

5

No.536
MAGAZINE FOR
LAW STUDENTS
<https://www.yuhikaku.co.jp/hougaku>
MAY 2025

法学教室

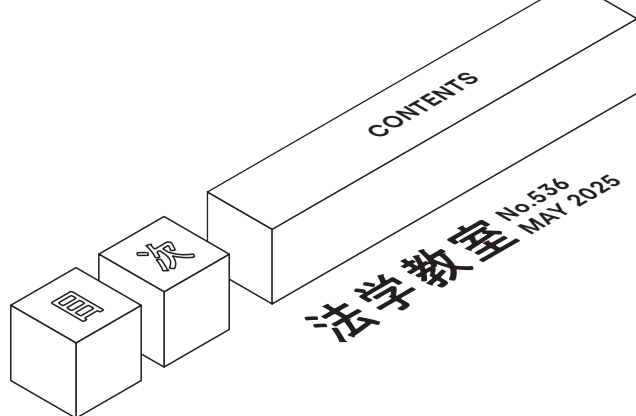


有斐閣

SPECIAL FEATURE

憲法の学習 における 学説と 判例・実務

- I 平等
- II 政教分離
- III 表現の自由
- IV 職業の自由
- V 国会



SPECIAL FEATURE 〈特集〉

004 憲法の学習 における 学説と判例・実務

006	I 平等——学説と判例・実務	植木 淳
013	II 政教分離	中島 宏
020	III 「表現の自由」論と判例・実務との関わり	木下智史
026	IV 職業の自由	川鍋 健
032	V 国会	新井 誠

INTRODUCTION

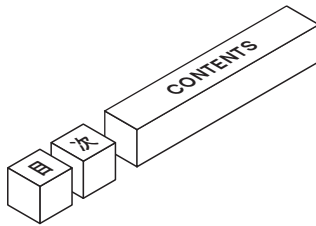
001	■ 巻頭言 刑務所はどう変わるのか	川出敏裕
-----	----------------------------	------

REGULAR ARTICLES 〈記事〉

- 002 ■法学のアントレ〈第98回〉
未来の法はアニメから 長島光一

LECTURE 〈講座〉

- 038 ■憲法の基本原理から見る統治〈第13回〉
「最高機関」,「立法」,「唯一」(2) 高田 篤
- 046 ■最新判例に学ぶ行政法解釈〈第2回〉
行政処分の職権取消し——最判令和3・6・4民集75巻7号2963頁 戸部真澄
- 055 ■法と経済学から見た民法判例〈第2回〉
任意法規の意味と強行法規との関係
——最判平成23・7・15民集65巻5号2269頁,
最判令和4・12・12民集76巻7号1696頁 西内康人
- 063 ■ちょっとだけ寄り道、会社法〈第2回〉
会社の業務及び財産の状況を調査する者 小宮靖毅
- 069 ■民事執行・保全法の考え方〈第6回〉
不動産競売の開始,差押え・仮差押え,売却条件 青木 哲
- 079 ■刑法総論の秘密、刑法各論の秘訣。〈第2回〉
刑法と憲法とガソリンカー事件 和田俊憲



EXERCISE 〈演習〉

086	憲法	大林啓吾
088	行政法	齋藤健一郎
090	民法	藤澤治奈
092	商法	森 まどか
094	民事訴訟法	村上正子
096	刑法	松尾誠紀
098	刑事訴訟法	宮木康博
100	労働法	天野晋介
102	レポート(刑事政策)	小西暁和

〈判例セレクトMonthly〉

104	憲法・行政法・民法・商法・民訴法・刑法・刑訴法／計7件
-----	-----------------------------

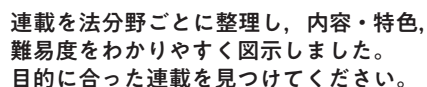
〈Report〉

112	早慶合同ゼミナール 他人物賃貸借と賃貸人の 地位の移転をめぐる諸問題	金子敬明・白石 大・田高寛貴
-----	--	----------------

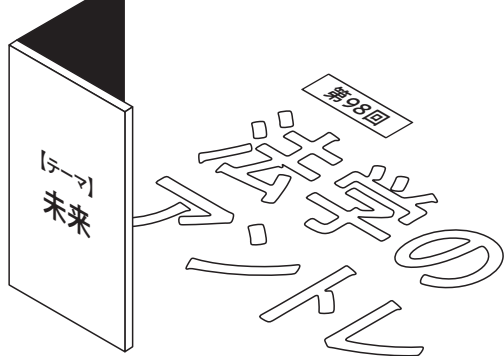
BOOK INFORMATION 〈新刊案内〉

085	洲崎博史=後藤 元 編 『保険法判例百選〔第2版〕』
120	山本敬三 監修 石綿はる美=白石 大=水津太郎 著 『民法2 物権』

121	READER'S VOICE・INFORMATION
-----	----------------------------



		内容・特色						難易度		
		体系を 学ぶ	論点を 深める	判例から 学ぶ	実務を 知る	一息入れ つつ学ぶ	問題で 力試し	初級	中級	上級
公法	憲法の 基本原理から見る統治 〔単著〕高田 篤 → p.038	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
	最新判例に学ぶ 行政法解釈 〔共著〕戸部真澄 → p.046	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
民事法	法と経済学から見た 民法判例 〔単著〕西内康人 → p.055	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
	ちよつとだけ寄り道、 会社法 〔共著〕小宮靖毅 → p.063	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
	民事執行・ 保全法の考え方 〔単著〕青木 哲 → p.069	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
刑事法	刑法総論の秘密、 刑法各論の秘訣。 〔単著〕和田俊憲 → p.079	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
演習 → p.086		✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
判例セレクトMonthly → p.104		✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★



未来の法はアニメから

帝京大学准教授

長島光一

NAGASHIMA Koichi

私のゼミでは、AIやロボットを題材に模擬裁判を行っている。事案から一緒に考えるのだが、学生から必ず言われることは「何十年後の話ですか?」、「その頃に今の法律はあるのですか?」である。AIやロボットは、遠い未来の話で、社会に実装される頃には今と違う法律になっていると思っているのかもしれない。そして、そもそも未来社会の姿が想像できないのかもしれない。想像できたとしても、人それぞれ描いている未来の姿は異なり共有できていないことも多い。これではリアリティがないままの浅い議論になりかねない。

そこで、この想像力を補うものとしてアニメの活用を推奨したい。いまやアニメは毎クールに膨大な新作・続編が放送・配信され、多様な設定とシチュエーションで、自分好みの作品を探すのも一苦労なほどである。

なぜアニメなのか。未来のイメージは人それぞれで、言語化・具体化は難しい。その点アニメは、未来の姿を共有でき、共通の議論がしやすい。また、サブスクリプションでアニメを気軽に見られる環境になっている。もちろん、私がアニメ好きという本音もある。

今回、ゼミの模擬裁判でも扱っている未来を舞台にした比較的最近のアニメ作品を紹介しつつ、社会に起こりうる法的問題を考えてみたい。なお、著者の専門分野の都合上、今回は民事に限って取り扱う（刑事については中川孝博「アニメは刑事訴訟法の未来を創造する」法教521号〔2024年〕2-3頁参照）。

新しい技術の使用開始の場面

まず、未来社会の幕開けを描いたアニメとい

えば、『ソードアート・オンライン』（川原礫原作、2012年アニメ化）であろう（2022年が舞台で時代に現実が追いついている!）。世界初のVRMORPGサービスが開始され、約1万人が仮想空間を謳歌する中、開発者がプレイヤーたちの前に現れ、自発的ログアウトは不可能であること、最上部のボスを倒してクリアすることだけが脱出する唯一の方法であること、死亡した場合には現実世界でも本当に死亡するということを宣言し、プレイヤーの1人であるキリトがこのデスゲームでクリアすべく戦うストーリーである。

VR空間は既に存在し、ゲームやビジネスの舞台にもなっているが、VR空間と現実の距離がより近づき没入する未来社会が描かれているとともに、VR内の活動やトラブルをイメージできる作品といえる。

アニメでは、初期段階で勝手にアバターが自分に近い容姿に変更されてしまう場面がある。運営の求める仕様に同意をしないとゲームができない仕組みになっていることから、従うかやめるかの二択になっており、VRの利用規約と同意の有効性の問題を考えることができる。また、プレイヤー間でのいざこざから相手を傷つけることもあり、精神的なショックを受ける者がいる様子も描かれている。本作では運営者が故意にこの状況を作り出しているが、そうでなくても、トラブルへの対応をしない運営会社の責任が問われるだろう。また、このようなVRマシン（ナーヴギア）の開発会社には、欠陥商品を市場に出したとして、製造物責任があるかといった議論もできよう。

こうした議論からは、リスクのある技術を社会に導入するに当たり、責任を認めることはその技術をストップする可能性がある一方、多数の便益のために少数（被害者）を犠牲にしてよいかという問題が背景にあることに気づかされるよう。

なお、同意の有効性は、『BEATLESS』（長谷敏司原作、2018年アニメ化）にも描かれている。高度な知性を持つ道具であるhIE（人型アンドロイド）が普及する中で、主人公のアラトは、hIEの暴走事件に巻き込まれ、そこでhIEのレイシアと出会い、自身の命の危機もあって彼女のオーナーになる契約に応じる。緊急時の契約という問題もあるが、レイシアは自分のことを道具と表現し、「道具の行うことに責任をとってくれる人が必要」と言う場面が興味深い。

SPECIAL
FEATURE

学説・判例・実務の距離を縮める

2025年度の特集の共通テーマは「学説の役割と判例・実務との関係」です。その背景には、法科大学院制度が始まって20年が経過し、研究者の提示する言説と、判例・実務との距離に変化が見られ、それが学部生の学習にも影響しているのではないかと、との観察があります。憲法についても、大まかには、この観察が当てはまりそうです。

もっとも、学説と判例・実務のかかわりを論じる作業自体が、学問的な省察ですので、一様ではありえません。扱う主題によっても違いが生じると思われます。この特集を構成する解説からも、共通点と違いを見出していただければ幸いです。

植木論文は、平等についての学説が、ゆっくりと判例にも浸透していったことを描きます。平等は、夫婦別氏や同性婚の問題を考えれば分かるように、現在、動きのある分野です。植木論文は、この浸透が継続するかどうか、今後の展開を考える手がかりとなります。

中島論文が扱う政教分離は、判例の試行錯誤を受けて、学説による判例の読み方が変化してきた分野です。中島論文は、判例の審査内容を、かかわり合いの有無と正当化の2段階に分けて整理し、それとの間で

学説・学習者がとるべき態度について検討を深めます。

木下論文は、表現の自由の分野で、協働関係にあった判例と学説が、ある時期において袂を分かった経緯を振り返ります。さらに、その反発の関係が見られる時期においても、学説が判例に受容される局面があったこと、そして、その条件を深く考察します。

川鍋論文の主題は、職業の自由です。現在のアメリカでは、日本で二重の基準論と呼ばれた議論が動揺し、司法による行政への介入も進んでいるようです。川鍋論文は、そうしたアメリカの現状を鏡としつつ、日本の学説の意義を評価しています。

新井論文は、裁判所と国会の実務のそれぞれにおいて、憲法学説の役割を検証します。その上で、両者の間に違いはないか、という、通常、授業では直接立てられることの少ない視角を採用して、問題を深く掘り下げていきます。

いずれの解説も、授業・教科書で耳にする学説が、判例・実務との関係で、どのように位置づけられるかを、優れた研究者が距離をとって省察するものです。本特集が授業・教科書の立体的な理解につながる機会となれば幸いです。（小島慎司）

平等

学説と判例・実務

名城大学教授
植木 淳

政教分離

山形大学教授
中島 宏

「表現の自由」論と
判例・実務との関わり

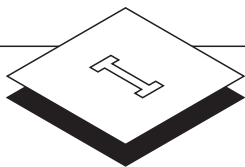
関西大学教授
木下 智史

職業の自由

同志社大学助教
川鍋 健

国会

広島大学教授
新井 誠



平等

——学説と判例・実務

名城大学教授
植木 淳
UEKI Atsushi



展開

——憲法学説の展開

1. 初期の憲法学説

——形式的平等・相対的平等説・例示列举説

平等の概念に関しては、憲法制定初期から、憲法 14 条 1 項は「国家の不平等取扱を排斥するにとどまる」ものであり「実質的平等を実現するように国家に要求しうる権利を含むものではない」と論じられてきた²⁾。その後も、代表的憲法学説は、「形式的平等＝機会の平等」（「不当な等しからざる法的取扱い」の禁止）と「実質的平等＝結果の平等」（「現実の不平等な結果」の是正）を対置した上で、憲法 14 条 1 項は「形式的平等」を基本としており「実質的平等の実現は国の政治的義務にとどまる」と説明している³⁾。

次に、平等原則の規範内容に関して、憲法制定初期には二つの見解が対立していた。第一の見解は、憲法 14 条 1 項は、「法の適用」の平等だけでなく「法の内容」の平等を保障するものであるが（法内容平等説）、「合理的な差別」を禁止するものではなく「不合理な差別的取扱」を禁止するものであると解した上で（相対的平等説）、同項後段列举事由（人種、信条、性別、社会的身分又は門地）は具体例に過ぎないとする立場であった（例示列举説）⁴⁾。これに対して、第二の見解は、憲法 14 条 1 項の前段と後段を区別した上で、前段は「法適用の平等」のみ要求しているのに対して、後段は「法内容の平等」を保障しており「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」による差別を絶対的に禁止しているとする立場であった⁵⁾。

この点、第二の見解は、後段列举事由に限定して全ての差別を禁止するものであり規範内容が明確であるが、性別による区別を全て否定することになるなど、硬直的に過ぎるのではないかとの疑問があった。そのため、第一の見解が通説となったものの、それは人種・性別による

はじめに

戦後憲法学の泰斗である宮沢俊義は、「法の世界における学説」の役割は「人の社会において必然的に生まれるさまざまな利益と利益とのたたかいを、人間的に可能な最大限度の秩序に服させることにある」と論じている¹⁾。そうだとすれば、憲法学説の役割は、社会で生じる人権保障をめぐる「たたかい」を整序する道筋を明らかにして、それを判例・実務に反映させることにある、といえるかもしれない。そこで、本稿では、(Ⅰ) 憲法 14 条 1 項に関する憲法学説の「展開」を概観し、(Ⅱ) 憲法学説と最高裁判例の「接近」を指摘した上で、(Ⅲ) それを夫婦別氏訴訟や同性婚訴訟などで「継続」するための課題を論じることを通じて、憲法学説が判例・実務を通じて「人の社会」における「平等」の実現に貢献する途を考える契機としたい。

1) 宮沢俊義「学説というもの」ジュリ 300 号（1964 年）14 頁。

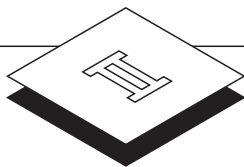
2) 法学協会編『註解日本国憲法(上)』（有斐閣、1953 年）352 頁。

3) 芦部信喜『憲法学Ⅲ（増補版）』（有斐閣、2000 年）

3-7 頁。

4) 法学協会編・前掲注 2) 348-349 頁、352-353 頁。

5) 佐々木惣一「法的平等の権利と生活規制無差別の権利」同『憲法学論文選(1)』（有斐閣、1956 年）114-120 頁。



政教分離

山形大学教授
中島 宏
NAKASHIMA Hiroshi

はじめに

かつて筆者が法学部に在学していたはるか昔、政教分離といえば、「法的性格として制度的保障説が通説であり、目的効果基準を厳格に適用して結論は違憲」という「規格化と省力化」¹⁾の極みともいうべき理解の仕方が、多かれ少なかれ普及していたように思われる。しかし、その後の学説による判例の内在的分析を通じて、政教分離に関する審査手法の理解は大きく深化した。

とはいえ、政教分離に関して最高裁が必ずしも厳密に一貫した審査手法に基づいて判断してきた、というわけではないように思われる。むしろ次々に登場する新しい事案を前にして、審査手法を柔軟に修正しながら判断してきたというべきであろう。近年の学説は、そのような最高裁の試行錯誤の産物としての判決群を読解し、そこにどのような審査手法を読み取ることができるかということに関心を寄せてきた。

本稿においては、まず政教分離の採用と法的性格について確認した上で(Ⅱ)、津地鎮祭判決(最大判昭和52・7・13民集31巻4号533頁)、愛媛玉串料判決(最大判平成9・4・2民集51巻4号1673頁)、自衛官合祀判決(最大判昭和63・

6・1民集42巻5号277頁)、空知太神社判決(最大判平成22・1・20民集64巻1号1頁)、そして那覇孔子廟判決(最大判令和3・2・24民集75巻2号29頁)における審査手法を、学説の分析に基づいて確認したい(Ⅲ)。

憲法上の政教分離と法的性格

1. 憲法上の政教分離

そもそも日本国憲法は政教分離を採用しているのか。確かに、日本国憲法に政教分離という用語そのものが登場するわけではない。しかし、津地鎮祭判決が指摘するように、明治憲法下における国家神道の事実上の国教的地位や一部の宗教に対する迫害といった「種々の弊害」から、信教の自由の保障を「一層確実なものとするため」に政教分離規定を設けるに至ったという歴史的経緯からの説明が可能である。

また、比較法的な観点から、①宗教公認・優遇の禁止と、②宗教に対する俸給支給・補助金交付の禁止という二つの要素を日本国憲法が定めているといえる以上、政教分離を採用しているということもできる²⁾。すなわち、20条1項後段が宗教団体に対する特権・政治上の権力の付与禁止と、同条3項が国及びその機関による宗教的活動の禁止(①)を定め、89条前段が宗教上の組織もしくは団体への公金その他の公の財産の支出・利用の禁止(②)をそれぞれ定めている。

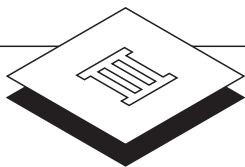
従来、判例において主に争われてきたのは20条3項が禁止する宗教的活動に該当するかどうかであったが、空知太神社判決においては89条適合性がメインの問題として争われた。事案に照らしてどの規定との適合性が問題となっているかが重要となるため、各条文を十分に確認しておく必要がある。

2. 政教分離の法的性格

次に、政教分離の法的性格とはどのようなものであろうか。従来、制度的保障説が通説的地

1) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』(日本評論社、2013年)5-6頁。

2) 大石真『憲法講義Ⅱ〔第2版〕』(有斐閣、2012年)163頁。



「表現の自由」論と判例・実務との関わり

関西大学教授
木下智史
KINOSHITA Satoshi

憲法の各分野のなかでも、「表現の自由」論はもっとも研究が進んでいる分野といってよい（教科書のなかでの分量にその蓄積が反映している）。したがって、表現の自由に関する学説と判例・実務との関わりについて論ずることは、戦後憲法学の歩みを論ずることとなり、この小論のとてもなしうところではない。以下は、多分にダイジェスト的なものとなることをお許し願いたい。

「公共の福祉」論の限界

1947年に日本国憲法が施行され、日本の裁判所に違憲審査権が与えられたものの、日本の実務にも、そして日本の学界にもそれをいかに行使すべきかの知見は備わってはいなかった。それでも、さっそく多くの事件において違憲主張が提起され、裁判所はそれに応えなければならない。そこで頼ったのが、慣れ親しんだ概念法学的思考であり、具体的には憲法12条・13条に規定された「公共の福祉」の概念であった。

表現の自由に関する、こうした思考の代表的判決が食糧管理法事件判決（最大判昭和24・5・

18刑集3巻6号839頁）である。事案は、日本農民組合北海道連合会常任書記が、農民大会において米の供出を拒否するよう呼びかけたことが食糧緊急措置令11条の「主要食糧ノ政府ニ対スル売渡ヲ為サザルコトヲ煽動」することに該当し処罰されたものであり、「違法行為の扇動と表現の自由の保障」という典型論点に関わる事案であった。しかし、最高裁は、以下のように論じて簡単に合憲の結論を示した。「現今における貧困なる食糧事情の下に国家が国民全体の主要食糧を確保するために制定した食糧管理法所期の目的の遂行を期するために定められたる同法の規定に基く命令による主要食糧の政府に対する売渡に関し、これを為さざることを煽動するが如きは、所論のように、政府の政策を批判し、その失政を攻撃するに止るものではなく、国民として負担する法律上の重要な義務の不履行を慫慂し、公共の福祉を害するものである。されば、かかる所為は、新憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、社会生活において道義的に責むべきものであるから、これを犯罪として処罰する法規は新憲法第21条の条規に反するものではない。」

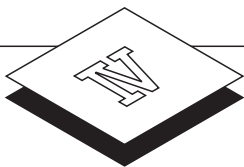
こうした「公共の福祉」論は、そもそも「公共の福祉」が何を意味するのかについて確たる定義もないまま論じられており、およそ法的論証の名に値しない。また、あらゆる法律がなんらかの公共的な目的をもって制定される以上、「公共の福祉」による制限にあたらないとされることがありえない。最高裁の「公共の福祉」論に基づく合憲判決ラッシュに対して、学説の側は「公共の福祉」の内容を精査し、「公共の福祉」の用法を限定する考察を進めた（現在、憲法の基本書において言及される内外在二元論¹⁾や内制的制約説²⁾はその成果である）。もっとも最高裁は、「悪徳の栄え」事件判決〔最大判昭和44・10・15刑集23巻10号1239頁〕の田中二郎裁判官反対意見を例外として）その後も憲法上の権利の制約根拠としての「公共の福祉」を限定せず援用する姿勢を崩してはいない³⁾。

1) 法学協会『註解日本国憲法(上)』（有斐閣、1953年）296-297頁。

2) 宮沢俊義『憲法（有斐閣全書）〔第5版〕』（有斐閣、1956年）126-127頁（初版は1949年刊）。

3) 成田新法事件判決（最大判平成4・7・1民集46巻

5号437頁）参照。もっとも泉佐野市民会館事件判決（最大判平成7・3・7民集49巻3号687頁）は、「公の施設」に関する条例解釈の場面ではあるが、施設の利用拒否事由を限定するなかで、「公共の福祉が損なわれる」とことと「他の基本的人権が侵害」される場合を等値している。



職業の自由

同志社大学助教

川鍋 健

KAWANABE Takeshi



職業選択、職業活動の自由の価値の重み

いわゆる二重の基準論について、芦部信喜は次のように説明する。「この理論は、人権のカatalogのなかで、精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占めるとし、したがって、人権を規制する法律の違憲審査にあたって、経済的自由の規制立法に関して適用される『合理性』の基準……は、精神的自由の規制立法については妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならないとする理論である」¹⁾。これに関わって、本稿の関心は、精神的自由規制立法に対する厳格審査のあり方ではなく、なぜ経済的自由の場合には別途「合理性」の基準が妥当すべきなのか、という

ことにある。

この説明のすぐ後、二重の基準論が日本の憲法判例にも採用されていることを説明した箇所、次のような脚注も付されている。「職業選択の自由に関する薬局距離制限違憲判決……は、『職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、とくにこの点を強調する趣旨にでたものと考えられる』と判示し、二重の基準論の考え方をとるかのような立場を示して、注目された」²⁾。薬局設立にあたっての距離規制が憲法上職業選択ないし営業の自由侵害かが争われ違憲判断がなされた、いわゆる薬事法違憲判決³⁾を参照した説明である。

このような説明に対しては、石川健治による異議申立てがある。石川は薬事法違憲判決の冒頭、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」との文言を念頭に、「『職業における社会的相互関連性 (Sozialbezug)』『社会的機能 (Sozialfunktion)』と西ドイツ連邦憲法裁判所における薬局判決の直訳表現が並ぶ薬事法判決は、それ自体 LRA 基準やダブル・スタンダードといったアメリカ判例用語では説き尽くせないニュアンスを含んでいる」⁴⁾、という。薬事法違憲判決に二重の基準を見出す見方、あるいは規制目的に応じて審査基準の緩厳を決める規制目的二分論として理解することなどに対

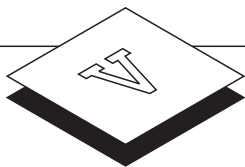
1) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第8版〕』(岩波書店, 2023年) 107頁。

2) 芦部(高橋補訂)・前掲注1) 107頁〔107-108頁〕。

3) 最大判 1975(昭和50)・4・30民集29巻4号572頁。

4) 石川健治「財産権条項の射程拡大論とその位相——所有・自由・福祉の法ドグマティック(1・未完)」国家105巻3-4号(1992年) 149頁〔166頁注6〕。また、同旨、石川健治「30年越しの問い——判例に整合的なドグマティックとは」法教332号(2008年) 58頁〔60頁〕。薬局判決(BVerfGE 7, 377)については、数多くある文献の一部だが、次を参照した。野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性——薬局判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(信山社, 2003年) 272頁以下、

小山剛「職業の自由と規制目的」LS憲法研究会編『プロセス演習 憲法〔第4版〕』(信山社, 2012年) 256頁以下、淡路智典「憲法上の比例原則の構造と段階説——ドイツにおける職業の自由の議論を参考として」社学研論集17号(2011年) 118頁以下、赤坂正浩「職業遂行の自由と営業の自由の概念」立教法学91号(2015年) 142頁〔126-125頁〕、同「職業の自由の規制と段階理論」法学志林120巻1号(2022年) 152頁以下、新井貴大「職業の自由の『転軸点』としてのドイツ薬局判決——規律留保の解釈をめぐって」法學政治學論究126号(2020年) 1頁以下、鈴木秀美=三宅雄彦編『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』(信山社, 2021年) 168頁以下〔栗島智明〕。そのほかの文献については新井・前掲23頁注3を参照。



国会

広島大学教授
新井 誠
ARAI Makoto

はじめに

憲法学では、憲法史や基礎理論に加えて、主に人権と統治機構の領域についての理論や解釈論が展開される。このうち代表制論を含む議会制論は、かつて憲法学の中心的な役割を担っていたものの、その地位は低下していった。その原因の一つには、日本の議会制民主主義をめぐるある種の危機感¹⁾から、議会によるのではない「司法による人権保障」についてより多くのことを分析しようとする司法審査論の興隆があったといえよう²⁾。後に法科大学院時代を迎えると、人権判例の内在的理解を通じた、裁判で使える論理が追求され、憲法学修の場面における国会に関する憲法学説の影響力は、さらに低減したようにも見える。

それでも、国会をめぐる判例・実務に関する憲法学説の役割は、今もなお存在すると考えたい。そもそも日本国憲法の統治機構（選挙制度や地方自治）に関する規定の規律密度は低く³⁾、「現行憲法の統治機構は、統治システムとして

閉じていない」ことから、国家作用に関わるいくつかの語句をめぐり「これらの欠缺は解釈と実例によって補充されてきた」⁴⁾とも指摘される。このように、統治分野——特に国会——に関する憲法学説にはあるべき憲法秩序を考えるうえでなおも重要な役割があると考えつつ、以下ではまず、「判例と憲法学説」の関係、「国会実務と憲法学説」の関係について、それぞれ確認してみたい。

判例と憲法学説

1. 国会に関する憲法判断の少なさ

周知の通り、国会（各議院）や国会議員の権限に関する憲法判例の数は少ない。読者もよく参照するであろう、憲法判例百選Ⅱ〔第7版〕（2019年）の「Ⅲ 国会・内閣」の章では、国会議員の特権（3例）、議院の国政調査権（1例）、衆議院の解散権（2例）、内閣総理大臣の職務権限（1例）に関する諸判例がそれぞれ収められているが、このうち国会に関わるものは6例にすぎない。

また、国会関連判例では、一定の憲法解釈が求められていながら、それが慎重に回避される場合も少なくない。上に挙げた国会関連判例の一つに国会議員による議院内発言の法的責任が争われた最高裁平成9年判決⁵⁾がある。この事件では、参議院議員による委員会発言が特定個人を誹謗するものであったとして、議員個人に対して不法行為責任と国家賠償責任とがそれぞれ追求された。本事例で問題となる行為は、「議員」が「議院で行った」発言（質疑）であることから、憲法51条の免責射程に入るものと容易に推測がつく。そうであるからこそ、これを絶対的免責とする見解が強い学説の下で、市民の救済のために、これをあえて相対的免責として読み取ろうとする学説⁶⁾が、当時、示されたことを想起してよい。これに対して下

1) 樋口陽一「〈民主主義〉から〈立憲主義〉へ——憲法学にとっての『日本社会と民主主義』」法の科学26号（1997年）151頁以下などを参照。

2) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）が刊行された以降は、高橋和之の言葉を借りれば「憲法学者が出会えば誰もが憲法訴訟を話題にしていたという状況であった」（同「はしがき」高橋和之＝長谷部恭男編『芦部憲法学』（岩波書店、2024年）vii頁）という。

3) ケネス・盛・マッケルウェイン『日本国憲法の普遍と特異』（千倉書房、2022年）63頁。

4) 石川健治「内閣総理大臣の職務権限」憲法判例百選Ⅱ〔第7版〕（2019年）379頁。

5) 最判平成9・9・9民集51巻8号3850頁。

6) 佐藤幸治「『議員の免責特権』についての覚書」論叢126巻4＝5＝6号（1990年）107頁。

「最高機関」,「立法」,「唯一」(2)

追手門学院大学教授

高田 篤

TAKADA Atsushi

Ⅲ.「立法」

3. 日本国憲法下における「立法」

(前号からのつづき)

(c) 立憲民主制の下での法律

——原則としての授權と規律密度

前号で見たように、日本国憲法の制定により、立憲主義が徹底され、民主制が導入されることを通じて、法律にあらたな意義が与えられることとなった。それにともない、行政権との関係における法律とその役割も、明治憲法の下におけるそれとは根本的に転換することとなった。

a) 法規概念の拡大?

日本国憲法制定によって憲法のあり方が転換したにもかかわらず、憲法制定後の学説の展開では、直ちに法律の捉え方の転回が生じることはなかった。実際には、法規概念が、明治憲法下の侵害留保説を基礎とし、そこから徐々に量的に拡大していく、という形で学説が発展していった。

1980年代まで続いたこの形の発展において、憲法学¹⁾の中で最も検討が尽くされていたのが佐藤幸治の学説であった。この学説が最初に提示された時、法規は、「国民の権利・義務を定め

る規範を重要な構成要素とするが(内閣法11条はこれを確認する)、国家と機関との関係に関する法規範をも包含する概念」であるとされた²⁾。後に、「法規は一般的な性格をもつことを重要な構成要素とする」ことが付け加えられた³⁾。

佐藤の法規概念において、まず、「国民の権利・義務を定める規範」を「構成要素とする」という点は、国民の権利・自由を侵害する作用について法律の規定を求める侵害留保説と異なり、権利の制限がなくとも、公権力の積極的行為を促す権利も含めおよそ権利に関連すれば法律規定が必要であることを指摘していた。この把握は、立憲主義・法治主義の深化・発展に対応したものであった⁴⁾。

次に、法規概念が、「国家と機関との関係に関する法規範をも包含する」としたのは、行政組織が国民の権利・義務に関わる権限を有し、活動を行う存在であることにも鑑みてのことであると思われる。すなわち、日本国憲法(以下「憲法」)は、内閣の組織については法律で定めるものとしつつも(憲66条1項)、行政各部の組織については明示していないが、佐藤は、行政機関の制度を設けることは法律によらなければならないと解している。そして、それを、

1) 行政法学説においても、侵害留保説、権力留保説、社会留保説、全部留保説というように、法律に留保される事項をどこまで量的に拡大すべきかという形で学説整理がなされることが通常である。既に1960年代に、日本国憲法制定に対応する形の全部留保説(後に授權原則説と呼ばれる)が登場したが、それが通説となることはなかった(高田篤「生存権の省察——高田敏教授の『具体的権利説』をめぐって」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』[法律文化社, 2007年]143-144頁)。

2) 佐藤幸治『憲法』(青林書院, 1981年)106頁。

3) 佐藤幸治『憲法〔新版〕』(青林書院, 1990年)131頁。

4) 佐藤の「内閣法11条はこれを確認する」という記

述については、同条が「政令には、法律の委任がなければ、義務を課し、又は権利を制限する規定を設けることができない」と規定していて、文言上は侵害留保とも理解し得るため、注意を要する。確かに、同条は、今日なお実務が侵害留保説に拠っていることに符合する(佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』[成文堂, 2020年]474頁)ようにも見えるが、「法律」概念は憲法上の概念であり、内閣法の規定も憲法適合的に解釈される必要がある。同条は、「法律」の内容・範囲に入るもののうち、特に重要なものを例示的に掲げたものと解されるべきであろう(高田敏編著『新版行政法——法治主義具体化法としての』[有斐閣, 2009年]34頁参照[高田])。佐藤の同条への言及は、権利の重要性を示すためであったと考えられる。

行政処分の職権取消し

——最判令和3・6・4民集75巻7号2963頁

慶應義塾大学教授

戸部真澄

TOBE Masumi

I. はじめに

今回のテーマは「行政処分の職権取消し」である。

行政処分の職権取消しとは、行政処分にはじめから違法又は不当の瑕疵があった場合に、処分庁がそれを職権で取り消すことをいう。

本件の事案は、東日本大震災で被災したあるマンションについて、当初は「大規模半壊」と認定され、住民に被災者生活再建支援法（以下「支援法」という）に基づく被災者生活再建支援金（以下「支援金」という）の支給決定がなされ、支援金が支給されたものの、その後、損壊の程度が「一部損壊」であったことが判明したため（一部損壊の場合は支給対象外となる）、処分庁が支給決定を職権で取り消したというものである¹⁾。

当初の支給決定は、誤った認定に基づいてされた違法なものであるから、法治主義からすれば、取り消されるべきものである。しかし、支給決定が取り消されれば、住民はすでに受け取っていた支援金（世帯により37.5万円から150万円）を返還しなければならなくなり、特にそれまでに支援金を使い切っていたような場合には、突如として経済的な苦境に立たされる。この点を重く見れば、職権取消しは制限されるべきとも考えられる。このように、授益的な行政処分（や複効的な行政処分）の職権取消しにお

いては、法治主義と処分の相手方の権利・信頼保護の要請が衝突し、職権取消しの可否が問題となる²⁾。

マンション住民45名が職権取消処分の取消しを求めて提訴した本件でも、まさにこの点が最大の争点となった。最判令和3・6・4民集75巻7号2963頁（以下「本判決」という）は、この点について判断した初の最高裁判決である³⁾。

II. 支援法の仕組みと事案

1. 支援法の仕組み

本件の詳しい事案に入る前に、まずは支援法の仕組みを確認しておこう（図参照）。

支援法は、被災者の生活再建支援のため、「被災世帯」（支援法2条2号）の世帯主に対し、損壊の程度や世帯員数等に応じて一定額の支援金を支給する（同3条1項～5項）。本件当時の支援法では、自然災害により住宅が全壊した世帯（全壊世帯；同2条2号イ）、住宅が半壊にとどまるも解体を余儀なくされた世帯（解体世帯；同ロ）、住宅が長期に居住不能となった世帯（長期避難世帯；同ハ）、住宅が半壊し、主要構造部の大規模補修が必要となった世帯（大規模半壊世帯；同ニ）が、支給対象となる「被災世帯」とされていた⁴⁾。本件マンションは当初、この「大規模半壊世帯」に当たるとされたわけである。

支援金は都道府県が支給するが（同3条1

1) そもそも、支援金の支給決定は行政処分なのかという問題があるが、テーマとの関係上、本稿では触れない（山田洋「判批」自研96巻10号〔2020年〕146頁以下参照）。

2) 反対利害関係を有する第三者が存在しない純然たる侵害的な行政処分（課税処分等）の場合は、こうした問題は生じず、処分庁は職権取消しをする義務を負う（芝池義一『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』（有斐閣、2006

年）172頁参照）。

3) 第一審判決は東京地判平成30・1・17民集75巻7号2992頁であり、控訴審判決は東京高判令和元・12・4民集75巻7号3022頁である。

4) 現在は、「中規模半壊世帯」も支給対象となっている（支援法2条2号ホ）。

任意法規の意味と強行法規との関係

——最判平成23・7・15民集65巻5号2269頁，
最判令和4・12・12民集76巻7号1696頁

京都大学教授
西内康人
NISHIUCHI Yasuhito

I. はじめに

前回扱った強行法規に引き続いて扱うのが、これと裏返しの問題、任意法規の問題である。しかも、この連続性に関する問題を扱う。すなわち、消費者契約法10条のように、任意法規が基準とされている強行法規的規制の問題である。

こうした消費者契約法の問題は、民法典とは異なる法典である点で狭義の民法には属しないが、民法の主要な教科書類には必ず消費者契約法が取り上げられるという点で実質民法の一部である。また、(多少の文言の違いと効果の違いはあるが)消費者契約法10条と同様の規律となっている定型約款に関する民法548条の2第2項の問題を考える上でも参考になると考えられる。

そこで、今回はこういった消費者契約法10条の問題を扱うわけであるが、本稿で注目する裁判例二つについて次のIIで見ていこう。

II. 裁判例の概要と残される問題

ここで取り上げるのは、最判平成23・7・15民集65巻5号2269頁(以下、平成23年判決)、最判令和4・12・12民集76巻7号1696頁(以下、令和4年判決)である。

1. 平成23年判決の概要

本件は、Yから居住用建物を賃借したXが、更新料の支払を約する条項(以下、更新料条項)は消費者契約法10条または借地借家法30条に違反して無効であるとして、Yに対して不当利得返還請求を行った事案である。本稿で関心がある問題は、①更新料条項のように明文の任意

法規がない場面でも任意法規違反性を問題とする消費者契約法10条前段に違反する余地があるのか、②信義則違反により消費者利益を一方的に害する点を問題とする消費者契約法10条後段の判断方法である。

判決は、①につき「消費者契約法10条は、消費者契約の条項を無効とする要件として、当該条項が、民法等の法律の公の秩序に関しない規定、すなわち任意規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重するものであることを定めるところ、ここにいう任意規定には、明文の規定のみならず、一般的な法理等も含まれると解するのが相当である」として明文の任意法規に限られない旨を述べ、更新料は賃貸借契約の要素でない合意であって消費者である賃借人の義務を加重している点で消費者契約法10条前段違反を認める。また、②につき「消費者契約法10条は、消費者契約の条項を無効とする要件として、当該条項が、民法1条2項に規定する基本原則、すなわち信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであることをも定めるところ、当該条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かは、消費者契約法の趣旨、目的(同法1条参照)に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべきである」として総合衡量によるべきことを示す。そして、②についての具体的なあてはめとして、更新料条項には賃料の補充など「対価等の趣旨を含む複合的な性質」を持っており経済的合理性があるとした上で、「賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸

会社の業務及び財産の状況を調査する者

中央大学教授
小宮靖毅
KOMIYA Yasutake

I. 株主代表訴訟は 根こそぎ退治しない

取締役に関心を与えれば取締役は自分に課せられた義務をよりよく果たす、いざというときには請求権を裁判上行使するぞと言えば取締役はふだんから緊張するし、その意味で株主代表訴訟は株主個人が提訴できるから優れているように見える、けれども、その利用の条件が充たされるかどうかは現行会社法に書かれていること以外のさまざまな事情によって左右される……連載の第1回を要約すると（乱暴ですが）そうなるでしょう。

取締役が萎縮すると経営は消極的になるけれど、緩んで果敢と野放図の区別がつかなくなるのも困ります。どちらも会社のためにならないので、そのあいだのちょうどいいところに落ち着くよう、工夫が積み重ねられています¹⁾。とは言え、取締役に責任があるのかどうか裁判所に判断してもらいたいと考える株主は独りでも提訴してよいとするのが会社法です。これを封じれば濫訴もないのが理屈ですが、“利用即濫用”は行き過ぎです。となれば、濫訴を防いだときに残る訴訟は意味がある、と考えることになります。

II. 株主に知らせる

——濫訴を防いで提訴を選別する

濫訴を防ぐために、むしろ会社の業務執行に

関する事情を株主に知らせるというのはどうでしょう。株主に事情を知らせる、あるいは、株主が事情を知るための手段をどうするかは後にまわし、取締役の義務違反行為により会社に損害が生じている（らしい）ときに、会社が提訴していないという、株主代表訴訟が提起されるような場面で考えます。

大株主や親会社をふくむ多数株主が特になにもしなければ、会社の不作為を諒承するかのように見えます²⁾。会社が自らの取締役に對して有するかもしれない損害賠償請求権を行使していないのは妥当なのか、会社の業務執行に関する事情をよく知らないその他の株主には判断が難しい状況です。こんなとき、その他の株主は、会社、多数株主の判断に信頼せよという考え方はあり得て、事情を知ったとて「訴える株主は訴える、だったらなにも知らせない方がいい」という言い方をするひともいるでしょう。

確かに株主代表訴訟は株主個人の権利ですから「訴える株主は訴える」のですが、「だったらなにも知らせない方がいい」という結論に直結させる必要はありません。会社の判断を評価するのに足る情報を提供すれば、まずはこれに同調する株主が現れるはずで。これは、事情を明らかにするためにまずは提訴だ、と考えていた株主を減らす効果があると言えます。提訴件数を抑えそうです。もうひとつ、のちに提訴に至る株主があったとしても、準備の行き届かない訴訟は減らせるでしょう。こちらには濫訴と評価される件数を減らす効果がありそう

1) 提訴を受けた裁判所が、取締役の具体的な判断過程に不注意がなければ、会社に生じた損害を賠償する責任はないとする事後的な評価方法（いわゆる「経営判断の原則」）には、取締役の萎縮を避ける効果があります。

2) 多数株主には解任（会社339条1項・341条）と

いう手段がありますが、取締役は十分に緊張しなかった（らしい）にもかかわらず、多数株主はそれでいいとしている（らしい）のです。少数株主による解任の困難は、提訴の要件（854条）にうかがえます。

不動産競売の開始, 差押え・仮差押え,売却条件

京都大学教授
青木 哲
AOKI Satoshi

I. はじめに

1. 金銭執行,担保権の実行手続,仮差押え

今回から、民事執行のうち金銭債権を実現するための強制執行（金銭執行）および担保権の実行手続、ならびに、民事保全のうち将来の金銭執行を保全するための仮差押えを扱う。

金銭執行および担保権の実行手続は、基本的には、対象財産を差し押さえてその交換価値を確保し（差押え）、売却などの方法で金銭化し（換価）、債権の弁済に充てる（満足）という方法・手順で行われる。ただし、債権執行における取立てのように換価と満足が一体化している手続や、転付命令のように債権者に権利を移転することで満足とみなされる手続もある。

差押え → 換価 → 満足

民事執行法は、金銭執行について対象財産の種類（不動産、船舶、動産、債権その他の財産権）ごとに執行の方法と手続を定め、これらの規定の多くを担保権の実行手続に準用している。例えば、不動産に対する金銭執行については、不動産を売却し、その売却代金を債務の弁済に充てる方法（強制競売。民執45条以下）と不動産から生ずる収益を債務の弁済に充てる方法（強制管理。民執93条以下）を定め、不動産に対する担保権の実行について、前者の方法（担保不動産競売。民執180条1号）と後者の方法（担保不動産収益執行。同条2号）に準用している（民執188条。本稿では、188条の摘示は省略する）。担保権の実行における手続上の債務者（執行債務者）は担保目的物の所有者であり、強制執行の規定における「債務者」は準用の際に「所有者」と

読み替えられるのが原則であるが、民事執行法180条以下の担保権の実行に関する規定における「債務者」は被担保債権の債務者である。

民事保全のうちの仮差押えは、将来の金銭執行を保全するために対象財産の処分を制限するものであり、金銭執行における差押えと同様の効力を有するが、金銭執行とは異なり、換価や満足の段階には進まないのが原則である。ただし、不動産に対する強制管理の方法による仮差押えの執行においては、不動産の収益にかかる給付が手続において選任される管理人に交付される（民保47条5項、民執93条1項・95条1項）。

2. 不動産

不動産とは土地およびその定着物（例：建物）のことをいう（民86条1項）。不動産に対する金銭執行および担保権の実行手続の対象となるのは、登記することのできない土地の定着物を除く不動産（民執43条1項・180条）、不動産とみなされる不動産の共有持分や登記された地上権等（民執43条2項・180条括弧書き）である。区分所有建物（マンション）においては、その専有部分（建物区分2条3項）が、専有部分に係る敷地利用権および建物の共用部分の持分とともに（分離処分が認められていない。建物区分15条・22条）、その対象となる。

II. 不動産競売の開始

不動産に対する金銭執行および担保権の実行手続は、不動産所在地を管轄する地方裁判所が執行機関として担当する（民執44条1項）。

刑法と憲法とガソリンカー事件

東京大学教授
和田俊憲
WADA Toshinori

I. 刑法と憲法

5月といえば憲法記念日。今号の本誌は憲法の話で溢れているから、本連載も今回は刑法と憲法の話から始めて、ささやかながら彩りを添えることにしよう。

刑法と憲法といって個人的に印象深いのは、カナダのロースクールで刑法の授業を聴講したときのことである。教授が言うには、ある行為に犯罪が成立するかどうかを判断する際には、問題となる犯罪類型の客観的要件と主観的要件をもれなくリストアップし、それらが満たされるかどうかを1つずつチェックしなければならない。それはそうだろう、と思って聞いていると、しかし、それだけでは不十分である、と言う。しかも、要件充足性のチェックに先立ち、まずもって確認すべき重要なことがある、と言う。それは、犯罪類型の違いを超えて、何罪においても確認しなければならない最重要事項である、と言う。

聞き手を十分に引きこんだうえで示された答えは、「その罰則が、カナダ最高裁によって合憲性を確認されているかどうかである」というものだった。もし、合憲だという判断がまだ下されていない罰則なのであれば、弁護人としては、「つねに」、当該規定が違憲無効であるという主張ができないかを考えなければならない、と言うのである。違憲無効であれば、そのことだけで、その行為に犯罪は成立しないことになるからである。現に、刑法典の規定に関するカナダ最高裁の違憲判断は、それなりに頻繁に出

されている¹⁾。

刑法というより、憲法の在り方が、そして立法と司法の関係の在り方が、我が国とはまったく違うということであろう²⁾。積極的に合憲だと確認されない限り違憲の可能性があることを意識すべしという発想は新鮮であるが、それはこちらが、違憲だと言われない限り合憲であることを当然の前提にする感覚を有しているからである。

我が国の刑法でも、違憲性が継続的に、かつ、それなりに強く指摘されてきた規定は、風俗犯の一部(刑175条など)や同時傷害の特例(刑207条)など少なくないが、最高裁が法令違憲の判断を下したのは尊属殺人罪(刑法旧200条)のみである。

II. 罪刑法定主義

1. 憲法の中の刑法

それでは、我が国において、刑法と憲法は関係が薄いのかというと、まったくそうではない。日本国憲法の全103か条のうち、第31条から第40条までの10か条は、刑事法の規定である(憲法の先生に訊くと、あの部分は刑事法から憲法の授業では扱わない、と言われる)。その多くは刑事法の中でも手続法に関するものであるけれども、第31条(「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」)と、第39条(「何人も、実行の時に適法であった行為……については、刑事上の責任を問はれない。」)

資格)に違憲判断が出されている。

2) カナダの憲法については、タイトルそのままの名著、松井茂記『カナダの憲法』(岩波書店、2012年)がある。

1) ここ10年で、少なくとも、2015年(銃器犯罪の法定刑)、2015年(自殺幫助)、2016年(薬物犯罪の法定刑)、2016年(未決勾留日数の算入)、2022年(自己酩酊の抗弁)、2022年(性犯罪者登録制度)、2022年(仮釈放

設問

Xは、大阪府内にあるA保育園を運営する社会福祉法人の理事である。A保育園では、保育活動の一環として、少し離れた場所にある畑で園児が野菜を育て、収穫するという農作業体験を行ってきた。この畑の土地（以下「本件土地」という）はXが所有している。ところが、国が整備する第二京阪道路（以下「本件道路」という）の予定地に、本件土地が含まれることとなった。国は用地買収を行い、この道路の建設を進めたが、Xは、本件土地について、大切な保育活動のための場であるとして買収に応じることを拒否した。そこで、国は、土地収用法（以下「法」という）に基づく土地収用手続をとることとした。この法律の下では、道路建設等の事業を行うにあたって土地の収用等をしようとする者は「起業者」と呼ばれる。本件において起業者は、国土交通大臣である。

起業者は、2006年3月27日、法16条に基づき、国土交通大臣に対し、本件道路事業に関して事業認定の申請をした。国土交通大臣は、同年8月11日付けで、20条により、事業認定を行った。事業認定が告示されると起業地内の土地を収用することが可能になる。そこで、起業者は、2007年2月27日、大阪府収用委員会に対し、本件土地について、39条1項および47条の2第3項に基づき、収用裁決の申請および明渡裁決の申立てをした。同委員会は、5回にわたりXが出席する中で審理を行い、2008年3月11日付けで、47条の2第1項により、本件土地について収用裁決（権利取得裁決および明渡裁決）を行った（以下「本件収用裁決」という）。これにより、起業者が本件土地の所有権を取得し（101条1項）、Xは明渡しの期限までに起業者へ本件土地を引き渡さなければならなくなった（102条）。

だが、Xがこれに応じなかったため、起業者は、同年5月12日、本件土地の明渡しを目的として、法102条の2第2項に基づき、大阪府知事に対し、本件収用裁決の代執行の請求をした。知事は、これを受けて、Xに対し、同年8月29日付けで催告書を送付し、同年9月17日までに本件土地を明け渡さないときは、代執行を行い、これに要した費用をXから徴収する旨催告した。Xが自ら明け渡すことをしなかったため、同年10月16日、知事は代執行を行い、同日に完了した。畑では、さつまいもが順調に育ち、園児による収穫を2週間後に控えていたが、代執行によりすべて掘り返された。この年の農作業体験はできなくなった。

以上において、Xが、①本件道路の建設に反対する場合、②少なくとも2008年の農作業体験は実施したいと考える場合、それぞれ、行政事件訴訟法上、どの時点で、どのような法的手段をとることが適切であるか、検討しなさい。

ポイント

抗告訴訟の対象の選択。執行停止。

解説

本件において、処分性が認められる行為は3つある。①事業認定（2006.8.11）、②収用裁決（2008.3.11）、③代執行（2008.10.16）である。では、これらの行為に対して、Xは、どのような法的手段をとることができるだろうか。なお、第二京阪道路は2階建てで、高架部には自動車専用道路が通っており、これは西日本高速道路株式会社が整備するものであるが、設問では省略した。

①道路建設の争い方

(1) Xの本件土地は、代執行により、明渡しが強制された。代執行の少し前には、催告がなされている（代執行令書も発付されているはずだが、設問では省略した）。催告は通知であるが、これにより代執行の行われることが確実にするため、催告にも処分性が認められる。代執行あるいは催告により不利益が現実生じ、または目前に迫ってくるので、Xとしては、これらを争うことが考えられるかもしれない。

しかし、それでは遅すぎる。本件では、代執行あるいは催告に対し、取消訴訟を提起するとともに執行停止を申し立てることが可能ではあるが、適切とはいえない。なぜなら、①訴訟提起だけでは執行は停止されない（行訴25条1項）、②代執行が完了すると（本件では1日で完了した）訴えの利益が消滅する（ちなみに、代執行の後は費用納付命令がなされるので、その取消請求へと訴えを変更することは可能である）、そして何より、③代執行や催告の取消訴訟では代執行の違法性が審理され、先行する事業認定や収用裁決の違法性は主張できない。③に関して、行政行為と、それに対する行政上の強制執行（行政代執行等）との間では、原則として違法性の承継が否定される。代表的な否定例は、課税処分と滞納処分である（興津征雄『行政法I』605-606頁がその理由を分かりやすく述べている）。代執行に関しても、違法性の承継を否定する裁判例がある（名古屋地判平成20・11・20判自319号26頁、東京地判平成25・3・7判自377号65頁。ただし、横浜地判平成25・7・10判自380号68頁は例外的事情から承継を認めた）。

(2) 代執行の前段階の収用裁決がなされると、起業者は本件土地の所有権を取得し、Xには本件土地を引き渡す義務が生じる。この義務を履行しないときに、都道府県知事は行政代執行ができる（法102条の2第2項）。本件ではこの規定に基づき代執行がなされた。収用裁決に応じなければ代執行の手続がとられることは確実であるから、Xとしては、この時点で、収用裁決を争うことが考えられる。争い方については、収用裁決は形式的当事者訴訟を提起すべき代表例であるが、それは「収用委員会の裁決のうち損失の補償に関する訴え」（133条2項・3項）の場合だけであることに注意しなければならない。それ以外に関する不満があるときは、収用裁決の取消訴訟を提起するとともに執行停止を申し立てることが可能である。特に、Xが設問の②のように考えた場合には、本件土地をもう少しの間だけ使用できるようにすることが狙いであるか

商法

設問

〔前号の続き〕X₁〔前号のC〕は令和6年8月当時、上場会社Yの取締役西日本営業担当の地位にあった。X₂〔同D〕は、Yの第23期定時株主総会（令和6年6月29日）において取締役に選任され、同年8月当時、取締役新事業開発室担当の地位にあった。X₁及びX₂〔Xら〕は第24期定時株主総会（令和7年6月27日）の終結時に任期満了となった。取締役の報酬に関してYの定款は、「取締役の報酬は、株主総会の決議をもってこれを定める」と定めており、第23期定時総会において、取締役報酬総額の限度額及びその範囲内で取締役会が各取締役の報酬額を決定することが決議され、同日開催の取締役会で各取締役の報酬月額が定められ、令和6年7月1日からX₁には月額270万円、X₂には月額113万円の取締役報酬が支給されることとなり、同年7月25日及び8月25日に当該月分の報酬が支払われた。同年7月31日開催の取締役会において、訴外P〔前号のX〕を代表取締役から解職する旨の決議が、出席取締役13名中10名の賛成により可決されたが、Xらは反対の意思を表明した。同年8月23日開催の取締役会（「本件取締役会」）で、Xらの担当部署をなくして非常勤取締役を新設しそれに降格の上、報酬については代表取締役Aに一任する旨の決議をした際、Xらは反対の意思を表明し、X₁が降格理由の説明を求めたところ、取締役Bから新体制のもとで取締役の任に堪えられないとの説明がなされた。本件取締役会終了後、AはXらの報酬を月額10万円と決定し、BとともにX₂、X₁の順で個別に面談した。その際、X₂はAから「取締役（非常勤）の処遇について」と題する書類を示されて、非常勤取締役の報酬は月額10万円となること、取締役を辞任して顧問になれば「取締役・特別顧問についての内規」に基づいて1年間従前の報酬の半額を支払う旨説明を受け、取締役として残るか辞任して顧問になるかの選択を求められたが、X₂は「考えさせてほしい」と返事した。X₁も面談の際に同様の説明を受けたが無言で退席した。なおYでは、取締役、監査役の報酬、賞与、退職慰労金等につき「役員関係規則」が定められ、「役員報酬の対象年度は、定時株主総会の開催の翌月より1年間とし、役員の異動に基づく以外は年度途中での役員報酬の改定は行わない。」（4条）と規定されている。Xらは、自らを取締役に選任する旨の総会決議がされた後、遅くとも取締役に就任するまでの時点において、同規則の存在及びその内容を了知していた。Xらは、Yによる報酬減額は無効であるとして、Yに対して任期中の未払報酬の支払を求めて訴えを提起した。裁判所はXらの請求を認めるべきか。

◆ポイント

- ①取締役の報酬等の決め方、②取締役会は本人の明

示の同意なく取締役の報酬を減額できるか、③職務変更自体に本人の同意は必要か。

解説

① 取締役の報酬等の決め方（ポイント①）

取締役は株主総会決議によって選任され、取締役への就任を承諾すると会社との間で委任契約（民643条）が成立する。受任者の報酬〔☞「給与」とは異なる〕は、民法上は特約がない限り無報酬だが（民648条1項）、会社取締役間ではその任用契約に特約を付して報酬額を定める。こうして取締役は会社から報酬その他の職務執行の対価（「報酬等」）を受けるが、報酬等については、①定款又は②株主総会決議（普通決議）によって一定の事項を定めなければならない（361条1項）。設問では「確定額の報酬」として「その額」を定める（同1号）。さて、皆さんが小学生時代に給食当番を務めた際、自分の好きなおかずを他の児童のより多く盛り付けた経験はないだろうか（私にはある）。それが「お手盛り」の一例である。取締役が自分の報酬等を定めることができるとすると、不当に多い報酬を自らに与える危険があるため、法は総会決議を通して〔☞実際は①ではなく②による場合が多い〕、株主の自主的判断に委ねることでお手盛りを防止しようとする。総会では取締役の個人別の報酬額を決めず、取締役全員分の報酬の最高限度額又は総額を決議するのが通例である。例えば、取締役が10人いる会社では10人全員が受け取る報酬の最高限度額を年間3億円として決議する。一度最高限度額を決めれば、これを変更しない限り改めての総会決議は不要である（田中亘『会社法〔第4版〕』267頁）。実務では、個別の報酬額を知られたくないという風潮が強く、最高裁も取締役の報酬等としてそれを超える額が会社から流出しないことが総会で決定されたのであればお手盛り防止の趣旨は達せられるとして適法であるとする（最判昭和60・3・26判時1159号150頁）。その上で、各取締役の報酬額は取締役会の決定に委ねられるが、取締役会で代表取締役に決定を一任することもできる（名古屋高金沢支判昭和29・11・22下民集5巻11号1902頁。ただし、361条7項、会社則98条の5・121条6号～6号の3）。

② 取締役の報酬等の減額の可否（ポイント②③）

いったん決まった報酬額を減額することはできるのだろうか。ここで、（Ⅰ）総会決議で報酬等の総額を決議し、個別の支給額は取締役会の協議で決定すべきであるとしたのであれば、その減額は取締役会の裁量の範囲内の行為であり、権限の濫用にあたらぬ限り、本人の同意がなくとも減額できるという考え方がある。戦前の判例は基本的にこの立場をとる（大判昭和7・6・10民集11巻1365頁）。戦後、最高裁は判例を変更し、（Ⅱ）会社が取締役に對して支払う報酬等は、取締役が業務執行の対価として受けるもので、会社と当該取締役との間に結ばれる契約に基づくとみるべきものであるから、いったん具体的に定められた報酬等の額は、当該取締役の同意がない限り会社が一方的に減額することは許されないとし、取締役会決議によって

課題

犯罪被害者等の保護・支援に関する制度の現状と課題について論じなさい。

ねらい

犯罪被害者等基本法に基づく犯罪被害者等基本計画などを背景として、現在、犯罪被害者等の保護・支援に関する制度も、立法を通じてなど様々な形で整備が進められている。ただ、現行の制度の下でも犯罪被害者等が直面する課題は数多く残されている。こうした現状と課題を正確に理解し、自身の考えを示せることが求められる。

犯罪被害者等への対応に関連したテーマでレポート課題が出されることを想定し、今回はやや広めに課題を設定して出題してみた。

なお、本稿で、「犯罪被害者等」とは、犯罪により害を被った者及びその家族（被害者が死亡した場合には、その遺族）を指すものとする。

解説

① 犯罪被害者等をめぐる状況

まず、犯罪被害者等に関わる数値・実状を認識すると共に、具体的施策の現況を把握する必要がある。犯罪被害者等の保護・支援のための施策は、犯罪被害者等基本計画に基づき、恒常的に進展しているので、新しい正確な情報を入手した上でレポートを作成するよう留意してほしい。

もちろん、犯罪被害者等の保護・支援に関する制度の概要については、直近に刊行されたものであれば、刑事政策学の教科書も参考になる。また、毎年刊行されている法務省の『犯罪白書』では、犯罪被害に関する統計と、犯罪被害者等に配慮した刑事司法上などでの諸制度について、毎年記載内容の見直しを図りつつ、簡潔に紹介しているので、概要を正確に把握するのに役立つ。

刑法犯等の犯罪被害状況（被害財物・被害者）の詳細な統計については、『令和〇年の犯罪』などとして刊行されている警察庁の犯罪統計書を調べるとよい。なお、同じく警察庁の「刑法犯に関する統計資料」では、女性・少年・高齢者・外国人といった被害者の属性別の被害状況を掲載している。いずれも警察庁のウェブサイト上の統計のページ〈<https://www.npa.go.jp/publications/statistics/index.html>〉から閲覧可能となっている（上記の犯罪統計書は、同ページにある「年間の犯罪」からアクセスできる）。

また、法務省の法務総合研究所では、わが国における犯罪被害の実態を把握するため、複数回にわたり「犯罪被害実態（暗数）調査」として被害者調査を実施してきた。直近では、第6回調査を2024年1月・2月に実施している。調査結果は、法務総合研究所

〈https://www.moj.go.jp/housouken/houso_index〉のウェブページからもアクセス可能である。

施策の方向性を知る上では、犯罪被害者等基本法に基づく犯罪被害者等基本計画の内容を知る必要がある。本基本計画に基づき犯罪被害者等の保護・支援施策が推進されている。本基本計画については、5年毎に新たな計画が策定されている。現在、第4次の基本計画となっている。これらもインターネットで閲覧することができる。

そして、政府の取組等が詳しく紹介されているものとしては、国家公安委員会・警察庁による『犯罪被害者白書』がある。具体的なトピックス・手記・講演録も織り交ぜながら、犯罪被害者等基本計画に沿って具体的施策の進捗状況が掲載されるなどしている。本白書もオンライン上でアクセス可能である。

この点、警察庁の「犯罪被害者等施策」のホームページ〈<https://www.npa.go.jp/hanzaihigai/>〉では、政府・警察の犯罪被害者等施策について全体像が分かるようになっていると共に、関連法令、犯罪被害者等基本計画、犯罪被害者白書などのリンクが張られていてとても有用である。

犯罪被害者等の保護・支援のあり方を考える上では、その被害の実状を知ること重要である。『犯罪被害者白書』に載っている犯罪被害者等による手記・講演録も是非読んでもらいたい。また、公益社団法人全国被害者支援ネットワーク〈<https://www.nnvs.org>〉のウェブページにも、「犯罪被害者の声」として犯罪被害者等の窮状や想いが掲載されている。

② 犯罪被害者等の保護・支援に関する議論

次に、レポートを書く上では、犯罪被害者等の保護・支援に関わる論点を理解することが求められる。

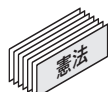
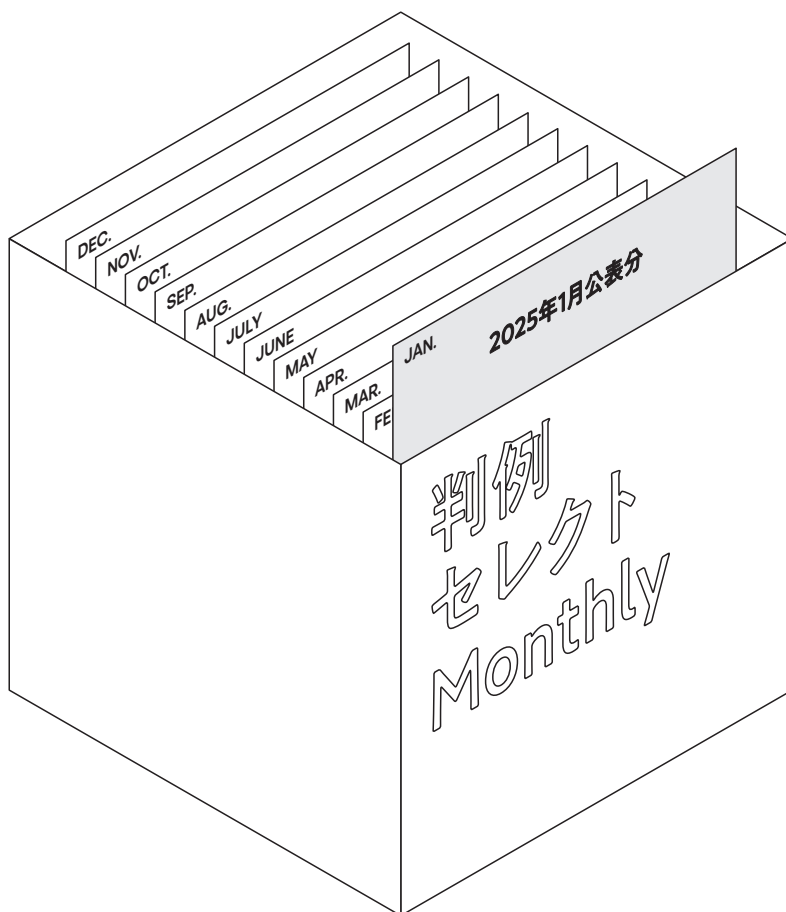
日本被害者学会の紀要『被害者学研究』（年1回刊行）は、犯罪被害者等を取り巻く現状と課題を幅広く知る上で非常に有用である。学術大会のシンポジウムの内容も収録されている。多様なテーマを扱っているため、様々な制度や対策の導入等に関する必要性・正当性を検討する際にも参考になるだろう。

また、法律雑誌等でも、犯罪被害者等の保護・支援などに関する特集が組まれることがあり、制度の現状や課題を知ることができる（2020年以降では、「〈特集〉犯罪被害者氏名等の情報保護」刑ジャ71号〔2022年〕、「〈特集〉犯罪被害者支援の現在——第4次犯罪被害者等基本計画を踏まえて」刑ジャ75号〔2023年〕、「〈特集〉被害者支援の現状」罪と罰60巻4号〔2023年〕等）。

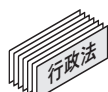
犯罪被害者等の保護・支援に関する論点も様々ある。

その中でも、とりわけ大きな課題として、不法行為に基づく損害賠償請求権が認められても、実際には犯罪被害者等に対して支払いがなされない場合が多いということが挙げられる。法と現状の齟齬が大きく見られる点である。そのため、被害賠償の実現のための方策が問題とされる。

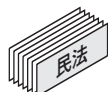
そこで、国による損害賠償の立替払いの制度についての導入の提案もなされている。同制度の導入に肯定的な見解として、例えば、①大谷實「犯罪被害者対策の理念」ジュリ1163号（1999年）7-12頁や②齋藤実「犯罪被害者補償制度と北欧の犯罪被害者庁」獨協法学118号（2022年）275-290頁が挙げられる。なお、



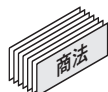
靖國神社合祀情報提供行為国賠訴訟……………	松本哲治	p.105
(最判令和7・1・17)		



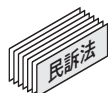
都道府県議会議員の定数配分規定の適法性……………	原田大樹	p.106
(最判令和7・1・28)		



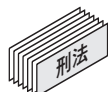
改正前民法724条後段の除斥期間に対する例外の射程 ——第二次世界大戦戦没者合祀事件……………	小笠原奈菜	p.107
(最判令和7・1・17)		



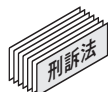
株主総会の招集地と招集手続の著しい不公正……………	小柿徳武	p.108
(東京高判令和6・6・5)		



当事者間の合意に基づいて養育費の支払を求める場合には、 地方裁判所における民事訴訟手続によるべきとした事例……………	工藤敏隆	p.109
(東京高決令和5・5・25)		



非監護者が監護者と共謀して被監護者に対し性交等をした場合における 監護者性交等罪の共同正犯の成否……………	東條明徳	p.110
(最決令和7・1・27)		



犯人性に合理的な疑いがあるとして無罪とした 原判決を破棄し自判した事例……………	亀井源太郎	p.111
(大阪高判令和5・7・7)		