上、ふっ素が土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されておらず、被上告人の担当者もそのような認識を有していなかったのであり… 本件売買契約の当事者間において、本件土地が備えるべき属性として、その土壤に、ふっ素が含まれていないことや、本件売買契約締結時に有害性が認識されていたか否かにかかわらず、人の健康に係る被害を生ずるおそれのある一切の物質が含まれていないことが、特に予定されていたとみるべき事情もうかがわれない。

② そうすると、本件売買契約締結当時の取引観念上、それが土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されていなかったふっ素について、本件売買契約の当事者間において、それが人の健康を損なう限度を超えて本件土地の土壤に含まれていないことが予定されていたものとみることはできず、本件土地の土壤に溶出量基準値及び含有量基準値のいずれをも超えるふっ素が含まれていたとしても、そのことは、民法570条にいう瑕疵には当たらないといふべきである。

### 2 民訴法260条2項の裁判を求める申し立て

本件では、控訴審判決後、YがXに対して、判決に付された仮執行宣言に基づき請求認容額を給付したところ、上告審判決で控訴審における請求認容判決が破棄されることにより、仮執行宣言は効力を失った。そのためYは仮執行宣言によってYがXに給付した金銭の返還と損害賠償を求めることになる(民事訴訟法260条2項)。本件ではその申し立てに基づいて、Xに対して支払を命じている。

## VII 検討

### 1 はじめに

本件の主たる問題点は、売買契約締結時に売買に目的物に含まれていた物質の有害性について、売買契約締結後に認知されて法規制の対象となったような場合に「瑕疵」に該当するかである。

控訴審判決は「瑕疵」を肯定したうえで、付随する問題として、①消滅時効の抗弁の時効消滅についてこれを否定し、②訴訟法の問題であるが、「条例による規制＝瑕疵」という主張から、控訴審段階において「売買の目的物への有害物の混在＝瑕疵」という主張を展開したXの主張を「時機に遅れた攻撃防御方法」には該当しないと判断した。

これに対して上告審判決は第一審判決と同様、「瑕疵」を否定してXの損害賠償請求を認めないと認めないと判断したため、その他の問題については判断をしていない。

そこで、本稿では、「瑕疵」について主に検討し、付随的問題のうち消滅時効についてのみ、主たる問題に関連して若干論及することとする。

### 2 瑕疵担保責任の要件としての「瑕疵」

#### (1) 概説

瑕疵担保責任が認められるためには、①売買の目的物に、②隠れた、③瑕疵があり(以上570条)、④買主が瑕疵の存在につき善意(566条1項準用)であることを要する。

#### (2) 瑕疵の意義

##### ①概説

「瑕疵」とは、通常または契約上予定された用途に適さないような物の物質的な欠陥をいう<sup>(1)</sup>。通常有すべき品質または性能を有しない場合(客観的瑕疵)のほか、通常有すべき品質や性能の領域外であっても、売買契約の当事者間で特に留意されていた品質・性能を有しない場合(主観的瑕疵)も「瑕疵」に該当する<sup>(2)</sup>。

<sup>(1)</sup>近江幸治「契約法[第3版](民法講義V)」(成文堂・2006年)144頁。

<sup>(2)</sup>内田貴「民法II[第2版]」(東京大学出版会・2007年)132頁。ところで、売買契約の当事者間で特に留意されていたものではないが、買主が通常の用法とは異なる用法を考えていた場合にどう考えるか。売主が売買契約締結時に買主の意図を知りまたは知らうべき場合には、「瑕疵」を認めてよいと思われる。売主としては、そのような性能や品質を備えていない製品であることを買主に告げ、誤解を解くことが出来るし、そうすべきだからである。もっとも、買主の意図が一方的な思い込み過ぎない場合(たとえば特に防水機能をうたっていないのに水中で使用できるパソコンであると思込むなど)にまで、仮に売主がその意図を知っていた場合にも瑕疵担保責任を認めるべきかは疑問である。この点に関し、平野裕之「契約法[民法総論5]」(信山社・2007年)346頁は「買主が売主の技術などに信頼してその用途への適性ありと正当に信頼することができる場合」という絞り込みをしている。

## ②本件の場合 — 客観的瑕疵の問題

本件におけるXY間の土地売買契約は、東京都A区の土地開発公社であるX<sup>(3)</sup>が、A区から、東京都が進めていた交通システムの開設に不可欠な用地の被買収者に対して提供する代替地の取得を要請されていたためであった<sup>(4)</sup>。したがって、XY間には通常の土地売買 — すなわち、建物建築をはじめとする社会通念上の通常の土地の用法を前提とする売買 — として行われたものであったといえる。よって、目的物である土地について、買主は特別な用途を前提として購入を企図したのではない。

よって、本件では、「土壌中にふっ素化合物が混在していたこと」ないしは「法規制によって、ふっ素化合物の除去に費用を要すること」が客観的瑕疵にあたるか(むろん、ここには、売買契約当時は危険性が認識されていなかったという事情が加味されることが本件の特殊性である。)、を検討していくこととなる。

## (3) 売買の目的物としての土地の「瑕疵」が問題となった裁判例

売買の目的物としての土地の「瑕疵」が問題となった裁判例は数多くあるが、ここでは、その中でも土中に埋蔵された物が存在することが「瑕疵」にあたるかが問題となったものを概観する(①~⑩のうち①のみが「瑕疵」該当性を否定したものである。)

### ①神戸地判昭59.9.20(判タ541号180頁LEX/DB27490191)

一般に「宅地」とは、主として建物の敷地に供される土地をいうのであるが…取引の対象となる宅地自体の土質、地耐力等に関しては何ら直接これを規制しておらず、造成地にあつても埋立柱等についての制限ないし基準は存しない…。

したがって、一言で「宅地」といつても、古い固有の宅地から新しい人工の埋立造成宅地まで多種多様で、その土質、地盤の硬度も、極めて強固なものから比較的軟弱なものまで千差万別であり、しかも、当該宅地上にもうけられる建物自体についても、近代的な鉄筋の高層ビルから木造、プレハブ等の平家にいたるまでその種類、規模、構造等は種々様々であるから、これに対応する敷地(宅地)の通常有すべき品質、性能(瑕疵の存否)をこれらの土質、地耐力等の観点のみから一律に画定することは到底困難であるといわざるを得ない。

そうだとすれば、宅地という地目の土地が建物の敷地に供されるものである以上、その地上に建築可能な建物は建築基準法等によつて許容される範囲の建物であれば足り、

<sup>(3)</sup>Xは、公共用地または公用地等の取得、管理、処分などを行うことにより、区(訴外A区)の秩序ある整備とA区民福祉の増進に寄与することを目的として設立された法人(公社)である。

<sup>(4)</sup>控訴審判決・第3・2(1)。

かつこれを通常用いられる工法により建築することが可能な土地である限り、一般の社会的取引においては、宅地としての性能に欠けるところはないと解するのが相当である。

これを本件についてみるに、前示認定のとおり、本件土地にはビニール片等の廃棄物が混入していたため、原告が鉄筋三階建物を建築するにつき、当初予定していたベタ基礎工法を杭打工法に変更を余儀なくされたにせよ、現にこれを新築することができてその買受目的を達しているばかりでなく、本件土地がすでに一〇年近くも以前に埋立により造成された宅地であつて、その後原告が本件売買によりこれを取得するまで、取引対象の物件(宅地)として何ら問題なく転々譲渡されてきており、しかも、その間、地上には平家建ではあるが鉄筋コンクリート造の旧建物(診療所兼居宅)が現存していたのであるから、これらの経緯、事実関係等から考量すれば、埋立当時における造成工事自体の瑕疵が問題となるかは格別、少くとも、取引上の宅地としては、本件土地に瑕疵はなかつたものとみるのが社会通念上公平(担保責任の衡平な分担)というべきである。

#### ②東地判平4.10.28(判時1467号124頁LEX/DB27816460)

宅地の売買において、地中に土以外の異物が存在する場合一般が、直ちに土地の瑕疵を構成するものでないことはいうまでもないが、その土地上に建物を建築するについて支障となる質・量の異物が地中に存在するために、その土地の外見から通常予測され得る地盤の整備・改良の程度を超える特別の異物除去工事等を必要とする場合には、宅地として通常有すべき性状を備えないものとして土地の瑕疵になるものと解すべきである。本件の場合、前記認定のように、大量の材木片等の産業廃棄物、広い範囲にわたる厚さ約一五センチメートルのコンクリート土間及び最長約二メートルのコンクリート基礎一〇個が地中に存在し、これらを除去するために後述のように相当の費用を要する特別の工事をしなければならなかったのであるから、これらの存在は土地の瑕疵にあたるものというべきである。

#### ③東地判平7.12.8(判時1578号83頁LEX/DB28011427)

本件埋設物は、コルタルを含んだレンガやコンクリート等及びその下部に埋めこまれた相当数の松杭であつて、同土地のほぼ全域に存在し、浅いところでは地表から約〇・四メートル、深いところでは地表から約四・五メートルの深さから存在し、そのレンガやコンクリート等の厚さは、薄いところで〇・五メートル、厚いところでは四・四メートル程に達し、その下部の松杭は長さ約三・五メートルであつたことが認められる。

そして、…本件土地は、高層建物が建築されることも客観的に十分予想される土地であるというべきである。

また、前記本件埋設物の存在場所及び程度からすれば、本件土地に中高層建物を建築するには、本件埋設物を除去しなければ、基礎工事ができない状態にあると認められ、かつ、本件埋設物の程度からすれば、その除去工事には相当多額の撤去費用を要し、その費用は通常の高層建物を建築するに際して要する基礎工事の費用よりも相当高額になるものと推認される。

したがって、そのような地中埋設物が存在する本件土地は、高層建物が建築される可能性のある土地として通常有すべき性状を備えないものといえるから、本件埋設物は「瑕疵」にあたるといわなければならない。

#### ④東地判平10.10.5(判タ1044号133頁LEX/DB28060146)

原告は、自動車修理工場を建設する目的で本件売買契約を締結し、被告も、右目的を知っていたこと、コンクリート塊等の産業廃棄物は本件土地の地中に埋まっけてボーリング調査でも発見されず、杭工事に着手して初めて発見されたこと、伊東兄弟建設は、着手していた杭工事や根伐工事等を中断して右廃棄物を除去せざるを得なかったことに照らせば、本件土地には隠れた瑕疵があったと認められる。

#### ⑤東地判平10.11.26(判時1682号60頁LEX/DB28042406)

本件各契約締結に際し、被告芙蓉及び京樽において、原告が本件各土地上に中高層マンションを建築する予定であることを知悉していたとの事実を認めることができる。

そして、《証拠略》によれば、原告は、本件各契約締結に先立ち、マンション建築計画に対する影響の有無等を調査するため、高岡らを通じて、被告芙蓉から資料図面等を借用して本件建物の基礎杭の位置等を確認したこと、ところが、本件各契約締結後、実際に本件建物の解体工事を進めるに従って、右図面等には一切記載されていない、多数のPC杭及び二重コンクリートの耐圧盤等の本件地中障害物が発見されたこと、本件各土地上に中高層マンションを建築しようとすれば、基礎工事を行うために本件地中障害物を撤去する必要があるところ、右撤去には通常の中高層マンション建築に要する費用とは別に金三〇〇〇万円以上の費用がかかることの各事実を認めることができる。

これらの諸事実に鑑みれば、本件地中障害物が存在する本件各土地は、中高層マンションが建築される予定の土地として通常有すべき性状を備えていないものというべきであるから、本件地中障害物の存在は、本件各契約の目的物たる本件各土地の瑕疵に当たるといわざるを得ない。

#### ⑥東京地判平15.5.16(判時1849号59頁LEX/DB28091038)

本件土地は、宅地であり、原告は、一般木造住宅用の宅地として分譲販売することを目的として、本件土地を購入したものであり、被告はこれを認識していたものであ

るところ、前記認定の本件地中埋設物の存在状況からすると、本件土地に一般木造住宅を建築し、浄化槽埋設工事を行うに当たっては、本件地中埋設物が存在しなければ本来必要のない地盤調査、地中埋設物の除去及びこれに伴う地盤改良工事等を行う必要があり、かかる調査・工事等を行うために相当額の費用の支出が必要となるものと認められるから、本件土地は、一般木造住宅を建築する土地として通常有すべき性状を備えていないものと認めるのが相当であり、前記認定の本件地中埋設物の存在は、本件売買における目的物の「瑕疵」に当たると認められる。

⑦東地判平16.10.28(判時1897号22頁LEX/DB28101635)

本件売買契約締結時において、本件土地には中央部を横切る形で被告と甲野二郎の共有共用の本件排水管が埋設され、隣地である甲野二郎の所有地にまたがる形で共有共用の本件浄化槽が埋設されていたこと、本件排水管等は地中に埋設されていたことから地表面からそれらの存在を認識することはできず本件不動産についての重要事項説明書等には本件排水管等が共有共用であることは記載されておらず、ちばりハウスからもその旨の説明がなかったことから、原告は本件排水管等が共有共用であることを知らなかったこと、甲野二郎は本件排水管等の撤去に反対していたこと、その結果、原告は当初の予定どおりに本件建物を取り壊して本件土地を造成して分譲することができなくなったことが認められ、これらの事実を総合すると、本件排水管等の存在は、民法五七〇条という隠れた瑕疵に当たると解するのが相当である。

⑧札幌地判平17.4.22(判タ1203号189頁LEX/DB28110879)

ところで、本件土地のような宅地の売買において、地中に土以外の異物が存在する場合一般が、直ちに土地の「瑕疵」を構成するものでないことはいうまでもない。

しかし、その土地上に建物を建築するにあたり支障となる質・量の異物が地中に存するために、その土地の外見から通常予測され得る地盤の整備・改良の程度を超える特別の異物除去工事等を必要とする場合には、宅地として通常有すべき性状を備えないものとして土地の「瑕疵」になるというべきである。

本件の場合、前記認定のように、本件埋設物〔1〕から〔4〕については、本件施設工事の際、撤去すべきものであったと認めることができる以上、本件土地の「瑕疵」に当たるといえることができる。

そして、本件埋設物〔5〕〔6〕を検討してみるに、…本件土地は、一般住宅を建築する予定の土地とみるべきであり、そうであれば、本件埋設物〔5〕〔6〕が存在することは、本件土地の利用に障害となることはないというべきである。そうすると、本件埋設物〔5〕〔6〕は、その土地上に建物を建築するにあたり支障となる質・量の異物と

は言い難く、「瑕疵」とは認められない。

⑨名古屋地判平17.8.26 (判時1928号98頁LEX/DB28111467)

前記認定のように本件売買契約当時において本件廃棄物の存在はアスファルト等に隠されて容易にこれを認識できなかったことが認められる。

そして、本件廃棄物の性質はコンクリート塊、陶器片、製陶窯の一部又は本体、煙道と思われる煉瓦造り構造物等であり、これは産業廃棄物に当たるものであること、建物の基礎部分に当たり確認できた範囲においても、平均で深さ一・一八四メートル付近まで本件廃棄物が存在したと、それが地中に占める割合においても三分の一を超えるものであったことからすれば、本件廃棄物の存在が目的物の隠れた瑕疵に当たると認めるのが相当である。

⑩東地判平21.2.6 (判タ1312号274頁LEX/DB25462530)

本件土地は、原告と被告との間で、宅地として売買されたものであるところ、本件土地の別紙図面記載の〔ア〕として円状に囲まれた場所に、鉄筋コンクリート製の井戸蓋と、直径1.35メートル、深さ約6.6メートルの井戸孔からなる本件井戸が存在したことが認められる。本件井戸の位置及び大きさに照らすと、本件土地の買主が本件土地を宅地として利用するためには、本件井戸を撤去し、これに伴う地盤改良工事等を行う必要があるものと認められるから、本件土地は、宅地として通常有すべき性状を備えていないものと認めるのが相当である。したがって、本件井戸の存在は本件土地の瑕疵といえる。

#### (4) 「瑕疵」の存在時

瑕疵がどの時点で存在しなければならないか(瑕疵の判断基準時をどこにもとめるか)という問題は、瑕疵担保責任の法的性質論とリンクする<sup>(5)</sup>。

①法定責任説 — 契約時

いわゆる特定物ドグマを前提とすると、X(売主)Y(買主)間で $\alpha$ を100万円で売るという売買契約が締結された場合、 $\alpha$ に予想外の欠陥があった場合であっても、 $\alpha$ が特定物である場合、XY間の合意内容は、「 $\alpha$ の給付」あるから、Xは $\alpha$ を給付するほかなく、また、給付すればXの義務は尽くされる。これに対して、Yは「予想しない欠陥を内包する $\alpha$ 」の対価として100万円を支払わなければならないこととなる。これではXYの均衡を失すとの考慮から、不均衡を是正するための「法律によって特別に課された(つまりこの法律がなければ発生しない)担保責任」が特に置かれたものと理解さ

<sup>(5)</sup>平野・前掲・349頁。近江・前掲・149頁。川井「債権各論[第2版](民法概論4)」(有斐閣・2006年)159頁。



れる(法定責任説)。この見解は、XY間の主観的認識は「欠陥のない $\alpha$ を100万円で売買すること」であったのに、実際には—合意の時点では— $\alpha$ には欠陥があり「欠陥のない $\alpha$ を給付すること」はそもそも不可能であった(原始の一部不能)ことを前提とする。したがって、瑕疵は契約時よりも前に存在していること(瑕疵の判断基準時は契約時)が当然の前提となる。

#### ②債務不履行責任説—危険移転時

これに対して、特定物ドグマを否定し、特定物売買であっても、売主は合意通りの責任を負う(契約において欠陥がない $\alpha$ を想定していた以上、特定物 $\alpha$ に欠陥があった場合には、その欠陥について契約違反としての責任を問われる)という見解にたつと、瑕疵担保責任は債務不履行責任の「売買契約における特別法」という位置づけとなる(契約責任説)。この場合、欠陥の発生時期が売買契約締結前であろうと後であろうと、そのような欠陥のある物を給付することが「合意違反」であるという位置づけは変わらないから、瑕疵が契約時よりも前に存在していなければならないという限定からは解放される。

もっとも、契約責任説を前提としても、瑕疵の判断基準時はどこでもよいということではなく、少なくとも目的物が買主の支配下に移転した後に発生した事象まで含めることは—それが不可抗力であり、かつ、消滅時効や除斥期間等の主張期間制限を課されるとしても—売主に酷であり、危険移転時を限界とするというべきであろう(瑕疵の判断基準時は危険移転時)<sup>6)</sup>。

### (5) 本件の特殊性

#### ①何が問題か

本件の場合、「瑕疵の判断基準時」が問題となっているという点では、(4)で検討した問題点と共通するのであるが、大きく異なるところは、土中のふっ素化合物は、XY間の売買契約締結時には客観的に存在していたが、売買契約時にはふっ素化合物の危険性は一般に認識されておらず、そのふっ素の危険性が取引通念として認識されたのは、早くとも、契約時(平成3年3月15日)から10年以上経過した平成13年3月28日(環境基本法に基づく告示にふっ素が加えられた時点)である。

<sup>6)</sup>瑕疵担保責任の法的性質につき、対価的牽連性維持のための危険負担的代金減額請求権と理解する見解(加藤「契約法(新民法体系IV)」(有斐閣・2007年)223頁以下)によれば、危険移転時を瑕疵判断の基準時とする見解を整合的に導くことができるが、この見解を前提とすることは必須ではない。もっとも、法文上は、危険移転時を当然に物の引渡等の可視的行為時とする根拠がない(ここでも解釈を要する)ため、危険移転時とすれば、直ちに不都合を払底できるわけではない。

すなわち、土中にコンクリート等の埋蔵物が埋まっていた場合には、当該土地が建物建築等に支障があるものであることは社会共通の認識であるといえるから、契約締結時にそのような事実が表面化したら、売買契約がそのまま(埋蔵物が埋まっていないことを前提として)締結されることはまずなく、まさに「瑕疵」があったといえる。

一方、ふっ素化合物の存在は契約前後を問わず変わらないことや、ふっ素化合物が契約当時から、人体に対する危険性をはらんでいたことは、(4)で検討した裁判例と共通する。ところが、本件の場合、契約時には、ふっ素の危険性が認識されていなかったし、法規制もなかったため、仮にふっ素が含まれていることが契約当時に表面化したとしても、売買契約はそのまま締結されただろう。にも関わらず、後に科学技術が発展するなどした結果、当該物質が実は人体に有害であることが判明したことを理由として、危険性が認識された時点を基準として「瑕疵」を認めることができるのだろうか。

#### ②事由の存在、客観的有害性、有害性に対する認識

売買契約の目的物に何らかの事由(異物混入や特殊な属性)が存在することが「瑕疵」にあたりうるかについては、次のような視点から考察することができる。

i	当該事由が存在するに至った時点はいつか。
ii	iが売買契約の目的物の価値に純客観的にマイナス要因となるに至った(社会においてそのマイナス性が認識されているかいないかは問わないという趣旨)時点はいつか。
iii	iiが社会において認識されるに至った時点はいつか。

たとえば、「ビル建築の目的で売買された土中に、売買契約締結以前からコンクリートガラ等の廃棄物が埋設されていた場合」(ケース $\alpha$ とする)は、i、ii、iiiとも契約締結時以前から現在に至るまでとなる。

これに対して、本件のような場合(ケース $\beta$ とする)はi、iiは契約締結時以前からであるのに対し、iiiは契約締結よりも後となる。

この他に、対比するための例として、i当該事由は売買契約以前から存在していたが、iiマイナス要因性およびiiiマイナス要因性の社会における認識は契約締結よりも後に生じたような場合(ケース $\gamma$ とする。具体例は想定しにくいですが、土中に有益かつ無害の稀少物質が存在している場合に、発見された時点における土地の所有者に当該物質を自費で採掘して無償抛出する義務が課された場合等が考えられようか。)は、iは契約締結時以前からであるのに対し、ii、iiiは契約締結よりも後となる。

(ケースα: コンクリートガラ等の廃棄物)

	契約	発覚
i		
ii		
iii		

(ケースβ: 本件)

i		
ii		
iii		

(ケースγ: 有益物質の無償掘削義務)

i		
ii		
iii		

この3つのケースを概観すると、αについては「瑕疵」を肯定することには抵抗なく(現に検討した多くの裁判例ではそうである)、γについては-実例ではないものの、逆に「瑕疵」を否定することに抵抗はないといえよう<sup>7)</sup>。

### ③ケースαとケースγの対比

ケースαについては、事由(i)、事由の客観的マイナス要因性(ii)、マイナス要因性に対する認識(iii)とも契約時に存在していて、それが発覚していなかっただけ(もしも契約時に発覚していたら、そのまま物を買うことなどなかったはず)である。そうであれば、後にそのような事由が発覚したとすれば、買主としては「契約時点で変だったモノを掴まされた」ととらえるだろうから、瑕疵担保責任でカバーすべき場合であるといえる。

ケースγについては、契約時にはそのような事由はあったが、売買契約の目的物として何ら支障はなく、またその事由が存在することが売買契約の目的物として支障があるという社会通念もなかった。仮にケースγにおいて、事由の存在が売買契約時に発覚し

<sup>7)</sup>なお、類似するケースとして、売買契約の対象となっている土地に文化財が埋設されている場合が考えられ、かかる場合には「瑕疵」にあたるとする趣旨の判例もある(東地判昭57.1.21判時1061号55頁LEX/DB27405684)。ただし、文化財埋設土地については、文化財保護法によって発掘費用等を土地所有者が負担する場合はあることは既定の事実であるため、ケースγとは異なる。

ていたとしても、その事由に対する特段の意識はないのであるから、売買契約はそのまま締結されたであろう。そうすると、売買契約締結時には特に支障のないものであった以上、契約締結後(あるいは物の受領後)に、たまたま政策的に所有者に不利益が課されたからといって「契約時点で変だったモノを掴まされた」という認識にはならないだろう。このような場合は、瑕疵担保責任でカバーすべき場合であるとはいえない。

④ケース $\beta$ の位置づけでは、本件のケース $\beta$ については、どう考えるべきか。

要素 i が契約時に存在することはケース $\alpha$ 、ケース $\gamma$ と共通する。

要素 ii が契約時に存在することはケース $\alpha$ と共通する。

要素 iii が契約時に存在しないことはケース $\gamma$ と共通する。

要するに、ケース $\beta$ について、「瑕疵」と評価するか否かは、ii の要素を重視し「契約当時の社会通念ではなく、およそ事後の客観的に見て i の要素が物との関係で物理的にマイナス要因となっていれば足りる(契約当時の技術水準等で認識できたかは問題としない)」とみる(瑕疵肯定説)か、iii の要素(がないこと)を重視し「i の要素が存在することが物との関係でマイナス要因であるという共通認識が契約当時に必要である — そのような共通認識がなかった以上、契約当時からマイナス要因だったのだと判ったとしても要件は充たさない —」とみる(瑕疵否定説)かで結論を導くことができる。

#### ⑤瑕疵肯定説

瑕疵担保責任は「無過失」責任であるから、「隠れた瑕疵」が存在していれば、その瑕疵に関する売主の過失の有無を問わずに発生する。そうすると、「およそ契約時に、有害に作用する物が売買の目的物に混在していた」という状態がある以上、その有害性が売買契約時に契約当事者のみならず社会通念としても認識されていなかったとしても当該物が危険であることには変わらない以上、およそ売買契約締結時にそのような要素が存在し(i の要素)、かつ危険性があった(ii の要素)以上、「契約当事者に認識されていなかった」場合と「世間一般に認識されていなかった場合」とで異なるところはない(その危険性が社会的に認知されようと未知の物質であろうと、毒物を飲んだら死ぬのであって、危険性が認知されていないから死なないということはない。ただ当時の科学力では死因が判明しないだけのことである)。控訴審判決も瑕疵担保責任が「売買契約の当事者の公平と取引の信用を保護するために特に法定されたものであり、買主が売主に過失その他の帰責事由があることを理由として発生するものではなく、売買契約の当事者双方が予期しなかったような売買の目的物の性能、品質に欠ける点があるという事態が生じたときに、その負担を売主に負わせることとする制度である。」「売買契約締結当時の知見、法令等が瑕疵の有無の判断を決定するものであ

るとはいえない。」と説示して、瑕疵担保責任を肯定する結論を導いている。

#### ⑥瑕疵否定説

しかし、いかに瑕疵担保責任が「無過失」責任であるとはいえ、売買契約によって売主が負担して(今風に言えば「引き受けて」)いると評価できるものを越えることは、瑕疵担保責任を契約責任と構成しようと法定責任と構成しようと、認められないはずである。すなわち、すでに述べたように、当該事由が契約時において物の不完全性をもたらす要素という共通認識があるのであれば、仮に売買契約時に当事者間でその点について言及されなくても、売主は過失の有無に関わらず、そのような事由が万が一存在すれば、その手当をするを引き受けていると評価できるだろう。なお、瑕疵担保責任について契約責任説を採れば、契約締結後に発生した瑕疵についても瑕疵担保責任の対象となるが、これも契約時に売主が引き受けていた範囲であるからに他ならない。そして、売主買主間に何らかの特約がないかぎり、契約時に当事者はもとより一般人も認識し得なかったような問題は、それがいかに真に有害であろうと、売主に記することはできないと言うべきであろう。上告審判決は、理由こそ述べていないが、物の品質・属性については「売買契約当時の取引観念」をベースとして判断すべきであり、また、当該属性(の有無)が特に当事者間で予定されているような事情を見いだせない本件では、売買契約当時の取引観念では有害性が認識されていなかったふっ素化合物が存在していても、それは「瑕疵」にはあたらないとした。

#### (6) 本判例の位置づけと私見

すでに述べたところであるが、本判例は、ある事象(iの視点)そのもの、および、その事象そのものもたらすマイナス効果(iiの視点)は存在していたが契約成立時にはそのマイナス効果が発見されていなかったところ、のちに発見された(iiiの視点)という事例である。したがって、「瑕疵はいつから存在したか」(iの視点のみ)とか「契約時に危険と評価されなかったものがあとから危険と評価されるようになった場合も瑕疵といえるのか。」(iiiの視点のみ)という視点では正しい結論を導くことは出来ない。iiの視点の要素をどちらに引き寄せて考えるのか—契約時から危険性が客観的には存在していたことを重視するのか、それとも、契約時には発見する能力がなかったことを重視するのか—を吟味する必要がある。

瑕疵担保責任=無過失責任・特別の法定責任という図式を強調すれば、「およそ売買契約時に客観的危険性を孕んでいたという事情があれば売主の過失の有無を問わず瑕疵担保責任を認める」という見解には一定の合理性を認めることができないではない。

しかし、瑕疵担保責任も「法的責任」である。「法的責任」とは、ある不利益を「法的」に課するものであり、法的正当性という裏付けがなければならない。そのような観点から見た場合に、売主に結果責任的な担保責任を負わせることが、控訴審判決のいう「当事者間の公平と取引の信用」に叶うのだろうか。売買契約時にその危険性自体認知されていなかった物質が実はそこに存在していたことを根拠として、後に売主が結果責任を問われることを肯定するとすれば、あまりに売主の義務を重くすることとなり、「公平」を害するし、合意通りに履行が完了したと思っている売主の信頼を覆すこととなり、「取引の信用」はむしろ害されるのではなからうか<sup>(8)</sup>。これに対して、およそ契約時に「危険性が認知されている物質が存在していて、契約当事者はその存在を知らずに契約をしてしまった」という場合であれば、売主に一定の範囲で担保責任が課されてもやむを得ない(もしもその時点で発覚していれば、そのまま契約することなどないのだから)といえるのではないか。

その意味で、本件に関しては、瑕疵の判断基準時を契約締結時とした上告審判決に賛成するが、後述するように、瑕疵の問題を契約適合性の観点からみる以上、問題は契約締結時に存在していたか否かという形式的な視点ではなく、「当該瑕疵によって生ずる不利益を売主に帰するだけの正当性があるか」ということに収斂していくものであると考える。

## (7) 瑕疵担保責任の法的性質論との関係

ところで、ここまでの議論は、少なくとも瑕疵の原因となる具体的事象(iの視点の要素)が契約時には存在していることを前提としてきた。これは、瑕疵担保責任の法的性質論について特定物ドグマを前提とした法定責任説と親和的であることはすでに述べた。

しかし、特定物ドグマを前提とした法定責任説は批判の多いところであり、瑕疵担保責任の本質についての法定責任説と契約責任説の対立という問題自体がすでに過去のものとなっているとの評価もある<sup>(9)</sup>。そして、近時作業が進行している民法(債権法)改正の中でも、「契約不適合」という言葉を条文の文言におり込むかどうかは別として、「瑕疵」概念を契約不適合という視点から捉えるという流れは動かないものであろう<sup>(10)</sup>。

<sup>(8)</sup> 売主に一律に結果責任的な担保責任が課されるとなれば、財貨の所有者は—特約を除けば—他人に譲渡する際に将来にわたって担保責任のリスクを抱え込むことを余儀なくされることとなる。これを取引の信用が維持された状態ということではできないだろう。

<sup>(9)</sup> 潮見佳男「瑕疵担保責任の法的性質(2) — 契約責任説の立場から」(野沢正充編「瑕疵担保責任と債務不履行責任」(日本評論社・2009)37頁以下)。

<sup>(10)</sup> 内田貴「債権法の新時代」(商事法務・2009)180頁以下参照。

そうなると、「瑕疵」概念についても、契約締結時に存在していたか否かという形式的なことではなく、契約適合性、すなわち、「その事象によって売買契約の目的物に生ずる不都合を売主に帰することができるか」という観点から考察すべきであり、仮に、当該事象(iの視点)が契約締結後に発生したとしても、その事象によって生ずる不利益を売主に帰することができる限り、「瑕疵」と認めてもよいと考える。

### 3 事件としてのスワリ

#### (1) 結論の妥当性

本件は、第一審(責任否定)⇒控訴審(責任肯定)⇒上告審(責任否定)と、結論がまさしく二転三転したが、結果として否定で落ち着いた。本件の事実経過をトレースすると、X(土地開発公社)は、Yから本件土地を購入する前に調査をした結果、鉛や砒素やカドミウムなどによって汚染されていることを知りながら、特段の手立てもとらず本件土地を購入している。その当時、ふっ素の危険性は認識されていないので当然であるが、すでに危険性が認知されている物質が含まれていることが判明したのに、漫然と本件土地を購入したXに対し、当時その危険性が認識すらされていないふっ素が混入していたことについて、Yへの責任追及を認めないとする結論は、事件のスワリとして悪くない。

#### (2) 瑕疵を認めることによる法律論としてのスワリの悪さ-控訴審判決-

また、仮に「瑕疵」の存在を認めるとしても、次に瑕疵担保責任の消滅時効の問題に直面することとなる。すなわち、瑕疵担保責任は買主が事実を知った(瑕疵を知った)時点から1年間で除斥期間となるが(566条3項)。判例は、瑕疵が発見されないまま長期間が経過した後になって瑕疵が発見されたときに、そこから1年以内は瑕疵担保責任の追及を認めるとすると、売主に過大な負担を課するものであって適切でないとの理由から、瑕疵担保に基づく損害賠償請求権は物の引渡を受けた時点から10年(167条1項)で時効消滅すると説示した(最三小判平13.11.27民集55巻6号1131頁)。したがって、本件の場合、「瑕疵」ありとしても、平成4年4月2日に引渡を受けてから提訴時までに10年を経過している(提訴は平成18年10月27日)。そのため、売主の担保責任を認めるためには、この最高裁判例を乗り越えなければならない。

控訴審判決は、ここで、最高裁判決の法理の適用を回避する策を講じた。すなわち同法理は「合理的に行動する買主を想定してその者が取引上必要とされる注意を払ったとしても、取引観念上瑕疵が存在するものとは評価されなかったために、売買の目的物の引渡しを受けた時から損害賠償請求権を行使することができない特段の事情が

存在する場合にまで及ぶものではない。」と適用除外の規範を定立し、「本件売買契約当時、その目的物である本件土地の土壤中にふっ素が含まれていたが、当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったこと、本件売買契約後の平成13年3月28日に土壤中のふっ素が有害であると社会的に認識されたために、当該物質を土壤を汚染するものとしてこれを規制する法令が制定されるに至ったものということができること…によれば、控訴人が本件売買契約の目的物である本件土地の引渡しを受けた時には、本件土地に取引観念上瑕疵が存在するものとは評価されなかったために、控訴人が本件売買契約の目的物である本件土地の引渡しを受けた時から損害賠償請求権を行使することができない特段の事情が存在したというべきなのである。」として、消滅時効の主張を排斥した。しかし、瑕疵の認定にあつては、売買契約当時何人も、その危険性すら認識できなくても客観的に存在していれば「瑕疵」が認められる(つまり売主には発生段階において責任を回避するべきがない)一方で、消滅時効については、客観的に見て権利行使可能であっても買主が権利行使できなかった特段の事情があるから時効は進行しないというのは、あまりにも偏った見方というほかない。これも「瑕疵」概念を認めて責任を肯定する方向で論を進めたため、スワリの悪い法律論が連鎖してしまったことの表れといえよう<sup>(11)</sup>。

## VIII おわりに

控訴審判決は売主の瑕疵担保責任を広範に認めるものであったため、最高裁の判断が待たれていた<sup>(12)</sup>が、最高裁は一応「穏当なところ」で線引きをしたといえよう。ただし、すでに述べたように、「瑕疵の判断時期はすべからず契約時である」という時的制約にとどまらず(むろん、実務の安定や法的予測可能性という見地からは必要であるが)、「売主に帰してよい不都合といえるか」という観点から、個別具体的な検討がなされるのではないか。このリスクを回避するためには、特約を設けるなどして事前に具体化しておくことになるであろう。

<sup>(11)</sup>本件は買主が土地開発公社であったため、通常の民-民の不動産売買契約であれば契約書に織り込まれている担保責任の期間制限約定期(2年間)が入っていないことが、控訴審裁判所に、消滅時効を排斥する口実を与えてしまったと言ってもよい(小澤英明「土地汚染に関する東京高裁判決について」(ビジネス法務2009年3月号79頁)。

<sup>(12)</sup>控訴審判決に対する評釈としては、小澤・前掲のほか、岡孝「土壤汚染と売主の担保責任」(判タ1291号43頁)、深津功二「東京高判平成20.9.25における土壤汚染と『隠れた瑕疵』」(NBL891号1頁)、和知麻里亜「土壤汚染と瑕疵-東京高判平成20.9.25本誌1305号36頁を巡る考察」(金判1317号18頁)。



## 【雑報】

### 2010年1月以降の主な研究活動

#### 2010年7月8日(木)

知的財産法2特別講演会「音楽業界における知的財産戦略について」飯田浩司氏(明治学院大学法科大学院教授、日本コロムビア株式会社執行役員・知財本部長、NY州弁護士)

#### 2010年8月12日(木)

刑事法夏期特別講演会「相当因果関係・客観的帰属論の新展開 — 近時の判例を中心に」島田聡一郎氏(上智大学法科大学院教授)

#### 2010年9月29日(水)

2010年前期リサーチペーパー研究発表会

「所得税・相続税間の二重課税について」中小路隆哉氏(本学在學生)

「建築訴訟 — 欠陥住宅の瑕疵認定基準」武田真樹氏(本学在學生)

#### 2010年11月22日(月)

知的財産法1特別講演会「知的財産法の学習の仕方」杉浦秀氏(本学修了生、司法修習生)



## 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

早川和宏

大宮法科大学院大学法務研究科准教授、弁護士

福井康佐

大宮法科大学院大学法務研究科准教授

久保利英明

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

丸山輝久

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

北沢義博

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

田中宏

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7号

2011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](mailto: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