

大宮法科大学院大学

大宮ローレビュー

第9号 2013年2月

目次

【論説】

- 刑事法による会社財産の保護 5
上田正和
- 刑法 45 条後段の解釈について 39
中島広樹
- 原子力損害と国家賠償 61
早川和宏
- 原発事故賠償和解仲介は ADR の試金石 85
丸山輝久
- 法令の明確性に係る三段階の審査 101
福井康佐

【判例研究】

- 裁判員制度の合憲性（最判 2012 年 1 月 13 日刑集 66 卷 133
1 号 1 頁）——併せ、討議民主主義と裁判員制度に関する若干の検討 新屋達之
- 取締役が会社に対して負う所有権移転登記義務と株主代 145
表訴訟——最高裁平成 21 年 3 月 10 日判決民集 63 卷 3 号 1 頁 土田 亮

刑事法による会社財産の保護

上田正和

I	はじめに	6
II	会社財産の保護に向けられた主な刑事規制の種類と相互関係	8
III	会社財産と会計処理に関する刑事判例 —— 長銀事件と日債銀事件	17
IV	会社財産の保護に向けられた刑事規制のあり方	26
V	金融機関における会社財産の保護	32
VI	おわりに —— 今後の課題	35

1 はじめに

自由主義と資本主義が高度に進展した現在の我が国の経済社会においては、国民の日常生活や様々な活動は企業活動抜きには成り立ちえない。そして、個人による事業活動が抱えている多くの制約ないし限界を企業活動は可能にしてくれる。つまり、事業活動は、企業形態すなわち会社形態（主に株式会社形態）を採ることにより、多くの（莫大な）事業資金と労働力の結集が可能となり、事業活動に不可避の危険（リスク）に伴う損失の分散が図られる⁽¹⁾。そして、企業体による事業活動の継続性は一般的には保証されているので（自然人の死亡のように一定の時期に必ず訪れる断絶がない）、取引相手や消費者その他の数多くの多様なステークホルダーにとっては、安心して当該企業と利害関係を有することができるという期待が生じる。他方で、企業活動への投資は国民の経済活動そのものでもあり、経済社会や金融社会の活性化をもたらす。

このような企業活動を支える重要かつ根本的な要素として、その強固で安定的な財産的基盤の存在を否定することはできない。従って、企業の財産的基盤を危うくするような行為に対しては、経済社会の安定と維持という観点から一定の法的な規制が要請されることになり、その中には刑事法による規制も含まれてくる（刑事法による規制を直ちに除外する理由はない）。もっとも、企業活動に対する刑事規制については、刑事法専門家の中には消極的な見解が少なからず存在する⁽²⁾。

本稿では、企業活動の主体である会社（特に、今日の経済社会において圧倒的に重要性が高い株式会社）の財産の保護を刑事法によって実現していくことについて、私なりに、今後の展望を含めて若干の検討を行おうとするものである。そして、検討を行う際の視点として、企業の経済活動の基盤である会社財産を保護することについて、会社法や金融商品取引法等の（広義の）企業法がどのような立場を採っているのか（採るようになってきているのか）、そして、会社財産が刑事法によって保護されることに

(1) 商事法（会社法）における一般的な理解である。例えば、鈴木竹雄『新版 会社法〔全訂第5版〕』（1994年）1頁、神田秀樹『会社法〔第14版〕』（2012年）1頁、弥永真生「リーガルマインド会社法〔第13版〕」（2012年）1頁及び15頁。

(2) 企業活動や経済犯罪に対する刑事規制について検討を行ったものとして、田口守一他『刑法は企業活動に介入すべきか』（2010年）、神例康博「経済犯罪に対する規制・制裁のあり方」刑事法ジャーナル25号（2010年）2頁以下。

刑事規制について消極的な見解を示すものとして、曾根威彦・二本柳誠「企業犯罪と保護法益」甲斐克則『企業活動と刑事規制』（2008年）25頁以下、木曾裕「経済犯罪に対する規制・制裁の実際——企業コンプライアンスの現場から——」刑事法ジャーナル25号（2010年）9頁以下。

関して、経済社会の主人公である国民が寄せている期待と信頼の内容と程度はどのようなものであるのか、という問題意識を持ってみたい。

本稿は、会社財産の保護に向けられた刑事規制に関わる限られた何点かの問題点の素描程度の検討と考察に過ぎず、会社法や金融証券取引法⁽³⁾の観点からの分析も未だ不十分なものであろうが、内容としては、(1) 議論の前提ないし出発点として、会社財産の保護に関わる主な刑事規制の内容とその相互の関係を確認し⁽⁴⁾、(2) 会社財産とその評価に関する会計処理について、比較的最近の重要な最高裁判例2件についての若干の検討を行い、(3) 会社財産の保護に向けられた刑事規制のあり方と今後の展望について、多少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。そして、本稿を手始めにして、さらに検討を深めていきたいと考えている。

刑事法によって会社財産の保護を実現していくことに関する私の考え（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会社財産の保護については、会社自身や株主や債権者のために必要な会社財産の現実的確保のみならず、市場ないし国民一般に向けられた会社財産に関する情報開示の要請が、今日では、刑事規制という観点からも（強く）求められること、②事後規制としての刑事手続が今後さらに積極的に活用され、裁判所の判断が次第に積み重ねられていくことによって、会社財産に関わる公権的な行為規範（行動ルール）が明確に示されるようになり、このことが社会公共の法益性を有する会社財産をめぐる会社犯罪（企業犯罪）に対する刑事規制の内容と限界を明らかにするためには有益であると思われること等である。これらの諸問題について、会社財産に関する最近の判例や論考を参考にしながら論じていきたい⁽⁵⁾。

(3) 証券取引法の改正という手続によって、平成18年に成立し、平成19年9月施行。金融商品取引法の目的は、「有価証券の発行及び金融商品等の取引等を公正にし、有価証券の流通を円滑にするほか、資本市場の機能の十全な發揮による金融商品等の公正な価格形成等を図り、もって国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資すること」とされている（同法1条）。

(4) 会社財産の保護に関わる刑事処罰規定は数多く存在するが、会社法には、特別背任罪（960条）、会社財産を危うくする罪（虚偽申述罪、自己株式取得罪、違法配当罪、投機取引罪。いずれも963条）、預合いの罪（965条）がある。

なお、利益供与罪（970条）の保護法益については議論があるが、会社財産の利用（浪費）の防止による会社経営の公正性と健全性にあると考えられる。利益供与罪については、神例康博「利益供与罪（会社法違反）の保護法益と法人処罰の可否」岡山大学法学会雑誌58巻3号（2009年）1頁以下、久保田安彦「株主権行使に関する利益供与」に関する規律」法律時報84巻11号（2012年）32頁以下、松宮孝明「株主権行使に関する利益供与」に関する規律」法律時報84巻11号（2012年）38頁以下。

(5) 会社財産と刑事規制について会社法の視点からの分析を行うものとして、久保大作「会社法における開示規制・分配規制への刑事的制裁」法律時報84巻11号（2012年）8頁以下。刑事

II 会社財産の保護に向けられた主な刑事規制の類型と相互関係

1 会社財産の保護に向けられた主な刑事規制の類型

会社財産に危険（さらには侵害）を生じさせる犯罪行為を広くあげるとなると、いわゆる経済犯罪⁽⁶⁾といわれるものの中の少なくない部分が含まれてくる可能性があり、刑法典における財産犯の多くも該当する可能性があるが、ここでは、企業活動において一定の地位と権限を有する者による会社財産の侵害に向けられた行為について、これまで比較的多くの注目を浴びた事例が多い（とされてきた）犯罪類型を取り上げることにしたい。従って、本稿では、(1) 会社法における刑事規制として、①特別背任罪（会社法 960 条）、②会社財産を危うくする罪（会社法 963 条。特に、違法配当罪（同条 5 項 2 号））、(2) 金融商品取引法における虚偽記載有価証券報告書提出罪（金融商品取引法 197 条 1 項 1 号、207 条 1 項 1 号（両罰規定））について、内容の確認と若干の検討を行うことにするが、決して会社法における他の罰則規定（利益供与罪（970 条）その他の各種の犯罪）の重要性を否定するものではない。

(1) 特別背任罪（会社法 960 条）

特別背任罪（以下においては、株式会社の取締役等の特別背任罪（会社法 960 条 1 項）について述べる。）は、刑法典の背任罪（刑法 247 条）を加重した犯罪類型（不真正身分犯）であると一般的には考えられてきた。そして、特別背任罪の法定刑は昭和 13 年の制定当初に比べるとかなり重くなっている⁽⁷⁾。

本罪は、会社経営にあたって一定の権限ないし裁量権を有している取締役等の会社経営陣による様々な不祥事を取り締まるものとして活用され、いわゆるバブル経済崩壊後の会社財産に関わる会社経営陣の不祥事発覚をめぐって、著名な判例がいくつか出ており、解釈論上の議論も相当程度深められている⁽⁸⁾。

法の視点からの分析を行うものとして、神例康博「粉飾決算と犯罪」刑法雑誌 51 卷 1 号（2011 年）63 頁以下、神例康博「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」法律時報 84 卷 11 号（2012 年）14 頁以下。

(6) 経済犯罪や企業犯罪といっても明確な定義や範囲があるわけではない。詐欺罪や業務上横領罪や文書偽造罪等の刑法犯、特別背任罪や違法配当罪等の会社法上の犯罪、証券取引をめぐる犯罪、脱税事件、インターネット犯罪、知的財産権侵害等、極めて広範囲に及ぶ。

(7) 最近の改正として、平成 9 年の改正により、「7 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金又はこれらの併科」から「10 年以下の懲役若しくは 1000 万円以下の罰金又はこれらの併科」へと変更された。

(8) （特別）背任罪をめぐる最近の判例における諸問題を検討したものとして、品田智史「最近

もっとも、特別背任罪の実行行為は「その任務に背く行為」であり、特別背任罪は会社財産の侵害という点に関していえば「結果的な」あるいは「間接的な」行為というべきものであり、この点で、次に述べる会社財産を危うくする罪（会社法 963 条）が会社財産に向けられた「直接の」行為としての性格を有しているのとは違いがあると思われる。

とはいえ、会社財産を「直接」侵害する行為であるのか、あるいは「結果的に」ないし「間接的に」侵害する行為であるのかを、演繹的・概念的に区別することの意義は大きくないと思われる。そして、実際に、会社の粉飾決算等をめぐって、特別背任罪の適用可能性は（具体的に立件されるかは別として）相当程度に広範囲なものとなっている。

(2) 会社財産を危うくする罪（会社法 963 条）

会社法 963 条は、会社財産を危うくする罪を規定しているが、本罪は抽象的危険犯として理解されている⁽⁹⁾。このうち 1 項から 4 項は、裁判所等に対して、会社財産に関する重要事項（出資の内容や価額等）について虚偽の申述や事実の隠ぺいを行う行為を刑事処罰の対象としている。本罪は、構成要件の明確性という点で若干の問題はあると思われるが、虚偽の申述や事実の隠ぺいは会社財産を危うくすることと密接不可分な行為である。そして、同条 5 項の中では、会社財産に対する直接の侵害行為を刑事処罰の対象とする違法配当罪（2 号）が重要である⁽¹⁰⁾。

いわゆる粉飾決算といわれるものは、会社の財務諸表（貸借対照表や損益計算書等）の数値を改ざんし、不当な会計処理によって架空の利益を計上したり費用を圧縮する等の行為を意味するが（不良債権の飛ばし等の複雑な手口を用いるケースもある）、

の裁判例に見る背任罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル 31 号（2012 年）23 頁以下。

特別背任罪については、実行行為である任務違背行為といえるのが大きな問題となるが、（特別）背任罪の任務違背行為に関する最近の論考として、島田聡一郎「背任罪における任務違背行為」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題 第 1 巻』（2011 年）237 頁以下。川崎友巳「背任罪と合理的な経営判断」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012 年）413 頁以下。金融機関と特別背任罪については、高山佳奈子「金融機関経営者の刑事責任 —— 特別背任罪を中心に —— 」金融法務事情 1911 号（2010 年）16 頁以下。

また、（特別）背任罪においては取引相手についての共犯の成否が判例上も問題とされているが、この問題に関する最近の論考として、上嶋一高「背任罪の広義の共犯」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012 年）381 頁以下。

(9) 落合誠一編『会社法コンメンタル 21 —— 雑則 (3)・罰則』（2011 年）101 頁（佐伯仁志執筆）。

(10) 違法配当罪が問われた事件の例として、本文で紹介する長銀事件の他に、三田工業事件（大阪地判平成 11 年 11 月 8 日公刊物未搭載）、山一証券事件（東京地判平成 12 年 3 月 28 日判時 1730 号 162 頁）等がある。

これは、5項2号（違法配当罪）の「法令又は定款の規定に違反して」という要件を充たすので、これによって「剰余金の配当をした」ことにより違法配当罪が成立する⁽¹¹⁾。粉飾決算ないし違法配当行為は、会社経営者が対外的に会社の財務状況を良好に見せかけることによって企業価値や株価を維持ないし上昇させようという思惑で行われるが、往々にして、会社経営の失敗や会社の私物化により生じた会社の損失を隠ぺいしようとして行われる。従って、違法配当罪は、次に述べる虚偽記載有価証券報告書提出罪（金融商品取引法197条1項1号。207条1項1号）と合わせて行われることが少なくない。これについては、後に述べる長銀事件が最近の代表的な例である。

違法配当罪は、剰余金の配当に関して、実体面（配当可能な剰余金の存在）と手続面（株主総会決議等の重要な手続要件）のいずれか一方について所定の要件を充たさないことによって成立する。

違法配当行為は、正当でない形で会社財産を会社外に流出させるものであるから、会社財産に対する正に直接的な侵害行為である。株式会社においては、会社財産が外部に流出することは、会社（そして、会社所有者である株主）だけでなく、会社財産を唯一の担保とする会社債権者（会社の取引先）等にとって致命的なことである（株主は間接有限責任を負うのみである。会社法104条）。従って、違法配当罪が成立するためには、図利加害目的は不要である（特別背任罪と違法配当罪の関係については、後述する）。

また、違法配当罪の保護法益をどのように（さらに深く）理解するのかは、違法配当罪をめぐる解釈論上の問題点や限界を明らかにする際の手掛かりとなる。例えば、利益を過少に計上して会社内に秘密準備金を留保することによって低率の剰余金の配当を行うという「逆粉飾」が「法令又は定款の規定に違反して」配当を行うことに当たるとの問題である⁽¹²⁾。

違法配当罪の保護法益は、会社財産が正当でない形で会社外へ流出することによって、一体何が侵害される（危うくなる）のか、ということによって考えられるべき問題である。この点で、株式会社における会社財産の確保のための資本制度ないし資本原則（資本の充実と維持、資本の不変、資本確定の各原則）が強調されていたかつての株式会社法制と異なり、平成17年制定の会社法の下では、資本制度ないし資本原則

(11) 違法配当罪が既遂となる時期は、株主総会（又は取締役会）の決議の時点であり、実際に配当がなされることは必要でないと考えられている。前掲（9）108頁（佐伯仁志執筆）。

(12) 逆粉飾については、違法配当罪の成立を認めない見解が強い。芝原邦爾『経済刑法研究上』（2005年）145頁及び225頁、前掲（9）107頁（佐伯仁志執筆）、山口厚編著『経済刑法』（2012年）29頁（古川伸彦執筆）。

はほぼその機能を失い⁽¹³⁾、会社財産の確保のための軸足を会社の財務状況や会社財産についての対外的な情報開示に移していることが、違法配当罪の罪質ないし保護法益の理解にも影響を及ぼすことになる。

このような観点からすれば、逆粉飾についても違法配当罪の成立を肯定することができるように思われる。逆粉飾は、それまでに行われた（あるいは、将来行われる可能性がある）粉飾決算を帳消しにしようという意図で行われうること、会社の公共性ないし公的存在（公器）としての性格、会社犯罪の社会的法益性等がこのような結論を導くであろう。そして、さらにいえば、会社法における会社財産の保護の重点が資本制度から情報開示へと移っているという流れは、会社法 963 条 1 項から 4 項の罪（虚偽の申述や事実の隠ぺい罪）について、引受けのない幽霊株の発生を防止するということにとどまらない重要性を改めて認識させることになるであろう⁽¹⁴⁾。

(3) 金融商品取引法における虚偽記載有価証券報告書提出罪（金融商品取引法 197 条 1 項 1 号、207 条 1 項 1 号（両罰規定））

金融商品取引法は、証券取引法（昭和 23 年制定）の改正という形で平成 18 年に成立し、平成 19 年 9 月から施行された。金融商品取引法は、企業の資金調達と国民の投資活動が行われる資本市場が適正に機能するための各種のルールを規定する法律であるが（同法 1 条参照）、違反行為に対しては数多くの刑事処罰規定を置いている（同法 197 条以下）。有名なものとしてインサイダー取引規制があるが（166 条、167 条。罰則規定は 197 条の 2 第 13 号）、会社財産に関する犯罪としては、有価証券報告書を提出する義務を負う上場企業等（24 条 1 項）についての継続開示規制違反行為としての虚偽記載有価証券報告書提出罪（197 条 1 項 1 号、207 条 1 項 1 号（両罰規定））がある⁽¹⁵⁾。この罪は、先に述べた違法配当罪と合わせて行われることが少なくない。

(13) 資本金は、株式会社の財産を維持するための基準となる一定の計算上の金額（従って、日々変動する現実の会社財産とは異なる金額）を意味するが、会社法においては、資本金額に相当する財産が現実に出されなければならないという資本充実の原則は放棄され、むしろ、拠出された財産の額に応じて資本金の額が決定されるという制度が採用されている（会社法 445 条）。また、最低資本金の規定も廃止されている。つまり、会社財産の減少自体を防止するための直接の手段は、会社法上は予定されていない。会社法における資本制度については、弥永真生「会社法と資本制度」商事法務 1775 号（2006 年）48 頁以下。

(14) 前掲（9）101 頁（佐伯仁志執筆）は、立法論的に、これらの罪を総会や裁判所に対する情報侵害罪（手続侵害罪）として位置付けて会社財産を危うくする罪とは別個に規定する、という方向性を述べている。

(15) 刑事処罰（会社に対しても、両罰規定により 7 億円以下の罰金刑）や行政処分である課徴金の納付命令、そして上場廃止の対象ともなり、当該会社（企業グループ）は致命的なダメージを受けることになる。

虚偽記載有価証券報告書提出罪は、金融商品取引法が目指すところの企業内容についての適切な情報開示（同法1条参照）という点からも窺われるように、「有価証券市場の適正かつ健全な運営システム」を裏切る行為であり、「市場に参加する投資家に対する犯罪」としての性格を有しており、会社財産自体に対して直接向けられる犯罪行為ではない。もっとも、今日の会社財産に関する法規制は、会社法が資本制度による「会社の現実の財産の確保」から「会社財産に関する情報開示」に軸足を移したことに現れているように、会社財産に関する正確な情報を適切かつ迅速な方法で市場ないし投資家に提供するところに重点がある。個々の取引主体の自律性と自己責任を重んじる今日の高度に進展した自由主義経済社会における経済取引の活発化は、国民に対して適切で十分な情報提供が行われることを前提にした国民各自のリスク判断（自己管理と自己責任）に基づいている。また、会社による資金調達手段が、銀行借入れという間接金融よりも証券市場による直接金融へと比重が移りつつあることも、虚偽記載有価証券報告書提出罪の重要性を裏付ける。

このような意味で、刑事規制である虚偽記載有価証券報告書提出罪の重要性は今後さらに増すであろうが、刑事処罰という点で問題となるのが、構成要件の明確性という罪刑法定主義からの要請である。有価証券報告書（又はその訂正報告書）に「重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出した」という構成要件的行為が解釈の余地を残している。「重要な事項」とは何を基準に判断するのか、「虚偽の記載のあるもの」とはどの程度の虚偽の記載を必要とするのか、という問題である⁽¹⁶⁾。

これについては、企業の情報開示として具体的に求められる内容や程度は時代や社会状況によって変化するので、抽象的に概念的な法解釈を行ってもその意義は大きくない。現実の刑事実務としては、相当程度の悪質性を有する行為が実際には立件され起訴されることになろうが、実際に発生した具体的な事件について、裁判所（司法）の判断を仰ぐケースが増えることによって（つまり、捜査対象とされ、さらには検察官により起訴される事件が増えることによって）、裁判所の判断が積み重ねられていくことによるしか、構成要件の解釈、従って有効な行為基準を示すための効果的な方策はないであろう。そして、裁判所による司法判断によって情報開示に関する公権的なルールが示されることによって、会社財産の状況を明らかにする有価証券報告書に関する情報開示の現実的な実効性ももたらされることになるであろう。

(16) 「重要な事項」とは、抽象的には、「投資家の投資判断に影響を与えるような基本的事項」といえるが（神例・前掲（5）「粉飾決算と犯罪」70頁、山口・前掲（12）206頁（橋爪隆執筆）、その具体化（基準ないしガイドラインの明確化）という課題は依然として残っている。

2 会社財産に対する主な刑事規制の相互関係

1 で見た刑事規制は、1つの経済的な事象（事件ないし出来事）において同時に合わせて問題になる（いずれの犯罪も成立する。）ことが考えられるので、それらの相互関係について若干の検討を行いたい。

(1) 特別背任罪と会社財産を危うくする罪（特に、違法配当罪）の関係

特別背任罪と会社財産を危うくする罪の関係については、従来は、会社財産を危うくする罪は特別背任罪の補充規定であり、特別背任罪が成立するときには会社財産を危うくする罪は成立しないと考えられてきた⁽¹⁷⁾。もっとも、このような考え方をさらに詳しく見ると、(i) 会社財産を危うくする罪は特別背任罪の補充規定であるから、特別背任罪が成立する場合には会社財産を危うくする罪は成立しないとする見解⁽¹⁸⁾、(ii) 会社財産を危うくする罪は特別背任罪に吸収される法条競合であるとする見解⁽¹⁹⁾、(iii) 犯罪の成立の問題ではなく、特別背任罪を適用する場合には同時に会社財産を危うくする罪を適用することはできないとする見解（検察官は、特別背任罪が成立する可能性がある場合であっても、立証の容易さ等の諸般の事情を考慮して会社財産を危うくする罪で起訴することができるとする見解）⁽²⁰⁾、が主張されている。

会社財産を危うくする罪の代表例である違法配当罪を例にして、この問題について考えてみたいが、私は、特別背任罪と違法配当罪のそれぞれの構成要件を充たす場合には両罪とも成立し、両罪は観念的競合になる（社会的見解上1個のものとの評価を受ける。）と考えたい。結論的には、法定刑が重い特別背任罪の刑（10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はこれらの併科。これに対して、違法配当罪等の会社財産を危うくする罪の法定刑は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれらの併科。）によって処断されるという点で、従来の理解と変わりはないが、犯罪としてはいずれも独立して成立するという点が異なっている。

(17) 前掲(9) 98頁（島田聡一郎執筆）、同101頁（佐伯仁志執筆）、神山敏雄他編『新経済法入門』（2008年）162頁（松宮孝明執筆）、山口・前掲(12) 30頁（古川伸彦執筆）。

これに対する異論として、塩見淳「特集 キーワードで学ぶ刑事法の新論点 7 不良債権」法学教室 228号（1999年）32頁は、違法配当罪を特別背任罪の単なる補充規定とする一般の理解には疑問があるとして、違法配当罪について、「会社債権者との関係では会社財産の侵害、株主との関係では資産状況の虚偽報告に不法の実質が存在する固有の犯罪類型と捉えるべき」として、「不良債権隠しから生じた違法配当には、取締役の「目的」如何にかかわらず、専ら違法配当罪が適用される」とする。

(18) 上柳克郎他編『新版 注釈会社法（13）』（1990年）575頁（芝原邦爾執筆）。

(19) 新谷勝『会社・役員のみ民事・刑事責任とコンプライアンス法務』（2011年）96頁。

(20) 前掲(9) 101頁（佐伯仁志執筆）。

これまで、特別背任罪は刑法の背任罪（刑法 247 条）の加重類型であり特別規定であると理解されてきた。そして、刑法の背任罪については、本人との信任関係に違反することを内容とする財産犯であるという理解が一般的である（背信説）⁽²¹⁾。このような理解を前提にしたとしても、本人である株式会社に対する背信性を中核とする財産犯である特別背任罪と会社財産を危うくする罪は、罪質ないし保護法益は同一ではないと考えられる。違法配当行為を初めとする会社財産を危うくする行為について、「自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」が加わることによって、会社財産を危うくする罪から（本人である）株式会社との間の信任関係に違反する財産犯である特別背任罪に転化するという説明は、果たして合理的なものといえるであろうか。また、法定刑が大幅に重くなる（懲役刑の長期と罰金刑の上限が2倍になる。）ことを十分に説明することができるのであろうか⁽²²⁾。

そして、実践的には、特別背任罪における「自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」の要件については、最決平成 10 年 11 月 25 日刑集 52 卷 8 号 570 頁〔平和相互銀行事件〕において、「被告人及び A らには、本件融資に際し、太平洋クラブが募集していたレジャークラブ会員権の預り保証金の償還資金を同社に確保させることにより、ひいては、太平洋クラブと密接な関係にある平和相互銀行の利益を図るという動機があったにしても、右資金の確保のために平和相互銀行にとって極めて問題が大きい本件融資を行わなければならないという必要性、緊急性は認められないこと等にも照らすと、前記……のとおり、それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として右のように太平洋クラブ、広洋及びサン・グリーンの利益を図る目的をもって行われたということが出来る。そうすると、被告人及び A らには、本件融資につき特別背任罪におけるいわゆる図利目的があったというに妨げなく」との法解釈を行っている。さらに、最決平成 17 年 10 月 7 日刑集 59 卷 8 号 779 頁〔イトマン事件〕においては、「被告人が本件融資を実行した動機は、イトマンの利益よりも自己や B の利益を図ることにあったと認められ、また、イトマンに損害を加えることの認識、認容も認められるのであるから、被告人には特別背任罪における図利

(21) 大判大正 3 年 6 月 20 日刑録 20 輯 1313 頁（帳簿に虚偽の事実を記載）。背信説によると、法的代理権が授与されていない者の行為についても背任行為となる。そして、背任行為は法律行為でなく事実行為であってもよい。

(22) 神例・前掲 (5)「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」19 頁は、「会社法 963 条所定の行為を株式会社制度に対する会社債権者の信頼を害する行為と捉えるならば、本罪を会社財産を保護法益とする特別背任罪の補充類型とすることには疑問が生じる。」とする。さらに、塩見・前掲 (17)。

目的はもとより加害目的をも認めることができる。」との法解釈が行われている。これらに代表される最近の判例は、当該の任務違背行為が本人のためにする意思（本人図利目的）で行われたものではないということ（裏側から）問題にしようとする消極的動機説⁽²³⁾に基づいていると理解することが可能である。そして、「自己若しくは第三者の利益」については、非財産的利益も含まれると考えられている。従って、「自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」の有無については、客観的事情から相当程度の判断が可能であるとはいえ、これまでの判例・実務を見ると、極めて微妙で判断が困難な問題であることは避けられず、法適用の実践的な面から見ると、かかる目的の有無によって特別背任罪と会社財産を危うくする罪のいずれが成立するのかを区別することは適切とは思われない。

さらに付け加えれば、会社法の特別背任罪は刑法の背任罪が加重された特別規定である（つまり、特別背任罪は株式会社を被害者とする財産犯である。）という理解についても、疑問を感じざるをえない。特別背任罪が取締役等の株式会社に対する裏切り行為つまり任務違背行為を直接の要件としていることは否定できないが、株式会社が今日の高度に進展した自由主義・資本主義経済体制の下で果たしている重要な役割に照らせば、株式会社は、株主だけでなく、取引先や消費者をも含む多くのステークホルダーのために適正な活動を行うことが期待されている。この現代社会における公器ともいべき株式会社の運営を担う取締役等が会社に対する関係での善管注意義務（会社法 330 条・民法 644 条）や忠実義務（会社法 355 条）に違反することは、会社に対するだけでなく社会公共に対する裏切り行為としての面を有していることは否定できず、その意味で、特別背任罪は、単に本人である株式会社を被害者とする財産犯としての性格にとどまるものでなく、むしろ、健全な企業活動が行われることによって自由主義・資本主義経済が適正かつ活発に機能するという点で、「適正かつ健全な資本主義経済システム」という社会的法益に対する罪としての性格をも有していると考えられる⁽²⁴⁾。これにより、刑法の背任罪との法定刑の差を説明することもできるであら

(23) 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）259頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』327頁。

(24) 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）50 頁は、会社法罰則について、「会社財産や取締役等の職務の公正・株主権の行使の公正等を行って客体として捉え、それらの保護を通じて確保される一層大きな社会経済的な利益、資本主義市場経済の持続及び健全な展開・発展状況、その為の円滑な経済活動秩序（の維持）というものを法益として捉えることも合理的であるように思われる。」とするが、私も同じ問題意識に基づいている。さらに、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。

その一方で、伊東研祐「会社経営の規律の重層化と刑事罰の規律の意義——特別背任罪と図利目的なき経営判断の刑事責任」法律時報 84 卷 11 号（2012 年）57 頁は、「図利加害目的のある個人

う。

このように考えると、会社法 963 条の会社財産を危うくする罪については、先に述べたように、今日的には、本人である会社の財産を確保するというだけでなく、社会公共に対する情報開示機能という面を合わせて考える必要があるものの、「適正かつ健全な資本主義経済システム」を守ろうとする特別背任罪との間には小さくない違いがあるといえる。そして、会社財産を危うくする罪は特別背任罪の補充規定であるとする従来の理解は、今後重要性を増すであろう会社財産を危うくする罪を特別背任罪の中に埋没させてしまうことにもなりかねないであろう。

(2) 会社財産を危うくする罪（特に、違法配当罪）と虚偽記載有価証券報告書提出罪の関係

架空の利益を計上する等して粉飾決算を行い剰余金の違法配当を行う違法配当罪は、有価証券報告書の虚偽記載と一体的に行われることが多い。むしろ、有価証券報告書に虚偽の記載がなされていない粉飾決算は現実には殆ど考えられないともいえる。従って、粉飾決算においては、違法配当罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪の両方が（実体法上）成立することは少なくない（実際に両方とも起訴されるかは別問題である）。後に述べる長銀事件においては、両罪の成立が問題とされている。

そして、違法配当罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪は、前者が会社財産に対する本来的かつ直接的な侵害行為を刑事処罰の対象としているのに対して、後者は「有価証券市場の適正かつ健全な運営システム」を裏切る行為であり、「市場に参加する投資家に対する犯罪」としての性格を有している。後者は、会社財産に直接あるいは間接的に向けられた犯罪ではなく、両者は罪質ないし保護法益が異なるので、いずれか一方のみが成立するという関係にはなく、両方の罪が成立すると考えられる。そして、両者は一個の行為（社会的見解上 1 個のものとの評価を受ける。）とまではいえないので、観念的競合ではなく、併合罪の関係に立つと考えられる。長銀事件の第 1 審判決（東京地判平成 14 年 9 月 10 日）も併合罪として扱っている（他に併合罪としたものとして、静岡地判平成 11 年 3 月 31 日資料版商事法務 187 号 216 頁〔ヤオハンジャパン粉飾決算事件〕）。観念的競合であるのか併合罪であるのかは、刑事手続上、訴因の変更の可否等において違いが生じることになる。いわゆる公訴事実の単一性の問題である。

(3) 特別背任罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪の関係

特別背任罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪の関係は、特別背任罪の性格や、特別

的法益に対する行為は、基本的に背任罪（刑 247 条）の適用に委ねることが妥当であろう。」とする。

背任罪と会社財産を危うくする罪の関係(1)を参照)等を踏まえて考えることになる。

特別背任罪は、株式会社を被害者とする財産犯としての性格を有するにとどまるものでなく、健全な企業活動が行われることによって自由主義・資本主義経済が適正かつ活発に機能するという「適正かつ健全な資本主義経済システム」という社会的法益に対する罪としての性格をも有していると考えられる。これに対して、虚偽記載有価証券報告書提出罪は、「有価証券市場の適正かつ健全な運営システム」を裏切るような行為であり、「市場に参加する投資家に対する犯罪」としての性格を有しており、両者の罪には罪質ないし保護法益に違いがある。

そして、特別背任罪の実行行為である「任務に背く行為」は、一回の行為や短期間内における行為によって直ちに判断できるとは限らず、ある程度の時間の幅の中での実質的な判断を必要とする場合が少なくない。従って、虚偽の記載を行った有価証券報告書を提出する行為と社会的見解上1個のものとの評価を行うことは難しく、特別背任罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪は併合罪になると考えられる。

III 会社財産と会計処理に関する刑事判例——長銀事件と日債銀事件

次に、これまでに述べた会社財産の保護に関する犯罪の成否が実際に問題となった最近の重要判例である長銀事件と日債銀事件の最高裁判事判決を見ることによって、会社財産に関する刑事規制の実情を検証しておきたい。両事件において共通して問題とされたのは、平成10年3月期決算において行われた会計処理、具体的には貸出金という金銭債権の評価(特に、取り立て不能見込み額の評価)が適正なものであったのか、という点である。

金銭債権の評価について、(旧)商法は、「金銭債権ニ付テハ其ノ債権金額ヲ附スルコトヲ要ス」とした上で(平成11年改正前の商法285条の4第1項本文)、「金銭債権ニ付取立不能ノ虞アルトキハ取立ツルコト能ハザル見込額ヲ控除スルコトヲ要ス」(同条2項)と規定していたが(現在は、法務省令である会社計算規則5条4項に規定されている)、その具体的な算定基準が示されていなかったため、商法総則の規定である「商業帳簿ノ作成ニ関スル規定ノ解釈ニ付テハ公正ナル会計慣行ヲ斟酌スベシ」(平成17年改正前商法32条2項。現在の会社法431条(さらに614条)に相当する。)によって判断するところとなり、長銀と日債銀がそれぞれ平成10年3月期決算を行った当時の「公正ナル会計慣行」が何であったのか、そして、両銀行が行った会計処理(貸出金の査定)が「公正ナル会計慣行」に違反するものであったのかが、刑事処罰の観

点から問題となったのである⁽²⁵⁾。

1 長銀事件について

(1) 長銀事件は、株式会社日本長期信用銀行の代表取締役頭取であった者1名と同副頭取であった者2名の合計3名について、①平成10年3月期決算において、5846億8400万円の当期末処理損失があったにもかかわらず、取り立て不能と見込まれる関連ノンバンクに対する貸出金3130億6900万円の償却又は引当てを行わず、当期末処理損失を過少の2716億1500万円に圧縮して計上した貸借対照表や損益計算書等を掲載する等した虚偽の記載のある有価証券報告書を提出し、②①のように圧縮計上した未処理損失2716億1500万円を基に、任意積立金を取り崩すことによって、定時株主総会での可決承認を経て、71億6660万円の利益配当を行った、という事件である。上記①について虚偽記載有価証券報告書提出罪、②について違法配当罪の成否が問題とされた。

第1審判決（東京地判平成14年9月10日）及び控訴審判決（東京高判平成17年6月21日）はいずれも両罪の成立を認めたが、最高裁判決（最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁）は、弁護人の上告は適法な上告理由に当たらないとしつつ、職権で調査を行い、控訴審判決を破棄自判して無罪判決を言い渡した⁽²⁶⁾。最高裁は次のように述べている⁽²⁷⁾。

(25) 長銀事件と日債銀事件の両事件について検討を行い金融実務との関係を論じるものとして、西崎哲郎他「(座談会)長銀・日債銀取締役 証券取引法違反事件の考察」金融法務事情1891号(2010年)10頁以下。品田智史「経済活動における刑事規制——北國銀行事件・長銀事件・日債銀事件最高裁判決」法律時報82巻9号(2010年)29頁は、長銀事件と日債銀事件は、会計基準の過渡期における特殊な事案であったとして、罪刑法定主義の明確性の原則から、「公正ナル会計慣行」についての最高裁の解釈に賛成する。

神例・前掲(5)「粉飾決算と犯罪」67頁は、「公正な会計慣行」といえるためには、会計基準の内容としての「明確」性が問題になるとした上で、特に問題となるのは「唯一」性と「慣行」性であるとの分析を行っている。

(26) 整理回収機構等からの被告人らに対する民事の損害賠償請求訴訟においては、第1審、控訴審、そして最高裁判決（最判平成20年7月18日（刑事判決と同日で同一法廷））のいずれにおいても、請求棄却判決となっている。

(27) 長銀事件の最高裁判決に対する判例評釈の例として、野村稔「株式会社日本長期信用銀行の平成10年3月期に係る有価証券報告書の提出及び配当に関する決算処理につき、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方よったことが違法とはいえないとして、同銀行の頭取らに対する虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立が否定された事例」判例時報2045号(2009年)168頁以下、岸田雅雄「旧株式会社日本長期信用銀行の平成10年3月期に係る有価証券報告書の提出及び配当に関する決算処理につき、これまで「公正ナル慣行」として行われていた税法基準の考え方よったことが違法とはいえないとされた事例」私法判例

「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえず、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法であったということはできない。

そうすると、長銀の本件決算処理は「公正ナル会計慣行」に反する違法なものとはいえないから、本件有価証券報告書の提出及び配当につき、被告人らに対し、虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決は、事実を誤認して法令の解釈適用を誤ったものであって、破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

よって、刑訴法411条1号、3号により原判決及び第1審判決を破棄し、同法413条ただし書、414条、404条、336条により被告人3名に対しいずれも無罪の言渡しをすることとし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」

(2) 最高裁は、第1審判決と控訴審判決が「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準」が当時の唯一の公正な慣行であるとしたのに対して⁽²⁸⁾、従前の「税法基準による改正前の決算経理基準」に従う会計処理は「公正ナル会計慣行」に反する違法なものではないとしたのである。

本件において長銀が依拠した従前の決算経理基準（税法基準）によれば、損金算入限度額を超えてまで貸出金の償却や引当を行う必要はなく、いわゆる母体行主義に基づき、関連ノンバンクに対する貸出金については、母体行が金融支援を継続する限りは貸出金の償却や引当を行わなくてもよいとされていた。これに対して、当時次々と生じた金融機関の破綻を受けて、平成10年4月から（平成10年3月期決算も対象）銀行経営の健全性のための「早期是正措置制度」（銀行法26条1項）が導入され、貸出金は回収可能性に応じて分類され、適正に償却と引当を行うべきことになったが、

リマークス39号70頁以下。なお、長銀事件裁判の具体的な経過と内容を実際の裁判資料に基づいて明らかにするものとして、更田善彦他『長銀最高裁無罪事件読本』（2011年）。

(28) 第1審は、東京地判平成14年9月10日公刊物未搭載。控訴審は、東京高判平成17年6月21日判時1912号135頁。

その基準とされたのが「資産査定通達やその他の事務連絡」であった。この資産査定通達等によって補充される新しい(改正後の)決算経理基準こそが長銀が従うべき「公正ナル会計慣行」であるのが本事件では問われたが⁽²⁹⁾、最高裁はこれを否定したのである。

この問題については、「公正ナル会計慣行」という商事法の概念(基準)が刑事処罰の基準として議論されたということを考える必要がある。本件では、虚偽記載有価証券報告書提出罪(証券取引法(現在の金融商品取引法)違反)と違法配当罪(商法(現在の会社法)違反)の両罪の刑事責任が問題となったが、前者については、正確には、企業会計審議会が公表する「企業会計原則」が「一般に公正妥当と認められる企業会計基準」として適用されるとされており、これと商法が規定する「公正ナル会計慣行」との関係が問題となりうる⁽³⁰⁾。そして、「公正ナル会計慣行」という商事法の概念(基準)については、「公正」と「慣行」の中身がそれぞれ問題となり、さらには両者いずれについても罪刑法定主義における規定の明確性が問題となる。これらに関して、最高裁は、「公正ナル会計慣行」は複数のものが併存しうる(「税法基準による改正前の決算経理基準」と「資産査定通達等による改正後の決算経理基準」は併存しうる。)ことを認めつつ、刑事制裁を加えるほどには「改正後の決算経理基準」は明確ではないので、行為者を刑事法上規制するには値しない、という考え方を示したものと理解することができる⁽³¹⁾。

これらについて、現時点での私の考えを簡単に述べてみたい。まず、金融商品取引法における「一般に公正妥当と認められる企業会計基準」と会社法431条における「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」(平成17年改正前の商法32条2項の「公正ナル会計慣行」を引き継いだもの)は、それぞれの法律の目的と規定内容が全く同一でない以上、完全に重なり合うことはないと考えられる。既に述べたように、会社法による会社財産保護の重点が、資本制度(資本原則)による現実の会社財産の確保

(29) 通達は、監督行政庁が監督権に基づいて下級の行政機関に対して法令の解釈や裁量判断の指針等を示すものであって(国家行政組織法14条2項)、行政組織内部における命令であり、国民に向けられたものではない。そのため、通達が法規範である「公正ナル会計慣行」に当たりうるのか、という問題が生じる。

(30) 志谷匡史「商事法から見た会社・証券犯罪」刑法雑誌51巻1号(2011年)111頁は、会社法の研究者の立場から、「監査基準の一致は、会計基準の一致を含蓄する。」とした上で、「企業会計審議会が作成・公表する「企業会計原則」を初めとする会計基準は、会社法431条の「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」に当たると一応考えてよかろう。」とする。

(31) 野村・前掲(27)169頁は、最高裁は、結局、改正前決算経理基準と改正後決算経理基準の「両者が公正なる会計慣行であったと認定」したとする。

という点から会社の財務状況や会社財産についての情報開示に移っているといえるので、企業の資金調達と国民の投資活動が行われる資本市場が適正かつ健全に機能するための各種のルールを内容とする金融商品取引法との違いは以前よりは相対的に小さくなっている（長銀事件当時は、現在に比べると、両者の間には相対的には一定程度の違いがあったといえることができるであろう）。ただ、様々な業種・業態・規模の株式会社全てに対して適用される会社法と、金融商品取引法の適用を受けない株式会社が少なくない（同法の適用を受ける上場企業等は、我が国に存在し活動する会社の数からいえば圧倒的に少数である。）という点を指摘せざるをえない。

もっとも、刑事制裁を受けるか否かの分かれ目（基準）という点では、金融商品取引法と会社法のそれぞれにおける「公正な会計慣行」には大きな違いはない（ほぼ同一水準で機能する）と考えてもよいのではなかろうか。刑事規制を内容とする犯罪構成要件は、当該行為に対して強い否定的価値判断を示すことによって国民の行動を規制する機能を有する（規制的機能）⁽³²⁾。ここでの問題は「公正な会計慣行」ということが国民の行為を「刑罰法規によって規制する規範」としてどのように機能するのか（機能すべきなのか）、ということである。とすれば、具体的な行為が「公正な会計慣行」に明白に違反したような場合に限って、（単なる会社法や金融商品取引法違反ではなく）刑事制裁に値するという意味での「公正な会計慣行違反」と評価されるべきものとなる。長銀事件（そして、次に述べる日債銀事件）のように、貸出金中の回収不可能な不良債権の金額をどのように評価すべきかについていえば、会社の経営状況や財務状況は日々無数の不確定要因を抱えており、貸出先の状況も千差万別で刻一刻変化することから、算定評価は本来的に極めて困難な作業であり、さらに、会計基準の多様化と変動が激しい一方で迅速な情報開示が求められる昨今の会社を取り巻く状況下では、会社が自らの財務状況と会社財産を把握して対外的に示すに当たって、あってはならないような重大な操作を行ったような場合に初めて刑事制裁を発動するに値するだけの「公正な会計慣行違反」ということになるであろう。つまり、会社の財務状況と会社財産を把握し評価し公表するに当たって、会社の経営陣が最低限遵守しなければならない行動ルールに違反した場合に限って、刑事制裁の対象となりうると思われるべきであろう。この場合、「公正な会計慣行」は1つでなければならないという唯一性は、刑事処罰の観点からは、必然的な要件にはならないと考えられる。長銀事件

(32) 刑事法規範の規制的機能を重視（強調）する程度は、犯罪論における主観面の位置付けや違法性に関する理解の仕方によって影響されるが、経済犯罪の主体、とりわけ会社財産とその評価が問題となるような場面においては、規制的機能を強調してよいと考えられる。

においても、最高裁判決は、従前の決算経理基準（税法基準）が唯一の「公正な会計慣行」と述べているわけではない。

とはいえ、会社の経営陣が最低限遵守すべき行動ルールを明確に提示することは極めて困難な作業である。そこで、刑事上遵守すべき行動ルールが具体的に示されて会社経営陣にとっての行為規範として有効に機能するためには、会社が行う経済活動についても、公権的な司法判断が積み重ねられることが必要であると考えられる。企業の経済活動に対して公権力とりわけ刑事法が広汎な関わり（刑事処罰の積極化）を有することに対しては、否定的な見解が少なくなく⁽³³⁾、それは企業側にとってはそれなりの理由があることとも思われるが、そのことは、裁判所に持ち込まれた企業活動に関わる法律問題に対して、司法院である裁判所が事後的に厳格な司法手続の中で法律の解釈と適用を行うこと（検察官の起訴を受けて、裁判所が法律上の判断を行うこと）を否定することにはつながらない。このような理解は、経済活動に関わる犯罪構成要件が不明確な文言となっていることが少なくなく、例えば、虚偽記載有価証券報告書の構成要件（197条1項1号）は「重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出した」となっているが、この規定が法規範性を十分に発揮するためには、その内容（法文の意味）が裁判所によって明確に補充される必要があることと軌を一にしている。

2 日債銀事件について

(1) 日債銀事件は、株式会社日本債券信用銀行の代表取締役会長であった者1名と同頭取であった者1名と同副頭取であった者1名の合計3名について、平成10月3月期決算において、2205億700万円の当期末処理損失があったにもかかわらず、取り立て不能と見込まれる独立系ノンバンク2社と不良資産の受皿会社に対する貸出金1592億3300万円の償却又は引当てを行わず、当期末処理損失を過少の612億7400万円に圧縮して計上した貸借対照表や損益計算書等を掲載する等した虚偽の記載のある有価証券報告書を提出した、という事件であり、虚偽記載有価証券報告書提出罪の成否が問題となった。長銀事件と異なり、虚偽記載有価証券報告書提出罪の成立のみが問われた事件である。

第1審判決（東京地判平成16年5月28日）及び控訴審判決（東京高判平成19年3月14日）はいずれも同罪の成立を認めたが、最高裁判決（最判平成21年12月7日刑集63巻11号2165頁）は、弁護人の上告は適法な上告理由に当たらないとしつつ、職

(33) 前掲(2)の曾根・二本柳「企業犯罪と保護法益」、木曾「経済犯罪に対する規制・制裁の実際——企業コンプライアンスの現場から——」。

権で調査を行い、控訴審判決を破棄して東京高等裁判所に差し戻した。最高裁は次のように述べている⁽³⁴⁾（なお、差戻後の東京高等裁判所は、原判決を破棄して無罪判決を言い渡した⁽³⁵⁾）。

「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に支援先等に対する貸出金の査定に関しては、幅のある解釈の余地があり、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、従来の税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえず、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって支援先等に対する貸出金についての資産査定を行うことも許容されるものといえる。

そうすると、本件当時、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準に従うことが唯一の公正なる会計慣行であったとし、税法基準の考え方に基づく会計処理を排斥し、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準の定める基準に従って日債銀の貸出金の評価をし、平成10年3月期決算において日債銀に2205億700万円の当期末処理損失があったとした原判決は、その点において事実を誤認して法令の解釈適用を誤ったものであって、破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

ところで、税法基準による貸出金の評価は、債務者区分という概念を介在させることなく個別に4分類かどうかを判断するものといえるが、合理的な再建計画や追加的な支援の予定があるような支援先等については「事業好転の見通しが無い」とすることは原則として適当でないとする処理を前提に、貸出先が上記のような支援先等に当たる場合には、原則としてこれらに対する貸出金等を回収不能と評価せず、償却・引当をしないという考え方に基づくものといえ、これからすれば、母体行主義の下において原則として支援が求められる関連ノンバンクなど、上記のような貸出先に当たる

(34) 日債銀事件の最高裁判決に対する判例評釈の例として、須藤純正「旧日債銀の平成10年3月期の決算処理における支援先等に対する貸出金の査定に関して、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によることも許容されるとし、これを否定して虚偽記載有価証券報告書提出罪の成立を認めた原判決が破棄された事例」刑事法ジャーナル23号（2010年）109頁以下、渡部晃「旧日債銀「粉飾決算」事件最高裁判事判決をめぐって〔上〕〔中〕〔下〕」商事法務1894号（2010年）4頁以下、同1895号（2010年）13頁以下、同1896号（2010年）48頁以下。

(35) 東京高判平成23年8月30日判時2134号127頁。同判決に対する判例評釈の例として、鈴木優典「税法基準による有価証券報告書の適法性——旧日債銀事件差戻し後控訴審判決——」刑事法ジャーナル34号（2012年）130頁以下。

取引先については「事業好転の見通しが無い」とはいえず、これに対する貸出金につき償却・引当をしなくても直ちに違法とまではいえないことになる。しかしながら、本件貸出先は上記のような関連ノンバンクではなく、原則として支援が求められる貸出先ということとはできない。また、原判決によれば、前記……記載のとおり、A及びBについては、日債銀において現に支援している状況にあるとはいえず、平成9年には各社及び日債銀を含む主力関係金融機関においていずれも整理せざるを得ないことが共通の認識となっていたものの、平成10年3月期における多額の償却・引当を避けようとする日債銀の意向から特別清算申立て予定の公表が延期されるなどしたというのであり、C等13社及びD等5社については、不良資産の受皿会社であって、独立企業としての実態はなく、再建計画や支援の機関決定はあるにしても、償却回避のための形ばかりのものであったり、主たる目的が監査法人向けのものであるなど、支援意思や再建計画が真意かどうか疑念を抱かせるものであったというのである。これらの原判決が認定した本件決算処理の経緯等によると、上記の貸出先が前記の税法基準の考え方により「事業好転の見通しが無い」とすることが適当でない取引先に当たると直ちにいうことには疑問があるところ、原判決は、あくまで資産査定通達等によって補充された改正後の決算経理基準が唯一の基準であるとして債務者区分を行い、貸出金を査定しているものであって、従来採られていた税法基準の考え方に従って適切に評価した場合に、これらの貸出先が「事業好転の見通しが無い」とすることが適当でない取引先に当たるかどうか、これらに対する本件貸出金が回収不能又は無価値と評価すべきものかどうかについては必ずしも明らかとはいえず、その点について、その当時行われていた貸出金の評価や他の大手銀行における処理の状況をも踏まえて、更に審理、判断する必要がある。

よって、刑法第411条1号、3号、413条本文により原判決を破棄し、更に審理を尽くさせるため、本件を原裁判所に差し戻すこととし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。】

(2) 最高裁は、第1審判決と控訴審判決が「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準」が当時の唯一の公正な慣行であるとした上で、本件の独立系ノンバンク等に対する貸出金について、償却や引当が義務的となる実質破綻先であると査定したのに対して、従前の「税法基準による改正前の決算経理基準」を排除して「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準」に従うべきことは明確であったとはいえず、従来の税法基準による貸出金の査定も許容されるとしたのである。その上で、従来の税法基準によって査定した場合に、本件貸出先が「事業好転の見通

しがない」といえるのか、これらに対する本件貸出金が回収不能又は無価値と評価すべきものかどうかについて、さらに審理・判断する必要があるとしたのである。

先に述べた長銀事件とは、従来の税法基準に依拠することが「公正ナル会計慣行」を充たすという点では共通しているが、最高裁は、貸出先が「母体行主義の下での関連ノンバンク」であったのか（長銀事件）、支援が原則として求められるとはいえない「独立系ノンバンク等」であったのか（本件日債銀事件）、という違いから、さらに審理を必要とするとして、無罪判決ではなく、破棄差戻しにしたものと考えられる。もっとも、日債銀事件当時と異なり、現在では、伝統的に行われていた母体行主義という考え方がなくなり、また、会社にとってのメインバンクの位置付けや機能も大きく変わってきているので、最高裁や差戻後の東京高等裁判所において示された考え方が今日でもそのまま妥当するわけではないであろう。

「公正ナル会計慣行」（平成17年改正前の商法32条2項）と刑事処罰との関係については、既に長銀事件のところ（1を参照）で述べたので、それ以外の点について、問題となりうる点について簡単に述べてみたい。

本件では、商法（現在は会社法）の違法配当罪は問われておらず、証券取引法（現在は金融商品取引法）の虚偽記載有価証券報告書提出罪の成否が問われたのみである。とすれば、虚偽記載有価証券報告書提出罪の構成要件該当性が問題となるにとどまり、「重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出した」に該当するか否かを検討すれば足りるはずである。ところが、日債銀事件においては、改正前商法32条2項の「公正ナル会計慣行」の理解が大きな争点とされ、最高裁判決もこれについての判断に重点を置いている⁽³⁶⁾。

金融商品取引法（証券取引法）における会社財産（会計）に対する法規制の目的と商法（会社法）による会社財産（会計）に対する法規制の目的は、既に述べたように同一ではないが、一般法である商法（会社法）における「公正な会計慣行」が、有価証券市場が適正に機能するための各種のルールを規定して「有価証券市場や投資家に対する裏切り行為」に対する刑事処罰を設けている特別法である金融商品取引法（証券取引法）においても、刑事制裁発動の判断基準として意味を持つとしたのである。現在では会社法における法規制の重点が、現実の会社財産の確保から、会社の財務状

(36) 須藤・前掲(34)115頁は、「罪刑法定主義の見地等からすれば、本罪（虚偽記載有価証券報告書提出罪）の成否を決する上で商法32条2項を用いる理由はないであろう。法体系からすれば、証取法とその委任を受けた大蔵省令である財務諸表規則を適用して本罪の成否を決すべきであろう。」とする。

況や会社財産についての情報開示に移っているとはいえ、平成10年3月期決算を行う時点においてもそのような状況にあったといえるのか、という点を指摘することができるであろう。

そして、最高裁が正に指摘しているように、母体行としての支援が予定されていない関連ノンバンク等に対する貸出金の取立不能額ないし回収可能性、分かりやすくいえば「貸したお金が返済される可能性はどの程度か」が正面から問題となる場面であるので、これは正に事実判断ないし事実認定の問題であり、証拠によって認定されたところの事実に大きく反するような（重要な虚偽の）記載があて行われたのか、ということを端的に問題にすればよいと考えられるが、刑事処罰という点からこの判断を行うことは、実際には非常に困難な問題である。これについても、司法（裁判所）による判断の積み重ねが期待されるところである。

IV 会社財産の保護に向けられた刑事規制のあり方

これまでに述べてきたことを踏まえて、今日の経済社会・企業社会において、会社財産の侵害に向けられた行為に対して、刑事規制（刑事処罰）がどのように行われるべきか、そして、刑事司法としてはどのように取り組むべきか、について、未だ漠然として整理されていない段階であるが、私が現在考えていることを若干述べてみたい⁽³⁷⁾。

1 会社財産を法によって保護することの意味

刑事法による規制も法による規制であるので、最初に、会社財産を法によって守ることの意味を確認しておく必要がある。基本となるのは、商事法（会社法）による法規制の知見である。

会社（株式会社）の財産が危険に晒されることなく（侵害されることなく）守られることの意味は一体何であろうか。

会社は、「営利」「社団」「法人」として存在し活動することが予定されている人為的

(37) 神例・前掲(5)「粉飾決算と犯罪」72頁は、会社財産を会社法罰則をもって保護することについて、誰との関係で保護するかという問題（保護の射程の問題）と、なぜ刑法とは別に特別に保護するかという問題（保護の意義の問題）があるとの整理を行っている。そして、「会社関係者の債権回収の可能性を保護するという観点からは、罰則規定のあり方としても、開示規制の強化に焦点を合わせていくべきように思われる。」とする。さらに、神例・前掲(5)「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」15頁。

な法人格（法主体）であるから、本来的に（その性質上当然に）取引主体として数多くの（無数の）取引活動を行う（そして、利益を獲得し社員（株主）に分配する）ことが予定されており、とりわけ、自然人による個人事業としては行えないような大規模な、そして一定の危険（リスク）を伴う事業活動が永続的に行われることを可能にする。会社法における株式会社設立のための一連の厳格な手続も、このような観点から設けられたものである⁽³⁸⁾。取引先や個々の国民は、当該取引主体（活動主体）が個人（自然人）でなく会社であることによって安心して取引を行い利害関係を有することが可能となる。そして、この安心を支える大きな要素は、合理的な経済人にとっては、究極的には債権回収の確実性である。これらの積み重ねによって、会社（株式会社）は今日の経済社会において欠くことができない存在となっている。

そして、会社が強固で安定的な財産的基盤を有していることは、会社がその事業活動（製造や販売やサービス提供等）を行うに当たって必要不可欠の前提であり、その中でも、現金や預金という流動資産の重要性は高い。会社が事業活動を行い数多くの取引相手を見つけて取引活動を行うためには、取引相手（会社にとっては債権者）（の候補者）から見て、その会社が債務の履行を現実に果たしてくれる会社であること、つまり債権回収についての不安がないという意味での経済的信用を供与できる会社であることが必要であるが、この観点から、株式会社の財産の確保の手段として、これまでは資本という計算上の金額に関する制度（資本原則）が厳格に採用されてきた。

もともと、現在の会社法（平成17年制定）においては、従来の資本原則はもはや風前の灯となっている。かつては、資本金額に見合う会社財産を充実・維持するために厳格な法規制が行われていたが（特に、株式会社を取引主体として経済社会に新たに登場させるというスタート段階である設立時における厳格な法規制が特徴的であった。）、現在の会社法は、募集株式の打切り発行が認められている（208条5項）等、現実に会社に拠出された財産の額によって資本金額が法定されるようになっており（会社法445条）、最低資本金制度は廃止されるに至っている⁽³⁹⁾。そして、資本制度は、配当計算を阻止するための事由としての役割を果たすに過ぎなくなっている。これによって、いわゆる1円企業（さらには0円企業）の設立すら可能となり、実際にも、

(38) 株式会社においては、株主は間接有限責任を負うに過ぎないので（会社法104条）、設立段階における出資が厳格に行われる必要がある。会社法34条、36条3項、63条1項・3項。

(39) 旧商法168条の4（平成2年改正法）は、株式会社について1000万円の最低資本金制度を設けていた。会社法458条は、これに代わる制度として、株式会社の純資産額が300万円を下回る場合には剰余金の配当を行うことができないとしたが、実質的には300万円の最低資本金制度が存続したものと理解することができる。

現実の会社財産自体（目に見える客観的な財産の存在）は非常に乏しいものの、様々な人々が新規に起業することによって多種多様な活動を行うベンチャー企業（インターネットビジネスや各種のソフトビジネス等）が登場し、現実の経済社会において一定の重要な役割を果たすところとなっている。

このような状況の下では、そのような会社と取引を行おうとする機会や場面は否応なしに増えてくるが、新たに取り引関係に入ろうとする者は、自己の判断と責任の下、債権回収の可能性や今後の成長可能性等を含む様々なリスクとリターンを判断を行った上で、取引を行い、同時に必要な債権保全措置を講じることになる⁽⁴⁰⁾。そして、このためには、潜在的取引相手たる当該会社についての重要な情報が正確かつ十分に世の中（取引社会）に示されていること、つまり当該会社に関する情報開示が適切に行われていることが必要な前提となってくる⁽⁴¹⁾。特に、経済情勢が右肩上がりの状況にはない現在においては、資本制度ないし資本原則による会社財産の保護よりも、（損失状況をも含む）十分な情報開示による債権者保護の要請が実際にも高いといえよう。

このように、現在の会社法が株式会社に対する法規制として採用している立場と、それが現実の経済社会においても有している大きな意味を考えると、会社財産を法によって保護する意味ないし目的は、会社が保有する現実の財産を守るということだけでなく、会社の財務状況と保有する財産に関する情報を正確かつ迅速に経済社会・取引社会に開示するという点にあることになる。

2 刑事制裁によって会社財産を保護することの必要性和正当性

それでは、以上のような意味で理解される会社財産の保護を、最も強烈な法的効果を伴う刑事制裁（刑事処罰による威嚇）によって実現していくことの必要性和正当性を認めることはできるのであろうか。不適切で過剰な法規制となっていないのかを検証する必要がある。

会社財産の侵害に向けられた行為は、それぞれの会社が所有する個別財産（例えば、

(40) 弥永・前掲 (13) 52 頁は、「会社法の下では、債権者は会社の計算書類等を用いて意思決定し、自衛すべきであるという発想がとられているとも考えられる。」とする一方で、会社法の諸規定によると「会社法が適切な開示を通じて会社債権者を保護する立場を徹底しているかどうかもあやしい。」とする。

(41) 前掲 (9) のしおり「対談 会社法における罰則規定」5 頁の高崎秀雄発言によると、「資本金が債権者を保護する機能を本当に持っているのか、資本で保護しようというのではなしに、それよりは情報のディスクロージャーによって、この企業とは関わろうか関わらないか、ディスクロージャーした相手方にそれを判断させる、相手にされない企業は、0 円資本だろうが 1 億円資本だろうがつぶれる」とされている。

現金や製品や車両等)を窃取するというような個別財産について成立する財産犯を別にすれば、今日の経済社会にとっては不可欠な取引主体たる会社(株式会社)が有している会社財産全般(総体としての会社財産)を、経済的行為によって侵害しようとするものである。そして、このような行為に出ることが実際に可能なのは、通常は、総体としての会社財産に対して一定の権限を有する者か、合法的に会社財産に関わることができる立場にある者である。加えて、これらの侵害行為は、一見したところ合法的な行為を装って行われるため、違法な行為であることが直ちには判明しにくいという特徴を有している。そして、このような経済犯罪を刑事制裁によって規制しようとするに関しては、実践的な観点から企業の経済活動に対してマイナス効果をもたらすという主張や⁽⁴²⁾、経済犯罪に対する刑事制裁の積極化は法益論の観点から疑問である等の消極的な見解が根強く存在する⁽⁴³⁾。

しかしながら、現在の我が国が目指している社会やそこにおける行為規制のあり方は、事前規制を少なくする一方で、自由の名の下に適正な秩序を乱す行為に対しては、司法による事後規制を適切に行っていこうとする法化社会である。そして、企業が現実を果たしている役割が非常に大きい現在の経済社会においては、企業活動やそれに関わる行為に不正が見られた場合には、それは無数の国民つまり社会全体に対する不正行為としての評価を受ける(あるいは、少なくともその可能性がある)ことは免れない⁽⁴⁴⁾。企業経営に不適切な点がある場合には、その内容と程度によっては、それは単に当該会社や株主にとっての問題にとどまらず、不適切な企業経営の下に行われる経済活動・企業活動は、社会ないし国民全体にとって大きなマイナス効果をもたらすことになるので、それに対する実効性のある対応が求められることは否定できない⁽⁴⁵⁾。

(42) 木曾・前掲(2)9頁以下は、企業不祥事への対策としては、企業犯罪に対する刑罰の厳格化の効果は大きくないとし、それに代わるものとして、裁判所の監督の下、企業自身による調査と原因究明、そして再発防止を行うという制裁手段(民事再生的監視委員会制度)を提案する。

(43) 曾根・二本柳・前掲(2)。

(44) もっとも、これに関連して、松井秀征「会社経営の規律の重層化と刑事罰の規律の意義 ― 特別背任罪と図利目的なき経営判断の刑事責任」法律時報84巻11号(平成24年)49頁は、特別背任罪について、「図利加害目的と主観的要件によって刑事上の制裁の発動が限界づけられる仕組みは、その発動基準が比較的明確であり、取締役におけるリスク負担に対する萎縮効果は小さいといってもよさそうである。」とする。

(45) 久保・前掲(5)9頁は、財務内容の開示と罰則について、民事的制裁のみでは被害者が出費や時間のコストにより請求を断念することにより「やり得」が生じてしまう可能性があり、刑事的制裁を加えることによって当該行為の期待利得を下げ、問題行動を抑止しようすることを述べ、同12頁は、会社財産の分配規制と罰則について、刑事的な制裁により分配規制をより実効的ならしめることを述べている。会社法の側からの刑事的制裁に対するこのような現実的な要請を無視することはできないであろう。

そして、実際に、企業が商品等についての偽装事件や欠陥製品事故を起こしたことにより、単に個々の被害者に健康被害等の損害を生じさせたというにとどまらず、社会に対して多大な危険ないし影響を生じさせたというケースは、昨今、残念ながら少なくない件数が発生している⁽⁴⁶⁾。また、科学技術の進歩や社会のハイテク化により、単独ないし極少数の者による秘密裏に（他の者が気付くことなく）なされる行為によって、回復が不可能ないし著しく困難な重大結果を招く事態の発生可能性が現実を高まっていることは、否定できない事実である⁽⁴⁷⁾。

となると、現代社会における様々な経済活動やそれを支えている会社が適正な経営を行い活動することは、極めて重大な社会公共の利益というべきであり、従来の刑事法の発想からすれば保護法益の拡大（創設）ないし緩和という面はあるものの、事後的に一定の強度の効果を有する刑事制裁の発動がただ控え目であればよいとは思われない。商事法（会社法）は、会社が現に置かれている社会状況や経済状況の変化を受けることによって、内容面における変化を（刑事法に比べると）数多く経験しているが、商事法（会社法）の立場からは、会社の活動の適正を維持するための効果的な規制手段としての刑事規制を認識し期待することになる⁽⁴⁸⁾。

つまり、もっぱら刑事法の側において、伝統的な刑事処罰消極論に固執し続け、自由競争秩序等の普遍的法益を警戒し、法益論の立法批判的機能を強調するだけでは、

(46) 食品に関する偽装事件として社会的な注目を浴びた例として、雪印乳業食中毒事件、不二家期限切れ材料使用事件、ミートホープ食肉偽装事件等があり、製品欠陥事故の例として、三菱自動車事件、パロマガス湯沸器事件等がある。これらを含む多種多様の企業不祥事について、実務的な視点からケース・スタディとして原因分析と予防策をまとめたものとして、愛知県弁護士会研修センター運営委員会法律研究部コンプライアンスチーム編『弁護士が分析する企業不祥事の原因と対応策』（2012年）が興味深い。

(47) 井田良『変革の時代における理論刑法学』（2007年）19頁は、「社会は、巨大化・複雑化し、科学化・高度技術化（ハイテク化）の進行により、個人個人にとって、この社会は巨大なブラックボックスと化し、およそ主体的コントロールの不可能な存在となった。人々の生活は脆弱な技術的手段の集合体に大幅に依存しており、同時に、個人の行動の持つ損害惹起のポテンシャルが飛躍的に増大した。次の瞬間に何が起こるか予想もつかない未知の領域に人々が足を踏み入れる場面が頻繁に生じ、また、それ自体として些細な逸脱行動が甚大な被害を生じさせ得る領域が数多く出現するに至った。このような社会構造の変化が早期における刑法的介入を要求しており、そこに一定の理由があることも否定できないところであろう。」とする。私もこのような考え方を支持したい。

さらに、リスク社会と刑事規制のあり方に関する最近の論考で本稿との関係でも参考になるものとして、島田聡一郎「危険・リスク社会論と犯罪理論」刑事法ジャーナル33号（2012年）4頁以下、謝煒偉「抽象的危険犯の現代的課題」刑事法ジャーナル33号（2012号）30頁以下。

(48) 山田泰弘「序論——会社法秩序の変容とその規律手段としての刑事法の役割」法律時報84巻11号（2012年）4頁。

経済社会・企業社会である現代社会の中における個々の国民の生活を守ることはできない。刑事法の役割放棄にもつながりうる。従って、刑事制裁の守備範囲をただ限定すればよいというのではなく、刑事処罰の間口（適用範囲）を狭める（閉ざす）ことなく適度の守備範囲（刑事規制が登場する可能性）を維持しつつ、重大な結果を（故意に）招くような行為については、適正かつ迅速な刑事手続が進められ、裁判所による公権的な司法判断が社会に対して明確に示されることによって、経済活動ないし企業活動に関わる会社の取締役等の経営陣が遵守すべき公的な法的行為規範が積み重ねられ、それによって、自由で秩序のある活力ある経済社会・企業社会を実現することができる、と考えることは誤っていないであろう⁽⁴⁹⁾。

従って、私は、会社財産の侵害に向けられた行為に関しても、裁判所による司法判断を恐れることなく、むしろ司法判断が積み重ねられていくことが、今後は一層重要になると考えている。それは、単に刑事処罰の積極化や重罰化だけを求めるものではない。法解釈と法適用の実践において、経済犯罪に関する犯罪構成要件は文言があいまいなものがあるが、既に述べた虚偽記載有価証券報告書提出罪における「重要な事項につき虚偽の記載のあるもの」の解釈や、長銀事件や日債銀事件において主たる問題とされた「公正な会計慣行」の理解、そして、例えば、インサイダー取引における「業務等に関する重要事実」等についての司法による解釈基準が明確に示されこれが積み重ねられることによって、自由で健全で活力のある経済社会・企業活動が真に実現されるものと考えられる⁽⁵⁰⁾。

加えていえば、我が国が導入を検討しているといわれる IFRS（国際財務報告基準）は今後の企業会計実務上の重要なテーマとなるが、IFRS においては、細則主義ではなく原則主義が採用されているので、この点からも、なお一層、裁判所による「公正なる会計慣行」その他の経済犯罪に関わる要件の解釈が示されることが求められることになるであろう⁽⁵¹⁾。

(49) 量刑に関するものであるが、東京高判平成 20 年 7 月 25 日判時 2030 号 127 頁〔ライブドア事件控訴審判決〕は、粉飾決算金額に照らすと重い刑（懲役 2 年 6 月の実刑）が言い渡されているが（最決平成 23 年 4 月 25 日により上告棄却）、行為の社会的な影響を重視したことを理由としており、量刑判断を通して行為規範を示したものと見える。同判決の評釈として、高山佳奈子「ライブドア事件控訴審判決」判例時報 2048 号（2009 年）169 頁以下。

(50) 伊東研祐・山田泰弘「総論的分析——会社法学と刑事法学とのクロスオーバー」法律時報 84 卷 11 号（2012 年）59 頁は、「執行を担保すべき規範の明確化が会社法学・刑事法学に期待され、刑事制裁を発動させる仕組みをコントロールすることへの努力が必要となる。」とする。

(51) 加藤伸樹「『公正なる会計慣行』の意義——長銀粉飾決算刑事事件」別冊 金融・商事判例『企業不祥事判例にみる役員の責任』（2012 年）193 頁は、「原則主義の考え方は……結果を重視す

以上に述べた私見と方向性が異なるものではないが、会社債権者の債権総額に対応する交換可能な会社財産の維持は資本によっては実現されていないとした上で、「株式会社制度に対する会社債権者の信頼保護という点に、財源規制の意義と会社財産を危うくする罪の処罰根拠が認められる」とする見解が主張されている⁽⁵²⁾。ただ、(株式会社という)制度に対する信頼という理解では、法の解釈適用に際してあいまいさを残しており、また、「会社債権者のみ」の信頼に限られるわけではなく、より広範囲の利害関係者(ステークホルダー)に関する問題というべきであろう。インターネット等の情報網が高度に進展した現代社会では、それまでは取引関係その他の関係を全く有していなかった新たな取引主体と取引関係に入り利害関係を持つに至ることが増えることが予想される。そして、商法(会社法)における資本制度については、設立時の資本充実が強調されてきたことから窺われるように、株式会社を取引社会に新規に登場させるスタート時点において財産的基盤が十分備わっていない取引主体を取引社会に登場させることの問題性に重点を置いてきたと考えられるので、会社債権者の債権総額に対応する交換可能な会社財産の維持が資本によっては実現されていないという点にとらわれる必要はないと思われる。

V 金融機関における会社財産の保護

1 これまで、会社財産の保護と刑事規制について、会社の業態や業種について特に区別することなく述べてきたが、会社の中でもとりわけ他と異なって(区別して)考えることが求められるものとして、銀行(金融機関)がある(もっとも、既に取り上げた長銀事件と日債銀事件は、いずれも銀行についての事案であった)。銀行は、社会の中から幅広く預金(金銭)を集め、それを企業等に融資することを業務の主な内容としており、主な収入源は利息と手数料であるという点で、他の一般企業とは大きな違いがある。今日、会社による資金調達重点が、銀行借入れという間接金融から証券市場(ここでは証券会社が大きな役割を演じる。)による直接金融へ移りつつあるとはいえ、経済社会や国民生活において銀行が果たしている役割は、依然として重要である。

る考え方に結び付きやすいと思われる。そのため、IFRSが適用される場合、裁判所における公正なる会計慣行の捉え方が結果を重視する考え方にシフトする可能性も十分考えられる。」とする。
(52) 神例・前掲(5)「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」18頁。

銀行（金融機関）と他の一般企業の違いが刑事処罰の考え方の面で現れた最近の判例として、銀行の代表取締役についての経営判断の原則の適用可能性と特別背任罪の成否が問題となった最決平成21年11月9日刑集63巻9号117頁〔北海道拓殖銀行事件〕がある。最高裁は、銀行の取締役の行為と任務違背行為の関係について、次のように述べている⁽⁵³⁾。

「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えない。

したがって、銀行の取締役は、融資業務の実施に当たっては、元利金の回収不能という事態が生じないよう、債権保全のため、融資先の経営状況、資産状態等を調査し、その安全性を確認して貸付を決定し、原則として確実な担保を徴求する等、相応の措置をとるべき義務を有している。例外的に、実質倒産状態にある企業に対する支援策として無担保又は不十分な担保で追加融資をして再建又は整理を目指すこと等がありうるにしても、これが適法とされるためには客観性を持った再建・整理計画とこれを確実に実行する銀行本体の強い経営体質を必要とするなど、その融資判断が合理性のあるものでなければならず、手続的には銀行内部での明確な計画の策定とその正式な承認を欠かせない。」

2 最高裁は、①銀行の取締役についても、他の株式会社の取締役と同様に、経営判断の原則が適用されうることを認めた。この点で、控訴審がより厳格な「経済性の原

(53) 北海道拓殖銀行事件の最高裁決定に対する判例評釈の例として、品田智史「銀行の代表取締役頭取による不良貸付が特別背任罪における任務違背として認められた事例——北海道拓殖銀行事件最高裁決定——」刑事法ジャーナル22号（2010年）114頁以下、木崎峻輔「特別背任と経営判断の原則（拓殖特別背任事件）」高橋則夫他編『判例特別刑法』（2012年）153頁以下。

則（特に安全性）」によるべきという考え方を示した⁽⁵⁴⁾のとは違いがある。その上で、最高裁は、②銀行業の特徴を示しながら、銀行の取締役に要求される注意義務の程度は高い水準のものであり、経営判断の原則が適用される余地は限定される、としたのである。

経営判断の原則の内容や適用に関する理解については、比較法（アメリカ法）を含めた議論が商事法分野で行われているが⁽⁵⁵⁾、本件で最高裁が述べている内容は、会社法に関する従来の我が国の民事裁判例において一般的に採られてきた考え方と異なるものではない。そして、経営判断の原則の適用範囲やその具体的な現れ方に相対性を認めることについては、刑事法上は異論は少ないと思われる。株式会社の業種や業態、取引内容や利益の内容等の諸事情によって、会社から委任を受けて経営に当たる取締役等に認められる経営の自由度ないし裁量の範囲（許容される危険（リスク）の範囲と程度）は、当然ながら異なる。そして、その際には、今日の経済社会において会社が果たしている役割と期待という観点から、当該会社の公共性の内容と程度、現実には果たしている役割と機能等を考える必要がある。

これらの点で、銀行業は、他の業種のように、創造性や独創性や新奇性によって独自の商品やサービスを国民や取引社会に広くアピールしながら提供し、それに対する

(54) 札幌高判平成18年8月31日判タ1229号116頁は、「銀行の公共性は、もともと預金者保護や信用秩序の維持を中核としている上、拓銀の貸出業務取扱規程に、貸出業務が信用秩序及び国民経済に対して広く深い関係を持ち、多彩な影響を与えることから、経済性の原則を堅持しながら公共的使命の達成に努めなければならないとあるように、経済性の原則、中でも、その中心である安全性を無視することは絶対に許されないものであって、公共性の名の下に回収の見込みのない融資が許されることにはならないのであり、また、融資の打ち切りによって当該取引先が倒産し、それまでの貸付金が回収できず、あるいは、その従業員が失職し、さらには、当該取引先の取引企業等にも影響を及ぼすことは避けられないところ、それを理由に回収見込みのない融資をしても通常は破たんを先延ばしするに過ぎないから、結局は、上記のとおり、破たん先企業への融資が許されるのは、その融資による新たな損害発生を防止するに足る措置を講じ、近い将来における破たん先企業の再建が十分に見込まれ、その結果、より多くの貸付金の回収が可能となる場合に限られるべきである。そして、本件融資の際、Aグループの再建が十分に見込まれるような状況になかったことは明らかであり」と述べており、経営判断の原則の適用について消極的（否定的）な姿勢を示している。

(55) アメリカにおいて判例法として形成された「経営判断の原則（business judgment rule）」は、取締役が、その権限内において経営に関する決定を行った場合に、その決定に合理的な根拠があり、会社の利益になると信じて判断した場合には、裁判所はその決定の妥当性については審査しない（決定手続の合理性のみを審査する）、というものであり、裁判所が取締役の決定内容の合理性を実質的に審査するという我が国の経営判断の原則とは異なっているとされる。近藤光男「経営判断の原則」『ジュリスト増刊 会社法の争点』（2009年）156頁以下、弥永・前掲（1）207頁。我が国の裁判例を分析・検討したものと、近藤光男編『判例法理 経営判断原則』（2012年）。

国民ないし市場の反応を受けてさらに商品開発を行い利益を増やしていく、という要素を備えていない。銀行の本来の業務は、自由主義経済を動かし活発化させるための血液ともいえる金銭を世の中に提供することによって、経済社会を根底から支えるというものであり、公共性が非常に高い。銀行は、金融という経済社会における極めて重要な基盤を提供するものであり、一般の会社や個人事業者等の経済活動はその上に成り立っているのである。となると、経済社会に循環する血液である金銭を提供する銀行については、業務を行うに当たって、経営陣に許容されるリスクの範囲と程度は非常に小さく、経営には安全性と安定性が強く求められるといえよう。つまり、銀行にはその財務内容の安全性と確実性と健全性が最高度に強く求められるので、経営の自由度や取締役等の裁量の範囲は小さくならざるをえないのである。従って、他の業種や業態のように自由競争に委ねることは適切でなく（自由競争とはリスクを伴うものである。）、独自性は経済社会や国民生活にとって、むしろ有害ともなりうる。このような観点から、銀行業については、参入規制を初めとして、様々な規制が法令等によって実際に行われてきた⁽⁵⁶⁾。

従って、銀行業については、本稿のテーマとの関係では、会社財産が強固で安定性を備えながら守られる必要性が高いといえ、そこにいうところの会社財産については、現実の会社財産の確保ということが依然として相当の重みをもって要請されると考えられる。その意味で、他の一般企業と異なり、会社の財務状況と会社財産についての適切な情報開示という観点からの会社財産の確保という要請を過度に強調することは適切ではないと考える。

VI おわりに——今後の課題

刑事法による会社財産の保護というテーマについて、最近の代表的な最高裁判例を踏まえながら、限られた何点かの問題点にとどまるものの、私が現段階において考えていることを述べてきたが、今後登場してくるであろう新たな判例や実務の動向を含めて、さらに深めた検討は今後の課題としていきたい。

バブル経済崩壊後の後始末、その過程における企業経営陣の各種の不正行為の発覚は、過度の利益追求に走ったがゆえに行われた不適切な経済活動の実態を社会に対して示すところとなり、それらに対する刑事処罰が問題とされた事件が次々と登場し、

(56) もっとも、金融業界における金融ビッグバン（1996年から実施された金融制度改革）によって大幅な規制緩和策が採られ、銀行業務の実施に関する自由度は高まっている。

経済活動に対する刑事規制のあり方というテーマが、経済犯罪（経済刑法）として脚光を浴びるようになった。そして、技術革新や社会における各種インフラの整備と発展等もあり、経済犯罪（経済刑法）として議論される領域は広範囲に及ぶようになっている⁽⁵⁷⁾。その中では、法益論や刑事制裁の意味という基礎的・理論的な研究も深められている⁽⁵⁸⁾。

本稿では、刑事法（刑事規制）によって会社財産を保護することの意味という観点から、経済活動と刑事規制についての若干の検討を試みたが、そもそも会社財産とは何であるのか、法によって会社財産を守るという時に、何をどのようにして守るのか、という議論が前提とならざるをえない。そして、私人間の民事的（商事）な法的規律や行政上の措置にとどまらず、国家による刑事規制（刑事処罰）を行うことについては、その意味と効果についての十分な検証が必要である。

会社財産を守ることに關しては、平成17年制定の会社法によって、従来の資本制度（資本原則）による保護から大きく舵が切れ、現在では、会社の財務状況と会社財産についての適切な情報開示という視点が重要になっている。また、会社法による法規制と金融商品取引法による法規制の関係という困難な問題が残されている⁽⁵⁹⁾。会社

(57) 企業犯罪・経済犯罪の分野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）。この分野における諸問題を網羅的に取り上げて解説を行った最近の文献として、神山敏雄他編『新経済刑法入門』（2008年）、山口・前掲（12）。さらに、野村稔『経済刑法の論点』（2002年）。経済刑法分野の判例を網羅的に収録したものと、芝原邦爾他『ケースブック経済刑法〔第3版〕』（2010年）。経済刑法の歴史と展望と課題をまとめたものとして、島田聡一郎「経済刑法」ジュリスト1348号（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。

(58) 保護法益に関する基礎的な研究成果の例として、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、曾根成彦「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。

経済刑法における保護法益について検討を行ったものの例として、京藤哲久「経済刑法の構成要件とその合目的的解釈」刑法雑誌30巻1号（1989年）90頁以下。

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「法益論の現代的意義」（刑法雑誌50巻2号（2011年）1頁以下。保護法益論から刑事処罰の積極化を試みようとするものとして、上田正和「保護法益論（Rechtsgutstheorie）の行方と展望」大宮ローレビュー8号（2011年）5頁以下。

(59) 志谷・前掲（30）114頁は、会社法と金融商品取引法の研究者の立場から、「会社法会計と金商法会計との調整が方向性としては可能な限り前者を後者に一致させるものであるとしても、両者の目的は異なる。金商法会計の目的は、投資者保護のために、その合理的な投資判断に必要な重要な情報を的確に提供することにある。……これに対して会社法計算規制の目的は、株主有限責任の制度的担保としてやはり会社債権者保護にある（会社法458条参照。）」とする。

法は全ての会社に適用されるが、金融商品取引法は有価証券報告書の提出が求められる上場企業等の全体からいえば限られた一部の会社に適用されるに過ぎない。この点で、例えば、金融商品取引法の適用対象とならない会社についての「公正なる会計慣行」とは何を意味するのか⁽⁶⁰⁾、そして、そこでは刑事法の解釈ないし刑事処罰の限界付けをどのように行えばよいのか、という問題がある。

会社法や金融商品取引法等の会社や企業活動に関する法律の中には、刑事処罰規定は実は相当数置かれている。ただ、経済活動に対する刑事規制という問題の性質上、具体的に立件され、起訴され、裁判所の判断が示される事件は、最近は増えつつあるとはいえ、依然として限られているとあってよい。もっとも、今日の経済社会において欠くことができない重要な存在である会社が適正に運営され活動することは、社会公共ないし国民の生活にとっては重要な利益である。刑事制裁とその他の様々な制裁（法的なものそうでないものの両者を含む。）との関係という問題や、経済行為に対する刑事制裁の謙抑性ということが語られるが、著しく不適切な行為に対して事後的に刑事司法によって明確な法的判断が行われ、社会に対して公権的な法解釈が示されることは、経済活動に関わる者に対して予測可能性を与えるものであり、企業活動やそれに携わる行為者に行動基準の明確な手掛かりを示すことにもなり、リスクの予測と回避につながると考えられる。本稿で述べたように、違法配当罪や虚偽記載有価証券報告書提出罪等の構成要件の中味は決して明確に理解できるものではない。そして、特別背任罪の構成要件についても、現に議論され争いがある解釈論上の問題点は数多く存在する。このような状況下において、刑事司法が果たすべき役割は決して小さくないはずである。今後、規制緩和と経済活動のグローバル化が一層進み、個々の国民がさらに多種多様の経済行為に積極的に関わることを考えれば、尚更であろう。そして、今後、商事法（会社法）と刑事法の双方の共同研究がさらに積極的かつ広範囲にわたって進められることが、大いに期待される⁽⁶¹⁾。

最後になるが、本稿で検討を行うことができなかった問題点と検討課題は数多く残されており、その例として、①粉飾決算に関して犯罪が成立するときの共犯（特に、共謀共同正犯としての認定と限界）⁽⁶²⁾、②行政機関に向けられた（法律ではない）通達

(60) この問題について検討を行ったものとして、弥永真生「ビックカメラ事件決定が提起した問題点」商事法務 1908号（2010年）4頁以下。

(61) 会社法罰則をめぐる諸問題について、会社法学及び刑事法学の両方の観点からの共同研究を行った「特集「取り残された」会社法罰則の検証」法律時報 84巻 11号（2012年）4頁以下に掲載された論考は、いずれも興味深く、今後の検討に向けた新たな示唆を提供するものである。

(62) 最決平成 22年 5月 31日裁判集刑 300号 191頁に関する小野上真也「監査意見の表明と虚

によって「公正な会計慣行」という刑事処罰の限界に関わる要件が影響を受けることの是非、③経済犯罪に対して自由刑（懲役刑）を科すことの意味（犯罪コストに組み入れやすい財産刑との違いや財産刑との併科が問題となる。）、④刑事制裁と課徴金制度の関係（これも、犯罪コストとの関係が問題となる。）やその他の各種制裁との関係等があるが⁽⁶³⁾、これらはいずれも大きな実務上・理論上の検討課題である。

偽記載有価証券報告書提出罪等の共同正犯の成否」前掲（53）『判例特別刑法』200頁以下。

(63) 企業犯罪に対する刑事制裁について検討を行ったものとして、芝原・前掲（57）『経済刑法研究上』67頁以下、佐伯仁志『制裁論』（2009年）257頁以下。さらに、前掲（2）に記載の文献。

松井・前掲（44）50頁は、「刑事上の制裁を発動されるべきかどうかがいまいな事案において、そのための手続が容易に発動されうるということは、抑止が利きすぎて萎縮効果が生じる危険もある。刑事上の制裁を発動するための手続について、近時の運用を見ると、このような手続のコストと抑止の効果を踏まえた費用便益計算を前提として再検討する余地はあるのではあるまいか。」とする。

刑法 45 条後段の解釈について

中島広樹

1. はじめに	40
2. 本判例の事実の概要と判旨	40
3. 問題の所在	42
4. 学説	43
(1) 訴訟法的考慮	44
(2) 人格責任論の観点	44
(3) 素質・環境の二重評価の観点	45
(4) 確定裁判の感銘力の観点	45
(5) 実体に即した裁判の合理性	46
5. 判例	46
(1) 不可分説に立つ判例	47
(2) 可分説に立つ判例	48
6. 検討	50
(1) 各説に対する批判	50
(2) 警告理論について	52
(3) まとめ	55

1. はじめに

静岡地裁平成23年12月5日判決（以下本判例という）は、9件の強姦致傷事件に関して最初の5件とその後の4件の中間に、窃盗事件の確定裁判があった事案につき、9件の強姦致傷罪のすべてを併合罪とせず、確定裁判を基準に、確定裁判前の5件の強姦致傷罪と確定裁判後の4件の強姦致傷罪とをそれぞれ併合罪として併合罪加重したうえ、両者を併科して懲役50年を言い渡した。

本判例は、刑法45条を適用して懲役50年という、ある意味で無期懲役刑よりも重い刑を言い渡したわけであり、現在、被告人が30代半ばであることから、満期出所したときには、80代半ばということになる。事実上、被告人は、社会復帰の道を閉ざされ、隔離と沈黙のみを要求される人生を送ることになった、と言っても過言ではあるまい。

なるほど、自業自得とは俗耳に入りやすい言葉ではあるが、他方、刑罰は、被害者の怨恨を晴らし、公憤を鎮めるための単なる私刑ではなく犯罪者の社会復帰をも目的とする公的制度であると解されるのが一般である以上、刑法の解釈においても可能な限り、犯罪者の社会復帰の必要性を念頭に置いた謙抑的解釈が模索されなくてはならないのではないかと。本稿は、そのような問題意識から本判例における刑法45条後段の解釈について検討したものである。

2. 本判例の事実の概要と判旨

被告人は、①平成13年10月30日、被害者A女に対して、首を腕で絞めつけ、頭や顔をげんこつで数回殴るなどの暴行を加え、その犯行を抑圧して姦淫し全治約10日間の頭部打撲、顔面打撲等の傷害を負わせ（第1の罪）、②平成15年8月14日、被害者B女に対して、首を数回両手で絞めつけ、顔をげんこつで殴るなどの暴行を加え、その犯行を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、全治約10日間の肛門裂傷等の傷害を負わせ（第2の罪）、③平成17年9月26日、被害者C女に対して、首を両手で絞めつけるなどして暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫し全治約7日間の処女膜裂傷等の傷害を負わせ（第3の罪）、さらに同人が所有または管理する現金3万円等在中の時価約1万円相当の財布を窃取し（第4の罪）、④平成20年8月23日、被害者D女に対して、首を両手で絞めつける等の暴行を加え、「殺されたいの」などと脅迫して、その反抗を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、全治約2週間の頸椎捻挫等の傷害

を負わせ（第5の罪）、⑤平成20年11月8日、被害者E女に対して、背中を押して坂を転落させる等の暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、全治約7日間の右膝関節打撲傷等の傷害を負わせ（第6の罪）、さらに「財布を出せ」等と脅迫してその反抗を抑圧して同人が所有または管理する現金約3000円等在中の時価1000円相当の財布を強取し（第7の罪）、⑥平成21年7月4日、被害者F女に対して、首を両手で絞めつけ、肘で顔を多数回殴る等の暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、加療約7日間の顔面挫傷等の傷害を負わせ（第8の罪）、⑦平成21年8月8日、被害者G女に対して、首を腕で絞め、顔をげんこつで多数回殴る等の暴行を加え、「殺すぞ」などと脅迫して、その反抗を抑圧し姦淫に及んだが未遂に終わり、加療約10日間の顔面打撲等の傷害を負わせ（第9の罪）、さらに「もらっていくからよ」などと脅迫してその反抗を抑圧して同人所有の現金約2万円を強取し（第10の罪）、⑧平成22年7月25日、被害者H女に対して、首を両手で絞めつける等の暴行を加え、「殺すぞ」などと脅迫し、その反抗を抑圧して姦淫し、全治約2週間の頸部挫傷等の傷害を負わせ（第11の罪）、さらに「財布はどこにある」などと語気鋭くいって脅迫し、その反抗を抑圧して同人所有の現金約7000円および運転免許証1通を強取し（第12の罪）、⑨平成22年7月31日、被害者I女に対して、手で口をふさぐ等の暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫し、全治約7日間の処女膜裂傷等の傷害を負わせた（第13の罪）。なお、公訴事実第7の罪と第8の罪の間に、被告人が平成21年3月2日沼津簡易裁判所において自動二輪車の窃盗罪により懲役1年（執行猶予4年）に処せられ、同年3月17日に確定していたことから、刑法45条後段により、①事件から⑤事件（第一グループと呼ぶ）と⑥事件から⑨事件（第二グループと呼ぶ）が別個の併合罪とされ、二個の主文により前者につき懲役24年が、後者につき懲役26年の判決が言い渡されたが、両者間には併合罪が成立しないため、二個の主文に示された第一グループに対する懲役24年と第二グループに対する懲役26年は併科され、被告人は合計懲役50年の刑を科せられることになった（以上の事実を以下本件と呼ぶことにする）⁽¹⁾。

(1) 本論文の引用にかかる本件事実の概要および判決内容については、本件の主任弁護人を担当された小長谷保弁護士（静岡県弁護士会）から閲覧させていただいた本件第一審の判決文に依拠して記述した（なお、本判例についてはLEX/DB25482146参照）。

仮釈放を念頭に置くと、本件で片方を懲役18年、片方を無期懲役とした場合、刑法28条によると、懲役18年に対して6年、無期懲役に対して10年の服役が少なくとも必要であり、その合計は16年、本件の場合のそれは、懲役24年に対して8年、懲役26年に対して8.66……年であり、その合計は16.66……年というわけだから、無期懲役が言い渡されている場合よりも、服役期間が長くなる

3. 問題の所在

刑法 45 条前段は、確定裁判を経ていない数罪を併合罪とする一方、同条後段は、(禁錮以上の刑に処する) 確定裁判を経た罪とその裁判確定前に犯した罪(余罪)とが併合罪にあたるとしている⁽²⁾。

たとえば、X の犯した A、B、C、D、E の五罪が確定裁判を経ていなければ、刑法 45 条前段により、この五罪が併合罪となるが、A、B、C 三罪が犯された後に、C 罪について禁錮以上の刑に処する確定裁判があり、その後、D、E の罪が犯された場合には、刑法 45 条により、A、B、C の三罪が第一グループの併合罪となり、D、E の二罪が第二グループの併合罪となり、両グループの併合罪相互の間は、併合罪の關係に立たない⁽³⁾。

そして、C 罪については A 罪・B 罪と併合罪だが、すでに裁判を経ており一事不再理の効力が生じているから再び裁判することが出来ず、C 罪の余罪たる A 罪、B 罪については、刑法 50 条により別途に裁判の必要があり、C 罪の刑と A 罪・B 罪の刑は刑法 51 条 2 項の制限(一個の裁判で解決されたときと均衡を失しないように、最も重い罪につき定めた刑の長期の 1.5 倍を超えて執行してはならない)の下において合わせて執行され⁽⁴⁾、結局、A 罪・B 罪・C 罪と D 罪・E 罪は併合罪の關係に立たないから、X には、いわゆる単純数罪として第一グループの併合罪についての刑と第二グループの併合罪についての刑とが併科されることになるわけである⁽⁵⁾。

のであり、このような意味で刑の不権衡を感じさせるほど有期刑の宣告としては異例の長期刑であることがわかる。

(2) 大谷實・刑法講義総論〔新版第 4 版〕(平成 24 年) 498 頁、佐伯千仞・四訂刑法講義(総論)(昭和 56 年) 381 頁、曾根威彦・刑法総論〔第四版〕(平成 20 年) 285 頁、高橋則夫・刑法総論(平成 22 年) 489-490 頁、西田典之・刑法総論〔第二版〕(平成 22 年) 421 頁、福田平・全訂刑法総論〔第五版〕(平成 23 年) 317 頁、前田雅英・刑法講義総論〔第 5 版〕(平成 23 年) 569 頁、山口厚・刑法総論〔第 2 版〕(平成 19 年) 383 頁等。

(3) 阿部純二・刑法総論(平成 9 年) 275 頁、内藤謙・刑法講義総論(下) II(平成 14 年) 1464 頁等。なお、本事例のように、A 罪犯行⇒B 罪犯行⇒C 罪犯行・確定という経過をたどり、A 罪・B 罪が同時に審判されるとき、A 罪・B 罪・C 罪が併合罪とされる場合の適条については、最決昭 34・2・9 刑集 13・1・82 は、刑法 45 条前段・後段をともに適用すべきこととしている。

(4) 東京高判平 6・9・16 判時 1527・154 は、平成 16 年刑法一部改正前の事案について、「併合罪につき数個の裁判があったときは、その執行に当たっては、併合罪の趣旨に照らし、刑法 51 条ただし書のほか、同法 14 条の制限に従うべきものと解するのが相当」であるとしている。

(5) A 罪・B 罪・C 罪(第一グループの併合罪)と D 罪・E 罪(第二グループの併合罪)は併合罪の關係に立たないから、第一グループの併合罪の刑と第二グループの併合罪の刑の併科の際

そして、刑法 45 条前段の併合罪を同時的併合罪とよび、同条後段の併合罪を事後的併合罪と呼ぶことがあるが⁽⁶⁾、上述したとおり、刑法 45 条によれば、事後的併合罪においては、確定裁判に併合罪関係の遮断効が認められていることになる⁽⁷⁾。問題は、なぜ、確定裁判によって併合罪関係が遮断されるのか、そして、それとの関連で、本件についてはどのような解決がなされるべきなのか、という点にある。以下、これらの点について、検討したい。

4. 学説

歴史的にみると、ローマ法・ゲルマン古法においては、犯罪の結果が重視された結果、「犯罪の数に相応する刑罰」(quot delicta, tot poenae ⇒ 犯罪の数だけ刑を科す)が要求され、かなり徹底した併科主義が行われ、これがヨーロッパの伝統となっていたが、やがて中世以降、併科による受刑者への過酷さを緩和するために、併科主義の修正形態としての加重主義が採用されるに至ったといわれる⁽⁸⁾。

そして、現在、諸外国においては、英米法などでは、我が国の併合罪に当たる概念はなく、数個の犯罪について同時に裁判を行う場合には、各罪につき、個別的に刑を定めることとされ、確定裁判の存在を理由として、その裁判確定前に犯した罪について特別の扱いをすることはないが、大陸法系の法制では、我が国の併合罪に類似した取扱いをする例が多く、ある罪について、確定裁判があるときは、その確定裁判の言渡しまたは確定前に犯した罪の処断またはその刑の執行につき、特別の取り扱いをし

には、51 条所定の刑の執行の制限も生じない(伊藤涉「併合罪」注釈刑法第 1 卷(平成 22 年)724 頁、井田良・講義刑法学総論(平成 20 年)529 頁(注 28))。もっとも、立法論としては、この場合の併科主義の妥当性について異論が少なくない(浅田和茂・刑法総論〔補正版〕(平成 19 年)492 頁、鈴木茂嗣・刑法総論〔犯罪論〕〔第二版〕(平成 23 年)290 頁、田藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平成 2 年)449-450 頁注(6)、林幹人・刑法総論〔第二版〕(平成 20 年)458 頁、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和 50 年)434 頁)。

(6) 香川達夫・刑法講義総論〔第三版〕(平成 7 年)455 頁、川端博・刑法総論講義〔第 2 版〕(平成 18 年)647 頁等。

(7) 井田・前掲書(注 5)529 頁。

(8) 小野清一郎・犯罪構成要件の理論(昭和 28 年)403 頁、小林充・刑法〔第三版〕(平成 19 年)164-165 頁、只木誠・罪数論の研究(平成 16 年)15 頁、中野次雄「併合罪」刑事法講座 7 卷(昭和 28 年)1373 頁。最判平 15・7・10 刑集 57・7・903 も、「(併合罪について加重単一刑主義を採用する)刑法 47 条が、いわゆる併科主義による過酷な結果の回避という趣旨を内包した規定であることは明らかである」と認めている。なお、加重単一刑(統一刑)主義自体は、行為責任に基づくものであるとするのが、平野龍一・犯罪論の諸問題(上)総論(昭和 56 年)230 頁である。

ているといわれる⁽⁹⁾。

では、成立した数個の犯罪の間に他の犯罪についての確定裁判が介在する場合、その裁判確定時を境として、その前後の犯罪の間に併合罪関係を認めない理由、すなわち、確定裁判によって併合罪関係が遮断される理由については、学説において、以下のような説明がなされている⁽¹⁰⁾。

(1) 訴訟法的考慮

これは、併合罪の取り扱いが同時審判の可能性という訴訟法的考慮によるのだから、同時審判の可能性が確定裁判の介在によって存在しなくなったとき、併合罪とする理由がないというものであり⁽¹¹⁾、同時審判の可能性が存在する場合、同時に全体を考慮しながら処断刑（その刑種・刑量）を決する方が、分断的・個別的に判断するよりも、適切な判断を行いうるという前提に立った考え方である、といえよう。要するに実務上の便宜を図った規定だというわけである。

(2) 人格責任論の観点

しかし、裁判の段階だけでなく、執行の段階でも併合罪として特別の扱いをされるのだから、同時に併合して審判する可能性があったというだけでは十分な理由にはならない⁽¹²⁾、として人格責任論の観点から、より根本的な理由づけがなされる。

すなわち、「数個の行為は一個の人格態度の発現ではないが、根柢において一連の人格形成によってつながるものであり、その意味で包括して評価されるべきである。しかし、国家からいったん刑罰的評価（有罪判決の確定）を受けたときは、それ以後はあらたな人格態度が期待されるのであり、したがって、評価の対象としての人格形成の一連性は、それによって遮断されるものと考えられることができる」ので、確定裁判は併合罪関係を遮断するのである⁽¹³⁾。

(9) 中山善房・大コンメンタル刑法第4巻（第二版）（平成11年）231頁。

(10) 伊藤・前掲書（注5）724頁、中山・前掲書（注9）241頁、山中敬一・刑法総論（第2版）（平成20年）1012頁。

(11) 伊東研祐・刑法講義総論（平成22年）405頁、吉川経夫・三訂刑法総論〔補訂版〕（平成8年）303-304頁、莊子邦雄・刑法総論〔第三版〕（平成8年）507頁、平場安治・刑法総論講義（昭和35年）176頁、山口・前掲書（注2）383頁。

(12) 団藤・前掲書（注5）449-450頁注（6）。

(13) 板倉宏・刑法総論（平成16年）369頁、大塚仁・刑法概説（総論）〔第四版〕（平成20年）507頁、佐久間修・刑法総論（平成21年）436頁、団藤・前掲書449頁、藤木英雄・刑法講義総論（昭和50年）

つまり、45 条前段の同時的併合罪の場合には、共通した行為者人格の発現としての行為だから、一括評価することに意味があるが、45 条後段の事後的併合罪に関しては、確定判決を受けた場合には、その判決により従前の行為者人格が改善された可能性があるため、確定裁判前になされた別の犯罪と一括して評価することはできないというのである。

(3) 素質・環境の二重評価の観点

これに対して、人格責任ではなく行為責任を強調する限り、各行為について刑を科するのが自然であるとしても、その場合、行為者の行為責任の分量を決定する際、行為者の素質・環境が考慮されるし、他にどのような罪を犯したかということも当然量刑に影響するのであり、このように考えると、刑法 45 条前段のように同時に審判される場合には、それぞれの行為に各別の刑を科したのであれば、同一の素質・環境が二重に評価されるので、一括評価すべきであり、刑法 45 条後段のように、ある罪について有罪の確定裁判があったときは、その当時の行為者の素質・環境は考慮済みであるから、刑の適用を考慮して一括評価すべきである、との結論に至るとする⁽¹⁴⁾。

(4) 確定裁判の感銘力の観点

確定裁判の制動力ないし感銘力を無視した点を遮断の実質的理由としてあげる見解がある。すなわち、まだ確定裁判を経ない数罪は、裁判による戒告に接しないうちに重ねられたものであるから、おのおの別罪として刑罰を併科するほど重罰には値しないと見ることができるが、確定裁判の存在は犯人のその後の犯罪行動にとって有力な制動作用を営むはずであるのに、それにもかかわらず、なお、あえて罪を犯したとしたならば、それだけ重い罪責を負わせるに値するものである、と主張する⁽¹⁵⁾。

すなわち、「累犯加重と同じ思想的背景に立っている」というわけである。累犯加重と同じ思想的背景とは、いわゆる「警告理論」に立脚しているということである。警告理論とは、行為者が有罪宣告によって警告されたにもかかわらず、それを無視して新たな犯罪行為を実行する場合、行為責任の加重とそれに伴う処罰の加重をもたらす

349 頁。

(14) 青柳文雄・刑法通論 I (総論) (昭和 40 年) 428 頁。

(15) 植松正・再訂刑法概論 I (総論) (昭和 49 年) 425 頁、斎藤信治・刑法総論〔第六版〕(平成 20 年) 305 頁、西原春夫・刑法総論 (昭和 52 年) 383 頁、野村稔・刑法総論〔補訂版〕(平成 10 年) 460 頁、林幹人「罪数論」刑法理論の現代的展開 (総論 II) (平成 2 年) 290 頁。

という考え方であり、今日の累犯加重の根拠に関する通説となっている⁽¹⁶⁾。

この警告理論を、刑法 45 条後段の解釈に転用すると、単純数罪（確定裁判後の犯罪と確定裁判前に犯された罪）の場合、事後的併合罪に比べて、禁錮以上の刑に処する確定裁判を受けたにもかかわらず、性懲りもなく再び犯罪を犯しているの、責任がより重い、という考え方が採られることになるわけである⁽¹⁷⁾。

(5) 実体に即した裁判の合理性

確定判決は、その確定時までの背後事情を考慮して刑を量定しているの、それ以後は一応区切りをつけて量刑を明らかにするものだとする見解であるが⁽¹⁸⁾、その根拠としては、上述の(2)説に対する批判、すなわち、人格形成への影響は、判決の言渡しの際を標準とするべきであろうが、「確定裁判を経ていない」という現行法の規定は、判決確定時を標準と解せざるを得ないとする消極的理由があげられている⁽¹⁹⁾。

5. 判例

併合罪の範囲に関して、大審院は、併合罪とは確定判決を経ない数罪相互の関係をいい、確定裁判前の数罪とその後の数罪とは、相互に併合罪の関係を生じないとした（大判明 44・9・25 刑録 17・1560）。

ただ、判例においては、集合犯の中間に確定判決が介在した事案について、確定裁判によって併合罪関係が遮断される理由が問題となることがある。

たとえば、常習として一個の窃盗罪（a 罪）が実行された後、傷害罪（x 罪）に関して懲役刑に処する有罪判決が確定した後、新たに常習として一個の窃盗罪（b 罪）が行われた場合、①常習犯は包括的一罪であるから、最後の犯罪（b 罪）が終了した時点を基準にその成立を論じ、a 罪と b 罪は不可分の常習犯として捉え、x 罪との関係では、確定判決前に犯した罪とせず、刑法 45 条後段の適用を否定するか、②常習犯を構成する a 罪と b 罪は、それぞれ別個の行為であるから、x 罪の確定判決後に実行

(16) 中島広樹・累犯加重の研究（平成 17 年）93 頁・191 頁。

(17) 林・前掲書（注 5）458 頁。

(18) 平野・前掲書（注 5）434 頁、堀内捷三・刑法総論〔第二版〕（平成 16 年）321 頁。中山研一・刑法総論（昭和 57 年）541 頁は、確定裁判の感銘力を重視する考え方よりは、(5) 説のほうが遮断の意義と効果を必要以上に強調しない点で、冷静な理由づけにとどまっていることを根拠として(5) 説を妥当視している。

(19) 川端・前掲書（注 6）649 頁。

された b 罪は、確定判決前に犯した罪ではない以上、45 条後段の適用がないが、x 罪の確定判決前の a 罪については、45 条後段が適用される、とするかが問題となる。

そして、①の考え方は、b 罪が x 罪との関係で同時審判ができなかった点に着眼するものだから、前述した学説の (1) 説 (訴訟法的考慮) になじむものであり、②の考え方は、常習犯であっても行為は数個であり、確定判決後の行為については、判決の感銘力ないしそれに基づく人格態度が期待できるから、併合罪として一括扱いにする利益を与えないとする (2)・(4) 説の理論的帰結といえよう。

そこで、以下においては、集合犯・包括一罪に関するいくつかの事例を検討して判例の考え方について考察する。

(1) 不可分説に立つ判例

【事例① 広島高岡山支判昭 27・3・20 高刑集 5・3・424】

暴力行為等処罰に関する法律第 1 条第 2 項の常習暴行罪と認定された 11 個の行為の 6 番目の行為と 7 番目の行為の間に、窃盗罪の確定判決が介在していた事案において、原判決は 1 番目から 6 番目までの 6 個の行為に関する常習暴行罪と窃盗罪を 45 条後段による併合罪とし、それに対する懲役 1 年 6 月の刑と 7 番目から 11 番目までの行為に関する常習暴行罪に対する懲役 1 年の刑を言い渡した。

しかし、1 番目から 11 番目までの行為を常習暴行罪と認める以上、それらは、最後の犯罪時における包括一罪として処断すべきであり、原判決のように二罪として処断したのは違法と断じた。

【事例② 東京高判昭 35・2・16 高刑集 13・1・73】

被告人は、昭和 33 年 6 月初め頃から、同年 9 月 3 日頃までの間、4 名の女性を飲食店に居住させたうえ、不特定多数の客に売淫させ、自己の占有する場所に婦女を居住させてこれに売春させることを業とし、売春防止法 12 条違反の罪を犯したが、その中間にあたる昭和 33 年 6 月 13 日に道路交通取締法違反罪による有罪判決が言い渡され、同年 7 月 10 日に確定していた事案について、道路交通取締法違反罪による有罪判決の確定前の、売春防止法 12 条違反行為の部分のみが確定裁判に係る道路交通取締法違反罪と併合罪になるとして刑法 45 条後段を適用した原判決には、法令適用の誤りがあったとした。

すなわち、売春防止法 12 条違反の罪は、いわゆる営業犯として、継続して行われた

全体を包括して単一の罪と解すべきであるから、その中間において、これと全く性質を異にする道路交通取締法違反罪による確定判決があることにより、この確定判決の前後により本来一罪である営業犯を二分し、二罪として処断しなければならない理由は存しないと判示している。

これら二つの判例に共通するのは、要するに集合犯の犯されている途中において、別罪について、確定裁判が介在しても、それらの罪は本来の一罪であって、一体として捉えられるべきものであり、その成立は犯罪終了時を基準として論じられるのが妥当だから、45条後段の適用はないとする考え方である⁽²⁰⁾。

しかも、事例②は、営業犯たる本件犯罪の始期が道路交通取締法違反罪による確定判決前であることを理由として、本件犯行全体を確定判決前に犯した罪と解して刑法45条後段を適用するという考え方⁽²¹⁾は、確定裁判に係る罪と同時審判不能の部分をも審判可能であったはずと擬制するもので採用しえないとする。

すなわち、これら不可分説の特徴は、集合犯の一罪性を強調するとともに、同時審判可能性を重視する点にあるといえよう。

(2) 可分説に立つ判例

【事例③ 東京高判昭29・9・28 高刑集7・10・1530】

被告人の行為は、覚せい剤取締法違反の包括一罪であるが、その中間に確定判決の存する場合には、その確定判決のあったときを境としてその前の罪とその確定判決を経た罪とは刑法45条後段の併合罪の関係にあったものと解するのが相当である、という旨判示している。

【事例④ 名古屋高金沢支判昭31・11・27 裁特3・23・1132】

被告人は、たばこ専売法違反の販売罪と販売準備罪を犯したが、その中間に傷害罪、道路交通取締法違反罪、覚せい剤取締法違反による三個の確定判決が介在していた事案につき、多数行為が集合する(たばこ専売法違反罪のような)営業犯の進行中に、偶々、当該犯人が、何らかの裁判の言渡しを受け、その営業犯の終了前、

(20) 大塚・前掲書(注13)508頁。

(21) 学説において、このような考え方を採るのは、刑の感銘力を重視する立場の西原・前掲書(注15)383頁注(1)であり、「(集合犯は、)数個の行為からなる犯罪であるから、他罪の裁判確定後にもなお新たな意思決定をして罪をくり返すということは、確定裁判の感銘力を生かさないことに通じ、そのようなものを含む集合犯全体が、裁判確定後に犯したものと解されてしかるべきである」と論じている

前記裁判の確定を見るに至ったような場合は、裁判確定時を基準として、営業犯を前後に二分し、裁判確定前に行われた部分と確定裁判を経由した犯罪とをもって、刑法 45 条後段所定の併合罪とし、その後成立した部分を併合罪ではないとし、以上の各部分を科刑上別個に取り扱うべきであると解するのを相当とする、と判示した。

これらの判例に共通するのは、集合犯における行為の数個性を直視し、確定裁判の感銘力の無視という点を強調する考え方に親近性を有することと言えよう⁽²²⁾。

【事例⑤ 最決昭 39・7・9 刑集 18・6・375】

被告人が、①昭和 36 年 10 月 21 日から昭和 37 年 7 月 7 日までの間に盗犯等防止法 2 条 4 号の常習窃盗を行い、②昭和 37 年 1 月 11 日窃盗罪を犯し、③同年 5 月 23 日に窃盗罪を犯し、④同年 7 月 31 日と 8 月 3 日の二回にわたり盗犯等防止法 2 条 4 号の常習窃盗を行った事案につき（①と④の中間に道交法違反の確定裁判が介在する）、第一審は、確定裁判前に犯した①、②、③との間に刑法 45 条後段の関係があるとして刑法 50 条によって一個の刑を言い渡すとともに、④の常習特殊窃盗罪については別個の刑を言い渡した。原判決は、①と④は一個の常習犯をなすものであって、その中間に別種の罪の確定裁判が介在しても、常習犯は二分されず、裁判確定後に当該常習犯が終了したのだから、その常習犯は裁判確定後の犯罪として、①、②、③、④は 45 条前段の併合罪に当たるとして一個の刑を言い渡したのであるが、本決定においては、②と③が刑法 45 条後段の併合罪の関係にあり、①・④の常習特殊窃盗は、確定裁判後の犯罪として②と③とは併合罪関係に立つものではなく、よって二個の刑が言い渡されるべきであるとした。

すなわち、本判例は、上記事例③・④の可分説に立たず①・②の不可分説に立つといえよう。これはすでに述べたように、集合犯の数罪性を直視し、刑の感銘力を主張する立場よりは、集合犯の一罪性に立脚し、同時審判性に依る立場により親近性をもつものといえよう⁽²³⁾。

(22) 中山・前掲書（注 18）541 頁注（2）。可分説は、確定裁判の感銘力を重視するので情状の評価において被告人の不利にならざるを得ないともいわれる（高窪真人「併合罪」判例刑法研究 4（昭和 56 年）353 頁）。

(23) 高田卓爾・注釈刑法（2）のⅡ総則（3）（昭和 44 年）588 頁。

とはいえ、実務においては、禁錮以上の刑に処する確定裁判の前における罪については、確定裁判を受けた罪と同時に審判を受ける可能性のあったものであるから、それが同時に審判を受けた場合における一般的量刑を考慮したうえ、それをうけることができなかつた諸事情などを総合的に考慮して具体的な宣告刑を定めることになるが、禁錮以上の刑に処する確定裁判の後における罪については、新たな規範意識の覚醒が期待されていることなどを考慮したうえで、確定裁判前の罪の場合と比較すると一般的には厳しい量刑がなされているとされる⁽²⁴⁾。

6. 検討

(1) 各説に対する批判

以上、なぜ確定裁判によって併合罪関係が遮断されるのか、換言すると、一個または数個の余罪と確定裁判後の一個または数個の罪について、どうして全部を一つの主文にしてはいけないのかという点の根拠についての考え方を検討してきた。なお、この点に関する判例の考え方は必ずしも明確ではなかつた。

以下では、前述した(1)説から(5)説について検討を加え、確定裁判の遮断効を認める理由として説得力があるかどうかについて検証したい。

まず、(1)説(訴訟法的考慮)は、たとえば、ある罪についての有罪判決の言い渡し後、判決確定以前に別の罪が実行された場合、両罪の間には同時審判の可能性がなかつたのに併合罪として扱われることになるので、すでに、十分な根拠とはいえないであろう⁽²⁵⁾。また、A罪の実行⇒B罪の実行⇒A罪につき禁錮以上に処する確定裁判⇒C罪の実行があつたというとき、確定裁判をはさんだB罪とC罪とに同時審判の可能性が存する可能性があることは、何よりもまさに本件を具体例として挙げることができよう。確定裁判の存在が、その前後に行われた犯罪の同時審判の可能性を否定する保証は全くない⁽²⁶⁾。

また、(3)説についても、(1)説におけると同様に、同時審判の可能性のある犯罪が確定裁判にまたがって存在することが否定できない以上、十分な説得力を持ちえないと言ふべきである。さらに、たとえば、集合犯の中間に全く別種の犯罪が確定裁判を受ける犯罪として介在していた判例の事例にかんがみると、確定裁判においてそれ

(24) 川端・前掲書(注6)653頁。

(25) 井田・前掲書(注5)529頁(注31)。

(26) 井田・前掲書(注5)529頁。

以前の余罪についての行為者の素質と環境あるいは背後事情が考慮されつくしているという主張内容は観念的にすぎると解される⁽²⁷⁾。そして、同様の理由から、(5) 説もまた、一応の説明にとどまると言わざるを得ない⁽²⁸⁾。

また、累犯加重と同じ思想的背景に立つといわれる (2) 説ないし結論的にそれと同工異曲の (4) 説についても⁽²⁹⁾、便宜的な説明あるいはひとつの擬制⁽³⁰⁾と批判されることが多いが⁽³¹⁾、結局、禁錮以上の刑に処する確定裁判の後における罪については、新たな規範意識の覚醒が期待されていることなどを考慮したうえで、確定裁判前の罪と比

(27) たとえば、最決昭 39・7・9 刑集 18・6・375 は、第一窃盗の実行⇒第二窃盗の実行⇒第一常習窃盗実行⇒道交法違反の確定判決⇒第二常習窃盗実行という経過をたどった事案について、道交法違反の確定裁判の前後で常習窃盗を二分した一審判決の考え方を否定し、道交法違反の罪と第一窃盗と第二窃盗が 45 条後段の併合罪であり、常習犯は中間に確定裁判が介在しても包括して一個の常習犯であり、その常習犯は第二常習犯の終了時を基準とすると確定裁判後の犯罪であるから、確定裁判を受けた犯罪とは併合罪にならないとしているが、この場合、確定裁判を受けた道交法の裁判で常習窃盗に関し、行為者の素質・環境や背後事情が考慮されていたとは考えにくいであろう。

(28) 浅田・前掲書 (注 5) 492 頁。

(29) 藤木・前掲書 (注 13) 349 頁は、「禁錮以上の刑に処する確定裁判によって併合罪関係が遮断されるのも、裁判を受け、これをもはや争いえなくなったという事実が、犯人に及ぼす感銘力により、判決確定の前後で人格の連続性が遮断されると考えたからである」と述べており、上述したように人格責任論の立場において「確定裁判後の従前と異なる人格の改善可能性」と説くのは、端的に「感銘力を無視する人格態度」をさしていることがわかる。すなわち、警告理論については (2) 説 (人格責任論) の主張内容と (4) 説 (感銘力の無視) のそれとは、重なり合うのである (団藤・前掲書 (注 5) 532 頁)。

(30) 松宮孝明・レヴィジョン刑法 2 (平成 14 年) 219 頁、藤木・前掲書 (注 13) 349 頁。

(31) 以上のとおり、今日論じられている学説では、確定裁判によって併合罪関係が遮断される十分に説得力のある説明は提供されていないといえよう。すなわち、数罪が犯された場合、これを併科する過酷さを避けるために併合罪加重が生み出された歴史にかがみるとき、確定裁判が介在したからといって、一個または数個の余罪と確定裁判後の一個または数個の罪について、現在同時に裁判しようとする場合に、全部について一律に一つの主文にははいけないということの実質的根拠は甚だ薄弱であるということであり、同時に裁判する数罪は、確定裁判の介在にかかわらず、つねに併合罪として一括処理する方向が、解釈論上も立法論上も検討されるべきであろう。

その例をあげると、解釈論ないし運用論上は、内田文昭・改訂刑法 1 (総論) [補訂版] (平成 9 年) 353 頁が、数罪につき、全体としての刑を考え、これを各罪に分配するといった試みを提案している (たぶん、本件を例に考えると、たとえば刑法 14 条 2 項において併合罪加重の限度とされる懲役 30 年を全体としての刑と考えた場合、窃盗の確定判決前の併合罪グループについて懲役 14 年、確定判決後の併合罪グループについて懲役 16 年として両者を 30 年の限度内で併科するという類の解釈であろう)。

また、立法論としては、戸田弘「併合罪と確定裁判」判タ 150 号 (昭和 38 年) 220 頁は、夙に確定裁判による限定の全面的撤廃の可否を注意深く検討すべきことを提言している。

較してみると、一般的には厳しい量刑がされているのが実務の実情である⁽³²⁾ということからすると、結局、確定裁判の感銘力を理由とする、いわゆる警告理論の当否がさらに別個に検討されるべきであると思われる。

(2) 警告理論について

そもそも、累犯加重の根拠づけに関しては、かつては、新派の立場から、行為者の危険性に対する社会防衛の見地が強調され、行為者の社会復帰よりは、社会からの行為者の隔離に重点を置いた説明⁽³³⁾もあったが、今日では、規範違反としての違法性が増加するという見解⁽³⁴⁾、特別予防の必要性が増大する⁽³⁵⁾という説明、そして、行為責任の増加を説く警告理論⁽³⁶⁾あるいはそれらの折衷説⁽³⁷⁾が主張されており、警告理論が支配的であるといえよう⁽³⁸⁾。

しかし、警告理論は、かねてから「責任主義」の名の下に様々な批判が加えられて

(32) 中山・前掲書(注9)214頁。

(33) 牧野英一・増訂刑法通義(第18版)(明治40年)149頁等。

(34) 西原・前掲書(注15)397頁、高橋・前掲書(注2)510頁、野村・前掲書(注15)459頁。

(35) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)」法学研究55巻10号(昭和57年)93頁注(97)、中野次雄・刑法総論概要(第3版補訂版)(平成9年)234頁、西田・前掲書(注2)424頁等。なお、特別予防は、再社会化のほかに隔離をも含むのだから、特別予防だけが累犯加重の根拠としてあげられた場合、社会復帰の観点よりもむしろ累犯者の隔離(無害化)の面のみを含意しているのではないかが注意されなくてはならない(無害化による特別予防は、行為者の再社会化のためにはならないから)と指摘される(松宮孝明・レヴィジョン刑法3(平成21年)262-264頁)。

(36) 大谷・前掲書(注12)537頁、川端・前掲書(注6)677頁、平野龍一・矯正保護法(昭和38年)26頁等。警告理論が支持される理由は、条文において前犯についての科刑の有無および執行の完了が要件とされているという形式的な事情に求められていることが多い。ただし、近年は警告理論に対する批判が強い。たとえば、難波宏「前科、前歴等と量刑」判タ1238号(平成19年)40頁は、「(警告理論を)強調すると、同種犯行を繰り返す限り、どこまでも加重しつづけなければならないことになり、法益侵害性はそれほど変わらないのに、責任だけはどこまでも大きくなり続け、刑が重くなり続けるということが責任主義の考え方に適うのか、という疑問を感じさせる」と指摘し、高山佳奈子「難波宏「前科、前歴等と量刑」について」判タ1238号(平成19年)64-65頁も、警告理論の内実が国家に対する反逆を重い処罰の根拠とするものにほかならないと批判して、累犯加重の根拠を、再社会化、という意味での特別予防の必要性の大きさに求めるべきだとしている。また、中山研一・レヴィジョン刑法3(平成21年)263頁も、累犯加重を個別行為責任で説明することは無理だとしている。浅田・前掲書(注5)508頁は、個別行為責任論の立場からは、一律の刑罰加重を許容する現行刑法典の累犯加重は実体的デュープロセスの要請たる責任主義に反し、違憲の疑いのあることを示唆している。

(37) 大塚・前掲書(注13)539頁、曾根・前掲書(注2)285頁、福田・前掲書(注2)345頁等がある。

(38) 小林憲太郎・刑法的帰責(平成19年)93頁(注152)。

いる。すなわち、その概要は以下の通りである。

①警告理論は、行為責任の増加を根拠とするが、責任は違法を前提としており、責任のみの重さを理由として刑を加重することは許されない⁽³⁹⁾、②形式的要件が備わっただけで一律に行為責任の増加を認めることは許されない⁽⁴⁰⁾、③前刑の存在は、行為者にとって有利な警告作用ではなく、犯罪者の烙印として、行為者の遵法的生活に関して極めて不利に作用する⁽⁴¹⁾、④累犯者になったのは刑の警告が無効であったことを意味するのであるから、そもそも、前刑に心理的効果（感銘力）を認めるべきではない⁽⁴²⁾、⑤犯罪を反復するとむしろ行為者の反対動機が麻痺するのだから、前刑の警告無視を責任増大につなげるのは期待可能性の擬制である⁽⁴³⁾、⑥行為責任の根拠は、当該行為だけに求めるべきであり、前刑の存在のような当該犯行とは独立の事態を責任判断の対象とすべきではない⁽⁴⁴⁾、⑦前刑についての犯罪は先の刑罰で責任を果たしているのだから、犯行の反復を理由に責任を加重することは同一犯行について二重の責任を負わずことになる⁽⁴⁵⁾、⑧法定刑の上限が二倍になっているのは、責任の分量を超えた保安刑を科すものである⁽⁴⁶⁾。

このうち、警告理論にとって致命的なのは、①と⑥である。警告理論は、結果無価値まで視野におさめた違法増加を根拠づけるものではなく、あくまでも、非難可能性という意味での責任の増加を基礎づけるもので、その際、累犯として行われた行為と無関係の以前の有罪宣告を問題とせざるを得ないからである。

ただ逆に言えば、必ず刑の下限を固定する（例えば、前科者の詐欺は必ず少なくとも懲役6月にする）という規定になっておらず、刑の加重の可否に関して累犯行為の法益侵害性の大小を考慮できる規定になっているならば、①の問題は実務的には意識されにくく⁽⁴⁷⁾、行為責任についても行為者人格を考慮に入れる「広い意味での行為責任」

(39) 内田・前掲書（注31）224頁。

(40) 阿部純二「累犯加重の根拠」岩田誠先生傘寿祝賀論集『刑事裁判の諸問題』（昭和57年）95頁。

(41) 吉岡一男「累犯と常習犯」『現代刑法講座第三卷』（昭和54年）313頁。

(42) 佐伯・前掲書（注2）417頁。

(43) 中山・前掲書（注18）562頁注（3）。

(44) 森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」法の理論8（昭和62年）94-95頁。

(45) 平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷（昭和59年）103頁。

(46) 内藤謙・刑法講義総論（下）I（平成3年）741～742頁、井田・前掲書（注5）558-559頁。

(47) ①の問題は、ドイツでは「責任相応刑」の問題として論じられたが、現行刑法典の一般累犯規定（56条）は、刑の上限のみの加重であるが、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条の場合、刑の下限が窃盗は3年、強盗は7年に固定されているから、責任相応刑の問題が意識される。刑法45条後段もまた、確定裁判後の行為の重大性如何を問わず一律に併合の利益を奪うので、やは

を前提とするわが国の実務的理解においては、⑥の問題も重大視されない⁽⁴⁸⁾。

また、責任刑を超えるという批判⑧については、もともと、責任刑を理論的必然的論拠に基づく点として数量化することが困難である以上、累犯に対してどのような重い法的効果を与えても、必ずしも主張し得ないわけではないと思われるから、あまり重大視すべきではなかろう⁽⁴⁹⁾。

そうすると、警告理論によって「高められた行為責任」が認められた場合にのみ、累犯加重を行うというアプローチをとれば②③④⑤⑦の各批判はかわせるはずだし、そのような機能を期待されて、ドイツでは、一定の条件のもと、過去に少なくとも二回、故意の犯罪行為により刑の言渡しを受け、その一部について自由刑の執行を受けた者が、新たに故意の犯罪行為を犯し、「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合」には、刑の下限を6月の自由刑にするという一般的累犯加重規定（旧刑法48条）を設けたのであった（1970年4月1日から1986年4月30日まで存続した）。

そして48条中の「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合」という部分を非難性条項といい、この条項の要件を満たす場合、警告機能に基づく高められた行為責任を認め累犯加重を行うことにしたのである⁽⁵⁰⁾。

すなわち、累犯に対して一律に警告無視として刑罰を加重するのではなく、前科行為と累犯行為との間に、法益の類似性等の一定の関連性が認められる場合に非難性条項の要件を満たしたものとして行為責任の増加を肯定して累犯加重を行うことにした。すなわち、警告理論により累犯の重い行為責任を根拠づけると同時に、非難性条項によって累犯の重い行為責任を限定したわけである⁽⁵¹⁾。しかし、刑の下限が6月に固

り責任相応刑の問題が生じるのである。

(48) 井田良・変革の時代における理論刑法学（平成19年）220頁。

(49) もともと責任刑を点として数量化することは原理的に不可能だともいわれている（井田・前掲書（注48）222頁）。

(50) ここで参考にした、ドイツ刑法旧48条1項の条文は以下の通り。

「ある者が、すでに少なくとも二度、本法の場所的適用領域内において、故意の犯罪行為により刑の言渡しを受け、かつ、これらの行為の一個または数個により、少なくとも三月の期間、自由刑の執行を終えた後、故意の犯罪行為を犯し、犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合において、行為について別段の高い下限が定められていないときは、刑の下限は6月の自由刑とする。定められた刑の上限はそのままとする」（法務資料第439号（昭和57年）21頁）。

(51) 48条の非難性条項を満たさない、すなわち、犯罪間に関連性がないとされ、「前刑の警告機能⇒高められた行為責任⇒累犯加重」の流れが否定された事例を若干あげると、①性犯罪と非

定されていたことから累犯の違法性の大小を考慮できず、つまり①の批判を克服できなかった（＝軽微累犯に責任相応の刑を科せなかった）ことが主因となってドイツ刑法旧 48 条の累犯加重規定は削除されたのである⁽⁵²⁾。

(3) まとめ

刑法 45 条後段の規定によって、確定裁判によって併合罪関係が遮断される根拠を、通説や実務のように警告理論に求めるのであれば、原則的には、前述した警告理論に対する①～⑧までの批判を受けることになる。

しかし、前述したドイツ刑法旧 48 条の警告理論に基づく非難性条項の解釈を参考にして⁽⁵³⁾、確定裁判を受けた犯罪行為とその後の犯罪行為が、保護法益の共通性や構成要件的行為の共通性を基礎として構成要件的重なり合いが認められる場合には、警告無視による高められた行為責任とそれに基づく一括処理を認め、そうでなければ一括処理を認めないという警告理論に基づく解釈を採用するのであれば、なお、抽象的事実の錯誤に対する法定的符合説に基づく処理とパラレルな解決となるはずである⁽⁵⁴⁾し、

性犯罪、②窃盗と偽証教唆、③財産犯と無免許運転などであるが、この点については、その他の事例も含めて、中島・前掲書（注 16）229-235 頁参照。

(52) 累犯加重規定（48 条）の削除理由としては、責任相応刑の問題や特別予防効果の欠如が挙げられるほか（中島・前掲書（注 16）323-324 頁注（2））、警告理論も批判されたが、ドイツでは、「前科」加重の根拠として、なお、学説・判例において警告理論を支持するものがある（中島・前掲書（注 16）240-273 頁）。

(53) 45 条後段の解釈において「警告理論」を用いたとしても、45 条後段をただちに累犯加重規定と解しうるかはここでは、別論である。累犯加重と同じ思想的背景に立つとしても、45 条は少なくとも形式的には刑法第 9 章の併合罪の規定なのであり、警告理論が使用される併合罪の例外的規定だからといっても、併合罪のなかに刑法第 10 章の累犯との同一性を認めるべきかどうかは慎重に検討しなくてはならない。ここでは、さしあたり、刑法 45 条後段が累犯か併合罪かはさておき、45 条後段の解釈論として使用された警告理論自体の独立的意義を前提として議論を進める。警告理論の採用は、確かに、責任は刑罰を限定する機能を担うべきだとする消極的責任主義の原則に反するであろうが、責任主義の原則に反する例外は、ただちに特別予防により根拠づけべきだとするわけにもいかない。思うに、特別予防の展望的性格は、回顧的性格をもつ責任よりはその判断が不安定なものになりやすいといわざるを得ない以上、消極的責任主義の例外としては、一応回顧的性格を有する責任増加論たる警告理論を採用せざるを得ない。このような原則・例外論の手法は必ずしも奇異なものではない。たとえば、消極的責任主義を原則として採用しつつ、業務上過失致死罪や業務上横領罪の刑罰加重を責任増加によって説明する立場も、消極的責任主義の例外を予防ではなく責任の範囲内で限定しようとする趣旨と解される（曾根・前掲書（注 2）133 頁、177 頁、曾根威彦・刑法各論第 5 版〔平成 24 年〕177 頁）。

(54) 大審院・最高裁が構成要件の重なり合いを認めたものとしては、単独犯については同意殺人と普通殺人（大判明 43・4・28 刑録 16・760）、占有離脱物横領と窃盗（大判大 9・3・19 刑録 26・211）、覚せい剤輸入と麻薬輸入、覚せい剤無許可輸入と輸入禁制品である麻薬輸入（最決昭

重い責任を基礎づけるとともに限定することも一応可能なのだから、とりわけ①や⑥の観点から必ずしも厳密な責任主義からの批判に耐えられないとしても、一定の範囲内で消極的責任主義の要請にも合致するであろう。確かに、警告理論は、「みせかけの責任主義」⁽⁵⁵⁾と批判されたが、最も妥当な選択肢と解される確定判決の要件の削除が立法措置としてなされる見通しが立っていない現状の下では、確定裁判を無限定な形式的要件として扱うよりは、さしあたっては、限定解釈を施し得るような警告理論を採用する方が責任主義の観点からは「まし」ではなかろうか。

すなわち、抽象的事実の錯誤の場合、保護法益や構成要件の行為の共通性を基準として構成要件が実質的に重なり合わない場合には故意を阻却するのと同様に⁽⁵⁶⁾、確定裁判を受けた犯罪と罪質を異にする犯罪を確定裁判後に犯した行為者には、故意が構成要件関連的なものである以上、当該確定裁判後の犯罪行為についてその違法性の意識をより強く喚起する故意の提訴機能（警告機能）は働かず、したがって、高められた行為責任は生じないので併合の利益を奪うことはできないと解すべきである⁽⁵⁷⁾。

54・3・27 刑集 33・2・140)、麻薬所持と覚せい剤所持（最決昭 61・6・9 刑集 40・4・269）、共犯に関しては、窃盗と強盗（最判昭 23・5・1 刑集 2・5・435）、虚偽公文書作成と公文書偽造（最判昭 23・10・23 刑集 2・11・1386）、恐喝と強盗（最判昭 25・4・11 判例 2 体系 31・1072）、傷害と殺人（最決昭 54・4・13 刑集 33・3・179）等がある。判例は、法定的符合説に立つとみられる（最決昭 25・7・11 刑集 4・7・1261）。

(55) B・シューネマン（編）／中山研一＝浅田和茂（監訳）・現代刑法体系の基本問題（平成 2 年）271 頁。

(56) 大塚・前掲書（注 13）197 頁、大谷・前掲書（注 2）177 頁、川端・前掲書（注 6）259 頁、曾根・前掲書（注 2）187 頁、山口・前掲書（注 2）223-224 頁等。

(57) 前田・前掲書（注 2）238 頁は、判例が、故意に提訴機能を認め、事実の錯誤を「一般人ならば違法性を意識し得る程度の事実の認識が欠ける場合」と考えてきた、と分析するが、このような判例の考え方に立つならば、高められた違法性の意識（とそれに基づく反対動機の強化）は、確定裁判後の犯罪を犯す際、一般人がより強く違法性を意識し得る程度の事実の認識を欠いた場合、すなわち、構成要件の関連性のない犯罪について確定判決を受けていた場合には、欠如するというのが論理的な帰結であろう。また、高山佳奈子・故意と違法性の意識（平成 11 年）307-308 頁は、「刑事責任がつねに個別の犯罪事実について問われるものである以上、『法に従った動機づけの可能性』の保障は、その犯罪事実について与えられるものでなければならない。抽象的な『動機づけの可能性』を問題にすることはできないと思われる」として、個別行為責任の原則から違法性の意識の可分性を認めるべきことを主張しており、わが国の学説も一部の例外を除き違法性の意識の可分性を一般に承認していると指摘している。本件のように保護法益を異にする犯罪間の累犯の場合、警告機能が働かないというべきなので、当然、犯罪事実結びつく違法性の意識（の可能性）は高められず、それゆえ、反対動機が強化されず、その結果高められた行為責任が生じないという規範的判断がなされるべきである。

ドイツでは、前刑の警告に基づく高められた行為責任は、「禁止の錯誤の裏返しの問題」（die Kehrseite des Verbotsirrtums）と解されていたのである（中島・前掲書（注 16）227 頁）。

本件の場合、確定裁判を受けた犯罪は、窃盗罪であり、確定裁判後の犯罪は、強姦致傷罪である。前者の保護法益は、財産（所有権・占有）であり、後者は、個人の性的自由であり、この間に構成要件の関連性を認め得ないことについては、誰しも異論はないであろう。なお、確定裁判後の2件の強姦罪（公訴事実第10の罪と第12の罪）については、確定裁判を受けた窃盗罪と法益の共通性は認められるが、本件で併合罪加重の対象となるのは強姦致傷罪であるから、確定裁判の感銘力も強姦致傷罪についてのみ考えるのが加重単一刑主義に立つ現行刑法の併合罪規定の趣旨に合致した解釈と思われる⁽⁵⁸⁾。すなわち、併合罪加重をするか否かは、併合罪を構成する各罪のうち最も重い罪につき定めた刑に1.5倍するか、しないかで各罪を併科するかどうかの問題である以上、確定裁判の感銘力の存否は、最も重い罪について問うべきであり、最も重い罪に対して感銘力を認められなければ、併合の利益は奪われず、確定裁判の存在は無視し得るから、45条前段により確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪とは併合罪となるのである。

結局、最終的には、本件の場合、平成21年3月17日に確定した窃盗罪についての裁判には強姦致傷罪に対する感銘力を認めることはできず、それゆえ、確定裁判の無視に基づく高められた行為責任に基づいて確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪との一括処理という併合の利益を奪うことはできず、確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪に関しては、共に刑法45条前段により併合罪加重されるという結論が導かれる。

例えば2個の主文で懲役50年をもたらず判決は、なるほど法律上は形式的に可能だとしても、感銘力の無視にもとづく責任増加を併合の利益を奪う根拠づけとする場合、過度に重い量刑は、行為者の意思活動の範囲を超えた部分に科刑するわけであるから、そのような刑罰は行為者本人と社会一般人の恐怖心によって、一時的な効果を持ちえたとしても、その規範意識を確認・強化することによる継続的な効果を発揮することはできない⁽⁵⁹⁾ということにかんがみると、責任主義の意義をわきまえないことから生じる、いかにも鬼面人を驚かす類の刑罰という印象を否めない。

確かに、「強姦は魂の殺人」であるといわれるとしても（人の生命そのものを侵害したのではない「強姦罪」が「殺人罪」と類推解釈されて殺人罪以上の罪責を問われることがあってはならないのは当然であるが）、それに報いるのに懲役50年という「人

(58) 最判平15・7・10刑集57・7・903も、加重単一刑主義のもとでは、併合罪を構成する個別の罪の存在を重視しないとする「全体的アプローチ」を採用しているのである（井田・前掲書（注5）531-532頁）、小林・前掲書（注8）165頁。

(59) 内藤・前掲書（注46）737頁。

を生ける屍とする」ような刑罰を用いることが単なる復讐とは厳然と区別されるべき刑法上の「行為責任」に相応する公刑罰といえるであろうか。終身刑の採用の是非ですらなお十分に検討されていない我が国の現状にかんがみて、懲役50年という事実上の終身刑を言い渡すこと（強姦の被害者の意見に仮釈放の可否が大きく左右される制度を前提とすれば、今後50年間仮釈放が認められない公算は大きい）に司法は躊躇しないのであろうか。世論が支持するといっても世論は変わりやすい。世論は、それなりに尊重すべきことは当然すぎるほど当然であるが、だがしかし、責任主義のように長年月にわたって着実に形成確認されてきた刑法上の確固たる原理に匹敵するものではない。単に、強姦厳罰の世論の激流に流されるのではなく、むしろその激流に抗して、何が、一時的な流行であるかを、何を不易の価値として尊重すべきかを司法は賢察しなければならないのではなかろうか。

近年、先進諸国において「刑罰のポピュリズム（Penal Populism）」に伴う厳罰化が進行しているといわれるが、憂慮に堪えない⁽⁶⁰⁾。刑罰の正当化根拠は、今日においてもなお明確に一義的には明証されていないのであり、したがって、その解釈、立法、運用に際しては刑罰の効果を過信して盲進することなく、また、過度に法定安定性概念に縛られることなく常に謙抑的姿勢をとることこそが、刑法における謙抑主義の本旨であるということをおぼろげに忘れるべきではないであろう⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾。

(60) 「刑罰のポピュリズム」とは、マスコミが劇場的な犯罪報道をくり返すことで（治安悪化キャンペーン）、事実とは関係なく、治安が悪化したと多くの国民が不安感をもつようになる結果、それが犯罪に対する怒りや憎しみといった情緒的な反応を国民の中に生み出し、その怒りは、次第に刑事司法制度にも向けられるようになり、裁判所等が犯罪者に対して甘すぎるという批判が巻き起こり、ひいては、専門家による解説や統計的な事実が軽視されるようになり、政治家も巻き込んで、法と秩序キャンペーンが発生し、警察力の増強や厳罰化（力による犯罪対策）といったわかりやすい対策が選択されるようになる、という現象をいう（浜井浩一他・グローバル化する厳罰化とポピュリズム（平成21年）1頁以下）。このような現状をふまえるならば、裁判員裁判においては、裁判官は、裁判員のスケジュールに配慮する以上に、裁判員に対する責任主義や刑罰の意義に関する丁寧なレクチャーを行うべきであるというのが正義の要求であろう（原田國男・量刑判断の実際〔第3版〕（平成20年）354頁）。

(61) 小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」田藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻（昭和59年）15頁。謙抑主義は、現代社会が「限定的な処罰」から「妥当な処罰」への転換を迫るとしても、当然のことながら依然として厳格に要求されるのである。

(62) 本件控訴審判決は、平成24年6月27日に東京高裁において宣告された。本件弁護人である石野弘弁護士（静岡県弁護士会）から閲覧させていただいた控訴趣意書、控訴審判決書によると（控訴趣意書の主張内容は、事実誤認・量刑不当にとどまらず裁判員裁判の問題性にまで多岐にわたる労作であるが、ここでは45条後段の解釈に絞って検討する）、本件の弁護を担当した前記小長谷・石野弁護士をはじめとする7人の弁護士は、本件については「（刑法45条後段の解釈に関して）、禁錮以上の確定裁判とそれ以後の罪が同種の法益侵害である等、同種・同質・同

事情の犯罪であって、有効な警告機能を果たすことが期待し得るとみられる場合は、一応加重責任が肯定され得るが、その場合にも、(刑法 14 条 2 項が加重刑の上限を 30 年としているゆえに) 有期懲役の併科の合計は 30 年を超えるべきではない」と警告理論による限定解釈を採用するとともに併合罪併科の場合も 30 年を限度とすべきことを主張し、具体的には、窃盜の確定裁判後に犯された四件の強盜致傷罪に関しては、「被告人の性に関する犯罪傾向が顕出し実行された犯罪類型」であり、二件の強盜罪は「財産犯ではあるが、強盜致傷の現場で被害者の犯行が抑圧されているのに乗じて実行されたものであり、いずれも副次的犯罪で、その主目的は通報の阻止というべき」であり、結局、これらは、確定裁判を受けた窃盜(自動二輪車が好きなので窃取了した事案)とは異質かつ背景事情を異にするものと論じられた。対象となる犯罪の保護法益、行為態様の共通性を基準として行為責任が高められたと規範的に解される場合を選択する抽象的事実の錯誤の場合とパラレルなアプローチであると評すべきであるが、控訴審は「併合罪の範囲を不明確にして、法的安定性を著しく害することが明らかである」と判示した。しかし、刑法上の限定解釈は、その実質的解釈としての性質上常に、法的安定性を害する性格を有しているというべきであるからこの批判は、必ずしも説得的とは言えない。問題は、合憲で、合理的な処罰範囲を設定するにはどのように実質的解釈をすればよいか、という点にあり(前田・前掲書(注2) 69 頁)、控訴審は、警告理論の採用が、どのような理由で法的安定性を著しく害することが明らかなのかについての説明を要するであろう。これに対して、控訴審は「確定裁判後の罪については、弁護人が主張する警告理論を援用するまでもなく、確定裁判を経たにもかかわらず更に罪を重ねた点で既に厳しい非難を免れないことからすると、確定裁判後の罪について併合の利益を与えないことにも相応の理由があるというべきである」と判示しており、「確定裁判を経たにもかかわらず更に罪を重ねた点で既に厳しい非難を免れない」ということがまさに警告理論なのであることに鑑みると、控訴審は警告理論を十分に検討することなくその採用を拒み、責任主義の問題に正面から取り組むことを回避したような印象を受ける。

(63) なお、法的安定性が必ずしも正義に合致しない、という点を指摘するのが、団藤重光・法学の基礎〔改訂〕(平成 13 年) 229-234 頁。

原子力損害と国家賠償

早川和宏

I	はじめに一問題の所在	62
II	国賠法と原賠法との関係	64
1	後法優位の原則	65
2	特別法優先の原則（国賠法 5 条）	65
3	「民法の規定による」（国賠法 4 条）	66
4	小括	67
III	責任集中原則	67
1	立法経緯	67
(1)	原子力災害補償専門部会	67
(2)	参議院商工委員会	70
(3)	衆議院科学技術振興対策特別委員会	72
(4)	衆議院本会議	73
(5)	参議院本会議	73
(6)	小括	73
2	類似規定の検討	74
IV	責任集中原則と国家賠償法	76
1	学説等の状況	76
(1)	原賠法 4 条 1 項により、国賠法 1 条 1 項に基づく賠償請求は排除されるとの説 （原賠法優先説）	76
(2)	原賠法 4 条 1 項によっても、国賠法 1 条 1 項に基づく賠償請求は排除されない との説（国賠法優先説）	77
2	原子力損害に対する国家賠償請求の可否	79
V	おわりに	82

Ⅰ はじめに—問題の所在—

2011（平成23）年3月11日、東日本大震災が発生した。周知のように、東日本大震災では地震・津波による被害のみならず、東京電力福島第一原子力発電所の事故により、大量の放射性物質が放出されたことによる被害が今も継続している。同発電所の事故は「国際原子力・放射線事象評価尺度（INES）レベル7の極めて深刻なシビアアクシデント」であるとされている⁽¹⁾。

東日本大震災の発生を受け、日本弁護士連合会（以下「日弁連」という。）災害復興支援委員会は、「東日本大震災法律相談Q&A」を作成し、インターネット上で公表している⁽²⁾。同Q&Aでは、「Q190 民法の不法行為による損害賠償請求、国家賠償法による損害賠償請求は可能ですか。」との問いに対する回答として「A 原子力損害賠償法は民法の不法行為の特例を定めたものなので、原子力損害については原子力事業者の無過失責任（3条1項Q188）が適用され、それ以外の損害について民法の不法行為責任が適用されます。同法は、原子力損害の賠償責任を原子力事業者に集中しており（4条1項）、国は事業者の責任が1200億円以内で政令の定める賠償措置額（Q189参照）を超える場合に、国会の議決による範囲内で原子力事業者が損害を賠償するために必要な援助を行うと規定するに止めています（16条）。」と記されている。

この回答は、2011（平成23）年4月11日に更新された後のものであり、更新前のQ190に対する回答は「A 可能です。原子力の損害に関する法律には、それらの適用を排除する旨の規定は存在しません。また、同法の目的は、被害者の保護を図り、及び原子力事業の健全な発達に資すること（同法1条）ですから、民法或いは国家賠償法の適用事例が存在し、被害者の保護を図る必要がある場合に、これを排除することは、同法の目的に反することになります。例えば、報道されているように、廃炉を免れようとして海水注入が遅れ、今回の事故に至ったとしたならば、民法709条の責任は生じます。」との記載であった⁽³⁾。

(1) 東京電力福島原子力発電所における事故調査・検証委員会「最終報告（概要）」（平成24年7月23日）1頁。首相官邸HP<<http://www.kantei.go.jp/jp/topics/2012/pdf/jikochogaiyou.pdf>>より（参照 2012（平成24）年10月3日）。

(2) 「東日本大震災法律相談Q&A」は、日弁連HP<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/special_theme/data/soudanQA_110530.pdf>で入手できる（参照 2012（平成24）年10月3日）。

(3) 「東日本大震災法律相談Q&A更新箇所 2011年5月30日更新」6頁。日弁連HP<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/special_theme/data/updatedQA.pdf>より（参照 2012（平成

一読して明らかなように、更新前の回答では国家賠償法（以下「国賠法」という。）の適用を明確に認めていたのに対し、更新後の回答では、原子力損害の賠償に関する法律（以下「原賠法」という。）4条1項、16条に触れるのみで、同法と国賠法に基づく損害賠償請求との関係に関する明確な回答はなく、これを否定的に解しているものと思われる。

原賠法4条1項は、原子力損害によって発生した損害の賠償責任を原子力事業者（同法2条3項）に負わせる旨を定める3条を受け、当該損害を賠償する責めに任ずべき原子力事業者以外の者は、「その損害を賠償する責めに任じない」として、いわゆる「責任集中原則」を定めている。また、同法16条は、原子力事業者が同法3条の規定により損害を賠償する責めに任ずべき額が同法7条1項にいう「賠償措置額」をこえ、かつ、同法の目的達成のために必要があると政府が認めるときは、政府は原子力事業者に対し「原子力事業者が損害を賠償するために必要な援助を行うものとする」として、政府による援助を定めている。同法16条は、単に政府の援助義務を定めているにすぎないため、原子力損害が発生した場合に国家賠償請求を否定する論拠は、同法4条1項の責任集中原則に求められることになる。

日弁連災害復興支援委員会が何故前述のように回答内容を更新したか、理由は明らかでないが、原賠法の解説書⁽⁴⁾において同法4条1項につき次のような記述をしているものがあり、この見解に依った可能性が考えられる。

同書59頁によれば、原賠法「第3条第1項及び第2項の規定は、原子力損害につきそれぞれ無過失責任を負うべき者を定めているが、その原子力損害の発生につき原因を与えている他の者が民法又はその他の法律（国家賠償法、自動車損害賠償保障法等）に基づいて責任を有する場合においては、これらの者もまた（無過失責任ではないにしても）賠償責任を有するものとみなされる余地がある。そこで本項において、とくにその他の者は一切責任を有しない旨を明白にしたものである」とされている。また、同書12頁には「(二) 賠償責任の集中」という項目で、「賠償責任を特定の者—原子力事業者—に集中する。また、その者から他の者に対する求償権の行使を制限する。これによって、被害者は賠償請求の相手方を容易に認識することができ、また、原子力事業者と取引関係にある者の地位が安定せしめられることになる。このような責任の集中は、他の損害賠償制度では余りみられない点である」と述べている。

24) 年10月3日)。

(4) 科学技術庁原子力局監修『原子力損害賠償制度〔改訂版〕』（通商産業研究社・1991（平成3年）59頁。

しかしながら、同書の見解は、あくまでも一つの解釈に過ぎない。更に、同書においては、ここで引用した以上に責任集中原則について詳述しておらず、何故、原賠法4条1項によって国家賠償請求が排除されるのか、その論理は明らかではない。

また、日弁連は、2011（平成23）年に出版された書籍⁽⁵⁾において、「Q8 国や原子力機器メーカー等に損害賠償請求することは可能か」という問いに対し、「A 可能と解すべきである。」と述べており、ここでは更新前の見解が示されている（詳細については、本稿IV 1(2)ウ参照）。

原賠法4条1項の責任集中原則により、国家賠償請求は否定されるのであろうか。それとも、責任集中原則の例外として肯定されるのであろうか。

本稿においては、原賠法と国賠法との関係につき法的検討を加えることにより、原子力損害に対する国家賠償請求の可否について、考察してみたい。

II 国賠法と原賠法との関係

国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を加えたときに、国又は公共団体が当該損害を賠償する責めに任ずると定めている。判例上、「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法1条1項の適用上違法となるものと解するのが相当である」⁽⁶⁾とされている。そのため、国賠法1条1項だけを考えるのであれば、原子力事業者に対する規制権限の不行使により損害が発生したとし、国家賠償請求をなすことは可能である⁽⁷⁾。

(5) 日本弁護士連合会編『原発事故・損害賠償マニュアル』（日本加除出版株式会社・2011（平成23）年）31頁。

(6) 最判2004（平成16）年4月27日民集58巻4号1032頁（筑豊じん肺訴訟）、最判2004（平成16）年10月15日民集58巻7号1802頁（関西水俣病訴訟）。

(7) 東京電力福島原子力発電所事故調査委員会『国会事故調報告書』（徳間書店・2012（平成24）年）11頁は「今回の事故は、これまで何回も対策を打つ機会があったにもかかわらず、歴代の規制当局及び東電経営陣が、それぞれ意図的な先送り、不作為、あるいは自己の組織に都合の良い判断を行うことによって、安全対策が取られないまま3.11を迎えたことで発生したものであった」と述べる。ここでいう「規制当局」とは、内閣府原子力安全委員会、経済産業省原子力安全・保安院を指していることから（同書10頁）、国賠1条1項の「公権力の行使に当る公務員」であるこ

これに対して、原賠法4条1項は責任集中原則を定めているため、原子力損害については「原子力事業者以外の者＝国」も賠償責任を負わないようにも読める。つまり、国賠法1条1項によれば国への損害賠償請求可能、原賠法4条1項によれば国への損害賠償請求不可能となり、法律相互間において矛盾が生じているようにも見えるのである。

法律相互間に矛盾が存在する場合の処理の仕方としては、法の一般原理たる、①後法優位の原則、②特別法優先の原則により処理されることになる。

1 後法優位の原則

後法優位の原則とは、同一の法形式間においては「後法は先法を配する」という原則であるが、一般法の後法は特別法の先法を廃さないとされている⁽⁸⁾。

国賠法は、1947（昭和22）年10月27日制定・同日施行、原賠法は、1961（昭和36年）6月17日制定・1962（昭和37年）3月15日施行であるから、法律全体としてみれば原賠法が後法である。また、原賠法が「原子炉の運転等により原子力損害が生じた場合」に限定的に適用される「損害賠償に関する基本的制度」（同法1条）であることから、国賠法との関係で「一般法の後法」とすることはできないであろう。すると、後法たる原賠法4条1項が責任集中原則を定めていることから、国賠1条1項に基づく損害賠償請求はなしえないようにも思える。

しかし、上述の「後法」は、法律全体の制定・施行日のみに着目し、その先後を基準として認定したに過ぎない。法律自体の制定・公布日に先後があろうとも、個々の条文の射程範囲が異なるのであれば、当該条文相互間において矛盾・抵触は生じないため、後法優位の原則により先法の条文の効力が左右されることはない。つまり、原賠法4条1項の射程範囲を確定することなしに、国賠法1条1項の効力の有無を判断することはできないのである。

2 特別法優先の原則（国賠法5条）

特別法優先の原則とは、同一の法形式の間では特別法が一般法に優先するという原則である⁽⁹⁾。国賠法5条は「国又は公共団体の損害賠償の責任について民法以外の他の」と問題はない。なお、本稿の目的は原賠法により国家賠償請求が排除されるか否かを検討することにあるため、国賠法1条1項の個々の要件に対する検討は行わない。

(8) 金子宏・新堂幸司・平井宜雄編『法律学小辞典〔第4版補訂版〕』（有斐閣・2008（平成20）年）364頁。

(9) 金子ほか編・前掲書（注8）28頁。

法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」と定めているが、これは特別法優先の原則の確認規定であると解されている⁽¹⁰⁾。そこで、原賠法4条1項が国賠法1条1項の特別法であるならば、国に対する国家賠償請求はできないとの結論になる。ここにおいても、原賠法4条1項の射程範囲が問題となる。なぜならば、原賠法4条1項の射程が国の損害賠償責任には及ばないのであれば、同条項と国賠法1条1項との間に「特別法と一般法」という関係は成立しないからである。

3 「民法の規定による」(国賠法4条)

以上、後法優位の原則、特別法優先の原則といった一般法原理について検討してきたが、国賠法自身が定める他の法律との関係に関する条文として、同法4条がある。同法4条は「国又は公共団体の損害賠償の責任については、前3条の規定によるの外、民法の規定による」と定めており、「民法の規定」に原賠法4条1項が入るならば、国賠1条1項に基づく損害賠償請求は排除されることとなる。

国賠法4条に関するリーディングケースである最判1978(昭和53)年7月17日⁽¹¹⁾(以下「昭和53年判決」という。)においては、失火責任法(明治32年法律第40号(失火ノ責任ニ関スル法律))が、国賠法4条にいう「民法の規定」であるかどうかの問題となった。同判決は、「国又は公共団体の損害賠償の責任について、国家賠償法4条は、同法1条1項の規定が適用される場合においても、民法の規定が補充的に適用されることを明らかにしているところ、失火責任法は、失火者の責任条件について民法709条の特則を規定したものであるから、国家賠償法4条の『民法』に含まれると解するのが相当である。また、失火責任法の趣旨にかんがみても、公権力の行使にあたる公務員の失火による国又は公共団体の損害賠償責任についてのみ同法の適用を排除すべき合理的理由も存しない。」と述べ、国賠法に基づく損害賠償請求につき、同法4条にいう「民法」たる失火責任法が適用されるとしている。

そこで、国賠法4条にいう「民法の規定」に原賠法4条1項が含まれるか否かが問題となる。原賠法4条1項が定める責任集中原則が、民法の定める不法行為に基づく損害賠償責任の「特則を規定したもの」であることに異論はないであろう。これは(国賠法1条1項の適用はさておき)、原子力損害の発生原因が原子力事業者A以外の民間事業者Bにあった場合、当該損害を受けた者は、民法の原則によればBに対する損害賠償請求が可能であるにもかかわらず、これを排除して、Aのみが損害賠償責任を

(10) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版〕行政救済法』(有斐閣・2010(平成22)年)298頁。

(11) 民集32巻5号1000頁。

負うとするのが原賠法4条1項であることからすれば、当然である。もっとも、原賠法4条1項が民法の「特則を規定したもの」であるとしても、直ちに国賠法1条1項に基づく損害賠償請求を排除するとの結論には結びつかない。先に引用した昭和53年判決になぞらえていえば「原賠法の趣旨にかんがみて、公権力の行使にあたる公務員の故意又は過失による国又は公共団体の損害賠償責任について同法の適用を排除すべき合理的理由」が存在するならば、国賠法4条にいう「民法の規定」に原賠法4条1項を含まないとの解釈が可能だからである⁽¹²⁾。ここにおいても、原賠法4条1項の射程範囲が問題となる。

4 小括

以上、後法優位の原則、特別法優先の原則（国賠法5条）、同法4条という視点から、国家賠償法1条1項と原賠法4条1項の関係を検討してみた。いずれの視点においても、最終的には原賠法4条1項の射程が国賠法1条1項にも及ぶか否かという問題に帰結した。

そこで次に、原賠法4条1項の定める責任集中原則の射程範囲につき検討することにした。

III 責任集中原則

1 立法経緯

現在の原賠法4条1項は、基本的に同法制定時から変わっていない⁽¹³⁾。そこで、同条同項が何故法定されたのかを探ることにより、同項の射程範囲を検討する上での材料を得ることにしたい。

(1) 原子力災害補償専門部会

1958（昭和33）年10月29日、「原子力災害補償についての基本方針」が原子力委員会により採択された。同基本方針では、「(1) 原子炉設置者等が原子炉の運転等を行うに当っては、それによる災害に基く損害を賠償する相当の能力を具備することを必

(12) 失火責任法の立法趣旨を考慮し、国賠法4条により失火責任法を適用することについて「実質的な理由」がないと述べるものとして、最判1989（平成元）年3月28日判時1311号66頁の伊藤正巳裁判官意見がある。

(13) 厳密に言えば、「原子力損害の賠償に関する法律及び原子力損害賠償補償契約に関する法律の一部を改正する法律」（1971（昭和46）年法律第53号）により一部改正されている。しかしながら、原賠法4条1項についての改正は、「責」を「責め」に改めることにとどまっている。

要とするよう、所要の措置を講ずる。(2) (1) の能力を実質的に具備できるようにするため、現行保険業法に基く原子力責任保険の実現を促進し、原子炉設置者等が当該原子力責任保険に加入することを可能ならしめる。(3) さらに、損害賠償に関する種々の問題を解決するため、諸外国の動向を参酌の上、民営の原子力責任保険を主体とする原子力災害賠償補償制度の確立を図る。(4) 以上の措置のみで不十分な問題がある場合には、国家補償の問題を含めてその解決策につき更に検討する。」という4つの方針が示されており、これに関連して設置されたのが原子力災害補償専門部会である⁽¹⁴⁾。

原子力災害補償専門部会は、「原子炉設置者等が所要の賠償能力を具備することが可能となり、同時に被害者たる第三者に対して正当な補償を適確に行えるような原子力災害補償体制を確立し、原子力に携る事業者及び第三者の不安を除去することが必要である」ことから、原子力賠償責任に関する問題、原子力責任保険の問題、国家補償の問題等を解明するために設置されたものである。同専門部会の部会長は我妻栄・東京大学名誉教授が務め、部会メンバーには、鈴木竹雄・東京大学教授、金沢良雄・北海道大学教授、星野英一・東京大学助教授、竹内昭夫・東京大学助教授（肩書はいずれも当時のもの。以下同じ。）等が名を連ねている⁽¹⁵⁾。

同専門部会が18回にわたる審議、数回の小委員会を経てなしたのが、「原子力災害補償専門部会の答申」（1959（昭和34）年12月12日）⁽¹⁶⁾である。同答申では、政府が原子力事業を育成しようとする政策を決定した以上、「万全の措置を講じて損害の発生を防止するに努めるべきことはもちろんであるが、それと同時に万一事故を生じた場合には、原子力事業者に重い責任を負わせて被害者に十分な補償をえさせて、いやしくも泣き寝入りにさせることのないようにするとともに、原子力事業者の賠償責任が事業経営の上に過大な負担となりその発展を不可能にすることのないように、適当な措置を講ずることが必要である」との原理を示し、その原理を実施する仕組みとして、①原子力損害賠償責任、②損害賠償措置、③国家補償、④賠償処理委員会の4つを挙げ、その大綱につき述べている。

本稿が検討の対象としている原賠法4条1項は、①原子力損害賠償責任に関わるものである。同答申では、1.(5)に『『原子力事業者』に、被害者である第三者に対する責

(14) 原子力委員会月報3巻11号 <<http://www.aec.go.jp/jicst/NC/about/ugoki/geppou/V03/N11/195801V03N11.HTML>>（参照 2012（平成24）年10月3日）。

(15) 原子力委員会月報3巻11号 <<http://www.aec.go.jp/jicst/NC/about/ugoki/geppou/V03/N11/195802V03N11.HTML>>（参照 2012（平成24）年10月3日）。

(16) ジュリ194号78頁、原子力委員会月報4巻12号 <<http://www.aec.go.jp/jicst/NC/about/ugoki/geppou/V04/N12/19591206V04N12.html>>（参照 2012（平成24）年10月3日）。

任を集中し、それ以外の者はこれらに対する責任を負わないものとする。」との記述があり、これが原賠法4条1項の定める責任集中原則の原型であることは疑いないであろう。しかし、同答申には責任集中原則を採用する理由が明記されているわけではない。

あくまでも推測の域を出ないが、同専門部会が責任集中原則を採用するにあたっては、日本原子力産業会議原子力補償問題特別委員会の「原子力災害補償問題研究報告書—第三者補償問題を中心として—」(1959(昭和34)年7月)⁽¹⁷⁾が大きく影響しているように思われる。同報告書を取りまとめた原子力補償問題特別委員会専門委員会主査が、原子力委員会の原子力災害補償専門部会のメンバーである金沢良雄教授だからである。

同報告書60頁は、責任集中の意義として、次の3点を挙げている。すなわち、①公衆保護の立場からすれば「責任集中が行われれば、被害者は、誰人に責任があるかを究明する必要なく、原子力施設の所有者運営者を相手に賠償を請求すれば足るという利点がある」、②供給者⁽¹⁸⁾の立場からすれば「今日の段階では、責任集中がなければ、供給者としては供給することを簡単に引受け得ないことともなる」、③保険の立場からすれば、「もし供給者も責任を負うとすれば、一見被害者は賠償請求の相手方が増え賠償を受ける額も増えるようにみえるが、一方、保険の引受能力には限界があるから、多数の供給者が原子力保険を要求することにより、結果として個々の保険金額が減少する。又、その場合にはだれが責任者となるかによって賠償を受ける金額が異なり、却って十分な補償が行われなくなる結果も予見され、公衆の保護を完うすることが困難となるおそれがある」としているのである。ここから、責任集中原則は、①損害賠償請求の相手方特定という被害者の利益、②原子力施設の設置・運営に関係する者が損害賠償責任を追及されることを恐れなくて済むという利益、③原子力損害に係る保険制度の確立、という3つの要請(以下「責任集中原則三要請」という。)を背景とし

(17) 「原子力災害補償専門部会の答申」がなされる、5か月前に同報告書が出ていることになる。同報告書は、社団法人原子力産業協会の電子図書館で入手できる<<http://www.lib.jaif.or.jp/library/book/pa/pa2017.pdf>>(参照 2012(平成24)年10月3日)。なお、同報告書につき、金沢良雄「原子力災害補償問題—第三者補償問題—」ジュリ186号30頁参照。

(18) ここでいう「供給者」とは、「原子力施設の所有者運営者」ではなく、「原子炉設計者、部品の製造者や取扱商人、工事の請負人というような広い意味での供給者(supplier)」を意味すると思われる。加藤一郎「原子力災害補償立法上の問題点」ジュリ190号17頁。ちなみに、同報告書の「はしがき」によれば、加藤教授は原子力補償問題特別委員会専門委員会の委員として、同報告書の起草に当たっている。

ていると言えよう⁽¹⁹⁾。

「原子力災害補償専門部会の答申」を受け、原子力委員会は、関係各省との意見調整を行い、1960（昭和35）年3月に「原子力災害補償制度の確立について」（原子力委員会内定）を決定し、その3(3)責任の集中に「原子力事業者に、第三者に対する原子力損害についての責任を集中し原子力事業者以外の者は責任を負わないものとする」との記載がなされた⁽²⁰⁾。当該決定の趣旨に沿って「原子力損害の賠償に関する法律案」が作成され⁽²¹⁾、1960（昭和35）年5月2日に第34回国会に提出されたが、審議未了のまま継続審議となった。その後、「原子力損害の賠償に関する法律案」は、1961（昭和36）年3月1日に第38回国会に「原子力損害賠償補償契約に関する法律案」とともに再度提出され、衆議院の科学技術振興対策特別委員会、衆議院本会議、参議院の商工委員会、参議院本会議を経て、1961（昭和36）年6月8日に成立している⁽²²⁾。

このような経緯からすると、先述の責任集中原則三要請は、日本原子力産業会議原子力補償問題特別委員会→原子力委員会の原子力災害補償専門部会→原子力委員会を経て原賠法案に引き継がれたと解することができる。

そこで次に、国会⁽²³⁾における委員会、本会議での審議のうち、原賠法4条1項に関係する部分を概観することにより、原賠法案から原賠法になる過程において、責任集中原則三要請が変容していったのか否かを確認することにする。

(2) 参議院商工委員会

(19) この他に、米国から原子炉や核燃料等の資材や技術の供給を受ける上で締結しなければならなかった原子力協定交渉の際に、米国の原子力技術や資材の提供者が提供の条件として、原子力損害に関して自らが損害賠償責任を負わないような制度を用意することを強く求めたという背景事情を指摘するものとして、森嶋昭夫「原子力事故の被害者救済(3)―損害賠償と補償」時の法令1888号38頁参照。

(20) 原子力委員会月報5巻3号<<http://www.aec.go.jp/jicst/NC/about/ugoki/geppou/V05/N03/196005V05N03.html>>（参照 2012（平成24）年10月3日）。

(21) もっとも、原子力災害補償専門部会の答申と、原賠法との「思想」は多くの点で異なっている。この点については、我妻栄「原子力二法の構想と問題点」ジュリ236号6頁参照。また、「座談会 原子力災害補償をめぐって」ジュリ236号12頁では、通産省炭政課長（前原子力局政策課長）井上亮氏が「当時この答申を受けまして、法律の原案はこの答申書に忠実にということで作ったのですが、内容につきましては、特に損害賠償の責任の問題、それから損害に対する国の措置などにつきましてはこの答申にあるようなすっきりした考え方を日本政府としていまだとりえない事情にあったわけでありまして」と述べており、立案責任者の発言として注目される。

(22) 以上の経緯は、「原子力損害の賠償に関する法律および原子力損害賠償補償契約に関する法律、制定」原子力委員会月報6巻6号<<http://www.aec.go.jp/jicst/NC/about/ugoki/geppou/V06/N06/19610616V06N06.html>>の「2. 本法制定の経緯」による（参照 2012（平成24）年10月3日）。

(23) 紙幅の都合から、第38回国会に係るものについてのみ検討する。

第38回国会参議院商工委員会会議録7号(1961(昭和36)年3月14日)3頁によれば、池田正之輔国務大臣は原賠法案が責任集中原則を定める理由として「原子力事業者が広範な産業の頂点に立つ総合産業でありますだけに損害発生時における責任の帰属が不明確になる場合が予想される点を考慮したものであります」と述べている。同日以降、衆議院科学振興対策特別委員会での審議、衆議院本会議での審議をはさみ、参議院商工委員会における原賠法案の審議は、1961(昭和36)年5月23日までなされていない。

第38回国会参議院商工委員会会議録25号(1961(昭和36)年5月23日)2頁では、科学技術庁原子力局長・杠文吉政府委員が責任集中原則を定める理由として「原子力事業はきわめて広範にわたるところの総合産業でありまして、その発達を期するためには関連産業による資材などの供給の円滑化をはからなければならない、及び被害者に対する賠償の迅速かつ過(原文ママ)正をはかるなどの便宜を考慮いたしまして、原子力事業者に責任を集中いたしております」と述べている。

第38回国会参議院商工委員会会議録27号(1961(昭和36)年5月30日)では、参考人として、加藤一郎・東京大学教授、金沢良雄・北海道大学教授が発言している。加藤教授は、同会議録の2頁以下で責任集中原則を定める理由について触れている。その発言は、大略以下のとおりである。①すべての供給者(=施設の部品を提供した者、その設計をした者、労務を提供した者など、広い意味での原子力施設を作るについて協力した者)に責任を認めるということになれば、各人が責任保険を付けて自衛手段を講じなければならなくなる、②そうすると責任保険の重複という問題が出てきて保険の限度額が少なくなる、③すべての供給者に責任を認めても被害者に有利になるわけではないことから、「保険の技術」として、責任を最後の事業者の所に集中し、そこでまとめて保険を付けることが適当である。また、④責任を集中すれば、「被害者たる一般公衆が損害賠償を請求する場合に、だれに請求していいかということが明確になる」。⑤原子力事業の育成を考えると、「供給者が安心して供給ができるようにしてやる必要がある」から、「原則として供給者の責任を免除してやる」ということが必要となる。

さらに加藤教授は、無過失責任を定める原賠法案3条、責任集中原則を定める原賠法案4条、5条(責任集中原則に対する除外例)が民法の特則であり、それ以外の点は「民法の原則によることとなります」と述べている。

金沢教授は、同会議録4頁で「責任集中の点につきましても必ずしも完全な意味での、実質的な意味での責任集中ということになしに、第5条の求償権、ことに第三者の故意、

過失の場合には求償ができるという形となっております」と述べる程度で、責任集中原則について詳述している部分はない。

これらの審議及びこの後になされた審議において、議論の中心となったのは、①無過失責任規定（原賠法案3条1項）、②求償権規定（原賠法案5条1項）、③原子力事業者の従業員が業務上受けた原子力災害が賠償の対象から除かれている点（原賠法案2条2項ただし書）、④保険（原賠法案8条以下）と補償（原賠法案10条以下）の関係であり、責任集中原則に関しては、先に示した以上の議論はなされていないようである。

以上より、参議院商工委員会における審議でも、責任集中原則三要請は維持されていたと解されよう。

(3) 衆議院科学技術振興対策特別委員会

第38回国会衆議院科学技術振興対策特別委員会会議録2号（1961（昭和36）年3月16日）12頁では、科学技術政務次官・松本一郎政府委員が、原賠法案の提案理由の中で、責任集中原則につき「原子力事業者が広範な産業の頂点に立つ総合産業でありますだけに、損害発生時における責任の帰属が不明確になる場合が予想される点を考慮したもの」であると述べている。これは、責任集中原則三要請のうち、「①損害賠償請求の相手方特定という被害者の利益」について言及したものであると評価できよう。なお、同日の委員会では、法案の提案理由の説明がなされたのみで、質疑は行われていない。

第38回国会衆議院科学技術振興対策特別委員会会議録17号（1961（昭和36）年5月11日）11頁で池田正之輔國務大臣は「この法律は、まず、原子力事業者に対して、原子力の損害についての無過失賠償責任を課しておく。その上に、責任を事業者に集中しておくのでありますから、事業者以外のものは、すべて原子力損害賠償の責任を負わされることはない」と明言しているが、原賠法案5条2項の定める求償権に関する特約に関する齋藤憲三委員からなされた、求償権を生じないようにする特約をした場合には「事業者及び政府がその賠償の責任に任ずる、こういうことですか」という質問に対しては、「お答えいたします。全くその通りであります」と述べているため、国賠法1条1項に基づく損害賠償請求を排除するとの意図でなされた発言ではないと考えられよう。

その他、原賠法案に関する同委員会の審議において問題となったのは、①原子力事業者の従業員が業務上受けた原子力災害が賠償の対象から除かれている点（原賠法案2条2項ただし書）、②無過失責任規定（原賠法案3条1項）、③求償権規定（原賠法

案5条1項)、④原賠法案16条1項の「援助」の意義、⑤「援助」ではなく国家補償(原賠法案10条1項の原子力損害賠償補償契約とは別のもの)や国家賠償⁽²⁴⁾の規定を置き、政府の責任を明らかにすべきか否か、⑥原子力損害賠償紛争審査会(原賠法案18条)を行政委員会(常置の行政機関)にするべきか否か、⑦安全基準の設定、⑧東海村に近い爆撃演習場(水戸射爆場)の問題、⑨大型原子炉の事故の理論的可能性・公衆損害額の試算、⑩損害賠償責任が認められる損害の範囲、⑪原子炉の近隣住民の平常の健康管理、⑫原子力損害賠償責任保険契約(原賠法案8条)・原子力損害賠償保障契約(原賠法案10条)に関する問題、⑬米軍の飛行機が墜落して原子力損害が発生した場合の問題、⑭全国的な線量調査、⑮原子力損害の認定・評価に関する組織の問題、⑯ラジオ・アイソトープ製造工場を含めるべきか否かの問題、⑰日米原子力協定に関わる問題等であり、責任集中原則に関しては、先に示した以上の議論はなされていないようである。

以上より、衆議院科学技術振興対策特別委員会における審議では、責任集中原則三要請のうち「①損害賠償請求の相手方特定という被害者の利益」については正面から取り上げられているものの、「②原子力施設の設置・運営に関係する者が損害賠償責任を追及されることを恐れなくて済むという利益」及び「③原子力損害に係る保険制度の確立」については格別の言及はなかったと言える。もっとも、これらを否定的に解する審議も行われていないことからすれば、同委員会における審議においても責任集中原則三要請は維持されていたと解して差支えないと思われる。

(4) 衆議院本会議

第38回国会衆議院会議録42号(1961(昭和36)年5月18日)31頁によれば、原賠法案は異議なく可決されている。

(5) 参議院本会議

第38回国会参議院会議録37号(1961(昭和36)年6月8日)29頁によれば、原賠法案は特に発言なく可決されている。

(6) 小括

以上、原賠法の成立経緯を、原子力委員会の原子力災害補償専門部会から国会に至るまで概観してきたが、責任集中原則三要請が同法成立に至るまで維持されていたと解して差支えないと考える。このことは、原賠法成立後の各種論考によっても裏付け

(24) 会議録上、「国家賠償」という言葉が時々出てくるが、文脈から判断すると、国に故意・過失がある場合の国家賠償(=国賠法1条1項に基づく国家賠償)としてではなく、単に「国が金銭を支払う」という意味で使われているに過ぎない。

られる。

まず「①損害賠償請求の相手方特定という被害者の利益」については、原子力事故が、炉の設計者や機器の製造業者や工事請負業者といった広い意味での供給者の過失や部品の瑕疵によって生じた場合、被害者は「原子力事業者に無過失責任を追及する以上、あえて供給者等の過失や瑕疵を調べてこれらの者から賠償を求める必要もない」と考えられている⁽²⁵⁾。

次に、「②原子力施設の設置・運営に関係する者が損害賠償責任を追及されることを恐らくなくて済むという利益」については、原子力事故が、炉の設計者や機器の製造業者や工事請負業者といった広い意味での供給者の過失や部品の瑕疵によって生じた場合に、当該供給者に損害賠償責任を負わせれば「供給者としては、万一の場合には何十億の賠償義務を負わされて破産する危険がある限り、供給を拒むのは当然である」からだと考えられている⁽²⁶⁾。

また、「③原子力損害に係る保険制度の確立」については、東京海上火災貨物業務部長・長崎正造氏が「この賠償法の責任集中ということは、保険のうえからしても非常に望ましい。むしろ保険をやっていくうえで一つの前提になる規定であるわけであります」と発言している⁽²⁷⁾。

更に、責任集中原則につき、「このような立法例は他に例を見ないが、その立法理由は、次の三点によるものと考えられる」とし、本稿・注25で引用した竹内論文を引きながら言葉を補い、「①設備、資材、役務等の供給者も責任を負うことにすると、企業としてのリスク計算ができず、供給を拒む事態が生ずること」、「②損害保険の需要層が拡大し、一定の限界のある保険引き受け能力が細分化されてしまうので、…中略…損害賠償措置の効用が減殺されてしまうこと」、「③被害者にとっては、原子力事業者が無過失で責任を負い、かつ、賠償についてのフィジビリティが確保されていれば、他の者に対する請求権がなくとも格別の不都合はないこと」と述べるものもある⁽²⁸⁾。

2 類似規定の検討

次に、原賠法4条1項と同じく責任集中原則を定める法律について検討する。原賠法4条1項と同様の規定が置かれている法律が存在すれば、その解釈は、原賠法4条

(25) 竹内昭夫「原子力損害二法の概要」ジュリ 236号 32頁。

(26) 竹内・前掲論文（注25）32頁。

(27) 座談会・前掲（注21）20頁。

(28) 内田邦夫「原子力損害の賠償に関する法律の一部改正」ジュリ 696号 86頁。

1 項の射程範囲を検討する上での一助になると考えるからである。

総務省が運営する総合的な行政ポータルサイトである e-gov（イーガブ）の法令データ提供システム⁽²⁹⁾の法令用語検索にて原賠法 3 条、4 条の条文見出しにある「責任の集中」という用語で検索したところ、検索結果は原賠法の 1 件のみであった。次に、原賠法 4 条 1 項の「賠償する責めに任じない」という用語で検索したところ、原賠法以外に 1 件ヒットした（2012 年 9 月 30 日時点）。ヒットしたのは、船舶油濁損害賠償保障法 3 条 4 項本文である。

船舶油濁損害賠償保障法 3 条 4 項本文は、タンカー油濁損害が生じたときに、当該タンカー油濁損害に係る油が搭載されていたタンカーのタンカー所有者に当該損害の賠償責任を負わせる旨定める同条 1 項本文、2 以上のタンカーに積載されていた油によりタンカー油濁損害が生じた場合において、当該タンカー油濁損害がいずれのタンカーに積載されていた油によるものであるかを分別することができないときに、各タンカー所有者に連帯責任を負わせる旨規定する同条 2 項本文の場合において、同条 4 項各号に掲げる者は「その損害を賠償する責めに任じない」と定めている。

船舶油濁損害賠償保障法の前身は、(旧)油濁損害賠償保障法（昭和 50 年法律第 95 号）である。船舶油濁損害賠償保障法とは免責される者の定め方等、いくつかの違いがあるが、制定時の(旧)油濁損害賠償保障法にも、責任集中原則が規定されており、その立法理由は船舶油濁損害賠償保障法 3 条 4 項本文に引き継がれていると解される。(旧)油濁損害賠償保障法 3 条 4 項は、「第 1 項本文又は第 2 項本文の場合において、当該船舶の船舶賃借人及び当該船舶の船舶所有者又は船舶賃借人の使用する者は、その損害を賠償する責めに任じない」と規定する。同法 3 条 1 項本文は、「油濁損害が生じたときは、当該油濁損害に係る油が積載されていた船舶の船舶所有者は、その損害を賠償する責めに任ずる」との、同法 3 条 2 項本文は「2 以上の船舶に積載されていた油により油濁損害が生じた場合において、当該油濁損害がいずれの船舶から流出し、又は排出された油によるものであるかを分別することができないときは、各船舶所有者は、連帯してその損害を賠償する責めに任ずる」との規定であることから、結局、同法 3 条 4 項により、船舶所有者に損害賠償責任を集中させていることになる。

運輸省海運局長・藪村泰彦氏は、油濁損害賠償保障法案が審議された衆議院運輸委員会にて、同法 3 条 4 項に相当する部分につき、「現行法では用船されましたタンカーが油濁事故を起こしましたときに、責任の主体が船舶所有者、用船者のいずれである

(29) <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>

か必ずしも明確でない場合がございますけれども、本法ではすべて船舶所有者が責任主体であることを明確にし、賠償交渉を容易にするということになっております」と述べている⁽³⁰⁾。この「賠償交渉を容易にする」という点は、責任集中原則三要請のうち「①損害賠償請求の相手方特定という被害者の利益」と同一の意味であろう。その後の同法の審議過程においても、責任集中原則を定めることにより、国賠法1条1項に基づく損害賠償請求を認めないとする解釈は、明確には示されていないようである。

なお、船舶油濁損害賠償保障法3条1項4号ではタンカー所有者に無過失責任を負わせることの例外として、タンカー油濁損害が「専ら国又は公共団体の航路標識又は交通整理のための信号施設の管理の瑕疵により生じたこと」を挙げている。これは、国賠法2条1項を想定した条文であると解されよう。船舶油濁損害賠償保障法3条1項4号は、同項ただし書についての規定であり、同条4項の定める責任集中原則が「第1項本文…中略…の場合」における規定であることからすると、国賠法2条1項に基づく損害賠償請求が可能である場合には、責任集中原則の適用がないことになる。原賠法には、これに類する規定がなく、この点は大きく異なっている。

解釈論としては、船舶油濁損害賠償保障法3条1項4号が国賠法2条1項に該当するケースをわざわざ規定していることについて、①創設的な規定と解するか、②確認的な規定と解するかに分かれることとなろう。つまり、①によれば、国賠法2条1項に該当するケースは、船舶油濁損害賠償保障法3条1項本文に含まれているため、あえて同項4号で定めたと解することになるのに対し、②によれば、国賠法2条1項に該当するケースは、船舶油濁損害賠償保障法3条1項本文には含まれないが、確認のため同項4号で定めたと解することになろう。これらの解釈を原賠法4条1項に応用するならば、①によれば国賠法1条1項に基づく損害賠償請求不可、②によれば可という結論になろう。

IV 責任集中原則と国家賠償法

1 学説等の状況

原賠法4条1項と国賠法1条1項との関係については、以下のような諸説がある。

- (1) 原賠法4条1項により、国賠法1条1項に基づく賠償請求は排除されるとの説
(原賠法優先説)

(30) 第75回国会衆議院運輸委員会会議録第14号(1975(昭和50)年5月6日)14頁。

筆者の見聞するところ、原賠法優先説を明言しているのは、『原子力損害賠償制度〔改訂版〕』⁽³¹⁾及び、本稿 I で取り上げた日弁連災害復興支援委員会 Q&A（更新後のもの）のみである。前者においては、国賠法のみならず、民法、自動車損害賠償保障法との関係においても原賠法 4 条 1 項が優先すると明記されている。原賠法優先説をとる論拠は明らかでないが、原賠法 4 条 1 項の文理解釈によるものと思われる。確かに、原賠法 4 条 1 項は、同法 3 条の規定により「損害を賠償する責めに任ずべき原子力事業者以外の者は、その損害を賠償する責めに任じない」と端的に定めており、国賠法、民法、自動車損害賠償保障法が損害賠償責任を定めるものである以上、すべて「原子力事業者以外の者」に該当するとの解釈も文理上可能である。

(2) 原賠法 4 条 1 項によっても、国賠法 1 条 1 項に基づく賠償請求は排除されないとの説（国賠法優先説）

国賠法優先説は、論者によって若干のニュアンスの違いがある。

ア 大塚説

大塚教授は、東日本大震災においては、原賠法 3 条 1 項ただし書の免責規定の適用はなく、原子力事業者が同法の責任を負うとしたうえで、「国に規制権限不行使の国家賠償責任があるかは、別個の問題である。仮に国家賠償責任が認められれば、東京電力と国の共同不法行為ないし競合的不法行為と捉えることになろう」と述べる⁽³²⁾。そして、その理由として、国会の議事録等から導かれる、本稿でいうところの「責任集中原則三要請」のいずれを見ても「国家賠償責任を否定する理由はなく、同条（筆者注：原賠法 4 条）は国家賠償責任を排除していないと解しようと思われる。また、もし国家賠償請求が認められないとすると、憲法違反となるおそれもないわけではない」と述べている⁽³³⁾。

イ 小島説

弁護士であり、日弁連東日本大震災・原子力発電所事故等対策本部原子力 PT 委員でもある小島氏は、「国がその権限行使に過失があり、それにより事故を引き起こされたことが認められる場合には、国は、国家賠償法 1 条に基づく責任を負うと解すべきである」とし、その理由は、①「事故の規模の大きさ・長期性継続性・程度内容の深刻さを考えると、国に過失がある場合にまでその責任を免除するのは相当とは考えら

(31) 科学技術庁原子力局監・前掲書（注 4）参照。

(32) 大塚直「原発の損害賠償」法教 372 号 28 頁、同「福島第一原子力発電所事故による損害賠償」法時 83 卷 11 号 50 頁。

(33) 大塚直「福島第一原発事故による損害賠償と賠償支援機構法—不法行為学の視点から」ジュリ 1433 号 40 頁。

れない」し、②国の責任を免責することにより「安全対策をするべき行政の責務が不明確なものとなり、事故発生リスクが増大する」とともに「事故発生後の国の対応責任さえもあいまいなものとなる」からであると述べる⁽³⁴⁾。

ウ 『原発事故・損害賠償マニュアル』の見解

本稿Iでも触れたように、日弁連編『原発事故・損害賠償マニュアル』は、原子力損害につき、国のみならず原子力機器メーカー等に対しても、それらのものに過失がある限り損害賠償請求が可能であるとしている⁽³⁵⁾。その論拠として、責任集中原則により、仮に国が免責されるとすれば、被害者救済のために国が活動すべき旨の規定（原賠法16条、原子力災害対策特別措置法26条等）と矛盾することになることを挙げている。また、原賠法が国賠法の要件に該当する場合に国の責任を否定する趣旨であれば、憲法17条に違反することも、理由としている⁽³⁶⁾。

エ 『原子力損害賠償の実務』の見解

原子力損害賠償実務研究会編『原子力損害賠償の実務』（民事法研究会・2011（平成23）年）28頁以下では、責任集中原則の適用範囲についての諸説が挙げられている。そこでは、原賠法の「全面適用説」（本稿でいう原賠法優先説）、国家賠償法当然適用説（責任集中原則の適用はその立法趣旨の範囲に限られるとし、憲法17条を持ち出すまでもないとする説）と並んで、「国家賠償法の適用が憲法を介して可能とする見解」が挙げられている。論調からして、最後のものが同書の見解であると考えられる。

この見解は、「国家賠償法という法律の規定により国の賠償責任は、憲法に根拠を有する具体的権利となっているので、これを免責するかのような原賠法4条1項は、その限りで憲法違反として無効となると解することができる」とするものである。同書では、憲法17条に関する解釈論を示した最判2002（平成14）年9月11日民集56巻7号1439頁を示し、原子力損害につき国に対する損害賠償請求ができるとしても、原賠法の責任集中原則の目的を達成できないとは考えられないこと、被侵害利益の程度が重大であることから、「国家賠償の途を全くふさいでしまう原賠法4条は、手段とし

(34) 小島延夫「福島第一原子力発電所事故による被害とその法律問題」法時83巻9=10号65頁

(35) 日本弁護士連合会編・前掲書（注5）31頁。

(36) なお、日本弁護士連合会編・前掲書（注5）32頁では、文部科学省が責任集中原則について、関連事業者に限定して解説していることを捉え、「憲法違反を意識して、国賠は認める趣旨の説明であると解する以外ない」とされているが、そこまでの意図を読み込むことは困難であろう。同書では、文部科学省の解説の出典が示されていないが、同書で引用する内容と類似の説明をしているものとして、文部科学省HP<http://www.mext.go.jp/a_menu/anzenkakuho/faq/1261352.htm>がある（参照 2012（平成24）年10月1日）。

ての必要性や合理性に欠けるといってよいのではないか」と述べている⁽³⁷⁾。

オ 『原発事故と私たちの権利—被害の法的救済とエネルギー政策転換のために』 の見解

日弁連公害対策・環境保全委員会編『原発事故と私たちの権利—被害の法的救済とエネルギー政策転換のために』（明石書店・2012（平成24）年）62頁では、①原賠法3条1項が無過失責任を規定していることから「この責任の集中は過失責任の場合は適用しないとの解釈も可能である」、②「原子力事業者で損害賠償に応じきれないで、被害者が救済を受けることができないのに、過失ある国、原子力機器メーカーが免責されるということ自体を、憲法32条（裁判を受ける権利）に違反して無効とする解釈も可能である」、と述べており、国賠法に基づく国の損害賠償責任を肯定すべきとの見解を採っていると思われる。

2 原子力損害に対する国家賠償請求の可否

以上の検討を踏まえ、原子力損害に対する国家賠償請求の可否について検討する。

本稿Ⅲにおいて、原賠法4条1項の定める責任集中原則につき、立法経緯の観点から検討を加えたが、責任集中原則三要請から、民間の責任分散を避ける意図は読み取れたものの、国賠1条1項の責任を積極的に免除する意図は存在しなかった。意図というよりも、国賠法1条1項との関係での議論が存在しなかったといつてよい。そのため、原賠法4条1項の射程範囲を画する上で、立法者意思のみを指針とすることは困難であり、『原子力損害賠償制度〔改訂版〕』⁽³⁸⁾のように、何らの根拠なく、当然に国賠法に基づく責任も原賠法4条1項による責任集中原則の範囲に入ると解することはできないであろう。このことは、逆に、責任集中原則三要請のみを根拠として、原賠法4条1項の射程範囲が国賠法1条1項には及ばないとの結論を導くことは困難であるとの結論に結びつく。また、類似規定を有する船舶油濁損害賠償保障法との関係においては、同法3条1項4号を創設規定と解するか、確認規定と解するかにより結論が分かれるため、これも原子力損害に対する国家賠償請求の可否を検討する上での決定的な要因とまでは言えないであろう。

(37) もっとも、ここで取り上げられている最判2002（平成14）年9月11日は、郵便法68条、73条の規定のうち「特別送達郵便物について、郵便業務従事者の故意又は過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は違憲無効である」としているため、故意又は重過失についての検討が不可欠となる。今般の原子力損害につき、国の故意又は重過失を立証することには困難が伴うとも思われる。

(38) 科学技術庁原子力局監・前掲書（注4）参照。

次に、原子力発電所の事故により生じた損害の性質に着目して原賠法4条1項の射程範囲を画することも適当ではないだろう。なぜならば、損害の大小は賠償金額を判断する上での考慮要素にとどまり、損害賠償責任の有無を判断する要素にはなり得ないからである。

第三に、原賠法4条1項の責任集中原則により国が免責されると解することが、原賠法16条等と矛盾するとの見解も、説得力が乏しいと解されよう。被害者救済のために国が活動すべき旨の規定は、授益的行政措置を講じることを国に義務付けるにとどまり、損害賠償責任の有無と論理的に連関するものではないからである。

第四に、原賠法3条1項が無過失責任を規定していることを根拠として、故意・有過失の場合には原賠法4条1項の適用がないとする解釈も困難であろう。これは、原賠法3条1項を形式的に反対解釈したものであると思われるが、故意・有過失の場合に損害賠償責任を負うことが当然の前提であるからこそ、原賠法3条1項はあえて無過失責任規定を置いたと解すべきである。仮に、上述のような解釈を認めると、無過失賠償責任を定めても、故意・有過失については規定していないとの「反対解釈」をすることになる。すると、故意・有過失の場合については、その立証責任を被害者に課することになり、無過失である加害者に対する損害賠償請求よりも、故意・有過失である加害者に対する損害賠償請求の方が認められにくくなってしまふ。無過失賠償責任は、原賠法3条1項以外にも、大気汚染防止法25条1項、水質汚濁防止法19条1項、船舶油濁損害賠償保障法3条1項、鉱業法109条1項等で定められており、故意・有過失の場合にこれらの条文が使えないとすれば、被害者の救済を著しく後退させることになってしまうであろう。

第五に、憲法32条の定める「裁判を受ける権利」に違反するとの主張も困難であると考え。裁判を受ける権利は、民事・行政事件については、各人が裁判所に訴えを提起する権利を意味し、国家にとっては「裁判の拒絶」の禁止を意味すると解されている⁽³⁹⁾。原賠法4条1項は損害賠償責任のみを制限しているのであるから、原子力損害につき国家賠償請求訴訟を提起し、裁判を受けること自体は可能である。ただ、原賠法4条1項を根拠として国賠法1条1項に基づく損害賠償責任が否定されれば、裁判を受けても請求棄却判決が出されることになるだけである。請求棄却判決を以て「裁判を受ける権利」の侵害とすることはできないであろう。

以上より、国賠法優先説の論拠として生き残るのは、憲法17条違反の主張というこ

(39) 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法I〔第5版〕』（有斐閣・2012（平成24）年）549頁。

とになる。

原賠法4条1項は、原子力損害についての賠償責任を原子力事業者に集中するという規定である。被害者の側からすれば、同項にいう「原子力事業者以外の者」に対する損害賠償請求権が制限されていることになる。ここでいう「損害賠償請求権」には、憲法上2種類のものがあると考えられる。その1は、憲法29条が保障する財産権としての損害賠償請求権であり、その2は、憲法17条が保障する国家賠償請求権である。憲法上、前者は経済的自由権の一つであり、後者は国務請求権の一つであると解されている。

財産権は、憲法29条2項により「公共の福祉に適合するやうに」法律で定められることになる。原賠法4条1項は、原子力事業者以外の者たる私人・民間企業に対する損害賠償請求権を制限するものであるが、これは「被害者の保護」「原子力事業の健全な発達」（同法1条）という外在的・政策的制約に該当すると解されよう。一方、国務請求権たる国家賠償請求権は、憲法17条により「法律の定めるところにより」認められるものであり、法律により損害賠償義務の範囲を制限することは可能であるが、損害賠償責任を全く排除することは、原則として許されていない⁽⁴⁰⁾。憲法17条が、大日本帝国憲法下で採用されていた国家無答責原則を全面的に否定し、人権擁護の実行を図ったものであるということからすれば⁽⁴¹⁾、この結論に異論はあるまい。つまり、財産権としての損害賠償請求権と、国務請求権としての国家賠償請求権とでは、憲法により保障されている範囲が異なると解されるのである。

以上より、原賠法4条1項の定める責任集中原則は、憲法29条にいう「公共の福祉に適合するやうに」定められた法律であるとしても、憲法17条の「法律の定めるところ」にはなりえないと解されよう。このような解釈によれば、原賠法4条1項の規定を根拠とし、原子力機器メーカーの責任を認めなかった裁判例（水戸地判平成20年2月27日判時2003号67頁及びその控訴審たる東京高判平成21年5月14日判時2066号54頁）の射程は、国賠法1条1項には及ばないことになる。

更に、これまでの学説等では主張されていないが、原賠法3条1項の解釈からも、原賠法4条1項の射程は国賠法1条1項には及ばないとの結論を得ることができるように思える。すなわち、原賠法4条1項は、「前条の場合においては」とした上で責任集中原則を定めていることからすれば、「前条」たる同法3条の場合以外には、責任集中原則の適用がないと解する余地があるのである。

(40) 雄川一郎「日本の国家責任法（上）」ジュリ304号15頁。

(41) 原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂2版〕』（学陽書房・2012（平成24）年）287頁。

原賠法3条1項を見ると、「原子炉の運転等の際、当該原子炉の運転等により原子力損害を与えたとき」が要件部分であり、「当該原子炉の運転等に係る原子力事業者がその損害を賠償する責めに任ずる」が効果部分である。この要件部分に該当しないものについては、「3条の場合」に該当しないため、同法4条1項の射程の範囲外であると解する余地があろう。

要件部分で注目されるのが「原子炉の運転等により」という部分である。「原子炉の運転等」は同法2条1項で定義されているが、同項各号及び同項による委任を受けて定められた同法施行令1条1項各号を見ても「国の規制権限の不行使」は入っていない。同法2条1項は、限定列記の方式で定められているため、「原子炉の運転等」を解釈により増やすことはできない。

すると、「国の規制権限の不行使」は「原子炉の運転等」には該当しないため、当該不行使に基づく損害は、被害者との関係では「当該原子炉の運転等により原子力損害を与えたとき」に該当せず、原賠法3条1項が規定している場合に該当しないため、原賠法4条1項の責任集中原則が適用されることはないとの結論を導くことができるのではあるまいか⁽⁴²⁾。

V おわりに

原子力損害に対する国家賠償請求の可否について法的観点から検討したところ、可とすべきとの結論を得た。もっとも、この結論に対しては、「国家賠償請求をあえて認めなくとも、原賠法16条による援助が国から東京電力に対してなされており、被害者が受け取ることのできる損害賠償額に変化がない以上、意味のない議論である」との批判もありえよう。また、「国家賠償も原賠法16条による援助も、その原資は国民から徴収した税金なのであるから、名目だけの議論であり実質を伴わない」との批判もありえよう。しかしながら、損害賠償額や原資のみに注目するのは、国家賠償制度の機能の一部のみを重視する見解であると考ええる。

原賠法16条による国の援助は、国に不法行為責任があることを要件とするものではなく、法律上の義務として定められている。これは、「原子力事業者に無過失責任を課することによって被害者の保護を図り（第3条）、原子力事業者に損害賠償措置を講じさせることによって被害者の保護と原子力事業者の経営の安定を図り（第6条）、最後

(42) このような見解に対しては「文理にこだわり過ぎた解釈であり、揚げ足取りに近い」との批判がありえよう。法理論的可能性の一つとご理解いただきたい。

にこの損害賠償措置の額を超える原子力損害については政府が援助することによって原子力事業者の保護を図るとともに被害者の保護に万全を期し（第16条）、これらの三段階の措置によって原子力損害賠償体制を完結しようとする」ための規定であるとされている⁽⁴³⁾。

現実には、原子力事業者が相当と考える損害額、政府が相当と考える損害額、原子力損害を受けた者が相当と考える損害額に齟齬が生じることは十分に想定し得るが、原賠法16条によって万全の被害者救済が果たされると仮定しても、それによって実現するのは「国が援助してあげた」ことによる救済であり、規制権限の不行使等により原子力損害発生の一翼を担った、国としての償いではない。

国家賠償制度が、被害者救済機能のみならず、違法行為抑止機能をも有することに思いを致せば⁽⁴⁴⁾、損害賠償額のみではなく責任主体についても注目すべきである。国家賠償請求が認められなければ、国は、自らのなした規制権限不行使の持つ違法性に向き合うことができない。これでは、今般の原子力発電所事故によって得た貴重な教訓を、反省材料として将来に生かす動機づけに乏しくなる⁽⁴⁵⁾。原子力事業者に対する規制権限の不行使を、国賠1条1項に基づいて違法であるとする判決（違法宣言）が確定すれば、「損害防止費用が損害賠償費用を上回る場合であっても、損害賠償を支払いながら違法活動が続けるということは認められてはならない」ことになる。「法律による行政の原理への背反に対する強い非難・制裁であり、世論の強い監視を背景として強力な抑止機能を発揮する」違法宣言判決が、その機能を発揮することを期待されているのは、まさしく「今」なのではあるまいか⁽⁴⁶⁾。

(43) 科学技術庁原子力局監修・前掲書（注4）103頁。

(44) 塩野・前掲書（注10）295頁は、「法律による行政の原理という法治国家原理からすれば、国家賠償制度が、被害者救済と同時に、違法行為抑止機能を有することに注意しなければならない」と述べる。

(45) ここでの問題意識は、先に引用した小島・前掲論文（注34）65頁と共通する。

(46) 引用部分は、宇賀克也「国家責任の機能」高柳信一先生古稀記念『行政法学の現状分析』（勁草書房・1991（平成3）年）451頁による。

原発事故賠償和解仲介は ADR の試金石

丸山輝久

はじめに	86
第1 原発事故賠償請求のしくみ	86
1 全体的なしくみ	86
(1) 無過失・無限責任	87
(2) 賠償責任の集中	87
(3) 賠償支払に関する指針の公表	88
2 賠償請求の制度設計	89
(1) 原紛センターの組織	89
(2) 和解手続の仕組みと性格	90
第2 原紛センターの成果と問題点	91
1 設置における問題点	91
2 原紛センターの問題点	94
(1) 制度設計修正の必要性	94
(2) 裁定型仲裁であることの無理解	95
(3) 仲介委員・調査官の意識・認識の平準化の必要性	96
(4) 不動産損害を含めた賠償基準の再整備と直接請求の透明化	96
第3 クラスアクション的解決への期待	97
1 大量の同一事情の被害者救済の公平かつ一括処理の必要	97
2 財産的損害及び旧避難区域外の被害者の問題	98
3 弁護士会及び弁護士の役割の重要性	98

はじめに

2011年8月、東京三弁護士会が主導して、東日本大震災による原発事故被災者支援弁護士団（略称「原発被災者弁護士団」）が結成された。当職は、その団長の任にある。原発被災者弁護士団は、被害者の賠償請求について原子力賠償紛争解決センター（以下「原紛センター」という）への仲介申立を強力に推進してきた⁽¹⁾。

福島第一、第二原発事故（以下、単に「本原発事故」という。）の被害者は、避難勧告区域の被害者だけでも十数万人、自主避難者等の被害者まで含めると数百万人と言われている。適正な賠償が、公正な手続で迅速に実行されなければならない。そのために、ADRにおいて、クラスアクション的解決が必要とされている。

本稿は、本原発事故の被災者に対する損害賠償支払について、わが国で初めて試みられている原紛センターというADRの現状と問題点を検討し、日本人にはなじまないとされていたADRが有効に機能し得るかについて私見を述べて見たい。

第1 原発事故賠償請求のしくみ

1 全体的なしくみ

原発事故による被害賠償責任の特徴は、「異常に巨大な天災地変又は社会的動乱によって生じた」損害を除き（免責条項）、無過失・無限責任であること（原子力損害賠償法3条1項・以下「原賠法」という。）、賠償義務者を電力事業者に限定していること（同

(1) 2012年12月4日時点での、原発被災者支援弁護士団の活動状況は次のとおりである。

- | | | | |
|---|----------------|---------------------|-----------------------|
| 1 | 弁護士員数 | 351名 | |
| 2 | 弁護士事務所での電話相談件数 | | 1578件 |
| 3 | 受任件数（予定含む） | | 約5060人、約45法人 |
| | （集団申立を除く分） | 560件（約1342人、約29法人）、 | （集団申立分）約3720人、約16法人 |
| | （今後集団申立受任予定） | | |
| | 伊達市霊山地区 | 約332世帯（約1028人）、 | 川俣村10世帯（約30人）、 |
| | 飯館村蔵平地区 | 37世帯（117人）、 | 葛尾村約60世帯（約180人） |
| 4 | 原紛センターへの申立件数 | | 214件（2634人、33法人） |
| | （個別申立） | 221件（192人、21法人） | （集団申立）19件（2190人、16法人） |
| 5 | 原紛センターでの解決件数 | | |
| | 解決 | 44件 | 一部和解 23件 取下 4件 |

法4条1項)、政府が損害賠償の資金的援助を行うこと(同法16条)、当事者間の自主的解決に資するための一般的な指針の策定と、和解の仲介を行う機関として原子力損害賠償紛争審査会(以下「審査会」という)が設置されていること(同法18条)などである。

(1) 無過失・無限責任

文部科学省のホームページは、「原子力事業は現代科学技術の最先端を行く事業であるため、(略)被害者に原子力事業者の故意または過失を立証させることは極めて難しくなります。したがって、被害者からの賠償請求を容易にするという被害者保護の観点から、」無過失・無限責任が定められたと説明している。

原発事故は、被害者の立場の非交替性、被害者の回避困難性、被害者の広範性、加害行為の利潤性、加害行為の継続性などの点で公害と同一である⁽²⁾。しかし、公害や薬害は無過失責任ではない。原発損害について無過失責任とする理由は、国民にその安全・安心を保証し、その設置及び保守・管理を国の管理下で、エネルギー政策の根幹として原発を推進することにあると思う。

原発事故による賠償の請求は、原発事故と損害との因果関係と損害額を主張・立証すればよいことになる。したがって、賠償請求では損害額の主張・立証が最大のテーマになる。さらに、福島第一原発事故においては、因果関係は東日本大震災が引き金になっているため、帰還した地域、あるいは帰還可能とされる地域においては、損害の発生及び損害額について地震と原発事故とを区別しなければならないという困難さがある。

無過失責任であることは、責任を曖昧にするため、賠償義務者の責任認識の欠如による義理的賠償であるとの意識を抱かせる危険性があるし、損害の範囲及び程度に責任の軽重が反映されず適正な賠償とならない危険性がある。また、無限責任の内容は、審査会の賠償基準如何で有限化されるという矛盾がある。

なお、現在、免責条項を主張している例はないが、訴訟になった場合はその主張がなされる可能性がある。

(2) 賠償責任の集中

上記ホームページでは、「被害者は容易に賠償責任の相手方を知り得、賠償を確保すること」と、「原子力事業者」に機器等を提供している関連事業者を、被害者の賠償請求との関連において免責するものであり、これらの関連事業者は安定的に資材を供給す

(2) 日本弁護士連合会編「原発事故・損害賠償マニュアル」1頁以下。

ることが可能になり、これにより原子力事業の健全な発達に資することにも」なると述べられている。

原発が危険なものであることを前提にした上で、電力会社に賠償責任を集中し、関連事業者の責任を免除することによって原発の推進を図ろうとしたものであることをうかがわせる。また、国、関連事業者の分まで一手に賠償を負わされるという被害者意識を電力会社に抱かせ、自己の責任の自覚を二の次にする考え方を醸成する可能性がある。このことは、後述する東京電力が設定した賠償基準、直接請求の仕方、原紛センターにおける対応などからうかがえるし、東京電力に相談や直接請求をした被害者から、東京電力の態度について「どちらが被害者かわからない」という批判が強いことから裏付けられる。

この規定によって、原子力事業者以外の者に賠償請求ができないのが問題である。原発を国策として推進してきた国の管理・監督責任、莫大な利益を享受してきた関連事業者に明らかな過失がある場合にも責任を問えないとするのは、極めて不正義・不合理であることは明らかである。今後予想される国家賠償を問う訴訟において、この点が重要な論点になると思われる。

(3) 賠償支払に関する指針の公表

審査会は、本原発事故による賠償に関して、平成23年4月28日に第一次指針を、同年5月31日に第二次指針を、同年8月5日に中間指針を、同年12月6日に自主避難等に関する中間指針追補を、平成24年3月16日に政府による避難区域見直し等に係る損害についての中間指針第二次追補を、それぞれ公表し、賠償についての枠組みと損害額の算定について概括的な「めやす」を示した。

その内容についての詳細は本稿では触れないが、次の3点を指摘しておく。

1点目は、審査会は傍聴が可能であり、議事録も公表されているので、審議経過の公開性、透明性が担保されている。この点は大いに評価すべきである。

2点目は、慰謝料について、事故の原因及び規模が全く異なる株式会社ジェー・シー・オーによる臨界事故での指針の、「身体傷害を伴わない精神的苦痛のみを理由とする請求」は、「特段の事情がない限り、損害とは認められない。」という考え方を踏襲していることである⁽³⁾。

3点目は、唯一具体的に呈示された慰謝料の賠償範囲及び金額に極めて問題があり、後述する仲介手続の中で様々な修正が加えられているため、東京電力への直接請求に

(3) 平成12年3月29日「原子力損害調査研究会最終報告」の調査項目8「精神的損害」。

よって賠償を受けた者との間で不公平が生じている可能性があるという点である。

ところが、平成24年7月20日、突然、経産省が、「避難指示区域の見直しに伴う賠償基準の考え方」（以下「考え方」という）を公表した⁽⁴⁾。それに基づいて、東京電力が財産的損害の賠償基準を公表し、直接請求の受付を開始する。

2 賠償請求の制度設計

(1) 原紛センターの組織

原賠法18条は、原子力賠償紛争についての和解仲介を行うこと、当事者の自主的解決に資する一般的な指針を定めることを目的とした審査会の設置を定めているが、その組織・運営の詳細は政令に委ねている。それによると、審査会は、文部科学大臣が法律、医療又は原子力関連に関する学識経験者の中から任命する10人以内の委員によって構成され、委員の互選による会長が会務を総理し、会議を招集し、議事は会長を含む過半数が出席して出席委員の過半数で決することになっている。本原発事故については、和解仲介を行う「特別委員」を置くことにした⁽⁵⁾。

平成23年8月29日、仲介手続を行う組織として、審査会の中に原紛センターが開設された。原紛センターの組織は、総括委員会の下に、和解仲介手続に関する庶務を行う和解仲介室と実際に和解仲介を行う「パネル」とが並列的に存在している。仲介員数127名、その補助者である調査官40名という陣容でスタートした。そして、和解仲介は1名又は2名以上の仲介委員が行うことになっている。

原紛センターは、同年9月1日から申立受付を開始し、平成24年11月8日までの間に同年2月14日、同年3月14日、同年4月19日、同年6月26日、同年7月5日、

(4) 上記平成24年3月16日付中間指針第二次追補は、極めて抽象的であって、基準（めやす）にもなり得ていないので、さらなる指針が必要とされた。東京電力の監督官庁である経産省が、中間指針第二次追補の「賠償基準の考え方を受けて東京電力が具体的な賠償基準を策定することになっております。」が、「政府としては、その策定を東京電力に任せずに、被害を受けた自治体、住民の方々の意見や実情を伺い、それを可能な限り賠償基準に反映すべく、東京電力と調整を進めてきた」結果、賠償範囲や賠償額の算出方法を具体化し公表したものであると説明されている。主な内容は、①不動産の賠償について、避難解除が事故発生時から6年以上経過の場合は全額、3年の場合は半額を基準とすること、②慰謝料について、避難指示解除までは一人1か月10万円とし、5年間で終期とすることが推測されること、③営業損害・就労不能損害の終期を定めたこと、④家財道具の賠償基準を定めたことなどである。

これは、事故発生から5年をもって賠償支払を終了させようとする意図がみられるが、その理由が不明であり、自治体、被害者被災者からどのようにして、どのような意見を聞き、東京電力とどのような調整を行ったかは全く明らかではない点で、非難されてもやむを得ない。

加害者側の考え方にすぎず、客観的、公正な賠償の基準とは判断できない。

(5) 原子力損害賠償紛争審査会の組織等に関する政令（昭和54年11月16日政令281号）。

同年8月1日、同年8月24日、同年11月8日の8回にわたり、総括委員会による総括基準に関する決定と、145例の和解契約書を、それぞれ公表してきた。これらは、和解仲介の経過の中で、審査会の指針の空白部分についての創設的基準、同指針の抽象的部分の具体化、同基準の事実上の修正などが内容となっており、和解仲介のための具体的指針として有効であるという意味で成果と言える⁽⁶⁾。

(2) 和解手続の仕組みと性格

原紛センターの業務規定によると、①申立代理人を「法令により他人の法律事務を取り扱うことを業とすることができる者又はセンターが承認した者」に限定すること、②申立は請求を基礎付ける証拠書類を添付し、政令で定める事項を記載した申立書によること、③総括委員会は、「和解仲介手続を開始する必要があると認められ、かつ、当事者双方が和解仲介手続に応じることが見込まれると思料されるときは、仲介手続の開始を決定」し、少なくとも弁護士1名を含む仲介委員を指名すること、④複数の仲介委員による場合の意思決定は過半数によること、⑤被申立人は答弁書等を仲介委員が指定した日までに提出しなければならないこと、⑥仲介委員が必要と認めるときは口頭審議期日を設けたり、当事者の意見を聞いて、専門家、利害関係人その他参考人から意見又は事情聴取したりすることができること、⑦申立事件を分離又は併合は仲介委員の報告によって総括委員会が決定すること、⑧仲介委員は和解案を作成して当事者に書面で提示できること、⑨当事者は和解案を自由に諾否できること、⑩和解が成立したときは、当事者間で和解契約書を作成し、その写しを原紛センターに交付すること、⑪和解手続は和解契約書の写しが交付されたとき終了すること、などが概要である⁽⁷⁾。

原紛センターの仲介は、上記③、⑨から見ると、調整型の仲介であることが前提になっている。しかし、平成24年5月に東京電力等が、賠償支払等の資金支援を政府に要請するために、政府に提出した「総合特別事業計画の概要」の中で、賠償支払について「5つのお約束」の徹底を約束していて、その3つ目に「和解仲介案の尊重」が掲げられている（以下「本約束」という）⁽⁸⁾。「尊重」であるので法的に受諾義務を負う

(6) 判例時報2143号の40頁同野山宏「原子力損害賠償紛争解決センターにおける和解の仲介の実務2」参照。

(7) 原子力賠償紛争解決センター和解仲介業務規定（総括委員会が平成23年8月26日決定）判例時報2140号3頁 野山宏「原子力損害賠償紛争解決センターにおける和解の仲介の実務1」参照。

(8) 平成24年5月に、原子力賠償支援機構及び東京電力が共同して策定し、経産大臣の認定を得たもの。三つ目のお約束の内容は次のとおりである。

●申立しようとする方の承諾を得られたもの等については、紛争解決センターの手続きにおいて、

ことを認めたとまではいえないとしても、東京電力が国から数兆円と言われている資金援助を受ける条件として約束したものであり、この約束は限りなく法的義務に近い効力を持つとともに、社会的・政治的責任をも負ったと考えるべきである。

これによって、原紛センターの和解仲介手続は、実質的に裁定型に変わったとみるべきである。このことは、原紛センターは、東京電力の意思に関係なく、賠償支払の対象であると判断した事項について被害者が和解案の提案を求めた場合、和解案を提示しなければならないことを意味すると考えるべきである⁹⁾。

第2 原紛センターの成果と問題点

1 設置における問題点

当初に設計された原発事故の賠償基準の設定及び請求方法には、次のような問題点があったと考える。

受理・確認後の初期段階から争点整理の手続に積極的に協力することにより、相対による協議を実質的なものとし、早期の和解に努める。

●申立がなされた際には、以下の取組を行う。

- 一 答弁書等で早期の認否を行うなど、速やかに回答。
- 一 紛争解決センターから呈示された和解案については、これを尊重し、項目ごと及び項目内の部分払いを含め、速やかに回答。
- 一 和解案に対して継続して協議する方針の場合は、被害者の方々にその趣旨を十分説明し、御理解をいただけるよう努める。

●法務部法務室 ADR グループと福島原子力補償相談室との業務連携を一層強化するとともに、紛争解決センターにおける和解仲介案、総括基準その他の情報を速やかに共有し、本賠償における実務、相対による協議及び賠償基準検討に役立てる。

(9) ADRには、当事者間の合意を調整する調整型と、当事者が仲介委員の決定に従う旨の合意を前提に、仲介委員が解決内容を提示する裁断型がある（内閣府国民生活局 平成19年5月28日付「ADR（裁判外紛争解決手）について」参照）。

原紛センターは、調整型としてスタートしたが本約束によって、東京電力は片面的に原紛センターが提示する和解案を拒否する自由が制限され、正当な理由がない限り受諾しなければならない義務を国民と政府に約束したといえる。そして、その約束に反した場合は、政府からの資金的支援が中止される可能性があるという意味で間接強制的効果もあるといえるし、社会的・政治的非難を受けることになる。そして、被害者が受諾したにもかかわらず、東京電力が正当な理由なく和解案の受諾を拒否した場合は、社会的・政治的な責任を負うことになり、その和解案の内容は、その後の裁判においても最低額の賠償基準としての意味を持つと考えるべきである。

ちなみに、金融ADR制度では、指定紛争解決機関の手続では、紛争解決委員は金融機関に対して和解案受諾の勧告をすることができ、それに応じなかった金融機関に対して特別調停案を出すことができ、金融機関はそれを受諾する義務を負っている（公益法人総合紛争解決センターのホームページ「金融ADR制度について（一般向け）」参照）。

(1) 賠償基準は、審査会が指針という形で抽象的な基準を設定し、それを基に東京電力が具体的な基準を設定することになっている。しかし、審査会が提示した基準（前記中間指針及びその追補）が抽象的で大雑把で、具体的な基準設定を加害者である東京電力に委ねてしまっているという点に問題がある。そのため、東京電力は、賠償の最低基準あるいは「めやす」であるはずの中間指針を、自分に有利に解釈して一方的に上限の基準として設定し、被害者に押しつけてしまう結果となり、多くの被害者が公平性、妥当性に著しい疑念と不審を持ち、東京電力への直接請求を躊躇する結果となった⁽¹⁰⁾。

(2) 被害者が膨大であることが明らかなのに、原紛センターのスタート時の組織を上記規模程度にしたことは、東京電力に対する直接請求を賠償請求の主とし、仲介手続を補完的役割と位置付けていたとしか判断できない。

しかし、東京電力に対する直接請求の方法は、加害者に上記不審を与えた東京電力の基準に基づいて、東京電力が一方的に決めた項目について、画一的に答えるだけの請求書に記入して請求するというものであった。しかも、個人の被害者の請求書は約60頁もあり、その説明書に至っては150頁以上もあって、そのような書類に不慣れで、法律知識のない被害者には極めて分かり難い内容であった。しかも、被害者個々人の事情を考慮していないので、損害賠償は個別的なものであるという趣旨にも反している。

東京電力の設定した賠償基準に基づいた請求方法は、請求の内容及び方式についての被害者に対する提案にすぎず、それ以外は受け付けないというものであってはならないし、被害者に対する認容額の提示も和解案の提案にすぎない。本来なら、請求と回答を基に交渉が重ねられて一致点を見出すのが和解である。しかし、東京電力に対する直接請求では、殆どこの交渉がなく、被害者は一発回答を強いられていると言われている。これらのことも、被害者の間に、東京電力への直接請求に対して困惑と怒りが沸き起こっている理由となっている⁽¹¹⁾。

(10) 具体的賠償基準の設定を東京電力に任せるのではなく、東京電力が作成した具体的基準を加害者側の案とし、それに対して被害者の立場から意見を言い、中立的立場の専門家などを交えた別の組織で検討し決定する方法がとられるべきであった。

(11) 東京電力は、膨大な人数と費用を費やして、被災地、全国の避難先での説明会を開催し、要望があれば被災者の家を訪れ、書き方を指導し、望まれれば代書まで行って来た。損害賠償請求は、一定の条件を満たす者に一律に支払われる制度的な支援金や義援金などと異なって、被害者の意思、事情などによって賠償額が異なる。しかも、原発事故の被害者の大半は、法律知識が乏しく、弁護士などの助言を求めることに不慣れである。加害者が、賠償基準や請求方法を一方的に決め、被害者にその請求方法を指導して回るということ自体、極めて不公平であり、不合理

(3) さらに、東京電力への直接請求によると、一回請求した項目については追加請求を認めないこと、疎明資料の原本添付を義務付けていること、請求額に対する提示額の回答は総額のみが記載され、何が認められたかが不明であったこと、提示額を基にした交渉などが予定されておらず、直ちに認諾するか否かの選択を迫られるものであったこと、和解書には清算条項が入っていたことなど、着の身着のまままで避難し、法律知識に乏しい被害者にとって、過酷かつ不合理、不平等を強いるものであった。

東京電力に対する直接請求の方法を主とするなら、少なくとも加害者による相談・助言ではなく、被害者の立場から指導・助言する制度を併存させないと公平ではない⁽¹²⁾。

(4) 風聞によると、東京電力は賠償請求に対応するため約200名の弁護士を準備しているという。しかし、東京電力は、被害者が賠償請求を弁護士に依頼することに嫌悪感を持っているように感じられる。なぜなら、相談会では、東京電力から弁護士を頼むと弁護士費用がかかるので受け取る金額がその分減ると助言されたと言われた、という被害者の声を聞くことが少なくないこと、東京電力への直接請求を代理した弁護士から、弁護士が代理した場合の対応が非常に遅いという苦情が聞かれること、原紛センターを通じての請求においても、東京電力の回答が極めて遅いことや些細な点まで釈明や疎明資料を求めてくるなど不誠実な感が拭えないこと、被害者分の弁護士費用負担に強く抵抗したことなどから推測できる。

これは、第一に、賠償方法の制度設計において、東京電力への直接請求を主としながら、法的弱者である被害者に対する被害者側の立場からの助言・指導を制度的に設ける必要がある。

この点については、弁護士会及び弁護士の対応の遅れ、不十分さも理由の一つである。単に、弁護士会内に相談窓口を設けて来訪を待つという対応では、被害者の需要に答えるには不十分である。東京電力のように、被害者のいる場所に赴くか、被害者の近くに常設の相談所を設けて対応する必要があったが、今でも十分とは言えない。

(12) 東京電力への直接請求の指導、助言においても、弁護士会、司法書士会、行政書士会などの専門家に委ね、東京電力の認容額についても、中立的立場の専門家がチェックできるような制度を準備しないと公正ではないし、明細を示した回答にすべきであった。しかし、賠償請求のスタート前に、そのような公的な準備はなされず、弁護士会などのボランティア活動に委ねられた。

平成23年10月末ころから、支援機構が、被害者に対する弁護士、行政書士による賠償請求の説明会・相談会が設けられるようになり、日弁連などの働き掛けによって、平成24年3月に特別措置法が制定され、ADRへの申立を弁護士に委任する場合に司法支援センター（法テラス）の援助（原則立替性）が適用されるようになった。しかし、スタート時からの東京電力による大量の人と費用を投入した大規模な相談活動は現在も行われており、地方自治体が場所を提供し続けていることに違和感を覚える。

なお、清算条項は、厳しい批判を受けて撤回されているが、本質的な点での変更はない。

けず、加害者である東京電力に任せてしまったこと、第二に、ADR への請求代理が法テラスの支援対象になっておらず、弁護士が受任を前提とした相談・受任体制を組むことが遅れたこと、第三に、賠償請求の代理について弁護士会の対応が遅れたことなどがあげられる。

また、東京電力は、請求書用紙や説明書の中で「賠償金」ではなく「補償金」と表現していることから明らかなように、東京電力には責任意識が希薄であり、逆に、無過失責任や責任集中の制度によって、自分たちだけが全責任を背負わされているという被害者意識があると思えること、日本のエネルギー供給を背負っているという自負心に支えられた優越感、組織防衛、排他性があるのではないかと思えることなども遠因になっているのではないかと思う。

(5) これらのことから、原紛センターへの本人申立が多発することになった。しかも、当初は90%近くが本人申立であり、それらは、請求の趣旨や内容が極めて概括的で理解不能のものが多く、そのために、和解仲介手続を開始する前に、仲介すべき申立内容の明確化及び確定のための調査に労力と時間の大半を費やさなければならなかったという。

開設当初、申立から3、4か月で解決することを目指していたが、現状は6か月程度が常態化し、1年を経過しているものすらある。迅速な解決が実現できていない現状にある⁽¹³⁾。

2 原紛センターの問題点

(1) 制度設計修正の必要性

原発賠償請求の方法に関する制度設計における問題点については既に述べた。

原紛センターは、仲介委員、調査官の拡充をおこなっているが、それとて被害者の申立に迅速に対応できる陣容には程遠い。少なくとも、調査官300名、仲介委員400名くらいの陣容が必要であろう。

また、仲介委員、調査官を非常勤とし、その供給源を個人事業者である弁護士中心

(13) 原紛センターホームページによると、平成24年12月21日現在の原紛センターでの和解仲介手続実施状況は、申立件数4962件（人数は公表されていないが1万2000人近くに達していると思われる）、既済件数1808件（うち、全部和解成立1167件、取下げ371件、打ち切り270件）であり、一部和解成立236件、仮払和解成立79件とされている。

現在、仲介委員は、200名に、調査官は91名に増員されているが、毎月の申立件数が400件前後あり、この陣容で1カ月に解決可能な件数は200件から250件と推測され、未解決件数の減少は望めない現状にある。

としたことに限界がある。仲介委員に現役及びOBの裁判官、学者なども含めることが必要である。そして、調査官には、勤務先が見つけれず弁護士登録ができない新人弁護士や、司法書士や行政書士を補助的に活用することも考えるべきである。

さらに、東京電力への直接請求を含めた被害者に対する支援も、支援機構の相談、法テラスの相談・代理援助制度のみでは不十分である。申請前に専門家によるスクリーニング的指導・助言を義務付けるような制度も必要である。

(2) 裁定型仲裁であることの無理解

前述したとおり、原紛センターでの和解仲介は、実質的には裁断型の性質を持っている。その場合には、賠償請求が認められるべきであると判断した場合、仲介委員は、東京電力の受諾の意思如何にかかわらず、和解案を提示して東京電力が受諾するよう説得し、東京電力が受諾しなかった場合は、その旨を公表すべきである。そのことによって、本約束の持つ社会的・政治的責任が実現できることになる。仮に、東京電力があくまでの和解案を拒否した場合は仲介は不調となるが、和解案は訴訟において有効な意味を持つと考えられる。そして、被害者は、和解案を拒否した東京電力に対して、社会的・政治的な圧力をかけるための根拠とすることもできる。

帰還困難区域の大熊町の被害者について、東京電力の抵抗にもかかわらず財産的損害を含めた和解案を提示した平成23年第1号事件⁽¹⁴⁾、最初に行われた集団申立の旧緊急時避難準備区域の南相馬市原町地区の被害者に対して、チャンピオン方式による審理方法を採用し、避難区域と区別する理由はないとしてそれに準じた慰謝料、生活費増加分などの和解案を提示した同年第521号事件⁽¹⁵⁾などのように、仲介委員がその使命を自覚して積極的に事件解決を先導した事例も少なくはない。

しかし、東京電力が審理進行を遅らせることを容認したり、東京電力が受諾する姿勢を見せなければ和解案を出さなかったり、一旦提示した和解案も東京電力に拒否されると、「打診」であって和解案ではないと態度を変えたり、東京電力の認める範囲と金額を基準にして仲介手続を進めようとしたり、和解案に対する回答期限を設けない

(14) 原紛センターホームページ掲載和解事例63。

(15) 同上ホームページには掲載されていないが、旧緊急時避難準備区域の南相馬市原町地区は、生活に必要な諸施設の閉鎖、コミュニティの崩壊などから、生活の不自由さは避難者に匹敵する程度であるとして同等の慰謝料を認めた外、生活費増加分、交通費増加分、教育関係費増加分、避難に要した家財道具、日用品などについて、疎明資料を不要とする最低額を提示し、領収証等の資料がある場合は全額とする内容である。このような和解案提示があったからこそ、被害者、弁護団は東京電力に受諾を求める様々な行動が可能になった。

などの事実は少なくない。そのために、東京電力の意図的とも思える細かな求釈明や意見の連発、東京電力が自分の基準の固執することによる進行の遅れ、和解案に対する回答遅滞などが起っている。この点について、仲介委員の意識の変革と自覚が強く望まれる。

(3) 仲介委員・調査官の意識・認識の平準化の必要性

前述のとおり、仲介に対する考え方、姿勢などが、仲介委員や調査官によって異なっている。仲介委員の独立性は保たなければならないが、仲介委員間の意見交換、研鑽などによって、すくなくとも、原紛センターに課せられた役割、原発被害者の実態、被害者の生活再建などについて緊迫している現状の認識、あるべき賠償基準、迅速処理のために東京電力を指導する姿勢などについて、共通認識が必要であると考えられる。

(4) 不動産損害を含めた賠償基準の再整備と直接請求の透明化

東京電力の基準は、原紛センターでの和解仲介の成果を受けて、当初に比べて相当程度変容している。そして、前述した経産省の考え方によって、避難困難地域における財産損害を含む基準の一定の具体的基準が設定された。しかし、帰還可能か否かの線引きは完成していないし、除染（移染）の可能性は全く不明である。したがって、帰還準備区域の被害者に対する賠償基準は、極めて不透明であり、賠償支払の小出しによって被害者に現状固定による窮乏化を強い、生活再建、地域社会の復興を困難にする危険性を孕んである⁽¹⁶⁾。

地域の復興、地域社会の再生に基づく被害者の生活再建が実現しない限り、本原発事故被害者の真の救済にはならない。

原紛センターは、いわば加害者の側にある経産省の考え方は一方当事者の設定した基準であって、その意図や目的に関係なく、東京電力の基準と何ら変わりないと認識した上で、それに囚われることなく和解仲介を先導すべきである。その意味で、原紛センターが推し進めてきた総括基準の設定をさらに加速させ、和解事例を公表して、真に被害者の救済に役立つ賠償実現という使命を果たすべきである。

また、大半が本人申立であると思われる東京電力への直接請求について、どのような内容の和解が成立しているか全く不明である。このことは、原紛センターの領域外のことではあるが、賠償の公平化、迅速化のために、被害者の秘密保持に留意しなが

(16) 慰謝料支払いの終期を事件発生から6年とし、1年ごとに分割して支払うと、終期以降の生活資金が枯渇すること、不動産の修理費を仮払するが最終支払時に差し引くことや不動産の賠償基準の不十分さから、再取得が困難になる可能性があることなど、被害者は将来設計を意欲することができない。

ら公表されるべきである⁽¹⁷⁾。

第3 クラスアクション的解決への期待

1 大量の同一事情の被害者救済の公平かつ一括処理の必要

わが国の裁判制度では時間と労力と費用がかかりすぎ、迅速かつ低コストによる賠償実現に適さない。しかも、一定地域の住民全てが同質の被害を蒙っており、被害者の生活再建は当該地域の復興が必要とされるという特殊性があるので、当該地域の被害者に対して公平・平等を期し、集団的に一括解決をすることに適していない。原紛センターは、ADRによってその処理を行おうとした初めて試みである。原紛センターでの成否が、わが国のADR活用及び発展の今後の行方を決すると言っても過言ではない。

集団申立は、当初、原紛センターからの要望であった。当弁護士団は、その趣旨に添って、集団申立を強力に推進している。このことは個別的事実である損害賠償請求の性質と矛盾する。その矛盾を和らげるには、賠償額の基準を高め設定し、個別事情についても類型化・定額化して被害者の不満を和らげるしかない。しかし、審査会の中間指針、原紛センターの総括基準、及びそれに基づいた和解は、それに適合しているとは到底言えない現状にある。したがって、集団申立を行っても、個別事情を積み上げて賠償額を増額させるしか方法がなく、結局、迅速にクラスアクション的解決ができないでいる。

原紛センターは、和解基準の見直し、類型化した被害ごとに一定額の賠償の基準化などを推し進め、集団的一括処理を迅速に可能にしない限り、集団申立の効果が実現できない。

(17) 支援機構の中に、「和解事例検討委員会」(仮称)なるものが設置された。支援機構は、「当該原子力事業者が損害を賠償するために必要な資金の交付その他の業務を行うことにより、原子力損害の賠償の迅速かつ適切な実施及び電気の安定供給その他の原子炉の運転等(第三十八条第一項に規定する原子炉の運転等をいう。)に係る事業の円滑な運営の確保を図り、もって国民生活の安定向上及び国民経済の健全な発展に資することを目的としている(原子力損害賠償支援機構法1条)。

このような目的を持つ支援機構の中に、上記のような委員会を設置することの公平性、中立性が問題にされるであろうし、公開性、透明性がどのように担保されるかが不透明である。なによりも、そこでなんらかの賠償基準が模索されているとしたら、審査会の権能が事実上その同委員会に移ることになり、法的正当性に疑問が生じることになる。

2 財産的損害及び旧避難区域外の被害者の問題

今後、不動産を中心とした財産的損害の賠償が本格化してくる。しかし、「考え方」が示す賠償基準及び東京電力の基準は、主として不動産の交換価値を基準とするものであり、再取得価格を保証した生活再建には著しく不足している。しかも、帰還困難地域においては、慰謝料を事故発生から5年で打ち切り、一括して不動産賠償額と一緒に支払うことによって賠償額を多額に見せようとしているが、不動産再取得に慰謝料額を加えざるをえないことが危惧される。そのため、住宅は取得したが生活費がなくなるという可能性が強い。

また、今後、特定避難勧奨地点の地域の指定を受けていない被害者、高濃度の放射能汚染があるにも関わらず避難指示を受けなかった地域の被害者⁽¹⁸⁾、自主避難者など問題が表面化する。

これらの問題について、原紛センターが有効に機能しえなければ、裁判所に、国賠を含めた大量の訴訟が提起されることになるであろう。

3 弁護士会及び弁護士の役割の重要性

原子爆弾被爆者に対する救護に関する法律が制定されたのは、広島・長崎に原爆が投下されてから49年後の1994年であり、その被害は今なお続いている。本原発事故の被害者に原爆被災者が負わされた長い苦しみを与えてはならない。事故発生から1年10か月経って、被害者個々人の生活再建の基となる不動産を中心とした財産損害の賠償支払が本格的に始まろうとしているが、その内容によっては被害者を再び失意のどん底に落とししかねない。そして、なによりも、子孫に放射能による身体的被害の不安を背負わせてしまった。その不安が現実化しないことを祈るばかりである。国及び東京電力の責任は極めて重い。

原紛センターの仲介委員、調査官の殆どは弁護士であり、東京電力側でも多くの弁

(18) 弁護団は、現在、特定避難勧奨地点に指定された伊達市霊山地域一帯の被害者からの賠償請求を要請されている。事故直後、避難しなければならなかった汚染度であったにもかかわらず、自治体が地域経済の崩壊を恐れて避難指示しなかったことから、不満が起り、家ごとに指定することにした制度で、指定されると、一人月10万円の慰謝料や様々な特典が与えられるが、指定されないと一切の賠償、特典はない。隣同士なのに一方が指定され、他方が指定されない、指定の基準以下なのに指定された家もあるなど、極めて不合理、不公平な現状がある。そして、今でも、2ないし3 μ シーベルトが当たり前で、家の周辺には40 μ シーベルトのホットスポットも少なくないという地域である。

福島市から相馬市あるいは南相馬市に至る道路の周辺の殆どは未だに高濃度に汚染されたままであり、終わりのない除染(移染)作業が行われており、沢山の人が生活し続けている。

護士が活躍している。社会正義の実現と基本的人権の擁護を使命とする弁護士は、被害者の適性かつ迅速な被害回復のために何をすべきかが問われている。当弁護団は5000名を超える被害者からの委任を受けている。そのために、賠償に対する考え方が不確定で、時間と労力がかかる裁判ではなく、当面、原紛センターでの和解仲裁に注力するしかないと考えている。原紛センターが機能アップし、仲介委員が使命を自覚し、原発被害賠償について主導的役割を果たしてくれることを願わずにはいられない。

なお、当弁護団は、原紛センターでは救済できない被害者、将来起こるかもしれない放射能による身体障害を支援することをも視野に入れた長期的な体制作りを考えていく覚悟をしている。

法令の明確性に係る三段階の審査

福井康佐

はじめに	102
Ⅰ 明確性の判断における限界要因	102
1 抽象性と明確性のジレンマ	102
2 明確性の判断における「直覚性」	104
Ⅱ 明確性の原則の意義と判断手法	106
1 漠然不明確ゆえに無効の意義と主要な論点	106
2 漠然不明確性の判断における判例の枠組み	107
3 判例の枠組みの検討～法令の明確性を文面以外の要素で判断することの妥当性	114
4 過度の広汎性の意義と問題点	118
Ⅲ 法令の明確性に係る三段階の審査	121
1 明確性に係る三段階の審査	121
2 法領域別の考察	125
3 文面上違憲・無効以外の方法	128
4 第三者の権利主張	129
むすび	130

はじめに

法科大学院教育における憲法の学習指導においては、事案に適用されるべき法令が明確性の原則に反するかどうか、という点の理解と論証を促すことは、きわめて重要である。しかしながら、明確性の原則については、いわゆる基本書と呼ばれる概説書等においても、いくつかの大きな問題点の説明が十分ではなく、学習の妨げになっているという感がある。法令を文面上違憲・無効とすることのインパクトは極めて大きいこと、規制当局には実務上、一定程度の裁量権を与える必要があることを考慮しつつ、現在の判例の理論が立法府に対して、十分な警告機能を果たしているのかという点を、事例に即して細かく分析する必要があると思われる。本稿では、最初に、明確性の判断をする際に、それを阻害する要因について考察する。これは、言い方を変えると、なぜ「漠然不明確性」「過度の広汎性」の理解が困難であるのか、ということの理由を示すものである。次に、漠然不明確ゆえに無効・過度に広汎ゆえに無効という、明確性の原則の基本的な二つの準則の意味について、日本の判例に則して、具体例を挙げて論じる予定である。特に、法令の明確性を「文面だけ」で判断することの意義と限界を説明する予定である。続いて、明確性を判断する手法として、判例の基本的な枠組みである文面のみの審査・立法事実等を組み込んだ審査・司法事実を組み込んだ審査という、三つの段階の審査を批判的に受容しながら、その機能を示し、併せて文面上違憲・無効以外の手法の可能性、第三者の権利主張の可否についても論じる予定である⁽¹⁾。

Ⅰ 明確性の判断における限界要因

明確性に係る判断は法的な判断の中でも困難な作業の一つである。その原因は、一つには、法令に本質的に求められるところの、抽象性・一般性にあり、もう一つには、直覚的判断によらざるを得ないことにある。

1 抽象性と明確性のジレンマ

全ての法令は、国民に対して、行動の予測可能性を保障しなければならないところ、

(1) 明確性の原則についての近時の主要な文献として、君塚正臣「明確性の原則」(戸松秀典・野坂泰司『憲法訴訟の現状分析』(2012年、有斐閣)所収) 木下智史「明確性の原則について」『阿部照哉先生喜寿記念論文集 現代社会における国家と法』(2007年、成文堂)がある。

この行動の予測可能性は、法令に抽象性・一般性⁽²⁾を求めることによって保障される。

抽象性・一般性は次のように説明される。国民に自由な行動を保障するためには、誰に対しても同じ法律を同一の場面・同一の事案で適用する必要がある。不特定多数に対する同一の事件処理は、ルールのある社会の形成を保障し、安定した経済の発展に寄与する⁽³⁾。こうした法律の適用の平等と事件処理の予測可能性を満たすために、一般性と抽象性が求められている⁽⁴⁾。

たとえば、国家公務員の懲戒理由を定める、国家公務員法 82 条 1 項 3 号「国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合」の規定は、国家公務員全員に対して適用するという「一般性」と、様々な非行の事例を包括して規定するという「抽象性」を有する。全ての適用事例を包括するような、一般的で柔軟な規定であれば、誰に対しても、同一場面・同一事例で適用することが可能になり、普遍的適用、すなわち、行動の予測可能性を保障する。

しかしながら、誰に対しても平等に適用できるという点を徹底すると、特殊性（個別のケースを踏まえて詳細な規定を置く）から一般性（適用可能性を高めるために抽象度・柔軟性を高める）へと進むことになり、法令が漠然不明確な規定を含む危険性を発生させる。その傾向は、一定の時代を超えて適用するためにさらに法令の柔軟性を高めることになると、ますます強くなる。

一方、行動の予測可能性は、法律の明確性によっても担保される。国民が萎縮せずに、自由な行動を行うためには、違法・合法のラインが明確に示されていることが重要である。つまり、行動の予測可能性を担保するためには、抽象性ではなく、詳細で明確な法律を制定する点を徹底するという方向もあり得る。しかしながら、この作業は、現実には困難な場合が多い。具体的な法の領域ごとに明確性を徹底できない事情が存在するからである。たとえば、行政法規の場合は、行政庁に具体的事例の適用をゆだねるために、一定の裁量権の行使を保障する必要もある。上述の公務員の懲戒理由である「国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合」の適用のように、懲戒に値する行為は多種多様であるので、処分を行う行政庁に、現場感覚を活かした裁量権を与える必要がある⁽⁵⁾。また、刑法の「わいせつ」概念のように、規制すべ

(2) 法律の一般性については、法哲学上の多くの議論がある。例えば青井秀夫『法理学概説』（2007年、有斐閣）521頁以下は一般条項のプラス・マイナスについて論じる。

(3) この意味では法の適正な執行、公平な裁判制度の整備は、資本主義社会のインフラである。

(4) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（2011年、有斐閣）286頁。

(5) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第4版）』（2011年、有斐閣）314頁以下は、裁判所の判断よりも行政庁の判断を優先させるべきと判断する場合の代表例を挙げる。中でも、「予測困難な状況の

き中核部分も含めて、時代によってその意味が変遷することから明確な条文にしにくいものもある。「淫行条例」のように、中核部分がはっきりとしていて、青少年保護という規制利益も明確であっても、外延部分が必然的に発生し、ケースバイケースの判断が必要な文言もある。したがって、法律が一定程度の抽象性を有することは、やむを得ない。

しかしながら、抽象的な文言を含む法律の制定を許容することは、違法・合法の境目が不明な、グレーゾーンを含む（漠然不明確性を伴う）法律の制定を招く可能性がある。さらに、法令の制定趣旨に照らすと、本来規制に値しない者を規制するようになり、文言が過剰な規制を含む（過度の広汎性を伴う）可能性も存在する。これらは、行動の予測可能性に対する障害となり、明確性に反する法令となりうる。

以上のように、行動の予測可能性を担保するためには、法令に対して、抽象性・一般性を求める方向（いつでも、どこでも、だれにでも適用されるという安心感の保障）と、明確性を求める方向（禁止される行動が詳細に示されているという安心感の保障）があるが、この二つは緊張関係にあり、調整の難しい概念であることがわかる。

その意味では、法令はある程度の不確定概念を含まざるを得ず、明確性の追求には一定の限界がある。このように、明確性の原則の審査は、抽象性・一般性と明確性の間のジレンマを認識し、その落としどころをどうするか、という問題と言い換えることが可能である。

2 明確性の判断における「直覚性」

明確性の判断を困難にする二つ目の要因は、明確性の判断に必然的に伴う、「直覚性」である。後述するように、判例は法令の明確性を判断するにあたって、十分な説明を行わずに単に「明確である」と判示したり、合憲限定解釈を施して「通常の判断能力を有する一般人なら理解できる」としたり、「事案の当事者なら理解できる。」としている。仮に、通常の判断力のある一般人という基準を持ち出しても、その判断は、「明らかである」「明らかではない」という直感的・直覚的判断から免れることはできない。

確かに、後述するように⁽⁶⁾、明確性の原則の根拠とされる、公正な告知、恣意的運用の抑制、萎縮効果の除去を用いて、「十分な告知にならない不明確性」「萎縮効果をもたらすレベルの不明確性」という実体的、手続的理由からアプローチすることは可能

変化に迅速かつ臨機応変に対応することが特に必要な分野においては、法令であらかじめ具体的に規定しつくすことはできず、行政機関に判断の余地を与えておかなければならない。」とする。

(6) IIの1を参照せよ。

である。また、誰が見ても意味がわからないレベルの不明確性や、逆に、十分な明確性は判断可能である。しかし、1で述べた抽象性・一般性に必然的に伴う不確定概念が、どこまで明確で、どこまで不明確かという点は、法的三段論法になじむものではなく、最終的には直覚的判断に頼らざるを得ない。つまり、明確性の判断は、ルール定立（第一段）→事実認定（第二段）→当てはめ（第三段）という法的三段論法ではなく、「……に照らして」「……の目から見ると」→明確である・不明確である、という構造になっている。

この直覚性は、明確性判断のアナログ性と法的評価のデジタル性の違いからも説明できる。法令の明確性は、白（明確）から黒（不明確）まで、連続するアナログ的な評価である。その途中には、様々なレベルの灰色がある。一方、法的評価は、違憲（1）・合憲（0）のデジタル的判断である。アナログのレベルで、具体的にどの程度が不明確であれば、法令が違憲なのかは難しい判断である。明確性は、アナログである以上本来数字では表せるものではないが、仮に説明の便宜上、誰にもわかる明確性が100%であるとすれば、何%以下であれば、違憲無効となるのかは不明である⁽⁷⁾。すなわちどのレベルから、不明確とは断言できないからこそ、直覚的判断という批判がなされるのである。

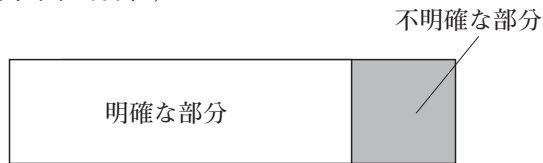
さらに、明確性の判断には、量的な判断だけではなく、質的な判断も求められる。その意味では、不明確性の判断にも、不可分性の議論が当てはまる⁽⁸⁾。図1のように、仮に、法令全体として見たとき、量的に見て不明確性の程度が低くても、質的に見て一部に重大な不明確な部分があれば、法令全体が瑕疵を帯びて、違憲無効とすべきであるという主張は可能である。確かに、一部だけの不明確性を取り上げて、法令全体を無効とすることは、権力分立という観点からは、裁判所に積極的な判断を躊躇させるところであるとしても、この法令全体を違憲とするほどの質的に不可分な不明確性⁽⁹⁾は、理論上ありうる。そして、この質的な判断も直覚的判断である。

(7) 藤井俊夫「過度の広汎性の理論及び明確性の理論」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』(1987年、有斐閣)所収 366頁。

(8) 不可分性について古典的議論としては、芦部信喜『憲法訴訟の理論』(1973年、有斐閣)90頁以下がある。

(9) 法令の適用場面における、質的な不可分性・量的な不可分性については、福井康佐「適用違憲における三類型説の再検討」(2011年、大宮ローレビュー第7号)54頁以下を参照されたい。

図1 (明確性に係る質的不可分性)



この直覚的判断は、他の手続的違法の判断にも見られる。たとえば、理由附記不備の場合では、青色申告承認取消し処分において、質的・量的に見てどの程度から、理由附記不備で違法と見なされるかは、直覚的判断である。書面に何行書いて、どのくらい詳細に書けば合法で、どこからが違法なのかはわかりにくい。「これでは処分理由がわからない」というレベルは存在するが、グレーゾーンを違法・合法に仕分ける、明快な論理的な基準は存在しないからである⁽¹⁰⁾。

後述するように、判例が法令の実体が合憲であることを先行して判断してから、それを理由として、明確性の判断を行う⁽¹¹⁾のも、この直覚性に対する批判を回避するためであろう。したがって、明確性の判断においては、この直覚性に対する批判をどのようにして回避し、いかに説得力を持たせるのか、という視点が重要になる。

II 明確性の原則の意義と判断手法

1 漠然不明確ゆえに無効の意義と主要な論点

明確性の原則を構成するところの、「漠然不明確ゆえに無効」の意味は、法律の文言が漠然不明確で、行為者に対して当該行為を行うことの是非(行うか否か)、態様(どう行うか)に係る、法的評価(違法・合法)についての情報を正確に与えない場合は、法律の文言は、文面上無効となる、ということである。その趣旨は、十分な告知・恣意的運用の抑制という、手続的要請と、萎縮効果の発生可能性の抑制という、実体的要請である⁽¹²⁾。この準則から理解できることは、①問題となる法律の文言に対して一定レベルの不明確性を認定できる場合は、②当該文言に対して、違憲、無効という法的

(10) 税務調査における手続的違法も同様の構造である。

(11) 青井美帆「広島市暴走族追放条例事件判決」『特集 憲法最高裁判例を読み直す』(論究ジュリスト2012年春号)所収は、この点を問題視する。

(12) 前掲芦部注(4)197頁

評価を与えることができる、という2点である。

しかし、逆に、この準則から生じる疑問としては、①不明確さの審査は、どのような判断手法をとるのか、特に、その明確性を判断する要素は何か、②どの程度の、どのような態様の不明確性をもって文面上無効とすることができるのか、③文面上違憲無効という判断以外には不明確性を除去する方法がないのか、④文面上無効は誰が主張できるのか、という点を挙げることができる。

本稿は、これらの論点を論じる予定であるところ、①では、法令の文言の明確性の判断要素は、当該条文及び他の条文といった形式的要素、立法事実等当該事案に特有の司法事実等の実質的要素が存在するのであるが、これらをどこまで組み入れて判断すべきか、という点が問題になる。そして、②は不明確性の決め手となる要素、不明確性の程度をどうするのか、という評価の問題である。①と②は、上述の通りの直感的判断に伴う説得力の不足を回避するための手段でもある。また、③は、文面上違憲・無効以外に、法令の不明確性を除去する方法は何か、という問題であり、④は主張適格の問題である。

なお、明確性の原則は、「漠然不明確ゆえに無効」と「過度に広汎ゆえに無効」の二つの準則から成り立っているところ、本稿では、漠然不明確性を最初に取り上げて、その判断手法について論じた後に、過度の広汎性の意味と、その漠然不明確性との重なり等を論じる。

2 漠然不明確性の判断における判例の枠組み

(1) 判例を分類するための資料

それでは、法的に違憲と判断されるべき、「漠然不明確性」は、どのようにして決定されるのであろうか。「罪刑法定主義の原則によって要求される法文の明確性が争われる事件」は、「立法事実をとくに検出し論証せず、法律の文面を検討するだけで結論を導き出すことができる場合もある⁽¹³⁾」とされる。そうすると、明確性の判断は、「法令の明確性を文面という資料だけで判断する」ことを原則とするということになる。これは、法令の形式面を判断するということである⁽¹⁴⁾。

しかし、判例は、明確性に係る文面審査に際して、文面だけを資料として審査して

(13) 同上372頁。

(14) ただし、芦部前掲部分の「とくに」という部分がどの程度、立法事実等を包摂することを許容しているかどうかは、不明であるが、実質的要素を読み込む必要性のある場合を示唆しているのではないだろうか。

いる訳ではない。判例は、文面の明確性を判断するにあたっては、①適用される法令の文言、②目的規定、定義規定等の同一法令の他の規定の文言、及び下位法規という形式的要素に加えて、③憲法事実または立法事実、④司法事実という実質的要素を判断材料としていていると思われる。

このうち、憲法事実とは、憲法の条文を支える、社会的・経済的・文化的・歴史的事実のことであり、憲法解釈の合理性を支える事実である⁽¹⁵⁾。たとえば、プライバシー権であれば、情報化社会・都市化が進行したことから、個人の情報を守る必要性が出てきたこと、という社会的実態と歴史が、憲法事実である。これは、法律の合理性を支える立法事実とは、区別することができる。

(2) 明確性に係る判例の類型化

この4つの資料を用いた、判例の審査手法を分類する⁽¹⁶⁾と以下の通りとなる。

A 条文それ自体が明確である、または文義上明確であるとするもの。

A-1 条文それ自体が明確であるとするもの。

破防法39条・40条の不明確性が問題となった事案で、「……上告趣意第一点は、憲法三一条、二一条違反をいうが、行為は、一定の目的等の主観的意図にもとづくものであることによつて、違法性を帯びあるいは違法性を加重することがありうるのであるから、その主観的意図の存在を犯罪の構成要件要素とすることは決して不合理なことではなく、また、破壊活動防止法三九条および四〇条は、その所定の目的をもつて、刑法一九九条、一〇六条等の罪を実行するための具体的な準備をすることや、その実行のための具体的な協議をすることのような、社会的に危険な行為を処罰しようとするものであり、その犯罪構成要件が不明確なものとも認められないから、所論はいずれも前提を欠き、上告適法の理由にあたらぬ。」としている⁽¹⁷⁾。

これは、十分な説明のない直覚的判断であるが、本判決のこの部分より前に、判決文中に破壊活動法39条と40条の煽動が、法的保護に値しない、という実体判断を先行させている。

(15) 江橋崇「立法事実」（芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（1987年、有斐閣）所収）77頁以下。なお、高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）13頁は、この憲法事実について、「憲法解釈事実」という語を用いている。

(16) 判例の分類を示した文献として、小田健司「最高裁判例解説刑事編昭和50年度」156頁以下、199頁～203頁。

(17) 最判昭和45年7月2日刑集24巻7号412頁。

A-2 目的規定または定義規定との関係で明確であるとするもの。

別件の破壊法違反が問われた事件⁽¹⁸⁾では、A-1の判決を引用して、「同第三点は、破壊活動防止法三九条及び四〇条のせん動の概念は不明確であり、憲法三一条に違反すると主張する。しかしながら、破壊活動防止法三九条及び四〇条のせん動の概念は、同法四条二項の定義規定により明らかであって、その犯罪構成要件が所論のようであいまであり、漠然としているものとはいい難いから、所論は前提を欠き、適法な上告理由に当たらない。」と判示する。ここでは、定義規定をさらに、文理解釈の理由として挙げている。

A-3 例示によって具体化されているので、明確であるとするもの。

「医療類似行為」の不明確性が問題となった事案で、判例は「同第二点は、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法一二条の医業類似行為の内容が明確でないことを前提として、憲法三一条違反をいうものである。しかし、前記法律一二条は「何人も、第一条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならない」と規定し、同法一条に掲げるものとは、あん摩（マッサージおよび指圧を含む）、はり、きゆうおよび柔道整復の四種の行為であるから、これらの行為は、何が同法一二条の医業類似行為であるかを定める場合の基準となるものというべく、結局医業類似行為の例示と見ることができないわけではない。それ故、右一二条が所論のように犯罪行為の明確性を欠くものとは認められず、違憲の主張は前提を欠くものであつて、採るを得ない。⁽¹⁹⁾」とする。

以上、A1～A3までは、法令の明確性を「文面だけで」判断している。しかし、判例には、次のように、文面が明確であるという判断に、文面以外の要素を織り込んでいるものも、少なからず存在する。

B 法令の明確性の判断に際して憲法事実及び立法事実を読み込んでいるもの。

B-1 憲法事実を読み込んで、明確性を認定しているもの

旅券渡航の自由が問題となった、帆足計事件では、旅券法第13条第1項第5号（現行7号）が、「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」については、凡そ憲法上自由を制限する場合に、このような漠然広義な標準に基き包括的に判断を行政庁に委任するようなことは許さるべきものではない」という原告（上告人）の主張に対して、次

(18) 最判平成2年2月28日刑集44巻6号463頁。

(19) 最判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁。

のように判示している。

「しかし憲法二二条二項の「外国に移住する自由」には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服するものと解すべきである。そして旅券発給を拒否することができる場合として、旅券法一三条一項五号が、「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」と規定したのは、外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ、所論のごとく右規定が漠然たる基準を示す無効のものであるということとはできない。されば右旅券法の規定に関する所論違憲の主張は採用できない⁽²⁰⁾。」

ここでは、先に実体判断として、外国に移住する自由に対しては公共の福祉のための合理的制限を加えることができると判示した上で、問題となる規定は、その合理的制限を規定したものであるから、漠然不明確ゆえに無効な法令ではない、とする。つまり、当該規定は、外国に移住する自由を制限すべき範囲を包摂している、という判断である。本判決では、立法事実の認定がなされていないが、一般に、諸外国との外交関係を考慮すれば、海外渡航を禁止すべき理由が存在するという事実、すなわち、憲法事実を加えて文面上の判断を行っていることを読み取ることができる。

なお、このB-1の手法は、合憲限定解釈を行っていない。法令全体が、裁量部分を含めて明確であるという判断であろう。

B-2 立法事実を加味して合憲限定解釈しているもの

違法な争議行為の「あおり」行為が問題となった全農林警職法事件⁽²¹⁾では、立法事実を加味して、適用範囲の明確性を判断している。

「しかしながら、違法な争議行為に対する原動力または支柱となるものとして罰則の対象とされる国公法一一〇条一項一七号所定の各行為のうち、本件において問題となっている「あおり」および「企て」について考えるに、ここに「あおり」とは、国公法九八条五項前段に定める違法行為を実行させる目的をもつて、他人に対し、その行為を実行する決意を生じさせるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢いのある刺激を与えること（昭和三三年（あ）第一四一三号同三七年二月二日大法廷判決・刑集一六巻二号一〇七頁参照）をいい、また、「企て」とは、右のごとき違法行為の共謀、そそのかし、またはあおり行為の遂行を計画準備することであつ

(20) 最大判昭和33年9月10日民集12巻13号1969頁。

(21) 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。

て、違法行為発生の危険性が具体的に生じたと認めうる状態に達したものをいうと解するのが相当である（いずれの場合にせよ、単なる機械的労務を提供したにすぎない者、またはこれに類する者は含まれない）。してみると、国公法一一〇条一項一七号に規定する犯罪構成要件は、所論のように、内容が漠然としているものとはいいがたく、また違法な行為につき、その前段階的行為であるあおり行為等のみを独立犯として処罰することは、前述のとおりこれらの行為が違法行為に原因を与える行為として単なる争議への参加にくらべ社会的責任が重いと見られる以上、決して不合理とはいいがたいから、所論違憲の主張は理由がない。」

上記掲載部分の前に、「あおり行為が、単なる争議への参加にくらべて社会的責任が重いという」という点を判示しているが、それは、立法事実である。本判決は、立法事実を加味して、実体判断を行って、限定解釈をしているものである。

B-3 「通常の判断能力を有する一般人」という基準を用いて、憲法事実及び立法事実を加味して判断している場合。

徳島市公安条例事件⁽²²⁾では、同条例の三条三号、五条の犯罪構成要件としての明確性について次のように判断している。

「次に、本条例三条三号の「交通秩序を維持すること」という規定が犯罪構成要件の内容をなすものとして明確であるかどうかを検討する。」

……（中略）……

「しかしながら、およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。しかし、一般に法規は、規定の文言の表現力に限界があるばかりでなく、その性質上多かれ少なかれ抽象性を有し、刑罰法規もその例外をなすものではないから、禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準といつても、必ずしも常に絶対的なそれを要求することはできず、合理的な判断を必要とする場合があることを免れない。それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解にお

(22) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489号。

いて、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである。」(下線部筆者)

と、一般論を展開した後に、具体的に法令の明確性を認定する。

「……そうすると本条例三条が、集団行進等を行おうとする者が、集団行進等の秩序を保ち、公共の安寧を保持するために守らなければならない事項の一つとして、その三号に「交通秩序を維持すること」を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解されるのである。そして、通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあつては、その行為が秩序正しく平穩に行われる集団行進等に伴う交通秩序の阻害を生ずるにとどまるものか、あるいは殊更な交通秩序の阻害をもたらすようなものであるかを考えることにより、通常その判断にさほどの困難を感じることはないはずであり……」

B-4 実体審査をした上で、3つの厳格な基準を用いるもの。

札幌税関事件⁽²³⁾では、徳島市公安条例判決をさらに一步進めて、合憲限定解釈が許容されるべき、3つの条件を示す。それは、①規制の対象と対象外が明確に区別されること、②合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となること、③一般国民の理解において、具体的な場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準を読み取ることができることである。

そして、合憲限定解釈をした後に、「風俗を害すべき書籍、図画」＝「猥褻な書籍、図画」であるとした上で、そのような定式は、現在の社会事情の下において、わが国内における社会通念に合致するものといつて妨げないとする。さらに、わいせつの概念は、刑法175条の規定の解釈による判例の蓄積によって明確化されている。というように当てはめを行っている。このような認定は、「法の運用のあり方」を立法事実ととらえていることから、実体判断をしているとみなしうる。

C 適用する事例においては不明確ではないとするもの。

川崎民商事件⁽²⁴⁾では、旧所得税法第63条の「所得税に関する調査」「調査に関し必要ある時」「納税義務者」「納税義務があると認められる者」等の意味が不明確である

(23) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

(24) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁。

という主張がなされている。

「しかし、第一、二審判決判示の本件事実関係は、被告人が所管川崎税務署長に提出した昭和三七年分所得税確定申告書について、同税務署が検討した結果、その内容に過少申告の疑いが認められたことから、その調査のため、同税務署所得税第二課に所属し所得税の賦課徴収事務に従事する職員において、被告人に対し、売上帳、仕入帳等の呈示を求めたというものであり、右職員の職務上の地位および行為が旧所得税法六三条所定の各要件を具備するものであることは明らかであるから、旧所得税法七〇条一〇号の刑罰規定の内容をなす同法六三条の規定は、それが本件に適用される場合に、その内容になんら不明確な点は存しない。」(下線部筆者)

売春と職安法 63 条が問題となった判決⁽²⁵⁾でも同様の手法が用いられている。

「……上告趣意は、職業安定法六三条二号が罪の内容を定めるのに「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で」といつているのは、罪となるべき行為の定め方があいまいであつて、罪刑法定主義を規定した憲法三一条に違反すると主張する。しかし、第一審判決の確定した事実によれば、本件は、すべて売春を業とする接客婦の雇用をあつ旋した場合であり、およそ売春を業とすることが職業安定法六三条二号にいわゆる公衆衛生、公衆道徳上有害な業務に該当することに明白であるから、右の規定は、これを本件に適用する限りにおいては、何ら明確を欠くところはない。従つて、所論違憲の主張は、その前提を欠き刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。」(下線部筆者)

以上の判例は、当該法令が明確性を欠くか否かという判断について、「本件に適用される場合は」「本件に適用される限り」という、留保条件を示している。これは、司法事実としての、事案の当事者であれば、法の意味することは理解できるはずであるという判断である。いわば、文面審査における「適用判断」であり、事案に即してみると、文面上「適用合憲」という判断である⁽²⁶⁾。

以上より、判例は、法令の明確性が「違憲・無効のレベルに達していない」と判断するにあたって、①当該文面を読む直感的判断→②他の条文等を参考にした形式的理由による判断→③立法事実・憲法事実に基づく判断→④司法事実を理由とする判断、

(25) 最判昭和 36 年 12 月 6 日裁判集刑事 140 号 370 頁。

(26) 少なくとも、本件については、萎縮効果が問題となる事例ではないとして、この手法を肯定的に評価する文献として、野坂泰司「憲法基本判例を読み直す」(2011 年、有斐閣) 316 頁がある。逆に、野坂教授は、徳島市公安条例事件の高辻判事補足意見のように、集団行進等の表現の自由の規制が問われていることに対して用いることは、批判している。同 206 頁。

という流れの手法を用いている。

3 判例の枠組みの検討～法令の明確性を文面以外の要素で判断することの妥当性

学説上は、上記①の法令の明確性を「文面のみ」で判断する手法が、少なくとも、表現の自由および刑法の分野では求められるとして、立法事実等の人権を支える実体的理由を、明確性の判断の要素に含めることには、一般に批判的である。そして、法令の明確性を文面で判断することが、求められる「厳格な審査態度」であるとしているように見える⁽²⁷⁾。

そこで、本質的な問題として、「なぜ文面を文面だけで判断するのか?」「なぜ文面に立法事実等の実質的要素を含めることができないのか?」を検討してみる。

(1) 文面のみで法令の明確性を審査することの意義

明確性の原則は、第一に手続法的要請に基づく⁽²⁸⁾。表現の自由を規制する法および刑法は、国民に対して、十分な警告を与えなければならない。この「十分な警告」を行動に係る情報という点から再構成すると、明確性の原則は、立法機関に対して、法令が提供するところの「行動に係る情報」と、「国民が受け取る情報」との間の「乖離」をできる限り少なくすることを求めている、と思われる。たとえば、福岡県青少年保護育成条例の場合、「淫行条例」という規定を認識し、その意味を想定した時に、「未成年者と性行為をするとき、どういう場合に処罰されるかどうかの境界線がわからない」というレベルが、法令の漠然不明確性(情報を十分に与えてくれない)である。一方、真摯な交際に係る性行為を行う者からみると、「淫行」という文言を読んだときに、自分の想定では規制対象になってしまうと思う場合、あるいは、にわかには違法合法の判断がつかない、グレーゾーン(以下、このグレーゾーンを「中間領域」という。)にいる者からみると、自分の想定では規制対象外だと思ったが実際に規制されてしまう場合は、行為者に情報の錯誤があり、法令が過度に広汎なのである。

このように、明確性の原則に係る文面審査の本質が、当該法令の「国民への情報の提供のあり方」を問うものであるとすると、法律の素人である一般国民は、自分の行為に係る法令を手掛かりにして、行動を決定するのであるから、法令は、文面の内容

(27) 青井前掲注(11)は、実質面を明確性の判断に読み込むことに対して批判的である。渋谷『憲法』(2007年、有斐閣)166頁は、「この審査は、具体的事実の衡量という要素が入らず、原則として文面判断で結論を出すことが可能とする。

(28) 芦部前掲注(8)101頁以下。

を文面だけで理解できるような明確なものにする、という要請が当然になされる。いったん萎縮した表現活動は、回復が困難であるという性質からみると、表現の自由の領域は、明確な行動の指針をできるだけ示すことが求められる。罪刑法定主義が要請される刑法についても同様である。そういう意味では、「文面を文面のみで判断する」という手法こそが、行動の予測可能性を担保するものであるし、文面の明確性に、国民一般が、実質面を読み込むことを求めるのは困難であり、それは「十分な告知」の保障を超えた要請になるであろう⁽²⁹⁾。

(2) 文面のみで法令の明確性を審査することの限界

確かに、表現の自由や刑法の領域では、原則的に①文面（そのもの）、②文面（他の条文及び下位法規等）で明確性を判断すべきである。しかしながら、規制する人権によっては、③憲法事実及び立法事実を読み込む審査、④司法事実を読み込む審査をする必要がある。というのは、憲法事実及び立法事実を法令の明確性の審査に組み込むことによって、中間領域の存在を認定し、法令の明確性をより細かく判断することが可能になるからである。この作業によって、法令を合憲限定解釈不能であるとして、違憲としたり、あるいは、合憲的適用部分があるから法令を救済したりすることができるからである。また、司法事実を組み込むことによって、最低でも当事者には法令を理解できるとして、法令を救済することができるからである。

つまり、文面を文面のみで審査するというのが、文面審査における司法積極主義であるとすれば、文面だけではなく、それ以外の実質的要素、事件の要素を考慮する姿勢は、文面審査における司法消極主義であり、この二つの姿勢は、法令の実体の違憲性と同様に、問題となる人権の重要性、規制利益、規制の態様、裁判所の役割等によって、使い分ける必要がある。

伊藤正巳裁判官は、岐阜県青少年保護育成条例事件⁽³⁰⁾の補足意見で、文面審査における司法消極主義の可能性を示唆している。同意見では、青少年保護という目的がはっきりしていることから、文面審査を緩くすることも可能である、としているが、その示唆するところは、法令の明確性に係る文面の審査を、立法裁量ととらえた上で、権利の価値と規制利益の重要性によってその広狭を認定し、法令の明確性に係る立法府の裁量権の逸脱濫用を審査するというものであろう。たとえば、岐阜県青少年保護

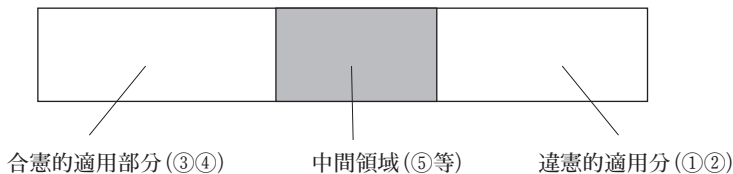
(29) 青井前掲注(11)97頁の言うように、文面に法的意味を含めて、「正しい」解釈を求めることは、公正な告知の機能を減退させると思われる。

(30) 最判平元年9月19日刑集43巻8号785頁。

育成条例事件では、明確性に係る広い立法裁量が認められるとすると、著しい漠然不明確性がない限りは、法令は合憲と言うことになる。私見は、これをさらに発展させ、法令の明確性の判断においては、人権の重要性、規制利益等によって、立法府の裁量権の広狭を認定した上で、その逸脱濫用を判断する要素として、憲法事実及び立法事実、場合によっては司法事実を加味する必要性を提唱するものである。

また、上述の中間領域の存在を認識し評価する必要がある、という点を敷衍したい。たとえば、淫行条例の場合、未成年者と成年との性行為には、多くの態様があるという点を指摘できる。これは、13条で保障される性行為の自由を支える憲法事実である。それらは、①結婚を前提とする場合等の真摯な交際があるもの、②女子高生と大学生との交際のように年齢が接近しているもの、③いわゆる「援助交際」のように、金銭の授受等があるもの、④教師等の立場を利用して誘惑・威迫しているように見えるもの、⑤専ら性欲を満たす目的で接近し性行為を遂げたもの等である。青少年保護育成という目的から見ると、①②は、違憲的適用部分であり、③④は合憲的適用部分である。これらの淫行条例の例では、合憲的適用部分であっても、途中から①の真摯な交際に近いものになったものもあると思われる。また、違憲的適用部分であっても、⑤のような性欲を満たすという主観的意図が多少ある場合も存在する。これらは、中間領域である。このように、中間領域は、法令に憲法事実及び立法事実を組み込むことによって、見いだすことができる。従って、淫行条例の適用は図2のように3つの領域に分けることができる。

図2 (成年と未成年の性行為に係る3つの領域)



判例は、私見とは異なり、合憲限定解釈をするにあたって、中間領域の存在を認めないように見える。上述の通り札幌税関事件最高裁判決⁽³¹⁾で、合憲限定解釈が可能な条件として、①規制の対象と対象外が明確に区別されること、②合憲的に規制し

(31) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

うるもののみが規制の対象となること、③一般国民の理解において、具体的な場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準を読み取ることができることの3点を示す。条件①と②を合わせると、合憲限定解釈によって、合憲・違憲のそれぞれの適用部分を明確に分離することが求められる。従って、この基準は、合憲限定解釈をするのであれば、中間領域を出さないという厳しいものになっている⁽³²⁾。

しかし、実際には、憲法上保護されるか、保護されないかという判断は、ケースバイケースであって、行為者が自分では判断しかねる（または規制当局が認定しかねる）ところの、中間領域が多くの場合に存在するはずである。Iの1で述べた通り、法令は、必ずしも、全ての実例を包含することはできない。つまり、ある行為が憲法上保護に値するかどうかという判断（憲法適合性の判断）を、すべて、法令が明示することは困難な場合があると思われる。これは、法令の抽象性からくる、本質的な限界である。

中間領域にいる者（例「教師の立場であるが教え子との真摯な交際関係を前提とした性行為を行う者」）が、性行為を行う場合は、規制に該当するかどうかは十分な情報を与えられないことから、当該行為を実際に行うことは、法規範に対する「実験的挑戦」の意味を持つことになり、当然、一方でそれを控える者の存在も想定され萎縮効果が発生する。

表現の自由を規制対象とする法令の場合であれば、できる限り、萎縮効果の発生を抑制する必要があるので、判例の枠組みのように、中間領域があること自体を理由として、漠然不明確ゆえに違憲無効とされるであろう。一方、淫行条例の場合は、表現の自由の規制ではないこと、青少年保護という目的は重要であることから、「専ら自己の性欲を満たす場合」というカテゴリーを設けて、中間領域も包括できるようにしたのではないかと推定される。

判例は、立法事実等を組み込みながら、中間領域の存在を正面から認めないのであるが、むしろ、立法事実を組み込んで、合憲・違憲・中間と分け、本稿のように、中間領域の評価を正当に行う必要がある。

また、これまでは、学説上、合憲限定解釈という作業に際しては、憲法事実及び立法事実を加味して行うという点が明示的に意識されてこなかったと思われる⁽³³⁾。Iの1で述べた通り、法令に要求される、抽象性と明確性は、時として対立するものであり、抽象性の限界を補うための一つの手法である合憲限定解釈を肯定的にとらえた上で、

(32) 含意として、合憲限定解釈できないものは文面上違憲無効になる、ということになる。

(33) 芦部前掲注(4)197頁。戸松秀典『憲法訴訟(第2版)』(2007年、有斐閣)など。

その手法には、権利の重要性、権利制約の根拠に係る憲法事実及び立法事実の考察が必要であることを、正面から認識することの重要性をここで強調したい。

たとえば、学説の多くが肯定的に評価する泉佐野市民会館事件最高裁判決⁽³⁴⁾では、①集会の自由の重要性、②集会の自由が制約される根拠と場合分け、③合憲限定解釈、④事実認定、⑤当てはめ、という論理で結論を導いているところ、①と②では、使用不許可を3つに場合分けしていることから実質面を加味していることは明らかである。

また、憲法事実及び立法事実の審査のレベルでも、司法事実の審査のレベルでも、法令の名宛て人が誰であるかを考察する必要がある、これも、法令に実体を読み込むことによってこそ、可能になる。

小括

- 1) 法令の明確性を審査する際には、①文面だけを見る審査、②憲法解釈事実・立法事実を加味する審査、③司法事実を加味して、当該事件に適用する限りに明確かどうかを問う審査の三段階の審査がある（以下、本稿では、それぞれ、「第一段階の審査」、「第二段階の審査」、「第三段階の審査」という）。
- 2) 三段階の文面審査のどの段階を採用するかに際しては、問題となる権利の性質、権利制約の根拠、立法裁量の広狭、裁判所の役割を加味して、総合的に判断する。
- 3) 第二段階においては、憲法事実と立法事実を加味した、中間領域の析出と評価が重要である。
- 4) 第三段階においては、事件の名宛て人が当該法規に含まれている情報を理解していたかまたは、その可能性があったかを評価する。

4 過度の広汎性の意義と問題点

過度の広汎性は、漠然不明確ゆえに無効の原則と並んで、明確性の原則を支える原則である。しかし、その判断は、規制目的に照らして広汎かどうかを問うのであるから、漠然不明確性の判断よりは、直覚性の解消のための手がかりは少なからず存在すると言うことができる。そして、その目的の審査には、憲法事実及び立法事実の認定が必要である。たとえば、「淫行」という文言は、青少年保護という目的に照らすと、その処罰範囲が不明確であると同時に、過度に広汎な規制という主張が可能である。性行為の自由という、私生活における重要な自己決定を行う者から見ると、未成年者との

(34) 最判平成7年3月7日民集47巻3号687頁。

性行為および同類似行為が、全て禁止されているのか、どういう態様であれば禁止されているのか、という情報を、「淫行」という文字から理解するのは、通常は困難であろう。

この問題を、行為者への情報の提供という視点から論じるに際して、上述の通りの淫行条例の実例（図2）に照らしてみたい。「淫行」規定が、違憲的適用部分（①②）にいる行為者に対して、その処罰範囲の境界線を明示せず、不十分な情報を与えているのであれば、漠然不明確性の疑いが出てくる。一方、「淫行」規定が、違憲的適用部分を含んでいるように、一般人が解釈してしまうとすれば、萎縮効果を発生させ、その部分は「過度に広汎」となる。法令の過度の広汎性は、違憲的適用部分にいる者、すなわち憲法上保護されるべき行為者に、自分が処罰されるという錯誤をもたらすのである。このように、過度に広汎な法令は、漠然不明確な法令と同様に、違憲的適用部分にいる者を萎縮させ、これらの者に十分な事前警告を与えず、同時に恣意的な運用を招く可能性がある⁽³⁵⁾。

図3-1

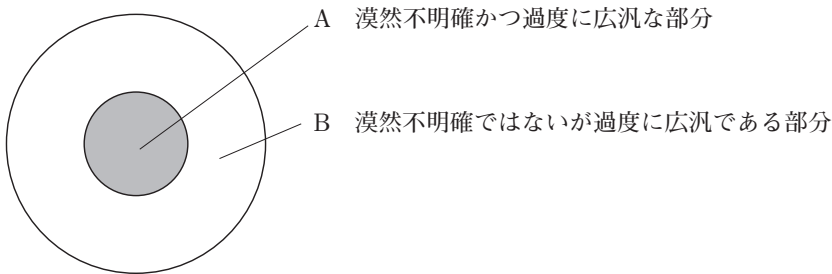
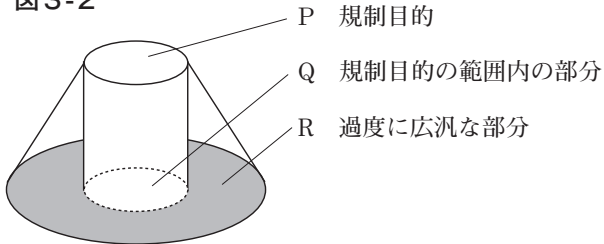


図3-2



(35) 過度の広汎性を萎縮効果から詳細に論じた文献として、毛利透『表現の自由—その公共性ともろさについて』（2007年、岩波書店）がある。

以上の説明から理解できることは、漠然不明確な法令は過度に広汎な法令にもなっているという点である（図3-1のA）。しかし、過度に広汎な法令は、必ずしも、漠然不明確とは限らない⁽³⁶⁾。明確な法令であるが、規制範囲が広過ぎるという場合も存在する（図3-1のB）。たとえば、公務員の政治活動を規制するにあたって、明文で公務に関わらない純粋な私生活における政治活動・政治的見解の発表等までも規制する場合は、公務員に対する十分な警告という手続的保障は満たされている、ということが出来る。しかし、公務員の政治的中立性の維持という目的に照らすと、過剰な規制になっているということが出来る。これは、文面上の過度の広汎性（行動に係る情報の読み取りの保障）だけではなくて、実体上の過度の広汎性の問題でもある。すなわち、猿払事件一審⁽³⁷⁾・堀越事件高裁判決⁽³⁸⁾が指摘するように、政府が、より制限的ではない規制（休日の職場を用いない政治活動は規制しない）が存在するにもかかわらず、過剰な規制を行っている、という点が指摘できる。

このように、過度に広汎な法令には、文面上の広汎性と実体上の広汎性という二つの意味が存在する⁽³⁹⁾。

判例は、過度の広汎性に対しても、実質面を読み込んで文面審査をしている。たとえば、広島市暴走族条例事件では、「過度に広汎である」という主張に対して、合憲限定解釈を施した上で、当該合憲的適用部分は、合理的関連性の基準に照らすと違憲ではないという判断を下している。これは、漠然不明確性の審査と同様に、法令の違憲的適用部分の認識→法令における合憲的適用範囲の確定→文面上合憲というスタイルをとっていると推定される。

小括

以上まとめると、過度の広汎性を帯びた法令は、3種に分類することが可能である。以下は、成年と未成年の間の性交渉に係る淫行条例を想定して説明する。

(A) 形式的過度の広汎性

- ①法令を読んだとき、違憲的適用部分（真摯な交際に係る性行為）を含む可能性があるという意味で、法令の文面が広すぎるもの。この場合、違憲的適用部分に該当する行為が萎縮し、公正な告知になっていない。違憲的適用部分を含む可能性がある

(36) 芦部前掲注(8)90頁以下。

(37) 旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁。

(38) 東京高判平成22年3月29日判タ1340号105頁。

(39) 二種類の過度の広汎性については、藤井俊夫「過度の広汎性の理論及び明確性の理論」（芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（1987年、有斐閣）所収 359頁以下を参照されたい。

という点は、漠然不明確でもある。つまり、この場合、過度の広汎性と漠然不明確性が重なる。

- ②法令自体は明確で、違憲的適用部分をはっきりと含んでいる場合。たとえば、淫行の定義の規定を行い、その中にあらゆる未成年との性交渉を網羅的に禁止するもの。これは、公正な告知に問題がなく⁽⁴⁰⁾、漠然不明確性はない。

(B) 実質的過度の広汎性

- ③淫行が、②のように、あらゆる未成年との性交渉を禁止するのであれば、16歳という女子の結婚年齢からみても、過剰な規制になっていることから、過度に広汎な規制とすることができる。

以上3つの意味のうち、厳密な意味で、明確性の原則と言えるものは、①のみである⁽⁴¹⁾。

III 法令の明確性に係る三段階の審査

1 明確性に係る三段階の審査

IIの3で検討したように、判断のための要因を挙げる事が可能になったとしても、アナログ評価としての法令の不明確性が、どの程度に至った場合に、文面上違憲・無効という法的デジタル評価を下すことができるかという点は、依然として明らかではないが、明確性の原則を要求する3つの根拠に照らしてみると、一定のパターンに分類可能であり、法令の明確性に係る立法府の裁量権の逸脱・濫用であるとして、違憲無効となる判断の枠組みを形成することが可能である。また、これは、明確性の判断に係る直覚性を通減させる可能性がある。以下は、文面上違憲・無効の疑いのある法令の審査とその結果を、審査段階ごとに分析し、①～⑩のタイプに分類する。

(1) 第一段階 = 文面のみを資料とする審査

判断手法は、条文に対する直覚的判断・条文の分析によるものである。

[合憲判断]

タイプ①当該文面そのものを見て、直覚的に明確と判断できる場合。

タイプ②当該文面と他の目的規定・定義規定、あるいは下位法規などの条文を照ら

(40) 悪法も法であり、この場合最低限、公正な告知機能を営む。

(41) 本来的な意味で、①のみが明確性の原則であると指摘する文献として、中谷実編・向井久了・高野敏樹・井上典之『憲法訴訟の基本問題 - 基礎用語の解説』（法曹同人、1989年）がある。

して明確と判断する場合。

〔違憲判断〕

タイプ③第二段階の合憲限定解釈に進むことができないほどの不明確性がある場合である。すなわち、文面を見る限り、漠然不明確すぎて、法令を違憲的適用部分と合憲的適用部分に分けることができないものである（後述の図6参照）。法令に求められる明確性のための3つの要請は、すべて満たさないことから、明確性に係る立法裁量の明白な逸脱濫用である。また、これは、「文言解釈の不可分性」を示している場面でもある⁽⁴²⁾。

広島市暴走族追放条例のように、「何人も」……「公衆に不安または恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」という文言は、合憲的適用部分も違憲的適用部分にも分けることはできない⁽⁴³⁾。

(2) 第二段階 = 文面の中に実質面を読み込む審査

ここでは、憲法事実及び立法事実面を読み込んで、明確性が違憲無効のレベルに達するか否かを判断する。場合によっては、判例のように、法令の実体上の合憲性を先行して判断した上での「明確性」の判断も可能であるが、それを安易に明確性の理由付けにすることは避けなければならない。

(A) 実体を判断するが合憲限定解釈に進まない

タイプ④実体を審査した結果、合憲限定解釈の必要性を認めず、法令が明確であるとする場合、上述の帆足計事件は、裁量権に係る中間領域を含めて、全体として明確であるとする。

(B) 実体を判断して合憲限定解釈に進む。

(B-1) 合憲限定解釈を試みて、合憲と判断する。以下、3つのタイプに分けられる。

タイプ⑤合憲的適用部分を指摘し、それが「通常の判断能力を有する一般人」なら

(42) 法令解釈の合憲限定解釈が不可能または不適切な場合である。新正幸『憲法訴訟論(第2版)』(2010年、信山社)489頁。これは、後述するように、芦部説による適用違憲の第一の類型の前提条件でもある。

(43) 広島市暴走族追放条例第16条 何人も、次に掲げる行為をしてはならない。

一 公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと。二 公共の場所における祭礼、興行その他の娯乐的催物に際し、当該催物の主催者の承諾を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集、集会又は示威行為を行うこと。

理解できる場合（合憲部分適示型）。これは、徳島市公安条例事件最高裁判決に見られるタイプである。

タイプ⑥違憲と合憲を分離して、中間領域の存在が認められないとする場合（違憲・合憲厳格分離型）。税関検査事件で示されたタイプである⁽⁴⁴⁾。

タイプ⑦違憲と合憲を分離できるが、中間領域の存在も事実上認定して、中間領域の存在はやむを得ないと判断する場合。福岡県青少年保護育成条例の法廷意見は、「青少年を単に自己の性的欲望を満足するために扱っているとしか認められないような性交または性行為類似行為」という中間領域を、「淫行」中に含めているので、このタイプに入る⁽⁴⁵⁾。やむを得ないと判断する理由は、裁量権に係る不確定概念の必要性、青少年保護等の規制目的の重要性である。これは、一種の司法消極主義であり、岐阜県青少年保護育成条例事件における伊藤正己裁判官補足意見の立場でもある⁽⁴⁶⁾。行政法規に対する明確性の判断の多くは、タイプ④とタイプ⑦になるとと思われる。

(B-2) 合憲限定解釈を試みるが、限界を超えている（明確性に係る立法府の裁量権の逸脱・濫用）として、違憲と判断する。

タイプ⑧中間領域が存在するだけで違憲とする場合。札幌税関事件の判断手法で、同法廷意見とは異なり、厳格に適用した場合（同判決反対意見）である。表現の自由の場合、萎縮効果の発生を抑止するために、この厳格さが求められる⁽⁴⁷⁾。

タイプ⑨条文の中に中間領域の存在を認めつつも、中間領域を厳格に審査する場合。これは、さらに二つのタイプに分けることができる。一つは、図 4-1 のように中間領域が広いことが、量的不可分性を構成し法令違憲とするものである（量的不可分型）。これは、福岡県青少年保護育成条例の伊藤裁判官補足意見と同旨であろう。同反対意見は、「青少年を単に自己の性的欲望を満足するために扱っているとしか認められないような性交または性行為類似行為」という中間領域の存在に、量的不可分性を認めて、法令を違憲・無効とすべきであるとしている⁽⁴⁸⁾。

もう一つは、中間領域が広くはないが、重大な人権侵害があるので違憲とするもの

(44) 高橋和之「憲法判断の回避」(芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』(1987年、有斐閣)所収22頁以下は、合憲限定解釈を「合憲部分確定型」と「違憲部分確定型」に分ける。

(45) 最大判昭和60年10月23日。

(46) 伊藤正己裁判官は、二つの青少年保護育成条例について、福岡県は司法積極主義、岐阜県は司法消極主義的判断を示している。

(47) ただし、判断する際に、同判決法廷意見のように、「風俗を害すべき」＝「猥褻な」と認定してしまうと、厳格さが機能しない。同じ基準でも、中間領域に対する評価によって、違憲・合憲の判断が異なる。

(48) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。

である（質的不可分型）。たとえば、徳島市公安条例3条3号の「交通秩序を維持すること」は、判決文にあるように、だ行進、うず巻き行進、座り込みなど殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為の避止を命じていることはわかるとしても、種類は少ないながらも、その中間形態が存在するはずであり、集団行進の自由は重要な人権であることから、その行使の具体的方法について、違法か合法かを示さない文言は、質的な不可分性を構成する（図4-2）。

図4-1（中間領域の量的不可分性）

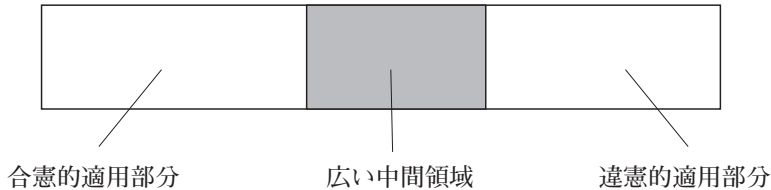
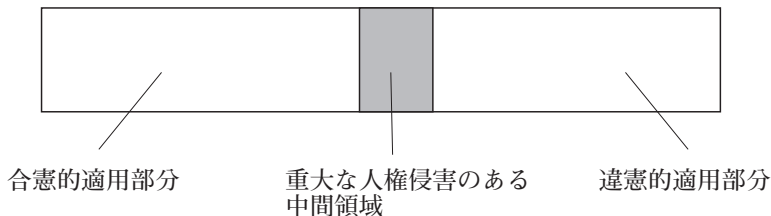


図4-2（中間領域の質的不可分性）



(3) 第三段階 = 明確性に係る適用審査

ここでの判断手法は、当該事件特有の事情を分析することである。法令の明確性における、適用審査である。法令には問題がないが、法令を当該事案に適用する限りにおいて、違憲か合憲かを問うのが、適用審査であるとする、第三段階は、法令が当該事案に限って明確かどうかを問う手法である。適用違憲が、法令違憲に比べて司法消極主義的であるように、この第三段階の審査も、上記の二つの段階に比べると司法消極主義的であることから、委縮効果の発生を予防すべき法令に対しては、原則とし

て用いることはできない。しかしながら、法令の告知機能が十分に果たされていると判断される場合には、「本件に適用する限りにおいて明確である」という判断も可能であろう⁽⁴⁹⁾。したがって、この方法を用いることができる場合の条件としては、表現の自由など萎縮効果の発生を予防する重要な人権以外が規制対象であることが求められる。第二段階で、通常の一般人でも理解できないとし、第三段階では、事件事業者でも理解できない、とすることによって、直覚性を緩和する機能を営む。

〔合憲判断〕

タイプ⑩一般人には理解できないが、当該事件の名宛て人にとっては、明確であるとする場合。川崎民商事件が典型である。徳島市公安条例における、高辻裁判官補足意見⁽⁵⁰⁾もこのタイプに属する。

〔違憲判断〕

タイプ⑪当該事件の名宛て人にとっても理解できない場合。これは、法令の実体的違憲審査基準における、明白の原則と同様に、法令に対する司法消極主義的態度をとっても、一般人にはもちろん理解できないし、専門家等・当事者でも理解できないほどの不明確であるとし、法令制定に係る広い立法裁量を逸脱したという判断である。一般人にも不明確であるし、事情を知っている等の本人にも不明確である、という「ダメ押し」的な判断になる⁽⁵¹⁾。

2 法領域別の考察

以上の文面審査の枠組みを、さらに、法領域別に整理したい。

(1) 表現の自由

表現の自由に係る法令は、原則として第一段階で審査しなければならない。第二段階に進むとしても、合憲部分摘示型ではなく、違憲・合憲厳格分離型を採用して、和泉佐野市民会館事件最高裁判決のように、中間領域の存在を認めない方向にすべきであろう。第三段階では、裁判所レベルで、ケースバイケースの判断がなされることから、予想される表現の自由を規制する法令は、萎縮効果が発生するので、この段階で審査することは許されない。

(49) 芦部前掲注(8)120頁。

(50) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。

(51) 第一段階の審査で、直覚的判断として合憲とすることも、第三段階に進んで合憲とすることも、ともに司法消極主義であることになる。

(2) 刑法

刑罰法規は、規制利益（保護法益）が重要であることが多いことから、表現の自由のように、第一段階の審査が原則ということとはできない。しかし、刑罰という重大な不利益を考慮すると、第二段階での審査も慎重に行う必要があり、違憲・合憲厳格分離型であるタイプ⑥⁵²が望ましい。ただし、売春防止のように、規制目的が明確な場合は、第三段階での審査も許容される。

(3) 行政法

行政法の場合、恣意的運用を許容するような、漠然不明確な法令の審査が問題となる。行政法の場合、規制行政と給付行政等の違いがあり、求められる明確性のレベルを一律に判断することは難しい。規制行政の場合は、裁量権を行政庁に付与する必要があることから、一定の中間領域が法令の中に含まれることはやむを得ない。また、行政上の便宜から委任立法が増加することも、法令の抽象性に拍車をかけていることは事実である。こうした事態を打開するために、裁量権の統制の議論がなされ⁵²、裁量行為に対する基準設定（行政手続法）などの立法的対処がなされている。

しかし、行政の便宜、大量処理の必要性、現場の判断の尊重といった要因を考慮する必要があるとしても、抽象的文言の制定によって無限定の裁量権の行使を許容したり、委任立法を助長したりすることは望ましくない。したがって、限度を超えた、抽象的な文言に対しては、不明確との判断を下す必要がある。特に、経済活動に関わる時、許認可の予測が十分つかないとき、規制の対象となることが予想外であるときは、大きな不利益を被ることになるから、当該法令の明確性の判断については、場合によっては積極的に行う必要がある。

アブラソコムツ事件最高裁判決⁵³では、食品衛生法4条2号「有毒な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは附着し、又はこれらの疑いがあるもの。但し、人の健康を害う虞がない場合として厚生大臣が定める場合においては、この限りでない。」の「有毒な物質」「有害な物質」の漠然不明確性が問題となった。同判決は、第一段階の審査で、十分な説明もなく、文面上合憲と判断している。

しかし、高裁判決⁵⁴では、犯行当時（販売当時）は、下痢症状を伴うといったアブ

(52) 例えば宇賀前掲注(5)320頁以下。

(53) 最判平成10年7月10日。

(54) 東京高判平成7年10月31日。

ラソコムツの有害性が明らかにされていたことから、通常の判断能力を有する一般人には理解可能である、と判示すると同時に、「のみならず、アブラソコムツやその加工品が異常臭を伴う油状下痢便を排泄するに至るおそれのある食品であることは明白であり、本件各犯行時にはすでに社会一般にもよく認識されていることであったのであるから、同条を、アブラソコムツ及びその加工品を販売し、あるいは販売の用に供するために貯蔵したという被告人の所為に適用する限りにおいては、何ら明確性に欠けるところはないのである。」としている。このように、高裁判決が、第二段階のみならず第三段階までの不明確性を追求した手法は直覚性の緩和という点で、評価されるべきである。

ただし、行政法の場合、一定の規制利益がある法令を文面上違憲・無効とすることのインパクトは大きい。また、給付行政の場合は、漠然不明確で法令違憲とされて、行政行為の根拠となる法令が失われてしまうことは、権利救済とはならない。これは、請求権に対応する権利を規定する法令を、漠然不明確とすると、逆に権利侵害となるという問題である。例えば、生活保護の認定要件を漠然不明確として、違憲・無効とすると、そもそも、生活保護の認定を請求できなくなってしまうのである。これを仮に、「請求権のジレンマ」と呼ぶとするなら、このジレンマの解決は、後述するように、適用違憲の活用求められる。

(4) 税法

税法は、不測の経済的不利益を回避する必要があることから、明確性が強く要求される法領域である⁽⁵⁵⁾。しかし、一方で、大量処理と現場での判断が要求されることから、税務行政は、税法の抽象性を下位法規と通達で補って、行われているのが現状である。また、税法は、実体についての国会の裁量権が広いだけでなく、明確性に係る国会の裁量権も広いとみることができる。したがって、第二段階で、裁量権を認めるタイプ④や中間領域の存在を認めつつ、緩やかに審査するタイプ⑦の手法も首肯できる。また、川崎民商事件のように、第三段階も許される局面もあるであろう。

しかし、便宜性と現場での判断の必要性があるからといって、安易な不確定概念による課税が許されるものではない。例えば、法人課税上の収益の圧縮を禁じる「寄附金」という概念は、その立法趣旨は理解できるとしても、様々なケースが想定されることから、法人にとって想定外の課税という場面が多々見られ、訴訟に至ることも多

(55) 課税要件明確主義については、金子宏『租税法（17版）』（2012年、弘文堂）75頁以下を参照されたい。

い。このように下位法規でも十分に補うことのできない規範は、漠然不明確と判断されるべきだと思われる⁽⁵⁶⁾。

3 文面上違憲・無効以外の手法

上記の通りの三段階の審査に見られるように、漠然不明確ゆえに無効・過度に広汎ゆえに無効と判断されるレベルの不明確性は、確かに存在し得る。しかしながら、判例には明確性に反するとして違憲・無効とした判決は存在しない。その理由は、一つには立法府への謙譲であり、もう一つは、中間領域の存在を認め、行政の現場による裁量権を尊重しているということである。言い換えると、三権分立の原則の下、他の二権との役割分担を認識していることになる。

このように、裁判所の他の二権に対する謙譲の姿勢は一概に否定できるものではない。国会の立法を違憲無効とするインパクトは確かに大きく、超立法府との批判を回避する必要もある。しかしながら、現実には不明確な立法が存在し、それが国民の行動を委縮させかねないのであれば、立法府との役割分担に配慮しつつも、立法技術上の問題点を指摘し、警告を促す手段を講じる必要がある。

一つの方法は、文面上違憲・無効以外の法令違憲のインパクトを回避する手段として、適用違憲を用いることである。もちろん、第一段階で違憲無効と判断する場合もある。しかし、裁判所が、合憲的適用部分と違憲的適用部分が分離できないほどの不明確性を認識した場合で、かつ、法令違憲に至らないと判断した場合、すなわちタイプ③に相当する法令については、本件に適用する限りにおいて違憲という手段もあり得る。また、第二段階で、合憲的適用部分と違憲的適用部分を認識しつつも、中間領域の存在を覚知した場合は、①中間領域の存在自体を理由として、②中間領域が広範囲に渡るがゆえに（量的不可分性を理由として）、③中間領域の重要な人権の行使を委縮させるがゆえに（質的不可分性を理由として）、それぞれの理由から、当該法令は、本件に適用する限りにおいて違憲・無効という判断が可能であると思われる⁽⁵⁷⁾。

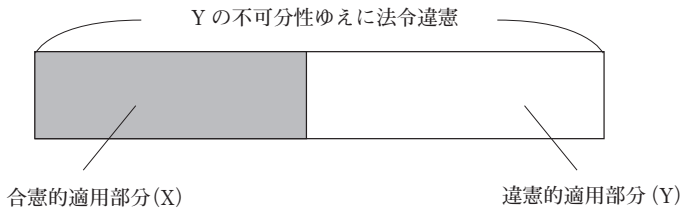
また、漠然不明確性・過度の広汎性を認識しても、法令違憲に至らないという場合は、芦部説の分類によるところの、第三の類型の適用違憲（処分の違憲）で、その違憲性を指摘することも可能である。堀越事件高裁判決のように、法令の過度の広汎性を認識しつつも、なお一定の合理性があると判断した上で、その残存した過度の広汎性に係る違憲部分を、適用の場面で指摘するという方法もある。

(56) 同上120頁。

(57) 君塚前掲(1)338頁は、適用違憲の活用と可能性を論じる。

さらには、違憲と無効を切り離して、事情判決型の判断も理論上はあり得る。文面上、違憲と判断しながら、法令の効力を維持して、立法院・地方議会に改正を求める手法である。

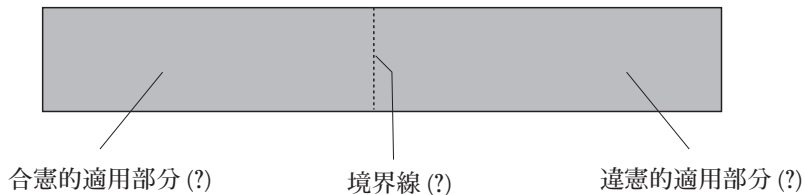
図5 (不可分性と第三者の権利主張)



4 第三者の権利主張

最後に、第三者の権利主張について触れたい。第三者の権利主張は、従来、不可分性との関連で論じられてきた。違憲的適用部分のために法令全体が違憲性を帯びる場合、合憲的適用部分にいる者は、第三者に適用されるであろう、違憲的適用部分の違憲性を主張できる、というものである。淫行条例でいうと、援助交際をして起訴された被告 (X) は、未知の第三者 (真摯な交際に係る性行為をした者 (Y)) に法令が適用される危険性を主張し、かつその違憲的適用部分が法令全体を違憲とするほどの重大な人権侵害を有する (不可分性あり)、と主張するのである (図5)。

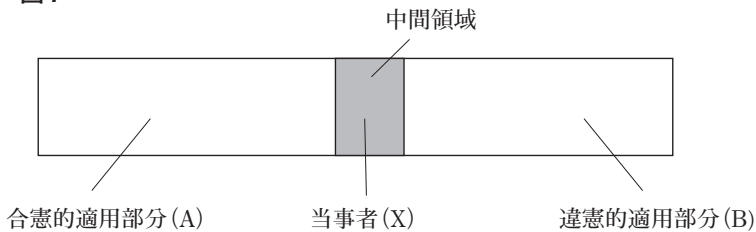
図6 (合憲限定解釈が全くできない場合)



しかしながら、上述の説明は、本稿の枠組みでは再構成されなければならない。図6のように第一段階で文面上違憲無効とされるレベル (タイプ③に相当するもの) で

あれば、そもそも、合憲と違憲の区別が全くつかないレベル（境界線が全く分らないレベル）である以上、上述の例であっても、そもそも自分の行為が淫行に該当するのかが、不明であると主張すれば十分である。自分が、違憲・合憲・中間領域のどこにいるのか分からない法令は、文面上違憲無効と主張することで、法令の明確性を攻撃するという、目的は達成できる。

図7



次に、第二段階（図7）で、中間領域にいる者（X）は、本人にとって公正な告知になっていないことから、当然その法令の不明確性を攻撃することができる。しかし、合憲的適用部分にいる者（A）は、第三段階の審査と同様に、自己の適用について、十分な認識をしていて、公正な告知は保障されているのであるから、中間領域にいる者（X）、違憲的適用部分にいる者（B）の権利を主張することはできない。なお、この段階の違憲的適用部分にいる者（B）は、漠然不明確または過度に広汎ゆえに自己に適用される法令の違憲無効性を適用することになるので、第三者の権利主張は必要がない。

以上のように、第三者の権利主張については、従来の議論を、中間領域を含めた、より細かなものにする必要がある。

むすび

法令の明確性を文面だけで審査することの必要性と重要性は十分に理解できる。原則として規制する側は、法の素人が法解釈なしでも行動できるように、情報を与えなければならないからである。しかし、本稿で示した通り、文面の合憲的適用部分を評価しつつ、違憲部分の除去による行動可能性を担保するためには、憲法事実及び立法

事実を評価することによって、はじめて、細かいルールの分解が可能となる。さらには、法令の行動予測可能性は、当事者に限り実質的に保障されている場合もあることからみると、第三段階の適用的文面審査も、場合によっては許容されるであろう。このように、明確性の原則に係る審査を、法令の明確性に係る立法裁量ととらえた上で、その逸脱・濫用を審査するためには、判例の枠組みを批判的に受容し、文面・憲法事実及び立法事実・司法事実という3つの要素を用いる、三段階で審査する必要がある。特に、第二段階では、中間領域の析出と評価をするために、憲法事実及び立法事実を加味する必要があることを本稿で示すことができれば幸いである。

裁判員制度の合憲性 (最判 2012 年1月 13 日刑集 66 卷1号1頁)

——併せ、討議民主主義と裁判員制度に関する若干の検討

新屋達之

I	事実	134
II	最高裁判旨	134
III	検討	135
IV	補論——討議民主主義と裁判員制度	140

I 事実

本件は、被告人（外国人女性）が、氏名不詳者らと共謀の上、自己の膾内ならびに所持品に覚せい剤を隠匿して営利目的の輸入を企てたが、成田空港で税関職員に発見されたため未遂に終わったという覚せい剤取締法違反・関税法違反である。営利目的覚せい剤輸入罪の最高刑が無期懲役のため（覚せい剤取締法41条2項）、一審は裁判員裁判で審理され（裁判員法2条1項1号参照）、被告人は有罪判決を受けた（千葉地判2010年2月18日刑集66巻1号10頁）。

控訴審において、被告人側は、事実誤認の他、多岐にわたる裁判員制度違憲論（憲法14条、15条1項、31条、32条、37条1項）を展開したが、控訴審はその全てを排斥した（東京高判2010年6月29日刑集66巻1号21頁）。これに対し、被告人側が上告した。

上告趣意はごく簡単なものであるが、事実誤認の他、i判決書における裁判員氏名等の不開示は責任の所在を不明確にする、ii裁判員事件の弁護には特に困難が伴う、iii裁判員裁判は事実認定において誤りを犯す可能性がある、iv短期・粗雑な審理で権利保障が不十分である、v裁判員裁判では上訴審が事実上機能しない、vi市民感覚を重視するなら控訴審も裁判員裁判としなければ一貫しない、vii裁判員は感情的に裁判をしがちである、viii被告人に精神的負担を与え、特に本件のような外国人には理解できない手続である、といった点を挙げ、「裁判員制度には被告人に対する配慮が欠けている」ので、「被告人に裁判員の参加する裁判の選択権を与えるべきである」が、「現在の裁判員制度は、被告人の裁判の選択権を認めないかぎりにおいて、憲法32条、37条に違反する」というものである。

II 最高裁判旨

「憲法は、刑事裁判における国民の司法参加を許容しており、憲法の定める適正な刑事裁判を実現するための諸原則が確保されている限り、その内容を立法政策に委ねていると解されるところ、裁判員制度においては、公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が制度的に保障されているなど、上記の諸原則が確保されている。したがって、裁判員制度による審理裁判を受けるか否かについて被告人に選択権が認められていないからといって、同制度が憲法32条、37条に違反するものではない。こ

のように解すべきことは、当裁判所の判例〔注・最大判 2011 年 11 月 16 日刑集 65 卷 8 号 1285 頁〕の趣旨に徴して明らか〕である。

III 検討

1 国民の司法参加制度が憲法上許容されるかについては、戦後に関していえば、戦後改革期を除き、現実に国民の司法参加制度が存在せず、またその導入論も多くなかったことから、さほど深い議論がなされてきたわけではなかった。しかし、裁判員制度の導入が俎上に載せられた司法制度改革審議会の時点からこの問題は重要な論点として顕在化し、特に裁判官経験者を中心に違憲論が展開されるようになった⁽¹⁾。また、裁判員制度自体の評価についても、いわゆる改革審路線による司法改革をいかに評価すべきかと絡んで、保守・リベラル双方の中でも賛否が対立するという複雑な対立状況を生み出してきた⁽²⁾。

このような状況の中、裁判員制度の憲法適合性については、早晩、法廷でも争われることが予想されてきたところ、果たして多数の訴訟で裁判員制度違憲論が主張されることとなった。大部分はいわゆる例文判断で退けられているが、本判決並びにこれに先立つ最大判 2011 年 11 月 16 日刑集 65 卷 8 号 1285 頁（以下、最大判と略）においては、実質判断が示されている⁽³⁾。両判例により、裁判実務上は裁判員制度ならびにその前提となる国民の司法参加制度の合憲性については決着がつけられたとしても、裁判員制度の今後をめぐってはなお様々な評価ならびに動きが錯綜する。それ故、違憲論の提起した問題は、形を変えてなお継続することも予想される。

なお、本判決の問題点は、直接的には、被告人の裁判員拒否権に関するものであるが、本稿では、最大判に関連する評釈で十分踏み込みえなかった問題点も適宜含めて検討

(1) 裁判官経験者によるものとして、西野喜一『裁判員制度の正体』（2007年、講談社現代新書）、同『裁判員制度批判』（2008年、西神田編集室）、同『司法制度改革原論』（2011年、悠々社）、大久保太郎「裁判員制度案批判（続）上・下」判例時報 1772・1774号、香城敏磨『憲法解釈の法理』（2004年、信山社）等。検察官経験者によるものとして、田邊信好『これでいいのか裁判員制度』（2007年、新風舎）。弁護士によるものとして、高山俊吉『裁判員制度はいらない』（2009年、講談社+α文庫版）。なお、違憲論といっても、そのニュアンスは論者によりやや異なるところがある。また、違憲論に言及することなく、裁判員制度を批判する論者もある。以下では、最もまとまった、かつ明確な形で違憲論を展開した西野・大久保両説を中心に取り上げる。

(2) 拙稿「裁判員制度のイデオロギー」法の科学 35号、同「裁判員制度の光と陰」法の科学 36巻特別増刊号。

(3) 前記最大判については、拙稿・法律時報 84 卷 10 号。

することとする。

2 本判決が直接問題としたのは、裁判所の構成に一般市民が関与することを憲法が想定しているかという点と、被告人の裁判員裁判選択権（拒否権）の不存在の是非という2点であったが、違憲論は、裁判員制度を「違憲のデパート」と名付け、以下のような多岐にわたる点を主張してきた。本件控訴審においては、これらのうち、①②の他、⑪ないし⑭等の点が主張されていた。

- ① 憲法は、裁判官以外の者が関与する裁判を想定していない（憲法第6章、特に80条1項）。
- ② 裁判員制度は、憲法第6章に規定する裁判所の裁判を受ける権利を侵害する（32条、第6章）。
- ③ 裁判員裁判は「公平な裁判所」にあたらぬ（37条1項）。具体的には
 - a 無作為抽出では、判断能力の不十分な者が必然的に一定割合で混入
 - b 構成上、裁判官裁判よりも不利になる場合がある
 - c 裁判員の負担の都合上、ラフな審理、粗雑な認定・判断
 - d 手続更新の場合、証拠調の一部しか知らない者が事実認定と量刑に関与する
 - e 区分審理の場合、証拠調の一部しか知らない者が全体の量刑に関与する
- ④ 上記③ d eの結果、37条2項の趣旨が没却される
- ⑤ 裁判員制度は裁判官の独立を侵害する（76条3項）
- ⑥ 非公開の公判前整理手続に付す点（裁判員法49条）で公開原則違反（37条1項）
- ⑦ 無作為抽出で選んだ者に重い負担を課すのは平等原則違反（14条）
- ⑧ 裁判員に選任された者に意に反する苦役を課す（18条）
- ⑨ 裁判員に選任された者の幸福追求権を侵害する（13条）
- ⑩ 裁判員に選任された者の思想・良心の事由に反する（19条）
- ⑪ くじの利用は公平な裁判所違反（37条1項）
- ⑫ 裁判員特定情報の不開示（37条1項）
- ⑬ 公務員の選定罷免権との関係（15条）
- ⑭ 就職禁止事由と平等原則（14条1項）

違憲論の構造としては、おおむね、国民の司法参加制度を憲法が想定していないこと（①）を大前提に、裁判官以外の者が裁判に関与することはありえないものとされる。そこで、裁判官以外の者が裁判員に関与することとなれば、裁判所の構成に関する②③④⑤等の各違憲論が派生し、他方、裁判員の選任・職務との関係で⑦ないし⑭とい

った問題が生じるとするものである。なお、⑥は、裁判員裁判では公判前整理手続の開催が必須であるが（裁判員法 49 条）、裁判官裁判による事件でも公判前整理手続の開催はありうるから、公判前整理手続自体の違憲論を主張するのであれば格別、裁判員制度固有の問題ではない。

違憲論①②については、本判決並びに最大判により、③⑤⑧⑨については最大判により、一応の判断がなされたと考えられる。また、被告人の選択権の不存在の問題は、②③のコロラリーであると考えられるところ、本判決により新たに判断されている。他にも多数の違憲論が指摘されているものの、重要な憲法問題については、おおむね最高裁の両判決により判断が尽くされたといってもよい。

本判決は、最大判と同様、国民の司法参加制度は憲法の想定外であるとする違憲論①②が取りえないことを前提とし、そうであるならば残る問題は当該参加制度が憲法上要求される刑事手続の基本原則に合致するか否かであり、それとの整合性が認められる限り、制度設計は立法政策論だというものである。そして、最大判によれば裁判員制度の基本的な構造は「公平な裁判所」（憲法 37 条 1 項）を満たしているので、被告人の選択権については立法政策の問題だとする趣旨と思われる。

3 裁判員制度の合憲性の前提問題として、そもそも国民の司法参加が憲法上許容されるか否かについては、多分に憲法制定過程との関連で問題がある。この点、憲法制定直後に主張された国民参加違憲論の見地からは、裁判官の独立との整合性ならびに関連規定の不存在が根拠として挙げられてきたが⁽⁴⁾、裁判員制度違憲論の最も重要な骨格もこの点にある。

憲法規定の沈黙については、大日本帝国憲法のそれが陪審制採用に対する否定的評価の結果に由来すると思われる⁽⁵⁾のに対し、日本国憲法の制定過程においては、陪審を念頭に置いた論者が多いが、国民の司法参加に関する議論が様々なレベルで行われている。裁判員制度合憲⁽⁶⁾・違憲⁽⁷⁾論ともに憲法制定過程における国民の司法参加に関する詳細な検討を行っているが、それらいずれによってであれ、日本国憲法の場合、陪審制の復活について関係者の中に様々な温度差があったことは事実だが、陪審なし国民の司法参加制度自体を全面否定する趣旨の議論は見当たらないようである。そ

(4) 兼子一『新憲法と司法』（1948年、国立書院）75頁。

(5) 三谷太一郎『政治制度としての陪審制』（2001年、東京大学出版会）116頁以下参照。

(6) 土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」岩波講座『憲法』4（2007年、岩波書店）245頁以下。なお、柳瀬昇『裁判員制度の立法学』（2009年、日本評論社）215頁以下。

(7) 西野・前掲注（1）裁判員制度批判・49頁以下。

うすると、関連規定の不存在から、憲法が司法への国民参加制度につき否定的な見地に立っているとはいい難いであろう⁽⁸⁾⁽⁹⁾。また、合憲論の見地からは、裁判所法3条3項の存在や、帝国憲法24条の「裁判官ノ裁判」が日本国憲法32条では「裁判所の裁判」と改められた事実が援用されることも多い（但し、この点についても、違憲論からの再反論がある）。

4 もっとも、司法への国民参加制度そのものが許容されるとしても、いかなる制度設計が許容限度であるかについて問題が残ることはいうまでもない。

この点で特にクローズアップされてくるのが、裁判員就任に伴う国民に対する義務・負担の賦課の問題（違憲論⑧⑨⑩）、ならびに裁判官の独立との関係（違憲論⑤）である。いずれの点も先の評釈で若干ふれたが、後者の点につき多少の敷衍をしておくこととする。

司法への国民参加が裁判官の独立に抵触するのでないかとの見解は既に憲法制定直後から存在し（兼子一）、司法制度改革審議会においても、最高裁が「評決権なき参審制」⁽¹⁰⁾を主張した背景には裁判官の独立との兼ね合いがあったと思われる。すなわち、裁判官は良心に従い、独立してその職権を行使すべきところ、陪審であれば、陪審の評議の結果（事実認定）で有罪か否かが決せられ、参審であれば、参審員の意見が裁判官のそれと対立しても参審員の意見が優位する場合があります。裁判官の独立した職権行使と相容れないというものである。従来⁽¹¹⁾の憲法学説の多数説が、答申が裁判官を拘束しない陪審であれば憲法上許容されると解してきた理由の一つもこの点にある。

しかし、裁判官の独立は、裁判所内外からする裁判への権力的介入を阻止し、裁判

(8) 近時、討議民主主義の概念を用いて裁判員制度の憲法適合性を主張する見解が表れている。柳瀬・前掲注（6）書、緑大輔「裁判員裁判における出頭義務・就任義務と「苦役」」一橋法学2巻1号、同「裁判員の負担・義務の正統性と民主主義」法律時報77巻4号。

これらの主張は、「民主主義の民主化」（ギデンズ著・佐和隆光訳『第三の道』（1999年、124頁。特に132頁）に由来するもので、その意図には聞くべき点も多いと思われる。ただ、刑事手続に討議民主主義の概念をそのまま持ち込んで裁判員制度を説明することには、疑問も残る。

(9) 規定の不存在という事実から憲法が国民の司法参加を想定していないという評価を導くことは、法解釈論としても、悪しき法規実証主義の感を免れない。憲法制定時に想定されていなかった法現象が後に出現しても、その全てが違憲となるわけでない。要は、憲法⁽¹²⁾の精神と整合しうるかにより判断するほかない（憲法の想定外という点でいえば、警察予備隊に始まる「再軍備」こそ想定外——むしろ積極的に否定しようとした法現象であろう）。

(10) 司法制度改革審議会第30会議事録（月刊司法改革16号83頁）における最高裁・中山総務局長の発言。

官がその専門職としての知見・倫理を発揮し得る場を実現するためのものであり、裁判官を「孤高の人」ないし「孤人」たらしめるためのものでない。裁判官の独立は、それ自体が自己目的ではなく、裁判官の良心を発揮させ、その結果、法的正義を実現するための手段である⁽¹¹⁾。このような裁判官の良心を喚起する手段の一つとして、従来から、裁判批判・裁判運動が重要な意味をもつものとされ、民事・行政・刑事事件を問わず実際にも大きな成果を挙げてきた。裁判批判・裁判運動が裁判官の良心の喚起に寄与する所以は、「技術的練達が逆に視野・識見の狭隘化をもたらす危険」は裁判官でも変わらないところ、外部からの批判がマンネリズムのような良からぬ傾向の一掃と好ましい傾向の助長に資する点にあるとされる⁽¹²⁾。

そして、裁判批判・裁判運動がいわば非制度的に裁判官の良心を刺激するものであるのに対し、職業裁判官以外の者を関与させることにより「視野・識見の狭隘化」を防ぐことを制度的に構成せんとするのが、国民の司法参加制度である。裁判員法1条にいう「国民の理解の増進とその信頼の向上」も、そのような趣旨を前提とするものと解釈しなければならない。そうすると、国民の司法参加が裁判官の独立を侵害するというのは、批判として当を得ているとは必ずしもいえない⁽¹³⁾。

5 本判決の直接の争点の第2は、裁判員裁判に対する被告人の選択（拒否）権の不存在が「公平な裁判所」に反しないか否かであった。

「公平な裁判所の裁判」の意義については、判例上は、「構成其他において偏頗の惧なき裁判」であるとされる⁽¹⁴⁾。学説上も、有力な反対説はあるものの、また、裁判所の構成のみならず訴訟手続のあり方をも視野に入れて考えるべきかについては問題が残るものの、「公平な」は主として裁判所の構成に関するものであるとされる。個々の事件についての裁判の内容の公平は、もとより裁判の性質上当然に要求されることであ

(11) この点につき、裁判批判に関する『家永三郎集』第8巻（1998年、岩波書店）48頁も参照。

(12) 前掲注（11）書62頁。なお、憲法32条や76条3項を理由に国民参加制度を否定するのは、裁判の権力性を担保することとなり、司法の人権保障機能と矛盾するとの考えもありえよう（浦部法徳『憲法学教室』（2006年全訂第2版、日本評論社）319頁参照）

(13) 高山・前掲注（1）書は、制度的参加に対する非制度的参加（裁判批判・裁判運動）の優位ないしそれによる代替を主張する（特に278頁以下）。しかし、裁判官の良心の喚起という観点についていえば、両者は必ずしも矛盾するわけでない（というより、矛盾させないようなものとしてゆくべきである）。本来であれば、双方が相互補完的に機能することで、司法制度の改善と権利保障に資することが望ましい（この点、記録の目的外利用の禁止や裁判員に対する高度の守秘義務賦課等には、大きな問題がある）。

(14) 最大判1948年5月5日刑集2巻5号447頁等。

るが、他の規定との関係で問題が生じることはあり得ても、憲法 37 条 1 項の直接的保障にかかるものでないとするのが多数説的見解である⁽¹⁵⁾。

これを前提とすると、裁判員制度においても、司法への国民参加自体の憲法適合性がクリアされれば、最大判が指摘したように、あとは裁判員制度の構造が憲法原則と整合的であるかどうかが問題となる。そして、憲法 37 条 1 項が基本的には裁判所（及び訴訟手続）の構成に関する制度的保障である以上、かかる保障が制度的に担保されている限り、個々の手続における被告人側の意向や具体的思惑をいかに扱うかは立法政策の問題であり、拒否権を認めないことが直ちに違憲となるわけでないこととなる。

本判決も、このような思考をたどったものと思われる。

また、前記 4 で検討したように、裁判員の存在が、裁判官の良心を喚起するための制度的存在となりうるのであれば、それは「公平な裁判所の裁判」に対する促進的要素となりうる。この点でも、辞退権の不存在の事実から、直ちに裁判員裁判が「公平な裁判所」違反だという必要はないと思われる。

ただ、刑事手続における最も重要な利害関係人である被告人の意思及び納得は、それを絶対的に汲む必要がないとしても、極力尊重される必要があることも確かである。特に、一般市民を自らの裁判手続に関与させるか否かのもつ意味は、裁判所の構成に対する被告人の理解・納得という点では、決して小さくない。従って、弁護人の援助を前提として裁判員裁判辞退権、及び、後述のように、裁判員裁判請求権を認めること自体は推奨されるべきであろう。

IV 補論——討議民主主義と裁判員制度

1 先にも若干ふれたように、近時、裁判員制度を討議民主主義の観点から積極的に評価するとともに、裁判員制度にまつわって主張されてきた憲法問題（特に違憲論^⑧ならびに被告人の選択権）を解決しようとする見解がある⁽¹⁶⁾。その主張には、本判決と直接関連するものと否との双方があるが、いくつかの点で重要な、あるいは看過しえ

(15) 佐藤功『ポケット註釈全書憲法』上（1983年新版、有斐閣）575頁等。土井・前掲注（6）論文が、「公平な裁判所の裁判を受ける権利」といっても、それは厳密な意味での選択の自由を保障したものでなく、被告人の刑事裁判受忍義務の存在を前提に、裁判所が公平であることを客観的に保障する趣旨だというのも、同趣旨であろう。

(16) 討議民主主義ならびにそれに基づく裁判員制度の正統性に関する以下の記述については、特に引用箇所を示さなかったが、柳瀬・前掲注（6）書に依拠している。また、これに対する批判も、同書の論じるところに対するものである。

ない問題提起が含まれていると思われる。そこで、判旨とは直接関係しない面もあるが、ここで取り上げておくこととする。

2 討議民主主義とは、1980年代からアメリカで論じられるようになり、90年代後半に日本でも活性化した新たな民主主義理論であるが、「公共的な事項の検討・決定にあたっては、十分な情報に基づく個人の内心における熟慮と他者との間の討議という過程によって形成される選好を重視すべきであるという民主主義理論」のことである。

討議が i 集合的決定の正当性を高め、ii 公的な政策争点についての公共心あふれるものの味方を奨励し、iii 相互に尊重しあえる意思決定過程を促進し、iv 市民や官僚の行う集合的行為に不可避な誤りを犯す誤りを是正するという積極面を有することを背景に、「討議参加者が、相互に学び、自分個人または集団の誤解を認識するようになり、そして、批判的な吟味に耐えうるような新たな視点と政策を発展させることができる」という優位性をもった民主主義観だとされる。それは、公共的な事項は国民自らが決定しなければならず、そのために、国民は公民的徳性を涵養し、公共善の実現のための政治的営みに能動的に参加すべきだという、いわゆる共和主義的憲法観とも密接に関連する。

裁判員制度との関係でいえば、その創設の契機となった司法制度改革審議会の思考過程は「統治に主体的に参画することこそ善き善である」と指定し、国民に対して、『公共性の空間』である政治部門や司法部門を支えることを要請しているという点に着目すれば、そこには、政治参加に能動的な公民としての国民を前提とする共和主義的な憲法観を読み取ることができ、裁判員制度もその表れとされるのである。

そして、このような観点から、被告人の辞退権を認めることについては、裁判員制度が「公共的な事項を討議することを通じて参加する国民の公民的徳性を涵養する場」である以上、「その機会を被告人の自由意思によって閉鎖しうるとすることは、社会全体における討議の場を減少させることを意味し、否定的に評価される」こととなる。

他方、国民に対する裁判員としての義務・負担の賦課については、公共的討議の場への参加は公民として推奨されるし、「参加を希望しない国民に対しては、より一層、裁判員としての職務遂行を通じて公民的徳性を涵養することが求められる」として、討議による公共的徳性の涵養が強調される。

3 だが、討議民主主義による裁判員制度の正当化には、以下のような疑問も存在する。

第1に、討議民主主義は、公共的事項の決定における「手続を通じての正統化」を

図ろうとする議論である。その意味では、公共的討議の結果もたらされた結論が実体的に正当か否かについては、そのような観点が全く捨棄されるとはいえないにせよ、多分に相対化されることとなろう。討議の対象が一般的な公共政策、たとえば原子力発電推進の是非のような場合、討議の結果、推進・撤退いずれの結論が出されても、討議手続の正統性に疑義が生じない以上、結論自体の是非を云々することは、討議民主主義の観点からは困難であろう。しかし、司法はしばしば「人権の砦」と位置付けられ、憲法を頂点とする人権保障の確保を目的とする。特に、刑事の場合、「無辜の不処罰」が刑事裁判の鉄則であるとされるように、当初から一定の実体的正義の実現が構造の中に組み入れられている。この点で、討議の正統性のみから結論の正統性を演繹し得るわけでない。

第2に、通常の公共的討議の場合、その帰結は、個人の権利侵害や権利制限と必ずしも直結するわけでない。もちろん、公共的事項の決定によりその権利を侵害・制限される市民はほとんど常に存在する。しかし、その事実を踏まえつつも、公共的事項の決定は、それ自体としては市民全体の福利の増進に寄与する（はずの）ものである。そもそも、討議民主主義自体、主として立法・一般行政にまつわる公共的事項の決定に関する脈絡で語られてきたとあってよいが、それらは究極的には市民全体の福利の増進に寄与するものであり、特定人に対する権利侵害を指向するものでない。

しかし、刑事手続の場合、たとえ犯罪に由来するとはいえ、市民に対する権利制限を正当化する、またそのために向けられた手続であり、通常の公共的事項の決定とは決定的に相違する。刑事手続の権利侵害性は、いかに人権保障を厚くした手続であっても、その本質として内在するものである。裁判員裁判が公共的討議の場であるといっても、通常の討議民主主義が妥当する領域とは、相当異質な空間であることに注意が必要でないか⁽¹⁷⁾。

第3に、上記第2の点とも関係するが、刑事手続における討議民主主義の討議の担い手はだれかという問題があるように思われる。裁判員制度との関係では、裁判官ならびに裁判員が想定され、かつそれに限られるというのが、論者の前提にあるように思われる。また、討議による公共的徳性の涵養も、裁判員が対象である。しかしそうだとすると、刑事手続の場合、権利侵害の対象であり、最も重要な利害関係人である被告人は、討議に直接関与することはない。討議の前提となる主張の提示を行うといういわば副次的地位にとどまる一方、討議の結果は被告人に帰属させられる。これに

(17) この点とも関連して、葛野尋之「裁判員制度における民主主義と自由主義」法律時報84巻9号参照。

対し、討議の主体は、たとえ公共的事項の決定に関与したとしても、その効果を帰属させられる存在ではない。

悪くいえば、公共的徳性の涵養といっても、被告人を「だし」にした結果の産物である。権利侵害の帰属先が討議の主体たりえないという事実は、憲法の人権保障の観点から問題はないのであろうか。また、このような図式を訴訟構造の面に投影してみると、多分に職権主義的な手続構造に親和性を有することにならないであろうか。

第4に、論者は、裁判員への就任を忌避することにつき、公共的徳性の欠如のゆえんであると指摘し、そのような者こそ公共的徳性の涵養のために裁判員への就任が求められるとする。そしてこのことから、裁判員就任義務の存在も当然の前提とされる。

しかし、討議への参加の拒否といっても、単に面倒であるという低次元のものから、自己の良心や信仰等を理由とする高次元のものまで様々な理由がありうる。また、討議のフォーラムにもさまざまな次元のものがありえ、司法についても、裁判員制度のように制度化されたフォーラムのみならず、裁判批判・裁判運動という非制度的フォーラムもありうる⁽¹⁸⁾以上、裁判員裁判による討議の拒否がおよそ公共的徳性の欠如というわけでない。論者の主張するところは、余りにパターンリズムな発想であり、いわゆる「上から目線」であるとの批判も生じえよう。

第5に、被告人の選択権について、裁判員裁判拒否権を認めないことは正当化できるとしても、討議民主主義の観点からすれば、裁判員裁判請求権を認めることがより重要な課題となるのでないか。すなわち、本来は裁判官裁判で審理される事件（これは、裁判員裁判という公共的討議にかけられないことを意味し得る）であっても、事件の性格によっては、公共的討議に乗せることが望ましいものは少なくない。そのような事件を裁判員裁判という公共的討議の場に乗せることは、討議民主主義の観点からすれば、望ましいのみならず、むしろ不可欠なはずだからである⁽¹⁹⁾。

第6に、論者は、司法制度改革審議会に始まる裁判員制度の制定過程に、討議民主主義の観点が存在するとしている。確かに、そのように見える表現が存在することは事実である。しかし、政府の司法改革が登場した政治過程やそれを推進したアクター

(18) かかる非制度的参加の意義を強調するものとして、高山・前掲注(1)書278頁以下、小田中聰樹『刑事訴訟法の変動と憲法的思考』(2006年、日本評論社)268頁、同『裁判員制度を批判する』(2008年、花伝社)。この点、前記注(13)も参照。

(19) 例えば、チャタレイ事件、砂川事件、猿払事件、立川ピラ事件等は、まさに公共的討議が求められるケースであろう。一般的にいえば、絶対的公開裁判の対象(憲法82条2項)とされる事件(もちろん、これに限定する必要はない)は、公共的討議に乗せられる必要性が高いという点で、裁判員に裁判請求権を認めるべきであろう。

についても考えるならば、裁判員制度の立法過程がそのような豊かな民主主義観に裏打ちされていたものとは考え難い。むしろ、いわゆる新自由主義的国家再編の一環であり、擬似民主主義的な色彩に彩られつつ実際には国家の権威主義的再編過程の中で生みだされたものでなかったのかという観点⁽²⁰⁾を踏まえた上で、問題を検討する必要がある。これとの関連で、裁判員制度で涵養されるべき公共的徳性の実体についても、やはり問われなければならない。

(20) この点につき、高山・前掲注(1)書、小田中・前掲(17)の各書籍等参照。この点で、裁判員制度の出自はやはり「やくざ」なものという他はない。しかし、出自が「やくざ」であっても、「更生可能性」は模索せねばならず、そのための制度再構築が不可欠である。

取締役が会社に対して負う所有権移転登記義務と株主代表訴訟

——最高裁平成21年3月10日判決民集63巻3号1頁

土田 亮

はじめに	146
Ⅰ 事案の概要	146
1 事実	146
2 一審および控訴審判決	147
(1) 一審判決（大阪地裁平成18年5月25日判決）	147
(2) 控訴審判決（大阪高裁平成19年2月8日判決）	147
Ⅱ 判旨	148
Ⅲ 検討	149
1 本判決の位置づけ	149
2 学説および先例	150
(1) 学説	150
(2) 取引債務を株主代表訴訟の対象とする根拠	152
3 本判決の検討	154
(1) 本判決が示す理由付け	154
(2) 取引債務を株主代表訴訟の対象とする根拠	154
(3) 所有権に基づく請求を排除する根拠	155
(4) 本判決の射程	158
(5) 本判決の評価	159
おわりに	161

はじめに

株主代表訴訟制度は、取締役等の会社に対する責任を株主が追及する制度であるが、会社法 847 条、およびその前身である平成 17 年改正前商法 267 条は、株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲、内容について特段の規定を置いていない。このため学説においては、株主代表訴訟によって株主が追及しうる責任の範囲について、以前より争いがあり、また下級審裁判例においても結論は分かれていた。そのなかで、最高裁は平成 21 年 3 月 10 日にはじめてこの問題について立場を明らかにしたが、従来の学説のいずれとも整合しないように見える結論、理由付けであったことから、この判決をどのように理解するかについて盛んな議論を生むこととなった。

筆者は以前、株主代表訴訟において追及しうる責任の範囲を検討する論文において、一度本判決について検討したことがある⁽¹⁾。そこでは本判決については不明な点が多くその射程は必ずしも長いものではないとの見解を示したが、その後各種文献、なかでもいわゆる調査官解説⁽²⁾に接するに及び、本判決についての認識を改めた部分もあり、再度の検討をすべきであると考えに至った。

筆者は株主代表訴訟が認められる範囲については、いわゆる中間説（折衷説）的な立場にあり、本判決に対しては、取引債務が株主代表訴訟の範囲に含まれるという結論およびその理由付けのいずれについても疑問であると考えているが、本稿では、もっぱら本判決が示した結論と理由付けを整合的に解することを主眼とし、自説の立場からの本判決に対する評価については末尾に簡単に示すにとどめている。

なお、この問題についての学説、および先行裁判例については先の論文で検討を行っているので、本稿では必要な範囲で示すにとどめることとしたい。

I 事案の概要

1 事実

甲株式会社（訴外）は昭和 26 年に、A（訴外、故人）によって設立された会社であり、X（原告、控訴人、上告人）は甲の株主である。昭和 26 年 7 月から昭和 35 年 9 月にかけて、B、C、D および E ほか 2 名（いずれも訴外）は、それぞれが所有する土地（以下、

(1) 土田亮「株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲」大宮ローレビュー 6 号 53 頁。

(2) 高橋穰〔本件解説〕法曹時報 64 巻 4 号 146 頁。以下、単に調査官解説として引用する。

本件土地という)を売却し、本件土地についてそれぞれ所有権移転登記がなされてY(被告、被控訴人、被上告人)名義となっている。なお、この当時、Aは甲の代表取締役、Yは取締役であり、YとXは兄弟、Aは両名の父親である。

Xは甲の監査役に対し、Yに対して本件土地の所有権移転登記手続請求訴訟を提起するよう請求したが、その後60日が経過しても甲が訴訟を提起しなかったため、Yを相手取って株主代表訴訟を提起した。Xは、本件土地は甲が購入したものであり、甲はYに対して本件土地の所有権に基づく移転登記手続請求権があるとし、その理由として、①主位的には、甲の代表者であるAがYに対して、本件土地について甲名義の所有権移転登記手続を委託したところ、Yが甲に無断でY名義の登記をした、②予備的には、甲の代表者であるAがY名義の移転登記手続を委託して期限のない名義借用契約が成立したが、上記の借用契約は本件訴状送達により終了したことをあげた。これに対してYは、本件土地の買主は甲ではなくY自身であると主張した。

2 一審および控訴審判決

(1) 一審判決(大阪地裁平成18年5月25日判決)

一審は、本件各土地を含む周辺の土地についてA親族名義と甲名義が便宜的に使用されてきた可能性を示唆する事情はあるが、本件各土地が甲の所有であったとはいえないとしたうえで、「……本件請求は、甲の土地所有権に基づく登記請求権であるが、……Xの主張によれば、Yが会社の業務として取得した土地を自己の所有名義にしたというものであって、これによればYは取締役任用契約に基づき甲に対して所有権移転登記手続をすべき義務を負う関係にあることから考えて、本件請求は、……(平成17年)改正前の商法267条1項にいう『取締役ノ責任ヲ追及スル訴』に当たり、株主代表訴訟の対象となるものと解される」と述べてXの請求を棄却した。

(2) 控訴審判決(大阪高裁平成19年2月8日判決)

これに対して控訴審は、Xの主位的請求につき、仮にXの請求が認められた場合にYが負う義務は、所有者に対して負う登記義務と同一であり、取締役の地位の有無によって消長を来さないものであるとしたうえで、株主代表訴訟の趣旨を、取締役が厳格化された特別な責任を負うことを受け、その責任の履行を確実なものとして株主を保護するものであるとし、「……株主代表訴訟によって追及することのできる取締役の責任は、商法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任を指すものと理解すべきであり、取締役が、取締役の地位に基づかないで会社に負っている責任を含まないと解することが相当である。」とした。そしてYが負う登記移転義務につ

いては、「……Yは取締役の立場上、甲に対して、自主的かつ速やかに当該義務を履行すべきであるということもできる。しかしながら、当該義務の履行そのものは、取締役としての職責に含まれるということができない」から、株主代表訴訟の対象にはならないとしてXの請求を却下した。

なお、Xの予備的な主張については、Xからの訴状送達で委託契約が解除されたとの主張自体が失当であるとして退けている。

II 判旨

一部破棄差戻し

「Xは、……Yに対し、①主位的には、甲の取得した本件各土地の所有権に基づき、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求め、②予備的には、甲は、本件各土地の買受けに当たり、取締役であるYに対し、本件各土地の所有名義をYとする所有権移転登記手続を委託し、Yとの間で期限の定めのないY所有名義の借用契約を締結していたが、遅くとも本件訴状がYに送達された時までには上記借用契約は終了したとして、上記契約の終了に基づき、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めている。」

(平成17年改正前)「商法267条所定の株主代表訴訟の制度は、取締役が会社に対して責任を負う場合、役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及が行われぬおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される。そして、会社が取締役の責任追及を怠るおそれがあるのは、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限られないこと、同法266条1項3号は、取締役が会社を代表して他の取締役に金銭を貸し付け、その弁済がされないときは、会社を代表した取締役が会社に対し連帯して責任を負う旨定めているところ、株主代表訴訟の対象が取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、会社を代表した取締役の責任は株主代表訴訟の対象となるが、同取締役の責任よりも重いというべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とならないことになり、均衡を欠くこと、取締役は、このような会社との取引によって負担することになった債務（以下『取締役の会社に対する取引債務』という。）についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されることなどにかがみると、同法267条1項にいう『取締役ノ責任』には、取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の会社

に対する取引債務についての責任も含まれると解するのが相当である。」

「これを本件についてみると、Xの主位的請求は、甲の取得した本件各土地の所有権に基づき、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであって、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもないから、上記請求に係る訴えを却下した原審の判断は、結論において是認することができる。」

「これに対し、Xの予備的請求は、本件各土地につき、甲とその取締役であるYとの間で締結されたY所有名義の借用契約の終了に基づき、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をを求めるものであるから、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものということができる。そうすると、予備的請求に係る訴えは、株主代表訴訟として適法なものというべきである。」

III 検討

1 本判決の位置づけ

冒頭にも述べたように、取締役が会社に対して負ういかなる責任、債務が株主代表訴訟の対象となるのかについては解釈の分かれるところであった。この点については、従来から、全債務説と限定債務説の対立があり、従前の下級審裁判例においても結論が分かれていた⁽³⁾。本判決は、この点についてはじめての最高裁判決であり、大きな意義を持ちうるものではあるものの、従来の各学説のいずれとも整合しない結論と解されること、その理由付けが不明確であることなどについて、批判的な評価が多くなされている⁽⁴⁾。

(3) これまでの裁判例については、土田・前掲注(1)62頁以下参照。

(4) 本判決について、結論自体が不当であるとともに理由付けの説明も不足していると批判するものとして、鳥山恭一〔本件判批〕法学セミナー655号121頁、根本真一〔本件判批〕速報判例解説（法学セミナー増刊）5号127頁、北村雅史〔本件判批〕民商法雑誌142巻2号182頁、宮本航平〔本件判批〕法学新報118巻1＝2号637頁。判旨の理由付け不明確であることを指摘するものとして、日下部信治〔本件判批〕金融・商事判例1333号18頁、福島洋尚〔本件判批〕ジュリスト1398号（平成21年度重要判例解説）122頁、岸田雅雄〔本件判批〕別冊ジュリスト205号〔会社判例百選（第2版）〕140頁。一方、本判決に対して肯定的な評価をするものとして、石山卓磨〔本件判批〕金融・商事判例1332号2頁、藤原俊雄〔本件判批〕判例時報2057号192頁（判例評論611号22頁）、奥島孝康＝落合誠一＝浜田道代編『新基本法コンメンタル会社法3』（日本評論社、平成21年）394-395頁〔山田泰弘〕（ただし、山田泰弘「株主による責任追及等の訴えで追及できる役員等の責任の範囲」立命館法学333=334号1623頁は、理論構造の不明確さを指摘する）。一方、弥永真生〔本件判批〕ジュリスト1380号64頁、近藤光男〔本件判批〕判例セレクト

2 学説および先例

(1) 学説

学説は大別すると、全債務説と限定債務説が対立しており、第三の立場として中間的あるいは折衷的な解決を図る見解が示されている。また、本判決を契機として、取引債務包含説という新たな見解が主張されるようになってきている。

(イ) 全債務説

株主代表訴訟の対象となる責任について、取締役が会社法上負う責任に限定されず、会社・取締役間の取引によって生じた債務（取引債務）を含む幅広い責任が含まれるとする見解である。その理由としては、①法文に何らの限定がないこと、②株主代表訴訟の制度趣旨は、取締役と会社の特殊な関係に基づく提訴懈怠可能性に備えたものであって、提訴懈怠可能性は、責任の発生原因によって左右されないと考えられること、③取引債務の不履行は注意義務違反になること、があげられる。また、平成17年改正前商法下においては、④いわゆる仲間貸し（同年改正前商法266条1項3号）について、貸付けを行った取締役が株主代表訴訟の対象になるのに、貸付けを受けた取締役が対象とならないことは不均衡である、⑤競業取引における介入権（同法264条3項）を株主代表訴訟で行使できるようにすべきである、との理由付けも示されていた。

なお、取締役就任前に負った債務が株主代表訴訟の対象となるかどうかについては見解が分かれており、以前は就任前の債務についても対象となるとの見解が有力であったが⁽⁵⁾、この点について限定債務説からの批判があり、現在では就任前の債務については対象とならないとの見解がほとんどである⁽⁶⁾。就任前の債務を対象外とする見解からは、⑥在任中の会社・取締役間の取引が利益相反取引として厳格な規制が課されるこ

ト2009（Ⅱ）21頁は、判決の評価は行わずもっぱら本判決の射程の検討を行っており、森本滋「株主代表訴訟における『取締役の責任を追及する訴え』」商事法務1932号4頁は、本件は特異な事件であり先例的価値を過大評価すべきではないとする。なお、土田・前掲注(1)79頁は、説明不足との立場に立つ。

(5) 大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』（有斐閣、昭和26年）297頁、石井照久『会社法上巻（第2版）』（勁草書房、昭和42年）359頁、大隅健一郎『会社法論中巻（第3版）』（有斐閣、平成4年）272頁。

(6) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第3版）』（有斐閣、平成6年）300頁、関俊彦『会社法概論（新訂第2版）』（商事法務、平成21年）335頁以下、前田庸『会社法入門（第12版）』（有斐閣、平成21年）439頁、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第2版）』（有斐閣、平成22年）243頁、加美和照『新訂会社法（第10版）』（信山社、平成23年）382頁、江頭憲治郎＝門口正人『会社法大系4』（青林書院、平成22年）43頁〔松山昇平＝門口正人〕。

ととの均衡から、当該債務の履行を確保する必要がある、との理由付けも示されている⁽⁷⁾。

(ロ) 限定債務説

一方、限定債務説は、株主代表訴訟の対象を、取締役が会社法上負い、その免除に総株主の同意が必要な責任に限定する。この見解はその根拠として、①株主代表訴訟制度は発生原因について特に重要な、したがって免除に厳格な規制のある責任の確実な実現を期したものと解すべきであること、②全債務説は取引債務等について経営陣の裁量を不当に侵害するものであること、③提訴懈怠可能性は会社・取締役間以外にも存在し、提訴懈怠可能性だけで制度趣旨を説明することはできないこと、をあげる⁽⁸⁾。

(ハ) 中間説・折衷説

全債務説と限定債務説の中間的な解決を図る見解であり、どのような責任が対象となるかについては論者により異なるが、取締役が会社に対して負う責任（債務）の性質から、株主代表訴訟の対象となるか否かを決しようとする立場である⁽⁹⁾。

本判決も全債務説、限定債務説のいずれとも異なる、いわば中間的な解決を図っているが、中間説・折衷説は提訴懈怠可能性を株主代表訴訟の根拠とするものではないし、所有権に基づく登記移転請求権を一律に株主代表訴訟の対象から外すものでもないことから、本判決とはあきらかに立場を異にするものである。

(ニ) 取引債務包含説

この見解は、株主代表訴訟の対象となる責任には、取締役が会社法上負う責任に加えて、取引債務が含まれるとするものであり、本判決がとる立場とされているものである⁽¹⁰⁾。この見解は、その理由付けにおいては概ね全債務説と同一の見解に立ちつつ、

(7) 片木晴彦〔判批〕判例時報1731号199頁〔判例評論504号37頁〕。

(8) 江頭憲治郎『株式会社法（第4版）』（有斐閣、平成23年）458頁注(2)、近藤光男『最新会社法概説（第6版）』（中央経済社、平成23年）33頁、弥永真生『リーガルマインド会社法（第13版）』（有斐閣、平成24年）219頁。森本滋〔判批〕私法判例リマックス2009（下）80頁以下は、限定債務説に立ちつつ職務関連性を根拠に損害賠償請求への類推適用を認める（なお後掲注(9)参照）。

(9) 中間的な見解は種々であるが、主に責任追及についての会社の裁量に着目するものとして、大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望』（鴻常夫先生古稀記念論文集）（商事法務研究会、平成7年）57頁、岸田雅雄〔判批〕別冊ジュリスト180号〔会社法判例百選〕153頁、土田・前掲注(1)74頁以下。責任の性質に着目するものとして、伊藤靖史〔判批〕商事法務1628号131頁（個々の債務の性質を検討すべきとする）、森本・前掲注(4)8頁以下（取引債務は株主代表訴訟の対象とならず、委任契約上の義務は株主代表訴訟の対象とする）。

(10) 高橋・前掲注(2)155頁。

結論としては、取締役が会社法上負うもの以外の責任・債務のうち、取引債務については株主代表訴訟の対象となることを明言する一方で、その他の債務については言及を控えるとの立場に立つものである。

この見解は、本判決を契機として学説として主張されることとなったようであり、その理由付けについても疑問なしとはしない。そこでこの説の当否については、次項であらためて検討することとしたい。

(2) 取引債務包含説の検討

取引債務包含説は、本判決がとる立場であるといわれているにもかかわらず、どのような経緯で主張されるようになった（もしくは学説として類型化された）のか必ずしも明らかではない。すなわち、「取引債務包含説」という語自体は、本判決以前には用いられていなかったようであり、筆者の知る限り、本判決を掲載した各公判判例集のコメント欄が初出ではないかと思われる⁽¹¹⁾。その後、本件の評釈、解説において、次第に取引債務包含説としてそれまでの学説とは独立にカテゴライズされるようになり⁽¹²⁾、さらには調査官解説においても独立した見解として紹介され、本判決の立場であるとされるに至っている⁽¹³⁾。

しかし、取引債務包含説という立場を、本判決以前から存在する学説として、かつ全債務説から独立した見解として観念できるかどうかは疑問である。すなわち、取引債務が株主代表訴訟による責任追及の対象となるか否かという議論は、もともと、全債務説と限定債務説の対立において、取締役が会社に負う責任のなかで、会社側が権利行使について裁量を有すると考えられるものの代表例として持ち出されたものであり⁽¹⁴⁾、取引債務という責任類型に独自の意義があったのではなく、あくまでも全債務

(11) コメント・金融・商事判例 1319 号 41 頁、コメント・判例タイムズ 1295 号 179 頁。両誌はいずれも平成 21 年 7 月 1 日付けで発行されており、コメントの文言は同一であるとともに、その内容は調査官解説とはほぼ同様である。一方、速報として本判決を伝えた金融・商事判例 1315 号 48 頁コメント欄は、本判決を全債務説（非限定説）に立つものとしている。

(12) 日下部・前掲注(4)20頁、山口和男〔本件判批〕別冊判例タイムズ 29 号 190 頁。ただしこれらはいずれも公判判例集のコメント欄に依拠した整理であると思われる。また、宮本・前掲注(4)648 頁以下は、昭和 25 年商法改正直後から取引債務包含説が主張され、これが発展して全債務説に至ったと整理するが、当初の取引債務包含説も取引債務以外の債務を排除する趣旨ではなかったと整理する。

(13) 高橋・前掲注(2)155 頁。

(14) たとえば、吉原和志「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」北沢正啓=浜田道代編『商法の争点 I』〔ジュリスト増刊〕157 頁は、取締役の責任を、①商法（会社法）違反の行為により取締役が特定物の返還義務、登記移転義務を負っている場合、②取締役が会社に対して契約責任、不法行為責任を負う場合、③取締役の任務懈怠責任の場合、に分類し、①③については株主代表訴訟の対象となることを認め、②については全債務説、限定債務説で主張が対立す

説からは株主代表訴訟の対象とすることについて最も意味のある責任として、逆に限定債務説からすれば最も株主代表訴訟の対象となるべきではない類型として、議論の対象とされてきたにすぎない。

また、上記コメント欄等が取引債務包括説として引用する諸見解についても、同説に立つとは解しがたいものが多く存在する⁽¹⁵⁾。これらの引用文献においては、たしかに取引債務が株主代表訴訟の対象となるとの記述は存在するが、その理由付けとして、①株主代表訴訟制度が昭和25年改正前商法267条と同趣旨であること⁽¹⁶⁾、②提訴懈怠可能性からすると請求原因の如何を区別すべきでないこと⁽¹⁷⁾が示され、あるいは、③所有権移転登記抹消請求の株主代表訴訟による追及を認めた裁判例が示されている⁽¹⁸⁾。これらの理由付けは、取引債務以外の責任にも広く当てはまるものであり、このような見解は、全債務説に立つものと解すべきである⁽¹⁹⁾。一方では、これまで中間説と評価されてきた見解も取引債務包含説として引用がなされている⁽²⁰⁾。

る旨を示す。

(15) 高橋・前掲注(2)152頁、および金融・商事判例1319号および判例タイムズ1295号のコメント欄に取引債務包含説としてあげられている文献のうち、大隅=大森・前掲注(5)297頁、鈴木竹雄=石井照久『改正株式会社法解説』(日本評論社、昭和25年)179頁、石井・前掲注(5)359頁、片木・前掲注(7)199頁、龍田節『会社法大要』(有斐閣、平成19年)164頁は全債務説に立つと解すべきであり、岸田・前掲注(9)153頁は中間説に立つと解すべきである。

(16) 大隅=大森・前掲注(5)297-298頁、鈴木=石井・前掲注(15)179頁。昭和25年改正前商法267条は、少数派株主の請求により監査役、もしくは特別代理人が取締役の責任を追及するとの制度を採用していたが、責任の範囲については全債務的な考え方が取られていた。奥野健一ほか『株式会社法積義』(巖松堂書店、昭和14年)181頁。一方、この点に疑問を示すものとして、森本・前掲注(4)14頁注(34)。

(17) 大隅=大森・前掲注(5)297-298頁、鈴木=石井・前掲注(15)179頁、石井・前掲注(5)359頁。なお、岡咲恕一ほか『新会社法と施行法』(学陽書房、昭和26年)95頁〔岡咲恕一〕は、全債務説的な記述はないものの、鈴木=石井・前掲(15)180頁を引用する。

(18) 片木・前掲注(7)199頁、龍田・前掲注(15)164頁。前者は競業取引における介入権、所有権移転登記を判示し、後者は株主代表訴訟の対象について、「取締役が会社との取引に基づいて負う債務(登記の移転・回復を含む)」と述べたうえで、大阪高判昭和54年10月30日高民集32巻2号214頁を引用する。

(19) 同旨、宮本・前掲注(4)650頁。

(20) 岸田・前掲注(9)153頁。同論文を中間説と位置づけるものとして、吉原和志「株主代表訴訟によって追及し得る取締役等の責任の範囲」吉原和志=山本哲生編『変革期の企業法』〔関俊彦先生古稀記念〕(商事法務、平成23年)87頁、94頁注(8)、土田・前掲注(1)62頁、83頁注(15)。岸田論文は、限定債務説が述べる場合以外にも、「会社の自由裁量を損なわず、かつ株主の利益のために取締役の責任追及を認めるべき場合も存するのではないだろうか」としたうえで、「取締役が違法取引の当事者であり、その是正措置がなされる可能性が全くないような場合」には登記移転義務を株主代表訴訟で追及することは株主代表訴訟の対象を拡大することにはならない、と述べているのであり、適法な取引の履行義務についても株主代表訴訟の対象する全債務説(および

以上からすると、「取引債務包含説」と呼ばれる見解は、本判決の立場を説明するために作られたものと考えらるべきであろう。すなわち、後に検討するように、本判決は基本的には全債務説と共通の理由付けを用いつつ、結論においては全債務説と異なるものであって、一見するとその理由付けが十分に示されているとはいえない。取引債務包含説は、従来の学説（特に全債務説であると解されてきた見解）において、取締役が会社法上負う責任および取引債務以外の責任についての言及がないという点を強調することで、その理由付けの説明を回避する役割を果たすものであるといわざるをえないように思われる。

3 本判決の検討

(1) 本判決が示す理由付け

本判決は、Xの請求を、(a) 甲社の所有権に基づく登記移転請求（主位的請求）、(b) 名義借用契約の終了による原状回復としての登記移転請求（予備的請求）、であると整理している。そして、①株主代表訴訟の趣旨は提訴懈怠可能性に備えたものであり、懈怠のおそれは取締役がその地位に基づいて負う責任の追及に限られないこと、②平成17年改正前商法266条1項3号により貸付取締役が負う責任が株主代表訴訟の対象であることとの均衡、③取締役は会社との取引によって負う債務を忠実に履行する義務を負うこと、の3点を示し、そのうえで予備的請求である取引債務の履行請求は株主代表訴訟の対象となる責任であるとする一方、主位的請求である所有権に基づく請求については、「取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもない」として株主代表訴訟の対象外とした。判旨が取引債務を株主代表訴訟の対象とする理由付けは、いずれも従来全債務説が示してきた理由付けであり、この点については大きく問題視されることはなかったが、主位的請求である所有権に基づく登記移転請求については、判決の末尾で、しかも取引債務ではないからと述べるのみで、何ら特段の理由を示すことなく株主代表訴訟の対象とはならないと判示したため、学説の混乱と批判を呼ぶこととなった。

(2) 取引債務を株主代表訴訟の対象とする根拠

本判決が取引債務が株主代表訴訟の対象に含まれるとする理由付けについて整理をすると、上記①は全債務説の理由付け②に、③は④に、④は③に対応するものであって、この限りでは全債務説の理由付けを逸脱するものではない。また調査官解説において

取引債務包含説）とは異なる立場と解すべきである。

も、上記④の理由付けを補強する形で、④'昭和25年改正前商法267条による責任追及の対象が任務懈怠責任に限られないと解されていたこと、および、⑤を補強する形で、⑤'取締役が会社に対して取引上の債務を履行しない場合には任務懈怠による損害賠償責任を追及しようとしても、取引上の債務自体の履行を求める方が有効、適切であること、が示されている⁽²¹⁾。これらの理由付けは、いずれも取引債務が株主代表訴訟の対象となることについての根拠としては適切なものであり、限定債務説からの批判はあるとしても、特に矛盾のあるものではない。一方⑥については、本件は平成17年改正前商法下の事案であるにしても、本判決の時点ではすでに会社法が施行されており、平成17年改正前商法266条1項3号は廃止されていたにもかかわらず、なぜ敢えてこれを理由付けとして持ち出したのかについて疑問が投げかけられているが⁽²²⁾、この点については調査官解説においても、単に限定債務説によると仲間貸しの場面で不均衡であることが述べられるのみである⁽²³⁾。

(3) 所有権に基づく請求を排除する根拠

(イ) 一方で、本判決がXの主目的請求を株主代表訴訟の対象としなかった理由付けについては、「取引債務の責任を追及するものにもあたらない」という以上の判示はなされていない。本件判旨は「取引債務も」株主代表訴訟の対象となるといい、調査官解説においても、本判決が取引債務包含説、すなわち取引債務は株主代表訴訟の対象になるが、それ以外の責任については言及がないという立場に立つものであると整理がなされたにもかかわらず、所有権に基づく登記移転請求が株主代表訴訟の対象とされなかったことについて何らの具体的理由が示されていないことについては大いに疑問である。

そこで、「取引債務の責任を追及するもの」ではないから株主代表訴訟の対象とはならない、という判旨の言い回しを手がかりに本判決の立場を検討することを試みる。

前述のように、本判決が取引債務を株主代表訴訟の対象に含むとする根拠は、④提訴懈怠可能性は会社法上の責任に限られない、⑥仲間貸し責任との均衡、⑤取引債務の履行に忠実義務を負うこと、の三点である。このうち④が所有権に基づく請求を排斥する理由付けにならないことは明らかであろう。また、⑤についても、取引債務について忠実に履行する義務があることは妥当であるとしても、これ以外の債務につい

(21) 高橋・前掲注(2)156頁。

(22) 北村・前掲注(4)198頁以下。なお、高橋・前掲注(2)157頁は、本判決は会社法下でも同様に妥当するであろう旨を述べる。

(23) 高橋・前掲注(2)156頁。

ても、取締役であれば忠実に履行する義務はある、ということも可能であり（全債務説はまさにこのように解する）、これだけで取引債務以外の責任が株主代表訴訟の対象となるか否かを決することはできない⁽²⁴⁾。

（ロ）一方㊦については、あえて本判決の意図を推測すると、以下のようなことがいえるように思われる。

平成17年改正前商法266条1項3号は、いわゆる仲間貸しにおける未弁済の貸付金について、会社に現実の損害が生じているか否かを問わず、貸し付けた取締役に無過失責任を負わせる規定であり、いわば貸付けをした取締役を保証人的な地位に置く規定であった⁽²⁵⁾。そこで限定債務説のように、仲間貸しにおいて、借入れをなした取締役に対する株主代表訴訟を認めないこととすると、主債務については株主による追及を認めず、保証債務については株主による追及を認めることになり均衡を欠く、との価値判断があったのではないかと。換言すれば、仲間貸し責任についていえば、保証人である貸付取締役に対する株主代表訴訟が認められる以上、主債務者たる借入取締役の負う弁済義務は、第三者が会社に対して負う弁済義務とは異なり、株主による履行の強制が許容されるような特別な義務である、と本判決は考えたのではないかと⁽²⁶⁾。無論、これは仲間貸しもしくはこれに類似する場合にのみ株主代表訴訟を認めようとの趣旨ではなく、取締役の会社に対する取引債務については、第三者が会社に対して負う一般的な履行義務とは異なる高い義務が課されるとの価値判断を示したものと解すべきであろう⁽²⁷⁾。

そして、このような観点から理由付け㊦を見れば、本件判旨が、取締役・会社間のあらゆる義務について取締役に高度の履行義務を課すのではなく、「……『取引債務』……についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負う」と判示した意味も自ず

(24) 同旨、宮本・前掲注(4)646頁。

(25) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第4版）』（有斐閣、平成16年）400-401頁。

(26) 判旨が平成17年改正前商法266条1項3号を特に示した点については、これを利益相反取引の直接取引に関する規制のバランス論であると解する立場もあるが（宮本・前掲注(4)646頁）、利益相反取引における会社側取締役の責任は、本質的には取引条件の不正（履行の見込みもその要素のひとつではある）についての損害賠償責任であるし、取引取締役が弁済期に未履行であれば直ちに責任が生じるというものでもない。

また、利益相反取引の直接取引における責任の均衡ということであれば、同項4号を示せば会社法の規制との連続性がある程度保たれたはずであり、これ以前にも、取締役・会社間の取引成立時点での利益相反性を株主代表訴訟が認められる根拠とする学説は示されていたことからすれば（片木・前掲注(7)199頁）、本判決があえて同項3号を理由付けに用いた趣旨については本文のように解する方が妥当ではないかと思われる。

(27) 高橋・前掲注(2)155頁以下。

から明らかになろう。取引債務についてなぜ高度な履行義務があると考えられるのかについて、本件判旨は特段の判示をしていないが、理由付け⑩⑪からすれば、取締役・会社間における債権債務関係の発生における利益相反的關係、すなわち、会社との法律関係に入るに際し、取締役が会社に対する忠実義務を負担していることが要求されると解するのが妥当ではないかと思われる⁽²⁸⁾。たとえば利益相反取引(会社法 356 条 1 項 2 号)においては、取締役は会社に対する忠実義務を負い、会社の利益を害して自らの利益を図るような取引条件で取引を行うことは許されず、そのような場合においては任務懈怠責任を負うと考えられるが、取引の入り口において忠実義務にしたがった取引条件の設定が求められる以上、出口である履行の場面においても忠実に履行することが求められる、という理由付けである⁽²⁹⁾。

このような理解に立てば、本判決が、これまでの全債務説とは一線を画すものであることがあきらかになる。すなわち、全債務説は、提訴懈怠可能性という、責任が追及される場面での会社・取締役間の特殊な関係にもっぱら注目するものであって、取締役が会社に対して負う責任の性質や発生原因を問うことなく、一律に株主代表訴訟の対象とするものである。これに対して本判決の立場は、提訴懈怠可能性の存在を前提としつつも、責任の発生原因にも着目し、取締役が債務発生における忠実義務ゆえに会社に対して高度な履行義務を負う類型の責任の場合においてのみ、株主代表訴訟による追及を認めるものと解されるのである。本件判旨は、株主代表訴訟は「役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及が行われぬおそれ」に備えたものであることを示すが、この「役員相互間の特殊な関係」とは、責任追及時点だけでなく、債権債務関係の発生時点における関係をも指すものと考えらるべきであろう。

(ハ) 以上の検討からすると、本判決が、Xが主張する甲の所有権に基づく登記移転請求を株主代表訴訟の対象としなかったのは、所有権に基づく権利義務関係は、その発生において義務者である取締役Yに履行に関する忠実義務を生じさせるものではない、という理由によると考えるべきことになる。所有権は対世的な権利であって、取引債務のように権利義務関係の発生において両者の特殊な関係が作用するものではな

(28) 土田・前掲注(1)77頁以下においては、本件判旨の理解として、本判決はもっぱら提訴懈怠可能性の有無に着目したものであり、取引を決定した経営陣が自らの責任を問われることを危惧することで提訴懈怠可能性が高まるのが、取引債務が株主代表訴訟の対象とされた理由ではないかとしていたが、その後に調査官解説等に触れ、本件判旨の趣旨としては本文のように解するに至った。

(29) 本判決以前に取引債務について同様の趣旨を述べるものとして、片木・前掲注(7)199頁。また、全債務説のうち、在任中の責任に限って株主代表訴訟の対象とする見解一般についてこの点を指摘するものとして、山田・前掲注(4)論文1652-1653頁。

いから、所有権に基づく権利義務関係は、必ずしも取締役・会社間の利益相反的な状況下で発生するとは限らない。たとえば、たまたま取締役との物権的な争いのある不動産を会社が購入したような場合であっても、会社は取締役に対して物権的請求権を有することになるが、仮に全債務説に立ったとしても、このような「責任」を株主代表訴訟で追及しようと解すべきかどうかは微妙であろう。一方で、たとえば取締役が会社に対して不動産を売却したような場合であれば、登記移転義務は、売買契約という「取引」に基づく義務として、忠実に履行する義務が生じることになる。

本件の一審段階においては、Xは所有権に基づく登記移転請求のみを請求原因とし、Yが無断で登記を騙取したことを主位的主張として、甲Y間の登記名義借用契約が終了したことを予備的主張として主張していたが、本判決においては、前者は物権的請求権、後者は契約に基づく請求権として主位的請求、予備的請求と整理し直し、後者についてのみ株主代表訴訟を認めている。この点からみても、最高裁は、単に物権的請求権に基づいて登記移転義務を負うのでは不足であり、その移転義務が、取締役と会社という関係の下で生じたことを要求するとの立場にあると解するのが妥当である。

(4) 本判決の射程

以上の検討をもとに、本判決が明示していない責任の類型について、株主代表訴訟による追及が認められるか否かを考えると、おおむね以下のようになると思われる。

(イ) 取引債務の履行義務以外の責任

まず、取引の無効、取消し、解除等による原状回復義務については、本判決が契約の終了による登記名義移転請求を株主代表訴訟の対象としていることからしても、当然に株主代表訴訟の対象になると考えられる⁽³⁰⁾。支給が無効である報酬の返還義務や、無効な利益相反取引における原状回復義務についても当然に株主代表訴訟の対象となる。また、取締役の横領行為についても、代表取締役の権限濫用として横領行為が行われた場合には、会社・取締役間の無効な取引として同様に考えることが出来る。会社が購入した土地について代表取締役が個人名義で登記を行ったような場合について

(30) 弥永・前掲注(4)65頁、福島・前掲注(4)123頁、奥島ほか編・前掲注(4)394-395頁〔山田〕、北村・前掲注(4)200頁。一方、利益相反取引である自己株式処分の無効(平成13年法律79号改正前商法下の事案で処分方法について特段の定めがなかった事案)を主張して株券の返還を求めた事案について(東京地判平成20年1月17日判例時報2012号117頁。限定債務説に立ち訴え却下)、本判決の下でも「株主権に基づく株券返還請求」は認められないとする見解があるが(東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ(第3版)』(判例タイムズ社、平成23年)295-296頁〔小濱浩庸〕)、自己株式売買契約無効による原状回復と構成すれば株主代表訴訟の対象となると考えられよう。

は、会社・代表取締役の間における会社名義での登記を行うとの委任契約の履行請求として処理されることになる。

一方で、取締役の地位とは無関係に負うこととなった不法行為責任や⁽³¹⁾、会社が第三者から譲り受けた取締役に對する債権の履行義務といったものは、株主代表訴訟による追及の対象とはならないであろう⁽³²⁾。

問題となるのは、取締役がその権限とは無関係な場面で会社財産を窃取した場合の返還義務、あるいは取締役の地位に関連して生じた不法行為責任であるが、本稿の分析からすれば、返還義務あるいは損害賠償責任は忠実に履行をすべきであろうから、おそらく株主代表訴訟の対象となるのではないかと思われる⁽³³⁾。

(ロ) 取引債務における例外

取引債務のなかでも、取締役の就任前に生じた責任については、本判決が示す平成17年改正前商法266条1項3号は「他ノ取締役」に対する貸付けが対象であること、本件判旨が、債権債務関係の発生原因における会社・取締役間の特殊な関係を要求していることからすると、株主代表訴訟による追及は認められないことになろう⁽³⁴⁾。

(5) 本判決の評価

(イ) 本判決の結論・理由付けについては、全債務説、限定債務説のいずれの立場からも批判がありうる⁽³⁵⁾。このうち限定債務説からの批判に関していえば、これは株主代表訴訟の制度趣旨についての見解の相違であるから、取引債務を株主代表訴訟の対象とするとの結論について批判がなされるのは当然である。

(31) 高橋・前掲注(2)157頁。休暇中の偶然な交通事故などが考えられる。森本・前掲注(8)80頁。

(32) 第三者・会社間の債権譲渡については、債務者である取締役の意向と無関係になし得ることであるし、債権の発生については会社・取締役の特殊な関係が存しないことからすれば、本判決の立場としてはこのように解すべきであろう。弥永・前掲注(4)65頁。一方、山田・前掲注(4)論文1674頁は、一般論として、第三者が取締役に對して有する債権を会社が譲り受けることは間接取引(会社法356条1項3号)に該当するため、株主代表訴訟の対象とすべきであると述べるが、たとえば、A銀行取締役PがB銀行から住宅ローンを借り入れた後、BがAに銀行事業を譲渡すると、PのローンをA株主が追及できるようになるのは不当であろうし、民法468条の趣旨とも整合しないであろう。

(33) 調査官解説が「職務遂行とは無関係な」不法行為責任については株主代表訴訟の対象とならないとしていることから(高橋・前掲注(2)157頁)、職務遂行に関連する不法行為責任については株主代表訴訟の対象となると解される。同旨、山田・前掲注(4)論文1673頁(取締役が在任中に退任後の競業のために従業員を引き抜く行為が例示されている)。もっとも、任務懈怠とは別個の職務遂行に関連する不法行為というものがどこまで観念されるのかはまた別問題である。

(34) 全債務説に立つ学説も、現在ではほとんどが就任前の債務を除外している。前掲注(6)の各文献参照。

(35) 鳥山・前掲注(4)121頁。

(ロ) 一方、全債務説からの批判についてはいま一度検討の必要があるように思われる。上記(4)で検討したように、本判決の立場に立てば、取締役就任前の債務、会社が第三者から譲り受けた取締役に対する債権の履行義務、第三者が取締役に対して物権的請求権を有する動産や不動産を会社が譲り受けた場合の当該請求権といったものについては、株主代表訴訟による責任追及の対象外となると考えられる。全債務説に立つ論者であっても、これらの責任については株主代表訴訟の対象外であると解する立場が多いと思われるが、提訴懈怠可能性を主たる根拠として、取締役が会社に対して負うすべての責任(義務)が株主代表訴訟の対象となると解する限り、これらの責任を株主代表訴訟の対象外とする理論的な説明は困難であると思われる。取締役就任前の債務を株主代表訴訟の対象外とするためには、提訴懈怠可能性だけでなく、債権債務関係の発生における特殊な関係の有無をメルクマールとして用いる必要があり、その帰結として、その発生において会社・取締役間の特殊な関係に基づかない単なる物権的請求権は、株主代表訴訟の対象から除外されざるを得ないことになる。その意味で、本判決が所有権に基づく登記移転請求を株主代表訴訟の対象外としたのは、現在の通説的な(取締役就任前の債務を株主代表訴訟の対象外とする)全債務説を敷衍したものと評価することも可能であろう⁽³⁶⁾。

ただし、本判決が、一審におけるXの主位的主張につき、甲社代表取締役Aからの甲名義での登記の委託にもかかわらず、YがY名義での登記を行ったとの主張を捨象して、単なる所有権に基づく登記移転請求と構成したことについては疑問を差し挟む余地はあるかもしれない。一審におけるXの請求は所有権に基づく登記移転請求であったが、Xの、甲社代表取締役Aから委託を受けた取締役Yが委託の本旨に反した登記を行ったとの主張を、甲名義での登記をなすという甲Y間の委任契約に基づく義務(取引債務)の履行を求めるものと解して、株主代表訴訟の対象とすることは十分可能であったように思われる⁽³⁷⁾。もっとも、Xの予備的主張(予備的請求)が株主代表訴訟の対象とされたことから、差戻審では甲Y間の委任契約の内容が審理されることとなるはずであり、そこでは甲Y間において「甲名義での登記の委託」がなされたのか「Y名義での登記の委託」がなされたのかについて審理が可能であろうから、紛争の解決

(36) 同旨、根本・前掲注(4)129頁以下。山田・前掲注(4)論文1653頁は、このような考え方は、むしろ限定債務説の拡張と評価すべきであるとする。

(37) 北村・前掲注(4)200頁。Xも上告理由でこのように主張している(民集63巻3号9頁)。なお、一審判決はXの主位的主張について、「取締役任用契約に基づき甲に対して所有権移転登記手続きをすべき義務を負う関係にある」と述べており、取引債務的な判示をしている。一方控訴審は主位的主張について所有権に基づく請求と解しているようである。

という意味ではそれほど問題にはならないようにも思われる。

おわりに

以上のように、本判決は、現在唱えられている全債務説とは一線を画すものでありつつも、その立場と必ずしも不整合なものとはいえず、むしろ精緻化された全債務説と評価することも可能であるように思われる。今後は、全債務説の立場から、本判決を踏まえたさらなる考察が期待される。

なお、中間説的な見解に立つ私見からは、やはり（在任中の）取引債務でありさえすれば株主代表訴訟の対象となるとの結論には疑問が残る⁽³⁸⁾。取締役・会社間の取引であっても、取引条件が適正であれば、その履行については会社経営陣の判断に委ねるのが妥当であり、単独株主が、経営陣の判断の不当性を主張することを要せずに経営判断を上書きすることは認めるべきではない⁽³⁹⁾。近時、取引債務について株主代表訴訟を認めても、経営陣は取締役の債務について免除等の処分をなしうるから、経営陣の裁量を必ずしも侵害することにはならない⁽⁴⁰⁾、あるいは株主代表訴訟と経営陣の裁量については調整が可能である⁽⁴¹⁾との反論もなされているが、株主による提訴請求を契機に、一定の判断をすること自体は強制されてしまうのであり、なぜ、取引の相手方が取締役である場合に限ってそのような強制が許容されるのか、説明が必要であるように思われる⁽⁴²⁾。無論、そのような裁量（何ら裁量を發揮せずに塩漬けにしておくとの選択を含む）を認めることで、取締役に対する取引債務の追及が懈怠される可能性はあろうが、それに対しては、経営陣に対する任務懈怠責任の追及を行うこととすべきであろう。

最後に、予想される今後の議論の展開について一言触れておくと、全債務説は、株

(38) ことに本判決の後の議論においては、取締役がその在任中に職務とは無関係に負う不法行為責任については株主代表訴訟の対象外される一方で、取締役がその在任中に職務とは無関係に負う取引債務の履行責任や債務不履行責任については株主代表訴訟の対象とされているが、この結論が均衡のとれたものであるのかは大いに疑問である。

(39) 森本・前掲注(4)9頁。また、全債務説や取引債務包含説によれば、取締役の会社に対する贈与の履行や、約款取引のように定型的で利益相反のおそれがない（取締役と会社との取引であっても利益相反取引の承認の必要がない）取引の履行請求についても、株主代表訴訟の対象となってしまうと思われるが、果たしてこのような結論は妥当であろうか。

(40) 宮本・前掲注(4)653-654頁。

(41) 吉原・前掲注(20)101頁以下、山田・前掲(4)論文1653頁以下。

(42) 逆に、取引債務についての株主代表訴訟が経営陣の裁量を全く侵害しないのであれば、そもそも株主代表訴訟を認める意義はないことになる。

主代表訴訟の対象となる責任が在任中のものに限られるという点から、単なる提訴懈怠可能性による理由付けではなく、債権の発生における会社・取締役間の特殊な関係を媒介とした忠実義務をその根拠とする方向に進むのではないかと思わわる⁽⁴³⁾。ここでは、取締役が会社に対して負う、「その地位ないし職務に関連」する債務という限定を付した上で⁽⁴⁴⁾、債務の種類を問わず株主代表訴訟の対象となると解することになる。一方で限定債務説についても、現在の会社法が明文で責任免除を規制しているかどうかという形式的な基準を離れるのであれば⁽⁴⁵⁾、株主代表訴訟が認められるか否かは、もっぱら会社による権利行使についての裁量の有無に帰着し、取締役が「その職務に基づいて」負う責任については会社による権利行使についての裁量は認められず株主代表訴訟の対象となる⁽⁴⁶⁾、との議論に向かうことが考えられる。そうすると、株主代表訴訟の対象となる責任の範囲については、債務の発生における取締役の地位に着目する立場と、取締役の職務との関連性に着目する立場の対立に収斂していくのではないだろうか。

(43) 山田・前掲注(4)論文1667頁は、いち早くこの点を明らかにしている。ただし、利益相反取引規制のない監査役、会計監査人等についても同様の議論が可能であるかどうかはさらなる検討が必要であろう(同論文1668頁は、利益相反取引規制がない役員等については、取引債務は株主代表訴訟の対象にはならないとする)。

(44) 吉原・前掲注(20)114頁注(46)。同旨、山田・前掲(4)論文1670頁(債務負担の原因行為が在任中に行われることが忠実義務の根拠であるとする)。

(45) 現在の会社法において、責任免除の規制と株主代表訴訟の対象が必ずしも厳密に対応していないことについて、土田・前掲注(1)73-74頁。拙稿では、株主代表訴訟の対象となる責任については解釈上、免除に総株主の同意を要すると解することを提案しているが(同80-81頁)、条文上困難であるとの指摘もなされている。吉原・前掲注(20)111頁注(31)。

(46) 森本・前掲注(4)8頁以下。私見も基本的にはこの立場にある。

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、桐蔭横浜大学法務研究科客員教授

中島広樹

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

丸山輝久

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

福井康佐

桐蔭横浜大学法務研究科教授、大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

新屋達之

大宮法科大学院大学法務研究科教授

土田 亮

大宮法科大学院大学法務研究科教授、弁護士

(掲載順)

大宮ローレビュー 第9号

2013年2月 初版第一刷発行

発行 大宮法科大学院大学
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号
Tel 048-658-8101, Fax 048-658-8102
<http://www.omiyalaw.ac.jp>
E-mail: info@omiyalaw.ac.jp

印刷 倉敷印刷株式会社
130-0013 東京都墨田区錦糸4-16-17
Tel 03-6658-0031, Fax 03-6658-0032